

法學碩士學位論文

第3者의 不法行爲에 대한 온라인서비스  
提供者의 責任

2009年 8月

서울大學校 大學院

法學科 知的所有權法專攻

송 영 경

# 第3者の 不法行爲에 대한 온라인서비스

## 提供者의 責任

指導教授 丁 相 朝

이 論文을 法學碩士 學位論文으로 提出함

2009年 5月

서울大學校 大學院

法學科 知的所有權法專攻

송 영 경

송영경의 法學碩士 學位論文을 認准함

2009年 7月

委員長 \_\_\_\_\_ 印

副委員長 \_\_\_\_\_ 印

委員 \_\_\_\_\_ 印

## 國 文 抄 錄

1. 인터넷과 같은 온라인 통신망의 등장과 그 급속한 성장으로 말미암아 온라인상 저작권침해, 명예훼손, 음란물, 프라이버시 침해 등 불법행위가 중대한 문제로 떠오르게 되었고, 이에 대응하여 피해자의 권리보호에 대한 필요성도 훨씬 커지게 되었다. 위와 같은 온라인상 일어나는 불법행위에 있어서 그 직접침해자 이외에 온라인서비스제공자에 대하여도 그 법적인 책임을 추궁할 수 있는가가 이 논문의 연구대상이다.
2. 미국의 법원은 저작권침해에 관한 전통적인 법리들, 즉 직접침해, 기여침해와 대위침해에 관련된 법리들을 적용하여 관련 사안들을 해결해 왔고, 온라인서비스제공자의 침해관여정도와 인식가능성, 사후적인 조치정도 등 여러 가지 요소들을 고려하여 때로는 온라인서비스제공자의 책임을 긍정하기도 하고 때로는 이를 부정하기도 하였다. 한편 이와 같은 법원의 판례만으로는 온라인서비스제공자의 주의의무에 대한 명백한 기준을 제시하는 데에 한계가 있을 수밖에 없다는 견지에서 1998년 10월부터 시행된 디지털 밀레니엄 저작권법(Digital Millenium Copyright Act) 제2편에서는 온라인서비스제공자의 책임제한을 다룬 규정들을 두고 있다. 이 법에서는 온라인서비스제공자가 일정한 면책조건을 충족하면 원칙적으로 저작권침해로 인한 책임으로부터 면제시켜 주는 것을 그 내용으로 하고 있다. 위 면책조건들의 상당수는 결국 저작권보호에 직, 간접적으로 기여하는 것들로서 위 입법은 결국 위 면책조건을 매개체로 하여 한편으로는 온라인서비스제공자를 과도한 책임부담으로부터 해방시켜 주고, 다른 한

편으로는 실질적인 저작권보호를 꾀하는 긍정적 결과를 가져오게 될 것으로 예상된다.

명예훼손과 관련하여 미국 법원은 출판자, 배포자의 법리 등을 통해 구체적 사안에 대한 결론을 내려왔으나, 통신품위법의 제정 및 Zeran 판결 이후 OSP를 명예훼손에 따른 책임으로부터 완전히 면제시키는 방향의 판례가 계속되다가 최근 Craigslist 사건에서 OSP도 그 가입자의 불법행위를 유발하였다면 책임을 질 수 있다는 취지의 판시를 한바 있다.

3. 독일의 경우 1997년 7월에 연방정보통신사업(Informations-und-Kommunikationsdienste Gesetze)이 제정되어 그 중 제1장 통신사업법(Teledienste gesetz)에서 온라인서비스제공자의 책임요건에 대하여 규정하고 있다. 그 조항들은 미국의 위 법에 비해서는 다소 추상적이긴 하지만, 오히려 미국보다 더 빠른 시기에 입법을 통하여 온라인서비스제공자의 책임요건을 체계적으로 제시하고자 하는 시도라는 점에서 특기할만하다. 그 후 2001년 개정 통신사업법이 성립되었는데, 이는 DMCA의 규정과도 대동소이한 모습을 갖게 되었다.

한편 일본의 경우 특정전기통신역무제공자의 손해배상책임의 제한 및 발신자 정보의 개시에 관한 법률이 제정되었고 2001. 11. 22. 공포되어 2002. 5. 27.부터 시행되고 있는데, 특정전기통신역무제공자에 대하여 권리침해에 대한 인식이 없는 경우에는 원칙적으로 책임을 면제하고 있고, 특정전기통신역무제공자가 면책요건을 충족하면 발신자에 대한 손해배상 책임이 없다고 함으로써 예측가능성을 제공해 주게 되었다.

4. 우리나라에서도 저작권법 및 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률에서 온라인서비스제공자의 책임을 일정한 요건 하에 감면시켜주는 규정이 신설되었다. 그런데, 우리나라 법규정의 면책요건은 다소 추상적이고, 임의적 면제규정으로 되어 있어 온라인서비스제공자의 예측가능성이 보장되지 않는다는 아쉬움이 있다.

따라서 온라인서비스제공자가 어떠한 요건에서 어떠한 주의의무를 부과할 것인가는 판례에 의하여 그 법리가 형성되어야 할 것인데, 그 주의의무의 성립 여부 및 내용은 구체적으로는 온라인서비스제공자의 규모, 영리성이나 전문성, 침해행위의 유형, 침해에 대한 인식 여부 및 인식가능성, 침해의 명백성, 관련 당사자들 간의 계약관계, 침해 이후 이루어진 조치의 내용, 주의의무 부과로 야기될 표현의 자유에 대한 침해정도 및 원활한 정보유통에 대한 장애정도 등 제반요소들을 감안하여 판단하여야 할 것이다.

5. 결론적으로 오늘날 온라인통신망의 규모나 그 유통정보의 양에 비추어 볼 때에 온라인서비스제공자에 대한 책임은 제한적으로만 인정하는 것이 타당하다.

주요어 : 온라인서비스제공자, 인터넷, 주의의무, 불법행위

학번 : 2003-22003



# 목 차

<b>제1장 서론</b> .....	<b>1</b>
제1절 문제의 제기 및 연구의 목적 .....	1
제2절 온라인서비스제공자의 개념 .....	2
제3절 P2P 방식의 종류 .....	3
<b>제2장 외국의 온라인서비스제공자 책임론</b> .....	<b>6</b>
제1절 미국의 온라인서비스제공자 책임론 .....	6
1. 저작권 침해에 관한 법리, 판례, 입법 .....	6
(1) 저작권침해책임에 관한 기본 법리 .....	6
1) 직접침해(Direct Infringement) .....	6
2) 기여 침해(Contributory Infringement) .....	7
3) 대위침해(Vicarious Infringement) .....	8
(2) 판례 및 입법의 동향 .....	8
1) 초기 판례들 .....	8
① Playboy Enterprises v. Frena .....	8
② Sega Enterprises v. Maphia .....	9
③ Religious Technology Center v. Netcom Online Communication Services. Inc .....	9
2) 새로운 입법-디지털 밀레니엄 저작권법 .....	11
① 일반적 면책요건(General Conditions for Eligibility) .....	12
(A) 종료정책(Termination Policy) .....	12

(B) 기술조치의 수용(Accommodation of Technical Measures) .....	12
② 개별적 면책요건 .....	12
(A) 순간적 디지털 네트워크 통신(자료의 전송 및 라우팅)에 의한 침해행위 .....	12
(B) 시스템 캐싱에 의한 침해행위 .....	13
(C) 이용자의 지시에 의해 시스템 등에 저장된 정보에 의한 침해 행위 .....	14
(D) 정보경로도구에 의한 침해행위 .....	15
③ 면책범위 .....	16
④ 통보 및 제거조항 등 .....	16
3) DMCA 이후의 판례들 .....	17
① P2P 운영자 책임에 관한 판례 .....	17
(A) A&M Records v. Napster. Inc .....	17
(B) MGM Studios, Inc v. Grockster Ltd .....	19
② OSP의 가입자정보제공의무에 관한 판례(Verizon Internet Service 사건) .....	22
③ Robert Hendrickson v. Ebay Inc .....	23
2. 명예훼손책임에 관한 법리, 판례, 입법 .....	24
(1) 명예훼손에 관한 기본법리 .....	24
1) 출판자의 책임부담 .....	24
2) 배포자의 조건부 면책 .....	25
3) 공중통신업자의 면책 .....	25
(2) 판례 및 입법의 동향 .....	25
1) 통신품위법 시행 전 판례 .....	25



① Cubby Inc. v. Compuserve Inc .....	25
② Strattom Oakmont Inc. v. Prodigy Serv. Co .....	26
2) 통신품위법의 시행 .....	27
3) 통신품위법 이후의 Zeran v. America Online, Inc .....	28
4) Chicago Lawyers' Committee For Civil Rights Under Law, Inc v. Craigslist, Inc .....	29
① 사실관계 .....	29
② 판결요지 및 평석 .....	29
3. 정리 .....	30
제2절 기타 국가의 온라인서비스제공자 책임론 .....	31
1. 독일 .....	31
(1) 1997년 구 통신사업법의 내용과 특징 .....	31
(2) 2001년 개정 통신사업법의 특징 .....	33
2. 일본 .....	34
(1) 판례 .....	34
1) 저작권침해에 관한 판례(파일로그 사건) .....	34
2) 명예훼손에 관한 판례 .....	36
① Nifty-Serve 사건 .....	36
② 도립대학 사건 .....	37
(2) 학설 .....	37
(3) 온라인서비스제공자에 대한 책임제한법의 제정 .....	38
1) 법률의 내용 .....	38
2) 관련 판례 .....	41
① WinMx 사건 .....	41

② 발신자정보개시청구사건 .....	42
3. 네덜란드(KaZaA 사건) .....	44
<b>제3장 우리나라의 온라인서비스제공자 책임론 .....</b>	<b>45</b>
제1절 우리나라의 법규정 .....	45
1. 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률의 관련규정 .....	45
2. 저작권법의 관련규정 .....	47
3. 컴퓨터프로그램보호법의 관련규정 .....	48
4. 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 .....	49
제2절 관련 판례 및 평석 .....	51
1. 저작권 관련 판례 .....	51
(1) 서울지방법원 1999. 12. 3. 선고 98가합111554 판결 .....	51
1) 사실관계 .....	51
2) 판결요지 .....	51
(2) 소리바다 판례 .....	52
1) 소리바다 1에 관하여 .....	52
① 사실관계 .....	52
② 민사판결 .....	54
(A) 1심판결 .....	54
(B) 항소심판결 .....	55
(C) 상고심판결 .....	56
③ 형사판결 .....	57
(A) 1심판결 .....	57
(B) 항소심판결 .....	59

(C) 상고심판결 .....	60
2) 소리바다 2,3에 관하여 .....	62
① 사실관계 .....	62
② 판결경과 .....	63
③ 판례평석 .....	65
3) 소리바다 5에 관하여 .....	65
① 소리바다 5의 이용방법과 동작구조 .....	65
② 판결요지 .....	67
(A) 서비스이용자들의 행위에 관하여 .....	67
(B) 소리바다 5 서비스 운영자에 관하여 .....	68
a) 협의의 공동불법행위 책임을 지는지 여부 .....	68
b) 방조책임이 인정되는지 여부 .....	69
③ 판례 평석 .....	71
4) 현행 소리바다의 운영에 관하여 .....	71
(3) 벽스뮤직 사건 .....	74
1) 사실관계 .....	74
2) 판결요지 및 판례평석 .....	74
(4) 아이맵스 사건 .....	76
1) 사실관계 .....	76
2) 판결요지 .....	77
① 이용자의 행위에 대한 판단 .....	77
(A) 복제권 침해여부 .....	77
(B) 전송권 침해여부 .....	77
② OSP의 행위에 대한 판단 .....	78

(5) 클럽, 블로그, 게시판 등에 게임, 동영상, 음악, 영화 등의 업로드, 다운로드를 가능하게 한 경우(서울중앙지방법원 2008. 8. 5. 선고 2008 카합968 사건) .....	79
1) 사실관계 .....	79
2) 판결요지 .....	79
① 저작권법상 침해정지 등 청구권의 주체 .....	80
② 이 사건 서비스 이용자들의 저작권 침해행위 .....	80
③ 이용자들의 복제권, 전송권 침해행위에 대한 피신청인들의 방조 책임 .....	81
(A) 작위에 의한 방조책임 .....	81
(B) 부작위에 의한 방조책임 .....	81
(C) 피신청인들의 면책주장 .....	82
3) 판례 평석 .....	83
(6) 서울중앙지방법원 2006. 7. 21. 선고 2004가합76058 판결 .....	84
1) 사실관계. ....	84
2) 판결요지 .....	85
① 세이테마 서비스 .....	85
② 테마가 찾은 뉴스 서비스 .....	86
3) 판례평석 .....	88
(7) 네이버·다음에 대한 정식재판 회부 .....	88
2. 부정경쟁행위{서울중앙지방법원 2008. 11. 20. 선고 2006가합46488 사건(오픈마켓 사건)}관련 판례 .....	89
1) 사실관계 .....	89
2) 판결요지 .....	90

① 판매자의 부정경쟁행위 .....	90
② 인터넷 오픈마켓 운영자의 책임 .....	90
(A) 협의의 공동불법행위 책임을 지는지 여부 .....	90
(B) 부정경쟁행위 방조책임을 지는지 .....	90
3) 판례평석 .....	92
3. 명예훼손 관련 판례 .....	93
(1) 대법원 2001. 9. 7. 선고 2001다36810 판결 .....	93
1) 사실관계 .....	93
2) 판결요지 .....	93
(2) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2002다72194 판결 .....	94
1) 사실관계 .....	94
2) 판결요지 .....	94
3) 판례평석 .....	95
(3) 서울남부지방법원 2006. 9. 8. 선고 2005가단18300 판결 .....	96
1) 사실관계 .....	96
2) 판결요지 .....	97
3) 판례평석 .....	98
(4) 서울중앙지방법원 2007. 5. 18. 선고 2005가합64571 판결 .....	98
1) 사실관계 .....	98
2) 판결요지 .....	99
3) 판례평석 .....	101
4) 항소심 판결(서울고등법원 2008. 7. 2. 선고 2007나60990 판결).....	103
5) 대법원 판결(대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 판결).....	104

4. 프라이버시(서울중앙지방법원 2007. 5. 31. 선고 2006가합22338, 38197 판결, 리니지 사건) 관련 판례 .....	107
(1) 사실관계 .....	107
(2) 판결요지 .....	107
(3) 판례평석 .....	108
5. 음란물 관련 판례 .....	109
(1) 서울지방법원 2003. 6. 26. 선고 2002노9668 판결 .....	109
1) 사실관계 .....	109
2) 판결요지 .....	109
3) 판례평석 .....	111
(2) 대법원 2003. 7. 8. 선고 2001도1336 판결 .....	111
1) 사실관계 .....	111
2) 판결요지 .....	112
3) 판례평석 .....	113
(3) 서울중앙지방법원 2007. 12. 26. 선고 2005가합112203 판결 (트위스트김 도메인 이름 사건) .....	113
1) 사실관계 .....	113
2) 판결요지 .....	113
3) 판례평석 .....	116
제3절 온라인서비스제공자와 이용자의 관계에 대하여(온라인서비스 제공자가 제3자의 불법행위에 관여하는 정도에 따른 유형 분류) .....	116
1. 온라인서비스제공자가 직접 불법행위에 가담하거나 이를 적극적으로 권유, 야기하는 경우 .....	117

2. 온라인서비스제공자가 타인의 직접적인 불법행위에 대하여 통제, 관리의 가능성이 있는 경우 .....	118
3. 온라인서비스제공자가 타인의 불법행위에 있어서 단순한 도구로서만 기능하는 경우 .....	119
제4절 온라인서비스제공자책임의 분류 및 요건 .....	120
1. 민사책임 .....	120
(1) 침해배제책임 .....	120
(2) 공동불법행위로 인한 손해배상책임 .....	121
1) 일반 불법행위의 요건 .....	123
① 온라인서비스제공자의 특징 .....	124
② 불법행위의 유형 .....	127
③ 불법행위에 대한 인식여부 및 침해통지 여부 .....	128
④ 침해의 명백성 .....	131
⑤ 관련 당사자들간의 계약관계 .....	133
⑥ 기타 .....	134
2) 협의의 공동불법행위에 특수한 요건 .....	135
2. 형사책임 .....	135
<b>제4장 결론 .....</b>	<b>138</b>





## 제1장 서론

### 제1절 문제의 제기 및 연구의 목적

인터넷과 같은 온라인 통신망의 등장과 확대에 의하여 온라인상 저작권 침해, 명예훼손, 음란물, 프라이버시 침해, 부정경쟁행위 등의 문제가 빈번하게 발생하게 되었고, 이에 대응하여 피해자의 보호에 대한 필요성도 커지게 되었다.

온라인상 제3자가 불법행위를 함에 있어 온라인서비스제공자는 피해자들보다 더 쉽게 침해를 막거나 중지시킬 수 있는 지위에 있는 반면 피해자는 유효한 방어수단이 없고, 가해자의 인적사항을 파악하기 어려우며, 가해자의 자력이 충분하지 않은 경우가 많다. 이러한 점에서 온라인상 일어나는 위와 같은 불법행위에 있어서 그 직접침해자 이외에 온라인서비스제공자에 대하여도 그 법적인 책임을 추궁할 필요가 있다.

이 논문에서는 온라인서비스제공자가 제3자의 불법행위에 대하여 어떠한 요건 하에서 책임을 져야 되는지에 관하여 주로 논의하고자 하며(온라인서비스제공자의 직접 책임에 관하여도 관련 부분에서 언급하고자 한다), 이와 관련된 논의가 그동안 충분히 이루어진 미국 등 외국의 관련 입법, 판례 및 논의들을 살펴본 후, 그 동안 축적된 우리나라에서 제3자의 불법행위에 대한 온라인서비스제공자의 책임에 관한 판례에 관하여 살펴보고, 온라인서비스제공자가 제3자의 불법행위에 대하여 어떤 요건 하에 책임을 져야 하는지 유형화 해 보기로 한다.

## 제2절 온라인서비스제공자의 개념

1. 저작권법 제2조 제30호에서는 온라인서비스제공자의 개념에 대하여 ‘다른 사람들이 정보통신망(「정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조 제1항 제1호의 정보통신망<sup>1)</sup>을 말한다. 이하 같다)을 통하여 저작물 등을 복제 또는 전송할 수 있도록 하는 서비스를 제공하는 자’라고 규정하고 있다.

저작권법상 온라인서비스제공자라 함은 개념적으로 ‘저작물’ 등을 복제 또는 전송할 수 있도록 하는 서비스를 제공하는 자이므로 저작권 침해의 제외된 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보를 유통시킬 수 있는 서비스를 제공하는 자는 제외되고, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률의 정보통신서비스제공자의 개념과는 달리 ‘영리를 목적’으로 할 것으로 요건으로 하고 있지 않으므로 개인이 영리를 목적으로 하지 않고 전자게시판을 운영하는 경우에도 위 개념에 포함될 것으로 생각된다.

2. 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제2조 제 3호에서는 정보통신서비스제공자의 개념에 대해 ‘「전기통신사업법」 제2조 제1항 제1호<sup>2)</sup>의 규정에 따른 전기통신사업자와 영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자’라고 규정하고 있다.

- 
- 1) 정보통신망이라 함은 전기통신기본법 제2조 제2호의 규정에 따른 전기통신설비(전기통신설비라 함은 전기통신을 하기 위한 기계·기구선로 기타 전기통신에 필요한 설비를 말한다)를 이용하거나 전기통신설비와 컴퓨터 및 컴퓨터의 이용기술을 활용하여 정보를 수집·가공·저장·검색·송신 또는 수신하는 정보통신체제를 말한다.
  - 2) “전기통신사업자”라 함은 이 법에 의한 허가를 받거나 등록 또는 신고를 하고 전기통신역무를 제공하는 자를 말한다.

정보통신서비스사업자는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조 규정에 의해 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보가 유통되지 않도록 노력하여야 할 의무를 부담하는 자로서 저작권을 침해하는 정보 역시 유통되지 않도록 노력해야 할 의무를 부담한다. 그런데, 정보통신사업자에는 온라인정보통신망회사 등이 포함된 부가통신사업자 뿐만 아니라 기간통신사업자와 별정통신사업자까지도 포함하는 광범위한 개념으로서, 온라인통신망사업자 이외의 통신업체들까지 모두 포함한 개념이다. 또한 정보통신사업자는 영리를 목적으로 정보를 제공하거나 매개하는 자이므로 개인이 영리를 목적으로 하지 않고 전자게시판을 운영하는 경우에는 위 개념에 포함되지 않을 것으로 생각된다.

### 제3절 P2P 방식의 종류

P2P 방식에는, ① 파일교환에 관하여 중앙서버가 일정한 역할을 하는 Hybride P2P(중앙집중형 파일교환방식이라고도 한다)와 ② 중앙서버를 거치지 않고 이용자 상호간에 자체적으로 파일교환이 이루어지는 Pure P2P(분산형 파일교환 방식이라고도 한다)로 나눌 수 있고, ②는 다시 (ㄱ) 이용자의 컴퓨터가 네트워크에 연결된 모든 컴퓨터에 검색을 요청하고 각 컴퓨터 내부에서 파일 검색을 실시하여 검색을 요구한 이용자에게 결과를 제공하는 방식과 (ㄴ) 처리속도 등의 기술적 측면에서 우월한 성능을 가진 일부 사용자들의 컴퓨터가 서버로 지정되어(이를 Supernode 또는 Superpeer라고 한다) 검색을 요구한 이용자의 컴퓨터는 가장 용이하게 접근 가능한 슈퍼노드에 접속하고 슈퍼노드가 검색을 실시하여 검색을 요구한 이용자에게 결과를 제공하는 방식으로 나눌 수 있다.

①에는 미국의 Napster<sup>3)</sup>와 소리바다 1 및 일본의 File Rogue가 속하는데, 어느 경우에도 중앙 서버에 MP3 음악파일이 저장되어 있는 것은 아니고, Napster의 경우는 중앙서버가 이용자들이 가진 MP3 음악파일들에 대한 각종 정보(파일명, 파일크기)를 저장하고 있다가 이용자의 검색요구가 있을 때 검색을 수행하여 그 결과를 검색을 요구한 이용자에게 전송하는 방식을 취하고, 이와는 달리 소리바다 1의 경우 중앙 서버가 이용자 상호간의 연결에 필요한 정보만을 저장하고 있고, 이용자의 검색요구가 있으면 그 명령이 중앙서버를 통하기는 하지만 중앙서버가 검색을 수행하는 것이 아니라 검색요청을 받은 다른 이용자들의 컴퓨터에 설치된 소리바다 1 프로그램이 검색기능을 수행하여 그 결과가 다시 중앙서버를 통하여 검색을 요구한 이용자에게 전달되는 점에서 차이가 있다.

②의 경우 중앙서버에는 파일 자체는 물론이고 파일목록, 이용자 연결에 필요한 정보 목록 등 파일공유에 필요한 어떠한 정보도 보관되어 있지 아니한데, (ㄱ)의 대표적인 예는 Gnutella<sup>4)</sup> 방식으로 미국의 Grokster 사건에서의

---

3) 중앙서버가 여전히 존재하지만, 이 모델에서 중앙서버의 역할은 종전의 서버-클라이언트 방식에 비하여 현저하게 축소된다. 냅스터 모델에서 중앙서버는 정보공급자와 정보수요자가 원활하게 연결되는 데에 필요한 최소한의 검색관련정보(이용자들의 아이피(IP) 주소와 파일목록 등)를 제공할 뿐이고 수요의 대상인 정보 그 자체를 제공하는 지위에 있지는 않다. 즉 정보수요자가 특정한 정보를 검색하고자 하면 중앙서버에 로그인한 후 검색요청을 하고, 중앙서버는 자신이 보유하고 있는 검색관련정보를 이용하여 그 정보를 보유한 이용자에게 정보수요자를 연결시켜 주면, 정보수요자는 정보보유자로부터 직접 파일을 제공받게 된다. 따라서 중앙서버는 정보제공자가 아니라 정보수요자의 검색매개수단에 불과하다. 이 방식에서는 중앙서버가 검색을 돕기 때문에 검색 속도가 빠르고 검색 성공률도 높다는 장점이 있다. 그러나 동시 접속자가 늘어날 경우에는 서버에 부하가 걸릴 수 있어 서버를 증설하여야 하는 단점도 있다(정진섭 소리바다 사건 공소기각 판결에 대한 평석, 정보통신과 디지털 법제, 커뮤니케이션북스 2004, 제290~291면)..

4) 중앙서버가 존재하지 않는 순수한 P2P 방식이다. 이 방식에서는 그누텔라에 기반한 소프트웨어에 기하여 네트워크에 연결된 개별 컴퓨터가 순차적으로 인근 컴퓨터의 주소 및 보유정보를 파악하고 이를 다시 다른 컴퓨터에 전달하여 주는 과정을 계속적으로 반복함으로써 원하는 정보를 검색하게 된다. 예컨대 A라는 컴퓨터가 a라는 정보를 검색함에 있어서, 네트워크에 연결된 B 컴퓨터에 그 정보 보유여부를 확인하고, 만약 그곳에서 정보를 얻을 수 없으면 그 다음으로 C컴퓨터에 이를 확인하는 등 중앙서버의 도움을 받지 않고 네트워크 이용자들 사이에 순차적인 정보검색작업이 이루어지는 방식이다. 이 방식의 가장 큰 장점은 별도의 중앙서버를 설치하지 않고도 이용자들끼리 정보

Streamcast사가 채택하였고(Morpheus 프로그램), (ㄴ)의 대표적인 예는 Fasttrack 방식으로 미국의 Grokster사 및 네덜란드의 KaZaA사가 채택하였다.

---

를 검색하고 공유할 수 있다는 것이다. 반면 중앙서버를 통하지 않고 이용자들이 순차적으로 연결되면서 검색하는 시스템이기 때문에 검색속도가 느리고 검색성공률도 낮다는 단점이 있다(정진섭 소리바다 사건 공소기각 판결에 대한 평석, 정보통신과 디지털 법제, 커뮤니케이션북스 2004, 제 290~291면).

## 제2장 외국의 온라인서비스제공자 책임론

### 제1절 미국의 온라인서비스제공자 책임론<sup>5)</sup>

OSP의 책임론은 인터넷의 본고장인 미국을 중심으로 하여 활발하게 논의되기 시작하였다. 법원에서는 저작권침해 및 명예훼손과 관련하여 여러 가지 판례들이 나왔고, 이와 함께 보다 통일적이고 명백한 기준의 제시를 위하여 입법적인 노력도 병행되어 왔다. 국경을 초월하는 인터넷의 속성상 인터넷에 관한 법과 정책에 관한 문제의식과 해결방식은 세계 각국에서 상당부분 상호공유될 수 있는 것이므로, 이 분야에 관하여 선도적인 나라라고 할 수 있는 미국의 판례와 입법을 살펴보는 것은 대단히 의미있는 일이다.

아래에서는 저작권 침해와 명예훼손의 두 가지 영역으로 나누어 각 영역별로 미국의 판례들을 이해하기 위한 기초작업으로서 각 판례들에 적용된 기준의 법리들을 살펴보고, OSP의 책임에 관한 판례 및 입법 내용을 간략하게 검토하고자 한다.

#### 1. 저작권 침해에 관한 법리, 판례, 입법

##### (1) 저작권침해책임에 관한 기본 법리

##### 1) 직접침해(Direct Infringement)

미국에서 저작권을 직접적으로 침해하는 자에게 인정되는 직접책임(direct liability)은 미국 저작권법 명문의 규정에 의한 책임이다. 이러한 점에서 직

---

5) 사법연수원 전자거래법(2008) 420~436쪽 참조

접침해책임은 미국법원이 판례법 상으로 정립하여온 법리, 즉 기여책임 혹은 대위책임과 같은 간접침해책임과 구별된다. 원고에 의한 저작권 직접침해의 입증은 ① 자신이 유효한 저작권을 보유하고 있는 점, 즉 저작권자라는 점과 ② 피고에 의하여 저작물이 복제(침해)되었다는 점의 두 가지 사항의 입증으로 이루어진다. 그 외에 별도로 침해자에게 저작물을 침해한다는 고의나 과실이 있었음을 입증할 필요는 없다. 그러한 의미에서 저작권의 직접 침해에 따른 책임은 엄격책임의 성격을 가지게 된다. 따라서 저작권침해라는 객관적 사실을 인식하지 못한 자라 하더라도 현실적으로 침해행위를 하게 되었다면, 위와 같은 직접침해에 따른 책임을 부담하게 된다.

## 2) 기여침해(Contributory Infringement)

미국 저작권법에서는 직접침해자가 아닌 제3자가 그 침해 책임을 질 수 있는 경우, 즉 직접침해에 대응한 간접침해에 관하여는 따로 규정하고 있지 않다. 따라서 간접침해에 관한 법리는 법원이 판례들을 통하여 발전되어 왔다. 그 중 하나가 여러 판례를 통하여 저작권법의 영역에 도입된 기여침해의 법리이다. 원래 기여침해는 특허법상 규정된 성문의 법리인데, 판례법상 저작권침해에도 그 취지가 적용되게 되었다.

이러한 기여침해가 있었음을 입증하기 위해서 원고는 ① 피고가 그와 같은 (직접)침해행위를 알았거나 알 수 있었던 점, ② 피고가 다른 사람의 침해행위를 유인, 유발하거나 중대하게 기여하였다는 점을 입증하여야 한다. 물론 기여침해가 성립되기 위하여서는 그 논리적 전제로서 직접침해가 성립되어야 하는 것이고, 이는 다음에 설명하는 대위침해에 있어서도 마찬가지이다.

### 3) 대위침해(Vicarious Infringement)

직접침해자가 아닌 자에 대하여 침해의 책임을 부담시키기 위한 또 다른 법리로서 판례법상 생성, 발전되어 온 것이 바로 대위침해의 법리이다.

대위침해가 성립하기 위하여 원고는 ① 피고가 직접침해자의 행위를 통제할 수 있는 권리와 능력이 있다는 점과 ② 침해행위를 통하여 직접적인 경제적 이익을 얻었다는 점을 입증하여야 한다. 침해행위에 대한 인식 여부는 따지지 않는다.

## (2) 판례 및 입법의 동향

### 1) 초기 판례들

인터넷이 본격적으로 이용되기 전에는 PC통신망에 있어서 전자게시판 운영자의 책임이 주로 문제되었다.

#### ① Playboy Enterprises v. Frena

이에 관한 최초의 판례로서 Playboy Enterprises v. Frena<sup>6)</sup> 판례가 있다. Playboy Enterprises는 모델들의 누드사진 등을 담은 잡지를 발행하는 회사이고, Frena는 전자게시판 운영자였는데, Frena가 운영하는 전자게시판에 가입회원이 업로드한 것으로 보이는 Playboy지 모델들의 사진저작물 약 170장이 게재되었고 많은 회원들이 이를 다운로드받아갔다. 이에 대하여 위 사진의 저작권자인 Playboy 측이 저작권침해를 이유로 전자게시판 운영자인 Frena를 상대로 소송을 제기한 사건이다. 이 사건에서 법원은 Frena가 Playboy사의 배포권 및 전시권을 직접 침해하였다는 취지로 판시하였다. 법원은 Frena가 자신이 직접 사진저작물을 복제한 것이 아니지만, 자신이 운

---

6) 839 F. Supp. 1552(M. D.Fla. 1993)



영하는 전자게시판을 통하여 그 사진저작물을 배포하고 전시(display)한 이상, 저작권을 직접적으로 침해하였다는 점에는 변함이 없다고 하였다. 이 판례는 OSP에게 간접침해책임을 아닌 직접침해책임을 인정하였으나, 이러한 입장은 많은 비판을 받았고 그 이후 다른 판례에서는 이 태도는 더 이상 발견되지 않는다.

## ② Sega Enterprises v. Maphia

또 다른 판례로서 Sega Enterprises v. Maphia<sup>7)</sup> 판례가 있다. Sega Enterprises는 비디오 게임 개발 및 판매업자이며 Maphia 사는 사건 당시 약 400여명의 가입자를 가진 사설게시판 운영자였다. Maphia 사는 이용자들에게 의하여 Sega사의 비디오 게임이 게시판에 업로드되었고 다운로드되었다는 점을 인식하였으면서도 이를 허용하고, 비디오게임에 필요한 자사 생산의 하드웨어를 구입하거나 특정 요금을 지불한 회원에 대해서는 이를 다운로드받을 수 있는 기회를 부여하였다. Sega사는 자신의 프로그램저작권이 침해되었음을 이유로 Maphia 사를 상대로 예비적 금지명령(preliminary injunction)을 청구하였으며, 이에 대하여 법원은 Maphia 사에게 간접침해의 일종인 기여침해책임을 있다는 취지로 판시하면서 이를 받아들였다.

## ③ Religious Technology Center v. Netcom Online Communication Services, Inc

전자게시판 운영자의 책임과 관련하여 가장 중요한 미국의 선례는 이후 내려진 Religious Technology Center v. Netcom Online Communication

---

7) 857 F. Supp. 679(N.D.Cal. 1994)

Services. Inc.<sup>8)</sup> 판례이다. 이 사건은 Erlich라는 개인이 Religious Technology Center(이하 'RTC'로 약칭)에 대한 비판을 목적으로 RTC의 창시자인 L. Ron Hubbard의 저작물로 되어 있는 종교의 기밀문서들을 자신이 가입해있던 사설 전자게시판에 무단으로 게재하고 이를 인터넷과 연결시켜 주는 Netcom이라는 인터넷 서비스를 통해 관련 유즈넷 뉴스그룹에 게재하여 문제가 된 사건이다. RTC는 Netcom사에 대하여 직접침해책임 및 간접침해책임을 모두 추궁하여 예비적 금지명령(preliminary injunction)을 청구하였다.

그러나 법원은 첫째, Netcom사는 단지 소프트웨어에 의하여 가입자들로 부터 수신된 메시지를 유즈넷에 전송하고 그 과정에서 임시로 그 메시지의 복제물을 시스템에 저장하는 장치를 설치, 운영하는 등 사실상 인터넷상이 유즈넷 뉴스서버로의 연결만 매개하였을 뿐이므로 저작권침해에 대한 직접 책임은 없다고 판단하였다. 둘째로 Netcom사가 위 침해행위로 인하여 어떠한 경제적 이익을 얻는 것도 아니었으므로 대위책임도 없다고 판단하였다. 셋째 기여책임을 여부에 대해서는 저작권자가 막연히 행한 삭제요구만으로는 Netcom사가 저작권침해의 인식을 하였다고 단정할 수 없다고 보아 결국 기여책임을 요건 중 하나인 저작권침해사실을 알거나 알 수 있었는지 여부에 관하여는 사실관계의 확정이 이루어지지 않았으므로 약식결정(Summary Judgement)의 대상이 되지 않는다고 판시하였다.

---

8) 907 F. Supp. 1361(N.D.Cal. 1995).

앞서 Netcom 법원은 결론에서는 책임을 부정하였지만, 기여책임에서의 요건 중 “침해행위를 알았거나 알 수 있었던 점”과 관련하여 BBS를 운영하는 인터넷서비스제공자가 저작권자의 침해주장을 구체적으로 통지받았다면 그 당부를 판단한 다음 그에 대응하는 적절한 조치를 취할 의무를 분명하게 인터넷서비스제공자에게 부여하였다. 이러한 입장은 그 이후인 1998년 입법된 디지털 밀레니엄 저작권법(Digital Millenium Copyright Act, 이후 DMCA로 약칭)에서 저작권자의 인터넷서비스제공자에 대한 저작권 침해의 통지와 그에 대응한 인터넷서비스제공자의 조치 의무를 정하는 것으로 궁극적으로 수용하였다.

## 2) 새로운 입법-디지털 밀레니엄 저작권법

미국은 1998. 10. 28.부터 시행된 디지털 밀레니엄 저작권법 제2편에 제 512조를 신설하여 온라인상의 저작권침해에 대한 서비스제공자의 책임제한에 대하여 명확한 기준제시를 시도하게 되었다. 이 법은 서비스제공자를 자신이 직접 행하지 않은 저작권침해행위로부터 광범위하게 면제시켜 줌으로써 불확실성을 제거하고 정보통신분야의 발전을 도모하기 위한 것이다. 즉, OSP측에 대하여서도 저작권침해방지를 위한 일정한 주의의무 또는 면책요건을 부과하되 그 요건들을 충족하기만 하면 면책되는 것으로 규정함으로써 저작권침해방지에 대한 OSP의 협력을 끌어냄과 동시에 이들에 대한 과도한 책임부과로부터의 보호를 함께 꾀하고 있다. 한편 면책을 받기 위하여는 우선 일반적 면책요건을 갖추어야 하고, 추가적으로 서비스제공형태에 따라 개별적으로 정하여진 개별적 면책요건을 갖추어야 한다<sup>9)</sup>.

9) 권상로 온라인서비스제공자의 책임 제한에 관한 국제적 동향과 개선방안, 민사법연구, 제12집 제2호(2004. 12.), 대한민사법학회, 2004. 12. 30. 82면, 백윤철 소리바다와 온라인서비스사업자의 법적 책

## ① 일반적 면책요건(General Conditions for Eligibility)

### (A) 종료정책(Termination Policy)

반복적인 저작권침해행위를 하는 가입자들과 계정자들(이하 합쳐서 이용자)에 대한 서비스제공을 종료하는 정책을 시행하고 그 정책의 내용 및 정책 시행사실을 이용자들에게 통보하는 경우에 한하여 면책의 혜택을 누릴 수 있다.

### (B) 기술조치의 수용(Accommodation of Technical Measures)

OSP는 저작물을 식별, 보호할 목적으로 저작권자에 의하여 사용되는 표준기술조치를 수용하고 이에 간섭하지 않아야 한다. 이러한 표준기술조치는 저작물을 복제하는 것을 방지하는 여러 가지 기술조치들을 의미한다. 표준적인 기술조치라고 할 수 있으려면, 저작권자들과 온라인서비스제공자들의 광범위한 컨센서스(Consensus) 하에 적절한 산업기술을 통해 창출된 기술로서 합리적이고 비차별적인 조건에 따라 모든 이용희망자들에게 제공되어질 수 있는 것이라야 한다.

한편 DMCA는 OSP가 적극적으로 자신의 서비스를 모니터링하거나 침해행위를 인지하기 위한 활동을 하는 것은 일반적인 면책요건이 아님을 규정하고 있다. 따라서 모니터링 등 저작권침해방지를 위한 적극적인 활동은 면책요건이 아니므로 이와 같은 활동을 하지 않은 온라인서비스제공자들도 위 일반적 면책요건 및 개별적 면책요건을 충족하면 면책될 수 있다.

## ② 개별적 면책요건

### (A) 순간적 디지털 네트워크 통신(자료의 전송 및 라우팅)에 의한 침해행위

다른 사람이 송신한 정보를 그대로 전달함에 지나지 않는 도관으로서의 역할을 하고 있는 것에 지나지 않는 경우로서, 예컨대, E-Mail이라든가 FTP와 같은 파일전

---

임, 스포츠와 법, 제9권(2006. 10.) pp89-127, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2006. 10. 31. 105면, 권영준 저작권 침해에 대한 온라인서비스제공자의 책임, 서울대학교 석사학위논문 2000. 2. 참조

송서비스로 인한 저작권침해행위를 지칭한다. 면책이 인정되기 위해서는 「a) 온라인서비스제공자가 직접 송신, 라우팅 등을 개시하는 것이 아니고, b) 사업자에 의한 송신이 자료에 대한 선택이 없이 자동적인 기술적인 과정에 의한 것이며, c) 다른 사람의 요청에 대한 자동적인 응답의 경우를 제외하고는 저작물 이용자를 선택할 수 없고, d) 예정 가능한 이용자 이외의 사람에게는 복제물이 전달되지 않고, 송신, 라우팅 등에 필요한 시간 이상 복제물을 보존하지 않아야 하며 또한 e) 온라인서비스제공자는 저작물의 내용을 변경해서는 안된다」는 세부적인 요건을 충족시켜야 한다.

#### (B) 시스템 캐싱에 의한 침해행위

캐시(Cache)란, 아주 짧은 시간 후에 다시 사용되어질 데이터를 위해 사용되는 메인 메모리 내의 임시 저장영역을 말하고 그와 같은 영역에 임시적으로 저장하는 행위를 캐싱이라고 한다. 예컨대 온라인서비스제공자는 이용자가 요청한 인기있는 인터넷상 자료를 캐시 메모리내에 임시로 복제저장한 후 다른 이용자들이 요청할 때에 이를 손쉽게 효율적으로 전달해 줄 수 있다. 그런데 이와 같은 임시적 저장, 즉 캐싱이 저작권침해행위로서 복제 개념에 포섭될 수 있는가 하는 점은 자주 논의되어 왔다. 이 법에서는 이러한 캐싱이 어떠한 경우에 저작권침해행위를 구성하지 않는가 하는 점을 구체적으로 규정하고 있다. 우선 면책대상을 “온라인서비스제공자가 아닌 제3자에 의하여 제공되어 온라인서비스제공자의 시스템의 캐시 메모리에 일시적으로 저장되어 있다가 이를 요청하는 다른 제3자에게 송신되는 자료로 인한 침해행위로 규정하고 있다.

한편 면책요건으로는 다음과 같은 조건들을 규정하고 있다. a) 캐시 메모리에의 저장이 이후 그 자료를 요청한 다른 이용자들을 위하여 자동적인 기술절차에 의하

여 이루어질 것, b) 이용자에 의하여 캐시 메모리에 저장된 자료 요청이 있는 경우 이에 수정을 가하지 않고 전달할 것, c) 당해 자료의 업데이트에 관하여 자료의 원 제공자가 지정한 규칙(일반적으로 인정된 산업표준 데이터통신 프로토콜에 의한 것 이어야 함)을 따를 것. 단 그 규칙이 시스템 캐싱을 방해하거나 손상시키는 결과를 가져오는 경우에는 그러하지 아니함. d) 당해 자료와 관련된 특정 정보(예컨대 이용자 히트건수 등)를 제공자에게 알려주는 관련 기술에 간섭하지 않을 것. 단 그 기술을 시스템의 실행 및 캐싱을 심각하게 방해하지 않아야 하고 산업표준 프로토콜에 부합하는 것이라야 함. e) 자료제공자가 자료접근에 특정조건을 부가한 경우(예컨대 요금지불이나 암호입력) 그 조건을 충족하는 제3자에게만 자료전송을 해 줄 것. f) 당해 자료에 대한 저작권침해 주장의 고지가 있는 경우 이 법에 따른 적절한 조치를 취할 것.

(C) 이용자의 지시에 의해 시스템 등에 저장된 정보에 의한 침해행위

이용자의 지시에 의해 시스템 등에 저장된 정보라 함은 예컨대 이용자들이 당해 온라인서비스제공자들로부터 할당받은 저장공간을 이용하여 개설한 웹사이트에 본인의 의사에 의하여 저장한 정보 등을 말한다. 이용자가 특정 내용의 콘텐츠를 작성하여 이를 서버에 의하여 할당된 자신의 홈페이지 저장공간으로 전송, 저장하게 되면 이는 서버의 의사와 관계 없이 이용자의 지시에 의하여 저장되는 정보라고 할 수 있다. 만약 그러한 정보의 저장 또는 그 정보에 대한 복제행위 등이 저작권 침해 행위를 구성하는 경우에 다음과 같은 요건을 충족한 때에 온라인서비스제공자는 그 침해행위로 인한 책임으로부터 면제된다. a) 온라인서비스제공자에게 침해행위의 존재 및 성립 여부에 대한 인식이 없을 것 b) 인식하였거나 침해의 통지를 받은 경우에는 신속하게 내용물의 제거 또는 접근금지 등의 필요한 조치를 취할 것 c) 온라인

서비스제공자가 내용물에 대한 통제의 권리 및 능력을 가지고 있는 경우에 있어서는 침해행위로 인하여 경제적 이익을 받지 않았을 것의 세 가지 요건을 충족하여야 한다. 다만, 침해주장의 통지가 17 U.S.C. 512(c)(3)(A)의 요건을 실질적으로 충족하지 못한 때, 이러한 부적법한 통지는 서비스제공자의 실제 인식이나 추정적 인식을 판단하는데 고려하여서는 안 된다.

#### (D) 정보경로도구에 의한 침해행위

서비스제공자가 검색엔진 등의 정보검색도구(information location tool)를 사용하여 저작물을 침해하는 자료나 침해하는 행위를 포함하고 있는 온라인상의 위치로 이용자를 전송시키거나 연결시키는 경우이다. 예를 들면, 타인의 저작물들을 불법적으로 올려놓아 다운로드받아갈 수 있게 만든 웹사이트가 존재하고, 야후(Yahoo)나 라이코스(Lycos)와 같은 검색엔진이 위 웹사이트에 대한 연결기능을 제공함으로써 결국 많은 이용자들이 위 웹사이트를 이용함과 아울러 저작권침해행위를 하게 되는 경우에 야후나 라이코스나 같은 검색서비스제공자들이 어떠한 조건 하에 책임을 질 것인가의 문제이다. 여기서의 정보검색도구는 목록(directory), 색인(index), 지시하는 것(pointer) 또는 하이퍼텍스트 링크(hypertext link)로 정의되므로, 링크뿐만 아니라 검색엔진(search engines), 목록을 열거한 리스트(directory listings) 등을 포함하는 개념으로 볼 수 있다. 이 경우, a) 침해물 또는 침해행위를 실질적으로 인식하지 못했거나 또는 주위 상황에 비추어 인식할 수 없었던 경우, b) 서비스 제공자가 실질적으로 통제할 수 있는 권리와 능력이 있는 때에는 침해행위로 직접적인 경제적 이익을 얻지 않은 경우, c) 침해행위에 대한 통지를 받고 즉시 침해물의 제거 내지는 침해행위를 차단한 경우에 금전적 손해배상책임이 배제된다.

면책요건들 중 상당 부분은 기존의 기여침해 및 대위침해의 이론을 반영한 것이다. 따라서 DMCA의 제정 및 시행은 기존의 이론을 뒤엎은 완전히 새로운 입법이라기보다는 기존의 법리들을 정보화시대에 맞게 구체화, 현실화한 것이라고 할 수 있다. 이와 같은 면책요건의 명확한 제시는 OSP에게 행동지침의 부여와 마찬가지로 의미를 가지게 되었고, 어떠한 경우에 책임을 지고 어떠한 경우에 면책될 것인가에 관한 예측가능성을 부여하게 되었다.

### ③ 면책범위

온라인서비스제공자들이 위와 같은 일반적, 개별적 면책요건을 충족하였을 때 금전적인 형태의 손해배상책임으로부터 면제된다. 또 DMCA는 온라인서비스제공자들이 면책요건을 충족한 경우에 법원이 발할 수 있는 금지명령의 유형을 열거함으로써 역으로 그 이외의 금지명령으로부터는 온라인서비스제공자들을 보호하고 있다. 위 법은 저작권자들의 보호를 위하여 온라인서비스제공자들이 면책요건을 충족하여 금전적인 손해배상청구로부터는 면제된다고 하더라도 여전히 법에서 열거하는 일정한 금지처분의 가능성은 남겨 놓으면서, 아울러 그 금지처분의 종류와 내용을 명시적으로 특정함으로써, 그 이외의 내용을 담고 있는 금지처분으로부터는 온라인서비스제공자를 보호하는 것이다.

### ④ 통보 및 제거 조항 등

온라인서비스제공자는 저작권침해사실의 고지를 수령할 수 있는 지정대리인을 지정하여 이를 온라인상 공개하는 한편 저작권청장에게 통지하여야 한다. 저작권자가 저작권침해사실을 고지할 때에는 위 지정대리인에게 서면으로 구체적인 내용을 기



재하여야 하며, 이 고지를 받은 온라인서비스제공자는 당해 자료의 제거나 접근금지 등의 조치를 통하여 면책요건을 충족시켜야 한다.

그 이외에도 DMCA는 저작권침해사실의 통지가 허위인 경우 그 통지자에게 이로 인한 손해에 대한 책임을 부담시키고 있으며, 한편 저작권자가 침해자를 특정하는 데에 필요한 정보를 온라인서비스제공자로부터 획득할 수 있도록 영장(Supboenas)을 발부받는 절차에 대하여 규정하고 있다.

DMCA의 입법 전에는 온라인서비스제공자의 입장에서 저작권자라고 주장하는 사람으로부터 저작권침해사실을 통지받은 경우에, 과연 그가 진정한 저작권자인지, 또 실제로 통지대상이 된 행위가 저작권침해를 구성하는지의 여부와 관련하여 그 주장의 진실성에 대하여 의문을 품을 수 있는 상황이 종종 존재하였고, 그러한 경우 그 통지만 믿고 자료를 삭제하는 등의 조치를 취하게 될 경우 가입자들로부터 외면을 당하여 경제적 손실을 초래할 수도 있고, 반대로 통지사실에 대한 아무런 조치 없이 방치할 경우 후일 저작권침해책임을 지게 될 수도 있다는 진퇴양난의 상황에 처할 수 있었다. DMCA에서는 일단 저작권통지에 대한 조치책임을 온라인서비스제공자에게 부여하면서도 허위통지로 인한 손해배상책임을 통지자에게 부담시킴으로써 균형을 꾀하고 있다.

### 3) DMCA 이후의 판례들

#### ① P2P 운영자의 책임에 관한 판례

##### (A) A&M Records v. Napster. Inc.

P2P에 관한 가장 잘 알려진 판례는 냅스터 판례<sup>10)</sup>이다. 냅스터는 네티즌

---

10) A&M Records v. Napster. Inc. 239F.3d 1004(9th Cir. 2001)

들이 각자의 하드디스크에 저장된 MP3 파일들을 P2P 방식으로 교환, 공유할 수 있도록 해 주는 서비스이자 이를 운영하는 회사의 이름으로서 P2P 모델 중 하이브리드 모델에 해당한다. 냅스터에서는 Musicshare라는 소프트웨어를 제공하고, 이용자들은 이 소프트웨어를 다운로드받아 이를 이용하여 P2P 방식으로 파일을 교환하였다. 이에 대하여 A&M Record사를 비롯한 미국의 레코드사들은 냅스터사가 저작권침해에 관하여 기여책임 또는 대위 책임을 부담한다고 하면서 예비적 금지명령(preliminary injunction)을 신청하였다. 2000. 7. 26. 캘리포니아 북부 연방지방법원은 원고들의 예비적 금지명령을 받아들였고, 2001. 2. 12. 연방제9항소법원도 그 논리를 다소 변경하였으나 냅스터의 기여 및 대위책임을 모두 긍정하였다. 연방항소법원은 우선 냅스터 이용자들의 행위는 음악저작권자들의 복제권 및 배포권을 침해하는 직접침해행위에 해당하고, 공정이용(Fair Use)에 해당하지 않는다고 보았다. 냅스터는 이러한 이용자들의 직접침해행위를 인식하였거나 인식할만한 상당한 이유가 있었고, 그 침해행위에 중대하게 기여하였으므로 기여책임을 부담할 뿐만 아니라, 위 침해행위로 인하여 직접적인 경제적 이익을 얻었고 불법복제물을 탐지할 능력과 이용자의 접근을 종료할 권리를 가지는 등 침해상황을 통제할 수 있는 지위에 있었으므로 대위침해책임도 부담한다고 판시하였다. 이처럼 연방항소법원은 예비적 금지명령을 내린 원심의 판단은 기본적으로 타당하다고 하면서도, 다만 그 금지명령의 범위가 너무 넓어 이에 관하여서는 재심리할 필요가 있다고 하면서 사건을 원심으로 환송하였다<sup>11)</sup><sup>12)</sup>. 냅스터 판례 이후에 나온 에임스터 판례 역시 비슷한 취지이다.<sup>13)</sup>

11) 미 연방항소법원의 판결 이후 냅스터측은 2001. 9. 25. 음악저작권자측과 보상금 및 로열티 지급을 내용으로 하는 합의에 이르렀고, 유료서비스로 전환하기로 하였으나(동아일보 2001. 9. 26. 참조), 이러한 시도는 여의치 않아 결국 미국 델라웨어주 파산법원에 의하여 파산절차에 들어간 뒤 2002. 11. 말경 소프트웨어 업체인 록시오(Roxio)에 의하여 인수되었다(조선일보 2002, 11. 29.자

(B) MGM Studios, Inc v. Grokster Ltd

P2P 모델 중 그누텔라 모델 혹은 퓨어 모델에 해당하는 P2P 소프트웨어의 제작·판매에 대하여서는 저작권침해책임을 인정하지 않은 하급심판례도 있었다. MGM Studios, Inc v. Grokster Ltd<sup>14)</sup> 사건에서는 그누텔라 방식에 기반을 둔 파일공유 소프트웨어인 모피우스(Morpheus), 카자 미디어 데스크탑(Kazaa Media Desktop) 등의 제작, 배포, 지원행위에 관하여 저작권침해책임을 질 것인가가 쟁점이 되었다. 위 소프트웨어들은 파일공유를 위한 소프트웨어라는 점에서 냅스터와 공통점을 가지지만, 파일검색과정에서 중앙서버의 도움을 받지 않는다는 점에서 냅스터와 차이점을 가진다. 법원은 기

---

신문 40면 참조)(권영준, P2P 방식에 대한 저작권법적 고찰, 정보통신과 디지털 법제, 커뮤니케이션북스 2004. 315면)

- 12) Napster의 상고는 불허되었으며, 그 후 제1심 법원은 Napster가 음반회사들로부터 파일목록을 통지받은 후의 사이트 운영상태를 조사하여, 2001. 7. 다시 Napster 사이트의 폐쇄를 명하는 예비적 금지명령을 내렸다. 이후 Napster는 파산하여 사실상 서비스가 중지되었으며 2002. 9. 종국적으로 폐쇄되었다(최성준 P2P 파일교환의 적법성 여부(소리바다 3 가처분 사건), 지적재산권, 제11호(2006. 1.) 한국지적재산권법제연구원, 2006. 1. 5. 39면).
- 13) 에임스터 사건에 대하여 다음과 같은 견해가 있다. ‘에임스터(Aimster)는 냅스터와 유사하게 주로 음악파일을 공유할 수 있도록 하는 인터넷 서비스를 제공하는 업체인데, 인스턴트 메시징 서비스(Instant Messaging Service)를 사용한다는 형식적인 차이를 제외한다면 냅스터와 거의 유사한 방식에 따라 운영된다. 위 에임스터 사건에 대하여 1심 및 2심 판결은 모두 에임스터측에 대하여 기여책임 및 대위책임이 성립한다고 인정하였는데, 특히 2심 판결에서는 판결이유를 설시함에 있어서, 저작권침해의 목적으로 사용될 가능성이 있는 제품을 생산한 것만으로는 기여책임을 지지 아니한다는 취지의 소니판결의 논리와 이 사건에 있어서 양 당사자의 주장을 비교하면서 이유를 전개해 나갔다. 법원은 비단 저작권침해의 목적 뿐만 아니라 합법적인 목적으로도 얼마든지 사용될 수 있고, 또한 실제로 그러한 목적으로 사용되고 있던 점이 증명되었던 비디오녹화기의 경우와는 달리, 에임스터의 서비스는 이론적으로는 합법적인 목적으로 사용될 가능성이 있으나 실제로는 대부분 저작권침해행위의 목적으로 사용되고 있었고, 에임스터사 역시 그 서비스가 “실제로” 합법적인 목적에 사용된다는 점에 관한 아무런 증거를 제시하지 못하였으므로 저작권침해에 대한 인식이 존재하였음에도 불구하고, 오히려 이에 기여하였다고 하여 기여책임의 성립을 인정하였다. 또한 이와 같은 경우에는 디지털 밀레니엄 저작권법의 면책규정(Safe Harbor Clause)의 적용을 받을 수 없다고 판시하였다. 그런데, 위 판결은 과연 어느 정도의 합법적인 사용이 이루어져야 면책되는 것인지에 관하여는 구체적 기준을 제시하지 않고 있다. 또한 P2P 소프트웨어를 제작하는 경우 그 제작사가 저작권침해의 판단 시점이 될 텐데, 저작권침해책임 여부가 그 후 그 소프트웨어의 실제 사용상황에 따라 달라지게 된다면 그 상황의 변화에 따라 책임의 존부 역시 유동적이 되는 것인지에 관하여도 의문이 남는다.’(권영준, P2P 방식에 대한 저작권법적 고찰, 정보통신과 디지털 법제, 커뮤니케이션북스 2004. 318~319면).

14) 259 F.Supp.2d 1029(C.D.Cal. 2003)

여침해에 필요한 요건들과 관련하여, 이 사건 소프트웨어들은 합법적인 목적과 불법적인 목적 양자 모두에 사용될 수 있는데, 1984년 연방대법원의 Sony Corp. of America v. Universal City Studios, INC. 판결에 나타난 바와 같이 불법적인 목적에 사용될 수 있다는 정도의 일반적이고 추정적인 인식만 가지고는 기여책임에서 요구하는 정도의 구체적인 인식을 가졌다고 할 수 없고, 한편 피고들이 직접침해행위에 중대하게 기여하였는가 하는 점에 관하여서도 피고들이 파일교환에 개입할 수 있는 여지는 거의 없으므로, 기여요건을 충족하였다고 보기도 어렵다고 판시하면서 기여침해책임을 부정하였다. 또한 대위침해가 성립하기 위하여서는 경제적 이익의 취득과 침해행위에 대한 통제권이 존재하여야 하는데, 피고들이 침해행위를 통하여 경제적 이익을 얻는 것은 수궁할 수 있으나, 침해행위에 대한 통제권을 가진다고는 볼 수 없으므로 대위침해책임도 지지 않는다고 판시하였다. 이 판결은 냅스터 방식이 아닌 그누텔라 방식에 기초한 P2P 방식에 대한 최초의 판례였다는 점에서 커다란 의미를 가졌다. 한편 항소심<sup>15)</sup>에서도 이러한 1심 판결의 결론은 그대로 유지되었다.<sup>16)</sup>

---

15) 380 F.3d 1154(9th Cir. 2004)

16) 위 판결의 의미에 대하여 다음과 같은 의견이 있다(권영준, P2P 방식에 대한 저작권법적 고찰, 정보통신과 디지털 법제, 커뮤니케이션북스 2004. 317~318면). 「이 사건은 냅스터 방식이 아닌 그누텔라 방식에 기초한 P2P 방식에 관한 최초의 판례라는 점에서 커다란 의미를 가진다. 또한 종전의 판례들이 OSP 책임론의 연장선상에서 서버운영자의 책임을 다룬 것이라면, 이 판례는 서버운영자가 아닌 소프트웨어 제작/배포업체의 책임을 다룬 것이다. 그러한 점에서 피고들은 가정용 비디오기를 제작, 판매한 소니사의 지위와 유사한 지위에 있는 것으로 보아 소니 판결의 취지에 따라 저작권침해책임을 부인한 것이다. 향후 항소심에서 어떠한 판단이 내려질지는 주목해 보아야 하겠지만, P2P 방식이 날로 진보하면서 그 본래의 취지대로 중앙통제시스템이 거의 소멸하여 가는 경향에 비추어 볼 때에 이와 같은 결론은 정당한 것으로 생각된다」

그러나, 2005. 6.에 이르러 미 연방대법원<sup>17)</sup>은 “명시적인 표현 또는 침해 를 조장하기 위한 다른 적극적인 조치를 통하여 저작권을 침해하는 사용을 장려하기 위한 목적으로 장치를 배포하는 것임이 밝혀진 자는, 제3자의 침해행위에 대하여 책임을 부담한다”라고 판시한 뒤 피고들이 P2P 소프트웨어를 배포하면서 저작권침해를 적극적으로 유도하였다는 점을 들어 피고들의 책임을 인정하고 원심판결을 파기하였다. 이 법리는 특허법상 유도책임의 법리(inducement theory)를 저작권법의 영역에 적용한 것이다<sup>18)</sup>. 이러한 태도가 종전의 기여침해 내지 대위침해와 구별되는 제3의 간접침해유형을 신설한 것인지, 유도행위를 기여침해요건 중 “기여”의 변형을 보아 기존이 기여침해이론을 창의적으로 적용한 것인지 여부는 아직 명확하지 않다. 어쨌든 미 연방대법원은 P2P 방식에 관하여 적어도 저작권침해를 유도하는 행위가 있을 경우에는 그 저작권침해과정 자체에 대한 관여정도가 낮다고 하더라도 간접침해책임을 인정하는 입장을 취한 것으로 정리할 수 있다.<sup>19)</sup>

17) 125 S.Ct. 2764(2005)

18) 연방대법원은 미국 특허법의 유인이론을 적용한 적용근거로 피고들이 배타적이지는 않아도 ‘주로’ 저작권에 대한 침해적 사용을 유발하려는 의도를 표명한 점은 첫째, 피고들은 기존 저작권 침해의 원천이던 Napster 사용자들의 수요에 부응하고자 하는 의도를 가지고 있었고, 둘째 저작권 침해행위의 단속이나 제거를 위한 프로그램 개발을 시도한 적이 없었으며, 셋째, 피고들은 그들 소프트웨어를 배포하는 사이트 광고지면을 많이 팔수록 수익이 증대하는 수익구조를 가지고 있어 자신들의 소프트웨어가 침해적으로 더욱 많이 사용되도록 자극한 점을 들고 있다.

결국 연방대법원은 하급심과는 달리 P2P 방식의 기술적인 측면에 치중하지 않고 Sony 원칙을 건드리지도 않으면서 새로운 이론을 도입하여 문제를 해결한 것으로 평가받고 있다.

이 판결이 있는 후 Grokster와 RIAA 간에 2005. 11. 7. Grokster는 저작권에 의하여 보호되는 파일을 직접 또는 간접적으로 교환할 수 있도록 하는 소프트웨어의 배포를 영구적으로 중지하며, 5,000만 달러의 손해배상을 하기로 하는 화해가 성립하였다고 한다(최성준 P2P 파일교환의 적법성 여부(소리바다 3 가처분 사건), 지적재산권, 제11호(2006. 1.) pp34-43, 한국지적재산권법제연구원, 2006. 1. 5. 40면)

19) 미국연방대법원의 판결에 대해 다음과 같은 평가가 있다. 미국연방대법원이 저작물의 보호와 신기술 개발이라는 두가지 요소에 대한 고려로서 Sony 판결에 대한 수정 없이 새로운 법리를 끌어 온 것은 높이 평가할 만하다. 그러나, 만일 앞으로 P2P기술의 새로운 상품이 나타나 저작권 침해를 유도하는 측면이 없이 단순히 프로그램을 배포하는 단계에 그치고, 그 프로그램이 널리 유통되어 사용되면서 저작권 침해의 결과가 나타나게 된다면, 이에 대하여 미국연방대법원이 어떤 해석을 내놓게 될지에 대한 의문이 벌써부터 나타나고 있다. 또한 현실적인 측면에서의 문제는 이러한 소송의

② OSP의 가입자정보제공의무에 관한 판례(Verizon Internet Service 사건)

Verizon Internet Service 사건도 상당한 관심을 끌었던 사건이다. 미국 음반산업협회(The Recording Industry Association of America, RIAA로 약칭)는 냅스터 사건에서 승리하였으나, 그 이후로도 여전히 P2P방식에 의한 파일공유가 성행하고, 특히 냅스터와는 달리 중앙서버가 전혀 개입되지 않은 채 순수하게 개인들간의 상호작용으로 파일을 공유하는 순수한 P2P 방식이 성행하면서 직접침해자 이외에는 책임을 추궁할만한 대상이 불분명해지게 되었다. 이에 RIAA는 직접침해자들을 겨냥한 법적인 투쟁을 시작하였고, 직접침해자를 특정하기 위한 일환으로 인터넷접속서비스를 제공하는 통신사인 Verizon사를 상대로 DMCA에 의거하여, P2P방식으로 하루 동안 600여 음악저작물을 불법적으로 이용한 한 저작권침해자에 대한 정보를 제공할 것을 청구하였다. 이에 대하여 Verizon사는 네트워크를 통하여 전송되었을 뿐이지 저장된 것은 아니고, DMCA에서 정보제공의 의무가 있는 서비스제공자의 범위 안에는 단지 전송의 수단만 제공한 서비스제공자가 포함되지 않는다는 이유로 이를 거절하였다. 이에 RIAA는 미 워싱턴 D.C. 연방지방법원에 Verizon에 정보제공요청서에 따르도록 명하여 줄 것을 청구하였다. 연방지방법원<sup>20)</sup>은 412조 (h)항의 문언이나 다른 조항들과의 상호관계,

---

결과가 인터넷 상에서 도도히 흘러가는 파일공유의 거대한 흐름을 막기에는 너무도 역부족이라는 점이다. 따지고 보면 저작권자들은 Napster 판결, DeCSS 프로그램의 위법성을 확인했던 Corely 판결 등 법정에서는 계속 승리해 온 셈이지만, 이러한 일련의 소송에서의 승소가 실제 현실에서는 별다른 변화를 가져다주지 못했다. Napster가 유료음악다운로드서비스로 전환했지만, 무수히 많은 다른 통로를 통해 지금도 음악파일은 서로 교환되고 있고, DVD 파일을 decrypt하는 프로그램은 얼마든지 구할 수 있으며, 이를 이용해 추출한 수 기가를 넘는 DVD의 원본파일조차도 웹상에서는 쉽게 발견할 수 있다(홍승진, Grokster 사건과 P2P 기술의 미래, 법제, 통권 575호(2005. 11.) 93-94면, 법제처 2005. 11. 10.).

20) RIAA v. Verizon Internet Service Inc, 240 F. Supp.2d.24

또한 DMCA의 목적에 비추어 볼 때에 위 조항에서 정보제공의무를 부담하는 서비스제공자는 포괄적인 의미로서 전송의 수단만 제공하는 서비스제공자도 포함된다고 판단하여 Verizon사에 정보제공을 명하였다. 이에 Verizon사가 항소하였는데, 이 사건을 맡은 워싱턴 D.C. 연방항소법원은 지방법원의 논리와는 반대로 저작권침해자의 정보를 제공할 의무가 있는 서비스제공자는 오로지 침해물을 그 서버에 저장한 서비스제공자이고, 단지 P2P 파일 공유의 통로 역할만 한 서비스제공자는 그러한 의무가 없다고 판시하면서 원심을 파기하였다.<sup>21)</sup>

### ③ Robert Hendrickson v. Ebay Inc

위 판례는 디지털 밀레니엄 저작권법상 면책요건의 충족 여부가 문제되었던 사건에 관한 것이다. 이 사건은 ‘맨슨(Manson)’이라는 다큐멘타리의 저작권자인 헨드릭슨이 유명한 인터넷 경매회사인 이베이사를 상대로 하여, 자신이 이베이사에게 자신의 다큐멘타리의 불법복제물들이 이베이의 웹사이트에서 유통대상이 되고 있으므로 이를 제거하여 줄 것을 통지하였음에도 불구하고, 이베이사가 아무런 조치를 취하지 않았다는 점을 이유로 소송을 제기한 사건이다. 심리과정에서 문제되었던 것은, 피고인 이베이사가 DMCA의 면책요건을 충족하였는가의 여부였다. 즉 피고가 저작권침해사실을 인식하였는지, 인식하였다면 필요한 조치를 취하였는지, 저작권침해상황을 통제할 권리나 능력이 있었는지 여부가 쟁점이 되었다. 우선 피고가 저작권침해사실을 인식하였는가의 여부에 관하여서는 원고가 피고에게 저작권침해사실을 통지하였다는 사실을 둘러싼 논란이 있었다. 그런데, DMCA에서는 저작

---

21) RIAA v. Verizon Internet Service Inc, 351 F. 3d 1229

권침해의 통지의 형식 및 내용을 규정하고 있고, 이러한 형식요건 및 내용 요건을 충족하지 못한 통지는 OSP가 저작권침해사실을 인식하였는지의 여부를 판단함에 있어서 고려하지 않는다고 규정하고 있다(즉 통지하지 않은 것과 마찬가지로 취급된다).<sup>22)</sup> 한편 이 사건에 있어서 원고의 통지는 위 법소정의 요건을 충족하지 못하였을 뿐만 아니라, 이베이측이 수차례에 걸쳐 원고에게 DMCA의 요건에 맞추어 보다 구체적이고 정확한 정보를 제공하여 줄 것을 요청하였음에도 불구하고 이를 거절하였다. 법원은 이 점을 들어 위와 같은 통지만으로 원고가 구체적인 저작권침해사실을 인식하였다고 볼 수 없다고 판단하였다. 한편 저작권침해상황을 통제할 권리나 능력이 있었는지의 여부에 대하여서도 인터넷 경매과정에 있어서 이베이의 역할에 비추어 볼 때에 이를 인정하기 어렵다고 판단하였다. 이러한 이유로 법원은 원고의 청구를 기각하였다.<sup>23)</sup>

## 2. 명예훼손책임에 관한 법리, 판례, 입법

### (1) 명예훼손책임에 관한 기본 법리

각종 매체를 통하여 명예훼손이 이루어진 경우 직접침해자가 아닌 매체가 어떠한 책임을 질 것인가에 관하여 대체로 다음과 같은 법리가 존재하였다.

#### 1) 출판자의 책임부담

22) 온라인서비스제공자는 저작권침해사실의 고지를 수령할 수 있는 지정대리인을 지정하여 이를 온라인상 공개하는 한편 저작권청장에게 통지하여야 한다. 저작권자가 저작권침해사실을 고지할 때에는 위 지정대리인에게 정해진 사항들에 대하여 서면으로 구체적 내용을 기재하여야 한다. 이러한 통지서에 포함되어야 할 사항으로는 저작권자 또는 그 대리인의 권리에 대한 소명, 인적 동일성을 입증하기 위한 서명, 침해저작물의 특정, 저작권침해사실을 소명하기 위한 진술서, 통지에 담겨있는 정보들이 정확하다는 취지의 진술서 등이 있다. 만약 이 요건을 충족하지 못하면, 그 통지는 온라인서비스제공자가 침해사실을 인식하였는지 여부를 판단함에 있어서 고려 대상에서 제외된다.

23) 정진섭 소리바다 사건 공소기각 판결에 대한 평석, 정보통신과 디지털 법제, 커뮤니케이션북스 2004 제301면 참조



서적, 잡지, 신문 등의 발행자 또는 출판자는 발행하는 내용에 대하여 그 저자와 마찬가지로 엄격한 책임을 지게 된다. 이와 같이 책임을 지게 되는 근거는 발행자 또는 출판자는 편집 및 출판의 과정에서 출판물의 내용에 대한 편집 및 통제권한을 행사할 수 있기 때문이다.

## 2) 배포자의 조건부 면책

제3자에 의하여 발행 출판된 것을 배포하기만 하는 배포자 자신이 배포하는 서적 등에 명예를 훼손하는 표현이 있다는 것을 알고 있었거나 알아야 할 합리적인 이유가 있었을 때에 한하여 책임을 진다.

## 3) 공중통신업자의 면책

전화회사와 같은 공중통신업자의 경우에는 비록 그 역무를 통하여 명예훼손 등의 사태가 발생한다 하더라도 책임을 지지 않는다. 이것은 공중통신업자에게는 원칙적으로 어떠한 이용자에 대하여는 서비스를 제공하여야 할 의무가 부과되기 때문이라고 한다.

## (2) 판례 및 입법의 동향

### 1) 통신품위법<sup>24)</sup> 시행 전 판례

#### ① Cubby. Inc. v. CompuServe Inc

명예훼손에 대한 OSP의 책임에 관한 최초의 사건인 Cubby. Inc. v. CompuServe Inc.<sup>25)</sup> 사건은 OSP인 컴퓨서브사가 개설하고, 뉴스 서비스를 제공하는 외부업체가 관리하는 전자게시판에, Cubby사의 명예를 훼손하는 내용의 기사가 올라오자 Cubby사가 당해 업체와 컴퓨서브사를 상대로 소송을 제기한 사건이다. 이 사건에서 법원은 컴퓨서브사가 위 전자게시판의 관리를 외부업체에 위임하였고, 또한 그 뉴스 서비스 내용을 통제할 수 있는

24) Communication Decency Act, CDA

25) Cubby. Inc. v. CompuServe, 776 F. Supp. 135(S.D.N.Y 1991. 10. 29.).

검열삭제권을 가지고 있지 않았던 이상 “배포자”의 지위에 있었다고 보여지고, 현실적으로 위와 같은 명예훼손행위에 대하여 책임을 부담하지 않는다고 판시하였다.

② Stratton Oakmont Inc. v. Prodigy Serv. Co

반면 Stratton Oakmont Inc. v. Prodigy Serv. Co.사건<sup>26)</sup>은 이와 반대로 전자게시판 운영자의 책임을 인정하여 많은 반향을 일으켰다. Stratton Oakmont사는 OSP로서 “Money Talk”라는 전자게시판을 운영하고 있었는데, 이 전자게시판에서 익명의 투고자가 Stratton Oakmont사 및 그 회장이 사기범행을 저질렀다고 비방함으로써 이들에 대한 명예를 훼손하는 글을 게재하였다. 원고인 Stratton Oakmont사는 피고인 Prodigy사가 명예훼손적인 내용을 출판한 출판자에 해당한다는 이유로 피고를 상대로 손해배상을 청구하였다. 이에 대하여 피고인 Prodigy사는 자신들의 법적 지위는 출판자가 아닌 배포자에 해당할 뿐이므로 책임을 부담할 수 없다는 취지로 주장하였고, 아울러 문제의 글에 대하여서는 몇 차례에 걸쳐 게재를 거절하다가 비교적 문제가 적은 부분의 범위에서 게재를 허용함으로써 나름대로 필요한 조치를 취하였다는 점을 주장하였는데, 법원은 피고인 Prodigy사가 배포자가 아닌 출판자에 해당한다고 판시하면서 원고의 청구를 받아들였다. 법원이 Prodigy사를 출판자로 판단한 이유는, Prodigy사는 수준 있는 서비스제공을 위하여 내용물에 대한 편집권을 행사하겠다는 방침을 대외적으로 밝힌 바 있고, 실제로도 전자게시판에 적합한 내용에 관하여 자체적인 가이드라인을 설정, 공지하고 전자게시판에 실린 내용 가운데 위와 같은 회사정책

---

26) Stratton Oakmont v. Prodigy, 1995 WL 323710, 23 Media L. Rep. 1794(N. Y. Sup. Ct. 1995)

및 가이드라인에 부합하지 않는 글들을 삭제하는 등 편집권을 행사한바 있다는 점 때문이었다.

## 2) 통신품위법의 시행

위 Stratton Oakmont 판례에서는 Prodigy사가 전자게시판에 실리는 정보에 어느 정도 관여하였다는 점을 이유로 책임을 부과하였는데, 이는 선의로 모니터링을 하는 업체에 오히려 더 무거운 책임을 부과하는 결과가 되어 부당하다는 비판이 제기되었다.

이와 관련하여 음란정보 등으로부터 미성년자를 보호하기 위한 목적으로 1996년에 제정된 통신품위법(Communications Decency Act) 제230조 (c)(1)에서는 “쌍방향 컴퓨터서비스의 제공자나 이용자는 제3자의 정보제공자에 의하여 제공되는 어떤 정보에 관하여서도 그 정보의 출판자 또는 발언자로 취급되지 않는다”라고 규정함으로써 OSP인 Prodigy사를 출판자로 판단한 위 Stratton Oakmont 판례를 사실상 폐기하였다. 아울러 온라인서비스제공자는 외설적이고(Obscene), 음란하고(Lewd), 색정적이고(Lascivious), 저속하며(Filthy), 지나치게 폭력적이고(Excessively Violent), 타인을 성가시게 하며(Harassing), 기타 거절할 만한 사유가 있다고 판단되는 경우에는 그 내용물이 헌법적으로 보호되는가 여부에 관계없이, 그 내용물에 대한 접근을 제한하기 위하여 선의에 의하여 자발적으로 취해진 규제적, 편집적 조치로 인하여 민사상 책임을 지지 않는다고 규정하였다.

### 3) 통신품위법 이후의 Zeran v. America Online, Inc<sup>27)</sup>

통신품위법이 시행된 이후 아래에서 보게 되는 Zeran 판례 이후 OSP에 대한 면책이 판례의 확고한 입장으로 자리 잡게 되었다.

사안의 경위는 다음과 같다. 익명의 제3자는, 오클라호마 연방정부건물의 폭파범을 칭송하는 내용의 티셔츠를 판매한다고 광고하면서 아무런 관련이 없는 원고의 전화번호를 덧붙여 피고의 게시판에 올렸다. 이로 인하여 원고는 영문도 모른 채 무수한 항의전화에 시달려야만 했고 이에 원고는 피고에게 삭제요구를 하였는바 피고는 그 내용물을 삭제하고 당해 온라인계정을 폐쇄하는 조치를 취하였다. 그러나 그 이후에도 계속적인 항의전화를 받는 피해를 받아야 했던 원고는 명예훼손을 이유로 피고를 상대로 손해배상청구를 하기에 이르렀는데 막 입법된 통신품위법의 위 면책조항 때문에 피고가 면책되는 결과를 피하기 위하여 피고에게 출판자의 책임이 아닌 배포자로서의 책임만 추궁하였다.

그러나, 연방 제4항소법원은 통신품위법 제230조의 출판자에 대한 면책조항의 취지를 폭넓게 확장해석하여 면책효과가 배포자인 피고에게까지 적용된다고 보아, 피고에게 면책을 인정하여 원고의 청구를 기각하였다. 즉, 제230조를 해석함에 있어서 그 조항의 “출판자”의 개념 속에 “배포자”도 포함된다고 본 것이다. 법원은 어떠한 형태로든 제3자가 제공한 내용을 그 이외의 자에게 제공하는 것은 “출판”에 해당한다는 보통법상의 개념에 따라 출판자를 넓은 의미로 해석하였다. 또한 이렇게 해석하는 것이 제3자가 제공한 내용을 모니터링하고 검토하여야 하는 의무로부터 서비스제공자를 해방

---

27) 129 F. 3d 327(4th Cir. 1997).

시켜 줌으로써 인터넷에 대한 규제적인 효과를 최소화하고자 하는 CDA의 입법취지에도 부합한다고 판시하였다. 이는 사실상 OSP의 완전면책을 선언한 것이었다. 이러한 연방항소법원의 판결에 대하여 원고가 상고하였지만 대법원에서는 기각되었다.

이후 Sidney Blumenthal & Jacqueline Jordan Blumenthal v. MattDrudge & America Online Inc. 사건<sup>28)</sup>에서도 앞서 Zeran 사건에서와 마찬가지로 통신품위법에 따른 면책효과를 확장하는 법원의 해석이 그대로 유지되었다.

#### 4) Chicago Lawyers' Committee For Civil Rights Under Law, Inc v. Craigslist, Inc<sup>29)</sup>

##### ① 사실관계

원고는 피고가 인종, 종교, 성별, 가족의 지위 등에 대하여 선호, 제한, 차별하는 내용의 주택 광고를 게시하게 하였음을 이유로 Fair Housing Act(FHA)를 위반했다고 하면서 피고에 대하여 소송을 제기하였고, 1심에서 원고는 패소하였으며, 원고는 이에 항소하였다. 이 판결은 명예훼손에 관한 판결이라고 보기는 어려우나, 통신품위법의 해석과 관련이 있으므로 이 부분에서 실시하고자 한다.

##### ② 판결요지 및 평석

위 판결은 통신품위법 제230조(c)(1)은 인터넷서비스제공자로 하여금 자신의 서비스를 통한 게시물들에 대하여 아무런 조치도 취하지 않아도 책임이

---

28) 992 F. Supp. 44(D.D.C. 1998).

29) Chicago Lawyers' Committee for Civil Rights Under Law, Inc v. Craigslist, Inc. 519 F. 3d 666, 36 Media L. Rep. 1609(U. S. 7th Circuit Court of Appeals).

없다는 것을 의미하지 않는데(위 조항은 제230조(c)(2)와 다르게 그 문언상 책임을 면제해준다는 형식이 아니라 단순한 정의규정으로 되어 있다) 피고 (Craigslist)는 차별적인 명단을 올리거나 차별에 대한 선호를 표현하는 자들을 유발하지 않았는바(예를 들어, 피고는 게시물에 차별적인 진술을 게시한 자들에게 더 저렴한 이용료를 부과한 적이 없다) 피고는 게시물의 출판자나 발언자가 아니라 단순한 매개자에 불과하고, 피고는 게시물의 유발한 자가 아니므로 피고에게 책임을 부담시킬 수 없다고 판단하였는데, 위 판결의 취지는 온라인서비스제공자가 제3자의 불법행위에 대하여 일정한 경우(제3자의 불법행위를 유발한 경우)에 있어서는 책임을 질 수 있다는 취지인 것으로 보인다.

### 3. 정리

저작권침해 및 명예훼손에 있어서 OSP의 책임에 관한 미국의 판례와 입법에 대하여 정리하면 다음과 같다.

우선 저작권침해와 관련하여 미국 법원은 직접침해, 기여침해, 대위침해라는 법리를 통하여 구체적인 사안에 대한 결론을 내려왔으나, 이에 대한 확실한 기준 정립의 필요성이 대두되었고, 그 산물로서 디지털밀레니엄 저작권법(DMCA)이 제정되었다. 이 법에 따르면 OSP는 일정한 면책조건을 충족하는 한, 저작권침해로 인한 책임으로부터 광범위하게 면제되며, 위 면책조건들은 ① 저작권침해방지를 위한 일반적인 조치의무의 이행(반복적 침해자에 대한 서비스제공종료 및 저작권침해방지기술조치의 수용)과, ② 구체적 상황에 따른 저작권침해방지를 위한 조치(저작권침해고지에 따른 신속하고 적절한 조치)의 이행 및 통제, 관리가 불가능한 상황적 조건들을 그 주된

내용으로 한다.

다음으로 명예훼손과 관련하여 미국 법원은 출판자, 배포자의 법리 등을 통해 구체적 사안에 대한 결론을 내려왔으나, 통신품위법 제230조 및 Zeran 판결 등을 통하여 OSP를 명예훼손에 따른 책임으로부터 완전히 면제시키는 방향의 판례가 계속되다가 최근 Craigslist 사건에서 OSP도 그 가입자의 불법행위를 유발하였다면 책임을 질 수 있다는 취지의 판시를 한바 있다. 이러한 흐름은 표현의 자유에 대한 강한 보호라는 입장을 취하면서도 온라인 서비스제공자의 완전한 면책을 보장하는 것이 아니라 일정한 범위 내에서 온라인서비스제공자도 책임을 질 수 있다는 것인바, 추후 다른 사안에서 미국 법원이 어떠한 결론을 내릴지 귀추가 주목된다.

## 제2절 기타 국가의 온라인서비스제공자 책임론<sup>30)</sup>

### 1. 독일

#### (1) 1997년 구 통신사업법의 내용과 특징

독일은 새로운 정보통신환경에 대비하여 1996. 12. 11. 연방정보통신사업법(Informations und Kommunikationsdienste Gesetz, IUKDG로 약칭하기도 함) 초안을 발표하였고, 이듬해인 1997. 7. 13. 위 법을 공포하여, 같은 해 8. 1.부터 시행에 들어갔다.

이 법은 특히 독일의 정보통신사업이 보다 잘 발전할 수 있도록, 연방차원의 새로운 규범적인 토대를 제공하기 위한 목적에서 제정된 것이다. 그 주된 내용으로서, 서비스제공자가 그 제공정보의 내용으로 인하여 지게 되는 책임에 대한 한계, 정보통신사업에 있어서 정보유통에 대한 자기통제원

30) 전자거래법(2008) 사법연수원 교재, 박준석 이용자의 저작권침해에 따른 인터넷서비스제공자의 민사책임. 서울대학교 박사학위논문, 2005. 8. 참조

칙의 확립, 디지털 서명에 대한 법적 근거마련 등을 담고 있다.

위 법은 모두 11장으로 이루어져 있고 여러 영역에 대한 내용들을 포괄하는 기본법의 형태를 띠고 있다. 따라서 각각의 장은 기본법에 대한 일종의 하위법의 형태로 나누어져 각 영역에 대한 조항들을 두고 있다. 그 중에서 제1장 통신사업법(Teledienstgesetz)에서는 전자통신 서비스의 내용물(content) 공급업자인 OSP의 책임에 대하여 직접적으로 다루고 있다. 특히, 명예훼손과 저작권침해, 음란물유통 등 불법행위의 유형을 한정하지 않고 모든 유형의 불법행위에 대한 일반조항의 형태로 규정하고 있다는 점에서 미국의 입법례와는 구별된다.

위 제1장 제5조에서는 OSP의 책임에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다.

1항 : 서비스 제공자는 그들이 스스로 이용에 제공한 내용물에 관하여 일반법에 따라 책임을 진다.

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

3항 : 서비스 제공자는 제3자의 내용물에 대한 단순한 접속매개사실만으로는 그 내용물에 관한 책임을 지지 않는다. 이용자의 요청에 따른 제3자의 내용물의 자동적이며 일시적인 저장은 접속매개로 간주된다.

4항 : 서비스 제공자가 연방통신법(Telekommunikationsgesetz) 제85조의 통신비밀 보호규정에 저촉되지 않으면서 그와 같은 내용물을 인식하고, 그 내용물을 차단하는 것이 기술적으로 가능하며 또 합리적으로 기대할 수 있는 경우에는 불법적인 내용물의 이용을 차단하기 위한 일반법에 따른 의무를 부담한다.



이러한 독일의 OSP 책임제한조항은 OSP 스스로 제공한 내용물(Eigene Inhalte)과 제3자가 제공한 내용물(Fremde Inhalte)을 구분한 다음 그 유형에 따라 책임요건을 달리 상정한 것도 특징이라고 할 수 있다. 물론 앞서 본 미국의 DMCA의 관련조항들과 비교하여 볼 때에 다소 추상적이고 일반적이라는 느낌을 지울 수 없다. 하지만 미국이나 독일은 모두 정보통신사업의 증흥이라는 시대적 요청 및 불합리한 정도의 결과책임을 OSP에게 부담시킬 수 없다는 규범적 요청을 종합하여, 상당한 정도까지 OSP의 법적인 책임을 면제해 주고 있다는 점에서는 동일한 방향에 서 있다고 평가할 수도 있을 것이다.

## (2) 2001년 개정 통신사업법의 특징

2000년 유럽연합에서는 미국 디지털 밀레니엄 저작권법의 정한 온라인서비스제공자의 책임제한규정에 강한 영향을 받아, 유럽연합의 전자상거래지침 중에 그와 아주 유사한 규정을 도입한 바 있다. 책임을 제한하는 인터넷서비스제공자의 서비스유형을 '단순한 도관(Mere conduit), 캐싱(Caching) 및 호스팅(Hosting)으로 나누어 규정하여 온라인서비스제공자의 기술적 유형에 의거한 구분 방식이 DMCA와 유사하고, 더구나 구체적인 표현들은 사실 DMCA와 거의 동일하다.

그런데 독일은 다른 유럽연합의 회원국들과 마찬가지로 유럽연합의 지침을 자국법으로 수용하여야 할 의무를 부담하고 있고 그에 따라 전자상거래지침의 국내수용을 위하여 2001년 개정 통신사업법이 성립되었다. 이렇게 성립된 개정 통신사업법의 규정은 당연히 전자상거래지침의 그것과 유사하여 결국 DMCA의 규정과도 대동소이한 모습을 갖게 되었다<sup>31)</sup>.

## 2. 일본

### (1) 판례

#### 1) 저작권침해에 관한 판례(파일로그 사건)

일본에서는 저작권침해에 대한 OSP 책임을 다룬 일명 파일로그(File Rogue) 사건이 있었다. 일본의 File Rogue 시스템은 이용자들끼리 자신의 컴퓨터 공유폴더에 있는 파일들을 서로 주고받을 수 있고 이 과정에서 File Rogue 서버는 접속하고 있는 파일의 데이터베이스를 작성하고 이를 이용하여 이용자의 검색지시에 따른 목록을 제공하는 역할을 수행하는 것으로서 냅스터와 유사하다. 한편 일본의 19개 음반제작업체는 2002. 2. 자신들의 복제권 및 송신가능화권(우리나라의 전송권과 유사하다) 등 저작인접권이 침해되었음을 이유로 'File Rogue는 각 음반업체가 저작인접권을 보유하고 있는 음반에 대하여 mp3 파일을 송수신하여서는 아니된다'라는 가처분을 신

---

31) ① 접속 매개 : 독일 통신사업법 제9조 제1항 제1문은 구 통신사업법 제5조 제3항 1문과 동일한 취지이다. 즉 순수한 기술적 행위로서의 정보의 전송 및 통신네트워크 운영에 국한된 활동만을 수행하는 서비스제공자는 '제3자가 제공한 저작물'에 대한 책임에서 면제되어야 한다는 것인데, 서비스제공자가 단순히 통신네트워크 상에서 콘텐츠를 매기할 뿐이거나 콘텐츠 이용을 위한 접속을 제공함에 있어서 해당콘텐츠의 전송을 야기하지 않았으며, 전송된 정보의 수신자를 직접 선택한 것이 아니면, 전송된 정보들을 직접 선택하거나 수정하지 않는 경우에 한하여 책임이 면제된다.

② 캐싱(caching) : 타인의 정보를 다른 이용자의 요청에 따라 그 이용자에게 효율적으로 전송하기 위한 자동적이며 단기의 중간전송에 관하여 서비스 제공자는 (i) 서비스제공자가 정보를 변경하지 않고, (ii) 서비스제공자가 정보의 접근조건을 지키며, (iii) 서비스제공자가 널리 인정되며 이용되는 산업계의 표준에 맞추어진 정보를 최근의 것으로 하기 위한 규정을 지키고, (iv) 서비스제공자가 널리 인정되며 이용되는 산업계의 표준에 맞추어진 정보의 이용에 관하여 자료수집을 위해 적용되는 허용기술을 침해하지 않으며, (v) 당해 정보가 원래의 통신망으로부터의 전달출처에서 제거되었거나 그 정보에의 접근이 차단되었거나 혹은 법원이나 행정관청이 제거 혹은 차단을 명하였음을 서비스제공자가 알게 되자 지체 없이 본 조항의 의미에서 저장된 정보를 제거하거나 정보에의 접근을 차단한 경우, 책임을 지지 않는다.

③ 호스팅(hosting) : 서비스 제공자는 자신이 이용자를 위하여 저장한 타인의 정보에 관하여, (i) 서비스제공자가 위법행위에 관하여 알지 못하거나 당해 정보에 관하여 모르며 손해배상청구의 경우에도 서비스제공자에게 위법 행위 혹은 당해 정보가 나타내는 사실 혹은 상황이 알려지지 않은 경우이거나, (ii) 서비스제공자가 이를 알게 되자 지체 없이 당해 정보를 제거하거나 그 정보에의 접근을 차단한 경우, 책임을 지지 않는다(김병일, 김성원 P2P 서비스와 인터넷서비스제공자의 책임 및 제한 : EU, 특히 독일을 중심으로, 비교사법, 제12권 제4호 통권 제31호(2005. 12.) pp591-622, 한국비교사법학회 2005. 12. 31.).

청하였고, 이에 동경지방법판소 제29민사부는 2002. 4. 9 담보제공을 조건으로, 'File Rogue 서비스에 있어서 mp3 방식에 의해 복제되고 송수신가능한 상태로 전자파일의 존재 및 내용을 나타내는 이용자를 위한 파일 정보 중 파일명 및 폴더명에 신청회사들이 저작권접권을 가지는 음반 상의 타이틀명, 실연자명이 표기된 파일정보를 이용자에게 송신하여서는 아니 된다'라는 가처분결정을 내렸다. 법원은 ① File Rogue 서비스는 시중 음반을 복제한 파일이 대다수인 mp3 파일을 송신가능화 상태로 하기 위한 서비스로서 File Rogue로서도 서비스 개시 당시부터 위 서비스를 통하여 송수신되는 mp3 파일의 대부분이 불법복제에 관련되는 상태에 이르게 되는 것을 충분히 예상할 수 있었고(File Rogue 서비스의 내용, 성질) ② 이용자가 자동공중송신행위 또는 수신행위를 함에 있어서 클라이언트 소프트웨어가 필요할 뿐만 아니라 File Rogue 서버에의 접속이 필수적이므로 이용자의 송신가능화행위는 File Rogue의 관리 하에서 행해지고 있으며(이용자의 송신가능화행위에 대한 File Rogue의 관리, 지배의 정도) ③ File Rogue가 배너광고에 의한 수입을 얻고 있고 향후 유료화로 전환하려는 계획을 세우고 있는 점 등에 미루어 보아 File Rogue가 이용자들을 자사의 웹사이트에 접속시켜서 mp3 파일의 공중송신화행위를 하게 하는 것은 자신의 영업상 이익을 증대시키는 행위이므로(File Rogue의 이익), File Rogue는 가처분을 신청한 음반업체들의 송신가능화권을 침해하고 있다고 판단하였다.

위 사건에서 P2P 서비스를 통해 파일교환서비스를 제공하던 피신청인회사는 신청인의 가처분 등 청구에 대하여 특정전기통신역무제공자의 손해배상책임의 제한 및 발신자 정보의 개시에 관한 법률에 의하여 피신청인회사가 면책된다고 주장하였지만, 법원은 피신청인회사의 서버가 이용자의 컴퓨터

터와 일체가 되어 음악파일에 대한 신청인의 저작권을 침해하였다고 하면서 피신청인회사를 위 법 제3조 제1항 단서에서 정한 “발신자”로 보아 면책을 부인하였다.

## 2) 명예훼손에 관한 판례

명예훼손에 대한 OSP의 책임에 관하여도 몇 개의 하급심 판례들이 있었다.

### ① Nifty-Serve 사건

이에 대한 최초의 판례는 PC통신 내에 개설된 포럼(토론방)에서 행해진 명예훼손적 발언에 대하여 그 포럼의 시삽 및 PC통신회사의 책임 여부가 문제된 사건에 관한 것이었다(Nifty-Serve 사건). 이 사건에서 1심 법원은 시삽이 게시판의 발언들을 항상 감시할 주의의무를 부담하지는 않지만 명예훼손사실을 구체적으로 알았다고 인정된다면 그 때에는 필요한 조치를 취할 조리 상의 작위의무가 발생한다고 하면서, 원고로부터 명예훼손적 발언에 대한 조치를 요구받고서도 필요한 조치를 취하지 않은 시삽의 행위는 위 작위의무를 위반한 불법행위가 된다고 판단하였다. 또한 PC통신회사에 대하여서는 내부규약상 시삽에 대한 지시권 및 해임권을 가지고 있는 이상 실질적 지휘감독관계가 인정되어 사용자책임을 진다고 판시하였다. 그런데 위 사건의 항소심인 동경고등법원에서 2001. 9. 5. 제1심 판결 중 시삽 및 PC 통신 회사에 대하여 책임을 인정한 부분을 파기하고 그 부분에 관한 원고의 청구를 기각하였다. 즉 동경고등법원에서는 2001. 9. 5. 제1심 판결 중 시삽 및 PC통신회사에 대하여 책임을 인정한 부분을 파기하고 그 부분에 관한 원고의 청구를 기각하였다. 즉 동경고등법원은 직접침해자의 명예훼손책임은 인

정하면서도, 명예훼손의 피해자가 자신을 구제할 수단을 가지지 않은 예외적인 경우에만 관리자에게 삭제의무가 발생한다는 전제 위에서 이 사건의 경우 삭제의무가 발생하지 않는다고 판시하였다. 이는 기본적으로 인터넷상 발언의 삭제는 예외적인 경우에 그쳐야 한다는 생각에서, 표현의 자유를 보다 중시한 판단이라고 할 수 있을 것이다.

## ② 도립대학 사건

다음으로 대학의 전산시스템 내에 명예훼손에 해당하는 목적과 내용을 가진 홈페이지가 개설되었고, 피해자인 원고들로부터 그 홈페이지의 제거에 대한 요구를 받았음에도 불구하고 제거조치가 취하여지지 않은 사례에서 네트워크 관리자들의 책임을 부정한 판례가 있다(도립대학 사건). 이 판례에서는 제3자에 의하여 행해진 온라인상의 명예훼손에 관하여 네트워크 관리자들이 책임을 지는 경우를, 명예훼손행위의 존재를 현실적으로 인식하였을 뿐만 아니라 그 내용이 명예훼손에 해당하고 가해행위의 상태가 극히 악질적이며, 피해의 정도가 막대할 것 등이 일견 명백한, 극히 예외적인 경우에 한정된다고 판시하면서, 네트워크 관리자들의 책임을 부정하였다. 앞의 판례보다 더욱 엄격하게 책임요건을 새기고 있다는 점이 주목할 만하다.

## (2) 학설

일본 학계에서의 OSP 책임론은 결국 OSP에게 명예훼손이나 저작권침해와 같은 행위를 방지하거나 그로 인한 손해확대를 막아야 할 주의의무가 있는가의 점에 그 논의가 집중되고 있다. 그러한 주의의무를 인정하기 위해서는 우선 위와 같은 내용물을 삭제할 일반적인 주의의무가 있는가의 점부터

보아야 하는데, OSP가 사실상 모니터링 및 불법저작물의 삭제가 가능한 유일한 주체인 점, 아울러 당해 통신망상의 정보유통을 통하여 어느 정도의 경제적 이익을 향유하고 있는 점 등에 비추어 볼 때에 적어도 조리상의 작위의무는 인정가능하다고 설명하는 것이 대체적인 입장이다.

다음으로 구체적으로 언제 주의의무위반, 즉 과실이 있다고 인정할 것인가의 점은 결국 그 불법행위를 예견하거나 회피할 가능성이 있는가의 점으로 귀착된다. 이 점에 대하여는 주로 OSP의 법적 지위 및 성격, 명예훼손이나 저작권 침해의 현저성 또는 명백성 여부, 자신의 법익을 침해당한 자가 OSP에게 그 침해사실을 고지하였는가의 여부, 직접침해자가 이전에도 유사한 침해행위로 인하여 문제를 일으킨 전력이 있는 사람인가의 여부, 회원규약 등에 의거하여 임의로 게시물을 삭제할 수 있는 권한이 OSP에게 주어졌는가의 여부 등을 종합적으로 참작하여 판단하여야 할 것이라고 한다.

### (3) 온라인서비스제공자에 대한 책임제한법의 제정

#### 1) 법률의 내용

인터넷 웹페이지 등 특정전기통신에 의하여 유통된 정보로 인하여 권리가 침해된 경우, 이러한 특정전기통신의 서비스제공자(프로바이더, 서버의 관리·운영자 등)의 손해배상책임을 명확함과 동시에 당해 정보의 유통에 의하여 권리를 침해당하였다고 주장하는 자가 발신자정보의 개시를 구할 수 있는 청구권 등을 규정하고 있는 '특정전기통신역무제공자의 손해배상책임을 제한 및 발신자 정보의 개시에 관한 법률'(平成 13년 법률 제137호)이 2001. 11. 22. 공포되어 2002. 5. 27.부터 시행되고 있다.

위 법(이하 ‘서비스제공자책임제한법’이라고 한다)은 저작권침해 혹은 컴퓨터프로그램저작권침해, 나아가 명예훼손행위 등 일체의 권리침해행위를 대상으로 하고 있다.

서비스제공자책임제한법에서 말하는 특정전기통신이란, 일본 전기통신사업법에 규정한 전기통신으로, 불특정의 자에 의하여 수신되는 것을 목적으로 한 전기통신이며, 공중에 의하여 직접 수신되는 것을 목적으로 한 전기통신의 송신을 제외한다(법 제2조 제1항). 일본에서 특정전기통신의 구체적인 예로 거론되는 것은 인터넷상 채팅, 스트리밍, 메일 매거진, 웹페이지, 전자게시판 등이 있다.

이러한 특정전기통신에 의한 정보의 유통에 의하여 타인의 권리가 침해받았을 때, 당해 특정전기통신용으로 제공된 전기통신사업법상 전기통신설비를 사용한 특정전기통신역무제공자(이하, 관련역무제공자)는 이에 의하여 생긴 손해에 관해서, 권리를 침해한 정보의 불특정의 자에 대한 송신을 방지하는 조치를 연구하는 것이 기술적으로 가능한 경우이고, i) 당해 관계역무제공자가 당해 특정전기통신에 의한 정보의 유통에 의하여 타인의 권리가 침해받고 있는 것을 알고 있는 때, 혹은 ii) 당해 관계역무제공자가 당해 특정전기통신에 의한 정보의 유통을 알고 있던 경우로, 당해 특정전기통신에 의한 정보의 유통에 의하여 타인의 권리가 침해받고 있는 것을 알 수 있었다고 인정하기에 충분한, 상당한 이유가 있는 때<sup>32)</sup>가 아니라면 배상책임

32) 타인의 권리가 침해되고 있음을 알 수 있었다고 인정되는 상당한 이유'라 함은, 보통주의를 기울였더라면 알 수 있었다고 객관적으로 판단되는 것이다. 예를 들면 공공의 이해에 관한 사실 또는 공익목적이 아니라는 점이 명백한 비방을 내용으로 하는 정보가 유통되고 있다는 사실을 서비스제공자가 인식하고 있었던 경우라면 '상당한 이유'가 있는 것으로 본다. 그러나 타인을 비방하는 정보가 유통되고 있으나, 서비스제공자에게 주어진 정보만으로 당해 정보의 유통에 위법성이 있는지 여부를 알 수 없고, 권리침해에 해당하는지에 대하여 충분한 조사를 필요로 하는 경우에는 '상당한 이유'가 있는 것으로 볼 수 없다. 일본의 위 법률은 포괄적으로 '타인의 권리가 침해되었을 때'라고만 규정하고 있으므로 저작권침해뿐만 아니라 명예훼손 기타 불법행위에 모두 적용되며, 반면에 미국의 디지털밀레니엄저작권법과 우리 개정 저작권법은 저작권침해에 대해서만 적용된다는 차이가

을 부담하지 않지만, 다만 당해 관계역무제공자가 당해 권리를 침해한 발신자인 경우는 책임이 있다(법 제3조 제1항).

동시에, 특정전기통신역무제공자가 권리를 침해한 정보의 불특정의 자에 대한 송신을 방지하는 조치를 연구하는 데까지 나아간 경우, 그 조치가 위와 같이 송신을 방지하기 위하여 필요한 한도 내이고 아울러 i) 당해 특정전기통신역무제공자가 위와 같이 믿기에 충분한 상당한 이유가 있는 때이거나 ii) 자기의 권리를 침해받았다고 한 자로부터, 당해 권리를 침해하여 유통되고 있는 정보(침해정보), 침해당했다고 한 권리 및 그 권리가 침해당하였다고 하는 이유(이를 “침해정보등”이라고 한다)를 표시하여 당해 특정전기통신역무제공자를 상대로 침해정보의 송신을 방지하기 위한 조치를 강구하도록 요구하는 신청이 있었던 경우 위 특정전기통신역무제공자가 당해 “침해정보등”을 표시하여 당해 침해정보의 발신자에게, 송신방지조치를 강구하는 것에 동의하는지 여부를 조회하였는데 발신자가 그 조회를 받은 날로부터 7일을 경과할 때까지 그 발신자로부터, 송신방지조치를 강구하는 것에 동의하지 않는다는 취지의 신청이 없었던 때 앞서와 같이 송신방지조치를 당한 발신자에게 생긴 손해에 대하여 배상책임이 없다(법 제3조 제2항)라고 하여 손해배상책임의 한계를 명확히 함으로써 사이버 공간에서 온라인 서비스제공자가 처할 수 있는 법적 불안상태 해소에 주력하고 있다.

나아가 위 법은 제4조에서 “발신자정보의 개시청구등”이라는 제목 하에 특정전기통신에 의한 정보의 유통에 의하여 자기의 권리를 침해받았다고 하

---

있다(권상로 온라인서비스제공자의 책임 제한에 관한 국제적 동향과 개선방안, 민사법연구, 제12집 제2호(2004. 12.) pp67-98, 대한민사법학회, 2004. 12. 30. 84~85면).



는 자는, i) 침해정보의 유통으로 당해 명시청구를 한 자의 권리가 침해받았음이 분명할 것, ii) 당해 발신자정보가 해당 명시청구를 한 자의 손해배상청구권의 행사를 위하여 필요하다는 등 발신자정보를 명시받는데 정당한 이유가 있을 것이라는 각 요건에 모두 해당하는 경우에 한하여, 당해 특정 전기통신용으로 제공된 특정전기통신역무를 사용한 특정전기통신역무제공자가 보유한 당해 권리침해에 관련한 발신자정보(성명, 주소, 그 외 침해정보의 발신자 특징에 이바지할 정보로 총무성령으로 정한 것)의 명시를 청구할 수 있다"고 정하고 있다(제4조 제1항).

이때 명시와 관련된 역무제공자는 이러한 명시청구를 받았을 때는, 당해 명시청구와 관련된 침해정보의 발신자와 연락할 수 없는 경우 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 명시하는 것이 어떤지에 관한 당해 발신자의 의견을 들어야 한다(제4조 제2항). 한편, 위 명시청구에 의하여 발신자정보의 명시를 받은 자는, 그 발신자 정보를 함부로 이용하거나 부당하게 당해 발신자의 명예 또는 사생활의 평온을 해치는 행위를 하여서는 안된다(법 제4조 제3항). 끝으로, 명시와 관련된 역무제공자는 그 스스로가 침해정보의 발신자인 경우를 제외하고는, 위 제1항의 규정에 의한 명시청구에 따르지 않음에 따라 당해 명시청구를 한 자에게 생긴 손해에 관해서는 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우가 아니면, 배상의 책임을 부담하지 않는다(법 제4조 제4항).

## 2) 관련 판례

### ① WinMX 사건

발신자정보의 개서의무와 관련한 사례로는, 먼저 "WinMX" 사건이 있다.

이 사건의 사안은 WinMX라는 P2P프로그램을 통하여 특정침해자 A로부터 특정수신자 B에게 전송된 파일에 의하여 원고가 자신의 프라이버시권이 침해되었다고 주장하면서 프로그램운영자인 피고를 상대로 침해발신자 A에 관한 정보의 명시를 청구하자, 피고는 위와 같이 특정인 A와 B사이에 P2P 프로그램을 통하여 파일이 전송된 경우는 1:1 통신에 지나지 않아 위 서비스제공자책임제한법 제2조 제1항에서 정한 "특정전기통신"이 아니므로 같은 법 제4조에 따른 명시의무도 없다고 주장한 것이었다. 이에 대하여 법원은, 서비스제공자책임제한법 제2조 제1항에서 정한 "특정전기통신"에 해당하기 위하여 반드시 다수의 자에 의하여 수신될 것을 목적으로 할 필요는 없으므로 비록 특정인 A와 B사이에만 파일전송이 이루어졌더라도 불특정의 자에 의하여 수신되는 것을 목적으로 한 전기통신이었던 이상, 위 조항에서 말하는 특정전기통신에 해당되며 여기서 송신자 A가 일정기준에 의하여 수신되는 경우라고 할 수 없고 더 나아가 특정한 수신자를 상대로 송신을 하였다고 할 만한 인적 관련성이 존재하여야 하는데 WinMX와 같은 P2P 프로그램의 특성상 이러한 인적관련성이 존재하지 않는다고 보아, 피고에게 원고의 청구에 따른 침해자정보의 명시를 명령하였다.

## ② 발신자정보개시청구사건

다음으로 발신자정보개시청구사건(동경지방법원 2008. 8. 27. 선고)이 있다. 소외회사가 제공하고 있는 무료 전자게시판 서비스에 제3자가 원고의 명예를 훼손하는 글을 올렸고, 피고는 위 제3자의 컴퓨터와 전자게시판을 관리하는 프로바이더 간의 통신을 매개한 인터넷접속서비스제공자(경유 프로바이더)였는데, 원고는 피고에 대하여 발신자정보목록의 개시를 요구하였

고, 위 법원은 원고의 청구를 인용하였다. 위 사안에서 ① 피고는 자신은 특정전기통신역무제공자가 아니라고 하면서, 피고는 발신자와 소외회사 사이의 1대 1 전기통신을 매개한 것에 지나지 않기 때문에, 자신은 특정전기통신역무제공자가 아니라고 주장하였는데(특정전기통신은 일본 전기통신사업법에 규정한 전기통신으로 '불특정인'에 의하여 수신되는 것을 목적으로 하는 전기통신이다), 법원은 발신자가 피고의 인터넷 접속서비스를 이용하여 본건 게시판에 접속하여 정보를 기입하면, 그로 인하여 인터넷으로 접속한 불특정다수인이 열람가능한 상태가 되므로 피고를 특정전기통신역무제공자가 아니라고 할 수 없다고 판단하였다. 또한 피고는 ② 발신자정보개시청구는 헌법상 통신비밀, 표현의 자유, 프라이버시권을 제약하는 것이므로 엄격하게 해석되어야 한다고 주장했으나, 법원은 헌법상 권리도 무제한하게 보장되고 있지 않고 내재적 제약에 따라야 한다고 하여 배척하였고, ③ 피고는 통신내용을 알고 있지 않은 경우 프로바이더를 개시역무제공자로 본다면 추후 발신자로부터 책임 추궁을 당하게 될 수 있기 때문에 그것을 피하려면 법률상 금지된 검열을 할 수밖에 없다고 주장하였으나, 위 특별법 제3조 제1항에 의하면 정보로 인하여 권리가 침해되고 있다는 것을 알고 있었거나 그 정보의 존재를 알고 있고 당해 정보의 유통으로 타인의 권리가 침해되리라는 것을 알았다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우에만 손해배상책임을 지게 되므로 경우 프로바이더가 정보의 내용을 알지 못하는 것은 고려되어 책임을 지지 않게 될 수 있으므로 피고가 검열을 하지 않아도 된다고 판단하였으며, ④ 피고는 경우 프로바이더는 접속기록을 보유하는 통신 내용에 대해서 알고 있지 않기 때문에 통신 일시, 발신원 IP 주소, 수신원 URL 등의 통신 구성요소로만 개시대상통신을 특정할 수 있어 근접한 시각

에 복수의 사람이 동일 IP 주소를 사용하고 있는 경우에는 발신자 외의 다른 사람의 통신의 비밀을 침해할 우려가 있다고 주장하였으나, 법원은 본건의 경우는 원고가 주장하는 일시에 발신자 외에 동일 IP 주소를 사용한 기록은 없음을 피고가 자인하고 있는 이상 피고를 특정전기통신역무제공자로 해석하여야 한다고 판단하였다.

이 판결은 미국의 Verizon 판결과는 다른 결론에 이르렀는데, 이는 DMCA의 법체계와는 달리 일본의 서비스제공자책임제한법은 상대방이 되는 특정전기통신역무제공자의 서비스유형을 전혀 제한하고 있지 아니하므로 단순한 인터넷접속제공자까지도 명시청구의 상대방으로 본 것으로 생각된다.

### 3. 네덜란드(KaZaA 사건)

제1심 법원은 KaZaA의 저작권 침해책임을 인정하였으나, 암스테르담 항소법원과 대법원은 ① KaZaA 소프트웨어 이용에 대하여 KaZaA가 개입하지 못하고, ② KaZaA를 폐쇄하더라도 파일검색 및 교환을 봉쇄하지 못하며, ③ 저작권에 의하여 보호되는 파일을 찾는 것은 기술적으로 불가능하여 파일교환을 봉쇄하지 못하고, ④ 불법행위는 KaZaA가 아니라 소프트웨어 이용자에 의한 것이며, ⑤ 저작물을 복제하기 위한 수단을 제공하는 것은 복제행위 자체가 아니고, ⑥ KaZaA 소프트웨어는 저작권자의 허락을 받았거나 저작권에 대한 예외규정이 적용되거나 공유영역에 있는 저작물 등을 위해서도 이용되기 때문에 불법적인 목적으로만 사용되는 것이 아니라는 이유로 저작권 침해책임을 부정하였다.<sup>33)</sup>

33) 최성준 P2P 파일교환의 적법성 여부(소리바다 3 가져분 사건), 지적재산권, 제11호(2006. 1.) 한국 지적재산권법제연구원, 2006. 1. 5. 39면

## 제3장 우리나라의 온라인서비스제공자 책임론

### 제1절 우리나라의 법규정

#### 1. 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률의 관련 규정

정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제2조 제3호에서는 정보통신서비스제공자를 “전기통신사업법 제2조 제1항 제1호의 규정에 의한 전기통신사업자와 영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자”로 정의하고 있고, 제44조 제1항에서는 정보통신제공자에게 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 사생활의 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보가 유통되지 않도록 노력하여야 할 의무를 부과하고 있다.

제44조의 2에서는 정보통신망을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 인하여 사생활의 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리가 침해된 경우 그 침해를 받은 자는 해당 정보를 취급한 정보통신서비스제공자에게 침해사실을 소명하여 당해 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재(이하 "삭제 등"이라 한다)를 요청할 수 있고(제1항),

정보통신서비스제공자는 당해 정보의 삭제등의 요청을 받은 때에는 지체 없이 삭제, 임시조치 등의 필요한 조치를 취하고 이를 즉시 신청인 및 정보게재자에게 통지하여야 하며, 이 경우 정보통신서비스제공자는 필요한 조치를 한 사실을 해당 게시판에 공시하는 등의 방법으로 이용자가 알 수 있도록 하여야 한다(제2항). 정보통신서비스제공자는 필요한 조치에 관하여 그 내용·절차 등을 포함하여 미리 약관에 명시하여야 하고(제5항), 정보통신서

비스제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 유통되는 정보에 대하여 제2항의 규정에 따른 필요한 조치를 한 경우에는 이로 인한 배상책임을 줄이거나 면제받을 수 있다(제6항)라고 규정하고 있다.

동법 제44조의 3에서는 침해 받은 자의 요청이 없는 경우에도 정보통신 서비스제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 유통되는 정보가 사생활의 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해한다고 인정되는 경우에는 임의로 임시조치를 할 수 있다고 규정하고 있다.

또한 제44조의 6에서는 특정한 이용자에 의한 정보의 게재나 유통으로 인하여 자신의 사생활의 침해 또는 명예훼손 등 권리를 침해당하였다고 주장하는 자는 민·형사상의 소제기를 위하여 침해사실을 소명하여 명예훼손분쟁조정부에 해당정보통신서비스제공자가 보유하고 있는 해당 이용자 정보(민·형사상의 소제기를 위한 성명, 주소 등 대통령령이 정하는 최소한의 정보)의 제공을 청구할 수 있다라고 규정하고 있어, 미국법이나 일본법과 같이 우리나라에서도 정보통신서비스제공자에게 권리를 침해한 자의 인적정보를 확보할 수 있는 근거가 마련되었다.

위 조항은 저작권침해와 관련하여서는 이보다 훨씬 자세하게 규정된 저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법의 관련조항들이 적용될 것이어서 위 조항의 효용이 감소되겠지만, 명예훼손의 경우에는 여전히 온라인서비스제공자의 주의의무에 관한 근거규정으로 활용될 수 있을 것이다.

## 2. 저작권법의 관련 규정

저작권법은 온라인서비스제공자의 책임 제한<sup>34)35)</sup>에 관하여 상세하게 규정하고 있다.

저작권법 제102조에서는 온라인서비스제공자가 저작물 등의 복제·전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여 다른 사람에 의한 저작물등의 복제·전송으로 인하여 그 저작권 등이 침해된다는 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시킨 경우에는 다른 사람에 의한 저작권 등 침해에 관한 온라인서비스제공자의 책임을 감경 또는 면제할 수 있도록 규정하고

34) 한국의 저작권법과 독일의 개정 통신서비스법, 미국의 디지털밀레니엄저작권법을 비교하여 볼 때에 한국의 온라인서비스제공자의 책임제한조항은 다소 추상적이고 일반적인 측면이 있다는 비판이 있다(권상로 온라인서비스제공자의 책임 제한에 관한 국제적 동향과 개선방안, 민사법연구, 제12집 제2호(2004. 12.) 대한민사법학회, 2004. 12. 30. 91-92면). 「온라인서비스제공자가 책임을 질 수 있는 상황과 유형은 대단히 다양하다. 즉 온라인 서비스는 Hosting, Access Providing, Network Providing, Proxy Caching 그리고 Link Providing처럼 다양하기 때문에 온라인서비스제공자가 저작권침해에 관여하는 정도가 다르다. 온라인서비스제공자가 타인의 직접적인 저작권침해행위에 대하여 통제·관리의 가능성이 있는 경우와 온라인서비스제공자가 타인의 저작권침해행위에 있어서 단순한 도구로서만 기능한 경우가 있다. 전자의 경우 온라인서비스제공자의 침해행위에 대한 관여정도는 직접 저작권침해에 가담하는 경우에 비하여는 약하지만, 여전히 그 행위에 대한 통제 및 관리 가능성이 존재한다는 점에서는 책임을 지게 될 가능성이 있다. 반면에 후자의 경우는 전자에 비하여 저작권침해행위에 대하여 관여정도가 현저히 떨어지므로 책임을 지게 될 가능성이 큰 폭으로 감소한다. 그러나 우리 저작권법은 온라인서비스의 다양성을 반영하지 않은 채 일률적이고 추상적인 규범적 기준만을 내세운 것이다. 이는 침해가 이루어지는 유형별로 면책요건을 개별적이고 구체적으로 상정한 독일의 개정 통신서비스법과는 비교되는 것이다. 따라서 앞으로 이와 같은 조항에 대한 구체화작업이 꾸준히 이루어져야 한다.」

35) 온라인서비스제공자의 책임과 관련하여 우리나라에서는 모니터링과 같은 서비스 제공자의 작위의 무나 주의의무에 근거하여 서비스 제공자에게 책임을 물을 수 있는지에 대한 논의가 일고 있다. 독일의 경우를 보면 통신서비스법에 서비스제공자의 전송되거나 저장된 저작물에 대한 일반적인 조사 의무를 면제해주는 규정을 두고 있다(동법 제8조 제2항 1문). 따라서 서비스 제공자는 정보들을 그저 중개하고 캐싱과 호스팅에 그치는 한 일반적인 사전검사 및 사후추적조사의 의무를 부담하지 않으며, 급박하고 충분히 구체적이며 실증된 징표가 있는 경우에 그 징표에 대하여 조사하고 필요한 경우 정보에의 접속 차단이나 정보삭제 조치를 취할 의무만 이행하면 된다. 반면에 우리 법에는 일반적 조사 의무를 면제해 주는 독일 통신서비스법 제8조 제2항 1문과 같은 명시적 규정이 없다. 폭발적 증가추세에 있는 온라인상의 행위들을 모니터링하기 위해서는 엄청난 인력과 비용이 소요된다. 모니터링이 이루어진다 하더라도 그의 완전성이 보장되기는 어렵다. 그리고 엄격한 모니터링으로 인해 발생하는 간접적인 문제로는 우리 헌법상의 기본권 침해가 될 수도 있다는 점이다. 즉, 우리 헌법에서는 언론출판의 자유(제21조)와 통신의 비밀보장(제18조)에 관한 규정을 두고 있다. 이러한 헌법상의 기본권 보장은 서비스제공자의 모니터링의 정도에 있어 그 한계가 되며, 책임을 과함에 있어서도 한계적 요소가 될 것이다(권상로 온라인서비스제공자의 책임 제한에 관한 국제적 동향과 개선방안, 민사법연구, 제12집 제2호(2004. 12.) 대한민사법학회, 2004. 12. 30. 93면).

있으며(제1항), 더 나아가 저작권 등이 침해된 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시키고자 하였으나 기술적으로 불가능한 경우에는 온라인서비스제공자의 책임을 면제시키고 있다(제2항).

한편 온라인서비스제공자의 서비스를 이용한 저작물등의 복제·전송에 의하여 저작권 등이 침해됨을 주장하는 자는 그 사실을 소명하여 온라인서비스제공자에게 그 저작물등의 복제, 전송을 중단시킬 것을 요구할 수 있으며(제103조 제1항), 이러한 중단요구가 있는 경우 온라인서비스제공자는 즉시 그 저작물등의 복제·전송을 중단시키고 당해 저작물 등을 복제·전송하는 자에게 그 사실을 통보하여야 하고(제2항), 위 통보를 받은 복제·전송자가 자신의 복제·전송이 정당한 권리에 의한 것임을 소명하여 그 복제·전송의 재개를 요구하는 경우 온라인서비스제공자는 재개요구사실 및 재개예정일을 권리주장자에게 지체 없이 통보하고 그 예정일에 복제·전송을 재개시켜야 하며(제3항), 온라인서비스제공자는 이러한 복제·전송의 중단 및 그 재개의 요구를 받을 자를 지정하여 자신이 서비스를 이용하는 자들이 쉽게 알 수 있도록 공지하여야 한다(제4항). 온라인서비스제공자가 이러한 공지를 하고 복제·전송을 중단시키거나 재개시킨 경우에는 그 손해배상책임을 감경 또는 면제할 수 있고 다만 권리침해사실을 안 때부터 중단을 요구하기 전까지 발생한 책임에는 적용하지 아니한다(제5항).

제104조에서는 특수한 유형의 온라인서비스제공자에게 기술적 조치의무를 부과하고 있다.

### 3. 컴퓨터프로그램보호법의 관련규정

위 법 제2조 제11호36)에서는 OSP의 개념 정의를, 같은 법 제34조의 4, 537)



에서는 OSP의 책임감면 및 이와 관련된 사항들을 규정하고 있는바, 그 내용이 저작권법의 내용과 대동소이하다.

#### 4. 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률

위 법 제20조에서는 통신판매중개자가 재화 등을 판매함에 있어서 책임이 없다는 사실을 약정하지 아니하거나 미리 고지하지 아니하고 통신판매의 중

---

36) 11. "온라인서비스제공자"라 함은 다른 사람이 정보통신망(「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항 제1호의 규정에 따른 정보통신망을 말한다. 이하 같다)을 통하여 프로그램을 복제하거나 전송할 수 있도록 하는 서비스를 제공하는 자를 말한다.

#### 37) 제34조의4 (온라인서비스제공자의 의무 등)

①프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자등은 프로그램이 정당한 권원 없이 정보통신망을 통하여 복제·전송됨으로써 권리가 침해되는 경우에 그 권리자임을 소명하여 온라인서비스제공자에게 당해 프로그램의 복제·전송의 중단을 요구할 수 있다.

②온라인서비스제공자는 제1항의 규정에 의한 요구가 있는 경우에 지체 없이 복제·전송을 중단시키고 당해 프로그램을 복제·전송하는 자에게 그 사실을 통보하여야 한다.

③제2항의 규정에 의한 통보를 받은 자는 자신의 복제·전송이 정당한 권원에 의한 것임을 소명하여 그 복제·전송의 재개를 요구할 수 있다. 이 경우 온라인서비스제공자는 재개요구사실 및 재개예정일을 프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자등에게 지체 없이 통보하고 그 예정일에 복제·전송을 재개시켜야 한다.

④온라인서비스제공자는 제1항 및 제3항의 규정에 의한 복제·전송의 중단 및 그 재개의 요구를 받을 자(이하 이 조에서 "수령인"이라 한다)를 지정하여 자신의 서비스를 이용하는 자들이 쉽게 알 수 있도록 공지하여야 한다.

⑤온라인서비스제공자가 제4항의 규정에 의한 공지를 하고, 제2항 및 제3항의 규정에 의하여 프로그램의 복제·전송을 중단시키거나 재개시킨 경우에는 다른 사람에 의한 프로그램의 복제·전송으로 인하여 프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자등의 권리의 침해에 대한 책임 및 복제·전송하는 자에게 발생하는 손해에 대한 책임을 감경 또는 면제할 수 있다.

⑥정당한 권원 없이 제2항 및 제3항의 규정에 의한 프로그램의 복제·전송의 중단이나 재개를 요구한 자는 그로 인하여 발생하는 손해를 배상하여야 한다.

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

#### 제34조의5(온라인서비스제공자의 책임감면)

① 온라인서비스제공자가 다른 사람에 의한 프로그램의 복제·전송행위로 인하여 프로그램 저작권자 또는 프로그램배타적발행권자등의 권리가 침해됨을 알고 이를 방지하거나 중단시킨 경우에는 그 책임을 감경 또는 면제할 수 있다.

② 온라인서비스제공자가 제1항의 규정 의한 조치를 취하려 하였으나 기술적으로 불가능한 경우에는 프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자등의 권리의 침해에 관한 온라인서비스제공자의 책임은 면제된다.

개를 한 경우에는 당해 통신판매와 관련하여 통신판매의 중개를 의뢰한 자의 고의 또는 과실로 소비자에게 발생한 재산상의 손해에 대하여 그 통신판매중개자는 중개를 의뢰한 자와 연대하여 책임을 부담하는 것으로 규정하고 있어, 책임이 없다는 사실을 약정하고, 미리 소비자에게 고지한 경우 통신판매중개자는 통신판매 중개를 의뢰한 자의 고의 과실로 인한 손해배상책임을 지지 않는다(제1항).

또 통신판매중개자는 통신판매의 중개를 의뢰한 사업자의 신원에 관한 정보를 열람할 수 있는 방법을 소비자에게 제공하여야 하고 통신판매의 중개를 의뢰한 자가 사업자가 아닌 경우에는 주소·전화번호 등 대통령령이 정하는 사항에 관하여 통신판매의 중개대상이 되는 거래의 당사자들에게 거래 상대방에 관한 정보를 열람할 수 있는 방법을 제공하여야 한다고 규정하고 있다(제4항).

위 법률 제4조에서는 '전자상거래 또는 통신판매에서의 소비자보호에 관하여 이 법과 다른 법률의 규정이 경합하는 경우에는 이 법을 우선 적용하되 다른 법률을 적용하는 것이 소비자에게 유리한 경우에는 그 법을 적용한다'라고 규정하고 있는바, 통신판매중개업자가 정보통신서비스제공자 또는 온라인서비스제공자에 해당한다면, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호에 관한 법률 또는 저작권법이 위 법보다 소비자에게 유리한 경우에는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호에 관한 법률, 저작권법이 우선하여 적용될 수 있다.

## 제2절 관련판례 및 평석

### 1. 저작권 관련 판례

(1) 서울지방법원 1999. 12. 3. 선고 98가합111554 판결

#### 1) 사실관계

국내의 소프트웨어 벤처기업인 (주)각테일에서 개발한 멀티미디어 제작용 소프트웨어인 “각테일 98”이 특정인에 의하여 중앙대 홈페이지의 자료실게시판에 업로드되었으며 한 달 이상 공개된 상태로 약 400회의 조회건수를 기록하면서 다수인이 다운로드받아간 것이다. 중앙대측은 위 회사의 항의를 받고 즉시 자료실 게시판을 폐쇄하였다. 위와 같은 사태와 관련하여 (주)각테일 및 위 프로그램 개발자는 중앙대측이 등록자료의 저작권침해여부를 수시로 확인하여야 할 주의의무를 게을리함으로써 1개월 이상 위 자료의 불법복제를 방치하였다고 주장하면서 학교법인 중앙대학교에 대하여 3억여 원의 손해배상을 청구하였다.

#### 2) 판결요지

이에 대하여 법원은 일반론으로서, 가상공간에서 저작권침해의 결과를 발생시키는 자료의 전송 등이 이루어지는 경우 직접침해자가 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 또는 이들이 침해행위로부터 직접적인 재산상 이익을 얻는 경우 등과 같이 이용자의 직접적인 침해행위와 동일하게 평가할 수 있을만한 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 그 책임을 인정할 수 있다고 판시하였다. 한편 위 사건에 관하여 피고가 운영하는 위 자료실은 모든 이용

자들에게 개방되어 있는데다가 그 자료의 등록과정이 자동화된 기술적 과정을 통하여 수행되는 체계로 운영된 점, 피고는 교육기관으로서 위 게시판의 설치목적이 영리성의 추구에 있다고 보기 어려운 점, 피고가 원고측의 항의를 받고 즉각적인 조치를 취한 점 등에 비추어 볼 때에 피고에게 위 게시판을 설치, 운영함에 있어서 불법복제물의 등록여부를 수시로 확인, 통제하여야 할 구체적인 주의의무가 있다고 보기 어렵고 또한 피고에게 직접적인 침해행위와 동일하게 평가할 수 있을만한 특별한 사정이 존재한다고 보기 어렵다고 하면서, 원고의 청구를 기각하였다.

## (2) 소리바다 판례

### 1) 소리바다 1에 관하여

#### ① 사실관계

이 사건은 국내 11개 음반사(이하 ‘채권자들’이라고 한다)들이 소리바다 운영자 2명(이하 ‘채무자들’이라고 한다)에게 음반 복제권 및 배포권 침해로 인한 침해정지청구권이 있다고 주장하면서 위 권리를 피보전권리로 하여 음반복제등금지가처분을 신청하면서 시작되었다. 채무자들은 미국에서 음악파일 공유프로그램인 냅스터가 선풍적인 인기를 끌고 있는 점에 착안하여 2000. 5. 중순경 국산 음악파일 공유프로그램인 “소리바다”를 개발하여 소리바다 웹사이트에서 P2P 방식의 MP3 음악파일 공유서비스를 제공하기 시작하였다. 소리바다 1을 기반으로 한 소리바다 서비스에서는, 소리바다의 중앙 서버가 이용자의 최종 접속 IP(Internet Protocol) 주소 등과 같은 이용자 상호간의 연결에 필요한 정보를 직접 관리하여 이용자가 소리바다 서버에 접속하면, 곧바로 이용자에게 서버에서 보관하고 있는 직전 접속 이용자들의 연결 정보를 자동적으로 송신하여 주고, 이용자들은 위와 같이 중앙서버로

부터 제공받은 IP 주소를 통해 다른 소리바다 이용자와 연결되어 자신이 원하는 MP3파일을 저장하고 있는 다른 이용자들의 컴퓨터로부터 당해 파일을 다운로드 받았다.<sup>38)</sup> 소리바다 시스템은 중앙서버가 존재하기는 하지만 IP주소와 같은 이용자들간 연결에 필요한 정보만 관리하고, 공유대상이 되는 MP3 파일 자체는 관리하지 않을 뿐만 아니라 냅스터와는 달리 MP3 파일의 목록도 보관하고 있지 않았다. 이용자들은 소리바다 웹사이트에서 소리바다 프로그램을 다운받아 자신의 컴퓨터에 이를 설치하고, 등록절차 및 공유폴더의 지정절차를 거쳐 소리바다를 이용하였다. 소리바다 서버는 접속 이용자에게 그 이용자의 접속 직전에 접속하였던 다른 5,000명의 이용자들이 공유폴더에 가지고 있는 음악파일을 다운로드받을 수 있는데, 자신의 공유폴더에 가지고 있는 음악파일도 동일한 방식으로 다른 접속 이용자들에게 다운로드받을 수 있게 하여 주는 셈이 된다(즉, 이용자들의 별도 송신행위는 필요하지 않다). 이러한 소리바다 시스템은 약 450만명 이상의 등록회원수, 하루 평균 약 30만명 이상의 접속자 수, 약 5,000명 이상의 동시접속자 수 등의 수치에서 알 수 있듯이 큰 인기를 얻게 되었고, 소리바다는 무료로 운영되었으나 2001.초부터 배너광고 등으로 인한 사이트 운영수입을 얻고 있고 향후 유료화를 통한 수익방식도 고려하고 있었다. 그러나 공유파일 대부분이 시중판매음반에서 복제한 것으로 채권자들은 2001. 1.경 채무자들을

38) 소리바다 서비스는 P2P 시스템을 통하여 이용자들이 MP3 기술에 의해 압축된 오디오 파일(MP3 파일)을 서로 공유할 수 있도록 하여주는 서비스이다. 소리바다 시스템은 중앙서버가 존재하기는 하되 IP주소와 같은 이용자들간 연결에 필요한 정보만 관리함으로써, Napster방식에서 문제되던 비대한 중앙서버운영에 따른 재정적 부담을 해결하면서도 Gnutella방식에서 문제되던 기술적인 병목현상도 동시에 해결한 것으로 평가받고 있다. 이와 같은 시스템의 특성상 소리바다의 중앙서버에는 이용자들의 IP주소와 같은 연결정보만 보관되고 있고, 공유의 대상이 되는 MP3파일 자체뿐만 아니라 MP3 파일의 실제 내용에 대하여는 소리바다운영자들로서도 직접 소리바다 서비스를 이용하여 해당파일을 다운로드 받아 재생해보지 않는 이상 그 내용을 알 수 없다(온라인 환경에서의 음악저작물 보호와 강제허락-소리바다 사건과 미국의 Napster, Grokster 사건과 비교, 법학논문집 제 30집 제1호, 2006. 8. 31. pp. 299-337, 중앙대학교 법학연구소).

저작권법 위반죄로 고소하기도 하는 등 저작권 침해문제가 대두되었다.

② 민사판결<sup>39)</sup>

(A) 1심판결

2002. 7. 9. 수원지방법원 성남지원은 채무자들은 소리바다 프로그램의 이용자들이 위 프로그램을 이용하여 일정한 노래가 들어 있는 MP3 파일의 업로드 및 다운로드받도록 하는 행위 및 소리바다 서버 3대의 사용행위를 금지하는 취지의 가처분결정을 내렸는데, 이에 대하여 채무자들이 위 가처분결정에 대한 이의를 신청하였고, 이에 위 법원은 위 가처분이의에 관한 판결을 선고하였다(성남지원 2002카합284호 가처분이의 사건).

그 판결에 의하면, 소리바다 이용자들의 행위는 채권자들이 가지는 저작권 인접권 중 복제권, 배포권 침해행위에 해당하고, 이를 저작권법 제27조의 사적이용에 해당한다고 할 수 없다고 판시한 뒤, 채무자들은 이용자들의 침해행위를 알면서, 프로그램 공급과 서버 운영을 통하여 그와 같은 침해행위가 가능하도록 계속 관여하였고, 또한 그와 같은 침해행위를 이용하여 이익을 얻고 있다고 할 것이고, 나아가 그 규모와 기간에 비추어 이용자들의 침해행위는 채무자들에 의하여 야기되고 유인되었다 할 것이므로, 채무자들은 소리바다 이용자와 일체가 되어 채권자들의 복제권 · 배포권의 침해행위를 하고 있는 것으로 평가할 수 있다고 판시하였다.<sup>40)</sup>

39) 전자거래법(2008) 사법연수원 451쪽~454쪽

40) 이에 대해서는 「침해행위의 야기와 유인이라는 행위태양이 어떻게 이용자와 일체가 되어 침해행위를 한 것으로까지 가치평가될 수 있는가는 의문이 아닐 수 없다」는 비판이 있다(오병철, P2P 유사스트리밍서비스의 책임에 대한 비판적 검토-서울중앙지법 2005. 5. 20. 선고 2004카합2965 결정을 대상으로, 인터넷 법률 제31호(2005. 9.)).

이용자들의 업로드 행위는 복제권 침해 또는 전송권 침해가 될 수 있는데, 위 판결 당시의 저작권법상 채권자인 음반제작자들에게는 전송권이 인정되지 않았으므로 복제권 침해만이 문제가 될 수 있고, MP3 파일을 유형물로 볼 수는 없으므로 유형물을 대상으로 하는 배포권 침해가 문제될 여지는 없다. 다운로드 행위는 복제권 침해가 될 수 있을 것이다. 그런데, 업로드 행위, 다운로드 행위를 구분하지 아니하고 모두 복제권, 배포권 침해가 된다고 판결한 것은 문제가 있다.

또한 위 판결은 채무자들이 소리바다 이용자와 일체가 되어 복제권, 배포권을 침해하였다고 하여, 그 표현이 불명확하나 협의의 공동불법행위 책임을 물은 것으로 볼 수 있을 것인데, 협의의 공동불법행위 책임을 지기 위해서는 각 행위자의 행위가 독립적으로 불법행위의 성립요건을 갖추어야 하나, 채무자들이 P2P 프로그램을 제공한 것만으로 독립적으로 저작권침해를 한 것으로 볼 수는 없을 것으로 생각되므로 협의의 공동불법행위 책임을 인정한 것은 문제가 있어 보인다.

#### (B) 항소심판결

항소심은 서울고등법원은 우선 이용자들의 업로드행위는 전송행위나 복제행위로 볼 수 있을지는 모르지만 저작권법상 배포의 개념에 포섭되기 어렵다고 하면서 배포권침해를 긍정한 1심 판결의 잘못을 지적하였다. 그리고 업로드행위가 복제행위라 할지라도 “사적이용을 위한 복제”에 해당할 여지가 있으므로 저작인접권을 침해한 것은 아니라고 판단하였다. 그러나, 위 법원은 이용자들의 다운로드 행위는 복제권 침해에 해당함을 인정할 수 있고, 여러 가지 사정을 종합하여 보면 P2P 방식에 의한 MP3 파일 공유 및 교환

기능을 수행하는 소리바다 프로그램을 개발하고 이를 이용한 소리바다 서비스를 운영하는 채무자들로서는, 소리바다 서비스를 통하여 이용자에게 의한 다수 음반제작자들의 저작권접권 침해행위가 발생하리라는 사정을 미필적으로 인식하였거나 충분히 예견할 수 있었다고 볼 것임에도 채무자들은 소리바다 프로그램 설치 화면상에 경고문을 고지하는 이외에는 이용자들의 저작권접권 침해행위를 방지할 만한 아무런 조치를 취하지 아니한 채 소리바다 프로그램을 개발하고 MP3파일 공유서비스를 제공함으로써 이용자들의 저작권접권 침해행위에 대한 방조책임을 부담한다고 판시하였다. 아울러 저작권법 제91조 제1항(현행 저작권법 제123조 제1항)은 정지 등 청구의 상대방을 “그 권리를 침해하는 자”라고 규정하고 있는데, 이 사건 정지 등 청구의 상대방이 직접침해자인 소리바다 이용자에게 국한된다고 볼 수 없고, 이러한 침해행위를 방조하고 있는 채무자들도 정지 등 청구의 상대방이 될 수 있다고 판시하였다.

위 판결은 1심 판결과 비교할 때 업로드 행위와 다운로드 행위를 구별하여 음반제작자의 어떠한 권리가 침해되는지를 평가한 것으로 의미가 있다. 그런데, 업로드 행위를 사적이용을 위한 복제로서 저작권접권 침해가 되지 않는다고 하였는데, 이용자가 자신이 공유폴더에 음원을 저장하면 불특정 다수의 다른 이용자들도 다운로드 받을 수 있게 되는바, 이것이 ‘가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 것’이라는 사적이용을 위한 복제의 요건을 충족하는지 의문이 있다.

### (C) 상고심판결

2007. 1. 25. 내려진 대법원 판결은 하급심과는 달리 비교적 간단한 설시를 통하여 아래와 같이 3가지를 판시하고 있다.



첫째, OSP가 저작권법상 복제권의 침해를 방조하는 행위를 범하는 데는 일반 민사법에서와 같이 과실에 의한 방조도 가능한데 과실의 내용은 복제권 침해행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음을 전제로 하여 이 의무에 위반하는 것을 말하는 것이고 위와 같은 침해의 방조행위에 있어서 방조자는 실제 복제권 침해행위가 실행되는 일시나 장소, 복제의 객체 등을 구체적으로 인식할 필요가 없으며 실제 복제행위를 실행하는 자가 누구인지 확정적으로 인식할 필요도 없다는 점이다.

둘째, 저작권법은 특허법이 전용실시권제도를 둔 것과는 달리 침해정지청구권을 행사할 수 있는 이용권을 부여하는 제도를 마련하고 있지 아니하여, 이용허락계약의 당사자들이 독점적인 이용을 허락하는 계약을 체결한 경우라도 그 이용권자가 독자적으로 저작권법상의 침해정지청구권을 행사할 수는 없지만, 저작권법이 보호하는 이용허락의 대상이 되는 권리들은 일신전속적인 권리가 아니어서 독점적인 이용권자인 제소자 측은 자신의 권리를 보전하기 위하여 필요한 범위 내에서 권리자를 대위하여 저작권법 제91조에 기한 침해정지청구권을 행사할 수 있다는 것이다.

셋째, 구 저작권법 제91조에서 침해정지청구는 가처분신청의 형태로도 행사할 수 있다고 판시하는 과정에서 위 조항에 기한 위 침해정지청구권을 방조에 의한 침해자에 불과한 OSP에게도 행사할 수 있음을 분명히 전제하고 있다는 점이다.

### ③ 형사판결<sup>41)</sup>

#### (A) 1심판결<sup>42)</sup>

소리바다 운영자들이 소리바다 이용자들의 저작권침해행위를 방조하였다고

41) 전자거래법 사법연수원(20080 제454~457쪽 참조

42) 서울지방법원 2003. 5. 15. 선고 2001고단 8336 판결, 공소기각 판결

하여 공소가 제기되었던 저작권법위반사건에서 1심 법원은 방조범의 공소사실을 기재함에 있어서는 그 전제요건이 되는 정범의 범죄구성요건을 충족하는 구체적인 사실을 기재하여야 공소사실의 기재가 있다고 볼 것인데, 이러한 구체적인 사실이 기재되어 있지 않았다는 이유로 공소기각판결을 선고하였다.<sup>43)44)</sup>

위 판결은 ① 이용자별 접속 일시, 장소, 전송된 음악곡명 등의 구체적인 내용이 검찰 공소장에 모두 실시되기를 요구한다는 것은 소송현실에 비추어서도 무리한 것이고, ② 재판부는 공판과정에서 단 한번도 공소사실의 특징을 위한 공소장변경을 요구한 적도 없으며, ③ 공소사실의 기재에 있어서

43) 위 판결은 정범의 성명이 모두 불상이고, 그들이 언제, 누구에게, 어떻게 고소인들이 제작한 음반을 복제·배포하는 등의 방법으로 고소인들의 저작권접권을 침해하였는지에 관하여 아무런 기재도 없이 막연히 정범들이 고소인들의 음반에 대한 복제·배포권을 침해하도록 도와주어 이를 방조하였다고만 기재하고 있어 공소기각한다고 판시하였으나, 이에 대하여 ① 이용자별 접속 일시, 장소, 전송된 음악곡명 등의 구체적인 내용이 검찰 공소장에 모두 실시되기를 요구한다는 것은 소송현실에 비추어서도 무리한 것이고, ② 이 사건은 수사 및 공판 과정에서 고소인 및 피고인 모두 사실관계에는 아무런 다툼이 없었던 사건이며, 다만, 법률적, 기술적인 쟁점에 관한 법리 논쟁이나 처벌의 타당성 등 형사 정책적 논란으로 일관하였고, 재판부는 1년 9개월에 걸친 22차의 공판과정에서 단 한 번도 공소사실의 특징을 위한 공소장변경을 요구한 적도 없으며, ③ 공소사실의 기재에 있어서 범죄의 일시, 장소, 방법을 명시하여 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지는 법원에 대하여 심판의 대상을 한정하고 피고인에게 방어의 범위를 특정하여 그 방어권행사를 쉽게 해주기 위한 것이므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당사실을 다른 사실과 구별할 수 있을 정도로 기재하면 족하다는(대법원 1999. 11. 12. 99도 2934 판결 등) 관례의 태도에 배치된다는 점에서 비판하는 견해가 있다(정진섭 소리바다 사건 공소기각 판결에 대한 평석, 정보통신과 디지털 법제, 커뮤니케이션북스 2004, 제162~163면 참조).

44) 위 형사판결에 대하여 다음과 같은 견해가 있다(권영준, P2P 방식에 대한 저작권법적 고찰, 정보통신과 디지털 법제, 커뮤니케이션북스 2004, 325면). 「위 형사판결은 정범(즉 소리바다 이용자)의 구성요건적 사실이 구체적으로 기재되어 있지 않았다는 것을 지적하여 공소기각판결을 선고함으로써 결국 저작권법적인 쟁점에 대하여는 전혀 판단을 하지 않았다. 검찰에서도 가능한 범위 내에서 정범의 범죄사실을 구체적으로 특정하지 아니한 잘못이 있다고 할 수 있다. 다만 공소사실의 특징은 피고인들의 방어권 행사와 밀접한 관련성을 맺고 있는 것인데, 이 사건은 현실적으로 정범들이 수백만 명에 이르고 있는데다가 다른 방조사건과는 달리 오히려 정범보다 방조범의 행위가 사건의 핵심을 이루고 있고, 실제 심리과정에서도 정범의 행위 자체에 관하여는 거의 다툼이 없고 주로 방조책임 여부에 관한 법리적인 논쟁이 이루어져 왔다는 점에 비추어 보면, 일반적인 사건과 같은 정도의 공소사실 특징을 요구할 수는 없다고 할 것이다. 또한 위 사건에서 공소사실이 특정되지 않았다고 하더라도 공소기각판결은 필연적으로 검찰의 항소를 야기하게 되고 결국 추후 가능한 범위 내에서 공소사실의 특징이 다시 이루어져서 어차피 본안판단이 이루어질 가능성이 높다는 점을 고려하면, 본안판단을 연기시키는 의미만을 가지는 공소기각판결을 선고하기에 앞서 검찰에 공소사실을 특정할 수 있는 기회를 부여하였더라면 하는 아쉬움도 남는다」

범죄의 일시, 장소, 방법을 명시하여 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지 (피고인의 방어권 보장)에 비추어 공소사실은 구성요건 해당사실을 다른 사실과 구별할 수 있을 정도로 기재하면 족하다는(대법원 1999. 11. 12. 99도 2934 판결 등) 판례의 태도에 배치된다.

(B) 항소심판결<sup>45)</sup>

위 1심 판결에 대해 검찰이 항소하였고, 위 정범들의 범죄 구성요건을 보다 구체적으로 특정하는 공소장변경이 이루어졌는바, 서울중앙지방법원은 2000. 1. 12. 법률 제6134호로 개정되기 전의 저작권법에서는 디지털 복제개념이 도입되지 않았으므로 위 개정법률이 시행된 2000. 7. 1. 이전에 이루어진 정범들의 다운로드행위에 대한 복제권 침해를 부정하고, 아울러 위 가처분이 의사건에 나타난 바와 같이 정범들의 파일교환행위는 배포의 개념에 포함되지 않음을 이유로 배포권 침해행위도 부정하였다.

한편, 위 개정법률 시행 이후에 이루어진 정범들의 복제권 침해행위에 대하여 소리바다 운영자들이 방조책임을 지는가에 관하여서, ① 피고인들이 처음부터 복제권 침해행위에 제공하기 위하여 소리바다 시스템을 개발·배포하였는지, 즉 소리바다 시스템이 이른바 “불법도구”인지 여부에 관하여서는, 현실적으로 소리바다 시스템을 통하여 인터넷상에 유통되는 MP3 파일 중 70% 정도가 불법적인 것이기는 하지만 나머지 30%는 합법적인 MP3 파일에 해당할 뿐만 아니라 현재 및 장래에 비침해적인 용도로 사용될 개연성이 상당히 높은 점 등을 들어 이를 부정하였고, ② 소리바다 이용자들의 복제권 침해행위에 대한 부작위에 의한 방조범의 성립 여부에 관하여서는 OSP에게는 저작권자로부터 구체적인 침해행위의 내용이 특정된 통지를 ,

---

45) 서울중앙지방법원 2003노4296, 무죄판결

받아 실제로 이를 알게 되었을 경우에만 비로소 저작권침해행위를 방지할 조리상의 작위의무가 발생한다고 할 것인데, 피고인들은 추상적으로나마 불법적인 MP3 파일공유행위의 존재를 인식하였던 것은 사실이지만 피해자들로부터 구체적인 침해행위의 통지를 받지 못하여 실제로 그 침해내용을 구체적으로 알 수 없었던 이상 피고인들에게는 복제권 침해행위를 방지해야 할 법적인 작위의무가 발생하지 않는다고 할 것이므로 그 의무를 전제로 하는 방조범은 성립하지 않는다고 판시하면서, 피고들에게 무죄를 선고하였다.

위 판결은 이용자들의 복제권 침해행위에 대하여 피고인들이 부작위에 의한 방조책임을 지는지 여부만을 판단한 것으로 보인다. 그러나, 부작위 뿐만 아니라 작위에 의한 방조범이 성립할 여지는 있어 보인다. 즉, 소리바다 인터넷 사이트를 통해서 소리바다 프로그램을 배포한 점, 이용자들의 아이디와 패스워드 등 정보를 보관, 관리한 점, 이용자들이 음악을 검색할 경우 다른 이용자들의 IP주소 등 접속정보를 제공한 점 등에서 '작위'에 의한 방조범의 성립이 가능할 수 있을 것으로 생각된다.

(C) 상고심판결<sup>46)</sup>

대법원은 2007. 12. 14. 피고인들의 방조의 점에 대해서까지 무죄로 판단한 원심판결은 저작권법이 보호하는 복제권 및 방조범에 관한 법리를 오해한 것이라 하며 그 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하였다.

46) 대법원 2007. 12. 14. 선고 2005도872 판결, 유죄판결

즉, 대법원은 그 판결이유에서 복제권 침해행위에 착수하기 전에 장래의 복제권 침해행위를 예상하고 이를 용이하게 해주는 경우도 복제권 침해 방 조 행위에 해당한다는 등 방조범성립요건을 설명한 후, 피고인들은 P2P 프 로그램의 이용을 통한 음악파일의 공유행위는 대부분 정당한 허락 없는 음 악 파일의 복제라는 결과에 이르게 됨을 예견하면서도 이 사건 프로그램을 개발하고 서버를 설치, 운영하면서 인터넷웹사이트를 통하여 위 소리바다 프로그램을 무료로 널리 제공하였으며, 그 서버에 이용자 아이디 패스워드 등의 접속정보를 보관하고, 이용자들이 서버에 접속하면 서버에서 보관하던 다른 이용자들의 IP주소 등 접속정보를 5,000명 정도씩 묶어 제공함으로써 이용자가 용이하게 자신이 찾는 음악 MP3 파일을 검색할 수 있게 해주는 한편, 피고인들도 매일 한두 번 소리바다 서버에 직접 접속함으로써 운영상 태를 점검해 왔을 뿐 아니라, 한국음반산업협회측에서 2000. 8.경 피고인에 게 소리바다 서비스가 저작권법에 위반되는 것임을 경고하면서 서비스의 중 단 내지 보완을 요청한 이래 수차례 경고와 요청을 한 바 있음에도 위와 같 은 프로그램의 배포와 서버의 운영을 계속하여, 개별이용자들이 소리바다 서버에 접속하여 다른 이용자들의 접속 정보를 제공받아 다른 이용자들로부터 음악 MP3 파일을 다운로드받고 나아가 다시 그 파일들을 자신들의 컴퓨 터 공유폴더에 담아둠으로써 다른 이용자들이 다운로드 받을 수 있도록 하 였다는 등 이유로, 피고들은 적어도 미필적인 고의를 가지고 위와 같이 이 사건 소리바다 프로그램을 배포하고 소리바다 서버를 운영하여 개별이용자 들 복제권 침해행위를 용이하게 해준 것이라고 인정하고 있다.

## 2) 소리바다 2,3에 관하여

### ① 사실관계

소리바다 2는 소리바다 1과는 달리 중앙서버가 개별 이용자에게 다른 이용자들의 IP 주소 등을 직접 제공하지 아니하고, 소리바다 이용자 중에서 인터넷 접속 상황이 좋은 이용자의 컴퓨터로 하여금 소리바다 사용과정에서 수집된 다른 이용자들의 IP 주소를 보관하게 한 뒤, 파일검색을 시도하는 이용자들에게 IP 주소를 배포하는 역할을 담당하는 ‘슈퍼피어(Superpeer)’의 역할을 하도록 하는 방식의 소리바다 2 프로그램을 개발하여 이용자들에게 배포하였고<sup>47)</sup>, 이어서 위 소리바다 2 프로그램을 기반으로 음원 검색화면에 음원을 제공하는 이용자의 ID(identification ; 이용자식별부호)가 표시되지 않도록 검색화면 일부를 변경하면서 다운로드시 끊김 현상의 개선, 실명 확인, 이용자들의 파일 업로드 및 메일기능 등을 추가한 소리바다 3 프로그램 (이하 ‘소리바다 3’이라고 한다)<sup>48)</sup>을 개발, 배포하였다. 이로써 소리바다 1에

47) 이와 관련하여 중앙서버가 존재하지 않는 P2P 방식에 대한 책임부과 여부에 관한 논의가 있다(권영준 P2P방식에 대한 저작권법적 고찰, 정보통신과 디지털 법제, 커뮤니케이션북스 2004, 327~328면). 「중앙서버가 존재하지 않는 그누텔라 모델에 있어서 P2P 소프트웨어를 창작하여 그 사용을 지원하는 회사나 개인에 대하여 저작권침해책임을 물을 수 있을 것인가. 이론적으로는 이 경우에도 저작권침해책임을 추궁가능성을 배제할 수 없다. 왜냐하면 저작권의 직접침해자가 아니라고 하더라도 그 침해행위를 사실상 지배하고 있거나 침해행위를 교사, 방조하였다면 이로써 저작권 침해에 따른 공동책임을 지게 되는 것이고, 서버를 운영하였는가 하는 점 자체가 책임 여부를 좌우하는 본질적인 요소는 아니기 때문이다. 따라서 저작권침해행위에 사용하게 할 목적으로, 또는 주로 저작권침해행위에 사용될 것임을 알면서도 소프트웨어를 제작, 배포함으로써 저작권침해행위에 기여하는 경우라든가, 기술적인 의미에서는 중앙서버를 운영하지 않지만, 그때그때의 상황에 따라 가장 성능이 좋은 개인 컴퓨터를 가상서버로 지정하여 운영하면서 실질적으로는 파일교환의 매커니즘에 통제관리권을 행사하는 경우에는 저작권침해에 따른 책임을 질 수 있다. 그러나 중앙서버를 운영하지 않고 파일검색과 교환 등 일련의 정보유통과정을 오로지 이용자들에게 맡겨 놓고 아무런 통제관리권을 행사할 수 없는 일반적인 경우에 있어서는 침해행위에 대한 지배나 기여가 거의 없다고 볼 가능성이 커질 것이다. 따라서 그누텔라 모델에 의한 P2P 방식에 관하여 소프트웨어 제작, 지원사에 대한 저작권침해책임을 묻는 것은 원칙적으로 어렵다고 할 것이다」

48) 소리바다 3와 Grokster는 둘 다 제2세대 P2P 기술로서 일단 파일교환을 가능하게 하는 프로그램을 제공한 이후에는 이를 다운로드 받은 이용자들 간에 이루어지는 파일공유에 중앙서버가 관여하지 않는 서비스라는 점에서 비슷하다. 다만 Grokster케이스에 있어서는 중앙서버 자체가 아예 존재하지 않거나 이용자들 간의 파일교환행위에 Grokster의 서버가 전혀 관여하지 않음으로써 이용자

관한 위의 가치분결정 및 그 인가판결에도 불구하고, 이 사건 인터넷 사이트를 통한 소리바다 서비스는 계속 진행되게 되었다.

## ② 판결경과

이에 사단법인 한국음원제작자협회는 2004년경 피△청인 회사를 상대로, 피△청인 회사가 소리바다 3의 배포자 겸 소리바다 서비스의 운영자로서 개별 이용자들이 의한 저작권침해 침해행위를 사실상 야기하였고 이를 방조하고 있다고 주장하며 그 침해의 정지를 구하는 음반복제금지 가치분신청을 하였고(서울중앙지방법원 2004카합3491호), 위 법원은 2005. 8. 29. 그 가치분신청을 받아들여, “피△청인 회사는 이 사건 인터넷 사이트에서 제공하는 소리바다 3(3.0 이상의 소수점 이하 표시로 구분되는 업그레이드 버전을 모두 포함)의 이용자들이 소리바다 3을 이용하여 제작자협회가 신탁받은 음원이 들어 있는 MP3 파일을 업로드 또는 다운로드 하도록 하여서는 아니 되고, 이 사건 인터넷 사이트를 통해 소리바다 3을 배포하거나 소리바다 3의 실행을 통한 MP3 파일의 공유 서비스를 제공하여서는 아니 된다”는 내용의 가치분결정을 내렸고<sup>49),50)</sup> 피△청인 회사가 위 가치분결정에 대하여 이의신

---

들 간의 파일교환행위를 통제할 수 없음에 대하여 소리바다 3에 있어서는 소리바다의 중앙서버의 검색창을 이용해서 음원을 검색하는 등 소리바다가 주관하는 여러 과정을 거쳐야만 다운로드가 가능하고, 뮤직포인트제도의 운용, 정렬기능, 파일공유정보를 교환하는 채팅기능 등 파일다운로드를 촉진시키는 다양한 기능이 제공되고 있다는 차이가 있다(서헌재 온라인 환경에서의 음악저작물 보호와 강제허락-소리바다 사건과 미국의 Napster, Grokster 사건과 비교, 법학논문집 제30집 제1호, 2006. 8. 31. 330면, 중앙대학교 법학연구소).

49) 소리바다 3 판결에 대하여 다음과 같은 견해가 있다. 소리바다 3 판결이 저작권의 보호와 창의적 기술혁신의 균형을 어떻게 이룰 것인가에 대한 정책적인 고려가 거의 보이지 않는 점이 유감이다. 이는 실정법의 충실한 해석과 적용에 그 일차적인 임무가 부여된 대륙법계의 법원과 재판관들 사이에 관하여, 우리 법원은 P2P 시스템의 분석과 그에 대한 법해석학적 접근에는 충실하지만 미국 판결들이 보여준 바와 같은 통한 법 창조라는 영미법계 법원간의 기본적인 역할 차이에서 비롯된 것이라고 생각된다. 그러나 보다 근본적으로는 저작권 제도를 바라보는 시각의 차이가 반영된 것이 아닌가 한다. 즉 우리 법원은 철두철미 저작권을 권리자의 독점적 지위보장으로만 파악하는데 비해 미국에서는 저작권자들에게 독점권을 부여하는 것은 공공의 이익을 위한 창작을 유인하기 위한 제

청을 제기하였으나(서울중앙지방법원 2005카합3179호), 위 법원은 2005. 10.

26. 위 가처분의 인가결정을 내렸다. 피신청인 회사는 위 인가결정에 대하여 다시 불복, 항고하였으나, 이후 제작자협회와 사이에 합의가 이루어져 2006.

3. 6. 그 항고를 취하하였다.

---

도적 장치로 파악하는 점에서 그 출발선이 다르다고 하겠다(서헌재 온라인 환경에서의 음악저작물 보호와 강제허락-소리바다 사건과 미국의 Napster, Grokster 사건과 비교, 법학논문집 제30집 제1호, 2006. 8. 31. 331-332면, 중앙대학교 법학연구소)

50) 소리바다 3에 대한 가처분결정과 미국의 그록스터 판결에 대하여 다음과 같은 비교가 있다(이대희 소리바다 3 가처분 결정 분석-중앙서버에 의하지 않는 P2P 파일교환, 계간저작권 2005년 겨울호, 75~79면).

「그록스터케이스와 소리바다 3에 대한 가처분결정의 가장 큰 차이점은, 첫째 전자가 적법·불법적으로 모두 사용이 가능한 도구를 제작·배포한 자의 책임을 묻고자 하는 것에 초점을 맞춘 것이라고 한다면, 후자는 방조책임을 논하기 위하여 서비스의 내용·성질, 서비스에 대한 관리·지배의 정도, 서비스를 통한 이익 상황을 분석한 것에 한정하였다. P2P에 의한 파일교환에서는 적법한 목적과 불법적인 목적 모두를 위하여 사용할 수 있는 도구를 배포한 자가 그 제품을 이용하여 저작권을 침해한 제3자의 침해행위에 대하여 어떠한 경우에 책임을 부담하는가가 문제가 되며, 이 같은 제품의 배포자에 대하여 책임을 부담시킬 것인가, 부담시킨다면 어떻게 책임을 부담시킬 것인가에 관한 판단원칙은 창의성의 증진과 기술진보의 증진이라는 서로 상반된 가치를 균형시키는 것에 큰 영향을 주게 된다. 미국의 연방대법원은 이와 관련하여 침해를 조장하려는 의도를 책임인정에 대한 판단기준으로 하여 도구를 배포한 자가 그 행위의 정도에 따라 침해에 대한 책임이 결정된다고 하였다. 연방대법원의 판단은 적법하게 사용하는 도구의 제작에 대해서도 일정한 경우에 침해책임을 물을 수 있다고 했으므로 P2P와 관련된 기술적인 진보 내지 혁신을 막을 수도 있는 비판에 직면한다. 소리바다 3에 대한 한국법원의 판단은 기술의 혁신·진보와 저작권보호라는 서로 상충될 수 있는 가치의 균형에 대해서는 전혀 언급하지 않았다.

둘째, 소리바다3에 있어서 법원은 서비스제공자가 P2P 파일교환에 깊이 관여한다는 것을 인정하였다. 서비스에 대한 관리·지배와 관련하여 소리바다 3가 그록스터 케이스와 다른 점은 (i) 네트워크에 접속하면서 소리바다사이트에도 접속된다는 것, (ii) 사이트에 마련된 검색창을 통하여 음악파일을 검색할 수 있다는 것, (iii) 유·무료에 의한 파일교환이 서로 연동된다는 것 등이다. 실제로 법원은 프로그램의 다운로드나 음악파일의 검색 등 '피신청인이 통제하는 일련의 과정을 거쳐야만 파일의 다운로드가 가능해진다는 것'을 인정하였다. 소리바다 1에 대한 판결들은 중앙서버가 IP 주소를 제공하는 등 파일교환에 관여하는 중앙서버 자체의 일정한 역할에 기하여 책임을 인정하였는데, 소리바다 3에 대한 판단도 서비스제공자인 피신청인이 파일교환에 어느 정도 관여한다는 것에 기초하여 책임을 인정한 셈이다. 그렇다면 한국의 소리바다3에 대한 판단은 중앙서버에 의하지 않는 P2P 파일교환을 가능하게 하는 프로그램을 제작·배포만 하고 침해를 조장하는 듯한 내용만이 프로그램에 포함되어 있을 경우, 곧 미국의 그록스터 케이스와 같은 사실관계에 대해서는 판단을 하지 않은 것이 된다. 곧 소리바다 3와 그록스터 케이스의 대상이 되었던 프로그램은 모두 P2P 파일교환을 가능하게 하는 것이지만, 전자에 있어서는 서비스제공자가 일정한 역할을 한다는 점에서 양자가 구별되며 결국 소리바다3 프로그램과 그록스터 케이스의 프로그램은 작동하는데 있어서 차이가 존재하는 것이 된다. 따라서 앞으로 한국에서는 중앙서버에 의하지 않는 파일교환을 가능하게 하는 P2P 프로그램을 제작·배포만 하고 그 이후에는 아무런 역할을 하지 않는 자에 대한 쟁점이 여전히 발생할 것으로 보인다.」



### ③ 판례평석

소리바다 2, 3에 대해서 중앙서버가 개별 이용자에게 다른 이용자들의 IP 주소 등을 직접 제공하지 아니하였다 하더라도 소리바다 1에 대한 서비스중지 판결 이후에 이를 탈피하기 위하여 만든 프로그램일 뿐 아니라 음원을 다운로드 받기 위해서 로그인해서 검색창을 통해 음원을 검색하도록 하는 등 소리바다서비스 운영자들이 저작권침해를 용이하게 하였다고 할 수 있으므로 저작권침해 방조책임을 인정한 것 자체에는 찬동하나, 가처분결정의 범위에 프로그램 배포와 공유서비스까지 금지시킨 것까지 보전의 필요성이 있는지는 의문시된다. 프루나 사건(서울중앙지방법원 2008. 4. 23. 선고 2007가합67109 사건)에서는 공유 서비스 제공의 금지를 명하였으나, 프로그램의 배포의 금지는 명하지 않았고, 클럽, 블로그, 게시판 등에 동영상, 음악, 영화파일을 업·다운로드하도록 한 사건(서울중앙지방법원 2008. 8. 5. 선고 2008카합968 사건)에서는 웹스토리지 서비스 자체에 대한 금지청구, 일체의 영화파일에 대한 공유서비스금지청구를 기각한 것과 대비된다.

### 3) 소리바다 5에 관하여

#### ① 소리바다 5의 이용방법과 동작구조

이 사건 프로그램의 P2P 프로그램으로서의 이용방법과 동작구조는 소리바다 3과 그 기본적인 점에서는 같고, 이 사건 프로그램에서 종전 소리바다 프로그램과 달리 추가하여 구비하고 있는 기술적 조치들은 필터링 기술로 해쉬(Hash) 값 대조기술<sup>51)</sup>, 음악인식(Audio Finger Printing) 기술<sup>52)</sup>, 소극적

51) 대상 음원파일에 대하여 해쉬 함수(Hash function, 컴퓨터 암호화 기술의 일종으로 요약함수(要約函數)·메시지다이제스트함수(message digest function)라고도 한다. 주어진 원문(原文)에서 고정된 길이의 의사난수(擬似亂數)를 생성하는 연산기법으로서 해쉬 함수를 적용해서 생성된 값을 '해쉬값'이라고 한다.)를 적용하여 해쉬값들을 생성한 다음, 이를 소리바다 서버의 '해쉬값 데이터베이스'에 축

필터링 기술<sup>53)</sup>이 있고, 그린파일(Green File) 시스템<sup>54)</sup>, 디지털 워터마크(Digital Watermark) 기술<sup>55)</sup>이 있다.

소리바다 5의 경우, 종전 소리바다 프로그램들과는 달리, 권리자가 공유를

적하고, 이용자로부터 음원파일에 대한 다운로드 요청이 있을 때 요청된 음원의 해쉬값과 데이터베이스의 해쉬값을 비교하여 해당 음원의 동일 여부를 판별함으로써 다운로드의 허용 여부를 결정하는 기술이다.

- 52) P2P에서 유통되는 음원파일들(음반제조사에서 제공하는 원본일 수도 있으나, 일반 이용자들이 원본CD, 방송, 인터넷으로부터 2차적으로 녹음한 것이 상당수 있는 것으로 알려져 있다.)은 상이한 녹음환경 및 압축률 등으로 인하여 다양한 변형파일들이 존재하게 되는데, 계속해서 추가로 생성되는 변형파일을 발견하고 이들의 해쉬값을 추출하여 데이터베이스에 추가하는 것이 용이하지 않기 때문에, 해쉬값 대조기술만으로는 필터링에 한계가 있다. 이러한 해쉬값 대조기술의 한계점을 보완하기 위하여, 소리바다 서버에 저작권 보호가 필요한 음원의 음악지문(Audio Finger Print)이 축적된 '음악인식 데이터베이스'를 구축하고, 해쉬값 대조기술에서 걸러내지 못한 음원파일들에 대하여 추가로 음원분석을 하고 데이터베이스의 음악지문과 대조하여 최종적으로 다운로드의 허용 여부를 결정하게 된다. 음악인식단계에서 음원의 동일성이 확인되면, 해당 음원파일에 대한 해쉬값을 생성하여 '해쉬값 데이터베이스'에 저장한 후, 이후 해당음원에 대한 필터링은 해쉬값 대조단계에서 이루어지도록 한다.
- 53) 이 사건 프로그램을 기반으로 한 소리바다 서비스의 필터링 기술은 데이터베이스(해쉬값 DB 및 음악인식 DB)에 '이용허락 받지 않은 음원정보'를 저장하고 있으면서, 이용자가 요청한 파일이 데이터베이스에 있는 경우에는 다운로드를 불허하고, 데이터베이스에 없는 경우에는 다운로드를 허용하는, 이른바 소극적 필터링 방식이다. 소극적 필터링 방식을 취할 경우, 음성인식기술의 신뢰도 또는 데이터베이스의 업데이트 주기에 의하여 필터링률이 영향을 받게 되며, 특히 신규 음원과 변형 파일에 대하여는 해당 음원파일 정보에 대한 부재로 바로 대응할 수 없다는 문제가 있다.
- 54) 그린파일 시스템은 피신청인 회사가 자체적으로 개발한 파일인증 시스템으로서, 피신청인 회사와 음원 공급계약을 하지 아니한 음반제작자 등 권리자 등이 피신청인 회사에게 온라인으로 음원 정보를 제공하여 해당 음원 파일의 필터링이 될 수 있도록 하는 것을 그 내용으로 한다. 저작권자들이 피신청인 회사의 그린파일 시스템을 이용하기 위해서는, ① 먼저, 온라인 회원으로 가입한 후, 인감도장을 날인한 신청서, 법인인감증명서, 사업자등록증 사본, 법인등기부등본, 저작물에 대한 권리를 인정할 수 있는 서류 등 피신청인 회사가 요구하는 서류들을 피신청인 회사에 제출하여 피신청인 회사로부터 승인을 얻어 피신청인 회사의 회원사로 가입한 다음, ② 이미 소리바다 서비스에서 검색되는 음원 파일에 대하여는 해당 파일을 바로 그린파일로 등록을 하고, 신규 발매되는 음원에 대하여는 권리자 스스로 해당 음원 파일을 온라인상으로 업로드하여 그린파일 등록을 하여, 피신청인 회사로부터 승인을 얻어야 한다.
- 55) 디지털 워터마크는 디지털 콘텐츠에 그 권리자만이 알 수 있는 아이디(ID) 또는 정보 등의 부호를 삽입하거나, 영상·음성 등의 신호에 특정한 코드나 유형 등을 삽입한 것 또는 그 기술을 지칭하는 것으로서, 디지털 콘텐츠 소유자의 권리를 보호하기 위한 기술의 하나로 분류할 수 있기는 하나, 아직까지는 해당 파일의 유통경로에 관한 정보를 확인할 수 있는 기능만을 할 수 있을 뿐, 파일의 불법 공유 내지는 복제 자체를 막는 기능은 하지 못하고 있는 것으로 보이며, 현재 피신청인 회사가 채용하고 있는 '디지털 워터마크 기술'의 구체적 내용이나 실제 활용현황에 대하여는 알려져 있지 아니하다.

원하지 아니한 음원 파일인지에 관한 필터링이 실시되어 그 결과가 같이 송신된다.

검색 요청 이용자가 검색결과 리스트 중에서 다운로드 받기를 원하는 MP3파일을 지정하여 다운로드를 요청하면, 검색결과 목록 우측 창에 지정된 파일의 이름과 '상태'가 표시된다. 이때 ① 지정된 파일이 관리자가 공유금지(필터링)를 요청한 음원의 파일임이 확인된 경우에는, '상태'는 '필터링'이라고 표시되고(이 사건 프로그램이 개발된 초기에는 '저작권'이라고 표시되었다), 그 파일은 다운로드 받을 수 없으며, ② 지정 파일이 관리자가 피△청인 회사와 사이에 음원 공급계약을 체결한 음원의 파일임이 확인된 경우에는, '상태'는 '유료'라고 표시되고, 그 파일은 유료회원만 다운로드 받을 수 있고, ③ 그 이외의 음원 파일의 경우에는, '상태'란에는 해당 곡의 시간 또는 전송된 비율이 표시되고, 유료회원이나 무료회원을 불문하고, 해당 파일을 다운로드 받을 수 있게 되는데, 이와 같이 다운로드 받을 수 있는 파일인 때에는, 검색 요청 이용자의 컴퓨터와 해당 파일이 보관되어 있는 이용자의 컴퓨터가 1:1로 직접 연결되어 파일 보관 컴퓨터의 공유 폴더에 위치한 해당 파일을 검색 요청 이용자의 컴퓨터로 다운로드하여 다운로드 폴더에 저장하게 된다(이를 '다운로드 행위'라고 한다).

② 판결요지<sup>56)</sup>

(A) 서비스이용자들의 행위에 관하여

'서비스의 이용자들이 다른 이용자의 컴퓨터에 접속하여 음원 파일(MP3 파일)을 자신의 컴퓨터에 다운로드 받아 하드디스크에 저장하는 행위'는 음

---

56) 서울고등법원 2007. 10. 10. 선고 2006라1245 음반복제금지 등 가처분 사건

을 유형물에 고정하는 것'(저작권법 제2조 제22호)이므로 음반제작자인 신청인의 복제권을 침해하는 행위에 해당한다고 한다. '소리바다 5 서비스'를 통해 개별 이용자가 자신의 다운로드 폴더로 음원 파일을 다운로드 받거나 개인적으로 보유하고 있는 음원 파일을 다운로드 폴더에 저장하는 행위는, '소리바다 5 프로그램'에서의 다운로드 폴더는 공유 폴더를 겸하고 있어 그 이용자가 '소리바다 5 서비스'의 접속을 유지하고 있는 한 다른 이용자들은 이미 해당 파일을 다운로드 받을 수 있는 상태에 놓이게 되므로, 위 서비스에 접속하고 있는 다른 이용자들이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물을 이용에 제공하는 것이어서(저작권법 제2조 제10호) 음반제작자인 신청인들의 전송권을 침해하는 행위에 해당한다.

(B) 소리바다 5 서비스 운영자에 관하여

a) 협의의 공동불법행위 책임을 지는지 여부

위 판결은 '소리바다(www.soribada.com)'라는 인터넷 사이트를 운영하면서 그 이용자들이 하여금 P2P(peer to peer) 방식으로 MP3(MPEG-1 Audio Layer-3) 형식의 음악파일을 공유하도록 하는 소프트웨어인 '소리바다 5 프로그램'을 배포한 후, 이 프로그램을 다운로드 받아 개인 컴퓨터에 설치한 이용자들 사이에 P2P 방식으로 MP3 형식의 음악파일을 공유하도록 하는 서비스를 제공한 회사는, 그 서비스를 제공함에 있어 독자적으로 음반제작자들의 복제권 또는 전송권을 침해하였다거나 이용자와 함께 협의의 공동불법행위 책임을 질 정도로 이용자들의 저작인접권 침해행위에 직접적이고 밀접한 기여를 하였다고 평가하기 어려워, 위 서비스 이용자들의 저작인접권 침해행위에 대하여 협의의 공동불법행위 책임을 지지 않는다.

b) 방조책임이 인정되는지 여부

일반적으로 P2P 방식에 의한 파일공유 시스템은 해당 P2P 서비스에 접속하고 있는 수천, 수만의 불특정 다수의 이용자들 전부를 그 대상으로 하고 있으며, 파일의 제공행위, 즉 파일의 업로드는 해당 파일을 보유하고 있는 이용자가 P2P 서비스에 접속하는 것만으로 자연스럽게 이루어지고, 파일의 수령행위, 즉 파일의 다운로드는 인터넷의 특성상 그 다운로드를 요청한 다수의 모든 이용자에게 순간적으로 동시에 이루어진다는 점에서, 이용자들이 디지털 형태의 저작복제물을 무단 유통함에 따른 저작권접권의 침해가능성은 항상 열려 있다고 할 것이나, 그렇다 하더라도 모든 형태의 P2P 시스템과 그 운영자들이 확일적으로 이용자들의 저작권접권 등 침해행위에 대한 방조책임을 부담한다고 할 수는 없고, 운영자가 P2P 서비스를 제공하는 과정에서 이용자들의 파일공유 및 교환 행위에 관여할 수 있는지의 여부와 그 방식 및 정도, 저작권접권 등의 침해행위에 대한 운영자의 인식 여부 및 그에 따른 P2P 시스템에서의 권리보호조치의 내용과 그 정책, P2P 시스템이 파일공유 기능 외에 이용자들의 저작권접권 등 침해행위를 용이하게 할 수 있는 다른 기능을 제공하고 있는지 여부, 운영자가 이용자들의 저작권접권 침해행위로부터 이익을 얻을 목적이 있거나 향후 이익을 얻을 가능성의 정도 등 구체적 사정을 살펴보아, 운영자가 이용자들의 파일공유 등으로 인한 저작권접권 등 침해행위를 미필적으로나마 인식하고 있으면서도 이를 용이하게 할 수 있도록 도와주거나, 이러한 침해행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음에도 이를 위반하는 경우라고 평가되는 경우에만 방조책임이 인정된다.

비록 '소리바다 5 프로그램'이 종전의 소리바다 1, 2, 3에 비하여 저작권접권자 등의 권리보호를 위한 기술적 조치와 시스템을 갖추고 있기는 하나, 현재 '소리바다 5 서비스' 운영자가 취하고 있는 '소극적 필터링 방식(저작권접권자 등 권리자들로부터 필터링(공유금지)을 요청받거나 이미 위 운영자가 공유금지로 설정하여 놓은 음원 파일들에 대하여만 필터링을 실시하는 방식)'의 내재적 한계상 음반제작자들의 음원에 대한 저작권접권의 침해행위는 계속되어 왔고, 앞으로도 그와 같은 침해행위의 발생은 불가피할 것으로 보이며, 나아가 위 운영자가 그 보완책으로 들고 있는 '그린파일 시스템(저작권접권자 등 권리자들이 위 서비스 운영자에게 자신들의 음원 정보를 제공하여 필터링을 요청한 후, 위 운영자의 승인절차를 거쳐 파일공유를 금지하는 시스템)'만으로는 그와 같은 권리침해를 제때 방지하거나 중단시킬 수 있을 것으로도 보기 어렵고, '소리바다 5 프로그램'의 개발 경위 등에 비추어 위 운영자 역시 음반제작자들의 음원에 대한 저작권접권의 침해행위가 발생하고 있다는 사정을 적어도 미필적으로나마 인식하였다고 봄이 상당하므로, '소리바다 5 서비스'의 운영자는 그 이용자들의 저작권접권 침해행위에 대한 방조책임을 면할 수 없다고 판단하였다.

또, 소리바다 5 서비스 운영자가 취하고 있는 소극적 필터링 방식 및 그린파일시스템만으로는 저작권법 제102조 제2항에서 말하는 저작권접권의 침해방지를 위한 기술적 조치를 다하였다거나 더 이상 저작권접권 침해를 방지·중단하는 것이 불가능하다고 볼 수 없다고 하여 저작권법 제102조 제1항의 면책사유에 해당하지 않는다고 판단하였다. 또 저작권법 제103조 및 제104조에서 규정한 권리자의 복제·전송의 중단요청, 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 요청이 온라인서비스제공자의 책임을 묻기 위한 권리

행사요건이거나, 온라인서비스제공자의 책임제한을 규정하고 있는 것이 아니라고 판단하였다.

### ③ 판례평석

위 판례의 결론 자체에는 찬성한다. 그런데, 위 사건의 주문이 이 사건 인터넷사이트 자체의 폐쇄를 구하는 것이 아니라 해도 피신청인이 [www.soribada.com](http://www.soribada.com) 인터넷 사이트를 통해 소리바다 5 프로그램을 배포하거나 소리바다 5 프로그램의 실행을 통한 MP3파일의 공유 서비스를 제공하지 못하게 함으로써 위 관리자와 피신청인 사이에 음원공급계약이 이루어진 경우 등에 있어서까지 소리바다 인터넷 사이트를 이용한 음원공급을 할 수 없게 되는바, 보전의 필요성이 인정되는지 의문시된다. '1. 관리자로부터 이용 허락을 받지 않은 음원이 들어 있는 mp3 파일을 이용자들이 다운로드 받거나 업로드 받도록 하여서는 아니된다. 2. 제1항을 위반시에는 매 위반시마다 금 원을 지급하라'라는 간접강제 형식의 주문을 이용하는 편이 관리자 및 소리바다 서비스 운영자의 권리를 균형있게 보장하는 것이 아닌가한다. 관리자 중에는 자신의 음원을 소리바다 인터넷 사이트를 통해서 판매함으로써 수익을 얻고자 하는 경우도 있을 것이고, 오프라인에서 그 판매처를 찾기 어려운 현실에서는 더욱 그러할 것으로 생각한다.

### 4) 현행 소리바다의 운영에 관하여

현행 소리바다 6은 소리바다에서 음원을 업로드해놓고 일정한 이용료를 낸 이용자에게 대해서는 다운로드가 가능하도록 하고 있고, 소리바다 6 서비스 이외에 오르골 및 파일바다 서비스를 제공하고 있다.

「오르골서비스」는 인터넷상의 서버의 자신이 할당받은 공간에 음원을 올려두고 스스로 음악을 스트리밍 방식으로 감상하되, 오르골 1촌이라는 제한된 음악친구에게는 예외적으로 음악감상이 가능하도록 하였고(1분 미리듣기만 가능), 음악이용권을 구매하면 친구를 맺지 않아도 다른 사람의 오르골에 있는 음악을 마음껏 들을 수 있고 다운로드 할 수 있도록 하였는데 이 이용권한을 '친구'만 이용으로 설정한 오르골은 친구맺기 후 이용이 가능하다. 오르골서비스는 찾고자 하는 음원을 검색하면 그 음원을 보유하고 있는 오르골의 명단이 검색된다.

이용자의 오르골 1촌으로 하여금 음악감상을 하도록 하는 것(음악이용권을 구매하지 않고 1분 미리듣기만 하는 경우)은 오르골 1촌을 일반공중의 범위에 포함시킬 수 없다면 전송행위가 아니므로 저작권침해행위가 되지 않을 것이지만, 일반공중의 범위에 포함된다면 전송권 침해가 될 것이고, 이 경우 소리바다 운영자는 검색서비스를 제공한다는 점, 오르골 서비스 이용자들이 불법 음원을 가지고 있을 가능성을 인식할 수 있었다는 점 등을 이유로 전송권 침해의 방조책임을 부담할 가능성도 있을 것으로 생각된다. 물론 아무런 이득을 취하지 않았고 사적인 파일 교환에 불과하다는 점을 들어 방조책임을 물을 수 없게 될 가능성도 있다.

또한 음악이용권을 구매하여 타 이용자의 오르골에 등록되어 있는 음원을 다운로드 하는 경우 업로드 한 자는 전송권 침해가 될 것이고(이 경우는 1촌이 아니더라도 다운로드가 가능하므로 전송권 침해 여부가 문제될 여지는 없을 것으로 보인다), 다운로드한 자는 복제권 침해가 가능한데, 이 때 저작



권법 제30조의 사적이용을 위한 복제 조항이 적용되어 정당화될 여지도 있으나, 이용권한을 '친구만 이용'으로 설정하지 않는 한 음악이용권을 구매한 자는 누구나 다운로드가 가능하므로 가정 및 이에 한정된 범위 안에서 이용하는 것으로 볼 수 없어 사적이용을 위한 복제가 적용되기는 어려울 것으로 생각된다. 이 경우 소리바다 운영자는 전송권, 복제권 침해 방조책임을 질 가능성이 클 것으로 생각된다.

또한 소리바다는 파일바다 서비스도 제공하고 있다. 파일바다 서비스는 인터넷이 되는 어디서든지, 파일바다 서버에 업로드 한 자료를 다운 받을 수 있으며, 다른 회원이 공유해 놓은 수많은 자료를 검색하여 자유롭게 다운받을 수 있는 웹스토리지 서비스이다. 파일바다를 이용할 때 별도로 프로그램을 설치하지 않고 웹 페이지에서 바로 파일을 업로드, 다운로드 할 수 있으며, [저작권 보호 목록]에서 공유하고자 하는 자료의 저작권을 확인할 수 있도록 하였고, 저작권이 등록되어 있는 자료를 공유할 시, 파일바다 운영자에 의해 자료가 임의 삭제될 수 있고 파일바다의 이용에 제한을 받을 수 있도록 하였다(저작권자로부터 회원의 저작권 침해 통지를 받은 경우 자료를 즉시 삭제하도록 하였고, 저작권 보호요청에 대한 목록은 파일바다에 수시로 공지하도록 하였으며, 저작권 보호 요청받은 내용을 금칙어로 설정하며, 저작권 관련 게시물 및 자료는 그 사실을 게시자에게 통보하지 않고 즉시 삭제할 수 있도록 하였다). 이와 같은 파일바다는 여러 건의 소송을 통해 저작권 침해 방지 조치를 충분히 취하고 있는 것으로 보이고 바람직한 현상인 것으로 생각된다. 파일바다에서 파일을 다운로드 받으려면 로그인해야 하고 파일검색기능도 제공되고 있으나, 별도의 프로그램을 설치하지 않

아도 업·다운로드가 가능하여 소리바다 운영자가 파일교환에 관여하기 어렵고 저작권 보호 목록에서 저작권을 확인할 수 있도록 하여 저작권침해방지 조치를 하고 있는 것으로 보아 저작권침해 방조책임을 부담할 가능성을 적을 것으로 생각한다.

### (3) 벅스뮤직 사건<sup>57)</sup>

#### 1) 사실관계

채권자들은 국내 가수 및 그룹의 음반을 기획제작하여 그에 대한 저작권접권을 가지고 있는 음반회사들이고, 채무자는 2000. 2. 17.부터 인터넷상의 [www.bugsmusic.co.kr](http://www.bugsmusic.co.kr) 사이트를 운영하면서 채권자들이 제작한 각 음반에 수록된 각 곡에 대한 음원을 ASF 파일 형태로 인터넷 콘텐츠 파일로 변형하고, 이를 위 웹사이트 서버에 저장하는 방법으로 고정시켜, 이 사이트에 접속하는 이용자들에게 제공함으로써 스트리밍 방식에 의한 서비스를 제공하고 있다.

#### 2) 판결요지 및 판례평석

벅스뮤직 사건에서는 ① ‘벅스뮤직’이 음악파일을 주문형 스트리밍 방식으로 전송하기 위해 이를 서버에 저장하는 행위가 음반제작자의 복제권을 침해하였다고 하면서, 음반을 컴퓨터압축파일로 변환하는 것은 변환 프로그램에 의하여 기계적으로 이루어지므로 창작성이 포함된다고 볼 여지가 없고, 변환된 컴퓨터압축파일이 컴퓨터의 보조기억장치에 저장되면 인위적인 삭제 등 특별한 사정이 없는 한 유형물에 고정되었다고 볼 만한 영속성을 지니게

---

57) 서울지방법원 2003. 9. 30. 선고 2003카합2114 결정 음반복제등금지가처분

되므로 그 파일 저장행위도 음반의 복제에 해당한다고 판단하였고(이 당시에는 음반제작자에게 저작권자와 달리 전송권이 부여되지 않았다), ② 저작권법상 ‘배포’라 함은 ‘저작물의 원작품 또는 복제물을 일반 공중에게 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여하는 것’을 뜻하는바, 음악청취 사이트에서 이용자들이 선택한 곡에 해당하는 컴퓨터 압축파일을 스트리밍 방식에 의하여 이용자의 컴퓨터에 전송하고 실시간으로 재생되도록 하는 것이 저작물의 원작품이나 그 복제물을 일반공중에게 양도 또는 대여하는 것에 해당한다고 볼 수 없다라고 판단하였는데, 저작권 분야에 있어서 배포란 원칙적으로 저작물의 유형에 의한 보급을 의미하고, 우리 저작권법도 이에 따르고 있으므로<sup>58)</sup> 컴퓨터 압축파일을 ‘유형물’로 볼 수는 없으므로 배포권의 침해에 해당하지 않는다고 보는 것은 타당한 것으로 생각한다. ③ 또 위 판결에서는 일정한 담보제공하에 신청인이 신탁관리약정을 맺은 ‘음반제작자가 복제권을 가지는 음반의 음원’을 컴퓨터압축파일의 형태로 복제해서는 아니 되고, 피신청인이 운영하는 웹사이트([www.bugs.co.kr](http://www.bugs.co.kr))의 서버에서 위 각 음원을 컴퓨터압축파일형태로 복제한 것을 이용하여 서비스를 이용하여서는 아니 된다고 주문을 결정하였는바, 이는 결론에 있어서는 타당하지만 신청 자체를 피신청인이 운영하는 이 사건 사이트를 폐쇄하는 것이 아니라 신청인이 저작권접권을 가지는 음반에 수록된 곡의 삭제를 구하는 것에 불과하였기 때문인 것으로 보인다.

---

58) 남효순, 정상조 공저 인터넷과 법률 II 법문사 2005 제666쪽 제15~16줄 참조

#### (4) 아이맵스 사건<sup>59)</sup>

##### 1) 사실관계

아이맵스는 스트리밍 서비스로서 OSP가 음악파일을 제공하는 것이 아니라 이용자들이 음악파일을 업로드 하고 다른 이용자가 그것을 검색하여 스트리밍 방식으로 청취하도록 하는 것이다. 그 구조적 특성을 살펴보면, 먼저 이용자 중 일부는 자기가 보유하고 있는 음악파일을 '아이맵스'가 운영하는 서버에 할당된 자신의 저장공간에 저장을 한다. 서버의 저장공간이 이용자 개인에게 할당되고 이용자가 업로드한 음악파일은 제3자에게 재생될 수 있는 상태에 놓이게 되어 마치 '공유폴더'처럼 기능하게 된다. 그리고 자신이 할당받은 서버의 저장공간에 업로드 된 음악파일을 타인이 재생하고자 신청하는 경우에 그것을 허용하도록 동의할 권한을 갖는다.

OSP인 아이맵스는 이용자들의 가입신청을 받아 회원으로 등록하여 아이디와 패스워드 등을 관리하고, 이용자들이 음악파일을 업로드할 수 있는 서버를 제공하여 운영한다. 그리고 이용자가 음악파일을 업로드하고 그 음악파일을 다른 이용자가 스트리밍 방식으로 들을 수 있는 컴퓨터프로그램(E-MAIL AUTOMATION program)을 제작하여 제공하고, 서버에서 스트리밍 방식으로 음악파일을 재생하여 송신하는 서비스를 제공한다.

음악 파일을 스트리밍 방식으로 재생하고자 하는 이용자는 '아이맵스'의 회원으로 가입한 후 '아이맵스'에 저장된 음악파일을 목록에서 검색한 후, 선택한 음악파일을 업로드한 이용자의 동의를 자동화된 시스템에 의해 얻어 스트리밍 방식으로 재생하여 청취하게 된다. 음악방식을 스트리밍 방식으로 청취하는 이용자는 음악파일을 복제하는 것이 아니라 단순히 이용하는 것에

---

59) 서울중앙지방법원 2005. 5. 20. 선고 2004카합2965 결정

불과하여 별도의 복제본을 생성시키지 않는다.

## 2) 판결요지

### ① 이용자의 행위에 대한 판단

#### (A) 복제권 침해여부

법원은 이용자가 사이트에 접속하여 음악파일을 업로드하는 행위에 대해 음을 유형물에 고정하는 것으로서 음반제작자의 복제권을 침해하는 행위라는 점은 인정하지만, 이용자 개인이 음악청취서비스를 이용하기 위한 목적에서 음악파일을 저장하는 행위는 영리의 목적이 없는 것으로서, 사적이용을 위한 복제에 해당하므로 결론적으로 복제권을 침해하지 않는 것으로 판단하였다. 그러나, 음악파일을 업로드 하면 다른 이용자들이 다운로드 할 수 있게 되므로 이것이 사적이용을 위한 복제에 해당되는지 의문이다.

#### (B) 전송권 침해여부

법원은 자신이 업로드한 음악파일을 스스로 재생하여 청취하는 행위는 '일반공중'을 대상으로 하는 저작권법상의 전송권 개념에 포함되지 않아 전송권 침해가 되지 않는다고 하였다.

음악파일을 이용자가 업로드하면 다른 이용자가 스트리밍 방식으로 청취하는 행위에 대해서는, 자신의 계정에 음악파일을 저장해 놓은 이용자는 검색청취서비스를 통하여 불특정 다수의 이용자들이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 저장된 음악파일을 청취할 수 있도록 저작물을 유선통신의 방법에 의해 이용에 제공하는 행위를 하고 있다고 하여 저작권법상 전송에 포섭된다고 판단하였다. 또한 검색청취서비스에 의한 청취는 저작권법 제2조 제3호의 '공연'에 해당되므로 저작권법 제26조 제2항의 '영리를 목적으로 하지 아니하는 공연'에 관한 규정이 적용되어 전송권을 침해하는 것이 아니라는

피신청인의 주장에 대해 검색청취서비스에 의한 청취가 공연에 해당된다고 볼 수 없다고 판시하고 있다.

## ② OSP의 행위에 대한 판단

법원은 OSP의 행위는 전송권을 침해하는 이용자의 업로드행위와 관련하여 협의는 공동불법행위가 성립되지 않는다고 판단하면서, 다음과 같은 이유를 들어 전송권 침해에 대한 방조책임을 인정하였다. ① 피신청인이 처음부터 이 사건 프로그램에 다른 이용자의 음악파일을 검색하여 스트리밍 방식으로 청취할 수 있는 이 사건 검색청취 서비스 기능을 마련한 점, ② 피신청인이 이 사건 프로그램을 개발할 당시, 국내외에서는 이미 냅스터, 소리바다 등 P2P 방식의 서비스와 벅스 등 스트리밍 방식의 서비스의 저작권접권 침해가 문제되어 법적 분쟁으로까지 비화되고 있었던 점, ③ 이용자들은 이 사건 사이트 서버에 접속하여야만 음악청취를 할 수 있으므로 아이디를 판별하여 접속을 거부함으로써 침해행위를 하는 이용자들의 음악청취를 제한할 수도 있었던 것으로 보이는 점, ④ 피신청인도 음악청취서비스를 하는 소리바다, 벅스 등의 경우처럼 이 사건 사이트 운영을 통하여 얻은 인지도를 이용하여 향후 수익을 얻을 것으로 보이는 점, ⑤ 이 사건 검색청취서비스를 통하여 청취되는 음악파일의 원본파일 대부분이 저작권접권 침해가 문제되는 것임을 경험칙상 충분히 예상할 수 있었던 점을 인정하면서, 그에 따라 검색청취서비스를 통하여 이용자에게 의한 음반제작자들의 저작권접권 침해행위가 발생하리라는 사정을 미필적으로 인식하였거나 충분히 예견할 수 있었다고 볼 것임에도, 피신청인은 이용자들이 저작권접권 침해행위를 방지할만한 별다른 조치를 취하지 아니한 채 음악파일의 청취를 하는데 필수적인 서버를 운영하여 이 사건 검색청취서비스를 제공함으로써 이용자들

의 저작권접권 침해행위를 용이하게 하였으므로, 신청인에 대한 저작권접권 침해행위에 대하여 방조책임을 부담한다고 판시하였다.<sup>60)</sup>

(5) 클럽, 블로그, 게시판 등에 게임, 동영상, 음악, 영화 등의 업로드, 다운로드를 가능하게 한 경우(서울중앙지방법원 2008. 8. 5. 선고 2008카합968 사건)

#### 1) 사실관계

신청인들은 이 사건 각 영화에 관하여 복제권·전송권을 가지고 있거나 복제권·전송권을 가진 자로부터 온라인상 독점적 이용허락을 받았다. 피신청인들은 인터넷 사이트를 통해 웹스토리지 서비스<sup>61)</sup>를 제공하고 있는데, 그 이용자들 일부는 이 사건 서비스를 통해 파일의 공유가 가능한 점을 이용하여 저작권자로부터 이용허락을 받지 않은 채 이 사건 각 영화를 포함한 영화 파일을 업로드 또는 다운로드 하고 있다.

#### 2) 판결요지

---

60) 이에 대하여 다음과 같은 비판이 있다. 개발할 당시의 P2P와 스트리밍 서비스에 대한 법적 분쟁이 존재하였다는 점을 방조책임 판단의 하나의 사정으로 들고 있으나, P2P 유사 스트리밍 방식을 고안한 이유는 이러한 법적 책임을 부담하는 행위를 하지 않고자 하는 나름대로의 노력으로 볼 여지도 없는 것은 아니다. 음악청취를 위해서는 서버에 접속하여야만 하므로 아이디를 판별하여 접속을 거부함으로써 침해행위를 하는 이용자의 음악청취를 제한할 수 있었다는 점도 현실적으로는 인용하기 어려운 높은 기대수준이 아니라고 보기 어렵다. 나아가 사이트 운영을 통해 향후 수익을 얻을 것으로 보이는 점은 더욱 OSP에 대한 예단에 의한 판단이 아닐 수 없다. 대상결정의 문제점 중 결정적인 것은 저작권을 침해하는 행위는 스트리밍 서비스를 통해 음악을 청취하는 행위가 아니라 타인이 들을 수 있도록 업로드한 행위라는 점을 간과하고 있는 점이다. 즉 이용자가 타인의 음악파일을 청취했다는 사실에 OSP가 어떠한 기여를 했는가를 판단해야 하는 것이 아니라 음악파일을 업로드하는데 OSP가 어떠한 기여를 했는가를 판단해야 한다. 그럼에도 불구하고 대상결정이 OSP에게 방조책임을 지우기 위한 판단근거가 되는 사정은 거의 대부분 OSP가 청취행위에 어떤 기여를 했는가를 판단하고 있다는 점이다(오병철, P2P 유사스트리밍서비스의 책임에 대한 비판적 검토-서울중앙지법 2005. 5. 20. 선고 2004카합2965 결정을 대상으로, 인터넷 법률 제31호(2005. 9.)).

61) 컴퓨터 파일의 저장공간인 스토리지를 확보해 이용자들로 하여금 인터넷 접속이 가능한 어느 곳에서나 인터넷을 통해 파일을 업로드, 열람·편집, 다운로드 할 수 있도록 하고, 나아가 다른 사람들도 그 파일을 다운로드 할 수 있도록 하여 파일의 공유를 가능하게 하는 인터넷 파일관리 시스템.

① 저작권법상 침해정지 등 청구권의 주체

저작권법은 특허법이 전용실시권제도를 둔 것과는 달리 침해정지 등 청구권을 행사할 수 있는 이용권을 부여하는 제도를 마련하고 있지 아니하여, 이용허락계약의 당사자들이 독점적인 이용을 허락하는 계약을 체결한 경우라도 그 이용권자가 독자적으로 저작권법상의 침해정지 등 청구권을 행사할 수는 없으나, 다만, 저작권의 독점적인 이용권자는 자신의 권리를 보전하기 위하여 필요한 범위 내에서 저작권자를 대위하여 저작권법 123조에 기한 침해정지 등 청구권을 행사할 수 있다.

② 이 사건 서비스 이용자의 저작권 침해행위

복제권 침해에 관하여, 위 판결은 웹스토리지에 공중이 다운로드 할 수 있는 상태로 업로드 되어 있는 영화파일을 다운로드 하여 개인용 하드디스크 또는 비공개 웹스토리지에 저장하는 행위(이 경우 사적 이용을 위한 복제에 해당하지 않는다), 공중이 '다운로드 할 수 있는 상태'로 업로드 하여 웹스토리지에 저장하는 행위는 저작권자의 복제권 침해에 해당하고, 개인용 하드디스크에 저장된 영화파일을 '비공개' 상태로 업로드하여 웹스토리지에 저장하는 행위는 해당파일이 적법한 파일(예컨대 DVD를 합법적으로 구매하여 이를 개인적으로 이용할 목적으로 파일로 변환한 것)이라면 사적이용을 위한 복제에 해당하고, 해당파일이 불법 파일(예컨대 이 사건 서비스를 통해 다운로드 한 것과 같이 불법 파일인 경우)인 경우라면 이를 웹스토리지에 저장하더라도 사적이용을 위한 복제에 해당하지 않는다(다만, 이 경우에는 해당 이용자에 의한 복제권 침해행위는 불법 파일을 다운로드하여 개인용 하드디스크에 저장하는 순간 이미 발생했으므로 업로드는 새로운 법의 침해 발생하지 않는다)고 판시하였는데, 파일의 합법적인 구매 여부에 따라



사적이용을 위한 복제인지 여부가 달라지는 것은 이해하기 어렵다.

공중송신권(전송권) 침해에 관하여 위 판결은 이용자들이 저작권자로부터 이용허락을 받지 않은 영화 파일을 웹스토리지에 업로드 한 다음 이를 공중의 다운로드가 가능하도록 설정해 놓는 행위는 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 이용에 제공하는 경우에 해당하므로 전송권을 침해하는 것이 된다고 판단하였고, 배포권 침해 여부에 대해서는 배포는 저작물의 원작품 또는 그 복제물을 유형물의 형태로 일반 공중에 양도 또는 대여하는 것을 말하는 것이므로 이용자들이 저작권자로부터 이용허락을 받지 않은 영화 파일을 웹스토리지에 업로드 한 다음 이를 공유로 설정하여 다른 사람들로 하여금 다운로드 하도록 하더라도 이러한 행위가 배포에 해당된다고 할 수 없다고 판단하였다.

### ③ 이용자들의 복제권, 전송권 침해행위에 대한 피신청인들의 방조책임

#### (A) 작위에 의한 방조책임

위 판결은 피신청인들은 저작권으로 보호되는 영화 파일의 업로드를 유인하고, 이용자들이 이를 쉽게 찾아 다운로드 할 수 있도록 하는 정책을 사용하였으므로<sup>62)</sup> '작위'에 의한 방조책임을 성립한다고 하였다.

#### (B) 부작위에 의한 방조책임

피신청인들은 각 인터넷 사이트에서 이용자에게 의한 저작권 침해행위가

62) 피신청인들의 수익모델은 자신들이 소유하고 있는 웹스토리지를 이용한 이용자들에게 일정 기간 동안 제공해 주고 그 대가(일종의 임차료)를 받는 구조가 아니라, 이용자들이 웹스토리지에 저장되어 있는 파일을 다운로드 하는 경우에 그 **다운로드의 양에 비례하여 또는 다운로드의 양과 상관없이 정액제로 이용료를 징수하는 구조**이다. 그러므로 피신청인들의 수익이 극대화되기 위해서는 이용자들이 이용료를 지급하고 다운로드를 받을 만한 파일, 예컨대 대중에게 인기가 있는 음원이나 영화 파일 등이 가능한 한 많이 업로드 되어야 하고, 또한 이용자들이 그러한 파일을 쉽게 찾아 다운로드 할 수 있어야 하는데, 이는 필연적으로 저작권자의 복제권, 전송권이 침해되는 결과를 가져올 수밖에 없다. 그렇다면 피신청인들은 이러한 서비스를 통해 저작권자가 복제권·전송권이 침해될 것이라는 사정을 알면서도 이를 의욕하였거나(다운로더에게 과금하여 얻은 수익을 업로더에게 분배하는 시스템을 취하고 있는 피신청인 2,4,5,6,7,8의 경우) 적어도 이를 용인하였다(나머지 피신청인 1,3의 경우).

발생하거나 계속되지 않도록 하여야 할 법적인 작위의무를 지고 있는 자로서 그 의무를 이행함으로써 저작권 침해행위를 방지할 수 있었음에도 불구하고 그 결과의 발생을 의욕 또는 용인하고 이를 방관한채 그 의무를 제대로 이행하지 아니하여 결국 이용자들의 복제권, 전송권 침해행위를 용이하게 하였으므로 '부작위'에 의한 방조책임이 성립한다고 판단하면서 법적인 작위의무의 근거는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조<sup>63)</sup>를 들고 있고, 온라인서비스제공자는 관리자로부터 저작권 침해에 관한 적법한 통지를 받은 경우에 한하여 지체 없이 해당파일에 관한 전송중단조치를 취하는 것만으로는 부족하고, 현재의 기술 수준 및 사회통념 등에 비추어 기대 가능한 수준에서, 저작권 침해행위가 되는 복제, 전송을 선별하여 방지하거나 중단할 수 있는 기술적 조치 등 필요한 조치를 하여야 한다(예: 금칙어를 설정하여 그것이 포함된 제목의 파일에 대하여 업로드 및 검색을 제한하는 조치, 저작권자로부터 이용허락을 받지 않은 파일에 관한 해쉬값 데이터베이스를 구축하여 같은 해쉬값을 가진 파일에 대하여 업로드 및 다운로드를 제한하는 조치 또는 저작권자로부터 이용허락을 받은 파일에 대하여만 공유상태의 업로드 및 다운로드를 허용하는 조치 등)고 판단하였다.

#### (C) 피신청인들의 면책주장

피신청인들은 저작권법 제102조에 의한 면책주장을 하였으나, 온라인서비스제공자가 고의로 이용자들의 저작권 침해행위를 방조하여 저작권 침해가 발생한 경우에는 사후적으로 이를 중단하고 방지하기 위한 조치를 취하였다거나 그러한 조치가 기술적으로 불가능하다는 이유만으로 온라인서비스제공

63) 제44조 제1항 “이용자는 사생활의 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보를 정보통신망에 유통시켜서는 아니된다”, 제2항 “정보통신서비스제공자는 자신이 운영 관리하는 정보통신망에 제1항의 규정에 따른 정보가 유통되지 아니하도록 노력하여야 한다”

자의 침해정지 등 책임이 면제된다고 할 수 없고(다만, 손해배상책임이 감경될 여지는 있다), 이 사건에서는 피신청인들이 이용자에게 의한 저작권 침해행위를 중단하거나 방지하기 위하여 필요하고 가능한 조치를 다하였다고 볼 만한 소명도 부족하다고 하여 면책주장을 배척하였다. 또 피신청인들은 저작권법 제104조가 시행령 제45조의 요건을 갖춘 권리자의 요청이 있는 경우에 한하여 당해 저작물의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 취하면 충분하다고 하는 피신청인들의 주장을 배척하였고, 복제 전송의 중단요구(103조)가 저작권자가 온라인서비스제공자에 대하여 온라인서비스를 이용한 저작권 침해에 대한 책임을 묻기 위하여 필요한 권리행사요건이나 온라인서비스제공자가 복제, 전송을 중단하여야 할 의무의 발생요건이 아니라고 판단하였다.

### 3) 판례 평석

웹스토리지 서비스 자체에 대한 금지 청구에 대해서는 이용자들의 이용권 및 피신청인들의 영업의 자유를 필요 이상으로 제한하므로 기각하였고, 일체의 영화파일에 대한 공유 서비스 금지 청구에 대하여도 신청인들에게 자신들이 저작권 또는 독점적 이용권을 가지고 있지 않은 영화에 대해서까지 침해정지 등 청구를 할 수 있는 권리 인정되지 않는다고 하여 기각하였으며, 신청인들이 복제권·전송권을 가지고 있거나 복제권 전송권을 가진 자료부터 온라인상 독점적 이용허락을 받은 영화가 들어 있는 일체의 디지털 파일에 한하여 당해 권리자의 동의 없이 공중의 다운로드가 가능한 상태로 업로드 하거나, 다운로드 하는 것을 금지하였는바, 이는 신청인과 피신청인의 이익을 조화시킨 판례로서 바람직하다고 생각한다.

(6) 서울중앙지방법원 2006. 7. 21. 선고 2004가합76058 판결

1) 사실관계

원고들(주식회사 스포츠서울아이엔비, 주식회사 스포츠조선 등)은 인터넷 미디어사업 등을 주된 사업목적으로 하는 법인으로, 스포츠 및 연예 관련 기사와 사진을 자신들의 웹 사이트를 통해 제공하고 있고, 피고는 인터넷 광고업 등을 사업목적으로 하는 법인으로 커뮤니티 서비스, 채팅 서비스 등을 제공하는 웹사이트인 [www.sayclub.com](http://www.sayclub.com)을 운영하고 있다.

피고는 '세이테마 서비스'와 '테마가 찾은 뉴스' 서비스를 제공하고 있는데,

① 피고의 세이테마 서비스 이용자가 개설한 테마 중에는 한국프로축구, 연예정보 등의 제목의 커뮤니티가 있고, 위 각 테마 내의 하부게시판으로 최신축구뉴스, 연예계 핫뉴스 등의 제목의 토픽이 생성되어 있으며, 위 각 토픽에는 원고들이 작성한 기사 및 사진이 원고들의 허락 없이 수회에 걸쳐 게재되었고, ② 테마가 찾은 뉴스 서비스는 피고가 피고의 메신저 서비스에 가입한 회원들 가운데 자신이 방문한 웹사이트의 주소를 수집한 다음, 로봇 프로그램을 이용해 해당 웹사이트의 텍스트, 사진 등의 정보를 수집하여 키워드 등을 통해 이를 자동적으로 연예/방송, 스포츠, 영화 등의 범주로 분류한 후 피고의 테마가 찾은 뉴스 서비스 웹페이지에 위와 같이 수집한 기사의 제목 또는 제목 및 3줄 가량의 일부 내용, 작은 이미지로 축소한 사진을 출처를 명시하여 게재하고, 이용자가 이와 같이 게재된 기사의 제목, 일부 내용 또는 축소 사진을 선택(click)하면 해당 기사 및 사진이 게시된 웹페이지로 직접 연결되어 독립된 창으로 해당 웹페이지가 화면에 나타나도록 하였다. 피고의 테마가 찾은 뉴스 서비스에 위와 같은 방식으로 링크된 웹페이지 중에는 원고들이 작성한 뉴스기사, 사진이 게시된 원고들의 웹페이

지 또는 원고들로부터 위 기사 및 사진을 제공받은 제3자의 웹페이지도 포함되어 있었다.

피고는 원고들이 세이테마에 기사 및 사진이 무단게재된 것에 대해서 항의하고 테마가 찾은 뉴스 서비스가 원고들의 저작권을 침해한 것이라고 항의하자 위 각 서비스를 중단하였다.

## 2) 판결요지

### ① 세이테마 서비스

피고가 세이테마 서비스 이용자들이 이를 게시하도록 방조함으로써 원고의 저작권을 침해하였는지가 문제되는데, 피고의 세이테마 서비스 이용자들이 위 서비스가 제공하는 게시판에 원고들이 저작권을 가지는 이 사건 기사 및 사진을 허락 없이 게재한 것은 원고들의 복제권, 전송권을 침해한 것이라고 판시하였고, 피고들이 서비스이용자들의 개별적인 저작권 침해 행위에 대하여 방조책임이 있다고 인정하려면, 피고가 이용자의 저작권침해행위를 직접 확인하거나 적어도 미필적으로 이를 인식하였음에도 불구하고, 이를 용이하게 도와주거나, 이러한 침해행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음에도 불구하고 이를 위반하는 경우라고 평가될 수 있어야 한다. 그런데 피고의 세이테마 서비스는 회원들 사이의 정보, 지식, 의견 등의 공유를 목적으로 하여 만들어진 것으로 무단복제 게시물의 공유를 주된 목적으로 하고 있다고 보이지 않는 점, 위 서비스가 게시물을 게시할 수 있는 기본적인 기능에 부가하여 저작권 침해를 용이하게 할 특별한 어떠한 기능도 제공하지 않고, 달리 피고가 이용자들의 저작권 침해행위에 간접적으로라도 관여하고 있다고 볼 만한 아무런 사정도 없는 점, 세이테마 서비스의 각 계

시판에 매일 올라오는 새로운 게시물의 수가 만 여건을 넘어 피고가 그 중 저작권을 침해한 것이 있는지 여부를 일일이 파악하는 것이 상당히 어렵고, 그러한 이유로 피고가 정한 세이टे마 운영정책에는 테마를 개설한 테마리더에게 운영정책에 위배되는 게시물이 등록되지 않도록 관리하고 이러한 게시물이 등록되었을 경우 이를 삭제하거나 운영자에게 신고하게 하는 등의 폭넓은 권한 및 의무를 부여하고 있는 점, 피고는 제3자가 이용자의 게시물에 대해 문제를 제기하는 경우 이를 삭제하는 등의 조치를 취해왔으며, 원고들이 피고의 웹사이트에 이 사건 기사 및 사진이 게재된 것에 대해 문제를 제기하자 2004. 6.경 스스로 위 서비스를 중단한 점 등에 비추어 보면, 달리 피고가 이용자들의 저작권 침해행위를 알고 있었거나 알 수 있었고, 나아가 이를 저지할 수 있었음에도 광고 수익 등을 얻기 위해 이를 방치하였다는 등의 사정에 대한 입증이 없는 이상, 피고의 세이टे마 서비스 이용자들이 위 서비스가 제공하는 게시판에 이 사건 기사 및 사진을 원고들의 허락 없이 게재하였다는 점만으로는 피고에게 이용자들의 저작권 침해행위에 대한 방조책임을 인정하기 어렵다.

## ② 테마가 찾은 뉴스 서비스

피고가 원고들이 작성한 기사 및 사진을 원고들의 웹페이지 또는 원고들로부터 이를 제공받은 제3자의 웹페이지로부터 수집하여 피고의 웹사이트에 일부 내용을 게재하고, 다시 이를 해당 웹페이지에 링크한 행위는, 피고가 원고들이 작성한 기사 및 사진을 로봇프로그램을 이용하여 원고들의 웹페이지 또는 원고들로부터 이를 제공받은 제3자의 웹페이지로부터 수집하는 과정에서 원고들의 저작권을 침해하였다는 점에 대해서는 이를 인정할 아무런

증거가 없고, 피고가 자신의 웹사이트에 원고들이 작성한 기사 및 사진을 게시한 해당 웹페이지를 직접 연결(deep link)한 것만으로는 피고가 원고들의 저작물을 복제, 전송, 전시하였다거나 이와 동일하게 볼 수 있는 경우에 해당한다고 보기 어렵다고 하여 배척하였다.

피고가 테마가 찾은 뉴스 서비스를 제공하면서 자신의 웹사이트에 원고들이 작성한 뉴스기사의 제목 또는 제목 및 일부 내용과 작은 이미지로 축소한 사진을 게재한 것이 저작권 침해행위에 해당하는지 여부에 관하여는, 원고들이 작성한 뉴스기사의 제목과 3줄 가량의 일부내용을 게재한 부분은 이를 어문저작물이라고 인정하기 부족하고, 피고가 자신이 웹사이트에 원고들이 저작권을 가지는 사진을 원고의 허락없이 작은 크기로 축소하여 게시한 부분에 대해서는 원고들의 복제권 및 전시권을 침해한 것이라고 할 것이나, 이는 공표된 저작물을 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것으로 볼 수 있으므로<sup>64)</sup> 원고의 주장은 이유 없다고 판시하였다.

---

64) 위 판례는 ① 피고는 자신의 웹사이트에 원고들이 작성한 뉴스기사 및 사진을 게시한 웹페이지를 직접 연결(deep link)하면서 이용자들에게 연결되는 위 웹페이지의 내용에 대한 정보를 제공하기 위하여 위 웹페이지에 게시된 사진을 작은 크기로 축소하여 자신의 웹사이트에 게재한 것에 불과하고, 이용자가 게재된 축소 사진을 선택(click)하면 해당 웹페이지로 직접 연결되어 이용자는 독립된 창을 통해 해당 웹페이지에 게시된 원래의 사진을 보게 되는 점, ② ‘테마가 찾은 뉴스’ 서비스는 이용자들에게 피고의 회원들이 많이 찾은 뉴스기사에 대한 목록 및 정보를 제공하는 것인데, 이는 인터넷을 통하여 제공되는 방대한 양의 정보 중 이용자가 많은 관심을 갖는 정보에 대한 쉽고 빠른 접근을 제공한다는 점에서 공공성을 인정할 수 있는 점, ③ 피고가 사용한 로봇프로그램은 일반인들이 자유롭게 열람할 수 있는 웹사이트에서만 텍스트, 사진 등을 수집하는 점, ④ 당시 피고의 웹사이트가 제공하는 주된 서비스로서 페이지뷰에 직접적인 연관이 있는 부분은 커뮤니티 서비스나 채팅 서비스였고, ‘테마가 찾은 뉴스’ 웹페이지에는 광고가 게재되지도 않았으므로, 피고가 위 서비스를 명백히 상업적으로 이용하였다고 보기 어렵고, 오히려 피고의 ‘테마가 찾은 뉴스’ 서비스로 인해 피고의 웹사이트에 직접 연결된 원고들의 웹페이지 또는 원고들로부터 기사를 제공받는 제3자의 웹페이지가 보다 많은 방문자를 얻게 되는 이익을 보았다고 보이는 점 등을 근거로 들고 있다.

### 3) 판례평석

세이테마 서비스에 대하여 피고의 방조책임을 인정하지 않은 것은 위 서비스가 무단복제 게시물의 공유를 주된 목적으로 하고 있지 않고, 피고가 저작권 침해행위를 용이하게 하였다고 볼만한 증거가 없는 점, 게시물의 방대함으로 인하여 저작권을 침해한 게시물이 있는지 여부를 확인하기 어려운 점 등에 비추어 볼 때, 원고들로부터 저작권침해통지가 있지 않는 한 방조책임을 묻기는 어렵다고 할 것이어서 타당하다고 생각한다.

테마가 찾은 뉴스서비스에 대해서는 피고가 링크한 것만으로 피고가 직접 원고들의 저작물을 복제, 전송, 전시하였다고 볼 수 없다고 하였는데, 피고가 테마가 찾은 뉴스서비스에 원고들의 저작물을 직접 게시한 것이 아니고 링크함으로써 정보를 제공한 것에 불과하여 직접 저작물을 복제, 전송, 전시하였다고 보기 어려우므로 그와 같은 판결에 찬성한다. 또한 원고들이 저작권을 가지는 사진을 원고의 허락 없이 작은 크기로 축소하여 게시한 부분에 대해서는 작은 이미지로 축소한 사진을 게재하여 피인용저작물이 종된 관계에 있고, 이용자가 축소 사진을 클릭하면 해당웹페이지로 연결되므로 그 출처를 표시하였다고 할 것이고, 피고의 링크로 인하여 이용자가 방대한 양의 정보에 대하여 쉽게 접근할 수 있게 하여 공공성을 인정할 수 있어 저작권법 제28조의 공정한 관행에 합치되는 인용이라 할 것이므로 위 판결의 태도는 정당하다고 생각한다.

### (7) 네이버·다음에 대한 정식재판 회부<sup>65)</sup>

인터넷 카페나 블로그에 올라온 음악·동영상 등 저작물들을 불법 공유

---

65) 2008. 12. 24. MBC뉴스(박영희 기자 취재부분), 조선일보 제27426호(정한국 기자 작성부분)



되도록 한 네이버, 다음은 2008. 12. 저작권법 위반 혐의로 약식기소되었  
고<sup>66)</sup>, 현재 정식 형사재판에 넘겨진 상태이다.

네이버와 다음의 사이트를 관리하는 자회사들은 불법 음원을 삭제해달라  
는 요청을 받고도 이를 제대로 삭제하지 않았고, 검찰은 포털 운영사측이  
불법 유통을 알면서도 방조한 것으로 결론내렸다.

위 사건은 인터넷 카페 및 블로그 상의 저작권 침해행위에 대하여 포털업  
체에게 형사적 책임을 묻은 최초 사례이다.

네이버와 다음은 음악을 올릴 경우 적법한 파일인지 확인하는 필터링 시  
스템을 도입해 시행에 들어갔다.

2. 부정경쟁행위{서울중앙지방법원 2008. 11. 20. 선고 2006가합46488 사건  
(오픈마켓 사건)}관련 판례

#### 1) 사실관계

원고들이 전자상점가를 운영하고 있는 피고에 대하여 피고 운영의 오픈마  
켓에서 국내에 널리 알려진 원고의 상품표지인 K2 표장과 동일하거나 유사  
한 상품 표지를 사용한 등산용품을 판매하는 사이버상점(판매자)의 부정경  
쟁행위를 방지하면서 그에 따른 수수료 수입을 얻는 등 피고가 판매자와 공  
동으로 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한법률(이하 '부정경쟁방지법'이  
라 한다) 제2조 제1호 가목에 정해진 부정경쟁행위(상품주체 혼동행위)를 하  
고 있거나, 또는 피고가 판매자의 부정경쟁행위(상품주체 혼동행위)를 방조  
하였다고 주장하면서 부정경쟁방지법 제4조에 기초하여 그 침해행위의 금지  
와 아울러 민법 제760조에 기초한 손해배상을 구하였다.

66) 한국음악저작권협회 등의 고소에 따라 네이버 운영사인 NHN(주) 및 NHN서비스(주)와 위 두회사  
직원 2명, (주)다음커뮤니케이션 및 (주)다음서비스와 위 두회사 직원 2명을 각각 3,000만원의 벌  
금형에 약식기소했다.

## 2) 판결요지

### ① 판매자의 부정경쟁행위

위 판결은 K2 표장이 등산용품 등에 관하여 특정업체의 상품표지로서 주지성과 식별력을 취득하였다고 보아, 개별판매자가 그와 유사한 표지를 등산용품 등에 사용하는 행위는 일반 수요자들로 하여금 그 상품의 출처에 관하여 혼동을 일으키게 할 염려가 있으므로 부정경쟁행위에 해당한다고 보았다.

### ② 인터넷 오픈마켓 운영자의 책임

#### (A) 협의의 공동불법행위 책임을 지는지 여부

판매자들의 부정경쟁행위가 피고 운영의 오픈마켓을 통해 이루어지고 있는 하지만, 판매자의 상품광고행위를 비롯하여 상품가격과 인도방법, 상품과 대금의 인도시기와 방법 등의 상품판매에 관련한 모든 내용은 판매자와 소비자 사이에 결정되고, 피고는 판매자와 구매자 사이의 거래행위가 이루어질 수 있는 장소만을 제공하고, 그 대가로 수수료를 지급받을 뿐이다. 피고가 부정경쟁행위를 하는 판매자의 신원을 공개하지 않고 있다고 인정할 증거가 없고, 원고들이 주장하는 피고의 부정경쟁행위에 대한 가담행위는 피고가 오픈마켓을 운영함에 있어 필요한 본질적인 시설제공행위 내지는 영업행위여서 부정경쟁행위를 하는 판매자에 대해서 뿐만 아니라 피고의 오픈마켓을 통해 상품을 판매하는 모든 판매자에 대해 공통적으로 제공되는 행위이므로 피고는 공동불법행위책임을 지지 않는다.

#### (B) 부정경쟁행위 방조책임을 지는지

인터넷 오픈마켓 운영자에게 판매자의 부정경쟁행위 등을 방지할 일반적인 주의의무가 없고<sup>67)</sup>, 오픈마켓 운영자가 과실에 의한 방조책임을 부담하

는 경우는 「오픈마켓 운영자가 운영하는 오픈마켓에서 부정경쟁행위 등 타인의 권리를 침해하는 행위가 실제로 발생하였고, 오픈마켓 운영자가 그 권리침해행위의 발생사실을 알았거나 알 수 있었다고 인정할 상당한 이유가 있으며, 오픈마켓 운영자가 그 침해행위의 발생 내지 위험성을 방지하거나 제거할 수 있는 구체적인 수단을 가지고 있는 경우에만 오픈마켓 운영자에게 그 침해행위를 방지할 구체적인 방지의무가 발생한다고 볼 수 있으므로 이를 위반한 때」라고 하면서, 이 사건에서는 오픈마켓 운영자가 그러한 상품판매행위 등이 부정경쟁행위임을 알았거나 알 수 있었다고 볼 만한 상당한 이유가 없으므로<sup>68)</sup> 판매중지조치 등 부정경쟁행위의 방지조치를 취하여

67) 위 판례에서는 다음과 같은 이유를 들어 일반적인 주의의무가 없다고 한다. 「오픈마켓에서는 오픈마켓이 제공하는 약관에 동의하는 사람은 누구든지 그 회원으로 가입할 수 있고, 상품의 등록, 가격, 판매, 상품정보의 등록 등은 모두 사이버상점의 판매자가 결정하며, 오픈마켓의 운영자는 전자상점가(사이버공간)를 제공함에 따른 수수료를 받을 뿐이므로 오픈마켓을 이용하여 상품을 구매한 소비자에 대하여도 원칙적으로는 판매자가 등록·판매한 상품으로 인해 생기는 손해에 관해 판매자가 책임을 부담하고, 오픈마켓 운영자는 판매자에 관한 소비자의 혼동을 막기 위해 상품의 판매에 관해 오픈마켓 운영자가 책임이 없다는 사실을 미리 고지하면 판매한 상품으로 인해 생기는 손해에 관해 책임을 부담하지 않는다(전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 제20조). 또한, 오픈마켓의 특성상 오픈마켓에서는 수많은 상품이 등록·판매되고, 그 판매상품에 대해 오픈마켓 운영자는 품질보증 등 판매되는 상품에 관해 신용을 제공하지 않으며 판매자의 신용으로 상품이 판매되는 것이므로, 판매되는 상품이 타인의 특허권, 상표권, 저작권 등 지적재산권을 침해하거나 판매자의 상품판매가 부정경쟁행위에 해당할 가능성도 항상 존재하고 있지만, 오픈마켓 운영자가 그러한 권리침해행위의 직접 주체도 아니고, 그 침해 여부를 판단하기도 용이하지 않다. 따라서 오픈마켓에서 판매되는 상품이 타인의 권리를 침해할 수 있다는 일반적인 권리침해 가능성 내지는 개연성만을 들어 오픈마켓 운영자에 대해 판매자의 상품의 등록·판매행위가 부정경쟁행위 등 타인의 권리를 침해하는지를 일일이 검색하여 미리 삭제하는 등과 같이 판매자의 부정경쟁행위 등을 방지할 일반적인 주의의무를 부담시킬 수는 없다」

68) 2006년 무렵부터 피고 운영의 오픈마켓에서 다수의 판매자들에 의하여 이 사건 표장과 유사한 표장들과 K2나 K-2를 포함한 표장들을 사용하여 상품출처의 혼동을 가져오는 부정경쟁행위가 이루어진 것은 사실이나, 판매자가 피고의 오픈마켓에서 상품을 판매하려면 피고가 미리 마련한 약관에 동의한 후 피고의 회원에 가입하는 것으로 충분하고, 그 후에 판매자 의한 상품정보의 등록과 상품판매가 이루어지는 것이고, 피고로서는 판매자의 이 사건 표장들과 K2나 K-2를 포함한 표장들을 사용한 상품정보의 입력을 미리 차단할 구체적인 수단을 가지고 있지 않으므로 피고가 판매자의 이 사건 표장들과 K2나 K-2를 포함한 표장을 사용한 상품의 등록을 미리 방지할 주의의무는 없다. 한편, 이 사건 표장들과 K2나 K-2를 포함한 표장들을 사용하는 부정경쟁행위가 피고 운영의 오픈마켓에서 실제로 이루어지고 있고, 피고는 상품판매행위가 부정경쟁행위에 해당하는 경우에는 그 상품에 관한 광고를 삭제하고, 그 상품에 관한 판매를 중지시키는 등의 구체적인 조치를 취할 수는 있다. 따라서 피고가 판매자들이 피고의 오픈마켓에서 이 사건 표장들과 K2나 K-2를 포함한 표장

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

### 3) 판례평석

위 판례가 오픈마켓 운영자에게 부정경쟁행위 등을 방지할 일반적인 주의의무를 부정하고, 원고 1 주식회사의 권리침해신고가 있었을 때에 한하여 판매중지조치 등 부정경쟁행위의 방지조치를 취하여야할 의무가 있다고 판단한 것은 오픈마켓운영자의 예견가능성의 측면에서 타당해 보인다.

---

들을 등록, 판매하여 부정경쟁행위를 하였음을 알았거나 알 수 있었다고 인정할 상당한 이유가 있다면 피고는 그 행위를 방지할 주의의무를 부담한다. 그런데, 피고와 같은 오픈마켓 운영자로서는 K2 포장의 상품표지로서의 주지성 및 식별력, 이 사건 포장과 유사표장들 사이의 유사성에 대한 판단이 쉽지 않고 이 사건의 경우에는 특허청, 특허심판원, 법원등에서도 최근까지도 주지성과 식별력에 관해 상반된 판단을 하고 있었고, K2나 K-2를 포함한 표장을 사용하는 개별 판매자의 행위가 부정경쟁행위에 해당한다고 판단한 본안판결도 없으며, 유사표장들이 대부분 등록상표이므로 그 등록상표의 사용이 부정경쟁이 목적으로 등록상표를 사용하여 상표권을 남용하는 것인지 여부는 그 등록상표를 사용하는 구체적인 행태에 관해 개별적으로 판단되어야 하는 것이므로 피고가 판단하기는 매우 어렵다. 따라서 피고가 원고 1 주식회사의 권리침해신고로 특정되어 한정된 이 사건 포장들과 K2나 K-2를 포함한 표지를 사용하는 개별 판매자들에 관해서는 그 판매자들의 행위가 부정경쟁행위임을 알았거나 알 수 있었다고 볼만한 상당한 이유가 있다고 볼 수 있지만(피고는 권리침해신고를 받고 상품판매중지조치를 취하였다), 그와 같은 권리침해신고가 없는 경우에는 부정경쟁행위임을 알았거나 알 수 있었다고 볼 만한 상당한 이유가 있다고 볼 수 없으므로 이에 대해서 까지 판매중지조치 등 부정경쟁행위의 방지조치를 취하여야 할 주의의무를 부담한다고 보기 어렵다.

### 3. 명예훼손 관련 판례

#### (1) 대법원 2001. 9. 7. 선고 2001다36810 판결

##### 1) 사실관계

피고회사(한국통신하이텔 주식회사, 이하 하이텔)의 가입자인 소외 ○○○이 하이텔 공개게시판에 인기가수 박지윤을 비방하는 글을 올렸다. 이에 박지윤 팬클럽 회원인 원고는 그러한 비방이 모욕이나 명예훼손에 해당한다는 취지의 경고문을 위 공개게시판에 올렸다. 그러나 소외 ○○○은 5일간에 걸쳐 원고를 비방하는 내용의 글을 계속하여 게시하였다. 원고는 그 이틀째 되는 날, 하이텔의 게시판 관리담당자에게 소외 ○○○의 글들을 삭제해 줄 것을 요구하였고, 정보통신윤리위원회에서도 원고의 요청을 받아들여 피고 회사에 시정조치를 취할 것을 요구하였는데도, 하이텔은 약 5~6개월 간 소외 ○○○의 글을 그대로 방치하여 두었다.

한편, 하이텔과 이용자 간에 적용되는 정보서비스이용약관에서는, 이용고객으로부터 제기되는 의견이나 불만이 정당하다고 인정될 경우 회사가 이를 즉시 처리하여야 한다는 점과 게시물이 타인의 명예를 손상시키는 내용인 경우 등에는 회사가 이용자에게 사전 통지 없이 게시물을 삭제할 수 있다는 점이 규정되어 있다.

##### 2) 판결요지

전자게시판을 설치, 운영하는 전기통신사업자는 그 이용자에 의하여 타인의 명예를 훼손하는 글이 전자게시판에 올려진 것을 알았거나 알 수 있었던 경우에 이를 삭제하는 등의 적절한 조치를 취해야 할 의무가 있고, 판시 하

이텔의 공개게시판 플라자에 게재된 글들은 피고회사의 정보서비스이용약관 제21조에 정한 '다른 이용자 또는 제3자를 비방하거나 중상모략으로 명예를 손상시키는 내용인 경우'에 해당하고, 피고회사로서는 원고의 정보통신윤리 위원회의 시정조치요구에 따라 그러한 글들이 플라자에 게재된 것을 알았거나 알 수 있었음에도 불구하고, 무려 5,6개월 동안이나 이를 삭제하는 등 적절한 조치를 취하지 아니한 채 그대로 방치함으로써 원고로 하여금 정신적 고통을 겪게 하였을 것임은 경험칙상 명백하므로, 피고는 특별한 사정이 없는 한 원고에게 위와 같은 전자게시판 관리의무 위반행위로 인한 손해배상 책임을 져야 한다.

(2) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2002다72194 판결

1) 사실관계

이 사건은 개인인 원고가 경북 청도군을 피고로 하여 손해배상을 구하는 사건이었다. 원고는 2001. 4.경 청도군 홈페이지에 자신이 공무원으로 재직할 당시 성추행과 금품수수 의혹이 있다는 내용의 글이 수차례 게재되었는데도 청도군이 자신이 내용증명으로 삭제를 요구할 때까지 50일 가량 이 글을 그대로 방치하였다는 이유로 손해배상을 청구한 것이었다. 청도군은 위 내용증명을 받고 곧바로 위 글을 삭제하였다.

2) 판결요지

대법원은 OSP인 인터넷상의 홈페이지 운영자가 자신이 관리하는 전자게시판에 타인의 명예를 훼손하는 내용이 게재된 것을 방치하였을 때 명예훼손으로 인한 손해배상책임을 지게 하기 위하여는, 그 운영자에게 그 게시물

을 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 삭제요구의 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 사람에게 의하여 제3자의 명예를 훼손하는 글이 게시되고 그 운영자가 이를 알았거나 알 수 있었다는 사정만으로 항상 운영자가 그 글을 즉시 삭제할 의무를 지게 된다고 할 수는 없다<sup>69)</sup>고 판시하여, 원고 일부승소판결을 선고한 원심을 파기환송하였다.

### 3) 판례 평석

위 판결에 대하여 다음과 같은 의견이 있다. 70) 표면적으로 보면 위 사건은 종전의 하이텔 사건과 그 결론을 달리하고, 이유설시에 있어서도 OSP가 명예훼손물의 존재를 알았거나 알 수 있었다는 사정만으로 항상 운영자가 그 글을 즉시 삭제할 의무를 진다고 할 수 없다고 함으로써 이와 달리 이러한 사정이 있는 경우에는 운영자에게 적절한 조치를 취할 주의의무가 있다고 판시한 하이텔 사건과 구별된다. 하지만 구체적인 사실관계를 보면, 하이

69) 위 판결에 대하여 피고가 명예를 훼손하는 글이 게시된 것을 알았거나 알 수 있었다는 사정만으로는 그 글을 즉시 삭제할 의무를 부담하지 아니하며, 공식적으로 통지를 받아 구체적으로 알게 되자 이러한 글을 삭제하였다는 점이 피고의 책임을 부정하는 사정이 될 수 있고, 구체적으로 명예를 훼손하는 글이 게시된 것을 알았어야만 그 글을 삭제할 의무를 부담한다고 해석하는 것이 가능하다는 견해가 있다(김수동, 소리바다 사건의 지재권법적 관점에서의 검토, 지식재산 21 통권 제74호(2002. 9), 특허청, 106면).

70) 권영준, P2P 방식에 대한 저작권법적 고찰, 정보통신과 디지털 법제, 커뮤니케이션북스 2004, 312~313면.

텔 게시판 관리담당자에 대한 요구 및 정보통신윤리위원회의 시정조치에도 불구하고 5~6개월간 글을 방치하고, 정보서비스이용약관에서 명시적으로 OSP에게 삭제권한이 부여되었던 하이텔 사건과 그러한 사정이 없는 이 사건은 상당한 차이가 있다고 할 것이다. 그러므로 두 대법원 판결이 상반된다고 결론을 내리는 것은 성급하다. 다만, 대법원이 명예훼손적 발언에 관한 OSP의 책임을 인정함에 있어서 다소 신중해지는 것이 아닌가 하는 예측은 가능하다. 만약 대법원이 그와 같은 미묘한 방향전환을 한 것이라면 이는 바람직하다고 평가할 수 있다.<sup>71)</sup>

### (3) 서울남부지방법원 2006. 9. 8. 선고 2005가단18300 판결

#### 1) 사실관계

피고 2(주식회사 씨비에스아이)는 피고 1(엔에이치엔 주식회사)과 사이에 네이버 뉴스 콘텐츠 공급계약을 체결하였고, 위 계약에 따라 피고 1은 피고 2가 작성한 기사를 제공받고 있었다. 피고2는 노컷뉴스팀을 운영하고 있는데, 노컷뉴스팀의 기자가 노컷뉴스 사이트에 접속하여 기사 내지 정보를 등록하면 노컷뉴스팀이 편집을 한 후 이를 노컷뉴스 사이트에 올리게 되고 서버에 저장된 기사와 정보는 다시 1분 간격을 두고 자동으로 피고1이 운영하는 서버에 그대로 전송된다. 피고 1은 피고 2 등 언론사들로부터 매일 공급되는 기사들 가운데 속보성·화재성·정보성 등을 고려하여 가치가 있는 기사를 주요뉴스로 선별하게 한 뒤, 언론사들이 작성한 기사에서 제목만을 추

---

71) 동일한 OSP 책임론에 있어서도 저작권침해에 관한 OSP의 책임과 명예훼손에 관한 OSP의 책임은 다소 쉼을 달리한다. 명예훼손에 대한 OSP의 책임문제는 표현의 자유와 직결되는 문제로서, 저작권침해의 경우보다 더 민감하게 다루어져야 한다. 미국에서도 명예훼손에 관하여서는 OSP의 책임을 면제하는 것으로 입법적인 정리가 이루어졌고, 일본 판례 역시 명예훼손에 관한 OSP의 책임을 인정함에 있어서 지극히 신중하다.



출하여 네이버의 분야별 주요뉴스란에 배치하게 함으로써 네이버에 접속한 사람들이 그 기사제목을 클릭하면 원래 기사를 보내온 언론사의 표시와 함께 송고된 기사내용이 그대로 노출되도록 하고 있다.

피고 2(데이터베이스 및 온라인 정보제공업 등을 목적으로 하여 설립된 법인)의 노컷뉴스팀 기자는 2005. 3. 8. 서울시장이던 이명박이 열린우리당 김현미 대변인이 자신에 대하여 한 이야기에 대하여 불쾌감을 표시하면서 말을 그렇게 함부로 할 수 있느냐는 취지로 이야기를 하자 이를 노컷뉴스 사이트에 올리면서 '열린우리당 김현미 대변인'을 '한나라당 전여옥 대변인'으로 잘못 입력하여, '이명박 시장, "전여옥 대변인, 말을 그리 함부로 하나" 라는 제목으로 마치 원고가 같은 한나라당 소속의 이명박에 대하여 여의도에 상주하다시피 한다는 취지의 비난을 하였던 것처럼 기재하였다. 위 기사가 같은 날 18:50경 포털사이트 네이버로 사진과 함께 자동 전송되었고, 피고 1은(포털사이트인 네이버를 운영하는 회사) 같은 날 19:00경 분야별 주요 뉴스 중 시사분야란에 그 제목을 「이명박, "전여옥, 말을 그리 함부로..."」라고 축약하여 배치하였다. 위 기사가 게재된 지 50여분이 지나 피고 1은 같은 날 19:51경 "전○○ 대변인" 부분을 '김○○ 대변인'으로 수정하였으며, 위 기사를 전송받아 그대로 게재되는 방식에 의하여 네이버에 게재된 기사도 자동으로 수정되었다. 이에 위 "전여옥 대변인"이 피고들을 상대로 명예훼손에 기한 손해배상청구소송을 제기하였다.

## 2) 판결요지

피고2에게 명예훼손에 따른 손해배상책임이 있는 것은 명백하다. 피고1은 위 기사작성과정에 개입하지도 않았고 단지 피고 2가 전송해준 기사를 그대로 게재하였을 뿐이며, 제목 또한 피고 1이 전송해 준 기사에 의존하여 작

성할 수밖에 없으므로, 원고에 대하여 허위기사 게재에 따른 책임을 부담하지 않는다고 주장하였다. 이에 대하여 법원은 불특정 다수가 접속하여 볼 수 있는 포털 사이트를 운영하는 피고 1로서는 기사의 대상이 되는 인물에 대한 관계에서는, 자신의 사이트에 게재되는 기사가 사실내용과 맞는지 여부를 확인하는 작업을 통하여 기사의 대상인물에게 명예훼손 등의 손해를 입히지 않도록 주의할 의무가 있다고 할 것이고, 피고들 간의 내부관계에서 기사작성과 전송 및 게재의 체계상 피고 1이 기사의 진실성을 확인할 수 있는 방법의 여지가 없다고 하더라도 그와 같은 사유는 피고들 내부에서 책임의 분담을 정할 때 주장할 사유는 될 수 있을지언정 허위기사로 인하여 피해를 입은 원고에 대하여 대항할 수 있는 사유가 된다고 볼 수 없다고 하여 피고 1의 면책주장을 배척하였고, 피고들에 대해서는 공동불법행위자로서 연대하여 원고에게 위자료로 500만원을 지급할 의무가 있다고 판시하였다.

### 3) 판례평석

위 판결이 피고 1 주식회사에 공동불법행위자로서 책임을 부과한 것은 피고 1주식회사가 위 기사의 '내용'에 대하여 편집권은 없으나, 피고 1 주식회사로부터 받은 기사를 취사선택하여 네이버의 분야별 주요뉴스 중 시사분야란에 배치하였고, 제목을 축약한 점에서 볼 때, 피고 1의 명예훼손행위를 단순히 용이하게 한 것에 그치지 않는다는 것을 그 근거로 들 수 있을 것이다.

(4) 서울중앙지방법원 2007. 5. 18. 선고 2005가합64571 판결

#### 1) 사실관계

서○○(이하 망인이라 한다)의 어머니는 2005. 5. 5. 피고 에스케이커뮤니케이션즈 운영의 싸이월드 내에 있는 망인의 미니홈피에 '원고(김모씨로 지칭)가 망인에게 결혼을 약속하며 끈질기게 성관계를 요구하였으나 망인이 첫 유산 이후 두 번째 임신을 하게 되자 일방적으로 헤어질 것을 강요하고, "내 아이가 맞느냐? 임신을 했다 해도 정자덩어리일 뿐이다" 등의 극언을 하였으며, 이를 나무라는 망인의 어머니를 경찰에 고소하고 망인의 합의 간청을 매정하게 거절하여 망인이 그 충격으로 자살을 하기에 이르렀으므로, 이 사연을 널리 퍼뜨려 줄 것을 호소하는'내용의 글을 게시하였다(이하 이 사건 게시물이라 한다). 이후 위 망인의 미니홈피에 접속자수가 폭주하고, 그 중 많은 수가 이 사건 게시물을 자신의 블로그 또는 카페에 옮기는 방법으로 이를 전파 하였다. 또한 망인을 추모하고 원고를 응징하자는 취지의 카페가 개설되고, 서명 운동이 개진되기도 하였다. 2005. 5. 8.부터 피고들(피고들은 엔에이치엔 주식회사, 주식회사 다음커뮤니케이션, 에스케이커뮤니케이션즈 주식회사, 야후 코리아 주식회사이다)이 운영하는 포털사이트의 뉴스 서비스란을 통하여 위와 같이 네티즌들이 망인을 추모하고 원고를 비난하는 현상을 전하는 기사들을 게재하였는데, 그 중에는 망인의 실명을 밝히거나 망인의 미니홈피 초기화면 사진을 포함한 것들도 있고, 심지어는 원고를 비난하는 기사도 있으며, 위 기사들에 달린 수많은 댓글 들을 통해서 원고의 실명과 신상정보가 밝혀지기도 하였다.

## 2) 판결요지

인터넷 포털 사이트 운영자인 피고들은 언론사들로부터 전송받는 기사들을 분야별로 분류하고, 속보성, 정보성, 화제성 등의 편집기준에 따라 중요도를 판단하여 주요화면에 배치하기도 하는 점, 독자들의 흥미도 등을 고려

하여 기사의 제목을 변경하여 붙이기도 하는 점, 게시하는 기사 밑에 네티즌이 댓글을 작성할 수 있는 공간을 만들어 기사에 대한 관심을 유도하고 때로는 기사 자체의 내용을 넘어서는 정보교환 또는 여론이 형성되도록 유도하기도 하는 점, 언론사와의 계약을 이유로 피고들의 제3자에 대한 손해배상책임이 면책되지 않는 점, 포털 사이트의 경우에는 여러 곳에서 제공 받은 기사를 게시하게 되므로 기사로 인한 영향력이 기사의 작성자보다 더 커질 수도 있는 점 등을 고려할 때, 인터넷 포털 사이트가 단순한 기사 정보의 전달자 역할에 그쳐 그 기사 내용에 대하여는 책임이 없다고 할 수 없다. 위 기사들이 원고의 실명을 적시하고 있지는 않으나 내용 중의 망인의 미니홈피 사진, 망인의 실명, 댓글 등을 통해 쉽게 원고의 신상에 대한 정보를 얻을 수 있으므로, 피고들은 위 '기사'들을 게재함으로써 원고의 명예를 훼손하게 된다는 점을 알았거나 쉽게 알 수 있었음에도 위 기사들을 게재하여 원고의 명예를 훼손하였다.

'검색 서비스'의 경우 피고들은 검색을 통하여 노출되는 자료에 차등을 두는 등 검색 결과에 대하여 관리자의 역할을 하고 있으므로 명예훼손적인 자료들이 검색될 위험이 큰 상황을 인식하였다면 그러한 자료들이 현출되지 않도록 하여야 하고, '커뮤니티 서비스'의 경우 게시된 표현물에 대하여 항시적인 모니터링 및 삭제 의무를 부담하는 것은 아니라 하더라도, 커뮤니티 영역이 당초 피고들이 제공한 영역이고 또한 그것을 이용하는 이용자들의 수, 활동량 등에 따라 피고들이 광고 수입을 올리는 등 이익을 얻고 있는 점을 감안할 때, 일상적인 모니터링을 통하여 그러한 게시물이 존재하는 사실을 알게 되었다면 커뮤니티 관리자에 대하여 그 게시물의 삭제를 요청하거나 직접 삭제하는 등 조치를 취해야 할 의무가 있다. 이 사건의 경우 원

고에 대한 게시물이 검색어 순위 상위에 오르고 수많은 댓글이 달리는 등  
피고들이 그 존재를 쉽게 알 수 있었으므로 이를 방치하고 검색 서비스 등  
을 통하여 쉽게 접근할 수 있게 하였다면 원고에 대한 명예훼손 행위가 된  
다.

손해배상의 범위와 관련하여, 위자료에 한하여 인정하였고, 원고는 네티즌들의 협박으로 인하여 다니던 회사를 그만두게 되고, 학교에 다니지 못하게 되었으며, 이사를 해야 했으므로 그에 따른 재산적 손해의 배상을 청구하나 피고들의 행위와 상당인과관계가 인정되지 않는 것으로 보아 이 부분 청구는 기각하였다.

### 3) 판례평석

뉴스에 대해서는 피고들이 분류하고 중요도에 따라 배치하며, 주요기사의 경우에는 편집판에 올림으로써 위와 같은 명예훼손의 내용이 담긴 기사라는 점을 인식하였을 것으로 생각되므로, 이에 대하여 명예훼손으로 인한 손해배상책임을 부담하게 한 것은 이해할 수 있다. 또한 검색서비스는 명예훼손적인 기사를 배치, 올림으로서 그 기사에 언급된 원고의 실명, 망인의 실명 등이 검색된다면 인터넷의 특성상 순식간에 명예훼손이 확산될 것이라는 점을 인식할 수 있으므로 금척어를 설정하는 등으로 명예훼손적인 표현물이 확산되지 않도록 할 수 있고, 이를 게을리하였다면 과실이 있다고 볼 수 있을 것이다.

그런데, 커뮤니티 서비스를 이용한 카페, 클럽 등 동호회, 블로그, 미니홈피 등의 경우 회원들이 자발적으로 개설하여 운영하는 것이고, 커뮤니티 서비스의 운영은 자율이고 커뮤니티 서비스의 개설 및 운영과 관련한 모든 책임은 커뮤니티 서비스의 개설자 및 이용자가 부담하고, 포털사이트는 특별

히 신고받은 경우를 제외하고는 일반적, 정기적으로 모니터링을 할 의무를 부담하지 않으며, 이용자들이 사람을 비방할 목적으로 명예를 훼손하는 행위 등을 한 경우 게시물의 삭제 등을 할 권한이 있는 것으로 운영되어 왔는바, 커뮤니티에 게시되는 표현물에 명예훼손적인 표현이 있었다 하더라도 원고가 삭제요청을 하기 전에 피고들에게 삭제하여야 할 의무가 있는 것인지(위 판례에서는 원고의 삭제요청이 있기 전에도 피고들에 의하여 삭제조치가 상당부분 이루어졌다<sup>72)</sup>), 또 원고가 삭제할 정보를 특정하지 아니하였는데 이러한 경우에도 피고들에게 삭제할 의무가 있는 것인지 의문이 든다. 이는 명예훼손적 표현에 대하여 온라인서비스제공자의 책임을 극히 제한하는 다른 나라의 판결과도 대비된다.

또한 커뮤니티 서비스에 명예훼손적인 표현을 삭제하지 않은 것에 대하여 직접 명예를 훼손하였다고 판단하였는데, 뉴스 및 검색서비스와는 달리 피

---

72) 위 판례에서 원고가 피고 엔에이치엔, 에스케이커뮤니케이션즈, 피고 야후코리아에 대하여 1. 관련 기사에 달린 원고 관련 댓글 전체 삭제, 2. 관련 추모, 안티카페, 미니홈피, 블로그 등 원고의 피해가 우려되는 커뮤니티의 폐쇄, 3. 원고와 관련된 검색시 나타나는 직간접 정보에 대한 삭제요구를 한 시점은 2005. 6. 27. 이고, 이에 대해 위 피고들은 원고의 요구만으로는 관련 게시물을 특정할 수 없어 이에 대한 해결책 마련이 어려우니 문제되는 글을 특정하여 삭제를 요구하여 달라고 답변한 것은 사실이다.

그러나, ① 피고 엔에이치엔은 2005. 5. 16.경부터 원고의 실명이 실시간 검색어 순위에 나타나기 시작하여 원고의 실명을 검색어 순위에서 제외시켰고, ② 피고 다음커뮤니케이션은 쿠키뉴스 K' 기자의 기사를 독자들이 접근하기 쉬운 편집 판에 올리고 댓글창을 개방한지 3시간여 후 그 댓글에서 네티즌들이 싸이월드 망인이 홈페이지에서 밝혀낸 원고의 실명을 밝히고 비방하기 시작하자, 위 기사를 편집판에서 내리고 거기에 달린 댓글들을 삭제하였고, 이후 네티즌들이 위 피고의 토론방 서비스, 카페 서비스 등을 통하여 원고를 비방하는 글을 연속하여 게재하자, 위 피고는 원고 및 망인이 실명이 거론되거나 명예훼손적 표현이 실린 글을 찾아 삭제하였고, ③ 피고 에스케이커뮤니케이션즈는 2005. 5. 7. 망인의 미니홈피에 방문자 수가 급증하고 원고를 비방하는 내용의 게시물이 증가하고 있음을 이상히 여겨 자체 모니터링을 실시하여 같은 달 8. 망인의 유가족에게 위 게시물이 명예훼손의 우려가 있으니 위 미니홈피를 자진 폐쇄할 것을 요청하고, 그 무렵부터 원고의 실명 및 신상에 관한 정보가 포함된 타 회원들의 미니홈피의 게시물들을 찾아 삭제하였다. 2005. 5. 21.부터 같은 해 6. 30. 사이에 김재춘에 의하여 '원고의 실명이 거론되는 명예훼손적인 게시물이 등록되어 있으니 이를 삭제해 달라'는 신고가 접수되어 그 중 2건이 위 피고에 의하여 삭제되었으며, ④ 피고 야후코리아는 2005. 5. 9.경부터 뉴스서비스 영역에서 원고와 관련된 명예훼손적인 위험이 큰 댓글들을 삭제하였다.

고들은 커뮤니티 서비스에 직접 명예훼손 표현물을 게시한 자가 아닌바, 그러한 자에게 독립적으로 명예훼손책임이 있는 것으로 평가할 수 있을지 의문시 된다. 위와 같은 경우 직접 명예훼손 게시물을 작성한 자들에 대한 방조책임 성립여부를 검토하는 것이 더 바람직했을 것이다.

#### 4) 항소심 판결(서울고등법원 2008. 7. 2. 선고 2007나60990 판결)

위 판결의 항소심은 1심 판결보다 위자료 금액을 증액하였고, 관련 기사 게재로 인한 불법행위와 원고의 명예를 훼손하는 게시물 방치로 인한 불법행위를 나누어 관련기사 게재로 인한 불법행위는 피고 야후코리아를 제외한 피고들인 피고 엔에이치엔, 다음커뮤니케이션, 에스케이커뮤니케이션즈는 원고 관련 기사를 게재함에 있어서 유사 편집행위를 하였으므로, 위 피고들은 원고에 대하여 해당 언론사들과 함께 공동불법행위자로서 위 기사들로 인하여 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 판시하였고, 원고의 명예를 훼손하는 게시물 방치로 인한 불법행위에 대하여서는 원고의 삭제 요청이 없다고 하더라도 피고 에스케이커뮤니케이션즈가 서○○의 유가족에게 미니홈피의 자진폐쇄를 요청한 2005. 5. 8.부터 위와 같은 현상을 우려하는 언론보도가 있었던 같은 달 11.까지 사이에 원고 관련 게시물로 말미암아 원고의 명예가 훼손되고 사생활이 침해되는 등의 피해가 발생, 확대되고 있음을 인식하였거나 적어도 예견할 수 있었고, 피고들은 검색서비스에 금칙어를 설정하고, 모니터링하여 명예를 훼손하는 글을 삭제할 수 있는 권한이 있었던 점 등을 들어 침해행위의 회피가능성이 있었으므로 위와 같은 게시물을 삭제하거나 검색을 차단할 주의의무가 있었음에도 이를 위반한 이상 이는 원고 관련 게시물의 작성자의 원고에 대한 불법행위를 방조한 경우에 해당

한다고 판시하였다.

1심과는 달리 기사의 게재에 대해서는 기사를 제공한 언론사들과 공동불법행위 책임을 지는 것으로, 명예훼손 게시물을 방치한 것에 대해서는 게시물 작성자의 불법행위를 방조한 경우에 해당한다고 판시한 것 자체는 진일보하였으나, 커뮤니티의 명예훼손 게시물에 대하여 삭제통보가 있기 전에도 삭제할 의무가 있다고 판단한 점에 있어서는 포털사이트에 지나친 주의의무를 부과하는 것으로 보인다.

5) 대법원 판결(대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 판결)

대법원은 피고 엔에이치엔 주식회사, 피고 주식회사 다음커뮤니케이션, 야후코리아 유한회사의 제기한 상고를 기각하였고, 기사 선별 및 게재행위로 인한 책임에 대해서는 인터넷 종합 정보제공 사업자가 보도매체가 작성·보관하는 기사에 대한 인터넷 이용자의 검색·접근에 관한 창구 역할을 넘어서서 보도매체로부터 기사를 전송받아 자신의 자료저장 컴퓨터 설비에 보관하면서 스스로 그 기사 가운데 일부를 선별하여 자신이 직접 관리하는 뉴스 게시공간에 게재하였고 그 게재된 기사가 타인의 명예를 훼손하는 내용을 담고 있다면, 이는 단순히 보도매체의 기사에 대한 검색·접근 기능을 제공하는 경우와는 달리 인터넷 종합 정보제공 사업자가 보도매체의 특정한 명예훼손적 기사 내용을 인식하고 이를 적극적으로 선택하여 전파한 행위에 해당하므로, 달리 특별한 사정이 없는 이상 위 사업자는 명예훼손적 기사를 보도한 보도매체와 마찬가지로 그로 인하여 명예가 훼손된 피해자에 대하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다고 판단하였다. 또한 인터넷 종합정보



제공사업자가 보도매체로부터 기사를 제공받기로 하면서 제공받은 기사를 임의로 삭제할 수 없다는 약정을 하였다고 하더라도 이는 보도매체와 사이의 내부적인 책임분담 약정에 불과하여 이를 이유로 위 사업자의 기사 선별 및 게재행위로 인한 책임까지 면할 수 없다고 판단하였다.

인터넷 종합정보제공 사업자가 자신이 제공하는 인터넷 게시공간에 타인이 명예훼손적 게시물을 게시한 경우, 사업자의 관리책임은 불법성이 명백한 게시물로 인한 타인의 법익침해 가능성을 충분히 인지할 수 있고 그의 관리가 미칠 수 있는 일정한 범위 내에서 제한적으로 인정되어야 하는데, 명예훼손을 당한 피해자로부터 구체적·개별적인 게시물의 삭제 및 차단요구를 받은 경우는 물론, 피해자로부터 직접적인 요구를 받지 않은 경우라 하더라도 그 게시물이 게시된 사정을 구체적으로 인식하고 있었거나 그 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러나며, 또한 기술적, 경제적으로 그 게시물에 대한 관리·통제가 가능한 경우에는, 위 사업자에게 그 게시물을 삭제하고 향후 같은 인터넷 게시공간에 유사한 내용의 게시물이 게시되지 않도록 차단할 주의의무가 있고, 그 게시물 삭제 등의 처리를 위하여 필요한 상당한 기간이 지나도록 그 처리를 하지 아니함으로써 타인에게 손해가 발생된 경우에는 부작위에 의한 불법행위책임이 성립된다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

대법원 판결의 별개의견은 다음과 같이 판단하고 있다. 인터넷 종합 정보 제공 사업자의 명예훼손 게시물에 대한 삭제의무는 특별한 사정이 없는 한 위 사업자가 피해자로부터 명예훼손의 내용이 담긴 게시물을 '구체적·개별적으로 특정'하여 삭제하여 달라는 요구를 받았고, 나아가 그 게시물에 명예훼손의 불법성이 '현존'하는 것을 '명백'히 인식하였으며, 그러한 삭제 등의

조치를 하는 것이 '기술적·경제적으로 가능'한 경우로 제한하는 것이 타당하다고 본다. 다만, 현실적으로 피해자의 삭제요구가 없어도 삭제요구가 있는 경우와 동일시할 수 있는 경우로서, 예를 들어 피해자로부터 직접적인 삭제요구는 없었으나 삭제를 희망하고 있음을 간접적인 경로를 통하여 충분히 알게 된 때에는 삭제요구가 있는 것과 동일하게 취급하여 삭제의무를 인정할 여지는 있다고 하면서, 원고가 2005. 6. 27. 피고들에게 관련기사에 달린 원고 관련 댓글 전체 삭제, 원고의 피해가 우려되는 커뮤니티의 폐쇄, 원고와 관련한 검색시 나타나는 직간접 정보 등의 삭제 및 차단을 요구하였는데 이 사건과 같이 명예훼손행위가 다수의 인터넷 게시공간에서 광범위하고 급속하게 이루어진 경우 피해자가 이를 일일이 확인하는 것이 현저히 곤란한 때에는 개개의 명예훼손행위를 구체적으로 특정하지 않고 어느 정도 개괄적인 방식으로 특정하는 것도 유효한 삭제요구로 취급될 수 있다고 하면서, 원고의 위 인정과 같은 삭제요구만으로도 위 피고들로서는 구체적으로 원고가 삭제를 요구하는 게시물이 무엇인지 특정하여 인식할 수 있다고 봄이 상당하고, 게시들은 명예훼손의 불법성이 인정되는 실체적 요건을 갖추고 있음이 명백하며, 이러한 게시물에 대하여 피고들의 관리 통제 아래 기술적·경제적으로 삭제조치가 가능하므로 삭제의무 위반을 인정할 수 있다고 판단하였다.

위와 같은 대법원의 다수의견에 대해서는 1심과 항소심 판결에 대한 위와 같은 비판이 그대로 적용된다 할 것이고, 별개 의견은 피해자가 명예훼손 게시물을 구체적·개별적으로 특정하여야 삭제의무가 발생한다고 하면서도 개괄적인 방식으로 특정할 수 있다고 함으로써 논리적으로 모순일 뿐 아니라 이 사건에서와 같이 관련 게시물이 많은 경우에 포털사이트에게 지나치

게 과중한 주의의무를 부담하게 하는 것이라고 생각한다.

4. 프라이버시(서울중앙지방법원 2007. 5. 31 선고 2006가합22338, 38197 판결, 리니지 사건) 관련 판례

(1) 사실관계

원고들은 피고 회사가 개발·운영하는 이 사건 게임서비스를 받기 위한 피고회사의 온라인 회원으로 가입한 적이 없는데도 2001.경부터 2006. 3.경까지의 기간 중에 자신도 모르게 타인에 의해 원고들의 성명 및 주민등록번호가 도용된 채 피고회사의 온라인 회원으로 가입됨으로써 명의도용피해를 입었다고 주장하였다.

(2) 판결요지

비록 온라인 게임서비스 제공자가 게임서비스의 온라인 회원가입절차에서 본인확인 의무를 부담하지는 않는다<sup>73)</sup>고 하더라도, 온라인 게임서비스 제공자로서는 게임서비스의 이용신청자 및 이용자 중에는 명의를 도용하여 부당하게 온라인 회원으로 가입하여 위 게임서비스를 이용하는 자가 있음을 알 수 있었던 경우라면 이를 차단하기 위한 적절한 조치를 취함으로써 명의도용행위에 도움을 주지 아니할 주의의무<sup>74)</sup>는 있다고 봄이 상당하나, 게임서

73) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 및 피고회사가 마련한 정보보호정책 등의 관련 규정이 피고회사에게 본인확인 의무를 부담시키는 근거가 된다고 보기 어렵고, 본인확인 의무를 정보통신서비스제공자에게 부과하는 근거규정에 관한 아무런 입증이 없으며, 조리상의 본인확인 의무를 부담시킬 수도 없다.

74) 원고들은 「피고들이 실명확인제 외에 ‘본인확인서류의 추가 제출’, ‘휴대폰 본인인증제’, ‘신용카드인증제’, ‘공인인증서인증제’ 등 보다 확실한 본인확인수단을 추가로 도입하는 방법, 온라인 회원가입절차에서 이용자의 접속지역이나 입력된 회원가입정보를 세밀히 검토하여 명의도용에 의한 가입이 의심되는 패턴을 색출해 내어 미리 차단하는 방법, 온라인 회원가입이나 이용을 위한 접속과정에서 작업장이나 아이템 중개업자들이 이용하는 것으로 추정되는 동일한 IP(Internet Protocol, 통상적으로 인터넷상의 접속주소를 말한다.)에서의 실시간 대량 접속행위나 VPN(Virtual Private Network, 가상사설망)이나 Proxy 서버 서비스를 이용한 우회 접속의 경로를 미리 차단하는 방법 등 불법적인 명의도용행위를 일삼는 작업장 내지 아이템 중개업자들에 의한 이 사건 게임의 온라인

비스가 인터넷을 통해 수시로 또한 대규모로 이루어지는 비대면 거래로서 서비스 제공자의 입장에서는 이용자 각각의 서비스 이용실태를 개별적으로 파악하여 그 중 명의도용에 의한 회원가입 내지 이용행위인지 여부를 식별해 내는 것이 용이하지 않다는 점을 고려할 때, 온라인 게임서비스 제공자가 부담하는 적절한 주의의무는 어떠한 경우도 이를 식별해 내어 차단할 수 있을 정도의 최상의 수준이 되어야 한다고는 볼 수 없고, 관련 인터넷 기술의 발전 수준, 제공되는 정보통신서비스의 특성, 운영 주체로서의 서비스 제공자의 영리적 성격, 기술적 수단의 도입에 따른 일반 이용자에 대한 이익과 불이익 등을 종합적으로 고려하여 온라인 게임서비스 제공자가 부담하는 주의의무의 수준 및 그 의무의 위반 여부를 판단하여야 하는데, 이 사안에서는 제반 사정에 비추어 게임서비스 제공자로서는 명의도용에 의한 회원가입 및 이용행위를 방지하기 위한 주의의무를 다하였다<sup>75)</sup>고 보아 명의도용에 대한 방조의 불법행위책임을 부정하였다.

### (3) 판례평석

위 판례의 결론에 있어서는 찬동하나, 위 게임서비스를 다수의 이용자가 이용한다는 점 등에서 보아 피고가 구체적인 명의도용 사실을 알았거나 자

---

회원가입 및 이용행위를 사전·사후에 차단하기 위한 기술적 수단이 충분히 마련되어 있었음에도 불구하고, 명의도용 여부를 불문하고 회원가입자수의 절대 규모의 증가 및 게임 외에서의 아이템 거래의 확대가 피고 회사의 영업에 유리하다고 보아 위와 같은 작업장 내지 아이템 중개업자들과 유착하여 명의도용에 의한 온라인 회원가입 및 이용행위를 묵인 내지 방치하여, 고의·과실로 명의도용에 의한 불법행위를 방조함으로써 원고들에게 손해를 입혔다」고 주장하였다.

75) 피고회사는 이 사건 게임서비스의 개시 당시부터 이 사건 명의도용의 동기가 된 이용자들에 의한 게임 외에서의 아이템 거래행위를 이 사건 이용약관으로써 엄격히 금지하고, 이용자의 위반행위가 발견된 경우에는 계정압류 등의 불이익 조치를 취하였고, 피고회사는 자동사냥 프로그램에 의한 이 사건 게임 내에서의 아이템 수집행위에 대하여 Game Guard 등 각종 보안프로그램을 도입하여 그와 같은 프로그램의 접속 자체를 차단하고, 캐릭터의 비정상적인 활동을 감시·규제하기 위한 감시팀을 상시로 운영하였으며, 2006. 2. 23.경부터 온라인 회원가입시 휴대폰을 통하여 본인임을 확인하는 휴대폰 인증제를 시행하고 있다.

신의 명의가 도용되었음을 피고에게 고지하였을 때 한하여 피고에게 명의도용행위에 도움을 주지 아니할 주의의무가 발생한다고 봄이 상당하다고 생각한다.

## 5. 음란물 관련 판례

(1) 서울지방법원 2003. 6. 26. 선고 2002노9668 판결

### 1) 사실관계

피고인 3 주식회사는 전기통신회선설비 임대 및 유무선 전기통신사업 등을 목적으로 설립된 법인이고, 피고인 1은 위 회사의 직원으로서 위 회사의 인터넷 포털 서비스 사이트 내 오락채널을 총괄하는 팀장, 피고인 2는 위 회사의 직원으로서 오락채널 내 만화사업을 책임지고 운영하는 사람이다. 피고인 1, 2는 인터넷 포털 서비스 사이트 내의 오락채널에 성인만화방을 개설한 다음 공소외인들이 위 성인만화방 사이트 내에 음란한 내용의 컴퓨터 파일을 속칭 컨텐츠 형태로 게시해 놓고, 피고인들이 운영하는 인터넷 가입회원 약 3만 명에게 1권당 50원 내지 500원을 받고 위 만화를 보게 하는 등 피고인들이 관리하는 성인만화방 사이트의 전기통신 역무를 이용하여 음란한 영상을 반포·판매하도록 방조하고, 피고 3 주식회사는 피고인 회사의 직원들인 피고인 1,2가 피고인의 업무에 관하여 위와 같은 행위를 하였다.

### 2) 판결요지

위 판결의 1심 법원에서는 피고인 1,2가 컨텐츠 제공업체와 '공모하여' 위와 같은 음란한 만화 등을 성인만화방에 게재해 놓고 위 만화 등을 보게 하였다는 점을 인정할만한 증거가 부족하다고 판단하여, 피고인들에 대하여

무죄판결을 하였고, 항소심법원 역시 피고인 1,2를 전기통신기본법위반죄의 공동정범으로 인정할 만한 증거가 없다고 하여 검사의 항소는 이유 없다고 판단하였으며, 검사가 예비적으로 위와 같은 전기통신기본법위반방조의 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경허가신청을 하고, 법원이 이를 허가하였다.

위 법원은 피고인 1,2에 대하여 방조범의 책임을 인정하였는데, 구 전기통신사업법 제48조의 2에서는 전기통신역무를 이용하여 음란한 영상을 반포, 판매하는 것을 금하고 있는 점, 전기통신사업법 제53조 제1항(2002. 12. 26. 법률 제6822호로 개정되기 전의 것)도 전기통신을 이용하는 자는 미풍양속을 해하는 내용의 통신을 하여서는 아니 된다고 규정하고 있는 점, 피고 1,2는 무료사이트에서 유료사이트로 전환하기 위해 수익사업의 일환으로 위 성인만화방을 개설하였고, 수익금이 피고 3에게 분배되었으며, 피고 3 주식회사는 콘텐츠 제공업체와 사이에 콘텐츠 제공업체가 사회윤리를 침해하는 내용의 정보를 콘텐츠에 담는 경우 계약을 해지할 수 있도록 약정한 점 등을 종합하여 보면, 피고인들은 단순히 성인만화방이라는 웹상의 메뉴를 개설하여 콘텐츠 제공업체로 하여금 독자적으로 콘텐츠를 게재·삭제하도록 가상공간을 임대하기만 한 것이 아니라 그 사용을 허용한 가상공간에 대체로 어떠한 내용이 게재될 것인지를 사전에 예상하였고, 그 게시 콘텐츠의 뷰잉프로그램을 개발하여 제공하는 등 게시의 편의를 적극적으로 도모하였을 뿐 아니라 그 사용을 허용한 가상공간에 대한 시스템상 사용 및 보안권한 설정권을 보유하는 등 일반적 통제권한을 보유하여 콘텐츠의 내용을 실시간으로 지속적으로 쉽사리 검색·파악할 수 있었고 그것이 위 피고인들의 주요 업무내용이었던 점을 종합하여 보면 피고인 1, 2는 콘텐츠 제공업체가 위 성

인만화방에 게시하는 만화를 적어도 사후에 관리, 감독할 권한을 가지고 있었다고 할 것이고, 이 사건과 같은 음란만화가 지속적으로 게시되고 있다는 사실을 안 이상 그 삭제를 요구할 의무가 있었다고 할 것임에도 불구하고 계속 이 사건 만화를 게재하도록 함으로써 콘텐츠 제공업체의 범행을 용이하게 하여 방조하였다.

### 3) 판례평석

위 1심 판결이 피고인 1,2에게 공동정범에 해당하지 않는다고 판단한 것은 피고인 1,2가 직접 콘텐츠를 제공한 것이 아니라는 점에서 타당하다고 생각한다.

그런데, 피고인 3이 콘텐츠에 대한 정보이용료로 받은 수익금을 배분받았고, 피고인 1,2가 수익사업의 일환으로 성인만화방을 개설하였으며, 게시 콘텐츠의 뷰잉프로그램을 개발하여 제공하는 등 게시의 편의를 도모하였던 점 등에 비추어 볼 때, 단순히 가상공간만을 임대한 것이라고 볼 수는 없을 것으로 생각하므로 방조책임을 인정한 위 판결에 찬성한다.

## (2) 대법원 2003. 7. 8. 선고 2001도1336 판결

### 1) 사실관계

피고인은 1998. 5. 8.경부터 1998. 6. 23.경까지 사이에 인터넷 서비스업체인 아이뉴스(Inews)상에 개설한 인터넷 신문인 '팬티신문'에 원심 공동피고인, 피고인 2가 개설한 각 홈페이지들 및 공소외 1이 미국 인터넷 서비스업체 지오시티스(geocities)상에 개설하여 수십 개의 음란소설을 게재한 홈페이지에 바로 연결될 수 있는 링크사이트를 만들고, 이를 통해 위 원심공동피

고인, 피고인 2, 공소외 1이 음란사진과 음란소설을 게재하고 있는 사이트에 바로 접속되도록 하여 위 '팬티신문'에 접속한 불특정 다수의 인터넷 이용자들이 이를 컴퓨터 화면을 통해 볼 수 있도록 하였다.

## 2) 판결요지

피고인 1은 '팬티신문'이라는 웹사이트를 직접 운영하면서 자신의 웹사이트에 접속하는 사람들의 수가 많아야 팬티회사로부터 많은 광고료를 받을 수 있다는 계산 아래, 음란한 부호 등을 미끼로 내세워 이용자들의 접속을 유도하기 위하여 그 초기화면의 좌측 하단에다가 "관련 사이트" 항목을 별도로 만든 다음, 거기에다 'free photo', 'nippon', 'sixnine 주식회사', '섹스롤렛', '야한 박물관', '야설' 등의 링크 표지를 집중적으로 나열해 놓았고, 위와 같이 링크된 웹사이트들은 실제로 불특정·다수인이 위 링크를 이용하여 아무런 제한 없이 음란한 부호 등에 바로 접할 수 있는 상태에 있었다.

사정이 이러하다면, 피고인 1은 불특정·다수인이 자신의 웹사이트를 이용하여 아무런 제한 없이 자족적으로 음란한 부호 등을 접할 수 있는 조직적 장치를 링크 등의 수법에 의하여 마련한 것이고, 여기에다가 앞서 본 범리를 종합하여 보면, 위와 같은 링크를 포함한 피고인 1의 일련의 행위 및 범의는 다른 웹사이트 등을 소개·연결할 뿐이거나 다른 웹사이트 운영자의 실행행위를 방조하는 정도를 넘어, 음란한 부호 등이 공연히 전시되어 있는 다른 웹사이트를 링크의 수법으로 사실상 지배·이용함으로써 그 실질에 있어서 음란한 부호 등을 직접 전시하는 것과 다를바 없다고 평가되고, 이에 따라 불특정·다수인이 이러한 링크를 이용하여 별다른 제한 없이 음란한 부호 등에 바로 접할 수 있는 상태가 실제로 야기되었다고 할 것이므로, 피고인 1의 위와 같은 행위는 전체적으로 보아 음란한 부호 등을 공연히 전시



한다는 구성요건을 충족한다고 보아야 한다.

### 3) 판례평석

위 판결에서 링크를 이용하여 음란한 사이트에 직접 연결되도록 한 것이 과연 음란한 부호 등을 공연히 전시한다는 구성요건을 충족하였는지 의문이다. 피고인은 음란한 사이트에 음란한 부호 등이 담겨져 있는 웹사이트를 인터넷에 직접 개설한 자가 아니므로 그를 직접 정범으로 처벌하기는 어려운 것으로 생각한다. 위 판결에서 피고인을 음란한 사이트를 개설한 자들과 공동정범으로 처벌하지 않은 것으로 보아서 그들과 의사의 공동이 있었다고 보여지지 않는바, 피고인을 방조범으로 처벌할 가능성만이 있다고 생각한다.

(3) 서울중앙지방법원 2007. 12. 26. 선고 2005가합112203 판결(트위스트검도메인 이름 사건)

#### 1) 사실관계

피고 1내지 4는 일반인에게 널리 알려져 있는 원고의 예명인 '트위스트검'을 무단으로 도메인 이름 및 웹페이지의 광고문구에 이용하고 '트위스트검'이란 검색어로 인터넷 검색이 되게 하였고, 피고 검색서비스 제공자들(피고 다모임, 피고 리젠, 피고 프리챌, 피고 하이텔, 피고 엠파스, 피고 네띠앙, 피고 드림위즈, 피고 데이콤멀티미디어, 피고 엔에이치엔, 피고 다음, 피고 야후코리아)은 '트위스트검'이란 검색어로 검색한 인터넷 이용자들에게 이 사건 검색결과 사이트의 접속을 매개하였다(검색서비스 제공행위).

#### 2) 판결요지

피고 1내지 4에 대해서는 원고가 위 음란사이트의 운영자이거나 음란물과 관련이 있는 것을 암시할 뿐만 아니라 위 예명으로부터 음란사이트를 연상

하게 함으로써 위 연예인의 사회적 가치 내지 평가가 저해될 가능성이 있어 원고의 명예, 성명권 등의 인격권을 침해하는 불법행위라고 판단하였고, 피고 검색서비스제공자들에 대해서는 특별한 사정이 없는 한 인터넷 검색서비스를 통하여 타인의 인격권을 침해하는 인터넷사이트가 검색된다는 사정 및 위 침해 사이트가 개인의 인격권을 침해한다는 것을 알았거나 알 수 있었다는 사정만으로 바로 침해 사이트에 대한 검색을 차단할 의무를 지게 된다고 할 수 없고, 피해자의 피해신고나 차단요청의 유무, 침해 사이트의 인격권 침해 여부 판단의 용이성, 침해사이트에 대한 검색정보나 사이트 내용에 대한 관리·통제권한의 유무·정도, 침해 사이트에 관한 검색서비스 제공으로부터 경제적 이익을 얻고 있는지 여부, 차단조치의 기술적·경제적 난이도 등을 종합하여 인터넷 검색서비스 제공자들이 피해자의 예명 등 특정 검색어로 위 침해 사이트들이 검색되는 것을 차단하여야 할 주의의무를 부담하고 있는지를 판단하여야 한다고 하면서,

① 원고의 인격권을 침해하는 이 사건 검색결과 사이트들이 원고의 예명으로 인터넷검색서비스에서 검색되는 점, ② 이 사건 검색결과 사이트들 중 이 사건 성인사이트는 일정한 등록기준에 의한 심사등록절차를 거쳐서 등록된 점, ③ 이 사건 성인사이트는 등록 이후에도 등록기준에 위배시 직권으로 취소될 수 있는 점, ④ 이 사건 성인사이트의 운영자들은 그 등록을 위한 수수료 혹은 '플러스프로'와 같은 검색서비스를 위한 수수료를 지급하여야 하는 점을 인정할 수 있고, 여기에다가 ⑤ 갑 제27호증의 1 내지 10의 각 기재에 의하면, 2005. 4.경 '트위스트김'을 이용한 도메인 네임의 음란사이트로 인하여 원고가 음란사이트 운영자로 알려져 원고의 명예가 훼손된 범죄사실로 사이트운영자가 기소되었다는 뉴스기사가 보도되고, 같은 해 6.

경 원고가 '트위스트김'을 도메인 이름 등으로 이용한 음란사이트로 인하여 피해를 보고 있는 사실을 시민단체가 주관한 '정보통신 윤리와 성숙한 사회' 토론회에서 발표한 사정을 인정할 수 있으나,

위 기초 사실 및 이에 더하여 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ㉠ 이 사건에서 원고가 개별적으로 피해신고를 한 이후에도 피고 검색서비스 제공자들이 이 사건 검색결과 사이트들이 검색되는 것을 방치하였다는 사정은 드러나지 않는 점, ㉡ 검색정보를 제공하기 위한 사이트 등록심사의 취지가 등록정보와 사이트내용의 일치 여부 확인, 사이트 내용 자체의 불법성 여부 확인에 있다고는 볼 수 있어도 이 사건의 경우처럼 사이트의 내용 혹은 도메인 이름이 원고의 허락과 같은 정당한 권원에 기한 것인지 여부의 확인에 있다고는 볼 수 없는 점, ㉢ 피고 검색서비스 제공자들은 침해 사이트의 직접 운영자가 아니라 제3자로서 원고의 인격권 침해 여부를 판단하기 위해서는 침해 사이트의 운영자에게 원고의 허락 여부를 확인해야 하는 등 그 판단이 용이하지 않은 점, ㉣ 특히, 웹페이지에 관한 검색결과는 로봇 프로그램을 이용한 자동적·기계적 데이터베이스 수집을 통한 검색정보를 제공한 것으로서 별도의 등록·심사절차를 거치지 아니하는 점, ㉤ 정보에 대한 접근의 자유는 원칙적으로 무제한적으로 보장되어야 할 것이고, 검색서비스의 공공성 등을 고려하여 볼 때 정보에 대한 접근 자체를 통제하는 효과를 가진 검색의 차단조치는 기술적·경제적으로 가능한 경우에도 필요 최소한도에 그쳐야 할 것으로 보이는 점, ㉥ 피고 검색서비스 제공자들이 언론보도, 뉴스 등의 자료에 의존하여 갱신이 빈번하고 무한한 양의 인터넷 정보에 대하여 사실상 무한한 경우의 수의 조합이 가능한

검색어에 관하여 피해자의 피해신고 등의 요청이 없는 상태에서 개인의 인격권을 침해한다는 사정만으로 인터넷 검색을 차단하는 조치를 취하기는 기술적·경제적으로 어려워 보이는 점 등에 비추어 볼 때, 위 ① 내지 ⑤의 사정만으로는, 이 사건에서와 같이 단순히 중계 및 연결정보로서의 검색정보만을 제공한 피고 검색서비스 제공자들이, 무단으로 원고의 예명을 도메인 이름으로 사용하고 홈페이지의 광고문구에 원고의 예명을 사용한 인터넷 사이트에 대하여 그것이 ‘트위스트김’이라는 검색어로 검색되는 것을 원고의 피해신고 등의 요청 없이도 일반적·사전적으로 차단하여야 할 사회상규 혹은 조리상 의무를 부담한다고는 보기 어렵고, 나아가 원고의 피해신고가 접수된 이후에도 이를 방치하였다는 등의 사정을 인정할 만한 증거가 없는 이상, 원고의 인격권을 침해한 이 사건 검색결과 사이트들에 대하여 검색서비스를 제공한 피고 검색서비스 제공자들에게 그 침해행위에 대하여 방조책임을 물을 수는 없다고 할 것이다.

### 3) 판례평석

피고 검색서비스제공자들에 대하여 원고의 피해신고가 없는 한 검색서비스를 일반적·사전적으로 차단하여야 할 의무를 부담한다고 보기 어렵다는 위와 같은 판결은 검색서비스제공자들의 예견가능성을 존중해주었다는 점에서 타당하다고 생각한다.

제3절 온라인서비스제공자와 이용자의 관계에 대하여(온라인서비스제공자가 제3자의 불법행위에 관여하는 정도에 따른 유형 분류)<sup>76)</sup>

온라인서비스제공자의 개념이 매우 다양하고, 불법행위의 모습 역시 온라인서비스제공자가 직접 불법행위를 하는 것부터 시작하여, E-mail 서비스와 같이 온라인서비스제공자는 단지 통신망에 대한 접속 및 전송서비스만 제공할 뿐이고 실제 불법행위는 온라인서비스제공자가 전혀 관여할 수 없는 개인 간의 메일송수신을 통하여 이루어지는 경우까지 온라인서비스제공자의 침해행위에 대한 관여정도에 따라 다양한 유형들이 포함되어 있어 여러 가지 변수에 따라 그 책임의 성립여부가 달라질 수 있으므로 온라인서비스제공자가 제3자의 불법행위에 관여하는 정도에 따라 유형분류를 해 보고자 한다.

1. 온라인서비스제공자가 직접 불법행위에 가담하거나 이를 적극적으로 권유, 야기하는 경우

통신회사의 직원들이 통신회사가 직접 운영하는 전자게시판을 관리하는 과정에서 타인의 저작물을 임의로 전자게시판에 올려놓아 가입자들로 하여금 그 저작물에 접근, 복제할 수 있도록 방치한 경우(상업적인 온라인서비스제공자가 스스로 직접적인 저작권침해행위를 하였다고 평가되는 경우), 업로드된 불법저작물에 대한 다운로드를 유인, 권유하는 경우를 들 수 있다. 또한 개인이나 기타 단체들이 상용망을 운영하는 통신회사에 가입함으로써 자신의 사이트를 개설할 수 있는 공간을 할당받아 그 사이트에 전자게시판을 직접 운영하는 경우에 있어서 직접적인 불법행위를 하였다고 평가되는 경우를 들 수 있을 것이다.

이러한 경우에는 온라인서비스제공자가 그 저작권침해행위에 대한 관여정

---

76) 권영준 저작권 침해에 대한 온라인서비스제공자의 책임, 서울대학교 석사학위논문 2000. 2. 참조

도가 매우 강하고, 따라서 이에 따른 책임을 부담하게 될 가능성도 상당히 커지게 될 것이다.

소리바다 사건, 벅스뮤직 사건, 아이맵스 사건, 클럽·블로그·게시판 등에서 웹스토리지서비스를 제공한 사건(서울중앙지방법원 2008. 8. 5. 선고 2008카합968 판결), 세이클럽 사건(테마가 찾은 뉴스서비스-직접책임), 통신사업자의 직원이 성인만화방을 개설한 사건의 경우에는 온라인서비스제공자가 직접 불법행위에 가담하거나 이를 적극적으로 권유, 야기한 경우이므로 책임을 부과하는 것이 용이하였다고 할 것이다.

2. 온라인서비스제공자가 타인의 직접적인 불법행위에 대하여 통제, 관리의 가능성이 있는 경우

다음으로 생각할 수 있는 유형은 비록 온라인서비스제공자가 직접 불법행위를 한 것은 아니지만, 제3자의 불법행위가 존재하고 그 침해행위가 온라인서비스제공자가 통제, 관리할 수 있는 영역에서 일어난 경우를 들 수 있다. 예를 들어 PC 통신망상에 개설된 동호회의 경우 그 동호회를 관리하는 시삽(SYSOP)이 PC통신회사의 직원이거나, 그렇지 않더라도 그 시삽과 통신회사 사이에 지휘감독관계가 인정되어 그를 통하여 통제, 관리가 가능한 경우를 들 수 있다. 또한 개인 홈페이지에서 불법행위가 일어난 경우 그 홈페이지의 공간을 할당한 온라인서비스제공자의 책임이나 홈페이지 내에서 방문자가 불법행위를 한 경우 그 홈페이지의 운영자의 책임을 논함에 있어서도 그 각 온라인서비스제공자에게는 일반적인 통제, 관리가능성이 존재한다고 볼 수 있을 것이다.

위와 같은 가상공간에서 저작권침해행위가 이루어지는 경우, 온라인서비스제공자의 침해행위에 대한 관여정도는 스스로 불법행위에 가담하는 경우에 비하여는 약하지만, 여전히 그 행위에 대한 통제 및 관리가능성이 존재한다는 점에서는 책임을 부담하게 될 가능성 역시 존재한다고 보아야 할 것이다. 물론 구체적인 책임여부 및 그 범위는 그 불법행위의 명백성과 침해기간, 이에 대한 온라인서비스제공자의 인식가능성, 실제 인식 여부 및 인식정도, 적절한 조치여부 및 그 가능성, 재산적 이익 향유 여부, 온라인서비스제공자의 전문성 등 여러 가지 요소들에 의하여 좌우될 것이다.

### 3. 온라인서비스제공자가 타인의 불법행위에 있어서 단순한 도구로서만 기능하는 경우

마지막으로 온라인서비스제공자는 단지 불법행위에 대한 장소만 제공하거나 그 행위수단으로서만 기능하는 경우를 들 수 있다. 즉 자동화된 기술장치에 의하여 온라인서비스제공자는 그야말로 기계적이고 형식적인 의미에서의 매개자 내지 접속자가 되는 경우이다. 예컨대 온라인서비스제공자가 단지 통신망에 대한 접속만 매개하였고, 그 이후 접속한 이용자가 온라인서비스제공자의 영향력이 미칠 수 없는 영역에서 불법행위를 한 경우라든가, 단지 파일전송수단만 제공한 경우, 기타 자동적이고 기계적인 과정에 따라 비유의적으로 불법행위에 일조하게 된 경우 등을 들 수 있을 것이다.

이러한 경우에는 앞서 살펴 본 2가지 유형에 비하여 불법행위에 대한 관련 정도가 현저히 떨어지며 따라서 책임을 부담하게 될 가능성 역시 매우 큰 폭으로 감소한다고 볼 수 있을 것이다. 이 경우에까지 온라인서비스제공

자에게 책임을 부담시키고자 한다면 무과실책임의 논쟁이 벌어질 가능성이 있을 뿐만 아니라 폭증하는 저작권침해행위에 대한 책임을 대부분 온라인서비스제공자가 부담하게 됨으로써 정보통신사업의 발전에도 적지 않은 장애가 될 것이고, 아울러 인터넷 접속 및 이용비용의 증가로 이어질 가능성도 있을 것이다.

#### 제4절 온라인서비스제공자 책임의 분류 및 요건<sup>77)</sup>

온라인서비스제공자의 책임은 크게 민사책임과 형사책임으로 분류할 수 있고, 민사책임은 다시 침해배제책임 및 손해배상책임으로 분류될 수 있다.

##### 1. 민사책임

###### (1) 침해배제책임

침해배제책임은 침해행위를 예방·정지하거나 손해배상의 담보를 제공하거나 침해로 인한 결과의 제거에 필요한 조치를 이행할 책임이다. 현실적으로는 '입시의 지위를 정하기 위한 가처분'의 일종인 침해금지가처분의 형태로서 온라인서비스제공자에게 부작위 내지 작위의무를 부담하게 할 가능성이 크다.

침해배제책임에 관하여서는 다음 두 가지의 문제가 제기된다.

첫째, 직접적인 침해행위를 하지도 않은 온라인서비스제공자가 침해배제책임의 주체가 될 수 있는가의 문제, 즉 논리적인 타당성의 차원이다. 이에 관하여 온라인서비스제공자는 '침해자'가 아니므로 그 상대방이 될 수 없고, 오로지 직접침해자만 그 청구에 따른 책임을 부담한다고 보는 견해도 있을 수 있다. 그러나 저작권법에서 침해배제 책임의 주체로 규정하고 있는 권리

77) 전자거래법(2008) 사법연수원 446~448면



를 침해하는 자는 꼭 직접침해자에 한정하여 볼 것이 아니고, 이러한 이치는 명예훼손에 있어서도 마찬가지이다. 그러므로 온라인서비스제공자가 그 침해상태를 직접 야기하지 않았다고 하더라도 그 권리침해상황을 지배하는 지위에 있다고 인정된다면, 저작권법 제124조 제1항에서 책임주체로 규정하고 있는 '권리를 침해하는 자'에 해당하는 것이고, 명예훼손에 있어서도 마찬가지이므로 그에게 침해배제책임을 부담시키는 데에는 이론적으로 큰 무리가 없다고 생각된다.

둘째, 저작권법의 규정의 해석상 온라인서비스제공자에게 침해배제책임을 지울 수 있는가의 문제, 즉 법규 해석의 차원이다. 종래 학설 중에는 저작권법 제123조 중 '그 권리를 침해하는 자'란 원칙적으로 자신이 직접 권리를 침해하는 자에 국한되며, 예외적으로 특허법 제127조, 실용신안법 제43조, 의장법 제63조, 상표법 제66조 등에서의와 같이 지적재산권 침해의 방조와 관련된 행위까지 당해 권리의 침해행위로 간주하는 규정, 즉 간접침해 규정을 두고 있을 때만 침해행위의 방조자까지 '그 권리를 침해하는 자'에 포함될 수 있을 뿐임을 전제로, 교사, 방조에 의한 침해자에 속하는 OSP는 저작권법 제123조 침해정지청구권의 상대방이 되지 않는다는 상당히 유력한 해석론이 있었다. 하지만, 우리 판례는 일관되게 교사, 방조에 의한 침해자에 속하는 OSP에게도 저작권법 제123조에 따른 침해정지청구권행사가 가능하다는 입장을 분명히 하고 있다.<sup>78)</sup>

## (2) 공동불법행위로 인한 손해배상책임<sup>79)</sup>

78) 대법원 2007. 1. 25. 선고 2005다11626 판결 등 참조

79) 권영준 저작권 침해에 대한 온라인서비스제공자의 책임, 서울대학교 석사학위논문 2000. 2., 박준서·오병철 주식 민법 채권각칙(8) 2000. 3.(제3판) 488-514쪽 참조.

손해배상책임은 침해배제책임과 비교할 때, 침해자의 귀책사유(고의, 과실), 손해의 발생 및 인과관계, 책임능력, 위법성을 추가적인 요건으로 한다는 점에서 차이가 있다.

온라인서비스제공자에 대하여서는 공동불법행위에 의한 손해배상책임이 주로 문제될 것인데, 민법 제760조 제1항에서는 “수인이 공동이 불법행위로 타인에게 손해를 가한 때에는 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다”라고 하여 협의의 공동불법행위에 관한 규정을 두고 있고, 민법 제760조 제3항에서는 교사자나 방조자를 공동행위자로 본다는 규정을 두고 있는데, 대부분의 경우에 있어서는 방조에 의한 공동불법행위가 문제될 것이다.

협의의 공동불법행위가 성립하기 위하여는 첫째 가담자의 각자 행위가 독립하여 일반불법행위의 요건인 고의 또는 과실, 책임능력, 인과관계, 위법성, 손해의 발생을 각각 충족하여야 하며, 둘째 각 행위 간에 행위의 관련공동성이 존재하여야 한다. 협의의 공동불법행위가 성립되기 위해서는 각 가해자의 행위가 독립적으로 일반불법행위의 요건을 충족시켜야 하므로, 단순히 제3자의 불법행위를 용이하게 한 경우 예를 들어, 온라인서비스제공자가 불법행위가 가능할 수 있도록 가상공간에 접속을 매개하였거나 또는 침해행위가 일어나는 공간을 관리, 운영하여 이를 제공하는 것만으로는 협의의 공동불법행위는 성립하지 아니하고, 방조에 의한 공동불법행위만이 성립될 것으로 생각된다. 최근 판례는 포털사이트에 대하여 명예훼손계시물을 방치한 것에 관하여 명예훼손책임을 인정하였는데, 포털사이트는 직접 명예훼손계시물을 작성한 자가 아니고 검색 기능 등을 통해 용이하게 하였던 점만이 인정되므로 이러한 경우 방조에 의한 공동불법행위가 성립되는지 만이 문제될 것으로 생각된다.

방조에 의한 공동불법행위의 경우에는 방조자에게 고의·과실 및 책임능력을 필요로 하나 피고사자나 피방조자가 책임능력자임을 요하지 않는다. 또한 방조행위와 피방조자의 불법행위 사이에 상당인과관계가 있어야 한다. 공동불법행위에 있어 방조라 함은 불법행위를 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 작위에 의한 경우뿐만 아니라 작위의무 있는 자가 그것을 방지하여야 할 제반조치를 취하지 아니하는 부작위로 인하여 불법행위자의 실행행위를 용이하게 하는 경우도 포함하는 것인데, 구체적으로 어떠한 경우에 온라인서비스제공자에게 작위의무가 인정되는지, 또 어느 정도의 행위를 불법행위를 용이하게 하는 행위로 평가할 것인지에 대한 기준을 정립해 나갈 필요가 있다.

#### 1) 일반 불법행위의 요건

온라인서비스제공자에 대하여도 일반불법행위에서 요구되는 요건들이 모두 충족되어야 한다. 그 중 침해행위의 존재 및 손해의 발생이나 인과관계, 책임능력, 위법성 등은 별로 문제되지 않으므로 고의, 과실의 존재에 대해서만 다루도록 하겠다. 한편 공동불법행위의 성립여부를 따짐에 있어서는 대부분 온라인서비스제공자에게 불법행위에 대한 과실이 있는가하는 점이 문제될 것이고, 과실의 개념상 주의의무의 존재를 그 전제로 하고 있으므로, 결국 온라인서비스제공자의 과실이 인정될 수 있을 것인가의 여부는 온라인서비스제공자에게 어떠한 주의의무가 인정될 것인가의 문제로 귀착된다고 할 것이다.

온라인서비스제공자에게 불법행위 방지에 대하여 어떠한 경우에 구체적 주의의무가 인정되는 것일까. 구체적으로는 온라인서비스제공자의 성격과 규모, 영리성, 전문성이라든가, 온라인상에서 일어나는 저작권침해의 유형 및 침해행위에 대하여 온라인서비스제공자가 대처할 수 있는 가능성 및 대처방법 등 여러 가지 요소들을 참작하여 사안별로 타당한 결론에 이르러야 할 것이다. 따라서 아래에서는 향후 이와 같은 구체적 주의의무의 인정여부가 문제될 때에 참조하여야 할 사항들을 제시하고자 한다.

#### ① 온라인서비스제공자의 특징

온라인서비스제공자의 개념은 매우 포괄적이기 때문에 그 특성에 따라 주의의무의 인정 여부가 크게 달라지게 될 것이다.

(A) 우선 예컨대 전자게시판의 운영자와 같이 콘텐츠에 대한 접근가능성이나 인식가능성이 훨씬 높은 온라인서비스제공자에게는 특별한 사정이 없는 한 관리, 통제권이 있어 주의의무를 인정하기 쉽고, 온라인서비스제공자가 제3자에게 대여한 홈페이지 공간에서 침해행위가 발생한 경우에는 약관의 해석에 따라 관리, 통제권이 있는가에 따라 주의의무 인정여부가 결정될 수 있으며, 전자우편이나 파일전송 등을 통한 침해나 링크를 통한 침해와 같이 단지 인터넷에 대한 접속기능만 제공할 뿐인 온라인서비스제공자(이를 Access Provider라고 표현하기도 한다) 같은 경우에는 그 침해에 대한 관리, 통제권이 있다고 보기 힘들어 주의의무가 부정되는 경우가 많을 것이다. 즉 온라인서비스제공자의 특성을 고려하여 당해 정보에 대한 접근가능성 및 통제가능성을 판단하고, 아울러 그로부터 주의의무를 도출하여야 할 것이다. 이러한 통제가능성의 문제는 불법행위에 관여하는 정도에 따라 개별적으로 판단하여야 할 것이다.

법원은 클럽·블로그·게시판에서 웹스토리지 서비스를 제공한 온라인 서비스제공자에 대하여 저작권 침해의 방조책임을 인정하였고(서울중앙지방법원 2008카합968 사건), 전기통신사업을 영위하는 법인의 직원들이 포털서비스 내의 오락채널에 성인만화방을 개설한 사안에서 통신법인의 통제권한을 인정하여 콘텐츠 제공업체의 음란물의 반포·판매에 대한 방조책임을 인정하였는데(서울지방법원 2003. 6. 26. 선고 2002노9668 판결), 그와 같은 경우에는 직접 전자게시판을 운영자로서 저작권침해에 대한 인식가능성이 높다고 할 것이다.

최근 법원은 포털사이트 내에서 개인이 운영하는 블로그에 올려진 사진 저작물에 대해 포털의 방조책임을 인정할 수 없다는 판결을 잇달아 내고 있는데, 이는 블로그 등 서비스는 개인회원이 독자적으로 관리, 운영하는 공간으로서 원칙적으로 이를 개설한 자나 사진을 업로드 한 자만이 해당 사진을 수정·삭제할 권한이 있다는 점을 방조책임을 부정하는 근거 중 하나로 들고 있는바,<sup>80)</sup> 이와 같은 판례도 콘텐츠에 대한 접근 가능성이 낮은 점을 이유로 포털사이트의 책임을 부정하고 있다. 또 법원은 트위스트김 사건에서 트위스트김이란 검색어로 검색한 인터넷 이용자들에게 검색결과 사이트의 접속을 매개한 온라인서비스제공자들에게는 원고의 피해신고 등 요청이 없는 경우에 방조책임을 부정하였는데(서울중앙지방법원 2007. 12. 26. 선고 2005가합112203 판결), 이 판례 역시 검색서비스제공자들의 콘텐츠에 대한 접근 가능성이 낮은 점을 방조책임 부정의 근거로 삼고 있다.

---

80) 서울고등법원 2008나35762 판결 등 참조.

(B) 다음으로 온라인서비스제공자의 규모나 상업성(즉 당해 온라인서비스를 통하여 재정적인 이익을 취득하는가의 여부)도 중요한 고려요소가 될 것이다. 예컨대 대규모 PC 통신회사의 경우에는 그 영리성이나 전문성에 비추어 볼 때에 홈페이지를 운영하는 비영리기관이거나 또는 취미생활의 일환으로 홈페이지나 전자게시판을 운영하는 개인에 비하여 높은 주의의무를 인정할 수 있을 것이다.

최근 인터넷 포털사이트에 대해 이용자들이 작성한 명예훼손게시물에 대하여 책임을 인정한 판례(2005가합64571 판결)는 커뮤니티 이용자들의 수, 활동량 등에 따라 포털사이트가 광고수입을 올린다는 점을 삭제조치의무의 근거 중 하나로 삼고 있고, 전기통신사업을 영위하는 법인의 직원들이 포털 서비스 내의 오락채널에 성인만화방을 개설한 사안(서울지방법원 2003. 6. 26. 선고 2002노9668 판결)에서 성인만화방의 이용자로부터 정보이용료로 받은 수익금을 콘텐츠 제공업자들과 배분한 것을 방조책임의 근거 중 하나로 판단하였다. 기사콘텐츠의 무단등록을 이유로 스포츠신문사가 인터넷 홈페이지 운영회사를 상대로 낸 손해배상청구사건에서는 항의통보를 받고 즉시 관련 게시물을 삭제한 등을 볼 때 홈페이지 운영자가 저작권 침해를 저지할 수 있었음에도 광고 수익을 얻기 위해 이를 방치했다는 등의 입증이 없는 한 방조책임을 인정하기 어렵다고 판단하였는데(2004가합76058 판결), 이 판결에서는 영리성이 없다는 점에서 방조책임을 부정하였다.

그러나 영리성이 있다고 하여 바로 방조책임을 인정하여야 할 것은 아니다. 오픈마켓 사건에서는 피고는 사이버상점으로부터 수수료 수입을 얻고

있으나 부정경쟁행위를 한다는 사실을 인식할 수 없었다는 이유로 방조책임을 부정하였다(서울중앙지방법원 2008. 11. 20. 선고 2006가합46488 사건). 트위스트김 사건에서도 성인사이트가 피고 검색서비스 제공자들에게 등록을 위한 수수료, 플러스프로와 같은 검색서비스를 위한 수수료를 지급하여야 함에도 원고의 인격권 침해여부를 판단하기 위해서는 원고의 허락 여부 등을 확인하여야 하는 등 그 판단이 용이하지 않은 점, 인터넷 검색을 차단하는 조치를 취하기는 기술적, 경제적으로 어려운 점, 검색의 차단조치는 필요 최소한도에 그쳐야 하는 점 등을 들어 피해자의 신고 없이도 검색어로 검색되는 것을 차단하여야 할 의무는 없다고 판단하였다(서울중앙지방법원 2007. 12. 26. 선고 2005가합112203 판결). 또한 최근 수만 개의 불법 음악 파일을 다수 회원이 공유할 수 있게 한 혐의(저작권법 위반)로 기소된 포털 사이트 네이버의 카페지기에게 징역형이 선고되어 이윤이 목적이 아닌 동호회 카페 운영자에게도 방조책임이 인정되었는데, 영리성이 없다고 해서 방조책임이 바로 부정되는 것이 아니라 콘텐츠에 대한 접근가능성이 높은 점 등 다른 정황을 고려하여 방조책임의 성립여부가 결정되어야 할 것으로 보인다.

## ② 불법행위의 유형

불법행위 자체의 모습도 주의의무의 인정 여부에 영향을 미치게 된다. 똑같은 온라인상의 행위라고 하더라도 예컨대 개인과 개인 간의 파일전송행위는 온라인서비스제공자가 단지 그 전송경로의 역할만 수행할 뿐이므로 이에 개입하여 영향을 미칠 수 있는 기대가능성은 거의 없게 된다. 따라서 그러한 모습으로 불법행위가 이루어질 때에는 그 침해를 예견, 방지할 주의의무

는 인정하기가 어렵다.

반면 불법행위가 운영자나 관리자가 존재하는 전자게시판에서 이루어지는 경우에는 그 전자게시판의 운영자, 관리자 및 이를 간접적으로 통제하는 통신회사에게 편집이나 삭제 등의 권한이 인정되는 경우가 많으므로 이들에 대하여 불법행위를 방지할 주의의무를 인정하기가 비교적 용이하게 될 것이다.

### ③ 불법행위에 대한 인식여부 및 침해통지 여부

(A) 그 경위를 불문하고, 온라인서비스제공자가 당해 제3자의 불법행위를 실제로 인식하였는가의 여부는 매우 중요한 고려요소가 될 것이다. 물론 인식여부를 입증한다는 것은 매우 어려운 일이 되겠지만, 피해자로부터 침해통보가 이루어진 경우에는 일단 온라인서비스제공자에게 그 침해에 대한 인식이 있었다고 볼 수 있다. 따라서 온라인서비스제공자의 주의의무 위반 여부를 판단함에 있어서, 피해자의 통보가 있었는가의 요소는 매우 중요한 기준이 될 것이다.

판례는 하이텔 공개게시판에 박지윤의 비방글을 올린 사건에서는 정보통신윤리위원회의 시정조치요구가 있는 후 5,6개월 동안 이를 삭제하지 않은 경우 전자게시판 관리의무 위반행위로 인한 손해배상책임을 인정하였고(대법원 2001. 9. 7. 선고 2001다36810 사건), 경북 청도군 홈페이지에 명예훼손글을 올린 사건에서 삭제를 요구하기 전에 50일 가량 방치한 경우 삭제의무를 인정하지 않았고(대법원 2001. 9. 7. 선고 2001다36810 사건), 오픈마켓 사건에서 원고가 권리침해신고를 한 경우에는 부정경쟁행위임을 알았거나



알 수 있었다고 볼만한 사정이 있지만, 그와 같은 권리침해신고가 없는 경우에는 부정경쟁행위임을 알았거나 알 수 있었다고 볼 만한 상당한 이유가 있다고 볼 수 없으므로 이에 대해서까지 판매중지조치 등 부정경쟁행위의 방지조치를 취하여야 할 주의의무를 부담한다고 보기 어렵다고 판단하였으며(서울중앙지방법원 2008. 11. 20. 선고 2006가합46488 사건), 트위스트김 사건에서는 트위스트김을 이용한 도메인 네임의 음란사이트로 인하여 트위스트김이 음란사이트 운영자로 알려져 명예가 훼손된 범죄사실로 사이트운영자가 기소되었다는 뉴스기사가 보도되었다 하더라도 원고(트위스트김)가 개별적으로 피해신고를 한 이후에도 피고 검색서비스제공자들이 검색결과 사이트들이 검색되는 것을 방치한 사정이 없다고 하면서 방조책임을 인정하지 않았는바(서울중앙지방법원 2007. 12. 16. 선고 2005가합112203 사건), 침해통지 여부에 따라 방조책임의 성립 여부를 달리 판단하였다.

(B) 침해통지가 없었던 경우에도 방조책임을 인정할 수 있는지에 관해서는 온라인서비스제공자가 제3자의 불법행위예의 가담정도에 따라 그 결론이 달라질 수 있을 것이다.

온라인서비스제공자가 직접 불법행위에 가담하거나 이를 적극적으로 권유, 야기하는 경우에는 피해자의 구체적인 통지가 없었다 하더라도 방조책임을 인정할 가능성이 많아질 것이다. 소리바다 사건, 클럽·블로그·게시판 등에 게임·동영상·음악·영화 등을 업로드하고 다운로드 하게 한 사건(서울중앙지방법원 2008. 8. 5. 선고 2008카합968 판결), 통신사업자의 직원이 성인만화방을 개설한 사건에서는 피해자의 구체적인 통지가 없었음에도

불구하고 방조책임을 인정하였는데, 이는 온라인서비스제공자가 불법행위를 적극적으로 야기하였다는 점에서 방조책임을 인정한 것은 타당한 것으로 생각한다.

반면, 온라인서비스제공자가 제3자의 불법행위를 적극적으로 권유, 야기한 경우가 아니라 단지 통제, 관리의 가능성이 있는 경우에 불과한 경우에는 피해자의 통지가 있는 경우에 한하여 방조책임을 인정하는 것이 타당하다고 생각한다. 박지운 사건, 경북청도군 사건, 오픈마켓 사건, 트위스트김 사건에서는 피해자의 통지여부에 따라 방조책임 인정여부가 달라졌다.

다만 네이버 등 포털업체가 명예훼손게시물을 방치한 사건에 있어서는 구체적인 통지가 없었다고 해도 명예훼손의 불법성이 명백하고 그 게시물이 게시된 사정을 구체적으로 인식하고 있었거나 그 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러나고, 기술적·경제적으로 그 게시물에 대한 관리·통제가 가능한 경우에는 주의의무를 위반한 것이라고 판단하였으나, 위 포털업체들이 명예훼손게시물을 적극적으로 야기하였다고 볼만한 사정이 없고, 온라인상 명예훼손은 한번 발생하면 댓글, 퍼가기 등을 통하여 비슷한 내용의 명예훼손이 순식간에 광범히 하게 퍼지게 되고, 온라인서비스제공자에게 알 수 있었던 경우까지 작위의무를 인정하게 된다면 온라인서비스제공자는 그 책임을 면하기 위하여 검열, 삭제, 내용규제 등을 하게 됨으로써 표현의 자유가 지나치게 억압될 수 있으며, 온라인서비스제공자가 사전통제작업을 하게 될 경우에는 정보통신망이용에 대한 비용상승으로 이어져 그로 인한 경제적 부담이 이용자들에게 전가될 수도 있어 방조책임을

부정하는 것이 타당하다고 생각한다. 위 사례의 경우 포털사이트 약관에 의하면 커뮤니티의 운영은 자율이고, 인터넷 포털 사이트는 커뮤니티 서비스 내의 행위에 대하여 특별히 신고받은 경우를 제외하고는 일반적, 정기적 모니터링을 할 의무를 부담하지 않고, 법규위반 사실을 발견할 경우 당해 게시물의 삭제 등을 취할 권한만 있는 것으로 되어 있으므로 약관에 의하더라도 구체적인 신고 없이는 삭제의무를 부담하지 않는다고 해석하는 것이 타당하다고 생각한다.

#### ④ 침해의 명백성

위와 같은 피해자의 통보가 이루어지더라도 실제 사안에 있어서는 과연 그 행위가 불법행위인지의 여부가 애매모호한 경우가 종종 있을 수 있다. 이러한 경우 단지 침해의 통보가 있었다고 하여, 온라인서비스제공자가 그 침해사실을 인식하였다고 단정할 수는 없다. 따라서 침해의 명백성 여부도 온라인서비스제공자에게 어떠한 주의의무를 인정할 수 있을 것인가에 대하여 고려하여야 할 것이다.

저작권 침해의 경우 침해되는 저작물의 특성을 참조할 수 있다. 예를 들어 당해 저작물이 일반에게 널리 알려진 것이라면, 온라인서비스제공자로서도 그 저작물의 존재를 알 수 있었을 것이고, 따라서 그 저작권자로부터 침해사실을 통보받은 경우에는 일단 통보대상이 된 직접침해자의 행위가 저작권침해를 구성한다고 인식할 수 있을 것이다. 명예훼손의 경우, 온라인서비스제공자가 명예훼손이라는 내용의 통지를 받은 경우라도, 발언 자체로부터 명예훼손인지가 명확하지 아니하다면 명예훼손의 성부에 관하여 개별상황의

전체에 비추어 판단하여야 하기 때문에 이를 결정하기가 매우 어려우므로 서비스제공자에게 통지하는 것만으로는 예견가능성이 생겼다고 인정하기 부족하고, 명예훼손을 당하였다고 주장하는 자가 충분한 자료의 제공과 설명을 하여 문제의 발언이 명예훼손에 해당한다는 것을 소명할 때 비로소 서비스제공자에게 예견가능성을 인정하는 것이 타당하다.

오픈마켓 사건에서는 K2 표장의 상품표지로서의 주지성 및 식별력, 이 사건 표장과 유사표장들 사이의 유사성에 대한 판단이 쉽지 않고 특허청, 특허심판원, 법원 등에서도 최근까지도 주지성과 식별력에 관해 상반된 판단을 하고 있었으며, 유사표장들이 대부분 등록표장이어서 피고가 부정경쟁행위인지 여부를 판단하기가 어려우므로 권리침해신고가 있는 경우가 아닌 한 부정경쟁행위를 방지하여야 할 구체적 방지의무가 있었다고 보기 어렵다고 하였고(서울중앙지방법원 2008. 11. 20. 선고 2006가합46488사건), 트위스트 김 사건(서울중앙지방법원 2007. 12. 26. 선고 2005가합112203 판결)에서는 피고 검색서비스 제공자들은 침해 사이트의 직접 운영자가 아니라 제3자로서 원고의 인격권 침해 여부를 판단하기 위해서는 침해 사이트의 운영자에게 원고의 허락 여부를 확인해야 하는 등 그 판단이 용이하지 않은 점을 방조책임의 근거 중 하나로 삼고 있는바(이 사건에서는 피고 검색서비스제공자들이 원고가 피해신고를 한 후에는 검색결과 사이트들이 검색되는 것을 방치하지 않았다), 불법행위인지 여부가 불명확한 사건에서는 불법행위책임을 인정하지 않았다. 다만, 위 판례들은 침해통지가 없었던 사안인바, 침해통지가 있었으나 그 침해여부가 불명확한 사안에 대한 판례는 아직 보이지 않는데, 그와 같은 경우에도 방조책임을 부정되어야 할 것이다.

⑤ 관련 당사자들간의 계약관계

부수적으로 고려할 것으로서, 관련 당사자들 간의 계약관계가 있다. 미국의 Stratton Oakmont Inc. v. Prodigy Serv. Co. 사건이라든가 Cubby Inc. v. Compuserve. Inc 사건의 경우에는 온라인서비스제공자와 실제 정보를 제공한 자간의 법률관계가 사건의 결론에 영향을 미친 예이다. 예컨대 온라인서비스제공자가 자신이 제공하는 가상공간에서 어떠한 자료들을 제공함에 있어서, 그 자료 중에 불법복제물이 포함되어 있다고 하더라도 만약 그 자료의 실제 제공자가 따로 있고, 온라인서비스제공자와의 계약상 그 자료의 선택, 편집, 제공에 대한 모든 권한을 그 실제 제공자가 향유하면서 아울러 그에 따른 책임도 지도록 되어 있다면, 그러한 계약관계는 온라인서비스제공자의 주의의무를 인정함에 있어서 큰 영향을 끼치게 될 것이다. 즉 특단의 사정이 없는 한 위와 같은 상황에서 온라인서비스제공자에게 계약을 위반하면서까지 그 자료들의 저작권침해 여부를 사전에 예견, 방지하거나 사후에 삭제할 것을 요구할 수는 없을 것이다. 다만 대법원 1998. 2. 13. 선고, 97다37210 판결(한국 PC 통신이 한국전기통신노조의 게시물을 임의 삭제한 사건에 대한 판례)에서 볼 수 있듯이 온라인서비스제공자에게 불법적인 자료를 임의로 삭제할 수 있도록 하는 내용의 약정이 있다면, 침해방지 및 사후조치의 주의의무를 인정할 수 있을 것이다.

다른 피고가 전송해 준 기사를 그대로 게재한 네이버 사건(서울남부지방법원 2006. 9. 8. 선고 2005가단18300 판결), 포털업체의 명예훼손 사건의 경우(서울중앙지방법원 2007. 5. 18. 선고 2005가합64571 판결) 기사 내용 자체에 대해서는 온라인서비스제공자의 편집권이 없고 그에 따른 책임을 기사

를 제공한 자가 부담하는 것으로 약정하였다고 하더라도 온라인서비스제공자가 기사를 선별하여 직접 배치하였다는 점 등을 근거로 하여 책임을 지도록 하고 있는데, 이는 편집 유사의 행위를 하였다고 볼 수 있을 것이므로 타당한 것으로 생각된다.

#### ⑥ 기타

그 이외에도 온라인서비스제공자의 영역에서 유통되는 정보의 양, 불법행위의 발견 및 조치에 대한 기술적인 한계<sup>81)</sup>, 불법행위 방지에 들어가는 비용의 정도 및 온라인서비스제공자의 재정적 상태, 불법행위의 인식 후 실제로 취한 조치의 내용, 주의의무 부과로 인하여 야기될 표현의 자유에 대한 침해나 원활한 정보유통에 대한 장애의 정도 등 여러 가지 부수적인 요소들이 고려되어야 할 것이다. 통일적인 기준이 없는 것은 관련 입법이 이루어지지 않은 이상 어쩔 수 없는 것이고, 위에서 열거한 제반 요소들을 참작하여 구체적인 사안별로 온라인서비스제공자에게 어느 정도의 주의의무를 인정하는 것이 타당한지를 검토한 후 그 주의의무 위반 여부를 판단하여 손해배상책임의 성부 및 범위를 판별하여야 할 것으로 보인다. 다만 오늘날 인터넷의 확산경향이나 그 규모에 비추어 볼 때 책임은 제한적으로 인정하는 쪽으로 해석하는 것이 타당할 것으로 보인다.

---

81) 리니지 명의도용사건에서 법원은 원고들이 주장하는 작업장이나 아이템 중개업자들이 이용하는 것으로 추정되는 동일한 IP에서의 실시간 대량 접속행위나 VPN이나 Proxy 서버 서비스를 이용한 우회접속의 경로를 미리 차단하여야 한다고 주장하였으나, 법원에서는 인증서버에 지나친 부하 초래 등 기술적 문제를 이유로 그러한 조치를 취할 것을 요구하지 않았다.

## 2) 협의의 공동불법행위에 특수한 요건

협의의 공동불법행위의 특수한 요건으로 관련공동성이 있다. 즉 공동불법행위의 성립여부를 따짐에 있어서는 민법 제760조 제1항의 '공동'을 어떠한 의미로 해석할 것인가 하는 점이 가장 주된 쟁점이 될 것이다. 민법 제760조 제1항의 「공동의」라는 문구는 각 행위자의 행위가 객관적으로 관련공동성이 있는 것을 의미한다는 객관적 공동설이 다수설, 판례인데, 피해자 보호가 불법행위제도의 목적이므로 적어도 수인의 행위가 객관적으로 관련공동하여 모두 당해 가해행위의 원인으로 되어 있는 한, 주관적 공동의 유무를 불구하고 연대책임을 인정하게 된다. 이러한 객관적 공동설을 취함으로써 고의와 고의, 고의와 과실, 과실과 과실, 고의 또는 과실과 무과실책임에 의한 행위의 결합에 의해서 뿐만 아니라, 독립적 공동불법행위도 민법 제760조 제1항의 공동불법행위에 포함시킬 수 있게 된다. 판례는 「객관적으로 보아 피해자에 대한 권리침해가 공동으로 행하여 졌다고 보여지고 그 행위가 손해발생에 대하여 공통의 원인이 되었다고 인정되는 경우」라고 하면서, 공동불법행위가 성립하려면 행위자 사이에 의사의 공통이나 행위의 공통이 필요한 것은 아니라고 한다.

## 2. 형사책임

제3자의 범죄행위에 대하여 온라인서비스제공자가 그 범죄행위의 원인이 되는 행위를 하였다면 그에게 공동정범의 책임을 지게 할 수 있는지 문제된다. 최근 판결은 형사범에 관하여 직접정범, 공동정범, 방조범에 관하여 혼란된 판단을 내리고 있어 그 구별이 중요한 의미를 지니는 것으로 생각된다.

공동정범이라 함은 2인 이상이 공동하여 죄를 범한 경우인바, 공동가공의 의사와 공동가공의 사실이 인정되어야 한다.

공동의 의사는 반드시 명시적인 의사표시나 의사연락을 요하는 것이 아니고 묵시적인 의사연결이 인정되면 족한 것으로 공동행위자 전원이 일정한 장소에 집합하여 직접 모의할 것을 요하지 않고, 공모자 가운데 1인 또는 2인 이상을 통하여 릴레이식으로 범의의 연락이 있거나, 간접적으로 범의의 연락이 이루어짐으로써 그 내용에 대하여 포괄적 또는 개별적인 의사의 연락이나 인식이 있으면 전원의 공모관계를 인정할 수 있다.

공동가공의 사실에 대해서는 어느 정도의 행위기여가 있어야 공동가공의 사실을 인정할 수 있는지 문제되는데, 공동정범은 역할분담에 의한 기능적 행위지배에 그 의의가 있으므로 실행의 분담이 있느냐는 구성요건에 해당하는 행위에 제한되는 것이 아니라 전체계획에 의하여 결과를 실현하는 데 불가결한 요건이 되는 기능을 분담하였느냐가 기준이 된다. 대법원은 망을 보는 자는 실행행위를 분담한 것이므로 공동정범이라고 판시하고 있다(대법원 1968. 3. 26. 선고 68도 236 판결 등). 대법원은 공동가공의 사실과 관련하여 2인 이상의 자가 공모하여 그 공모자 가운데 일부가 공모에 따라 범죄의 실행에 나아간 때에는 실행행위를 담당하지 아니한 공모자에게도 공동정범이 성립한다고 판시하고 있는데, 단순히 공모에 참여하였다는 이유만으로는 공동정범이 될 수 없지만 실행행위를 분담하지 아니한 경우에도 범죄를 지휘하거나 범죄의 실행자를 지정하여 실행하는 때와 같이 전체계획의 중요한 기능을 담당하였다고 인정되는 공모자는 공동정범으로 처벌될 수 있을 것이다.



방조범은 위와 같은 기능적 행위지배가 없을 때 정범의 행위를 용이하게 하였다면 성립할 수 있고, 만일 단독 정범으로 처벌하기 위해서는 구성요건적 행위를 직접 행하여야 할 것이다.

팬티신문 사건에서 피고인은 음란소설을 게재한 홈페이지의 개설자와 공동가공의 의사가 없었던 것으로 보여져 공동정범이 될 수는 없고, 단지 음란소설을 게재하고 있는 사이트에 접속되도록 하였을 뿐이므로 단독으로 음란한 부호 등을 공연히 전시했다는 구성요건을 충족시켰다고 보기 어려우므로 방조범으로 처벌하였어야 한다고 생각한다.

## 제4장 결론

인터넷과 같은 온라인통신망을 이용하는 인구의 급증으로 인하여 저작권 침해, 부정경쟁행위, 명예훼손, 음란물의 전시, 프라이버시 침해 등의 문제가 빈번하게 발생하고 있고, 이에 대하여 온라인서비스제공자의 책임을 묻는 경우가 많아지고 있다.

우리 판례는 위와 같은 문제에 대하여 대부분 타당성 있는 결론을 내리고 있으나, 일부 사례에서는 온라인서비스제공자에 대하여 지나친 주의의무를 부과하는 경우도 있었는데, 온라인서비스제공자에 대하여 어떤 조건하에 어떠한 책임을 부과하여야 하는지에 관한 심층적인 논의가 필요함과 동시에 입법적으로 유형화할 필요성이 있다.

우리나라에서도 저작권법 및 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률에서 온라인서비스제공자 또는 정보통신서비스제공자의 책임을 일정한 요건 하에 감면시켜주는 규정이 신설되었다. 그런데, 우리나라 법에서는 미국의 디지털밀레니엄 저작권법 및 일본의 특정전기통신역무제공자의 손해배상책임의 제한 및 발신자 정보의 개시에 관한 법률에서 정한 면책요건에 비하여 면책요건이 다소 추상적이고, 기술적으로 복제 전송을 방지하거나 중단시키는 것이 불가능한 경우를 제외하고는 임의적 면제규정으로 되어 있어 온라인서비스제공자의 예측가능성이 보장되지 않는다는 아쉬움이 있다.

‘① 침해를 방지하는 것이 기술적으로 가능하고 ② i) 타인의 권리가 침해된다는 것을 인식하였거나, ii) 침해사실을 통보받고 타인의 권리를 침해한다는 것을 인식할만한 상당한 이유가 있는 경우 외에는 온라인서비스제공자의 책임을 면제해주도록 하, 다만 온라인서비스제공자가 그 침해행위를 야기한 경우에는 그러하지 아니하다’라는 식의 입법을 하여 온라인서비스제공자의 예측가능성을 보장해 주는 것이 요망된다. 온라인서비스 이용자들의 수의 증가 및 빠른 전파력 등을 감안해 볼 때, 온라인서비스제공자에게 과도한 주의의무를 부과하는 것은 바람직하지 못하다고 할 것이다.

위와 같이 온라인서비스제공자에게 일정한 요건 하에 책임을 부과하는 것에 부가적으로 저작권자의 동의가 없다 하더라도 강제허락, 공탁 등의 제도를 통해 이용할 수 있도록 하는 입법이 필요하다. 현재 저작권법은 저작권자의 동의가 없는 한 다른 사람은 그 저작물을 사용할 방법이 없다. 그러므로 악곡에 대한 저작권자의 배타적 권리와 이 악곡을 이용하여 새로운 비즈니스를 하고자 하는 사업자들의 이익을 조화시키기 위하여 사업자들이 악곡을 이용하고자 하는 경우 충분한 로열티를 받을 수 있는 안전장치를 더욱 보강함<sup>82)</sup>과 동시에 사업자는 대가를 지불하면 새로운 비즈니스를 할 수 있

82) 저작권침해에 대한 규범적인 제한을 하는 것은 최소화하면서, 기술적인 방향으로의 저작권보호 수단을 강구하는 것이 바람직한 해결방법이라는 다음과 같은 견해가 있다(최승재 글록스터 판결의 의미와 P2P 기술의 미래, 변호사(36편, 2006년), 153-154면). 「이를 위하여 논의되는 것이 바로 DRM(Digital Right Management, 디지털컨텐츠에 암호를 걸어, 허가받은 사용자만 볼 수 있게 해주는 기술이다. 돈을 낸 사람들만 컨텐츠를 볼 수 있게 한다고 보면 된다)이다. 이러한 DRM을 통하여 컨텐츠 시장 모델이 유료화되어 계약적으로 해결될 수 있는 전제가 되는 것이다. 이러한 DRM을 통하여 무분별한 복제 및 사용을 통제하고, 사용에 대한 정보를 취득하게 함으로써 권리자에게 정당한 대가가 배포될 수 있도록 할 수 있는 것이다. 이러한 DRM이 적용된 컨텐츠만이 유통될 수 있도록 하는 기술적인 제한을 통하여 분명히 P2P가 가지고 있는 새로운 시장기회로서의 장점을 불법적인 목적으로 사용될 소지가 있다는 이유만으로 기술의 발전이나 기술의 이용을 제한할 것이 아니라, 이러한 DRM 기술의 발전을 통하여 P2P기술을 합법적인 영역 내의 사용을 도모하도록 유도하면서, 컨텐츠 소유자들의 새로운 수익원으로 사용될 수 있도록 하는 것이 바람직하다는 것이다. DRM 외에도 기술적으로 오디오 지문(audio fingerprinting) 인식기술과 같은 저작권 침해를 막기

도록 강제허락, 공탁 등의 어떤 형태의 제도를 만들어서라도 그 길을 열어야 할 것이다<sup>83)84)</sup>(우리나라에서는 현재 저작권자가 불명인 경우, 국내에서 판매되어 3년이 경과된 음반에 수록된 저작물 이용협약이 안 되는 경우와 같이 온라인 시장에서 외면받고 있는 저작물에 한해서 강제허락제도가 제한적으로 시행되고 있다).

현재 저작권위원회 홈페이지([www.copyright.or.kr](http://www.copyright.or.kr))에는 한국문예학술저작권협회, 한국음악저작권협회, 한국방송작가협회, 한국예실연자단체연합회, 한국음원제작자협회 및 한국복사전송권관리센터와 네트워크를 통하여 저작권정보가 수록되어 있으며, 향후 계획으로 저작물의 디지털 복제물을 제공하는 웹사이트 운영자와의 협의를 통해 웹사이트의 내용이나 URL을 위시

---

위한 필터링 기술도 개발되고 있다고 한다. 이러한 기술적인 수단의 강구를 통하여 유료화된 유통 기반을 만들고, 콘텐츠 보유자들로서도 계약에 좀더 대승적인 자세를 보이면서, 수익의 분배가 합리적으로 이루어질 수 있도록 하여야 할 것이다.

83) 황찬현, “두 마리 토끼를 잡는 법”, 「저작권문화」 제114호, 2004. 1., 3면 참조

84) 기술발전과 저작권보호의 충돌문제를 궁극적으로 해결하기 위해서는 저작권보유자에게 적절한 보상을 전제로 하여 인터넷을 통한 정보의 확산을 법적으로 보장하는 입법적인 대안이 모색되어야 한다. 이러한 관점에서 Grokster 판결 이후 미국에서 추진되고 있는 강제허락제도(mandatory licensing)의 도입방안은 우리에게 참조가 될 수 있다. 강제허락제도를 시행할 경우 그 내용에서는 그 내용에서는 저작권침해 사실과 그에 따른 이용료 청구를 누구에게 부담시키는가 하는 점과 이용료 산출을 어떻게 할 것인가 하는 두 가지가 가장 중요하다고 할 것이다. 첫째, 이용료 청구 부담과 관련해서는 네트워크 운영자에게 과도한 부담을 주지 않고 이용자들이 광범위하고 용이하게 정보에 접근하는 것을 보장하기 위해 콘텐츠 산업에 이를 부담시켜야 한다고 본다. 즉, 저작권자는 시스템운영자에게 자신들의 저작물에 대한 이용사실과 그 정도를 고려해서 보상청구를 해야 한다. 다만 그러한 조사를 핑계로 과도하게 시스템운영에 개입하거나 시스템이 다운되는 것을 방지해야 한다. 둘째, 이용료 산출에 관해서는 공정하고 단순한 방법에 의해 이용료가 산출되어야 한다는 원칙에 따라 다운로드 회수에 따른 등급별 요금제 방안이 미국에서는 제시되고 있다. 가령 다운로드 회수가 100-200 사이에는 얼마라는 식으로 그 단계 내에서는 일정액으로 고정되는 방식이다. 물론 이용료에 대한 평가와 조정은 정기적으로 이루어져야 하지만 조정시에는 사전에 이를 이용자들에게 고지하도록 한다. 우리도 이러한 방식의 도입을 고려해 볼만 하다. 다만 이용료 산출에 있어서는 저작권법이 저작자들에게 부를 제공하기 위한 목적이 아니라 제작에 대한 인센티브를 목표로 하고 있다는 점이 고려되어야 할 것이다. 그러므로 이용료는 생산의 인센티브를 추구하는 정도면 충분하고 따라서 지나친 이용료의 산정은 기술개발과 이용자들의 정보추구권을 제한할 위험이 있다(서헌재 온라인 환경에서의 음악저작물 보호와 강제허락-소리바다 사건과 미국의 Napster, Grokster 사건과 비교, 법학논문집 제30집 제1호, 2006. 8. 31. 334-335면, 중앙대학교 법학연구소)

시스템에 연계시킬 계획 중에 있어 저작권자가 누구인지를 쉽게 알 수 있는 길이 열리게 되었다.

그런데, 위와 같은 단체에 저작권을 신탁하지 않은 저작권자의 정보에 대해서는 수록되어 있지 않은 것으로 보이고, 음원 중 최신곡 등을 검색해 본 결과 상당히 많은 곡이 수록되어 있지 않아 어떤 저작물의 저작권자가 누구인지를 일반 국민이 알아내기는 여전히 어려워 그와 같은 점에 대한 보완이 필요하다. 또한 소리바다 등 디지털 복제물을 제공하는 웹사이트에 위와 같은 저작권 정보를 게시하도록 한다면 누가 저작권자인지 알아내야 하는 노력을 덜어주고 저작권침해의 가능성이 줄어들게 될 것이다.



## 參 考 文 獻

### 1. 단행본

- 정상조 지적재산권법 홍문사 2004.
- 남효순, 정상조 공저 인터넷과 법률 II 법문사 2005
- 정보통신과 디지털 법제 커뮤니케이션북스 2004
- 박준서·오병철 주석 민법 채권각칙(8) 2000. 3.(제3판)
- 이재상 형법총론 박영사 2001. 8.

### 2. 논문 및 판례평석 등

- 박준석 이용자의 저작권침해에 따른 인터넷서비스제공자의 민사책임, 서울대학교 박사학위논문, 2005. 8.
- 권영준 저작권 침해에 대한 온라인서비스제공자의 책임, 서울대학교 석사학위논문 2000. 2.
- 하영 MP3 파일의 저작권법적 문제점 연구, 서울대학교 석사학위논문 2001. 2.
- 최승재 글록스터 판결의 의미와 P2P 기술의 미래, 변호사(36편, 2006년)
- 서헌제 온라인 환경에서의 음악저작물 보호와 강제허락-소리바다 사건과 미국의 Napster, Grokster 사건과 비교, 법학논문집 제30집 제1호, 2006. 8. 31. pp. 299-337, 중앙대학교 법학연구소
- 홍승진, Grokster 사건과 P2P 기술의 미래, 법제, 통권 575호(2005. 11.) pp89-94, 법제처 2005. 11. 10.

김수동, 소리바다 사건의 지재권법적 관점에서의 검토, 지식재산 21 통권 제 74호(2002. 9.) pp. 3~23, 특허청

이훈중, 소리바다 항소심판결에 관한 연구, 비교사법 제12권 제3호(통권 30호), 2005. 9. pp93-119, 한국비교사법학회, 2005. 9. 30.

변준민 '음원전쟁' 기득권 싸움아래 남은 건 한숨만: 벅스 음악서비스 유료화 1년, 저작권문화 제121호(2004. 9.) pp4~5, 저작권심의조정위원회

김병일, 김성원 P2P 서비스와 인터넷서비스제공자의 책임 및 제한 : EU, 특히 독일을 중심으로, 비교사법, 제12권 제4호 통권 제31호(2005. 12.) pp591-622, 한국비교사법학회 2005. 12. 31.

이수운 기자 합법적 다운로드, 8개월만에 다섯배 성장, 2009. 2. 8. 이뉴스전  
자신문

박영희 기자 “불법음원 유통방조” 네이버·다음 등 무더기 사법처리, 2008.  
12. 24.,MBC 뉴스

함석천, 이종필, 김윤명, '그록스터 판결, 어떻게 볼 것인가, 저작권심의조정  
위원회, 저작권문화, 제133호(2005. 9.) pp4-9, 저작권심의조정위원회 , 2005.  
8. 31.

김현아 기자 음원 사용 허락 한번에 받는다: ...문화부, 통합허락시스템 8월  
오픈, 아이뉴스 24, 2006. 4. 11.

홍지은 음악저작권분쟁: 언젠가 공유되지 않겠습니까? 세상의 모든 파일 :  
P2P 전면 유료화를 둘러싼 논의들, 네트워크 제35호(2006. 7.) pp30-31, 진보  
네트워크센터, 2006. 7. 3.

오병일 P2P 죽여야 음악이 사나?: 음제협, 소리바다 유료화 모델 거부, 네트  
워커 제28호(2005. 10.), pp18-19, 진보네트워크센터, 2005. 10. 3.



이대희 소리바다 3 가처분 결정 분석-중앙서버에 의하지 않는 P2P 파일교환, 계간저작권 2005년 겨울호

최성준 P2P 파일교환의 적법성 여부(소리바다 3 가처분 사건), 지적재산권, 제11호(2006. 1.) pp34-43, 한국지적재산권법제연구원, 2006. 1. 5.

이대희 P2P에 의한 파일공유와 그 해결책의 한계 계간 저작권 2002 겨울호  
백운철 소리바다와 온라인서비스사업자의 법적 책임, 스포츠와 법, 제9권(2006. 10.) pp89-127, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2006. 10. 31.

권상로 온라인서비스제공자의 책임 제한에 관한 국제적 동향과 개선방안, 민사법연구, 제12집 제2호(2004. 12.) pp67-98, 대한민사법학회, 2004. 12. 30.

오병철, P2P 유사스트리밍서비스의 책임에 대한 비판적 검토-서울중앙지법 2005. 5. 20. 선고 2004카합2965 결정을 대상으로, 인터넷 법률 제31호(2005. 9.)

박태일 온라인서비스제공자책임에 관한 연구-우리나라의 사례를 중심으로, 창작과 권리 44호(2006. 9.), 세창출판사

문용호 음악 압축파일을 스트리밍으로 제공하는 음악청취서비스가 저작(인접)권을 침해하는지 여부와 그 책임(일명 벅스뮤직 사건), 정보법 판례백선 제1호, 박영사

이대희 전송권과 공중전송권 LAW & TECHNOLOGY 제2권 제3호(2006. 5.), 서울대학교 기술과법센터

이규홍 디지털음악저작물을 둘러싼 최근 분쟁에 관한 소고 소리바다사건, 벅스뮤직 사건, 그리고 MP3 폰 분쟁의 개요, 실무연구 IV, 서울남부지방법원

이인석 명예훼손에 대한 온라인서비스제공자의 민사책임 저스티스 제67호 한국법학원

장철익 명예훼손에 대한 온라인서비스제공자의 손해배상책임 언론중재 제24권 제2호 통권 91호 언론중재위원회

위인규 구 정보통신기본법 제48조의2 소정의 '공연전시'의 개념 재판실무연구 3권  
(수원지방법원)

정현미 인터넷상 음란정보 전시 및 링크의 형사책임 형사재판연구 12권 박영사

오영근 인터넷상 음란정보 '전시'의 개념 대법원 2003. 7. 8. 선고 2001도1335 판결  
법률신문 제3213호 법률신문사(2003. 7. 8.자)

서보익 유해정보사이트에 링크해 놓은 경우의 형사책임-대법원 2003. 7. 8. 선고  
2001도1335 판결 법률신문 3205호 법률신문사

황병하 인터넷상 '링크(link)'와 전시의 관계(대법원 2003. 7. 8. 선고 2001도1335 판  
결에 대하여) 민형사실무연구 서울북부지방법원

김중호 인터넷 링크에 의한 음란부호 등의 공연전시-대법원 2003. 7. 8. 선고 2001도  
1335 판결 정보법학 7권 2호 한국정보법학회

장현진 온라인 뉴스에 대한 링크설정행위의 법적 문제점 Law & technology, 제3권  
제1호(2007. 1.) 서울대학교기술과법센터

권영준 명예훼손에 대한 인터넷서비스제공자의 책임 Law & technology 제2권 제2  
호(2006. 3.) 서울대학교 기술과법센터

이은영 협의의 공동불법행위 고시연구 제26권 제12호

김윤명 포털사업자의 검색서비스에 관한 법률문제, 정보관리연구

## Abstract

# The Liability of Online Service Provider for a third party's tort

SONG YOUNG KYUNG

Major in Intellectual Property Right Law

The Graduate School of Law

Seoul National University

1. With the appearance of online networks like internet, the possibility and scope of online copyright infringement, defamation, obscenity, privacy infringement have increased sharply these days, and accordingly the need for online copyright protection has also increased. With respect to the need for online copyright protection, this thesis deals with the issue regarding whether online-service provider, other than direct infringer, could be held liable for online copyright infringement.
2. USA is the country where the most plentiful examination about this issue has been done. US Courts, as they dealt with the related cases, have applied the traditional copyright infringement theories, such as theories of direct infringement, contributory infringement and vicarious infringement. The courts held online service providers, sometimes liable and sometimes not liable,

according to the specific factors in such cases, such as how actively online service providers had been involved with the infringement, whether they had been known the infringement, what sort of actions were taken against infringement, and so forth. Therefore, case laws were not obvious enough in suggesting clear standard about conditions of online service provider. This urgent need of clear standard for liability led to a legislation of Digital Millenium Copyright Act(DMCA), which was signed into the law in Oct. 1998, containing stipulations regarding the limitation of liability of Service Provider in section 2. In this Act, online service providers are relieved from liabilities for copyright infringement, so long as the conditions of exemption, "safe harbor" provisions, are met. Since many of those safe harbor provisions are related with ensuring the copyright protection, the act is exempting online service providers from excessive liabilities on one hand, and at the same time, contributing practically to protecting copyrights on the other hand, both by way of safe harbor provisions.

In regard to defamation, US Courts have applied the traditional defamation theories, such as theories of publisher, distributor. After legislation of Communication Decency Act and Zeran case, US Courts have thoroughly relieved Online Service Providers from defamation liabilities. But recently US Court in Craigslist case decided that if Online Service Providers induced tort it may be liable.

3. In Germany, 'Information and communications service act (Informations- und Kommunikationsdienste Gesetze)' was legislated in July, 1997.

Section 1 of the act, titled Teleservice act (Teledienstegesetz) deals with the conditions of liability of online service providers. Those provisions are somewhat abstract when compared with those in DMCA, but it can be deemed remarkable in that it was legislated even earlier than DMCA, and that it suggested conditions of liabilities in a systematic way. This Act was amended in 2001, and it is similar to DMCA.

In regard to Japan the Act related with a Limitation on a Service Provider's Compensation Liability and Disclosure of Sender's Identity was legislated in 2001. 11. 22. and was signed into the law in 2002. 5. 27. Since this Act relieve Service Providers which don't know infringement from liabilities and relieve Service Providers from liabilities so long as the conditions of exemption are met, Service Providers can predict whether they are liable or not.

4. In Korea, Copyright Act and the Act on Promotion of Utilization of Information and Communication Network And Data Protection relieve Online Service Providers from liabilities so long as the conditions of exemption are met. But because of abstract provisions and voluntary exemption, Online Service Providers cannot predict whether they are liable or not.

The most important point about the liability of online service provider would be the conditions and contents of "duty of the due care". Need of "duty of the due care" will be dependant upon the scale of online service provider, its commercialism and specialty, type of infringement, actual awareness of infringement, and obviousness of infringement, contractual relationship between concerned parties, measures taken after infringement, chilling effect on the freedom of expressions and growth of internet that will be caused by imposing liabilities of infringement on online service providers, and so forth.

5. Conclusively, considering the enormous size of network and great amount of informations these days, online service provider should be held liable only in a limited conditions.

keywords : Online Service Provider, Internet, Tort

Student Number : 2003-22003