

저작권 정책연구보고서

2015. 4

[목 차]

1. 인터넷서비스와 저작권 공정이용 법리의 제 문제.....1
(손승우, 단국대 법학전문대학원)
2. 온라인서비스제공자의 책임제한 원칙.....20
(김경숙, 상명대 지적재산권학과)
3. 저작권 제도 개혁과 이용자.....45
(남희섭, 법무법인 지향)
4. 온라인서비스제공자의 책임에 대한 재고.....70
(김윤명, 소프트웨어정책연구소)
5. 미국에서의 저작권 침해에 대한 서비스제공자의 책임.....95
(김창화, 단국대 IT융합과정)

인터넷 서비스와 저작권 공정이용 법리의 제 문제*

단국대학교 법학전문대학원, 손승우

I. 서론

2009년 손담비의 ‘미쳤어’ 사건에서, 5세 된 여자 아이가 손담비의 노래 ‘미쳤어’ 후렴구 일부를 따라 부르며 춤을 추는 것을 촬영한 53초 분량의 동영상은 저작권집중관리단체인 한국음악저작권협회가 저작권재산권 침해를 주장하며 네이버 블로그에서 삭제해 줄 것을 요청하였고, 네이버는 즉시 삭제조치 후 게시자인 아이의 아버지(이 사건 원고)에게 그 사실을 통지하였다. 원고는 다시 자신의 동영상을 재게해 줄 것을 네이버에게 요구하였으나 저작권법에서 명시한 소명자료의 부족으로 네이버는 해당 요구를 거절하였다.¹⁾ 우리나라 저작권법은 복제·전송자가 온라인 게시판에서 삭제된 자신의 저작물을 재 게시할 것을 요구하기 위해서는 그 요구자가 저작권자이거나 아니면 그로부터 복제·전송의 허락을 받은 자여야 한다. 그러한 범주에 속하지 않는 복제·전송자는 자신의 저작물 이용이 공정이용(fair-use)에 해당한다고 주장하더라도 온라인서비스제공자(Online Service Provider: OSP)는 이를 받아들일 법적 근거가 없다. 반면, 미국 디지털밀레니엄저작권법(Digital Millennium Copyright Act: DMCA)²⁾는 OSP의 삭제통제 절차에 있어서 게시자의 공정이용(fair-use) 주장이 가능하도록 규정하고 있으며, OSP는 그 주장을 받아들여 게시물을 다시 재게할 수 있다.

한편, 저작권침해 사건에서 대부분의 이용자들은 공정이용에 대한 인식이 부재하여 원고의 침해 주장에 대하여 단순히 순응하고 손해배상금이나 형사 합의금을 지급하는 경우가 많다. 또한 공정이용에 해당될 수 있는 패러디, UCC(User Created Contents) 등과 같이 변형적 이용을 포함한 콘텐츠의 온라인 게시에 있어서도 대부분의 이용자들은 공정이용을 주장하지 않고 있다. 최근 공정이용에 해당될 수 있는 이용에 대해서도 침해판단이 내려진 사례가 존재한다. 예를 들면, ‘내저장함 사건’에서 법원은 개인적 감상을 위하여 13장의 사진을 보관하고(비상업적 이용), 또한 이용된 분량이 웹사이트에 게시된 사진들 중 일부만 복

* 이 글은 저자가 2014.12.31. “저작권 공정이용 제도의 개혁 논의 - 온라인서비스제공자의 삭제통제 절차 및 저작권 침해 판단을 중심으로 - ” 제목으로 「국제거래법연구」 제23집 제2호에 게재한 글임을 밝힙니다.

1) 서울남부지방법원 2010. 2. 18. 선고 2009가합18800 판결; 서울고등법원 2010. 10. 13. 선고 2010나35260 판결(이하 ‘손담비 미쳤어 사건’).

2) Digital Millennium Copyright Act, PUBLIC LAW 105-304—OCT. 28, 1998.

제하였으며 복제된 사진을 공중에 배포하지 않아 원고 저작물 시장을 대체하지 않는 경우에도 저작권 침해에 해당한다고 판결하였다.³⁾

현재 공정이용은 저작권침해 판단에서 피고의 적극적 항변(affirmative defense) 수단으로서만 기능하고 있으므로 외관상 공정이용이 명백한 경우에도 피고가 항변을 주장하지 않으면 이에 대한 심리가 이루어지지 않는다. 이와 관련하여 최근 미국과 유럽을 중심으로 진행되고 있는 저작권 개혁 논의⁴⁾에서 저작권 침해 판단 시 공정이용의 요건을 적극적으로 고려하도록 제안하고 있으며, 또한 호주, 영국, 독일 등에서 저작권 제한의 확대를 위한 입법적 시도가 등장하고 있다.

이하에서는 인터넷과 디지털 시대가 깊어 가면서 나타나고 있는 권리의 확대와 이와 더불어 상대적으로 축소되고 있는 공정이용(fair-use)의 모습을 살펴보고, 최근 전개되고 있는 저작권 개혁 논의 중 공정이용과 관련된 내용을 검토하였다. 특히 국내 OSP의 삭제통지(notice and takedown) 절차에 있어서 공정이용 법리의 적용 문제점을 사례를 중심으로 상세히 분석하였으며, 이와 관련된 저작권법의 개선 방안을 미국의 DMCA와 비교하여 제시하였다. 그리고 항변수단으로서 공정이용 법리를 저작권 침해 판단 단계에서 적극적으로 고려할 필요성에 대해서도 논의하였다.

II. 공정이용 법리의 개관

공정이용 법리(fair-use doctrine)는 저작권에 의해 보호 받는 저작물의 표현을 복제 등으로 이용할 수 있도록 허용하는 법리로서 저작권자가 복제 등을 허용하지 않더라도 이용자는 저작권 침해로 인한 책임으로부터 면책된다. 이러한 공정이용 법리는 저작권자와 이용자의 이익균형을 위하여 형평의 견지에서 미국 판례에 따라 발전되어온 이론이다. 저작권 제도의 한쪽 스펙트럼에서는 저작권자의 권리 보호 장치를 마련하여 창작자에게 배타적 권리를 부여하여 인센티브를 제공하고 이로써 창작적 활동을 장려하고 있으며, 다른 한쪽 스펙트럼에서는 권리의 지나친 보호를 견제하고 공정한 경쟁적 환경을 유지하기 위하여 배타적 권리를 제한하고 있다. 후자를 실현하기 위하여 발전된 이론이 바로 공정이용 법리이다.⁵⁾

이하에서 상술하는 바와 같이 공정이용은 과거 저작권 침해판단 요건으로 기

3) 서울중앙지방법원 2005. 7. 22. 선고 2005나3518 판결.

4) Pamela Samuelson & Members of The CPP, *The Copyright Principles Project: Directions for Reform*, 25 Berkeley Tech. L.J. 1175, 1211 (2010); European Copyright Code <<http://www.copyrightcode.eu>> (방문일: 2014.11.26.)

5) 손승우, “디지털 저작권보호의 확대경향과 공정한 경쟁”, 「상사판례연구」 제19집 제1권, 한국상사판례학회, 2006.3.31.

능하였으나 현재는 저작권 침해 책임으로부터 면책 받기 위한 피고의 적극적 항변(affirmative defense) 수단으로서 역할을 하고 있다.⁶⁾ 과거에는 권리자인 원고가 공정이용의 요소를 고려하도록 하였으나 지금은 피고가 저작권 침해의 책임으로부터 면책을 받기 위해서 적극적으로 주장해야 하는 법리가 되었다.

공정이용은 미국 저작권법 제107조에 규정되어 있는데, 즉 “비판, 논평, 보도, 교육, 학문 또는 연구 목적의 ... 저작권이 있는 저작물의 공정이용은 ... 저작권의 침해가 아니다.” 라고 규정하고 이를 판단하기 위한 4가지 요소를 제시하고 있다.⁷⁾ 저작물의 이용이 공정한지를 판단하기 위하여, ①저작물 이용의 목적과 성격(상업적 성격인지 아니면 비영리적인 교육적 목적을 위한 것인지 등), ②저작물의 특성(창작성이 높은 저작물에 대해서는 보다 강한 보호 인정, 접근성), ③이용된 부분이 차지하는 분량과 중요도, ④이용이 저작권자의 현재 그리고 잠재적 시장에 미치는 영향이 그것이다.

공정이용은 짧은 구절을 인용하는 경우와 같이 라이선스 거래비용이 높은 반면 아무런 손해를 주지 않는 경우에 인정될 수 있으며, 또한 서평을 위해서도 저작물이 이용되지만 일종의 광고 효과를 기대할 수 있어 거래비용을 절감시켜 주는 순기능이 있다. 그리고 공정이용은 교육이나 소수자 보호와 같은 공익적 목적 또는 비판 등과 같은 헌법상 표현의 자유를 보호하기 위해 인정되기도 한다.⁸⁾

우리나라 저작권법은 저작재산권 제한 사유를 제한적으로 열거하는 방식으로 규정하고 있는데, 이는 저작물 이용환경의 급격한 변화 속에서 저작물의 공정한 이용을 도모하는데 충분하지 못하였다. 이에 한미 FTA를 이행하기 위한 개정 저작권법에서 저작물의 공정이용에 관한 일반 조항을 신설하게 되었다. 즉 법 제35조의3 제1항에서 저작권법 제23조부터 제35조의2까지, 제101조의3부터 제101조의5까지 규정된 제한사유 외에도 저작물의 통상적인 이용과 충돌하지 아니하고 저작자의 합리적인 이익을 부당하게 침해하지 않는 범위 내에서 보도·비평·교육·연구 등을 위하여 저작물을 이용할 수 있도록 한 것이다(저작권법 제35조의3 제1항).

저작물 이용 행위가 공정이용에 해당하는지 여부를 판단할 때에는 ①영리성 또는 비영리성 등 이용의 목적 및 성격, ②저작물의 종류 및 용도, ③이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성, ④저작물의 이용이 그 저작물의 현재 시장 또는 가치나 잠재적인 시장 또는 가치에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하게 된다(저작권법 제35조의3 제2항). 공정이용 조항은 저작재산권자의 경제

6) Fisher v. Dees, 794 F.2d 432, 435 (9th Cir. 1986).

7) 17 U.S.C. §107.

8) 공정이용이 인정되지 않는다면 비우호적인 서평을 하는 경향이 있는 서평자들에게 출판업자는 인용을 허락하지 않을 것이다. 윌리엄 M. 랜디스·리처드 A. 포스너(정갑주·정병석·정기화 번역), 『지적재산권법의 경제구조』, 일조각, 2011, 176-189면.

적 이익을 고려한 것이므로 저작인격권에는 적용되지 않는다. 또한 그 판단에 있어서도 네 가지 기준 중 저작물의 시장수요를 대체하는지 여부가 가장 중요하다. 그리고 첫 번째 요건인 이용의 목적 및 성격은 네 번째 요건인 시장에 미치는 영향과 밀접한 관련이 있다. 저작권법은 위 네 가지 요소를 규정하고 있으나 이는 예시일 뿐이므로 법원은 폭넓게 고려할 수 있다.

한편 저작권법에서 구체적으로 열거되어 있는 저작재산권 제한 사유 중에는 이용의 목적이 반영되어 있는 경우도 있으며, 또한 제한 사유 중 이용의 목적 및 성격상 복제가 허용되는 경우라도 그 저작물의 종류와 복제의 부수 및 형태 등에 비추어 저작재산권자의 이익을 부당하게 침해하는 경우에는 복제를 허용하지 않는 경우가 있는데, 이는 위 두 번째 및 세 번째 요소와 관련되어 있다.⁹⁾

Ⅲ. OSP 삭제통지 절차에 있어서 공정이용 법리의 적용사례의 비교 분석

1. 손담비 “미쳤어” 노래 사건¹⁰⁾

원고는 2009. 2. 2. 다섯 살 된 원고의 딸이 의자에 앉아 가수 손담비가 가창한 ‘미쳤어’ 라는 노래의 후렴구 일부분을 따라 부르면서 춤을 흥내 내는 것을 촬영한 이용자제작콘텐츠(UCC) 형태의 53초 분량의 동영상을 주된 내용으로 하는 게시물을 원고가 운영하는 네이버 블로그에 게시하였다. 원고는 동영상을 게시하면서 “이 노래를 어디서 보고 들은 것이기에 이렇게 따라 하는 것일까요? <중략> 좀 더 소녀 취향의 노래를 불러 주었으면 좋겠는데 말이지요.” 라는 내용의 글을 원고의 딸이 찍힌 다른 사진들과 게시하였다.

이에 대하여 피고 한국음악저작권협회가 위 게시물이 동 협회가 저작자들로부터 신탁받아 관리하고 있는 이 사건 음악저작물에 대한 저작재산권을 침해한 것이라고 하면서 피고회사(NHN)에게 삭제요청을 하였고, 이에 피고회사는 임시 게시 중단 조치를 한 후 원고에게 그 사실을 통보하였다. 복제·전송의 중단 통보를 받은 원고는 이 사건 동영상을 다시 게시해 줄 것을 요청하였지만 피고회사는 소명부족을 이유로 응하지 않았다.

이에 원고는 이 사건 저작물 이용이 저작권법 제28조 등에 따른 ‘공정이용’으로 인정될 수 있어 저작권 침해가 성립되지 않음에도 불구하고 위와 같이 삭제요청을 한 피고 협회와 그에 따라 게시 중단 조치 등을 취한 피고 회사의 행

9) 이러한 예로서, 재판절차 등에서의 복제(제23조), 공표된 저작물의 인용(제28조), 도서관 등에서의 복제(제31조) 등이 있다. 손승우, 지식재산권법의 이해, 2014년 지식재산권법 강의교재, 79면.

10) 서울고등법원 2010. 10. 13. 선고 2010나35260 판결.

위는 위법하다고 주장하면서 1심법원인 서울남부지방법원에 원고의 이 사건 게시물 게재행위가 저작권 침해행위가 아니라는 확인을 구하는 동시에 손해배상을 청구하였다.

이 사건 1심 법원은 우선 원고의 동영상 제작행위와 게시행위는 피고의 복제권과 전송권을 침해한다고 판단하였다. 그러나 해당 행위는 저작권법 제28조에 의한 ‘공표된 저작물’의 정당한 ‘인용’에 해당하여 저작권 침해를 구성하지 않는다고 판시하고 원고의 확인청구를 인용하였다. 그리고 원고의 정당한 자유이용권을 피고가 침해하였다는 이유로 20만원의 위자료 배상을 인정하였다.¹¹⁾

이에 피고 협회는 항소하였으며, 항소 법원은 원고가 동영상을 게시하면서 함께 덧붙인 글과 사진으로 인하여 문제의 동영상은 원고의 사상과 감정을 표현한 새로운 창작물이 되었다고 판단하였다.¹²⁾ 그리고 인용된 음악저작물의 양은 전체 74마디 중 7-8마디에 불과하므로 인용의 목적에 비추어 필요한 최소한에 그쳤고 그나마도 음정, 박자, 가사가 상당히 부정확하여 약 53초 분량의 동영상 중 초반부 약 15초 정도만 문제의 음악저작물을 가창하고 있음을 식별할 수 있다고 판단하였다. 그리고 일반 공중의 관념에 비추어 원고의 동영상이 해당 가요에 대한 시장의 수요를 대체하거나 또는 그 가치를 훼손한다고 보기 어려운 점, 게시물에 음악저작물의 실연자를 언급함으로써 일반적으로 대중가요에서 행해지는 방식의 출처표시를 한 점에 비추어 저작권법 제28조의 공정한 인용에 해당하는 것으로 판결하였다.

그리고 동 법원은 ‘손담비 노래 사건’에서 문제가 된 동영상의 삭제를 온라인서비스제공자(OSP)에게 요청한 저작권신탁관리업자인 한국음악저작권협회에게 정당한 권리 없이 저작물 등의 복제·전송의 중단요구를 하였다는 이유로 저작권법 제103조 제6항 소정의 손해배상책임을 인정하였다. 그리고 그 이유로 “저작물 등의 복제·전송의 중단을 요구한 자에게 저작권 그 밖에 저작권법에 따라 보호되는 권리가 있더라도 그러한 저작물 등의 복제·전송이 저작권법 제28조 소정의 공표된 저작물의 인용과 같이 저작권법에서 규정하고 있는 저작권 제한사유에 해당하는 것인지에 대한 성실하고 합리적인 검토 없이 복제·전송의 중단을 요구한 자는 그러한 요구로 인하여 OSP의 서비스를 이용하여 저작물 등을 복제·전송하는 사람이 입은 손해를 배상할 책임이 있다.”고 설시하였다. 이러한 법원의 판단은 이용자의 저작물 이용행위가 저작권 제한사유 또는 공정이용에 해당하는 것이 명확한 경우에는 해당 저작물 이용행위가 저작권 제한사유에 해당하지 않는다는 것을 원고가 검토해야 할 주의의무가 있음을 말해주고 있다.

11) 서울남부지방법원 2010. 2. 18. 선고 2009가합18800 판결.

12) 서울고등법원 2010. 10. 13. 선고 2010나35260 판결.

2. 미국 렌즈 사건¹³⁾

이 사건의 원고 렌즈(Lenz)는 자신의 아이가 부엌에서 가수 프린스의 “Let’s Go Crazy” 음악에 맞추어 춤을 추면서 노는 동영상을 유튜브(YouTube)에 게시하였다. 원고는 가까운 지인들과 동영상을 공유하기 위해 동영상을 게시했다고 주장한다. 피고 유니버설 음악사(Universal Music)는 이 사건 음악의 저작권자이다. 2007년 6월 4일 ‘Let’s Go Crazy’의 저작권을 소유한 피고가 미국 저작권법 DMCA(Digital Millennium Copyright Act)를 근거로 유튜브에 렌즈의 동영상을 삭제해줄 것을 요구하는 삭제통지(takedown notice)를 보냈다. 원고의 동영상을 삭제한 유튜브는 원고에게 저작권자인 피고의 삭제통지에 대응한 조치임을 알리는 이메일을 렌즈에게 보내면서 DMCA 대응통보(counter-notification) 절차에 대하여 알려주었다. 원고는 피고 저작물의 이용행위는 공정이용(fair-use)에 해당한다고 주장하였고, 유튜브에 재게시 요청을 하였다. 이에 유튜브는 원고의 동영상을 다시 게시하였다.¹⁴⁾

2007년 7월 24일, 원고는 자신의 저작물이용행위가 저작권 침해에 해당하지 않음을 확인하는 소송을 제기하면서 자신의 이용은 공정이용에 해당한다고 주장하였다. 피고는 재판무효신청을 하였다. 이에 지방법원은 원고의 공정이용 주장에 대하여 저작권자가 공정이용을 적절히 고려하지 않고 삭제요청을 함으로써 악의적으로(in bad faith) 행동한 것이 인정되며 DMCA 제512조 제(f)항의 허위진술(misrepresentation)을 구성하기에 충분하다고 판단하였다.

이 사건의 쟁점은 저작권의 침해를 주장하는 저작권자가 그 이용이 공정이용인지 여부를 검토할 주의의무가 저작권자에게 발생하는지 여부이다. 이 사건에서 원고 렌즈는 공정이용은 저작권법에 명시된 제도로서 저작권자는 이용자가 제작한 콘텐츠에 포함된 자신의 저작물이 공정한 이용을 위한 것인지 여부를 포함하여 전반적으로 허용된 범위내의 이용인지에 대하여 검토하지 않은 채 저작권 침해에 대한 성실한 믿음을 가지고 있다고 진술해서는 안 된다고 주장하였다. 이에 대해, 피고 유니버설 음악사는 공정이용은 ‘저작권자 또는 법으로 허용되는 이용(a use authorized)’이 아니라 면책사유(an excused infringement of a copyright)이므로 저작권자가 삭제통지를 보내기 전에 해당 이용이 공정이용에 해당하는지 여부를 검토할 필요는 없다고 반박하였다. 또한 DMCA가 저작권자에게 공정한 이용인지 여부를 검토할 주의의무를 부여하고 있다고 하더라도 그 의무는 저작권

13) Lenz v. Universal Music Corp. 572 F. Supp. 2d 1150 (N.D. Cal. 2008)(이하 ‘Lenz 사건’이라 한다.).

14) 이와 관련된 자세한 사항을 위하여, 김경숙, UCC와 공정이용법리에 관한 미국 판례법리의 전개, 계간저작권, 2009년 여름호 참조.

자가 대응통지를 받고 소송을 제기할 것을 고려한 후에 발생한다고 주장하였다. 이와 관련하여, 법원은 공정이용은 저작권의 합법적인 이용이므로 저작권자가 선의로 DMCA 삭제요청을 통지하려면 그 이용이 저작권의 공정이용인지 여부를 먼저 검토해야만 한다고 밝혔다.¹⁵⁾ 그리고 동 법원은 “특정 이용이 공정이용인지 여부에 대한 선의의 고려는 삭제통지의 남용을 방지하기 위한 규정(제512조 제(f)항)의 목적과 일치한다. 공정이용을 고려하도록 저작권자에게 요구하는 것은 인터넷의 효율성을 지속적으로 향상시키고 인터넷 서비스의 다양성과 질을 발전시키는 것을 보장할 것이다.”¹⁶⁾라고 밝혔다.

3. 비교 분석

손담비 미쳤어 노래 사건과 미국 렌즈 사건은 모두 원고의 자식이 유명 가수의 노래와 춤을 흉내 내는 모습을 동영상으로 촬영하여 인터넷 게시판에 올려놓았고, 이를 저작권자의 요청에 의해서 삭제되면서 문제된 사건들이다. 또한 문제의 동영상을 검토해 보면 동영상에서 흘러나오는 음악의 이용이 외관상 공정이용임이 상대적으로 분명히 들어나는 사건이어서 저작권자가 아닌 동영상의 게시자가 저작권 비침해의 확인을 구하는 소를 제기한 것이 특징이다. 그리고 양 법원 모두 이용자에 의한 저작물의 복제·전송이 저작권제한사유 또는 공정이용에 해당하는 것인지에 대하여 저작권자는 OSP에게 삭제요청을 통지하기 전에 성실하고 합리적으로 검토할 주의의무가 있다고 판시하였다. 한편 위 두 사건은 공정이용이 명백히 드러나는 경우인데, 우리나라 사건에서 한국음악저작권협회는 원심 판결에 불복하여 항소를 하였다는 점에서 차이를 보인다. 원심 판결에서 피고가 항소를 할 만큼 쟁점이 되는 사안이 특별히 발견되지 않음에도 불구하고 렌즈사건과 달리 이 사건은 항소로 이어졌고 서울고등법원은 해당 주장을 기각하였다.

사실관계가 유사한 사건에서 우리 법원과 미국 법원은 동일한 결정을 내렸지만 OSP의 삭제조치 절차에 있어서 양 국가의 저작권법에는 차이가 존재한다. 손담비 미쳤어 노래 사건에서는 복제·전송 재개 절차에 있어서 복제·전송자(원고)가 OSP에게 공정이용을 주장할 법적 근거가 없어서 소송을 제기할 수밖에 없었다. 즉 저작권법 시행령에서는 삭제된 게시물의 재개를 요청하기 위해서는 게시자가 저작권자이거나 아니면 저작권자로부터 복제·전송의 허락을 받은 자이어

15) “... the fact remains that fair use is a lawful use of a copyright. Accordingly, in order for a copyright owner to proceed under the DMCA with “a good faith belief ...”, the owner must evaluate whether the material makes fair use of the copyright.” *Lenz*, at 1154.

16) *Lenz v. Universal Music Corp.* 572 F. Supp. 2d 1150, 1156 (N.D. Cal. 2008).

야 한다. 따라서 이 사건에서 원고는 이러한 권한을 소명하지 못하였기에 OSP인 네이버는 재게시 요청을 거절할 수밖에 없었다. 다만, 법원은 저작권법 제103조 제6항에 따라 이 사건 협회가 정당한 권리 없이 저작물 등의 복제·전송의 중단을 요구하였으므로 손해배상책임을 진다고 판시하였다.

반면 렌즈 사건에서는 동영상 게시자가 이하에서 상술하는 바와 같이 DMCA에 근거하여 OSP에게 공정이용을 주장할 수 있었고, 유튜브는 이를 받아들여 해당 동영상을 다시 게시하였다. 온라인상의 콘텐츠 삭제조치 절차에 있어서 미국은 우리나라보다 저작권자와 이용자의 이익을 균형 있게 규율하고 있다고 평가되며, 이러한 점에서 우리에게 시사점을 주고 있다.

한편 렌즈 사건에서 피고는 공정이용이 면책사유에 해당되므로 삭제통제 전에 해당 이용이 공정이용에 해당하는지를 검토할 필요가 없다고 주장하였는데, 이는 이하에서 상술하고 있는 공정이용 제도의 개혁논의와 맞물려서 검토할 필요가 있다.

IV. 저작권 침해 판단 시 공정이용 적용 논의

1. 최근 저작권 개혁 논의

인터넷과 디지털 환경은 정보의 교류, 다양한 저작물의 출현, 문화의 향유 등을 증진시키고 있으나, 동전의 양면처럼 이러한 특징은 저작권 침해 또한 양산하고 있다. 이와 같이 저작물 이용 환경의 변화는 필연적으로 저작권법 개선의 필요성으로 이어지고 있다. 최근 미국, 유럽, 호주 등 주요국을 중심으로 저작권법 개혁 논의가 활발하게 진행되고 있으며¹⁷⁾, 그 주요 내용으로 저작권 보호기간 단축, 공정이용의 확대, 도서관 보존 등을 위한 저작권 제한의 확대, 업무상저작권의 창작자주의 도입, 등록제도 개선, 보상금청구권의 확대 등 다양한 이슈를 포함하고 있다. 이러한 논의의 중심에는 공정이용의 확대가 위치하고 있다.

미국의 경우 2007년 버클리 로스쿨(Berkeley Law School)의 파멜라 사무엘슨(Pamela Samuelson) 교수의 주도로 저작권 관련 전문가들이 모여 ‘저작권 원칙 프로젝트(Copyright Principles Project; CPP)’를 결성하고 2010년에 지난 3년간의 연구와 논의 결과를 종합하여 개혁방안을 제시하였다. 저작권자와 이용자 간의 이익

17) 이러한 세계적인 추세에 따라 국내에서도 저작권 개혁에 관한 논의가 전개되고 있다. 2014년 11월 7일 한국저작권법학회는 “저작권 제도의 새로운 틀과 개혁의 방향”이라는 주제로 추계학술대회(섬유센터 컨퍼런스홀 C1)를 개최한 바 있다. 또한 2014년 10월 8일 문화체육관광부는 2014 서울저작권포럼을 통해 “디지털 시대, 저작권 시스템의 현재와 미래”라는 주제(인터콘티넨탈 서울 코엑스)로 해외 저작권 개혁에 대하여 논의한 바 있다.

을 균형적으로 반영하기 위한 저작권 제도의 개혁에 관한 ‘저작권 개혁 방향 (Copyright Principles Project: Directions for Reform) (이하 ‘보고서’)에서는 저작권 등록, 공정이용 가이드라인, 복제권 침해 판단의 접근법, OSP 책임, 저작권 보호 대상 제외, 공정이용의 확대, 도서관 및 아카이빙을 위한 저작권 제한 확대 등 다양한 주제를 다루고 있다.¹⁸⁾

특히 이 보고서에서는 저작권 침해의 판단과 관련하여 공정이용의 판단 요소인 ‘시장수요의 대체여부’를 저작권 침해판단 시 고려해야 한다는 견해를 밝히고 있다. 이 보고서는 저작물의 전부 또는 거의 전부를 그대로 사용한 것이 아니라면 저작물의 일부를 이용하여 새로운 작품을 창작하는데 ‘차용(reuse)’하는 것은 저작권자의 시장수요를 크게 대체하지 않는다고 보았다.¹⁹⁾ 따라서 저작권 침해의 추정여부를 판단함에 있어 “저작물의 전부 또는 거의 전부(all or virtually all of a work)”를 그대로 이용하여 저작권자의 시장수요를 대체하는 경우와 “사회적으로 생산적인 이용 socially productive use”, 을 위하여 이용자가 저작물의 일부를 사용하는 경우를 구별하여 저작권 침해를 판단해야 한다고 제안하였다.²⁰⁾ 그리고 저작물의 일부를 사용하는 무단이용이 원저작물의 시장수요를 대체하는지 여부를 저작권자가 입증하도록 해야 한다고 제안하였다.²¹⁾

유럽연합(EU)의 경우도 저작권법을 디지털 환경에 맞게 개선하기 위하여 2013년 12월 5일부터 2014년 3월 5일까지 전 세계 저작권 관련 기관에 저작권법 검토 의견을 요청하였다.²²⁾ 이에 유로피아나(Europeana)는 유럽 전역에 적용할 통일된 저작권 규칙의 필요성을 강조하였고, 또한 저작권 보호기간을 사후 70년에서 50년으로 단축하고, 기술변화에 유연하게 적용할 수 있는 법의 필요성 및 문화유산 기관 등을 위하여 보존의 목적으로 복제를 허용하는 조항의 확대를 제안하였다. 미국 도서관저작권동맹(Library Copyright Alliance: LCA)도 유로피아나와 유사한 의견을 제시하면서 기술발전을 적절하게 수용할 수 있도록 유동적인 공정이용 조항의 채택을 강조하였다.

2. 침해판단 시 공정이용의 적용 문제

18) 윤종수, 저작권 개혁(copyright reform)에 관한 미국의 논의”, 저작권 제도의 새로운 틀과 개혁의 방향, 2014년 한국저작권 법학회 추계학술대회, 섬유센터 컨퍼런스홀 C1, 2014.11.7., 8-9면 참조.

19) Pamela Samuelson & Members of The CPP, *The Copyright Principles Project: Directions for Reform*, 25 Berkeley Tech. L.J. 1175, 1211 (2010).

20) *Id.* at 1209-14.

21) *Id.* at 1211.

22) World Library, EU 저작권 제도 개혁에 대한 세계의 반응은? <<http://http://wl.nl.go.kr/?p=20605>> (방문일: 2014.11.30.)

위에서 언급한 저작권 개혁 논의에서 미국 학계에서는 저작권침해 소송에서 적극적 항변으로 기능하고 있는 공정이용(fair use)을 저작권 침해판단 요건으로 고려하도록 제안하고 있는 점이 눈에 띈다. 이는 저작물 이용자가 항변으로서 주장하지 않더라도 법원이 침해판단 시 공정이용 여부를 고려하도록 하는 효과가 있다. 이는 DMCA에서도 복제·전송 중단 요구 시 권리자가 공정이용 여부를 사전에 판단하도록 한 것과 일맥상통한다.

이 제안은 우리나라 저작권 이용 환경에 시사점을 주고 있다. 저작권법은 거듭 되는 개정으로 방대하고 복잡한 모습으로 변화하여 일반인은 도저히 이해하기 어려운 정도가 되었다. 특히 저작권침해 사건에서 대부분의 이용자들은 공정이용에 대한 인식이 없으므로 저작권자의 침해 주장에 순응하여 손해배상금이나 형사 합의금을 지급하는 경우가 많다. 또한 공정이용으로 볼 수 있는 패러디와 같은 변형적이고 창작적인 저작물 이용이나 손담비의 미쳤어 사건처럼 이용자의 콘텐츠의 사소한 일부를 구성하는 경우에도 이용자는 공정이용이나 저작권 제한 사유를 주장하지 못한 채 자신의 콘텐츠가 삭제되는 것을 마냥 보고만 있는 경우가 많다. 또한 저작물의 공정한 이용이 외관상 명백하게 드러나는 경우에도 피고의 항변 주장이 없으면 법원은 이에 관한 심리를 하지 않는다.

2005년 ‘내저장함 사건’에서 법원은 개인적 감상을 위하여 인터넷에 게시된 몇 장의 사진을 복제하고 공개되지 않은 자신의 디렉토리에 저장한 행위에 대하여 저작권 침해를 인정하고 손해배상을 인정한 바 있다.²³⁾ 이 사건의 원고는 프리랜서 사진작가로서 홍보목적으로 인터넷 사이트상에 풍경사진을 무단 복제 금지 문구와 함께 게시하였다. 피고는 인터넷에 게시된 원고의 사진 중 마음에 드는 13장의 사진들을 감상할 목적으로 복제하여 ‘내저장함’이라는 디렉토리내에 저장하였다. 그 후 원고는 피고의 복제 사실을 알고 피고를 저작권법 위반으로 형사고소를 하였고, 피고는 저작권법 위반으로 기소되어 서울중앙지방법원에서 벌금 20만 원을 선고받은 후 벌금을 납부하였다. 원고는 사진 1장당 통상 150만원의 사용료를 받을 수 있음을 전제로 추가 손해배상(총 1,950만원)을 구하기 위하여 소를 제기하였다.

법원은 우선 원고 사진의 저작물성을 인정하고 이를 무단 복제한 피고의 행위는 저작권 침해를 구성하며 손해배상 책임이 있다고 판결하였다. 그러나 법원은 원고 사진 1장당 손해액을 산정함에 있어서 다음과 같은 사정을 고려하여 피고에게 총 130만원의 손해배상액을 명하였다. 즉 법원은 ① 피고가 상업적인 목적으로 이용하거나 타인에게 공개할 의사로 원고의 사진들을 복제한 것이 아니라,

23) 서울중앙지방법원 2005. 7. 22. 선고 2005나3518 판결.

피고의 마음에 드는 사진들만 따로 모아놓고 이를 나중에 다시 감상하고픈 생각에 원고가 인터넷 사이트상에 게시해 놓은 사진들을 복제하기에 이른 점, ② 피고가 인터넷 사이트상에 게시해 놓은 원고의 사진들 중 비교적 소량인 자신의 마음에 드는 사진 13장만 복제하였던 점, ③ 원고가 피고를 저작권법 위반으로 형사고소하자, 피고가 즉시 디렉토리 내에 저장해 두었던 사진들을 삭제한 점, ④ 피고가 원고의 사진들을 무단으로 복제한 자신의 잘못을 뉘우치고, 원고가 이 사건 소를 제기하기 이전부터 원고와 합의하기 위해 계속 노력해 온 점 등을 참작하였다.

그러나 이 사건은 피고가 원고 사진을 개인적 감상을 위하여 복제하였으며 그 이용된 분량이 인터넷 사이트에 게시된 사진들 중 일부만 복제하였으며 이를 공중에 전송하지 않아 원고 저작물 시장을 대체하지 않고 있어 공정이용에 해당될 수 있으며, 현행 저작권법상 사적이용을 위한 복제²⁴⁾에 해당되어 저작권 침해를 구성하지 않는 것으로 평가된다.

미국의 저작권 개혁 논의에서 현재 항변수단인 공정이용의 판단 요소를 저작권 침해판단의 구성요소로 전환하자는 제안은 완전히 새로운 것이 아니다. 공정이용의 역사를 거슬러 올라가면 공정이용 법리를 최초로 정립한 판례인 *Folsom v. Marsh* 사건²⁵⁾에서 Story 판사는 저작권 침해 판단 시에 ①선택된 부분의 성질과 목적, ②이용된 부분의 양과 가치, ③그 이용이 원고작품의 판매에 미칠 영향(손해), 이윤의 감소 또는 원고작품의 목적을 대체하는 정도를 고려하도록 하였다. 이 사건 이후 미국 법원들은 공정이용을 저작권 침해 판단 요건으로 고려하였는데, 1955년 *Loew's v. Columbia Broadcasting System* 사건²⁶⁾에서 공정이용을 최초로 항변(defense)으로 인정하게 되었다. 이후 공정이용은 저작권 침해가 인정된 후 피고의 적극적인 항변사유로서 정립되었으며 1976년 연방 저작권법에 규정되게 되었다.

생각건대, 저작권법은 저작권자와 이용자의 정치한 이익 균형을 유지하는 장치로서 공정이용 법리를 발전시켰으나 오늘날 인터넷과 디지털 환경 속에서 공정이용이 그 역할을 제대로 하지 못하고 있는 것이 현실이다. 이러한 문제를 개선하기 위하여 미국의 학계에서는 공정이용의 일부 요건을 저작권 침해 판단 단계에서 고려하도록 제안하고 있는 것이다. 이러한 제안에 적극적으로 동의하는 바이다. 나아가 저작물의 이용이 외관상 명백히 공정이용에 해당한다고 보이는 경

24) 저작권법 제30조(사적이용을 위한 복제) 공표된 저작물을 영리를 목적으로 하지 아니하고 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 경우에는 그 이용자는 이를 복제할 수 있다. 다만, 공중의 사용에 제공하기 위하여 설치된 복사기에 의한 복제는 그러하지 아니하다.

25) *Folsom v. Marsh*, 9 F.Cas.342 (1841).

26) *Loew's Inc. v. Columbia Broadcasting System.*, 131 F. Supp. 165 (S.D. Cal. 1955).

우에는 법원이 이를 적극적으로 개입하여 적용하는 것이 필요하다고 본다. 저작권 분쟁은 대개의 경우 소액분쟁이 많아 변호사 등 전문가의 조력을 받지 못하는 경우가 많으므로 소송에서 판사의 적극적인 판단이 필요하다.

한편 우리 민사소송법에서는 법원이 사건의 진상을 명확하게 하기 위하여 당사자에게 법률적, 사실적인 사항에 대하여 설명할 수 있는 기회를 주고 입증을 촉구하는 권한을 부여하고 있다.²⁷⁾ 이를 석명권(釋明權)이라고 한다. 실체적 진실을 밝혀야 하는 형사소송에 비하여 당사자주의를 취하고 있는 민사소송 실무에서는 법원이 석명권을 적극적으로 적용하지는 않고 있다.²⁸⁾ 석명은 변론주의를 보충하는 것이기 때문에 판사의 적극적인 개입을 기대하기는 어려우나 전문성을 요하는 저작권 분쟁에서 변호사의 조력을 받지 못하는 이용자들을 위하여 공정 이용이 분명한 경우에는 판사의 석명권을 최대한 발휘할 필요가 있다고 본다.

V. OSP 삭제통지 절차와 공정이용의 적용 방안

1. 복제·전송의 중단 절차

현행 저작권법은 온라인서비스제공자(OSP)의 유형을 네 가지로 분류하고 각 유형별 면책요건을 규정하고 있다.²⁹⁾ 우리나라의 OSP 면책규정은 미국 DMCA의 면책(safe harbor)규정과 유사한 구조를 띠고 있다. 저작권법 제102조제1항에서는 OSP를 ①단순 도관서비스(인터넷 접속서비스)³⁰⁾(제1호), ②캐싱 서비스³¹⁾(제2호), ③저장 서비스³²⁾(제3호), ④정보검색도구 서비스³³⁾(제4호) 등으로 구별하고, 각 유형별로 개별 면책요건을 규정하고 있다. 이 면책요건은 모든 유형에 보편적으로 적용되는 일반 면책요건과 해당 유형에만 적용되는 개별 면책요건으로 나뉜다.

27) 민사소송법 제136조(석명권·구문권 등) ①재판장은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 질문할 수 있고, 증명을 하도록 촉구할 수 있다.

②합의부원은 재판장에게 알리고 제1항의 행위를 할 수 있다.

③당사자는 필요한 경우 재판장에게 상대방에 대하여 설명을 요구하여 줄 것을 요청할 수 있다.

④법원은 당사자가 간과하였음이 분명하다고 인정되는 법률상 사항에 관하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.

28) 이에 관하여 자세한 내용을 위하여, 김영, 석명권의 역사 변론주의와 석명권의 역사적 고찰, 한국학술정보, 2010 참조.

29) 2011년 6월 30일 제정한 한-EU FTA 이행을 위한 개정 저작권법(한-EU FTA 이행을 위한 저작권법 개정, 법률 제10807호)에서는 OSP의 유형을 4가지로 구분하고 있다.

30) 도관서비스는 다른 사람이 송신한 정보를 그대로 전달하는 서비스로 우리나라의 KT, SK브로드밴드, LG테이콤 등의 서비스가 여기에 해당한다.

31) 캐싱은 다른 자료부터 송신된 정보를 후속 사용자의 이용에 제공하기 위해 일시적으로 캐싱하는 것을 말한다. 이는 중앙서버와 독립적으로 구축된 캐시서버에 자동 임시 저장하여 이용하는 서비스이다.

32) 저장(호스팅)서비스는 이용자의 요청에 따른 서비스제공자의 시스템 또는 네트워크상의 정보를 저장하는 서비스로서 하드디스크나 서버에 저장하여 사용하는 서비스, 인터넷 게시판 등이 있다.

33) 정보검색도구 서비스는 OSP가 정보검색도구를 사용하여 온라인상의 자료에 대한 접근을 돕는 서비스인데, 네이버, 다음, 구글 등의 검색 서비스가 여기에 속한다.

저작권법 제103조에서는 권리주장자가 복제·전송의 중단을 요청한 경우에 OSP가 즉시 복제·전송 중단 조치를 취하고 권리주장자 및 복제·전송자에게 그 사실을 통보할 경우 책임으로부터 면제되도록 규정하고 있다. 이와 같이 저작권법은 제102조와 제103조에 걸쳐 OSP의 면책을 이중적으로 규정하고 있다. 제102조에 규정된 네 가지 유형 중에 면책을 위하여 복제·전송 중단 요구에 따른 중단조치 및 통보를 해야 하는 유형은 저장 서비스(제3호) 및 정보검색도구 서비스(제4호)이다. 단순한 인터넷 접속만을 제공하는 도관 서비스는 복제·전송 중단을 요구할 수 있는 대상이 아니다. 또한 캐싱 서비스는 원 서버에서 삭제된 저작물이 캐시 서버에 존재할 수 있으므로 권리주장자는 그 삭제를 요구할 수 있을 뿐, 복제·전송자에 대한 통보의무는 발생하지 않는다. 권리주장자의 요청에 의해 중단된 사실은 3일 이내에 복제·전송자에게 통보되어야 하며, 복제·전송자의 재개 요구 권한에 대하여 알려주어야 한다(시행령 제41조).

한편, 저작권법 제102조제3항은 OSP가 자신의 서비스 내에서 침해행위가 일어나는지를 모니터링하거나 그 침해행위에 관하여 적극적으로 조사할 의무가 없음을 명시적으로 규정하고 있다.³⁴⁾ 이는 무수히 많은 콘텐츠가 OSP를 통해서 유통되는데 특정한 침해행위를 일일이 찾아 낼 수 없는 현실을 고려한 것이다.³⁵⁾

2. 복제·전송의 재개 요청 절차의 문제점

저작권법 시행령 제42조제1항에서 복제·전송의 재개를 요구하려는 복제·전송자는 OSP로부터 복제·전송의 중단을 통보받은 날부터 30일 이내에 문화체육관광부령으로 정하는 재개요청서에 일정한 소명 자료를 OSP에게 제출하도록 규정하고 있다. 소명자료에는 첫째, 자신이 그 저작물등의 권리자로 표시된 저작권 등의 등록증 사본 또는 그에 상당하는 자료, 둘째, 자신의 성명등 또는 널리 알려진 이명이 표시되어 있는 그 저작물등의 사본 또는 그에 상당하는 자료, 셋째, 저작권 등을 가지고 있는 자로부터 적법하게 복제·전송의 허락을 받은 사실을 증명하는 계약서 사본 또는 그에 상당하는 자료, 넷째, 그 저작물등의 저작재산권의 보호기간이 끝난 경우 그 사실을 확인할 수 있는 자료 등이다.

이와 같은 절차를 둔 이유는 통보를 받은 복제·전송자가 자신의 복제·전송이 정당한 권한에 따른 것임을 소명함으로써 복제·전송을 재개할 수 있도록 한 것인데, 문제는 재개를 요구할 수 있는 자의 범위가 저작권자 또는 그로부터 복제·전송의 허락을 받은 자로

34) 2011.11.24. EU사법재판소는 벨기에 작가작곡가출판사연합(SABAM)이 P2P 서비스를 제공하는 스칼릿(Scarlet)사를 상대로 제기한 소송에서 피고는 이용자들의 다운로드를 필터링할 의무가 없다고 판시한 바 있다. 이 판결은 ISP의 네트워크에서 전송되는 정보를 ISP가 모니터링하는 것을 금지하는 EU '전자상거래에 관한 유럽의회 지침'에 기초하고 있다. Court of Justice of the European Union, 2011.11.24.; 미국 DMCA §512(m)(1)에서도 OSP의 일반적인 모니터링 의무를 부정하고 있다.

35) 손승우, "YouTube 사건을 통해 본 의도적 외면이론", 「지식재산 교육과 연구」 Vol.2, 2014.5.25 참조.

한정되어 있다는 것이다. 손담비의 ‘미쳤어’ 사건이나 렌즈 사건과 같이 분명히 저작권 침해를 구성하지 않는 상황이나 외관상 공정이용이 뚜렷이 식별되는 상황에 있어서도 복제·전송자가 저작권자나 정당한 이용권자가 아닌 경우에는 재개를 요구할 수 없다. 이와 같이, 시행령은 OSP에 대한 복제·전송자의 공정이용 주장을 원천적으로 차단하고 있으며, 이를 주장하는 복제·전송자는 법원을 통해서만 복제·전송 행위의 정당성을 인정받아 구제 받을 수 있을 뿐이다.

저작권법은 권리자와 이용자 상호간의 이익균형을 위하여 저작자에게는 저작권이라는 배타적 권리를 부여한 반면, 이용자에게는 저작권 제한사유나 공정이용을 주장할 수 있도록 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고, 온라인서비스에 게시된 콘텐츠에 대하여 저작권자는 복제·전송 중단을 요구할 수 있는 반면, 복제·전송자는 권리자 지위에 있지 않는 한 공정한 복제·전송 행위에 대해서도 그 재개를 주장할 수 없다. 이는 형평에 부합하지 않으며 저작권법의 궁극적인 목적 실현 방법과도 일치하지 않는다. 또한 온라인서비스제공자의 입장에서 서비스 이용자의 불만을 해소해 줄 길이 없으므로 권리자에 대한 비난을 함께 감내해야 하는 실정이다.

그리고 동 시행령 제42조제2항에서 복제·전송의 재개를 요구하는 복제·전송자는 정당한 권리 없이 복제·전송의 재개를 요구한 경우 손해를 배상하고(법 제103조제6항), 정당한 권리가 없음을 알면서 고의로 복제·전송의 재개를 요구하여 OSP의 업무를 방해한 경우 처벌을 받겠다는 취지의 진술서를 재개요청서에 첨부하였을 때에는 제1항의 소명자료를 첨부하지 아니할 수 있도록 규정하고 있다. 이는 복제·전송자가 정당한 권한 없이 재개를 요구하여 권리자나 OSP에게 손해를 입힌 경우 배상을 하도록 함으로써 복제·전송 재개 요구의 남발을 방지하기 위한 것이다.³⁶⁾

이상에서 본 바와 같이 우리나라 저작권법은 복제·전송자가 공정이용에 근거하여 복제·전송의 재개를 요구할 수 있는 법적 근거를 마련하고 있지 않다.

3. 미국 DMCA상 삭제통제 및 재개 절차

앞서 렌즈 사건에서 살펴본 바와 같이, 미국 DMCA상의 OSP 삭제통제 절차에는 공정이용을 고려하도록 하는 규정을 두고 있다. 또한 DMCA는 복제·전송 중지 요구 절차 외에도 복제·전송 재개 절차에도 공정이용을 주장할 수 있는 근거를 마련하고 있다. 이는 우리나라 저작권법에 비해 권리자와 이용자가 자신의 주장을 보다 공평하게 제기할 수 있는 기회를 보장해 준다는 측면에서 시사하는 바가 있다.

DMCA §512(g)(3)(C)는 복제·전송 재개를 위한 대응통보에 관하여 규정하고 있

36) 최경수, 『저작권법 개론』, 한울, 2010, 583면.

다. 즉 유효한 대응통보가 되기 위해서는 ①가입자의 (전자)서명, ②저작물이 삭제되었던 위치, ③그러한 삭제 또는 접근통제가 오인으로 인하여 이루어졌다는 선량한 믿음(good faith belief)이 포함된 위증죄의 대상이 되는 진술, ④가입자의 성명, 주소 및 연락처 등이 포함되어야 한다.

또한 DMCA §512(c)(3)(A)에서 권리주장자가 OSP에게 삭제통지를 요구하기 위해서는 권리주장자가 주장하는 방법으로 저작물을 이용하는 것이 저작권자, 그의 대리인 또는 법에 따라 허용되지 않는 것이라는 선량한 믿음(good faith belief)을 포함하는 진술을 서면으로 제출하도록 규정하고 있다. 즉 권리주장자가 복제·전송 중지를 주장할 때 해당 복제·전송이 저작권을 침해하는 것인지 아니면 공정이용에 해당하는 것인지를 검토하도록 하고 있다. 이러한 규정은 우리 법에는 존재하지 않는다.

한편 복제·전송 중지 및 재개 절차에 관한 DMCA의 이러한 규정은 한미 FTA 합의서에 규정되어 있다. 즉 합의서 제18장 제18.10조 9)항에서 “1목다(저장서비스) 및 1목라(정보검색도구 서비스)에 규정되어 있는 기능에 대한 통보와 중단 절차의 목적상, 각 당사국은 침해주장의 효과적인 통보를 위하여, 그리고 실수 또는 오인을 통하여 자료가 제거되거나 접근이 무력화된 자에 의한 효과적인 반대 통보를 위하여 자국 법 또는 규정에 적절한 절차를 수립한다. 각 당사국은 또한, 통보 또는 반대 통보에서 고의로 중요한 허위 표시를 하여 서비스 제공자가 그 허위 표기에 의존한 결과로 이해당사자에게 피해를 야기한 인에 대한 금전적 구제를 규정한다.” 고 규정하고 있다.³⁷⁾

4. 복제·전송 재개절차에 있어서 공정이용의 적용 방안

이상에서 OSP 복제·전송 재개절차에 있어서 저작권자와 이용자 간에 정치한 이익균형을 실현하고 불필요한 소송이나 비용을 절감하며, 저작권 침해 비율을 낮추기 위해서 보다 형평의 견지에서 재개 기준이 보장될 필요가 있다. 즉 저작권법 시행령 제42조제1항에서 복제·전송의 재개를 요구하기 위하여 복제·전송자가 제출해야 하는 소명자료에 권리자나 이용허락권 외에도 공정이용에 관한 진술을 포함할 수 있도록 법 개정이 이루어져야 할 것이다. 소명자료에 나타난 공정이용 진술이 타당하다고 평가될 때에는 OSP는 복제·전송을 재개하고 그 재개사실을 권리주장자와 복제·전송자에게 성실하게 통보할 경우에는 OSP의 면

37) 한미 FTA 합의서 제18장 제18.10조 9)항. (“For purposes of the notice and take down process for the functions referred to in clauses (i)(C) and (D), each Party shall establish appropriate procedures in its law or in regulations for effective notifications of claimed infringement, and effective counter notifications by those whose material is removed or disabled through mistake or misidentification. Each Party shall also provide for monetary remedies against any person who makes a knowing material misrepresentation in a notification or counter-notification that causes injury to any interested party as a result of a service provider relying on the misrepresentation.”)

책을 인정해 주어야 할 것이다.

특히 오늘날 수많은 저작물들이 인터넷 포털 등 온라인서비스제공자를 통해 게시되고 있는데 복제·전송 중지 조치 단계에서 이들을 일일이 공정이용에 해당하는지 여부를 판단하는 것은 현실적으로 어렵다. 현재 포털 등 OSP들은 불법 복제물이라고 평가되는 게시물을 자동 필터링 프로그램을 통해서 걸러내고 임시삭제조치를 요구하고 있다. 다만, 미국 렌즈 사건에서 보듯이 권리자가 복제·전송 중지 및 재개와 관련된 소송을 제기하는 경우에는 최소한 복제·전송이 공정이용에 해당하는지를 성실하게 살펴보아야 할 것이다. 따라서 복제·전송 중지 요구단계에서 공정이용 판단이 어렵다면 최소한 재개요구 단계에서는 공정이용을 주장할 수 있도록 하는 것이 형평의 견지에서 타당할 것이다.

그리고 앞서 상술한 바와 같이, 복제·전송 중지 및 재개 단계에서 공정이용에 대한 고려를 하도록 한 것은 이미 한미 FTA 합의안에 포함된 것인데 아직 우리 법에서는 이를 반영하고 있지 않다.

또한 앞서 설명한 바와 같이, 권리주장자의 복제·전송 중단 요구가 있으면, OSP는 해당 저작물의 복제·전송을 중단하고 그 사실을 복제·전송자 및 권리주장자에게 통보하여야 한다. 이 때 복제·전송자에게는 재개 요구 권한에 대하여 알려주어야 하는데, 공정이용에 따른 소명을 할 수 있음을 함께 안내해 주는 것이 바람직하다고 본다. 저작권침해 사건에서 많은 대부분의 이용자들이 공정이용에 대한 인식이 부족하여 원고의 침해 주장에 단순히 순응하고 벌금 또는 손해배상 지급하는 일이 많다. 온라인 게시물의 경우에도 대부분 권리주장자의 요구에 따라 저작물이 삭제될 뿐 공정이용을 주장하는 경우는 거의 없는 실정이다. 이러한 현실을 고려해 본다면, OSP가 임시삭제조치에 대하여 복제·전송자에게 통보하는 경우 공정이용을 주장할 수 있다는 사실을 함께 알려주는 것은 적절하다고 본다.

VI. 결론

저작권법은 저작권자와 이용자 간의 이익을 균형 있게 발전시킴으로써 궁극적인 목적인 관련 산업과 문화의 발전을 효과적으로 실현하고자 한다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이, 우리나라의 공정이용 법리의 적용 현실은 저작권 침해 판단에서, 그리고 OSP의 삭제조치 절차에서 그 역할을 제대로 하지 못하는 실정이다. 최근 미국, 유럽 등에서 전개되고 있는 저작권 개혁 논의와 우리 저작권법상 OSP 규정의 모델이 된 미국의 DMCA는 이러한 문제를 해결하고 우리 저작권법을 개선하는데 다음과 같은 시사점을 주고 있다.

첫째, 인터넷 게시판에 복제·전송된 콘텐츠에 대하여 저작권자의 요청에 따라 삭제된 콘텐츠를 복제·전송자가 공정이용 사유에 터 잡아 복제·전송을 재개해 줄 것을 OSP에게 요

구할 수 있도록 법적 근거를 마련하여야 한다. 미국 DMCA상의 OSP 삭제통제 절차에는 공정이용을 고려하도록 규정을 두고 있다. 구체적으로 저작권법 시행령 제42조제1항에서 복제·전송의 재개를 요구하기 위하여 복제·전송자의 소명자료에 공정이용에 관한 진술을 포함할 수 있도록 할 필요가 있다.

둘째, 권리주장자의 복제·전송 중단 요구에 따라 OSP가 해당 저작물의 복제·전송을 중단한 경우 그 사실을 복제·전송자에게 통보하여야 하는데, 이 단계에서 공정이용에 따른 소명을 할 수 있음을 안내해 주는 것이 바람직할 것이다.

셋째, 미국의 학계에서 제안했듯이 공정이용의 일부 요건을 저작권 침해 판단 단계에서 고려하도록 하여 저작권자와 이용자 간의 균형을 유지할 필요가 있다. 특히 저작물의 이용이 외관상 명백히 공정이용에 해당한다고 보이는 경우에는 판사의 적극적인 개입으로 공정이용을 고려하도록 하여 저작권 침해 여부를 판단하는 것이 바람직할 것이다. 아울러 우리 민사소송법상 석명권을 저작권 침해 소송의 특수성을 감안하여 적용하여 공정이용에 대한 적극적인 고려가 있을 수 있도록 하는 방안도 고려해 볼 수 있다. 이와 같이 공정이용을 항변 단계가 아닌 침해 판단 단계에서 고려하도록 함으로써 공정이용에 대한 이용자의 인식을 제고시키고 저작권자에 의한 남소를 방지하며 부당한 저작물 삭제조치와 손해배상 요구가 점차적으로 개선되기를 기대한다.

한편 저작권 침해 판단의 구성요건으로서 공정이용의 적용에 대해서는 향후 심도 있는 연구가 진행되어야 한다. 예컨대, 미국의 개혁 보고서에서 주장하듯이 공정이용의 네 가지 요건 중 시장수요의 대체 여부만을 추가로 침해판단 요건으로 볼 것인지, 아니면 나머지 다른 요소도 포함시킬 것인지 여부, 그리고 이 경우 항변으로서 공정이용의 역할이 여전히 존재하는지 여부, 그리고 현행법상 공정이용과 저작권 제한 사유가 병존하고 있으므로 그 관계 등에 관해서도 연구가 있어야 할 것이다.

<참고문헌>

<국내 문헌>

- 김영, 석명권의 역사 변론주의와 석명권의 역사적 고찰, 한국학술정보, 2010.
- 김경숙, UCC와 공정이용법리에 관한 미국 판례법리의 전개, 계간저작권, 2009년 여름호
- 문화체육관광부, 디지털 시대, 저작권 시스템의 현재와 미래, 2014 서울저작권포럼, 인터컨티넨탈 서울 코엑스, 2014.10.8.
- 손승우, “디지털 저작권보호의 확대경향과 공정한 경쟁”, 「상사판례연구」제 19집 제1권, 한국상사판례학회, 2006.3.31.
- _____, 지식재산권법의 이해, 2014년 지식재산권법 강의교재, 2014.
- _____, “YouTube 사건을 통해 본 의도적 외면이론”, 「지식재산 교육과 연구」 Vol.2, 2014.5.25.
- 윌리엄 M. 랜디스·리처드 A. 포스너(정갑주·정병석·정기화 번역), 『지적재산권법의 경제구조』, 일조각, 2011.
- 윤종수, 저작권 개혁(copyright reform)에 관한 미국의 논의”, 저작권 제도의 새로운 틀과 개혁의 방향, 2014년 한국저작권법학회 추계학술대회, 섬유센터 컨퍼런스홀 C1, 2014.11.7.
- 한국저작권법학회, 저작권 제도의 새로운 틀과 개혁의 방향, 추계학술대회, 섬유센터 컨퍼런스홀 C1, 2014.11.7.
- 최경수, 『저작권법 개론』, 한울, 2010.

<해외 문헌>

- Pamela Samuelson & Members of The CPP, *The Copyright Principles Project: Directions for Reform*, 25 Berkeley Tech. L.J. 1175 (2010)
- European Copyright Code <<http://www.copyrightcode.eu>> (방문일: 2014.11.26.)
- Digital Millennium Copyright Act, PUBLIC LAW 105-304—OCT. 28, 1998.
- World Library, EU 저작권 제도 개혁에 대한 세계의 반응은?

<<http://http://wl.nl.go.kr/?p=20605>> (방문일: 2014.11.30.)

[초록]

온라인서비스제공자의 책임제한의 원칙

상명대학교 지적재산학과, 김경숙

1. 온라인서비스제공자의 책임제한의 의의

- 온라인상으로는 지적재산권 또는 명예훼손등 다양한 권리침해가 발생함. 오프라인에서의 권리 침해와 달리 온라인상에서 발생한 권리 침해에 대해서는 두 가지 방법으로 책임을 물을 수 있음.
 - 첫째, 서비스를 제공한 자에게 책임을 물음으로써 손해를 보전받는 방법.
 - 둘째, 침해를 한 자에게 직접 책임을 묻는 방법.
- 인터넷상에서 일어나는 저작권 침해문제는 권리자와 침해자 사이의 문제로 그치는 것이 아니라, 정보의 교환, 검색, 송신 등에 핵심적인 역할을 하고 있는 온라인서비스제공자에게도 그 책임을 묻고자하는 시도들이 있어옴.
- 방대한 양의 정보가 유통되는 과정에서 OSP가 때번 그 침해에 대하여 책임을 져야 한다면 OSP로서의 역할을 원활히 수행하기가 어려울 것이므로, 각국의 법제는 OSP에게 침해를 방지하거나 중단시키기기 위한 일정한 역할을 할 것을 조건으로, 그에 상응하여 침해에 대한 책임을 제한하는 형태로 제도들을 도입해옴.
- 온라인상의 권리침해는 국경을 초월하여 발생하고 있으나, 이를 규율하기 위한 온라인서비스제공자의 책임에 관한 국제조약은 없음. 각국이 OSP에 대한 책임제한 규정들을 제도적으로 마련하고 있으나 그 제도의 형태는 국가마다 다름.
 - 예컨대, 온라인서비스제공자의 책임제한의 일반규정을 두고 있는 법제도 (EU전자상거래지침과 일본의 OSP책임제한법)가 있는가하면, 보호법익에 따라 저작권과 기타 권리보호로 나누어 구분하고 있는 국가(미국 · 한국)도 있음.

II. 각국의 온라인서비스제공자의 책임제한에 관한 비교법적 검토

1. 일반법의 형태

EU 전자상거래 지침

- o 전자상거래지침에서의 면책 대상이 되는 OSP (검색서비스 규정 없음)
-> 단순도관(conduit)(제12조), 캐싱(caching)(제13조), 저장(hosting)(제14조)서비스 제공자에 대한 책임제한규정
- o OSP가 면책이 되는 대상 정보: 지침 제1조 제5항에 규정된 과세, 데이터보호 지침, 도박과 관련된 분야 이외의 정보
- o EU 국내법 이행: 영국 「전자상거래규칙」, 프랑스 「디지털경제법」, 독일 「전자상거래지침 이행을 위한 텔레서비스법」 개정

일본의 OSP책임제한법

- o 2001년에 「특정전기통신역무제공자의 손해배상책임의 제한 및 발신자 정보의 공개에 관한 법률(特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律)」(2001년 법률 제137호. 이하, “OSP책임제한법” 이라 한다)을 제정함으로써 대응
-> 인터넷 등 특정 전기통신에 의한 정보의 유통에 의해 권리가 침해된 경우에 특정전기통신역무제공자인 OSP의 손해배상책임을 제한하기 위한 요건 및 권리자가 OSP에 대하여 정보발신자(침해자)의 개인정보의 공개를 청구하기 위한 요건에 관하여 규정
-> 명예훼손, 프라이버시, 저작권 등의 침해에 대한 포괄형 입법
- o ‘OSP책임제한법 가이드라인 등 검토 협의회’가 설치
-> 명예훼손, 프라이버시, 저작권, 상표권 및 발신자 정보공개청구의 지침이 수립

2. 개별법의 형태

미국

- o 명예훼손에 관하여는 「연방통신품위법(Communications Decency Act, 1996년)」이, 저작권 침해에 관하여는 DMCA 제정.

- 연방통신품위법과 DMCA의 관계: DMCA 외에 OSP를 위한 다른 항변사유들 (Other defenses for OSPs)이 존재하는 경우에는 그에 따름. 즉, OSP에 의한 침해물의 삭제는 적용될 수 있는 다른 법률적 항변(예컨대 연방통신품위법 등)의 유효성에 영향을 미치지 아니함.

□ 한국

- 사생활의 침해 또는 명예 훼손 등의 권리 침해에 관하여는 「정보 통신망 이용 촉진 및 정보 보호 등에 관한 법률」(2007년) 제정, 저작권 등의 침해에 관하여는 「저작권법」(2003년) 제정.
- 그밖에 「게임산업진흥법」, 「성매매방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」, 「아동청소년의성보호에관한법률」 등에 OSP의 책임을 직접 묻는 규칙들이 도입됨.

III. 책임이 제한되는 온라인서비스제공자의 종류 및 제한의 내용

- 인터넷상으로 서비스를 제공하는 형태는 콘텐츠를 제공하는 자부터 단순히 매개역할만 하는 서비스까지 다양함. 그러나 대부분의 법제도가 콘텐츠제공에 직접 개입하지 않고 단순히 서비스만 제공하여야 한다는 데에 의견을 같이하고 있음.
- 면책받기 위해 OSP가 취해야 할 조치들은 일반법으로 규정된 법제도와 저작권에 OSP면책규정을 두고 있는 국가들이 차이를 보임.

온라인서비스제공자의 책임제한의 원칙

상명대학교 지적재산학과, 김경숙

1. 들어가며

인터넷상에서의 정보유통에 대하여 어느 정도 ‘컨트롤 포인트’로서 집중관리능력을 가진 온라인서비스제공자를 매개체로 하여 이루어지기 때문에, 온라인서비스제공자는 이용자들이 인터넷상에 게재한 정보가 불법행위의 내용을 포함하는 경우, 재산권 또는 명예훼손등의 권리침해는 이용자의 불법 행위에 대한 침해대응 뿐아니라 이용자를 대신하여 책임을 져야하는 경우가 생긴다. 그러나, 방대한 양의 정보가 유통되는 과정에서 온라인서비스제공자가 매번 온라인상에서 벌어진 모든 불법 행위에 대하여 민형사상의 책임 및 상시 감시 의무를 부담하여야 한다면 실질적으로 온라인서비스 사업을 제대로 할 수 없을 것이며, 이는 곧 정보 사회 발전을 저해하는 요인이 될 수 있다. 이 때문에 국내법들은 온라인서비스제공자의 책임은 자신이 직접 불법행위를 하지 않을 것을 전제로, 권리자의 정지청구에 즉시 응함으로써 책임이 제한되는 제도적인 방안을 취하고 있다.

온라인상에서 발생한 권리 침해에 대해서 권리자들은 기본적으로 두 가지 방법으로 책임을 묻고 있는데, 서비스를 제공한 자에게 책임을 물음으로써 손해배상을 보전 받는 방법과 침해를 한 자에게 직접 책임을 묻는 방법이 그것이다. 온라인서비스제공자가 책임을 지는 이유는 인터넷상에서 일어나는 권리 침해문제는 권리자와 침해자 사이의 문제로 그치는 것이 아니라, 정보의 교환, 검색, 송신 등에 핵심적인 역할을 하고 있는 온라인서비스제공자가 정보 전달의 과정에 개입한 경우에 일정한 책임을 묻고자하는 데서 비롯되었다.

그러나, 방대한 양의 정보가 유통되는 과정에서 OSP가 매번 온라인상에서 벌어진 모든 불법 행위에 대하여 민형사상의 책임 및 상시 감시 의무를 부담하여야 한다면 실질적으로 온라인서비스 사업을 제대로 할 수 없게 되어 정보 사회의 발전에 큰 장애로 이어질 수 있다. 이 때문에 인터넷이 본격적으로 보급되기 시작한 1990년대 후반부터 각국에서는 이용자가 한 불법 행위에 관하여 온라인서비스제공자가 어떠한 책임범위로 제한할 것인가가 문제 되어 왔다.

이는 OSP가 저작권침해를 최소화하는 데 협력자가 될 수 있도록 유도하고 한편으로는 OSP가 일정한 테두리 안에서 보다 분명한 법적인 안정성을 누릴 수

있도록 하는 데 목적을 둔 것이었다.

이들 권리침해는 국경을 초월하여 발생하고 있으나, 이를 규율하기 위한 온라인서비스제공자의 책임에 관한 국제조약은 없는 상태이고, 그 내용 또한 침해대상에 따라 각각 개별법으로 대처하거나, 일반법으로 대처하는 등 그 법률제정형태도 각국마다 다르다고 할 수 있다. 따라서, 조약을 통하여 미리 예측할 수 있는 것이 아니라, 각 국가의 법제도를 비교분석함으로써 그 공통점을 찾아내는 수 밖에 없다.

OSP의 책임제한과 관련해서는 크게 세 가지 점을 고려해야 할 필요가 있다. 첫째가 OSP의 법률제정형태, 즉 어떠한 형태로 법률을 규정하고 있는 지 여부, 두 번째, 어떠한 유형의 OSP가 면책을 받을 수 있는 지 여부, 세 번째, 면책받기 위해 OSP가 취해야 할 것들은 무엇인지 여부이다.

II. 온라인서비스제공자의 법률제정 형태

온라인서비스상에서 발생하는 권리침해에 대하여 OSP의 책임이 제한되는 범위를 규정하는 법률정책은 일반법으로 접근하는 형태와 개별법으로 접근하는 형태가 있다. 이하, 각국의 제정형태에 대하여 서술한다.

1. 일반법 형태

(1) 유럽의 상거래지침과 유럽 각국의 국내법이행

유럽 법제도에서 중요한 기준이 되는 것은 지침이다. 지침에는 법제도가 달성해야 할 목적에 대해서는 모든 회원국을 구속하지만, 목적을 달성하기 위한 형식 및 수단을 정하는 권한은 국내법에 위임하고 있다 (EC조약 제249조3단). 국내법에 어떠한 형식으로 이행될 것인지에 대해서도 국내제도에 위임하고 있으며, 그 형태에 대해서는 법률이 아닌 ‘규칙’으로 이행되더라도 법적구속력을 가질 수 있다.¹⁾ 또한 국내법으로 이행하지 않더라도 지침자체로서 회원국의 국내법으로서의 구속력을 가지기도 한다.

EU에서 OSP 책임제한 법제의 필요성을 지적한 것은 인터넷상의 불법 · 유해 콘텐츠에 대한 대응 지침을 보여 준 European Commission²⁾에서이다. 이 문서는

1) Directives Article 249, "A directive shall be binding, as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods." A Directive is orders a member state to change its domestic law to comply with EU policy. They are, therefore, not 'directly applicable' and the method of implementation is left to the member state with, usually, a time limit for implementation imposed. Directives are often passed by statutory instrument or an Order in Council. This means as subordinate legislation they are subject to judicial review.

법적 구속력은 없지만, 정보 사회에 관한 법제도의 부조화로 인해 유럽 경제가 불이익을 얻을 수 있는 것에 대비하여 OSP의 책임에 대한 일정한 기준을 수립할 필요성을 지적하였다. 뿐만아니라 OSP가 실시하는 자율 규제 of 중요성을 강조하고, PICS (Platform for Internet Content Selection)와 같은 기술적 보호조치 등을 이용한 자율 규제 조치를 촉진할 것, 각 회원국은 인터넷상의 불법 복제물을 OSP에게 통지하는 핫라인과 나아가 적극적으로 불법 복제물을 찾아낼 감시자(watchdog)의 설립을 지원할 것 등을 요구하였다.

또한 청소년 보호노력의 일환으로서 1999년에는 Safer Internet 프로그램이 시작되고 OSP가 설치하는 핫라인의 국제적인 네트워크인 INHOPE나 인터넷상의 청소년 보호에 관한 주의환기 및 인식제고 등을 실시하는 INSAFE를 통한 자율 규제에 대하여 각종 지원을 추진해왔다. 이들의 노력은 OSP가 실시하는 자율규제를 중요한 통치 수단으로 인식하면서도, 그 개별적인 자율규제를 EU역내에서 일정한 기준으로 조화시키려고 하는 「조화된 자율 규제 (coordinated self-regulation)」를 지향하며 형성되어 왔다.³⁾

이러한 일련의 움직임 가운데, EU 각국에서는 OSP 책임을 묻는 소송이나 개별 입법이 이루어졌고, 그 가운데 OSP의 책임제한에 관한 입법화의 노력 중에서 회원국들의 역내시장 프레임워크를 정립하고, OSP책임 제한의 조화를 도모하기 위해 제정되어 2000년에 시행된 것이 바로 「전자 상거래의 법적 측면에 관한 지침 ECD(Electronic Commerce Directive)」⁴⁾(2000년. 이하“전자 상거래 지침“이라한다)이다. 이 지침의 목적은 역내시장(Internal Market)에서의 국경간 온라인 서비스의 장벽을 제거하고 회원국과 사업자 그리고 소비자에게 법적 안정성을 제공하기 위한 법적 명확성을 부여하는 것이다. 이를 위해 이 지침은 온라인서비스제공자, 상거래 그리고 매개 서비스제공자들의 책임제한을 위한 투명성과 정보요건 등의 이슈들과 관련한 조화된 규칙을 규정하고 있다.

전자상거래 지침은 서비스제공자(service provider)를 정보사회 서비스제공자(ISSP: Information Society Service Provider)로 표현함으로써, ‘정보화 사회 서비스(information society services)’를 제공하는 일체의 자연인 혹은 법인’이라고 정의하여 위 지침에 포섭되는 OSP의 범위를 아주 넓게 포섭하고 있다. 이는 정보화 사회 서비스가 경제성장에 중요한 역할을 한다는 유럽연합의 인식을 반영한 것이다.

2) European Commission, COM(96)487 Communication on Illegal and Harmful Content on the Internet, 1996.

3) Newman, A. and Bach, D., Self-Regulatory Trajectories in the Shadow of Public Power: Resolving Digital Dilemmas in Europe and the United States, Governance, Vol.17, Issue 3 (2004), p.401.

4) European Parliament and Council Directive on certain legal aspects of Information Society Services, in particular electronic commerce, in the International Market.
http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/directive_en.htm

영국에서는 먼저 ‘전자상거래지침’을 이행하기 위해 2002년 8월 「전자상거래 규칙(e-commerce regulation)」을 제정하고,⁵⁾ 이 규칙의 구체적인 시행을 위해 통상성(DTI: Department for Trade and Industry)이 가이드라인⁶⁾을 공개하였다. 그리고 프랑스는 ‘전자상거래지침’ (2000/31/EC)을 이행하기 위한 법률로서 「디지털경제법(Loi pour la Confiance dans l’Economie Numérique, ‘LCEN’)」을 제정하였다(2004년6월21일 법제2004-575호). 독일에서는 1995년 12월 PC 통신 회사 CompuServe 사의 인터넷 뉴스 서비스에 아동 포르노의 데이터가 포함되어 있는지에 대해 회사의 독일 사무소가 뮌헨 검찰청 수사를 받은 후, 프로바이더가 중개하는 데이터에 대한 공급자의 책임이 논의되어 왔다.⁷⁾ 독일에서는 OSP의 책임제한에 관하여 「텔레서비스의 이용에 관한 법률(Gesetz über die Nutzung von Telediensten)」(이하 “TDG”(Teledienstgesetz)라고 한다)에서 규정하고 있는데, 이 법률은 「EU 전자상거래지침(2000/31/EC)」상의 OSP 책임제한에 관한 내용을 국내법으로 이행하기 위하여 종래의 법을 개정한 것이다.

(2) 일본의 OSP책임제한법

OSP의 책임과 관련해서는 「특정전기통신역무제공자의 손해배상책임의 제한 및 발신자 정보의 공개에 관한 법률(特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律)」(이하, “OSP 책임제한법”이라 한다)이 적용된다. 이 법률은 인터넷 등 특정 전기통신에 의한 정보의 유통에 의해 권리가 침해된 경우에 특정전기통신역무제공자인 OSP의 손해배상책임을 제한하기 위한 요건 및 권리자가 OSP에 대하여 정보발신자(침해자)의 개인정보의 공개를 청구하기 위한 요건에 관하여 규정한 것이다.

공급자 책임 제한법에 규정되어있는 ‘정보의 유통에 의해 타인의 권리가 침해되는 것을 알 수 있었다고 인정할만한 상당한 이유가 있는 경우’ (제3조제1항제2호), ‘정보의 유통에 의해 타인의 권리가 부당하게 침해되고 있다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 때’ (동조제2항제1호) 및 발신자 정보의 공개 요건에

5) Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002, SI 2002/2013, <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2002/2013/contents/made> (2014.5.31 최종방문)

6) DTI, Consultation Document of the Electronic Commerce Directive: The Liability of Hyperlinkers, Location Tool Services and Content Aggregators: Government response and summary of responses, 2006. <http://www.berr.gov.uk/files/file35905.pdf> (2014.5.31 최종방문)

7) CompuServe회사 및 독일텔레콤회사(T-Online)의 서비스에 대해서, 각각 뮌헨 검찰국 및 맨하임 검찰국이 형사절차를 한 사건이 있다. 이들을 계기로 하여 프로바이더의 형사책임의 논의가 전개되었다. CompuServe사건에 대해서는 Roland Derksen, Strafrechtliche Verantwortung für in internationalen Computernetzen verbreitete Daten mit strafbarem Inhalt, NJW, S. 1878 ff. 참조. CompuServe회사는 그후 아동포르노의 데이터등을 포함하는 200개정도의 뉴스그룹 서비스를 일시정지하고, 그 후 필터링소프트를 배포하여 서비스를 개시했다. 또한, 연방검찰국은 1996년6월27일에는 네덜란드의 서버상으로 제공된 ‘레디컬’지를 위한 수사영장을 연방최고재판소에 신청하고, 수사를 개시했으나, 서비스제공자가 외국의 서버유저를 접근하게 하는 것이 테러리스트집단의 선전을 돕는다는 것이 각 서비스제공자에게 문서로 통지되어(같은해 8-9월), 약간의 서비스제공자는 접근을 차단했다.

어떠한 경우가 해당 하는지를 구체화 해야하고, 공급자 등의 단체, 저작권 관계 단체, 기타 폭넓게 관계자들이 모여 해외 단체와 관계 부처도 읍저버로 참여하여 2002년에 「OSP 책임제한법 가이드라인 등 검토 협의회」(이하 “지침 등 검토 협의회“라 한다)가 설치되어 협의회에 의해 동년 이후 순차적으로 명예 훼손 · 프라이버시, 저작권 침해, 상표권 침해 및 발신자 정보공개청구 가이드라인이 만들어졌다.

명예훼손 및 개인정보보호에 관해서는 2002년에 「명예훼손 · 프라이버시 관계 가이드라인」이 책정되어 2004년에 개정되었다. 이 가이드라인에는 명예훼손 및 개인정보보호에 관하여 OSP들은 신속히 대응하여야 할 것과, 판례를 인용하면서 OSP등에 의한 전송차단 조치의 판단 기준 및 전송 차단 조치를 위한 대응 절차에 대해 기재되어 있다.

저작권에 관해서는, 2003년에 「저작권 관계 가이드라인」이, 그리고 상표권에 관해서는 2005년에 「상표권 관계 가이드라인」이 각각 만들어졌다. 이러한 각 지침에는 저작권자와 상표권자에 의한 전송 방지 조치의 신청 절차 및 공급자와 인터넷 경매 사업자 등에 의한 대응에 대해 기재되어 있다.

또한 OSP와 인터넷 경매 사업자 등에 의한 보다 신속하고 적절한 대응을 목표로 특히 권리침해 여부 등의 판단에 대해 ‘신뢰성 확인 단체’⁸⁾를 통한 경우에는 서비스제공자와 인터넷 경매 사업자로부터 침해를 하고 있음이 판단되는 경우 전송 방지 조치를 강구 할 수 있는 절차도 포함하고 있다.

발신자 정보공개 청구권에 관하여는 2007년에 「발신자 정보 공개 청구에 관한 가이드라인」이 만들어졌다. 이 가이드라인에는 발신자 정보 개시 청구의 절차, 청구를 받은 공급자등의 대응, 판례를 인용하여 권리 침해의 명백성의 판단 기준, 공개 · 불공개 절차에 대해 설명하고 있다.

2. 개별법 규정의 형태

(1) 미국

인터넷 확장의 중심지가 되었던 미국에서는 온라인서비스제공자에 대해 책임을 묻는 소송도 일찍부터 제기되어왔다.⁹⁾ 대부분의 판결은 온라인서비스제공자의 책임을 경감시키려는 것이었지만, 법원의 태도는 통일되어 있지 않았었기 때

8) 저작권등이 침해되었는 지의 확인을 OSP를 대신하여 적절히 판단하는 단체로서 ‘저작권관계 가이드라인’ 및 ‘상표권관계 가이드라인’에서 규정하고 있다. 신뢰성확인단체로서 활동하기 위해서는 인정을 받아야 하는데, 그요건은 법인일 것, 저작권등에 관한 전문적인 지식 및 상당기간에 걸친 충분한 실적을 가지고 있을 것 등이다.

9) Playboy Enterprise Inc. v. Frena, 893F.Supp.1552(M.D.Fla.1993), Sega Enterprise Ltd. v. Maphia 857 F.Supp.679(N.D.Cal.1994), Religious Technology Center v. Netcome On-Line Communication Services Inc., 51BNAPT CJ 115(N.D.Cal.1995), Frank Music v. CompuServe, 93Civ.8153(S.D.N.Y.Dec.19, 1995), etc.

문에 입법으로 책임 규칙을 명확히 할 필요성이 지적되었다.

미국은 온라인서비스제공자의 책임 제한에 대하여 분야별 법으로 대처하고 있다. 먼저 명예훼손과 관련하여 온라인서비스제공자책임을 제한하는 법률이 제정되었는데, 「1996년 통신품위법(Communications Decency Act, 이하 CDA라 한다)」(1996년)이 그것이다. 저작권 침해에 대해서는 컴퓨터통신시대로부터 일련의 인터넷상의 저작권침해소송을 거쳐,¹⁰⁾ 1998년10월에 저작권법의 개정법인 DMCA가 제정되고, 이 개정법 제512조에서 세이프하버의 면책률이 규정되었다.

(2) 한국

한국은 사생활의 침해 또는 명예 훼손 등의 권리 침해에 관하여는 「정보통신망 이용 촉진 및 정보 보호 등에 관한 법률」(2007년, 이하 「정보통신망·정보 보호법」 이라한다)에 의해, 저작권 등의 침해에 관하여는 「저작권법」(2003년)에 의해, 권리를 침해 받은 자로부터의 요청이 있는 경우에 공급자가 행하여야 할 절차 및 그에 관한 공급자의 책임의 경감·면제가 규정되어 있다.

III. 책임이 제한되는 온라인서비스제공자의 종류 및 제한의 내용

책임이 제한되는 OSP의 종류와 제한의 내용과 관련해서는 먼저 인터넷상으로 서비스를 제공하는 형태는 콘텐츠를 제공하는 자부터 단순히 매개역할만 하는 서비스까지 다양하다. 그러나 대부분의 법제도가 콘텐츠제공에 직접 개입하지 않고 단순히 서비스만 제공하여야 한다는 데에 의견을 같이하고 있다. 그리고, 면책받기 위해 OSP가 취해야 할 조치들은 일반법으로 규정된 법제도와 저작권에 OSP면책규정을 두고 있는 국가들이 큰 차이를 보이고 있다. 전자의 경우는 알고 삭제하는 등의 침해정지조치를 하는데 그치는 경우가 대부분이라고 한다면, 후자의 경우는 계정해지 및 기술적 조치요구까지 하고 있다는 점에 차이가 있다.

1. EU 전자상거래지침과 EU 국내법

(1) EU 전자상거래지침

인터넷서비스제공자의 책임과 관련해서 전자상거래 지침은 제2장 제4절의 제

10) Playboy Enterprise Inc. v. Frena, 893F.Supp.1552(M.D.Fla.1993), Sega Enterprise Ltd. v. Maphia 857 F.Supp.679(N.D.Cal.1994), Religious Technology Center v. Netcome On-Line Communication Services Inc., 51BNAPT CJ 115(N.D.Cal.1995), Frank Music v. CompuServe, 93Civ.8153(S.D.N.Y.Dec.19, 1995), etc.

12조부터 제15조에 규정을 두고 있고, 인터넷서비스제공자의 책임을 제한하기 위한 요건을 정하고 있다. 전자상거래지침에서 OSP 면책 규정을 둔 취지 역시 OSP가 자신의 서비스를 제공할 때 일정한 요건을 충족하면 법적 책임에서 면책된다는 점을 분명히 하기 위한 것이다. ECD는 불법 행위 전체와 관련하여 OSP 책임제한 외에 전자 서명의 유효성이나 소비자보호 등에 대해서도 규정하고 있다. 이는 기술중립적인 면책규범을 만들고 다양한 이해관계(정보사회 서비스의 개발, 불법정보를 신속하게 제거하려는 사회적 이해 그리고 기본권의 보장)를 조정하려는 목적에서 비롯되었다.¹¹⁾

그리고, 책임을 제한하는 OSP의 서비스유형을 ‘단순 도관’ (Mere conduit), 캐싱(Caching) 및 호스팅(Hosting)으로 나누어 규정하고 있으며, 단순도관(Mere conduit)(제12조)은 서비스이용자에 의해 제공된 정보의 통신네트워크상의 전송 또는 통신네트워크에의 접속제공으로 구성되는 서비스가 제공되는 경우, 그 서비스제공자는 ① 서비스제공자가 그 전송을 최초로 시작하지 않았을 것, ② 서비스제공자가 전송되는 정보의 수신자를 선택하지 않았을 것, ③ 서비스제공자가 전송되는 정보를 선택하거나 수정하지 않았을 것이라는 요건을 모두 충족시킨 경우에는 책임을 지지 않는다(제12조2항). 아울러 제1항에서 해당되는 전송 및 접속제공행위는 전송된 정보의 저장이 통신네트워크에서 전송을 수행하기 위한 유일한 목적으로 발생한 것이고, 그리고 그 정보가 전송에 합리적으로 필요한 기간 이상 저장되지 않은 경우에는 전송된 정보의 자동적, 매개적 및 순간적 저장을 포함한다(동조 2항).

캐싱(caching)서비스제공자(제13조)는 면책을 위하여 서비스제공자는 정보에 변형을 가하지 않고, 당해 정보의 접속에 원래의 정보소유자가 부과한 조건, 가령 로그인, 이용료지급 등과 같은 조건에 동일하게 따라야 하며, 그 정보의 업데이트에 관한 산업표준을 따라야 하고, 정보의 관리자가 이용자들의 정보이용에 관한 데이트를 얻을 수 있도록 서비스제공자가 허락해야 한다. 아울러 ① 당해 전송의 최초 송신에 대한 정보가 통신네트워크에서 삭제되었거나, ② 당해 정보에 대한 접속이 차단되었거나, ③ 관할행정관청이 제거나 차단을 명한 경우, 이러한 ① 내지 ③의 사실을 서비스제공자가 인식하였을 때 서비스제공자가 즉시 그 정보를 제거하거나 그 정보에 대한 접속을 차단하는 경우 책임을 면제하고 있다.

저장(hosting)서비스제공자(제14조)는 이용자의 침해행위를 실제 인식(actual knowledge)하였거나 침해행위가 이루어지고 있다고 볼 만한 사실이나 정황을 알

11) Commission Staff Working Document: Online services, including e-commerce, in the Single Market (Brussels, 11.1. 2012) at 26.

고 있었을 때 책임을 부담하지만(제1항), 침해행위에 관한 인식이 있거나 그렇게 볼 만한 사실이나 정황을 알고 있었다라도 그 불법정보를 즉시 삭제하거나 그에 대한 접속을 차단하였을 때에는 책임이 면제된다(제2항). 아울러 제2항에서는 서비스이용자가 서비스제공자의 통제나 권한 아래서 침해행위가 이루어진 때는 위와 같은 면책이 적용되지 않는다고 규정하고 있다.

감시의무와 관련하여 「정보 사회 서비스 (Information Society Service)」의 OSP에 해당하는 사업자에 대해서는 DMCA제512조(m)(1)과 마찬가지로 회원국이 OSP에 대해 일반적인 감시 (general monitoring) 의무를 부과해서는 안되는 점을 명시함으로써(제15조), 불법 행위를 나타내는 사실 또는 상황을 적극적으로 감시하는 일반적인 의무를 부과해서는 안되는 것으로 규정하고 있다.

일반적 감시 의무와 관련하여 전자상거래지침에는 “일반적 감시 의무”, “일반적 조사 의무”에 대한 정의 규정은 존재하지 않고, 지침의 설명문(Recital) 제47항에 “일반적 감시 의무”에 대해 “회원국이 서비스제공자에게 부과할 수 없는 의무는 일반적 성격의 의무이며, 구체적인 사건에서의 감시 의무에는 영향을 주지 않는다.¹²⁾”는 문구를 두고 있을 뿐이다. 전자상거래지침 제정 후 맨 처음 작성된 유럽연합 집행위원회의 2003년 보고서 역시 지침의 설명문 제47항을 언급하면서, “일반적 감시의무”와 “일반적 조사의무”의 금지가 중요한 이유에 대해서 수백만 개의 사이트나 웹페이지를 감시하는 것은 현실적으로 불가능할 뿐만 아니라, 중개자인 온라인서비스제공자에게 과도한 부담을 주게 되면, 이용자들에게 기본적인 서비스에 접근하는 데에 많은 비용을 초래할 수 있기 때문이라고 한다.¹³⁾ 또한 차단 및 필터링 프로그램에 대한 많은 연구와 보고서를 보면, 불법 또는 유해정보를 완벽하게 차단하면서 이와 동시에 합법 정보도 차단하지 않는 기술은 아직까지 존재하지 않는다고 한다.¹⁴⁾

이러한 태도는 2012년에 작성된 유럽연합 집행위원회 보고서에도 그대로 유지되어, 전자상거래지침 제15조는 온라인 서비스제공자의 서비스제공을 심각하게 제한하는 과도한 부담을 지우지 않으려는 취지라고 밝히고 있다.¹⁵⁾ 특히 필터링 기술과 관련하여, 만약 필터링 기술이 완벽하고 비용도 들지 않는다면 일반적 감시 의무의 금지가 더 이상 쓸모없다고 생각할 수 있다는 화두를 던지면서, 이

12) Member States are prevented from imposing a monitoring obligation on service providers only with respect to obligations of a general nature; this does not concern monitoring obligations in a specific case

13) First Report on the application of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce)), Brussels, 21. 11. 2003, at 14.

14) *Id* at FN 73.

15) Commission Staff Working Document: Online services, including e-commerce, in the Single Market (Brussels, 11.1. 2012) at 47.

에 대해서는 다양한 분야의 이해당사자들이 필터링기술의 단점을 들어 전자상거래 지침 제15조가 오늘날에도 여전히 의미있다는 견해를 피력하였다고 한다.¹⁶⁾

그러나, 상거래지침에는 가맹국이 ISP에 「일반적 감시의무」를 부과하는 것은 금지되어있지만, 특정한 종류의 위법행위를 막기 위해 합리적이라고 인정될 수 있는 추가의 주의의무를 부과하는 것은 금지하지 않고 있다(전문48).

한편 전자상거래지침은 OSP 유형별 면책 규정이 회원국이 각자의 법령에 따라 회원국 법원이나 행정당국이 OSP에게 침해를 종료하거나 예방하도록 요구하는 데에는 영향을 미치지 않는다는 조항을 두고 있고(제12조 제3항, 제13조 제3항 및 제14조 제3항), 특히 호스팅 서비스 제공자에게는 회원국이 정보를 제거하거나 정보에 대한 접근을 차단하도록 하는 절차를 수립하는 데에는 영향을 주지 않는다고 규정한다(제14조 제3항).¹⁷⁾

상기의 의무들은 저작권 침해와 관련된 정보나 활동에만 국한되지 않고, 모든 불법행위와 관련된 정보와 활동을 포함한다. 다만, 전자상거래지침이 적용되지 않는 분야(지침 제1조 제5항에 규정된 과세, 데이터보호지침, 도박과 관련된 분야)는 제외된다.¹⁸⁾ 또한, 웹 사이트에 사업자 이름과 위치, 메일주소 등을 정확하게 제시할 것을 요구하고 있는데(제5조), 이는 DMCA와 마찬가지로 서비스제공자에게 저작권자 등 권리자가 연락할 수 있도록 일정한 정보를 제공하도록 하기 위함이다. 이후, 이 지침을 바탕으로, 구체적인 절차는 회원국마다 법률 또는 규칙으로 이행되었다.

(2) 영국

영국의 ‘전자상거래규칙’은 기본적으로 전자상거래지침과 그 내용이 같다. 따라서, 전자 상거래 지침을 받아들여, 영국에서는 ‘전자 상거래 규칙 2002’ (2002년)에 의해 전자상거래지침의 단순도관(conduit)서비스, 캐싱, 저장서비스를 각각 제17조, 제18조, 제19조에 도입하였다.

OSP에 의한 불법복제물의 삭제와 관련하여서는 OSP들의 활동분야에 따라 상황이 크게 다름을 이유로 미국 저작권법과 같은 구체적인 절차는 정하지 않고 다만 산업계의 자발적인 노력(자율규제)에 맡겨왔다.¹⁹⁾ 그와 같은 자율규제로서

16) *Id* at 50-51.

17) 이 규정들은 한-EU FTA 제10.62조 제3항, 제10.63조 제3항, 제10.64조 제3항에 그대로 반영되어 있다.

18) 동지침의 규정은 EU 역내의 개인정보보호를 규정한 데이터보호지침(95/46/EC)과 전자프라이버시지침 (2002/58/EC) 에 영향을 미치지 않는다고 명시하고 있다(제1조(5)(b)).

19) DTI, A Guide for Business to the Electronic Commerce (EC DIRECTIVE) Regulations 2002, 2002. [http://www.bis.gov.uk/files/file14635.pdf\(2014.5.31](http://www.bis.gov.uk/files/file14635.pdf(2014.5.31) 최종방문). 또한 비방 중상에 관해서는 「1996년 명예훼손법 (Defamation Act of 1996)」에서 그 사실을 모르고 비방 중상을 포함한 콘텐츠를 배포한 자는 책임을 지지 않는다는 취지를 규정하고 있다(제1조(1)(c)).

ISP 사업자단체인 ISPAUK(The Internet Services Providers' Association, 1995년 설립)²⁰⁾의 행동규범²¹⁾을 들 수 있다. 이 행동규범은 정보통신 분야를 소관하는 독립 규제기관인 OFCOM(Office of Communication)의 승인을 받은 것이다. 그러나 전자상거래규칙과 마찬가지로 여기에서도 불법복제물 삭제에 대한 이용자들의 대응통지에 관한 구체적인 절차는 마련하지 않고 있고 다만 이용자들의 불만접수 내지 이의제기에 대해서는 '10 영업일 이내의 대응'이라는 일반적인 사항만을 정하고 있다.

(3) 프랑스

'전자상거래지침' (2000/31/EC)을 이행하기 위한 법률인 「디지털경제법(Loi pour la Confiance dans l' Economie Numérique, 'LCEN')」²²⁾을 제정하였다(2004년 6월 21일 법 제2004-575호). 「디지털 경제법」(2004년)²³⁾에 따르면 공중통신서비스를 통해 이용자가 제공한 어떠한 신호, 문서, 이미지, 오디오 또는 메시지의 축적을 제공하는 자는 ① 위법성 또는 위법성을 명확히 하는 사실·상황을 실제로 몰랐던 경우, ② 그 사실을 알게 된 후 즉시 그 데이터의 삭제·액세스 정지를 한 경우에는 이용자의 요구에 따라 축적된 정보 또는 그 행위에 대해 민사 책임을 지지 않는다. 이 법률은 '온라인 공중송신' (전송), '온라인 공중송신 서비스' 등의 개념을 신설하고, 그밖에 전자상거래지침에서 규정하고 있는 주요 내용들을 반영하였는데, 그 내용으로는 ISP에게 기술적 보호수단을 조치할 것(제6.I.1조), OSP에 의한 불법복제물 삭제 및 책임제한(제6.I.8조) 등이 있다.

(4) 독일

독일에서는 OSP의 책임제한에 관하여 규정한 「텔레서비스의 이용에 관한 법률(Gesetz über die Nutzung von Telediensten)」(이하 "텔레서비스법"라고 한다) 제2조의 정의에 의하면, 「문자, 이미지 또는 음성과 같은 조합 가능한 데이터의 개별적인 이용을 위해 규정되고 전기 통신에 의한 전송을 기초로 하는 모든 전자적 정보서비스 및 통신 서비스」를 텔레서비스라고 칭하고 있다.

이 법은 텔레서비스(문자, 이미지 또는 음성과 같은 결합 가능한 데이터의 개별

20) 인터넷 접속서비스 제공자인 ISP의 사업자단체이며, 호스팅(저장서비스) 및 전자계시판 등을 관리하는 OSP를 대상으로 한 사업자단체는 아니다.

21) ISPA Code of Practice. <http://www.ispa.org.uk/about-us/ispa-code-of-practice/2014.7.31>. 최종방문)

22) <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000801164&dateTexte=>

23) 동법의 제정이전에는 '시청각커뮤니케이션법'(1986년)에서 관련 규정이 두었다. '시청각커뮤니케이션법'에서는 서비스제공자가 형법상 또는 민법상의 책임을 지는 것은 사법당국의 개입을 받은 후에 콘텐츠에의 접근을 저지하기위한 조치를 신속히 취하지 않은 경우에 한했다.

적인 이용을 위해 서비스하고, 이를 바탕으로 전기통신을 이용한 전송의 모든 전자적 정보 서비스 및 통신 서비스)라는 개념으로 정리되는 다양한 온라인 서비스에 대해 통일적이고 기본적인 이용구조로 설정된다. 텔레서비스법은 이 점에 대해 세 가지 유형으로 나누어 공급자의 ‘책임 (Verantwortlichkeit)’을 명확히 하고 있다. 즉 스스로 제공하는 자신의 정보, 자신의 서비스로 제공되는 타인의 정보, 타인의 정보의 중개의 이렇게 세 가지 유형이다. 우선은 자기가 제공하는 정보에 대한 자기 책임의 원칙을 정한다. 이 경우 정보 제공자로 일반적인 법질서 (민사 · 형사 · 행정 책임)에 의해 책임을 진다(제5조1항).

그리고, 자신이 제공하는 저장서비스에 제공된 타인의 콘텐츠에 대해 책임을 지는 경우가 있다. 법은 그 내용을 알고 있고, 게다가 그 이용을 방지하는 것이 기술적으로 가능한 경우에는 그 책임을 지는 것으로 하고 있다(제5조2항). 불법 콘텐츠에 대한 서비스 제공자의 책임을 명확히 한다는 점에서는 사업자가 컴퓨터 등에 보관하는 자신의 콘텐츠에 대해서는 스스로 책임을 지고 제3자 콘텐츠에 대해서는 그것을 알면서, 그 이용을 저지하는 것이 기술적으로 가능하고 예상할 수 있는 경우에만 책임을 진다(5조 2항).

단순히 액세스만을 제공하는 사업자의 경우는 책임을 지지 않는다 (동3항)고 하여 책임을 명확화하고 있다. 다른 사람의 콘텐츠에 대해 그 매개를 하는 경우에만, 즉 다른 사람의 콘텐츠에 대한 액세스를 중개하기만 하는 경우에 책임을 지지 않는다. 자신이 보유 관리하는 서버상에 다른 사람의 정보를 축적하지 않고 단지 중개만하는 경우가 이에 해당된다. 이 경우에는 정보를 네트워크상에 둔 자, 1차적인 발신자가 그 책임을 지게 된다. 또한 타인의 정보를 중개만하는 경우에도 다른 사람의 데이터를 일시적으로 네트워크상의 저장 장치상에 기록하는 경우가 있다. 프록시 서버 또는 로컬 호스트, 캐시 메모리에 기록되는 데이터가 그렇지만, 이 경우는 액세스 중재로 간주되어 책임을 지지 않는 것으로 되어 있다 (제5조3항).

이상의 「책임 (Verantwortlichkeit)」에 대한 제5조는 종래부터 네트워크 외부에서 적용되어 온 형사 관리법 및 민사법 등 일반법에 대해서 정보 통신 서비스에 의해 제공되는 콘텐츠에 대한 책임 (Haftung)에 적용되는 특별 규정의 위치에 있다. 기본적으로, 고전적인 정보 매개자의 책임을 확대하는 것이 아니라, 책임을 명확히 하는 확인 규정이라고 할 수 있다.

2. 미국

(1) 연방품위법

「1996년 연방통신품위법(Communications Decency Act, 이하 CDA)」 제230조에서 입법적 대응이 이루어지기까지는 온라인상의 권리침해와 관련하여서는 미국 판례상으로 명예훼손적 표현은 커먼로상의 불법행위(tort) 문제로 취급되었고, 침해에 대한 책임을 부여하기 위하여 전통적으로 직접표현자인 author, 출판사와 같이 편집적 통제를 하는 publisher, 서점등 편집적 통제를 할 수 없는 distributor로 분류하여 책임내용을 정형화하였다.²⁴⁾ 타인의 표현을 매개하는 서비스로는 인터넷 이전부터 많은 유형이 존재해 왔지만, 특히 신문이나 잡지 등의 인쇄물과 같이 그 내용에 대한 편집 책임 (editorial responsibility)을 가지는 ‘발행자’로 취급되느냐 아니면 서점이나 도서관처럼 표현 내용에는 원칙적으로 개입하지 않는 ‘배포자 (distributor)’로 취급되느냐에 따라 매개자의 책임은 크게 달랐다. 해당 매개자가 ‘발행자’로 간주되면 발행물에 포함된 명예훼손 표현에 수반하는 손해 배상 등의 책임을 당연히 지게 되지만(엄격책임), ‘배포자’로 간주되는 경우에는 그 표현에 대해 알고 있었거나 또는 알아야 할 상당한 이유가 있는 경우에만 책임을 지게 된다(과실책임).

「1996년 연방통신품위법」²⁵⁾은 인터넷 공급자의 책임이 원칙적으로 후자에 한정된다는 것을 명확히 하였다. 동법 제230조(c)(1)에서는 인터넷과 같은 양방향 컴퓨터 통신 서비스 제공자 또는 이용자는 ① 다른 콘텐츠 제공자가 제공하는 정보의 발행자로는 취급되지 않고, 또한 ② 외설, 음란한, 호색적인, 추잡한 지나치게 폭력적인, 기타 바람직하지 않다고 판단한 콘텐츠에 대한 액세스를 제한하기 위해 성실하고 임의로 취한 조치에 관해 책임을 지지 않는다고 규정하고 있다.

즉, 명예훼손적 표현등 ‘불쾌한 자료’에 대해서 쌍방향정보통신서비스의 제공자 또는 이용자는 다른 콘텐츠 프로바이더가 제공한 정보에 대해서 publisher 또는 speaker로서 취급되지 않고, 일정한 유해콘텐츠에 대한 접근이나 이용을 제한하기위한 선의의 행위등에 대해서 쌍방향정보통신서비스의 제공자들은 책임을 지지 않는다는 취지의 규정을 두었다. 이것은 ‘선행’ (‘불쾌한 자료’의 자율적인 차단등)을 한 것을 이유로 피해자와의 관계에서 OSP가 무거운 책임을

24) 이들 판례중 하나가 *Cubby vs. CompuServe* 사건판결(776F.Supp.135(S.D.N.Y.1991))이다. 이 사건에서는 컴퓨터통신 CompuServe의 포럼에서 뉴스회사가 전달한 명예훼손적 정보에 대해서 컴퓨터통신을 운영하는 CompuServe회사의 책임이 문제되었다. 법원은 당해 정보에 CompuServe회사가 편집을 하지 않은 취지의 사실인정에 근거하여 동회사는 distributor에 불과하다고 판단하여, 당해 명예훼손을 알거나 알아야 하는 합리성을 가진 경우에 한하여 책임을 지지만, 이 점을 원고는 입증하지 못하였으므로, 동회사의 책임을 부정했다.

25) Section 230 of the Communications Decency Act immunizes both ISPs and Internet users from liability for torts committed by others using their website or online forum, even if the provider fails to take action after receiving actual notice of the harmful or offensive content. Through the so-called Good Samaritan provision, this section also protects ISPs from liability for restricting access to certain material or giving others the technical means to restrict access to that material.

지는 불합리를 회피하기 위한 목적으로 하는 규정이기 때문에, ‘선한사마리아’ (Good Samaritan)조항이라고 불린다. 이러한 보호의 부여에 의해 ‘선행’을 촉진하는 기능을 한다. 또한, 동조(d)(2)는 지적재산권에 어떠한 영향을 미치지 않는다는 취지를 명기하고 있다.

그러나 CDA230조(e)(1)는 연방 형사책임과 지적재산권법을 제외하고 있다.²⁶⁾ 동규정에 따라 지적재산권 분야에 어떠한 영향을 미치지 않았기 때문에 저작권 분야에서는 1998년에 DMCA의 세이프 하버 조항 (미국 저작권법 제512조)이 적용된다.

(2) DMCA

미국에서는 1998년10월에 저작권법의 개정법인 DMCA가 제정되고, 이 개정법 제512조에서 세이프하버로서 면책조항이 규정되었다. 면책조항을 규정하기 위한 온라인 저작권침해 책임제한법안(Online Copyright Infringement Liability Limitation Act (OCILLA))은 OSP(ISP를 포함하는 그룹)와 그 외 인터넷 매개자에게 이용자들의 불법행위에 대해 직접침해책임과 간접침해책임을 면해줌으로써 조건부 세이프하버를 주는 미연방법이다. OCILLA는 1998년 DMCA의 일부로 통과되었고 미국저작권법 제512조에 들어갔기 때문에 DMCA 제512조로 불리기도 한다. OCILLA는 인터넷 정보 매개자들이 어떠한 규칙을 따른다면 그들에게 저작권침해책임을 면제해줌으로써 저작권자들의 이익과 디지털 이용자들의 이익의 균형을 맞추려고 시도한다. 전체적으로 볼 때, OCILLA의 통과는 이용자들의 불법행위에 대하여 OSP에게 엄격하게 책임을 묻기를 원하는 강력한 저작권이해관계자들인 통신 및 인터넷관련 업체들의 승리였다고 볼 수 있다.

저작권자들 또한 양보를 하였다. 일반적이고 구체적인 면책의 전제 조건에 더하여, OCILLA는 OSP에게 침해통지를 전달할 수 있는 대리인(agent)을 지정하고²⁷⁾ 침해자로 추정되는 이용자에게 대한 정보를 게시할 것을 요구하고 있다.²⁸⁾ OCILLA의 명백한 절차는 온라인서비스제공자로 하여금 복제물이 실제로 침해인지 여부에 관하여 결정하는 것을 피하게 해주기 때문에 온라인서비스제공자에게는 이로운 정책이다. OSP입장에서는 게시된 저작물의 저작권 보호기간이 만료되었는지를 판단하기 어렵고 또한 어떤 경우에는 저작물을 이용한 행위가 공정이용원칙이 적용될 수 있기 때문에 저작권침해여부를 OSP가 직접 판단하는 일은

26) 47 U.S.C. §§ 230(e)(1) (criminal) and (e)(2) (intellectual property); see also *Gucci America, Inc. v. Hall & Associates*, 135 F. Supp. 2d 409 (S.D.N.Y. 2001) (no immunity for contributory liability for trademark infringement).

27) 17 U.S.C. § 512(C)(2).

28) 17 U.S.C. § 512(h)(5).

어려운 일이다. 이 때문에 복잡한 법률적 판단을 하는 대신, OCILLA는 침해청구의 유효성과 상관없이 OSP로 하여금 법률상의 조건들을 준수한다면 면책될 수 있도록 하였다.

DMCA에서는 CDA에서의 과실책임원칙을 계승하면서도, 면책을 받기위한 요건을 보다 상세하게 규정하고 있다. 이는 그동안 미국에서 OSP관련하여 판례에 의한 해결에만 의존하지 않고 OSP가 유형별로 일정한 요건하에 저작권침해의 책임을 면할 수 있음을 명확히 규정하는 내용을 포함하였는데, 이는 OSP가 저작권 침해를 최소화하는 데 협력자가 될 수 있도록 유도하고 한편으로는 OSP가 일정한 범위 안에서 보다 분명한 법적 안정성을 누릴 수 있도록 하는 데 목적을 둔 것이었다.

OCILLA는 온라인서비스제공자들이 저작자들의 권리를 보호하기 위한 일반적인 두 가지 요건들을 준수한다면 이용자들의 직접침해행위로부터 발생하는 저작권책임을 면제해줌으로써 균형을 맞추려고 시도한 것이다.

첫 번째, OSP는 반복적인 침해자인 이용자들에게 경고하고 그들의 계정을 해지하는 합리적인 정책을 채택하여 이행하여야 한다.²⁹⁾ 두 번째, OSP는 표준적인 기술조치를 수용하고 방해하지 말아야 한다.³⁰⁾ 즉, 제512조(m)(1)은 OSP는 자신의 서비스상에서의 이용자의 행위에 대한 일반적인 감시 (general monitoring) 의무를 지지 않음으로써 OSP의 과도한 감시 의무를 부정하면서, 제512조(i)(1)에서는 반복적인 침해를 억제하는 정책을 채택하여 이용자에게 명확히 제시할 것과 표준적인 기술적 조치 (standard technical measures)를 하고 또한 그것을 방해하지 않을 것을 면책 요건으로 하고 있는 것이다.

그리고 책임이 제한되는 OSP의 유형을 도관서비스, 시스템 캐싱, 저장서비스, 검색서비스로 구분하여 각서비스들의 책임이 제한되기 위하여 취하여야 할 조치에 대해서 규정하고 있다. EU전자상거래지침과의 차이는 검색서비스를 책임제한의 대상으로 하고 있다는 점과 저장서비스에 대한 책임제한에 따른 절차규정이 보다 상세하고 구체적으로 규정되어있다는 점이다.

동법에 따르면 저장서비스³¹⁾는 이용자의 행위가 저작권 침해에 해당하는 것을 실질적으로 모르고, 침해 행위에 직접 기인하는 금전적 이익을 받지 않는 등의 요건³²⁾을 충족하고 OSP가 저작권자 등으로부터 저작권 침해가 이루어지고 있는

29) 17 U.S.C. § 512(i)(1)(A).

30) 17 U.S.C. § 512(i)(1)(B).

31) 서비스제공자가 운영하는 시스템 또는 네트워크상에 이용자의 지시에 따라 정보를 축적하는 서비스이다.

32) 다른 한편, ① 침해행위가 명백해지게 되는 사실 혹은 상황을 알지 못하고, ② 침해행위가 일어나고 있음을 안 경우에 신속히 침해물을 제거하거나 접근을 차단한다. ③ 「노티스 앤 테이크다운」의 통지를 받을 대리인에 관한 정보를 제공한다. ④ 반복침해자에 대해 일정한 조건으로서 계정을 해지하여야 한다. ⑤ 표준적인 기술적 수단을 도입하고 이것을 방해하지 않아야 한다.

취지의 통지를 받은 경우, 즉시 당해 침해 정보를 삭제하는 이른바 ‘삭제통지 및 삭제절차(notice and takedown)’를 취한 경우 손해 배상 책임이 면제된다.³³⁾

그리고, 서비스제공자의 과도한 삭제를 방지하기 위해서도 규정을 마련하고 있는데, 권리자 등이 고의로 허위 통지를 한 경우, 그 때문에 생긴 모든 손해를 배상할 책임을 지는 것이다.³⁴⁾ 또한 서비스제공자는 삭제할 것을 즉시 발신자에게 통지하고 발신자로부터의 삭제가 착오 또는 오인에 따라 이루어졌음을 주장하는 대응 통지가 있는 경우, 저작권자 등이 금지 소송을 제기하지 않는 한 10일에서 14영업일 이내에 당해 침해물 정보를 원래대로 재게시해야 한다.³⁵⁾

이는 삭제된 정보의 재게 청구를 포함하는 각종 분쟁을 일일이 공식적인 소송 과정에서 해결하는 것은 비용적으로도 현실적이지 않기 때문에 재판외 분쟁 해결, 특히 온라인으로 간단하게 이용할 수 있는 분쟁 해결 수단을 요구하고 있는 것이다.

그러나 이러한 삭제 절차는 불가피하게 잘못된 삭제, 요컨대 본래 저작권을 침해하지 않는 복제물을 삭제하는 등 정보의 발신자 측에 대한 손실을 초래할 사태를 발생시킬 수 있다. 그 때문에, DMCA에서는 삭제조치를 받은 이용자로부터의 대응통지를 받고 재개를 도모하는 절차 (제512조(g)(2-3)) 및 정보의 삭제로 인해 정보 발신자 측에 손해가 발생한 경우에도 OSP가 신의성실하게 행동한 경우에는 책임이 없는 이른바 ‘선한 사마리아인 조항’ (제512조(g)(1))을 규정하고 있다.

(3) 연방품위법과 DMCA의 관계

OSP를 위한 다른 항변사유들(Other defenses for OSPs)이 있으면 이에 따른다. 예컨대, 삭제는 금전적 구제로부터 면책되기 위한 서비스제공자의 책임은 적용될 수 있는 다른 법률적 항변(구체적으로 지적하지 않더라도 CDA등)의 유효성에 영향을 미치지 아니한다(제512(1)조³⁶⁾).

이에 따라 연방통신품위법(CDA)에 따라서 ISP들은 제3자가 제공하는 콘텐츠에 대한 책임에서 면책될 수 있다. 즉, DMCA하에 따라 삭제가 즉시 이루어지지 않아서, 면책되지 않더라도 많은 경우에 ISP는 보호될 수 있다.

ISP는 합리적이라고 생각되는 조치를 취하거나 사이트에서 잠재적인 침해자를 감시하는 주의의무는 없는 것으로 밝혀진다면, ISP관점에서 침해에 대해서는 면

33) 17 U.S.C.§512(c).

34) 17 U.S.C.§512(f).

35) 17 U.S.C.§512(g).

36) 제512조(1) 그 밖의 영향 받지 아니하는 항변.- 서비스제공자가 이 조에 따른 책임의 제한 요건을 충족하지 못한 것이, 그의 행위가 이 편 법전에 따른 침해가 아니라는 서비스제공자의 항변 또는 그 밖의 항변의 고려에 부정적인 영향을 미쳐서는 아니된다.

책되고 불법복제물을 게재한 자가 침해에 대하여 직접 책임을 져야 한다.

3. 일본 OSP책임제한법

일본은 인터넷을 통해 다양한 정보가 유통되는 과정 속에서 타인의 권리를 침해하는 정보의 유통에 대한 대책으로 정보의 유통에 관여하는 인터넷 서비스 제공자에 의한 적절한 대응을 촉진하기 위해 2001년 11월에 「특정전기통신역무제공자의 손해배상책임의 제한 및 발신자 정보의 공개에 관한 법률」(2001년 법률 제137호. 이하 “서비스제공자 책임제한법“이라 한다)이 제정되어 송신방지 조치에 관한 책임의 명확화 및 발신자 정보의 공개청구제도 정비를 도모했다. 일본은 동법률에 의해 인터넷상의 권리 침해 일반에 관한 제공자의 책임 제한에 대해 규정하고 있다.

동법에 의하면, 제공자는 그 제공하는 서비스의 ‘정보 유통으로 인해 타인의 권리가 침해되고 있음을 알고 있을 때’ 또는 정보의 유통을 알고 있는 경우로써, 그에 의해 ‘타인의 권리가 침해되는 것을 알 수 있었다고 인정할만한 상당한 이유가 있는 때’가 아니면, 침해 정보의 전송을 방지하는 조치를 강구하지 않아도 손해배상책임을 지지 않는다고 되어있다.³⁷⁾ 서비스제공자에게 요구되는 조치에 대해서는 전기사업자단체 및 권리자 등으로 구성된 협의회가 분야별로 가이드라인을 책정하고 있다. 동 협의회가 책정한 저작권에 관한 가이드라인³⁸⁾에 따르면 제공자는 권리자로부터 저작권 침해 신고를 받은 경우, 사실을 확인하고 침해 정보의 삭제 등의 조치를 취해야 한다.

서비스제공자 책임제한법은 타인의 권리를 침해하는 정보에 대하여 서비스제공자의 손해배상책임의 제한 및 발신자 정보공개청구를 규정하고 있다. 손해배상책임의 제한은 제3조에 규정되어있으며, 이에 의하면 서비스제공자는 정보를 삭제하지 않음으로써 당해 저작권자에게 발생한 손해(동법 제1항)³⁹⁾ 및 정보를

37) 공급자책임제한법 제3조1항 또는 송신을 방지하는 조치가 기술적으로 불가능한 경우도 책임을 지지 않지만, 공급자 자신이 침해정보의 발신자인 경우는 책임을 진다.

38) OSP책임제한법 가이드라인등 검토협의회 「공급자책임제한법 저작권관계 가이드라인」
<http://www.telesa.or.jp/consortium/provider/pdf/provider_031111_1.pdf>

39) 특정전기통신역무제공자의 손해배상책임의 제한 및 발신자 정보의 개시에 관한 법률 제3조 제1항:

특정 전기통신에 의한 정보의 유통에 의하여 타인의 권리가 침해된 경우는, 당해 특정 전기통신용으로 제공되는 특정 전기통신설비를 이용하는 특정 전기통신역무제공자(이하 이 항에서 「관계역무제공자」라 한다)는, 이에 의해 발생한 손해에 대하여는 권리를 침해한 정보의 불특정의 자에 대한 송신을 방지하는 조치를 강구하는 것이 기술적으로 가능한 경우로서, 다음 각 호의 어느 것인가에 해당하는 경우가 아니면 배상의 책임을 지지 않음. 다만, 당해 관계역무제공자가 당해 권리를 침해한 정보의 발신자인 경우는, 그러하지 않음.

1. 당해 관계역무제공자가 당해 특정 전기통신에 의한 정보의 유통에 의해 타인의 권리가 침해되고 있는 것을 알고 있었던 경우
2. 당해 관계역무제공자가 당해 특정 전기통신에 의한 정보의 유통을 알고 있었던 경우로서, 당해 특정 전기통신에 의한

삭제함으로써 당해 정보의 발신자에게 발생한 손해(동법 제2항)⁴⁰⁾에 대하여 일정한 요건을 충족하면 배상책임을 부담하지 않는다.

발신자정보의 공개청구등에 관하여는 동법 제4조에 규정하고 있다. 이 규정에 따르면 정보의 유통에 의해 자기의 권리가 침해되었다고 하는 자는 ① 당해 공시를 청구하는 사람의 권리가 침해된 것이 분명한 경우로서, 또한 ② 발신자 정보의 공개를 받아야 할 정당한 이유가 있는 때는 공급자 등에 대해 발신자 정보의 공개를 청구할 수 있으며, 이를 받은 공급자 등은 원칙적으로 해당 발신자의 의견을 청취 한 후, 공개 여부를 판단하는 것으로 되어있다.

여기서 말하는 발신자 정보의 범위에 대해서는 총무성령으로 정하도록 되어 있으며, 현재 「발신자 기타 침해 정보의 전송에 관한 자의 성명 또는 명칭」, 「발신자 기타 침해 정보의 전송에 관련된 자의 주소」, 「발신자의 이메일 주소」, 「침해 정보에 관한 IP 주소」 및 「IP 주소를 할당받은 전기통신설비로부터 공개 관계 역무 제공자의 사용 특정 전기 통신 설비에 침해 정보가 전송된 연월일 및 시간」(소위 타임 스탬프)의 5 점이 총무성령⁴¹⁾에 규정되어 있다. 또한 공개 청구에 응하지 않아서 공개 청구자에게 발생한 손해에 대해 공급자 등은 고의 또는 중과실이 있는 경우가 아니면 손해 배상 책임을 지지 않는다.

4. 한국

(1) 들어가며

한국은 온라인서비스제공자의 책임과 관련해서는 「저작권법」과 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」에서 규정하고 있다. 이는 미국이 개별법형태로서 DMCA와 연방품위법으로 구분하여 규정하고 있는 것과 유사하지

정보의 유통에 의해 타인의 권리가 침해되고 있는 것을 알 수 있었다고 인정함에 충분한 상당한 이유가 있는 경우

40) 특정전기통신역무제공자의 손해배상책임을 제한 및 발신자 정보의 개시에 관한 법률 제3조 제2항:특정 전기통신역무제공자는 특정 전기통신에 의한 정보의 송신을 방지하는 조치를 강구한 경우에 있어서, 당해 조치에 의하여 송신이 방지된 정보의 발신자에게 발생한 손해에 대하여는 당해 조치가 당해 정보의 불특정의 자에 대한 송신을 방지하기 위해 필요한 한도에서 행해진 것인 경우로서 다음 각 호의 어느 것인가에 해당하는 경우는, 배상의 책임을 지지 않음.

1. 당해 특정 전기통신역무제공자가 당해 특정 전기통신에 의한 정보의 유통에 의해 타인의 권리가 부당하게 침해되고 있다고 믿음에 충분한 상당한 이유가 있었던 경우

2. 특정 전기통신에 의한 정보의 유통에 의해 자신의 권리가 침해되었다고 하는 자료부터, 당해 권리를 침해하였다고 하는 정보(이하 「침해정보」라 한다), 침해되었다고 하는 권리 및 권리가 침해되었다고 하는 이유(이하 이 호에서 「침해정보 등」이라 한다)를 제시하여 당해 특정 전기통신역무제공자에 대해 침해정보의 송신을 방지하는 조치(이하 이 호에서 「송신방지조치」라 한다)를 강구하고자 신청이 있었던 경우에, 당해 특정 전기통신역무제공자가 당해 침해정보의 발신자에 대해 당해 침해정보 등을 제시하여 당해 송신방지조치를 강구하는 것에 동의하는지 여부를 조회한 경우에 있어서, 당해 발신자가 당해 조회를 받은 날부터 7일을 경과하여도 당해 발신자로부터 당해 송신방지조치를 강구하는 것에 동의하지 아니하는 취지의 신청이 없었던 경우

41) 特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律 第4条 第1項の発信者情報を定める省令(平成14年総務省令第57号)。

만 규정의 연혁이 미국이 연방품위법을 먼저 제정하고 저작권에만 한정하여 DMCA에 규정했던 것과는 달리 우리나라는 2003년도에 저작권법에서 먼저 온라인서비스제공자의 책임제한에 대하여 규정하였다가, 이후 2007년도에 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」에서 저작권 이외의 사생활 침해 또는 명예훼손등에 관하여 규정하게 되었다.

저작권법상의 온라인서비스제공자의 정의에 대해서는 저작권법 제2조30호에 다음과 같이 규정하고 있다.

30. “온라인서비스제공자“란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.
- 가. 이용자가 선택한 저작물등을 그 내용의 수정 없이 이용자가 지정한 지점 사이에서 정보통신망(「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호의 정보통신망을 말한다. 이하 같다)을 통하여 전달하기 위하여 송신하거나 경로를 지정하거나 연결을 제공하는 자
 - 나. 이용자들이 정보통신망에 접속하거나 정보통신망을 통하여 저작물등을 복제·전송할 수 있도록 서비스를 제공하거나 그를 위한 설비를 제공 또는 운영하는 자

또한 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항의 3. “정보통신서비스 제공자“란 「전기통신사업법」 제2조제8호에 따른 전기통신사업자와 영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자를 말한다.

(2) 저작권법

우리나라는 2003년 저작권법 개정 당시 제5장의2에 처음으로 OSP 책임제한제도를 도입하면서, 삭제통지를 통한 불법복제물의 삭제에 관하여 규정하였다.⁴²⁾

도입 당시 미국 DMCA에서의 ‘통지 및 삭제절차(Notice&Takedown)’에 관한 규정과 책임감면 조항을 도입하였으나, 서비스 유형별로 면책요건을 명확하게 규정하지는 않았다. 이후, 웹하드나 P2P 등의 불법복제로 인한 영화·음악 등 문화산업의 피해가 심각해지자,⁴³⁾ 2006년 저작권법 개정(이하 ‘2006년 개정법’이라 한다)⁴⁴⁾에서는 웹하드와 같은 ‘특수한 유형의 OSP’에게 권리자의 요청

42) 법률 제6881호(2003.5.27. 일부개정, 2003.7.1. 시행).

43) 한국저작권단체연합회 저작권보호센터, 2009 저작권보호 연차보고서(2009)에 의하면 연간 8천8억원으로 추정됨.

44) 법률 제8101호(2006.12.28. 전부개정, 2007.6.29. 시행).

이 있는 경우 불법저작물 전송을 차단하는 기술적 조치 등 필요한 조치를 하여야 할 의무를 부과하는 규정(제104조)을 도입하였다. 그러나 이 규정과 관련해서는 세계에 유례없는 규정이라는 비난(OSP에게 불리한 규정이기 때문에 삭제해야 한다는 취지)을 비롯하여 특수한 유형의 OSP가 이행해야 하는 기술적인 조치가 과연 무엇인가에 대한 논란도 있었다.

그 후 2011년 한·EU FTA 이행을 위한 저작권법 개정⁴⁵⁾ 및 한·미 FTA 이행을 위한 저작권법 개정⁴⁶⁾이 순차적으로 이루어지면서(이하 별다른 한정 없이 한 양자를 합하여 ‘2011년 개정법’이라 한다) OSP의 책임제한에 관한 규정도 대폭 수정되었다. 수정내용 중 가장 특징적인 것은 미국 DMCA를 참조하여 OSP를 네 가지(ISP, 캐싱, 저장서비스, 검색서비스)로 유형화하고, 그 세부적인 유형에 따라 면책요건도 세분화한 것이다. 세분화된 면책요건 중 특수한 유형의 OSP와 관련하여 가장 중요한 변화는 첫째, 표준적인 기술조치를 수용하고(ISP, 캐싱, 저장서비스의 경우), 둘째, 침해행위로부터 직접적 금전적 이익을 얻지 않을 것(저장서비스의 경우)이라는 요건이다. 전자의 경우 특히 특수한 유형의 OSP에게는 이미 기술적 조치의무가 존재하고 있기 때문에(제104조) 이것과 표준적인 기술조치와의 관계가 문제되고, 후자의 경우 OSP가 금전적인 이익을 얻을 경우 저작권침해로부터 면책되지 않는다는 취지이기 때문에 불법적인 저작물 유통과 관련한 OSP의 영업활동은 애초에 금지되는 것으로 읽히기 때문이다. 이와 같은 면책요건의 변화는 대단히 중요한 의미를 함축하고 있다고 생각한다.

2006년 개정법에서 OSP의 면책요건에 관한 규정(제102조) 외에 제104조(특수한 유형의 OSP의 기술적 조치의무)라는 다소 특이한 조문을 도입할 수 있었던 것은 모든 유형의 OSP를 강하게 규제하기 보다는 저작권침해가 빈번히 일어나는 제한된 범위의 OSP에게만 기술적 조치를 의무화함으로써 인터넷 환경변화에 유연하게 대처하고자 한 관리자와 OSP간의 일종의 타협이 존재하였기 때문으로 이해된다(세계에 유례가 없는 규정이지만 오히려 이를 통하여 특수한 유형의 OSP의 존립기반이 확실해진 측면이 있다). 그러나 2011년 개정법 하에서는 OSP의 면책요건(제102조)이 세분화되면서 엄격해졌고, 그 일환으로 제102조에 (세 가지 OSP를 대상으로 하는) ‘표준적인 기술조치’의 면책요건이 새로 도입되었는바, 후술하는 바와 같이 그 내용은 제104조가 요구하는 기술적 조치와 실질적인 내용에서 차이가 없는 것으로 읽힌다. 그렇다면 표준적인 기술조치의 면책요건의 등장으로 제104조의 존재의의에 대한 재검토가 불가피하게 되었다고 할 것이다. 또한 저장서비스의 경우 침해행위로부터 직접적 금전적 이익을 얻지 않

45) 법률 제10807호(2011.6.30. 일부개정, 2013.7.1. 시행).

46) 법률 제11110호(2011.12. 2. 일부개정, 2012.3.15. 시행).

을 것이라는 면책요건이 추가되었기 때문에 이제는 불법적인 저작물유통으로부터 OSP(저장서비스제공자)가 금전적인 이익을 얻을 수는 없게 되었다고 보아야 할 것이다. 그렇다면 이 면책요건은 저장서비스에 있어서의 표준적인 기술조치의 내용 내지 수준을 결정하는 데에도 기여하는 것이라고 해석하게 될 것이다. 즉, 불법적인 저작물 유통을 막고 합법적인 저작물 유통을 담보할 수 있는 정도의 기술조치여야 한다는 해석이다.

(3) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률

저작권 이외의 사생활 침해나 명예훼손등의 불법행위와 관련한 온라인서비스 제공자의 책임제한에 대해서는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」에서 규정하고 있다.

그 내용은 제44조의2에 규정하고 있는 데, 기본적으로 ECD와 같이 삭제요청이 있는 경우에 대응하는 것으로서 정보통신서비스 제공자는 제1항에 따른 해당 정보의 삭제등을 요청받으면 지체 없이 삭제·임시조치 등의 필요한 조치를 하고 즉시 신청인 및 정보게재자에게 알려야 한다. 이 경우 정보통신서비스 제공자는 필요한 조치를 한 사실을 해당 게시판에 공시하는 등의 방법으로 이용자가 알 수 있도록 하면, 책임이 제한된다(제44조의2 제2항 및 제6항).

제2조① 1. “정보통신망“이란 「전기통신사업법」 제2조제2호에 따른 전기통신설비를 이용하거나 전기통신설비와 컴퓨터 및 컴퓨터의 이용기술을 활용하여 정보를 수집·가공·저장·검색·송신 또는 수신하는 정보통신체제를 말한다.

제44조의2(정보의 삭제요청 등) ① 정보통신망을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 사생활 침해나 명예훼손 등 타인의 권리가 침해된 경우 그 침해를 받은 자는 해당 정보를 취급한 정보통신서비스 제공자에게 침해사실을 소명하여 그 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재(이하 “삭제 등“이라 한다)를 요청할 수 있다.

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

③ 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 제42조에 따른 표시방법을 지키지 아니하는 청소년유해매체물이 게재되어 있거나 제42조의2에 따른 청소년 접근을 제한하는 조치 없이 청소년유해매체물을 광고하는 내용

이 전시되어 있는 경우에는 지체 없이 그 내용을 삭제하여야 한다.

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

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

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

[전문개정 2008.6.13.]

IV. 결론

OSP의 책임제한과 관련해서는 크게 세 가지 점을 고려해야 할 필요가 있다. 첫째가 OSP의 법률제정형태, 즉 어떠한 형태로 법률을 규정하고 있는 지 여부, 두 번째, 어떠한 유형의 OSP가 면책을 받을 수 있는 지 여부, 세 번째, 면책받기 위해 OSP가 취해야 할 것들은 무엇인지 를 살펴보았다.

OSP 책임제한의 원칙은 OSP를 통한 불법정보의 유통에 대해 일정한 행위를 하는 OSP의 민사상의 책임을 제한시켜준다는 점에서 OSP로 하여금 일정한 행위에 대한 인센티브를 부여하게 되고 이로써 OSP의 행위를 규제하는 역할을 하게 된다. 이를 ‘민사규제’라고 명명할 수 있는 것은 이러한 이유 때문이다. 주요국에서 OSP 책임제한 원칙을 입법화하고 있는 것은 기본적으로 이러한 민사규제를 통한 시장에서의 자율적 규율을 전제로 한 것임을 알 수 있었다. 그런데 우리나라의 저작권법과 정보통신망법은 모두 이러한 OSP 책임제한의 원칙과 아울러 행정규제를 병존적으로 보유하고 있다는 점(책임부과형 입법이라는 점)에 특징이 있다.

먼저 저작권법의 경우 저작권법의 목적이 저작권보호에만 있는 것은 아니라는 점에 주의할 필요가 있다. 즉 저작권법의 목적은 저작권보호와 더불어 저작물의 공정한 이용을 통한 문화 및 관련 산업의 향상발전에 있다는 점(제1조 참조)을 고려하여야 한다. 물론 불법복제가 반복적으로 이루어짐으로써 저작권자의 권리를 심각하게 침해한다면 이것은 관련 산업의 발전이라는 측면에서 바람직스러운 것은 아니다. 그러나 현행법상으로는 OSP 책임제한제도의 틀 안에서 대부분 해

소될 수 있다고 생각한다. OSP로서는 권리자의 삭제 요청에 응하지 않거나 권리 침해 사실을 알면서도 삭제하지 않으면 민사상의 책임에서 자유롭지 않기 때문에 불법복제물이 OSP를 통하여 유통되는 것은 OSP 입장에서 결코 바람직스러운 상황이 아니기 때문이다. 그런데 행정이 권리자의 입장에서 불법복제물의 삭제 등을 OSP에게 명령한다면 이것은 권리자가 하여야 할 일을 국가가 대신해주는 것에 다름 아니게 된다.

한편 정보통신망법의 경우 행정규제의 대상이 되는 불법정보의 유형이 개인적 법익뿐만 아니라 사회적 법익 및 국가적 법익으로 다양하다는 점에서 일률적인 판단은 곤란하다. 다만 특히 개인적 법익에 관련된 내용의 정보에 대한 행정규제는 OSP 책임제한 제도의 틀 안에서 해결되도록 시장에 맡겨두는 것이 타당하다고 생각한다. 이미 민사규제와 자율규제가 존재하여 시장에서 스스로 타인의 권리를 침해하는 정보의 유통에 대한 대응이 이루어지고 있고 대법원은 그 판단기준까지 자세히 제시하고 있는 상황이다. 이러한 상황에서 이루어지는 행정규제는 규제의 중복이 될 수 있기 때문에 민사규제와 자율규제를 통한 시장의 자정작용의 형성에도 좋지 않은 영향을 끼치게 될 것이기 때문이다.

저작권 제도 개혁과 이용자

법무법인 지향, 남희섭

저작물 이용허락 표시: 이 글은 출처를 표시하는 한 자유롭게 이용할 수 있습니다. 다만 온라인에서 이 글을 그대로 복제하여 타인의 이용에 제공하는 자는 무료로 제공하여야 합니다.

서론

최근 전 세계적으로 저작권 분야의 화두는 제도 저작권 개혁 논의라 할 수 있다. 미국은 2013년부터 행정부와 의회에서 저작권 개혁 논의를 이어오고 있고, 유럽연합은 집행위원회(EC)가 2013년 12월부터 2014년 3월까지 대대적인 의견 수렴 절차를 거쳤고, 2014년 7월 제출된 의견을 정리한 보고서를 발표하였다. 영국과 호주, 아일랜드, 스위스, 스페인 등 여러 나라에서도 국가 차원에서 저작권 제도 개선안을 내 놓았고 일부는 이미 시행되고 있다. 당연히 학계와 연구기관, 시민사회에서도 다양한 제도 개혁 방향을 제시하고 있다. 물론 이러한 논의들을 모두 ‘개혁’이란 용어로 묶을 수는 없겠지만,¹⁾ 적어도 저작권 제도를 재검토해야 한다는 공감대가 전 세계적으로 형성되어 있다는 평가는 가능하다.

저작권 제도의 재평가 또는 개혁 논의의 공통점은 아날로그 환경에서 태동한 온 저작권 제도가 디지털 환경에 적절한지 재검토해야 한다는 것이다. 유럽과 미국의 사례에서 보는 것처럼, 국가 기관이 주도하고 있는 저작권 개혁 논의는 국가 경제라는 거시적 차원에서 현행 저작권 제도가 디지털 환경에서 성장을 제대로 견인하고 있느냐는 문제 인식에 출발한 것이다.

최근 2~3년 동안의 저작권 개혁 논의는 그 양이 워낙 방대하여 간단하게 정리하기는 어렵지만 개혁의 수준과 방향과 관련하여 크게 2가지 대립되는 입장이 있다. 먼저 근본적인 개혁이 필요하다는 입장은 아날로그 환경을 토대로 탄생한 저작권 제도가 디지털 환경에는 더 이상 작동하지 않고 제도의 취지도 달성하지

1) 주된 이유는 논의의 대상과 범위가 너무 다양하고 넓기 때문이기도 하지만, 방향의 차이도 너무 크기 때문이다. 예를 들어 올해 1월부터 스페인에서 시행되는 소위 ‘구글세(Google tax)’ 도입도 저작권 개혁(copyright reform)으로 표현되기도 한다 (Miquel Peguera, ‘Spanish Copyright Reform Enters into Force: Special Focus on Online Intermediaries’ January 15, 2015 at <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/01/spanish-copyright-reform-enters-force-special-focus-online-intermediaries>). 2015년 1월부터 시행되는 스페인의 개정 저작권법 제32조 제2항에 따르면, 정보 콘텐츠의 일부를 수집하는 행위(가령 뉴스의 기사제목을 검색 결과로 수집하는 행위)는 저작권자의 사전 허락을 받아야 하는 행위는 아니지만 저작권자에게 보상금을 지급해야 한다.

못한다고 본다. 이에 비해 복제 기술의 발전에 따라 그 동안 저작권 제도가 그랬던 것처럼 새로운 디지털 기술과 환경에 맞게 제도를 손질하는 정도면 충분하다는 입장도 있다. 미국의 사무엘슨 교수의 표현을 빌리면, 저작권 제도 개혁에 대해 기본 구조에 변경이 필요하다는 입장(가령 William F. Patry, How to Fix Copyright, Oxford University Press (2011))이 있는 반면 Mazzone의 Copyfraud(Jason Mazzone, Copyrftaud and Other Abuses of Intellectual Property Law, Stanford University Press (2011))는 특정 시장 행위자의 행위에 문제가 있다는 서로 다른 입장이 있다.²⁾

이 글은 전 세계의 저작권 제도 개혁 논의를 모두 정리하는 대신 이용자의 권리를 중심으로 한 일부 국가(영국과 호주)의 제도 변경을 자세히 살펴보고(제3장과 제4장), 유럽연합과 미국의 논의를 개조식으로 소개한다(제5장 이하).

저작권 제도에서 이용자의 지위

저작권 제도는 법률 규정을 통해 구축된다. ‘표절’이라는 도덕적 잣대가 작용하기는 하지만, 저작자로서의 경제적, 인격적 권리는 구체적인 법률 조항에 어떻게 규정되어 있느냐에 따라 그 내용과 범위가 결정된다. 대표적인 예가 보호기간이다. 일정 시점이 지나면 권리, 그것도 재산적 권리가 소멸되는(달리 표현하면 법률로 박탈하는) 경우는 저작권과 같은 지적재산권에만 볼 수 있는 특수한 예다.

이러한 특수성 때문에 저작권은 자연적 권리라기 보다는 제도적 권리로 이해해야 한다. 제도를 통해 저작권이라는 특수한 권리를 창설하는 취지는 저작권법 제1조에 명시되어 있는 것처럼 문화의 향상 발전이고 이를 위한 제도적 수단 2가지가 저작권의 보호와 저작물 이용이다.³⁾ 이처럼 저작권 제도는 보호와 이용의 균형을 근간으로 한다. 저작권 제도에서 이용자의 함의는 여기서 찾을 수 있다.

하지만 대부분의 저작권 법에서 이용자의 권리는 적극적인 형태로 규정되어 있

2) Pamela Samuelson, “Book Review: Is Copyright Reform Possible?” Harvard Law Review 126:740 (2013)

3) 최초의 저작권법이라 불리는 앤 여왕법도 법률의 명칭은 ‘법정 기간 동안 인쇄된 복제물에 대한 권리를 저작자 또는 그 취득자에게 귀속시킴으로써 학문의 진흥을 목적으로 하는 법(An Act for the Encouragement of Learning by Vesting the Copies of Printed Books in the Authours or Purchasers of Such Copies, During the Times Herein Mentioned)’이었다.

지 않고 권리의 제한이라는 소극적 형식으로 규정되어 있다. 그래서 이용자에게 저작물을 이용할 적극적인 권리는 인정되지 않고 권리를 제한함으로써 얻는 반사적 이익에 불과하다는 견해가 많았다. 예외는 캐나다 대법원의 판결에서 볼 수 있다.

캐나다 대법원은 CCH 사건⁴⁾에서 공정이용은 저작권법의 다른 저작권 제한 규정과 마찬가지로 이용자의 권리라고 하면서 저작권자의 권리와 이용자의 이해 간의 적절한 균형을 유지하기 위해서는 공정이용을 제한적으로 해석해서는 안된다고 판결한 바 있다.⁵⁾ CCH 판결은 저작권법에 저작자의 ‘권리’ 뿐만 아니라 이용자의 ‘권리’가 존재한다고 천명했다는 점에서 매우 획기적인 판결이라 할 수 있는데, 이로부터 의회가 저작권 제도를 입법한 것은 공공정책적 목적에 따른 것이고 저자의 권리는 공정이용이라는 지점에 도달하면 정지하도록 하겠다고 평가하기도 한다.⁶⁾

아래에서 소개하는 저작권 개혁 논의에서 캐나다 대법원과 같이 이용자의 권리를 적극적으로 도입하려는 시도는 거의 없다는 점에서 아쉬움이 있지만, ‘디지털 난제’로 불리는 권리 보호와 저작물 이용 간의 충돌 양상은 저작권 개혁 논의에서 빠질 수 없는 의제이다. 디지털 환경에서 저작권자와 이용자들 사이에 나타나는 갈등은 저작권 제도의 근본적인 재검토를 요구한다. 이러한 재검토를 요구하는 갈등은 2가지 측면에서 기존의 저작권 환경과 구별된다. 첫째, 디지털 환경에서 저작물을 이용하는 이용자들의 행위는 더 이상 저작물 소비자로서의 행위에 그치는 것이 아니라, 서적의 출판 행위와 같은 저작물의 생산 행위와 대등한 역할을 수행하게 된다. 기존의 저작권자 입장에서는 그들이 용인할 수 없는 수준의 행위가 이용자들에 의해 행해지는 것이다. 둘째, 저작권의 보호와 행사가 일상적인 저작물 이용행위와 충돌하게 된다. 예컨대, 인터넷에서 음악을 듣는 행위가 저작물의 복제와 전송을 수반하게 되고 이에 대해 저작권이 미치게 되면, 이용자로서도 수용하기 힘든 수준으로 저작권의 보호가 강화되는 것이다. 이처럼 서로 용인할 수 없는 지점에서 일어나는 저작권자와 이용자 간의 갈등은 ‘디지털 딜레마’라는 난제로 우리 앞에 놓여 있다.

4) *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* [2004] SCC 13

5) “The fair dealing exception, like other exceptions in the *Copyright Act*, is a user's right. In order to maintain the proper balance between the rights of a copyright owner and users' interests, it must not be interpreted restrictively.” 이 판결은 캐나다 법원의 태도를 바꾼 것이다. CCH 판결 이전에 캐나다 법원은 공정이용과 다른 저작권의 제한 규정은 이용자들에게 부여된 어떤 권리로 인정하지 않고 저작권 침해 주장에 대한 단순한 항변으로만 보았다.

6) Daniel J. Gervais, "Canadian Copyright Law Post-CCH", *Westlaw Intellectual Property Journal* 18 I.P.J. 131, August 2004, 9쪽

영국

논의 경과

영국 수상 데이비드 카메룬은 2010년 11월 영국의 성장과 혁신을 견인하도록 지적재산권제도를 재검토하겠다고 발표하였고, ‘이안하그리브스’ (Ian Hargreaves) 교수를 위원장으로 하는 전문가들이 2011년 5월 검토 보고서⁷⁾를 영국 정부에 제출하였다. 이 검토 보고서는 주로 디자인보호법과 저작권법을 중심으로 디지털 시대의 경제 성장에 적합한 지적권 제도 개선을 위한 10개의 안을 제시하였다.

이를 검토한 영국 정부는 2012년 12월 저작권 제도 개혁을 위한 방안을 발표하였고,⁸⁾ 2013년 6~9월 구체적인 법령 개정을 거쳐, 2014년 3월 27일 아래 5개 개정안을 발표하였다.

The Copyright and Rights in Performances (Personal Copies for Private Use) Regulations 2014

The Copyright and Rights in Performances (Quotation and Parody) Regulations 2014 - including Parody, Caricature or Pastiche

The Copyright and Rights in Performances (Disability) Regulations 2014

The Copyright and Rights in Performances (Research, Education, Libraries and Archives) Regulations 2014

The Copyright (Public Administration) Regulations 2014

이 중 아래 3개의 개정안은 2014년 7월 29일 의회를 통과하여 10월 1일부터 발효되었다.

The Copyright and Rights in Performances (Disability) Regulations 2014

The Copyright and Rights in Performances (Research, Education, Libraries and Archives) Regulations 2014

7) Digital Opportunity A review of Intellectual Property and Growth, An independent report by Ian Hargreaves (May 2011), full report is available at <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140603093549/http://www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf>

8) MODERNISING COPYRIGHT: A modern, robust and flexible framework, Government response to consultation on copyright exceptions and clarifying copyright law

사적 이용을 위한 개인적 복제

개정법에 따르면,⁹⁾ 적법하게 보유한 저작물의 모든 사적 복제가 허용된다. 개정 취지는 대다수의 이용자들이 합리적이라고 여기는 행위 중 저작권자에게 손해가 아예 없거나 거의 없는 행위를 허용하려는 것이라고 한다.

예를 들어, 전자책이나 디지털 음악, 비디오 파일을 포맷 변환 또는 백업 목적으로 복제하는 행위가 가능하고(컴퓨터 프로그램은 제외), 적법하게 구매한 CD에 들어 있는 음악을 MP3 플레이어에 변환·저장하는 행위는 적법한 행위가 된다(구법에서는 이러한 행위가 ‘위법’이라고 영국 지적재산권청은 설명한다). 그리고 적법하게 구매한 디지털 콘텐츠를 클라우드에 저장하는 행위도 가능하다(다만 제3자의 접근을 허용하면 안된다).

사적복제가 허용되는 대상은 “적법하게 보유한 저작물”을 말하므로 방송되는 저작물이나 스트리밍되는 음악은 해당하지 않고, 친구나 가족을 위한 복제도 허용되지 않는다.

또한 사적 복제 후 원본 저작물을 판매하면 사적 복제는 위법하지만, 복제물을 폐기하면 위법이 아니다.

한편 사적복제를 허용하는 경우 사적복제를 차단하는 기술적 보호조치를 어떻게 취급할 것이냐가 관건인데, 개정법은 저작권자가 또는 저작권자의 요청으로 제3자가 적용한 복제 방지 기술적 조치를 금지 또는 해제할 의무를 저작권자에게 부과하지는 않는다. 다만 사적복제 이용자는 정부에 복제물 제공을 요청할 수는 있다.

이러한 사적복제를 위한 저작권 제한 규정은 저작권자가 라이선스 계약으로 금지할 수 없다. 가령 음악 CD를 판매하면서 CD에 저장되어 있는 음악 콘텐츠를 MP3 플레이어에 변형·저장하는 행위를 금지하는 라이선스 조항을 두더라도 효력이 없다.

9) 영국 지적재산권청(UK Intellectual Property Office)의 Intellectual property – guidance, Changes to copyright law <https://www.gov.uk/government/publications/changes-to-copyright-law> 참조.

이 개정안에 대해 영국 음반산업계는 법적 대응을 예고하는 등 반발을 한 바 있다. 주된 이유는 사적복제보상금(levy) 제도를 도입하지 않고 사적복제 범위를 확대하였기 때문이라고 한다. 2009년에 설립된 영국 음악 신탁관리단체인 유케이뮤직(UK Music)의 연구에 따르면 개정안으로 인해 음악 저작권자들은 한 해에 약 5천 8백만 파운드의 손실을 입게 될 것이라고 한다.¹⁰⁾ 이에 대해 영국 정부는 포맷 변환과 같은 사적복제에 대한 보상금(levy)은 영국 소비자들이 수용하지 않을 것이고 콘텐츠에 대한 정당한 대가를 지불한 자들에게 불공정한 결과를 초래한다고 반박한다.¹¹⁾

그러나 영국 작사·작곡가 협회(BASCA: The British Academy of Songwriters, Composers and Authors)와 뮤지션 유니온(MU: The Musicians' Union), 유케이뮤직(UK Music)은 2014년 11월 영국 정부를 상대로 소송을 제기하면서,¹²⁾ 개정법은 보상금 제도를 도입하지 않았기 때문에 유럽연합의 저작권 지침에 위배된다고 주장하였다. 유럽연합의 저작권 지침¹³⁾ 제5조2(b)에 따르면, 회원국은 비상업적인 사적 이용을 위한 복제에 대해서는 저작권을 제한할 수 있으나, 저작권자가 정당한 보상을 받을 수 있도록 해야 한다.¹⁴⁾

사적 복제를 위한 저작권 제한과 사적복제보상금(levy) 제도는 Copydan 사건¹⁵⁾에서 유럽법원이 2015년 3월 5일 판결을 내리기로 하여 그 결과에 관심이 쏠리고 있다.¹⁶⁾ Copydan은 덴마크의 저작권신탁관리단체인데 노키아를 상대로 2004년부터 2009년까지 덴마크에서 판매된 휴대폰의 메모리 카드를 통해 음악과 영상물이 복제된 것에 대한 보상금(levy)으로 약 2백만 유로의 지급을 요구했다. 노키아가 이를 거절하자 소송을 냈고 덴마크 법원은 사건을 유럽법원으로 회부하였다.

10) Private copying exception plans face possible legal action following parliamentary sign off, <http://www.out-law.com/en/articles/2014/july/private-copying-exception-plans-face-possible-legal-action-following-parliamentary-sign-off/>

11) <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201415/ldhansrd/text/140729-0001.htm>

12) <http://www.ukmusic.org/news/privatecopyingexception>

13) DIRECTIVE 2001/29/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society

14) “in respect of reproductions on any medium made by a natural person for private use and for ends that are neither directly nor indirectly commercial, on condition that the rightholders receive fair compensation which takes account of the application or non-application of technological measures referred to in Article 6 to the work or subject matter concerned”

15) Case C-463/12 Copydan Båndkopi

16) <http://the1709blog.blogspot.com/2015/02/love-is-in-air-and-so-is-eu-copyright.html>

인용

인용 행위가 공정하고 인용 표시를 한 경우에는 허용되는데, 인용 행위가 공정한지 여부에 대한 최종 판단은 결국 법원의 몫이다.

교육 기관에서 복제할 수 있는 저작물은 그 대상이 음악, 영화 등으로 확대되고, 네트워크(개방형 네트워크는 제외)를 통한 공유도 가능하게 되었다.

수업 목적 인용과 관련하여, 구법에서는 컴퓨터나 전자철판은 금지되었기 때문에 손으로 옮겨 적는 행위(즉, 복제하는 행위)만 허용되었다. 개정법은 수업 목적인 경우에는 컴퓨터나 전자철판과 같은 수단을 통한 복제도 허용하되, 공정취급(fair dealing)에서 벗어나는 경우, 예컨대 저작물을 복제하여 학생들에게 나누어주는 경우에는 별도의 허락을 받아야 한다.

패러디

저작물을 새롭게 가공하거나 재편집하는 행위는 학생들의 창의력 향상을 위한 훌륭한 교육 방법이 될 수 있다. 이를 위해 개정법은 캐리커처, 패러디, 파스티셰(pastiche) 목적의 이용(패러디 이용)은 제한적 범위에서 허용되도록 하였다. 여기서 제한적 범위란 가령 저작물의 전체가 아닌 일부를 복제하여 패러디하는 것을 말한다. 가령 코미디언은 풍자 목적으로 영화나 노래의 일부를 이용할 수 있고, 만화가는 유명한 미술작품이나 그림을 캐리커처 목적으로 참조할 수 있으며, 화가가 여러 영화의 장면들을 조합하여 파스티셰 작품을 만들 수도 있다. 다만 패러디 목적의 이용이 공정취급에 해당하는 경우에만 허용되므로, 결국 문제는 공정취급의 범위라 할 수 있다.

연구와 개인공부

연구와 개인공부(private study)를 위한 저작물의 이용과 관련하여 구법은 어문, 음악 저작물만 허용하였지만, 개정법은 이를 음반, 영화, 방송물로 확대하였다. 가령 연구자나 학생은 비상업적인 연구나 개인공부를 위해 음반이나 영화, 방송물에서 일부를 복제하여 이용할 수 있고, 도서관이나 기록보존소도 연구자나 학생을 위해 복제할 수 있다. 교육기관이나 박물관, 도서관은 연구자가 개인공부를 위한 이용자에게 전자적 수단으로 저작물에 접근하도록 할 수는 있으나, 관내에

서만 접근을 허용할 수 있다.

연구나 개인공부를 위한 복제의 경우에도 저작물의 전체 복제는 안되고 연구 목적의 공정취급에 해당하는 분량만 가능하다.

공정취급

앞에서 살펴본 저작권 제한과 예외의 확대는 대부분 공정취급 법리에 따라 실질적인 범위와 내용이 결정된다. 영국 정부가 개정안을 소개하면서 언급한 공정취급 법리는 주로 Hyde Park Residence Ltd. v Yelland 판결¹⁷⁾에 기초한 것이다.

영국에서 저작물의 공정취급의 법리가 어떻게 전개되어 왔고 공공의 이익과 관련된 함의는 무엇인지 정리하면 아래와 같다.

(1) 공정취급 법리의 태동과 전개

최초의 저작권법이라 불리는 1710년 ‘앤 여왕법’에는 저작권 제한에 대한 명문 규정이 없었으나 영국 법원은 일찍부터 저작권자의 동의가 없더라도 타인의 저작물을 복제하는 것이 정당화될 수 있다고 보았다.¹⁸⁾

영국의 구 저작권법(CDPA: Copyright, Design and Patents Act)은 제1편 제3장에 제28조부터 제76조까지 많은 조문을 두어 저작물을 공정취급(또는 공정이용)할 수 있는 행위를 열거하고 있다.¹⁹⁾ 제28조 제1항에 따르면, 제3장에 열거된 공정이용 행위는 저작권의 침해 문제에만 관련되고 공정이용 행위를 제한하는 기타 권리나 의무에는 영향을 주지 않는다.

영국 저작권법에 따라 허용되는 행위는 조사 또는 사적 연구(제29조)와 비평·평론 및 시사보도(제30조), 저작물의 부수적 수록(제31조), 수업 또는 시험 목적의

17) *Hyde Park Residence Ltd. v. David Yelland*, [1999] RPC 655-672; [2000] 3 WLR 215-241

18) 가령 1740년 *Gyles v. Wilcox* 2 Atk 141 판결. 이 판결에서 문제가 된 사건은 Sir Matthew Hale's *Historia Placitoru Coronae*에 대한 권리를 원고가 가지고 있었는데, 이것의 요약과 일부 번역을 포함한 “New Crown Law”라는 제목의 서적을 피고가 출판한 것이 발단이었다. 피고의 서적은 원본 275쪽에 대한 37쪽의 요약을 포함하고 있었다. 영국 법원은 이것이 정당한 요약이며 저작권 침해가 아니라고 하였다. 이 판결에서 출발하여 인용, 비평에 대한 공정이용 법리가 발전하였다 (Robert Burrell and Allison Coleman, *Copyright Exceptions - The Digital Impact*, Cambridge University Press, 2005년, 254쪽).

19) 이 조항들은 1911년에 법 조문으로 성문화되었다.

이용(제32조), 교육적 사용을 위한 시문 복제(제33조), 교육기관에 의한 발행저작물 구절의 복제 등의 교육 목적의 복제(제34조-제36조), 도서관 및 기록보존서의 사서에 의한 복제(제38조-제40조), 타 도서관에 대한 복제물의 제공(제41조), 저작물 대체를 위한 복제(제42조), 일정한 미발행 저작물의 복제(제43조), 수출을 조건으로 제작된 역사·문화적으로 중요한 저작물 등에 대한 도서관 및 기록보존서의 소장 목적의 복제(제44조), 의회 및 사법 절차(제45조), 왕립위원회 및 법정 조사(제46조), 공개 열람에 제공하거나 공적기록부에 기재된 자료(제47조), 공무의 과정에서 국왕에게 전달되는 자료(제48조), 공기록(Public Records)(제49조), 법정 권한에 따른 행위 등 행정을 위한 목적(제50조), 저작권의 소멸 또는 저작자 사망의 추정에 따라 허용되는 행위로서 무명 또는 이명 저작물(제57조), 구술된 말의 요약 또는 녹음물의 사용(제58조), 공개 낭독 및 낭송된 내용(제59조), 학술 또는 기술 논설의 요약(제60조),²⁰⁾ 민요의 녹음(제61조), 전시를 위한 예술품의 표현(제62조), 예술품의 광고(제63조), 동일 예술가에 의한 후속 작품의 제작(제64조), 음악 저작물의 대여(제65조), 영상/음악 저작물에 대한 압착(제66, 67조), 방송에 대한 압착(제68~75조), 개작(제76조) 등이다.²¹⁾

(2) 공공의 이익(public interest)과 저작권의 제한

영국 법원은 저작권 침해에 대한 항변으로 공공의 이익을 적용할 수 있다는 입장을 분명히 하여 왔다. 1973년 *Beloff v. Pressdram* 사건²²⁾에서 영국 법원은, 비록 피고의 항변을 받아들이지는 않았지만, 저작권 침해에 대한 항변으로 공공의 이익을 원용할 수 있다는 점을 밝혔다.²³⁾

이 판결에 영향을 받아 영국 의회는 1988년 저작권법 제171(3)조에 “공공의 이익 등을 근거로 저작권의 행사를 금지하거나 제한하는 규정에 어떠한 것도 영향을 줄 수 없다.”²⁴⁾는 규정을 두어, 저작권이 제한되는 구체적인 조항에 열거된

20) 송선기, “저작권법과 공정이용 법리”, 사대도협회지 제6집 236-237쪽.

21) 이러한 영국의 저작권 제한 규정은 호주 저작권법에 비해 그 범위가 더 좁다고 한다.(Fair Use and Other Copyright Exceptions - An Examination of Fair Use, Fair Dealing and Other Exceptions in the Digital Age, Issues Paper(호주 법무부), May 2005 (이하, [호주 Issue Paper, 2005]) 23쪽.

22) *Beloff v. Pressdram* [1973] 1 All ER 241

23) “public interest is a defence outside and independent of statutes, is not limited to copyright cases and is based on a general principle of common law” 이 사건은 정치인 사이의 비밀메모를 복제한 사안에 관한 것이었다. 자세한 내용은 Tang Guan hong, A comparative study of copyright and the public interest in the United Kingdom and China 참조. 이 판결 이후에 *Commonwealth of Australia v. Fairfax* (1981) 147 CLR 39; *Queen v. James Lorimer Co* (1984) 77 CPR 2d 262; *Lion Laboratories v. Evans* (1985) QB 526; *PCR v. Dow Jones Telerate* (1998) FSR 170; *Service Corporation v. Channel 4* (1999) EMLR 83 등의 판결에서 공공의 이익 항변을 피고가 원용할 수 있음을 밝히고 있다 (Robert Burrell and Allison Coleman, Copyright Exceptions - The Digital Impact, Cambridge University Press, 2005년, 81쪽의 각주 1) 참조).

사유에 해당하는지와 무관하게 법원이 자유롭게 공공의 이익을 포괄적으로 적용할 수 있는 길을 열어 놓았다.²⁵⁾²⁶⁾ 그러면, 과연 공공의 이익이 무엇인지에 대한 해석이 필요한데, 이것은 ‘공중에게 흥미를 주는 것’ 과 구별하여 공중의 보건이나 안전, 선량한 풍속(public moral), 공무원의 부패, 규제기관의 자격 등과 관련된 사안은 공공의 이익에 해당한다고 본다. 예컨대, Lion Laboratories v. Evans 사건에서 영국 법원은 원고의 음주측정기가 잘못되었다는 설명의 내부 문건을 일부 출판하는 것은 정당하다고 보았는데, 그 이유는 만약 이것을 금지한다면 특정 사람들(이 사건에서는 자동차 운전자)에게 잘못된 확신을 줄 수 있기 때문이라고 한다.²⁷⁾

(3) Hyde Park 판결과 Ashdown 판결

1988년 영국 저작권법 개정 이후 ‘공공의 이익’ 을 명시적으로 언급한 대표적인 판결로 Hyde Park 판결²⁸⁾과 Ashdown 판결²⁹⁾이 있다.

Hyde Park 판결은 1997년 8월 30일 다이애나 왕세자가 남자친구인 Dodi Fayed 와 Villa Winsor을 방문한 것을 보안회사 직원이 몰래 찍은 사진에 관한 사건이다. 이 직원은 사진을 The Sun 지에 돈을 받고 팔았는데, The Sun지는 1998년 9월 2일 사진을 공개하였다. 그 이유는 Dodi의 아버지가 사진 공개 이틀 전에 다이애나와 Dodi가 결혼을 약속했으며 Villa Winsor에 2시간 동안 머물렀다는 주장이 사실이 아님을 보이기 위한 것이었다. 이에 대해 보안회사는 The Sun을 상대로 저작권 침해소송을 제기하였고, 1심 법원은 “사진을 이용한 것은 저작권법 제30(2)조에서 말하는 시사보도를 위한 공정이용이며, 공공의 이익에 부합된다” 는 The Sun 지의 주장을 받아들여 저작권 침해를 인정하지 않았다.

그러나 항소법원은 “선량하고 정직한 사람(fair minded and honest person)이라면 보안회사가 몰래 찍은 사진을 돈을 주고 산 다음 남녀가 별장에 28분 동안만

24) “Nothing in this Part affects any rule of law preventing or restricting the enforcement of copyright, on grounds of public interest or otherwise”

25) Dinusha Mendis, The Historical Development of Exceptions to Copyright and Its Application to Copyright Law in the Twenty-First Century, EJCL Vol. 7.5 November 2003 <http://www.ejcl.org/75/art75-8.html>

26) 이에 대해 Robert 교수는 영국 저작권법 제171(3)조를 입법할 때 의회는 공공의 이익 항변을 의미가 분명하게 규정하지 않았으며, 현행 법규에 존재하는 피고의 항변이 유지된다는 점을 단순히 선언하는 것에 중점을 둔 것이라고 단순한 선언한 것이라고 볼 수 있다고 비판한다(Robert Burrell and Allison Coleman, Copyright Exceptions - The Digital Impact, Cambridge University Press, 2005년, 81쪽 각주 2) 참조.

27) [Robert Burrell, 2005] 83쪽.

28) Hyde Park v. Yelland (*Hyde Park Residence Ltd. David Yelland*, [1999] RPC 655-672; [2000] 3 WLR 215-241

29) *Paddy Ashdown MP PC v Telegraph Group Ltd*, [2001] WLR 967-981; 1368-1391

머물렀다는 것에만 관련된 사진을 공개하지는 않았을 것”이라며 1심 판결을 파기하였다. 한편, Hyde Park 사건의 항소법원은 공정이용을 판단하기 위한 고려사항으로 (i) 저작물 이용 행위의 동기, (ii) 이용의 범위와 목적, (iii) 이용 목적에 비추어 이용의 범위가 필요한지 여부 등을 제시하였다.

Ashdown 판결은 표현의 자유와 저작권의 관계를 직접 다룬 최초의 판결이다.³⁰⁾ 이 사건은 당시 야당인 자유민주당(Liberal Democrat Party)의 총수인 원고(Paddy Ashdown)가 1997년 10월 수상(Toni Blair)과의 회의에서 작성한 의사록을 피고 신문사(Sunday Telegraph)가 2년 뒤인 1999년 11월에 공개한 것이 발단이 되었다. 원고의 저작권 침해에 대해 피고는 시사보도를 위한 저작권 제한(제30조)과 공공의 이익 항변(제171조)을 주장하였고 이와 더불어 유럽인권협약³¹⁾에 따른 표현의 자유가 침해되는지를 저작권 침해 소송에서 고려하여야 한다고 주장하였다. 이에 대해 1심 법원과 항소법원은 피고의 주장을 모두 기각하면서 피고의 행위는 원고가 만든 회고록의 가치를 떨어뜨렸고, 의사록의 많은 부분을 그대로 복제한 것은 신문기사의 가치를 높이기 위한 것으로 반드시 필요한 이용이 아니며, 의사록을 정당하게 입수하지 않았기 때문에 시사보도를 위한 공정이용에 해당하지 않고, 공공의 이익 항변도 성립하지 않는다고 하였다.

Ashton 사건에서 항소법원은 표현의 자유와 저작권의 관계에 대해 다음과 같은 취지로 판결하였다.

“표현의 자유는 정보를 공개할 권리 뿐만 아니라 정보를 수신할 권리도 보호한다. 또한, 정보를 공개해야 공공의 이익에 부합하는 경우만 있는 것이 아니라 타인의 표현(words) 그 자체(비록 이것이 저작권에 의해 보호받는 경우에도)를 들어야 하는 것이 공익상 필요한 경우가 있다. 실제 상황에서는 이것은 문제가 된 문서의 내용에 관한 것이 아니라 형식에 관한 것이다. ... 저작권은 어문 저작물의 형태로 전달되는 정보의 공개를 방해하지 않는 것이 보통이다. 따라서 저작권에 의해 보호되는 ‘타인이 입으로 표현한 것’을 이용하여 정보를 표현하는 자유만 문제가 된다. 보통 이것은 표현의 자유를 심각하게 침해하지 않는다. 표현의 자유의 핵심적 중요성은 시민들이 자유롭게 생각을 표현하고 정보를 전달하는 것이다. 또한, 시민들은 그들이 선택하는 단어의 형태로 생각을 표현하

30) Copyright Law Review Committee, “Copyright and Contract”, Chapter 5, Paragraph 5.92, <http://www.ag.gov.au/agd/www/Clrhome.nsf/0/3BF1933B5896CE8CCA256C4F000E85F7?OpenDocument>

31) 1950년 11월 4일 로마에서 채택된 “Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”

고 정보를 전달할 자유를 가져야 한다. ... 저작권법에 명시적 제한이 있는 경우가 있다고 하더라도, 표현의 자유가 저작권법에 의해 보호되는 권리와 충돌하는 경우는 거의 없다. 저작권법에 명시적 제한이 있는 경우, 법원은 표현의 자유를 수용하는 방식으로 저작권법을 적용해야 할 의무가 있다. 이 때 법원은 공정이용 항변에 대한 것과 마찬가지로, 개별 사안들을 면밀히 검토하여야 하는데, 이렇게 한다고 하여 관련 소송이 폭주할 것이라고는 예상되지 않는다.”

호주

논의 경과

호주 정부는 2014년 2월 13일 ‘저작권과 디지털 경제’³²⁾란 제목의 보고서를 발표하였는데, 주로 저작권 제한을 위한 포괄 조항 즉, 공정이용 조항의 도입을 내용으로 한다. 그 외에도 법정 허락(Statutory Licenses), 권리자 불명 저작물(Orphan works), 정부 사용, 장애인을 위한 예외, 법에서 허용하는 행위를 당사자간 계약으로 제한하는 문제(Contracting Out)³³⁾ 등을 다루고 있다.

호주에서 공정이용 조항 도입 논의는 오래 전부터 있었다. 호주의 저작권법은 저작권 제한에 관한 일반조항 없이 연구나 학습 목적(제40조, 제103C조), 비평이나 검토(제41조, 제103A조), 시사보도(제42조, 제103B조), 법률가가 전문적 의견을 주기 위한 경우(제43(2)조), 도서관이나 기록보존서, 의회도서관(제48A조) 등을 위한 제한 규정을 열거하고 있다.

호주 정부의 저작권법 검토 위원회(CLRC: Copyright Law Review Committee)는 1998년 9월 저작권 제한 열거 규정들을 통합하여 개방형으로 확장하자는 제안을 하였다. 이 제안은 2000년 9월 Ergas 위원회(Intellectual Property and Competition Review Committee)에서 검토하였으나 수용되지 않았다.³⁴⁾ 또한, 2004년 6월 23일 호주 의회 위원회(JSCOT: Parliamentary Joint Standing

32) <http://www.alrc.gov.au/publications/copyright-report-122>

33) 보고서는 일부 계약 조건(가령 도서관의 보존 목적 복제)은 무효로 명시하고, 대부분의 공정이용을 금지하는 계약 조건도 무효로 해야 한다고 권고한다.

34) [호주 Issue Paper, 2005] 이 호주 Issue Paper는 호주 법무부에서 디지털 환경으로 초래된 저작권 균형의 새로운 도전에 대응하기 위해 이해당사자들의 의견을 듣는 것이 목적이다. 여기서 새로운 도전으로 드는 예는 다음과 같다. “CD에 들어있는 음악을 MP3 플레이어로 옮기거나, TV 방송을 녹화하는 일반인들은 이것이 ‘해적행위’라고 생각하지 않으며 해적행위가 되어야 한다고도 여기지 않는다. 한편, 저작권자에게 디지털 기술은 큰 기회를 제공하기도 하지만, 한편으로는 심각한 위협이 되기도 한다. 그래서 저작권자들은 자신의 저작물을 이용하는 방식에 대해 좀 더 철저한 통제권을 가지기를 원한다.”

Committee on Treaties)의 미국과 체결한 FTA(자유무역협정)에 대한 보고서에는 저작권 제한 규정들을 미국과 같은 개방형 구조로 법제화하자는 제안들이 들어 있었다. 이러한 견해를 지지하는 입장은, 미·호주 FTA로 인해 저작권이 20년 더 연장되고 일시적 복제에 대한 부분적 통제권이 저작권자에게 부여되며 저작물에 접근하거나 저작물 이용을 통제할 기술적 보호조치가 확대되는 등 저작자의 권리가 강화되므로 개방형 공정이용 조항은 저작물 이용자와의 균형을 도모할 수 있다는 것이었다.³⁵⁾ JSCOT의 보고서는 호주의 저작권법을 미국과 같은 개방형 공정이용으로 수정하여 저작권 보호 확대에 대처하고 현행 법에서는 인정되지 않는 시간이동이나 공간이동과 같은 예외를 수용하자고 제안하였다.³⁶⁾ 이러한 제안은 상원의 FTA 특별위원회³⁷⁾의 보고서(2004년 8월 5일자 보고서)에서도 동일한 취지로 나와 있다.

한편, 호주는 영국과 달리 저작권법에 공공의 이익 항변을 두고 있지 않지만, 저작권 침해소송에서 피고가 공공의 이익 항변을 원용할 수 있는지 논란이 되고 있다.

저작물이 타인을 비방하거나 음란물을 포함하는 등 공공의 이익에 반하는 경우에는 저작권 보호를 할 수 없다는 판결³⁸⁾이 있으나 이는 저작물의 이용 그 자체가 공익을 위해 필요한 경우가 아니다. 공공의 이익을 기초로 한 피고의 항변을 인정한 것으로는 Commonwealth of Australia 판결³⁹⁾이 있는데, 여기서 호주 법원은 “저작권이 법을 통해 규율되고 있지만, 공공의 이익은 저작권 침해에 대한 항변이 될 수 있다. 저작권 소송에서 이러한 항변이 인정된다면 그것은 제한된 범위가 되어야 하며, 미공개 정보를 출판하는 것을 정당화할 수 있다” 고 하였다. 다만, 해당 사안은 국가안보를 위협하는 내용을 출판하는 행위이었기 때문에 법원은 호주의 외교 정책에 관한 정부 문서를 복제한 서적을 출판하지 것을 저작권 침해로 인정하였다.⁴⁰⁾

한편 ACOHS 사건⁴¹⁾에서는 일반 공중에게 그들의 안전에 필요한 정보를 향유할

35) [호주 Issue Paper, 2005]

36) [호주 Issue Paper, 2005] 단락 6.13 “... the changes being made in respect of the Copyright Act 1968 replace the Australian doctrine of fair dealing for a doctrine that resembles the United States' open-ended defence of fair use, to counter the effects of the extension of copyright protection and to correct the legal anomaly of time shifting and space shifting that is currently absent.”

37) Senate Select Committee on the Free-Trade Agreement between Australia and the United States of America

38) A-One Accessory Imports Pty Ltd v Off Road Imports Pty Ltd (1996) 66 FCR 199

39) Commonwealth of Australia v. John Fairfax and Sons Ltd. 677 (1980) 147 CLR 39.

40) Copyright Law Review Committee, “Copyright and Contract”, Chapter 5, Paragraph 5.85

이익을 법원이 박탈하는 결과가 되는 처분을 법원이 하는 상황을 생각하기는 어렵다고 하면서, 공공의 이익 항변을 인정하였다. 이에 비해 Collier 사건⁴²⁾에서는 호주 저작권법은 저작권 침해를 구성하지 않는 여러 행위들을 구체적으로 열거하고 있으며, 법 개정을 통해 권리제한이 필요한 특정 경우를 도입하고 있으므로, 법률에 아무런 규정이 없는 것을 일반 법원칙으로부터 끌어와 피고의 항변을 인정할 수 없다고 하면서, 공공의 이익 항변을 인정하지 않았다.

내용

호주의 사법개혁위원회가 발표한 ‘저작권과 디지털 경제’ 보고서⁴³⁾는 수많은 이해당사자의 의견 수렴 절차를 거쳐 완성되었다.

2012년 8월 Issues Paper : 295건의 의견 접수

2013년 5월 Discussion Paper : 공개 의견 870건, 비공개 의견 139건

사법개혁위원회 : 109회의 의견수렴(학계, 창작자, 권리자 단체, 교육 기관, 갤러리, 도서관, 기록보존소, 박물관, 정부 기관(공정거래위원회(Australian Competition and Consumer Commission), 방송통신위원회(Australian Communications and Media Authority), 지적재산권청(IP Australia) 등), 방송국 및 관련 단체와 산업계, 음악 단체, 온라인 서비스 제공자 등)

저작권 개혁을 위한 30개의 권고안 발표, 핵심 권고안은 호주 저작권법에 공정 이용 포괄 조항을 도입하는 것.

사법개혁위원회는 보고서에서 공정이용(fair use) 조항의 도입을 권고하면서, 그 근거로 (i) 공정이용은 유연하게 적용될 수 있고 기술 중립적인 점, (ii) 공정이용은 공공의 이익과 변형적 이용을 장려할 수 있다는 점, (iii) 공정이용은 혁신을 지원한다는 점, (iv) 공정이용은 소비자의 합리적인 예측에 더 부합한다는 점, (v) 공정이용은 권리자의 시장 보호에 도움이 된다는 점, (vi) 공정이용은 충분히 명확하고 예측가능하다는 점, (vii) 공정이용은 저작인격권과 국제기준에 더 부합한다는 점을 꼽았다.

이 가운데 공정이용이 권리자의 시장 보호에 도움이 된다는 논리는 공정이용 여

41) *ACOHS Pty Ltd v. RA Bashford Consulting Pty Ltd & Ors* (1997) 144 ALR 528

42) *Collier Constructions Pty Ltd v. Foskett* (1990) 97 ALR 460

43) <http://www.alrc.gov.au/publications/copyright-report-122>

부를 판단할 때 저작물의 가치 또는 저작물의 잠재적 시장에 미치는 영향을 고려하기 때문이라고 한다. 그리고 의견수렴 과정에서 많은 이해당사자들이 공정 이용 조항을 도입하면 범위가 불명확하기 때문에 저작권자에게 악영향을 주며 법적안정성을 해친다고 반대 의견을 피력하였지만, 호주 사법개혁위원회는 새로운 기술이나 서비스에 유연하게 적용될 수 있는 개방형 공정이용 조항의 도입 필요성을 법적안정성보다 더 강조하면서 공정이용의 적용 원칙을 명확히 한다면 오히려 추상적인 열거 조항 형태로 저작권 제한 규정을 두는 것보다 명확성 원칙에 더 부합한다고 보았다. 특히 공정이용 일반 조항이 완전히 새로운 개념도 아니고 이미 호주 법률에 포함되어 있던 저작권 제한 규정들을 일반화한 것이며, 미국을 비롯한 여러 국가에서 오랫동안 적용해 왔기 때문에 공정이용의 개념이 불명확하다는 점만으로 권리자에게 불리하다거나 영화, 음악, 서적과 같은 저작물의 생산에 치명적인 영향을 준다고 보기 어렵다고 결론을 내렸다.

호주 사법개혁위원회는 공정이용 일반 조항의 도입과 함께 저작권 제한 열거 조항들은 대부분 삭제할 것을 권고하였다. 저작권 제한에 관한 수많은 열거 조항을 두는 것보다 간단명료한 문구의 공정이용 조항을 두는 것이 일반 이용자로 하여금 내용을 훨씬 더 쉽게 이해할 수 있도록 하고, 결과적으로 규범의 준수율을 더 높일 수 있다고 보았다. 공정이용 일반 조항이 일반 이용자에게 주는 메시지는 일반인들이 저작물을 이용할 때 저작권자의 시장에 손해를 끼치지 않는 방식으로 이용한다면 저작권 침해가 아니라는 것이다.

공정이용을 판단하는 기준으로는 (a) 이용의 목적과 성격, (b) 저작물의 성격, (c) 이용된 부분의 양과 중요성, (d) 저작물의 가치나 잠재적 시장에 미치는 영향으로 제시하고 있다.

한편 공정이용 일반 조항에 대한 권리자들의 반대를 고려한 대안으로 호주 사법개혁위원회는 일반 조항 대신 현행 열거 조항들을 통합하여 목적을 특정한 좀더 포괄적인 열거 조항을 제시하였다. 예를 들어 다음과 같은 목적으로 저작물을 공정취급(fair dealing)하는 것은 저작권 침해가 아니다: (a) 연구 또는 학습, (b) 비판이나 비평, 논평, (c) 패러디 또는 풍자, (d) 보도, (e) 자문, (f) 인용, (g) 비상업적인 사적 이용, (h) 부수적 또는 기술적 이용, (i) 도서관이나 기록보존서의 이용, (j) 교육, (k) 장애인의 이용.

온라인서비스제공자의 책임

한편 호주 정부의 온라인저작권침해에 대한 검토문건⁴⁴⁾이 공개되어 논란이 되자 해당 보고서를 2014년 7월 30일 정식으로 공개하고 의견수렴 과정을 거쳤다.⁴⁵⁾ 그리고 호주 통신부 장관은 2014년 9월 9일 시드니에서 온라인 저작권 침해 포럼을 개최하였는데, 호주 정부는 온라인 저작권 침해를 방지하기 위한 세부 계획으로 ① 저작권 침해가 발생한 경우 인터넷 서비스 제공자를 상대로 호주 정부가 직접 침해 사이트 차단 명령을 법원에 청구할 수 있도록 하는 이른바 ‘확대된 금지명령(extended injunctive relief)’의 도입, ② 저작권자가 침해 발생을 온라인서비스제공자에게 통지한 경우 적절한 조치를 취하지 않은 온라인서비스 제공자의 책임을 강화하는 ‘확대된 방조 책임(extended authorisation liability⁴⁶⁾)’의 도입을 들 수 있다.

유럽연합

논의 경과

유럽의회는 유럽연합의 저작권 지침의 이행과 개혁 방안에 대해 검토를 해적당 출신 의원인 줄리아 레다(Julia Reda)에게 맡겼고 1차 보고서가 2015년 1월 15일 나왔다.⁴⁷⁾ 이용자의 권리와 관련하여 레다 의원은 저작권 지침의 저작권 제한과 예외는 모두 의무 규정으로 바뀌야 한다고 주장한다(현행 지침은 일시적 복제에 대한 예외를 제외한 모든 저작권 제한 규정은 의무 조항이 아니다). 어차피 저작권 제한에는 3단계 테스트가 적용되어 권리자에게 손해를 끼치지 않는 특수한 경우에만 허용되므로 저작권 제한 규정을 의무 조항으로 하더라도 문제가 없다는 것이다(보고서 9면).

한편 유럽연합 집행위원회(EC)는 저작권 제도 재검토를 위해 2013년 12월부터 의견을 받았는데,⁴⁸⁾ 총 80개의 문항으로 구성된 의견조회에 대해 약 11,000 건의

44) Australian Government, ‘Online Copyright Infringement: Discussion Paper’, July 2014 available at <http://www.ag.gov.au/Consultations/Documents/OnlineCopyrightInfringement/FINAL%20-%20Online%20copyright%20infringement%20discussion%20paper%20-%20PDF.PDF>

45) 제출된 의견은 아래 사이트에서 확인할 수 있다. Online copyright infringement—submissions <http://www.ag.gov.au/Consultations/Pages/OnlineCopyrightInfringement-Submissions.aspx>

46) authorization liability는 영연방국가의 불법행위책임(tort liability) 이론 중 하나이다. 우리 민법상 방조 책임과 일치하지는 않지만 이해의 편의상 ‘방조 책임’으로 옮겼다.

47) https://pub.juliareda.eu/copyright_evaluation_report.pdf

48) European Commission, Public Consultation on the review of the EU copyright rules

의견제출이 있었다고 한다(의견 건수로만 보면 이용자(end users/consumers)의 의견이 5,622건으로 가장 많은 58.7%이었고, 인터넷 서비스 제공자 또는 중개자(service providers/intermediaries)의 의견은 113건으로 1.2%였다).

저작권 제도 재검토 취지

디지털 기술과 인터넷은 콘텐츠의 생산, 분배, 이용 방식을 바꾸었음.
이러한 환경 변화로 2가지 과제에 직면: ① 새로운 환경에 적응해야 하는 시장의 과제, ② 입법적 과제(저작권의 보호와 제한, 집행이 디지털 환경에 맞도록)
이번 의견조회는 입법적 과제에 관한 것으로 EU 저작권 규범이 창작과 혁신의 지원, 역내시장(Single Market)의 잠재력 강화, 경제 성장과 투자의 장려, 문화다양성의 증진과 같은 목표가 디지털 환경에도 적합하도록 하기 위한 것임.

의견조회를 위한 내용

A. 저작권과 역내시장의 작동

왜 EU 내의 다양한 온라인 콘텐츠 서비스를 이용할 수 없나?

‘저작권집중관리에 관한 지침(Directive on Collective Rights Management)’ 이 제안되어 있고, Licenses for Europe가 진행되고 있지만, cross-border availability of content services를 위한 추가적인 조치가 필요한지?

디지털 전송과 관련된 이용허락 범위: 저작권은 2001년 저작권지침(Directive 2001/29/EC)에서 규율되고 있으며, 가장 관련된 권리는 복제권(업로드/다운로드)과 공중송신권/이용제공권(communication to the public/making available right).

가령 이용제공권은 업로드한 국가에서만 문제가 되나(허락을 받으면 되나)? 유럽 법원은 대상으로 삼은 공중(targeting)을 기준으로 판단.

하나의 행위-복수의 권리: 디지털 전송에는 복제권과 이용제공권이 문제. 2권리를 다른 주체가 보유하고 있으면 이용허락이 복잡해짐.

링크와 브라우징: 링크가 공중송신권/이용제공권 침해인지, 브라우징이 일시적 복제권 침해인지(컴퓨터 화면 또는 캐시 메모리).

디지털 콘텐츠의 소유를 위한 다운로드: 권리소진 문제(최초판매원칙) - 디지털 콘텐츠는 디지털 전송(다운로드)을 통해 구매됨. 이렇게 구매한 콘텐츠를 재판매

http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/index_en.htm

할 수 있는지? 문제점: ① 재판매자가 복제물을 삭제하지 않고 재판매하는 행위를 어떻게 막을지(forward and delete question)? ② 원본과 질적으로 아무런 차이가 없는 중고시장의 경제적 함의는?

저작물 등록제: 저작권조약은 무방식주의. 그러나 무방식주의는 절대적이지 않음 (for example, it does not affect “domestic” works, - ie, works originating in the country imposing the formalities as opposed to work originating in another country). 등록제의 장단점은? 고아저작물지침(Directive 2012/28/EU)에서는 OHIM이 고아저작물의 등록을 위한 온라인 데이터베이스 구축 중.

식별기호(가령 ISBN: International Standard Book Number, ISRC: International Standard Recording Code)의 이용과 상호호환성을 어떻게 개선할 것인지?

보호기간 - 디지털 환경에 적합한지?

B. 권리의 제한과 예외(L&E)

3단계 준수, 제한과 예외는 의무 조항이 아니기 때문에 회원국별로 차이가 있음. 저작자에 대한 공정한 보상과도 관련.

도서관과 기록보존.

도서관 소장물에 대한 원격 이용: 현행 지침에는 시설 내의 전용 터미널을 통한 열람만 허용되고 온라인 원격 열람은 금지됨.

전자대출

대량 디지털화(Mass digitization): 소장물의 스캔과 디지털화: 2011년 도서관과 신탁관리단체 간의 양해각서(MoU) - 신탁 저작자의 자발적 이용허락을 토대로 온라인으로 이용제공.

교육: 저작권지침은 비상업적 교육(teaching) 목적의 설명에 대해서만 저작권을 제한함. 지침의 이행은 회원국별로 차이가 있음.

연구(Research): 저작권지침의 비상업적 학문 연구를 위한 권리 제한은 회원국 재량으로 규정하고 있어서 회원국 별로 차이가 있음.

장애인: 장애인을 위한 권리 제한도 회원국에 위임. 마라케쉬 조약은 독서장애인이 접근가능한 포맷의 저작물을 만들고, 이를 복제, 배포, 공중송신할 수 있도록 함.

Text and mining: 저작물(학술지 등)을 가공(mining)하려면 일차적으로 복제(캐시 메모리나 RAM에)가 일어남. 이 복제에 대해 별도의 허락을 받아야 하는지?

UGC: 단순히 기존 저작물을 수정, 가감, 조합하는 UGC의 경우(not new, re-use)가 문제. 이를 허용하는(특히 개인의 비영리적 재이용의 경우) 새로운 제한 규정

이 필요하다는 주장과, 새로운 이용허락 방식(licensing scheme)이 풍부하므로 입법적 조치가 필요 없다는 주장이 대립함.

C. 사적복제와 복사기술(reprography)

저작권지침에 사적복제에 대한 권리제한 규정이 있음.

사적복제보상금(levy)은 회원국마다 달라 역내시장에서의 상품/서비스의 이동에 장애가 됨.

온라인으로 구매한 콘텐츠를 여러 번 복제하는 경우(PC, 태블릿, 모바일 기기) 사적복제보상금을 어떻게 처리할 것인지? 클라우드 서비스에 대한 사적복제보상금 논의는 아직 진행되지 않음.

D. 공정한 보상

저작자와 실연자는 특히 저작물의 온라인 이용에 대해 적절한 보상을 받지 못하는 문제가 있음.

또 다른 문제는 저작권 계약.

E. 권리의 존중

지재권집행지침(2004/48/EE)은 민사집행만 다룸. 디지털 환경에 집행지침이 충분한지?

상업적 규모의 침해에 대해서는 보호 강화가 필요하며 그 일환으로 중개자(ISP, 광고 대행업자, 결제 서비스 제공자, 도메인 등록기관)의 역할을 명확히 하는 것.

F. 단일 저작권

속지주의에 따른 회원국별 저작권이 아닌 유럽연합 단일 저작권이 필요한지?

비판 - La Quadrature du Net⁴⁹⁾

저작권지침의 기본 원칙에 대한 근본적인 수정에는 관심이 없고 저작권의 적절

49) <http://www.laquadrature.net/en/fundamental-cultural-rights-must-be-at-the-heart-of-copyright-reform-in-europe>

한 보호, 역내시장에서의 콘텐츠 서비스의 국경간 이용에만 관심을 집중함. 그리고 이미 실패한 것으로 판명난 Licenes for Europe의 과정을 답습하면서 저작물 시장에서의 계약을 통한 해결책을 모색하고 있음. 기본권인 문화권에 대한 고민도 없고 디지털 환경에서 가장 중요한 콘텐츠의 비상업적 공유 행위에 대한 해결방안을 모색하지 않음. 인터넷의 근간을 흔들 수 있는 의견 유도(링크와 저작권 침해 문제, 중개자의 저작권 경찰화(SOPA, ACTA)). 그러나 보호기간이나 저작권 제한이나 예외에 대해서는 긍정적으로 평가함.

미국

연방정부

미국 연방정부의 상무성은 녹서 발표 이후 2014년부터 4차례의 원탁회의 개최 (roundtables in Nashville, Tennessee on May 21, 2014; Cambridge, Massachusetts on June 25, 2014; Los Angeles, California on July 29, 2014; and Berkeley, California on July 30, 2014.).

미국 상무성(Department of Commerce)의 National Telecommunications and Information Administration의 인터넷 정책 작업반은 원탁회의의 취지가 짜깁기 창작(remix)를 위한 법적 규범, 디지털 환경에서의 최초판매원칙의 적용과 범위, 파일 공유자에 대한 법정손해액의 재조정 및 대규모 침해에 대한 2차적 책임(온라인서비스제공자의 법적 책임)와 같은 주제를 다루기 위한 것이라고 함.

2010년 저작권 TF 권고안

1) 권리와 권리제한 간의 균형 수정(Updating the balance of rights and exceptions)

- a) 음반의 공연권 합리화를 의회에 권고함. 공연권이 방송 행위에도 미쳐야 하며, 디지털 음악 서비스에 대한 서로 다른 저작권료 기준의 적합성에 대한 재평가를 행정부에 요청함.
- b) 짜깁기 창작과 디지털 환경에서의 최초판매원칙에 대한 원탁회의와 이해당사자의 의견을 요청함.
- c) 도서관 예외와 저작자 불명 저작물(orphan works), 대량 디지털화에 대한

의견을 저작권청에 제출.

2) 온라인 저작권 침해에 대응하기 위한 집행 조치를 개선, 평가하고, 인터넷의 기본적 작동을 보장하면서 합법적인 서비스를 장려.

- a) 저작물의 스트리밍에 대한 형사 처벌을 복제 및 배포 행위에 대한 현행 형사 처벌과 동일하게 하여야 한다는 행정부의 의회에 대한 요구를 반복함.
- b) 파일 공유자에 대한 법정손해액의 재조정 및 대규모 침해에 대한 2차적 책임(온라인서비스제공자의 법적 책임)에 대한 원탁회의 및 이해당사자 의견 수렴.
- c) DMCA의 통지-삭제 제도(notice and takedown)의 운영 개선을 위한 여러 이해당사자간 대화 창구를 마련.
- d) 개인 창작자와 중소 저작권자의 권리보호 절차 개선.
- e) 온라인 집행을 위한 자율규제 지원, 평가, 후속 조치 필요성에 대한 검토.
- f) 저작권 및 권리제한에 대한 일반 공중의 이해 제고 및 합법적인 온라인 서비스 이용 장려.

3) 저작물의 합법적 시장 및 이용허락의 간소화 도구로서의 인터넷의 가능성을 실현.

- a) 음악 저작물 이용허락에 관한 의회의 검토에 의견 제시.
- b) 저작권청의 저작물 등록/재등록 제도 개선.
- c) 온라인 이용허락 환경을 개선하기 위한 정부의 역할에 관한 의견수렴 및 원탁회의.

의회

미국 하원의 법사위원회(judiciary committee)⁵⁰⁾는 2013년부터 소위원회(Subcommittee on Courts, Intellectual Property, and the Internet)에서 저작권 제도 개혁을 위한 일련의 공청회를 열고 있다.

2014년 11월 19일

Hearing: Copyright Issues in Education and for the Visually Impaired
교육 분야와 시각장애인을 위한 저작권 문제를 다룬 공청회

2014년 9월 18일

저작권청을 상대로 한 공청회

50) <http://www.judiciary.house.gov>

미국 저작권청은 우리와 달리 미국 의회 기관임(의회 도서관 산하 기관). 저작권청은 저작권법에서 부여한 막강한 권한을 가짐. 가령 통상협상에서 저작권 관련 분야의 협상에 참여하기도 하고, 저작권 등록 업무 담당, 저작권 이용료(license fee) 결정

2014년 7월 24일 copyright remedies

저작권 침해자를 상대로 한 민·형사상 구제 제도에 관한 공청회

2014년 7월 15일 Moral Rights, Termination Rights, Resale Royalty, and Copyright Term

저작권 인격권 제도, 저작권 계약 해지 제도, 재판매 로열티, 저작권 보호 기간에 관한 공청회

2014년 6월 20일 Music Licensing Under Title 17 (Part One)

음악 저작권 이용허락 및 이용료에 관한 공청회

2014년 6월 2일 First Sale Under Title 17

최초 판매 원칙(저작물을 적법하게 구매한 자는 그 저작물을 유통할 때 저작권자의 허락을 받지 않아도 된다는 원칙)에 관한 공청회

2014년 5월 8일 Compulsory Video License of Title 17

영상 저작물의 강제이용 허락에 관한 공청회

2014년 4월 2일 Preservation and Reuse of Copyrighted Works

저작물의 재이용과 보관에 관한 공청회

2014년 3월 13일 Section 512 of Title 17

온라인서비스제공자의 면책에 관한 공청회

진술인: Mr. Sean O'Connor (Professor of Law University of Washington School of Law), Ms. Annemarie Bridy (Professor of Law University of Idaho College of Law), Ms. Katherine Oyama (Senior Copyright Policy Counsel Google Inc.), Mr. Paul Doda (Global Litigation Counsel Elsevier Inc.), Ms. Maria Schneider (GRAMMY Award Winning Composer and Member of The Recording Academy's New York Chapter Board), Mr. Paul Sieminski (General Counsel Automattic Inc.)

2014년 1월 28일 The Scope of Fair Use

공정이용에 관한 공청회

진술인(Peter Jaszi, June Besek, Naomi Vovik, David Lowery, Kurt Wimmer)

2014년 1월 14일 The Scope of Copyright Protection

저작권의 보호범위에 관한 공청회

2013년 11월 19일 The rise of innovative business models: content delivery methods in the Digital Age

새로운 비즈니스 모델: 디지털 시대의 혁신적인 콘텐츠 유통 모델에 관한 공청회

2013년 9월 18일 The role of voluntary agreements in the U.S. IP System

자율 규제 관련(가령 6진아웃제)에 관한 공청회

2013년 7월 25일 Innovation in America: the role of Copyrights

혁신: 저작권의 역할에 관한 공청회

진술인: Sandra Aistars (Executive Director, Copyright Alliance), Eugene Mopsik (Executive Director, American Society of Media), Tor Hansen (Co-Founder, Yep Roc Records / Red Eye Distribution), John Lapham (General Counsel, Getty Images), William Sherak (President, Stereo D)

2013년 5월 16일 A Case study for consensus building: the copyright principles project

저작권 제도 개혁에 관한 공청회(기초 연구였던 copyright principles project를 중심으로)

진술인: Mr. Jon Baumgarten (Former General Counsel, Copyright Office (1976 - 1979), Professor Laura Gasaway (University of North Carolina School of Law), Professor Daniel J. Gervais (Vanderbilt University School of Law), Professor Pamela Samuelson (University of California Berkeley School of Law), Mr. Jule Sigall (Assistant General Counsel for CopyrightMicrosoft Corporation)

2013년 3월 20일 The Register's call for updates to U.S. Copyright Law

저작권청장의 저작권 제도 개혁 요구에 관한 공청회

캐나다

우리 저작권법이나 미국 저작권법의 ‘통지 및 제거’ (notice and takedown) 제도와 달리 캐나다는 2015년 1월 2일부터 시행된 ‘통지 및 통지’ (notice and notice) 제도를 운영하고 있다. 원래 이 제도는 2012년 12월 시행 개정법 (Copyright Modernization Act)에 반영되었으나 시행을 위한 추가 규정의 필요성에 대한 논의를 위해 시행을 미루었다가 지난 달부터 시행되었다.

캐나다 저작권법 제41.25조, 제41.26조 및 제41.27조(3)에 규정되어 있는 이 ‘통지 및 통지’ 제도에 따르면 온라인서비스제공자는 저작권자의 통지를 받더라도 해당 콘텐츠를 삭제할 필요는 없고 이용자에게 통지를 전달하면 충분하다. 그리고 이용자에게 통지를 전달하였다는 점(또는 전달이 불가능하다는 점)을 저작권

자에게 다시 통지하면 된다. 이러한 법적 효과를 발생시키는 통지를 하려면 저작권자는 통지를 요청하는 자의 이름과 주소, 침해된 저작물, 요청자의 권리(저작자인지, 이용허락자인지 등), 침해가 발생한 위치 정보, 침해 일자 등을 기재하여야 한다.

통지 의무를 위반한 경우 온라인서비스제공자는 배상(5천만 달러~1만 달러) 책임을 지며, 온라인서비스제공자는 통지와 관련된 이용자의 정보를 6개월 동안 보관해야 한다. 한편 온라인서비스제공자가 저작권자의 통지를 전달하는 데 드는 비용을 저작권자가 납부해야 하는데 이에 관한 규정은 아직 발효되지 않았다.

저작권 개혁의 전망과 방향⁵¹⁾ - 결론을 대신하여

필자는 저작권 제도가 합의한 공동선 또는 공공성은 문화의 향상이지만, 제도의 기본 골격은 이러한 합의 달성에 실패하도록 설계되어 있다고 본다. 주된 이유는 현행 저작권 제도의 기본 골격인 ‘보상-처벌 모델’ 때문이다. 여기서 ‘보상’이란 창작자에 대한 배타적 권리를 말하고, ‘처벌’은 창작자의 권리 침해자에 대한 응징을 말한다. 그런데 ‘보상-처벌 모델’의 근거(가령 공유지의 비극, 공리주의)가 잘못 되었기 때문에, 현행 제도에서 근본적이고 기본적인 모순이 발생한다. 그래서 저작권 개혁의 주된 의제는 이러한 기본 모순의 해결책에 관한 논의가 되어야 한다고 본다. ‘보상-처벌 모델’에 관한 논의는 저작권 제도를 두고 있는 모든 나라에 공통으로 적용되는 보편적 의제라 할 수 있다.

기본 모순이 분출되는 양상은 나라마다 다를 것이다. 왜냐하면 제도의 모순의 발현되는 정도는 그 사회의 정치적 구조, 물질적 토대, 이데올로기, 제도의 운영, 행위자 등에 따라 달라지기 때문이다. 그렇다면 저작권 개혁의 두 번째 의제는 한국 사회를 중심으로 한 논의가 되어야 할 것이다. 필자는 다른 나라와 달리 한국 사회에서 유별나게 또는 주로 관찰되는 현상은 2가지 요인(내부적 요인과 대외적 요인) 때문으로 본다. 대외적 요인은 외국과의 교섭, 주로 통상협정을 통한 제도의 수입을 말하는데, 이 과정에서 이념의 수입과 새로운 행위자의 등장은 주목할만한 현상이다. 그 결과 대내적으로는 정책자율성이 크게 훼손되었다. 내부적 요인에 의한 현상은 저작권 최대주의의 제도화, 저작권 산업계 이해가

51) 자세한 내용은 남희섭, ‘한국 사회에서 저작권 제도 개혁의 필요성과 방향’ 계간 저작권 2014년 겨울호 43~78면 참조.

저작권 정책에 편파적으로 반영되어 온 현상을 말하는데, 필자는 주된 요인으로 저작권 침해로 인한 피해의 과장이라 생각한다. 피해는 양적 과장 뿐만 아니라 질적으로도 과장되어, 저작권 침해로 인한 피해는 더 이상 저작권자 개인의 문제가 아니라 우리 사회 전체가 풀어야 하는 사회문제로 승화된다. 이것이 관념이나 정책, 집행에 미치는 영향은 한국사회에서 유별나게 두드러지는 현상이다.

이러한 내부적 현상은 대외적 요인과의 상호의존적이며, 역사적인 이유가 크다. 우리 저작권 제도는 불과 100년이 조금 넘는(1957년부터 치면 60년이 채 안되는) 짧은 역사를 가졌다. 우리의 이러한 역사는 세계사적 흐름과 무관하지 않다. 오히려 전 세계적 변화의 영향(제국주의와 미국식 신자유주의를 통한 지적재산권 제도의 국제화와 세계화)을 가장 많이 받았다.

저작권 정책의 목적인 문화의 향상은 ‘보상-처벌 모델’로는 달성하기 어렵다. 이기적 창작자보다는 협동하는 창작자를 어떻게 제도화할 것인가가 더 중요하다. 행동경제학에서 얘기하는 보유효과(endowment effect)는 창작물인 경우 더 심하게 나타나 저작물 시장의 실패로 이어질 수 있다. ‘처벌’은 만인의 만인에 대한 투쟁인 리바이어던 방식으로 집행되고 있는데 이는 지나치게 많은 비용만 들고, 규범을 자발적으로 준수하게 만들지 못하고 있다. 그래서 대안적 모델이 필요하며, 이를 위해 실증 연구가 수반되어야 한다. 가령 창작 동기는 무엇이고, 저작물의 거래는 어떻게 이루어지는지, 저작권이 없었던 사회 또는 저작권 보호 없이도 창작이 일어나는 분야에 대한 비교 연구를 할 필요가 있다. 한국 사회의 저작권 개혁은 저작권 침해로 인한 피해 규모에 대한 재평가에서 출발해야 한다. 이해당사자가 객관적 검증없이 발표하는 피해 규모가 저작권 인식이나 정책에 미치는 영향은 막대하다. 합법-불법 이분법을 벗어나 문화적 측면에서 저작물 이용을 다시 볼 필요도 있고, 과도한 행정집행(가령 삼진아웃제나 온라인서비스제공자의 필터링 의무)도 재검토해야 한다. ‘메가 FTA’ 시대에 대외 무역협정을 통해 저작권 정책의 자율성이 훼손되는 문제와 정책 거버넌스도 규명할 필요가 있다. 저작권 개혁에는 이해당사자의 의견을 수렴하는 것도 중요하지만 대립되는 이해를 어떻게 조정하여 최종 정책에 반영할 것인가가 관건이 될 것이다.

OSP 규제는 SW·문화규제이다 : OSP 책임 원칙에 대한 再考*

소프트웨어정책연구소, 김윤명

“우리 자신의 신체의 확장물들을 정말로 저기 바깥에 있는 것, 우리와는 전혀 별개의 것으로 간주하는 나르시스적 태도를 취하는 한, 우리는 모든 기술적 도전들에 제대로 대처하지 못하고 바나나 껍질에 미끄러진 것처럼 버둥대다가 결국엔 붕괴하고 말 것이다”. 마셜 매클루언, <미디어의 이해> 중

요약

OSP가 인터넷을 통해서 창출하는 것은 인터넷 산업을 포함하여, 문화적인 소산에 까지 작지 않다. 그렇지만 OSP가 제공하는 서비스가 이용자에게 불법 정보를 유통케 한다거나 콘텐츠의 불법복제를 방조한다는 이유로 OSP의 기여분을 인정하지 아니하는 것은 문화융성의 시대에 맞는 대우인지 의문이다. 이러한 생각에 과연 OSP는 어떠한 역할을 해왔고, 그 역할은 어떠한 의미를 갖는지에 대한 검토를 진행하였다. OSP는 정보의 유통활성화 및 표현의 자유의 보장을 위해 많은 노력을 해왔다. 그러나 저작권법상 OSP 책임론에 대한 철학적 고민 없이 타법률에서 OSP 책임규정을 도입하고 있다. 일련의 OSP에 대한 규제는 SW와 문화의 규제로 이어질 수 있다는 점을 규제당국은 이해할 필요가 있다.

키워드 : OSP책임, 문화융성, 문화, 문화다양성, 문화규제, SW규제

OSP include Internet industry, cultural idea to create over the Internet is not small. However, those services that OSP provides is not recognized or allowed to flow through the illegal information to the user, the contribution of the OSP on the grounds that to aiding copyright infringement of content is not a treatment that do not fit the era of cultural prosperity I suspect either. OSP to play in such thought has been what role, was examined about what its role has what meaning. OSP has been a lot of effort for distribution activation and freedom of expression of the security of information. Unlike these efforts, regulation of the OSP, regulators that can lead to the regulation of the SW and culture, it is necessary to understand.

keyword: OSP liability, cultural prosperity, culture, cultural diversity, cultural regulations, SW regulations

* 본 논문은 연구자의 개인적인 견해이며, 연구소의 공식적인 견해가 아님을 밝힙니다.

1. 왜 다시 OSP 논의인가?

1. OSP에 대한 책임제한의 배경

인터넷은 태생적으로 공유철학을 갖고 있는 환경이다. 정보의 자유로운 유통과 이용을 통해 새로운 정보를 만들어낼 수 있는 환경이 바로 인터넷이다. 이에 정보의 확대재생산은 새로운 정보의 원천으로서 인터넷이 갖는 공유의 철학이 반영된 것임을 경험적으로 알 수 있다.

인터넷은 소유시대의 패러다임을 실시간 환경의 접속의 시대(age of access)로, 소유권에 기반한 책임원칙을 이용권에 따른 책임원칙으로 전환시켰다. 아울러, 온라인서비스제공자(OSP, online service provider)가 정보 및 미디어환경의 제한적 이용환경을 보편적 서비스로 확대시킴으로써 다양한 서비스의 활성화를 가져오게 되었다. 반면, 이러한 활성화는 다양한 이슈를 가져오게 되었다. 대표적으로 불법복제물의 유통이었다. 불법복제가 가져오는 현상은 여러 가지 시각으로 프레임 될 수 있다. 저작권자의 입장에서는 자신의 창작물에 대한 경제적 손해를 가져온다는 것이 가장 큰 문제이다. 그렇기 때문에 재투자가 어렵게 됨으로써 새로운 창작활동의 동기를 상실한다는 것이다. 이는 전통적으로 지식재산권 법제가 표방하는 철학적 가치와 궤를 같이 하기도 한다.

이와달리, 이용자의 입장에서는 이용할 수 있는 환경과 비용에 대해 작지 않는 소용이 들어간다는 점을 주장한다. 또한 이용허락의 과정이나 요건이 쉽지 않다는 점을 지적한다. 만약, 이용자가 특정 저작물을 보다 자유롭게 이용허락 받을 수 있는 수단이 제공된다면, 불법적인 이용행태는 줄어들 것이라는 점이다.

2. 새로운 서비스 및 기술유형에 따른 문제 제기

OSP는 새로운 기술과 서비스가 나타나면서 그 책임문제에 대한 논의가 새롭게 제기되는 것 같다. 즉, 에어비앤비(airbnb), 코자자 등 공유경제와 같은 서비스 내지 비즈니스 모델은 플랫폼사업자에게 기본적으로 그 책임을 묻는다는 점이다. 기술 발전은 사회·문화적인 혁신을 이끌기도 하지만, 그 혁신이 현행 법체계와 충돌이 일어나는 경우라면 기술은 법질서를 훼손하는 것에 불과하다. 여기에서 기술혁신과 서비스의 ‘충돌’이 발생하는 접점이 형성된다. 역사적으로 볼 때, 다양한 기술과 이를 활용한 서비스가 나왔지만 동일한 현상이 반복되고 있다.¹⁾

1) 예를 들면, 1980년대 VTR의 등장에 따라 공정이용(fair use)에 대한 소니 사례가 있었고, 다시 1990년대 후반 P2P 서비스에 따른 냅스터 사례가 있었다. 국내에서는 대표적으로 소리바다 사례를 들 수 있다. 새로운 기술의 도입에 따른 비용을 생

그렇기 때문에 적어도 기술에 대한 사회적 포용은 요원한 것이 아닐까라는 의구심이 들게 된다. 예를 들면, 포털 & P2P의 공유 등 공유경제에 있어서 그 중심에는 플랫폼 사업자가 존재한다. 포털 사업자, P2P 사업자는 대표적으로 플랫폼을 제공하는 사업자로서 인식되고, 그 인식의 결과는 플랫폼 사업자에게 개별 이용자에 대한 책임을 대위토록 하거나 아니면, 행위에 대한 방조책임 내지 공동불법행위 책임을 지우게 된다. 결국, 이러한 책임은 플랫폼사업자에 대한 규제 로 수렴된다.

3. 인터넷 서비스를 넘어선 소프트웨어로서 OSP

초기 야후(yahoo!)의 디렉토리(directory) 서비스에서 시작된 포털 서비스는 검색과 다양한 UCC, 커뮤니티 서비스를 제공하는 종합정보통신서비스로 발전해왔다.

[그림 1] 포털에서 SW플랫폼으로의 확장



출처 : 네이버 검색(2014)

엠파스,²⁾ 네이버, 야후, 구글, 바이두(百度) 등이 대표적인 포털플랫폼이다.³⁾ 이들 포털은 검색서비스를 중심으로 발전해왔으나, 다양한 서비스를 추가하면서 거대한 플랫폼으로 성장하고 있다. 포털은 기본적으로 다양한 SW가 집합되어있

각할 때, 결국 이용자의 편익은 줄어들 수밖에 없을 것이다.

2) 아쉽게도 국내 최초 자연어 검색서비스를 제공했던 엠파스는 2007년 SK컴즈와 합병함으로써, 역사적으로 사라지게 되었다.

3) 그러나 구글은 포털이 아니라는 입장이다. 포털의 요건을 법적으로 명확하게 정의한 것이 없고, 비즈니스적인 용어라는 점에서 시각의 차이라고 본다. 물론, 공정거래위원회에서 포털사업자의 시장지배적 사업자의 획정에서 구글은 빠져있다는 점에서, 구글은 포털이 아니라는 해석도 가능하나 이는 시장지배적 사업자의 점유율의 판단에서 구글이 차지하는 비율이 유의미한 것이 아니었기 때문에 배제된 것으로 이해될 수 있다는 점에서 구글이 포털이 아니라는 주장은 이유 없다고 생각된다.

다는 점에서 인터넷 서비스를 넘어선 SW플랫폼으로도 볼 수 있다.⁴⁾ 또한 일부이지만, SW가 서비스 형태(SaaS)⁵⁾로 제공된다는 점에서 SW서비스의 일유형으로도 볼 수 있다.

4. 현재의 문제점

저작권법 체계에서 OSP는 그 요건을 다할 경우에 완전면책을 입법하고 있으며, 민형사 책임에서 그 부담을 면책하고 있다. 즉, 저작권법은 제102조 제1항에서 ‘온라인서비스제공자가 저작물의 복제·전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여 다른 사람에게 의한 저작물의 복제·전송으로 인하여 그 저작권이 침해된다는 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시킨 경우에는 다른 사람에게 의한 저작권의 침해에 관한 온라인서비스제공자의 책임을 감경 또는 면제할 수 있다’고 규정하고, 같은 조 제2항에서 ‘온라인서비스제공자가 저작물의 복제·전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여 다른 사람에게 의한 저작물의 복제·전송으로 인하여 그 저작권이 침해된다는 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시키고자 하였으나 기술적으로 불가능한 경우에는 그 다른 사람에게 의한 저작권의 침해에 관한 온라인서비스제공자의 책임은 면제된다’고 규정하고 있다. 아울러 같은 법 제103조 제5항에서 ‘온라인서비스제공자가 저작권자로부터 불법 저작물의 복제·전송을 중단시킬 것을 요구받고 즉시 그 저작물의 복제·전송을 중단시킨 경우에는 온라인서비스제공자의 책임을 감경 또는 면제할 수 있다’고 규정하고 있다. 이에 따라 대법원은 “각 조항의 입법 취지나 각 조항의 해당 문구상 별다른 제한이 없는 점 등에 비추어 보면, 각 조항은 형사상 책임에도 적용된다.”⁶⁾고 판시한 바 있다.

저작권법은 다양한 논의와 합의, 결정적으로 한미FTA를 통해 OSP에 대한 완전면책을 규정하게 되었다. 이는 글로벌 표준(global standard)으로 볼 수 있다. 그렇지만, 이러한 표준은 저작권법의 범주를 넘어서면서 그 동안 논의된 바에 대한 고민 없이 저작권법 제102조의 규정만을 기술적으로 차용하여 입법하는 우를 범하고 있다. 예를 들면, 아동청소년 성보호법의 아동청소년음란물의 기술적 차단조치 의무화를 들 수 있다. 동법을 포함한 다양한 법제에서 OSP에 대한 책임론이 제기되고 있으며, 특히 행정 법제에서 형사책임 강화되고 있다. 이는 결과적으로 OSP에게 필터링에 대한 부담을 강화함에 따라 OSP에게 검열에 대한 책

4) 즉, 특정 서비스에서 SW서비스 또는 SW플랫폼으로의 확장되고 있다.

5) SaaS 및 이에 대한 법률 문제에 대해서는 손승우, 클라우드 서비스와 SaaS의 법적 이슈, 정보법학 제14권 제2호, 2010 참조.

6) 대법원 2013.09.26. 선고 2011도1435 판결[저작권법위반(인정된죄명:저작권법위반방조)·저작권법위반방조].

임을 부담지우는 결과를 가져올 수 있다. 이는 입법에 대한 철학이 부재한 것으로 이해될 수 있다는 점, 그리고 결과적으로 입법권에 대한 불신을 가져올 수 있다는 점에서 입법정책적으로 타당하다고 보기 어렵다.

II. OSP 책임 논의에 대한 고찰

1. OSP면책 규정의 입법 : DMCA & CDA

OSP에 대한 책임논의는 미국의 정보통신서비스 사업자를 통해 구체화되었다. 인터넷의 활성화를 위한 게시판사업자의 게시물에 대한 책임논의의 과정에서 도출된 정치적 합의물이라고 이해될 수 있다. 결론적으로 규제의 필요성과 이에 대한 반론, 그리고 입법이라는 과정에서 논의가 되었다는 점에서 사회적인 합의를 가져온 것이다. CDA⁷⁾의 입법을 통해서 선한사마리안(Good Samaritan) 조항이 도입되었고, 이를 다시 DMCA⁸⁾에서 구체적으로 수용하는 과정을 거친 것이다. 이들 법률에 면책규정(Safe Harbor)을 둔 것은 “OSP가 정보매개자로서의 지위를 가지고 있을 뿐 정보의 내용에 대한 직접적인 관여를 하지 않도록 하려는 배려”⁹⁾라고 한다.

2. 전기통신법 위헌 사건

우리는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하, ‘정보통신망법’이라 함)에서 OSP에 대한 책임논의가 시작되었다. 그러나 OSP에 대한 면책이 아닌 책임을 규정을 통해 OSP에게 어떻게는 책임을 지울 수 있도록 요건화하였다는 점에서 미국의 입법논의와는 차이가 있다. 아이러니 하게도, 정보통신망을 구축해왔던 정보통신부에서 이러한 책임규정을 도입하였다는 점에서 ICT정책의 일관되지 않은 면을 읽을 수 있다. 기본적으로 인터넷의 다양한 서비스를 이용자에게 제공하는 OSP는 정보유통 활성화, 표현의 자유 보장이라는 점에서 그 책임을 제한하는 해외의 입법경향과는 달리, 게시물 하나하나 까지 그 책임을 지우고자하는 입법자의 의지는 대단하였다고 회고된다.

물론 이러한 논의 이전에 대법원을 포함한 헌법재판소에서도 OSP에 대해 그 책

7) Communications Decency Act (CDA 230). Section 230, and in particular subsection (c)(1): No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.

8) The Safe Harbor provisions of the Digital Millennium Copyright Act (DMCA Safe Harbor).

9) 김윤명, 표현의 자유를 위한 저작권법의 역할 - OSP의 책임논의를 중심으로 -, 법조 제639호, 2009.12, 406면.

임을 묻는 것에 대해 엄격하였기 때문에 입법자의 의도는 많이 희석화되었다. 대표적 사례인 전기통신사업법 위헌 사건에서 헌법재판소는 “전기통신사업법 제 53조는 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 것이라는 불온통신의 개념을 전제로 하여 규제를 가하는 것으로서 불온통신 개념의 모호성, 추상성, 포괄성으로 말미암아 필연적으로 규제되지 않아야 할 표현까지 다함께 규제하게 되어 과잉금지원칙에 어긋난다. 즉, 헌법재판소가 명시적으로 보호받는 표현으로 분류한 바 있는 저속한 표현이나, 이른바 청소년유해매체물 중 음란물에 이르지 아니하여 성인에 의한 표현과 접근까지 금지할 이유가 없는 선정적인 표현물도 미풍양속에 반한다 하여 규제될 수 있고, 성(性), 혼인, 가족제도에 관한 표현들이 미풍양속을 해하는 것으로 규제되고 예민한 정치적, 사회적 이슈에 관한 표현들이 공공의 안녕질서를 해하는 것으로 규제될 가능성이 있어 표현의 자유의 본질적 기능이 훼손된다”¹⁰⁾고 판시하였다.

중요한 것은 전기통신의 일 유형인 인터넷의 속성에 대해 다음과 같이 지적하고 있다는 점이다. 즉, “1961년 구 전기통신법 제6조에 의하여 도입될 당시의 모습에서 크게 벗어나지 않은 현재의 불온통신 규제제도는 인터넷을 비롯, 온라인 매체를 이용한 표현행위의 비중이 점점 커지고 있는 변화된 시대상황에도 어울리지 않는다는 점을 지적하고자 한다. 불온통신 규제의 주된 대상이 되는 매체의 하나는 인터넷이다. 인터넷은 공중파방송과 달리 ‘가장 참여적인 시장’, ‘표현촉진적인 매체’이다. (...) 인터넷은 위와 같은 방송의 특성이 없으며, 오히려 진입장벽이 낮고, 표현의 쌍방향성이 보장되며, 그 이용에 적극적이고 계획적인 행동이 필요하다는 특성을 지닌다. 오늘날 가장 거대하고, 주요한 표현매체의 하나로 자리를 굳힌 인터넷상의 표현에 대하여 질서위주의 사고만으로 규제하려고 할 경우 표현의 자유의 발전에 큰 장애를 초래할 수 있다. 표현매체에 관한 기술의 발달은 표현의 자유의 장을 넓히고 질적 변화를 야기하고 있으므로 계속 변화하는 이 분야에서 규제의 수단 또한 헌법의 틀 내에서 다채롭고 새롭게 강구되어야 할 것이다”라고 판시한 것이다. 이로써 인터넷의 특징은 ‘가장 참여적 시장’, ‘표현 촉진적 매체’라는 명제가 성립되는 미디어가 되었다고 평가된다.

3. 포털 명예훼손 인정 사건에서의 반추(反芻)

포털사업자로 이해되는 ‘인터넷 종합 정보제공 사업자’의 명예훼손 게시물에

10) 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616 [위헌, 각하].

대한 삭제 및 차단 의무의 발생 요건에 대한 전원합의체 판결에서 대법원은 다수의견으로써 “명예훼손적 게시물이 게시된 목적, 내용, 게시 기간과 방법, 그로 인한 피해의 정도, 게시자와 피해자의 관계, 반론 또는 삭제 요구의 유무 등 게시에 관련한 쌍방의 대응태도 등에 비추어, 인터넷 종합 정보제공 사업자가 제공하는 인터넷 게시공간에 게시된 명예훼손적 게시물의 불법성이 명백하고, 위 사업자가 위와 같은 게시물로 인하여 명예를 훼손당한 피해자로부터 구체적·개별적인 게시물의 삭제 및 차단 요구를 받은 경우는 물론, 피해자로부터 직접적인 요구를 받지 않은 경우라 하더라도 그 게시물이 게시된 사정을 구체적으로 인식하고 있었거나 그 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러나며, 또한 기술적, 경제적으로 그 게시물에 대한 관리·통제가 가능한 경우에는, 위 사업자에게 그 게시물을 삭제하고 향후 같은 인터넷 게시공간에 유사한 내용의 게시물이 게시되지 않도록 차단할 주의의무가 있고, 그 게시물 삭제 등의 처리를 위하여 필요한 상당한 기간이 지나도록 그 처리를 하지 아니함으로써 타인에게 손해가 발생한 경우에는 부작위에 의한 불법행위책임이 성립한다”¹¹⁾고 보았다. 반면, 별개의견에서는 “인터넷 종합 정보제공 사업자의 명예훼손 게시물에 대한 삭제의무는 특별한 사정이 없는 한 위 사업자가 피해자로부터 명예훼손의 내용이 담긴 게시물을 ‘구체적·개별적으로 특정’하여 ‘삭제하여 달라는 요구’를 받았고, 나아가 그 게시물에 명예훼손의 불법성이 ‘현존’하는 것을 ‘명백’히 인식하였으며, 그러한 삭제 등의 조치를 하는 것이 ‘기술적·경제적으로 가능’한 경우로 제한하는 것이 합리적이고 타당하다”¹²⁾고 지적하고 있다.

다수의견에 대해서는 불법성이 명백하고, 구체적인 인식 또는 인식할 수 있음이 외관상 명백히 들어나며, 기술적, 경제적 관리 및 통제가 가능할 경우에 대해 가능한 것인지는 비관을 지울 수 없다. 즉, 명백성에 대한 판단 기준을 법원이 판단토록 하였다는 점이다.¹³⁾ 또한 동 판결은 저작권법 해석의 따름 판례로 이어졌다는 점에서 정보통신망법상의 정보통신서비스가 저작권법상의 OSP에게도 귀속되는 아이러니를 가져왔다는 점에서, OSP책임에 대한 해석론의 일면을 보여주는 사례라고 하겠다.¹⁴⁾

4. 문화적 자유라는 관점에서 본 OSP책임론

11) 대법원 2009.04.16. 선고 2008다53812 판결[손해배상(기)등].

12) 대법원 2009.04.16. 선고 2008다53812 판결[손해배상(기)등].

13) 명백성에 대한 판단에 있어서 비판적인 것과 달리, “명백성이라는 기준이 불가피하게 추상적 개념이기 때문에 향후 다른 법원에 상대적으로 폭넓은 해석의 여지를 인정했다고 보기 때문에 반대하지 않는다”는 견해도 있다. 한국정보법학회(박준석 집필분), 인터넷 그 길을 묻다, 중앙books, 2012, 446면.

14) 본 사건에 대해서는 정상조, 명예훼손에 대한 포털의 책임, 서울대학교 법학 제51권 제2호, 2010.6, 229~272면 참조.

일명 ‘손담비 사건’¹⁵⁾으로 알려진 사안에서 법원은 “저작권법 제103조 제1항에서 저작물 등의 복제·전송의 중단을 요구하는 자는 ’온라인서비스제공자의 서비스를 이용한 저작물 등의 복제·전송에 따라 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 ’자신의 권리가 침해되는 사실을 소명하여야’ 한다고 규정하고 있는 점에 비추어, 저작권법 제103조 제6항의 저작물 등의 복제·전송의 중단 요구에 있어서 ‘정당한 권리가 없다’는 것은 ‘자신의 권리가 침해되는 사실을 입증하지 못하였다’는 취지로 해석되어야 하므로, 침해될 권리 자체가 없었던 경우는 물론 침해될 권리가 있더라도 저작물 등의 복제·전송이 저작권법에서 규정하고 있는 저작권 제한사유에 해당하여 저작권 그밖에 저작권법에 따라 보호되는 권리를 침해하는 것이 아닌 경우도 정당한 권리가 없는 경우에 해당한다. 따라서 저작물 등의 복제·전송의 중단을 요구한 자에게 저작권 그밖에 저작권법에 따라 보호되는 권리가 있더라도 그러한 저작물 등의 복제·전송이 저작권법 제28조 소정의 공표된 저작물의 인용과 같이 저작권법에서 규정하고 있는 저작권 제한사유에 해당하는 경우에는 복제·전송의 중단을 요구한 자는 그러한 요구로 인하여 온라인서비스제공자의 서비스를 이용하여 저작물 등을 복제·전송하는 사람이 입은 손해를 배상할 책임이 있고, 단지 자신이 저작권 등의 권리자이고 복제·전송자에게 자신이 권리를 가지고 있는 저작물의 이용을 허락한 적이 없다는 사정만으로는 면책될 수 없다. 다만, 저작권법 제103조 제6항은 민법상 불법행위의 특칙이므로, 손해배상책임이 인정되기 위해서는 복제·전송의 중단을 요구한 자가 ① 자신에게 저작권 그밖에 저작권법에 따라 보호되는 권리가 없음을 알았거나, ② 주의의무에 위반하여 자신에게 저작권 그밖에 저작권법에 따라 보호되는 권리가 없음을 몰랐거나, ③ 자신이 중단을 요구한 저작물 등의 복제·전송이 저작권 제한사유 등에 해당하여 저작권 침해가 되지 아니한다는 사실을 알았거나, ④ 자신이 중단을 요구한 저작물 등의 복제·전송이 저작권 침해에 해당하는지에 관하여 법률전문가의 의견을 구하는 등 성실하고 합리적인 방법으로 검토하여야 할 주의의무를 위반하여 저작물 등의 복제·전송이 저작권 침해가 되지 아니한다는 사실을 몰랐다는 등의 귀책사유가 있어야 한다”고 판시하면서, OSP에 대한 게시중단에 있어서 어느 정도 게시물에 대한 판단을 게시 중단 요청자가 해야 한다고 보았다. OSP에게 권리자가 주장하는 내용을 검토한 법적인 권한을 부여하지 않고 있는 저작권법으로서는 당연한 것이다.¹⁶⁾ 더욱이

15) 서울고등법원 2010. 10. 13. 선고 2010나35260 판결.

16) 본 사건에 대해 “문제의 소재는 저작권 보호요청과 이에 대응하는 문화적 소통의 자유, 즉 정보문화향유권 보장의 대립이라는 법률문제”라고 보기도 한다. 권영설, 문화와 법 : 역동적 관계의 진화, 2014년 공법학자대회, 2014, 15면.

저작권법은 게시중단에 위법이 있는 경우에는 손해배상 책임이 있기 때문에 공정이용(fair use)나 저작재산권의 제한사유에 해당하는 경우에는 복제·전송의 중단을 요구한 자는 게시중단 요청에 따라 서비스 이용을 제한당함으로써 입은 손해를 배상할 책임이 있음을 확인한 것이다.

Ⅲ. 저작권법을 벗어난 OSP 책임논의

1. 청소년 보호와 OSP 책임

가. 국가의 청소년 보호 시책

청소년 보호에 대한 주무부처로서 여성가족부는 다양한 법률 및 정책을 만들어 내고 있다. 이러한 업무는 정부조직법에서 위임한 사항의 집행을 위해 당연한 것인지도 모른다. 대표적인 정책으로는 포털 서비스의 이용시 의무시 된 성인 인증, 게임물의 이용시 강제되는 게임중독의 방지를 위한 강제셧다운제도 등을 들 수 있다. 그러나 문제는 청소년에 대한 규제는 청소년을 보호대상으로만 설정하고 있다는 점에서 규제의 타당성을 상실한 면이 있다. 아동과 청소년은 되도록 국가의 방해를 받지 아니하고 자신의 인격, 특히 성향이나 능력을 자유롭게 발현할 수 있는 권리가 있기 때문이다. 따라서 헌법이 보장하는 인간의 존엄성 및 행복추구권은 국가의 교육 권한과 부모의 교육권의 범주 내에서 아동에게도 자신의 교육환경에 관하여 스스로 결정할 권리, 그리고 자유롭게 문화를 향유할 권리를 부여한다.¹⁷⁾ 이러한 헌법적 확인에도 불구하고 정부부처의 청소년 정책은 보호위주이며, 청소년의 자율성을 보장하는 정책은 찾기가 쉽지 않다. 수동적 보호위주의 정책이 아닌 자율적으로 생각하거나 결정할 수 있는 창의적 환경을 마련함으로써 청소년들이 문화적으로 성장할 수 있는 정책이 마련될 필요가 있다.

나. 아동청소년음란물 기술적 차단조치 의무화

아동·청소년의 성보호에 관한 법률(이하, ‘청소년성보호법’이라 함)은 저작권법 및 정보통신망법상의 OSP에 대한 정의를 차용하며, OSP란 다른 사람들이 정보통신망을 통하여 온라인 자료를 이용할 수 있도록 서비스를 제공하는 자로서 대통령령¹⁸⁾으로 정하는 자로 정의하고 있다. 특히, 대통령령에 위임함으로써

17) 헌재 2004.5.27. 2003헌가1 등, 관례집 16-1, 670[위헌, 헌법불합치].

18) 청소년성보호법 시행령 제2조(온라인서비스제공자의 범위) 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조 제8호에서 “대통령령으로 정하는 자”란 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조 제1항 제3호에 따른 정보통신서비스 제공자를 말한다.

정의규정에 대한 법률명확성의 원칙에 대한 논란을 가져오고 있다.

또한 OSP의 의무규정을 두고 있다. 이를 위반할 경우에는 형사처벌토록 하고 있다. 즉, 자신이 관리하는 정보통신망에서 아동·청소년이용음란물을 발견하기 위하여 대통령령으로 정하는 조치를 취하지 아니하거나 발견된 아동·청소년이용음란물을 즉시 삭제하고, 전송을 방지 또는 중단하는 기술적인 조치를 취하지 아니한 OSP는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, OSP가 정보통신망에서 아동·청소년이용음란물을 발견하기 위하여 상당한 주의를 기울이지 아니하였거나 발견된 아동·청소년이용음란물의 전송을 방지하거나 중단시키고자 하였으나 기술적으로 현저히 곤란한 경우에는 그러하지 아니하다(제17조 제1항).

아울러, 저작권법 제104조에 따른 특수한 유형의 OSP는 이용자가 컴퓨터 등에 저장된 저작물 등을 검색하거나 업로드 또는 다운로드를 할 경우 해당 화면이나 전송프로그램에 아동·청소년이용음란물을 제작·배포·소지한 자는 처벌을 받을 수 있다는 내용이 명확하게 표현된 경고 문구를 대통령령으로 정하는 바에 따라 표시하여야 한다(제2항).

[표 1] 경고문구의 표시 기준¹⁹⁾

아동·청소년이용음란물을 제작·배포·소지한 자는 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제11조에 따라 형사처벌을 받을 수 있습니다.

2. 불법행위와 OSP 책임

네이버가 제공하는 네이버의 검색광고 서비스를 대체하는 행위가 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당하는지 여부 및 그와 같은 불법행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있는지에 대해 대법원은 “경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당하는바, 위와 같은 무단이용 상태가 계속되어 금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제의 실효성을 기대하기 어렵고 무단이용의 금지로 인하여 보호되는 피해자의 이익과 그로 인한 가해자의 불이익을 비교·교량할 때 피해자의 이익이 더 큰 경우에는 그 행위의 금지 또는 예방을 청

19) 아동·청소년이용음란물을 제작·배포·소지한 자에 대한 처벌 경고문구의 표시 기준 제2호에 따르면 경고 문구에 따른 표시 내용의 글자색 및 글자크기는 가. 글자색은 검정색 또는 붉은색으로 하며, 나. 글자크기는 10포인트 이상으로 하도록 하고 있다.

구할 수 있다”²⁰⁾고 판시하였다. 그동안 금지청구권은 물권에 대해서만 가능하다고 해석되어왔으나, 동 판결로 채권에 대해서도 위 요건을 충족하는 경우라면 금지청구가 가능하다고 본 것이다.²¹⁾

[그림 2] 네이버 SE 검색화면



이로써, 일명 ‘네이버법’으로 알려진 부정경쟁방지법은 다음과 같이 개정되었다.

[표 2] 부정경쟁방지법 차목

차. 그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위

그동안 부정경쟁방지법을 개정하여 일반조항을 도입하자는 논의가 작지 않았지만, 네이버 대체광고 사건에 따른 대법원 판례를 입법화한 것이다. 그러나 부정경쟁행위 유형에 대해 ‘일반조항’으로 해결하는 것은 문제가 아닐 수 없다.²²⁾ 부정경쟁방지법 차목은 다양한 지식재산권 문제의 손쉬운 해결수단으로 활용될 것이 자명하다. 무엇보다도, 부정경쟁방지법의 일반조항은 기존의 지식재산권법제가 갖는 입법목적에 크게 훼손할 수 있다는 점에서 우려가 작지 않다. 일반조항은 가급적 제한적으로 해석되는 것이 필요하며, 궁극적으로 폐지되는 것이 지식재산권법제의 실효성을 확보하기 위해 바람직하다. 만약, 잔존하게 되면 부수적으로 일반 조항의 위법을 주장함으로써 소송을 남발하는 상황에 직면하게 될

20) 대법원 2010.08.25. 자 2008마1541 결정[가처분이의].

21) 본 판결에 대해서는 오병철, 3D 변환 TV의 저작권 침해 여부, 정보법학 제14권 제3호, 2010.12 참조.

22) 일반조항은 “내용을 구체적으로 정하기보다는 포괄적으로 열어놓는 조항으로서 탄력성, 유연성, 포괄성, 재량성을 그 특징으로 한다. 일반조항은 규범의 세계와 현실의 세계 사이에 존재하는 괴리를 좁혀주어 법이 살아있는 법으로 기능하도록 한다”는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다. 권영준, 특허권 남용의 법리와 그 관련 문제, 산업재산권 제36호, 2011, 180면.

수도 있을 것이다.²³⁾

이러한 이유 때문에 입법취지에서는 ‘부정경쟁행위에 관한 보충적 일반조항’의 마련을 그 이유로 들고 있다. 즉, “기술의 변화 등으로 나타나는 새롭고 다양한 유형의 부정경쟁행위에 적절하게 대응하기 위하여 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위를 부정경쟁행위에 관한 보충적 일반조항으로 신설”²⁴⁾한다고 밝히고 있다.

3. 상표권 침해와 OSP 책임²⁵⁾

가. 정보통신망법 제44조에 따른 ‘타인의 권리’에 대한 해석

정보통신망법 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 ‘정보통신망법’이라고 한다) 제44조 제1항은 “이용자는 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보를 정보통신망에 유통시켜서는 아니 된다”고 규정하고, 같은 조 제2항은 “정보통신서비스제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 제1항에 따른 정보가 유통되지 아니하도록 노력하여야 한다”고 규정하고 있다. 그런데 위 규정은, 정보통신서비스 이용자 수의 증가와 함께 정보통신망에서 유통되는 정보의 영향력이 매우 커지고 있고, 이에 따라 개인정보의 침해나 각종 명예훼손성 정보의 유통 등으로 인한 사회적 피해도 커지고 있음을 고려하여 이에 대처한다는 취지에서 입법된 것으로서, 일반적으로 “등”이라는 표현은 그 앞에 구체적으로 열거된 단어와 유사한 것을 포괄하는 의미로 사용되는바, 그럼에도 위 규정 중 “등 타인의 권리”라는 문언에 집착하여 이를 제한 없이 ‘타인의 모든 권리’라고 해석할 경우에는 과연 위 조문이 의미하는 “타인의 권리를 침해하는 정보”의 범위가 어디까지인지 매우 불명확하게 되고, 그 결과 이렇듯 불명확한 정보의 유통을 방지하기 위하여 정보통신서비스제공자가 어느 정도의 노력을 기울여야 하는지 또한 모호하게 되어 정보통신서비스제공자

23) 다만, 부정경쟁행위 규제는 손해배상 청구권 및 금지청구권만을 인정하고 있다는 점에서 형사고소는 포함되지 않는다 할 것이다.

24) 정부에서 발의한 부정경쟁방지법 개정안에 대한 검토보고서에 따르면 “부정경쟁행위의 보충적 일반조항이 도입될 경우, 입법자가 부정경쟁행위의 모든 행위를 규정하지 못한 점을 보완하여 법원에게 새로운 유형의 부정경쟁행위를 판단할 수 있는 유연성을 제공함으로써, 변화하는 거래관념과 공동사회의 가치기준을 적시에 반영하여 부정경쟁행위를 규율할 수 있다는 장점이 있음. 또한 상표법, 저작권법 등 기존의 지식재산권 개별 법률들로 보호할 수 없는 새로운 유형의 부정경쟁행위에 대한 적절한 규제가 가능함으로써 법의 실효성을 제고할 수 있을 것”으로 보인다고 밝히고 있다. 국회산업통상자원위원회, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 일부 개정법률안 검토보고서, 2013.4. 11면.

25) 대법원 2012.12.04. 자 2010마817 결정[상표권침해금지가처분].

에게 지나치게 과중한 부담을 지우게 된다. 이런 점을 고려할 때, 위 법 제44조 제1항의 “사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보”는 ‘사생활을 침해하는 정보’나 ‘명예를 훼손하는 정보’ 및 ‘이에 준하는 타인의 권리를 침해하는 정보’만을 의미할 뿐, 거기에서 더 나아가 ‘타인의 상표권을 침해하는 정보’까지 포함하지는 않는다고 보는 것이 합리적이다.

그동안 이에 대해 많은 논란이 있었고, 대법원은 해당하는 ‘정보’를 사생활 침해나 명예훼손 등 타인의 인격권적인 권리를 침해한 것에 대한 것으로 한정하는 판단을 함으로써 지적재산권까지 확대해서 볼 것은 아니라고 명확하게 정리하였다. 실제 이해당사자가 OSP에게 게시중단을 요청하는 정보 중에는 명예훼손 및 저작권 등에 관한 정보가 포함되나, 경우에 따라서는 적극적인 모니터링 의무를 포함할 수 있다는 점에서 부담이 아닐 수 없었다. 그러나 본 판결을 통해서 정보통신망법상 사전적인 처리를 하지 않아도 된다는 취지의 해석이 가능함으로써 OSP의 부담을 준 것으로 이해된다.

나. 오픈마켓 사업자의 책임

온라인 쇼핑몰 운영자가 판매자로서 직접 소비자들에게 상품을 판매하는 형태가 아니라, 판매자와 구매자 사이에 거래가 이루어질 수 있는 전자거래 시스템을 제공하고 그 대가로 판매자로부터 서비스 이용료를 받을 뿐 판매자와 구매자 사이의 구체적 거래에는 관여하지 않는 이른바 오픈마켓(Open Market)에서는, 운영자가 제공한 인터넷 게시공간에 타인의 상표권을 침해하는 상품판매정보가 게시되고 그 전자거래 시스템을 통하여 판매자와 구매자 사이에 이러한 상품에 대한 거래가 이루어진다 하더라도, 그러한 사정만으로 곧바로 운영자에게 상표권 침해 게시물에 대한 불법행위책임을 지울 수는 없다.

다만 상표권 침해 게시물이 게시된 목적, 내용, 게시기간과 방법, 그로 인한 피해의 정도, 게시자와 피해자의 관계, 삭제 요구의 유무 등 게시에 관련한 쌍방의 대응태도, 관련 인터넷 기술의 발전 수준, 기술적 수단의 도입에 따른 경제적 비용 등에 비추어 볼 때, ① 오픈마켓 운영자가 제공하는 인터넷 게시공간에 게시된 상표권 침해 게시물의 불법성이 명백하고, ② 오픈마켓 운영자가 위와 같은 게시물로 인하여 상표권을 침해당한 피해자로부터 구체적·개별적인 게시물의 삭제 및 차단 요구를 받거나, 피해자로부터 직접적인 요구를 받지 않았다 하더라도 그 게시물이 게시된 사정을 구체적으로 인식하였거나 그 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러나고, ③ 나아가 기술적, 경제적으로 그 게시물에 대한 관리·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,²⁶⁾ 오픈마켓 운영자가 이를 게을리 하여 게시자의 상표권 침해를 용이하게 하였을 때에는 위 게시물을 직접 게시한 자의 행위에 대하여 부작위에 의한 방조자로서 공동불법행위책임을 진다고 할 것이다.²⁷⁾

다. 정리

본 판결에서 특이한 점은 포털 명예훼손사건 전원합의체 판결이 인용되고 있다는 것이다. 실제 정보통신망법상 OSP에게는 모니터링 의무가 없다는 점을 인정하면서도, 명백한 경우에는 OSP가 적절한 조치를 취해야한다는 점을 명시하고 있기 때문이다. 이는 OSP에게 일반적인 모니터링을 강제하는 것과 다름이 없게 된다.²⁸⁾

4. 본인확인제와 OSP 책임

인터넷실명제로 알려진 인터넷게시판을 설치·운영하는 정보통신서비스 제공자에게 본인확인조치의무를 부과하여 게시판 이용자로 하여금 본인확인절차를 거쳐야만 게시판을 이용할 수 있도록 하는 본인확인제를 규정한 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’ (2008. 6. 13. 법률 제9119호로 개정된 것) 제44조의5 제1항 제2호, 같은 법 시행령(2009. 1. 28. 대통령령 제21278호로 개정된 것) 제29조, 제30조 제1항(이하 위 조항들을 통칭하여 ‘이 사건 법령조항들’이라 한다)이 과잉금지원칙에 위배하여 인터넷게시판 이용자의 표현의 자유, 개인정보자기결정권 및 인터넷게시판을 운영하는 정보통신서비스 제공자의 언론의 자유를 침해하는지 여부에 대해 헌법재판소는 위헌으로 판단하였다. 즉, “이 사건 법령조항들이 표방하는 건전한 인터넷 문화의 조성 등 입법목적은, 인터넷 주소 등의 추적 및 확인, 당해 정보의 삭제·임시조치, 손해배상, 형사처벌 등 인터넷 이용자의 표현의 자유나 개인정보자기결정권을 제약하지 않는 다른 수단에 의해서도 충분히 달성할 수 있음에도, 인터넷의 특성을 고려하지 아니한 채 본인확인제의 적용범위를 광범위하게 정하여 법집행자에게 자의적인 집

26) 대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 전원합의체 판결 등 참조.

27) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결 참조.

28) 본 판결에 대해 “대법원이 불법행위법의 損失補償 내지 損害分擔의 측면만을 강조한 것은 아닌지, 명예훼손의 방지에만 지나치게 무게중심을 두고 그 방지에 소요되는 사회적 비용과 표현의 자유의 위축은 충분히 고려하지 못한 것이 아닌가 하는 의문이 제기된다. 또한, 피해자의 삭제요청이 없더라도 피고처럼 상당한 수익을 올리고 있는 포털은 일반적인 감시의무와 적극적 삭제의무를 부담해야 한다고 본 해석론은 기본적으로 포털의 사회적 의무와 법적 의무를 구별하지 못한 결과가 아닌가 하는 의문도 제기된다”고 한다. 정상조, 명예훼손에 대한 포털의 책임, 서울대학교 법학 제51권 제2호, 2010.6, 258면 이하 참조.

행의 여지를 부여하고, 목적달성에 필요한 범위를 넘는 과도한 기본권 제한을 하고 있으므로 침해의 최소성이 인정되지 아니한다. 또한 이 사건 법령조항들은 국내 인터넷 이용자들의 해외 사이트로의 도피, 국내 사업자와 해외 사업자 사이의 차별 내지 자의적 범집행의 시비로 인한 집행 곤란의 문제를 발생시키고 있고, 나아가 본인확인제 시행 이후에 명예훼손, 모욕, 비방의 정보의 게시가 표현의 자유의 사전 제한을 정당화할 정도로 의미 있게 감소하였다는 증거를 찾아볼 수 없는 반면에, 게시판 이용자의 표현의 자유를 사전에 제한하여 의사표현 자체를 위축시킴으로써 자유로운 여론의 형성을 방해하고, 본인확인제의 적용을 받지 않는 정보통신망상의 새로운 의사소통수단과 경쟁하여야 하는 게시판 운영자에게 업무상 불리한 제한을 가하며, 게시판 이용자의 개인정보가 외부로 유출되거나 부당하게 이용될 가능성이 증가하게 되었는바, 이러한 인터넷게시판 이용자 및 정보통신서비스 제공자의 불이익은 본인확인제가 달성하려는 공익보다 결코 더 작다고 할 수 없으므로, 법익의 균형성도 인정되지 않는다. 따라서 본인확인제를 규율하는 이 사건 법령조항들은 과잉금지원칙에 위배하여 인터넷게시판 이용자의 표현의 자유, 개인정보자기결정권 및 인터넷게시판을 운영하는 정보통신서비스 제공자의 언론의 자유를 침해할 침해한다”²⁹⁾고 판단하였다. 그러나 실제 정보통신망법의 내용을 보건데, 사실상의 인터넷실명제가 잔존하고 있다는 비판도 여전하다.

5. 소결 : OSP책임원칙이 회귀적으로 수렴되고 있다.

저작권법상 OSP는 1990년대 다양한 국내외 법리 논쟁과 대법원의 해석, 그리고 2000년대 한미 FTA를 체결하면서 그 책임을 면책하는 수준으로 합의된 바 있다. 이와달리 정보통신망법상 OSP에 대한 책임규정은 여전히 임의적 면책 수준에 머물러 있다는 점이다. 이러한 법리의 차이는 당장 저작권법상 OSP와 정보통신망법상 정보통신사업자의 책임원칙이 달라진다는 점에서, OSP에게는 문제로 작용하게 된다.

더욱이, 이러한 법리적인 차이에 더하여 대표적인 행정법제인 청소년성보호법에서는 OSP를 별도로 정의하면서, 그 책임을 부과하고 있다. 이를 위반할 경우에는 형사처벌을 하도록 함으로써, OSP에 대한 책임원칙이 원점으로 되돌려지는 결과를 가져오고 있다. 이는 1990년대부터 확립해온 OSP 관련 입법의 입법취지를 몰각시키면서, OSP의 책임을 강화를 가져옴으로써 결과적으로 인터넷 서비스

29) 헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47 등, 판례집 24-2상, 590 [위헌].

활성화의 장애를 가져오게 될 것이다.

그동안 저작권법에서 다루어왔던 OSP에 대한 책임원칙이 정보통신망법상의 원리에 지배당하는 결과를 가져오고 있다는 점에서 저작권법상 OSP책임원칙 또한 공동불법행위 책임에 귀속되는 결과를 가져오고 있다.³⁰⁾

그렇지만, OSP에 대한 규제는 인터넷상의 가장 효율적이고 합리적인 유통체계를 무시하는 것으로,³¹⁾ 실제 인터넷을 통한 사업화에 있어서도 바람직하지 못한 결과를 가져올 수도 있다는 점을 정책당국은 고려해야 할 것이다.

IV. OSP 규제와 문화적 가치사슬의 탐색

1. OSP와 문화적 가치사슬

가. 문화를 둘러싼 가치의 이해

OSP가 제공하는 인터넷 서비스는 단순한 특정 서비스를 넘어선 문화라는 점이다. 우리는 문화에 대해 추상적으로 이해하고 있으나, 이러한 이해는 사람마다 편차는 있을지라도 서로 다르지 않는 개념으로 이해될 수 있다.³²⁾ 대표적인 문화법제인 문화기본법에서는 문화를 “문화예술, 생활양식, 공동체적 삶의 방식, 가치 체계, 전통 및 신념 등을 포함하는 사회나 사회 구성원의 고유한 정신적·물질적·지적·감성적 특성의 총체”로 정의하고 있다. 다양한 문화적인 소산의 경험과 재생산을 통해서 문화의 다양성을 확보할 수 있을 것이다. 그래야만 문화가 융성할 수 있기 때문이다.

「문화다양성의 보호와 증진에 관한 법률」(이하, ‘문화다양성법’이라 함)에서는 문화다양성을 “집단과 사회의 문화가 집단과 사회 간 그리고 집단과 사회 내에 전하여지는 다양한 방식으로 표현되는 것을 말하며, 그 수단과 기법에 관

30) 인터넷 포털사이트를 운영하는 온라인서비스제공자가 제공한 인터넷 게시공간에 타인의 저작권을 침해하는 게시물이 게시되었고 그 검색 기능을 통하여 인터넷 이용자들이 위 게시물을 쉽게 찾을 수 있다 하더라도, 위와 같은 사정만으로 곧바로 위 서비스제공자에게 저작권 침해 게시물에 대한 불법행위책임을 지울 수는 없다. 다만 저작권 침해 게시물이 게시된 목적, 내용, 게시기간과 방법, 그로 인한 피해의 정도, 게시자와 피해자의 관계, 삭제 요구의 유무 등 게시에 관련한 쌍방의 대응태도, 관련 인터넷 기술의 발전 수준, 기술적 수단의 도입에 따른 경제적 비용 등에 비추어, 위 서비스제공자가 제공하는 인터넷 게시공간에 게시된 저작권 침해 게시물의 불법성이 명백하고, 위 서비스제공자가 위와 같은 게시물로 인하여 저작권을 침해당한 피해자로부터 구체적·개별적인 게시물의 삭제 및 차단 요구를 받은 경우는 물론, 피해자로부터 직접적인 요구를 받지 않은 경우라 하더라도 그 게시물이 게시된 사정을 구체적으로 인식하고 있었거나 그 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러나며, 또한 기술적, 경제적으로 그 게시물에 대한 관리·통제가 가능한 경우에는, 위 서비스제공자에게 그 게시물을 삭제하고 향후 같은 인터넷 게시공간에 유사한 내용의 게시물이 게시되지 않도록 차단하는 등의 적절한 조치를 취하여야 할 의무가 있으므로, 이를 위반하여 게시자의 저작권 침해를 용이하게 하는 경우에는 위 게시물을 직접 게시한 자의 행위에 대하여 부작위에 의한 방조자로서 공동불법행위책임을 성립한다. 대법원 2010.03.11. 선고 2009다4343 판결[손해배상(지)].

31) 김윤명, 표현의 자유를 위한 저작권법의 역할 - OSP의 책임논의를 중심으로 -, 법조 제639호, 2009.12, 416면.

32) 어떤 면에서 문화는 “유기적인 현상이자 관계이며 유무형의 어떤 것을 의미하는 것이기 때문에 이를 인위적으로 진흥하기에는 어려움이 있다”고 한다. 김윤명, 문화산업 진흥을 위한 법체계 연구, 정보법학 제18권 제2호, 2014, 122면.

계없이 인류의 문화유산이 표현, 진흥, 전달되는 데에 사용되는 방법의 다양성과 예술적 창작, 생산, 보급, 유통, 향유 방식 등에서의 다양성을 포함한다”고 정의하고 있다. 문화다양성법에서는 문화 다양성의 확대를 “문화가 집단과 사회 간 그리고 집단과 사회 내에 전하여지는 다양한 방식으로 표현되는 것”으로 보고 있다. 즉, 다양한 방식으로 문화의 다양성을 확대해야 하는데, 그러한 방식이 차단되는 것이 바로 OSP 규제를 통한 인터넷에 대한 규제라고 하겠다. 이는 문화국가원리에 대한 헌법적 가치를 훼손하는 것과 다름이 없다.

나. 그렇다면 왜 문화인가?

문화란 법적 정의가 있지만, 가변적이고, 물리적·정신적인 것으로서, 공동체적 가치를 담고 있는 어떤 것으로 이해할 수 있다. 이러한 문화는 헌법상 문화국가원리를 바탕으로 형성된다. 우리나라는 건국헌법 이래 문화국가의 원리를 헌법의 기본원리로 채택하고 있다. 우리 현행 헌법은 전문에서 “문화의 … 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히” 할 것을 선언하고 있을 뿐 아니라, 국가에게 전통문화의 계승 발전과 민족문화의 창달을 위하여 노력할 의무를 지우고 있다(제9조). 또한 헌법은 문화국가를 실현하기 위하여 보장되어야 할 정신적 기본권으로 양심과 사상의 자유, 종교의 자유, 언론·출판의 자유, 학문과 예술의 자유 등을 규정하고 있는바, 개별성·고유성·다양성으로 표현되는 문화는 사회의 자율영역을 바탕으로 한다고 할 것이고, 이들 기본권은 견해와 사상의 다양성을 그 본질로 하는 문화국가원리의 불가결의 조건이라고 할 것이다.³³⁾

그리고 문화육성을 위한 문화정책은 문화 그 자체가 아닌 문화풍토를 조성하는 데 두어야 한다. 문화국가원리는 국가의 문화국가실현에 관한 과제 또는 책임을 통하여 실현되는바, 국가의 문화정책과 밀접 불가분의 관계를 맺고 있다. 과거 국가절대주의사상의 국가관이 지배하던 시대에는 국가의 적극적인 문화간섭정책이 당연한 것으로 여겨졌다. 그러나 오늘날에 와서는 국가가 어떤 문화현상에 대하여도 이를 선호하거나, 우대하는 경향을 보이지 않는 불편부당의 원칙이 가장 바람직한 정책으로 평가받고 있다. 오늘날 문화국가에서의 문화정책은 그 초점이 문화 그 자체에 있는 것이 아니라 문화가 생겨날 수 있는 문화풍토를 조성하는 데 두어야 한다.³⁴⁾

문화국가원리의 이러한 특성은 문화의 개방성 내지 다양성의 표지와 연결되는데, 국가의 문화육성의 대상에는 원칙적으로 모든 사람에게 문화창조의 기회를 부여한다는 의미에서 모든 문화가 포함된다. 따라서 엘리트문화뿐만 아니라 서

33) 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16, 98헌마429(병합), 427, 445-446 참조.

34) 헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1 등, 판례집 16-1, 670 [위헌,헌법불합치].

민문화, 대중문화도 그 가치를 인정하고 정책적인 배려의 대상으로 하여야 한다. 우리의 문화에 대한 용성은 자발적인 토대에서 가능하기 때문이다.

2. OSP의 SW플랫폼화 및 인터넷 서비스(SW플랫폼) 규제

OSP인 포털은 다양한 서비스의 부가를 통해서, 검색위주의 포털 서비스에서 SW 플랫폼화 되고 있다. 플랫폼화에 따른 다양한 서비스의 제공은 그 만큼 포털에게는 사업의 법적 안정성에 대한 부담으로 작용한다. 그러한 다양성은 포털이 성장하는 기반이 되기도 하지만, 상대적으로 인터넷 서비스(SW플랫폼) 규제의 외연을 넓히는 계기가 되기도 한다. 이러한 서비스의 확장은 포털의 사업상 필요한 것이기 때문에 제한할 수 없다는 점에서 규제당국과 수범자의 입장에서 충돌이 발생하게 된다. 그러한 충돌의 결과, OSP는 물론 이를 이용하는 이용자의 이용성에 상당한 위축을 가져오게 된다. 이용자의 이용성은 인터넷 서비스의 가치를 평가하는 기준이며, 이용자가 떠나가는 서비스는 성장가능성을 상실한다는 점에서, 사업존립에 까지 영향을 미치게 된다. 이는 다시 관련 산업의 성장에 영향을 미치게 된다. 예를 들면, 게임산업에 대한 규제는 SW산업에 대한 영향으로 확대된다. 게임 산업은 외형은 게임콘텐츠로 이해될 수 있겠지만, 그 본질은 SW이기 때문이다. 인터넷의 속성은 게임에 그대로 유전되어왔다. 인터넷에 기반하고, 인터넷의 다양한 이용자가 모여서 게임을 즐기기 때문에 인터넷은 게임과 다름이 없는 것으로 이해되는 것이다.

게임에 대한 규제는 SW 등 개발자의 직업선택의 자유에 대한 침해로 이어지게 된다. 결국 ‘나비효과’가 인터넷 산업에서도 그대로 적용되고 있는 것이 디지털화의 한 단면이라고 하겠다.

3. 문화 규제로의 수렴

인터넷 실명제는 서비스 이용자의 실명을 통한 본인확인만이 아닌, 이로 인하여 제기될 수 있는 개인정보 및 프라이버시 이슈에 따라 서비스를 이용하지 않게됨으로써 인터넷 문화가 차단된 것으로 이해된다. 인터넷 실명제를 도입하는 취지는 익명으로 작성되는 수많은 댓글을 정화하자는 취지로 이루어진 것이라고 본다. 그렇지만 입법취지와 다르게 국내 UCC의 성장은 차단되고, 유튜브와 같은 해외 UCC가 성장하는 결과를 가져오게 된다. 헌법재판소는 “(…) 국내 인터넷 사용자들의 해외 사이트로의 도피, 국내 사업자와 해외 사업자 사이의 차별 내지 자의적 법집행의 시비로 인한 집행 곤란의 문제를 발생시키고 있고 (…)” 라

고 판시함으로써, 국내 사업자가 명시적으로 역차별을 받고 있다는 점을 명확히 밝히고 있다. 그 결과 동영상 플랫폼의 점유율을 2008년 2013년을 비교했을 때, 국내 사업자와 글로벌 사업자간의 시장경쟁성을 갖출 수 있을 정도로 보기 어렵게 국내 사업자는 점유율이 축소되었다.

[그림 3] 인터넷실명제 전후의 동영상 점유율³⁵⁾



출처 : 미래창조과학부

문화융성은 문화의 다양성에서 이루어질 수 있으나, 인터넷의 규제는 그 접속경로나 문화산업의 성장을 차단함으로써 문화다양성이 심대하게 제한받는 것임을 알 수 있다. OSP에 대한 규제는 단순히 해당 서비스에 대한 규제를 넘어 문화적인 규제로 확산된다는 점은 논리적인 비약으로 비춰질 우려가 있지만, 실상 다양한 문화를 이용할 수 있는 환경이 제한된다는 점에서 우려가 아닌 현실이다.³⁶⁾

V. OSP 규제에 따른 문제점에 대한 다른 시각

1. 규제의 정합성 문제

OSP에 대한 규제 관할은 문체부, 방통위, 여가부, 복지부, 식약처 등 다양하다. 물론 각 부처의 규제권한에 대해 문제삼기는 쉽지 않다. 왜냐하면 부처에 대한

35) 박호현, 국내 동영상 플랫폼 시장 점유 2%→74% 유튜브의 역습, 서울경제, 2014.4.3.일자.

36) 물론 “문화의 개념 자체가 매우 포괄적이고 다의적이기 때문에 독자적인 기본권 영역으로서 문화기본권을 설정하는 경우 관련 논의 역시 추상적이고 공허해질 우려가 있다”고 한다. 홍석한, “문화기본권과 문화법제의 형성과 과제”에 대한 토론문, 2014년 공법학자대회, 2014, 36면.

규제권한을 정부조직법은 헌법에 근거하여 위임하고 있기 때문이다. 또한 규제 권한의 권원은 법률적 근거에 두고 있으며, 해당 법률이 헌법에 위배되지 않는다면 문제로 보기 어렵다. 법률에 따른 각각의 규제는 합목적성을 가질 수 있기 때문이다.

문제는 규제가 하나의 시스템으로 적용될 경우, 규제 과물이 되는 것이 현실이라는 점이다. 대표적으로 게임을 들 수 있다. 여가부의 강제적 섷다운, 문체부의 선택적 섷다운, 보복부의 4대 중독, 교육부의 쿨링오프 등을 통해 다양한 규제가 도입되거나 논의 중에 있다. 개별 부처에서는 부처의 권한행사라는 점에서 당연하다고 주장한다. 그러나 이처럼 하나의 산업에 대한 규제의 다양성은 결과적으로 부처별 규제경쟁에 따른 필연적 결과로서 규제 정합성이 상실하게 된다.³⁷⁾

2. 규제 수준의 상대성

그렇다면 이러한 규제는 국내외 사업자에게 평등하게 적용되는 것인지 살펴볼 필요가 있다. 사업자의 입장에서는 서로 다르지 않는 규제를 받는다면 사업의 영위에서 감내할 수준은 낮아질 수 있다고 보기 때문이다. 현실은 그렇지 못하다. 사실상 규제하지 못하는 해외 사업자를 배제한 국내 사업자만을 규제하게 되기 때문이다. 결국 해외 사업자를 규제한다고 하더라도, 사실상 집행할 수 있는 권한을 갖지 못하기 때문이다. 이러한 점에서 규제 형평성을 지적하지 아니할 수 없다.

이러한 환경에서 국내 사업자는 비용과 세금을 부담하면서 국내 사업장을 유지할 필요성을 느낄 수 있을지 의문이다. 이미 서비스는 글로벌 환경에서 운영되고 있기 때문에 굳이 국내 사업장을 들 필요성을 느끼지 않을 것이기 때문이다. 우리는 이미 애국심에 바탕을 둔 서비스는 의미가 없음을 해외 직구의 경우를 통해 확인하고 있다.³⁸⁾

결국 이러한 규제의 차별화는 국내 사업자의 사업의지를 훼손하게 되며, 결국 국내 사업장을 떠날 수 있다는 우려를 가속하게 된다. 이러한 우려를 불식시키기 위해서는 첫째, 국내 사업자에 대한 규제는 철폐되어야 한다. 둘째, 규제철폐가 어렵다면 적어도 규제 수준은 규제하지 못하는 해외 사업자 수준으로 맞추어야 한다. 그렇지 않으면 규제의 형평성 문제는 지속적으로 제기될 수밖에 없을 것이다. 무엇보다, 선의의 사업자만 공평하지 않은 경쟁에서 의도적으로 도태될

37) 정부규제 “그 자체가 고도의 정치경제적 현상이면서 아울러 실정법 체계를 반영하는 법현상이고, 나아가 사회적, 문화적 맥락에서도 정밀한 고려를 해야하는 복합적 사안”이라고 한다. 김유환, 행정법과 규제정책, 법문사, 2012, 169면.

38) 애플의 국내시장 점유율이 30%를 넘어서고 있다고 하는 것과 해외 직구를 통한 가전제품 등의 구입은 이미 국내기업에 대한 애국심을 이용한 마케팅은 소비자에게 고려대상이 아님을 알려주는 실상이 아닐 수 없다.

것이 자명하기 때문이다.³⁹⁾

3. 창조적 표현에 대한 자기 검열

규제의 또 다른 문제 중 하나는 해당 규제를 회피하기 위해 스스로 서비스나 표현에 대한 검열을 하게 된다는 점이다. 일종의 자기검열을 하게 된다. 규제나 심의 리스크에서 벗어나기 위해서는 해당 서비스의 요건을 최소한의 범위로 제한하게 된다. 내용이나 서비스 방식에서 알 수 없는 이용자의 이용행태를 시뮬레이션하게 되고, 그 결과 위법성이 조각될 수 있는지에 법무적인 판단이 우선적으로 적용될 것이다. 서비스 스펙에서 법률적인 리스크를 판단하는 것과 서비스 자체에 대한 법률적인 검열과는 차이가 있다. 서비스의 혁신은 개발자나 사업자의 자유로운 판단을 통해서 이루어지는 것이 일반적이라면, 이러한 자기 검열은 혁신의 틀을 제한하는 악순환이 될 수밖에 없다. 인터넷 환경에서 이루어지는 자기검열은 서비스의 혁신을 저해하며, 해외 사업자에게만 기회를 주는 결과를 가져오게 될 것이다.

4. 문화융성은 어디에 있나?

문화기본법은 국민의 권리로서 “모든 국민은 성별, 종교, 인종, 세대, 지역, 사회적 신분, 경제적 지위나 신체적 조건 등에 관계없이 문화 표현과 활동에서 차별을 받지 아니하고 자유롭게 문화를 창조하고 문화 활동에 참여하며 문화를 향유할 권리를 가진다”고 규정하고 있다(제4조). 이는 문화향유권의 구체적이고 적극적인 발로(發露)라고 할 것이다. 이러한 맥락에서 인터넷을 이용하는 것은 개인의 행복을 위한 것이나 이를 제한하는 것은 문화향유권이 제한되는 것이며, 국민의 행복추구권을 침해하는 것이다. 헌법상 문화국가원리와의 충돌이 발생하며, 결과적으로 문화적 토대의 향상발전을 통한 문화융성은 요원하게 될 수 있다. 결국 문화융성은 국민이 자유롭게 문화적 소산을 경험함으로써 가능한 것이 아닐까 생각된다.

VI. OSP 책임에 대한 재고(再考)

39) 同旨, “포털에는 엄격한 국경이 없기 때문에, 국내 포털에 대해서 과도한 책임을 부과하게 되면 이용자들이 외국의 포털로 대거 이동하게 되고 국내 인터넷 산업은 크게 위축될 수도 있다. 다시 말해서, 국내 포털에 대해서 일정한 요건하에 삭제의무를 부과하더라도, 외국 포털에 대해서는 동일한 삭제의무를 강제할 수 없기 때문에, 국내 포털에 대해서만 삭제의무를 부담시키는 逆差別이 발생할 수 있다”고 한다. 정상조, 명예훼손에 대한 포털의 책임, 서울대학교 법학 제51권 제2호, 2010.6, 260면.

1. 왜 재고인가?

재고(再考)라 함은 어떤 문제에 대해 다시 생각한다는 의미이다. 본 논문은 처음 재론(再論)이라는 표현을 사용하였으나, 작성과정에서 재고로 수정하였다. 다른 사람들과 논하기 전에 스스로 생각해볼 필요가 있다고 보았기 때문이다.

저작권법은 OSP에게 일정한 의무를 부과하고, 그 의무를 이행할 경우에는 책임을 면책하고 있음은 앞서 살펴본 바와 같다. 그러나 저작권법의 정치한 규정과 합의 과정과 달리 다른 법률에서는 OSP에 대한 책임을 강하게 지우고 있다. 따라서 OSP에 대한 책임은 여전하기 때문에 현행 제도를 찾아, OSP에 대한 책임을 완화시킬 수 있는 방안을 찾고자 한 것이다.

2. 무엇에 대한 재고인가?

몇 가지 생각하는 재고 방안은 다음과 같다. 첫째, 문화에 대한 규제가능한 정책에 대해서는 문화영향평가제도를 활용할 필요가 있다. 정책수립시, 문화적 관점에서 국민의 삶의 질에 미치는 영향 평가함으로써 서비스에 대한 방어로써 활용할 수 있을 것이다. 이는 규제영향평가와 병행할 필요가 있다.

둘째, 한EU, 한미FTA의 모니터링 의무 제한 규정을 일반적인 OSP에 확대적용할 수 있는지에 대한 것이다. 다만, 한EU FTA는 EC분야,⁴⁰⁾ 한미 FTA는 저작권분야⁴¹⁾에 포함된 한계를 갖는다는 점에서 쉽지 않을 것으로 보인다.

셋째, 손담비 사건에서 제시된 권리자 또는 이해관계자의 책임요건을 명확히 하는 것이다. 즉, 권리자 등이 자신의 권리행사를 위해서는 구체적인 소명이 있어야 한다는 점이다.

넷째, 경쟁적 OSP책임강화 대응 위해 OSP특별법을 제정하는 방안이다. 이 방안이 가장 합리적이라고 생각한다. 왜냐하면 다양한 법제에서 통일된 기준 없이 OSP에 대한 책임을 부과하고 있어 동일한 서비스를 제공하는 OSP에게 서로 다른 법률이 적용되어 사업자에게는 사업의 안정성을 해칠 수 있기 때문이다.

40) DIRECTIVE 2000/31/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce)(역내시장에서의 정보사회서비스, 특히 전자상거래의 일정한 법적 측면에 대한 유럽공동체지침(일명, 전자상거래지침)) 제15조(모니터 의무 없음) 제1항 회원국은 서비스제공자가 제12조 내지 제14조까지의 서비스를 제공하는 경우 서비스제공자에게 송신하거나 저장하는 정보를 모니터링할 일반 의무를 과해서는 안 되며, 불법한 활동을 나타내는 사실·상황을 적극적으로 탐색할 일반 의무를 과해서는 안 된다.

41) 저작권법 제102조 ③ 제1항에 따른 책임 제한과 관련하여 온라인서비스제공자는 자신의 서비스 안에서 침해행위가 일어나는지를 모니터링하거나 그 침해행위에 관하여 적극적으로 조사할 의무를 지지 아니한다.

마지막으로 자율규제, 사회적 책임과 법적 책임의 혼동을 하지 않아야 한다는 점이다. 사업자가 사업을 영위하기 위하여 자기책임원칙⁴²⁾ 하에 서비스를 제공하기 때문에 이를 법적인 책임으로 해석한다는 점이다. 이는 사업자에게 스스로 자신의 서비스를 유지토록 하게하면서 그 결과와 상관없이 법적인 책임을 부과함으로써 플랫폼 사업자의 법적 안정성을 해칠 우려가 있기 때문이다.

VII. 결론 - OSP 규제는 문화규제이다.

기술과 권리의 충돌은 시대적인 상황에서 일견 당연한 것으로 이해될 수 있다. 기술로 혜택을 보는 진영과 그렇지 아니한 진영 싸움이며, 이는 생존과 직결되는 문제이기 때문이다. 다만, 이러한 싸움의 결과 어느 진영이 승리한다고 하더라도, 누가 과연 이익일 수 있겠냐는 질문에 쉽게 긍정하기 어려울 것이다.

이와 더불어, 기술의 사회적 수용을 위해서는 권리침해에 대한 구제는 기술적 혁신이라는 지식재산권법의 취지에 맞춰 평가되어야 한다. 이를 무시하고 기술을 차단하는 형태의 구제는 특허법의 목적과 기술혁신의 취지를 몰각(沒却)시킬 수 있기 때문이다.⁴³⁾ 문화의 향상발전을 기본 이념으로 하는 저작권법도 마찬가지이다. 따라서 기술이나 서비스에 대한 차단적 규제보다는 활용가능성에 대한 정책적 배려가 필요하다고 본다.

또한, 부정경쟁방지법상 일반규정의 역할이 배제되어야 한다. 일반규정의 남용은 권리남용의 훌륭한 도구가 될 수 있으며, 지식재산 법제를 형해화(形骸化)시킬 수 있다는 가능성을 배제할 수 없기 때문이다. 일반조항이 보충적이라고 하지만, 본안과 쌍으로 청구되기 때문에 본안이 인용되지 않을 경우에는 본안으로 해석되거나 적용될 수 있음을 부인할 수 없을 것이다.

어느 순간 일반조항은 유연성을 제고하기 보다는 지식재산법제의 형해화는 물론, 상충될 수 있는 경쟁업자의 행위까지 부정경쟁 행위로 간주함으로써 네이버 법이 네이버의 발목을 잡는 형국이 될 것이라는 점은 우려만이 아닐 수 있다.⁴⁴⁾ 결국 OPS에 대한 규제는 SW로서 구현되는 서비스를 통해 경험하는 문화적 요

42) 개인은 자신의 자유로운 선택과 결정에 따라 행위하고 그에 따른 결과를 다른 사람에게 귀속시키거나 전가하지 아니한 채 스스로 이를 감수하여야 한다는 ‘자기책임의 원칙’이 개인의 법률관계에 대하여 적용되고, 계약을 둘러싼 법률관계에서도 당사자는 자신의 자유로운 선택과 결정에 따라 계약을 체결한 결과 발생하게 되는 이익이나 손실을 스스로 감수하여야 할 뿐 일방 당사자가 상대방 당사자에게 손실이 발생하지 아니하도록 하는 등 상대방 당사자의 이익을 보호하거나 배려할 일반적인 의무는 부담하지 아니함이 원칙이라 할 것이다. 대법원 2014.08.21. 선고 2010다92438 전원합의체 판결[손해배상(기)].

43) “특허법이 기술혁신을 촉진시키는 목적을 가지고 있으므로, 특허권 침해에 대한 구제수단도 기술혁신을 촉진시키는 역할을 수행해야 할 것이다”라고 지적된다. 윤권순 외, 특허법의 논리, 신문사, 2014, 253면.

44) “우리 자신의 신체의 확장물들을 정말로 저기 바깥에 있는 것, 우리와는 전혀 별개의 것으로 간주하는 나르시시적 태도를 취하는 한, 우리는 모든 기술적 도진들에 제대로 대처하지 못하고 바나나 껍질에 미끄러진 것처럼 버둥대다가 결국엔 붕괴하고 말 것이다”. 마셜 매클루언, 미디어의 이해, 커뮤니케이션북스, 2011, 147면.

소에 대해 이용자의 이용성을 저해한다. 이러한 점에서 OSP에 대한 규제는 문화규제로 수렴된다. OSP 책임 강화는 인터넷 규제 및 SW 규제로 이어지고, 다시 문화규제로 변이(變移)된다. 그러나 규제당국의 인식은 여기에 미치지 못하고 있다. 즉, 규제의 문제는 규제당국이 해당 규제를 문화규제라는 것을 인식하지 못하는 것이 원인이다. 따라서 규제당국에서 OSP 규제가 단순하지 않다는 이해를 전제하고, 다양한 정책에서 발생했던 문제를 발견하고 이를 구조화하여야 한다. 잘못된 문제를 설정하고, 이에 따른 정책을 수립하는 것은 제대로 된 정책효과를 기대하기 어렵기 때문이다.⁴⁵⁾

지금은 새로운 정책을 수립하는 것보다는 기존의 정책을 점검하고, 평가하는 것이 무엇보다 필요한 시기이다. 제안되는 OSP 관련 정책이 기존 정책의 합리적인 개선이 아니라면 이후에 고민해도 늦지 않다.

45) William N. Dunn 저, 정책분석론(제5판), 법문사, 2013, 10면 이하 참조.

참고문헌

- 국회산업통상자원위원회, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 일부 개정 법률안 검토보고서, 2013.4
- 권영설, 문화와 법 : 역동적 관계의 진화, 2014년 공법학자대회, 2014
- 권영준, 특허권 남용의 법리와 그 관련 문제, 산업재산권 제36호, 2011
- 김유환, 행정법과 규제정책, 법문사, 2012, 169면.
- 김윤명, 문화산업 진흥을 위한 법체계 연구, 정보법학 제18권 제2호, 2014, 122면.
- 김윤명, 표현의 자유를 위한 저작권법의 역할 - OSP의 책임논의를 중심으로 -, 법조 제639호, 2009.12, 406면.
- 마셜 매클루언, 미디어의 이해, 커뮤니케이션북스, 2011
- 손승우, 클라우드 서비스와 SaaS의 법적 이슈, 정보법학 제14권 제2호, 2010
- 오병철, 3D 변환 TV의 저작권 침해 여부, 정보법학 제14권 제3호, 2010.12
- 윤권순 외, 특허법의 논리, 신론사, 2014
- 정상조, 명예훼손에 대한 포털의 책임, 서울대학교 법학 제51권 제2호, 2010.6
- 한국정보법학회(박준석 집필분), 인터넷 그 길을 묻다, 중앙books, 2012
- 홍석한, “문화기본권과 문화법제의 형성과 과제”에 대한 토론문, 2014년 공법학자대회, 2014
- William N. Dunn 저, 정책분석론(제5판), 법문사, 2013

[초록]

미국에서의 저작권 침해에 대한 서비스 제공자의 책임

단국대학교 IT융합과정, 김창화

1. 서비스 제공자의 저작권 침해에 대한 간접책임

□ 개요

- 미국 저작권법상 간접책임 제도는 판례법을 통해 발전되어 왔으며, 그 유형에는 대위책임과 기여책임 그리고 유인책임이 존재함
 - 대위책임은 직접침해를 관리할 수 있는 권리나 능력이 존재하여야 하며, 직접침해를 통한 직접적인 경제적 이득을 얻어야 성립함
 - 기여책임은 직접침해 사실을 인식하고, 그 침해를 실질적으로 도운 경우에 부과할 수 있음
- 저작권 침해에 대한 간접책임 제도를 보완하기 위해 저작권법상의 DMCA 조항과 대법원이 창설한 Sony Rule이 있음
 - 이들은 저작권 침해에 따른 간접침해자의 책임 범위를 적절하게 제한하기 위하여 사용되고 있음

□ 주요 사례의 검토

- Shapiro와 Gershwin 사건은 간접책임의 성립 요건을 확립한 사건들이며, 이 사건들에서 간접침해자로서의 피고들은 직접침해자와 그 관계가 매우 밀접하기 때문에, 종래에는 간접책임의 범위가 매우 제한적인 것을 알 수 있음
- Sony 사건은 간접책임이 확대되는 것을 방지하기 위하여 추정적 인식이라는 것을 도입하였고, 해당 제품이 비침해적 사용의 용도를 갖는 경우 간접책임을 인정할 수 없다는 Sony Rule을 도입하여 서비스 제공자에게 안전지대를 제공하였음

- Fonovisa 사건은 유책성 있는 피고를 처벌하기 위하여 간접책임의 범위를 확대하였으며, 특히 간접적인 이득을 직접적인 이득으로 그리고 장소와 설비의 제공을 실질적 도움으로 확대함으로써 간접책임 확대의 계기를 마련함
 - Napster 사건은 이러한 Fonovisa의 판단 방법을 그대로 받아들여 광고비를 직접적인 이득으로 설비의 제공을 실질적 도움으로 인정하여 대위책임과 기여책임을 인정하였으며, 간접책임의 범위가 다시 한 번 확장되는 계기가 됨
- Grokster 사건은 기존의 간접책임 유형에 대한 한계를 벗어나기 위하여 유인 책임 원리를 특허법으로부터 도입하여 저작권법에 적용하였으며, 간접책임의 기본적 원리를 무과실 책임 보다는 과실 책임으로 확정하여 간접책임의 체계를 확립함

□ 간접책임의 문제점

- 간접책임을 인정하는 주된 이유 중 하나는 경제적 효율성을 갖는다고, 다른 하나는 형평성 타당하다는 것임
 - 하지만, 오늘날 간접책임들은 형평성 보다는 경제적 효율성을 이유로 부과되는 이유로 그 범위가 확장되는 경향이 있음
- 간접책임의 확대가 일어나는 또 다른 이유는 저작권 관련 기술이 와해성 이 중용도의 특성을 갖기 때문임
 - 많은 저작권 관련 기술은 침해와 비침해적 용도 모두를 갖지만, 침해적 용도만이 강조되고, 기존 시장이 새로운 기술에 대한 거부감으로 인해 해당 기술이나 서비스에 대한 책임이 넓어지는 문제가 있음
- 간접책임의 확대는 저작권 관련 기술의 발전을 늦추고, 검열을 조장하며, 저작권 산업 자체를 위축시킬 수 있어, 전체적인 국가 산업에 큰 부담이 됨

□ 간접책임의 방향

- 간접책임을 부과할 것인가 여부를 판단하기 위해서는 간접책임 부과 기본 원칙을 확립하고, 그 체계를 설정하며, 그 요건을 명확히 해야할 필요가 있음

- DMCA와 Sony Rule과 같은 간접책임의 확대를 제한할 수 있는 방법이 필요하며, 이러한 방법들은 서비스 제공자들에게 안전지대를 제공할 수 있음

2. 서비스 제공자의 저작권 침해에 대한 직접책임

□ 개요

- 최근, 저작권 침해에 대한 기술이나 서비스의 제공자에 대하여 간접책임이 아닌 직접책임을 묻는 경향이 나타나고 있음
- 텔레비전 방송 프로그램을 재전송하고 복제하는 경우, 저작권자들은 해당 서비스의 제공자가 직접적으로 저작권을 침해하였다고 주장함
 - CSC Holdings 사건에서, 저작권자들은 피고인 서비스 제공자가 직접 복제권과 공연권을 침해하였다고 주장하였고, 법원은 이를 인정하지 않음
 - 또한, 최근 대법원은 위와는 반대로 유사한 사안임에도 불구하고 서비스 제공자의 공연권 침해를 인정하였음

□ 직접책임의 문제점

- 최근 간접책임의 체계가 확립되고 공정이용의 원리가 적용됨에 따라 서비스 제공자에게 간접책임의 부과가 점점 더 용이하지 않고 있어, 서비스 제공자의 책임이 간접책임이 아닌 직접책임으로 옮겨가고 있음
- 서비스 제공자에게 저작권 침해에 대한 직접책임을 부과하는 것은 서비스 제공자가 저작권 침해의 법률적 판단 등을 사전에 해야 하도록 만들어 지나치게 부담으로 작용할 수 있고, 저작권이 서비스를 통제하도록 만드는 위험이 있음

□ 직접책임의 판단

- 복제가 성립하기 위해서는 유체물체의 고정성이 필요하며, 그 고정이 성립하기 위해서는 구현요건과 기간요건이 만족되어야 함
 - 저작물이 잠시 동안 머물렀다가 지워지는 일시적 복제의 경우에는 그 기간

이 장단에 의해 성립 여부가 판단되고, 버퍼에서의 복제는 그 기간이 짧아 기간 요건을 만족하지 않아, 복제가 성립하지 않음

- 복제의 성립을 보다 명확히 판단하기 위해서는 기간요건에서의 기간의 길고 짧음이 아니라 버퍼에서 저장된 저작물의 가치를 기준으로 판단하는 것이 보다 타당함
- o 저작물의 복제가 이용자의 명령에 의해 시스템 상에서 이루어진 경우, 해당 복제의 주체가 누구인지에 대한 판단 기준은 해당 복제 행위가 누구의 의지에 의해 이루어졌는가가 됨
 - 네트워크 디지털 비디오 녹화기의 경우 해당 저작물의 복제는 시스템 상에서 시스템에 의해 이루어졌지만 그 복제를 하도록 한 것은 이용자의 자유 의지였기 때문에 그 복제의 주체는 이용자가 되어야 함
- o 위 시스템에 저장된 복제물을 이용자가 보기 원할 때 재생시키는 경우, 이것이 공개적 공연인지가 문제가 되며, 이 경우에는 누가 그 전송을 수신할 수 있는가에 의해 결정됨
 - CSC Holdings 사건에서는 해당 복제물을 이용할 수 있는 자들은 프로그램을 전송 받은 특정 청중들로 한정함으로써 공개적 공연이 아니라고 판단함
 - 반면, Aereo 사건에서는 해당 복제물을 이용할 수 있는 자들을 이용자 모두로 고려한 이유로 공개적 공연에 해당한다고 함
 - 공개적 공연인지 여부를 검토하기 전에, 해당 재생이 이루어진 것이 이용자의 자유 의지에 의한 것이기 때문에, 공연이 이용자에 의해 이루어진 것으로 보아 서비스 제공자의 책임은 인정하지 않는 것이 타당함

3. 책임 판단의 원칙과 판단 시 유의사항

□ 책임 판단의 원칙

- o 오늘날 저작권 침해에 대한 간접책임은 효율성에 치중하고, 무과실 책임의 원리가 보다 많이 작용하고 있어, 그 범위가 확대되고 있음
 - 따라서 저작권 침해에 대한 간접책임을 간접침해자가 유책성이 있는 경우에만 책임을 지도록 하는 과실 책임으로 그 근본을 삼아야 함
 - 또한, 서비스 제공자의 책임이 확대되는 것을 막기 위하여 합리적인 주의 의무를 부과하여 공정성을 유지해야 함

- 서비스 제공자의 책임이 간접책임 뿐만 아니라 직접책임으로 확대되는 경향이 있어, 여러 사회적 문제를 낳고 있음
 - 원칙적으로, 서비스 제공자는 외관상 저작권을 직접적으로 침해한 것처럼 보이나 이는 자유 의지가 결여된 것이기 때문에 그 책임을 인정하는 것은 부당하며, 자유 의지적 행위에 따라 그 책임 여부를 판단하여야 함

□ 책임 판단 시 유의사항

- 저작권 침해에 대한 서비스 제공자의 책임은 해당 서비스 등의 영향을 구체적으로 살펴 그 책임의 부과 여부를 판단할 필요가 있음
 - 서비스로 인해 발생하는 저작권 침해로 저작권자에게 손해가 발생하였는지, 그렇지 않다면 다른 요인이 있었는지를 살펴볼 필요가 있음
 - 또한, 서비스가 현재와 미래의 우리 사회에 가져오는 혜택을 살펴보아 그 비용과 혜택을 비교할 필요가 있음
- 서비스 제공자의 저작권 침해에 대한 책임을 판단하기 위해서는 여러 구체적인 사정을 고려해야 함
 - 먼저, 해당 서비스의 침해적 사용이 보다 직접적이고 정량화되기 때문에, 책임의 판단에 있어, 비침해적 사용의 잠재적 가능성도 고려해야 함
 - 서비스 제공자의 책임을 판단할 때, 해당 서비스로 인해 발생하는 사회적 이익과 저작권자의 이익을 형량하여야 함

4. 시사점 - 책임의 방향

□ 서비스 제공자 책임의 방향

- 서비스와 관련하여 저작권 침해가 발생하는 경우, 그 책임의 유형으로 간접책임과 직접책임이 존재하며, 해당 책임의 확장을 방지하기 위한 방안들이 필요함
- 또한, 기술이나 서비스 자체가 이용자 등의 개입 없이 침해를 발생하도록 하지 않는 한, 서비스 제공자는 간접책임을 질 뿐, 직접책임을 지지 않도록 하는 것이 보다 형평적인 관점에서 타당함

미국에서의 저작권 침해에 대한 서비스 제공자의 책임

단국대학교 IT융합과정 김창화

I. 서언

저작권 침해는 타인에게 손해를 끼치는 위법한 행위로서 불법행위를 구성하며, 이러한 불법행위에 대한 책임은 원칙적으로 직접적인 행위자인 직접침해자가 부담해야만 한다. 그런데, 최근 인터넷과 같은 저작권 관련 기술의 발전과 저작권 유통 경로의 변화 등은 저작권 산업의 여러 모습을 바꿔 놓았으며, 이는 저작권 침해에 대한 책임의 주체에 대해서도 많은 변화를 가져왔다. 그리하여 많은 저작권 침해 소송에서 저작권자들은 그 책임의 주체를 저작권의 직접침해자가 아닌 기술의 운영자 등을 포함하는 서비스 제공자로 주장하고 있다. 물론, 이러한 저작권 침해에 대한 간접책임은 경제적인 면이나 도덕적인 면에서 필요한 부분이 있으나, 오늘날 이러한 간접책임이 지나치게 남용되는 문제를 보이고 있으며, 이것은 곧 여러 문제들을 낳고 있다.

그런데, 저작권 침해에 대한 서비스 제공자의 책임은 다시 한 번 확대되고 있다. 기존에는 서비스 이용자의 직접책임에서 운영자에 대한 간접책임으로 그 책임이 옮겨갔고, 그 책임의 범위가 되었다면, 최근에는 저작권 침해에 대한 운영자가 저작권 침해에 대한 직접적인 책임을 지도록 하고 있다. 종래에는 서비스 상에서 서비스 이용자의 명령에 따라 저작물의 복제 등이 일어나면, 저작권 침해에 대한 직접책임의 주체는 그 이용자였다. 하지만, 최근에는 그 서비스 자체 내에서 저작권 침해가 발생하고 해당 서비스가 그 침해와 직접적으로 연관되어 있기 때문에, 그 서비스의 제공자가 저작권 침해에 대하여 직접적으로 책임을 져야 한다는 것이다. 그리하여, 오늘날 서비스 제공자는 저작권 침해에 대하여 간접책임과 직접책임 둘 다를 져야하고, 그 책임의 범위가 점점 확대되고 있는 추세라고 할 수 있다.

따라서 오늘날 저작권 침해에 대하여 서비스 제공자는 간접책임과 직접책임 둘 다를 지게 됨으로써, 큰 부담을 안게 되었다. 더욱이, 이러한 서비스 제공자의 책임에 대한 모습들을 살펴보면, 서비스 제공자는 지나치게 넓은 책임을 부담하고 있어 타당하지 않은 면이 많이 존재한다. 이는 서비스 제공자의 책임 범위가 적정하게 제한될 수 있는 방안들이 필요하다는 것을 반증하고 있는 것이다. 이하에서는, 저작권 침해에 대한 서비스 제공자의 책임을 적절하게 제한할

수 있는 방안을 찾기 위하여, 보다 오랜 역사를 갖고 있으며 체계적인 원칙들을 갖고 있는 미국법을 살펴보기로 한다. 이를 위해, 제2장에서는 서비스 제공자가 부담하게 되는 간접책임, 제3장에서는 직접책임에 대하여 살펴보고, 제4장에서는 서비스 제공자의 책임 여부를 결정하기 위하여 필요한 검토사항과 판단의 원칙 등을 살펴보고, 제5장에서 시사점을 제시하기로 한다.

II. 서비스 제공자의 저작권 침해에 대한 간접책임

1. 개요

미국 저작권법에서의 간접 책임 제도는 법에 명문화되지 않고 판례법을 통해 발전되어왔다. 저작권법에서는 오래전부터 대위 책임과 기여 책임을 불법행위법 으로부터 도입하고, 그 체계를 구축하여 왔다. 먼저, 대위 책임은 불법행위법에서 비롯되었기 때문에 간접침해자가 직접침해자를 감독할 수 있는 권리와 능력을 갖고 있는지 여부와 당해 침해로부터 간접침해자가 직접적인 이득을 얻었는 지의 여부에 따라 그 성립여부가 판단되어진다. 그런데, 저작권법은 이러한 두 요건이 확립되어 있음에도 불구하고, 그 요건들을 해석함에 있어서는 일관적이지 않고 사안에 따라 약간씩 차이를 나타내고 있다. 일부 판례들은 상기의 요건들을 제한적으로 해석하여 대위 책임의 범위를 좁게 보는 반면,¹⁾ 일부 판례들은 상기의 요건들을 상당히 넓게 해석함으로써 대위 책임의 범위를 넓히고 있다.²⁾

또한, 기여 책임도 간접침해자의 직접 침해에 대한 인식과 당해 침해에 대한 상당한 기여도, 이 두 요건을 판단함으로써 성립 여부를 검토한다. 기여 책임 또한 대위 책임과 마찬가지로 요건은 명확히 정하여져 있지만, 그 해석에 있어 법원들 간에 차이를 나타내고 있다. 특히, 최근 들어 문제가 되고 있는 것은 인터넷 관련 저작권 침해의 심각성으로 인해 대위 책임과 기여 책임의 범위가 상당히 확대되고 있다는 것이다. 실례로, 근래에 발생하였던 P2P관련 저작권 침해의 경우, 저작권 침해의 심각성을 우려한 나머지, 위 요건들을 상당히 넓게 해석함으로써 P2P 운영자에게 대위 책임과 기여 책임을 인정한 바 있다.³⁾

상기와 같은 두 책임들의 확대는 저작권과 관련된 산업을 위축시키고, 간접

1) *Shapiro, Bernstein & Co., Inc. v. H.L. Green Co., Inc.*, 316 F.2d 304, 307 (2d Cir. 1963); *Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F.2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971).

2) *Fonovisa Inc. v. Cherry Auction Inc.*, 76 F.3d 259 (9th Cir. 1996); *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (C.A.9 (Cal.) 2001); *Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc.*, 213 F. Supp. 2d 1146 (C.D. Cal. 2002); *Motorvations Inc. v. M&M Inc.*, No. 2:99cv0824, 2001 WL 1045617 (D. Utah July 6, 2001).

3) *Napster*, 239 F.3d 1004.

침해자들로 하여금 지나친 검열을 할 수 밖에 없게 하여 언론의 자유를 탄압하게 되는 결과를 낳는 등의 문제가 지적되고 있다. 그런데, 이러한 대위 책임과 기여 책임의 확대 문제와 더불어, 두 책임의 한계를 드러내는 사건이 발생하게 되었다.⁴⁾ 본 사건에서 피고인 간접침해자는 그 전 자신과 유사한 사업을 했던 자가 상기의 두 책임을 지는 것을 보고, 그 책임을 면하고자 시스템 자체를 변경하여 영업을 시작하였다.⁵⁾ 그리하여 법원들은 비록 당해 피고에게 책임을 지우는 것이 타당하다고 생각하였지만 두 책임의 법리 내에서 책임을 지울 수 없었다. 이에, 대법원은 이러한 부조리를 막기 위하여 특허법으로부터 유인책임 원리를 도입하게 되었다.⁶⁾ 저작권 침해에 대한 사용을 촉진하기 위한 목적으로 제품을 배포하는 자는 침해를 조장하려 했다는 명확한 표시나 확실한 조치들에 의해 그 의도가 증명되는 경우 그 제품으로 인해 발생한 침해에 대하여 침해를 유도한 것으로 인정되어 책임을 지게 된다.⁷⁾ 따라서, 상기의 피고는 비록 중앙 서버의 부재로 인해 대위 책임과 기여 책임이 성립되지는 않으나, 여러 가지 증거들에 의해 침해를 조장하려는 의도가 분명하게 나타났고, 이에 대법원은 피고가 유인 침해자로서의 책임을 져야 한다고 판시하였다. 유인책임은 특허법과 유사하게 저작권 침해를 유도하는 자에게 그 책임을 묻는 것으로, 그 성립여부는 침해를 유도하려는 의도를 증명하느냐에 따라 결정되어진다. 하지만, 아직까지 이에 대한 판례가 많이 축적되지 않아, 어떠한 의도를 증명해야 하는지, 그리고 다른 요건, 즉, 특허법에서의 인식과 같은 요건들이 필요한지에 대해서는 아직도 논란이 계속되고 있다.

저작권법에서 특이한 점은 상기의 책임들을 제한할 수 있는 방법으로서 비침해적 사용의 항변을 채택한 것이다.⁸⁾ 저작권법은 대위 책임과 기여 책임이 지나치게 확대되는 것을 막고, 신기술 개발과의 마찰을 막기 위하여 특허법에서의 비침해적 사용 항변을 도입하고, 이를 저작권법상 간접 침해에 대한 항변으로서 인정하여왔다. 이러한 항변을 도입한 계기가 된 Sony사건에서, 대법원은 비록 피고의 제품이 저작권 침해를 할 수 있도록 하지만, 그 제품은 단지 침해에만 사용되는 것이 아니라 상당 부분 비침해적으로 사용될 수 있기 때문에 기여 책

4) Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 259 F. Supp. 2d 1029 (C.D. Cal. 2003).

5) Napster 사건과 Grokster 사건의 두 피고는 모두 P2P 프로그램과 관련된 사업을 영위하였다. 그런데, Napster 사건의 피고가 제공한 P2P 프로그램은 중앙 서버를 가지고 있어 피고가 대위 책임에서의 감시 능력이 인정되고, 기여 책임에서의 침해에 대한 구체적 인식이 가능하므로 대위 책임과 기여 책임이 인정되었다. 이에 Grokster 사건의 피고는 자신의 P2P 프로그램에 중앙서버를 없애고, 사용자들간에 직접 정보를 전달할 수 있게끔 하였다. 그리하여 Grokster 하위심들에서는 피고의 프로그램은 중앙서버가 없어 감시능력도 구체적 인식도 불가능하여 그 책임을 물을 수 없다고 판시하였다.

6) Grokster, 123 S. Ct. 2764.

7) *Id.* at 2770 (“One who distributes a device with the object of promoting its use to infringe copyright, as shown by clear expression or other affirmative steps taken to foster infringement, is liable for the resulting acts of infringement by third parties.”).

8) Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984).

임과 대위 책임이 성립할 수 없다고 판시하고 있다.⁹⁾ 이러한 비침해적 사용의 항변은 특히 인터넷과 관련된 사건들에서 많이 제기되고 있다.¹⁰⁾ 그러나 이러한 비침해적 사용의 항변을 받아들이는 사건은 많지 않다. 대부분의 사건에서 법원들은 비록 당해 제품들이 비침해적 사용을 갖고 있는 것은 사실이지만 그러한 사용의 비중이 너무 낮거나, 피고가 침해에 대한 실질적 인식이나 고의적으로 그 침해에 대한 인식을 무시할 수 있도록 제품을 제작하여 이러한 비침해적 사용이 적용될 수 없다고 하고 있다.¹¹⁾ 사실, 비침해적 사용의 항변은 특허법에서 도입하였지만, 그 적용의 판단 기준이 그리 명확하지 않기 때문에 법원들의 해석에 의존되어왔고, 저작권 침해의 심각성으로 인해 이러한 항변은 그 무게감을 잃어가고 있다. 그러나 비침해적 사용의 항변은 신기술의 개발과 저작권 사이에서 일어나는 분쟁을 해결할 수 있는 유용한 방법이며, 저작권법상 간접침해자들의 책임을 제한할 수 있는 유일한 방법이다. 따라서, 비침해적 사용의 항변에 대한 기원이 된 특허법으로부터 그 명확한 기준과 적용방안을 다시 확립하고자 하는 노력들이 이루어지고 있다.

2. 주요 사례의 검토

(1) Shapiro와 Gershwin 사건

이 두 사례는 저작권 침해에 대한 서비스 제공자의 책임을 매우 제한적으로 판단하였던 사건이며, 간접책임의 유형에 대한 요건을 확립하고 적용한 사건이다. 먼저, Shapiro 사건에서 피고는 여러 매장들이 입점 되어 있는 백화점의 소유자였고, 그 매장 중 한 곳이 불법 복제물을 판매하였다.¹²⁾ 여기서 피고인 백화점 소유자는 해당 매장을 관리하는 규정을 갖고 있었고, 해당 매장의 직원을 해고할 수도 있었으며, 불법 복제물에 대한 판매대금을 직접 받고 차후에 수수료를 받고 그 매장에게 넘겨주었다.¹³⁾ 이에 저작권자들이 백화점의 소유자를 상대로 저작권 침해를 이유로 하는 대위책임(vicarious liability)을 주장하였다. 대위책임이 성립하기 위해서는 간접침해자가 직접침해자를 지배할 수 있는 권리와 능력이 필요하며, 그 직접 침해로부터 분명하고도 직접적인 이득을 얻어야 한다.

9) *Sony*, 464 U.S. at 442.

10) *Napster*, 239 F.3d 1004; *In re Aimster Copyright Litigation*, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003); *Grokster*, 380 F.3d 1154.

11) 비침해적 사용의 항변은 피고가 침해에 대한 추정적 인식(Constructive Knowledge)을 갖고 있는 경우에 적용될 수 있으며, 침해를 충분히 인식하고 있는 실질적 인식(Actual Knowledge)을 갖는 경우에는 그 적용이 인정되지 않는다.

12) *Shapiro*, 316 F.2d at 305-06.

13) *Id.* at 306.

본 사건에서의 피고는 이러한 요건을 아주 잘 충족하였으며, 그리하여 법원은 대위책임을 인정하였다.

다음으로, Gershwin 사건에서 피고는 공연기획자였으며, 그는 콘서트 공연을 위한 계획을 세우고 준비를 하였으며, 콘서트홀을 예약하고 팜플렛을 작성하였다.¹⁴⁾ 여기서 공연을 하는 자는 저작권자의 동의 없이 저작물을 무단사용하여 저작권을 직접적으로 침해하였다.¹⁵⁾ 원고는 이에 피고를 저작권 침해에 대한 대위책임과 기여책임(contributory liability)을 주장하였다. 해당 법원은 저작권 침해에 대한 대위책임은 위 Shapiro 사건에서 확립된 지배능력과 경제적 이득을 원인으로 그 책임을 인정하였다. 다음으로, 해당 법원은 대위책임이 성립하기 위해서는 간접침해자가 직접침해를 알고도 해당 침해를 실질적으로 도왔어야 한다고 하였다. 본 사건에서 피고는 공연을 기획하는 입장에서 해당 저작물이 침해인지를 명확히 알고 있었고, 그 공연을 실질적으로 도왔다. 따라서 해당 법원은 피고가 기여책임을 부담하는 것이 타당하다고 결론 내렸다.

두 사건의 사실들을 살펴볼 때, 두 피고 모두 대위책임과 기여책임의 요건을 매우 잘 만족하고 있음을 알 수 있다. 이와 같이, 예전에는 저작권 침해에 대한 간접책임을 인정하기 위해서는 직접침해자와 매우 밀접한 관계가 있거나 유책성이 상당히 있었음을 알 수 있다.

(2) Sony 사건

본 사건은 VCR과 관련된 사건으로, 피고는 VCR을 제작·판매하였고, 해당 VCR은 텔레비전 프로그램을 녹화할 수 있었다.¹⁶⁾ 이에 저작권자들은 VCR이 자신들의 저작물을 불법적으로 복제할 수 있기 때문에 대위책임과 기여책임을 저야 한다고 주장하였다. 본 사건에 대하여 지방법원은 대위책임과 기여책임을 인정하지 아니하였으나 항소법원은 이들에 대하여 모두 인정하였고, 대법원까지 간 사건이다.

대법원은 먼저 대위책임에 대해서는 직접침해자와 간접침해자 사이에 직접적인 연관관계가 없다고 하면서 그 책임을 인정하지 않았다.¹⁷⁾ 다음으로, 대법원은 VCR 제공자인 Sony의 기여책임 여부를 검토하였으며, 여기서 기존과는 다른 새로운 판단 방법으로 기여책임을 거부하였다. 대법원은 기여책임의 두 요건 중 첫 번째 요건인 직접침해에 대한 인식을 추정적 인식(constructive knowledge)과

14) *Gershwin*, 443 F.2d at 1160-61.

15) *Id.* at 1161.

16) *Sony*, 464 U.S. at 420-22.

17) *Id.* at 438.

실질적 인식(actual knowledge) 두 가지로 나누었다. 대법원은 간접침해자가 추정적인 인식만을 갖고 있을 때, 해당 제품이 상당한 비침해적 용도를 가지면 침해에 대한 인식은 없는 것으로 볼 수 있다고 함으로써 기여책임을 거부하였다.

본 사건에서 결정이 바로 그 유명한 Sony Rule이며, 이는 특허법의 간접책임 원칙을 저작권법에 도입한 것으로 유명하다. 즉, 어떠한 제품이 비록 침해적 용도로 사용될 수 있을 지라도 모두 저작권 침해에 대한 간접책임을 인정할 수 없고, 상당한 비침해적 용도로 사용될 수 있는 경우에는 그 책임을 제한하여야 한다는 것이다. 이는 간접책임을 범위를 제한하여 제품의 개발자나 판매자들에게 안전지대를 제공하는 것으로 오늘날까지 사용되고 있다.

(3) Fonovisa와 Napster 사건

이 두 사건은 앞의 Shapiro와 Gershwin 사건들과는 반대로 간접책임을 범위를 확대한 사건들이다. Fonovisa는 간접책임을 확대하는 계기를 마련하였고, Napster 사건은 간접책임 범위의 확대가 정점에 올랐다고 할 수 있다. 먼저, Fonovisa 사건에서 피고는 베틀시장의 운영자였으며, 불법복제물을 판매하는 장사꾼들에게 장소를 대여해주었다.¹⁸⁾ 여기서, 해당 법원은 대위책임에서의 두 가지 요건이 관리능력과 경제적 이득 그리고 기여책임에서의 인식과 기여를 살펴보았다. 하지만, 앞의 두 사건들과는 달리 본 사건에서의 피고는 직접침해자와 밀접한 관련성이 있지 않았다. 즉, 베틀시장의 운영자는 직접적으로 불법판매자들을 관리할 수 없었고 베틀시장의 입장료나 주차료 이외에 직접적인 수익을 직접침해로부터 받지도 않았으며, 침해에 대한 추정적인 인식은 있었으나 누가 언제 무엇을 침해하는지의 실질적 인식은 없었으며, 해당 직접침해자에게 장소만 대여했을 뿐 더 이상의 도움은 주지 않았다. 하지만, 베틀시장의 운영자는 그 전에 경찰의 경고가 있었음에도 불구하고 계속 장사꾼들로 하여금 영업을 하도록 하였고, 장사꾼들의 이름을 제공하라는 명령에도 응하지 않았다. 이에 해당 법원은 베틀시장 운영자의 유책성을 인지하였고, 이에 대해 책임을 묻기 위해 그 책임의 범위를 확장하게 되었다. 이 사건은 간접적인 이득이 직접적인 이득으로 확대되고 설비와 장소의 제공을 실질적인 기여로 확장 해석하는 기초를 마련하게 되었다.

Fonovisa 사건은 다른 사건에 많은 영향을 끼쳤으며, 그 중 대표적인 것이 바로 Napster 사건이다. Napster 사건에서의 피고는 P2P 서비스 제공자였으며,

18) *Fonovisa*, 76 F.3d at 261.

저작권을 직접적으로 침해한 자들은 해당 서비스의 이용자들이었다.¹⁹⁾ 저작권자들은 Fonovisa 사건에서 마찬가지로 대위책임과 기여책임을 주장하였으며, 해당 법원은 Fonovisa와 유사하게 판단하였다. 먼저, 대위책임에 대해 해당 법원은 피고가 직접침해자들을 탈퇴시킬 수 있는 능력을 갖고 있다는 이유로 관리능력이 있다고 하였으며, 비록 피고가 직접적인 침해로부터 직접적인 이득을 얻지는 않지만 광고료로 얻는 수익이 회원수에 비례한다는 것을 고려함으로써, 이는 직접적인 이득에 해당한다고 확대해석 하였다. 또한, 해당법원은 기여책임을 두 요건 중 인식 부분에 대해서는 수 천만 회원의 침해 행위를 모두 실질적으로 인식할 수 없음에도 불구하고 추정적 인식을 실질적 인식으로 확대하였으며, 실질적인 도움을 장소나 설비의 제공도 포함된다는 Fonovisa의 결정을 받아들임으로써 기여책임을 인정하였다.

이 두 사건들은 저작권 침해에 대한 간접책임을 범위를 확대한 사건들로 유명하다. Fonovisa가 확대의 시초가 되었다면 Napster는 이를 확립한 것이라 볼 수 있다. 그리하여 전통적으로 인정되었던 간접책임을 좀 더 확장시키고 그 인정을 보다 용이하게 만들었다.

(4) Grokster 사건

마지막으로, Grokster 사건은 Napster 사건과 그 사안은 매우 유사하나, 각각의 기술에 있어 중요한 차이점이 존재한다. 그것은 바로 Grokster가 제공한 서비스는 Napster와 달리 중앙 서버가 존재하지 않았고, 이것은 Grokster로 하여금 직접침해자들을 관리할 수도 없고, 인식할 수도 없게 만들었다. 그리하여 저작권 침해에 대한 전통적인 대위책임과 기여책임을 인정할 수 없게 하였고, 실제로 항소법원은 이러한 이유로 두 책임 모두를 인정하지 않았다.

하지만, 항소법원을 비롯한 대법원은 피고의 행위가 Napster와 다르지 않고, 단지 기술적인 차이 때문에 책임을 부과하지 못하는 것은 문제가 있다고 생각하였다. 그리하여 대법원은 위 Sony 사건에서 했던 것처럼 특허법을 다시 한 번 도입하기로 하였고, 그것이 바로 유인책임을 원칙이다. 저작권 침해를 촉진할 목적을 가지고 해당 제품을 배포한 자는 대위책임이나 기여책임을 인정되지 않을 지라도 책임이 인정될 수 있고, 이 경우에는 Sony Rule과 같은 책임 제한 사유도 적용될 수 없다는 것이다.²⁰⁾

본 소송은 유인책임을 도입하고 Sony Rule의 적용을 유지한 것으로 그 의의

19) *Napster*, 239 F.3d at 1011-13.

20) *Grokster*, 125 S. Ct. at 2770.

가 있지만, 저작권 침해에 대한 간접책임의 원리를 확립한 것에도 그 의의가 있다고 할 수 있다. 원래, 저작권 침해에 대한 간접책임의 원리는 무과실 책임에 해당하는 대위책임과 과실책임에 해당하는 기여책임으로 나누어질 수 있는데, 대법원이 유인책임을 선택한 것은 저작권 침해에 대한 간접책임의 무게를 과실책임으로 옮긴 것이라고들 얘기한다. 이는 간접책임에 대한 범위가 무과실책임으로 인해 확대되는 것을 막으려고 하는 대법원의 의도가 포함된 것이기도 하다.

3. 간접책임의 문제점

저작권법은 저작권 침해에 대한 책임의 원칙을 직접책임으로 예정하고 있어, 본래 제3자에 의한 간접책임은 예외적인 경우에 적용되어야 한다. 기술이나 서비스가 저작권 침해와 직접적인 관련이 없었던 때에는 저작권 침해에 대한 책임은 직접책임으로 한정되어 있었고, 제3자에 의한 간접책임의 부과는 상당히 제한적이었다. 그런데, 디지털 기술로 대표되는 저작권 기술이 저작권 침해의 주요 원인으로 취급되면서 간접책임이 직접책임을 대신하고 있다. 그렇다면, 오늘날 저작권 침해에 대한 책임이 서비스 제공자에 대한 간접책임으로 변화된 이유는 무엇이며, 그러한 변화는 타당한지를 검토해야 한다.

저작권 침해에 대하여 간접책임을 인정하는 주된 이유는 다음의 2가지로 모아진다. 그 하나는 간접책임이 직접책임보다 저작권 침해를 다루는데 있어 더 효율적이라는 것이다. 경제적 측면에서, 간접책임은 직접책임보다 보상을 받는 측면에서 매우 유리하다. 예로써, P2P와 관련한 침해 사건들에서, 직접침해자들은 매우 많기 때문에 그들을 모두 찾아 소송을 제기하는 비용이 상당하고, 그들로부터 보상에 대한 청구가 확정되어도 자력이 있는지를 보장할 수 없지만, 간접침해자들은 소수의 자본가들이기 때문에 그러한 문제가 없다. 또한, 저작권 침해를 방지하는 측면에서도 간접책임은 매우 유용하다. 그것은 간접책임자들이 직접침해자들의 행위를 관리·감독할 수 있고, 직접침해자들의 침해 행위들을 막을 수 있는 위치에 있기 때문이다. 또 다른 하나는 간접침해자들이 유책한 행위를 한 경우에는 공평의 원칙상 그들도 그 행위에 대한 책임을 지게 해야 한다는 것이다. 만일, 간접침해자들이 고의나 과실로 침해를 도움으로써 저작권 침해가 발생하였고, 그 행위 자체에 유책성이 있다면, 그 행위에 대한 책임을 지는 것이 타당하기 때문이다.

그런데, 최근 서비스 제공자에 대한 간접책임 사건들에서, 많은 법원들은 위의 2가지 간접책임에 대한 근거들 중 전자 즉, 간접책임의 효율성이 훨씬 더 많

이 강조되고 있다. 하지만, 이들은 사실 무과실 책임에 가까운 사용자책임의 논리에 근거할 요소들이며, 서비스 제공자의 유책성을 살피는 것이 아니다. 따라서 이러한 요소들이 강조되다 보면 그 책임의 범위는 점점 넓어질 수밖에 없게 된다. 서비스 제공자들은 대부분 이용자들의 행위를 관리할 수 있고, 그러한 행위로부터 이득을 얻는다. 또한, 이러한 사항들은 제공자들이 침해의 사실을 인식하고 돕고 있다는 사실을 추론할 수 있게 한다. 이와 같은 추론이 간접책임의 범위를 보다 넓게 인정할 수 있는 근거가 되고 있으며, 실질적으로 많은 사건에 그 범위가 확대 해석되고 있다.

서비스 제공자에 대한 책임이 이와 같이 넓게 인정되는 또 다른 이유는 그 기술 자체의 특징 때문이다. VCR, 컴퓨터, 인터넷, TiVo, P2P, 클라우드와 관련하여 여러 분쟁이 있었다.²¹⁾ 그런데, 이러한 서비스들은 공통된 특징을 갖고 있으며, 그것은 바로 그 서비스들 모두가 이중적인 용도를 갖는다는 것이다. 즉, 저작권 관련 대부분의 서비스들은 저작물을 합법적으로 사용하는데 이용될 수도 있고, 동시에 저작권 침해를 위하여 사용될 수도 있다. 또한, 많은 서비스들은 기존의 시장을 급진적으로 무력화하여 새로운 시장을 만들기 때문에 기존 사업자들에게 상당히 위협적이다. 그리하여 최근 저작권 관련 기술은 이중적인 용도를 갖는 와해성 기술이라고 불린다. 일반적으로, 와해성 이중용도 기술은 기존의 기술이 갖고 있던 문제점인 사용의 편의성이나 가격의 측면을 개선한다. 이러한 기능들은 소비자들에게 강한 유혹으로 작용하여 소비자들을 기존의 시장에서 떠나 새로운 시장으로 옮겨오도록 한다. 여기서, 새로운 시장은 혁신을 만들게 되고, 공중의 이익에 대한 기여를 하게 되지만, 기존의 시장은 무너지게 된다. 일례로, P2P 파일 공유 소프트웨어는 기존의 오프라인 중심의 저작권 시장을 온라인 시장으로 혁신하였고, 소비자들은 저작물을 보다 편리하고 저렴하게 즐길 수 있게 되었지만, 기존 오프라인 중심의 저작권 시장에 대한 인프라를 갖는 시장은 무너지게 되었다. 기존 시장이 붕괴되고 새로운 시장이 형성되는 과정은 필연적으로 사회적 비용을 낳는다. 위 P2P 예에서, 기존의 비디오테이프나 CD에 자본을 투자한 사람은 그 시장이 온라인 시장으로 넘어가게 되면 투자된 자본을 회수할 수 없게 되고, 새로운 시장에 진입하기 위해서는 새로운 투자가 필요하게 된다. 이것은 기존의 서비스에 기반을 두고 있는 자들에게 상당히 위협적일 수밖에 없다. 더욱이, 저작물을 보다 편리하게 이용할 수 있게 하는 서비스의 특징들 즉, 신속하고 대량적인 특징들은 저작권의 침해에도 동일하게 적용된다. 그리하여, 와해성 이중용도 기술은 기존에 비해 훨씬 심각한 저작권 침해를 발생

21) Michael A. Carrier, *Innovation for the 21st Century: Harnessing the Power of Intellectual Property and Antitrust Law*, 106 (2008).

하는 것으로 보인다. 저작권자들은 이러한 특성을 적극 활용하여 침해의 위험성을 부각시키고 그 서비스에 강력한 책임을 요구하며, 이를 통해 그 서비스가 시장으로 진입하는 것을 통제하려 한다.²²⁾

이러한 저작권 침해에 대한 간접책임의 확대는 또한 여러 사회적 문제를 낳게 한다. 첫째, 확대된 간접책임은 저작권 관련 기술 산업을 위축시키며, 기술들의 잠재적 유용성을 무시하고 침해에 대한 심각성만을 고려함으로써 유용한 기술을 잃게 할 수 있고, 이것은 곧 사회적 혁신을 늦추게 된다. 둘째, 확대된 간접책임은 간접침해자들로 하여금 자신들의 책임을 면하기 위하여 검열을 하도록 만들며, 이는 언론의 자유와 같은 국민의 기본권을 해할 염려가 커지게 된다. 셋째, 확대된 간접책임은 위와 같은 관련 기술이나 공중에게 해를 끼칠 수도 있지만, 저작권 산업 자체를 침체시킬 위험도 상당히 크다. 따라서 저작권 침해에 대한 간접책임은 위와 같은 문제를 해결하는 차원에서 적절한 제한이 필요하다 할 것이다.

4. 간접책임의 방향

오늘날, 저작권 침해에 대한 서비스 제공자의 책임은 주로 판례에 의해서 확립되고 있지만, 그 책임의 범위가 침해의 심각성 등으로 인하여 확대되고 있다. 따라서 이러한 책임의 범위를 제한하는 방안들이 요구된다 할 것이며, 이러한 역할을 담당하고 있는 것이 DMCA의 온라인서비스 제공자의 책임 제한이다. 온라인서비스 제공자의 책임제한 규정은 일정한 경우에 온라인서비스 제공자의 행위들이 면책될 수 있고, 저작권자의 권리 주장에 대응하여 적절한 조치를 취함으로써 그 책임이 면제되기도 한다. 물론, 이러한 면책 규정이 완벽하지는 않으며 많은 비판의 대상이 되기도 한다. 하지만, 실질적으로 저작권 침해가 아니면서도 그 외형적 모습이 침해를 구성한다고 하여 그 책임을 인정할 수는 없기 때문에, 책임에 대한 제한이 필요한 것이다. 또한, 저작권자의 권리 보호를 위하여 서비스 제공자가 그 자신의 비용으로, 사전에 모든 저작권 침해의 예방행위를 할 수는 없는 것이기 때문에, 저작권자의 요청이 저작권 보호의 시작이 되는 것이 타당할 것이다. 비록, 현행법상 이러한 면책 규정이 모든 서비스에 대하여 적용될 수는 없으나, 향후 이러한 면책 규정들이 서비스와 저작권의 이익 조화 측면에서 다른 서비스 제공자들에게 확대될 필요가 있을 것이다.

그리고 새로운 안전지대로서 저작권 침해를 막는 합리적인 조치를 한 서비스

22) Barak Y. Orbach, Indirect Free Riding on the Wheels of Commerce: Dual-use Technologies and Copyright Liability, 57 Emory L.J. 409, 412 (2008).

에 대해, 저작권 침해에 대한 책임을 면책하자는 논의가 있다.²³⁾ 물론, 여기서의 합리적인 조치가 서비스에 대하여 의무로서 작용하는 것이어서는 안 된다는 점을 분명히 하고 있어, 그를 하지 않았다고 하여 바로 책임이 부과되는 것은 아니며, 그 합리성도 제한적인 범위로 한정된다 할 것이다. 또한, 이러한 안전지대와 더불어, 미국에서의 Sony 룰과 같이 서비스 제공자의 책임을 제한할 수 있는 도구의 도입도 필요하다. 비록, Sony 룰이 상당한 비침해적 사용에 대한 명확한 기준을 제공하지 않아서, 그 적용에 있어 어려움이 없지 않지만, 위의 저작권 침해 판단시 서비스에 대한 여러 불균형을 고려할 때, 이의 도입이 필요하다 할 것이다. 또한, Sony 룰은 서비스 자체에 대하여 저작권 침해에 대한 책임을 면책할 수 있기 때문에 그 의의도 크다 할 것이다. 이러한 안전지대의 확보는 서비스의 책임을 적절하게 제한하고, 이것을 통하여 저작권 침해의 확대를 막도록 유인할 수 있는 중요한 법적 장치가 될 수 있을 것이다.

Ⅲ. 서비스 제공자의 저작권 침해에 대한 직접책임

1. 개요

기존에는, 서비스 상에서 일어나는 저작권 침해는 그 이용자들이 이루어지는 것이라고 생각하였기 때문에, 저작권자들은 서비스에 대하여 간접책임만을 물어왔다. 하지만, 이러한 경향은 최근 들어 변화를 보이고 있으며, 저작권자들은 서비스 자체에 대한 저작권의 직접침해를 주장하고 있다. 예로써, 미국에서는 네트워크 디지털 비디오 녹화 시스템에 대하여 저작권 침해에 대한 직접책임을 물었던 여러 사건들이 존재한다. 그 중 대표적인 사건이 CSC Holdings 사건이며, 피고 케이블비전(Cablevision)은 케이블 텔레비전 시스템의 운영자로서 새로운 원격 저장 디지털 비디오 녹화 시스템을 개발하고 시장에 내놓았다.²⁴⁾ 해당 시스템은 저작권을 갖는 프로그램을 데이터로 변환시켜 일시적으로 저장하였고, 이용자들이 차후에 시청할 수 있도록 네트워크상에 존재하는 하드 드라이브에 저장하기도 하였으며, 이용자들이 시청하기를 원하는 경우 해당 파일을 송신하였다.²⁵⁾ 이렇게 함으로써 이용자들은 별도의 비디오 녹화기 없이도 집의 텔레비전 등에서 해당 프로그램을 시청할 수 있었다. 이에 대하여, 해당 프로그램의 저작

23) Pamela Samuelson, The Copyright Principles Project: Directions for Reform, 25 Berkely Tech. L.J. 1175, 1194 (2010).

24) Cartoon Network LP, LLLP v. CSC Holdings, Inc. 536 F.3d 121, 124 (2d Cir. 2008).

25) *Id.* at 124-25.

권자들은 시스템의 각 단계별 행위들에 대해 즉, 일시적 저장과 서버에 저장한 행위를 복제권의 침해로, 파일을 송신한 행위는 공연권의 침해로 소송을 제기하였다.²⁶⁾

해당 법원은 이 3개의 행위들에 대하여 저작권 침해 여부를 각각 판단하였다. 먼저, 일시적 복제에 대해서는 복제의 요건인 구현요건과 기간요건 중 기간요건이 성립하지 않음을 즉, 저장된 기간이 너무 짧아 복제가 성립되지 않았다고 판단하였다.²⁷⁾ 다음으로, 서버에 프로그램을 저장한 행위가 복제권 침해인지 여부에 대해서는 누가 해당 프로그램을 복제하였는가로 모아졌으며, 해당 법원은 해당 복제의 주체를 피고가 아닌 이용자로 보아 피고의 직접책임을 부정하였다.²⁸⁾ 마지막으로, 피고가 해당 프로그램을 이용자에게 전송한 행위가 공개적으로 공연을 행하였는가의 문제는 그 공연의 대상이 해당 프로그램에 대한 잠재적 청중이 아니라 전송된 해당 프로그램에 대한 청중으로 한정되기 때문에 공개적 공연에 해당하지 않는다고 판결하였다.²⁹⁾

그런데, 흥미로운 것은 위와 유사한 사안에 대하여 최근 대법원이 위 항소법원과 정면으로 배치되는 판결을 내렸다는 것이다. Aereo 사건으로 불리는 이 사건은 CSC Holdings 사건과 같이 자동화된 시스템을 제공하고 있고, 그 작동은 가입자에게 전적으로 맡겨져 있으며, 다른 사실적 배경 또한 유사하였다.³⁰⁾ 그럼에도 불구하고, 대법원은 공개적 공연의 성립 여부에 대하여 Aereo 시스템을 케이블 텔레비전과 동일시하면서, 그 전송이 되는 저작물의 수와 상관없이 공연을 전송한 것이고, 전송의 대상은 프로그램에 대한 모든 잠재적 청중인 가입자들로 봄으로써 공개적 공연을 인정하였다.³¹⁾

2. 직접책임의 문제점

위에서 살펴본 바와 같이, 저작권 침해에 대한 기존의 서비스 책임은 직접적으로 저작권을 침해한 이용자들의 행위에 대하여 간접적으로 책임을 부담하는 것이었다. 하지만, 최근 저작권자들은 저작권 침해에 대한 책임을 간접책임만으로 한정하지 않고, 점차 그 범위를 넓혀가고 있으며, 그 중 하나가 서비스 자체에 대하여 직접책임을 주장하는 것이다. 이것은 위에서 저작권 침해에 대한 책임을 서비스로 집중하는 것과 같은 이치일 것이며, 서비스에 대한 책임의 범위

26) CSC Holdings, 536 F.3d at 124.

27) *Id.* at 130.

28) *Id.* at 131.

29) *Id.* at 135-36.

30) American Broadcasting Companies, Inc. v. Aereo, Inc., 134 S. Ct. 2498 (2014).

31) *Id.* at 2508-11.

를 확장하는 하나의 방법으로도 볼 수 있을 것이다. 저작권자들이 서비스의 직접책임을 주장하는 또 다른 이유는 간접책임의 부과가 용이하지 않다는데 있다. 미국은 간접책임에 대한 범위가 지나치게 확장되는 것을 막기 위해 그 범위를 제한하려고 하고 있어, 간접책임의 적용이 점차 쉽지 않다는 것이다. 더욱이, 미국 등은 간접책임의 부과를 위해서는 직접침해가 반드시 존재해야 하는데, 많은 경우에 이용자들의 행위는 공정이용에 해당되어 직접침해를 구성하지 않아 간접책임을 부과하는 것이 용이하지 않다. 그리하여 미국 등은 저작권 침해에 대한 서비스의 책임을 물을 때, 점차 간접책임에서 직접책임으로 변화되고 있다. 마지막으로, 오늘날 서비스들은 이용자들의 편의를 위해 이용자가 하는 행위를 모두 대신할 수 있도록 디자인해놓는 경우가 많다. 이용자는 최소한의 행위 즉, 단 한번의 클릭과 같은 행위를 하게 되면, 저작물을 이용할 수 있다. 그리하여, 대부분의 저작물 이용 행위가 서비스에 의해 이루어지게 되며, 이러한 점들은 외형적으로 서비스가 저작물에 대한 복제나 공연 등의 행위를 하는 것으로 보이게 되어, 서비스에게 저작권 침해에 대한 직접책임을 물을 수 있는 빌미를 제공하고 있다.

저작권 침해에 대한 서비스의 직접책임은 서비스의 구조인 디자인에 의해 결정된다고 볼 수 있다. 그렇다면, 서비스가 침해적 사용을 제한하는데 있어 상당한 정도로 디자인 되었는지가 직접책임 판단의 주가 될 것이다. 하지만, 이러한 디자인에 의한 판단 방법은 여러 면에서 문제가 있다. 먼저, 서비스는 침해행위를 막을 수 있는 디자인을 고려해야 하기 때문에, 저작권 침해에 대한 책임을 사전에 고려하여 디자인해야 하는 어려움이 있다. 더욱이, 시간에 따라 서비스의 주된 목적이 변화하기 때문에, 사전에 위와 같은 것을 고려하여 디자인 하더라도 침해적 사용의 방지를 보장할 수 없다. 예로써, VCR과 관련된 사건에서, VCR의 제조자가 저작권 침해에 대한 직접책임을 부담하지 않기 위해서는 사전에 침해 부분을 고려해서 디자인했어야 했다. 하지만, VCR에 의한 시간이동(time shifting)이 침해인지 아닌지를 결정하는데 8년이라는 시간이 걸렸고, 그나마도 여러 대법관들 사이의 의견이 갈렸다.³²⁾ 그렇다면, 서비스는 이러한 것들을 사전에 고려해서 디자인을 해야 하는 것은 현실적으로 가능할 것이라고 생각되지 않으며, 이는 서비스에게 지나친 부담을 줄 수밖에 없을 것이다. 또한, 디자인을 사전에 고려해야 하는 것은 저작권에 의해 서비스의 개발 방향을 정하는 것이 되어, 기술 발전을 저해하고 혁신에 지장을 주며, 결국은 저작권에 의해 기술이 통제되는 결과를 초래하게 된다.

32) R. Anthony Reese, The Problems of Judging Young Technologies: A Comment on Sony, Tort Doctrines, and the Puzzle of Peer-to-Peer, 55 Case W. Res. L. Rev. 877, 896-97 (2005).

3. 직접책임의 판단

(1) 일시적 복제

미국 저작권법상 복제가 성립하기 위해서는 유체물에 고정(fixation)되어야 하며, 그 고정은 또한 매개체로부터 인식되거나 재생될 수 있도록 구현되어야 하고, 일시적 기간 이상 동안 유지되어야 성립한다.³³⁾ 이것은 곧 복제가 성립하기 위해서는 구현요건과 기간요건 모두가 만족되어야 함을 의미한다. 그런데, 버퍼는 일반적으로 저작물 전체를 오랜 기간 동안 저장하지 않고, 저작물의 일부를 짧은 시간 동안만 저장했다가 내보내는 행위를 반복하면서 저작물 전체를 통과시킨다. 예로써, CSC Holdings 사건에서 버퍼는 전체 저작물의 매 초 부분이 버퍼에 놓여 있었으며, 그 부분은 다음 부분이 들어오면 내보내졌고, 그 유지 시간은 1.2초 정도였다.³⁴⁾ 그렇다면, 버퍼는 저작물의 일부를 매우 짧은 기간 동안만 저장한 것이고, 이러한 경우 구현요건과 기간요건이 만족될 수 있는가에 대해서는 논란의 여지가 있을 수 있다. 먼저, 복제에 있어 구현요건을 만족하기 위해서는 해당 저작물이 인식되고, 재생산되고, 전달될 수 있도록 충분히 영속적이고 안정적인 것이어야 한다.³⁵⁾ 버퍼는 비록 저작물의 일부를 잠시 동안만 순차적으로 저장하기는 하나, 저작물의 이용자 등이 저작물의 전체를 인식하고 재생산할 수 있으며 전달할 수 있기 때문에 충분히 영속적이고 안정적이다. CSC Holdings 사건의 법원은 훨씬 더 긴 저작물의 극히 일부분만이 버퍼에 독립적으로 놓여 있다면 그 결과는 다를 수 있다고 한 것을 미루어볼 때, 버퍼에서의 저장된 양과 연속적 흐름을 구현요건의 성립 여부를 결정하는 중요한 판단요소라고 보고 있는 듯하다.³⁶⁾ 본 사건에서도 원고와 피고 모두 구현요건의 성립에 대해서는 동의하였기 때문에 구현요건이 성립하는가 여부에 대해서는 큰 문제가 없어 보인다.

하지만, 기간요건은 그 요건 자체가 복제의 필수적 성립요건인지 여부부터 문제가 되고 있다. CSC Holdings 사건의 하급심과 상급심은 기간요건이 필수적인지 여부에 대하여 서로 다른 근거를 제시하며 대립된 의견을 내놓은 바 있다. 그런데, 기간요건을 판단하지 않았다고 하는 MAI Systems 사건이나 저작권청의 리포트 등을 살펴볼 때, 기간요건을 명시적으로 요구하지는 않았으나, 기간요건

33) 17 U.S.C. § 101.

34) *CSC Holdings*, 536 F.3d at 129.

35) Paul Goldstein, *Goldstein on Copyright*, § 7:14.1 (2008).

36) *CSC Holdings*, 536 F.3d at 129.

을 복제의 성립요건으로서 판단했다는 것은 어렵지 않게 발견할 수 있다.³⁷⁾ 또한, 미국 저작권법 제101조가 복제의 성립요건으로서의 고정(fixation)에서 구현과 기간을 분명하게 규정하고 있는 것을 볼 때, 현행 미국법상 복제가 성립하기 위해서는 기간요건이 복제의 필수 성립요건이라 할 수 있다.³⁸⁾ 그렇다면, 기간요건의 성립을 검토하기 위해서 남은 것은 기간요건에서 말하고 있는 일시적 기간 이상이 어느 정도인지를 밝히는 것이다. CSC Holdings 사건의 법원은 MAI Systems 사건에서 저작물이 램에 몇 분 동안 저장된 경우와 달리 해당 사건에서는 저작물의 일부가 1.2초 동안만 저장되고 없어지기 때문에 일시적 기간 이상이 아니라고 판단하였다.³⁹⁾ 즉, 해당 법원은 그 기간을 양적인 측면에서 판단하여, 1.2초는 일시적 기간이라 보고 몇 분은 일시적 기간이 아니라고 보았다. 하지만, 이러한 양적인 판단은 그 기준이 불명확하여 예측가능성이 없고, 특정 사건에서의 구체적인 특징들을 고려할 수도 없기 때문에, 타당한 것으로 보이지 않는다. 사실, 최근 기술들은 빠른 속도로 데이터를 전송하거나 복제할 수 있게 하기 때문에, 위 판결은 침해가 빨리 발생할 경우 저작권 침해만을 할 수 있는 제품도 합법적으로 만들게 할 수 있다.⁴⁰⁾ 이것은 저작권법의 목적과 부합하지 않으며, 일시적 기간을 판단하는 다른 기준이 필요하다는 것을 보여주고 있다.

미국 저작권청은 이러한 문제에 대하여 복제의 성립 여부를 기간의 길고 짧음이 아니라 해당 복제의 경제적 가치에 따라 그 성립 여부가 결정되어야 한다는 의견을 밝힌 바 있다.⁴¹⁾ 예로써, CSC Holdings 사건에서 버퍼가 프로그램을 복제하였고, 피고가 이러한 복제에 대하여 가입자에게 일정의 사용료를 청구한 경우에는 복제로 인정하고 그렇지 않은 경우에는 복제로 인정하지 않는다는 것이다. 그런데, 본 사건에서 피고는 버퍼에서의 복제에 대한 사용료를 청구하였고 볼 수 없고, 버퍼에서의 복제는 단지 정보 흐름의 한 절차라고 할 수 있기 때문에 경제적 가치를 인정하기는 어렵다. 다시 말해, MAI Systems 사건에서 램에 프로그램을 일시적으로 저장하는 것과는 달리 저작권자의 시장을 잠식할 수 있는 가능성이 매우 적다. 이러한 방법은 상황에 따라 유동적으로 복제의 성립 여부를 검토할 수 있고, 공정이용에 해당하는지 여부를 함께 검토할 수 있어 보다 타당한 결론에 이를 수 있을 것이다.

(2) 복제의 주체

37) *CSC Holdings*, 536 F.3d at 128-29.

38) *Id.* at 129.

39) *Id.* at 130.

40) Michelle Hugard, *Lost in Transitory Duration: A Look at Cartoon Network v. CSC Holdings, Inc. and Its Implications for Future Copyright Infringement Cases*, 43 U.C. Davis L. Rev. 1491, 1516 (2010).

41) U.S. Copyright Office 2001 Report, at 109-13.

네트워크 디지털 비디오 녹화기(이하 ‘네트워크 녹화기’)는 추후에 가입자들이 방송 프로그램 저작물을 시청할 수 있도록 네트워크상에 존재하는 가입자의 개인 서버에 해당 저작물들을 복제하고 저장한다. 하지만, 여기서의 복제는 모든 저작물을 일괄적으로 서버에 저장하는 것이 아니라 가입자의 요청이 있는 경우에만 이루어진다. 이 상황에서, 복제의 주체로서는 네트워크 녹화기 제공자와 개인 가입자가 해당될 수 있다. 만일, 제공자가 복제의 주체로 인정되면, 제공자는 저작물을 복제함으로써 저작권에 대한 직접침해자가 되지만, 가입자가 복제의 주체로 된다면 제공자는 간접책임을 질 수는 있지만 직접책임을 지지 않게 된다. 그렇다면, 저작권 침해에 대한 제공자의 책임을 묻기 위해서는 제공자가 복제의 주체가 되는지 여부를 검토해야 한다.

Netcom 사건의 법원이 자유의지에 대한 개념을 도입한 이래로, 미국의 법원들은 자유의지에 의한 행위를 저작권 침해의 중요한 성립 요소로 보고 있다.⁴²⁾ 하지만, 문제는 Netcom 사건의 법원이 자유의지에 대한 의미와 범위를 명확하게 설명하지 않았기 때문에 그 판단기준이 명확하지 않다는 것이다. Netcom 사건 이후로, Costar 사건에서 자유의지와 관련한 문제가 다시 검토되었고, 해당 법원은 단순히 기기를 운영하는 것은 자유 의지적 행위에 해당하지 않고, 불법 복제에 대한 실질적 침해 행위가 존재해야 한다고 판시하였다.⁴³⁾ 반면, Arista 판결은 비록 Costar와 비슷한 사실관계를 갖지만, 피고가 침해의 발생에 대한 수동적인 제공자가 아니라 적극적인 참가자였기 때문에 복제에 필요한 자유의지를 갖고 있다고 판단하였다.⁴⁴⁾ 이와 유사하게 대비되는 두 판결이 존재하는데, 그 하나는 Dish 사건이고, 다른 하나는 ReDigi 사건이다. Dish 판결에서, 해당 법원은 피고가 녹화 가능한 프로그램을 선택할 수 있는지, 녹화의 시간과 끝을 정할 수 있는지, 그리고 시청이 가능하도록 하는 시간의 길이를 결정할 수 있는지 여부 즉, 피고의 능력에 집중하여 살펴보고 복제의 주체는 사용자라고 결정하였다.⁴⁵⁾ 반대로, ReDigi 판결은 피고가 소프트웨어를 프로그래밍하고 기술 설비를 제작한 의도에 초점을 맞추었으며, 자유 의지적 행위를 인정할 수 있다고 판단하였다.⁴⁶⁾ 그리고 CSC Holdings 판결은 네트워크 녹화기의 가입자가 VCR의 사용자와 다르지 않다고 판단하면서, 실제로 녹화 버튼을 누르는 자가

42) Netcom 사건의 법원은 저작권에 대한 직접책임을 성립하기 위해서는 행위자의 자유의지나 인과관계가 침해행위에 존재해야만 한다고 판시하였으며, 시스템을 단순히 제공한 것은 자유의지나 인과관계가 결여된 것이라고 판단한 바 있다. see *Netcom*, 907 F.Supp. at 1369-70.

43) *Costar Group, Inc. v. LoopNet, Inc.*, 373 F.3d 544 (4th Cir. 2004).

44) *Arista Records LLC v. Usenet.com, Inc.*, 633 F.Supp.2d 124, 148 (S.D.N.Y. 2009).

45) *Fox Broad. Co., Inc. v. Dish Network LLC*, 723 F.3d 1067, 1073-74 (9th Cir. 2013).

46) *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*, 934 F.Supp.2d 640, 655-57 (S.D.N.Y. 2013).

자유의지에 대한 필수적 요소를 갖는다고 하였다.⁴⁷⁾

사실, 저작권법은 저작권 침해가 성립하는데 있어 인간의 행위를 직접적으로 요구하지는 않는다.⁴⁸⁾ 하지만, 일부 법원들은 자동화된 시스템에 대한 침해의 소송에서 자유 의지적 행위를 인정하는데 있어 선결 요건으로서 실질적인 인간의 관련성을 강조하고 있다.⁴⁹⁾ 피고나 피고와 동일시 할 수 있는 종업원들이 저작물을 제공하였는지 여부나 그들이 검열을 했는지를 살펴보는 것이 이러한 예라고 할 수 있다. 이것은 인간의 관여가 직접침해의 판단에 있어서 중요한 요소라는 것을 보여준다. 그렇다면, 문제는 네트워크 녹화기와 같이 자동화된 시스템을 제공하는 경우이다. 이 경우에는 복제를 행하는데 있어 인간 즉, 제공자의 관여는 매우 적은데도 불구하고 제공자가 직접책임을 져야하는가를 묻는 것이다. 위에서 살펴본 사례들을 볼 때, 많은 법원들은 자동화된 시스템을 제공하는 자의 책임을 판단할 때 단순히 자유 의지를 검토하기 보다는 제공자의 행위를 종합적으로 검토하는 것을 볼 수 있다. 제공자가 만일, 저작물을 제공하거나, 불법복제를 유인하거나, 불법복제를 위하여 적극적인 조치를 한 경우에는 복제권 침해에 대한 가능성이 높아질 것이다. 그런데, 여기서 생각해야 할 것은 자동화된 시스템을 처음에 디자인하는 과정에서 인간의 관여 즉, 자유의지가 반영될 수 있다는 것이다. 만일, 자동화된 시스템이 모든 저작물을 복제하는 것으로 디자인되었다면 그 시스템의 제공자는 자유의지가 인정될 수 있을 것이다.

그렇다면, 이러한 판단 기준에 의할 때, 네트워크 녹화기의 개인 서버에 저작물을 복제하는 것은 누가 될까? 시스템 제공자는 사용자의 명령에 따라 복제물이 만들어지도록 하고, 해당 복제물을 개인 가입자의 저장 공간에 저장한다. 제공자는 시스템을 제공하고 운영하지만, Dish 판결에서와 같이 원하는 프로그램이 무엇인지 그리고 언제 복제를 할 것인지에 대한 것은 전적으로 가입자에게 달려있다. 또한, 시스템 제공자가 복제와 관련성이 크거나 실질적인 침해 행위를 했다고 볼 수도 없다. 더욱이, 불법적인 복제를 유인하거나 악용하였다고 보기도 어려우며, 불법복제를 위한 적극적인 조치를 취하지도 않았기 때문에 종합적인 행위 측면에서도 직접침해를 인정하기는 어렵다. 마지막으로, 해당 시스템의 디자인 측면에서 복제의 의도가 있는지를 살펴보면, 해당 시스템이 저작물을 복제하고 서버에 저장할 수 있도록 설계되었지만, 이 모든 행위는 사용자의 명령에 따라 이루어진다. 그리고 가입자의 복제가 불법적인 복제라기보다는 공정한 이용에 해당하기 때문에 불법적인 침해행위라고 보기도 어렵다. 따라서 네트워크

47) *CSC Holdings*, 536 F.3d at 131.

48) Raymond T. Nimmer, *Law of Computer Technology* § 15.3 (2012).

49) Carrie Bodner, *Master Copies, Unique Copies and Volitional Conduct: Cartoon Network's Implications for the Liability of Cyber Lockers*, 36 *Colum. J.L. & Arts* 491, 515 (2013).

녹화기 서버에서의 복제는 제공자가 아닌 가입자에 의해 이루어진 것이라고 보는 것이 타당한 것으로 보이며, 제공자의 저작권 침해에 대한 직접책임이 인정되기는 어려울 것이다.

(3) 공개적 공연

네트워크 녹화기는 또한 가입자 등이 저장된 저작물을 보기 원하는 경우, 해당 저작물을 재생하는데, 이러한 재생은 저작물에 대한 공연권을 침해할 수 있어 문제가 된다. 미국 저작권법은 저작권자에게 동영상과 같은 시청각 작품들을 공개적으로 공연할 수 있는 독점권을 부여하고 있다.⁵⁰⁾ 일반적으로, 시청각 저작물을 재생하는 것은 공연에 해당하기 때문에 공연에 해당하는지 여부는 크게 문제되지 않는다. 그렇다면, 문제는 그 공연이 공개적으로 이루어진 것인가로 모아진다. 미국 저작권법은 공개적이 무엇인지에 대하여 정확한 정의를 내놓지는 않았지만, 잠재적 수신자들이 어떤 시간이나 장소에서 그 공연을 수신하는지는 공개적이라는 것에 영향을 미치지 않는다고 한다.⁵¹⁾ 따라서 공개적인지 여부의 판단은 누가 그 전송을 수신할 수 있는가에 의해 결정된다.

CSC Holdings 판결과 Aereo 판결을 비교해 보면, 둘 다 모두 자동화된 시스템을 제공하고 있고, 그 작동은 가입자에게 전적으로 맡겨져 있으며, 다른 사실적 배경 또한 유사하지만 결론은 정반대로 나타나고 있다. 특히, 공개적 공연의 성립에 대한 2가지 쟁점에 대해서, CSC Holdings 판결은 전송을 할 때 새로운 저작물이 전송되는 것이고, 전송의 대상을 해당 프로그램을 전송 받은 특정 청중들로 한정함으로써 공개적 공연을 부정하였다.⁵²⁾ 반면, Aereo 판결은 Aereo 시스템을 케이블 텔레비전과 동일시하면서, 그 전송이 되는 저작물의 수에 상관없이 공연을 전송한 것이 되고, 전송의 대상은 프로그램에 대한 모든 잠재적 청중인 가입자들로 봄으로써 공개적 공연을 인정하였다.⁵³⁾ 그런데, Aereo와 같은 접근 방식은 잠재적 청중의 범위를 지나치게 넓힘으로서 공개의 범위를 너무 넓게 인정할 수 있게 한다. 네트워크 녹화기에서 재생되는 시청각 작품에 대한 잠재적 청중이 일반 공중이라고 한다면, 공개적 공연에 해당하지 않는 것은 거의 없을 것이다. 하지만, 저작권법은 분명하게 비공개 전송의 존재를 고려하고 있으며, 실질적으로 전송되는 저작물이 녹화하는 사람에 따라 서로 다를 수 있고 그것을 볼 수 있는 사람도 복제를 요청한 자로 한정되기 때문에 프로그램에 대한

50) 17 U.S.C. § 106(4).

51) 17 U.S.C. § 101.

52) *CSC Holdings*, 536 F.3d at 135-36.

53) *Aereo*, 134 S. Ct. at 2508-11.

모든 잠재적 청중으로 하는 것은 타당하지 않다. 또한, Aereo의 접근 방식은 시스템 제공자의 책임이 자신의 행위에 의해서가 아니라 다른 사람의 행위에 의해 좌우될 수 있어 불합리하다. 따라서 네트워크 녹화기에서 저작물을 재생하는 것은 새로운 저작물을 비공개적으로 공연하는 것에 해당한다고 볼 수 있다.

사실, 네트워크 녹화기는 30년 전 Sony 사건에서의 VCR과 녹화된 저작물의 위치만 다를 뿐, 네트워크 녹화기 가입자와 VCR 소유자에 의해 재생이 이루어지는 것으로서 큰 차이가 없는 것으로 보인다. 이러한 측면에서, 네트워크 녹화기에서 이루어지는 재생은 시스템 제공자에 의해 이루어지는 것이 아니라 가입자에 의해서 이루어지는 것이고, 그렇기 때문에 시스템 제공자의 공연 자체가 성립할 수 없다는 견해도 존재한다. 이 견해에 따르면, 공연의 성립도 앞의 서버에서의 복제와 같이 자유 의지적 행위에 결정된다고 한다.⁵⁴⁾ 네트워크 녹화기는 복사기나 VCR과 같이 가입자가 활성화할 때까지 휴면상태이기 때문에, 해당 공연도 가입자에 의해서만 이루어지는 것이고 시스템 제공자의 행위는 공연을 구성하지 않는다는 것이다.⁵⁵⁾ 이러한 경우에는 공연이 성립하지 않기 때문에 공개적인지 여부를 따질 필요도 없이 시스템 제공자의 저작권 침해 책임은 인정되지 않게 된다. 따라서 네트워크 녹화기 시스템이 저작물을 재생하는 것이 공연에 해당하든 해당하지 않던 간에 그 재생이 가입자에게 전적으로 맡겨져 있고, 그 전송을 받는 대상이 하나의 가입자라면 공연권의 침해는 성립되지 않는 것으로 보아야 할 것이다.

IV. 책임 판단의 원칙과 판단 시 유의사항

1. 책임 판단의 원칙

(1) 간접책임 - 과실 책임의 원칙

위에서 살펴본 바와 같이, 기존 미국은 저작권 침해의 유형으로 대위책임과 기여책임 두 가지를 인정하였었다. 먼저, 대위책임은 종업원 등의 불법행위에 대하여 사용자에게 책임을 묻는 respondeat superior 원칙에서 기인하였다. 그리고 사용자 책임이 인정되기 위해서는 사용자와 종업원의 관계가 존재해야만 하고, 종업원의 불법행위가 업무범위 내에서 이루어져야 한다.⁵⁶⁾ 그렇다면, 저작권 침

54) *Id.* at 2512.

55) *Id.* at 2513-14.

56) Black's Law Dictionary (9th ed. 2009).

해에서 간접침해자인 기술과 직접침해자들 사이에는 이러한 관계가 성립하지 않는다. 하지만, 저작권법은 이러한 관계의 범위를 확장하여 간접침해자와 직접침해자에까지 적용될 수 있는 것으로 하였다.⁵⁷⁾ 그리고 이러한 원칙의 특성상 대위책임의 주요 목적은 위험과 손실의 분담에 있었다. 그리하여, 간접침해자가 직접침해자를 통제할 수 있는 권리나 능력이 존재하고, 침해행위로부터 직접적인 이익을 취하는 경우에는 이러한 관계가 성립될 수 있다고 하였다. 또한, 이러한 판단 요소들에는 간접침해자의 고의나 과실과 같은 유책성이 존재하지 않기 때문에, 대위책임은 무과실책임(strict liability)의 일종이다. 이와 같이, 대위책임의 발전 역사를 살펴볼 때, 그 책임의 주체 범위는 이미 만들어질 때부터 확대되었었고, 간접침해자의 유책성 보다는 위험과 손실의 분담에 있다 보니 사회적 책임과 같은 성격이 강하여 그 범위가 넓어질 수밖에 없었다.

반면, 기여책임은 간접책임자의 침해행위에 대한 인식을 함에도 불구하고 침해행위를 도운 것에 대한 책임이기 때문에 간접침해자의 유책성을 판단해야만 한다. 그렇기 때문에, 그 범위는 대위책임 보다 일반적으로 좁다. 하지만, 기존의 여러 사례들을 살펴볼 때, 대부분의 사건들은 대위책임과 기여책임을 동시에 묻는 경우가 많았고, 법원들은 이를 혼용하여 판단하는 경우가 많았다. 일례로, Napster 사건의 법원은 피고가 해당 시스템에서 침해행위를 통제할 수 있었다는 이유로 피고가 침해행위를 알고 있다고 판단하였다.⁵⁸⁾ 즉, 여러 법원들은 기여책임을 판단함에 있어, 대위책임의 요건으로부터 기여책임의 요건을 추론하였고, 이를 통해 대위책임이 인정되는 경우 기여책임을 대부분 인정하였고, 유책성을 판단하는 과실 책임(fault-based liability)의 원칙에서 벗어나 그 범위를 확대 해석하였다. 그리하여, 저작권 침해에 대한 기술의 대위책임과 기여책임의 범위는 점차 확대되어갔던 것이다.

이러던 중, 대법원은 Grokster 사건에서 유인책임을 도입하고, 간접책임에 대한 원칙을 과실 책임으로 확립하여, Sony 사건에서와 같이 기술의 책임이 확대되는 것을 막을 수 있도록 하였다.⁵⁹⁾ 대법원의 원칙에 의할 때, 간접침해자의 책임은 그가 과실이 있느냐 여부에 따라 결정된다. 그리하여, 기술의 간접책임은 기여책임과 유인책임에 의해서만 결정되고, 대위책임은 확대된 주체의 범위가 아닌 사용자와 종업원의 관계에 한정되어 적용될 수 있다. 또한, 기여책임과 유인책임 부과도 상당히 제한적으로 해석되어야 한다. 특히, 기여책임은 유책성이 없는 자들에게 책임을 부과하거나 비침해적 행위를 억압하도록 확대 해석되어서

57) *Gordon v. Nextel Communications*, 345 F.3d 922, 925 (6th Cir. 2003) (사실, 사용자 책임의 범위는 독립적인 계약자 사이, 라이선서와 라이선시의 사이, 집주인과 세입자까지로 확대되었다.).

58) *Napster*, 239 F.3d at 1022.

59) *Grokster*, 125 S. Ct. at 2779-80.

는 안 된다. 그리고 유인책임은 간접침해자가 상당한 확실성을 가지고 그의 행위가 침해를 지지한다는 사실을 단순히 아는 경우에는 부과되지 않으며, 침해를 촉진할 명백한 목적을 가진 경우에 한하여 부과된다.⁶⁰⁾ 이것은 곧, 기술이 저작권자의 피해를 방지하기 위하여 합리적인 주의를 하였을 경우에는 죄가 없고, 그렇다면 저작권 침해에 대한 책임을 지지 않게 된다.

(2) 직접책임 - 자유 의지적 행위

다음은 기술에 대하여 직접책임을 묻는 경우의 문제이다. 오늘날, 대부분의 기술들은 저작물을 용이하게 이용할 수 있도록 시스템을 구축해 놓기 때문에, 그 이용자들은 한 번의 클릭만으로 저작물을 복제하거나 이용할 수 있게 한다. 최근 문제가 되었던 네트워크 디지털 비디오 녹화기는 그 자체가 저작물을 수신하고, 그를 복제하며, 차후에 재생하도록 하며, 이용자는 한 번의 클릭으로 이 모든 것을 할 수 있다. 이것은 외형상 기술이 저작물의 복제와 공연 등의 행위를 직접적으로 하는 것으로 보이며, 이러한 특징은 저작권자들로 하여금 저작권 침해에 대한 직접책임을 기술에게 물을 수 있게 한다. 또한, 앞서 언급한 바와 같이, 이용자들의 행위가 공정이용에 해당하여 직접침해가 성립하지 않고, 그러한 경우 기술의 간접책임을 성립하지 않아, 기술에게 책임을 묻기 위한 방법으로 직접책임으로 눈을 돌리는 것이기도 하다.

미국은 Netcom 사건에서 자유의지에 대한 개념을 도입한 이래로, 자유 의지에 의한 행위를 저작권 침해의 중요한 성립요소로 보고 있다.⁶¹⁾ 하지만, Netcom 사건의 법원은 이러한 자유의지에 대한 의미와 범위를 명확하게 제공하지 않았기 때문에, 그 판단에 있어서는 어려움이 있다. 이후로, Costar 사건에서 자유의지에 대한 문제가 다시 한 번 검토되었고, 여기서 해당 법원은 단순히 기기를 운영하는 것은 자유 의지적 행위에 해당하지 않고, 실질적인 침해행위가 존재하여야 한다고 판시하였다.⁶²⁾ 반면, Arista 판결은 비록 Costar와 유사한 사실관계를 갖지만, 피고가 침해의 발생에 대한 수동적 제공자가 아니라 적극적인 참가자라고 하면서 복제의 성립에 필요한 자유의지를 갖고 있다고 판단하였다.⁶³⁾ 또한, 미국 법원들은 피고가 녹화 가능한 프로그램을 선택할 수 있는지 여부, 녹화의 시간과 끝을 정할 수 있는지 여부, 그리고 시청이 가능하도록 하는 시간의

60) Jane C. Ginsburg & Sam Ricketson, Inducers and Authorisers: A Comparison of the US Supreme Court's Grokster Decision and the Australian Federal Court's KaZaa Ruling, 11 Media & Arts L. Rev. 1, 7 (2006).

61) Religious Technology Center v. Netcom, 907 F.Supp. 1361, 1369-70 (N.D. Cal. 1995).

62) Costar Group, Inc. v. LoopNet, Inc., 373 F.3d 544 (4th Cir. 2004).

63) Arista Records LLC v. Usenet.com, Inc., 633 F.Supp.2d 124, 148 (S.D.N.Y. 2009).

길이를 결정할 수 있는지 여부 등 피고의 능력에 따라 자유의지를 결정한 사건도 있고,⁶⁴⁾ 기술에 대한 제작 의도에 따라 자유의지를 판단한 사건도 존재한다.⁶⁵⁾ 최근, 네트워크 녹화기에 관한 CSC Holdings 사건에서, 해당 법원은 네트워크 녹화기의 가입자는 VCR의 사용자와 다르지 않다고 하면서, 녹화 버튼을 누른 자가 자유의지에 대한 필수적 요소를 갖는다고 판단하였다.⁶⁶⁾

저작권법은 저작권 침해의 성립에 있어 인간의 행위를 직접적으로 요구하지 않는다.⁶⁷⁾ 그러나 많은 법원들은 자동화된 시스템과 관련된 소송에서 자유 의지적 행위를 인정하기 위한 선결 요건으로서 실질적인 인간의 관련성을 요구한다.⁶⁸⁾ 즉, 저작권 침해에 대한 기술의 직접책임을 판단할 때, 해당 기술이 전적으로 불법행위만을 할 수 있는 것이 아니라면, 그 기술 자체를 운영하는 것은 직접침해에 해당하기 어렵다. 따라서 직접책임을 인정되기 위해서는, 이러한 행위를 넘어 불법행위로 인정될 수 있는 행위로서 저작물의 제공, 불법복제의 유인 등의 적극적인 조치가 요구된다 할 것이다. 기술은 이용자의 편의를 위해 시스템을 구축해 놓고, 이용자의 명령에 따라 복제물을 만들고, 저장한다. 하지만, 기술은 어떠한 프로그램을 복제할 것이고, 언제 할 것인지는 이용자에게 달려있다. 따라서 이러한 경우에는 기술이 불법적인 복제를 유인하거나 악용하는 등의 적극적인 조치를 하지 않는 한, 직접침해를 지지는 않을 것이다.

문제는 기술의 디자인은 기술의 개발자에 의하여 이루어지기 때문에, 그 개발자의 자유 의지가 포함될 수 있고, 그 디자인으로 인해 침해가 발생한 경우 직접책임을 인정될 수 있는 소지가 있다. 일례로, 인터넷 서비스 제공자는 한 사용자가 다른 사용자에게 데이터를 보낼 때, 그 제공자의 장치는 전송을 자동적으로 가능하게 한다. 그렇다면, 그 전송이 우연히 저작물의 복제라는 결과를 낳았을 때, 그 기술의 제공자가 직접적으로 책임을 져야 하는 것일까? 제공자의 시스템은 콘텐츠와는 무관한 것이고, 법원들은 직접책임을 부과될 수 있기 전에 저작물에 대한 자유 의지적 측면을 요구할 것이기 때문에, 책임을 지지 않는다. 네트워크 방송에서 저작물을 복제하고 저장하며, 공연을 할 수 있게 하지만, 이는 이용자의 요구가 없는 경우에는 이루어지지 않는 것이고, 그 기술의 제공자가 그러한 요청 없이 그러한 행위들을 하지도 않는다. 따라서 피고 자신이 저작권자의 독점적 영역을 침범했을 경우에만, 직접적으로 책임을 지도록 할 것이고, 이는 곧 누가 콘텐츠를 선택하였고, 그러한 행위가 시작되었는지에 따라 직접책

64) Fox Broad. Co., Inc. v. Dish Network LLC, 723 F.3d 1067, 1073-74 (9th Cir. 2013).

65) Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc., 934 F.Supp.2d 640, 655-57 (S.D.N.Y. 2013).

66) CSC Holdings, 536 F.3d at 131.

67) Raymond T. Nimmer, Law of Computer Technology § 15.3 (2012).

68) Carrie Bodner, Master Copies, Unique Copies and Volitional Conduct: Cartoon Network's Implications for the Liability of Cyber Lockers, 36 Colum. J.L. & Arts 491, 515 (2013).

임의 여부가 결정될 것이다. 사실, 저작권 침해에 대한 기술의 직접책임을 인정하는 경우, 그 기술의 세부적인 디자인과 운영 방식에 따라 그 침해 여부가 결정될 것인데, 이러한 방식은 그 책임의 판단에 일관성을 떨어뜨리고, 기술의 개발자들에게 대한 예측가능성 측면에서도 문제가 있을 수 있다.

2. 책임 판단 시 유의사항

(1) 판단의 요소

오늘날, 대부분의 저작권 침해는 기술에 의해 이루어지고, 그 기술이 발전하면 할수록 저작권 침해의 범위는 점점 넓어지는 것이 사실이기 때문에, 저작권 침해에 대하여 기술의 책임을 간과할 수는 없다. 다만, 이러한 기술의 책임은 공공의 이익 보호라는 측면과 기술의 혁신이라는 측면에서 제한되어지고, 그 범위가 합리적이어야만 한다. 그렇기 때문에, 저작권 침해에 대한 기술의 책임은 침해의 단면적인 모습만을 가지고 그 책임을 판단할 수만은 없고, 기술과 저작권 간의 여러 사정을 고려하여야만 한다.

먼저, 저작권 침해로 인해 발생하는 피해에 대한 기술의 영향력에 대해서 살펴볼 필요가 있다. 저작권자들은 기술에 의한 저작권 침해 때문에 많은 피해를 보고 있다고 주장한다. 물론, 기술 때문에 저작권자들이 피해를 입었다는 것은 부인할 수 없는 사실이지만, 이러한 피해는 기술에 의한 저작권 침해 때문만은 아니며, 다른 여러 요인들로부터 발생되기도 하였다.⁶⁹⁾ 예로써, P2P로 인한 침해가 발생한 경우, 저작권자들은 그 기술 때문에 음악 CD의 판매실적이 감소했다고 주장하였다. 하지만, CD의 판매실적이 감소했던 이유는 고가의 CD 가격, 여러 곡이 담긴 CD만을 판매하던 관행, CD의 복제기술과 USB 드라이브의 개발, DVD와 비디오 게임 등과의 경쟁의 증가, 그리고 국제 경제의 침체까지 다양하다.⁷⁰⁾ 그렇다면, 기술에 의한 침해 때문에 저작권자들이 피해를 입은 것은 아니다. 한 음반 회사의 내부 보고서는 미국에서의 판매 하락이 인터넷 침해와는 전혀 관련이 없었다는 것을 보여주기도 하였다.⁷¹⁾ 사실, CD 판매의 감소는 음반 회사의 이익이 감소하는 것이고, 이것이 창작을 위축시키는 것이 아니기 때문에 즉, 저작권법의 목적은 창작의 촉진이지 음반회사의 이익을 극대화하는 것이 아니기 때문에 기술에 의한 침해가 창작을 감소시키는 것도 아니라는 것이다.

69) Martin Peitz & Patrick Waelbroeck, The Effect of Internet Piracy on Music Sales: Cross-Section Evidence, 1 Rev. Econ. Res. on Copyright Issues 71, 78 (2004).

70) Carrier, *supra* note 21, at 121.

71) Music's Brighter Future, The Economist, Oct. 30, 2004.

다음으로, 기술이 가져오는 침해의 문제와 대비하여 기술이 가져오는 혜택을 고려해야만 한다. 저작권 관련 기술로 대표되는 디지털 기술의 주요한 특징은 많은 정보들을 빠른 시간 안에 배포할 수 있게 한다는데 있으며, 이러한 기술의 특징은 저작권 침해에 있어 매우 치명적이다. 하지만, 이러한 특징은 우리 사회에 매우 큰 이득을 가져다주고 있다. 예로써, P2P 기술은 저작권 침해에 대한 많은 문제들을 가져와서 문제라고 생각되었지만, 오늘날 이 기술은 우리 사회에 상당한 혜택을 가져다주고 있다. P2P 기술이 현재 사용되는 곳에는 컴퓨터 간에 무료로 통화를 할 수 있게 하는 Skype, 검색, 채팅, 메시지 전송을 가능하게 하는 온라인 TV 서비스인 Joost, 다수의 이용자들이 동시에 하나의 문서를 편집할 수 있게 하는 Groove Network 등이 있다.⁷²⁾ 이러한 기술들은 이미 우리 사회에서 매우 중요한 기술로서 인식되고 있다는 것은 주지의 사실이며, 따라서 공공의 이익 차원에서 기술이 필요하다는 것을 의미한다. 더 나아가, 기술은 저작권자들의 이익을 위해 필요하다. 새로운 기술들은 단기적으로 기존의 비즈니스 모델을 위협하지만, 장기적으로 새로운 시장과 모델을 제공함으로써 저작권의 가치를 향상시킨다. VCR이 개발되어 시장에 등장한 후, VCR은 저작권 침해와 관련한 분쟁에 휩싸였었지만, 비디오 영화 시장이라는 새로운 시장이 형성되었고, 이를 통해 막대한 수익을 올릴 수 있었다. 또한, P2P 기술이 등장한 초기에는 많은 문제가 제기되었지만, 지금은 온라인 시장이 형성되어 대부분의 음악 및 영화가 그를 통해 거래되고 이용되어진다. 이것은 기술이 창작을 위협하기 보다는 저작권자들에게 새로운 수입원을 제공한다는 것을 의미한다. 그리고 이러한 기존의 기술들이 가져다주는 혜택들은 앞으로 개발되는 기술들이 가져올 혜택 중 극히 일부일 뿐이다.

또한, 저작권 침해에 대한 기술의 책임은 저작권자들이 저작권 침해에 대한 구제조치 중 하나일 뿐이며, 저작권자들은 자신들의 이익을 보호하기 위한 여러 가지 다른 대안들을 갖고 있다. 먼저, 위에서 언급한 바와 같이, 저작권법은 저작권 침해에 대한 책임을 직접책임으로 예정하고 있기 때문에, 저작권자들은 기술에 대한 책임이 존재하지 않는다고 하여도 이용자들의 직접책임을 물을 수 있다. 다음으로, 저작권자들은 법안을 통해 자신들의 권리를 보호할 수도 있다. 종래에 미국 의회는 컴퓨터 프로그램 관련 특별규정을 만들기도 하였고,⁷³⁾ 음악 저작물, 뮤직박스, 공중 방송, 케이블텔레비전, 그리고 인공위성 시스템과 관련하여 강제실시권을 도입하기도 하였다.⁷⁴⁾ 또한, 의회는 디지털 녹음 장치와 공테

72) Carrier, *supra* note 21, at 139; 이 밖에도 온라인 멀티 플레이어 게임을 배포하기 위해 네트워크를 사용하는 Blizzard Entertainment, 지구의 고화질 사진을 배포하기 위해 네트워크를 사용하는 NASA, 밴드의 라이브 음악 공연을 배포하기 위해 팬들에게 허락하는 eTree 등이 있다. *see id* at 140.

73) 17 U.S.C. §§ 109(b), 117.

이프 등에 로열티를 부과하는 Audio Home Recording Act(AHRA)⁷⁵⁾와 기술적 조치에 대한 우회를 막고 저작권 침해에 대한 조치를 할 수 있게 하는 Digital Millennium Copyright Act (DMCA)를 제정하기도 하였다.⁷⁶⁾ 어떤 학자들은 파일 공유를 위해 사용되는 제품에 대해 부담금을 부과하는 제도의 도입을 주장하기도 하며,⁷⁷⁾ 어떤 학자는 저작권자들에게 신속한 권리 구제를 할 수 있도록 분쟁 해결 시스템을 도입하자고 주장하기도 한다.⁷⁸⁾ 저작권자들은 기술적 보호조치를 통해 자신들의 권리를 보호할 수 있는 방법들도 갖고 있다. 암호화, 디지털 워터마크, 핑거프린팅 기술, 그리고 다른 디지털 저작권 관리 기술들은 저작물이 사용됨에 있어 상당한 제한을 가할 수 있다. 더 나아가, 저작권자들은 개선된 방식의 플랫폼을 제작하여 저작권 침해가 발생하지 않도록 할 수도 있다. 애플의 iTunes 스토어나, 영화나 텔레비전 쇼에 대한 판매나 대역을 제공하는 Movielink와 CinemaNow 등은 좋은 예라 할 것이다.

(2) 판단의 유의점

위에서 살펴본 저작권 침해에 대한 기술 책임의 판단에서, 그 핵심은 기술이 갖는 침해적 사용과 비침해적 사용에 대한 비교 형량이라 할 것이다. 그런데, 기술이 갖는 침해적 사용과 비침해적 사용을 단순 비교하는 것에는 여러 문제점이 있다고 지적되고 있다. 먼저, 많은 경우에 기술에 대한 침해적 사용은 지나치게 넓게 보고 있지만, 비침해적 사용은 무시되는 경향이 있다. 이는 기술들의 등장 직후, 기술의 침해적 사용들은 즉시 나타나고, 분명하며, 정량화 할 수 있으며, 저작권자들에 의해 주장되지만, 비침해적 사용들은 기술의 도입 초기에는 분명하지도 않고 예측가능하지도 않기 때문이다. 사실, 기술이 등장한 초기에는 그 기술을 개발한 자를 포함하여 대부분의 사람들은 그 기술이 어떠한 방향으로 발전되고 어떠한 혜택을 가져올지에 대한 정확한 예측이 어려우며, 그렇기 때문에 기술의 방향이 확립되기에는 시간이 필요하다. 일례로, Bell은 전화기가 주로 매일 뉴스를 방송하는데 사용되어질 것이라 생각했고, Edison은 축음기가 노인들이 유언을 하기 위해 사용되는 것으로 생각했었고, iPod은 등장 초기에 단지 음

74) 17 U.S.C. §§ 111, 115, 116, 118.

75) 17 U.S.C. §§ 1201-05.

76) 17 U.S.C. § 512(i).

77) William W. Fisher, III, Promises to Keep: Technology, Law and the Future of Entertainment, ch. 6 (2004); Neil W. Netanel, Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing, 17 Harv. J.L. & Tech. 2 (2003).

78) Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, Reducing Digital Copyright Infringement without Restricting Innovation, 56 Stan. L. Rev. 1345, 1351 (2004).

악을 듣는 데만 사용되었었다.⁷⁹⁾ 한 학자는 새로운 기술들의 중요성을 정확하게 예측 하는 것이 어려운 이유로서 혁신의 초기 단계의 이해, 기술들간의 경쟁 관계, 그리고 완전히 새로운 기술들을 상상할 수 있는 제한된 능력을 들기도 한다.⁸⁰⁾

이러한 예측의 어려움은 이를 판단하는 법원들에게도 영향을 미쳐서 기술의 잠재적 혜택을 무시하는 경향이 강하다. *Aimster* 판결에서, 피고는 기술의 5가지 비침해적 사용을 주장하였지만, 해당 법원은 이러한 사용들을 무시하였고, 침해적 사용만을 강조하여 기술의 책임을 인정하였다.⁸¹⁾ 또한, 많은 경우에 단기간의 침해와 장기간의 비침해적 사용의 개발 사이의 상호작용이 무시되기도 한다. 디지털 음악에 대한 침해적 사용은 디지털 음악의 이점과 잠재력에 대한 인식을 상당히 증가시키고, 이러한 사용은 저작권자들로 하여금 합법적인 디지털 음악 시장이 필요함을 느끼게 한다. 이것은 저작권자들에게 새로운 기술과 시장을 이용할 최선의 방법들을 조사하게 하여, 그 문제를 해결하고 더 큰 시장을 확보하기도 한다. 사람들은 VCR의 등장 초기에는 텔레비전 프로그램을 녹화하기 위해 그것을 구매하였지만, 차후에는 미리 녹화된 영화 등을 재생하기 위하여 구매된 것을 보면 쉽게 알 수 있다. 따라서 기술의 침해적 사용과 비침해적 사용을 비교할 때, 현실적인 모습만을 보고 이를 행하여서는 안 되며, 기술의 잠재적 사용과 침해적 사용과 비침해적 사용과의 연관성 등을 종합적으로 고려해야만 한다.

다음으로, 한 학자는 기술의 침해적 사용과 비침해적 사용을 단순하게 비교해서는 안 되는 이유를 반독점법 측면에서 설명하며, 이를 *error-cost* 불균형으로 명명한다.⁸²⁾ *Error-Cost*의 이론은 기술의 잠재적 혜택을 무시하면 안 되는 이유를 설명하며, 소송에서의 잘못된 결정에 의해 발생하는 비용들을 비교함으로써 보호 대상을 확정한다. P2P의 소송과 관련하여 다음의 두 가지 오류가 있을 수 있다. 하나는 결정이 잘못되어 기술을 사용하지 못하도록 하는 것이고, 다른 하나는 결정이 잘못되어 기술에게 책임을 물어야 하는데 묻지 않은 것이다. 여기서 전자를 틀렸지만 부정적인 오류(a false negative error)라고 하며, 이 경우에는 사회가 무엇을 잃었는지도 인식하지 못하게 하여, 사회에 가져다줄 많은 가능성을 잃게 한다. 반면, 후자의 경우는 틀렸지만 긍정적인 오류(a false positive error)라고 하며, 이 경우에는 사회가 기술의 영향력을 인식할 수 있으며, 오류로 인해 발생하는 저작권자들의 피해는 다른 방법에 의해 보완할 수 있

79) Carrier, *supra* note 21, at 129.

80) Nathan Rosenberg, Factors Affecting the Diffusion of Technology, 10 *Explorations in Econ. Hist.* 3, 13-14 (1972).

81) *In re Aimster Copyright Litigation*, 334 F.3d 643, 652-53 (7th Cir. 2003) (여기서 5가지 비침해적 사용은 저작권 없는 음악에 대한 사용, 녹음물 가치의 증가, 정보의 교환 허용, 보호받지 못하는 작품에 대한 암호화, 이미 구매한 CD의 복제에 대한 허용을 들었다.).

82) Raymond Shih Ray Ku, *Grokking Grokster*, 2005 *Wis. L. Rev.* 1217, 1282.

다고 한다. 이와 같이, error-cost 이론은 보호의 대상을 좀 더 분명하게 확정할 수 있도록 하며, 기술에 대한 책임을 평가하는데 유용할 것이다. 저작권 침해에 대한 기술의 책임을 평가하기 위해서는 위의 이러한 점들이 반드시 고려되어야 하며, 그렇게 하는 것이 기술의 책임을 좀 더 타당하게 검토할 수 있고, 여러 충돌하는 이익들을 조화시키는데 도움이 될 수 있을 것이다.

V. 시사점 - 책임의 방향

기술이나 서비스 제공자와 관련하여 저작권 침해가 발생한 경우, 해당 제공자들은 저작권 침해에 대하여 간접책임이나 직접책임을 질 수 있다. 저작권자들은 최근의 기술 발전이 그 어느 때보다도 저작권 침해를 심각하게 만들고 있어, 그 제공자들이 저작권 침해에 대한 책임의 주체가 되어야 한다고 주장하고 있다. 그리하여, 오늘날 그 제공자들이 부담하는 간접책임과 직접책임을 범위는 상당히 확대되어 있다, 하지만, 이러한 확대된 책임 범위는 혁신을 저해하고, 저작권 관련 산업과 저작권 산업 자체의 발전에 지장을 주는 등의 문제를 야기한다. 또한, 책임의 범위가 확대된 데에는 기술의 침해적 사용과 비침해적 사용의 불균형 등 여러 가지 원인들에 기인하기 때문에, 그 범위는 다시 검토되어야 한다. 즉, 저작권 침해에 대한 기술이나 서비스 제공자의 간접책임과 직접책임은 적절한 범위 즉, 해당 기술이나 서비스로 인해 초래되는 혜택과 문제에 대한 균형의 지점으로 제한될 필요성이 있다. 이를 위해, 저작권 침해에 대한 제공자의 간접책임은 과실 책임의 원칙에 근거하여 새로이 정립되어야 하며, 직접책임은 자유 의지적 행위에 의해 그 성립 여부가 검토되어야 한다.

또한, 기술이나 서비스와 관련하여 저작권 침해가 발생하는 경우, 그 책임의 유형으로는 직접책임과 간접책임이 존재하지만, 기술이나 서비스 자체가 이용자 등의 개입 없이 침해를 발생하도록 하지 않는 한 직접책임이 성립되지는 않는다. 만일, 기술이나 서비스의 직접책임에 대한 판단이 모호한 경우에는 자유 의지적 행위에 의하여 그 행위의 주체를 결정할 수 있다. 즉, 저작권 침해에 대한 기술이나 서비스의 책임은 예외적인 경우에만 직접책임을 인정할 수 있고, 원칙적으로 간접책임에 의하여야 한다. 또한, 간접책임의 성립 여부는 책임의 범위를 확대하는 무과실 책임의 요소들을 배제하고, 과실 책임 원칙 하에서 판단되어야 하며, 해당 기술이나 서비스에 대한 유책성과 해당 기술이나 서비스가 갖는 비용과 혜택에 의해 그 책임의 부과 여부가 결정되어야 한다.

저작권
정책연구보고서