

인터넷상의 저작물 불법유통에 대한 규제방안*

김 병 일**

◀ 目 次 ▶

- I. 서언
- II. 기술적 보호조치
- III. 온라인서비스제공자(OSP)의 책임제한
- IV. 결어

(논문투고일 : 2009.12.1. / 논문심사일 : 2009.12.10. / 게재확정일 2009.12.18.)

I. 서 언

최근 인터넷 기술 등의 발달로 P2P(Peer to Peer) 사이트, 웹하드 사이트를 통한 저작권 침해가 광범위하게 확산되고 있다. P2P에 의한 파일교환은 정보처리나 전달의 최적화를 도모할 수 있는 반면, 익명성이 있는 콘텐츠의 거래를 위하여 저작권자의 허락을 얻지 않고 파일교환을 행하여지고 저작권 침해의 위험성이 높다는 것이 특징이다. 최근의 웹하드 사이트를 통한 서비스의 경우에는 기가(G)급 단위의 영상물도 쉽게 업로드(uploading) 행위와 다운로드(download) 행위를 할 수 있게 됨에 따라 음악저작물 뿐만 아니라 영상저작물의 불법이용이 증가하고 있다.

P2P 사이트와 웹하드 사이트를 통한 파일교환에 의한 저작권 침해소송의

* 본 논문은 2009.7.16 한국정보보호진흥원 및 단국대학교 법학연구소가 공동개최한 학술 세미나에서 발표한 글을 수정, 보완한 것임.

** 한양대학교 법학전문대학원, 교수

형태는 파일교환의 이용자(user)를 피고로 한 ‘직접적인 침해’ 소송과 파일교환 시스템의 제공자를 피고로 한 ‘간접적인 침해’ 소송으로 구분된다. 파일교환은 파일의 업로드(uploading) 행위와 다운로드(download) 행위로 구성된다.

업로드행위에 대해서는 대부분의 국가에서는 WCT 및 WPPT에서 합의된 이용가능화권이나 전송권이 적용되며, 이용가능화권을 규정하고 있지 않는 미국 등에서는 배포권이나 복제권 등이 적용될 것이다. 최근에는 저작권 침해의 주행위자로서 저작권 침해의 장을 제공해주는 사이트 운영자와 이러한 사이트에서의 반복적 침해자가 규제의 초점이 되고 있다. 전자는 OSP의 책임과 제한이라는 관점에서 반복적 침해자의 경우에는 저작물을 인터넷상에 업로드하는 행위에 초점을 맞추어 온라인상의 저작권 침해방지방안이 검토되고 있다. P2P 파일교환에서와 달리 개인적으로 다운로드 받는 경우에는 사적복제가 되는지 여부가 불분명하여 저작권 침해 여부를 판단하기 어렵다. 다운로드 행위에 대해서는 우리나라와 같이 ‘사적사용’으로서 권리가 제한되는 경우도 있고, 미국과 같이 사적사용에 특화된 권리제한이 규정되어 있지 않고 다운로드행위가 공정이용(fair use)에 해당하지 않는 경우에는 복제권 침해가 되는 경우도 있다. 최근에는 사적복제의 범위를 명확히 하여 P2P 시스템에 의한 불법복제물의 유통을 규제하거나 불법 다운로드(illegal downloading)를 명시적으로 금지하는 국가들이 나타나고 있다. 또한 인터넷상에서 효과적으로 저작권을 보호하기 위한 OSP의 책임 및 면책에 관한 문제, 기술적 보호조치 및 권리관리정보에 관하여 집중적으로 논의되고 있다.

최근 지적재산권의 집행을 강화하기 위한 새로운 국제적인 법적 시스템인 「위조 및 불법복제 방지협약(Anti-Counterfeiting Trade Agreement: 이하 ‘ACTA’¹⁾라 함)」의 체결을 위한 협상이 진행되고 있는데, 동협상에서는 민사적 조치(금지청구, 손해배상, 일방적 수색 및 기타 예비조치, 민사적 손해 액수 추정의 용이성 등), 형사적 조치(비친고적 기소권, 침해물품 제작에 이용되는 도구의 압수 및 폐기, 압수물품의 폐기, 침해물품으로부터 발생한 이익

1) 최근 지적재산권의 집행을 강화하기 위한 새로운 국제적인 법적 시스템인 「위조 및 불법복제 방지협약(Anti-Counterfeiting Trade Agreement: 이하 ‘ACTA’라 함)」의 체결을 위한 다자간 협상이 미국과 일본의 주도 하에 우리나라를 포함한 13개국을 중심으로 긴밀하게 진행되고 있다. 이에 관한 자세한 분석은, 김병일, “ 위조 및 불법복제방지조약(ACTA) 협상 주요쟁점, 「Law & Technology」 제5권 제6호(2009.11), 79면 이하 참조.

의 압수 등)와 국경조치(국경조치의 대상이 되는 침해 지적재산권의 종류, 국경 조치의 절차, 국경 조치를 취할 수 있는 권한의 범위) 뿐만 아니라 인터넷상 불법복제물 유통 단속 제도가 주요 쟁점이 되고 있다. ACTA에서는 온라인서비스제공자(OSP)의 책임, 기술조치 및 권리관리정보 등 디지털 환경에서 효과적으로 저작권을 보호하기 위한 규범 마련을 위하여 논의가 되고 있다. 우선 불법저작물의 다운로드행위의 위법화 문제가 주된 이슈가 되고 있다.

본 글에서는 인터넷서비스이용자들의 저작권침해행위를 방지하기 위한 기술적 보호조치, 온라인서비스제공자(OSP)의 책임을 중심으로 검토하고자 한다.

II. 기술적 보호조치

1. 기술적 보호조치의 의의 및 필요성

정보기술의 발전에 의해 기록매체나 네트워크의 고속화, 대용량화가 진행되고 있다. 그 결과 영상, 음악, 게임 등을 가정에서 즐기는 정보처리환경이 갖추어지고 있다. 또한 디지털저작물의 유통형태, 유통수단의 다양화나 비용의 삭감도 진전됨과 동시에 디지털저작물의 제작현장에서도 디지털처리에 의한 새로운 영상표현이나 제작비용의 저하 등이 기대되는 등 온라인 또는 오프라인이든지 유통매체에 구애받지 않는 다양한 디지털저작물 유통을 가능케 하는 기술적 기반이 구축되고 있다. 또한 컴퓨터기술과 정보통신기술의 발전을 토대로 해서 DVD 등의 대용량 매체를 이용한 디지털저작물 유통이 가능하게 됨에 따라 디지털저작물의 수요가 확대될 뿐만 아니라 새로운 디지털저작물 유통의 기반이 되는 콘텐츠의 작성, 가공, 유통이나 전송 등에 관련된 새로운 산업의 발전이 시작되고 있다. 그러나 디지털저작물의 특성상 기존 저작물에 비하여 침해가능성이 높아짐에 따라 디지털저작물의 부정이용 행위나 부정이용을 조장하는 장치의 유통을 억제할 필요성이 크게 요구되고 있다.²⁾ 이러한 디지털환경 하에서 저작권자는 저작물의 불법적인 이

2) 著作権法令研究会・通商産業省産業政策局知的財産政策室, 著作権法・不正競争防止法改正解説, 有斐閣, 1999, 190-191면; 小野昌延(編), 新・注解 不正競争防止法, 青林書院,

용 및 복제를 통제하거나 저작물에 대한 접근을 통제하기 위하여 광범위한 기술적 보호조치(technological (protection) measure: TPM)를 취하고 있다.³⁾

아날로그 환경에서 저작권자들이 적용시킨 기술적 보호조치도 무력화될 수 있었으나 무력화행위 그 자체를 규율할 필요성이 상대적으로 적었다. 그러나 디지털 형태의 저작물을 담고 있는 DVD에 적용된 기술적 보호조치가 무력화되는 경우, DVD에 담겨있는 콘텐츠, 곧 영상저작물은 인터넷을 통하여 배포될 수 있게 되어 그 피해규모가 아날로그 환경과는 비교할 수 없을 정도로 증가하게 되었다. 이러한 디지털 환경 하에서 저작권자들은 자신들이 적용시킨 기술적 보호조치를 무력화시키는 행위를 규제하기를 희망하였고, 이러한 규제가 바로 기술적 보호조치 입법으로 나타나게 되었다.

2. 조약 및 주요 국가의 입법례

1) 기술적 보호조치 입법

기술적 보호조치의 무력화를 규제하는 입법은 1996년의 WIPO 저작권조약(WCT)과 WIPO 실연음반조약(WPPT)에서 시작된다. WCT 제11조는 “체약 당사국은 본 조약 또는 베른협약에 따라 저작자가 권리를 행사하는 것과 관련하여 사용하는 효과적인 기술적 보호조치와, 저작물에 관하여 저작자가 허락하지 아니하거나 법에서 허용하지 아니하는 행위를 제한하는 효과적인 기술적 보호조치를 무력화시키는 것에 대하여 적절한 법적 보호와 효과적인 법적 구제수단을 제공하여야 한다”⁴⁾고 규정하여 저작물 일반에 대한 기술적 조치의 무력화를 금지할 것을 조약의 내용으로 하고 있다.⁵⁾ 그러나 WCT는 접근

2000, 369-370면; 김병일, “기술적 보호조치와 부정경쟁,” 『디지털재산법연구』 제1권 제2호(2002.2), 28면.

3) 김병일·이석우, “유럽에서의 디지털 방송콘텐츠 보호,” 『정보법학』 제11권 제2호(2008.12), 151면.

4) “Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law.”

5) WPPT는 기술적 보호조치에 관하여는 제18조에서 WCT와 같은 취지의 규정을 두고 있다. 체약국은 법에서 허용하지 아니하는 행위를 제한하는 기술장치를 무력화시키는

통제에 관해서는 명시적으로 규정하고 있지 않다. 다만, 보호의 대상, 규제대상 및 규제방법 등에 관한 구체적인 규정은 각국의 재량에 맡기고 있다.

1998년 미국은 DMCA에 의하여 기술적 보호조치를 저작권법에 규정하였고, EU는 2001년 저작권지침에 기술적 보호조치를 규정하게 되었다. 한국은 1999년 컴퓨터프로그램보호법, 2003년 저작권법에 기술적 보호조치를 규정한 바 있다.

기술적 보호조치는 저작물의 복제를 방지하는 기술과 같이 ‘저작권을 보호하기 위한 기술적 보호조치’와 ‘저작물에 대한 접근을 통제하는 기술적 보호조치’로 분류할 수 있다. 또한 기술적 보호조치 무력화 행위를 규제하는 방법은 무력화행위 자체를 금지하는 방법과 무력화행위에 사용되는 도구의 생산, 제작, 거래 행위를 금지(도구의 거래금지, 예비적 행위의 금지)하는 방법이 있을 수 있다. 따라서 기술적 보호조치를 2가지로 분류하고 이에 대한 규제도 2가지가 있게 되므로, 결국 기술적 보호조치의 입법에는 4 종류가 있게 된다. 이러한 4가지의 입법 중에서 저작권을 보호하기 위한 기술적 보호조치를 무력화하는 행위는 결국 저작권 침해로 연결되므로, 기술적 보호조치 입법에는 (i) 접근을 통제하기 위한 기술적 보호조치의 무력화 행위 금지, (ii) 접근을 통제하기 위한 기술적 보호조치를 무력화시키는데 사용되는 도구의 거래금지, (iii) 저작권을 보호하기 위한 기술적 보호조치를 무력화시키는데 사용되는 도구의 거래 금지 등 3가지가 있게 된다. 한국 저작권법상의 기술적 보호조치가 (iii)에 한정되는 것이라면, 미국의 DMCA와 유럽 연합의 저작권 지침은 (i) 및 (ii)까지도 포함하는 것이고, 한미 FTA도 (i) 및 (ii)를 포함하게 되었다. 기술적 보호조치의 무력화 금지 및 도구의 거래 금지에 대해서는 여러 예외가 존재하며 따라서 기술적 보호조치 입법은 다음과 같은 구제를 가지게 된다.⁶⁾

기술회피행위를 금지하기 위한 효과적인 법적 규제를 하여야 한다(조약 18조).

6) 김병일 외 3인, 위조 및 불법복제방지조약(ACTA) 협상 대응방안, 문화체육관광부 (2009. 4), 239-240면.

<표 1> 기술적 보호조치 입법의 구조

	저작물에 대한 접근통제를 위한 기술적 보호조치(X)	저작권을 보호하기 위한 기술적 보호조치(Y)
좌절행위의 행위금지 (A)	접근통제를 위한 기술조치의 좌절행위의 금지(AX): DMCA, 한미 FTA 예외 사항	저작권을 보호하기 위한 기술조치를 좌절시키는 행위의 금지(AY): 컴
도구의 거래금지 (예비적 행위의 금지) (B)	접근통제를 위한 기술조치를 좌절시키는 도구의 거래행위 금지(BX): DMCA, 한미 FTA 예외 사항	저작권을 보호하기 위한 기술조치를 좌절시키는 도구 등의 거래금지(BY): DMCA, 저, 컴, 한미 FTA 예외 사항

2) 미국

미국에서의 기술적 보호조치에 관한 입법은 1992년의 Audio Home Recording Act(AHRA, 미국저작권법 제1001조, 제1002조),⁷⁾ 1996년의 Telecommunication Act⁸⁾ 와 1998년의 디지털밀레니엄저작권법(Digital Millennium Copyright Act: 이하 “DMCA”라 칭한다)이 있다.

DMCA는 기술적 보호조치 보호범위에 접근통제에 대한 기술조치까지를 포함시킴으로써 다른 나라에 비하여 저작권자의 보호에 적극적인 입장을 취하고 있다. DMCA 제1201조 (a)(1)(A)는 “어느 누구도 연방저작권법에 의하여 보호되는 저작물에 접근(access)을 효과적으로 통제(control)하는 기술적 보호조치를 우회해서는 안된다”고 규정하여, 접근통제 우회행위에 관한 규제가 행해지고 있다. 이 규정은 기본적으로 “저작물에 대한 접근을 통제하기 위하여” 사용되는 기술적 보호조치를 우회하는 것을 금지하는 권리를 규정한 것으로서, 미국의 연방저작권법상 인정되는 “저작권자의 권리(예컨대 복제, 2

7) 미국은 1992년에 SCMS(Serial Copy Management System)방식의 복제 제어 시스템 채용을 의무화하였는데 이를 따르지 않는 디지털 음의 녹음장치 또는 디지털 음의 접속장치를 수입, 제조 또는 배포하는 것을 금지(제1002조(a))하였다. 또한 “동항에 규정된 체계를 전체적 또는 부분적으로 실행하는 프로그램 또는 회로를 회피, 우회, 제거, 해제하거나 또는 기타 기만하려는 것을 주된 목적 또는 효과로 하는 어떤 장치를 수입, 제조 혹은 반포하거나 그와 같은 모든 것을 위하여 용역을 제공하여서는 안된다”고 규정하였다(제1002조(c)).

8) Telecommunications Act of 1996, 47 U.S.C. §101 et seq. 이에 자세한 설명은, 김민정, “Web2.0시대에 인터넷서비스제공자(ISP)의 법적 책임문제: 미국의 “ISP 면책조항”의 새로운 해석 및 최근 적용 사례들에 대한 고찰, 「정보법학」 제12권 제1호(2008), 135면 이하.

차적 저작물, 배포, 공연, 전시 등을 허락하거나 금지할 저작자의 권리)를 보호하기 위하여” 사용되는 기술적 보호조치를 우회하는 것과는 별도로 달리 규정된 것이다. 이처럼 접근을 저작자의 권리와 분리시킨 것은, (i) 저작물에 대한 접근은, 저작권자가 제시하는 가격이나 조건에 의하여 제한받는 한도에서, 일반인에게 제공되는지 여부나, (ii) 일단 접근이 합법적으로 획득된 이후에 일반인들이 저작물을 복제, 개작, 배포, 공연, 전시하고자 하는지 여부에 따른 균형에 대응하고자 한 것이다.⁹⁾

DMCA는 저작권자가 저작물에 대한 접근을 통제할 권리를 최대한도로 보호하고 있다. 한편, DMCA는, 저작권자의 권리를 효과적으로 보호하는 기술조치(예컨대 복제를 금지하기 위한 코드 등)를 우회하는 장치나 서비스 등을 생산, 배포, 제공하는 것을 금지하고 있으나(제1201조 (b)), 저작물의 이용자 자신이 이러한 기술을 우회하는 것을 금지하고 있지는 않다. 따라서 DMCA는 접근통제를 규제하는 것과는 달리 최종 이용자가 접근이후에 복제를 금지하기 위한 기술조치를 직접적으로 우회하는 것을 용인하고 있다.¹⁰⁾

또한 DMCA 제1201조 (a)(1)(B)에서는 이 금지규정의 예외로서 “특정 종류의 저작물에 관한 저작권을 침해하지 않고 사용을 행하는 자가 당해 금지에 의하여 불이익을 받거나 계속하여 3년간 불이익을 받을 우려가 있는 경우에는 금지규정이 적용되지 않는다”고 규정하고 있다. 또한 제1201조 (a)(1)(C)에서는, 저작권국장이 상무부와의 협의에 의한 권고에 의거하여, 연방의회도서관장이 DMCA 제1201조 (a)(1)(A)에 규정하고 있는 금지규정의 발효까지의 2년간 및 그 이후 3년마다, 이 금지규정의 예외사항에 대한 적절한 규칙을 제정하도록 하고 있다. 이러한 규칙을 제정하는데 있어 연방의회도서관장은 저작물의 이용가능성, 비영리적인 기록적·보존적·교육적 목적을 위한 저작물의 이용가능성, 기술조치의 좌절금지가 비판, 비평, 뉴스보도, 강의, 학

9) Jane Ginsburg, Copyright Legislation for the Digital Millennium, 23 COLUM.-VLA J.L. & ARTS 137, 139 (1999).

10) 따라서 기술적 보호조치의 결합으로 인한 기술이 등장함에 따라 DMCA에 의한 입법적 해결은 복제통제에서 허용되는 행위를 접근통제에서 금지하고 있기 때문에 법적용의 문제가 발생할 수 있다. 이에 대한 자세한 설명은, Jacques de Werra, “The Legal System of Technical Protection Measures under the WIPO Treaties, the Digital Millennium Copyright Act, the European Union Directives and other National Laws(Japan, Australia)”, ALAI 2001-New York, p.41; 이대희, 기술적 보호조치를(접근통제) 보호에 관한 연구, 문화관광부(2001), 20면.

문, 연구 등에 대하여 미칠 영향, 기술조치의 좌절금지가 저작물의 시장이나 가치에 대하여 미칠 영향 그리고 기타 적절할 것으로 보이는 요소 등을 고려하여야 한다(제1201조 (a)(1)(C)). 이 규정에 따라 2000년 10월 27일 미국의 저작권국(Copyright Office)은 접근통제에 관한 금지규정의 예외가 되는 저작물의 종류에 대하여 권고를 행하였다. 이것에 의하여 연방의회도서관장이 예외사항에 관한 규칙을 제정하게 되었다.¹¹⁾

3) EU

EU에서의 기술조치에 대한 보호와 관련하여 2001년 5월의 “정보사회에서의 저작권 및 저작인접권의 특정분야의 통일에 관한 지침”¹²⁾ 뿐만 아니라 “컴퓨터 프로그램의 법적 보호에 관한 EC 지침”¹³⁾ 및 “조건부 접근에 의한 서비스에 대한 보호지침”¹⁴⁾에서 콘텐츠의 보호를 위한 기술적 보호장치를 무력화하는 수단에 대한 규제를 하도록 권고하고 있다.

EU 컴퓨터프로그램 지침 제7조는 ‘컴퓨터프로그램을 보호하기 위해 적용될 수 있는 기술조치의 무단제거 또는 우회를 가능하게 하는 것을 유일한 목적(sole intended purpose)으로 하는 수단을 상업적 목적으로 유통하는 행위 또는 그러한 방법을 소유하는 행위를 한자’에 대하여 회원국은 국내법에 적

11) Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Systems for Access Control Technologies, 65 Fed. Reg. 64555-74 (Oct. 27, 2000).

12) 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. OJ L 167, 22.6.2001, p.10. 이하 EU 저작권 지침이라 칭한다. ‘정보사회지침’(information society directive)이라고도 불리 우는 저작권지침은 EU회원국들이 WIPO의 저작권조약(WCT)과 실연음반조약(WPPT)을 국내입법화 및 회원국간의 통일을 달성하고 기존의 저작권법상 권리 등을 디지털환경에 확대시키는 것을 목적으로 하고 있다.

13) Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs (이하 “EU 컴퓨터프로그램 지침”이라 칭한다.)

14) Directive 98/84/EC of the European Parliament and of the Council of 20 November 1998 on the Legal protection of services based on or, consisting of, conditional access(이하 EU 조건부 접근서비스 지침이라 칭한다). See, Peter Wand, So the Knot Be Unknotted-Germany and the Legal Protection of Technological Measures, 33 IIC 317(2002). 오스트리아는 EU 조건부서비스지침을 가장 먼저 국내입법화 하였다 (ZugangskontrolG-ZuKG, BGBl. 2000 I 60).

절한 규제조치를 규정하도록 하고 있다. EU 컴퓨터프로그램 지침 제7조 제1항 c는 EU 저작권지침 제6조 제2항과 중첩되고 있다. EU 저작권지침 입법 이유서에 의하면 동지침 제6조는 컴퓨터프로그램에 적용되어서는 안된다고 하고 있다. 왜냐하면 컴퓨터프로그램은 전적으로 EU 컴퓨터프로그램 지침 제7조 제1항 c에 의해서 규제되어야 하기 때문이다.¹⁵⁾

EU 조건부 접근서비스 지침은 보호되는 서비스에 허락 없이 접근하게 하는 불법장치를 금지함으로써 서비스제공자의 보상을 보장하는 것을 목적으로 한다. 여기서 서비스에 해당하는 것은 라디오 및 TV 방송서비스, 정보사회서비스이다(동지침 제2조).¹⁶⁾ 이 지침의 기술조치에는 패스워드, 암호화, 생체인식기술, 기타 스크램블링이나 인증 등 특정되지 않는다. 또한, 기술조치를 무력화하는 장치만이 금지되며, 무력화행위(우회행위) 자체는 금지되지 않는다. 동지침 제4조는 i) 불법장치를 상업적 목적으로 제조, 수입, 배포, 판매, 대여 또는 소유하는 경우, ii) 불법장치를 상업적 목적으로 인스톨, 유지 또는 대체하는 경우, iii) 불법장치의 판촉을 위하여 상업적 통신을 이용하는 행위를 침해행위로 열거하고 있다.¹⁷⁾ 그러나 저작권자 및 저작인접권자의 보호는 동지침에서 고려되지 않고 있다.¹⁸⁾ 동지침에서는 접근통제를 받는 서비스에 있어서 콘텐츠가 저작권법에 의해 보호를 받을 수 있는 저작물인지의 여부는 중요하지 않다.¹⁹⁾

EU 저작권 지침은 정보사회에 들어서 그 보호조치가 미약했던 저작권 및 인접권의 보호를 목적으로 마련된 것으로, WCT를 EU에서 이행하기 위한 것으로 볼 수 있다. EU 저작권지침 제3장 제6조는 기술조치의 보호에 관한 규정을 하고 있다. EU 저작권지침은 회원국으로 하여금 모든 ‘효과적인(effective)’ 기

15) 지침입법이유서 50, ABl. EG Nr. L 167 vom 22.6.2001, S.10,14 참조.

16) 조건부 접근에 의한 서비스는 온라인사업서비스, 재정 또는 금융서비스, 자문서비스, 원격교육, 온라인데이터베이스접근, 주문형 비디오 또는 음악, 신문잡지서비스 등이 포함 된다고 한다. 이영록, 기술조치의 보호입법에 관한 연구, 저작권심의조정위원회(저작권 연구자료 38, 2001), 29면.

17) 따라서 동지침에 의하면 해독키를 웹사이트에 무료로 올려놓는 경우 및 사적영역에서의 행위는 상업적 목적을 위한 이용이 아니므로 동 지침에 의해 규제되지 않는다. v. Lewinski/Walter, Europäisches Urheberrecht, Springer-Verlag/Wien(2001), S.1108-1109.

18) Stefan Bechtold, Vom Urheber-zum Informationsrecht, C.H.Beck(2002), S. 212.

19) Thomas Heide, Access Control and Innovation under the Emerging EU Electronic Commerce Framework, 15 Berkeley Technology Law Journal(2000), 1018.

술적 보호조치를 무효화(우회)시키는 것에 대하여 적절한 법적 보호를 제공하도록 요구하고 있다(동지침 제6조 제1항). 기술적 보호조치는, 접근통제 또는 보호방법을 적용함으로써, 보호되는 저작물이나 기타 보호대상을 이용하는 것이 권리자에 의하여 통제되는 경우, 효과적인 것으로 간주된다(동지침 제6조 제3항). 저작권자가 자신의 허락 없이 저작물에 접근한 자에 대하여 소송을 제기할 수 있게 된다면, 기술적으로 보호되는 저작물에 대한 접근을 통제할 ‘배타적인 권리와 동일한(exclusive-right-like)’ 권리가 저작권자에게 부여된다고 할 수 있다. 유럽연합의 저작권 지침도 미국의 DMCA와 같이 일종의 배타적인 접근권(right of access)이라는 새로운 권리를 저작권자에게 부여하고 있는 것으로 볼 수도 있다.

4) 일본

일본의 경우 기술적 보호조치에 관해 저작권법과 부정경쟁방지법이 각각 역할분담을 하여 보호하고 있는 것이 특징이다. 즉 ‘복제통제형’ 기술적 보호조치에 대하여는 저작권법이 맡고 있으며, 부정경쟁방지법이 금지하는 행위는 ‘접근을 통제하는’ 기술적 보호조치를 무력화시키는 장치 등을 거래하는 행위이다(제2조 제1항 제10호). 또한 일본은 기술적 보호조치에 대하여 1999. 6. 23. 저작권법 개정으로 제2조 제1항 제20호에서 기술적 보호수단에 관한 정의규정을 두고 그 회피행위(무력화라고도 한다)에 대한 규제 수단으로서 제120조의 2를 신설하여 “오로지(專ら)” 기술적 보호수단의 회피를 주된 기능으로 하는 조치나 프로그램의 복제물을 공중에 양도·대여하거나 공중에 양도 또는 대여를 목적으로 제조·수입·소지하거나 공중에게 사용하게 하거나 혹은 그와 같은 프로그램을 공중 송신하거나 송신가능하게 하는 자에 대하여 형사처벌을 부과하는 규정을 두었다. 그리고 제119조에서는 사적 이용을 위한 복제를 하는 경우에 있어서도 기술적 보호조치를 무력화하여야 가능한 복제는 그와 같은 사실을 알고서도 복제를 행한 경우에는, 사적 이용을 위한 복제를 공정이용으로서 허용하는 일본 저작권법 제30조가 적용되지 않는 것으로 하고 있다.²⁰⁾

20) 따라서 사적 목적을 위한 사용이어도 기술적 보호조치의 회피에 의하여 가능하게 된 복제행위는 금지청구 등 민사적 구제의 대상이 되는데, 가벌성은 약하다고 보아 제119조로 형사벌은 과하지 않는 것으로 하였다. 한편 2001. 6. 29. 최종 개정된 일본 부정경쟁방지법 제2조의 10, 11 등에는 복제방지조치와 같은 기술적 수단의 회피와 액세스 کن

일본 저작권법상의 기술적 보호수단은 “저작인격권, 저작권 또는 규정하는 저작인접권을 침해하는 행위를 방지 또는 억제하는 수단”이라고 함으로써, 접근을 방지하기 위한 수단은 제외하고 있으며, 기술수단을 회피하여 행하는 복제행위를 사적이용이라는 저작권에 대한 제한을 인정하지 아니 한다(일본 저작권법 제30조 제2호). 일본 저작권법은 저작권 등을 보호하기 위한 기술 조치를 대상으로 하고 있으며, 이러한 기술조치를 회피하는 장치나 프로그램의 복제물의 거래행위를 금지하고 있다(일본 저작권법 제120조의 2조).

3. 기술적 보호조치 쟁점

1) 접근통제

기술적 보호조치 입법에 있어서 가장 큰 쟁점은 접근통제를 위한 기술적 보호조치의 무력화 금지 및 접근통제를 위한 기술적 보호조치의 무력화에 사용되는 도구의 거래 금지라고 하는 소위 접근통제(access control)의 문제이다. 접근통제가 문제가 되는 이유는 첫째, 저작물에 대한 접근통제라는 것은 기존에는 존재하지 않았던 새로운 유형의 금지에 해당한다는 점이다. 접근통제가 이루어지기 전에는 저작권법이 저작물에 접근하는 것이 존재하지 않았다. 곧 저작물에 접근하는 것은 얼마든지 자유이고, 저작권법이 규제하는 것은 저작물에 접근한 이후 그 저작물의 복제하는 등의 행위였다. 따라서 기존의 저작권법 체제에서는 일반 공중이 저작물에 접근하는 것(public access)이 보장되었지만, 접근통제에 의하여 불가능하게 된다.

둘째, 접근통제에 의하여서는 저작물의 공정이용 자체가 허용되지 않는다는 점이다. 곧 저작권법에 규정되어 있는 저작권 침해에 대한 예외나 제한 규정과 기술적 보호조치의 무력화금지 및 도구의 거래금지에 대한 예외규정은 서로 그 유형을 전혀 달리하며, 저작권 침해에 대한 예외인 공정이용이 기술적 보호조치의 무력화에는 인정되지 않는다. 바로 이것이 미국의 DMCA나 판례가 취하고 있는 입장인데, 이에 의하면 저작물을 공정이용하

트플(예컨대 계약체결자 이외의 자가 위성방송을 수신할 수 없도록 스크램블 하는 것과 같이 콘텐츠에의 접근 자체를 제한하는 것)수단을 회피하는 행위도 부정경쟁행위의 한 유형으로 금지하고 있다. 靑山紘一, 不正競争防止法, 經濟産業調査會(2002) 121면. 부정경쟁방지법에 의한 일본·독일의 규율은 김병일, “기술적 보호조치와 부정경쟁”, 디지털재산법연구 2002.2(1권 2호) 29면 이하 참고.

기 위하여 기술적 보호조치를 무력화시키는 행위는 기술적 보호조치의 규정의 위반으로 이어지게 된다.

셋째, 접근통제는 기술적 보호조치를 국제적으로 처음 규정한 WCT 및 WPPT를 체결하기 위한 1996년의 WIPO 외교회의에서 전혀 논의조차 되지 않았다는 점이다. 곧 DMCA와 유럽연합의 저작권지침이 처음으로 규정하고, 특히 미국이 FTA를 통하여 도입함으로써 마치 접근통제가 국제적인 규범으로 자리잡아가고 있다.

WCT의 기술적 보호조치 의무에 접근통제적 기술조치가 포함되는지 여부에 대해서 견해의 대립이 있지만, 한미FTA는 명시적으로 접근통제적 기술조치를 보호하기로 합의하였기 때문에 접근통제적 기술조치를 반영하는 저작권법 개정이 필요하게 되었다.²¹⁾ 접근통제를 위한 기술적 보호조치의 무력화를 금지하는 경우, 저작권자를 보호할 수 있고, 거래비용을 감소시키며, 자동화된 권리관리체계와 결합하여 저작물을 이용을 더욱 용이하게 할 수 있고, 저작물 이용에 대한 행위를 통제할 수 있으며, 가격차별화를 가능하게 하며, 디지털 경제에서 중요한 역할을 기대할 수 있다. 그러나 접근통제를 인정하는 경우, 정보에 대한 독점적인 권리가 창조될 수 있으며, 접근통제를 위한 기술적 보호조치 규정이 저작권 보호와 관계없는 목적을 위하여 남용될 가능성이 있으며, 반독점 사용허락을 조장할 수 있고, 기존의 저작물 이용에 의한 저작물 재창조가 억제되며, 저작권에 대한 절대적인 권리가 창조되며, 특히 미국의 입장에서는 저작물의 공정이용의 예외를 부정함으로써 일반인들이 저작물에 접근하는 것이 통제되는 등의 단점이 있다.

2) 기술적 보호조치에 대한 예외

인터넷상에서 일정한 콘텐츠에 접근하기 위하여서는 ID나 패스워드를 입력해야 하는 경우가 대표적인 접근통제에 해당한다. 접근통제는 한편으로는 디지털경제에 있어서 중요한 역할을 담당할 수 있고 가격차별화를 가능하게 함으로써 콘텐츠 이용자에게도 매우 유리하게 작용할 수 있다. 그렇다면 접근통제가 디지털 환경 하에서 하는 역할을 인정하고 다른 한편으로는 접근통제의 인정으로부터 발생하는 단점을 제거하는 방법이 타당할 것이다.

기술적 보호조치 입법에 있어서 가장 많이 논란이 될 수 있는 것은 기술

21) 김현철, 한미 FTA 이행을 위한 저작권법 개정 방안 연구, 저작권위원회(2007), 109-110면.

적 보호조치 무력화에 대한 예외 여부이다. 접근통제는 디지털경제에서 일정한 역할을 수행하고 있고 따라서 접근통제를 위한 기술적 보호조치의 무력화를 금지한다고 하더라도, 접근통제에 의하여 저작물의 공정이용 등이 저해되는 것은 방지하여야 하는데 미국식의 접근방법에 의하면 공정이용 등이 아예 봉쇄되는 문제점이 발생하기 때문이다. 한미 FTA도 미국의 DMCA 및 미국 판례의 입장과 동일하게 기술적 보호조치에 대한 예외와 저작권 침해에 대한 예외를 구별하고, 전자에 있어서는 공정이용의 예외를 사실상 인정하지 않고 있다. 현재 미국에서 접근통제에 대하여 가하여지는 가장 강력한 비판은 접근통제로 인하여 공정이용이 저해된다는 점이다. 따라서 기술적 보호조치의 무력화금지에 대해서는 일정한 한도에서 적절한 예외를 규정하는 것이 타당할 것이다. 저작권법은 배타적인 권리의 부여에 의한 저작물 창작의 동기를 제공하고 이렇게 창작된 저작물을 일반인들이 이용할 수 있게 함으로써 문화의 향상·발전을 목표로 하는 것이지, 경쟁을 억제하기 위한 입법이 아니다. 따라서 기술적 보호조치를 규정하는 경우, 특히 접근통제를 위한 기술적 보호조치의 무력화를 금지하는 경우에는 저작권 침해에 대한 예외, 그 중에서도 공정이용이 무력화에 대한 예외로서 인정되는 것이 바람직하다.²²⁾

[표 2] 한미 FTA의 기술적 보호조치에 대한 예외

	접근통제 행위금지	접근통제도구 의 거래금지	권리통제도구 의 거래금지
역분석 [§18.4.7(d)(i)]	○	○	○
암호화연구 [§18.4.7(d)(ii)]	○	○	×
청소년 보호 [§18.4.7(d)(iii)]	○	○	×
안전성 검사 [§18.4.7(d)(iv)]	○	○	×
개인정보보호 [§18.4.7(d)(v)]	○	×	×
법집행 [§18.4.7(d)(vi)]	○	○	○
비영리 도서관 등 [§18.4.7(d)(vii)]	○	×	×
규칙제정에 의한 예외 [§18.4.7(d)(viii)]	○	×	×

3) 기술적 보호조치에 대한 DRM 강제 금지

소프트웨어나 기기 등에 대하여 저작권을 보호하기 위한 일정한 의무를 부

22) 김병일 외 3인, 위조 및 불법복제방지조약(ACTA) 협상 대응방안, 문화체육관광부 (2009. 4), 249-250면.

과하는 것이 전혀 새로운 개념은 아니다. 한국의 저작권법은 명시적으로 규정하고 있지 않지만, 미국의 DMCA는 모든 생산자로 하여금 제품에 복제나 접근을 통제하는 일정한 기술을 채택할 것을 요구하지 않는 내용을 규정하고 있다. DMCA는 “제1201조의 어느 것도 소비자를 위한 전자, 통신 또는 컴퓨터 제품의 ① 디자인이나 ② 디자인 및 부품과 요소의 선택이 특정의 기술적 보호조치에 대응할 것을 요구해서는 안 된다”고 규정하고 있다[§1201(c)(3)]. 즉, 제1201조에 의하여 소비자 전자제품, 통신제품, 컴퓨터 제품의 생산자는 자신의 상품 또는 그 부품이나 요소를 저작물을 보호하기 위한 특정의 기술적 보호조치에 일치할 것을 강요당하지 않는다.²³⁾ 이와 같이 기술적 보호조치 규정으로 인하여 제품 디자인을 강제하지 않도록 하는 것은 DMCA 뿐만 아니라 한미 FTA 및 유럽연합의 저작권지침에도 규정되어 있다.

그러나 ‘Audio Home Recording Act of 1992(AHRA)’(미국 저작권법 §1001 이하에 입법)은 SCMS(Serial Copy Management System),²⁴⁾ 이와 유사한 기능을 가진 시스템 또는 기타 미국 상무부가 인증한 시스템 등을 준수하지 않는 디지털 음향 녹음 기기나 기타 디지털 음향 인터페이스 기구(digital audio recording device or digital audio interface device)의 수입, 생산 및 배포를 금지함으로써[§1002(a)], DRM 장착을 강제하고 있다.

또한 P2P 파일교환을 가능하게 하는 프로그램에 필터링 기능을 내장토록 하는 것은 디지털 TV(DTV)와 관련된 Broadcast Flag(BF)과 IP TV에 적용되는 DRM에 의하여서도 설득력을 얻을 수 있다.²⁵⁾

2003년 11월 4일 미국의 FCC는 인터넷상에서 배포되는 디지털 방송물에 대한 해적행위를 방지하기 위한 방침을 승인하였는데,²⁶⁾ 이 방침과 관련되는 기술적 조치가 바로 BF이다. 미국의 FCC가 강제하고자 하였던 BF는 ATSC(Advanced Television Systems Committee)의 표준인 “A/65A: Program and System Information

23) 이대희, “불법 복제 방지를 위한 법적 접근 방안의 연구,” 비교사법 제12권 4호92005.12), 662면.

24) SCMS는 제1세대(first-generation)의 복제물은 무한적으로 만들 수 있으나 그 이후 세대의 복제물(제1세대 복제물로부터 만들어진 복제물)은 만들 수 없도록 하는 것이다.

25) 이대희, “불법 복제 방지를 위한 법적 접근 방안의 연구,” 비교사법 제12권 4호92005.12), 663-665면.

26) FCC, In the Matter of: Digital Broadcast Content Protection, MB Docket 02-230 (Nov. 4, 2003).

Protocol for Terrestrial Broadcast and Cable”²⁷⁾에서 말하는 “재배포 통제 디스크립터(redistribution control descriptor)”²⁸⁾를 의미하는데, BF는 방송을 위한 스트림(stream)에 포함되는 디지털코드인데, 플래그(flag)는 일반적으로 일정한 조건의 발생을 암시하는 신호를 나타내는 것이다. 곧 DTV 방송사업자가 BF에 의하여 방송 콘텐츠의 재배포를 방지하는 내용의 신호를 하고 DTV 수상기가 플래그를 인식하는 기술을 장착하는 경우, DTV 방송프로그램을 다시 배포하는 것은 불가능해진다. BF는 DTV로 방송되는 것에 대해서는 아무런 영향을 미치지 않으며 DTV 수상기가 방송이 완료된 이후에 방송 콘텐츠를 다시 배포하지 못하도록 할 뿐이다. BF와 관련된 기술적 조치의 강제는 많은 논란을 불러일으켰는데, 미국 법원은 BF를 강제한 FCC의 규칙이 무효라고 판시하였다.²⁹⁾ 그러나 이 판결은 FCC가 이러한 규칙을 제정할 권한이 없다는 것에 기초한 것으로서 DRM 장착 강제는 아무런 관련이 없다.

한편, 유럽의 경우에는 방송사업자가 선택한 콘텐츠에 대해서 “Copy-once” 제한하고자 하는 미국과 같은 규제에 대해서는 고려되지 않고 있다. 다만 유럽의 경우, 디지털방송 콘텐츠 보호는 기존 저작권법 체제하에서 논의되고 있을 뿐만 아니라, 이용자의 공정이용을 도모할 수 있는 기술표준인 DVB-CPCM³⁰⁾이 개발되어 많은 주목을 받고 있다.

요컨대 디지털환경 하에서 콘텐츠를 보호함에 있어서 콘텐츠 소유자들은 DRM을 장착할 뿐만 아니라 그 장착을 강제하는 입법도 존재할 수 있

27) 이 표준은 2000년 5월 31일 채택되었는데, 이를 개정한 것이 A/65B이다. http://www.atsc.org/standards/a_65b.pdf 참조. ATSC의 플래그 시스템은 CPTWG(Copy Protection Technical Working Group)의 후원에 의하여 BPDG(Broadcast Protection Discussion Subgroup)이 개발한 것이었다.

FCC는 DTV 방송물의 재배포를 방지하기 위하여 BF이외에도 여러 가지를 고려하였지만, ATSC의 BF 시스템이 가장 좋은 방안이라고 결론을 내렸다.

28) 디스크립터(descriptor)는 일정한 주제, 개념 또는 생각 등을 나타내기 위하여 사용하는 기본적인 단어나 구문을 의미한다.

29) American Library Association v. F.C.C., 406 F.3d 689 (Fed. Cir. 2005).

30) DVB-CPCM은 디지털방송 표준사양의 개발을 위해 설립된 DVB에서 제안한 디지털방송 콘텐츠 저작권보호 기술안이다. DVB-CPCM은 콘텐츠의 불법적인 복제방지와 콘텐츠관리를 할 수 있는 콘텐츠 프레임워크 기술안이다. 본 기술에 대한 공식적인 명칭은 DVB-CPCM(DVB-Content Protection and Copy Management)으로 디지털 방송과 관련하여, 홈 디지털 네트워크와 PVR(Personal Video Recorder)에서 콘텐츠의 이동과 복사와 관련된 내용을 다루는 것이다.

다. 물론 이러한 DRM 장치의 강제는 기술의 진보나 기타 공공복리적인 측면을 고려하여야 하지만, DTV에 있어서 DRM 장치는 콘텐츠를 보호하기 위하여 강제될 수밖에 없다는 것을 의미한다. 따라서 P2P 파일교환에 있어서도 불법적인 P2P 파일교환을 방지하기 위하여서는, 공유를 방지할 수 있도록 하는 필터링 외의 다른 현실적인 대안이 존재하지 않는다면, 이를 입법에 의하여 강제하는 것을 고려하여야 한다는 견해는 시사하는 바가 크다.³¹⁾

III. 온라인서비스제공자(OSP)의 책임제한

1. OSP 책임제한의 필요성

오늘날 통신망 상에서 많은 저작권 침해가 일어나고 있다. 통신망을 이용한 저작권 침해에 대해서는 타인의 저작물을 무단으로 전송한 직접침해자가 책임을 지는 것은 당연하나, 많은 경우에 직접적 침해자는 배상능력이 없는 개인이므로 실효성 있는 배상을 위해서는 전자계시판 운영자나 통신망 사업자에게 가입자에 의한 저작권침해 방지의무를 부과하는 문제가 중요하게 떠오르고 있다.

또한 디지털 네트워크를 통한 정보 유통의 원활화를 위하여 온라인서비스제공자(OSP)의 책임 범위를 명확히 함으로써 OSP가 안정적으로 사업을 영위하게 할 필요성이 있다.

31) 이대희, “불법 복제 방지를 위한 법적 접근 방안의 연구,” 비교사법 제12권 4호(2005.12), 664-665면.

2. 조약 및 주요 국가의 입법례

1) 미국

전 세계의 OSP의 책임제한 입법을 선도했던 법률이 바로 미국의 1998년의 DMCA(Digital Millennium Copyright Act)이다. 저작권 침해에 대한 OSP의 책임에 관해 미국 법원들은 서로 상반되는 입장을 보였고, 이러한 혼동을 해소하고자 DMCA Title II 상에 네트워크를 통해서 일어난 저작권 침해에 관하여 OSP의 구체적이고 상세한 면책조건을 제시하는 입법을 하였다.

OSP가 책임제한 규정의 적용을 받기 위해서는 동 법이 규정하고 있는 다음 4가지 침해유형의 서비스제공자(Service Provider)에 해당하여야 한다. 즉 ① 정보전송을 위한 일시적 통신(Transitory Communication), ② 시스템 캐싱(System Caching), ③ 이용자에 의한 시스템 또는 네트워크에 저장된 정보(Storing Information at the Direction of Users), ④ 정보검색도구(Information Location Tools) 등에 해당하여야 한다. 또한 이 4가지 유형에서 특정한 선행조건을 만족시키는 경우에 한해 OSP의 저작권 간접침해에 대한 손해배상 책임을 완전히 면제하고 있다.³²⁾

우선 DMCA가 부여하는 OSP에 대한 면책의 대상이 되기 위해서는 다음의 기본적 선행요건을 만족하여야 한다.³³⁾ 첫째, OSP는 반복적인 저작권 침해행위를 하는 이용자 등에 관하여 저작권자라고 주장하는 자로부터 고지를 받은 경우 당해 내용물을 제거 또는 서비스를 중지하고 이를 당해 이용자에게 통보하는 시스템(notice and takedown system)을 확립하고, 둘째 저작물을 식별하고, 보호할 목적으로 저작권자들에 의하여 사용되는 표준기술적 조치를 수용하는 등의 요건을 구비한 경우에는, 4가지 침해 유형에 따른 면책을 받게 된다. 주의할 것은 각각의 침해 유형에 대해서도 다시 세부적인 면책요건을 두고 있으므로 OSP의 책임이 DMCA에 의해 면책이 되는지는 상당한 주의를 기울여 살펴보아야 한다.

예를 들면, 시스템 캐싱의 경우 OSP의 면책요건으로서 5가지 기준을 제시하고 있다.³⁴⁾ 첫째, 캐싱된 자료의 내용이 내용의 수정 없이 송신될 것, 둘째

32) DMCA 제512조(a)내지 (d).

33) DMCA 제512조(i)항.

34) DMCA 제512조(b)항. 시스템 캐싱(system caching)이란 자료를 인터넷상에서 전송하

OSP가 자료 제공자의 의해 지정된 자료를 갱신, 다시 올리거나 또는 그 밖의 방법으로 최신화할 경우 시스템 또는 네트워크를 일반적으로 인정된 데이터 통신 프로토콜 산업표준에 따라야 하며, 셋째 서비스제공자가 방문횟수 등에 관한 정보를 웹사이트 운영자에게 되돌려 주는 기술을 방해하지 않아야 되며, 다만 이 기술이 서비스제공자의 시스템이나 네트워크의 정상적인 운영을 저해하거나 일반적으로 수용된 산업표준을 따르지 않은 경우, 그리고 방문횟수 등이 정보 이외의 정보까지를 추출하려 하는 경우에는 그러한 의무를 지지 않는다. 넷째, 자료의 제공자가 그 자료에 접근하는 데에 일정한 조건을 설정한 경우에는 그 조건에 따라 자료에 대한 접근을 제한하여야 하며, 마지막으로 자료의 제공자가 당해 자료의 저작권자의 동의를 받지 않고 제공한 경우 서비스제공자가 침해라고 주장되는 자료를 제거하거나 그것에 접근을 불가능하게 하기 위한 신속한 대응을 할 것을 요건으로 하고 있다.

2) 유럽

(1) 개요

EU의 회원국들의 온라인서비스제공자의 책임을 통일적으로 규율하기 위한 노력은 ‘EU 저작권지침’과 ‘역내시장에서의 전자상거래를 포함한 정보사회서비스의 특정분야에 대한 지침’³⁵⁾에 반영되어 있다.

전자상거래지침은 온라인서비스제공자의 책임제한을 광범위하게 규정하고 있다. 동 지침은 제12조부터 제15조에서 온라인서비스제공자의 책임관련 규정을 두고 있다. 동 규정들은 온라인서비스제공자가 정보전달과정에서 단순한 매개자로서 행위하는 경우에는 손해배상책임과 형사책임을 면제하기 위한 요건을 정하고 있다.³⁶⁾ 동 지침은 온라인서비스의 유형을 ‘단순매개’(mere conduit), ‘캐싱’(caching) 및 ‘호스팅’(hosting)으로 각각 나누어 규정하고 있다.³⁷⁾ 온라인서비

는 경우에 서버에 저작물 등의 복제물이 일시적으로 저장되는 것을 말한다.

35) 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, OJ L 178, 17.07.2000, p.1. (이하 ‘전자상거래지침’(e-Commerce directive)이라 한다.)

36) 그러나 이 경우 온라인서비스제공자는 침해금지의 청구까지 면제되는 것은 아니다. 동 지침 제18조와 지침이유 제45번 참조.

스제공자의 책임이 면제되기 위해서는 서비스제공자가 소위 ‘콘텐츠 프로바이더’(content provider)로서 행위해서는 아니 되며, 단지 수동적인 매개자로 기능하여야 한다. 따라서 서비스제공자는 콘텐츠 제공을 직접 주도하거나, 그 콘텐츠의 수령자를 선택하거나 또는 그에 포함된 정보를 변경할 수 없다(동 지침 제 12조). 동지침에 의하면, 온라인서비스제공자가 단지 기술적인 서비스만을 제공할 뿐이고, 고객이 그 서비스를 이용하여 타인의 저작권을 침해하고 있다는 사실을 알지 못하는 경우에는, 그에 대하여 손해배상책임을 부담하지 않는다.

동지침의 규정체계는 미국의 1998년 DMCA의 그것을 따르고 있다. 그러나 동지침의 내용은 미국의 DMCA뿐만 아니라 한-미 FTA에서의 관련 규정보다는 완화 내지, 향후 기술의 발전을 고려하지 못한 측면을 가지고 있다. 아마도 이는 각국의 기술수준 및 법제간의 차이를 조정, 고려하기 위한 것으로 판단된다. 또한 동 지침은 각각의 온라인서비스제공자의 책임의 감경 내지 면책에 대한 기준을 기술적인 특성을 고려하여 정하고 있는데, 지침규정의 내용은 앞으로 새로운 기술발전을 포섭하기가 어려운 면을 가지고 있다. 또 동 지침은 저작권침해자료에 단순한 연결(linking)을 하였을 경우 온라인서비스제공자의 책임을 면제하기 위한 규정뿐만 아니라, 교육기관에 대한 면책에 대해서도 별도의 규정을 두고 있지 않다.³⁸⁾ 또한 동 지침은 온라인서비스제공자의 네트워크 상에 존재하는 저작권침해물에 대한 유럽차원에서의 ‘통지 및 삭제절차’규정을 규정하고 있지 않다.

(2) 특징 및 기본 구도

OSP의 면책에 관하여 유럽연합의 전자상거래지침이 미국이나 한미 FTA와 다른 점은

첫째, 저작권의 침해 외에 명예훼손 등에 대해서도 적용된다는 점에서 차이가 있다. 곧 미국이나 한국, 그리고 한미 FTA에서 규정하고 있는 OSP 면

37) 한-EU FTA의 ISP(OSP) 책임에 관한 제25조도 EU 전자상거래 지침과 거의 동일한 내용, 즉 25.2(Mere conduit), 25.3(Caching), 25.4(Hosting), 25.5(일반적 모니터링의무 없음)에 대해서 규정하고 있다.

38) 한편, 미국 DMCA 제512조 (d)에서 ‘정보검색도구’와 관련하여 ISP의 면책을 규정하고 있을 뿐만 아니라, 교육기관의 면책에 대한 특별규정을 두고 있다(미국저작권법 제512조 (e)). 안효길, 각국의 소프트웨어 불법복제 방지대책에 관한 연구, 프로그램심의조정위원회, 연구보고서 2002-3, 150-151면.

책은 저작권에 대해서만 규정하고 있고, 저작권 외에 대해서는 별도로 규정하고 있으나, 유럽연합 전자상거래지침은 OSP 가입자와 권리자(저작권자, 명예훼손으로 피해를 입는 자 등)의 관계에서 부담하게 될 OSP의 책임을 전반적으로 규정하고 있다.

둘째, 면책되는 유형을 mere conduit, caching, hosting이라는 세 가지 유형을 규정하고 있다.

셋째, 면책되는 각 유형에서 면책요건이 DMCA보다 훨씬 더 간단하게 규정되어 있다.

넷째, OSP에 대한 책임이 면제되더라도, 법원이나 행정당국은 OSP로 하여금 불법적인 정보를 제거하거나 불법적인 정보에 대한 접근을 불가능하게 하는 등 침해를 종료시키거나 예방할 것을 요구하는 명령을 발할 수 있다. OSP에 대한 명령을 발할 수 있는 주체를 법원에 한정시키고 있는 미국의 DMCA와 달리, 유럽연합의 전자상거래 지침은 법원 이외에 행정당국도 포함되어 있는 특징이 있다.

다섯째, OSP 면책규정은 제12조 내지 제15조까지 4개에 존재하고 있으나, Recital 부분에서 다음과 같이 OSP에게 금지명령이나 주의의무를 부과할 수 있다고 규정하고 있다. 곧 OSP에 대한 4가지 규정이 정하고 있는 내용 이외에, 각 회원국에게 금지명령³⁹⁾이나 주의의무⁴⁰⁾를 OSP에게 규정할 수 있는 재량을 부여하고 있다.

(3) 독일

① 개요

독일에서 인터넷상 발생하는 권리침해에 대한 책임 및 그 제한에 있어 중요한 의미를 갖는 법령이 온라인서비스법(Teledienstegesetz: TDG⁴¹⁾ 이하 “온

39) 금지명령의 가능성: 45. 본 지침에서 규정되어 있는 ISP 책임제한은 다른 종류의 금지명령이 부과될 가능성에 영향을 미치지 않는다. 특히 이러한 금지명령은, 불법 정보의 제거나 불법 정보에 대한 접속불능을 포함한, 법원이나 행정 당국이 침해의 종료 또는 방지를 요구하는 명령으로 구성될 수 있다.

40) 주의의무의 부과 가능성: 48. 본 지침은 회원국이, 일정한 불법 행위를 알아내고 방지하기 위하여, 자신들의 서비스 이용자가 제공하는 정보를 올려주는 서비스제공자로 하여금, 서비스 제공자로부터 함묵적으로 기대될 수 있으며 국내법에 규정되어 있는, 주의의무를 적용할 것을 요구할 가능성에 영향을 미치지 않는다.

라인서비스법”이라 함)이다.⁴²⁾ 동법은 온라인서비스제공자의 책임과 관련하여 전세계적으로 볼 때, 최초의 입법 중의 하나라고 볼 수 있는 것으로 1997.6.13 제정되었다.⁴³⁾ 한편, 독일은 전자상거래지침을 국내입법화하기 위하여 2001년 12월 14일 전자상거래법⁴⁴⁾을 제정하였는데, 동법에 의하여 온라인서비스법, 민사소송법 및 온라인개인정보보호법(Gesetz über den Datenschutz bei Telediensten(TDDSG))이 개정되었다.

개정 온라인서비스법 제8조 내지 제12조는 전자거래 지침 제12조 내지 제15조를 국내입법화하여 전자적 통신의 매개자의 책임제한을 규정하고 있다.⁴⁵⁾ 개정 온라인서비스법에 따르면, 콘텐츠서비스제공자는 자신의 정보에 대하여 일반 법률에 따른 책임을 진다. 즉 서비스제공자가 자기 자신의 정보를 인터넷상 이용가능하게 하였다면 그는 일반원칙에 따라서 책임을 진다(소위 content provider, 동법 제8조 제1항). 반면, 타인의 정보에 대해서는 다음과 같이 구분하여 보아야 한다. 첫째, 오로지 접근수단만을 제공하는 온라인서비스제공자는 어떠한 책임도 부담하지 않는다. 둘째, 이에 반하여 접근수단의 제공을 넘어 그 타인의 자료를 자신이 직접 제공하는 경우에는 그

41) 온라인서비스(Telediensten; 원격서비스로 번역되기도 함)의 이용에 관한 법률(Gesetz über die Nutzung von Telediensten((TDG))) 제정: 1997년 7월 22일 (출처: BGBl. I S. 1870). 최근개정: 2001년 12월 14일 (출처: BGBl. I S. 3721)

42) 독일에서 온라인서비스법 제정이전에 음란물(Kinderpornographie)을 배포한 혐의로 서비스제공자가 책임을 진 사례로는 CompuServe 사건이 있다. AG München, MMR 1998, 438 -CompuServe/Felix Somm.; LG München I, CR 2000, 117[과기환승].

43) 독일에서는 서비스제공자의 책임범위를 정하기 위해 1997년 6월 13일 정보통신서비스법(Informations- und Kommunikationsdienste Gesetz vom 13. Juni 1997; IuKDG)을 제정하게 되었고, 이 법률은 1997년 8월 1일 발효되었다. 동법은 미국과는 달리 서비스제공자의 책임을 저작권법 등 개별법이 아닌 정보통신서비스법에서 논하고 있는 것이 그 큰 특징이다. 정보통신서비스법은 여러 개의 법률을 제정 내지 개정하는 통합법률로 온라인서비스법, 온라인서비스데이터보호법, 디지털서명법의 새로운 법률과 형법, 질서위반법, 청소년보호법, 저작권법 및 소비자보호법의 영역에 있어서의 현행 연방법을 내용으로 하고 있다. 온라인서비스법(Teledienstegesetz: TDG)은 정보통신서비스법 제1조에 의하여 제정된 법률이다.

44) Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz(EGG)) vom 14. Dezember 2001(2001년 12월 21일부터 시행), BGBl. I 2001, 3721.

45) 유럽연합 회원국은 전자거래지침을 국내입법 하는 데 있어서 책임규정과 관련하여 국내법에 확정규정 또는 축소규정으로 둘 수 없도록 하고 있다.

자료의 내용을 알고 있고 그 자료의 이용을 금지하는 것이 기술적으로 가능하고 실제로 금지할 경우 온라인서비스제공자에게 지나친 부담을 가져오는 경우가 아닌 경우에만 책임을 부담한다. 이와 같이 온라인서비스자의 책임을 경감시키고 있는 것은 인터넷통신의 경우 자료교환이 점차 많아지면서 이를 일일이 확인할 수 없고 통제가 불가능하다는 사정을 고려한 것이다.

② 자신의 정보에 대한 책임

동법 제8조 제1항에 따르면, 서비스제공자는 이용제공한 자기 자신의 정보에 관하여 일반 법률에 따른 책임을 진다. 동법은 자기가 제작한 정보에 대한 자기책임의 원칙을 명확히 하고 있다. 정보제공자 등은 이 법률규정에 따라 서비스제공자로서의 면책대상이 되지 않음을 분명히 하고 있다. 예컨대, 온라인서비스제공자가 스스로 제공한 자료가 타인의 저작권을 침해하는 경우에는, 저작권법에 따른 책임을 고스란히 부담하게 된다. 제8조 내지 제11조의 체계는 서비스제공자가 제9조 내지 제11조에 따라 책임이 제한되지 않는 한도에서, 그에게 저장된 또는 매개된 타인의 정보에 대하여는 일반 법률에 따라 책임을 지는 구성이다.⁴⁶⁾

여기서 “정보”(Information)는 제5조에 규정된 “내용”(Inhalt)에 대응하며, 당시의 온라인서비스의 영역에서 중개되거나 또는 저장된 모든 진술을 포함한다. 또한 ‘자신’의 정보란 스스로 생성한 정보뿐만 아니라 원래 제3자의 것을 ‘자신의 것으로 만드는’ 경우도 포함한다.⁴⁷⁾

한편, 제9조 내지 제11조의 의미에서 서비스제공자는 자신으로부터 전송되거나 저장된 정보를 감시하거나 위법한 활동임을 나타내는 상황에 대하여 조사할 의무가 없다(동법 제8조 제2항 1문). 개정온라인서비스법 제8조 제2항 제1문은 전자거래 지침 제15조 제1항을 수용한 것으로, 제9조 내지 제11

46) Härtling, Gesetzentwurf zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie, CR 2001, 275.

47) 예컨대, 냅스터사는 서비스를 제공함에 있어서 그 이용자들의 하드디스크에 있는 음악 파일들을 자신의 것으로 만들었다고는 볼 수 없다. 냅스터사는 단지 검색기능을 제공하는 것이다. 특정 음악파일을 공유시킬 것인지 여부는 오로지 냅스터 이용자의 판단에 달려 있다. 따라서 냅스터사는 타인의 내용물을 이용하도록 하는 것이며, 이 경우에도 냅스터사는 단지 그 내용물에 대한 접근수단만을 제공하는 것이다. 즉 냅스터사는 소위 access-provider로서 기능하는 것이다. 이러한 access-provider는 독일 온라인서비스법 제9조 제3항에 따라서 면책되고 있다. 다만, 제11조의 적용여부에 따라 책임이 부과될 수는 있다.

조의 의미에서 서비스제공자에게 감시의무(Überwachungspflicht)와 조사의무(Nachforschungspflicht)가 없음을 규정한 것이다.⁴⁸⁾

일반 법률상 정보의 이용을 제거하거나 차단할 의무는 제9조 내지 제11조에 따라 서비스제공자가 책임지지 않는 경우에도 이로 인하여 영향받지 않는다(동법 제8조 제2항 2문).⁴⁹⁾ 즉 제2문은 일반 법률에 따라 위법한 정보의 이용을 삭제 또는 차단하여야 할 의무는 서비스제공자가 이러한 정보를 인지한 경우에도 제9조 내지 제11조의 요건이 존재하는 때에는 아무런 영향을 받지 않는다는 것을 의미한다. 이는 현행법이 요구하고 있는 그러한 차단이 기술적으로 가능하고 그리고 기대할 수 있어야 한다는 것을 더 이상 명시적으로 의도하지 않은 것으로 중요한 의미가 있다. 왜냐하면 이러한 요구는 이미 일반적인 상위 원칙으로부터 존재하기 때문이다. 여기서 기술적인 불능은 기대할 수 없는 것보다 적은 것을 요구하므로 모든 개별적 사례에서 기대가능성의 한계를 결정하고 그리고 위험성 있는 법익의 가치에 의존한다는 것을 의미한다. 즉 보호하여야 할 법익이 크면 클수록 당해 서비스제공자는 그만큼 더 기대 가능하다. 이러한 일반원칙을 고려하면 제8조 제2항 제2문은 기술적인 가능성과 기대가능성을 지향한다.

그리고 서비스제공자에게 차단의무에서 요구되는 인식은 제3자 또는 당해 관청에 의하여 설정될 수 있다. 그 한도에서 온라인통신법(Telekommunikationsgesetz) 제85조에 따른 통신비밀(Fernmeldegeheimnis)은 준수하여야 한다(동법 제8조 제2항 3문). 다만 차단의무에는 어떤 법적 효과가 있는지 그리고 언제 서비스제공자가 온라인통신비밀의 침해에 대하여 알고 있었는지에 대하여는 일반 원칙에 따라 결정된다.⁵⁰⁾

한편, 네티스터와 같은 파일공유시스템을 통하여 교환되는 정보는 그 시스템운영자가 스스로 작성한 내용물은 아니다. 그러나 시스템운영자가 타인의 보호받는 저작물을 마치 자신의 것인 체 하였다면 그는 독일온라인서비스법 제9조 제1항에 의하여 일반적인 불법행위의 책임을 진다.⁵¹⁾ 여기서 온라인 서비스제공자가 타인의 내용물을 자신의 것인 체 한다는 것은, 예컨대 타인

48) BT-Drs. 14/6098, 23.

49) 개정온라인서비스법 제8조 제2항 제2문은 전자거래 지침 제12조 제3항, 제13조 제2항 및 제14조 제3항을 수용한 것으로 구온라인서비스법 제5조 제4항에 상응한다.

50) BT-Drs. 14/6098, 23.

51) BT-Dr. 13/7385, 20.

의 내용물을 그 출처를 밝힘이 없이 단순히 인터넷상에 제공함으로써 객관적인 제3자의 입장에서 보아 온라인서비스제공자가 그 내용물에 대하여 책임을 부담하겠다는 뜻을 간접적으로 표시하는 것을 의미한다.⁵²⁾ 예컨대 어떤 자가 그저 인터넷통신을 위한 공간(하드디스크)을 제공하는 경우에는, 원칙적으로 그는 그곳에 존재하는 제3자의 내용물을 자신의 것으로 하지 않는다고 보아야 한다.⁵³⁾ 이러한 시스템은 시스템운영자가 아니라 그 이용자가 각각 내용물을 제공함으로써 계속 유지된다. 시스템운영자가 수많은 내용물들에 대하여 책임을 부담하려고 하지는 않을 것이라는 점은 모든 관련자들에게 자명하다. 예컨대 어떤 자가 자신의 서버에 타인의 내용물을 다운로드 또는 업로드 할 수 있도록 제공하는 경우에는, 그는 그 타인의 내용물에 대하여 아무런 책임을 부담하려고 들지 않을 것이라고 보아야 할 것이다. 냅스터의 경우에는 더군다나 그 서버에 타인의 내용물이 저장되지도 않는다. 이 경우에는 그 서버에 타인의 내용물(저작물)의 이름만이 저장될 뿐이며, 그 이름 자체만으로는 아직 저작권침해라고 볼 수 없다.

그런데 서비스제공자가 하이퍼링크를 통하여 타인의 정보를 중개하는 경우 어떠한 조건하에서 책임을 지는지의 문제는 여전히 남는다. 즉 자신의 정보와 타인의 정보에 대한 구분은 개정온라인서비스법에 있어서도 여전히 모호하다.⁵⁴⁾

③ 타인의 정보에 대한 책임

- 정보의 '단순한 전달'(Durchleitung von Informationen)

개정온라인서비스법 제9조는 정보를 단지 매개 내지 전달(mere conduit)하는 서비스를 제공하는 자의 책임을 일정한 요건 하에 면제하고 있다. 동 규정에 따르면, 서비스의 내용이 정보를 전달하는 하나의 導管(conduit)에 불과한 경우, 즉 온라인서비스제공자가 단지 온라인서비스이용에 대한 접속수단

52) Koch, Zivilrechtliche Anbieterhaftung für Inhalte in Kommunikationsnetzen, CR 1997, 193, 197.

53) LG München I ZUM 2000, 418=MMR 2000, 431, 434f. -AOL; Eichler, Kommentar zum CompuServe Urteil, K&R 1998, 412, 414. 반대: Hoffmann, Anmerkung zu LG München I, U. v. 30.03. 2000-7 O 3625/98-(Einstellen von MIDI-Dateien im AOL-Musikforum), MMR 2000, 434, 435.

54) Härtig, CR 2001, 275; Spindler, E-Commerce in Europa. Die E-Commerce-Richtlinie in ihrer endgültigen Fassung, MMR Beil. 7/2000, 20.

만을 제공하는 경우에는 면책된다고 규정하고 있다.⁵⁵⁾ 이 규정은 온라인서비스제공자의 행위가 단지 정보전달에 그치는 경우에는 그가 나날이 증가하는 정보의 양에 비추어 각각의 내용물을 통제하는 것이 기술적으로 불가능하다는 점을 고려한 것이다. 온라인서비스제공자가 소위 액세스 프로바이더(access provider)로서 단지 정보를 전달하거나 권리침해에 대하여 아주 사소한 기여를 한 경우에는 면책된다.

개정온라인서비스법 제9조 제1항 1문에 따르면, 서비스제공자는 i) 서비스제공자가 전송을 야기하지 않으며, ii), 서비스제공자가 전송되는 수신인을 결정하지 않고, iii) 서비스제공자가 전송되는 정보를 결정하지 않거나 변경하지 않은 한도에서, 통신망에서 전송하거나 이용하기 위한 접근을 매개하는 타인의 정보에 관하여 다음의 한도에서 책임지지 않는다. 즉 단순 매개자의 책임을 면제하기 위해서는 일정한 요건을 충족하여야 한다. 즉 인터넷서비스제공자가 정보의 전송을 야기하지 않아야 하고, 그가 전송되는 정보의 수신자를 선택하지 않아야 하고 마지막으로 그가 전송될 정보를 선택하거나 변경하지 말아야 한다. 만일 이러한 요건이 충족되지 않을 경우에는 면책규정은 적용되지 않는다.

그러나 서비스제공자가 위법 행위를 행하기 위하여 자신의 서비스를 이용하는 자와 의도적으로 공동작업을 한 경우에 제1문은 적용되지 않는다(동법 제9조 제1항 2문).

여기서 이러한 통과행위는 서비스제공자가 통상 계속 전달한 또는 일시적으로 잠시 저장한 정보에 대하여 인지하지 못하였고 그리고 이를 통제하지 못하는 자동적인 방식으로 행하여진다. 자동적으로 작동되는 절차에 있어서 서비스제공자는 정보의 관점에서 어떠한 고유한 결정을 내릴 수 없다. 그러므로 책임규정은 서비스제공자가 정보에 대하여 인식이 없는 것을 목표로 할 수 없다. 왜냐하면 서비스제공자가 어떠한 통제도 하지 않았고, 정보에 대하여 어떠한 인식도 없는 사례에 있어서 고유한 책임의 의미를 서비스제공자에게 귀속시킬 수 없기 때문이다. 이에 반하여 의도적으로 자신의 서비스의 이용자와 위법한 행위를 공동으로 행한 서비스제공자는 “순수한 통과”보다 중하므로 자신의 책임이 배제되지 않는다.⁵⁶⁾

55) 개정온라인서비스법 제9조는 전자거래 지침 제12조 제1항 및 제2항을 수용한 것으로 구온라인서비스법 제5조 제3항에 상응한다.

56) BT-Drs. 14/6098, 24.

또한 정보의 전송 및 정보에의 접근개는, 통신망상 단지 전송이 행해지기 위하여 일어나며 정보가 전송을 위하여 통상적으로 요구되는 시간 이상으로 저장되지 않는 한도에서, 자동적인 단기의 중간전송을 포함한다(개정온라인서비스법 제9조 제2항). 이러한 전송목적으로 배타적으로 복제된 정보에 대하여는 이용자가 직접 접근하지 못하기 때문에, 서비스제공자의 책임이 면제되는 것이다.⁵⁷⁾

전자거래지침의 지침이유 제42번에 따르면, 온라인서비스제공자가 동 지침에 의하여 면책되기 위해서는 그의 행위가 단지 기술적이고 수동적이어야 하고 그 행위가 자동적으로 이루어지는 것이어야 한다. 비록 전자거래지침 제12조와 독일 개정온라인서비스법 제9조의 제목이 정보의 ‘단순한 전달’이라고 되어 있지만, 위 규정들은 정보의 단순한 전달의 경우뿐만 아니라 네트워크에의 접속수단제공의 경우에도 적용됨을 주의하여야 한다. 또한 네트워크에 대한 접속가능성을 제공하는 자는 정보를 전달하는 자보다 해당 정보에 대하여 거의 아무런 행위를 하지 않는다. 즉 후자는 기술적이고 수동적이거나 정보 자체를 전달하는 과정에 참여하는 자이며, 따라서 후자가 면책되는데 하물며 전자가 면책되지 않는다는 것은 형평에 어긋난다.⁵⁸⁾

④ 타인의 정보의 ‘캐싱’(caching:정보의 신속한 전송을 위한 중간저장)에 대한 책임
개정온라인서비스법 제10조는 전자거래 지침 제13조 제1항을 수용하여 이 때까지 규율되지 않았던 소위 ‘캐싱’(caching)⁵⁹⁾에 대하여 책임이 없음을 규정하고 있다. 즉 타인의 정보를 다른 이용자의 요청에 따라 그 이용자에게 효율적으로 전송하기 위한 자동적이며 단기의 중간전송에 관하여 서비스제공자는 다음의 한도에서 책임지지 않는다:

- i) 서비스제공자가 정보를 변경(Veränderung)하지 않고,
- ii) 서비스제공자가 정보의 접근조건을 지키며,

57) Lehmann, Electronic Commerce und Verbraucherschutz in Europa, EuZW 2000, 517, 519.

58) Reber/Schorr, Peer-to-Peer-Kommunikationsplattformen und deren Freistellung von der urheberrechtlichen Verantwortlichkeit, ZUM 2001, 672, 681.

59) 여기서 캐싱이란 인터넷이용자들이 요청한 웹페이지나 기타 파일들을 저장하고 있다가 이들 페이지나 파일들에 대하여 인터넷이용자들이 요구할 때마다 인터넷상의 원래의 주소지로부터 정보를 찾아오는 대신에 캐시로부터 해당 정보를 가져옴으로써 전체적으로 정보를 찾는 시간을 줄이고 네트워크에 부담을 획기적으로 줄여주는 것을 말한다.

- iii) 서비스제공자가 널리 인정되며 이용되는 산업계의 표준에 맞추어진 정보를 최근의 것으로 하기(Aktualisierung)위한 규정을 지키고,
- iv) 서비스제공자가 널리 인정되며 이용되는 산업계의 표준에 맞추어진 정보의 이용에 관하여 자료수집을 위해 적용되는 허용기술을 침해하지 않으며,
- v) 당해 정보가 원래의 통신망으로부터의 전달출처에서 제거되었거나 그 정보에의 접근이 차단되었거나 혹은 법원이나 행정관청이 제거 혹은 차단을 명하였음을 서비스제공자가 알게 되자 지체 없이 본 조항의 의미에서 저장된 정보를 제거하거나 정보에의 접근을 차단한 경우.

서비스제공자에게 책임이 배제되기 위해서는 예외규정이 충족되어야 한다. 제1호에서 변경은 그것이 중개된 정보의 무결성(Integrität)을 변경시키지 않을 때 중개과정에서의 기술적 간섭은 변경이 아니다. 이 규정은 분산화된 복제가 항상 원본과 일치하여야 한다는 것과 관련된다. 그러므로 정보는 항상 원본과 일치하기 때문에 역동적인 웹사이트는 어떠한 원본의 변경도 아닌 것으로 고려된다. 제2호에 따라 서비스제공자는 정보의 도달에 대한 조건을 고려하여야 한다. 즉 웹사이트 소유자가 설치한 진입통제를 캐싱을 통하여 무력화하는 것을 피하여야 한다. 예컨대, 진입통제는 청소년 보호를 담보하거나 또는 이용료 지급을 보장하는 데 유용할 수 있다. 제3호는 정보가 현실화되어야 하고 웹사이트가 이에 대한 진술을 내포한 사례들을 포함한다. 정보의 현실화에 대한 규정을 통하여 시간적으로 과도한 코치 복제는 흔적을 남기는 것을 피하도록 한다. 특히 승인되고 사용된 기술수준의 목적은 전자거래 지침 제12조 내지 제15조의 규정으로 서비스제공자의 책임영역에서의 조화를 추구한다. 제4호는 정보에 대한 체포지급의 수사를 캐싱 복제를 통하여 무력화시키는 것을 피하여야 한다. 예컨대, 이는 광고의 정도가 이용의 빈도를 지향하는 사례에 대하여 의미가 있다. 그러므로 원본의 웹사이트 소유자는 그가 설치한 지급체계가 캐싱 복제에 의하여 무력화되었을 때 손해가 발생한다. 제5호는 서비스제공자에게 정보에 대한 도달의 차단을 통하여 책임제한을 내포하는 것을 회피하기 위한 것이다. 또한 여기서는 정보의 제거 또는 차단이 기술적으로 가능하고 그리고 예견될 수 있는 경우에 책임제한의 중단을 야기할 수 있다는 일반원칙이 효력이 있다.⁶⁰⁾

60) BT-Drs. 14/6098, 25.

이 규정은 중간저장과 관련된 서비스제공자에게 책임면제의 의미가 있으며,⁶¹⁾ 제9조의 범위에 있어서와 같이 중개된 저장과는 관계가 없다. 즉 중개 내지 매개과정을 포괄하는 제9조 제2항의 중간저장에 있어서는 중개의 목적으로 배타적으로 설정된 그리고 이용자에게 어떠한 직접적 진입도 없는 복제(Kopie)가 문제된다. 이에 반하여 캐싱의 영역에서 중간저장은 이용자에게 정보에 대한 빠른 도달을 설정하기 위한 것이다. 이에 반하여 위법한 행위를 행하기 위하여 서비스의 이용자와 의도적으로 공동행위를 한 서비스제공자는 캐싱을 넘는 것으로 이에 대하여는 확정된 책임배제를 요구할 수 없다.

한편, P2P서비스와 같은 파일공유서비스 경우 서버에는 어떠한 불법저작물도 항구적이든 일시적이든 저장되지 않기 때문에, 개정온라인서비스법 제10조는 P2P서비스에 대하여 적용될 수 없다.

⑤ ‘호스팅’(hosting)서비스를 제공하는 자의 책임

개정온라인서비스법 제11조는 전자거래 지침 제14조 제1항 및 제2항을 수용하여 타인의 정보의 “저장”(Hosting)에 대한 책임을 일정한 요건 하에 면책하고 있다. 즉 서비스제공자는 자신이 이용자를 위하여 저장한 타인의 정보에 관하여 다음의 각 호의 한도에서 책임지지 않는다; i) 서비스제공자가 위법행위에 관하여 알지 못하거나 당해 정보에 관하여 모르며 손해배상청구의 경우에도 서비스제공자에게 위법 행위 혹은 당해 정보가 나타내는 사실 혹은 상황이 알려지지 않은 경우이거나, ii) 서비스제공자가 이를 알게 되자 지체 없이 당해 정보를 제거하거나 그 정보에의 접근을 차단한 경우.

독일온라인서비스법 제11조는 타인의 내용물을 이용에 제공하는 경우에 대해서 규정하고 있는데, 여기서 타인의 내용물의 ‘이용제공’이 있는 경우란 온라인서비스제공자가 타인의 내용물을 자신의 서버에 적어도 일시적으로 저장하는 경우에만 말할 수 있다.⁶²⁾ 즉 동규정은 원칙적으로 가입자들에게 웹사이트를 위한 파일들의 저장공간을 제공하고 유지해주는 서비스, 즉 호스팅(hosting) 서비스를 제공하는 자에 대하여 적용될 것을 예정한 규정이다.⁶³⁾

61) Härtling, DB 2001, 82.

62) LG Frankenthal MMR 2001, 401.

63) 따라서 예컨대, P2P시스템의 경우에는 내용물을 내려받기할 수는 있으나, 그것이 서버에 저장되는 것이 아니라 각 이용자의 컴퓨터에 존재하게 되므로 동 규정이 적용될 수 없을 것이다. Reber/Schorr, ZUM 2001, 672, 677.

동법은 ‘이용자의 요청에 의하여 저장된 정보’(the information stored at the request of a recipient of the service)에 대해서 온라인서비스제공자의 책임을 면제하고 있다. 이러한 책임제한은 서비스제공자의 행위가 정보저장의 기술적 과정에 한정되고 그리고 순수한 매개과정을 귀속시키는 것에서 근거한다.

그러나 위 규정은 이용자가 서비스제공자에게 속해 있거나 서비스제공자로부터 주문을 받은 경우에는 적용되지 않는다(개정TDG 제11조2문).

한편, P2P서비스는 타인의 정보를 자신의 서버에 저장하는 호스팅서비스라고 볼 수 없으며, 따라서 위의 면책규정은 적용되지 않는다. 파일공유시스템의 서버에서는 직접적인 저작물이용행위가 일어나는 것은 아니며, 따라서 책임의 감경이나 면책을 논할 필요가 없다. 요컨대 P2P서비스는 호스팅서비스는 아니며, 따라서 개정온라인서비스법 제11조 제1문은 이러한 유형의 서비스에는 적용되지 않는다.⁶⁴⁾

⑥ 저작권침해의 적용 여부

독일 온라인서비스법이 저작권법상의 불법행위에 대해서도 과연 적용될 수 있는 지에 대해서는 많은 논란이 있었다. 우선 입법자는 온라인서비스법의 적용범위를 저작권법의 영역에 대해서는 전혀 확장시키려고 하지 않았다고 하는 주장이 있다.⁶⁵⁾ 그러나 IuKDG의 입법이유서에는 민사 및 형사책임 전체에 대하여 적용하여야 한다고 언급하고 있다. 입법자가 저작권법영역을 동법의 적용으로부터 배제하려고 한 어떠한 근거도 입법이유서에서는 발견할 수 없다.⁶⁶⁾ 또한 구법은 ‘온라인서비스’(Teledienst)와 ‘대중매체서비스’(Mediendienst)를 구별하고 있는데, 구온라인서비스법 제5조의 규정과 거의 같은 내용을 담고 있는 구대중매체서비스조약은 주범으로 저작권법의 영역에는 적용되지 않게 되므로 구온라인서비스법도 저작권법의 영역에는 적용되어서는 아니 된다는 결론이 추론될 수도 있다.⁶⁷⁾ 그러나 구온라인서비스

64) 안효질, 앞의 보고서, 175면.

65) 독일 정보온라인서비스법(IuKDG)의 국회통과 이전에 열린 공청회에는 실제로 저작권 및 저작권접권분야의 관련단체대표자들이 참여하지 않았고 동법의 시행으로 인하여 앞으로 저작권 및 저작권접권분야에 어떠한 영향이 미칠 것인가에 대해서도 전혀 언급이 없었다. Brauneck, Zur Verantwortlichkeit des Telediensteanbieters für illegal ins Netz gestellte Musikdateien nach §5 TDG, ZUM 2000, 480, 481.

66) BR-Dr. 966/96, S.22.

법 제5조나 구대중매체서비스조약 제5조는 모두 일반적인 불법행위책임에 대하여 규정하고 있는 것이며, 따라서 이는 독일헌법 제74조 제1항 제1호에 의하여 연방과 주가 각각 경합하여 입법권한을 갖고 있는 분야에 해당한다. 따라서 대중매체서비스조약이나 온라인서비스법이나 모두 그 서비스업자의 책임을 경감시키며, 그 적용범위도 저작권침해로 인한 책임의 경우에까지 확대된다는 점에서 양자는 서로 차이가 없게 된다고 볼 수 있다.⁶⁸⁾

현재 전자상거래지침 제12조 이하 및 온라인서비스법 제8조이하의 규정이 인터넷서비스제공자의 저작권침해책임에 대해서도 적용된다는 점에 대해서는 이론이 없다.⁶⁹⁾

⑦ 소 결

구독일온라인서비스법과 마찬가지로, 개정온라인서비스법은 온라인서비스의 면책요건을 단지 기술적인 특성에 의해서만 판단하고 있기 때문에 법적 분류가 애매 모호한 온라인서비스의 경우에는 법의 흠결이 존재하게 된다.⁷⁰⁾ 독일온라인서비스법 제3장의 각조의 규정들의 적용여부를 판단함에 있어서는 원칙적으로 그 서비스제공자의 주관적 의사나 의도는 중요하지 않

67) Koch, Zivilrechtliche Anbieterhaftung für Inhalte in Kommunikationsnetzen, CR 1997, 193, 198. 구대중매체서비스조약 제5조와 구온라인서비스법 제5조는 그 범문만 본다면 양자는 동일한 내용을 규정하고 있음에도 불구하고, 전자는 각주의 입법으로서 저작권법의 영역에서는 적용되지 않고 후자는 연방법으로서 저작권침해의 경우에도 적용될 수 있기 때문에, 양자가 차별대우를 받는 것이 아닌가하고 비판을 하기도 하였다. Pichler, Haftung des Host Providers für Persönlichkeitsrechtsverletzungen vor und nach dem TDG, MMR 1998, 79, 81 참조.

68) 반대의견: Spindler, Urheberrecht und Haftung der Provider—ein Drama ohne Ende? Zugl. Anmerkung zu: OLG München, Urteil v.08.03.2001-29 U 3282/00, CR 2001, 324, 328. 그는 헌법에 반하는 각주의 법률이 연방법을 축소해석하는 결과를 가져올 수는 없다고 한다. 안효질, 앞의 보고서, 160면 재인용.

69) Bröcker/Czychowski/Schäfer, Praxishandbuch Geistiges Eigentum im Internet, C.H.Beck, S. 185-186. 독일 개정온라인서비스법 제4조 제4항 제6호는 저작권법에 대해서는 동조 제1항 및 제2항의 본국주의(Herkunftslandprinzip)가 적용되지 않는다고 규정하고 있는데, 이를 반대해석하면 개정온라인서비스법의 그 밖의 규정은 저작권법의 영역에 대해서도 적용되어야 한다는 것이다.

70) 예컨대 냅스터와 같은 파일공유서비스는 개정온라인서비스법 제8조 이하의 어느 규정에도 꼭 들어맞는 형태의 서비스는 아니기 때문에, 그 해석에 있어서 적지 않은 문제점을 야기할 수 있다.

다.71) 예컨대, 넷스터와 같은 P2P서비스가 원래부터 저작권을 침해하기 위한 목적으로 개발되었다고는 단정할 수 없지만, 적어도 저작권을 침해할 가능성이 매우 큰 P2P서비스의 운영자에 대하여 단지 그 기술적 특성이 법률상의 면책구성요건을 충족시킨다고 하여 면책을 인정하는 것은 분명 불합리하다고 볼 수 있다.

호스트프로바이더(Host Provider)와 BBS(Bulletin Board System) 및 뉴스그룹(Newsgroups)의 운영자는 온라인서비스법 제11조의 적용을 받을 것이다. 캐시서버(Cache Server)의 운영자는 동법 제10조에 따라 면책될 것이다. 그밖에 전기통신회사와 같이 정보를 단순히 전달하는 역할을 하는 자는 정보유통에 대하여 아무런 영향을 미치지 않는다는 근거로 동법 제9조에 따라 면책될 것이다.

그러나 각 면책규정의 구성요건을 충족하지 못하는 온라인서비스가 발생할 수 있고, 각각의 구성요건을 충족하기는 하지만 만일 면책되면 원래의 입법자의 의도에는 어긋나는 새로운 유형의 서비스가 등장할 수도 있다. 예컨대 하이퍼링크,⁷²⁾ 검색엔진⁷³⁾ 등은 온라인서비스법 어느 규정에 포함시켜야 할 것인지 분명하지 않다. 현재 사용되는 인터넷기술에 대해서조차도 현행 전자거래지침과 독일개정온라인서비스법은 적절한 해결능력을 보여주고 있지 못하다.⁷⁴⁾ 인터넷이용의 현실에서는 항상 새로운 서비스방법이 창출되고 있다. 법률이 단지 기술적인 특성에 의해서만 서비스제공자의 책임요건을 정하고 있다면, 이는 장래의 온라인서비스 및 그 기술의 발전현실을 충분히 반영할 수 없게 될 것이며, 온라인기술이 발전에 따라 법의 흠결은 더욱 명백해지고 커질 것이다.⁷⁵⁾ 따라서 오로지 기술적 특성에 따라서만 책임의 정도를 정하는 입법태도는 바람직하다고 볼 수 없으며, 더욱이 새로운 기술의 발전에 적절하게 대처할 수 없다고 본다. 독일은 전자거래법에 의하여 온라인서비스법을 개정하면서, 전자거래지침의 흠결을 보완하지 않고 그 내용을 그대로 수용하고 있다는 점에서 마찬가지로 바람직한 입법태도를 보여주고 있다고 볼 수 없다.

71) *Reber/Schorr*, ZUM 2001, 672, 678.

72) *Bröhl*, MMR 2001, 67, 71; *Härtling*, CR 2001, 271, 275.

73) *Härtling*, CR 2001, 271, 275.

74) *Härtling*, CR 2001, 271, 276.

75) 안효질, 앞의 보고서, 170면.

3) 일본

일본에서는 NIFTY-Serve 판결⁷⁶⁾을 계기로 하여 온라인 서비스 제공자의 책임범위에 관한 논의가 활발하게 이루어져 왔다. 그리고 인터넷 이용자의 권리침해로부터 일정 부분 온라인 서비스 제공자를 보호하고 정보의 유통을 촉진시키기 위하여 “특정전기통신서비스제공자⁷⁷⁾의 손해배상책임제한 및 발신자정보의 개시에 관한 법률(이하, 「프로바이더 책임제한법」이라 한다)”⁷⁸⁾이 제정되었다.

동법에서는 특정전기통신에 의한 정보의 유통으로 타인의 권리가 침해되었을 경우, 특정전기통신설비를 이용하는 특정전기통신서비스제공자는 일정한 요건 하에 책임이 없다고 규정하고 있다. 다만, 이 규정에 의하더라도 정보의 발신자 즉, 침해자가 특정전기통신서비스제공자라면 면책이 인정되지 않는다.⁷⁹⁾

동법에서 특정전기통신서비스제공자의 면책요건은 제3조 ‘손해배상책임의 제한’에 규정되어 있다. 그 내용을 간단히 살펴보자면, 권리를 침해한 정보의 불특정인에 대한 송신을 방지하는 조치를 강구하는 것이 기술적으로 가능하고,⁸⁰⁾ 당해 정보의 유통에 의해 타인의 권리가 침해되는 것을 알 수 없었을 때,⁸¹⁾ 그리고 당해 정보의 유통을 알고 있었을 경우일지라도 당해 특정전기통신에 의한 정보의 유통에 의하여 타인의 권리가 침해되는 것을 알 수 있었다고 인정하기에 충분한 상당한 이유가 없을 때⁸²⁾는 면책된다.⁸³⁾

76) NIFTY-Serve 판결(1997. 5. 26, 東京地方法院)은 명예훼손에 대하여 온라인서비스제공자의 책임을 인정한 최초의 판결이다. 이 판결에서는, Sysop이 운영·관리하는 포럼에 타인의 명예를 훼손하는 발언이 기록된 것을 구체적으로 알고 있었다고 인정되는 경우에, 당해 Sysop은 그 지위와 권한에 비추어 타인의 명예가 부당하게 훼손되지 않도록 필요한 조치를 취할 條理상의 작위의무가 있는 것으로 해석하여야 한다고 판시하였으며, 더 나아가 NIFTY-Serve는 Sysop에 대해 지휘·감독관계가 있기 때문에 일본민법 제751조에 규정되어 있는 ‘使用者責任’을 부담한다고 판시하였다(http://www.kcab.or.kr/journal/304_5.htm (2002. 9. 20. 방문)).

77) 여기서 특정전기통신서비스제공자라 함은 특정전기통신설비를 이용하여 타인의 통신을 매개하고 기타 특정전기통신설비를 타인의 통신의 이용에 제공하는 자를 말한다.

78) 特定電氣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關する法律(2001年, 法律 第137號).

79) 앞의 법 제3조 제1항 후단.

80) 앞의 법 제3조 제1항 전단.

81) 앞의 법 제3조 제1항 제1호.

이외에도 정보통신서비스제공자가 정보의 송신을 방지하는 조치를 강구하는 때에 해당 조치로 인하여 송신이 방지된 정보의 발신자에게 발생한 손해도 일정한 요건 하에 손해배상책임을 면제시켜 주고 있다.⁸⁴⁾ 또한 권리가 침해된 자의 구제를 원활히 하기 위하여, 일정한 경우에 발신자 정보의 개시를 청구할 수 있도록 규정하였다.⁸⁵⁾ 그리고 정보통신서비스제공자가 이와 같은 발신자 정보의 공개 청구를 받아들이지 않음으로써 공개청구자에게 손해가 발생한 경우에도 고의나 중대한 과실이 아니면 배상책임이 없다고 규정하였다. 다만, 정보통신서비스제공자가 권리 침해자인 경우에는 예외로 규정하고 있다.⁸⁶⁾

4) 우리나라

미국저작권법 및 유럽연합의 전자상거래지침이 온라인서비스제공자의 책임감면사유를 개별적인 사유로 유형화시키는 것과는 달리,⁸⁷⁾ 현행 저작권법 체제는 전반적으로 책임을 감면하는 규정을 두고 있다.⁸⁸⁾

2006년 개정 저작권법은 불법복제방지를 위하여 온라인서비스제공자의 책임강화(저작권법 제103조 제2항)와 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 의

82) 앞의 법 제3조 제1항 제2호.

83) 財団法人デジタルコンテンツ協会 編, 『デジタルコンテンツ白書 2002』, 2002, 60면 참조.

84) 앞의 법 제3조 제2항.

85) 앞의 법 제4조 제1항.

86) 앞의 법 제4조 제4항.

87) 한편, 한미 FTA는 온라인서비스제공자와 관련하여 매우 복잡하게 규정하고 있는데 다음의 내용을 그 특징으로 하고 있다. 첫째, 온라인서비스제공자의 책임이 감면되는 것을 네 가지의 개별적인 사유, 곧 i) 콘텐츠를 수정하지 않고 자료를 전송(transmitting), 전송연결(routing), 연결제공하거나, 이러한 전송 등의 과정에서 자료를 중간적이고 일시적으로 저장하는 경우, ii) 자동적인 과정으로 이루어지는 캐싱(caching), iii) OSP가 통제하거나 운영하는 시스템에 존재하는 자료를 이용자의 지시에 따라 저장하는 경우, iv) 정보검색 도구를 이용하여 온라인상의 일정한 위치에 이용자를 전송시키거나 연결시키는 경우 등으로 유형화하고 있다. 다만 미국 저작권법(미 저작 §512)은 한미 FTA와 동일한 규정을 하고 있음에 반하여, 유럽연합의 경우에는 단순한 도구로서의 역할만 하는 경우, 캐싱, 서버의 제공 등 세 가지로 한정되고 있으며(EU 전자상거래 지침 제12조 내지 제14조) 저작권 침해뿐만 아니라 명예훼손 등에 대해서도 적용된다.

88) 저작권법 제102조, 제103조 참조, 특수한 유형의 온라인 서비스제공자의 의무에 대해서는 제104조 참조.

무조항의 신설(저작권법 제104조), 불법복제물의 수거·폐기 및 삭제명령제도의 도입(저작권법 제133조)하였다. 지금까지 온라인서비스제공자들이 전송중단을 요청받은 뒤에도 그 대응이 늦은 경우가 많아 이로 인해 불필요한 또 다른 분쟁이 야기되었던 점을 감안하여, 요청을 받은 즉시 이에 대한 대응을 취하도록 명문화하였고, P2P 등과 같은 특수한 유형의 온라인서비스제공자에게도 권리자의 요청이 있을 경우 불법전송을 차단할 수 있는 기술적 조치(필터링) 등의 법적 의무도 명문화하였다.

한편, 한미 FTA는 온라인서비스제공자의 책임제한에 관하여, 미국 저작권법 제512조의 예를 따라, 서비스제공자를 단순한 도관 기능을 수행하는 서비스, 캐싱서비스, 호스트 서비스 및 온라인 위치 정보제공 서비스의 4가지 서비스 유형으로 나누어 각각 면책 요건을 규정하고 있다.⁸⁹⁾ 또한 한미 FTA는 면책의 범위⁹⁰⁾ 및 'Notice & Takedown' 절차⁹¹⁾에 대해서도 자세히 규정하고 있다. 나아가 한미 FTA는 이용자의 저작권 침해행위에 대하여 OSP가 면책 받을 수 있는 요건을 보다 상세하게 규정하고 있을 뿐만 아니라, 저작권자가 소송의 제기를 위해 OSP로부터 온라인상 저작권을 침해한 자(네티즌)의 신원을 확인할 수 있는 정보를 획득할 수 있는 행정적 또는 사법적 절차를 규정하도록 하였다.⁹²⁾

최근 국회를 통과한 개정법에서는 온라인상 불법복제를 효과적으로 근절하기 위해 보다 강력한 규제를 할 수 있는 근거를 두고 있다(저작권법 제133조의 2). 이에 따라 문화체육관광부장관은 일정한 경우 온라인서비스제공자에게 '불법복제물 전송자의 계정 정지' 및 '불법복제물 유통 게시판에 대한 서비스 정지'를 명령할 수 있게 되었다.⁹³⁾

89) 한미 FTA 협정 제18.10조 제30항 나호 2목 내지 5목.

90) 한미 FTA 협정 제18.10조 제30항 나호 1목, 8목.

91) 한미 FTA 협정 제18.10조 제30항 나호 9목. 및 10목.

92) OSP의 책임과 관련해서는 이대희, “한미자유무역협정의 쟁점 및 전망,” 『계간저작권』 제78호(2007), 15-16면 참조; 침해자의 정보제공제도에 관해서는 김병일, “한미FTA의 저작권 집행분야 주요 쟁점 및 그 이행에 관한 고찰,” 『계간저작권』 제78호(2007), 24면 이하 참조.

93) 원안에는 정보통신서비스제공자의 취급제한에 관한 규정이 포함되어 있었는데 국회 심사과정에서 그 규정으로 인한 기본권 침해의 우려가 제기되어 그 부분이 삭제되고 다른 부분도 일부 수정된 상태로 통과되게 되었다.

3. OSP의 책임에 관한 쟁점

1) 면책유형

한미 FTA 및 유럽연합 전자상거래지침이 한국이나 일본의 OSP 입법과 가장 다른 점은 이들이 OSP가 면책받을 수 있는 일정한 행위를 규정하고 이들 행위에 대하여 각각 면책받을 수 있는 요건 및 예외를 규정하고 있다는 점이다. 그렇다면 면책을 받을 수 있는 이러한 행위를 유형화하는 것이 적절한가가 궁극적인 쟁점이 될 것이다. DMCA, 한미 FTA 및 EU가 면책행위로 규정하는 것은 사실상 인터넷상에서 이러한 행위를 할 수밖에 없는 OSP의 행위를 규정한 것이므로, 타당성은 별론으로 하더라도 전혀 문제될 것이 없다. 만약 문제가 된다면 OSP가 면책을 받기 위하여 충족하여야 하는 요건이 될 것이다.

EU의 전자상거래지침이 규정하고 있는 (i) 단순한 도구로서의 역할만 하는 경우, (ii) 캐싱, (iii) 서버의 제공은 모두 DMCA 및 한미 FTA와 일치하는 것이고, 한미 FTA는 ‘정보검색도구에 의하여 인터넷상의 위치로 연계시키는 행위’를 추가적으로 면책유형으로 규정함으로써 이 점에서만 차이가 있게 된다. OSP의 행위에 대한 면책을 규정하는 것이 존재하지 않는다면 결국 OSP의 책임이나 면책 여부는 판례에 의하여 결정되므로, ‘정보검색도구에 의하여 인터넷상의 위치로 연계시키는 행위’의 면책성이 판례에 의하여 결정된다는 차이점만 존재하는 셈이 된다.

면책되는 행위를 유형별로 하여 입법하는 것이 미국과 EU의 자세이고, 미국이 여러 국가들과 체결한 FTA도 이러한 입법을 하고 있으며, 이러한 행위들은 OSP가 수행하는 당연한 행위이므로, 이들 행위별로 면책을 규정하는 것이 바람직한 것으로 보인다.

2) 면책요건의 복잡성

DMCA 및 한미 FTA에 의하면, OSP가 면책받기 위한 요건을 EU보다 상당히 상세하게 규정하고 있고 그 요건도 EU보다 엄격한 것이라 할 수 있다. 예컨대 DMCA 및 한미 FTA는 일반 면책요건으로서 (i) OSP가 통제, 개시, 지시하지 않는 저작권 침해이어야 하고, (ii) OSP가 연속적으로 이루어지는 저작물 등의 송신을 개시하지 않아야 하며, (iii) 서비스제공자가 저작물 등

이나 그 수신자를 결정하지 않아야 함, (iv) 반복 침해자의 계정을 중단토록 하는 정책방침을 채택하고 이를 합리적으로 이행하여야 하며, (v) 표준적인 기술조치를 수용하고 이에 개입하지 않을 것을 규정하고 있다. EU도 이러한 요건을 포함하기도 하지만 반복침해자에 관한 사항은 포함하지 않고 있다. 각 유형별 개별적인 면책요건도 DMCA 및 한미 FTA가 더 복잡한데, 면책요건은 EU의 접근방법이 타당하다고 생각한다.

3) Monitoring 요구 금지

미국, EU 그리고 한미 FTA는 모두 OSP가 면책받을 요건으로서 저작권 침해를 감시할 의무가 요구되지 않을 것을 규정하고 있다. OSP에게 자신의 서비스를 감시하거나 침해행위를 적극적으로 찾아낼 의무를 부과시키지 않는 것은 (i) OSP의 이러한 행위로 인하여 이용자(OSP 가입자)들의 프라이버시가 침해될 가능성이 있다는 것과 (ii) OSP가 자신의 시스템이나 네트워크에 존재하거나 이를 통하여 송신되는 저작권 침해자료를 모두 감시한다는 것은 불가능하다는 것을 인정한 것이다. OSP가 패킷 스위칭에 의하여 디지털방식에 의한 개별적인 파일의 다발이 통과하는 모든 경로를 감시하는 것은 사실상 불가능하다. 또한 OSP의 시스템에서 수많은 전송이 이루어지는데 이를 OSP가 감시한다는 것은 비현실적이며, 저작권을 침해하는 자료를 파악해내는 것이 항상 가능한 것은 아니라는 사실을 고려하여야 할 것이다.

OSP에게 감시의무를 부과하지 않는 근거 중의 하나는 프라이버시의 보호이다. 미국 저작권법이 프라이버시의 보호라는 제목으로 OSP의 감시의무를 면제한 것도 이러한 사실에 기인한다. 미국 저작권법은 ‘프라이버시의 보호’라는 항의 제목 하에 (i) OSP가 서비스를 모니터하거나 (ii) 법에 의하여 자료에 접근하는 것 등이 금지된 경우, OSP가 자료에 접근하거나 자료를 제거하거나 자료에 대한 접근을 차단하는 것에 책임제한을 조건지워서는 안 된다고 규정하고 있다.

감시의무를 부과하지 않는 마지막 이유로서는 세 번째 및 네 번째 면책유형이 요구하는 면책요건과 관련된다. 곧 이러한 면책유형은 면책요건으로서 (i) 침해를 실제로 인지하거나, (ii) 침해를 인지할 정도로 객관적으로 명확한 정황이 존재하는 경우를 규정하고 있는데, 감시의무의 부존재를 명확히 하지 않는다면 이러한 요건이 영향을 받을 수밖에 없기 때문이다.

OSP 면책과 감시의무에 관하여는 보다 신중한 접근방법을 통한 향후 검토가 필요하다고 생각한다.

4) 침해자 정보의 제공

OSP 책임이 문제되는 이유는 OSP 자신이 저작권을 침해하는 것이 아니라, OSP 서비스를 이용하는 자(가입자)가 저작권을 침해하는 자료를 OSP 서버나 네트워크에 올려놓음으로써 저작권이 침해되고, 저작권자가 이들의 책임을 직접 묻는 것이 사실상 불가능하거나 비현실적임으로써, 결국 저작권자가 OSP에게 침해책임을 묻고자 하는 것이 되고 따라서 저작권자와 가입자 사이에 존재하는 OSP에 대하여 일정한 요건이 충족된 경우에는 책임을 면제시켜 주고자 하는데 있다. 그런데 저작권자가 저작권을 직접 침해하는 가입자들의 책임을 묻고자 하는 경우도 있을 수 있다. 이 경우에는 그 가입자들에 대한 정보가 필요하게 되는데 이를 보유하고 있는 것이 OSP이고 따라서 저작권자가 이들 가입자들에 대한 정보를 OSP에게 요청하는 경우 OSP가 이를 제공하는 것이 OSP에 더 유리할 수도 있다. 따라서 가입자 정보를 저작권자에게 제공하는 경우 문제점은 어떠한 절차에 따라, 그리고 OSP에게 부담을 크게 주지 않고서 제공할 수 있도록 하는가에 있다. 가입자에 대한 정보를 요구하는 것은 DMCA 및 EU, 그리고 일본 입법이 모두 요구하고 있다.

OSP의 침해자 정보의 제공에 대해서는 다음과 같은 점이 고려되어야 할 것이다. 첫째, 대부분 저작권 침해가 민사적으로 해결되는 미국에서는 권리자가 침해자의 신원을 확인하는 것이 긴요할 수 있지만, 형사적인 구제수단이 주어지고 있는 한국에서는 권리자의 고소에 의하여 침해자의 신원이 확인될 수 있기 때문에 신원을 확인할 필요성이 미국보다는 약하다고 할 수 있다는 점이다. 저작권자가 침해자를 형사적으로 고소를 하기 전에 경고장을 보내기 위한 경우와 같이 일정한 경우에는 침해자의 신원에 관한 정보를 필요로 하는 경우가 있을 수 있는데, 한국에서도 권리주장자의 허위주장을 막을 장치가 필요하게 된다.

미국에서 가입자 정보를 획득하기 위하여 문서제출장(subpoena)을 받도록 요구하는 것은 침해자의 신원에 관한 정보를 획득하고 이러한 정보는 자신의 권리를 보호하기 위한 목적만을 위하여 사용될 것이라는 것을 선서식으로 선언하도록 하기 위한 것이다. 곧 허위 주장을 하였을 경우 위증죄나 범

원모독죄 등의 제재가 가하여질 수 있는데, 한국에서는 이러한 제재수단이 존재하지 않는다. 따라서 권리주장자로 하여금 허위로 침해를 주장하거나 가입자(침해자)에 대한 신원정보를 허위로 요청하는 경우에는 일정한 제재를 가할 수 있는 장치를 마련하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

둘째, OSP에 의한 침해자의 신원에 관한 정보의 제공은 사생활 내지 비밀의 자유나 표현의 자유가 침해될 수 있다는 것과 충돌될 수 있다. 이러한 우려를 잠재울 수 있는 근거는 제공되는 정보가 저작권을 집행, 곧 민형사 소송을 제기하기 위하여서만 이용된다는 것이다. 따라서 OSP가 제공한 정보는 침해와 관련된 민형사 소송을 제기하기 위한 목적으로만 사용되고, 그 외의 목적으로 사용되는 것에 대하여 제재를 가할 수 있는 근거를 마련토록 할 필요성이 있다.

셋째, 가입자(침해혐의자)에 대한 신원정보를 제공토록 하려면 이를 보유하고 있는 OSP에게 강제를 해야 하는데, 어떠한 방법에 의할 것인가가 문제된다. 사실상 OSP에게 신원정보를 제공하도록 법원의 절차에 따라 요구한다면 너무나도 번잡하고 법원에 부담이 되는 절차가 될 것이지만, OSP에게 명령하는 것에 대한 일정한 사법적인 판단이 필요할 수도 있을 것이다. 미국이 법원의 판사가 아니라 서기에게 문서제출장을 발행토록 한 것도 바로 이러한 사정에 기인하는 것이다. 곧 OSP에게 신원정보를 제공토록 함에 있어서 사법적 판단과 같이 독립적인 판단에 의하도록 하되, 법원에 의한 절차보다는 완화된 절차가 타당할 것이다. 따라서 미국이 싱가포르 등과 체결한 FTA에서 침해자의 신원에 관한 정보를 획득하도록 하기 위한 사법·행정적인 절차를 마련토록 하는 것과 같이, 사법절차 외에 행정절차를 포함시키도록 하는 것이 타당할 것으로 보인다.

5) 필터링 등에 의한 사전적인 조치의 도입

저작물의 적법한 이용을 활성화하기 위하여서는 침해가 이루어지기 이전 단계에서 침해가 이루어지지 않도록 불법적인 P2P 파일교환을 가능하게 하는 자에 대하여 침해를 방지하기 위한 사전적인 조치를 취하는 것은 저작물의 유통 및 이용하는 행태의 변화에 적극적으로 대처할 수 있다는 점에서 중요성이 증대하고 있다.⁹⁴⁾

94) 이대희, “불법 복제 방지를 위한 법적 접근 방안의 연구,” 비고사법 제12권 4호

포털 사이트뿐만 아니라 P2P, 웹하드 등의 온라인 서비스를 통한 개별 이용자의 온라인상 저작권 침해사례가 계속 발생함에 따라 저작권자들은 온라인서비스제공자의 저작권 침해 방지 의무와 책임을 강하게 요구함에 따라, 2006년 개정 저작권법 제104조 제1항은 이용자의 저작권 침해행위가 상대적으로 많이 발생할 가능성이 높은 유형의 온라인서비스제공자(이하 ‘특수한 유형의 온라인서비스제공자’)에게 권리자의 요청이 있는 경우 당해 저작물의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 할 의무를 부과하도록 규정한 바 있다. 그러나 동법 제104조의 규정이 추상적으로 기술되어 있어 ‘누가 의무자가 되는지, 그 의무의 조건과 내용은 무엇인지, 그 의무의 한계는 어디까지인지’ 등과 관련하여 많은 논란과 비판이 제기되고 있다. OSP에게 제3자의 위법행위에 대한 법적 책임을 과도하게 요구하는 것은 바람직하지 아니하고, 사전에 저작권 침해행위를 방지 또는 감소시키기 위해 OSP가 현실적으로 가능한 합리적인 수준의 기술적 조치를 할 의무를 이행할 수 있도록 보다 구체적인 규정을 마련하는 것이 바람직할 것이다.⁹⁵⁾

6) 다운로드의 불법화

우리나라의 경우와 같이 P2P 사이트를 통한 불법복제물의 다운로드 행위가 ‘사적사용’으로서 복제권이 제한되는지의 여부가 불확실한 경우도 있고, 미국과 같이 사적사용에 특화된 권리제한이 규정되어 있지 않고 다운로드행위가 공정이용(fair use)에 해당하지 않는 경우에는 복제권 침해가 되는 경우도 있다. P2P 사이트를 통한 불법복제물의 다운로드 행위는 사적복제의 범위에 속하지 아니함을 명시적으로 규정함으로써 불법복제물의 유통이 확산되는 것을 방지할 필요가 있다.

독일은 2003년 개정 저작권법 제53조 제1항 1문은 사적 복제를 허용하기 위한 요건으로서 “사적 복제를 위하여 사용되는 복제원본은 명백히 불법적으로 생성된 것은 아니어야 한다”는 것을 추가함으로써 악의의 이용자에 의한 파일 다운로드를 사적복제 행위일지라도 위법행위가 된다.

이탈리아는 2004년 5월 저작권법(La Legge sul diritto d'autore, 1941년 법률

(2005.12), 660면.

95) 이에 대한 비판적 설명은, 조정욱, “온라인서비스제공자의 기술적 조치 의무,” 정보법학 제12권 제2호(2008), 63면 이하 참조.

제633호)의 개정에 의하여 불법적인 저작물을 네트워크에 업로드 하거나 다운로드하는 것에 대하여 형사적인 제재를 가하고 있다(제171조의 3조).

일본의 경우, 일본정부는 2009년 3월 10일 각료회의에서 일본저작권법 개정(안)을 결정하여 국회에 제출하였는데, 있는 개정 저작권법이 2009년 6월 12일 참원 본회의에서 가결, 성립하였는데, 시행은 2010년 1월 1일부터 하게 된다.⁹⁶⁾ 개정 저작권법은 불법저작물의 유통방지책으로서 불법으로 송신된 음악·영상을 불법인지 알면서 다운로드 하는 행위를 금지시키고 있다. 현행 저작권법에는 저작권자의 허락 없이 저작물을 송신하는 행위를 금지시키고 있고, 개정안에서는 다운로드 행위도 “불법인지 알면서 행하는 경우에도 불법으로 규정”하고 있다. 그러나 위반자에 대한 벌칙에 대해서는 규정하지 않고 있다.⁹⁷⁾

7) 행정부에 의한 온라인 불법복제방지 조치

2009년 개정저작권법에서는 한국저작권위원회가 온라인서비스제공자의 정보통신망을 조사하여 불법복제물 등이 전송된 사실을 발견한 경우, 이를 심의하여 온라인서비스제공자에 대하여 ① 경고, ② 불법복제물 등의 삭제 또는 전송 중단, ③ 반복적으로 불법복제물 등을 전송한 복제·전송자의 계정정지 등의 시정조치를 권고할 수 있도록 규정하고 있다(제133조의3).⁹⁸⁾ 비록 "

96) 주요내용은 “다운로드 불법화”, “검색엔진에 의한 저작물복제의 합법화”, “TV방송프로그램 등을 인터넷으로 2차 이용시 권리처리 원활화”등이다.

97) 또한, 해적판 DVD 등을 불법복제물인지 알면서 쇼핑몰사이트 등에 출품하는 행위에 대해서도 권리침해로 간주하는 규정이 마련되어 있으며, 위반한 경우에는 5년이하의 징역 또는 5,000만엔 이하의 벌금에 처하도록 되어 있다.

98) 개정법 133조의3의 내용은 다음과 같다.

제133조의3(시정권고 등)

① 위원회는 온라인서비스제공자의 정보통신망을 조사하여 불법복제물 등이 전송된 사실을 발견한 경우에는 이를 심의하여 온라인서비스제공자에 대하여 다음 각 호에 해당하는 시정 조치를 권고할 수 있다.

1. 불법복제물 등의 복제·전송자에 대한 경고
2. 불법복제물 등의 삭제 또는 전송 중단
3. 반복적으로 불법복제물 등을 전송한 복제·전송자의 계정 정지

② 온라인서비스제공자는 제1항제1호 및 제2호에 따른 권고를 받은 경우에는 권고를 받은 날부터 5일 이내에, 제1항제3호의 권고를 받은 경우에는 권고를 받은 날부터 10일 이내에 그 조치결과를 위원회에 통보하여야 한다.

온라인서비스제공자의 정보통신서비스 이용 제한"에 관한 개정안의 규정이 국민의 기본권을 침해할 가능성이 있다는 이유로 국회 심사 과정에서 삭제되었지만, 위의 규정들만으로도 집행하기에 따라서는 불법복제의 근절에 상당한 효과를 발휘할 수 있을 것으로 기대된다.

저작물의 온라인 유통 채널이 급변하는 상황 하에서 저작권자들이 직접 모든 포털업체, P2P업체, 웹하드업체 등을 조사하여 일일이 사법부를 통한 구제를 요청하는 것은 시간적인 면이나 비용적인 면에서 거의 불가능하다. 따라서 건전한 저작물 이용질서를 확립해야 할 책무를 지는 행정부가 신속하게 온라인 불법 복제물을 단속할 수 있도록 할 필요가 있기 때문에, 문화체육관광부장관이 OSP에게 불법 복제물의 삭제, 이용자에 대한 경고, 계정 정지, 게시물 정지를 명할 수 있는 시정명령제도와 OSP에게 자율적인 조치를 취할 기회를 주기 위한 한국저작권위원회의 시정권고제도를 도입하게 되었다고 한다.⁹⁹⁾

저작권을 보호하고 온라인 파일공유 문제를 공정하고 신속하게 해결할 수 있는 해결책 마련을 위하여 많은 국가들이 논의를 진행 중에 있다.

대만 의회는 2009년 4월 21일, 최근 3여 년 동안 논란이 되어 왔던 이용자의 저작권 침해에 따른 ISP의 책임 면제를 내용으로 하는 저작권법 개정안을 통과시켰다.¹⁰⁰⁾ 개정안에 따르면, 저작권자가 ISP 이용자에 대해 저작권 침해 책임을 묻는 경우에 ISP가 적극적으로 협력해 그 이용자에 대해 침해사실을 고지하고 법률에서 정하는 대로 불법 저작물을 삭제한 경우에는 저작권 침해에 따른 형사 책임 및 기타 여하한 손해배상 책임도 부담하지 않는 것으로 규정하고 있다. 이 개정안은 또 “삼진아웃제”를 도입하여 3번에 걸쳐 저작권 침해를 범한 이용자에 대해서는 인터넷 접속을 금지할 수 있도록 하였다. 개정 저작권법은 온라인 검색 서비스를 제공하는 사업자에 대해서도 동일하게 적용된다.

③ 위원회는 온라인서비스제공자가 제1항에 따른 권고에 따르지 아니하는 경우에는 문화체육관광부장관에게 제133조의2제1항 및 제2항에 따른 명령을 하여 줄 것을 요청할 수 있다.

④ 제3항에 따라 문화체육관광부장관이 제133조의2제1항 및 제2항에 따른 명령을 하는 경우에는 위원회의 심의를 요하지 아니한다.

99) 김현철, “2009년 4월 통과된 개정 저작권법의 주요 내용,” 저작권문화 제177호(2009.5), 10-12면.

100) <http://www.digitimes.com/news/a20090422PD201.html>, 09.4.22

한편, 프랑스 의회에서는 2009년 4월9일 예측이 어려워 보이던 접전 끝에 인터넷 상의 저작물 배포 및 저작권 보호를 위한 상급 기구 (l' HADOPI: la Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des Droits sur Internet) 설립 및 삼진아웃제를 골자로 하는 인터넷 상의 저작물 배포 및 저작권 보호를 지지하는 법률안¹⁰¹⁾의 채택이 반대 21표/찬성 15표로 일단 부결되었다. 이 법안이 통과되는 경우, HADOPI는 불법 파일 공유 등 저작권 침해 행위를 일삼는 인터넷 서비스 이용자들의 개인정보를 입수하여 이메일 및 우편으로 침해행위 중지를 요청하는 내용의 경고를 발송하고, 이 경고를 수차례 무시하는 자에 대해 일정 기간 동안 인터넷 서비스를 정지하는 처분을 내릴 수 있다. 인터넷 정지 처분을 받은 자들은 이미 그 명단이 각 인터넷 서비스 제공자(ISP)에 통보되기 때문에 정지 기간 동안 타사의 인터넷 서비스 가입마저 불가능할 수도 있다.¹⁰²⁾

영국의 경우에는 저작권 침해자를 인터넷 이용으로부터 배제하자는 주장은 영국정부의 위임에 의하여 Andrew Gowers가 2006년 작성한 Gowers Review of Intellectual Property에서 다음과 같이 제안되었다.

권고안 39 : 자료의 공유에 대하여 '해적행위'를 하는 이용자들을 배제하고 자격을 박탈하기 위한 ISP와 저작권자 간 산업계의 합의를 지켜본다. 만약 2007년 말까지 이것이 성공적으로 작동되지 않는다고 입증된다면, 정부는 입법을 할 것인지 여부를 결정하여야 한다.

그런데, 2008년 7월 정부가 주도한 음반업계, 영화사 및 ISP 간의 합의에서 온라인 저작권 침해 단속을 위한 구체적인 방안을 모색하기 위해 상호 협력하기로 합의하였으나, 결국 당사자들을 모두 만족시킬 만한 결론을 내리지 못하였다. 한편 2009년 1월 영국 정부는 영국의 차세대 디지털 전략을 담은 “디지털 영국(Digital Britain)”중간 보고서¹⁰³⁾를 발표하였다. 이 보고서에서 주목할 만한 내용은 디지털 콘텐츠 관련 세부 실행계획 중 온라인 저작권 침해에 대한 3개의 항목으로, 그 대략적인 내용은 다음과 같다. 첫째, 저작물의 합법적인 이용에 대한 인센티브를 제공하고 저작권법 위반 방지를 위한 방안을 수립할 권리기관(Rights Agency)의 설립을 고려하고, 둘째, 저작

101) 법률안의 내용에 관하여는 www.culture.gouv.fr/culture/actualites/conferen/albanel/creainterenglish.pdf 참조.

102) 김희은, “온라인 상의 저작권 침해에 대한 유럽 각국의 대응방안,” 저작권문화 제177호(2009.5), 24-25면. 프랑스가 추진한 3진 아웃제는 3회에 걸친 저작권 침해자에게 인터넷 접속 자체를 배제함으로써 특히 문제가 된 것이다.

103) www.culture.gov.uk/images/publications/digital_britain_interimreportjan09.pdf

물의 올바른 이용에 관한 교육 및 저작권 침해 예방에 대한 홍보 등에 필요한 기금을 권리자 단체들로부터 확보하는 방안을 모색하며, 셋째, 불법 P2P 파일공유에 대해서는 저작권자가 합리적인 수준의 증거를 제시하는 경우에 대하여 ISP가 침해자에게 경고를 보내도록 하는 법안을 추진할 계획이며, 특히 ISP가 상습 침해자에 대해 익명화된 개인정보를 수집하는 것을 의무화하여 법원 명령 시 권리자에게 이 정보를 제공할 수 있도록 하는 방안을 고려중이라고 한다.¹⁰⁴⁾

IV. 결 어

네트워크에 관련한 기술이 발전함에 따라 저작권 침해의 태양도 변화를 거듭하고 있다. 최근 P2P, 웹하드 서비스에 의한 저작권침해의 심각성이 사회적으로 주목을 받고 있다. 특히 미국의 Groster 사건뿐만 아니라 한국의 소리바다 사건을 둘러싼 OSP의 책임 및 면책에 관한 많은 논의가 진행되고 있다.

P2P, 웹하드 서비스를 이용하여 교환되는 콘텐츠의 상당한 부분은 저작권자의 이용허락을 필요로 하는 저작물임에도 불구하고, 저작권자의 허락을 받지 아니하고 세계적인 규모로 파일교환이 행해지고 있다. 이러한 파일교환은 정보처리나 전달의 최적화를 도모할 수 있는 반면, 익명성이 있는 콘텐츠의 거래를 위하여 저작권자의 허락을 얻지 않고 파일교환을 행하여지고 저작권 침해의 위험성이 높다는 것이 특징이다. 파일교환에 관한 저작권 침해소송의 형태는 파일교환의 이용자(user)를 피고로 한 ‘직접적인침해’ 소송과 파일교환 시스템의 제공자와 같은 OSP를 피고로 한 ‘간접적인 침해’ 소송으로 구분된다. 한편, 각국은 인터넷통신의 경우 자료교환이 점차 많아지면서 이를 일일이 확인할 수 없고 통제가 불가능하다는 사정을 고려하여 OSP의 책임을 경감시켜 왔으나, 최근 OSP의 책임 및 의무를 강화하고자 하는 입법적 시도가 계속되고 있다. 우리나라의 경우도 (i) 불법 복제물의 삭제·전송 중단 및 경고명령, (ii) 반복적인 복제·전송자에 대한 OSP의 서비스 이용자 계정 정지명령제도 도입, (iii) 게시판 서비스 정지명령 등의 행정

104) 김희은, 앞의 논문, 25면.

규제를 주된 내용으로 하는 개정 저작권법이 세간의 우려를 받고 있다.

IT기술 및 인터넷의 발달로 온라인을 통한 불법복제 저작물 유통이 증가함에 따라 OSP의 책임제한 요건을 보다 명확히 하여 안정적인 사업수행이 가능하도록 할 필요성 대두되어 일정한 조건을 갖춘 OSP에 대해서는 일정한 해위를 면책하고 있다. 그런데 이러한 OSP 면책 규정의 입법취지에 비추어 볼 때 블로그 운영자 등이 OSP 면책규정의 적용대상이 된다고 보기 어려운 측면이 있고, 최근 웹하드(Webhard) 운영자에 대해서 사안에 따라 저작권 간접침해(방조범리 등)가 아니라 직접침해를 묻는 상황을 고려한다면, 클럽 등의 개설자가 저작권 침해를 주목적으로 하여 클럽을 이용하는 경우에 클럽 등의 개설자에 대하여 저작권 침해를 묻는 것이 법리적으로 어려운 것이 아니다. 따라서 저작권침해의 책임법리와 OSP 규제를 통한 통제적 수단이 있음에도 불구하고 경고 및 삭제·전송중단 명령의 대상을 게시관 관리·운영자로 확대하는 것은 저작권 침해에 사용되는 카페나 블로그의 이용자들의 저작권 침해를 억제할 수 있다는 점에서 의의는 있지만 법이론적으로는 바람직 하지 아니하다. 오히려 한미 FTA 이행과 관련하여 지적재산권 집행분야가 강화된 바 있는데, 법정손해배상 제도, 침해자의 정보청구제도를 통한 지적재산권 집행이 제대로 이루어진다면 인터넷을 통한 저작권 침해를 억제할 수 있을 것으로 생각한다.

‘반복적 침해자에 대한 계정정지명령제도는 통신법(telecom bill) 분야에서 현재 유럽의회가 추진하고 있는 “Three-strikes rule for illegal downloaders”와 매우 유사한 것으로 보인다. 물론 동제도는 프랑스나 영국에서 추진하고 있는 ‘삼진아웃제’와는 달리 인터넷망 접속 계정 자체를 정지시키는 것이 아니라 해당 OSP의 이용자 계정만을 정지시키는 것이기 때문에 다른 OSP 서비스(예컨대 e-mail 서비스)를 이용하는 데에는 어떠한 지장은 없다. 이 제도에 대해서는 일반적으로 저작자는 호의적인 반면, 미디어 이용자(소비자), OSP는 그 시행방법에 대해서 상당한 우려를 하고 있는 것으로 보인다. 실용적 측면에서 볼 때, 이 삼진아웃제는 불법복제를 효과적으로 해결할 수 있는 합리적 접근방법인 것처럼 보인다. 왜냐하면 ISP(OSP)들은 사실상 인터넷의 문지기(gatekeepers of the internet)에 해당하므로, OSP의 서버를 이용하는 콘텐츠를 통제하는 것이 실용적인 방법일 수 있기 때문이다(미국과 프랑스는 유사한 제도를 채택한 바 있음). 불법복제물의 복제·전송 등으로 인하여 OSP로부터 경고조치를 받았음에도 불구하고 계속하여 저작권침해를 행하는

저작권 반복 침해자들에 대해서 계정을 말소하거나 OSP 서비스 제공을 거부하는 것은 저작권침해방지를 예방하는 효과를 거둘 수 있을 것으로 평가된다. 그러나 계정을 계속적으로 변경하면서 실질적으로 동 규정을 우회하는 경우 어떻게 대처할 것인지와 인터넷 계정 보유자들이 불법복제한 콘텐츠에 대해서 책임을 지는지의 여부에 대해서 OSP들의 입증문제에 대해서는 많은 고민이 필요한 것으로 생각되며, 이러한 문제들에 대해서 OSP들의 자발적으로 합의된 자율규제 절차를 확립함으로써 반복적인 저작권 침해자를 퇴출시키는 노력도 선행되어야 할 것으로 보인다. 나아가 저작권 침해에 대한 민사적·형사적 구제조치를 강화함으로써 불법사이트가 사실상 폐쇄되거나 적법 서비스로의 전환을 유도하는 것이 바람직한 것으로 생각된다. 다른 한편으로는 인터넷 사용자의 기본적인 권리, 특히 프라이버시와 개인 정보정보 문제와 저작권자 보호 사이의 균형점을 찾기 위한 지속적인 노력이 선행되어야만 할 것이다.

■ 참고문헌 ■

- 김병일, 기술적 보호조치와 부정경쟁, 『디지털재산법연구』 제1권 제2호, 2002.2.
- 김병일, “위조 및 불법복제방지조약(ACTA) 협상 주요쟁점,” 『Law & Technology』 제5권 제6호, 2009.11.
- 김현철, “2009년 4월 통과된 개정 저작권법의 주요 내용,” 『저작권문화』 제177호, 2009.5.
- 김희은, “온라인 상의 저작권 침해에 대한 유럽 각국의 대응방안,” 『저작권 문화』 제177호, 2009.5.
- 이대희, “불법 복제 방지를 위한 법적 접근 방안의 연구,” 『비교사법』 제12권 4호, 2005.12.
- 이대희, 기술적 보호조치를(접근통제) 보호에 관한 연구, 문화관광부, 2001.
- 이영록, 기술조치의 보호입법에 관한 연구, 저작권심의조정위원회, 저작권 연구자료 38, 2001.
- 안효질, “DRM과 저작권법”, 프로그램심의조정위원회 IT 법제연구 제1권, 2002.
- 임원선, DRM의 저작권법적 보호, 『Law & Technology』 제1권 제1호, 2005.7.
- 조정욱, “온라인서비스제공자의 기술적 조치 의무,” 『정보법학』 제12권 제2호, 2008.12.
- Thomas Heide, Access Control and Innovation under the Emerging EU Electronic Commerce Framework, 15 Berkeley Technology Law Journal, 2000.
- Daniel J. Gervais, “Towards a New Core International Copyright Norm: The Reverse Three-Step Test,” March 2004.
- 著作權法令研究會·通商産業省産業政策局知的財産政策室, 著作權法·不正競争防止法改正解説, 有斐閣, 1999.
- 小野昌延(編), 新·注解 不正競争防止法, 青林書院, 2000.

<Abstract>

Study on the Regulation on Illegal Internet Distribution of Copyrighted Works

Kim, Byung-II

Popular Internet software based on a peer-to-peer architecture has been used to share copyrighted movies, music, software, and other materials. Concerned about the consequences of illegal copying and distribution on a massive scale, content owners are interested in technical protection measures (TPM), which includes measures that control 'access' effectively provides copyright owner with rights which significantly broader than currently provided by the international copyright treaties. Unfortunately, the technical challenges for securing digital copyrighted works are formidable and previous approaches have not succeeded. This study overviews the concepts and approaches for TPM.

This article has also focused on four important constellations of regulation on illegal internet distribution of copyrighted works. In particular, Korea's government has become the latest country to pass a so-called three strikes law to crack down on online copyright piracy. This study aims to offer a better understanding of the legal issues related to current copyright law amendment to regulate illegal internet distribution of copyrighted works.

<Key Words>

인터넷(Internet), 저작권침해(Copyright Infringement), 불법다운로드(Illegal Downloading), 기술적 보호조치(Technical Measure), 온라인서비스제공자(Online Service Provider), 필터링(Filtering)