

상표권 침해정보제공에 따른 정보통신서비스 제공자의 규제에 관한 문제점

강이삭* · 김용길** · 박성필***

- | | |
|------------------------------|---------------------------|
| I. 서론 | 1. 행정처분 및 임시조치의 관계 |
| II. 상표권침해정보 규제의 일반론 | 2. 상표권침해정보 규제현황 |
| 1. 정보통신서비스 제공자와 상표권 침해정보 | IV. 상표권침해정보 규제의 문제점 및 시사점 |
| 2. 행정처분을 통한 규제 | 1. 행정처분을 통한 규제의 한계 |
| 3. 사적자치로서의 임시조치 | 2. 임시조치를 통한 규제의 한계 |
| 4. 판례의 태도 | 3. 시사점 |
| III. 상표권침해정보 규제모델의 관계 및 규제현황 | V. 결론 |

* 한국과학기술원(KAIST) 문술미래전략대학원, 경영학석사(제1저자).

** 원광대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사(제2저자).

*** 한국과학기술원(KAIST) 교수, 미국 변호사, 법학박사(교신저자).

초 록

최근 인터넷 기술의 발달 및 스마트폰의 보급화로 개인쇼핑몰, 오픈마켓, SNS 등 다양한 정보통신서비스 제공자를 통한 온라인 상표권침해, 그중에서도 대표적으로 위조상품 유통에 대한 제반 문제가 기승을 부리고 있어 정부 부처, 상표권자 등 이해관계자가 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」에 따라 적극적인 규제 노력을 펼치고는 있으나 법률, 기술 등 다양한 측면에서 점차 그 한계점을 노정하고 있는 실정이다. 우리나라는 전통적으로 온라인 상표권침해정보에 대해 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7에 따른 방송통신심의위원회의 행정처분으로서의 시정요구와 동법 제44조의2에 따른 사적 자치로서의 임시조치를 통하여 규제하여 왔다. 그러나 행정처분의 경우 서버를 해외에 두고 운영하는 웹사이트에 대해 법률적·기술적 한계로 인하여 근본적인 제재가 불가능하고, 아울러 임시조치 역시 법 조항의 모호성 및 세부 대응절차에 대한 지침을 제공하는 가이드라인의 부재로 인해 정보통신서비스 제공자의 자율의지에 맡길 수밖에 없어 국내에서의 온라인 상표권침해정보에 대한 규제는 ‘실질적 규제’보다는 ‘개념적 규제’에 가깝다고 할 수 있다. 즉, 적극적인 규제가 아닌 소극적, 간접적 규제방식에 대부분 의지하고 있는 현실인 것이다. 따라서 본 논문에서는 전통적인 상표권침해정보의 규제체계에서 새로운 규제 패러다임으로의 변화를 이끌어 내기 위하여 정보통신서비스 제공자의 규제에 대한 유형별 문제점을 파악함으로써 구체적인 규제개선의 방향성을 제시하고자 한다.

주제어

행정처분, 임시조치, 정보통신서비스 제공자, 상표권침해, 위조상품 유통정보

I. 서 론

오늘날 지식재산권은 해가 지날수록 더욱 중요한 국가 간의 통상이슈로 주목받고 있으며 향후 그 영향력은 지금보다 더욱 커질 것으로 전망된다. 하지만 지식재산권 중에서도 상표권, 특히 위조상품의 유통 등 상표권침해로 인한 경우에 소비자, 상표권자, 합법적 생산자, 정부 등 그 피해 대상과 규모의 범위가 급속도로 증가하고 다양화되고 있을 뿐만 아니라¹⁾ 최근에는 의약품, 화장품 등 소비자의 건강과 밀접한 상관관계를 갖는 분야에서 위조활동이 급증하면서 소비자의 안전을 위협하고 있어 강력한 규제의 필요성이 그 어느 때보다 높다고 할 수 있다.²⁾ 전자통신 및 인터넷 기술이 발달하면서 상표사용이 전통적·물리적 개념에서 온라인 키워드 광고, 이메일 광고, 도메인명 등 비교적 추상적인 개념으로까지 확대되었지만 이렇게 다양한 온라인 상표의 사용과 관련하여 제3자의 상표를 도용할 경우에 이를 상표권침해로 볼 수 있는지에 대해서는 우리나라를 포함한 여러 국가에서 논란이 제기되

1) 상표권자와 생산업체는 위조상품으로 인한 브랜드의 명성저하 및 수익 감소를 겪게 되고, 정부 입장에서는 국내외 투자 유치 저하, 탈세 등 유형의 손실뿐 아니라 국가 브랜드 이미지에 대한 심각한 무형적 손해를 입게 되면서 회복하기 어려운 타격을 받게 된다.

2) 상표권보호의 문제는 단순히 상표권자의 사적인 이익보호차원을 넘어 상표에 화체된 신용에 대한 일반 소비자의 신뢰 및 이익을 보호하는 공적인 가치보호의 문제이기도 한데, 아직까지 소비자의 이익보호 측면에 대한 대중의 인식은 저조한 상황이다. 2015년 특허청에서 발표한 ‘위조상품 연도별 단속통계’를 살펴보면 2011년 MCM, 샤넬 등 명품패션류에서 2015년 정관장, 리더스인솔류션, 헤라 등 건강식품류 및 화장품류로 가장 활발히 생산·유통되는 위조상품 인기품목이 과거에 비해 인체에 직접적인 피해를 줄 수 있는 상품류로 급격히 변화했다는 사실을 알 수 있다. 또한 한국지식재산보호원에서 2013년에 시행했던 위조상품 소비자 인식도조사의 결과에 따르면 사전에 위조상품임을 인지하고 상품을 구매하는 소비자가 85.1%, 해당 구매사실을 다른 지인에게 말한 경우가 58.3%로 아직까지 위조상품에 대한 소비자의 문제인식 상태가 낮다는 것을 짐작할 수 있다. 여기서의 문제는 위조상품 판매사범의 지능적인 판매수법과 기술의 발달로 인해 일반 소비자입장에서 정품과 위조상품을 구별하기가 어려워지고 있으며 품목 역시 생명에 치명적인 영향을 줄 수 있는 식품류, 의약품, 전자기기 등으로 다양화되고 있다는 사실이다. 따라서 상표권자와 소비자, 양자의 법익보호를 위해, 나아가 국가경제의 활성화를 위해서 상표권을 효과적으로 보호하는 방안을 연구하는 것은 큰 의미가 있다고 하겠다.

고 있다. 최근에 특허청 특별사법경찰대는 전국의 20여 개 도·소매업자를 통해 루이뷔통과 샤넬 등 유명상표를 도용하여 위조상품 15만여 점(정품시가 3,200억 원 상당)을 유통·판매한 위조상품 판매사범을 검거하였는데³⁾ 이 사건을 통해서도 알 수 있듯이 현재 많은 양의 위조상품이 온라인을 통해 거래되고 있으며, 익명성으로 무장한 온라인 공간에서 이러한 불법 위조상품의 판매는 향후 더욱 제어되기 어려운 방향으로 진화할 것으로 예상된다. 보통 불법 위조상품 판매자를 단속기관에서 적발하고 입건하기까지 상당한 시간이 소요되거나 적발 자체가 어려운 경우가 대부분이며, 적발이 되어도 이미 온라인 거래를 통해 수백억 원에 이르는 부당수익을 얻은 후이기 때문에 실제로 물리적인 단속 이전에 온라인을 통한 위조상품 유통정보에 대한 규제 의 중요성이 매우 크다고 할 수 있다.

우리나라는 2011년에 국가 지식재산에 대한 전반적인 컨트롤 타워의 역할을 수행하는 국가지식재산위원회가 출범하였고 특허청 특별사법경찰대, 한국지식재산보호원, 방송통신심의위원회 등 여러 기관이 온라인 위조상품에 대한 유통을 근절하기 위하여 적극적인 노력을 펼치고 있지만⁴⁾ SNS, 블로그, 카페 등 다양한 온라인 플랫폼을 통한 위조상품 유통이 여전히 성행하고 있어 아직까지 그 실효성이 부족하다는 평가를 받고 있으므로,⁵⁾ 이에 대한 효과적인 대책 마련이 시급한 실정이다. 따라서 국내 온라인 위조상품에 대한 유통정보를 효율적으로 규제하기 위해서는 지금까지의 사후적(Reactive)·소극적(Passive) 규제를 사전적(Proactive)·예방적(Preventive)인 규제 패러다임으로 전환시키려는 노력과 함께 해외 입법례를 살펴봄으로써 국내 법률을 선진화시키려는 노력이 수반되어야 할 것이다. 하지만 이를 위

3) 이는 국내 최대 규모로서, 조사결과 사무실 인근에 물품창고를 운영하면서 중간 판매업자에게 택배로 물건을 배송하고 위조상품을 공급받은 전국의 20여 개 도·소매업자들은 카페, 블로그 및 SNS를 통해 상품을 유통한 것으로 확인되었다. 최형훈, “루이뷔통·샤넬 등 ‘짝퉁’ 15만 점 적발...역대 최대 3,200억 원 규모”, 한국정책신문, <<http://www.kpinews.co.kr/news/articleView.html?idxno=31222>>, 검색일: 2017.1.10.

4) 한국지식재산보호원·한국저작권위원회·저작권보호센터·한국지식재산연구원, “지식재산 보호집행 연차보고서”, 국가지식재산위원회, 2015, 48면.

5) 특허청, “2015 지식재산백서”, 특허청, 2016, 254면.

해서는 먼저 현재 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」상 정보통신서비스 제공자로 규정되어 있는 보통의 온라인 플랫폼을 통한 위조상품의 유통현황을 살펴보는 동시에 행정처분 및 사적 자치로서의 임시조치 등 온라인 상표권침해정보에 대한 규제제도가 갖고 있는 한계점을 분석하는 작업이 선행되어야 한다. 따라서 본 논문에서는 상표법 제108조(침해로 보는 행위) 제1항 제1호에서 명시하고 있는 타인의 등록상표를 그 지정상품과 동일·유사한 상품에 사용하는 행위, 즉 온라인 상표권침해의 대표적 유형인 위조상품 유통정보를 연구대상으로 설정하고 이를 규제하기 위한 근거로서 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」에 초점을 맞추어 동법 제44조의7과 제44조의2에서 규정하고 있는 행정처분으로서의 시정요구 및 사적 자치로서의 임시조치 규정의 문제점을 분석하고자 한다. 이는 온라인상에 유통되는 대량의 위조상품으로 인해 우리나라 기업들이 국내외에서 유·무형적으로 입는 피해가 심각한 만큼 정보통신서비스 제공자에 대한 규제의 문제점을 살펴봄으로써 효과적인 온라인 위조상품의 유통정보에 대한 제재 방안을 마련하는 데 많은 기여를 할 수 있으므로 의미가 있다고 여겨진다.

II. 상표권침해정보 규제의 일반론

1. 정보통신서비스 제공자와 상표권침해정보

인터넷 기술이 발달하고 그 영향력이 사회규범에 비해 빠르게 확산되면서 다양한 영역에서의 불법적인 활동이 급증하였고 이에 따라 인터넷을 어떻게 효과적으로 규제할 것인지에 대한 논의가 진행되었다. 인터넷은 새로운 미디어로서 사생활 보호 및 표현의 자유 등 개인의 자율성을 우선시하며 이용자의 참여를 장려하였지만 익명성이 보장되는 인터넷의 그늘 아래 이용자의 시민성과 도덕성은 인터넷의 발전 속도를 따라가지 못하였고, 이에 따라 사회적·윤리적 책임을 물을 수밖에 없는 규제 관련 이슈들이 촉발되어 사회

여러 분야에서 부작용을 보이고 있다.

그중에서도 위조상품의 경우 온라인상으로 권리침해 여부의 판단이 어려울 뿐 아니라 온라인의 익명성과 판매의 용이성을 가장 확실히 악용할 수 있는 분야라는 인식이 퍼져감에 따라 오프라인에서 위조상품을 유통하던 불법 판매사범들이 급속도로 온라인으로 이동하였고 결국 상표권침해를 통한 위조상품의 유통행위가 더 이상 오프라인에 국한되지 않고 온라인으로 확장되어 다양한 거래형태를 띠는 새로운 환경에 봉착했다. 현재 다양한 온라인 플랫폼은 위조상품의 불법적인 거래를 용이케 하는 중간 매개체로서 규제 관련 논의의 중심에 서 있다.

우리가 흔히 쇼핑, 친목도모, 관심사 공유 등 다양한 목적으로 이용하는 온라인 플랫폼의 법적 지위를 규정해 보면 영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 역할을 수행하므로 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조 제3호⁶⁾에 따라 ‘정보통신서비스 제공자’에 해당한다. 이외에도 저작권법에서는 온라인서비스제공자로 규정되기도 하고 간혹 인터넷서비스제공자라는 단어도 동일한 의미로 혼용되어 사용되고는 있으나 본 논문에서는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」에서 규정된 ‘정보통신서비스 제공자’로 통일하기로 하고, 위조상품의 유통에 대한 정보통신서비스 제공자를 논함에 있어 개인쇼핑몰,⁷⁾ 오픈마켓,⁸⁾ 포털,⁹⁾ SNS¹⁰⁾ 총 4가지 온라인 플

6) ‘정보통신서비스 제공자’란 「전기통신사업법」 제2조 제8호에 따른 전기통신사업자와 영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자를 말한다.

7) 온라인 시장이 활성화되면서 가장 빠른 성장을 보인 영역 중의 하나로서 옥션, G마켓 등 대형 오픈마켓과도 견줄 만한 총매출 규모를 자랑한다. 예전에는 개인쇼핑몰이 소액 규모로 운영되었으나 최근에는 연간 매출액이 100억에서 1000억 원을 넘나드는 대규모의 쇼핑몰이 등장하고 있다. 또한 네이버, 다음 등과 같은 대형 포털 기반의 온라인 광고 사업자에게 가장 큰 광고 고객이 개인쇼핑몰로 추정되고 있어 높은 홍보효과까지 누리고 있다. 따라서 불법 위조상품 쇼핑몰이 적법한 쇼핑몰처럼 광고되어 소비자를 기만하고 정신적·물질적 피해를 입히는 사례도 증가하고 있는 추세이다.

8) 오픈마켓은 온라인상에서 개인이나 소규모 업체가 개설한 점포를 통해 구매자에게 직접 상품을 판매할 수 있도록 하는 전자상거래 사이트를 총칭한다. 홈쇼핑이나 백화점 또는 대형마트 업체 등이 운영하는 일반적인 인터넷 쇼핑몰과 달리, 오픈마켓은 제품 생산

랫폼에 한정하기로 한다. 다음에서는 이러한 정보통신서비스 제공자의 유형과 각각의 특징 및 차이점에 대해서 알아보고자 한다. 우선 운영자와 판매자의 측면에서 살펴보면 개인쇼핑몰은 운영자와 판매자가 동일하여 불법행위의 주체가 운영자 본인인 반면 나머지 정보통신서비스 제공자의 경우에는 운영자와 판매자가 상이하여 불법행위의 주체가 개별 판매자가 된다. 판매형태에 있어서 개인쇼핑몰은 웹사이트 전체가 상표권을 침해하는 위조상품 판매에 초점을 맞추고 있으며, 수백 개에서 수천 개를 넘나드는 대량의 위조상품을 다룬다. 이에 비해 오픈 마켓, 포털, SNS의 경우에는 소량의 위조상품을 개별적인 게시물의 형태로 제공하고 있다.

기본적으로 행정처분은 모든 유형의 정보통신서비스 제공자를 대상으로 부과될 수 있지만 사이트폐쇄가 가능하고 처리기간이 평균 두세 달로 오래 걸린다는 점 때문에 개인쇼핑몰과 같은 대규모의 위조상품 관련 유통정보를 규제하기 위해서 주로 적용되고 있으며, 임시조치의 경우에는 운영자의 협조여지가 필수적으로 요구되므로 오픈마켓, 포털, SNS 등 적법한 운영자가

〈표 1〉 정보통신서비스 제공자별 특징 및 차이점

구 분	개인쇼핑몰	오픈 마켓	포털	SNS
운영자 및 판매자의 관계	운영자=판매자	운영자≠판매자		
불법행위 주체	운영자	개별 판매자		
판매형태	대량(사이트 전체)	소량(게시물별)		
규제유형	행정처분	임시조치(행정처분 가능)		

업체와 판매자 간의 중간 유통마진 없이 직접 구매자에게 제품을 판매할 수 있기 때문에 상품 가격이 저렴하다는 장점이 있다.

- 9) 포털사이트는 정보검색과 관심정보 공유 및 친목도모를 위한 커뮤니티 활동 등 다양한 영역에 걸쳐 사용자가 정기적으로 이용할 수 있는 서비스를 제공하는 플랫폼이다. 대표적인 국내 포털사이트로는 정보검색 서비스 기반의 네이버, 다음, 네이버 등이 있다.
- 10) 온라인상에서 공통의 관심사를 가진 이용자들 간의 정보공유를 활성화하고 축적된 인적 네트워크를 통해 다양한 커뮤니티 활동을 지원하는 SNS(Social Network Service)는 페이스북, 트위터 등 해외 서비스뿐 아니라 최근 국내 서비스까지 활성화되어 이용자들의 가입이 급증하고 있는 추세이다. 다수의 이용자를 대상으로 한 실시간 정보공유 및 자기표현 등 단순 게시글 게재가 SNS의 활용 본취지였지만 최근 카페·블로그와 마찬가지로 국내의 SNS 역시 불법·유해 정보의 유포 및 권리침해의 장으로 활용되고 있다.

관리·통제하는 정보통신서비스 제공자를 대상으로 적용된다.

정보통신서비스 제공자별 위조상품의 주요 유통현황을 살펴보면, 과거에는 개인쇼핑몰이 패션·의류 상품을 중심으로 판매하였지만 최근 품목이 자동차부품, 건강식품, 의약품 등으로 확대되어¹¹⁾ 정품 여부에 대한 감정이 어렵고 그에 따라 사이트의 폐쇄도 어려운 실정이다. 특히 해외 서버를 이용하며 위조상품을 유통하는 불법쇼핑몰의 경우에 운영자가 대부분 해외에 거주하기 때문에 국내 검·경찰의 적극적인 단속이 어려우며 사이트를 개설하고 폐쇄하기가 매우 용이하여 동일한 콘텐츠와 포맷의 웹사이트를 URL만 바꾸어 수십 개까지 운영하고 있으며, 혹여나 일부 사이트에 대해 접속차단 등의 조치가 취해질 경우 호스팅 서버업체만 변경하여 수일 내에 동일한 사이트를 재개설하고 있다.¹²⁾

오픈마켓의 경우 과거 대형 오픈마켓이 주요 위조상품 유통채널로 악용되었지만 최근에는 자율정화 노력과 함께 정부부처와의 상표권보호를 위한 협력을 강화하여 대부분의 위조상품 판매자들이 소형 오픈마켓이나 블로그, SNS 등 타 정보통신서비스 제공자로 이동하는 현상을 보였다. 오픈마켓에서 위조상품 유통정보에 대한 규제가 어려운 이유 중 하나는 바로 일반거래 외에도 중고거래가 활성화되어 있다는 점인데, 온라인상에서 ‘최초판매의 원칙’ 혹은 ‘권리소진의 원칙’이 적용되지 않는 저작권의 경우, 블로그, 웹하드 서비스 등에서 공유되고 있는 저작물 대부분이 불법 복제된 저작물일 확률이 높지만, 상표권은 권리자 및 라이선스를 체결한 공식수입업자를 제외하고도 중고판매를 하는 개인이나 최근 정부에서 장려하는 병행수입업자 등 판매주체의 다양화로 인해 의도적인 침해행위가 발생해도 그 불법성에 대한 판단이 타 권리에 비해 상대적으로 어렵다고¹³⁾할 수 있다.

11) 한국지식재산보호협회, “위조상품 단속시스템 개선방안에 대한 연구”, 한국지식재산보호협회, 2007, 6-7면.

12) 개인쇼핑몰의 경우 타 플랫폼과는 달리 별도의 도메인 사업자 및 호스팅 업체를 통한 서비스 이용이 필수적이므로 차단된 경우에도 다른 호스팅 업체의 서비스를 악용해 재개설하여 수사기관의 단속 실효성이 떨어진다.

13) 유대중, “오픈마켓에서 위조상품 판매에 따른 오픈마켓사업자의 책임”, 『지식재산연구』,

사용자들이 필요로 하는 정보를 종합적으로 제공하는 카페·블로그 등 포털사이트 서비스와 SNS의 경우에, 계정 생성비용이 별도로 들지 않고 상품 판매에도 특별한 제약이 없을 뿐만 아니라 아직까지 오픈마켓이나 개인쇼핑몰에 비하여 위조상품을 판매하는 공간으로서의 인식이 저조하여 대부분의 위조상품 판매자들은 현재 블로그나 카페, SNS 등으로 이동하여 정부 규제를 피해 판매활동을 지속하고 있는 듯하다.

보통 이용자가 참여하는 자율성의 정도에 따라 카페 혹은 블로그로 구분되지만, 위조상품 판매를 목적으로 운영되는 카페·블로그는 실상 그 운영방식에 있어 별 차이가 없다. 그 이유는 위조상품을 유통하는 대부분의 카페·블로그의 경우 이용자의 별다른 참여 없이 운영자가 올린 판매게시물을 보고 비밀 댓글이나 SNS를 통해 실질적인 소통 및 구매활동이 이루어지기 때문이다. 더구나 사생활 침해 등을 이유로 수사가 진행되기 어려운 경우가 많아 카페·블로그 서비스나 SNS를 통해 위조상품을 판매할 경우 단속기관의 수사망을 피해 높은 수익을 창출하는 것이 가능하다. 이와 관련하여 정부부처와 공공기관이 지속적인 모니터링 업무를 수행하며 포털사와의 협력을 바탕으로 게시물의 판매중지, 이용자의 계정삭제 등의 조치를 취하고는 있으나 절차나 결과의 투명성이 부족하고 온·오프라인의 연계수사가 현실적으로 어려워 단순한 게시물의 삭제만으로는 그 실효성이 부족한 실정이라고 할 수 있다.

2. 행정처분을 통한 규제

국내의 인터넷 콘텐츠, 특히 온라인 위조상품 유통정보에 대한 법적 절차를 통한 행정규제는 2008년 방송통신위원회¹⁴⁾와 방송통신심의위원회¹⁵⁾(이

제5권 제4호(2010), 105면.

14) 방송통신위원회는 방송의 자유와 공공성 및 공익성을 보장하며 방송과 통신의 균형발전을 높이기 위한 대통령 직속 합의제 행정기구로서 방송통신사업자의 금지행위 조사 및 제재, 방송통신 이용자 보호정책 수립 및 시행, 불법유해정보 유통방지 등에 관한 기능을 담당하고 있다.

15) 방송통신심의위원회의 설립 목적은 방송 내용의 공공성과 공정성을 보장하고 정보 통

하 경우에 따라 '방심위'라고 함)가 출범한 이후에 지속적으로 발전하면서 제도화되고 있는데, 기본적으로 방심위에서는 관련 법률에 따라 불법·유해정보 내용 심의 후 개별 사업자에게 시정권고를 하고, 불응할 경우 중앙행정기관인 방송통신위원회에 제재조치를 요청하는 2단계 구조로 업무를 진행하고 있다. 따라서 불법정보에 대한 심의와 시정요구, 제재조치의 종류의 결정 등의 업무는 방심위에 속해 있고 최종 제재처분은 방송통신위원회의 권한으로 나누어져 있다.¹⁶⁾

방심위는 방송·통신정보에 대한 국가의 검열이라는 비난을 잠식시키고 행정처분을 직접적으로 취할 수 없는 비규제적 특성을 강조하기 위하여 민간독립기구를 표방하며 설립되었지만,¹⁷⁾ 방심위의 심의결과 특정 불법정보가 행정규제의 대상으로 판단될 경우 방심위가 방송통신위원회에 제재요청을 하고 방송통신위원회는 별도의 판단 없이 심의결과를 바탕으로 행정조치를 취하므로 실질적인 측면에서 방심위는 행정기관의 역할을 수행한다고 볼 수 있다. 즉, 형식상으로는 방송통신위원회가 행정처분을 내리지만 실제로는 방송통신심의위원회의 사전 심의결과에 따라 행정규제가 이루어지는 방식인 것이다.

방심위가 불법·유해정보를 차단·삭제하기 위해 정보통신서비스 제공자를 대상으로 발하는 시정요구 역시 일차적으로는 행정지도에 가깝지만 결국 시정요구의 절차상 제재조치를 의결하고 방송통신위원회에 그 집행을 요청하여 법적의무를 강제하는 수단으로서 이용되므로 간접강제 방식의 행정처분 행위로 보아도 무방할 것이다. 결국 정보통신서비스 제공자에 대한 방심위의 시정요구는 당사자를 구속할 수 있는 공권력의 행사이므로 처분성을 갖는다고 볼 수 있다. 방심위 시정요구의 법적 성격에 대해 하급심 판

신의 건전한 문화를 창달하며 올바른 이용환경을 조성하기 위해 독립적으로 업무를 수행하는 민간독립기구이다.

16) 이현희 외 7인, “인터넷 규제시스템 개선을 위한 불법정보 실태 및 관련 범죄 분석 연구”, 방송통신심의위원회, 2013, 272면.

17) 신상민, “방송심의의 행정소송법상 쟁점과 신뢰성 제고 방안 — 공정성 심의를 중심으로”, 『미디어와 인격권』, 창간호(2015), 160면.

례¹⁸⁾에서도 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 판단을 내린 경우도 있다.

이뿐만 아니라 방심위의 설치근거를 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」 제18조에 마련하고, 방심위의 법적 지위에 대해 명시하고 있는 별도의 조항도 없을뿐더러 헌법재판소 역시 방심위를 행정청으로 결론지은 바 있으므로¹⁹⁾ 방심위를 행정기관으로 보아도 무리가 없을 듯하다. 따라서 본 논문에서는 행정처분과 같은 행정규제를 논함에 있어 그 주체를 불법·유해정보 심의, 시정요구, 제재조치의 결정 권한이 있는 방송통신심의위원회에 한정하고자 한다.

방심위의 시정요구 대상은 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」 제21조 제4호에 따라 정보통신망을 통해서 유통되는 정보 중 건전한 통신윤리의 함양을 위해서 필요한 경우이고 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」 시행령 제8조에서 이를 구체적으로 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7에 규정되어 있는 불법정보로 정하고 있다. 여기서 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7은 불법정보를 9가지로 유형화하여 분류하고 있으며 위조상품 등 상표권침해로 인한 불법정보는 동법 제44조의7 제1항 제9호에 “그 밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사(敎唆) 또는 방조하는 내용의 정보”에 해당한다. 비록 여기서 상표권침해가 불법정보로 열거되어 있지 않아 불법정보의 개념 자체에 논란이 있을 수도 있지만, 불법정보를 ‘범죄행위에 해당되는 정보’로 해석하는 것이 타당하고²⁰⁾ 상표권침해행위가 상표법 제230조²¹⁾에 따라 명확히 범죄행위로 규정되어 있으므로 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7을 근거로 위조상품을 유통하는 정보를 불법정보로 취급하고 이에 대한 행정처분을 진행하는 부분에 있어 법률적인 오류가 없다고 생각된다.

18) 서울행법 2010. 2. 11. 선고 2009구합35924 판결.

19) 헌법재판소 2008. 6. 26. 2005헌마506. 결정.

20) 김성천, “가상공간의 불법정보 차단”, 『법학논문집』, 제34집 제3호(2010), 245면.

21) 제230조(침해죄) 상표권 또는 전용사용권의 침해행위를 한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처한다.

또한 실무적으로는 방심위가 위조상품 유통정보에 대해 심의를 하고 개별 사업자를 대상으로 시정요구를 할 경우 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7 제1항 제9호와 상표법 제108조 제1항뿐 아니라, 정보통신에 관한 심의규정²²⁾ 제8조 제4호 마목을 그 근거로 제시하는데²³⁾ 위 조항들이 상표권 등 지식재산권을 침해하는 내용을 심의대상으로 명시하고 있으므로 방심위의 상표권침해정보, 즉 위조상품 유통정보에 대한 행정처분으로서의 시정요구는 명확성의 원칙이나 과잉금지 원칙의 측면에서 적법하다고 할 수 있다.

행정처분으로서의 법적 지위를 갖는 방심위의 시정요구 절차는 심의대상의 인지, 심의결정, 이의신청, 제재조치 의결 및 요청으로 크게 4단계로 나뉜다. 방심위는 민원접수, 정부·공공기관의 신고, 자체 모니터링 등을 통해 불법정보를 인지한 후 심의를 개시한다. 심의결정 단계에서는 심의 후 불법정보로 판단되면 정보삭제, 접속차단, 이용해지 등의 시정요구 결정을 하고 불법성이 확실하지 않을 경우에는 각하처리를 한다. 시정요구를 받은 정보통신서비스 제공자는 15일 이내에 이의신청을 할 수 있고²⁴⁾ 재심결정에 대해서는 이의신청이 불가하다.²⁵⁾ 방송통신심의위원회는 시정요구를 받은 정

22) 정보통신에 관한 심의규정은 심의기준의 명확성을 강화하기 위해 2014년 1월 9일 개정된 규정으로서 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의7에 따른 “불법정보”를 유형별로 심의규정에 포함하여 구체적으로 명시하였고, 도박, 음란 등 해외에서 국내를 대상으로 제공되는 정보에 대한 심의규정 적용범위를 명문화하였다.

23) 정보통신망을 통해 유통되는 상표권침해정보를 제재하기 위한 방심위의 주요 행정처분 근거로는 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」이 아닌 「상표법」이 주로 제시되는데, 그 이유는 우선 법률적인 측면에서 「상표법」이 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」에 대해 특별법적인 지위를 가지기 때문이기도 하겠지만, 다양한 상표 관련 부정경쟁행위의 태양에 대해 방심위가 별도의 범위 판결이 없이 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」을 근거로 그 위반여부를 독자적으로 판단하기에는 무리가 있기 때문으로 사료된다. 예컨대, 특정상표가 부착되지 않은 상태에서 그 제품의 전체적인 외관의 디자인만 동일·유사한 상품이나 정품과 동일하진 않지만 이와 유사한 상표를 그 지정상품에 부착한 경우, 특정브랜드의 상표를 그 지정상품이 아닌 다른 류의 상품에 의도적으로 사용하는 경우 등 유사성이나 침해여부판단을 법원이 아닌 방심위가 직접적으로 하기는 어렵기 때문에 비교적 침해여부판단이 명확한 「상표법」위반 사항들을 중점적으로 규제하고 있다.

24) 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 시행령 제8조 제5항.

보통신서비스 제공자가 불응할 경우 불법정보에 대한 취급 거부·정지 또는 제한을 방송통신위원회에 요청할 수 있고 이때에 동 위원회는 제재조치를 취해야 한다.²⁶⁾

결국 법률적으로 개인쇼핑몰, 오픈마켓, 포털, SNS 등 정보통신망을 통해 위조상품을 유통할 수 있는 모든 유형의 정보통신서비스 제공자는 방송통신심의위원회가 내리는 시정요구의 대상이 되고²⁷⁾ 시정요구를 이행하지 않았을 경우에는 행정처분의 대상이 된다.

3. 사적자치로서의 임시조치

임시조치란 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의2에서 “정보의 삭제요청 등”이란 명칭 하에 규정하고 있는 권리침해정보에 대한 제재수단으로서, 제44조의2 제1항에 따라 보통 명예훼손이나 사생활침해 등 타인의 권리를 침해하는 정보가 인터넷에 유통될 경우 피해를 주장하는 신청인이 해당 정보의 삭제 등을 요청하면, 해당 정보통신서비스 제공자가 지체 없이 해당 정보를 삭제하는 등의 필요한 조치를 취하도록 하는 제도를 일컫는데, 권리침해정보에 대해 신속히 임시조치 했을 경우에는 동법 제44조의2 제6항에 따라 정보통신서비스 제공자의 책임이 감면될 수도 있다.

임시조치의 유형은 크게 두 가지로 구분되는데 침해사실이 명백한 경우에는 권리침해정보의 삭제조치가 인정되고, 그렇지 않고 권리의 침해 여부가 판단하기 어렵거나 이해당사가 간에 다툼이 예상되는 경우에는 해당 정보에 대한 접근을 최대 30일간 임시적으로 차단하는 조치가 가능하다.²⁸⁾

25) 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 시행령 제8조 제7항.

26) 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제25조 제5항(제재조치 등).

27) 실무적으로 이 조치는 대부분 개인쇼핑몰을 대상으로 시행되고 있으며, 간혹 대규모의 상습적인 위조상품을 유통하는 카페·블로그 등을 대상으로 취해지기도 한다.

28) 임시조치의 경우 방송통신심의위원회의 공적 규제와는 달리 사적 자치로서의 규제가 기 때문에 게시물의 불법성을 입증해야 하는 주체, 즉 상표권자나 단속기관에게 요구되는 증명의 정도가 비교적 낮고 그에 따라 「상표법」뿐만 아니라 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」을 제재근거로 권리침해여부 판단이 비교적 불명확한 위조상품 판

온라인상에 유통되는 상표권침해정보와 관련하여 임시조치를 통한 해결이 가능한지 또는 그것이 합법적인지 여부에 있어서는 논란의 여지가 있다. 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」의 입법취지는 그 목적에서도 밝히고 있듯이 안전한 정보통신망 환경을 조성하고 국민생활의 향상과 공공복리의 증진에 이바지하는 것이므로 상표권 등 일정한 권리등록 절차를 거쳐 적법하게 획득하는 산업재산권 역시 임시조치의 규제대상인 권리침해정보에 해당하고, 그에 따라 오픈마켓, 포털 등 정보통신서비스 제공자를 통해 상표권침해정보가 유통될 경우 게시물을 삭제하거나 접근을 차단하는 등의 임시조치가 취해져야 한다는 입장과 임시조치의 대상 자체가 사생활 침해와 명예훼손 등 인격권에 제한되어야 한다는 입장이 첨예하게 대립하고 있으며 본 사안에 대한 판례의 태도 역시 다소 차이가 있다.

4. 판례의 태도

오픈마켓을 대상으로 한 상표권자의 권리침해 소송은 전 세계적으로 제기되어 왔으나 각국의 법원은 상표권침해에 대한 오픈마켓 운영자의 책임을 각각 다르게 판시하였다. 우리나라 역시 법원별로 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」에서 규정하고 있는 임시조치의 대상정보 성격, 적극적 상표침해행위 방지에 대한 작위의무 등에 대해 상이한 입장을 보이고 있다.

히노끼 사건에서는²⁹⁾ 히노끼 system이라는 상표의 샴푸, 컨디셔너 등의 모발 제품을 수입하여 판매하는 신청인(미국 Hayashi사)이 해당 상표가 부착된 제품을 판매하는 자에 대해 판매중지를 시켰음에도 불구하고 오픈마켓에서 판매가 계속되자 오픈마켓 운영자인 G마켓, 옥션, 인터파크를 상대로 상표권침해의 공동불법행위책임 및 방조책임을 주장하며 상표권침해금지 등 가처분결정을 구했다.³⁰⁾ 이에 대하여 법원은 「정보통신망 이용촉진 및 정보

매자 혹은 불법게시물에 대해서까지 조치가 가능하다. 이 후 판매자에게 일정기간 동안 소명기회가 주어지고 정품임을 입증하는 자료가 제출되지 않을 시 영구삭제 조치된다.

29) 서울중앙지법 2008.8.5. 2008가합1901 결정.

보호 등에 관한 법률」 제44조 제1항 “사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보”에 상표권이 포함되는 것을 전제로 상표권침해행위가 발생할 위험성이 있는 오픈마켓을 스스로 제공하고 관리·지배하며 그 대가로 판매수수료 등을 수수하고 있으므로, 타인의 상표권을 침해하는 판매정보가 유통되지 않도록 노력해야 할 법적 의무, 상표권침해행위를 방지하고 중단해야 할 법령상, 조리상의 작위의무가 존재한다고 보아 오픈마켓에 대해 상표권침해에 관한 부작위에 의한 방조책임을 인정하였다.³¹⁾

아디다스 사건에서는 각종 운동용품을 제조·판매하는 세계적인 운동용품 제조사 아디다스 악티엔게젤샤프트로부터 국내 전용사용권을 설정받아 이를 이용하여 영업활동을 하고 있는 아디다스코리아가 G마켓에게 위조상품 게시정보를 찾아서 삭제 및 접근차단 조치를 취하고 향후 유사한 불법 게시물이 검색되지 못하도록 기술적 조치를 취할 것을 요청하였으나 불응하지 이를 근거로 상표권침해금지가처분 신청을 하였다. G마켓 측은 오픈마켓의 특성상 운영자는 상품을 직접 판매하는 것이 아니라 단순히 판매자들과 구매자들 사이에 거래가 이루어질 수 있는 서비스를 제공하는 것에 불과하므로 판매자가 타인의 상표권을 침해하는지 여부를 일일이 검색하여 미리 삭제하는 조치 등과 같은 판매자의 상표권침해행위를 방지할 일반적인 주의의무를 부담하지 아니하며, 동법 제44조 제2항·제1항 소정의 “타인의 권리”는 사생활 침해 또는 명예훼손 등과 관련된 인격권 등을 의미하는 것이지 상표권과 같은 재산적 권리까지 포함하는 것은 아니며, 동법 제44조 제2항이 “정보가 유통되지 아니하도록 노력하여야 한다”라고만 규정하고 있는 점에 비추어 이 조항이 오픈마켓 운영자에게 적극적인 조치를 취하여야 할 법적 의무를 부과하고 있는 것으로 볼 수 없다고 주장하였다.³²⁾

30) 협의의 공동불법행위에 대해서는 오픈마켓과 판매자 사이에는 객관적 행위공동성을 인정할 만큼 “직접적이고 밀접하게 기여하였다거나 그 침해행위를 유발하였다고 보기 어렵다”고 하여 인정하지 않았다.

31) 김병일, “오픈마켓에서의 상표권 침해문제에 관한 연구”, 『지식재산21』, 통권 제115호 (2011), 25면.

32) 서울고법 2010. 5. 10.자 2009라1941 결정.

이에 법원은 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조 제1항 및 2항은 정보통신서비스의 이용자 수가 증가하면서 정보통신망에서 유통되는 정보의 영향력이 매우 커지고 있고, 이에 따라 개인정보의 침해나 각종 명예훼손성 정보의 유통 등으로 인한 사회적 피해가 증가함에 따라 이에 대처한다는 취지에서 입법된 것으로, 동법 제44조 제1항의 “사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보”는 사생활을 침해하는 정보나 명예를 훼손하는 정보 및 이에 준하는 타인의 권리를 침해하는 정보만을 의미할 뿐, 거기에서 더 나아가 타인의 상표권을 침해하는 정보까지 포함하지는 않는다고 보는 것이 합리적이라고 판시하였고, 제2항이 오픈마켓 등 정보통신서비스 제공자에게 상표권침해행위를 적극적으로 방지해야 할 작위의무를 부과하고 있는 것으로 볼 수 없고 이에 따라 작위의무가 있음을 전제로 한 방조책임은 인정되지 아니한다고 판단하였다. 다만 상표권침해로 인한 피해의 정도, 삭제 요구의 유무, 기술적 수단의 도입에 따른 경제적 비용 등에 비추어 볼 때, 오픈마켓 운영자가 제공하는 인터넷 게시공간에 게시된 상표권침해 관련 게시물의 불법성이 명백하고, 오픈마켓 운영자가 위와 같은 게시물로 인하여 상표권을 침해당한 피해자로부터 구체적이고 개별적인 게시물의 삭제 및 차단 요구를 받거나, 직접적인 요구를 받지 않았다 하더라도 그 게시물이 게시된 사정을 구체적으로 인식하였거나 그 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백하고, 나아가 기술적·경제적으로 그 게시물에 대한 관리 및 통제가 가능한 경우에는 오픈마켓 운영자에게 그 게시물을 삭제하고 향후 해당 판매자가 위 인터넷 게시공간에서 해당 상품을 판매할 수 없도록 하는 등의 적절한 조치를 취할 것이 요구되며, 오픈마켓 운영자가 이를 게을리하여 상표권침해를 용이하게 하였을 때는 위 게시물을 직접 게시한 자의 행위에 대하여 부작위에 의한 방조자로서 공동불법행위책임을 진다고 보았다.³³⁾

이렇듯이 ‘권리침해정보’에 상표권이 포함되는지 여부는 아직까지 논란의

33) 대법원 2012. 12. 4.자 2010마817 결정.

여지가 있는 상태이나 판례를 살펴보면 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」상 정보통신서비스 제공자가 상표권침해행위를 적극적으로 방지하여야 할 작위의무를 부담하는지는 별론으로 하더라도 위조상품을 유통하는 게시물에 대해 상표권을 침해당한 피해자로부터 구체적·개별적인 게시물의 삭제 및 차단 요구를 받았을 경우, 즉 임시조치 요청에 대한 적절한 조치를 취할 것을 요구하고 있다.³⁴⁾ 하지만 정작 임시조치를 규정하고 있는 동법 제44조의2 제1항의 대상 권리침해정보에 상표권이 명시되어 있지 않아 임시조치의 법적 근거가 부족한 상황이다.

현재 법률상으로 상표권이 권리침해정보로 명확히 포함되어 있지 않나 보니 정보통신서비스 제공자가 임의로 임시조치 요청을 각하시키거나 요청에 불응하는 경우에 그에 대한 대책이 미비한 상황이며, 정보통신서비스 제공자 입장에서는 동법 제44조의2 제6항에 규정되어 있는 임시조치에 대한 면책규정에 해당사항이 없게 되기 때문에 상표권침해정보를 적극적으로 제재해야 할 충분한 동기부여가 되지 않고 있다. 따라서 제44조의2 제1항에 규정된 권리침해정보에 상표권을 명시하여 이미 민간영역에서 자체적으로 시행하고 있는 임시조치의 실효성과 활용도를 제고해야 할 것이다.³⁵⁾

실무적으로는 동법 제44조의2에서 규정하고 있는 임시조치의 규제모델과 각각의 정보통신서비스 제공자가 내부적으로 규정하고 있는 권리침해 대응 프로세스의 규제방식이 거의 동일하며,³⁶⁾ 오픈마켓, 포털, SNS와 같

34) 대한상표협회, “open market에서의 상표권 침해에 대한 보호방안 연구”, 특허청, 2011, 85면.

35) 제44조 제1항 및 제2항은 정보통신서비스 제공자로 하여금 관련 정보 모니터링 등 최소한의 정화노력을 권고하는 것으로 해석할 수 있는데 이미 아디다스 판례에서 판시한 바와 같이 “사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리”를 타인의 모든 권리로 해석할 경우 그 범위가 지나치게 확장되어 규제대상이 불명확해지고 그에 따라 정보통신서비스 제공자에게 과중한 부담을 지울 우려가 있다. 이에 반해 제44조의2는 이용자로부터 신고 받은 건에 대해서만 임시조치 할 것을 요구하기 때문에 업무부담이 낮을 뿐 아니라 오픈마켓 등 정보통신서비스 제공자가 온라인 플랫폼을 스스로 제공하고 관리·지배하며 그 대가로 판매수수료 등을 수수하기 때문에 제44조의2의 권리침해정보에 상표권이 포함되어 적극적으로 규제될 필요가 있다.

36) 모두 Notice and Take-Down 방식으로 구체적인 정보의 삭제 요청이 있을 경우 이에 대해 즉각적인 접근차단 등의 조치를 취하고 있다. 다만 정보통신서비스 제공자의 권리

은 정보통신서비스 제공자가 사생활 침해 또는 명예훼손에 한정하지 않고 상표권을 포함한 거의 모든 유형의 권리침해정보까지 신고·접수받고 있는 점³⁷⁾ 등을 미루어 보았을 때 이미 위조상품 유통정보에 대해 사적 자치로서의 임시조치가 취해지고 있다는 사실을 알 수 있지만, 이에 대한 법적 근거를 마련함으로써 임시조치를 통한 보다 효과적인 상표권침해정보 규제가 가능할 것으로 예상된다.

III. 상표권침해정보 규제모델의 관계 및 규제현황

1. 행정처분 및 임시조치의 관계

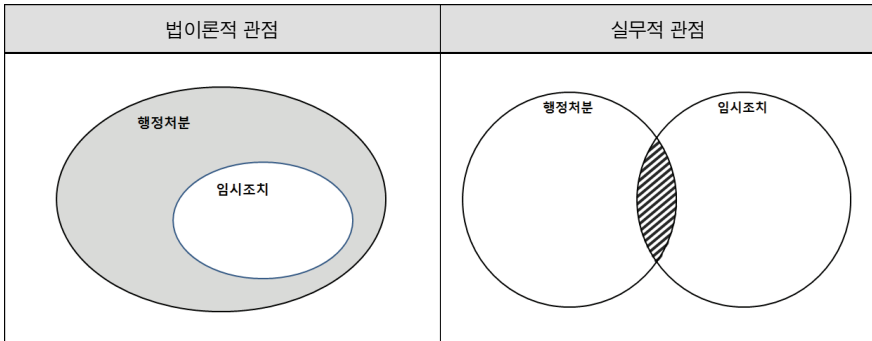
위조상품 유통정보에 대한 행정처분 및 임시조치의 관계를 살펴보면 법이론적 관점에서 행정처분은 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7을 근거로 권리침해정보를 포함한 모든 유형의 불법정보에 대한 심의 및 시정요구가 가능한 반면, 임시조치의 경우 동법 제44조의2를 근거로 권리침해정보에 대해서만 제한적으로 차단 등의 조치가 가능하므로 행정처분의 하위개념으로 볼 수 있다.

실무적인 관점에서 살펴보면 두 규제가 거의 독립적으로 이뤄지는데 그 이유는 모든 유형의 정보통신서비스 제공자가 방송통신심의위원회의 시정요구에 따른 행정처분에 귀속되지만, 실상은 처리기간 등의 이유로 개인쇼

침해 대응 프로세스에는 이의신청제도가 포함되어 있으나 현행 임시조치상에는 이의신청 조항이 모호한데, 이는 정보게시자의 이의신청에 대비하여 정보통신서비스 제공자 입장에서 자율적으로 도입한 것으로 추측된다.

37) 네이버 게시중단 요청 서비스(<https://inoti.naver.com/inoti/main.nhn>)는 명예훼손을 제외한 타인의 권리에 대한 침해정보는 별도의 '기타 권리침해 게시물' 신고처를 통해 접수받고 있으며, 카카오의 경우에도 사이버 성폭력, 사이버 스토킹 등 기타 권리침해 정보까지 임시조치 대상으로 확대하여 설정하고 있다. 이렇듯 대부분의 경우 대형오픈마켓을 제외하고는 상표권침해정보에 대한 신고접수를 직접적, 공개적으로 받고 있지는 않는 상황이나 고객센터 혹은 타 권리 신고채널을 통해 간접적으로 신고 가능하다.

〈그림 1〉 행정처분과 임시조치의 관계



평물과 같이 대량의 위조상품 유통정보를 다루는 불법성이 명백한 웹사이트만 주로 그 규제대상이 되며, 소량의 개별적인 게시물 형태로 위조상품을 유통하는 오픈마켓, 포털(블로그, 카페), SNS의 경우에는 임시조치를 통해 제재되고 있기 때문이다. 간혹 포털 혹은 SNS가 개인쇼핑몰과 거의 같은 수준의 대규모 위조상품을 유통하기도 하는데 이 경우 행정처분의 대상이 되므로 〈그림 1〉의 교집합 부분에 해당하게 된다.

행정처분을 통한 규제의 경우에 상표권침해정보 이외에도 함께 신고 접수된 기타 불법정보에 대해 비교적 장기간의 통신심의소위원회 심의절차를 거쳐야 하므로 긴급한 처리가 요구되는 소량의 개별적인 불법 게시물에 대한 신고를 하기에는 시간적으로나 결과적으로 효율성이 떨어진다고 할 수 있다.

또한 개인쇼핑몰의 경우에는 오픈마켓, 포털, SNS와는 다르게 위조상품을 상습적으로 판매하는 자가 불법행위를 저지르기 위해 불순한 의도를 가지고 웹사이트 전체를 불법 위조상품 유통정보로 도배하기 때문에 정보통신서비스 제공자 자체가 불법성을 띠게 되고, 이에 따라 사이트전체가 독립적인 심의의 대상이 되지만 오픈마켓, 포털, SNS의 경우 정보통신서비스 제공자 자체는 적법한 반면 해당 서비스를 이용하는 개별적인 이용자가 불법적인 의도를 가지고, 혹은 불법행위임을 인지하지 못하고 비교적 소수의 위조상품 판매정보를 게시하는 경우가 대부분이므로 개별적인 불법게시물에 대해서는 신속한 제재가 가능한 임시조치가 효과적이고, 대량의 위조상품을

유통하는 사이트에 대해서는 방송통신심의위원회의 심의를 거쳐 전체의 사이트를 규제하는 행정처분이 적합하다.

결론적으로 개인쇼핑몰과 같이 전체의 웹사이트가 위조상품을 유통하기 위한 목적으로 개설된 ‘적극적 판매행위’ 혹은 ‘상표권 직접침해 행위’의 경우 개별 게시물에 대한 조치만으로는 효과적인 규제가 불가하므로 행정처분의 성격을 갖는 방송통신심의위원회의 시정요구를 통해 이용해지 등 폐쇄되거나 국내 이용자들에게 노출되지 못하도록 접속을 차단하는 조치가 취해지고 있으며, 오픈마켓, 포털, SNS 등 적절한 플랫폼상에 개별 이용자가 불법 게시물을 통해 판매활동을 하는 ‘간접적 판매행위’ 또는 ‘상표권 간접침해 행위’의 경우 사적 자치로서의 임시조치를 통해 게시물을 신속히 삭제하는 양분화된 구조로서 국내에서의 위조상품 유통정보에 대한 규제가 이루어지고 있다.

2. 상표권침해정보 규제현황

우선 정보통신서비스 제공자에 대한 규제방식의 문제점을 살펴보기 전에 온라인상에서 위조상품 유통정보에 대한 규제가 얼마나 효율적으로 이루어지고 있으며 그 규제결과를 통해서 위조상품의 유통추세가 어떠한 양상을 띠며 변화하고 있는지 심층 분석하기 위해 행정처분의 규제대상인 개인쇼핑몰과 임시조치의 대상이 되는 오픈마켓, 포털, SNS의 규제현황을 각각 살펴보도록 하겠다.

한국지식재산보호원의 자료에 따르면 <표 2>에서 보는 것처럼 2014년 상표권 침해정보에 대한 규제건수는 총 5,797건으로 방송통신심의위원회의 시정요구를

<표 2> 2014년 온라인 상표권침해정보 규제현황

(단위: 건)

구 분	쇼핑몰	오픈 마켓	포털	SNS	계
행정처분	424	-	25	-	449
임시조치	-	3,543	1,325	480	5,348
계	424	3,543	1,350	480	5,797

<출처: 한국지식재산보호원>

통한 행정처분이 449건인 반면 임시조치가 5,348건에 달하는 것을 알 수 있다.

비율상으로는 임시조치가 행정규제에 비해 효율적인 것으로 보이지만 사실상 행정처분의 대상이 되는 개인쇼핑몰은 대량의 상표권침해정보, 예컨대 한 사이트당 수백 건에서 수천 건에 달하는 위조상품을 유통하므로 실제 건 수 대비 효과는 행정처분이 더 크다고 할 수 있다.

행정처분 건수가 임시조치에 비해 비교적 적은 이유는 여러 요소가 복합적으로 작용하겠지만 우선 불법·유해정보 심의기관인 방송통신심의위원회의 심의기간이 평균 2~3개월로 1~2주가 소요되는 임시조치에 비해 지나치게 길어 게시물 단위의 규제에 비효율적이고, 개인쇼핑몰을 개설하기 위해서는 일정 비용이 소요되지만 카페·블로그나 SNS의 경우 개설비용이 따로 청구되지 않고 사생활보호까지 보장되는 장점이 있어 임시조치의 대상이 되는 정보통신서비스 제공자로 판매자들이 밀집되는 현상이 발생하고 있는 것으로 추측할 수 있다. <표 3>에서와 같이 행정처분의 경우 이용해지 등 사이트 폐쇄³⁸⁾가 356건으로 가장 많았고 접속차단³⁹⁾은 68건, 단순 정보삭제는 25건으로 가장 적었다.

<표 3> 상표권침해정보 행정처분 현황

구 분		해외서버	국내서버		계	백분율 (%)
		접속차단	이용해지 (사이트 폐쇄)	정보 삭제		
사이트 유형	개인쇼핑몰	68	340	16	424	94.4
	카페·블로그 ⁴⁰⁾	-	16	9	25	5.6
계		68	356	25	449	100%

* 해외서버 이용률: (2013) 12% → (2014) 15%, 3% 증가

(출처: 한국지식재산보호원)

38) 국내에 서버가 위치한 경우 쇼핑몰이 폐쇄되는 이용해지 조치가 취해진다.

39) 서버가 해외에 위치한 경우 국내 통신사업자를 통해 국내 이용자의 접속이 불가하도록 접속차단 조치가 취해진다. 이 조치의 경우 실제 웹사이트는 폐쇄된 상태가 아니며 단지 국내에서의 접속만 불가능하다.

40) 여기서 언급되어 있는 카페·블로그의 경우 개인쇼핑몰과 비슷한 규모의 대규모 상습 판매 사이트를 의미한다.

비율로 보면 일본, 홍콩, 미국, 중국 등 해외서버를 통한 온라인 위조상품 유통이 전체의 약 15%를 차지하고 85%에 해당하는 대부분이 국내서버를 활용하고 있는데, 여기서 주목해야 할 부분은 바로 해외서버를 이용한 개인쇼핑몰의 경우 국내서버와 같이 사이트폐쇄 혹은 정보의 삭제와 같은 적극적인 규제조치가 법률적·기술적으로 불가능하여 실제 위조상품에 대한 정보는 그대로 두고 국내 이용자를 대상으로 단순 접속차단만 하는 등 실효성 있는 규제가 불가능하다는 사실이다.

여기서 말하는 해외서버를 이용한 개인쇼핑몰은 본사나 주사무소 등을 외국에 두고 있는 해외 사업자의 해외 소재 서버를 통해 유통되는 정보뿐만 아니라 국내 사업자가 유통시키는 정보라 하더라도 국외에 소재한 서버를 통해 유통하는 정보까지 포함하는데, 국내사업자가 경찰의 단속 혹은 규제를 회피하기 위한 목적으로 해외에서 서버를 운영하는 경우가 증가하고 있어⁴¹⁾ 이에 대한 규제방안을 마련하는 것이 시급한 실정이다.

개인쇼핑몰의 해외서버 이용률은 점차 증가추세이고 해외서버를 이용한 이러한 불법행위는 방송통신심의위원회의 불법정보 시정요구 현황을 통해 더욱 명확히 알 수 있는데, <표 4>를 살펴보면 2011년부터 2014년까지 접속차단의 건수가 약 3배 이상 급증하여 국내서버를 이용한 대담한 활동방식보

〈표 4〉 불법정보 시정요구 현황

(단위: 건)

시정 요구	2011	2012	2013	2014
삭제	9,058	17,827	22,986	24,581
이용 해지	12,398	14,342	16,914	10,031
접속 차단	31,357	39,296	62,658	97,095
기타 ⁴²⁾	672	460	1,842	1,177
계	53,485	71,925	104,400	132,884

〈출처: 방송통신심의위원회(2015) 자료 재가공〉

41) 이향선 외 4인, “해외 인터넷 서비스 사업자 실효적 규제방안 연구”, 방송통신심의위원회, 2015, 14-15면.

42) 청소년유해매체물 표시의무 이행 등.

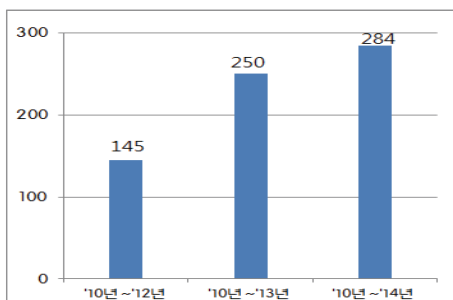
다는 해외서버를 통해 정부의 단속 및 규제를 회피하는 은밀한 불법행위가 증가하고 있는 것을 알 수 있다.

지금까지 살펴보았듯이 고의적으로 서버를 해외에 두어 국내사법기관의 단속망을 피하는 지능적인 수법이 급증하는 추세를 보이고 있으며 위조상품의 유통과 관련해서도 해외서버를 이용하는 웹사이트의 수는 서서히 증가하고 있다. 해외서버를 기반으로 한 웹사이트의 경우 현재 최선의 행정규제 방안인 국내 접속차단이 실효성 부분에서 미흡하여 그 한계점을 드러내고 있는 상황이다.

2010년도부터 2014년도까지의 기간 내에 2회 이상 단속된 사이트는 <그림 2>에서 보는 바와 같이 쇼핑몰명을 기준으로 284건에 달하여 전년도의 250건과 대비하여 13.6% 증가하였다.

또한 <표 5>의 상위 3개 위조상품 상습판매 개인쇼핑몰의 현황을 살펴보면 동일 사이트가 지속적으로 적발되어 이용해지 및 접속차단된 것을

<그림 2> 누적 2회 이상 상습판매 개인쇼핑몰



<출처: 한국지식재산보호원>

<표 5> 상위 3개 위조상품 상습판매 개인쇼핑몰

(단위: 건)

No	쇼핑몰 명	'10년	'11년	'12년	'13년	'14년	누 계
1	홍콩인***	-	11	13	15	12	51
2	홍콩***	-	7	13	19	7	46
3	유**	1	3	9	23	4	40

<출처: 한국지식재산보호원>

알 수 있다. 이렇게 동일한 웹사이트가 상습적으로 개설되어 판매행위를 지속한다는 사실은 불법적인 개인쇼핑몰에 대한 국내의 행정규제가 가진 문제점을 여실히 보여 주는 단적인 예라고 할 수 있다.

오픈마켓의 임시조치를 통한 규제현황을 <표 6>에서 살펴보면, 2014년에 총 3,543건의 규제가 이루어졌는데 이는 전년 대비 19.9% 감소한 수치로 대형 오픈마켓의 경우 내부적인 자체정화 노력과 더불어 정부 및 공공기관과의 협업을 통해 위조상품의 유통을 비교적 효율적으로 규제하였지만 A사와 B사에 해당하는 소형 오픈마켓은 높은 위조상품의 유통수치를 보이고 있다.

비율로 보게 되면 신규 마켓에 해당하는 A사와 B사가 약 67%를 차지하고 나머지가 약 33%를 점유하고 있어 대형 오픈마켓에 비해 아직까지 권리침해, 특히 상표권침해정보에 대한 규제절차가 체계적으로 마련되어 있지 않은 소형 오픈마켓으로 불법 판매자들이 밀집되고 있는 추세임을 확인할 수 있다.

<표 6> 오픈마켓별 규제현황

구 분	오픈마켓명	건 수	비율(%)
소 형	A사	1,622	46%
	B사	754	21%
대 형	C사	397	11%
	D사	385	11%
	E사	238	7%
	F사	147	4%
계		3,543	100%

(출처: 한국지식재산보호원)

실제로 얼마나 많은 판매자들이 소형 오픈마켓으로 이동했는지 알아보기 위해 2012년부터 2014년까지 대형 오픈마켓의 임시조치 수치를 <표 7>에서 살펴보게 되면, 2012년에 총 4,256건에서 2013년에 3,476건, 2014년에는 1,167건으로 약 73%의 감소율을 보였고 같은 기간 소형 오픈마켓, 블로그·카페, SNS 등 타 플랫폼에서의 임시조치가 폭발적으로 증가하였는데 이는 더 이상 과거만큼 대형 오픈마켓에서 위조상품의 판매가 많이 발생하지 않

고 인터넷 및 모바일 기술의 발전으로 다양한 플랫폼이 형성되면서 비교적 적발 및 규제가 어렵고 권리침해의 대응체계가 확고하게 정립되어 있지 않은 타 플랫폼으로 많은 수의 판매자가 이동했음을 단적으로 보여 주는 중요한 수치라고 할 수 있다.

〈표 7〉 대형 오픈마켓별 규제현황

(단위: 건)

대형 오픈마켓명	2012년	2013년	2014년
C사	1,453	724	397
D사	1,052	657	385
E사	40	1,656	238
F사	1,711	439	147
계	4,256	3,476	1,167

〈출처: 한국지식재산보호원〉

포털 및 SNS의 임시조치 결과를 〈표 8〉에서 보게 되면 2014년에 각각 1,325건과 480건이 판매중지, 계정삭제 등의 조치대상이 되었다. 포털의 경우 처리건수가 전년도 수치인 46건에 비해 약 28배가량 증가했는데 이는 위에서 언급했듯이 대형 오픈마켓의 판매자들이 단속을 피해 카페·블로그 등으로 대거 이동한 사실을 증명해 준다. SNS는 2013년까지는 규제대상에 미 포함되어 있었으나 상표권자 및 이용자들로부터 꾸준한 권리침해 제보를 접수받아 2014년부터 신규 규제대상에 포함되었다.

〈표 8〉 포털사이트·SNS 판매중지

포털사이트				SNS
블로그	카페	기 타	계	
1,073	217	35	1,325	480

〈출처: 한국지식재산보호원〉

* 포털: 2013년 46건 → 1,325건, 약 28배 증가

** SNS: 2014년 신규규제 대상

IV. 상표권침해정보 규제의 문제점 및 시사점

1. 행정처분을 통한 규제의 한계

개인쇼핑몰의 형태로 정보통신망을 통해 위조상품을 유통하는 사이트는 대부분 위조상품을 상습적으로 판매하는 불법 쇼핑몰로 국내 서버를 이용하는 웹사이트와 해외 서버를 이용하는 웹사이트로 구분되며⁴³⁾ 판매자의 위치 또한 국내외를 넘나드는데, 이러한 서버 및 판매자의 위치의 다양성으로 인해 국내 수사기관이 형사 사법적 절차를 진행하는 데 어려움이 많다. 보통 불법 개인쇼핑몰의 경우 특허청과 한국지식재산보호원이 상표권자의 신고 및 국민신문고 민원 등을 통해 신고접수를 받은 뒤 방송통신심의위원회에 처리요청을 보내게 되고, 동 위원회에서 개별사업자를 통한 간접규제 방식⁴⁴⁾을 이용하여, 국내서버는 이용해지를, 해외서버는 접속차단 등의 제재조치를 취한다.

개인쇼핑몰은 오픈마켓과 달리 별도의 호스팅업체를 통한 서비스 이용이 필수적인데 국내서버의 경우 해당 호스팅업체를 대상으로 직접 시정요구가 가능하지만 국내법의 효력이 미치지 않는 동시에 기술적인 조치의 한계를 악용하는 해외서버를 기반으로 한 개인쇼핑몰의 경우 그 처리가 더욱 어렵다. 예를 들어, 해외에 거주하며 해외 서버를 이용하여 위조상품 판매를 목

43) 방송통신심의위원회, “제2기 방송통신심의위원회 백서”, 방송통신심의위원회, 2014, 162면.

44) 전통적으로 일반 대중을 상대로 한 매체의 규제는 사업자를 대상으로 이루어져 왔다. 따라서 수적(數的)으로나 법적 책무성(liability) 측면에서나 통제하기가 수월했다. 그런데 인터넷의 경우는 사업자에게 콘텐츠 유통에 대한 법적 책무를 지우기 어려운 특수한 구조이다. 따라서 기존의 매체사업자에게 직접 책임을 묻던 방식은 법적으로 정당성을 확보하기 어려웠다. 이렇게 인터넷 내용규제에 있어서 기존의 대중매체에 적용하던 사업자 직접 규제방식은 사용하기 어려우나, 기술적 측면과 실효성 측면에서 사업자를 통한 규제 외에 현실적 대안이 없다는 인식 하에 새로운 규제방식이 모색되었는데 그것이 바로 인터넷서비스사업자를 통한 간접규제 방식이다. 이향선, “인터넷 내용규제 패러다임의 변화: 공동규제 시스템 도입방안 연구”, 『한국방송학보』, 26권 4호(2012), 217면.

적으로 개인쇼핑몰을 개설한 운영자의 경우 국가 간의 법·제도 및 관할권의 문제로 인해 국내 단속기관에 의한 단독적인 수사진행이 어렵고 해외의 단속기관과의 국제공조를 필요로 하는바 불법정보의 행정규제 및 판매자 형사입건 등 적극적인 제재에 있어 애로사항이 많다.⁴⁵⁾

우선 법률적 측면에서 이와 같은 현안을 해결하기 위해 가장 먼저 논의되어야 할 문제가 바로 국가관할권의 역외적용인데, 국가관할권은 국가주권의 한계 내에서 행사할 권리와 다른 주권국가의 동등한 권리를 인정할 의무를 수반하기 때문에⁴⁶⁾ 관할권의 역외적용은 다른 국가의 관할권에 대한 저촉 또는 충돌의 문제를 지니고 있다. 특히 다른 나라 영토에 소재하는 사람이나 물건 또는 다른 나라 영토에서 행해진 행위에 대해 소장, 소환장 등 문서송달이나, 증인 또는 증거조사, 자국 판결의 강제집행 등을 요하는 집행관할권은 영역적 제약성으로 인한 충돌의 소지가 보다 크다.⁴⁷⁾

특히나 무국경적 성격을 가진 인터넷을 통해 지리적 제한 없이 유통되는 불법·유해정보의 규제 필요성이 제기될 때 영토를 기준으로 인식되어 온 국가관할권의 역외적용 문제가 대두될 수밖에 없다.⁴⁸⁾ 하지만 인터넷 영역에서의 역외적용 문제에 관한 논의는 아직 완숙된 단계라고 볼 수 없으며 국제적인 합의가 본격적으로 이루어진 바도 없다.⁴⁹⁾ 따라서 이에 대한 국가차원의 논의가

45) 서버가 해외에 있는 경우 경찰의 압수·수색이 불가능해 수사에 어려움이 있으며 해외 서버운영자 등을 대상으로 행정규제에 대한 협조요청은 가능하나 실행여부는 해외사업자의 협력의지에 의존하는 실정이다.

46) 최공웅, “역외관할권과 국제사법”, 『국제거래법연구』, 제3집(1994), 153면.

47) 이향선 외 4인, 앞의 책, 2015, 24면.

48) ‘해외 인터넷서비스사업자 역할과 규제 개선 방안 모색’ 토론회에서 이향선 방송통신심의위원회 선임연구위원은 “국내법 역외 적용 문제는 해당 국가 법원의 판결이 구체적으로 내려지지 않은 한, 즉각적인 해결책을 제시할 수 없을 가능성도 있다”며 “가장 확실한 해결책은 필요한 경우 관련 법 안에 역외 적용 조항을 규정해 명시하는 것”이라는 의견을 내놓았다. 하지만 이 역시도 해외 사업자들의 협조 없인 별 다른 효력을 발휘할 수 없을 것이란 의견이 지배적이다. 오히려 역외 적용 조항을 근거로 해외 사업자에 대해 강력한 제재를 취할 경우 일부 서비스 중단 등 조치로 정상적인 이용자들이 피해를 받을 수 있다. 서진욱, “해외 사업자 통한 불법·유해정보, 실효성 떨어지는 ‘집속 차단’ 유일한 제재”, 머니투데이, <http://news.mt.co.kr/newsPrint.html?no=201510201702_4149690&type=1&gubn=undefined>, 검색일: 2017.2.5.

49) 이향선 외 4인, 앞의 책, 2015, 28면.

선행되어야만 본 사안에 대한 법적 해결이 가능할 것으로 예상된다.

다음으로 기술적 측면에서는 대표적으로 우회기술의 문제가 있는데, 위에서 살펴보았지만 현재 해외서버의 경우 이용해지, 정보 삭제 등의 적극적인 시정요구가 불가능하고 국내 이용자를 대상으로 정보의 노출을 제한하는 접속차단만이 가능한 상태인데, 이러한 기술적 차단은 모두 우회가 가능하다는 치명적인 단점을 가지고 있으며, 인터넷 커뮤니티를 통한 정보공유가 활발해지고 이러한 기능들이 독자적인 웹브라우저의 형태로 유통됨에 따라 일반인들도 Proxy 서버, 토르(Tor) 브라우저 등 IP 우회접속 기술을 이용해 접속 차단된 웹사이트에 손쉽게 접근할 수 있는 현실이 되어 버렸다. 뿐만 아니라 법률 및 기술적 한계로 인해 실질적인 규제가 불가능한 개인쇼핑몰은 지속적으로 각종 신문사, 포털 등 인터넷 광고를 통해 수익을 얻고 소비자의 피해를 야기시키고 있어서 법률적, 기술적 문제 외에 사후 통제적 측면에서의 대책마련도 시급하다.

2. 임시조치를 통한 규제의 한계

임시조치는 인터넷 콘텐츠 규제제도의 핵심적인 요소 중의 하나로서 우리나라는 위에서 살펴본 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7에서 규정하고 있는 불법정보에 대한 행정규제와 동법 제44조의2에 따른 권리침해정보에 대한 임시조치로 구분된다. 전자는 방송통신심의위원회라는 행정기관으로 대표되는 국가가 직접적으로 인터넷 콘텐츠를 규율하는 체계라면, 후자는 정보통신서비스 제공자가 자치권을 가지고 간접적으로 규제하는 방식이라고 할 수 있다.

전통적으로 우리나라는 국가규제의 방식을 선호해 왔지만, 최근 오픈마켓, 포털, SNS 등의 정보통신서비스 제공자를 통한 게시물 단위의 위조상품 유통이 활발해지면서 심의시간이 비교적 오래 소요되는 방송통신심의위원회를 통한 행정처분보다는 신속한 게시물의 삭제를 위해 정보통신서비스 제공자의 임시조치를 통한 간접적 규제를 선호하는 추세이다.⁵⁰⁾ 그러나 실제

임시조치를 진행하는 데 있어 상표권자를 위한 권리침해 신고창구의 부재, 임시조치에 대한 관련 법조항의 모호성 등으로 법률적 당위성과 타당성에 문제점이 제기되고 있다.

우선 운영적 측면에서는 상표권자의 권리침해 신고창구가 미비하다는 점이 가장 심각한 문제로 지적되고 있는데, 대형 오픈마켓을 제외한 카페·블로그, SNS, 소형 오픈마켓 등은 상표권침해에 대한 별도의 신고창구 자체가 마련되어 있지 않은 상태이거나 여러 이유로 신고 자체가 어려운 경우가 대부분이다.⁵¹⁾

이보다 근본적인 문제는 임시조치 규정의 모호성으로 인해 상표권침해에 대한 임시조치의 법적 근거가 부족하다는 점이다. 예컨대 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」이 정하고 있는 권리침해정보의 유형을 분류하는 데 있어서, 동법 제44조 제1항에서 “사생활의 침해나 명예훼손 등 타인의 권리”로 규정하고 있기 때문에 동 규정이 상표권과 같은 타 권리를 포함하는 예시규정인지 또는 인격권에 제한되는 한정규정인지에 대해 논란이 제기될 수 있으며,⁵²⁾ 현행 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」상 임시조치에 따른 정보게재자의 이의제기 절차나 소명절차에 대한 규정이 명확히 마련되어 있지 않을 뿐 아니라 동법 제44조의2 제6항이 계속 규정으로서의 필요적 면책조항이 아닌 재량규정으로서의 임의적 면책조항으로 되어 있어 설령 정보통신서비스 제공자가 본 조항의 혜택을 받는다 하더라도 실질적인 동기부여 효과가 부족하다. 또한 동법 제44조의2 제1항이

50) 2014년 한국지식재산보호원의 자료에 따르면 방송통신심의위원회 시정요구를 통한 행정처분이 449건인 반면 임시조치를 통한 제재가 5,348건에 달해 국가에 의한 직접 행정규제인 방송통신심의위원회 시정요구보다는 정보통신서비스 제공자를 통한 임시조치에 대한 선호도가 높은 것으로 알 수 있다.

51) 국내에서 상표권침해가 비친고죄로 규정되어 있음에도 불구하고 상표권자 혹은 법률대리인만이 신고할 수 있도록 하거나, 저작권, 명예훼손 등 상표권을 제외한 나머지 권리에 대해서만 신고를 접수받는 경우도 있으며 아예 신고창구를 찾기가 어렵도록 배치해 놓은 곳도 존재한다. 그럼에도 불구하고 고객센터 혹은 타 권리 신고채널을 통해 신고할 경우 처리는 가능하지만 이 경우에도 처리의 투명성은 부족하다.

52) 황창근, “정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상 임시조치의 문제점 및 개선과제”, 『정보법학』, 제13권 제3호(2009), 264면.

규정하고 있는 ‘정보의 삭제’는 영구삭제를 의미하는데, 이는 실무상으로도 시행되지 않을 뿐더러 원정보게재자의 헌법상 보장된 표현의 자유 등 기본권을 본질적으로 침해하는 행위이기 때문에 삭제되는 것이 옳다. 이에 반해 동법 제4항의 권리침해정보에 대한 접근을 임시적으로 차단하는 ‘임시조치’의 경우에는 정보게재자의 이의제기 신청을 통해 적법한 정보에 한정하여 재게재가 가능하므로 헌법상의 기본권을 보장해 줄 뿐 아니라 효과적인 측면에서는 즉각적인 삭제조치와 실제로 거의 동일하기 때문에 동법 제44조의 2의 핵심조치 조항으로 명시되어야 할 필요가 있다.

3. 시사점

정보통신서비스 제공자에 대한 규제의 문제점을 온라인 플랫폼별 위조상품 유통현황, 행정처분 및 임시조치의 한계, 판례분석을 통해 살펴본 결과 행정처분에서는 법률적, 기술적, 사후 통제적 문제가 있으며 임시조치 역시 법률적인 근거, 운영에 대한 문제로 효과적인 규제가 이루어지지 않고 있다는 사실을 알 수 있었다.⁵³⁾

53) 정보통신망을 통해 유통되는 상표권침해정보에 대한 규제가 효과적으로 이루어지지 못하는 가장 본원적인 문제는 바로 관련 법률에서 찾을 수 있다. 현재 상표권보호에 있어 오프라인에서는 「상표법」과 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」을 기초로 단속을 추진하며 온라인상에서는 「상표법」, 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 등 크게 세 가지 법률을 그 근거로 하고 있다. 여기서 중요한 점은 오프라인에서는 「상표법」과 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」을 근거로 선제적인 법집행이 가능하지만 온라인 환경에서는 이미 소비자를 대상으로 위조상품 유통이 발생한 이후에 조치가 이루어지는 경우가 대부분이므로 소비자 피해, 브랜드 신용하락 등 여러 측면에서 사후적인 조치만이 가능하고 그마저도 일부 범조항이 미비하여 원활히 이루어지고 있지 않은 실정이다. 이를 개선하기 위해서는 일본 상표법 제2조에서 보통의 상표사용과 더불어 전기통신 회선을 통해 표장이 붙은 상품을 제공하는 행위를 추가적으로 상표사용으로 인정하고 있는 것과 같이 국내 상표법 제2조의 상표사용의 개념을 확대할 수도 있고 저작권법 제102조 이하에 규정된 정보통신서비스 제공자의 책임제한 규정을 「상표법」에도 도입하는 등의 여러 방안을 상정해 볼 수 있지만 그럼에도 여전히 사후적 조치에 머무를 가능성이 농후하고 이러한 입법례는 대부분의 IP5국가에서 채택하지 않고 있으며 타 법률과의 관계를 고려했을 때에도 유명무실한 법이 될 수 있기 때문에 향후 광범위한 논의가 필요한 부분이다.

현행 방송통신심의위원회의 행정처분에 따른 접속차단 등의 규제는 근본적인 웹사이트의 폐쇄 및 정보의 삭제조치가 아니므로 그 실효성에 문제가 많다. 이에 해외에서는 단순 접속차단의 문제를 해결하기 위해 금융 및 광고 분야와의 협업을 통해 새로운 접근법을 시도하고 그에 따른 규제모델을 개발하거나 별도의 규제 가이드라인을 만들어 긍정적인 효과를 얻고 있다.⁵⁴⁾ 따라서 우리나라도 국가관할권의 역외적용, 우회접속 차단기술 등 국가적 차원의 장기적인 논의와 기술개발이 필요한 사후적 조치보다는 온라인 위조상품 유통의 핵심 요소인 금융거래 및 광고에 대한 규제 협력방안을 마련하여 쇼핑 플랫폼으로서의 기능을 상실시킬 수 있는 보다 선제적이고 근본적

따라서 현실적으로는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」을 개정하여 효과적인 임시조치가 가능하도록 법체계를 개선하는 동시에 기존의 행정처분과 함께 금융업계, 광고업계 등 민간부문과의 자율적 모범관행을 확립해야만 비로소 정보통신망을 통한 상표권침해정보 유통에 대한 선제적, 예방적 조치가 가능할 것이다.

- 54) 위조상품 단속지원 관련 미국의 비영리단체인 IACC(International AntiCounterfeiting Coalition)는 2012년 1월 MasterCard, Visa, Paypal 등 주요 금융서비스 10개사와의 업무 협약을 통해 불법 개인쇼핑몰 등 위조상품 판매자를 대상으로 금융계좌(Merchant Account)를 정지·폐기할 수 있는 프로그램인 RogueBlock을 시행하였다. 미국 대통령 소속 지식재산집행조정관(IPEC)은 RogueBlock 시행일부터 지속적이고 적극적인 운영 지원을 하고 있을 뿐 아니라 계획 초기단계부터 이 프로젝트를 추진하기 위한 로드맵을 수립하는 중추적인 역할을 수행하였으며 이러한 미 정부의 노력으로 2015년까지 RogueBlock을 통해 약 200,000개 이상의 웹사이트를 대상으로 불법거래에 사용된 약 5,000건의 금융계좌를 폐기시켰다. 상습사범의 경우 수십 개의 불법 사이트를 운영하는 경우가 많아 사전적 조치 측면에서 한 건의 금융계좌 폐기가 가지는 의미는 상당히 크다고 할 수 있다. 이뿐만 아니라 2013년 7월 백악관에서는 온라인 광고를 통한 위조상품 유통 등 지재권침해행위를 예방하기 위해 IAB, Google, Microsoft, Yahoo, AOL과 같은 대규모 온라인사업자와 함께 불법 온라인 쇼핑몰이 부당한 방법으로 광고수익을 얻는 관행을 억제하는 내용을 근간으로 한 「불법복제 및 위조상품 규제를 위한 애드네트워크 가이드라인」을 발표하였는데, 본 가이드라인은 통상적으로 합리적인(commmercially reasonable) 자발적 제재조치를 취하여 지재권침해 웹사이트 광고에 대한 예방 및 삭제 조치를 진행할 것을 요청하고 있다. 이러한 광고업계의 움직임 또한 지식재산집행조정관(IPEC)을 통한 자발적인 모범사례임을 감안할 때, 온라인을 통한 위조상품 불법광고가 아직은 성행 중인 국내 인터넷 신문社, 애드네트워크 등 광고업계와 정부부처 및 광고규제기구에 시사하는 바가 크다고 할 수 있다. 결국 행정처분의 법률적, 기술적 문제점은 금융업계와의 협업을 통해, 사후 통제적 문제점은 광고업계의 협조를 통해 개선이 가능할 것으로 예상된다. 강이삭, “정보통신서비스 제공자 규제에 대한 연구: 상표권침해 정보를 중심으로”, 한국과학기술원, 석사, 2016, 44-46면.

인 차단방법을 시행해야 할 필요가 있다.

뿐만 아니라 현행 임시조치는 그 내용 및 운영에 있어서 모호한 점이 많아 위조상품의 유통정보 이외에도 명예훼손이나 사생활 침해 등 단시간 내에 그 전파성과 파급력이 큰 타 권리의 침해에 대해서조차 근본적인 해결책을 제시하지 못하고 있다. 소송이나 분쟁조정 등 사후적 조치에 의해 피해자의 권리를 보호하는 기존의 방법은 인터넷의 전파력을 고려할 때 구제효과가 제한적이므로, 권리침해신고 접수 시 즉각적인 차단 등의 조치를 통해 상표권을 보호하고 소비자피해의 확산을 방지해야 할 것이다. 이를 위해서 현행 임시 조치 제도의 법률적인 문제점을 개선하고 그에 따라 이차적으로 발생된 운영적 측면에서의 미비점을 보완하여 임시조치라는 도구를 통해 개인의 표현의 자유를 보장하는 동시에 온라인 상표권침해정보를 차단하여 좁게는 소비자를 보호하고 넓게는 국가경제와 브랜드 이미지를 강화시킬 필요가 있다.

V. 결 론

실효성 있는 상표권침해정보의 규제체계를 마련하기 위해서는 단속 및 규제기관의 정책이 개선되어야 하고, 상표권자와 정보통신서비스 제공자를 비롯한 다양한 민간부문과의 자발적 규제노력 강화를 위한 협력이 이루어져야 할 것이다. 특히 상표권침해를 단순한 사적 영역에서의 권리침해로 여기는 인식에서 소비자피해, 국내외 투자유치 저하, 탈세, 국가브랜드 이미지 손상 등 개인을 비롯한 국가 전반에 걸친 심각한 유무형적 손해를 끼치는 공적영역에서의 문제라는 인식으로의 변화가 우선되어야 한다. 그때야 비로소 상표권침해정보의 규제에 대한 가시적인 성과를 기대할 수 있을 것으로 보인다. 이를 위하여 다각적인 측면에서 여러 유형의 정보통신서비스 제공자에 대하여 규제유형별 문제점을 도출하였고 이를 바탕으로 효과적인 온라인 상표권침해정보의 유통억제와 규제의 틀에 대한 재정비 방안의 필요성을 제시하고자 하였다.

참고문헌

〈단행본(국내 및 동양)〉

전정현, 『반부정당경쟁법』, 세창출판사, 2015.

〈학술지(국내 및 동양)〉

강지혜, “한국이 체결한 FTA 지식재산권 협정의 형사절차와 구제의 시사점”, 『형사법의 신동향』, 제47호(2015).

김기홍·손승표, “국내 병행수입 시장의 실태분석과 향후 개선방안에 관한 연구”, 『통상정보연구』, 제16권 제5호(2014).

김병일, “오픈마켓에서의 상표권 침해문제에 관한 연구”, 『지식재산21』, 통권 제115호(2011).

김성천, “가상공간의 불법정보 차단”, 『법학논문집』, 제34집 제3호(2010).

김용길, “中國의 商標保護制度에 관한 考察”, 『지식재산연구』, 제5권 제3호(2010).

김용길, “중국의 지식재산보호제도에 관한 고찰 —집행제도를 중심으로—”, 『창작과 법』, 제8집(2014).

김용길, “지식재산권분쟁의 재판의 해결제도에 관한 연구 —조정과 중재를 중심으로—”, 『중재연구』, 제19권 제1호(2009).

박귀련, “위조상품 거래에 대한 오픈마켓 사업자의 책임에 관한 연구(上): 오픈마켓 사업자의 책임에 관한 현황”, 『지적재산권』, 제35권(2010).

박성필·김용길, “오픈 이노베이션 전략의 법적 함의: SCO 대 IBM 소송을 중심으로”, 『지식재산연구』, 제8권 제4호(2013).

배정환, “위조상품이 거래된 온라인 오픈마켓 운영자의 상표권 침해 책임에 관한 사례 연구”, 『전자무역연구』, 제7권 제2호(2009).

서민교, “한국기업의 해외시장에서의 위조상품 대응전략에 관한 연구”, 『통상정보연구』, 제9권 제4호(2007).

성재호·임대성, “EU 국경조치의 TRIPS 합치성에 관한 연구 —WTO 사례를 중심으로—”, 『국제경제법연구』, 제10권 제1호(2012).

신상민, “방송심의의 행정소송법상 쟁점과 신뢰성 제고 방안: 공정성 심의를 중심으로”, 『미디어와 인격권』, 창간호(2015).

유대중, “오픈마켓에서 위조상품 판매에 따른 오픈마켓사업자의 책임”, 『지식재산연구』, 제5권 제4호(2010).

이명천 외, “위조품 소비의 의미에 관한 현상학적 연구”, 『광고학연구』, 제22권 제5호

(2011).

이향선, “인터넷 내용규제 패러다임의 변화: 공동규제 시스템 도입방안 연구”, 『한국방송학보』, 제26권 4호(2012).

임육선·최근배, “중국 온라인 쇼핑에서 위조상품에 관한 연구”, 『무역연구』, 제12권 제1호(2016).

차상욱, “상표권침해를 둘러싼 오픈마켓운영자의 법적 책임”, 『경제법연구』, 제13권 제1호(2014).

최공웅, “역외관할권과 국제사법”, 『국제거래법연구』, 제3집(1994).

한정희·주재훈, “온라인 오픈마켓 신뢰 메커니즘의 비교 연구”, 『대한경영학회지』, 제23권 제5호(2010).

홍민지, “죄형법정주의 관점에서 바라본 상표권 침해의 형사처벌 규정에 관한 정비방안 고찰: 상표위조행위를 중심으로”, 『형사정책연구』, 제27권 제3호(2016).

황창근, “정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상 임시조치의 문제점 및 개선과제”, 『정보법학』, 제13권 제3호(2009).

〈학위논문(국내 및 동양)〉

강이삭, “정보통신서비스 제공자 규제에 대한 연구: 상표권침해 정보를 중심으로”, 한국과학기술원, 석사, 2016.

〈판례〉

대법원 2012. 12. 4.자 2010마817 결정.

서울고법 2010. 5. 10.자 2009라1941 결정.

서울중앙지법 2008.8.5, 2008카합1901 결정.

서울행법 2010. 2. 11. 선고 2009구합35924 판결.

헌법재판소 2008. 6. 26. 2005헌마506. 결정.

〈인터넷 자료〉

서진욱, “해의 사업자 통한 불법·유해정보, 실효성 떨어지는 ‘접속 차단’ 유일한 제재”, 머니투데이, 〈http://news.mt.co.kr/newsPrint.html?no=2015102017024149690&ty_pe=1&gu_bn=undefined〉, 검색일: 2017.2.5.

최형훈, “루이비통·샤넬 등 ‘작통’ 15만 점 적발…역대 최대 3,200억 원 규모”, 한국정책신문, 〈<http://www.kpinews.co.kr/news/articleView.html?idxno=31222>〉, 검색일: 2017.1.10.

〈연구 보고서〉

- 대한상표협회, “open market에서의 상표권 침해에 대한 보호방안 연구”, 특허청, 2011.
- 방송통신심의위원회, “제2기 방송통신심의위원회 백서”, 방송통신심의위원회, 2014.
- 배상철, “위조상품유통인식도 및 해외지재권보호사업만족도 조사”, 한국지식재산연구원, 2008.
- 배상철 외 2인, “위조상품 유통근절 인식도 조사”, 한국지식재산연구원, 2009.
- 이향선 외 4인, “해외 인터넷 서비스 사업자 실효적 규제방안 연구”, 방송통신심의위원회, 2015.
- 이현희 외 7인, “인터넷 규제시스템 개선을 위한 불법정보 실태 및 관련 범죄 분석 연구”, 방송통신심의위원회, 2013.
- 특허청, “2015 지식재산백서”, 특허청, 2016.
- 한국지식재산보호원 · 한국저작권위원회 · 저작권보호센터 · 한국지식재산연구원, “지식재산 보호집행 연차보고서”, 국가지식재산위원회, 2015.
- 한국지식재산보호협회, “위조상품 단속시스템 개선방안에 대한 연구”, 한국지식재산보호협회, 2007.

A Study on Regulations Against Information and Communications Service Provider —With Its Emphasis on Trademark Infringement—

Kang Isaac, Kim Yongkil & Park Sungpil

The most conspicuous aspect of online trademark infringement is counterfeiting, and regulations against the distribution of counterfeit goods through such Information and Communications Service Providers as stand-alone sites, online marketplaces, portals, and SNS have encountered a number of limitations and problems in terms of legal system, technology, and practicality, whether it be administrative regulation or so-called temporary measure such as notice and take-down procedure. Therefore, this study aims to search for ways to put more enhanced and robust regulatory system in place designed to police illicit practices of selling counterfeit goods online.

Keyword

Administrative Regulation, Temporary Measure, Information and Communications Service Provider, Trademark Infringement, Counterfeiting