

발표논문

인터넷 상에서 저작권침해에 따른 온라인서비스 제공자의 책임문제*

박 종 삼 **

〈 목 차 〉

- I. 문제의 제기
- II. 저작권 침해의 기본적 법리
- III. 온라인서비스 제공자의 법적 책임
- IV. 결론

* 이 논문은 2002년도 한국중재학회의 연구비 지원에 의한 논문임

** 남서울대학교 국제경영학부 국제통상학과 교수

I. 문제의 제기

인터넷이라는 새로운 통신매체의 등장은 우리의 정치, 경제, 사회, 문화적 영역에 많은 변혁을 가져오고 있다. 특히 인터넷은 단순한 통신매체의 수준을 넘어 익명성(anonymity), 다양성(diversity), 자발성(spontaneity) 등을 특징으로 하는 새로운 활동영역인 인터넷 공간을 탄생시켰다.¹⁾ 특히 인터넷 공간에서 인터넷 특성상 의사표현을 규제하는 요소가 없다. 이로 인하여 기존의 통신매체에서 불가능했던 의사표시가 시간적·공간적 제약 없이 확대되고 있다.

이처럼 인터넷의 개방성은 그 순기능적인 측면에도 불구하고 불특정다수에 의한 인터넷상에서 광범위하고 중대한 저작권침해 가능성 등의 역기능적인 측면의 행위가 광범위하게 일어나고 있다.

예컨대, 인터넷을 통한 무분별한 자료의 유통으로 타인의 저작권이 저작권자도 모르게 침해되므로 저작권자의 창작의욕을 상실시키고 있다. 이로 인해 저작권자는 직접적으로 타인의 저작권을 침해하지 않았으나 유통(침해)에 원인을 제공한 온라인서비스 제공자²⁾에게 그 책임

-
- 1) 김동근, “사이버 공간에서의 표현의 자유와 온라인서비스 제공자의 책임”, 기업법연구 제7집, 한국기업법학회, 2001.4, p. 149. 사이버 공간은 서로 연결된 여러 컴퓨터들의 네트워크를 통하여 확보된 일정한 통신공간을 말하며 ① 네트워크로 연결되어 있는 컴퓨터 ② 네트워크를 통해 전달되는 정보 ③ 네트워크를 사용하는 사람들로 구성된다; 이해완, “사이버스페이스와 표현의 자유 - 판례를 중심으로 -”, 헌법학연구 제6권 제3호, 2000.11, p.86; 정진명, “가상공간에 있어서 법형성상의 문제”, www.kyungwon.ac.kr/profsjh/laxshape.htm; 김윤명, “사이버스페이스의 등장과 법의 패러다임”, user.chollian.net/inflow/cyberlaw.htm; 백옥인, “신세대문화와 사이버스페이스”, 「정보사회와 인터넷」, campus.nownuri.net/oldlecture/internet7.htm.
- 2) 인터넷서비스 제공자는 “서비스이용자에게 온라인상의 접근을 제공하거나 접근한 서비스제공자에게 송신 등 일정한 기계적 서비스를 제공하는 자, 즉 제3자의 내용물

을 물으려 할 것이다. 이러한 경우 인터넷상에서 지적재산권³⁾ 침해가 일어난 경우 침해범위를 직접적으로 행한 자 이외에 그 침해범위가 일어난 인터넷 공간을 관리, 운영하거나 그 인터넷 공간에 접속할 수 있도록 매개해 준 온라인서비스 제공자에게 책임을 묻는 것이 과연 법적으로 타당한가 하는 문제가 대두된다.⁴⁾

을 매개하는 자를 의미하는 것”이라고 정의할 수 있다(이영록, “온라인서비스 제공자의 저작권 침해 책임”, 저작권심의조정위원회, 1999.12). 또한 일반적으로 온라인 서비스를 제공하는 자는 서비스의 형태, 구조, 범위 등에 따라 인터넷서비스 제공자(Internet Service Provider: ISP), 온라인서비스 제공자(Online Service Provider: OSP), 서비스제공자(Service Provider: SP), 전자게시판 운영자(Bulletin Board System Operator : BBS), IPP(Internet Presence Provider), NSP(Network Service Provider), ASP(Application Service Provider), MSP(Managed Service Provider) 등으로 분류할 수 있으나, 미국 디지털밀레니엄 저작권법(DMCA)에서는 ‘service provider’라는 용어를 사용하고 있으며, 일본에서는 ‘service provider’라는 용어를 가타카나로 표현하고 있고(著作権情報センター 附屬 著作権研究所寄與侵害・間接侵害委員会, 「寄與侵害・間接侵害關する研究」 2001.3, 著作権研究所研究叢書 No.4, p.73), 우리나라에서는 “정보통신이용촉진및정보보호등에관한법률” 제2조 제3호에서는 “정보통신서비스제공자”로, “전기통신사업법” 제2조 제1항 제1호에서는 “전기통신사업자”로, 2001년 저작권법 개정안 제2조 제22호에서는 “온라인서비스제공자”로 사용하고 있다. 따라서 본고에서는 이에 대한 정의는 「온라인서비스 제공자」라고 통일하여 지칭한다.

- 3) 지적재산권은 정신적 재화인 지적재산 내지 무형의 재화인 무형재산을 그 보호대상으로 하는 일련의 사법체제상의 권리 (송영석 외, 「지적소유권법」, 육법사, 1996, p.43)로서 이러한 지적재산권은 전통적으로 특허권, 실용신안권, 의장권 및 상표권 등 인간의 지적활동의 성과로 얻어진 정신적·무형적 재화에 대한 산업적소유권인 산업재산권(Industrial Property Rights)만을 의미 하였다. 이러한 산업재산권과 문학적·미술적 재산권인 저작권(copyrights)을 합하여 무체재산권(Intangible Property Rights)이라고 하며, 나아가 컴퓨터 소프트웨어(프로그램)저작권, 반도체회로 배치권(Ic Layout-Design Right), 영업비밀(Trade Secrets)등의 정보재산권(Property Information)을 새로운 지적재산권으로 본다(윤광운 외, 전자상거래론, 삼영사, 2000. p.383).
- 4) 그 이유는 첫째, 인터넷서비스 제공자가 이용자에게 설비를 이용하게 하였다는 점 둘째, 운영자가 직접적인 이익은 얻지 않았다고 하나 광고수입과 같은 간접적으로는 이익을 향유하였다는 점 셋째, 운영자가 자기 자신의 설비나 서버를 모니터링이나 필터링을 하고 있다는 점등을 들 수 있다.

인터넷상에서 온라인서비스 제공자의 책임을 좁게, 넓게 인정하는 범위에 따라 다른 결과를 가져올 수 있다. 먼저, 온라인서비스 제공자의 책임범위를 좁게 인정하면 명예훼손 등과 같은 인격권 침해현상의 범람을 방지하기가 어렵거나 이에 대한 적절한 규제가 어려워 질 수 있지만, 다른 한편으로는 표현의 자유를 폭넓게 인정하여 온라인서비스 제공자는 표현의 자유 수호자의 지위에 서게 될 것이다. 반면에, 온라인서비스 제공자의 책임을 넓게 인정하면 즉 규제입법 등을 통해 엄한 모니터링으로 인하여 이용자들의 사적 표현이 타인의 권리를 침해하는 침해물 인지의 여부가 불투명할 경우에도 그 내용물이 삭제되거나 접속이 배제되는 등 의사표현의 자유가 현저하게 위축될 현상이 나타나 인격권 침해현상은 많이 방지될 수 있을 것이다.⁵⁾

이처럼 양 측면의 대립은 본질적으로 인터넷 공간에서 저작권보호와 정보의 자유로운 유통이라는 가치대립에 관한 문제가 나타날 수 있다. 즉 인터넷 공간에서 의사표시의 장을 제공하는 온라인서비스 제공자에게 어떠한 책임문제를 규정할 것인가에 따라 인터넷상에서 표현의 자유와 저작권 침해에 따른 보호가 균형을 이룰 수 있다는 문제점에 초점이 모아진다.

이처럼 인터넷을 통한 명예훼손이나 음란물 유통, 그리고 저작권 침해 등의 부작용으로 인한 불법행위 등에 대한 규제의 필요성이 심각히 제기되고 있는 것이 현실이다.

따라서, 본고에서는 이러한 문제 인식 하에 인터넷상에서 저작권 침해가 발생할 경우, 이에 따른 온라인서비스 제공자가 어떠한 책임을 질 것인가 하는 논점에 대하여 중점적으로 논의를 하고자 한다. 즉,

5) 이해완, 앞의 논문, p.92; 이영록, “사이버공간에서의 표현과 자유”, 『기본권·국가·헌법(성운 허경교수 환갑기념논문집)』, 1999, pp.82-83.

인터넷상에서 네트워크를 이용한 전자거래의 활성화에 따라 온라인서비스 제공자가 저작권의 침해범위를 사전에 방지하고 이를 합리적으로 보호하기 위한 방안을 제시하는 것에 본고의 목적을 두고 있다. 이러한 목적을 위하여 먼저, 인터넷상에서 저작권침해행위에 관한 기본적인 법리 등을 살펴보고 이어 온라인서비스 제공자의 책임에 관하여 미국을 중심으로 한 주요국 및 우리나라의 입법과 판례 등을 분석·검토하여 저작권 침해에 따른 합리적인 보호·해결방안을 결론에서 제시하고자 한다.

다만, 본고의 논의범위는 온라인서비스 제공자의 저작권 침해에 관련된 문제만을 국한하여 논의를 하고자 한다.

II. 저작권 침해의 기본적 법리

저작권 침해에 따른 온라인서비스 제공자의 책임에 따른 관하여 적용되는 여러 가지 법리는 주로 미국을 중심으로 활발하게 논의되어 왔다. 처음으로 동 문제에 대하여 미국은 1998년 10월 28일에 디지털 밀레니엄 저작권법(Digital Millennium Copyright Act:DMCA)이 시행됨에 따라 이후입법상 온라인서비스 제공자의 책임문제를 판단하는데 중요한 법적 기준이 되고 있다.

이하에서는 그 동안 저작권에 관련된 판례를 통해서 형성된 온라인서비스 제공자의 저작권침해책임에 따른 3가지 기본법리를 살펴보기로 한다.⁶⁾

6) 정상조, 「인터넷과 법률」, 현암사, 2000.4, p.74 이하 참조.

1. 직접침해 (Direct Infringement)

직접침해 책임이란 온라인서비스 제공자 자신의 행위 또는 과실에 대한 책임을 말한다. 즉 직접침해는 온라인서비스 제공자가 사실상 현시하고 배포한 경우에 해당하는 것으로 직접적인 저작권침해에 해당한다. 예컨대 인터넷상에서 저작물을 저작권자의 동의 없이 인터넷상에 게재(post)하거나 혹은 전자게시판에 그것을 업로드(upload) 또는 다운로드(download)시킨 이용자의 행위는 직접침해에 해당한다.

직접침해 책임은 침해의 인식여부와 관계없이 부과되는 책임으로서 이용자의 저작권 침해행위가 발생하면, 저작권자는 먼저 자신이 유효한 저작권을 보유하고 있는 저작권자라는 점(Owner of a Valid Copyright)과 침해자에 의하여 저작물이 복제되었다는 점(Copying of Copyrighted Work by the Defendant)을 입증하면 된다⁷⁾.

미국 저작권법에서 저작권자의 동의 없이 저작권자의 5가지 배타적 권리(Exclusive Rights)⁸⁾를 행사하는 자는 그러한 저작권 침해행위에

7) Playboy enterprise Inc. v. Frena; Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co. , 111S. Ct. 1282 [18 USPQ2d 1275] (1991); Southern Bell Tel. & Tel. v. Assoc. Telephone Directory Publishers, 756F. 2d 801,810 [225USPQ889] (11th Cir.1985).

8) 미국 저작권법(U.S. Copyright Law: 17. U.S.C. 제501조)하에서의 저작권자는 5가지의 배타적 권리를 가진다. ① 저작권자는 저작물에 대한 복제권(the rights to reproduce)을 가지며, ② 저작권이 있는 저작물에 근거한 2차적 저작물의 작성권(the rights to prepare derivative works)을 가지므로 저작권자는 그 소설을 극본으로 각색할 수 있는 배타적 권리를 가지며 어느 누구도 저작권자의 동의 없이 그 소설을 극본으로 각색할 수 없다. ③ 저작권이 있는 저작물의 복제물의 공중에 대한 배포권(the rights to distribute)을 가지며, ④ 저작권이 있는 저작물의 실연권(the rights to publicly perform)을 가진다. 노래의 경우 가사와 곡에 대한 저작권자만이 공개적으로 실연할 수 있고 어느 누구도 저작권자의 동의를 얻지 않고는

대하여 직접적으로 책임을 지게 된다⁹⁾ 직접침해의 법리가 성문법에 규정된 저작권 침해에 관한 유일한 법리라고 할 수 있다.¹⁰⁾

이러한 의미에서 저작권의 직접침해에 따른 책임은 침해자에게 내용물에 대한 통제가 법적으로 추정되는 엄격책임(strict liability)의 기준이 적용되고¹¹⁾ 이러한 엄격책임 이론은 우리나라의 무과실책임과 유사하다.¹²⁾

아울러 저작권침해라는 객관적 사실을 인식하지 못한 자라고 하더라도 현실적으로 침해행위를 하게 되었다면 위와 같은 직접침해에 따른 책임을 부담하게 된다.¹³⁾

실연할 수 없게 된다. ⑤ 마지막으로 저작권 있는 저작물의 공개적인 전시권(the rights to display)을 가진다.8) 17. U.S.C. 제501조.

9) 여러 국가에서도 미국과 유사한 저작권법을 가지고 있으므로 미국 저작권법 하에서 야기되는 저작권 침해문제와 법원이 그 침해문제를 다루는 방법은 다른 재판관할권에 속하는 지역의 법조인인 사업가들에게 매우 유익할 것이다.

10) Paul D. Amrozowicz, 「When Law, Science and Technology Worlds collide: Copyright Issues on the Internet」, Journal of Patent and Trademark Office Society, 1999.

11) Paul D. Amrozowicz, *ibid.*

12) 이영록, “서비스 제공자의 저작권 침해책임”, 「계간저작권」, 1998년 가을호, p.35; 민은주, “정보통신혁명에 따른 저작권관련국제조약의 최근동행과 우리의 과제”, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 1998년, p.153 이하.

13) 우리나라 저작권법의 해석상으로도 저작권 침해에 있어서 침해자의 선의·무과실은 침해의 성립을 방해하지 않는 것으로 여긴다(이성호, “지적재산권에 대한 침해와 침해자의 고의·과실”, 사법논집 제28집, 1997, p.488). 다만, 이 경우에는 서비스 이용자에게 불법행위와 공동불법행위에 대해서는 저작권법상의 복제권, 전송권 및 배포권 등의 침해책임을 물을 수가 있다(정상조, 앞의 책, p.64).

2. 기여침해(Contributory Infringement)

기여침해 책임이란 타인의 저작권 침해를 알면서 이를 유도하거나 실질적으로 방조한 경우에 인정되는 책임을 말한다. 이를 “방조의 책임” 이라고도 한다. 기여침해는 침해행위와의 관계에 기초하여 결정되거나 반드시 직접적인 침해와 관계가 있을 필요는 없고 기여 침해자에 대하여 직접적인 침해와 관련된 서비스나 장비의 제공에 대하여 책임이 제기될 수 있다.¹⁴⁾

미국의 저작권법에서는 직접침해자가 아닌 자가 그 침해의 책임을 질 수 있는 경우에 관하여 따로 규정하고 있지 않기 때문에 기여침해의 법리는 법원의 판례들을 통하여 발전되어 왔다. 원래 기여침해는 특허법상의 성문의 규정에 근거한 법리인데¹⁵⁾ 판례를 통하여 저작권 침해에도 적용되게 되었다.¹⁶⁾ 이에 대하여 우리나라 저작권법 제92조는 “침해로 보는 행위”라 하여 직접침해가 아닌 몇몇 행위를 열거하고 있다.¹⁷⁾¹⁸⁾

14) 임원선 옮김: 미국NII지적소유권작업반, 「초고속통신망과 저작권」, 한울아카데미, 1996, p.102.

15) 35. U.S.C. 제271조 (C) : 그 자체가 특허권 침해가 되지 않지만 의도적이든 의도적이지 않든 간에 타인에 의한 특허권 침해로 유인, 조력하고 기타 그것으로 이끄는 행위로 구성된다. 예를 들면 특허발명의 실시에 필수적이며 후에 특허권 침해에 사용되는 재료 혹은 기계부품을 공급하는 행위나, 특허 받은 기계의 중요부품을 수리 혹은 보완하거나 특허권 침해에 적극적으로 방조하거나 교사한 행위를 말한다.

16) 박익환, “저작물의 온라인전송에 따른 법적 책임 문제”, 「계간 저작권」, 1996년 가을호, p.65.

17) 저작권법 제92조 제1항 제1호는 수입시에 대한민국내에서 만들어졌더라면 저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해로 될 물건을 대한민국내에서 배포할 목적으로 수입하는 행위를 규정하고 제1항 제2호는 저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리를 침해라는 행위에 의하여 만들어진 물건(수입물건을 포함한다)을 그 점을 알고 배포하거나 배포할

따라서 기여침해에 대한 책임이 성립하기 위해서는 첫째, 온라인서비스 제공자가 그와 같은 침해행위를 알았거나 알 수 있어야 하고, 둘째, 온라인서비스 제공자가 다른 사람의 침해행위를 유인 또는 유발하거나 실질적(materially)으로¹⁹⁾ 기여하여야 한다. 즉 기여책임은 침해행위에 대한 인식과 침해행위에의 실질적인 참여가 그 성립요건이라고 할 것이며 이처럼 침해행위에 대한 실질적인 인식을 요구하는 점이 대위침해 책임과 다르다.²⁰⁾

3. 대위침해(Vicarious Infringement)

대위침해 책임이란 두 주체간의 관계에 기초하여 현실적으로 타인의 권리 침해를 감독할 지위와 능력이 있으며, 타인의 행위의 결과로부터 경제적 이익을 취득한 자가 그 타인을 대위 하여 부담하게 되는 책임을 말한다.²¹⁾ 즉 온라인서비스 제공자의 책임이 곧 대위책임이며

목적으로 소지하는 행위를 규정하고 있다. 일본저작권법 제113조도 이와 유사하게 규정하고 있다. 그리고 미국 연방저작권법 제602조(a)항도 저작권 침해품의 수입을 배포권에 대한 침해로서 규정하면서 합중국 정부나 주정부 등이 사용하기 위한 경우와 배포를 위해서가 아니라 사적으로 이용하거나 학문, 교육, 종교 등의 목적으로 수입하는 경우에도 그 적용을 배제하고 있다(The copyright Act of 1976, 17 U.S.A. 602(a)).

- 18) 제92조 제1항 제2호의 규정은 기여책임으로서 온라인서비스 제공자의 행위에 적용될 수 있을 것이다. 정은진, “인터넷상의 법적 문제의 고찰”:
<http://members.iWorld.net/ipkorea/articles/internet/paper59.htm>.
- 19) 문헌에 따라 이를 ‘물리적’으로 번역되는 경우가 있는데 이는 ‘실질적’으로 해석되어야 할 것이다.
- 20) C. Benjamin Salango, “COPYRIGHT INFRINGEMENT IN CYBERSPACE”:
<http://www.wvjolt.wvu.edu/wvjolt/current/issue1/articles/salang/salango.htm>.
- 21) 박익환, 앞의 논문, p.65.

이를 가리켜 “사용자로서의 책임”이라고도 한다.²²⁾

원래 대위책임도 기여책임과 마찬가지로 특허법상 규정된 성문의 법리에서 연유된 것이다. 이처럼 직접 침해자가 아닌 자에 대하여 침해의 책임을 부담시키기 위한 또 다른 법리로서 판례법상 생성·발전되어 온 대위책임의 이론은 우리나라의 민법상 “사용자책임”²³⁾과 유사한 의미이지만 경제적 이익의 취득을 요건으로 하고 있다는 점에서 다르다.²⁴⁾

이러한 대위책임의 이론은 온라인서비스 제공자에게 적용한다면, 온라인서비스 제공자가 저작권침해사실 자체를 몰랐거나 침해사실을 통지 받은 후 침해물의 전송을 제한하기 위한 조치를 취한 경우 이외에는 저작권침해에 대해서 대위책임을 면할 수 없다고 결론지을 수 있

22) 또한 이를 대체책임이나 대리책임이라고 번역하기도 하는데 최근에는 이 같은 역어는 잘 사용되지 않는다(한웅길, “대위책임에 관한 소고”, 동아법학 제23호, 동아대학교 법학연구소, 1996, p.293.

23) 사용자책임이란 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한때 또는 주의를 하여도 손해가 있을 경우는 그러하지 아니한다(민법 제756조).

24) 비교적 최근에 선고된 'Fonovisa, Inc v. Cherry Hill Auction, Inc(76 F.3d 259, 9th Cir.1996)판례에서는 중고품 물물교환시장을 운영하는 자가 불법복제음반 판매자들에게 그 판매장소와 기타 판매에 필요한 편의를 제공한 사례에 있어서 통제할 수 있는 지위에 있었는가와 관련하여 이 경우는 임대인이나 임차인과의 관계와는 다르게 보아야하며 오히려 계약관계를 살펴해보면 위 시장운영자는 사유에 관계없이 판매를 중지시킬 수 있는 권리를 가지고 있었으며 또 위 시장운영자가 그 물물교환시장을 개설하고 고객들을 유지하는 등의 지위에 있었음을 볼 때에 불법음반판매자들에 대한 통제적 지위에 있다고 볼 수 있다고 판단하였다. 또 재정적 이익의 획득과 관련하여서도 시장운영자는 단지 고정된 액수인 장소 제공비만 지급 받은 것이 아니라, 불법복제음반 판매자들의 판매활동을 통하여 이를 구입하기 위한 고객들의 주차장 요금이나 입장료 등 직접적인 재정적 이익을 획득하였다고 판단함으로써 결국 대위침해에 따른 책임을 인정하였다.

을 것이다.²⁵⁾

따라서 대위침해의 책임이 성립하기 위해서는 첫째, 피고가 직접침해자의 행위를 감독할 수 있는 지위와 능력을 가지고 있으면서²⁶⁾²⁷⁾ 둘째, 저작권 침해행위를 통하여 직접적인 경제적 이익을 얻었다는 점²⁸⁾이 입증되어야만 한다.²⁹⁾³⁰⁾

25) 이호정 외, 「세계화시대의 광고와 저작권」, 진한도서, 1998, p.32-33.

26) 가령 전자게시판이나 자료실, FTP디렉토리, 홈페이지 서비스의 공유영역 등에 대해서는 온라인서비스 제공자가 이용자의 저작권 침해행위를 감독할 수 있는 지위와 능력을 가진다고 볼 수 있다.

27) -대위책임을 인정한 판례(M. Witmark & Sons v. Calloway, 22 F. 2d 412(E.D. Tenn 1927)), 이 사례는 극장에 자동연주피아노를 설치한 극장 소유자는 비록 그가 모르는 가운데 그의 종업원이 저작권자의 허락을 받지 않은 악보를 자동피아노에 삽입하여 연주하게 하였더라도, 극장소유자는 그의 종업원의 저작권침해행위를 감독할 수 있는 지위와 능력을 가지고 있으므로 그의 종업원이 행한 직접적 침해행위에 대하여 대위책임을 진다고 판시 하였다.

-대위책임을 부정한 판례(Fromont v. Aeolian Co. , 254 F.592(D.C.N.Y 1918)), 이 사례는 임대계약이 체결됨에 따라서 부동산에 대한 지배를 포함한 점유권이 임차인에게 주어지게 되고, 이와 같이 지배권이 넘어가게 되는 임대차계약 체결 시에는 부동산 소유자가 저작권침해 사실을 알 수 없기 때문에 임차인이 임대인 소유의 건물에서 저작권침해행위를 하였다고 하더라도 대위책임을 지지 않는다고 판시 하였다(이호정 외, 앞의 책, p.31).

28) 이에 관련된 사례로서 댄스홀의 소유자가 오케스트라와 연주계약을 체결하여 그 홀에서 연주하도록 한 경우 그 오케스트라가 저작권자의 허락을 받지 않은 곡을 무단연주 하였다면 비록 그 댄스홀의 소유자와 오케스트라는 독립된 계약자이지만 그가 자신의 경제적 이익을 위하여 오케스트라를 고용하였고 저작권이 침해되었으며 그로 인해 경제적인 이익을 얻었다면 대위책임을 지게 된다는 판례 등이 있다(Dreamland Ball Room v. Shapiro, Bernstein & Co. , 36F. 2d 354(7th Cir. 1929).

29) 종량제 이든 정액제 이든 간에 유료서비스를 제공하는 경우에는 침해행위로부터 경제적 이익을 가진다고 할 것이다. 다만 미국의 판례는 유즈넷 뉴스서버의 역할을 하는 경우에는 직접적인 경제적 이익이 없다고 판결한 바 있다(Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communications Services, Inc. & Deniss Erlich 사건).

그러므로 대위침해에 따른 미국 판례에서는 선의의 온라인서비스 제공자는 그 책임을 면책시켜주면서 다른 한편으로는 온라인서비스 제공자가 저작권 침해사실을 알게 되면 침해물의 전송을 차단하도록 의무를 부담하게 하여 공정적이고 효율적으로 온라인서비스 제공자 책임문제를 운용하고 있다.³¹⁾

Ⅲ. 온라인서비스 제공자의 법적 책임

온라인서비스 제공자의 저작권 침해에 따른 법적 책임에 대한 본질적인 문제는 사이버공간의 특성상 저작권자의 권리보호와 자유로운 정보유통이라는 두 가지 가치를 어떻게 효율적으로 보호할 수 있는가에 논점이 모아진다. 이에 대하여 미국을 비롯한 독일, 일본 및 우리나라의 관련 입법과 판례를 중심으로 온라인서비스 제공자의 저작권 침해에 따른 책임론에 관하여 이를 분석·검토하기로 한다.

1. 미국의 경우

미국의 법원에서는 원래 저작권 침해에 대하여는 여러 가지 법리를

30) 대위책임을 인정한 최초의 판결은 샤피로(Shapiro)사건(Dreamland Ball Room v. Shapiro, Bernstein & Co. , 36.F. 2d 354(7th Cir. 1929))이다. 일명 '댄스 홀' 사건이라고도 한다. 이 사건에서 법원은 댄스홀의 소유자가 오케스트라와 연주계약을 체결하여 그 홀에서 연주하도록 한 경우 그 오케스트라가 저작권자의 허락을 받지 않은 곡을 무단연주 하였다면 비록 그 댄스홀의 소유자와 오케스트라는 독립된 계약자이지만 그가 자신의 이익을 위하여 오케스트라를 고용하였고, 저작권이 침해되었으며, 그로 인하여 경제적인 이익을 얻었다면 대위책임을 진다고 판시하였다.

31) 이호정 외, p.33.

적용하여 온라인서비스 제공자의 공동책임여부에 관하여 판단하여 왔다. 특히 1998년 10월 28일에 제정된 DMCA의 제2편에서 온라인서비스 제공자의 책임문제를 다루고 있는데³²⁾ 이 입법이 미국의 저작권침

32) 미국은 1998년 10월 28일, 디지털 밀레니엄 저작권법(Digital Millennium Copyright Act: DMCA)에 대한 대통령의 서명이 이루어짐에 따라 새롭게 개정된 저작권법이 시행되게 되었는데, 총 5편의 구성 중 제2편에서 온라인상의 저작권 침해에 대한 온라인서비스 제공자의 책임제한에 대하여 다루고 있다. 특히 제202조에서는 저작권 침해에 대한 책임제한, 제203조 효력발생일 등으로 구성되어 있고, 이중 제202조는 미국저작권법 제512조에 편입되었다. 따라서

이 중 본론에 해당하는 부분은 제202조인바, 그 내용을 간단히 요약하면 다음과 같다(Jonathan Band, 『The Digital Millennium Copyright Act』, (http://www.ari.net/dfc참조; Shelley M. Liberto, 『New Law Limits ISP Liability for Copyright Infringement』, Orange County Lawyer, 1999).

(제2편 온라인서비스 제공자의 책임제한)

- 개관

제202조는 온라인서비스 제공자가 면책될 수 있는 요건과 범위를 규정하고 있다. 면책요건은 모든 경우에 통용되는 일반적 요건과 각 경우에 특수한 개별적 요건으로 나누어지며, 면책범위는 온라인서비스 제공자가 어떠한 청구로부터 면책되는지를 다루고 있다. 특이한 점은 서비스제공자 측으로 하여금 저작권 침해통보를 수령하고 조치를 위한 지정대리인을 선임하게 하고 이와 관련된 조항들을 두고 있으며, 비영리적 교육기관의 책임을 제한하는 규정을 두고 있다는 점이다.

-일반적 면책요건(General Conditions for Eligibility)

제202조의 책임제한은 아래의 일반적인 면책요건들을 준수하는 경우에 한하여 적용된다. 환언하여 온라인서비스 제공자는 면책을 위해 다음과 같은 조치들을 취하여야 한다.

- 종료정책(Termination Policy): 반복적인 저작권 침해행위를 하는 가입자들과 계정자들(이하 합쳐서 이용자)에 대한 서비스제공을 종료하는 정책을 시행하고 이를 이용자들에게 통보하여야 한다.
- 기술조치의 수용(Accommodation of Technical Measures): 'OSP'들은 저작물을 식별, 보호하는 목적으로 저작권자에 의하여 사용되는 표준 기술조치를 수용하고 이에 간섭하지 않아야 한다.

한편, 디지털 밀레니엄 저작권법은 온라인서비스 제공자가 적극적으로 자신의 서비스를 모니터링 하거나 침해행위의 인지, 활동하는 것은 일반적 면책요건에 해당되지 않고, 나아가 그와 같은 모니터링과 삭제 행위가 법률에 의해 금지되어 있는 경우에는 더욱 그러한 조치에 의하면서까지 저작권 침해를 방지할 의무가 없음을 명문화하고 있다. 따라서 모니터링 등 저작권 침해방지를 위한 적극적인 활동은 면책요건이 아니므로 이와 같은 활동은 하지 않는 온라인서비스 제공자는 일반적 면책요건과 개별적 면책요건을 충족하면 면책될 수 있다.

- 개별적 면책요건(Safe Harbors)

일반적 면책요건 이외에 각각의 침해유형별로 개별적 면책요건을 규정하고 있다. 결국 면책 여부를 따지기 위해서는 우선 일반적 면책요건을 충족하는가를 검토한 후, 사안에 따라 각 해당 유형별로 개별적 면책요건을 충족하는가를 검토하는 순서의 작업이 이루어져야 할 것이다.

우선 침해행위의 유형을 모두 네 가지로 분류한 후, 각 유형에 상응하는 개별적인 면책요건을 설명하고 있다. 이를 간단히 설명하면 첫째, 이용자의 지시에 의해 시스템 등에 저장된 정보에 의한 침해행위(이용자들이 온라인서비스 제공자로부터 할당받은 저장공간을 이용하여 개설한 웹사이트나 홈페이지에서 이용자들이 스스로 제공, 저장하는 정보에 의한 저작권 침해의 경우)에 있어서는 온라인서비스 제공자에게 침해행위의 존재와 성립 여부에 대한 인식이 없거나, 인식하였다더라도 신속하게 내용물의 제거, 접근금지 등의 조치를 위한 경우, 또 온라인서비스 제공자가 내용물에 대한 통제의 권리 및 능력을 가지고 있는 경우라고 하더라도 침해행위로 인하여 경제적 이익을 받지 않는 경우에는 면책된다, 둘째, 정보경로도구(Information Locating Tools)에 의한 침해행위(디렉토리, 인덱스, 레퍼런스, 포인터, 하이퍼텍스트 링크 등 정보경로도구를 통한 침해행위가 이루어진 경우)도 첫 번째의 경우와 그 면책요건이 동일하다, 셋째, 시스템 캐시(System Caching: 캐시(Cashe)란, 아주 짧은 시간 후에 다시 사용되어질 데이터를 위해 사용되는 메인 메모리 내의 임시 저장영역을 말한다. 'OPS'는 이용자가 요청한 인기 있는 인터넷상 자료를 캐시 메모리 내에 임시로 복제, 저장한 후 다른 이용자들이 요청할 때에 이를 손쉽게 효율적으로 전달해 줄 수 있다)에 의한 침해행위(온라인서비스 제공자가 아닌 제3자에 의하여 제공되어 서버시스템의 캐시메모리에 일시적으로 저장되어 있다가 이를 요청하는 다른 제3자에게 송신되는 자료로 인한 침해행위의 경우)는, 캐시 메모리에의 저장이 이후 그 자료를 요청할 다른 이용자를 위하여 자동적인 기술절차에 의하여 이루어졌고, 온라인서비스 제공자가 그 자료에 아무런 수정도 가하지 않고 요청에 따른 전달기능만 수행하였고, 당해 자료에 대한 저작권 침해주장의 고지가 있는 경우 이 법에

해에 따른 중요한 법적 책임의 판단기준이 되고 있다. 이하에서는 온

따른 적절한 조치를 취하였을 경우에는 면책된다, 넷째, 자료의 전송이나 라우팅(라우터(router)는 둘이나 그 이상의 네트워크를 연결하여 한 통신망에서 다른 통신망으로 통신할 수 있도록 도와주는 하드웨어와 소프트웨어 장치로 패킷을 전송하는 일을 전담하는 컴퓨터를 말한다. 이와 같이 패킷의 주소정보를 읽어 데이터를 목적지로 분류하는 기능을 라우팅이라고 한다. 패킷은 데이터 자체뿐만 아니라 발신지, 목적지 등을 덧붙인 형태의 데이터 묶음의 단위로서 네트워크상에서 데이터는 항상 패킷의 형태로 송수신된다. 결국 통신망상에서 자료의 송신은 라우팅을 통한 목적지의 선정이나 실제 송신행위로 구분되어 일어나는 셈이다)침해행위(인터넷 메일 전송의 경우)에 있어서는 자료전송이나 수신자의 선정이 온라인서비스 제공자이외의 자가 개입되지 않은 가운데 자동기술절차에 의하여 이루어질 것, 온라인서비스 제공자가 당해 자료의 내용을 수정하거나 자료전송 과정에서 필연적으로 일어나는 순간적인 저장을 넘어서서, 자료수신자로 지정된 이외의 일반 이용자들도 접근할 수 있도록 이를 저장하지 않을 것이라는 요건을 충족할 때에 면책된다.

- 면책범위(Extent of Exemptions from Liability)

온라인서비스 제공자들이 위와 같은 일반적, 개별적 면책요건을 충족하였을 때에 다음과 같은 책임으로부터 면제된다.

○ 금전청구에 대한 면책(Monetary Relief): 여기에는 '손해, 법정이나 변호사 비용, 기타 금전적 지급형태'가 모두 포함된다.

○ 일정한 범위의 금지처분으로부터의 면책(Relief from Injunctions): 디지털 밀레니엄 저작권법에서는 온라인서비스 제공자들이 면책요건을 충족한 경우에 법원이 발할 수 있는 금지명령의 유형을 열거함으로써 역으로 그 이외의 금지명령으로부터는 온라인서비스 제공자들을 보호하고 있다.

- 통보와 제거 조항(Notice and Take-Down Provisions)

온라인서비스 제공자는 저작권 침해사실의 고지를 수령할 수 있는 지정대리인을 선정하여 온라인상에 공개하고 저작권청장에게 통지해야 한다. 저작권자가 저작권 침해사실을 고지할 때에는 위 지정대리인에게 서면으로 구체적 내용을 기재하고, 고지를 받은 온라인서비스 제공자는 당해 자료의 제거나 접근금지 등의 조치를 통해 면책요건을 충족시켜야 한다. 이외에도 저작권 침해 사실 통지가 허위인 경우 그 통지자에게 이로 인한 손해에 대한 책임을 부담시키고 있으며, 저작권자가 침해자의 특정하는데 필요한 정보를 온라인서비스 제공자로부터 얻을 수 있도록 영장(Subpoenas)을 발부 받는 절차에 대하여 규정하고 있다.

라인서비스 제공자의 책임문제에 관련된 사례를 판례 중심으로 살펴 보기로 한다.

① 온라인서비스 제공자의 책임을 인정한 판례³³⁾

i) Playboy Enterprises v. Frena 사건³⁴⁾

여기서 'Frena'는 사실게시판 운영자이며 'Playboy Enterprises'는 모델들의 사진을 게재하는 유명한 Playboy잡지의 발간사이다. 'Frena'는 회원 입회비를 받고 자사 특정제품을 구입한 자에 대하여 전자게시판의 이용권 게시판에 게재된 자료를 다운로드 할 수 있는 권한을 부여하였다. 그런데 'Frena'가 운영하는 전자게시판에는 가입회원이 업로드한 것으로 보이는 Playboy지 모델들의 사진저작물 약 170장이

33) 여기에서는 온라인서비스 제공자가 현실적인 침해행위를 직접 행하지 않은 경우에 그 책임이 문제된 경우에 대한 판례들만 소개하도록 한다. 예컨대 Marobie-FL v. Nat'l Assn.of Fire Equip.Dist(983F.Supp.1167, 1171 N.D.III.1997.) 판례에서는 'NAFED'가 자신의 웹 페이지에 'Marobie' 측의 저작물인 클럽아트(일종의 그림파일)를 임의로 업로드하여 웹페이지 방문자들로 하여금 다운로드받아 갈 수 있게 한 경우 직접적인 침해책임을 인정하고 있는 사례이다.

34) 839F. Supp. 1552(M.D.Fla.1993).

'Playboy'사와 관련되어 'Playboy Enterprises Inc. v. Russ Hardenburgh, Inc. 982 F. Supp.503(N.D.Dhio 1997)'판례가 있다. 이 판례 역시 Playboy지의 사진들을 자신들이 운영하는 'BBS'에 게시한 피고들의 직접침해책임을 인정하였다. 다만 이 판례에 있어서 법원은 저작권을 침해할 수 있도록 전자게시판을 제공하는 것만으로도 직접침해가 성립된다는 'Frena'판례의 입장은 채택하기 않으면서도, 이 사건에 있어서는 피고들이 'Frena'사건과는 달리 가입자들로 하여금 성인용 사진들을 게재할 수 있도록 권유하는 한편 직원들로 하여금 업로드되는 사진들을 스크린 하도록 하였으므로 잠정적으로나마 그 사진들이 Playboy지의 사진들임을 알았을 것이라는 판단 하에 피고들이 저작권 침해에 그러한 범위 내에서 직접적으로 참여하였다고 결론을 내렸다. 한편 이 사건에 있어서 법원은 직접침해 이외에도 기여 침해가 성립한다고 판시하였다.

디지털 형태로 게재되어 있었는데 많은 회원들이 이를 다운로드 하였다. 이에 대하여 'Playboy'측이 자신들의 사진저작물에 대한 저작권이 침해되었음을 이유로 소송을 제기한 사건이다. 이에 대해 'Frena'는 자신이 직접 사진저작물을 전자게시판에 게재한 것이 아니며, 저작물 침해사실을 알지 못했고, 침해사실이 알려진 이후에는 이를 통지하고자 하는 노력을 하였다고 항변하였으나, 법원에서는 이와 같은 항변은 받아들여지지 않았다. 법원에서는 'Frena'의 저작권의 직접침해 여부에 대하여 판단요건으로서, 두 가지 요건, 즉 유효한 저작권이 존재하였고, 이에 대하여 침해행위가 직접적으로 이루어 졌다는 결론을 내렸다. 아울러 법원에서는 'Frena'의 항변에 대하여 게시판 운영자가 저작권 침해사실을 몰랐다고 하는 것은 문제가 되지 않으며 저작권 침해를 결정하는 데에 있어서 침해의 의사는 요구되지 않는다고 판단하여 'Frena'가 저작권을 직접 침해하였다고 판결하였다.³⁵⁾ 또한 법원은 직접침해 이외에도 기여침해책임도 성립된다고도 판시 하였다.

ii) Sega Enterprises v. Maphia 사건³⁶⁾

35) 상술 한 'Playboy Enterprises Inc. v. Russ Hardenburgh, Inc.' 판례나 뒤에 소개할 판례들에 비추어 볼 때, 만약 'Frena'가 아닌 타인(예컨대 BBS의 가입자)이 무단으로 사진들을 업로드한 것이라면 'Frena'가 이를 무의식중에 전자게시판을 통하여 결과적으로 다른 가입자들에게 다운로드 하거나 현시할 수 있도록 제공하였다고 하여 그러한 행위를 저작권의 직접적인 침해행위라고 볼 수 있는지는 의문이다. 오히려 업로드한 사람의 행위 자체를 직접적 침해행위로 보고, 전자게시판 운영자인 'Frena'에 대해서는 간접적 침해, 즉 기여침해나 대위침해에 적용된다고 보는 것이 타당할 것이라고 본다.

36) 857 F. Supp. 697(N.D.Cal 1994).

'Sega'사 이외에도 'Sega Enterprises LTD v. Sabella. 1996 지 780560(N. D. Cal. Dec. 18. 1996)'판례의 당사자가 된 바 있는데, 그 사실관계와 결론이 'Maphia'사건과 거의 동일하므로 자세한 내용의 소개는 생략하도록

여기서 ‘Sega Enterprises’는 비디오게임 개발·판매업자이며 ‘Maphia’사는 사건 당시 약 400여 명의 가입자를 가진 사설게시판 운영자였다.

‘Maphia’사는 이용자들에게 의하여 ‘Sega’사의 비디오게임이 게시판에 업로드 되고 다운로드 되었다는 점을 인식하였으면서도 이를 허용하고, 비디오게임에 필요한 자사 생산의 하드웨어를 구입하거나 특정 요금을 지불한 회원에 대해서는 이를 다운로드 할 수 있는 기회를 부여하였다. ‘Sega’사는 자신의 프로그램 저작권이 침해되었음은 이유로 ‘Maphia’사를 상대로 예비적 금지명령(preliminary injunction)을 청구하였으며, 이에 대하여 법원은 ‘Maphia’사와 게시판 시스템 관리자(개인)에 대하여 비록 직접 저작권을 침해한 것은 아니지만 이에 대한 인식이 있었고 이를 유인, 원인을 제공하였고 또 실질적인 기여를 하였다는 이유로 기여책임이 있다고 판시 하면서 이를 받아들였다.

② 온라인서비스 제공자의 책임을 부정한 판례

i) Cubby, Inc. v. Compuserve Inc. 사건³⁷⁾

“컴퓨터”상에서 뉴스 서비스를 제공하는 외부업체가 관리하는 전자게시판에 라이벌업체인 ‘Cubby’사의 명예를 훼손하는 내용의 기사가 올라오자 ‘Cubby’사가 당해업체와 컴퓨터를 상대로 소송을 제기한 사건이다. 법원은 “컴퓨터는 배포자로서 위법한 정보의 존재를 알거나, 알 수 있는 경우가 아니면 책임을 지지 않는다”고 하여 외부업체의 뉴스 서비스 내용을 통제할 수 있는 검열삭제권(편집권)이 없

한다.

37) 90 Civ. 6571, (S.D.N.Y. 1991. 10. 29).

는 온라인서비스 제공자를 서점 혹은 도서관과 같은 배포자로 인정하여 저작권침해 책임을 부정하였다. 또한 단순히 통신사업자와 같은 공중전달자(Common Carrier)에 대해서는 내용에 관여할 수 없기 때문에 책임을 지지 않지만 그 내용에 대해서는 비밀을 지켜야 할 의무가 있다고 판시 하였다.³⁸⁾

ii) Religious Technology Center v. Netcom Online

Communication Services. Inc. 사건³⁹⁾

이 사건은 'Erlich'라는 개인⁴⁰⁾이 'RTC'⁴¹⁾에 대한 비판을 할 목적으로 교회의 창시자인 'L.Ron Hubbard'의 저작물로 되어 있는 종교의 기밀문서들을 자신이 가입해 있던 사실 전자게시판⁴²⁾에 무단으로 게재하고 이를 인터넷과 연결시켜 주는 'Netcom'이라는 인터넷 서비스를 통해 관련 유즈넷 뉴스그룹에 게재하여 문제가 된 사건이다.⁴³⁾ 'RTC'는 'Netcom'사에 대하여 예비적 금지명령(preliminary Injunction)을 청구하였으나, 법원은 예비적 금지명령으로서의 요건인 승소 가능성과 회복 불가능한 손해발생 중 어디에도 해당되지 않는다는 이유로 이를 기각하였다.

이에 대하여 법원은 첫째, 'Netcom'사는 단지 인터넷상의 유즈넷 뉴

38) 김동근, “가상공간에서의 표현의 자유와 온라인서비스 제공자의 책임”, 기업법연구 제7집, 한국기업법학회, 2001.4, p.171.

39) 907 F. Supp.1361 (N. D. Cal.1995).

40) 'Dennis Erlich'는 Church of Scientology'의 전직 목사였으나, 후에 자신의 교파에 대한 맹렬한 비판자로 변신하였다.

41) 'Religious Technology Center'의 약칭으로 'Church of Scientology'로도 불리며 기독교 교파의 하나이다.

42) 'Tom Klemesrud'가 운영하는 사실 'BBS'였다.

43) David Loundy, 「Internet Case Shows Copyright Act Needs Revision.」, Chicago Daily Law Bulletin, 1995, p. 6.

스서버로의 연결만 매개하였을 뿐이므로 저작권 침해에 대한 직접 책임은 없다고 판시하였고, 둘째로 'Netcom'사가 위 개인의 업로드를 통제할 수 없었고 아울러 침해행위로 인하여 어떠한 경제적 이익을 얻는 것도 아니었으므로 대위책임도 없다고 판단하였다.⁴⁴⁾

따라서 상술한 사례들의 법원의 판결을 요약해 보면, 판례는 사안에 따라 온라인서비스 제공자의 책임을 인정하기도 하고 부정하기도 하고 있어 일관성이 없어 보일 수 있으나 각 사안의 사실관계는 상이하다는 점을 간과하여서는 안 될 것이다. 결국 각 사례에 있어서 법원은 당해 온라인서비스 제공자와 저작권 침해행위 및 침해자 사이의 상관관계를 분석한 후, 그 사실관계에 직접책임 · 기여책임 · 대위책임의 법리를 각각 적용하여 그 요건을 충족시키는가의 여부를 판단한 후 판결의 기준으로 삼고 있다. 하지만 문제의 중대성이나 잠재적 증폭성에 대해서는 그 책임의 요건이나 기준이 불명료한 것은 사실이어서 이 부분에 대한 명확한 입법적 기준이 필요하다는 공감대가 요구되고 있다.

③ 온라인서비스 제공자가 비영리 교육기관이 일 때 책임문제

고등공교육기관이나 기타 비영리 교육기관이 온라인서비스 제공자 일 때, 그 기관의 피고용인인 교수요원이나 대학원생은 학문의 자유를 핵심으로 하는 교육기관의 특성상 기타 온라인서비스 제공자와 같은 상하의 고용관계로 보기에 어려우므로 일정한 경우에 있어서는 그

44) 한편 기여책임의 여부에 대해서는 일반론으로서는 성립할 여지도 있다고 판단하면서도 결론적으로는 이 사건에 있어서 'Netcom'사가 저작권 침해 사실을 고지 받았을 때는 이미 대부분의 불법저작물 게재가 완성되었을 시점이었으므로 단순히 인터넷 뉴스그룹에 접속을 매개하여 준 것만으로는 본질적인 기여침해가 있었다고 보기 힘들다는 결론을 내렸다

교수요원이나 대학원생의 저작권 침해행위는 기관의 온라인서비스 제공자의 책임으로 귀속되지 않는 것으로 규정하고 있다.⁴⁵⁾

2. 독일의 경우

독일은 새로운 정보통신환경에 대비하여 온라인서비스 제공자의 책임문제에 관련된 입법인 1996년 12월 11일 “연방정보통신사업법(Informations und Kommunikationsdienste Gesetz: IuKDG)” 초안을 발표하였고, 이듬해인 1997년 7월 13일에 공포하여 같은 해 8월 1일에 시행에 들어갔다.⁴⁶⁾ 특히 이 법은 독일의 전자정보통신사업이 발전할 수 있는 새로운 규범적인 토대를 연방 차원에서 창출하기 위한 목적에서 제정된 것이다.⁴⁷⁾

이 법은 총11장⁴⁸⁾으로 이루어져 있고 여러 영역에 대한 내용들을 포괄하는 기본법(Mantelgesetz나 Rahmengesetz)의 형태이다. 각각의 장은 기본법에 대한 일종의 하위법의 형태로 나누어져 각 영역에 대

45) 정상조, 앞의 책, pp.81-82.

46) 독일 연방정보통신사업법의 전문은 ‘<http://www.iid.de/rahmen/iukdg.html>’에서 볼 수 있다.

47) 이 법의 주된 내용으로서 첫째, 서비스 제공자가 그 제공정보의 내용으로 인한 책임에 대한 한계, 둘째, 정보통신사업에 있어서 정보유통에 대한 자기통제원칙의 확립, 셋째, 정보통신사업의 남용이나 악용에 대한 대처, 넷째, 디지털 서명에 대한 법적 근거 마련, 다섯째, 데이터뱅크(자료은행)에 대한 법적인 보호 등을 담고 있다 (Georg M. Brohl, Rechtliche Rahmenbedingungen für neue Informations- und Kommunikations-dienste, CR 2, 1997).

48) 제1장(통신사업법), 제2장(통신사업데이터보호법), 제3장(전자서명법), 제4장(형법에 대한수정), 제5장(행정위반법에 대한 수정), 제6장(청소년유해출판물배포에 관한법에 대한수정), 제7장(저작권법에 대한수정), 제8장(가격고시법에 대한수정), 제9장(가격고시조례에 대한수정), 제10장(가격고시의 체계) 제11장(시행일)으로 이루어졌다. 그 중 제1장부터 제3장까지가 핵심 내용으로 되어 있다.

한 조항들을 두고 있다. 그 중에서 제1장 통신사업법(Telemediengesetz)에서는 전자통신 서비스의 내용물(content) 공급업자인 온라인서비스 제공자의 책임에 대하여 직접적으로 다루고 있다. 즉, 제1장 제5조는 온라인서비스 제공자의 책임을 다루고 있으므로 통신사업법에서 가장 중요한 부분이라고 할 수 있다.⁴⁹⁾

이러한 독일의 온라인서비스 제공자의 책임제한 조항은 온라인서비스 제공자 스스로 제공한 내용물, 즉 'Eigene Inhalte'와 제3자가 제공한 내용물, 즉 'Fremde Inhalte'를 구분한 다음 그 유형에 따라 책임요건을 다르게 규정한 것도 특징이라고 할 수 있다.

온라인서비스 제공자의 책임문제와 관련된 독일의 최초 판례는 1998년 5월 28일 뮌헨 지방법원에서 나왔다.⁵⁰⁾ 이 사건은 컴퓨서브 독일지사에서 중개하는 인터넷 뉴스에 어린이 포르노(Child Pornography)가 게재된 것에 대하여 법원은 컴퓨서브 독일지사 사장이었던 'Felix Somm'이 음란물과 불법 정보유통 방조죄로 법원은 'Somm'에게 징역 2년 집행유예 2년을 선고하였다.

49) 1항.서비스 제공자는 그들이 이용 가능하게 스스로 제공한 내용물에 관하여 일반법을 따라 책임을 진다.

2항.서비스 제공자는 그들이 이용 가능하게 한 제3자 제공의 내용물에 대하여는 그와 같은 내용물을 인식하고, 또 그와 같은 내용물에 대한 이용을 기술적으로 차단할 수 있으며 그와 같은 조치를 합리적으로 기대할 수 있는 경우에 한하여 책임을 진다.

3항.서비스 제공자는 단순히 이용을 가능하게 한 접속매개 사실만으로는 제3자의 내용물에 대하여는 책임을 지지 않는다. 이용자의 요청에 따른 제3자의 내용물의 자동적이며 일시적인 저장은 접속매개로 간주된다.

4항.서비스 제공자가 연방통신법(Telekommunikationsgesetz) 제85조의 통신비밀보호규정에 따라 그와 같은 내용물을 인지하고, 그 내용물을 차단하는 것이 기술적으로 가능하며 또 합리적으로 기대할 수 있는 경우에는 불법적인 내용물의 이용을 차단하기 위한 일반법에 따른 의무를 부담한다.

50) Microsoft, Law & Affairs, Summary of Global Internet Legal Development, 1998, p. 105; 안동근, 인터넷 정보내용규제, 1998, p.103.

이 판례는 저작권 침해와 직접적으로 관련된 것은 아니지만, 온라인 서비스 제공자의 법적 책임을 최초로 다룬 판례라는 점에서 그 의미를 찾을 수 있다. 그러나 이 판결은 위 포르노그래피를 사전에 여과(filter)할 수 있다는 점을 전제로 한 것이었지만 심지어는 검찰에서조차도 기술적으로 컴퓨서브의 운영자가 포르노그래피를 사전에 차단하는 것은 불가능하다고 인정하고 있었기 때문에 이 판결은 이후 법률가들 사이에 많은 논란된 사건 이었다.

독일과 미국의 법제를 비교하여 볼 때 독일의 법조항이 다소 추상적이고 일반적이라는 느낌을 가질 수 있다. 하지만 제3자가 제공한 내용물에 대한 자동적이며 일시적인 저장에 대하여 면책이 되고, 침해행위에 대한 차단 가능성이 기술적, 합리적으로 기대하기 어려운 경우에 면책이 된다는 구조는 그 구체성의 차이에도 불구하고 미국의 입법과 기본적으로 동일한 입장에서 서 있는 것으로 보여진다. 또 미국의 지정대리인(Designated Agent)제도와 유사하게 요청이 있을 경우 온라인 서비스 제공자 스스로나 또 그 대표자(대리인)의 명칭, 주소를 제공할 의무를 명시한 것(제1장 제6조)역시 비슷한 입법이라고 보여진다.

3. 일본의 경우

일본에서 온라인서비스 제공자의 책임을 인정한 판례로서 NIFTY-Serve사건⁵¹⁾이 있다. 동 사건에 대한 판결은 PC통신망사업자와 통신망의 토론방 등을 운영하는 운영자인 Sysop⁵²⁾이 PC통신상의

51) 東京地裁 平成 9년5월26일 판결(SLN No.72 1997.8.6); 프로그램심의조정위원회에 대한 평석(<http://www.cpf.or.kr>)참조; 판례시보 1610호 22항 이하.

명예훼손에 대하여 어떠한 책임을 지는가의 문제를 다룬 중요한 판결이다.⁵³⁾ 이 판결에서는 다음과 같은 중요한 의미를 제시하고 있다. 첫째, PC통신에서의 발언도 명예훼손이 성립한다는 최초의 판결이고 이후 일본뿐만 아니라 다른 국가에도 미칠 영향이 크다는 점이다. 둘째, Sysop이 명예훼손의 발언을 “알았던 경우”에로 주의의무를 한정하여⁵⁴⁾ Sysop에게 상시감시의무는 없다는 것을 밝힌 점이다. 셋째, 통신회사와 Sysop 사이에 실질적인 지휘감독관계⁵⁵⁾ 위치에 있다고 밝힌 점에서⁵⁶⁾ 앞으로 온라인서비스 제공자들의 자율적 규제를 강화시킬 우려가 있다.⁵⁷⁾

또한 최근에 저작권 침해에 따른 법원으로부터 형사처분을 받은 사례가 있는데⁵⁸⁾ 이에 대한 사실관계를 보면, 파일교환 소프트웨어를 사

52) 시삽(SYSOP)은 시스템 운영자(System Operator)의 줄임 말로서 새로운 사용자의 가입이나 등급조정, 영역조정 등의 'BBS'나 온라인 포럼서비스를 책임지고 관리하는 사람을 뜻한다. 시삽은 통신회사의 직원일 수도 있고, 이용자 중에서 선임되어 이를 담당할 수도 있다.

53) 프로그램심의조정위원회, 앞의 책; 윤영철, “사이버공간에서의 표현의 자유와 명예훼손”, 「언론중재」, 1997년 겨울호, p.10.

54) 법원은 시삽이 업로드 되는 발언들을 상시 감시할 작위의무를 지우는 것은 타당하지 않고 다만 명예훼손 발언이 기재된 것을 구체적으로 알았다고 인정되는 경우에 한하여 필요한 조치를 취할 조리상의 작위의무가 인정된다고 판시 하였다.

55) 니프티와 시삽간에 체결된 포럼운영계약을 보면, 첫째, 시삽은 니프티가 정하는 규약, 매뉴얼을 지켜야 할 뿐 아니라 니프티의 지시에 따라야 하며, 둘째, 시삽이 포럼운영계약에 위반할 때에는 니프티는 포럼운영계약을 최고 없이 해지 할 수 있고, 셋째, 시삽이 선임한 운영협력자에 대하여 니프티가 부적절하다고 판단하면 해임할 수 있다고 되어 있는 점을 볼 때 니프티와 시삽간에는 실질적인 지휘감독관계가 인정된다고 판시하였다.

56) 피고 니프티의 안전배려의무 위반을 내용으로 하는 채무불이행 책임과 피고 시삽에 대한 사죄광고를 구하는 청구는 받아들이지 않았다.

57) 윤영철, 앞의 논문, pp.10-11.

58) 전자신문, 2002년3월26일자.

용하여 무단으로 사무용 소프트웨어를 불특정 인터넷 사용자에게 송신 가능한 상태로 두어 저작권을 침해한 사례이고, 또한 시판음악 CD로부터 작성한 MP3 형식의 음악파일도 송신 가능한 상태로 두어 JASRAC(일본음악저작권협회) 및 레코드회사로부터 저작권 및 저작인접권 침해로 형사 고소된 사례인데, 이에 대한 법원의 판단은 저작권 침해(공중송신권침해)로 피고인(2명 중 전문학교생20세)에 대해 교토간이재판소가 벌금40만엔의 약식명령을 내린(2001. 11. 28) 사건 이었다.

요컨대, 일본의 경우 온라인서비스 제공자에 대한 책임 유무를 논하기 위해서 온라인서비스 제공자에게 명예훼손 적인 발언을 삭제할 수 있는 권리나 의무가 있는가에 관하여 살펴보아야 하고, 실제로 그와 같은 발언을 제지, 삭제할 수 있는 가능성이 있는가의 점에 대해서도 검토해 보아야 하고 이어, 온라인서비스 제공자의 법적 지위나 직접 침해자와 온라인서비스 제공자간의 계약관계, 그 발언 내용에 대한 인식 가능성, 명예훼손적 발언의 현시성 여부 등의 요소들을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이라고 해석하고 있다.⁵⁹⁾

따라서, 저작권 침해행위에 대한 온라인서비스 제공자의 책임 문제에 대해서도 위와 같은 온라인상이 명예훼손에 따른 책임과 기본적으로 유사한 틀로 설명하고 있다. 즉 온라인서비스 제공자의 책임이 인정되기 위해서는 우선 작위의무가 인정되어야 하는 바, 법령상 직접적으로 온라인서비스 제공자의 작위의무를 인정하는 조항은 없고 오히려 일본 전기통신사업법 제6조 제3항에서는 정보통신내용물에 대한 정보통신업자의 검열금지 의무를 규정하고 있는 관계로 법적인 근거로

59) 加藤新太郎, 「パソコン通信における名誉毀損」, 判例タイムズ 965호, 1998, p.68.

부터 주의의무를 도출하기는 어려우나, 온라인서비스 제공자가 사실상 모니터링이나 불법저작물의 삭제가 가능한 유일한 주체인 점, 아울러 당해 통신망상의 정보유통을 통하여 어느 정도의 경제적 이익을 향유하고 있는 점등에 비추어 볼 때에 적어도 조리상의 작위의무는 인정 가능하다고 설명하고 있다.⁶⁰⁾ 다음으로, 작위의무가 있다고 하더라도 과실이 또 다른 요건으로서 인정되어야 하고, 그 유무를 따지기 위해서는 예견 가능성과 회피 가능성이 문제되는데, 이는 침해되는 대상인 저작물이 유명한 저작물 등처럼 일견하여 타인의 저작물임을 명백히 알 수 있는 경우인가, 그렇지 않으면 보통 사람들로서는 저작권 침해의 대상으로서의 저작물인지 여부가 불명확한 경우인가의 요소, 저작권을 침해당한 자가 온라인서비스 제공자에게 그 침해 사실을 고지하였는가의 요소, 직접침해자가 이전에도 유사한 침해행위로 인하여 문제를 일으킨 전력이 있는 사람인가의 요소, 회원규약 등에 의거하여 임의로 게시물을 삭제할 수 있는 권한이 온라인서비스 제공자에게 주어져 있는가의 요소 등을 참작하여 예견 가능성과 회피 가능성의 문제를 판단해야 한다고 하고 있다.⁶¹⁾

4. 우리나라의 경우

우리나라는 2001년 문화관광부 저작권법 개정안의 제22조2(온라인서비스제공자 정의), 제5장의2(온라인서비스제공자의 책임제한)에서 온라인서비스 제공자 책임문제에 대하여 규정하고 있다. 이밖에 컴퓨터프로그램보호법(2002프로그램심의조정위원회개정안), 온라인디지털콘

60) 山口勝之, 「サービス・プロバイダの 法的 責任」, NBL 641호, 1998, p.40.

61) 山口勝之, 위의 글, p. 43: 정상조, 앞의 책, pp.88-89 재인용.

턴츠산업발전법공청회안(2001. 11. 21, 2000. 12. 9) 등에서 온라인서비스 제공자의 책임에 관하여 규정하고 있다.

아울러 미국처럼 통신망상에서의 저작권침해 문제에 대하여 온라인 서비스 제공자의 책임이 대두된 사례는 그리 많지 않다.

i) 다만, 온라인서비스 제공자의 책임에 대한 사건을⁶²⁾ 다루고 있으나, 그 책임여부에 대한 실질적인 판단은 이루어지지 않았던 사례가 있는데, 그 사실관계를 보면 ‘보광미디어’라는 회사는 외국회사인 ‘CD 블리즈’로부터 특정 프로그램의 복제·판매의 권한을 허락 받아 국내에서 판매하고 있었는데 그 프로그램의 무단복제물이 나우콤의 통신망에 게재되어 다수의 통신망 이용자가 무단복제물을 복제하게 된 사례이다. 여기에서 보광미디어는 심각한 피해를 입게 되었고, 나우콤을 상대로 해서 저작권 침해로 인한 통신망 사업자의 책임을 묻는 소송을 제기하였다. 그러나 서울지방법원은 보광미디어는 문제된 프로그램의 저작권자가 아니고 또 당해 프로그램에 대한 독점적 판매자로서의 지위도 부정함으로써 나우콤측이 보광미디어의 권리를 침해한 바는 없다고 판단하여 원고의 청구를 기각함으로써 온라인서비스 제공자의 저작권 침해의 책임에 대한 본격적인 판단은 회피하였다.

ii) 한편 온라인서비스 제공자의 책임에 대하여 실질적으로 다룬 처음의 판례인데,⁶³⁾ 그 사실관계를 보면 국내의 소프트웨어 벤처기업인 (주)카테일에서 개발한 멀티미디어 제작용 소프트웨어인 ‘카테일98’이 특정인에 의하여 중앙대 홈페이지의 자료실 게시판에 업로드 되었으며 한 달 이상 공개된 상태로 다수인이 다운로드 받아간 것이다. 중

62) 서울지방법원 1997. 9. 12 선고, 96가합75067.

63) 서울지방법원 1999. 12. 3 선고, 98가합111554.

양대 측은 위 회사의 항의를 받고 즉시 자료실 게시판을 폐쇄하였다. 위와 같은 사태와 관련하여 (주)카테일 및 위 프로그램 개발자는 중앙대 측이 등록자료의 저작권침해 여부를 수시로 확인하여야 할 주의의무를 게을리 함으로써 불법복제를 방치하였다고 주장하면서 중앙대학교에 대하여 손해배상을 청구하였다. 이에 대하여 법원은 가상공간에서 저작권침해의 결과를 발생시키는 자료의 전송 등이 이루어지는 경우, 직접 침해자가 아닌 제3자가 그 장소와 시설을 제공하고 이루어지는 경우 직접 침해자가 아닌 제3자가 그 장소와 시설을 제공하고 이용자의 요구에 의하여 이용자의 행위를 매개하여 주는 것만으로 침해에 따른 책임을 지는 것이 아니고, 다만 예외적으로 이들이 이용자의 침해행위를 적극적으로 야기하였다거나 침해행위를 인식하고도 이를 방치한 경우 또 이들이 침해행위를 통제할 권리와 능력이 있고 그 침해행위로부터 직접적인 재산상 이익을 얻는 경우 등과 같이 이용자의 직접적인 침해행위와 동일하게 평가할 수 있을 만한 특별한 사정이 있는 경우에 한해서만 그 책임을 인정할 수 있다고 판시 하였다.

또한 이 사건에 관하여는 피고가 운영하는 위 자료실은 모든 이용자들에게 개방되어 있는데다가 그 자료의 등록과정이 자동화된 기술적 과정을 통하여 수행되는 체계로 운영된 점, 피고는 교육기관으로서 위 게시판을 설치 목적이 영리성의 추구에 있다고 보기 어려운 점, 피고가 원고 측의 항의를 받고 즉각적인 조치를 취한 점등에 비추어 볼 때에 피고에게 위 게시판의 설치, 운영함에 있어서 불법복제물의 등록 여부를 수시로 확인, 통제하여야 할 구체적 주의의무가 있다고 보기 어렵고 또 피고에게 직접적 침해행위와 동일하게 평가할 수 있을 만한 특별한 사정이 존재한다고 보기 어렵다고 하면서, 원고의 청구를 기각하였다⁶⁴⁾.

이 판례에서는 법원은 온라인서비스 제공자의 책임을 부정하였지만, 미국의 판례를 통하여 발전된 기여침해나 대위책임의 요건을 제시하였다는 점에 그 의의가 있다고 하겠다. 즉 각테일사 사건에서 서울지방법원은 기여침해의 요건으로 첫째, 이용자의 침해행위를 적극적으로 야기하였다거나, 둘째, 우연한 기회나 권리자로부터의 고지를 통하여 이용자의 침해물 또는 침해행위의 존재를 인식하고서도 이를 방치한 경우에 저작권을 침해하는 것으로 판단된다. 또한 대위침해의 요건으로 첫째, 이용자들의 침해행위를 통제할 권리와 능력이 있고, 둘째 그 침해행위로부터 직접적인 재산상 이익을 얻는 경우 두 가지를 요건을 들고 있다.⁶⁵⁾

iii) 또 하나의 사례로서는 가상공간에서의 명예훼손에 관한 한국통신(주)사건이 있다.⁶⁶⁾ 이 사건은 미국이나 일본의 경우처럼 전자게시판이나 공개 토론회에 인터넷 이용자가 타인의 명예를 훼손하는 글을 게재한 것에 대하여 온라인서비스 제공자에게 법적인 책임을 직접 다룬 것은 아니지만, 단지 온라인서비스 제공자와 이용자간에 체결한 정보서비스 이용 약관을 위반한 이용자의 명예훼손적인 내용물을 약관을 근거로 삭제한 것에 대한 사례이다. 이 사례가 시사하는 점은 PC 통신방에서 행한 발언에 대해서는 명예훼손이 성립된다는 점과 인터넷 이용약관을 위반한 통신게재물을 이용자에게 사전 통지 않고 삭제한 행위에 대하여 정당하다고 판시한 사례였다.⁶⁷⁾

따라서, 우리나라에서는 저작권침해의 책임법리에 의하여 책임을 직

64) 정상조, 앞의 책, p.91.

65) 김동근, 앞의 논문, p.189.

66) 대법원 1998.2.13, 선고, 97다37210.

67) 김동근, “가상공간에서의 표현의 자유와 온라인서비스 제공자의 책임”, 기업법연구 제7집, 한국기업법학회, 2001, p.176.

접 부과하는 것보다 사건의 종합적인 판단에 의한다고 볼 수 있다. 즉, 우리나라 저작권법 제92조는 저작권자나 기타 저작권법상의 권리자는 그 권리를 침해하는 자에게 고의, 과실을 불문하고 이를 정지, 삭제할 수 있고 나아가 제91조에서는 그 권리를 침해할 우려가 있는 자에 대하여 침해의 예방 또는 손해배상의 담보를 각 청구할 수 있고, 침해행위에 의하여 생산된 물건의 폐기나 그 밖의 필요한 조치를 청구할 수 있다고 규정하고 있다.⁶⁸⁾

IV. 결 론

디지털 경제시대의 도래는 인간의 새로운 행동양식과 변화된 생활 관계를 이끌어내므로 이에 적용될 수 있는 새로운 법적 체계가 모색되어야 한다. 특히 인터넷상에서 유통되는 저작권을 어떻게 보호해야 하는 것이 중요한 문제로 대두되고 있다. 즉 저작권보호에 대한 문제는 둘로 나누어 보면, 먼저 인터넷을 구축하는 기술을 어떻게 보호하느냐의 문제이고, 둘째로는 사이버상에서 유통되고 있는 정보들을 어떻게 보호하느냐가 문제가 되고 있다.

이에 대하여 가상공간의 주요한 한 축인 온라인서비스 제공자의 노

68) 윤선희, “정보통신사회에서의 인터넷서비스운영자에 대한 고찰”, 인터넷법률 제11호, 법무부, 2002.3, p.70(이와 유사한 판례는 소리나라 사건(MP3 파일을 전송할 수 있는 프로그램을 회원에게 제공한 점과 사이트를 운영하여 음악파일교환을 중개한 것은 명백한 저작권법 위반 방조행위에 해당된다는 점:진자신문 2001.8.26일자)과 W뮤직엔터테인먼트 사건(저작권을 침해하는 불법파일이 유통되도록 했다는 이유로 법원이 인터넷사이트운영자에 대해 민사상 손해배상책임을 인정한 국내최초의 사례임:조선일보 2001. 8. 16일자).

력이 매우 중요하다. 왜냐하면 인터넷 공간에서 유통되는 불법적인 정보를 저장하고 송신하는 문지기로서의 역할을 하기 때문에 어느 누구보다도 더 손쉽게 불법정보를 통제할 수 있다. 그러나 온라인서비스 제공자의 노력에도 불구하고 인터넷 공간에서 불법행위가 행해지는 경우 마지막 수단으로 법적 규제를 하여야 한다. 그럼에도 불구하고 규제 입법 등을 통해 온라인서비스 제공자에게 과도한 주의의무를 부과할 경우, 이들은 책임을 면하기 위하여 과도한 모니터링 등을 하게 될 것이고 이로 인하여 선의의 표현 행위까지 침해당할 가능성이 크므로 신중을 기해야 할 것이다.

즉, 인터넷을 통하여 어느 누구에게나 통제 받지 않고 유통되는 저작권이 침해되면 저작권자의 창작의욕을 상실시키고 있다. 나아가 저작권자는 타인의 저작권을 침해하지 않았으나 유통(침해)에 원인을 제공한 온라인서비스 제공자에게 책임을 묻고자 할 것이다. 특히 명예훼손, 음란물 유통, 저작권 피해 등의 역기능은 인터넷 특성상 그 피해 속도는 빠르고 광범위하게 나타나 피해자의 피해는 상당히 크다. 이는 인터넷 공간에서 행해지는 저작권 침해로부터 저작권자 보호는 그 익명성에 따라 침해자 소재파악의 곤란, 배상능력의 한계 등으로 인하여 실효성 있는 구제책으로서의 침해행위에 따른 피해구제 청구에는 한계가 따른다.

따라서, 이하에서는 전술한 온라인서비스 제공자의 저작권 침해책임에 따른 적용되는 기본적 법리와 미국을 비롯한 각국의 법원에서 다룬 판례 등을 요약·검토하고 향후 합리적이고 효율적으로 저작권침해에 대하여 이를 보호·해결방안을 제시하는 것으로 결론에 대하고자 한다.

온라인서비스 제공자의 저작권 침해에 따른 기본적 법리로는 일반

적으로 직접침해, 기여침해 및 대위침해 등의 책임론이 거론되고 있다. 먼저 직접침해는 침해의 인식 여부와 관계없이 부과되는 책임으로서, 이용자의 침해행위가 발생하게 되면 온라인서비스 제공자도 이에 대한 책임을 지게 된다. 이는 온라인서비스 제공자에게 서비스 내용에 대한 통제가 법적으로 추정되는 엄격책임의 기준이 적용되기 때문이다. 마치 우리 민법상의 무과실책임과 유사하다. 제3자로서의 책임인 기여책임과 대위책임은 직접적으로 침해행위를 하지는 않았으나 침해행위 또는 침해행위자와의 관련성이 있는 경우에 발생한다.⁶⁹⁾ 기여침해는 침해행위를 인식하고 제3자의 침해행위를 유인, 야기하거나 실질적으로 기여한 경우에 인정된다.⁷⁰⁾ 따라서 기여침해책임이 있기 위해서는 먼저, 서비스이용자의 직접적인 침해가 있어야 하고, 서비스이용자가 직접 침해자와 협조하여 중대한 기여를 하여야 하고, 침해행위를 인식하고 있거나 예측가능성이 있어야 한다는 두 가지 요건이 충족되어야 한다. 그리고 대위침해는 제3자의 침해행위를 모니터하고 제어할 수 있는 권리와 능력이 있고, 이 권리와 능력이 저작물의 이용에 있어서의 경제적 이익과 직접적인 관련이 있는 경우에 인정된다. 즉 이러한 권리, 능력, 이익이라는 객관적인 요건이 있어야만 가능하기 때문에 대위책임은 국내법상 사용자책임과 유사하여 인터넷서비스 제공자와 서비스 이용자간에 고용관계가 성립되지 않는다면 적용하기 힘들 것이다.

한편, 상술한 각국들의 저작권 침해에 따른 판례의 경향을 검토해보

69) 원래 미국 특허법에 연유하고 있는 기여책임과 대위책임은 우리나라 저작권법에서는 인정하고 있지 않다. 다만 우리 민법상의 '공통불법행위책임'(제760조 제3항)과 '사용자책임'(제756조)에 준 한다고 볼 수 있다.

70) 기여침해가 인정된 대표적 케이스는 *Sega Enterprise Ltd. v. MAPHIA*, 857 F.Supp. 679(N.D.Cal. 1994).

먼저, 미국의 경우는 사안에 따라 온라인서비스 제공자의 책임을 인정하기도 하고 부정하기도 하고 있어 일관성이 없어 보일 수 있으나 각 사안의 사실관계가 틀리다는 점을 간과하여서는 안 될 것이다. 결국 각 사례에 있어서 법원은 당해 온라인서비스 제공자와 저작권 침해행위 및 침해자 사이의 상관관계를 분석한 후 그 사실관계에 직접책임·기여책임·대위책임의 법리를 각각 적용하여 그 요건을 충족시키는지의 여부를 판단의 기준으로 삼고 있다. 하지만 문제의 중대성이나 잠재적 폭발성에 대해 그 책임의 요건이나 기준이 불명료한 것은 사실이어서 이 부분에 대한 향후 명확한 입법적 기준이 필요하다는 공감대가 형성된다.

또한, 독일의 경우는 법조항이 다소 추상적이고 일반적이라는 느낌을 가질 수 있다. 하지만 제3자가 제공한 내용물에 대한 자동적이며 일시적인 저장에 대하여 면책이 되고, 침해행위에 대한 차단 가능성이 기술적, 합리적으로 기대하기 어려운 경우에 면책이 된다는 구조는 그 구체성의 차이에도 불구하고 미국의 입법과 기본적으로 동일한 입장에서 서 있는 것으로 보여진다.

그리고, 일본의 경우 온라인서비스 제공자의 책임 문제에 대해서도 위와 같은 인터넷상에서 명예훼손에 따른 책임과 기본적으로 유사하다. 즉 온라인서비스 제공자의 책임이 인정되기 위해서는 우선 작위의 무가 인정되어야 하는 바, 법령상 직접적으로 온라인서비스 제공자의 작위의무를 인정하는 조항은 없지만 온라인서비스 제공자가 사실상 모니터링이나 불법저작물의 삭제 가능한 유일한 주체인 점, 아울러 당해 통신망상의 정보유통을 통하여 어느 정도의 경제적 이익을 향유하고 있는 점등에 비추어 볼 때에 적어도 조리상의 작위의무는 인정 가능하다고 설명하고 있다. 다음으로, 작위의무가 있다고 하더라도 과

실이 또 다른 요건으로서 인정되어야 하고, 그 유무를 따지기 위해서는 예견 가능성과 회피 가능성이 문제되는데 이때 온라인서비스 제공자에게 임의의 게시물 편집할 수 있는 권한이 있는지의 유무와 기타 제반 요소 등을 고려하여 예견 가능성과 회피 가능성의 문제를 판단해야 한다고 하고 있다.

이에 대한 우리나라의 경우에는, 저작권침해의 책임법리에 의하여 책임을 직접부과 하는 것보다 사건의 종합적인 판단에 의하여 판결을 내리고 있다. 즉, 저작권법 제92조는 저작권자나 기타 저작권법상의 권리자는 그 권리를 침해하는 자에게 고의, 과실을 불문하고 이를 정지, 삭제, 삭제를 요구할 수 있고 나아가 제91조에서는 그 권리를 침해할 우려가 있는 자에 대하여 침해의 예방 또는 손해배상의 담보를 각 청구할 수 있고, 침해행위에 의하여 생산된 물건의 폐기나 그 밖의 필요한 조치를 청구할 수 있다고 규정하고 있다.⁷¹⁾

요컨대, 온라인서비스 제공자의 책임문제에 대해서는 무엇보다도 인터넷이 지니고 있는 역기능을 적절히 제어하면서 개인의 표현의 자유에 대하여 가지는 인터넷 가능성을 최대한 실현할 수 있도록 돕는 것이 인터넷 정책의 목표가 되어야 한다.

이러한 목표하에 인터넷상에서 온라인서비스 제공자의 저작권 침해 문제를 사전에 예방하고 효율적으로 보호·해결하기 위한 방안을 살펴보면,

첫째, 온라인서비스 제공자의 개념을 인터넷서비스사업자(ISP), 온라인서비스사업자(OSP), 전자게시판운영자(BBS), 서비스제공자(SP) 등으로 세분화하여 침해책임 여부를 판단하여야 할 것이다.

둘째, 저작권침해여부의 판단은 특허와 달라 이를 명백하게 판단할

71) 윤선희, 앞의 논문, p.70.

수 있는 권한은 법원에 있기 때문에 다음의 판단기준을 고려하여 저작권침해책임의 유무를 가려야 할 것이다. ① 직접적으로 이용행위를 지배하고 그로부터 이용의 이익을 얻는지 여부, ② 약관의 유무, ③ 서비스제공자가 업으로 설비 및 서버 등을 운영하는지 여부, ④ 업로드 및 다운로드가 자유롭게 되는지 여부, ⑤ 필터링의 여부, ⑥ 모니터링의 여부 등을 판단하여 결정하여야 한다고 본다.⁷²⁾ 셋째, 아직 우리나라에는 상기와 같은 판단기준을 정한 법률이 2001년 9월에 문화관광부 안으로서 저작권법 개정안에 규율하고 있지만 온라인서비스 제공자에게 일정한 면책 두어서 특정한 범위 내에서는 자유로운 서비스할 수 있는 사항을 고려하여 입법이 이루어져야 한다고 본다.⁷³⁾

셋째, 인터넷 환경 하에서는 저작권의 관련 입법은 사후적 구제보다 사전적 예방에 무게를 두어야 할 것이고 저작권 침해의 예방이나 감시의 가장 효율적인 수단은 기술적 조치라고 할 수 있으므로 결국 입법의 핵심은 온라인서비스 제공자로 하여금 저작권 침해방지 기술조치를 수용할 의무를 부과하여야 할 것이다.⁷⁴⁾

넷째, DMCA에서 규정하고 있는 반복적 저작권 침해자에 대한 서비스 종료정책이나 지정대리인 선정 등이 입법에서 고려되어야 하고

72) 윤선희, 앞의 논문, p.72.

73) 즉, 온라인서비스 제공자가 타인의 저작권 침해에 의해 직,간접적으로 간여하지 않았거나, 약관이나 이용계약, 사용자지침 등을 통해서 자신의 의사를 명확히 할 경우, 필터링에 있어서 최선의 기술과 노력을 다한 경우, 모니터링에 있어서의 최선을 다한 경우, 또한 진정한 저작권자로부터 고지를 받지 않은 온라인서비스 제공자에게는 저작권침해 대해서는 면책을 주어야 한다고 본다.

74) 정상조, 앞의 책, p.101(그러나 저작권을 보호하는 기술조치가 과도하게 사용될 경우 필요 이상으로 온라인서비스 제공자와 정보이용자들에게 부담이나 제한을 가하는 결과와 자유로운 정보유통저해 및 표현의 자유 위축이나 인터넷 비용상승 등의 역효과도 가져올 수 있으므로 어느 범위까지 이를 수용할 것인가의 점도 고려되어야 할 것이다).

더 나아가 전자적 저작권 집중관리 시스템과의 연계를 통해 불법복제물 확인, 검색 및 멀티미디어 보험제도의 도입 등을 통하여 저작권 침해로부터 보호를 받을 수 있을 것이다.

다섯째, 우리나라 컴퓨터프로그램보호법에는 디지털콘텐츠의 유통과 이용의 활성화를 위해 권리관리정보와 기술적 보호조치의 일환으로 이를 보호하기 위한 규정이 있으나 저작권법에는 이에 관련된 규정은 아직 없다. 그러므로 온라인상에서 생길 수 있는 저작권침해분야에 한정된 법규정을 명예훼손 등 다양한 문제를 포괄하는 독립적인 온라인 서비스 제공자의 책임에 관한 일반법을 제정하는 것도 고려해 볼 수 있다고 본다.

마지막으로, 저작권침해로 야기된 분쟁의 해결방안으로 법원의 소송에 의해 해결하는 것보다 대체적분쟁해결방안(Alternative Dispute Resolution: ADR) 중 중재제도를 활용하여 해결하는 것이 비용과 시간을 절약하는 효과적인 방안이 될 수 있을 것이다.

결론적으로 저작권침해문제에 관련하여 무엇보다도 온라인서비스 제공자와 시민단체 그리고 정부의 지속적인 홍보 및 교육과 더불어 온라인서비스 제공자와 이용자 모두의 자율규제 노력이 필요하다. 이러한 노력에도 불구하고 가상공간에서 행하여지는 침해행위에 대해서는 최후의 방안으로 법적 규제가 뒤따라야 할 것이다. 다만 법적 규제를 하는 경우에도 침해행위를 구체적으로 제시하여 직접 침해행위자에게 책임을 물어야 하고, 온라인서비스 제공자에게는 침해행위가 자신의 관리영역 내에서 발생하였고, 그러한 침해행위의 배제가 기술적으로 가능한 경우, 피해자의 피해구제 청구에 적절한 조치를 취하지 않은 경우에 한해서만 저작권 침해에 따른 책임을 지도록 하여야 할 것이다.

따라서, 갈수록 발전하는 디지털 정보화시대에 걸맞게 인터넷 공간에서의 정보의 저장, 전달, 활용과정에서 정보소유자, 이용자 및 온라인서비스 제공자 상호간의 이해관계를 잘 조화시켜 전자거래의 활성화에 기여할 수 있는 저작권 침해방지를 위한 기술적, 제도적 장치들의 운용과 관련 입법 등의 수립이 요구되는 만큼 이를 위한 연구와 검토가 다각적으로 이루어져야 할 것이다.

끝으로 본고를 마감하면서 많은 과제를 남긴다. 아직까지 온라인서비스 제공자의 저작권침해에 관련된 경험과 사례 등이 부족하기 때문에 다양한 분쟁유형별 사례분석이 미흡한 점이 제약점으로 남는다. 아울러 시간의 다급함으로 최근자료의 활용하지 못한 점과 좀더 심층적으로 사례들을 비교분석을 하지 못한 점등이 아쉬움으로 남는다. 이러한 점들은 향후 연구과제로 남기면서 결론에 대하고자 한다.

ABSTRACT

Problems Judicial Liability of On-Line Service Providers under the Infringement of Copyright in Internet

Jong-Sam Park

The Advent of the global information structure and the do-called digital revolution raise countless new issues and questions.

There are no limitations regulating the expressions on the cyberspace due to internet's of quality anonymity? diversity? spontaneity. Therefore, the freedom of speech is expanded in both areas of time and space, which was impossible with the old communicating system.

The rapid development of the internet may not have occurred without techniques of linking and framing, which provide users flexible and easy access to other website. These techniques have enabled internet users to navigate the internet efficiently and sort through the products, services and information available on the internet.

Although online technology raises many new legal issues, the law available to help us resolve them, at least today, is largely based on the world as it existed before online

commerce became a reality. Thus the challenge is to predict how these new legal issues may be resolved using the current law.

Especially, the damage from the above side effects on the cyberspace can be much more serious than in the real world because of promptness, wideness and anonymity.

Therefore, regulating and controlling the freedom of speech on the cyberspace became needed, and there are two kinds of opinion; one is that the laws in the real world should be applied for the cyberspace and the other is that regulating and controlling the freedom of speech on the cyberspace should be performed by the users of cyberspace not by laws because the cyberspace is a free space and must not be interfered.

In this study, the current judicial regulation of cyberspace, the side effects of cyberspace and the limitations of the freedom of speech are studied to solve the above problems with speech and the liabilities of on-line service providers are discussed around defamation the distribution of obscene pictures and information, and infringement of copyright.

Key Words: internet, infringement of copyright, on-line service provider

참 고 문 헌

- 강이수, “국제거래분쟁론”, 삼영사, 2001.
- 강경근, “사이버스페이스와 개인정보”, Law and Biz, 현암사, 2001. 2.
- 권영설, “불법사이트 범람에 맞설 인터넷 법제와 법리 마련“, Law and Biz, 현암사, 2001. 2.
- 김동근, “인터넷 서비스 프로바이더의 개념과 규제”, 전북법학논집 제1집, 전북대학교 법학 연구소, 2000.
- _____, “온라인 서비스 제공자의 법적 책임”, 전북대학교 대학원 박사학위논문, 2000. 8.
- _____, “가상공간에서의 표현의 자유와 온라인서비스 제공자의 책임”, 기업법연구 제7집, 한국기업법학회, 2001.
- 김윤명, “사이버스페이스의 등장과 패러다임”,
<http://www.cybercom.or.kr/journal.htm>.
- 김완수 외, “인터넷상의 음란물규제“, 법학논총 제1권, 조선대학교, 1999.
- 김태훈, “개정 저작권법 해설“, 계간 저작권 제49호, 2000 봄.
- 김행남 외, “정보통신망의 발달과 지적재산권법의 대응-저작권법을 중심으로”, 계간 저작권 제39호, 1997 가을.
- 미국NII지적소유권작업반, 임원선 옮김, 「초고속통신망과 저작권」, 한울아카데미, 1996.
- 민은주, “정보통신혁명에 따른 저작권 관련 국제조약의 최근 동향과 우리의 과제”, 연세대 학교 대학원 박사학위논문, 1998.

- 박성호, “정보의 디지털화에 따른 저작권의 대응방향”, 계간 저작권 제35호, 1996 가을.
- 박종삼, “인터넷전자상거래에 따른 법적 문제”, 유통정보학회지 창간호, 한국유통정보학회, 1998. 12.
- _____, “EC시대 인터넷 도메인명 분쟁해결방안에 관한 연구”, 중재학회지 제9권, 한국중재학회, 1999. 12
- _____, “인터넷 전자상거래 계약에 따른 몇가지 문제점”, 중재 제297호, 대한상사중재원, 2000. 9.
- _____, “전자상거래시장에서 경제적 속성에 따른 공정경쟁거래의 적용상 문제점”, 무역학회지 제26권 제5호, 한국무역학회, 2001. 12.
- 박익환, “저작물의 온라인전송에 따른 법적 책임 문제”, 계간 저작권, 1996. 가을호.
- 백옥인, “신세대 문화와 사이버스페이스”, 「정보사회와 인터넷」, <http://campus.nownuri.net/oldlecture/internet7.html>.
- 송영식 외, 「지적재산권법」, 육법사, 1996.
- 오기석, “컴퓨터 환경에서의 일시적 저장문제에 대한 일 고찰”, 계간 저작권 제39호, 1997 가을.
- 윤명선, “사이버공간은 해방공간인가?-사이버공간과 법적 규제-”, Law and Biz, 현암사, 2001.2.
- 윤선희, “디지털 송신과 인터넷상의 저작권 문제”, 계간 저작권 제42호, 1998 여름.
- _____, “정보통신사회에서의 인터넷서비스운영자에 대한 고찰”, 인터넷법률 제11호, 법무부, 2002. 3.

이균, “국제정치경제학”, 법문사, 2001.

윤영철, “사이버공간에서의 표현의 자유와 명예훼손”, 「언론중재」, 1997. 겨울호.

이상정, “디지털 시대의 저작권법 개정 방향에 관한 소고”, 계간 저작권 제41호, 1998 봄.

이성호, “지적재산권에 대한 침해와 침해자의 고의, 과실”, 「사법논집(제28집)」, 1997.

이영록, “서비스 제공자의 저작권 침해 책임”, 계간 저작권 제43호, 1998 가을.

_____, “미국 개정저작권법”, 계간 저작권 제44호, 1998 겨울.

이준우, “인터넷 관련 법률의 정비방안-인터넷 범죄관련 법률 정비방안-”, 「국회보」, 2000.9.

이해완, “사이버스페이스와 표현의 자유-판례를 중심으로-”, 「헌법학연구 제6권제3호」, 2000.

이호정 외, 「세계화시대의 광고와 저작권」, 진한도서, 1998.

임원선, “미국의 디지털 밀레니엄 저작권법에 대한 해설”, 계간 저작권 제47호, 1999.

정상조 편, 「지적재산권법 강의」, 홍문사, 1997.

_____, 「인터넷과 법률」, 현암사, 2000.4.

정은진, “인터넷상의 법적문제의 고찰“.

:<http://members.iWorld.net/ipkorea/articles/internet/paper59.htm>

정진섭 외, 「국제지적재산권법」, 육법사, 1995.

정진명. “가상공간에 있어서 법형성상의 문제“.

<http://www.kyungwon.ac.kr/~profsjh/jmc/laxshape.htm>

- 채명기, “디지털 시대의 복제권-일시적 복제를 중심으로“, 계간 저작권 제37호, 1997년 봄.
- 최만형, “사이버스페이스의 행정학적 조망 : 비판적 접근”,
<http://midas.hanyang.ac.kr/cybercom.htm>
- 최명구. “인터넷상의 음란물과 인터넷서비스 제공자의 책임”, 「민사법의 실천적 과제」, 2000.
- 프로그램심의조정위원회, 「일본의 컴퓨터프로그램 및 디지털관련 판례 번역, 평석」, <http://www.cpf.or.kr/frame.html>.
- 황성기, “인터넷에서의 표현의 자유-내용적 규제의 정당성 문제를 중심으로-”, 「사이버 커뮤니케이션학보 통권 제3호」, 1998. 겨울호.
- 한웅길, “대위책임에 관한 소고”, 「동아법학(제23호)」, 동아대학교 법학연구소, 1996.
- 한위수, “판결에 나타난 언론보도의 문제점”, 「언론중재」, 1999. 가을호.
- 황찬현, “사이버스페이스에서의 명예훼손과 인권보장-인터넷사업자의 책임과 관련하여-”, 저스티스 제34권 제1호, 2001.2.
- 황희철, “WIPO 저작권조약 및 실연, 음반조약 해석(상)”, 계간 저작권 제37호, 1996 겨울.
- _____, “초고속정보통신지반 구축에 관련된 법제정비방안 연구”, 사법연수원, 1995,
- 著作権情報センター著作権研究所寄與侵害・間接侵害委員会, 「寄與侵害・間接侵害關する研究」2001 .3, 著作権研究所研究叢書 No.4.

中村壽宏, 「『ネットワーク上での名譽破損』, 法學セミナー, 43巻1號,
日本評論社.

加藤新太郎, 「パソコン通信における名譽毀損」, 判例タイムズ 965號,
1998.

山口勝之, 「サービス・プロバイダの法的責任」, NBL 641號, 1998.

小向太郎, “インターネット・プロバイダーの責任—會員の情報発信ぐつ
で—”, ジコリヌト No.1117.

Allison Roarty. "Link Liability: The Argument for Inline Links and
Frames As Infringements of the Copyright Display Right",
68 Fordham L. Rev. 1011, 1999.

Bruce P. Keller, "Condemned to Repeat the Past: The Reemergence
of Misappropriation and Other Common Law Theories of
Protection for Intellectual Protection", 11 Brian D. Wassom,
"Copyright Implications of 'Unconventional Linking' on the
World Wide Web: Framing, Deep Linking and Inclining",
49 Case W. Res. L. Rev. 181 1998.

C. Benjamin Salango, "COPYRIGHT INFRINGEMENT IN
CYBERSPACE":

[http://www.wvjolt.wvu.edu/wvjolt/current/issuel1/articles/salang.salan
go.htm](http://www.wvjolt.wvu.edu/wvjolt/current/issuel1/articles/salang.salan
go.htm)

Douglas B. Luftman, "Defamation Liability for On-Line Services:
The Sky Is Not Falling", The George Washington Law
Review, 1997.

- F. Lawrence Street & Mark P. Grant, *Law of the Internet*, 2000 ed., Lexis Law Publishing, 2000.
- Henty H. Perritt, JR., *Law and The Information Superhighway*, Wiley Law, 1996.
- Ian C. Ballon, "Pinning the Blame in Cyberspace: Towards A Coherent Theory for Imposing Vicarious Copyright, Trademark and Tort Liability for Conduce
- Ike O. Echerou, "Linking to Trouble: Legal Liability Emanating from Hyperlinks on the World Wide Web", 10 No. 2 J. Proprietary Rts, 2, 1998.
- Jeffrey P. Cunard & Jennifer B. Coplan, "Selected Topics in eCommerce Law", 86 PLI/NY 333, 2000.
- Jonathan Rosenoer, *CyberLaw: The Law of Internet*, Spring, 1997.
- Karen S. Frank, *Cable Online Liability*, in *Cable Television Law 1999* (PLI Patents, Copyrights, Trademarks. & Literary Property Course Handbook Series No. G0-003A, 1999).
- Kara Beal, "The Potential Liability of Linking on the Internet: An Examination of Possible Legal Solutions", 1998 B.Y.U. L. Rev. 703, 1998.
- Kenneth Freeling & Joseph E. Leve, "Frame Liability Clouds The Internet's Future: Lawsuit Programming Trick", N.Y.L.J., May 19, 1997.
- Lance Rose, 「Nerlaw: Your Rights in the Online World」, 1995.
- Paul D. Amorozowicz, "When Law, Science and Technology
-

- Worlds Collide: Copyright Issues on the Internet”, 「Journal of Patent and Trademark Office
- Lance Rose, *NetLaw: Your Rights in the Online World*, McGraw-Hill, 1995.
- Society」, February 1999.
- Matt Jackson, "Linking Copyright to Homepages", 49 Fed. Comm. L.J. 731, 1997.
- Michael B. Landam, "Problems Arising out of the Use of www.trademark.com': The Application of Principles of Trademark Law to the Internet Domain Name Disputes", 13 Ga. St. U. L. Rev. 455 ,1997.
- Melville B. Nimmer & David Nimmer. *Nimmer on Copyright*, 2000.
- Nicos L. Tsilas, "Minimizing Potential Liability Associated With Linking and Framing on the World Wide Web", 8 Common Law Conceptus 85, 2000.
- Niccolo M. Bond, "Linking & Framing on the Internet: Liability under Trademark and Copyright Law", 11 DePaul Bus. L.J. 185, 1998.
- Occurring Over the Internet”, 「18 Hastings . Communications & Ent. L」 .
- Raymond A. Kurz, *Internet and The Law*, Government Institutes, Inc., 1996.
- Ray E. Metz & Gail Junion-Metz, *Using the World Wide Web and Creating Home Pages* , 1996.

Sraatsvertrag uber Mediendienste vom 1. August 1997;

<http://www.netlaw.de/gesetze/mdstv.htm>

Th. J. Smendinghoff, 「Online Law - The SPA's Legal Guide to Doing Business on the Internet」, Addison-Wesley Developers Press, 1996.

Thomas J, Smedinghoff, Online Law, Addison Wesley Developers Press, 1997.

Walter A. Effross. "Withdrawal of the Reference: Rights, Rules, and Remedies for Unwelcomed Web-Linking", 49 S.C. L. Rev. 651, 1998.