

제1절 인터넷 경매와 지적재산권

저자: 정상조

발행년도: 2005

문헌: 인터넷과 법률 . II

권호: II (2005년)

출처: 법문사

소속: 서울대학교 법과대학 교수, 서울대학교 법학연구소 기술과법센터장

[377]

제1 머리말

인터넷(Internet)은 우리 생활에 거의 혁명적인 변화를 가져왔고, 21세기 초 각국의 경제발전 내지 산업구조의 변화에 가장 커다란 영향을 미칠 요소임에 틀림없다.주1) 지난 5년간 인터넷 사용자는 빠른 속도로 증가해서, 전세계의 인터넷 사용자수는 2004년 11월 현재 모두 9억 3천4백만명에 달하고, 우리나라에서의 사용자도 4천 3백만 명에 이른다.주2) 인터넷 쇼핑 시장의 규모도 2003년말 기준으로 그 매출액이 7조 548억원에 이르고 2004년말에는 7조 8,500억원에 이를 것으로 전망되고 있다.주3) 인터넷 쇼핑의 증가 가운데 가장 주목할만한 것은 인터넷 경매사이트 옥션이 2000년에 처음으로 인터넷 경매를 시작한 이래 2004년 11월 21일 현재 1조원의 연간거래금액을 달성하게 되었다는 점이다.주4)

인류의 역사를 살펴보면, 15세기경에 인쇄술의 발전으로 수도승이나 귀족에게 독점되었던 정보와 지식이 일반대중에게 급속도로 확산되었고 그 영향으로 르네상스와 산업혁명이 일어날 수 있었던 것과 마찬가지로, 20세기말부터 시작되어 21세기 초에 급속도로 진행되고 있는 인터넷의 대중화는 21세기의 르네상스를 재촉하고 새로운 경제, 새로운 문화, 새로운 사회를 만들어 나가면서주5) 그에 따라서 새로운 질서와 규범을 필요로 하고 있는 것이다.

[378]

다시말해서, 인터넷의 대중화로 인해서 전자상거래(electronic commerce), 인터넷문화(internet culture), 가상공동체(virtual community)가 탄생하고, 그에 따라서 인터넷상의 지적재산(intellectual property)의 보호로부터 공정거래에 걸친 다양한 실체법적(substantive law) 문제와 온라인상의 분쟁해결에서부터 국제관할과 같은 다양한 절차법적(procedural law) 문제가 제기되고 있다.

이와 같이 다양한 법적 문제점들은 기존의 법질서와 규범에 대해서 심각한 도전이 되고 서서히 새로운 질서와 규범이 형성되어 가는 계기를 만들어주고 있다. 따라서, 궁극적으로 완성될 새로운 질서와 규범은 어떠한 모습과 내용으로 될 것인가에 대해서 많은 관심이 집중되는 것은 당연하다. 추측컨대, 새로운 질서와 규범은 경제주체들이 가장 중요시 여기는 것 또는 서로 경쟁적으로 확보하고자 하는 것에 관해서 그들의 이해관계를 가장 효율적이고 공

평하게 조절할 수 있는 모습과 내용으로 될 것이다. 인터넷시대에 가장 중요한 것이 기술과 정보라고 한다면 그러한 기술과 정보에 대한 경제주체 간의 이해관계의 조절이 핵심과제의 하나로 될 것이다. 즉, 인터넷 시대에 기술과 정보의 중요성이 증가함에 따라서 기술과 정보의 생산·보유자, 수집·가공자, 공급·유통업자, 소비자와 같은 다양한 경제주체들이 가진 이해관계를 생산적인 방향으로 조절해서 각 주체의 총이익이 극대화될 수 있는 정책과 제도를 개발해 나가야 할 것이다.

본고는 인터넷의 다양한 법률적 문제 가운데 인터넷 경매의 지적재산권 법적 문제에 한정되어 있다. 특히, 인터넷 경매로 인해서 제3자의 저작권이나 상표권을 침해한 경우에 지적재산권자로서는 책임재산이 확실한 인터넷 경매서비스제공자에게 그 책임을 추궁하게 될 것이므로, 인터넷 경매서비스제공자의 주의의무와 책임의 범위는 어떻게 되는지에 대해서 검토해 보도록 한다. 지적재산권자를 보호하면서도 인터넷 경매서비스제공자에게 불합리하게 과도한 주의의무를 부과하지 않도록 합리적이고 생산적인 수준과 정도의 주의의무를 명확히 하는 것이 주된 과제가 될 것이다. 인터넷 경매의 지적재산권 문제로서는, 경매서비스의 이용자에 의한 지적재산권의 침해도 문제되지만, 경쟁업체간의 지적재산의 도용 및 불공정경쟁행위도 문제된다. 특히 인터넷 경매의 성공여부가 경매품목의 목록작성과 효율적 검색도구 등에 의해서

[379]

좌우되는 측면이 있기 때문에, 경쟁업체 간에 경매품목의 목록을 수시로 검색하는 로봇프로그램을 활용한다거나 기타의 새로운 기법의 경쟁행위가 등장하게 되는데, 그러한 경쟁행위의 위법성 여부가 학술적으로나 실무상으로 아주 중요하고도 어려운 문제가 되었다. 또한, 인터넷 경매는 국경의 장벽 없이 이루어지게 되기 때문에 지적재산권의 침해도 국경을 초월해서 이루어지게 되는데, 그 분쟁의 해결은 어느 나라의 법원이 어느 국가의 법률에 따라서 할 것인지의 문제가 제기된다. 이상과 같은 인터넷 경매의 지적재산권문제들을 차례대로 살펴해보도록 한다.

제2 경매서비스 이용자에 의한 저작권의 침해

인터넷 경매서비스에 의해서 매매되는 상품이 타인의 저작권을 침해하는 상품인 경우에, 경매서비스제공자(auction service provider) 또는 컴퓨터통신망사업자는 어떠한 책임을 부담하는가? 인터넷 또는 컴퓨터통신망을 통해서 불법복제물을 제공하는 행위가 저작권의 침해로 인정되는 경우에도 그러한 침해행위를 직접 행한 자는 영세한 규모의 사업자이거나 배상할 책임재산이 전혀 없는 개인인 경우가 많다. 따라서, 인터넷 경매서비스에서의 저작권침해에 대한 효율적인 구제를 받기 위해서 그러한 저작권침해가 이루어진 인터넷 경매서비스 또는 컴퓨터통신망의 사업주체를 상대로 해서 구제를 받을 수 있는지 여부가 많은 관심의 대상이 되어 왔다. 문제의 핵심은 인터넷 경매서비스제공자가 어느 정도의 주의의무를 가지고 있다고 보아야 할 것인지에 집중되는데, 저작권침해방지의 적극적 의무를 가지고 있는 것인지 여부, 저작권침해 사실을 인식했는지, 그리고 저작권침해사실을 인지하거나 통지받은 후 적절한 조치를 취했는지 여부 등을 고려해서 판단해야 할 것이다.

경매서비스 제공자는 스스로 저작권침해행위를 하지 않고 오직 그 이용자에 의한 저작권침해에 대해서 어떠한 책임을 지게 되는가의 문제이므로, 이하에서는 우선 저작권침해 가운데

간접침해(secondary liability)에 관한 법리를 살펴보고, 간접침해 가운데 경매서비스 제공자와 같은 온라인서비스 제공자의 간접책임에 관한 선진외국의 입법례와 판례 동향을 살펴본 후, 현행 저작권법상의 온라인 서비스 제공자에 대한 책임의 감경 또는 면제에 관한 규정이 인터넷 경매서비스제공자에 대해서 어떻게 적용될 수 있는지, 그리고

[380]

마지막으로 인터넷 경매서비스제공자의 책임에 관한 특수한 문제에 대해서 검토해보도록 한다.

I. 저작권의 간접침해

저작권 침해행위를 직접 하지는 않았지만 타인의 저작권침해를 방조교사 하거나 사용자의 지위에서 종업원의 저작권침해로 인한 이익을 향유하는 등의 공동불법행위를 한 경우에는 공동불법행위의 책임을 지게 된다. 저작권법은 그러한 공동불법행위의 성립 여부에 관한 논란이 있을 수 있는 몇가지의 경우에는 공동불법행위 성립 여부에 관계없이 저작권침해로 간주하는 규정을 두고 있는데, 예컨대, ① 정당한 권리 없이 저작권 등 저작권법상 권리의 기술적 보호조치를 제거·변경·우회하는 등 무력화하는 것을 주된 목적으로 하는 기술·서비스·제품·장치 또는 그 주요부품을 제공·제조·수입·양도·대여 또는 전송하는 행위 그리고 ② 저작권 등 저작권법상 보호되는 권리의 침해를 유발 또는 은닉한다는 사실을 알거나 과실로 알지 못하고 정당한 권리없이 하는 행위로서 전자적 형태의 권리관리정보를 고의로 제거 또는 변경하는 행위, 전자적 형태의 권리관리정보가 제거 또는 변경된 사실을 알고 당해 저작물이나 실연·음반·방송 또는 데이터베이스의 원작품이나 그 복제물을 배포·공연·방송 또는 전송하거나 배포의 목적으로 수입하는 행위(다만, 기술적으로 불가피하거나 저작물이나 실연·음반·방송 또는 데이터베이스의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우는 그러하지 아니하다)는 저작권침해행위로 된다.주6)

저작권법에 명문의 규정이 없더라도 저작권침해에 대해서는 민법상 불법행위에 관한 규정이 적용되므로, 타인의 저작권침해를 교사하거나 방조한 경우에 공동불법행위가 성립되고주7), 피용자의 저작권침해에 대해서는 사용자는 불법행위의 책임을 질 수 있다는 점에는 의문의 여지가 없다.주8) 다만, 온라인서비스제공자의

[381]

어떠한 작위 또는 부작위가 공동불법행위의 성립에 필요한 교사 또는 방조에 해당되는지의 문제가 많은 논란의 대상이 되고 있다.

이와 같이 온라인서비스제공자의 간접침해(indirect infringement)가 특히 문제된 이유로는 인터넷의 등장으로 인해서 저작물의 유통방식이 크게 변화했다는 점을 들 수 있다. 다시 말해서 과거에는 저작물이 출판사, 음반회사, 방송국 등에 의해서 상업화되고 유통되었기 때문에 저작권자로서는 저작물이용허락(license)이나 저작권침해소송 모두 이들 출판사, 음반회사, 방송국 등을 상대로 해서 하면 되었지만, 인터넷이 보편화된 오늘날에는 모든 인터넷 이용자들이 컴퓨터와 인터넷망을 이용해서 모두 개인적으로 출판, mp3제작, 방송을 할 수 있기 때문에, 저작권자로서는 이들 모든 인터넷이용자들을 상대로 해서 이용허락계약을 체결하거나 소송을 제기한다는 것은 지나치게 많은 거래비용(transaction cost)과 집행비용(enforcement cost)을 부담해야 한다는 현실적으로 아주 어렵거나 거의 불가능한 상황에 직면하게 된다. 인터넷의 보편화로 인한 저작물 유통방식의 변화는 한편으로는 저작물의 이

용량을 크게 증가시켜서 잠재적으로 저작권자의 이익을 증대시켜 줄 수 있는 반면에, 다른 한편으로는 거래비용과 집행비용의 감소를 위한 대안을 모색하게 한다. 인터넷을 통한 저작물의 유통과정에서 온라인서비스제공자가 이익을 얻어서 변제능력이 충분하고 저작물의 유통을 통제할 수 있는 지위에 있다면, 온라인서비스제공자에게 저작권침해에 대한 공동불법행위의 책임을 묻는 것은 인터넷시대의 저작물 유통의 거래비용과 집행비용을 줄여주는 좋은 방안이 될 수도 있는 것이다. 여기에 온라인서비스제공자의 간접침해가 중요시되는 경제적 배경이 있다. 그러나 다른 한편으로는 온라인서비스제공자에게 과도한 주의의무를 부과하거나 불합리한 배상책임을 부과하게 된다면, 온라인서비스사업에의 참여가 위축되고 인터넷 자체의 존립이 위협을 받을 수도 있기 때문에, 온라인서비스제공자의 합리적인 주의의무 기준을 설정할 필요가 있고, 그러한 주의의무를 다한 경우에는 책임이 없다는 점을 명백히 할 필요가 있다.

예컨대, 저작권침해에 해당되는 무단복제물이 게시판이나 경매사이트에 올라온 경우에 동 게시판이나 경매서비스를 제공하고 있는 온라인서비스제공자는 우선 그러한 무단복제물이 공공질서에 위반된 것으로 삭제할 수 있는가 고민하게 되고주9), 더 나아가 그러한 무단복제물이 있음을 고지받은 후 즉시

[382]

문제된 무단복제물을 삭제하거나 문제된 게시판을 폐쇄하는 등의 조치를 취하지 아니한 경우에는 부작위에 의한 저작권침해 또는 그 방조의 책임을 지게 되는지 문제된다.주10) 특히 온라인서비스제공자의 사업방식과 기술이 다양하고 저작물유통에의 관여 정도가 다양하기 때문에, 온라인서비스제공자에게 어느 정도의 주의의무를 부과하는 것이 합리적인 것인지 논란이 제기된다. 특히 인터넷이용자의 저작권침해행위에 대해서 온라인서비스제공자에게 사용자책임을 부과할 수 있는지에 대해서는 논란이 많이 있을 수 있다. 우리법의 사용자책임을 사용관계의 존부를 그 요건의 하나로 삼고 있는데 반해서, 미국판례는 사용자·피용자의 관계의 존부에 관계없이 다만 감독·통제의 권리와 능력이 있고 침해자로부터의 경제적 이익을 받았는지 여부를 기준으로 소위 대위책임(vicarious liability)을 인정하고 있어서 비교법적으로 참고할 가치가 있다.

비디오테이프리코더(VTR) 또는 VCR이 등장했을 때에도 유사한 논의가 제기된 바가 있다. VTR의 경우에는 일부 최종소비자들이 저작권침해행위를 할 수도 있지만 대부분의 VTR을 구입한 소비자들이 방송물을 녹화한 후 편리한 시간대에 시청하는 소위 “시청시간의 조정(time shifting)”과 같은 적법한 사적리용(noncommercial personal use) 또는 공정리용(fair use)을 한다고 볼 수 있기 때문에, 일부의 소비자에 의한 저작권침해행위가 있음에도 불구하고 VTR을 제조 및 판매하는 행위는 저작권침해의 방조·교사에 해당되지 않는다고 미국 판례에서 판시된 바 있다.주11) 이에 반해서 온라인서비스제공자는 VTR제조 및 판매와는 달리 인터넷을 통해서 소비자와 지속적인 관계를 유지하고 있고 소비자에 의한 저작물 유통을 통제할 수 있는 지위에 있을 수도

[383]

있다는 점에서 VTR과 다른 측면을 가지고 있다.주12)

우리나라에서의 온라인서비스제공자에 관한 판례를 보면, 예컨대, 보광미디어가 CD블리즈로부터 프로그램의 복제·판매의 권한을 허락받아서 국내에서 프로그램을 판매하고 있던 중에 동 프로그램의 무단복제물이 나우콤의 통신망에 게재되어 다수의 통신망이용자들이 무

단복제물을 복제하게 되자 나우콤을 상대로 해서 저작권침해로 인한 통신망사업자의 책임을 묻는 소송을 제기했으나, 서울지방법원은 보광미디어가 문제된 프로그램의 저작권자가 아니고 오직 비배타적 이용권자에 불과하기 때문에 보광미디어의 권리를 침해한 바는 없다고 판단함으로써 통신망사업자의 저작권침해에 대한 책임에 대한 판단은 회피하게 되었다.주13) 그러나, 최근에 한국전기통신공사 노조가 PC통신하이텔에 올린 통신게시물을 한국PC통신측이 임의로 삭제했다고 주장하면서 한국PC통신을 상대로 손해배상청구소송을 제기한 사건에서, 대법원은 이용자가 게재한 서비스 내용물이 다른 사람을 중상모략하거나 공공질서 및 미풍양속에 위반될 때에는 이용자에게 사전통지없이 게시물을 삭제할 수 있다고 하는 한국PC통신이용약관은 고객에게 부당하게 불리한 조항이 아닌 만큼 유효하다고 전제하고, 따라서 한국PC통신이 이용자 약관에 위반되는 통신게시물을 삭제한 행위는 정당하다고 판시한 바 있다.주14) 따라서, 대법원의 견해에 따르면 저작권침해에 해당되는 무단복제물이 게시판에 올라온 경우에 통신망사업자는 무단복제물이 공공질서에 위반된 것으로 삭제할 수 있다고 해석될 수 있고, 더 나아가 그러한 무단복제물의 있음을 고지받고서도 무단복제물을 삭제하지 아니한 경우에는 부작위에 의한 저작권침해 또는 그 방조의 책임을 면할 수 없다고 해석할 수 있는 여지도 있다고 생각된다. 그러한 약관에 따른 공공질서위반의 게시물 삭제는 통신망사업자 자신을 위한 권리가 아니라 이용자 전체를 위한 삭제의 권리임과 동시에 의무이기도 하기 때문에, 저작권침해의 사실을 알게 된 때에 삭제하지 아니한 것은 저작권침해 또는 그 방조에 해당된다고 볼 수 있을 것이다.

게시판에 불법복제물을 올린다는 것은 온라인서비스제공자의 서버에 불법복제물을 복제한다는 의미하는 것인데, P2P 서비스처럼 온라인서비스제공자의 서버컴퓨터에는 이용자가 어떠한 불법복제물도 저장하지 않는 경우에도

[384]

게시판에서처럼 저작권침해의 공동불법행위가 인정될 수 있는가? 이점에 관해서는 소리바다를 상대로 한 음악저작권자와 음반제작자들에 의한 여러 건의 소송이 있었다.주15) 소리바다를 상대로 한 소송에는 민사소송과 형사소송의 두가지가 있는데, 한결같이 민사소송에서는 소리바다의 책임이 인정된 반면에 형사소송에서는 그 형사적 책임이 없다고 판시되었다. 소리바다를 상대로 한 민사소송에서 뜨거운 논쟁의 대상이 된 점을 살펴보면, 첫째 소리바다 이용자들이 P2P방식으로 음악화일을 다운로드받은 것이 저작권법상 복제에 해당되는지 그리고 복제에 해당되더라도 그러한 복제가 저작권침해에 해당되는 것인지 아니면 저작권법상 소위 사적복제에 해당되어서 적법한 것인지에 대해서 많은 논란이 있었다. 저작권법이 2000년 1월 12일에 개정되어 같은 해 7월 1일부터 시행된 이후에는 저작권법상 “복제”의 개념이 “인쇄·사진·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여……유형물로 다시 제작하는 것” 뿐만아니라 “유형물에 고정하는 것”도 포함하게 되었기 때문에주16), P2P 방식으로 음악화일을 자신의 컴퓨터 저장장치에 저장하는 것도 복제에 해당된다는 점에 대해서는 이론의 여지가 없게 되었다. 소리바다 사용자들의 다운로드 행위가 사적리용을 위한 복제에 해당하므로 복제권을 침해하는 것이 아니라는 항변에 대해서는, 서울고등법원은 “[저작권법 제27조](#) 소정의 ‘사적이용을 위한 복제’에 해당하려면, 그 복제행위가 영리를 목적으로 하지 아니하고, 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 것이어야 하며, 이때 한정된 범위 안에서 이용한다고 하려면 적어도 그 이용인원이 소수이고 그들 사이에 강한 인적결합이 존재해야 할 것인바, 소리바다 서비스를 이용한 MP3 파일

다운로드 행위는 인터넷상에서 소리바다 서버에 접속하였다는 점 외에 아무런 인적결합 관계가 없는 불특정 다수인인 동시접속자 5,000명 사이에서 연쇄적이고 동시다발적으로 광범위하게 이루어진다는 점에서, 이를 두고 단순히 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하기 위한 복제행위라 할 수 없는 것이니, 소리바다 사용자들의 MP3 파일 복제행위는 [저작권법 제27조](#) 소정의

[385]

사적이용을 위한 복제에 해당하지 않는다”고 판시하고 있다.주17)

소리바다 사용자들의 MP3 파일 복제행위가 저작권침해에 해당된다고 하더라도, 그러한 저작권침해에 대해서 언제나 소리바다 서비스 운영자가 책임을 져야 한다고 말할 수는 없을 것이다. 따라서, 가장 어려운 쟁점의 하나는 소리바다 사용자들의 저작권침해에 대해서 소리바다 서비스 운영자가 공동불법행위 또는 방조나 교사의 책임을 져야 하는지 여부이다. 이에 대해서 서울고등법원은 소리바다 서비스 운영자가 협의의 공동불법행위가 성립할 정도로 직접적이고 밀접하게 침해행위에 관여했다고 말할 수 없다고 하면서도, “소리바다 사용자들에 의한 저작권 침해행위가 발생하리라는 사정을 미필적으로나마 인식하고 있었다고 봄이 상당하고, 이러한 사정 하에서 피고들이 소리바다 프로그램 설치화면에다가 형식적인 경고문을 게재하는 외에, 달리 사용자들의 저작권 침해행위를 방지할 만한 아무런 합리적인 조치를 취하지 아니한 채,……그와 같은 저작권 침해행위가 가능하도록 계속적으로 관여하여 개별 사용자들의 MP3 파일 공유 및 교환을 통한 저작권 침해행위를 용이하게 하였으므로, 복제권 및 전송권을 침해한 행위에 대하여 방조책임을 부담한다”고 판시했다.주18)

흥미로운 사실은 서울고등법원이 소리바다 운영자들에게 저작권침해에 대한 방조의 책임을 인정하면서도 민법과 형법의 차이를 전제로 해서, 형법과 달리 손해의 전보를 목적으로 하여 과실을 원칙적으로 고의와 동일시하는 민법의 해석으로서는 과실에 의한 방조도 가능하다고 할 것이고, 이 경우의 과실의 내용은 불법행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음을 전제로 하여 이 의무에 위반하는 것을 말하는데주19), 소리바다 운영자의 방조 책임은 바로 그러한 주의의무에 위반하여 과실에 의한 방조의 책임에 해당된다고 본점이다. 따라서, 서울고등법원은 민사상 방조의 책임이 인정되더라도 과실범의 처벌이 인정되지 않는 저작권침해죄의 경우에는 형사상 방조의 책임이 부인될 수도 있음을 암시해주고 있다. 실제로, 소리바다 운영자에 대한 저작권침해의 방조로 고소된 사건에서, 서울중앙지방법원은 소리바다 사용자들의 복제권침해에 대해서 서울고등법원과 견해를 같이 하면서도, 소리바다 운영자들의 방조책임 여부에 관해서는 서울고등법원과 정반대의 결론에 도달한바

[386]

있다. 특히 서울중앙지방법원은 소리바다 서비스를 통하여 인터넷상에서 유통되는 mp3 파일 중 70% 정도가 불법적인 것이지만 나머지 30%는 합법적인 mp3 파일에 해당되어서 소리바다 서비스가 현재 및 장래에 비침해적인 용도로 사용될 개연성이 상당히 높다는 점, 그리고 저작권법을 준수해야 한다는 내용의 경고문구에 동의해야만 소리바다 서비스를 사용할 수 있게 되어있는 점 등을 종합해 볼 때, 소리바다 운영자가 저작권침해를 방조하는 행위를 했다고 보기 어렵다고 판시했다.주20) 부작위에 의한 방조는 저작권침해를 방지해야 할 작위의무가 있다는 것을 전제로 해서만 성립되는데, 기본적으로 온라인서비스제공자는 자신이 운영하고 있는 시스템에서 벌어지고 있는 구체적인 저작권 침해행위를 일일이 점검(search)해서 통제(control)해야 할 작위의무까지 있는 것은 아니고, 적어도 저작권자로부터 구체적

인 침해행위의 내용이 특정된 통지를 받아 실제로 이를 알게 되었을 경우에만 비로소 저작권 침해행위를 방지할 작위의무가 발생한다 할 수 있기 때문에²¹⁾, 피해자들이 소리바다 회원들의 저작권 침해행위를 구체적으로 특정하여 통지하였음에도 불구하고 소리바다 운영자가 그 침해행위자의 접근차단이나 ID의 폐쇄 등의 조치를 전혀 취하지 아니하는 경우에 저작권법위반의 방조책임을 추궁할 수 있을 뿐이고, 만약 피해자들이 저작권 침해행위를 구체적으로 특정하지 않고, 단순히 소리바다 서비스를 통하여 저작권 침해행위가 벌어지고 있으니 서비스를 중단하거나 폐쇄하라는 내용의 추상적인 통지만을 보냈다면, 이로써 당연히 소리바다 운영자에게 침해방지의 작위의무나 방조책임을 성립된다고는 할 수 없다고 판시된 것은 주목할만한 것이다.

다른 한편, 온라인 서비스 제공자의 주의의무를 합리적인 범위와 정도로 제한함으로써 그 민사책임을 부인한 사례도 있다. 예컨대, 중앙대학교가 인터넷상에 개설 운영하는 학교홈페이지의 자료실 게시판에 그 이용자가 임의로 “각테일98”이라는 프로그램을 압축파일로 복제한 “cocktail.zip”파일을 등록하고, 멀티미디어 저작도구인 “각테일98”이라는 프로그램을 제작한 저작권자가 그 사실을 알고 중앙대학교에 항의하자 중앙대학교는 곧바로 위 자료실

[387]

게시판을 폐쇄하였는데, 그 때까지 각테일98이라는 프로그램의 조회건수는 약 400회에 이르렀던 사건에서, 서울지방법원은 피고가 권리자의 항의를 받은 이후 불법복제물의 등록이 이루어진 자료실 게시판 자체를 폐쇄하기에 이른 점 등 제반 사정을 종합하여 보면, 피고자 위 자료실게시판을 설치, 운영함에 있어서 불법복제물의 등록 여부를 수시로 확인하고 통제하여야 할 구체적인 주의의무가 발생하였다거나 나아가 침해행위의 직접적인 행위자가 아닌 피고에게 저작권침해의 책임을 부담시켜야 할 특별한 사정이 존재한다고 보기도 어렵다고 판시한 바 있다.²²⁾ 아래에서는 온라인 서비스 제공자의 책임에 관한 선진 외국의 입법례와 판례의 동향을 살펴보고, 우리나라의 저작권법 규정은 어떻게 해석될 수 있으며, 그러한 규정이 인터넷 경매서비스 제공자의 책임에는 어떻게 적용될 수 있는지에 대해서 차례대로 살펴보도록 한다.

II. 온라인 서비스 제공자의 책임에 관한 선진외국의 동향

1. 미 국

종래 미국의 판례에 의하면, 저작권에 대한 침해에 대하여는 저작권침해의 직접책임(direct liability) 이외에도 침해행위에 대한 인식을 가지고 침해행위를 유발, 야기하거나 침해행위에 실질적으로 관여한 때 인정되는 기여책임(contributory liability), 바로 앞에서 설명한 대로 감독·통제의 권리와 능력이 있고 침해행위로부터 경제적 이익을 받은 때 인정되는 대위책임(vicarious liability)의 원칙이 각각 인정되어 왔다.

이러한 원칙 하에서 온라인서비스제공자의 책임이 문제된 사건들 중에서, Playboy Enterprises Inc. v. Frena²³⁾ 사건에서는 피고 통신망사업자가 고객들로 하여금 사진저작물을 게시판에 올리거나 게시판의 사진저작물을 다운로드받을 수 있도록 하는 일종의 게시판서비스(Bulletin board service)를 제공해왔고 그러한 게시판서비스에 원고가 저작권을 가지고 있는 사진저작물도 게시되어옴에 따라 원고가 저작권침해를 주장하였고 연방법원도 피고 통신망사업자의 저작권침해의 책임을 인정하면서 피고 통신망사업자가 고객들에

[388]

의한 저작권침해의 사실을 몰랐다고 하는 선의를 주장하는 것만으로는 피고의 저작권침해의 책임을 면할 수 없다고 판시하였다. 또한, Sega Enterprises Ltd. v. Maphia^{주24)} 에서도 피고는 “Maphia”라고 불리우는 전자게시판을 운영하는 자로서 그 회원들로 하여금 적극적으로 불법복제된 비디오게임도 게재하고 다운로드 받도록 권장했고 그러한 불법복제품이 게임기에서 작동될 수 있도록 도와주는 프로그램과 하드웨어도 판매했고, 피고는 저작권침해를 교사·방조한 것으로 인정되어 저작권침해에 대한 공동불법행위책임을 지게되었다.^{주25)} 마찬가지로, Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services. Co.^{주26)} 사건에서는 온라인서비스업자 Prodigy가 사전에 검토할 수 있는 지위에 있었기 때문에 출판업자와 같이 취급되어야 하고, 따라서 Prodigy는 저작권침해의 책임을 진다고 판시된 바 있다.^{주27)} 그러나, 위에서 살펴본 다수의 사례에서와 같이 적극적으로 저작권침해를 교사 또는 방조한 사실도 없고 온라인서비스사업자가 저작권침해의 사실조차 모르는 경우에도 온라인서비스사업자가 공동불법행위의 책임을 진다고 볼 수 있을지는 의문시된다. 더욱 어렵고 많은 논란의 대상이 된 문제는, 온라인서비스제공자가 저작권침해사실을 모르고 교사·방조한 사실이 없는 경우에도 저작권침해의 책임을 지는 경우가 있는가의 문제이다. 끝으로 Religious Technology Center v. Netcom, Inc.^{사건주28)}에서는 온라인서비스제공자의 책임이 부인되었는데, 종교단체인 원고측을 비방할 목적으로 그 종교의 창시자가 저술한 저작물들을 제3자가 임의로 피고 Netcom이 서버를 제공하던 다른 공동피고 운영의 유즈넷 뉴스그룹(usenet News)에 게재하자, 원고가 삭제를 요구하였고, 이에 위 공동피고는 원고에게 먼저 위 글들의 저작권이 원고측에게 있다는 증명을 해줄 것을 요구하였으나, 원고가 이를 거부한 사안이었다.

[389]

이에 대하여, 하급심 법원은 직접책임을 부인하였고, 아울러 피고가 제3자의 침해행위에 대한 인식이 있었다면 기여책임이 성립될 수 있다고 판시하면서도, 이 사건에서는 원고의 삭제요구만으로 바로 피고측이 저작권침해의 인식을 하였다고는 볼 수 없다고 하여, 실제로는 기여책임도 부인하였다. 다만, 이 사건에서 ① 온라인서비스제공자가 저작권침해행위를 감독할 지위와 능력이 있고, ② 그러한 저작권침해행위로부터 직접적인 경제적이익을 받는 경우에는, 온라인서비스제공자도 저작권침해행위를 직접한 자의 사용자로서의 지위에서 저작권침해에 대한 불법행위책임을 질 수 있다는 점을 확인해준 바 있다. 저작권침해에 관해서 소위 “사용자로서의 책임” 또는 “대위책임(vicarious liability)”을 인정하는 법리는 기본적으로 통신 또는 배포 수단의 소유자 또는 수혜자로 하여금 저작권침해의 통제비용 또는 저작권법집행비용을 부담케하는 것이 더 효율적이라는 점을 근거로 하고 있다. 그렇지 아니하면 저작권자로 하여금 그러한 비용을 부담케하면 그 비용은 정보 음반의 가격을 상승케하고 결과적으로 무단 복제 증가의 원인이 되기 때문이다.

온라인서비스제공자의 책임에 관한 분쟁이 많이 발생하는 이유는 아직도 온라인서비스제공자의 의무가 무엇인지 명백하지 않기 때문인 것으로 보인다. 미국연방저작권법을 개정하기 위한 새천년저작권법(Digital Millennium Copyright Act: DMCA)은 온라인서비스제공자의 의무를 보다 명백히 하기 위한 몇가지 규정을 두고 있다.^{주29)} DMCA는 온라인서비스제공자 가운데 a) 수동적으로 디지털화일의 전송통로(passive conduit)만을 제공하는 경우^{주30)}, b) 디지털화일을 임시로 저장해 주는 서비스를 제공하는 경우^{주31)}, c) 인터넷 사용자들에 의해서 디지털화일이 게재되고 저장되도록 하는 서비스를 제공하는 경우^{주32)}, d)

directory라거나 인덱스 또는 하이퍼링크와 같이 정보검색도구를 제공하는 경우주33) 등이 있을 수 있다고 유형을 분류한 다음에, 수동적으로 전송통로만을 제공하는 경우에는 비교적 널리 서비스제공자의 책임을 면제해주고, 정보검색도구를 제공하는 경우에는 저작권침해에 보다 적극적으로 기여하는 측면이 있기 때문에 보다 엄격한 요건하에서만 서비스제공자의 책임을

[390]

면제해 줄 수 있도록 규정하고 있다.주34) 요컨대, DMCA는 온라인서비스제공자 스스로 또는 저작권자의 통지에 의해서 저작권침해의 사실을 알게 된 경우에는 기술적으로 가능한 한도 내에서 즉시 문제된 저작권침해 게재물을 게재한 당사자에게 그 사실을 알리고 동시에 신속하게 문제된 게재물을 통신망으로부터 삭제하거나 일반공중의 접속을 차단하는 조치를 취할 의무를 가지고 있다고 보고 있다. 다른 한편, 자신의 게재물이 타인의 저작권을 침해한 것이라는 내용의 통지를 받은 당사자는 자신의 게재물이 적법한 것임을 소명하는 답변의 통지(counter notice)를 온라인서비스제공자에게 보낼 수 있고, 그러한 답변을 받은 온라인서비스제공자는 신속하게 그러한 답변을 저작권자에게 알리고 그러한 답변이 정당한 경우에는 14일 이내에 당해 게재물을 원상으로 다시 게재해야 한다. 따라서, DMCA는 온라인서비스제공자가 저작권침해에 관해서 신속하게 조치를 취할 수 있도록 하기 위해서 저작권자로부터 저작권침해의 사실을 통지받고 온라인상의 문제된 침해혐의자에게 그 사실을 통지할 통지담당자를 지정해야 한다고 규정하고 있다. 또한, 온라인서비스제공자는 그러한 통지담당자의 성명과 주소를 저작권청(Copyright Office)주35) 에 알리고 자신의 웹사이트에도 게재해야 한다. 이와같이 저작권자가 통지담당자를 통해서 저작권침해의 사실을 통지하거나 또는 온라인서비스제공자가 우연히 스스로 저작권침해의 사실을 알게 된 경우에는 신속하게 저작권침해 게재물을 삭제해야 한다. 그러나, 온라인서비스제공자가 보다 적극적으로 자신의 통신망을 검열하여 저작권침해사실을 적발해야 할 의무를 가지는 것은 아니다.

2. 독일

독일의 “연방정보통신서비스법”주36) 은 1977년 7월 22일에 제정되어 2001년에 개정된 바 있는데, 동법의 제1장 “온라인서비스법주37) ”은 온라인서비스제공자의 종류에 따라서 그 책임면제의 요건을 달리 규정하고 있다. 우선, 온라인서비스제공자가

[391]

단순히 인터넷접속서비스만을 제공하는 경우로서, 온라인서비스제공자가 스스로 정보를 전송하지 않고 제3자가 전송하는 정보를 결정하거나 변경하지 않으며 전송되는 정보의 수신인을 결정하지도 않는 한, 인터넷에서 전송하거나 이용하기 위한 접근을 매개하는 타인의 정보에 관하여 책임을 지지 않는다. 소위 ‘캐싱’(caching)과 같이 정보 전달 과정에 이루어지는 기계적이고 일시적인 저장을 한 경우로서, 온라인서비스제공자가 널리 활용되는 산업 표준에 따라서 정보의 업데이트를 하고 그에 따른 정보 수집을 방해하지 아니하며 기계적이고 일시적으로 저장되는 정보를 스스로 변경하지 않고 그 정보가 전송된 최초 출처에서 제거되었거나 그 정보에의 접근이 차단된 사실을 알게 되자마자 신속하게 그 정보의 제거 또는 그 정보에의 접근을 차단한 경우에는 책임을 지지 않는다. 마지막으로, 온라인서비스제공자의 이용자를 위해서 그 이용자가 정보를 저장할 수 있는 서비스를 제공한 경우에, 온라인서비스제공자가 그 정보 또는 관련된 위법행위를 알지 못하거나 알게 되자마자 지체없이

그 정보를 제거하거나 그 정보에의 접근을 차단한 경우에는 책임을 지지 않는다.주38)

3. 일본

일본에서는 2001년 11월 30일에 “특정전기통신역무제공자의 손해배상책임의 제한 및 발신자정보의 개시에 관한 법률”주39) 이 제정되었는데, 동법에 의하면, 정보의 유통에 의하여 타인의 권리가 침해받고 있는 것을 알고 있거나 알 수 있었고, 권리를 침해한 정보의 송신을 방지하는 조치를 취하는 것이 기술적으로 가능한 경우가 아니면 특정전기통신역무제공자는 타인이 발신한 정보로 인한 책임을 지지 않는다.

III. 현행 저작권법상의 책임감면

2003년 5월에 개정된 대한민국 저작권법은 온라인서비스제공자의 주의의무를 다소나마 구체화해서 그 책임을 명확히 하기 위한 별도의 규정을 두고 있다. 즉, 개정된 저작권법에 의하면, 온라인서비스제공자가 그 이용자 등의

[392]

복제나 전송에 의해서 제3자의 권리가 침해된다는 사실을 알거나 통지받고 그러한 복제나 전송을 방지하거나 중단시킨 경우에는 온라인서비스제공자의 책임을 감경 또는 면제할 수 있다.

이를 상세히 보면주40) , 우선 온라인서비스제공자의 서비스를 이용한 저작물 등의 복제·전송에 의하여 저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 자신의 권리가 침해됨을 주장하는 자(“권리주장자”라 한다)는 그 사실을 소명하여 온라인서비스제공자에게 그 저작물 등의 복제·전송을 중단시킬 것을 요구할 수 있고, 온라인서비스제공자는 이러한 복제·전송의 중단요구가 있는 경우에는 지체없이 그 저작물 등의 복제·전송을 중단시키고 당해 저작물 등을 복제·전송하는 자(“복제·전송자”라 한다)에게 그 사실을 통보하여야 한다. 그러한 통보를 받은 복제·전송자가 자신의 복제·전송이 정당한 권리에 의한 것임을 소명하여 그 복제·전송의 재개를 요구하는 경우, 온라인서비스제공자는 재개요구사실 및 재개예정일을 권리주장자에게 지체없이 통보하고 그 예정일에 복제·전송을 재개시켜야 한다.

온라인서비스제공자는 위와 같은 복제·전송의 중단 및 그 재개의 요구를 받을 자(“수령인”이라 한다)를 지정하여 자신의 설비 또는 서비스를 이용하는 자들이 쉽게 알 수 있도록 공지하여야 하고, 정당한 권리없이 위와 같이 그 저작물 등의 복제·전송의 중단이나 재개를 요구하는 자는 그로 인하여 발생하는 손해를 배상하여야 할 뿐만 아니라, 자신에게 정당한 권리가 없음을 알면서 고의로 복제·전송의 중단 또는 재개요구를 하여 온라인서비스제공자의 업무를 방해한 자는 [저작권법 제99조](#)에 정한 부정발행 등의 죄로 처벌받게 된다.

온라인서비스제공자가 앞서와 같은 “수령인”의 공지를 하고, 앞서 본 절차에 따라 그 저작물 등의 복제·전송을 중단주41) 시키거나 재개시킨 경우에는 다른 사람에 의한 저작권 등 저작권법상 보호되는 권리의 침해에 대한 온라인서비스제공자의 책임 및 복제·전송자에게 발생하는 손해에 대한 온라인서비스제공자의 책임을 감경 또는 면제할 수 있다. 다만 이러한 감경 또는 면제는 온라인서비스제공자가 다른 사람에 의한 저작물 등의 복제·전송으로

[393]

인하여 그 저작권 등 저작권법상 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 안 때부터 위와 [같은](#)

제1항의 규정에 의한 중단을 요구받기 전까지 발생한 책임에는 적용되지 아니한다.

뿐만 아니라, 온라인서비스제공자가 저작물 등의 복제·전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여 다른 사람에 의한 저작물 등의 복제·전송으로 인하여 그 저작권 등 저작권법상 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시키거나 하였으나 기술적으로 불가능한 경우에는 그 다른 사람에 의한 저작권 등 저작권법상 보호되는 권리의 침해에 관한 온라인서비스제공자의 책임은 면제된다.

이러한 저작권법에 의하면, 온라인서비스제공자가 저작권침해의 사실을 알거나 통지받으면 문제된 복제나 전송을 방지하거나 중단시킬 의무가 있다고 해석된다는 점에서 온라인서비스제공자의 주의의무가 다소나마 구체화되었다고 볼 수 있다. 그러나 어떠한 경우에 책임이 감경되고 무슨 기준으로 감경과 면제가 구별되는 것인지에 대해서는 여전히 불분명하다는 점에서 온라인서비스제공자가 어느 정도의 주의의무를 이행하면 책임부담 없이 자유롭게 영업을 수행할 수 있는 것인지 알기 어려운 것은 여전하다. 예컨대, 미국의 저작권법과 독일의 온라인서비스법은 온라인서비스제공자의 서비스 유형에 따라서 그 주의의무와 책임을 달리해서 규정하고 있는데, 우리 저작권법의 해석에 있어서도 마찬가지로 유형별 판단에 따라서 책임의 감경이나 면제를 판단할 수 있는 것인지 앞으로 면밀한 검토를 요하는 대목이다.

IV. 인터넷 경매서비스제공자의 책임

1. 저작권법의 한계

인터넷 경매에서 무단복제물이 판매된 경우에 경매서비스를 제공하는 웹사이트는 저작권법에 규정된 온라인서비스제공자의 책임 감면에 관한 규정에 따른 책임의 감면을 주장할 수 있는가? 저작권법은 온라인서비스제공자의 개념을 “다른 사람들이 저작물이나 실연·음반·방송 또는 데이터베이스를 정보통신망을 통하여 복제 또는 전송할 수 있도록 하는 서비스를 제공하는 자를 말한다”고 규정하고 있기 때문에, 우선 어떠한 경우에 경매서비스제공자가

[394]

저작권법상 온라인서비스제공자에 해당되는지를 보아야 한다. 경매서비스제공자가 게시판을 운영하고 그 게시판의 게시물이 저작물에 해당된다거나(주42) 경매품목 가운데 디지털 상품이 포함된 한도에서는 저작권법상 온라인서비스제공자에 해당된다고 해석된다. 그러나, 경매서비스제공자가 이용자들로 하여금 책이나 CD 또는 비디오테이프 등과 같은 유체물 형태의 저작물을 경매할 수 있도록 거래시장(market place)을 제공하는 주된 서비스의 측면에서는, 이용자들이 경매사이트를 통해서 저작물의 복제나 전송을 하는 것은 아니기 때문에, 경매서비스제공자가 저작권법상 온라인서비스제공자에 해당된다고 볼 수 있을지는 의문시되고, 따라서 저작권법상의 책임감면에 관한 규정의 적용이 가능한 것인지도 불분명하다. 인터넷 경매서비스의 이용자들은 경매사이트를 통해서 저작물을 복제하거나 전송하는 것이 아니라 이미 만들어 놓은 무단복제물이나 위조상품을 판매하기 위한 수단으로 인터넷 경매 웹사이트를 이용하는 대부분의 경매서비스이용방식의 경우에는, 인터넷경매서비스제공자가 저작권법상 온라인서비스제공자의 개념에 포함된다고 단언하기는 어렵다. 또한, 저작권법의 책임감면 규정은 저작권침해로 인한 온라인서비스제공자의 책임을 감면해주기 위한 규정이기 때문에, 인터넷 경매서비스와 같이 온라인서비스를 통해서 타인의 상표권을 침해하는 경우에 저작권법의 책임감면 규정이 적용되지 않는다는 점은 명백하다. 그러나, 우리 저작권법이 온

라인서비스제공자의 책임을 감면하기 위한 규정을 도입한 것은 인터넷과 같은 정보통신망이 저작권의 침해에 기여하는 경우에 그러한 정보통신망에 웹사이트 등을 운영함으로써 경제적 이익을 받는 기업으로 하여금 저작권의 침해에 관한 공동불법행위의 책임을 지게 하는 요건과 한계를 명확히 하고자 하는 것이므로, 온라인서비스제공자의 개념정의가 좁게 되어있다고 하더라도 온라인서비스제공자의 책임감면에 관한 저작권법 규정은 인터넷 경매서비스제공자라거나 하이퍼링크를 제공하는 웹사이트 운영자 등이

[395]

타인의 인터넷상의 저작권 또는 기타의 지적재산권의 침해에 대해서 책임을 지게 되는지 여부에 대해서도 류추 적용될 수 있는 것으로 해석된다.

2. 정보의 전달에 의한 지적재산권침해의 방조

인터넷 경매사이트의 게시판에서 저작물의 복제가 이루어지는 한도에서는 저작권법상의 온라인서비스제공자의 책임감면에 관한 규정의 적용대상에 해당되지만, 인터넷 경매서비스에서의 지적재산권 침해는 인터넷을 통해서 저작물을 복제하거나 전송하는 것이 아니라는 점에서 저작권법상의 온라인서비스제공자의 책임감면에 관한 규정의 적용대상에 해당된다고 보기는 어렵다. 그러나, 인터넷 경매서비스는 인터넷 웹사이트상에 경매물품에 관한 색인(directory)이나 하이퍼텍스트 링크(html link)를 비롯한 정보검색도구(information location tools)와 정보의 제공을 통해서 지적재산권의 침해를 용이하게 해준다는 점에서, 인터넷을 통한 저작물의 복제나 전송에서와 마찬가지로 인터넷 경매서비스에 대해서도 저작권법상의 온라인서비스제공자의 책임감면에 관한 규정이 유추 적용될 수 있다고 해석된다. 저작권법상의 온라인서비스제공자와 인터넷 경매서비스제공자는 통신망이나 웹사이트의 운영상의 주의의무 정도 및 그에 따른 책임감면의 필요성에 있어서 크게 달리 취급해야 할 이유가 없기 때문이다. 이러한 맥락에서 미국 저작권법(DMCA)은 색인이나 링크 또는 기타의 정보검색 서비스를 제공하는 경우에도 게시판서비스를 제공하는 경우와 마찬가지로 서비스제공자가 저작권침해사실을 몰랐거나 그 사실을 알게 된 후 신속하게 색인이나 링크를 삭제하고 그 침해행위로부터 직접적으로 기인하는 경제적 이익을 받은 바가 없는 경우에는 그 침해로 인한 책임을 지지 않는다(주43) 고 명시적으로 규정하고 있는 점은 참고할 가치가 있다.(주44) 저작권법상의 온라인서비스제공자와 인터넷 경매서비스제공자의 주의의무의 정도가 동일하다면 그 위반으로 인한 책임도 동일하게 해석될 수 있다. 이러한 관점에서, 저작권법상의 온라인서비스제공자의 개념보다 넓은 개념의 정보통신서비스제공자를 상정하고 그 주의의무를 규정한 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률

[396]

(이하 “정보통신망법”이라고 약칭함)은 논의에 유익한 법원이 될 수 있다. 정보통신망법에 의하면, “정보통신망을 이용하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 인하여 법률상 이익이 침해된 자는 해당 정보를 취급한 정보통신서비스제공자에게 당해 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재를 요청할 수 있다”고 규정하고, 그러한 정보의 삭제 등의 요청을 받은 때에 정보통신서비스제공자는 “지체없이 필요한 조치를 취하고 이를 즉시 신청인에게 통지하여야 한다”고 규정하고 있다.(주45) 정보통신망법상의 서비스제공자가 부담하는 이러한 정보삭제의무는 저작권법상 온라인서비스제공자가 부담하는 불법복제물 삭제의 의무와 아주 유사한 수준의 주의의무라고 해석되고, 따라서 경매서비스에서의 지적재산권침해로 인한 인터

넷 경매서비스제공자의 책임은 저작권침해로 인한 온라인서비스제공자의 책임과 마찬가지로 보아도 무방하다.

3. 지적재산권 침해의 통지

전술한 바와 같이 인터넷 경매서비스제공자는 경매서비스이용자가 불법복제물이나 위조상품 등을 판매한 경우에 저작권이나 상표권 등의 침해사실을 통지받고 지체없이 그 불법복제물이나 위조상품에 관한 색인항목이나 링크를 삭제하면 저작권이나 상표권의 침해로 인한 책임을 지지 않지만, 그 침해사실을 통지받고도 관련 항목이나 링크를 삭제하는 조치를 취하지 않으면 권리침해로 인한 책임을 질 수도 있다. 따라서, 지적재산권자에 의한 침해사실의 통지와 그에 대한 경매서비스제공자의 신속하고 적절한 조치는 경매서비스제공자의 주의의무를 다했는지 그리고 그 위반으로 인한 책임을 질 것인지 여부를 판단함에 있어서 가장 중요한 사항일 것이다.주46)

[397]

정보통신망법과 그 시행령에는 상세한 규정을 두고 있지 않지만, 저작권법시행령은 저작권자가 자신의 저작권이 침해되었음을 소명하기 위해서 저작권등록증 사본 또는 그에 상당하는 자료를 제출하면서 “복제·전송의 중단요구대상이 된 저작물이 소재하는 온라인서비스상의 위치”를 충분히 확인할 수 있는 정보를 온라인서비스제공자에게 제출해야 한다고 규정하고 있다.주47) 정보통신망법 및 그 시행령은 침해사실의 통지에 관한 구체적인 요건을 규정하고 있지 않지만, 정보통신망법과 저작권법이 공히 정보통신서비스제공자와 온라인서비스제공자에게 과도한 주의의무를 부과하지 아니하면서 지적재산권 등을 효율적으로 보호하기 위한 규정을 둔 취지에 비추어보면, 정보통신망법하에서도 침해사실을 주장하고자 하는 자는 정보통신서비스제공자가 별다른 어려움없이 침해관련 정보를 삭제할 수 있도록 정확하고 상세한 통지를 해주어야 할 것으로 생각된다. 만일, 침해사실을 주장하는 자가 아주 막연하고도 추상적으로 자신의 이익이 침해되었음을 주장하더라도 경매서비스제공자 등이 신속하게 적절한 침해방지조치를 취해야 할 의무가 있다고 해석한다면, 결과적으로 경매서비스제공자 등에게 인터넷 경매에서의 침해사실을 스스로 적발하고 단속해야 할 의무를 부과하는 것과 마찬가지로 과도한 주의의무를 부담시키게 되는 불합리한 결과로 되기 때문이다. 참고로, 미국연방저작권법(DMCA)도 침해를 주장하는 자가 인터넷서비스제공자에게 침해사실을 통지할 때에는 무단복제물을 정확히 특정해서 인터넷서비스제공자가 그 무단복제물을 제거하거나 그에 대한 접속을 차단하는데 합리적으로 충분한 정보를 제공해주어야 한다고 규정하고 있다. 그리고 미국연방법원은 관련 사건에서 한편으로는, 복제·전송의 중단요구대상이 된 저작물이 소재하는 온라인서비스상의 위치 즉 웹사이트 주소를 특정해서 통지하면 충분한 정보를 제공한 것이므로 구체적으로 불법복제물의 사본을

[398]

제시하지 않더라도 서비스제공자가 신속한 조치를 취하는데 아무런 어려움이 없다면 유효한 통지가 이루어진 것이라고 해석한 바 있고주48), 다른 한편 경매서비스에서와 같이 불법복제물과 적법한 저작물 사본이 함께 경매의 대상으로 나와 있는 현실에 비추어 보면 저작권자가 불법복제물의 경매품목번호(item number)와 같은 구체적인 정보를 서비스제공자에게 제공하지 아니하고 오직 침해혐의자의 ID만을 통지한 경우에는 유효한 통지가 이루어지지 못한 것이라고 보아 그에 대한 적절한 조치를 취하지 아니한 경매사이트에 저작권침해의 책

임을 부과할 수 없다고 판시한 바도 있다.주49) 예컨대, 저작권자가 그 작품 “Manson”을 DVD형태로 출판한 바가 없음에 도 불구하고 인터넷 경매사이트에서 불법으로 제작된 DVD가 판매되고 있어서 저작권자에 의한 통지가 충분하지 아니함에도 불구하고 경매서비스제공자 eBay는 스스로 그 경매상품목록을 모두 검색해서 DVD형태의 “Manson”에 관한 목록을 삭제했지만, VHS 비디오테잎 형태의 “Manson”의 경우에는 저작권자의 허락하에 제작판매된 바 있어서 저작권자가 정품 테잎과 불법복제본 테잎을 구별할 수 있는 구체적 정보 또는 불법복제본 테잎의 경매품목번호를 eBay에 통지해주지 않는 한 eBay는 불법복제본 테잎의 목록을 삭제하기 어려운 실정이고 eBay에 저작권침해의 책임을 부과할 수 없는 것이다.

제3 경매서비스 이용자에 의한 상표권의 침해

I. 위조상품의 경매

1. 상표권의 간접침해

인터넷 경매서비스의 이용자에 의해서 상표권이 침해된 경우에 그 경매서비스를 제공한 기업이 이용자의 상표권침해에 대해서까지 책임을 져야 하는가의 문제는 전술한 바와 같이 상표권의 간접침해(indirect infringement)의 문제에 해당된다. 직접 상표권을 침해한 것은 아니지만 타인의 상표권 침해행위를 교사하거나 방조한 경우에 그러한 교사·방조행위 즉 간접침해에 대해서도 직접침해의 경우와 마찬가지로 책임을 지게 된다는 것은 인터넷 경매서비스의

[399]

경우에도 마찬가지이다. 상표권의 간접침해에 관한 전통적인 사례를 보면, 예컨대 백화점 직원이 백화점 입점점포가 위조상표 부착 상품을 판매하는 사실을 알고도 방치한 경우에 당해 백화점직원은 부작위에 의한 상표권침해의 방조를 한 것이고 따라서 백화점은 상표권침해의 방조로 인한 책임을 지게 된다.주50) 그러나 어느 정도의 교사 또는 방조행위가 공동불법행위를 구성하는지 보다 명확하게 하기 위해서 [상표법 제66조](#)는 위조상표의 판매, 상표 위조용구의 제작, 위조상품의 판매목적의 소지 등을 상표권침해행위로 간주하고 있다. 이러한 간접침해행위가 단순히 민법상 공동불법행위의 요건을 충족한다고 보더라도, 손해액추정이라거나 침해금지청구권 등에 관한 [상표법 제65조](#), [제67조](#) 내지 [제69조](#)의 특칙이 그대로 적용되는지 불분명하겠지만, 이와 같이 열거된 간접침해행위는 상표권침해로 간주되기 때문에 상표법이 상표권침해로 인한 민사책임에 대해서 규정하고 있는 손해액추정이라거나 침해금지청구권 등이 그대로 적용된다고 해석된다. 그러나 간접침해행위가 언제나 직접침해의 교사 또는 방조에 해당되는 것은 아니기 때문에 간접침해행위에 대해서 당연히 상표권침해죄의 벌칙이 적용된다고 보기는 어렵다.주51)

상표법은 상표권침해의 죄를 규정하면서 무엇이 그 구성요건인 상표권침해행위를 구성하는지에 대해서 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 따라서 상표권의 효력에 관한 [상표법 제50조](#)를 고려해서 상표권침해의 죄를 구성하는 행위를 해석하게 된다. 다시 말해서, 타인의 등록상표와 “동일한” 상표를 지정상품과 “동일한” 상품에 무단으로 “표시”하거나 당해 위조상품을 “판매·전시·수출입”하는 행위는 상표권침해의 죄를 구성하게 된다. 상표권의 효력은

이와 같이 등록상표와 동일한 상표가 지정상품과 동일한 상품에 사용된 경우에 한정하고 있기 때문에 상표권침해의 죄도 그러한 행위에 한정된다고 해석될 수 있는 여지가 있다. 다시 말해서 등록상표와 유사한 상표로서 출처의 혼동을 초래할 수 있는 상표를 무단으로 사용하더라도 민사상 금지청구 및 손해배상청구의 대상은 될 수 있으나(상표법 제66조), 특허권의 간접침해가 언제나 특허권침해의 죄를 구성하는 것은 아니라고 판시한 대법원판례를 고려해 볼

[400]

때주52) , 상표권의 효력을 벗어난 상표권침해행위는 상표권침해의 죄를 구성하지는 않는다고 해석될 수도 있다. 이러한 맥락에서, 등록상표와 유사한 상표를 사용하거나 등록상표를 지정상품과 유사한 상품에 사용하는 경우에도 아무런 문제의식 없이 상표권침해의 죄를 인정한 대법원과 하급심의 판례는 이해하기 어렵고주53) , 법정책상 그럴 필요가 있다면 상표법을 개정해서 상표권침해죄의 구성요건을 보다 명확히 하는 입법적 조치가 선행되어야 할 것이다. 물론 상표권침해죄의 경우에 형법총칙상의 불작위범과 중범에 관한 규정이 그대로 적용되는 바, 현행법하에서도 위조상표교부나 위조상품의 소지 등과 같이 상표권침해로 간주되는 행위가 공범의 요건을 충족하는 경우에 공범으로 처벌될 수 있음은 물론이다. 또한 예컨대 백화점 직원이 백화점 입점점포가 위조상표 부착 상품을 판매하는 사실을 알고도 방치한 경우에 당해 백화점직원은 부작위에 의한 상표법위반 방조 및 부정경쟁방지법위반 방조의 죄를 범한 것으로 볼 수 있다.주54)

2. 인터넷 경매서비스제공자의 책임

경매서비스 이용자가 위조상품을 판매하거나 출처의 혼동을 초래하는 광고를 하는 것과 같이 타인의 상표권을 침해하거나 부정경쟁행위에 해당되는 행위를 한 경우에, 경매사이트가 어떠한 책임을 지게 되는가의 문제는 앞에서 살펴본 저작권침해시의 책임과 동일하다. 다만, 저작권법은 온라인서비스제공자의 책임을 면제하거나 경감해주는 별도의 규정을 두고 있는데 반해서, 상표법과 부정경쟁방지법은 온라인서비스제공자의 책임에 관한 아무런 규정도 두고 있지 않기 때문에, 경매서비스 이용자에 의한 상표권침해로 인해서 경매사이트가 어떠한 책임을 지게 되는가의 문제는 상표권의 간접침해 또는 상표권침해의 공동불법행위에 관한 일반이론을 원용해야 할 것이다. 전술한바와 같이, 저작권법상 온라인서비스제공자의 개념이 인터넷 경매서비스까지 포함한다고 볼 수는 없지만, 그 입법취지에 비추어 저작권법의 규정이 인터넷 경매서비스에서의 저작권침해에 대해서도 준용된다고 해석할 수 있는

[401]

것처럼, 저작권법상 온라인서비스제공자의 책임감면에 관한 규정은 온라인서비스제공자 또는 인터넷 경매서비스제공자가 그 이용자의 상표권침해에 대해서 어떠한 책임을 질 것인가의 문제에도 준용될 수 있다고 해석된다.

인터넷 경매서비스제공자가 경매서비스에서 위조상품이 판매되는 것을 방지하는 것은 경매사이트에서 위조상품에 관한 색인이나 목록이라고 하는 위법정보를 제공하는 것이기 때문에, 그러한 위법정보의 제공 자체에 대해서 경매서비스제공자가 직접 책임을 부담해야 한다는 주장이 있을 수 있다. 다시 말해서 상표권침해를 가능하게 해주는 위법한 정보를 경매사이트의 색인이나 목록의 형태로 제공해서 소비자를 유인하는 것은 그 자체로서 상표권침해와는 별도의 위법행위에 해당되고, 인터넷 경매서비스제공자는 그러한 위법행위에 대한 직

접적인 책임을 져야 한다는 주장이 그것이다. 그러나, 정보전달 자체의 위법성을 인정하더라도, 서비스제공자가 스스로 정보를 생산하거나 스스로 정보를 발신하는 경우가 아니고 그 이용자가 정보를 제공한 경우에는, 그러한 정보에 대해서 언제나 인터넷서비스제공자로 하여금 책임을 지도록 하는 것은 기술적으로나 현실적으로 서비스제공자에게 과도한 부담을 부과하는 것이 될 것이다. 바로 그러한 측면에서 권리자의 보호와 서비스제공자의 주의의무 사이에 균형을 도모하기 위해서, 정보통신방법은 권리자가 위법한 정보의 삭제요청을 한 경우 정보통신서비스제공자로 하여금 지체없이 그 정보를 삭제하도록 규정하고 있고, 정보통신서비스제공자가 지체없이 위법한 정보를 삭제한 경우에는 책임을 지지 않는 것으로 해석된다.

정보통신서비스제공자가 스스로 제공한 정보에 대한 책임과 타인이 제공해서 그 정보통신망으로 전송될 뿐인 정보에 대한 책임을 달리하는 것은 영미법상 소위 출판업자(publisher)와 유통업자(distributor)의 책임의 구별과 유사한 것이다. 출판업자와 유통업자는 전달하는 정보의 위법성에 대한 통제의 가능성과 지위에 상당한 차이가 있음을 전제로 해서, 미국 통신품위법(Communication Decency Act)은 “쌍방향컴퓨터서비스제공자(interactive computer service provider)”^{주55)}가 스스로 정보를 제공한 경우가 아닌 한 타인에 의해서 제공된 정보의 출판업자(publisher)나 발표자(speaker)로서의 책임을 지지 않는다는 점을 명백히 하고 있다.^{주56)} 예컨대, 인터넷 경매서비스제공자는 경매품목을

[402]

선정한 바도 없고 경매상품을 검사하거나 점유한 바도 없으며 경매품목을 이용자들에게 스스로 설명한 바도 없고 경매품목의 가격을 정해준 바도 전혀 없기 때문에, 인터넷 경매서비스 이용자들이 경매품목에 관해서 제공한 정보가 위조상품에 관한 것이더라도 인터넷 경매서비스제공자가 그러한 위법정보에 대해서 출판업자나 발표자로서의 책임을 지지 않는다고 판시된바 있다.^{주57)} 또한, 인터넷 경매서비스 이용자가 유명한 운동선수의 자필서명을 위조해서 제작한 상품을 판매함으로써 자필서명된 상품의 판매에 관한 법률을 위반한 경우에도, 위법한 상품에 관한 정보가 인터넷 경매사이트에 제공되었다는 이유만으로 인터넷 경매서비스제공자가 그 정보의 출판업자나 발표자로서의 책임을 지지 않는다고 판시된 바도 있다.^{주58)} 더욱 특기할 점은, 인터넷 경매서비스제공자는 그 이용자가 제공한 정보에 대해서 출판업자나 발표자로서의 책임을 지지 않기 때문에 인터넷 경매서비스제공자로 하여금 자필서명된 상품의 경매와 관련하여 그 자필서명의 진정성(authenticity)을 담보해주도록 담보의무를 부과해서도 안되고 그러한 담보의무를 부과하는 주법(state statute)이 있다면 그러한 주법은 연방통신품위법에 위반하는 한도에서 적용될 수 없다는 점이다.^{주59)} 미국연방의회가 제정한 연방통신품위법이 그와 상충되는 주법에 우선한다고 하는 연방법우선(federal preemption)의 원칙은 미국과 같은 연방국가에 특유한 문제라고 볼 수도 있지만, 우리나라의 인터넷 경매서비스제공자와 같은 정보통신서비스제공자의 주의의무에 관한 해석론이나 입법론을 검토함에 있어서도 정보통신서비스제공자에게 그 이용자가 제공한 정보에 대해서 출판업자로서의 높은 주의의무를 부과할 수 없다고 하는 기본원칙의 중요성을 잘 보여주는 대목이라고 생각된다.

이용자가 제공한 정보에 대해서 정보통신서비스제공자가 그 정보의 출판업자로 책임지지 않는다고 해서 정보통신서비스제공자가 유통업자로서의 책임까지도 지지 않는다는 것은 아니다. 예컨대, 인터넷 경매서비스제공자는 그 이용자에 의해서 경매사이트에 올려진 경매품목

들을 모두 조사해야 할 의무는 없지만, 상표권자의 통지 등에 의하여 상표권침해 사실을 알게 되면 인터넷

[403]

경매서비스제공자는 지체없이 상표권침해품목을 삭제하고 기타의 합리적이고 기술적으로 가능한 모든 조치를 취해야 한다. 뿐만아니라, 정보통신서비스제공자의 책임이 면제된다고 하는 것은 손해배상의 책임에 관한 것이고, 위법한 정보가 그대로 방치되어도 무방하다는 것은 아니며 그로 인해서 손해를 받은 권리자는 여전히 정보통신서비스제공자를 상대로 한 침해금지의 청구로서 상표권침해품목의 삭제를 청구할 수 있다.주60)

II. 도메인이름의 경매

1. 도메인이름의 개념

인터넷에 접속된 모든 컴퓨터는 각자 고유의 IP주소(Internet protocol address)를 가지고 있다. 각 전화기마다 고유의 전화번호가 부여된 것과 마찬가지로 인터넷에 접속된 컴퓨터도 다른 컴퓨터와 디지털 신호를 주고 받을 수 있도록 하기 위하여 각자 고유의 식별번호 또는 IP주소를 가지고 있고 그러한 식별번호가 알기 쉽도록 표현된 것이 소위 도메인이름(Domain name)인 것이다. 예컨대, 'plaza.snu.ac.kr'이라고 하는 도메인이름은 인터넷에 접속된 서울대학교 중앙전산원의 컴퓨터를 식별할 수 있는 명칭으로 'plaza.snu'가 선택된 것이고 'ac'라고 함은 서울대학교가 교육기관에 해당된다고 함을 표시하는 표준화된 명칭이고 'kr'이라고 함은 동 컴퓨터가 한국에 소재하고 있음을 표시하는 표준화된 명칭이다. 그리고, 이와 같이 도메인이름이 할당된 컴퓨터에 다수의 이용자가 접속하여 이용하는 경우에는 각 이용자들에게 고유한 하위 주소가 부여되는데, sjjong@plaza.snu.ac.kr과 같이 도메인이름 앞에 당해 이용자를 표시하는 명칭이 표시되고 이러한 이용자주소를 흔히 E-mail address라고 한다.

인터넷은 전세계적으로 연결된 컴퓨터통신망이라고 볼 수 있지만 별다른 통제기구가 존재하지 않고 오직 인터넷에 연결된 각 컴퓨터를 식별하기 위한 도메인이름의 등록을 담당하는 기구만이 존재할 뿐이다. 미국과학재단(US National Science Foundation)에 의해서 관리되는 인터넷정보센터(Internet Network Information Center: InterINC)가 바로 그러한 등록 기구에 해당되는데,

[404]

실제의 운영업무는 미국내 Network Solutions Inc.(NSI)과 전세계 각지역의 별도 등록기구에 위임되어 있다. 우리나라의 국가별 상위명칭 .kr을 포함한 도메인이름은 한국인터넷정보센터(Korea Network Information Center: KRNIC)가 그 등록을 담당하고 있다. 이러한 등록기구들은 동일한 도메인이름이 이미 등록되어 있지 않는 한 소위 선출원주의에(first-come-first-served) 따라서 신속하게 도메인이름을 등록해주고 있다. NSI는 도메인이름의 최초 등록시 2년간의 등록비로 미화100달러를 받고 그후 매년 미화50달러를 받게 된다. NSI와 도메인이름 보유자와의 관계는 기본적으로 계약관계로 이해되고 있는 바, NSI가 도메인이름을 부여해주는 대가(consideration)로 동 도메인이름 보유자는 NSI가 제정한 규칙(NSI Domain Name Dispute Policy)을 준수할 의무를 부담하게 된다. 동 규칙에 의하면, 도메인이름의 등록으로부터 야기되거나 그와 관련된 민사소송에서 NSI가 입게 되는 손

해배상책임이 발생하는 경우에 도메인이름 보유자는 NSI에 대하여 동 손해배상액만큼 전보해야 하며, 법원의 판결이 있거나 또는 도메인이름 보유자가 동 규칙을 위반한 경우에는 NSI가 동 도메인이름의 등록을 취소하게 된다.

2. 도메인이름에 의한 상표권의 침해

(1) 도메인이름과 상표와의 관계

도메인이름은 엄밀한 의미에서 명칭이라고 하기 보다는 전화번호나 우편번호와 같은 식별번호에 해당된다. 그러나, 실제로는 도메인이름을 컴퓨터보유자의 명칭처럼 활용하고 있으며, 흔히 그러한 도메인이름이 그 보유자에 의해서 제공되는 상품이나 서비스의 출처표시로서 기능하고 있음을 부인할 수 없다. 인터넷이 상품과 서비스의 판매 및 광고의 효율적인 수단으로 자리잡게 됨에 따라서 소비자들이 자주 방문하게 되는 인터넷 웹사이트 또는 그 도메인이름은 커다란 재산적 가치를 가지게 되고, 도메인이름은 양도할 수 있는 재산의 하나로 발전하게 되었고, 도메인이름이 담보의 대상이 되기도 하고 파산시 매각대상으로 부상되고 있다.주61) 이와같이 도메인이름이 상품이나

[405]

서비스의 출처표시로서 사용된 경우에 상표의 사용에 해당되는 한도에서는 상표권의 침해가 될 수도 있을 것이다. 예컨대, 이미 등록된 문자상표와 동일한 문자를 도메인이름으로 하여 다른 상인이 동일 또는 유사한 상품이나 서비스를 제공하는 온라인영업을 수행하는 경우에 상표의 사용에 해당된다고 볼 수 있는 경우가 많을 것이다. 다만, 이 경우에도 등록된 문자상표와 동일한 문자를 도메인이름으로만 사용할 뿐이고 상호나 상표는 서로 다른 것임을 명백히 표시한 경우까지만 상표권침해로 될 수 있을지는 의문이다.

도메인이름의 채택·사용이 타인의 상표권침해로 되는지 여부는 구체적 사실관계에 따라서 좌우되겠지만, 도메인이름은 인터넷IP주소에 불과하고 상표 또는 서비스표와는 상이한 것이 널리 알려져 있고 소비자들도 혼동의 우려가 없도록 상당한 노력을 기울인 경우에는 상표권침해가 없다고 볼 수 있는 경우도 있을 것이다. 또한, 상표권자의 영업과 도메인이름 보유자인 온라인 영업자의 영업을 전혀 상이한 경우에는 특히 출처혼동의 우려가 없기 때문에 더욱 그러하다. 다만, 영미의 상표법상 널리 인정되고 있는 희석화리논(dilution theory)에 의하면, 등록된 상표가 저명한 경우에는 도메인이름 보유자의 영업과 전혀 상이하더라도 동일한 문자를 도메인이름으로 사용함으로써 상표의 가치가 희석화된다고 볼 수 있는 경우에 상표권침해로 인정될 수도 있을 것이다. 영미법상 희석화이론에 의하면 상표권자와 당해 제 3자와의 사이에 경쟁관계가 존재하지도 않고 출처혼동이 없는 경우에도 저명상표의 사용으로 인하여 당해 저명상표의 신용과 명성 또는 고객흡인력을 떨어뜨린다고 인정되는 경우에는 상표권의 침해로 되는 것이다. 다만, 타인의 상표와 동일한 도메인이름을 먼저 선정해서 등록하고 보유하고 있다는 사실만으로 타인의 상표권을 침해한 것이라고 볼 수 있는지 아니면 도메인이름을 사용함으로써 비로소 상표권을 침해한 것인지 여부에 대해서는 논란이 있을 수 있을 것이다.주62)

[406]

(2) 미국사례

최근에 미국에서 인터넷 도메인이름의 사용에 의한 상표권침해가 문제된 사례를 보면, 예컨

대 MTV Networks, Inc. v. Curry주63) 사건에서 MTV라고 하는 유선방송회사가 그 회사에서 근무하던 자가 퇴직하여 독자적으로 mtv.com이라고 하는 도메인이름으로 음악계소식을 전해주는 서비스를 제공하는 행위가 상표권침해 및 부정경쟁행위라고 주장한 바 있는데 최종적으로는 피고가 자신의 도메인이름을 원고에게 양도하기로 합의함으로써 분쟁이 해결되었다. 비교적 최근에 내려진 미국연방법원의 판결로는, Toys “R” Us Inc. v. Akkaoui주64) 사건에서 원고 Toys “R” Us는 Toys “R” Us 및 Kids “R” Us 등과 같이 “R Us”를 포함하는 다수의 상표에 대한 상표권을 가지고 장남감가게 체인점을 운영하는 자인데, 피고 Akkaoui등이 성행위에 필요한 도구와 의류 및 장남감을 판매하기 위하여 “Adults R Us”라고 하는 인터넷 웹사이트를 개설하고 동 웹사이트의 도메인이름으로 “adultsrus.com”을 채택하여 사용한 사건에서, 북가주연방지방법원은 새로이 개정된 연방상표법의 회식화금지규정은 저명한 상표와 동일 또는 유사한 상표를 사용함으로써 당해 저명상표의 이미지와 가치가 희석화되는 것을 방지하기 위한 것이라고 전제한 후, 원고의 상표는 저명한 상표임에도 불구하고 피고가 성행위에 필요한 도구와 원고의 상표를 연결지음으로써 당해 저명상표의 이미지를 손상시키는 회식화금지규정에 위반되는 상표권침해에 해당된다고 판시하였다. 또한, Panavision International L.P. v. Toeppen주65) 사건에서 원고 Panavision Int'l L.P.는 “Panavision” 및 “Panaflex”라는 상표를 등록하여 카메라 등 촬영장비를 판매하는 자인데, 피고는 아무런 상품도 판매하지 아니하면서 “panavision.com” 및 “panaflex.com”이라는 도메인이름을 설정하여 원고로 하여금 미화13,000달러에 동 도메인이름을 구입하도록 요구한 사건에서, 연방항소법원은 새로이 개정된 연방상표법 회식화금지규정을 원용하면서 동규정이 저명상표를 풍자나 비평의 대상으로 사용하는 비영리적사용에는 적용되지 않는다는 점을 확인하면서도 피고와 같이 타인의 상표를 판매의 목적으로 도메인이름으로 등록하여 상표권자로 하여금 구입하도록 요구하는 것도 상표의 영리적 사용(commercial use)으로 인한 희석화가 이루어진 것으로

[407]

볼 수 있다고 판시 한 연방지방법원의 판결을 받아들였다.

그러나, Avery Dennison Corp. v. Sumpton주66) 사건은 또 다른 유형의 분쟁을 보여주고 있고 도메인이름의 또다른 재산적 가치를 잘 보여주고 있다. 이 사건에서 피고는 “avery.net”와 “dennison.net” 등의 12,000개의 도메인이름을 등록해서 당해 도메인이름을 제3자에게 빌려주어 웹사이트 또는 전자우편주소로 사용할 수 있도록 제공해주고 그 대가를 받는 새로운 유형의 사업을 했고, 원고는 피고의 도메인이름이 자신의 상표 Avery Dennison의 가치를 희석시키는 것이라고 주장하면서 소송을 제기했는데, 캘리포니아 연방지방법원은 상표의 희석은 인정함으로써 동 도메인이름을 원고에게 이전할 것을 명하면서도 다른 한편으로 피고가 아무런 사업적 용도와 무관하게 단순히 도메인이름을 등록해서 매각하는 것이 아니라 문제된 도메인이름을 등록해서 제3자에게 대여해줌으로써 웹사이트 또는 전자우편주소로 활용할 수 있도록 제공해주는 새로운 유형의 사업을 수행하고 있기 때문에 원고는 동 도메인이름을 이전받는 대가로 미화300달러씩을 피고에게 지급할 것을 명하는 약식판결을 내렸다. 특정 도메인이름이 타인의 상표권을 침해한다고 판단되면 그 도메인이름의 등록말소나 이전과 함께 상표권자에 대한 손해배상도 인정되는 것이 원칙이지만, 이 사건에서는 피고가 동 도메인이름을 등록해서 새로운 유형의 사업을 수행하고 있다는 점이 고려되어서 원고의 대가지급의무가 인정된 것이다. 그러나, 항소심법원은 피고가 등록한 도

메인이름이 흔히 사용되는 성명으로 구성되어 있다는 점과 원피고의 거래시장 또는 고객이 상이하다는 점, 그리고 피고가 TLD 〈.com〉 대신에 〈.net〉을 사용했다는 점을 고려해서 상표권침해라고 단정할 수 없다고 판시하면서 사건을 파기환송했다.주67)

또한, Lewis v. Rocky Mountains Internet주68) 사건에서 원고는 Colorado Rockies 야구 팀으로 “Rockies”와 “Colorado Rockies”에 관한 상표권을 보유하고 있고 피고는 “rockies.com”이라는 도메인이름을 가지고 “The Daily Rockies Web”이라는 제목의 웹사이트를 운영하면서 원고 야구팀에 관한 상세한 운동경기정보를 제공하고 있었는데, 법원은 피고가 원고 상표와 동일한 도메인이름을 사용할 뿐만 아니라 원고 상표 및 로고를 피고의 웹사이트에

[408]

그대로 사용함으로써 상표권을 침해했다고 인정하면서도, 다른 한편으로 “rockies”라고 하는 단어가 지리적 표시에 해당되는 단어라고 볼 수 있다는 점을 전제로 해서 당해 도메인이름의 등록말소나 이전을 명령하지는 않았다는 점이 주목된다. 요컨대, 이 두가지 판결은 서로 상충될 뿐만아니라 WIPO 최종보고서와도 다른 방식과 내용의 해결책을 제시하고 있음을 주목할 필요가 있고, 도메인이름의 변화하는 가치와 새로운 인터넷 환경에 대한 법적 대응의 어려움을 잘 보여주고 있는 것이다.

(3) 국내 사례

도메인이름의 선점(cyber-squatting)과 같이 타인의 문자상표와 동일·유사한 문자로 구성된 도메인이름을 등록해서 당해 상표권자에게 높은 가격으로 판매하려고 하는 행위는, 그러한 등록만에 의해서 우리 상표법상 상표사용에 해당되는 구체적인 행위가 있다고 볼 수 있는지에 대해서 논란이 있을 수 있다. 실사, 타인의 문자상표와 동일·유사한 문자로 구성된 도메인이름을 등록해서 웹사이트를 개설하고 그 웹사이트를 통해서 등록상표가 사용되는 지정상품과 동일·유사한 상품을 판매하는 경우에도, 등록상표의 지정상품과 웹사이트를 통한 상품판매서비스가 동일·유사한 상품이라고 볼 수 있는지 문제된다.주69) 다만 우리 대법원은 지정상품과 서비스 사이에 밀접한 관계가 있는 경우에 한해서 지정상품의 동일·유사성의 범위를 넓게 해석하고 있는 것이 주목된다. 예컨대 삼성전자의 대리점이 아님에도 불구하고 “삼성수원도매센터”라는 서비스표로 전기 전자용품의 판매업을 영위하는 것은 삼성전자의 상표권에 대한 침해가 된다고 한 대법원판례는주70) 상품과 서비스와의 사이에 밀접한 관련성이 있는 경우에 도메인이름의 사용도 상표권의 침해로 될 수 있는 가능성을 보여주는 판례일 것이다. 위 판결에서 대법원은, 서비스업 중에서 상품과 관계있는 서비스업에 대해서는 어느 상품에 사용되는 표장과 동일 또는 유사한 표장을 그 상품과 밀접한 관련있는 서비스업에 그 서비스표로 사용할 경우에, 일반 수요자가 그 서비스업의 제공자를 상품의 제조업자와

[409]

동일인인 것처럼 혼동을 일으킬 우려가 있기 때문에, 상표의 서비스표적인 사용도 상표권의 침해로 된다고 판시한 것이다. 위 대법원판결은 우리나라에서 상표권의 금지권으로서의 효력범위를 되도록 넓게 인정하는 경향의 일단을 보여준 것이다. 따라서 등록상표와 동일·유사한 문자로 구성된 도메인이름을 등록해서 웹사이트를 운영하는 행위가 당해 상표를 상품에 부착하는 행위에 해당된다거나 또는 간판이나 표찰에 표시하고 전시하는 행위라고 볼

수 있는 한도에서 도메인이름의 등록·사용에 의한 상표권침해의 가능성은 커진다.주71) 그러나 지정상품과 서비스의 유사성을 넓게 인정하더라도, 우리 상표법은 지정상품·서비스의 동일·유사성을 상표권침해의 요건으로 규정하고 있기 때문에 전혀 상이한 상품을 판매하는 웹사이트에 도메인이름을 사용하는 것은 상표권침해로 보기 어렵다. 물론 동일한 행위가 상표법상 상표권의 침해는 아니지만 불정경쟁방지법의 위반으로 될 수는 있는데, 예컨대, “샤넬” 및 “하이마트” 등의 상표가 타인에 의해서 도메인이름으로 선점되어 동일유사한 상품의 판매를 위한 웹사이트에 사용된 일련의 사건에서주72) 서울지방법원은 그러한 행위가 부정경쟁방지법 위반에 해당된다고 판시한 바 있다.

도메인이름의 선점에 의해서 상표권자의 재산적 손해가 발생하는 것을 효율적으로 방지하기 위해서, 정부는 2004년 1월에 부정경쟁방지법을 개정하고주73), 인터넷주소자원에관한법률을 제정하게 되었다.주74) 개정 [부정경쟁방지법 제2조 1호 아목](#)은 부정경쟁행위의 유형을 추가하였다. 즉, “정당한 권원이 없는 자가……국내에 널리 인식된 타인의 성명·상호·상표 그 밖의 표지와 동일하거나 유사한 도메인 이름을 등록·보유·이전 또는 사용하는 행위”는 부정경쟁행위로 금지의 대상이 될 수 있다. 다만, 도메인이름의 등록 및 사용 등의 행위가 부정경쟁행위에 해당된다고 주장하기 위해서는, ① 상표 등 표지에 대하여 정당한 권원이 있는 자 또는 제3자에게 판매하거나 대여할 목적, ② 정당한 권원이 있는 자의 도메인 이름의 등록 및 사용을 방해할 목적, ③ 그 밖의 상업적 이익을 얻을 목적 가운데 어느 하나 이상의 목적을

[410]

위한 행위라는 점을 입증해야 한다.

또한, [인터넷주소자원에관한법률 제12조 1항](#)은 “누구든지 정당한 권원이 있는 자의 도메인 이름 등의 등록을 방해하거나 정당한 권원이 있는 자로부터 부당한 이익을 얻을 목적으로 도메인 이름 등을 등록하여서는 아니된다”고 규정하고, [2항](#)은 구체수단으로 등록말소청구권을 인정하고 있다.

(4) 도메인이름에 관한 국제적 분쟁

전술한 “Viagra” 사건에서 원고가 한국 법원에 제소하지 않고 프랑스 또는 제3국에서 소송을 제기하면 동일한 결론에 도달할 수 있을 것인가? 우리나라에서의 부정경쟁행위 및 상표사용의 개념은 아주 좁고 엄격하게 규정·해석되고 있는데 반해서, 영미의 상표법은 훨씬 더 넓은 범위에서 상표권이 보호되고 있기 때문에 동일한 도메인이름에 관한 분쟁이 어느나라의 법원에서 어느나라의 법률에 의해서 해결되느냐에 따라서 상이한 결론에 도달할 가능성은 크다. 인터넷은 그 속성상 전세계 어디서나 도메인이름의 접속 및 사용이 가능하기 때문에, 도메인이름 보유자의 등록 및 사용행위에 대하여 어느 나라의 상표법 또는 부정경쟁방지법을 적용할 것인가 하는 준거법 결정의 문제와 어느 나라의 법원이 그 분쟁을 해결할 수 있는 것인가 하는 국제적재판관할권의 문제가 앞으로 해결을 기다리는 어려운 문제로 제기되고 있다. 예컨대, 전술한 Viagra 사건에서 피고가 미국에도 상품을 판매한다는 등의 사실이 있어서 미국 법원이 자신의 국제적재판관할권을 인정하고 자국의 상표법상 희석화이론에 입각해서 상표권의 침해로 판단한 후 도메인이름의 등록말소를 명하게 될 가능성도 있을 것이다.

도메인이름의 중요성과 국제적 분쟁가능성을 고려해서, 세계지적재산권기구(World

Intellectual Property Organization: WIPO)는 도메인이름의 등록과 분쟁해결 및 새로운 최상위도메인이름(gTLD)의 도입 등에 관한 중간보고서를 작성해서 그에 관한 다양한 의견을 수렴한 바 있고, 1999년 4월 30일에는 WIPO 최종보고서(Final Report of the WIPO Internet Domain Name Process)가 나오게 되었다.주75) WIPO 최종보고서는 등록절차와 행정적 분쟁해결절차 뿐만 아니라 저명상표의 보호에 관한 권고도 담고 있는데, 이는 우리나라 상표법 및 부정경쟁방지법상의 기준과는 상이한 내용으로 되어 있다. 특히 WIPO는 저렴하고 신속한 분쟁해결을 지원하기 위해서 중재·조정센터(WIPO Arbitration

[411]

and Mediation Centre)를 설립해서 운영하고 있고, 인터넷도메인이름회사(Internet Corporation for Assigned Names and Numbers: ICANN)가 1999년 8월 26일에 채택한 “도메인이름분쟁의 해결에 관한 통일규칙(Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy: UDRP)”에 따라서 WIPO 중재·조정센터가 행정적 분쟁해결기관의 하나로 지정되었다. 최근에 상표권자와 도메인이름 보유자 모두 미국 국적을 가지고 있지만 도메인이름은 호주등록기관에 등록되어 있고 호주등록기관은 자신의 등록약관에서 UDRP를 채택하고 있는데 상표권자가 동 약관의 행정적 분쟁해결절차의 규정에 따라서 WIPO 중재·조정센터에 분쟁의 해결을 신청한 사건에서, WIPO 중재·조정센터는 당사자들의 국적을 중시해서 미국판례에서 제시된 법원칙을 토대로 해서 분쟁을 해결한 바 있다.주76) 국제교역량이 많은 우리나라로서는 도메인이름의 보호 및 규제에 관한 법제도를 정비할 뿐만아니라 더 나아가 관련된 국제적 기준의 설정에 보다 많은 전문가의 적극적인 참여와 국내 상표법 및 부정경쟁방지법의 면밀한 재검토가 병행되어야 할 필요성이 절실하다.

3. 도메인이름의 경매

인터넷 상거래가 폭발적으로 증가함에 따라서 도메인이름의 경제적 가치가 증가하고, 따라서 도메인이름도 다른 재화와 마찬가지로 경매의 대상이 되지 못할 이유가 없다. 다만 그러한 도메인이름의 경매에 의해서 타인의 상표권이나 기타의 권리를 침해하는 경우에는 전술한 저작권침해에서와 유사한 문제가 제기된다. 따라서, 도메인이름의 경매가 타인의 권리를 침해하는지 여부를 보기 위해서는 문제를 단순화해서 도메인 이름을 팔고자 하는 사람이나 기업이 등록 도메인이름을 가지고 경매 이외의 어떠한 영업을 수행하지 않으면서 오직 도메인이름을 선점해서 경매할 목적으로 등록해서 보유하고 있는 악의 또는 선의의 단순선점(cybersquatting)의 경우에 한정해서 검토해볼 필요가 있다.

(1) 상표법에서의 상표사용

도메인이름을 판매할 목적으로 선점해서 등록만 해두고 적극적으로 사용하지 않는 경우에, 그러한 도메인이름 선점 및 경매가 타인의 상표권을 침해하는지

[412]

여부는 현행 상표법 하에서 “상표의 사용주77) ”에 해당하는지 여부에 따라서 좌우된다. 이에 관해서 국내 하급심 판결은 국내외 저명상표와 동일·유사한 도메인이름을 등록했다 하더라도 인터넷 사이트를 개설하지 않았다면 상표의 사용이라는 현실적 침해가 있다고 할 수 없으므로 상표권 침해에 해당하지 않는다고 판단한 바 있다.주78) 여기에서 어려운 문제는 경매 당시에는 상표사용이 없지만 경매된 도메인이름이 사용됨으로써 타인의 상표권을 침해

할 우려가 있다면 그러한 침해의 우려에 대해서 경매 당사자 및 경매사이트가 상표권침해에 대한 책임을 지게 되는가의 문제이다. 상표법은 상표권의 침해 뿐만아니라 상표권을 “침해할 우려”가 있는 경우에도 그 침해의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다고 규정하고 있기 때문에(주79) 도메인이름의 경매에 의해서 타인의 상표권을 침해할 우려가 있다면 침해금지청구의 대상이 될 수도 있다. 단순선점의 경우 반드시 상표권침해의 용도로 사용할 것으로 단정하기 어렵다는 이유로 “침해할 우려”도 없다고 보는 견해(주80) 가 있지만, 저명성이 높은 상표와 동일유사한 도메인이름은 경매에 의해서 상당한 가격을 지급하고 구입한 사람이나 기업이 저명상표와 동일유사한 도메인 이름을 영업에 사용함으로써 출처혼동 또는 희석화의 위험성을 가져오는 경우도 있기 때문에, 도메인이름의 경매에 의해서 항상 상표권을 “침해할 우려”가 없다고는 말할 수 없다. 우리 법원도 상표 침해의 사실이 이미 있었던 경우에는 현재 일시적으로 사용을 중지하고 있더라도 언제든지 다시 사용할 수 있으므로, 상표의 사용으로 인한 상표권 침해에 해당한다고 판시한 바 있다.(주81) 다른 한편, 보통명칭이나 관용명칭 또는 지리적명칭은 상표로서의 식별력이 없기 때문에, 설사 상표로서 2차적 의미를 획득하는 등의 예외적인 사유에 의해서 상표권을 취득한 자가 있더라도, 보통명칭이나 관용명칭 또는 지리적명칭을 도메인이름으로 등록해서 판매하는 것이 항상 상표권의 침해로 되거나 침해의 위험이 있다고 단정하기는 어렵다.

[413]

(2) 부정경쟁방지법상의 출처혼동 여부

불정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률(“부정경쟁방지법”)에 의한 상품주체혼동행위 또는 영업주체혼동행위는 상품표지 또는 영업표지를 “영업에 사용”함으로써 소비자에게 오인, 혼동을 야기하는 것을 전제로 하고 있다는 점에서 도메인이름의 단순 선점 및 경매가 언제나 상품주체나 영업주체혼동행위라고 하는 부정경쟁행위에 해당된다고 보기는 어렵다. (주82) 부정경쟁방지법은 “침해의 우려”가 있는 경우에도 그 침해의 예방을 청구할 수 있다고 규정하고 있는데(주83) , 도메인이름의 선점 및 경매가 그러한 우려가 있는 것으로 볼 수 있는지에 대해서는 상표법에서의 검토와 같다.

(3) 도메인이름의 경매와 “부당선점”

부정경쟁방지법은 2004년 1월에 개정되어 도메인이름의 “불당선점(Cybersquatting)”을 별도의 부정경쟁행위 유형으로 추가하였다.(주84) 따라서, 도메인이름의 경매가 기존의 상표권 침해나 출처혼동행위에 해당되지 않더라도 개정된 부정경쟁방지법상의 “부당선점”에 해당되면 부정경쟁행위에 해당될 수 있게 된 것이고, 따라서 그러한 한도에서 도메인이름의 경매는 위법한 것이 된다. 즉, 개정된 부정경쟁방지법은 정당한 권원이 없는 자가 부정한 목적으로 국내에 널리 인식된 타인의 성명·상호·상표 그 밖의 표지와 동일하거나 유사한 도메인이름을 등록·보유·이전 또는 사용하는 행위를 부정경쟁행위의 하나로 열거하게 되었다. ① 상표 등 표지에 대하여 정당한 권원이 있는 자 또는 제3자에게 판매하거나 대여할 목적, ② 정당한 권원이 있는 자의 도메인이름의 등록 및 사용을 방해할 목적, ③ 그 밖의 상업적 이익을 얻을 목적의 어느 하나에 해당되면 부정한 목적이 있는 것으로 된다.(주85) “국내에 널리 인식된 표장”이라는 요건이 충족되어야 하므로, 등록되어 있지만 주지되어 있지 아니한 상표, 상품의 단순한 보통명사, 기술적 표장을 선점하거나 경매하는 행위에 대하

여는 부정경쟁방지법이 적용되지 않는다.

인터넷주소자원예관한법률도 2004년 1월에 제정되어 “누구든지 정당한 권원이 있는 자의 도메인이름등의 등록을 방해하거나 정당한 권원이 있는 자로부터

[414]

부당한 이득을 얻을 목적으로 도메인이름등을 등록하여서는 아니된다”고 규정하게 되었다. 주86)

요컨대, 인터넷 도메인이름을 경매한다고 해서 언제나 상표권침해나 부정경쟁행위에 해당되는 것은 아니지만, 개정된 부정경쟁방지법 또는 인터넷주소자원예관한법률에서 규정한 “부당선점”에 해당됨에도 불구하고 경매사이트를 통해서 판매하는 행위는 위법한 것이므로 그러한 부당선점에 해당되는 경매에 대해서는 경매사이트가 신고를 받아서 삭제 등의 적절한 조치를 취해야 하고 적절한 조치를 취하지 않으면 공동불법행위의 책임을 질 수 있다.

III. 배너광고에 의한 상표권침해

인터넷에서 널리 사용되고 있는 광고방식이 배너(banner)광고이다.주87) 배너광고에 타인의 상표를 사용하면 상표권의 침해가 될 수 있다는 점에 대해서는 커다란 어려움이 없을 것이다. 그러나, 한 수준 더 높은 배너광고는 고객선별적인 광고방법으로서, 인터넷이용자들이 각자 원하는 웹사이트를 검색하기 위해서 일정한 검색어를 입력하고 검색할 때 당해 검색어에 관련된 배너광고가 검색결과화면에 나오도록 하는 방법이고, 이에 대해서는 상표권침해 여부에 관한 많은 논란이 제기되어 왔다. 인터넷 이용자들은 자신이 입력한 검색어에 가장 많은 관심을 가지고 있는 사람들이기 때문에 그와 관련된 배너광고가 검색결과화면에 등장하게 되면 그 광고의 효과는 가장 직접적이고 효율적일 것이다.주88) 특정 검색어에 어떠한 배너광고를 연결시킬 것인가는 검색전용웹사이트 관리자 및 검색엔진 디자이너가 결정하게 되는데, 대부분의 경우에 광고비를 부담하는 광고주의 의사에 따라서 광고주가 선택한 검색어에 원하는 배너광고를 연결하게 되고, 그 검색어가 타인의 상표와 동일·유사하면 그러한 검색어방식의 배너광고가 상표권을 침해하는 것인지 문제된다. 검색어는 대부분의 경우에 보통명사, 지리적명칭 등을 사용한다는

[415]

점과 검색의 결과 광고주의 웹사이트로 곧바로 연결되는 것이 아니라 단순히 배너광고만이 나오게 된다는 점을 고려해볼 때, 상표검색어방식의 배너(trademark keyword banner)가 상표권의 침해로 된다고 볼 수 있는 경우는 드물 것이다.주89) 그러나, 타인의 식별력있는 상표를 검색어로 사용하는 것은 자신의 광고에 타인의 상표를 무단으로 사용하는 것으로 볼 수 있고 그러한 한도에서 상표권의 침해로 될 수 있다. 또한, 타인의 주지 상표를 검색어로 사용하는 것은 부정경쟁방지법상 당해 상표의 회색화로서 부정경쟁행위에 해당된다고 볼 수도 있을 것이다.

앞에서 살펴본 meta-tag이라거나 상표검색어방식의 배너 모두 출처혼동의 가능성은 크지 않은 경우가 많고 특히 소비자에게 동일한 상표나 출처가 아님을 알리는 문구(disclaimer)를 삽입한 경우에는 더욱 출처혼동의 가능성은 작다. 이와 같이 출처혼동의 가능성이 작은 경우에도 부정경쟁방지법위반이라고 볼 수 있는 경우가 있는가의 문제가 제기된다. 상표회

석화도 하나의 근거가 될 수 있겠지만, 인터넷에서의 상표 사용은 domain name, meta-tag, trademark keyword banner 등으로 사용함으로써 이루어지고 그러한 상표사용은 대부분 출처의 혼동보다는 인터넷이용자의 초기관심을 끌어서 특정 웹사이트로 유인하는 기능을 가지고 있다. 타인의 상표를 인터넷상에서 이용함으로써 인터넷이용자의 초기관심을 변경시키거나 혼동시키는 것(initial interest confusion) 자체가 전통적인 상표권의 침해 또는 부정경쟁행위에서의 출처혼동과 동일하게 취급되어야 하는 것이 아닌가 하는 주장도 상당한 설득력을 가진다.

제4 경매서비스와 국제사법

경매서비스 이용자가 침해한 지적재산권이 외국인의 저작물에 관한 것이거나 외국에서 등록된 상표권 등인 경우 또는 외국의 경쟁업자에 의한 지적재산권의 침해가 발생한 경우에는 어느 나라의 법원에서 어느 나라의 지적재산권법에

[416]

따라서 해결되는지의 국제사법적 문제가 제기된다.주90) 특히, 경매사이트와 경매이용자와의 사이에 체결된 이용약관에 재판관할과 준거법에 관한 규정을 두고 있더라도주91) , 이용약관에 의한 관할 및 준거법의 합의는 약관의 당사자인 경매사이트와 경매서비스 이용자만을 구속할 뿐이고 제3자의 지위에 있는 지적재산권자 또는 제3자의 지위에 있는 권리침해자에 대해서는 효력을 미치지 않는다. 따라서, 경매서비스 이용약관에 재판관할과 준거법에 관한 합의가 있더라도 경매서비스와 관련한 섭외적 분쟁은 여전히 국제사법의 해석과 적용의 문제로 남게 된다. 상표권은 등록된 국가에서만 보호된다는 점에서 속지주의적 성격이 강하지만주92) , 저작권은 무방식주의에 따라서 창작과 동시에 세계 각국에서 저작권을 주장할 수 있기 때문에 섭외적 분쟁의

[417]

해결이 어려운 경우가 많다. 이하에서는 주로 저작권침해시 어느 나라의 저작권법을 준거법으로 삼을 수 있는지에 대해서 검토해 보도록 한다.

외국 또는 외국인이 관련된 저작권분쟁의 해결에 있어서 적용할 저작권법, 즉 준거법이 무엇인지에 대해서는 여러 가지 접근방법들이 제기되고 있다. 즉 전술한 바와 같은 국제조약상의 내국민대우의 원칙이 보호국법(lex loci protectionis) 또는 법정지법(lex fori)을 준거법으로 지정하고 있다고 보는 견해로부터, 국제적인 저작권거래의 안정성과 확실성을 높이기 위해서 저작권의 귀속 등에 관해서 저작물의 본국법(law of the work's country of origin)을 준거법으로 지정하고 저작물을 통신망에 처음으로 올리는 행위(uploading)가 이루어진 국가의 저작권법을 본국법으로 규정하는 입법을 해야 한다고 주장하는 입법론에 이르기까지 다양한 견해가 나와 있는 실정이다.

우리 [저작권법 제3조](#)를 보면, 외국인의 저작물도 일정한 요건 하에서 내국저작물과 마찬가지로 보호되기 때문에, 저작권의 준거법이 문제되는 진정한 의미의 국제사법적 문제는 좁은 의미의 외국저작물, 즉 우리나라에 상시 거주하지 않는 외국인이 맨처음 국내에서 공표하지 아니한 저작물에 대해서만 문제되고, 국내에 상시 거주하는 외국인의 저작물이나 국내에서 처음으로 공표된 외국인의 저작물에 대해서는 준거법을 대한민국 저작권법으로 지정한 것처

법 해석될 수도 있다. 그러나 [저작권법 제3조 1항](#)이 외국인의 저작물을 국제조약에 따라서 보호한다고 규정하고 있는 점을 고려해 보면, [같은 조 2항](#)이 일정한 요건하의 외국인 저작물을 내국저작물과 마찬가지로 보호한다고 규정한 것은 국제조약에 따른 보호가 없는 경우에도 일정한 범위의 외국인 저작물을 내국저작물과 마찬가지로 보호한다는 것을 규정하고 있을 뿐이지 저작권의 준거법을 지정한 것으로 확대해석할 수는 없다. 국내에서의 공표 자체가 저작권침해라고 주장되는 경우 또는 외국 저작권법상의 저작자 및 저작권자와 우리 저작권법상의 저작자 및 저작권자가 일치하지 않는 경우에 외국에서 저작권자라고 주장하는 자가 국내에서 공표했음에도 불구하고 내국인이 우리 저작권법상의 저작권자를 상대로 해서 저작권양도 또는 이용허락을 받을 수 있는 것인지의 문제에 부딪히게 되면, 여전히 우리나라의 저작권법에 의해서 저작자 또는 최초의 저작권자를 결정해야 할지 아니면 당해 외국인이 속한 외국의 저작권법에 의해서 판단해야 할지를 결정해야 하고, 바로 그러한 준거법 결정의 문제가 국제사법의 문제이기 때문이다.주93) 요컨대

[418]

우리 저작권법은 저작권에 관한 준거법을 지정하는 규정을 두고 있는 것으로 해석되지는 않는다.

준거법의 지정에 관한 일반법이라고 볼 수 있는 국제사법(2001년 개정 이전의涉外사법)을 보면, 저작권의 보호는 “그 침해지법”에 의한다고 규정되어 있다.주94) 침해지법(*lex loci delicti*)을 준거법을 규정하게 된 것은 저작권의 침해지가 저작권분쟁에 관해서 가장 밀접한 연결점이라고 볼 수 있고, 국제사법에 관한 외국입법례와 저작권에 관한 국제조약의 해석상 침해지법을 준거법으로 보는 것이 일반적인 경향이기 때문이다. 특히 국제조약상의 내국민 대우의 원칙은 조약상 보호되는 권리의 범위 내에서는 보호국법(*law of the protecting country*)이 준거법으로 된다는 것을 암시하고 있는 것으로 해석되고 있는데, 우리 국제사법은 그 보호국법의 의미가 법정지법(*lex fori*)이 아니고 침해지법이라는 점을 분명히 하면서 침해지법이 지적재산권의 준거법으로 지정된다고 하는 원칙을 규정한 것으로 보인다. 인터넷이 등장함에 따라서 다수의 국가에서 저작권침해가 발생할 가능성이 높아졌고, 그러한 경우에는 당해 국가들의 저작권법을 모두 살펴보아야 한다는 결과로 되고, 그러한 결과를 피하기 위해서는 인터넷에 무단복제물을 올리는 행위(*Uploading*)가 이루어진 국가의 법을 준거법으로 해석하거나 그러한 내용을 입법을 할 필요가 있다고 주장하는 견해도 있다.

2001년에 개정된 우리 국제사법의 특징중의 하나는 이 법에 의해서 지정된 준거법이 해당 법률관계와 근소한 관련이 있을 뿐이고 그 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재하는 경우에는 그 다른 국가의 법에 의한다고 규정하고 있는 점이다.주95) 이것은 어떻게 보면 준거법지정의 예외가 아니고 해당 법률관계와 “가장 밀접한 관련(*the most significant relationship*)”을 가진 국가의 법을 준거법으로 보는 원칙을 선언한 것이라고 볼 수도 있다. 예컨대, 저작자가 누구인지 또는 직무저작의 경우에 누구에게

[419]

저작권이 귀속되는지 등의 문제에 있어서는 저작물의 원산지(*source country*)가 보다 밀접한 관련을 가지고 있다고 판단될 가능성도 있고주96), 직무저작이나 저작권의 양도 등에 있어서 침해지 이외의 국가의 법을 준거법으로 보는 외국입법례도 있다.주97) 그러나 인터넷의 등장으로 인터넷접속이 가능한 다수의 국가에서 저작물이 동시에 배포되는 경우에 당해 저작물의 원산지를 어느 국가로 보아야 할 것인가의 문제가 새롭게 제기되고 있다.

주1)

21세기의 대부분 국가들의 경제에 있어서, 자연자원(토지)이나 자본 또는 노동력보다 인터넷 또는 정보기술이 그 발전 내지 변화의 가장 커다란 요소가 될 것이다.

주2)

<http://www.nua.ie> 및 <http://stat.nic.or.kr/>의 인터넷 통계 자료 참조.

주3)

홍동표 등, 국내인터넷 쇼핑 시장 분석 및 전망(정보통신정책연구원, 2004), 39면.

주4)

중앙일보 2004년 11월 23일자 E3면.

주5)

예컨대, 인터넷은 기존의 언론매체와는 달리 쌍방향적인 매체(Interactive Media)로서 정보의 제공자와 수신자가 따로 구분되어 있지 않기 때문에, 여론의 수렴방식을 달리하는 새로운 차원의 정치나 민주주의를 등장하게 하였다. 또 인터넷을 통하여 화상교육이나 화상진료 그리고 화상재판과 화상회의 등과 같이 원격적으로 이루어지는 새로운 형태의 생활이 가능하게 됨에 따라서 우리 사회와 문화 전반에 커다란 변화가 생기고 있다.

주6)

[저작권법 제92조](#).

주7)

발행인이 타인의 번역물을 무단개작 번역하도록 의뢰하여 번역 출판한 경우에 공동불법행위가 인정된 사례([대법원 1990.2.27. 선고 89다카4342 판결](#)). 저작권을 침해한 서적을 출판한 출판사 대표도 저작권침해의 죄를 범한 것으로 해석한 사례([서울형사지방법원 1995.3.31. 선고 94노5248 판결](#)(확정)).

주8)

다만 저작물작성위탁관계에 있어서는 사용자와 피용자간의 관계가 없다고 판시한 [대법원 1996.6.11. 선고 95다49639 판결](#) 참조.

주9)

한국전기통신공사 노조가 PC통신하이텔에 올린 통신게시물을 한국PC통신측이 임의로 삭제했다고 주장하면서 한국PC통신을 상대로 손해배상청구소송을 제기한 사건에서, 대법원은 이용자가 게재한 서비스 내용이 다른 사람을 중상모략하거나 공공질서 및 미풍양속에 위반될 때에는 이용자에게 사전통지 없이 게시물을 삭제할 수 있다고 하는 한국PC통신이용약관은 고객에게 부당하게 불리한 조항이 아닌 만큼 유효하다고 전제하고, 따라서 한국PC통신이 이용자 약관에 위반되는 통신게시물을 삭제한 행위는 정당하다고 판시한 바 있다: [대법원 1998.2.13. 선고 97다37210 판결](#).

주10)

cocktail사건에서 중앙대학교는 권리자로부터의 고지를 받은 후 침해행위를 방지하기 위한 조치를 취해서 아무런 책임을 지지 않는다고 판시되었다([서울지방법원 1999.12.3. 선고 98가합111554 판결](#)). 이로 인해서 “인터넷제국” 사건에서는 웹사이트에 게재된 동영상화일이 무단복제된 것임을 알면서도 그 업로드와 다운로드를 용이하게 하기 위해서 서버디렉토리를 만드는 등의 행위를 계속했기 때문에 저작권침해를 방조한 책임을 진다고 판시된 바 있다 ([서울지방법원 2001.8.24. 선고 2000가합83171 판결](#)).

주11)

Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417(1984).

주12)

[서울지방법원 1999.12.3. 선고 98가합111554 판결](#).

주13)

[서울지방법원 1997.9.12. 선고 96가합75067 판결](#).

주14)

[대법원 1998.2.13. 선고 97다37210 판결](#).

주15)

[수원지방법원 성남지원 2002.7.9.자 2002카합77 결정](#); [수원지방법원 성남지원 2003.10.24. 선고 2003가합857 판결](#); [수원지방법원 성남지원 2003.2.14. 선고 2002카합254 판결](#); [서울고등법원 2005.1.25. 선고 2003나80798 판결](#); [서울지방법원 2003.5.15. 선고 2001고단 8336 판결](#); [서울중앙지방법원 2005.1.12. 선고 2003노4296 판결](#).

주16)

[법률 제6134호 개정 저작권법 제2조 제14호.](#)

주17)

[서울고등법원 2005.1.25. 선고 2003나80798 판결.](#)

주18)

[서울고등법원 2005.1.25. 선고 2003나80798 판결.](#)

주19)

[대법원 2003.1.10. 선고 2002다35850 판결.](#)

주20)

[서울중앙지방법원 2005.1.12. 선고 2003노4296 판결.](#)

주21)

[저작권법 제77조의2 제5항](#)도 저작권자의 소명과 복제중단요구에 따라서 온라인서비스제공자가 지체없이 무단복제를 중단시킨 경우에는 온라인서비스제공자가 저작권침해로 인한 책임을 감경 또는 면제받을 수 있다고 규정하고 있는데, 이는 온라인서비스제공자에게 저작권 침해의 적극적인 조사 및 통제의 작위의무가 없음을 전제로 하고 있는 것으로 보인다.

주22)

[서울지방법원 1999.12.3. 선고 98가합111554 판결.](#)

주23)

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

주24)

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

주25)

이 판결은 그 판시내용에서 직접책임과 기여책임을 모두 언급함으로써 논자에 따라 앞서 Playboy Enterprises, Inc. v. Frena 사건과 마찬가지로 침해자의 직접책임을 인정하였다는 입장[[오승중 · 이해완 공저, 저작권법\(개정판\), 박영사, 2000, p. 481](#)], 혹은 기여책임을 법리에 따른 것이라는 상이한 해석이 있는 바, 그 뒤의 Sega Enterprises v. Maphia, 948 F. Supp. 923(1996) 판결에서 직접책임은 명백하게 부인하고 기여책임을 인정함으로써 전자와 같이 해석하는 입장에 따른다면 이 부분 책임에 관한 법원의 입장은 번복된 것이다.

주26)

23 Media L. Rep. 1794(N.Y. Sup. Ct. 1995).

주27)

유사한 판결로, Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc., 907 F. Supp.1361(N.D.Cal. 1995).

주28)

Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc., 907 F. Supp. 1361(N.D.Cal. 1995).

주29)

17 U.S.C. § 512.

주30)

17 U.S.C. § 512(a): 전화망사업자 또는 케이블망사업자가 이에 해당된다.

주31)

17 U.S.C. § 512(b): 소위 system caching service를 제공하는 경우가 이에 해당된다.

주32)

17 U.S.C. § 512(c): 전자게시판(Bulletin Board System: BBS)기능을 제공하는 경우가 이에 해당된다.

주33)

17 U.S.C. § 512(d): Yahoo와 같은 포털서비스제공자가 이에 해당된다.

주34)

따라서, 냅스터사건 즉 A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 54 U.S.P.Q.2d 1746(N.D. Cal., 2000), 239F.3d 1004(9th Cir. 2001)에서도 냅스터가 어느 유형의 서비스를 제공한 것인가에 다툼이 핵심을 이루고 있다.

주35)

우리나라의 저작권부처는 문화관광부 저작권자라고 볼 수 있으나, 미국은 연방의회 내의 저작권청이 저작권등록 및 기타의 저작권문제를 담당하는 커다란 조직으로 존재함.

주36)

Information und Kommunikationsdienste Gesetz, IuKDG.

주37)

Teledienstegesetz, TDG.

주38)

온라인서비스법(Teledienstegesetz) 제9조 내지 제11조.

주39)

“특정전기통신역무제공자의 손해배상책임의 제한 급 발신자정보의 개시에 관する 법률”.

주40)

개정 저작권법 제5장의2 “온라인서비스제공자의 책임 제한” 참조; 2002.12.30. 개정된 컴퓨터프로그램보호법 유사한 책임제한 규정을 두고 있다([컴퓨터프로그램보호법 제34조의2, 제34조의3](#)).

주41)

복제 · 전송을 방지한 경우에도 마찬가지이다([저작권법 제77조 1항](#)).

주42)

예컨대, 옥션 이용약관 제31조는 다음과 같은 규정을 두고 있다:

제31조(게시판의 이용) 가. 게시판 이용 원칙

1) 회사는 사이트 내에서 회원들이 지식을 공유할 수 있는 게시판을 운영하거나, 일정한 자격을 가진 회원들이 이를 운영할 수 있도록 할 수 있습니다. 회원들은 본 이용약관에 대한 동의로써 게시판을 사용할 수 있으며, 회원에 의한 게시판 운영은 별도 이용약관에 의합니다.

2) 게시물(이미지 문구 및 첨부파일 등을 포함합니다)로 인해 발생하는 저작권 침해를 비롯한 민, 형사상의 모든 책임은 당해 게시물의 게시자에게 있으며, 회사는 이에 대해 책임지지 않습니다.

주43)

17 U.S.C. 512(c) and(d)

주44)

인터넷 경매서비스제공자의 책임을 판단함에 있어서 검색엔진 등에 관한 규정이 아니라 게시판제공자에 관한 규정을 적용한 것은 이해하기 어렵지만, 인터넷 경매서비스제공자의 책임을 부인한 미국 사례로 Robert Hendrickson v. eBay, Inc., 165 F.Supp.2d 1082(C.D.Cal., 2001) 참고.

주45)

[정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제44조.](#)

주46)

이러한 관점에서 옥션의 이용약관 제20조는 권리자에 의한 침해사실의 통지와 그에 따른 옥션의 조치에 따른 책임면제에 관해서 다음과 같이 규정하고 있다:

제20조(매매부적합물품) 가. 회사는 등록된 물품이 온라인상에서의 매매, 유통에 적합하지 않은 물품인 경우에는 직권 또는 권리주장자의 요청에 따라 해당 물품 등록을 삭제, 취소하거나 중지할 수 있습니다.

다. 회사는 권리의 보호를 위하여, 권리주장자가 회사가 정한 절차 및 방식에 따라 실고 또는 요청을 하는 경우, 당해 물품등록을 삭제, 취소 또는 일시 중지하고 이를 해당 물품의 판매자에게 통지합니다. 이러한 경우 회사는 당해 권리주장자의 신원, 신고 또는 요청이 회사의 절차 및 방식에 부합하는지 여부만을 서면으로 심사할 책임을 지는 것에 그치며, 당해 권리의 실질적 유효성 및 범위, 당해 권리의 주체 및 동 권리에 관련된 계약 또는 실질적 관계 등에 대한 심사를 행하지 않습니다. 회사는 권리주장자의 신고 또는 요청에 의한 물품등록의 삭제, 취소 또는 일시 중지에 대해 일체의 책임을 지지 않으며, 이는 권리주장자와 판매자 사이에서 해결되어야 합니다.

라. 회사가 직권 또는 권리주장자의 신고 또는 요청에 따라 해당 물품등록을 삭제, 취소하거나 중지한 경우, 판매자는 이에 대한 이의를 회사가 정한 절차와 방식에 따라 소명함으로써 회사의 조치에 대한 중단을 요청할 수 있습니다. 이 경우 회사는 판매의 재개, 재등록 등의 조치를 취하고 이를 권리주장자에게 통보합니다. 판매자의 소명이 있는 경우, 회사는 해당 소명이 회사가 정한 절차와 방식에 부합하는 지 여부만을 서면으로 심사하는 것에 그치며 해당 소명의 유효성, 적법성, 타당성 및 판매자의 권리 등에 대한 심사를 행하지 않습니다. 회사는 판매자의 소명에 따른 판매의 재개, 재등록 등에 대하여 일체의 책임을 지지 않으며, 이는 권리주장자와 판매자 사이에서 해결되어야 합니다.

주47)

[저작권법시행령 제28조의2.](#)

주48)

ALS Scan, Inc. v. RemarQ Communities, Inc., 239 F.3d 619(4th Cir. 2001).

주49)

Robert Hendrickson v. eBay, Inc., 165 F.Supp.2d 1082(C.D.Cal., 2001).

주50)

[대법원 1997.3.14. 선고 96도1639 판결](#)은 상표권침해죄의 방조가 성립한다고 판시하고 있으나, 동일한 사안이 공동불법행위의 성립으로 인한 민사책임을 추궁할 수 있는 예가 될 수도 있을 것이다.

주51)

특허권의 간접침해가 언제나 특허권침해의 죄를 구성하는 것은 아니라고 판시한 [대법원 1993.2.23. 선고 92도3350 판결](#)은 상표권의 간접침해도 원용될 수 있을 것이다.

주52)

위 [선고 92도3350 판결](#).

주53)

[대법원 1983.12.27. 선고 83도2748 판결](#); [대법원 1990.9.25. 선고 90도1534 판결](#); [서울형사지방법원 1991.10.25. 선고 90노2186 판결](#); [서울형사지방법원 1992.4.24. 선고 92노 1160 판결](#) 외 다수.

주54)

위 [96도1639 판결](#).

주55)

쌍방향컴퓨터서비스제공자란 복수의 이용자들이 컴퓨터서버에 접속해서 정보교환이나 거래 등을 가능하게 해주는 서비스제공자를 의미한다: 47 U.S.C. § 230(f)(2).

주56)

47 U.S.C. § 230(c)(1).

주57)

Randall Stoner v. eBay, Inc., 56 U.S.P.Q.2d 1852(Superior Court San Francisco County, 2000).

주58)

Lars Gentry et al. v. eBay, Inc., 121 Cal.Rptr.2d 703(CA, California, 2002).

주59)

미국통신품위법은 상충되는 주법에 우선한다는 점을 명백히 하고 있다: 47 U.S.C. § 230(c)(3).

주60)

가짜 로렉스시계가 경매사이트에 올라온 사건에서 독일연방최고재판소가 내린 판결: Decision of the Federal Supreme Court of Germany(Case No. I ZR 304/01, 11 March 2004).

주61)

예컨대, “internet.com”과 “consumers.com”이라는 도메인이름은 미화10만달러에 판매된 바 있고 “business.com”이라는 도메인이름은 미화15만달러에 판매된 바 있다. 이 경우 그 재산적 가치는 당해 도메인이름에 구축된 웹사이트에 방문하는 방문자 숫자가 주된 기준이 된다: Wendy R. Leibowitz, Domain Name Market Heats Up, The National Law Journal(March 23, 1998), p. B6.

주62)

독일판례 가운데는 뒤셀도르프지방법원이 단순한 등록보유만으로는 상표의 사용이라고 볼 수 없다고 판시한 바도 있는 반면에(Urteil vom 04.04.1997-34 O 191/96, <http://www.online-recht.de/vorent.html?LGDuesseldorf>) Braunschweig지방법원은 단순한 등록보유만으로 상표의 사용에 해당된다고 판시한 바도 있고(Urteil vom 05.08.1997-9 O 188/97, <http://www.online-recht.de/voror.html?/Domains>), 영미판례는 다수의 판례가 등록해서 판매하는 것을 상표권의 침해로 인정하고 있다: British Telecommunications Plc. v. One in a Million, 98/0092-95/B(CA, July 1998); Panavision International L.P. v. Toeppen, 46 U.S.P.Q.2d 1511(9th CA, April 1998)

주63)

867 F.Supp. 202(S.D.N.Y. 1994).

주64)

40 U.S.P.Q.2d 1836(DCNCalif., 1996).

주65)

46 U.S.P.Q.2d 1511(9th CA, April 1998).

주66)

999 F.Supp. 1337(C.D. Cal., 1998)

주67)

Avery Dennison v. Sumpton, 189 F.3d 868(9th Clr., 1999).

주68)

95-CV4693(D.Colo., 1997).

주69)

“Viagra” 사건의 하급심판결 ([서울지법 1999.11.18. 선고 99가합8863 판결](#))은 부정경쟁방지법이 개정되기 이전에 내려진 판결이어서, 원고의 성기능장애치료제와 피고 도메인이름 보유자의 건강식품판매업은 상이하고 수요자간 혼동가능성이 없다고 판시한 바 있고, FedEx사건 ([서울지법 2000.12.8. 선고 2000가합37185 판결](#))도 원고의 화물운송업과 피고 도메인이름 보유자의 자동차부품 수출 및 판매업은 서로 유사하지 않고 수요자간에 혼동의 가능성이 없다고 판시한 바 있다.

주70)

[대법원 1996.6.11. 선고 95도1770 판결.](#)

주71)

[서울지법 2001.11.9. 선고 2001가합5123 판결.](#)

주72)

[서울지방법원 1999.10.8. 선고 99가합41812 판결, 서울지법 1999.11.24. 99카합2819 결정.](#)

주73)

개정 2004.1.20. 법률 제7095호.

주74)

제정 2004.1.29. 법률 제7142호.

주75)

<http://ecommerce.wipo.int/domains/process>.

주76)

World Wrestling Federation Entertainment, Inc. v. Michael Bosman.

Case No. D99-0001(<http://arbitrator.wipo.int/domains/decisions/index.html>).

주77)

[상표법 제2조](#).

주78)

[서울고등법원 2001.7.4.자 2000라452 결정\(grammy.co.kr\)](#); [창원지방법원 2005.5.18. 선고 99가합9363 판결\(rolls-royce.co.kr\)](#) 등.

주79)

[상표법 제65조 1항](#).

주80)

『전자거래법』, 233면; 송영식 외, 전거서, 280면 등.

주81)

[서울지방법원 2000.9.22. 선고 2000가합5188 판결](#); [서울지방법원 2000.9.8. 선고 2000가합6471 판결](#) 등.

주82)

[이상정, 「소위 샤넬 판결」, 『창작과 권리』\(1999년 겨울\), 84면](#); [이대희, 「도메인 네임 분쟁에 관한 판례의 비교법적 분석」, 『창작과 권리』\(1999년 겨울\), 74면](#).

주83)

[부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률 제4조 1항](#).

주84)

개정 2004.1.20. 법률 제7095호.

주85)

[부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률 제4조 1항 아목.](#)

주86)

[인터넷주소자원에관한법률 제12조 제1항.](#)

주87)

banner라고 함은 인터넷웹브라우저의 메뉴바 밑의 조그만 현수막이나 깃발 모양의 직사각형이고, banner 광고라고 함은 그 속에 광고문안이나 그림을 삽입하고 그 문안이나 그림이 반짝거리거나 움직임으로써 인터넷이용자들의 시선을 집중시키는 방식의 광고를 말한다.

주88)

광고문안이 있는 배너를 클릭하게 되면 곧바로 그 광고주의 웹사이트로 연결되어 물품이나 서비스의 구입행위로 직결될 수 있다는 점에서 직접적이고 효율적인 광고방법이다.

주89)

playboy 및 playmate 라는 검색어를 입력하면 포르노회사들의 배너광고가 나오도록 상표 검색어방식의 배너광고를 가지고 있는 검색웹사이트 “Excite”와 검색엔진 개발업자 “Netscape”를 상대로 한 소송에서 미국연방지방법원은 상표권침해를 부인했다: Playboy Enterprises, Inc. v. Netscape Communications Corp., No. 99-320(C.D. Cal. Feb. 11, 1999) and Playboy Enterprises, Inc. v. Excite, Inc., No 99-321(C.D. Cal. Feb. 5, 1999); 2000 U.S. Dist. LEXIS 13418, 2000 WL 1308815(C.D.Cal. Sept. 12, 2000).

주90)

지적재산권의 침해와는 무관한 형사사건이지만, 예컨대, Yahoo 게시판에 나치에 대한 예찬론과 나치에 의한 대학살 등의 전범행위의 부인을 내용으로 하고 있는 게재물이 올라오고 Yahoo 경매사이트에 나치관련 상품이 매매되자, 그 프랑스 자회사 Yahoo France는 나치 예찬이나 나치관련 상품의 판매를 금지하는 프랑스형법 제645조의2(Sec. R645-2 of the French Criminal Code)에 따라서 www.yahoo.fr에 올라와 있는 나치예찬게시물과 관련 상품목록을 모두 삭제했으나, 프랑스 이용자들은 여전히 미국의 Yahoo 사이트에서 나치예찬 게시물을 보고 나치관련 상품을 경매로 구입할 수 있었고, 이 사건을 담당한 프랑스 파리지방법원(Tribunal de Grande Instance de Paris)은 미국 소재 Yahoo를 피고로 한 소송의 재판관할권이 있다고 판단한 후 Yahoo로 하여금 나치예찬 게시물과 나치관련 상품목록을 모두 삭제할 것과 그 위반시 벌금을 지급할 것을 결정한 바 있다. 이에 Yahoo는 캘리포니아 연방지방법원에 프랑스 파리지방법원의 결정이 미국에서 집행될 수 없음을 확인해줄 것을 청구하는 소송을 제기했고, 연방지방법원은 프랑스 피신청인 LICRA 및 UEJF에 대한 재판의 관할권을 가지고 있다고 판단한 후, 프랑스 파리지방법원의 결정을 미국에서 집행하는

것은 미국연방헌법상 표현의 자유를 침해하게 되므로 동 결정은 미국에서 집행될 수 없다는 것을 확인하는 중간판결(summary judgement)을 내린 바 있다. 피신청인은 이에 항소했고, 미국연방항소법원은 피신청인이 파리지방법원의 결정을 집행하기 위한 소송을 제기한 경우와는 달리 피신청인이 집행을 소를 제기하기 이전에 Yahoo가 제기한 본건 소송에서 피신청인이 법정지 캘리포니아와 계속적이고 체계적인 접촉(contacts)이 있다고 볼만한 사정이 없기 때문에 재판관할권을 인정한 지방법원의 판결을 파기하고 환송한다고 판시했다: Yahoo, Inc. v. Ligue Contre Le Racism et L'antisemitisme and L'Union des Edudiants Juifs de France(9th Cir. 2004).

주91)

예컨대, Auction 이용약관 제30조는 다음과 같은 규정을 두고 있다:

제30조(준거법 및 관할법원) 이 약관과 회사와 회원간의 서비스이용계약, 회원 상호간의 물품거래에 대해서는 대한민국 법령이 적용되며, 이 약관, 회사와 회원간의 서비스 이용계약 및 회원 상호간의 물품 거래에 관한 해석과 관할법원에 대하여는 대한민국 법령에 따릅니다.

주92)

대법원은 피고가 원고의 일본 상표를 위조해서 일본의 보따리상에게 판매한 사건(동일한 상표가 한국에서도 등록되어 있어서 한국에서의 상표권침해는 인정되었지만 그로 인한 원고의 구체적인 손해는 없다고 보았기 때문에 일본에서의 상표권침해가 중요한 문제로 된 사건)에서, 한국에서 일본의 보따리상에게 판매한 행위가 일본에서의 위조상품의 판매라고 하는 상표권침해행위를 도와주었거나 조장한 것이라고 볼 수도 있지만, “속지주의를 채택하고 있는 일본의 상표법 하에서는 상표권이 등록된 나라의 영역 외에서 당해 상표권의 등록국에서의 침해행위를 유도하는 등 이에 관하여는 행위는 불법행위를 구성하지 아니하는 것”으로 해석된다고 판시한 바 있다.

주93)

예컨대 프랑스나 독일의 기업 “갑”에 고용되어 그 직무상 저작물을 창작한 “을”이 자국에서의 저작자 및 저작권자임을 주장하면서 한국의 “병”과 저작물이용허락계약을 체결할 수 있는지, 그리고 만일 한국내에서의 저작물공표가 자국내에서의 공표일로부터 30일 이내에 이루어진 경우에는 내국저작물과 대한민국의 저작권법이 적용되어 그 저작자 및 저작권자로 되는 “갑”이 저작권을 주장할 수 있는 것인지 등이 문제되고, 이러한 문제는 저작권에 관한 국제사법 규정에 따라서 판단될 수 있는 문제인 것이다.

주94)

[국제사법 제24조.](#)

주95)

[국제사법 제8조.](#)

주96)

Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc., 153 F.3d 82(2d Cir., 1998).

주97)

스위스 국제사법 제110조, 제121조, 제122조. 미국연방저작권법 제104조의 A는 특히 회복 저작물의 저작권은 당해 저작물의 원산지법(law of the source country)에 따라서 최초의 저작권자 또는 저작자로 판단되는 자에게 귀속된다고 규정하고 있어서, 회복저작물의 저작권귀속에 대해서는 침해지법이 아니라 원산지법이 준거법으로 된다는 점을 명백히 하고 있다.