

# 저작권법의 OSP 면책 조항의 문제점과 개정 방안

남희섭 (2011. 11. 2.)

저작물 이용허락 표시: 이 글은 출처를 표시하여 비영리 목적으로 자유롭게 복제, 배포, 전송 등의 방법으로 이용할 수 있습니다.

## 1. 개정 취지 및 내용 요약

한미 FTA와 한-EU FTA는 저작권자의 권리를 일방적으로 강화하는 규정을 많이 두고 있음. 그러나 온라인 서비스 제공자(OSP)의 면책 규정은 그렇지 않음. 이는 OSP의 사회적 기능을 고려하여 저작권 보호와 OSP의 자유로운 사업 수행 간의 균형을 추구하려는 것임. 그런데 FTA에 따라 개정된 저작권법은 OSP의 면책과 관련하여 FTA 규정을 제대로 반영하지 않았음. 이로 인해 조약 위반 문제가 생길 수 있고, 국내법의 효력을 갖는 FTA와 저축·충돌의 문제를 야기할 수 있음.

한편 미국은 한미 FTA를 자국법에 제대로 반영하지 않았는데, 우리와 달리 한미 FTA의 국내법적 효력을 부인하는 미국이 자국법에 반영하지 않은 사항은 상호주의 원칙에 따라 우리도 준수할 필요가 없음.

이 글은 위 2가지 사항을 입법적으로 해결하는 방안을 제시하려는 것임.

## 2. FTA를 제대로 반영하지 않은 사항과 관련된 개정안

### 가. “송신을 시작하지 아니한 경우”

#### ■ 현행법

제102조(온라인서비스제공자의 책임 제한)

- ① 온라인서비스제공자는 다음 각 호의 행위와 관련하여 저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리가 침해되더라도 그 호의 분류에 따라 각 목의 요건을 모두 갖춘 경우에는 그 침해에 대하여 책임을 지지 아니한다.

1. 내용의 수정 없이 저작물등을 송신하거나 경로를 지정하거나 연결을 제공하는 행위 또는 그 과정에서 저작물등을 그 송신을 위하여 합리적으로 필요한 기간 내에서 자동적·중개적·일시적으로 저장하는 행위
  - 가. 온라인서비스제공자가 저작물등의 송신을 시작하지 아니한 경우

(…중략…)

2. 서비스이용자의 요청에 따라 송신된 저작물등을 후속 이용자들이 효율적으로 접근하거나 수신할 수 있게 할 목적으로 그 저작물등을 자동적·중개적·일시적으로 저장하는 행위
  - 가. 제1호 각 목의 요건을 모두 갖춘 경우

(…중략…)

3. 복제·전송자의 요청에 따라 저작물등을 온라인서비스제공자의 컴퓨터에 저장하는 행위
  - 가. 제1호 각 목의 요건을 모두 갖춘 경우

(…중략…)

4. 정보검색도구를 통하여 이용자에게 정보통신망상 저작물등의 위치를 알 수 있게 하거나 연결하는 행위
  - 가. 제1호 가목의 요건을 갖춘 경우

#### <개정안>

- **제1안:** 제102조 제1항 제1호 가목의 “송신을 시작하지 아니한 경우” 를 “전송 체인을 개시하지 아니한 경우” 로 수정하고, 제2~4호 가목은 수정하지 않음. [한미 FTA 규정만 반영하고, 상호주의 원칙은 포기하는 안]
- **제2안:** 제1항 제1호 가목의 “송신을 시작하지 아니한 경우” 를 “전송 체인을 개시하지 아니한 경우” 로 수정하고, 제2~4호 가목에서 제1호 가목은 준용하지 않도록 수정.  
[한미 FTA 규정보다 상호주의 원칙을 따르는 안]

- 저작권법 제102조 제1항은 요건 “송신을 시작하지 아니한 경우” 가 4가지 유형의 OSP(접속 서비스, 캐싱 서비스, 호스팅 서비스, 정보검색 서비스) 모두에

게 다 적용되는 요건으로 규정하고 있음.

- 한미 FTA도 모든 OSP에게 공통으로 적용되는 면책 요건으로 규정하고 있으나, 2가지 문제가 있음.
- 첫째, 한미 FTA는 저작권법의 “송신을 시작하지 아니한 경우”가 아니라, “전송 체인을 개시하지 아니한 경우”로 요건을 정하고 있음.
- 둘째, 미국 저작권법은 이 요건이 모든 OSP에게 다 적용되지 않고, 접속 서비스 제공자에게만 적용되도록 함. 그것도 “전송 체인을 개시하지 않을 것”이라는 적극적인 부작위 요건이 아니라, “자료의 전송이 서비스 제공자 이외의 자에 의해 개시되거나 그 자의 지시에 의해 개시될 것”이란 소극적 요건으로 정하고 있음.
- “송신을 시작하지 아니한 경우” = “전송 체인을 개시하지 아니한 경우” ???
- 국내 법률에서 “송신”은 통신방법에 상관없이 신호를 보내는 행위를 말하며, 공중이 신호를 받을 수 있는 상태에 두는 행위(또는 공중의 이용에 제공하는 행위)는 제외하는 것으로 해석되기 때문에,<sup>1)</sup> 이용자의 다운로드 요청에 따라 OSP가 자료는 보내는 행위는 면책이 되지 않을 수 있음.
- Veoh 사건(*UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc.*<sup>2)</sup>): OSP는 이용자가 업로드한 비디오 파일에 대한 플래시 형식의 복사본을 만들고 이용자들이 이 플래시 형식의 복사본을 통해 비디오 파일을 쉽게 선택·다운로드하도록 하였음. ⇨ “송신을 시작하지 아니한 경우”?

---

1) 저작권법 - 공중송신: “저작물, 실연·음반·방송 또는 데이터베이스를 공중이 수신하거나 접근하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것”, 방송: “공중송신 중 공중이 동시에 수신하게 할 목적으로 음·영상 또는 음과 영상 등을 송신”, 전송: “공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물 등을 이용에 제공하는 것(그에 따라 이루어지는 송신을 포함)”, 디지털음성송신: “공중송신 중 공중으로 하여금 동시에 수신하게 할 목적으로 공중의 구성원의 요청에 의하여 개시되는 디지털 방식의 음의 송신(전송을 제외한다)”, 온라인서비스제공자: “이용자가 선택한 저작물 등을 그 내용의 수정 없이 이용자가 지정한 지점 사이에서 정보통신망을 통하여 전달하기 위하여 송신하거나 경로를 지정하거나 연결을 제공하는 자” 또는 “이용자들이 정보통신망에 접속하거나 정보통신망을 통하여 저작물 등을 복제·전송할 수 있도록 서비스를 제공하거나 그를 위한 설비를 제공 또는 운영하는 자”. 기통신사업법 제2조 제1호 “전기통신”이라 함은 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 부호·문언·음향 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것을 말한다. 정보통신망법 제2조 제1항 제1호 “정보통신망”이란 「전기통신사업법」 제2조 제2호에 따른 전기통신설비를 이용하거나 전기통신설비와 컴퓨터 및 컴퓨터의 이용기술을 활용하여 정보를 수집·가공·저장·검색·송신 또는 수신하는 정보통신체제를 말한다.

2) 620 F. Supp. 2d 1081 (C.D. Cal. 2008).

## 나. 일반적 감시 의무 부과 금지

### ■ 현행법

관련 규정 없음.

#### <개정안>

제102조의2를 신설하여 한-EU FTA 제10.66조를 수용하는 안.

제102조의2(신설)

제102조 제3항에도 불구하고, 온라인서비스제공자에게 다음 각호의 의무를 부과할 수 없다.

1. 제102조 제1항 각호의 서비스를 제공할 때 서비스 제공자가 송신하거나 저장하는 정보를 감시할 일반적 의무.
2. 제102조 제1항 각호의 서비스를 제공할 때 서비스 제공자가 불법적 활동을 나타내는 사실이나 정황을 적극적으로 찾으려 하는 일반적 의무.

- 한-EU FTA는 OSP에게 일반적 감시 의무 또는 일반적 조사 의무를 부과하지 못하도록 함(제10.66조).
- 그런데 저작권법은 한미 FTA만 반영하고 한-EU FTA는 반영하지 않았음.
- 한미 FTA를 반영한 저작권법 제102조 제3항은 면책의 요건으로 OSP에게 모니터링 또는 적극적 조사를 조건으로 할 수 없도록 하는데, 이는 3가지 점에서 한-EU FTA와 차이가 있음.
- 첫째, 한미 FTA는 면책 요건을 충족하지 못한 경우 모니터링 또는 적극적 조사 의무를 법원의 명령 등을 통해 OSP에게 부과할 수 있으나, 한-EU FTA는 OSP에 해당하기만 하면 면책 요건 충족 여부와 상관없이 일반적 감시/조사 의무를 부과하지 못하도록 함.
- 둘째, 한미 FTA는 표준적 기술조치에서 모니터링 또는 적극적 조사 의무를 부과하는 경우를 예외로 규정하고 있으나, 한-EU FTA에서는 이러한 예외가 없음.
- 셋째, 한미 FTA는 저작권 침해와 관련된 문제로 제한하고 있으나, 한-EU FTA는 이러한 제한이 없음.

- 따라서 OSP에게 면책 요건의 충족 여부와 상관없이 감시/조사 의무를 부과하는 조치가 성질상 “일반적” 이기만 하면 한-EU FTA에서 금지하는 의무를 부과하는 결과가 됨.
- 이를 반영하여 제102조의2를 신설하고 한-EU FTA 제10.66조를 그대로 수용함. 이렇게 하더라도 한미 FTA 위반 문제는 생기지 않음. 왜냐하면 면책 요건을 충족하지 않은 OSP에게 일반적 감시/조사 의무를 부과해야 한다는 규정은 한미 FTA에 없기 때문.
- 일반적 감시/조사 의무 부과 금지에 대한 2011년 이후 유럽법원, 유럽연합 회원국 법원의 판결(2012년 7월 프랑스 대법원 3건, 독일 대법원 1건)은 별첨 참조.

#### 다. 직접적 금전적 이익

개정안을 만들 수 없음.

- 한미 FTA에 따르면 호스팅 서비스 제공자 및 정보검색 서비스 제공자는 침해 행위를 통제할 권한과 능력이 있는 경우 침해행위로부터 직접적인 금전적 이익을 얻지 않은 경우에만 면책을 받도록 규정하고 있음. 저작권법도 이를 그대로 수용하였음.
- 그러나 이러한 요건은 한-EU FTA에는 없음.
- 이 문제를 해결하기 위한 개정안은 내기 어려움. 왜냐하면 한미, 한-EU 중 어느 한쪽을 선택하면 다른 쪽을 위반하는 결과가 발생하기 때문.
- 한미 FTA를 한 이후에 진행된 한-EU FTA 협상 과정에서 이 문제를 해결했어야 하는데, 협상을 잘못하였기 때문에 이런 결과가 초래됨.

#### ■ 특수 OSP와 웹하드 등록제

- 한편 “직접적인 금전적 이익”을 기준으로 OSP의 면책 여부를 판단하게 되면, 저작권법 제104조의 특수한 유형의 OSP 중 문화체육관광부 장관 고시(제2009-46호 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 범위)에 열거된 유형 33)은

그 정의 자체에 상업적 이익이 포함되어 있기 때문에, 유형 3에 해당하는 OSP는 저작권 침해 행위의 통제 권한이 부인되지 않는한 어떠한 경우에도 면책을 주장할 수 없는 결과가 됨.

- 그리고 유형 14)의 경우에도 업로드한 자에게 제공하는 상업적 이익은 OSP가 얻는 상업적 이익의 일부인 경우가 대부분일 것이므로, 유형 3과 동일한 결과를 예상할 수 있음.
- 유형 1은 소위 ‘웹하드’ 서비스 제공자를 주된 대상으로 하는데, 이들에 대해서는 전기통신사업법을 개정하여 종전의 신고제를 등록제로 전환하고, 저작권 침해를 방지하기 위한 엄격한 필터링 의무를 부과하기로 정책을 전환하였음.<sup>5)</sup>
- 이처럼 엄격한 기술적 조치를 요건으로 웹하드 등록제를 시행하면서, 웹하드 서비스 제공자가 개정 저작권법에 따른 면책을 전혀 주장할 수 없는 결과가 된다면, 웹하드 등록제의 실효성에 의문이 제기될 수 있음. 웹하드 등록제를 추진한 취지가 웹하드 사업자를 합법적인 콘텐츠 유통사업자로 유도하겠다는 것인데,<sup>6)</sup> 저작권법에서 면책을 전혀 인정받지 못한다면 이들을 합법적인 유통사업자로 유도하겠다는 정책 목표가 달성되기 어려울 것임.

3) P2P 기술을 기반으로 개인 또는 법인(단체 포함)의 컴퓨터 등에 저장된 저작물 등을 업로드 하거나 다운로드 할 수 있는 기능을 제공하여 상업적 이익을 얻는 온라인 서비스제공자(※ 유형예시: 저작물 등을 공유하는 웹사이트 또는 프로그램에 광고게재, 타사이트 회원가입 유도 등의 방법으로 수익을 창출하는 서비스).

4) 개인 또는 법인(단체 포함)의 컴퓨터 등에 저장된 저작물 등을 공중이 이용할 수 있도록 업로드 한 자에게 상업적 이익 또는 이용편의를 제공하는 온라인서비스제공자(※ 유형 예시: 적립된 포인트를 이용해 쇼핑, 영화 및 음악감상, 현금교환 등을 제공하거나, 사이버 머니, 파일 저장공간 제공 등 이용편의를 제공하여 저작물 등을 불법적으로 공유하는 자에게 혜택이 돌아가도록 유도하는 서비스)

5) 전기통신사업법(2011년 11월 20일 시행법) 제22조 제2항에 따르면, 특수한 유형의 부가통신사업을 경영하려는 자는 저작권법 제104조의 이행을 위한 기술적 조치 실시 계획 등을 갖추어 방송통신위원회에 등록을 해야 하며(이 등록제는 법 시행 6개월 후부터 적용된다), 이 기술적 조치를 제대로 이행하지 않아 저작권법 제142조 제1항에 따른 과태료 처분을 3회 이상 받고 다시 과태료 처분의 대상이 되면 저작권위원회의 심의 및 문화체육관광부 장관의 요청에 따라 등록이 취소될 수도 있다(전기통신사업법 제28조 제2항 제6호). 한편 전기통신사업법 시행령 제29조 제9항에 따른 별표 3에 따르면 특수 OSP가 채택하는 기술적 조치는 저작권위원회의 성능 평가를 통과해야 하고 해당 기술을 모든 복제·전송 관련 장비, 서비스에 24시간 상시 적용해야 한다. 저작권위원회의 성능 평가 기준은 매우 엄격하여, 특수 OSP는 특징기반 필터링 기술(오디오, 비디오 분야)을 적용하여야 하고, 실서비스 적용 3주 이내에 필드평가를 신청해야 하는데 필드평가의 통과 기준은 저작물 인식율이 100%이어야 한다.

6) 방송통신위원회, 「전기통신사업법 시행령」 일부 개정안 규제영향분석서(입법예고용), 2011. 8.의 “규제의 신설·강화 필요성”: “웹하드 사업자를 특수한 유형의 부가통신사업자로 정의하여 등록제를 통해 별도로 관리함으로써, 합법적이고 건전한 콘텐츠 유통사업자로 성장하도록 유도할 필요가 있음”.

## 라. 정보검색 도구의 면책 요건

저작권법 제102조 제4항 가목에 단서 신설.

“다만, 저작물 등의 위치를 알 수 있게 하거나 연결하는 기능 그 자체에 어떤 형태의 선택을 수반하는 경우는 제외한다”

- 한미 FTA 제18.10조 제30항 나호 2목의 규정이 저작권법에 누락되어 있어서 이를 반영하려는 것임.

## 마. 표준 기술조치

제102조 제1항 제1호 라목을 다음과 같이 수정함.

“저작물 등을 식별하고 보호하기 위한 기술조치로서, 저작재산권자와 온라인서비스제공자의 광범위한 의견일치에 따라 개방적이고 자발적으로 정하여지며, 합리적이고 비차별적인 이용이 가능하고, 온라인서비스제공자에게 상당한 비용을 부과하거나 온라인서비스 제공 관련 온라인서비스제공자의 시스템 또는 정보통신망에 실질적인 부담을 주지 아니하는 표준적인 기술조치를 권리자가 이용한 때에는 이를 수용하고 방해하지 아니한 경우”

- 한미 FTA는 제18.10조 제30항 나호 6목에서 “표준 기술조치”가 무엇인지 정하고 있음. 이는 법률과 같은 효력을 가짐. 그런데 국내법은 이를 저작권법 시행령에서 규정하고 있으므로, 형식이 맞지 않음. 이를 바로잡기 위한 것임.
- 시행령의 규정을 법률로 옮기면서 “저작재산권자와 온라인서비스제공자의 광범위한 의견일치”로 수정(한미 FTA는 “광범위한 컨센서스”로 규정).

## 바. 통지의 형식적 요건 및 효과

제103조의 7항은 제8항으로 변경하고, 제7항에 한미 FTA 제18장 부속서한을 그대로 수용하는 안.

제103조 제7항 “제102조 제1항 제3호 다목의 중단요구의 목적상 그 요구는

다음 각호의 사항을 모두 포함하는 서면통지(전자적 제공도 포함)이어야 한다.

1. 문제제기 당사자(또는 그의 허락받은 대리인)의 신원, 주소, 전화번호 및 전자우편 주소
2. 침해되었다고 주장되는 저작물을 서비스 제공자가 식별할 수 있도록 하는 데 합리적으로 충분한 정보
3. 서비스 제공자가 자신에 의하여 또는 자신을 위하여 통제 또는 운영되는 시스템 또는 네트워크상에 있는 자료로서, 침해하고 있다고 또는 침해 행위의 대상이라고 주장되며, 제거되거나 접근이 무력화되어야 할 자료를 식별하고 위치를 파악하는 데 합리적으로 충분한 정보
4. 문제가 제기된 방식으로 자료가 사용되는 것이 저작권 소유자, 그의 대리인 또는 법에 의하여 허락되지 아니하였다고 문제제기 당사자가 선의로 믿는다는 진술
5. 통보내의 정보가 정확하다는 진술
6. 문제제기 당사자가 침해되고 있다고 주장되는 배타적 권리의 보유자이거나 소유자를 대신하여 행동하도록 허락받았다는 내용으로서, 충분한 신뢰성의 지표(위증의 처벌 또는 이에 상당하는 법적 제재 하의 진술과 같은 것)가 있는 진술, 그리고
7. 통보하는 인의 서명

- 한미 FTA는 제18장 부속서한을 통해 OSP에 대한 저작권자의 통지(침해주장의 효과적인 통보)가 되기 위한 형식적 요건을 정하고 있음.
- 그런데 이를 반영하였다고 하는 저작권법 시행령과 시행규칙은 통지의 형식적 요건을 한미 FTA와 다르게 정하고 있음(권리자임을 소명하는 경우에는 처벌에 관한 진술서를 첨부하지 않아도 됨, 제거를 요청하는 자료가 법률에 의해서도 허락되지 않는다는 점을 통지자가 선의로 믿는다는 진술은 포함되지 않음, 통지서의 내용이 틀림이 없다는 진술도 요구하지 않음).
- 또한 저작권법은 통지의 형식적 요건이 법 제102조의 면책 요건 적용과 어떤 관계가 있는지 명확하게 하지 않았음. 이에 비해 한미 FTA는 면책 요건의 적용의 문제라고 분명하게 정하고 있음.
- 개정안은 이러한 불비를 바로 잡으려는 것임.

#### 사. 면책 요건을 충족한 OSP에 대한 구제 명령의 제한

제103조의2

- ① 법원은 제102조제1항제1호에 따른 요건을 충족한 온라인서비스제공자에게 제123조제3항에 따라 필요한 조치를 명하는 경우에는 다음 각 호의 조치만을 명할 수 있다.
  - 1. 특정 계정의 해지
  - 2. 특정 해외 인터넷 사이트에 대한 접근을 막기 위한 합리적 조치
- ② 법원은 제102조제1항제2호부터 제4호까지의 요건을 충족한 온라인서비스제공자에게 제123조제3항에 따라 필요한 조치를 명하는 경우에는 다음 각 호의 조치만을 명할 수 있다.
  - 1. 불법복제물의 삭제
  - 2. 불법복제물에 대한 접근을 막기 위한 조치
  - 3. 특정 계정의 해지
  - 4. 그 밖에 온라인서비스제공자에게 최소한의 부담이 되는 범위에서 법원이 필요하다고 판단하는 조치
- ③ (신설) 법원은 제1항 및 제2항의 조치를 명할 때 온라인서비스제공자에 대한 상대적인 부담과 저작권자에 대한 피해, 기술적 실행가능성과 구제의 실효성, 그리고 부담이 보다 적고 비슷하게 효과적인 집행 방법이 이용가능한지 여부를 적절히 고려하여야 한다.

- 한미 FTA는 면책 요건을 충족한 OSP를 상대로 한 법원의 모든 명령을 제한하고 있으나, 저작권법은 이러한 제한이 임시조치에만 적용되도록 하고 있음.
- 이를 바로잡기 위해 법원의 명령 전체에 제한을 두는 것으로 제103조의2 제1항, 제2항을 수정함.
- 제103조의2 제3항은 저작권법에 반영되지 않은 한미 FTA 제18.10조 제30항 나호 8목 4문을 반영한 것임.

아. 지재권 집행에 대한 비례의 원칙

제6장 마지막에 제104조의2를 신설하고 한-EU FTA 제10.41조를 수용함.  
제104조의2(신설) “이 장에 따른 권리구제는 다음 각호를 만족하여야 한다.  
1. 공정하고 공평할 것.

2. 온라인서비스제공자에게 불필요하게 복잡하거나 비용이 많이 들지 않을 것.  
 3. 비례적일 것.  
 - 이러한 개정에 따라 제6장의 제목 “온라인서비스제공자의 책임 제한”은 “온라인서비스제공자를 상대로 한 권리구제의 제한”으로 변경하고, 제102조의 제목 “온라인서비스제공자의 책임 제한”도 “온라인서비스제공자의 면책”으로 변경함.

- 한-EU FTA 제10.41조는 지적재산권의 집행에 관한 일반적 의무를 규정하면서, 지적재산권의 침해행위에 효과적으로 대응하기 위한 조치, 절차 및 구제 (measures, procedures, and remedies)의 성질 또는 요건을 정하고 있음. 이에 따르면 그러한 조치, 절차 및 구제는 “공정하고 공평해야 (be fair and equitable)” 하며(제2항 나호), “불필요하게 복잡하거나 비용이 많이 들거나 (not be unnecessarily complicated or costly)” 해서는 아니되며(제2항 다호), “비례적 (proportionate)” 이어야 함(제2항 라호).
- 이 요건들은 유럽연합의 ‘정보사회 지침’ 제8조 및 ‘지적재산권 민사집행 지침’ 제3조에서 따온 것임.
- 여기서 말하는 ‘조치, 절차 및 구제’가 온라인 서비스 제공자를 상대로 한 저작권자의 권리 구제를 포함한다는 점에는 의문의 여지가 없음. 왜냐하면 한-EU FTA는 저작권을 직접 침해하지도 않은 온라인 서비스 제공자에게 일정한 행위를 태만히 한 경우 이용자의 저작권 침해 행위에 대해 온라인 서비스 제공자도 법적 책임을 지도록 하기 때문. 또한 한-EU FTA는 온라인 서비스 제공자를 상대로 한 저작권 침해의 예방 조치가 가능하다고 명시하고 있음.
- 유럽법원도 Scarlet 판결과 Netlog 판결을 통해 이를 확인한 바 있음. 이 판결에서 유럽법원은 선행 판결(C-275/06 *Promusicae* [2008] ECR I-271)을 인용하면서, 지적재산권의 보호는 다른 기본권 보장과 균형을 이루어야 한다는 점을 재차 확인한 다음, 저작권자가 요구하는 필터링은 OSP의 사업 수행의 자유를 중대하게 침해하고(OSP는 자기의 비용으로 복잡하고 값 비싸며 영구적인 컴퓨터 시스템을 설치해야 하기 때문에), 지적재산권의 존중이 “불필요하게 복잡하거나 비용이 많이 들거나” 하면 안된다는 유럽연합법<sup>7)</sup>과 모순된다고 판단하였음.

7) Article 3(1) of Directive 2004/48. 이 조항은 한EU FTA 제10.41조 제2항 다호에 반영되어 있습니다.

- 그런데 저작권법에는 한-EU FTA 제10.41조가 전혀 반영되어 있지 않음.
- 한편 한미 FTA도 OSP 면책 조항(제18.10조 제30항)을 OSP가 질 책임의 제한 형식으로 규정하지 않고, 권리자가 OSP를 상대로 구제를 받을 수 있는 범위를 제한하는 형식으로 규정하고 있음. 즉, 한미 FTA에서 말하는 limitation은 OSP의 책임 제한(limitation on liability of OSPs)이 아니라, “서비스 제공자를 대상으로 이용가능한 구제의 범위에 대한 자국법상의 제한” (limitation on remedies against OSPs)임. 따라서 제6장의 제목을 이에 맞게 변경함(이런 점에서 한미 FTA 협정문 한국어본에서 “서비스 제공자의 책임 및 책임제한” 이라고 한 것은 오역임).

#### 자. 삼진아웃제

제133조의2, 제133조의3 및 관련 벌칙 규정 삭제.

- 한미 FTA는 적절한 상황에서 상습 침해자의 계정을 해지하도록 규정하는 정책을 채택하고 합리적으로 이행할 것을 면책 요건으로 규정하고 있음.
- 이는 저작권법 제102조 제1항 제1호 다목에 반영되어 있음.
- 동일한 규정을 두고 있는 미국의 경우 판례는 “적절한 상황”에 대해 “특정 이용자가 상업적 성격의 고의적인 저작권 침해를 노골적이고 반복적으로 하는 경우”라고 한 바 있는데(*Perfect 10 v. Cybernet Ventures* 213 F. Supp. 2d 1146 (C.D. Cal. 2002), 반드시 노골적이고 상업적인 저작권 침해로 국한되지는 않는 것으로 보임. 한편 OSP는 반복 침해 행위가 일어나고 있는지를 조사할 의무가 없기 때문에 특정 이용자가 반복적인 침해 행위를 하더라도 이 이용자의 계정을 해지하지 않았다고 하여 면책이 박탈되지는 않음.<sup>8)</sup>
- 또한 계정이 해지된 이용자가 새로운 계정을 개설하거나 동일인이 다른 계정으로 접속하는 것까지 확실하게 차단해야 하도록 요구하는 것으로도 해석되지 않음.<sup>9)</sup> 그리고 통지-제거 방식에서 말하는 통지의 대상된 모든 이용자의 계정을

8) *Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc.*, 351 F. Supp. 2d at 1104 (W.D. Wa. 2004).

9) H.R. Rep. 105-551(II), p. 61 (July 22, 1998)에서는 서비스 제공자에게 사전 모니터링 의무, 침해물인지 아닌지 판단을 내릴 의무 등이 요구되지 않는다고 한다(박준석, 인터넷 서비스 제공자의 책임, 박영사(2006년) 87면에서 인용).

해지하는 정책을 채택·실행할 필요도 없음. 왜냐하면, 권리자의 통지에 포함되었다는 점만으로는 이용자가 노골적인 저작권 침해를 했다고 단정할 수 없기 때문. Capitol Records, Inc. v. MP3tunes, LLC 사건<sup>10)</sup>에서, 미국 법원은 저작권자의 통지에서 지목된 이용자의 계정을 모두 해지하지 않은 피고의 행위는 정당하며, 따라서 피고는 면책을 주장할 수 있다고 보았음.

- 이러한 점을 고려하면, 면책 요건의 충족 여부를 묻지 않고, 행정기관의 명령 또는 권고로 이용자의 삼진아웃, 게시판 삼진아웃 제도를 두는 것은 불필요한 과잉 규제임.
- 또한 게시판 삼진아웃제는 OSP가 면책 요건을 충족한 경우 법원의 구제명령을 제한하도록 한 한미 FTA 및 저작권법 제103조의2와도 저촉되며, 지적권 집행의 비례 원칙을 정한 한-EU FTA 제10.41조와도 저촉될 수 있음.

#### 차. 특수 OSP에 대한 기술적 조치 의무

##### ■ 현행법

제104조(특수한 유형의 온라인 서비스제공자의 의무 등)

- ① 다른 사람들 상호 간에 컴퓨터를 이용하여 저작물등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제공자(이하 “특수한 유형의 온라인서비스제공자”라 한다)는 권리자의 요청이 있는 경우 해당 저작물등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 하여야 한다. 이 경우 권리자의 요청 및 필요한 조치에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.
- ② 문화체육관광부장관은 제1항의 규정에 따른 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 범위를 정하여 고시할 수 있다.

---

10) 2011 U.S. Dist. LEXIS 93351 (S.D.N.Y. Aug. 22, 2011).

**<개정안>**

**제1안:** 저작권법 제104조 삭제.

**제2안:** 제104조 제1항에서 일반적 감시 의무 또는 일반적 조사 의무의 부과 금지 조항을 준용하도록 범위를 제한하고, 면책 요건을 충족한 특수 OSP에게는 적용되지 않도록 하는 안(침해발생 전에 요청하는 것을 금지하거나, 기간이나 대상물을 제한하는 안 등).

- 저작권법 제104조는 한-EU FTA에서 금지하는 일반적 감시/조사 의무를 특수 OSP에게 부과하기 때문에, 조약 위반의 문제를 초래함.
- 한-EU FTA는 OSP를 일반/특수로 구분하지 않음. 한미 FTA도 마찬가지임. 특수 OSP의 면책 요건 충족 여부를 묻지 않고 일괄적으로 기술적 조치 의무를 부과하는 것은 한미 FTA 및 한-EU FTA 위반 문제를 초래할 수 있음.
- 이 문제는 유럽의회 의원이 벨기에 대사관을 통해 한국 정부에 이미 제기하였음.

**카. 특수 OSP에 대한 과태료**

**■ 현행법**

제142조(과태료)

- ① 제104조 제1항에 따른 필요한 조치를 하지 아니한 자에게는 3천만원 이하의 과태료를 부과한다.

**<개정안>**

**제1안:** 제142조 제1항 삭제.

**제2안:** 기술적 한계를 고려하도록 하는 안.

- 저작권법 제104조를 삭제하는 안을 따를 경우 제142조 제1항은 당연히 삭제해야 함(제1안).
- 일반적 감시/조사 의무가 아닌 한도 내에서 필터링 의무를 특수 OSP에게 부과

하는 경우에도(제104조 개정안 중 제2안), 과태료를 부과할 때에는 콘텐츠 유형에 따른 기술적 한계를 고려하도록 할 필요가 있음(제2안)

## 타. 법정손해배상제도

제125조의2 제5항을 신설함.

“이 조는 국가를 상대로 또는 국가의 승인이나 동의하에 행동한 자를 상대로 한 손해배상에는 적용되지 아니한다”

- 한미 FTA 제18.10조 제6항은 저작권 침해 또는 음반·실연에 대한 저작인접권 침해인 경우에는 법정손해배상의 청구와 실손해배상의 청구를 권리자가 선택할 수 있도록 하였음.
- 이에 따라 개정 저작권법은 제125조의2를 신설하여 저작물당 1천만원(영리 목적의 고의 침해인 경우에는 5천만원) 이하의 범위에서 상당 금액의 배상을 청구할 수 있도록 하였음.
- 그런데 한미 FTA 제18.10조 제6항은 각주 29를 두어 법정손해배상의 청구가 당사국에 대한 저작권 침해 소송 또는 당사국의 승인이나 동의 하에 행동한 제3자에 대한 저작권 침해 소송에서는 허용되지 않도록 제한하였음. 이 각주는 저작권법에 반영되지 않았으므로 이를 바로 잡으려는 것임.

## 3. 상호주의 원칙에 따른 개정안

### 가. 일시적 저장

#### ■ 현행법

저작권법 제2조

22. “복제”는 인쇄·사진촬영·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법으로 일시적 또는 영구적으로 유형물에 고정하거나 다시 제작하는 것을 말하며, 건축물의 경우에는 그 건축을 위한 모형 또는 설계도서에 따라 이를 시공하는 것을 포함한다.

**<개정안>**

**제1안:** 저작권법 제2조 제22호에서 “일시적 또는 영구적으로” 를 삭제.

**제2안:** 저작권법 제2조 제22호에서 “일시적 또는 영구적으로” 를 삭제하고, “고정” 을 “고정(저작물의 복제물에 대한 구현이 충분히 영구적이거나 안정적이어서 잠시 지속되는 것 이상의 기간 동안 그 구현을 지각하거나, 복제하거나, 기타 전달할 수 있는 경우를 말함)” 으로 수정.

- 일시적 저장에 대한 예외 규정(제35조의 2, 제101조의3 제2항)도 삭제하거나 개정해야 함.

- 한·EU FTA와 달리 한·미 FTA는 저작권자와 일부 인접권자(실연자 및 음반제작자)의 복제권에 일시적 저장이 포함되도록 의무화하였음.<sup>11)</sup>
- 개정 저작권법도 이를 반영하여 복제의 개념을 수정하여 일시적으로 “유형물에 고정” 하는 것도 복제에 포함되도록 하였음. 그리고 일시적 저장에 대한 예외를 두어, 원활하고 효율적인 정보처리를 위해 필요하다고 인정되는 경우(제35조의 2) 또는 컴퓨터를 유지·보수하는 과정에서 프로그램이 일시적으로 복제되는 경우(제101조의3 제2항)에는 복제권이 미치지 않도록 하였음.
- 그런데 미국은 일시적 저장을 명시적으로 인정하지 않아 한·미 FTA를 제대로 반영하지 않았음.
- 미국 저작권법 제101조는 “복제물” 은 저작물이 고정된 유형물(material objects)을 말하고, “고정” 이란 “저작물의 복제물에 대한 구현(embodiment)이 충분히 영구적이거나 안정적이어서 잠시 지속되는 것 이상의 기간(a period of more than transitory duration) 동안 그 구현을 지각하거나, 복제하거나, 기타 전달할 수 있는 경우” 로 정의함.
- 이처럼 미국 저작권법은 “고정” 개념을 2개의 요소 즉, (i) 구현 요건(embodiment requirement)과 (ii) 기간 요건(duration requirement)으로 정의하는데, 여기서 ‘기간 요건’ 은 저작물의 구현이 잠시 지속되는 것에 불과한 경우 즉, 일시적 저장을 고정 개념에서 제외하기 위한 것이었음.<sup>12)</sup>

11) 한·EU FTA에는 복제권의 내용에 대한 규정이 없다.

12) 이 조항에 대한 개정이 있었던 1976년 미국 하원 보고서에 따르면, 저작물의 “고정” 개념에 ‘기간 요건’을 삽입한 의도는, 텔레비전의 화면에 잠시 투사되거나 컴퓨터의 메모리에 순간적으로 저장되는 경우와 같이 쉽게 사라지거나 잠깐 지속되는 복제를 제외하려는 것이라고 한다. 만약 이러한 ‘기간 요건’을 두지 않고, ‘구현 요건’만으로 “고정” 개념을 정의하면, 가령 거울에 저작물이 비치는 경우에도 저작물이 고정된 것이라고 볼 수 있기 때문에 현저하게 불합리한 결과가 초래될 수 있다.

- 문제는 ‘기간 요건’에서 말하는 “잠시 지속되는 것 이상의 기간”이 양적으로 얼마의 기간을 말하는지 분명하지 않다는 점임. 이러한 불명확성에 불구하고, 문자 그대로 일시적이기만 한 복제는 미국 저작권법 제101조의 문언상 복제에 해당하지 않는다는 점은 분명함.
- 1993년 MAI 사건에서 미국 연방법원은 컴퓨터의 램(RAM)에 운영체제 프로그램을 로딩하는 것도 미국 저작권법 제101조에서 말하는 복제물의 생성이라고 판결하였음.<sup>13)</sup> 그 후 MAI 판결을 지지하는 다수의 판결이 있었고, 그래서 미국 저작권법은 일시적 저장도 복제로 인정한다고 해석하는 견해가 많았음.<sup>14)</sup>
- 그런데 2008년 CableVision 사건에서 미국 제2 연방순회항소법원은 저작물이 버퍼 메모리에 1.2초 동안만 저장되는 것은 미국 저작권법 제101조에서 말하는 “고정”에 해당하지 않는다고 하여, MAI 판결과는 다른 결론을 내렸음.<sup>15)</sup> 이 사건에서 피고는 방송 콘텐츠를 버퍼 메모리에 순간적으로 그리고 순차적으로 저장했는데, 저장 시간은 1.2초를 넘지 못하도록 했음. 원고는 이것이 복제권 침해라고 주장했고, 연방지방법원은 MAI 판결을 근거로 원고의 주장을 인용하였지만, 연방고등법원은 1심 판결을 파기하면서 1심 재판부는 “고정” 개념을 판단할 때 ‘기간 요건’을 고려하지 않은 잘못을 지적하였음.
- 이처럼 미국 법원은 한미 FTA에서 의무화하는 일시적 저장(전자적 형태의 일시적 저장 포함)을 제대로 인정하지 않고 있으며, 이러한 문제는 미국 저작권법 제101조의 “고정” 개념을 수정하지 않고서는 해결될 수 없음.
- 따라서 상호주의 원칙을 적용하여 일시적 저장을 저작권법에서 아예 삭제하거나(제1안),<sup>16)</sup> 미국 저작권법과 동일한 규정을 두는 안(제2안)을 제시함.

## ■ 일시적 저장에 대한 예외 규정

- 일시적 저장에 대한 예외 규정에서 “원활하고 효율적인 정보처리를 위해 필요하다고 인정되는 경우”는 가치 판단을 필요로 하고, 일시적 저장의 예외를 주장하는 자가 이를 입증해야 함.<sup>17)</sup>

13) MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc., 991 F.2d 511(9th Cir. 1993).

14) 한미 FTA 협상의 지재권 분야를 담당했던 협상팀들도 이러한 견해를 가지고 있었던 것으로 보인다.

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

16) 미-호주 FTA도 한미 FTA와 동일한 면책 요건을 두고 있지만, 호주 저작권법은 “송신을 개시하지 않을 것”을 접속 서비스 제공자 이외의 OSP에게는 면책 요건으로 규정하지 않음.

- 그리고 저작권법 제35조의2는 “다만, 그 저작물의 이용이 저작권을 침해하는 경우에는 그러하지 아니하다”는 단서를 두었는데, 이 단서는 일종의 형용모순으로 예외 조항 자체를 무력화할 수 있음.
- 원래 저작권의 예외 조항은 저작권 침해가 아닌 경우를 규정하는 조항인데, 이 조항에 다시 단서를 달아 저작권을 침해하면 예외가 적용되지 않는다고 하였기 때문.

#### 나. 기술적 보호조치의 우회 도구

저작권법 제104조의2

- ② 누구든지 정당한 권한 없이 다음과 같은 장치, 제품 또는 부품을 제조, 수입, 배포, 전송, 판매, 대여, 공중에 대한 청약, 판매나 대여를 위한 광고, 또는 유통을 목적으로 보관 또는 소지하거나, 서비스를 제공하여서는 아니 된다.
1. 기술적 보호조치의 무력화를 목적으로 홍보, 광고 또는 판촉되는 것 무력화에 사용하도록 마케팅되는 것
  2. 기술적 보호조치를 무력화하는 것 외에는 제한적으로 상업적인 목적 또는 용도만 있는 것
  3. ~~기술적 보호조치를 무력화하는 것을 가능하게 하거나 용이하게 하는 것을 주된 목적으로 고안, 제작, 개조되거나 가능하는 것~~ 기술적 보호조치의 우회를 주목적으로 고안·제작된 것

- 이 규정은 기술적 보호 조치의 우회 행위가 아니라, 기술적 보호 조치를 우회할 수 있는 도구의 밀거래(trafficking in)를 금지하는 한미 FTA 제18.4조 제7항을 반영한 것임.
- 이는 미국의 저작권법 제1201조(a)(2)(C) 및 (b)(1)(C)를 수용한 것임. 그런데 정작 미국법은 한미 FTA보다 구체적인 적용 범위가 더 좁음.<sup>18)</sup>
- 구체적인 차이점은 아래 표와 같음.

17) 일시적 저장이 정보처리의 단순한 처리가 아니라 “원활하고 효율적인” 정보처리인지 아닌지는 가치 판단이 수반되어야 하기 때문에, 이용자의 컴퓨터 조작에 따라 단순히 기계적으로 수반되는 일시적 저장과 같은 사실에 대한 판단과는 차이가 있다.

18) 이에 비해 개정 저작권법 제104조의2 제2항은 한미 FTA 협정문을 그대로 반영하였다.

협정문 제18.4조 제7항 가호 2목	미국 저작권법 제1201조(a)(2) 및 (b)(1)
(다) 기술조치의 우회를 목적으로 ... 홍보·광고 또는 마케팅하는 것	(C) 기술조치의 우회에 사용하도록 마케팅하는 것
(가) 기술조치를 우회하는 것을 가능하게 하거나 용이하게 하는 것을 주목적으로 고안·제작되거나 기능(perform)하는 것	(A) 기술조치의 우회를 주목적으로 고안·제작된 것

다. 위조 서류 또는 포장

제104조의5(라벨 위조 등의 금지) 누구든지 정당한 권한 없이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 저작물등의 라벨을 불법복제물이나 그 문서 또는 포장(문서 또는 포장이 저작물인 경우에 한함. 이하 같다)에 부착·동봉 또는 첨부하기 위하여 위조하거나 그러한 사실을 알면서 배포 또는 배포할 목적으로 소지하는 행위

- 한미 FTA 제18.10조 제28항은 불법 저작물에 사용되는 라벨과 문서 또는 포장의 위조 행위를 이것이 상표권 침해나 저작권 침해가 아닌 경우에도 형사처벌하도록 의무화하였음.
- 이에 따라 개정 저작권법은 제104조의5를 신설하여 불법 저작물에 사용하기 위하여 라벨을 위조하거나 위조 라벨을 복제·배포 목적으로 소지하는 행위를 금지하며(제1항), 라벨 이외에 문서 또는 포장을 불법 복제물에 사용하기 위하여 그 문서 또는 포장을 위조하거나 배포 목적으로 소지하는 행위를 금지함(제2항). 이를 위반하면 저작권 침해죄와 동일하게 5년 이하의 징역 또는 5천만원 미만의 벌금의 벌칙이 가해질 수 있음(제136조 제2항 3의6).
- 이 규정은 미국 형법 제2318조를 기초로 한 것이지만,<sup>19)</sup> 형사 절차의 적용 요건에 차이가 있음. 왜냐하면, 미국 형법 제2318조(c)(3)(G) 및 (c)(4)는 한미 FTA 및 개정 저작권법과 달리 ‘서류 또는 포장’ 이 저작물일 경우에만 형사

19) 미국 형법 제2318조는 2004년에 모든 저작물에 대한 라벨, 서류 또는 포장으로 적용 범위가 확대되었다. 2004년 이전에는 영화, 음악, 컴퓨터 소프트웨어에 대한 라벨과 컴퓨터 소프트웨어에 대한 서류 또는 포장만 대상으로 하고 있었다.

절차가 적용되도록 하기 때문. 미국 형법 제2318조(c)(3)(G)는 위조 라벨 또는 불법 라벨이 부착·동봉 또는 첨부되는 ‘서류 또는 포장’에 대해, ‘서류 또는 포장’이 저작물(copyrighted)인 경우로 제한함. 또한 미국 형법 제2318조(c)(4)는 ‘서류 또는 포장’이 “저작물인 경우”라야 이 ‘서류 또는 포장’을 저작물의 불법 복제물에 사용할 때 형사 절차가 적용되도록 함.

\* 별첨: OSP에 대한 일반적 감시/조사 의무 부과 금지(한-EU FTA 제10.66조)

# 별첨 OSP에 대한 일반적 감시/조사 의무 부과 금지(한-EU FTA 제 10.66조)

□ 유럽법원(ECJ)

Scarlet v. SABAM 판결(C-70/10, 2011년 11월 24일)<sup>20)</sup> 및 SABAM v. Netlog 판결(C-360/10, 2012년 2월 16일)<sup>21)</sup>

유럽법원은 문제의 필터링을 구현하려면 OSP에게 다음 사항이 요구된다고 한 다 음(판결문 단락 36),

- ① 호스팅 서비스 제공자는 자신의 서버에 모든 서비스 이용자가 저장한 모든 파일 중에서 지적재산권자가 권리를 가진다고 주장하는 저작물을 포함할 것으로 예상되는 파일들을 식별할 것.
- ② 이렇게 식별한 파일이 불법으로 저장되고 공중에 제공되는지를 판단할 것.
- ③ 불법이라고 판단한 파일의 이용을 차단할 것.

이러한 예방적 목적의 감시는 이용자가 호스팅 서비스 제공자에 저장한 파일들을 적극적으로 감시하도록 요구하며, 이용자가 저장한 거의 모든 정보와 서비스 이용자 모두를 대상으로 삼는다고 하면서(판결문 단락 37), 이러한 필터링 시스템을 호스팅 서비스 제공자에게 설치하도록 법원이 명령한다면, 이는 지적재산권의 장래 침해를 예방하기 위하여 호스팅 서비스 제공자가 모든 서비스 이용자를 상대로 거의 모든 데이터를 적극적으로 감시할 의무를 부과하는 것이 되고, 이는 전자상거래 지침 제15조 제1항에서 금지하는 “일반적 감시” 를 수행하도록 요구하는 결과가 된다고 판결하였음(판결문 단락 38).

□ 프랑스 대법원

프랑스 대법원은 2012년 7월 12일 3건의 판결을 통해 전자상거래 지침 제15조 제1항을 해석한 바 있음.

20) Scarlet Extended SA v. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), Case No. C-70/10, 24 November 2011

21) Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v Netlog NV, Case No 360/10, 16 February 2012.

2건의 판결<sup>22)</sup>은 다큐멘터리 영화(“Les Dissimulateurs” 및 “L’ affaire Clearstream”)의 저작권 침해 문제를 다룬 것임. 상고인 Google France는 동영상 검색 사이트(video.google.fr)를 운영하는 온라인 서비스 제공자이며, 피상고인 Bac Films는 다큐멘터리 영화 제작사임. 2007년 Bac Films는 자신이 저작권을 갖는 다큐멘터리 영화를 보거나 다운로드할 수 있는 사이트에 대한 링크를 Google France가 제공하고 있다며 이 링크를 제거할 것을 Google France에게 통지하였고 이에 따라 Google France는 해당 링크를 삭제하였음. 그런데 그 후에 동일한 다큐멘터리 영화에 대한 새로운 링크가 Google France에서 발견되자, Bac Films는 Google France 등을 상대로 저작권 침해 소송을 제기하였음.

이 소송에서 프랑스 대법원은 저작권자로부터 통지가 없더라도 동일한 저작물에 대한 침해가 재발되는 것을 방지할 의무가 있다는 2심 법원의 판결을 파기하면서 2심 판결은 Google France로 하여금 자신이 저장하는 콘텐츠를 감시할 일반적인 의무를 부과할 뿐만 아니라 불법 업로드를 적극적으로 조사할 의무를 부과하는 것이라고 판단하였음.

프랑스 대법원에 따르면, 온라인 서비스 제공자에게 감시 의무를 부과하려면 (i) 그러한 감시가 일시적이어야 하는데, 2심 법원은 시간의 제한이 없는 감시 의무를 부과하였기 때문에 전자상거래 지침 제15조 제1항을 수용한 프랑스 법률에 위배되고, (ii) 법원이 온라인 서비스 제공자에게 명령할 수 있는 감시 의무는 선별적이어야 하는데, 2심 법원은 Google France의 모든 이용자를 대상으로 모든 전자 파일에 대해 침해물을 식별한 다음 이를 차단하는 감시 의무를 부과하였기 때문에 전자상거래 지침 제15조 제1항을 수용한 프랑스 법률에 위배되며, (iii) 2심 법원의 명령은 비례의 원칙을 위반하여 ‘인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약(the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) 제10조(표현의 자유)에 위배된다는 것임.

3번째 판결<sup>23)</sup>은 사진 저작물에 관한 것임. 이 사건에서 저작권자는 2001년 모로코에서 열린 마라케시 국제영화제에서 가수와 배우들을 촬영한 사진작가로, 2008

---

22) La société Bac films vs. La société Google France and Inc (Première chambre civile - ECLI : FR : CCASS : 2012 : C100828 및 ECLI : FR : CCASS : 2012 : C100831. 판결문은 [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/828\\_12\\_23882.html](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/828_12_23882.html)) 및 [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/831\\_12\\_23883.html](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/831_12_23883.html) 참조.

23) La société Aufeminin.com vs. La société Google France ; et autres (Première chambre civile - ECLI : FR : CCASS : 2012 : C100827) 판결문은 [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/827\\_12\\_23881.html](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/827_12_23881.html) 참조.

년 11월 13일 자신이 찍은 사진 중 하나가 www.aufeminin.com(여성용 콘텐츠를 주로 제공하는 프랑스의 인터넷 포털 사이트) 및 image.google.fr(구글의 이미지 검색 사이트)을 통해 이용가능하다는 사실을 알게 되었음. 그래서 저작권자는 이 사실을 2008년 11월 28일 Aufeminin.com에게, 2008년 12월 9일 Google France에게 통지하였음. 이러한 통지를 받은 Aufeminin과 Google은 해당 사진이 이용가능하지 않도록 조치를 취하였지만, 저작권자의 2009년 1월 재통지 이후에도 2010년까지 최소한 4차례에 걸쳐 동일 사진이 여전히 이용가능하다는 점을 발견하고, 이들 사이트 운영자를 상대로 소송을 제기하였음.

이 소송에서도, 앞의 다큐멘터리 영화의 저작권 침해 사건과 마찬가지로, 프랑스 2심 법원은 이미 저작권 침해의 통지를 받은 사진 저작물이 또 다른 침해 행위에 이용되지 않도록 온라인 서비스 제공자는 모든 필요한 조치를 취할 의무가 있다고 판결하였지만, 프랑스 대법원은 이를 파기하면서, 호스팅 서비스 제공자(Aufeminin.com)와 검색 서비스 제공자(Google France)에게, 저작권자의 통지가 없는 경우에도, 장래 침해를 예방하기 위한 조치를 요구하는 것은 서비스 제공자가 저장하는 이미지를 감시할 일반적 의무를 부과하는 셈이 되고, 법의 취지에 반하며, 시간 제한이 없는 조치이므로 비례의 원칙이 반한다고 판결하였음.

#### □ 독일 대법원

이 사건(I ZR 18/11 - Alone in the dark)<sup>24)</sup>의 원고 Atari Europe는 비디오 게임을 제작·판매하는 회사이며, 문제의 저작물은 원고의 컴퓨터 게임 “Alone in the dark” 임. 피고 RapidShare는 인터넷 주소 www.rapidshare.com을 통해 파일 호스팅 서비스를 제공하는 온라인 서비스 제공자임. 피고의 이용자는 자신의 파일을 피고 웹 사이트에 업로드하여 저장할 수 있고, 이용자는 저장된 파일의 링크를 제공받음. 한편 피고는 이용자가 저장한 파일의 콘텐츠를 알지 못하고 저장된 파일의 리스트를 가지고 있지도 않음. 피고 이외의 외부 검색 엔진 중에는 피고 서버에 저장되어 있는 파일을 검색할 수 있는 검색 기능을 제공하는 검색 엔진이 있음.

원고 Atari Europe은 피고에게 2008년 8월 19일 자신이 저작권을 갖는 컴퓨터 게임 “Alone in the dark”가 피고 사이트에서 다운로드할 수 있다는 내용의 통

24) 독일 대법원의 판결문은 아직 공개되지 않았고, 보도자료만 나와 있음. 보도자료는 <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&nr=60931&linked=pm>에서 볼 수 있음.

지를 하였고, 이러한 통지를 받은 피고는 동일한 게임의 복제물 파일을 삭제하는 조치를 취하였음. 그러나 피고는 다른 이용자가 해당 게임의 복제물을 업로드하였는지, 그리고 이 복제물이 다운로드 가능한지는 조사하지 않았는데, 원고는 이를 이유로 소송을 제기하였음.

소송에서 원고는 피고가 원고로부터 통지를 받은 파일을 삭제하는 “통지-제거” 조치 이외에 필터링이나 기타 불법 저작물의 업로드를 방지할 수 있는 조치를 취해야 한다고 주장했음. 1심 법원은 이러한 원고의 청구를 인용하였지만, 뒤셀도르프 항소 법원은 피고가 “통지-제거” 조치를 취하였다면, 저작권 침해에 대한 충분한 조치를 다 한 것이라고 하면서, 이용자들이 업로드하는 모든 파일을 다 조사하는 것은 불가능하다는 피고의 항변을 받아들였음. 그리고 원고는 피고가 피고의 데이터베이스를 키워드 검색을 하여 해당 키워드와 일치하는 파일은 삭제하는 필터링 조치를 취해야 한다고 주장한 반면, 피고는 이렇게 할 경우 합법 저작물까지 삭제될 우려가 있다고 항변하였는데, 2심 법원은 피고의 주장을 받아들였음. 또한 2심 법원은 침해의 우려가 있는 저작물을 사람이 확인한 다음 제3자 검색 사이트에서 링크를 제거하는 것은 불가능하고, 비합리적이며 무의미한 것으로 보았음.

그러나 독일연방대법원은 2012년 7월 12일 항소법원의 판결을 파기·환송하면서, 피고와 같은 호스팅 서비스 제공자는 이용자가 업로드한 자료를 전반적으로 감시할 필요는 없지만, 일단 구체적인 침해 사실의 통지를 받은 경우에는 침해를 예방하기 위한 조치를 취해야 한다고 하였음. 한편 독일연방대법원은 피고가 저작권의 직접 침해자가 아님을 분명히 하였음. 즉, 이용자가 어떤 파일을 업로드하는지 피고는 알지 못하기 때문에, 피고는 직접 침해자(Täter)도 아니고 교사자(Gehilfe)도 아니라고 하였음. 그러나 피고가 주의의무(Pflichten)를 태만히 한 경우, 방조자(Störer)로서 책임을 질 수도 있다고 하였음. 문제는 중개자(intermediary)인 온라인 서비스 제공자가 어떤 경우에 주의의무가 발생하느냐 하는 것임. 독일연방대법원은 특정 저작물과 관련된 온라인 서비스 제공자의 주의의무는 해당 저작물의 침해 사실에 대한 통지를 받은 경우에 발생한다고 보았음.

그래서 독일연방대법원은 원고로부터 컴퓨터 게임 “Alone in the dark”의 침해 사실을 통지받은 피고는 동일한 컴퓨터 게임이 또 다시 업로드되는 것을 방지할 주의의무가 있고, 이에 따라 피고는 “기술적으로 그리고 경제적으로 합리적인 모든 예방 조치”를 취해야 한다고 판결하였음. 또한 피고는 저장된 모든 파일을 훑어보고 침해 저작물을 탐지 및 삭제하는 조치를 취하여야 하며, “합리적인 개수

의” 제3자 사이트 중 피고 사이트에 있는 콘텐츠에 대한 링크를 제공하는 사이트를 모니터링하여 제3자 사이트 중 원고 게임의 복제물을 색인하고 있는지 여부를 확인한 다음, 만약 색인을 하고 있다면 이를 서버에서 삭제하는 조치를 취하여야 한다고 판결하였음.

그런데 독일 대법원은 온라인 서비스 제공자가 예방 조치를 취할 주의의무에도 합리적인 제한이 필요하다고 하면서, 2심 법원에서 인정한 사실관계만으로는 합리적 제한을 판단할 수 없으므로 2심 법원에서 다시 심리하도록 사건을 환송하였음.