

# 인터넷 法律

통권 제43호 (2008. 7.)

---

## 目 次

### 논 단

IPTV법상 설비동등제공과 필수설비이론 / 정찬모 .....	1
일시적 저장과 공정이용 / 최상필 .....	21
개인정보에 관한 행정통제와 권익구제의 법적 연구 / 이민영 .....	41
- 공공기관의 CCTV 운영에 대한 행정쟁송의 적용을 중심으로 -	
증거개시절차상 메타 데이터의 취급에 관한 소고 / 김도훈 .....	62
인터넷 TV 녹화서비스에 대한 법적 고찰 / 최진원 .....	84
- 간접침해와 사적복제를 중심으로 -	
유비쿼터스도시구현을 위한 법령현황 및 개선방안 / 이지희 .....	115

### 해외입법자료

유럽 공동체의 통신데이터의 보관에 관한 지침 DIRECTIVE 2006/24/EC / 박희영 .....	144
--	-----



■ 논문

## IPTV법상 설비동등제공과 필수설비이론\*

The Korean IPTV Act and the Essential Facilities Doctrine

정찬모

인하대학교 법과대학 부교수

### 요약문

한국은 2008년 1월 17일 「인터넷 멀티미디어 방송사업법」을 제정하였다. 속칭 IPTV법이라 불리는 이 법은 비록 방송통신융합 전체를 아우르지는 않으나 대표적인 융합서비스인 IPTV 사업에 법적 기반을 제공한다. 이 논문은 IPTV법의 주요 특색중 하나인 전기통신설비동등제공 규정을 구미에서 형성되고 우리법제에도 수용된 필수설비이론의 구체화로 파악하고 「전기통신사업법」, 「독점규제및공정거래에관한법률」의 유관 규정과의 관계 속에서 그 의미를 분석한다.

IPTV법 제14조는 인터넷 멀티미디어 방송 제공사업자는 다른 사업자로부터 서비스의 제공에 필수적인 전기통신설비에의 접근 및 이용에 관한 요청이 있는 경우 자기 보유설비의 부족, 영업비밀의 보호 등 합리적이고 정당한 사유 없이 이를 거절하지 못하며, 부당하게 차별적인 대가와 조건으로 제공하여서는 아니 된다고 규정하였다. 타법과의 관계에서 이 법이 우선 적용된다는 동법 제3조에도 불구하고, IPTV법의 설비동등제공 규정은 전기통신사업법의 설비제공규정이나 공정거래법의 필수설비제공거절규정과 조화롭게 해석되어야 하며, 비록 보충적인 성격이 될지라도 다른 법률규정들의 정당한 역할을 인정해야 한다.

선진국의 시장동향을 보면 초반에는 가입자선로 공동활용 제도를 이용하고 타인의 광대역망을 임차하여 IPTV사업에 진입한 사업자라 할지라도 본격적인 사업을 위해서는 독자적인 광대역망 확충에 나서고 있다. 규제의 틀을 짤 때에는 이와 같은 시장의 자연적 변화에 연동하여 긍정적 변화를 이끌 수 있도록 하여야 한다. 즉, 초기에는 강력한 설비동등제공의무를 통해 시장진입비용을 줄여 주더라도 장기적으로는 모든 사업자가 망고도화에 기여하도록 유도하는 방향으로 의무적속허용망의 범위, 대가산정에 있어서의 규제완화 프로그램을 설계해야 할 것이다.

주제어 : 인터넷 멀티미디어 방송사업법, 설비동등제공, 필수설비, 공정거래, 독점금지법, IPTV, 광대역통합정보통신망, 가입자선로, 전기통신사업

\* 이 논문은 인하대학교의 지원에 의하여 연구되었음.

〈目 次〉

I. 서 론	2. 쟁점분석
1. IPTV 현황	3. 지속적 투자유인
2. IPTV법 제정의 연혁과 본 연구의 초점	
II. 필수설비이론	IV. IPTV법상 규제와 공정거래법상 규제의 상호관계
1. 외국에서의 이론 형성	1. 원 칙
2. 한국에서의 필수설비이론	2. 적 용
III. IPTV법상 설비동등제공 의무	V. 결 론
1. 규정내용	

## I. 서 론

### 1. IPTV 현황

IPTV는 인터넷 프로토콜 텔레비전(Internet Protocol Television)의 약자이다. 초고속 인터넷을 이용하여 실시간방송을 포함한 정보서비스, 동영상 콘텐츠 등을 텔레비전 수상기로 제공하는 서비스를 말한다.<sup>1)</sup> 인터넷과 텔레비전의 융합이라는 점에서 디지털 컨버전스의 한 유형이라고 할 수 있다. 기존의 방송사 홈페이지나 포털을 통해 제공되던 인터넷TV 혹은 웹TV와 다른 점이라면 컴퓨터 모니터 대신 텔레비전 수상기를 이용하고, 개방망이 아니라 폐쇄망 시스템이며, 마우스 대신 리모콘을 사용한다는 점이다. IPTV를 이용하기 위해서는 텔레비전 수상기와 셋톱박스, 인터넷 회선이 연결되어 있으면 된다. 곧, 텔레비전에 셋톱박스나 전용 모뎀을 덧붙이고 텔레비전을 켜듯이 전원만 넣으면 이용할 수 있다. 따라서 컴퓨터에 익숙하지 않은 사람이라도 리모콘을 이용하여 간단하게 실시간 방송은 물론, 인터넷 검색, VOD, 홈쇼핑, 홈뱅킹, 온라인 게임, MP3 등 인터넷이 제공하는 다양한 콘텐츠 및 부가 서비스를 제공받을 수 있다.<sup>2)</sup>

IPTV는 2000년 영국에서 세계최초로 서비스가 실시된 이래 유럽에서 먼저 활성화되었으며, 특히 프랑스는 2003년 서비스를 실시한 이래 2008년 3월 현재 500만 명이 넘는 세계

1) 'Telco TV', 'Broadband TV', 'TV over DSL'이라고도 불린다.

2) 네이버 백과사전의 IPTV 설명을 기초로 수정.

최대의 가입자를 확보하여서<sup>3)</sup> 과거 인터넷 후진국이라는 오명을 벗고 방송통신융합시대를 선도하는 국가로 부상하고 있다. 미국에서는 Verizon이 2005년, AT&T가 2006년 서비스를 개시하였으며, 아시아에서는 2003년 홍콩의 PCCW가 최초로 서비스를 개시했다.<sup>4)</sup>

한국은 2008년 1월 현재 VOD를 중심으로 한 IPTV의 전단계서비스인 하나TV·메가TV·myLGTV 등에 대한 가입자가 총 124만775명에 이르며 지속적으로 증가추세를 보이고 있다. 「인터넷 멀티미디어 방송사업법」(이하 IPTV법이라 약칭함)의 시행에 따라 실시간방송서비스가 포함된 본격적인 IPTV 상용서비스가 2008년 하반기에 실시되고 방송사업자와 포털 등 다른 사업자가 이 시장에 진입하면 조기에 경쟁이 활성화되어 다양한 서비스가 제공될 것으로 전망된다.

## 2. IPTV법 제정의 연혁과 본 연구의 초점

방송통신융합을 법제도적으로 뒷받침하기 위한 관련법의 제·개정 필요성이 이미 오래 전부터 지적되었으나 관련 단체의 이해관계 충돌로 입법이 지연되어 왔다. 2006년 8월 국무총리산하에 방송통신융합추진위원회가 설치되어 IPTV 도입과 관련한 부처간, 업체간 입장 조정을 시도하였으나 최종 합의를 이끌어내지 못하고 다수안과 소수안으로 입장을 정리하는데 그쳤다. 국회에도 IPTV 도입과 관련되어 7개의 관련 법안이 제출되는 등 혼란을 겪었다. 그러나 IPTV와 관련해서 더 이상 입법을 미루면 선발 국가들과의 격차를 좁히기 어렵다는 공감대가 형성되어 국회 방송통신특별위원회의 대안이 2007년 12월 28일 국회 본회의를 통과하고, 2008년 1월 17일 IPTV법이 공포되어 비록 방송통신융합 전체를 아우르는 것은 아니나 대표적인 융합서비스인 IPTV 사업에 법적 기반을 제공하게 되었다.

IPTV법의 입법 과정에서 대두한 주요 쟁점에는 과연 이와 같이 신규서비스별로 입법을 하는 것이 적절하냐는 입법필요성에서부터, IPTV의 정의, IPTV 사업의 분류방식, 진입규제, 사업권역, 소유겸영제한, 시장점유율제한, IPTV 사업을 위한 설비의 동등제공 및 콘텐츠의 동등접근, 기타 이용자보호를 위한 장치마련 등 굵직한 이슈가 있어서 건건 마다 이해관계자간 치열한 논리의 대립을 보여 왔다.<sup>5)</sup>

3) France Telecom, Free, Neuf, Telecom Italia 등이 IPTV 서비스를 제공하고 있다. Robert Jaques, "France dominates European IPTV", vnunet.com, 11 Mar 2008.

4) IPTV 현황 및 규제체계에 대한 서베이로는 김국진·최성진, IPTV, 나남출판, 2007; 전학선, "유럽의 IPTV 추진을 위한 법과 제도정비", 한국인터넷법학회 학술대회 자료집, 2008. 6; Reza Tadayoni, "IPTV-Market, Regulatory Trends and Policy Options in Asia-Pacific", ITU-T IPTV Global Technical Workshop, 2006; OECD, "IPTV: Market Development and Regulatory Treatment", DSTI/ICCP/CISP(2006)5/Final, 19 Dec 2007 참조.

5) 논점별 간략한 소개로는 이상직, "국내 IPTV 추진을 위한 법제도", 한국인터넷법학회 학술대회 자료집, 2008.6.11, pp. 33-48. 참조.

#### 4 인터넷법률 통권 제43호 (2008.7.)

제정된 IPTV법은 인터넷 멀티미디어 방송을 “광대역통합정보통신망등(자가 소유 또는 임차 여부를 불문하고, 『전파법』 제10조제1항제1호에 따라 기간통신사업을 영위하기 위하여 할당받은 주파수를 이용하는 서비스에 사용되는 전기통신회선설비는 제외한다)을 이용하여 양방향성을 가진 인터넷 프로토콜 방식으로 일정한 서비스 품질이 보장되는 가운데 텔레비전 수상기 등을 통하여 이용자에게 실시간 방송프로그램을 포함하여 데이터·영상·음성·음향 및 전자상거래 등의 콘텐츠를 복합적으로 제공하는 방송”으로 정의하였다<sup>6)</sup>. IPTV 사업을 인터넷 멀티미디어 방송 제공사업(이하 IPTV사업이라함은 이를 말함)과 인터넷 멀티미디어 방송 콘텐츠사업으로 구분하고, 전자에 대해서는 허가를 받도록 하였다. IPTV시장진입에 자회사 분리를 요건으로 하지 않았으며 권역제한도 두지 않았다. 신문, 뉴스통신에 대해서 49% 소유 제한을 두고 대기업에 대해서 종합편성이나 보도에 관한 콘텐츠사업 경영과 지분소유를 금하였다. 또한 특정 IPTV사업자가 유료방송사업 가입가구의 3분의 1을 초과하여 서비스를 제공할 수 없도록 했으며, IPTV 설비의 동등제공 및 콘텐츠 동등접근을 의무화하였다.

이 중 설비의 동등제공은 IPTV 사업에 진입할 수 있는 사업자의 범위를 망소유사업자로 할 것이지 아니면 인터넷 포털과 같은 인터넷서비스제공자, 기타 콘텐츠사업자에도 문호를 개방할 지를 사실상 결정하는 중요한 쟁점이다. 논란 끝에 IPTV법에는 제14조에 인터넷 멀티미디어 방송 제공사업자는 다른 사업희망자로부터 서비스의 제공에 필수적인 전기통신설비에의 접근 및 이용에 관한 요청이 있는 경우 자기 보유설비의 부족, 영업비밀의 보호 등 합리적이고 정당한 사유 없이 이를 거절하지 못하며, 부당하게 차별적인 대가와 조건으로 제공하여서는 아니 된다고 규정하였다.

이 규정의 문언이 “필수적인”, “설비에의 접근” 등의 용어를 사용하는 것에서 직관적으로 느낄 수 있듯이 이는 구미에서 형성되고 우리법제에도 수용된 필수설비이론의 구체적 적용으로 이해된다. 이하에서는 IPTV법상 설비동등제공 규정을 구미의 관련 법제 그리고 국내법 중 「전기통신사업법」, 「독점규제및공정거래에관한법률」의 유관 규정과의 관계 속에서 분석하고 바람직한 시행방향을 제언하고자 한다.

## II. 필수설비이론

### 1. 외국에서의 이론 형성

필수설비란 그에 대한 접근 없이는 어떤 기업도 소비자들에게 해당 서비스 또는 재화를

6) “실시간 방송프로그램을 포함하여”라는 표현도 “실시간 방송프로그램 또는”이라는 표현과의 논란 끝에 강한 규제규정을 포함한 이 법의 적용범위를 좁히려는 의도로 채택되었다.

제공할 수 없는 설비를 말한다. 경쟁법적으로는 여기에 그 설비를 둘이상의 사업자가 중복하여 구축하기가 법률상 혹은 사실상 기대 불가능할 것이라는 요건이 부가된다(이를 '대체 불가능성' 이라고도 칭함). 이러한 필수 설비가 존재할 경우, 그 필수설비를 보유하고 있는 독점기업은 다른 기업의 필수설비 제공요청에 응하도록 강제당할 수 있다는 원칙이 개발되었으니 이를 통상 필수설비이론(essential facilities doctrine) 이라 한다.

#### 가. 미 국

필수설비이론은 20세기 초에서부터 미국의 판례법을 통하여 형성되었다.<sup>7)</sup> 우리의 논의와 직접 관련된 사건만 살펴보면, *Otter Trail* 사건<sup>8)</sup>에서 연방대법원은 전력의 지역공급망에 재판매사업자의 동등접근을 거절하는 것을 셔먼법 제2조<sup>9)</sup> 위반으로 선언하였다. *MCI v. AT&T* 사건<sup>10)</sup>에서 제7항소법원은 장거리전화시장에 진입하기 위하여 MCI가 AT&T의 전국망에 접속을 요구하였으나 AT&T가 이를 거절한 것은 독점금지법에 반한다고 선언하였다. 동 법원은 필수설비이론 적용의 요건으로 a) 독점사업자가 필수설비를 지배하고 있으며, b) 경쟁자가 필수설비를 구축하는 것이 현실적 또는 합리적으로 불가능하고, c) 설비보유자의 설비제공이 가능함에도, d) 경쟁자에 대하여 설비의 제공을 거절한 경우에 이러한 거래거절은 위법이 된다고 제시하였다.

한편, 미국은 1996년 통신법(Telecommunications Act)을 제정하여 통신과 방송 간에 상호시장진입을 가능하게 하고, 경쟁을 활성화하기 위하여 지역사업자에게 일련의 접속의무를 부과하였다. 구체적으로 세분화된 가입자선로에 공정·합리·비차별적 조건으로 접속을 허용하고, 경쟁사업자의 상호접속을 허용하고, 접속을 위해 전주, 국사 등 전기통신설비의 공동사용을 요청하면 이에 응할 의무를 부과하였다.

이러한 환경에서, 미연방대법원은 2004년 Verizon의 AT&T에 대한 가입자선로 제공의무 위반에 대해 Verizon이 FCC와 통신법에 따른 개선동의명령에 합의한 이후에 AT&T의 고객인 법무법인 Trinko가 셔먼법 위반을 근거로 Verizon을 제소한 사건을 다루게 되었다. *Trinko* 사안에서 법원은 지금까지 연방대법원이 필수설비이론을 명시적으로 인용한 적이 한 번도 없음을 상기하고 당 법원도 이를 인용도 부정도 하지 않는다는 유보적 입장을 취하면서, 원 사건 피고 Verizon사의 경우 1996년 통신법이란 전문규제법상 강제된 가입자망

7) 최초의 판결은 *United States v. Terminal Railroad Association*, 244 U.S. 383 (1912) 라고 한다. 미국의 관련 사건에 대한 포괄적 소개로는 권재열, "필수설비이론의 동향에 관한 비교법적 검토 - 미국의 주요 사건을 중심으로 -", 비교사법 제14권 3호(상) (통권38호), 2007, pp. 1-32 참조.

8) *Otter Trail Power Co. v. United States* 410 U.S. 366 (1973)

9) 독점화 금지 규정으로 우리 공정거래법의 시장지배적지위의 남용금지 규정에 해당된다.

10) *MCI Communications Corp. v. AT&T*, 708 F. 2d 1081 (7th Cir. 1983), 1132-1133.

## 6 인터넷법률 통권 제43호 (2008.7.)

에의 세분화된 접속허용의무를 소홀히 한 것이며 이와 같이 통신법에 의한 규제와 동의명령에 의해 구체적이며 엄격한 접속이 강제되므로 Trinko가 주장하는 필수설비이론이 서면법 제2조의 거래거절금지이면 중복적으로 의무를 부과할 필요성이 없으며, 만약 필수설비이론이 서면법 제2조 이외의 어떤 것이라면 이를 배척한다고 판시하였다.<sup>11)</sup>

이 판결을 놓고 필수설비이론의 사망을 운운하는 사람도 있으나 필수설비이론의 무분별한 확장이 초래할 수 있는 투자유인 감소에 대한 경고와 신중한 적용의 촉구로 이해된다. 또한 이러한 맥락에서 전문규제법상 금지행위의 일탈이 확인된 것이 그대로 공정거래법상 위법행위가 되지는 않으며, 공정거래법에 의한 중복규제가 회피되어야 한다는 점을 확인한 것으로 이해된다.

결과적으로 미국에서 필수설비이론은 공정경쟁 환경조성을 위한 사전규제가 아닌 시장지배적 사업자의 지위남용행위에 대한 사후규제의 논리중 하나이다. 그러나 1996년 통신법상 가입자망 접속허용의무와 필수설비이론이 공히 공정경쟁촉진이라는 동일한 목적을 추구하는 점에서 사전규제나 사후규제나 하는 규제시점의 차이에 따라 원용되는 규제방법에 기술적인 차이가 나타나는 것일 뿐 본질적인 차이가 있는 것은 아니다.

### 나. EU

한편, 유럽연합(EU)에서도 필수설비이론이 수용되었다. 1998년 *Bronner* 판결<sup>12)</sup>에서 유럽사법법원(ECJ)은 필수설비원칙의 적용 요건으로 a) 해당설비의 실질적 또는 잠재적 대체제가 없어서 그 설비의 접근이 시장경쟁에 필수적이며, b) 해당 설비의 제공거부가 설비요청자의 모든 경쟁을 제거할 가능성이 크며, c) 해당 설비의 제공거부가 객관적으로 정당화되지 못할 것을 들었다. 다른 사건에서 ECJ는 지적재산권의 이용허락 거절도 필수설비이론의 적용대상이 될 수 있음을 인정하였다.<sup>13)</sup>

EU의 전자커뮤니케이션법제, 특히 접속지침<sup>14)</sup>은 전자커뮤니케이션 서비스를 제공할 목적으로 설비 또는 서비스에의 접근허용을 명령할 수 있음을 규정하고 있다. 이 중 설비접속의무의 적용요건으로 a) 설비보유자가 시장분석결과 해당 시장에서 시장지배적 지위를 보유한 사업자일 것, b) 문제의 성격에 비추어 접근개방 조치가 적절할 것, c) 접근거부 시

11) *Verizon Communications Inc. v. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004). Opinion of the Court, p. 11.

12) *Case C-7/97 Oscar Bronner GmbH KG v. Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG*, [1998] ECR I-7791.

13) *Joined Cases C-241/91 & C-242/91 RTE & ITP v. Commission*, [1995] ECR I-743; *Case C-418/01 IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. KG* [2004] ECR I-5039.

14) *Directive 2002/19/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities (Access Directive)*, OJ L 108, 24.4.2002.

지속가능한 유효경쟁의 출현이나 이용자 이익이 저해될 것을 규정하고 있다.

초고속인터넷망의 경우에 경쟁사업자에 망개방 의무를 지는가에 대하여 미국은 의무를 지지 않는다는 정책으로 설비기반경쟁을 촉진하려고 하고 있다. 유럽연합도 그간에는 이를 포함시키지 않았으나 최근 통신규제프레임워크 재검토의 일환으로 초고속인터넷망도 망개방 대상에 포함시키자는 제안이 대두하고 있다.<sup>15)</sup>

## 2. 한국에서의 필수설비이론

### 가. 통신규제법

국내에서 전기통신설비제공과 관련되는 규정으로는 전기통신사업법에서 전기통신설비의 제공(제33조의5)과 가입자선로의 공동활용(제33조의6), 상호접속(제34조), 무선설비공동이용(제33조의7), 전기통신설비의 공동사용(제34조의3) 등이 있다.

제33조의5는 설비제공과 관련하여 기간통신사업자 당사자간 자율적인 협정 체결을 원칙으로 하면서도 다음 각호의 1에 해당하는 기간통신사업자는 의무적으로 협정을 체결하여 전기통신설비를 제공하여야 한다고 규정한다.

1. 다른 전기통신사업자가 전기통신역무를 제공함에 있어 필수적인 설비를 보유한 기간통신사업자
2. 기간통신역무의 사업규모 및 시장점유율 등이 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 기간통신사업자

이 규정으로부터 전기통신사업법은 필수설비의 개념과 시장지배적 지위의 개념을 독립적인 것으로 상정하고 있음을 알 수 있다.

한편, 접속의 범위와 조건·절차·방법 및 대가의 산정 등에 관한 기준을 구체적으로 정하기 위하여 다음과 같은 고시가 제정되었다.

- 전기통신설비의 제공조건 및 대가산정기준 (방송통신위원회고시 제2008-68호)
- 전기통신설비의 상호접속기준 (방송통신위원회고시 제2008-86호)
- 가입자선로의 공동활용기준 (방송통신위원회고시 제2008-48호)
- 전기통신설비의 공동사용 등의 기준 (방송통신위원회고시 제2008-65호)

국내 통신법상 설비제공규정의 문제점으로는 접근유형별로 별도의 규정이 존재하여 규제체계가 복잡하고, 설비제공요청사업자에 별정/부가통신사업자가 누락되어 중소기업자의 시장진입에 애로가 있으며, 융합환경에서 중요한 OSS(Operations Support Systems),

15) 김희수, “네트워크 접근제도 해외동향과 국내 제도개선 과제”, 미디어융합과 시장규제 (한국정보법학회 2008 심포지엄 자료집), pp. 4-24.

EPG(Electronic Program Guide) 등 무형요소와의 접근과 플랫폼 접근에 대한 규정이 없는 점이 지적되고 있다.<sup>16)</sup>

이와 같은 전기통신사업법의 필수설비규정에 더하여 후술하듯이 공정거래법과 신규 제정한 IPTV법에 필수설비제공 관련 규정을 가지고 있으니 이들 간의 조화로운 관계를 조명하는 것이 본고의 목적이다.

#### 나. 공정거래법

공정거래법 시행령 제5조제3항제3호와 제4항제3호는 “정당한 이유없이 다른 사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절·중단하거나 제한하는 행위”를 각각 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위와 새로운 경쟁사업자의 참가에 대한 부당한 방해 행위로서 법 제3조의2가 금하는 시장지배적 지위의 남용에 해당하는 것으로 규정하고 있다. 또한 구체적인 상황하에서는 필수요소에 대한 공동의 거래거절과 기타의 거래거절로 부당한 공동행위나 일반불공정거래행위가 성립될 수도 있다.<sup>17)</sup> 공정거래법이 필수적인 “요소”라는 표현을 사용한 것은 필수“설비”이론의 적용대상이 유형물뿐만 아니라 무형물에까지 확대될 필요를 명시적으로 반영한 것으로 이해된다.

공정거래위원회는 포스코가 냉연강판 생산에 필수적인 열연코일을 현대하이스코에 공급 거부한 행위는 열연코일 시장에서의 독점적 지위를 남용하여 경쟁사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위에 해당하는 것으로 판단하였으며<sup>18)</sup>, 이는 법원에 의해 대체로 수용되었다<sup>19)</sup>. 또한 한국여신전문금융업협회와 그 구성사업자인 7개 카드사가 신한은행에 대하여 신용카드가맹점공동이용망 이용을 위한 가입비를 부당하게 요구한 사건에서 공정거래위원회는 가맹점공동이용망이 필수설비적 성격을 가지고 있다고 판단하였다.<sup>20)</sup> 대법원도 가맹점공동이용망을 필수설비라고 판단하면서 공정거래법상 “필수설비적 성격을 가진 시설의 보유자들에게 경쟁상대방도 그 시설을 이용할 수 있도록 강제하는 것은 그 거래분야에서의 공정한 경쟁을 촉진하고 그러한 시설에 대한 불필요한 중복투자를 방지하여 소비자후생을 기하고 국민경제의 균형있는 발전을 도모하고자 함에 있는 것이므로 이러한 시설은 그 독점적 이익이 배제된 적절한 가격에 이용할 수 있도록 해 줄 필요” 때문이라고 판시하였다.<sup>21)</sup>

16) 김희수(2008), pp. 21-22.

17) 권재열(2007), p. 20; 이봉의, “공정거래법상 필수설비법리의 현황과 과제 -심결례 및 판례를 중심으로-”, 상사관례연구 제18집 제1권 (2006.03), pp. 10-13.

18) 공정위 2001.4.12. 의결 제2001-068호, 2001경축0389.

19) 서울고법 2002.8.27. 선고 2001누5370 판결.

20) 공정위 2001.3.28. 의결 제2001-039호, 2001독점0273.

21) 대법원 2005.8.19. 선고 2003두5709 판결.

### Ⅲ. IPTV법상 설비동등제공 의무

이상의 논의에서 우리는 구미의 필수설비이론이 개념 필수적으로 시장지배적 지위를 가진 사업자에게 적용되며, 특히 미국의 경우에는 사후규제에 적용되는 이론임에 비하여 국내에서 필수설비 이론은 시장지배적 지위 없이도 성립가능하며 사후규제뿐만 아니라 사전규제의 논리적 근거로 이용되고 있음을 보았다. 이러한 특징은 새로 제정된 IPTV법의 설비동등제공 규정에도 그대로 투영되었다.

#### 1. 규정내용

앞서 언급하였듯이 IPTV법 제14조는 IPTV사업자는 다른 IPTV사업을 하고자 하는 자로부터 서비스의 제공에 필수적인 전기통신설비에의 접근 및 이용에 관한 요청이 있는 경우 자기 보유설비의 부족, 영업비밀의 보호 등 합리적이고 정당한 사유 없이 이를 거절하지 못하며, 부당하게 차별적인 대가와 조건으로 제공하여서는 아니 된다고 규정하였다.

또한 동법 제17조는 “정당한 사유 없이 다른 방송사업자의 서비스 제공에 필수적인 전주, 관로, 통신구 등 전기통신설비의 사용 또는 접근을 거절·중단하거나 제한하는 행위”를<sup>22)</sup> 금지행위의 한 유형으로 정하고 그 위반행위에 대하여는 방송통신위원회가 공정거래위원회와 협의하여 과징금을 부과할 수 있는 근거를 두고 있다.

현재 공고된 동법 시행령(안)은 ‘필수적인 전기통신설비’를 “당해 인터넷 멀티미디어 방송 제공사업에 필요한 설비로서 이에 대한 접근 및 이용이 거부·제한되어 직접 구축하거나 다른 사업자의 대체설비를 이용하고자하는 인터넷 멀티미디어 방송 제공 사업자가 해당 시장에서 경쟁력이 현저히 저하되어 공정한 경쟁이 사실상 불가능해지는 경우”로 구체화하였다.<sup>23)</sup>

또한 시행령(안)은 설비제공의 거절 중단 제한 사유로 “1. 접속하는 설비가 기술기준이나 국가표준에 부합하지 아니하는 경우 ... 3. 전기통신설비를 제공하는 경우 해당 전기통신설비를 이용하여 제공하는 서비스에 현저한 장애를 초래하는 경우 4. 다른 사업자에게 제공할 여유설비 또는 여유용량이 부족한 경우 ...” 등을 열거하고 있다.<sup>24)</sup>

마지막으로 전기통신설비의 이용대가를 제공설비의 원가를 기준으로 사업자간에 협의하여 정할 수 있으며 감가상각비와 투자보수 및 운영비용을 토대로 합리적이고 공정하게 산정하여야 하며 신규설비에 대한 투자위험을 반영할 수 있다고 규정하고 있다.<sup>25)</sup>

22) 동조 제1항 제7호.

23) 시행령안 제12조 제1항.

24) 시행령안 제12조 제2항.

## 2. 쟁점분석

### 가. 대상 네트워크의 범위

앞서 살펴보았듯이 동등제공의 대상이 되는 필수적인 전기통신설비에는 전주, 관로, 통신구 등이 포함되나 가장 관심의 대상이 되는 것은 회선, 즉 네트워크가 어느 범위에서 필수설비에 포함되느냐이다. 필수설비 대상의 구체적 범위, 제공절차, 대가산정 방법이 법률에서 대통령령으로 그리고 다시 방송통신위원회 고시로 위임된 것도 개방의무 대상 네트워크의 범위에 대한 합의를 도출하지 못한데 기인하는바가 크다.

대립하는 입장을 살펴보면, 네트워크 미보유 사업자들은 IPTV 서비스 제공을 위해 프리미엄망을 포함한 초고속망에 대한 동등접근을 요구하고 있다. 반면에 통신사업자들은 케이블사업자들도 초고속망을 포설하고 있으므로 현재 '대체재가 존재하지 않아 해당 설비 없는 서비스가 불가능한 필수설비'는 존재하지 않는다고 주장한다.

현재 전기통신사업법상 설비제공의무와 관련하여 방송통신위원회는 시장지배적 사업자에 대해 가입자구간 동선과 광케이블(2004년 이후 구축된 광케이블은 제외), 전주, 관로, 통신구 등에 대해 설비제공의무를 부과하고 있다<sup>25)</sup>. 기간망, 특히 프리미엄 백본망을 제공하는 시장은 경쟁적이므로 필수설비 요건에 해당되지 않는다는 입장이 반영된 것으로 보인다. 주요 외국에서도 동선 가입자망에 대해서만 망세분화를 의무화하고 초고속인터넷망에 대해서는 망개방의무를 부여하지 않는 것이 일반적이다. 그러나 이와 같은 기존의 국내외 정책은 음성전화서비스를 염두에 두고 내린 결정이므로 IPTV 서비스 제공에 그대로 적용하는 데는 주의할 필요가 있다.

망개방 대상 네트워크의 범위를 정함에 있어서 IPTV 서비스의 특성을 고려하여야 한다. IPTV는 웹TV나 음성전화와는 달리 서비스품질보장이 특징인 서비스임을 감안한다면 음성전화서비스나 협대역(내로우밴드) 인터넷접속서비스와는 관련시장이 달리 확정되어야 하며 그렇다면 그간의 위 전기통신사업법상 필수설비 인정범위와는 달리 광대역(브로드밴드) 인터넷접속서비스가 관련시장의 중심을 구성하며 그런 맥락에서 프리미엄 광케이블의 상당부분(FTTH, QoS 백본)을 IPTV 서비스를 위한 필수설비에 포함시킬 필요가 인정된다. 우리 IPTV법이 인터넷 멀티미디어 방송을 “광대역통합정보통신망(...)등을 이용하여 ... 일정한 서비스 품질이 보장되는 가운데 ... 실시간 방송프로그램을 포함하여 ... 콘텐츠를 복합적으로 제공하는 방송”으로 정의하는 것도 한국의 사회, 경제, 정책적 환경하에서는 IPTV 서비스를 위한 망개방의 대상이 되는 회선의 범위가 다른 나라 또는 과거 음성서비스를 위해 망개방하던 대상보다 고품질 망으로 넓어질 수 있는 법적 기제를 제공한다.

25) 시행령안 제12조 제6항.

26) 전기통신설비의 제공조건 및 대가산정기준 (방송통신위원회고시 제2008-68호) 제6조.

## 나. 관련시장

개방대상망의 범위와 연속선상에 있는 논점이 관련시장이다. 사실 사전적 규제의 관점에서 IPTV법상 설비동등제공 의무부담사업자가 시장지배적 지위를 가질 것을 요구하지 않으므로 관련시장에 대한 상론의 가치는 적다고 하겠다. 하지만 금지행위에 관한 IPTV법 제17조의 두문이 “인터넷 멀티미디어 방송 제공사업자는 사업자간의 공정한 경쟁 또는 이용자의 이익을 저해하거나 저해할 우려가 있을 것”을 요건으로 하고 있기 때문에 ‘공정한 경쟁’ 내지 ‘이용자 이익 저해’를 평가해야 하는 데 이를 위해서는 관련시장을 따지지 않을 수 없다. 반면에 사후적 규제의 일환으로 공정거래법상 지배적 지위 남용행위로서 필수설비제공거절에 해당하는지 여부를 다룰 경우에는 관련시장의 확정이 핵심적 쟁점이 될 것이다.<sup>27)</sup>

나아가 사전적 규제라 할지라도 설비동등접속의 대상이 되는 필수설비의 범위를 자의적으로 정할 수만은 없는바 대체가능성을 고려하지 않을 수 없으며 이는 다시 관련시장의 확정과 영향을 주고받는바 사전적 규제 단계에서의 관련시장 논의도 어느 정도 유의미한 것은 사실이다.

혹자는 IPTV법 적용상 관련시장을 IPTV방송, 종합유선방송, 위성방송을 포함하는 다채널 유료방송시장 전체로 보는 견해를 제시한다. 이는 콘텐츠 및 서비스 규제와 관련해서는 일견 경청할 가치가 있는 견해이나<sup>28)</sup> 본고가 다루는 IPTV를 위한 설비동등제공과 관련해서는 일견 견해는 명백히 지나치게 확대된 관련시장 개념이라고 할 것이다. 수평적 규제체계 하에서 서로 다른 계층의 사업에 대한 관련시장이 개별적으로 판단되는 것은 논리적으로 지극히 자연스럽다고 할 것이다. 이와 같은 배경에서 IPTV 전송망의 특성을 살펴보면 우리 IPTV법상 ‘인터넷 멀티미디어 방송’의 정의에 잘 나타나 있듯이 기술적으로 안정된 다채널 동영상서비스를 제공하기 위해서는 서비스품질이 보장된 광대역망이 필요하다<sup>29)</sup>. 따라서 가입자망과는 별도로 통신사와 종합유선방송사를 통한 광대역인터넷 도매접속시장이 IPTV 네트워크설비 동등제공과 관련한 독특한 관련시장이 아닐까한다<sup>30)</sup>.

## 다. 대상 사업자의 범위

법제정 이전에 정부차원에서 방송통신융합 정책조정을 도모하였던 국무총리산하 방송통신융합추진위원회에서는 망동등접근 의무를 IPTV 사업 면허시부터 모든 사업자에게 부여

27) 뒤에 상론하듯이 지배적 지위를 가지고 있지 않은 사업자라고 해서 공정거래법상 필수설비 동등제공 의무로부터 완전히 자유로운 것은 아니다.

28) 최종소비자의 관점에 보더라도 기존의 기차, 버스, 승용차란 운송수단이 있었음에도 KTX가 신규수요 창출을 통해 별개의 시장을 구성하듯이 쉽게 동의하기 어려운 측면이 있다.

29) 기술적으로는 최소한 4Mbps 이상의 다운로드 전송속도를 유지하여야 한다.

30) *Trinko* 사건에서 미 대법원은 ‘네트워크 임차 도매시장’을 접속의무의 관련시장으로 시사했다. *Trinko*, op. cit. p. 10 참조.

하여야 한다는 다수안과 일정기간 유예 후 일정 규모 및 시장점유율 이상 사업자에게만 부여할 필요가 있다는 소수안을 제시한 바 있다.<sup>31)</sup> IPTV법 제14조는 다수안을 반영하여 모든 IPTV사업자에게 설비동등제공의무를 부여하였다.

한편, 동 조항의 문언상 설비동등제공의무가 인터넷멀티미디어 방송제공사업자에게 부과됨으로서 만약 초고속망사업자나 종합유선방송사업자가 IPTV사업을 하지 않겠다고 결정하는 경우에는 설비동등제공의무가 없게 된다. 종합유선방송사업자가 IPTV를 CATV에 대한 경쟁서비스로 파악하는 경우에는 설비제공을 거부할 실재상 유인이 있는데, 여기에 덧붙여 법률상 합법화의 근거도 갖게 되는 것이다. 또한 애초에 통신사업자의 자회사분리를 IPTV사업허가 요건으로 하느냐가 논란을 거듭한 끝에 이를 요건으로 하지 않기로 결론이 내려졌지만 초고속망사업자가 IPTV사업을 자회사로 분리하는 경우에는 설비동등제공의무가 없다는 제14조의 맹점은 자발적인 독립법인화를 유도할 가능성이 크다.

또한, 동 조항이 적용대상사업자로서 시장지배적 사업자인지 여부를 묻지 않음으로 인하여 KT는 물론이고 하나로텔레콤 및 기타 중소기업자도 IPTV 사업자로 허가받는 경우 개념상 망동등제공의무를 부담하는 사업자의 범위에 들어오게 된다. 이에 지배적 지위 사업자인건 아니건 망보유사업자 입장에서는 설비제공의무 부담을 회피하기 위하여 독립법인화를 추진할 가능성이 대두되게 된 것이다. 결국 인터넷멀티미디어사업을 위해 원치 않는 자회사독립을 요건으로 하지 않겠다는 정책적 결정이 무의미해질 수 있다.

즉, 애초에 자회사독립요건이 거론된 것은 시장지배적 지위의 전이를 막고 공정경쟁 환경을 조성하겠다는 의지에 따른 것인데, 망보유사업자의 반발로 이를 포기하였는데, 같은 목적으로 설비동등제공의무를 부과하였더니 이에 대해 망보유업체는 규제회피를 위하여 스스로 자회사를 분리하여 설비를 차별 제공하는 쪽으로 대응을 선회하는 아이러니 상황이 연출된 것이다.<sup>32)</sup>

그러나 IPTV법 제3조에서 인터넷 멀티미디어 방송사업에 대하여는 이 법이 우선한다고 되어있어도 IPTV사업에 진입하지 않은 망보유자의 필수설비제공거절이나 차별적 제공을 면죄하자는 적극적 의도가 이 법에 있다고는 볼 수 없다. 따라서 법적용의 후순위에 있는 앞서 언급한 전기통신사업법의 필수설비관련 규정이나 공정거래법상의 관련규정 적용될 수 있다. 이와 같이 IPTV법 일탈행위를 전기통신사업법이나 공정거래법의 적용을 통하여 방지할 수 있는 여지는 IPTV법의 성공을 위해서도 중요한 안전막이 될 것이다. 후순위 법 중 어느 법을 적용할 것인가는 규제기관간의 협의에 의해서 보다 효율적으로 조사하고 구제를 제공할 수 있는 기관이 사안을 담당함이 바람직하다.

31) 문제풍, (광대역통합정보통신망 등 이용 방송사업법안·방송법 일부개정법률안·디지털미디어서비스법안에 대한)국회방송통신특별위원회 전문위원 검토보고서, 2007.7.

32) 이에 따라 다음커뮤니케이션이 오픈IPTV 사업의 추진을 접을 가능성도 제기되고 있다. 김현아·강호성, "IPTV 필수설비 고시 논란...하나로·다음 '속앓이'", inews24.com, 2006.06.10.

### 3. 지속적 투자유인

IPTV법의 설비동등제공 규정은 조기에 IPTV 서비스의 상용화를 실현하고 그로부터 관련 산업을 지속적으로 발전시키며 공공의 이익을 증진시키겠다는<sup>33)</sup> 이 법의 목적을 염두에 두고 이해되어야 할 것이다. 그렇다면 소위 '투자의 사다리이론'(ladder of investment)에 입각하여 필수설비의 구축에 필요한 한정된 기간 동안에는 강한 필수설비제공의무를 부과하지만 시간이 지나면서 의무를 완화한다는 원칙을<sup>34)</sup> 이 법의 적용과 향후 개정에 있어서 유념하여야 할 것이다.

부연하자면, IPTV사업 도입초기에는 서비스기반 경쟁을 촉진하기 위하여 필수설비제공의무의 범위와 방법을 결정함에 있어 이용사업자의 요청을 가능하면 폭넓게 반영하여 인정하여야 할 것이며, 반면 사업이 본 궤도에 오르게 되면 설비기반 경쟁을 촉진하기 위하여 필수설비제공의무의 범위와 정도, 즉 대상사업자와 대상 망의 범위 등을 축소하는 방향(scale-down)으로 신축성 있게 운영하는 것이 적절할 것이다.<sup>35)</sup>

#### 〈설비기반 경쟁과 서비스기반 경쟁 비교〉

구분	설비기반 경쟁	서비스기반 경쟁
개념	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 사업자들이 자체설비구축을 통해 경쟁               <ul style="list-style-type: none"> <li>- 자체망 구축에 의한 진입을 유도</li> </ul> </li> <li>○ 유선시장에 주로 적용               <ul style="list-style-type: none"> <li>- 무선시장은 주파수 제약</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 신규사업자가 기존사업자의 설비, 서비스의 필요부분을 임대, 공동활용, 구매하여 경쟁               <ul style="list-style-type: none"> <li>- 망보유여부에 관계없이 제공하고자하는 서비스의 특성에 따른 진입조건을 부여</li> <li>- 통신망의 개방 및 세분화</li> </ul> </li> </ul>
규제정책	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 통신설비 보유여부에 따른 구분 및 설비특성에 따른 차등규제(진입규제)</li> <li>○ Retail-minus 대가산정</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 망개방 및 공동활용보장 제도의 도입(LLU, 설비제공제도, 재판매제도 등)</li> <li>○ Cost-plus 대가산정</li> </ul>
장점	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 인프라의 유지 및 고도화 용이</li> <li>○ 통신망 투자유인 증가</li> <li>○ 규제개입을 최소화</li> <li>○ 자체설비를 기반으로 혁신적 요금 도입, 상품개발여지 증가</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 신속한 경쟁도입 및 확산을 통한 경쟁편익 실현</li> <li>○ 이용자 선택권 확대</li> <li>○ 신기술 서비스의 신속한 도입</li> <li>○ 창의적 비즈니스 모델 창출 기대</li> </ul>

33) IPTV법 제1조(목적) 참조.

34) 김상택, "필수설비원칙과 투자동기", 미디어융합과 시장규제 (한국정보법학회 2008 심포지엄 자료집), pp. 37-52.

35) 대상사업자와 대상망의 범위를 일정하게 유지하는 대신 또는 이와 병행하여 설비 사용대가를 조절함으로써 투자동기를 유지하는 것도 생각해볼 수 있을 것이다. 그러나 가격규제는 규제의 합리성과 객관성을 입증하기가 더 어려우므로 신중한 접근이 필요한 것으로 사료된다.

구분	설비기반 경쟁	서비스기반 경쟁
단점	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 군소사업자의 경쟁력 확보 어려움 (시장의 과점화)</li> <li>○ 기존사업자의 망이 존재하는 경우 설비의 중복투자문제 발생</li> <li>○ 규모의 경제의 실현이 어려움</li> <li>○ 신기술 서비스 수용의 상대적 경직</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 설비제공가격통제로 설비투자유인 저하</li> <li>○ 신규사업자의 cream-skimming</li> <li>○ 신규진입자는 기존사업자의 요금, 서비스, 기술결정 등에 종속</li> <li>○ 정부의 시장개입 요소 증가</li> <li>○ 사업자의 난립</li> </ul>

(자료 : 정보통신부, 문제풍(2007)에서 재인용)

#### IV. IPTV법상 규제와 공정거래법상 규제의 상호관계

##### 1. 원칙

시기적으로는 전기통신사업법의 설비제공규정이 공정거래법상 필수설비이론의 규정보다 앞섰으므로 이는 개별법 규정이 일반법화한 사례로 볼 수 있을 것이다. 안 그래도 IPTV법이 신법이고 특별법임이 분명한데 IPTV법 제3조는 인터넷 멀티미디어 방송사업에 대하여는 다른 법률에 우선하여 이 법을 적용한다고 명시적으로 규정하고 있다. 이를 두고 다른 법률의 적용이 원천적으로 배제되는 것이 아니냐는 우려와 함께 관계부처 간의 갈등이 입법과정에서 표출되었다<sup>36)</sup>.

그러나 전기통신사업법의 설비제공규정은 진공상태에서 생겨난 것이 아니라 구미의 필수설비이론과 관련된 학설, 판례와 입법에 입각하여 도입된 것이므로 이를 공정거래법의 필수설비제공관련 규정과 전혀 별개라고 할 수 없다. 또한 IPTV법상 설비동등제공 규정이 이 타법상의 설비제공규정이나 필수설비제공거절금지규정의 적용을 배제하려고 입법되었다기 보다는 이를 구체화하려는 의도를 가지고 제정되었다고 할 것이다. 따라서 IPTV법과 타법, 특히 공정거래법의 조화로운 적용이 어려운 충돌상황에서는 IPTV법만이 적용될 것이나 그 외의 상황에서는 공정거래법이 보충적으로 적용되게 된다.

미연방대법원은 *Trinko* 판결에서 1996년 통신법은 역사적 유산에 의해 물려받은 독점을 철폐하려는 데에 비하여 서면법 제2조는 불법적인 독점화를 방지하는 것이라는 점에서 통신법의 규제체계 개편이 훨씬 야심적인 것이라고 평했다<sup>37)</sup>. IPTV법의 설비동등제공 규정도 공정거래법상 거래거절로서의 필수설비제공거절을 금지하는 것 이상을 요구하는 측면이 있음은 이러한 측면에서 이해될 수 있을 것이다.

36) 국회의회의록, 제270회-법제사법소위제1차, pp. 7-12.

37) *Trinko*, op. cit. p. 16.

유럽연합에서는 회원국이 시장을 사전(ex ante)규제의 대상으로 삼기 위해서는 다음과 같은 요건이 충족됨을 입증해야 한다 :

- 시장진입에 높고 불가역적인 장벽이 존재할 것
- 장기적으로 시장이 자연스럽게 유효경쟁시장으로 변할 것으로 기대하기 어려울 것
- 사후적(ex post) 경쟁법 적용으로 규제하는 것이 불충분할 것

나아가 위와 같은 사전규제 요건을 충족하는지 여부를 결정하기 어려운 새로운 시장에 대해서는 사전규제를 적용하지 않는 것을 원칙으로 하고 있다. 이런 이유에서 유럽연합에서는 IPTV 제공과 관련하여 사전규제 필요요건을 충족하는 추가적인 시장이 없다는 것이 다수 견해이다.<sup>38)</sup>

우리나라 IPTV법은 방송통신위원회에 사전규제뿐만 아니라 제17조에 공정경쟁 확보와 관련한 사후규제의 권한을 광범위하게 부여하고 있다. 전문규제기관이 당해 사업의 특성을 고려한 적절하고도 신속한 규제에 유리한 측면이 있음을 인정한 것이다. 그러나 공정경쟁 기반 규제정책의 산업간 일관성과 조화도 중요한 요소이므로 공정거래위원회와의 협의가 형식적인 것이 되지 않도록 유의하여야 할 것이다. 특히 시장조성적 사전규제는 시장질서 문란행위에 대한 사후규제보다 시장전반에 미치는 영향이 더 큰 것이 사실인바 방송통신위원회의 사전규제권한이 공정거래위원회의 사후규제조치의 강도를 경쟁적으로 높이는 방향으로 작용하는 것을 피해야 할 것이다. 오히려 시장이 조성단계를 지나 성숙단계로 진입하면 더 이상 사후규제의 수준을 넘는 사전규제가 불필요하며, 사전규제와 사후규제 권한을 모두 갖고 있는 방송통신위원회는 더 낮은 규제강도로도 소기의 목적을 달성할 수 있을 것이라는 당위론적 측면에서 점진적 규제완화 프로그램이 개발되어야 할 것이다.

## 2. 적 용

먼저 IPTV사업자가 아닌 초고속망소유 통신사업자나 케이블사업자에게 공정거래법상의 필수설비이론을 근거로 그들이 소유하고 있는 초고속망에의 IPTV사업자의 접근요청을 수용하도록 의무지울 수 있는지를 검토하자. 공정거래법은 지배적사업자가 다른 사업자에게 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절·중단하거나 제한하는 행위는 직접 경쟁사업자에 대한 행위뿐만 아니라 경쟁관계를 불문하고 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위도 시장지배적 지위의 남용행위로 금지하고 있다.<sup>39)</sup> 따라서 KT의 광대역초고속망 도매시장에서의 시장지배적 지위가 인정된다면 IPTV사업을 독립법인화하여 추진하는 경우에

38) James Thomson, "IPTV-Market, Regulatory Trends and Policy Options in Europe", ITU-T IPTV Global Technical Workshop, 2006.

39) 공정거래법 시행령 제5조제3항제3호

도 다른 기업의 KT의 광대역초고속망에의 접근을 거절하지 못한다. 반면, 만약 하나로텔레콤이 광대역초고속망시장에서 지배적 지위를 갖지 않은 것으로 판정되고 또한 동사가 IPTV사업을 하나로미디어 같은 별도 법인을 통해 추진한다면 IPTV법상의 설비동등제공의무도 공정거래법상 지배적사업자에게 부과되는 필수설비 제공의무도 부담하지 않게 되는 것이다.

위와 같은 결론이 일반적으로 미국과 유럽연합의 공정거래법 적용원리에 부합하는 한국 법의 해석과 적용이라 할 것이다. 그런데 한국의 공정거래법은 구미와 달리 동법 제23조 이하에 일반불공정행위의 금지를 규정하고 있으며 이의 적용에는 시장지배적지위를 요건으로 하지 않는다. 따라서 선진국에서는 유례를 찾아보기 힘든 지나치게 시장간섭적인 규정이라는 비판에도 불구하고 IPTV법상의 규제를 회피하여 자기보유 초고속망에의 접근을 거부하거나 차별적으로 제공하는 사업자에 대하여 공정거래법상 불공정거래행위의 일 유형인 부당하게 거래를 거절하거나 거래의 상대방을 차별하는 행위로 규제할 수 있는 것이다.<sup>40)</sup>

국제적인 규제원칙이 사전규제와 사후규제 간에 규제완화의 선순환을 꾀하는 것과는 달리 유감스럽게도 한국에서는 사전규제와 사후규제 간에 규제강화의 악순환에 대한 우려가 높다. 그러한 우려를 불식시키기 위해서는 비록 IPTV법에 명문으로 규정되지는 않았지만 IPTV법이 한시법적 성격을 갖는다는 공감대가 입법자들 사이에 있었음을 명심할 필요가 있다. 즉, 방송통신융합적 성격에 맞는 최선의 입법을 한 것이 아니라 시간적 촉박함 때문에 통신과 방송의 규제체계를 적당히 짜깁기한 것으로서 향후 방송통신융합적 성격을 제대로 반영하도록 개정되거나 방통융합서비스 일반법에 통합되어야 한다는 필연성에 대한 양해가 있었다고 할 것이다.<sup>41)</sup> 따라서 현재의 시행령과 고시를 제정함에 있어서도 이러한 규제체계의 변화를 감안, 준비하는 노력이 기우려져야 할 것이다.

선진국의 시장동향을 보면 비록 초반에는 가입자선로 공동활용(local loop unbundling, LLU) 제도를 이용하고 타인의 광대역망을 임차하여 IPTV를 비롯한 인터넷서비스사업에 진입한 사업자라 할지라도 본격적인 사업확장을 위해서는 독자적인 광대역망 확충에 나서고 있음을 알 수 있다<sup>42)</sup>. 규제의 틀을 짤 때에는 이와 같은 시장의 자연적 변화에 연동하여 긍정적 변화를 촉진할 수 있도록 하여야 한다. 즉, 초기에는 강력한 시설동등제공의무를 통해 시장진입비용을 줄여 주더라도 장기적으로 망임차 또는 LLU이용 사업자도 망고도화에 기여하도록 유도하는 방향으로 의무집속허용망의 범위, 대가산정 기준 등의 완화 프로

40) 물론 당연위법이 아닌 조리위법에 해당하므로 구체적인 상황에서 당해행위가 경쟁제한성을 갖는 경우에만 '부당한' 거래거절 또는 차별에 해당할 것이나 위와 같이 일련의 IPTV법 회피 수단이 사용되는 경우 경쟁제한성이 인용될 가능성이 높다.

41) IPTV법이 '유선'을 이용한 인터넷멀티미디어방송을 대상으로 하고 '무선'인터넷멀티미디어방송을 배제한 것이 현행법의 한시성을 가장 상징적으로 보여준다고 하겠다.

42) 예컨대, 프랑스의 Free Telecom.

그램을 짜야 할 것이다.

마지막으로 IPTV법의 적용대상이 되지 않는 비IPTV 사업자의 설비제공을 공정거래법에 근거하여 의무지우는 경우 어떤 기준에 의해서 설비를 제공하게 할 것인가가 문제된다. 지배적지위의 남용행위 또는 불공정거래행위로 확인되는 경우 시정명령, 과징금 부과, 그리고 중대한 위반의 경우에는 검찰에 형사소추를 의뢰하는 것이 공정거래위원회의 통상적인 법 준수 확보 방법인데 이를 넘어서 구체적으로 접속의 조건 및 방법을 강제하고 감독하는 것은 공정거래위원회의 직무에 과다한 부담이 될 것이다. 이 경우 공정거래위원회는 해당 전문규제기관인 방송통신위원회에 법준수의 확보에 대한 협조를 구하는 것이 적절할 것이다. 사실 비IPTV 사업자라고 하더라도 회선설비제공의무를 위반하는 사업자들은 대부분 전기통신사업법이나 방송법에 의하여 방송통신위원회의 규제관할 하에 속하는 사업자가 될 것이다.

## V. 결 론

프랑스 IPTV 산업의 고속성장 이면에는 사업진입을 허가제가 아닌 신고제로한 정부의 과감한 규제 개혁과 경쟁 활성화 정책이 있었다. 이런 측면에서 진입 허가제를 택한 한국의 IPTV법이 서비스 활성화에 기여할지 아니면 오히려 족쇄가 될지는 지켜보아야 할 일이나 최소한 한국의 경제법제도 환경에서 IPTV법이 사업의 합법성을 보장함으로써 안정적 서비스 개시의 계기가 마련된 것은 분명하다.

IPTV 서비스의 조기 활성화를 위한 핵심요소중 하나인 전기통신설비 동등제공과 관련하여 우리 IPTV법은 구미의 제도보다는 대상설비나 대상사업자 등 여러 측면에서 강화된 의무를 부과하는 방향으로 법정정책적 결단이 내려진 것으로 보인다. 그러나 이러한 가중된 설비제공 의무부과는 초기에 망을 갖지 못한 사업자의 시장진입을 촉진하는 긍정적 측면에도 불구하고 장기적으로는 설비고도화를 위한 투자를 억제할 우려가 있다. 따라서 설비동등제공의무를 완화하는 투명한 프로그램을 제시하여 지속적 설비투자를 유인할 필요가 있다.

법체계적 측면에서 보면 IPTV법의 두터운 설비동등제공 의무부과에 대해 공정거래법의 열은 필수설비제공의무가 보충적으로 작동하는 현행 관련법구조는 융합환경 법체계의 복잡도를 높이고 있다. 중기적으로 IPTV법에 의한 사전·사후적 규제와 공정거래법에 의한 사후적 규제가 균질한 수준으로 수렴되고, 장기적으로 IPTV 산업이 성장하여 시장경쟁 메커니즘이 작동하는 경우에는 사전적 규제를 없애고 사후적 규제만 존치시키는 관련법제 진화의 동태적 로드맵을 준비하여야 할 것이다.

## 참 고 문 헌

### <논문/단행본>

- 권재열, “필수설비이론의 동향에 관한 비교법적 검토 - 미국의 주요 사건을 중심으로 -”, 비교사법 제14권 3호(상) (통권38호), 2007.
- 김국진·최성진, 『IPTV』, 나남출판, 2007.
- 김상택, “필수설비원칙과 투자동기”, 『미디어융합과 시장규제』 (한국정보법학회 심포지엄 자료집), 2008. 6.
- 김희수, “네트워크 접근제도 해외동향과 국내 제도개선 과제”, 『미디어융합과 시장규제』 (한국정보법학회 심포지엄 자료집), 2008. 6.
- 문제풍, (광대역통합정보통신망 등 이용 방송사업법안·방송법 일부개정법률안·디지털미디어서비스법안에 대한)국회방송통신특별위원회 전문위원 검토보고서, 2007. 7.
- 이봉의, “공정거래법상 필수설비법리의 현황과 과제 -심결례 및 판례를 중심으로-”, 상사판례연구 제18집 제1권 (2006.03).
- 이상직, “국내 IPTV 추진을 위한 법제도”, 한국인터넷법학회 학술대회 자료집, 2008. 6.
- 전학선, “유럽의 IPTV 추진을 위한 법과 제도정비”, 한국인터넷법학회 학술대회 자료집, 2008. 6.
- EU, Directive 2002/19/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities (Access Directive), OJ L 108, 24.4.2002.
- Robert Jaques, “France dominates European IPTV”, vnunet.com, 11 Mar 2008.
- OECD, “IPTV: Market Development and Regulatory Treatment”, DSTI/ICCP/CISP(2006)5 /Final, 19 Dec 2007.
- Reza Tadayoni, “IPTV-Market, Regulatory Trends and Policy Options in Asia-Pacific”, ITU-T IPTV Global Technical Workshop, 2006.
- James Thomson, “IPTV-Market, Regulatory Trends and Policy Options in Europe”, ITU-T IPTV Global Technical Workshop, 2006.

### <판례>

- 서울고법 2002.8.27. 선고 2001누5370 판결.
- 대법원 2005.8.19. 선고 2003두5709 판결.
- United States v. Terminal Railroad Association, 244 U.S. 383 (1912).

Otter Trail Power Co. v. United States 410 U.S. 366 (1973).

MCI Communications Corp. v. AT&T, 708 F. 2d 1081 (7th Cir. 1983).

Verizon Communications Inc. v. Trinko, 540 U.S. 398 (2004).

Case C-7/97 Oscar Bronner GmbH KG v. Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, [1998] ECR I-7791.

## ABSTRACT

In January 2008 Korea enacted Internet Multimedia Broadcasting Act, which is commonly called as IPTV Act. Despite its limited scope, this Act is significant in that it provides legal basis for a representative convergent multimedia service. This article analyses the equal access clause, one of the most controversial provisions of the Act, in the light of relevant domestic and foreign legislations and theories.

Article 14 of the IPTV Act states that IPTV broadcaster should allow competing companies equal access to its facilities which are essential for its competitors to provide IPTV service unless there is reasonable justification for not doing so. This paper points out that this clause is an application of the essential facilities doctrine which has been developed through US, EC and Korean case laws and legislations especially in the telecommunications and antitrust area. It is thus submitted that the equal access clause of the IPTV Act should be interpreted and applied in harmony with the relevant clauses of Telecommunications Business Act and Fair Competition Act rather than excluding the role of the latter provisions.

Foreign experience shows that the new market entrants who used to borrow backbone networks and resort to local loop unbundled facilities are now start to roll out fiber optic internet lines in order to secure service stability. Policy makers are recommended to mold regulatory framework which is sensitive to changes in market environment and able to induce positive developments in the market. From these considerations, this article argues that the initial strong obligation of equal access to essential facilities should be reframed to soften its regulation and provide incentives for all market participants including new entrants to contribute to rolling out high capacity networks in the long run.

Key word : Internet Multimedia Broadcasting Act, Equal Access, Essential Facilities, Fair Competition, Antitrust, IPTV, Telecommunications, FTTH, LLU

■ 논문

## 일시적 저장과 공정이용\*

Vorübergehende Speicherung und gerechte Benutzung  
(Temporary storage and fair use)\*\*

최 상 필

동아대학교 법학부 조교수, 법학박사

### 요약문

우리 저작권법은 복제를 “인쇄·사진촬영·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것을 말하며, 건축물의 경우에는 그 건축을 위한 모형 또는 설계도서에 따라 이를 시공하는 것을 포함한다”라고 규정하고 있을 뿐, 일시적 복제에 관한 개념규정이 따로 존재하지 아니하여 컴퓨터의 램(RAM)에의 저장과 같은 일시적 복제행위가 저작권법상 복제에 해당하는지가 명확하지가 않은 실정이다.

개정 저작권법 제2조 22호의 개념정의를 충실히 해석하면 어떠한 방식으로든지 저작물을 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것은 저작권법상의 복제행위에 해당하게 된다. 즉 유형물예의 고정을 그 요건으로 하는 바, 이것이 디지털 저작물에도 그대로 적용되는지가 문제로 된다.

디지털 저작물은 그 이용을 위해 컴퓨터 상에서 작동하게 되면 자동적으로 복제가 발생하게 된다. 이것은 컴퓨터의 특성상 컴퓨터에서 현재 사용 중인 모든 프로그램이나 데이터는 램(RAM)을 거치게 되어 있기 때문에 발생하는 결과로, 이러한 램에서의 일시적 저장에 저작권법상의 복제권이 미칠 것인지의 여부 및 복제권이 미칠 경우에 예외적으로 일시적 저장이 허용될 수 있는 근거로서 공정이용 법리의 도입여부 등이 본 논문의 주요 논점이다.

주제어 : 일시적 저장, 공정이용, 저작자, 저작권의 제한, 디지털 저작물, 램,

\* 이 논문은 2007년 정부(교육인적자원부)의 재원으로 한국학술진흥재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (KRF-2007-0156-B00544).

\*\* This work was supported by the Korea Research Foundation Grant funded by the Korean Government (MOEHRD, Basic Research Promotion Fund) (KRF-2007-0156-B00544).

〈目 次〉

I. 서론	2. 공정이용의 범리와 일시적 저장의 허용
II. 복제의 개념과 일시적 저장	IV. 현행규정의 한계와 입법론적 개선안
1. 디지털 저작물과 복제	1. 공정이용 범리의 도입여부 검토
2. 일시적 저장과 복제권 침해	2. 새로운 대안의 검토
III. 저작권의 제한과 공정이용	V. 결 론 - 새로운 저작권제한규정의 신설
1. 일시적 저장과 사적 복제	

## I. 서론

지난 2007년 많은 논란을 불러일으켰던 한미 자유무역협정(FTA)이 타결된 결과, 저작권 특히 저작권 영역에서는 대폭적인 양보가 이루어졌다. 이에 따라 다음과 같은 협상결과가 저작권 영역에서 도출되었다.

- 저작권 보호기간을 저작자 사후 또는 저작물 발행 이후 70년으로 연장
- 우리 권리자에게 부여하고 있는 방송보상청구권을 내국민대우원칙 예외로 설정
- 일시적 저장에 대한 복제권 인정<sup>1)</sup>
  - 단, '공정이용'(fair use)에 대해서는 예외조항을 설정할 수 있는 근거 확보<sup>2)</sup>
- 저작권자의 허락 없이 접근통제적 기술적 보호조치를 우회하는 행위를 금지하되, 추가 예외 규정 논의 근거를 도입
- 온라인서비스제공자 면책 규정 강화
- 불법 해독된 위성 또는 케이블 신호 수신·사용 금지
- 정부의 정품 저작물 사용 의무화

이중 미국 측이 줄기차게 요구하던 '일시적 저장'이 저작권 침해로 인정됨에 따라, 일시

1) 한미 FTA 지적재산권 분야 협정문 중 일시적 저장과 관련된 내용의 원문은 다음과 같다: Each Party shall provide that authors, performers, and producers of phonograms have the right to authorize or prohibit all reproductions of their works, performances, and phonograms, in any manner or form, permanent or temporary (including temporary storage in electronic form) -Article 18.4.1.  
2) 협정문 제18.4조 제1항 주 11: "... 각 당사국은 공정이용을 위하여 제1항에서 기술된 권리에 대한 제한과 예외를 채택하거나 유지할 수 있다 ..."

적 저장에 대한 법적 지식에 비교적 생소한 편인 우리나라에서는 자칫 수많은 네티즌 혹은 디지털 저작물의 이용자들이 잠재적 범죄자로 노출될 위험에 처하게 되는 것은 아닌지에 대한 우려가 나오고 있는 실정이다.

즉, 일부 언론에서 이에 대한 기사를 다루며 일시적 저장의 개념 도입으로 인한 광범위한 저작권 침해문제를 제기하자<sup>3)</sup>, 당시 정보통신부와 문화관광부에서는 서둘러 해명자료를 배포<sup>4)</sup> 하는 등 일시적 저장의 개념과 그로 인한 저작권 침해여부에 대한 구체적 요건에 관해 혼란이 초래되고 있는 바, 본 논문에서는 일시적 저장(혹은 일시적 복제)에 대한 명확한 개념정립과 아울러 일시적 저장으로 인한 저작권 침해여부에 대한 해석론을 다루고자 한다. 또한 FTA협상 결과를 국내법에 수용함에 따라 일시적 저장을 복제권 침해의 예외로 인정하기 위해 미국법상의 공정이용법리를 도입할 필요성이 있는가에 관한 올바른 입법론적 개선안 제시도 본 논문의 목적범위에 포함시키고자 한다.

## II. 복제의 개념과 일시적 저장

### 1. 디지털 저작물과 복제

우리 저작권법은 복제를 “인쇄·사진촬영·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것을 말하며, 건축물의 경우에는 그 건축을 위한 모형 또는 설계도서에서 이를 시공하는 것을 포함한다(저작권법 제2조 제22호)”라고 규정하고 있을 뿐, 일시적 복제에 관한 개념규정이 따로 존재하지 아니하여 컴퓨터의 램(RAM)에의 저장과 같은 일시적 저장행위가 저작권법상 복제에 해당하는지가 명확하지 않은 실정이다.

개정 저작권법 제2조 제22호의 개념규정을 충실히 해석하면 어떠한 방식으로든지 저작물을 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것은 저작권법상의 복제행위에 해당하게

3) 예컨대, 한국일보 인터넷판 2007년 5월 6일자에서 인터넷 검색이나 홈페이지, 블로그 등에서 사진 음악 동영상 등을 접속하면 이용자들이 일부로 저장하지 않아도, PC에 저절로 일시 보관되므로, 저작권자 허락을 받지 않으면 콘텐츠를 전송·저장하지 않더라도 단지 음악을 듣고 사진·동영상을 보는 것만으로 '저작권 침해사범'이 될 수 있다고 보도함 (2007년 5월 6일 방문) - <[http://news.hankooki.com/lpage/it\\_tech/200705/h2007050619233523700.htm](http://news.hankooki.com/lpage/it_tech/200705/h2007050619233523700.htm)>.

4) 문화관광부 의견: 우리나라는 한미 FTA 협상을 통해 일시적 저장의 복제권을 인정하였으나 기존에 인터넷상에서 누리꾼들이 자유롭게 할 수 있었던 행위에는 영향을 미치지 않도록 한미 FTA 협정문 상에 공정한 이용과 관련된 '예외 조항'을 명시하였음. 즉, 웹 브라우징, 검색 행위 등을 통해 저작물을 '보거나', '듣거나' '접속'하는 등 기존에 인터넷상에서 허용되던 행위들은 여전히 한미 FTA 협정문을 위배하지 않기 때문에 “일시적 복제권을 인정함에 따라 인터넷에서 음악을 듣고, 동영상을 보는 것만으로도, 일반 누리꾼들이 저작권 침해 사범이 된다”는 주장은 자의적인 해석이라고 반박함(2007년 5월 7일 방문) -<<http://www.mcst.go.kr/web/notifyCourt/explainPress/mctExplainPressView.jsp>>.

된다. 즉 유형물체의 고정을 그 요건으로 하는 바, 이것이 디지털 저작물에도 그대로 적용되는지의 문제가 제기된다.

디지털 저작물은 비단 아날로그 형태의 기존 작품을 디지털화 하는 과정을 통해서만 창작되는 것은 아니고 처음부터 컴퓨터나 디지털 기기를 통해 직접적으로 창작될 수도 있다. 이렇게 창작된 디지털 작품이 저작권법에 의해 보호되는 데는 별 어려움이 없다. 우리 저작권법에 따르면 저작물은 문학·학문 또는 예술의 범위에 속하는 창작물이기만 하면 되고 그러한 저작물이 어떠한 방식으로 창작되고 표현되었는가는 문제 삼지 않기 때문이다. 기존의 작품을 디지털화 한 것인지 아니면 처음부터 디지털 작품으로 만들어진 것인지를 불문하고 디지털 저작물은 기존의 일반 저작물과는 다른 특징을 가지게 된다. 디지털 저작물이 가지는 제일 큰 단점은 이용을 위해 반드시 컴퓨터나 다른 디지털 재생기 등을 필요로 한다는 점이다. 이에 반해 복제나 저장이 매우 쉽다는 점이 디지털 저작물의 가장 큰 장점으로 부각된다. CD 라이터(Writer)나 각종 컴퓨터 작업을 통한 디지털 저작물 복제의 간편성과 신속성 이외에 복제와 관련한 디지털 저작물의 또 하나의 큰 특징은 아무리 많은 복제가 행해지더라도 제품의 질에는 전혀 차이가 없다는 점이다<sup>5)</sup>. 복제의 용이함이라는 특성은 다른 한편으로 디지털 저작물의 경우 복제권 침해의 개연성이 더 크다는 것을 의미하므로 저작자나 사용자 모두에게 기존의 아날로그 작품에서보다 더 높은 주의가 요구된다고 하겠다<sup>6)</sup>.

이러한 디지털 저작물을 그 이용을 위해 컴퓨터 상에서 작동하게 되면 자동적으로 복제가 발생하게 된다. 이것은 컴퓨터의 특성상 컴퓨터에서 현재 사용 중인 모든 프로그램이나 데이터는 램(RAM)을 거치게 되어 있기 때문에 발생하는 결과로 볼 수 있다. 즉, 컴퓨터에서 프로그램을 작동하여 작업을 할 때 하드디스크나 시디롬 같은 보조기억장치에 들어 있는 내용을 주기억장치인 램(RAM)으로 불러와 실행시키게 되므로, 프로그램의 실행단계에서 파일을 램(RAM)으로 저장하는 것은 불가피한 일이다. 또한 인터넷 검색이나 홈페이지, 블로그 등에서 사진, 음악, 동영상 등을 접속하면 이용자들이 일부로 저장하지 않아도 PC에 저절로 일시 보관되며, 어떠한 자료가 인터넷상에서 전송되는 경우 OSP나 네트워크 운영자의 소프트웨어는 자동적으로 그 자료의 복제물을 램(RAM)에서 만든다. 문제는 램(RAM)에 저장된 내용이 전원이 차단되면 모두 사라진다는 데 있다. 말하자면 하드디스크

5) 그 밖의 디지털 저작물의 특성에 관해서 이대회, 『인터넷과 지적재산권법』, 박영사, 2002, 337면 이하는 '수정의 용이', '저작물 분류의 어려움' 등을 들고 있다.

6) 미국 NII 지적소유권 작업반은 1995년의 보고서에서 저작물에 관한 복제물이 만들어지는 경우를 다음과 같이 제시하고 있다: ① 저작물이 디스크, 디스켓, 롬 또는 기타 기억장치에 기록될 때, ② 인쇄물이 디지털 파일로 '스캐닝'될 때, ③ 사진, 영화, 녹음물이 디지털화 될 때, ④ 디지털화된 파일이 인터넷 게시판이나 다른 서버에 업로드될 때 혹은 거기로부터 다운로드 될 때, ⑤ 파일이 인터넷을 통해 다른 사용자에게로 전송될 때(미국 NII 지적소유권 작업반, 임원선 역, 『초고속통신망과 저작권』, 도서출판 한울, 1996, 65면).

나 시디롬에의 저장은 전원의 차단여부와 상관없이 지속적으로 이어지는 데 비해, 램(RAM)에서의 저장은 전원이 켜져 있는 동안만 한시적으로 이루어지는데, 이를 일시적 저장 혹은 일시적 복제라고 한다. 이와 같은 램(RAM)에서의 일시적 저장을 저작권법상의 복제로 취급할 것인지, 나아가 이것이 허락 없이 행해졌을 경우 복제권 침해가 인정될 수 있는지가 문제된다.

## 2. 일시적 저장과 복제권 침해

일시적 저장이 복제권을 침해하는가에 대하여, 한편으로는 램(RAM)이라는 유형물에 비록 일시적이지만 고정되고 유형물체의 고정은 우리 저작권법상 복제의 개념에 포함되며, 또한 일시적 복제를 복제권 침해에서 배제한다는 명문규정이 없기 때문에 램(RAM)에서의 일시적 저장은 복제권 침해행위에 해당한다는 입장과, 다른 한편으로는 비록 램(RAM)에서의 일시적 저장이 우리 저작권법상 복제의 개념에는 해당하지만 이것을 복제권 침해로 인정할 경우, 컴퓨터를 통해 작업을 할 때마다 일일이 저작권자의 허락을 받아야 하는 상황이 발생하기 때문에 디지털저작물의 이용이 불가능해지므로 복제권 침해를 부인하는 두 가지 입장을 생각해 볼 수 있다.

미국 저작권법은 “복제물”을 “현재 알려졌거나 또는 장래에 개발될 방법으로 저작물이 고정되는 음반 이외의 유체물로서, 그로부터 저작물이 직접 또는 기계나 장치를 통하여 지각, 복제, 또는 달리 전달될 수 있는 것”으로 정의하며, 저작물이 유형적인 표현매체에 “고정”된 것을 “저작자의 허락에 의하거나 그에 따라 저작물이 순간적인 시간을 넘는 기간 동안에 지각, 복제, 또는 기타 전달될 수 있을 만큼 충분히 영속적이거나 안정적으로 복제물이나 음반에 수록되어 있는 경우”로 정의하고 있다(17 USC §101). 이와 관련하여 미국에서는 디지털 저작물이 램(RAM)에 일시적으로 기록되는 것도 저작권법상의 복제라고 하는 것이 국가 차원의 보고서나 판례를 통해 인정되고 있다. 구체적으로 1995년의 미국 NII(National Information Infrastructure) 지적 소유권 작업반의 보고서는 “저작물이 디스크, 디스켓, 롬 또는 기타 기억장치나 아주 일시적인 기간 이상 동안 램(RAM)에 기록되는 경우 복제물이 만들어진다”라고 하여 1978년에 발표된 CONTU(National Commission on New Technological Uses of Copyright Works)의 최종보고서의 입장을 그대로 견지하고 있으며, 1993년 연방순회법원의 판례도 마찬가지로 견해를 나타내고 있다<sup>8)</sup>. 이러한 입장은

7) 임원선 역, 위의 책, 65면.

8) MAI System Corp. v. Peak Computer, Inc., 991 F.2d 511(9th Cir. 1993): “램에 저장되는 것은 고정으로 볼 수 있고 따라서 복제에 해당하며, 램에서 행해지는 이러한 복제는 ‘지각, 제한, 또는 달리 전달’될 수 있으므로 저작권법 제101조의 의미에서의 복제에 해당한다”.

램(RAM)에서의 일시적 저장이라 하더라도, 컴퓨터의 전원이 켜져 있는 동안에는 미국 저작권법 제101조의 내용대로 저작물을 “지각”할 수 있다고 인정하여 저작권법상의 복제에 해당한다고 판단한 것으로 볼 수 있다.<sup>9)</sup> 그러나 이러한 램(RAM)에서의 일시적 저장이 저작권법상의 복제행위로 인정된다고 하더라도 모두 저작권 침해를 구성하는 것은 아니며, 미국 저작권법 제107조에 의한 저작물의 공정사용 혹은 제117조의 컴퓨터프로그램을 위한 예외규정<sup>10)</sup>에 해당된다면 저작권 침해가 되지 아니한다.

독일에서는 컴퓨터의 작동시 필연적으로 발생하는 프로그램의 램(RAM)에서의 일시적 저장을 저작권적 의미에서의 복제로 간주할 것인가에 대해 많은 논란이 있어 왔다. 과거에는 “컴퓨터프로그램의 입력시 발생하는 램(RAM)에서의 복제는 컴퓨터시스템의 전원이 꺼지거나 새로운 프로그램이 저장된다면 언제든지 소멸될 수 있으므로 지속적인 유형적 고정만이 복제개념에 해당한다”는 주장<sup>11)</sup>이 설득력을 얻었던 것으로 보인다. 그러나 1993년 독일 저작권법의 개정으로 인하여 이러한 주장은 더 이상 받아들여지기 어렵게 되었다. 왜냐하면 새로이 추가된 제69조의 c 제1호는 지속적이거나 일시적인 복제 모두를 복제의 개념 속에 포함시키고, 컴퓨터프로그램의 작동시 복제가 요구된다면 이러한 행위에는 권리자의 동의가 필요하다고 규정하고 있기 때문이다. 이에 따라 그 이후에 나온 독일의 학설과 판례는 거의 일치하여 램(RAM)에서의 일시적 저장으로 인해 저작권적으로 보호되는 프로그램데이터와 동일한 데이터가 발생한다면 이는 저작권법상의 복제에 해당한다는 의견을 나타내고 있다<sup>12)</sup>. 그러나 컴퓨터프로그램 이외의 디지털 저작물에 관해서도 컴퓨터에서의 작동을 위한 필수적인 단계인 램(RAM)에서의 이러한 일시적 저장을 저작권법상의 복제행위로 규정한다면 사용자는 컴퓨터작업을 행할 때마다 권리자의 동의를 얻어야 하는 등 법률관계가 매우 복잡해지므로, 유럽 의회와 각료회의에서의 “정보사회에서의 저작권을 위한 지침<sup>13)</sup>”의 제정을 계기로 일시적인 복제에 관한 새로운 규정을 저작권법에 추가하기에 이르렀다<sup>14)</sup>. 이에 따라 순간적이거나 부수적이며, 어떤 기술적 절차의 본질적인 부분을 이루는 일

---

9) 정상기, “소프트웨어의 일시적 복제와 전송권”, 『산업재산권』 제17호(2005. 5), 271면.  
10) U.S.C. §117는 컴퓨터프로그램이 기계와 결합하여 사용될 때 필수적인 단계로서 복제가 발생한다면 저작권 침해가 되지 아니한다고 규정한다.  
11) Rupp, “Verstößt die unbefugte Benutzung eines urheberrechtlich geschützten Computerprogramms gegen §§ 97 ff., 106 UrhG?”, GRUR 1986, S. 148.  
12) BGH vom 20. 1. 1994 - I ZR 267/91 “Holzhandelsprogramm”, CR 1994, S. 275; OLG Hamburg vom 12. 3. 1998 - 3 U 228/97, CR 1999, S. 298; Schricker, Urheberrecht, 2. Aufl., 1999, S. 1095; Pres, “Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge”, CR 1994, S. 521; Zahrt, “Überlassung von Softwareprodukten nach neuem Urheberrecht”, CR 1994, S. 458.  
13) 참조 Richtlinie 2001/29/EG vom 22. 5. 2001 ([http://europa.eu.int/eur-lex/pri/de/oj/dat/2001/l\\_167/l\\_16720010622de00100019.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/pri/de/oj/dat/2001/l_167/l_16720010622de00100019.pdf)).  
14) 참조 2003년 9월 10일 개정된 독일 저작권법 (BT-Drucks. 15/38, <http://dip.bundestag.de/btd/15/000/1500038.pdf>).

시적 복제행위는 그것이 오로지 네트워크상에서의 전송이나 정당한 이용을 가능하게 하는 것을 목적으로 하고 다른 독자적인 경제적 의미를 가지지 않는다면 허용된다(독일 저작권법 제44조 a). 따라서 경제적 목적을 가지지 않는 순수한 이용에 해당한다면 디지털 저작물의 적법한 이용을 위한 램(RAM)에서의 일시적 저장은 허용될 수 있다.

우리나라의 컴퓨터프로그램보호법이나 저작권법에는 독일 저작권법 제69조 c 1호와 같은 상세한 프로그램의 복제행위에 대한 규정이나 제44조 a와 같은 일시적 복제에 관한 규정이 없으므로, 이 문제의 해결은 전적으로 학설에 맡겨진다. 대체로 “램(RAM)에서의 일시적 저장은 그것이 오로지 저작물을 지각하기 위한 목적으로 행하여지거나 그러한 일시적 저장이 기술적인 과정의 일환으로서 순간적이거나 부수적인 성격을 가진다면 저작자의 복제권이 미치지 않는다”는 견해<sup>15)</sup>와 “임시적인 저장은 유형물에의 ‘고정’으로 보기 어려우므로 복제에 해당하지 않는다”는 견해<sup>16)</sup>가 지배적인 입장인 것으로 보이나, 우리법의 해석상 램(RAM)에서의 일시적 저장은 복제의 개념에 해당될 수밖에 없다고 생각한다. 램(RAM)은 컴퓨터 하드웨어의 한 부속물로서 엄연한 유형물에 해당하고 저작권법 제2조 22호나 컴퓨터프로그램보호법 제2조 3호는 복제행위가 일시적이거나 지속적이냐를 묻지 않으므로, 램(RAM)에서의 일시적 저장은 현행 규정상 저작권적 의미에서의 복제행위에 해당하게 된다. 그러나 위에서 본 바와 같이 데이터나 프로그램의 기술적 실행을 위한 순수한 절차행위마저 저작권법상의 복제의 개념에 포함시킨다면 법률관계가 매우 복잡해지므로<sup>17)</sup>, 이에 관한 규정을 따로 신설하여 경제적 목적을 가지지 않는 일시적 복제의 경우에는 복제권 침해행위의 예외로서 취급하는 것이 옳다고 생각된다.

### Ⅲ. 저작권의 제한과 공정이용

#### 1. 일시적 저장과 사적 복제

기존 아날로그 저작물과의 특성의 차이에도 불구하고 디지털 저작물은 기존 저작물과 똑

15) 한국디지털재산법학회, “멀티미디어콘텐츠, 소프트웨어, 컴포넌트 등 신지식재산권의 보호방안 연구”, 『프로그램심의조정위원회에 제출한 최종보고서』, 2001, 109면.

16) 이에 관한 자세한 논의는 오승중·이해완, 『저작권법』, 법문사, 2004, 280면 이하.

17) 송영식·이상정, 『저작권법 개설』, 세창출판사, 2000, 334면도 “일반적으로 일시적 저장을 복제로 보기를 꺼리는 입장의 주된 이유는 그 본질적인 문제보다는 일시적 저장을 복제라고 인정함으로써 야기되는 사태를 염려하기 때문이다”라고 하여 램(RAM)에서의 일시적 저장을 복제로 평가하기는 하지만, 프로그램저작물의 공정이용의 관점에서 그러한 복제를 저작권의 보호범위에서 제외시켜야 한다는 입장이다.

같이 저작권법상의 보호와 제한을 받게 된다. 즉 디지털 저작물의 창작자는 저작자로서 저작권법 제16조 이하의 저작 재산권과 제11조 이하의 저작 인격권을 향유할 수 있을 뿐만 아니라, 저작권법 제23조 이하에 의한 제한도 아울러 받게 된다. 저작 재산권의 제한에 관한 현행 우리 저작권법상의 규정 중 디지털 저작물에 관하여 특히 문제가 되는 것은 제30조의 사적이용을 위한 복제의 허용이라고 할 수 있다. 아날로그 저작물에 적합한 이 규정을 디지털 저작물에 폭넓게 적용할 경우 저작권자의 경제적 이익은 심각하게 손상될 것이 고<sup>18)</sup>, 이것은 필연적으로 정보사회의 유지·발전을 위해 필수적인 자료의 디지털화를 위한 노력을 현저히 감소시킬 것이다. 이러한 문제점은 인터넷의 급속한 보급으로 인해 디지털 작품의 복제가 제품의 유형적인 이동 없이 시공을 초월하여 행해질 수 있다는 점을 고려한다면 더욱 심각해진다. 그렇다고 하여 디지털 저작물에 대해서만 제30조의 적용을 거부한다면 영리를 목적으로 하지 않는 개인 이용자의 권리를 지나치게 제한하는 것이 된다. 따라서 사적 복제에 관한 규정을 디지털 저작물에 적용하기 위해서는 아날로그 저작물에서보다 더 신중한 해석이 요구된다고 하겠다.<sup>19)</sup> 일시적 복제에 관한 논의와 관련하여 디지털 저작물의 컴퓨터상에서의 이용이 순수한 개인적 이용을 위한 것에 해당된다면 이로 인해 부수적으로 발생하는 램(RAM)에서의 일시적 저장은 제30조의 규정에 의한 사적 복제로 인정되어 허용된다고 볼 수 있을 것이다.

## 2. 공정이용의 법리와 일시적 저장의 허용

컴퓨터를 통한 업무는 실제에 있어 회사나 학교 등의 장소에서 이루어지는 경우가 대부분이며, 사적 복제를 통한 일시적 저장의 허용은 이 경우에는 적용되지 않으므로 다른 저작권제한사유의 고려가 필요하다. 미국에서는 저작권법상 허용되는 행위에 대한 판단을 포괄적인 저작권 제한원칙인 공정이용의 성립여부에 의하도록 하고 있다. 즉, 미국 저작권법 제107조의 공정이용규정은 비평이나 논평, 학교교육 같은 일정한 경우 이용자에게 저작자의 허락 없이 저작물을 제한적으로 복제 혹은 배포할 것을 허락한다. 전통적으로 공정이용에 대해서는 “저작권자의 동의 없이도 합리적인 방법으로 저작물을 사용하기 위해 저작권자 이외의 자에게 인정되는 특권”으로 다소 모호하게 그 개념이 정의되어 왔다.<sup>20)</sup> 그러나 이러한 공정이용에 관한 법리(fair use doctrine)가 19세기 중반 이후로 저작권의 침해를 이유로 하는 소송에서 가장 보편적인 방어수단으로 인용되어 왔음은 주지의 사실이다. 즉, 저

18) 송영식·이상정, 위의 책, 336면은 “디지털 환경으로 온 후에도 사적복제를 그대로 허용하는 것은 실제로 저작자의 권리를 전혀 인정하지 아니하는 것과 유사한 결과로 된다”고 한다.

19) 줄고, “디지털 영역에서의 사적 복제”, 『상사판례연구』 제18집 제2권(2005), 8면.

20) Barrett, Intellectual Property(West Group, 2001), p. 592.

작권보호의 초기단계부터 “과학과 예술의 발달을 증진시키기 위한” 저작권 본래의 목적을 달성하기 위해 저작물의 공정이용은 필요한 것으로 인식되었다.<sup>21)</sup> 공정이용법리가 가장 먼저 사법부에 의해 인정된 것은 조지 워싱턴의 편지들과 관련된 사건에서 스토리(Story) 판사가 1841년에 내린 판결을 통해서였다. 이 판결에서 스토리 판사는 저작물의 이용이 저작권의 침해를 구성하는가의 판단을 위해서는 그 이용의 특성과 목적, 이용한 저작물의 양과 가치, 그리고 그러한 이용이 원저작물의 판매에 손해를 끼치거나 이익을 감소시킨 정도 등을 고려하여야 한다고 판시하였다.<sup>22)</sup> 이러한 내용이 100년이 넘는 기간 동안 법원에 의해 공정이용을 이유로 침해행위를 면책시키는 판단기준으로 작용하였으며, 궁극적으로는 미국 저작권법 제107조의 기초를 이루게 되었음은 물론이다. 공정이용의 이론적 근거와 관련하여 스토리 판사는 이후의 다른 판결에서 다음과 같이 설명하고 있다.

“실제로 문학, 과학 그리고 예술의 영역에서 추상적인 의미에서의 완전히 새롭고 철저하게 독창적인 것들은 거의 발견할 수 없다. 문학과 과학 그리고 예술의 영역에 해당하는 모든 책들은 이미 잘 알려져 있고 과거에 사용된 적이 있는 많은 것들을 차용하고 있거나 차용하고 있음에 틀림없다.”<sup>23)</sup>

비록 ‘공정이용법리’가 스토리 판사의 판결 이래 반복된 판례에 의해 확립된 후 1976년에 이르러서야 비로소 저작권법에 도입되긴 하였지만, 미국의 사법부는 아직까지도 무엇이 공정이용인가에 관하여 구체적인 개념정립을 하지 못하고 있는 실정이다. 기본적으로 저작권법 영역에서 공정이용 법리의 역할은 저작권이 우리 사회의 문화발전에 불필요한 걸림돌이 되는 것을 막기 위함이라고 할 수 있다. 이 법리의 취지에 따라 어떠한 사람의 저작물을 다른 사람이 공정하게 이용할 수 있도록 하는 것이 허용될 필요가 있다는 것은 분명하지만, 동시에 공정이용이라는 것이 저작권법에서 가장 설명하기 복잡하고 정의하기 어려운 개념인 관계로 많은 오해의 소지를 발생시킬 수도 있게 된다.<sup>24)</sup> 이것은 이 이론 자체가 “모든 유형의 저작물에 어떠한 방법으로 이용하든 적용될 수 있을 만큼” 유동적인 것인데 기인하기도 하지만<sup>25)</sup>, 보다 근본적으로는 과학기술의 급격한 발달로 인해 이전에는 예상하지 못했던 새로운 종류의 저작물과 다양한 형태의 이용방법이 계속해서 등장함에 따라 공정이용에 관한 획일적인 개념정의가 불가능해졌기 때문이라고 할 수 있다<sup>26)</sup>. 따라서 이러

21) Campbell and Acuff-Rose Music, Inc., 510 U. S. 569 (1994) at 575.

22) Folsom v. Marsh, 9F Cas. 342, 348.

23) Emerson v. Davies, 8 F. Cas. 615, 619(No. 4,436) (CCD Mass. 1845).

24) Patterson/Lindberg, The Nature of Copyright, 1991, p. 196.

25) 임원선 역, 앞의 책, 72면.

26) 공정이용의 이러한 추상적 성격이 오히려 장래의 예측불가능한 신기술의 등장에 대비해 제107조를 계

한 공정이용의 판단을 위해서 제107조에 첨부된 4개 항의 고려사항<sup>27)</sup>을 기준으로 구체적인 사례를 분석하는 것이 미국판례의 경향이다. 1976년 이후 저작권법 제107조의 공정이용과 관련된 미국의 주요 판례를 살펴보면 다음과 같다.

온라인상에서의 저작물 이용이 아닌 경우에 미국 판례는 비교적 공정이용의 법리를 폭넓게 적용하는 편이었다. 소위 “time-shifting(방영되는 TV 프로그램을 제시간에 보지 못하는 시청자가 나중에 보기 위해 녹화하는 것)”이 프로그램을 방영한 방송사의 저작권을 침해한 것이냐, 아니면 사적 이용을 위한 복제로서 제107조의 공정이용에 해당되어 허용되는가가 주요 판단대상이 되었던 Betamax VTR 사건에서 미국 대법원은 자신의 작품을 free-TV에서 방영할 것을 허락한 실질적인 저작권자들(대본작성, 연출, 촬영 등을 한 자들)이 개인 시청자들의 time-shifting 방식에 의한 시청을 반대하였으리라고는 인정되지 않으며, 또한 이러한 time-shifting은 비상업적·비영리적 행위에 해당되어 저작물의 잠재적인 시장 혹은 저작물의 가치를 해친다고도 볼 수 없으므로 공정이용에 해당된다고 판시하였다.<sup>28)</sup>

인터넷의 보급으로 디지털 저작물에 대한 공정이용 법리의 적용 여부가 문제되기 시작했고, 그 중 P2P방식에 의한 OSP의 책임을 논하기 위해 전제가 되는 것이 일반 이용자들의 의한 파일교환행위가 공정이용에 해당하는가를 판단하는 일이었다. 미국 음반협회는 1999년 12월 Napster 이용자들의 음악파일 무료 다운로드로 인해 엄청난 손실을 입고 있다는 이유로 Napster를 제소하였고, 이 재판에서 Napster측은 이용자들이 음악을 개인용으로 다운로드할 뿐 영리를 목적으로 하지 않기 때문에 저작권을 침해하지 않는다고 항변하였으나 법원으로부터 잠정폐쇄명령을 받았고, 결국 이 사건은 항소법원으로 올라가게 되었다. 항소법원은 이용자들의 의한 직접 침해와 관련하여 음악파일을 Napster 시스템을 통해 온라인 상에 제공하는 것은 개인적 이용을 벗어나는 것이 되고, 또 이렇게 제공된 음악파일을 다운로드하는 경우에는 영리목적이 인정되므로, 결과적으로 미국 저작권법 제107조의 공정이용에 해당하지 않아 저작권침해를 구성한다고 판시하였다.<sup>29)</sup>

인터넷을 통하여 타인의 디지털 콘텐츠에 접근할 때 발생하는 일시적 저장과 관련하여서는 미국 네바다주 지방 법원이 지난 2006년 1월에 내린 판결을 인용해 볼 수 있다.<sup>30)</sup> 세계

---

속해서 존재시키는 원인이 된다고 한다 - 이대희, “저작권법상의 공정이용의 법리에 관한 비교법적 연구”, 『경영법률』 제10권, 한국경영법률학회(2000), 349면 참조.

27) ① 저작물 이용의 목적과 성격, ② 저작물의 특성, ③ 전체 저작물 중 이용된 부분, ④ 이용이 저작물의 잠재적 시장 혹은 가치에 미치는 영향.

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

29) A&M Records, Inc. v. Napster, Inc. 제1심은 114 F. Supp. 2d 896(N.D. Cal 2000), 항소심은 239 F. 3d 1004(9th Cir. 2001).

30) Field v. Google Inc. 412 F.Supp.2d 1106 (D. Nev., 2006). 네바다 주의 변호사이자 작가인 Blake A. Field는 자신의 개인웹사이트(blakeswritings.com)에 있는 51개의 저작물을 구글이 시스템 캐쉬에 저장함으로써 저작권을 침해했다고 주장한 사건이다.

최대의 검색엔진인 구글의 서비스가 문제된 이 사건에서 법원은 구글이 캐쉬에<sup>31)</sup> 보관해 검색 결과로 제공하는 웹페이지는 저작권을 침해하지 않는다고 판시한 바 있다. 현재 미국에서는 OSP의 책임을 1998년의 디지털밀레니엄저작권법(Digital Millennium Copyright Act: DMCA)에 의해 규정하고 있다. 이 DMCA 제2편을 통하여 OSP의 책임제한에 관한 특정한 요건을 규정하고 있는 저작권법 제512조가 새로 추가되었다. 비록 이 법조항이 OSP의 책임면제를 위한 까다로운 조건들을 제시하고 있지만, 그 조건들을 충족시키기만 하면 저작권침해의 위협에서 명백히 벗어날 수 있다는 확신을 부여하고 있는 점에서 그 입법의의를 찾을 수 있다. 여기에서는 OSP의 책임을 면제하는 4가지 경우를 (1) 일시적 디지털네트워크 통신<sup>32)</sup>(transitory digital network Communications - 17 U.S.C. 512(a)), (2) 시스템 캐싱<sup>33)</sup>(system caching - 17 U.S.C. 512(b)), (3) 이용자에 의한 시스템 혹은 네트워크상에서의 자료저장(information residing on systems or networks at direction of users - 17 U.S.C. 512(c)), (4) 정보검색도구(information location tools - 17 U.S.C. 512(d))의 경우로 분류하고 있다. 이 중 시스템 캐싱에 관하여 구체적으로 OSP의 책임이 면제되기 위한 요건은 “OSP가 자료에 수정을 가하지 않아야 하고, 자료의 접근에 일정한 조건이 부과된 경우 그 조건에 따라 접근을 제한해야 하며, 저작권자로부터 침해주장을 통지 받은 즉시 그 자료를 제거해야 한다”는 것이다. 이와 관련하여 검색 대상 사이트들의 내용을 캐시에 저장해 검색 엔진에 사용하기도 하고, 검색 결과의 일부로서 사용자들에게 보여 주기도 하는 구글 서비스는 이러한 면책요건들을 충족하며 결과적으로 구글의 페이지 저장은 공정이용에 해당한다는 것이 재판부의 입장이다. DMCA 제512조 (b)는 시스템 캐싱이 시스템 또는 네트워크의 이용자들의 이용에 제공할 목적으로 자동적인 기술적 과정을 통해 수행되는 경우, 그OSP 의하여 또는 OSP를 위하여 통제되거나 운영되는 시스템 또는 네트워크에 자료를 “중간적이고 일시적으로(intermediate and temporary)” 저장하였다는 이유로 책임을 지지 않음을 규정하고 있다. 재판부는 구글이 캐쉬에 자료를 저장하는 것은 DMCA가 규정하는 “중간적이고 일시적”인 저장을 의미한다고 결론 내렸다.<sup>34)</sup> 이와 같이 검색엔진들이 저작물을 담고 있는 웹페이지를 캐쉬에 저장해 이용자들에게 제공하는 것이 저작권침해를 구성하지 않는다는 것은 결국 일반 이용자들이 인터넷을 이용하는 동안 접하게 되는 온라인상의 저작물들이 웹 브라우저를 통해 자동적으로 자신의 컴퓨터내의 캐쉬에 일시적으로 저장되는 것 또한

31) 캐쉬는 CPU의 작업속도를 빠르게 하기 위해 컴퓨터 과학에서 데이터나 값을 미리 복사해 놓는 임시장소를 말한다. 많은 인터넷 제공업체들과 대규모 네트워크의 운영자들은 인기 있는 웹 페이지의 캐시를 프록시 서버에 저장하여 웹 페이지 요청에 응답하게 함으로써 네트워크 대역폭을 아낀다.

32) 이용자가 선택한 자료를 그대로 온라인상으로 전달하기 위해 제공하는 서비스를 말한다(오승종·이해완, 앞의 책, 513면).

33) 네트워크상에서의 임시적이며 중간과정의 저장을 말한다 - 손영화, “온라인서비스제공자의 저작권침해에 대한 책임”, 『상사법연구』 제21권 1호(2002), 702면 참조.

34) Field v. Google Inc. 412 F.Supp.2d 1106 at 1124 (D. Nev., 2006).

저작권침해로 인정되어서는 안 된다는 것을 의미한다. 말하자면 저작권자의 허락을 받지 않아도 디지털콘텐츠를 직접 전송·저장하지 않는 한, 인터넷 상에서 음악을 듣거나 사진·동영상을 보는 것만으로는 공정이용에 해당되어 저작권침해가 성립되지 않는다고 할 수 있다.

#### IV. 현행규정의 한계와 입법론적 개선안

##### 1. 공정이용 법리의 도입여부 검토

최근 국내외에서 급증하고 있는 저작권분쟁에 대한 법적 판단을 문제 삼는 일련의 사건들은 결국은 저작권자와 이용자 사이의 경제적 이해의 충돌이 그 원인이라고 할 수 있다. 침해에 대한 구제수단의 강화를 통한 저작권자의 재산적 권리보호와 무상(無償)의 저작물 이용을 통한 이용자의 간접적 이익취득 간의 충돌은 저작권법 분야의 영원한 난제라고 할 수 있다. 특히 미국의 냅스터 사건과 그록스터 사건, 그리고 우리나라의 소리바다 사건에서 볼 수 있듯이 현재 저작권법 분야의 최대 현안은 디지털 저작물에 대한 저작권자와 이용자 간의 침해한 이해대립이며, 각국은 이미 관련 산업의 발달과 보호를 위해 OSP의 책임과 기술적 보호조치를 강화하는 방향으로 저작권법을 개정하는 중이다.<sup>35)</sup> 이러한 입법경향은 결국 저작권 제한사유를 통해 이용자들에게 합법적으로 보장된 저작물의 자유이용을 더욱 어렵게 하고 있으며, 특히 일시적 저장에 관한 예외규정이 없는 우리나라로서는 디지털 저작물의 이용관계가 저작권자 측의 경제적 이해관계에 의해 좌우될 충분한 여지가 있게 된다. 그러나 저작권 제한사유의 축소나 심지어 배제를 정당화하기 위해 저작권법의 영역에 엄격한 경제적 분석을 도입하는 것은 결국 저작권법의 전체적 구조를 무너뜨리게 되며, 이는 결과적으로 이용자들에 의한 탈법적 저작물 이용으로 이어진다.<sup>36)</sup> 따라서 저작물에 대한 접근가능성을 어느 정도 열어놓음으로써 일반 공중의 이익도 적절히 고려할 필요가 있으며, 그렇지 않은 상황에서의 저작물에 대한 완벽한 통제는 가능하지도 바람직하지도 않다고 할 수 있다.<sup>37)</sup> 저작권법의 목적은 우리 사회의 문화의 향상발전을 도모하여 궁극적으로는 사회 구성원 전체의 행복을 극대화시키는 것이라고 할 수 있다. 만일 경제적으로 효율적인 시장 구조가 그러한 목적을 달성하는 가장 좋은 방법이라고 가정하면, 저작권 영역에서 공정이용은 원칙적으로 시장실패를 치유하는 한도 내에서 기능하게 된다.<sup>38)</sup> 즉, 저작

35) 미국의 1998년 DMCA, EU의 2001년 저작권 지침, 독일의 2003년 저작권법 개정이 그 대표적 예이며, 우리나라도 2007년 저작권법 개정에 이어 한·미 FTA협상의 타결로 저작권을 한층 더 강화하는 개정안이 나올 수밖에 없는 상황이다.

36) Aplin, Copyright Law in the Digital Society (Hart Publishing, 2005), p. 25.

37) Lessig, The Future of Ideas (Random House, 2001), pp. 249-250.

권 침해가 문제된 구체적 사건에서 피고의 이용행위가 저작물의 실제적 혹은 잠재적 시장 가치를 저해하였다면 공정이용은 부정될 것이고, 반대로 피고가 그러한 이용이 특별한 사회적 가치를 가짐으로써 원 저작물의 시장가치를 해하지 않는다는 것을 입증한다면 공정이용은 인정될 수 있을 것이다.<sup>39)</sup> 그러나 실제에 있어 저작권자들이 자신의 저작물의 시장가치를 인정받으려 함에 반해 피고 측의 특별한 이용행위를 입증하기가 쉽지 않다는 점, 그리고 공정이용에 관한 명확하고 구체적인 개념정립이 없는 법적 현실을 고려한다면, 이러한 “시장실패”논리의 접근으로는 대부분의 경우에 있어 공정이용에 대해 적대적인 결과의 도출밖에는 기대할 수 없을 것이다.<sup>40)</sup>

이상의 상황을 감안할 때 일시적 저장의 예외를 인정하기 위해 미국의 공정이용 법리를 우리 저작권법에 도입하는 것은 신중을 기할 필요가 있는 부분이다. 포괄적인 저작권제한 원리로서 기능하는 공정이용 법리를 저작권 제한사유에 관한 열거주의를 채택하고 있는 우리 저작권법에 수용하는 것 자체가 법체계적으로도 문제가 되겠지만, 설령 수용하더라도 구체적 분쟁시 그 해석에 관하여 논란의 여지가 충분히 남아있게 된다. 이론적으로 저작권 제한규정은 저작권법이 보호하는 저작자의 권리를 제한하는 규정이므로 공정이용의 법리가 저작권법상의 권리에 관한 규정보다 우위에 있다고 해석해야 하며, 따라서 그 한도 내에서 일시적 저장이 복제권 침해의 예외로 인정되어야 한다는 해석이 가능하다. 그러나 공정이용의 법리를 규정하는 특칙이 있다고 해서 일시적 저장의 예외가 보장될 수 있다고 단정하는 것으로는 충분치 않으며, 구체적으로 일시적 저장이 허용되는 사유의 보다 확실한 명문화가 법적으로 뒷받침될 필요가 있다. 그렇지 않고서는 저작물의 이용관계와 권한범위가 명확하지 않은 디지털 영역에서 자칫 대부분의 일시적 저장행위가 복제권 침해로 의제될 염려가 있기 때문이다. 따라서 일시적 저장과 저작권 제한규정 사이의 상호관계를 명확히 함과 동시에 일반 이용자들이 일시적 저장의 예외가 인정되는 한도 내에서 저작권자의 복제권에도 불구하고 디지털 저작물에 대한 적절한 자유이용을 보장받을 수 있는 입법적 수단이 강구되어야 할 것이다.

## 2. 새로운 대안의 검토

한·미간의 FTA 협상결과 그 동안 국내에서 인정여부에 관해 다툼이 있어왔던 일시적

38) Gordon, “Fair Use as a Market Failure”, 82 Colum. L. Rev.(1982), pp. 1610-1614.

39) 이와 관련하여 원래부터 타인에 의한 저작물의 이용에 어떠한 지불수단도 존재하지 않는 상황이라면 그러한 이용은 보다 공정한 것으로 인정될 수 있다고 보는 미국 판례도 있다: Am. Geophysical Union v. Texaco, Inc., 60 F. 3d 913, 930-31 (2d Cir. 1994).

40) Madison, “Fair Use and Social Practices”, Intellectual Property and Information Wealth(Peter K. Yu, 2007), p.193.

저장이 복제권의 범위에 포함됨에 따라, 역으로 일시적 복제권에 대한 제한사유의 신설이 필요하게 되었다. 왜냐하면 일시적 저장은 디지털 저작물을 이용할 때마다 필수적으로 발생하는 현상이므로, 일시적 복제권이 디지털 환경에 지나치게 폭넓게 적용될 경우에는 일반 이용자에게 의한 대량적이고 지속적인 저작권 침해가 불가피하기 때문이다.<sup>41)</sup> 이와 관련하여 우리와 체계가 다른 미국 저작권법상의 공정이용 법리를 도입하는 것보다는, 명문으로 일시적 복제권과 그 제한사유를 규정하고 있는 독일식 접근방법을 입법론적으로 검토해 볼 필요가 있다고 본다.

가. 독일 저작권법 제44조 a의 분석

독일의 경우 EU의 “정보사회에서의 저작권을 위한 지침”을 자국 저작권법에 수용하여 일시적 복제행위의 허용에 관한 규정을 새로 신설한 바가 있다는 것은 위에서 본 바와 같다. 즉, 독일 저작권법 제16조는 저작권자의 복제권에 일시적 복제에 관한 권리도 포함됨을 규정하고 있으며, 제44조 a는 이러한 일시적 복제가 허용되는 전제조건으로 다음 4가지를 충족할 것을 명시하고 있다.<sup>42)</sup>

(1) 순간적이거나 부수적일 것

허용되는 일시적 복제는 반드시 순간적일 필요가 없으며, 유형물에 잠시 동안 고정되더라도 부수적인 것이라면 인정된다. 이것은 독일 저작권법 제44조 a가 램(RAM)과 같은 곳에 저작물이 저장되더라도 저작권자의 별도의 허락을 받지 않도록 하는 것을 목적으로 제정되었다는 것을 고려한다면 당연한 해석이라고 하겠다. 먼저 어떤 복제가 단지 아주 짧은 시간만 존재하고 지속적인 자취를 남기지 않고 사라진다면 이것은 순간적인 복제에 해당한다고 볼 수 있다. 굳이 예를 들자면, 예술가가 행한 즉석에서의 행위예술을 다른 누군가가 따라했다거나, 예술적인 불꽃놀이를 모방하는 경우가 이런 순간적인 복제에 해당할 수 있겠지만, 일반적으로 이런 경우는 아래에 나오는 다른 조건들을 충족하지 못하므로 허용되는 일시적 복제행위가 되지 않는 것일 것이다.<sup>43)</sup> 다음으로 어떠한 복제가 비록 일시적이기는

41) MacQueen · Waelde · Laurie, Contemporary Intellectual Property (Oxford, 2008), p. 242.

42) § 44a UrhG: Zulässig sind vorübergehende Vervielfältigungshandlungen, die flüchtig oder begleitend sind und einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens darstellen und deren alleiniger Zweck es ist,

1. eine Übertragung in einem Netz zwischen Dritten durch einen Vermittler oder
2. eine rechtmäßige Nutzung eines Werkes oder sonstigen Schutzgegenstands zu ermöglichen, und die keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben.

43) Kotthoff in HK-UrhR (C.F.Müller Verlag, 2004), § 44a Rn 7.

하지만 순간적이지는 않을 경우, 그것이 부수적인 복제에 해당하는지를 검토해 볼 필요가 있다. 이용자에 의한 복제행위가 본래 의도한 저작물의 이용과정에서 그 중간절차로서 발생하였다면 이것은 부수적인 복제에 해당할 것이다. 따라서 컴퓨터의 램(RAM)에서 이루어지는 저작물의 고정은 부수적인 일시적 복제라고 할 수 있다.

### (2) 기술적 절차의 필수적이고 본질적인 부분을 나타낼 것

기술적 절차는 컴퓨터를 통해 디지털 저작물을 이용하는 절차를 말한다. 즉, 일시적 복제는 복제 그 자체로서 행해져서는 아니 되고, 오히려 디지털 저작물의 계속적인 이용행위의 한 구성부분으로서 행해져야 한다. 따라서 컴퓨터 램(RAM)에서 이루어지는 일시적 저장이라 하더라도 이용자의 목적이 단지 저작물을 저장하는 데에 그칠 뿐이라면 허용될 수 없게 된다. 즉, 정당한 이용권한의 범위 내에서의 이용에 따라 발생하는 기술적 절차의 한 단계로서 일시적 저장이 발생해야 한다는 것이므로, 이용자의 입장에서는 저작권자와 디지털 저작물의 이용계약 체결시, 허용되는 이용행위에 관한 명확한 범위설정을 할 필요가 있다고 하겠다. 일반적으로 네트워크 사이에 주고받는 데이터를 캐쉬에 중간저장 한다거나 램(RAM)에서의 일시적 저장이 다른 독자적인 의미를 가지지 않는다면, 이것은 이용자들에 의한 인터넷 서핑 내지 컴퓨터 작업의 계속 중에 일어나는 필수적이고 본질적인 부분이라고 할 수 있다.

### (3) 오로지 네트워크상에서의 전송이나 정당한 이용을 가능하게 하는 것을 목적으로 할 것

순간적이거나 부수적인 복제는 그것이 중개자를 통한 제3자들 간의 네트워크 상에서의 저작물의 전송을 목적으로 하는 것이라면 허용된다. 즉, 이러한 중개자와 네트워크 운영자는 디지털 저작물이 전송과정에서 자신의 서버에 자동적으로 저장되더라도 이로부터 발생하는 불측의 손해배상책임에서 면책될 수 있다. 인터넷을 이용하는 동안 웹브라우저는 여러 사이트를 방문하게 되는데, 그곳에서 발견한 저작물들이 캐쉬에 저장된다. 법적으로 네트워크 상의 서버에 캐쉬의 형태로 저장하는 것은 독일 저작권법 제16조에서의 복제개념에 해당하지만, 새로이 추가된 제44조 a는 이러한 행위가 저작자의 복제권에서 제외됨을 명시적으로 규정하고 있는 것이다.

마찬가지로 일시적 복제가 오로지 저작물의 정당한 이용을 가능하게 할 것을 목적으로 행해진다면 역시 저작자의 복제권은 제한된다. 즉, 이용자는 다른 웹사이트의 정당한 방문시 필연적으로 발생하는 캐쉬에의 임시적 저장 혹은 디지털 저작물의 정당한 이용시 부수적으로 발생하는 램(RAM)에의 일시적 저장으로 인해서는 저작자의 권리를 침해한 것으로

인정되지 않는다. 여기서의 정당한 이용이라 함은 이용자가 저작물의 이용과 관련하여 라이선스를 보유하고 있다거나, 독일 저작권법 제45조 이하의 저작권의 제한사유의 하나에 해당하는 법적인 면제사유를 보유하고 있는 경우를 의미한다고 볼 수 있다.

#### (4) 독자적인 경제적 의미를 가지지 않을 것

일시적 복제라 하더라도 그것이 독자적으로 어떠한 경제적 의미도 가지지 않는 경우에 비로소 저작자의 복제권이 제한된다. 여기서 말하는 “독자적인 경제적 의미를 가지는 경우”란 본래의 저작물 이용방법과는 또 다른 새로운 이용가능성이 열려 있는 경우를 뜻한다.<sup>44)</sup> 즉, 인터넷 서핑 과정에서 발견된 저작물을 즉석에서 출력하는 경우에는, 비록 램(RAM)에서의 일시적 저장이라 하더라도 허용되지 않게 된다. 반대로 스트리밍 서비스를<sup>45)</sup> 통해 인터넷 상에서 동영상이나 음악을 즐길 경우에 발생하는 자동적인 데이터의 일시적 저장은 원칙적으로 독자적인 경제적 의미가 없다고 볼 수 있다.<sup>46)</sup> 그러나 이 경우에도 만일 이러한 동영상이나 음악을 영리를 목적으로 하는 공개된 장소에서 제3자를 위해 재생한다면 저작권자 측과의 별도의 이용계약 체결을 필요로 하게 될 것이다. 또한 인터넷 방송을 시청하는 과정에서 데이터가 일시적으로 이용자의 컴퓨터에 저장되는 것은 허용되지만, 만일 이용자가 다른 시간대에 그 방송을 보기를 위해 이를 별도의 방법으로 저장한다면, 이로 인한 복제행위와는 별도로 원래의 일시적 저장도 허용되지 않게 된다.<sup>47)</sup> 결과적으로 법에서 규정하고 있는 저작권 제한사유 중 어느 하나에 해당하거나 혹은 저작권자 측에서 이용자에게 사용허락을 부여한 경우에 있어서의 저작물 이용과정에서 발생하는 일시적 저장이 독자적인 경제적 의미를 가지지 않는 경우에 해당되어 허용된다고 할 수 있다.<sup>48)</sup>

이상의 독일 저작권법 제44조 a (일시적 복제행위)는 저작권의 제한사유의 하나로서 체계상 독일 저작권법 제1장 제6절 “저작권의 제한”의 첫 번째 조문에 위치하고 있다. 다른 저작권 제한사유와 마찬가지로 일시적 복제행위 역시 예외적인 경우에 해당하므로 저작권 침해책임을 면하기 위해서는 이를 주장하는 자가 위의 4가지 전제조건을 충족하고 있음을 입증하여야 한다.

44) Dreier · Schulze, UrhG-Kommentar (C.H. Beck, 2004), §44a Rn. 9.

45) 스트리밍 서비스란 인터넷에서 음성이나 영상, 애니메이션 등을 실시간으로 재생하는 기법을 말한다.

46) 스트리밍이 동작하려면 데이터를 수신하고 있는 이용자의 컴퓨터는 데이터를 모으고, 그 데이터를 사운드나 그림으로 변환해 주는 응용프로그램에 끊임없이 보내줄 수 있어야 하므로, 그 과정에서 필연적으로 일시적 저장이 일어나게 된다.

47) Kotthoff in HK-UrhR, a. a. O., § 44a Rn 13.

48) Dreier/Schulze, a. a. O., §44a Rn. 9.

## 나. 평 가

유럽에서는 2004년 5월 1일의 EU 확대에 맞추어 여러 가지 통일적인 법률시행을 위한 지침들이 새로이 발표되었고, 지적 재산권분야에서도 유럽의회와 유럽 각료회의에 의해 많은 지침들이 계속해서 제정되고 있는 중이다. EU 내에서의 역내시장의 활성화를 위해서는 자유로운 상품거래를 저해하는 제한이 철폐되고 창작과 투자가 혜택 받는 영역이 확보되어야 하며, 그에 따라 EU 회원국 간의 통일적인 지적 재산권의 보호는 이러한 역내시장의 성공을 위한 본질적인 요소라고 할 수 있다<sup>49)</sup>. 지적 재산권과 관련한 EU 회원국들 간의 법 규정의 상이함은 역내시장의 마찰 없는 기능수행을 침해하고 기존의 지적 재산권들에 대한 EU 내에서의 동일 수준의 보호를 어렵게 한다<sup>50)</sup>. 이러한 사정들은 정보사회에서의 저작권적 문제에도 마찬가지로 해당되어, 국가 간의 입법 불일치 및 불안정은 인터넷 시대를 살고 있는 창작자들의 발명의욕을 저해하고 건전한 경쟁을 방해하므로, 이의 시정과 각 회원국들의 디지털 저작물 관련 규정의 조화를 위해 새로운 지침이 제정되기에 이르렀다. 즉, 유럽 의회와 각료회의에서의 “정보사회에서의 저작권을 위한 지침”은 정보화 시대에 걸 맞는 저작권법의 재정비와 나라마다 상이한 관련 규정의 조화를 목적으로 하며, 일시적 복제에 관한 독일 저작권법 제44조 a는 이러한 배경 하에서 탄생한 것이다. 인터넷을 통한 디지털 저작물의 유통에는 이미 국경이 없어진지 오래이며, 현재 우리나라가 미국 및 EU와 체결하고 있는 FTA 협정에서 일시적 복제를 비롯한 지재권 분야가 중요한 현안으로 다루어지고 있다는 점을 고려한다면 외국의 입법례와 조화를 이루는 관련 법 규정의 정비는 우리에게도 필요한 일이라고 하겠다. 특히 저작권의 제한과 관련하여 열거주의를 취하는 우리의 법체계와 디지털 산업의 보호 및 육성에서 미국과는 다른 입장에 놓여 있는 현실적 상황을 감안할 때, 미국 저작권법상의 공정이용 법리보다는 독일 저작권법상의 일시적 복제행위에 의한 저작권 제한규정이 우리에게 보다 의미 있는 시사점을 준다고 볼 수 있다.

## V. 결 론 - 새로운 저작권제한규정의 신설

오늘날 세계 대부분의 국가들은 정보산업을 국가경제와 기술발전의 원동력으로 간주하고 있으며, 인터넷 사용과 디지털 저작물의 보급이 이러한 정보산업의 핵심에 자리 잡고 있다는 것은 부인할 수 없는 사실이다. 우리나라 역시 지리적, 지형적 여건을 비롯한 제반 사정을 이유로 정보산업을 국가전체의 발전을 위한 주력산업으로 간주하고 이를 법적으로 강력

49) Erwägungsgründe der Richtlinie (2001/29/EG vom 22. 5. 2001) Nr. 6.

50) A. a. O., Erwägungsgründe Nr. 7.

히 보호·육성하고자 하는 입장을 취하고 있다. 그러나 디지털 저작물은 일반 저작물과 달리 보호되는 저작권의 범위 및 한계를 확정하는 것이 쉽지가 않으며, 그 특성상 일반 이용자에 의한 침해행위를 규제하는 것 또한 상당히 고민스러운 부분임에 틀림이 없다. 이러한 상황 하에서 디지털 저작물에 관한 저작자와 이용자 간의 이해관계를 법관의 재량으로 판단하게 하는 것은 무리이며, 이 점은 일시적 저장에 관한 양측의 이해충돌에 있어서도 마찬가지라고 할 수 있다. 비록 디지털 저작물의 일시적 저장에 관한 이해관계의 조절을 위해서는 고도화된 입법기술을 필요로 하겠지만, 그럼에도 불구하고 이의 공정한 이용과 적절한 보호를 위하여 새로운 저작권 제한사유의 창설은 불가피하다고 본다. 일시적 저장의 개념 및 복제권의 범위, 그리고 일시적 저장으로 복제권이 제한되기 위한 전제조건 등이 이를 위해 필요한 입법적 조치가 될 것이다.

## 참 고 문 헌

- 미국 NII 지적소유권 작업반(임원선 역), 『초고속통신망과 저작권』, 한울 아카데미, 1996
- 손영화, “온라인서비스제공자의 저작권침해에 대한 책임”, *상사법연구* 제21권 1호, 2002
- 송영식·이상정, *저작권법 개설*, 세창출판사, 2000
- 오승중·이해완, *저작권법*, 법문사, 2004
- 이대회, “저작권법상의 공정이용의 법리에 관한 비교법적 연구”, *경영법률* 제10권, 한국경영법률학회, 2000
- 이대회, 『인터넷과 지적재산권법』, 박영사, 2002
- 정상기, “소프트웨어의 일시적 복제와 전송권”, *산업재산권* 제17호(2005. 5),
- 최상필, “디지털 영역에서의 사적 복제”, *상사판례연구* 제18집 제2권, 2005
- \_\_\_\_\_, 한국디지털재산법학회, “멀티미디어콘텐츠, 소프트웨어, 컴포넌트 등 신지식재산권의 보호방안 연구”, 프로그램심의조정위원회에 제출한 최종보고서, 2001
- Aplin, *Copyright Law in the Digital Society*, Oxford: Hart Publishing, 2005
- Barrett, *Intellectual Property*, New York: West Group, 2001
- Dreier · Schulze, *UrhG-Kommentar*, München: C. H. Beck, 2004
- Gordon, “Fair Use as a Market Failure”, 82 *Colum. L. Rev.*(1982)
- Kotthoff, *HK-UrhR*, Heidelberg: C.F.Müller Verlag, 2004
- Lessig, *The Future of Ideas*, New York: Random House, 2001
- MacQueen · Waelde · Laurie, *Contemporary Intellectual Property*, Oxford: Oxford Univ. Press, 2008
- Madison, “Fair Use and Social Practices”, *Intellectual Property and Information Wealth*, Westport: Peter K. Yu, 2007
- Patterson · Lindberg, *The Nature of Copyright*, Georgia: Univ. of Georgia Press, 1991
- Pres, “Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge”, CR 1994
- Rupp, “Verstößt die unbefugte Benutzung eines urheberrechtlich geschützten Computerprogramms gegen §§ 97 ff., 106 UrhG?”, GRUR 1986
- Schricker, *Urheberrecht*(2. Aufl.), München: C. H. Beck, 1999
- Zahrnt, “Überlassung von Softwareprodukten nach neuem Urheberrecht”, CR 1994

## Zusammenfassung

In koreanischem Rechtssystem findet sich keine Bestimmung, die dem 17 USC §107 oder §44a UrhG entspricht, und damit ist die Auffassung als allgemein zu akzeptieren, dass die vorübergehende Speicherung in RAM nicht als die Vervielfältigung eines Werkes anzuerkennen ist, weil sie eine notwendige Stufe für Ablaufen des Werkes darstellt. Wenn sie zur urheberrechtlich geschützten Vervielfältigung zählen würde, so wäre die Rechtslage zu kompliziert, weil der Nutzer bei Ablaufen des digitalen Werkes jedesmal die Zustimmung des Rechtsinhabers einholen müsste. Daher soll die vorübergehende Speicherung im Arbeitsspeicher als eine Ausnahme der geschützten Vervielfältigung gelten und keiner Zustimmung des Rechtsinhabers bedürfen. Dafür wäre es notwendig, eine neue Vorschrift zu erlassen, die den Begriff der vorübergehenden Speicherung als eine Ausnahme der geschützten Vervielfältigung und ihre Voraussetzungen enthält.

Key word : Vorübergehende Speicherung, gerechte Benutzung(fair use), Urheber, Schranken des Urheberrechts, Digitalwerk, Arbeitsspeicher(RAM)

■ 논문

## 개인정보에 관한 행정통제와 권익구제의 법적 연구

- 공공기관의 CCTV 운영에 대한 행정쟁송의 적용을 중심으로 -

A Legal Study on Administrative Control and Remedies related to Personal Information

- Focused on Applying to Contestation against Operation of Public Agencies' CCTV -

이 민 영

가톨릭대학교 법학부 교수, 법학박사

### 요약문

그간 법률유보원칙에 위배된다는 비판적 지적에 따라 지난 해 5월 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」에 폐쇄회로 텔레비전, 즉 공공기관의 CCTV 설치근거 및 운영기준이 마련되어 시행되고 있다. 물론 CCTV에 관한 규율내용이 완벽한 것만은 아닌 까닭에 여러 가지 제도적 문제가 있기는 하지만, 원천적으로 헌법위반의 불법성은 제거된 것으로 여겨진다. 하지만 더 큰 문제는 위 법에서 규정하고 있는 행정상 권익구제의 수단이 제한적으로 명시되어 있어 오히려 CCTV의 불법적 운용에 대한 배상책임이나 항고를 물을 수 없는 불합리한 결과가 예정되어 있다는 것이다. 이는 위 법이 행정상 정보주체가 보유하는 권리를 어떻게 보호할 것인가라는 물음에 대하여 행정기관이 책임 있게 응대하는 것을 차단하고 있는 형국이다.

행정법이란 다양하고 광범위하게 펼쳐지는 행정활동에 대하여 법치주의의 이념을 관철하는 규범적 이론을 뜻하며, 이와 같은 관념을 기초로 기존의 행정법학은 행정을 엄격하게 법에 구속되도록 하는 행정통제법리의 확립에 열중하였고 그 과정에서 종국적으로 위법·부당한 행정작용으로부터 국민의 권익을 보호하려는 실천적 학문으로 성장해 왔다. 이와 같은 관점에서 위 법이 갖는 행정통제기능이 적절히 발휘될 수 있어야 종국적으로 국민 개인의 권익보장이라는 행정법적 지향을 순연하게 할 수 있는 것인바, 행정상 개인정보보호에 있어서 권익구제의 적정성이 유지되도록 하는 방안이 법제화될 수 있어야 할 것이다. 그러므로 첫째, 행정에 대한 법적 통제를 통해 권익구제를 실현하는 행정심판과 행정소송의 절차적 보장이 제도적으로 요구되며 이를 위하여 위 법 제15조제1항의 개정이 시급하다. 둘째, 실질적인 개인정보 관련 불복이 이루어질 수 있도록 공공기관개인정보보호심의위원회의 권한 및 조직 변경이 논의되어야 할 것으로 판단되는바, 「행정심판법」에도 불구하고 개인정보에 관한 행정쟁송에 있어서는 심의위원회가 재결권한을 갖도록 함이 상당하다고 여겨진다.

주제어 : 개인정보, 행정통제, 권익구제, 행정쟁송, CCTV

〈目 次〉

I. 논의를 시작하며	III. 개인정보 관련논의에의 법제적 고찰
II. 행정상 권익구제와 행정통제의 의의	1. 사례의 설정과 법적 해결
1. 개념적 정의와 법적 함의	2. 개인정보법 발전방안 검토
2. 행정쟁송법의 의미와 구조	IV. 결론에 갈음하여

## I. 논의를 시작하며

1989년 2월 들어 국제인권옹호 한국연맹의 법제정 건의를 시작으로 언론과 시민단체 등은 개인정보의 오·남용 사례보도 등 여론조성을 통하여 법제정의 필요성을 촉구하기 시작했는데, 그 결실이 1994년 1월 7일에 제정된 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률(이하 ‘개인정보법’이라 함)」이며 이듬해 시행되기에 이르렀다. 이후 1999년 1월 29일 법률 제5715호로 개정된 위 법은 일부사항이 보완되었지만, 전자정부구현에 있어 적절한 대응책의 구비나 새로이 등장한 정보기술 역기능 제거에 부족한 면이 많았기 때문에 그 개정이 요청되었다. 그러던 중 종전 논의되었던 폐쇄회로 텔레비전(이하 ‘CCTV’라고 함) 취급 화상정보에 대한 대응 및 관련 정보 주체의 권리 보장을 수렴하고, 기존에 반영하지 못하였던 사항을 정비토록 하여 지난 2007년 5월 17일 법률 제8448호로 개정된 위 법이 같은 해 11월 18일부터 시행되고 있다.

이는 국가인권위원회가 국민의 기본권침해 등이 우려되는 CCTV 설치에 법적 기준이 마련된 후 시행돼야 한다고 제동을 건 데서부터 발단이 되었다.<sup>1)</sup> 국가인권위원회에서 “CCTV

1) 정부기관의 공정력 있는 견해표명은 아니지만, 이전에 서울 강남구청과 강남경찰서에서 범죄예방용 CCTV 카메라 340여대를 강남 일대에 설치하기로 해 ‘몰래카메라’ 논란을 빚고 있는 가운데, 대한변호사협회가 2003년 6월 29일 ‘CCTV로 거리를 24시간 단속하는 것은 사생활 침해’라는 의견을 밝혔다. 경찰이 무인단속장비를 이용해 불법 주차차량을 적발한 경우 과태료 부과대상 차량 표지를 붙이지 않아도 되도록 도로교통법시행령을 개정하려는 움직임에 대한 국가인권위원회의 의견요청에 대해 대한변호사협회가 ‘문서에 의한 사전예고 없이 과태료를 부과하는 것은 위법’이라며 ‘거리에 CCTV 카메라를 설치하는 것은 개인의 동의를 받지 않은 개인정보 수집이고, 법적 근거도 없는 프라이버시권 침해’라고 지적한 것이다. 대한변호사협회는 ‘개인정보의 비밀수집은 자신의 개인정보 처리를 자신만이 결정할 수 있는 자기결정권을 침해하는 것’이라며 “따라서 개인정보는 해당 개인에 대한 사전고지 및 그로부터의 동의 및 승낙을 전제로 하여 수집돼야 한다”는 점을 분명히 했다. 그리고 “공공장소에서의 초상권은 사적 공간에서의 권리만큼 강하게 지켜지지는 못하더라도 보호돼야 할 권리임은 분명하다”며 “CCTV 촬영을 하면서 이 사실을 도로의 입구에서 사전에 알려더라도 통행자의 동의 및 승낙을 모두 받을 수는 없으므로 초상권 내지 프라이버시권의 침해에 해당한다”고 주장했다. 한편 대한변호사협회는 종로구가 홈페이지를 통해 인사동길 동영상을 방송하고 있는 것에 대해서도 개인 초상권 및 프라이버시에 대한 중대한 침해로 허용되어선 안된다는 입장을 밝혔다; 拙稿, 방법용 CCTV의 운용에 대한 항고

의 설치·운영이 지방자치단체나 경찰서장의 재량에 의해 이루어지고 있고 장비의 성능이 점차 향상돼 운영방법 등에 따라 국민의 기본권을 침해할 요소가 크다”고 지적한 것이다.<sup>2)</sup> 즉, 개인의 초상뿐 아니라 특정시간에 어디서 어떤 모습으로 누구와 함께 있었는지 등에 관한 개인정보를 취득할 수 있음에 따라 사생활의 비밀과 자유 등을 침해할 수 있음을 논거로 국회의장과 행정자치부장관에게 CCTV 등 무인단속장비 운용에 관한 법적 기준의 마련을 권고한 것이다. 이후 이에 관한 법률적 근거를 내용으로 하는 개인정보법 일부개정법률안, 「공공기관의 폐쇄회로 텔레비전 설치 및 개인의 화상정보 보호에 관한 법률(안)」 및 「공공기관의 폐쇄회로 텔레비전 설치에 관한 법률(안)」 등이 국회 소관상임위원회에 회부되었으나, 현행 개정법률이 행정자치위원장 대안으로 수렴됨으로써 폐기되기에 이르렀다.

이러한 입법적 논의가 결실을 맺게 되어 개인정보법의 기존 규율대상인 ‘컴퓨터에 의하여 처리되는 개인정보의 보호’가 ‘컴퓨터·폐쇄회로 텔레비전 등 정보의 처리 또는 송·수신 기능을 가진 장치에 의하여 처리되는 개인정보의 보호’로 수정되게 되었는바, 정보처리기술의 발전적 양상에 가치중립적으로 대응할 수 있는 기틀을 확보한 것으로 본다. 그럼에도 불구하고 위 법의 규율내용에 대하여는 실질적 고찰이 더욱 필요한 시점이라 할 것이다. 환원하자면, 정보처리기술의 변동에 대처하기 위한 입법적 노력이 진행되어 왔지만 실제로 입법목적으로 위 법 제1조에서 명시하고 있는 ‘공공업무의 적정한 수행을 도모함과 아울러 국민의 권리와 이익을 보호함’에 충실하였는지에 대하여는 논의가 부족했음이 사실이다. 이 같은 취지에서 本稿는 ‘공공업무의 적정수행 도모’를 행정통제의 관점에서 그리고 ‘국민의 권익보호’를 권익구제의 견지에서 상호 연계하여 재검토하도록 한다. 아울러 上述한 바와 마찬가지로 최근 입법에 반영된 공공기관의 CCTV 운용과 관련하여 제기되어지는 행정쟁송 관련 사안을 이에 접목함으로써, 개인정보 관련 정보주체의 권리보장에 있어서 해당 행정의 법률적합성이 확보될 수 있도록 이론적 검증을 시도해 본다.

## II. 행정상 권익구제와 행정통제의 의의

### 1. 개념적 정의와 법적 함의

#### 가. 행정법학에서의 행정통제

기본적으로 행정법학은 행정권의 재량권 행사 및 국민의 권리보호를 위한 재량권 행사의

소송 검토, 정보통신정책 통권 제361호, 정보통신정책연구원, 2004, 37쪽.

2) 국가인권위원회 2004년 5월 10일자 보도자료 참조.

제한에 관한 학문으로 여겨지기 때문에,<sup>3)</sup> 단순히 권리의무관계를 확정하는 것이 아니라 행정청의 공익수행활동 전반을 통제하는 ‘행정통제법’ 혹은 ‘행정정책과 행정활동의 조정의 법’으로서의 의미를 가지며 그러한 기능을 통하여 행정활동의 민주성과 적법성을 보장하고 국민의 기본권을 신장하는 법이 되어야 한다. 특히 오늘날 행정법은 단순한 질서유지구범으로서의 성격보다는 사회관리규범으로서의 측면이 강조되고 있으며, 따라서 행정법에 있어서도 다른 법학분야에서와 마찬가지로 법질서의 규범적 측면 못지않게 법질서의 기능성에 대한 요청이 확대되고 있다. 이와 같이 행정법에 대한 기능성에 관한 필요성은 전통적인 행정법학의 맥락에서도 행정작용의 핵심적인 개념징표를 高權性 또는 權力性에서부터 公共性 또는 公益性으로 바뀌게 한다. 따라서 행정법학은 행정법현상의 실제관계에 대한 사회과학적 연구성과를 외면할 수 없고, 오히려 그러한 성과의 토대 위에 기초해야 할 것이며, 행정법학의 관심사는 미시적인 행위형식론에 그치지 아니하고 거시적인 행정과정 전반에 이르는 것이 되어야 할 것이다.<sup>4)</sup> 이 때 행정과정 전반에 대한 자기규율로서 행정통제 개념이 중요한 의미를 지닌다.

일반적으로 統制(control)란 용어는 억제하고 감시하는 소극적인 의미로 사용되어지는데, 현행법규에서 그 정의를 찾아보기 어렵지만 『행정규제기본법』 제1조에서 규정하고 있는“... 불필요한 행정규제를 폐지하고 비효율적인 행정규제의 신설을 억제함으로써...”라는 표현에서의 폐지·억제라는 용어가 통제의 개념으로 쓰인 것으로 보인다. 왜냐하면 통제라 함은 구체적으로 조직의 구성원들이 조직목표의 달성을 이끄는 방식으로 활동하는 것을 보장하도록 설계된 조직과정이라고 정의될 수 있기 때문이다. 다만, 여기서는 ‘規制의 統制(control of regulation)’ 의미로 쓰이고 있으며, 이는 전통적 규제행정에서의 행정통제 개념과 일치한다.

그렇지만 통제라 함은 단순히 규제의 제한에만 의미를 지니는 개념에 한정되는 것은 아니며, 法治行政을 실현하기 위한 行政責任의 다른 모습으로 논의되는 것으로 보아야 한다.<sup>5)</sup> 바꾸어 말하면, 行政統制란 행정책임을 구현하기 위하여 가해지는 행정권한의 내재적 통제와 외부적 제한을 뜻한다고 새기는 것이 타당하다.<sup>6)</sup> 오늘날 행정권의 강화와 전문성의 심

3) M. Waline, *Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration*, Etude et Documents du Conseil d'Etat, 1956, p.25; 김유환, 미국행정법에서의 규제법규해석과 규제재량통제, 서울대학교 박사학위청구논문, 1992, 3쪽에서 재인용.

4) 同旨; 김유환, 같은 글(註 3), 3~5쪽.

5) 行政責任을 통해 獨斷的 行政過程을 制限하고, 憲法과 行政法을 實踐的으로 解釋·適用하며, 法治行政에의 混亂을 除去할 수 있다; Lisa Schultz Bressman, *Beyond Accountability: Arbitrariness and Legitimacy in the Administrative State*, 78 N.Y.U.L. Rev. 461, 553 (2003).

6) 行政責任과 行政統制는 表裏關係에 있는 것으로서 행정통제의 목적은 행정책임의 이행을 보장하는 데 있으며 행정책임은 행정통제의 확보대상이 되는 것이다. 이 같은 행정책임의 개념에 관하여는 견해의 차이는 있으나, 행정기관이나 행정담당자가 행정행위를 함에 있어서 지켜야 할 의무로 이해하는 점에서는 크게 다를 바 없다; Wolfgang Hoffmann-Riem, *Verwaltungskontrolle; Perspektiven*, in: Eberhard

화에 따른 行政國家化 傾向이 짙어지면서 행정책임의 확립이 중요시되고 행정책임을 확보하거나 보장하기 위한 행정통제의 필요성 또한 증대되고 있기 때문이다.<sup>7)</sup> 더욱이 다원화된 행정부문에 대하여 행정책임과 함께 행정규제를 표현하기 위해서는 행정통제의 개념을 행정규제에 종속된 의미로 평가절하할 것이 아니라, 특히 행정권한을 스스로 통제함으로써 국민의 권익보장에 이바지할 수 있도록 행정의 이념지향적 이론으로 설정함이 보다 긴요할 것으로 본다.

따라서 통제는 '무엇을 못하게 하는 개념'의 소극적 의미에서 '무엇을 하도록 하는 개념'의 적극적 의미로 전환된 뜻으로 파악되어야 하며, 그러기에 行政統制(administrative control; *Verwaltungskontrolle*)란 '행정권의 담당자인 행정주체가 행정조직의 목표를 달성하도록 행정행위를 일정한 기준에 합치되도록 유도하고 평가하며 시정조치 하는 제도적 행정과정'으로 정의될 수 있을 것이다. 그리고 행정을 '법률의 집행'이라는 관점에서 본다면 여기서의 일정한 기준으로는 행정이념 가운데 合法性·民主性·效率性·效果性 등이 강조될 수 있겠다.

그러나 행정법의 이념지향이 자유민주주의적 헌법질서의 확립이라고 규정하는 관점에서 국민의 기본권보장을 위한 合法性과 民主性이 최고의 이념적 기준이 되어야 한다고 본다. 이것이 바로 행정법의 기본원칙으로서 행정의 법률적합성 혹은 법치행정의 원리라 할 수 있기 때문이다.<sup>8)</sup> 그리하여 무엇보다도 민주행정의 이념상 행정에 의한 국민권익침해의 가능성을 방지하고 국가의 발전적 목표들을 행정적 가치와 규범의 틀에 저촉되지 않으면서 효율적으로 수행할 수 있으려면 행정통제에 충실해야 할 것이다.

행정책임의 보장방법으로서 행정통제의 유형은 論者에 따라 다양한 견해가 제시되어 있는 바,<sup>9)</sup> 생각건대 行政統制를 節次法的 統制와 實體法的 統制로 구분하고, 前者를 行政節

Schmidt-Aßmann & Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Verwaltungskontrolle*, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2001, S.339f.

7) 行政責任에 관한 論議는 H. Finer와 C. Friedrich의 논쟁에서부터 표면화되기 시작하였다. 즉, Finer가 정치에 대한 행정의 종속을 강조하는 전통적 행정책임의 관점에서 관료들이 국민에 의하여 선출된 대표들에게 책임을 져야할 것임을 주장하고 외부통제가 약화되면 권력남용이 발생하므로 책임의 外在的 他律性과 민주제적 기본원리가 준수되어야 함을 강조한 반면, Friedrich는 책임의 內在的 自律性을 강조하고 책임 있는 행정을 위하여 자율적 심리요소가 더욱 중요하다고 주장한 것에서 비롯되었다 한다; 구 자용, 행정의 책임과 행정통제에 관한 주요논의 검토, 한국행정학보 제24권 제2호, 한국행정학회, 1990, 879~880쪽.

8) 이에 대하여는 田村昭三郎, 法治行政の原則の成立, 公法の基本問題, 東京: 有斐閣, 1984, 361面 參照.

9) 統制는 그 主體가 行政府의 外部에 있느냐 또는 内部에 있느냐에 따라 영어의 'Internal control'로 표기되는 내부적(내재적) 통제와 'External control'로 표기되는 외부적(외재적) 통제로 구분하는 것이 가장 일반적이다. 이와 같이 분류하면 외재적 통제는 政治的 責任(political responsibility)에 대응하는 행정의 민주성신장이 주도니 목표라는 점에서 民主的 統制(democratic control) 또는 水平的 統制(scalar control)라고 불리며, 상대적으로 내재적 통제는 행정의 기능적 책임(functional control)에 대응하는 능률성 확보가 주된 목표라는 점에서 管理的 統制(managerial control) 또는 階序的 統制(hierarchical control)라고도 일컬어진다. 이에 대하여는 박재창, 행정기획과 행정통제, 행정학개론, 대영문화사, 1991, 125쪽 이하 참조.

한편 行政機關이나 行政人에 대하여 직접적으로 통제를 가하는 방법을 直接的 統制라고 규정하며, 입

次に 의한 통제, 行政審判에 의한 통제, 行政訴訟에 의한 통제로 나누며, 後者를 행정권행사유형별로 行政裁量の 통제, 行政指導의 통제, 行政計劃의 통제, 行政立法의 통제 등으로 분류하는 것이 행정법학적 관점에서 적절하다고 본다. 그 까닭은 우선 행정권행사유형별로 개별절차에서 행정통제가 이루어진 연후에 포괄적인 통합과정으로서 일련의 행정과정이 조망되어 이를 통해 행정책임확보를 위한 행정통제가 구성되는 것으로 볼 수 있기 때문이다.<sup>10)</sup> 다음으로는 권력분립원칙의 형식적 기준을 바탕으로 행정외부적 통제로 나누거나 입법적 통제 혹은 사법적 통제를 논함은 현대행정국가에서의 실질적 정책결정기능과 유리될 수 없는 행정입법 및 사후통제적 쟁송이 지니는 유기적인 결연성을 고려하는 데에 보다 충실할 수 있다는 점이다. 따라서 통제시점이 아니라 통합적 과정에서의 절차적 측면과 행정과정의 기능과 역할의 발현분야에 따라 수평적으로 접근하는 실체적 측면을 구분하고 이에 대응한 구체적 분류로 행정통제를 유형화하는 방식이 유연성과 실효성을 지닐 수 있다고 본다. 또한 현행법상 존재하는 행정조직을 개편하는 정책적 사안에 있어서도 적절한 규제를 위한 규제조직론이 논의되는바, 이것이 바로 행정통제로서 組織法的 統制라 부를 수 있을 것이다. 결국 私見으로는 實體法的·節次法的·組織法的으로 行政統制를 분류할 수 있다고 생각한다.

#### 나. 행정통제를 통한 권익구제

행정법이란 다양하고 광범위하게 펼쳐지는 행정활동에 대하여 法治主義理念을 관철하는 규범적 이론을 뜻하며, 이와 같은 관념을 기초로 기존의 행정법학은 행정을 엄격하게 법에 구속되도록 하는 行政統制法理의 확립에 열중하였고 그 과정에서 중국적으로 위법·부당한 행정작용으로부터 국민의 권익을 보호하려는 실천적 학문으로 성장해 왔다고 할 수 있다.<sup>11)</sup>

법작용이나 사법작용에 대한 통제를 경유하여 간접적으로 행정기관이나 행정인에 대하여 통제를 가하는 방법을 間接的 統制라고 규정하여 유형화하는 견해로는 강운원, 헌법재판의 행정통제기능에 관한 소고, 헌법논총 제5집, 헌법재판소, 1994, 358~359쪽 참조.

- 10) 대부분의 경우 일반적·추상적인 법률의 규정을 행정행위라고 하는 범형식에 따라 집행하는 것을 기본 구조로 전제하는 전통적인 행정법이론과는 달리, 현대 행정활동은 사실상 매우 복잡다기한 단계로 형성된다. 오히려 행정 자체가 법률까지도 그 목적 내지 정책실현의 수단 가운데 하나로서 포함하고 있다고 할 정도인 것이다. 이와 같은 측면에서 행정은 단순한 법집행이라기보다는 입법부 및 행정조직 내부의 다양한 기관 그리고 이해관계자와의 의견조정 및 합의에의 도달을 목표로 하는 통합적 과정이며, 창조적이며 형성적인 정책결정과정이라고 할 수 있다; Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administration Law*, 88 Harv. L. Rev. 1667, 1676 (1975).
- 11) 행정법은 公行政을 규율하는 법 전체는 아니지만 이미 그 명칭에서 나타내는 바와 같이 공행정에 관한, 즉 公行政權의 작용과 組織에 관한 법이라고 一凝 말할 수 있다; Günter Püttner, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Neuwied: Werner Verlag, 1983, S.1.

모름지기 原狀回復, 損害填補 또는 당해 行政作用의 取消·變更이나 그 밖에 被害救濟·豫防措置 등의 요구에 대한 해당 기관의 심리·판정 등 일련의 절차를 의미하는 行政上 權益救濟(Verwaltungsrechtsschutz)는 법치국가원리를 실질적으로 구현하는 법적 제도장치이며 동시에 법치행정의 필수적 구성요소라 할 수 있다. 이러한 권익구제야말로 실제적으로 가장 중요하면서 핵심적이라 할 만큼 행정법의 형성을 가져 온 가장 결정적 제도라 할 것이다.<sup>12)</sup> 여기에는 공익실현의 목적을 위해 인정된 행정주체의 특수한 지위에 따른 법률관계에 관한 법이 행정법인 탓에 행정주체의 권리와 권한에 상응하는 의무와 책임까지 아울러야 한다는 논리적 근거가 수반된다. 그러기에 이 제도는 공익실현과정에 있어 법치행정의 구현으로써 행정통제 혹은 행정의 자기제한을 설정하는 법리로 기능하는 것이라 보겠다.

이 제도의 兩大軸으로 행정상 손해전보제도와 행정쟁송제도가 있다. 두 제도가 갖는 목적이 국민의 권익구제에 있다는 점은 동일하지만, 그 제도적 목적실현을 위한 방법 측면에서 兩者는 차이점을 지닌다. 즉, 행정상 손해전보가 금전적 배상을 통한 사후구제방법인 반면, 행정쟁송은 문제되는 행위 자체에 대한 분쟁해결로 행정의 적법성을 회복·실현한다. 그리고 권익구제제도의 체계상 前者가 주로 실체법적 차원의 법영역에 갇들어 있음에 비해,<sup>13)</sup> 抗告訴訟으로 대표되는 後者는 절차법적·소송법적 차원의 법영역에 자리매김하고 있다는 점에서 구별된다.<sup>14)</sup> 환언하자면, 행정쟁송제도는 행정의 법률적합성을 위한 중구적 사법심사를 주된 목적으로 하지만 간접적으로 국민의 권익구제수단이 되고 있으며,<sup>15)</sup> 권익구제목적은 지닌 행정책임제도는 간접적으로 행정의 법적 통제를 관철하는 기능을 보유한

12) 이는 1783년 2월 8일의 Blanco판결이 말해주고 있다. 즉, “국가의 책임은 사인간의 관계를 위한 민법전의 원칙에 의하여 규정되지 아니하며……공역무의 필요성과 국가의 권리와 사인의 권리를 조정할 필요성에 따라 달라지는 특별법규이다”고 하여 ‘국가는 공익을 실현하는 기능을 가지고 있기 때문에, 사법적인 해결기술과는 다른 해결책을 도모한다는 뜻으로 행정법은 자연법적으로 특별한 법이 될 수 밖에 없다’는 것을 판시한 이 사건에 있어, ‘행정에 관한 보통법으로서 공익을 목적으로 하는 불평등한 관계의 법’인 행정법을 발견하였다는 데에서 그 의의를 발견할 수 있다. 그 까닭은 행정상 손해전보에 관한 다툼은 행정법관계이며, 그 재판권 역시 행정법원의 관할이라는 점에서 찾을 수 있을 것이다.

13) 물론 행정상 손해전보제도 역시 권리행사를 위한 수단으로 행정소송과 관련을 맺게 되지만, 그렇다고 그 실체법적 성격이 달라지는 것은 아니다. 하지만 실무상으로는 민사소송의 수단으로 제기되고 있음은 또 다른 문제를 안고 있으며, 이에 대하여는 款을 바꾸어 논의하게 될 것이다.

14) 다만, 행정상 손해전보는 실질적으로 ‘행정의 법적 책임’인 것이고 여기서는 이를 行政責任이라고 부르기로 한다. 물론 이를 국가책임 내지는 국가보상으로 일원화된 손해전보제도를 칭하는 명칭으로 사용하고 있음 또한 사실이다. 그러나 책임으로서 배상 및 보상의 주체는 행정주체인 것이며, 다른 행정법학 용어들과의 일관적 체계에도 행정책임이라 부르는 것이 타당하다고 본다. 그리고 이를 행정구제라는 용어로 흡수하는 소이에 대하여, 손해배상제도를 통한 법치행정구현이라는 관점에서 오히려 ‘행정을 구제’하는 의미로 받아들이고 싶다. 즉, 손해전보는 고권적 지위에서 피해자를 구제하는 것이 아니라 공익목적실현이라는 권한의 수행 및 그에 따른 책임의 전보로서 일련의 행정작용을 실질적 법치원리에 정합하게 하는 제도인 까닭에 행정이 피해자를 구제한다는 의미로서의 용어사용은 지양되어야 하리라 본다. 사법상 불법행위책임과는 다른 기능과 효과를 지니는 법제적 측면이 함몰되어질 수 있다는 생각에서 그러하다.

15) 이는 항고소송에 주안점을 둔 행정소송제도의 논의라는 점에 특히 유의해야 한다.

다고 할 것이다.<sup>16)</sup> 결국 근본적으로 행정권의 재량권 행사 및 국민의 권리보호를 위한 재량권 행사의 제한에 관한 학문인 행정법학에 있어서, 행정활동의 합법성과 민주성을 보장하고 국민의 기본권을 신장하기 위해서는 권익구제제도 자체의 활용뿐만 아니라 행정통제를 통한 권익구제의 확보가 법제도적으로 구현될 수 있어야 한다.

## 2. 행정쟁송법의 의미와 구조

### 가. 행정쟁송의 의의

행정법에 있어서 爭訟制度는 행정상 법률관계의 한 쪽 당사자인 국민의 권익구제수단으로서의 기능을 수행하며 또한 그 전제인 행정<sup>17)</sup>에 법률적합성을 담보하는, 즉 법치행정을 향한 행정통제의 기능을 함께 수행한다는 것은 이미 언급한 바와 같다. 이러한 기능은 법치주의의 목적인 국민의 권익보장과 그 수단인 행정의 법적 통제를 구현한다는 점에서 중요한 역할을 담당한다. 이러한 역할을 담당하는 제도가 마련되어질 수 있었던 역사적 동인은, 행정기능이 확대됨에 따라 사인의 권익구제를 소홀히 할 위험성이 증가되었을 뿐만 아니라 국가가 국민생활을 적극적으로 지배한다는 시대적 조류와 맞물려 행정통제의 기능수행을 위한 제도적 장치가 요구되었다는 史實에서 찾을 수 있다. 다시 말하자면, 개인의 실질적 자유와 권익을 보호하기 위하여 과거의 최소국가로서의 자유방임주의적 국가이념을 배척하고 복지국가를 지향하는 현대국가에서는 필연적으로 거의 모든 국가영역에 대한 간섭·보호 등의 역할을 수행하는 행정권의 강화현상이 초래되며, 이에 따라 상대적으로 빈번하게 발생할 가능성이 높아진 국민에의 피해발생에 있어 그 회복을 실현하는 구제제도로서 가장 명쾌한 것이라 할 수 있는 행정소송이 등장한 것이다. 요컨대, 행정에 책임을 부여하면서도 행정을 통제하는 방식으로서의 행정쟁송제도 가운데 하나인 행정소송은 권익구제

16) 하지만 양자 모두 기능적 측면에서는 행정작용의 적법성 실현이라는 행정통제기능을 수행하고 있으며, 이에 따라 권익구제수단이자 법치행정을 위한 제도로서의 역할을 담당하고 있다 하겠다. 그리고 행정책임과 행정쟁송제도는 '국민의 권익보호'라는 '법치국가적 목적'과 '행정의 법적 통제'라고 하는 '법치국가적 수단'으로 상호불가분의 관계를 맺으면서 행정상 권익구제의 목표를 구성한다. 따라서 행정책임과 행정통제는 권익구제적 기능을 통해 그 접점이 발견되어지며, 구체적으로 실정법상 여러 제도에 따라 체계적 법치행정의 실현을 가능하게 하는 요소라고 할 수 있다. 국민의 권익보호라는 법치국가의 주된 목표가 논리필연적으로 요청됨에 따라, 그 부수적·기능적 보완책으로서 행정의 법적 통제라는 행정통제가 요구된다는 것이다.

17) 입법과 사법에 대응하는 개념으로서의 행정은 역사적으로 볼 때 형식적 권력분립에 따른 '국가권력의 분화'현상으로 탄생된 관념이다. 그 다음 단계로 권력상호간의 조화를 위한 권력분립의 기능적 필요성에 따라 '법규범의 집행'이라는 실질적 의미가 형식적 권력분립에 중첩되면서, 행정법에 채택되고 있는 행정이 구체화된 것이다. 이러한 관점에서 행정법학의 탐구대상으로서 행정의 개념은 '통치행위와 헌법기관 사이의 관계를 제외한 정부의 행위 그리고 공무원사인의 공권력 행위 및 공적 관리행위'라 정의할 수 있다.

및 행정통제의 기능을 제도화하고 있음을 기초로 하여<sup>18)</sup> 개별적 유형으로 나누어진다고 하겠다.<sup>19)</sup> 따라서 실정법에서 규정되어 있는 분류 역시 그 바탕이 되는 訴訟觀에 터잡고 있는 까닭에, 이에 대한 근원적 파악이 전제되지 않으면 결코 그 실제의 확인이나 순연한 기능의 발휘도 기대할 할 수 없는 것이다.

무엇보다 간과할 수 없는 것은 행정통제기능을 수행하는 행정제도로써 행정책임과 행정쟁송이 서로 다른 요소로 작용하고 있다는 점이다. 행정책임이 공행정에서의 불법행위로 인한 손해의 전보를 목적으로 하는 반면, 행정쟁송은 위법한 공행정작용의 효력을 다투는 분쟁해결방식이다. 하지만 행정책임은 소송으로써 이루어져야 한다는 논리적 필연성을 갖고 있지 아니할 뿐 아니라, 행정쟁송 역시 소송이라는 사법심사만에 국한되지 않는다는 점에서 오히려 양자의 제도적 접점을 찾을 수 있다.<sup>20)</sup> 권익구제를 요하는 같은 사안에 대한 다른 청구취지의 소송이 제기되어지는 경우를 쉽게 상정할 수 있고, 이에 대한 법이론 역시 손해의 전보라는 행정책임과 법률적합으로의 행정통제라는 기능적 중첩을 동일한 시선에 담아보려는 차원에서 접근하여야 할 것이다. 그렇지만 중국적 사법심사로서의 소송이 권익구제에 있어서 법적 분쟁에 대한 확정적 판단 및 그 조속한 해결이라는 요청에 부응한다는 측면에서는, 현실적으로 소송을 통한 분쟁해결에 집중되고 있는 것이 사실이다.

이러한 논의는 행정소송 가운데서도 抗告訴訟이라는 방식을 위주로 법치행정실현을 위한 행정통제의 확보를 제도적으로 꾀함과 軌를 같이 한다. 이렇게 볼 때 개인정보는 정보주체에 대한 권리보장의 객체가 되는 까닭에 국가전자행정에 관한 규범적 영역이라는 점에서, 행정기관이나 행정담당자가 행정행위를 행함에 있어 준수해야 할 의무인 행정책임을 다하기 위하여 가해지는 행정권한의 내부적 제어와 외부적 제한을 뜻하는 행정통제의 관철이 요청된다.

그러므로 중국적으로 국가사무로서 개인정보의 활용이 실질적인 법률유보에 따라 이루어져야 할 것임은 자명한 것이나, 개별법에서 그 활용이 규율하는 경우에도 그 위헌성의 소지를 배제할 수 있는 헌법이념적 논거를 찾아내기란 보호되는 가치로서 개인정보에 관한 권리의 존재를 인식할 때에 그렇게 용이한 문제는 아니라 할 것이다. 그럼에도 불구하고 권리침해가 발생한다면 이에 대한 행정상 권리구제는 마땅히 이루어져야 할 것이며, 개인정보법에 이에 관한 규정이 존재하지 않는다고 해도 「국가배상법」이라고 하는 행정책임에

18) 「행정소송법」 제1조 (목적) 이 법은 행정소송절차를 통하여 행정청의 위법한 처분 그 밖에 공권력의 행사·불행사 등으로 인한 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고, 공법상의 권리관계 또는 법적용에 관한 다툼을 적정하게 해결함을 목적으로 한다.

19) 현행 「행정소송법」은 행정소송의 종류를 ① 항고소송, ② 당사자소송, ③ 민중소송, ④ 기관소송 등의 네 가지로 구분하고 있다; 같은 법 제3조 참조.

20) 소송절차가 아닌 행정절차·청원에 따른 민원처리나 국민고충처리위원회에 의한 고충민원처리 등의 제도와 그 밖에 비전형적 권리구제방법 그리고 행정심판과 같은 행정통제수단을 염두에 둘 수 있을 것이나, 현실적인 활성화가 이루어져야 할 것이다.

관한 일반규율로써 損害轉補가 충족되어야 한다. 그리고 이와 같은 손해전보로서의 행정 책임은 간접적으로 법치행정에 기여하게 되는바, 행정통제의 목적은 행정책임의 이행을 보장하는 데에 있으며 행정책임은 행정통제의 확보대상이 되기에 그러하다.

#### 나. 행정쟁송의 대상

현행 「행정소송법」 제2조제1항제1호는 ‘처분 등’을 ‘행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용(이하 ‘처분’이라 한다) 및 행정심판에 대한 재결’로 새기고 있으며,<sup>21)</sup> ‘그 밖에 이에 준하는 행정작용’까지 포섭하지 못하는 실제법상 행정행위 개념보다 넓은 범위에서 소송대상을 설정하고 있다. 이를 충족할 경우 대상적격이 있는 것으로 보는데, 행정소송에서 대상적격이라 함은 소송에서 다투려 하는 대상이 이러한 쟁송법상의 처분에 해당하여야만 본안심리가 이루어질 수 있는 소송요건을 말한다. 이는 처분의 의의에 있어 행정소송의 권익구제기능을 중시하여 쟁송법상 처분개념을 실제법상 처분개념과 별개의 관념으로 파악하고 행정행위뿐 아니라 권력적 사실행위 및 공권력행사의 실체는 갖추고 있지 않으나 지속적으로 사실상의 지배력을 행사하는 행정작용도 처분에 포함시켜야 한다는 爭訟法上 處分概念說을 취하는 것으로 볼 것이다.<sup>22)</sup>

그런데 개인정보법의 경우 제15조제1항에서 “제12조제1항 및 제14조제1항에 따른 청구에 대하여 공공기관의 장이 행한 처분 또는 부작위로 인하여 권리 또는 이익의 침해를 받은 자는 「행정심판법」으로 정하는 바에 따라 행정심판을 청구하거나 「행정소송법」으로 정하는 바에 따라 행정소송을 제기할 수 있다.”라고 규정하고 있지만, 자기정보의 열람·정정·삭제 등의 청구에 대한 공공기관의 처분에만 불복이 가능하도록 하는 한정적 규율은 바람직하지 못하다고 할 것이다.<sup>23)24)</sup> 물론 이 규정이 없다고 해서 위법한 처분으로 情報主體의 情報自己決定權(*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*)<sup>25)</sup>이 침해된 때 행정쟁송이 제기될 수

21) 「행정심판법」 제2조 (정의) ①이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “처분”이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다.

22) 이광윤·김민호, 최신행정법론, 법문사, 2002, 423~424쪽.

23) 「행정심판법」 제3조 (행정심판의 대상) ①행정청의 처분 또는 부작위에 대하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에 의하여 행정심판을 제기할 수 있다.

24) 「행정소송법」 제8조 (법적용례) ①행정소송에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다.

25) 이는 일정한 범위 내에서 자신에 관한 정보를 제공할 것인가를 자유로이 결정할 권한이 인간의 존중과 인격의 자유로운 전개에 대하여 법적 보호를 필요로 하는 것으로 파악하여 1983년 독일 연방헌법재판소가 결정한 인구조사판결(BVerfGE 65, 1)에서 처음 인정된 개념으로, 자신에 대한 정보가 언제·어떻게·어느 범위까지 타인에게 전달·이용될 수 있는지를 자율적으로 결정할 수 있는 미국의 정보프

없는 것은 아니다.<sup>26)</sup> 하지만 자기정보의 사용중지 청구에 관한 거부처분이나 취급제한에 관한 규정을 위반하여 이용 또는 제공하게 한 경우 당해 처분에 대하여 행정쟁송이 가능하여야 할 것이고 이런 취지에서 위 규정의 타당성에 대하여 살펴볼 필요가 있다. 쟁송가능성의 대상을 명확히 하려던 당초 입법취지와는 달리 쟁송대상의 범위가 개인정보법 규정으로 축소된 것은 불합리하기 때문이다.<sup>27)</sup>

한편 개인정보에 관한 권리침해의 경우 처분의 취소 또는 무효확인이라는 청구취지가 원상회복이라는 측면에서는 그다지 實益이 없는 것이고 보면, 권익구제의 실질적 확보에 관한 논의가 요청된다. 예를 들어 개인정보에 관한 권리침해에 있어서 행정심판이 권익구제에 기여하는 것은 당해개인의 자기정보에 관한 권리로서 공공기관의 장이 개인정보를 권한 없이 처리하는 것에 대한 집행정지의 신청과 함께 그러한 정보처리의 공정력 배제나 자기정보의 열람제한 등에 대한 불복 등을 상정할 수 있지만, 여기서 다루려하는 것은 권익보장의 간접적 이행방식이 아니라 침해된 권익, 다시 말해서 정보자기결정권을 회복하여 주거나 그 피해에 대한 정당한 전보를 뜻하는 것이다. 前述한 바와 같이, 개인정보법에 명시되어 있지 않지만 「국가배상법」 제2조에 따른 국가배상청구가 그 적격을 확보하면 ‘행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송’인 公法上 當事者訴訟으로 해당청구가 제기될 수 있다는 점이 권익구제의 실효성에서 중요한 機制로 작용한다. 무릇 「국가배상법」은 행정상 손해배상에 관한 일반법으로, 국가배상책임에 관하여 이 법의 규정에 의한 것을 제외하고는 민법을 따르지만 그밖에 법률에 다른 규정이 있을 때에는 그 규정에 의하기 때문에 개인정보법에서 규정하지 아니한 행정상 손해배상에 대하여는 「국가배상법」 소정의 관련규정이 적용되는 것이다.

그런데 개인정보활용과 관련해서는 실질적으로 해당처분이 그릇된 것임을 판명받음으로써 법치행정을 강화하고 행정통제를 확보하려는 취지로 손해전보를 구하는 국가배상청구소송이 많을 것으로 본다. 이는 행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송으로서 형식적으로는 행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관하여 그 법률관계의

라이버시(information privacy)와 동일한 개념이라 볼 것이다. 다만 그 용어에 있어서는 학자에 따라 개인정보통제권·자기정보통제권·자기정보관리통제권 등 다양한 표현으로 사용되고 있으나, 그 내용은 크게 다르지 아니하다. 헌법재판소는 ‘개인정보자기결정권’으로 표현하고 있다; 헌법재판소 2005. 5.26. 99헌마513·2004헌마190; 2005. 7.21. 2003헌마282·425 결정 참조.

26) 개별법에 특별한 규정이 없는 한 「행정심판법」과 「행정소송법」에서 규정하고 있는 행정쟁송에 관한 규율이 미치지 마련인데, 오히려 개인정보법의 위 규정에 따라 쟁송대상이 한정되고 있는 것이다.

27) 당초 개인정보법은 제15조 본문을 “제12조제1항 및 제14조제1항의 규정에 의한 청구에 대하여 공공기관의 장이 행한 처분 또는 부작위로 인하여 권리 또는 이익의 침해를 받은 자는 행정심판법이 정하는 바에 따라 행정심판을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있었기 때문에, 심판청구대상만이 축소되었던 것으로 이해할 수 있다. 하지만 논리해석상 행정심판의 청구가능성을 확연하게 하려는 취지로 이해되어 지며, 행정소송에 관한 언급이 없는 것 역시 「행정소송법」에 따를 것을 예상한 것으로 볼 것이다.

한쪽 당사자를 피고로 하는 소송이지만 실질적으로는 처분 등의 효력을 다투는 소송인 이른바 形式的 當事者訴訟이라 할 것인바, 공공기관의 처분이 불법적 손해를 야기할 때에 제기하는 손해전보쟁송이라 하겠다. 물론 이는 결국 국가와 같은 공법상 법인에 대하여 책임을 묻는 것이다.<sup>28)</sup>

### Ⅲ. 개인정보 관련논의에의 법제적 고찰

#### 1. 사례의 설정과 법적 해결

서울시는 도시고속도로 교통관리센터에서 수집한 CCTV 영상 등을 콘텐츠제공업자 등에 판매할 계획으로 알려졌다.<sup>29)</sup> 이 경우 개인영상정보가 수록되어 있고 화면조작에 관한 서울시의 통제가 미치지 않는 과정에서 정보주체의 권리가 침해될 수 있는바, 이 경우 서울시에서 원본 DVR<sup>30)</sup>을 두고 사본을 판매한다면 정보주체는 어떠한 행정쟁송을 청구할 수 있을 것인가?<sup>31)</sup>

28) 위에서 살펴본 항고쟁송의 경우 개인정보에 관한 권리보호라는 행위규범을 위반한 데 대하여 위법성(illegalis)이 있으므로 위법한 처분을 권한 있는 자가 취소하거나 그 처분의 효력이 없음을 인정토록 하는 것임에 반하여, 국가배상은 타인에게 법이 허용하지 않는 침해를 발생시킨 公行政作用의 瑕疵로서 권리침해의 불법성(illicitus)에 대하여 공법상의 전보적 손해배상을 부담지우는 것이다. 따라서 「국가배상법」 제2조제1항 본문상의 '법령위반'은 침해의 불법인 것이고 이에 따라 통설과 판례에 따라 행정주체로서 公法人은 불법행위에 대한 自己責任을 지는 것이다. 즉, 직접 불법행위를 행하는 공무원은 행정주체인 국가 또는 공공단체의 手助에 불과하며 대외적인 의사표현을 할 수 없고 공법상 법률관계의 귀속주체가 아닌 까닭에 행정주체가 직접 자기책임을 지는 반면, 다만 「국가배상법」 제2조제2항에 따른 구상권의 경우 내부적 문제로서 정책적 판단에 따른 것이지 배상책임의 본질과는 무관한 것이다. 결론적으로 국가배상제도의 본질은 행정주체의 자기책임인 것이고, 이로써 정보주체의 권리구제에 실효성이 확보된다.

29) 연합뉴스 2007년 11월 7일자 기사, available at <<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=103&oid=001&aid=0001813274>>.

30) DVR은 Digital Video Recorder의 약어로, 일본의 방송용 ENG카메라 전문 제조업체가 개발하였다. 기존에 사용되던 VCR(Video Cassette Recorder)가 녹화를 여러 번 반복하는 방식이라 화질이 떨어지고, 비디오테이프를 교체하는 등 사용이 번거로워 이를 해결하기 위해 개발한 것이다. 비디오테이프 대신 HDD(Hard Disk Drive)나 DVD(Digital Video Disk) 등을 사용하므로 저장된 화면을 재생하거나 검색하기가 쉽다. 뿐만 아니라 디지털신호로 저장되기에 그 편집물이나 화상의 전송에도 편리하다. 감시용 카메라로 입력된 영상 데이터인 아날로그 신호를 디지털신호로 전환 동화상 국제 압축 표준인 MPEG(Moving Picture Experts Group)으로 영상을 압축·복원하여 장시간 녹화 및 재생하여 볼 수 있는 고해상도의 녹화시스템방식이다. Motion Detection, Sensor와 연결녹화, Zoom·Control 및 화상의 확대·편집 등과 같은 다양한 선택메뉴기능이 있으며, 데이터를 반영구적으로 보관하는 기능을 갖추고 있다. 시간별·날짜별은 물론, 카메라별·이벤트별로 검색할 수 있다.

31) 筆者의 기술적 이해부족으로 CCTV 카메라와 연계되지 않은 DVR 파일 자체로 화상의 확대가 가능하지 않는 것임에도 이하와 같은 논의를 진행하고 있음은 향후 기술수준발전으로 인한 권리침해에 대응

개인정보법에 따르면 정보주체는 자기정보의 열람·정정 및 삭제 청구와 관련하여 그 거부 등의 처분을 받은 때에만 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 있다. 하지만 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 처분이라 여기는 행정쟁송 관련 현행법을 볼 때, 사용중지청구에 대한 거부 역시 행정쟁송이 가능하여야 한다는 점은 그 처분성이 CCTV 정보의 활용 자체가 지니는 처분성뿐만 아니라 사용중지청구에 대한 거부 자체의 처분성에 치중하여 보면 아무런 제약이 될 수 없다. 오히려 개인정보법의 규율로 인하여 행정쟁송의 가능성이 위축되고 있는 실정이다.<sup>32)</sup>

우선 개인정보의 제공과 보유라는 CCTV 정보의 활용은 공적 관리관계에 있어서의 행정행위이지만 權力的 事實行爲이므로 쟁송법상 처분에 해당하며,<sup>33)</sup> 이에 대해 그 취소를 구할 訴의 利益이 있는가를 따져 행정쟁송가능성을 구분하여야 한다. 개인영상정보가 수록된 데이터베이스(DB)를 판매하는 것은 개인정보파일을 유상으로 제공하는 것이며, 정보주체의 동의가 없는 한 개인정보법 제10조제1항에 위반되기 때문이다.

첫째, 이미 DVR 사본이 콘텐츠제공업자로 넘어간 경우는 제공처분을 원인으로 하는 국가배상청구가 인용될 수 있을 것이다. 여기서 공무원의 직무집행상 불법행위로 인한 배상 책임을 규정한 「국가배상법」 제2조의 ‘법령위반’이란 손해발생의 결과를 의미하며, 위법한 해당처분의 불법적 손해발생이 그 대상이 되는 법률관계의 확정에 관한 訴이다. 정무직공무원으로서 서울특별시시장의 개인정보제공결정은 不可變力을 지니는 확인행위가 CCTV 정보 제공과 결부된 것으로 보아야 한다. 그리고 그 책임사유로서 공무원의 고의 또는 과실 여부는 의사결정과정에 기초한 지방공무원의 과실로써도 충분히 구성된다. 한편 공공시설의 관리하자에 대하여 규정하고 있는 「국가배상법」 제5조에 따라서도 배상책임이 인정될 수 있다.<sup>34)</sup> 이렇게 본다면 같은 법 제3조제4항에 따라 불법행위와 상당인과관계가 있는 범위 내에서 손해배상을 해야 한다.<sup>35)</sup> 하지만 행정소송의 대상을 한정하고 있는 개인정보법

하여 권리구제가 확보되어야 함을 CCTV 화상정보 활용으로 논하려는 뜻임을 헤아려주길 바란다.

- 32) 筆者는 이러한 규정이 행정쟁송의 가능성을 확연히 드러내고자 하는 명문의 취지에 따라 그 대상을 한정하지 않는 것으로 해석함이 타당하다고 보지만, 문리적으로 반대해석이 가능하기에 그러하다.
- 33) 특히 CCTV 정보 활용의 물리적 사실관계성을 강변하더라도 受忍義務를 賦課하는 受忍下命의 意思作用과 결부되어 있음을 간과해서는 아니된다. 권력적 사실행위란 ‘일정한 법률효과 발생을 목적으로 하는 것이 아니라 직접적으로 특정사실의 결과만을 가져오는 행정주체의 행정형식 전체’를 뜻하는 행정상 사실행위 가운데 공권력행사에 해당하는 사실행위를 말한다. 권력적 사실행위에 해당하는지 여부에 대하여는, 당해 행정주체와 상대방과의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사관여정도, 그 사실행위의 목적·경위, 법령에 의한 명령·강제수단의 발동 可否 등 그 행위가 행하여질 당시의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다(헌법재판소 1994. 5. 6. 89헌마35 결정).
- 34) 이 경우에도 공적 관리관계에서 행정행위의 하자로 인한 손해발생이 구성되므로 위 배상책임과 법적 근거만 달리할 뿐이다.
- 35) 이와 같이 구성하는 까닭은 항고소송이 가능하다고 해도 이후 배상책임을 묻는 것이 당사자에게는 소

의 규율은 이 경우 당사자소송이라는 행정소송유형마저 부적격하게 함으로써 却下되게 규정하고 있는 것이다.

둘째, 현재의 정보기술수준으로 DB에 수록된 영상자료에서 개인을 식별할 수 있는 영상 정보를 화면조작으로 줌인(zoom-in)할 수 없다면 해당자료는 개인정보에 해당하지 않게 되지만, 이를 유상으로 제공하는 행위는 개인정보법 제10조의2제1항 위반이 된다. 그런데 보유목적달성정보 파기의무가 준수되지 않기 때문에 원본 DVR을 보관하고 있는 것에 대하여 그 사용의 중지라는 목적을 달성할 수 있을 것인가? 개인정보법엔 개인정보파일파기의 무위반에 대한 어떠한 제재규정도 존재하지 않는바, 이 경우 서울시에 대해 파기의무준수를 강변하는 사용중지청구를 하였음에도 불구하고 서울시가 사용중지청구를 거부하였을 때 항고소송에 있어서 개인정보파일사용중지청구거부처분에 대한 취소소송을 제기하여 그 羈束力<sup>36)</sup>에 기하여 이를 확보할 수 있을 것이다.<sup>37)</sup> 그럼에도 불구하고 개인정보법은 이에 대한 행정소송 가능성을 차단하고 있다. 더욱이 당초 서울시에 대하여 파기의무준수를 강변하는 사용중지청구를 하였음에도 불구하고 서울시가 그 청구를 거부할하는 경우에 이에 대하여 행정심판을 제기하려 해도 개인정보법 제12 내지 14조에 특정된 사항이 아니라는 이유로 각하되고 말 것이다. 원론적으로는 이에 대한 취소심판을 구할 수 있어야 한다. 오히려 사용중지청구를 하지 않고 바로 행정심판청구를 제기한다고 해도, 개인정보파일의 사용중지라고 하는 의무이행의 裁決을 얻어낼 수 있어야만 국민권익보장에 충실한 것이라 할 수 있겠다.

셋째, 개인정보활용 자체의 처분성을 따져 앞의 사안을 보면 정보의 이용·제공이 공공기관개인정보보호심의위원회(이하 '심의위원회'라 함)의 심의를 거치지 않았다고 할 때 이는 위법한 행정계획이 되는 것이고<sup>38)</sup> 그 자체가 쟁송법상 처분으로서, 행정쟁송의 대상이 되

송경제상 불합리하므로 결국 처분을 매개로 한 당사자소송으로서 국가배상청구소송이 진행되어야 함을 명확히 하기 위함이다. 이와 관련해서는 拙稿, 개인정보보호를 위한 손해배상제도에 관한 연구, 인터넷법률 제35호, 법무부, 2006, 127~159쪽 참조.

36) 기속력이란 처분청을 비롯한 행정청이 계쟁처분이 아닌 다른 처분을 함에 있어 당해 판결에 구속하는 효력으로, 처분청은 확정판결의 내용과 저촉되는 처분은 할 수 없게 되는 것이다. 『행정소송법』 제30조는 '처분 등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속하고, 판결에 의하여 취소되는 처분이 당사자의 신청을 거부하는 것을 내용으로 하는 경우에는 그 처분을 행한 행정청은 판결의 취지에 따라 다시 이전의 신청에 대한 처분을 하여야 하며, 판결에 의하여 취소되는 처분이 신청에 따라 이루어졌다면 그 절차의 위법을 이유로 취소되는 경우 처분청은 판결의 취지에 따라 다시 이전신청에 대한 처분을 하여야 함'을 규정함으로써, 행정소송의 특수성을 반영하여 기속력에 관하여 명문으로 다루고 있는 것이다.

37) 이는 행정심판과 달리 義務履行訴訟을 두지 않은 현행 행정소송제도의 중요한 권리확보수단이 된다.

38) 개인정보법 제10조(처리정보의 이용 및 제공의 제한) ③보유기관의 장은 제1항의 규정에 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 당해 개인정보파일의 보유목적외의 목적으로 처리정보를 이용하게 하거나 제공할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에도 정보주체 또는 제3자의 권리와 이익을 부당하게 침해할 우려가 있다고 인정되는 때에는 그러하지 아니하다.

어야 할 것이다. 개인정보법 제10조제2항에 따른 ‘처리정보를 보유목적 외의 목적으로 이용하게 하거나 제공하지 아니하면 다른 법률에서 정하는 소관 업무를 수행할 수 없는 경우로서 제20조에 따른 공공기관개인정보보호심의위원회의 심의를 거친 경우’와 관련하여 이 법 시행 이전 이미 이용하게 하거나 제공한 때에는 위 조항에 따라 이루어진 것으로 의제하여야 하지만, 이를 부칙에서 규정하지 않은 까닭에 서울시의 개인정보판매계획은 심의위원회의 심의로서 追完되어야 한다. 이는 행정절차적으로 위법한 것이 되므로 취소가능한 행정행위라 할 것이며, 만일 하자가 중대·명백하다고 판단되면 원천적으로 無效가 될 것이다. 따라서 原告인 당사자는 이에 대하여 提訴期間인 처분 등이 있는 날로부터 1년 이내인 때는 주위적 청구로서 취소소송을, 예비적 청구로서 무효확인소송을 제기함이 합리적일 것이다. 그러나 현행 개인정보법에서는 이러한 행정소송이 차단되어 있으며, 처분이 있음을 안 날부터 90일 이내라는 청구기간을 준수하였다 해도 행정소송과 마찬가지로 개인정보법에서 차단되어 있는 행정심판을 위와 같은 개인정보판매계획에 대하여 제기하더라도 각하될 수밖에 없는바, 이는 정보주체의 권익보장 차원에 있어서는 권리구제의 실효성을 확보하는데 취약할 수밖에 없다는 문제점이 여실히 드러나는 형국이 된다.

## 2. 개인정보법 발전방안 검토

지난 해 5월 17일 개정된 개인정보법 제20조는 심의위원회에 대하여 6개 항을 규정하고 있으나, ‘컴퓨터 등에 의하여 처리되는 개인정보의 보호에 관한 사항을 심의하기 위하여 국무총리소속하에’ 설치되고 ‘10인 이내의 위원으로 구성’되며 ‘위원의 임기는 2년으로’ 되어 있는 것 등 조직적 측면을 제외하면<sup>39)</sup> 심의사항을 규정한 제2항이 가장 중요하다고 여겨진다.<sup>40)</sup> 행정통제를 위한 통합기구와의 권한배분을 고려하면 심의위원회의 ① 개인정보보호에 관한 정책 및 제도 개선에 관한 사항, ② 처리정보의 이용 및 제공에 대한 공공기관 간의 의견조정에 관한 사항, ③ 제6조제5항에 따라 심의요청을 받은 사항, ④ 제10조제3항제2

2. 처리정보를 보유목적 외의 목적으로 이용하게 하거나 제공하지 아니하면 다른 법률에서 정하는 소관 업무를 수행할 수 없는 경우로서 제20조에 따른 공공기관개인정보보호심의위원회의 심의를 거친 경우

39) 제4항의 경우 “위원장은 행정안전부차관으로 하고, 위원은 공공기관의 소속직원과 개인정보에 관한 학식과 경험이 풍부한 자 중에서 위원장의 추천으로 국무총리가 임명 또는 위촉한다”라고 규정되어 있는바, 행정주체가 행정조직의 목표를 달성하도록 행정행위를 일정기준에 합치되도록 유도하고 시정조치하는 제도적 행정과정인 行政統制의 관점에서는 외부전문가를 위촉하여 공정한 행정과정을 지속할 수 있게 함이 바람직할 것으로 본다.

40) 더욱이 제6항은 “그 밖에 위원회의 조직 및 운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다”라고 하고 있으나, 시행령 제24조의3과 같은 내용은 법에서 정함이 마땅하다. 행정조직에 관한 기본적인 사항은 법률에 근거해야만 한다는 行政組織法定主義에 부합하지 않기 때문이다.

호에 따른 처리정보의 이용 또는 제공에 관한 사항, ⑤ 그 밖에 개인정보의 보호에 관하여 대통령령으로 정하는 사항 등의 심의에 국한된 업무수행은 문제의 소지가 있다. 그렇다고 현행법의 규율태도를 따른다고 해서 개인정보 행정에 대한 적절한 통제가 충분히 구비되는 것도 아니기에 행정심판청구 재결과 관련하여 논의의 폭을 확대할 필요가 있다. 그리고 이러한 차원에서 조직법적 구성을 기능과 권한에 부합하는 형식과 실질이 되도록 변모해야 한다는 요청은 큰 것으로 사료된다.

이와 같이 본다면, 「행정심판법」에도 불구하고 개인정보와 관련된 행정통제를 위한 쟁송에 있어서는 심의위원회가 재결권한을 갖도록 함이 상당할 것으로 판단된다. 이미 위 ④와 같이 심의위원회의 심의에 따라 목적외 이용 또는 제공을 받는 자의 권리의무관계에 변동이 있으므로 여기서의 심의는 ‘행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용’으로서 처분에 해당한다고 볼 수 있겠으며,<sup>41)</sup> 이러한 심의·의결 처분에 따라 개인정보 관련 행정통제가 내부적으로 수행될 수 있도록 함은 판단의 주체가 해당사안에 대한 전문적인 지식을 보유하여 정보주체의 권익보장에 배치되지 않도록 확인할 수 있게 하기에 권리구제의 측면에서도 실효성을 담보하는 방안이라 여겨진다. 개인정보법 제15조제2항의 경우 “제1항에 따라 행정심판을 제기하는 경우 국가행정기관 및 지방자치단체 외의 공공기관의 장의 처분 또는 부작위에 대한 감독행정기관은 관계 중앙행정기관의 장으로 한다”고 하고 있는바, 이에 따르면 원칙적으로 처분청의 직근 상급행정기관 소속 행정심판위원회가 개인정보 관련 심리·재결을 행하며 국가행정기관 및 지방자치단체 외의 공공기관의 경우 국무총리행정심판위원회가 이를 심리·재결하게 된다.<sup>42)</sup> 따라서 개인정보에 관한 행정통제와 권익구제에 대하여 소양과 식견을

41) 행정청의 어떤 행위를 행정처분으로 볼 것이냐의 문제는 추상적, 일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우 행정처분은 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위라는 점을 염두에 두고, 관련 법령의 내용 및 취지와 그 행위가 주체·내용·형식·절차 등에 있어서 어느 정도로 행정처분으로서의 성립 내지 효력요건을 충족하고 있는지 여부, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익과의 실질적 견련성, 그리고 법치행정의 원리와 당해 행위에 관련한 행정청 및 이해관계인의 태도 등을 참작하여 개별적으로 결정하여야 할 것이다; 대법원 2007. 6.14. 선고 2005두4397 판결.

42) 「행정심판법」 제5조 (행정심판위원회의 설치) ① 행정청의 처분 또는 부작위에 대한 행정심판의 청구(이하 “심판청구”라 한다)를 심리·재결하기 위하여 제2항부터 제4항까지의 규정에 따르는 외에는 해당 행정청의 직근 상급행정기관 소속으로 행정심판위원회를 둔다.

② 다음 각호에 정한 행정청의 처분 또는 부작위에 대한 심판청구를 심리·재결하기 위하여 해당 행정청 소속으로 행정심판위원회를 둔다.

1. 대통령 직속기관의 장
2. 국회사무총장·법원행정처장·헌법재판소사무처장 및 중앙선거관리위원회사무총장
3. 그 밖에 소관 감독행정기관이 없는 행정청

③ 다음 각 호의 처분 또는 부작위에 대한 심판청구를 심리·재결하기 위하여 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」에 따른 국민권익위원회에 국무총리행정심판위원회를 둔다.

1. 특별시장·광역시장·도지사·제주특별자치도지사(교육감을 포함한다. 이하 같다)의 처분이나 부작위,

보유하지 않은 채 관련쟁송에 대한 판단이 이루어질 가능성이 높은 반면, 개인정보 행정심판청구에 대한 심의·판단을 심의위원회가 담당하게 되면 개인정보 관련행정의 특수성을 고려한 판단작용을 통하여 결국 정보주체의 권익구제에 이바지할 수 있게 될 것이다.<sup>43)</sup> 이에 따르면, 예컨대 '처리정보를 보유목적 외의 목적으로 이용하게 하거나 제공하지 아니하면 다른 법률에서 정하는 소관 업무를 수행할 수 없는 경우'에 대하여 불복을 제기하는 자가 청구한 행정심판에 대하여 심리하는 판단작용과 종국적인 행정심판청구의 裁決(adjudication)을 심의위원회가 행하게 될 것인바, 중립적인 심의와 재결로 공공기관의 개인정보 활용편익에만 치우치지 않고 정보주체의 권익을 보호하는 차원에서 행정통제의 기제가 발동할 수 있는 구조를 확보할 수 있다고 여겨진다.

그럼에도 불구하고, 행정쟁송가능성을 열어두는 해석을 취하면서 행정심판의 실질적 심리의의결을 피하려는 筆者의 私見은 개인정보법 제10조제3항제2호의 경우처럼 심의위원회가 활용에 대한 확인이 존재함에도 행정심판을 담당함은 오히려 정보주체의 권익보장 실현에 제약을 가져올 수도 있는 맹점이 있음을 자인한다. 향후 보다 심도 깊은 연구로 발전시킬 것이다.

#### IV. 결론에 갈음하여

행정소송이란 행정법관계에서 당사자간의 법률관계에 관한 분쟁을 법원이 심리·판단하는 정식의 행정쟁송을 말한다. 행정소송은 ① 위법한 행정작용으로 인하여 침해된 국민의 권익을 구제하는 권익구제기능과 ② 행정청의 처분 등의 위법성 여부를 심사하는 것은 결국 행정의 합법성 및 합목적성을 확보하게 하므로 행정통제기능을 가진다. 따라서 제시된 사안에서 논의될 수 있는 것은 권익구제로서 국가배상제도와 활용과 행정통제를 통한 권익구

---

그 밖에 국무총리나 중앙행정기관이 직근 상급행정기관이나 소관 감독 행정기관에 해당하는 처분이나 부작위

2. 「정부조직법」 제3조 또는 다른 법률의 규정에 따라 설치된 국가특별지방행정기관(대통령령으로 정하는 중앙행정기관에 소속된 국가특별지방행정기관을 제외한다)의 처분 또는 부작위

3. 국무총리나 행정 각 부 장관의 처분 또는 부작위

④ 특별시장·광역시장·도지사·제주특별자치도지사 소속된 각급 국가행정기관 또는 그 관할구역안에 있는 자치행정기관의 처분 또는 부작위에 대한 심판청구를 심리·재결하기 위하여 각각 특별시장·광역시장·도지사·제주특별자치도지사 소속으로 행정심판위원회를 둔다.

43) 「행정심판법」 제43조( 다른 법률과의 관계) ①행정심판에 관하여는 사안의 전문성과 특수성을 살리기 위하여 특히 필요한 경우가 아니면 청구인에게 불리한 내용으로 이 법에 대한 특례를 다른 법률로 정할 수 없다.

②행정심판에 관하여 다른 법률에서 특례를 정한 경우에도 그 법률에서 규정하지 아니한 사항에 관하여는 이 법이 정하는 바에 의한다.

제로서 행정쟁송의 활용을 함께 도모해야 할 것이나, 관건은 개인정보법의 해석상 한정된 특칙으로 볼 여지가 존재한다는 것이다. 문리해석상 해당사항에 한정하지 않는 문언을 반대해석할 수도 있고 이로써 예시적 규율로 볼 여지도 없는 것은 아니지만 조속히 적절하게 개정되어야 할 것으로 본다. 더욱이 국가배상청구소송은 형식적 당사자소송으로 제기되어야 하지만 실무에 있어서는 민사소송으로 다루고 있다는 점에 유의하면, 결국 개인정보법에서 행정쟁송에 대한 규율을 달리 하여 명확히 규정하는 것이 요청된다. 이는 행정통제를 통한 권익구제로써 결국 개인정보 관련 행정의 법률적합성에 있어 헌법적 이념을 실현하는 중대한 문제라 할 것이다.

물론 개인정보법 소정의 CCTV 규율이 완벽한 것은 아니다. 이에 한정하여 비판적 논의를 분설하면 다음과 같다.<sup>44)</sup> 그럼에도 본질적 문제가 더 중요하다는 단언으로 본고를 맺는다.

첫째, 개정 개인정보법 제4조의2는 제1항에서 “공공기관의 장은 범죄예방 및 교통단속 등 공익을 위하여 필요한 경우에 「행정절차법」 제2조제6호에 따른 공청회 등 대통령령으로 정하는 절차를 거쳐 관련 전문가 및 이해관계인의 의견을 수렴한 후 폐쇄회로 텔레비전을 설치할 수 있다”라고 규정하고 있다.<sup>45)</sup> CCTV에 의한 화상정보 수집 역시 개인정보의 수집 원칙에 의거하여 개인정보법 소정의 제원칙에 따라 수집되어야 함을 천명함으로써,<sup>46)</sup> 개인정보법 규율이 CCTV에 의한 화상정보의 수집에 대한 법적 근거이므로 헌법위반의 문제를 제거하고 있다. 그렇지만 법 시행령과 연계할 때에는 결국 입법기관이나 사법기관뿐만 아니라 「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」에 따른 공공금융기관, 즉 한국은행, 한국산업은행, 한국수출입은행, 농협·수협·축협 중앙회 및 새마을금고 등이 적용범위에서 배제되도록 시행령에 위임하고 있기 때문에 규율한계가 크다는 점을 지적할 수 있다.

둘째, 위 조항에 따라 의견수렴을 위한 공청회 등으로 민주적 정당성을 확보할 수 있는가 하는 문제는 별론으로 하더라도 ‘범죄예방 및 교통단속 등 공익을 위하여 필요한 경우에 한하여 설치 가능하다’는 설치목적상의 한계요인을 정보주체의 권리와 비교형량하는 절차적 요건에서 실질적 논의가 이루어지기 위해서는 지방자치단체별로 조례를 제정하거나<sup>47)</sup>

44) 拙稿, 우리나라 개인정보보호 법제와 CCTV 관련규정의 현황·문제점 검토 및 평가, 개인정보보호법 [안]에 대한 입법평가 워크숍 자료집, 한국법제연구원, 2007, 43~45쪽.

45) CCTV가 운용되는 공공장소에 체류하는 자가 아니라 하여도 의견수렴대상이 되어야 하나, 찬반양론 결과를 어떻게 결론으로 반영할 수 있을 것인지에 관한 문제점 역시 병존한다.

46) 개인정보법 제3조의2 (개인정보보호의 원칙) ① 공공기관의 장은 개인정보를 수집하는 경우 그 목적을 명확히 하여야 하고, 목적에 필요한 최소한의 범위 안에서 적법하고 정당하게 수집하여야 하며, 목적 외의 용도로 활용하여서는 아니 된다.

② 공공기관의 장은 처리정보의 정확성 및 최신성을 보장하고, 그 보호의 안전성을 확보하여야 한다.

③ 공공기관의 장은 개인정보관리의 책임관계를 명확히 하여야 한다.

④ 공공기관의 장은 개인정보의 수집·활용 등 개인정보의 취급에 관한 사항을 공개하여야 하며, 개인정보처리에 있어서 처리정보의 열람청구권 등 정보주체의 권리를 보장하여야 한다.

47) 주민의 권리를 제한하는 CCTV 운용은 지방자치법 제22조 단서에 따라 법률유보원칙이 관철되어야 한다.

요건심사 및 영향평가에 관한 준칙을 제정하여 적절한 규제적용이 이루어지도록 보완할 필요가 있다.

셋째, 같은 조 제2항에서는 “설치된 폐쇄회로 텔레비전은 설치목적 범위를 넘어 카메라를 임의로 조작하거나 다른 곳을 비추어서는 아니 되며, 녹음기능은 사용할 수 없다”라고 규정하고 있는바, CCTV 설치목적에 부합하지 않게 카메라 조작이 이루어질 경우 위 법 제 23조제3항 소정 구성요건에 해당되어 2년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처해 지는데, 이 경우 예컨대 교통상황과약용 CCTV 관제센터에서 이루어지는 줌인(zoom-in)에 대하여 CCTV 관리위탁에 따라 ‘부정한 목적으로 제4조의2제2항을 위반하여’라고 하는 구성요건에 부합되는지는 의문이다. 문리해석상 그 운용주체인 공공기관 소속의 개인정보처리담당자를 수범자로 하고 있다고 볼 수 있기 때문이다. 물론 개인정보법은 제4조의3에서 CCTV 설치 및 관리 위탁에 관하여 규율하며 제9조제5항을 통하여 위탁기관에 대한 안전성확보에 관하여 규정하고 있지만, 수탁기관인 관제센터에 복무하는 자에 대한 적절한 통제를 보완해야 할 것으로 본다. 또한 개인정보법 제24조는 양벌규정을 두고 있는바, 행위자인 공무원에 대한 벌칙 외에 행정기관에 대한 직접적인 제재는 고려되지 않은 것으로 여겨진다는 점에서는 행정통제 관점에서 일정한 이격이 있다고 할 것이다. 오히려 해당기관의 정부업무평가와 연계하는 제재방안이 실질적일 수도 있을 것으로 사료된다.

넷째, 법 제4조의2는 제3항에서 “공공기관의 장은 폐쇄회로 텔레비전을 설치하는 경우 정보주체가 이를 쉽게 인식할 수 있도록 다음 각 호의 사항을 기재한 안내판을 설치하는 등 필요한 조치를 취하여야 한다”라고 규정하면서 각호로 ① 설치목적 및 장소, ② 촬영범위 및 시간, ③ 관리책임자 및 연락처 등을 규율하고 제5항에서 “폐쇄회로 텔레비전의 설치, 안내판 설치 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다”라고 위임입법의 수권근거를 명시하고 있다. 이에 따라 원거리 촬영 또는 교통흐름조사 등의 목적으로 CCTV를 설치하는 경우로서 권리침해의 위험이 적은 경우 안내판 설치에 갈음하여 웹사이트에 일정사항을 게재할 수 있는바, 정보주체에 CCTV 운용을 고지토록 하는 입법취지가 몰각되거나 안내판 설치로 오히려 감시적 압박을 가중할 수 있는 딜레마에 처해있음 역시 부인하기 어려운 형편이다.<sup>48)</sup>

48) CCTV 혹은 그 현존의 고지로 감시상황에의 주관적 인식을 복합적인 관점으로 비디오감시를 바라볼 수 있다. CCTV가 존재한다는 사실이 아니라 그것을 알려주는 신호체계로 인해 감시효과가 강화된다는 것이다. 정보주체에게 CCTV 운용을 고지토록 함이, 명시적인 동의를 얻어 CCTV를 운영하도록 하는 것보다 완화된 규범설정이면서도 정보주체의 권리보호와 정보활용의 규제완화에 있어 타당한 것으로 이해되는 것과 달리, 고지신호 자체가 Michel Foucault의 Panopticon을 떠올리게 하고 있음을 알 수 있다; See Mark Cole, *Signage and Surveillance*, *Surveillance & Society* Vol.2, Ontario: The Surveillance Project, 2004, pp.430~445.

## 참 고 문 헌

- 강윤원, 헌법재판의 행정통제기능에 관한 소고, 헌법논총 제5집, 헌법재판소, 1994.
- 구자용, 행정의 책임과 행정통제에 관한 주요논의 검토, 한국행정학보 제24권 제2호, 한국행정학회, 1990.
- 김유환, 미국행정법에서의 규제법규해석과 규제재량통제, 서울대학교 박사학위청구논문, 1992.
- 박재창, 행정기획과 행정통제, 행정학개론, 대영문화사, 1991.
- 이광윤·김민호, 최신행정법론, 법문사, 2002.
- 이민영, 우리나라 개인정보보호 법제와 CCTV 관련규정의 현황·문제점 검토 및 평가, 개인정보보호법[안]에 대한 입법평가 워크숍 자료집, 한국법제연구원, 2007.
- \_\_\_\_\_, 개인정보법제론, jinhan M&B, 2007.
- \_\_\_\_\_, 방범용 CCTV의 운용에 대한 항고소송 검토, 정보통신정책 통권 제361호, 정보통신정책연구원, 2004.
- Lisa Schultz Bressman, *Beyond Accountability: Arbitrariness and Legitimacy in the Administrative State*, 78 N.Y.U.L. Rev. 461 (2003).
- Mark Cole, *Signage and Surveillance*, Surveillance & Society Vol.2, Ontario: The Surveillance Project, 2004.
- Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administration Law*, 88 Harv. L. Rev. 1667 (1975).
- Günter Püttner, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Neuwied: Werner Verlag, 1983.
- Wolfgang Hoffmann-Riem, *Verwaltungskontrolle; Perspektiven*, in: Schmidt- Aßmann & Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Verwaltungskontrolle*, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2001.
- 田村昭三郎, 法治行政の原則の成立, 公法の基本問題, 東京: 有斐閣, 1984.

## Abstract

The legal basis of installation and operating standard related to close-circuit television put in practice by public agencies has been arranged in 「Act on the Protection of Personal Information maintained by Public Agencies」, because it is unconstitutional without them. Although it is formally constitutional, materially is it unlawful from the viewpoint of administrative legalism, *erhebliche Rechtsmäßigkeit der Verwaltung*. Moreover such statute is lack in justification of administrative control.

This article suggests two solutions in aspect of administrative control to contribute intensification of ensuring rights and interests.

First, related section should be revised as procedural guarantee of administrative appeal and litigation for administrative remedies through administrative control.

Second, authority and organization for administrative inquiry should be endowed with DCPPI, Deliberation Committee on Protection of Personal Information.

Key word : personal information, administrative control, administrative remedies, proceedings of administrative law, close-circuit television

■ 논문

## 證據開示節次上 메타 데이터의取扱에 관한小考

A few thoughts on the metadata in the discovery

金 度 勳

법무부 법무자문위원회 전문위원, 법학박사

### 요약문

각종자료의 전자화로 말미암아 저장되는 자료의 종류와 범위가 급격하게 증가함에 따라 방대한 자료를 체계적으로 분류 및 관리하기 위한 방법이 필요하게 되었는데, 그러한 방법의 하나로 메타 데이터라는 것이 개발 및 연구되고 있다. 일반적으로 메타 데이터란 데이터에 관한 데이터로 알려져 있으며, 단순히 스크린 상에서 해당 전자적 자료를 보는 것만으로는 드러나지 않는 특성을 가지고 있다. 이와 같은 특성을 가진 메타 데이터를 증거로써 사용할 경우 소송절차에도 영향을 미칠 것이라는 예측이 가능하고 이에 대한 논의가 필요해 보인다.

하지만 현재 우리 소송법상 전자적 자료 전반에 걸친 논의나 메타 데이터 자체가 문제된 예는 찾아보기 어렵다. 이에 비해 증거개시제도를 가진 미국의 경우 최근들어 메타 데이터와 관련된 논의가 비교적 활발하게 이루어지고 있다. 이러한 논의는 전자증거개시와 관련하여 개정된 연방민사소송규칙에 일부 반영되었지만 여전히 많은 부분이 법원의 해석과 판단에 맡겨져 있다. 따라서 증거개시절차상 메타 데이터의 취급에 관한 개정 연방민사소송규칙과 연방법원의 태도를 살펴볼 필요가 있다. 이를 통해 향후 우리 소송현실에서 메타 데이터와 관련하여 발생할 수 있는 문제를 예방 및 해결하기 위한 논의의 토대를 마련할 수 있을 것이다.

주제어 : 證據開示, 電子證據開示, 電子的 資料, 메타 데이터, 미연방민사소송규칙

〈目 次〉

I. 序 說	2. 메타 데이터의 提出
	3. 電子的 資料의 提出形態에 따른 變化
II. 메타 데이터의 意義	
1. 메타 데이터의 概念	IV. 평가와 시사점
2. 메타 데이터에 포함되는 內容	1. 電子的 資料에 관한 一般規定의 마련
3. 證據로써의 메타 데이터	2. 電子的 資料의 特性에 대한 考慮와 提出形態의 指定
III. 證據開示節次上 메타 데이터	
1. 證據開示對象으로서의 메타 데이터	

## I. 序 說

전자적 자료(electronically stored information)의 관리성이라는 특성은 사회 전 영역에 걸쳐 각종 자료를 전자화 된 데이터의 형태로 저장 및 사용하도록 유혹하고 있다. 자료를 전자화된 데이터의 형태로 만들어서 보존 및 관리할 경우 저비용·고효율이라는 결과를 얻을 수 있기 때문에 기업, 각종 국가기관 심지어 개인까지 새롭게 자료를 만들 경우 전자화된 데이터의 형태를 선호하게 되었고, 여기서 한 걸음 더 나아가 기존의 자료들까지 전자화하여 보존하는 현상이 나타나게 된 것이다. 실제로 현재 생산되는 자료의 90%이상이 전자적 자료의 형태로 만들어질 정도로 사회 전 분야에 걸친 자료의 전자화가 진행되고 있다.<sup>1)</sup> 이처럼 각종자료의 전자화로 말미암아 저장되는 자료의 종류와 범위가 급격하게 증가함에 따라<sup>2)</sup> 방대한 자료를 체계적으로 분류 및 관리하기 위한 방법이 필요하게 되었는데, 그러한 방법의 하나로 “메타 데이터(metadata)”라는 것이 개발 및 연구되고 있다.<sup>3)</sup> 유용한 자료가 아무리 많아도 필요한 자료를 적절한 시기에 알맞은 방법으로 찾아서 활용하지 못한다면 결국 그 자료의 존재가치는 없는 것과 마찬가지일 것인데,<sup>4)</sup> 이러한 문제를 효율적으

1) Stephen M. Dorvee, *ELECTRONIC DISCOVERY IN TECHNOLOGY LITIGATION*, 734 PLI/Pat 417, 425(2003).

2) 과거에는 공간과 비용의 제약으로 인해 보존하지 않던 자료까지 전자화를 통해 보존하기 시작함에 따른 결과이다.

3) 메타 데이터라는 용어가 비교적 최근에 관심을 받기 시작하기는 했지만, 이는 1980년대에 처음 등장하였고, 1988년에 NASA가 작성한 *Directory Interchange Format Manual* 에서 처음으로 사용되었다.

4) 나무를 숨기기 가장 좋은 장소는 안개 속이다. 만약 자원에 대한 적절한 메타 데이터를 생산하지 않고 이를 무심코 인터넷이나 넓은 전자정보 속에 둔다면 이는 안개 속에 나무를 숨기는 것과 같다. 비록 지

로 해결하기 위한 방안의 하나가 바로 메타 데이터인 것이다. 각종 자료가 전자화 되고 있는 현실을 볼 때 메타 데이터의 활용은 더욱 가속화 될 것으로 여겨진다. 이처럼 각종 자료의 전자화와 이에 따른 메타 데이터의 등장은 소송절차에도 영향을 미칠 것이라는 예측이 가능하고 이에 대한 논의가 필요해 보인다.

현재 우리 민사소송절차에서 전자문서의 이용<sup>5)</sup> 및 증거로서의 전자문서에 관한 논의는 있지만, 전자문서가 무엇인지 그리고 그 범위는 어떻게 보아야 할지에 대한 논의도 아직 끝나지 않았고, 소송절차에서 전자문서를 사용할 수 있는 범위 역시 협소하여 민사소송절차에서 전자문서 그 자체가 증거로서 제출되는 예가 많지 않다. 실제로 소송법상 전자적 자료 전반에 걸친 논의나 메타 데이터 자체가 문제된 예는 찾아보기 어렵다. 이러한 우리의 실정에 비해 증거개시제도(Discovery)를 가진 미국의 경우 메타 데이터가 증거개시의 대상이 되는지, 증거개시의 대상으로 볼 수 있다면 그 범위는 어느 정도로 인정해야 할 것인지 등 증거개시절차에서의 메타 데이터에 대한 적절한 취급에 관한 논의가 최근 비교적 활발하게 이루어지고 있으며,<sup>6)</sup> 이러한 논의는 최근 전자증거개시(E-Discovery)와 관련하여 2006년 12월 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure)의 개정<sup>7)</sup>이 이루어지면서 일부 반영되기도 하였다. 하지만 메타 데이터와 관련하여서는 구체적 기준이 제시되지 않았고, 각종 쟁점에 대해 여전히 명확하지 않은 부분이 많아 아직 많은 부분이 법원의 판단에 맡겨져 있다.<sup>8)</sup> 따라서 메타 데이터와 관련된 연방민사소송규칙의 개정내용과 법원의 관련 판결을 살펴봄으로써 향후 우리 소송현실에서 메타 데이터와 관련하여 발생할 수 있는 문제를 예방 및 해결하기 위한 논의의 토대를 마련할 수 있을 것이다.

이하에서는 먼저 메타 데이터에 관한 일반적인 내용을 간략히 살펴보고, 증거개시절차에서의 메타 데이터의 취급에 관한 연방민사소송규칙의 내용과 연방법원의 태도를 살펴본 후, 이에 대한 평가와 시사점에 대해 간략히 검토해 보도록 하겠다.

---

금은 전자적 수단을 이용해 방대한 양의 정보와 데이터를 쉽게 이용할 수 있지만, 이것이 언제든지 항상 가능한 것은 아니다; 윤갑향, “전자정부 메타 데이터 표준”, 『한국기록관리학회지』 제5권 제1호(2005), 111면.

5) 독촉절차의 경우 전자문서를 사용해 절차를 진행할 수 있도록 하고 있다(독촉절차에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률(제정 2006.10.27 법률 제8057호)).

6) Campbell C. Steele, *ATTORNEYS BEWARE: META DATA'S IMPACT ON PRIVILEGE, WORK PRODUCT, AND THE ETHICAL RULES*, 35 U.Mem.L.Rev. 911(2005).

7) 개정에 관한 구체적인 내용은 김도훈, “전자증거개시에 관한 미연방민사소송규칙 개정에 대한 소고”, 인터넷 법률 제40호(2007) 참조.

8) 실무에서 역시 변호사들이나 로펌 직원들이라면 메타 데이터에 대해 들어본 적이 있었지만 대부분의 경우 그것이 어떻게 작용할지에 대해 제대로 이해하고 있지 못한 것이 현실이다; Sheila Blackford, *METADATA-Danger or Delight?*, 66-MAY Or.St.B.Bull. 29, 29(2006).

## II. 메타 데이터의 意義

### 1. 메타 데이터의 概念

전자적 자료와 전자적 의사소통이 일반화된 사회에서 메타 데이터는 다양한 의미로 사용되고 있는데,<sup>9)</sup> 메타 데이터는 실제로 개념정의가 나타내는 것보다 훨씬 광범위한 내용을 포함하고 있다.<sup>10)</sup> 일반적으로 메타 데이터는 “데이터에 관한 데이터(data about data)”로 알려져 있다.<sup>11)</sup> 즉, 메타 데이터는 해당 자료의 내용, 구조, 맥락 등을 설명함과 아울러, 그것의 모든 관리단계에 걸친 관리조치들에 대한 정보를 제공해주는 “정보자원에 관한 데이터”로 실제 정보자원 그 자체가 아니라, 자원이 가지고 있는 속성, 특징 등에 대한 정보를 말하는 것이다.<sup>12)</sup> 예를 들어, 도서관의 카드 인덱스 카탈로그에서처럼 분류번호, 제목, 저자, 년도, 출판사 등과 같이 해당 자료에 대한 정보가 바로 그 자료에 대한 메타 데이터가 되는 것이다. 비단 텍스트 형태의 자료뿐만 아니라 음성이나 영상형태의 전자적 자료 역시 메타 데이터를 가질 수 있고, 여기에는 코딩기법이나 재생시간 등의 정보가 포함될 수 있다.

이에서 나아가 메타 데이터가 자동으로 생성되는 시스템 데이터 형태의 데이터<sup>13)</sup>뿐만 아니라 의도적으로 숨긴 임베디드 형태의 데이터<sup>14)</sup>까지 포함하는 개념으로 해석하는 견해도 있다.<sup>15)16)</sup> 이 경우 임베디드 데이터(embedded data)<sup>17)</sup>를 메타 데이터의 한 유형으로 보는 것인데, 실제로 증거개시절차에서 부주의한 자료 노출로 문제가 될 소지가 많은 것이 바로

9) Susan Ardisson, *MINING FOR METADAT: ETHICAL CONSIDERATIONS*, 10 NO.1 *Lawyers J.* 7(2008).

10) W.Lawrence Wescott II, *The increasing importance of metadata in electronic discovery*, 14 *Rich J.L. & Tech.* 10, 10(2008).

11) Sharon D. Nelson & Bruce A. Olson & John W. Simek, *THE ELECTRONIC EVIDENCE AND DISCOVERY HANDBOOK*, 274, AMERICAN BAR ASSOCIATION (2006).

12) 윤갑향, 앞의 논문, 111면.

13) 사용자 이름, 이니셜, 회사 또는 조직 이름, 컴퓨터 이름 등과 같은 정보를 말한다.

14) 숨겨진 텍스트, 스프레드 시트의 공식 등과 같은 정보를 말한다.

15) Maryland 미연방지방법원은 전자적 자료에 대한 증거개시를 위한 프로토콜(protocol)에서 메타 데이터의 기본적 유형으로 System Metadata, Substantive Metadata, Embedded Metadata를 제시하고 있다; United States District Court for the District of Maryland, *Suggested Protocol for Discovery of Electronically Stored Information*, at 25, <http://www.mdd.uscourts.gov/news/news/ESIProtocol.pdf> [hereinafter *Suggested Protocol*].

16) 메타 데이터를 포함하는 파일을 “OLE(object linking and embedding)”라 표현하기도 한다; Peter Mierzwa, *METADATA: NOW YOU DON'T SEE IT - NOW YOU DO*, 10-OCT *CBA Rec.* 52, 52(2006)

17) 임베디드 데이터 역시 데이터에 관한 정보라는 점에서 메타 데이터와 유사하며, 해당 전자적 자료의 종속적 정보를 포함하고 있는 것이 일반적이다. 다만 자동적으로 생성되는 경향을 가진 메타 데이터와 달리 임베디드 데이터는 사용자에 의해 의도적으로 생성되는 것이 일반적이라는 점에서 차이가 있다.

임베디드 형태의 메타 데이터이다.<sup>18)</sup> 다만 임베디드 데이터의 경우 원 자료의 종속적 데이터가 될 수도 있지만 그 자체로 원 자료가 될 수 있다는 점에서 그 범위를 정함에 있어 또 다른 문제가 제기될 수 있어 보인다. 한편 이러한 유형을 나누지 않고 단순히 데이터를 출력하거나 스크린 상에서 특정한 작업을 거치지 않고 바로 볼 수 없는 전자적 자료를<sup>19)</sup> 총칭하여 메타 데이터라 칭하는 견해도 있다.<sup>20)</sup>

이처럼 메타 데이터의 개념에 대한 논의는 결국 명확한 정의가 아니라 범위의 문제가 될 수밖에 없어 보이며,<sup>21)</sup> 오히려 원 자료에 부수적 또는 종속적인 역할을 한다는 공통된 특성을 어떻게 반영할 수 있을지에 대한 배려가 필요하다고 여겨진다. 나아가 증거로써 원 자료와 메타 데이터에 대해 달리 취급한다면 어디까지를 원 자료로 보아야 하고 어디까지를 메타 데이터로 보아야 하는지에 대한 기준도 필요할 것이다.

## 2. 메타 데이터에 포함되는 内容

메타 데이터에 포함되는 내용은 넓게는 메타 데이터의 유형에 따라 좁게는 당해 메타 데이터를 생성시키는 프로그램에 따라 달라질 수 있다.

우선 임베디드 형태의 메타 데이터의 경우 해당 데이터를 생성하는 당사자가 특정 내용 또는 정보를 숨기는 것이므로 포함되는 내용은 일반적인 것이 아니라, 당사자가 임의의 내용을 포함시킬 수 있다. 편집자 주나 변호사와 의뢰인간에 전자문서를 주고받는 과정에서 당해 자료에 대한 소송전략 등을 포함시키는 것<sup>22)</sup>을 예로 들 수 있다.

다음으로 시스템 데이터 형태의 메타 데이터는 일반적인 워드 프로그램을 통해 전자문서를 생성할 경우 자동으로 생성되는 것으로 포함되는 내용이 비교적 정형화 되어 있다.<sup>23)</sup> 마이크로소프트사의 “MS Word”를 기준으로 했을 때 자동으로 생성되는 메타 데이터는 사

18) Susan Ardisson, *supra note*, at 7.

19) 메타 데이터의 이러한 보이지 않는 특성으로 인해 “보이지 않는 전자 잉크”라 표현되기도 한다; Jembaa Cole, *When invisible electronic ink leaves red faces : Tactical, legal and ethical consequences of the failure to remove meta data*, 1 Shidler J. L. Com. & Tech. 8(2005).

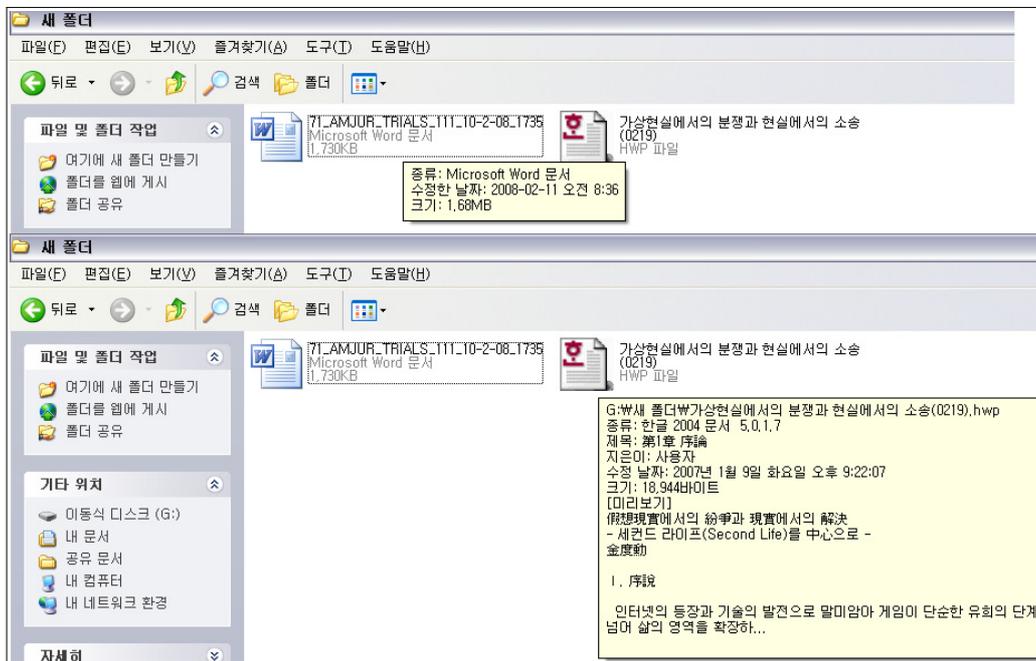
20) DC Bar Opinion 341(September, 2007).

21) 이처럼 메타 데이터라는 용어는 명확한 정의가 없기 때문에 이를 법규를 위한 근거로 사용하는 것은 혼란을 초래할 수 있다는 지적도 있다; Lucia Cucu, *THE REQUIREMENT FOR METADATA PRODUCTION UNDER WILLIAMS V. SPRINT/UNITED MANAGEMENT CO.: AN UNNECESSARY BURDEN FOR LITIGANTS ENGAGED IN ELECTRONIC DISCOVERY*, 93 Cornell L. Rev. 221, 237(2007).

22) 변호사와 의뢰인간의 전자문서교환과정에서 코멘트를 삽입하였으나 이를 삭제하지 않은 상태로 당해 자료를 제출하여 정보가 노출된 사례와 공표된 정보출처의 오류로 인한 문제와 관련하여 Brian D. Zall, *METADATA: HIDDEN INFORMATION IN MICROSOFT WORD DOCUMENTS AND ITS ETHICAL IMPLICATIONS*, 33-OCT Colo.Law.53(2004) 참조.

23) 이는 문서의 편집, 보기, 관리 및 검색 기능을 향상시키기 위한 여러 가지 목적으로 사용된다.

용자 이름, 이니셜, 회사 또는 조직 이름, 컴퓨터 이름, 문서가 저장된 네트워크 서버 또는 하드 디스크 이름, 기타 파일 속성 및 요약 정보, 포함된 OLE(object linking and embedding) 개체의 볼 수 없는 부분, 문서 변경 내용, 문서 버전, 서식 파일 정보, 숨겨진 텍스트 등을 들 수 있다.<sup>24)</sup> 다만 이러한 메타 데이터는 어떠한 프로그램을 사용하는지에 따라 달라질 수도 있고, 사용자가 설정을 통해 포함시킬 내용과 제외할 내용을 선택할 수도 있다. 마지막으로 이러한 형태의 메타 데이터는 아래의 그림1과 같이 단순히 커서를 해당 파일에 가져가는 것만으로도 표시되는 내용도 있고, 특정 프로그램이나 작업을 통해서만 열람이 가능한 것도 있는데, 이 역시 어떠한 프로그램을 사용하는가에 따라 달라진다.



[그림 1]

### 3. 證據로써의 메타 데이터

증거개시절차에서 메타 데이터가 문제되기 시작한 초창기 Sedona Working Group은 대부분의 사안에서 메타 데이터는 관련성이 없고 보존할 필요도 없다고 지적한 바 있다.<sup>25)</sup> 하지만 이후 메타 데이터가 여러 사안에서 문제되기 시작하면서 이러한 태도는 조금씩 변

24) <http://support.microsoft.com/kb/825576/ko>

25) Sedona Conference Working Group, The Sedona Principles: Best Practices Recommendations and Principles for Addressing Electronic Document Production (2004).

하기 시작하고 있다.<sup>26)</sup> 아직 메타 데이터를 증거로써 본격적으로 활용할 수 있는 단계는 아니라 하더라도 증거로써의 메타 데이터에 대한 잠재적 가치는 충분하다고 여겨진다. 먼저 임베디드 형태의 메타 데이터의 경우 증거조사과정에서 증거로서 제시된 해당 전자적 자료와 관련하여 숨겨진 여러 가지 추가적 정보를 얻을 수 있을 것이며 증거자료로써 활용될 수 있을 것이다. 또한 시스템 데이터 형태의 메타 데이터를 통해 획득한 당해 자료 자체에 대한 추가적인 정보는 당해 자료의 진정성 여부를 판단함에 있어 도움을 제공할 수 있고, 특정 사용자의 특정 시간대의 접근 등과 같은 정보는 당해 자료를 사용했다는 사실 등을 증명할 수 있는 방법이 될 수도 있을 것이다.<sup>27)</sup> 나아가 법관이 자유심증주의에 따라 제출된 전자적 자료의 증거력을 평가할 때 합리적인 기준의 역할을 할 수도 있다.<sup>28)</sup> 이처럼 메타 데이터는 가시적인 자료에 대한 추가적 설명을 가능케 할 수 있기 때문에 원 자료보다 오히려 더 중요할 수 있는 잠재력을 가지고 있다고 주장되기도 한다.<sup>29)</sup>

미국의 경우 실제로 저작권침해와 관련된 Hagenbuch v. 3B6 Sistemi Elettronici Industriali S.R.L. 사안<sup>30)</sup>에서 피고가 제출대상이 되는 전자적 자료를 이미지 형태로 제출하였다. 이에 대해 원고는 당해 자료가 언제 생성 및 수정되었으며, 이메일이 첨부자료를 포함하고 있는지 그리고 누구에게 보내졌는지 등과 같은 흔적을 나타내는 메타 데이터가 결여되었음을 주장하였다. 이에 대해 법원은 원고가 요구한 자료의 관련성이 인정되며, 당해 자료가 피고의 특권(privilege)<sup>31)</sup>이 인정되는 내용을 포함하고 있다고 여겨지지 않다고 판단하여 원고의 주장을 받아들였다. 당해 사안에서 메타 데이터는 당해 자료를 피고가 언제 소유했는지 등에 대한 사실을 알 수 있도록 해 줌으로써 원고가 그러한 사실을 증명함에 있어 결정적인 역할을 하고 있다. 또한 Krumwiede v. Brighton Associates, L.L.C. 사안<sup>32)</sup>에서는 증거로써 제출된 노트북의 하드 디스크에서 메타 데이터를 검색 및 분석한 결과 제출 당일 수천 개의 파일이 접속, 이동, 삭제된 사실이 드러났고, 법원은 그러한 행위는 대상 파일에 대한 의심을 확실하게 하기 때문에 증명방해에 해당한다는 판단을 하였다.

26) Sedona Conference Working Group, The Sedona Principles: Best Practices Recommendations and Principles for Addressing Electronic Document Production(2007).

27) Philip J. Favro, A NEW FRONTIER IN ELECTRONIC DISCOVERY: PRESERVING AND OBTAINING METADATA, 13 B.U.J.Sci.&Tech.L.1, 11(2007).

28) 전자적 자료의 양이 전반적이고 지속적으로 늘어감에 따라 변호사들은 방대한 데이터에서 주요사실을 분류하고 증명하는 것을 돕기 위해 가능한 한 많은 수단을 필요로 하게 될 것이며, 메타 데이터는 이러한 노력에 도움이 되는 중요한 수단이었으며, 앞으로도 그러할 것이라는 지적에는 W.Lawrence Wescott II, *supra note*(2008) 참조.

29) 230 F.R.D. 640(D. Kan. 2005).

30) 2006 WL 665005(N.D.Ill., 2006).

31) 특정인에 대해 또는 특정물에 관해 부여되는 또는 인정되는 특권, 면책 또는 면제를 의미한다.

32) 2006 WL 2714609(N.D.Ill., 2006).

### Ⅲ. 證據開示節次上 메타 데이터

#### 1. 證據開示對象으로서의 메타 데이터

##### 가. 개정 연방민사소송규칙

개정 전 연방민사소송규칙은 증거개시대상으로 “데이터(data)와 데이터 편집물(data compilation)”을 포함시키고 있었으나, 개정 연방민사소송규칙은 이를 삭제하고 “전자적 자료(electronically stored information)”를 증거개시의 대상으로 할 수 있도록 관련 규정을 정비하였다.<sup>33)</sup> 다만 메타 데이터라는 표현이 연방민사소송규칙상 명시적으로 나타나 있지는 않으며, 규칙자문위원회(Advisory Committee)의 자문내용에 등장하고 있을 뿐이다.<sup>34)</sup>

일단 메타 데이터를 전자적 자료의 한 유형이라 본다면 이러한 개정으로 메타 데이터 역시 증거개시의 대상으로 삼을 수 있는 명확한 근거가 마련된 것으로 해석할 수 있을 것이다. 다만 앞서 메타 데이터의 개념에서 살핀 것과 같이 메타 데이터라는 용어에 대한 명확한 정의가 내려져 있지 않기 때문에 증거개시의 범위 등을 판단하기 위한 일정한 기준이 필요해 보이며, 현재 이러한 기준의 마련은 학설과 판례의 몫으로 남겨져 있다.<sup>35)</sup> 따라서 증거개시절차에서의 메타 데이터의 취급과 관련된 연방법원의 태도가 여전히 큰 의미를 가지고 있다.

##### 나. 연방법원의 태도

아직까지 증거개시절차에서 메타 데이터를 취급하는 것과 관련하여 충분한 판례가 축적되어 있지는 않다. 예를 들어 2000년 1월에서 2005년 10월까지 모든 연방사건 데이터 중에서 메타 데이터와 관련된 사안이 약 18개에 불과할 정도로 메타 데이터와 관련된 판례가 드물었고,<sup>36)</sup> 그마저도 대부분 증거개시절차와는 관련이 없는 것이었다.<sup>37)</sup> 2005년의 *Williams v. Sprint/United Management Co.* 사안<sup>38)</sup>에 이르러서야 증거개시절차에서의 메

33) 최근 전자적 자료에 대한 증거개시절차의 효율적·합리적 운영을 위해 미연방민사소송규칙 중 Rule 16, Rule 26, Rule 33, Rule 34, Rule 37, Rule 45가 개정된 바 있다.

34) 규칙 26(f)에 대한 논의 중에 메타 데이터와 관련된 논의가 이루어진 바 있다; Fed. R. Civ. P. 26(f), advisory comm.'s notes.

35) 메타 데이터를 전자증거개시의 대상에 포함시킬는지 여부에 대한 판단을 함에 있어 다양한 기준들이 고려요소로 지적되고 있다. 예를 들면, 관련성 유무, 접근성 유무, 누적성 유무, 발생비용의 범위 등이 거론되고 있다; Lee H. Rosenthal, A FEW THOUGHTS ON ELECTRONIC DISCOVERY AFTER DECEMBER 1, 2006, 116 Yale L.J.Pocket Part 167, 188(2006).

36) Lucia Cucu, *supra note*, at 224.

37) 230 F.R.D. 640(D.Kan.,2005).

38) Id.

타 데이터의 취급에 관한 심도 있는 논의가 이루어지기 시작했고, 그 이전 판례들은 쟁점을 간단히 다룬 것에 지나지 않았다.<sup>39)</sup>

실제로 증거개시절차에서 메타 데이터가 어떤 의미를 가지는 것인지에 대한 여러 법원의 판단은 다소의 차이가 있다. 예를 들어 *In re Priceline.com Inc. Securities Litigation* 사안<sup>40)</sup>의 경우, 원고가 증거개시절차에서 전자적 자료의 제출을 신청했는데, 피고는 백업(backup)을 목적으로 자료를 저장한 상태였기 때문에 열람 및 검색이 다소 어려운 형태로 자료를 보관하고 있었다. 법원은 피고로 하여금 당해 자료를 PDF(Portable Document Format)나 TIFF(Tagged Image File Format) 형태로 변환하는 것은 허용하였으나, 당해 전자적 자료의 열람 및 검색을 위해 메타 데이터가 포함된 형태로 당해 자료를 제출할 것을 명했다. 즉 당해 사안에서의 메타 데이터는 자료명, 저장위치, 주제 등을 묘사하는 핵심어 등과 같은 시스템 데이터 형식의 자료를 의미하는 것으로 볼 수 있다. 반면에 *Williams* 사안<sup>41)</sup>의 경우, 법원은 피고로 하여금 제출명령의 대상인 엑셀파일에 저장된 스프레드 시트(spread sheets) 내의 특정 셀에 저장된 공식 역시 함께 원고에게 제공하도록 하였다. 법원은 스프레드 시트에 포함된 공식을 메타 데이터로 판단하였고, 당해 사안에서 메타 데이터는 임베디드 형태의 데이터를 의미하는 것으로 볼 수 있다. 다만 왜 그러한 공식이 당해 전자문서의 내용의 일부가 아니라 메타 데이터인지는 명확하게 나타나 있지 않다.<sup>42)</sup> 이처럼 어떤 데이터를 메타 데이터로 볼 것이며, 어디까지를 메타 데이터로 볼 것인지에 대한 기준은 판례에서도 여전히 모호한 것이 현실이다.

## 2. 메타 데이터의 提出

앞서 살핀 바와 같이 메타 데이터가 증거개시의 대상이 된다면 이의 제출을 일반화 하여 모든 사안에서 모든 메타 데이터의 제출을 원칙으로 할 것인지 아니면 제한적으로 제출하도록 할 것인지에 대한 기준이 필요할 것이다.

### 가. 개정 연방민사소송규칙

개정 연방민사소송규칙 26(a)(1)(B)는 초기공개(initial disclosure)단계에서 각 당사자로 하여금 전자적 자료를 제출하도록 하고 있고,<sup>43)</sup> 개정 연방민사소송규칙 26(b)(2)(B)는 합리적

39) Lucia Cucu, *supra note*, at 224.

40) 233 F.R.D. 88(D.Com.2005).

41) 230 F.R.D. 640(D.Kan.,2005).

42) Lucia Cucu, *supra note*, at 237.

43) 김도훈, 앞의 논문 7, 143-144면 참조.

으로 접근이 어려운 전자적 자료의 제출과 관련하여 당사자가 과도한 부담이나 비용 때문에 합리적으로 접근이 어렵다는 사실을 입증한 경우 당해 전자적 자료를 제출할 필요가 없는 것으로 규정하고 있다.<sup>44)</sup> 다만 증거개시를 요구받은 당사자가 이러한 사실을 입증한다하더라도 법원은 증거개시를 요구하는 당사자가 합리적인 근거를 제시할 경우 증거개시를 명할 수도 있다. 즉 합리적 근거가 있는 경우 합리적 접근이 곤란한 경우라 하더라도 당해 전자적 자료의 제출을 명할 수 있다는 것이다. 또한 개정 연방민사소송규칙 16(b)와 26(f)는 당사자들이 전자적 자료와 관련된 여러 가지 쟁점에 대해 합의를 할 수 있는 기회를 부여하고 있다.<sup>45)</sup>

이러한 규정에 입각해 판단할 경우 전자적 자료의 한 유형에 해당하는 메타 데이터 역시 초기공개 대상이 되며, 합리적으로 접근이 어려운 경우에 한해 제출하지 않을 수 있고, 당사자의 합의에 따라 제출 및 제한이 가능하다고 해석할 수 있을 것이다. 그리고 메타 데이터의 일반적 제출범위가 특정되어 있지 않기 때문에 증거개시의 일반원칙에 따라 관련성이 있는 메타 데이터의 제출이 필요하다고 해석할 수 있다. 또한 개정 연방민사소송규칙 34(b)에 따라 제출을 요구하는 자가 제출되어야 할 전자적 자료의 형태를 특정할 수 있도록 하고 있는데,<sup>46)</sup> 당해 자료가 메타 데이터를 포함하고 있다면 제출을 요구하는 당사자는 메타 데이터를 함께 특정할 수 있을 것이고 제출을 요구받은 당사자는 이에 대한 대응으로 전자적 자료의 제출을 위해 요구된 형태에 대해 이의를 제기할 수 있을 것이다. 메타 데이터 역시 전자적 자료의 한 유형이므로 이를 제출함에 있어 비용이 과도하게 발생하는 경우가 종종 발생하는데, 이때 비용부담과 관련하여 개정 연방민사소송규칙 26(b)(2)(B)에 따라 메타 데이터에 대한 합리적 접근이 어려운 경우 당사자가 그러한 사실을 입증하면 메타 데이터를 제출하지 않을 수 있을 것이다. 다만 메타 데이터의 제출을 요구하는 당사자가 합리적 근거를 제시할 경우 법원은 합리적 접근이 어려운 경우라 하더라도 메타 데이터의 제출을 요구할 수 있을 것이다.

법은 구체적으로 요구되는 경우가 아니라면 당사자들이 소송을 하는 동안 메타 데이터를 보존해야 할 의무가 있는지 여부에 대해서는 명확하게 표현하고 있지 않다.

#### 나. 연방법원의 태도

메타 데이터의 보존 및 제출에 대한 연방법원의 입장은 초기에는 전자증거개시에서 데이터의 방대성과 메타 데이터의 부수적인 속성 때문에 부정적인 입장이 우세하였다. 하지만

44) 위의 논문, 145면 참조.

45) 위의 논문, 142-144면 참조.

46) 위의 논문, 149-150면 참조(The request: (A) must describe with reasonable particularity each item or category of items to be inspected; (B) must specify a reasonable time, place, and manner for the inspection and for performing the related acts; and (C) may specify the form or forms in which electronically stored information is to be produced).

메타 데이터가 광범위한 데이터에 대한 검색가능성을 높였기 때문에 데이터의 방대성은 오히려 메타 데이터의 중요성을 부각시켰고, 점차로 전자적 자료의 진정성을 확인하고 특권을 주장함에 있어 메타 데이터의 사용에 대한 인식이 증대되기 시작했다.

여러 판례가 Sedona Conference에서 제시된 지침<sup>47)</sup>을 상당부분 참조하여 판단을 내리고 있는데, 초기 Sedona Conference에서 제시된 지침은 분쟁해결을 위한 자료가 아니라면 법원의 명령이나 당사자의 합의가 없는 한 메타 데이터의 보존 및 제출이 불필요하다는 입장을 취하고 있었다.<sup>48)</sup> Sedona Conference에서 지침을 마련하면서 메타 데이터를 보존 및 제출하도록 함으로써 타인의 고의 또는 과실에 의한 증거의 훼손을 용이하게 하고, 원 형태로 전자적 자료를 보존하는 것이 추가적 절차나 비용을 초래하지 않고 관련된 메타 데이터를 보존하며, 어떤 메타 데이터의 삭제는 추가적 비용을 포함할 수 있고, 메타 데이터의 보존 및 제출에 대한 실패는 제출당사자로 하여금 메타 데이터가 문서의 진정성에 대한 판단과 관련이 있는 경우 이를 주장할 기회를 뺏는 것이 될 수 있다는 것을 메타 데이터의 보존 및 제출의 이점이라고 판단하였다.<sup>49)</sup> 하지만 이러한 이점에도 불구하고 대부분의 메타 데이터가 증거로서의 가치를 가지지 못하며 이를 검토하는데 소요되는 시간과 비용은 자원의 낭비라고 지적하면서,<sup>50)</sup> 대부분의 사안에서 제출당사자가 메타 데이터의 보존과 제출을 위해 특별한 노력을 기울일 필요가 없다고 결론을 내린 바 있다.<sup>51)</sup> 실제로 메타 데이터로 인한 자료노출이 문제되기 시작하면서<sup>52)53)</sup> 초창기 많은 실무가들은 특권이 인정되는 자료가 노출될 위험을 고려하여 변호사들로 하여금 메타 데이터를 삭제하거나,<sup>54)</sup> 최소화할 것을 권고하고 메타 데이터의 존재와 이의 가치에 대한 교육이 필요함을 역설한 바 있다.<sup>55)</sup> 최근에 들어서는 메타 데이터의 중요성이 지속적으로 제기되면서 메타 데이터의 보존과 제

---

47) Sedona Conference Working Group, *The Sedona Principles: Best Practices Recommendations and Principles for Addressing Electronic Document Production* (2004).

48) *Id.*

49) *Id.* at 41.

50) *Id.*

51) *Id.*

52) 실제로 변호사들이 증거개시를 위해 전자문서를 작성 및 제출하는 과정에서 새롭게 전자문서를 만드는 것이 아니라 기존에 이미 작성되었던 템플릿을 활용하거나 이를 수정하여 다시 만드는 형태로 활용하는 것이 일반적이었기 때문에 메타 데이터에 대한 인식부족으로 주요정보 혹은 비밀정보가 노출되는 일이 자주 발생하였다; Jembaa Cole, *supra note*, at 9

53) 메타 데이터로 인한 부주의한 노출과 관련하여, 전자적 자료를 제출받은 상대방 변호사가 이를 조사하여 메타 데이터를 검색 및 열람하는 것이 법조윤리에 반하는 것은 아닌지와 관련하여서도 논의가 진행중에 있다; Donald R. Lundberg, *MINING FOR METADATA: ETHICS QUESTIONS SURROUNDING INADVERTENTLY SENT EMBEDDED DATA*, 50-FEB Res Gestae 35(2007); J. Brian Beckham, *Production, Preservation and Disclosure of Metadata*, 7 Colum. Sci. & Tech. L. Rev. 1(2006); Peter Mierzwa, *supra note*; Susan Ardisson, *supra note* 참조.

54) J. Brian Beckham, *supra note*, at 13(2006).

55) Jembaa Cole, *supra note*, at 10-11.

출에 적대적이었던 권고부분은 최근 삭제되었고,<sup>56)</sup> 새롭게 만들어진 지침 Principle 12에 따르면 메타 데이터의 보존과 제출의 필요성에 대해 고려할 것을 권고하고 있다.<sup>57)</sup>

메타 데이터의 제출에 대한 판례의 태도를 살펴보면 다음과 같다.

#### (1) 소극적 태도를 취한 판례

*Wyeth v. Impax Laboratories, Inc.* 사안<sup>58)</sup>에서 법원은 메타 데이터를 포함한 형태로 전자문서의 제출을 요구하는 피고의 문서제출명령신청을 기각했다. 법원은 메타 데이터의 제출에 대해 대부분의 메타 데이터의 증거가치가 부족하다는 초기의 Sedona Conference의 지침에 제시된 내용을 근거로 제시하고 있다.

*Kentucky Speedway, L.L.C. v. National Association of Stock Car Racing, Inc.* 사안<sup>59)</sup>에서 역시 법원은 원고의 메타 데이터 제출요구를 기각하면서 *Wyeth* 사안에서의 근거를 그대로 제시하고 있다. 다만 *Kentucky Speedway* 사안의 경우 원고의 메타 데이터의 제출요구는 피고가 이미 당해자료를 하드 카피 형태와 전자적 형태로 자료를 제출한지 7개월이 지난 후에 이루어진 것이었다.

*Michigan First Credit Union v. Cumis Insurance Society, Inc.* 사안<sup>60)</sup>에서도 메타 데이터 제출신청은 기각되었다. 법원은 *Wyeth* 사안과 *Kentucky Speedway* 사안 그리고 Sedona Conference에서 제시된 기준을 인용하였다. 원고는 메시지를 작성하였거나 받은 사람이 누구인지 등을 나타내는 메타 데이터를 요구하였으나, 피고가 제출한 PDF 형식의 이메일은 그러한 내용을 제외한 다른 내용의 메타 데이터를 포함하고 있었다. 이에 법원은 원고가 요구한 메타 데이터가 증거로서의 가치가 거의 없고, 따라서 피고로 하여금 이를 제출토록 하는 것은 과도한 부담을 지우는 것이 될 수 있다고 결론을 내린 것이다.

앞서 언급한 판례들에 나타난 일반적인 특징은 메타 데이터의 제출을 요구하는 당사자가 이의 필요성을 입증하지 못했다는 것이다. 따라서 메타 데이터의 필요성을 입증했다면, 법원이 그들의 요구를 허가하였을 수도 있고, 또 제출 초기 단계에서 당사자들이 전자적 자료의 보존 및 제출에 대한 협의를 하였다면 결과가 달라졌을 수도 있을 것이다.<sup>61)</sup>

56) Sedona Conference Working Group, *The Sedona Principles: Best Practices Recommendations and Principles for Addressing Electronic Document Production*(2007).

57) *Id.* at 60.

58) 248 F.R.D. 169(D.Del.,2006).

59) 2006 WL 5097354(E.D. Ky., 2006).

60) 2007 WL 4098213(E.D.Mich.,2007).

61) *W.Lawrence Wescott II, supra note*, at 30(2008).

(2) 적극적 태도를 취한 판례

메타 데이터의 제출에 대해 적극적인 태도를 취한 판례는 다음과 같다. In re Verisign, Inc. Securities Litigation<sup>62)</sup>에서 법원은 전자적 자료를 TIFF 형태로 제출하는 것은 자료제출로써 불충분하며, 제출은 메타 데이터를 포함하여야 하고 검색이 가능하여야 한다고 판단하였다. 사안에서 피고는 메타 데이터를 함께 제출하는 것은 과도한 부담이 되므로 당해 자료를 TIFF 형태로 제출할 수 있도록 허용해 달라고 요청하였으나, 법원은 피고들이 메타 데이터를 추가하는 것이 어려울 수 있다는 사실은 인정되나 당해 자료가 특권이 인정되는 내용을 포함하고 있다는 확신을 주지 못한다는 것을 이유로 이를 받아들이지 않았다.

Experian Information Solutions, Inc. v. I-Centrix, L.L.C 사안<sup>63)</sup>에서도 메타 데이터는 원고가 자신의 주장을 증명하는데 결정적인 역할을 하였다. 사안에서 원고는 피고의 컴퓨터가 영업비밀을 침해하는데 사용되었다고 주장하면서 피고 중 1인의 하드 디스크의 이미지 카피(copy)를 요구했고, 원고는 피고의 개인컴퓨터에서 존재하거나 존재했던 당해 전자적 자료의 수정, 출력, 복사 등의 사용빈도를 필요로 했다. 이후 원고는 당해 자료의 메타 데이터의 존재와 이에 포함된 내용을 통해 침해행위가 있었다는 사실을 입증할 수 있었다.

또한 Williams v. Sprint/United Management Co<sup>64)</sup>에서 원고는 피고가 강제해고를 하면서 연령을 해고여부결정기준의 하나로서 부당하게 사용되었다고 주장하였고, 이러한 주장의 근거로써 피고에 의해 사용된 것으로 주장되는 엑셀파일의 스프레드 쉬트가 문제되었다. 원래 당사자들은 스프레드 쉬트를 TIFF 형태로 제출하는데 동의를 하였으나, 이후 원고는 스프레드 쉬트 상의 데이터를 전부 다시 입력해 달라는 요구 대신에 스스로 통계적 분석을 할 수 있도록 활성화된 스프레드 쉬트를 요구하였다. 하지만 피고는 이에 응하지 않았다. 이후 법원은 피고에게 왜 스프레드 쉬트를 원 형태로 제출할 수 없는지 물었고, 이에 대해 피고는 여전히 특권과 관련된 검토를 진행중이라고 답했다. 결국 법원은 제출당사자가 메타 데이터의 제출에 대해 시기적절하게 이의를 제기하거나 당사자들이 메타 데이터를 제출하지 않는 것에 합의하거나 혹은 제출당사자가 보호명령을 요청한 경우가 아니라면, 메타 데이터가 이를 요구한 당사자의 주장과 관련성이 없는 경우라 하더라도 모든 메타 데이터를 훼손하지 않은 상태로 당해 자료를 제출해야 한다고 판단했다. 따라서 당사자가 메타 데이터를 제출하는데 대해 이의를 제기하지 않는다면, 메타 데이터가 관련성이 없거나 특권이 인정되는 경우라 하더라도 모든 메타 데이터를 제출해야할 위험을 부담하고 이익권을 포기한 것으로 보게 되는 것이다.

62) 2004 WL 2445243(N.D.Cal.,2004)

63) 2004 WL 2643459(N.D.Ill., 2004).

64) 230 F.R.D. 640(D. Kan. 2005).

### 3. 電子的 資料의 提出形態에 따른 變化

전자적 자료를 어떠한 형태로 제출하는가에 따라 당해 자료에 메타 데이터가 포함될 수도 있고, 포함되지 않을 수도 있다. 초창기 전자적 자료를 증거개시함에 있어 메타 데이터로 인한 부주의한 정보노출을 막기 위한 방법<sup>65)</sup>의 하나로 메타 데이터를 포함하지 않는 형태인 이미지 형태로 당해 자료를 변환하여 제출하는 예가 많았으나<sup>66)</sup> 메타 데이터에 대한 관심이 높아지면서 제출방식에 대한 논의가 지속적으로 이루어지고 있다.

#### 가. 개정 연방민사소송규칙

개정 연방민사소송규칙 34(b)에 따르면 전자적 자료를 제출할 경우 원 형태 혹은 합리적인 이용 가능한 형태로 제출하도록 규정하고 있다.<sup>67)</sup> 이러한 전자적 자료의 제출방식과 관련된 규정은 전자적 자료의 제출을 요구하는 당사자가 당해 자료를 사용할 수 있는 형태로 자료가 제출될 수 있도록 하기 위함이다.<sup>68)</sup> 또한 연방민사소송규칙 26(f)는 소송초기에 전자적 자료의 유형(types)과 제출되어야 하는 형태(forms)에 관한 합의를 할 수 있도록 하여, 사전에 전자적 자료의 제출로 인해 발생할 수 있는 문제를 예방할 수 있도록 유도하고 있다. 뿐만 아니라 연방민사소송규칙 33(d)는 증거개시를 요구 받은 당사자가 증거개시를 요구하는 당사자에게 당해 영업기록(business record)에 대해 실험(examination), 감사(audit), 검사(inspect)를 하고 사본(copies), 편집물(compilations), 초록(abstracts), 개요(summaries)를 만들 합리적인 기회를 제공해야 한다는 규칙의 요건을 충족시키기 위해 기술, 소프트웨어나 기타 다른 유형의 지원을 제공하도록 하고 있다.<sup>69)</sup> 이는 연방민사소송규칙 26(f)와 연계하여 규정된 것이라 볼 수 있다.<sup>70)</sup> 즉, 연방민사소송규칙 26(f)에서 전자적 자료의 제출형태에 대해 합의할 수 있도록 하고 이러한 합의가 없었거나 또는 합의가 이루어지지 않은 경우에 연방민사소송규칙 33을 통해 상대방 당사자가 제출된 전자적 자료를

65) 메타 데이터를 삭제하거나 전자적 자료를 이미지 형태로 제출하는 방법이 주로 사용되었는데, 이에 부응하여 마이크로소프트사는 Office 2003과 Windows XP용으로 워드(word), 엑셀(excel), 파워포인트(powerpoint) 파일의 메타 데이터를 삭제하는 프로그램을 무료로 제공하기도 했다; J. Craig Williams, *THE IMPORTANCE OF DELETING METADATA...AND HOW TO DO IT*, 49-JAN Orange County Law. 48, 49(2007).

66) 심지어 전자적 자료를 종이문서로 출력한 뒤 이를 다시 스캐닝(scanning)하여 이미지 형태로 전환하여 제출하는 것을 권고하는 글도 있다; Peter Mierzwa, *supra note*, at 57

67) 김도훈, 앞의 논문 7, 148-151면 참조.

68) Kenneth J. Withers, *Electronically Stored Information: The December 2006 Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure*, 4 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 171(2006).

69) 김도훈, 앞의 논문 7, 149면 참조.

70) Lee H. Rosenthal, *supra note*, at 173.

열람할 수 있도록 지원을 하도록 규정하고 있는 것이다.

이러한 규정에 입각해 판단할 경우 전자적 자료를 원 형태로 제출한다면 당해 자료는 메타 데이터를 포함하는 것이 일반적인 상태가 될 것이지만, 당해 전자적 자료를 원 형태가 아닌 합리적으로 이용 가능한 형태로 제출한다면 TIFF 형태나 PDF 형태와 같이 메타 데이터를 포함하지 않은 이미지 형태로 제출하는 것 역시 가능할 것이다. 또한 전자적 자료의 제출을 요구하는 자가 제출되어야 할 자료의 형태를 특정할 수 있도록 하고 있는데, 당해 자료가 메타 데이터를 포함하고 있다면 제출을 요구하는 당사자는 메타 데이터를 함께 특정할 수 있을 것이고 제출을 요구받은 당사자는 이에 대한 대응으로 전자적 자료의 제출을 위해 요구된 형태에 대해 이의를 제기할 수 있을 것이다. 따라서 연방민사소송규칙에 따라 전자적 자료를 제출할 경우 메타 데이터를 포함한 형태와 포함하지 않은 형태 어느 쪽이든 제출할 수 있는 결과가 되어 어느 것을 원칙적인 태도로 할 것인지에 대해서는 명확하게 나타나 있지 않다.

#### 나. 연방법원의 태도

연방법원의 태도는 당해 전자적 자료가 이미지 형태로 제출되었다하더라도 그것이 합리적으로 사용할 수 있는 상태로 제출된 것이라면 메타 데이터가 포함되지 않은 경우라 하더라도 문제가 없다는 태도와 전자적 자료를 이미지 형태로 제출하는 것은 그 자체로 메타 데이터를 포함하고 있지 않기 때문에 당해 자료에 흠결이 있는 것이며 따라서 메타 데이터가 특권이 인정되는 내용을 포함하고 있지 않은 경우라면 당연히 메타 데이터가 포함된 형태로 제출해야 한다는 태도로 나뉘어 있다.

Wyeth v. Impax Laboratories, Inc. 사안<sup>71)</sup>에서 법원은 당사자들이 제출 형태에 대해 합의하지 못할 경우 이미지 형태로 제출하도록 하고, 당해 자료를 요구하는 당사자가 원 형태로 제출해야 할 특별한 사정을 소명하면 법원은 이를 명할 수 있다고 하면서, 사안에서 당사자들은 제출형태에 대해 합의를 하지도 않았고, 피고가 당해 자료에 대한 특별한 사정에 대해 증명하지 못했다고 판단하면서, 메타 데이터 제출신청을 기각한 바 있다.

반면에 In re Verisign, Inc. Securities Litigation 사안<sup>72)</sup>에서 법원은 전자적 자료를 TIFF 형태로 제출하는 것은 자료제출로써 불충분하며, 제출은 메타 데이터를 포함하여야 하고 검색이 가능하여야 한다고 판단하였다. 법원은 피고들이 메타 데이터를 추가하는 것이 어려울 수 있다는 사실은 인정되나 당해 자료가 특권이 인정되는 내용을 포함하고 있다는 확신을 주지 못한다는 것을 이유로 이를 받아들이지 않았다. 또한 Williams v. Sprint/United

---

71) 248 F.R.D. 169(D.Del.,2006).

72) 2004 WL 2445243(N.D.Cal.,2004).

Management Co사안<sup>73)</sup>에서 법원은 메타 데이터의 제출을 요구받은 당사자가 이에 대해 적절하게 이의를 제기하거나 당사자들이 메타 데이터를 제출하지 않는 것에 합의하거나 혹은 제출당사자가 보호명령을 요청한 경우가 아니라면, 메타 데이터가 이를 요구한 당사자의 주장과 관련성이 없는 경우라 하더라도 모든 메타 데이터를 훼손하지 않은 상태로 당해 자료를 제출해야 한다고 판단한 바 있다.

#### IV. 평가와 시사점

##### 1. 電子的 資料에 관한 一般規定의 마련

증거개시대상으로서의 메타 데이터에 관한 명확한 규정이 있다면 이를 취급함에 있어 효율적인 판단이 가능할 것이다. 하지만 급속하게 변화·발전해가는 기술적 내용을 모두 반영한다는 것은 불가능하게 여겨진다. 따라서 구체적·개별적 형태의 전자적 자료에 대해 각각의 개별적 규정을 마련하는 것보다는 일반적 규정을 두는 것이 바람직하다고 판단되며, “전자적 자료”를 대상으로 하는 일반조항을 마련하여 전자적 자료 전반에 대한 소송상 취급의 근거를 마련한 개정 미연방민사소송규칙의 입법태도는 합리적이라 판단된다.

메타 데이터를 현재 우리 민사소송법상 해석을 통해 규율하자면 근거가 될 수 있는 규정은 민사소송법 제374조<sup>74)</sup>가 될 것인데, 이에 따르면 도면·사진·녹음테이프·비디오테이프·컴퓨터용 자기디스크·그 밖에 정보를 담기 위하여 만들어진 물건으로서 문서가 아닌 증거를 “그 밖의 증거”로 규정하고 있다.<sup>75)</sup> 이에 따르면 전자적 자료를 담고 있는 특정매체를 증거방법으로 하고 있으나 이는 향후 전자적 자료가 증거로써 일반적으로 사용될 경우 많은 문제를 일으킬 소지가 있다.<sup>76)</sup> 따라서 우리 역시 미연방민사소송규칙과 같이 전자적 자료 그 자체를 증거방법으로 규정하고 메타 데이터의 취급은 이를 기준으로 하면 될 것이다.

73) 230 F.R.D. 640(D. Kan. 2005).

74) 민사소송법 제374조(그 밖의 증거) 도면·사진·녹음테이프·비디오테이프·컴퓨터용 자기디스크, 그 밖에 정보를 담기 위하여 만들어진 물건으로서 문서가 아닌 증거의 조사에 관한 사항은 제3절 내지 제5절의 규정에 준하여 대법원규칙으로 정한다.

75) 기술의 비약적 발전으로 말미암아 새로운 유형의 증거가 계속해서 쏟아져 나오는 것을 고려하여 좀 더 능동적으로 대처할 수 있도록 하기 위해 구체적인 사항은 대법원 규칙에 위임하고 있고, 이에 따르면 자기디스크 등에 기억된 문자정보와 음성·영상자료를 구분하여 취급하고 있다; 민사소송규칙 제120조, 제121조, 제122조.

76) 문제점에 관한 자세한 논의는 김도훈, “전자증거에 대한 민사소송법상 취급에 관한 연구”, 연세대학교 박사학위논문(2007) 참조.

## 2. 電子的 資料의 特性에 대한 考慮와 提出形態의 指定

메타 데이터의 제출에 관해서는 전자적 자료의 유동성으로 인한 훼손을 방지하기 위해 당해 자료의 원 형태로의 제출을 원칙으로 삼게 될 경우 메타 데이터 역시 포함되도록 하는 것이 일반적인 제출의 모습이 될 것이고, 메타 데이터의 보존 및 제출이 불필요하게 비용을 증가시키면서 증거로써의 가치가 떨어진다는 것을 강조한다면 이를 제출하지 않는 것을 원칙으로 하는 것이 일반적인 제출의 모습이 될 것이다. 하지만 어느 경우를 원칙으로 하던 부수적인 문제가 발생할 수 있다. 우선 전자증거개시는 전자적 자료의 방대성<sup>77)</sup>과 다양한 형태로 저장된 전자적 자료를 다루고 추출해 내기가 어렵기 때문에 종이문서에 대한 증거개시<sup>78)</sup>보다 제출당사자로 하여금 훨씬 많은 부담을 줄 수 있다.<sup>79)</sup> 메타 데이터의 제출 역시 이러한 비용부담의 문제에서 예외일 수는 없을 것이다. 증거개시비용은 제출당사자가 부담<sup>80)</sup>하는 것이 일반적이는데, 전자적 자료의 제출을 요구하는 당사자는 소송이 진행되는 동안 많은 증거개시비용이 발생하도록 유도하여 제출당사자를 압박 또는 위협하는 효과를 통해 합의를 이끌어 내는 방법으로 악용될 수 있다.<sup>81)</sup> 뿐만 아니라 소송상 필요를 근거로 메타 데이터의 포괄적인 보존을 요청할 수 있다면,<sup>82)</sup> 메타 데이터의 유동성으로 말미암아 이를 그대로 보존하는 것을 기대하기 어렵기 때문에 이로 인한 부수적인 문제가 발생할 수 있다. 왜냐하면 컴퓨터가 일상적으로 그러한 데이터를 수정하거나 삭제할 수 있고, 소송상 보존에 대해 인식하고 있지 않은 사용자들이 관련 데이터를 수정 혹은 삭제할 수 있기 때문이다. 실제로 메타 데이터는 사용자들이 일상적인 업무를 수행하는 경우에 당사자의 의사와 상관없이 변경될 수 있기 때문에 다른 유형의 전자적 자료를 보존하는 것보다 훨씬 어려울 수 있다.

초기의 논의는 메타 데이터로 인한 자료노출 가능성이라는 문제를 해결하기 위해 감추거나 삭제하는 방법들을 제시하는 글이 많았다.<sup>83)</sup> 하지만 이후 메타 데이터의 중요성이 조금씩 인식되기 시작하면서 이를 삭제하여 당해 전자적 자료를 제출하면 부적법하다는 판례가 등장하였고, 이에 대한 반론으로 메타 데이터를 삭제하지 않을 경우 특권이 인정되는 자료가 노출될 가능성이 농후하므로 제출을 일반화하는 것은 바람직하지 않다는 반론이 나왔

77) Kenneth J. Withers, *supra note*, at 173-76.

78) Jerry M. Custis, *Litigation Management Handbook* § 7:28 (2006).

79) *Id.*

80) *id.*

81) *id.*

82) David Chaumette & Michael Terry, *THE WORLD OF E-DISCOVERY OR HOW I LEARNED TO STOP WORRYING AND LOVE THE NEW RULES*, 44-DEC Hous. Law. 30, 32(2006).

83) 메타 데이터를 전문적으로 삭제하는 프로그램 사용을 권고하는 견해도 있다; Sheila Blackford, *supra note*, at 32 참조.

다. 하지만 메타 데이터가 특권이 인정되는 내용을 포함하고 있음을 근거로 이를 편집할 수 있도록 할 경우 제출당사자의 의사에 따른 당해 자료의 위변조 가능성이 증대된다는 견해가 다시 나타난다. 이처럼 어느 쪽을 택하더라도 문제가 있으며, 그 우열을 가리기 어렵다. 다만 제출에 대한 기준은 메타 데이터가 가진 일반적인 특성을 근거로 하는 것이 바람직하다고 여겨질 따름이다. 따라서 전자적 자료의 유동성이라는 기본적인 특성을 고려하여 변경 및 훼손의 가능성을 최소한으로 줄이려면 당해 자료를 원 형태로 제출토록 해야 할 것이고, 결과적으로 이는 메타 데이터를 포함하게 되므로 메타 데이터의 제출을 원칙으로 하는 것이 합리적이라고 생각한다.<sup>84)</sup> 다만 예외적으로 메타 데이터의 제출로 인한 비용증가 또는 부주의로 인한 특권이 인정되는 내용의 노출 등이 문제되는 경우 이를 주장하는 자가 당해 사실에 대해 입증하도록 하고 이에 따라 처리하면 될 것인데, 이러한 문제는 미연방민사소송규칙에서의 규정으로 일정부분 해결이 가능해 보인다. 미연방민사소송규칙은 전자적 자료를 합리적으로 사용할 수 있는 형태로 변경하여 제출할 수 있도록 되어 있지만 이는 그 필요성에 대해 당사자가 소명한 경우 예외적으로 인정하는 것이 합리적이라 생각되며, 이 경우에도 메타 데이터의 제출을 원칙으로 하되 제출당사자가 합리적 사유를 밝힌 경우에 한해 제출하지 않아도 되도록 할 필요가 있어 보인다. 이처럼 전자적 자료를 원 형태로 제출하는 것을 원칙으로 할 경우 메타 데이터의 범위를 결정하는 문제로부터 어느 정도 벗어날 수 있는 부수적인 효과도 누릴 수 있다. 반면에 메타 데이터를 제외하는 것이 원칙이며, 특별한 경우에 메타 데이터를 제출하도록 한다면, 매 사안마다 메타 데이터의 범위가 문제될 가능성이 농후하다.

현재 민사소송규칙 제120조는 자기디스크 등에 기억된 문자정보를 증거자료로 하는 경우에 이를 읽을 수 있도록 출력한 문서를 제출하는 방법으로 증거조사를 할 수 있도록 하고 있다. 그런데 출력문서를 제출하는 방식을 사용할 경우, 저장된 문자정보를 그대로 출력하지 아니하거나 특정 부분만을 선별하여 출력할 가능성으로 인해 저장된 문자정보와 제출된 출력문서 내용의 일치여부에 대해 다툼의 여지가 있고, 유동성으로 인해 손쉽게 입력내용을 변경할 수 있으므로 상대방이 자기디스크 등에 저장된 정보가 사후에 변경되었다고 주장하는 경우도 발생할 수 있다. 따라서 이러한 경우를 대비하여 출력문서의 진정성과 내용의 정확성을 담보하고 이에 관하여 다툼이 생기는 경우에는 감정에 필요한 정보를 제공하기 위하여, 출력문서를 제출하는 방법으로 증거조사를 신청한 당사자는 법원이 명하거나 상대방이 요구한 때에는 자기디스크 등에 정보를 입력한 사람과 입력한 일시, 자기디스크 등으로부터 문서를 출력한 사람과 출력한 일시를 밝히도록 하고 있다. 전자적 자료를 출력

84) 미국 판례의 주류도 전자적 자료의 제출시 메타 데이터를 포함한 원 형태(original format)로 제출하도록 하는 것으로 변화하고 있다; Mike Breen, *Nothing to hide: why metadata should be presumed relevant*, 56 U.Kan.L.Rev. 439, 446(2008).

이라는 방법을 통해 제출할 경우 이는 당해 전자적 자료를 이미지 형태로 제출하는 것과 마찬가지로 제출된 자료에는 메타 데이터가 나타나지 않는다. 물론 별도로 밝히도록 한 내용이 시스템 데이터 형태의 메타 데이터를 대체하는 것이 가능하다고 판단할 수 있다하더라도 당해 자료는 전자적 자료의 유동성으로 인한 변경 및 훼손 가능성에 노출되어 있다는 사실은 변화가 없다. 뿐만 아니라 임베디드 형태의 메타 데이터는 고려의 대상이 되고 있지 않으므로 여전히 재고의 필요가 있다. 따라서 향후 민사소송법 개정 시 앞서 살핀 미연방민사소송규칙과 미연방법원 관례의 태도에 대한 검토내용을 적극적으로 논의하고 이를 반영할 필요가 있다고 생각한다.

## 참 고 문 헌

- 김도훈, “電子證據에 대한 民事訴訟法上 取扱에 관한 研究”, 연세대학교 박사학위논문(2007.12).  
\_\_\_\_\_, “電子證據開示에 관한 美聯邦民事訴訟規則 改正에 대한 小考”, 『인터넷 법률』 제40호 (2007).
- 윤갑향, “전자정부 메타 데이터 표준”, 『한국기록관리학회지』 제5권 제1호(2005).
- Brian D. Zall, METADATA: HIDDEN INFORMATION IN MICROSOFT WORD DOCUMENTS AND ITS ETHICAL IMPLICATIONS, 33-OCT Colo.Law. 53(2004).
- Campbell C. Steele, ATTORNEYS BEWARE: META DATA’S IMPACT ON PRIVILEGE, WORK PRODUCT, AND THE ETHICAL RULES, 35 U.Mem.L.Rev. 911(2005).
- Donald R. Lundberg, MINING FOR METADATA: ETHICS QUESTIONS SURROUNDING INADVERTENTLY SENT EMBEDDED DATA, 50-FEB Res Gestae 35(2007).
- J. Brian Beckham, Production, Preservation and Disclosure of Metadata, 7 Colum. Sci. & Tech. L. Rev. 1(2006).
- J. Craig Williams, THE IMPORTANCE OF DELETING METADATA...AND HOW TO DO IT, 49-JAN Orange County Law. 48(2007).
- Jembaa Cole, When invisible electronic ink leaves red faces : Tactical, legal and ethical consequences of the failure to remove meta data, 1 Shidler J. L. Com. & Tech. 8(2005).
- Kenneth J. Withers, Electronically Stored Information: The December 2006 Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure, 4 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 171(2006).
- Lawrence M. Friedman, WHAT, ME WORRY ABOUT METADATA?, 18-OCT CBA Rec. 43(2004).
- Lee H. Rosenthal, A FEW THOUGHTS ON ELECTRONIC DISCOVERY AFTER DECEMBER 1, 2006, 116 Yale L.J.Pocket Part 167(2006).
- Lucia Cucu, THE REQUIREMENT FOR METADATA PRODUCTION UNDER WILLIAMS V. SPRINT/UNITED MANAGEMENT CO.: AN UNNECESSARY BURDEN FOR LITIGANTS ENGAGED IN ELECTRONIC DISCOVERY, 93 Cornell L. Rev. 221(2007).
- Mike Breen, Nothing to hide: why metadata should be presumed relevant, 56 U.Kan.L.Rev. 439(2008).

- Philip J. Favro, A NEW FRONTIER IN ELECTRONIC DISCOVERY: PRESERVING AND OBTAINING METADATA, 13 B.U.J.Sci.&Tech.L. 1(2007).
- Peter Mierzwa, METADATA: NOW YOU DON'T SEE IT - NOW YOU DO, 10-OCT CBA Rec. 52(2006).
- Sharon D. Nelson & Bruce A. Olson & John W. Simek, THE ELECTRONIC EVIDENCE AND DISCOVERY HANDBOOK, 274, AMERICAN BAR ASSOCIATION(2006).
- Sheila Blackford, METADATA-Danger or Delight?, 66-MAY Or.St.B.Bull. 29(2006).
- Stephen M. Dorvee, ELECTRONIC DISCOVERY IN TECHNOLOGY LITIGATION, 734 PLI/Pat 417(2003).
- Susan Ardisson, MINING FOR METATDAT: ETHICAL CONSIDERATIONS, 10 NO.1 Lawyers J. 7(2008).
- W. Lawrence Wescott II, The increasing importance of metadata in electronic discovery, 14 Rich J.L. & Tech. 10(2008).
- William Robertson, METADATA: WHAT YOU SEE ISN'T ALL THAT YOU GET, 21 NO.5 ALA News 14(2002).
- Sedona Conference Working Group, The Sedona Principles: Best Practices Recommendations and Principles for Addressing Electronic Document Production(2004).
- Sedona Conference Working Group, The Sedona Principles: Best Practices Recommendations and Principles for Addressing Electronic Document Production(2007).

## Abstract

The amount of electronically stored information(E.S.I.) has increased dramatically in the past two decades. Then E.S.I. is of more value in the discovery process than their paper counterparts, because they contain metadata which are information describing the history, tracking, or management of E.S.I.. Metadata is not apparent to the user and might not appear when a file is printed or converted image format. These characters may cause many problems in the present litigation process.

However, there is little discussion about metadata in the civil procedure in Korea. On the contraray there were some official and unofficial discussion about metadata in the discovery process in U.S.A. And recently electronic discovery amendments to F.R.C.P. took effect to address the unique problems presented by discovery of electronically stored information. Yet the amendments discuss electronic discovery only in general terms, leaving the courts to decide how to apply these rules to specific electronic discovery issues. Reviewing e-discovery amendments and decisions of courts on metadata would lay the foundation for solving problems by metadata in the civil procedure.

Key word : E-Discovery, Electronically Stored Information, Metadata

■ 논문

## 인터넷 TV 녹화서비스에 대한 법적 고찰

- 간접침해와 사적복제를 중심으로 -

A Study on "Internet TV Recorder"

최진원

연세대학교 법학연구소 전문연구원, 법학박사

### 요약문

IT기술의 발전은 저작권의 패러다임적 변화를 요구한다. 저작권법의 역사라고 할 수 있는 복제 기술 역시 디지털과 인터넷으로 인해 획기적인 변혁기를 맞이하고 있다.

1970년대, 기술과 법의 충돌을 상징적으로 보여주었던 SONY Betamax VCR는 디지털적 진화를 거쳐 인터넷 녹화기로 발전하였다. 네트워크형 복제기기의 등장으로 유형의 복제기를 보유하지 않아도 인터넷만 연결되어 있다면 누구나 쉽게 대량 복제할 수 있게 된 것이다. 이와 같은 환경의 변화는 사적 복제에 대한 재고를 요청하고 있으며, 효율적 권리 행사를 위한 현실적 필요성으로 인해 간접침해 법리가 주목을 받고 있다. 인터넷 녹화기에 대한 법적 검토를 위해서는 사적 복제 면책 조항을 활용한 BM에 대한 법목적적 재검토가 필요하며 다수의 이용자보다는 사업자를 대상으로 통제하는 것이 효율적인 바 간접침해 법리가 연구 대상으로 대두된 것이다.

이미 미국과 독일, 일본에서는 인터넷 녹화기를 둘러싼 소송이 계속(係屬)중에 있다. 본고에서는 이들 사례 분석을 통해 제기된 법적 쟁점들을 정리하고 우리나라의 법체계와 대비하여 시사점을 찾아볼 것이다. 기술과 법의 충돌에 있어 조화로운 해결책을 모색할 수 있도록 적절한 현행법의 해석론과 바람직한 입법론의 방향을 제시하고자 한다.

주제어 : 저작권, 인터넷 녹화기, 사적 복제, 간접 침해, 정보기술

〈目 次〉

I. 인터넷 녹화기의 등장	3. 소결 : 공동불법행위 법리의 지지
1. 기술의 발전과 저작권법	
2. VCR과 IT기술	IV. 사적 복제와 인터넷 녹화기
3. 논의의 범위	1. 복제기술의 발전과 저작권 분쟁
II. 인터넷 녹화기 분쟁 사례와 각 국 법원의 태도	2. VCR의 진화 과정과 공정 이용
1. 미국 “Cablevision”	3. 사적 복제의 취지와 의미
2. 독일 “Personal Video Recorder”	4. 소결 : 디지털 시대, 사적 복제의 재고
3. 일본 “録畫ネット”	V. 인터넷 녹화기의 현행법상 분석
4. 쟁점의 정리 : 복제의 주체와 사적 복제	1. 현행법과 인터넷 녹화기의 실태
III. 간접 침해 법리와 인터넷 녹화기	2. 인터넷 녹화기 운영자 책임의 법리
1. 간접 침해 법리	3. 현행법상 인터넷 녹화기 서비스의 위법 가능성
2. 법이론의 비교법적 연구	VI. 결 어

## I. 인터넷 녹화기의 등장

### 1. 기술의 발전과 저작권법

인류 문화의 발전은 매체 기술의 혁신과 맥을 같이 한다. 15세기 금속활자 인쇄술이 개발되면서<sup>1)</sup> 지식이 광범위하게 보급되기 시작하였고 이후 혁신적인 복제 기기들이 개량되면서 문명의 보급과 문화 발전에 지대한 공헌을 해왔다. 하지만 복제 기술의 발전이 모든 이들에게 환영 받은 것은 아니다. 기존 질서에서 기득권을 가지고 있던 계층은 새로운 질서의 도래가 반갑지 않다. 역사적으로 저작권자들은 권리 침해 가능성을 이유로 기술 진보에 소극적인 입장을 취해 왔다. 때로는 저작권법이 매체 기술의 발전에 장애가 될 수도 있다는 우려가 제기된 것도 같은 이유이다.<sup>2)</sup>

1) 1234년(고려 고종 21년)부터 41년 사이에 동활자를 사용하여 상정고금예문 50권을 인쇄하였다. 이규보의 문집인 동국이상국집에 ‘이책을 고종 21년 금속활자로 인쇄하다’라는 기록이 되어 있으나 당시 유물이 전해지지는 못했다. 고려 우왕 3년 (377년)에 충주 교외에 흥덕사에서 주자 간행한 책으로 세계에 서 가장 오래 된 현존 금속활자 인쇄본인 직지심체요철은 현재 프랑스 국립 도서관에 보관되어 있다.

IT기술의 핵심인 디지털과 인터넷은 매체 기술과 저작권법에도 막대한 영향을 미쳤다. 콘텐츠의 디지털화는 복제의 개념 자체를 변화시켰으며 누구나 쉽고 저렴하게 복제할 수 있는 시대를 열었고<sup>3)</sup> 네트워크 환경은 광범위한 대량 복제 배포를 가능하게 해주었다.<sup>4)</sup> 저작권법적으로는 이러한 환경 변화에 대응하기 위한 입법적 노력이 진행 되어 왔다. 국제적으로는 1996년 WIPO에서 인터넷 조약이라 불리는 WCT와 WPPT를 도출해 냈으며, 국내적으로는 전송권이나 공중송신권, 디지털음성송신권 등을 도입하고 저작권 제한 규정을 정비하는 등 디지털 인터넷 환경에 대응하여 왔다. 하지만 기술의 발전 속도를 법이 쫓아가지 못하고 있는 현실에서, 예상치도 못했던 혁신적인 서비스가 끊임없이 등장하고 있음을 감안할 때, 기술과 저작권법의 충돌은 법적 안정성과 구체적 타당성 사이에서 풀기 어려운 방정식을 제시한다.

## 2. VCR과 IT기술

근자에 저작권법의 패러다임적 변화가 요구 된 것은 IT기술 발전에 기인한 것이라고 할 수 있다. 인터넷의 보급률이 높아지면서 이를 활용한 다양한 사업모델이 등장하였고 우리의 생활방식은 인터넷으로 인해 수많은 변화를 겪어왔다.<sup>5)</sup> 복제기술도 예외가 아니어서 저작권법과 기술의 충돌을 장기간의 법정 분쟁을 통해 보여주었던 SONY Betamax VCR은 디지털 PVR을 지나 네트워크와 연결되더니, 급기야 인터넷만 연결되는 곳이면 TV프로그램을 녹화할 수 있는 '인터넷 녹화기'로 진화하기에 이르렀다.

인터넷 녹화기는 고가의 녹화기기를 구매할 필요없이 인터넷만 연결된 곳이라면 어디서나 TV를 녹화할 수 있고 원하는 시간에 다운로드 받아 시청할 수 있도록 하는 사업모델이다. 비용이 저렴하다는 점뿐 아니라 전세계 어디에서나 편리하게 이용할 수 있다는 점에서 기존 VCR이나 PVR보다 자원의 효율적 이용이 가능하며 특히 우리나라처럼 인터넷 환경에 잘 구축된 곳에서는 아예 VCR의 구매를 대체할 수 있을 것으로 기대되고 있다.<sup>6)</sup>

2) 박준석, 이용자의 저작권침해에 따른 인터넷서비스 제공자의 민사책임, 서울대학교 대학원박사학위논문 (2005), 299면; Jeremy Paul Sirota, "Analog to Digital: Harnessing Peer Computation", *Hastings Law Journal* (2004, Feb), p.763; 이대회, "특수한 유형의 OSP의 기술적 조치 의무", *계간 저작권 제80호* (2007), 21면.

3) 저렴한 범용 복제기기의 보급으로 누구나 쉽게 가정에서 디지털 음원을 복제하며, 유형물인 CD로 제작할 수 있다.

4) BBS에 콘텐츠를 올려 누구나 다운 받을 수 있도록 하거나, 멀리 떨어진 친구에게 문서파일을 메신저로 전송하고 P2P 방식으로 음악을 공유하며, 웹하드에 디지털화된 동영상 파일을 올려두고 여러 사람들이 동시에 다운로드 받는 일들은 더 이상 새로운 일들이 아니다.

5) 인터넷 쇼핑물의 매출은 해마다 늘어나고 있으며 은행 역시 인터넷 뱅킹을 주요 업무 수단으로 변화시키고 있다.

6) 인터넷을 활용한 BM개발은 국가 경쟁력과도 연결된다. 우리나라의 인터넷 보급률은 재론이 필요 없을

하지만 복제 매체가 이용자에게 획기적인 편의를 제공하게 되면 저작권자들은 권리 행사에 어려움을 갖게 되고 법적으로는 저작권적 균형에 재고를 요청하게 된다. 실제로 방송사업자들은 유료의 '다시보기' 서비스나 DVD 등의 2차 시장에서의 입지가 불안해졌으며, 디지털 형태로 제공된 녹화 동영상 파일이 P2P나 웹하드 등을 통해 유통되기 시작하면서 권리자들은 MP3의 공포를 느끼게 되었다.

### 3. 논의의 범위

복제 기술 발전으로 인한 문화 전파의 확대는 때로는 권리자의 이익과 충돌한다. 권리 부여와 원활한 이용이라는 저작권법의 영원한 테마는 인터넷 녹화기의 허용 여부를 두고 다시 한번 논란의 중심에 서고 있다. 결국 인터넷 녹화기에 대한 법적 검토 역시 문화발전이라는 법의 목적을 위해 바람직한 입법론적 방향을 제시하기 위한 것이다.

외국에서는 이미 권리자들의 문제 제기로 법정 분쟁 중인 곳이 나타나고 있는바, 영미법계의 미국과 대륙법계인 독일, 그리고 우리와 가장 유사한 법제를 지닌 일본의 사례를 살펴보면서 본 논의를 시작한다. 이들 사례는 모두 개개의 이용자가 아닌, 사업자를 대상으로 저작권법 위반 소송을 제기했다는 점에 특징이 있다. 이에 사업자로서는 자신들이 VCR 제조업체와 같은 지위에 있다면서 이용자들의 합법적인 사적 이용을 도왔을 뿐이라는 주장을 하고 있는 상황이다. 여기에서 두 가지 쟁점을 도출할 수 있는데, 도구를 제공한 간접 침해자의 위법성을 어떻게 판단할 것인지에 대한 논의가 이루어져야 하며, 디지털 시대에도 사적 복제의 취지를 살릴 수 있는 운영 방법을 재고하면서 인터넷 녹화기가 면책 요건을 충족하는지를 판단해 볼 것이다. 이 과정에서 외국의 학설과 판례, 법조문을 비교법적으로 분석하면서 세계적인 경향을 파악 할 것인데, 특히 국제 조약은 국내법 개정의 국제법적 한계로 작용한다는 점에서 간과되어서는 안될 것이다.

---

정도이며 와이브로(Wibro, wireless broadband Internet), 고속하향패킷접속(High Speed Downlink Packet Access: HSDPA) 등의 상용 서비스가 활성화되면서 유비쿼터스 세상으로 진입하고 있어 그 어느 나라보다도 인터넷 녹화기의 발전 가능성이 높다. 참고로 와이브로(Wibro, wireless broadband Internet)가 2006년 상용화된 데 이어, 고속하향패킷접속(High Speed Downlink Packet Access: HSDPA)가 2007년 3월부터 전국 서비스되고 있고 올해 4월부터 시작한 LG Telecom의 OZ는 파격적인 요금제를 앞세워 한달만에 10만 가입자를 돌파하였다.

- 7) 광의의 간접침해는 널리 직접 침해를 제외한 일체의 저작권 침해행위를 의미하는 것이지만, 주로 저작권 침해행위를 스스로 행하지 않으면서 방조하거나 가담한 자가 법적 책임을 부담하는 경우를 의미하는 개념으로 사용된다.(오승중(2007), 1173면)

## II. 인터넷 녹화기 분쟁 사례와 각 국 법원의 태도

### 1. 미국 “Cablevision”<sup>8)</sup>

케이블 방송사인 Cablevision은 2006년 3월에 “new Remote Storage DVR System” (이하 “RS DVR”) 서비스를 시작하였다. 이것은 이용자가 자신의 가정에 PVR을 설치하고 녹화 저장하는 것이 아니라, Cablevision이 제공하는 웹하드에 방송콘텐츠를 저장하고, 언제든지 원하는 시간에 재생하여 볼 수 있도록 하는 방식이었다.<sup>9)</sup> 출시 당시, 하드디스크에 프로그램을 저장하는 기존 PVR 서비스와 달리 헤드엔드 쪽에 프로그램을 저장하는 방식으로, 셋톱박스 가격인하와 유지 보수 비용 절감은 물론, 이용자들의 프로그램 선호도와 정보를 파악해 맞춤형 광고를 제공해 새로운 수익을 창출할 수 있었기 때문에 상당한 기대를 받았다.

그러나 헐리우드 영화사들과 프로그램 제작자들은 경제적 이익의 감소를 우려하였고 저작권의 힘을 빌어 대응하였다. 이들의 주장은 Cablevision은 단순히 일시적 복제와 전송할 수 있는 권한이 있을 뿐이며, 자신의 저장장치에 저작권이 있는 프로그램을 저장할 수 있도록 하는 것은 간접 침해가 아니라 직접 침해라고 주장하였다.

이 사안에서 뉴욕주 1심 법원은 Cablevision사의 RS DVR은 여러 가지 장치의 조합으로 이루어진 시스템으로 단일 장치(stand alone)인 VCR과 다르게 보아야 하며, VCR의 진화형이라기 보다는 VOD에 가깝다는 입장을 취하면서 콘텐츠를 제공하고 있으므로 사업자가 직접 복제를 한 것이라고 보아야 한다는 판단을 내렸다.<sup>10)</sup>

### 2. 독일 “Personal Video Recorder”<sup>11)</sup>

독일 “Personal Video Recorder”는 TV 프로그램 편성표를 인터넷 사이트를 통해 제공하고 이용자가 프로그램을 선택하면 ‘자동화된 시스템에 의해’ 해당 프로그램이 녹화되어 사용자 개인 계정에 저장되는 서비스이다. 상기 cablevision 사건과 마찬가지로 저작권침해 여부가 문제되었고, 방송사업자측(이하 신청인)은 인터넷 녹화기 사업자(이하 피신청인)를 상대로 영업 중지를 구하는 소송을 제기하였다.

8) Twentieth Century Fox Film Corp. v. Cablevision Systems Corp., 478 F. Supp. 2d 607 (S.D.N.Y. 2007)

9) 9.95달러를 한달 사용료로 책정하고 80시간 녹화할 수 있는 웹 하드 공간을 제공하였다.

10) 나아가 저장 과정에 수반되는 Buffer Memory 일시적 복제 역시 미국 저작권법상 복제에 해당하고, 이러한 시스템을 통해 cablevision은 방송 프로그램을 전송하는 데에도 직접 관여해 온 것이므로 저작권을 침해했다고 판시하였다.

11) OLG Köln, MMR 2006. 35 - “Personal Video Recorder”.

사안에서 쟁점은 이용자의 복제가 사적 복제에 해당하는가에 모아졌는데,<sup>12)</sup> 법원은 “Personal Video Recorder”의 운영은 단순히 CD라이터를 동전으로 작동시킬 수 있는 기기를 설치한 것과는 다르다고 하면서<sup>13)</sup> 인터넷 녹화기의 운영을 공중 복사기의 설치와 동일시 할 수는 없다고 보았다. 전통적인 공중복사기는 사용자가 기기에 대한 지배력을 가지고 직접 작동시키는 것이지만, 인터넷 녹화기에서 이용자는 단순히 자신이 원하는 프로그램을 선택한 데 불과하고 설비에 직접 접근하거나 제어하는 등의 행위가 없었기 때문에 ‘제3자에 의한 복제’로 보아야 한다는 것이다. 이에 따라 독일 저작권법 규정대로<sup>14)</sup> 무상서비스의 경우는<sup>15)</sup> 허용이 되겠지만,<sup>16)</sup> 유상서비스 부분은 사진복제라는 추가적 요건을 충족하지 못해 사적 복제에 해당하지 않는다. 결국 “Personal Video Recorder” 사업자는 유상 서비스 부분에 대해 저작권 침해의 책임을 지게 되었다.<sup>17)</sup>

- 
- 12) 독일 저작권법 제53조 (사적 사용 및 여타 개인적 사용을 위한 복제) ① 사적 사용을 위하여 자연인이 저작물을 임의의 매체로 개개 복제하는 행위, 직·간접적으로 영업목적이 아니며 복제를 위해 명백하게 위법 제작된 모형이 사용되지 않는 한도 내에서 허용된다. 복제할 권능이 있는 자는, 무상으로 행해지거나 종이 혹은 임의적인 사진기술적인 절차나 여타 유사한 효과가 있는 절차를 이용한 유사 매체로의 복제가 행해지는 한도에서, 복제본이 또한 타인에 의하여 작성되도록 할 수 있다.
- 13) 공중이 접근할 수 있는 공간에 복사기를 설치하고 이를 이용할 수 있도록 한 경우에는 제3자성이 부인된다. 독일에서는 CD라이터를 동전으로 작동시킬 수 있는 기기를 설치한 자에 대해 제3자 해당성을 부인한 바 있다.
- 14) 사용자 자신이 직접 복제를 하는 경우에는 매체와 방법을 불문하고 모두 허용되지만 제3자에 의해 복제하는 경우에는 무상인 경우에 한해 허용되며, 유상인 경우에는 추가적으로 종이 등의 매체에 사진기술의 방법과 이와 유사한 효과를 내는 과정을 통해 복제가 되는 경우만을 허용하고 있다.(독일 저작권법 제53조 제1항 제2문). 구법상으로는 제3자를 통해 녹화 녹음매체에 복제하거나 미술 저작물을 복제하는 경우에만 무상일 것을 요구하였으나 2003년 개정법에서는 무상요건을 일반화하고 있다. 이는 저작자의 경제적 손실 위험을 고려하여 사적 복제의 남용을 방지하기 위한 것이다. (안효질, “독일 저작권법상 사적복제의 허용범위와 기술조치보호의 예외”, 저스티스 제88호 (2005), 151면)
- 15) 사안에서 피신청인은 서비스를 유료로만 제공한 것이 아니라 무료로도 제공한 사실이 있었고 이는 피신청인의 정관에 표현되어 있었다. 제53조에서는 제3자가 무상으로 제공한 복제에 경우에도 사적 복제를 인정하는 취지의 규정을 두고 있으므로 피신청인의 무상으로 제공된 서비스는 사적 복제에 해당한다는 것이 법원의 판단이다.
- 16) 물론 복제기기의 운영자로서 복제기기 운영에 대한 복제보상금을 지불해야 한다.
- 17) 유상부분에 대해서는 독일 저작권법 제19조a 공중이용제공권도 침해가 된다고 판시하였다. 고객은 공중이며 공중이 원하는 시간과 장소에 볼 수 있으므로 공중이용제공권의 침해가 된다고 본 것이다. 하지만 법원은 제19a의 영역에 있어서도 제53조 1항에 의한 유무상 구별이 의미를 갖는다고 하면서, 사적복제가 되면 제19a조의 침해도 함께 사라진다는 판시를 하였다. 원문은 “Aus diesem Grund kommt es auch im Bereich des § 19a UrhG auf eine Differenzierung nach entgeltlichem oder unentgeltlichem Tun i.S.d. § 53 Abs. 1 UrhG entgegen der von der Ast. ... vertretenen Auffassung an.” 이 판결에 대한 상세 내용은 이일호, “복제행위가 우선인가, 복제목적이 우선인가” “인터넷 TV 녹화기 사례를 중심으로”, 연세지적재산권연구회 발표문(2006. 9.15.), 5면.

### 3. 일본 “録画ネット” 18)

일본의 ‘녹화넷(録畫ネット)’은 상기의 사례와 거의 유사한 인터페이스와 프로세스를 가지고 있지만 모든 회원은 반드시 ‘텔레비전PC’를 구매하도록 했다는 점에 특색이 있다. 사업자는 다분히 사적 복제 조항을 활용하기 위해 BM을 구성했는데, 굳이 각 개인별로 자신만이 사용하는 컴퓨터(テレビパソコン: 텔레비전 PC)를<sup>19)</sup> 구입하도록<sup>20)</sup> 강요하였고 이를 사업자 사무실에 설치하여 관련 프로그램을 설치하고 보수 관리하면서, 인터넷 사이트를 통해<sup>21)</sup> 이용자가 텔레비전 PC를 원격 조정<sup>22)</sup> 녹화할 수 있도록 한 것이다.<sup>22)</sup> 이 서비스는 미국의 “Cablevision”이나 독일의 “Personal Video Recorder”와는 달리 ‘나만의’ 녹화기기를 이용하여 녹화하는 것이고, 단지 원격지에서 인터넷을 통해 마치 리모컨 버튼을 누르는 것처럼 조정할 뿐이므로 가정에 설치한 기존 VCR에 보다 유사한 점이 발견된다.<sup>23)</sup>

하지만 일본 방송협회는 가정용 VCR과는 다르다고 주장하면서<sup>24)</sup> ‘녹화넷’을 운영하는 유한회사 에프에이 비전(有限會社エフエービジョン)을 상대로 저작권법 제17조 제1항 제1호의 침해금지 가처분 신청을 하였고, 재판소는 녹화의 주체가 ‘에프에이 비전’이라고 판단하여 저작권의 직접 침해를 인정하였다.<sup>25)</sup> 이처럼 일본에서는 이용자의 사적 복제 여부를 판단할 필요 없이

18) 知的財産高等裁判所 平成 17年(2005) 11月 15日 決定, 平成 17年 (ヲ) 第 10007 号. 원심 결정은 東京地方裁判所 平成 16年(2004) 1 0 月 7 日 決定, 平成 1 6 年 (ヨ) 第 2 2 0 9 3 号.

19) 텔레비전 PC(テレビパソコン)는 이용자마다 별도의 TV튜너를 배정하여, TV프로그램의 복제와 녹화된 동영상 파일을 송신하는 서버로서의 역할을 담당한다. 이 때 각 텔레비전 PC에 내장된 튜너만으로는 화상이 열화되는 경우가 있어 부스터로 출력을 높인 뒤 분배기를 경유하는 구조를 가지고 있으며, 허브 및 라우터를 경유해 인터넷과 접속하도록 하고 있다.

20) 판매·구입 형식을 취하고 있지만 약관상의 내용을 확인하면 소유권이 이용자에게 이전된 것은 아니다.

21) 이용자의 편의를 위해 인터페이스 프로그램을 제작하였고 iEPG 대응 TV프로그램 사이트와 연동시켜 보고 싶은 프로그램을 간단하게 예약 할 수 있도록 도와주고 있다. 법원에 제출된 증거자료 가11의 2, 1의 14를 보면 매주 일정한 시간대의 특정 프로그램을 반복 녹화할 수 있는 등의 기능이 부가되어 있음을 볼 수 있다.

22) 이용자들은 먼저 사이트에 접속한 뒤 ID와 Password로 인증을 받고 텔레비전PC에 로그인한다. 녹화하고 싶은 프로그램의 일시와 채널, 해상도, 녹화모드 등을 입력하고 ‘예약하기(予約する)’버튼을 클릭하면 설정대로 자동으로 녹화되고, 프로그램을 복제한 동영상 파일은 하드디스크에 저장된다. 이용자는 추후 언제든지 ‘녹화된 프로그램(録畫済み)’ 탭으로 들어가면 저장한 파일들을 검색할 수 있으며 원하는 시간과 장소에서 다운로드를 받을 수 있고, 통상의 동영상 플레이어로 재생 시청이 가능하다. ‘자동 전송 소프트웨어’를 제공하여 별도의 다운로드 절차 없이 자동으로 이용자의 PC로 전송되게 설정하는 것도 가능하다.(해당 판결의 증거 자료 갑1의 15 참조)

23) 즉 형식적으로는 이용자가 컴퓨터를 구매하여 ‘녹화넷’에 맡기고 관리 보수해 주는 비용을 지불하면서 자신이 직접 웹사이트를 통해 원격 조정하여 녹화 명령을 내리는 구조인 것이므로 멀리 떨어진 곳의 VCR에 리모컨으로 녹화 버튼을 누르는 것과 같은 구조라고 주장할 수 있어 보이는 것이다.

24) 저작권법 제17조 제1항 제1호의 침해금지 가처분 신청을 하였고, 재판소는 녹화의 주체가 ‘에프에이 비전’이라고 판단하여 저작권의 직접 침해를 인정하였다.

25) 원심 결정에서는 가처분 신청이 인용되었는데, 에프에이 비전측이 항고하여 高等裁判所の 판단을 받게 되었으나 위법성에 있어서 동일한 결론에 이르렀다.



서비스 운영자를 복제의 직접 주체로 보아 위법성을 인정하였는바, 이는 간접침해에 대한 일본의 독특한 이론인 '가라오케 법리'가 변형되어 반영된 것이라 할 수 있다.

'녹화넷'은 광고에 '해외에 거주하는 이용자들 대상으로 일본 방송을 시청할 수 있다'는 점을 내세워 영업을 하고 있으며, 텔레비전PC나 안테나, 부스터, 분배기, 서버나 라우터 및 다수의 소프트웨어를 모두 '에프에이 비전'이 조달했고 문언상으로는 텔레비전PC의 '구입'이라는 표현을 사용하였지만,<sup>26)</sup> 사실상 자신의 소유물로 운영하면서<sup>27)</sup> 시스템이 상시 작동하도록 관리하고<sup>28)</sup> 개별적인 질문에 일일이 답해주는 지원 활동을 하고 있을 뿐더러,<sup>29)</sup> 본건 서비스로 이용가능 한 방송 채널의 대상은 서비스 운영자가 일방적으로 정하고 있으며<sup>30)</sup> 매 월 보수 명목으로 이익을 얻고 있다는 점<sup>31)</sup> 등을 보건대 복제의 주체는 서비스를 제공한 녹화넷 사업자라는 논리였다. 사업자가 사적 복제 조항의 적용을 위해 구성한 '텔레비전PC'를 보더라도 PC는 반드시 사업자를 통해서만 구입할 수 있으며 구입된 PC는 치바현 소재 녹화넷 사무실에 설치되어 전적으로 서비스 운영자의 권한하에서 관리 운영되고 있어 이용자는 선택의 여지가 크지 않고, 계약 종료후에 텔레비전 PC를 반환 받게 되는 경우에도 영업비밀 등을 이유로 하드디스크드라이브를 초기화할 것을 계약서에 명기하고 있다는 점에서 텔레비전 PC의 소유권이 여전히 '녹화넷'측에 있는바, TV프로그램 녹화의 주체를 '녹화넷'으로 본 판시는 일본의 가라오케 법리에 비추어 볼 때 충분히 이해할 수 있는 결론이라 하겠다.

#### 4. 쟁점의 정리 : 복제의 주체와 사적 복제

인터넷 녹화기에 대한 법적 분쟁 사례를 분석해 보면, 각 국가마다 법체계와 사업 환경이 제각각임에도 불구하고 '간접침해'와 '사적복제'에 법적 쟁점이 모아지고 있음을 볼 수 있다. 권리자들은 녹화를 지시하고 복제된 TV 프로그램을 시청하는 개별 이용자를 상대로

26) 이용자는 사양에 따라 구매할 컴퓨터를 선택하고 텔레비전 PC의 구매 명목으로 일정액의 금액을 지불하였다.

27) 본 건의 텔레비전 PC는 운영자가 직접 조달하여 회원을 모집하였고, 자신의 사무실에 설치하였다. 이용자가 직접 PC를 구매하여 서비스를 이용하는 것을 불가능하였다. 또한 텔레비전PC만의 판매는 응하지 않았으며 설치 장소 역시 운영자가 지정한 자신의 사무실에 한하였고 불가항력인 경우를 제외하고는 무상으로 수리, 부품교환 등을 실시하고 있지만, 계약기간 만료시 해당 컴퓨터를 반환받으자 하는 이용자는 50달러 + 우송료 실비를 지불해야 실질적인 컴퓨터의 소유자가 될 수 있다. 참고로 다른 계약자에게 양도하는 경우에는 수수료 10달러를 받았다.

28) 서비스 운영자가 홈페이지를 관리하고 감시 서버를 통해 일정시간마다 각 텔레비전PC의 상태를 점검하고 문제가 있을 때는 리셋(Reset)하기도 한다.

29) 이용 방법에 대한 안내문을 게시했을 뿐만 아니라 이용자들의 문의에 대해 1:1로 이메일 답신을 해주면서 지원을 해주고 있다.

30) 녹화 가능한 채널은 '녹화넷' 사무소가 소재하는 치바현 마츠도시에 수신된 NHK2(종합, 교육), 일본 TV, TBS TV, 후지TV, 아사히TV 및 텔레비전 도쿄의 아날로그 지상파 방송에 대해 녹화가 가능하였다.

31) 보수 관리 비용으로 월 49.95달러를 지불하면서 녹화서비스를 이용하였다.

문제를 제기한 것이 아니라, 인터넷 녹화기를 기획하고 운영하는 사업자에게 법적 책임을 묻고 있으며,<sup>32)</sup> 이에 대해 인터넷 녹화기 사업자는 VCR 제조자와 다를 것이 없다고 항변을 하고 있는 것이다.<sup>33)</sup>

인터넷 녹화기에 대한 합법성 검토와 이익 균형을 위한 입법론 등의 법적 고찰 역시 결국 인터넷 녹화기의 법적 검토를 위해서는 저작권 침해에 대한 수단을 제공한 자에게 책임을 지우기 위한 '간접 침해' 법리를 검토하고, 저작권자의 경제적 이익을 해할 우려가 없다고 인정되는 개인적 범위내에서 저작물의 복제 등에 의한 이용을 허용하였던 '사적 복제'가 디지털 환경에서 재고될 필요가 있음에 대한 논의를 중심으로 이루어져야 할 것이다.

### Ⅲ. 간접 침해 법리와 인터넷 녹화기

#### 1. 간접 침해 법리

IT기술의 발전은 저작권법 수범자의 확대를 가져왔다. 일반 공중이 저작물을 작성하고 배포하면서 스스로 권리를 행사하고 동시에 권리 처리를 해야 하는 지위에 서게 된 것이다. 저작권침해자의 범위가 일반 공중으로 확대되어 대량 침해가 일상화되면서 침해자를 일일이 추적하여 책임을 묻는 것이 사실상 불가능하게 되었고, 찾아낸다고 하더라도 충분한 배상 능력이 없는 경우가 많으므로, 저작권 침해에 도구나 시설<sup>33)</sup>장소<sup>34)</sup>기회를 제공한 자를 통제하는 것이 보다 효율적이라는 생각이 들게 되었다. 하지만 우리 저작권법은 특허법과 달리<sup>34)</sup> 간접 침해의 위법성을 규정한 명문의 조문이 마련되어 있지 못하기 때문에, 침해를 유발하거나 도움을 준 자에게 책임을 지울 수 있을 것인지에 대한 법리적 공방이

32) 복제를 한 직접 당사자를 제쳐두고 복제의 도구를 제공한 사업자에게 저작권 침해를 주장한 것이다. 이는 VCR 이용자가 아니라 VCR 제조자를 상대로 소송을 제기했던 'SONY Betamax' 사례와 비견될 수 있다.

33) 집에서 VCR의 녹화 버튼을 누르듯이 사이트에서 녹화 버튼을 클릭하는 것뿐인데 VCR 제조자와 인터넷녹화기 서비스 업체를 왜 다르게 보냐는 항변이다. 인터넷 TV녹화 서비스를 제공하는 업체측에서는 신규 이용자들에게 설명의 편의를 위해 '가정용 VCR을 인터넷으로 옮겨 놓 것일 뿐'이라는 문구를 자주 사용한다. 예컨대 [http://ental.co.kr/customer/notice\\_view.html?bd=2&pg=2&qt=0&kw=0&no=11](http://ental.co.kr/customer/notice_view.html?bd=2&pg=2&qt=0&kw=0&no=11) 저작권적으로 아무 문제가 없음을 공지사항을 통해 강조하고 있다.

34) 특허법 제127조. 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 업으로서 하는 경우에는 특허권 또는 전용실시권을 침해한 것으로 본다. 1. 특허가 물건의 발명인 경우에는 그 물건의 생산에만 사용하는 물건을 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위 2. 특허가 방법의 발명인 경우에는 그 방법의 실시에만 사용하는 물건을 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위.

있어 왔다.<sup>35)</sup> 이와 같은 현상은 다른 나라들에서도 마찬가지로여서 간접침해에 대한 법리가 재조명 되고 있다.<sup>36)</sup>

## 2. 법이론의 비교법적 연구

간접침해 행위에 대한 법률적 책임을 묻기 위해서 별도의 조문을 만들어 입법적으로 해결을 하는 경우도 있지만, 입법적 결단이 없는 경우에도 기여책임 및 대위책임을 기반으로 하는 '순수한 간접침해 책임'으로 보거나 '직접침해'로 의제, '방조에 의한 공동불법행위 책임'으로 이론 구성하는 방법 등 3가지 방향으로 해석론이 제시되어 왔다.

'순수한 간접침해 책임'은 미국을 중심으로 발전된 이론으로 그간 다수의 판례를 통해 선구적인 이론들을 제시해왔고 간접 책임에 대한 많은 시사점을 준 것은 사실이나, 법체계의 차이점을 감안하여 참고에 신중을 기할 필요가 있다. '직접침해'로 의제하는 방법은 일본의 '가라오케 법리'가 대표적인데, 우리와 법제가 유사한 일본에서 발전된 이론임에도 불구하고 의외로 국내 연구가 미진한 편이므로 적용가능성을 검토해보는 것은 의미 있는 일이라 할 것이나, 일본 내에서도 지나치게 의제적이라는 비판이 있음을 간과해서는 안된다. 마지막으로 '공동불법행위 책임'으로 이론 구성하는 것은 현재 우리 판례의 입장이라고 할 수 있는바, 최근 OSP 책임론과 관련하여 다수의 판결들이 나오면서 점차 다듬어지고 있는 중이라 할 수 있는데 현행법의 해석상 무난한 선택이었다고 평가되나,<sup>37)</sup> 아직까지 법리구성이 정치하게 완료되었다고는 할 수 없는 단계이므로 앞으로의 보완점을 찾기 위해 비교법적 연구는 많은 도움이 될 수 있을 것이다.

### 가. 입법적 조치 - 영국

영국은 '유럽공동체 특허조약'(CPC) 제30조에<sup>38)</sup> 부응하여 1977년 특허법에서 간접침해 관련 규정을 명문화하였는데,<sup>39)</sup> 저작권법에도 이와 유사하게 간접침해에 관한 규정을 마련

35) 소리바다 사건을 비롯한 일련의 OSP 책임 관련 소송들을 통해 다수의 판례가 축적되는 과정에서 우리나라 대로의 법리를 구축해가고 있는 중이다. 소리바다 사건에서의 간접침해 이론에 대해서는 박준석, 인터넷 서비스제공자의 책임: 저작권자와 디지털 복제기술공급자의 충돌과 조화, 박영사(2006), 262~265면. 소리바다3에 대한 가처분결정은 서울중앙법원 2005.8.29.자 2004카합3491결정, 서울중앙지방법원 2005.10.26.자 2005가합3179 결정; 소리바다5에 대해서는 서울중앙지방법원 2006. 8. 23.자 2006가합970 결정, 서울고등법원 2007.10.10.자 2006라1232 결정 등 참조.

36) 일본에서는 일찍이 저작권정보센터 산하에 '기여침해 간접침해 위원회'를 설치하여 체계적이고 종합적인 연구를 수행하는 등 간접 침해에 대한 많은 관심을 기울여 왔다.

37) 오승중·최진원, "P2P 사업자의 필터링과 OSP 책임제한", 홍익법학 제9권 제1호 (2008), 223면.

38) 현재는 제26조이다.

39) 영국 특허법 제60조 제2항.

하였다. 내용을 살펴보면 구체적으로 저작권 침해의 수단(means)을 제공하는 행위, 허락을 받지 않은 송신행위, 저작권을 침해하는 실연을 위한 장소의 제공/기기의 제공행위, 복제 방지장치의 무력화 기기의 제조행위, 허락을 받지 않은 수신을 위한 장치의 제조행위 등을 언급하고 있다.<sup>40)</sup>

나. 순수 간접책임 (기여책임, 대위책임) - 미국

미국의 간접침해 이론은 주로 OSP책임론을 중심으로 발전해 왔다. 온라인서비스제공자나 P2P서비스제공자의 책임 문제는 미국에서 가장 다양한 선례를 남겼는데 주로 판례법으로 발전한 기여책임과 대위책임으로 논리가 구성되어 왔는데,<sup>41)</sup> Playboy Enterprises Inc. v. Frena 사건을<sup>42)</sup> 시작으로 Sega Enterprises Ltd. v. Maphia 사건, Religious Technology Center v. Netcom 사건<sup>43)</sup>, A&M Records, et al. v. Napster 사건 및 최근의 Grokster 사건 등을 예로 들 수 있다.<sup>44)</sup>

미국의 순수 간접책임 이론은 저작권법적으로 중요한 논점들을 다수 제시하였지만, 우리가 수용하기에는 난점이 많다. 저작권침해에 따른 손해배상 책임과 관련하여 우리나라 민법은 미국과 달리 과실책임의 원칙을 취하고 있는 등 미국의 법제와는 기본적으로 다르기 때문이다.<sup>45)</sup>

다. 직접 책임 - 일본; ‘가라오케 법리’

일본에서는 이미 수년 전부터 간접침해의 중요성을 인식하고 ‘기여침해 간접침해 위원회’

---

40) 영국 저작권법 제24조 제26조, 제298조 참조. 제22조부터 제26조에 걸쳐 저작권 간접침해 행위의 유형에 대하여 규정하고 있는데 제22조와 제23조는 직접 침해행위에 의해 작성된 침해물을 확산하는 행위에 대한 규정이다.

41) 미국에 있어서 기여책임이나 대위책임에 관한 법리는 판례법을 통하여 상당히 정밀하게 발전하여 왔다고 평가된다. 간접침해와 관련된 판례로서는 오래 전 1886년의 Hayper v. Shoppell 판결로부터 시작하여 1971년의 Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Mgt., Inc. 판결을 거쳐 Sony(Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 457 U.S. 1116, 102 S.Ct 2926 (U.S. Cal. Jun 14. 1982). Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.)사건과 최근의 Napster 사건 및 Grokster 사건 판결에까지 일련의 판결들이 이어지고 있다. 사안의 상세한 설명과 DMCA의 내용은 오승중, 저작권법, 박영사(2007), 1191 1199면 참조.

42) Playboy Enterprise, Inc. v. Frena, 839 F.Supp. 1552 (M.D. Fla. 1993).

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

44) ‘기여책임’이나 ‘대위책임’과 같은 이른바 간접침해 유형의 책임이론을 적용하고자 할 경우 미국과 우리나라의 민법체계의 차이점에 대한 깊은 주의가 필요하다.(오승중(2007), 1171 1172면)

45) 인터넷을 통한 저작권침해에 따른 책임의 문제를 논함에 있어서는 각국의 제도와 판례를 무분별하게 수용할 것이 아니라 우리나라 법체계에 비추어 체계적이고 철저하게 연구·검토한 연후에 취사선택 과정을 거쳐 받아들이는 것이 필요하다.

를 구성하여 각국의 이론과 제도, 판례를 비교하는 한편, 법체계를 감안한 도입 가능성 및 이론구성의 가능성을 검토하였다. 이 위원회는 학계, 변호사, 관계단체의 전문가들로 구성된 위원들로 구성되어 7회에 걸친 집중적인 토의 끝에 최종적인 보고서를 발간하였는바, 간접침해를 해결하기 위한 방법으로 미국식의 기여책임이나 대위책임이론은 일본에 적합하지 않다는 결론을 내리게 되었다. 미국의 경우 기여책임과 대위책임에 관해 많은 판례가 축적되어 왔지만, 양자의 구별이 반드시 명확하지 않고 중첩되는 경우 양자의 경계 및 그 경계를 이루는 기준도 명확치 않다는 것이다.

일본에서는 '저작물의 사용주체성'<sup>46)</sup> 개념을 규범적으로 파악하여 간접침해자를 직접침해자로 볼 수 있는 독자적인 이론 구성을 시도하였고, 침해의 주체를 규범적으로 파악하여 지배 관리성과 영업상의 이익을 고려하여 물리적으로는 침해행위를 하지 않은 자라고 할지라도 직접 침해행위를 한 것으로 평가하는 '가라오케 법리'를 만들어 냈다.<sup>47)</sup> 카바레나 노래방 등에서 저작권자의 허락을 받지 않고 이루어지는 음악저작물의 공연 등에 관하여 해당 업소를 경영하는 업주의 책임 여부가 '직접주체성'(直接主體性)을 통해 다루어진 캐츠아이 사건(クラブ・キャッツアイ)에서 유래하여서 이후 '가라오케 법리'라고 불리고 있다.<sup>48)</sup>

이 법리는 이후에도 가라오케사교음식점에 관한 동종의 하급심 재판례에서 계속적으로 인용되었고 가라오케 박스에 관한 하급심판례에도 적용되었으며,<sup>49)</sup> 이후 가라오케가 아닌 곳에서의 저작물 이용에 대해서까지 확장되기 시작했다.<sup>50)</sup> 그리고 최근에는 인터넷 시대를 맞이하여 사업자가 이용자의 행위를 지배할 수 있는 것은 아니지만 유기적으로 결합한 하나의 녹화시스템의 구축하고 이 시스템의 관리하고 있는 경우에 대해서도 직접 주체로 보아야 한다는 '변용된 가라오케 법리'가 나타나기에 이르렀다.<sup>51)</sup>

가라오케 법리는 기술적인 측면에서 매우 유용하게 활용될 수 있지만 저작권자의 권리행

46) '관리·지배'와 '영업상 이익'두가지를 기준으로 한다.

47) 일본의 재판소는 다수의 사건에서 간접 침해자를 침해로 주체로 인정하여 침해의 정지 및 손해배상에 의한 구제를 실현해 오고 있다.

48) 캐츠아이 사건[참조(最高裁判所 昭和63年(1968) 3月15日 判決 民集42卷3号199頁) 노래방 경영자를 저작권 침해의 주체라고 하면서 직접 침해를 인정하였다. 캐츠아이 사건판결에 나타난 사고방식은 그 후의 판례·학설에서 점차 일반화되어 왔다. 전성태, "일본의 재판례를 통해서 본 저작권 간접침해와 가라오케 법리", 디지털재산법학회 정기세미나 발표문(2008.6.30.), 2면.

49) ビットグエコー事件 (東京高等裁判所 平成11年(1999) 7月13日 判決 判時1696号137頁)

50) 演奏會プロモーション(연주회 프로모션) 事件 (最高裁判所 平成13年(2001) 3月2日 判決 民集55卷2号185頁)

51) ファイルログ(파일로그) 事件 (東京地方裁判所 平成14年(2002) 4月9日 決定; 同 平成14年4月11日, 判例時報1780号25頁(가처분결정), 東京地方裁判所 平成15年1月29日 判決, 判例時報 1810号29頁(第1審中間判決), 東京地方裁判所 平成15年(2003) 12月17日 判決, 判例時報 1845号36頁[第1審], 東京高等裁判所 平成17年(2005) 3月31日 判決[控訴審]) 위에서 살펴본 녹화넷 사건 역시 가라오케 법리의 변형적 적용으로 사업자를 복제의 주체로 본 사건이다. 실제로 권리자측은 가처분 신청을 하면서 클럽·캐치아이 사건판결을 인용하여 가라오케법리의 적용을 요구하였는바, 이 법리는 「저작권의 모든 지분권이 문제로 되는 사안에 전제로 되어야 한다」고 한 바 있다.

사를 위해 위법성을 확장할 위험을 내포하고 있다. 사적 복제와 같은 적법 행위에 대해 관여한 경우에도 위법하다고 평가할 수 있는 가능성을 남기는 것이다.<sup>52)</sup> 공유 영역을 활용한 BM개발을 저해하고 산업발전에 장애가 될 수 있다는 문제가 있으며, 프로바이더책임제한법의 책임제한 조항마저 잠탈 할 우려가 있다. 법원의 실무를 살펴보면 권력분립의 원칙에도 위배될 가능성이 있으며<sup>53)</sup> 자신이 직접 침해한 것이 아니라 타인의 침해행위에 도움을 준 자에게 직접 침해자로서의 성격을 인정한다는 것은 상당히 의제적이라는 한계를 가지고 있다.<sup>54)</sup>

### 3. 소결 : 공동불법행위 법리의 지지

미국에서 발달한 기여책임 내지 대위책임의 법리는 오랜 기간 동안 많은 판례들을 통해 다듬어진 비교적 탁월한 판례법상 법리라고 평가되며 이러한 법리를 연구할 필요성과 참고의 가치는 충분히 인정된다. 하지만 우리의 저작권법과 민법은 미국의 판례법과는 일치하지 않는 부분이 적지 않으며<sup>55)</sup> 기여책임이나 대위책임에 대해서는 이들을 구분 짓는 기준도 논의된 바를 찾기 어렵다. 입법론적으로 검토될 수는 있겠지만 지금 미국의 판례 이론인 순수한 간접침해이론을 실무에 바로 적용하는 것은 무리가 있다.<sup>56)</sup>

일본의 법제는 우리나라와 마찬가지로 저작권법에 간접침해 그 자체에 관한 규정이 없는 것은 물론이고, 민법의 불법행위 규정에도 기여책임이나 대위책임에 관한 규정도 없다. 일본의 연구와 경향은 많은 시사점을 줄 수 있는데, 이른바 ‘저작물의 사용주체성’을 규범적 개념으로 파악함으로써 직접침해가 성립할 수 있는 카테고리를 다소 완화하여 해석하는 방법은 우리에게 있어서도 입법론적으로 고려해 볼 수 있는 법기술의 하나를 제시해 주고 있다. 하지만 직접 침해로 이론 구성하는 것은 지나치게 의제적이며 새로운 기술의 개발을

52) 있지도 않은 위법성을 만들어 낸다는 비판이 있다. 山本隆司, “著作権の間接侵害に對する差止とその行爲類型”, 『NBL』 NO.865 (2007), 36-37면; 저작권법 위반은 형사벌의 대상이므로 법적 안정성과 죄형법정주의에 있어서도 비판의 여지가 있다.

53) 파일로그사건중간판결에서 재판소는 「가라오케법리」에 의해 자동공중송신용기록매체에 전자 파일을 저장한 주체=송신가능화의 주체로 인정되는 자는 특정전기통신역무제공자가 사용하는 특정전기통신설비의 기록에 정보를 기록한자=발신자에 해당하는 것으로, 검색용 중앙 서버의 관리자를 당해전자파일의 「발신자」로 인정하고, 프로바이더책임제한법제3조제1항 단서를 적용해서 동조본문에 의한 면책을 회피하였다. 전성태(2008), 17면.

54) 上野達弘, “著作権におけるいわゆる間接侵害”, ソフトウェア開発・販賣と著作権の間接侵害規定に關する調査研究, ソフトウェア情報センター(平成18年), 39-46면.

55) 박준석, “인터넷 서비스제공자의 책임에 관한 국내 판례의 동향 - 소리바다 항소심 판결들을 중심으로”, Law & Technology 제2호(2005), 55면.

56) 각테일 사건이나 인터넷 채국 사건은 민법 제756조와 미국의 대위 책임 법리를 혼용하고 있다는 비판을 받은 바 있다. 박준석, 전제논문, 55면.

저해할 가능성이 있는 등 저작물 이용의 자유영역을 축소시킬 우려가 있어, 우리의 현실에 도입하는 것은 바람직해 보이지 않는다.<sup>57)</sup>

한국의 저작권법은 간접침해에 대한 별도의 특별한 입법적 조치가 미흡하며 OSP의 책임 제한에 관한 소극적 규정만이 마련되어 있기 때문에, 간접 침해자에게 책임을 지우기 위한 법적 근거에 대해서는 상당한 논란이 있어 왔다. 법원은 소리바다 사건을 통한 다수의 판결을 통해 시행착오를 겪은 결과, 민법 제760조 제3항이 OSP 책임에 대한 성문법적 근거가 될 수 있음을 밝히고 있다. 이와 같이 방조에 의한 공동불법행위로 이론 구성한 법원의 입장은 현행법의 해석상 무난한 결정이라 할 수 있다. 법원은 소리바다1에서 OSP 사업자로서의 주의의무를 확정하고 이에 미흡할 경우 공동 불법행위 책임을 부과하는 논리를 구성하고 있는데, 이와 같은 법리는 소리바다3 사건에서 슈퍼노드 방식의 P2P 사업자에게도 확장 적용된 바 있으며 최근 소리바다5 사건에서도 재차 확인되고 있다. 현행법상으로 공동불법행위 책임에 의한 이론 구성이 가장 바람직한 대안이라고 할 수 있는바, 이하 논의에 있어서도 이러한 전제에서 법적 고찰을 진행하도록 하겠다.

#### IV. 사적 복제와 인터넷 녹화기

##### 1. 복제기술의 발전과 저작권 분쟁

복제 기술의 발전은 이용자들이 저렴한 비용으로 높은 수준의 문화 생활을 향유할 수 있도록 도와 주었다. 기술을 발전시킨 사업자 역시 혁신 제품의 출시로 시장에서 열렬한 환영을 받게 되면 리드 타임 동안 독점 이윤을 누리며 막대한 수익을 얻을 수 있으므로 연구 개발에 노력을 경주한다. 하지만 저작권자에게 대체기술의 발전은 새로운 도전이며 권리를 수호하기 법을 무기삼아 응전해야 할 적으로 인식되어 왔다.

기술의 발전에 대해 저작권자가 반발한 사례의 흐름은 곧 저작권법의 역사이기도 하다. 특정 악보를 기계적인 음각으로 기록한 악보가 장착된 자동피아노연주기에 대한 법적 논란이 있었던 1908년 Player Piano 사례를<sup>58)</sup> 고전적인 충돌의 시작으로 볼 수 있으며<sup>59)</sup> 이후 각종 혁신적인 복제 기술이 개발되면서 분쟁이 격화되었는바, 1970년대 SONY가 Betamax

57) 많은 부작용이 우려되며 이론적인 한계가 있음은 앞에서 언급한 바와 같다.

58) White Smith Music Publishing Co. v. Apollo Co., 209 U.S. 1, 28 S.Ct. 319 (1908). Grokster 판결문에도 background에서 기술의 발전과 저작권자의 충돌 사례로 소개되었다.(Metro Goldwyn Mayer Studios, Inc. v. Grokster Ltd. 380 F.3d 11549(2004) at 1158)

59) 박준석, 이용자의 저작권침해에 따른 인터넷서비스제공자의 민사책임 : P2P복제기술을 중심으로, 서울대학교 대학원 박사논문 (2005), 290면.

VCR을 개발하자 Universal Studios가 소송을 제기하였으며, 1990년대 초에는 DAT라는 디지털 오디오 레코딩 기술이 개발되자 또다시 법정에서 신기술의 도입 가능성을 타진한 바 있다.<sup>60)</sup> 90년대 후반 MP3 재생기 공급업체를 상대로 소송이 있었으며, 2000년대에 들어선 VCR이 디지털적으로 진화한 PVR에 대해서도 분쟁이 있었으며, 전세계를 뒤흔든 Napster 나 소리바다 등의 인터넷을 통한 파일 공유가 문제된바 있다.

새로운 복제 기술의 등장은 권리의 부여와 제한으로 세밀하게 조정해 놓은 이익 균형에 균열을 가져온다. 인터넷 녹화기의 등장으로 위기를 느낀 권리자는 기존의 사적 복제 관련 조항이 재조정되어야 한다고 주장한다. 사업자로서는 예전부터 자유롭게 이용하던 개인적 녹화를 단지 인터넷을 통해 이용할 수 있도록 수단을 제공할 뿐이며 VCR과 마찬가지로 적법하다는 논리를 펴고 있다. 기술의 발전에 따라 권리범위는 끊임없이 재조정되어야 한다. 인터넷 녹화기는 기존의 VCR이나 PVR과 그 성질을 전혀 달리 하는 것인지, 그 등장으로 인해 사적 복제에 관한 조항을 전면적으로 부정하거나 조정해야 할 시점인지 등에 중점을 두고 사안을 고찰할 필요가 있다.

## 2. VCR의 진화 과정과 공정 이용

### 가. SONY Betamax VCR의 Time-Shifting

1975년 11월 출시된 Sony의 Betamax VCR은 저작권과 복제기술의 조화라는 주제에 기념비적 이정표를 세웠다. 연방대법원이 저작권의 기여침해에 대해 직접적으로 판시하면서 장문의 판결문을 남겨 아직까지도 기술과 법의 충돌, 간접침해 문제에 대해 시금석을 제공하고 있는 것이다.

VCR은 방송 일체를 복제하여 보관할 수 있게 해준 혁신 기술로 이용자의 통제력을 획기적으로 증대시켜 주었다. 방송프로그램의 저작자들은 통제력의 약화로 수익의 감소를 걱정하였고 결국 Universal City Studios사에 의해 저작권법 위반을 이유로 소송을 제기하였다.<sup>61)</sup> 장시간 진행된 심리결과 법원은 SONY의 손을 들어주었다. 텔레비전 저작물은 연예 오락적인 특성이 강하고 광고 수익으로 운영되는 특성상 이용자에게 직접 사용대가를 사용료로 징수하는 저작물의 복제와는 다르다는 점 등을 근거로, 이용자가 원하는 시간에 볼 수 있도록 시간 이동(Time Shifting)하는 것은 공정 이용(fair use)에 해당한다고 판시한 것

60) Cahn v. Sony Corp. SDNY, No.90 Civ. 4537(RWS), 7/9/90(PTCJ. 989 243). SONY가 개발한 'DAT'는 디지털방식으로 음원을 녹음하여 음질의 열화가 없이 반복 복제가 가능하였다. 때문에 저작권자들은 위기 의식을 느끼게 되었고 SONY를 상대로 기여책임을 문제 삼아 소송을 제기하였다.

61) Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 457 U.S. 1116, 102 S.Ct 2926 (U.S. C al. Jun 14. 1982).

이다.<sup>62)</sup>

#### 나. 디지털 복제, Rio MP3 Player의 Space-Shifting

90년대 디지털 기술은 복제에 새로운 전기를 만들었다. 원본과 동일한 복제물을 고가의 장비나 특별한 기술 없이 누구나 대량 생성할 수 있게 되면서 저작권자들의 권리를 위협하기 시작한 것이다.

몇 건의 문제 제기가 있었으나<sup>63)</sup> 디지털 복제와 저작권자간의 충돌이 본격적으로 법적 판단을 받게 된 것은 'Rio'와 RIAA간의 소송이었다.<sup>64)</sup> 우리나라 벤처 기업인 디지털 캐스트가 공급하였던 세계최초의 MP3 Player 'Rio'는<sup>65)</sup> MP3파일의 활용도를 극적으로 높여준다는 점에서 저작권자들로부터 원성을 들어왔고<sup>66)</sup> 결국 RIAA가 오디오 가정 녹음법(Audio Home Recording Act : AHRA)위반을 이유로 소송을 제기하였다. 이에 연방 제9항 소법원은 공정 이용에 동원되는 기기이므로 적법하다는 판결을 내리게 되었는바, VCR이 텔레비전 콘텐츠의 Time shifting이 공정이용에 해당하듯이 Rio는 Space shifting을 위한 복제를 하고 있을 뿐이어서 AHRA의 주목적(主目的)인 사적 이용 촉진에 부합한다고 보았다.<sup>67)</sup> 이 판결에서 컴퓨터 하드디스크 드라이브는 AHRA상의 디지털 녹음에 해당하지 않는다는 판단을 하였는데, Rio와 MP3 기술을 유지시키기 위해 AHRA의 적용 범위를 축소 해석하는 방법을 택한 것이다.<sup>68)</sup>

62) 상세한 내용은 박준석, 전제 논문 (2005), 265-279면 참조.

63) SONY가 기존 아날로그 녹음기를 대체할 것으로 기대하며 개발한 디지털오디오테이프(digital audio tape: DAT)는 저작권자와의 충돌을 피하기 위해 스스로 연속 복제 제어 시스템(Serial Copy Management System: SCMS)을 장착하기도 하였다. 그러나 저작권자는 이것으로 충분한 대비책이 될 수 없는바 SONY가 간접책임을 져야 한다고 주장하였고, 결국 작사가였던 Cahn에 의해 소송이 제기되었다. 이 사건은 당사자간의 화해로 종결되어서 디지털 복제기기에 대한 법원의 입장을 볼 기회는 뒤로 미루어졌지만, DAT에 대한 분쟁과 사업적 실패는 저작권의 해결 없이는 기술 혁신의 효과를 경제적 이익으로 연결시키는 것이 쉽지 않음을 보여주었으며, 오디오 가정 녹음법(Audio Home Recording Act : AHRA)의 입법적 결단을 촉구한 주요 원인이 되기도 하였다. 이 법률은 비영리, 사적 녹음에 대해서는 저작권 소송을 금지하여 기술 개발에 힘쓴 복제 기기 제조사들과 이용자들을 보호하였으며, 연속 복제 제어 시스템의 장착을 의무화하여 권리자들을 보호하고 제조업체의 수익 중 일부분을 보상금으로 지급 받을 수 있도록 하였다.

64) RIAA v. Diamond Multimedia Systems., 180 F.3d. 1072 (9th Cir 1999).

65) 김문환, "MP3과 저작권법상의 문제점", 인터넷과 법률, 법문사(2002), 352면.

66) 특히 CD로부터 MP3파일을 변환하고 휴대용 재생기에 전송하는 기능을 담당하는 Rio Manager라는 프로그램을 함께 제공하여 음반사들의 반발을 사고 있었다.

67) 이에 대해 단지 Space shifting에 해당한다는 판시에서 멈출 것이 아니라 어떤 근거에서 공정이용이 되는 것인지에 관해서는 보다 상세한 설명이 있었어야 했다는 비판이 있다. 박준석(2005), 296면.

68) 이상의 판결에 대한 경과와 AHRA의 상세 내용은 박준석(2005), 293-297면.

#### 다. 네트워크와의 연결, 인터넷 녹화기의 Place-Shifting

디지털 콘텐츠는 네트워크와의 연결이 용이할뿐더러, 인터넷이 비약적으로 발전하면서 활용도가 높아지는 추세에 따라 녹화기도 자연스럽게 네트워크와 연결되고 있다. 가정용 PVR에 모뎀을 장착하여 인터넷과 연결시켜 주는 것으로 시작한 PVR의 네트워크화는<sup>69)</sup> 녹화기기를 소지할 필요 없이 인터넷만 연결된 곳이라면 원격지의 녹화기를 조작, 시청할 수 있는 '인터넷 녹화기'로 발전하였는바, 아날로그 시대의 VCR처럼 시간 이동이 가능할 뿐만 아니라 인터넷이 연결된 곳이라면 어디에서나 이용할 수 있게 되므로 장소 이동까지 가능하게 해준다. 오후2시에 방송한 프로그램을 퇴근 후에 볼 수 있을 뿐만 아니라, 한국에서 방송된 TV프로그램을 미국이나 일본 등 해외에 체류 중일 때에도 인터넷으로 녹화, 시청이 가능해 진 것이다. 집에 있던 VCR을 사업자 사무실로 옮겨 놓고, 원격에서 이를 제어하여 녹화 시청할 수 있는 것이다.

인터넷 녹화기의 Place Shifting을<sup>70)</sup> 기존 VCR이나 MP3 Player에서 공정이용으로 판단 해준 Time Shifting, Space Shifting과 동일하게 볼 수 있을 것인지를 우리나라의 법제와 연결하게 되면 사적 복제의 범위 재고와 연결되는 문제이다. 복제 기술이 발전하면서 저작권자에게 미치는 불이익이 커지고 있음을 감안하면 공정이용에 대한 판단도 VCR의 진화 과정에 따라 재고의 여지가 있다. 손수 타인의 책을 베끼던 시절의 사적 복제와 아날로그 VCR의 등장한 후의 상황, 그리고 지금 디지털 복제기기의 사용과 인터넷 녹화기의 위력은 저작권자에게 미치는 영향력에 있어 동일한 사안으로 치부하기엔 무리가 있다.

### 3. 사적 복제의 취지와 의미

#### 가. 사적 복제의 의의

사적 복제란 개인이나 한정된 범위의 사람이 개인적으로 저작물을 감상하거나 조사 연구 하기 위해 한정된 수량의 복제물을 만드는 것이다. 고전적 형태의 사적 복제는 저작물을 손으로 필사하는 것인데, 복제 기술이 발달하지 못했던 19세기에 개인적으로 이루어지는 복제는 법적 규율의 대상이 되지 못했다. 사회가 확대되고 복제 기술이 발전하면서 사적 복제를 저작권법 내부에서 규율 할 필요가 생겼고 세계 각국은 사적 복제를 직간접적으로

69) 미국에서는 일찍이 가정용 PVR이 상용화되었고 인터넷과 연결되는 형태로 발전하였는데, 모뎀이 장착 된 SonicBlue사의 RealTV가 출시되자 결국 저작권자를 대표하는 파라마운트 영화사에서 저작권 침해 를 이유로 소송을 제기하였고 복제기기의 인터넷 결합은 법적 분쟁으로 치달게 되었다. Paramount Pictures Corp. v. ReplayTV., 298 F.Supp.2d 921, 69 U.S.P.Q.2d 1657 (C.D.Cal. 2004). 당사자간의 합 의로 소가 취하되어 법적인 판단을 받지 못하였다.

70) 오병철, "슬링박스의 Place shifting에 대한 법적 규율", 한국정보법학회 제12회 심포지움 '미디어융합 과 시장규제' 자료집(2008.6.14.), 163면은 슬링박스를 Place shifting device라고 표현하고 있다.

저작권재산권 제한의 사유로 규정하였다.<sup>71)</sup> 사적 복제를 자유롭게 허용해주는 이유로는 적발하기가 어려우며 개인의 사생활을 존중해야 한다는 점, 사적 복제로는 저작권자의 경제적 이익을 크게 침해하지 않는다는 점 등을<sup>72)</sup> 들 수 있으며 사회의 다양성, 민주화에 대한 기여 등이 언급되기도 한다.<sup>73)</sup>

일반적으로 사적 복제에 해당하기 위해서는 개인적 사용을 목적으로 할 것, 비영리, 저작물의 사용이 한정된 범위내에서 이루어 질 것 등의 요건을 충족해야 하는데, 우리나라 저작권법은 공표된 저작물을 비영리로 개인적 또는 가정이나 이에 준하는 한정된 인적 범위에서 이용자 스스로 복제한 경우에는 복제권이 미치지 않도록 하고 있으며,<sup>74)</sup> 컴퓨터프로그램보호법에서도 가정과 같은 한정된 장소에서 개인적인 목적<sup>75)</sup> 비영리로 복제하는 것은 그 목적상 필요한 범위안에서 공표된 프로그램을 복제할 수 있도록 규정하고 있다.<sup>75)</sup>

#### 나. 국제 조약의 검토

사적 복제는 저작권재산권의 제한 규정 중 권리자의 이익을 가장 포괄적으로 제한할 소지가 있는 것인 만큼 해석 운용에 신중함이 요구된다. 복제권 역시 재산권의 하나이므로 제한에는 헌법상 한계를 준수해야 함은 물론이며, 저작권은 국제 규범의 특성을 띠고 있기 때문에 사적 복제의 구체적인 내용을 국내법에 규정함에 있어서 국제법적 한계를 고려해야 한다.<sup>76)</sup>

베른 협약 제9조 제2항에서는 복제권의 제한시 특별한 경우에 한정되어야 하고 저작물의 통상적인 이용과 충돌해서는 안되며 저작자의 합리적인 이익을 부당하게 침해해서는 안된다고 규정하여<sup>77)</sup> 소위 3단계 테스트를 도입하고 있다.<sup>78)</sup> 이와 같은 3단계 테스트는

71) 김현철, 디지털 환경하의 사적 복제 문제에 관한 비교법적 고찰, 저작권심의조정위원회(2004), 19-20면.

72) 정상조판, 저작권법 주해, 박영사(2007), 548면; 오승종(2007), 633면.

73) 김현철 (2004), 20-21면.

74) 저작권법 제30조.

75) 컴퓨터프로그램보호법 제12조 제4항. 저작권법에 비해 목적과 장소를 제한적으로 규정하고 있다. 이에 대해서는 송상현외2인, 컴퓨터프로그램보호법초연구, 서울대학교 출판부(1989), 138면 참조.

76) 국내적으로는 내재적인 한계와 다른 법령과의 관계에서 비롯되는 한계를 준수해야 한다. 특히 우리 헌법 제23조는 국민의 재산권을 보장하면서도 사회 기속성을 언급하여 제한의 가능성을 규정하고 있다.

77) 베른 협약 제9조 제2항 특별한 경우에 있어서 그러한 저작물의 복제를 허용하는 것은 동맹국의 입법에 맡긴다. 다만, 그러한 복제는 저작물의 통상적인 이용과 충돌하지 아니하여야 하며, 저작자의 합법적인 이익을 부당하게 해치지 아니하여야 한다.; 이와 같이 일반 조항이 도입된 이유는 1896년 베른협약 체결시에는 복제권을 두지 않았고, 1967년 스톡홀름 개정회의에서 도입하면서 이미 많은 나라들이 각기 나름대로의 복제권 제한 규정을 운용하고 있었기 때문에 자국의 형편에 맞도록 복제권을 제한할 수 있는 자유를 협약에 포함시키기로 합의한 것이다.

78) 국제조약상 전통적으로 인정되던 저작권의 제한 및 예외에 대한 열거적 규정들에도 불구하고, 브뤼셀 개정과 스톡홀름 개정을 통해 3단계 테스트(three step test)가 도입되었는데, 영미와 대륙 저작권법의 조화 내지 융합이라고 표현되기도 한다. Martin Senfleben, Copyright, Limitations and the Three

WTO/TRIPs 협정에도 이어졌고,<sup>79)</sup> 인터넷 시대에 대응하기 위해 1996년 체결된 WCT와 WPPT에서도 수용되었는바, 사적 복제에 대해서 3단계 원칙은 디지털 시대에도 원칙적으로 유지되고 있음을 보여준다.<sup>80)</sup>

#### 다. 사적 복제에 대한 외국 법제

일반적으로 영미법계 전통에 터잡고 있는 'Copyright 체계'에서는 사적 복제에 대한 명문의 규정을 잘 두고 있지 않은 반면에 프랑스와 독일을 중심으로 하는 대륙법계의 'droit d'auteur 체계'에서는 저작권 제한의 하나로 사적 복제 조항을 가지고 있다. 이들은 디지털 환경에 대응하여 다양한 이익 조정 방법들을 만들어 내고 있지만, 사적 복제에 대한 면책 조항은 원칙적으로 여전히 유지하고 있다.

미국법상 사적복제를 허용하는 명시적 규정은 없다. 다만 개별 규정을 통해 컴퓨터프로그램의 소유자가 보존의 목적으로 복제하는 경우(미국 저작권법 제117조(a)), 음악 녹음물을 사적 이용을 위해 녹음하는 경우(AHRA 제1008조) 등에 대해 특별한 규정을 두고 있을 뿐이며 그 외에 경우에 대해서는 제107조의 공정 이용에 대한 일반 조항으로 해결하고 있다. 이와 같은 일반 조항은 IT기술의 발전에 대응하여 구체적 타당성을 갖춘 운용이 가능하다는 장점이 있는데 사적 복제라고 하더라도 상황에 따라 면책 여부를 결정하게 되는 것이다. 실제로 SONY Batamax VCR에 대해서는 'private, non commercial'으로 공정 이용에 해당한다고 본 반면에 P2P Napster 사건에서는 저작물의 성격, 사용 목적에 비추어 공정 이용이 되지 못한다고 판시한 바 있다. 영연방의 오랜 소속국이었던 캐나다 역시 사적 복제 관련 면책 규정을 두고 있지 않으며 일반 조항(fair dealing)에 의해 해결해 왔으며 개인적인 연구(private study)를 위한 경우와 사적 사용을 위한 음반 복제의 경우 공정 이용으로 본다는 개별 규정을 두고 있을 뿐이다.<sup>81)</sup>

이에 비해 대륙법계 국가들은 대체로 사적 복제에 대한 별도의 규정을 마련하고 있다. 독일에서는 1901년 '문학 및 음악 저작물의 저작권에 관한 법률(LUG)' 제15조 제2항에서 사적 복제를 허용한 이래로 지금까지 제도가 유지되어 왔다. 다만 EU 저작권 지침을 국내법화하기 위해 2003년 '정보사회에서의 저작권 규율에 관한 법률'을 제정하면서 사적 복제에 관한 제53조를 대폭 수정하면서 제3자 관여 정도나 디지털 복제 여부, 복제 원본의 적법성 문제 등에

Step Test: An Analysis of the Three Step Test in International and EC Copyright Law, Kluwer Law International (2004), p. 63.

79) WTO/TRIPs 제13조 (제한과 예외) 회원국은 배타적 권리에 대한 제한 또는 예외를 저작물의 통상적 이용과 충돌하지 아니하고, 권리자의 정당한 이익을 불합리하게 해치지 아니하는 특정하고 특별한 경우로 한정한다.

80) 3단계 테스트와 관련된 국제 조약간의 관계와 해석에 대해서는 Sam Ricketson, WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment, WIPO doc. SCCR/9/7, April 5, 2003, p. 63.

81) 호주 역시 사적 복제를 일반적으로 면책 시키는 개별 규정을 가지고 있지 못하다.

대해 구체적인 사항을 명문으로 규정하였고, 디지털 복제나 컴퓨터 프로그램, DB등에 대한 면책 기준을 제시하여 사적 복제의 대상 범위를 명확히 하려고 노력 한 바 있다.<sup>82)</sup> 프랑스에서도 저작권법 제122조의5에서 사적 사용에 이용되는 복사 또는 복제는 저작자가 금지할 수 없다고 규정하고 있으며, 디지털 환경으로 변한 오늘날에 있어서도 사적 복제를 면책 시키는 원칙은 그대로 유지하고 있다. 우리와 법체계가 가장 유사한 일본은 1899년 이래로 사적 복제를 허용하고 있는데 1999년 디지털 환경에 대한 대응을 위해 전면적으로 법 개정을 단행하였지만 사적 복제 허용 요건에 있어서는 큰 변경을 가하지 않고 그대로 면책 시키는 태도를 유지하고 있다. 그 요건 형태에 있어서는 우리나라의 조문과 거의 일치하며 다만 복제 편의 제공 업체의 출현으로 저작물이 대량으로 복제되는 것은 사적 복제의 범취지에 어긋나는 것이라고 판단하여 1984년, 공중용 자동복제기기를 사용하는 경우를 면책에서 제외한 바 있다.<sup>83)</sup>

#### 4. 소결 : 디지털 시대, 사적 복제의 재고

복제 기술의 비약적 발전으로 사적 복제 조항은 균형점을 상실해 가고 있다. 복제기기의 저렴화로 인한 대량 보급으로 사적 복제가 증대되면서 시장지배 능력이 공동화되는 현상이 발생하고 있는 것이다. 하지만 각 국의 입법경향이나 국제적 합의를 살펴보면 디지털 시대에도 사적 복제는 존치시키는 것으로 일단락되었으며 다만 저작권자와의 이익 조정을 위해 개별적인 노력이 이루어지고 있음을 확인하였다.

사적 복제의 문제점을 입법적으로 해결하기 위해 사적복제 보상금제도나<sup>84)</sup> 복제권 집중관리단체 설립이 제안되어 왔으며, 한편으로는 사적 복제의 요건을 강화하거나 일부 영역을 허용되는 복제로부터 제외하는 방안이 검토되었다. 우리나라는 2000년 1월 저작권법 개정에서 과도한 복제행위를 제어하기 위해 공중용 복사기기에 의한 복제를 허용되는 복제로부터 제외하게 되었다.<sup>85)</sup> 사적 복제는 폐쇄적이고 사적인 영역에 있어서의 영세한 복제를 허용하고자

82) 제53조의 내용은 “Personal Video Recorder”사건의 분석에서 살펴본 바 있다. 우선 사용자 자신이 직접 복제를 하는 경우에는 매체와 방법을 불문하고 모두 허용된다. 하지만 만약 사용자의 개인용도로 사용할 것이라든 제3자에 의해 복제가 되는 경우에는 다른 요건들을 만족시켜야 한다. 먼저 그것이 무상으로 이루어지는 경우에는 사용자가 직접 복제하는 것과 마찬가지로 복제의 방법이나 매체에 의한 제한을 받지 않는다. 하지만 유상으로 이루어지는 경우에는 종이 등의 매체에 사진복제의 방법과 이와 유사한 효과를 내는 과정을 통해 복제가 되는 경우만을 허용하고 있다.

83) 그 외에 스위스(스위스 저작권법 제20조에 따라 개인과 가정 내에서의 이용을 위한 복제가 허용되며(제1항 제1호), 제3자에 의한 복제 역시 허용된다. 복제방법이나 매체에 대한 제한은 없으며 제3자에 의한 복제 역시 허용된다(제2항))나 오스트리아(저작권법 제42조 제1항에 의하면 종이에 사진복제의 방법으로 복사하는 경우 사적 복제가 허용된다. 제4항에 의하면 종이와 다른 매체에 다른 방법으로 복제되는 경우에도 복제가 자연인에 의해 이루어지고 영리목적 없이 있다면 침해를 구성하지 않는다. 제3자에 의한 복제에 대해서는 규정이 없다)도 명문의 규정을 가지고 있다.

84) 이 제도는 독일에서 처음 도입된 이래로(1965년) 오스트리아, 핀란드, 포르투갈, 프랑스, 스페인 등으로 퍼져나갔다. 상세한 내용은 김현철, (2004), 23면 이하.

하는 것이 주된 취지이지, 복사업자와 같이 영리를 목적으로 복제를 도와주는 제3자가 개입된 복제까지 허용하는 것은 아니다.<sup>86)</sup> 구 저작권법에서는 주체에 대한 제한만을 두고 있었을 뿐, 복사기기에 대해서는 특별한 제한이 없었기 때문에 간편하게 복제물을 작성할 수 있도록 복제기를 공중에 제공하는 업자들에 대한 제재가 어려웠는데, 저작권자의 적정한 보호를 위해 공중용 복사기를 통한 대량 복제행위는 사적 복제에서 제외하려는 입법이 이루어진 것이다.

이 조문의 해석에 있어서 ‘복사기기’라는 표현을 쓰고 있으므로 모든 복제기기를 포함하는 것이 아니라 사진적인 복제(photocopying)만을 의미한다는 견해가 있다.<sup>87)</sup> 이 견해에 따르면 인터넷 녹화기의 경우에는 제30조 단서의 해당 여부를 검토할 필요가 없어진다.

유사 규정을 두고 있는 일본 저작권법 제30조에서는 ‘자동복제기기’를 사용한 경우를 제외하고 있는바 우리법의 표현과는 차이가 있으며 제30조 단서의 입법 과정을 살펴보다도 사진 복제를 염두에 둔 것이라는 점 등을 감안할 때 상기 의견은 일리가 있다. 하지만 ‘복사’의 의미에 디지털 파일을 포함하는 것은 문언의 해석한계에 포섭될 수 있는 범위내이며,<sup>88)</sup> 독일 저작권법에서 보듯이 사진적인 복제보다 CD나 비디오테이프, 디지털파일 등의 복제가 저작권자를 더 크게 위협하는 재론이 필요치 않다. 제30조 단서가 사적 복제로 인한 권리자의 이익이 지나치게 침해되는 것을 막으려는 것임을 상기하면, 공중복사기를 ‘사진 복사’에 한정하는 것은 바람직하지 않다.<sup>89)</sup>

디지털 시대에 사적 복제의 범위를 축소하거나 대안적 보상체계(Alternative Compensation System)의 마련을 통해 이익을 조정해 줄 필요가 있는데, 입법적으로뿐만 아니라 해석론으로도 시대의 변화를 반영할 필요가 있는바, 인터넷 녹화기에 대해서도 제30조 단서의 적용 가능성을 열어 두는 것이 타당해 보인다.

## V. 인터넷 녹화기의 현행법상 분석

### 1. 현행법과 인터넷 녹화기의 실태

우리나라에도 엔탈(ENTAL)이라는 인터넷 녹화기가 이미 상용화되어 있다.<sup>90)</sup> 이 업체는

85) 저작권법 제30조 단서. 다만, 공중의 사용에 제공하기 위하여 설치된 복사기기에 의한 복제는 그러하지 아니하다.

86) 오승중(2007), 638면.

87) 이해완, 저작권법, 박영사(2007), 418면.

88) 국립국어원이 제공한 네이버 국어사전의 ‘복사’에도 컴퓨터 용어로 복사의 의미가 제시되어 있으며 (<컴퓨터>파일을 디스켓 따위의 다른 곳으로 옮김) 예문으로 ‘프로그램을 복사하다’가 나와 있다

89) 동지: 오승중(2007), 639면; 서달주, 한국저작권법, 박문각(2007), 292면.

90) <http://www.ental.co.kr>

웹사이트상에 TV편성표를 올려놓고 해당 프로그램을 클릭하면 원하는 해상도로<sup>91)</sup> 녹화를 대행하여 동영상 파일로 제공하며, 10일 이내에<sup>92)</sup> 언제든지 원하는 시간과 장소에서 인터넷을 통해 다운받을 수 있도록 하였다. 다른 나라의 인터넷 녹화기와 마찬가지로 저작권적 분쟁을 피하기 위해 몇 가지 대책을 세워 놓았는데, 지상파 방송국의 방송콘텐츠에 한하여 서비스를 제공하였으며<sup>93)</sup> 예약하지 않은 과거의 프로그램은 어떠한 경우에도 다운로드가 불가능하고 이미 방송된 콘텐츠의 파일은 저장이나 판매를 하지 않음으로써<sup>94)</sup> 저작권법 제 30조의 사적 복제 요건을 충족시키려 하고 있다.



[그림 2] Ental 홈페이지. 오늘의 예약순위를 제시하고 Today's Highlight를 편집하여 제공한다. 파일 공유 행위 단속에 대한 공지가 2008년 1월 26일자로 올라와 있음을 볼 수 있다. [2008.06.27 접속]

91) 일반 방송콘텐츠의 경우 640\*352 해상도의 AVI 파일로 저장되어 제공되지만 방송국에서 HD방송신호를 송출하는 경우에는 1920\*1080i의 초고해상도의 영상을 Divx방식으로 압축하여 제공된다. 일반 가정에 HDTV수신기 보급률이 높지 않은 현실을 감안하면 매우 매력적인 서비스가 아닐 수 없다.  
 92) 10일이 지나면 자동으로 삭제된다.  
 93) KBS1, KBS2, SBS, MBC, EBS만을 서비스하고 있으며 케이블 등 유료방송은 서비스 제공할 계획이 없다고 밝히고 있는데, 이들은 수신이 무료이기 때문에 저작권문제를 피할 수 있다고 생각하는 것으로 보인다.  
 94) [http://www.ental.co.kr/customer/faq\\_list.html](http://www.ental.co.kr/customer/faq_list.html) '지난 프로그램에 대한 구입 문의는 해당 방송사를 이용하셔야 합니다.'



[그림 3] 편성표에서 녹화를 원하는 방송프로그램을 클릭하면 상세정보가 Pop-up 된다. 연속극인 경우 동일 시간대에 자동 연속 녹화가 가능하고, HD방송은 고해상도의 동영상을 제공한다. 상세 설명의 상태에 보면 '시작 시간이 지나 예약이 불가능합니다' 라는 문구를 확인할 수 있다. [2008-06-27 접속]

## 2. 인터넷 녹화기 운영자 책임의 법리

인터넷 녹화기가 상용화되고 성공적으로 운영되기 시작하자, 방송사들을 중심으로 대응책이 강구되었다. 특히 디지털 압축 파일을 생성하고 네트워크를 통해 유통되는 것은 MP3와 P2P의 악몽을 떠올리기에 충분하였기에 초반부터 강력하게 법적 조치를 취하게 되었는데, 경고장 발송에 그치지 않고 형사고소에 이어 서비스 금지 가처분 신청까지 하기에 이르렀다.<sup>95)</sup>

우리나라에서 인터넷 녹화기 사업자에게 법적 책임을 부과하는 법리로는 간접침해 이론에 따라 공동불법행위책임을 지게 되는 경우와 직접 복제권 침해의 주체로서 책임을 추궁하는 방법을 상정할 수 있다. 간접침해로 이론 구성을 하게 되면 위법한 직접 침해자의 존재를 입증해야 하고 만약 이용자의 녹화가 사적 복제에 해당한다면 사업자에게도 간접 책

95) 인터넷 녹화기에 대해서 2007년 5월, 방송3사가 Ental과 운영자를 형사 고소하였고 약식기소 된 이후에도 서비스를 중단하지 않자, 작년 12월 MBC가 서비스 금지 가처분 신청을 하기에 이르렀다. 이 외에도 KBS MBC SBS의 인터넷 자회사인 KBS인터넷 iMBC SBSi는 2008년 1월 저작권 침해와 관련해 7개 OSP(온라인 서비스 제공자)업체에게 경고장을 발송한 바 있다.

임을 물을 수 없게 된다.<sup>96)</sup> 때문에 권리자로서는 간접침해보다는 직접침해로 이론 구성하는 방안을 선호하게 되는데, 실제로 앞에서 살펴 보았던 외국의 사례들 중 미국 Cablevision 사건에서 권리자들은 공정이용 항변을 피하기 위해 Cablevision이 직접 복제 주체임을 주장한 바 있으며 현재 우리나라 방송사업자들의 입장도 그러한 것으로 보인다.<sup>97)</sup> 즉 인터넷 녹화기 사업자가 단순히 이용자에게 복제 기기를 제공하는 수준에 머무르는 것이 아니라 직접 복제에 참여하는 것이므로 간접침해 이론을 언급할 필요 없이 복제권의 직접 침해로 이론 구성할 수 있다는 논리가 제기된 것이다. 이하에서는 먼저 간접침해 법리에 따라 공동불법행위에 해당하는지 여부를 살펴보고, 녹화기 사업자를 직접 복제의 주체로 볼 수 있을 것인지에 대한 검토를 할 것이다.

### 3. 현행법상 인터넷 녹화기 서비스의 위법 가능성

#### 가. 간접 침해의 가능성과 입법론

간접침해가 인정되려면 먼저 이용자들의 직접 침해가 인정되어야 하기에 사적 복제 해당 여부가 결정적인 기준이 된다. 인터넷 녹화기가 가정용 PVR과 다른 점은 제3자가 영리적으로 관리하며 운영하는 복제서비스를 이용한다는 것이다. 우리나라 저작권법 제30조 단서에서는 공중용 복사기에 의한 경우를 면책에서 제외하고 있으므로 VCR이나 PVR과 달리 사적 복제에 해당하지 않을 가능성이 제기될 수 있다. 인터넷 녹화기의 서비스 방식을 감안하면, 일단 이용자의 행위가 사적 복제에 해당하지 않아 위법성인 인정되면 인터넷 녹화기 사업자 역시 공동불법행위 책임을 지게 될 가능성이 매우 높다.

독일의 “Personal Video Recorder”사건에서는 독일 저작권법 제53조에서 제3자에게 위탁하는 경우에 대해 상세한 규정을 가지고 있어 해당 조항의 적용으로 사적 복제에 해당하지 않는다는 결론을 내리게 되었는데, 현행법은 디지털 아날로그에 대한 구분도 없고 제3자 위탁이나 녹화기기의 관리자에 대한 명확한 기준도 마련되어있지 않아 해석에 이론(異論)이 있을 수 있다. 하지만 제30조 단서에서 본인이 지배력을 행사할 수 있는 복사기기를 통해서만 사적 복제가 가능하도록 되어 있는바, Ental의 서비스는 사적 복제에서 제외될 여지가 커 보인다.<sup>98)</sup> 다만, 단서의 ‘공중용 복사기’는 디지털 복제에 대해서는 적용되지 않는다는 견해가 강력하게 주장되고 있어<sup>99)</sup> 사적 복제 해당 가능성이 다시금 검토가 되어야 할

96) 사업자들은 바로 이러한 점에 착안하여 사업모델을 기획한 것이다.

97) ‘TV녹화 대행, 저작권 침해의 新모델?’, 머니투데이 2007 12 11자.

98) 연혁적인 이유로 복사기기는 사진 복사에 한하는 것으로 보자는 견해도 있다.

99) 박익환, “사적 복제보상금 제도도입과 관련하여”, 저작권법 전면개정을 위한 조사연구 보고서(2), 문화관광부(2002), 529면. 입법연혁이나 취지에 비추어 사진복사기(photo copier)만을 의미한다고 본다.

것인데, 앞에서 기술하였듯이 현행법상으로도 '복사'의 문리적 해석 범위 내에 디지털 분야가 포함된다고 볼 여지가 충분하나, 논란이 지속된다면 입법론적으로 디지털 복제기기를 포함할 수 있는 문언으로 법개정을 검토하는 것이 필요할 것이다.

#### 나. 직접 침해의 가능성

인터넷 녹화기는 호스팅 업체나 P2P, 웹하드 업체와 달리, 복제가 되는 콘텐츠를 정확하게 인지하고 있을 뿐만 아니라 복제 시스템을 지배하고 디지털화된 TV프로그램을 자신의 서버에 저장한 후 이를 전송해주고 있으므로 사업자가 직접 저작권 침해 행위를 하고 있다고 볼 여지가 있다. 즉 복제권과 공중송신권을 침해하는 당사자로, 이용자의 위법여부와 관계없이 책임을 지게 되는 것이다.

먼저 복제권에 대해 살펴보면, 인터넷 녹화기 서버에 일정 기간 복제하는 것이 사업자의 지배 영역내에서 자신이 마련한 복제기기를 통해 이루어지고 있으므로 복제권을 직접 침해하고 있다고 볼 수 있다. 독일의 "Personal Video Recorder" 사건에서도 공중에 설치된 CD 복제기와 해당 녹화 대행 서비스를 주체 결정을 다르게 보아야 한다는 언급이 있는데, 대학교에 카드 복사기를 설치해 놓은 것과 인터넷 녹화기는 다르게 보아야 할 것이다. 이 경우 사업자는 영리를 목적으로 하고 있으므로 사적 복제를 항변하기도 어렵다.

다음으로 인터넷을 이용하는 특성상 공중송신권<sup>100</sup> 전송권 침해 문제가 논의될 수 있는데, 여기서의 쟁점은 '공중'요건의 해석에 달려 있다. 저작권의 통제 영역에 속하는 저작물 이용은 유형물에 고정하는 것과 공중에 대한 이용이므로<sup>100</sup> 특정인만이 이용하는 경우에는 전송권 침해라고 할 수 없는 것이다. 저작권법상 '공중'은 그 해석이 간단치 않아서 다수의 학설과 견해를 달리하는 판결들이 난무하고 있다.<sup>101</sup> 현재 운영중인 인터넷녹화기는 마치 이메일로 개인적인 파일을 전송해주듯이,<sup>102</sup> 녹화를 요청한 당사자만이 개인 계정을 통해 1회에 한해 다운을 받을 수 있도록 하고 있는바,<sup>103</sup> 이용자에게 불편을 끼치면서까지 이러

100) Eugen Ulmer, Urheber und Verlagsrecht, 3d ed., Springer (1980), p. 87.

101) 최진원·이일호, "퍼블릭뷰잉에 관한 소고", 계간 저작권 제75호(2006), 98-99면. 공중 여부가 불분명한 사례는 Columbia Pictures Indus., Inc. v. Professional Real Estate Investors, Inc., 866 F.2d 278(9th Cir. 1989), Columbia Pictures Industries, Inc. v. Redd Home, Inc., 749 F.2d 154(3d Cir. 1984), Columbia Pictures Industries, Inc. v. Aveco, Inc., 800 F.2d. 59(3d Cir. 1986) 등의 미국 판례와 독일의 "Zweibettzimmer im Krankenhaus" . BGHZ 123, 151 등이 대표적이다. 우리나라에서도 대법원 1996. 3. 22. 선고 95도1288 판결(소위 노래방 판결)이 연구대상으로 상정될 만하다.

102) E-mail을 활용한 이용허락 시스템을 구축하여 공중의 개념을 회피해보려 한 BM으로는 2005년 아이맵스 사건을 떠올릴 수 있다.(서울중앙지방법원, 2005.5.20. 선고 2004카합2965 결정) 판례의 평석은 오병철, "P2P유사 스트리밍 서비스의 책임에 관한 비판적 검토", 인터넷법률 제31호(2005), 73-99면.

103) Ental 서버에 저장된 동영상은 이용자가 녹화를 지시하고 10일 이내에 다운로드를 받아가지 않으면 삭제되며 다른 이용자가 녹화 요청한 프로그램은 다운 받을 수 없다. 녹화를 지정한 당사자조차 단 1회에 한해서만 다운받을 수 있다.

한 방식을 유지하고 있는 의도는 당연히 저작권 침해를 면해보려는 것으로 추정할 수 있다. 하지만, 외관상으로는 일대일 방식으로 개인 계정을 통해 자신만을 위해 파일이 생성되어 보내지는 것 같지만, 실제로는 일본의 녹화넷 사례처럼 개인별 컴퓨터를 위탁 받아 호스팅 서비스를 제공하는 것이 아니며, 일단 자체적으로 녹화<sup>88</sup> 생성한 동영상 파일을 원하는 사람 누구에게나 다운로드 받을 수 있도록 해주는 방식으로 운영되고 있으므로 공중송신권<sup>89</sup> 전송권의 침해라고 볼 여지가 커 보인다.

## VI. 결 어

저작권법은 매체 기술의 도전에 대한 응전의 역사를 가지고 있다. 복제 기술의 발전은 저작권법의 변화를 요구한다. VCR의 제조와 사용이 허용된다고 해서 인터넷 녹화기가 사적 복제에 해당한다고 단언해서는 안될 것이다.

인터넷 녹화기 사례는 IT기술이 가져온 저작권법의 패러다임적 전환을 상징적으로 보여준다. 오랫동안 용인되어 온 사적 이용을 위한 복제가 더 이상 무제한적으로 허용될 수는 없다는 점과 저작권법 수범자의 확대로 침해자를 일일이 통제하기보다는 간접침해자에게 책임을 묻는 것이 효율적이라는 이슈를 동시에 보여주고 있다.

이상에서 사적 복제의 재고와 간접침해 법리의 구성이라는 두 가지의 주요 논제를 가지고 인터넷 녹화기에 대한 법적 문제들을 고찰해 보았다. 간접 침해 법리 중 미국의 순수 간접침해 이론과 일본의 가라오케 법리는 우리에게 많은 시사점을 주었지만, 법체계와 현행법상 그대로 도입하기에는 많은 문제가 있으며, 현재 법원이 취하고 있는 공동불법행위에 따른 이론 구성이 가장 바람직하다는 판단을 하였다. 사적 복제는 세계 주요 국가와 국제법 질서하에서 디지털 시대에 들어서도 여전히 존재 가치가 인정되고 있으며 다만 권리자의 지나친 이익 침탈을 메워주기 위한 여러 가지 방안이 연구되고 있음을 살펴보았으며, 우리나라도 복제 보상금제도를 비롯하여 다양한 제도를 도입 검토하고 있는 상황임을 고찰하였다. 저작권법 제30조 단서가 이익 균형을 위한 노력의 일환으로 마련된 것임을 감안한다면 '공중용 복사기기의 제외'에 사진적 복사뿐만 아니라 디지털 복제도 포함되도록 하는 것이 입법론적으로 바람직하며 현재 법문으로도 이 같은 해석이 가능하다는 의견을 제시하였다.

인터넷 녹화기의 운영은 미국과 독일, 일본에서 모두 위법하다는 판단이 내려졌고, 우리나라 현행법에 적용해 본 결과 마찬가지로 위법성이 인정될 것으로 보인다. 네트워크 환경은 자원의 효율적 배분을 가능하게 한다. 인터넷 녹화기 역시 고가의 녹화장비를 개개인 모두 구매할 필요 없이 가정용 PVR보다 더욱 편리하게 복제할 수 있는 기술이 개발된 것

이다. 정보통신 인프라가 잘 갖춰진 우리나라로서는 인터넷 BM을 촉진할 필요성이 더욱 크다. KORUS FTA에서 경험했듯이 저작권법은 인터넷 비즈니스와 국가의 디지털 경쟁력을 좌우할 산업저작권(industrial copyright)으로서의 역할을 수행해야 할 역사적 사명을 띠고 있다. 저작권자의 권리가 무시되어서는 안되겠지만 배타적 권리가 사회 발전에 장애가 되어서도 안될 것이다.

정보재의 특성상 지적재산권을 물건과 동일하게 취급할 수는 없다. 최근 UCC로 인해 저작권과 정보 공유에 대한 해묵은 논쟁이 다시 활기를 띠고 있다. 인터넷 녹화기 기술은 저작권 문제를 해결하지 못한다면 사장될 가능성도 배제할 수 없다. 현행법상의 제도를 활용하여 원활한 이용을 촉진할 방법을 찾아보는 것이 1차적인 대안이 되겠지만, 충분치 못하다면 대안적 보상체계의 개편에 대한 구체적인 논의를 진행하는 것도 고민해보아야 할 것이다.

## 참 고 문 헌

- 김문환, “MP3과 저작권법상의 문제점”, 인터넷과 법률, 법문사(2002).
- 김현철, 『디지털 환경하의 사적 복제 문제에 관한 비교법적 고찰』, 저작권심의조정위원회 (2004).
- 박익환, “사적 복제보상금 제도도입과 관련하여”, 저작권법 전면개정을 위한 조사연구 보고서(2), 문화관광부(2002).
- 박준석, “인터넷 서비스제공자의 책임에 관한 국내 판례의 동향 소리바다 항소심 판결들을 중심으로 ”, Law & Technology 제2호(2005).
- 박준석, 『이용자의 저작권침해에 따른 인터넷서비스 제공자의 민사책임』, 서울대학교 대학원박사학위논문 (2005).
- 박준석, 『인터넷서비스제공자의 책임』, 박영사(2006).
- 서달주, 『한국저작권법』, 박문각(2007).
- 송상현외2인, 『컴퓨터프로그램보호법측조연구』, 서울대학교 출판부(1989).
- 안효질, “독일 저작권법상 사적복제의 허용범위와 기술조치보호의 예외”, 저스티스 제88호 (2005).
- 오병철, “P2P유사 스트리밍 서비스의 책임에 관한 비판적 검토”, 인터넷법률 제31호(2005).
- 오병철, “슬링박스의 Place shifting에 대한 법적 규율”, 한국정보법학회 제12회 심포지움 ‘미디어융합과 시장규제’ 자료집(2008.6.14.).
- 오승중, 『저작권법』, 박영사(2007).
- 오승중·최진원, “P2P 사업자의 필터링과 OSP 책임제한”, 홍익법학 제9권 제1호 (2008).
- 이대희, “특수한 유형의 OSP의 기술적 조치 의무”, 계간 저작권 제80호(2007).
- 이일호, “복제행위가 우선인가, 복제목적이 우선인가 “인터넷 TV녹화기 사례를 중심으로”, 연세지적재산권연구회 발표문(2006.9.15.).
- 이해완, 『저작권법』, 박영사(2007).
- 전성태, “일본의 재판례를 통해서 본 저작권 간접침해와 가라오케 법리”, 디지털재산법학회 정기세미나 발표문(2008.6.30.).
- 정상조편, 『저작권법 주해』, 박영사(2007).
- 최진원·이일호, “퍼블릭뷰잉에 관한 소고”, 계간 저작권 제75호(2006).
- ‘TV녹화 대항, 저작권 침해의 新모델?’, 머니투데이 2007.12.11자.
- 山本隆司, “著作権の間接侵害に對する差止とその行爲類型”, NBL NO.865 (2007).

上野達弘, “著作権におけるいわゆる間接侵害”, ソフトウェア開発・販賣と著作権の間接侵害規定に関する調査研究, ソフトウェア情報センター(平成18年).

Martin Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three Step Test: An Analysis of the Three Step Test in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law International (2004)

Jeremy Paul Sirota, “Analog to Digital: Harnessing Peer Computation”, *Hastings Law Journal* (2004, Feb).

Sam Ricketson, *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment*, WIPO doc. SCCR/9/7, April 5, 2003.

Eugen Ulmer, *Urheber und Verlagsrecht*, 3d ed., Springer (1980).

## Abstract

The reproduction technology, which is so called the history of copyright, has developed noticeably under the influence of IT technology. SONY Betamax VCR, which induced the collision of the copyright and technology of reproduction in seventies, is converted into the digitalized PVR and moreover evolved to the internet recorder. The appearance of the Network based PVR enables anything to be reproduced easily only if the internet is available.

The advent of the internet recorder requires the second thought on the reproduction for private use and makes the secondary liability occupy the attention for efficient rightful act. Already the lawsuit against the internet recorder is pending in USA, Germany and Japan.

The present law is in discard with the technology. Therefore, this paper will study the issue of law by analyzing above cases, the implications for the Korean law and propose a pertinent suggestion for the litigation.

Key word : copyright, Internet Recorder, reproduction for private use, secondary liability, information technology

■ 논문

## 유비쿼터스도시구현을 위한 법령현황 및 개선방안

A Study on current regulations and improvement for a ubiquitous city

이 지 희

법무부 법무자문위원회 연구위원

### 요약문

유비쿼터스사회에 대한 관심이 높아지면서 유비쿼터스도시에 대한 연구도 활발히 이루어지고 있으며 각 지방자치단체에서는 현재 유비쿼터스도시 건설계획을 진행하고 있다. 그러나 이러한 연구는 기술적인 부분과 유비쿼터스사회 일반에 관한 것이 대부분이며, 오히려 도시건설의 근거가 될 수 있는 유비쿼터스도시건설을 위한 구체적인 법·제도적인 문제에 대한 심도 있는 연구는 이루어지지 않고 있다. 더욱이 해외의 입법동향도 전무한 상태이므로 이에 대한 연구가 필요하다고 생각한다. 따라서 본 논문은 효율적인 유비쿼터스도시건설을 지원하고 관리·운영하기 위하여 제정된 「유비쿼터스도시의 건설 등에 관한 법률」을 중심으로 동법의 문제점을 지적하고 원활한 도시건설을 위하여 동법이 나아가야 할 방향을 제시하고자 한다. 나아가 유비쿼터스도시건설을 둘러싸고 있는 다양한 법률들의 현황을 개관하고 그 중에서 유비쿼터스도시구현에 장애가 되는 법률의 문제점을 검토하여 유기적인 법해석이 가능할 수 있도록 법률의 바람직한 개정방향을 제시하고자 하였다. 본 논문에서 지적하고자 하는 사항을 간략히 요약하면 다음과 같다. 첫째, 유비쿼터스도시는 새로운 패러다임의 도시임에도 불구하고 여전히 「유비쿼터스도시의 건설 등에 관한 법률」은 건설법적인 분야에 치우쳐서 규율하고 있고, 기존도시가 유비쿼터스도시로 전환할 수 있는 근거를 규정하고 있지 아니하다. 둘째, 유비쿼터스도시건설을 위한 자문기구의 설립에 대한 근거규정을 둔 것은 바람직하나 오히려 유사한 기구간의 업무중복을 야기할 수 있다. 셋째, 유비쿼터스도시에서 중요하게 다루어져야 할 정보보호와 정보보안 및 정보격차를 해소하기 위한 장치가 마련되어 있지 않다. 이와 같은 문제점들의 보완 되어야만 「유비쿼터스도시의 건설 등에 관한 법률」을 기능을 다 할 수 있을 것이다.

주제어 : 유비쿼터스도시(u-City), 유비쿼터스도시건설, 유비쿼터스도시 건설 등에 관한 법률

〈目 次〉

I. 서 론	III. 유비쿼터스도시구현을 위한 관계 법령 정비방안
II. 「유비쿼터스도시의 건설 등에 관한 법률」 의 문제점과 개선방안	1. u-City 계획단계에서의 법적 쟁점과 장애요인
1. 「유비쿼터스도시의 건설 등에 관한 법률」의 개관	2. u-City 건설단계에서의 법적 쟁점과 장애요인
2. 유비쿼터스도시건설법의 문제점 및 개선 방안	3. u-City 운영단계에서의 법적 쟁점과 장애요인
	IV. 결 론

## I. 서 론

기존의 도시가 건축기술에 의존한 주거중심의 도시형태였다면 유비쿼터스도시(이하 'u-City'라고 함)<sup>1)</sup>는 건축기술과 정보통신 기술을 결합한 미래형 도시로서 IT 인프라를 통하여 주거, 복지, 교통, 행정 등 도시의 다양한 구성요소에 정보통신 서비스를 적용하여 탄생되는 최첨단도시이다. 이 때문에 u-City를 건설하기 위해서는 새로운 패러다임(Paradigm)으로의 전환이 필요하고 이를 뒷받침하기 위하여 2008년 3월 28일 u-City 관련 기본법이라 할 수 있는 「유비쿼터스도시의 건설 등에 관한 법률」(이하 '유비쿼터스도시건설법'이라 함)이 제정 공포되었고, 6월 17일 시행령이 입법예고 되어 2008년 9월 29일 시행을 앞두고 있다. 이로써 정보통신기술의 발달에 따른 유비쿼터스(ubiquitous)기술을 도시의 기반시설 등에 결합시켜 도시의 주요 기능에 관한 정보를 서로 연계한 u-City 서비스를 언제 어디서나 제공할 수 있는 u-City의 효율적인 건설 및 관리가 가능하게 되었다. 더 나아가, 이를 기반으로 도시의 경쟁력을 강화시키고 지속가능한 발전을 촉진할 수 있게 됨으로써 국민의 삶의 질 향상과 국가의 균형적인 발전이 가능하게 되었다고 평가할 수 있다. u-City는 편리한 도시<sup>2)</sup>, 건강한 도시<sup>3)</sup>, 안전한 도시<sup>4)</sup>, 쾌적한 도시<sup>5)</sup>를 지향하고 있으므로<sup>6)</sup> u-City를 구현하

1) wikipedia([http://en.wikipedia.org/wiki/Ubiquitous\\_City](http://en.wikipedia.org/wiki/Ubiquitous_City))는 u-City를 다음과 같이 정의하고 있다. A ubiquitous city or U-city is a city or region with ubiquitous information technology. All information systems are linked, and virtually everything is linked to an information system through technologies such as wireless networking and RFID tags. The concept has received most attention in South Korea, which is planning to build some 15 ubiquitous cities.

2) 편리한 도시는 u-홈, u-워크, u-비즈니스, u-행정, u-물류, u-교통, u-문화·관광, u-교육을 의미한다.

3) 건강한 도시는 u-보건·복지를 의미하며 병원, 응급구조, 건강관리를 포함한다.

4) 안전한 도시는 u-방법·방재, u-공공시설 관리 등을 의미한다.

기 위해서는 u-IT 인프라 등의 기술적인 발전뿐만 아니라 다양한 도시의 서비스를 제공하기 위한 법적·제도적 기반이 필요하다. 본 논문은 이러한 필요성을 인식하고 연구한 것으로 이론을 바탕으로 한 것이 아니라 현실을 규율하는 법과 제도에 대하여 실천적으로 접근하기 위한 것이다. 본 글은 다음과 같은 전개순서로 u-City 구현을 위한 지향방향을 제시하고자한다. 첫째, u-City건설의 기본법이 될 유비쿼터스도시건설법이 제정되었지만 건설과 관련한 내용에 치우치는 입법으로 운영 및 관리, 지원문제에 대한 검토가 부족하며 이외에도 몇몇 조문에 문제점이 있어 보인다. 따라서 유비쿼터스도시건설법의 내용을 조문별로 개관하고 법의 문제점을 파악한 후 이에 대한 개선방안을 제시하였다(II). 둘째, u-City의 구현을 위해서는 u-City 건설과 관계있는 다양한 법령들을 파악하는 것이 u-City의 문제를 실질적으로 파악할 수 있는 지름길이 될 수 있으며, 향후 각 해당 소관부처의 관련 법정부에 도움이 될 것이므로 현행 법령들을 조사하고 u-City건설을 저해하는 몇몇 분야의 법률을 파악하여 이에 대한 정비방안을 제시하고자 하였다(III).

## II. 「유비쿼터스도시의 건설 등에 관한 법률」의 문제점과 개선방안

### 1. 「유비쿼터스도시의 건설 등에 관한 법률」<sup>7)</sup>의 개관

유비쿼터스도시건설법은 5장 28개 조문으로 이루어졌으며, 입법예고된 시행령은 5장 36개 조문으로 구성되어 있다. 다음에서는 유비쿼터스도시건설법이 담고 있는 일반적인 규율내용들을 국회 의안정보시스템 검토의견을 중심으로 개관해 보기로 한다.

#### 가. 법률제정의 의의

유비쿼터스도시건설법은 기존의 도시건설유형에 첨단정보인프라와 유비쿼터스(ubiquitous) 기술을 융합한 IT기반의 새로운 패러다임의 정보통신 융합도시인 u-City 건설에 필요한 법적 근거를 마련하기 위한 것으로 u-City의 효율적인 건설을 지원하고 도시건설 등을 위한 체계적인 수립계획과 u-City 기술의 표준화 등을 통하여 도시의 난개발을 예방하기 위한

5) 쾌적한 도시는 u-환경(수질, 대기, 토양오염)을 의미하며, u-주거단지에서의 환경을 중시한다. 특히 생태 도시와 관련하여 도시내에서의 환경문제가 중요한 이슈로 등장하고 있다.

6) u-City에 관한 일반적인 정의는 이인호, “개인의 사생활, 국가적 감시, 그리고 규범”, 미래사회연구포럼, 2006, 251면; 이창범, “유-시티의 경제·사회적 효과와 추진전략”, 『인터넷법률』 통권 제36호, 2006 등 u-City를 연구한 기존의 다수 논문들에서 유사하게 나타나고 있다.

7) 제정 2008.3.28. 법률 제9052호 시행일 2008.9.29, 국회 의안정보시스템 검토의견 참고.

타당한 입법이다. 특히 u-City 건설과 관련된 개별법령이 복잡다기하므로 일원적이고 일관적인 정책적 시각에서 u-City 건설을 추진하기 위해서는 개별법령에 u-City 건설 관련조항을 담는 것보다는 별도의 독립적인 입법을 통해 제반사항을 마련하는 것이 입법의 효율성과 집행의 신속성을 담보할 수 있다는 측면에서 더욱 의미가 깊기 때문이다. 특히 u-City 건설과 관련하여 u-City 건설사업, 지역정보화사업, 전자정부사업, 정보격차해소사업 등 각 부처가 달리 계획하고 개별적으로 추진하고 있는 영역의 중심에 u-City 건설이 있기 때문에 이를 중심으로 유사·중복 사업들의 난립을 막고, 각 부처의 역할분담을 통하여 예산의 투명한 집행을 위하여 이를 통합하기 위한 법이 제정된 것은 긍정적으로 평가할 수 있다.

위와 같이 u-City의 효율적인 건설 및 관리를 위하여 제정된 유비쿼터스도시건설법은 u-City가 다기능·다부처 관련 복합 프로젝트로 건설되므로 부처간·분야간 조정이 필요하며, 정보화의 역기능의 심화에 대응하기 위한 노력이 담겨 있어야 한다. 따라서 유비쿼터스도시건설법에는 ① u-City건설의 계획체계, ② 추진조직(다양한 분야 및 조직 등 조정의 범위가 확대됨에 따라 강력한 리더십을 반영할 수 있는 조정체계마련), ③ 공공과 민간의 역할정립(정책 결정 및 추진과정에서 민간의 전문가와 이해관계자의 적극적 참여를 위한 협력체 또는 자문단 등), ④ 재원조달방안(사전·사후평가 및 평가환류 체계 등을 관련법에 명시함으로써 정보화·예산의 효율적 운용에 기여), ⑤ 사업자들의 투자 유발을 위한 세제·금융지원 ⑥ 신·구도시간 또는 지역간의 균형 있는 추진, ⑦ 개인정보보호, ⑧ 정보보안, ⑨ 기술융합을 위한 방안 등이 규정되어 있어야 할 것이다. 이하에서는 위와 같은 입장에서 법의 내용을 구체적으로 살펴보기로 한다.

#### 나. 법률의 내용

법률은 효과적인 u-City 건설을 위해 u-City 관련 기본개념 등을 정의하고 있고 u-City 건설 관련 각종 계획 수립, u-City 기반시설의 관리·운영, u-City 종합계획 등을 심의하기 위한 u-City 위원회 등을 주요내용으로 하고 있다. 이러한 유비쿼터스도시건설법의 제정과 시행을 통하여 u-City 내에 거주하는 시민은 u-행정·u-방재·u-안전·u-교통 서비스 등 실시간으로 맞춤형 서비스를 향유함으로써 삶의 질을 제고할 수 있고, 해당 지자체 등은 고도의 정보통신기술 등에 의한 효율적인 도시 관리 등을 통하여 도시 자체 경쟁력을 담보할 수 있으며, 국가 전체적으로는 새로운 IT 산업의 지속적인 수요창출을 통해 IT산업의 성장 토대를 마련함으로써 새로운 성장 동력 발굴을 기대해 볼 수 있을 것이다.

#### 다. 법의 적용대상

유비쿼터스도시건설법 제3조에 의하면 ①「택지개발촉진법」의 택지개발사업, ② 「도시개

발법』의 도시개발사업, ③ 「공공기관 지방이전에 따른 혁신도시 건설 및 지원에 관한 특별법」의 혁신도시개발사업, ④ 「기업도시개발 특별법」의 기업도시개발사업, ⑤ 「신행정수도 후속대책을 위한 연기·공주지역 행정중심복합도시 건설을 위한 특별법」의 행정중심복합도시건설사업, ⑥ 그 밖의 관계 법령에 따른 도시개발사업 및 특별시·광역시·시·군의 도시정비·개량 등의 사업 중 대통령령으로 정하는 사업에 대하여 대통령령으로 정하는 일정규모 이상의 u-City 건설사업을 시행하는 경우에 적용한다고 규정하고 있어 그 범위를 구체화하고 있다. 적용대상에 대한 타당성 검토는 장을 달리하여 서술하기로 한다.

라. 유비쿼터스도시종합계획 및 유비쿼터스도시계획 수립 등

유비쿼터스도시건설법 제4조 내지 제11조에 의하면, 국토해양부장관은 u-City의 효율적인 건설관리 등을 위하여 5년마다 u-City 종합계획안을 작성하여 공청회 및 u-City 위원회의 심의를 거쳐 확정(제4조~제6조)하여야 하고, 특별시장·광역시장·시장 또는 군수는 u-City 계획을 수립하여 관계행정기관의 장과 협의한 후 국토해양부장관의 승인을 받도록 하고 있으며(제8조~제10조), u-City 종합계획은 「국토기본법」의 국토종합계획에 부합하도록 하고(제4조 제4항), u-City 계획은 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」의 도시기본계획과 적합하도록 규정하고 있다(제8조 제4항). 유비쿼터스도시건설법은 국토해양부장관이 수립하는 상위개념의 u-City 종합계획에 대해서는 국무총리소속하에 국무총리를 위원장으로 하는 u-City 위원회의 심의를 거치도록 하고 있으나(제6조 제1항 및 제23조), u-City 종합계획의 하위계획인 u-City 계획은 특별시장·광역시장·시장·군수가 수립하는 것으로 이에 대해서 위원회의 심의절차와 같은 전문성 및 객관성 등을 담보하기 위한 별도의 절차가 마련되어 있지 않은 채 u-City 계획의 수립의 지원 및 u-City 계획에 관한 조사·연구를 수행하기 위한 위원회를 두고, 자문을 요청할 수 있다고 규정하고 있다(제8조 제5항 및 제6항). 이에 관한 문제점 또한 장을 달리하여 서술하기로 한다.

마. 통합정보운영센터

유비쿼터스도시건설법 제2조 제3호 다목을 보면 u-City 서비스의 제공을 위한 u-City 통합정보운영센터를 u-City의 관리·운영에 관한 시설로서 대통령령이 정하는 시설이라고 정의하고 있다. 통합정보운영센터는 u-City의 심장과 같은 기구이므로 이에 관한 사항을 대통령령으로 위임한 것이 타당한 것인지에 대하여 의문이 든다. 이하 대통령령에서 규정해야 할 내용들을 살펴봄으로써 다시 그 문제점에 대하여 언급하고자 한다.

바. u-City 건설사업 실시계획

유비쿼터스도시건설법 제13조 및 제14조에 의하면 u-City 건설사업시행자는 지방자치단체의 장이 수립한 u-City 계획에 따라 사업의 명칭, 범위, 사업의 목적 및 기본방향, 사업시행자, 사업기간, 사업시행방법, 연도별 투자계획 및 재원조달계획, u-City 기반시설의 구축 및 관리·운영에 관한 사항, u-City 서비스의 제공에 관한 사항, u-City 기술에 관한 사항 등을 담고 있는 u-City 건설사업계획 및 건설사업실시계획을 수립하도록 하고 있다.

사. 유비쿼터스도시기반시설의 관리·운영 등

유비쿼터스도시건설법 제19조에 의하면 u-City 기반시설은 원칙적으로 그 관리청을 특별시장·광역시장·시장 또는 군수로 하고(제1항 및 제2항), 이 기반시설의 관리청은 u-City 기반시설의 관리·운영에 관한 업무의 전부 또는 일부를 전문 인력기관 등에 위탁할 수 있도록 하고 있으며(제3항), 국토해양부장관은 u-City 기반시설의 효율적인 관리·운영 등을 위하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 함으로써 기반시설의 법적 지위, 구성 및 관리·운영 등의 내용에 대해서는 범 정부차원에서 논의와 의견수렴을 거쳐 정하도록 하고 있다(제4항).

아. 유비쿼터스도시기술의 표준화

유비쿼터스도시건설법 제20조에 의하면 국토해양부장관은 행정안전부장관 등 대통령령으로 정하는 관계 중앙행정기관의 장과 협의를 거쳐 건설·정보통신 융합기술(이하 '융합기술')의 기준을 제정·고시할 수 있다고 규정하고, 이러한 기준을 제정할 때에는 u-City간의 호환성 등을 고려하도록 하고 있다. 융합기술은 u-City 구성의 핵심기술에 해당하는 것으로 유비쿼터스도시건설법 제2조 제5호에 의하면 "「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」의 기반시설 및 공공시설을 지능화하기 위하여 건설기술에 전자·제어·통신 등의 기술을 융합한 기술"로서 대통령령이 정하는 기술이라고 정의하고 있다.

2. 유비쿼터스도시건설법의 문제점 및 개선방안

앞에서 유비쿼터스도시건설법에서 주로 규율하고 있는 내용전반을 개관해 보았다. 이어서 본 장에서는 유비쿼터스도시건설법의 문제점을 지적하고 입법예고된 시행령의 내용을 바탕으로 이에 대한 구체적인 개선방안을 제시하고자 한다.

## 가. 제1장 총칙

### (1) 용어정의(제2조)

유비쿼터스도시건설법 제2조 제3호 다목을 보면 u-City 서비스의 제공을 위한 u-City 통합운영센터를 u-City의 관리·운영에 관한 시설로서 대통령령이 정하는 시설이라고 정의하고 있다. 그러나 필자는 통합운영센터는 다른 u-City의 원활한 운영을 위하여 기반시설과는 차원이 다르므로 다른 기반시설과는 다르게 규정해야 한다고 생각한다. 왜냐하면 u-City에서 통합운영센터는 u-City 내 통신망, 교통망, 시설물 등의 각종 센서장비를 통해 교통·방재·환경 등의 도시정보를 수집하고, 이를 통합·분석하여 도시를 효과적으로 운영하고 동시에 지역주민이나 관련 기관에 도시정보를 실시간으로 제공하는 역할을 수행하는 것으로 u-City 운영에 핵심적인 기능을 담당하는 시설이고 개인정보와 밀접한 관련이 있는 시설이기 때문이다. 따라서 입법기술적인 측면의 문제라고 할 수 있으나 u-City의 핵심역할을 수행하게 될 통합운영센터에 대하여 도시기반시설의 세부항목으로 둘 것이 아니라 통합운영센터에 대한 사항은 별도의 규정하는 것을 제안한다. 더욱이 통합운영센터는 개인정보보호, 정보보안과 같은 시설보호와 밀접한 관련이 있으므로 유비쿼터스도시건설법 제4장에 통합운영센터를 규율하는 것이 법체계에 부합하는 것이라 생각한다. 나아가 이러한 통합운영센터는 u-City 서비스 제공과 관련하여 해당 지역주민과의 접점에 해당하는 기관으로 동 센터의 법적 지위, 센터의 구성 및 운영, 센터 구축 및 운영에 필요한 재원조달 방식<sup>8)</sup> 등이 검토되어야 할 사항이므로 이에 대한 논의가 필요할 것으로 보인다.

### (2) 적용대상(제3조)

유비쿼터스도시건설법 제1장 총칙에서는 법의 목적과 용어정의와 더불어 법의 적용대상에 대하여 규정하고 있다. 그러나 법의 적용대상 규정에는 다음과 같은 문제가 있다. 「공공기관 지방이전에 따른 혁신도시 건설 및 지원에 관한 특별법」의 혁신도시개발사업과 「신행정수도 후속대책을 위한 연기·공주지역 행정중심복합도시 건설을 위한 특별법」의 행정중심복합도시건설사업의 경우 새로운 도시건설을 예정하고 있는 것이므로 신도시의 u-City 건설에 유비쿼터스도시건설법을 적용하는 것은 무리가 없어 보인다. 또한 「기업도시개발 특별법」은 민간기업이 산업·연구·관광·레저분야 등에 걸쳐 계획적·주도적으로 자족적인 도

8) 인천경제자유구역청은 2007. 7 “IFEZ u-City 도시통합운영센터 건립을 위한 타당성 검토와 기본계획 수립최종보고회”에서 경제청의 u-City 구성을 위한 선결과제로 도시통합운영센터를 구축하기로 하고 이에 소요되는 예산으로 1조 640억원을 추정하고 있음. 경제자유구역청은 이 막대한 비용 중 상당부분을 네트워크망 등 인프라구축이 차지할 것으로 예상하고 있음.

시를 개발·운영하는데 필요한 사항을 규정하여 국토의 계획적인 개발과 민간기업의 투자를 촉진함으로써 공공복리를 증진하고 국민경제와 국가균형발전에 기여함을 목적으로 제정된 법이므로 이 법을 통한 도시개발에 있어서 민간기업의 u-City 건설의 참여를 유도할 수 있는 근거가 될 수 있으므로 「기업도시개발 특별법」의 기업도시개발사업에 유비쿼터스도시건설법을 적용하는 것은 타당해 보인다. 나아가 「도시개발법」상의 도시개발구역 내에서 주거, 상업, 산업, 유통, 정보통신, 생태, 문화, 보건 및 복지 등의 기능이 있는 단지 또는 시가지를 조성하기 위하여 시행하는 사업도시개발사업(도시개발사업)이 u-City에 해당할 것이다. 그러나 「택지개발촉진법」은 도시의 주택난을 해소하기 위하여 주택건설에 필요한 택지의 취득·개발·공급 및 관리 등에 관한 특례를 규정하고 있으므로 도시의 주택난 해소를 위하여 u-City를 건설하는 것이 아니라면 과연 주택건설에 필요한 특례를 규정하고 있는 법의 사업을 그 대상으로 하여야 하는지는 의문이다. u-City 건설의 범위를 확대하는 것이 과연 바람직한 것인지에 대한 고민이 있어야 할 것으로 보인다. 오히려 기존 도시의 u-City로의 전환 등을 고려한다면 「도시 및 주거환경정비법」 및 「도시재정비 촉진을 위한 특별법」에 따른 도시정비사업을 그 적용대상으로 하여야 할 것이다. 그렇지 않으면 구도시와 신도시 간에 u-City 서비스로 인한 정보격차가 발생할 것이고, 이로 인한 정보화 사회의 양극화 현상이 발생할 수 있다. 따라서 법률 개정 시에 이에 관한 검토와 논의가 있어야 할 것이다. 왜냐하면 유비쿼터스도시건설법이 구도시의 u-City 구축을 금지하고 있지는 않지만(오히려 법률에서 이를 규정하고 있는 것이 타당하다) 법에서 구도시에 대한 도시건설을 규정하고 있다고 하더라도 이미 구축이 된 구도시는 u-City 인프라의 구축이 곤란하므로 사실상 u-City 사업은 신도시에 더 많은 혜택을 줄 수 있고, 이와 같이 구도시보다 신도시에 국가가 각종 지원을 해줄 경우 구도시는 신도시와는 다른 방법과 기준으로 지원책을 마련하는 것이 타당하다. 그렇지 않은 경우에는 「정보격차해소에 관한 법률」 제3조에서 규정하고 있는 국가 및 지방자치단체의 책무 규정에 반하게 될 것이기 때문이다. 이와 같이 본다면 입법예고된 유비쿼터스도시건설법 시행령 제6조에서 도시개발사업에 해당 하는 법률로서 「도시 및 주거환경정비법」 및 「도시재정비 촉진을 위한 특별법」등을 규정한 것은 당연한 입법이다.

## 나. 제2장 유비쿼터스도시종합계획의 수립 등

### (1) 유비쿼터스도시종합계획의 수립(제4조)

유비쿼터스도시건설법 제4조 제1항 제9호는 u-City 종합계획의 수립에서 개인정보보호와 u-City 기반시설 보호에 관한 사항을 같이 나열하고 있다는 데, 정보통신영역에서 개인정보

보호뿐만 아니라 u-City에서 정보보안의 중요성도 충분히 인식되어야 한다는 측면에서 정보보안(Information security)과 개인정보보호(personal data protection)의 개념을 분명히 구별하여야 하며 이러한 인식을 기반으로 법 규정에서도 이를 적극적으로 반영하는 조치를 취해야 할 것이다. 즉, 개인정보보호와 정보보안에 관련한 규정을 구분하여 규정하는 것이 향후 입법적 방법에서 볼 때 바람직한 방향일 것이다.

입법예고된 유비쿼터스도시건설법 시행령을 살펴보면 유비쿼터스도시종합계획 수립과 관련하여 제9조를 규정하고 있는데 이는 문제가 있어 보인다. 구체적으로 살펴보면 유비쿼터스도시건설법 제4조는 시행령 제9조 제1항의 사항을 위임하고 있지 아니하다. 위임되지 아니한 사항에 대하여 시행령 제9조 제1항은 국토해양부 장관에게 종합계획안을 조정·총괄하는 기능을 부여하고 있는데 이는 위임의 범위를 넘어서는 것으로 보이며, 나아가 중앙행정기관의 계획안의 최종적인 조정을 국토해양부 장관이 할 수 있게 하는 것으로 유비쿼터스도시건설법 제23조의 위원회의 심의기능을 약화시킬 우려가 있다. 따라서 이에 대한 권한조정과 관련한 부분에 대한 검토가 필요할 것이다.

## (2) 유비쿼터스도시계획의 수립을 위한 공청회 개최(제9조)

u-City 건설은 지금까지의 주택과는 다른 주거환경을 마련하는 것으로 생태계와도 관련이 있는 등 기본적으로 「국토기본법」과 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에서 규정하고 있는 국토종합계획에 부합하여야 하며, u-City 서비스와도 관련된 사항이므로 정보화촉진기본법의 일관성과 체계적 적합성도 고려하여야 할 것이다. 그 밖에 지방자치단체의 장이 수립하는 u-City 계획은 u-City 건설사업의 시행자가 수립하는 u-City 건설사업계획의 지침으로서의 기능을 수행하는 등 중요한 계획이므로, 동 계획을 수립하는 과정에서 충분한 여론수렴과 전문가의 전문성이 반영될 필요가 있다고 보이므로 유비쿼터스도시건설법 제9조의 공청회의 개최를 제5조의 u-City 종합계획의 경우처럼 재량사항으로 할 것이 아니라 반드시 거쳐야 하는 기속절차로 규정하는 것이 더욱 타당할 것이다.

## 다. 제3장 유비쿼터스도시건설사업의 시행 등

### (1) 사업시행자(제12조)

유비쿼터스도시건설법 제12조에 의하면 국가 또는 지방자치단체 외의 대한주택공사, 한국토지공사, 지방공사, 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관 중 대통령령으로 정한 기관, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」, 「도시개발법」, 「택지개발촉진법」, 「도시 및 주거환경정비법」, 「기업도시개발법」, 「도시재정비촉진을 위한 특별법」, 그 밖에 대통령령으로

정하는 법률에 따른 사업시행자, 『사회기반시설에대한민간투자법』에 따른 사업시행자는 사업을 시행할 수 있도록 규정하고 있음에도 KT, 삼성SDS를 비롯한 정보통신 사업자를 그 사업대상자로 규정하고 않고 있다. 그러나 u-City의 성격으로 본다면 정보통신사업자들도 u-City 건설의 주체로서 건설사업에 참여할 수 있을 것이다. 따라서 도시건설의 축은 건축이어야 한다는 생각의 틀을 버리고 u-City를 건설할 수 있는 능력이 있는 정보통신사업자도 사업시행자로 선정하는 것은 어떠한지 문제를 제기해 본다. 이에 대하여 시행령 제18조는 사업시행자의 범위에 『지방공기업법』에 의하여 설립된 출자법인, 민·관이 공동으로 출자한 회사 등을 추가함으로써 범위를 넓히려는 노력은 하고 있으나 여전히 사업시행자가 될 수 있는 자를 제한하고 있는 것이다.

## (2) 인·허가 등의 의제(제15조)

『국토의 계획 및 이용에 관한 법률』 제2조 제6호의 ‘기반시설’ 또는 제13호의 ‘공공시설’에 건설·정보통신 융합기술을 적용하여 지능화된 시설을 u-City 기반시설이라 한다. 이때의 ‘기반시설’이라 함은 도로·철도·항만·공항·주차장 등 교통시설, 광장·공원·녹지 등 공간시설, 유통업무설비, 수도·전기·가스공급설비, 방송·통신시설, 공동구 등 유통·공급시설, 학교·운동장·공공청사·문화시설·체육시설 등 공공·문화체육시설, 하천·유수지·방화설비 등 방재시설, 화장장·공동묘지·납골시설 등 보건위생시설, 하수도·폐기물처리시설 등 환경기초시설의 시설로서 대통령령이 정하는 시설을 말하고, ‘공공시설’이라 함은 도로·공원·철도·수도 그 밖에 대통령령이 정하는 공공용시설을 말한다. 이와 같은 시설의 허가에 대해서는 유틸리티도시건설법 제15조에서 인·허가를 의제하는 규정을 두어 도시건설에 있어서 행정절차상의 지연을 막고자 하였다. 그러나 제15조 제1항에서 나열하고 있는 23가지 이외에도 인·허가를 의제하여야 하는 경우가 발생할 수 있음에도 이러한 고려 없이 열거주의로 규정하고 있는 것은 문제가 있다고 생각한다. 특히 u-City 건설은 기존의 건설사업과는 그 패러다임이 다르므로 건설과 관련한 사항만을 인·허가 의제한 것은 개선되어야 할 것이다. 앞에서 이미 언급한 바와 같이 u-City는 정보통신기술과 건축기술이 만나는 것이고 우리가 예정하고 있는 u-City는 모든 생활시설을 통합적으로 누릴 수 있는 새로운 패러다임의 도시이므로 유틸리티도시건설법 제15조에서 규정하고 있는 분야 외에도 의료, 교육, 정보통신 등 u-City 내에서 제공되는 서비스의 종류도 다양하고 u-City 생활에 직접적으로 필요한 시설 이외에도 u-City 내에서 서비스를 제공하고자 하는 시설의 기간설정 및 시설설치의 용이성을 위하여 각 해당 기관의 인·허가의 의제 등 필요한 조치가 포함되어져야 할 것이다.9) 왜냐하면 u-City는 유기적인 도시이므로 각 개별적인 사업을 시행한다고 하더라도

9) 예를 들어, 교통정보에 대한 원격서비스를 제공하기 위해서는 신호등 등 교통법규와 관련된 사항은 경

결국 통합적인 시스템을 구축하게 되므로 u-City를 건설하고자 하는 경우에는 신청에서부터 추진·구축·운영의 단계에 이르기까지 유기적인 연관성이 있어야 할 것이다. 이러한 관점에서 본다면 현재의 유비쿼터스도시건설법 제15조의 인·허가 사항에는 건축분야의 기반시설에 관한 사항만이 규정되어 건축분야에서의 절차상의 문제만을 다루고 있고, 인·허가 의제규정이 열거주의를 취하고 있으므로 건설단계에서 또는 건설운영단계에서 발생할 수 있는 사항에 대처하기가 어렵다. 따라서 유비쿼터스도시건설법이 기술적인 측면이 강한 법이라는 점을 감안한다면 개괄주의의 형태의 조항을 추가하는 것이 타당하리라 생각한다. 나아가 시행령으로 위임하는 근거규정을 두는 것이 바람직해 보인다.

### (3) 유비쿼터스도시기반시설의 관리·운영 등(제19조)

『정보화촉진기본법』 제2조 제5호의 초고속정보통신망(실시간으로 동영상정보를 주고받을 수 있는 고속·대용량의 정보통신망), 제5호의2의 광대역통합정보통신망(통신·방송·인터넷이 융합된 멀티미디어 서비스를 언제 어디서나 고속·대용량으로 이용할 수 있는 정보통신망), 그 밖에 대통령령으로 정하는 정보통신망을 u-City 기반시설이라 한다. 이와 같은 초고속정보통신망 및 광대역통합정보통신망은 『정보화촉진기본법』의 규율대상인 바, 제28조, 제28조의2에 의하면 ‘방송통신위원회’가 각 망에 대한 관리와 구축을 맡게 된다. 결국 유비쿼터스도시건설법 제2조 제3호 나목의 u-City 기반시설은 대통령 직속 기구인 ‘방송통신위원회’가 관리·구축하게 됨으로써 유비쿼터스도시건설법 제19조 제1항에 의하면 u-City 기반시설의 구축·관리의 주체가 ‘방송통신위원회’가 되는 것이다. 만약 u-City 기반시설의 구축·관리주체가 ‘방송통신위원회’가 되는 것이라면 u-City의 심장이라 할 수 있는 통합운영센터를 비롯하여 유비쿼터스도시건설법 제2조 제3호에서 규정하고 있는 u-City 서비스의 제공 등을 위한 u-City 기반시설의 구축·관리·운영을 ‘방송통신위원회’가 하게 되는 것인데, 방송통신위원회는 『방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률』 제3조 제1항에 의하여 방송과 통신에 관한 사항을 수행하기 위하여 설치된 기구로서 u-City 기반시설의 관리를 맡게 되는 것은 방송통신위원회의 설치 목적에 부합하지 않는다. 위와 같은 문제점을 해결하기 위하여 유비쿼터스도시건설법 제19조 제1항의 “다른 법률에 따라 관리청이 정하여지지 아니한 기반시설”에서 『정보화촉진기본법』에 의한 기반시설은 관리청이 정해지지 아니한 기반시설로 보고 시장·군수가 이러한 시설의 관리청이 되도록 규정하여야 한다.

---

찰청이, 기타 도로안전 및 질서유지에 관한 사항은 각 지방자치 단체 등에게 권한이 있으므로 한 가지 사업에 대해서도 각 해당 분야에 따른 관계기관이 다르므로 인·허가절차에 많은 시간이 소요될 것으로 예상된다. 따라서 이와 같은 문제점을 해결하기 위하여 각 기관의 유기적인 업무협조가 요청될 것이다. 이렇게 관련 기관이 2이상인 경우에 업무협조와 업무관련성에 관한 사항을 제15조의 인·허가 의제 규정과 같이 명문으로 규정하고 있다면 보다 실효성 있는 방안이 될 것이라 생각한다.

특히 일반적인 기반시설이 아닌 정보화와 관련된 기반시설의 경우 관리청이 개별 법률에 의하여 나누어진다면 정보의 관리와 서비스제공의 효율성이 떨어질 것이고 u-City 건설의 통합법인 유비쿼터스도시건설법의 제정목적에도 반하게 될 것이다. 따라서 기반시설 중 정보화 시설과 관련한 기반시설의 경우는 시장·군수가 일괄적으로 관리·운영하며 관리청이 필요하다고 인정하는 경우에 한하여 그 관리·운영에 필요한 사항에 대하여 관련기관을 지정하고 각 관련기관과 협력하는 것으로 하는 것이 타당할 것이다. 이와 같은 기관의 지정은 대통령령에 위임하고 있으므로 시행령을 제정할 경우 u-City 기반시설의 관리·운영에 관한 업무를 맡을 수 있는 기관을 명시하여야 할 것인데, 이미 u-City 건설 업무를 맡고 있는 기관들이 있음을 감안하여 기관의 난립과 업무의 중복을 피할 수 있도록 기관을 지정하는 것이 필요할 것이다. 나아가 제19조 제4항에서 u-City 기반시설의 효율적인 관리·운영 등을 위하여 필요한 사항은 시행령에 위임하도록 하고 있으므로 각 개별 기반시설마다 다른 법률에 따라 그 관리·운영하는 기관이 달라지는 경우에는 각 기관간의 원활한 업무협조가 요청되므로 이를 보장할 수 있는 제도적 장치를 시행령에서 규정하여야 할 것이다. 이와 같은 관점에서 시행령 제26조 제1항 제4호의 규정은 바람직하다.

#### 라. 제4장 유비쿼터스도시기술의 기준 및 정보보호 등

##### (1) 융합기술의 기준(제20조)

(가) u-City에서는 핵심도시 인프라인 지리정보시스템(GIS)과 지능형교통시스템(ITS) 등 다양한 유비쿼터스 기술과 서비스의 표준화가 필요한데, 기존 정보화사업과는 달리 건설공사가 수반되므로 완공 이후에는 쉽게 변경할 수 없고 변경을 하는데 많은 비용이 들기 때문에 표준화는 다른 어느 경우보다 강조되어야 할 필요가 있다. 이러한 융합기술의 표준화에 대하여 유비쿼터스도시건설법 제20조는 국토해양부장관이 행정안전부장관 등 대통령령으로 정하는 관계 중앙행정기관의 장과 협의를 거쳐 건설·정보통신 융합기술의 기준을 제정·고시할 수 있다고 규정하고 있다. 특히 국토해양부와 행정안전부는 u-City 건설과 관련하여 개별적인 부분의 법령에서 부처이기주의가 발생할 수 있으므로 이러한 이해관계를 어떻게 조정할 것인가가 관건이라 하겠다. 따라서 협의의 사항에 대한 구체적인 지침을 마련하는 것이 필요하다.

(나) 또한 건설·정보통신 융합기술의 표준을 제정하고 고시하고자 하는 경우에는 무엇보다 상호호환성(interoperability)과 확장성을 고려하여야 하는데 제20조제2항에서 이와 같은 내용을 명시적으로 규정하고 있는 것은 바람직한 입법이라 할 수 있다. 다만 이러한

표준화<sup>10)</sup>는 본격적인 사업단계보다 앞서서 진행하여야 할 필요가 있다. 왜냐하면 이미 일부 u-City 사업은 시작되었고, 이 사업을 국가가 지원하지 않는다고 하더라도 후에 원활한 연계를 위해서는 표준화가 그 핵심이기 때문이다. 따라서 표준화 모델의 개발에 관한 사항을 유비쿼터스도시건설법 제26조의 u-City 기술의 개발과 기술수준의 향상을 위하여 추진할 수 있는 사업에 명시적으로 규정하는 것에 대하여 제안해 본다.

(다) 유비쿼터스도시건설법 제20조에 의하면 국토해양부장관은 행정안전부장관 등 대통령령으로 정하는 관계 중앙행정기관의 장과 협의를 거쳐 건설·정보통신 융합기술(이하 “융합기술”)의 기준을 제정·고시할 수 있다고 규정하고, 이러한 기준을 제정할 때에는 u-City 간의 호환성 등을 고려하도록 하고 있다. 융합기술은 u-City 구성의 핵심기술에 해당하는 것으로 유비쿼터스도시건설법 제2조 제5호에 의하면 “『국토의 계획 및 이용에 관한 법률』의 기반시설 및 공공시설을 지능화하기 위하여 건설기술에 전자·제어·통신 등의 기술을 융합한 기술”로서 대통령이 정하는 기술이라고 정의하고 있다. 이러한 융합기술의 기준을 어떻게 제정하는가에 따라 u-City의 건설 및 운영의 성패가 좌우되므로 다양한 검토와 합리적인 연구를 통한 기준설정이 필요할 것이다. 또한 융합기술은 u-City의 표준화와 인증과도 밀접한 관련성이 있으므로 융합기술의 기준을 설정하는 경우 사전 절차로 u-City 위원회의 심의를 받도록 하는 방안 등에 대한 검토가 필요할 것으로 보인다. 따라서 이와 같은 내용을 법 제23조 제1항의 심의사항으로 규정하고 있지 않으므로 제1항 제6호에 근거하여 시행령으로 규정하는 것이 필요할 것이다.

## (2) 개인정보 보호(제21조)

유비쿼터스도시건설법은 u-City 내에서 개인정보를 보호하기 위한 구체적 법적장치를 갖추어야 한다. 그러나 유비쿼터스도시건설법 제21조에서 선언적인 의미의 규정만을 두고 있으므로 구체적으로 개인정보보호원칙에 충실하게 조문화되어야 할 것이다. 이러한 조문화 과정에서 유비쿼터스 환경에서의 개인정보는 공·사의 구분이 어렵거나 영리·비영리의 구분이 무의미해지거나 개인정보의 수집·이용 매체를 차별하는 것이 무의미해지는 경우가 많으므로 누구든지 안심하고 신뢰할 수 있는 u-City 건설을 위해서는 글로벌 스탠다드(OECD 프라이버시 8원칙,<sup>11)</sup> APEC 프라이버시 프레임워크, EU 개인정보보호지침)에 입각

10) 기술 표준화에 관한 자세한 내용은 정부만, “u-City의 상호운용성 확보를 위한 서비스 아키텍처 및 구현 기술 표준화에 관한 연구”, 정보통신부, 한국정보사회진흥원, 2006 참고.

11) OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data상의 8원칙으로는 ① 수집제한, ② 정확성 확보, ③ 구체성 명시, ④ 이용제한, ⑤ 안정성 확보, ⑥ 공개, ⑦ 개인 참여, ⑧ 책임의 원칙

하여 공·사, 영리·비영리, 이용매체 등의 구별을 뛰어넘는 일반적인 개인정보보호를 위한 규정<sup>12)</sup>을 규정하는 것이 타당하다. 이러한 기본 규정에 대하여 대통령령으로 정하는 것도 가능하리라 생각한다. 이러한 관점에서 본다면 유비쿼터스도시건설법 제21조 개인정보 보호규정에서 개인정보는 '관계법령'에 따라 필요한 목적의 범위에서 적법하고 안전하게 취급하여야 한다고 규정하고 있을 뿐이므로 구체적으로 어떠한 기준이 필요한지에 대한 규정이 미비하다고 평가할 수 있다.<sup>13)</sup>

### (3) 유비쿼터스도시기반시설의 보호(제22조)

(가) 유비쿼터스도시건설법 제22조는 u-City 기반시설에 대하여 행정안전부장관은 「정보통신기반보호법」에 따라 u-City 기반시설 중 대통령령이 정하는 시설을 주요 정보통신기반시설로 지정하여야 한다고 규정하고 있다. 행정안전부장관이 국토해양부장관이 정한 시설에 대하여 정보통신기반시설로 지정하게 되는 체계이므로 지정된 시설에 대한 관리는 행정안전부장관에게 있는 것으로 보인다. 이처럼 그 시설물의 종류에 대한 지정은 국토해양부장관이, 시설에 대한 지정은 행정안전부장관이 하는 것으로 소관부처의 이원적인 체계로 인하여 시설물에 문제가 발생한 경우 부처간의 원활한 의견소통이 문제될 수 있다. 따라서 정보통신시설과 관련한 법률은 행정안전부 소관법령이므로 u-City 기반시설과 관련한 사항에 대해서는 행정안전부장관이 담당하는 것이 바람직하며, 국토의 이용 및 u-City의 건설과 관련된 업무는 국토해양부장관이, 전기기반시설과 관련한 정보의 이용에 관한 사항은 방송통신위원회가 업무를 관장하는 것이 타당해 보인다. 결국 유비쿼터스건설법의 소관부처는 국토해양부이지만 u-City가 건설되고 이를 운영함에 있어서는 해당 분야에 대한 업무에 대하여 적절한 분배가 이루어지게 될 것이다. 그러나 이와 같은 점에 있어서는 앞에서 언급한 바와 같이 같은 시설물에 대하여 관련부처가 2이상 존재하는 경우가 예상되므로 제19조 제4항을 근거로 관리주체간의 이해조정 및 업무관장에 대하여 법에서 또는 대통령령에서 명확하게 규정해야 할 것이다. 또한, 운영과 그의 관리에 있어서 가장 문제 중 하나는 재정에 관한 것으로 해당 관계부처간의 재원확보에 대한 제도적 보장이 필요하며, 이에 관하여 유비쿼터스건설법 제19조에서 이에 대하여 규정하고 있지 아니하므로 제19조 제4항에 근거하여 대통령령으로 이와 관련한 사항을 규정하는 것이 타당하고 재원조달을 위한 민간 자본 유치 등 재원조달방안에 대한 입법이 필요하다.

12) 이창범, “유-시티의 경제·사회적 효과와 추진전략”, 『인터넷법률』 통권 제36호, 2006, 14면.

13) 개인정보보호와 관련하여 개인위치정보의 문제점과 개선책에 대한 사항은 “u-City 구축추진을 위한 법·제도적 기반환경 연구”, 한국정보사회진흥원, 2006, 159~161면 참고.

(나) 유비쿼터스도시기반시설의 보호문제는 개인정보보호와 더불어 u-City 망에 대한 해킹 등에 따른 공공정보유출과 직결되는 것으로 u-City 서비스의 이용의 부정적 측면을 야기할 수 있다. 이에 대하여 유비쿼터스도시건설법은 제22조에서 행정안전부장관은 u-City 기반시설을 주요 정보통신기반시설로 지정하도록 규정하고 있고, 이렇게 지정된 정보통신기반시설은 「정보통신기반보호법」을 적용받아 정보보안의 문제를 해결하고 있다. 또한 민간사업자가 시행한 u-City 기반시설에 대해서는 「정보통신망이용촉진및정보보호등에 관한법률」에 따른 인증을 받도록 하고 있는 등 해결책을 제시하고 있다. 그러나 u-City 내에서의 기반시설은 동일한 목적을 수행하는 것임에도 국가와 지방자치단체가 사업시행자인 경우와 민간이 사업시행자인 경우에 그 적용법규가 달라진다는 것은 불합리하다. 특히 「정보통신기반보호법」상의 기반시설은 행정안전부장관이 지정하고 「정보통신망이용촉진및정보보호등에 관한법률」에 따른 인증은 방송통신위원회가 함으로써 그 담당기관도 다르기 때문에 이해조정 문제가 발생하는 경우 이에 대한 해결이 어렵게 된다. 따라서 u-City 기반시설에 관한 보호는 정보보안의 차원에서 통일적으로 규정하는 것이 타당하다고 생각한다.

#### 마. 제5장 유비쿼터스도시위원회 등

##### (1) 유비쿼터스도시위원회(제23조)

u-City 사업의 총괄기관은 u-City 개발에 관련된 모든 정책을 수립·집행할 수 있는 권한을 가진다. 총괄기관을 어느 한 부처에서 독점하는 것은 타당하지 않으나, 유비쿼터스도시건설법이 통과됨으로써 국토해양부가 u-City 건설의 총괄기관의 역할을 수행하게 되었다. 특히 시행령 제9조가 근거가 되는 것이므로 문제가 있다는 점은 이미 지적한 바 있다. 따라서 u-City 구축에 관련된 중요한 정책의 심의·조정은 심의위원회의 구성을 통하여 총괄기구에 대한 견제기능을 수행할 수 있도록 하여야 하며, 이와 같은 요청으로 유비쿼터스도시건설법 제23조는 국무총리 소속으로 u-City 위원회를 두고 있는 것이다. 그러므로 u-City 위원회가 그 역할을 충실히 하기 위해서는 총괄기관의 간섭을 최대한 받지 않을 수 있어야 할 것이다. 이와 같이 본다면 제23조와 같이 새로운 u-City 위원회를 둘 것이 아니라 현재 「정보화촉진기본법」 제8조에 의해 구성되어 있는 국가정보화를 위한 최고심의기관인 '정보화추진위원회'를 근본으로 하여 u-City 건설 등에 관한 사항을 심의할 특별분과 위원회를 구성하는 입법이 이루어 졌다면 개별 사업과 법에 따른 유사한 위원회의 난립을 막을 수 있었을 것이다. 실제로 유사한 영역의 위원회에서 활동하는 위원들이 거의 같다는 사실을 감안한다면 유사한 위원회를 통합하는 것은 중요한 입법정책적 과제라 할 수 있다.<sup>14)</sup>

14) 同旨, 정필운·박선주, "유비쿼터스도시 구축을 위한 입법의 동향과 지향", 『토지공법연구』 제37집 제2호, 2007. 8. 604면

또한 u-City 위원회의 심의대상에도 문제가 있는데 지방자치단체와 중앙행정기관의 의견조정에 관한 사항만을 규정하고 있을 뿐 중앙행정기관간의 의견조정에 대하여는 규정하고 있지 아니하므로 이에 대한 검토가 필요하다. 필자의 견해로는 중앙행정기관간의 정책 및 사업중복 등의 조정에 관한 기능은 위원회에 두는 것이 타당해 보이므로 제23조 제1항 제6호의 규정에 근거하여 시행령에 규정하는 방법도 있겠으나 법체계상 법률에 규정하는 것이 바람직하며 위원회의 역할도 명확히 할 수 있을 것이다. 더불어 도시통합정보센터를 구축한 이후에 운영단계에서 원활한 서비스가 이루어지도록 하기 위해서는 지방자치단체와의 중복업무에 대한 조정과 부서 간 업무프로세스 통합이 필요하므로 이를 구현할 수 있는 구체적인 조치들을 제19조 제4항의 위임규정을 근거로 하여 대통령령으로 명확히 규정하는 것도 가능할 것이다.

### (2) 유비쿼터스도시사업협의회(제24조)

유비쿼터스도시건설법 제18조에서 공공시설의 귀속문제를 규정하고 있고, 이를 위한 재정적인 지원방법도 구체적으로 입법되어야 한다는 점을 고려한다면 유비쿼터스도시건설법 제24조에서 규정하고 있는 협의회의 역할은 중요하다. 그러나 제24조의 협의회는 지방자치단체가 u-City를 추진하는 경우에만 구성하도록 규정하고 있으므로 민간사업자가 u-City를 건설할 경우에 민간사업자가 주도적으로 u-City를 운영하게 됨으로써 u-City 기반시설의 관리·운영에 관한 사항과 인수인계와 관련한 문제에 적극적으로 대처하기가 어렵다. 따라서 u-City가 국민의 생활전반에 미칠 영향을 감안하여 u-City의 원활한 운영을 위하여 유비쿼터스도시건설법 제24조의 협의회의 업무에 민간사업자가 건설한 도시의 운영에 관한 사항도 조정할 수 있도록 규정하는 것이 타당할 것이다.

### (3) 보조 또는 용자(제25조)

u-City 건설을 구현함에 있어서 u-City를 운영하고 유지·보수하는데 필요한 비용을 어떻게 충당할지가 가장 중요한 문제이다. 유비쿼터스도시건설법 제25조는 u-City 건설사업의 일부를 예산에서 보조하거나 용자할 수 있다고 규정하고 있으나 이는 건설사업에 소요되는 비용에 관한 것이고, 건설된 도시의 운영을 위하여 필요한 재원에 대한 확보문제에 대해서는 규정하고 있지 아니하다. 따라서 인프라와 서비스를 유지·관리하기 위한 예산확보 등이 마련되어야 한다. 이를 위하여 공공과 민간의 적극적인 협력이 필요하므로 법적·제도적으로 이를 뒷받침할 장치가 요구된다. 예를 들어, u-City를 위한 특별 기금을 조성하는 등 그 방안이 모색되어야 한다.<sup>15)</sup>

15) 이에 대하여 신중한 입장에서 논의가 필요하다는 입장이 있다. 이와 관련하여 정필운·박선주, “유비쿼터스도시 구축을 위한 입법의 동향과 지향”, 『토지공법연구』 제37집 제2호, 2007. 8. 606~608면 참고

## (4) 전문인력의 양성(제27조)

유비쿼터스도시건설법 제27조는 u-City 관련 정책과 기술의 연구, 지원, 인력양성 등을 담당하고, u-City 사업의 사업관리를 담당할 전문기관의 양성을 국가 또는 지방자치단체가 이를 직접 할 것을 예정하고 있으나, 제2항에 근거하여 u-City 전문인력의 양성과 관련이 있는 기관 또는 단체를 협력기관으로 지정하여 사업을 지원하는 것이 통일적인 법해석의 입장에서 바람직해 보인다. 왜냐하면 이미 「전자정부법」 제50조에서 “2 이상의 지방자치단체는 소관 정보화사업을 공동으로 추진하기 위하여 한국지역정보개발원을 설립”하도록 규정하고 있고, 「정보화촉진기본법」 제10조에서도 “국가기관·지방자치단체 등의 정보화촉진 등을 지원하고 정보화관련 정책개발을 지원하기 위한 기관으로서 한국정보사회진흥원을 설립”을 규정하고 있으므로 유비쿼터스도시건설법에서 또다시 새로운 기관을 지정하는 경우에는 중복적인 업무가 예상되며 개별법에 따른 기관이 설립하게 되는 것이므로 새로운 사업에 따른 법이 입법 될 때마다 이를 지원하는 새로운 기관이 설립되는 불합리함이 생기게 되기 때문이다.<sup>16)</sup>

### Ⅲ. 유비쿼터스도시구현을 위한 관계 법령 정비방안

앞에서 이미 언급한 바와 같이, u-City는 건축과 정보통신기술, 도시 내에서의 생활관계 등이 유기적으로 작용하여 건설되는 도시이므로 u-City와 관련된 법은 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」, 「국가지리정보체계의구축및활용등에관한법률」, 「도시개발법」, 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」, 「건축법」 등 도시개발관련법과 「정보화촉진기본법」을 비롯하여 「전기통신사업법」, 「정보통신망법」, 「개인정보보호법」 등 유비쿼터스서비스 적용 관련법이 있다. 이와 같이 건설법과 정보통신법 등이 서로 관련되어 있으므로 이를 조정하고 통합해야 할 내용이 복잡해지고 해결해야 할 문제 또한 다양하게 발생한다. 결국 정책의 소관 부서나 법률의 운영부서를 둘러싸고 발생한 갈등을 어떻게 조정할 수 있느냐가 u-City 관련 주체와 정부 부서 간 조정과 상호협력 체계구축에 있어서 매우 중요한 쟁점 과제라 할 수 있다. 게다가 u-City는 상하수도, 가스관 등 지하매설물, 도로, 교량 등 지상구조물에 대한 정보수집 및 관리를 통해 도시 관리기능을 제고하고, u-IT 기술에 기반한 복지서비스 제공, 수질·대기·소음 등 환경관리 고도화 등을 통해 쾌적한 생활환경을 조

16) 법제처는 최종적인 입법안을 심사할 수 있는 기관이므로 각 소관부처의 영역이 다르다 할지라도 그 내용상 기능적인 면에서 같은 역할을 할 수 있는 기구나 기관의 설립 등에 관한 사항이 있다면 부처 간의 조정을 유도하여 불필요한 공공기관의 난립을 막는 것이 필요하다고 생각한다.

성하고, 나아가 기존 생활서비스에 u-교육, u-홈, u-워크, u-관광, u-행정, u-건강, u-교통, u-환경, u-재해관리 등 다양한 u-서비스를 제공하여 도시생활의 편리성을 향상하고자 하는 등 다양한 분야의 정보들이 통합되고 융합되면서 유비쿼터스서비스를 제공하기 때문에 관련된 타 법률을 정비하여 법률 간의 충돌을 방지할 필요가 있다. 이하에서는 유비쿼터스도시건설법을 제외한 법률 중에서 u-City를 구현하기 위한 주요법률을 살펴보고, 그 중 문제가 되는 법령에 대하여 개선방안을 제시하고자 한다.

〈표〉 u-City 건설과 관련된 법률<sup>17)</sup>

주요분야	핵심내용	관련법	소관부처
기초인프라	기간망(관로, 선로) 공사	도시개발법	국토해양부
		개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법	국토해양부
		도로법	국토해양부
		농지법	농림수산식품부
		하천법	국토해양부
		소하천정비법	행정안전부
		공유수면관리법	국토해양부
		소방시설설치유지 및 안전관리에 관한 법률	행정안전부
		소방시설공사업법	행정안전부
		정보화촉진기본법	행정안전부
		전기통신사업법	방송통신위원회
		전기통신기본법	방송통신위원회
		<b>정보통신기반보호법</b>	행정안전부
		전달/역세스망	건물과 기간망의 연계
건축법	국토해양부		
주택법	국토해양부		
구내망	건물내부의 통신시설	건축법	국토해양부
		주택법	국토해양부

17) 2008.6. 현재, 법제처 법령검색사이트(법제처 종합법령정보센터 : <http://klaw.go.kr/>)에서 정부조직개편 후의 법령별 소관부처를 확인하는 과정에 어려움이 있었다. 법제처 법령검색사이트에서의 개별 법률의 소관법령에 대한 업데이트가 필요하다. 표의 소관부처 중 방송통신위원회의 소관법률과 행정안전부의 소관법률에 관하여는 직접 해당 부처홈페이지의 법령정보에서 확인하였으나, 공동소관 여부는 불분명하여 중복적으로 검색되는 법률이 있었다. 표에서 굵은체로 표시한 법률의 소관부처에 관한 정비가 필요하다. 분야별 핵심사항과 관련법에 대한 기본적인 이해는 선행된 연구들을 바탕으로 정리한 것임을 밝혀둔다.

주요분야	핵심내용	관련법	소관부처
서비스환경	서비스 기반환경	기업도시개발 특별법	국토해양부
		독점규제 및 공정거래에 관한 법률	공정거래위원회
		<b>정보화촉진기본법</b>	행정안전부
		전기통신사업법	방송통신위원회
		전기통신기본법	방송통신위원회
		정보통신공사업법	방송통신위원회
		방송법	방송통신위원회
		통신비밀보호법	방송통신위원회
		공공기관의 개인정보보호에 관한 법률	행정안전부
		<b>정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률</b>	방송통신위원회
		<b>정보시스템의 효율적 도입 및 운영에 관한 법률</b>	행정안전부
	위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률	방송통신위원회	
	상수도·방법	도로법	국토해양부
	CCTV	주차장법	국토해양부
	환경	대기환경보전법	환경부
물류	u-항공, u-항만	물류정책기본법	국토해양부
		유통산업발전법	지식경제부
		항공법	국토해양부
		항만법	국토해양부
		관세법	기획재정부
		정보화촉진기본법	행정안전부
교육	원격교육	교육법	교육과학기술부
		교육기본법	교육과학기술부
의료	원격진료	의료법	보건복지가족부
교통	ITS	교통체계효율화법	국토해양부
		도로법	국토해양부
		도로교통법	경찰청
		전기통신사업법	방송통신위원회
		국가지리정보체계구축·활용법	국토해양부
주거	홈네트워킹	전기통신사업법	방송통신위원회
		전기통신기본법	방송통신위원회
		건축법	국토해양부
		주택법	국토해양부

## 1. u-City 계획단계에서의 법적 쟁점과 장애요인

u-City 건설은 거시적인 관점에서 국가적 차원의 사업으로 중·장기 로드맵에 의하여 한다. 따라서 u-City 건설의 계획은 유비쿼터스도시건설법에 의하여야 할 것이며, 만약 다른 법률에 u-City 건설에 관한 계획단계의 내용이 포함되어져 있다면 이는 중복규정이고 불필요한 규정으로써 오히려 체계적인 u-City 건설을 어렵게 만들 수 있다. u-City 계획단계에서의 타 법률과의 관계 검토는 제2장의 유비쿼터스도시건설법의 내용검토로 같음한다.

## 2. u-City 건설단계에서의 법적 쟁점과 장애요인

u-City를 건설단계에서의 법적 쟁점과 장애요인은 다시 도시의 구현을 위한 인프라 구축단계에서의 법적 쟁점과 장애요인, 인텔리전트빌딩, u-스트리트, u-파크, u-홈 등 단위시설의 구축단계에서의 법적 쟁점과 장애요인으로 세분할 수 있다.

가. 도시 구현을 위한 인프라 구축단계에서의 법적 쟁점과 장애요인(통합정보시스템, 망, RFID, Wibro, USN 등 구축)

다양한 공공서비스와 민간서비스를 제공하기 위해서는 도시통합정보센터를 비롯하여 도시의 사이버화를 위한 각종 정보시스템과 지능화를 위한 센서 및 전자태그, 그리고 네트워크화를 위한 광대역 통신망(BcN), 무선 사용망(WiBro) 등의 인프라가 뒷받침 되어야 하므로 「전기통신기본법」 제21조 및 「전기통신사업법」 제32조를 개정하는 것이 필요하다. 왜냐하면 「전기통신기본법」 제21조는 '자가전기통신설비를 설치하는 자는 그 설비를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 설치한 목적에 반하여 이를 운용하여서는 아니된다'고 규정하고 있고, 「전기통신사업법」 제32조는 '누구든지 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 타인의 통신용에 제공하여서는 아니된다'고 명시하고 있으므로 공공기관이라고 하더라도 자가전기통신설비의 목적외 사용이 제한되어 있다. 결국 지자체가 자체망을 구축해도 지자체 관계자만이 이를 사용할 수 있도록 제한하고 있는 것이다. 따라서 u-City를 구축하려는 지자체들은 입주자들의 통신료 부담을 줄이기 위하여 임대망보다는 자가망을 선호하지만, 전기통신기본법 등에 구나 동 등 행정구역이 2개 이상 묶여 있는 사업지구에서는 자가망을 함께 설치할 수 없도록 규정하고 있으므로 통신망 설치에 어려움이 있게 된다. 이와 관련하여 지자체 및 관련 업체는 공공부문에 한해 u-City 서비스를 시민에게 무료로 제공할 수 있도록 전기통신사업법에 예외 조항을 삽입하여 제한을 완화하거나 통신사업자의 기간망을 활용할 수 있도록 통신망 임차비용을 낮춰야 실질적인

u-City 건설을 촉진할 수 있다고 주장하고 있으며,<sup>18)</sup> 다른 한편에서는 지자체의 요구는 통신사업권을 달라는 것으로 통신사업자 시장을 점차로 잠식당할 수 있다고 완화조치에 대하여 부정적인 견해를 나타내고 있다. 그러나 위와 같은 법률은 u-City의 기본개념인 유비쿼터스기술을 통해 제반 정보의 수집·연계·제공을 근원적으로 제한하고 있는 것이다. 따라서 통신사업자를 보호하기 위하여 제정된 조항이므로 이를 개정하는 것에는 통신사업자들의 반발이 예상된다 할지라도 이 조항은 u-City 개념이 도입되기 전에 만들어진 조항이므로 u-City의 특성상 정보의 연계는 필수적인 요소이므로 자가전기통신설비의 연계방안이 보장되어야 할 것이다. 그렇게 되지 않는다면 중앙정부나 지방자치단체가 구축한 정보통신망을 효율적으로 운영할 수 없으며 정보의 공동 활용을 촉진하기도 어려운 실정이다. 결국 통신망 유지·관리를 위한 비용절감의 문제이므로 국민의 세금과도 관련이 될 것이므로 이에 관한 조정이 필요하다.

나. 단위시설의 구축단계에서의 법적 쟁점과 장애요인(인텔리전트빌딩, u-스트리트, u-파크, u-홈 등)

u-City 건설에 있어서 단위시설의 구축단계에서의 문제는 표준화, 인증제와 같은 건설 분야와 정보통신 분야가 융합되는 부분에서 발생한다. 기술의 표준화에 대한 문제를 해결하기 위하여 유비쿼터스도시건설법 제20조 제1항은 국토해양부장관은 융합기술의 기준을 제정·고시할 수 있다고 규정하고 있고, 정보통신기술에 대하여는 관계 법률에 따라야 한다고 규정하고 있다. 그러나 개별 관계 법률에서 u-City와 관련한 시설에 대하여 규정하고 있지 아니하므로 기술의 표준화와 관련하여 중복투자 등의 문제가 발생할 수 있다.

(1) 인텔리전트빌딩의 경우 「주택건설기준 등에 관한 규정」 제32조 및 제43조에 의하여 통신시설 및 방송수신을 위한 공동수신설비를 갖추어야 하는데 이러한 구내 통신선로 등 구내통신설비에 대한 설치비 부담이 더 커질 것으로 보인다. 따라서 u-City 내에서의 통신시설과 공동수신설비의 구축은 「정보화촉진기본법」 제34조 제2항 제4호의 ‘그 밖에 정보통신산업의 기반조성을 위한 사업’에 해당한다고 보아 정보통신진흥기금을 지원할 수 있도록 유비쿼터스건설법 제25조 보조 또는 용자의 관한 사항에 구체적으로 규정한다면(시행령으로 규정하여도 무방할 듯) 제정확보의 한 방안이 될 수 있을 것이다.

18) 지자체들은 자가망을 깔면 초기 투자비용이 들지만 임대망과 달리 통신료를 지급하지 않아도 되기 때문에 자가망을 선호하지만 법규 탓에 어쩔 수 없이 임대망을 깔아야 할 형편이다. 이렇게 되면 나중에 입주자들이 많은 통신료에 반발해 u시티 서비스가 제대로 이뤄지지 않을 우려도 있다. 전자신문, 2008년 3월 4일자 1면기사

(2) 다양한 정보의 실시간 제공(방법, 화재 등)을 위하여 건물에 칩, 센서 등 정보통신 기술의 기구를 부착하여야 하는데 현행 「건축법」 제2조 제1항 제4호의 건축설비에 이러한 기구를 예정하고 있지 아니하고 국토해양부령으로 정하는 설비라고 규정하고 있으나 이에 대한 규정이 없으므로 「건축법」 시행규칙에서 u-City 건설에 필요한 정보통신기술 설비시설을 규정하여야 할 것이다. 또한 「건축법」 제69조 및 동법 시행령 제105조는 u-City 건설을 특별건축으로 규정하고 있지 아니하는데 특별건축의 의미를 고려한다면 u-City는 특별건축에 해당하므로 이에 대한 개정이 요구된다.

(3) 거리의 교통상황에 대한 정보를 실시간 제공하기 위한 u-스트리트의 기반시설 중의 하나인 교통체계시스템 ITS(ITS: Intelligent Transportation Systems)은 「교통체계효율화법」에 의하여 규율되고 있는데 동법 제11조는 '관계 행정기관의 장은 교통시설과 관련된 개발사업을 추진하고자 하는 때에는 관련국가기간교통시설과의 연계를 위한 교통체계구축 대책을 수립·시행하여야 한다'라고 규정하면서 교통시설과 관련된 개발사업에 u-City에 대하여 규정하고 있지 아니하다. 또한 시행령 제8조 제1항에서도 유비쿼터스도시건설법에 적용여부에 대하여 규정하고 있지 않다. 따라서 u-City에서 필수적으로 필요한 기반시설인 ITS를 적용하기 위하여 관련 「교통체계효율화법」에서 u-City 건설을 예정하는 규정의 도입이 필요하다.

### 3. u-City 운영단계에서의 법적 쟁점과 장애요인

u-City는 상시적인 교육기회가 제공되고, 육아·복지가 최적화 되는 도시, 스마트 원격의료, 통합 건강관리, 응급구조가 원활한 건강한 도시를 상징하고 있으므로 이를 뒷받침할 법제도적 장치가 필요하다. 따라서 이하에서는 각종 u-서비스 제공과 관련한 법적 쟁점과 장애요인을 살펴보고, 마지막으로 유지보수를 위한 재원, 인력 등의 수급의 측면에서의 법적 쟁점과 장애요인으로 나누어 서술한다.

#### 가. u-의료분야

「의료법」은 2007년 4월 11일 전부개정(법률 제8366호)을 통하여 제34조에서 '의료인(의료업에 종사하는 의사·치과의사·한의사만 해당한다)은 의료법에 따른 의료기관을 개설하지 아니하고는 의료업을 할 수 없으며, 예외적인 경우를 제외하고는 그 의료기관 내에서 의료업을 하여야 한다(의료법 제33조제1항)'라는 규정에도 불구하고 컴퓨터·화상통신 등 정보통신기술을 활용하여 먼 곳에 있는 의료인에게 의료지식이나 기술을 지원하는 원격의료를 할

수 있다고 규정함으로써 원격의료를 가능하게 하였다. 따라서 u-City에서의 원격의료행위가 가능하게 되었으므로 u-헬스사업 등이 원활하게 추진될 수 있을 것으로 기대된다.

#### 나. u-교육분야<sup>19)</sup>

「교육기본법」 제8조에서 정하고 있는 의무교육기간(6년의 초등교육과 3년의 중등교육)중에는 u-교육을 예정하고 있지 않다. 즉, 「초·중등교육법」에서는 원격교육에 관하여 규정하고 있지 아니하고 이를 정규수업으로 인정하고 있지도 않고, 초·중등교육법 제68조제1항은 의무교육으로 규정된 초등교육을 무시하는 경우에는 100만원 이하의 과태료를 부과하는 등 제도적 규제가 있다. 의무교육기간이외의 경우에는 「고등교육법」(제2조 제5호 및 제5절)과 「평생교육법」(제33조)에서 원격교육을 인정하고 있고 이와 관련하여 규정하고 있으므로 u-City에서의 교육은 현행법상 고등교육과 평생교육에 한하여 진행될 수 있을 것이다. 결국 u-City에서 u-교육이 원활하게 이루어지기 위해서는 교육개혁의 한 형태로 논의되고 있는 홈스쿨링제도 등과 같은 다양한 교육과정을 정규교육과정으로 인정하는 교육제도가 뒷받침 되어야 할 것이다. 위와 같이 본다면 u-City 내에서의 교육서비스의 문제는 단순히 교육서비스를 원활하게 받게 하기 위한 제도로써 검토될 수 있는 성질의 것이 아니다. 따라서 u-City 에서의 교육서비스에 관하여는 대통령 자문 교육혁신위원회가 2007년 8월 16일 '미래교육 비전과 전략(안)'안에서 밝힌 바와 같이 가정에서의 학습을 학력으로 인정하는 홈스쿨링(가정학교)제도 및 통합 교육과정으로 이루어지는 '무학년제'를 실시하기로 한 2015년 이후부터 법제도적으로 논의될 수 있을 것이다.<sup>20)</sup>

#### 다. u-광고분야

서울시 서초구와 경기도 성남시 판교동 등은 u시티 사업의 일환으로 LCD 패널을 이용한 u플래카드를 설치하고 있지만 이는 현행 「옥외광고물등 관리법」 제2조 및 동법 시행령 제3조에서 정의하고 있는 옥외광고물에 해당하지 아니하여 규제 대상에 해당하는지 여부 등이 불명확하다는 문제가 있다. 또한 u플래카드는 전자현수막 방식으로써 「옥외광고물 등 관리법」 시행령 제4장 표시방법(제13조에서 제32조)에서 규정하고 있는 방법에 해당하지 아니하므로 현행법의 규정의 사각지대가 될 수 있다. u-City가 건설됨에 따라 새로운 유형의 광고물이 등장할 수 있으므로 이에 관한 사항을 예정하고 개정하여야 할 것이다.

19) u-스쿨과 관련한 자세한 내용은 강이철, "유비쿼터스 기반의 학교모델 개발 연구", 한국교육학술정보원, 한국교육학술정보원, 2007 참고.

20) 다만 몸이 아파 장기 결석하는 학생이 u-교육 서비스를 활용해 수업을 받고 이를 수업일수로 인정해주는 정도의 법제개선 논의는 추진될 수 있을 것이다.

라. u-교통분야

현행 「도로교통법」 제49조 제1항 제4호는 “교통단속용 장비의 기능을 방해하는 장치를 한 차나 그 밖에 안전운전에 지장을 줄 수 있는 것으로서 행정안전부령이 정하는 기준에 적합하지 아니한 장치를 한 차를 운전하여서는 아니된다”고 운전자의 준수사항을 규정하면서 이를 위반하는 경우에는 20만원 이하의 벌금이나 구류 또는 과료에 처한다고 규정하고 있다. 따라서 이와 같은 규정이 개정되지 않는다면 u-City에서 제공하는 교통서비스의 제공을 위한 정보통신기구를 설치할 수 없으며, 교통서비스의 제공에도 제한을 받게 될 것이므로 이에 관한 규정의 개정이 필요하다.

마. u-행정분야

u-City 내에서 행정도시를 구현하기 위해서는 도시계획측면과 정보기술활용계획측면의 상호연계가 중요하다. 또한 u-행정도시를 구현하기 위해서는 행정중심복합도시 건설에 영향을 미치고 있는 「신행정수도 후속대책을 위한 연기·공주지역 행정중심복합도시 건설을 위한 특별법」과 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에서만 규정하고 있어 정보계획측면에서 도시의 사이버화, 지능화, 네트워크화를 충분히 규정할 수 없었다.<sup>21)</sup> 그러나 유비쿼터스 도시건설법에서 「신행정수도 후속대책을 위한 연기·공주지역 행정중심복합도시 건설을 위한 특별법」의 행정중심복합도시건설사업을 대상으로 하고 있으므로 도시정보화기본계획 및 개발계획을 세울 수 있게 되었다.

바. u-Eco 사업

국토해양부는 u-City 건설을 위한 핵심기술을 개발하기 위하여 u-Eco City R&D 사업을 2007년부터 2012년까지 6년간 국비 1,044억원과 민간 388억원 등 총 1,432억원을 투입할 예정이다. 발될 핵심기술의 내용은 ① 미래 U-도시의 전략 및 지원정책에 대한 연구 ② U-도시의 핵심기술인 통합플랫폼의 개발 ③ 이러한 핵심기술을 도시공간에 접목시키는 기술 ④ U-기반 생태도시의 조성 ⑤ 각종 연구개발의 결과를 실제 Test-Bed로 적용하는 핵심기술 등에 대한 연구들이다. 이와 같은 U-Eco R&D의 핵심기술개발을 위한 핵심과제별 사업단 선정을 올 4월중에 마무리하여 본격적인 기술개발에 착수할 계획이라고 발표하였다. 현재 논의되고 있는 유비쿼터스생태도시(u-Eco City) 등은 건축과 정보통신기술 그리고 생태환경이 결합된 새로운 패러다임의 융합체인 u-City라고 할 수 있다. 이러한 u-City와 다른 패러

21) 건설교통부, 「미래형 삶의 질 향유를 위한 첨단정보도시 구현방안」, 2006, 165~168면.

다임의 융합사업도 법적인 측면에서 규율하여야 할 필요가 있다. 필자가 판단하건데 이러한 융합사업을 위하여 별도입법을 준비할 정도로 다른 유형은 아니라고 판단되므로 현행 유비쿼터스도시건설법의 개정을 통하여 이러한 규율을 하는 것이 바람직할 것으로 생각한다.

#### IV. 결 론

u-City 구축 사업이라는 것이 비교적 최근에 진행되고 있는 사업이며, 이론이 현실을 이끄는 영역이 아니라 현실이 이론을 이끄는 영역이므로, 현재 단계는 원활한 u-City 구축을 위한 법제도 개선방안의 도출 이전에 구축과정에서 적용되는 각종 현행법을 좀 더 명확하게 정리하는 것만으로도 의미 있는 작업이다. 이 글에서는 u-City 구축과 관련하여 적용될 수 있는 현행 법제를 구축의 단계별로 나누어 정리하고, u-City 구축과 관련하여 적용될 수 있는 현행 법제와 원활한 u-City 구축을 위한 법제도 개선방안의 도출은 u-City 구축의 단계별로 나누어 고찰하는 것이 가장 효율적이다. 이 글은 유비쿼터스도시건설법을 조문별로 문제점을 지적하고, u-City 구현과 관련하여 문제가 되는 관계 법령들을 (1) 기획단계와 (2) 건설단계, (3) 운영단계로 크게 나누어 고찰하였다.

1. 기획단계에서 개발주체와 관련하여 첫째, 유비쿼터스도시건설법 제5조 제1항 및 제9조의 공청회에서 제시된 의견을 반영함에 적극적여야 하며, 제24조 제2항 유비쿼터스도시사업협의회의 위원구성에 시민의 참여를 확대하는 방안이 마련되어야 할 것이다. 이에 대해서 제24조 제3항을 근거로 하여 조례로 정하여도 무방할 것이다. 둘째, 사업시행자와 관련하여 유비쿼터스도시건설법 제12조 따르면 정보통신사업자가 배제되는데 이는 u-City를 새로운 패러다임의 도시라는 점을 간과한 것이라고 생각한다. 따라서 현재 컨소시엄의 형태로 참여하는 것에서 더 나아가 직접적인 사업시행자로 선정될 수 있는 길을 열어두는 것이 타당할 것이라 생각한다. 그렇게 된다면 문제가 되고 있는 망에 대한 기반시설이용화도 가능할 수 있고, 지방자치단체와의 협력도 가능할 것이다. 이러한 정보통신사업자의 시행자의 포함은 도시개발법 제11조에서 규정하고 있는 시행자의 범주에 통신기반사업자를 포함하는 것으로 가능할 수 있다. 셋째, 유비쿼터스도시건설법 제23조는 종합계획에 관한 사항과 유비쿼터스도시건설사업에 관한 사항을 심의할 수 있도록 u-City 위원회를 구성하고 있다. 그러나 현 정부가 유사한 기능을 하는 위원회의 통·폐합의 추진과 역행하는 것 같다. 현재 「정보화촉진기본법」에서 규정하고 있는 ‘정보화추진위원회’를 활용하는 것이 타당할 것이다. 위원들의 구성을 건축분야 등 u-City 건설 등에 학식과 경험이 있는 자로 구성하여 특별분과위원회의 형식으로 구성하는 것도 한 대안이 될 것이다. 넷째, 기획단계와 운영단계

등 u-City와 관련한 정책과 기술의 연구, 지원, 인력양성 등을 위하여 유비쿼터스도시건설법 제26조 및 제27조는 국가 또는 지방자치단체가 직접 이러한 사업을 추진하도록 규정하고 있다. 그러나 제27조 제2항을 근거로 이미 존재하고 있는 기관인 '한국정보사회진흥원'과 '한국지역정보개발원'이 협력기관으로 정하는 것이 타당하다. 다섯째, 유비쿼터스도시건설법 제8조에 의하여 u-City 계획을 수립하는 경우에 제5항 및 제6항의 규정을 재량사항으로 둘 것이 아니라 기속절차로 두는 것이 도시계획의 중요성에 비추어 볼 때 마땅하고 이를 위하여 새로운 위원회를 둘 것이 아니라 제24조의 u-City 사업협의회를 이용하는 것이 타당할 것이다. 여섯째, u-City 서비스의 심장이라 할 수 있는 통합정보운영센터를 다른 u-City 기반시설과 대등하게 둘 것이 아니라 통합정보운영센터는 별도의 장으로 규율하는 것이 그 중요성과 법체계(정보보호, 정보보안 등)에도 부합하는 것이라 생각한다. 일곱째, 융합기술은 표준화와 인증제도와 밀접한 관련이 있어 u-City 건설에 핵심기술이므로 u-City 위원회의 심의사항으로 두어야 할 것이다. 따라서 이와 같은 사항을 제23조 제1항 제6호를 근거로 시행령에서라도 규정하는 것이 타당할 것이다. 여덟째, 기획단계에서 사업대상을 「택지개발촉진법」상의 택지개발사업도 포함시킨 것은 u-City 건설의 취지와 「택지개발촉진법」의 목적(제1조 참고)과 부합하지 않는다고 생각하며, 신도시와 구도시의 사업대상에서 근본적인 차이가 있음에도 이를 배려하지 않은 것에 아쉬움이 남는다. 이는 후에 정보격차와도 관련이 되는 문제이기 때문이다.

2. 건설단계에서는 건축분야와 정보통신기술분야가 융합되는 부분에서 문제가 되는 바, (2-1)인프라구축단계에서는 「전기통신기본법」제21조와 「전기통신사업법」 제32조의 개정이 요구되며, 앞에서 제시한 바와 같이 정보통신사업자를 u-City 건설사업 시행자로 선정할 수 있는 길을 열어두는 것도 하나의 방법이라 생각한다. (2-2) 시설구축단계에서는 첫째, 아직까지 「건축법」 및 「주택건설기준등에관한규정」에서 u-City 기반시설 및 관련 기구에 관하여 규정하고 있고, 「교통체계효율화법」에서도 u-City 건설을 규정하고 있지 아니하므로 u-City를 각 개별법의 정의규정에 포함시키는 것이 필요하다. 둘째, 국민에서 전가될 통신 시설 등의 설치비 부담 등을 줄일 수 있는 방안(정보통신진흥기금의 지원 등) 또한 요구된다. 셋째, 교통시설의 구축단계에서는 경찰청과 지방자치단체 및 국토해양부 등 하나의 시설에 관련된 여러 부처 간의 상호 원활한 업무연락이 전제되어야 한다. 이는 현 정부에서 기능통합과 규제완화와도 관련이 있다.

3. 운영단계에서는 (3-1) 각종 u-서비스제공단계에서 문제가 되는데 의료분야의 경우에는 법의 개정을 통하여 원격의료의 가능하게 됨으로써 원활한 추진이 기대된다. 그러나 교육 분야에 있어서는 홈스쿨링 등 원격교육이 의무교육단계에서는 인정되고 있지 아니하므로

교육개혁과 관련한 방안이 마련되는 2015년 이후에 본격적인 서비스가 가능할 것이다. 운영단계에서 있어서도 마찬가지로 기술의 발달이 법의 영역에 드러나지 않는 것이 문제점이다. 예를 들어, 「도로교통법」 제49조 제1항과 「옥외광고물 등 관리법」 제2조 등에서는 신기술을 예정하고 있지 않으므로 u-City에서의 사용될 기술기구의 합법성이 문제 등이 그것이다. (3-2)인프라의 유지보수단계에서 가장 문제가 되는 것은 재정지원과 관련한 사항으로 유비쿼터스도시건설법 제25조를 근거로 한 구체적 재원확보방안이 논의되어야 할 것이다. 특히 u-City 건설진흥기금이나 정보통신진흥기금, 지역정보화촉진기금 등 재정적 확보와 세제혜택에 관한 사항에 대한 법률적 검토가 요청된다. 또한 유지·보수의 주체에 대하여 명확히 규정하고 있지 않다. 다만 제18조에서 공공시설의 귀속문제를, 제19조에서는 기반시설의 관리주체에 대하여 규정하고 있으나 기반시설로 지정되지 않은 시설에 대한 유지·보수에 대한 문제가 남게 된다.

운영단계에서 개인정보보호와 정보격차의 문제도 발생할 수 있는데 이를 위하여 기반시설에 대한 정보보안에 대한 규정이 적극적으로 규정되어야 할 것이다. 따라서 유비쿼터스도시건설법 제21조는 일반적인 개인정보보호법제를 그대로 적용하고자 하지만 이는 개별법에서 규정하고 있는 바가 다르므로 구체적인 기준을 가지고 개인정보보호를 규정하는 것이 타당하다고 생각한다. 또한 유비쿼터스도시건설법 제22조에서 기반시설의 보호로 정보보안의 문제를 해결하고자 하지만 사업자에 따라 인증방식을 이원화 하는 것은 법적 안정성을 위해서도 재고할 여지가 있다. 더 큰 문제는 구도시와 신도시의 정보격차에 대한 고려를 하고 있지 않다는 것이다.

4. 유비쿼터스도시건설법이 시행되고 도시건설이 원활하게 구현되는 경우에 새로운 도시 개념의 요청으로 유비쿼터스생태도시와 같은 또 다른 패러다임의 융합사업이 형성되는 경우에는 이를 규제하기 위한 새로운 입법을 할 것이 아니라 다양한 유형의 도시들의 유형을 유비쿼터스도시건설법에 예정하는 것에 대한 검토가 필요하다.

5. 마지막으로 지협적인 문제이지만 법률 용어의 통일성을 고려하여 앞으로 유비쿼터스도시와 관련한 법률에서는 유비쿼터스도시건설법 제2조 제1호 정의규정에서 '유비쿼터스도시'라고 규정하고 있으므로 이를 반영하는 것이 타당하다고 생각한다. 이러한 점에서 현행 「공공기관 지방이전에 따른 혁신도시 건설 및 지원에 관한 특별법」 제2조에서 미래형도시라고 표현하고 있는 부분에 개정이 필요하다.

## 참 고 문 헌

강이철, “유비쿼터스 기반의 학교모델 개발 연구”, 한국교육학술정보원, 한국교육학술정보원, 2007.

김정훈, 조춘만, 한선희(공저), “u-City(時空自在 도시) 구현을 위한 국가전략 연구”, 국토연구원, 2006

박민우, “유시티 구현을 위한 법적기반 조성”, 『국토』 통권 307호, 2007

이인호, “개인의 사생활, 국가적 감시, 그리고 규범”, 미래사회연구포럼, 정보통신정책연구원, 2006

이창범, “유-시티의 경제·사회적 효과와 추진전략”, 『인터넷법률』 통권 제36호(2006).

정부만, “u-City의 상호운용성 확보를 위한 서비스 아키텍처 및 구현 기술 표준화에 관한 연구”, 정보통신부, 한국정보사회진흥원, 2006

정필운·박선주, 유비쿼터스 도시 구축을 위한 입법의 동향과 지향, 『토지공법연구』 제37집 제2호, 2007

조병완, “유비쿼터스 생태도시”, 자연과 문명의 조화; 『대한토목학회지』, 통권 제322호, 2007

최남희, “u-도시 패러다임의 구상과 도시공간의 재창조 : 유비쿼터스 도시의 개발 모델 정립”, Telecommunications Review, 제15권 제1호, 2005.

한국정보사회진흥원, 『u-City구축촉진을 위한 법·제도적 기반환경 연구』, 2006.

한국전산원, 『개인정보감독기구 및 권리구제방안에 관한 연구』, 2004

정보통신부, 『u-KOREA 기본계획』, 2006.

건설교통부, 『미래형 삶의 질 향유를 위한 첨단정보도시 구현방안』, 2006,

한국정보보호진흥원, 『u-City 프라이버시 보호방안 연구』, 2006.

David Brin, *The Transparent Society*, Perseus Books, 1998.

Lawrence Lessig, *Code and other laws in cyberspace*, Basic Books, 1999.

Lawrence Lessig, “Law Regulating Code Regulating Law”, 35 Loy. U. Chi. L. J., Fall 2003.

## Abstract

As we are interested in Ubiquitous Society more, there are many studies on Ubiquitous Society. what's more, each state is planning to build Ubiquitous City. However, most researcher have studied technologies for facilitating public involvement and general introduction of Ubiquitous Society. As we are the leader as far as Ubiquitous City concerned, we need to set up the law and the system which are based on the construction of Ubiquitous City. In addition, there is nothing to study them abroad. Therefore this article intends to show what better direction for 「law of Ubiquitous City's construction」 to support, control, and operate an effective construction of Ubiquitous City is. Futhermore, in order to point out problems about the current laws around Ubiquitous City, author arranged many kinds of laws which is related to it, and made a general survey. What I want to suggest is the following. First, Ubiquitous City is the new paradigm residence. As a result we need an act which can bind architecture and information technology, because a ubiquitous city or U-city is a city or region with ubiquitous information technology, all information systems are linked, and virtually everything is linked to an information system through technologies such as wireless networking and RFID tags. In spite of that, 「law of Ubiquitous City's construction」 don't regulate both of them, especially there is a lack of the protection of privacy information, security of information, and the gap of information's service. Secondly, according to the law, old cities can not be expected to build as a Ubiquitous City. At last, many advisory organizations can exist, but that will cause them to play a same role. After improvement of this problems, 「law of Ubiquitous City's construction」 will backup, regulate, and work effectively.

Key word : U-city, construction of u-city, law of u-city's construction

▣ 해외입법자료

유럽 공동체\*의 통신데이터의 보관에 관한 지침  
DIRECTIVE 2006/24/EC

DIRECTIVE 2006/24/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC

박희영  
법학박사, 독일 막스플랑크 국제형법연구소 객원연구원

— <目 次> —

I. 머리말	IV. 지침 2006/24/EC 번역
II. 입법과정	V. 지침 2006/24/EC 원문
III. 중요내용	

## I. 머리말

2006년 3월 15일 유럽연합 의회와 유럽연합 각료이사회는 지침 2006/24/EC를 공포했다. 이 지침의 정식명칭은 '공중 전자적 통신 서비스 또는 공중 통신망의 제공에 있어서 생성되거나 처리되는 데이터의 보관과 지침 2002/58/EC의 변경을 위한 2006년 3월 15일의 유

\* 유럽 연합은 세 기둥으로 이루어져 있는데, 그 중에서 첫 번째 기둥이 유럽공동체이다. 유럽공동체의 한 기관인 각료이사회(또는 유럽이사회)에서 지침을 입법한다. 유럽연합 지침이 아니라 유럽공동체 지침이 법률적으로 올바른 표현이다.

럽연합 의회 및 각료이사회는 지침 2006/24/EC이다.<sup>1)</sup> 이 지침은 전자적 통신서비스 또는 통신망의 운영자가 통신의 과정에서 생성 및 처리되는 통신데이터를 통신의 개시 시점부터 일정한 기간 동안 저장하도록 하는 입법조치를 회원국에게 요구하고 있다. 이 지침으로 회원국의 통신데이터에 관한 규정들이 유럽연합차원에서 조화를 이루게 되었고, 형사소추기관은 중대범죄의 수사나 소추의 목적으로 저장 데이터를 사용할 수 있게 되었다. 여기서 중대범죄란 주로 테러범죄나 조직범죄를 염두에 두고 있다. 한편 동 지침 제15조에 따르면 회원국은 이 지침을 2007년 9월 15일까지 국내법으로 전환을 해야 했다. 예를 들어 독일의 경우 이 지침의 국내전환을 위해서 '전기통신의 감청과 기타 비밀수사처분의 개정 및 유럽 공동체 지침 2006/24/EG의 전환을 위한 법률'(이하 전기통신감청법률<sup>2)</sup>)을 제정하여 2008년 1월 1일부터 발효시켰다<sup>3)</sup>.

하지만 이 지침에 대한 법률적인 논의가 끊이지 않고 지속되고 있다. 우선 유럽연합 회원국인 아일랜드는 2006년 이 지침의 입법과정상의 형식적인 문제를 근거로 이 지침의 무효소송을 유럽법원에 제기하여 현재 심리가 진행 중이며<sup>4)</sup>, 나아가서 유럽 연합 11개 회원국의 시민단체 및 직업단체들은 2008년 4월 동 지침은 유럽연합 시민들의 통신의 활동을 저해하게 되어 기본권과 일치할 수 없다는 서면을 유럽법원에 제출했다.<sup>5)</sup> 그 서면서에는 아일랜드에서 제기한 형식적인 문제뿐만 아니라 사생활과 통신의 존중에 관한 기본권, 침해받지 않는 의사표현에 대한 기본권, 통신운영자의 재산의 보호에 관한 기본권 등이 제시되어 있다<sup>6)</sup>. 한편 독일의 경우 동 지침의 국내법 전환으로 항목법률인 전기통신감청법률이 제정되었는데, 동 법률의 제2항인 전기통신법 제113a조와 제113b조에 대해서 현재 헌법소원이 제기되어 있고, 이를 받아들이는 결정을 내린 바 있다.<sup>7)</sup>

1) DIRECTIVE 2006/24/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC, ABl. EG Nr. L 105 v. 13.4.2006, S. 54 ff.

2) 정식명칭 : Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinien 2006/24/EG; 문헌에서는 Telekommunikationsüberwachungsgesetz(TKÜ)로 표기함(Graulich, Telekommunikationsgesetz und Vorratsdatenspeicherung, NVwZ 2008 Heft 5, S. 485); 독일 연방헌법재판소의 결정문에는 Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung로 표기(BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 11.3.2008, Absatz-Nr. 1).

3) BGBl 1 2007, 3198.

4) 참조: <http://www.vorratsdatenspeicherung.de/content/view/48/89>.

5) 참조: [http://www.vorratsdatenspeicherung.de/images/daten\\_retention\\_brief\\_07-04-2008.pdf](http://www.vorratsdatenspeicherung.de/images/daten_retention_brief_07-04-2008.pdf).

6) Schriftsatz gegen die RL zur Vorratsdaten-speicherung, MMR 2008, Heft 5, XIV.

7) Eilantrag in Sachen "Vorratsdatenspeicherung" teilweise erfolgreich, BVerfG, Beschluss vom 11.3.2008 - 1 BvR 256/08, NJW-Spezial 2008 Heft 8, S. 248.

우리나라의 경우에도 전기통신사업법과 통신비밀보호법에서 통신데이터와 이의 저장에 관한 규정들을 두고 있다. 즉 전기통신사업법 제54조 3항의 전기통신사업자의 통신자료의 제공, 통신비밀보호법 제13조의 범죄수사를 위한 통신사실 확인자료 제공의 절차, 제13조의 4의 국가안보를 위한 통신사실 확인자료 제공의 절차, 제15조의 2의 전기통신사업자의 협조의무(제1항)와 통신사실확인자료의 보관기간(제2항), 통신비밀보호법시행령 제21조의 4의 전기통신사업자의 협조의무<sup>8)</sup> 등이 있다. 따라서 통신데이터의 보관과 관련한 유럽법원의 판결과 독일 연방헌법재판소의 결정은 헌법상의 기본권 보장과 관련을 맺고 있는 사안이라서 우리나라에도 시사하는 바가 클 것이라 생각된다. 본 글은 앞으로 우리나라에서 제기될 통신데이터의 보관과 관련한 문제점을 검토하는 데 필요한 예비 자료로써 그 의의가 있을 것이다. 이하에서는 본 지침의 입법과정과 중요내용 등을 개관해 보고 지침의 전문을 완역해서 첨부한다.

## II. 입법과정

유럽차원에서 통신 데이터의 보관에 관한 계획들은 2001년 9월 20일 벨기에 브뤼셀에서 채택된 사법 및 내무 이사회의 결정에서 그 맹아(萌芽)를 찾을 수 있다.<sup>9)</sup> 2001년 9월 11일 미국에서의 테러 공격 직후 유럽연합의 사법 및 내무 이사회(the Justice and Home Affairs Council; Der Rat für Justiz und Inneres)는 유럽연합 집행위원회(European Commission)에게 보안기관이 전자적 통신의 사용으로 범해지는 범죄행위들을 보다 더 잘 규명하여 소추할 수 있도록 하기 위해서 제출한 제안을 보완하도록 요구했다. 이 당시 사법 및 내무 이사회는 개인의 데이터 보호와 형사소추기관이 그 데이터에 접근할 수 있도록 허용할 필요성 사이에 균형이 있어야 한다고 밝힌 바 있다.<sup>10)</sup> 거의 일년 후 사법 및 내무 이사회는 2002년 11월 19일 전자적 통신을 이용할 가능성이 증가하고 있으므로 이에 해당하는 데이

8) 전기통신사업법시행령 제21조의 4 2항은 통신사실확인자료의 보관기간을 통신의 형태에 따라 구분하여 규정하고 있다. 12개월의 보관기간으로는 가. 가입자의 전기통신일시, 나. 전기통신개시·종료시간, 다. 발·착신 통신번호 등 상대방의 가입자 번호, 라. 사용도수, 바. 정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지국의 위치추적자료(제21조의 4의 2항 1호), 6개월의 보관기간으로는 시외·시내전화역무와 관련된 자료(제21조의 4의 2항 1호 단서), 3개월의 보관기간으로는 마. 컴퓨터 통신 또는 인터넷의 사용자가 전기통신역무를 이용한 사실에 관한 컴퓨터통신 또는 인터넷의 로그기록자료, 사. 컴퓨터 통신 또는 인터넷의 사용자가 정보통신망에 접속하기 위하여 사용하는 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 접속지의 추적자료(제21조의 4의 2항 2호).

9) Leutheusser-Schnarrenberger, Vorratsdatenspeicherung - Ein vorprogrammierter Verfassungskonflikt, ZRP 2007 Heft 1, S. 9; [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/terrorism/documents/concl\\_council\\_20sep\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/news/terrorism/documents/concl_council_20sep_en.pdf)

10) Ratsdok. SN 3926/6/01 REV 6, Conclusion adopted by the Council (Justice and Home Affairs), Schlussfolgerung Nr 4, 20.9.2001.

터는 범죄, 특히 조직범죄의 규명과 처벌을 위한 수단으로써 중요하고 유익하다는 점을 강조했다.<sup>11)</sup> 유럽 이사회(European Council; Europäischer Rat) 차원에서 처음으로 통신데이터의 보관에 대해서 언급한 것은 2004년 3월 25일 유럽이사회에서 채택한 테러에 대한 투쟁 선언에서였다<sup>12)</sup>. 이 선언은 스페인 마드리드의 테러공격에 대한 반응으로 채택되었다. 이 선언에서 유럽이사회(European Council; Europäischer Rat)는 전기통신서비스 제공자를 통한 통신데이터의 보관을 규정하는 법률규정의 제안을 조언해 줄 것을 유럽연합 각료이사회(Council of the European Union; Rat der Europäischen Union; Ministerrat)에 위임했다.

그리하여 프랑스, 영국, 아일랜드, 스웨덴은 유럽연합 각료이사회에 2004년 4월 28일 유럽연합계약(the Treaty on European Union, TEU; Der Vertrag über die Europäische Union, EUV)<sup>13)</sup> 제31조 1항 b<sup>14)</sup>와 제34조 2항 b<sup>15)</sup>의 지원을 받는 전기통신데이터의 보관에 관한 기본결정의 초안<sup>16)</sup>을 제출해야 한다고 판단하고 있었다. 그 초안은 회원국과 유럽연합 의회에 입장표명을 요구하고 있었다. 기본결정초안은 통신데이터의 보관기간은 최소 1년에서 최고 3년으로 예정하고 있었다. 그 당시 유럽연합 각료이사회 내부에 다양한 의견들이 있었고, 유럽의회의 공개적인 비판과 거부 태도도 있었다. 유럽의회는 2004년 11월 당시 유럽 이사회의 의장직<sup>17)</sup>을 맡고 있는 네덜란드 Bernard Bot으로 하여금 기본결정초안을 유럽연합 각료이사회에서 더 이상 논의할 수 없도록 하게 했다. 2005년 7월 15일의 유럽연합 각료이사회 의장의 결정에서 특히 통신데이터의 보관의 관점에서 회원국의 정치적 및 사법적 협력의 강화를 위해서 입법과정에 최고의 우선권이 인정되어야 한다고 강조했다.<sup>18)</sup>

- 
- 11) Ratsdok. 15691/02, 2477th Council meeting (Justice and Home Affairs), Schlussfolgerung Nr. 5 des Kapitels Informationstechnologien und die Aufklärung sowie Ahndung organisierter Kriminalität, 19.12.2002.
  - 12) Erklärung zum Kampf gegen den Terrorismus, 25.3.2004([http://ue.eu.int/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/de/ec/79640.pdf](http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/de/ec/79640.pdf))
  - 13) The Maastricht Treaty; Vertrag von Maastricht라고도 표기 함.
  - 14) Article 31 1. Common action on judicial cooperation in criminal matters shall include: (b) facilitating extradition between Member States.
  - 15) Article 34 2. The Council shall take measures and promote cooperation, using the appropriate form and procedures as set out in this title, contributing to the pursuit of the objectives of the Union. To that end, acting unanimously on the initiative of any Member State or of the Commission, the Council may: (b) adopt framework decisions for the purpose of approximation of the laws and regulations of the Member States. Framework decisions shall be binding upon the Member States as to the result to be achieved but shall leave to the national authorities the choice of form and methods. They shall not entail direct effect.
  - 16) Ratsdok, 8958/04, Entwurf eines Rahmenbeschlusses über die Vorratsspeicherung von Daten, v. 28.4.2004(<http://register.consilium.eu.int/pdf/de/04/st08/st08958.de04.pdf>).
  - 17) 유럽연합 각료이사회 의장은 회원국의 대통령이나 수상이 윤번제로 한 해를 상반기와 하반기로 나누어 맡게 된다.
  - 18) Ratsdok. 10255/1/05 REV 1, Presidency Conclusions on the Brussels European Council, Concl. 2, 15.7.2005.

중도파에서 제출된 기본결정 제안에 대한 유럽연합 각료이사회는 받아들여지지 않았다. 그 대신 유럽연합 집행위원회는 2005년 9월 21일 유럽공동체조약(Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, EGV) 제95조에 의해서 지지되는 데이터 보관에 관한 지침의 제안을 제기했다.<sup>19)</sup> 이에 따르면 인터넷이용의 경우 6개월간 데이터를 저장하고, 그 밖의 다른 데이터의 경우에는 1년간 보관 기간을 규정하고 있었다.<sup>20)</sup> 2005년 11월 14일 유럽연합 의회의 다수결의 동의가 있는 후 유럽연합 각료이사회에서 슬로바키아와 덴마크가 이 지침에 대하여 반대하였지만, 채택이 되어 2006년 3월 15일 발효되었다.<sup>21)</sup> 집행위원회의 제안과는 달리 유럽연합 각료이사회에서 통과된 지침안은 통신데이터의 보관기간은 최소 6개월에서 최대 2년으로 규정하고 있었다.<sup>22)</sup>

### Ⅲ. 중요내용

지침은 본문에서 구체적인 조치를 위하여 17개의 조문을 두고 있다. 그 중에서 중요한 규정은 제1조, 제3조, 제4조, 제5조, 제6조와 제11조이다.<sup>23)</sup>

#### 1. 제1조 : 대상 및 적용영역

제1조 1항에 따르면 통신데이터의 보관에 관한 회원국들의 다양한 규정들을 공동체법의 차원에서 각 회원국에 의해서 회원국의 국내법에 규정되어 있듯이, 중범죄의 수사, 인지(확인), 소추의 목적으로 데이터를 사용할 수 있도록 확보하기 위해서 조화를 이루는데 있다고 규정하고 있다. 동조 제2항은 지침은 자연인뿐 아니라 법인의 통신데이터와 위치데이터에도 적용된다. 하지만 통신 내용의 보관에는 적용되지 않는다고 규정하고 있다.

#### 2. 제3조 및 제11조 : 통신데이터 보관 의무

제3조 제1항은 지침 2002/58/EC의 제5조, 제6조, 제9조와 달리(제11조와 비교) 회원국에

---

19) KOM(2005) 438 endg.: Vorschlag für eine Richtlinie über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlicher elektronischer Kommunikationsdienste verarbeitet werden, und zur Änderung der RL 2002/58/EG v. 21.9.2005.

20) KOM(2005) 438 endg., Art. 7.

21) RL 2006/24/EG

22) RL 2006/24/EG, Art. 6.

23) Westphal, Die neue EG-Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung - Privatsphäre und Unternehmerfreiheit unter Sicherheitsdruck, EuZW 2006 Heft 18, S. 555 ff.

게 다음을 하도록 지시하고 있다. 즉 제5조에서 규정하고 있는 데이터는, 그것이 전자적 통신서비스의 제공자 또는 공중 통신망의 제공자에 의해서 그들의 관할권 내에서 관련 통신서비스를 제공하는 과정에서 생성되거나 처리되는 한에는, 본 지침의 규정에 따라서 그 데이터가 저장되도록 이에 상응한 조치를 통해서 확보해야 한다고 규정하고 있다. 또한 제8조는 기관의 통신데이터의 요구에 대해서도 확정하고 있다. 이에 따르면 데이터가 이 지침의 규정에 따라 보관되어서 이 데이터와 이와 관련한 그 밖에 필요한 모든 정보들이 관할 기관의 요청에 따라 그 기관에 지체없이 제공될 수 있도록 확보해야 한다고 되어 있다.

제3조 제2항은 지침은 성공하지 못한 호출(통화)시도 그 자체와 관련하여 발생하는 데이터의 보관에 대해서는 의무를 부담하지 않는다고 명백히 밝히고 있다. 단지 이러한 데이터가 회원국의 법률에 따라서 전기통신서비스 제공자와 인터넷서비스제공자에 의해서 저장되는 경우에 한해서만, 이 데이터는 제3조 1항에 의한 저장의무에 해당한다고 하고 있다.

### 3. 제4조: 데이터에의 접근

국가의 어떠한 기관이 어떠한 실제적 형식적 조건하에서 저장된 데이터에 접근을 할 수 있는가 하는 것은 아주 중요한 의미를 가진다. 지침은 제4조에서 내용적 절차적 조화를 이루는 규정을 포기하고 그 대신 회원국에게 더 나은 전환의 여지를 남겨두고 있다. 한편 제4조 1문은 저장된 데이터는 특정한 경우에 한해서만 관할 기관에 제공되도록 하고 있다. 이것이 언제 그 경우에 해당하는지에 대해서는 지침은 언급하지 않고 있다. 다른 한편, 제2문에 의하면 회원국은 지침의 법적 전환에 있어서 유럽연합의 법률이나 국제법상 관련 특정 규정 및 필요성과 비례성의 원칙을 준수해야 한다고 규정하고 있다.

### 4. 제5조: 보관될 데이터의 범주

제5조는 본 지침의 핵심 조항이다. 제5조 1항은 표제어가 암시하는 바와 같이 어떠한 데이터범주가 회원국의 법에 따라 의무를 부담하게 되는 기업에 의해서 저장되어야 하는가를 확정하는 것만이 아니다. 이 조항은 오히려 또한 보관의무로 파악되어야 하는 데이터 유형의 절대적 열거조항(abschließende Aufzählung)이다. 이에 대해서 집행위원회의 원래의 지침 초안은 열거조항을 부칙에 두고, 나아가서 집행위원회에게 유럽의회와의 공동결정에 대한 부담없이 리스트를 변경할 수 있는 권한을 소위 *Komitologie* 절차로 허용하려고 하였다.<sup>24)</sup>

24) 집행위원회의 지침 초안의 부칙과 관련한 제4조, 제5조, 제6조. 연방 데이터 보호 감독청의 상세한 조문대비수록은 <http://www.bfdi.bund.de> 참조.

제5조 1항 a 내지 f는 다음의 여섯 가지 데이터 범주가 저장되어야 한다고 규정하고 있다. 첫째, 통신의 발신지를 추적하고 확정하는 데 필요한 데이터, 둘째, 통신의 착신지를 확인하는 데 필요한 데이터, 셋째, 통신의 날짜, 시간, 기간을 확인하는 데 필요한 데이터, 넷째, 통신의 형태를 확인하는데 필요한 데이터, 다섯째, 이용자의 통신장비 또는 자칭 이용자의 장비라고 의도하는 것을 확인하는 데 필요한 데이터, 여섯째, 이동통신장비의 위치를 확인하는데 필요한 데이터 등이다.

위의 각각의 데이터범주는 제5조 1항에서 저장의무에 해당하는 각각의 데이터 유형을 열거하고 있다. 이 경우에 먼저 위치데이터를 포함한 통신데이터가 문제된다<sup>25)</sup>. 통신데이터는 가령 전화, 팩스, SMS 내지 MMS의 발송, 전자메일, 인터넷 서핑, 채팅 등의 경우에 해당한다.<sup>26)</sup> 이에 따르면 통신데이터는 통신서비스의 제공과정에서 생성, 처리 또는 이용되는 데이터이다. 제2조 2항 a는 또한 가입자 또는 이용자를 확정하는데 필요한 데이터와 관련하여 모든 통신데이터 및 위치데이터를 포함하고 있다. 이와 관련하여 제5조 1항에서 언급하고 있는 데이터의 유형의 열거는 대단히 포괄적이라는 점에서 다소 놀라운 일이다. 여기서 전화번호(유선, 무선, 인터넷 전화), 팩스번호, 가입자 및 등록된 이용자의 이름과 주소, 아이피 주소, 신청한 전화서비스 또는 인터넷 서비스, IMSI와 IMEI, 통신 날짜, 시간, 기간, 접속시의 위치식별부호(Cell-ID)등이다.

이 외에 제5조 2항에서는 통신의 내용을 나타내는 어떠한 데이터도 저장되어서는 아니된다고 확정하고 있다. 이 규정은 동일한 의미로 제1조 2항 2문에서도 밝히고 있다.

이에 대해서 제15조 3항은 회원국이 거기에 규정된 전제조건하에서 이 지침의 적용을 최고 36개월까지 이의 수용을 연기할 수 있고 이것이 공시되는 한, 인터넷접속, 인터넷 전화, 인터넷 메일과 관련한 통신데이터에 대해서는 제3조 및 제5조 1항의 저장의무의 시간상의 지체를 할 수 있다. 이에 따라 16개국이 이들의 데이터에의 적용을 연기하였다.<sup>27)</sup>

## 5. 제6조: 저장기간

제6조는 아주 논쟁이 많은 문제를 야기하고 있다. 문제의 핵심은 통신데이터가 최소한 얼마나 오랫동안 저장되어야 하고 이러한 저장이 얼마나 오랫동안 최대한 유지되어야 하는가이다. 이 대답은 일의적이고 명백한 것 같이 보인다. 회원국은 이에 대하여 제5조에 언급

25) 통신데이터에 대해서는 지침 2002/58/EC 제6조, 위치데이터에 대해서는 동 지침 제9조 참조.

26) 상세한 개념에 대해서는 제2조 2항 a 내지 f 참조.

27) 본 지침에 첨부된 해명서에 보면, 네덜란드(18개월), 오스트리아(18개월), 에스토니아(36개월), 영국(36개월), 키프로스(36개월), 헬레닉 공화국(18개월), 룩셈부르크(36개월), 슬로베니아(18개월), 스웨덴(36개월), 리투아니아(36개월), 라트비아(36개월), 체코(36개월), 벨기에(36개월), 폴란드(18개월), 핀란드(36개월), 독일(18개월)으로 나타나 있다.

한 데이터범주들은 통신 시점에서부터 최소한 6개월에서 최대 2년 동안 보관을 위하여 저장되도록 조치를 취해야 한다. 따라서 제6조는 유선망과 이동망전화의 영역의 경우에는 1년의 확정된 기간을 제안했었던 유럽연합 집행위원회의 초안보다 부분적으로 미흡한 편이다<sup>28)</sup>. 제12조를 고려한다면, 제6조는 최종적인 규정이 아니라는 것이 명백해진다. 제12조 1항 1문에 따르면 회원국은 특별한 사정이 있는 경우 제6조에 의한 최대의 저장기간의 연장을 일정한 기간 동안 정당화할 수 있고 필요한 조치를 취할 수 있다. 이 경우 회원국은 통지의무를 준수해야 하고(제2문), 이 조치는 집행위원회에 의해서 역내시장과 관련한 심사에 의해서 동의를 받아야 한다(제2항). 또한 저장기간은 제6조의 최대저장기간을 넘어서서 최고로 얼마나 연장될 수 있는가 하는 정보가 없다는 것이 아쉬운 점이다.<sup>29)</sup>

#### IV. 지침 2006/24/EC 번역

공중 전자적 통신 서비스 또는 공중 통신망의 제공에 있어서 생성되거나 처리되는 데이터의 보관과 지침 2002/58/EC의 변경을 위한 2006년 3월 15일의 유럽연합 의회 및 각료이사회의 지침 2006/24/EC

유럽연합 의회와 각료이사회는 유럽공동체의 설립에 관한 조약, 특히 제95조에 근거하여 유럽연합 위원회의 제안에 대한 유럽 연합 경제사회위원회의 입장표명<sup>30)</sup> 후 조약 제251조의 절차에 따라<sup>31)</sup> 다음의 근거를 고려하여 본 지침을 가결한다.

전문 :

(1) 개인관련 데이터의 처리에서 있어서 자연인의 보호와 자유로운 데이터 교류를 위한 1995년 10월 24일의 유럽연합 의회와 각료이사회의 지침 95/46/EC<sup>32)</sup>은 공동체내에서 개인 데이터의 자유로운 유통을 확보하기 위해서 회원국에게 데이터 처리와 관련하여 자연인의 권리와 자유, 특히 프라이버시권을 보호하도록 요구하고 있다.

---

28) Art. 7 S. 1.

29) Westphal, Die neue EG-Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung - Privatsphäre und Unternehmerfreiheit unter Sicherheitsdruck, EuZW 2006 Heft 18, S. 557 ff.

30) 2006년 1월 19일 입장표명(관보에 아직 게재되지 않음).

31) 2005년 12월 14일 유럽연합 의회(아직 관보에 게재되지 않음)와 2006년 2월 21일 유럽연합이사회의 입장표명.

32) ABl. L281 vom 23.11.1995, S. 31. 명령 (EG) Nr. 1882/2003(ABl. L 284 vom 31.10.2003, S. 1)에 의해서 변경됨.

(2) 개인관련 데이터의 처리와 전자적 통신에서의 프라이버시 보호에 관한 2002년 7월 12일의 유럽연합 의회와 각료이사회의 지침 2002/58/EC는 지침 95/46/EC의 원칙들을 전자적 통신을 위한 특별한 규정으로 전환한다.

(3) 지침 2002/58/EC의 제5조, 제6조, 제9조는 네트워크 운영자와 서비스 제공자에 의해서 전자통신서비스의 이용과정에서 생성되는 통신 및 위치 데이터의 처리를 위한 규정들을 포함한다. 이러한 종류의 데이터는 정보의 전달을 위해서 그것이 더 이상 필요하지 않게 되었을 때, 비록 그것이 요금정산이나 접속비용을 위해서 필요한 데이터인 경우를 제외하고는 즉시 삭제되고 익명화되어야 한다. 당사자의 승낙이 있는 경우 특정한 데이터는 또한 마케팅 목적이거나 서비스 제공을 위해서 부가서비스로 처리될 수 있다.

(4) 지침 2002/58/EC 제15조 1항에서 어떠한 조건하에서 회원국이 동 지침 제5조, 제6, 제8조 1항, 2항, 3항 및 4항 그리고 제9조에 따라서 권리와 의무를 제한할 수 있는가는 확정되어 있다. 공공질서의 유지라는 특수한 목적을 위해서, 즉 국가의 안전, 국방, 공공의 안전 또는 범죄행위 또는 전자통신시스템의 무권한 사용의 예방, 수사, 인지(확인), 소추를 위해서 어느 정도의 제한은 민주적 사회에서는 필요하고, 적절하고 비례적이다.

(5) 몇몇의 회원국은 범죄행위의 예방, 수사, 확인, 소추를 위해서 서비스제공자의 데이터 저장에 관한 법률규정을 공포하고 있다. 이러한 국가의 규정들은 서로 상당히 상이하다.

(6) 범죄의 예방, 수사, 인지, 소추의 목적으로 데이터 보관에 관한 국내의 규정들 사이의 법적 기술적 상이점은 전자적 통신의 역내시장을 침해한다. 그 이유는 서비스제공자는 저장될 통신데이터와 위치데이터의 종류, 데이터 보관에 적용되는 조건과 보관 기간과 관련하여 다양한 요구에 직면하게 되기 때문이다.

(7) 사법 및 내무 이사회는 2002년 12월 19일 그의 결론에서 전자적 통신에 의해서 요구되는 가능성이 상당히 증가하기 때문에 전자 통신의 사용과 관련한 데이터는 특별히 중요하고, 그리하여 범죄, 특히 조직범죄의 예방, 수사, 확인, 소추에서 가치있는 수단이라는 점을 강조했다.

(8) 2004년 3월 25일 유럽 이사회(the European Council)가 채택한 대테러 투쟁 선언에서 각료이사회는 서비스 제공자를 통해서 통신데이터의 보관에 관한 규정들을 만드는 데에 필요한 조치들을 검토하도록 요구받았다.

(9) 인권과 기본적 자유의 보호를 위한 유럽 협약 제8조에 따르면 모든 사람은 그들의 사생활과 통신을 존중받을 권리를 가진다. 기관은 이러한 권리의 행사에서 그 침해가 법률로서 규정되어 있고 민주적 사회에서 특히 국가 또는 공공의 안전을 위해서, 질서의 유지를 위해서, 범죄예방을 위해서 또는 타인의 권리와 자유를 위해서 필요한 경우에 한해서 침해할 수 있다. 데이터의 보관은 많은 회원국에서 형사소추를 위해서 특히 조직범죄나 테러범죄와 같은 중대한 경우에 그런 정도로 필요하고 효과적인 수사도구 방법으로써 증명되

있기 때문에 보장되어야 한다. 형사소추기관은 특정한 시간 동안 이 지침에서 확정하고 있는 조건에서 데이터가 보관되도록 보장되어야 한다. 그러므로 유럽협약 제8조의 요청으로 데이터의 보관 제도의 수용은 필요한 조치이다.

(10) 2005년 7월 13일 각료이사회는 그의 설명서에서 런던의 테러공격을 판단한 설명서에서, 다시 한번 그 필요성에 주의를 환기시켰다. 가능한 한 조속히 통신데이터의 보관을 위한 공동의 조치를 마련하는 것을 천명했다.

(11) 많은 회원국에서의 학문적인 연구성과뿐 아니라 실무의 경험에서 통신데이터와 위치데이터는 범죄의 수사, 확인, 소추에 중요한 의미를 가지는 것이라고 제시하고 있기 때문에, 유럽 차원에서 공중이 접근가능한 전자적 통신서비스의 제공자 또는 공중통신망의 운영자에 의해서 통신서비스를 제공함에 있어서 생성되거나 처리되는 데이터는 특정한 시간 동안 이 지침에 확정되어 있는 조건하에서 보관을 위해서 저장되어야 한다.

(12) 지침 2002/58/EC 제15조 1항은 나아가서 성공하지 못한 호출시도와 관련한 데이터를 포함하여, 그것의 저장은 이 지침에서 명백하게 규정되어 있지 않고 그리하여 그것은 이 지침의 적용영역에 해당하지 않는데, 사법적 목적을 포함한 다른 목적과 이 지침을 통해서 보호되는 것과는 다른 목적을 - 이 경우 사법적 목적을 포함 - 위한 저장에도 적용된다.

(13) 이 지침은 단지 통신의 결과로서 또는 통신서비스의 결과로서 생성되거나 처리되는 데이터와 관련되어 있다; 그것은 중개되는 정보의 내용인 데이터와는 관련되어 있지 않다. 데이터가 그렇게 저장됨으로써 데이터가 한번 이상 저장되는 것을 피할 수 있다. 관련 통신서비스의 제공과정에서 생성되거나 처리되는 데이터는 접근이 가능한 데이터와 관계가 있다. 특히 인터넷 전자메일과 인터넷 전화와 관련한 데이터의 보관의 경우에는 데이터 저장의무는 제공자 또는 네트워크 운영자의 독자적인 서비스로부터 나오는 데이터에만 적용된다.

(14) 전자적 통신에 관련한 기술은 급속히 발전하고 있고 또한 가능한 한 해당 기관의 합법적인 요청을 변화시키고 있다. 조언을 하고 이러한 문제에 있어서 입증된 실무가들과의 경험의 교환을 촉진하기 위해서 집행위원회(die Kommunion)는 회원국의 형사소추기관, 전자통신 분야의 단체, 유럽 데이터보호감독위원회를 포함하여 유럽의회와 유럽데이터 보호청 및 협회로부터 구성되는 그룹을 만들 것을 고려한다.

(15) 지침 95/46/EC 및 2002/58/EC는 이 지침에 의해서 저장된 데이터를 제한 없이 적용할 수 있다. 지침 95/46/EC의 제30조 1항 c는 이 지침 제29조를 통해서 만들어진 개인 관련 데이터의 처리에 있어서 사람들의 보호를 위한 그룹에게 청문회를 요구하고 있다.

(16) 지침 95/46/EC 제6조에서 기원하는 데이터의 질의 확보를 위한 조치와 관련한 서비스 제공자의 의무는, 지침 제16조와 17조에서 유래하는 데이터 처리의 기밀성과 안전성을 위한 조치와 관련하여, 제한없이 본 지침에 의미하는 저장될 데이터에 적용된다.

(17) 회원국은 이 지침에 따라 저장되는 데이터는 국내의 법률 규정과 일치하고 당사자의 기본권을 완전히 존중하는 한에서만 국가의 관할기관에 제공된다는 것을 확보하기 위한 법적 조치를 취해야 한다.

(18) 이와 관련하여 회원국은 지침 95/46/EC에 의해서 지침 95/46/EC의 전환을 위해서 공포된 규정을 침해한 것에 대한 제재를 확정할 책임을 진다. 지침 2002/58/EC 제15조 2항에 의하면 지침 2002/58/EC의 전환은 국내법과 관련하여 동일한 의무가 있다. 정보시스템의 공격에 대한 2005년 2월 24일의 각료이사회 결정 2005/222/JI<sup>33)</sup>에 의하면 정보시스템과 그 속에 포함된 저장 데이터에의 고의적이고 위법한 접근은 형사처벌되어야 한다고 규정하고 있다.

(19) 위법한 처리 또는 지침 95/46/EC의 전환을 위한 개별 국내 규정과 일치하지 않는 행위로 손해를 입은 사람의 손해배상을 요구할 권리는 동 지침 제23조에서 규정하고 있는데, 그 권리는 이 지침에 따른 개인관련 데이터의 위법한 처리와 관련하여서도 존재한다.

(20) 유럽평의회(Europarat)<sup>34)</sup>의 2001년 사이버범죄방지협약과 1981년 개인관련 데이터의 자동처리에 있어서 사람의 보호에 관한 협약은 이 지침에서 저장되는 데이터에도 적용된다.

(21) 이 지침의 목적들, 즉 특정데이터의 보관과 관련한 서비스제공자 및 네트워크 운영자의 책임의 조화와 보장, 각 회원국이 국내법에서 특정하고 규정하고 있는 바와 같이 데이터가 중요범죄의 수사, 확인, 소추의 목적으로 처분되도록 보장하기 위한 목적들은, 회원국의 차원에서는 충분히 도달할 수 없고 그리하여 본 지침의 범위와 효과 때문에 공동체의 측면에서 도달되어야 하기 때문에, 공동체는 계약 제5조에서 기록되어 있는 보충성의 원칙에 따라 활동할 수 있다. 동일한 조에서 언급하고 있는 비례성의 원칙에 상응하게 이 지침은 이러한 목적의 달성에 필요한 조치를 벗어나서는 아니된다.

(22) 이 지침은 무엇보다 유럽연합의 기본권 헌장으로 승인된 기본권과 기본원칙을 유지한다. 지침 2002/58/EC와 관련하여 본 지침은 특히 헌장 제7조와 제8조에 따른 시민의 사생활과 통신의 존중 및 개인관련 데이터의 보호를 위한 시민의 기본권의 완전한 준수를 보장하기 위해 노력을 기울인다.

(23) 전자적 통신서비스 제공자의 의무는 비례적이어야 하기 때문에, 이 지침에서 제공자가 통신서비스의 제공과정에서 생성되고 처리되는 데이터만을 저장해야 한다고 규정하고 있다. 이러한 데이터가 이러한 제공자로부터 생성되지 않거나 처리되지 않는 한, 저장할 의무도 또한 없다. 이 지침을 통하여 데이터의 보관을 위한 기술은 조화되어 있지 않다. 그것의 선택은 국내법적 차원에서 규정되어야 할 일이다.

33) ABl. L 69 vom 16.3.2005, S. 67.

34) 유럽연합의 유럽이사회(European Council, Europäischer Rat)와 구분하기 위하여 유럽평의회로 표기한다.

(24) 보다 나은 입법을 위한 국제적 협약 제34조<sup>35)</sup>에 따르면 회원국은 그들의 독자적인 목적을 위해서 그리고 공동체의 이익을 위해서 독자적인 통계표(목록)을 작성하여야 한다. 이 목록에는 가능성과 관련하여 이 지침의 전환조치 사이에 상용성이 도출되어야 하고 공시되어야 한다.

(25) 이 지침은 회원국의 권리 즉 그로부터 언급한 국내 기관의 데이터에의 접근과 이용에 법률규정을 채택할 권리를 침해하지 않는다. 데이터에의 접근의 문제, 즉 이 지침에 의해서 국가 기관으로부터 지침 95/46/EC 제3조 2항 첫째 부문에서 언급하고 있는 그러한 활동을 위해서 저장되는 데이터의 접근의 문제는 공동체법의 적용영역에 해당하지 않는다. 그러나 그것은 국내법 또는 조약 제4편에 의한 조치를 통해서 규정될 수 있다. 이러한 법률규정 또는 조치는, 이것은 회원국의 공통적인 헌법적 전통에서 유래하고 유럽인권선언을 통해서도 보장되고 있듯이, 이 기본권은 완벽하게 존중되어야 한다. 유럽인권선언 제8조에 따르면 유럽인권법원에서 해석한 바와 같이, 프라이버시권에 관한 공공기관의 침입은 필요성과 비례성의 요구를 충족해야 하고 따라서 구체적이고 명백하고 정당한 목적에 기여해야 한다. 이 경우 공공기관의 침입은 그것의 목적과 관련하여 충분하고, 중요하고 과도하지 않는 방법으로 수행되어야 한다.

#### 제1조 대상과 적용범위

1. 본 지침의 목적은 공중이 접근 가능한 전자적 통신서비스 제공자 또는 공공 통신망의 운영자에 의해서 생성되거나 처리되는 특정 데이터의 보관과 관련하여 이들의 책임에 관한 회원국의 규정들이, 각 회원국에 의해서 회원국의 국내법에 규정되어 있듯이, 중대한 범죄의 수사, 확인, 소추의 목적으로 데이터를 사용할 수 있도록 확보하도록 조화를 이루는데 있다.
2. 본 지침은 법인과 자연인의 통신데이터와 위치데이터 및 가입자 또는 등록된 이용자의 확인에 필요한 관련 데이터에 적용된다. 본 지침은 전자적 통신망을 사용하여 문의된 정보를 포함하여 전자적 통신의 내용에는 적용되어서는 아니된다.

#### 제2조 개념

1. 본 지침의 목적을 위하여 지침 95/46/EC<sup>36)</sup>, 전자적 통신망과 서비스를 위한 공통적인 법적 기본틀에 관한 유럽연합 의회와 유럽연합 각료이사회의 2002년 3월 7일의 지침 2002/21/EC (기본틀지침<sup>37)</sup>) 및 지침 2002/58/EC<sup>38)</sup>의 개념들을 사용한다.

35) ABl. C 321 vom 31.12.2003, S. 1.

36) Directive 95/46/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.

2. 본 지침에서 사용되는 용어의 개념 :

- (a) 데이터란 통신데이터와 위치데이터 그리고 가입자와 이용자를 특정하는 데 필요한 모든 관련 데이터를 말한다.
- (b) 이용자란 사적 또는 영업적인 목적으로 공중이 사용할 수 있는 전자적 통신서비스를 이용하는 모든 법인 또는 자연인을 말하며, 반드시 이러한 서비스를 정기적으로 예약해서 받을 필요는 없다.
- (c) 전화서비스란 전화통화(음성 전화, 음성메일(음성저장서비스), 다원통화(전화회의), 데이터콜을 포함), 부수서비스(자동전송전화서비스) : 호출전송 (呼出電送) 자기에게 오는 착신호출을 다른 장소에 전송하도록 교환장치에 지시하는 기능, call transfer 를 포함), 메시지서비스와 멀티미디어 서비스(간단 메시지 서비스(SMS): 핸드폰 문자 메시지 송수신 기능, 지능메세지서비스(EMS), 멀티미디어서비스(MMS)를 포함).
- (d) 이용자 아이디란 이용자가 인터넷 접속 서비스 또는 인터넷 통신 서비스에 가입하거나 등록할 때에 부여되는 특별한 식별코드.
- (e) 셀 아이디란 이동통신 전화의 발신지와 착신지의 셀<sup>39)</sup>의 식별코드.
- (f) '성공하지 못한 전화통화시도'란 전화통화가 성공적으로 연결되었지만 응답이 없는 경우 또는 네트워크 관리의 개입이 있는 경우의 통신을 말한다.

제3조 데이터 저장 의무

- 1. 지침 2002/58/EC의 제5, 6, 9조와 달리 회원국은 이 지침의 제5조에서 언급하고 있는 데이터가 전자적 통신서비스의 제공자 또는 공중 통신망의 제공자에 의해서 그들의 관할권 내에서 관련 통신서비스를 제공하는 과정에서 생성되거나 처리되는 한에는, 본 지침의 규정에 따라서 그 데이터가 보관되도록 하기 위해서 이에 상응한 조치를 취해야 한다.
- 2. 제1항에 의한 데이터 보관의무는 공중이 사용할 수 있는 전자적 통신서비스 및 공중 통신망의 제공자가 관련 회원국의 관할권 내에서 관련 통신서비스를 제공하는 과정에서 이들 데이터를 생성하거나 처리하고, 저장하거나(전화 데이터의 경우) 또는 기록한다면(인터넷 데이터의 경우), 성공하지 못한 통화 시도와 관련하여 제5조에 언급한 데

---

37) DIRECTIVE 2002/21/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive), ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 33.

38) DIRECTIVE 2002/58/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications)

39) 발신지국에 연결되어 있는 무선전화의 통신가능 범위를 말한다.

이터의 보관을 포함해야 한다. 이 지침은 연결이 되지 아니한 통화에 관한 데이터의 보관을 요구하지 않는다.

#### 제4조 데이터에의 접근

이 지침에 따라서 보관을 위해 저장된 데이터가 특별한 경우와 국내법에 일치하는 경우에 한해서 국내의 당해 관청에 제공되도록 확보하기 위한 조치를 취해야 한다. 각 회원국은 유럽연합의 법률규정 또는 국제법, 특히 유럽인권법원에 의해 해석되어지는 유럽인권협약의 관련 규정을 고려하여, 필요성과 비례성의 요청에 따라 저장 데이터에의 접근을 위해서 이행되어야 하는 절차와 조건을 그의 국내법에서 확정해야 한다.

#### 제5조 저장될 데이터의 구분, 종류, 범주

1. 회원국은 이 지침에 따라 다음의 데이터 범주가 보관용으로 저장되도록 확보하여야 한다.

(a) 통신의 발신지를 추적하고 확정하는 데 필요한 데이터:

(1) 유선네트워크 전화와 이동전화와 관련하여:

(i) 발신자의 자의 전화번호;

(ii) 전화가입자 또는 등록된 사용자의 이름과 주소;

(2) 인터넷 접속, 인터넷 이메일 그리고 인터넷 전화와 관련하여:

(i) 부여받은 이용자 아이디

(ii) 공중 전화망에서 모든 통신에 할당된 이용자 아이디와 전화번호

(iii) 통신시점에 인터넷 프로토콜 어드레스(아이피 어드레스), 이용자 아이디, 전화번호가 부여된 가입자 및 등록된 이용자의 이름과 주소;

(b) 통신의 착신지를 확인하는 데 필요한 데이터

(1) 유선네트워크 전화와 이동망 전화와 관련하여:

(i) 수신자의 전화번호, 콜 포워딩 또는 콜 트랜스퍼와 같은 부수 서비스의 경우에는 통화가 루트된 곳의 번호

(ii) 가입자 또는 등록된 사용자의 이름과 주소

(2) 인터넷 전자메일과 인터넷 폰과 관련하여:

(i) 이용자 아이디 또는 인터넷 전화의 수신자의 전화번호

(ii) 가입자 또는 등록된 이용자의 이름과 주소 그리고 통신 수신자의 이용자 아이디

(c) 통신의 날짜, 시간, 기간을 확인하는 데 필요한 데이터:

(1) 유선네트워크 전화와 이동 전화와 관련하여 통신의 날짜, 발·착신시간;

(2) 인터넷 접속, 인터넷 전자메일 그리고 인터넷 전화와 관련하여:

- (i) 인터넷 접속 서비스의 경우 인터넷 접속 서비스 제공자에 의해 제공된 유동 및 고정 아이피 주소를 포함하여 특정시간대를 기준으로 한 로그 인과 로그 오프의 날짜와 시간 그리고 가입자 또는 등록된 이용자의 아이디;
  - (ii) 인터넷 전자메일 서비스 또는 인터넷 전화 서비스의 경우 특정시간대를 기준으로 한 로그 온과 로그 오프의 날짜와 시간;
- (d) 통신이 형태를 확인하는데 필요한 데이터
- (1) 유선네트워크 전화와 이동 전화와 관련하여: 사용된 전화 서비스;
  - (2) 인터넷 전자메일과 인터넷 전화와 관련하여: 사용된 인터넷 서비스;
- (e) 이용자의 통신장비 또는 자칭 이용자의 장비라고 의도하는 것을 확인하는 데 필요한 데이터:
- (1) 유선네트워크 전화와 관련하여 발신자 전화번호와 수신자 전화번호
  - (2) 이동 전화와 관련하여:
    - (i) 발·착신 전화 번호
    - (ii) 발신자의 국제이동가입자식별번호(IMSI)
    - (iii) 발신자의 국제이동단말기식별번호(IMEI)<sup>40)</sup>
    - (iv) 수신자의 국제이동가입자식별번호
    - (v) 수신자의 국제이동단말기식별번호
    - (vi) 선불 익명 서비스의 경우, 서비스의 초기 개시의 날짜와 시간 그리고 서비스가 개시된 소재지의 표지 (셀 아이디: Cell ID)
  - (3) 인터넷 접속, 인터넷 전자메일, 인터넷 전화와 관련하여:
    - (i) 다이얼 업(다이얼 호출)<sup>41)</sup> 접속의 경우 발신 전화번호
    - (ii) 디지털 가입자 회선 또는 다른 통신 설치자의 종단점(the originator of the communication)
- (f) 이동통신장비의 위치를 확인하는데 필요한 데이터:
- (1) 통신 개시시의 소재지 표지(셀 아이디)
  - (2) 통신 데이터가 저장되는 동안 소재지 표시(셀 아이디)와 관련한 셀의 지리적 위치를 확인하는 데이터
2. 통신의 내용을 나타내는 데이터는 이 지침에 따라 저장되어서는 아니된다.

40) 전 지구적 이동 통신 시스템(GSM) 이동 단말기가 서로를 고유하게 식별할 수 있도록 이동 단말기에 할당된 식별 번호. 이 번호는 형식 승인 코드 최종 조합 코드 및 일련 번호를 포함하여 15자리로 구성된다.

41) 일반 전화 교환망(PSTN)을 통하여 상대방과의 접속을 설정하기 위해 전화기의 다이얼을 돌리거나 버튼을 누르는 것. 이때 사용하는 회선을 다이얼 업 회선(dial-up line)이라고 하며, 다이얼 업 회선을 통하여 접속하는 것을 다이얼 업 접속(dial-up connection)이라고 한다.

#### 제6조 보관 기간

회원국은 통신을 개시한 때부터 최소 6월에서 최고 2년 동안 제5항에 규정된 데이터 범주들이 보관되도록 확보해야 한다.

#### 제7조 데이터 보호와 데이터 안전

지침 95/46/EC와 지침 2002/58/EC의 전환을 위해서 공포된 규정과는 관계없이 각 회원국은 공중 전자통신서비스 제공자 또는 공중통신망 제공자가 본 지침에 따라 저장된 데이터와 관련하여 다음의 데이터 안전 원칙을 최소한 준수하도록 확보해야 한다.

- (a) 보관 데이터는 네트워크에 있는 데이터와 동질의 것이어야 하며 동일한 안전과 보호를 조건으로 해야 한다.
- (b) 우연한 또는 불법적인 파괴, 우연한 상실 또는 변경, 부당한 또는 불법적인 저장, 처리, 접근 또는 유출에 대해서 데이터를 보호하기 위한 적절한 기술적 그리고 조직적 조치가 취해져야 한다.
- (c) 데이터에의 접근은 특별히 권한이 주어진 사람에게만 허용되도록 적절한 기술적 조직적 조치를 확보해야 한다.
- (d) 접근되어 있고 저장되어 있는 데이터를 제외한 다른 데이터는 저장기간이 종료한 때에 폐기되어야 한다.

#### 제8조 저장데이터의 요구

회원국은 제5조에 규정된 데이터가 이 지침의 규정에 따라 저장되어서 이 데이터와 이와 관련한 그 밖에 필요한 모든 정보들이 관할 기관의 요청에 따라 그 기관에 지체없이 제공될 수 있도록 해야 한다.

#### 제9조 감시 기관

1. 저장 데이터의 안전에 관한 제7조의 전환을 위해 채택한 규정이 자국 내에서 적용되는 것을 모니터링 책임을 질 한 곳 이상의 공공기관을 각 회원국은 임명하여야 한다. 이 기관은 지침 95/46/EC의 제28조에서 규정하고 있는 기관과 동일할 수 있다.
2. 제1항의 기관은 제1항에서 언급하고 있는 감시를 완전히 독립적으로 수행하여야 한다.

#### 제10조 통계

1. 회원국은 매년 공중 전자적 통신서비스 또는 공중 통신망의 규정과 관련하여 생성되고 처리되는 데이터의 보관에 관한 통계가 위원회에 제공되도록 확보해야 한다. 이 통계에는 다음의 내용이 포함되어야 한다 :

160 인터넷법률 통권 제43호 (2008.7.)

- 정보가 국내법에 일치하게 관할 관청에 제공된 사례
  - 데이터의 보관 시점과 그 데이터가 관할관청으로부터 요청받은 시점 사이의 경과된 시간
  - 데이터의 요청이 성공하지 못한 사례
2. 이러한 통계에는 개인관련 데이터가 포함되어서는 아니 된다.

제11조 지침 2002/58/EC의 변경

다음의 규정을 지침 2002/58/EC의 제15조에 삽입한다:

'1a. 제1항은 공중 전자적 통신 서비스 또는 공중통신망의 규정과 관련하여 생성되고 처리되는 데이터의 보관에 관한 2006년 3월 15일 유럽연합 의회와 유럽연합 각료이사회에 지침 2006/24/EC<sup>42)</sup>에 의해서 지침 제1조 1항에서 언급되고 있는 목적을 위해서 유지되어야 한다고 특별히 요구되는 데이터에는 적용되지 않는다.

제12조 장래의 조치

1. 제6조에 의한 최대저장기간의 일정한 기간동안 연장을 정당화할 특별한 사정이 있는 회원국은 필요한 조치를 취할 수 있다. 이 회원국은 이를 즉시 이사회에 알리고 동조에 의해서 취해진 조치를 다른 회원국에게 통지하고 이러한 조치를 채택한 근거를 제시해야 한다.
2. 위원회는, 제1항에 언급한 통지 후 6개월 이내에, 해당 국가의 국내적 조치가 회원국 사이에서 자의적인 차별의 수단인지 아니면 감추어진 거래의 제한인지 또는 그 조치가 국내 시장의 기능을 방해하는 것인지를 심사한 이후에, 그 국내적 조치를 승인하거나 거부해야 한다. 위원회가 이 기간 내에 결정을 하지 않는 경우에 개별 국가의 조치는 승인된 것으로 간주한다.

제13조 법적 구제, 책임 및 제재

1. 각 회원국은 법적 구제, 책임 및 제재에 관한 지침 95/46/EC의 제3장을 이행하기 위한 국내적 조치가 이 지침에 의한 데이터의 처리의 관점에서 완전히 이행되도록 확보하는데 필요한 조치를 취해야 한다.
2. 각 회원국은 이 지침의 전환으로 제정된 국내법 규정에 의하면 허용되지 않는 이 지침에 따라 저장된 데이터에의 고의적인 접근이나 고의적인 전달은 행정적 또는 형사적 제재를 포함하여 효과적이고 비례적이며 만류하게 하는 제재에 의해서 처벌받도록 확보하기 위해서 필요한 조치를 취해야 한다.

---

42) OJ L 105, 13.4.2006, P. 54.

#### 제14조 평가

1. 위원회는 이후의 전자통신 기술의 발전과 제10조에 의해서 위원회에 제출된 통계를 고려하여, 이 지침의 규정, 특히 제5조의 데이터의 목록과 제6조에 규정된 저장기간이 변경되어야 하는가를 확정하기 위하여, 유럽연합 의회와 각료 이사회에 이 지침의 적용의 평가 및 경제참여자(운영자)와 소비자에게 미친 이 지침의 효과를 늦어도 2010년 9월 15일까지 제출해야 한다. 이 평가의 결과는 공시되어야 한다.

#### 제15조 전환

1. 회원국은 이 지침을 이행하기 위해서 필요한 법률, 규칙, 행정적 규정들을 늦어도 2007년 9월 15일까지 발효시켜야 한다. 회원국은 이에 대해서 위원회에 지체없이 통지해야 한다. 회원국은 이 조치를 채택하면, 그들은 이 지침의 참조(문)를 포함하거나 또는 이들의 공식적인 출판의 경우에는 그러한 참조에 의해서 수행되어야 한다. 그러한 참조를 하는 방법들은 회원국에 의해서 행해져야 한다.
2. 회원국은 이 지침이 포함하는 분야에서 채택한 국내법의 주요 규정들의 텍스트를 위원회에 통지해야 한다.
3. 2009년 3월 15일까지 각 회원국은 이 지침의 적용을 연기할 수 있다. 인터넷 접속, 인터넷 전화, 인터넷 전자메일과 관련한 통신데이터의 보관에 관한 이 지침의 적용을 연기할 수 있다. 이 규정을 활용할 의도가 있는 회원국은 이 지침의 수용시 해명서를 통하여 그렇다는 취지를 위원회와 이사회에 통지해야 한다.

#### 제16조 효력

이 지침은 유럽연합 관보에 이의 공시 후 20일이 지나면 효력을 발생한다.

#### 제17조 수범자

이 지침은 각 회원국을 수범자로 하고 있다.

2006년 3월 15일 슈트라스부르그에서 작성됨.

유럽연합 의회의 이름으로  
의장

J. Borrell Fontelles

유럽연합 각료이사회 이름으로  
의장

H. Winkler

## V. 지침 2006/24/EC 원문

DIRECTIVE 2006/24/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC

THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION,

Having regard to the Treaty establishing the European Community, and in particular Article 95 thereof,

Having regard to the proposal from the Commission, Having regard to the Opinion of the European Economic and Social Committee<sup>43</sup>),

Acting in accordance with the procedure laid down in Article 251 of the Treaty<sup>44</sup>),

Whereas:

(1) Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data<sup>45</sup>) requires Member States to protect the rights and freedoms of natural persons with regard to the processing of personal data, and in particular their right to privacy, in order to ensure the free flow of personal data in the Community.

(2) Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications)<sup>46</sup>) translates the principles set out in Directive 95/46/EC into specific rules for the

---

43) Opinion delivered on 19 January 2006 (not yet published in the Official Journal).

44) Opinion of the European Parliament of 14 December 2005 (not yet published in the Official Journal) and Council Decision of 21 February 2006.

45) OJ L 281, 23.11.1995, p. 31. Directive as amended by Regulation (EC) No 1882/2003 (OJ L 284, 31.10.2003, p. 1).

46) OJ L 201, 31.7.2002, p. 37.

electronic communications sector.

(3) Articles 5, 6 and 9 of Directive 2002/58/EC lay down the rules applicable to the processing by network and service providers of traffic and location data generated by using electronic communications services. Such data must be erased or made anonymous when no longer needed for the purpose of the transmission of a communication, except for the data necessary for billing or interconnection payments. Subject to consent, certain data may also be processed for marketing purposes and the provision of value added services.

(4) Article 15(1) of Directive 2002/58/EC sets out the conditions under which Member States may restrict the scope of the rights and obligations provided for in Article 5, Article 6, Article 8(1), (2), (3) and (4), and Article 9 of that Directive. Any such restrictions must be necessary, appropriate and proportionate within a democratic society for specific public order purposes, i.e. to safeguard national security (i.e. State security), defence, public security or the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences or of unauthorised use of the electronic communications systems.

(5) Several Member States have adopted legislation providing for the retention of data by service providers for the prevention, investigation, detection, and prosecution of criminal offences. Those national provisions vary considerably.

(6) The legal and technical differences between national provisions concerning the retention of data for the purpose of prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences present obstacles to the internal market for electronic communications, since service providers are faced with different requirements regarding the types of traffic and location data to be retained and the conditions and periods of retention.

(7) The Conclusions of the Justice and Home Affairs Council of 19 December 2002 underline that, because of the significant growth in the possibilities afforded by electronic communications, data relating to the use of electronic communications are particularly important and therefore a valuable tool in the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences, in particular organised crime.

(8) The Declaration on Combating Terrorism adopted by the European Council on 25 March 2004 instructed the Council to examine measures for establishing rules on the retention of communications traffic data by service providers.

(9) Under Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights

and Fundamental Freedoms (ECHR), everyone has the right to respect for his private life and his correspondence. Public authorities may interfere with the exercise of that right only in accordance with the law and where necessary in a democratic society, *inter alia*, in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, or for the protection of the rights and freedoms of others. Because retention of data has proved to be such a necessary and effective investigative tool for law enforcement in several Member States, and in particular concerning serious matters such as organised crime and terrorism, it is necessary to ensure that retained data are made available to law enforcement authorities for a certain period, subject to the conditions provided for in this Directive. The adoption of an instrument on data retention that complies with the requirements of Article 8 of the ECHR is therefore a necessary measure.

(10) On 13 July 2005, the Council reaffirmed in its declaration condemning the terrorist attacks on London the need to adopt common measures on the retention of telecommunications data as soon as possible.

(11) Given the importance of traffic and location data for the investigation, detection, and prosecution of criminal offences, as demonstrated by research and the practical experience of several Member States, there is a need to ensure at European level that data that are generated or processed, in the course of the supply of communications services, by providers of publicly available electronic communications services or of a public communications network are retained for a certain period, subject to the conditions provided for in this Directive.

(12) Article 15(1) of Directive 2002/58/EC continues to apply to data, including data relating to unsuccessful call attempts, the retention of which is not specifically required under this Directive and which therefore fall outside the scope thereof, and to retention for purposes, including judicial purposes, other than those covered by this Directive.

(13) This Directive relates only to data generated or processed as a consequence of a communication or a communication service and does not relate to data that are the content of the information communicated. Data should be retained in such a way as to avoid their being retained more than once. Data generated or processed when supplying the communications services concerned refers to data which are accessible. In particular, as regards the retention of data relating to Internet e-mail and Internet telephony, the obligation to retain data may apply only in respect of data from the providers' or the

network providers' own services.

(14) Technologies relating to electronic communications are changing rapidly and the legitimate requirements of the competent authorities may evolve. In order to obtain advice and encourage the sharing of experience of best practice in these matters, the Commission intends to establish a group composed of Member States' law enforcement authorities, associations of the electronic communications industry, representatives of the European Parliament and data protection authorities, including the European Data Protection Supervisor.

(15) Directive 95/46/EC and Directive 2002/58/EC are fully applicable to the data retained in accordance with this Directive. Article 30(1)(c) of Directive 95/46/EC requires the consultation of the Working Party on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data established under Article 29 of that Directive.

(16) The obligations incumbent on service providers concerning measures to ensure data quality, which derive from Article 6 of Directive 95/46/EC, and their obligations concerning measures to ensure confidentiality and security of processing of data, which derive from Articles 16 and 17 of that Directive, apply in full to data being retained within the meaning of this Directive.

(17) It is essential that Member States adopt legislative measures to ensure that data retained under this Directive are provided to the competent national authorities only in accordance with national legislation in full respect of the fundamental rights of the persons concerned.

(18) In this context, Article 24 of Directive 95/46/EC imposes an obligation on Member States to lay down sanctions for infringements of the provisions adopted pursuant to that Directive. Article 15(2) of Directive 2002/58/EC imposes the same requirement in relation to national provisions adopted pursuant to Directive 2002/58/EC. Council Framework Decision 2005/222/JHA of 24 February 2005 on attacks against information systems<sup>47)</sup> provides that the intentional illegal access to information systems, including to data retained therein, is to be made punishable as a criminal offence.

(19) The right of any person who has suffered damage as a result of an unlawful processing operation or of any act incompatible with national provisions adopted pursuant to Directive 95/46/EC to receive compensation, which derives from Article 23

---

47) OJ L 69, 16.3.2005, p. 67.

of that Directive, applies also in relation to the unlawful processing of any personal data pursuant to this Directive.

(20) The 2001 Council of Europe Convention on Cybercrime and the 1981 Council of Europe Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data also cover data being retained within the meaning of this Directive.

(21) Since the objectives of this Directive, namely to harmonise the obligations on providers to retain certain data and to ensure that those data are available for the purpose of the investigation, detection and prosecution of serious crime, as defined by each Member State in its national law, cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore, by reason of the scale and effects of this Directive, be better achieved at Community level, the Community may adopt measures, in accordance with the principle of subsidiarity as set out in Article 5 of the Treaty. In accordance with the principle of proportionality, as set out in that Article, this Directive does not go beyond what is necessary in order to achieve those objectives.

(22) This Directive respects the fundamental rights and observes the principles recognised, in particular, by the Charter of Fundamental Rights of the European Union. In particular, this Directive, together with Directive 2002/58/EC, seeks to ensure full compliance with citizens' fundamental rights to respect for private life and communications and to the protection of their personal data, as enshrined in Articles 7 and 8 of the Charter.

(23) Given that the obligations on providers of electronic communications services should be proportionate, this Directive requires that they retain only such data as are generated or processed in the process of supplying their communications services. To the extent that such data are not generated or processed by those providers, there is no obligation to retain them. This Directive is not intended to harmonise the technology for retaining data, the choice of which is a matter to be resolved at national level.

(24) In accordance with paragraph 34 of the Interinstitutional agreement on better law-making<sup>48</sup>), Member States are encouraged to draw up, for themselves and in the interests of the Community, their own tables illustrating, as far as possible, the correlation between this Directive and the transposition measures, and to make them

---

48) OJ C 321, 31.12.2003, p. 1.

public.

(25) This Directive is without prejudice to the power of Member States to adopt legislative measures concerning the right of access to, and use of, data by national authorities, as designated by them. Issues of access to data retained pursuant to this Directive by national authorities for such activities as are referred to in the first indent of Article 3(2) of Directive 95/46/EC fall outside the scope of Community law. However, they may be subject to national law or action pursuant to Title VI of the Treaty on European Union. Such laws or action must fully respect fundamental rights as they result from the common constitutional traditions of the Member States and as guaranteed by the ECHR. Under Article 8 of the ECHR, as interpreted by the European Court of Human Rights, interference by public authorities with privacy rights must meet the requirements of necessity and proportionality and must therefore serve specified, explicit and legitimate purposes and be exercised in a manner that is adequate, relevant and not excessive in relation to the purpose of the interference,

HAVE ADOPTED THIS DIRECTIVE:

#### Article 1

##### Subject matter and scope

1. This Directive aims to harmonise Member States' provisions concerning the obligations of the providers of publicly available electronic communications services or of public communications networks with respect to the retention of certain data which are generated or processed by them, in order to ensure that the data are available for the purpose of the investigation, detection and prosecution of serious crime, as defined by each Member State in its national law.
2. This Directive shall apply to traffic and location data on both legal entities and natural persons and to the related data necessary to identify the subscriber or registered user. It shall not apply to the content of electronic communications, including information consulted using an electronic communications network.

#### Article 2

##### Definitions

1. For the purpose of this Directive, the definitions in Directive 95/46/EC, in

Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive)<sup>49)</sup>, and in Directive 2002/58/EC shall apply.

2. For the purpose of this Directive:

- (a) 'data' means traffic data and location data and the related data necessary to identify the subscriber or user;
- (b) "user" means any legal entity or natural person using a publicly available electronic communications service, for private or business purposes, without necessarily having subscribed to that service;
- (c) 'telephone service' means calls (including voice, voicemail and conference and data calls), supplementary services (including call forwarding and call transfer) and messaging and multi-media services (including short message services, enhanced media services and multi-media services);
- (d) 'user ID' means a unique identifier allocated to persons when they subscribe to or register with an Internet access service or Internet communications service;
- (e) 'cell ID' means the identity of the cell from which a mobile telephony call originated or in which it terminated;
- (f) "unsuccessful call attempt" means a communication where a telephone call has been successfully connected but not answered or there has been a network management intervention.

### Article 3

#### Obligation to retain data

1. By way of derogation from Articles 5, 6 and 9 of Directive 2002/58/EC, Member States shall adopt measures to ensure that the data specified in Article 5 of this Directive are retained in accordance with the provisions thereof, to the extent that those data are generated or processed by providers of publicly available electronic communications services or of a public communications network within their jurisdiction in the process of supplying the communications services concerned.
2. The obligation to retain data provided for in paragraph 1 shall include the retention of the data specified in Article 5 relating to unsuccessful call attempts

---

49) OJ L 108, 24.4.2002, p. 33.

where those data are generated or processed, and stored (as regards telephony data) or logged (as regards Internet data), by providers of publicly available electronic communications services or of a public communications network within the jurisdiction of the Member State concerned in the process of supplying the communication services concerned. This Directive shall not require data relating to unconnected calls to be retained.

#### Article 4

##### Access to data

Member States shall adopt measures to ensure that data retained in accordance with this Directive are provided only to the competent national authorities in specific cases and in accordance with national law. The procedures to be followed and the conditions to be fulfilled in order to gain access to retained data in accordance with necessity and proportionality requirements shall be defined by each Member State in its national law, subject to the relevant provisions of European Union law or public international law, and in particular the ECHR as interpreted by the European Court of Human Rights.

#### Article 5

##### Categories of data to be retained

1. Member States shall ensure that the following categories of data are retained under this Directive:
  - (a) data necessary to trace and identify the source of a communication:
    - (1) concerning fixed network telephony and mobile telephony:
      - (i) the calling telephone number;
      - (ii) the name and address of the subscriber or registered user;
    - (2) concerning Internet access, Internet e-mail and Internet telephony:
      - (i) the user ID(s) allocated;
      - (ii) the user ID and telephone number allocated to any communication entering the public telephone network;
      - (iii) the name and address of the subscriber or registered user to whom an Internet Protocol (IP) address, user ID or telephone number was allocated at the time of the communication;

- (b) data necessary to identify the destination of a communication:
  - (1) concerning fixed network telephony and mobile telephony:
    - (i) the number(s) dialled (the telephone number(s) called), and, in cases involving supplementary services such as call forwarding or call transfer, the number or numbers to which the call is routed;
    - (ii) the name(s) and address(es) of the subscriber(s) or registered user(s);
  - (2) concerning Internet e-mail and Internet telephony:
    - (i) the user ID or telephone number of the intended recipient(s) of an Internet telephony call;
    - (ii) the name(s) and address(es) of the subscriber(s) or registered user(s) and user ID of the intended recipient of the communication;
- (c) data necessary to identify the date, time and duration of a communication:
  - (1) concerning fixed network telephony and mobile telephony, the date and time of the start and end of the communication;
  - (2) concerning Internet access, Internet e-mail and Internet telephony:
    - (i) the date and time of the log-in and log-off of the Internet access service, based on a certain time zone, together with the IP address, whether dynamic or static, allocated by the Internet access service provider to a communication, and the user ID of the subscriber or registered user;
    - (ii) the date and time of the log-in and log-off of the Internet e-mail service or Internet telephony service, based on a certain time zone;
- (d) data necessary to identify the type of communication:
  - (1) concerning fixed network telephony and mobile telephony: the telephone service used;
  - (2) concerning Internet e-mail and Internet telephony: the Internet service used;
- (e) data necessary to identify users' communication equipment or what purports to be their equipment:
  - (1) concerning fixed network telephony, the calling and called telephone numbers;
  - (2) concerning mobile telephony:
    - (i) the calling and called telephone numbers;
    - (ii) the International Mobile Subscriber Identity (IMSI) of the calling party;
    - (iii) the International Mobile Equipment Identity (IMEI) of the calling party;
    - (iv) the IMSI of the called party;

- (v) the IMEI of the called party;
  - (vi) in the case of pre-paid anonymous services, the date and time of the initial activation of the service and the location label (Cell ID) from which the service was activated;
  - (3) concerning Internet access, Internet e-mail and Internet telephony:
    - (i) the calling telephone number for dial-up access;
    - (ii) the digital subscriber line (DSL) or other end point of the originator of the communication;
  - (f) data necessary to identify the location of mobile communication equipment:
    - (1) the location label (Cell ID) at the start of the communication;
    - (2) data identifying the geographic location of cells by reference to their location labels (Cell ID) during the period for which communications data are retained.
2. No data revealing the content of the communication may be retained pursuant to this Directive.

## Article 6

### Periods of retention

Member States shall ensure that the categories of data specified in Article 5 are retained for periods of not less than six months and not more than two years from the date of the communication.

## Article 7

### Data protection and data security

Without prejudice to the provisions adopted pursuant to Directive 95/46/EC and Directive 2002/58/EC, each Member State shall ensure that providers of publicly available electronic communications services or of a public communications network respect, as a minimum, the following data security principles with respect to data retained in accordance with this Directive:

- (a) the retained data shall be of the same quality and subject to the same security and protection as those data on the network;
- (b) the data shall be subject to appropriate technical and organisational measures to protect the data against accidental or unlawful destruction, accidental loss or alteration, or unauthorised or unlawful storage, processing, access or disclosure;

- (c) the data shall be subject to appropriate technical and organisational measures to ensure that they can be accessed by specially authorised personnel only;  
and
- (d) the data, except those that have been accessed and preserved, shall be destroyed at the end of the period of retention.

#### Article 8

##### Storage requirements for retained data

Member States shall ensure that the data specified in Article 5 are retained in accordance with this Directive in such a way that the data retained and any other necessary information relating to such data can be transmitted upon request to the competent authorities without undue delay.

#### Article 9

##### Supervisory authority

1. Each Member State shall designate one or more public authorities to be responsible for monitoring the application within its territory of the provisions adopted by the Member States pursuant to Article 7 regarding the security of the stored data. Those authorities may be the same authorities as those referred to in Article 28 of Directive 95/46/EC.
2. The authorities referred to in paragraph 1 shall act with complete independence in carrying out the monitoring referred to in that paragraph.

#### Article 10

##### Statistics

1. Member States shall ensure that the Commission is provided on a yearly basis with statistics on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or a public communications network. Such statistics shall include:
  - the cases in which information was provided to the competent authorities in accordance with applicable national law,
  - the time elapsed between the date on which the data were retained and the date on which the competent authority requested the transmission of the data,

- the cases where requests for data could not be met.
- 2. Such statistics shall not contain personal data.

#### Article 11

##### Amendment of Directive 2002/58/EC

The following paragraph shall be inserted in Article 15 of Directive 2002/58/EC:

'1a. Paragraph 1 shall not apply to data specifically required by Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks(\*)<sup>50</sup>) to be retained for the purposes referred to in Article 1(1) of that Directive.

#### Article 12

##### Future measures

1. A Member State facing particular circumstances that warrant an extension for a limited period of the maximum retention period referred to in Article 6 may take the necessary measures. That Member State shall immediately notify the Commission and inform the other Member States of the measures taken under this Article and shall state the grounds for introducing them.
2. The Commission shall, within a period of six months after the notification referred to in paragraph 1, approve or reject the national measures concerned, after having examined whether they are a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction of trade between Member States and whether they constitute an obstacle to the functioning of the internal market. In the absence of a decision by the Commission within that period the national measures shall be deemed to have been approved.
3. Where, pursuant to paragraph 2, the national measures of a Member State derogating from the provisions of this Directive are approved, the Commission may consider whether to propose an amendment to this Directive.

#### Article 13

##### Remedies, liability and penalties

---

(\*) OJ L 105, 13.4.2006, p. 54.'

1. Each Member State shall take the necessary measures to ensure that the national measures implementing Chapter III of Directive 95/46/EC providing for judicial remedies, liability and sanctions are fully implemented with respect to the processing of data under this Directive.
2. Each Member State shall, in particular, take the necessary measures to ensure that any intentional access to, or transfer of, data retained in accordance with this Directive that is not permitted under national law adopted pursuant to this Directive is punishable by penalties, including administrative or criminal penalties, that are effective, proportionate and dissuasive.

#### Article 14

##### Evaluation

1. No later than 15 September 2010, the Commission shall submit to the European Parliament and the Council an evaluation of the application of this Directive and its impact on economic operators and consumers, taking into account further developments in electronic communications technology and the statistics provided to the Commission pursuant to Article 10 with a view to determining whether it is necessary to amend the provisions of this Directive, in particular with regard to the list of data in Article 5 and the periods of retention provided for in Article 6. The results of the evaluation shall be made public.
2. To that end, the Commission shall examine all observations communicated to it by the Member States or by the Working Party established under Article 29 of Directive 95/46/EC.

#### Article 15

##### Transposition

1. Member States shall bring into force the laws, regulations and administrative provisions necessary to comply with this Directive by no later than 15 September 2007. They shall forth with inform the Commission thereof. When Member States adopt those measures, they shall contain a reference to this Directive or shall be accompanied by such reference on the occasion of their official publication. The methods of making such reference shall be laid down by Member States.

2. Member States shall communicate to the Commission the text of the main provisions of national law which they adopt in the field covered by this Directive.
3. Until 15 March 2009, each Member State may postpone application of this Directive to the retention of communications data relating to Internet Access, Internet telephony and Internet e-mail. Any Member State that intends to make use of this paragraph shall, upon adoption of this Directive, notify the Council and the Commission to that effect by way of a declaration. The declaration shall be published in the Official Journal of the European Union.

#### Article 16

##### Entry into force

This Directive shall enter into force on the twentieth day following that of its publication in the Official Journal of the European Union.

#### Article 17

##### Addressees

This Directive is addressed to the Member States.

Done at Strasbourg, 15 March 2006.

For the European Parliament

The President

J. BORRELL FONTELLES

For the Council

The President

H. WINKLER



## 「인터넷법률」 편집 및 논문 심사규정

제정 2000년 6월 15일  
개정 2003년 2월 24일  
개정 2003년 5월 14일  
개정 2003년 10월 24일  
개정 2005년 2월 21일  
개정 2006년 12월 30일  
개정 2008년 1월 1일

제1조(목적) 이 규정은 법무부가 발간하는 『인터넷 법률』誌에 게재할 논문의 심사절차와 기준을 정함을 목적으로 한다.

제2조(논문심사와 편집) 『인터넷 법률』은 법무부 상사법무과에서 구성하는 『인터넷 법률』 편집 위원회(이하 “위원회”라 한다)가 논문의 심사와 편집에 관한 사항을 결정한다.

제3조(위원회의 구성) 위원회의 구성은 다음과 같다.

- ① 위원회는 위원장과 10인 이내의 위원으로 구성한다.
- ② 위원장은 상사법무과 과장이 담당한다.
- ③ 위원은 상사법무과 검사, 법무자문위원회 전문위원과 연구위원 및 관련 분야 전문가 중에서 법무실장이 위촉한다.(2003년 5월 14일 개정)
- ④ 위원장과 위원의 임기는 1년으로 하되, 연임할 수 있다.
- ⑤ 위원장은 위원회의 업무를 효율적으로 처리하기 위하여 편집위원 중 1인을 간사로 지명할 수 있다.(2003년 5월 14일 신설)

제4조(위원회의 임무) 위원회는 다음과 같은 임무를 수행한다.

- ① 『인터넷 법률』의 편집 및 출판
- ② 원고의 접수 및 게재 여부 심사
- ③ 『인터넷 법률』의 운영방향에 대한 심의 및 결정

제5조(논문의 심사) 본 위원회에 제출된 논문의 심사절차는 다음과 같다.

- ① 각 논문은 편집위원회가 위촉한 3인 이상의 심사위원에 의한 심사를 받아야 한다.
- ② 논문심사시 필자에 관한 사항은 비밀로 한다.
- ③ 편집위원회는 심사위원의 성명을 공개할 수 없다.(2003년 10월 24일 신설)
- ④ 심사위원에게 소정의 심사료를 지급할 수 있다.(2003년 10월 24일 신설)

제6조(심사기준) 논문의 심사는 다음과 같은 기준에 의한다.

- ① 논문전개의 논리성
- ② 논문의 독창성
- ③ 문장의 정확성과 각주처리 및 참고문헌의 활용도
- ④ 논문의 학문적 기여도

제7조(심사 판정) 심사위원은 심사결과를 편집위원회에 보고하고, 편집위원회는 다음과 같이 판정한다.

- ① 위원회의 판정은 편집위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성에 의한다.
- ② 위원회의 판정은 '게재', '수정 후 게재', '게재 유보', '게재 불가'로 분류한다.
- ③ '수정 후 게재'로 판정된 논문은 필자가 수정하여 제출하고 위원장이 검토 후 게재 여부를 결정한다.
- ④ '게재 유보'된 논문의 경우 수정하여 다시 투고하면 편집위원회가 재심사를 통하여 게재 여부를 결정할 수 있다.

제8조(논문의 게재) ① 편집위원회에서 '게재'로 판정한 논문은 『인터넷 법률』誌에 게재한다.

- ② 『인터넷 법률』誌는 필요한 경우 전자책(e-book), 웹 서비스(web service)등 전자출판을 할 수 있다.
- ③ 법무부는 필자에게 소정의 원고료를 지급한다.
- ④ 『인터넷 법률』誌는 매년 1, 4, 7, 10월 20일에 발행한다.

제9조(자료의 전송) 법무부는 『인터넷 법률』誌를 법률문화 발전, 학술진흥 기여, 기타 필요한 경우 data化하여 전자도서관 등에 전송 및 제공할 수 있다. 이에 동의하지 않는 논문의 필자는 발행일로부터 1월 이내에 반대의 의사표시를 할 수 있고 당해 논문은 전송되지 아니한다(2003년 2월 24일 본조신설).

제10조(규정의 개정) 본 규정은 상사법무과 과장과 상사법무과 검사 및 편집위원으로 구성되는 '인터넷법률운영위원회'에서 개정할 수 있다.

#### 부 칙

제1조(시행일) 본 규정은 2000년 7월 1일부터 시행한다.

#### 부 칙

제1조(시행일) 본 규정은 2003년 3월 1일부터 시행한다.

#### 부 칙

제1조(시행일) 본 규정은 2003년 6월 1일부터 시행한다.

#### 부 칙

제1조(시행일) 본 규정은 2003년 1월 1일부터 시행한다.

#### 부 칙

제1조(시행일) 본 규정은 2005년 3월 1일부터 시행한다.

#### 부 칙

제1조(시행일) 본 규정은 2007년 1월 1일부터 시행한다.

#### 부 칙

제1조(시행일) 본 규정은 2008년 1월 1일부터 시행한다.



제1조(원고양식) 원고는 '원고 작성 지침'에 따라 '호글'로 작성한다.

제2조(원고의 요건) 제출된 원고는 다른 학술지에 게재되지 않은 것이어야 한다.

제3조(원고 작성 지침)

- ① 원고는 원고지 150매 내외(A4 용지 20~25매)분량으로 작성한다.
  - ② 원고는 표지, 본문 참고문헌목록, 초록으로 구성한다.
  - ③ 원고의 표지에는 논문제목(괄호 안에 영문제목 표기), 필자성명(괄호 안에 영문 및 한자성명 표기), 소속, 직책, 학위, 목차, 내용요약문(국문으로 A4 1매 이내), 주제어(key word, 10개 이내), 은행계좌, 주민등록번호, 연락처(송부주소, 전화번호, 이메일)를 기재한다.
  - ④ 목차는 I, 1, 가, (1), (가)의 순으로 표기한다.
  - ⑤ 직접 인용할 때에는 “ ”를 사용하고 강조할 때는 ‘ ’을 사용한다.
  - ⑥ 각주는 다음과 같이 기재한다.
    1. 단행본 : 저자명, 서명, 출판사, 출판연도, 면수
    2. 정기간행물 : 저자명, “논문제목”, 『잡지명』, 제○○권 ○호(년도), 면수.
    3. 기념논문집 : 저자명, “논문제목”, ○○○선생기념논문 『기념논문집명』, 면수.
    4. 판례 : 대법원 19○○. ○○. ○○. 선고, ○○○○○판결(법원공보 19○○년, ○○○면) 또는 대판 19○○.○○.○○, ○○○○○
    5. 인터넷 전문지(JOURNAL) : 저자명, 논문제목, 학술지명(예 : 인터넷 법률 통권 13<<http://www.moj.go.kr>>) : 관련부분 위치표시(소목차 표시 등)
    6. 인터넷 자료 : 저자명, 자료제목(2001.01.01 방문) - (ex) <<http://www.moj.go.kr/seminar/d-3.htm>>
    7. 외국 출전 및 판결은 그 나라의 표준적인 표시방법에 따라 표시할 수 있다. 단, 일본 판례를 인용할 때 선고 일에 평성, 소화 등 연호를 쓸 경우 ( )안에 서기를 표시한다.
  - ⑦ 국문 또는 한자로 표기되는 저서는 「 」로, 논문은 “ ”로 표시한다.
  - ⑧ 국문 또는 한자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 쪽 또는 면으로, 로마자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 p 또는 S로 인용면수를 표시한다.
  - ⑨ 외국 법률이나 제도 등은 우리말로 표기하고 ( )안에 원어를 표시한다. 예 : 가석방제도 (parole system)
  - ⑩ 면수나 연도 등에서 '부터 까지'를 나타내는 부호로 '~'을 사용한다.
  - ⑪ 영문 성명, 논문명, 판결명 등에서 첫 자만 대문자로 표기한다.
  - ⑫ 저자(필자)의 명칭은 성, 이름순으로 표기하며, 성 다음에 ‘, ’를 찍는다.
  - ⑬ 참고문헌 목록은 다음과 같이 기재한다.
    1. 단행본의 경우  
가. 동양서 : 저자, 『책명』, 출판지 : 출판사, 출판연도  
서양서 : 저자, 책명(이탤릭체), 출판지 : 출판사, 출판연도
    2. 논문의 경우  
가. 동양서 : 필자, “논문명”, 『간행물의 명칭』, 제 권, 제 호(발행연월)  
나. 서양서 : 필자, 논문명, 간행물의 명칭(이탤릭체), 卷數(Vol.), 號數(no.), 발행연월
  - ⑭ 초록은 영어, 프랑스어, 독일어 중 선택하여 작성한다.
- 제4조(원고의 제출) 작성 완료한 논문은 편집위원회의 간사가 지정한 전자우편주소(i\_law@moj.go.kr)로 송부한다.



편집위원장 : 이두식(상사법무과 과장)

편집위원 : 정완용(경희대 교수)

이인호(중앙대 교수)

오병철(연세대 교수)

이호용(단국대 교수)

정영수(가톨릭대 교수)

이유희(상사법무과 사무관)

박재홍(법무부 법무연구원)

김판기(법무부 전문위원)

---

## 인터넷法律 通卷 第43號(2008. 7.)

---

2008年 7月 20日 發行

發行人 : 金 慶 漢(法務部長官)

編輯人 : 韓 相 大(法務室長)

發行處 : 法務部 商事法務課 TEL : 2110-3633 FAX : 502-2072

住 所 : ☎427-805 京畿道 果川市 中央洞 1. 政府果川廳舍 5棟 214號

印 刷 : 동광문화사 503-5165

發刊登錄番號 11-1270000-000253-07

---

**Internet Law Journal Vol. 43**

**July 2008**

*Publisher Kim Kyung-han, Minister of Justice*

*Editor Han, Sang-Dae, Assistant Minister for Legal Affairs*

*Edited in Commercial Affairs Division*

*Published trimonthly by*

*Ministry of Justice*

*Republic of Korea*

---

(非賣品)