

한국에서 온라인서비스제공자의 법적 책임론이 나아갈 방향*

The Proper Direction for the OSP's Liability Rule in Korea

박 준 석**

(Park, Jun-Seok)

< 차례 >

- I. 서론
- II. 온라인서비스제공자 책임론의 변화 연혁
- III. 온라인서비스제공자의 책임 관련규정의 통합필요성
- IV. 온라인서비스상 저작권침해사건과 명예훼손사건의 차이점들의 고려문제
- V. 결론

주 제 어 : 온라인서비스제공자, 인터넷서비스제공자, 명예훼손, 저작권침해, 책임제한, 책임감면 조항, OSP, Online Service Provider, ISP, Internet Service Provider, defamation, copyright infringement, liability limitation, safe harbor.

I. 서론

화려하게 등장하였지만 이내 식자들의 관심영역 밖으로 사라졌던 지적재산권에서의 다른 쟁점들과 달리, 온라인서비스제공자(Online Service Provider, 혹은 인터넷서비스제공자, ISP¹⁾)의 책임론, 더 구체적으로 이용자들의 저작권침해에 대

* 이 논문은 서울대학교 기술과 법센터가 출연한 학술연구비의 보조를 받았다.

** 서울대학교 법과대학 조교수, 지적재산권법 전공.

(투고일자: 2008.10.24, 심사일자: 2008.11.10, 게재확정일자: 2008.11.19.)

1) 인터넷서비스제공자란 표현이 더 적절하다고 보지만, 이 글에서는 일단 한국 저작권법의 현재 표현에 맞추어 '온라인서비스제공자'라고 칭하기로 한다.

한 온라인서비스제공자의 책임이론은 벌써 몇 년 동안 관련업계나 사법부나 행정부처에서 치열한 관심의 대상이 되고 있다. 21세기에는 지적재산권법이 민법에 상응하는 중요한 지위를 차지하리라고 낙관적으로 보자면, 온라인서비스제공자의 책임론, 정확히 말하자면 부수적 책임(derivative liability)²⁾ 이론은 마치 민법에서의 사용자책임 내지 제조물책임의 이론에 대응하는 위치를 점하게 될 수도 있다. 저작권법에 있어 온라인서비스제공자의 법적 책임론은 가령 온라인서비스제공자의 책임발생은 어떤 성문규정을 기준으로 하느냐(즉 責任成立要件 혹은 責任要件의 問題), 그렇게 이미 발생한 책임을 어떤 요건 하에서 감경 내지 면제해 줄 수 있느냐(즉 責任制限要件의 問題) 등 세부적인 쟁점마다 현재에도 구체적인 내용이 사례를 통하여 형성되어 가고 있는 상황이다. 그렇지만 짧은 기간에 불구하고 그간 비교적 풍부하게 쌓여온 우리 법원의 판례들 덕택에, 무엇보다 이용자들의 저작권침해에 따른 책임성립요건의 문제에서 온라인서비스제공자는 민법 제760조 제3항³⁾을 근거로 방조에 의한 공동불법행위책임을 부담할 수 있다는 법리가 비교적 분명하게 확립된 상태이다. 한편 책임제한요건의 문제에 관하여는 이미 2003년 저작권법에 도입된 책임제한 관련규정들인 제102조 및 제103조의 해석을 통하여 그 요건이 구체화되어 가고 있다.

그런데 온라인서비스 상에서 빚어지는 이용자들의 불법행위에서 침해의 대상이 되는 객체는 비단 저작권에 한정되지 않는다. 타인의 인격권이나 상표권 등도 그 대상이 되므로, 인격권을 침해하는 명예훼손행위나 상표권침해행위 등도 온라인서비스제공자의 부수적인 책임이 문제되는 영역들이다. 이런 영역들에 대하여 우리 법이나 판례는 그간 책임제한요건에 대한 배려가 소홀하였음은 물론이려니와 심지어 책임성립요건의 차원에서 과연 온라인서비스제공자의 책임의 근거규정이 무엇인지조차 최근까지 분명하게 밝히고 있지 않았다. 이처럼 저작권 이외의 영역에 있어서는 온라인서비스제공자가 당면하는 법적 현실이 훨씬 불안정하다. 그럼에도 이런 불안정이 주목받지 않은 것은 소리바다 사건을 필두로 저작권 침해 사안은 다수의 이용자들이 침해자로서 개입되어 사회적 주목을 끌었지만

2) 미국에서는 이를 2차적 책임(secondary liability)이라고도 한다. 한국에는 이에 정확히 대응하는 이론이 존재하지 아니하므로 일단 이 글에서는 부수적 책임이라 칭한다.

3) 제760조 (공동불법행위자의 책임)

① 수인이 공동의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 때에는 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다.

<중간생략>

③ 교사자나 방조자는 공동행위자로 본다.

명예훼손 등 사안에서는 그렇지 않았고 법적 분쟁이 된 사건수도 상대적으로 적었기 때문일 것이다. 어쨌든 상황이 이러하였으므로 저작권침해와 이런 침해영역들을 모두 아우르는 온라인서비스제공자의 책임론 통합은 아예 거론되지 않고 있다.⁴⁾

이 글의 아래 II부분에서는 한국에서 저작권침해와 그 밖의 침해영역에 있어 이용자의 침해행위에 따른 온라인서비스제공자의 책임 관련규정이 변화하여 온 연혁을 간략히 살펴본 다음 특히 책임제한요건에 있어 현재 존재하는 법적 불균형에 관하여 설명한다. 다음으로 III부분에서는 장차 한국에서 온라인서비스 상 발생할 수 있는 모든 유형의 권리침해에 대하여 온라인서비스제공자의 책임성립 요건이나 책임제한요건에 걸쳐 통합된 법리를 수립하여야 하는 근거를 주로 우리와 처지가 다른 미국의 상황과 비교하는 방법으로 논증하고 나아가 통합의 범위 및 구체적 방법을 살핀다. 나아가 IV부분에서는 저작권을 제외한 여타 침해영역 중 특히 명예훼손의 경우를 저작권침해의 경우와 서로 구별하면서 그 성질상의 차이점들을 일단 설명하고 그런 차이점들에 불구하고 양자의 경우를 통합하여 하나의 법리를 수립하는 것이 여전히 가능함을 밝힌다.

II. 온라인서비스제공자 책임론의 변화 연혁

1. 책임성립요건론

1) 이용자들의 저작권침해 부분

온라인서비스가 한국에 도입되어 활성화된 것은 1985년 데이콤의 ‘천리안’이 최초로 미국이나 일본의 경우와 비슷한 시기였지만, 이용자들에 의한 저작권침해에 따라 온라인서비스제공자가 부담하는 법적 책임이 문제된 것은 훨씬 나중인

4) 명예훼손의 경우에 있어서는 온라인서비스제공자 등장이전까지 언론학계나 민법학자들의 기간 논의가 확장되어 온라인서비스제공자의 사례에까지 연결되었다고 볼 수 있고, 반대로 저작권침해의 경우에는 지적재산권 학자들이 그에 국한하여 논의의 대상으로 삼고 있는 듯하다. 예외적으로 명예훼손과 저작권침해를 모두 다루는 글들도 양자 간의 책임론 비교나 통합은 다루고 있지 않다.

1999년 이른바 ‘카테일98 사건’⁵⁾이 최초였다. 위 사건에서 법원은 미국의 기여책임이론 및 대위책임이론⁶⁾에 강하게 영향 받은 것으로 보이는 판시를 하면서도 구체적으로 한국법의 어떤 성문규정이 저작권침해에 있어 온라인서비스제공자에게 책임 근거규정이 되는지를 명시하고 않았고 이런 사정은 그 나중에 있었던 이른바 인터넷제국 사건⁷⁾에서도 마찬가지였다. 이런 상황을 뒤늦게 타개하고 구체적으로 위 근거규정을 명기한 것이 소리바다의 최초버전(이하에서는 ‘소리바다 1’이라고만 함)에 대한 가처분이의사건 항소심인 서울고등법원의 2005년 판결⁸⁾로서 여기서 법원은 소리바다 측에게 이용자들의 저작권침해행위에 대한 민법상 방조책임, 즉 민법 제760조 제3항에 근거한 책임이 있음을 처음으로 명시하였다. 이후 우리 법원은 2007.1. 위 가처분이의사건의 상고심⁹⁾이나 최근 서울중앙지법의 ‘푸르나’ 판결¹⁰⁾에 이르기까지 거듭 위 규정을 이용자들의 저작권침해 부분에 있어 온라인서비스제공자의 책임성립요건으로 삼고 있다. 2007.12.14. 소리바다 1에 대한 형사 상고심¹¹⁾도 방조범의 법리를 근거로 형사책임을 판단하고 있는 것도 넓게는 민사사건에서와 같은 입장을 취하고 있다고 볼 수 있다.

2) 이용자들의 그 밖의 권리침해 부분

(1) 명예훼손의 경우

저작권 이외의 침해가 이용자에게 의하여 행해진 경우 온라인서비스제공자가 부담하는 부수적 책임이 한국에서 문제된 최초의 사례는 이른바 ‘하이텔(Hitel)

5) 서울지방법원 1999.12.3, 선고 98가합111554 판결.

6) 기여책임(寄與責任, contributory liability)은 저작권에 대한 타인의 침해가 있을 때 그 침해행위에 대한 인식을 가지고 침해행위를 유발, 야기하거나 침해행위에 실질적으로 관여한 때, 대위책임(代位責任, vicarious liability)은 감독통제의 권리와 능력이 있고 침해행위로부터 직접적으로 경제적 이익을 받은 때 각각 판례법상으로 인정되어 온 2차적 책임론으로 미국 법원은 이런 기여·대위책임 이론을 이용자들의 저작권침해행위에 대한 온라인서비스제공자의 책임성립요건으로 응용하고 있다. 이는 박준석, 「인터넷서비스제공자의 책임」(박영사, 2006), 31~32면.

7) 서울지방법원 2001.8.24, 선고 2000가합83171 판결.

8) 서울고등법원 2005.1.12, 선고 2003나21140 판결.

9) 대법원 2007.1.25, 선고 2005다11626 가처분이의판결.

10) ‘푸르나’ P2P 서비스가 음원저작자들의 복제권, 전송권 침해의 방조책임을 진다고 판시한 서울중앙지방법원 2008.4.23, 선고 2007가합67109 판결 참조.

11) 대법원 2007.12.14, 선고 2005도872 판결.

사건¹²⁾이다. 이는 이용자가 하이텔 게시판을 이용하여 유명가수 박OO의 팬에 대한 명예훼손행위를 한 사안이었다. 그 이후에도 명예훼손행위 영역에서 온라인서비스제공자의 책임이 취급된 사례¹³⁾가 아예 없지는 않으나, ‘청도군 홈페이지 사건’에 대한 2003년 대법원 판결¹⁴⁾이 지금까지 중요한 사례로 간주된다. 그런데 이 대법원 판결에 이르기까지 법원은 과연 온라인서비스제공자가 이런 경우 책임을 부담하는 근거규정이 무엇인지 판결문상에서 명확히 하지 않고 있었다. 즉 판결의 취지상 민법상 불법행위이론에 의하여 온라인서비스제공자가 책임을 부담한다는 사실은 비교적 분명하였지만, 직접 불법행위를 범한 이용자의 책임과의 관계에 있어 과연 온라인서비스제공자의 불법행위책임이 민법 제760조 제1항의 협의의 공동불법행위인지, 아니면 앞서 저작권침해와 마찬가지로 민법 제760조 제3항의 공동불법행위가 되는 것인지를 판결문상으로는 알기 힘들었다. 시기적으로 2003년은 앞서 이용자들의 저작권침해 부분에 있어서는 소리바다¹⁾에 대한 최초의 법원판단¹⁵⁾이 있었던 시점으로 그 이후 몇 년 동안 저작권침해분야에서는 이루 헤아릴 수 없이 많은 법적 판결들이 내려지는 과정에서 비교적 명확하게 책임성립요건의 문제가 일응 정리되었음에 비하여 명예훼손 분야에서는 ‘청도군

12) 서울지방법원 2001.4.27, 선고 99나74113 판결; 1심인 서울지방법원 동부지원 1999.8.18, 선고 99가소83281 판결에서는 원고의 청구를 기각하였지만 위 항소심에서 이를 뒤집어 일부 인용하였고 상고심(대법원 2001.9.7, 선고 2001다36801 판결)에서 항소심의 판단을 그대로 인용, 지지하여 종결되었다.

13) 제주지방법원 2003.1.16, 선고 2000가단16380(본소), 2002가단3869(반소) 판결 외에는 찾기 힘들다.

14) 대법원 2003.6.27, 선고 2002다72194 판결.

“온라인 서비스 제공자인 인터넷상의 홈페이지 운영자가 자신이 관리하는 전자게시판에 타인의 명예를 훼손하는 내용이 게재된 것을 방치하였을 때 명예훼손으로 인한 손해배상 책임을 지게하기 위하여는 그 운영자에게 그 게시물을 삭제할 의무가 있음에도 정당한 사유 없이 이를 이행하지 아니한 경우여야 하고, 그의 삭제의무가 있는지는 게시의 목적, 내용, 게시기간과 방법, 그로 인한 피해의 정도, 게시자와 피해자의 관계, 반론 또는 삭제 요구의 유무 등 게시에 관련한 쌍방의 대응태도, 당해 사이트의 성격 및 규모·영리 목적의 유무, 개방정도, 운영자가 게시물의 내용을 알았거나 알 수 있었던 시점, 삭제의 기술적·경제적 난이도 등을 종합하여 판단하여야 할 것으로서, 특별한 사정이 없다면 단지 홈페이지 운영자가 제공하는 게시판에 다른 사람에 의하여 제3자의 명예를 훼손하는 글이 게시되고 그 운영자가 이를 알았거나 알 수 있었다는 사정만으로 항상 운영자가 그 글을 즉시 삭제할 의무를 지게 된다고 단정할 수는 없다.....”

15) 소리바다1 가처분사건에 대한 최초의 법원 판단인 수원지방법원 성남지원 2003.2.14, 선고 2002카합284 판결을 말한다.

홈페이지 사건' 이후 이렇다 할 후속 사례가 없었던 결과로 이런 법적 모호함은 비교적 오랫동안 지속되었다.

그러던 중, 아주 근래인 2008.7.2 내려진 이른바 '억울하게 죽은 내 딸 사건'¹⁶⁾에서 서울고등법원은 원심의 모호한 입장을 수정하여 민법 제760조 제3항¹⁷⁾을 피고들인 포털업체(온라인서비스제공자)의 책임발생 근거규정으로 명시하고 있다. 이를 기준으로 풀이하면, 이용자에 의한 명예훼손의 경우에도 우리 법원은 앞서 저작권침해의 경우와 동일한 근거규정을 온라인서비스제공자의 책임발생요건으로 삼고 있다고 할 수 있다.

(2) 그 밖의 권리침해의 경우

우리 판례가 온라인서비스제공자의 부수적 책임 문제를 다룬 사안의 대부분은 저작권침해에 국한되고 앞서 말한 대로 명예훼손의 경우조차 선례가 아직 많지는 않다. 따라서 그 이외의 권리침해에 대하여는 관련사례를 찾아보기 힘든 상황이었는데, 2007.5.31 드문 판례¹⁸⁾가 등장하였다. 이용자들에게 판매할 목적으로 게임아이템을 직접 '리니지' 온라인게임에 접속한 다음 플레이를 통하여 획득하고자,¹⁹⁾ 미리 대량으로 획득한 타인의 주민등록번호 등 인적정보를 부정하게 사용하여, 중국의 불법업자들이 프라이버시 침해행위를 함에 있어 게임서비스제공자가 어떤 조문 하에서 책임을 부담하는지 언급한 사례였다.²⁰⁾ 여기서 법원은

16) 서울고등법원 2008.7.2, 선고 2007나60990 판결. 다만 그 원심인 서울중앙지방법원 2007.5.18, 선고 2005가합64571 판결에서는 책임발생의 근거규정을 명확히 하지 않고 있다. 이 사건 사안은 다음과 같다. 원고와 교제하던 딸이 실연하고 자살하자, 죽은 딸의 어머니가 원고의 명예를 훼손하는 내용의 게시글을 미니홈피 등에 올렸다. 이후 이에 호응하여 제3의 이용자들이 의하여 관련 신문기사의 댓글이나 미니홈피, 블로그 등에 원고를 비방하는 게시글들이 수없이 올려졌다. 법원은 이런 게시글들을 피고 포털이 방치하였다고 판단하여 피고들에게 명예훼손에 관한 방조에 의한 불법행위 책임을 인정하였다.

17) 판결원문은 오기("제766조 제3항")가 있으나 제760조 제3항을 적시하고 있음이 분명하다.

18) 서울중앙지방법원 2007.5.31, 선고 2006가합22338, 2006가합38197(병합) 판결.

19) 이 사건에서 침해적 이용자들이 해당하는 중국의 업자들은 이른바 '아이템 공장'을 운용하면서 게임 서비스에 접속한 후 주로 'BOT'라고 불리는 자동사냥 프로그램(이용자가 게임 내에서 직접 마우스 등을 통해 캐릭터를 조종하지 않더라도 캐릭터를 자동적으로 조종하여 아이템을 취득하는 작업만을 반복적으로 수행하도록 하는 용도의 특수한 프로그램을 말한다. 이는 위 판결문에서 인용)을 실행하여 판매 목적으로 아이템을 수집추적하였다.

20) 이런 사안에서 원고들은 피고 온라인게임사업자가 이 사건 명의도용발생 당시 이미 게임 외에서의 아이템 거래가 피고 회사의 이 사건 게임 영업에 이익이 된다는 판단 하에 작업

다시 한 번 민법 제760조 제3항을 피고 온라인서비스제공자의 책임발생요건을 따지는 근거로 명시하고 있다.

2. 책임제한요건론

1) 이용자들의 저작권침해 부분

이 부분 한국의 관련 규정의 내용은 미국 저작권법의 그것에 미칠 바는 아니지만 제법 복잡하다. 아울러 이들 내용은 이미 여러 글들을 통하여 주목을 받아왔다. 따라서 여기서는 극히 짧게 요약하면, 다음과 같다. 저작권법은 2003.5.27. 개정시 온라인서비스제공자가 서비스를 제공하는 행위와 관련하여 이용자들이 저작권 등을 침해한 경우 일정한 요건 하에서 서비스제공자의 책임을 감경·면제해주는 규정들을 신설하였다. 이들 규정은 미국 디지털 밀레니엄 저작권법의 규정을 수용한 것이었고, 이런 규정들은 현행 저작권법 제102조²¹⁾ 및 제103조²²⁾로

장 내지 아이템 중개업자들과 유착되어 아이템 거래와 연관된 이 사건 명의도용을 고의 또는 과실로 방조하였다는 주장을 하였다.

21) 제102조 (온라인서비스제공자의 책임 제한)

① 온라인서비스제공자가 저작물등의 복제·전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여 다른 사람에 의한 저작물등의 복제·전송으로 인하여 그 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시킨 경우에는 다른 사람에 의한 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해에 관한 온라인서비스제공자의 책임을 감경 또는 면제할 수 있다.

② 온라인서비스제공자가 저작물등의 복제·전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여 다른 사람에 의한 저작물등의 복제·전송으로 인하여 그 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시키고자 하였으나 기술적으로 불가능한 경우에는 그 다른 사람에 의한 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해에 관한 온라인서비스제공자의 책임은 면제된다.

22) 제103조 (복제·전송의 중단)

① 온라인서비스제공자의 서비스를 이용한 저작물등의 복제·전송에 따라 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 자신의 권리가 침해됨을 주장하는 자(이하 이 조에서 “권리주장자”라 한다)는 그 사실을 소명하여 온라인서비스제공자에게 그 저작물등의 복제·전송을 중단시킬 것을 요구할 수 있다.

② 온라인서비스제공자는 제1항의 규정에 따른 복제·전송의 중단요구가 있는 경우에는 즉시 그 저작물등의 복제·전송을 중단시키고 당해 저작물등을 복제·전송하는 자(이하 “복제·전송자”라 한다) 및 권리주장자에게 그 사실을 통보하여야 한다.

거의 그대로 계승되었다. 그 중 제103조는 이른바 ‘침해주장의 통지 및 제거 (notice and takedown procedure)’ 절차를 규정하여 권리자의 요청에 따라 침해물을 제거한 온라인서비스제공자에게 임의적인 책임감면을 부여하고 있고, 제102조에서는 침해물을 제거하고자 하였으나 기술적으로 불능한 경우 필요적 책임면제를 부여하고 있다.

2) 이용자들의 그 밖의 권리침해 부분

저작권침해 부분에서는 위에서 본 바와 같이 2003년에 온라인서비스제공자를 위한 책임제한요건이 규정되었으나 명예훼손 등 여타 권리침해부분에서는 책임 제한규정이 존재하지 않는 법적 불균형 내지 공백의 상황이 한국에서 수년간 지속되어왔다. 그러던 중 2007.1.26 개정된 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’(이하, 정보통신망이용촉진법이라고만 함)은 종전의 간략한 제44조 규정²³⁾을 환골탈태시키면서 보다 자세한 조문들로 변화시키고 있다. 특히 제44조의2(‘정보의 삭제요청 등’) 조항²⁴⁾을 통하여 드디어 한국에서도 이용자에 의한

③ 제2항의 규정에 따른 통보를 받은 복제·전송자가 자신의 복제·전송이 정당한 권리에 의한 것임을 소명하여 그 복제·전송의 재개를 요구하는 경우 온라인서비스제공자는 재개요구 사실 및 재개예정일을 권리주장자에게 지체 없이 통보하고 그 예정일에 복제·전송을 재개 시켜야 한다.

④ <생략>

⑤ 온라인서비스제공자가 제4항의 규정에 따른 공지를 하고 제2항 및 제3항의 규정에 따라 그 저작물등의 복제·전송을 중단시키거나 재개시킨 경우에는 다른 사람에 의한 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해에 대한 온라인서비스제공자의 책임 및 복제·전송자에게 발생하는 손해에 대한 온라인서비스제공자의 책임을 감경 또는 면제할 수 있다. 다만, 이 항의 규정은 온라인서비스제공자가 다른 사람에 의한 저작물등의 복제·전송으로 인하여 그 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 안 때부터 제1항의 규정에 따른 중단을 요구받기 전까지 발생한 책임에는 적용하지 아니한다.

⑥ 정당한 권리 없이 제1항 및 제3항의 규정에 따른 그 저작물등의 복제·전송의 중단이나 재개를 요구하는 자는 그로 인하여 발생하는 손해를 배상하여야 한다.

⑦ 제1항 내지 제4항의 규정에 따른 소명, 중단, 통보, 복제·전송의 재개, 수령인의 지정 및 공지 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. <이하 생략>

23) 구법 제44조는 엄밀히 말하자면 온라인서비스제공자의 책임관련 규정이라고는 할 수 있어도, 책임을 제한하여 주는 규정은 아니었다. 이 규정이 종전의 저작권법상 온라인서비스제공자의 책임제한규정과 충돌하고 있었다는 비판으로는 박준석, 전게서, 164~168면 참조.

24) 제44조의2 (정보의 삭제요청 등)

① 정보통신망을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 사생활 침해나 명예훼손

명예훼손 등 여타의 침해행위가 발생한 경우에도 온라인서비스제공자의 책임제한을 인정하는 조항이 도입되었다.

그러나 정보통신망이용촉진법 제44조의2는 아직 2003년 개정 저작권법과 그 시행령의 내용과 비교할 때 상대적으로 소략한 내용에 그치는데다, 책임제한요건의 구체적 부분에서 저작권 법령에서의 그것과 일치하지 않아 실제 분쟁에서 혼란이 생길 여지가 있다. 가령 저작권법에서는 ① 저작권법에서는 권리자의 침해 주장 통지에 대응하여 이용자도 대응통지를 할 수 있도록 정하고 있으나,²⁵⁾ 정보통신망이용촉진법에는 이런 대응통지제도가 존재하지 않는 점, ② 저작권법과 달리 정보통신망이용촉진법에는 이른바 임시조치제도가 존재하고,²⁶⁾ 이에 의하여 서비스제공자가 권리의 침해 여부를 판단하기 어렵거나 이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우 해당 정보에 대한 접근을 임시적으로 차단하는 조치를 할 수 있는 점, ③ 저작권법에서는 침해물 제거가 기술적으로 불가능한 경우에 온라인서비스제공자의 책임을 면제하고 있지만,²⁷⁾ 정보통신망이용촉진법에는 이런

손 등 타인의 권리가 침해된 경우 그 침해를 받은 자는 해당 정보를 취급한 정보통신서비스 제공자에게 침해사실을 소명하여 그 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재(이하 “삭제등”이라 한다)를 요청할 수 있다.

② 정보통신서비스 제공자는 제1항에 따른 해당 정보의 삭제등을 요청받으면 지체 없이 삭제·임시조치 등의 필요한 조치를 하고 즉시 신청인 및 정보게재자에게 알려야 한다. 이 경우 정보통신서비스 제공자는 필요한 조치를 한 사실을 해당 게시판에 게시하는 등의 방법으로 이용자가 알 수 있도록 하여야 한다.

③ 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 제42조에 따른 표시방법을 지키지 아니하는 청소년유해매체물이 게재되어 있거나 제42조의2에 따른 청소년 접근을 제한하는 조치 없이 청소년유해매체물을 광고하는 내용이 전시되어 있는 경우에는 지체 없이 그 내용을 삭제하여야 한다.

④ 정보통신서비스 제공자는 제1항에 따른 정보의 삭제요청에도 불구하고 권리의 침해 여부를 판단하기 어렵거나 이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우에는 해당 정보에 대한 접근을 임시적으로 차단하는 조치(이하 “임시조치”라 한다)를 할 수 있다. 이 경우 임시조치의 기간은 30일 이내로 한다.

⑤ 정보통신서비스 제공자는 필요한 조치에 관한 내용·절차 등을 미리 약관에 구체적으로 밝혀야 한다.

⑥ 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 유통되는 정보에 대하여 제2항에 따른 필요한 조치를 하면 이로 인한 배상책임을 줄이거나 면제받을 수 있다.

25) 위 저작권법 제103조 제3항.

26) 위 정보통신망이용촉진법 제44조의2 제4항.

27) 위 저작권법 제102조 제2항.

규정이 존재하지 않는 점,²⁸⁾ ④ 저작권법에서는 권리자의 침해주장 통지가 없더라도 서비스제공자가 침해사실을 다른 경로로 알게 된 때는 책임제한을 인정하지 않는다고 명시하고 있지만,²⁹⁾ 정보통신망이용촉진법에서는 그런 규정이 존재하지 않는 점, ⑤ 권리자가 침해주장의 통지를 함에 있어 소명할 사실에 관하여 저작권법 시행령 제40조³⁰⁾에서 상세히 정하고 있으나, 정보통신망이용촉진법에서는 그냥 ‘소명’이라고만 정하고 있을 뿐 구체적인 세칙이 없는 점³¹⁾ 등 헤아릴 수 없이 많은 면에서 차이³²⁾를 두고 있다. 결국 온라인서비스제공자는 이용자의 불법행위가 저작권침해인지, 아니면 여타의 권리침해인지에 따라 각각 책임제한을 받기 위하여 여러 가지에서 차이 있는 두 법률 중 해당 요건을 그때그때 충족하여야 하므로 법적으로 상당히 혼란을 겪게 된다.

28) 이 글의 아래에서 설명하는 바와 같이, 명예훼손의 사안에서는 P2P 네트워크가 아니라 전자게시판(BBS) 서비스가 주된 침해수단이 되므로 현실적으로 명예훼손 사안에서 온라인서비스제공자의 침해를 제거가 불가능한 경우는 거의 존재하지 않을 것이지만, 예외적으로 P2P 네트워크를 통하여서도 명예훼손이 발생하기도 하므로 위 본문과 같은 차이점이 문제될 소지는 여전히 존재한다.

29) 위 저작권법 제103조 제5항 단서.

30) 제40조 (복제·전송의 중단 요청)

법 제103조 제1항에 따라 온라인서비스제공자에게 복제·전송을 중단시킬 것을 요구하려는 자(이하 “권리주장자”라 한다)는 문화체육관광부령으로 정하는 요청서(전자문서로 된 요청서를 포함한다)에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 소명 자료(전자문서를 포함한다)를 첨부하여 온라인서비스제공자에게 제출하여야 한다. 다만, 권리주장자가 저작권신탁관리업자이거나 최근 1년 이내에 반복적인 침해행위에 대하여 권리자임을 소명할 수 있는 자료를 이미 제출한 사실이 있는 경우에는 요청서만 제출하여도 된다.

1. 자신이 그 저작물등의 권리자로 표시된 저작권 등의 등록증 사본 또는 그에 상당하는 자료
2. 자신의 성명등이나 이명으로서 널리 알려진 것이 표시되어 있는 저작물등의 사본 또는 그에 상당하는 자료

31) 가령 정보통신망이용촉진법의 적용을 받는 명예훼손 사안에서는 피해자가 “최근 1년 이내에 반복적인 침해행위에 대하여 권리자임을 소명할 수 있는 자료를 이미 제출한 사실이 있는 경우”라도 다른 경우와 구별 없이 원칙적으로 권리침해사실의 소명자료를 구비할 것이 요구된다고 해석된다.

32) 가령 저작권법에서는 권리자에 의한 침해주장의 통지를 원활하게 수령하도록 수령인 성명과 전화번호, 이메일 등을 온라인상에 공지할 것을 의무화하고 있지만(시행령 제44조), 정보통신망이용촉진법에서는 일련의 조치에 관한 내용·절차 등을 미리 약관에 구체적으로 밝힐 것을 요구하고 있다. 사소한 차이이지만 이런 요건의 충족도 나중에 분쟁발생시 온라인서비스제공자의 책임제한요건 충족유무를 따지는데 기준의 일부가 됨은 물론이다.

나아가 적어도 문구상으로는 정보통신망이용촉진법 제44조의2가 저작권 침해의 경우까지 망라한 일체의 권리침해행위에 적용될 가능성도 없지 아니한데,³³⁾ 그렇게 해석할 경우 온라인서비스제공자는 책임제한을 받기 위하여 두 법의 내용을 모두 충족하여야 하는지, 아니면 한 가지 법의 내용만 충족하면 되는지 지금으로서는 불확실하다. 설령 정보통신망이용촉진법은 저작권 이외의 권리침해에 적용될 뿐이라는 입장을 취하더라도, 하나의 침해행위가 저작권침해뿐 아니라 명예훼손 혹은 사생활 침해에 모두 해당될 경우(가령 타인의 저작물을 公正利用과 무관하게 악의적으로 모욕적 표현을 섞는 등으로 바꾸어 온라인상에 임의로 게시하는 행위)에서는 온라인서비스제공자가 여전히 비슷한 어려움을 겪게 된다.

III. 온라인서비스제공자의 책임 관련규정의 통합필요성

1. 서설

결국 한국에서 온라인서비스제공자에 대한 법적책임론의 전개상황을 정리하자면 다음과 같다.

명예훼손 등 여타 영역에 있어 판례가 많지 않아 아직 확실하지 않은 면이 있으나, 지금까지의 상황으로 보건대 한국의 법원은 책임성립요건에 있어서는 저작권침해와 명예훼손 등을 모두 망라하여 민법 제760조 제3항을 근거규정으로 삼음으로써 통일된 입장을 보이고 있다.

그와 달리 책임제한요건에 있어서 아직 한국은 미국과 마찬가지로 저작권침해의 경우와 명예훼손 등 여타 권리침해의 경우를 각각 다른 법률로 규율하고 그 법률들의 내용도 서로 상이하게 정함으로써 이원화(二元化)된 책임제한이론을 적

33) 법 제44조의6에서 “사생활 침해 또는 명예훼손 등 권리”(밑줄은 필자)라고 하여 여타 권리를 포함할 가능성을 열어 놓았기 때문이다. 다만 제44조의10에서 “사생활의 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보와 관련된 분쟁의 조정업무를수행하기 위하여명예훼손 분쟁조정부를 두되”라고 표현을 보아서 위 법의 주된 적용대상이 명예훼손 영역임을 염두에 둔 듯하다. 하지만, 위 조정부의 업무범위에 관한 제44조의10과 달리 제44조의2는 조정업자가 아닌 온라인서비스제공자의 책임제한에 관한 문제일 뿐이므로 제44조의2를 저작권침해 사안에도 적용하는 것이 전혀 불가능하지는 않는 것처럼 보인다.

용하고 있다. 심지어 2007.1.26 이전의 과거까지 한국에서는 저작권침해의 경우와 달리 명예훼손 등 권리침해의 경우에 대하여 책임제한규정 자체가 존재하지 아니하였었다. 이런 태도는 저작권침해와 명예훼손 등 모든 영역을 망라하여 온라인서비스제공자의 책임제한입법을 수립하고 있는 유럽연합이나 독일·일본과는 다른 것이다.

이런 한국의 상황에 대하여 명예훼손 등 영역에 대하여도 온라인서비스제공자의 책임제한입법이 필요하다는 점과 나아가 한국의 국가적 상황에서는 저작권침해와 명예훼손 영역 등을 모두 통합한 하나의 책임제한이론이 가장 바람직하다는 비판론³⁴⁾이 이미 있었다.

2. 이원화된 범리를 가진 미국과 달리 한국에서는 통합이론이 타당한 이유³⁵⁾

1) 온라인서비스제공자의 책임론에 대한 미국의 이원적 취급

미국에서는 온라인서비스제공자의 책임성립요건 및 책임제한요건을 이용자의 저작권침해행위와 명예훼손행위 사이를 구분하여 별개의 법리로 논하고 있다.³⁶⁾

우선 책임성립요건론에 있어서는 각각 판례법에서 유래한 이론에 따르고 있다. 즉 명예훼손행위에 부수한 온라인서비스제공자의 책임을 발행인(publisher)과 배포자(distributor)로 구분하고, 저작권침해행위에 부수한 온라인서비스제공자의 책임은 대위책임자(vicarious infringer)과 기여책임자(contributory infringer)로 구분하여 상이하게 논의하고 있다.

다음으로 책임제한요건론에 있어서는 각각 서로 다른 성문법의 규정에 의거하고 있다. 명예훼손에 있어서는 통신품위법(CDA) 제230조(c)(1)³⁷⁾에서 온라인서비

34) 박준석, 「인터넷서비스제공자의 책임」, 168~179면 및 같은 저자의 “이용자의 저작권침해에 따른 인터넷서비스제공자의 민사책임”, 서울대 박사학위논문(2005), 107면 이하 등.

35) 이 부분은 박준석, 상계서, 175~178면 등을 최근 동향을 반영하여 업데이트한 것이다.

36) 미국의 사례들을 기준으로 하자면 1991년 *Cubby, Inc. v. CompuServe* 사건(명예훼손관련) → 1993년 *Playboy Enterprises, Inc. v. Frena* 사건(저작권관련) → 1994년 *Sega Enterprises v. Maphia* 사건(저작권 관련) → 1995년 *Stratton Oakmont Inc. v. Prodigy Service Co.* 사건(5월, 명예훼손관련) → 1995년 *Religious Technology Center v. Netcom, Inc.* 사건(11월, 저작권관련)의 판단이 차례로 내려졌다. 모두 비슷한 시기에 모두 동일한 전자게시판(BBS)을 침해수단으로 하여 발생한 사안들이라는 공통점이 있다.

스제공자의 포괄적인 면책을 규정하고 있음에 반하여, 저작권침해와 관련하여서는 디지털 밀레니엄 저작권법(DMCA)에서 온라인서비스제공자의 기술적(技術的) 유형에 따라 개별적으로 달리 정한 별개의 요건을 구비하도록 하고 있다.³⁸⁾ 미국에서는 저작권침해 사안과 명예훼손 등 사안을 비교할 때 책임성립요건론과 책임제한요건론이 모두 상이하며, 더욱이 미국 법원은 *Zeran v. American On-Line Inc* 사건³⁹⁾의 판결 등을 통하여 통신품위법이 정한 포괄적인 면책을 더욱 확장⁴⁰⁾시킨바 있다. 다만, 2008.3.14 내려진 *CLC v. Craigslist* 판결⁴¹⁾에서 연방 제7

- 37) 통신품위법 230조(c)항은 ‘침해물을 차단 및 선별한 착한 사마리아인 보호(Protection for “Good Samaritan” blocking and screening of offensive material)’ 라는 제목 하에, “(1) 쌍방향 컴퓨터서비스의 제공자나 이용자는 다른 정보콘텐츠 제공자가 제공한 정보(information) 일체에 관하여 발행인이나 발언자(speaker)로 취급되어서는 안 된다. (2) 헌법상 보호 여부를 불문하고, 외설적·음란한·선정적·추악하거나 과도하게 폭력적이고 집요하게 괴롭히거나 기타 거부할 만하다고 생각되는 소재라고 서비스제공자나 이용자에게 생각되어지는 소재로의 접속이나 이용을 선의로 차단하기 위하여 그들이 자발적으로 취한 일체의 조치에 대하여 민사적 책임을 부담하지 아니한다...” 고 규정하고 있다.
- 38) 나아가 피해자의 요청에 따라 온라인서비스제공자가 침해자의 인적정보를 제공하도록 하는 이른바 ‘정보제출명령(subpoena)’에 관하여도 저작권침해에 대한 정보제출명령은 미국 디지털 밀레니엄 저작권법 512조 (h)항에 의하여 소송제기 없이 법원의 명령을 얻을 수 있지만, 그 나머지 침해에 관하여서는 일단 불특정 침해자를 상대로 한 ‘존도(Jone-Doe) 소송’을 제기한 다음 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure, FRCP) 제45조에 의한 소환명령(subpoena, 위 정보제출명령과 달리 정보뿐 아니라 人身의 소환도 포함하므로 이 글에서 달리 번역함)에 의하여야 하므로 더 번거롭다.
- 39) 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997), cert. denied, 118 S. Ct. 2341 (1998). 이 사건 원고는 막 입법된 통신품위법의 230조(c) 조항 때문에 피고 온라인서비스제공자가 면책되는 결과를 피하기 위하여 피고에게 발행인의 책임이 아닌 배포자로서의 책임만 추궁하였다. 그렇지만, 연방 제4항소법원은 통신품위법의 발행인에 대한 면책조항의 취지를 폭넓게 확장해석하여 면책효과가 배포자인 피고에게까지 적용된다고 보아, 피고에게 면책을 인정하였다.
- 40) 한국에서의 유력한 입장(김재형, “인터넷에 의한 인격권침해”, 『인터넷과 법률』(법문사, 2002), 529면)에 따르면 이러한 통신품위법의 취지와 판례의 입장을 볼 때 온라인서비스제공자의 책임유무를 판단할 때 명예훼손적인 메시지를 통제할 수 있는 권한이나 기회가 있었는지는 아무런 의미가 없다고 한다. 이러한 경향 역시 통제할 수 있는 권한이나 기회를 여전히 중시하는 저작권침해행위의 경우와 비교할 때, 명예훼손행위에 대한 온라인서비스제공자의 책임과 저작권침해행위에 대한 온라인서비스제공자의 책임을 가급적 동일하여 논하려는 시도에 어려움을 가중시킨다.
- 41) *Chicago Lawyers’ Committee for Civil Rights under Law, Inc. v. Craigslist, Inc.*, 519 F.3d 666 (7th Cir 2008).

항소법원은 Zeran 판결에서의 연방 제4항소법원의 해석에 반대하면서, 통신품위법 제230조(c)(1)의 취지는 온라인서비스제공자를 명예훼손 등 영역에서 어떤 경우라도 면책하고자 하는 포괄적 면책조항이 아니라⁴²⁾ 단순히 다른 자가 제공한 정보에 있어 온라인서비스제공자가 발행인이나 발언자가 아니라는 정의(定義)를 내린 조항에 불과하므로, 온라인서비스제공자 스스로 생산한 정보에 대하여는 온라인서비스제공자가 여전히 책임질 수 있다고 보아 명예훼손의 영역에서 지나치게 온라인서비스제공자의 면책을 확장한 과거 입장에서 한발 물러나 있다.

2) 이원론의 통합적 해석가능성

그렇지만, 이렇게 차이가 나는 미국의 양대 책임론을 면밀히 검토해 보면 양자의 법리를 통합하는 것이 전혀 불가능한 것은 아님을 알 수 있다. 먼저 명예훼손에 있어 배포자는 그 침해사실을 알거나 알 수 있었을 때 책임을 부담함이 원칙인데, 이는 저작권침해에 있어 기여책임의 요건을 열거할 때 ‘행위자(온라인서비스제공자)가 직접침해자의 침해행위를 알거나 알 수 있었을 것’을 요구하는 것과 일치한다. 다만 기여책임의 요건으로는 그 외에도 ‘행위자가 직접침해자의 침해행위에 실질적인 기여(material contribution)를 하였을 것’이라는 추가적인 요건이 더 필요한 듯 보이지만 앞서 명예훼손행위로 돌아가 배포자의 행위, 즉 침해물을 배포하는 행위가 다름 아니라 침해행위에 실질적인 기여를 하는 행위에 해당함에 주목한다면, 명예훼손의 법리와 저작권침해의 법리가 각각 독자적인 법리로 발전해오며 생긴 세세한 표현상의 차이를 제거하고 비교할 때, 명예훼손행위에 대한 배포자의 책임성립요건과 저작권침해에 대한 기여행위자의 책임성립요건이란 기본적으로 동일한 요건을 각각 名譽權의 법률영역, 저작권의 법률영역에서 달리 지칭하고 해석하고 있음에 불과하지 않은가 한다.

한편 발행인은 명예훼손행위에 편집권을 행사함을 근거로 엄격책임을 부담함이 원칙인데, 그 편집권이란 사실은 직접침해자(구술에 의한 경우는 발언자, 출판물에 의한 경우는 저자가 이에 해당될 것이나 여기서는 특히 후자에 국한하여 설명한다)의 출판을 위한 편집과정에서 출판업자가 이를 통제할 수 있는 권리와 능력에 다름 아니고 이는 대위책임의 요건 중 저작권 직접침해행위를 하는 자를

42) 위 판결문을 작성한 제7항소법원의 Easterbrook 판사에 의하면, 그렇게 해석하게 되면 230조(c)(2)에 의거한 일정한 조치를 할 필요도 없이 온라인서비스제공자는 230조(c)(1)에 따라 면책을 받게 되므로 온라인서비스제공자가 굳이 위 규정에 언급하는 일정한 조치를 할 동기가 없게 되는 모순에 빠진다고 한다.

통제할 수 있는 권리와 능력을 요구하는 것과 일치한다. 역시 앞서 기여책임의 요건과 마찬가지로 대위책임의 요건에서도 그 외에 ‘침해행위로부터 직접적으로 금전상의 이익을 얻었을 것’이라는 추가적인 요건이 더 필요한 듯 보이지만 앞서 명예훼손행위로 돌아가 발행인인 출판업자는 출판물의 출판으로 직접적으로 경제적 이익을 얻는 자라는 점에 주목해야 한다. 결국 이때도 명예훼손의 법리와 저작권침해의 법리가 독자적인 법리로 분화하여 발전해오며 생긴 세세한 표현상의 차이를 제거하고 비교할 때 명예훼손행위에 대한 발행인(특히, 출판업자의 경우)의 책임성립요건과 저작권침해에 대한 대위책임자의 책임성립요건이란 기본적으로 동일한 요건을 각각 명예권의 법률영역, 저작권의 법률영역에서 달리 표현하고 있다고도 할 수 있다.

요컨대, 명예훼손행위에 있어 배포자나 발행인의 책임 요건과 달리 저작권침해에 있어 기여침해자와 대위책임부담자의 책임성립요건에서 별도로 요구되는 ‘행위자가 직접침해자의 침해행위에 실질적인 기여를 하였을 것’ 내지 ‘침해행위로부터 직접적으로 금전상의 이익을 얻었을 것’이라는 요건들은 명예훼손과 관련하여서는 다른 표현으로 지칭되고 있거나(즉, 배포자의 책임이 문제되는 경우, ‘책임을 부담할 자가 침해물을 배포하였을 것’), 아니면 언급할 필요 없이 당연히 전제(발행인의 책임이 문제되는 경우, ‘발행인인 출판업자는 출판물의 출판이 성공하면 당연히 직접적인 이익을 얻는다’는 경험칙)되어 있는 것에 불과하다.

아울러 저작권침해에 있어 기여책임의 원칙이, 그 연원을 보건대 멀리 “불법행위에 참가하거나 더 확장시킨 자는 주된 불법행위자와 마찬가지로 책임이 있다”라는 보통법(common law)상의 원칙에서 발전하였다고 해석함이 미국의 다수설⁴³⁾인 점에서 알 수 있듯이 명예훼손에 있어 발행인과 배포자의 책임에 관한 법리, 혹은 저작권침해행위의 경우 대위책임과 기여책임에 관한 법리는 모두 보통법상의 원칙에 같은 뿌리를 두고 있다고 볼 수 있다. 결국 두 법리는 그 세세한 표현에서는 다소간의 차이가 있더라도 기본적으로는 공통적인 하나의 법리로 포섭될 여지가 충분히 있는 것이다.⁴⁴⁾ 나아가 미국에서도, 비록 이 글과 통합론의 방향

43) Peter Katz, “Copyright Infringement: The Perils of Indirect Liability”, *Journal of Proprietary Rights*, Vol.16 No.6(June 2004), p.2 혹은 Jesse M. Feder, “Is Betamax Obsolete?: Sony Corp. of America V. Universal City Studios, Inc. in The Age of Napster”, *Creighton Law Review*, Vol.37(June 2004), pp.871-872.

44) 가령, 이 글과 다소 다른 시각으로 미국에서 위 두 가지 법리의 통일을 꾀하는 논자도 있는데 그 설명을 요약하면 다음과 같다. 즉, “연방대법원이 *New York Times v. Sullivan* 사건(376 U.S. 254, Mar 09, 1964) 같은 사례에서 취한 태도를 유추해 보면 온라인서비스

은 다르지만 각각의 유형별 침해행위에 따라 온라인서비스제공자의 책임 및 책임제한론이 서로 상이하게 전개되어 온 결과 온라인서비스 상에서 이들 상이한 법리 간에 충돌 내지 법적 공백이 발생하는 것을 비판하면서 책임발생요건은 몰라도⁴⁵⁾ 적어도 온라인서비스제공자의 책임제한(safe harbor) 요건에서는 그 침해행위의 유형을 불문하고 하나의 논리로 통합하자는 유력한 주장⁴⁶⁾이 최근 제기되고 있다.

3) 미국과 상이한 한국의 사정

미국은 한국의 저작권법상 제102조 및 제103조와 같은 책임제한요건 규정의 모태가 된 디지털 밀레니엄 저작권법을 운용하는 국가일 뿐 아니라, ‘각테일98 사건’ 등 저작권침해의 책임성립요건에 관한 한국 판례들에도 강력한 영향을 준 국가이다. 그러므로 언 듯 보아서, 미국과 마찬가지로 서로 다른 책임제한이론을 적용하는 것이 오히려 타당할 듯 보이지만 실제로는 그렇지 않다.

제공자의 대위책임에 대하여 어떤 태도가 타당한지 짐작할 수 있다. 그것은 명예훼손 책임을 추궁당하는 것을 모면하기 위하여 출판자들이 과도하게 검열을 행하게 함으로써 더 소중한 표현의 자유가 억제당하도록 하는 부당한 결과를 피하여야 하는 것과 마찬가지로 피고 온라인서비스제공자에게 공정이용의 항변을 더 폭넓게 인정하는 등의 방법으로 온라인서비스제공자에게 대위책임을 묻는 것도 지극히 신중해야 한다는 것이다. 그동안 법원은 주저해 왔지만, 표현의 자유의 가치가 저작권법의 기본적인 해석에서도 적극 반영되어야 한다.”(Alfred C. Yen, “Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and The First Amendment”, *Georgetown Law Journal*(June 2000), pp.1837 FN 16, 1871-72). 다만, 위 설명은 결국 표현의 자유라는 헌법상의 가치를 최상위에 두고 그 아래에 저작권법상 기여대위책임의 법리를 종속시켜 해석한다는 점에서, 표현의 자유와 관련된 명예훼손행위와 기여대위책임과 관련된 저작권침해행위에 대한 각 법리를 일단 대등하게 파악하려는 이 글과 차이가 있다고 할 수 있다. 위 논자의 설명은 일견 표현의 자유와 관련된 게시물에 대해서 면책을 받고자 온라인서비스제공자가 과도하게 게시물을 검열, 삭제할 위험이 있다는 사실을 지적한 측면에서는 타당하지만, 저작권침해와 관련된 게시물의 대부분은 헌법상 표현의 자유와는 적어도 현실적으로는 큰 관련이 없음을 감안할 때는 아주 유용한 통합론이라고는 생각되지 않는다.

45) 비교적 최근에 성문법으로 수립된 책임제한요건의 상황과 달리, 책임성립요건은 앞서 말한 대로 판례법에 터 잡고 있어 이미 오랜 전통에 뿌리를 두고 있으므로 그 통합이 결코 쉽지 않다.

46) 자세한 내용은 Mark A. Lemley, “Rationalizing Internet Safe Harbors”, *Journal on Telecommunications & High Technology Law*, Vol.6(Fall 2007), pp.107-118.

(1) 한국에서는 책임성립요건이 서로 동일함

한국에서도 오프라인의 영역에서는 명예훼손에 의한 불법행위 법리와 저작권 침해의 불법행위 법리가 분명히 구별되어 있었다고 할 수 있다. 하지만, 온라인 서비스 상에서 서비스제공자의 부수적 책임이론을 구성함에 있어서는 위 두 가지 법리가 엄밀하게 구별되고 있었다고 보기 어렵다. 오히려 미국에서와 달리, 온라인서비스제공자의 책임성립요건이 이용자의 저작권침해행위에서나 명예훼손 등 여타 권리침해행위에서나 기본적으로 동일하게 해석되고 있는 것으로 보인다. 다시 말하자면, 앞서 보았듯이 현재까지 가장 유력한 판례의 입장에 따르자면 양자 모두가 민법 제760조 제3항의 방조에 의한 불법행위 규정을 온라인서비스제공자의 책임성립요건으로 삼고 있는 것이다. 이용자에 의한 저작권침해의 경우 대법원 등 여러 판례⁴⁷⁾가 민법 제760조 제3항을 온라인서비스제공자 책임의 근거규정으로 보아 방조에 의한 공동불법행위책임을 인정하고 있고, 한편으로 이용자에 의한 명예훼손의 경우에도 2008.7.2. 내려진 서울고등법원의 이른바 ‘억울하게 죽은 내 딸 사건’⁴⁸⁾에서 민법 제760조 제3항을 피고들이었던 포털업체(온라인 서비스제공자)의 책임발생의 근거로 명시적으로 제시하고 있으며, 이런 사정은 사생활 침해 내지 프라이버시 침해의 사례⁴⁹⁾에서도 마찬가지이다. 아울러 책임성립의 구체적인 법적 요소까지 살펴보더라도, 저작권 침해 사안과 명예훼손 등 여타 권리침해 사안이라는 차이에 불구하고 그 침해장소가 동일한 유형, 가령 게시판 서비스제공자인 때 그 법적 책임론은 거의 동일한 판단요소에 터 잡고 있음을 실제 판결문들의 내용에서도 확인할 수 있다.⁵⁰⁾

47) 소리바다 가처분이의사건에 관한 대법원 2007.1.25, 선고 2005다11626 가처분이의판결 및 그 원심인 서울고등법원 2005.1.12, 선고 2003나21140호 판결 등.

48) 서울고등법원 2008.7.2, 선고 2007나60990 판결.

49) 서울중앙지방법원 2007.5.31, 선고 2006가합22338, 2006가합38197(병합) 판결.

50) ‘억울하게 죽은 내 딸 사건’에서 서울고등법원은 피고 온라인서비스제공자의 책임을 일단 주의의무위반이 문제되는 오프라인에서의 민법상 불법행위 사건에서처럼 ‘예견가능성’과 ‘회피가능성’으로 목차를 나누어 설명하고 있다. 그러나 자세히 그 판단요소를 살펴보면 침해에 대한 피고의 실제 인식 내지는 예견가능성(인식가능성), 서비스에서의 영리성과 수익, 침해물에 대한 차단가능성이 있었음을 지적하고 있는데 이것들은 저작권침해 사례에 있어서 법원의 판단내용과 대동소이하다. 가령 소리바다1 가처분이의사건의 항소심판결은 “침해를 미필적으로나마 알았거나 알 수 있었던 점”, “서비스 운영을 통하여 얻은 인지도를 이용하여 수익을 얻을 계획이었던 점”, “아이디를 관별하여 접속을 거부함으로써 침해행위를 하는 이용자들의 파일공유를 제한할 수도 있었던 것으로 보이는 점” 등을 적시하고 있다.

(2) 한국에서 책임제한요건이 서로 달리 입법된 배경 등

위와 같이 한국은 미국과 달리 온라인서비스제공자의 부수적 책임의 성립을 검토함에 있어 저작권침해의 경우와 명예훼손의 경우를 각각 구별하지 아니하고 민법 제760조 제3항이라는 동일 법규에 의하여 논의하고 있으므로, 그 책임 성립 후 책임의 제한요건을 논의함에 있어서도 통일된 법리에 의하는 것이 논리적으로 타당하다.

그럼에도 한국에서 애당초 유럽연합이나 독일·일본과 같이 통합된 책임제한법을 도입하지 않고 유독 저작권침해 분야에만 온라인서비스제공자의 책임제한요건이 도입되게 된 것은, 저작권법을 주관하던 문화관광부와 정보통신망이용촉진법을 주관하던 정보통신부 사이에 온라인서비스제공자의 주관부서로 먼저 자리매김하고자 하는 선의의 경쟁과정에서 문화관광부가 온라인서비스제공자의 책임제한규정을 저작권법에 포섭하고 있던 미국의 예를 다소 급하게 따르게 된 데서 유래한 것으로 짐작된다.⁵¹⁾ 오로지 저작권 침해의 경우에만 시야를 둔 문화관광부에 의해 온라인서비스제공자의 책임제한입법이 저작권법 상에 단독으로 수립되고 다른 침해영역(명예훼손이나 상표권침해 등)에 대한 고려는 나중에 이루어졌기 때문에, 법체계 전체로 볼 때는 나머지 침해영역에 대한 책임제한입법이 2007. 1. 26. 정보통신망이용촉진법 개정까지 결과적으로 지연되었다. 나아가 현재까지도 저작권침해 사안과 명예훼손 등 다른 침해 사안에서 서로 다른 법률의 상이한 책임제한요건이 온라인서비스제공자에게 적용되므로 온라인서비스제공자에게 사실 불필요한 법적 혼란이 발생하고 있다. 온라인서비스제공자의 입장에서 볼 때 피침해자가 저작권자인지, 아니면 명예훼손 등 다른 피해자인지라는 다소 우연한 사정에 따라 책임론을 달리 전개하기보다는 그 전달자가 공통적으로 온라인서비스제공자라는 사실에 향후 더 초점을 두는 것이 타당할 것이다. 왜냐하면 그것이 앞서 언급한 불필요한 법적 혼란을 해소하고, 나아가 온라인서비스제공자의 지위가 상대적으로 중요한 한국의 실정에 더 부합한다고 판단되기 때문이다.

혹자는 명예훼손 영역은 표현의 자유라는 헌법상 지고(至高)한 가치가 개입되어 있는 영역이어서 저작권침해영역과는 ‘반드시’ 구별되는 법리가 존재한다고 반박할지 모르겠다. 하지만 정작 미국 관례의 흐름을 보건대 표현의 자유라는 가

51) 이에 관한 자세한 내용은 박준석, 전거서, 173~174면 참조. 이런 황급한 입법이 빚은 다른 실수에 관하여는 같은 책 161~163면 참조.

치를 우선하여야 한다는 명제와 명예훼손 발언의 전달자에 대한 책임이 그러한 가치 때문에 저작권침해의 경우와 다른 형태를 띠어야 하는가의 문제는 별개이지 않은가 한다. 가령 미국 연방대법원이 *New York Times v. Sullivan* 사건⁵²⁾을 통하여, 명예훼손 발언의 전달자에게 엄격책임(strict liability)을 부과하는 것은 그것이 가져올 표현의 자유에 대한 위축효과 때문에 위헌이라고 선언하기 이전까지, 미국 판례들은 종종 명예훼손 발언의 전달자에게 엄격책임을 부과하였었다.⁵³⁾ 그리고 이것은 저작권 (직접)침해자에게 원칙적으로 부과되었던 엄격책임과 다를 바 없는 것이었다. 이후 명예훼손 발언의 전달자에 대한 책임은 편집인, 배포자의 2가지 유형에 따른 넓은 의미의 과실책임(negligence liability)으로 판례상 고정되었고 통신품위법의 등장에 따라 온라인서비스제공자에게는 일정한 면책이 부여되는 발전과정을 거치게 되었다. 이러한 변천과정에서 보듯이 명예훼손 발언의 전달자에 대한 책임을 논함에 있어 표현의 자유라는 가치 때문에 그것이 반드시 엄격책임 아니면 과실책임으로 정해져야할 당위성은 존재하지 않는다. 마찬가지로 한국에서도 자국의 입법정책과 상황에 따라 명예훼손 발언의 전달자의 책임(혹은 책임제한)을 저작권침해행위의 전달자의 그것과 동일하게 규정할 수도 있는 것이다.

(3) 유럽연합이나 독일, 일본에서는 이미 통합법이 존재함

미국은 앞서 보았듯이 전통적으로 저작권침해와 명예훼손행위 간을 책임성립단계부터 엄별하고 있고 나아가 책임제한요건도 별개 법률로 서로 상이하게 정하고 있다. 하지만 이런 전통과 거리가 먼 다른 나라들, 즉 유럽연합이나 독일, 일본 등은 모두 이 글이 주장하는 바와 같은 통합법을 수립하여 시행하고 있는 중이다. 위 순서대로 2000년 전자상거래지침,⁵⁴⁾ 2007년 온라인미디어법(Telemediengesetz),⁵⁵⁾

52) 376 U.S. 254(Mar. 9, 1964).

53) 엄격책임론과 제3자 책임론의 미국에서의 역사적 발전과정에 관하여는 Matt Jackson, "One Step forward, Two Steps Back: An Historical Analysis of Copyright Liability", Symposium Copyright Law as Communications Policy: 「Convergence of Paradigms and Cultures」, *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, Vol.20(2002) 참조.

54) 정식명칭은 2000년 '역내시장에서의 전자상거래를 포함한 정보화 사회 서비스의 특정분야에 대한 지침(Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market).'

55) 1997년 온라인서비스법(Teledienstegesetz, TDG)이라 독일의 책임제한입법은 추상적이고

2002년 ‘특정전기통신역무제공자의 손해배상책임의 제한 및 발신자정보의 개시에 관한 법률’⁵⁶⁾ 등이 그것들이다. 이러한 예를 볼 때 한국은 저작권침해와 명예훼손 등 여타 침해행위 사이를 책임성립단계부터 전통적으로 엄격히 구별하고 있었다고 보기 어려운 상황이므로, 미국의 예를 쫓을 것이 아니라 유럽연합이나 독일, 일본의 예를 쫓음이 타당하다.

4) 통합의 범위 및 통합의 구체적 방법

(1) 통합의 범위

장차 통합적으로 규율될 필요가 있는 온라인서비스제공자의 부수적 책임이 관련된 이용자들의 침해영역 중 대표적인 두 가지는 물론 저작권침해행위와 명예훼손행위이다. 하지만 여기에 국한하지 않고 사생활 침해(혹은 프라이버시 침해)⁵⁷⁾뿐만 아니라 이용자들의 상표권침해행위,⁵⁸⁾ 혹은 음란물유통행위⁵⁹⁾나 그

단출하지만, 특정한 권리침해에 국한하지 않고 다양한 권리의 침해에 대하여 통일적인 면책규정을 수립하는 통합면책법의 형태를 취하고 있다. 이후 2001년 개정된 온라인서비스법(Teledienstegesetz, TDG) 제8조부터 제11조까지의 책임제한규정들은 2007년 새로운 온라인미디어법(Telemediengesetz) 중 제7조부터 제10조로 승계되었는데, 그 내용은 변함이 없다. 온라인미디어법은 온라인서비스(teledienste)와 대중매체서비스(mediendienste)의 이원적 입법, 즉 종전 연방 관할이던 ‘온라인서비스법’과 주 관할이던 ‘대중매체서비스에 관한 중간조약(Mediendienstestaatsvertrag: MD StV)’을 통합하기 위한 입법이라고 한다. 이 중 2007년 법의 성립경위 등에 관하여는 한국전파진흥원, “독일 통신·방송·전파 법령 검토”, 정보통신부 연구개발결과 보고서(2007.12)를 참조함.

- 56) ‘特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及発信者情報の開示に関する法律’, 일본에서는 약칭하여 ‘プロバイダ責任制限法’, 즉 ‘서비스제공자책임제한법’이라고 칭한다.
- 57) 앞서 보았듯이 정보통신망이용촉진법 제44조의2에서 명시하고 있는 대상이자, 서울중앙지방법원 2007.5.31, 선고 2006가합22338, 2006가합38197(병합) 판결과 같이 온라인서비스제공자의 방조책임을 다룬 실제 사례도 존재하는 분야이다.
- 58) 아직 한국에서는 이 분야 관련 사례는 물론 학계의 언급도 거의 드문 편이다. 이는 상표권을 침해하는 물품이 인터넷경매서비스제공자의 서비스 상에서 서비스이용자에 의하여 판매된 경우 서비스제공자가 부담하는 책임 및 책임제한에 관한 문제이다. 이에 관하여 2008년 7월경 미국 연방지방법원과 프랑스 법원은 동일한 피고(ebay)를 상대로 한 소송에서 서로 상반된 판결을 내렸다. 미국에서의 소송은 고급보석상점인 Tiffany가 eBay를 상대로 제기한 소로서, 가짜 보석이 eBay의 온라인마켓에서 여러 번 판매되었음에도 eBay가 그 이익을 위하여 고의로 눈감았으므로 서비스이용자에 의한 상표권 침해에 eBay도 함께 책임이 있다는 취지의 청구였다. 그러나 연방지방법원은 Tiffany의 주장과 달리 온라인마켓 상에서 가짜 보석이 팔릴지 항상 감시하는 것은 마켓제공자가 아니라 권리자인 Tiffany에

밖의 여타 일체의 권리침해행위⁶⁰⁾까지 포함한다.

다만 책임성립요건이나 책임제한요건의 통합론 모두 이용자의 침해행위에 따라 온라인서비스제공자가 부담하게 되는 부수적 책임(derivative liability)에 한정되므로, 온라인서비스제공자가 직접 침해행위를 한 때는 이 글에서 지칭하는 통합법리의 수립대상이 되지 않는다. 직접적 침해는 이용자에 의하여 이루어지고 온라인서비스제공자는 그 정보전달매체만을 제공한 지위에서 부수적 책임을 부담하는 경우라면 책임론에 있어서 통합적으로 논의할 공통적 토대가 있는 것이지만, 온라인서비스제공자가 직접 침해행위를 한 경우에는 그러하지 아니하기 때문이다. 이때는 온라인서비스제공자에게만 통합적 법리에 의한 규제라는 특례를 인정할 수 없고, 개개 권리의 침해행태를 구체화한 저작권법이나 해당 불법행위에 관한 규정에 의거할 수밖에 없다. 가령 한국에서 최근 이슈가 되고 있는 ‘포털의 오프라인 신문기사 편집으로 인한 책임론’⁶¹⁾은 포털의 직접적 침해가 성립되는지의 문제에 불과하므로 이 글에서 거론하는 통합론의 대상이 아니다.

마찬가지로 온라인서비스제공자가 아니라 직접 침해자의 책임성립요건과 관련하여 문제될 뿐인 위법성조각사유 역시 통합론의 대상이 아니다. 이런 위법성 조각사유에 해당할 수 있는 것으로는 저작권침해에 있어 침해적 이용자가 내세우는 공표된 저작물의 인용(저작권법 제28조)과 같은 항변, 명예훼손에 있어 발언자가 내세우는 ‘진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있다’는 주장⁶²⁾ 등이 있다.

게 책임이 있다면서 2008.7 중순경 청구를 기각하였다. 그에 반하여 루이뷔통이 동일한 이유로 eBay를 상대로 상표권침해소송을 제기한 사건에서는 이를 담당할 “프랑스” 법원이 원고의 청구를 위와 같은 시기인 2008.7 경에 인용하였다.

59) 다만, 온라인서비스를 통하여 전달된 정보가 음란물일 때는 한국에서는 많은 경우 음란물 제작자, 즉 저작자가 형사처벌 대상이 된다. 따라서 음란물의 저작권 침해를 주장하여 온라인서비스제공자의 부수적 책임까지 추궁하기는 현실적으로 곤란하다.

60) 가령 *C.L.C. v. Craigslist, Inc.* 사건[519 F.3d 666 (7th Cir 2008)]은 이용자들이 ‘유색인종 금지’, ‘아이 있는 가족 거절’ 등 차별적인 임대차행위를 함으로써 ‘공정 임대차 법(Fair Housing Act)’을 위반하는데 게시서비스를 제공한 피고 Craigslist에게 원고가 온라인서비스제공자의 부수적 책임을 추궁한 사건이었다. 법원은 온라인서비스제공자의 면책을 규정한 통신품위법(CDA) 제230조(c)(1)이 위 법률위반의 경우까지 온라인서비스제공자에게 면책을 부여하는 것이 아니라는 원고의 주장을 배척하였다.

61) 이는 이른바 ‘전여옥 사건’으로 불리는 서울고등법원 2008.1.16, 선고 2006나92006 판결 및 그 원심인 서울남부지방법원 2006.9.8, 선고 2005가단18300 판결 등이 해당한다.

62) 우리 판례(대법원 2006.5.12, 선고 2004다35199 판결 등 다수)는 명예훼손죄의 위법성 조각사유를 정한 형법 제310조와 같은 명문규정이 없는 민사사건에서도, 타인의 명예를 훼손

바꾸어 말하자면 저작권침해나 명예훼손 등에 있어 위와 같은 독자적 위법성 조각사유가 존재한다는 점을 내세워 온라인서비스제공자의 책임론 통합이 곤란하다는 식의 주장은 잘못된 것이다. 이런 위법성조각사유의 성부는 직접 침해행위를 한 이용자의 불법행위의 성립단계에서 검토될 것이며, 그 침해책임이 성립된 다음에야 온라인서비스제공자의 ‘방조책임’ 성립여부가 검토되는 것이 논리적 수순이다.

(2) 통합의 구체적 방법

통합의 구체적 방법으로는 유럽연합이나 독일, 일본처럼 통합법을 수립하는 것이 우선 바람직한 방법이다. 이것은 차선택과는 달리 장기적으로도 1개의 부처에 의하여 통일적인 관리를 보장해준다는 장점이 있다. 사실은 동일하거나 적어도 동일적으로 규율되어야 바람직한 대상임에도 서로 다른 행정 부처들이 주관하는 상이한 법률들로 중복적으로 규율된 결과, 현실에서는 그 법률들 사이에 간격 내지 모순이 발생하게 되고 나아가 이런 문제를 관련 행정 부처들은 유기적으로 협력하면 극복할 수 있음에도 상당기간동안 그러하지 못하는 현상을 종종 볼 수 있다. 이는 행정부처 간의 선의의 경쟁과정이라고 볼 수도 있겠으나 반면 객관적 입장에서는 바람직하지 못한 면이 있는 것도 사실이다. 가령 IPTV 관련기술은 한국에서 비교적 일찍 구비되었음에도 이를 ‘방송’의 일종으로 규율하고자 한 방송위원회와 ‘통신’의 일종으로 규율하고자 한 정보통신부 간의 대립으로 입법은 외국보다 아주 늦어진 것이 그 좋은 예이다.⁶³⁾

만일 통합법의 수립이 여러 가지 사정으로 도저히 곤란하다면 적어도 당장은

손하는 행위를 한 경우 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것인 때에는 진실한 사실이라는 증명이 있으면 그 행위에 위법성이 없고, 또한 그 증명이 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 판시하고 있다.

63) 이는 정윤식, “IPTV 도입에 따른 미디어 정책 및 사업방향”, 서울대학교 기술과 법센터 (<http://www.clt.re.kr>) 2005년 제8회 워크숍 발표문 및 아이뉴스 2007.1.21자 “융추위 IPTV 법제화 의지 밝혀...부처간 이견은 여전” 기사 등 참조. 마찬가지로 온라인서비스제공자에 대한 책임제한입법을 수립함에 있어 구 문화관광부와 폐지된 정보통신부 간의 부조화로 저작권 영역에서와 달리 명예훼손 등 영역에서는 아예 책임제한입법이 오랫동안 존재하지 않아 모순이 있다가 2007.1.26에야 뒤늦게 관련규정이 도입된 것도 이에 해당하는 사례로 볼 수 있다.

저작권법 및 정보통신망이용촉진법의 관련규정들의 내용을 통일하는 것이 차선책이 될 것이다. 무엇보다 먼저 정보통신망이용촉진법은 저작권법 제102조 및 제103조에 비하여 소략(疏略)한 책임제한규정을 두고 있을 뿐이므로 위 저작권법 규정에 맞추어 보다 상세한 ‘침해주장의 통지 및 제거(notice and takedown procedure)’ 규정을 도입하여야 할 것이다. 사실 그동안 한국에서 저작권법 및 정보통신망이용촉진법이 적어도 온라인서비스제공자와 관련하여서는 긴밀한 관련이 있다는 인식, 나아가 내용상 일관성이 필요하다는 인식을 전제로 통일적 규율을 시도하는 예를 찾기 어려워 아쉬운 면이 있다.⁶⁴⁾

IV. 온라인서비스상 저작권침해사건과 명예훼손사건의 차이점들의 고려문제

1. 서설

모두 온라인상에서 벌어진다는 공통점이 있지만 온라인서비스 상에서 발생하는 이용자들의 저작권침해행위와 다른 침해행위, 가령 명예훼손 행위 사이에서는 분명 몇 가지 면에서 뚜렷한 특징차가 존재한다. 따라서 아직 언급되고 있지는 않지만⁶⁵⁾ 향후 통합법을 입법함에 있어 보기에 따라서는 이런 차이점들에 더 잡아 통

64) 이 점에서 2008.7.24자로 진성호 의원 등 국회의원 12인이 저작권법 개정안과 정보통신망이용촉진법 개정안을 동시에 제출하여 통일적 규율을 시도하고 있는 것은, 그 개정안의 내용적 타당성이 의문임에도 불구하고, 적어도 위 본문에서와 같은 인식을 전제하고 있다는 점에서는 나름의 의미가 있다고 할 수 있다. 위 정보통신망이용촉진법 개정안에서는 우선 정보통신망에서의 권리보호 대상을 명시적으로 저작권에까지 확장하는 한편, 관할관청(방송통신위원회)이 정보통신서비스 제공자 또는 게시관 관리·운영자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있는 이른바 제44조의7에 정한 ‘불법정보’의 대상 역시 저작권 침해물을 포섭하도록 확장하였고, 나아가 명예훼손이나 음란물로 인한 (프라이버시) 권리침해 등 다른 권리침해의 경우에도 저작권법 개정안에서와 마찬가지로 정보통신망의 이용질서를 심각하게 훼손한다고 판단되는 경우 방송통신위원회로 하여금 해당 게시관 관리·운영자에 대한 정보통신서비스의 접속차단을 명령할 수 있는 권한을 부여하려 시도하고 있다.

함이 곤란하다는 반론도 제기될 수 있다. 그러나 이런 차이점들은 이 글의 분석에 따르자면 향후 통합법 수립에 장애가 될 만한 사유로 파악하기는 부족하다.

2. 구체적인 차이점들

1) 이용자들의 주 침해수단이 BBS(전자게시판)인지, P2P 네트워크인지의 차이점⁶⁶⁾

인터넷 초기에는 BBS(Bulletin Board System, 전자게시판) 상에 게시된 불법복제물을 업로드하거나 다운로드하는 방법으로 저작권이 주로 침해되었다. 그러나 요즘은 고전적인 BBS를 이용한 저작권침해의 사례는 불과 수년전과 달리 현재는 많은 부분이 사라졌다(다만 아래 설명하는 대로 넓은 의미⁶⁷⁾의 BBS방식에 속하지만 인터넷 스토리지 서비스 내지 웹 하드 서비스에 의한 저작권침해는 새로 등장하여 번창하고 있다). 이러한 경향은 한국에서 더욱 심한데, 그 이유는 아래와 같다.

첫째, 과거 PC 통신으로 대표되던 BBS의 경우 회원을 전제로 한 서비스여서 이용자격의 제한이 있었다. 따라서 이러한 폐쇄성⁶⁸⁾ 때문에 저작권자라도 그 회원에 가입하지 않고는 게시판에 접근하여 자신의 저작권이 침해되는지를 확인할 길이 없었다. 특히 PC 통신은 특정 지역이나 국가의 이용자들만을 대상으로 한 서비스여서 외국에 소재한 저작권자로서는 타국 PC 통신에서 자신의 저작권이 침해되는지 알 수 있는 직접적인 방법이 사실상 봉쇄되어 있었다. 그러다가 월드와이드 웹으로 네트워크가 크게 확장됨에 따라 회원자격에 따른 게시판 접근의

65) 한국에서의 논의가 거의 전무함은 물론, 미국의 경우 그동안 전통적으로 책임성립요건에서부터 명예훼손과 저작권침해 사안을 따로 취급하여 왔으므로 두 사안의 차이점에 대한 언급의 예를 찾기 힘들다.

66) 박준석, 전게서, 168~172면 참조.

67) 여기에서는 P2P네트워크와 대립되는 개념으로서, 개별컴퓨터가 아닌 중앙 서버가 앞선 이용자가 지시한 정보들을 개별적으로 저장하고 있다가 나중 이용자의 요청에 따라 제공하는 시스템을 의미하는 용어로 사용한다.

68) 하이텔, 천리안, 나우누리, 유니텔 등과 같은 PC 통신 체제에서 하이텔 이용자는 하이텔 이용자끼리만 정보가 교환되고 천리안 이용자 등 다른 PC 통신 이용자와는 정보를 공유하지 못하였으므로, 개방적 통신망이라 칭할 수 있는 인터넷과 달리 폐쇄적 통신망에 해당하였다.

제한이나 국가간 장벽의 제한이 허물어짐에 따라 이제는 저작권자의 감시가 폭 넓게 가능해졌다. 뿐만 아니라 불법복제물이 일정기간 BBS에 게시되어 있는 동안에는 다운로드 이용자의 다운로드뿐만 아니라 저작권자의 감시와 적발 역시 ‘검색엔진’ 등을 통하여 한결 쉬워지게 되었다. 저작권자가 이제 해당 게시판을 관리하는 온라인서비스제공자에게 침해사실을 직접 통보하거나, 온라인서비스제공자 스스로가 평소 주기적인 모니터링을 통하여 이용자들의 불법게시물을 삭제 하던지 아예 이용자의 홈페이지를 폐쇄하는 등의 방법으로 BBS 상의 저작권 침해의 단속은 과거보다 한결 용이해졌다. 이러한 BBS 환경의 변화를 맞아 저작물 불법복제를 기대하는 이용자들이 훨씬 은밀하여 침해행위의 은닉이 용이한 P2P 네트워크에 눈을 돌린 것은 당연하다.

둘째, PC 통신이 활발하던 시절에 복제대상이 된 저작물은 그 용량이 킬로바이트(Kilo Byte)나 메가바이트(Mega Byte) 단위에 불과하였다. 하지만 현재는 영화 파일 등 불법복제 대상물의 용량이 기가 바이트(Giga Byte) 단위로 크게 늘었다. 같은 기간 동안 컴퓨터의 저장공간 역시 많이 증가한 것이 사실이고 지금도 BBS를 제공하는 업체는 보다 증가된 저장공간을 게시판 이용자들에게 제공하려고 하고 있지만 무엇보다 종전과 달리 이제 더 이상 업체가 제공하는 BBS 상의 저장공간 만으로는⁶⁹⁾ 불법복제물을 배포하기가 곤란해졌다.⁷⁰⁾ 이에 반하여 새로 등장한 P2P 네트워크를 이용한 불법복제물의 배포는 이용자 자신의 컴퓨터 저장 용량만 허용한다면 복제물의 용량 자체는 아무런 제약이 없다.

이상과 같은 이유로, P2P 네트워크 기술이 일찍 수용된 한국의 현실에서는 이미 몇 년 전부터 이용자들의 저작권 침해행위의 무대가 P2P 네트워크상으로 확대되었다.⁷¹⁾ 그에 반하여, 이용자들의 명예훼손행위에 있어서는 P2P의 등장에 불구하고 여전히 고전적인 BBS가 주요한 통로로 기능하고 있다고 보이는데 그렇

69) 다만 여기서 혼동하지 말아야 할 것은 전통적 의미의 BBS에 한정된 설명이라는 점이다. 반면 ‘인터넷 스토리지 서비스’와 같이 사급고처럼 타인의 접근이 제한되는 유료서비스는 통상 기가바이트 단위의 저장공간을 제공하고 있다.

70) 이런 이유로 예전에는 불법복제물을 유포하려는 자가 대용량의 복제파일을 여러 개로 분할한 다음 여러 사업자로부터 여러 개의 저장공간을 빌려 나누어 저장하고, 다른 이용자들이 찾는 BBS에는 단순히 위 각 저장공간으로의 링크만을 게시하는 편법이, 대용량 복제물의 유포에 한동안 통용되었었다.

71) 몇 년 전까지는 ‘e-Donkey’등을 필두로 한 P2P가 저작권침해의 대부분을 차지하였지만, 요새는 다시 BBS방식에 의한 저작권침해가 증가하는 추세이다. 다만 이때의 BBS는 전통적인 의미의 게시판서비스가 아니라 ‘인터넷 스토리지 서비스’, 즉 웹 하드 방식을 가리킨다.

게 차이가 나게 된 이유는 아래와 같다.

첫째, 아직은 이미지파일이 아닌 문자파일로만 이루어진 명예훼손물이 많다.⁷²⁾ 따라서 현재도 BBS 업체가 제공하는 작은 저장공간을 통하여 넉넉히 명예훼손물을 게시할 수 있다.

둘째, 명예훼손과 관련한 침해자의 의도는 대개는 일정범위(가령, 같은 학교 재학생의 명예를 효과적으로 훼손하려면 다른 곳이 아닌 해당 학교의 BBS에 글을 게시하여야 될 것이다)의 다른 이용자들에게 자신의 명예훼손적 표현을 직접적으로, 그것도 신속히 알리고자 하는데 있다. BBS는 일정범위의 가입자만을 대상으로 하거나 적어도 운영 목적과 부합하는 이용자들이 자주 찾아올 것이므로 이러한 의도에 부합하는 장소다. 그러나 P2P 네트워크의 경우는 그에 연결된 거의 모든 불특정 다수인을 상대로 한 것이어서 그 게시범위가 지나치게 광범위하여 부적절하다. 또 P2P 네트워크의 경우 BBS에서와 달리 자신의 취향에 맞는 특정 게시판에 접속 후 게시물을 클릭하는 것으로 그치는 것이 아니라 이용자들이 일단은 어느 정도 정확한 검색어를 스스로 입력하여야 해당내용을 찾을 수 있음을 기본 작동원리로 한다.⁷³⁾ 따라서 P2P상 이용자들은 아예 명예훼손물이 P2P 네트워크에 올려져 있다는 사실 자체를 한동안 파악하지 못하여 침해자의 의도와 달리 명예훼손물이 장기간 전파되지 못하고 사장될 가능성도 있다.

셋째, P2P 네트워크는 BBS와 달리 다운로드(download)가 일단은 완성⁷⁴⁾되어야 내용을 파악할 수 있다는 불편이 있다.

한편 인터넷 스토리지 서비스 내지 웹 하드 서비스도 넓은 의미의 BBS방식에

72) 다만, 한국에서 오OO 여자연기자를 필두로, 백OO 여가수의 성생활을 담은 영상파일이 유통되어 피해자들이 형사고소에 이른 사건에서 보듯이, 용량이 큰 이미지 파일을 통하여 명예훼손 행위를 하는 경우가 등장하였다. 이런 경우에는 BBS가 아닌 P2P가 더 이용되기도 한다. 판례 중에도 P2P 서비스를 이용하여 타인의 나체사진을 전송, 배포함으로써 결과적으로 타인의 명예를 훼손하였다 할 수 있는 사안을 정보통신망이용촉진및정보보호 등에관한법률위반(음란물유통등)죄의 차원에서 다룬 사례가 있다.

73) 파일교환 탭 차트를 제공하는 기능이 없는 한 P2P 서비스에서는 가령 'OO씨, 부하직원을 성추행하는 몰카'라는 제목의 파일이 올려져 있더라도 BBS 게시판과 달리 접속이용자들이 미리 알고 '성추행' 혹은 '부하직원' 등의 검색어로 검색을 실시하기 전까지는 위 파일이 올려져있는지조차 알 수 없다.

74) 물론 초고속 온라인서비스 하에서는 문자파일은 그 내용이 설령 수백 페이지에 걸친 것이 라도 수초 안에 다운로드가 완성된다. 하지만, BBS에서는 접속하여 해당 게시물을 클릭하는 순간 내용을 알 수 있다는 것과 비교하면 여전히 불편한 점이 있고 결국 그 전파의 효율성이 저해되는 것이다.

속하기는 하지만 통상 로그인을 요하는 폐쇄적 방식이므로 명예훼손물을 제한 없이 신속히 알리고자 하는 침해자의 목적에 부적당할 때가 많으므로 고전적 BBS와 달리 명예훼손 목적으로는 활용되지 않고 있다.

결론적으로, 명예훼손행위와 관련한 온라인서비스제공자의 책임추궁은 (BBS에 머무르지 않고 P2P 영역도 포함하고 있는 저작권 침해행위에서의 그것과 달리) 앞으로도 한동안 고전적 BBS와 관련되어 발생할 것으로 예상된다.

2) 사전통제 가능성의 정도에서 오는 차이점

종전에 저작권침해의 대상이 어문저작물이었던 시절에는 어문저작물이 가진 표현의 다양성, 그리고 창작성의 유무나 수준의 천차만별 때문에 당해 어문저작물이 보호받는 저작물인지 아닌지 판단하기가 극히 곤란하였고, 마치 게시물이 명예훼손인지 정당한 표현인지 판단하는 것만큼이나 쉽지 않았다. 그 결과 BBS 서비스제공자로서는 특정 이용자의 게시물이 저작권을 침해하는 것인지 여부를 스스로 판단하여 게시를 거부하거나 삭제하는 등 제어하기가 곤란하였다.

그러나 현재는 저작권침해의 주 목적물이 보다 진보된 기술을 요하는 음악파일, 영화파일로 옮겨졌다. 이것들은 고도의 기술, 자본이 투입된 결과물로 창작성, 바꾸어 말하면 보호받는 저작물인지 여부가 과거 어문저작물의 경우보다 성질상 한층 분명하다.⁷⁵⁾ 그에 따라 이용자들의 각종 이용행위가 공정이용에 해당할 여지도 상대적으로 적다. 따라서 이러한 음악파일, 영화파일과 같은 경우에는 종전 어문저작물의 경우와 달리 온라인서비스제공자 스스로 삭제하는 등 합리적인 범위 내에서 능동적인 제어를 기대할 수 있는 여지가 상대적으로 커졌다.⁷⁶⁾

이처럼 명예훼손의 경우보다 저작권 침해 사안에서 침해를 사전통제할 수 있는 가능성이 더 높다는 점에 착안하여서인지, 가령 최근 공표된 ‘디지털콘텐츠

75) 어문저작물의 경우 이용자가 타인의 보호받는 글 내용의 상당부분은 그대로 표절하고 제목과 등장인물의 성명, 일부 결말 등 극히 사소한 부분만 바꾸어 자신의 독창적인 글인 것처럼 게시하더라도 온라인서비스제공자가 과연 이용자의 게시물이 저작권침해물인지 확실히 판단하기 곤란하지만, 영화파일의 경우라면 이용자가 그 영화파일의 전부나 일부를 그대로 복제하여 게시할 수 있을 뿐 일부 수정을 가하여 마치 자신의 독창적인 영화인 것처럼 위장할 수 있는 여지가 상대적으로 적다. 기술진보에 따라 개인조차도 동영상을 자유자재로 편집할 수 있는 날이 점점 가까워지고는 있지만, 현재까지도 개인의 통상적 편집수준은 화면자체의 조작이 아니라 영화의 특정장면을 가위질하여 단순 연결하거나 새로운 대사를 더빙하는 선에 그치고 있다.

76) 이상은 박준석, 전게서 172~173면 참조.

식별체계'77)와 같이 디지털저작물의 정보를 사전등록시스템으로 데이터베이스화 하여 그 정보를 바탕으로 불법과 적법 저작물을 식별하는 기술에 대한 연구나 응용시도가 일찍부터 이루어지고 있다. 아울러 저작권법 제104조에서는 저작권자가 온라인서비스제공자에 대하여 사전에 이른바 '기술적 조치'78)를 구비할 것을 요구할 수 있고, 그 요구에 따라 온라인서비스제공자로 하여금 이런 조치를 시행하여 침해적 행위를 필터링할 의무를 부담시키고 있다.79) 사실 그런 기술적 조치가 현재의 기술수준으로는 100% 정확한 것이 아니어서 온라인서비스제공자에게 법적 불안을 가중할 뿐이므로 위 조항은 결국 삭제되어야 한다는 비판80)이 제기되어 있음은 물론이다. 하지만 어쨌든 저작권법 제104조와 같은 내용은 일단 저작권침해의 경우 전부는 아니라도 적어도 많은 부분에서 기계적 방법을 통하여 침해 유무를 비교적 용이하게 식별할 수 있다는 현실적 기대를 반영하고 있는 것이라 할 수 있다.

77) 가령 2008.7.30 문화관광체육부의 공고에 의하면, 그동안 정보통신부와 별도 추진해오던 URN(Uniform Resource Names)기반 디지털콘텐츠 식별체계를 하나로 통합하여 '국가 디지털콘텐츠 식별체계'를 완성하였다고 한다. 여기서 디지털콘텐츠 식별체계란 개별 디지털 콘텐츠에 고유번호와 메타데이터(제목, 이름 등 속성정보)를 체계적으로 부여, 바코드와 같이 콘텐츠를 명확히 식별하도록 하는 것으로 주소지가 바뀌면 개인이 동사무소에 신고해 고유ID와 실제 거주지를 맞추는 것과 유사하다.

78) 이는 저작권자가 아니라 온라인서비스제공자가 장착하는 기술이라는 점, 저작물 접근이나 이용에 대한 통제가 아니라 불법과 적법 저작물을 온전하게 인식할 수 있는 식별기술이 출발이자 궁극적인 핵심이라는 점에서, 저작권법 제2조 제28호에서 정의(定義)되고 제124조에 의하여 보호하는 '기술적 보호조치'와는 구별된다. 이런 설명은 정상조/박준석, "OSP의 技術的 措置에 관한 義務-소리바다 사건을 중심으로-", 『Law & Technology』, 제4권 제1호(2008.1), 서울대학교 기술과 법센터, 27면 참조.

79) 저작권법 시행령 제46조는 다음과 같이 정하고 있다.

① 법 제104조 제1항에서 "당해 저작물등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치"란 다음 각 호의 모든 조치를 말한다.

1. 저작물등의 제호등과 특징을 비교하여 저작물등을 인식할 수 있는 기술적인 조치
2. 제1호에 따라 인지한 저작물등의 불법적인 송신을 차단하기 위한 검색제한 조치 및 송신제한 조치

<이하 생략>

80) 즉, 저작권침해 사안에서 온라인서비스제공자가 가지는 사전통제 가능성이 더 크다는 점이 곧바로 저작권침해를 막기 위하여 온라인서비스제공자로 하여금 항상 사전 모니터링을 할 것을 요구하거나 이른바 적극적 필터링 시스템을 채택할 것을 요구하는 논리로 비약하여서는 곤란하다. 지면관계상 이에 대한 상세한 언급은 줄인다. 보다 상세한 비판은 정상조/박준석, 전제 논문을 참고할 것.

따라서 온라인서비스제공자의 자발적인 판단과 제어가 곤란하고 침해물인지 판단이 불분명한 상황이 존재하는 영역은 일반적으로 명예훼손에 의한 침해행위 일 경우가 상대적으로 훨씬 많다고 볼 수 있다.

3) 침해자가 거대한 다수인지, 소수에 불과한 지의 여부

온라인상 저작권침해의 경우에는 침해행위를 범한 개별이용자들의 수가 무수히 많지만, 반면 온라인상 명예훼손의 경우에는 1인이거나 많더라도 대개 수명(數名⁸¹⁾에 불과하다. 이런 차이점은 법적으로는 다음과 같은 결과를 가져온다.

즉 온라인상 저작권침해 사건의 경우 침해행위를 한 이용자의 수는 수만(數萬)을 넘는 것이 이상하지 않을 정도로 지극히 많다. 그 결과 특별한 사정이 없는 한 피해자인 저작권자로서는 그들을 일일이 법적으로 상대하는 것이 불가능에 가깝다. 그 때문에 저작권자 입장에서는 무수한 직접침해자를 상대로 제소하는 대신 침해매개자의 혐의를 받는 온라인서비스제공자에 대하여 책임을 추궁하는 것이 보다 손쉽게 구제를 얻는 방법이다. 아울러 이는 저작권자가 저작권을 강제 집행하는데 소요되는 노력과 비용을 획기적으로 줄일 수 있게 해 준다.⁸²⁾ 뿐만 아니라 가령 중고생이나 대학생 같은 직접침해자들을 상대로 제소하였다가는 그런 개별이용자들의 무자력으로 중국적인 만족을 얻지 못할 염려도 적지 않으나 온라인서비스제공자를 상대할 때에는 그런 염려가 적다. 결국 저작권침해를 당한 저작권자는 여러 가지 사유로 개별이용자들보다는 온라인서비스제공자를 상대로 법적쟁송을 진행하려는 경향을 보이게 된다.⁸³⁾

반면 온라인상 명예훼손 사건의 경우에는 저작권침해 사건의 경우와 달리 피해자가 1인의 (혹은 많더라도 상대적으로 적은 수의) 가해자만이 존재함이 보통이다. 그에 따라 온라인서비스제공자가 아니라 직접 피해자를 상대로 법적 쟁송을 벌이더라도, 오프라인(off-line)에서의 법적쟁송과 비교하여 가해자의 특정(特定) 문

81) 가령 블로그(blog)에 기재된 명예훼손적 글을 수많은 독자가 열람하더라도 명예훼손이라는 불법행위의 틀에서, 이들은 가해자가 아니라 기본적으로 제3자에 해당된다. 물론 위 글을 다시 다른 블로그에 퍼나르는 행위를 한 자가 있다면 그는 (공동의) 가해자가 될 것이지만, 통상의 상황에서 이런 행위를 한 가해자의 수 역시 저작권침해의 경우와 달리 수만 내지 심지어 수백만 명에 이르는 않는다.

82) Douglas Lichtman/William Landes, "Indirect Liability for Copyright Infringement: An Economic Perspective", *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol.16(Spring 2003), pp.396-399.

83) *Ibid.* pp.397-399 참조.

제를 제외하고는⁸⁴⁾ 특별히 더 소송수행이 곤란한 점이 있다고 하기 어렵다.

이상의 상황만 따르면, 일단 온라인상 저작권침해소송에서는 온라인서비스제공자를 피고로 한 소송이, 온라인상 명예훼손소송에서는 개별가해자를 상대로 한 소송이 ‘상대적’ 빈도가 더 높을 것으로 예상된다. 바꾸어 말하자면 양자의 법적 분쟁은 그 성격차이로 인하여, 전자의 쟁송에서보다 후자의 쟁송에서 피해자가 개별 가해자를 상대하고자 하는 필요성이 강하므로 한국의 향후 관련입법에서도 그러한 점을 충분히 고려할 필요가 있다. 가령 명예훼손 사건에서는, 표현의 자유가 개입되어있음에 불구하고 사안에 따라 오히려 저작권침해사건에서보다, 온라인서비스제공자에 의한 개별 침해자에 관한 인적정보 제공제도를 활성화⁸⁵⁾할 필요가 있을 수 있다. 실제로 온라인상 저작권침해인지 혹은 명예훼손 등 여타의 권리침해인지를 가리지 않고 동일적으로 적용되는 특별법인 ‘서비스제공자책임제한법(プロバイダ責任制限法)’을 가지고 있는 일본의 실제 사례를 보면 가해자의 특징을 위한 ‘발신자 정보개시 청구’가 이루어지는 대부분의 사건들은 저작권 침해가 아니라 명예훼손사건들임을 확인할 수 있다.

다만, 이런 예상과 달리 몇 년 전의 미국에서는 개별이용자들을 상대로 온라인상 저작권침해책임을 추궁하는 소송이 폭주한 적이 있고 요즘 한국에서도 비슷한 경향이 보이고 있는데 그것은 다음과 같은 특수한 사정 때문으로 보인다.⁸⁶⁾ 즉 원칙적으로 온라인상 저작권침해소송에서 저작권자로서는 온라인서비스제공자를 상대로 하는 것이 개별이용자들을 일일이 상대하는 것보다 유리하지만, 상황에 따라서는 저작권자가 개별 침해자들을 상대로 책임을 추궁하는 것이 부득이한 때가 있다.

첫 번째 경우는, 온라인서비스제공자에 대한 법적 조치가 아예 곤란한 경우라면 어찌할 도리 없이 더 번거롭더라도 당초의 책임추궁 상대방인 개별이용자에게 제소를 하여야 하는 경우이다. 가령 미국에서는 2003.4.25 연방지방법원이

84) 이런 곤란성을 해소하기 위하여 일본에서는 저작권침해뿐 아니라 명예훼손에도 아울러 적용되는 서비스제공자책임제한법에 따라 발신자 정보개시청구를 구할 수 있고, 미국의 경우에는 저작권 법상 정보제출명령을 이용할 수 없는 대신 일단 연방법원에 익명의 피고를 상대로 한 소송, 즉 이른바 ‘존 도(John Doe) 소송’을 제기한 다음 연방민사소송규칙 제45조에 근거한 일반적인 소환명령(subpoena) 제도를 이용하여 명예훼손 가해자를 특정할 수 있다. 위 조문의 상세한 내용은 <<http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule45.htm>>[2008.8.28] 참조.

85) 이미 한미자유무역협정으로 이런 제도를 도입하기로 확정된 상태이므로 그 제도를 구체적으로 입법화함에 있어 보다 활성화할 수 있는 방안을 검토하여야 한다는 취지이다.

86) 이하의 관련설명은 박준석, 전게서, 431~432면 참조.

Grokster 사건에서 P2P 소프트웨어제공자의 책임을 부정한 이래 2004.8.19 연방 제9항소법원이 다시 동일한 입장을 취함으로써 (2005.6.27 연방대법원의 판결 이전까지) 상당한 기간 동안 저작권자가 P2P 소프트웨어제공자에게 기여대위의 법적 책임을 추궁할 길이 현실에서는 막혀 있었다. 그 때문에 이 시기에 미국 저작권 업계는 개별이용자들을 상대로 일일이 제소하는 상당히 힘든 과정을 거쳐야 하게 되었다.⁸⁷⁾

두 번째 경우는, 모든 침해자들을 상대로 책임을 물을 수는 없겠지만 그 중 일부의 자들만을 상대로 일단 민·형사 조치를 강구하게 되면 사회 전체적으로는 잠재적 침해자들에게 침해행위를 자제하게 만드는 큰 위압적 효과가 있으므로 저작권자 입장에서는 정책적으로라도 꾸준히 개별 침해자들이 처벌받고 있음을 보여 주어야 하는 경우이다. 가령 요즘 한국에서 법무법인들이 형사처벌을 지렛대로 청소년이용자들에게 합의금을 징수하는 행태가 있고 여기에 부작용이 많음에도 저작권자가 이를 위임하고 있는 것이 그러한 고려에 의한 것이라고도 할 수 있다.⁸⁸⁾

세 번째 경우는, P2P 네트워크의 특성상 대다수 이용자는 오로지 정보를 수신하는 수동적 지위에 있을 뿐이고 능동적으로 정보를 전송하는 이용자는 실제 극소수에 불과하므로 저작권자가 만약 그 극소수자들을 포착하여 저지할 수 있다면 개별이용자들을 상대로 한 소송도 나름대로 효과적인 방법일 수 있는 경우이다.⁸⁹⁾ 가령 한 조사에 의하면 그누텔라 이용자의 70% 이상이 단지 파일을 전송 받을 뿐 결코 제공한 적이 없으며, 상위 1%의 이용자들이 검색결과된 파일의 50% 이상을 제공하고 있었다고 한다.⁹⁰⁾

87) 이러한 지적으로는 Mark A. Lemley/R. Anthony Reese, "Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation", *Stanford Law Review*, Vol.56(May 2004), p.1366. 등 다수.

88) 마찬가지로 미국 음반산업협회가 지속적으로 개별 침해자들을 상대로 소송을 제기한 여파로 2003.6경 700만에 달하던 Kazaa의 이용자가 같은 해 11월경에는 320만 명으로 줄어들었다는 통계도 있다. Cnet.news <news.com.com/2100-1027-5113188.html>[2008.7.11].

89) 미국 음반산업협회 회장 Cary H. Sherman이 미 상원의원 Coleman의 질의에 답한 회신문에서는 미국 음반산업협회의 제소목적은 불법이 미미한 이용자들을 상대방으로 하지 않고 오로지 수천 개의 불법 침해물을 보유한 이용자들을 대상으로 할 뿐이라고 주장하고 있다. 이는 Cary H. Sherman (Chairman of the Recording Industry Association of America), "Riaa Narrative Response To Senator Norm Coleman's File-Sharing Inquiry"(August 18, 2003) 참조.

90) Eytan Adar/Bernardo A. Huberman, "Free Riding on Gnutella", 5 *First Monday* 10 (Oct. 2000), 이는 Tim Wu, "When Code Isn'T Law", *Virginia Law Review*, Vol.89(

이처럼 과거 미국⁹¹⁾이나 요즘 한국⁹²⁾에서는 온라인상 저작권침해소송에서 개별이용자들을 상대로 한 소송이 폭주하였거나 폭주한 것은 특수한 사정에 기인한 것으로 일반화하기는 곤란한 점이 있다.

4) 금전만으로 피해가 전보되는 지의 여부

온라인상 저작권침해의 경우에는 금전으로 피해전보가 가능하지만, 온라인상 명예훼손의 경우에는 금전배상으로는 전보되지 아니하는 영역이 존재한다. 우리 판례도 비록 ‘온라인상’ 침해에 관한 것은 아니지만 이러한 차이를 분명히 인정하고 있다. 가령 대법원 1997.10.24, 선고 96다17851 판결은 “사람...이 갖는 명예에 관한 권리는 일종의 인격권으로 볼 수 있는 것으로서, 그 성질상 일단 침해된 후에는 금전배상이나 명예 회복에 필요한 처분 등의 구제수단만으로는 그 피해의 완전한 회복이 어렵고 손해 전보의 실효성을 기대하기 어려우므로, 이와 같은 인격권의 침해에 대하여는 사전 예방적 구제수단으로 침해행위의 정지·방지 등의 금지청구권이 인정될 수 있다”라고 판시하고 있다.

그러한 차이를 고려해 볼 때, 저작권침해의 사안에서 온라인서비스제공자가 불

June 2003), p. 733에서 재인용. 다른 연구소가 그누텔라 이용자들을 분석한 연구결과 교환되는 정보의 90%가 상위 10% 이용자들에게서 나온 것이었다고 한다(John Borland, “Record Labels Mull Suits against File-Traders”, CNET News, 2002.7.3자, 이는 Stacey L. Dogan, “Is Napster a VCR? The Implications of Sony for Napster and Other Internet Technologies”, *Hastings Law Journal*, Vol.52(April 2001), p.103에서 재인용).

- 91) 미국의 경우 주로 2003년경부터 2005년경 이전까지 개별 이용자를 직접 상대로 한 저작권침해소송이 해마다 폭증하는 형국이였다. 이후 2004.12무렵까지 미국 음반산업협회가 개별이용자들을 상대로 제기한 소송은 무려 7,000여건에 이르렀다. 이러한 소송의 홍수로 연방대법원의 *Grokster* 판결이 내려지기 전인 2005.5경 이미 미국 음반산업협회에 의하여 제소당한 이용자들의 수가 1만 명을 돌파하게 되었다. 이는 <<http://www.pcworld.com/news/article/0,aid,118028,00.asp>> 및 <<http://www.sharenomore.blogspot.com>> [2008.8.10. 방문]. 이런 폭주는 2005년 연방대법원이 *Grokster* 판결을 통하여 서비스제공자 내지 프로그램제공자에게 책임을 추궁할 수 있는 길을 열어준 뒤에는 감소세로 돌아섰다.
- 92) 한국의 경우 2007년 검찰에 접수된 저작권 관련 고소·고발 건수는 청소년을 상대로 한 법무법인들의 고소가 급증하면서 처음으로 2만건을 돌파했다고 한다. 지난 2003년 1만4백29건, 2004년 1만2천5백68건, 2005년 1만4천9백15건, 2006년 1만8천3백10건, 2007년 2만5천89건을 기록했다. 이는 일부 법무법인들이 무차별적으로 법적 압박을 통해 합의금을 받아내는 방식을 조장하고 있기 때문이라는 해석이 있다. 이는 시사저널 2008.1.21(953호), “네티즌 덮치는 저작권 쓰나미” 기사 참조.

법복제물을 차단하지 않는 경우보다 명예훼손의 사안에서 온라인서비스제공자가 명예훼손 게시물을 차단하지 않는 경우에서 사후에 피해자의 피해가 모두 회복할 가능성이 더 낮다고 볼 수 있다. 그러므로 후자의 경우에 온라인서비스제공자로 하여금 보다 적극적으로 침해제거조치를 하도록 유도할 필요가 생긴다.⁹³⁾ 다만 명예훼손 사안이더라도 그 피해자가 공인(公人, public figure)이라면 피해자의 피해전보를 보장하여야 한다는 필요성보다 공인에 대한 일반국민의 정당한 관심 내지 감독을 장려한다는 공적 이익이 앞설 수 있으므로 예외적인 취급이 필요할 수 있다.

아울러 인격권의 침해에 대하여는 위 금전배상에 더하여 위 96다17851 판결이 적시한 대로 “명예 회복에 필요한 처분”이 별도의 구제수단으로 인정되고 있는데,⁹⁴⁾ 이때의 처분은 금전배상으로는 회복되기 어려운 정신적 혹은 비물질적 피해부분을 대상으로 한 것으로,⁹⁵⁾ 금전적 손해전보에서처럼 온라인서비스제공자 등 타인이 대체적으로 이행할 수 있는 성질의 것이 아니다. 경우에 따라 가해자 본인의 이행을 요구하는 때가 제법 많을 것이다. 이 점을 감안하더라도 명예훼손 사건의 해결에는 피해자가 가해자의 인적정보를 알아야 할 필요성이 저작권침해 사건의 경우보다는 더 크다고 할 수 있다.

93) 반면 저작권침해사안에서는 비록 온라인서비스제공자가 침해제거조치에 미흡하더라도 이론상으로는 사후에 금전적으로 손해가 전보될 수 있다는 ‘여유’가 있다. 이런 점에서 복제 전송자의 대응통지권을 인정하여 침해제거보다 정보소통에 더 비중을 둔 미국 디지털 밀레니엄 저작권법의 조항을 한국도 수용할 필요가 있다.

94) 제764조 (명예훼손의 경우의 특칙) 타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 가름하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다.

95) 비록 헌법재판소에 의하여 헌법에 위반된다는 결정(헌법재판소 1991.4.1. 결정 89헌마160)이 있었으나, 종전에는 사죄광고 등이 이러한 처분의 내용으로 이용되었다. 그 외에도 피해자는 금전적 보상보다 가해자의 형사적 징벌을 원할 수도 있다.

3. 이상의 차이점들은 통합적 법리 수립에 장애가 되지 아니함

이상에서 몇 가지 차이점을 기준으로 살펴본 대로 온라인상에서 발생하는 각종 권리침해 중 대표적인 2가지, 즉 저작권침해와 인격권침해(명예훼손)는 그 성질상의 차이로 인하여 법적으로도 일부에서는 달리 취급할 필요가 존재하는 것이 사실이다. 그러나 이런 차이점들은 사실 저작권침해 사안과 명예훼손 등 사안에 있어 온라인서비스제공자의 책임 관련규정을 이분화(二分化)하여 유지하는 입장을 지지하는 뚜렷한 근거까지는 되지 못한다. 앞서 열거한 4가지 차이점을 하나씩 분석해보면 다음과 같다.

첫째, 이용자들의 침해가 많이 이루어지는 온라인서비스가 전자게시판이나, P2P 네트워크이나에 따라 법규 혹은 법적 취급이 달라져야 할 필요성이 있는 것은 사실이다. 그러나 이 필요성은 사실 전자게시판서비스제공자와 P2P 네트워크 서비스제공자가 각각 가진 기술적 특성의 차이에 기인한 것인지 그 서비스되는 정보(혹은 콘텐츠)가 저작권침해물인지, 명예훼손물인지에 따른 것이 아니다. 즉 온라인서비스 등장 이전의 오프라인에서는 정보의 내용 차이가 중요하였지만 온라인서비스 상에서는 그런 차이보다 당해 정보가 전달되는 서비스의 기술적 성격 차이가 법적 차원에서 더욱 중요해졌다.

가령 동일한 저작권 침해 사안에서도 그 정보 전달을 매개한 서비스제공자가 게시판 서비스제공자였는지, 아니면 단순히 접속 서비스제공자였는지에 따라 법적 책임론이 달리 구성되게 된다.⁹⁶⁾ 이러한 기술적 성격 차이를 중시하여 현재 미국 저작권법의 경우 ‘일시적인 디지털 네트워크 통신(Transitory Digital Network Communications),’ 시스템 캐싱(System Caching), 시스템이나 네트워크상에 이용자의 명령으로 저장된 정보, 검색엔진 등 네 가지로 온라인서비스제공자의 유형을 구분한 다음 이용자들의 저작권침해에 대한 온라인서비스제공자의 개별적 책임 제한요건도 달리 규정하고 있다. 2007.6.30. 한국과 미국 간의 자유무역협정(FTA)⁹⁷⁾을 통하여 한국 역시 온라인서비스제공자의 기술적 유형을 ① 단순 전송 기능, ② 캐싱 기능, ③ 웹사이트 링크 기능 및 ④ 게시판 기능의 4가지로 나누어 그 책임제한요건을 상이하하게 규정하기로 약속한 상태이다.⁹⁸⁾ 나아가 한미 자유

96) 게시판 서비스제공자가 일정 요건 하에서 책임을 부담함에 비하여 접속 서비스제공자에 대하여서는, 미국의 경우 17 U.S.C. § 512(a)의 규정에 따라, 한국의 경우 저작권법 제 102조 제2항에 따라 책임이 면제된다는 점에 의견이 일치하고 있다.

97) 한미 자유무역협정 제18.10조 30.

무역협정의 국내이행을 위하여 제안되었던 2007.9.13자 문화관광부의 저작권법 개정안⁹⁹⁾ 제102조에서도 온라인서비스제공자의 책임제한 규정을 ① 온라인상에서 이루어지는 저작물 등을 송신하고 그 과정에서 이를 일시적으로 저장하는 행위, ② 자동적인 처리를 통하여 수행되는 캐싱, ③ 서비스이용자의 지시에 의하여 저작물 등을 온라인서비스제공자의 시스템에 저장하거나 정보검색도구에 의하여 온라인상의 위치를 연결하는 행위로 유형을 세분화하고 각 요건을 명확히 제시하고 있다. 이렇게 온라인서비스제공자의 기술적 유형에 따라 그 책임제한요건을 구체적으로 다르게 규정하는 것이 바람직한 지에 관하여, 오히려 현재 한국 저작권법과 같은 통일적 규율이 항상 새로운 서비스방법이 창출되고 있는 인터넷이용의 현실에서 법의 흠결 없이 법규의 적용에 탄력을 기할 수 있으므로 긍정적이라는 입장도 존재하였지만 기술적 특징(가령, 온라인 네트워크에 있어 단순한 접속 제공자는 이용자들끼리 전송하는 정보를 식별하거나 차단하기가 불가능하다는 특징)이 법률적 평가(통제 가능성 등이 없으므로 보편적 입장은 책임을 부정함)에 곧바로 영향을 미쳐 그 법적 효과를 달리할 수밖에 없다면, 기술적 특징에 따라 입법하는 태도가 가장 분명할 수밖에 없을 것이다.¹⁰⁰⁾ 요컨대, 장차 한국에서 온라인서비스제공자의 기술적 특성의 차이에 따라 책임제한법규의 내용을 달리하는 것은 일면 피할 수 없을 뿐만 아니라 오히려 타당한 것이지만, 그 점을 온라인서비스를 통하여 전달되는 정보가 저작권침해물인지, 명예훼손물인지에 따라 책임제한법규의 내용이 달라져야 한다는 주장으로 비약시키거나 서로 혼동하여서는 곤란하다.

둘째, 명예훼손 사안에서보다는 저작권 침해 사안에서 이용자들에 의한 침해를 온라인서비스제공자가 사전에 통제할 수 있는 가능성이 더 크다고 볼 수 있음은 사실이지만, 이는 ‘적어도 현재까지는’ 구체적인 입법의 차이까지 초래할 만큼은 아니라고 본다. 이런 입장과 달리, 우리 저작권법 제104조는 아예 명예훼손 사안과 저작권침해 사안 사이에 사전통제가능성에 큰 차이가 있음을 구체적인 입법의 차이로 표출한 사례라고 볼 수 있고, 그렇다면 명예훼손 사안과 저작권침해 사안 사이에 온라인서비스제공자의 책임 관련규정을 통일하자는 이 글의 주장에

98) 미국산 쇠고기 파동을 둘러싼 정치적 상황으로 인하여 위 협정이 과연 수용될 지 확실치는 않다. 그러나 한미 양국에서 제기되는 반대론의 주된 관심이 쇠고기나 자동차 등에 있을 뿐 위 지재권 합의에는 있지 않다고 보이므로 위 협정에서 약속한 지재권 관련 내용은 한국에 도입될 가능성이 현재로서는 더 크다고 사료된다.

99) 문화관광부, “2007.9.13자 저작권법 개정안 입법예고”, 문화관광부 공고(제2007-75호) 참조.

100) 이는 박준석, 전계서, 147면 이하 참조.

반대되는 근거가 될 수도 있다. 하지만 저작권법 제104조의 ‘기술적 조치’는 현재의 기술수준으로는 100% 정확한 것이 아니어서 온라인서비스제공자에게 법적 불안을 가중할 뿐이므로 삭제되어야 한다는 비판이 있음은 앞서 설명한 바이고, 2006년 입법당시 다른 나라에는 유례가 없던 입법조치로 계속 논란이 되고 있는 중이다.

나아가 설령 양보하여, ‘기술적 조치’의 효용이 향후 기술발전에 따라 완벽에 가까워짐으로서 명예훼손 등 경우와 달리 유독 저작권침해의 경우에는 이런 ‘기술적 조치’를 입법으로 의무화하는 것이 필요한 상황이 되더라도 그때는 온라인서비스제공자 책임 관련 통합법 내에서 저작권침해에만 적용되는 특별규정으로 입법할 수도 있을 것이므로 여전히 통합법의 수립가능성은 열려있는 것이다.¹⁰¹⁾

셋째, 온라인서비스 상에서 명예훼손과 저작권침해 사안에서 각각 침해자가 거대한 다수인지, 소수에 불과한 지의 차이¹⁰²⁾는 명예훼손 사안에 있어 온라인서비스제공자로 하여금 권리자의 요청에 따라 직접 불법행위를 한 이용자의 인적 정보를 제공하도록 하는 이른바 정보제공명령(subpoena) 제도를 보다 활발하게 활용하는 방법 등으로 대처할 일이다. 바꾸어 말하면 이 부분 차이점은 온라인서비스제공자에 대한 관련 입법을 함에 있어 굳이 명예훼손과 저작권침해 사안을 구별하여 다른 규정을 둘 근거가 되지 않는다.

넷째, 금전만으로 권리자의 피해가 전보되는 지의 여부¹⁰³⁾에서 오는 차이도 세 번째 차이점과 마찬가지로 마찬가지이다.

101) 물론 최종적인 기술발전에 따라 앞서 언급한 ‘디지털콘텐츠 식별체계’ 같은 기술의 내용이나 활용가치가 완벽에 가까워질 경우, 저작권침해분야에서 온라인서비스제공자의 책임 유무는 이런 식별기술의 성실한 채택 유무만을 중점적으로 따져서 가려질 날이 올 것이다. 그런 이상(理想)이 실현된다면 저작권침해에 있어 온라인서비스제공자의 책임론은 지금보다 훨씬 소략(疏略)해지면서 명예훼손에 있어 책임론과는 심하게 분리되는 경향이 나타날 수 있다.

102) 앞서 설명한 대로 명예훼손의 경우 직접 침해행위를 한 자가 상대적으로 소수이므로, 저작권침해의 경우보다 피해자가 직접 이용자를 상대로 피해전보를 구할 수 있는 가능성이 상대적으로 더 높다.

103) 앞서 설명한 대로 명예훼손의 경우 금전배상으로는 회복되기 어려운 정신적 혹은 비물질적 피해부분이 존재하므로 금전적 손해전보와 달리 온라인서비스제공자 등 누구나 대체적으로 이행할 수 있는 성질의 것이 아니라 가해자 본인의 이행을 요구하는 경우가 많다.

V. 결론

온라인서비스제공자의 부수적 책임론은 책임성립요건(혹은 책임성립요건)과 책임제한요건으로 나누어 논할 수 있다. 그 중 책임성립요건에 관하여 우리 판례는 저작권침해나 명예훼손 등 여타 권리침해의 경우를 가리지 않고 민법 제760조 제3항에 의한 방조규정에 의하여 온라인서비스제공자의 책임성립을 가리고 있어 통일적 입장을 이미 취하고 있다고도 볼 수 있다. 반면 책임제한요건에 있어서 한국은 저작권법과 정보통신망이용촉진법의 책임제한규정이 서로 상이한 요건을 정함으로써 온라인서비스제공자에게 불필요한 법적 불안을 가중시키고 있다. 따라서 이런 법적 불안을 해소하기 위하여 책임제한의 법리 역시 통합하는 것이 바람직하다. 최선으로는 통합법을 수립하는 것을 고려해 볼 수 있다. 그러나 만일 사정이 여의치 않다면 현실적 차선책으로는 저작권법 제102조, 제103조와 정보통신망이용촉진법 제44조의2에서 각각 정한 책임제한 규정의 내용을 통일하는 방향으로 개정이 이루어질 필요가 있다. 명예훼손의 경우 표현의 자유가 개입되므로 반드시 저작권침해와 별도의 법리가 필요하다는 것은 적어도 온라인서비스 제공자의 부수적 책임 세계에서는 오해이다. 마찬가지로 비록 온라인상 명예훼손의 경우는 온라인상 저작권침해의 경우와 비교할 때 침해자 P2P 서비스가 아니라 게시판서비스에서 주로 이루어진다는 점, 사전통제가능성이 낮다는 점, 침해자가 상대적으로 소수이고 비금전적 손해가 존재하기 때문에 피해자가 직접 침해자를 파악하여 조치를 취할 여지가 더 크다는 점 등의 차이가 있지만 이런 차이들은 온라인서비스제공자의 부수적 책임론을 통합하는 데 큰 장애가 되지는 않는다.

참고문헌

1. 국내문헌

- 김재형, “인터넷에 의한 인격권침해”, 『인터넷과 법률』, 법문사, 2002.
- 박준석, “이용자의 저작권침해에 따른 인터넷서비스제공자의 민사책임”, 서울대 박사학위논문, 2005.
- _____, 『인터넷서비스제공자의 책임』, 박영사, 2006.
- 정상조/박준석, “OSP의 技術的 措置에 관한 義務-소리바다 사건을 중심으로-”, 『Law & Technology』, 제4권 제1호, 2008.
- 정윤식, “IPTV 도입에 따른 미디어 정책 및 사업방향”, 서울대학교 기술과법센터 (<http://www.clt.re.kr>) 2005년 제8회 워크숍 발표문.

2. 외국문헌

- Dogan, Stacey L., “Is Napster a VCR? The Implications of Sony for Napster and Other Internet Technologies”, *Hastings Law Journal*, Vol.52, April 2001.
- Douglas, Lichtman/William Landes, “Indirect Liability for Copyright Infringement: An Economic Perspective”, *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol.16, Spring 2003.
- Feder, Jesse M., “Is Betamax Obsolete?: Sony Corp. of America V. Universal City Studios, Inc. in The Age of Napster”, *Creighton Law Review*, Vol.37, June 2004.
- Lemley, Mark A./R. Anthony Reese, “Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation”, *Stanford Law Review*, Vol.56, May 2004.
- Lemley, Mark A., “Rationalizing Internet Safe Harbors”, *Journal on Telecommunications & High Technology Law*, Vol.6, Fall 2007.
- Jackson, Matt, “One Step forward, Two Steps Back: An Historical Analysis of Copyright Liability”, Symposium Copyright Law as Communications Policy: 「Convergence of Paradigms and Cultures」, *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, Vol.20, 2002.
- Katz, Peter, “Copyright Infringement: The Perils of Indirect Liability”, *Journal of*

Proprietary Rights, Vol.16 No. 6, June, 2004.

Wu, Tim, “When Code Isn’t Law”, *Virginia Law Review*, Vol.89, June 2003.

Yen, Alfred C., “Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and The First Amendment”, *Georgetown Law Journal*, Vol.88, June 2000.

The Proper Direction for the OSP's Liability Rule in Korea

Park, Jun-Seok*

The legal theory or regulation on the secondary liability of Online Service Provider is roughly divided into two parts, liability requirement and liability limitation requirement. For the OSPs' liability requirement portion, Korean court seems to have taken unified position in both users' copyright infringement case and defamation case, pointing out that Joint Tort-feasors rule in Article 760, Clause 3 of the Korean Civil Act is the statutory ground for OSPs liability requirement. For the liability limitation portion, meanwhile, there has been inconsistency of liability limitation requirement in Korean Copyright Act and The Act on Promotion of Information and Communications Network Utilization and Data Protection, thereby making OSPs in Korea suffer from unnecessary legal uncertainty. OSPs' secondary liability rules in Korea should not follow the US model in which it has been traditionally divided between copyright infringement and defamation. Korea has not differentiated copyright infringement case from other infringement cases including defamation in the secondary liability requirement portion, whereas US has done. Moreover, it can't be missed that there is a plausible argument for the unification of OSPs' liability limitation rules even in US.

Therefore, OSPs' secondary liability rules in Korea should be unified over all infringement areas by users, regardless of copyright infringement, defamation, etc., to settle the legal uncertainty in Korea, mentioned above. While the best way would be a new unified law on OSPs' secondary liability limitation, if it would be severely hard, the second best way to do so is to make immediate amendments harmonizing OSPs' liability limitation clauses in both acts, Korean Copyright Act, Article 102 & 103 and the Act on Promotion of Information and Communications Network Utilization and Data Protection, Article 44-2. It's a wrong conception at least in OSPs' secondary liability area, the way of thinking that defamation cases related to the freedom of speech should be treated differently from copyright infringement cases

* Assistant professor, College of Law, Seoul National University.

at all times. In addition, the following differences just can be merely secondary considerations, but never make it very hard to unify OSPs' secondary liability rules; i) online defamation is usually done through Bulletin Board System rather than Peer to Peer network which has been one of main devices for online copyright infringement, ii) it's harder in online defamation case to judge the legality of the information at issue and control illegal information than in online copyright infringement case, iii) there is a relatively stronger need to identify direct infringers in online defamation than in online copyright infringement because the former case has relatively fewer infringers than the latter and only the former case has irreparable harm which can't be compensated by monetary remedies.

