



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

중국에서 인터넷서비스제공자의  
저작권 침해책임

2017년 8월

서울대학교 대학원  
법학과 지적재산권법 전공  
이 은 의

# 중국에서 인터넷서비스제공자의 저작권 침해책임

지도교수 정 상 조

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함  
2017년 4월

서울대학교 대학원  
법학과 지적재산권법 전공  
이 은 의

이은의의 석사 학위논문을 인준함  
2017년 7월

위 원 장 \_\_\_\_\_ (인)

부위원장 \_\_\_\_\_ (인)

위 원 \_\_\_\_\_ (인)

## 국문초록

인터넷은 정보 커뮤니케이션의 효율적인 매체로 작용하며 신속하고 많은 정보의 전달과 획득을 가능하게 하는 반면 온라인상에서 심각한 저작권침해를 야기하였다. 온라인상의 활동들은 필수적으로 인터넷서비스제공자를 통하여 이루어지게 되며 이러한 서비스를 통하여 침해가 발생되고 확장될 가능성이 크다는 점에서 각 국에서는 인터넷서비스제공자를 규율하는 합리적인 방안을 모색하기 위해 많은 논의가 전개되어 왔다.

인터넷서비스제공자는 단순한 기술서비스를 제공하며 직접적인 침해행위의 실시자는 제3자인 인터넷 이용자이다. 그러므로 어떠한 법리에 근거하여 인터넷서비스제공자에게 부수적인 책임을 지울 것인지에 관한 문제가 발생된다. 따라서 본 논문에서는 중국의 관련 입법 및 사법실무에 대한 검토를 기반으로 인터넷서비스제공자의 간접침해책임의 귀책원칙, 침해책임을 구성하는 요건 및 책임의 형태에 대해 검토하며 침해책임을 판단함에 있어 가장 중요한 부분으로 대두되는 인터넷서비스제공자의 과실을 중심으로 논의를 이끌어가고자 한다.

인터넷서비스제공자의 침해책임에 관한 규정으로 불법행위책임법 및 관련된 행정법규와 사법해석이 있다. 불법행위책임법은 인터넷서비스제공자의 침해책임을 규제하는 원칙적 규정을 제시하며 “통지 및 제거요청” 절차 및 “인식 요건” 조항을 설정하였다. 인터넷서비스제공자의 침해책임을 제한하는 법적 규정으로 정보네트워크전파권 보호조례에서 미국 DMCA의 관련 규정을 수용하여 네 가지 유형에 해당하는 각각의 면책요건을 규정하였다. 이 밖에도 인터넷서비스제공자의 침해책임은 민법, 저작권법 및 관련된 사법해석의 규정을 적용한다.

인터넷 이용자가 직접적인 침해행위를 실시하였고 인터넷서비스제공자가 이용자의 침해행위를 유인·유발하거나 도움을 제공하였다고 판단되는 경우 간접침해책임을 부담하게 된다. 인터넷서비스제공자의 침해책임을 법리상 종래로 공동불법행위이론으로 해석해왔지만 본 논문에서는 간접침해책임이론의 적용 필요성에 대해 고찰하고 나아가 직접침해책임과 간접침해책임을 분류하여 고찰한다.

인터넷서비스제공자의 저작권 간접침해책임을 성립 요건 중 가장 중요한 과실에 대한 판단 기준을 살펴보면, 인터넷서비스제공자가 알고 있다는 인식 요건은 “명확히 아는 경우” 및 “알 수 있었을 경우”를 포함한다. 전자는 직접침해행위에 대한 실질적 인식을 의미하고, 후자는 직접침해행위가 분명한 사실이나 상황에 대한 추정적 인식 및 주의의무를 위반한 과실을 포함한다. 사법실무상에서 일반적으로 권리주장자의 통지서에 의해 인터넷서비스제공자가 명확히 아는지 여부를 판단하고, 주의의무에 대한 판단을 통하여 알 수 있었을 경우를 판단하며 과실이 있는 경우 인터넷서비스제공자의 간접침해책임을 인정하고 있다. 그러나 각 계층 인민법원이 개별 사례를 해결함에 있어 적용하는 기준이 일정하지 않아 자칫 혼란을 야기할 수 있다.

인터넷서비스제공자의 책임론에 관한 국내 입법이 온전하지 않고 실무상에서 적용하는 기준이 모호한 상황에서 해외의 입법례 및 판례에 대한 검토를 통한 해석론을 중국 국내의 실정에 알맞게 적용하여 인터넷서비스제공자의 책임을 규율하는 구체적인 기준을 명확히 하고 구체화하는 노력이 촉구된다.

**주요어 : 인터넷서비스제공자, 저작권, 간접침해책임, 과실**

**학 번 : 2015-22164**

# 목 차

제 1 장 서론 .....	1
제 1 절 연구의 배경 및 목적 .....	1
I. 연구의 배경 .....	1
II. 연구의 목적 .....	3
제 2 절 연구의 구성 .....	5
제 2 장 인터넷서비스제공자의 정의 및 각국 법률상의 규정 .....	6
제 1 절 인터넷서비스제공자의 의미 및 유형 .....	6
I. 인터넷서비스제공자의 개념 .....	6
II. 인터넷서비스제공자의 의미와 유형에 관한 법률의 규정 .....	7
1. 중국대중멀티미디어 통신관리방법 .....	7
2. 컴퓨터인터넷저작권분쟁 사건의 심리에 적용할 법률에 관한 몇 가지 문제에 대한 해석 .....	8
3. 정보네트워크전파권 보호조례 .....	9
4. 불법행위책임법 .....	10
III. 인터넷서비스제공자의 의미와 유형에 관한 학계의 견해 .....	10
1. 제공하는 서비스로 분류하는 개념 .....	10
2. 광의와 협의로 분류하는 개념 .....	12
IV. 소결 .....	13
제 2 절 인터넷서비스제공자의 저작권 침해책임에 관한 중국 법률 상의 규정 .....	14
I. 민법 .....	14
II. 저작권법 .....	16

III. 정보네트워크전파권 보호조례 .....	17
1. 자동 접속 또는 자동 전송 서비스 .....	19
2. 자동 저장 서비스 .....	20
3. 정보저장 공간 서비스 .....	20
4. 정보검색 및 링크 서비스 .....	21
IV. 불법행위책임법 .....	21
1. 불법행위책임법의 일반규정 .....	22
2. “통지 및 제거요청” 절차 .....	23
3. 인식 요건 .....	24
V. 사법해석 .....	24
VI. 소결 .....	27
제 3 절 인터넷서비스제공자의 저작권 침해책임에 관한 해외 법률	
상의 규정 .....	27
I. 미국 .....	27
1. 디지털 밀레니엄 저작권법 제정 .....	27
2. 관련 규정 .....	28
3. 직접책임 및 간접책임 법리 .....	30
4. 중국과 미국의 책임제한 조항 비교 .....	32
II. EU .....	34
1. 유형별 면책조건 .....	34
2. 미국 규정과의 비교 .....	35
III. 한국 .....	36
1. 면책조항 .....	36
2. 모니터링 의무의 면제 .....	37
IV. 소결 .....	37

제 3 장 인터넷서비스제공자의 저작권 침해책임을 추궁할 법적 근거	39
제 1 절 민법상 공동불법행위이론에 의한 인터넷서비스제공자의 저작권 침해책임	39
I. 저작권을 침해하는 불법행위	39
II. 민법통칙 제130조에 의한 공동불법행위의 검토	39
III. 공동불법행위이론으로 인터넷서비스제공자의 책임을 추궁할 타당성에 관한 검토	41
IV. 직접침해와 간접침해 책임이론을 도입할 필요성	42
V. 소결	44
제 2 절 인터넷서비스제공자의 직접책임 및 간접책임의 법리	45
I. 인터넷서비스제공자의 직접침해와 간접침해에 대한 중국 에서의 논의	45
1. 정보네트워크전파권 사법해석	45
2. 네트워크 환경에서의 저작권분쟁 사건에 적용할 몇 가지 문제에 대한 북경 고급인민법원의 지도의견(1)	47
3. 인터넷서비스제공자의 직접침해 및 간접침해를 인정한 판례	49
II. 직접침해책임	50
1. 직접침해책임의 개념	50
2. 직접침해행위	50
3. 직접침해책임의 성립 요건	52
III. 간접침해책임	53
1. 간접침해책임의 개념	53
2. 간접침해책임의 성립 요건	55
3. 행위자의 과실	55
4. 불법행위의 실시	59
IV. 소결	61



제 4 장 인터넷서비스제공자의 저작권 간접침해책임의 과실 판단	62
.....	62
제 1 절 인터넷서비스제공자가 알고 있다는 판단 기준	62
I. 법률 규정상 알고 있다에 대한 검토	62
1. 과실을 판단하는 인식 요건	62
2. 불법행위법상의 과실 요건	63
3. 정보네트워크전파권 보호조례상의 과실 요건	64
4. 과실에 대한 법률 용어의 불일치	64
II. 알고 있다는 과실의 범위에 대한 견해	65
1. 알고 있다는 명확히 아는 경우만 포함한다는 주장	65
2. 알고 있다는 알 수 있었을 경우도 포함한다는 주장	65
3. 미국 법리상 인식 요건에 대한 판단	67
III. 소결	68
제 2 절 인터넷서비스제공자의 과실 중 명확히 아는 경우	69
I. 명확히 아는 경우의 의미	69
II. “통지 및 제거요청” 절차를 통한 판단	70
1. 권리주장자의 통지	70
2. 유효한 통지의 형식 및 요건	71
3. 유효하지 않은 통지서에 대한 판단	75
4. 인터넷서비스제공자가 통지서를 접수한 후의 처리	77
5. 통지에 대한 규정의 의미 해석	78
III. 소결	79
제 3 절 인터넷서비스제공자의 과실 중 알 수 있었을 경우	80
I. 알 수 있었을 경우의 의미	80
1. 명백한 침해사실에 기인한 추정적 인식	80
2. 주의의무 위반에 기인한 협의의 과실	82
II. 인터넷서비스제공자의 주의의무	83
1. 주의의무에 관한 논의	83

2. 인터넷서비스제공자의 사전심사의무 배제 .....	84
3. 인터넷서비스제공자의 일반적인 주의의무 .....	84
4. 인터넷서비스제공자의 사후적 통제 의무 .....	87
III. 소결 .....	88
제 4 절 인터넷서비스제공자의 저작권 침해책임에 대한 사례 .....	89
I. 中國音樂著作權協會 V. 广州网易計算机系統有限公司与 北京移動通信有限責任公司 .....	89
1. 사실관계 .....	89
2. 법원의 판단 .....	90
3. 사례분석 .....	91
II. 韓寒 V. 百度网科技有限公司 .....	91
1. 사실관계 .....	92
2. 법원의 판단 .....	93
3. 사례분석 .....	95
III. 广州佳華文化活動策劃有限公司 v. 广州市千鈞網絡科技 有限公司与北京我樂信息科技有限公司 .....	98
1. 사실관계 .....	98
2. 법원의 판단 .....	99
3. 사례분석 .....	101
<b>제 5 장 인터넷서비스제공자 저작권 간접침해책임 .....</b>	<b>103</b>
제 1 절 인터넷서비스제공자의 민사책임 .....	103
I. 침해정지 .....	104
1. 침해정지의 적용 요건 .....	104
2. 인터넷서비스제공자의 유형에 따른 침해정지의 적용기준 .....	106
II. 영향제거 및 사죄표시 .....	107
1. 영향제거 .....	107

2. 사죄표시 .....	107
3. 사죄표시의 적용 범위 .....	108
Ⅲ. 손해배상 .....	110
1. 손해배상을 청구할 수 있는 요건 .....	110
2. 손해배상액의 산정 .....	111
제 2 절 인터넷서비스제공자의 행정 책임 .....	113
제 6 장 결론 .....	115
참고문헌 .....	117
Abstract .....	123

# 제1장 서론

## 제1절 연구의 배경 및 목적

### I. 연구의 배경

인터넷은 사람들이 활동하는 새로운 공간으로 부단히 확장되면서 정보 교류, 의사소통 및 금전 거래를 비롯한 물질 거래의 장으로 급부상하며 정보화 시대의 커뮤니케이션의 새로운 패러다임을 맞이하고 있다. 알리바바(阿里巴巴) 및 징둥닷컴(京東商城)을 비롯한 중국의 전자상거래 업체들은 온라인 쇼핑몰이라는 인터넷 플랫폼을 구축하여 대중들의 취향에 알맞은 상품정보를 실시간으로 제공함으로써 소비자가 언제 어디서나 편리하게 상품을 구입할 수 있도록 하여 천문학적인 부를 창조하며 경영 전략상의 혁신을 일으켰다.

2014년, 중국 최대 검색엔진을 제공하는 IT 기업인 바이두(百度)의 창시자 리엔홍 회장은 중국 민영경제포럼에서 ‘인터넷 사유(思維)’<sup>1)</sup>의 가치를 언급하며 산업인터넷 시대에서는 모든 산업 분야가 점차 인터넷 중심의 사고로 운영되는 변화가 필요하다고 제기하였다. 몇 년이 지난 지금, ‘인터넷 사유’는 점점 더 많은 기업과 산업에서 받아들여지고 있으며 핫 이슈로 떠오르고 있다. 2015년 7월, 국무원은 “‘인터넷+’ 행동 계획<sup>2)</sup>의 촉진에 관한 국무원의 지도의견”을 정식 발표하였고, 국무원 총리

- 1) ‘인터넷 사유(思維)’: ‘인터넷+’, 빅 데이터, 클라우드 컴퓨팅 등 과학기술이 부단히 발전하고 있는 배경 하에 시장, 고객, 제품, 기업 가치를 비롯한 산업 생태 전반에 관해 새롭게 살피는 사고방식이라고 할 수 있다.
- 2) 인터넷+’ 행동 계획: ‘인터넷 사유’의 전략적 실천으로서 ‘인터넷+각 전통 산업’을 의미한다. 이는 단순한 양자의 결합이 아닌 정보통신기술 및 인터넷 플랫폼을 이용하여 인터넷과 전통 산업의 결합을 활성화하여 후자를 업그레이드하여 인터넷 기술혁신의 효과가 경제, 사회 전반에 걸쳐 신경계발전을 유도하는 것을 목표

리커창은 2016년 정부업무보고에서 ‘인터넷+’ 행동 계획을 여러 차례 언급하며 제조업을 비롯한 과거의 전통 산업을 인터넷과 융합시켜 신경제 발전을 유도해야하며 인터넷이 창조경제를 이끄는 경제발전의 초석임을 강조하였다.

‘인터넷+’ 행동 계획은 제조업을 비롯한 과거의 전통 산업이외에도 인터넷과 문화산업의 융합과 혁신을 촉진하고 있으며 그 중 가장 근본으로 되는 핵심은 바로 지적재산권이다. 그러나 정보 디지털 시대에서 가장 심각하게 권리침해를 받고 있는 분야 또한 지적재산권이며 그 중에서도 가장 취약한 분야가 저작권이다. 중국은 법률상에서 부단한 입법과 개정을 통하여 법률 규정을 보완하는 한편 행정부문에서 저작권을 보호하는 정책을 적극적으로 도입하고 감독하는 것을 통하여 온라인상의 지적재산권의 보호를 강화하고 침해행위를 규제하려는 노력을 다하고 있다.<sup>3)</sup>

2017년 1월, 중국인터넷정보센터(CNNIC)가 발표한 <제39차 중국인터넷발전상황통계보고>에 따르면 2016년 12월을 기준으로 중국의 인터넷 이용자는 7.31억 명에 달하였으며 전년 대비 4299만 명이 증가하였다.<sup>4)</sup> 통계결과에 의하면 중국 전체인구의 2분의 1 가량, 즉 절반에 해당되는 인구가 인터넷 이용자라는 것이다. 살아가는데 필수적인 요소로

---

로 한다.

3) 2015년 11월 1일부터 실시된 <중화인민공화국 형법수정안(9)>은 온라인상 저작권 보호를 중점으로 두어 온라인상의 방조에 의한 침해행위에 대해 형사처벌을 부과하는 규정을 신설하였다. 온라인상의 저작권침해에 대응하기 위하여 국가관권국은 여러 정책을 도입하였다. 여기에는 2015년 1월 8일, 국가신문출판광전총국이 발표한 <온라인문학의 건강한 발전을 추진하는 것에 관한 지도의견>; 4월 22일 국가관권국이 발표한 <온라인전재 저작권질서를 규범화할 것에 관한 통지>; 7월 8일 발표한 <온라인음악서비스제공자들이 저작권허여를 받지 않은 음악저작물을 전송하는 것을 금지할 것에 관한 통지>; 10월 14일 <클라우드 서비스를 규범화할 것에 관한 통지> 등이 있으며 이러한 정책들의 마련은 온라인상의 저작권 질서를 강화하는 작용을 하였다.

4) [http://www.cnnic.net.cn/hlwfzyj/hlwxxzb/hlwjtjbg/201701/t20170122\\_66437.htm](http://www.cnnic.net.cn/hlwfzyj/hlwxxzb/hlwjtjbg/201701/t20170122_66437.htm)

방문 날짜: 2017년 2월 20일

된 인터넷은 정보 커뮤니케이션의 효율적인 매체로 작용하며 신속하고 많은 정보의 전달과 획득을 가능하게 하며 편리한 생활을 보장해주고 있다. 이와 동시에 온라인상에서 타인의 저작권을 포함한 지적재산권을 침해하는 현상도 기하급수적으로 증가하고 있지만 인터넷의 특성상 침해를 일으킨 인터넷 이용자를 확정하고 나아가 인터넷공간에서 일어나는 침해 행위들을 일일이 규제하기엔 어려움이 존재한다. 온라인상의 활동들은 필수적으로 인터넷서비스제공자들이 제공하는 서비스를 통하여 이루어지게 되며 인터넷에 대한 생활의 의존도와 수요가 높아질수록 정보 전달의 매개자로 작용하는 인터넷서비스제공자들의 역할과 비중이 확대되고 있다. 인터넷 이용자들은 제공되는 서비스를 이용하여 타인의 권리를 침해하고 또한 이러한 서비스를 통하여 권리침해가 확장될 가능성이 크다는 점에서 각 국에서는 인터넷서비스제공자를 규율하는 합리적인 방안을 모색하기 위해 많은 논의가 전개되어 왔다.

중국의 경우, 온라인상 저작권 침해분쟁은 그 종류나 유형 면에서 기하급수적으로 증가하고 복잡해지는 추세에 직면하였지만 각 계층 인민법원이 개별 사례를 해결함에 있어 적용하는 기준이 일정하지 않아 자칫 혼란을 야기할 수 있다. 그러므로 인터넷서비스제공자의 책임을 추궁하는 법리 중 인터넷서비스제공자의 과실에 대한 판단 기준은 사법실무상 시급히 해결해야 할 과제라고 판단된다. 따라서 본 문에서는 인터넷서비스제공자가 어떠한 법리에 따라 침해책임을 부담할 것인가 하는 점을 중심으로 논의를 전개하고자 한다.

## II. 연구의 목적

인터넷서비스제공자의 불법행위책임에 대해 종전에는 주로 온라인상의 저작권을 보호하는 것을 중심으로 행정법규 및 사법해석에서 각기 규제가 이루어지고 있었다. 불법행위책임법 제36조에서 온라인상의 불법침해

행위를 규제하는 규정을 신설하면서 민사법이 인터넷서비스제공자의 침해 책임을 추궁할 근거법리로 되었고 그 보호범위는 저작권에 한정되지 않은 지적재산권 및 인격권을 포함한 기타 민사권리를 포함하게 되었다. 인터넷서비스제공자의 불법행위책임은 다음과 같은 두 가지로 나뉘게 된다. 첫 번째는, 인터넷서비스제공자가 불법행위의 주체로서 직접적인 침해행위를 한 경우 그 행위로 인해 부과되는 직접침해책임은 논의의 여지가 없어 보인다. 두 번째로, 인터넷 이용자가 인터넷서비스제공자가 제공하는 서비스를 이용하여 직접적인 침해행위를 실시하였고 인터넷서비스제공자가 이용자의 침해행위를 유인·유발하거나 도움을 제공하였다고 판단되는 경우 간접침해책임을 부담하게 된다. 불법행위책임법 제36조 제2항 및 제3항의 규정에 의하면 권리자가 권리침해사실을 통지하였으나 인터넷서비스제공자가 필요한 조치를 취하지 않은 경우 또는 인터넷서비스제공자가 침해사실을 알고도 필요한 조치를 취하지 않은 경우 인터넷 이용자와의 연대책임이라는 형태로 책임을 부과하고 있다.

본 논문에서는 인터넷을 통해 이루어지는 저작권 침해분쟁에서 인터넷서비스제공자의 간접침해책임을 중심으로 구체적인 논의를 전개하고자 한다. 현재 중국에서 인터넷서비스제공자의 침해 책임을 추궁할 법리 및 사법실무 상에서 적용하는 기준이 온전하지 않은 상황에서 이러한 주제는 연구가능성이 있다고 판단된다.

따라서 본 논문에서는 인터넷서비스제공자의 간접침해책임 관련 문제를 제기하고 중국에서의 구체적인 논의 상황을 분석함과 더불어 민법통칙, 저작권법, 불법행위책임법, 정보네트워크전파권 보호조례 및 기타 사법해석의 관련 규정을 검토하고 구체적인 판례를 통해 사법실무 현황을 분석한다. 이에 기반한 검토를 통하여 인터넷서비스제공자의 간접침해책임을 추궁할 법리가 합당한지 여부를 판단하고 합리적인 기준을 검토하고자 한다.

## 제 2 절 연구의 구성

제1장에서는 본 논문을 작성하게 된 연구배경, 연구목적과 논문의 구성에 대하여 간단히 소개한다.

제2장에서는 우선 논의의 전제로 되는 인터넷서비스제공자의 개념에 대해 살펴본다. 학계와 법률 규정상의 정의를 파악하고 본 논문에서 적용할 인터넷서비스제공자의 의미를 정의한다. 또한 중국 및 해외 입법상의 인터넷서비스제공자의 책임에 관한 법률 규정을 중심으로 검토한다.

제3장에서는 인터넷서비스제공자의 책임을 추궁할 법적 근거에 대해 살펴본다. 인터넷서비스제공자의 침해책임을 법리상 종래로 공동불법행위 이론으로 해석해왔지만 간접침해책임이론의 적용 필요성에 대해 고찰하고 나아가 직접침해책임과 간접침해책임을 분류하여 고찰한다.

제4장에서는 인터넷서비스제공자의 간접침해책임을 성립 요건 중 가장 중요한 과실에 대한 판단 기준을 살펴본다. 과실은 고의와 과실을 포함한 개념으로 법률상 규정 및 구체적 사례에 대한 분석을 통해 과실을 판단하는 기준을 세부적으로 고찰한다.

제5장에서는 인터넷서비스제공자의 간접침해책임을 구제방법인 민사책임 및 행정책임에 관해 살펴본다.

제6장에서는 마지막으로 본 논문의 결론을 기술한다.



## 제 2 장 인터넷서비스제공자의 정의 및 각국 법률상의 규정

### 제1절 인터넷서비스제공자의 의미 및 유형

본 논문에서 다루고자 하는 내용에 앞서 논의의 전제로 되는 인터넷서비스제공자를 정의하는 개념과 유형에 대해 중국 법률상의 규정 및 학계의 견해 두 가지로 분류하여 살펴보고 제1절의 소결 부분에서 본 논문의 논의에 적용되는 인터넷서비스제공자의 개념을 확정한다.

#### I. 인터넷서비스제공자의 개념

인터넷서비스제공자(網絡服務提供者)<sup>5)</sup>는 Internet Service Provider의 의역으로 ISP로 약칭된다.<sup>6)</sup> 인터넷이 탄생된 초기 인터넷서비스제공자는 단순한 인터넷 접속 서비스를 제공하는 자에 한정되는 개념이었다면 정보통신기술의 발전을 기반으로 네트워크상에서 중요한 정보전달의 매개자로 급부상한 현재의 인터넷서비스제공자로서 제공하는 서비스의 범위는 나날이 확장되고 우리의 생활과 폭넓은 관계를 맺고 있다.

인터넷서비스제공자의 정의에 대해 중국에서는 아직까지 통일된 정설이 없다. 그 이유는 인터넷 기술의 초고속 발전을 바탕으로 인터넷서비

---

5) 인터넷서비스제공자 대신 한국에서는 온라인서비스제공자란 용어를 빈번하게 사용하고 있다. 본 논문에서 인터넷서비스제공자란 용어를 사용한 원인은 중국 법률상 網絡服務提供者는 영문 Internet Service Provider의 의역이기 때문에 인터넷서비스제공자로 번역되는 것이 더 합당하다 여겨졌기 때문이다. 다만 한국 저작권법 제6장 온라인서비스제공자의 책임제한 부분을 비롯한 몇몇 법령에서는 온라인서비스제공자란 용어를 사용하고 있기 때문에 법률의 용어와 일치하도록 한국 법률규정의 관련 부분에서는 온라인서비스제공자라는 용어를 사용한다.

6) 王利明主編, 《電子商務法研究》, 中國法制出版社2002年版, 168면.

스제공자의 유형 및 역할도 다양화되고 고도화되므로 인터넷서비스제공자의 개념의 외연이 무단히 확장되고 있기 때문으로 간주된다. 인터넷서비스제공자는 부동한 기준에 따라 여러 가지 유형으로 분류되고 있으며 이 또한 통일된 바가 없으나 이하 본 논문에서는 중국의 관련된 법률 규정 및 학계에서 형성된 주된 견해를 살펴본다.

## II. 인터넷서비스제공자의 의미와 유형에 관한 법률의 규정

### 1. 중국대중멀티미디어통신관리방법

1997년 9월 7일, 중국 체신부는 중국대중멀티미디어통신관리방법을 발표하였다. 동 방법 제2조에서 대중멀티미디어 접속서비스제공자(公衆多媒体通信接入服務經營者, 이하 접속서비스제공자)(제4항)<sup>7)</sup> 및 대중멀티미디어 정보원제공자(公衆多媒体信息源提供者, 이하 정보원제공자)(제5항)<sup>8)</sup>라는 개념을 제기하였고, 제6항에서 이에 대한 상위의 개념으로 대중멀티미디어 통신업무경영자(公衆多媒体通信業務經營者)<sup>9)</sup>라는 개념을 제기하였다. 또한 정보원제공자는 중국 대중멀티미디어통신망에서 제공하는 정보의 합법성과 진실성에 대한 책임을 지며 네트워크 업체와 접속서비스제공자도 이에 상응하는 책임을 진다고 규정하고 있다(제10조).

동 방법은 중국이 인터넷서비스를 제공하는 주체의 책임을 규율하는 초기단계의 입법 규범이며 인터넷서비스제공자에 대한 분류도 상대적으로 단일하게 인터넷 접속서비스제공자 및 콘텐츠서비스제공자로 규정하

7) <중국대중멀티미디어통신관리방법> 제2조 제4항: 필요한 접속 시설이나 능력을 빌리거나 설립한 후 중국진신과 계약을 하거나 위탁을 받아 소비자를 위해 중국 대중 매체 통신망과의 접속 서비스를 제공하는 업체이다.

8) 동 방법 제2조 제5항: 멀티미디어 정보원 수집, 가공, 축적 등을 가리키고, 대중 매체를 통하여 소비자에게 멀티미디어 정보 서비스를 제공하는 업체이다.

9) 동 방법 제2조 제6항: 중국 대중매체 통신망의 경영자로서 접속서비스경영자, 정보원제공자의 총칭이다.

고 있다. 이후 네트워크 산업의 발전과 성숙으로 인해 법률 규정상에서 인터넷서비스제공자의 유형에 대한 분류도 세부화되는 추세로 나아가게 된다.

## 2. 컴퓨터인터넷저작권분쟁 사건의 심리에 적용할 법률에 관한 몇 가지 문제에 대한 최고인민법원의 해석

처음으로 인터넷서비스제공자(網絡服務提供者)라는 용어를 사용한 규정으로는 2000년 12월 21일부로 시행된 컴퓨터인터넷저작권분쟁 사건의 심리에 적용할 법률에 관한 몇 가지 문제에 대한 최고인민법원의 해석(이하 2000년 저작권분쟁 해석)<sup>10)</sup> 제4조<sup>11)</sup>이다. 또한 동 해석 제5조<sup>12)</sup>에서는 내용을 제공하는 콘텐츠서비스제공자(提供內容服務的網絡服務提供者)의 침해책임에 대해 별도로 규정하였으나 인터넷서비스제공자와 내용을 제공하는 콘텐츠서비스제공자의 개념과 관계에 관해서 특별히 언급한 바가 없다.

---

10) <컴퓨터인터넷저작권분쟁 사건의 심리에 적용할 법률에 관한 몇 가지 문제에 대한 최고인민법원의 해석 (最高人民法院關於審理涉及計算機網絡著作權糾紛案件適用法律若幹問題的解釋)>, 2000년 11월 22일 최고인민법원심판위원회 제1144차회의 통과, 2000년 12월 21일부로 시행되었다. 2006년 동 해석은 한 차례 수정을 거쳐 제3조를 삭제하였으나 기타 조문의 내용은 보류하였고 이후 조문의 순서에서 상응한 조정이 있었다.

11) <컴퓨터인터넷저작권분쟁 사건의 심리에 적용할 법률에 관한 몇 가지 문제에 대한 최고인민법원의 해석> 제4조: 인터넷서비스제공자가 인터넷을 통하여 타인의 저작권을 침해하는 행위에 참여하거나 또는 타인의 저작권 침해행위를 인터넷상에서 교사·방조한 경우 인민법원은 민법통칙 제130조에 의거하여 인터넷서비스제공자와 인터넷 이용자의 공동침해책임을 추궁할 수 있다.

12) 동 해석 제5조: 내용을 제공하는 콘텐츠서비스제공자는 인터넷 이용자가 그 서비스를 이용하여 타인의 저작권을 침해하는 것을 명지하거나 또는 저작권자가 경고를 한 뒤에도 침해소지가 있는 내용을 삭제하는 등의 조치를 취하지 않은 경우, 인민법원은 민법 제130조에 의거하여 인터넷서비스제공자와 인터넷 이용자의 공동침해책임을 추궁할 수 있다.

### 3. 정보네트워크전파권 보호조례

2006년 7월 1일부로 시행된 정보네트워크전파권 보호조례에서도 인터넷서비스제공자라는 용어를 사용하였다. 동 조례 제18조13)에서 일반 불법행위책임을 지는 행위들을 열거하였고 여기에는 저작권자의 허락 없이 정보통신망을 통하여 저작물, 실연, 음반영상제품을 제공하는 행위를 포함하고 있으며 이는 콘텐츠서비스제공자에 해당된다. 제20조부터 제23조에서는 제공하는 서비스에 근거하여 인터넷서비스제공자를 ①자동 접속 및 자동 전송 서비스(단순 도관); ②자동 저장서비스(캐싱); ③정보 저장 공간 서비스(호스팅); ④검색 및 링크 서비스 등 네 가지 유형으로 열거하여 구분하였으며 각 유형에 해당되는 면책요건을 규정하였다. 상술한 네 가지 유형은 정보통신망을 통하여 정보의 전송에 필요한 도구와 경로 또는 기술적 지지를 제공하는 기술서비스제공자에 해당된다. 이로 부터 동 조례에서의 인터넷서비스제공자는 콘텐츠서비스제공자 및 기술서비스제공자를 포함하는 개념이라는 것을 알 수 있다.

---

13) <정보네트워크전파권 보호조례> 제18조: 본 조례규정을 위반하여 아래의 권리 침해 사항 중 하나에 속하는 경우 침해상황에 따라 침해정지, 영향제거, 사죄표시, 손해배상 등의 민사책임을 져야 한다.

- ① 정보네트워크를 통해 일반 대중에게 타인의 작품, 실연, 음반영상제품을 저작권자의 허락 없이 제공한 경우;
- ② 고의로 기술조치를 회피하거나 파괴한 경우;
- ③ 정보네트워크를 통해 일반 대중에게 제공된 저작물, 실연, 음반영상제품의 전자 저작권 관리정보를 제공하거나, 권리자의 허락 없이 전자저작권관리정보가 삭제 또는 변경되었다는 사실을 명지하거나 또는 알았을 거라고 보이는 저작물, 실연, 음반영상제품을 일반 대중에게 제공하는 경우;
- ④ 빈곤구제를 목적으로 농촌지역에 정보네트워크를 통해 제공되는 저작물, 실연, 음반영상제품이 규정범위를 벗어난 경우, 사용료 지불이 공고된 기준에 부합하지 않는 경우, 권리자가 저작물, 실연, 음반영상제품 제공을 허락하지 않았음에도 즉시 삭제하지 않은 경우;
- ⑤ 정보네트워크를 통해 타인의 저작물, 실연, 음반영상제품을 제공함에 있어 해당 저작물 등의 명칭 또는 저작자, 실연자, 음반영상제작자의 성명을 밝히지 않은 경우, 또는 사용료 지급을 하지 않은 경우, 또는 본 조례 규정에 따른 기술적 조치를 취하지 않아 서비스대상이 아닌 자가 타인의 저작물, 실연, 음반영상물을 획득하는 것을 방지하지 못한 경우, 서비스대상의 복제행위를 방지하지 않아 권리자에게 실질적인 경제적 손실을 초래한 경우

#### 4. 불법행위책임법

이후 2010년 7월 1일부로 시행된 불법행위책임법은 법률 규정상에서 인터넷서비스제공자라는 용어를 채택하였으나 이에 대한 명확한 정의를 내리지 않았고 인터넷서비스제공자의 유형과 침해책임을 성립하는 요건에 관해서도 규정한 바가 없다. 이에 관한 전국인대 상무위원회 법제위원회의 해석을 살펴보면 불법행위책임법에서 규정한 인터넷서비스제공자는 두 가지 유형으로 나뉘는데 첫 번째는 개인 이용자 또는 인터넷 서비스 업체를 막론한 정보통신망을 이용하여 직접 조직한 정보를 제공하는 콘텐츠서비스제공자이고, 두 번째는 필요한 설비와 경로 및 기술적 지지를 제공하는 기술서비스제공자가 포함된다.<sup>14)</sup>

### Ⅲ. 인터넷서비스제공자의 의미와 유형에 관한 학계의 견해

중국의 학계에서는 인터넷서비스제공자의 개념 및 유형에 대해 서로 다른 견해가 존재하고 그 분류 또한 일정하지 않다. 이하에서는 부동한 기준에 따라 인터넷서비스제공자를 분류하여 설명하기로 한다.

#### 1. 제공하는 서비스로 분류하는 개념

가. 콘텐츠서비스제공자(網絡內容服務提供者, Internet Content Provider, ICP)

콘텐츠서비스제공자란 자발적으로 조직한 정보를 정보통신망을 통해 공중에게 전파하는 자를 말한다.<sup>15)</sup> 여기에서 정보는 파일, 사진, 오디오, 동영상을 포함한 각 종 콘텐츠를 포함하는데 이러한 콘텐츠는 온라인상

14) 全國人大常委會法制工作委員會民法室: 《中華人民共和國侵權責任法條文說明、立法理由及相關規定》, 北京大學出版社 2010年版, 149면.

15) 徐楠軒, 《我國電子商務知識產權保護的挑戰與對策研究》—以專利侵權責任為視角, 中國政法大學出版社, 34면.

에서 열람이 가능하며 일정한 조건하에서 다운로드 서비스도 제공된다.  
나. 접속서비스제공자 (網絡接入服務提供者, Internet Access Provider, IAP)

텔레콤 회사의 공용 네트워크를 임차하거나 또는 자사의 전용 네트워크를 통하여 특정 범위 내에 있는 이용자들에게 인터넷 접속서비스를 제공하는 자를 말한다. 접속서비스제공자는 일반적으로 인터넷 이용자들에게 인터넷의 접속 자체를 제공하는 통로의 역할을 하며 직접적으로 구체적인 정보나 콘텐츠를 제공하지 않는다. 여기에는 연결서비스, IP 주소의 분배 및 전자게시판 등 서비스가 포함된다.

다. 플랫폼서비스제공자(網絡平台服務提供者,Internet Platform Provider, IPP)

플랫폼서비스제공자는 정보를 직접 편집, 전송하는 것이 아닌 이용자들이 활동하고 정보를 교류할 수 있는 온라인상의 가상공간을 제공하는 자를 말한다. 여기에서 다시 정보검색도구를 제공하는 바이두, 구글과 같은 검색엔진서비스제공자와 정보를 교류하고 저장할 수 있는 호스팅 플랫폼서비스를 제공하는 360 클라우드, 바이두 클라우드, 웨이보 등으로 분류된다.

라. 온라인서비스제공자(Online Service Provider, OSP)

인터넷서비스제공자와 자주 혼용하여 사용되는 개념으로 해외의 입법례를 살펴보면 미국의 경우 디지털밀레니엄저작권법 (Digital Millenium Copyright Act, 이하 DMCA로 약칭)에서도 온라인이라는 표현을 사용하고 있고, 한국의 경우 저작권법을 비롯한 몇몇 법령에서 온라인서비스제공자라는 용어를 채택하고 있다. 그러나 중국의 경우 온라인서비스제공자는 주로 온라인상에서 데이터베이스, 검색조회, 포럼 등 서비스를 제공하는 자를 말하며 인터넷서비스제공자의 유형에 해당되는 개념으로 해석하며 사용되고 있다.<sup>16)</sup> 이외에도 접속서비스제공자 및 플랫폼서비스

제공자가 온라인서비스제공자에 해당된다는 견해도 있으며<sup>17)</sup> 반대로 인터넷서비스제공자가 온라인서비스제공자의 일종에 해당된다는 견해도 있다.<sup>18)</sup>

## 2. 광의와 협의로 분류하는 개념

이 밖에도 인터넷서비스제공자를 분류하는 다양한 의견<sup>19)</sup>이 있으나 실질적으로 그 차이는 제공하는 서비스유형에 대한 분류의 기준이 상이한 것으로부터 비롯된 것이며 여기에서 기본으로 되는 분류는 콘텐츠서비스제공자와 기술서비스제공자 두 가지로 나누는 것이다. 이로부터 일부 학자들은 인터넷서비스제공자를 광의와 협의의 개념으로 나누어 해석한다.

광의의 인터넷서비스제공자란, 인터넷상에서 서비스를 제공하는 모든 자를 일컫는데 여기에는 크게 두 가지 유형이 포함된다. 첫 번째는, 정보통신망을 통해 직접 선택하고 조직한 정보를 대중에게 제공하는 콘텐츠서비스제공자(網絡內容提供者)이고; 두 번째는, 정보통신망을 통하여 정보의 전송에 필요한 도구와 경로 또는 기술적 지지를 제공하는 중개서비스제공자(網絡中介服務者), 일명 기술서비스제공자가 포함된다.<sup>20)</sup> 협의의 인터넷서비스제공자란, 중개서비스제공자만 포함하는 개념에 해당

16) 高圣平, 《中華人民共和國侵權責任法立法爭点立法例及經典案例》, 北京大學出版社2010年版, 437-8면.

17) 楊立雪·袁雪石·陶麗琴, 《侵權行爲法》, 中國法制出版社2008年版, 250-1면.

18) 馬治國·任宝明, 《網絡服務提供商版權責任問題研究》, 《法律科學》, 2000年第4期.

19) 이밖에도 중국 국내에서 인터넷서비스제공자 관련 연구를 일찍 시작한 학자는 인터넷서비스제공자를 인터넷기초시설운영자(網絡基礎設施經營者), 접속서비스제공자(接入服務提供者), 호스팅서비스제공자(主机服務提供者), 전자게시판 시스템 운영자(電子布告板系統經營者), 정보검색도구제공자(信息搜索工具提供者) 등 다섯 가지 유형으로 구분하기도 한다. (薛虹: 《知識產權與電子商務》, 法律出版社2003年版, 374면.)

20) 將誌培主編, 《網絡與電子商務法》, 法律出版社2002年版, 182면.

된다. 협의의 인터넷서비스제공자는 제공하는 정보를 주동적으로 조직하거나 선별하지 않고 정보통신망을 통하여 인터넷 이용자의 정보 교류에 각 종 중개서비스를 제공하는 주체이다.<sup>21)</sup>

#### IV. 소결

이로부터 알 수 있듯이, 법률 규정 및 학술계에서 인터넷서비스제공자의 개념과 유형에 대한 인식이 부동하며 용어상의 표현뿐만 아니라 그 범위와 유형 면에서도 서로 다르게 구분하는 등 부동한 입장의 차이를 보유하고 있다.

본 논문에서 주로 논의하게 될 인터넷서비스제공자는 실무상에서 불법행위책임에 대한 논의가 가장 많이 제기되고 있는 자동 접속, 자동 전송, 정보 저장공간, 검색 및 링크 서비스를 제공하는 정보중개자로서의 기술서비스제공자(網絡技術服務提供者)에 한정되는 개념이다. 본 논문의 논의에서 콘텐츠서비스제공자를 배제한 이유는 콘텐츠서비스제공자는 자발적으로 조직한 정보를 정보통신망을 통해 공중에게 전파하는 자를 말하는데 이는 저작권에 대한 직접적인 침해행위에 해당되며 불법행위책임의 판단이 비교적 수월하기 때문이다.

---

21) 劉德良, 《論網絡服務提供者在侵權法中的地位與責任》, 《法商研究》, 2001年第5期, 112면.



## 제 2 절 인터넷서비스제공자의 저작권 침해책임에 관한 중국 법률상의 규정

민법통칙의 제5장에서 규정한 민사권리 중 제3절<sup>22)</sup>은 지적재산권에 대한 규정이다. 그 중 제94조<sup>23)</sup>는 저작권에 대한 규정이며 또한 불법행위책임법 제2조<sup>24)</sup>에서도 저작권을 민사권리 중의 하나로 규정하고 있다. 이에 근거하여 저작권은 민법이 규정한 민사권리 중의 하나라는 것을 판단할 수 있다.

불법행위책임법 제6조 제1항<sup>25)</sup>에서 행위자가 과실로 타인의 민사권리를 침해한 경우 불법행위책임을 부담한다는 일반규정에 의하여 저작권을 포함한 지적재산권은 불법행위책임법의 적용을 받는다. 이에 근거하여 실무상 저작권 관련 민사 분쟁을 해결함에 있어 저작권법의 규정 이외에도 민법통칙, 불법행위책임법의 관련 규정을 적용하는 동시에 민법의 기본원리와 기본원칙을 수용한다.

### I. 민법

온라인상의 저작권침해에서 인터넷서비스제공자의 책임은 <민법통칙>의 공동불법행위이론으로 해석되어 왔다. 2인 이상이 공동으로 권리

---

22) <민법통칙> 제5장 민사권리 중 제3절은 지적재산권에 관한 규정인데 제94조는 저작권, 제95조는 특허권, 제96조는 상표 전용권, 제97조는 발견권에 대해 규정하고 있다.

23) <민법통칙> 제94조: 공민, 법인은 저작권(판권)을 향유하며 법에 따라 서명, 발표, 출판, 보수 획득 등 권리가 있다.

24) <불법행위책임법> 제2조 제1항: 민사권리의 침해는 이 법에 따라 불법행위책임을 부담하여야 한다.

제2항: 이 법에서 말하는 민사권리는 생명권, 건강권, 성명권 ... 저작권, 특허권, 상표전용권, 발견권 ... 등의 인신·재산권을 말한다.

25) <불법행위책임법> 제6조 제1항: 행위자가 과실로 타인의 민사권리를 침해한 경우 불법행위책임을 부담하여야 한다.

를 침해하여 타인에게 손해가 발생한 경우 연대책임을 진다(민법통칙 제 130조). 중화인민공화국민법통칙을 시행하는 것에 관한 약간의 문제에 대한 최고인민법원의 의견<sup>26)</sup> 제148조는 타인의 권리침해 행위를 교사·방조한 자는 공동권리침해자이며 연대책임을 진다고 규정하며 교사·방조의 행위를 공동불법행위책임의 범주에 귀속시켰다. 또한 민법통칙 제 130조의 규정에 의거하여 제정된 컴퓨터인터넷저작권분쟁 사건의 심리에 적용할 법률에 관한 몇 가지 문제에 대한 최고인민법원의 해석<sup>27)</sup>의 제4조<sup>28)</sup> 및 제5조<sup>29)</sup>에서 처음으로 공동불법행위이론에 입각하여 인터넷서비스제공자의 책임을 추궁할 수 있음을 명문으로 규정하였고 동 규정은 사법실무에서 인터넷서비스제공자의 불법행위책임을 판단하는 근거로 되었다.

26) <중화인민공화국민법통칙을 시행하는 것에 관한 약간의 문제에 대한 최고인민법원의 의견(最高人民法院關於貫徹執行《中華人民共和國民法通則》若干問題的意見(試行))>, 1988년1월26일 최고인민법원 심판위원회의 통과됨.

27) <컴퓨터인터넷저작권분쟁 사건의 심리에 적용할 법률에 관한 몇 가지 문제에 대한 최고인민법원의 해석>은 2000년 11월 22일 제1144차 최고인민법원 심판위원회회의에서 통과되었고 2000년 12월 21일부로 시행되었다. 2003년 12월 23일 제1302차 최고인민법원 심판위원회회의에서 제1차 수정을 거쳐 일부 조문을 삭제하였고, 2006년 11월 20일 제1406차 최고인민법원 심판위원회회의에서 제2차 수정을 거쳐 조문의 순서를 재배치하여 <컴퓨터인터넷저작권분쟁 사건의 심리에 적용할 법률에 관한 몇 가지 문제에 대한 최고인민법원의 해석>을 수정할 것에 관한 결정(2)>으로 공표되었다. 본 논문의 논의에서 인용한 조문은 2차례 수정을 거친 뒤 순서상의 변화가 있을 뿐 내용은 수정되지 않았고, 동 결정은 2013년 1월 1일부로 폐지되기 때문에 혼선을 최소화하기 위해 본 논문에서는 2000년 공표된 해석으로 법조문의 순서와 내용을 통일하고자 한다.

28) 동 사법해석 제4조: 인터넷서비스제공자는 서비스를 제공함에 있어 인터넷 이용자가 그 서비스를 이용하여 타인의 민사권리를 침해하는 것을 알거나 또는 저작권자가 경고를 한 뒤에도 권리침해내용을 삭제하는 등 필요한 조치를 취하지 않은 경우 인민법원은 민법통칙 제130조에 의거하여 인터넷서비스제공자와 인터넷 이용자의 공동침해책임을 추궁할 수 있다.

29) 동 사법해석 제5조: 콘텐츠서비스제공자는 인터넷 이용자가 그 인터넷서비스를 이용하여 타인의 저작권을 침해하는 것을 알고도, 또는 저작권자의 통지를 받은 후에 필요한 조치를 취하지 아니한 경우 인민법원은 민법통칙 제130조에 의거하여 인터넷서비스제공자와 인터넷 이용자의 공동침해책임을 추궁할 수 있다.

## II. 저작권법

저작권법 제10조<sup>30)</sup>는 저작권자가 향유하는 저작인격권 및 저작재산권의 종류를 나열하여 규정하는 한편 온라인상의 저작권을 보호하기 위해 지난 2001년 수정을 거쳐 정보네트워크전파권(信息網絡傳播權)이라는 저작권자의 권리를 신설하였다. 저작권법에 의하면 정보네트워크전파권이란, 유선 또는 무선 방식으로 저작물을 공중에 제공하고 공중 개인이 선택한 시간과 장소에서 당해 저작물을 취득하게 하는 권리를 말한다(제10조 제1항 제12목). 정보네트워크전파권은 한편으로 저작자가 저작물을 네트워크상에 직접 제공하거나 타인에게 저작물에 대한 권리를 허여하여 업로드하거나 사용하도록 허락한 동시에 다른 한편으로 제3자가 저작권자의 허락 없이 네트워크상에 저작물을 제공하는 것을 금지하였다. 정보네트워크전파권은 저작권자에게 새로운 권리를 부여하였고 이는 저작권에 대한 보호가 사이버 공간상으로 확장되었음을 의미한다.

저작권법 제48조<sup>31)</sup> 제1항에 의하면 저작권자의 허락 없이 그 저작물

---

30) <저작권법> 제10조: 저작권은 다음의 저작인격권과 재산권을 포함한다.

(1) 공표권(發表權), 즉 저작물을 공중에 공개할 것인지를 결정할 수 있는 권리

...

(12) 정보네트워크전파권(信息網絡傳播權), 즉 유선 또는 무선방식으로 저작물을 공중에 제공하여 공중으로 하여금 자산이 선택한 시간과 장소에서 저작물을 받아들 수 있도록 하는 권리

...

(17) 저작권자가 당연히 향유하는 기타 권리

저작권자는 타인이 위 제5호 내지 제17호에 규정된 권리를 행사하도록 허가할 수 있으며, 계약 또는 이 법의 관련 규정에 따라 보수를 받는다.

저작권자는 이 조 제1항 제5호 내지 제17호에 규정된 권리의 전부 또는 일부를 양도할 수 있으며, 계약 또는 이 법의 관련 규정에 따라 보수를 받는다.

31) <저작권법> 제48조 다음과 같은 권리침해행위를 한 때에는 정황에 따라 침해정지, 영향제거, 사죄표시, 손해배상 등 민사책임을 져야 한다. 동시에 공공이익을 해친 경우, 저작권행정관리부서는 침해행위의 정지를 명할 수 있고, 불법소득을 몰수하거나 침해복제품을 몰수, 폐기(銷毀)할 수 있으며, 벌금을 부과할 수 있다. 침해결과가 중대한 경우 저작권행정관리부서는 침해복제품을 제작하는데 주로 사용하는 자재, 공구, 설비 등을 몰수할 수 있다. 범죄가 성립되는 경우에는

을 정보통신망을 통하여 전파하는 등 정보네트워크전파권을 침해하는 행위는 이 법에 별도의 규정이 있는 경우는 제외하고 그 침해책임을 추궁할 수 있다. 그러나 동 법에서는 책임의 유무만 규정했을 뿐 인터넷서비스제공자의 책임을 구성하는 요건에 대해서는 상세한 규정이 없다.

### Ⅲ. 정보네트워크전파권 보호조례

저작권법에서 부여한 권한에 따라 정보네트워크전파권에 대한 보호를 강화하기 위하여 국무원은 2006년 5월 10일 정보네트워크전파권 보호조례<sup>32)</sup>를 통과하였고 동 조례는 2013년 한 차례 수정을 거쳤다. 동 조례는 정보네트워크전파권의 정의를 다음과 같이 수정하여 그 범위를 넓

---

법에 따라 형사책임을 추궁할 수 있다.

- (1) 저작권자의 허락 없이 그 저작물을 복제, 발행, 실연, 상영, 방송, 편집하거나 정보통신망을 통하여 공중에 전파하는 행위. 이 법에 별도의 규정이 있는 경우는 제외한다.
- (2) 타인의 독점출판권(專有出版權)을 향유하는 도서를 출판하는 행위
- (3) 실연자의 허락 없이 실연한 음반영상제품을 복제, 발행하거나 또는 정보통신망을 통하여 공중에 그 실연을 전파하는 행위. 이 법에 별도의 규정이 있는 경우는 제외한다.
- (4) 음반영상제작자의 허락 없이 그 제작한 음반영상제품을 복제, 발행하거나 정보통신망을 통하여 공중에 전파하는 행위. 이 법에 별도의 규정이 있는 경우는 제외한다.
- (5) 허락 없이 라디오, TV프로그램을 방송하거나 복제하는 행위. 이법에 별도의 규정이 있는 경우는 제외한다.
- (6) 저작권자 또는 저작권 관련권리자의 허락 없이, 권리자가 그 저작물, 음반영상제품 등의 저작권 또는 저작권 관련권리를 보호하기 위하여 채택한 기술적 조치(技術措置)를 고의로 회피(避開)하거나 파괴하는 행위. 법률, 행정법규에 별도의 규정이 있는 경우는 제외한다.
- (7) 저작권자 또는 저작권 관련권리자의 허락 없이, 권리자가 그 저작물, 음반영상제품 등을 전자정보(電子信息)로 관리하는 것을 고의로 삭제(刪除)하거나 또는 변경하는 행위. 법률, 행정법규에 별도의 규정이 있는 경우는 제외한다.
- (8) 타인의 서명을 위조(假冒)한 저작물을 제작, 판매하는 행위

32) <정보네트워크전파권 보호조례>: 2006년 5월 18일 중화인민공화국 제468호 국무원령에 의해 공포되었고 2006년 7월 1일부로 시행되었다. 2013년 1월 30일 중화인민공화국 제634호 《국무원이 <정보네트워크전파권 보호조례>를 수정할 것에 관한 결정》에 의해 수정을 거쳐 동 조례는 총 27개 조문이 있으며 2013년 3월 1일부로 시행되었다.

게 해석하였다. 정보네트워크전과권이란, 유선 또는 무선 방식으로 저작물, 실연, 음반영상제품을 공중에 제공하고 공중 개인이 선택한 시간과 장소에서 당해 저작물, 실연, 음반영상제품을 취득하게 하는 권리를 말한다(제26조). 이 규정에 의하여 실연자와 음반영상제작자 또한 정보네트워크전과권을 향유함을 명확히 하였다.

동 조례 제18조<sup>33)</sup>는 인터넷서비스제공자의 다섯 가지 불법행위를 열거하여 규정하였고 조례 제14조부터 제17조까지 “통지와 제거요청” 절차를 세부적으로 규정하였으며 제20조부터 제23조까지는 미국 DMCA 제512조 (a)항부터 (d)항의 내용을 수용하여 인터넷서비스제공자를 네 가지 유형으로 분류한 뒤 개별적인 면책조항을 규정하였다. 동 조례에서는 인터넷서비스제공자의 침해책임의 구성요건에 대한 전문 규정은 없으

---

33) <정보네트워크전과권 보호조례> 제 18조: 본 조례규정을 위반해 아래의 권리침해사항 중 하나에 속하는 경우, 침해상황에 따라 침해행위 정지, 영향요인 제거, 사과, 손해배상 등의 민사책임을 져야 한다. 또한 공공이익을 침해한 경우 저작권행정관리부문은 권리침해행위정지를 명령하고 위법행위로 인해 생긴 소득을 몰수하며 10만 위엔 이하의 벌금을 부과할 수 있다. 권리침해정도가 심각한 경우 저작권행정관리부문은 인터넷서비스를 제공하는 컴퓨터 등의 설비를 몰수할 수 있고, 범죄행위를 구성하는 경우 형사책임도 추궁한다.

(1) 정보네트워크를 통해 일반 대중에게 타인의 작품, 실연, 음반영상물을 허락 없이 제공한 경우

(2) 고의로 기술조치를 피하거나 파괴한 경우

(3) 정보네트워크를 통해 일반 대중에게 제공된 작품, 실연, 음반영상물의 전자 저작권 관리정보를 제공하거나, 권리자의 허락을 얻지 않아 전자저작권관리정보가 삭제 혹은 변경됐다는 사실을 분명히 알고 있거나 당연히 알 수 있는 작품, 실연, 음반영상물을 일반 대중에게 제공하는 경우

(4) 빈곤구제를 목적으로 농촌지역에 정보네트워크를 통해 제공되는 작품, 실연, 음반 영상물이 규정범위를 벗어난 경우, 사용료지불이 공고된 기준에 부합하지 않는 경우, 권리자가 작품, 실연, 음반영상물 제공에 동의하지 않았는데도 즉시 삭제하지 하지 않은 경우

(5) 정보네트워크를 통해 타인의 작품, 실연, 음반영상물을 제공함에 있어 해당 작품, 실연, 음반영상물의 명칭 또는 작가, 실연자, 음반영상물 제작자 성명(명칭)을 밝히지 않은 경우, 또는 사용료 지급을 하지 않은 경우, 또는 본 조례규정에 따른 기술적 조치를 취하지 않아 서비스대상이 아닌 자가 타인의 작품, 실연, 음반영상물을 획득하는 것을 방지하지 못한 경우, 서비스대상의 복제행위를 방지하지 않아 권리자에게 실질적인 경제적 손실을 초래한 경우

나 반대로 침해행위의 효과발생을 배제하기 위한 책임제한 규정을 두고 있다.

동 조례 제20조부터 제23조에서는 네 가지 유형의 인터넷서비스제공자가 손해배상책임에서 배제될 수 있는 각각의 면책요건들을 규정하였는데 일정한 법적 요건을 모두 갖춘 경우 인터넷서비스제공자는 그 침해로 인한 배상책임으로부터 자유로워진다는 것을 의미한다. 동 조례는 “세이프 하버” 원칙<sup>34)</sup>을 적용한 구체적인 규정으로서 인터넷서비스제공자의 불법행위의 성립 요건에 대한 구체적인 기준을 마련하지 않았다는 점에서 다소 추상적인 규정이라 할 수도 있겠으나 서비스제공자의 책임을 배제할 법률적 근거를 마련하였다는 점에서 긍정적인 효과가 있다. 그 구체적인 규정을 살펴보면 다음과 같다.

#### 1. 자동 접속 또는 자동 전송 서비스 (단순 도관)

인터넷서비스제공자가 서비스 대상의 지령에 따라 접속 서비스를 제공하거나 또는 서비스 대상이 제공한 저작물, 실연, 음반영상제품에 자동 전송 서비스를 제공하는 경우 다음 각 요건을 모두 갖춘 경우에는 그 침해에 대하여 배상책임을 지지 아니한다(제20조). ①전송하는 저작물, 실연, 음반영상제품에 대해 선택하거나 수정하지 아니한 경우; ②지정된 서비스 대상에게만 해당 저작물, 실연, 음반영상제품을 제공하고 그 이외의 타인이 획득하는 것을 방지한 경우 책임을 지지 아니한다.

---

34) 한국에서는 온라인서비스제공자의 책임제한 조항, 또는 면책조항이라 번역되어 도입되었다. 중국은 미국 법리상 책임제한조항의 내용을 일부 수용한 규정을 두고 있으나 중국에서의 “세이프 하버” 원칙은 인터넷서비스제공자의 책임을 제한하는 면책조항이 아닌 귀책조항으로 해석하는 견해도 일부 존재하며 중국 법리상 면책조항이라는 용어보다는 “세이프 하버” 원칙(避風港原則)이라는 용어를 더 빈번하게 사용하고 있다.

## 2. 자동 저장 서비스 (시스템 캐싱)

인터넷서비스제공자가 인터넷 전송 효율을 높이기 위하여 기타 인터넷 서비스제공자로부터 획득한 저작물, 실연, 음반영상제품을 자동 저장하고 기술적인 조치로 서비스 대상에게 자동으로 제공되는 경우 다음 각 요건을 모두 갖춘 경우에는 그 침해에 대하여 배상책임을 지지 아니한다(제21조). ①자동 저장한 해당 저작물, 실연, 음반영상제품 등을 수정하지 아니한 경우; ②자동 저장한 저작물, 실연, 음반영상제품을 제공한 원래의 인터넷서비스제공자가 서비스 대상이 해당 저작물, 실연, 음반영상제품을 획득상황을 파악하는 것을 영향을 주지 아니한 경우; ③원래의 인터넷서비스제공자가 해당 저작물, 실연, 음반영상제품을 수정, 삭제 또는 차단할 경우 기술적인 조치로 수정, 삭제 또는 차단이 자동적으로 이루어진 경우 책임을 지지 아니한다.

## 3. 정보저장 공간 서비스

인터넷서비스제공자가 서비스 대상에게 정보저장 공간 서비스를 제공하여 서비스 대상이 정보네트워크를 통하여 일반 대중에게 저작물, 실연, 음반영상제품을 제공하는 경우 다음 각 요건을 모두 갖춘 경우에는 그 침해에 대하여 배상책임을 지지 아니한다(제22조). ①해당 정보저장 공간 서비스는 서비스 대상을 위해 제공되는 것임을 명시하고 인터넷서비스제공자의 명칭, 연락처, 인터넷 주소를 공개한 경우; ②서비스 대상이 제공한 저작물, 실연, 음반영상제품 등을 수정하지 아니한 경우; ③서비스 이용자가 제공한 저작물의 침해행위를 몰랐거나(不知道) 알 수 있었다고 볼 합리적인 이유가 없는 경우(沒有合理的理由應當知道); ④서비스 대상이 제공한 저작물 등으로 인해 직접적인 경제적 이익을 얻지 아니한 경우; ⑤ 권리자의 통지를 받은 후 즉시 권리자가 침해를 주장하는 저작물 등을 삭제한 경우 책임을 지지 아니한다.

#### 4. 정보검색 및 링크

인터넷서비스제공자가 서비스 대상에게 검색 또는 링크서비스를 제공하는 경우 권리자의 통지서를 수령한 후 본 조례의 규정에 의하여 권리 침해행위가 이루어진 저작물, 실연, 음반영상제품에 대한 링크를 해제하였다면 그 침해에 대하여 배상책임을 지지 아니한다. 그러나 링크된 저작물, 실연, 음반영상제품의 권리침해행위에 대해 알았거나 또는 알 수 있었을 경우 그 침해에 대하여 공동불법행위책임을 있다(제23조).

정보네트워크전과권 보호조례에서 처음으로 제정한 “통지 및 제거요청” 절차를 비롯한 책임제한 원칙은 미국 DMCA의 관련 규정과 상당히 비슷하다. 이에 관해 중국 정부는 공식입장에서 인터넷서비스제공자의 책임에 관한 동 조례의 규정은 국제적으로 통용되는 기준을 참조하여 제정된 것이라 발표하였다.<sup>35)</sup> 중국의 다수 학자들도 미국의 관련 규정에 대한 수용이라는 의견에 동의하고 있다.<sup>36)</sup>

#### IV. 불법 행위 책임법

인터넷서비스제공자의 침해책임에 대해 종전에는 주로 온라인상의 저작권 분야에 대한 보호를 중심으로 최고법원의 사법해석 및 국무원의 행정법규에서 각기 규제가 이루어지고 있었다. 2010년 7월 1일부로 시행된 불법 행위 책임법 제36조<sup>37)</sup>는 인터넷 이용자 및 인터넷서비스제공자의

35) 국무원 법제공작위원회 책임자가 <정보네트워크전과권 보호조례>에 대한 기자문답에서 ‘동 조례는 외국의 법리를 일부 수용하여 인터넷서비스제공자의 배상책임을 제한하는 조항을 도입하였고, 또한 국제적으로 통용되는 기준을 참조하여 “통지 및 제거요청” 절차를 제정하였다’라고 설명한 바 있다. <정보네트워크전과권보호조례>에 대한 책임자의 해석은 아래 링크 참조.방문 날짜: 2017년 3월2일 <http://www.chinalaw.gov.cn/article/fgkd/xfwd/200612/20061200019136.shtml>

36) 張新宝、任鴻雁, 《互聯网上的侵權責任 : <侵權責任法>第36條解讀》, 《中國人民大學學報》, 2010년 제4기, 21면.



불법침해행위를 규제하는 규정을 신설하였다. 이로부터 민사법이 인터넷 서비스제공자의 침해책임을 추궁할 근거법리로 되었고 그 보호범위는 저작권에 한정되지 않고 인격권을 포함한 기타 민사권리를 포함하게 되었다.

### 1. 불법행위책임의 일반규정

인터넷 이용자 또는 인터넷서비스제공자가 인터넷을 이용하여 타인의 민사권리를 침해한 경우에 불법행위책임을 부담하여야 한다(제36조 제1항). 동조에서 규정한 민사권리는 인터넷상에서 실시된 불법행위로 인해 침해를 받은 인격권, 저작권을 포함한 지적재산권 등 일체의 민사권리를 의미한다. 그러므로 인터넷상에서 저작권을 포함한 기타 민사권리의 침해를 규제하는 판단 기준은 동법에 의해 일관된 표준을 적용하고 있다. 반면 미국의 경우 저작권과 그 밖의 권리 등으로 분류하여 각기 다른 규제체제를 적용하고 있다는 점에서는 큰 차이가 있다.<sup>38)</sup>

인터넷 이용자 또는 인터넷서비스제공자가 저작권자의 허락 없이 정보통신망을 통하여 그 저작물을 공중에 전파하는 등 불법행위를 실시하여 저작권을 침해한 경우 이 법에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고 그

---

37) 불법행위책임법 제36조

제1항: 인터넷 이용자 또는 인터넷서비스제공자가 인터넷을 이용하여 타인의 민사권리를 침해한 경우에 불법행위책임을 부담하여야 한다.

제2항: 인터넷 이용자가 인터넷서비스를 이용하여 불법행위를 한 경우에 피해자는 인터넷서비스제공자에게 삭제·차단 및 링크의 단절 등 필요한 조치를 할 것을 통지할 수 있다. 인터넷서비스제공자가 통지를 받은 후에 즉시 필요한 조치를 취하지 아니한 경우에 손해가 확대된 부분에 대하여 그 인터넷이용자와 연대책임이 있다.

제3항: 인터넷서비스제공자는 인터넷 이용자가 그 인터넷서비스를 이용하여 타인의 민사권리를 침해하는 것을 알고도 필요한 조치를 취하지 아니하는 경우에 그 인터넷 이용자와 연대책임이 있다.

38) 楊立新, “《侵權責任法》規定的網絡侵權責任的理解與解釋”, 《國家檢察官學院學報》, 2010年4月 第18卷第2期, 5면.

침해에 대해 불법행위책임을 부담하여야 한다. 즉, 타인의 민사권리를 침해한 경우 행위자인 인터넷 이용자 또는 인터넷서비스제공자 자신이 불법행위책임을 직접 부담해야하는 것으로 해석된다. 이는 직접책임에 해당되며 제36조 제2항 및 제3항에서 규정하고 있는 인터넷서비스제공자의 연대책임과는 다르다.<sup>39)</sup>

## 2. “통지 및 제거요청” 절차

행위자가 과실로 타인의 민사권리를 침해한 경우 불법행위책임을 부담한다(제6조 제1항). 그러므로 인터넷서비스제공자가 온라인상 저작권침해에서 부담해야 할 불법행위책임은 과실책임의 원칙을 적용한다. 그러나 인터넷서비스제공자에게 과도한 의무와 책임을 부과하는 것은 인터넷산업의 발전과 혁신에 대한 추동을 저해하는 요소로 작용될 수 있기 때문에 법률상에서 제도적으로 책임제한의 규정을 둬으로써 인터넷서비스제공자의 책임을 배제할 법적 근거를 마련하였다. 미국 DMCA 제512조의 규정을 수용하여 제정된 “통지 및 제거요청” 절차는 인터넷서비스제공자와 권리자의 이익 주체사이의 형평성을 고려하여 도입되었다.

인터넷서비스제공자는 권리자로부터 자신의 권리가 침해됨을 주장하는 통지를 받은 후 즉시 삭제·차단, 링크의 단절 등 필요한 조치를 취하여야 하며 그러지 아니한 경우 손해의 확대된 부분에 대해서 그 인터넷 이용자와 연대책임을 저야 한다(제36조 제2항). 인터넷서비스제공자가 권리자로부터 통지를 받은 후 침해됨을 주장하는 해당 저작물을 삭제하는 등의 필요한 조치를 취한 경우 책임을 지지 않는다. “통지 및 제거요청” 절차에 관한 자세한 논의는 제4장 제2절 부분에서 다루기로 한다.

---

39) 楊立新, “《侵權責任法》規定的網絡侵權責任的理解與解釋”, 《國家檢察官學院學報》, 2010年4月 第18卷第2期, 3면.

### 3. 인식 요건

인터넷 이용자가 그 서비스를 이용하여 타인의 권리를 침해하는 것을 알고도(知道) 필요한 조치를 취하지 아니한 경우 인터넷서비스제공자는 그 인터넷 이용자와 연대책임을 진다(제36조 제3항). 인터넷서비스제공자가 불법행위의 발생을 ‘알고 있다(知道)’는 인식 요건은 침해책임을 성립하는 과실의 중요한 판단 요소로 작용하고 있다. 그러나 불법행위법 제36조 제3항에서 ‘알고 있다’는 인식 요건에 대한 정의와 기준을 명확히 제시하지 않았기 때문에 학계에서의 쟁론을 야기하였으며 사법실무상에서도 개별적 사례를 판단함에 있어 일정한 기준이 마련되지 않아 적용상의 혼란을 빚었다. 인터넷서비스제공자의 과실 요건에 대해 본 논문의 제4장에서 자세히 다루기로 한다.

## V. 사법해석

2000년 12월, 최고인민법원은 미국 DMCA의 규정을 참고하여 컴퓨터 네트워크저작권분쟁 사건의 심리에 적용할 법률에 관한 몇 가지 문제에 대한 최고인민법원의 해석(이하 컴퓨터네트워크저작권 사법해석)<sup>40)</sup>을 공표하였는데 동 해석이 제기될 무렵 중국에서는 인터넷서비스제공자 관련 저작권 분쟁사례가 적었지만 그 이후 기하급수적으로 늘어난 분쟁사례들에 적용하기엔 규정의 내용이 다소 추상적이고 간략하게 제정되었기 때문에 2003년 및 2006년에 두 차례 수정을 거쳐 최종적으로 동 사법

40) <컴퓨터인터넷저작권분쟁 사건의 심리에 적용할 법률에 관한 몇 가지 문제에 대한 최고인민법원의 해석(最高人民法院關於審理涉及計算機網絡著作權糾紛案件適用法律若干問題的解釋)>은 2000년 11월 22일 제1144차 최고인민법원 심판위원회회의에서 통과되었고 2000년 12월 21일부로 시행되었다. 2003년 12월 23일 제1302차 최고인민법원 심판위원회회의에서 제1차 수정을 거쳐 일부 조문을 삭제하였고, 2006년 11월 20일 제1406차 최고인민법원 심판위원회회의에서 제2차 수정을 거쳐 조문의 순서를 재배치하여 <컴퓨터인터넷저작권분쟁 사건의 심리에 적용할 법률에 관한 몇 가지 문제에 대한 최고인민법원의 해석을 수정할 것에 관한 결정(2)>으로 공표되었다.

해석은 2013년 1월 1일부로 시행된 정보네트워크전과권을 침해한 민사 분쟁 사건의 심리에 적용할 몇 가지 문제에 대한 최고인민법원의 규정(이하 정보네트워크전과권 사법해석)<sup>41)</sup>에 의하여 대체되어 폐지되었다. 그러나 동 해석은 초보적으로 중국에서 인터넷서비스제공자의 저작권 불법행위책임에 대한 기반을 마련하였다는 점에서는 선도적인 영향을 미쳤다고 할 수 있다.

정보네트워크전과권 사법해석은 컴퓨터네트워크저작권 사법해석의 내용을 근거로 일부 규정을 수용함과 동시에 부족한 점을 보완하여 실시되었다. 동 사법해석은 정보네트워크전과행위를 저작물내용제공행위(作品内容提供行爲)와 인터넷서비스제공행위(網絡服務提供行爲)로 분류하였으며 이에 근거하여 인터넷서비스제공자의 온라인상 저작권 침해책임의 인정에 대해서도 부동한 기준을 채택하였다.

동 사법해석의 규정으로부터 판단하면 제3조<sup>42)</sup>, 제4조<sup>43)</sup> 및 제5조<sup>44)</sup>

---

41) <정보네트워크전과권을 침해한 민사분쟁 사건에 적용할 법률에 관한 몇 가지 문제에 대한 최고인민법원의 규정(이하 정보네트워크전과권 사법해석)(最高人民法院關於審理侵害信息網絡傳播權民事糾紛案件適用法律若干問題的規定)>은 2012년 11월 26일 제1561차 최고인민법원 심판위원회에서 통과되어 공표되었고 2013년 1월 1일부로 시행되었다. 동 사법해석은 총 16개 조문으로 구성되었다.

42) 동 사법해석 제3조 제1항: 인터넷 이용자 또는 인터넷서비스제공자가 권리자의 허락 없이 정보네트워크전과권의 보호를 받는 저작물, 실연, 음반영상제품을 정보통신망을 통해 전파하는 행위에 대해 법률 또는 행정법규에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고 인민법원은 정보네트워크전과권에 대한 침해행위임을 인정할 수 있다.

제2항: 네트워크 서버에 업로드하거나 공유파일로 설정하거나 또는 파일공유 소프트웨어를 이용하여 저작물, 실연, 음반영상제품을 네트워크에 전파하여 공중 개인이 선택한 시간과 장소에서 당해 저작물, 실연, 음반영상제품을 다운로드, 열람 또는 기타 방식으로 취득하게 하는 경우 인민법원은 전항에서 규정한 제공행위를 실시하였음을 인정할 수 있다.

43) 동 사법해석 제4조: 인터넷서비스제공자가 제3자와 함께 분공합작 등 방식으로 공동으로 저작물, 실연, 음반영상제품을 정보통신망을 통해 제공하여 공동불법행위를 실시하였음을 입증할만한 증거가 있는 경우 인민법원은 연대책임을 추궁할 수 있다. 그러나 인터넷서비스제공자가 자동접속, 자동전송, 정보저장 공간, 검색, 링크, 파일공유기술 등 단순한 인터넷 서비스만 제공하였음을 입증할 증거를 근

는 저작물 내용제공행위로 인한 직접침해를 규정하였고 제7조<sup>45)</sup>는 교사·방조에 의한 간접책임에 대한 규정이다. 이는 저작권 법리상 처음으로 인터넷서비스제공자의 간접침해책임에 대해 명확히 제기한 것이다. 그러나 동조에서는 인터넷서비스제공자가 어떠한 방식으로 책임을 부담하며 침해행위의 성질이 무엇인지에 대해서는 규정하지 않았다.

이후 동 사법해석에 대한 기자회견에서 최고인민법원 지적재산권법정책임자는 사법해석에서 규정한 정보네트워크전과행위는 저작물제공행위와 인터넷서비스제공행위로 나뉘며 저작물제공행위는 직접침해에 해당되고 인터넷서비스제공행위는 간접침해에 해당된다고 설명하였다. 동 사법해석은 처음으로 저작권의 간접침해책임에 대해 제기하였고 그 책임은 연대책임으로 규정하여 사실상 인터넷서비스제공자를 공동불법행위이론에 입각하여 해석하는 민법의 이론을 수용하여 제정되었다.

또한 동 사법해석은 인터넷서비스제공자의 과실 중 하나인 ‘알 수 있었을 경우(應知)’를 판단함에 있어 고려되는 여러 가지 요소들을 정리하

---

거로 공동불법행위가 아니라 항변을 주장할 경우 인민법원은 이를 준한다.

44) 동 사법해석 제5조 제1항: 인터넷서비스제공자가 웹캐시, 썸네일 등 방식으로 실질적으로 기타 인터넷서비스제공자가 공중에 제공하는 저작물을 대신하여 제공한 경우 인민법원은 제공행위를 실시했음을 인정할 수 있다.

제2항: 전항에서 규정한 제공행위가 관련된 저작물의 정상적인 사용에 영향주지 않고, 권리자의 합법적 권리에 손해를 가하지 않은 경우 인터넷서비스제공자가 정보네트워크전과권을 침해하지 않았다는 항변을 주장할 경우 인민법원은 이를 준한다.

45) 동 사법해석 제7조 제1항: 인터넷서비스제공자가 서비스를 제공할 때 인터넷 이용자가 정보네트워크전과권을 침해하는 행위를 교사·방조한 경우 인터넷서비스제공자의 불법행위책임을 추궁할 수 있다.

제2항: 인터넷서비스제공자가 언어, 기술적인 지지, 장려 등 방식으로 인터넷 이용자가 정보네트워크전과권을 침해하는 행위를 유도·격려한 경우 교사에 의한 불법행위책임을 추궁할 수 있다.

제3항: 인터넷서비스제공자는 인터넷 이용자가 그 인터넷서비스를 이용하여 타인의 정보네트워크전과권을 침해하는 것을 알고도 삭제·차단 및 링크의 단절 등의 필요한 조치를 취하지 아니하거나 또는 기술적인 지지를 비롯한 방조행위를 한 경우 방조에 의한 불법행위책임을 추궁할 수 있다.

여 규정하고 있어 중국 법원이 온라인상 저작권 침해책임을 판단하고 책임을 추궁하는 법적 근거를 마련하였다. 이에 대해 본 논문의 제4장 제3절 부분에서 자세히 검토하기로 한다.

## VI. 소결

인터넷서비스제공자의 저작권침해책임에 대한 근거법리로 중국의 민법, 저작권법 및 불법행위책임법 법리상 직접침해 또는 간접침해에 대한 구분이 없고 다만 저작권의 불법행위책임(著作權侵權責任) 또는 공동불법행위책임(共同侵權責任)에 대한 규정만 있을 뿐이다.

불법행위책임법은 제36조에서 온라인상의 불법행위책임에 대해 포괄적인 원칙을 제시하였고 이를 근거로 정보네트워크전파권 보호조례는 구체적인 규정을 두어 저작권 침해책임을 판단하는 일정한 표준을 마련하였으며 정보네트워크전파권 사법해석은 그 기초 상에서 더 구체적이고 상세한 기준을 마련하였다고 볼 수 있다.

## 제 3 절 인터넷서비스제공자의 저작권 침해책임에 관한 해외 법률상의 규정

### I. 미국

#### 1. 디지털 밀레니엄 저작권법 제정

1998년 미국 국회에서 통과된 디지털 밀레니엄 저작권법(DMCA)은 제2편의 ‘온라인 저작권침해 책임제한법(Online Copyright Infringement Liability Limitation Act, OCILLA)’이라는 부분 하에 제512조를 신설하

여 네 가지 유형의 인터넷서비스제공자의 책임제한 조항을 규정하였다. 다수의 이용자를 상대로 하는 인터넷서비스제공자가 방대한 양의 정보와 자료 등을 항상 모니터링하여 부적절한 내용을 검토하여 삭제하도록 하는 것은 형평성에 맞지 않을 뿐만 아니라, 이를 허용한다면 서비스 이용자의 통신의 자유와 비밀을 침해할 우려가 크다는 것이 그 입법취지라고 할 것이다.<sup>46)</sup> 또한 저작권자, 인터넷서비스제공자 및 인터넷 이용자 사이에서 저작권의 자유로운 발전과 체계화된 보호 사이의 균형을 도모하고자 제정된 것이며 인터넷서비스제공자의 책임제한에 대한 미국의 법리는 이후 각 나라들의 관련된 입법을 선도하였다. 중국 또한 미국 법리를 부분적으로 수용하여 관련 규정을 제정하였다.

## 2. 관련 규정

DMCA는 인터넷서비스제공자가 통상적인 서비스 행위를 하는 과정에서 발생하는 침해의 법적 책임에 대한 면책요건을 규정하며 관련 규정을 두 단계로 설정하고 있다.

우선, DMCA는 제512조(m)항에서 인터넷서비스제공자가 침해행위에 대한 모니터링 의무의 면제와 함께 표준적인 기술적 조치를 제외하고는 침해행위로 보이는 행위를 적극적으로 발견할 의무가 없음을 명문으로 규정하였다. 이어, 각 유형의 인터넷서비스제공자는 그 분류에 따라 규정된 면책요건을 모두 갖춘 경우 저작권법상 침해에 대해 책임을 지지 아니할 것에 관한 일명 “세이프 하버(Safe Harbor)” 원칙이라 불리는 인터넷서비스제공자의 책임제한 규정을 상세히 두고 있다. DMCA에서 규정한 면책규정을 적용하기 위해서 우선 제512조(i)에서 규정한 공통의 책임제한 요건을 충족해야 한다. 첫째, 반복적으로 저작권을 침해하는

---

46) 이규정·김현경, “인터넷서비스제공자 모니터링의무의 법적 쟁점과 과제”, 과학기술법연구 제15집 제1호, 349면.

이용자들에게 대해 일정한 상황에서 그의 액세스 또는 계정에 대한 접근을 제한하거나 정지하는 정책을 채택하고 합리적으로 적용하며 이를 이용자에게 통지하고; 둘째, 표준적인 기술 조치를 수용하고 이를 방해하지 아니하는 등의 요건을 구비하여야지만 제512조에 의하여 설정된 책임제한이 적용된다.

상술한 공통의 책임제한 요건 이외에 제512조 (a)부터 (d)항에서 부동한 유형의 인터넷서비스제공자의 유형에 개별적인 면책요건을 설정하고 있다. 여기에는 (a)일시적인 디지털 네트워크 통신 서비스를 제공하는 경우(transitory digital network communications)<sup>47)</sup>; (b)시스템 캐싱 서비스를 제공하는 경우(system caching)<sup>48)</sup>; (c)이용자의 지시에 따라 시스템 또는 네트워크상에 남아있는 정보서비스를 제공하는 경우

---

47) (1) 자료의 송신이 그 서비스제공자 이외의 타인에 의하여 또는 그의 지시에 따라 시작되고; (2) 송신, 라우팅, 연결의 제공, 또는 저장이 그 서비스제공자에 의한 자료의 선택 없이 자동적인 기술적 과정을 거쳐 수행되고; (3) 그 서비스제공자가 타인의 요청에 자동적으로 응답하는 경우를 제외하고는 자료의 수신자를 선택하지 아니하였고; (4) 그러한 중간적이고 일시적인 저장 과정에서 서비스제공자에 의하여 작성된 자료의 복제물이 예상된 수신자 이외의 제3자에게 일상적으로 접근 가능한 방식으로 그 시스템이나 네트워크상에 유지되지 아니하며, 그러한 복제물이 송신, 라우팅, 또는 연결의 제공을 위하여 합리적으로 필요한 기간 보다 더 오래 예상된 수신자에게 일상적으로 접근 가능한 방법으로 그 시스템이나 네트워크상에 유지되지 아니하거나; (5) 자료가 내용의 수정 없이 그 시스템이나 네트워크를 통해 송신되는 경우 서비스제공자는 상술한 각 호의 경우에 의하여 저작권 침해에 대한 금전적인 구제, 해당되는 예외 규정을 제외하고 금지 명령 또는 그 밖의 형평법상의 책임을 지지 아니한다.

48) (1) 자료가 인터넷서비스제공자 이외의 제3자에 의하여 온라인에 제공 또는 이용되었고; (2) 그 자료가 상술한 제3자의 지시에 따라 시스템이나 네트워크를 통하여 해당 제3자 이외의 타인에게 송신되었으며; (3) 상술한 방식으로 자료가 송신된 후 시스템이나 네트워크의 이용자들에게 그 자료를 제공할 목적으로 자동적인 기술적 과정을 통해 네트워크상에 저장이 이루어지며 내용을 수정하지 아니하며; (4) 이용자가 일반적으로 받아들여진 데이터 송신 프로토콜 산업 표준에 따라 자료를 온라인으로 제공하여 게시하며 특정된 경우 그러한 자료의 신규화(refreshing), 재등록(reloading), 또는 업데이트(updating)에 관한 규정을 따르며; (5) 일정한 요건을 갖춘 경우 자료의 제공자에게 정보를 반송하는 것과 관련된 기술적 능력을 제한하지 않으며; (6) 자료의 제공자가 자료의 접근에 대한 조건을 정한 경우 인터넷서비스제공자가 그러한 조건을 충족한 이용자들에게만 저장된 자료의 접근을 허용하는 등 요건을 충족하는 경우 책임이 제한된다.



(information residing on systems or networks at direction of user s)<sup>49)</sup>; (d)정보의 위치 검색도구 서비스를 제공하는 경우(information location tools)<sup>50)</sup> 등 네 가지 유형을 규정하고 있다. 이 밖에도 제512 조(e)에서 비영리 교육기관이 서비스제공자인 경우 그 책임제한에 관한 규정을 두고 있다.

상술한 규정을 분석해 본 결과 인터넷서비스제공자는 ①침해행위의 발생을 실제로 인식한 경우; ②실제적 인식이 없지만 사실과 정황에 근거하여 침해행위가 명백하다는 것을 추정할 수 있는 인식이 있는 경우; ③권리자의 저작권 침해통지를 받은 후 즉시 적절한 조치를 취하지 않은 경우 책임제한의 요건에서 배제되며 침해책임이 있다는 결론을 얻게 된다.

### 3. 직접책임 및 간접책임 법리

미국의 저작권법 및 저작권 침해에 관련된 판례를 통하여 형성된 인터넷서비스제공자의 책임 법리에 의하여 저작권의 침해는 직접책임과 간접책임으로 나뉜다. 직접책임은 미국 저작권법상 명문의 규정에 의해 정당한 권한 없이 타인의 저작권에 대한 직접적인 침해행위로 인한 책임이며 성질상 엄격책임<sup>51)</sup>에 해당된다. 간접책임은 미국에서 판례를 통하여 형

---

49) (1) 인터넷서비스제공자는 그 시스템이나 네트워크상의 자료 또는 그 자료의 이용행위가 침해가 된다는 사실에 대한 실제적 인식을 가지고 있지 아니하거나; (2) 그러한 실제적 인식이 없는 상태에서 침해행위를 명백하게 알 수 있는 사실이나 정황을 인식하지 못하였고; (3) 그러한 인식이 있는 즉시 그 자료를 제거하거나 접근을 차단하고; (4) 그러한 침해행위를 통제할 수 있는 권한이 있는 경우 그 침해행위로 인한 직접적인 경제적 편익을 얻지 아니하며; (5) 권리자로부터 저작권 침해의 통지를 받은 경우 즉시 침해행위의 대상이라고 주장되는 자료를 제거하거나 접근을 차단하는 등 신속하게 대응하는 등 조치를 취하여야 책임이 면제된다.

50) 정보의 위치 검색도구를 제공하는 인터넷서비스제공자의 경우 제512조(c)에서 규정된 것과 유사한 면책요건을 두고 있다.

51) 엄격책임이란 손해에 대한 실제 과실이나 고의를 요건으로 하지 않는다. 특정

성된 법리로서 저작권에 대한 직접적인 침해행위를 실시하지 않았음에도 다음과 같은 이론에 의하여 타인의 직접침해행위에 대한 책임을 부담하는 것을 의미한다. 첫 번째, 저작권에 대한 침해가 있을 때 그 침해행위에 대한 인식을 가지고 침해행위를 유발, 야기하거나 침해행위에 실질적으로 관여한 때 인정되는 기여책임(contributory liability); 두 번째, 감독·통제의 권리와 능력이 있고 침해행위로부터 직접적으로 경제적 이익을 받은 때 인정되는 대위책임(vicarious liability)이 그 이론에 해당된다.<sup>52)</sup>

Sony판결<sup>53)</sup>에서 처음으로 기여책임의 이론을 거론하였으나 최종적으로 기여책임에 대해 부정하였고<sup>54)</sup> 이를 최초로 인정한 판례는 Sega Enterprises v. Maphia판결<sup>55)</sup>이다. 동 판결에서 피고는 자신의 전자게시판상에서 특정한 이용자들을 상대로 원고의 저작물을 다운로드 할 수 있도록 운영하였기에 침해사실에 대해 실제적인 인식이 없더라도 이용자들의 침해행위에 설비를 제공하는 등 실질적인 기여가 있으므로 그 책임을 인정한 사안이다. 대위책임을 인정한 A&M Records v. Napster판결<sup>56)</sup>에서 피고는 침해행위를 인식하고 통제할 권한과 능력이 있었음에도 이를 충분히 이행하지 아니하였고 침해행위로부터 직접적인 경제적 이익을 얻었기에 책임이 있다고 판시하였다.

또한 이후 MGM Studio v. Grokster판결<sup>57)</sup>에서 연방대법원은 유도이

---

대상의 안전에 관한 절대적 책임의 한 가지이다. (「인터넷서비스제공자의 책임」, 박영사(2006), 30면.)

52) 박준석, 「인터넷서비스제공자의 책임」, 박영사(2006), 31면.

53) Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 104 S.Ct774(U.S.Cal. 1984.)

54) 기여책임을 부인한 또 다른 대표적인 판례로는 Netcom판결이 있다.(Religious Technology Center v. Netcom Online Communication Services, Inc. 907 F.Supp. 1361(N.D.Cal. 1995.)

55) Sega Enterprises Ltd. v. Maphia, 857 F. Supp. 679(N.D. Cal. 1994.)

56) A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004(9<sup>th</sup> Cir. 2001)

57) Metro-Goldwyn-Mayer Studio, v. Grokster, 2005 W.L. 1499402(U.S.)

론(Inducement Theory)의 법리를 도입하여 피고는 저작권 침해를 유발하는 것을 목적으로 침해행위의 발생을 구체적 그리고 단계적으로 유인한 행위가 입증되었으므로 상품 본연의 합법적 용도와는 무관하게 인터넷서비스제공자는 제3자로 인한 침해행위에 대한 책임을 진다고 보았다.

#### 4. 중국과 미국의 책임제한 조항 비교

##### 가. 공통점

2006년 정보네트워크전과권 보호조례는 미국 DMCA 제512조의 내용을 수용하여 제정되었으며 전자와 후자는 다음과 같은 몇 가지 사항에서 일치함을 보이고 있다. 첫 째, 인터넷서비스제공자의 유형에 대한 분류에서 모두 단순 도관, 시스템 캐싱, 정보저장 공간 서비스, 정보검색 및 링크 서비스제공자 등 네 가지로 규정하고 있다. 둘째, “통지 및 제거요청” 절차에 대한 규정에서 모두 인터넷서비스제공자가 일정한 요건을 갖춘 경우 책임을 면한다는 용어로 서술되었다. 셋 째, 유형별 개별적 면책요건에 대한 규정에서 미국의 규정과 상당히 비슷한 표현을 사용하고 있다. 예를 들어, 동 조례 제22조의 정보저장 공간 서비스를 제공하는 경우 그 침해에 대하여 배상책임을 지지 않는 요건으로는 ①인터넷서비스제공자의 정보를 공개하고, ②제공하는 저작물을 수정하지 아니하였으며, ③침해행위를 몰랐거나 알 수 있었다고 볼 합리적인 이유가 있으며, ④제공하는 저작물로 인해 직접적인 금전적 이익을 얻지 아니하였고, ⑤권리자의 통지를 받은 후 즉시 관련된 내용을 삭제하는 등 다섯 가지를 갖추어야 할 것을 규정하고 있다. 이는 미국 DMCA 제512조(c)에서 규정한 개별적 면책요건과 상당히 비슷하다.

##### 나. “세이프 하버” 원칙의 법적 성질에 관한 중국 학계의 논의

“세이프 하버” 원칙의 법적 성질에 관해 인터넷서비스제공자의 불법행위책임을 면책조항인지 아니면 불법행위책임을 인정하는 귀책조항으로

해석해야 하는지에 관해서 중국 학계에서 오랜 쟁론이 있었다.

일각에서는 “세이프 하버” 조항은 책임제한이 아닌 귀책조항이라는 입장을 취하고 있다. 그 이유는 불법행위책임법 제36조는 본질상에서 인터넷서비스제공자의 법적책임의 성립 요건에 대한 규정이며 구체적으로 인터넷서비스제공자의 법적책임은 과실책임의 원칙을 적용한다는 것, 인터넷서비스제공자의 부작위행위 및 연대책임의 범위에 대한 규정이기 때문에<sup>58)</sup> 중국의 “세이프 하버” 조항은 법적 성질상에서 미국의 책임제한 규정과는 다르다는 입장을 취하고 있다.

일각에서는 “세이프 하버” 조항은 면책조항으로서 일정한 요건을 충족할 경우 인터넷서비스제공자의 책임을 제한하는 작용을 한다는 입장이다. 요건을 충족하지 아니한 경우 불법행위책임의 네 가지 성립 요건을 근거로 그 책임의 성립 여부를 판단하여야 한다. 그러므로 “세이프 하버” 조항은 인터넷서비스제공자의 책임을 추궁할 근거법리가 아니며 귀책조항이라는 견해는 그릇된 것이라는 입장이다.

필자는 “세이프 하버” 조항은 면책조항이라는 견해에 동의한다.<sup>59)</sup> 그

---

58) 王晋, 《网络服务提供者著作权侵权责任研究》, 知識產權出版社, 2016年5月第1版, 101-102면.

59) 중국 법리상에서 “세이프 하버” 조항을 면책조항으로 인정하고 있음을 보여주는 예로 <북경시 고급인민법원이 네트워크 환경에서의 저작권분쟁 사건에 적용할 몇 가지 문제에 대한 지도의견(1)(시행)>(北京市高級人民法院《關於審理涉及网络环境下著作权糾紛案件若干問的指導意見 (一) (試行) 》)은 제4장에서 ‘인터넷 기술 및 시설 서비스제공자의 면책요건’이라는 목차 하에 제22조부터 제31까지 <정보네트워크전과권보호조례>의 “세이프 하버” 조항은 면책조항이라는 법리를 근거로 세부적인 적용 규정을 두고 있다. 또한 국무원 법제공작위원회 책임자가 <정보네트워크전과권보호조례>에 대한 해석에서 “동 조례는 외국의 법리를 일부 수용하여 인터넷서비스제공자의 배상책임을 제한하는 조항을 도입하였다”라고 설명한 바 있다. 이는 중국 법리상에서 “세이프 하버” 조항을 면책조항으로 해석하고 있음을 보여준다. <정보네트워크전과권 보호조례>에 대한 책임자의 해석은 아래 링크 참조. 방문 날짜: 2017년 4월 10일.

<http://www.chinalaw.gov.cn/article/fgkd/xfgwd/200612/20061200019136.shtml>

이유는 “세이프 하버” 원칙에 대한 법률적 수용은 사이버 가상공간이 보유하고 있는 기술적 특점과 네트워크산업의 발전에 대한 정책적 고려로부터 출발하였기 때문이다. 우선 인터넷서비스제공자의 일반 불법행위를 성립하는 요건에 대한 정면적인 규정을 통하여 책임을 규제하는 근거 법리를 마련하였고, 반대로 일정한 요건을 충족시킬 경우 그 책임을 감면하거나 배제하는 책임제한 조항을 마련하여 인터넷서비스제공자의 법적 책임이 배제되는 범위와 기준을 제시함으로써 법적책임의 한계를 명확히 하여 인터넷서비스제공자로 하여금 제공하는 서비스가 초래할 법적후과에 대한 예견성을 명시하였다는 점에서 긍정적인 의미를 가지고 있기 때문이다. 그러나 “세이프 하버” 조항은 필수적인 면책 요건에 대한 규정일 뿐 과실책임에 대한 일관적인 면책은 아니다.<sup>60)</sup>

## II. EU

### 1. 유형별 면책조건

EU는 2000년 6월 8일 역내 시장에서의 전자상거래에 관한 법률문제에 관한 지침<sup>61)</sup>(이하 EU 전자상거래지침이라 약칭함)을 제정하였다. 동 지침 제4절 중개서비스제공자의 책임(Liability of intermediary service providers) 부분에서는 인터넷서비스제공자가 일정한 요건을 갖출 경우 이용자의 저작권 침해행위에 대한 책임을 지지 않을 것에 관한 면책조항을 규정하고 있다.

12조부터 14조까지 면책에 해당되는 인터넷서비스제공자는 ①단순 도

---

60)孔祥俊,《網絡著作權保護理念与裁判方法》,中國法制出版社,2015年4月第1版,197면.

61) Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internet Market.

관(mere conduit)<sup>62</sup>); ② 캐싱(chaching)<sup>63</sup>); ③ 호스팅(hosting)<sup>64</sup> 서비스를 제공하는 경우로 규정하고 있다. 또한 15조에서 인터넷서비스제공자에게 전송·저장된 정보를 감시할 일반적 의무 또는 위법행위를 나타내는 사실·상황을 적극적으로 탐지할 일반적 의무를 부과하여서는 안되며(제1항) 다만 이용자들로부터 불법행위의 신고가 있는 경우에는 즉각적으로 관련 당국에 알리고, 당국의 요청이 있는 경우 온라인서비스제공자와 계약을 맺고 있는 이용자의 신원을 확인할 수 있는 정보를 제공하도록 규정하고 있다(제2항).

## 2. 미국 규정과의 비교

미국의 DMCA의 규정과 비교해 볼 때 첫째, EU 전자상거래지침에는 정보검색엔진과 같은 위치정보도구(information location tool)에 관한 면책조항이 부재하며 검색엔진에 관한 규제는 가맹국들의 국내법에 의해 규제를 받는다. 기타 세 가지 유형의 인터넷서비스제공자에 대한 면책규정은 기본적으로 미국의 법리와 비슷하다. 둘째, EU 전자상거래지침에는

62) EU 전자상거래지침 제12조에서 규정한 단순 도관 서비스는 단순한 전달자와 접속서비스제공자를 포함하고 있으며 구체적인 면책 요건으로 (1)송신을 최초로 제공하지 않았고, (2)송신의 수신자를 선택하지 않았으며, (3)송신에 포함된 정보 등을 수정하지도 않은 경우 면책에 해당된다.

63) EU 전자상거래지침 제13조에서 규정한 캐싱 서비스의 구체적인 면책 요건으로 (1)정보를 수정하지 않았고; (2)캐싱 대상인 정보에 접근하기 위한 조건을 준수하며; (3)산업계에서 널리 알려지고 이용되는 특정한 방법으로 정보의 업데이트에 대한 원칙을 준수하며; (4)정보의 사용을 위한 자료의 획득을 위해 산업계에서 널리 인식되고 이용되고 있는 기술의 합법적 사용에 간섭하지 않으며; (5)네트워크상 최초의 송신원에서 당해 정보가 제거되었다는 사실 또는 그 정보에 접속할 수 없음을 현실적으로 인식한 후 또는 법원이나 행정부로부터 그에 대한 제거 및 차단명령을 받은 후 저장되어 있는 당해 정보를 신속히 제거하거나 접속을 차단하였을 경우 면책에 해당된다.

64) EU 전자상거래지침 제14조에서 규정한 호스팅 서비스의 구체적인 면책 요건으로 (1)불법행위 및 정보에 대해 현실적으로 인식하지 못하였고 손해에 관련된 소송에 대하여 알지 못했으며; (2)불법성을 인식한 후에는 즉시 당해 정보를 삭제하거나 접속을 차단하였을 경우 면책에 해당된다. 그러나 이용자가 서비스제공자의 감독 및 통제에 있는 경우라면 그러지 아니하다.

“통지 및 제거요청” 절차와 이에 대응하는 재개요구에 관한 절차가 규정되어 있지 않고 다만 원 파일을 삭제하는 일반적인 절차만 요구하고 있다.

### Ⅲ. 한국

#### 1. 면책조항

한국은 저작권법 제2조 제30호<sup>65)</sup>에서 온라인서비스제공자의 개념을 규정하고 있다. 규정에 근거하여 온라인서비스제공자를 크게 단순 도판, 캐싱, 호스팅, 정보검색도구 서비스 등 네 가지로 나누어 분류할 수 있다.<sup>66)</sup> 저작권법은 2003년 개정을 거쳐 온라인서비스제공자의 책임제한 조항을 도입하였고, 이후 2006년 전면 개정을 거쳐 현행 저작권법 제102조 및 제103조의 규정으로 되었다. 제102조에서 온라인서비스제공자의 일반 면책요건은 단순 도판 서비스제공자의 면책요건과 일치하며 다음의 요건을 만족하는 경우 인터넷서비스제공자는 책임을 지지 않는다. ①인터넷서비스제공자가 저작물 등의 송신을 시작하지 아니한 경우, ②저작물 등이나 그 수신자를 선택하지 아니한 경우, ③저작권을 반복적으로 침해하는 자의 계정을 해지하는 방침을 채택하고 이를 합리적으로 이행한 경우, ④그리고 저작물 등을 식별하고 보호하기 위한 기술조치로서 대통령령으로 정하는 조건을 충족하는 표준적인 기술조치를 권리자가

65) 한국 저작권법 제2조 제30호: “온라인서비스제공자”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.

가. 이용자가 선택한 저작물 등을 그 내용의 수정 없이 이용자가 지정한 지점 사이에서 정보통신망을 통하여 전달하기 위하여 송신하거나 경로를 지정하거나 연결을 제공하는 자;

나. 이용자들이 정보통신망에 접속하거나 정보통신망을 통하여 저작물 등을 복제·전송할 수 있도록 서비스를 제공하거나 그를 위한 설비를 제공 또는 운영하는 자를 말한다.

66) 2011년 6월 30일 제정된 한미 FTA 이행 개정 법률안에서 OSP를 네가지 유형으로 분류하게 되었고, 또한 한미 FTA 이행을 위한 법률 개정안을 통해서 면책요건을 추가하게 되었다.

이용한 때에는 이를 수용하고 방해하지 아니한 경우에는 책임이 면제된다.<sup>67)</sup> 이외 기타 유형의 인터넷서비스제공자의 경우에는 개별적 면책요건을 규정하여 그 책임을 제한하고 있다.<sup>68)</sup>

## 2. 모니터링 의무의 면제

한편, 저작권법 제103조는 권리주장자가 복제전송의 중단을 요청한 경우에 온라인서비스제공자가 즉시 해당 침해물을 삭제하는 등 적절한 조치를 취하고 권리주장자 및 침해자에게 그 사실을 통보할 경우 책임을 면하도록 규정하고 있다. 이와 같이 저작권법은 온라인서비스제공자의 책임제한에 관하여 제102조와 제103조에 걸쳐 이중적으로 규율하고 있다. 또한 저작권법은 온라인서비스제공자에게 자신의 서비스 안에서 침해행위가 일어나는지를 감시하거나 그 침해행위에 관하여 적극적으로 조사할 의무가 없음을 분명히 하고 있다.<sup>69)</sup>

## IV. 소결

온라인서비스제공자의 책임제한에 관한 각국의 규제 방식은 크게 ‘포괄적 규제’와 ‘이분형 규제’로 구분된다.<sup>70)</sup> 전자는 인터넷서비스제공자의 책임제한 규제를 수평적으로 접근하는 방식으로 법률위반 혹은 침해행위를 침해 유형 또는 분야에 상관없이 단일한 법률로써 책임을 규제하는 것이다. EU 전자상거래지침과 이를 수용한 유럽의 입법 및 중국의 입법이 여기에 해당된다. 후자는 온라인 서비스제공자의 책임제한 규제를 수직적으로 접근하는 방식으로서 저작권 침해, 그 밖의 권리 침해, 불법행

---

67) 저작권법 제102조 제1항 제1호

68) 저작권법 제102조 제1항 제2호, 제3호, 제4호

69) 저작권법 제102조 제3항

70) 김경숙, “OSP 책임제한의 원칙과 한국법의 새로운 입법경향”, 스포츠와 법, 제8권 1호, 2015.2, 270면.



위를 각기 분리하여 개별적인 규제제도를 통하여 규제하는 방식이다.<sup>71)</sup> 대표적인 국가로 유형에 따라 개별 법률에서 각기 다른 규제방식을 취하는 입법례인 미국과 한국이 있다.

중국의 관련 규정이 온전하지 않은 상황에서 해외의 입법례 및 판례에 대한 검토를 통한 해석론을 중국 국내의 실정에 알맞게 적용하여 인터넷 서비스제공자의 책임을 규율하는 구체적인 기준을 명확히 하고 구체화하는 노력이 촉구된다.

---

71) 손승우, “온라인서비스제공자 책임규제에 대한 정합성 검토”, 산업재산권, 제48호, 2015.12, 366면.

## 제 3 장 인터넷서비스제공자의 저작권 침해책임을 추궁할 법적 근거

### 제1절 민법상 공동불법행위이론에 의한 인터넷서비스제공자의 저작권 침해책임

#### I. 저작권을 침해하는 불법행위

불법행위란, 타인의 재산 또는 인신권리를 침해하는 위법한 행위를 의미하며 여기에서의 행위는 작위 또는 부작위를 포함한다.<sup>72)</sup> 저작권을 침해하는 불법행위란, 법에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고 저작자 또는 기타 저작권자의 허락 없이 저작권자에게 부여된 저작권을 행사하는 위법한 행위를 의미한다.<sup>73)</sup>

저작권법 제48조에 의하여 인터넷서비스제공자는 저작권자(제1항), 실연자(제3항) 및 음반영상제작자(제4항)의 허락 없이 저작물 또는 제품을 정보통신망을 통하여 공중에 전파하는 행위는 저작권 중 정보네트워크전파권에 대한 침해이며 이 법에 별도의 규정이 있는 경우는 제외하고 침해에 따른 책임을 추궁할 수 있다.

#### II. 민법통칙 제130조에 의한 공동불법행위의 검토

민법통칙 제130조에서 2인 이상이 공동으로 권리를 침해하여 타인에게 손해가 발생한 경우 연대책임을 진다는 규정을 근거로 온라인상의 저

72) 《中國大百科全書－法學卷》，中國大百科全書出版社1984年版，472면.

73) 馮曉晴，《著作權法》，法律出版社，2010年9月第1版，230면.

작권침해에서 인터넷서비스제공자의 책임은 공동불법행위이론으로 해석되어 왔다.

민법에서 규정한 공동불법행위란, 2인 이상이 공동으로 권리를 침해하여 타인에게 손해가 발생한 경우 공동불법행위자가 연대책임을 지게 되는 것을 말한다. 공동불법행위의 성립을 인정함에 있어 주요한 쟁점은 행위자들 사이의 의사연락을 필요로 하는지 여부이다. 여기에서 의사연락이란, 행위자들 사이의 필요한 공동 공모(共謀)가 있을 것을 의미한다.<sup>74)</sup> 이를 판단하기 위해 우선 불법행위책임법에서 규정한 공동불법행위책임의 관련된 규정에 대해 살펴보면 다음과 같다.

제8조 2인 이상이 공동으로 불법행위를 하여 타인에게 손해를 가한 경우에 연대책임을 부담한다.

제9조 제1항 타인이 불법행위를 하는 것을 교사·방조한 경우에 행위자는 연대책임을 부담한다.

제10조 2인 이상이 타인의 인신·재산의 안전에 위협한 행위를 하고 그 중 1인이나 수인의 행위가 타인에게 손해를 가하고 구체적 행위자를 정할 수 없는 경우 그 행위자에게 책임이 있다. 구체적 행위자를 정할 수 없는 경우에 행위자는 연대책임이 있다.

제11조 2인 이상이 각각 불법행위를 하여 동일한 손해를 가하고 각각의 불법행위가 모두 손해 전부의 발생에 충분한 경우에 행위자는 연대책임이 있다.

제12조 2인 이상이 각각 불법행위를 하여 동일한 손해를 가하고 책임의 크기를 정할 수 있는 경우에 각자는 그 손해에 상응한 책임이 있다. 책임의 다소를 정하기 어려운 경우에는 평균하여 배상책임이 있다.

---

74) 奚曉明主編, 《中華人民共和國侵權責任法條文理解與適用》, 人民法院出版社 2010年版, 58-68면 참조; 張新寶, 《侵權責任法》, 中國人民大學出版社 2010年版, 49면; 梁慧星, 《中國侵權責任法解說》, 《北方法學》, 2011年第1期.

불법행위책임법의 제8조부터 제12조에서 규정하고 있는 공동불법행위의 체계를 분석해볼 때 행위자들 사이의 의사연락을 공동불법행위의 성립 요건 중의 하나로 규정하고 있으며 공동불법행위의 책임이 연대책임이라는 다소 과중한 책임임을 감안하여 의사연락에서의 공동은 고의에 의한 공동으로 한정하여 해석하고 있다.<sup>75)</sup> 그러므로 불법행위책임법에서 규정하고 있는 공동불법행위는 행위자의 주관적 의지의 지배하에 수인의 행위에 의해 공동으로 실시되는 불법행위를 의미한다.<sup>76)</sup>

또한, 정보네트워크전과권 사법해석 제4조에서 인터넷서비스제공자가 제3자와 함께 분공합작 등 방식으로 공동으로 저작물, 실연, 음반영상제품을 정보통신망을 통해 제공하여 공동불법행위를 실시하였음을 입증할 만한 증거가 있는 경우 인민법원은 인터넷서비스제공자의 연대책임을 추궁한다고 규정하고 있다. 그러나 인터넷서비스제공자가 자동 접속, 자동 전송, 정보저장 공간, 검색 및 링크, 파일공유기술 등 단순한 인터넷 서비스만 제공하였음을 근거로 공동불법행위가 아니라는 항변을 주장할 경우 인민법원은 이를 준하여 그 책임을 인정하지 않는다. 이와 같이 규정에서 공동불법행위의 요건으로 행위자들 사이에 분공합작 등 방식을 필요로 함을 명시하였으며 이는 공동불법행위는 의사연락을 요건으로 한다는 법률적 근거로 된다.

### Ⅲ. 공동불법행위이론으로 인터넷서비스제공자의 책임을 추궁할 타당성에 관한 검토

일반적으로 인터넷서비스제공자는 저작권 침해행위를 직접 실시하지 않으며 인터넷 이용자의 지령에 따라 업로드, 저장, 검색 및 링크 서비

75) 王竹, 《論教唆行爲与帮助行爲的侵權責任》, 《法學論壇》 2011年第9期.

76) 王晋, 《不作爲的網絡服務提供者著作權侵權承擔補充責任的提出》, 《學術探索》, 2016年12月, 73면.

스 등 기술적인 도구를 제공하는 정보 전달의 중개서비스 역할을 한다. 따라서 인터넷 이용자와 인터넷서비스제공자 사이에 일반적으로 공동 고의에 의한 의사연락은 존재하지 않으며, 공동으로 침해행위를 실시하지 않은 경우에도 공동불법책임을 추궁하는 것은 합당하지 않다고 판단된다. 또한 온라인상 저작권침해의 특성상 익명성으로 인해 직접침해자인 이용자를 추적하기엔 기술적인 어려움이 있기 때문에 권리자는 인터넷서비스제공자를 유일한 피고로 소송을 제기하는 경우가 많으며 이런 경우 인터넷서비스제공자는 홀로 불법행위책임을 지게 된다.

상술한 이유로 인해 공동불법행위이론만으로 인터넷서비스제공자의 책임을 인정하기엔 부족하다고 판단하여 간접책임 법리의 도입에 대한 필요성을 제기하는 견해가 있으며<sup>77)</sup> 실무상에서도 인터넷서비스제공자의 책임을 간접책임으로 인정하는 사례가 다수 존재한다.

#### IV. 직접침해와 간접침해 책임이론을 도입할 필요성

중국은 미국과 같은 기여책임(contributory liability)<sup>78)</sup> 또는 대위책임(vicarious liability)<sup>79)</sup>과 같은 이론체계가 없고 불법행위책임법이 제정되기 이전 수인에 의한 공동불법행위는 민법통칙의 공동불법행위이론으로만 해석되었기 때문에 이를 근거로 제정된 이후의 법규<sup>80)</sup>와 사법해

77) 國家版權局·中國－歐盟信息社會項目, 《網絡環境中的版權：挑戰與對策》, 2007年11月20日, 118면.

78) 기여책임(contributory liability): 저작권에 대한 침해가 있을 때 그 침해행위에 대한 인식을 가지고 침해행위를 유발, 야기하거나 침해행위에 실질적으로 관여한 때 인정되는 책임. (박준석, 위의 책 31면)

79) 대위책임(Vicarious liability): 감독, 통제의 권리와 능력이 있고 침해행위로부터 직접적으로 경제적 이익을 받은 때 인정되는 책임. (박준석, 위의 책, 31면)

80) <정보네트워크권과권 보호조례> 제23조: 인터넷서비스제공자가 서비스 대상에게 검색 또는 링크서비스를 제공하는 경우 권리자의 통지서를 수령한 후 본 조례의 규정에 의하여 권리침해행위가 이루어진 저작물, 실연, 음반영상제품에 대한 링크를 해제한 경우 그 침해에 대하여 배상책임을 지지 아니한다. 그러나 링크된 저작물, 실연, 음반영상제품의 권리침해행위에 대해 명확히 알거나 또는 알 수

석<sup>81)</sup>들도 마찬가지로 공동불법행위책임이론의 프레임 속에서 인터넷서비스제공자의 책임을 규제하고 있다. 전술한 바와 같이 공동불법행위이론만으로 온라인상 저작권 침해책임을 전부 포괄하여 해석하기에는 이론상의 한계가 있기 때문에 본 논문에서는 온라인상 저작권 침해책임을 직접침해와 간접침해로 나누고 간접침해를 중심으로 논의를 이끌어가고자 한다. 논의에 앞서 공동불법행위책임 및 직접책임과 간접책임 사이의 관계에 대해 간단히 정리해보려 한다.

북경시 고급인민법원이 발표한 동영상 공유 저작권분쟁사건의 심리에 관한 가이드라인<sup>82)</sup> 제2조<sup>83)</sup>에서는 동영상 공유서비스를 제공하는 행위는 직접침해에 해당되지 않지만 일정한 조건하에 인터넷서비스제공자는 직접침해를 실시한 이용자와 공동불법행위에 의한 연대책임을 진다고 규정하였다. 이 조문에서는 인터넷서비스제공자의 직접침해행위와 공동불법행위에 대해 동일한 조문에서 언급하였으나 이들 사이의 관계에 대해 정립한바가 없고 이는 사법실무에서 각 사안에 적용함에 있어 개념의 혼용을 초래하며 혼란을 야기하였다. 예컨대 일부 판례<sup>84)</sup>에서 인터넷서비스제공자는 간접침해행위로 인한 공동불법행위책임이 있다고 판시하는

---

있었을 경우 그 침해에 대하여 공동불법행위책임을 져야 한다.

81) <중화인민공화국민법통칙을 시행하는 것에 관한 약간의 문제에 대한 최고인민법원의 의견> 제148조: 타인의 권리침해 행위를 교사·방조한 자는 공동권리침해자이며 연대책임을 진다.

82) 북경시 고급인민법원이 발표한 <동영상 공유 저작권분쟁사건의 심리에 관한 가이드라인>(北京市高級人民法院關於視頻分享著作權糾紛案件的審理指南), 2012년 12월 31일 공표 및 실시, 京高法發[2012]419号.

83) 제2조: 동영상 공유서비스는 타인의 정보네트워크전과권에 대한 직접침해가 아니지만 다음과 같은 조건을 갖춘 경우 인터넷서비스제공자는 인터넷 이용자와 공동불법행위에 의한 연대책임을 진다. ①인터넷 이용자가 동영상 공유서비스를 이용하여 저작물, 실연, 음반영상제품을 제공한 행위가 타인의 정보네트워크전과권을 침해한 경우; ②인터넷서비스제공자가 인터넷 이용자가 자신이 제공하는 동영상 공유서비스를 통해 저작물, 실연, 음반영상제품을 제공하는 등 정보네트워크전과권을 침해하는 행위를 실시하는 것을 알거나 알 수 있었다고 볼 합리적인 이유가 있음에도 즉시 필요한 조치를 취하지 아니한 경우 책임이 있다.

84) 上海市第一中級人民法院 (2011) 滬一中民五(知)終字第33号民事判決書.

등 간접침해행위와 공동불법침해행위를 동일한 개념으로 해석하고 있다.

중국의 일부 학자들 역시 저작권에 대한 간접침해책임을 공동불법행위 책임과 동일한 개념이라 파악하고 있으며 그 근거로 간접침해는 방조에 의한 불법행위이고, 민법상 방조 및 교사에 의한 불법행위는 광의의 공동불법행위에 해당되므로 간접침해책임을 공동불법행위책임에 귀속되는 개념으로 해석하고 있다.<sup>85)</sup> 또한 인터넷서비스제공자의 직접침해책임과 간접침해책임을 공동불법행위책임의 프레임 안에서 존재하며 서로 교차적으로 존재하는 관계를 가진다는 견해도 존재한다.<sup>86)</sup>

## V. 소결

인터넷서비스제공자의 저작권침해책임을 민사법을 근거로 하며 민법의 공동불법행위이론으로 해석하여 왔다. 그러나 상술한 바와 같이 공동불법행위이론으로 해석하는 한계성으로 인해 학계 및 사법실무상에서 저작권의 직접침해와 간접침해를 구분하여 해석하는 흐름이 분명히 존재하며 사법실무상에서도 인터넷서비스제공자의 일부 불법행위책임을 교사·방조에 의한 간접침해로 인정하는 사례가 다수 존재한다. 이하에서는 직접책임 및 간접책임을 법리에 대한 검토를 통해 인터넷서비스제공자의 책임을 추궁할 근거 법리 및 책임의 성립에 필요한 요건 등을 살펴본다.

---

85) 崔立紅, 《我國知識產權間接侵權的定位與規制探討》, 載《電子知識產權》2010年02期.

86) 孔祥俊, 《網絡著作權保護理念與裁判方法》, 中國法制出版社, 2015年4月第1版, 143면.

## 제2절 인터넷서비스제공자의 직접책임 및 간접책임의 법리

### I. 인터넷서비스제공자의 직접침해와 간접침해에 대한 중국에서의 논의

#### 1. 정보네트워크전파권 사법해석

동 사법해석은 컴퓨터네트워크저작권 사법해석의 내용을 근거로 일부 규정을 수용함과 동시에 부족한 점을 보완하여 실시되었다. 동 사법해석은 제공행위를 기준으로 정보네트워크전파행위를 저작물콘텐츠제공행위(作品内容提供行爲)와 인터넷서비스제공행위(網絡服務提供行爲)로 분류하였으며 이에 근거하여 인터넷서비스제공자의 온라인상 저작권 불법행위책임의 인정에 대해서도 부동한 기준을 채택하였다.

동 사법해석의 제3조<sup>87)</sup>, 제4조<sup>88)</sup> 및 제5조<sup>89)</sup>는 저작물콘텐츠제공행

---

87) <정보네트워크전파권을 침해한 민사분쟁 사건에 적용할 법률에 관한 몇 가지 문제에 대한 최고인민법원의 규정> 제3조 제1항: 인터넷 이용자 또는 인터넷서비스제공자가 권리자의 허락 없이 정보네트워크전파권의 보호를 받는 저작물, 실연, 음반영상제품을 정보통신망을 통해 전파하는 행위에 대해 법률 또는 행정법규에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고 인민법원은 정보네트워크전파권에 대한 침해행위임을 인정할 수 있다.

제3조 제2항: 네트워크 서버에 업로드하거나 공유파일로 설정하거나 또는 파일 공유 소프트웨어를 이용하여 저작물, 실연, 음반영상제품을 네트워크에 전파하여 공중 개인이 선택한 시간과 장소에서 당해 저작물, 실연, 음반영상제품을 다운로드, 열람 또는 기타 방식으로 취득하게 하는 경우 인민법원은 전항에서 규정한 제공행위를 실시하였음을 인정할 수 있다.

88) <정보네트워크전파권을 침해한 민사분쟁 사건에 적용할 법률에 관한 몇 가지 문제에 대한 최고인민법원의 규정> 제4조: 인터넷서비스제공자가 제3자와 함께 분공합작 등 방식으로 공동으로 저작물, 실연, 음반영상제품을 정보통신망을 통해 제공하여 공동불법행위를 실시하였음을 입증할만한 증거가 있는 경우 인민법원은 연대책임을 추궁할 수 있다. 그러나 인터넷서비스제공자가 자동접속, 자동전송, 정보저장 공간, 검색, 링크, 파일공유기술 등 단순한 인터넷 서비스만 제공하였음을 입증할 증거를 근거로 공동불법행위가 아니라는 항변을 주장할 경우 인민법원은 이를 준한다.



위로 인한 직접책임을 규정하였고, 제7조<sup>90)</sup>는 교사·방조에 의한 간접책임을 규정하고 있다. 여기에서 콘텐츠제공행위는 직접침해에 해당되고 인터넷서비스제공행위는 직접침해를 방조·유인하는 간접침해에 해당되는 불법행위로 분류하였음을 판단할 수 있다.<sup>91)</sup> 이는 저작권 법리상 처음으로 인터넷서비스제공자의 직접책임 및 간접책임에 대해 명확히 제기한 것이라 볼 수 있다. 그러나 동조에서는 인터넷서비스제공자가 어떠한 방식으로 책임을 부담하며 침해행위의 성질이 무엇인지에 대해서는 규정하지 않았다.

직접침해 및 간접침해에 대한 분류를 뒷받침 할 근거로 최고인민법원 지적재산권법정 책임자는 기자회견에서 본 사법해석에서 규정한 정보네트워크전파행위는 저작물제공행위와 인터넷서비스제공행위로 나뉘며; 저작물제공행위는 직접침해에 해당되고 인터넷서비스제공행위는 간접침해

89) <정보네트워크전파권을 침해한 민사분쟁 사건에 적용할 법률에 관한 몇 가지 문제에 대한 최고인민법원의 규정> 제5조 제1항: 인터넷서비스제공자가 웹캐시, 썬네일 등 방식으로 실질적으로 기타 인터넷서비스제공자가 공중에 제공하는 저작물을 대신하여 제공한 경우 인민법원은 인터넷서비스제공자가 제공행위를 실시했음을 인정할 수 있다.

제2항: 전항에서 규정한 제공행위가 관련된 저작물의 정상적인 사용에 영향주지 않고, 권리자의 합법적 권리에 손해를 가하지 않은 경우 인터넷서비스제공자가 정보네트워크전파권을 침해하지 않았다는 항변을 주장할 경우 인민법원은 이를 준한다.

90) <정보네트워크전파권을 침해한 민사분쟁 사건에 적용할 법률에 관한 몇 가지 문제에 대한 최고인민법원의 규정> 제7조 제1항: 인터넷서비스제공자가 서비스를 제공할 때 인터넷 이용자가 정보네트워크전파권을 침해하는 행위를 교사·방조한 경우 인터넷서비스제공자의 불법행위책임을 추궁할 수 있다.

제2항: 인터넷서비스제공자가 언어, 기술적인 지지, 장려 등 방식으로 인터넷 이용자가 정보네트워크전파권을 침해하는 행위를 유도·격려한 경우 교사에 의한 불법행위책임을 추궁할 수 있다.

제3항: 인터넷서비스제공자는 인터넷 이용자가 그 인터넷서비스를 이용하여 타인의 정보네트워크전파권을 침해하는 것을 알고도 삭제·차단 및 링크의 단절 등의 필요한 조치를 취하지 아니하거나 또는 기술적인 지지를 비롯한 방조행위를 한 경우 방조에 의한 불법행위책임을 추궁할 수 있다.

91) 王艷芳, 《關於審理侵害信息網絡傳播權民事糾紛案件適用法律若干問題的規定》의 理解與適用, 載《人民司法》, 2013,(9), 18면 참조.

에 해당된다고 설명하였다. 동 사법해석은 처음으로 저작권의 간접침해에 대해 제기하였고 그 책임은 연대책임으로 규정하여 사실상 인터넷서비스제공자를 공동불법행위이론에 입각하여 해석하는 민법의 이론을 수용하였다.

## 2. 북경시 고급인민법원이 네트워크 환경에서의 저작권분쟁 사건에 적용할 몇 가지 문제에 대한 지도의견(1)(시행)<sup>92)</sup>

동 지도의견은 제2조<sup>93)</sup>에서 정보네트워크전파행위에 대해 규정하였고 제3조<sup>94)</sup>에서 인터넷서비스제공자가 이용자를 상대로 자동 접속, 자동 전송, 정보저장 공간, 검색 및 연결, P2P 등 서비스를 제공하는 것은 정보가 네트워크상에서 전파될 수 있도록 기술 및 설비상의 지지를 제공하는 방조행위이며 직접적인 정보네트워크전파행위에 해당되지 않는다고 규정하였다. 그러나 사법 실무상에서 정보네트워크전파행위에 대해 일관적인 기준을 적용하는 것은 아니다. 예컨대, 링크 서비스<sup>95)</sup> 또는 정보저장 공간서비스<sup>96)</sup>를 제공하는 행위가 정보네트워크전파행위라고 판단한

92) 2010년 5월 19일 발표. 京高法發[2010]166号.

93) <네트워크 환경에서의 저작권분쟁 사건에 적용할 몇 가지 문제에 대한 북경시 고급인민법원의 지도의견(1)(시행)> 제2조 제1항: 정보네트워크전파행위란 저작물, 실연, 음반영상제품을 오픈된 네트워크 서버에 업로드하거나 또는 기타 방식으로 제공하여 공중 개인의 선택에 의해 획득할 수 있도록 하는 행위이다.

제2항: 저작물, 실연, 음반영상제품을 오픈된 네트워크 서버에 업로드하거나 또는 기타 방식으로 제공하여 공중 개인이 선택에 의해 해당 저작물을 획득할 수 있도록 하는 행위 자체가 곧 정보네트워크전파행위에 해당되며 당사는 해당 저작물이 다운, 열람 또는 기타 방식으로 획득할 수 있다는 사실에 대해 증명할 필요가 없다.

94) <네트워크 환경에서의 저작권분쟁 사건에 적용할 몇 가지 문제에 대한 북경시 고급인민법원의 지도의견(1)(시행)> 제3조: 자동 접속, 자동 전송, 정보저장 공간, 검색 및 연결, P2P 등 서비스를 제공하는 것은 네트워크상에서 서비스 대상의 정보가 전파될 수 있도록 기술 및 설비상의 지지를 제공하는 방조행위이며 직접적인 정보네트워크전파행위에 해당되지 않는다.

95) 孔雀廊公司 V. 上海移動公司: 上海市第二中級人民法院(2009)滬二中民五(知)終字第4号民事判決書.

96) 聲事畫公司 V. 土豆网: 上海市浦東新區人民法院(2009)浦民三(知)初字第85号民事

판례도 있다.

실무상에서 정보네트워크전과행위에 대한 법원의 부동한 입장은 인터넷서비스제공자의 침해행위의 구성 및 책임을 판단함에 밀접한 연관이 있으며 이는 행위자의 단독불법행위인지 아니면 공동불법행위인지, 직접침해 또는 간접침해인지 여부를 판단하는 기초로 된다. 저작물 등 정보를 직접적으로 제공하는 정보네트워크전과행위는 직접적이고 단독적인 불법행위에 해당되며 이외 기타 행위는 교사·방조에 의한 간접책임에 해당된다.

그 근거로 북경시 고급인민법원이 네트워크 환경에서의 저작권분쟁 사건에 적용할 몇 가지 문제에 대한 지도의견(1)(시행)(이하 북경시 네트워크 지도의견(1)로 약칭)<sup>97)</sup> 제15조<sup>98)</sup>에서 인터넷서비스제공자의 책임은 제3자인 인터넷 이용자가 직접침해를 직접적으로 실시한 것을 전제로 함을 규정하고 있다. 동 규정은 인터넷상에서 저작권을 침해하는 콘텐츠를 제공하는 직접침해와 이러한 직접침해의 실시를 방조하는 기술제공행위를 구분할 필요성, 나아가 인터넷서비스제공자의 직접침해 및 간접침해의 구분이 있다는 것을 설명한다.<sup>99)</sup>

---

事判決書.

97) <네트워크 환경에서의 저작권분쟁 사건에 적용할 몇 가지 문제에 대한 북경시 고급인민법원의 지도의견(1)(시행)> <北京市高級人民法院《關於審理涉及網絡環境下著作權糾紛案件若干問題的指導意見(一)(試行)》> 2010년 5월 17일 북경시 고급인민법원 제7차 심판위원회에서 통과됨. 동 지도의견은 총 35개 조항으로 구성되었다.

98) 동 지도의견 제15조: 정보저장서비스, 검색, 링크, P2P 등 서비스를 제공하는 서비스제공자의 침해책임은 타인의 직접침해행위 즉 제3자가 정보저장서비스, 검색, 링크, P2P 등 서비스를 이용하여 저작물, 실연, 음반영상제품을 제공하는 등 정보네트워크전과권을 침해하는 행위를 직접적으로 실시하는 것을 전제로 한다.

99) 石必勝, 《認定網絡服務提供者侵害知識產權的基本思路》, 載《科技與法律》2013年Vol.105, No.5, 79면.

### 3. 인터넷서비스제공자의 직접침해 및 간접침해를 인정한 판례

실무상 인터넷서비스제공자의 저작권침해 판단에서 첫 번째는 서비스제공자의 행위의 유형에 대한 판단이다. 저작권을 침해하는 콘텐츠제공행위인지 아니면 콘텐츠의 전파에 단순한 기술서비스를 제공한 행위인지에 대한 판단을 우선시하는 것은 중국 법원의 보편적인 방침이라 할 수 있다.<sup>100)</sup>

예컨대 北京三面向版權代理有限公司 v. 人民搜索網絡股份有限公司 및 北京鐵血科技有限公司 사건<sup>101)</sup>에서 北京鐵血科技有限公司(이하 피고1로 약칭)는 정보저장 공간서비스를 제공하는 인터넷서비스제공자에 해당된다.<sup>102)</sup> 2심법원은 피고1의 홈페이지 상에서 문제시된 저작물은 이용자에 의해 업로드 되었다는 사실을 확인하였고 따라서 피고1의 직접적인 제공행위가 아니기 때문에 정보네트워크전파권에 대한 직접침해가 아니라고 판단하였다.

비록 중국 법리상에 인터넷서비스제공자의 직접책임과 간접책임에 관한 명문적인 규정은 없으나 학계와 사법실무상에서 간접책임의 이론을 수용하였다는 것은 전술한 바와 같이 법률 규정 및 판례에 대한 분석을 통하여 추정할 수 있다.

---

100) 石必胜, 《認定網絡服務提供者侵害知識產權的基本思路》, 載《科技與法律》2013年Vol.105, No.5, 79면.

101) 北京市第三中級人民法院(2013)三中民終字第01229号民事判決書.

102) 본 사안은 피고1이 운영하고 있는 홈페이지인 junshishu.com 상에 업로드된 저작물의 정보네트워크전파권에 대한 침해책임을 다루고 있다. 1심 법원은 피고1이 원고의 정보네트워크전파권을 직접적으로 침해하였다고 판결하였다. 이에 불복한 피고1은 항소를 제기하였고 2심법원은 우선 피고1이 원고의 정보네트워크전파권에 대한 직접침해를 실시하였는지 여부를 분석하고 나아가 피고1이 직접침해가 아니라면 방조에 의한 불법행위책임을 부과할 수 있을지 여부에 관해 판단하였다.

## II. 직접침해책임

### 1. 직접침해책임의 개념

인터넷서비스제공자의 직접침해책임이란 행위자가 저작권자의 허락 없이 정보통신망을 통해 저작물 등을 공중에 전파하는 직접적인 제공행위로 인해 인정되는 책임을 말한다.

### 2. 직접침해행위

저작권에 대한 직접침해행위란 저작권자가 향유하는 권리를 직접적으로 침해하는 행위의 실시로서 저작권법에 의해 명문으로 금지된 행위를 말한다. 저작권법 제48조는 저작권의 권리침해행위에 대해 열거하여 규정하였다. 동조의 제1항<sup>103)</sup>, 제3항<sup>104)</sup> 및 제4항<sup>105)</sup>에 의거하여 저작권자, 실연자 및 음반영상제작자는 해당 저작물을 정보통신망을 통하여 공중에 전파할 권리, 즉 저작권법 제10조 제1항 제12목<sup>106)</sup>에서 규정한 정보네트워크전파권(信息网络傳播權)을 가진다.

정보네트워크전파권 보호조례에서 정보네트워크전파권<sup>107)</sup>에 대해 더

---

103) 저작권법 제48조 제1항: 저작권자의 허락 없이 그 저작물을 복제, 발행, 실연, 상영, 방송, 편집하거나 정보통신망을 통하여 공중에 전파하는 행위. 이 법에 별도의 규정이 있는 경우는 제외한다.

104) 동법 제48조 제3항: 실연자의 허락 없이 실연한 음반영상제품을 복제, 발행하거나 또는 정보통신망을 통하여 공중에 그 실연을 전파하는 행위. 이 법에 별도의 규정이 있는 경우는 제외한다.

105) 동법 제48조 제4항: 음반영상제작자의 허락 없이 그 제작한 음반영상제품을 복제, 발행하거나 정보통신망을 통하여 공중에 전파하는 행위. 이 법에 별도의 규정이 있는 경우는 제외한다.

106) <저작권법> 제10조 제1항: 저작권은 다음의 저작인격권과 재산권을 포함한다. 제12목: 정보네트워크전파권이란, 유선 또는 무선 방식으로 저작물을 공중에 제공하고 공중 개인이 선택한 시간과 장소에서 당해 저작물을 취득하게 하는 권리를 말한다.

107) <정보네트워크전파권조례> 제26조: 정보네트워크전파권이란, 유선 또는 무선 방식으로 저작물, 실연, 음반영상제품을 공중에 제공하고 공중 개인이 선택한 시간과 장소에서 당해 저작물, 실연, 음반영상제품을 취득하게 하는 권리를 말한다.

육 상세하게 규정하였는데 여기서 정보네트워크전파권이란, 유선 또는 무선 방식으로 저작물, 실연, 음반영상제품을 공중에 제공하고 공중 개인이 선정한 시간과 장소에서 당해 저작물, 실연, 음반영상제품을 취득하게 하는 권리이다(제26조). 정보네트워크전파권은 저작권에 포함된 저작재산권으로서 저작권법 제10조 제2항 및 제3항에 의거하여 저작권자는 타인이 정보네트워크전파권에 규정된 권리를 행사하도록 허여하거나 규정된 권리의 전부 또는 일부를 양도할 수 있으며 법의 관련 규정에 따라 보수를 받을 권리가 있다.

저작권법 및 정보네트워크전파권 보호조례는 정보네트워크전파권을 침해하는 행위에 관해 “저작권자의 허락 없이 저작물 또는 제품을 정보통신망을 통하여 공중에 전파하는 행위”로 규정하고 있으나 침해행위의 유형은 이에 한정되는 것은 아니다. 온라인상 저작권에 대한 직접침해는 정보네트워크전파권에 대한 직접적인 침해행위를 실시하는 것을 의미한다. 따라서 저작물, 실연, 음반영상제품을 오픈된 네트워크 서버에 업로드하거나 또는 기타방식으로 제공하여 공중 개인의 선택에 의해 획득할 수 있게 하는 행위가 곧 정보네트워크전파행위(信息網絡傳播行爲)이며 저작권자의 허락 없이 저작물 등을 네트워크상에 제공한 행위는 정보네트워크전파권에 대한 직접적인 침해행위에 해당된다.<sup>108)</sup>

여기에서 제공행위가 가장 직관적으로 의미하는 것은 정보를 업로드하는 행위이다. 그러나 인터넷 통신기술의 비약적인 발전과 소프트웨어 기술의 부단한 혁신으로 인해 네트워크상에 정보를 제공하는 행위는 단순한 업로드 행위에 한정되는 것이 아닌 소프트웨어 또는 하드웨어 설비를 이용한 정보의 공유 또는 네트워크 서버 외부접속 및 클러스터 서버를 통하여 획득한 정보를 공중에 제공하는 행위 등을 포함한 제공행위를 가

---

108) 孔祥俊, 《網絡著作權保護法律理念与裁判方法》, 中國法制出版社, 2015年4月第1版, 155면.

리킨다. 정보네트워크전과권 사법해석 제3조 제2항<sup>109)</sup>에서 제공행위를 네트워크 서버에 업로드하거나 공유파일로 설정하거나 또는 파일공유 소프트웨어를 이용하는 행위를 모두 포함한다고 규정하였다. 제공행위에 대한 판단은 정보네트워크전과행위를 인정하는 가장 중요한 요소로 작용하며 이로부터 직접침해책임을 추궁할 근거가 발생된다.

### 3. 직접침해책임을 성립 요건

중국 법리상 일반 불법행위의 성립 요건으로 ①불법행위의 실시; ②손해; ③불법행위와 손해 사이의 인과관계; ④과실 등 네 가지 요건을 설정하고 있다. 이 중에서 저작권에 대한 직접침해를 성립하는 요건으로 행위자의 과실에 관하여 학계에서는 과실책임의 원칙 또는 무과실책임의 원칙을 적용하여야 한다는<sup>110)</sup> 부동한 견해가 서로 대립되고 있다. 저작권의 직접침해에도 과실책임의 원칙을 적용해야 한다는 주장으로는 민법 통칙 및 불법행위책임법에서 저작권에 대한 침해를 특수한 유형의 권리 침해로 규정하지 않았으므로 저작권에 대한 침해는 기타 일반적인 민사 권리의 침해와 마찬가지로 고의와 과실을 요건으로 해야 한다는 입장이 있다.<sup>111)</sup> 그러나 저작권법 제48조가 권리침해행위에 대한 규정이 나열식 조문으로 구성되어 있으며 이는 저작권자의 허락 없이 동조에서 규정하고 있는 권리침해행위를 실시하였고 법적 면책사유가 없는 경우 저작권에 대한 직접적인 침해책임을 성립되며 이는 곧 무과실책임에 해당되는 엄격책임으로 해석된다.

---

109) <정보네트워크전과권 사법해석> 제3조 제2항: 네트워크 서버에 업로드하거나 공유파일로 설정하거나 또는 파일공유 소프트웨어를 이용하여 저작물, 실연, 음반영상제품을 네트워크에 전파하여 공중 개인이 선택한 시간과 장소에서 당해 저작물, 실연, 음반영상제품을 다운로드, 열람 또는 기타 방식으로 취득하게 하는 경우 인민법원은 전항에서 규정한 제공행위를 실시하였음을 인정할 수 있다.

110) 鄭成思, “侵害知識產權的無過錯責任”, 載《中國法學》, 1998年第一期.

111) 王遷, 《網絡版權法》, 中國人民大學出版社, 2008年, 80면.

이에 관해 사법실무에서도 통일된 기준이 없어 저작권분쟁의 일부 판례에서는 행위자의 주관적 인식 요건에 대한 심사를 진행하여 행위자가 주관적인 과실이 있는 경우만 침해책임을 인정한 사례도 있고<sup>112)</sup> 무과실책임의 원칙을 적용하여 저작권자의 허락 없이 저작권의 권리행위를 실시한 경우 행위자의 과실에 대한 판단 없이 저작권에 대한 직접침해를 인정한 사례도 있다.<sup>113)</sup>

필자는 저작권의 직접침해책임은 무과실책임의 원칙과 상응한 엄격책임을 적용하여야 한다는 주장에 동의한다. 저작권자의 허락 없이 저작권 고유의 권리를 무단으로 행사하였고 법에서 규정한 항변사유가 없다면 이는 저작권에 대한 직접침해를 구성하며 불법행위책임법 제7조<sup>114)</sup>에서 규정한 무과실책임과 유사한 엄격책임<sup>115)</sup>을 적용한다. 반면 간접책임은 과실책임의 원칙을 적용하며 엄격책임과 과실책임의 차이는 행위자의 과실(過錯)을 요건으로 하는지 여부에 따라 근본적인 차이가 발생된다.

행위자가 객관적으로 정보의 제공행위, 즉 정보네트워크 전파행위를 직접적으로 실시하였거나 실시하였다고 추정할만한 증거가 있는 경우 직접침해가 성립되며 행위자의 과실에 대한 판단은 고려대상이 아니다. 그러나 저작권에 대한 직접침해가 인정되는 경우 행위자가 불법행위에 대한 고의 내지 악의가 있다고 판단되면 이는 행위자의 가중처벌을 고려하는 요소로 작용된다.<sup>116)</sup>

---

112) 新力公司 v. 世紀悅博公司, 北京市高級人民法院(2004)高民終字第714号民事判決書.

113) 華納公司 v. 世紀悅博公司案, 北京市第一中級人民法院(2003)一中民初字第12189号民事判決書.

114) 불법행위책임법 제7조: 행위자가 타인의 민사권리를 침해하여 손해를 준 경우 행위자의 과실 유무를 묻지 아니하고 침해책임을 진다.

115) 엄격책임: 엄격책임이란 손해에 대한 실제 과실이나 고의를 요건으로 하지 않으며 특정대상의 안전에 관한 절대적 책임의 한 가지이다.(박준석, 위의 책, 30면, 각주 13번)

116) 曹麗萍(北京市海澱區人民法院知識產權庭), “審理視頻網站侵權案認定被告主觀



### Ⅲ. 간접침해책임

#### 1. 간접침해책임의 개념

인터넷서비스제공자의 간접침해책임이란, 저작권법상에서 규정한 침해행위를 직접적으로 실시하지 않았지만 타인의 직접침해행위를 유인·유발하거나 또는 타인이 직접침해행위를 실시하고 있거나 또는 실시할 것을 명확히 아는 경우(明知) 또는 알 수 있었을(應知) 경우에 실질적인 도움을 제공하거나 특정한 경우 직접침해를 촉발하고 그로 인한 손해를 확대하는 행위로 인한 책임이다.<sup>117)</sup>

중국 법리상에서 비록 인터넷서비스제공자의 간접침해책임에 대한 명문적인 규정은 두고 있지 않지만 정보네트워크전파권 사법해석은 정보네트워크전파행위를 저작물내용제공행위(作品內容提供行爲)와 인터넷서비스제공행위(網絡服務提供行爲)로 분류하였으며 내용제공행위는 직접침해책임에 해당되고 인터넷서비스제공행위는 간접침해책임에 해당되는 불법행위라 판단할 수 있다.

인터넷서비스제공자<sup>118)</sup>는 자동 접속 및 자동 전송, 자동 저장, 검색 및 링크와 같은 기술적인 서비스를 제공할 뿐 저작물 제공행위를 직접적으로 실시하지 않기 때문에 정보네트워크전파권에 대한 직접적인 침해라고 볼 수 없다.<sup>119)</sup> 그러나 인터넷서비스제공자가 제공하는 기술과 서비스가 타인의 저작권 침해행위를 유인·유발하거나 도움을 제공하여 침해

---

明知、應知的情況”，載北京市高級人民法院編《網絡著作權審判實務研討會發言材料》(2009年11月17~18日)，1면.

117) 王遷,《網絡環境中的著作權保護研究》，法律出版社，2011年版，146면.

118) 제2장 제1절 소결부분에서 설명한 바와 같이 본 논문에서의 인터넷서비스제공자의 범위는 정보중개자로서의 기술서비스제공자(網絡技術服務提供者)의 개념에 해당된다.

119) 陳錦川,《著作權審判原理讀解与實務指導》，法律出版社2014年1月第1版，232면.

행위를 촉발하고 그로 인한 손해를 확대하는 침해의 교사·방조행위라는 점에서 인터넷서비스제공자의 간접적인 책임을 추궁해야 할 필요성이 제기된다.

## 2. 간접책임의 성립 요건

중국 법리상 일반 불법행위의 성립 요건으로 ①불법행위의 실시; ②손해; ③불법행위와 손해 사이의 인과관계; ④과실 등 네 가지 요건을 설정하고 있다. 손해 및 불법행위와 손해 사이의 인과관계에 관해서는 본문의 제5장 인터넷서비스제공자의 민사책임 중 손해배상 부분에서 상세히 다루기로 하며 이하에서는 네 가지 요건 중 행위자의 과실 및 불법행위 두 가지 요건에 대해 검토한다.

이외에도 북경시 고급인민법원이 네트워크 환경에서의 저작권분쟁 사건에 적용할 몇 가지 문제에 대한 지도의견(1)(시행)<sup>120)</sup> 제15조<sup>121)</sup>에서 인터넷서비스제공자의 간접침해책임은 인터넷 이용자의 직접침해행위의 실시로 인한 직접침해책임을 전제로 한다고 규정하였다.

## 3. 행위자의 과실

### 가. 과실의 개념

불법행위책임법의 제6조 제1항<sup>122)</sup>에 의하면 행위자가 과실<sup>123)</sup>로 타

120) <북경시 고급인민법원이 네트워크 환경에서의 저작권분쟁 사건에 적용할 몇 가지 문제에 대한 지도의견(1)(시행)> <北京市高級人民法院《關於審理涉及網絡環境下著作權糾紛案件若干問的指導意見（一）（試行）》> 2010년 5월 17일 북경시 고급인민법원 제7차 심판위원회에서 통과됨. 동 지도의견은 총 35개 조항으로 구성되었다.

121) 동 지도의견 제15조: 정보저장서비스, 검색, 링크, P2P 등 서비스를 제공하는 서비스제공자의 침해책임은 타인이 직접침해행위 즉 제3자가 정보저장서비스, 검색, 링크, P2P 등 서비스를 이용하여 저작물, 실연, 음반영상제품을 제공하는 등 정보네트워크전파권을 침해하는 행위를 직접적으로 실시하는 것을 전제로 한다.

인의 민사권리를 침해한 경우 불법행위책임을 부담하여야 한다. 동법에서 규정하고 있는 일반권리침해행위는 과실책임의 원칙을 적용하며 그 귀책의 기초는 과실이다. 따라서 반드시 짚고 넘어가야 할 부분이 바로 과실의 개념이다. 각 국은 입법과 법리상에서 과실에 대해 서로 다른 태도를 취하고 있으며 크게 다음과 같은 학설로 나눌 수 있다.

### (1) 주관설

과실은 행위자가 비난받아야 마땅할 심리상태, 즉 고의 또는 과실의 주관적 심리상태에 해당되며 행위의 위법성과 구별 되어야 할 개념이다. 그 원인은 과실은 주관적 심리상태에 해당되고 위법성은 객관적 행위에 관련된 개념이기 때문이다. 과실을 고찰할 때 행위자의 심리상태를 분석하여야 하며, 의지의 활동과정에서부터 과실의 정도를 확정하고 행위자의 책임을 결정한다. 주관설은 독일입법과 이론이 대표적이며, 중국대륙과 대만이론에서도 과실의 개념에 이 학설을 많이 채택하고 있다.<sup>124)</sup> 여기에서 비롯된 이론이 곧 불법행위를 구성하는 4요건설<sup>125)</sup>이다.

### (2) 객관설

과실은 행위자의 주관적인 심리상태에 의해 결정되는 것이 아닌 그 의지로부터 반영된 객관적인 외부행위에 대한 것이며, 행위자의 행위가 어떠한 행위기준에 부합되지 않는 것을 과실이라 한다.<sup>126)</sup> 객관설은 프랑

122) 불법행위책임법 제6조 제1항: 행위자가 과실로 타인의 민사권리를 침해하면 불법행위책임을 부담하여야 한다.

123) 원어는 過錯으로서 고의와 과실(過失)을 포함하는 용어로 한국에서의 ‘과책’이나 ‘유책사유’에 상당한 것이다. 다만 한국의 법전용어로 과책을 사용하지는 아니하고 오히려 고의와 과실(협의)을 포함하는 것으로 (광의의) 과실이 사용되므로 이하에서는 특별한 언급이 없는 한 모두 ‘과실’로 하였다. (김성수, “중화인민공화국 불법행위책임법(2009년)에 대한 기초적 연구(1)”, 사법행정 51(3), 2010.3, 22면 각주 11번.)

124) 강평지음, 노정환·중국정법학회·사법연수원 중국법학회 옮김, 중국민법, 2007년 10월 1일, 삼성경제연구소, 1056면.

125) 4요건설: 일반권리침해행위의 구성요건은 ①불법행위의 실시; ②손해; ③불법행위와 손해 사이의 인과관계; ④과실이라고 인식하는 학설이다.

스입법과 이론이 대표적이며 많은 영미법계 국가에서도 이 학설을 채택하고 있다. 프랑스민법전에서는 과실과 행위의 위법성을 하나의 책임요건으로 결합하여 규정하고 있는데 여기에서 비롯된 이론이 곧 불법행위를 구성하는 3요건설<sup>127)</sup>이다.

### (3) 주객관 통일설

과실은 행위자의 심리상태에 해당되는 개념이지만 이러한 심리상태는 행위자의 행위로부터 외부로 표현된다. 행위는 행위자의 주관적인 의지의 지배하에 실행된 것이므로 주객관 통일설에 의하면 과실은 행위자의 심리상태와 행위를 결합하여 판단하여야 한다.

이렇듯 과실의 개념에 대해 부동한 학설이 존재하고 있으며 중국 학계에서는 주로 주관설을 채택하여 과실의 개념을 규정하고 있다. 다시 말하여 과실이란 행위자가 그 행위의 결과에 대해 비난받아야 마땅할 심리상태에 해당되며 여기에는 고의 또는 과실이 포함된다.<sup>128)</sup> 행위자의 과실은 외부행위로 표현되므로 행위자의 행위가 기준에 부합되지 않는 경우 과실에 해당된다는 객관적인 판단기준을 적용하여 판단하여야 마땅하나 과실은 그 본질적인 속성으로부터 판단할 때 사람의 주관적인 심리상태이므로 언제까지나 주관적 개념에 해당된다. 행위는 행위자의 주관적 과실이 외재화된 표현이지만 과실이 곧 행위로 환원되는 것은 아니다.<sup>129)</sup>

126) 강평지음, 노정환·중국정법학회·사법연수원 중국법학회 옮김, 중국민법, 2007년 10월 1일, 삼성경제연구소, 1056면.

127) 3요건설: 일반권리침해행위의 구성요건은 ①손해; ②인과관계; ③과실이라고 인식하는 학설이다.

128) 江平, 《民法學》, 2011年4月第2版, 中國政法大學出版社, 492면.

129) 王利明·王軼·楊立新·程嘯, 《民法學》, 2011年7月第3版, 法律出版社, 741면.

## 나. 과실의 의미

과실은 고의와 과실을 포함하는 광의의 과실을 의미한다.

고의란, 자신의 행위가 일정한 손해의 결과를 발생하리라는 것을 알면서 이를 희망(希望)하거나 또는 방임(放任)하는 주관적 심리상태를 말한다. 고의의 가장 큰 특징은 명백히 인식하지만(明知) 주동적으로 결과의 발생을 추구하는 것이다.<sup>130)</sup>

과실이란, 주의를 소홀히 하거나 또는 과도한 자신으로 인해 요구되는 상당한 주의의무를 이행하지 않은 주관적 심리상태를 말한다. 과실은 소홀(疏忽)로 인한 과실과 해태(懈怠)로 인한 과실을 포함한다. 소홀로 인한 과실은 자신의 행위가 일정한 결과를 발생할 것을 마땅히 예견(預見)하거나 또는 예견할 수 있었음에도 그러지 아니한 경우를 말하고, 해태로 인한 과실은 자신의 행위가 일정한 결과를 발생할 것을 예견하였으나 이를 피면할 수 있다고 경신(輕信)한 것을 말한다. 과실의 가장 큰 특징은 주의를 게을리 하여 요구되는 상당한 주의의무를 위반한 것이다.<sup>131)</sup>

저작권자의 허락 없이 저작권의 보호를 받는 권리에 대한 직접적인 침해행위를 실시하였고 법적 면책사유가 없는 경우 직접침해책임이 성립된다. 그러나 간접책임은 상술한 직접침해행위를 직접적으로 실시하지 않았지만 저작권자의 권리를 보호하기 위해 설계된 책임이기 때문에 인터넷서비스제공자의 간접책임을 인정하기 위해서는 과실을 필수적 요건으로 한다.<sup>132)</sup>

---

130) 王晋, 《网络服务提供者著作权侵权責任研究》, 知識產權出版社, 2016年5月第1版, 85면.

131) 楊立新, 《侵權法論》, 人民法院出版社, 2006年, 197면.

132) 王遷, 《网络环境中的著作權保護研究》, 法律出版社2011年版, 148면.

#### 4. 불법행위의 실시

##### 가. 교사·방조에 의한 불법행위

정보네트워크전과권 사법해석 제8조에서 인민법원은 과실에 근거하여 인터넷서비스제공자의 교사·방조에 의한 불법행위책임을 판단하여야 한다고 규정하였다. 이로부터 인터넷서비스제공자의 불법행위는 교사에 의한 침해 및 방조에 의한 침해 두 가지로 형태를 포함한다는 것을 알 수 있다. 인터넷서비스제공자의 교사·방조에 의한 불법행위에 대한 규정은 이 밖에도 중화인민공화국민법통칙을 시행하는 것에 관한 약간의 문제에 대한 최고인민법원의 의견 제148조<sup>133)</sup>의 규정 및 불법행위법 제9조<sup>134)</sup>의 규정이 있다.

교사에 의한 불법행위란, 인터넷서비스제공자가 언어, 기술적 지지, 인센티브 부여 등 방식으로 인터넷 이용자가 정보네트워크전과권에 대한 침해행위를 실시하는 것을 유인·고무하는 것을 말한다. 교사는 타인의 합법적 권리에 대한 본인의 침해의도를 제3자에게 주입하거나 또는 침해의도가 있는 제3자의 실행을 유인·고무하는 것이다. 교사행위가 없다면 피교사자는 직접침해행위를 실시하지 않았을 것이다.<sup>135)</sup> 그러므로 교사에 의한 불법행위는 일반적으로 고의에 의한 것이라 할 수 있다.<sup>136)</sup>

방조에 의한 불법행위란, 인터넷 이용자가 인터넷 서비스를 이용하여 타인의 정보네트워크전과권을 침해하는 것을 명확히 알거나 알았을 거라

---

133) <중화인민공화국민법통칙을 시행하는 것에 관한 약간의 문제에 대한 최고인민법원의 의견> 제148조: 타인의 권리침해 행위를 교사·방조한 자는 공동권리침해자이며 연대책임을 진다.

134) <불법행위법> 제9조: 타인이 불법행위를 하는 것을 교사·방조한 경우에 행위자는 연대책임을 부담하여야 한다.

135) 司曉, 《網絡服務商知識產權間接侵權研究》, 北京大學出版社, 2016年12月第1版, 93면.

136) 王利明, 《侵權責任法研究》(上卷), 中國人民大學出版社2010年版, 제533-534면 참조.

고 보이는 경우에 삭제·차단 및 링크의 단절 등 필요한 조치를 취하지 않은 경우 또는 기술적 지지를 제공하는 것이다.<sup>137)</sup> 방조행위의 행위 방식으로는 직접침해행위의 실시를 가능하게 하는 도구의 제공 또는 불법행위자에 대한 정신적인 격려 등을 포함한다. 그러므로 방조에 의한 불법행위 역시 고의에 의한 것이라 해석할 수 있다.

#### 나. 주의의무를 위반한 불법행위

인터넷서비스제공자의 불법행위 중 세 번째는 상당한 주의의무에 대한 위반으로부터 비롯된다. 주의의무란, 행위자가 어떤 행위를 함에 있어서 타인의 손해를 방지하기 위해 합리적인 주의를 기울이는 것을 의미한다. 주의의무(duty of care)는 영미법 불법행위법리상의 중요한 개념으로서 과실에 의한 불법행위는 주의의무에 대한 위반을 기준으로 판단한다. 대륙법상 과실은 일반 불법행위의 성립 요건중 하나이며 중국에서는 주의의무에 대한 법리가 존재하지 않았다. 앞서 언급한 바와 같이 중국은 주관적 과실설을 취하고 있으나 과실 판단의 객관화<sup>138)</sup> 추세에 의해 심리상태와 외부행위를 결합하여 과실을 판단하는 기준을 채택하였으며 이러한 변화는 영미법상의 주의의무 법리의 도입에 계기를 마련하였다.

인터넷서비스제공자는 자신이 제공하는 서비스 상에서 침해행위가 발생되는지에 관해 적극적인 사전심사의무가 없고 다만 일반적인 주의의무를 요한다는 것이 학계 및 사법실무상에서 주류를 이루는 관점이라 할 수 있다. 그러나 침해활동이 명백한 사실이나 정황을 인식하여 그 침해가 붉은 깃발처럼 확연히 드러날 경우 주동적으로 조치를 취하여 권리침해의 발생을 저지할 의무가 있다. 이로부터 발생하는 주의의무를 이행하

137) 王晋, 《网络服务提供者著作权侵权责任研究》, 知識產權出版社, 2016年5月第1版, 33면.

138) 과실판단의 객관화: 행위는 행위자의 주관적인 의지의 지배하에 실행된 것이므로 과실은 행위자의 심리상태와 행위를 결합하여 판단되어야 한다.

지 아니하였을 경우 인터넷서비스제공자의 과실이 인정되며 이로 인한 간접침해책임이 발생된다. 인터넷서비스제공자의 주의의무와 과실의 상관관계에 관련된 더욱 자세한 검토는 제4장 제3절에서 다루기로 한다.

#### IV. 소결

비록 중국 법리상에 저작권침해의 직접책임과 간접책임에 관한 명문적인 규정은 없으나 학계와 사법실무상에서 간접책임의 이론을 수용하였다는 것은 상술한 바와 같이 법 규정 및 판례에 대한 분석을 통하여 추정할 수 있다. 이하 제4장에서는 인터넷서비스제공자의 저작권 간접침해책임을 성립 요건 중 행위자의 과실에 대한 판단 기준을 검토하고자 한다.



## 제 4 장 인터넷서비스제공자의 저작권 간접침해 책임의 과실 판단

### 제1절 인터넷서비스제공자가 알고 있다(知道)의 판단 기준

#### I. 법률 규정상 알고 있다(知道)에 대한 검토

##### 1. 과실을 판단하는 인식 요건

불법행위책임법 제36조 제3항<sup>139)</sup>의 규정에 의하면 인터넷서비스제공자는 인터넷 이용자가 그 인터넷서비스를 이용하여 타인의 민사권리를 침해하는 것을 알고도(知道) 필요한 조치를 취하지 않은 경우 그 인터넷 이용자와 연대책임이 있음을 규정하였다. 행위자가 과실로 타인의 민사권리를 침해한 경우 불법행위책임을 부담하여야 한다는 동법 제6조 제1항의 규정을 비추어볼 때 인터넷서비스제공자의 간접침해책임은 과실책임의 원칙에 의하여 성립되며 저작권을 침해하는 행위가 존재함을 알고 있다(知道)는 인식 상태를 과실의 요건으로 한다.<sup>140)</sup>

그러므로 인터넷서비스제공자의 책임을 판단함에 있어 우선 행위자의 과실에 대한 입증은 거쳐야 할 것이나 행위자의 고의 및 과실에 대한 증명 자체가 어렵고 침해행위가 발생된 인터넷이라는 가상공간의 특성상

---

139) 불법행위책임법 제36조 제3항: 인터넷서비스제공자는 인터넷 이용자가 그 인터넷서비스를 이용하여 타인의 민사권리를 침해하는 것을 알고도 필요한 조치를 취하지 아니하는 경우에 그 인터넷 이용자와 연대책임이 있다.

140) 불법행위책임법이 제정되기 이전에도 중국 사법실무상에서는 인터넷서비스제공자의 불법행위책임을 추궁할 때 과실책임의 원칙을 적용하여 판단하였다. 그 근거로 <북경시 고급인민법원이 네트워크 환경에서의 저작권분쟁 사건에 적용할 몇 가지 문제에 대한 지도의견(1)(시행)> 제1조는 “인터넷서비스제공자가 정보네트워크전과련에 대한 침해로 인한 민사 불법행위책임의 성립에는 불법행위, 손해, 불법행위와 손해 사이의 인과관계 및 과실 등 네 가지 요건을 필요로 한다.”고 규정하였다.

행위자의 주동적인 시인이 아니고서는 과실에 대한 입증에 어려운 것은 사실이다. 제36조 제3항에서 규정한 알고 있다(知道)의 의미에 대해 명확히 아는 경우(明知)만 해당되는지 또는 알 수 있었을 경우(應知) 역시 포함되는지 여부에 대해 학계에서는 이론의 충돌이 발생되었으며 인식요건에 대한 판단기준은 논란의 중심으로 되었다.

논란은 인터넷서비스제공자의 저작권 침해책임을 규제하는 기준으로 되는 불법행위책임법 및 행정법규인 정보네트워크전파권 보호조례상에 규정된 과실 요건에 대한 용어의 사용이 일치하지 않은 것으로부터 비롯되었다. 과실에 대한 법률상 용어의 불일치는 학계에서 중요한 이슈로 거론되었고 사법실무에서 개별 사례를 판단할 때 어떠한 기준으로 해석하고 적용할지에 관해 아직도 논란의 여지가 많이 존재한다. 우선 행위자의 과실에 대한 불법행위책임법 및 정보네트워크전파권 보호조례의 규정을 살펴보기로 한다.

## 2. 불법행위법상의 과실 요건

입법 연혁부터 살펴보면, 과실에 대한 용어의 선택은 입법의 단계에서부터 여러 차례 수정과 번복을 거쳐 제정되었다. 2002년에 처음으로 심의된 중화인민공화국불법행위책임법(제1차 초안)<sup>141)</sup> 제63조 및 2008년에 심의된 동법 제2차 초안<sup>142)</sup> 제34조에서는 인터넷서비스제공자가 침해행위의 존재에 대해 명확히 아는 경우(明知) 연대책임이 있다고 규정하였다. 그러나 2009년의 제3차 초안<sup>143)</sup>은 명확히 아는 경우(明知)를 알고 있는(知道) 경우로 수정하였고, 이어 2009년의 제4차 초안<sup>144)</sup>은

141) 불법행위책임법 제1차 초안은 2002년 12월 17일 제9기 전국인민대표대회상무위원회 제31차 회의에서 심의됨.

142) 불법행위책임법 제2차 초안은 2008 12월 22일 제11기 전국인민대표대회상무위원회 제6차 회의에서 심의됨.

143) 불법행위책임법 제3차 초안은 2009년 10월 27일 전국인민대표대회상무위원회 제11차 회의에서 심의됨.

이를 알 수 있었을 경우(應當知道)로 수정하였다. 같은 해 12월 26일 정식으로 통과된 불법행위책임법 은 인터넷서비스제공자의 과실을 알고 있는 경우(知道)로 다시 수정하였다.

### 3. 정보네트워크전과권 보호조례상의 과실 요건

2006년 7월 1일부로 시행된 정보네트워크전과권 보호조례 제22조 제3항에서는 정보저장 공간을 제공하는 서비스제공자(提供信息儲存空間的網絡服務提供者)가 침해행위의 발생에 대해 몰랐거나(不知道) 알 수 있었다고 볼 합리적인 이유가 없는 경우(沒有合理的理由應當知道) 배상책임을 지지 않는다고 규정하였고, 제23조는 검색 또는 링크 서비스제공자가 침해행위의 발생을 명확히 알거나(明知) 알 수 있었을 경우(應當知道) 공동불법행위책임을 있다고 규정하였다.

### 4. 과실에 대한 법률 용어의 불일치

상술한 바와 같이 중국 법률상에서 인터넷서비스제공자의 과실을 판단하는 용어를 나열해보자면 ‘명확히 아는 경우(明知)’, ‘알 수 있었을 경우(應知)’, ‘아는 경우(知道)’, ‘알 수 있었다고 볼 합리적인 이유가 있는 경우(有合合理理由應當知道)’ 등으로 일치하지 않음을 알 수 있다.

그 원인을 분석해보면, 중국이 입법 상에서 과실에 대한 규범적 의미를 밝히는 것을 홀시한 부분도 있지만 더욱 주요한 원인으로는 중국 법률상에서 인터넷서비스제공자라는 특수한 유형의 행위주체의 주의의무에 대한 명확한 규정이 부재하다는 점이다.<sup>144)</sup> 중국 법원은 실무상에서 인

144) 불법행위책임법 제4차 초안은 2009년 12월 22일 제 11기 전국인민대표대회 상무위원회 제12차 회의에서 심의됨.

145) 奚曉明主編, 最高人民法院民事審判第一庭編著, 人民法院出版社, 2014年11月第1版, 132면.

터넷서비스제공자의 책임을 판단하는 기준으로 주의의무에 대해 제기하며 서비스제공자가 합리적인 주의의무를 이행하지 않은 경우 과실을 인정하여 손해배상책임을 묻고 있다.

## II. 알고 있다(知道)는 과실의 범위에 대한 견해

### 1. 알고 있다는 명확히 아는 경우(明知)만 포함한다는 주장

중국 국내 다수의 민법학자들은 동법 제36조 제3항에서 규정한 아는 경우는 명확히 아는 경우만 포함된다고 해석하고 있다.<sup>146)</sup> 우선 법해석학적 관점에서 분석해보면 알고 있다는 것은 실질적으로 아는 상태이며 알 수 있었을 경우는 결론적으로 인식을 못한 상태이다. 이런 맥락에서 알 수 있었을 경우는 모르는 것이며 이에 대한 확대해석은 논리적으로 맞지 않는다는 입장이다. 또한 인터넷서비스제공자가 타인의 침해사실을 알 수 있었을 경우에 대한 판단은 인터넷서비스제공자가 온라인상의 정보에 대한 사전심사의무가 있다는 것에 대한 승인을 의미하며 이는 기술중립사상에 위배되는 것이므로 알고 있다는 명확히 알았을 경우만 포함한다는 견해가 있다.

### 2. 알고 있다는 알 수 있었을 경우(應知)도 포함한다는 주장

이와 대립되는 주장은 알고 있는 경우는 알았을 경우 및 알 수 있었을 경우를 모두 포함한다는 것이다.<sup>147)</sup> 중국 인민대표대회 상무위원회의 법

---

146) 王利明, 《侵權責任法(下)》, 中國人民出版社2011年版, 151면; 楊立新, 《侵權法論》, 人民法院出版社2011年版, 416면; 張新寶, 《侵權責任法》, 中國人民大學出版社2005年版, 174면.

147) 楊明교수는 “알고 있다”는 명지한 경우와 알 수 있었을 거라고 볼 이유가 있는 경우를 포함한다고 주장하고; 王遷교수는 중국의 불법행위책임법상 알았다고 볼 합리적인 이유가 있는 경우와 알 수 있었을 경우에 대해 구별하지 않았기 때문에 “알고 있다”는 명지한 경우, 알았다고 볼 합리적인 이유가 있는 경우와 알

제공작위원회 해설을 참고하면 알고 있는 경우는 명확히 아는 경우(明知)와 알 수 있었을 경우(應知) 두 가지 주관적 상태를 모두 포함한다.<sup>148)</sup> 또한 정보네트워크전과권 사법해석의 제8조 제1항<sup>149)</sup>에 의하면 인민법원은 인터넷서비스제공자의 과실에 근거하여 교사·방조에 의한 불법행위책임을 판단하며 인터넷서비스제공자의 과실은 침해행위의 발생에 대해 명확히 아는 경우(明知)와 알 수 있었을 경우(應知)라고 규정하고 있다.

또한 사법실무상에서 온라인상 저작권침해를 판단할 때 인터넷서비스 제공자가 직접 정보네트워크전과행위를 실시하지 않았거나 이를 증명할 근거가 없는 경우 인터넷서비스제공자가 불법행위에 대해 명확히 알거나(明知) 알 수 있었을 경우(應知)를 비롯한 과실에 대한 판단을 통해 인터넷서비스제공자의 불법행위책임을 대한 간접침해를 판단하는 것이 주류로 되고 있다.<sup>150)</sup>

필자는 인터넷서비스제공자의 과실 중 아는 경우는 명확히 아는 경우 및 알 수 있었을 경우를 모두 포함한다는 주장을 취한다. 따라서 불법행위책임법 제36조에서 규정한 알고 있는(知道) 경우는 정보네트워크전과권보호조례에서 규정한 알 수 있었다고 볼 합리적인 이유가 있는 경우

---

수 있었을 경우를 모두 포함한다고 해석한다. (李穎, “網絡儲存空間服務提供商合理主義義務及採取預防侵權技術措施妥當性的判斷—以韓寒訴百度文庫案判決爲切入点”, 載《網絡知識產權保護熱點疑難問題解析》, 中國法制出版社, 2016年4月第1版, 71면 각주3번 참조)

148) 全國人大常委會法制工作委員會編、王勝明主編,《中華人民共和國侵權責任法釋義》, 法律出版社2010年版, 194-195면.

149) <정보네트워크전과권을 침해한 민사분쟁 사건에 적용할 법률에 관한 몇 가지 규정에 관한 최고인민법원의 규정> 제8조 제1항: 인민법원은 인터넷서비스제공자의 과실에 의하여 교사·방조에 의한 침해책임을 판단한다. 인터넷서비스제공자는 인터넷 이용자가 정보네트워크전과권을 침해한 행위에 대해 명확히 알거나 알 수 있었을 경우 과실이 있다.

150) 曹麗萍(北京市海澱區人民法院知識產權庭), “審理視頻網站侵權案認定被告主觀明知·應知的情況”, 載北京市高級人民法院編《網絡著作權審判實務研討會發言材料》(2009年11月17~18日), 1면.

(有合理的理由應当知道), 알 수 있었을 경우(應知) 및 명확히 아는 경우(明知) 등 여러 가지 경우를 모두 포함한다고 해석할 수 있다.

### 3. 미국 법리상 인식 요건에 대한 판단

미국의 경우 인터넷서비스제공자가 간접책임을 부담하게 되는 법리 중 기여책임이론에서 입증되어야 하는 행위자의 인식요건(knowledge requirement)은 두 가지로 나뉘게 된다. 첫 번째는 인터넷서비스제공자는 타인의 구체적이고 특정된 직접침해행위에 대해 실제적으로 인식하고 있다는 실질적 인식(actual knowledge)<sup>151)</sup>이고, 두 번째는 인터넷서비스제공자가 특정된 직접침해행위의 발생을 실제로 인식하지는 못하였지만 상황을 비추어 알 수 있었다고 보는 추정적 인식(constructive knowledge)<sup>152)</sup>이다.

이후 1998년 5월 미국 연방의회 상원은 ‘붉은 깃발 심사(red flag test)’ 기준을 제기하며 제512조의 책임제한 규정에 대한 보충이자 설명이라고 발표하였다. ‘붉은 깃발’ 기준이라 함은 저작권을 침해하는 행위가 마치 붉은 깃발처럼 외부적으로 명백히 드러나 있는 경우 인터넷서비스제공자가 그 침해의 존재에 대해 실질적 인식이 있다고 인정하는 것이다. 다시 말하면 저작권에 대한 침해가 명확한 상황이어서 인터넷서비스제공자가 이를 인식할 수 있었음에도 그 침해에 대하여 아무런 조치를 취하지 아니한 경우 실질적 인식이 있었던 것으로 판단하여 제512조에서 규정한 책임제한 요건을 충족한 경우에도 책임을 침해책임을 부과할 수 있다.

Viacom v. Youtube사건<sup>153)</sup>에서 법원은 제512조(c)(1)(A)(ii)<sup>154)</sup>가

---

151) 실질적 인식(actual knowledge): 추정적 인식과는 구별되는 직접적이고 명확한 인식. (박준석 위외 책, 33면, 각주31번 참조.)

152) 추정적 인식(constructive knowledge): 합리적인 주의나 노력을 한 자라면 가졌어야만 하는, 침해행위가 분명한 사실이나 상황에 대한 인식을 말한다. (박준석 위외 책, 33면, 각주32번 참조.)

‘붉은 깃발 심사(red flag test)’에 해당되며 저작권 침해의 목적이 뚜렷하고 이것이 외부적으로 명백히 드러나는 사실이나 정황을 인식하는 경우 인터넷서비스제공자는 저작권 침해에 대한 접속을 신속히 제거하거나 차단해야 한다고 판단하였다. 그 인식의 기준에 대해 법원은 해적 사이트에 해당되는 등 구체적이고 명백한 인식을 의미함을 실시하며 기준을 마련하였다. 다시 말하여 ‘붉은 깃발 심사’ 기준은 인터넷서비스제공자가 침해행위의 사실 또는 상황을 인식하였다는 주관적 요소 및 해당 침해행위의 사실 또는 상황이 합리적인 이성인으로 판단하기에 침해사실이 명백한지를 판단할 것에 관한 객관적 요소를 포함한다.

### Ⅲ. 소결

중국 법률상 인터넷서비스제공자의 관련 규정은 미국 DMCA의 규정을 부분적으로 수용하여 제정되었기에 과실을 판단하는 인식 요건에 대한 설정도 미국 법리의 영향을 받았다고 할 수 있다. 그러나 해외의 법리를 수용함에 있어 중국 국내의 실정을 충분히 고려하지 않았기에 규정이 다소 모호하고 법 용어상의 불일치를 초래하는 등 인터넷서비스제공자의 책임을 규제할 일관된 기준이 마련되지 않았다. 따라서 해외 및 국내의 입법례를 살펴보고 어떠한 해석론을 적용할지에 관한 검토가 필요하다.

인터넷서비스제공자의 과실 중 아는 경우는 명확히 아는 경우 및 알 수 있었을 경우를 모두 포함한다. 여기에서 명확히 아는 경우(明知)란, 상술한 미국 법리상 실질적 인식에 해당된다. 알 수 있었을 경우(應知)는 여러 가지 의미로 해석될 수 있는데 첫 번째로 추정적 인식

---

153) Viacom International inc. v. YouTube inc., 07 Civ. 2103(LLS), 07 Civ. 3582(LLS) (2010).

154) 미국 DMCA 제512조(c)(1)(A)(ii): (i)에서 규정한 실제적 인식이 없는 상태에서 침해 행위가 명백한 사실이나 정황을 깨닫지 못한 경우

(constructive knowledge)에 해당된다는 견해; 두 번째로 주의의무를 위반하는 것으로 부터 비롯된 과실에 해당된다는 견해<sup>155)</sup>가 있다.

## 제2절 인터넷서비스제공자의 과실 중 명확히 아는 경우 (明知)

### I. 명확히 아는 경우의 의미

저작권 침해책임 영역에서 인터넷서비스제공자가 명확히 아는 경우란, 인터넷 이용자가 서비스를 이용하여 권리자의 정보네트워크전과권을 침해하는 것을 알면서도 적극적으로 침해행위를 격려하거나 도움을 제공하고 침해를 제지할 조치를 취하지 않는 등 고의에 의한 작위 또는 부작위를 말한다.

정보네트워크전과권 보호조례의 규정에 의하여 정보저장 공간 서비스(제22조)와 검색 및 링크 서비스(제23조)를 제공하는 인터넷서비스제공자가 “통지 및 제거요청” 절차에 따라 필요한 조치를 취한 경우 그 침해에 대하여 배상책임을 지지 아니한다. 동 규정에 의하면 권리주장자가 제거요청 통지서를 발송하여 침해행위가 존재함을 인식하도록 하면 인터넷서비스제공자가 침해행위에 대해 명확히 아는 것으로 인정하고 있다.

---

155) 吳漢東, 《論網絡服務提供者的著作權侵權責任》, 載《中國法學》2011年第2期.



## II. “통지 및 제거요청” 절차를 통한 판단

### 1. 권리주장자의 통지

반면 인터넷서비스제공자는 침해를 주장하고 손해배상책임을 묻는 원고의 청구에 대해 권리주장자가 통지서를 발송하지 않았다는 항변을 제기하여 항변이 성립될 경우 책임에서 배제될 수도 있다. 인터넷서비스제공자는 일반적인 모니터링 의무가 없기에 권리주장자의 통지서를 받기 전까지 침해행위의 존재를 알 수 없고, 통지에 의해 침해행위가 존재함을 인식하였다면 즉시 삭제·차단, 링크의 단절 등 필요한 조치를 취하여 침해행위로 인한 손해를 제거해야 할 주의의무가 비로소 발생되기 때문이다. 이는 인터넷이라는 가상의 공간에서 정보의 전달의 매개자로 작용하는 인터넷서비스제공자가 권리침해의 위험이 있는 사안들에 대한 즉각적인 사후적 통제의 의무로부터 비롯된다.<sup>156)</sup>

그러나 인터넷서비스제공자가 권리자의 통지를 받은 후에도 즉시 적절한 조치를 취하지 아니한 경우 인터넷서비스제공자가 침해사실에 대해 명확히 알면서도 손해의 발생에 대해 방임하는 고의적 부작위 행위에 해당되며 이로 인해 발생하는 간접침해책임을 부담하여야 한다. 그런 의미에서 불법행위책임법 제36조 제2항<sup>157)</sup>의 “통지 및 제거요청” 절차는 권리자가 인터넷서비스제공자의 과실을 판단할 수 있는 증명 요건으로 작용하고 있다. 동 절차는 일정한 요건을 만족하였을 경우 인터넷서비스제공자의 간접침해책임에 대한 면책을 의미한다.<sup>158)</sup>

156) 王晋, 《网络服务提供者著作权侵权责任研究》, 知識產權出版社, 2016年5月第1版, 89면.

157) <불법행위책임법> 제36조 제2항: 인터넷 이용자가 인터넷서비스를 이용하여 불법행위를 한 경우에 피해자는 인터넷서비스제공자에게 삭제·차단 및 링크의 단절 등 필요한 조치를 할 것을 통지할 권리가 있다. 인터넷서비스제공자가 통지를 받은 후에 즉시 필요한 조치를 취하지 아니한 경우에 손해가 확대된 부분에 대하여 그 인터넷이용자와 연대책임이 있다.

158) 王胜明主編, 《中華人民共和國侵權責任法釋義》, 法律出版社2010年版, 193면.

그러나 여기에서 주의할 점은, 정보네트워크전과권 보호조례 제22조의 제3항<sup>159)</sup> 및 불법행위책임법 제36조 제3항<sup>160)</sup>에 의해 권리자가 통지서를 발송하지 않은 경우에도 인터넷서비스제공자의 과실에 근거하여 책임이 인정될 수 있다. 즉 인터넷서비스제공자가 이용자의 침해행위를 알거나 알 수 있었다고 볼 합리적인 이유가 있는 경우, 예컨대 이용자를 유인·고무하여 교사에 의한 불법행위를 실시하였다면 더 이상 면책의 요건에 부합되지 않으므로 침해책임이 있다.

교사에 의한 불법행위는 행위자의 침해에 대한 고의에 해당되므로 권리자가 법정 조건에 부합되는 통지를 발송하지 않은 경우에도 법원은 인터넷서비스제공자의 침해책임을 추궁할 수 있다. 그 이유는 “통지 및 제거요청” 절차는 인터넷서비스제공자의 책임을 제한하는 속성을 띠기 때문에 소극적 선의의 행위(消極善意行爲)라는 요건이 전제되기 때문이다.<sup>161)</sup> 방조에 의한 불법행위의 경우도 마찬가지로 이용자의 직접침해행위가 발생하였고 이를 인터넷서비스제공자가 인식하고 있었음에도 방조를 제공하였으므로 고의라는 점에서 위와 같은 맥락으로 해석할 수 있다.

## 2. 유효한 통지의 형식 및 요건

그러나 동법 제36조 제2항의 “통지 및 제거요청” 절차 규정은 통지서의 적격요건에 대해 언급한 바가 없기에 통지서는 어떠한 형식적 요건을

---

159) 정보네트워크전과권 보호조례 제22조 제3항: 서비스 이용자가 제공한 저작물의 침해행위를 몰랐거나(不知道) 알 수 있었다고 볼 합리적인 이유가 없는 경우(沒有合理的理由應當知道)

160) 불법행위책임법 제36조 제3항: 인터넷 이용자가 그 서비스를 이용하여 타인의 권리를 침해하는 것을 알고도 필요한 조치를 취하지 않은 경우 인터넷서비스제공자는 그 인터넷 이용자와 연대책임을 진다.

161) 司曉, 《網絡服務商知識產權間接侵權研究》, 北京大學出版社, 2016年12月第1版, 94면.

갖춰야 하는지에 대한 의문이 제기된다. 이에 관해 동 절차에 대해 세부적으로 규정하고 있는 기타 행정법규 및 사법해석<sup>162)</sup>의 규정을 참고하여 통지서의 요건을 살펴보기로 한다.

#### 가. 서면 통지

정보네트워크전파권보호조례 제14조에 의하면 정보저장 공간 서비스 및 검색 또는 링크 서비스제공자가 제공하는 저작물, 실연, 음반영상제품이 권리자의 정보네트워크전파권을 침해하였거나 또는 권리관리정보(Rights Management Information)<sup>163)</sup>를 삭제·변경한 경우 권리주장자는 인터넷서비스제공자에게 서면으로 된 통지서를 발송하여 해당 저작물, 실연, 음반영상제품을 삭제하거나 또는 링크를 차단할 것을 요청할 수 있다. 여기에서 말하는 서면 통지서는 팩스, 전보, 이메일 등 데이터 형식의 통지서를 포함한다.<sup>164)</sup>

#### 나. 유효한 통지서의 요건

통지서의 구체적인 요건에 관해 정보네트워크전파권 보호조례 제14조에 의하면 통지서는 다음과 같은 내용을 포함하여야 한다. 통지서는 ① 권리주장자의 명칭, 연락처 및 주소; ②삭제 또는 차단을 요청하는 침해된 저작물, 실연, 음반영상제품의 명칭 및 인터넷 주소; ③해당 저작물이 침해되었음을 입증할 초보적 증명자료 등 요건을 충족하여야 한다(제14조 제1항). 또한 권리주장자는 통지서의 진실성에 대해 책임을 져야 한다(제14조 제2항).

162) <정보네트워크전파권보호조례> 14조; <최고인민법원의 컴퓨터인터넷저작권 분쟁 사건의 심리에 적용할 법률에 관한 몇 가지 문제에 대한 규정>; 2014년 <중화인민공화국 저작권법(수정초안심의고)>.

163) 세계지적재산권기구 저작권조약(WIPO Copyright Treaty) 제12조 2항: 권리관리정보라 함은 저작물·저작물의 저작자·저작물에 대한 권리 소유자를 식별하는 정보 또는 저작물의 이용 조건에 관한 정보 및 이러한 정보를 나타내는 숫자나 부호로서 이러한 정보의 한 항목이라도 저작물의 복제물에 부착되거나 저작물의 공중 전달과 관련하여 나타나는 경우를 말한다.

164) 王利明·楊立新, 《民法學》, 法律出版社, 2005年版, 569면.

(1) 권리주장자의 명칭, 연락처 및 주소

통지서의 첫 번째 요건으로 반드시 권리자의 명칭, 연락처 및 주소를 포함하여야 한다. 세 가지 내용 중 하나라도 부족한 경우 통지서 발송인의 신분을 확인할 수 없게 되며 이는 통지서의 진실성에 대해 책임을 지지 않는 것이므로 유효한 통지서가 아니다.

(2) 삭제를 요청하는 저작물의 명칭 및 인터넷 주소

통지서의 두 번째 요건으로 삭제 또는 차단을 요청하는 침해된 저작물, 실연, 음반영상제품의 명칭 및 인터넷 주소를 포함하여야 한다. 우선 명칭은 침해된 저작물의 명칭을 말하고, 인터넷 주소는 정확하게 말하면 해당 저작물을 특정하기 위해 네트워크상 존재하는 정보 자원의 위치를 정확히 나타내는 URL<sup>165)</sup>을 가리킨다. 통지서에는 인터넷서비스제공자가 서비스 상에서 침해된 해당 저작물, 실연, 음반영상제품을 정확히 식별하고 특정하도록 구체적인 정보 자원에 대한 주소를 제공할 것을 요구한다.

(3) 침해되었음을 입증할 초보적 증명자료

통지서는 권리침해행위 및 권리자임을 증명할 수 있는 초보적 증명을 갖출 것을 요구한다. 인터넷서비스제공자는 통지서를 받은 후 형식상의 심사를 진행하여 요건에 부합될 경우 통지서에서 주장하는 침해행위에 대해 삭제 또는 차단의 조치를 취하여야 한다.

---

165) URL(Uniform Resource Locator, 파일식별자): 컴퓨터 네트워크 상에 퍼져있는 특정 정보 자원의 종류와 위치가 기록된 일련의 규칙을 말하며 여기에는 인터넷 도메인 이름이나 IP 주소는 물론 이메일, 파일 전송과 같이 컴퓨터 네트워크 정보를 이용하는 모든 자원을 나타낼 수 있다. 네이버 지식백과에서 참조. <http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=3571733&cid=59088&categoryId=59096> 방문 날짜: 2017년 5월 2일

다. 미국 DMCA에서 규정한 삭제요청 통지서와의 비교

DMCA 제512조(c)(3)(a)의 규정에 의하여 삭제요청 통지서가 유효하려면 다음과 같은 사항을 포함할 것을 요건으로 한다. ①침해됨을 주장하는 저작물의 전속적 저작권자 또는 그로부터 위임을 받은 대리인의 실제 또는 전자서명; ②침해됨을 주장하는 저작물을 식별할 수 있는 정보 또는 동일한 온라인 사이트상의 다수 저작권의 침해를 하나의 통지서에 포함할 경우 그 사이트에 있는 대표적인 저작물의 목록; ③침해됨을 주장하여 삭제 또는 접근을 차단하는 것을 원하는 저작물의 위치를 특정하기에 합리적으로 필요한 정보; ④침해됨을 주장하는 자의 주소, 전화 번호 또는 이메일 주소 등 인터넷서비스제공자가 권리주장자에게 연락을 취할 수 있는 합리적으로 충분한 정보; ⑤권리주장자가 그가 주장하는 방법으로 저작물을 이용하는 것이 저작권자 또는 그의 대리인이 선의로 판단할 때 법에서 허용되지 않은 것이라는 선량한 믿음을 가지고 있다는 취지의 진술서; ⑥통지서에 포함된 정보가 정확하며 권리주장자는 침해된 저작권의 전속적 권한이 있는 자의 대리인이 맞으며 거짓일 경우 위증죄의 처벌을 감수할 것에 관한 진술 등 여섯 가지 사항을 포함하여야 한다.

미국과 중국의 관련 규정을 비교해 볼 때, 모두 통지서를 발송한 권리주장자의 개인정보 및 침해됨을 주장하는 저작권을 식별할 수 있는 정보를 형식 요건으로 규정하고 있으며 요건을 모두 갖춘 통지서만이 유효한 통지로서 효력을 발생할 수 있다는 점에서는 일치함을 보여준다. 차이점으로는 중국의 경우 미국보다 인터넷 주소에 대한 요구에서 더욱 엄격한 정도의 식별성을 요구한다는 것이다. 미국 DMCA는 침해됨을 주장하는 저작물을 식별할 수 있는 정보 또는 동일한 온라인 사이트에서 다수 저작권의 침해를 하나의 통지서에 포함할 경우 그 사이트에 있는 대표적인 저작물의 목록을 제출하면 유효한 통지로 보는 반면, 중국의 경우 해당 저작물을 정확히 식별하고 특정하도록 각각의 구체적인 정보 자원에 대

한 주소를 제공할 것을 요구한다.

그러나 빠른 전달과 확산을 용이하게 하는 인터넷의 특성상 저작권침해가 발생하는 즉시 동시다발적으로 불특정한 네트워크상에서 침해가 이루어지며 권리가 각각의 침해행위에 해당되는 저작물의 인터넷 주소를 모두 제공하는 것은 지나치게 권리의 입증에 대한 부담을 증가하는 것이 아니냐는 견해가 있다. 유효한 통지에 대한 구체적 법정기준이 없는 상태라 사법실무상에서도 개별 사안을 판단함에 있어 상반된 판단도 존재한다.

### 3. 유효하지 않은 통지서에 대한 판단

일반적으로 침해를 주장하며 손해배상을 청구하는 등 원고의 주장에 대해 인터넷서비스제공자는 권리주장자의 통지서가 형식적 요건을 갖추지 않았다고 항변한다. 그러나 권리주장자의 통지서로 인해 인터넷서비스제공자가 자신이 제공하는 서비스 상에 존재하는 권리침해사실을 인식하였다면 유효한 통지로 인정되며 이런 경우 인터넷서비스제공자의 항변은 성립될 수 없다. 개별 사안의 판단에서 문제시되고 있는 점은 인터넷서비스제공자에 대한 제거요청 통지서가 형식적으로 어떤 수준으로 작성되어야 하는지에 관한 의견이 엇갈린다는 것이다.

#### 가. 모든 요건을 갖추어야만 유효한 통지라는 견해

정보네트워크전과권 보호조례 제14조에서 요구하는 모든 요건을 갖추어야만 유효한 통지로서 효력을 발생한다는 견해가 있다. 正東唱片有限公司 V. 百度有限公司 사안<sup>166)</sup>에서 2심법원은 원고가 피고에게 통지서를 발송하였지만 침해된 저작물의 링크 주소 등 통지서의 요건이 불충분하다는 것을 근거로 유효한 제거요청 통지서가 아니라고 판단하였다.

166) 北京市第一中級人民法院(2005)一中民初字第7978号民事判決書.

나. 저작물의 위치를 특정하기에 합리적인 정보를 포함하면 유효한 통지라는 견해

반면, 모든 요건을 충족하지는 않아도 유효한 통지로 판단한 사례도 있다. EMI v. 阿里巴巴 사안<sup>167)</sup>에서 원고가 발송한 통지는 침해된 음악 저작물의 명칭, 가수 명칭 및 해당 저작물을 수록한 음반의 명칭만 포함하였지만 이러한 정보를 근거로 침해된 저작물의 위치 정보를 정확히 특정할 수 있기 때문에 법원은 피고의 과실로 인한 침해책임을 인정하였다.

다만 상술한 사안에서 피고는 검색 서비스를 제공하는 인터넷서비스제공자로서 이용자들이 서비스 상에서 검색한 음악저작물의 심층링크만을 제공하였다는 것에 주목할 필요가 있다. 심층링크는 이용자들이 접속하려는 웹페이지로의 경로만을 지정하며 서비스 이용자가 검색창에 키워드를 통해 검색하였거나 또는 음원차트에 있는 링크를 클릭하였는지를 막론하고 사이트에서 자동적으로 음악저작물의 명칭, 가수 명칭 및 해당되는 음반정보를 표시하게 된다. 따라서 심층링크의 경우 인터넷서비스제공자는 침해된 음악저작물의 명칭, 가수 명칭 및 음반정보를 근거로 서비스상의 저작물의 위치를 특정할 수 있게 되며 저작물의 상세한 인터넷 주소 없이도 저작물을 식별할 수 있다. 그러나 일반적인 검색 서비스를 제공하는 인터넷서비스제공자의 경우 음악저작물의 정보에 대한 검색만으로 침해되는 저작물의 위치 정보를 식별할 수 없기 때문에 구체적인 URL 주소가 없다면 침해행위로 인한 피해를 즉시 유효하게 제거할 수 없다. 이와 같이 인터넷서비스제공자가 제공하는 서비스에 근거하여 통지서의 형식적 요건에 대한 판단에서도 차이가 존재한다는 것을 알 수 있다.

---

167) 北京市高級人民法院(2007)高民終字第01193号民事判決書.

또한 网樂互聯科技有限公司 v. 北京我樂信息科技有限公司 사안<sup>168)</sup>에서 원고는 2009년 4월 2일 피고에게 이메일로 저작물에 대한 침해를 주장하는 통지서를 발송하여 피고가 운영하는 사이트상에서 영화 <형제>를 비롯한 기타 다수의 영상저작물에 관한 제거를 요청하였다. 이에 대해 피고는 원고가 발송한 통지서에는 침해된 동영상의 명칭, 인터넷 주소 및 침해되었음을 입증할 초보적 자료를 포함하지 않았으므로 유효한 통지서가 아니라는 항변을 제기하였다. 이에 관해 법원은 원고는 해당 통지서를 발송하기 이전 이미 소송을 제기하였고, 같은 해 3월 30일 피고는 법원에서 송달한 소장 및 증거자료를 수령하였으며 이를 근거로 원고가 권리자로서 제거요청을 청구를 한 사실을 인식하였음에도 필요한 조치를 취하지 않았기 때문에 피고의 과실을 인정하여 정보네트워크전과 권 보호조례에서 규정한 책임제한의 경우에서 배제되며 손해배상책임이 있다고 판시하였다.

#### 4. 인터넷서비스제공자가 통지서를 접수한 후의 처리

정보네트워크전과 권 보호조례에 의하여 인터넷서비스제공자는 권리주장자가 보낸 통지서를 수령한 후 권리침해가 된 작품, 실연, 음반영상제품을 즉시 삭제하거나 링크를 해제해야 하며 동시에 해당 저작물, 실연, 음반영상제품을 제공한 서비스 이용자에게 통지서를 전달해야 한다. 그 대상의 인터넷 주소를 알 수 없어 전달이 불가능한 경우 네트워크상에 통지서의 내용을 고지해야 한다(제15조).

통지를 받은 서비스 이용자는 그 통지서를 접수한 후 자신이 제공하는 작품, 실연, 음반영상물이 타인의 권리를 침해하지 않았을 경우 인터넷 서비스제공자에게 서면으로 삭제 또는 해제된 링크에 해당되는 저작물, 실연, 음반영상물의 복구를 요구할 수 있다. 여기에는 다음과 같은 사항

---

168) 北京市朝陽區人民法院(2009)朝民初字第14734号民事判決書.



이 포함되어야 한다. ①서비스 이용자의 명칭, 연락처 및 주소; ②복구를 요청하는 저작물, 실연, 음반영상제품의 명칭 및 인터넷 주소; ③권리침해 사실이 없다는 사실을 입증할 초보적 증명자료가 필요하다. 또한 서비스 이용자는 통지서의 진실성에 대해 책임을 져야 한다(제16조).

인터넷서비스제공자는 서비스대상의 복구요청 통지서를 수령한 후 즉시 삭제 또는 링크가 해제된 저작물, 실연, 음반영상제품을 복구하여야 한다. 동시에 서비스 이용자의 통지서를 권리자에게 전달하여야 하며 권리는 인터넷서비스제공자에게 해당 저작물, 실연, 음반영상제품의 삭제나 링크를 해제할 것에 관한 통지서를 다시 보낼 수 없다(제17조).

## 5. 통지에 대한 규정의 의미 해석

### 가. 즉시에 대한 기준

인터넷서비스제공자는 권리주장자의 통지를 받은 후 즉시 조치를 취하지 않을 경우 손해에 대해 연대책임이 있다. 이에 대해 인터넷서비스제공자는 어떤 시간상의 기준으로 조치를 취하여야 마땅한지에 관해 불법행위책임법 제36조는 구체적인 규정을 하지 않고 있다.

즉시에 대한 기준을 판단하는 것은 각 사안의 구체적인 상황을 종합적으로 고려하여 법관의 재량으로 판단하는 것이 합당하다. 정보네트워크 전파권 사법해석 제13조에서 통지를 받은 후 조치를 취하기까지 확정된 기한에 대해서는 규정하지 않고 있지만 고려해야 할 요소로 권리자가 발송한 통지서의 형식, 통지서의 정확도, 조치를 취할 기술적인 난이도, 인터넷서비스제공자의 유형, 해당되는 저작물, 실연, 음반영상제품의 유형 및 인지도 등에 관해 종합적인 판단을 근거로 기한을 정하여야 한다고 규정하고 있다.

#### 나. 필요한 조치의 기준

권리자의 통지를 받은 인터넷서비스제공자는 필요한 조치를 취하여 해당 침해행위를 제거하여 손해의 확대를 피면해야 한다. 그러므로 인터넷서비스제공자가 취해야 할 필요한 조치의 기준은 첫째로 유효성이 있을 것을 요구한다. 즉 해당 조치가 침해행위를 유효하게 제지하고 그로 인한 침해결과의 확대를 방지하며 손해의 발생을 피면할 수 있는 조치에 해당되어야 한다. 둘째로 필요성이 있을 것을 요구한다. 즉 상술한 유효한 후과를 위한 필요한 조치에 한한 것이며 기타 인터넷 이용자의 합법적 권리를 침해해서는 안된다. 필요한 조치에 대한 정확한 기준 또한 존재하지 않으며 각 사안의 종합적인 상황을 고려하여야 한다.

### Ⅲ. 소결

인터넷서비스제공자가 명확히 아는 경우에 대한 판단 기준으로 실무상에서 일반적으로 권리주장자의 통지서를 근거로 인터넷서비스제공자의 과실을 판단하고 있다. 권리주장자가 제거요청 통지서를 발송하여 침해행위가 존재함을 인식하도록 하면 인터넷서비스제공자가 침해행위에 대해 명확히 아는 것으로 인정하고 있다.

그러나 인터넷서비스제공자는 삭제요청 통지서를 접수한 후 형식상의 심사만 진행하고 침해사실의 여부에 대해서는 관여하지 않는다. 이럴 경우 제3자의 고의에 의한 삭제요청 통지서의 남용도 빈번히 발생하고 있으며 이럴 경우 권리자 또는 이용자의 합법적 권리가 침해를 받게 된다. 그러나 중국 법리상에는 삭제요청 통지서에 대한 구체적인 조치 사항이 온전하지 않기 때문에 앞으로 지속적인 검토와 법적 제도의 마련이 필요하다.

## 제3절 인터넷서비스제공자의 과실 중 알 수 있었을 경우 (應當知道)

### I. 알 수 있었을 경우의 의미

#### 1. 명백한 침해사실에 기인한 추정적 인식

알 수 있었을 경우(應知)는 여러 가지 의미로 해석될 수 있는데 첫 번째로 추정적 인식(constructive knowledge)에 해당된다는 견해가 있다.

정보네트워크전과권을 침해한 민사분쟁 사건에 적용할 법률에 관한 몇 가지 문제에 대한 최고인민법원의 규정(이하 정보네트워크전과권 사법해석) 제9조<sup>169)</sup>에 의하여 인터넷서비스제공자가 알 수 있었을 경우에 대한 인정은 인터넷 이용자의 침해행위가 분명하다는 사실을 전제로 하고 있다. 또한 온라인상 저작권을 침해한 사건에 적용할 몇 가지 문제에 대한 북경시 고급인민법원의 지도의견(1)(시행) 제16조 제3항<sup>170)</sup>의 규정

169) <정보네트워크전과권을 침해한 민사분쟁 사건에 적용할 법률에 관한 몇 가지 문제에 대한 최고인민법원의 규정> 제9조: 인민법원은 인터넷 이용자의 행위가 정보네트워크전과권에 대한 침해행위가 명백한지 여부 및 다음과 같은 사항을 종합적으로 고려하여 인터넷서비스제공자의 알 수 있었을 경우를 판단한다.

- (1) 인터넷서비스제공자가 제공하는 서비스의 유형, 방식 및 해당 서비스가 침해행위를 유발할 가능성의 크기, 서비스제공자가 정보를 통제 관리하기 위해 갖추어야 할 능력
- (2) 저작물, 실연, 음반영상제품의 유형, 인지도 및 해당 저작물의 침해 상황
- (3) 인터넷서비스제공자가 주동적으로 저작물, 실연, 음반영상제품에 대해 선택, 편집, 수정, 추천 등을 진행하였는지 여부
- (4) 인터넷서비스제공자가 침해행위의 발생을 예방하기 위해 적극적으로 합리적인 조치를 취하였는지 여부
- (5) 인터넷서비스제공자가 정상적으로 삭제요청 통지서를 접수하고 처리할 수 있는 프로그램을 설정하였는지 여부
- (6) 인터넷서비스제공자가 동일한 인터넷 이용자로부터 반복되는 침해행위에 대해 합리적인 조치를 취하였는지 여부
- (7) 기타 관련되는 사항

170) <온라인상 저작권을 침해한 사건에 적용할 몇 가지 문제에 대한 북경시 고급

에 근거하여 알 수 있었을 합리적인 이유가 있는 경우는 불법행위가 명백한 사실 또는 상황이 존재하며 인터넷서비스제공자는 이로부터 침해행위의 발생에 대해 인식할 수 있었을 경우에 해당된다.

또한 인터넷서비스제공자가 알 수 있었을 경우에 대한 판단 기준으로 정보네트워크전파권 사법해석이 제시한 제10조<sup>171)</sup> 및 제12조<sup>172)</sup>의 규정을 살펴보면 인터넷서비스제공자가 침해된 저작물에 대해 추천, 편집하거나 또는 인기리에 방영중인 영상저작물을 홈페이지의 메인 화면 등에 게시하여 다운로드 등 방식으로 공중에 제공하는 등 인터넷서비스제공자에게 침해행위가 분명한 사실에 대해 추정적 인식이 존재한다는 것을 요구하고 있다.

알 수 있었을 경우를 추정적 인식으로 해석하는 것은 인터넷서비스제공자가 침해사실을 실제 인식했지만 고의로 작위 또는 부작위를 통해 침

---

인민법원의 지도의견(1)(시행)> 제16조 제3항: ‘아는 경우’란 인터넷서비스제공자가 불법행위의 존재를 실질적으로 알고 있는 것을 의미하며; ‘알 수 있었을 합리적인 이유가 있는 경우’란 불법행위가 명백한 사실 또는 상황이 존재하며 인터넷서비스제공자는 이로부터 침해행위의 발생에 대해 인식할 수 있었을 경우를 말한다.

171) <정보네트워크전파권을 침해한 민사분쟁 사건에 적용할 법률에 관한 몇 가지 문제에 대한 최고인민법원의 규정> 제10조: 인터넷서비스제공자가 서비스를 제공함에 있어 인기리에 방영중인 영상저작물 등에 순위 차트, 목록, 색인, 내용 소개 등 방식으로 추천을 진행하고 해당 홈페이지 상에서 직접 다운로드, 열람 또는 기타 방식으로 공중이 획득할 수 있게 한 경우 인터넷서비스제공자가 침해행위에 대해 알 수 있었을 것이라 인정한다.

172) 동 사법해석 제12조: 다음 각 호의 요건 중 하나에 해당될 경우 인민법원은 사안의 구체적인 상황에 근거하여 정보저장 공간 서비스를 제공하는 인터넷서비스제공자가 침해행위에 대해 알았을 거라고 인정할 수 있다.

- (1) 인기리에 방영중인 영상저작물을 홈페이지의 메인 화면 또는 기타 주요한 화면에 게시하여 인터넷서비스제공자가 저작물의 위치를 확연히 인식할 수 있는 경우;
- (2) 인기리에 방영중인 영상저작물의 주제, 내용 등에 대해 주동적으로 선택, 편집, 정리, 추천하거나 또는 해당 저작물을 대상으로 하는 전문 순위 차트를 설립하는 경우;
- (3) 해당 저작물, 실연, 음반영상제품이 권리자의 허락 없이 제공되고 있는 사실에 대해 확연히 인식할 수 있는 기타 경우에도 합리적인 조치를 취하지 아니한 경우

해행위에 실질적으로 관여하였다는 것을 의미한다. 그러나 인터넷서비스 제공자가 침해사실에 대해 명확히 인식하거나 또는 추정적 인식이 있는 고의에 해당되는 경우만 침해책임을 지우는 것은 인터넷서비스제공자의 주의의무에 대한 완전한 면책을 의미하며 이는 공평에 어긋나는 것이라는 평가가 있다.<sup>173)</sup> 사법실무에서도 이와 같은 견해를 채택하여 알 수 있었을 경우를 협의의 과실로 확대해석하여 판단하고 있다.

## 2. 주의의무 위반에 기인한 협의의 과실(過失)

상술한 이유로 알 수 있었을 경우는 주의의무를 위반하는 것으로부터 비롯된 협의의 과실을 포함한다는 견해<sup>174)</sup>가 있다. 여기서 과실이란 협의의 과실로서, 주의를 소홀히 하여 요구되는 상당한 주의의무를 이행하지 않은 것을 말한다. 따라서 과실을 인정하고 그로부터 발생하는 책임을 행위자에게 귀속시키기 위해서는 어느 정도의 주의의무가 전제로 요구되어야 한다.

정보네트워크전과권 사법해석에서 과실을 판단하는 기준으로 제시한 참고 요소들은 외부적 행위에 의해 과실을 판단하는 객관적인 기준을 마련하였다고 볼 수 있다. 예컨대 동 사법해석의 규정에 의하면 인터넷 이용자가 제공한 저작물, 실연, 음반영상제품으로 인한 직접적인 경제적 이익을 얻은 경우 인터넷서비스제공자는 더 높은 수준의 주의의무가 있다고 규정하고 있다(제11조). 여기서 더 높은 수준의 주의의무라 함은 보통의 주의의무에 비해 일정한 정도의 사전심사의무를 포함한 것으로 해석된다.

---

173) 馮術杰, 《論網絡服務提供者間接侵權責任的過錯形態》, 載《中國法學》, 2016年第4期, 182면.

174) 吳漢東, 《論網絡服務提供者的著作權侵權責任》, 載《中國法學》2011年第2期.

정보네트워크전파권 사법해석 제9조의 규정에 의하여 인터넷서비스제공자의 알 수 있었을 경우에 대한 판단은 명백한 침해의 사실을 전제로 해야 할 것이나, 현실적으로 대부분 사안들은 이용자의 침해행위가 분명하지 않은 경우가 많다. 이에 중국 법원은 인터넷서비스제공자의 주의의무를 크게 강화하여 저작권침해책임을 판단함에 있어 인터넷서비스제공자에게 주의의무가 존재한지, 만약 존재한다면 해당 주의의무를 합리하게 이행하였는지 여부에 근거하여 과실의 유무를 판단하고 있다. 주의의무로부터 인터넷서비스제공자의 과실을 판단하는 것은 부작위에 의한 침해책임을 대해 처벌을 강화하는 것을 의미한다. 사법실무상 법원은 인터넷서비스제공자의 주의의무의 판단에 대해 상당한 재량권을 가지며 이는 침해책임을 유무를 판단할 가장 중요한 요소로 작용한다.

## II. 인터넷서비스제공자의 주의의무

### 1. 주의의무에 관한 논의

인터넷서비스제공자가 부담해야 할 주의의무의 정도에 관해 명확한 기준을 제시하기 어려운 원인은 세계적 규모의 네트워크를 통해 전달되는 정보의 양은 가늠할 수 없거니와 해당 정보에 대한 접근과 유통의 용이성으로 인해 발생하는 침해행위를 일일이 통제하고 관리하기란 기술적으로 어렵거니와 과도한 정보내용 관리는 표현의 자유를 비롯한 민사권리에 대한 위배이기 때문이다.

인터넷서비스제공자에게 과도한 주의의무를 요구할 경우 인터넷서비스제공자는 이용자의 직접침해행위로 인한 책임으로부터 일응 자유로울 수 없고 이는 인터넷서비스제공자의 역할에 대한 지나친 제약으로 인터넷산업의 발전에 불리하게 작용할 것이나, 반대로 낮은 정도의 주의의무를 요구할 경우 인터넷서비스제공자는 자신이 제공하는 서비스 상에서 발생

되는 침해행위를 주동적으로 저지할 의무가 없게 되어 더욱 심각한 권리 침해행위를 야기할 수 있다. 인터넷서비스제공자의 주의의무에 관해 중국 국내에서 형성된 주된 관점을 살펴보면 다음과 같다.

## 2. 인터넷서비스제공자의 사전심사의무 배제

정보네트워크전과권 사법해석 제8조 제2항<sup>175)</sup>에 의하여 인터넷서비스 제공자가 인터넷 이용자의 정보네트워크전과권 침해행위에 대해 주동적으로 심사를 진행하지 않았을 경우 이는 인터넷서비스제공자의 과실에 해당되지 않는다. 인터넷서비스제공자는 비록 사전심사의무가 없지만 서비스를 제공하는 과정에 법률 및 법규에서 규정한 행위표준을 엄수해야 하며 업무 내 지위에 상응하는 합리적인 주의의무가 발생된다.

## 3. 인터넷서비스제공자의 일반적인 주의의무

### 가. 일반적인 주의의무의 발생 근거

인터넷서비스제공자가 제공하는 서비스를 통하여 정보네트워크전과권에 대한 불법침해가 더욱 용이해졌으므로 이러한 사전행위의 위험성으로부터 인터넷서비스제공자는 합리적인 한도 내에서 타인의 침해행위에 대한 일반적인 주의의무가 발생된다.

일반적인 주의의무에 대한 민사법의 이론에 의하면 타인의 권리에 대해 일반적인 주의의무가 있는 자는 선량한 관리자의 주의의무를 이행할 것을 필요로 한다. 여기서 선량한 관리자의 주의의무란, “양가부” 또는 “이성인”으로 해석될 수 있으며, 행위자가 소속된 집단 속에서 신중하고

---

175) 정보네트워크전과권 사법해석 제8조 제2항: 인터넷서비스제공자가 인터넷 이용자의 정보네트워크전과권 침해행위에 대해 주동적으로 심사를 진행하지 않은 경우 인터넷서비스제공자는 이에 대해 과실이 없다.

근면한 구성원으로서 준수해야 할 의무, 즉 통상적 이성인이 할 수 있는 정도의 주의의무를 말한다.<sup>176)</sup> 네트워크상에서 정보 전달의 중개자로서 정보를 발신하고 전송하는 수단을 제공하는 인터넷서비스제공자는 제공하는 서비스의 특수성으로 인해 신중하고 이성적인 관리자의 신분으로 인터넷 이용자의 각 종 행위에 대해 업계 내에서 일반적으로 준수해야 할 표준적인 주의의무가 부과되는 것이다.

#### 나. 더 높은 수준의 주의의무의 발생

인터넷 이용자가 제공한 저작물, 실연, 음반영상제품으로 인한 직접적인 경제적 이익을 얻은 경우 인터넷서비스제공자는 해당 이용자의 침해행위에 관해 더 높은 수준의 주의의무가 있다.<sup>177)</sup> 인터넷서비스제공자가 특정한 저작물, 실연, 음반영상제품에 광고를 삽입하여 이익을 얻은 경우 또는 해당 저작물 등과 기타 특정된 관계로 인한 경제적 이익을 획득한 경우 직접적인 경제적 이익에 해당된다.<sup>178)</sup> 인터넷서비스제공자가 인터넷서비스를 제공하면서 얻은 일반적 광고비용, 서비스비용은 본 조항에서 규정한 경제적 이익에 해당되지 아니한다.<sup>179)</sup>

경제적 이익을 판단할 때 침해된 저작물과 경제적 이익 사이에 직접적인 연관이 있는지 여부를 판단하여야 한다. 즉 침해행위와 얻은 경제적 이익 사이에 인과관계가 존재하는지에 대한 판단이다. 고정된 광고비를 지불하는 정액제 광고가 랜덤으로 방영되며 인터넷 이용자가 해당 침해된 작품을 시청하거나 다운로드할 때 부수적 비용을 지불하지 않는다면 침해행위와 인터넷서비스제공자가 서비스를 제공하면서 얻은 고정적 비용은 인과관계가 없다고 판단한다.<sup>180)</sup> 반면, 지정된 저작물에 투입된 광

176) 王晋, 《网络服务提供者著作权侵权责任研究》, 知識產權出版社, 2016年5月第1版, 93면.

177) 정보네트워크전과권 사법해석 제11조 제1항

178) 정보네트워크전과권 사법해석 제11조 제2항

179) 정보네트워크전과권 사법해석 제11조 제3항

180) 上海市第一中級人民法院(2012)滬一中民五(知)終字第182号民事判決書.



고의 클릭수에 따라 광고 수익을 얻게 될 경우 침해된 저작물과 얻게 된 경제적 이익 사이에는 인과관계가 있으며 직접적인 경제적으로 해당된다.

더 높은 수준의 주의의무라 함은 보통의 주의의무에 비해 일정한 정도의 심사의무를 포함한 것으로 해석된다. 인터넷 이용자의 침해행위가 명백하지 않은 경우에도 이로부터 직접적인 경제적 이익을 얻는 경우 인터넷서비스제공자에게 심사의무가 주어지며 심사를 통해 침해행위를 알 수 있었을 경우 과실이 인정된다.

#### 다. 침해의 발생을 예방할 사전조치에 대한 주의의무

침해행위의 발생을 예방하기 위해 적극적이고 합리적인 조치를 취하였는지 여부에 관해 인터넷서비스제공자의 알 수 있었을 경우를 판단한다.<sup>181)</sup> 이는 인터넷서비스제공자의 일반적인 주의의무로부터 비롯된 것이며 따라서 서비스제공자는 일정한 사전여과성 기술적 보호조치를 취할 의무를 부담하게 된다. 그러나 합리적이고 유효한 기술적 조치를 취하였음에도 침해행위를 발견하지 못한 경우 인터넷서비스제공자의 과실에 해당되지 않는다.<sup>182)</sup>

여기에서 합리적인 조치란, 인터넷 서비스를 정상적으로 운영하는 과정에 필요한 기술적 보호조치를 말한다. 예컨대 저작권의 보호를 받는 저작물이 권리자의 허락 없이 제공되는 것을 제한하는 기술, 설비 및 장치를 말한다. 인터넷서비스제공자는 인터넷 이용자의 모든 행위에 대해 통제할 수는 없지만 키워드 기반 필터링을 통해 보호하고자 하는 저작물과 관련된 검색 및 업로드를 차단하는 조치를 취하는 등 일정한 정도에

---

181) 정보네트워크전과권 사법해석 제9조 제4항

182) 정보네트워크전과권 사법해석 제8조 제3항: 인터넷서비스제공자가 합리적이고 유효한 기술적 조치를 취하였고 이를 증명할 수 있으며 그럼에도 인터넷 이용자의 정보네트워크전과권 침해행위를 발견하지 못한 경우 인터넷서비스제공자는 이에 대해 과실이 없다.

서 침해행위의 발생을 예방하는 조치를 취할 수 있다.

라. 침해행위를 인식하였을 경우 삭제 등 조치를 취할 주의의무

인터넷서비스제공자는 인터넷 이용자가 그 인터넷 서비스를 이용하여 타인의 민사권리를 침해하는 것을 알고도 필요한 조치를 취하지 아니한 경우 그 인터넷 이용자와 연대책임이 있다.<sup>183)</sup>

침해행위를 명확히 인식 하였거나 또는 정보네트워크전과권 사법해석<sup>184)</sup>에서 규정한 사실 또는 그 밖의 상황에 근거하여 인터넷서비스제공자가 침해사실을 알 수 있었을 경우 인터넷서비스제공자는 즉시 삭제·차단, 링크의 단절 등 필요한 조치를 취하여야 하며 그러지 않은 경우 이용자와 연대책임이 있다.

#### 4. 인터넷서비스제공자의 사후적 통제 의무

법률상에서는 인터넷서비스제공자가 주동적으로 제공하는 서비스의 합법성에 대한 심사를 진행하는 등의 사전심사의무를 배제하는 대신 침해사실의 존재를 인식하는 즉시 필요한 조치를 취하여 침해행위를 차단하는 등 사후적 통제의 의무를 부과하였다.

권리자의 통지에 의해 침해행위가 존재함을 인식하였다면 즉시 삭제·차단, 링크의 단절 등 필요한 조치를 취하여 불법침해행위로 인한 손해를 제거하거나 감소하여야 할 의무, 즉 “통지 및 삭제요청” 절차에 따르는 사후적 통제 의무를 부담하며 일정한 요건을 갖춘 경우 배상책임을 지지 않는다.<sup>185)</sup>

---

183) 불법행위책임법 제36조 제3항

184) 정보네트워크전과권 사법해석 제9조, 제10조, 제11조, 제12조

185) 불법행위책임법 제36조 제2항

인터넷서비스제공자의 과실은 제공하는 서비스의 특수성으로 인해 요구되는 상당한 주의의무를 이행하지 못한 과실이며 이는 계약관계에 근거한 당사자 사이에만 발생하는 것이 아니다.<sup>186)</sup>

### III. 소결

인터넷서비스제공자가 알 수 있었을 경우는 침해사실에 대해 추정적 인식이 있는 경우 및 주의의무에 대한 위반으로 인한 과실이 포함된다. 인터넷서비스제공자는 적극적인 모니터링을 비롯한 사전심사의무가 없지만 일정한 요건 하에서 주의의무가 발생되며 해당 주의의무를 이행하지 않은 경우 과실에 의한 침해책임을 부담하여야 한다.

인터넷서비스제공자의 주의의무의 수준은 인터넷서비스제공자가 제공하는 서비스, 침해된 저작물의 성질, 인터넷서비스제공자의 통제가능성, 직접적인 경제적 이익을 취하였는지 여부, 업무내에서의 지위, 사전적 여과조치를 취하였는지 여부 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 개별 사안에 적용하여야 한다.

---

186) 朱岩, 《侵權責任法通論》(上冊), 法律出版社2011年版, 287면.

## 제4절 인터넷서비스제공자의 저작권 침해책임에 대한 사례

### I. 中國音樂著作權協會 V. 广州网易計算机系統有限公司与北京移動通信有限責任公司

#### 1. 사실관계

본 사안<sup>187)</sup>에서 中國音樂著作權協會(이하 ‘원고’로 약칭)는 저작권자 蘇越의 위탁을 받아 음악저작물 <피로 물들인 풍채(血染的風采, 이하 ‘풍채’로 약칭)>에 대해 정보네트워크전파권을 비롯한 저작권을 보유하고 있었다.

广州网易計算机系統有限公司(이하 ‘피고1’로 약칭)는 자사의 홈페이지 163닷컴을 통하여 北京移動通信有限責任公司(이하 ‘피고2’로 약칭)가 운영하는 이동통신사의 이용자들이 유상으로 음악저작물을 휴대폰 벨소리로 다운로드하는 서비스를 제공하고 있었다. 이용자가 해당 서비스에 접속하려면 우선 피고2의 홈페이지를 통하여 163닷컴에 등록하여 해당 홈페이지 상에서 필요로 하는 음악을 선택하여야 한다. 이용자에게 선택된 음악은 피고1의 서버에 의해 이진법 코드로 전환되어 네트워크를 통해 피고2가 제공하는 단기적인 플랫폼에 전송되며 여기에서 다시 이용자들에게 전송된다. 피고1, 2는 계약을 체결하여 피고2가 대신 음악저작물을 다운로드하는 비용을 받고 이에 대해 피고1은 피고2에 15%의 서비스 비용을 지불하도록 하였다. 피고1이 제공한 서비스에는 원고가 보유하고 있는 음악저작물인 풍채도 포함되어 있었고 이에 대해 원고는 피고1, 2를 상대로 정보네트워크전파권을 침해하였다는 이유로 소송을 제기하며

---

187) 北京市第二中級人民法院(2002)二中民初字第3119号民事判決書

피고1, 2에 대해 해당 음악저작물에 대한 침해정지, 사죄표시 및 손해배상을 청구하였다.

피고1의 주장은 원고가 제공한 증거로는 蘇越가 해당 저작물의 저작권자임을 증명하기엔 불충분하며, 피고2가 이미 일정한 금액의 서비스비용을 받았기에 163닷컴에 제시된 음악저작물 조회수로 본사의 수익을 추정하는 근거로 할 수 없으며, 원고가 주장하고 있는 본사의 수익 다섯 배에 해당하는 손해배상은 법률적 근거가 없다. 피고2의 주장은 본사는 전신서비스운영자로서 이동통신서비스 중에는 단순 도관의 역할만 하며 침해에 대한 과실이 없으므로 원고의 주장은 법률적 근거가 없다.

## 2. 법원의 판단

사건 심리과정에서 법원은 음악저작물 풍채의 저작권자는 蘇越임을 확인하였으며 저작권자와 원고가 체결한 계약으로 인해 원고는 해당 저작물에 대한 정보네트워크전과권 등 저작권을 보유한다는 사실을 확인하였다. 또한 피고1이 운영하는 163닷컴에서 이용자들에게 음악저작물 다운 서비스를 제공한 것은 사실이며 여기에는 풍채도 포함하고 있다. 그러나 피고1은 저작권자 또는 원고의 허락 없이 음악저작물을 사용하였으며 이로 인한 사용료를 지급하지 아니하였으므로 피고1은 정보네트워크전과권에 대한 침해책임이 있다고 판단하였다.

그러나 피고2에 대해 법원은 피고2가 피고1에게 제공한 자동 접속 서비스는 기술적이고 피동적이며 구체적으로 피고1이 전송하는 정보를 접속하고 이를 이용자들에게 전송하기 위한 기초적인 기술연결서비스를 제공함으로써 인터넷에서 휴대폰 단말기를 연결하는 양방향의 연결을 가능하도록 하였다. 본 사안에서 제공되는 정보인 음악저작물은 피고1이 제공한 것이며 서비스를 제공하는 도중 피고2는 해당 정보를 식별하고 수

정할 수 없고 또한 구체적인 정보의 내용에 대한 사전심사의무가 없거니와 이는 기술적으로 불가능하다. 그러므로 피고2는 침해에 대한 과실이 없으며 이에 대한 침해책임도 없다고 판단하였다.

### 3. 사례분석

본 사안에서는 자동 접속 서비스제공자의 침해책임을 부인하였다. 그 이유는 정보의 제공자인 피고1이 음악저작물에 대한 침해정지만으로 침해의 발생을 제지할 수 있기 때문에 피고2에 공동침해책임을 묻는 것은 사회 공공이익 및 네트워크기술의 응용과 발전 모두를 저해한다고 판단하였기 때문이다.

그러나 자동 접속 서비스제공자의 침해책임을 인정할 경우 침해정지를 적용함에 있어 어떠한 사항을 고려하여야 할지 그 기준이 필요하다. 제공하는 서비스의 특성에 근거하여 고려되어야 할 사항으로 침해정지 조치를 취하지 아니할 경우 침해에 상응한 권리자의 손해의 크기, 침해정지가 기술적으로 가능하고 유효한지 여부, 침해된 정보를 삭제할 경우 저작물을 침해하지 않은 기타 정보에 대한 영향여부 등 여러 사항을 충분히 고려하여야 할 것이다.

## II. 韓寒 V. 百度网科技有限公司

본 사안<sup>188)</sup>은 정보저장 공간 서비스제공자의 저작권침해 분쟁사례로 법원은 피고의 침해책임을 성립하는 과실 요건중 하나인 알 수 있었을 경우에 대한 판단을 중심으로 해석을 진행하였다. 본 사안에서 법원은 인터넷서비스제공자에게 요구되는 주의의무는 어떠한 고정불변의 기준을 따르는 것이 아니라 부동한 정황에 비추어 합리적인 주의의무에 대한 판

188) 北京市海澱區人民法院 (2012) 海民初字第5558号民事判決書

단으로부터 행위자의 알 수 있었을 경우에 대한 과실을 입증하여야 한다는 결론을 내리고 있다.

## 1. 사실관계

2011년 11월, 韓寒(이하 '원고'로 약칭)을 비롯한 중국 작가 4명은 중국의 대표적 인터넷 포털 百度网科技有限公司(이하 '피고'로 약칭)가 운영하는 온라인 도서관이 저작권을 침해하였다는 이유로 피고를 상대로 북경 하이톈(海淀)구 법원에 저작권 침해 소송을 제기하였다.<sup>189)</sup>

본 사안에서 원고가 저작권을 보유하고 있는 소설 '像少年啦飛馳('소년과 같이 질주하라', 이하 '소년'으로 약칭)'가 百度 온라인 도서관(이하 온라인 도서관)에 업로드 된 상태로 이용자들이 무료로 열람하고 다운로드할 수 있는 것을 발견하고 여러 차례 피고에 저작권이 침해됨을 주장하는 통지를 발송하였으나 피고는 소극적인 조치를 취하였고 원고는 법원에 이를 제소하여 피고 측이 즉시 권리침해행위를 중지하고 권리침해방지를 위한 실질적인 행위를 취하여 온라인 도서관을 폐쇄하고 사과를 표시함은 물론 경제적 손실액 25만 4천 위안 및 해당 소송비용을 부담할 것을 청구하였다.

피고 측의 주장은 ① 온라인 도서관은 정보저장 공간 서비스에 해당되며 이용자들이 온라인상에서 파일을 공유할 수 있는 개방적인 플랫폼으로서 온라인 도서관상의 모든 파일은 인터넷 이용자들의 업로드로 인해 축적된 것이고; ② 온라인 도서관 상에서 여러 방식으로 이용자들에게 법률 범위에서 요구되는 권리자에 대한 보호 조치와 절차를 공시하였기

---

189) 韓寒을 비롯한 郝群, 張兵, 韓瑗蓮 등 중국 작가 4명은 百度网科技有限公司에 저작권을 침해하였다는 이유로 각기 소송을 제기하였다. 그러나 각 사건에서 침해된 저작물이 다를 뿐 적용되는 법리는 상동하기에 본 논문에서는 작가 韓寒의 사례를 근거로 인용하였다.

에 본사는 합리적인 주의의무를 이행하였으며; ③ 원고의 통지를 받은 후 즉시 해당 링크와 관련된 저작물을 삭제하였기에 정보저장서비스제공자로서의 법적 의무를 충분히 이행하였고, 해당 파일을 DNA 식별 해적판 인식 시스템(이하 해적판 시스템)의 정품 데이터베이스에 등록하여 선행기술상 표준적인 기술조치를 취하여 불법침해를 방지했기에 본사는 주관적 과오가 존재하지 않으며 이로 인해 발생하는 불법행위책임도 없다.

## 2. 법원의 판단

본 사건의 가장 큰 쟁점인 피고의 주관적 과실의 존재 유무에 관해서 법원은 불법행위책임법 제6조 제1항, 동법 제36조; 저작권법 제48조 제1항, 동법 제49조 및 정보네트워크전파권 보호조례 제22조의 규정에 의거하여 다음과 같이 판단하였다.

### 가. 명확히 아는 경우에 대한 판단:

원고가 제기한 피고는 저작물 ‘소년’에 대해 편집, 추천을 진행했기 때문에 해당 저작물의 침해사실에 대해 명확히 안다는 주장에 대해 ① 저작물에 대한 편집이란 저작물의 내용에 대한 수정을 의미하지만 원고가 주장하는 피고가 저작물에 대한 변경(改變)은 파일 격식에 대한 전환일 뿐 저작물 내용에 대한 변경이 아니며; ②온라인 도서관상에서의 ‘관련된 파일 추천’은 인터넷 이용자의 검색으로 인해 자동으로 매칭되는 검색결과의 수요에 의한 결과로 피고의 주동적인 추천은 아니며. 원고는 해당 저작물이 현저하고 돌출한 위치상에서 추천되었음을 증명할 근거가 부족하며; ③피고가 해당 저작물로 인해 직접적인 금전적 이익을 얻었음을 증명할만한 근거가 없다. 그러므로 피고는 해당 저작물의 침해사실에 대해 과실이 없다.



나. 알았다고 볼 합리적인 이유가 있는 경우에 대한 판단:

피고가 해당 저작물의 침해사실에 대해 알았다고 볼 합리적인 이유가 있는 경우에 대해 온라인 도서관의 객관적 현황, 해당 저작물의 인지도, 피고가 침해행위의 발생에 대한 예견성 및 실질적인 통제의 능력 등 요소에 의한 종합적인 판단이 필요하다.<sup>190)</sup>

① 원고는 유명하고 영향력 있는 저명 작가로서 본 사건의 저작물 ‘소년’은 원고의 대표작으로서 판매량이 매우 많으며, 2011년 3월 원고는 피고와 저작물 침해에 대한 협상을 거쳤기에 이미 해당 저작물의 침해사실에 대해 알고 있으므로 그 저작물의 침해행위에 대해 오히려 더 높은 주의의무를 가져야 마땅하며; ② 상술한바와 같이 동일한 이유로 인공 심사 과정에서 해당 저작물에 대해 더 높은 주의의무가 발생하였으나 이를 행하지 못하였고; ③ 인공 심사를 거친 후 해적판 시스템을 적용하여 불법 침해를 방지하기 위해 피고는 해당 시스템의 정상적인 운영에 필요한 준비조치를 취해야 마땅하였으나 이를 행하지 아니하였으므로<sup>191)</sup> 해적판 시스템이 정상적으로 운행되지 못하였으며; ④ 타인의 저작물을 기반으로 이루어지는 온라인 도서관 서비스를 운영하는 피고는 저작권자의 권리를 보호할 것에 관한 선의(善意)가 있어야 하지만 합리적으로 더 높은 주의의무가 필요한 파일에 대해 기타 필요한 조치를 취하여 해당 저작물의

---

190) 北京市海澱區人民法院 (2012)海民初字第5555号民事判決書.

191) 피고 百度에 의하면 해적판 시스템이 정상적으로 운행되려면 저작물 원본이 데이터베이스에 등록되는 것을 전제로 한다고 한다. 본 사건에서 피고측이 이미 데이터베이스에 등록하였음을 주장하는 저작물 중 하나는 피고의 협력 업체로부터 제공 받은 것이고 다른 하나는 권리침해 주장으로 인해 삭제된 파일이다. 법원의 판단에 의하면 피고는 시스템에 등록된 저작물 파일의 불분명한 출처에 대해 명확히 인식하였지만 권리자인 원고에게 해당 저작물의 원본을 요청한 이외의 다른 조치를 취하지 않았다. 원고는 저작물의 원본을 百度에 제공하지 않았고 소송 진행 과정 중에서 百度는 이를 시스템이 정상적으로 작동하지 못한 이유라 주장하였으나 법원은 시스템의 정상적인 작동에 대해 피고는 주동적으로 필요한 준비조치를 취해야 하며 원본을 제공하는 것은 권리자의 선택일 뿐 의무가 아니기 때문에 百度가 침해행위를 통제할 수 있는 기술적 조치를 충분히 취하였다는 주장은 받아들일 수 없다고 판단하였다.

침해후과를 방지하지 못하였으므로 피고는 해당 저작물의 침해사실에 대해 알았다고 볼 합리적인 이유가 있는 주관적 과실이 존재하며 이로 인한 법적 책임이 있다.

### 3. 사례분석

인터넷서비스제공자가 합리적인 주의의무를 이행하지 않았다면 알 수 있었을 경우에 의한 과실이 성립된다. 본 사안에 대한 분석을 통하여 법원이 개별 사안을 판단할 때 부동한 상황에 의해 발생하는 인터넷서비스 제공자의 합리적인 주의의무의 기준이 각기 다르며 주의의무는 변동되는 개념이라는 것을 알 수 있다.

#### 가. 업계 내 지위로부터 기인되는 주의의무

본 사안의 피고 百度는 인터넷 검색 엔진, 온라인 백과사전 등의 웹서비스를 제공하는 중국 최대의 IT기업으로서 업계 내 독보적인 지위로 인해 더 높은 정도의 주의의무가 발생된다. 피고가 운영하는 온라인 도서관상에는 수천만의 저작물 파일이 실시간으로 업로드되고 있어 이는 저작권자의 권리에 대한 도전인 한편 사회 공중이 문화 자원에 대한 획득 및 사용과 직결되는 문제이기 때문에 피고는 문화 자원의 전파, 저작권자에 대한 보호 및 사회공중의 이익간의 형평성 정립을 위한 사회적 책임이 부수된다.<sup>192)</sup> 온라인상 저작권분쟁 사법해석의 제16조<sup>193)</sup>의 규

192) 北京市海澱區人民法院 (2012) 海民初字第5558民事判決書 참조.

193) <온라인상 저작권을 침해한 사건에 적용할 몇 가지 문제에 대한 북경시 고급 인민법원의 지도의견(1)(시행)> 제16조 제1항: 정보저장공간, 검색, 링크, P2P 등 서비스를 제공하는 인터넷서비스제공자는 자신의 행위로 인한 후과에 대해 알거나 알 수 있었을 합리적인 이유가 있는 경우에 대한 판단을 통하여 그 과실을 인정한다. 이에 대한 판단은 인터넷서비스제공자의 예견능력 및 예견범위를 기반으로 하며 통상적 예견수준과 전문적 예견수준 등 상황으로 나뉜다.

제2항: 인터넷서비스제공자가 자신의 행위로 인한 후과에 대해 알거나 알 수 있었을 합리적인 이유가 있는 경우란, 인터넷서비스제공자가 제공하는 서비스를 통하여 타인이 저작물, 실연, 음반영상제품을 전파하는 불법행위에 대해 알거나 알

정에 의하면 알거나 알 수 있었을 경우에 대한 판단은 인터넷서비스제공자의 예견능력과 예견범위를 기반으로 분석하며 이는 통상적 예견수준과 전문적 예견수준으로 나뉜다.

#### 나. 특수한 사전 상황으로부터 기인되는 주의의무

본 사안이 상정되기 이전 원고는 피고 측과 온라인 도서관의 저작권침해에 관한 협상을 여러 차례 거쳤으며 이 문제는 사회적 관심을 불러일으킨 바 있다. 피고 측은 원고가 온라인 도서관을 통해 자신의 저작물이 전파되는 것에 동의하지 않으며 원고의 저작물에 대한 침해행위가 이미 발생하였다는 사실에 대해서도 당연히 알고 있다고 판단된다. 이로부터 피고는 온라인 도서관 서비스 상 원고의 저작권을 침해하는 파일에 대해 기타 파일보다 더 높은 정도의 주의의무가 요구되며 피고가 침해행위에 대한 예견수준과 능력범위 내에서 침해가 발생하는 것을 예방하거나 제지할 조치를 취해야 마땅하다.

#### 다. 저자 및 저작물의 인지도로부터 기인되는 주의의무

원고는 유명하고 영향력 있는 저명 작가로서 본 사건의 저작물 ‘소년’은 원고의 대표작으로서 판매량이 매우 많으며 이런 경우 저자와 저작물의 사회적으로 높은 인지도로 인해 인터넷서비스제공자는 보다 높은 주의의무를 요한다. 인터넷서비스제공자가 일반 저작물 파일에 대해 일반적인 주의의무가 있다면 인지도가 있는 저자와 그 저작물의 파일 또는 명칭이 이와 매우 흡사한 파일을 대할 때는 선량한 관리자의 주의의무를 부담해야 한다. 2012년 발표한 정보네트워크전파권 사법해석 제12조<sup>194)</sup>

---

수 있었을 합리적인 이유가 있는 경우를 말한다.

제3항: ‘아는 경우’란 인터넷서비스제공자가 불법행위의 존재를 실질적으로 알고 있는 것을 의 미하며; ‘알 수 있었을 합리적인 이유가 있는 경우’란 명백한 불법행위의 사실 또는 상황이 존재하며 인터넷서비스제공자는 이로부터 침해행위의 발생에 대해 인식할 수 있었을 경우를 말한다.

194) <정보네트워크전파권 사법해석> 제12조: 다음 각 호의 요건 중 하나에 해당될 경우 인민법원은 사례의 구체적인 상황에 근거하여 정보공간서비스를 제공하

에 의하면 인기가 있는 영상저작물, 어문저작물 또는 음악저작물에 관해 인터넷서비스제공자는 보다 높은 주의의무를 부담할 것을 요한다.

라. 제공하는 서비스로부터 기인한 포괄적 주의의무

온라인 도서관은 정보저장공간서비스에 해당되며 이용자들이 온라인상에서 파일을 공유할 수 있는 개방적인 플랫폼으로서 온라인 도서관상의 모든 파일은 인터넷 이용자의 업로드로 인해 축적된 것이며 자유롭게 이용할 수 있다.

피고는 인터넷 이용자들이 온라인 도서관에 파일을 업로드 하는 행위를 격려하는 한편 파일의 격식, 크기 및 수량 등에 관해서는 제한을 두지 않고 다른 한편으로 “통지 및 삭제요청” 절차를 적용하는 동시에 침해행위에 대한 규제를 인터넷 이용자의 자율성과 불완전한 기술조치에 의거하고 있어 사실상 저작권을 침해하는 불법행위에 대한 효과적인 통제를 구현하지 못하였다. 그러므로 공공연한 불법행위로 인해 침해된 저작물 파일에 관해 피고는 일반적인 주의의무 이외에도 자주적으로 보다 높은 정도의 주의의무를 이행할 것을 요한다.<sup>195)</sup>

마. 경제적 이익으로부터 기인한 주의의무

저작권의 침해를 다루고 있는 온라인 도서관 서비스는 타인의 저작물에 대한 불법침해를 통해 간접적인 경제적 이윤을 창출하는 비즈니스 모델을 통해 운영된다. 본 사안에서 피고가 파트너사로부터 얻은 경제적

---

는 인터넷서비스제공자가 침해사실에 대해 알았을 거라고 인정할 수 있다. ① 인기리에 방영중인 영상저작물을 홈페이지의 메인 화면 또는 기타 주요한 화면에 게시하여 인터넷서비스제공자가 저작물의 위치를 확연히 인식할 수 있는 경우; ② 인기리에 방영중인 영상저작물의 주제, 내용 등에 대해 주동적으로 선택, 편집, 정리, 추천하거나 또는 해당 저작물을 대상으로 하는 전문 순위 차트를 설립하는 경우; ③ 해당 저작물, 실연, 음반영상제품이 권리자의 허락 없이 제공되고 있는 사실에 대해 확연히 인식할 수 있는 기타 경우에도 합리적인 조치를 취하지 아니한 경우

195) 北京市海澱區人民法院 (2012) 海民初字第5558民事判決書 참조.

이익은 침해됨을 다투고 있는 해당 저작물로부터 얻어지는 직접적인 경제적 이익이라고 추론하기는 어려움이 있으나 피고가 인터넷산업에서의 독보적인 지위, 서비스 상에서 제공되는 저작물 파일들의 다양성, 서비스 이용자 수 등 요소들을 종합해 볼 때 광고수익 등 영리성 활동으로 인해 창출되는 잠재된 경제적 이익은 가늠할 수 없다. 저작권 침해에 대한 위험성을 수반하는 이러한 비즈니스 모델을 운영하고 있는 인터넷서비스제공자는 이로부터 얻어지는 경제적 이익이 발생하는 경우 보다 높은 주의의무를 부담해야 한다.

### Ⅲ. 广州佳華文化活動策劃有限公司 v. 广州市千鈞網絡科技有限公司与北京我樂信息科技有限公司

#### 1. 사실관계

본 사건<sup>196)</sup>에서는 인터넷 사이트에 게재된 동영상 파일의 정보네트워크전파권이 문제되었다. 广州佳華文化活動策劃有限公司(이하 ‘원고’로 약칭)는 미국 스릴러 영화 <치명적인 접촉<sup>197)</sup>(致命接觸, 이하 ‘접촉’으로 약칭)>에 대한 정보네트워크전파권을 보유하고 있었다. 원고는 广州市千鈞網絡科技有限公司(이하 ‘피고1’로 약칭)와 北京我樂信息科技有限公司(이하 ‘피고2’로 약칭)가 공동으로 경영하는 인터넷 동영상 사이트인 56닷컴(56.com)상에 영화 <접촉>과 관련된 동영상 파일이 게시되었으며 정상적으로 재생되므로 자사의 정보네트워크전파권을 침해하였다는 이유로 소송을 제기하였다.

---

196) 1심: 北京市朝陽區人民法院 (2013) 朝民初字第20579号民事判決書 ; 2심: 北京市第三中級人民法院 (2014) 三中民終字第00168号民事判決書

197) 2006년 미국 ABC에서 방영된 스릴러소재의 영화이며 영문명은 Fatal Contact: Bird Flu in America이다.

## 2. 법원의 판단

피고1과 피고2는 정보저장공간서비스를 제공하는 인터넷서비스제공자이다. 정보네트워크전파권 보호조례 제22조의 규정에 의하여 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 경우에는 배상책임을 부담하지 아니한다.

①정보저장공간은 서비스 이용자에게 제공하는 것임을 명시하고 당해 인터넷서비스제공자의 명칭, 연락처 및 인터넷 주소를 공개한 경우; ②서비스 대상이 제공한 저작물 등을 수정하지 아니한 경우; ③서비스 대상이 제공한 저작물의 침해사실을 몰랐거나(不知道) 알았다고 볼 합리적인 이유가 없는 경우(沒有合理的理由應當知道); ④서비스 이용자가 제공한 저작물 등으로 인해 직접적인 금전적 이익을 얻지 아니한 경우; ⑤권리자의 통지를 받은 후 즉시 권리자가 침해를 주장하는 저작물 등을 삭제한 경우

이에 대해 1심 법원은 첫째, 피고1, 2는 56닷컴에서 이용자들을 위해 저장공간을 제공하고 있음을 명시하였고 또한 회사 명칭, 연락처 및 인터넷 주소를 공개한 점, 둘째, 피고는 해당 저작물을 수정하지 아니하였다는 점; 셋째, 원고 측이 발송한 첫 번째 삭제요청 통지서에는 해당 저작물의 명칭인 <접촉>만 게재되어 있었고, 두 번째 및 세 번째 삭제요청 통지서에서 게재된 저작물의 명칭은 <조류독감>으로서 원고가 침해된 저작물의 정확한 명칭 및 인터넷 주소를 피고에게 고지하지 않은 경우 피고는 통지서에 게재된 내용만으로 해당 저작물을 찾을 수 없기 때문에 피고1, 2는 통지를 받은 후 침해사실에 대해 명지하지만 합리적인 조치를 취하지 아니한 경우에 해당되지 않는다는 점; 넷째, 56닷컴 상의 동영상들은 모두 무료로 관람할 수 있고 이용자들로부터 비용을 받지 않았으며 비록 저작물이 재생되기 전 광고가 방영되었지만 해당 광고는 동영상 플레이어에 자동으로 로딩한 광고에 해당되며 피고1, 2가 이로부터

직접적인 금전적인 이익을 얻었음을 증명할 수 없다는 점 등을 종합하여 판단할 때 피고1, 2는 정보네트워크전파권 보호조례 제22조의 제1항, 제2항, 제4항, 제5항의 요건을 갖추었다고 판단된다.

동조 제3항의 판단에 피고1, 2가 침해사실에 대해 명확히 알거나 알았을 거라고 보이는 경우에 대한 판단은 정보네트워크저작권 사법해석 제12조198)의 규정에 의하여 판단한다.

이에 대해 1심 법원은 첫째, 피고1의 주장에 의하면 56닷컴에서 제공된 저작물은 2011년 외국에서 수입한 저작물이며 인기리에 방영중이거나 인지도가 높은 저작물에 해당되지 아니한 점; 둘째, 해당 저작물이 56닷컴의 메인 화면 또는 기타 주요한 화면에 게시되어 피고1, 2가 저작물의 위치를 확연히 인식할 수 있었음을 증명할만한 근거가 부족한 점; 셋째, 해당 저작물은 56닷컴의 영화 카테고리 분류되었지만 이는 56닷컴의 고정적인 위치이고 피고1, 2가 해당 저작물에 대해 주동적으로 선택, 편집, 정리 또는 추천을 하였다고 추정할 근거가 부족하다는 점 등을 종합해볼 때 피고1, 2는 해당 저작물의 침해사실에 대해 알았다고 볼 합리적인 이유가 없으며 그러므로 정보네트워크전파권 보호조례 제22조의 면책 요건을 모두 갖추었기에 배상책임을 부담하지 않으며 원고가 제기한 소송청구는 받아들여질 수 없다고 판결을 내렸다.

---

198) 정보네트워크전파권 사법해석 제12조: 다음 각 호의 요건 중 하나에 해당될 경우 인민법원은 사안의 구체적인 상황에 근거하여 정보저장 공간 서비스를 제공하는 인터넷서비스제공자가 침해행위에 대해 알았을 거라고 인정할 수 있다. ①인기리에 방영중인 영상저작물을 홈페이지의 메인 화면 또는 기타 주요한 화면에 게시하여 인터넷서비스제공자가 저작물의 위치를 확연히 인식할 수 있는 경우; ②인기리에 방영중인 영상저작물의 주제, 내용 등에 대해 주동적으로 선택, 편집, 정리, 추천하거나 또는 해당 저작물을 대상으로 하는 전문 순위 차트를 설립하는 경우; ③해당 저작물, 실연, 음반영상제품이 권리자의 허락 없이 제공되고 있는 사실에 대해 확연히 인식할 수 있는 기타 경우에도 합리적인 조치를 취하지 아니한 경우

원고는 1심법원의 판결에 불복하여 상소를 제기하였으나 2심 법원에서 원심판결을 유지하여 상소를 기각하였다.

### 3. 사례분석

#### 가. 저작물이 저장된 위치에 대한 판단

저작물이 웹사이트 상에서 고정된 카테고리 폴더에 저장되어야 하며 주동적으로 선택, 편집, 정리 또는 추천 행위에 해당될 경우 면책요건에 부합하지 아니한다. 여기에서 선택이란, 인터넷 이용자들이 의해 제공된 저작물을 인터넷서비스제공자가 선택하여 웹사이트의 카테고리리로 분류하는 것이며, 편집 및 정리는 명백한 변경행위가 있는 경우를 말하고, 추천은 순위 차트 또는 랭킹 등 비교적 흔하거나 눈에 띄는 방식을 사용한 것을 말한다.

#### 나. 경제적 이익에 관한 판단

인터넷서비스제공자가 인터넷 서비스를 제공하면서 얻은 일반적 광고 비용, 서비스비용은 본 조항에서 규정한 직접적인 경제적 이익에 해당되지 않는다.<sup>199)</sup> 본 사안에서 저작물이 재생되기 전 방영된 광고는 플레이어가 자동으로 로딩하여 재생한 것이기 때문에 해당 저작물과 광고 사이에는 특정적인 관계가 없으므로 직접적인 경제적 이익이 아니라고 판시하였다.

#### 다. “통지 및 제거요청” 절차에 대한 판단

“통지 및 제거요청” 절차의 전제로 발송한 통지서가 일정한 요건에 부합되어야 한다. 통지서에는 침해됨을 주장하는 저작물의 명칭 및 인터넷 링크의 주소를 명시하여 인터넷서비스제공자가 해당 저작물의 정확한 위치에 대해 명확하게 인식할 수 있어야 한다.

---

199) 정보네트워크전파권 사법해석 제11조 제3항



라. 침해사실에 대한 인식 요건에 대한 판단

인터넷서비스제공자가 서비스 대상이 제공한 저작물의 침해사실을 몰랐거나 알았다고 볼 합리적인 이유가 없는 경우에 대한 판단이 가장 핵심적인 부분으로 된다. 사법실무상에서는 인터넷서비스제공자가 침해사실에 대해 명확히 아는 경우에 대한 판단은 권리자가 입증책임을 부담한다. 그러나 알 수 있었을 경우에 대해 인민법원이 각 사례를 판단함에 있어 침해된 저작물의 인지도, 피고가 침해사실에 대한 예견성 및 실질적인 통제능력 등 구체적인 사실을 근거로 제3자의 침해행위의 태양의 명확성 등 요소를 종합하여 판단하여야 한다.

## 제5장 인터넷서비스제공자 저작권 간접침해책임

### 제1절 인터넷서비스제공자의 민사책임

불법행위책임을 부담하는 방식으로 불법행위책임법 제15조 제1항<sup>200)</sup>에서 8가지로 나열하여 규정하고 있지만 저작권에 대한 침해책임에 있어서 저작권법 제47조<sup>201)</sup> 및 제48조<sup>202)</sup>의 규정에 의하여 침해정지, 영향제거, 사죄표시 및 손해배상 등 네 가지 방식만을 적용하고 있다. 저작권법 제47조는 민사책임만을 규정하고 있는 반면 제48조는 민사책임 이외에도 공공이익에 대한 침해일 경우 행정책임, 나아가 범죄가 성립되는 경우 법에 따라 형사책임을 추궁할 수 있음을 명시하였다.

민사책임은 피해자의 침해에 대한 구제수단으로써 책임의 종류가 다양할수록 피해자는 더욱 전면적인 구제를 받게 된다.

---

200) <불법행위책임법> 제15조 제1항: 불법행위책임을 부담하는 주된 방법은 다음 각 호로 한다. ① 침해중지; ② 방해배제; ③ 위험예방; ④ 재산반환; ⑤ 원상회복; ⑥ 손해배상; ⑦ 사죄표시; ⑧ 영향제거·명예회복

201) <저작권법> 제47조: 다음과 같은 권리침해행위를 한 때에는 정황에 따라 침해중지, 영향제거, 사죄표시, 손해배상 등 민사책임을 져야 한다. (1) 저작권자의 허락 없이 그 저작물을 공표하는 행위 ... (11) 기타 저작권 및 저작권 관련권리를 침해하는 행위

202) <저작권법> 제48조: 다음과 같은 권리침해행위를 한 때에는 정황에 따라 침해중지, 영향제거, 사죄표시, 손해배상 등 민사책임을 져야 한다. 동시에 공공이익을 해친 경우, 저작권행정관리부서는 침해행위의 정지를 명할 수 있고, 불법소득을 몰수하거나 침해복제품을 몰수, 폐기(銷毀)할 수 있으며, 벌금을 부과할 수 있다. 침해결과가 중대한 경우 저작권행정관리부서는 침해복제품을 제작하는데 주로 사용하는 자재, 공구, 설비 등을 몰수할 수 있다. 범죄가 성립되는 경우에는 법에 따라 형사책임을 추궁할 수 있다.

(1) 저작권자의 허락 없이 그 저작물을 복제, 발행, 실연, 상영, 방송, 편집하거나 정보통신망을 통하여 공중에 전파하는 행위. 이 법에 별도의 규정이 있는 경우는 제외한다 ... (8) 타인의 서명을 위조(假冒)한 저작물을 제작, 판매하는 행위

## I. 침해정지

### 1. 침해정지의 적용 요건

저작권 침해행위가 이미 발생하였으며 그 침해가 여전히 계속되고 있는 경우 권리자는 침해자가 침해행위를 정지할 것을 법원에 요청할 권리가 있다. 침해행위로 인한 손해는 침해정지의 요건이 아니며 행위자가 법률에 위배되는 저작권 침해행위를 실시하였고, 그 침해가 여전히 계속되고 있을 경우 손해의 유무를 막론하고 적용될 수 있다. 여기에서 행위자의 과실 또한 판단 대상이 아니다.<sup>203)</sup> 행위자가 저작권을 침해하는 직접침해행위를 실시한 경우는 물론 인터넷서비스제공자가 방조행위를 실시하여 저작권이 침해될 위험에 놓인 경우 행위자의 과실 유무를 막론하고 권리자는 법원에 침해정지를 청구할 수 있다.

일부 학자들은 침해정지는 직접침해에만 적용되는 민사책임이라는 입장이다. 간접침해는 저작권에 대한 직접적인 침해행위를 실시하지 않았으므로 직접침해의 정지만으로 침해된 권리가 원래의 상태로 회복될 수 있기 때문이라 주장하였다.<sup>204)</sup> 그러나 불법행위책임법에 의하면 불법행위로 타인의 인신·재산의 안전을 위험하게 한 경우 피해자는 행위자에게 침해정지·방해배제 및 위험예방 등의 불법행위책임을 청구할 수 있다(제 21조). 이 규정에 의하여 저작권이 침해되고 있거나 또는 침해될 우려가 있는 경우, 권리자는 침해정지를 청구하여 불법행위를 제지할 수 있다. 저작권에 대한 이러한 위험이 인터넷서비스제공자의 간접침해로부터 비롯된 것일지라도 권리자는 그 침해정지를 청구할 권리가 있다.

---

203) 王利明, 《侵權責任法研究》(上卷), 中國人民大學出版社2010年版, 597면.

204) 朱冬, 《知識產權間接侵權中停止侵害适用的障碍及客服》, 《法學家》2012年第5期; 黃武双、李進付, 《P2P侵權糾紛在我國民事侵權責任体系下的解決路徑—對現行主流觀點的質疑》, 王利民、黃武双主編, 《知識產權法研究》, 北京大學出版社, 2008年版, 188면.

침해정지는 침해행위를 제때에 효과적으로 제지하고 손해가 확대되는 것을 방지하는 작용을 한다.<sup>205)</sup> 그러나 침해정지는 저작권 침해행위에 따르는 책임의 일종으로 사후적 구제수단에 가깝다. 권리자는 청구하려는 민사적 책임을 선택하고 법원에 제기할 권리가 있으나 최종적으로 어떤 책임을 적용할지에 관한 결정은 법원의 판결에 근거하여야 한다.<sup>206)</sup> 즉 불법침해행위임을 인정하고 침해책임을 부담하여야 한다는 법원의 최종적인 판결이 있기 전에 행위자는 침해정지 책임을 지지 않는다.

여기에서 제기되는 의문은 권리자가 법원에 침해정지를 청구한 경우, 소송이 시작되기 이전 또는 소송 진행 중에 행위자가 침해행위를 주동적으로 멈췄다면 법원은 여전히 침해정지 책임을 질 것을 판결할 수 있는지 여부이다. 앞서 서술한 바와 같이 침해정지는 침해가 현재에도 지속되고 있는 경우에만 적용된다. 침해가 없다면 침해정지를 판단할 이론적 기초 및 필요성 또한 존재하지 않으며 이에 법원은 행위자가 손해배상 등 기타 민사책임을 있는지 여부에 대해 고려하여야 할 것이다.<sup>207)</sup> 실무상에서도 이와 같은 입장을 취하고 있으며 이에 관련하여 廣東中凱公司 V. 深圳騰訊公司 판결<sup>208)</sup>이 있다.

## 2. 인터넷서비스제공자의 유형에 따른 침해정지의 적용기준

부동한 유형의 인터넷서비스제공자는 제공하는 서비스가 상이함에 따

---

205) 王利明主編, 《民法》, 中國人民大學出版社, 2000年版, 566면.

206) 王利明, 《侵權責任法研究(上卷)》, 中國人民大學出版社, 2010年版, 597면.

207) 司曉, 《網絡服務商知識產權間接侵權研究》, 2016年12月第1版, 北京大學出版社, 187면.

208) 深圳市中級人民法院民事判決書(2009)深中字民三法終字第36号. 본 사안에서 피고 深圳騰訊公司是 원고 廣東中凱公司的 소장을 받은 후 즉시 침해됨을 주장하는 저작물을 피고의 사이트에서 삭제하였으므로 법원은 원고의 침해정지 주장은 받아들일 필요가 없다고 판결하였다.

라 침해행위에 대한 통제력이 상이하고 따라서 부담하게 될 주의의무의 기준 역시 다르다. 이에 따라 적용될 침해정지의 기준 역시 다르게 된다.

자동 접속서비스는 전화선, 광케이블 등 네트워크를 통하여 특정 범위 내의 이용자들에게 인터넷 접속서비스를 제공한다. 이런 경우 서비스제공자가 아닌 제3자에 의해 저작물이 제공되며 이러한 정보는 자동적인 기술에 의해 전달이 완성된다. 또한 서비스제공자는 저작물의 수신자를 지정하지 않으며 저작물의 내용에 대해서도 수정을 진행하지 않는다. 서비스제공자는 저작물 등의 송신을 위하여 합리적으로 필요한 기간 내에 그 정보를 자동적·일시적으로 저장하지만 그 구체적인 위치에 관해서는 판단하기 어렵고 서비스를 통하여 전달되는 모든 정보에 대해 심사하기란 불가능하다. 그러므로 자동 접속서비스를 제공하는 서비스제공자의 침해중지의 경우 기술적으로 허용되는 범위 내에서 조치를 취하여 침해를 중지할 것을 요구하여야 한다.

정보저장 공간 서비스는 인터넷 이용자가 네트워크나 서버에 일정한 정보를 저장하도록 하는 서비스를 말한다. 인터넷 이용자가 제공한 정보가 플랫폼을 통해 공중에 전파될 경우 권리자의 정보네트워크전파권에 대한 침해가 발생된다. 동영상 콘텐츠를 공유하는 사이트의 경우, 동영상 공유 서비스는 이용자들이 콘텐츠를 업로드하고 공유할 수 있는 공간을 마련하여 침해행위의 직접적인 전제로 된다.

침해된 정보를 사이트상에서 직접 열람하고 재생할 수 있는 등 상황에 근거하여 정보저장 공간 서비스제공자는 기타 유형의 서비스제공자에 비해 저작물에 대해 높은 정도의 식별력 및 통제력이 있다고 판단되며 따라서 충분한 조치를 취하여 침해행위를 제지할 것이 요구된다.

## II. 영향제거 및 사죄표시

### 1. 영향제거

영향제거란, 저작권자의 명예나 인격을 침해한 행위에 대해 권리를 침해한 자가 그 행위의 영향이 미치는 일정한 범위 내에서 나쁜 영향(不良后果)을 제거할 것을 요구하는 책임이다.<sup>209)</sup> 그 적용 조건은 침해행위로 인해 나쁜 영향이 발생되었음을 요하는데 여기에는 상업신용에 미치는 영향, 또는 소비자를 기만하거나 오도하는 것으로 인해 미치는 영향 또한 포함된다. 영향제거에는 여러 가지 형식을 취할 수 있는데 그 중 가장 중요한 방법 중 하나가 바로 사죄표시이다.

### 2. 사죄표시

사죄표시란, 타인의 이익에 방해 또는 손해를 가한 자신의 행위의 부당함을 인식하고 사죄를 표명하여 권리의 침해를 받은 상대방이 자신을 용서하도록 청하는 일종의 감정 표현 행위이다. 사죄표시는 도덕상의 죄책감 또는 자책감이며 사람의 양심으로부터 비롯된 것이다. 이에 대해 학자들의 찬반 의견이 서로 엇갈리고 있다. 사죄표시는 침해자가 반성할 수 있는 장을 마련한 것으로써 개인의 덕행의 일치를 유도하며 전체 인민이 정의와 선덕(善德)의 제도를 추진할 수 있는 법률 목적에 대한 실현을 돕는다는 점에서 찬성한다는 의견이 있다.<sup>210)</sup>

이에 반해 사죄표시는 양심의 자유에 대한 위반이며 현대 사회에서 사법의 강제성에 의해 실행되는 사항에서 벗어난 범주에 속하거나와 또한 개인이 자신의 도덕입법자라는 도덕주관주의에도 위반되는 것이라는 점

209) 王利明, 《侵權責任法研究(上)》, 中國人民大學出版社2010年版, 649면.

210) 黃忠, 《賠禮道歉的法律化: 何以可能及如何實現》, 《法制與社會發展》, 2009年第2期.

에서 반대하는 입장도 있다.<sup>211)</sup> 이와 일관된 입장으로 한국 헌법재판소의 판결에 의하면 ‘사죄광고의 강제는 침묵의 자유의 파생인 양심에 반하는 행위의 강제금지에 저촉되는 것이며 따라서 우리 헌법이 보호하고자 하는 정신적 기본권의 하나인 양심의 자유의 제약이라고 보지 않을 수 없다’라고 하면서 한국 민법 제764조의 “명예회복에 적당한 처분”에 사죄광고를 포함하는 것은 헌법에 위반된다는 판결을 내린바 있다.<sup>212)</sup> 그러나 사죄표시는 중국 불법행위책임법 및 저작권법 상에서 명문으로 규정된 민사책임의 일종에 해당되며 본 문에서 다루고 있는 온라인서비스제공자의 경우 사죄표시가 적용될지에 관해서는 진일보 검토가 필요하다.

### 3. 사죄표시의 적용 범위

사죄표시는 명예권을 비롯한 인격권이 침해된 경우 적용되는 민사책임이며 국내 학자들의 일반적인 견해에 의하면 재산권의 침해에는 적용되지 않는다.<sup>213)</sup> 저작권법 영역에서 저작권자의 발표권, 서명권, 수정권 및 작품의 동일성 유지권 등이 저작인격권에 해당되는 경우를 제외한 기타 권리는 저작재산권의 범주에 속한다. 인터넷서비스제공자의 침해책임의 대상은 일반적으로 네트워크전파권에 대한 침해이며 이는 저작재산권에 해당된다. 그러므로 저작재산권을 침해한 인터넷서비스제공자의 경우 사죄표시는 적용될 수 없는 민사책임이다.

일반적으로 사법 실무상에서도 이러한 관점을 지지하며 이에 관련하여 北京网樂互聯科技有限公司 V. 上海聚力傳媒技術有限公司 판결<sup>214)</sup>에서

211) 周友軍, 《我國侵權責任形式的反思》, 《法學雜誌》, 2009年第3期.

212) 현재 1991.4.1. 89헌마160

213) 王利明, 《侵權責任法研究(上)》, 中國人民大學出版社, 2010年版, 648면; 魏振瀛, 《民法》, 北京大學出版社、高等教育出版社, 2010年版, 678면.

214) 上海市浦東新區人民法院民事裁定書(2009)浦民三知初字第389号.

원고의 사죄표시 청구를 기각한 법원의 입장을 정리해보면 피고가 저작권자인 원고의 허락 없이 저작물을 홈페이지에 업로드한 행위는 원고의 인신권에 대한 침해가 아니므로 원고의 사죄표시에 대한 청구는 받아들일 수 없음을 판단하였다. 그러나 이와 반대로 원고의 입장을 지지한 판결도 있다. 北京慈文影視制作公司 V. 广州數聯軟件技術有限公司 판결<sup>215)</sup>에서 법원은 피고가 침해에 대한 과실이 있으므로 원고가 사죄표시에 대한 청구를 지지하였고 사죄표시의 범위는 피고의 침해행위의 영향범위와 상응하며 판결문이 효력을 가지는 날로부터 10일 이내에 피고는 운영하는 홈페이지의 메인화면상에서 원고에 대해 공개적으로 사죄표시를 할 것을 판결하였다.

필자는 사죄표시는 인격권침해에 대한 민사책임이라는 주장에 동의하는 바이다. 인터넷서비스제공자가 타인의 인격권을 침해한 경우 인터넷의 광범위한 과급력으로 인해 그 침해의 영향도 견잡을 수 없이 확대되므로 중개자인 서비스제공자의 공개적인 사죄표시에 의해 침해로 인한 영향을 제거할 수 있다. 재산권에 대한 침해의 경우 그 적용범위에 포함하지 않는다. 그러나 사죄표시는 중국 법리상 특별한 규정으로 양심의 자유에 대한 위반 나아가 민사주체의 권리에 대한 위반이 아닌지 여부에 관해서는 앞으로 토론할 필요성이 있다고 여겨진다.

### III. 손해배상

#### 1. 손해배상을 청구할 수 있는 요건

##### 가. 손해사실의 발생

손해는 불법행위책임상 손해배상이 발생하는 요건 중의 하나이다. 그 이유는 불법행위책임법은 피해자의 손실을 보상하고 나아가 권리가 침해

---

215) 广东省广州市中级人民法院民事判决书(2006)穗中法民三初字第7号.



를 받기 이전으로 회복하는 법적 공능을 가지기 때문이다. 손해는 불법 행위책임법상 핵심적인 개념으로서 그 본질은 차액이다. 손해는 재산 또는 법익이 침해된 불이익 상태이며 이는 피해자의 총 재산적 이익에서 손해발생 이전 및 손해발생 이후의 차액을 의미한다.<sup>216)</sup> 따라서 불법 행위책임법에서 보호하는 재산적 손해는 직접손해와 간접손해를 포함한다. 여기에서 직접손해는 권리자의 기존 재산의 감소로 인한 손해를 말하고, 간접손해는 불법행위로 인해 장래 얻게 될 이익을 상실한 것으로 인한 손해를 의미한다.<sup>217)</sup>

#### 나. 인과관계

불법행위책임법에서 인과관계는 행위자의 행위로 인해 어떠한 손해가 발생되었는지를 측정하는 근거로 된다. 손해의 발생은 행위자의 행위로 인한 것이며 행위에는 작위 또는 부작위를 포함한다. 행위자가 과실로 타인의 민사권리를 침해하면 불법행위책임을 부담하여야 한다(제6조제1항)는 규정에 근거하여 민사권리에 대한 침해는 행위자의 행위로 인한 것이며 행위와 손해사이에 인과관계를 필요로 한다는 것을 의미한다.

인과관계를 판단함에 있어 사실적인 인과관계 및 법률적인 인과관계에 의한 판단으로 나눌 수 있다. 전자는 실제 사실에 입각하여 행위자의 행위 및 권리자의 손해사이에 객관적인 연관성을 판단한다. 후자는 인과관계가 있음을 확인한 후에도 그 행위가 법률에 위반되는 귀책사유가 있는지 여부에 대해 판단하며 침해된 법적 이익과 손해 사이에 충분한 인과관계가 있을 것을 요구한다.<sup>218)</sup> 이로부터 제기된 것이 손해를 발생한 원인의 상당성에 대한 판단이다. 상당성의 판단은 일종의 법적 가치 판단으로서 불법행위로 인한 손해배상책임을 귀책할 수 있는 중요한 판단 기

216) 曾世雄, 《損害賠償法原理》, 中國政法大學出版社, 2001年版, 120면.

217) 楊立新, 《侵權法倫》, 人民法院出版社2011年版, 173면.

218) 張新寶, 《侵權責任構成要件研究》, 法律出版社2007年, 384면.

준이다.<sup>219)</sup> 일반적으로 행위자의 행위가 일정한 손해의 발생을 초래하였거나 또는 일정한 정도에서 그 결과가 발생할 수 있는 가능성을 증가하였다면 그 행위는 손해를 초래하는 상당한 원인이 있다는 것이다.

본 문에서 논의하고 있는 인터넷서비스제공자의 경우, 손해의 실질적인 발생 원인은 인터넷 이용자에 의한 것이지만 인터넷서비스제공자는 손해의 발생에 대해 합리적인 주의의무가 있으며 이에 반하여 필요한 조치를 취하지 아니하여 그 손해의 발생 가능성을 확대하는 작용을 하였으므로 인터넷서비스제공자의 작위 또는 부작위는 그 손해와 인과관계가 있다고 판단된다.

## 2. 손해배상액의 산정

저작권법 제49조에 의하여 저작권 또는 저작권 관련권리를 침해한 경우, 침해자는 권리자의 실질적인 손해를 배상하여야 한다. 여기에서 실질적인 손해에는 직접손해와 간접손해를 포함한다. 실질적인 손해액을 산정하기 어려운 경우에는 침해자의 불법소득을 근거로 배상할 수 있으며 배상액에는 또한 권리자가 침해행위를 제지하기 위하여 지출한 합리적인 비용도 당연히 포함된다(제49조 제1항). 권리자의 실질적인 손해 또는 침해자의 불법소득을 확정하기 어려운 경우 법원이 권리침해행위의 내용과 경위를 근거로 인민폐 50만원 이하의 배상을 판결한다(제49조 제2항).

배상액의 구체적 산정 방식으로 저작권민사분쟁사건에 적용할 법률에 관한 몇 가지 문제에 대한 최고인민법원의 해석<sup>220)</sup> 제24조에 의하여 권

219) 王澤鑾, 《侵權行爲法(第一冊)》, 中國政法大學出版社, 2001年, 204면.

220) <저작권민사분쟁사건에 적용할 법률에 관한 몇 가지 문제에 대한 최고인민법원의 해석(最高人民法院關於審理著作權民事糾紛案件適用法律若干問題的解釋)>은 2002년 10월 12일 제1246차 최고인민법원 심판위원회회의에서 통과되었고 총

리자의 실질적인 손해는 권리침해로 인해 제품의 판매 감소량 또는 제품의 판매량에 권리가 침해된 제품이 판매됨으로 인해 얻을 수 있는 그 제품의 단위당 이윤을 곱한 액수로 한다.<sup>221)</sup> 제품의 판매 감소량에 대한 판단이 어려운 경우 권리를 침해한 복제품의 시장 판매량에 따라 추정한다. 권리의 실질적인 손해 및 침해자의 불법소득을 산정하기 어려운 경우 인민법원은 당사자의 청구 또는 법원의 직권으로 저작권법 제49조 제2항<sup>222)</sup>의 규정을 근거로 배상액을 산정할 수 있으며 배상액의 산정에 고려되는 요소로 저작물의 유형, 합리적 사용료, 침해행위의 성질, 침해의 결과 등 정황을 종합하여 판단한다(제25조). 이로부터 저작권의 침해를 받은 손해액은 해당 권리의 시장 가격을 표준으로 산정된다는 기준이 형성되었다.

또한 저작권법 제49조 제1항에서 규정한 권리가 침해행위를 제지하기 위하여 지출한 합리적인 비용에는 권리자 및 대리인이 침해행위에 대한 조사 및 검증의 합리적인 비용도 당연히 포함되며 당사자의 청구 또는 사례의 정황상 국가 관련 규정에 부합되는 변호사 선임 비용을 배상액에 포함시킬 수 있다(제26조).

본 논문에서 다루고 있는 인터넷서비스제공자의 경우 정보네트워크전파권에 대한 침해로 인한 실질적인 손해는 대부분 간접손해의 범위에 해당되는 것으로 입증 책임이 어렵다. 온라인상 저작권침해책임을 상술한 규정에 의하여 산정되며 이는 권리자의 소극적 손해도 보호해주려는 분명한 태도를 보여준다. 상술한 간접손해의 산정에 관한 조건을 간단히 정리해보면 다음과 같다. ① 해당 이익은 장래에 필연적으로 얻거

---

32개 조문으로 구성되었다.

221) 윤정화, 「중국지식재산권법」, 진원사, 369면.

222) 저작권법 제49조 제2항: 권리의 실질적인 손해 또는 침해자의 불법소득을 확정하기 어려운 경우 법원이 권리침해행위의 내용과 경위를 근거로 인민폐 50만원 이하의 배상을 판결한다.

나 또는 그럴 가능성이 높은 이익이어야 하며 손해액은 시장가격을 기준으로 산정된다. ② 해당 이익을 상실하게 한 침해행위는 불법행위의 구성요건 중 과실 및 인과관계의 요건에 대한 판단을 통해 이루어져야 한다.

## 제2절 인터넷서비스제공자의 행정 책임

인터넷서비스제공자가 타인의 저작권을 침해한 경우 민사적 책임의 추궁을 통해 법률 구제의 목적을 달성할 수 있다. 그러나 어떤 저작권 침해행위는 저작권자의 권익에 손해를 가져올 뿐만 아니라 공중의 이익에 손해를 끼치는 경우도 있다. 이와 같은 경우, 저작권 행정관리 부서는 침해자에게 침해정지를 명령하고 위법소득을 몰수하거나 복제품을 몰수, 폐기하며 과태료를 부과할 수 있다. 그리고 상황이 심각한 경우 침해 복제품의 제작에 주로 사용되는 자료, 도구, 설비 등을 몰수할 수 있고 범죄를 구성하는 경우에는 법에 따라 형사적 책임을 추궁할 수 있다.<sup>223)</sup>

가능한 행정처분의 유형으로는 ① 침해행위에 관한 경고처분 ; ② 침해행위로 인한 손실에 대한 경제적 보상; ③ 침해행위를 정지하고 시정할 것에 관한 금지령; ④ 침해행위가 심각한 경우 영업을 중지하거나 영업허가증을 취소할 것에 관한 조치 등이 있다.<sup>224)</sup>

중국법상 저작권에 대한 사법적 보호와 행정적 구제조치는 서로 무관하다. 따라서 저작권자는 자신의 저작권이 침해된 사실을 발견한 경우 민사소송을 제기하는 동시에 행정부서에 신고할 수 있으며 침해사실이 인정되면 침해자에 대하여 행정처분을 할 수 있다.

---

223) 저작권법 제47조

224) 吳宏偉·董篤篤, 《中國競爭法行政責任的類型化研究》, 載《法治研究》2013年第11期.

예로 국가관권국의 주도하에 저작권 침해 및 위조품 판매 근절을 위해 진행한 ‘검망2015 전문행동(劍网2015專項行動)’은 온라인상의 음악·영화 및 문학 저작물 관련 저작권 침해 행위에 중점을 두고 온라인상 범람하는 권리 침해를 저지하고자 추진되었다. 강도 높은 저작권 침해 단속 업무를 수행한 결과 전국에서 총 383건의 행정사건에 대한 규제를 진행하여 450만 위안의 행정벌금을 부과하였으며, 그 중 형사처리된 사건은 총 59건으로 연루된 금액이 3845만 위안에 달하였다.

온라인상 저작권 침해에 대한 사법적 보호와 행정적 구제조치는 기능과 작용 상에서 차이점이 있다. 사법적 보호는 절차법상 규범을 엄수하여 불고불리의 원칙을 준수하며 당사자가 소를 제기하지 않는 한 법원은 심판할 수 없다. 반면 행정적 구제조치는 적극적인 관여를 위주로 하며 침해행위로 인해 저작권자 또는 공중의 이익에 손해가 발생한 경우 행정기관은 주동적으로 행정적 구제조치를 실시할 것을 판단하며 집행 효율 또한 매우 높다. 이것은 중국의 저작권 보호정책이 갖는 특징이며 저작권보호를 위한 행정과 사법의 병렬구조는 효율과 공평의 특색을 동시에 고려한 것으로 평가된다.<sup>225)</sup>

---

225) 신병동, 중국 온라인음악시장의 현황과 음악저작권침해의 구제방법, 민사법의 이론과 실무, 2014, 262면.

## 제6장 결론

인터넷 기술의 발달은 타인의 저작물을 무단으로 전파할 수 있는 가능성을 크게 열어두었고 이는 저작권자의 권리에 대한 침해이며 이로부터 온라인상 저작권 침해에 대한 법적 대응이 갈수록 절실하게 되었다. 중국은 민법, 불법행위책임법, 정보네트워크전파권 보호조례 및 관련된 사법해석을 통해 인터넷서비스제공자의 침해책임과 면책조항에 대한 규정을 두고 있다. 그러나 관련 규정의 입법이 온전하지 않아 인터넷서비스제공자의 간접침해책임을 추궁할 법적 근거와 기준이 모호하여 사법실무상에서 인터넷서비스제공자의 침해책임에 대한 일관되는 입장을 취하기 어렵다.

본 논문에서는 인터넷서비스제공자에 관한 중국 및 각국 법률상의 규정에 대한 검토를 기반으로 저작권 침해책임을 추궁할 법적 근거를 분석하였다. 중국에서 인터넷서비스제공자의 침해책임을 민법상 공동불법행위이론에 입각하여 해석하는 한계성을 지적하며 인터넷서비스제공자의 책임을 직접침해책임 및 간접침해책임으로 구분하여 논의를 진행하였다.

본 논문에서 인터넷서비스제공자의 저작권 간접침해책임을 판단에서 가장 중요한 쟁점으로 되는 과실에 대한 판단 기준을 중심으로 검토를 진행한 결론으로는 인터넷서비스제공자의 과실 중 알고 있는 경우는 명확히 아는 경우와 알 수 있었을 경우 두 가지가 포함된다는 것이다. 여기서 명확히 아는 경우는 일반적으로 “통지 및 제거요청” 절차에 의한 판단이며 이 밖에 인터넷서비스제공자가 침해행위에 실제적 인식이 있다는 사실을 증명할 수 있는 경우 통지서의 발송 여부와는 상관없이 인터넷서비스제공자의 과실을 인정한다. 또한 과실 중 알 수 있었을 경우는 미국 법리상 추정적 인식에 해당되나 사법실무상에서는 인터넷서비스제

공자의 주의의무를 크게 확대하여 해당 주의의무를 위반한 경우 과실이 있는 것으로 보아 침해책임을 인정하고 있다. 법원은 개별 사안을 판단함에 있어 부동한 수준의 주의의무를 설정하여 판단하고 있으며 여기에는 상당한 재량권이 부여된다. 따라서 인터넷서비스제공자의 주의의무에 관한 법률 규정의 마련이 시급하며 이에 근거하여 사법실무상에서 인터넷서비스제공자의 침해책임을 판단하는 일관된 기준이 필요하다.

인터넷서비스가 일체화로 통합된 운영체제를 지향하여 발전하고 있는 현 단계에는 단일한 서비스만 제공하던 과거와는 달리 기타 유형의 서비스제공자와의 역할도 중첩되고 있는 상황이며 상응하게 인터넷서비스제공자의 신분도 변화가 발생할 것으로 전망된다. 그러므로 인터넷서비스제공자의 책임 규제를 고려함에 있어 하나의 유형으로만 국한되어 판단할 것이 아니라 해당 사례에서 인터넷서비스제공자가 제공한 서비스의 형태와 성질에 근거하여 준하는 법적책임과 그에 상응한 면책규정을 적용하여야 할 것이다.

빅 데이터 시대가 도래함에 따라 온라인상에서 지식과 정보를 사용하고 전파하는 경로는 더욱 다양해지고 고도화되고 있다. 따라서 입법, 사법, 행정 기관의 균형 있는 보호를 통해 온라인상의 저작권침해를 효과적으로 단속하고 아울러 저작권 침해에 대한 사전적 예방 및 사후적 권리 구제수단의 제도적 마련을 정비하며 권리자, 인터넷서비스제공자 및 인터넷 이용자의 합법적인 권리 사이에서 균형점을 마련하여 전통 산업과 인터넷산업의 조화로운 결합을 추진하여 신경제발전을 유도하는 것은 지식기반 사회의 공통의 목표이며 중국 사회가 당면하고 있는 과제로 되었다. 따라서 중국에서 인터넷서비스제공자의 책임론을 둘러싼 향후의 귀추가 주목된다.

# 참 고 문 헌

## I. 한국문헌

### 1. 단행본

정상조 · 박준석, 「지식재산권법」, 홍문사, 2013.

정상조, 「과학기술과 법」, 박영사, 2007.

박준석, 「인터넷서비스제공자의 책임」, 박영사, 2006.

양창수 · 권영준 공저, 민법 II 「권리의 변동과 구제」, 박영사, 2015.

송영식· 이상정 · 김병일, 「지적재산법」 14정판, 세창출판사, 2015.

윤정화, 「중국지식재산권법」, 진원사, 2011.

김성수, 「중국의 불법행위법(1)」, 진원사, 2013.

강평저, 노정환·중국정법학회·사법연수원 중국법학회 옮김, 「중국민법」, 삼성경제연구소, 2007.

### 2. 논문

박준석, “한국에서 온라인서비스제공자의 법적 책임론이 나아갈 방향”, 경희법학, 제43권 제3호(2008).

박준석, “온라인서비스제공자에 대한 정보제출명령의 바람직한 입법방향”, 법조, Vol.627(2008).

박준석, “온라인서비스제공자의 저작권 침해책임에 관한 한국에서의 입법 및 판례 분석”, 창작과 권리, Issue 63(2011).

김주엽, “디지털 환경에서의 지적재산의 보호와 유통에 관한 소고-특수한 유형의 온라인서비스제공자를 중심으로”, 콘텐츠재산연구, 1(2010).

오영우· 장규현· 권현영· 임종인, “온라인서비스제공자의 저작권보호 책



임과 필터링”, 정보보호학회논문지, 20(6)(2010).

손승우, “온라인서비스제공자 책임규제에 대한 정합성 검토”, 산업재산권, 48권(2015.12).

문일환, “온라인서비스제공자의 법적 의무와 책임 - 개정 저작권법 중심”, 지식재산연구, 7(2)(2012).

채명기, “인터넷상에서 저작권 문제”, 정보과학회지, 30(10)(2012).

김용섭, “저작권법상 온라인서비스제공자의 책임에 대한 고찰 - 2011년 개정 저작권법을 중심으로”, 한양법학, 40(2012).

신승남, “온라인서비스제공자의 미국 저작권법상의 면책 규정과 이에 대한 최신 판례 동향 연구”, 이화여자대학교 법학논집, 제17권 제3호(2013).

박정훈, “유럽연합의 온라인서비스제공자 관리책임에 관한 법제: 우리나라의 법제와 비교법적 관점에서”, 경희법학, 제48권 제1호(2013)

신병동, “중국 온라인음악시장의 현황과 음악저작권침해의 구제방법”, 민사법의 이론과 실무, (2014.12.31)

## II. 중국문헌

### 1. 단행본

江平, 「民法學(第二版)」, 中國政法大學出版社, 2012.

王利明·王軼·楊立新·程嘯, 「民法學」, 法律出版社, 2011.

王利明, 「侵權責任法研究(上)」, 中國人民大學出版社, 2010.

張新寶, 「侵權責任法」, 中國人民大學出版社, 2012.

楊立新, 「侵權法倫」, 人民法院出版社, 2006.

馮曉晴, 「著作權法」, 法律出版社, 2015.

來小鵬, 「知識產權法(第二版)」, 中國政法大學出版社, 2011.

陳錦川, 「著作權審判原理解讀与實務指導」, 法律出版社, 2014.

楊忠孝，「知識產權熱點問題研究理論、規則與實踐」，北京大學出版社，2014.

北京市第二中級人民法院知識產權審判庭 · 北京知識產權法研究會 編著，「知識產權案件裁判理念與疑難案例解析」，法律出版社，2014.

孔祥俊，「網絡著作權保護法律理念與裁判方法」，中國法治出版社，2015.

司曉，「網絡服務商知識產權間接侵權研究」，北京大學出版社，2016.

王晉，「網絡服務提供者著作權侵權責任研究」，知識產權出版社，2016.

徐楠軒，「我國電子商務知識產權保護的挑戰與對策研究」，中國政府大學出版社，2016.

宿遲 · 陳錦川 · 楊柏勇 主編，「網絡知識產權保護熱點疑難問題解析」，中國法制出版社，2016.

全國人大常委會法制工作委員會編、王勝明主編，「中華人民共和國侵權責任法釋義」，法律出版社，2010.

## 2. 논문

梁志文，《網絡服務提供者的版權法規制模式》，載《法律科學》第100頁，2017年第二期.

王玮，《論網絡服務提供者的侵權問題》，載《中國版權》第87頁，2016年第5期.

馮術杰，《論網絡服務提供者間接侵權責任的過錯形態》，載《中國法學（文摘）》第179頁，2016年第4期.

張玲玲，《定向鏈接網絡服務提供者侵犯著作權責任問題研究》，載《科技與法律》第344頁，2016年第2期.

佟淑·孫銘溪，《網絡服務提供者的著作權保護責任》，載《人民司法（案例）》第44頁，2015年.

李治安，《避風港闢門的法律結構：網絡服務提供者民事免責事由分析》，

載《網絡法律評論》第280頁，2015年第2期。

趙克，《網絡服務提供者的責任承擔》，載《人民司法（應用）》第60頁，2014年第19期。

顏峰，《網絡服務提供者的注意義務及侵權責任》，《人民司法（案例）》第88頁，2014年第8期。

陽賢文·張漢國，《從百度mp3搜索引擎案析我國網絡服務提供者侵權責任之變遷》，載《中國版權》第49頁，2014年第1期。

石必勝，《認定網絡服務提供者侵害知識產權的基本思路》，載《科技與法律》第79頁，2013年第5期。

劉文杰，《網絡服務提供者的安全保障義務》，載《中外法學》第395頁，2012年第2期。

姚洪軍，《中美處理網絡服務提供者著作權問題的比較》，載《比較法研究》第89頁，2011年第5期。

王華偉，《網絡服務提供者的刑法責任比較研究》，載《環球法律評論》第41頁，2016年第4期。

謝雪凱，《網絡服務提供者第三方責任理論與立法之再審視》，載《東方法學》第149頁，2013年第2期。

陳錦川，《網絡服務提供者過錯認定研究》，載《人民司法（應用）》第89頁，2010年第17期。

何平，《論網絡服務提供者責任制度之重構》，載《科技與法律》第90頁，2013年第1期。

吳艷，《網絡服務提供者在第三方侵權行為中的侵權認定》，載《科技與法律》第88頁，2012年第4期。

王晉，《不作為的網絡服務提供者著作權侵權承擔補充責任的提出》，載《學術探索》，2016年第12期。

王蕾，《網絡侵權中網絡服務提供者注意義務的認定》，寧波大學碩士論文，2015年。

李士林，《論網絡服務提供者注意義務的設定》，載《電子知識產權》，

2016年第5期.

翟璐, 《网络服务提供者的著作权侵权责任制度研究》, 中国社会科学院研究生院硕士, 2016年.

吕炳斌, 《网络版权避风港规制的发展趋向》, 载《中国出版》, 2015年第23期.

### III. 영문문헌

Friedman, Jonathan A. and Francis M. Buono, Limiting Tort Liability for Online Third-Party Content Under Section 230 of the Communications Act, 52 Fed. Comm. L.J. 647, 2000.

Ross, 647, March, 2002. Lisa Marie, CYBERSPACE: THE NEW FRONTIER FOR HOUSING AN ANALYSIS OF THE CONFLICT BETWEEN THE COMMUNICATIONS DECENTY ACT AND THE FAIR HOUSING ACT, 44 Val. U. L. Rev. 329, Fall, 2009.

Gerdes, Ryan, SCALING BACK 230 IMMUNITY: WHY THE COMMUNICATIONS DECENTY ACT SHOULD TAKE A PAGE FROM THE DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT SERVICE PROVIDER IMMUNITY PLAYBOOK, 60 Drake L. Rev. 653, Winter, 2012

Holland, Adam, Chris Bavitz, Jeff Hermes, Andy Sellars, Ryan Budish, Michael Lambert & Nick Decoster, "Online Intermediaries Casw Studies Series: Intermediary Liability in the United States," The Global Network of Internet & Society Research Center, 2015.

Chircop, Aldo/O'Leary, Ryan, Legal Frameworks for Integrated Coastal and Ocean Management in Canada and the European Union:

Some Insights from Comparative Analysis, 13 Vermont Journal Environmental Law 425 (Spring 2012).

Hoboken, Joris van, Legal Space for Innovative Ordering: On the Need to Update Selection Intermediary Liability in the EU, 13 International Journal of Communications Law and Policy 2 (Winter 2009).

Charles W. Adams, Indirect Infringement From a Tort Law Perspective, University of Richmond Law Review, (January 2008).

Jeffrey Cobia, The Digital Millennium Copyright Act Takedown Notice Procedure, Misuses, Abuses, and shortcomings of the Process, Minnesota Journal of Law, Science&Technology, 2008-2009, 387-411.

Provisions of the Digital Millennium Copyright Act, 41 Sw. L. Rev. 487,490 (2012).

Pike, George H. Red Flags and Willful Blindness: Is the DMCA “Safe Harbor” Less Safe. Information Today Vol.31, No.10, 2014.

Vinay Vineet Mishra. ISP Liability For Third Party Copyright Infringement: A Comparative Analysis For Setting International Standard Norms. Sri Lanka JIL 215, 2009.

R. Anthony Reese. The Relationship Between the ISP Safe Harbors and the Ordinary Rules of Copyright Liability. 32 Colum. J. L. & Arts 427, 2008-2009.

## Abstract

# Copyright Infringement Liability of Internet Service Provider in China

LI YINYI

Department of Law, Intellectual Property

The Graduate School

Seoul National University

The Internet acts as an efficient medium for information communication facilitating rapid delivery of information, while causing serious copyright infringement online. Online activities are essential through Internet service providers. There is a great deal of controversy in each country in order to find reasonable ways to regulate internet service providers, as infringement is likely to occur and expand through these services.

Internet service providers provides simple technical services, and the person who conducts the direct infringement is the third party internet user. Therefore, a question arises as to whether the internet service provider should be liable for derivative liability based on the legal principle. Based on the review of relevant

legislative and judicial practices in China, analyzes the principle of liability for indirect tort liability, constitutive requirements and responsibilities form of internet service provider to lay a theoretical foundation for the following content. This thesis mainly studies on the internet service provider's subjective fault.

The Tort Liability Law as well as the related administrative regulations and judicial interpretations have relevant regulation about the internet service provider's tort liability. The terms of the Tort Liability Law is a principle of regulations and the provisions establishing "notice and remove" procedure and "knowledge" clause. In accordance with the legal regulations limiting the liability of Internet service providers for infringement, China have been accepted the relevant provisions from the DMCA and each of the four types of immunity requirements have been defined. In addition, infringement liability of internet service providers applies the provisions of civil law, copyright law and related judicial interpretation. However, due to the ambiguity of the legal regulations, it is difficult to apply them in the judicial practice.

This thesis mainly studies on internet service provider's indirect tort liability. If the Internet user commits a direct violation and the Internet service provider is found to induce the user to infringe or provide assistance for the infringement, the internet service provider is liable for Indirect Tort Liability. Although the interpretation of Internet service providers' liability for infringement is based on the theory of joint tort liability, the necessity of application of Indirect Tort Liability theory is examined.

The most important part is the connotation of knowledge. Firstly, define the connotation of knowledge on Tort Law of China. There are two methods of proof as “know” or “should have known” and notification in the fault of subjective states in component of indirect tort liability of internet service provider. The former implies an actual knowledge of direct infringement, and the latter includes infringements of constructive knowledge and negligence in breach of duty of care. However, it may cause confusion as the criteria for applying individual cases are not consistent in resolving individual cases.

Based on Chinese legal system is not perfect about the internet service provider’s tort liability, examining the experience of other countries’ legislative cases and precedents about the internet service provider’s tort liability-related issues. According to the understanding of the above on extraterritorial experiences, then combined with the specific situation of China’s judicial practice to clarify and refine concrete standards to regulate internet service provider.

**keywords : Internet Service Provider, Copyright, Indirect Tort Liability, Subjective Fault**

***Student Number : 2015-22164***