

KP 연구 2020-03

국제인터넷서비스를 매개로 한 저작권침해 대응방안 연구

(A Study on the Countermeasure of Copyright
Infringement via International Internet Service)

중앙대학교 산학협력단

2021. 01. 14.



국제 인터넷 서비스를 매개로 한 저작권침해 대응방안 연구

결과보고서

2021. 01. 14.

연구책임자: 이규호 (중앙대학교 법학전문대학원 교수)

공동연구원: 김성천(중앙대학교 법학전문대학원 교수)

자문위원: 오혜민 (독일 훔볼트대학교 법학박사과정생)

연구보조원: 윤혜정(중앙대학교 일반대학원 법학과 석사과정생)

연구용역주관기관: 중앙대학교 산학협력단



한국저작권보호원
KOREA COPYRIGHT PROTECTION AGENCY

제 출 문

한국저작권보호원장 귀하

본 보고서를 “국제 인터넷 서비스를 매개로 한 저작권침해
대응방안 연구”의 최종보고서로 제출합니다.

2021년 01월 14일

연구책임자: 이규호 (중앙대학교 법학전문대학원 교수)
공동연구원: 김성천 (중앙대학교 법학전문대학원 교수)
자문위원: 오혜민 (독일 훔볼트대학교 법학박사과정생)
연구보조원: 윤혜정 (중앙대학교 일반대학원 법학과 석사과정생)
연구용역주관기관: 중앙대학교 산학협력단

최종보고서 초록

관리번호	2020090519C - 00	연구기간	2020년 9월 11일 ~ 2020년 12월 11일		
정책과제명	(한글) 국제인터넷서비스를 매개로 한 저작권침해 대응방안 연구 용역 (영문) A Study on the Countermeasure of Copyright Infringement via International Internet Service				
연구책임자 (주관연구수행기관)	이규호 (중앙대 산학협력단)	참여 연구원수	총 1명	연구 용역비	일금 사천만원
요약 (연구결과를 중심으로 500자 이내에서 개조식으로 작성)				면수	280면
<ul style="list-style-type: none"> ○ 저작권침해 사례 상당수가 온라인에서 발생함. 대부분의 침해 사이트는 해외 소재 서버 등을 통하여 운영되고 있어 국제수사공조의 필요성이 증대되고 있음에도 이와 관련한 업무절차 등의 지침이 부재함. ○ 이런 문제를 해결하는 방안을 모색하기 위해서는 다양한 방안을 추진할 필요가 있음. ○ 첫째, 인터넷서비스제공자의 투명성보고서를 통해 민간 자율적으로 해결을 모색하는 방안을 도모할 필요가 있음. 그러한 측면에서 주요 인터넷서비스제공자의 투명성보고서를 살펴봄. ○ 둘째, 형사사법공조를 보다 실효적으로 실현할 수 있는 국제조약인 부다페스트 협약을 살펴보고 우리나라가 이 조약에 가입하는 것이 형사사법공조에 도움이 되는지 여부를 고찰할 필요가 있음. ○ 셋째, 해외서버에 대한 접근을 차단하기 위해서는 입법관할으로서 역외적 효력이 발생하는 입법에 대한 논의가 필요하고 그러한 실질법을 준거법으로 하는 경우에는 재판관할권과 관련된 사법관할의 쟁점을 다룰 필요가 있음. 이 보고서는 민사법적 측면에서 이 두 가지 쟁점을 다룰 필요가 있음. ○ 따라서, 국제인터넷서비스를 매개로 한 범죄를 수사 및 국제공조 업무를 수행하는 국내외 기관의 수사공조 사례, 판례 등 전반적인 현황을 조사함. 					

- 그리고 국제인터넷서비스업체의 투명성보고서 및 이용약관 등을 분석하여 국제 인터넷 기업의 저작권관련 정책 (준거법, 실질법 포함)을 다룸.
- 그 밖에 불법복제물 차단을 위한 국제기구 및 각국의 노력을 형사법적 측면 뿐만 아니라 민사적 측면과 행정적 측면에서도 같이 분석함.

색인어	한글	상호법률공조, 모색적 금지처분, 부다페스트 조약, 투명성 보고서, 증거능력, 역외적용, 접속차단조치
	영어	Mutual Legal Cooperation, dynamic injunction, Budafest Convention, Transparency report, admissibility, extraterritorial application, blocking measure

〈차례〉

제1편 머리말 1
제1장 연구목적 및 필요성	
제1절 연구의 필요성	
제2절 연구의 목적	
제2장 연구내용 및 방법	
제2편 국제 인터넷 서비스를 매개로 한 범죄대응 국내의 사례 3	
제1장 형사법적 해결방안	
제1절 개관	
제2절 인터넷을 이용한 저작권 침해의 행위 유형	
제3절 인터넷을 이용한 저작권 침해 범죄의 구성요건 요소와 공범	
제4절 인터넷을 이용한 저작권 침해 행위에 대한 국내 형법적용	
제2장 국제 수사공조 사례 분석	
제1절 개관	
제2절 국제형사사법 공조에 의해 수집된 증거의 증거능력	
제3장 현실적 제약, 해결사례 및 한계점	
제1절 국제형사사법 공조 절차에 따른 증거의 수집	
제2절 국내 형사소송절차를 이용한 해외 소재 증거의 수집	
제3절 증거 수집의 적법성 확보	
제4장 저작권법위반 범죄 대응 관련 시사점	
제3편 국제 인터넷서비스를 매개로 한 저작권침해 해결방안 검토 ... 73	

제1장 주요 국제 인터넷 기업의 정보공개 현황 (민간영역의 자율적 방안)

제1절 투명성 보고서 분석을 통한 정보공개 통계, 준거법 및 실질법, 정보공개 정책

제2절 주요 인터넷 기업정보공개 강제 국내외 판례(특히 클라우즈플레이어)

제3절 현황 정리 및 시사점

제2장 인터넷 매개 범죄에 대한 국제기구의 대응방안 (국제형사법적 대응방안)

제1절 ICANN과 국내절차의 협업

제2절 유럽연합에서 사례 및 대응방안

제3장 각국의 입법례 및 사례

제1절 미국

제2절 독일

제3절 일본

제4절 우리나라

제4장 저작권법의 역외적 효력 적용가능성 검토 (민사구제방안)

제1절 미국

제2절 독일

제3절 인도

제4절 베네수엘라

제4편 국제 인터넷 서비스를 매개로 한 저작권침해 대응 경향 및 시사점 218

제1장 국내외 저작권법 위반 수사공조시 고려할 사항

제2장 국제 인터넷 서비스를 매개로 한 저작권침해의 효과적

대응방안 (행정규제 및 민사구제에 관한 관할권을 통한
대응방안)

제1절 의의

제2절 입법관할권

제3절 사법관할권

제4절 집행관할권

제3장 인터넷 범죄 대응 국제조약 가입 등 수사공조 경향 및
중장기적 침해대응 방안 (형사적 제재에 대한 국제공조
및 민사구제방안)

제1절 부다페스트 협약

제2절 모색적 금지처분(dynamic injunction)

제5편 결론

..... 258

제1편 머리말

제1장 연구의 필요성 및 목적

제1절 연구의 필요성

저작권침해 사례 상당수가 온라인에서 발생한다. 대부분의 침해 사이트는 해외 소재 서버 등을 통하여 운영되고 있어 국제수사공조의 필요성이 증대되고 있음에도 이와 관련한 업무절차 등의 지침이 부재하다.

타 수사기관(검/경찰)에서는 국제수사공조를 인터폴, 유로폴, 각국 수사기관과의 MLA 등의 방식으로 진행중이다. 2019년, 美 국토안보부(HSI)와의 저작권 침해 대응 관련 업무 협의를 통하여 미국 내 서버 회사, 소셜미디어(Facebook, Twitter, Instagram), 검색엔진(Google) 등을 이용하는 저작권침해사범에 대한 수사 공조를 지원받기 시작하였다. 국가간 형사사법공조는 신속한 권리처리가 용이하지 않다. 이런 문제를 해결하는 방안을 모색하기 위해서는 다양한 방안을 추진할 필요가 있다.

첫째, 인터넷서비스제공자의 투명성보고서를 통해 민간 자율적으로 해결을 모색하는 방안을 도모할 필요가 있다. 그러한 측면에서 주요 인터넷서비스제공자의 투명성보고서를 살펴본다.

둘째, 형사사법공조를 보다 실효적으로 실현할 수 있는 국제조약인 부다페스트 협약을 살펴본다. 우리나라가 이 조약에 가입하는 것이 형사사법공조에 도움이 되는지 여부를 고찰할 필요가 있다.

셋째, 해외서버에 대한 접근을 차단하기 위해서는 입법관할으로서 역외적 효력이 발생하는 입법에 대한 논의가 필요하고 그러한 실질법을 준거법으로 하는 경우에는 재판관할권과 관련된 사법관할의 쟁점을 다룰 필요가 있다. 이 보고서는 민사법적 측면에서 이 두 가지 쟁점을 다룰 필요가 있다.

제2절 연구의 목적

첫째, 국내 수사체계와 주요국 수사체계실태 분석 및 공동활용을 위한 업무절차 확

인을 목적으로 한다.

둘째, 미국 이외의 주요국과의 수사공조 지역범위확대를 대비한 운영 로드맵을 제시하는 것을 목적으로 한다.

셋째, 도메인 압수영장 제도(미국)와 모색적 금지처분제도(영국, 싱가포르 등)의 도입방안 연구 및 주요 ISP 기업의 투명성 보고서를 연구하여 대안을 모색하는 것을 목적으로 한다.

넷째, 부다페스트조약에서 사용하는 국제수사공조절차와의 비교를 통한 표준 업무절차서 (가이드라인)을 제정하는 것을 목적으로 한다.

제2장 연구내용 및 방법

국제인터넷서비스를 매개로 한 범죄를 수사 및 국제공조 업무를 수행하는 국내외 기관의 수사공조 사례, 판례 등 전반적인 현황을 조사한다. 국제인터넷서비스업체의 투명성보고서를 분석하여 국제 인터넷 기업의 저작권관련 정책 (준거법, 실질법 포함)을 다룬다. 불법복제물 차단을 위한 국제기구 및 각국의 노력을 형사법적 측면뿐만 아니라 민사적 측면과 행정적 측면에서도 같이 분석한다.

제2편 국제 인터넷 서비스를 매개로 한 범죄대응 국내외 사례

제1장 형사법적 해결방안

제1절 개관

인터넷이 사회구성원들의 생활 속으로 깊숙이 들어오게 된 이후 저작권 침해행위도 상당 부분 인터넷 세상에서 이루어지고 있다.¹⁾ 2000년대 들어와서 대법원에서 있었던 저작권 침해 사건에 대한 형사판례를 보면 모두 인터넷을 무대로 벌어진 일들이었다.²⁾ 인터넷에서 빈번하게 발생하고 있는 저작권 침해행위를 방지하기 위한 방안을 다음 순서에 따라 찾아보기로 한다.

- ① 인터넷을 중심으로 전개되고 있는 저작권 침해의 유형을 정리해 본다.
- ② 이러한 저작권 침해행위에 대응하여 취할 수 있는 법적 대응의 유형을 확인해 본다.
- ③ 법적 대응 유형 가운데 형사법적 대응방안을 취하는 과정에서 문제가 될 수 있는 점을 짚어본다.

저작권 침해 행위의 유형은 저작권법 제136조(벌칙) 제1항이 ① 복제, ② 공연, ③ 공중송신, ④ 전시, ⑤ 배포, ⑥ 대여 그리고 ⑦ 2차적 저작물 작성 등 7가지로 제시하고 있다. 이들 저작권 침해 행위는 거의 대부분 인터넷을 이용하는 형태로 실행하는 것이 가능하다.

저작권을 침해하는 행위를 하는 이유는 이를 통해 취할 수 있는 이익이 존재하기 때문이다. 만약 저작권 침해가 이익이 아니라 오히려 손해로 귀결된다면 저작권 침해 행위를 하지 않게 될 것이다. 규범체계가 규범 위반 행위에 대해서 불이익을 주는 응징을 수단으로 규범 준수를 유도하는 심리적 강제는 가장 오래된 방법론이고 어느 누구도 그 효과를 부인할 수 없다. 규범 위반에 대하여 부과되는 불이익을

1) 김상목/황종목, “인터넷상에서의 저작권침해”, 『지역발전연구』 (한국지역발전학회), 제2권 제2호 (2002), 226면.

2) 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 판결; 대법원 2014. 8. 26. 선고 2012도10777 판결; 대법원 2014. 8. 26. 선고 2012도10786 판결; 대법원 2016. 12. 15. 선고 2014도1196 판결; 대법원 2019. 7. 24. 선고 2015도1885 판결

‘제재’라고 한다면, 그러한 제재는 대략 민사적, 행정적 그리고 형사적 형태 등 세 가지 유형으로 활용되고 있다.³⁾

이들 세 가지 유형의 법적 제재 가운데 가장 강력한 형태가 형사적 제재라고 할 수 있다. 형벌은 그것을 통해서 박탈하는 법익에 따라 생명형, 자유형, 재산형, 명예형 등으로 구별된다. 법적 제재의 수단으로 생명 박탈까지 정하고 있기 때문에 기본권을 가장 심각하게 침탈한다는 측면에서 형사적 제재가 가장 강력하다고 이야기하는 것이다. 저작권법 제136조 이하에서 정하고 있는 형벌 가운데 가장 정도가 심한 경우가 5년 이하의 징역이기 때문에 생명형은 제외되어 있지만 그래도 자유형까지 가능하기 때문에 저작권 보호 측면에서 형사적 제재가 가장 강력한 수단이라고 할 수 있다.

저작권 침해에 따른 형사처벌의 대상에 대해서는 저작권법 제136조부터 제141조까지의 조항들이 규율하고 있다. 형사처벌 대상이 될 수 있는 행위자는 인터넷과 관련하여 업로드를 한 사람, 다운로드를 한 사람 그리고 온라인서비스제공자(OSP) 등 세 가지 유형이 문제가 될 수 있다.

저작권법 제136조 이하의 처벌규정이 적용되기 위해서는 저작권 침해의 행위지가 대한민국이거나, 행위자가 대한민국 국민이거나, 저작권 침해행위가 대한민국 또는 대한민국 국민의 법익을 침해하는 것이어야 한다. 대한민국 형법 적용의 대상이 되는가에 관하여 속지주의, 속인주의 또는 보호주의 등 어느 하나라도 요건을 충족하여야 대한민국 법원의 재판의 대상이 된다.

또 다른 문제는 인터넷을 이용한 저작권 침해 사건의 경우에 침해 행위에 이용된 서버가 해외에 위치하고 있는 경우가 많다는 점이다. 형사처벌을 하기 위해서는 증거가 수집이 되고 그 증거에 의해서 사실관계가 증명되어야 한다. 그러한 증거를 수사기관이 청구하여 법원이 발부한 압수 수색 영장을 기반으로 수집하여야 하는데 서버가 해외에 위치하고 있으면 문제가 복잡해진다.

대한민국 법원이 발부한 영장을 외국에서 집행하는 것은 일단 불가능한 일이다. 형벌고권이 각 국가 단위로 형성되어 있기 때문이다. 따라서 각 해당 국가에서 해당 국가의 형사절차법에 따라서 해당 국가의 수사기관이 대신 증거를 수집하여 우리나라 수사기관에 전달해주어야 한다. 형사사법공조가 필요하고 이렇게 외국에서 수집된 증거의 경우에는 증거능력 자체가 법정에서 종종 문제가 된다. 외국에서 해당 국가의 형사절차법에 따라 증거가 수집될 수밖에 없는데, 그러한 증거의 증거능력에 대한 판단은 우리나라 형사소송법 규정에 의거하여 하게 되기 때문이다.⁴⁾

3) 이규호, 「지식재산의 이해」, 박영사, 2020, 166면 이하.

4) 「국제형사사법 공조법」 제39조가 그 법에 따른 조치와 절차에 대하여 그 법에 특별한 규정이 없으면 형사소송법을 준용하도록 하고 있다. 그런데 「국제형사사법 공조법」에는 증거능력에 관한 규정이

해외 서버에 있는 증거를 수집하는 또 하나의 방법은 우리나라에서 법원의 영장을 발부받은 후에 우리나라에 위치하고 있는 단말기를 통해서 인터넷 접속을 해서 해외의 증거를 수집하는 것이다. 이 경우 해외 서버에 기록되어 있는 내용을 압수·수색하는 것이기 때문에 해당 국가의 영토주권 침해인가 하는 문제가 발생한다.

제2절 인터넷을 이용한 저작권 침해의 행위 유형

저작권법 제136조(벌칙) 제1항은 저작권법에 따라 보호되는 저작재산권 등 재산적 권리를 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여 또는 2차적 저작물 작성의 방법으로 침해하는 행위를 형사처벌 대상으로 하고 있다. 이들 저작권 침해 행위는 거의 대부분 인터넷을 이용하는 형태로 실행하는 것이 가능하다.⁵⁾

I. 복제

복제란 ‘인쇄·사진촬영·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법으로 일시적 또는 영구적으로 유형물에 고정하거나 다시 제작하는 것’을 말한다(저작권법 제2조 제22호). 디지털 형태로 제작되어 인터넷을 통해서 접근이 가능한 저작물은 아날로그 형태로 존재하는 저작물에 비해서 복제가 훨씬 용이하다. 더구나 원본과 복제본이 완벽하게 동일하다. 복제를 위해 소요되는 시간도 상당히 짧다.⁶⁾

사진과 같은 시각적 정보와 음악과 같은 청각적 정보 그리고 두 가지가 혼재하는 영상 정보 등이 과거에는 아날로그 형태로 제작이 되었지만, 현재는 모두 디지털 형태로 제작이 가능하다. 사진 촬영과 같은 경우 필름을 이용하는 경우는 거의 찾아보기 힘들 것이다. 아날로그 형태로 제작된 정보는 복제를 할 때 그 품질이 조금씩 저하되는 현상을 나타내지만 디지털 정보는 빠르고 쉬우면서도 아무리 복제를 거듭해도 전혀 품질이 저하되지 않는 완벽한 복제가 이루어진다.

복제는 개인이 소장하고 있는 파일을 많은 사람들이 접근할 수 있는 서버의 저장장치로 업로드 하는 방식으로 이루어지고, 반대로 서버의 저장장치에서 개인의

없다. 따라서 외국에서 증거를 수집하는 절차는 「국제형사사법 공조법」에 따르지만 증거능력 판단은 형사소송법을 따라야 한다.

5) 배포를 저작권법 제2조 제23호의 내용과 같이 ‘저작물 등의 원본 또는 그 복제물을 공중에게 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여하는 것’을 말하는 것으로 이해한다면, 인터넷을 이용한 배포라는 개념은 적절하지 않을 수 있다.

6) 박성호, 「저작권법」, 제2판, 박영사, 2017, 325-327면.

저장장치로 다운로드 하는 방식으로도 이루어진다. 저작권 침해 행위를 예방하기 위해서는 그 행위자를 찾아내어 처벌하여야 한다.⁷⁾ 무엇보다 행위자를 특정하여야 하는데 서버가 우리나라에 위치하고 있어서 대한민국 법질서의 지배 아래 있다면 문제는 간단하다. 하지만 서버가 외국에 위치하고 있고 관리자도 외국인이라면 우리나라의 형벌고권이 미치지 않기 때문에 문제 해결이 어려워진다.

대형 서버를 이용하는 경우와 달리 저작물 파일 전체를 일시에 복제하는 대신 다수의 공급자(seeder)와 요청자(peer)가 하나의 파일을 여러 조각으로 나누어 동시에 업로드와 다운로드를 분산하여 진행하는 방식으로 복제가 이루어지기도 한다. 이러한 파일 복제 공유 방식은 브렘 코헨이 2001년에 발표한 비트토렌트(BitTorrent) 파일 전송 프로토콜에 의해서 가능하게 되었다. 파일 하나를 1천 명 정도가 서로 업로드와 다운로드를 하는 비트토렌트 방식으로 공유하여 저작권을 침해하게 되면 행위자가 1천 명이 되는데 이들이 세계 각지에 흩어져 있는 상황에서 행위자를 특정하여 형사처벌을 하는 것이 거의 불가능해질 수 있다는 문제가 존재한다. 현재의 비트토렌트 프로토콜은 추적서버(tracker)⁸⁾가 없어도 파일의 복제 공유가 가능하기 때문에 저작권 침해가 일어나더라도 그 행위자를 찾아내기가 더 어려울 것으로 보인다.

II. 공연

공연이란 ‘저작물 또는 실연·음반·방송을 상연·연주·가창·구연·낭독·상영·재생 그 밖의 방법으로 공중에게 공개하는 것’을 말하며 ‘동일인의 점유에 속하는 연결된 장소 안에서 이루어지는 송신을 포함’한다. 다만 전송은 제외한다(저작권법 제2조 제3호). 상연·연주·가창·구연·낭독·상영·재생 등 저작물을 공중에게 공개하는 행위는 모두 인터넷을 통해서 할 수 있는 내용이다.⁹⁾

인터넷을 이용해서 공중에게 공개하는 행위는 네이버나 다음 카카오와 같은 국내 포털 사이트를 통해서 할 수도 있지만, 구글과 같은 해외 포털을 이용해서도 빈번하게 이루어지고 있다. 또한 코로나로 인하여 현장에서 공연을 관람하는 것이 힘들어지거나 불가능해진 상황 때문에 다양한 형태의 디지털 콘서트홀(Digital Concert Hall)이 등장하면서¹⁰⁾ 포털 사이트 일변도의 인터넷 공연 생태계가 다양성을 갖추어

7) 형사처벌 외에 다른 제재도 가능하지만 여기서는 형사적 해결방안을 모색한다는 차원에서 형사제재에 대해서만 검토하기로 한다.

8) 복제 공유의 대상이 되는 파일의 이름, 길이, 파일 조각의 길이, 파일의 무결성 진단을 위한 SHA-1 해시 코드 등을 포함하고 있는 토렌트 파일을 등록하는 서버를 말한다. 추적서버는 지금까지도 파일 복제 공유를 위해 많이 사용되고 있다.

9) 박성호, 앞의 책, 334면.

나가고 있는 중이다.

Ⅲ. 공중송신

공중송신이란 ‘저작물, 실연·음반·방송 또는 데이터베이스를 공중이 수신하거나 접근하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것’을 말한다(저작권법 제2조 제7호). 공연과 공중송신이 인터넷을 통해서 이루어질 경우에 이를 구별하기란 쉬운 일이 아니다. 이는 방송과 통신의 구별이 모호해진 상황과 서로 맥이 통한다.¹¹⁾

대중매체가 다수의 시청자들을 대상으로 일방적으로 방송을 송신하면서 정보를 전달하던 시절이 지나, 인터넷의 사용이 일반화 되면서 통신이라는 상호 정보 소통 현상이 일상화 되었다. 그러면서 방송을 정해진 시간에 일방적으로 송신만 하지 않고, 시청자가 원하는 시간에 원하는 방송을 볼 수 있고, 나아가 시청자건 누구이건 모든 사람이 원하기만 하면 대중을 향해 자신의 정보를 제공할 수 있는 단계가 되었다.

이제는 누구나 대중을 향하여 자신이 제작한 콘텐츠를 널리 퍼뜨릴 수 있게 되었는데, 인터넷을 통한 방송인 종합편성채널이 등장하면서 방송과 통신은 융합하는 단계에 진입하였다. 공중과 방송은 지금도 공중과를 이용하고 있기는 하지만, 많은 사람들이 공중과 방송조차 공중과를 이용하지 않고 인터넷을 통해서 시청하고 있다.¹²⁾

정보 전달 수단을 기준으로 할 때엔 방송과 통신의 구별이 사실상 불가능해진 상황이다. 이러한 상황 변화에 따라 방송과 통신에 대한 규제를 일원화 하여야 한다는 당위론에 의해서 방송통신위원회가 출범된 바 있다. 하지만 방송에 대한 규제와 통신에 대한 규제가 완전히 화학적 융합에 이른 것은 아니다. 지금도 여전히 방송과 통신에 대한 규제체계는 하나의 행정기관인 방송통신위원회 안에서 별도로 작동되고 있다.¹³⁾

10) 예를 들면 Berliner Philharmoniker Digital Concert Hall(<https://www.digitalconcerthall.com/>)에서 베를린 필하모닉 공연을 자신의 스마트폰이나 컴퓨터를 이용해서 관람할 수 있게 되었다. [2020. 10. 18. 검색]

11) 박성호, 앞의 책, 343면.

12) 가족들이 거실에 모여 앉아 함께 텔레비전을 보면서 채널 다툼을 하는 모습은 이제 옛날 일이 되어 버렸다. 모든 가족 구성원이 자신의 스마트 폰이나 컴퓨터를 가지고 원하는 채널을 선택해서 원하는 콘텐츠를 향유하는 시대가 되었다.

13) 방송통신위원회 조직을 보면 방송정책국(방송정책기획과, 지상파방송정책과, 방송지원정책과, 지역미디어정책과)과 방송기반국(방송기반총괄과, 방송광고정책과, 편성평가정책과, 미디어다양성정책과, 방송시장조사과)이 방송에 대한 규제를 담당하고 있으며, 통신에 대한 규제는 이용자정책국(이용자정책총괄과, 인터넷이용자정책과, 통신시장조사과, 이용자보호과)에서 그 임무를

공연과 공중송신은 방송과 통신의 관계에 대비된다. 공연은 방송과 같은 속성을 가지고 있고, 공중송신은 통신과 같은 속성을 가지고 있다는 말이다. 방송과 통신이 전자는 일방향성을 그리고 후자는 양방향성을 특징으로 하고 있다, 지금은 그 구별이 점차 모호해지는 방향으로 변화가 일어나고 있는 것처럼 공연과 공중송신도 같은 양상을 보이는 것으로 생각된다. 이러한 현상으로 인해서 공연과 공중송신은 본질적으로 구별이 잘 되지 않고 구별이 큰 의미도 없는 상황이 되고 있다.

IV. 전시

전시란 ‘여러 가지 저작물을 모아 벌여 놓고 보여주는 것’을 말한다. 저작권법 제136조 제1항이 전시를 저작권 침해 행위의 유형으로 정하고 있기는 하지만, 정의 규정인 같은 법 제2조를 보면 개념에 대한 내용이 없다. 굳이 개념 정의를 하지 않은 이유는 저작권과 관련하여 전시가 가지는 의미가 일반적·사전적 의미의 범위를 벗어나지 않기 때문일 것으로 생각된다.¹⁴⁾

예를 들어 한국의 4계절이라는 제목으로 타인의 저작물인 풍경사진을 모아 봄·여름·가을·겨울로 분류하고 보기 좋게 배치해서 누구든지 와서 관람할 수 있도록 한다면 전시에 해당할 것이다. 이러한 전시행위는 인터넷을 통해서 얼마든지 할 수 있다.

V. 배포

배포란 ‘저작물 등의 원본 또는 그 복제물을 공중에게 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여하는 것’을 말한다(저작권법 제2조 제23호). 이른바 ‘어둠의 땅’에서 저작물 파일이 거래되고 있을 텐데, 대가를 받고 파일을 줄 수도 있고 무상으로 제공할 수도 있는 일이다.

그런데 양도란 ‘물건에 대한 점유와 사실상의 처분권을 이전하는 것’을 의미하기 때문에¹⁵⁾ 저작물이 파일 형태로 인터넷을 통해서 이동할 경우에는 양도가 성립하기 어렵다.¹⁶⁾ 본래 물건은 ‘유체물과 관리할 수 있는 동력’으로 정의할 수 있

수행하고 있다.

14) ‘전시’는 미술저작물, 건축저작물 또는 사진저작물의 원본이나 그 복제물 등의 유형물을 일반인이 아무런 매체체도 거치지 않고 자유로이 직접 관람할 수 있도록 진열하거나 게시하는 것만을 뜻하고 간접전시는 공연의 행위유형 중 상영에 해당한다는 견해로는 박성호, 앞의 책, 355면; 오승중, 「저작권법」, 제4판, 박영사, 2016, 563-564면.

15) 김성천/김형준, 「형법각론」, 제6판, 도서출판 소진, 2017, 552면.

16) 컴퓨터프로그램의 온라인상 유통은 배포가 아니라 전송이라는 견해로는 박성호, 앞의 책, 365면;

는데, 파일이 저장되어 있는 특수매체는 유체물로서 물건이지만, 특수매체에 기록되어 있는 내용은 정보이기 때문에 물건으로 보기 어렵다. 파일을 가져가도록 제공한다고 해서 가져간 파일이 사라지는 것도 아니다. 다만 그대로 복제되어 다른 사람도 이용할 수 있게 될 뿐이다. 따라서 저작물을 인터넷을 이용해서 양도한다는 것은 어울리지 않는 개념 설정이다.

대여의 개념에 대해서는 항목을 달리하여 검토하기로 하겠다.

VI. 대여

대여란 ‘저작물을 빌려주는 것’을 말한다. 빌려준다는 것은 사용·수익할 수 있도록 물건의 점유를 일시적으로 이전해주는 일을 의미한다. 파일 형태의 저작물을 대여한다면 일정 기간 동안에만 저작물을 이용하고 그 기간이 지나면 이용이 불가능해지도록 프로그래밍이 되어 있어야 한다.

이처럼 일정 기간만 이용할 수 있도록 조치하는 이유는 일반적으로 해당 프로그램을 일단 사용해보고 유용하면 계속 사용하도록 하는 대신 그 때 가서 대가를 지급받기 위해서 하는 것이다. 무료 사용기간 동안 상품의 가치를 충분히 느끼고 구매를 할 수 있도록 하는 것으로서 광고의 일환이라고 할 수 있다. 이러한 유형의 판매행위를 저작권자의 동의를 받지 않고 함으로써 저작권을 침해한다는 것은 저작물을 매우 저렴한 가격에 판매하는 경우에 해당할 것이라고 생각된다.

VII. 2차적 저작물 작성

2차적 저작물이란 ‘원저작물을 번역·편곡·변형·각색·영상제작 그 밖의 방법으로 작성한 창작물’을 말한다(저작권법 제5조 제1항). 예를 들어 저작자의 동의를 받지 않고 외국어로 작성되어 인터넷을 통해 공개되어 있는 소설을 읽고 그대로 번역하여 다시 인터넷에 게시하였다면 이 유형의 저작권 침해가 될 것이다.

이처럼 인터넷을 이용해서 저작물을 읽으려면 해당 파일을 자신의 컴퓨터에 일시적으로 저장하는 과정을 거치게 되는데 이는 처벌대상이 아니다. 과거에 이를 처벌

서달주, 「저작권법」, 제2판, 박문각, 2009, 339-340면; 이해완, 「저작권법」, 제3판, 박영사, 2015, 507면. 반대로 디지털 저작물의 전송에 대해서도 최초판매원칙을 적용할 수 있도록 하는 방안을 모색해야 한다는 견해로는 강신하, 「저작권법」, 제2판, 진원사, 2014, 306면. 절충설로는 이규호, 「저작권법」, 제6판, 진원사, 2017, 160면(온라인상 디지털 저작물의 거래가 활성화되고 있다는 점에서 디지털 저작물의 원본이 space shift 즉, 원본이 이동하면서 양도인의 컴퓨터 등의 전자기기에서 삭제되고 양수인의 컴퓨터 등의 전자기기로 이동할 수 있다면 온라인상 배포권이 인정될 여지가 있다는 견해).

대상으로 할 것인가에 대한 논란이 있었지만¹⁷⁾ 2011년 12월 2일에 저작권법 제35조의2(저작물 이용과정에서의 일시적 복제)가 신설되어 ‘컴퓨터에서 저작물을 이용하는 경우 원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요하다고 인정되는 범위 안에서 그 저작물을 그 컴퓨터에 일시적으로 복제’ 하는 것은 저작재산권 제한 사유에 해당하여 처벌되지 않는다.

제3절 인터넷을 이용한 저작권 침해 범죄의 구성요건 요소와 공범

1. 저작권 침해 범죄 구성요건 성립 여부에 대한 판단기준

1. 저작권자의 동의

저작권을 침해하는 행위가 범죄에 해당한다는 것은 무엇보다 우선적으로 저작권자가 저작권 사용에 동의한 바가 없다는 점을 전제로 한다. 저작권자가 허락한 범위 내에서 저작물을 이용하는 것은 범죄가 되지 않는다. 이 경우 범죄가 되지 않는 것은 분명하지만 범죄론 체계상 어떠한 이유에서 범죄 불성립으로 보아야 하는지 논란의 소지가 있다. 이른바 범죄 불성립 요건으로서 양해와 승낙 가운데 어디에 해당하는가의 문제이다. 그 결론에 따라 실질적인 법적 판단이 달라질 수 있으므로 이에 대하여 먼저 살펴보기로 한다.

저작권 침해 범죄는 저작물을 저작권자의 동의 없이 함부로 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여하거나 그에 대한 2차적 저작물 작성을 함으로써 성립한다. 저작권자의 동의가 있게 되면 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여 또는 그에 대한 2차적 저작물 작성이 허용된다. 저작권 침해 행위를 다시 정의해보자면 ‘저작권자의 의사에 반하여 저작물을 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여하거나 그에 대한 2차적 저작물 작성을 하는 것’ 이라고 할 수 있다.

법익주체의 의사에 반하지 아니하는 한 범죄가 성립하지 않는 유형의 범죄로 예를 들 수 있는 것으로는 주거침입죄가 있다. 주거침입죄에서의 침입이란 ‘주거권자의 의사에 반하여 들어가는 것’ 을 말한다.¹⁸⁾ 이처럼 법익주체의 동의가 있게 될

17) 김상목/황종목, 앞의 논문, 229면 이하.

18) 김성천/김형준, 앞의 책, 296면.

경우에 범죄의 성립이 인정되지 않는 유형이 인정되는데, 이들 범죄의 경우에 법익 주체의 동의가 범죄 성립이 되지 않도록 한다는 점에 대해서는 이론이 없지만, 왜 범죄 성립이 조각되는가에 대해서는 다음과 같은 의견 대립이 있다.

- ① 이원설 : 법익주체의 동의가 어떠한 법적 성격을 가지는가에 대해서는 일률적인 판단이 불가능하므로, 구성요건 조각사유인 양해 또는 위법성 조각사유인 승낙 가운데 어디에 속하는가를 구성요건의 특질을 보고 판단하여야 한다는 견해이다.¹⁹⁾
- ② 일원설 중 구성요건 조각사유설 : 법익주체의 동의가 있게 되면 항상 구성요건이 조각된다고 보는 견해이다.²⁰⁾
- ③ 일원설 중 위법성 조각사유설 : 법익주체의 동의가 있게 되면 항상 위법성이 조각된다고 보는 견해이다.²¹⁾

이 문제는 일단 법익주체의 동의가 가지는 성격을 일률적으로 판단할 것인가 아니면 그때그때 다르게 볼 것인가에 대한 정리를 필요로 한다. 형법 총칙은 이와 관련하여 제24조에 피해자의 승낙이라는 제목 아래 “처분할 수 있는 자의 승낙에 의하여 그 법익을 훼손한 행위는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다.”는 취지의 규정을 두고 있다. 형법 제20조부터 제24조까지 다섯 개의 조문은 위법성 조각사유에 속한다는 점에 대해서 별다른 이견이 없다. 생명과 같이 법익의 주체라 하더라도 함부로 처분할 수 없는 법익을 제외한 대다수의 개인적 법익은 법익의 주체가 처분할 수 있는 것이므로 법익주체의 승낙이 있으면 피해자의 승낙으로서 위법성이 조각된다고 볼 수 있다.

그런데 위법성이 조각된다는 것은 일단 구성요건은 충족이 된다는 것을 전제로 하는 일이다. 만약 법익주체의 동의가 있게 되면 도저히 구성요건 자체가 성립한다고 보기 어려운 유형의 범죄가 있다면 그러한 경우에는 법익주체의 동의를 위법성

19) 김성천, 「형법총론」, 도서출판 소진, 2020, 242면 이하; 손동권, 「형법총론」, 을곡출판사, 2006, 220면; 신동운, 「형법총론」, 법문사, 2009, 310면; 심현섭, “양해·승낙·추정적 승낙”, 「고시계」 1977. 2., 67면; 이재상, 「형법총론」, 박영사, 2009, 264면; 이정원, “법익주체의 동의로서 승낙과 양해”, 「법학논총」(조선대학교 법학연구원) 제16권 제2호(2009), 185면; 이형국, 「형법총론」, 법문사, 2007, 167면; 장영민, “피해자의 승낙”, 「고시계」(1994. 11), 66면 이하; 정혜욱, “개인정보보호법상의 형사처벌 규정에 관한 연구”, 「법학논문집」(중앙대학교 법학연구원) 제35집 제3호(2011), 121면 이하; 진계호, “피해자의 양해와 승낙”, 「사회과학논총」(전주대학교 사회과학연구소) 제13집(1997), 399면; 최우찬, “피해자의 승낙”, 「고시계」(1990. 10), 109면.
 20) 김일수·서보학, 「형법총론」, 박영사, 2008, 257면; 손해목, “피해자의 승낙”, 「동국논총」 제31집, 1992, 102면.
 21) 구모영, “피해자의 승낙과 범죄체계론”, 「동아법학」 제19호(1995), 94면; 박상기, 「형법총론」, 박영사, 2009, 207면; 배종대, 「형법총론」, 흥문사, 2009, 401면.

조각사유라고 보기 어렵게 된다. 그러한 유형의 범죄가 별도로 존재하는가에 대하여 그렇다는 주장이 독일 형법학계에서 있었고²²⁾ 이후 독일의 판례도 이를 인정하였다.²³⁾

앞에서 예로 들었던 주거침입죄의 경우 주거권자가 들어오라고 해서 그 주거에 들어가는 행위는 ‘주거권자의 의사에 반하여 들어가는 것’으로서 침입에 해당하지만 법익주체의 승낙이 있어서 위법성이 조각되는 것이라고 하기가 힘들어 보인다. 또 다른 예를 들어보자. 코로나 때문에 발열체크를 하고 문진표에 대한 바코드 인식을 한 후에 손목 밴드를 교부하여 착용하도록 조치하는 학교가 있다. 이 과정에서 바코드 인식 작업을 하는 아르바이트 학생이 일일이 손목 밴드를 집어 주는 것이 귀찮아서 옆에 쌓아두고 하나씩 가져가라고 하고 있는 경우가 있다. 이 때 그 안내에 따라 손목 밴드를 가져가는 것이 ‘점유자의 의사에 반하여 점유를 배제하는 것’에 해당하여 절도 구성요건은 충족되지만 피해자의 승낙으로 인해서 위법성이 조각되는 경우라고 하기 어려워 보인다. 이 경우는 아예 절도죄 구성요건 자체가 성립되지 않는다고 보는 것이 타당하다고 생각한다.

일반적으로 법익주체의 동의가 있게 되면 처분 가능한 법익에 대한 법익주체의 처분으로서 형법 제24조에서 말하는 피해자의 승낙에 해당하여 위법성이 조각된다고 보는 것이 옳다. 하지만 이에 대한 예외가 분명히 존재하기 때문에 법익주체의 동의는 보통 피해자의 승낙으로서 위법성 조각사유에 해당하지만, 구성요건을 조각하는 예외도 있다고 보아야 한다. 이원설이 타당하며 법익주체의 동의가 구성요건 조각사유가 되는 예외에 속하는 범죄 유형은 다음에 세 가지이다.

- ① 법익주체의 행동의 자유를 침해하는 경우
- ② 법익주체의 의사결정의 자유를 침해하는 경우
- ③ 법익주체의 사실상의 지배권을 침해하는 경우

이들 세 가지 유형에 속하는 예외 범죄들을 형법전에 속하는 것들만 표로 정리하면 다음과 같다.²⁴⁾

22) Friedrich Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, Dissertation Kiel 1953, S. 105 ff.; Friedrich Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA 1954, S. 262.

23) BGH 8, 273 [276]; BGH 23, 3; BayObLG JZ 1979, 146.

24) 김성천, 앞의 책, 243면.

[표 2-1] 법익주체의 동의가 구성요건을 조각하는 범죄 유형

행위유형	해당범죄
법익주체의 행동의 자유를 침해하는 범죄	체포·감금 (형법 제276조 제1항)
법익주체의 의사결정의 자유를 침해하는 범죄	강간 (형법 제297조), 강제추행 (형법 제298조), 강요 (형법 제324조)
법익주체의 사실상의 지배권을 침해하는 범죄	주거침입 (형법 제319조), 절도 (형법 제329조)

구성요건을 조각하는가 아니면 위법성을 조각하는 사유인가 하는 점에서는 범죄론 체계 측면에서 차이가 있지만 ‘법익주체의 동의’ 라는 측면에서는 내용면에서 차이가 없다. 이와 같은 형식적 측면의 차이를 구별하기 위해서 내용은 같지만 표현을 달리 하여 구성요건 조각사유인 법익주체의 동의는 ‘양해’ 라 하고, 위법성 조각사유인 법익주체의 동의는 ‘승낙’ 이라고 한다.

저작권 침해 행위 또한 ‘저작권자의 의사에 반하여 저작물을 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여하거나 그에 대한 2차적 저작물 작성을 하는 것’ 으로서 저작권자의 동의가 있는 한도 내에서 이러한 저작권 이용 행위를 하는 것은 구성요건 자체가 성립하지 않는 경우에 해당한다고 보아야 한다. 저작권법 제136조 제1항의 범죄행위와 관련하여 저작권자의 허락은 구성요건 조각사유로서의 ‘양해’ 에 해당한다.

2. 저작재산권의 제한

저작권법은 제23조 이하에서 저작재산권의 제한 근거를 열거하고 있다. 저작자의 동의가 없는 상태에서 저작물을 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여하거나 그에 대한 2차적 저작물 작성을 하더라도 이들 저작재산권 제한 사유에 해당하면 저작권 침해 범죄가 성립하지 않게 된다. 이 경우에도 범죄론 체계와 관련해서 어떻게 이해하여야 하는지에 대하여 논란의 소지가 있다.

저작재산권이 제한되는 경우를 보면 대략 다음과 같다.

- ① 재판이나 수사를 위해서 필요한 한도 내에서 저작물을 복제하는 경우 (저작권법 제23조 제1호)
- ② 입법이나 행정 목적을 위한 내부 자료로 필요한 한도 내에서 저작물을 복제하

는 경우 (저작권법 제23조 제2호)

- ③ 공개적으로 행한 정치적 연설이나 법원 또는 국회에서 공개적으로 행한 진술을 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여하거나 그에 대한 2차적 저작물 작성을 하는 경우 (저작권법 제24조)
- ④ 국가나 지방자치단체가 업무상 작성하여 공표한 저작물을 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여하거나 그에 대한 2차적 저작물 작성을 하는 경우 (저작권법 제24조의2)
- ⑤ 고등학교 및 이에 준하는 학교 이하의 학교의 교육 목적상 필요한 교과용 도서에 공표된 저작물을 게재하는 경우 (저작권법 제25조 제1항)
- ⑥ 교육기관이 수업 목적으로 이용하기 위해서 공표된 저작물의 일부분을 복제·배포·공연·전시 또는 공중송신 하는 경우 (저작권법 제25조 제3항)
- ⑦ 방송·신문 그 밖의 방법에 의하여 시사보도를 하는 과정에서 보이거나 들리는 저작물을 보도를 위한 정당한 범위 안에서 복제·배포·공연 또는 공중송신 하는 경우 (저작권법 제26조)
- ⑧ 정치·경제·사회·문화·종교에 관하여 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조의 규정에 따른 신문 및 인터넷신문 또는 「뉴스통신진흥에 관한 법률」 제2조의 규정에 따른 뉴스통신에 게재된 시사적인 기사나 논설은 다른 언론기관이 복제·배포 또는 방송하는 경우 (저작권법 제27조)
- ⑨ 공표된 저작물을 보도·비평·교육·연구 등을 위하여 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용하는 경우 (저작권법 제28조)
- ⑩ 영리를 목적으로 하지 아니하는 공연·방송의 경우 (저작권법 제29조)
- ⑪ 공표된 저작물을 영리를 목적으로 하지 아니하고 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하기 위해서 이를 복제하는 경우 (저작권법 제30조)
- ⑫ 도서관등에서의 복제 등의 경우 (저작권법 제31조)
- ⑬ 학교의 입학시험이나 그 밖에 학식 및 기능에 관한 시험 또는 검정을 하기 위해서 필요한 정당한 범위 내에서 공표된 저작물을 복제·배포 또는 공중송신 하는 경우 (저작권법 제32조)
- ⑭ 공표된 저작물을 시각장애인 등을 위하여 점자로 복제·배포하는 경우 (저작권법 제33조)
- ⑮ 공표된 저작물을 청각장애인 등을 위하여 한국수어로 변환하거나, 이러한 한국수어를 복제·배포·공연 또는 공중송신 하는 경우 (저작권법 제33조의2)
- ⑯ 저작물을 방송할 권한을 가지는 방송사업자가 자신의 방송을 위하여 자체의

- 수단으로 저작물을 일시적으로 녹음하거나 녹화하는 경우 (저작권법 제34조)
- ⑰ 미술저작물등의 전시 또는 복제의 경우 (저작권법 제35조)
 - ⑱ 컴퓨터에서 저작물을 이용하면서 원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요하다고 인정되는 범위 안에서 그 저작물을 그 컴퓨터에 일시적으로 복제하는 경우 (저작권법 제35조의2)
 - ⑲ 사진촬영, 녹음 또는 녹화를 하는 과정에서 보이거나 들리는 저작물이 촬영 등의 주된 대상에 부수적으로 포함되었는데 그러한 촬영물 등을 그대로 복제·배포·공연·전시 또는 공중송신 하는 경우 (저작권법 제35조의3)
 - ⑳ 문화시설에 의한 복제 등의 경우 (저작권법 제35조의4)
 - ㉑ 기타 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우 (저작권법 제35조의5 제1항)

이들 사유 가운데 가장 핵심적인 내용은 저작권법 제35조의5 제1항에 있다. 줄여서 말하자면 정당한 사용은 처벌하지 않는다는 것이다. 그 앞에 있는 18개의 조항은 정당한 사용의 예시에 해당한다.²⁵⁾ 결국 저작권법 제35조의5만 있어도 되지만 그렇게 되면 판단기준의 추상성을 극복하기 어렵기 때문에 18개의 예시 규정을 둔 것이다. 입법기술상 제한적 일반화(ejusdem generis)에 해당한다.

18개 예시 규정의 내용을 보면 모두 행위의 속성 자체가 저작권 침해를 이유로 처벌하기 어려운 경우들이다. 형식적으로는 저작권 침해라는 요건을 충족하지만 실질적으로는 불법에 해당한다고 보기 어렵다. 위법성 조각사유의 독일어 원어 표현²⁶⁾을 직역하면 정당화 사유가 된다. 법령의 규정에 의하여 정당성을 인정함으로써 처벌대상에서 제외하는 것이기 때문에 형법 제20조(정당행위)에서 말하는 ‘법령에 의한 행위’로서 사회상규에 위배되지 아니하는 행위가 된다. 사회상규에 위배되지 아니하는 행위란 곧 위법성이 없는 행위를 의미한다. 저작권법 제23조부터 제35조의5까지의 규정은 위법성 조각사유로 보는 것이 타당하다.

25) 박성호, 앞의 책, 636면; 최승재, “저작권법 제28조의 해석방법과 저작권법 제35조의3과의 관계”, 『대한변협신문』, 2013. 4. 15., 13면 참조.

26) 위법성 조각사유의 독일어 표현은 Rechtfertigungsgrund 이다. 범죄구성3원론에 따라 범죄성립요건은 구성요건, 위법성, 책임 등 3단계로 구성된다. 이들의 독일어 표현은 각각 Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld 이다. 제2단계 범죄성립요건인 Rechtswidrigkeit의 번역을 위법성이라고 하는 것은 참으로 적절하다고 생각된다. 그런데 위법성이 없다고 보게 하는 사유를 직역하여 ‘정당화 사유’라고 하는 것보다는 ‘위법성 조각사유’라고 하는 것이 덜 혼란스럽기 때문에 위법성 조각사유라는 표현이 선택된 것으로 보인다. 또한 각 단계별로 구성요건 조각사유, 위법성 조각사유, 책임 조각사유 등의 표현을 사용하면 통일성도 기할 수 있다.

3. 고의의 인정

가. 저작권 침해 범죄의 법적 성격

범죄구성요건은 객관적 구성요건과 주관적 구성요건으로 구별이 된다. 형사처벌 규정에 객관적 구성요건 내용이 없는 경우는 없다. 반면 주관적 구성요건의 내용은 대부분의 처벌규정에 생략되어 있다. 처벌규정에 주관적 구성요건 내용이 포함되는 경우가 오히려 예외이다. 처벌규정에 객관적 구성요건 내용만 들어있으면 이는 이에 대한 고의가 인정될 때 처벌할 수 있음을 의미한다. 형법 제13조(범의) 본문이 “죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 벌하지 아니한다.”고 정하고 있기 때문이다.²⁷⁾

형법 총칙의 규정은 형법전 이외의 모든 형사처벌 규정에 두루 적용되기 때문에 저작권법상의 처벌규정에도 마찬가지로 형법 총칙 내용이 적용된다. 저작권법 제136조 제1항에는 주관적 구성요건에 관한 언급이 없기 때문에 당연히 저작권법 침해 행위는 법적 성격을 고의범으로 보아야 한다.

저작권 침해 범죄는 저작물을 저작권자의 동의 없이 함부로 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여하거나 그에 대한 2차적 저작물을 작성함으로써 성립한다. 따라서 고의범인 저작권 침해죄가 성립하려면 ① 저작물의 존재를 인식하고, ② 저작권자의 의사에 반한다는 점을 알면서도, ③ 그 저작물을 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여하거나 그에 대한 2차적 저작물을 작성하였어야 한다.

나. 고의 판단기준으로서의 실질적 유사성과 접근성

누군가 인터넷에 소설을 써서 올렸는데 다른 사람이 이미 웹 사이트에 게재한 소설과 전체적인 전개방식 및 주요 장면의 내용이 일치하고 거의 같은 내용의 대사가 여러 군데 발견된다면 저작권 침해가 의심될 것이다. 이 경우 행위자가 표절 사실을 인정하면 일이 쉬워지지만 보통은 발뺌을 할 것이고 그렇게 되면 고의 인정 여부를 객관적으로 판단하는 수밖에 없게 된다.²⁸⁾

27) 고의란 ‘범죄구성요건 실현에 대한 인식과 의도’를 말한다. 따라서 사실에 대한 인식만 필요한 것이 아니라 사실의 구현에 대한 의지도 필요하다. 그러한 측면에서 형법 제13조 규정은 살짝 문제의 소지가 있다. 그럼에도 불구하고 고의가 인정되기 위해서는 사실에 대한 인식 뿐 아니라 구성요건 실현에 대한 의지도 필요하다는 데 대하여 아무도 달리 이야기 하고 있지 않다.

28) “고의가 주관적 구성요건에 속하지만 마음을 직접 관찰하는 것이 불가능하므로, 고의 여부를 판단할 때 어떠한 심리상태가 어떠한 외적 행동으로 표출되는가에 관한 경험적 지식을 근거로 마음의 상태를 추정하는 수밖에 없다.” [정혜욱, “고의 인정 여부에 대한 법적·심리학적 판단기준”]

우연히 똑같은 표현을 딱 한 문장 정도 쓸 수는 있지만 두 문장 이상이 똑같은 표현으로 똑같은 순서에 따라 전개되는 것은 불가능한 일이다. 따라서 제목만 다르고 내용은 토씨 하나 틀리지 않고 전부 일치한다면 당사자가 아무리 우연의 일치라고 주장하더라도 표절이라는 결론을 내리지 않을 수 없을 것이다. 판례는 저작권 침해로 볼 수 있는가에 대한 객관적 판단기준으로 ‘실질적 유사성’이라는 개념을 사용하고 있다.²⁹⁾

실질적 유사성을 판단기준으로 하게 되면 구체적인 표현이 모두 일치하지 않더라도 전체적인 맥락에서 상식적으로 같은 내용이라고 볼 수 있을 정도이면 저작권 침해를 인정하게 된다.³⁰⁾ 그런데 혹시 다른 사람의 저작물을 보지 않고도 실질적 유사성을 가진 작품을 만들어 낼 수도 있지 않겠는가 하는 걱정 때문에 침해 대상 저작물의 내용에 행위자가 ‘접근’(access)할 수 있는 가능성이 열려 있었는가를 동시에 감안하고 있다.

저작물이 창작성을 가진 존재라고 하더라도 완벽하게 새로운 작품이 만들어지는 것이 아니라 사용되는 언어, 공통의 문화적 배경, 사상적 배경의 동일성 등에 의해서 어느 정도 실질적 유사성이 있기 때문에 행위자가 침해 대상 저작물을 접하고 그것을 기반으로 작품을 만든 경우이어야 저작권 침해로 볼 수 있는 것이다. 이렇게 이미 창작이 이루어진 저작물을 접할 수 있어야 그에 의거하여 작품을 만들었다고 볼 수 있다는 측면에서 ‘의거관계’라는 표현을 사용하기도 한다.³¹⁾

과거 출판물 형태의 저작물이 종이에 인쇄하는 방식으로 제작되어 배포되기만 하던 시절에는 접근 가능성에 대한 판단이 애매할 수도 있었을 것이다. 하지만 인터넷의 사용이 일상화 되면서 전통적 방식으로 제작된 책도 인터넷을 통해서 유통이 되고 많은 콘텐츠가 파일 형태로 제공이 되고 있는 상황에서는 접근성을 인정할 수 없는 경우가 오히려 더 예외적일 것이라고 생각된다.³²⁾

「문화·미디어·엔터테인먼트법」(문화·미디어·엔터테인먼트법연구소, 제14권 제1호 (2020), 95면].

29) 대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결; 대법원 2014. 9. 25. 선고 2014다37491 판결; 대법원 2015. 3. 12. 선고 2013다14378 판결; 대법원 2017. 11. 9. 선고 2014다49180 판결; 대법원 2018. 5. 15. 선고 2016다227625 판결; 대법원 2019. 6. 27. 선고 2017다212095 판결; 대법원 2019. 12. 27. 선고 2016다208600 판결; 대법원 2020. 4. 29. 선고 2019도9601 판결.

30) 박흥진, 「저작권침해해의 구제에 관한 연구」, 법학연구, (한국법학회), 제19권 (2005), 412면.

31) “연해주 이민 한인들의 애환과 생활상을 그린 소설 '텐산산맥'과 드라마 '까레이스키' 사이에 '까레이스키'의 제작시점에 그 연출가가 '텐산산맥'의 존재를 이미 알고 있어서 저작권 침해의 의거관계는 추정되나 '까레이스키'는 '텐산산맥'과 완전히 그 예술성과 창작성을 달리하는 별개의 작품으로 실질적 유사성은 인정되지 않는다.”(대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결)

32) 박흥진, 앞의 논문, 413면.

다. 고의의 존재 형태

고의가 확정적이어야만 하는 것은 아니므로 미필적 형태의 고의만 있었던 경우에도 저작권 침해범의 성립이 인정된다. 확실하지는 않지만 저작권을 침해하는 결과를 야기할 가능성이 있다는 점을 인식하면서 에라 모르겠다 하는 생각으로 작품을 만든 경우에도 범죄가 성립하는 것이다.

언젠가 침해 대상 저작물의 콘텐츠에 접근한 적이 있는데 나중에 그 저작물을 직접 보면서 작품을 만든 것은 아니지만 그 콘텐츠의 잔영이 작동하여 무의식적으로 저작권을 침해하게 된 경우에도 저작권 침해죄의 성립을 인정하여야 한다.³³⁾ 구성요건 단계에서의 고의는 자신이 하고 있는 일에 대한 인식만 있으면 그 존재가 인정된다. 술에 심하게 취해서 사물을 제대로 분간하지도 못하고 나중에 기억이 나지 않더라도 고의를 인정하는 데에는 문제가 되지 않는다.

무의식적이라고는 하지만 자신이 작품을 만들고 있다는 데 대한 인식은 분명하게 가지고 있다. 그리고 그 작품 활동의 기반이 되는 콘텐츠는 언젠가 자신이 접했던 것이라는 점을 알고 있다. 그러한 점을 골똘히 생각하지 않았을 뿐 그러한 점을 모르고 있었다고 하기는 곤란하다. 나아가 그것이 저작권 침해에 해당한다는 법적 평가를 알고 있을 필요는 없다. 행위의 불법성에 대한 인식은 고의의 내용이 아니기 때문이다.

무의식적으로 베꼈다고 하는 것은 바로 이 부분 저작권 침해에 해당하여 불법이라는 점에 대한 인식이 없었던 경우로 해석하는 것이 타당하다고 생각한다. 무의식적으로 베꼈다고 함은 베끼는 행위에 대한 인식이 없었던 경우가 아니라 법질서 위반 여부에 대하여 아무 생각도 없었다는 점에서 무의식이라고 할 수 있다. 무의식이라기보다는 개념이 없는 경우에 가깝다.

자신의 행위가 저작권 침해에 해당하고 그렇기 때문에 금지되어 있다는 데 대한 인식은 이른바 ‘위법성 인식’으로서 책임의 구성요소이다. 자신의 법적으로 금지된 행위라는 점을 인식하지 못하였다면 형법 제16조에서 말하는 금지착오에 해당한다. 금지착오에 의한 행위는 그 착오가 정당성이 인정되는 경우에 한하여 처벌대상에서 제외된다. 착오의 정당성은 착오가 회피 불가능하였을 경우에 인정된다. 회피 가능성 여부는 ① 의심의 여지가 있었는가, 그리고 ② 조회의무를 철저히 이행하였는가 하는 점을 기준으로 판단한다.

이미 존재하는 저작물의 콘텐츠를 바탕으로 작품을 만들 때는 그것이 저작권 침해에 해당할 것인가에 대하여 의심하여야 할 여지가 충분하다. 저작권에 관한 홍보

33) 위의 논문, 414면.

는 이미 상당한 수준으로 잘 되어 있기 때문이다. 이렇게 규범적 관점에서 의심의 여지가 있는 경우로 인정될 때에는 조회의무를 철저히 이행하였는가에 따라 회피 가능성 여부가 판단된다. 무의식적으로 다른 사람의 저작물을 베끼는 사람은 조회의무를 전혀 이행하지 않기 마련이므로 회피가능성은 명백하게 인정된다. 따라서 착오의 정당성이 인정되기 어렵다.

II. 공범으로서의 온라인서비스제공자 (OSP)

저작권 침해 행위가 범죄에 해당하는 경우에 그러한 범죄행위가 행위자가 단독으로 저질러졌는가 아니면 여러 사람이 공동으로 저질렀는가 하는 측면에서 범죄참가 형태가 문제가 될 수 있다. 저작권법 제136조 제1항에서 정하는 행위 유형은 기본적으로 행위자가 직접 그리고 단독으로 하는 것을 전제로 하는 내용들이다.

예를 들어 저작자의 허락을 받지 아니한 상태에서 저작물을 복제하였는데, 그러한 복제의 대상이 된 저작물의 위치를 알려주어 이를 가능하게 해 준 사람이 별도로 존재할 수 있다. 이 경우 직접 복제를 한 사람은 저작권 침해의 직접정범이 되고, 위치를 알려주어 비로소 저작권 침해 행위가 가능해지도록 도와준 사람은 방조범이 될 것이다.

앞에서 언급한 것처럼 형법 제1조부터 제86조까지의 총칙 규정은 형법 제8조(총칙의 적용)에 따라 형법³⁴⁾ 이외의 ‘타법령에 정한 죄에’ 대해서도 적용된다. 형사처벌 규정은 좁은 의미의 형법 외에도 수많은 법률에 포함되어 있다. 저작권법에도 형사처벌 규정이 다수 포함되어 있는데 이는 저작권법상의 범익 보호의 실효성을 갖추기 위한 목적을 가지고 있다. 넓은 의미의 형법인 저작권법상의 형사처벌 규정에도 형법의 총칙 규정이 적용된다.

형법은 제30조부터 제34조 사이에 공동정범, 간접정범, 교사범, 중범 등 4개 유형의 공범에 관한 규정을 두고 있다. 이들 네 가지 공범 가운데 공동정범과 간접정범은 정범이고 교사범과 중범은 좁은 의미의 공범이다. 직접정범은 넓은 의미의 공범에 속하지 않고 범죄참가형태 측면에서 문제가 되지 않기 때문에 형법의 공범 규정에서 규율하지 않고 있다.

저작권법 측면에서 공범과 관련하여 주로 문제가 되는 것은 저작권 침해 행위가 가능해지도록 저작권 침해의 장을 열어 준 온라인서비스제공자(Online Service

34) 여기서 말하는 ‘형법’은 좁은 의미의 형법을 말한다. 좀 더 정확하게 표현하자면 1953년 9월 18일에 법률 제293호로 제정되고 최근에 법률 제15982호로 2018년 12월 18일에 일부 개정된 「형법」을 말한다.

Provider / OSP)의 중범 성립 여부이다. 저작권법 제2조 제30호에 따르면 온라인서비스제공자란 다음과 같은 업무를 수행하는 자를 말한다.

- ① ‘이용자가 선택한 저작물 등을 그 내용의 수정 없이 이용자가 지정한 지점 사이에서 정보통신망³⁵⁾을 통하여 전달하기 위하여 송신하거나 경로를 지정하거나 연결을 제공하는 업무’ (저작권법 제2조 제30호 가목)
- ② ‘이용자들이 정보통신망에 접속하거나 정보통신망을 통하여 저작물 등을 복제·전송할 수 있도록 서비스를 제공하거나 그를 위한 설비를 제공 또는 운영하는 업무’ (저작권법 제2조 제30호 나목)

온라인서비스제공자와 비슷한 개념으로는 정보통신망법 제2조 제1항 제3호가 정하고 있는 ‘정보통신서비스 제공자’가 있다. 이에 따르면 “정보통신서비스 제공자란 「전기통신사업법」 제2조 제8호에 따른 전기통신사업자와 영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자를 말한다.” 「전기통신사업법」 제2조 제8호에서 정하는 전기통신사업자로는 기간통신사업자(같은 법 제6조 이하), 별정통신사업자(같은 법 제21조 이하) 및 부가통신사업자(같은 법 제22조 이하)가 있다. 기간통신사업자는 통신망을 보유하고 있는 SKT, KT, LGU 등 이른바 3대 통신사업자를 말한다.

저작권법에서 말하는 온라인서비스제공자와 정보통신망법에서 말하는 정보통신서비스 제공자의 개념이 서로 명확하게 구별되는 것은 아니다. 대략 정보통신망법에서 말하는 정보통신서비스 제공자의 개념 범위가 저작권법에서 말하는 온라인서비스제공자의 그것보다 넓은 것으로 판단된다. 기간통신사업자까지 포함하고 있기 때문이다. 기간통신사업자는 인터넷을 이용한 정보의 교환이 원활하게 이루어지도록 통신망을 관리하는 업무를 수행하고 있어서 통신망을 통해서 소통되는 정보의 내용에 대해서는 전혀 관여를 하지 않고 있다. 이처럼 어떠한 정보가 전달되는가에 대하여 아무런 영향도 미치지 아니하는 기간통신사업자에게 저작권 침해와 관련하여 책임을 묻기는 힘들 것으로 생각된다.³⁶⁾

저작권 침해와 관련하여 형사책임이 문제될 수 있는 경우는 네이버나 카카오와 같은 포털 사이트와 위디스크와 같은 웹하드라고 할 수 있다. 포털과 웹하드 사업자는 이용자들이 정보통신망을 이용해서 서로 자료를 교환할 수 있도록 장을 열어 주고 있다. 이들 서비스를 이용해서 교환되는 정보가 저작권을 침해할 가능성은 항

35) “「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조 제1항 제1호의 정보통신망을 말한다.”

36) 같은 취지: 최호진, “저작권침해물 유통방지에 있어 OSP의 형사책임에 대한 형법이론적 구성”, 「비교형사법연구」, (한국비교형사법학회), 제15권 제2호 (2013), 101면 이하.

상 열려 있다. 그러한 점을 온라인서비스사업자도 잘 알고 있다.

‘저작권자의 의사에 반하여 저작물을 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여하거나 그에 대한 2차적 저작물 작성을 하는’ 과정에서 온라인서비스사업자가 이러한 저작권 침해 실행행위를 분담한다고 보기는 어렵다. 실행행위의 분담이 없게 되면 기능적 행위지배를 인정할 수 없으므로 공동정범이라고 할 수 없다. 판례가 부작위에 의한 기능적 행위지배도 인정하기는 하지만,³⁷⁾ 부작위 형태의 기능적 행위지배가 인정되기 위해서는 그 행위자가 범행의 전체 계획 실현 과정에서 주도적인 위치를 가지고 있어야 한다. 하지만 온라인서비스사업자는 단순히 정보소통의 장을 열어 준 것 뿐이므로 구체적인 저작권 침해 행위와 관련하여 주도적 위치에 있다고 보기 어렵다.

온라인서비스사업자의 형사책임은 공동정범보다는 방조범 형태로 성립이 가능하다. 방조란 ‘타인의 범죄를 촉진하는 것’을 말한다.³⁸⁾ 그리고 촉진이란 ① 타인의 범죄의 실행을 가능하게 만들어 주거나 ② 타인의 범죄로 인한 범익침해를 강화해 주거나 ③ 타인의 범죄의 실행을 쉽게 해 주는 것을 말한다. 저작권 침해는 포털 사이트나 웹하드 서비스가 존재함으로써 인해서 그렇지 않은 경우에 비해 아주 손쉽게 그 실행행위를 할 수 있게 되며, 인터넷의 폭발적인 전파력으로 인해서 범익침해를 아주 효과적으로 강화해준다. 따라서 저작권 침해의 장을 마련하여 손쉽게 범죄를 저지르고 또 범익침해가 강해지도록 도와준다는 측면에서 온라인서비스사업자의 행위는 방조에 해당할 수 있다.

온라인서비스사업자의 서비스 제공행위가 저작권 침해 범죄의 방조에 해당한다고 한다면 그러한 방조행위가 작위에 의한 것인가 아니면 부작위에 의한 것인가에 대한 판단이 먼저 필요하다. 작위인가 부작위인가에 따라 범죄 성립요건이 달라지기 때문이다. 온라인서비스사업자의 행위는 정보소통이 쉽게 이루어질 수 있도록 서비스를 제공한다는 측면에서는 작위이다. 또 한편으로는 자신이 관리·지배하는 영역 내에서 자신이 제공하는 서비스를 이용해서 범죄행위가 벌어지지 않도록 방지하여야 할 의무가 있다면 그러한 의무를 이행하지 않는 것이라는 측면에서는 부작위이다. 작위와 부작위의 두 가지 측면이 다 있을 경우에 작위와 부작위 가운데 어느 쪽을 우선적으로 검토하여야 하는가에 대하여 견해 대립이 있다.

- ① 작위 우선 검토설 : 작위에 대한 부작위의 보충성 때문에 작위행위를 우선적으로 검토해야 한다는 견해이다.

37) 김성천, 앞의 책, 391면 이하.

38) 위의 책, 424면.

- ② 부작위 우선 검토설 : 부작위범의 성립요건이 더 까다로우므로 부작위를 먼저 검토함으로써 처벌여부를 결정함에 신중을 기하여야 한다는 견해이다.
- ③ 비난중점설 : 법적 비난의 중점이 작위와 부작위 중 어디에 놓여야 하는가를 판단하여 그에 따라 작위 또는 부작위를 법적 평가의 대상으로 삼아야 한다는 견해이다.

형법적 판단은 특정 행위가 비난 받아 마땅한가에 대한 검토를 주된 내용으로 한다. 그렇기 때문에 형법적 평가의 중점은 비난의 중점에 위치하여야 할 필요가 있다. 작위와 부작위 가운데 어느 한 쪽을 일률적으로 비난의 중점으로 파악할 수는 없는 것이므로 구체적인 사안에 따라 작위와 부작위 가운데 어디에 중점을 둘 것인가를 결정하는 것이 마땅하다. 비난중점설이 타당하다.

온라인서비스사업자의 서비스 제공은 원활한 정보소통을 목적으로 한다. 결코 불법정보의 유통을 위해서 서비스를 제공하는 것이 아니다. 건전한 정보통신망 환경을 조성하고자 하는데 이용자들 가운데 정보통신망을 이용하여 저작권 침해를 하는 사람이 존재하는 것일 뿐이다. 온라인서비스사업자의 책임은 건전한 정보의 소통이 가능한 한 원활하게 이루어지도록 환경을 조성하되 불법정보는 유통되지 못하도록 가능한 모든 조치를 취하는 것이라고 할 수 있다. 이렇게 보면 온라인서비스사업자가 형사책임을 진다고 할 때 그것은 불법정보를 제대로 차단하지 못했다는 데 대한 비난이 중심을 이루게 된다. 온라인서비스사업자와 관련한 방조책임은 부작위에 의한 것으로 보는 것이 타당하다.

부작위에 의한 방조가 인정되려면 작위의무가 있어야 한다. 작위의무는 보증인적 지위가 있을 때 인정된다. 보증인적 지위의 발생 근거와 관련해서는 ① 형식설, ② 실질설, ③ 결합설 등의 견해 대립이 있다. 작위의무가 인정된다는 것은 형사처벌이 이루어진다는 결론으로 향하는 출발점이 된다. 범죄성립요건의 출발점이므로 가능하면 정형적 해석이 요구된다. 따라서 법령, 계약, 선행행위, 생활영역 등 작위 의무 발생의 근거가 있을 때 보증인적 지위를 인정하되, 작위의무 이행 여부를 판단하는 기준이 필요하므로 그 의무의 실질적 내용을 찾아야 한다는 두 가지 측면을 모두 포괄하여야 하는바, 결합설이 타당하다.³⁹⁾

온라인서비스사업자가 이행하여야 할 작위의무의 내용은 저작권법 제102조부터 제104조 사이에 자세히 규정되어 있다. 이들 조항은 온라인서비스사업자가 자신의 지배영역 내에서 이루어진 저작권 침해 결과에 대하여 책임을 지지 않기 위한 요건이라는 형태로 구성되어 있다. 이들 요건을 준수하면 형사처벌이 되지 않는다는 것

39) 위의 책, 163면.

은 이 요건들이 온라인서비스사업자가 이행하여야 할 작위의무라는 말이 된다. 작위의무의 내용을 간추려서 정리해 보자면 다음과 같다.

- ① 어떠한 정보가 누구로부터 누구에게로 언제 보낼 것인가에 대한 결정에 개입하지 말 것 (사이트 내의 콘텐츠 구성에 대하여 관여하지 말 것) (저작권법 제102조)
- ② 반복적으로 저작권을 침해하는 이용자가 발견되면 이용을 정지시킬 것 (저작권법 제102조 제1항 제1호 다목)
- ③ 저작권 침해가 불가능해지도록 차단하기 위한 기술적 조치를 그대로 둘 것 (저작권법 제102조 제1항 제1호 라목)
- ④ 권리주장자의 요구가 있으면 저작물의 소통을 차단할 것 (저작권법 제103조)

저작권 침해가 이루어지는가를 일일이 점검하여야 할 모니터링 의무는 인정되지 않는다(저작권법 제102조 제3항). 포털이나 웹하드를 이용해서 소통이 되는 정보의 양이 너무 많기 때문에 이를 모두 들여다보는 것은 불가능한 일이다. 그러한 작위의무는 이행할 수 없기 때문에 그러한 작위의무 자체를 인정하는 것은 무의미한 일이다. 어차피 작위의무 이행가능성이 없어서 부작위범의 성립을 인정할 수 없기 때문이다.

생각해볼 만한 것은 저작권 침해 차단을 위해서 특정 정보에 접근할 수 없도록 하기 위한 기술적 조치를 취할 것을 의무화하는 것이다. 최근 N번방 사건으로 인하여 불법촬영물을 차단하기 위해서 전기통신사업법이 사업자의 유통방지 책임을 규정하는 조항을 신설한 바 있다.⁴⁰⁾ 2020년 6월 9일에 신설되고 2020년 12월 10일부터 시행되는 조항인데 ‘유통방지에 필요한 조치’ 가운데 한 가지가 ‘신고된 정보를 바탕으로 해당 정보가 침해 정보임을 식별하고 이용자의 검색 결과를 제한하는 조치’ 이다.

40) 제22조의5(부가통신사업자의 불법촬영물 등 유통방지) ① 제22조제1항에 따라 부가통신사업을 신고한 자(제22조제4항 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 포함한다) 및 특수유형부가통신사업자 중 제22조제14호가목에 해당하는 자(이하 "조치의무사업자"라 한다)는 자신이 운영·관리하는 정보통신망을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 다음 각 호의 정보(이하 "불법촬영물등"이라 한다)가 유통되는 사정을 신고, 삭제요청 또는 대통령령으로 정하는 기관·단체의 요청 등을 통하여 인식한 경우에는 지체 없이 해당 정보의 삭제·접속차단 등 유통방지에 필요한 조치를 취하여야 한다.

1. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제14조에 따른 촬영물 또는 복제물(복제물의 복제물을 포함한다)
2. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제14조의2에 따른 편집물·합성물·가공물 또는 복제물(복제물의 복제물을 포함한다)
3. 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제22조제5호에 따른 아동·청소년성착취물

불법촬영물을 복제하기 위해서는 그에 해당하는 파일을 포털이나 웹하드를 검색해서 찾아내야 하는데, 불법촬영물로 신고 된 정보를 찾을 수 있는 검색 결과가 나오지 못하도록 기술적 조치를 하여야 한다는 것이다. 저작권 침해에 대해서도 같은 방식의 조치가 가능할 것으로 생각된다. 저작권 침해가 포털 사이트에서보다 더 빈번하게 일어나고 있는 웹하드의 경우에는 이미 이러한 검색 결과 제한을 위한 기술적 조치가 취해지고 있다.

저작권법 제102조부터 제104조까지의 규정을 보면 온라인서비스제공자의 작위의무를 실질적으로 이행 가능한 수준으로 제한하고 있다는 점을 잘 알 수 있다. 예를 들어 저작권을 침해하는 게시물이 올라와 있다고 누군가 주장을 하게 되면, 온라인서비스제공자는 제103조 제2항에 따라 즉시 그 저작물의 복제·전송을 중단시켜야 한다. 경우에 따라 실제로 저작권 침해인가 아닌가 판단이 힘들 수도 있는데 온라인서비스제공자는 그에 대한 판단을 할 필요가 없다. 복제·전송의 중단을 요구할 때 권리주장자가 권리가 침해되었다는 사실을 소명하여야 하지만 그 소명의 타당성 여부에 대한 실질적 심사를 하여야 할 의무를 온라인서비스제공자에게 부과할 수는 없다. 능력 밖의 일이기 때문이다. 따라서 온라인서비스제공자는 신고가 들어오면 즉시 차단하면 된다.

이러한 조치에 대하여 복제·전송을 하고자 하는 사람이 그에 대하여 정당한 권리가 있음을 소명하면 복제·전송을 재개하면 된다. 재개를 막으려면 권리주장자가 저작권 침해행위에 대한 소를 제기하고 그 사실을 온라인서비스제공자에게 통보하여야 한다. 온라인서비스제공자는 실질적 판단을 할 필요 없이 형식적 요건이 충족되면 그에 따른 조치를 이행하기만 하면 작위의무의 이행이 인정된다. 온라인서비스제공자의 작위의무 이행 가능성 측면을 생각해 볼 때 타당한 입법이라고 생각된다.

제4절 인터넷을 이용한 저작권 침해 행위에 대한 국내 형법 적용

I. 저작권 침해 행위에 대한 국내 형법 적용의 준거

현재 형벌고권은 국가 단위로 형성되어 있다. 국제적 형벌고권의 형성을 통해서 국제질서의 공정한 유지가 논의되고 있기는 하지만 아직 갈 길이 멀다. 이에 따라 저작권 침해 행위에 대해서도 각 국가가 자국의 형법을 적용하여 처벌하는 것 외에는 형사법적 측면에서 할 수 있는 일이 없다.

우리나라 형법이 적용되기 위해서는 형법 제2조부터 제7조까지의 조항 가운데 어느 하나에라도 해당하여야 한다. 이를 국내 형법 적용의 준거라고 하는데 제2조부터 제7조까지를 비롯한 적용 준거를 이론적으로 분류하면 속지주의, 속인주의, 보호주의 그리고 세계주의 등 네 가지가 된다. 이 가운데 세계주의 원칙은 제2조부터 제7조 사이에 규정되어 있지 않다. 대신 「국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률」⁴¹⁾에 의해서 2007년에 도입되었다. 이후 2013년에 약취·유인·인신매매 범죄에 대해서 형법 각칙 제296조의2에 세계주의를 적용하는 조항이 신설되어 외국인의 국외범에 대해서도 국내 형법이 적용된다.

II. 속지주의

형법 제2조의 규정에 따라 행위지가 대한민국일 경우 저작권 침해 범죄에 대해서 국내 형법을 적용할 수 있다. 저작권 침해의 행위내용이 ‘저작권자의 의사에 반하여 저작물을 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여하거나 그에 대한 2차적 저작물 작성을 하는 것’ 이므로 그러한 행위가 부분적으로라도 대한민국 영역 내에서 저질러졌다면 국내 형법으로 처단할 수 있다. 서버가 해외에 위치해 있더라도 복제 등의 행위가 국내에 위치한 컴퓨터를 이용해서 이루어졌다면 행위지는 대한민국이다.

헌법 제3조가 대한민국의 영토를 한반도와 그 부속 도서로 정하고 있으므로, 북한도 법적으로는 대한민국 영토라고 보아야 한다. 북한에서 이루어지고 있는 저작권 침해 행위에 대해서도 국내 형법이 적용되어야 하는데 다만 사실상 국내 형법의 효력이 미치지 못하고 있는 것일 뿐이다. 만약 통일이 이루어진다면 통일 이전의 저작권 침해 범죄행위에 대해서도 처리를 하여야 할 것이다.

III. 속인주의

형법 제3조에 따라 저작권 침해 범죄를 저지른 행위자가 행위시를 기준으로 대한민국 국적을 가지고 있으면 국내 형법이 적용된다. 식민지배에서 해방이 되기 전에 조선 사람의 후손 이었던 사람은 국적법에 따라 대한민국 국적자로 보아야 하므로,⁴²⁾ 북한 주민 대부분은 법적으로 대한민국 국적자이고 국내 형법의 적용대상이다. 속지주의의 경우와 마찬가지로 단지 사실상 대한민국의 형법이 효력을 미치지 못하고 있을 뿐이다.

41) 제정 2007. 12. 21. 법률 제8719호, 최근 개정 2011. 4. 12. 법률 제10577호.

42) 대법원 1996. 11. 12. 선고 96누1221 판결.

속인주의의 적용은 행위지와는 무관하므로 인터넷 서버가 외국에 위치하고 있고 복제도 외국에서 일어났다고 하더라도 행위자가 내국인이면 국내 형법이 적용된다. 다만 행위자가 계속 국외에 머무르고 있으면 사실상 처벌이 힘들어질 뿐이다. 내국인이 외국에서 저작권 침해 행위로 해당 국가의 법률에 따라 형사처벌을 받은 뒤에 귀국하였다면 형법 제7조에 따라 대한민국 법원은 그 부분을 우리나라에서 선고하는 형에 산입하여야 한다.

IV. 보호주의

보호주의 원칙은 형법 제5조와 제6조에 규정되어 있다. 제5조는 내란의 죄, 외환의 죄, 국기에 관한 죄, 통화에 관한 죄 등 모두 7개 유형의 범죄에 대해서 외국인의 국외범에 대해서도 국내 형법을 적용하도록 규정하고 있다. 이들 7개 유형에 저작권 침해 범죄는 포함되어 있지 않다.

형법 제6조는 대한민국 영역 외에서 대한민국 또는 대한민국 국민에 대하여 저질러진 범죄에 대하여 국내 형법을 적용하도록 하고 있다. 여기서 대한민국 또는 대한민국 국민에 대한 범죄란 국가적 법익 침해 범죄와 개인적 법익 침해 범죄를 각각 의미한다. 저작권법이 보호하는 법익은 일단 ‘저작자로서의 권리’이다(저작권법 제1조). 저작권 침해에 대해서는 손해배상이 가능하고 저작재산권이라는 표현도 사용하는 것으로 보아 저작권은 개인적 법익으로 보는 것이 마땅하다.

그러므로 저작권자가 대한민국 국민이면 그 권리를 침해하는 행위에 대하여 외국인의 국외범에 대해서도 국내 형법을 적용할 수 있다. 다만 실제로 처벌이 이루어지려면 해당 외국인인 행위자가 국내에 입국하여야 할 것이다.

제2장 국제 수사공조 사례 분석

제1절 개관

형사소송법 제307조(증거재판주의)에 따라 “사실의 인정은 증거에 의하여야 한다.” 저작권 침해 행위가 범죄성립요건을 충족하여 처벌대상이 되기 위해서는 일단 사실관계가 증거에 의해서 확정되어야 하는 것이다. 사실관계 확정을 위한 증거의 힘은 증거능력과 증명력이 갖추어졌을 때 확보된다.

인터넷을 이용한 저작권 침해와 관련하여 해결하기 어려운 문제 가운데 하나가 해외에 위치한 서버 속의 증거를 확보하는 것이다. 특수매체 기록인 서버에서 증거를 수집하기 위해서는 압수·수색을 하여야 하는데, 이러한 강제수사는 법원이 발부하는 영장을 필요로 한다. 그런데 우리나라 법원이 발부하는 압수·수색 영장은 국내에서만 효력을 발휘한다.

이렇게 곤란한 문제들을 해결하고자 제정된 입법이 「국제형사사범 공조법」⁴³⁾과 「범죄인 인도법」⁴⁴⁾이다. 「국제형사사범 공조법」은 ‘형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 외국의 요청에 따라 실시하는 공조 및 외국에 대하여 요청하는 공조의 범위와 절차 등을 정함으로써 범죄를 진압하고 예방하는 데에 국제적인 협력을 증진하는 것을 목적으로 한다(같은 법 제1조).’ 같은 법 제2조에서는 공조, 공조조약, 요청국, 공조범죄에 대하여 정의하고, 제4조에서는 공조조약이 체결되어 있지 아니한 경우에도 동일하거나 유사한 사항에 관하여 대한민국의 공조요청에 따른다는 요청국의 보증이 있는 경우에는 이 법을 적용하도록 규정하여 상호주의를 명시하고 있다. 제5조에서는 공조의 범위를 정하고 있는데 다음과 같다.

- ① “사람 또는 물건의 소재에 대한 수사” (제1호)
- ② “서류·기록의 제공” (제2호)
- ③ “서류 등의 송달” (제3호)
- ④ “증거 수집, 압수·수색 또는 검증” (제4호)

43) 제정 1991. 3. 8. 법률 제4343호, 최근 개정 2017. 7. 26. 법률 제14839호. 1992년 8월 25일에 호주와 형사사범공조조약을 체결한 이후 2018년 12월 31일 현재 모두 75개국과의 사이에 형사사범공조조약이 발효되어 있다 (법무연수원, 범죄백서, 2019, 224면).

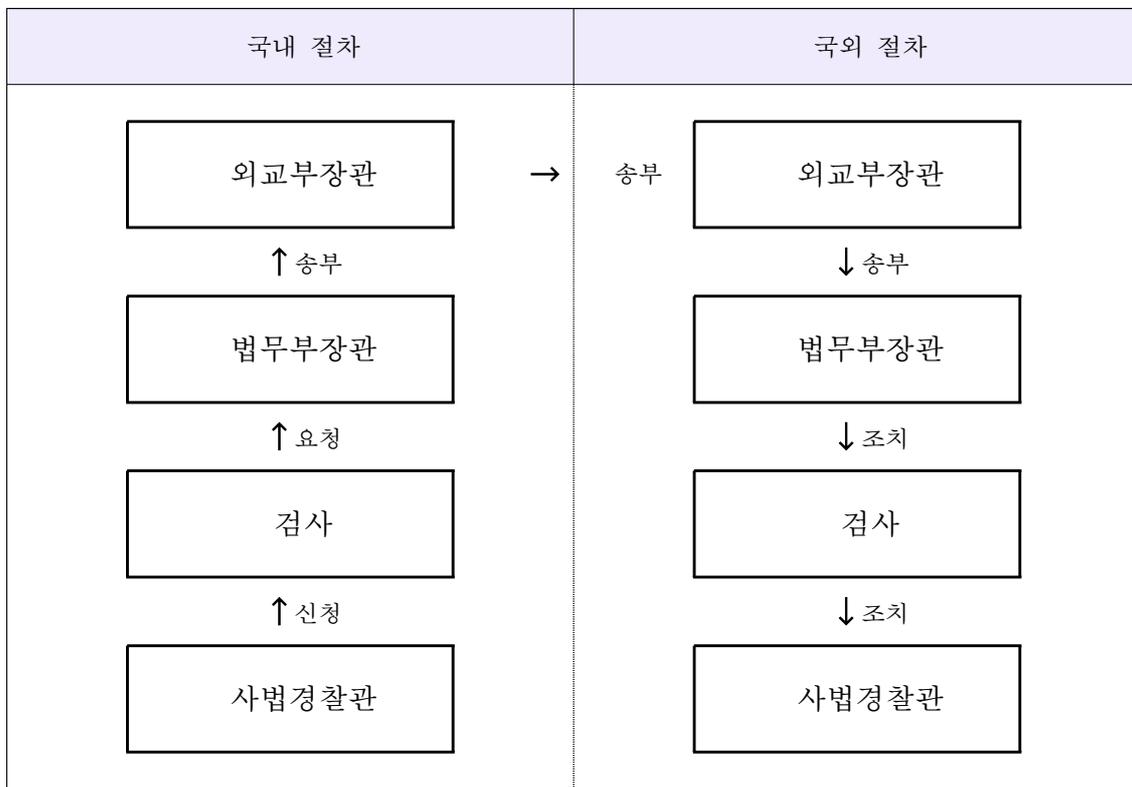
44) 제정 1988. 8. 5. 법률 제4015호, 최근 개정 2016. 1. 6. 법률 제13722호. 1990년 9월 5일에 호주와 범죄인인도조약을 체결한 이후 2018년 12월 31일 현재 모두 79개국과의 사이에 범죄인인도조약이 발효되어 있다 (법무연수원, 범죄백서, 2019, 223면).

⑤ “증거물 등 물건의 인도” (제5호)

⑥ “진술 취취, 그 밖에 요청국에서 증언하게 하거나 수사에 협조하게 하는 조치” (제6호)

대한민국 법원이 발부하는 영장의 효력이 미치지 않는 외국에 위치하고 있는 증거를 압수·수색하기 위해서는 해당국가의 협조가 필요하고, 이러한 협조는 상호주의 원칙 아래 체결되는 국가 간 형사사법공조에 관한 조약에 의거하여 이루어진다.⁴⁵⁾ 「국제형사사법 공조법」 제31조에 따른 국제형사사법 공조 절차를 표로 정리하면 다음과 같다.

<표 2-2> 국제형사사법 공조 절차



국제형사사법 공조에 관한 조약이 체결되어 있는 외국에서 공조 요청이 송부되는 경우는 이 절차가 정반대의 순서로 진행이 된다. 국제형사사법 공조가 이루어지기

45) 상호주의에 따라 국가 간 형사사법공조에 관한 조약은 다자간 조약이 아니라 양자간 조약의 형태로 체결이 되고 있다. 예를 들면 「대한민국과 아랍에미리트연합국 간의 형사 사법공조 조약」(TREATY BETWEEN THE REPUBLIC OF KOREA AND THE STATE OF THE UNITED ARAB EMIRATES ON MUTUAL LEGAL ASSISTANCE IN CRIMINAL MATTERS) [발효일 2017. 5. 17] [아랍에미리트, 제2349호, 2017. 4. 26, 제정] 와 같은 형식이다. 미국과는 1997년에 조약이 체결되었다 (조약번호 제1403호).

위해서는 이처럼 8단계의 조치가 이루어져야 한다.

국제형사사법 공조의 일환이라고 할 수 있는 범죄인인도란 ‘타국에서 범죄를 범하여 수사 중에 있거나 소추되거나 또는 유죄판결을 선고받은 범죄인에 대하여 범죄인이 현재하고 있는 국가가 상대국의 청구에 따라 그 범죄인의 신병을 구금하여 상대국에 인도하는 것’을 말한다. 「범죄인 인도법」 제3조는 범죄인 인도사건의 전속관할을 서울고등법원과 서울고등검찰청으로 규정하고 있다. 같은 법 제3조의2는 범죄인 인도에 관하여 인도조약에 다른 규정이 있는 경우에는 그 규정에 따르도록 하여 조약이 우선하는 것으로 규정하고 있다. 제4조에서는 상호주의를 규정하여 인도조약이 체결되어 있지 아니한 경우에도 범죄인의 인도를 청구하는 국가가 같은 종류 또는 유사한 인도범죄에 대한 대한민국의 범죄인 인도청구에 응한다는 보증을 하는 경우에는 이 법을 적용하도록 되어 있다. 제2장에서는 인도의 사유와 인도의 제한, 인도심사 절차, 범죄인의 인도구속, 범죄인의 인도에 대하여 규정하고 있다.

「국제형사사법 공조법」에는 이 법에 따라 국외에서 수집된 증거의 증거능력에 관한 규정이 없다. 따라서 외국에서 수집된 증거의 증거능력에 대한 판단도 형사소송법에 따라서 하는 수밖에 없다. 문제의 소지가 있는 부분은 다음과 같다.

- ① 국제형사사법 공조 절차에 따르지 않고 외국에서 수집된 증거는 형사소송법 제308조의2에서 말하는 위법수집증거로 보아야 하는가.
- ② 요청국인 우리나라와 피요청국의 형사절차법 규정이 서로 다를 경우에 외국에서 수집된 증거의 증거능력이 인정되는가.
- ③ 외국에서 수집된 증거가 조서 또는 진술증거일 경우에 전문법칙에 관한 형사소송법 제310조의2부터 제316조까지의 규정이 적용되어야 하는가.

만약 증거가 디지털 형태로 존재하게 되면 추가적으로 다음과 같은 요건이 충족되어야 증거능력이 인정될 수 있다.

- ① 원본 증거와 제출 증거 사이의 디지털 증거 복제 과정에서 내용의 왜곡이 발생하지 않아야 한다. (무결성)
- ② 디지털 증거 원본은 시각적 인식을 통해 내용을 인지하는 것이 불가능하기 때문에 원본을 왜곡 없이 출력한 것으로 인증된 출력본이 제출되어야 한다.⁴⁶⁾

46) 디지털 증거가 시각적 인식을 통해서 그 내용을 인지하는 것이 불가능함에도 불구하고 증거 원본을 제출하여야 한다는 문제를 해결하기 위해서 2007년 10월 29일에 형사소송규칙 제134조의7이 신설되었다. 이에 따르면 ‘디지털 정보를 증거자료로 하는 경우에는 읽을 수 있도록 출력하여 인증한 등본을 낼 수 있다.’

(원본성)

- ③ 압수·수색 영장을 집행하는 과정에 당사자의 참여권이 보장되어야 한다. (형사소송법 제121조)⁴⁷⁾

제2절 국제형사사법 공조에 의해 수집된 증거의 증거능력

I. 증거능력이 인정되는 경우

1. 외국 세관 작성 범칙 물건 감정서 등본, 분석의뢰서, 분석회답서 등본

피고인들은 공동하여 1983. 1. 2. 20:00경 피고인 1이 경영하는 삼천포시 서동 소재 주점 안방에서 피고인 2가 대일활선어 운반선인 제5동해호에 승선하여 일본국 하관(下關 : 시모노세키)항에 가게 됨을 이용하여 향정신성의약품인 메스암페타민(속칭 히로뽕)을 밀수출 할 것을 모의하였다. 이들은 다음날 06:50경 같은 시 선구동 소재 삼아제빙 앞 해안도로에서 피고인 1이 성명미상자로부터 수수하여 보관 중이던 메스암페타민 488.3그램 시가 2,441,500원 상당을 위 피고인 2에게 전달하고 위 피고인 2는 그 즉시 그곳 해상에 정박 중인 위 선박의 선미 물탱크 뒤 틈 속에 숨겨 은닉하였다가 같은 날 16:00경 일본국 시모노세키항을 향하여 출항하여 이를 수출하였다.

제출된 증거에 따라 이러한 사실을 인정하기에 충분하고 기록에 의하여 살펴봐도 피고인 2의 검찰에 있어서의 자백이 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있음을 발견할 수 없다. 또한 형사소송법 제315조 제1호에 따라 ‘외국공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성된 문서’도 증거로 할 수 있는 것인바, 원심이 이 사건 증거의 하나로 거시한 일본 시모노세키 세관서 통괄심리관 작성의 범칙물건 감정서 등본과 분석의뢰서 및 분석회답서 등본 등은 모두 피고인 2의 자백에 대한 보강증거임이 명백하다. 원심이 위 외국공무원 작성의 문서를 증거로 하였음에 위법이 있다고 할 수 없다.⁴⁸⁾

47) 해외에 위치한 서버에 대하여 외국 수사기관이 압수·수색을 실시하는 경우 사실상 당사자 참여권을 보장하기 어려워 저서 증거능력 인정에 차질이 발생할 수 있다.

48) 대법원 1984. 2. 28. 선고 83도3145 판결.

2. 공판기일에 진술을 요할 자가 사망·질병·외국거주·소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 진술할 수 없는 때 그가 작성한 진술서

공판중심주의에 따라 진술을 요하는 자가 직접 공판정에서 진술하여야 이를 증거로 할 수 있지만, 경우에 따라서 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명 등의 이유로 공판정에 출석할 수 없는 경우도 있을 수 있다. 그러할 경우에는 예외적으로 진술서를 증거로 사용하되, 그 진술서가 특히 신빙할 수 있는 상태(특신상태)에서 작성되었다는 점이 증명되는 경우에만 그러한 예외를 인정하도록 형사소송법 제314조가 정하고 있다.

가. 미국 거주 증인을 강제로 소환할 수 없는 경우 1

대한민국과 아메리카합중국간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 합중국 군대의 지위에 관한 협정 제22조 제9항 (다)목에, 합중국군대의 구성원, 군속 또는 그들의 가족은 대한민국의 재판권에 의하여 공소가 제기되는 때에는 언제든지 자신에 불리한 증인과 대면하고 그를 신문할 권리를 가진다고 규정하였고, 동 협정의 합의의사록 제22조에는 위 협정 제22조 제9항 (다)목에 관하여, 대한민국 당국에 의하여 소추된 합중국군대의 구성원, 군속 또는 가족은 모든 소송상의 조사, 재판전의 심리, 재판자체 및 재판후의 절차에 있어서, 모든 증인이 유리하거나 불리한 증언을 하는 모든 과정에 참여할 권리를 가지며, 또한 증인을 신문할 수 있는 충분한 기회를 부여받아야 한다고 규정되어 있는 바, 이들 규정은 그 명문내용대로 대한민국의 재판권 행사에 의하여 공소가 제기된 경우, 재판절차에 있어 합중국군대의 구성원, 군속 또는 그들의 가족에게 보장되는 권리를 규정한 것이고, 또한 이는 공판심리과정에서 증인이 임의로, 또는 강제절차에 의하여 출석할 수 있거나 출석한 경우를 당연한 전제로 하고 있는 규정이라고 해석된다.

따라서 위 협정 및 합의의사록의 규정들을 가리켜, 우리 형사소송법이 제312조 및 제313조 소정의 조서 기타 서류에 관하여 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요할 자가 사망, 질병, 외국거주, 소재불명 기타 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 기타 서류를 증거로 할 수 있다고 규정한 제314조 본문의 적용을 배제한 특별법에 해당한다고 볼 수는 없다.

그러므로 원심판결이 그 이유에서 스티폰 대릭레몬이 작성한 진술서의 증거능력을 다투는 항소이유에 대하여, 이미 본국으로 되돌아간 원진술자를 강제절차에 의

하여 출석시킬 수 있는 방법이 없다고 확정한 후, 이는 공판기일에 진술을 요할 자가 사망, 질병이외의 기타 사유로 진술할 수 없는 때에 해당하므로 그가 작성한 진술서가 형사소송법 제314조의 규정에 따라 증거능력이 있다고 판단한 것은 정당하다.⁴⁹⁾

나. 일본 거주 증인을 강제로 소환할 수 없는 경우

검사작성의 진술조서와 사법경찰관작성의 피의자신문조서상의 공소외 1의 서명이 육안으로 보아 서로 다른 사람의 필체라고 인정되지도 아니하며, 형사소송법 제312조에 의하면 검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 공판준비 또는 공판기일에서의 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에 그 증거로 할 수 있고, 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자신문조서는 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 그 증거로 할 수 있다고 규정하고 있으나, 형사소송법 제314조 규정에 의하여 예외적으로 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요할 자가 사망, 질병, 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 것으로 인정되면 그 조서 기타서류를 증거로 할 수 있다.

이 사건 공판기록에 의하면 일본에 거주하는 공소외 1을 증인으로 채택하여 환문코자 하였으나 외무부로부터 현재 한일간에 사범공조협정이 체결되어 있지 아니하여 재일동포에 대한 소환장은 일본정부의 양해 하에서만 송달이 가능한데, 현재 일본 측에서는 형사사건에 대하여는 양국 형법체계상의 상이함을 이유로 송달에 응하지 않고 있어 그 송달이 불가능하다는 취지의 회신을 받고 위 증인을 취소한 사실이 인정되므로 이러한 사유는 형사소송법 제314조 소정의 공판기일에서 진술을 요할 자가 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에 해당한다 할 것이고, 기록을 살펴보면 공소외 1의 국가안전기획부와 검찰에서의 각 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 것으로 인정이 되고, 기록상 공소외 1에 대한 피의자신문조서가 나중에 고쳐진 흔적을 찾아볼 수 없으므로, 공소외 1에 대한 각 조서는 증거능력이 있다 할 것이고 원심이 이들 각 조서를 유죄인정의 증거로 채택하였음에 아무런 위법도 없다.⁵⁰⁾

49) 대법원 1987. 1. 20. 선고 86도2322 판결.

50) 대법원 1987. 9. 8. 선고 87도1446 판결.

다. 미국 거주 증인을 강제로 소환할 수 없는 경우

형사소송법 제314조는 “제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요할 자가 사망, 질병, 외국거주 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 기타 서류를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서 또는 서류는 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때에 한한다.” 고 규정하고 있다.

형사소송법 제314조 단서에 규정된 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때라 함은 그 진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용의 신용성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다.⁵¹⁾

기록에 의하여 살펴보면, 제1심은 공소외 8을 증인으로 채택하여 국내의 주소지 등으로 소환하였으나 소환장이 송달불능 되었고, 공소외 8이 2003. 5. 16. 미국으로 출국하여 그곳에 거주하고 있음이 밝혀지자 다시 미국 내 주소지로 증인소환장을 발송하였으나, 공소외 8이 제1심법원에 경위서를 제출하면서 장기간 귀국할 수 없음을 통보한 바 있다.

이에 따라 공소외 8에 대한 특별검사 및 검사 작성의 각 진술조서와 공소외 8이 작성한 각 진술서(공소외 8이 2004. 7. 13. 원심에 제출한 진술서는 제외)는 증인이 외국거주 등 사유로 인하여 법정에서의 신문이 불가능한 상태의 경우에 해당된다고 할 것이다. 그리고 그 진술이 이루어진 전후 사정, 그 과정과 내용 등 기록에 나타난 여러 가지 사정 등에 비추어 볼 때 그 진술내용의 신빙성이나 임의성도 인정된다고 할 것이므로, 위 각 진술조서와 진술서의 각 기재는 형사소송법 제314조에 의하여 증거능력이 있다⁵²⁾

3. 미국 주검찰 수사관이 작성한 질문서와 형사사법공조요청에 따라 미합중국 법원의 지명을 받은 수명자가 작성한 증언녹취서

피고인이 미합중국 뉴저지주에 거주하던 당시 공범인 공소외 1과 함께 공소외 2를 상대로 저지른 것이라는 이 사건 공소 범행에 대한 유죄의 증거로서, 검사가 미합중국 뉴저지주 버겐카운티 검찰청 수사관 작성의 위 공소외 2 및 공소외 1에 대한 각 질문서(interrogatory)를 제출함에 대하여 피고인이 그 증거 채택에 동의하지

51) 대법원 1990. 4. 10. 선고 90도246 판결; 대법원 2000. 6. 9. 선고 2000도1765 판결 등 참조.

52) 대법원 2007. 6. 14. 선고 2004도5561 판결.

아니하자, 제1심법원은 위 공소외 2와 공소외 1을 증인으로 채택하여 신문기일을 지정하고 당시 형사사법공조조약이 체결되기 전이던 미합중국 당국에 위 각 증인의 제1심 공판정 출석을 위한 공조를 요청하였다.

그러나 미합중국 당국이 위 공소외 2는 제1심 공판정 출석 증인을 거부하고 위 공소외 1은 위 범행으로 8년간 가석방 불가 조건의 징역 18년형을 선고받아 복역 중인데, 이들을 대한민국 공판정에 출석 증언케 할 아무런 제도적인 장치가 없으므로 그 출석 증언이 불가능하다는 회신을 하여 왔다.

이에 제1심법원은 다시 국제형사사법공조법에서 정한 절차에 따라 법원행정처장 및 법무부장관, 외무부장관을 순차 경유하는 방식으로 미합중국 당국에게 위 양인에 대하여 관계 법률상 권한 있는 사람이 신문하여 그 증인신문조서를 송부하여 달라는 증인신문촉탁 공조요청을 하였다.

이러한 공조요청이 있고 나서 미합중국 관계 법률에서 정한 바에 따라 뉴저지주 소재 미합중국 지방법원 판사(United States District Judge)는 위 공조요청에 의한 증인신문 등을 실시할 법원의 수명자(Commissioner)로서 미합중국 검사(United States Attorney)를 지명하였다. 그리고 이 수명자는 뉴저지주 뉴아크 소재 연방법원 제6호 법정에서 위 공소외 1에 대하여, 같은 주 소재 위 공소외 2의 집에서 같은 증인에 대하여 각 증인선서를 하게 한 후 동인들을 구두로 직접 신문하고, 그 각 증언녹취서(deposition) 및 신문상황을 녹화한 비디오테이프, 그 신문시에 증인들에게 제시하여 진정성립 및 내용을 확인한 위 뉴저지주 버겐카운티 검찰 수사관 작성의 각 질문서 등 관계 증거를 위 각 증인신문조서 및 질문서 등이 진정하게 작성되었음을 보증한다는 서명된 문서와 함께 미합중국 법무부장관과 우리나라 외무부장관, 법무부장관 및 법원행정처장을 순차 경유하는 방식으로 제1심법원에 송부하였다.

제1심법원은 이와 같은 공조요청에 의한 수명자 작성의 공소외 2 및 공소외 1에 대한 각 증언녹취서와 버겐카운티 검찰 수사관 작성의 동인들에 대한 각 질문서를 조사, 채택하여 이를 유죄의 증거로 삼았고, 원심도 제1심판결의 유죄증거를 그대로 인용하였다. 한편 위 공소외 2와 공소외 1은 사건 발생 직후 위 버겐카운티 검찰 수사관 앞에서 진술함에 있어서도 같은 카운티법원 내 검사실에서 선서 후 자발적으로 진술하는 형태로 수사관의 질문에 답하여 진술하였는데, 당시의 진술과 위 공조요청에 따른 수명자의 신문에 응하여 진술함에 있어 각기 이 사건 범행으로 인한 피해 내용과 공범자로서의 범행 내용을 소상하게 구체적으로 진술하고 있으며, 그 각 진술 사이에 아무런 모순도 발견할 수 없는 사실 등을 알 수 있다.

사정이 이와 같다면, 수명자 작성의 각 증언녹취서와 버겐카운티 검찰 수사관 작

성의 각 질문서는 이를 형사소송법 제315조 소정의 당연히 증거능력이 인정되는 서류로는 볼 수 없다고 하더라도, 같은 법 제312조 또는 제313조에 해당하는 조서 또는 서류로서 그 원진술자가 공판기일에서 진술을 할 수 없는 때에 해당하고, 그 각 진술 내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위 개입의 여지가 거의 없으며 그 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있다고 할 것이어서 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것이라고 보기에 충분하므로, 형사소송법 제314조의 규정에 의하여 그 증거능력을 인정할 수 있다고 봄이 상당하다.⁵³⁾

II. 증거능력이 인정되지 않는 경우

1. 원진술자가 사망, 질병, 외국거주, 소재불명 기타 이에 준하는 사유로 진술할 수 없지만 특신상태의 진술이라고 볼 수 없는 경우

가. 일본 거주 증인

제1심 제4회 공판조서 중 증인 공소의 3의 진술기재부분은 형사소송법 제310조의2 소정의 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 이른바 전문진술로서 원칙적으로 증거능력이 없고, 단지 같은 법 제316조 제2항의 요건을 갖춘 때에만 예외적으로 증거능력을 갖게 된다고 할 것인데, 원진술자인 공소의 2는 일본에 거주하는 일본국적인으로서 우리 법원이 그의 출석을 강제할 수 있는 관할구역 밖에 있어 “원진술자가 사망·질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 경우”에는 해당한다고 하더라도 “그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여진 때”에 해당한다고 볼 자료가 전혀 없으므로, 위 전문증거는 증거능력을 갖추지 못한 것이다.⁵⁴⁾

나. 중국 거주 증인

원진술자가 사망·질병·외국거주 기타 사유로 인하여 공판정에 출정하여 진술을

53) 대법원 1997. 7. 25. 선고 97도1351 판결.

54) 대법원 1994. 1. 28. 선고 93도1278 판결.

할 수 없을 때에는 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 경우에 한하여 형사소송법 제314조에 의하여 예외적으로 원진술자의 진술 없이도 증거능력을 가진다. 여기서 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때라 함은 그 진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다.⁵⁵⁾

기록에 의하면, 수사기록 및 공판기록에 편철된 공소외 1, 공소외 2 작성의 각 진술서는 각 그 작성자인 공소외 1, 공소외 2가 중국에 거주하고 있는데다가 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 기재내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있다고 보여져 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌다고 보여지므로 위 각 진술서는 증거능력이 있다 할 것이다. 따라서 이 점에 관한 상고이유의 주장은 이유 없다.

그러나 검찰주사보가 작성한 공소외 1, 공소외 2와의 전화통화내용을 기재한 수사보고서는 다음과 같은 이유로 그 증거능력을 인정할 수 없다고 할 것이다.

기록에 의하면, 검찰주사보가 작성한 위 각 수사보고서는 수사기관인 검찰주사보가 중국에 거주하고 있는 공소외 1과 공소외 2에 대한 고소보충 기타 참고사항에 관하여 조사함에 있어서 그들에게 국제전화를 걸어 그 대화내용을 문답형식으로 기재한 후 공소외 1이나 공소외 2의 서명 또는 기명날인이 없이 위 검찰주사보만 기명날인을 한 것이다.

따라서 이와 같은 검찰주사보 작성의 각 수사보고서는 전문증거로서 형사소송법 제310조의2에 의하여 제311조 내지 제316조에 규정된 것 이외에는 이를 증거로 삼을 수 없는 것인데, 위 각 수사보고서는 제311조, 제312조, 제315조, 제316조의 적용 대상이 되지 아니함이 분명하므로, 결국 제313조의 진술을 기재한 서류에 해당하여야만 제314조의 적용 여부가 문제될 것인바, 제313조가 적용되기 위하여는 그 진술을 기재한 서류에 그 진술자의 서명 또는 날인이 있어야 할 것이다.

이 사건의 경우, 위 각 수사보고서에는 검찰주사보의 기명날인만 되어 있을 뿐 원진술자인 공소외 1이나 공소외 2의 서명 또는 기명날인이 없음은 앞서 본 바와 같으므로, 위 각 수사보고서는 제313조에 정한 진술을 기재한 서류가 아니어서 제314조에 의한 증거능력의 유무를 따질 필요가 없다고 할 것이고, 이는 검찰주사보가 법정에서 그 수사보고서의 내용이 전화통화 내용을 사실대로 기재하였다는 취지의 진술을 하더라도 마찬가지라고 할 것이다.

이와 다른 원심 판단은 위 각 수사보고서의 증거능력에 대한 법리를 오해한 위법

55) 대법원 1995. 6. 13. 선고 95도523 판결; 1997. 4. 11. 선고 96도2865 판결 등 참조.

이 있다고 할 것이고, 따라서 원심으로서 위 각 수사보고서를 제외하고 증거능력 있는 다른 증거들의 신빙성을 따져 이 피고사건에 대하여 각 범죄의 증명이 있는지를 심리·판단하여야 할 것이므로 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다고 할 것이다.⁵⁶⁾

다. 미국 거주 증인

이 사건 영사 진술서는 진술서가 작성된 전후의 사정, 진술서 작성 시기, 진술자가 처한 입장, 진술서의 기재 내용 등에 비추어 볼 때, 다음과 같은 점에서 증거능력이 인정되기 어렵다는 것이 법원의 입장이다.

- “① 진술자가 피고인에 대한 뇌물수수의 공소사실이 인정되지 않을 경우 곧바로 자신의 형사적 책임이 문제될 수 있어 피고인과는 이해관계가 정면으로 상반되는 위치에 있는 자로서 이 사건의 핵심적인 증인 및 잠재적 피의자에 해당하는데, 동인이 이 사건의 수사가 개시되기 직전 미국으로 출국한 이래 수년간 의도적으로 귀국 및 증언을 회피하고, 해외에서 계속 도피 생활을 하고 있는 상태에서 영사와 진술자만이 참석한 자리에서 진술서가 작성됨으로써 피고인등은 그 내용에 대하여 면전에서 반대신문을 할 수 있는 기회가 봉쇄되어 있어 실제적 진실발견에 극히 미흡한 점,
- ② 진술자 스스로도 누차 자신이 당분간 귀국의사가 없음을 피력한 상태이므로 영사 진술서는 이미 장래 공판기일에서 진술자에 대하여 피고인이 반대신문하는 것이 불가능하다는 것이 예정되어 있는 상황에서 작성된 것인 점,
- ③ 진술자가 영사 진술서의 기재 내용에 대하여 위증의 벌 등 아무런 법적 제재나 부담이 없는 상태에서 작성되었고, 동인의 희망에 따라 녹음·녹화도 실시되지 않아 그 진술태도를 확인할 방법도 없는 점,
- ④ 영사 진술서의 작성 시기가 이 사건 수사뿐 아니라 환송 전 원심에 이르기까지의 증거조사가 시행된 후이고, 진술자가 언론 등을 통하여 해외에서 관련자들의 진술 내용을 모두 파악할 수 있는 상태에서 영사진술서가 작성된 점,
- ⑤ 영사 진술서의 내용을 보더라도 자신에게 불리한 내용은 전혀 없이 모두 피고인이 줄곧 부인하고 있는 피고인의 뇌물요구 지시사실과 이 사건 CD 수령사실에 부합하는 내용만을 담고 있” 다는 점

56) 대법원 1999. 2. 26. 선고 98도2742 판결.

이 사건 영사진술서의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없다거나 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있다고 보기에는 부족하다는 것이다.⁵⁷⁾

과기 환송 전 사실심과 대법원에서 진행된 참고인 진술기재서가 참고인과 동인의 변호사 간에 이루어진 진술을 토대로 작성된 것임에 반해, 과기 환송심과 이에 대한 대법원의 판결은 공조요청을 통해 이루어진 영사와 동인 간의 진술을 토대로 선고되었다는 점에 차이가 있다. 또한 공적 기관이 작성한 진술서라고 하더라도, 특신상태의 요건은 진술이 이루어진 전후 사정 및 여러 가지를 종합하여 판단되어야 한다. 공적 기관이 작성한 진술서라고 해서 항상 특신상태가 인정되는 것은 아니다.

라. 과테말라 거주 증인

원심은 검찰관이 형사사법공조절차를 거치지 아니한 채 과테말라공화국에 머무르는 공소의 1을 직접 만나 그를 참고인으로 조사하여 작성한 진술조서에 대하여 국제법상 마땅히 보장되어야 하는 외국의 영토주권을 침해하고 국제형사사법공조절차를 위반한 위법수집증거로서 그 증거능력이 부정되어야 한다는 피고인 및 변호인의 주장을 배척하고, 나아가 위 진술조서는 원진술자가 국외거주로 인하여 진술할 수 없을 때에 해당하므로 군사법원법 제367조에 따라 증거능력이 인정된다고 하여 이를 유죄의 증거로 삼았음을 알 수 있다.

먼저 위 진술조서가 위법수집증거에 해당하는지에 관하여 보면, 비록 검찰관이 공소의 1을 상대로 한 참고인조사가 증거수집을 위한 수사행위에 해당하고 그 조사장소가 우리나라가 아닌 과테말라공화국의 영역에 속하기는 하나, 조사의 상대방이 우리나라 국민이고 그가 조사에 스스로 응함으로써 조사의 방식이나 절차에 강제력이나 위력은 물론이고 어떠한 비자발적 요소도 개입될 여지가 없었음이 기록상 분명한 이상, 이는 서로 상대방 국민의 여행과 거주를 허용하는 우호국 사이에서 당연히 용인되는 우호국의 국가기관과 그 국민 사이의 자유로운 의사연락의 한 형태에 지나지 않으므로 여기에 어떠한 영토주권 침해의 문제가 생겨날 수 없고, 더욱이 이는 우리나라와 과테말라공화국 사이의 국제법적 문제로서 피고인은 그 일방인 과테말라공화국과 사이에 국제법상 관할의 원인이 될 만한 아무런 연관성도 갖고 있지 아니하므로 피고인에 대한 국내 형사소송절차에서 위와 같은 사유로 인하여 위법수집증거배제법칙이 적용된다고 볼 수는 없다.

다만 전문증거인 위 진술조서가 군사법원법 제367조에 따라 증거능력이 인정되기

57) 대법원 2006. 9. 26. 선고 2006도3922 판결.

위해서는 그 진술이 특별히 신빙할 수 있는 상태에서 이루어졌어야 하고, 이는 진술의 내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리키는데,⁵⁸⁾ 원심이 들고 있는 사정, 즉 공소외 1이 자유스러운 분위기에서 임의수사의 형태로 조사에 응하였고 진술조서에 직접 서명·무인하였다는 사정만으로 위와 같은 정황을 인정하기에 부족할 뿐만 아니라, 오히려 ① 공소외 1에 대한 참고인조사가 강제력을 수반하지 아니하여 과테말라공화국에 대한 주권침해의 문제는 남지 않는다고 하더라도, 검찰관이 이 사건 공소제기 후에 군사법원의 증거조사절차 외에서, 그것도 형사사법공조절차나 과테말라공화국 주재 우리나라 영사를 통한 조사 등의 방법을 택하지 않고 직접 현지 호텔에 가서 조사를 실시한 것은 아무래도 수사의 정형적 형태를 벗어난 것이라고 보지 않을 수 없는 점, ② 공소외 1은 뇌물공여자로서 스스로 처벌대상이 됨에도 국외 도피를 통해 그에 대한 책임을 회피하고 조사 과정의 허위진술에 따른 불이익도 염려할 필요 없는 상태에서 일방적으로 진술한 점, ③ 공소외 1이 이러한 고발에 이르게 된 데는 자신의 도피자금 제공 요구를 피고인이 거절한 것에 대한 나쁜 감정이 배경이 되어 있는 점, ④ 공소외 1은 귀국 후 법정 증언 등을 통해 자신의 진술에 대한 진실성을 담보할 뜻이 없음을 분명히 하고 있는 점, ⑤ 공소외 1은 위 진술조서를 작성한 이후 피고인의 부탁에 의한 것이라고는 하나 위 진술조서의 내용이 사실과 다르다는 취지의 서류를 보내온 바 있고, 원심증인 공소외 2와의 전화통화 과정에서도 공소사실과 달리 피고인의 주장에 일부 부합하는 진술을 하기도 하는 점 등에 비추어 보면, 위 진술이 특별히 신빙할 수 있는 상태에서 이루어졌다는 점에 관한 증거가 있다고 보기 어렵다.

결국 검찰관 작성의 공소외 1에 대한 진술조서는 증거능력이 인정되지 아니하므로 이를 유죄의 증거로 삼을 수 없다.⁵⁹⁾

2. 원진술자가 사망, 질병이외의 기타 사유로 진술할 수 없는 경우가 아닌 사안

참고인 진술서 등 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류가 그 진술자가 공판정에 서 한 진술에 의하여 진정성립이 증명되지 않았음에도 형사소송법 제314조에 의하여 증거능력이 인정되려면, 그 진술자가 사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 공판정에 출석하여 진술할 수 없는 때에 해당하고, 또

58) 대법원 2006. 5. 25. 선고 2004도3619 판결 등 참조.

59) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011도3809 판결.

그 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명되어야 한다. 여기서 ‘외국거주’ 라고 함은 진술을 요하는 자가 외국에 있다는 것만으로는 부족하고, 수사 과정에서 수사기관이 그 진술을 청취하면서 그 진술자의 외국거주 여부와 장래 출국 가능성을 확인하고, 만일 그 진술자의 거주지가 외국이거나 그가 가까운 장래에 출국하여 장기간 외국에 체류하는 등의 사정으로 향후 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우가 발생할 개연성이 있다면 그 진술자의 외국 연락처를, 일시 귀국할 예정이 있다면 그 귀국 시기와 귀국 시 체류 장소와 연락 방법 등을 사전에 미리 확인하고, 그 진술자에게 공판정 진술을 하기 전에는 출국을 미루거나, 출국한 후라도 공판 진행 상황에 따라 일시 귀국하여 공판정에 출석하여 진술하게끔 하는 방안을 확보하여 그 진술자로 하여금 공판정에 출석하여 진술할 기회를 충분히 제공하며, 그 밖에 그를 공판정에 출석시켜 진술하게 할 모든 수단을 강구하는 등 가능하고 상당한 수단을 다하더라도 그 진술을 요할 자를 법정에서 출석하게 할 수 없는 사정이 있어야 예외적으로 그 적용이 있다.⁶⁰⁾

나아가 진술을 요하는 자가 외국에 거주하고 있어 공판정 출석을 거부하면서 공판정에 출석할 수 없는 사정을 밝히고 있다고 하더라도 증언 자체를 거부하는 의사가 분명한 경우가 아닌 한 거주하는 외국의 주소나 연락처 등이 파악되고, 해당 국가와 대한민국 간에 국제형사사법 공조조약이 체결된 상태라면 우선 사법공조의 절차에 의하여 증인을 소환할 수 있는지 여부를 검토해 보아야 하고, 소환을 할 수 없는 경우라고 하더라도 외국의 법원에 사법공조로 증인신문을 실시하도록 요청하는 등의 절차를 거쳐야 한다고 할 것이고, 이러한 절차를 전혀 시도해 보지도 아니한 것은 가능하고 상당한 수단을 다하더라도 그 진술을 요하는 자를 법정에서 출석하게 할 수 없는 사정이 있는 때에 해당한다고 보기 어렵다.

원심은 제1심판결의 채용 증거들을 종합하여, 피고인이 피해자 공소외 1을 기망하여 판시 금원을 편취하였다는 사기의 점과 공소외 1과 공모하여 위조된 사실증명에 관한 사문서인 호주 이민청 장관 명의로 된 ‘공소외 2(공소외 2)’에 대한 호주 시민권증서 1장을 행사하였다는 위조사문서행사의 점에 관한 각 공소사실을 유죄로 인정하였는바, 원심이 인용한 제1심판결의 채용 증거에는 공소외 1이 작성한 진술서, 노트 사본(이하 ‘진술서 등’ 이라고 한다)이 포함되어 있다.

그런데 기록에 의하면, ① 제1심법원은 피고인이 공소외 1 작성의 위 진술서 등을 증거로 함에 동의하지 않자, 검사의 신청에 따라 공소외 1을 증인으로 채택하였고, 검사가 2015. 2. 27. 제출한 공소외 1에 대한 증인신청서에는 공소외 1의 주소가 ‘호주 시드니 이스트우드 (주소 생략)’ 로, 연락처가 ‘○○+○○○+○○○○○○○,

60) 대법원 2002. 3. 26. 선고 2001도5666 판결, 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도10004 판결 등 참조.

○○○-○○○○-○○○○’로 특정되어 있는데도 공소의 1이 2015. 3. 10. ‘불출석 사유서’를 제출하자 공소의 1에 대한 증인소환장의 송달을 실시하지 아니한 사실, ② 공소의 1이 제출한 위 불출석 사유서에는 “공소의 1이 현재 호주에 거주하고 있고, 비자(Visa) 조건이 외국 또는 대한민국으로 방문을 하였을 시 3년간 호주 입국을 할 수 없는 임시 체류 비자 ‘E’라는 조건으로 있어 피고인에 대한 재판에 증인으로 참석이 불가능하다.”고 기재되어 있고, 거기에 첨부된 호주 이민청(Department of Immigration and Border Protection)의 통지서 사본에는 공소의 1의 비자 종류가 ‘Bridging E visa’로, 비자 등급이 ‘W.E. General(subclass 050)’로 기재되어 있는 사실, ③ 제1심법원은 공소의 1에 대하여 국제형사사법공조를 통한 증인소환이나 호주 법원에 대한 증인신문 요청 등의 조치를 전혀 시도해 보지도 아니한 채 제5회 공판기일에서 증인 공소의 1에 대한 증인채택을 취소하고, 형사소송법 제314조에 의하여 공소의 1 작성의 위 진술서 등을 모두 증거로 채택하여 조사한 사실을 알 수 있고, 대한민국과 호주 양국 간에는 1992. 8. 25. 형사사법공조 양자조약이 체결되어 1993. 12. 29. 발효된 것은 이 법원에 현저하다.

사정이 이와 같다면 앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 공소의 1이 작성한 위 진술서 등은 ‘공판기일에 진술을 요하는 자가 외국거주 등으로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하여 형사소송법 제314조에 의하여 증거능력을 갖춘 것으로 보기 어렵고, 이를 제외한 나머지 증거들만으로는 이 사건 공소사실 중 공소의 1에 대한 사기의 점과 위조사문서행사의 점에 관한 공소사실을 인정하기에 부족하다.⁶¹⁾

3. 외국 수사기관 작성 조서

형사소송법 제312조 제2항은 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다고 규정하고 있는바, 피고인이 검사 이외의 수사기관에서 범죄 혐의로 조사받는 과정에서 작성하여 제출한 진술서는 그 형식 여부를 불문하고 당해 수사기관이 작성한 피의자신문조서와 달리 볼 수 없고(대법원 1987. 2. 24. 선고 86도1152 판결 등 참조), 피고인이 수사 과정에서 범행을 자백하였다는 검사 아닌 수사기관의 진술이나 같은 내용의 수사보고서 역시 피고인이 공판 과정에서 앞서의 자백의 내용을 부인하는 이상 마찬가지로 보아야 하며(대법원 1979. 5. 8. 선고 79도493 판결 등 참조), 여기서 말하는 검사 이외의 수사기관에는 달리 특별한 사정이 없는 한 외국 의 권한 있는 수사기관도 포함된다고 봄이 상당하다.

61) 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015도17115 판결.

또한, 사법경찰관이 작성한 검증조서에 피의자이던 피고인이 검사 이외의 수사기관 앞에서 자백한 범행내용을 현장에 따라 진술·재연한 내용이 기재되고 그 재연 과정을 촬영한 사진이 첨부되어 있다면, 그러한 기재나 사진은 피고인이 공판정에서 실황조사서에 기재된 진술내용 및 범행재연의 상황을 모두 부인하는 이상 증거능력이 없다(대법원 1984. 5. 29. 선고 84도378 판결 등 참조).

원심은 사법경찰관 작성의 검증조서 중 피고인이 범행 과정을 진술 또는 재연한 부분과 피고인이 미국 수사기관에 범행을 자백한 내용과 경위에 관한 증거들, 즉, 미군 범죄수사대(CID) 수사관인 공소의 1이 작성한 수사보고서, 미국 연방수사국(FBI)의 수사관 공소의 2의 검찰 및 경찰에서의 진술, 제1심 증인 공소의 1과 공소의 2의 각 진술 및 피고인이 공소의 1, 공소의 2 및 또 다른 미국 연방수사국 수사관 공소의 3에 의한 조사를 받는 과정에서 작성하여 위 수사관들에게 제출한 진술서는 피고인이 각 그 내용을 부인하는 이상 모두 증거로 쓸 수 없다고 판단하였는바, 이러한 원심의 조치는 위의 법리들이나 이 사건 기록에 비추어 볼 때 정당하다.

원심은 검사가 주장하듯이 미합중국 치안판사(United States Magistrate Judge)가 주재하여 진행한 범죄인인도 공판기일에서의 피고인 진술을 기재한 조서가 증거능력이 없다고 판단한 것이 아니라, 위 조서에 증거능력이 있음을 전제로 거기에 적힌 피고인 진술이 전체적으로 보아 이 사건 공소사실을 부인하는 취지라고 판시하였을 뿐이며, 기록에 비추어 볼 때 이러한 원심의 조치는 정당하므로, 이 부분에 관한 원심 판단에 심리미진이나 채증법칙 위배로 인한 사실오인 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

나아가 원심의 가정적 판단, 즉, 설사 위에서 증거능력이 부정된 증거들의 증거능력을 인정한다 하여도, 기록상 드러난 판시의 여러 사정을 종합하여 보면 피고인의 자백은 신빙성이 없다는 판단 또한 기록에 비추어 정당한 것으로 수긍되고, 기록상 달리 이 사건 공소사실을 유죄로 인정할 충분한 증거가 없으므로, 앞서 살펴본 원심의 주된 판단에 위법이 있다 한들 판결 결과에 영향을 미쳤다고 보기도 어렵다.⁶²⁾

4. 영사증명서

대한민국 주중국 대사관 영사 공소의 1 작성의 사실확인서 중 공인 부분을 제외한 나머지 부분은 북한 조선상명무역공사 북경대표처 지사장 공소의 2가 사용 중인 승용차의 소유주가 공소의 3이라는 것과 공소의 3의 신원 및 공소의 3이 대표로 있

62) 대법원 2006. 1. 13. 선고 2003도6548 판결.

는 (상호 생략)무역공사의 실체에 관한 내용, 위 공소의 2가 거주 중인 북경시 조양구 소재 주택이 북한 대남공작조직의 공작아지트로 활용되고 있다는 내용, 피고인 3이 2006. 6. 24.경 북경에서 만난 공소의 4가 북한공작원이라는 취지의 내용으로, 비록 영사 공소의 1이 공무를 수행하는 과정에서 작성된 것이지만 그 목적이 공적인 증명에 있다기보다는 상급자 등에 대한 보고에 있는 것으로서 엄격한 증빙서류를 바탕으로 하여 작성된 것이라고 할 수 없으므로, 위와 같은 내용의 각 사실 확인 부분은 형사소송법 제315조 제1호에서 규정한 호적의 등본 또는 초본, 공정증서 등본 기타 공무원 또는 외국공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서라고 볼 수 없고, 또한 같은 조 제3호에서 규정한 기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서에 해당하여 당연히 증거능력이 있는 서류라고 할 수 없다.

한편, 형사소송법 제314조에 의하여 형사소송법 제313조의 진술서 등을 증거로 하기 위해서는 진술을 요할 자가 사망, 질병, 외국 거주 기타 사유로 인하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우이어야 하고, 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행해진 것이라야 한다는 두 가지 요건이 갖추어져야 하는바, 첫째 요건과 관련하여 ‘외국 거주’란 진술을 요할 자가 외국에 있다는 것만으로는 부족하고, 가능하고 상당한 수단을 다하더라도 그 진술을 요할 자를 법정에서 출석하게 할 수 없는 사정이 있어야 예외적으로 그 적용이 있을 것인데(대법원 2002. 3. 26. 선고 2001도5666 판결 참조), 이 사건에서 가능하고 상당한 수단을 다하더라도 공소의 1을 법정에서 출석하게 할 수 없는 사정이 있다고 볼 자료도 없고, 위 사실확인서의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 것이라고 볼 자료도 없다.⁶³⁾

Ⅲ. 국제형사사법 공조에 의해 수집된 증거의 증거능력이 인정되기 위한 요건

외국에서 수집된 증거의 증거능력이 인정되려면 우리나라 형사소송법이 정하고 있는 증거능력 요건이 충족되어야 한다. 외국에서 수집되는 증거가 우리나라 법정에 제출되는 경로는 다음 세 가지로 정리될 수 있다.

- ① 외국 수사기관 또는 수사기관 이외의 공무원이 해당 국가의 절차법 규정에 따라 증거를 수집해서 국내로 송부하는 경우

63) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결.

- ② 우리나라 수사기관 또는 수사기관 이외의 공무원이 외국 현지에서 진술서를 작성하고 그 진술서가 국내로 전달되어 법정에서 제출되는 경우
- ③ 우리나라 수사기관 또는 수사기관 이외의 공무원이 국내에서 통신수단을 이용하여 신문을 하고 진술서를 작성하여 법원에 증거로 제출하는 경우

이들 각 경우에 증거능력이 인정되려면 어떠한 요건이 충족되어야 하는가를 살펴보기로 한다. 국제형사사법 공조란 본래 「국제형사사법 공조법」이 정하는 절차에 의거하여 물적 증거이건 인적 증거이건 그 증거가 위치하고 있는 외국에 공조를 요청하여 해당 국가의 형사소송절차에 따라 증거를 수집하는 것을 말한다. 따라서 우리나라 수사관이 해외 출장을 가서 수사를 한다고 하더라도 이는 해당 국가의 형사소송절차가 정하는 틀 내에서 수사가 진행되는 경우를 의미한다.

그런데 후술하는 ‘우리나라 수사기관이 외국 현지에서 증거를 수집한 사안’은 모두 해당 국가의 형사소송절차 속에서 진행된 수사가 아니었다. 따라서 엄밀하게 말하자면 위의 세 가지 유형 가운데 ②번은 국제형사사법 공조가 아니다. 또한 ③번의 경우에도 참고인이 외국에 위치하고 있었다는 점 외에는 국제적인 공조의 일환으로 증거가 수집된 사안이라고 하기 어렵다. 결국 ①번의 경우에만 국제형사사법 공조에 해당한다고 할 수는 있으나, 순수하게 우리나라의 법령이 적용되는 범위 내에서만 이루어진 증거 수집이 아니라 해당 외국 국가의 법령이 적용되는 범위 안으로 들어가서 증거를 수집하였던 경우라는 측면에서 넓은 의미에서 국제형사사법 공조에 관한 형사소송절차의 규율 대상에 속한다는 의미에서 함께 서술하기로 한다.

1. 외국 공무원 수집 증거의 경우

우선 “외국공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서”에 해당하면 형사소송법 제315조 제1호에 의거하여 당연히 증거능력이 인정된다. 예를 들면 일본 시모노세키 세관 통괄심리관이 작성한 범칙물건 감정서 등본 및 분석의뢰서와 분석회답서 등본이 이에 해당하여 마약 밀수출 행위에 대한 증거로 인정된 바 있다.⁶⁴⁾

형사소송법 제315조 제1호에서 말하는 “외국공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서”가 아니라 진술조서로서 외국의 법원이나 수사기관이 작성한 문서의 경우에는 해당 국가의 형사절차법이 준수되어야 하고 그 작성이 특히

64) 대법원 1984. 2. 28. 선고 83도3145 판결.

신빙할 수 있는 상태 아래에서 이루어졌어야 하는 것으로 보인다. 그리고 진술조서는 형사소송법 제312조 및 제313조에서 정하는 원칙에 따라 진술 당사자가 공판정에서 그 내용을 인정하여야만 증거로 사용할 수 있다. 이러한 원칙 때문에 진술하여야 할 사람이 공판정에 출석하여 진술조서의 내용을 확인해 주어야 하지만, 당사자가 사망·질병·외국거주·소재불명 등의 이유로 인하여 공판정에 출석할 수 없는 경우에는 형사소송법 제314조에 따라, 특신상태가 인정되는 경우에 한하여 증거능력이 그대로 인정될 수 있다.

예를 들어 미국 뉴저지주 버겐카운티 검찰청 수사관이 미국 내 교도소에 복역 중인 증인에 대하여, 국제형사사법공조 절차에 따라 신문을 하고 그 신문조서를 국내로 송부하였는데 증거능력이 인정된 바 있다.⁶⁵⁾ 해당 증인은 미국 뉴저지주 뉴아크 소재 연방법원 법정에서 소환되어 증인선서를 한 후 연방검사의 구두 질문에 따른 답변을 하였다. 이 과정은 영상녹화가 이루어졌고, 이후 증언녹취서와 비디오테이프 그리고 증인이 내용을 확인하고 진정 성립을 인정하여 서명한 증인신문조서가 미국 법무부장관, 우리나라 외교부장관 및 우리나라 법무부장관을 경유하여 법원에 증거로 제출되었다.

외국의 수사기관이 해당 국가의 형사소송절차에 따라 수집한 증거라 할지라도 그 증거능력이 우리나라 형사소송법에 따라 부인될 수 있다. 미국의 수사기관인 미군 범죄수사대(CID)와 미국 연방수사국(FBI)가 피고인의 자백을 받아내고 실황조사서를 작성하였는데, 우리나라 공판정에 출석한 피고인이 그 내용을 부인함에 따라 증거능력이 인정되지 않았던 사례가 있다.⁶⁶⁾

2. 우리나라 공무원 수집 증거의 경우

우리나라 수사기관이 국제형사사법공조절차를 거치지 않고 임의로 해외 현지에서 외국 거주 참고인에 대한 진술을 받아낸 경우에는 증거능력이 인정되기 어려워 보인다. “검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서, 그 조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 ……… 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 피고인 또는 변호인이 ……… 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때”에 한하여 증거로 사용할 수 있다(형사소송법 제312조 제4항).

우리나라 검찰관이 과테말라에 거주하는 증인을 찾아가서 진술을 받아낸 후 이를

65) 대법원 1997. 7. 25. 선고 97도1351 판결.

66) 대법원 2006. 1. 13. 선고 2003도6548 판결.

기록한 진술조서를 증거로 제출한 바 있다. 이러한 진술조서의 작성은 ① 국제형사 사법공조절차를 이행하지 아니한 채 현지 호텔에서 증인을 만나 증언을 청취한 경우로서 형사소송절차를 전혀 준수하지 아니하였고, ② 피고인 측의 반대신문 기회가 보장될 수 없는 상황이었으며, ③ 추후 피고인의 부탁에 의한 것이기는 하지만 자신의 이전 진술이 사실이 아니라는 확인서를 보내 온 점 등으로 비추어 보아 전문증거인 이 사건 진술조서가 특히 신빙할 수 있는 상태 아래에서 작성된 것이라고 보기 어렵다는 이유로 법원이 증거능력을 배척하였다.

주중 대한민국 대사관에 근무하는 영사가 특정인을 지목하여 그가 북한공작원이며 그가 거주하는 주택은 북한 대남공작조직의 공작아지트라는 취지의 영사증명서를 작성한 바 있다. 이 사건 영사증명서는 상부 보고용으로 작성된 것으로 법원은 형사소송법 제315조 제1호에서 말하는 “호적의 등본 또는 초본, 공정증서 등본 기타 공무원 또는 외국공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서”에 해당하지 않는다고 보았다.⁶⁷⁾ 사실을 기반으로 작성된 문서가 아니라 영사의 입장에서 추측을 기반으로 작성한 문서로서 증거능력을 인정하지 않는 것이 당연해 보인다.

3. 우리나라 공무원이 통신수단을 이용하여 수집한 증거의 경우

우리나라의 수사기관이 직접 외국에 나가서 증거를 수집한 경우가 아니라 국내에서 통신수단을 이용해서 증거를 수집한 경우에도 그 증거의 증거능력은 우리나라 형사소송법 규정에 의거하여 판단되어야 한다. 검찰주사보가 중국에 거주하는 참고인에게 전화를 하여 통화내용을 문답형식으로 기록한 후 기명날인하여 법원에 제출한 사건이 있었다. 이러한 수사보고서는 진술인의 기명날인이 없기 때문에 내용의 진정성과 성립의 진정성을 담보할 수 없어서 증거능력이 인정될 수 없다는 것이 법원의 입장이다.⁶⁸⁾

형사소송법 제312조 제4항에 따르면 “검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 그 조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 원진술자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이나 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서에

67) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결.

68) 대법원 1999. 2. 26. 선고 98도2742 판결.

기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.” 이 사건의 경우 참고인이 공판정에 출석하기 어려운 상황이었다면 형사소송법 제314조에 따라 예외가 인정될 것이다. 형사소송법 제314조는 “제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국 거주·소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류……를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.” 고 정하고 있다.

이 사건은 참고인이 공판기일에 공판정에 출석할 수 없음이 입증되지도 않았고, 조서가 특별히 신빙할 수 있는 상태 아래에서 작성되었음이 입증되지도 않았다. 따라서 증거능력이 인정될 수 없다는 것이 법원의 입장이다.

4. 국제형사사법 공조를 통해 수집된 증거의 증거능력 인정을 위한 요건

넓은 의미에서의 국제형사사법 공조를 통해서 증거가 수집되는 경로를 앞에서 다음과 같이 세 가지로 분류하였다.

- ① 외국 수사기관 또는 수사기관 이외의 공무원이 해당 국가의 절차법 규정에 따라 증거를 수집해서 국내로 송부하는 경우
- ② 우리나라 수사기관 또는 수사기관 이외의 공무원이 외국 현지에서 진술서를 작성하고 그 진술서가 국내로 전달되어 법정에 제출되는 경우
- ③ 우리나라 수사기관 또는 수사기관 이외의 공무원이 국내에서 통신수단을 이용하여 신문을 하고 진술서를 작성하여 법원에 증거로 제출하는 경우

이들 각각의 경우에 수집된 증거의 증거능력이 인정되기 위해서는 어떠한 요건이 충족되어야 하는가에 대하여 여기서 다시 한 번 정리를 해보기로 한다. 다시 말하지만 우리나라 법원에서 증거능력 인정 여부에 대한 판단은 우리나라 형사소송법에 규정되어 있는 증거법 원칙에 따른다. 증거능력을 인정받기 위한 요건을 판례가 증거능력을 인정한 경우와 그렇지 아니한 경우로 나누어 각각 무슨 요건이 필요한 것인지를 표로 정리하자면 다음과 같다.

<표 2-3> 국제형사사법 공조 관련 증거능력 인정을 위한 요건 비교

증거 수집 유형	증거능력 인정	증거능력 부정
외국 수사기관 수집	<ul style="list-style-type: none"> - 공신력 있는 외국 기관 작성 감정서 등 당연히 증거능력이 있는 서류 (형사소송법 제315조) - 외국 소재 증인이 공판정에 출석하는 것이 불가능하고, 증인의 진술이 해당 국가 형사소송절차에 따라 특히 신빙할 수 있는 상태 아래 이루어진 경우 	<ul style="list-style-type: none"> - 외국 소재 피고인에 대하여 외국 수사기관이 해당 국가의 형사소송절차에 따라 진술조서를 작성하였으나, 해당 피고인이 공판정에 출석하여 그 내용의 진정성을 부인한 경우
국내 수사기관의 해외 현지 수집	<ul style="list-style-type: none"> - [사례는 없으나] 해당 참고인의 출석이 불가능하고, 특별히 신빙할 수 있는 상태 아래에서 작성된 진술조서이어야 증거능력 인정될 것임 	<ul style="list-style-type: none"> - 국내 수사관이 외국 현지에서 참고인 진술조서를 작성하였으나, 특별히 신빙할 수 있는 상태 아래 이루어지지 않은 경우
국내 수사기관의 통신수단 이용 수집	<ul style="list-style-type: none"> - [사례는 없으나] 해당 참고인의 출석이 불가능하고, 특별히 신빙할 수 있는 상태 아래에서 작성된 진술조서이어야 증거능력 인정될 것임 	<ul style="list-style-type: none"> - 국내 수사관이 외국 현지에 있는 참고인에 대한 진술조서를 작성하였으나, 특별히 신빙할 수 있는 상태 아래 이루어지지 않은 경우

제3장 현실적 제약, 해결사례 및 한계점

제1절 국제형사사법 공조 절차에 따른 증거의 수집

I. 외국에 대한 수사에 관한 공조 요청

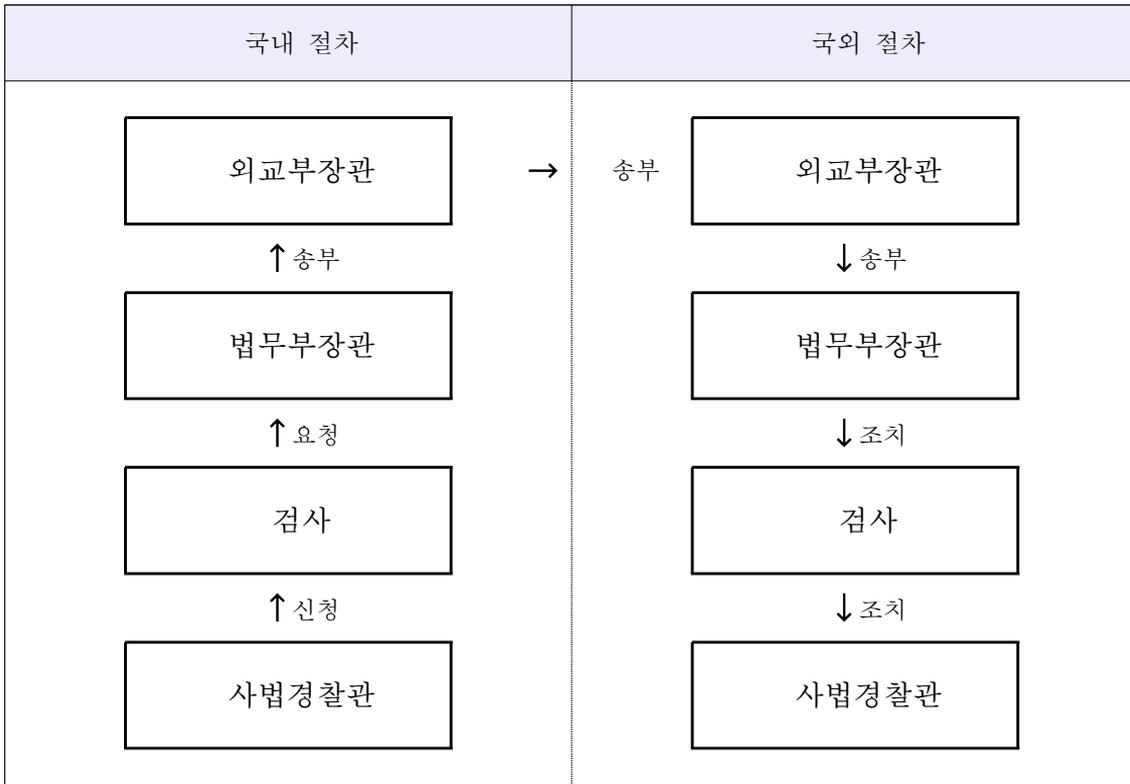
“외국에 수사에 관한 공조요청을 하려면” 「국제형사사법 공조법」 제29조에 따라 사법경찰관은 검사에게 신청을 하고, 이 신청을 받은 검사가 법무부장관에게 공조요청서를 송부하여야 한다. 「사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」 제5조 제26호에서 정하는 “문화체육관광부, 특별시·광역시·도 및 시·군·구에 근무하며 저작권 침해에 관한 단속 사무에 종사하는 4급부터 9급까지의 국가공무원 및 지방공무원”으로서 “그 소속 관서의 장의 제청에 의하여 그 근무지를 관할하는 지방검찰청 검사장이 지명한 자 중 7급 이상의 국가공무원 또는 지방공무원”은 사법경찰관의 직무를 수행한다.

이러한 규정에 따라 해외 서버에 저장되어 있는 저작권 침해 관련 디지털 정보를 국제형사사법 공조 절차에 따라 압수·수색을 하려면 저작권 침해 단속 사무에 종사하는 7급 이상의 공무원인 특별사법경찰관이 검사에게 신청을 하고 그 신청을 받은 검사가 법무부장관에게 공조요청서를 송부하여야 한다. ‘공조요청서를 받은 법무부장관은 외국에 공조요청을 하는 것이 타당하다고 판단할 경우에, 그 공조요청서를 외교부장관에게 송부하거나, 긴급을 요하는 경우에는 외교부장관의 동의를 얻어 직접 외국에 송부할 수 있다(「국제형사사법 공조법」 제29조).’ 법무부장관으로부터 공조요청서를 접수한 외교부장관은 원칙적으로 이를 외국에 송부하여야 한다(「국제형사사법 공조법」 제31조 본문). 다만 외교 관계상 공조요청이 타당하지 않다고 판단되는 경우에는 어떻게 처리할 것인가에 대하여 법무부장관과 협의하여야 한다(「국제형사사법 공조법」 제31조 단서).

다시 정리하자면 [사법경찰관(7급 이상 공무원) → 검사 → 법무부장관 → 외교부장관]의 절차를 거쳐서 수사에 관한 공조요청서가 증거가 머물고 있는 국가로 보내진다. 수사에 관한 공조요청서는 해당 국가의 외교부장관에 의해서 접수된다. 형사사건의 수사에 관한 공조요청서를 접수한 해당 국가의 외교부장관은 이를 법무부장관에게 송부한다. 해당 국가의 법무부장관은 이를 다시 사건을 취급하기에 적절한 지방검찰청 검사장에게 송부하면서 필요한 조치를 취할 것을 요청한다. 우리나라에

서 공조요청을 하면서 거쳤던 절차를 거꾸로 한 번 거치고, 증거가 수집이 되면 거쳤던 절차를 반대 방향으로 다시 돌려서 증거가 전달되는 것이다. 국제형사사법 공조 절차를 표로 정리하면 다음과 같다.

<표 2-4> 국제형사사법 공조 절차



이처럼 우리나라에서 외국의 해당 국가로 공조요청서가 송부되기 위해서 네 단계를 거치고, 이를 접수하는 해당 국가에서 증거 수집 실무부서에 이를 때까지 다시 네 단계를 거치는 것이다. 증거를 수집할 때까지 국내 및 국외 8단계를 그리고 수집된 증거가 다시 우리나라로 전달될 때까지 국외 및 국내 8단계를 거치기에 모두 16단계를 거치는 일이 전개된다. 국가와 국가 사이의 협력관계가 이루어져야 하는 작업이기 때문에 법무부 뿐 아니라 외교부도 거쳐야 하는데다가 형식적으로는 어쨌든 장관까지 개입이 되어야 하기에 무척 번거롭고 시간이 많이 소요되는 일로 보인다.

국제형사사법 공조가 이루어질 정도의 사건이라면 살인사건, 강간사건, 마약사건, 대형 사기사건 등 범죄의 중요성이 상당한 수준에 이르고 피의자나 피고인도 특정이 되어서 외국에 대한 국가 차원의 협조 요청이 필요하다고 판단될 수 있는 수준에 도달하여야 할 것이다. 따라서 수사의 초기 단계이거나 사건 자체가 사회적 관

심의 대상이 되기 어려운 미미한 사안에 해당할 경우에는 국제형사사법 공조를 요청하기가 어려울 것으로 생각된다.

저작권 침해 범죄의 경우 살인, 강도, 강간, 방화 등에 비해서 사회적으로 인식하고 있는 불법의 수준이 상당히 약할 수 있다. 예를 들어 해외에 위치한 서버를 이용해서 동영상 한 편을 저작권자 동의 없이 복제(다운로드)한 것으로 의심이 되는 XXX라는 아이디를 사용하는 이용자의 국적, 거주지 주소,⁶⁹⁾ 연락처 그리고 다운로드한 증거 기록 등을 확보하기 위해서 해당 서버를 압수·수색하고자 국제형사사법 공조 요청을 하기는 힘들 것이다.

대한민국 공무원으로서 대한민국 국민에 의해서 또는 대한민국 영토 내에서 저질러지거나 대한민국 국민의 저작권을 침해하는 범죄행위를 단속하는 직무를 대한민국 내에서 수행한다면 국제형사사법 공조를 통해서 증거를 수집하는 수사 활동을 하게 될 가능성은 크지 않을 것으로 생각된다. 저작권 침해 범죄로서 국제적 수준의 관심의 대상이 되는 사건이라면 검사가 직접 수사 지휘를 하면서 국제형사사법 공조 절차를 진행하든가 아니면 검사가 직접 수사를 하게 될 것으로 보인다.

이러한 현실적인 제약 때문에 국제 인터넷 서비스를 매개로 하는 저작권 침해 범죄행위에 대한 형사법적 대응 방안의 내용은 국제형사사법 공조만으로는 충분하지 않을 것으로 생각된다. 오늘날 전 세계가 교통수단과 통신수단의 발달에 따라 하나의 생활권으로 묶여 나가고 범죄행위 또한 이에 따라 국제화가 진전되고 있다고 하더라도 수사기관에 의한 범죄 수사는 아직도 대부분 국내에서 이루어지고 있다. 국제형사사법 공조를 통해서 수사를 하는 경우는 상당히 예외적이다.

일반 형사사건도 피의자가 해외로 도주하는 등 점차 국제화 추세를 보이고 있지만 공식 절차에 의한 국제형사사법 공조 절차의 진행은 예외적인 경우인 것으로 보인다. 수사기관이 형사사건을 해결할 때 시간이 매우 오래 소요되는 국제형사사법 공조 절차를 모든 국제적 사건에 이용하지 않는다고 해서, 그것이 국제적 성격의 사건을 그에 걸맞은 조치를 통해서 해결하지 않는다는 것을 말하지는 않는다. 그보다는 국제형사사법 공조라는 공식 절차를 필요로 하는 성격의 사건은 그에 따라 처리하고, 그 정도의 수준에 도달하지 않은 사건의 경우에는 나름대로 해결할 수 있는 별도의 방안을 찾아서 활용하고 있다는 말이다. 저작권 침해 범죄행위에 대한 수사도 이러한 해결방안을 참고해서 활용하여야 할 것이라고 생각한다.

69) 대한민국 형법의 적용대상이 되기 위해서는 행위자가 대한민국 국적자이거나, 행위지가 대한민국이거나, 대한민국 또는 대한민국 국민의 법익을 침해하였어야 한다.

II. 국제형사사법 공조 절차에 의하지 아니하는 국제 협력

범죄행위가 진행되고 있다는 의심이 갈 경우에 궁극적으로는 범죄 행위자를 특정해서 증거를 수집해야 하는데, 피의자를 특정 하는 과정에서도 범죄에 이용된 서버가 국외에 위치하고 있는 경우 등 해당 국가의 도움이 필요한 사안이 있을 것이다. 하지만, 피의자를 특정하기 이전 단계에서 국제형사사법 공조의 정식 절차를 시작하기는 사실상 어렵다. 앞에서 설명한 것처럼 국제형사사법 공조는 매우 공식화 된 절차로서 사회적인 이목이 집중되는 사건이고 피의자나 피고인도 확실하게 특정이 된 경우에만 이루어지고 있는 듯하다. 형사사법 공조에 관한 법률 규정 자체만 보아도 그 절차는 매우 번거로울 것이 분명하다.

수사가 시작이 되는 단계를 생각해 보자. 예를 들어 정보통신망을 이용한 범죄가 발생한 것으로 생각이 될 경우 수사기관은 일단 혐의대상을 좁히기 위해서 통신사업자에게 통신자료를 요청하게 된다.⁷⁰⁾ 전기통신사업자⁷¹⁾가 이에 응하여 이용자 정보인 통신자료를 제공해 주면 누가 정보통신망을 이용하여 범죄행위를 저질렀는지 하는 것과 관련하여 혐의의 범위를 축소할 수 있다.

현재 우리나라 형사절차법⁷²⁾에 따르면 법원, 검사 또는 수사기관의 장이나 정보수사기관의 장은 수사를 위해서 필요하다고 판단되는 경우에 통신사업자에게 범죄 혐의와 관련하여 통신자료의 제공을 요청할 수 있다. 그냥 요청을 할 수 있고 법원이 영장을 발부하지 않더라도 통신사업자가 정보를 제공할 수 있도록 규정되어 있다. 통신사실확인자료 제공의 경우와는 다른 입법 내용이다.

통신사실확인자료⁷³⁾의 경우에는 통신비밀보호법 제13조에 따라 법원의 영장을 발부받아야 제공 받을 수 있다. 통신사실확인자료를 제공 받기 위해서 법원의 영장을 필요로 하는 국가는 전 세계에서 우리나라 밖에 없다. 우리나라를 제외한 외국에서

70) 통신자료란 전기통신사업법 제83조 제3항 제1호부터 제6호까지 열거되어 있는 이용자 정보로서 ① 이용자의 성명, ② 이용자의 주민등록번호, ③ 이용자의 주소, ④ 이용자의 전화번호, ⑤ 이용자의 아이디 그리고 ⑥ 이용자의 가입일 또는 해지일 등을 말한다.

71) 전기통신사업법에 따른 허가, 등록 또는 신고를 하고 전기통신역무를 제공하는 자를 말한다(전기통신사업법 제2조 제8호). 이 법에 따른 전기통신사업자의 세 가지 유형은 ① 기간통신사업자(제6조 이하), ② 별정통신사업자(제21조) 및 ③ 부가통신사업자(제22조) 등이다. 이들은 각각 허가를 받거나 등록 또는 신고를 하고 전기통신역무를 제공하게 된다. 기간통신사업자는 정보통신망 자체를 보유하고 있는 전기통신사업자로서 현재 국내에 SKT, KT, LGU+ 등 세 군데가 존재한다.

72) 통신자료 요청, 통신사실자료 요청, 통신 감청, 이메일 감청 등을 규율하는 법규를 포함하는 넓은 의미의 형사절차법을 의미한다.

73) 통신사실확인자료는 통신자료와 구별되는 개념으로서 ① 가입자의 전기통신 일시, ② 통신 상대방의 가입자 번호, ③ 컴퓨터 통신 로그기록, ④ 가입자의 위치를 확인할 수 있는 위치추적 자료, ⑤ 가입자 통신기기의 접속지 추적 기록 등을 말한다(통신비밀보호법 제2조 제11호).

는 수사기관이 통신사업자에게 통신사실확인자료의 제공을 요청할 수 있고 법원의 허가가 없더라도 사업자는 그 정보를 수사기관에 제공할 수 있다.

통신사실확인자료의 경우에도 그러한데 더구나 통신자료 제공에 대해서 영장주의를 적용할 리는 없는 일이다. 통신자료의 제공에 대해서는 우리나라를 포함한 어느 국가도 법원의 영장에 의한 규율을 받지 아니한다. 그렇기 때문에 압수·수색과 같은 공식적인 증거수집 절차가 아닌 통신자료 확인 정도 수준의 조치는 해당 외국의 수사기관이 도와줄 의사만 있으면 우리나라 수사기관의 직접적인 협조 요청을 받아서 해 줄 수 있는 일이다.

통신자료 제공 절차에 관한 우리나라 전기통신사업법 제83조 제3항 규정을 보면 “…… 다음 각호의 자료의 열람이나 제출을 요청하면 그 요청에 따를 수 있다.”고 하고 있다. 수사기관의 통신자료 제공 요청에 따른 협조가 법적 의무로 되어 있지 않은 상황이다. 따라서 검찰, 경찰, 국가정보원 등 수사기관이나 정보수사기관에서 요청을 하더라도 통신자료를 제공하여야 할 법적 의무가 전기통신사업자에게 부과되어 있는 것은 아니라고 보아야 한다. 하지만 2019년도 하반기에 국내 전기통신사업자가 수사기관에 제공한 통신자료 건수가 285만 8,420건에 이르는 것을 보면 법적 의무가 아니라 하더라도 전기통신사업자가 자발적으로 협조하는 분위기 인 것으로 보인다.⁷⁴⁾ 그 가운데 경찰에 제공한 건수가 178만 4,746건으로 가장 많다.

우리나라와 외국의 전기통신사업자를 비교해 보았을 때 어느 국가의 통신사업자들이 수사기관의 요청에 더 협조적인가를 측정한 연구 보고서는 찾기 어렵다. 하지만 이 문제는 한 가지 단적으로 비교되는 사안을 보면 답을 추정할 수 있다. 우리나라의 경우 통신제한조치⁷⁵⁾에 대한 법원의 영장이 발부되더라도 이동통신의 경우에는 통신사업자들이 감청에 협조를 하지 않아서 통신제한조치의 실행이 불가능한 상황이다.⁷⁶⁾ 반면 미국, 영국, 프랑스, 독일, 캐나다 등 이른바 선진국이라고 할 수 있는 국가의 경우에는 법원의 영장을 필요로 하는 나라도 있고 장관의 허가에 따라서 감청을 집행할 수 있는 법제를 가지고 있는 나라도 있다는 점에서는 차이가 있지만, 모두 예외 없이 통신사업자들이 협조를 해서 감청이 이루어지고 있다는 점에서는 공통적이다. 수사기관에 대한 협조는 우리나라보다 선진 외국이 더 잘 이루어지고 있는 것으로 보인다.

74) 과학기술정보통신부, 보도자료, 2020. 7. 3. (금) 배포.

75) 통신비밀보호법에서 사용하는 표현으로서 통신 감청 등 정보통신 이용자의 정보자기결정권에 대한 수사 또는 안보 목적의 기본권 제한 조치를 의미한다.

76) 현재 사실상 유선전화에 대해서만 통신감청이 가능하다. 하지만 유선전화의 사용 빈도가 점차 줄어들고 대부분의 대화가 이동통신에 의해서 이루어지는 방향으로 변화해 가고 있는 상황에서 이동통신에 대한 감청이 불가능한 상황이 계속되고 있다는 점은 범죄 진압과 관련하여 시급하게 해결되어야 할 과제라고 생각한다.

우리가 저작권 침해 범죄행위에 관한 증거를 수집하기 위해서 협조를 필요로 하는 국가들의 경우에 일단 필요하다고 판단하면 해당 국가의 수사기관이 해당 국가의 통신사업자에게 통신자료 또는 통신사실확인자료를 제공하도록 요청하고 이를 획득하는데 어려움이 없어 보인다. 문제는 이들 해당 국가의 수사기관이 국내 수사기관이 필요로 하는 정보를 굳이 찾아 줄 이유가 있다고 생각하게 될 계기를 어떻게 형성할 것인가 하는 점이다.

사람은 일반적으로 상대방이 언제든 내가 필요하면 도와 줄 준비가 되어 있다는 점을 믿게 되고 이에 따라 신뢰가 형성되면 본인도 상대방을 도와줄 수 있는 심리상태가 된다. 자국 내의 정보를 수집하여 타국의 수사기관에 전달해주고 그 반대로 자국에 필요한 정보는 타국의 수사기관을 통해서 전달 받는 일은 위법행위가 아닌 서로를 위해서 도움이 되는 일이다. 시간이 걸리더라도 이러한 신뢰관계가 형성되면 서로를 위해서 수사 정보를 교환하는 관계가 정립될 것이라고 생각한다.

우리나라의 경찰과 검찰은 이미 이러한 상호 협력 관계를 여러 주요 국가의 수사기관과의 사이에서 형성해 오고 있다. 저작권 침해 범죄행위를 단속하는 직무를 수행하는 사법경찰관리도 법적으로는 수사기관에 해당한다. 다만 일반 경찰인 사법경찰관리는 본래 수사 업무를 수행할 것을 예정하고 공무원에 임용된 사람들임에 비해, 특별사법경찰관리는 본래 수사가 아닌 고유 업무를 수행할 것을 예정하고 공무원의 길에 들어선 사람들이라는 점이 다를 뿐이다.

특별사법경찰관리가 필요한 이유는 대략 다음의 두 가지 측면으로 설명된다.⁷⁷⁾ 첫 번째가 공간적 특수성 때문이다. 교도소처럼 해당 공간 출입이 엄격하게 통제되는 공간에서 발생하는 범죄에 대해서는 출입이 어려운 일반 경찰보다 교도관에게 수사를 담당하게 하는 것이 효율적이라는 것이다.

두 번째가 사항적 특수성 때문이다. 예를 들어 출입국관리공무원의 경우 출입국 관리에 특화된 직무를 수행하고 있어서 출입국 관련 범죄행위의 수사는 이들 공무원에게 맡기는 것이 더 효율적이라는 것이다. 저작권 침해 범죄행위를 수사하는 공무원인 사법경찰관리의 경우는 두 번째에 해당한다고 할 수 있다.

특별사법경찰관리는 그 직무가 가지는 고도의 전문성 때문에 일반 경찰공무원을 대신해서 해당 분야의 범죄행위에 대한 수사 업무를 수행하고 있다. 이처럼 일정한 직무에 종사하는 공무원으로 하여금 범죄 수사 업무를 수행하도록 위임하는 특별사법경찰제도는 독일, 프랑스, 일본 등 많은 선진 국가에서도 운영하고 있다. 다만 우리나라의 경우 특별사법경찰의 종류가 50여 분야에 걸쳐 매우 넓게 포진이 되어 있

77) 이근우, “특별사법경찰제도 전면 개편의 필요성”, 『형사정책』, 한국형사정책학회, 제32권 제3호, 2020, 35면 이하.

다는 측면이 이들 선진 외국의 경우와 다른 점이다.⁷⁸⁾ 가능하면 모든 수사를 본래 수사를 위해서 교육을 받았고 처음부터 그러한 직무를 수행하는 일반 경찰에 맡기는 것이 수사의 효율성 측면에서 더 바람직하다고도 할 수 있다. 하지만 특정 분야에 종사하는 공무원은 자신이 근무하는 영역 내에서 범죄 행위를 인지할 수 있는 가능성이 일반 사법경찰의 경우보다 더 높고, 특수한 직무에 관한 특별한 지식을 바탕으로 증거를 더 잘 수집할 수도 있다는 점에서 특별사법경찰제도는 충분히 인정될 가치가 있다.⁷⁹⁾

우리나라의 특별사법경찰제도가 외국의 특별사법경찰제도와 정확하게 일치하는 것은 분명히 아니다. 그러나 저작권 침해 범죄행위를 단속하는 업무를 수행하는 기관이 외국에도 존재하는 것 또한 사실이다. 이러한 단속업무를 수행하는 외국기관이 저작권 침해 범죄행위에 대한 단속만 수행하든 아니면 다른 수사 업무도 함께 수행하든 관계없이 저작권 침해 범죄행위를 단속하는 대한민국 특별사법경찰관의 입장에서는 같은 업무를 수행하는 외국 수사기관과 평소 협력관계를 형성하여야 할 것이다. 이것이 쉬운 문제로 보이지는 않는다.

현재 일반 경찰은 해외의 경찰과 사실상 국제형사사법 공조 절차가 아닌 방식의 협력관계를 이미 상당히 높은 수준으로 형성하고 있는 것으로 보인다. 저작권 침해 범죄행위의 단속하는 입장에서 해외 인터넷서비스제공자에게 가입이 되어 있는 이용자에 관한 정보(통신자료)를 제공받아야 할 필요가 자주 있게 될 것인데, 이러한 필요성은 외국의 저작권 침해 범죄행위 단속 기관의 입장에서도 마찬가지일 것이다. 우리나라 인터넷서비스제공자에게 가입이 되어 있는 이용자에 대한 정보인 통신자료를 전기통신법 제83조 제3항에 의거하여 제공 받을 수는 있다. 문제는 이를 외국 기관에 제공하는 것이 허용되는가 하는 점이다.

통신자료에는 ① 이용자의 성명, ② 이용자의 주민등록번호, ③ 이용자의 주소, ④ 이용자의 전화번호, ⑤ 이용자의 아이디 그리고 ⑥ 이용자의 가입일 또는 해지일 등이 포함되어 있다(전기통신사업법 제83조 제3항 제1호부터 제6호까지). 이는 개인을 식별할 수 있는 정보로서 개인정보보호법 제2조 제1호에서 말하는 ‘개인정보’에 해당한다. 개인정보를 제3자에게 제공하기 위해서는 기본적으로 정보주체의 동의가 있어야 한다. 정보주체가 동의를 하지 않음에도 불구하고 개인정보를 제3자에게 제공하는 것이 허용되는 경우는 다음과 같다.

78) 백창현, “특별사법경찰의 현황 및 개선방안”, 「형사정책연구」, 제18권 제4호 (2007), 277면.

79) 일본의 경우에도 이와 같은 이유에서 특별사법경찰관 제도를 운영하고 있다. 일본의 특별사법경찰관은 특수 영역에 한하여 관할권을 인정받는데, 그러한 사물관할을 벗어난 영역에서 수사를 하더라도 적법절차를 벗어난 것으로 보지는 않는다. (이정민·황태정, 「수사구조개혁 관련 일본식 형사제도 도입에 관한 연구, 치안정책연구소 정책연구용역 최종보고서」, 2013, 30면).

- ① 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 (개인정보보호법 제18조 제2항 제2호)
- ② 정보주체 또는 그 법정대리인이 의사표시를 할 수 없는 상태에 있거나 주소불명 등으로 사전 동의를 받을 수 없는 경우로서 명백히 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우 (개인정보보호법 제18조 제2항 제3호)
- ③ 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공하지 아니하면 다른 법률에서 정하는 소관 업무를 수행할 수 없는 경우로서 개인정보 보호위원회 심의·의결을 거친 경우 (개인정보보호법 제18조 제2항 제5호)
- ④ 조약, 그 밖의 국제협정의 이행을 위하여 외국정부 또는 국제기구에 제공하기 위하여 필요한 경우 (개인정보보호법 제18조 제2항 제6호)
- ⑤ 범죄의 수사 및 공소의 제기 및 유지를 위하여 필요한 경우 (개인정보보호법 제18조 제2항 제7호)
- ⑥ 법원의 재판업무 수행을 위하여 필요한 경우 (개인정보보호법 제18조 제2항 제8호)
- ⑦ 형벌 및 감호, 보호처분의 집행을 위하여 필요한 경우 (개인정보보호법 제18조 제2항 제9호)

통신자료를 외국 수사기관에게 제공하는 것은 저작권 침해 범죄행위에 대한 수사와 공소의 제기 및 유지를 위해서 필요한 경우이다. 그런데 개인정보보호법 제18조 제2항 제7호에서 말하는 범죄의 수사 및 공소의 제기 및 유지는 수사와 공소제기의 주체가 대한민국 수사기관인 경우를 의미하는 것으로 보아야 한다. 개인정보보호법 제18조 제2항 제7호는 외국 수사기관의 수사와 공소제기를 염두에 두고 만들어진 규정이 아님은 분명해 보인다.

하지만 개인정보보호법 제18조 제2항이 규정하고 있는 허용 사유들은 범죄론 체계상 위법성 조각사유라고 할 수 있고, 위법성 조각사유는 유추적용이 가능하다. 따라서 개인정보보호법 제18조 제2항 제7호가 말하는 ‘범죄의 수사 및 공소의 제기 및 유지를 위하여 필요한 경우’란 본래 대한민국 수사기관이 주체가 되는 경우를 의미하는 것이지만, 국제적 차원의 범죄 예방을 위하여 외국 수사기관이 주체가 되어서 진행되는 ‘범죄의 수사 및 공소의 제기 및 유지를 위하여 필요한 경우’에 대해서도 유추적용이 가능하다고 보는 것이 타당하다.

저작권 침해 범죄행위를 단속하는 업무를 수행하는 우리나라 특별사법경찰관리는 외국의 저작권 침해 범죄행위 단속 기관과 상호 협력관계를 형성하기 위해서 외국의 수사기관이 요청하는 경우에는 국내 전기통신사업자로부터 통신자료를 제공 받

아 이를 제공하여야 할 필요가 있다고 본다. 이를 통해서 필요한 경우에 외국의 수사기관으로부터 해당 외국의 전기통신사업자에게 가입이 되어 있는 이용자의 통신 자료를 제공 받을 수 있게 될 것이라고 생각한다. 저작권 침해 범죄행위가 국제적인 수준에서 인터넷을 매개로 자행되고 있는 상황이므로 적극적인 대처가 필요하다고 할 수 있다.

제2절 국내 형사소송절차를 이용한 해외 소재 증거의 수집

국제 인터넷 서비스를 매개로 하는 저작권 침해 범죄행위에 관한 증거를 수집하기 위해서 반드시 해외에 위치한 서버의 저장매체에 대하여 물리적으로 접근을 하여야만 하는 것은 아니다. 해외 서버의 저장매체를 직접 압수·수색해서 증거를 확보하는 것이 이상적인 방법이기도 하지만 사실상 성사되기 어려운 일이라고 생각된다. 해외 해당국가의 수사기관이 상호 협력의 차원에서 국제형사사법 공조 절차에 의하지 않고 통신자료나 통신사실확인자료를 수집해서 전달해 줄 수 있지만 범죄행위를 입증하기에 충분하지 않을 수 있다.

또 한 가지 가능한 방법은 우리나라 법원의 압수·수색 영장을 발부 받아 우리나라에서 원격으로 해외의 서버를 압수·수색하는 것이다. 이러한 방식의 원격 역외 압수·수색에 의거한 증거 수집이 가능할 수 있음을 보여주는 판례가 있다.

이 사건 사실관계는 다음과 같다.⁸⁰⁾

가) 국가정보원 수사관은 피고인 명의의 차량 안에서 발견한 USB에 대한 압수·수색 결과 이 사건 저장장치에 들어 있던 스테가노그래피 프로그램으로 암호화된 파일을 복호화한 문서에서 ‘분기마다 사용할 이메일 주소와 암호’를 알게 되었다. 수사기관은 서울중앙지방법원에 압수·수색·검증할 물건을 ‘피고인이 북한 대남공작조직 225국과 간첩 통신수단으로 사용한 중국 인터넷서비스제공자인 공소의 1 회사와 공소의 2 회사가 제공하는 이메일서비스의 총 10개 계정 중 국가보안법 위반 혐의와 관련해 개설시점부터 2015. 11. 24.까지 사이의 이메일 계정, 받은 편지함 등 각종 편지함, 임시 보관함 등 각종 보관함(스팸·휴지통, 주소록 등 기타 내용 포함), 이메일과 연결된 드라이브 내 각종 문서함(휴지통·캘린더 등 기타 내용 포함)에 송·수신이 완료되어 저장되어 있는 내용과 동 내용을 출력한 출력물, 동 내용을 저장한 저장매

80) 대법원 2017. 11. 29. 선고 2017도9747 판결.

체(메일 헤더가 기록된 원본내용 포함)’ 로, 압수·수색·검증할 장소를 ‘서울시 송파구 소재 한국인터넷진흥원(KISA) 사무실에 설치된 인터넷용 PC(온라인상 압수·수색·검증)’ 로, 압수·수색·검증방법으로 ‘국가 정보통신 인증 공공기관인 한국인터넷진흥원(KISA) 사무실에 설치된 인터넷용 PC에서 영상녹화 및 동 기관의 전문가, 일반인 포렌식 전문가가 입회한 가운데 중국 공소의 1 회사 및 중국 공소의 2 회사의 이메일 홈페이지 로그인 입력창에 국가정보원이 압수수색 과정에서 입수한 위 이메일 계정·비밀번호를 입력, 로그인한 후 국가보안법 위반 범죄 증거 자료 출력물 및 동 자료를 선별하여 저장한 저장매체 봉인·압수’ 로 각 특정하여 압수·수색·검증영장을 청구하였다.

- 나) 서울중앙지방법원은 2015. 11. 23. 위 청구된 내용에다가 이메일에 대한 압수방법을 제한하여, ‘피고인에게 압수·수색에 참여할 기회를 부여한 뒤 본문 기재와 같은 방식으로 압수·수색할 수 있음. 피고인에게 참여 기회를 부여하면 충분하고, 피고인이 압수·수색에 참여하기를 포기 또는 거부하는 등의 경우에는 피고인 참여 없이 압수·수색할 수 있음’ 이라는 조건을 부가한 압수·수색·검증영장(이하 ‘이 사건 압수·수색영장’ 이라 한다)을 발부하였다.
- 다) 국가정보원 수사관 등은 2015. 11. 24. 피고인 및 변호인에게 이 사건 압수·수색영장이 발부된 사실을 설명하고 위 영장을 제시하며 참여의사를 물었으나, 피고인은 대답하지 아니하였고 피고인의 변호인도 영장을 열람했을 뿐 참여의사를 밝히지 아니하였다.
- 라) 국가정보원 수사관 등은 2015. 11. 26. 한국인터넷진흥원에서 이 사건 압수·수색영장을 제시하고 한국인터넷진흥원의 주임연구원이 참여하고 디지털 포렌식 전문가가 입회한 가운데 위 주임연구원으로 하여금 노트북을 사용하여 인터넷 익스플로어(Internet Explore) 및 크롬(Chrome) 브라우저를 통하여 영장에 기재된 각 이메일 주소 및 비밀번호를 입력하여 로그인을 시도하였으나 추가 인증항목이 발생하지 아니한 중국 공소의 2 회사의 1개 이메일 계정에 대해서만 로그인이 성공하여 수색이 가능하였다.
- 마) 주임연구원은 위 이메일 계정에 비밀번호를 입력하여 로그인한 다음, 이메일 본문은 캡처 프로그램을 사용하여 이미지 파일로 저장하고, 첨부문서가 있는 경우에는 원본 파일명에 ‘발신자명’ 을 추가하는 방법으로 저장하였으며, 첨부문서에 링크파일이 포함되어 있는 경우에는 링크파일에 접속 후 해당 사이트로 이동하여 현출된 화면을 이메일 본문과 동일한 방법으로 캡처, 저장하는

등의 방법으로, 이메일 계정의 전체보관함에 저장되어 있는 총 17건의 이메일을 선별 압수·수색하여 총 15건의 이메일(헤더정보 포함) 및 그 첨부파일을 추출하여 출력·저장함으로써 압수하였다.

이러한 사실관계에 대하여 항소심인 서울고등법원은 다음과 같은 이유 때문에 ‘원격 역외 압수·수색’은 형사소송법이 정하는 압수·수색 집행방식에 부합하지 않는다고 보았다.

- ① 대상물의 소유자, 소지자 또는 보관자를 상대로 압수·수색을 할 것을 정하고 있는 형사소송법 제106조 및 제107조에 저촉된다.⁸¹⁾
- ② 처분을 받는 자에게 압수·수색 영장을 제시하여야 한다는 제118조에 위배된다.
- ③ 압수·수색 처분을 받는 정보통신서비스제공자의 참여가 배제되어 증거의 무결성과 원본성을 담보할 수 없다.

이에 대하여 상고심은 다음과 같은 이유에 따라 압수·수색의 적법성을 인정하였다.

- ① 피의자의 정보처리장치에 저장된 전자정보를 압수·수색한다는 개념의 범주에는 피의자의 정보처리장치와 정보통신망으로 연결되어 있는 제3자가 관리하는 원격 저장매체에 저장된 전자정보를 압수·수색하는 것도 포함된다.
- ② 피의자가 해당 정보에 대한 처분 권한을 가지고 있었으므로 피의자를 해당 정보의 소유자(소지자)라고 할 수 있다. 해당 정보의 소유자(소지자)에 대하여 참여 기회를 보장하였으므로 적법한 절차에 의한 압수·수색이라고 할 수 있다.

원격지에 위치한 저장매체에 전자정보를 저장하는 경우 그 정보의 소유자 또는 소지자는 그 정보에 대한 처분 권한을 향유하는 이용자라고 하여야 한다는 것이 대법원의 현재 입장이다. 국내에 거주하는 행위자가 해외에 위치한 서버의 저장매체에 불법 복제에 제공할 목적으로 저작물 파일을 업로드 해 두게 되면 이에 대한 접근 권한과 처분 권한을 모두 가지고 있는 업로더가 해당 전자정보의 소지자라는 말이다.

81) 압수·수색의 대상이 되는 서버가 해외에 위치하고 있으며 서버의 소유자 및 관리자가 외국인인데 이 서버 관리자에 대하여 압수·수색이 진행되지 않았기 때문에 소유자, 소지자 또는 보관자를 상대로 압수·수색이 이루어진 것으로 보기 어렵다는 취지이다.

이러한 전자정보를 특정 피의자가 업로드 하였다는 점을 입증하기 위해서는 행위자의 자백과 보강증거가 있거나,⁸²⁾ 적법절차에 따라 진행된 원격 역외 압수·수색에 의거해서 수집된 증거가 필요할 것이다.

제3절 증거 수집의 적법성 확보

I. 증거능력 문제

형사소송법 제307조에 따라 “사실의 인정은 증거에 의하여야 한다.” 그리고 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다(형사소송법 제308조의2).” 적법절차에 따라 수집되지 아니한 증거는 그것이 아무리 실체적 진실을 이야기 해주고 있더라도 증거로 사용할 수 없다. 이와 같은 증거능력의 문제는 우리나라 법원이 점점 더 엄격하게 판단하는 경향을 보이고 있다.⁸³⁾

일반 사법경찰관의 경우에는 처음부터 수사 업무를 수행하기 위해서 공무원이 된 사람들이어서 증거능력 문제에 대해서 비교적 익숙할 것으로 생각된다. 그러나 특별 사법경찰관의 경우에는 수사가 아닌 고유의 직무영역이 있어서 그러한 방면으로 더 특화 되어 있기 때문에 증거능력이라는 문제에 대해서 상대적으로 덜 익숙할 수 있다.

더구나 저작권 침해 범죄행위에 대한 수사업무를 담당하는 공무원이 지속적으로 교체되는 상황에서는 시간적으로 증거능력 등 수사상 적법절차와 관련된 문제에 익숙해 질 여유가 없을 수도 있다고 생각된다. 수사기관에 근무하기 위해서 공무원이 된 사람들도 아닌데 아주 오랜 기간 수사업무를 담당하도록 하는 것이 힘든 일이라는 하겠지만 형사소송법을 정확하게 이해할 수 있도록 보장해주는 여건은 분명히 조성되어야 한다.

현재까지는 판례가 인터넷을 통해서 수집된 증거의 증거능력에 대하여 아주 엄격한 판단을 하지는 않는 것으로 보인다. 인터넷으로 수집된 디지털 증거가 증거능력을 인정받기 위해서는 ① 당사자 참여권 보장, ② 정보의 무결성, ③ 정보의 원본성 등 세 가지 요건이 충족되어야 한다. 앞에서 언급한 국가정보원 수사관에 의한 원격 역외 압수·수색의 경우가 대법원에 의해서 증거능력이 인정된 사안이어서⁸⁴⁾ 이

82) 형사소송법 제310조에 따라 “피고인의 자백이 그 피고인에게 불이익한 유일의 증거인 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.”

83) 이근우, 앞의 논문, 35면.

84) 대법원 2017. 11. 29. 선고 2017도9747 판결.

를 참고하여 다음과 같이 증거 수집에 임하면 될 것으로 생각된다.

- ① 압수·수색 과정에 피의자 등 당사자가 참여할 수 있도록 기회를 부여하여야 한다. (형사소송법 제121조)
- ② 디지털 정보의 조작 용이성이라는 특성 때문에 무결성이 확보되어야 한다. 국정원 사건의 경우에는 하급심이 이 부분을 인정하지 않았으나 대법원은 이에 관한 특별한 언급 없이 증거능력을 인정하였다. 압수·수색 과정에서 신뢰할 수 있는 기관이라고 할 수 있는 한국인터넷진흥원에서 관련 전문가들이 참여한 상태에서 정보를 수집함으로써 간접적으로 무결성을 인정받았던 것으로 보인다.
- ③ 본래 증거는 원본을 제출하여야 하는데 디지털 증거는 원본을 사람이 육안으로 들여다 볼 경우에 그 내용을 인식하는 것이 불가능하다. 따라서 내용을 확인하기 위한 추가 조치가 필요하다. 이 점 때문에 디지털 증거의 경우에는 출력물에 대해서도 원본성을 인정할 필요가 있는데, 이 문제는 입법적으로 해결되었다. 형사소송규칙 제134조의7 제1항에 “컴퓨터용디스크 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체……에 기억된 문자정보를 증거자료로 하는 경우에는 읽을 수 있도록 출력하여 인증한 등본을 제출할 수 있다.” 는 취지의 조항이 2007년 10월 29일에 도입된 것이다.

증거능력 확보를 위해서 필요한 조치를 표로 정리하면 다음과 같다.

<표 2-5> 증거능력 확보를 위한 조치

필요 요건	필요 조치	관련 근거
참여권 보장	- 검사에게 영장 청구 신청 - 법원 영장 발부 - 피의자 또는 그 변호인 등 당사자에게 연락하여 참여권 부여	형사소송법 제121조
무결성 확보	- 원격 역외 증거 수집 과정의 증거 조작가능성을 배제하는 것이 가능한 신뢰할 수 있는 공적 기관에서 증거 수집 (예: 한국인터넷진흥원) - 증거 수집 과정에 디지털 증거 관련 전문가 참여 조치	대법원 2017. 11. 29. 선고 2017도9747 판결
원본성 인증	- 증거물 내용 출력 후 인증 획득하여 등본으로 제출 (신뢰할 수 있는 공적 기관 이용)	형사소송규칙 제134조의7 제1항

II. 긴급 증거보전 문제

압수·수색과 관련하여 또 한 가지 문제점은 법원에 영장이 청구되었다는 사실을 알고 피의자가 외국에 있는 서버의 저작권 침해 범죄 관련 정보를 삭제하여 증거를 인멸할 가능성이 있다는 것이다. 자기 자신의 범죄에 관한 증거를 인멸하는 행위는 처벌대상이 되지도 않는다.⁸⁵⁾ 따라서 법원의 영장을 발부 받아 압수·수색을 하기 전에 증거를 보전할 필요가 있다.

현행 형사소송법 제184조가 증거보전을 규정하고 있기는 하지만 이는 법원이 공판 개시 전에 미리 증거를 조사하는 제도로서 긴급한 상황에 대처하기는 어렵다. 수사기관 차원에서 긴급증거보전을 할 방법이 필요한데 이에 관한 규정을 형사소송법에 마련하고자 하는 시도가 여러 차례 있었지만 좌절되었다.⁸⁶⁾

국내 입법이 없더라도 국제협약에 따르면 긴급증거보전이 가능할 수도 있다. 현재 부다페스트 협약(Convention on Cybercrime)⁸⁷⁾ 제16조 제1항에 ‘신속보전명령’ 제도가 마련되어 있다. 이 조항에 따라 각 협약 가입국은 디지털 정보가 손실 또는 훼손 등으로 인하여 변경 또는 멸실될 위험이 있다고 판단되는 경우에 신속한 보전을 명령할 수 있다. 하지만 우리나라는 아직 이 협약에 가입하지 않고 있다.

85) 형법 제155조 제1항에서 정하는 처벌대상은 ‘타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거를 인멸’하는 행위이다.

86) 노소형, “제3자 보관 디지털증거에 대한 긴급증거보전 제도 신설방안 연구”, 「성균관대학교 박사학위 논문」, 2020, 50면 이하.

87) Reference : ETS No. 185 / Opening of the treaty : Budapest, 23/11/2001 - Treaty open for signature by the member States and the non-member States which have participated in its elaboration and for accession by other non-member States / Entry into Force : 01/07/2004 - 5 Ratifications including at least 3 member States of the Council of Europe.

제4장 저작권법 위반 범죄 대응 관련 시사점

국제 인터넷 서비스를 매개로 한 저작권 침해 범죄행위에 대한 형사법적 대응방안을 여러 가지 시각에서 검토를 한 결과 다음과 같은 시사점이 도출된다. 저작권 침해 범죄행위를 단속하고 수사하는 직무를 수행하고 있는 특별 사법경찰관리의 입장에서 실무 과정에서 참고가 될 수 있을 것으로 생각된다. 시사점을 요약·정리하면 다음과 같다.

I. 범죄구성요건 성립 관련

1. 저작권 침해 범죄행위의 개념

저작권 침해 범죄는 저작물을 저작권자의 동의 없이 함부로 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여하거나 그에 대한 2차적 저작물 작성을 함으로써 성립한다. 저작권자의 동의가 있게 되면 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여 또는 그에 대한 2차적 저작물 작성이 허용된다. 저작권 침해 행위를 다시 정의해보자면 ‘저작권자의 의사에 반하여 저작물을 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여하거나 그에 대한 2차적 저작물 작성을 하는 것’ 이라고 할 수 있다.

2. 저작권자의 동의가 가지는 법적 성격

여기서 저작권자의 동의가 3단계로 구성되어 있는 범죄성립요건 가운데 어느 것을 조각시켜서 처벌대상에서 제외되는가에 대하여 다음과 같은 견해 대립이 있다.

- ① 이원설 : 법익주체의 동의가 어떠한 법적 성격을 가지는가에 대해서는 일률적인 판단이 불가능하므로, 구성요건 조각사유인 양해 또는 위법성 조각사유인 승낙 가운데 어디에 속하는가를 구성요건의 특질을 보고 판단하여야 한다는 견해이다.
- ② 일원설 중 구성요건 조각사유설 : 법익주체의 동의가 있게 되면 항상 구성요건이 조각된다고 보는 견해이다.
- ③ 일원설 중 위법성 조각사유설 : 법익주체의 동의가 있게 되면 항상 위법성이 조각된다고 보는 견해이다.

범죄행위의 속성상 범의주체의 동의를 있게 되면 범죄성립요건의 제1단계인 구성요건 자체가 성립할 수 없다고 보아야 하는 유형이 존재한다고 볼 수밖에 없으므로 일단 범의주체의 동의를 구성요건을 조각하는 사유가 될 수 있다는 점을 인정하여야 한다고 본다. 그렇다고 해서 범의주체의 동의를 항상 구성요건을 조각한다고 보기도 어렵다. 따라서 범죄의 속성에 따라 범의주체의 동의를 구성요건 조각사유가 되는 경우도 있고, 위법성 조각사유가 되는 경우도 있다고 보는 이원설이 타당하다.

저작권 침해의 경우는 ‘저작권자의 의사에 반하여 저작물을 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여하거나 그에 대한 2차적 저작물 작성을 하는 것’ 이 범죄행위에 해당하는 것이므로 범의주체인 저작권자의 동의는 구성요건을 조각하는 ‘양해’로 보는 것이 타당하다.

3. 저작권 제한사유의 법적 성격

저작권법은 제23조 이하에서 저작재산권의 제한 근거를 열거하고 있다. 저작자의 동의를 없는 상태에서 저작물을 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여하거나 그에 대한 2차적 저작물 작성을 하더라도 이들 저작재산권 제한 사유에 해당하면 저작권 침해 범죄가 성립하지 않게 된다. 이 경우에도 범죄론 체계와 관련해서 어떻게 이해하여야 하는지에 대하여 논란의 소지가 있다.

저작권 제한사유 가운데 가장 핵심적인 내용은 저작권법 제35조의5 제1항에 있다. 이 조항의 내용을 한마디로 하자면 ‘정당한 사용은 처벌하지 않는다’는 것이다. 그 앞에 있는 18개의 조항은 정당한 사용의 예시에 해당한다. 결국 저작권법 제35조의5만 있어도 되지만 그렇게 되면 판단기준의 추상성을 극복하기 어렵기 때문에 18개의 예시 규정을 둔 것이다. 입법기술상 제한적 일반화(ejusdem generis)에 해당한다.

저작권 제한사유에 해당하는 경우는 저작권자의 동의가 별도로 이루어지지 않고 있는 상태임은 분명하므로 ‘저작권자의 의사에 반한다’는 요건이 일단 형식적으로 충족된다고 보아야 한다. 따라서 구성요건 조각사유로는 볼 수 없다. 저작권법 제23조부터 제35조의5까지의 규정은 위법성 조각사유로 보는 것이 타당하다.

4. 고의와 실질적 유사성 및 접근성

형법 총칙의 규정은 형법전 이외의 모든 형사처벌 규정에 두루 적용되기 때문에

저작권법상의 처벌규정에도 마찬가지로 형법 총칙 내용이 적용된다. 저작권법 제 136조 제1항에는 주관적 구성요건에 관한 언급이 없다. 과실범을 처벌한다는 특별한 규정이 존재하지 않는 한 고의범만 처벌하는 것이 원칙이다. 따라서 과실범 처벌에 대한 언급이 없다는 측면에서 저작권법 침해 범죄행위는 법적 성격을 고의범으로 보아야 한다.

고의범인 저작권 침해죄가 성립하려면 ① 저작물의 존재를 인식하고, ② 저작권자의 의사에 반한다는 점을 알면서도, ③ 그 저작물을 복제, 공연, 공중송신, 전신, 배포, 대여하거나 그에 대한 2차적 저작물을 작성하였어야 한다. 이와 같은 내용의 고의가 있었다는 점에 대한 입증책임은 검찰에게 부여된다.

고의란 ‘범죄구성요건 실현에 대한 인식과 의도’를 말한다. 그런데 사람의 인식과 의도를 직접 관찰을 통해 정확하게 인식할 수 있는 도구가 존재하지 않는다. 이 때문에 고의의 존재 및 내용에 대한 판단은 행위자의 객관적 행동을 보고 어떠한 행위는 어떠한 고의의 존재가 있었음을 말해준다고 보는 수밖에 없다. 고의 입증에 관한 증명력 판단을 객관적 측면에서 행위 내용을 읽는 방식으로 한다는 말이다.

이와 관련하여 저작권 침해 범죄행위의 고의를 판단할 때 ‘실질적 유사성’과 ‘접근성’이라는 기준을 사용하고 있다. 저작권 침해의 혐의를 받고 있는 사람은 내용이 비슷하지만 그것은 우연의 일치라고 주장하기 마련이므로 자백이 아니라 객관적인 내용을 보고 판단하는 수밖에 없다. 이 경우 실질적 유사성을 판단기준으로 하게 되면 구체적인 표현이 모두 일치하지 않더라도 전체적인 맥락에서 상식적으로 같은 내용이라고 볼 수 있을 정도이면 저작권 침해를 인정할 수 있게 된다. 증명력에 대한 요구수준을 실제 상황에 적합하도록 조정한 것이라고 할 수 있다.

그런데 혹시 다른 사람의 저작물을 보지 않고도 실질적 유사성을 가진 작품을 만들어 낼 수도 있지 않겠는가 하는 걱정 때문에 침해 대상 저작물의 내용에 행위자가 ‘접근’(access)할 수 있는 가능성이 열려 있었는가를 동시에 감안하고 있다. 또한 이미 창작이 이루어진 저작물을 접할 수 있어야 그에 의거하여 작품을 만들었다고 볼 수 있다는 측면에서 ‘의거관계’라는 표현을 사용하기도 한다. 많은 콘텐츠가 인터넷 공간에서 파일 형태로 제공이 되고 있는 상황에서는 접근성을 인정하는 데에는 별다른 어려움이 없을 것이라고 생각한다.

5. 온라인서비스제공자의 책임

저작권법 측면에서 공범과 관련하여 주로 문제가 되는 것은 저작권 침해 행위가

가능해지도록 저작권 침해의 장을 열어 준 온라인서비스제공자(Online Service Provider / OSP)의 종범 성립 여부이다. 저작권 침해와 관련하여 형사책임이 문제될 수 있는 경우는 네이버나 카카오와 같은 포털 사이트와 위디스크와 같은 웹하드라고 할 수 있다. 포털과 웹하드 사업자는 이용자들이 정보통신망을 이용해서 서로 자료를 교환할 수 있도록 장을 열어주고 있다. 이들 서비스를 이용해서 교환되는 정보가 저작권을 침해할 가능성은 항상 열려 있다. 그러한 점을 온라인서비스사업자도 잘 알고 있다.

온라인서비스사업자의 형사책임은 방조범 형태로 성립이 가능하다. 방조란 ‘타인의 범죄를 촉진하는 것’을 말한다. 그리고 촉진이란 ① 타인의 범죄의 실행을 가능하게 만들어 주거나 ② 타인의 범죄로 인한 범익침해를 강화해 주거나 ③ 타인의 범죄의 실행을 쉽게 해 주는 것을 말한다. 저작권 침해는 포털 사이트나 웹하드 서비스가 존재함으로 인해서 그렇지 않은 경우에 비해 아주 손쉽게 그 실행행위를 할 수 있게 되며, 인터넷의 폭발적인 전파력으로 인해서 범익침해를 아주 효과적으로 강화해준다. 따라서 저작권 침해의 장을 마련하여 손쉽게 범죄를 저지르고 또 범익침해가 강해지도록 도와준다는 측면에서 온라인서비스사업자의 행위는 방조에 해당할 수 있다.

온라인서비스사업자의 서비스 제공행위가 저작권 침해 범죄의 방조에 해당한다고 하더라도, 그러한 방조행위는 부작용에 의한 것이라고 보는 것이 타당하다. 부작용에 의한 방조가 인정되려면 작위의무가 있어야 한다. 작위의무는 보증인적 지위가 있을 때 인정된다.

온라인서비스사업자가 이행하여야 할 작위의무의 내용은 저작권법 제102조부터 제104조 사이에 자세히 규정되어 있다. 이들 조항은 온라인서비스사업자가 자신의 지배영역 내에서 이루어진 저작권 침해 결과에 대하여 책임을 지지 않기 위한 요건이라는 형태로 구성되어 있다. 이들 요건을 준수하면 형사처벌이 되지 않는다는 것은 이 요건들이 온라인서비스사업자가 이행하여야 할 작위의무라는 말이 된다. 작위의무의 내용을 간추려서 정리해 보자면 다음과 같다.

- ① 어떠한 정보가 누구로부터 누구에게로 언제 보낼 것인가에 대한 결정에 개입하지 말 것 (사이트 내의 콘텐츠 구성에 대하여 관여하지 말 것) (저작권법 제102조)
- ② 반복적으로 저작권을 침해하는 이용자가 발견되면 이용을 정지시킬 것 (저작권법 제102조 제1항 제1호 다목)
- ③ 저작권 침해가 불가능해지도록 차단하기 위한 기술적 조치를 그대로 둘 것

(저작권법 제102조 제1항 제1호 라목)

④ 권리주장자의 요구가 있으면 저작물의 소통을 차단할 것 (저작권법 제103조)

저작권 침해가 이루어지는가를 일일이 점검하여야 할 모니터링 의무는 인정되지 않는다(저작권법 제102조 제3항). 포털이나 웹하드를 이용해서 소통이 되는 정보의 양이 너무 많기 때문에 이를 모두 들여다보는 것은 불가능한 일이다. 그러한 작위 의무는 이행할 수 없기 때문에 그러한 작위의무 자체를 인정하는 것은 무의무한 일이다. 어차피 작위의무 이행가능성이 없어서 부작위범의 성립을 인정할 수 없기 때문이다.

저작권 침해 현상을 최소화 한다는 측면에서 생각해볼 만한 것은 저작권 침해 차단을 위해서 특정 정보에 접근할 수 없도록 하기 위한 기술적 조치를 취할 것을 의무화하는 것이다. 최근 N번방 사건으로 인하여 불법촬영물을 차단하기 위해서 전기통신사업법이 사업자의 유통방지 책임을 규정하는 조항을 신설한 바 있다. 이를 참고한 입법이 이루어진다면 많은 도움이 될 것으로 생각한다.

II. 국내 형법 적용의 준거 관련

현재 형벌고권은 국가 단위로 형성되어 있다. 국제적 형벌고권의 형성을 통해서 국제질서의 공정한 유지가 논의되고 있기는 하지만 아직 갈 길이 멀다. 이에 따라 저작권 침해 행위에 대해서도 각 국가가 자국의 형법을 적용하여 처벌하는 것 외에는 형사법적 측면에서 할 수 있는 일이 없다.

우리나라 형법이 적용되기 위해서는 형법 제2조부터 제7조까지의 조항 가운데 어느 하나에라도 해당하여야 한다. 이 가운데 국제 인터넷 서비스를 매개로 하는 저작권 침해 범죄행위와 관련하여 국내형법을 적용할 수 있는 준거로 할 수 있는 것은 형법 제2조의 속지주의, 형법 제3조의 속인주의 그리고 형법 제6조의 보호주의 등이다. 저작권 침해행위의 행위지가 대한민국이거나, 행위자가 대한민국 국민이거나, 대한민국 국민의 저작권을 침해하는 범죄행위에 해당하면 국내형법이 적용될 수 있다.

III. 국제형사사법 공조 관련

외국에서 수집된 증거의 증거능력이 인정되려면 우리나라 형사소송법이 정하고 있는 증거능력 요건이 충족되어야 한다. 외국에서 수집되는 증거가 우리나라 법정

에 제출되는 경로는 다음 세 가지로 정리될 수 있다.

- ① 외국 수사기관 또는 수사기관 이외의 공무원이 해당 국가의 절차법 규정에 따라 증거를 수집해서 국내로 송부하는 경우
- ② 우리나라 수사기관 또는 수사기관 이외의 공무원이 외국 현지에서 진술서를 작성하고 그 진술서가 국내로 전달되어 법정에서 제출되는 경우
- ③ 우리나라 수사기관 또는 수사기관 이외의 공무원이 국내에서 통신수단을 이용하여 신문을 하고 진술서를 작성하여 법원에 증거로 제출하는 경우

이들 각 경우에 증거능력이 인정되기 위한 요건은 다음과 같다.

1. 외국 공무원 수집 증거의 경우

일단 외국 공무원을 통해서 수집된 증거가 “외국공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서”에 해당하면 형사소송법 제315조 제1호에 의거하여 당연히 증거능력이 인정된다. 형사소송법 제315조 제1호에서 말하는 “외국공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서”가 아니라 진술조서로서 외국의 법원이나 수사기관이 작성한 문서의 경우에는 해당 국가의 형사절차법이 준수되어야 하고 그 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 아래에서 이루어졌어야 한다.

2. 우리나라 공무원 수집 증거의 경우

우리나라 수사기관이 국제형사사법공조절차를 거치지 않고 임의로 해외 현지에서 가서 외국 거주 참고인에 대한 진술을 받아낸 경우에는 증거능력이 인정되기 어렵다. “검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서, 그 조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 …… 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 피고인 또는 변호인이 …… 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때”에 한하여 증거로 사용할 수 있기 때문이다(형사소송법 제312조 제4항).

주중 대한민국 대사관에 근무하는 영사가 특정인을 지목하여 그가 북한공작원이며 그가 거주하는 주택은 북한 대남공작조직의 공작아지트라는 취지의 영사증명서와 같은 경우에도 사실을 기반으로 작성된 문서가 아니라 영사의 입장에서 추측을 기반으로 작성한 문서로서 증거능력을 인정하기 어렵다.

3. 우리나라 공무원이 통신수단을 이용하여 수집한 증거의 경우

우리나라의 수사기관이 직접 외국에 나가서 증거를 수집한 경우가 아니라 국내에서 통신수단을 이용해서 증거를 수집한 경우에도 그 증거의 증거능력은 형사소송법 규정에 의거하여 판단되어야 한다. 따라서 수사기관이 국내에서 외국에 거주하는 참고인에게 전화를 하여 통화내용을 문답형식으로 기록한 후 수사기관만 기명날인하여 법원에 제출한 문서의 경우에는 내용의 진정성과 성립의 진정성을 담보할 수 없어서 증거능력이 인정될 수 없다.

4. 국제형사사법 공조 절차가 가지는 현실적 제약

우리나라에서 외국의 해당 국가로 공조요청서가 송부되기 위해서는 [사법경찰관(7급 이상 공무원) → 검사 → 법무부장관 → 외교부장관]의 네 단계를 거치고, 이를 접수하는 해당 국가에서 증거 수집 실무부서에 이를 때까지 다시 네 단계를 거쳐야 한다. 증거를 수집할 때까지 국내 및 국외 8단계를 그리고 수집된 증거가 다시 우리나라로 전달될 때까지 국외 및 국내 8단계를 거치기에 모두 16단계를 거치는 일이 전개된다. 국가와 국가 사이의 협력관계가 이루어져야 하는 작업이기 때문에 법무부 뿐 아니라 외교부도 거쳐야 하는데다가 형식적으로는 어쨌건 장관까지 개입이 되어야 하기에 무척 번거롭고 시간이 많이 소요되는 일이다.

국제형사사법 공조가 상당히 공식적인 절차이고 번거로운 일이기 때문에 상당 수준의 강력한 범죄가 문제가 되지 않으면 이용하기가 사실상 곤란한 제도라고 판단된다. 저작권 침해 범죄의 경우 전통적인 강력범죄에 비해서 사회구성원이 느끼는 불법의 수준이 대부분 상당히 약할 수 있다. 따라서 저작권 침해 범죄행위의 증거 수집이라는 차원에서 국제형사사법 공조 절차를 밟는 것은 사실상 이용하기 어려운 수단이라고 생각된다.

이러한 현실적인 제약 때문에 국제 인터넷 서비스를 매개로 하는 저작권 침해 범죄행위에 대한 형사법적 대응 방안의 내용은 국제형사사법 공조만으로는 충분하지 않을 것으로 생각된다. 오늘날 전 세계가 교통수단과 통신수단의 발달에 따라 하나의 생활권으로 묶여 나가고 범죄행위 또한 이에 따라 국제화가 진전되고 있다고 하더라도 수사기관에 의한 범죄 수사는 아직도 대부분 국내에서 이루어지고 있다. 국제형사사법 공조를 통해서 수사를 하는 경우는 상당히 예외적이다.

일반 형사사건도 피의자가 해외로 도주하는 등 점차 국제화 추세를 보이고 있지

만 공식 절차에 의한 국제형사사법 공조 절차의 진행은 예외적인 경우인 것으로 보인다. 수사기관이 형사사건을 해결할 때 시간이 매우 오래 소요되는 국제형사사법 공조 절차를 모든 국제적 사건에 이용하지 않는다고 해서, 그것이 국제적 성격의 사건을 그에 걸맞은 조치를 통해서 해결하지 않는다는 것을 말하지는 않는다. 그보다는 국제형사사법 공조라는 공식 절차를 필요로 하는 성격의 사건은 그에 따라 처리하고, 그 정도의 수준에 도달하지 않은 사건의 경우에는 나름대로 해결할 수 있는 별도의 방안을 찾아서 활용하고 있다는 말이다. 저작권 침해 범죄행위에 대한 수사도 이러한 해결방안을 참고해서 활용하여야 할 것이라고 생각한다.

5. 국제형사사법 공조 절차가 아닌 국제 협력

범죄행위가 진행되고 있다는 의심이 갈 경우에 궁극적으로는 범죄 행위자를 특정해서 증거를 수집해야 하는데, 피의자를 특정 하는 과정에서도 범죄에 이용된 서버가 국외에 위치하고 있는 경우 등 해당 국가의 도움이 필요한 사안이 있을 것이다. 하지만, 피의자를 특정하기 이전 단계에서 국제형사사법 공조의 정식 절차를 시작하기는 사실상 어렵다. 국제형사사법 공조는 매우 공식화 된 절차로서 사회적인 이목이 집중되는 사건이면서 피의자나 피고인도 확실하게 특정이 된 경우에만 이루어지고 있다.

수사가 시작이 되는 단계를 생각해 보면, 예를 들어 정보통신망을 이용한 범죄가 발생한 것으로 생각이 될 경우 수사기관은 일단 혐의대상을 좁히기 위해서 통신사업자에게 통신자료를 요청하게 된다. 전기통신사업자가 이에 응하여 이용자 정보인 통신자료를 제공해 주면 누가 정보통신망을 이용하여 범죄행위를 저질렀는지 하는 것과 관련하여 혐의의 범위를 축소할 수 있다.

통신자료 또는 통신사실확인자료 수준의 증거는 해외의 대부분 국가 소속 수사기관이 커다란 법적 장애 없이 수집할 수 있다. 이와 같은 자료는 저작권 침해 범죄행위의 피의자를 특정하기 위해서 매우 유용하게 사용할 수 있는 것으로 판단된다. 이러한 증거 자료는 국제형사사법 공조 절차를 동원하지 않더라도 각 국가의 수사기관 차원에서 상호 협력 관계만 형성되어 있다면 유연하게 제공이 될 수 있다.

상호 협력 관계를 형성하고자 한다면 우리나라에서 저작권 침해 범죄행위를 단속하는 입장에서 해외 인터넷서비스제공자로부터 그 이용자의 통신자료를 필요로 하는 것처럼 해외 수사기관이 우리나라 인터넷서비스제공자로부터 통신자료를 원하는 경우에 이에 응해야 할 필요가 있다. 이러한 통신자료는 개인정보보호법 제2조 제1호에서 말하는 개인정보에 해당한다. 따라서 이를 제공하는 것이 개인정보보호법에

의거하여 허용되어야만 제공이 가능하다. 이 문제는 개인정보보호법 제18조 제2항 제7호를 유추적용함으로써 해결될 것으로 생각된다.

6. 국내 형사소송절차를 이용한 해외 소재 증거의 수집

국제 인터넷 서비스를 매개로 하는 저작권 침해 범죄행위에 관한 증거를 수집하기 위해서 반드시 해외에 위치한 서버의 저장매체에 대하여 물리적으로 접근을 하여야만 하는 것은 아니다. 해외 서버의 저장매체를 직접 압수·수색해서 증거를 확보하는 것이 이상적인 방법이기도 하지만 사실상 성사되기 어려운 일이라고 생각된다.

한편 해외 해당국가의 수사기관이 상호 협력의 차원에서 국제형사사법 공조 절차에 의하지 않고 통신자료나 통신사실확인자료를 수집해서 전달해 줄 수 있지만 범죄행위를 입증하기에 충분하지 않을 수 있다.

또 한 가지 가능한 방법은 우리나라 법원의 압수·수색 영장을 발부 받아 우리나라에서 원격으로 해외의 서버를 압수·수색하는 것이다. 이러한 방식의 원격 역외 압수·수색에 의거한 증거 수집의 적법성을 최근 2017년의 판례가 인정하고 있기 때문에 저작권 침해 범죄행위의 증거수집 방식으로 적극 활용할 필요가 있다고 생각한다.

원격 역외 압수·수색의 적법성을 인정하는 대법원의 논리는 다음과 같다.

- ① 피의자의 정보처리장치에 저장된 전자정보를 압수·수색한다는 개념의 범주에는 피의자의 정보처리장치와 정보통신망으로 연결되어 있는 제3자가 관리하는 원격 저장매체에 저장된 전자정보를 압수·수색하는 것도 포함된다.
- ② 피의자가 해당 정보에 대한 처분 권한을 가지고 있었으므로 피의자를 해당 정보의 소유자(소지자)라고 할 수 있다. 해당 정보의 소유자(소지자)에 대하여 참여 기회를 보장하였으므로 적법한 절차에 의한 압수·수색이라고 할 수 있다.

7. 증거 수집의 적법성 확보

일반 사법경찰관의 경우에는 처음부터 수사 업무를 수행하기 위해서 공무원이 된 사람들이어서 증거능력 문제에 대해서 비교적 익숙할 것으로 생각된다. 그러나 특별 사법경찰관의 경우에는 수사가 아닌 고유의 직무영역이 있어서 그러한 방면으로 더 특화되어 있기 때문에 증거능력이라는 문제에 대해서 상대적으로 덜 익숙할 수

있다. 그럼에도 불구하고 증거 수집의 적법성이 확보되지 아니하여 처벌하여야 할 저작권 침해 범죄행위를 처벌하지 못하게 된다면 곤란하므로 증거수집 과정에서 반드시 다음과 같은 조치를 강구하여야 할 것이라고 생각한다.

- ① 압수·수색 과정에 피의자 등 당사자가 참여할 수 있도록 기회 보장
- ② 무결성 확보를 위해 압수·수색 과정에서 한국인터넷진흥원 등 신뢰할 수 있는 기관에서 관련 전문가들이 참여한 상태에서 증거 수집
- ③ 형사소송규칙 제134조의7 제1항에 따라 디지털 정보를 출력하여 인증한 등본을 제출

제3편 국제 인터넷서비스를 매개로 한 저작권침해 해결방안 검토

제1장 주요 국제 인터넷 기업의 정보공개 현황 (민간영역의 자율적 방안)

제1절 투명성 보고서 분석을 통한 정보공개 통계, 준거법 및 실질법, 정보공개 정책

I. 의의

투명성 보고서(Transparency Report)란 회사가 정부의 이용자 정보 제공요청, 콘텐츠 등 저작물 복제·전송중단(takedown) 등에 따른 통계 등을 정기적으로 공개하는 기업 보고서(Statement)의 한 형식이다. 회사는 투명성 보고서를 통해 일정 기간 동안 정부에서 요청한 관련 정보의 통계를 공개함으로써 이용자 정보 제공이나 저작물 복제·전송중단이 어느 정도 수준으로 그리고 어떠한 방식으로 제공되었는지를 공지한다. 투명성 보고서는 각 기업이 자율적으로 공개하는 보고서로서 정형화된 틀은 없으며, 기업이 제공하는 서비스 성격에 맞추어 자율적으로 공개할 수 있다. 투명성 보고서는 이용자들이 회사의 정책과 정부의 남용에 대한 안전장치를 파악하는데 기여한다. 이러한 공개는 온라인 감시, 인터넷 차단, 콘텐츠 제거 및 기본적인 권리에 영향을 미치는 수많은 관행의 범위와 규모를 알게 해준다. 그리고 투자자들은 기업들이 인권 존중을 지지하고 있다는 것을 확실히 보장하기 위하여 투명성 보고서에 주목하고 있다.

II. 호스팅업체

1. 클라우드플레어⁸⁸⁾

88) <https://www.cloudflare.com/transparency/> (last visit on December 10, 2020).

가. 데이터

아래에 제시된 데이터는 2020년 6월 30일까지 업데이트된 것이다. 2020년 6월에 접수한 요청으로서 2020년 7월까지 처리되지 아니한 것은 ‘접수한 요청’ 과 ‘처리중인 요청’ 양자로 화면에 나타난다. 또한, 더 진행하기 전에 법집행기관으로부터 응답을 기다리고 있는 요청도 ‘처리중인 요청’ 이 될 수 있다. 영향받은 도메인의 총수(“Total # of domains affected”) 및 영향을 받은 계정의 총수(“Total number of accounts affected”)는 응답받은 요청만을 의미한다.⁸⁹⁾

(1) 미국정부의 이용자 데이터 요청

1) 미국 연방정부의 형사상 소환장 (U.S. Government Criminal Subpoenas)

이 범주는 사전적 사법심사를 받지 않는 형사적 성격의 수사과 관련된 미국의 법적 절차를 포함한다. 이에는 대배심 소환장, 미국 연방정부가 발령한 소환장 및 사건 담당공무원이 발부한 출석요구서(summons)를 포함하나 이에 한정하는 것은 아니다.⁹⁰⁾

<표 3-1> 2013-2020 미국정부의 이용자 데이터 요청

연도	접수한 요청건수	요청에 대한 응답건수	처리중인 요청건수	영향을 받는 도메인의 총수	영향을 받는 계정의 총수
2020 (상반기)	22	7	0	118	10
2019 (하반기)	9	5	0	10	10
2019 (상반기)	20	8	0	203	11
2018 (하반기)	19	7	0	309	12
2018 (상반기)	23	14	0	172	24

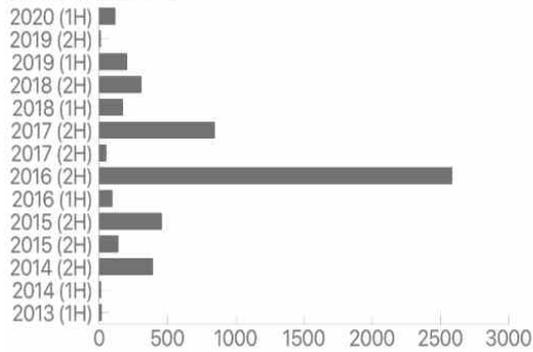
89)

https://www.cloudflare.com/resources/assets/slt3lc6tev37/tucaHlhUEiSF2W13UeZSD/432e44762858c544d5325d339b32f549/1H2020_Transparency_Report.pdf (last visit on December 10, 2020).

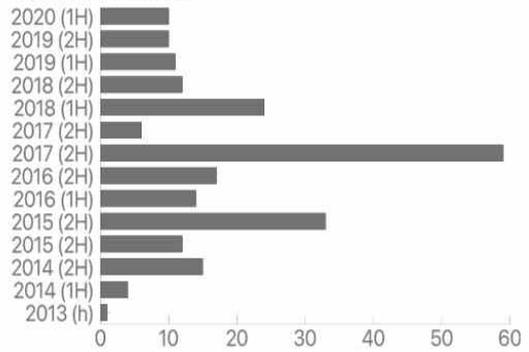
90) Id.

2017 (하반기)	22	13	2	846	6
2017 (상반기)	21	8	1	51	59
2016 (하반기)	9	6	0	2586	17
2016 (상반기)	12	11	0	96	14
2015 (하반기)	26	22	0	458	33
2015 (상반기)	12	10	0	139	12
2014 (하반기)	12	11	1	393	15
2013	18	1	0	17	1

Domains affected



Accounts affected



2) 미국의 행정적 소환장 (U.S. Administrative Subpoenas)

행정적 소환장은 증권거래위원회와 연방거래위원회가 발부하는 행정적 소환장과 마찬가지로 사법부의 감독 없이 미국 정부기관에 의해 직접적으로 발부되는 법적 절차다.⁹¹⁾

<표 3-2> 2018-2020 미국의 행정적 소환장

Year	Requests received	Requests answered	Requests in process	Total # of domains affected	Total # of accounts affected
2020(1H)	1	1	0	7	10
2019(2H)	0	0	0	0	0

91) Id.

2019(1H)	1	1	0	0	0
2018(2H)	N/A	0	0	0	0

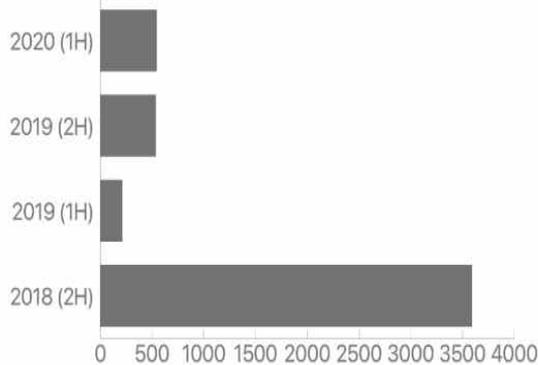
3) 민사적 소환장 (Civil Subpoenas)

이 범주는 디지털밀레니엄 저작권법에 따라 발부된 정보제출요청장과 같이 민사 소송법상 당사자에게서 받은 구독자정보의 제출요청장을 포함한다.⁹²⁾

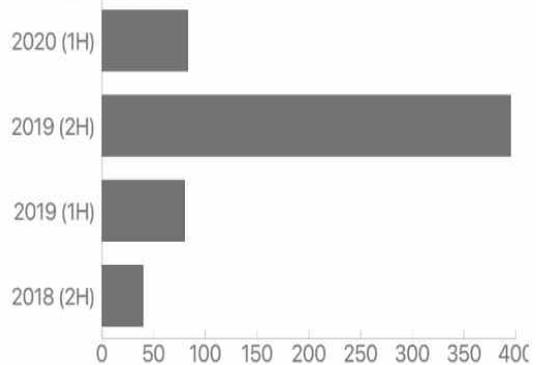
<표 3-3> 2018-2020 민사적 소환장

연도	접수한 요청 건수	요청에 대한 응답 건수	처리중인 요청 건수	영향을 받는 도메인의 총수	영향을 받는 계정의 총수
2020 (상반기)	31	30	0	542	83
2019 (하반기)	27	27	0	522	395
2019 (상반기)	28	27	0	209	80
2018 (하반기)	21	21	0	3,588	40

Domains affected



Accounts affected



4) 법원의 명령

이 범주는 법관 또는 치안판사가 발령하는 명령을 포함한다. 이에는 연방법률 제18편 제2703조 제d항, 연방법률 제18편 제2705조 제b항 및 상호법률공조조약상

92) Id.

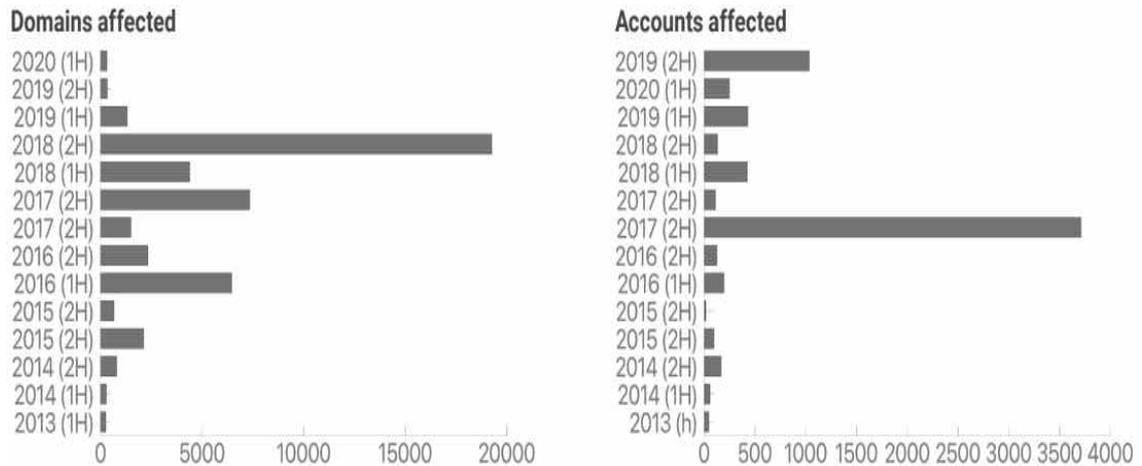
명령을 포함한다.

수색영장 또는 발신통화기록 열람(pen register)/수신통화기록 열람 및 추적명령(trap and trace order)과 같이 보다 구체적인 범주에 속할 수 있는 명령은 보다 구체적인 범주로 보고되고 여기에서는 계산되지 아니한다.⁹³⁾

<표 3-4> 2013-2020 법원의 명령

연도	접수한 요청건수	요청에 대한 응답건수	처리중인 요청 건수	영향을 받는 도메인의 총수	영향을 받는 계정의 총수
2020 (상반기)	147	118	0	318	1037
2019 (하반기)	78	63	0	335	248
2019 (상반기)	139	113	0	1310	431
2018 (하반기)	55	44	1	19265	134
2018 (상반기)	95	83	0	4400	425
2017 (하반기)	79	64	1	7354	113
2017 (상반기)	74	56	4	1498	3711
2016 (하반기)	60	55	0	2338	126
2016 (상반기)	47	46	0	6465	196
2015 (하반기)	14	14	0	668	18
2015 (상반기)	50	49	0	2120	96
2014 (하반기)	24	23	5	802	167
2014 (상반기)	22	21	1	290	57
2013	28	27	0	266	47

93) Id.



5) 상호법률공조조약(Mutual Legal Assistance Treaty)

전술한 미국 법원의 명령에 대한 본사의 보고는 상호법률공조조약의 절차를 통해 외국정부가 요청한 명령을 포함한다. 상호법률공조조약상 요청에 대한 추가적인 세분화를 제공하기 위하여 본사는 상호법률공조조약을 통해 외국 정부로부터 요청받은 것으로 명백히 식별된 법원 명령들도 파악하였다.⁹⁴⁾

<표 3-5> 2018-2020 상호법률공조조약의 절차를 통해 외국정부가 요청한 명령

연도	국가	접수된 요청건수	요청에 대한 응답건수	영향을 받는 도메인의 총수	영향을 받는 계정의 총수
2020 (상반기)	폴란드	3	3	5	14
	독일	1	1	1	1
	보스니아	1	1	7	14
	대한민국	1	0	0	0
	루마니아	1	0	0	0
2019 (하반기)	폴란드	1	0	1	7
	페루	1	0	1	1
2019 (하반기)	폴란드	2	0	0	0
	일본	2	0	39	4
	프랑스	1	0	1	1

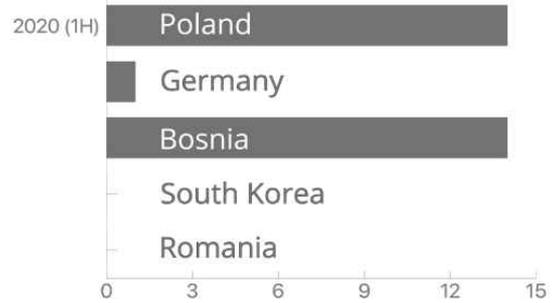
94) Id.

	그리스	1	0	0	0
	스웨덴	1	0	1	3
2018 (하반기)	폴란드	2	0	1	1
	포르투갈	2	0	50	1
	스웨덴	5	0	11	3
2018 (상반기)	오스트리아	1	0	0	0
	폴란드	2	0	6	1
	러시아	1	0	11	1
	스웨덴	2	0	4	1

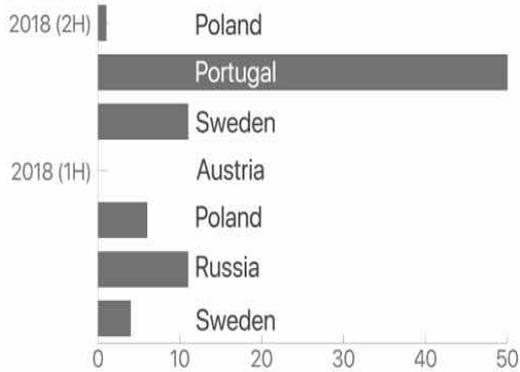
Domains affected



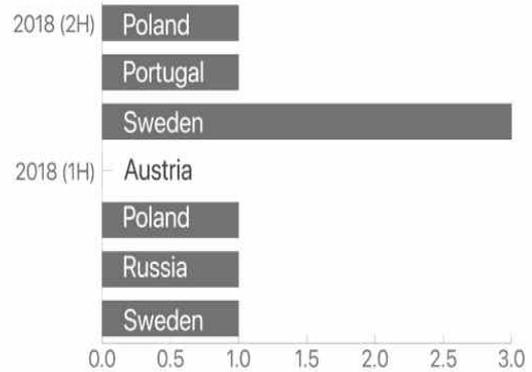
Accounts affected



Domains affected



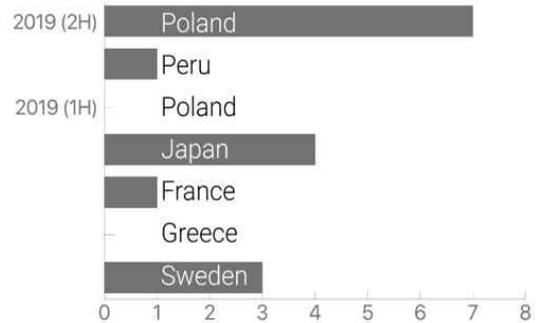
Accounts affected



Domains affected



Accounts affected



6) 발신통화기록 열람(Pen register)/수신통화기록 열람 및 추적명령(Trap and trace (PRTT) orders)

이 범주는 IP 주소 정보를 포함하는 실시간 비콘텐츠 정보의 공개를 위하여 법원이 발부한 발신통화기록 열람/수신통화기록 열람 및 추적명령만을 포함한다.⁹⁵⁾

표 3-6> 2013-2020 발신통화기록 열람/수신통화기록 열람 및 추적명령

연도	접수한 요청건수	요청에 대한 응답건수	처리중인 요청건수	영향을 받는 도메인의 총수	영향을 받는 계정의 총수
2020 (상반기)	4	4	0	8	7
2019 (하반기)	5	5	0	7	10
2019 (상반기)	0	0	0	0	0
2018 (하반기)	1	1	0	6	6
2018 (상반기)	1	1	0	1	1
2017 (하반기)	0	0	0	0	0
2017 (상반기)	0	0	0	0	0
2016 (하반기)	1	1	0	1	1
2016 (상반기)	2	2	0	7	7
2015 (하반기)	0	0	0	0	0
2015 (상반기)	1	1	0	2	1
2014 (하반기)	1	1	0	6	4
2014 (상반기)	0	0	0	0	0
2013	1	1	0	1	1

95) Id.

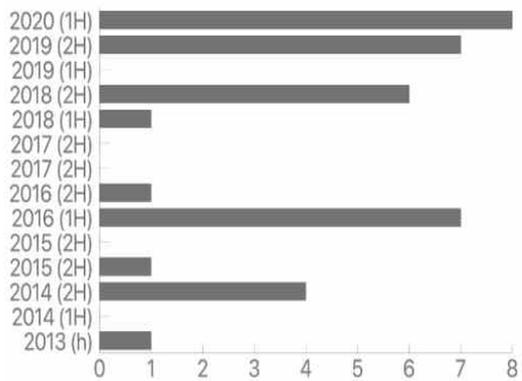
7) 긴급요청 (Emergency Requests)

이 범주는 데이터에 대한 긴급요청을 포함한다.⁹⁶⁾

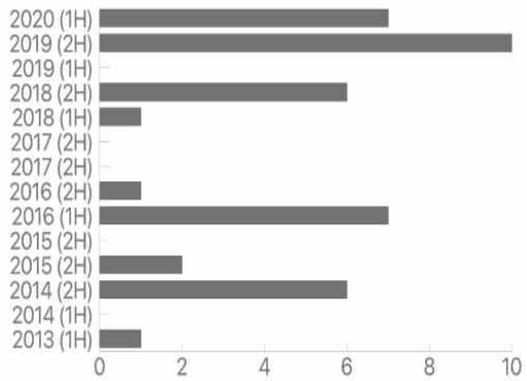
<표 3-7> 2013-2020 긴급요청

연도	접수한 요청건수	요청에 대한 응답건수	처리중인 요청건수	영향받는 도메인의 총수	영향받는 계정의 총수
2020 (상반기)	5	3	0	3	3
2019 (하반기)	1	1	0	1	1
2019 (상반기)	5	5	0	0	0

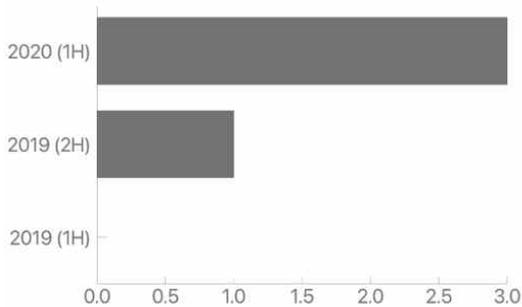
Domains affected



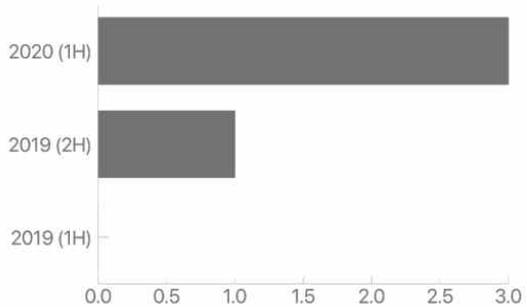
Accounts affected



Domains affected



Accounts affected



96) Id.

8) 국가안보상 절차 (National security process)

본사가 접수한 해외정보감시법(Foreign Intelligence Surveillance Act; 이하 ‘FISA’ 라 한다)상 법원명령 또는 국가안보서한(National security letter; 이하 ‘NSL’ 라 한다)에 대해 언급할 수 있는 내용은 엄격하게 규제되며 정보를 보고하는 방식에 따라 다르다. 미국 자유법의 일부로서 입법된 내용인 보고에 대한 현행 지침을 통해 기업은 0-249부터 시작하여 250개 대역에서 단일 숫자로 국가안보서한과 콘텐츠 및 비콘텐츠에 대한 해외정보감시법상 명령을 합친 총 건수를 모두 공개할 수 있다.⁹⁷⁾

<표 3-8> 2013-2020 국가안보서한과 콘텐츠 및 비콘텐츠에 대한 해외정보감시법상 명령을 합친 총 건수

연도	접수한 요청건수	요청에 대한 응답건수
2020 (상반기)	4	4
2019 (하반기)	5	5
2019 (상반기)	0	0
2018 (하반기)	1	1
2018 (상반기)	1	1
2017 (하반기)	0	0
2017 (상반기)	0	0
2016 (하반기)	1	1
2016 (상반기)	2	2
2015 (하반기)	0	0
2015 (상반기)	1	1
2014 (하반기)	1	1
2014 (상반기)	0	0
2013	1	1

9) 수색 영장 (Search warrants)

이 범주는 사법부의 심사, 상당한 이유, 수색할 장소의 포함 및 신청된 물건의 상세내용을 요하는 수색영장만을 포함한다. 2020년 상반기에 클라우드플레어는 5건의

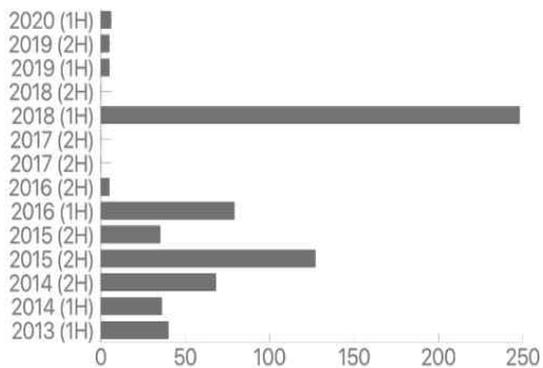
97) Id.

수색영장을 처리하였다. 전술한 바와 같이 본사가 이러한 수색영장을 처리하였지만 본사는 이에 응할 고객 콘텐츠가 없었다.⁹⁸⁾

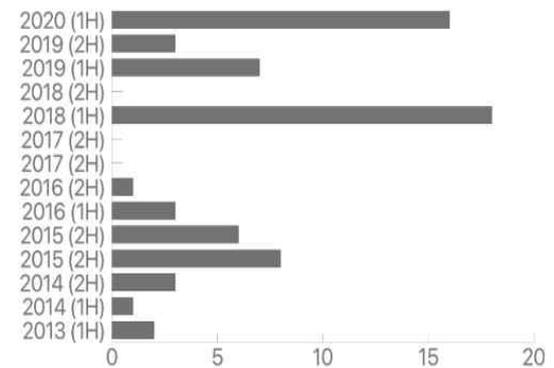
<표 3-9> 2013-2020 수색 영장

연도	접수한 요청건수	요청에 대한 응답건수	처리중인 요청건수	영향을 받는 도메인의 총수	영향을 받는 계정의 총수
2020 (상반기)	7	5	0	6	16
2019 (하반기)	3	3	0	5	3
2019 (상반기)	2	2	0	5	7
2018 (하반기)	1	0	0	0	0
2018 (상반기)	4	2	0	248	18
2017 (하반기)	1	1	0	0	0
2017 (상반기)	1	0	0	0	0
2016 (하반기)	1	1	0	5	1
2016 (상반기)	3	3	0	79	3
2015 (하반기)	5	5	0	35	6
2015 (상반기)	3	3	0	127	8
2014 (하반기)	2	2	1	68	3
2014 (상반기)	1	1	0	36	1
2013	3	2	0	40	2

Domains affected



Accounts affected



98) Id.

나. 외국정부의 이용자 데이터 요청 (Non-U.S. Requests for User Data)

이 범주는 미국 법원 체계를 통하지 않는 외국 정부에 의한 이용자 정보의 요청을 포함한다.

(1) 클라우드 법(CLOUD Act)

2019년 10월 3일, 미국과 영국은 클라우드 법(CLOUD Act) 하에 행정조약에 서명하였다. 이 협약은 2020년 7월 8일에 발효되었다. 클라우드플레어는 적절히 범위가 설정되고 겨냥된 영국 법집행당국의 요청에 응하고자 한다. 클라우드플레어가 클라우드법에 따라 외국정부로부터 접수하는 법적 요청에 대한 정보는 장래의 투명성보고서에 포함될 것이다. 영국은 이 투명성보고일 현재 미국과 클라우드법(CLOUD Act)을 체결한 유일한 국가다.⁹⁹⁾

다. 콘텐츠 삭제 또는 차단 요청 (Requests for Content Removal or Blocking)

아래와 같이 제출된 데이터는 2020년 1월 1일부터 2020년 6월 30일까지의 기간이다. 2020년 6월에 접수되었으나 2020년 7월까지 처리되지 아니한 요청은 ‘접수한 요청’ 및 ‘처리중인 요청’ 양자에서 드러날 것이다.¹⁰⁰⁾

(1) 저작권에 기한 콘텐츠 삭제 요청 (Requests for Content Removal Due to Copyright)

이 보고서는 캐싱하는 콘텐츠나 전송되는 콘텐츠가 아닌 본사의 네트워크상 확정적으로 저장된 콘텐츠에 대한, 미국의 디지털밀레니엄저작권법상 삭제요청만을 반영한다. 클라우드플레어는 쟁점이 된 콘텐츠를 저장하는 호스팅 서비스에게 그 밖의 요청을 전달한다.¹⁰¹⁾

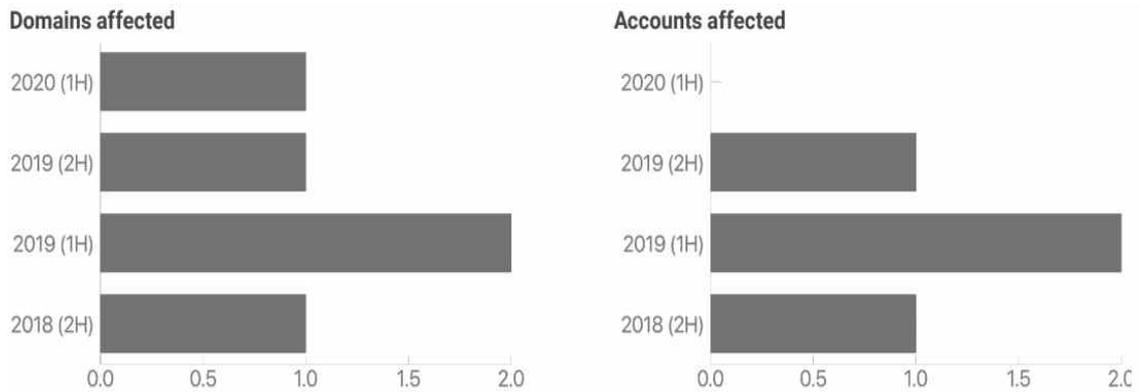
99) Id.

100) Id.

101) Id.

<표 3-10> 2018-2020 저작권에 기한 콘텐츠 삭제 요청

연도	접수한 요청건수	요청에 대한 응답건수	처리중인 요청건수	영향을 받는 도메인의 총수	영향을 받는 계정의 총수
2020 (상반기)	2	2	0	1	0
2019 (하반기)	1	1	0	1	1
2019 (상반기)	2	2	0	2	2
2018 (하반기)	1	1	0	1	1



(2) 소송

2020년 1월, 독일 법원은 클라우드플레이어에게 저작권법을 침해한 것으로 결론내린 웹사이트에 대한 접근을 차단하도록 명하는 명령을 발령하였다. 추가적으로 소송이 계속중에 클라우드플레이어는 독일로부터의 요청에 응하여 클라우드플레이어의 서비스가 사용되었던 한도내에서 또는 독일 내 클라우드플레이어 설비를 사용하였던 한도 내에서 그 웹사이트에의 접속을 불가능하게 하는 조치를 취하였다.¹⁰²⁾

(3) 통일도메인이름분쟁해결 요청(UDRP Requests)

이 범주는 ICANN이 승인한 분쟁기구로부터 클라우드플레이어가 접수한, 유효한 UDRP 인증 요청을 포함한다.¹⁰³⁾

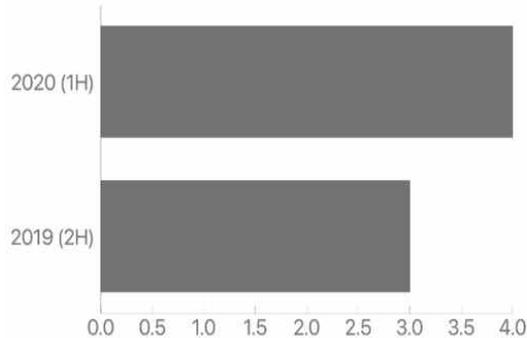
102) Id.

103) Id.

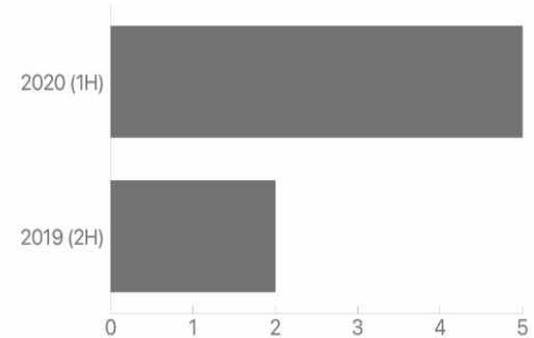
<표 3-11> 2019-2020 통일도메인이름 분쟁해결 요청

연도	접수된 요청건수	요청에 대한 응답건수	처리중인 요청건수	영향을 받는 도메인의 총수	영향을 받는 계정의 총수
2020 (상반기)	3	3	0	4	5
2019 (하반기)	2	2	0	3	2

Domains affected



Accounts affected



다. 국제재판관할 및 준거법

Cloudflare Website and Online Services Terms of Use Effective March 31, 2020

11. GOVERNING LAW

These Terms will be governed by the laws of the State of California without regard to conflict of law principles. To the extent that any lawsuit or court proceeding is permitted hereunder, you and Cloudflare agree to submit to the personal and exclusive jurisdiction of the state and federal courts located within San Francisco County, California for the purpose of litigating all such disputes.

클라우드플레이어 웹사이트 및 온라인 서비스 이용약관 제11조(준거법)에 따르면, 준거법은 캘리포니아 주법이 되고 캘리포니아 주 샌프란시스코 카운티 소재 주법원과 연방법원이 전속적 합의관할권을 가진다.

2. 아마존(전체/AWS만)¹⁰⁴⁾

가. 아마존이 접수한 정보요청의 유형¹⁰⁵⁾

(1) 소환장

소환장은 법원, 변호사, 법집행기관 또는 대배심이 발부하는 정보 또는 증언에 대한, 유효하고 구속력있는 법적 요청이다. 소환장은 법관이나 치안판사에 의한 실체심사 없이 발부되는 것이 통례다. 본사는 유효하고 구속력있는 소환장에 응해서 비콘텐츠 정보만을 제출한다. 본사는 소환장에 응하여 콘텐츠정보를 제출하지 아니한다. 아마존은 당연히 지나치게 광범위하거나 부적절한 소환장에 반대한다.¹⁰⁶⁾

(2) 수색영장

수색영장은 상당한 이유를 소명한 경우에 지방법원, 주법원 또는 연방법원에 의해 발부될 수 있고 수색장소 및 압류될 물건을 구체적으로 특정하여야 한다. 본사는 유효하고 구속력있는 수색영장에 대응하여 비콘텐츠와 콘텐츠 정보를 제출할 수 있다. 아마존은 당연히 과도하거나 부적절한 수색영장에 반대한다.¹⁰⁷⁾

(3) 그 밖의 법원 명령

그 밖의 법원 명령은 수색영장 또는 법원 발부 소환장이 아닌, 지방법원, 주법원 또는 연방법원이 발부하는 유효하고 구속력있는 명령을 의미한다. 예컨대, 본사는 이용자 콘텐츠나 계정을 삭제하고자 하여 정부기관이 발부받은 법원 명령을 접수할 수 있다. 그 밖의 법원 명령에 대한 본사의 대응은 요청의 성격에 좌우된다.¹⁰⁸⁾

104) <https://aws.amazon.com/blogs/security/privacy-and-data-security/> (last visit on December 10, 2020).

105) https://d1.awsstatic.com/certifications/Information_Request_Report_June_2020.pdf (last visit on December 12, 2020).

106) https://d1.awsstatic.com/certifications/Information_Request_Report_June_2020.pdf (last visit on December 12, 2020).

107) Id.

108) Id.

(4) 요청의 성격

아마존은 당연히 과도하거나 부적절한 명령에 반대한다.

-국가보안 요청. 국가보안 요청은 국가보안서한[National Security Letters (“NSLs”)]과 해외정보감시법[Foreign Intelligence Surveillance Act (“FISA”)]에 따라 발령된 법원의 명령을 포함한다. 이러한 요청에 대한 본사의 대응은 요청의 성격에 따라 다르다. 아마존은 당연히 과도하거나 부적절한 국가보안요청에 반대한다. 아마존은 접수한 NSL과 FISA상 명령의 정확한 건수를 보고하는 것이 법에 의해 금지되어 있다. 따라서 본사는 정부가 설정한 특정 영역내에서만 그러한 요청의 건수를 보고한다.¹⁰⁹⁾

(5) 외국정부의 요청 (Non-U.S. requests)

외국정부의 요청은 상호법률공조조약(Mutual Legal Assistance Treaty)상 절차, 촉탁서 절차 또는 클라우드 법(CLOUD Act)에 따라 발부된 법적 명령을 포함하여 외국 정부로부터의 법적 요구를 포함한다. 이러한 요청에 대한 본사의 대응은 요청의 성격에 따라 다르다. 아마존은 당연히 외국정부의 과도하거나 부적절한 요청에 반대한다.¹¹⁰⁾

나. 아마존이 요청에 대응하는 방식¹¹¹⁾

- (1) **전부 대응** - 전부 대응은 요청한 정보 전부를 제공함으로써 유효한 법적 절차에 아마존이 대응하는 것을 의미한다.
- (2) **일부 대응** - 일부 대응은 요청한 정보의 일부만을 제공함으로써 유효한 법적 절차에 아마존이 대응하였다는 것을 의미한다.
- (3) **무대응** - 무대응이란 아마존이 요청된 정보를 제공하지 아니함으로써 유효한

109) Id.

110) Id.

111) Id.:

https://d1.awsstatic.com/certifications/Information_Request_Report_December_2019.pdf

(last visit on December 10, 2020);

https://d1.awsstatic.com/certifications/Information_Request_Report_June_2019.pdf (last visit on December 10, 2020);

https://d1.awsstatic.com/certifications/Information_Request_Report_December_2018.pdf

(last visit on December 1, 2020);

https://d1.awsstatic.com/certifications/Information_Request_Report_June_2018.pdf (last visit on December 10, 2020).

법적 절차에 대응하였다는 것을 의미한다.

<표 3-12> 2019-2020 아마존이 요청에 대응하는 방식

	2020 (1월-6월)		2019(1월-6월)		2019(7월-12월)	
	전체	AWS만	전체	AWS만	전체	AWS만
소환장:	2,416	369	1,955	216	1,841	192
대응방식:						
전부 대응:	907	46	889	149	609	56
일부 대응:	792	146	616	18	751	88
무대응:	717	77	450	49	481	48
수색영장:	543	37	440	31	440	19
대응방식:						
전부 대응:	214	8	230	19	162	13
일부 대응:	216	23	150	7	186	4
무대응:	113	6	60	5	92	2
그 밖의 법원 명령:	146	38	114	23	114	31
대응방식:						
전부 대응:	67	13	55	10	44	14
일부 대응:	41	15	30	3	34	7
무대응:	38	10	28	10	36	10
국가보안 요청:	0-249	0-249	0-249	0-249	0-249	0-249
외국정부의 요청:	177	18	271	8	227	18
대응방식:						
전부 대응:	4	3	1	1	5	1
일부 대응:	10	5	0	0	0	0
무대응:	163	10	270	7	222	17

<표 3-22> 2018 아마존이 요청에 대응하는 방식

	2018(1월-6월)		2018(7월-12월)	
	전체	AWS만	전체	AWS만
소환장:	1,736	195	1,712	122
대응방식:				
전부 대응:	534	67	670	82
일부 대응:	749	102	645	8
무대응:	453	26	397	32
수색영장:	344	25	326	22
대응방식:				
전부 대응:	116	9	123	15
일부 대응:	149	10	147	3
무대응:	79	6	56	4

그 밖의 법원명령:	162	33	128	31
대응방식:				
전부 대응:	49	6	53	20
일부 대응:	62	12	40	1
무대응:	51	15	35	10
국가보안 요청:	0-249	0-249	0-249	0-249
외국정부의 요청:	290	45	216	19
대응방식:				
전부 대응:	11	11	7	7
일부 대응:	1	1	0	0
무대응:	278	33	209	12
삭제요청:	0	0	-	-
대응방식:				
전부 대응:	0	0	-	-
일부 대응:	0	0	-	-
무대응:	0	0	-	-

다. 국제재판관할과 준거법

<p>Amazon Services Terms of Use</p> <p>Last updated: 4 September, 2019</p> <p>e. Disputes/Binding Arbitration. Any dispute or claim arising from or relating to this Agreement, a Product, the Amazon Software, or the Amazon Services is subject to the binding arbitration, governing law, disclaimer of warranties, limitation of liability, and all other terms in the Amazon.com Conditions of Use. You agree to those terms by entering into this Agreement, or using a Product or the Amazon Services.</p> <p>Amazon Conditions of Use¹¹²⁾</p> <p>Last updated: May 21, 2018</p> <p>DISPUTES</p> <p>Any dispute or claim relating in any way to your use of any Amazon Service, or to any products or services sold or distributed by Amazon or through</p>

Amazon.com will be resolved by binding arbitration, rather than in court, except that you may assert claims in small claims court if your claims qualify. The Federal Arbitration Act and federal arbitration law apply to this agreement.

There is no judge or jury in arbitration, and court review of an arbitration award is limited. However, an arbitrator can award on an individual basis the same damages and relief as a court (including injunctive and declaratory relief or statutory damages), and must follow the terms of these Conditions of Use as a court would.

To begin an arbitration proceeding, you must send a letter requesting arbitration and describing your claim to our registered agent Corporation Service Company, 300 Deschutes Way SW, Suite 304, Tumwater, WA 98501. The arbitration will be conducted by the American Arbitration Association (AAA) under its rules, including the AAA's Supplementary Procedures for Consumer-Related Disputes. The AAA's rules are available at www.adr.org or by calling 1-800-778-7879. Payment of all filing, administration and arbitrator fees will be governed by the AAA's rules. We will reimburse those fees for claims totaling less than \$10,000 unless the arbitrator determines the claims are frivolous. Likewise, Amazon will not seek attorneys' fees and costs in arbitration unless the arbitrator determines the claims are frivolous. You may choose to have the arbitration conducted by telephone, based on written submissions, or in person in the county where you live or at another mutually agreed location.

We each agree that any dispute resolution proceedings will be conducted only on an individual basis and not in a class, consolidated or representative action. If for any reason a claim proceeds in court rather than in arbitration we each waive any right to a jury trial. We also both agree that you or we may bring suit in court to enjoin infringement or other misuse of intellectual property rights.

APPLICABLE LAW

By using any Amazon Service, you agree that the Federal Arbitration Act, applicable federal law, and the laws of the state of Washington, without regard to principles of conflict of laws, will govern these Conditions of Use and any dispute of any sort that might arise between you and Amazon.

아마존 서비스의 이용에 관한 분쟁 또는 청구 또는 아마존에 의해 또는 Amazon.com을 통해 판매 또는 유통된 제품 또는 서비스에 관한 분쟁 또는 청구는 소액사건에 해당하지 아니하는 한, 중재에 의해 해결한다. 이 경우, 미국 연방중재법 및 연방중재에 관한 법률이 이 합의에 적용된다. 아마존 서비스를 이용함으로써 미국 연방중재법, 적용가능한 미국 연방법 및 워싱턴주법이 이 이용조건 및 이용자와 아마존 사이에서 발생할 분쟁에 적용된다는 것에 합의한 것이다.

III. 메신저

1. 스카이프(Microsoft)¹¹³⁾

가. 법집행 요청 보고서(형사)¹¹⁴⁾

<표 3-14> 2018-2019 법집행 요청의 총 건수 및 요청에 특정된 계정/이용자 수

2019년 1월-6월	총 요청건수	
	법집행 요청의 총 건수	요청에 특정된 계정/이용자
일본	165	368
독일	3774	7030
대한민국	86	115
영국	3011	4543
미국	4860	12993

나. 저작권 정책

112) <https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html/?nodeId=508088> (last visit on December 5, 2020).

113)

<https://www.microsoft.com/en-us/corporate-responsibility/law-enforcement-requests-report> (last visit on December 10, 2020).

114) <https://query.prod.cms.rt.microsoft.com/cms/api/am/binary/RE4GuvI> (last visit on January 10, 2020).

2018년 1월부터 6월	총 요청건수	
	법집행 요청의 총 건수	요청에 특정된 계정/이용자
일본	26	52
독일	3161	6428
대한민국	51	75
영국	3499	5600
미국	4948	14015
2019년 7월부터 12월	총 요청건수	
	법집행 요청의 총 건수	요청에 특정된 계정/이용자
일본	163	218
독일	3310	5263
대한민국	94	67
영국	3312	5974
미국	4315	12993
2018년 7월부터 12월	총 요청건수	
	법집행 요청의 총 건수	요청에 특정된 계정/이용자
일본	115	207
독일	2763	4433
대한민국	71	106
영국	2831	4311
미국	4369	11134

Notices of Infringement

Apps Services Search

Reporting Infringements on a Microsoft Service

GitHub Hotmail Microsoft Azure Microsoft News NuGet Office OneDrive
Outlook Skype Stream Sway Yammer

- Use this online form to notify Microsoft about infringement of your copyright or trademark on a Microsoft service listed above, as well as other Microsoft online services. Do not use this form for services listed under Apps and Search.

- For GitHub, use this online form to notify GitHub about infringement of your copyright or trademark on the GitHub service.
- For OneDrive, use this online form to notify Microsoft about infringement of your copyright or trademark on the OneDrive service.

Microsoft may provide your notice to third parties (including the alleged infringer). Notices of copyright infringement must comply with the Digital Millennium Copyright Act (DMCA). You can find information on these requirements and Microsoft's Designated DMCA Agent here.

If your notice does not relate to a copyright or trademark infringement, please go here for general help issues.

저작권 침해에 대해 마이크로소프트 사에 통지하기 위하여 온라인 양식을 사용할 수 있다. 마이크로소프트사는 이 통지를 제3자(침해혐의자를 포함)에게 제공할 수 있다. 저작권 침해 통지는 미국 디지털 밀레니엄 저작권법을 준수하여야 한다.

다. 국제재판관할과 준거법¹¹⁵⁾

스카이프 이용약관의 해석은 일반적으로 룩셈부르크법에 따른다. 따라서 룩셈부르크법이 이용약관의 준거법으로 된다. 이 이용약관과 관련된 분쟁은 룩셈부르크 법원의 관할에 속한다.

Skype Terms of Use

18.9 These Terms other than paragraph 20.3 shall be governed by and interpreted in accordance with the laws of Luxembourg and shall be subject to the jurisdiction of the courts of the district of Luxembourg. Paragraph 20.3 is governed by the United States Federal Arbitration Act.

20.3 BINDING ARBITRATION AND CLASS ACTION WAIVER FOR UNITED STATES ACCOUNTS. If you select Pay by Mobile and your mobile phone

¹¹⁵⁾ [https://www.skype.com/en/legal/ios/tos/\(last](https://www.skype.com/en/legal/ios/tos/(last) visit on December 9, 2020).

account is registered with a mobile phone carrier in the USA or you reside in the USA, the following additional terms apply:

(a) Paragraph 20.3 applies to any dispute arising between you and either Skype or any third party including mobile phone carriers and Skype's corporate affiliates (collectively, "Disputed Party" or "Disputed Parties") relating to your use of Pay by Mobile, EXCEPT IT DOES NOT INCLUDE A DISPUTE RELATING TO THE ENFORCEMENT OR VALIDITY OF YOUR, SKYPE'S, OR EITHER OF OUR LICENSORS' INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS. Dispute, for purposes of paragraph 20.3, means any dispute, action, or other controversy whether in contract, warranty, tort, statute, regulation, ordinance, or any other legal or equitable basis. Dispute will be given the broadest possible meaning allowable under law.

(b) In the event of a dispute, you must provide Skype or other Disputed Party with a Notice of Dispute, which is a written statement of the name, address and contact information of the party giving it, the facts giving rise to the dispute, and the relief requested. You must send any Notice of Dispute to Skype or its corporate affiliate at ATTN: Legal Department, Microsoft Corporation One Microsoft Way Redmond, WA 98052-7329. and to any other Disputed Party at its principal place of business in the USA, marked ATTN: Legal Department. The Disputed Party will send any Notice of Dispute to your address if it has it, or otherwise to your e-mail address on file. You and the Disputed Party will attempt to resolve any dispute through informal negotiation within 60 days from the date the Notice of Dispute is sent, after which you or the Disputed Party may commence arbitration.

(c) You may also litigate any dispute in a small claims court in your county of residence, if the dispute meets all requirements to be heard in the small claims court. You may litigate in a small claims court whether or not you negotiated informally first.

(d) Binding Arbitration. If you and a Disputed Party do not resolve any dispute

by informal negotiation or in small claims court, any other effort to resolve the dispute will be conducted exclusively by binding arbitration governed by the United States Federal Arbitration Act ("FAA"). You are giving up the right to litigate (or participate in as a party or class member) all disputes in court before a judge or jury. Instead, all disputes will be resolved before a neutral arbitrator, whose decision will be final except for a limited right of appeal under the FAA. Any court with jurisdiction over the parties may enforce the arbitrator' s award.

(e) Class Action Waiver. Any proceedings to resolve or litigate any dispute in any forum will be conducted solely on an individual basis. Neither you nor a Disputed Party will seek to have any dispute heard as a class action, private attorney general action, or in any other proceeding in which either party acts or proposes to act in a representative capacity. No arbitration or proceeding will be combined with another without the prior written consent of all parties to all affected arbitrations or proceedings.

(f) Any arbitration will be conducted by the American Arbitration Association (the "AAA") under its Commercial Arbitration Rules. If you are an individual and use the Software or Products for personal or household use, or if the value of the dispute is \$75,000 USD or less whether or not you are an individual or how you use them, its Supplementary Procedures for Consumer-Related Disputes will also apply. For more information, see adr.org or call +1-800-778-7879. In a dispute involving \$75,000 USD or less, Skype will promptly reimburse your filing fees and pay the AAA' s and arbitrator' s fees. You and Skype agree to the terms governing procedures, fees and incentives at go.microsoft.com/fwlink/?linkid=275219. To commence arbitration, submit the form available at go.microsoft.com/fwlink/?linkid=275627 to the AAA. You agree to commence arbitration only in your county of residence, in Santa Clara County, California, or another Disputed Party' s principal place of business in the USA. Skype and other Disputed Parties agree to commence arbitration only in your county of residence.

- (g) To the extent permitted by law, any claim or dispute relating to your use of Pay by Mobile must be filed within one year in small claims court (paragraph 20.3(c)) or in arbitration (paragraph 20.3(d)). The one-year period begins when the claim or dispute first could be filed. If such a claim or dispute is not filed within one year, it is permanently barred.
- (h) Rejecting Future Arbitration Changes. You may reject any change Skype makes to paragraph 20.3 (other than address changes) by sending us notice within 30 days of the change by U.S. Mail to the address in paragraph 20.3(b). If you do, the most recent version of paragraph 20.3 before the change you rejected will apply.
- (i) If the class action waiver in paragraph 20.3(e) is found to be illegal, invalid or unenforceable as to all or some parts of a dispute, then paragraph 20.3 will not apply to those parts. Instead, those parts will be severed and proceed in a court of law, with the remaining parts proceeding in arbitration. If any other provision of paragraph 20.3 is found to be illegal, invalid or unenforceable, that provision will be severed with the remainder of paragraph 20.3 remaining in full force and effect.

2. 페이스북¹¹⁶⁾

가. 지식재산 보고서¹¹⁷⁾

이러한 숫자는 페이스북과 인스타그램에 본사의 온라인 보고양식을 통해 제출된 지식재산보고서의 총량을 나타낸다.

이는 다른 통로를 통해 제출된 보고서를 배제한다(ip@fb.com 및

116) <https://transparency.facebook.com/> (last visit on December 11, 2020).

117)

https://scontent-ssn1-1.xx.fbcdn.net/v/t39.8562-6/122781741_476642579943983_5036161552933784523_n.zip?_nc_cat=102&ccb=2&_nc_sid=ae5e01&_nc_ohc=qQziEkgVzPYAX9YNcYI&_nc_ht=scontent-ssn1-1.xx&oh=71acd4facc59c95406e4e170ef5b27e3&oe=6016D9F7 (last visit on December 11, 2020).

ip@instagram.com로 이메일된 보고서 또는 팩스나 우편과 같은 다른 수단으로 우송된 보고서). 배제되는 부분은 제출된 총보고의 소량부분에 해당한다. 본사는 또한 지식재산 보고양식을 통해 제출된, 중복보고서 및 그 밖의 비지식재산 보고서를 배제하였다.

(1) 삭제율¹¹⁸⁾

이 숫자는 퍼센트로 반영된, 보고된 콘텐츠의 총량에 관련된 지식재산 보고서에 대응하여 삭제된 콘텐츠의 양을 해당한다.

중전의 투명성 보고서에서 삭제율은 보고된, 삭제되는 콘텐츠의 일부 또는 전부를 초래하는 지식재산보고 전체의 비율에 해당한다. 2019년 보고시점에서 시작하여 본사는 삭제를 야기하는 보고의 비율보다는 보고된, 삭제되는 콘텐츠의 비율을 반영하기 위하여 삭제율을 계산하는 방식을 조정하였다. 왜냐 하면 단수의 지식재산 보고는 복수의 콘텐츠를 특정할 수 있기 때문에 이 수는 지식재산 보고를 토대로한 플랫폼으로부터 삭제된 콘텐츠의 총수에 대한 더 완전한 그림을 제공한다.

(2) 삭제된 콘텐츠

이 수는 지식재산 보고를 토대로 삭제된 콘텐츠의 총 건수를 반영한다.

페이스북에서 이것은 개별적인 포스트, 사진, 비디오 또는 광고로부터 프로필, 페이지, 단체 및 이벤트 등 모든 것을 포함하는데 반해 인스타그램에서는 이것은 사진, 비디오, 광고 또는 계정을 포함할 수 있다.¹¹⁹⁾

<표 3-15> 2019년 삭제된 콘텐츠의 총 건수

제품	산식	월	저작권	위조	상표
Facebook	삭제된 콘텐츠 수	1	277,394	80,674	16,944
Facebook	삭제율	1	69.23%	82.45%	54.45%
Facebook	보고건수	1	62,331	14,773	6,859
Facebook	삭제된 콘텐츠 수	2	254,542	61,753	28,701
Facebook	삭제율	2	70.75%	77.97%	55.96%

118) <https://transparency.facebook.com/intellectual-property> (last visit on December 11, 2020).

119) <https://transparency.facebook.com/intellectual-property> (last visit on December 11, 2020).

Facebook	보고건수	2	55,118	9,496	6,789
Facebook	삭제된 콘텐츠 수	3	270,770	76,231	25,869
Facebook	삭제율	3	71.72%	73.82%	48.49%
Facebook	보고건수	3	60,020	8,499	9,263
Facebook	삭제된 콘텐츠 수	4	280,879	83,139	21,537
Facebook	삭제율	4	71.56%	80.15%	46.25%
Facebook	보고건수	4	59,721	9,764	9,075
Facebook	삭제된 콘텐츠 수	5	295,043	86,779	28,011
Facebook	삭제율	5	72.90%	68.12%	44.52%
Facebook	보고건수	5	61,701	11,101	9,341
Facebook	삭제된 콘텐츠 수	6	315,049	73,838	21,278
Facebook	삭제율	6	71.57%	67.94%	42.74%
Facebook	보고건수	6	68,205	8,710	8,813
Facebook	삭제된 콘텐츠 수	7	370,118	110,835	25,847
Facebook	삭제율	7	80.50%	78.80%	59.30%
Facebook	보고건수	7	63,504	6,554	10,804
Facebook	삭제된 콘텐츠 수	8	307,979	78,448	19,975
Facebook	삭제율	8	84.60%	68.40%	49.90%
Facebook	보고건수	8	69,728	9,063	11,515
Facebook	삭제된 콘텐츠 수	9	304,182	91,430	23,007
Facebook	삭제율	9	84.10%	72.70%	51.70%
Facebook	보고건수	9	67,113	9,042	11,476
Facebook	삭제된 콘텐츠 수	10	344,138	122,147	22,324
Facebook	삭제율	10	80.30%	74.50%	53.10%
Facebook	보고건수	10	69,321	11,076	12,669
Facebook	삭제된 콘텐츠 수	11	307,784	132,240	24,058
Facebook	삭제율	11	80.00%	72.50%	52.30%
Facebook	보고건수	11	56,646	9,293	11,397
Facebook	삭제된 콘텐츠 수	12	333,072	132,218	23,411
Facebook	삭제율	12	78.00%	72.70%	50.90%
Facebook	보고건수	12	58,950	5,916	9,159

<표 3-16> 2018년 삭제된 콘텐츠의 총 건수

제품	산식	월	저작권	위조	상표
Facebook	삭제된 콘텐츠 수	1	311,935	73,012	26,028
Facebook	삭제율	1	69.27%	86.07%	49%

Facebook	보고건수	1	49,562	3,597	7,432
Facebook	삭제된 콘텐츠 수	2	294,137	70,178	21,404
Facebook	삭제율	2	70.37%	87%	50.01%
Facebook	보고건수	2	48,294	2,676	7,430
Facebook	삭제된 콘텐츠 수	3	392,215	76,324	18,622
Facebook	삭제율	3	72.44%	84.76%	52.80%
Facebook	보고건수	3	55,009	3,085	7,157
Facebook	삭제된 콘텐츠 수	4	339,203	75,545	17,770
Facebook	삭제율	4	78.70%	80.66%	50.43%
Facebook	보고건수	4	61,193	3,133	6,724
Facebook	삭제된 콘텐츠 수	5	393,335	73,941	18,982
Facebook	삭제율	5	77.93%	83.69%	47.74%
Facebook	보고건수	5	59,028	3,157	7,107
Facebook	삭제된 콘텐츠 수	6	278,403	72,879	17,525
Facebook	삭제율	6	71.87%	86.28%	48.90%
Facebook	보고건수	6	54,088	3,383	7,207

나. 콘텐츠 제한¹²⁰⁾

<표 3-17> 2018-2019 콘텐츠 제한 건수

	2019년 1월부터 6월	2019년 7월부터 12월	2018년 1월부터 6월	2018년 7월부터 12월
독일	937	1245	1764	1148
일본	4	3	0	1
대한민국	35	65	823	20
영국	76	231	165	128
미국	0	0	0	0

다. 분쟁해결조항(관할권과 준거법)

<표 3-18> 분쟁해결조항

120) Id.

Terms of Service

4. Disputes

We try to provide clear rules so that we can limit or hopefully avoid disputes between you and us. If a dispute does arise, however, it's useful to know up front where it can be resolved and what laws will apply.

If you are a consumer, or where required by applicable law, the laws of the country in which you reside will apply to any claim, cause of action or dispute that you have against us that arises out of or relates to these Terms or the Facebook Products, and you may resolve your claim in any competent court in that country that has jurisdiction over the claim. In all other cases, you agree that the claim must be resolved exclusively in the US District Court for the Northern District of California or a state court located in San Mateo County. You also agree that you submit to the personal jurisdiction of either of these courts for the purpose of litigating any such claim, and that the laws of the State of California will govern these Terms and any claim, without regard to conflict of law provisions.¹²¹⁾

이용자가 소비자이거나 강행법규가 적용되는 경우에는 이용자의 거소지법을 적용 하되, 그렇지 않은 경우에는 캘리포니아 주 북부지구 소재 연방지방법원 또는 샌 마테오 카운티 소재 주법원이 전속적 합의관할을 가지고 캘리포니아 주법이 서비스 약관에 대한 준거법이 된다.

3. 트위터¹²²⁾

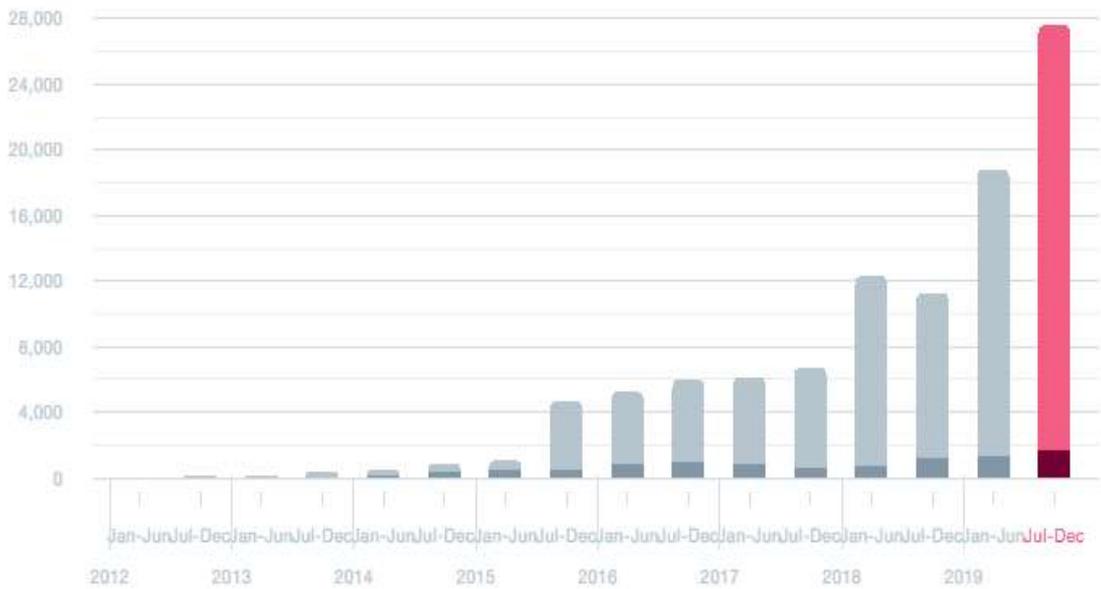
가. 삭제 요청¹²³⁾

121) <https://www.facebook.com/legal/terms/update> (last visit on December 20, 2020).

122) <https://transparency.twitter.com/en/reports.html> (last visit on December 12, 2020).

123) <https://transparency.twitter.com/en/reports/removal-requests.html#2019-jul-dec> (last visit on December 12, 2020).

<표 3-19> 2012-2019 삭제 요청 건수



나. 지역법 적용 데이터¹²⁴⁾

<표 3-20> 2016-2019 지역법 적용 데이터

보고	보고 건수	준수율	특정된 계정 수
총계	6,984	25.5%	4,264
2019 (7월-12월)	1,381	26%	1,014
2019 (1월-6월)	887	14.9%	609
2018 (7월-12월)	1,608	29.9%	448
2018 (1월-6월)	1,447	22.9%	852
2017 (7월-12월)	1,661	28.9%	1,341
2017 (1월-6월)	0	0%	0
2016 (7월-12월)	0	0%	0
2016 (1월-6월)	0	0%	0

다. 독일의 네트워크 집행법¹²⁵⁾

독일의 네트워크 집행법 (Netzwerkdurchsetzungsgesetz, aka NEA)은 2018년 1월 1

124) Id.

125) Id.

일부러 시행된 독일법이다. 이 법에 따라 보류된 콘텐츠가 다른 국가에서 이용할 수 있는 것과 동일한 지역법을 이용하기 때문에 본사는 투명성보고서의 이 부분에서 그 법에 관한 정보를 포함하고 있다.

Twitter는 이 법에 따라 이용자가 제출한 불만사항의 처리 및 불만처리기구에 관한 격년보고서를 발행하여야 한다. 가장 최신의 보고서는 2020년 1월에 발행한 것이다. 이는 2019년 7월 1일부터 12월 31일까지의 보고기간을 포섭하고 독일의 국가 보고서로부터 다운로드하여 이용할 수 있다.

이 보고기간동안, Twitter는 독일 네트워크집행법에 따라 취한 삭제요청에 관하여 여러 이의를 접수하였다. 이는 대개 독일 네트워크집행법에 따른 콘텐츠의 악성보고자이기도 한 1인의 이용자로부터 비롯된 것이었다. 콘텐츠를 재평가한 후, 본사는 그 콘텐츠 중 일부가 언론의 자유 및 표현의 자유에 따라 독일 네트워크집행법상 예외에 해당한다고 판단하여 복구하였다.

라. 국제재판관할과 준거법

이용약관 및 이용자와 Twitter 사이에 발생하는 분쟁과 관련하여 캘리포니아 주법이 준거법이다. 그리고 이용약관 또는 서비스에 관련된 모든 분쟁은 캘리포니아 주 소재 샌프란시스코 카운티 소재 연방법원 또는 주법원이 전속적 합의관할권을 가진다.

<표 3-21> 트위터 이용약관

<p>Twitter Terms of Use</p> <p>The laws of the State of California, excluding its choice of law provisions, will govern these Terms and any dispute that arises between you and Twitter. All disputes related to these Terms or the Services will be brought solely in the federal or state courts located in San Francisco County, California, United States, and you consent to personal jurisdiction and waive any objection as to inconvenient forum.</p> <p>If you are a federal, state, or local government entity in the United States using the Services in your official capacity and legally unable to accept the controlling law, jurisdiction or venue clauses above, then those clauses do not</p>

apply to you. For such U.S. federal government entities, these Terms and any action related thereto will be governed by the laws of the United States of America (without reference to conflict of laws) and, in the absence of federal law and to the extent permitted under federal law, the laws of the State of California (excluding choice of law).

4. 왓츠앱(WhatsApp)¹²⁶⁾

가. 지식재산정책: Your Copyrights

왓츠앱 사(이하 “WhatsApp,” “our,” “we,” or “us“이라 한다)는 사람과 단체가 지식재산권을 보호하는 것을 조력하는데 헌신한다. 본사의 이용자는 본사의 앱, 서비스, 특징, 소프트웨어 또는 웹사이트(이하 ‘서비스’로 통칭한다)를 설치, 접속 또는 이용함으로써 본사의 이용조건에 동의한다. 본사의 이용조건에 따르면, 이용자는 본사의 서비스를 이용하면서 타인의 지식재산권(저작권 및 상표권 포함)을 침해해서는 아니된다.

사생활보호정책에서 보다 상세하게 설명하는 대로 본사는 본사의 서비스를 제공하는 통상적인 과정에서 이용자의 메시지를 보유하지 아니한다. 하지만 이용자 계정정보의 일부로서 포함하겠다고 이용자가 결정하였다면 본사는 이용자의 프로필 사진, 프로필 이름 또는 상태 메시지를 포함하여 이용자 계정정보를 호스트한다.

(1) 저작권

저작권침해를 보고하고 왓츠앱이 호스팅하는 침해 콘텐츠(예: 이용자의 프로필 사진, 프로필 이름 또는 상태 메시지)를 삭제하라고 요청하기 위하여 ip@whatsapp.com에 완전한 저작권침해의 주장을 이메일하면 된다(아래 열거한 정보 전체를 포함). 이용자는 왓츠앱의 저작권담당자에게 저작권침해주장을 우편으로 송부할 수도 있다.

이용자가 저작권침해의 주장을 보고하기 전에 이용자는 자신의 저작권을 침해할 수 있다고 믿는 왓츠앱 이용자에게 메시지를 전달하길 원할 수 있다. 이용자는 왓츠앱과 접촉하지 않고 이 쟁점을 해결할 수 있다.

¹²⁶⁾ <https://www.whatsapp.com/legal/#privacy-policy> (last visit on December 12, 2020).

(2) 왓츠앱에 대한 이용자의 침해주장에 포함할 내용¹²⁷⁾

왓츠앱에게 저작권 또는 상표권 침해의 주장을 보고하는 경우에 다음의 정보 전체를 포함하십시오.

- (i) 이용자의 완전한 연락처 정보(성명, 우편주소 및 전화번호). 본사는 이용자가 연락처 정보(성명 및 이메일주소(제공가능하다면), 소속기관명 또는 쟁점이 된 권리를 가지는 고객명 및 보고하는 콘텐츠를 가진 자에 대한 내용을 정기적으로 제공한다는 점에 유의하십시오. 이용자는 자신의 이메일(직장)을 제공할 수 있다.
- (ii) 침해되었다고 주장하는 저작물 또는 상표의 기재
- (iii) 이용자의 저작권 또는 상표권을 침해한 것으로 주장하는 본사의 서비스에 호스팅된 콘텐츠의 기재
- (iv) 본사의 서비스에 대한 자료를 본사가 검색할 수 있도록 하기에 합리적으로 충분한 정보. 이렇게 하는 가장 쉬운 방법은 본사의 서비스에 대한 침해콘텐츠를 제출한 개인의 전화번호를 제공하는 것이다.
- (v) 이용자가 전술한 저작물 또는 상표콘텐츠의 사용이 저작권자 또는 상표권자 또는 그 대리인법의 허락을 받지 아니하였거나 법률상 허용되지 않았다고 선의로 믿었고, 이용자의 주장상 정보가 정확하며, 이용자가 저작권자 내지 상표권자이거나 침해된 것으로 주장한 저작권자 또는 상표권자를 위하여 실행할 권한을 가진다고 위증의 벌을 선서하고 한 진술
- (vi) 이용자의 전자서명 또는 서명

나. 국제재판관할과 준거법

이용자가 미국 또는 캐나다에 거주하는 왓츠앱 이용자인 경우, 미국 또는 캐나다의 이용자에 대한 특별중재조항이 이용자에게 적용된다. 이용자가 미국이나 캐나다의 이용자에 대한 특별중재조항이 적용되지 않는다면 이용약관과 서비스에 관한 분쟁에 대해서 미국 연방 북부지구 소재 연방지방법원 또는 캘리포니아 주 산 마테오

127)

<https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/information-for-law-enforcement-authorities/> (last visit on December 11, 2020).

카운티 주법원이 전속적 합의관할을 가진다. 캘리포니아 주법은 소송이든지 아니면 중재이든지 간에 왓츠앱과 이용자 사이에서 발생하는 분쟁 뿐만 아니라 이용약관을 규율한다.

<표 3-22> 왓츠앱 이용약관

WhatsApp Terms Of Service¹²⁸⁾

Forum and Venue. If you are a WhatsApp user located in the United States or Canada, the “Special Arbitration Provision for United States or Canada Users” section below applies to you. Please also read that section carefully and completely. If you are not subject to the “Special Arbitration Provision for United States or Canada Users” section below, you agree that you and WhatsApp will resolve any Claim relating to, arising out of, or in any way in connection with our Terms, us, or our Services (each, a “Dispute,” and together, “Disputes”) exclusively in the United States District Court for the Northern District of California or a state court located in San Mateo County in California, and you agree to submit to the personal jurisdiction of such courts for the purpose of litigating all such Disputes. Without prejudice to the foregoing, you agree that, in our sole discretion, we may elect to resolve any Dispute we have with you in any competent court in the country in which you reside that has jurisdiction over the Dispute.

Governing Law. The laws of the State of California govern our Terms, as well as any Disputes, whether in court or arbitration, which might arise between WhatsApp and you, without regard to conflict of law provisions.

Special arbitration provision for United States or Canada users

PLEASE READ THIS SECTION CAREFULLY BECAUSE IT CONTAINS ADDITIONAL PROVISIONS APPLICABLE ONLY TO OUR UNITED STATES AND CANADA USERS. IF YOU ARE A WHATSAPP USER LOCATED IN THE UNITED STATES OR CANADA, IT REQUIRES YOU TO SUBMIT TO BINDING INDIVIDUAL ARBITRATION OF ALL DISPUTES, EXCEPT FOR THOSE THAT INVOLVE

INTELLECTUAL PROPERTY DISPUTES AND EXCEPT THOSE THAT CAN BE BROUGHT IN SMALL CLAIMS COURT. THIS MEANS YOU ARE WAIVING YOUR RIGHT TO HAVE SUCH DISPUTES RESOLVED IN COURT BY A JUDGE OR JURY. THIS SECTION ALSO LIMITS THE TIME YOU HAVE TO START AN ARBITRATION OR, IF PERMISSIBLE, A COURT ACTION. FINALLY, THIS SECTION WAIVES YOUR RIGHT TO HAVE YOUR DISPUTE HEARD AND RESOLVED AS A CLASS ACTION, CLASS ARBITRATION, OR A REPRESENTATIVE ACTION.

“Excluded Dispute” means any Dispute relating to the enforcement or infringement of your or our intellectual property rights (such as copyrights, trademarks, domains, logos, trade dress, trade secrets, and patents). For clarity and notwithstanding the foregoing, those Disputes relating to, arising out of, or in any way in connection with your rights of privacy and publicity are not Excluded Disputes.

Federal Arbitration Act. The United States Federal Arbitration Act governs the interpretation and enforcement of this “Special Arbitration Provision for United States or Canada Users” section, including any question whether a Dispute between WhatsApp and you is subject to arbitration.

Agreement to Arbitrate for WhatsApp Users Located in the United States or Canada. For WhatsApp users located in the United States or Canada, WhatsApp and you each agree to waive the right to a trial by judge or jury for all Disputes, except for the Excluded Disputes. WhatsApp and you agree that all Disputes (except for the Excluded Disputes), including those relating to, arising out of, or in any way in connection with your rights of privacy and publicity, will be resolved through final and binding arbitration. WhatsApp and you agree not to combine a Dispute that is subject to arbitration under our Terms with a Dispute that is not eligible for arbitration under our Terms.

The arbitration will be administered by the American Arbitration Association (AAA) under its Commercial Arbitration Rules in effect at the time the

arbitration is started, including the Optional Rules for Emergency Measures of Protection and the Supplementary Procedures for Consumer-Related Disputes (together, the “AAA Rules”). The arbitration will be presided over by a single arbitrator selected in accordance with the AAA Rules. The AAA Rules, information regarding initiating a Dispute, and a description of the arbitration process are available at www.adr.org. The arbitrator will decide whether a Dispute can be arbitrated. The location of the arbitration and the allocation of fees and costs for such arbitration shall be determined in accordance with the AAA Rules. Notwithstanding the AAA Rules, we will reimburse you for all the AAA administrative fees in Disputes that are subject to the Supplementary Procedures for Consumer-Related Disputes, unless the arbitrator determines that a Dispute was filed for purposes of harassment or is patently frivolous.

Opt-Out Procedure. You may opt out of this agreement to arbitrate. If you do so, neither we nor you can require the other to participate in an arbitration proceeding. To opt out, you must notify us in writing postmarked within 30 days of the later of: (i) the date that you first accepted our Terms; and (ii) the date you became subject to this arbitration provision. You must use this address to opt-out:

WhatsApp LLC
Arbitration Opt-Out
1601 Willow Road
Menlo Park, California 94025
United States of America

You must include: (1) your name and residence address; (2) the mobile phone number associated with your account; and (3) a clear statement that you want to opt out of our Terms’ agreement to arbitrate.

Small Claims Court. As an alternative to arbitration, if permitted by your local “small claims” court’ s rules, you may bring your Dispute in your local “small claims” court, as long as the matter advances on an individual

(non-class) basis.

Time Limit to Start Arbitration. We and you agree that for any Dispute (except for the Excluded Disputes) we and you must commence an arbitration proceeding within one year after the Dispute first arose; otherwise, such Dispute is permanently barred. This means that if we or you do not commence an arbitration within one year after the Dispute first arose, then the arbitration will be dismissed because it was started too late.

No Class Actions, Class Arbitrations, or Representative Actions for Users Located in the United States or Canada. We and you each agree that if you are a WhatsApp user located in the United States or Canada, each of we and you may bring Disputes against the other only on its or your own behalf, and not on behalf of any other person or entity, or any class of people. We and you each agree not to participate in a class action, a class-wide arbitration, Disputes brought in a private attorney general or representative capacity, or consolidated Disputes involving any other person or entity in connection with any Dispute.

Severability. If the prohibition against class actions and other Disputes brought on behalf of third parties is found to be unenforceable for a Dispute, then all of the provisions above under the caption “Special Arbitration Provision for United States or Canada Users” will be null and void as to that Dispute.

Place to File Permitted Court Actions. If you opt out of the agreement to arbitrate, if your Dispute is an Excluded Dispute, or if the arbitration agreement is found to be unenforceable, you agree to be subject to the “Forum and Venue” provisions in the “Dispute Resolution” section set forth above.

128) <https://www.whatsapp.com/legal/terms-of-service/?lang=en> (last visit on December 6, 2020).

5. 스냅챗(Snapchat)¹²⁹⁾

가. 미국 연방정부의 형사법적 요청(United States Criminal Legal Requests)¹³⁰⁾

<표 3-23> 2019년 1월 1일-6월 30일 미국 연방정부의 형사법적 요청 건수

Category	Requests	Account Identifiers	Percentage of requests where some date was produced
Total	10,061	16,058	80%
Subpoena	2,214	4,122	76%
PRTT	87	139	90%
Court Order	222	413	87%
Search Warrant	6,325	9,707	83%
EDR	1,106	1,310	65%
Wiretap Order	9	18	89%
Summons	98	349	85%

<표 3-24> 2019년 7월 1일-12월 31일 미국 연방정부의 형사법적 요청 건수

Category	Requests	Account Identifiers	Percentage of requests where some date was produced
Total	11,903	19,214	78%
Subpoena	2,398	4,812	75%
PRTT	92	141	85%
Court Order	206	475	82%
Search Warrant	7,628	11,452	81%
EDR	1,403	1,668	67%
Wiretap Order	17	35	82%
Summons	159	631	86%

나. 국제적 정부정보 요청(International Government Information Requests)¹³¹⁾

129) <https://www.snap.com/en-US/privacy/transparency/> (last visit on December 11, 2020).

130) Requests for User Information pursuant to U.S. legal process.

131) <https://www.snap.com/en-US/privacy/transparency/> (last visit on December 11, 2020).

<표 3-25> 2019 국제적 정부 정보 요청 건수

2019	국가	긴급요청	긴급요청을 계정식별자	일부 데이터가 제출된 경우 긴급요청의 비율	그 밖의 정보 요청	그 밖의 요청에 대한 계정식별 자	일부 데이터가 제출된 경우 그 밖의 정보 요청의 비율
1월	독일	39	47	56%	117	186	0%
- 6월	영국	312	393	67%	242	336	1%
7월	독일	96	107	63%	149	197	1%
- 12월	영국	304	358	68%	613	919	60%

다. 정부 콘텐츠 삭제요청(Government Content Removal Requests)¹³²⁾

<표 3-26> 2019년 1월 1일-6월 30일 정부 콘텐츠 삭제요청 건수/비율

삭제요청 건수	일부 콘텐츠가 삭제된 요청의 비율
26 ¹³³⁾	8%

<표 3-27> 2019년 7월 1일-12월 31일 정부 콘텐츠 삭제요청 건수/비율

삭제요청 건수	일부 콘텐츠가 삭제된 요청 건수의 비율
0	적용 불가

라. 저작물 콘텐츠의 삭제 통지 (미국 디지털 밀레니엄저작권법)¹³⁴⁾

132) 이 범주는 이용약관 또는 지역공동체 가이드라인에 따라 허용될 수 있는 콘텐츠를 삭제할 것을 정부기관이 요청하는 경우에 이를 식별한다.

133) U.K. Number of requests: 17.

134) This category reflects any valid takedown notices we received under the Digital Millennium Copyright Act.

<표 3-28> 2019년 1월 1일-6월 30일 저작물 콘텐츠의 삭제 통지 건수/비율

미국 디지털밀리터리저작권법상 삭제통지	일부 콘텐츠가 삭제된 요청 건수의 비율
50	34%

<표 3-29> 2019년 7월 1일-12월 31일 정부 콘텐츠 삭제요청 건수/비율

미국 디지털밀리터리저작권법상 삭제통지	일부 콘텐츠가 삭제된 요청 건수의 비율
57	43.8%

IV. 모바일 운영체제

1. 구글¹³⁵⁾

가. 저작권 및 Google 검색¹³⁶⁾

Google의 정책은 저작권 침해가 의심되는 명백하고 구체적인 통지에 적절한 조치를 취하는 것이다. Google 웹 양식에 지정해 놓은 통지 형식은 DMCA(디지털 밀레니엄 저작권법)에서 권고하는 양식과 일치하며, 전 세계 모든 국가/지역의 저작권 소유자에게 간단하면서도 효율적인 메커니즘을 제공해 준다. 검색결과에서 콘텐츠 삭제 절차를 시작하려면, 특정 URL이 저작권 침해 콘텐츠로 연결된다고 생각하는 저작권 소유자가 저작권 침해가 의심되는 자료의 게시 중단 통지를 Google에 보내야 한다. 유효한 게시 중단 알림을 받으면 Google팀에서 통지 내용이 완전한지 신중하게 검토하고 다른 문제가 없는지 확인한다. 통지가 완전하고 다른 문제가 없으면 Google에서는 검색결과에서 해당 URL을 삭제한다.

- 삭제 요청된 URL: 4,932,443,516¹³⁷⁾
- 지정된 도메인: 3,098,921
- 저작권 소유자: 236,028

135) <https://transparencyreport.google.com/copyright/overview?hl=ko> (last visit on December 13, 2020).

136) Id.

137) Id.

- 신고 단체: 229,895

나. 저작권 절차

게시 중단 통지가 유효한 경우 저작권법에 따라 Google은 Google 서비스에서 콘텐츠를(이 경우에는 검색결과에서 URL을) 삭제해야 한다. 저작권 통지에 따라 조치를 취하는 경우 Google Search Console을 통해 영향을 받은 사이트의 관리자에게 이를 알린다. DMCA 절차에 따라 웹마스터는 반론 통지를 제출할 수 있다. 또한 영향을 받은 사이트의 관리자나 영향을 받은 콘텐츠의 제공업체에서 콘텐츠가 저작권을 침해하지 않았거나 통지가 실수로 발부된 것이라고 판단하는 경우에도 반론 통지를 제출할 수 있다. Google은 모든 반론 통지를 평가한 후 콘텐츠를 복원할 것인지 결정한다. Google은 중재자 역할을 수행하지 않으며, 저작권 소유자가 여전히 콘텐츠가 불법이라고 판단하는 경우 소송을 제기할 수도 있다.

다. 정부에서 콘텐츠 삭제요청¹³⁸⁾

(1) 정부에서 콘텐츠 삭제를 요청하는 이유

정부는 다양한 이유로 Google에 콘텐츠 삭제 또는 검토히 요청한다. 어떤 요청에서는 명예 훼손을 주장하며, 다른 요청에서는 콘텐츠가 증오심 표현이나 성인 콘텐츠를 금지하는 현지 법률을 위반한다고 주장하기도 한다. 이러한 사안과 관련된 법률은 국가마다 다르다. Google의 담당팀에서는 각 요청을 증오심 표현, 외설, 명예 훼손과 같은 카테고리로 분류한다. 2010년 12월 보고서 기간 이전에는 보고서에 요청 이유에 대한 데이터를 제공하지 않는다.¹³⁹⁾

종종 정부 요청이 정치적 콘텐츠나 정부 비판을 대상으로 하는 경우가 있다. 정부는 명예 훼손, 개인정보 보호뿐 아니라 저작권 법률까지 언급하며 Google 제품에서 정치적 발언을 삭제해 줄 것을 요청한다. Google의 담당팀에서는 현지 법률 또는 Google의 콘텐츠 정책 위반을 사유로 콘텐츠를 삭제해야 할지 결정하기 위해 각

138)

https://transparencyreport.google.com/government-removals/overview?hl=ko&authority_search=country:us&lu=authority_search (last visit on December 13, 2020).

139)

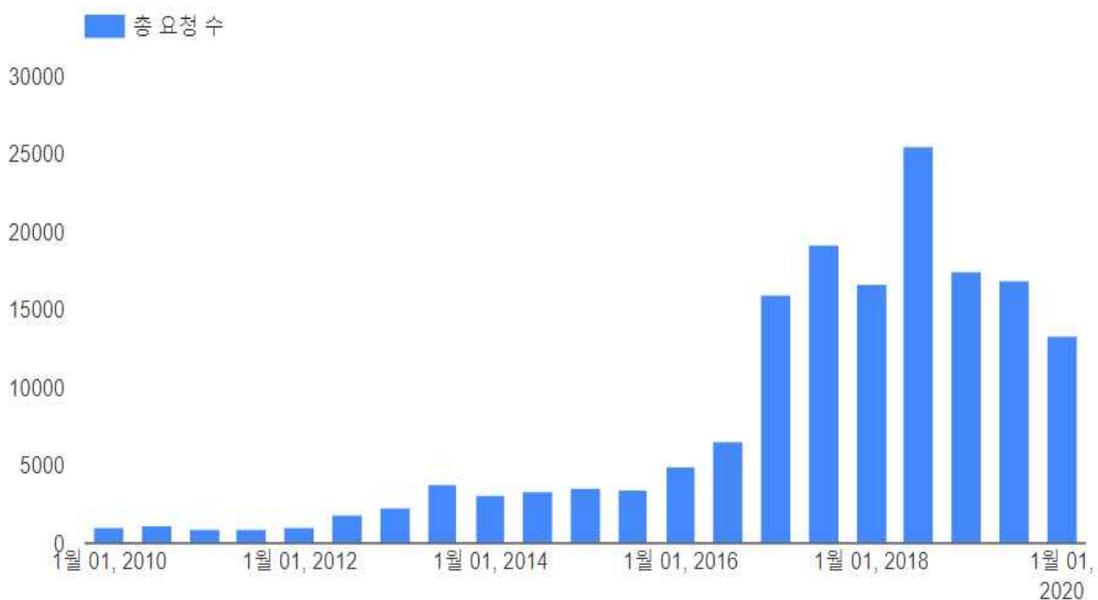
<https://storage.googleapis.com/transparencyreport/google-websearch-copyright-removals.zip> (last visit on December 12, 2020).

요청을 평가하고 관련 상황을 고려하여 콘텐츠를 검토한다.

(2) 삭제 요청 건수

정부에서는 여러 가지 이유로 콘텐츠 삭제 요청과 관련하여 Google에 문의한다. 정부 기관은 콘텐츠가 현지 법률을 위반한다고 문제를 제기하기도 하며, 종종 Google을 대상으로 하는 것이 아닌 법원 명령을 요청에 포함시키기도 한다. 2가지 유형의 요청 모두가 이 보고서에 집계되어 있다. 또한 콘텐츠가 Google의 제품 커뮤니티 가이드 및 콘텐츠 정책을 위반하지 않는지 검토해 달라는 정부 요청도 포함하여 집계하고 있다.¹⁴⁰⁾

<표 3-30> 2010-2020 삭제 요청 건수

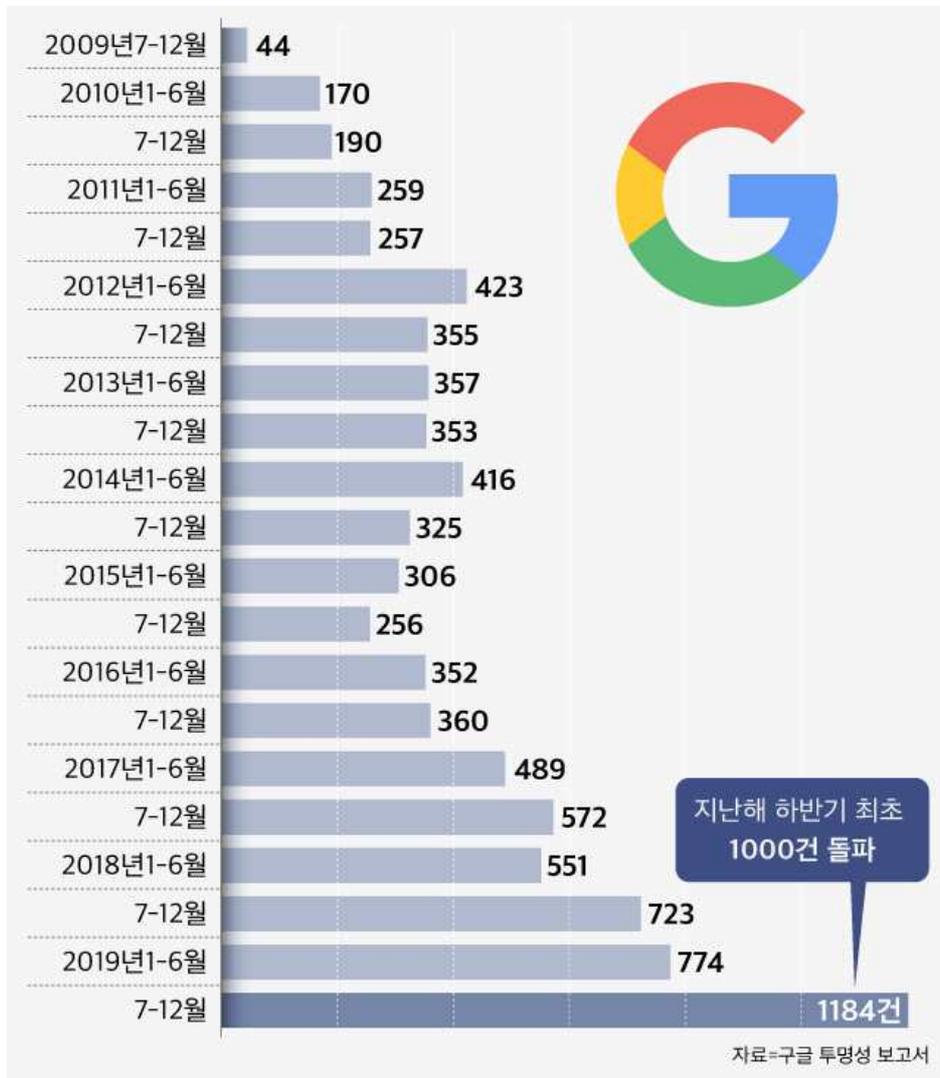


140) Id.

<표 3-31> 2010-2020 삭제 요청 항목 수



<표 3-32> 한국 정부의 구글 사용자 정보 공개 요청 건수



(3) 구글 웹검색 저작권 삭제¹⁴¹⁾

<표 3-33> 2010-2019 구글 웹검색 저작권 삭제

Period Ending	Country/Region	CDR Territory Code	Product	Reason	Court Orders	Executive, Police, etc.	Items Requested To Be Removed
2010-12-31	Germany	DE	YouTube	Copyright	0	1	6
2010-12-31	United Kingdom	GB	Blogger	Copyright	1	0	2
2011-06-30	Germany	DE	YouTube	Copyright	1	0	11
2011-06-30	United States	US	Google Images	Copyright	1	0	2
2011-06-30	United States	US	Web Search	Copyright	1	0	2
2011-12-31	Germany	DE	Google AdWords	Copyright	1	0	25
2011-12-31	South Korea	KR	Android Market	Copyright	0	1	1
2011-12-31	South Korea	KR	Blogger	Copyright	0	2	27
2011-12-31	South Korea	KR	Web Search	Copyright	0	4	4
2011-12-31	United Kingdom	GB	Blogger	Copyright	1	1	2
2011-12-31	United Kingdom	GB	Web Search	Copyright	0	1	1
2011-12-31	United States	US	Web Search	Copyright	2	0	12
2011-12-31	United States	US	YouTube	Copyright	0	1	1
2012-06-30	Germany	DE	Google AdWords	Copyright	3	0	9
2012-06-30	Japan	JP	Web Search	Copyright	1	0	2
2012-06-30	South Korea	KR	Blogger	Copyright	0	1	1
2012-06-30	South Korea	KR	Web Search	Copyright	0	3	3
2012-06-30	United Kingdom	GB	Google AdWords	Copyright	0	1	1
2012-06-30	United Kingdom	GB	Web Search	Copyright	1	0	14
2012-06-30	United States	US	Blogger	Copyright	1	0	1
2012-06-30	United States	US	Google Product Search	Copyright	1	0	6

141) Id.

2012-06-30	United States	US	Panoram io	Copyright	1	0	27
2012-06-30	United States	US	Web Search	Copyright	10	0	159
2012-06-30	United States	US	YouTube	Copyright	0	1	1
2012-12-31	Germany	DE	Blogger	Copyright	0	1	1
2012-12-31	Germany	DE	YouTube	Copyright	0	2	23
2012-12-31	Japan	JP	Google Docs	Copyright	0	1	2
2012-12-31	United Kingdom	GB	YouTube	Copyright	0	3	5
2012-12-31	United States	US	Blogger	Copyright	1	0	1
2012-12-31	United States	US	Google Groups	Copyright	0	1	1
2012-12-31	United States	US	Google Play Apps	Copyright	1	0	1
2012-12-31	United States	US	Web Search	Copyright	5	1	68
2013-06-30	Germany	DE	Google Images	Copyright	1	0	1
2013-06-30	Germany	DE	Web Search	Copyright	5	0	41
2013-06-30	Germany	DE	YouTube	Copyright	0	1	1
2013-06-30	Japan	JP	Web Search	Copyright	0	1	1
2013-06-30	Japan	JP	YouTube	Copyright	0	2	2
2013-06-30	South Africa	ZA	Blogger	Copyright	0	1	1
2013-06-30	United Kingdom	GB	Google Images	Copyright	1	0	1
2013-06-30	United Kingdom	GB	YouTube	Copyright	0	1	1
2013-06-30	United States	US	YouTube	Copyright	0	4	4
2013-12-31	Germany	DE	Google Play Music	Copyright	1	0	2
2013-12-31	United Kingdom	GB	Web Search	Copyright	2	0	6
2013-12-31	United Kingdom	GB	YouTube	Copyright	0	1	1
2013-12-31	United States	US	Blogger	Copyright	1	0	1
2013-12-31	United States	US	Google+ Local	Copyright	0	1	1
2013-12-31	United States	US	Web Search	Copyright	1	0	1
2013-12-31	United States	US	YouTube	Copyright	0	3	3
2014-06-30	Germany	DE	Google Images	Copyright	0	1	2

2014-06-30	Germany	DE	Web Search	Copyright	0	1	2
2014-06-30	United Kingdom	GB	YouTube	Copyright	0	3	3
2014-06-30	United States	US	Blogger	Copyright	8	0	8
2014-06-30	United States	US	Web Search	Copyright	1	0	2
2014-06-30	United States	US	YouTube	Copyright	0	4	4
2014-12-31	Germany	DE	YouTube	Copyright	0	1	1
2014-12-31	Japan	JP	Web Search	Copyright	11	0	11
2014-12-31	United Kingdom	GB	YouTube	Copyright	0	3	3
2014-12-31	United States	US	Blogger	Copyright	1	0	1
2014-12-31	United States	US	Google Play Apps	Copyright	0	1	1
2014-12-31	United States	US	Web Search	Copyright	2	0	12
2014-12-31	United States	US	YouTube	Copyright	0	2	11
2015-06-30	Germany	DE	Web Search	Copyright	1	0	9
2015-06-30	Germany	DE	YouTube	Copyright	0	1	1
2015-06-30	United Kingdom	GB	Web Search	Copyright	0	1	2
2015-06-30	United Kingdom	GB	YouTube	Copyright	0	2	8
2015-06-30	United States	US	Web Search	Copyright	5	1	12
2015-06-30	United States	US	YouTube	Copyright	0	2	3
2015-12-31	Germany	DE	Google Books	Copyright	1	0	2
2015-12-31	Germany	DE	Web Search	Copyright	1	1	6
2015-12-31	Germany	DE	YouTube	Copyright	0	5	5
2015-12-31	South Korea	KR	Web Search	Copyright	0	1	1
2015-12-31	United Kingdom	GB	YouTube	Copyright	0	1	4
2015-12-31	United States	US	Google Photos	Copyright	0	1	1
2015-12-31	United States	US	Web Search	Copyright	4	0	13
2015-12-31	United States	US	YouTube	Copyright	0	5	8
2016-06-30	Germany	DE	Google Images	Copyright	1	0	1
2016-06-30	Germany	DE	Web Search	Copyright	5	0	6
2016-06-30	Germany	DE	YouTube	Copyright	0	7	7

2016-06-30	Japan	JP	Web Search	Copyright	0	2	262
2016-06-30	United Kingdom	GB	Web Search	Copyright	0	2	3
2016-06-30	United States	US	Blogger	Copyright	1	0	2
2016-06-30	United States	US	Google Images	Copyright	1	0	2
2016-06-30	United States	US	Google+	Copyright	1	0	1
2016-06-30	United States	US	Web Search	Copyright	5	3	36
2016-06-30	United States	US	YouTube	Copyright	0	7	7
2016-12-31	Germany	DE	Google Images	Copyright	2	0	6
2016-12-31	Germany	DE	Other	Copyright	1	0	1
2016-12-31	Germany	DE	Web Search	Copyright	3	1	12
2016-12-31	Germany	DE	YouTube	Copyright	0	4	4
2016-12-31	Japan	JP	Blogger	Copyright	1	0	1
2016-12-31	Japan	JP	YouTube	Copyright	0	1	1
2016-12-31	South Korea	KR	YouTube	Copyright	0	4	8
2016-12-31	United Kingdom	GB	Google App Engine	Copyright	1	0	7
2016-12-31	United Kingdom	GB	Web Search	Copyright	1	0	1
2016-12-31	United Kingdom	GB	YouTube	Copyright	0	1	1
2016-12-31	United States	US	Web Search	Copyright	4	0	10
2017-06-30	France	FR	Web Search	Copyright	1	1	5
2017-06-30	Germany	DE	Google Images	Copyright	3	0	6
2017-06-30	Germany	DE	Web Search	Copyright	6	1	38
2017-06-30	Germany	DE	YouTube	Copyright	0	2	2
2017-06-30	Japan	JP	YouTube	Copyright	0	3	3
2017-06-30	South Korea	KR	Web Search	Copyright	0	23	23
2017-06-30	South Korea	KR	YouTube	Copyright	0	2	9
2017-06-30	United Kingdom	GB	Google Videos	Copyright	0	1	1
2017-06-30	United Kingdom	GB	YouTube	Copyright	0	3	3
2017-06-30	United States	US	Google Books	Copyright	1	0	2
2017-06-30	United States	US	Web	Copyright	4	3	33

			Search				
2017-06-30	United States	US	YouTube	Copyright	0	2	2
2017-12-31	Germany	DE	Blogger	Copyright	1	0	16
2017-12-31	Germany	DE	Google Images	Copyright	1	0	5
2017-12-31	Germany	DE	Web Search	Copyright	2	1	8
2017-12-31	Germany	DE	YouTube	Copyright	0	2	2
2017-12-31	United Kingdom	GB	YouTube	Copyright	0	2	2
2017-12-31	United States	US	Blogger	Copyright	8	1	29
2017-12-31	United States	US	Google Images	Copyright	3	0	32
2017-12-31	United States	US	Web Search	Copyright	13	0	66
2017-12-31	United States	US	YouTube	Copyright	1	2	16
2018-06-30	Germany	DE	Blogger	Copyright	2	0	17
2018-06-30	Germany	DE	Google Images	Copyright	0	1	1
2018-06-30	Germany	DE	Web Search	Copyright	2	0	11
2018-06-30	Germany	DE	YouTube	Copyright	0	2	2
2018-06-30	South Korea	KR	Web Search	Copyright	0	1	18
2018-06-30	South Korea	KR	YouTube	Copyright	0	2	4
2018-06-30	United Kingdom	GB	YouTube	Copyright	0	2	20
2018-06-30	United States	US	Google Images	Copyright	1	0	1
2018-06-30	United States	US	Google Places	Copyright	0	1	1
2018-06-30	United States	US	Web Search	Copyright	9	0	97
2018-06-30	United States	US	YouTube	Copyright	0	8	34
2018-12-31	Germany	DE	Web Search	Copyright	1	0	1
2018-12-31	Germany	DE	YouTube	Copyright	0	10	10
2018-12-31	Japan	JP	YouTube	Copyright	0	1	1
2018-12-31	United Kingdom	GB	YouTube	Copyright	0	4	4
2018-12-31	United States	US	Web Search	Copyright	3	0	10
2018-12-31	United States	US	YouTube	Copyright	0	18	60
2019-06-30	Germany	DE	Google Images	Copyright	1	0	1
2019-06-30	Germany	DE	Web Search	Copyright	1	0	1

2019-06-30	Germany	DE	YouTube	Copyright	0	6	7
2019-06-30	Japan	JP	YouTube	Copyright	0	1	3
2019-06-30	South Korea	KR	Web Search	Copyright	0	45	294
2019-06-30	United Kingdom	GB	YouTube	Copyright	0	4	4
2019-06-30	United States	US	YouTube	Copyright	2	6	8

라. 네트워크 시행법에 따른 삭제¹⁴²⁾

네트워크 시행법(NetzDG)은 독일에서 2017년 10월 1일에 발효되었다. 이 법규에 따르면 불법 콘텐츠(NetzDG에 정의되어 있음)와 관련된 삭제 신고를 처리하는 효과적이고 투명한 절차가 있어야 하며 소셜 네트워크에서는 연 2회 주기로 투명성 보고서를 게시해야 한다. 이 보고서에서는 조직 및 절차, 신고 수, 삭제된 콘텐츠 수에 관한 데이터와 Google의 삭제 관행 및 정책에 대한 일반적인 정보가 제공된다.

네트워크 시행법(NetzDG)에 따르면 독일 내 등록된 사용자가 2백만 명이 넘는 소셜 네트워크에서는 '명백한 불법' 콘텐츠(예: 게시글, 이미지 동영상)의 경우 고지 후 24시간 이내에 현지에서 게시를 중단해야 한다. 불법성 여부가 명백하지 않은 경우에는 서비스 제공업체에서 판단을 내리는 데 최대 7일이 주어진다. 단, 콘텐츠 작성자가 개입하도록 요구받거나 자체 규제 기관인 합동 산업 단체 혹은 기관으로 결정이 넘어가는 등의 예외적인 경우에는 이보다 시간이 더 오래 걸릴 수 있다. NetzDG에 따른 삭제 대상이 되려면 콘텐츠는 NetzDG가 적용되는 21개 법령 중 하나에 해당해야 한다. YouTube는 2019년 1월 22일까지는 YouTube LLC에서, 그 이후로는 Google Ireland Limited에서 독일 사용자를 위해 운영해온 서비스로, NetzDG에 따라 신고 시스템을 제공하고 있다. 또한 Google LLC에서 2019년 4월 2일까지 서비스를 제공한 Google+도 NetzDG에 따라 신고 시스템을 제공했다.

마. 국제재판관할과 준거법

해당 한국어 사이트의 번역에 약간의 오역이 있다는 점을 감안하고 볼 때, 전속적 합의관할법원은 캘리포니아 산타 클라라 카운티 소재 법원이 되고, 준거법은 캘리포니아 주 법이 된다.¹⁴³⁾

142) Id.

143) 원문은 다음과 같이 정하고 있다.

“Choice of Law and Forum. The Terms and the relationship between you and Google shall

20.7 ‘약관’ , 그리고 ‘약관’ 상의 구글과 귀하의 관계는 캘리포니아 주 법률(국제사법은 제외)의 적용을 받습니다. 귀하와 구글은 ‘약관’ 으로부터 발생하는 모든 법적 문제를 해결하기 위하여 캘리포니아 산타 클라라(Santa Clara) 카운티 내에 소재하는 법원을 전속적 관할법원으로 하기로 합니다.¹⁴⁴⁾

2. 애플¹⁴⁵⁾

가. Worldwide Government App Store에 대한 삭제 요청(Takedown Requests) - 법률 위반¹⁴⁶⁾

지역법의 위반혐의 주장 또는 위반혐의를 기초로 하여 APP Store의 앱을 삭제할 것을 정부당국의 요청한 경우, 표 13은 이 정부당국의 요청 정보를 제공한다.

그러한 요청의 예는 앱이 불법이거나 불법 콘텐츠와 관련이 있거나 그러한 불법 콘텐츠를 포함할 수 있다고 법집행기관이나 규제기관이 의심하는 경우다. Apple은 본 기업이 법적으로 그렇게 하여야 하는 한 이러한 요청을 준수한다.¹⁴⁷⁾

<표 3-34> 2019년 1월 1일-6월 30일 App Store에 대한 삭제 요청

국가 또는 지역	법위반을 이유로 접수한 삭제 요청의 건수	요청에 특정된 웹의 총수	요청에 대해 일부 의의가 제기되거나 전부 거절된 건수	앱이 삭제된 경우에 요청 건수	삭제된 웹의 수
아태지역					
중국	56	196	2	55	194
베트남	2	46	2	0	0

be governed by the laws of the State of California without regard to its conflict of law provisions. You and Google agree to submit to the personal and exclusive jurisdiction of the courts located within the county of Santa Clara, California.”

144) <https://www.google.com/intl/ko/policies/terms/archive/20070416/> (last visit on December 10, 2020).

145) <https://www.apple.com/kr/privacy/government-information-requests/> (last visit on December 14, 2020).

146) <https://www.apple.com/legal/transparency/app-removal-requests-legal-violation.html> (last visit on December 14, 2020).

147) <https://www.apple.com/legal/transparency/pdf/requests-2019-H2-en.pdf>
<https://www.apple.com/legal/transparency/pdf/requests-2019-H1-en.pdf>

아태지역의 총 건수	58	242	4	55	194
유럽, 중동, 인도, 아프리카					
India	1	1	0	1	1
Israel	1	1	0	1	1
레바논	1	1	0	1	1
파키스탄	1	3	0	1	3
러시아	5	16	0	5	15
터키	2	2	0	2	2
아랍에미레이트	1	275	1	0	0
유럽, 중동, 인도, 아프리카 총 건수	12	299	1	11	23
전세계 총 건수	70	541	5	66	217

<표 3-35> 2019년 7월 1일-12월 31일간 앱 스토어에 대한 삭제 요청

국가 또는 지역	법률 위반을 이유로 한 삭제요청으로서 접수된 삭제 요청의 건수	요청에 특정된 앱의 건수	일부 이의가 제기되었거나 전부 거부된 요청의 건수	앱이 삭제된 경우에 요청의 건수	삭제된 앱의 수	접수된 불만의 건수	수용된 불만 건수	복구된 앱의 수
아태지역								
중국	47	203	3	45	187	0	0	0
베트남	2	33	2	0	0	0	0	0
아태지역 총 건수	49	236	5	45	187	0	0	0
유럽, 중동, 인도, 아프리카								
오스트리아	1	18	0	1	18	0	0	0
헝가리	1	1	1	0	0	0	0	0
인도	1	1	0	1	1	1	1	1
러시아	2	2	1	1	1	0	0	0
유럽, 중동, 인도, 아프리카 총 건수	5	22	2	3	20	1	1	1
전세계 총 건수	54	258	7	48	207	1	1	1

나. 국제재판관할과 준거법

명시적으로 달리 정한 경우를 제외하고는 이용자와 애플 사이의 합의 및 관계는 캘리포니아 주법이 규율한다. 이용자와 애플 사이의 이용약관으로부터 초래되는 분쟁 또는 청구에 대하여 캘리포니아 주 산타 클라라 카운티의 주법원은 전속적 합의 관할을 가진다.

<표 3-36> 애플 미디어 서비스 계약 및 조건

Apple Media Services Terms and Conditions¹⁴⁸⁾

i. Except to the extent expressly provided in the following paragraph, this Agreement and the relationship between you and Apple shall be governed by the laws of the State of California, excluding its conflicts of law provisions. You and Apple agree to submit to the personal and exclusive jurisdiction of the courts located within the county of Santa Clara, California, to resolve any dispute or claim arising from this Agreement. If (a) you are not a U.S. citizen; (b) you do not reside in the U.S.; (c) you are not accessing the Service from the U.S.; and (d) you are a citizen of one of the countries identified below, you hereby agree that any dispute or claim arising from this Agreement shall be governed by the applicable law set forth below, without regard to any conflict of law provisions, and you hereby irrevocably submit to the non-exclusive jurisdiction of the courts located in the state, province or country identified below whose law governs:

If you are a citizen of any European Union country or Switzerland, Norway or Iceland, the governing law and forum shall be the laws and courts of your usual place of residence.

Specifically excluded from application to this Agreement is that law known as the United Nations Convention on the International Sale of Goods.

3. 네이버¹⁴⁹⁾

가. 통신제한조치¹⁵⁰⁾

<표 3-37> 2012-2020 압수영장, 통신제한조치, 통신사실확인자료, 통신자료 요청 처리 제공 건수

		압수영장	통신제한조치	통신사실확인자료	통신자료
20년 상반기	요청	3,145	5	1,306	17
	처리	2,283	5	1,301	-
	제공	294,683	48	2,567	-
19년 하반기	요청	3,664	7	1,929	15
	처리	2,825	7	1,644	-
	제공	117,346	30	3,505	-
19년 상반기	요청	4,048	11	2,337	104
	처리	3,284	11	2,057	-
	제공	201,034	52	4,634	-
18년 하반기	요청	3,951	8	1,939	166
	처리	3,217	8	1,679	-
	제공	1,451,148	26	3,757	-
18년 상반기	요청	4,194	9	2,316	145
	처리	3,493	9	1,950	-
	제공	5,515,415	45	9,041	-
17년 하반기	요청	3,758	6	2,282	99
	처리	3,122	6	1,886	-
	제공	2,966,831	18	7,553	-
17년 상반기	요청	4,028	10	2,999	111
	처리	3,419	10	2,561	-

148) <https://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/us/terms.html> (last visit on December 20, 2020).

149) https://privacy.naver.com/transparency/transparency_report_statistic?menu=transparency_statistic&langCode=kr&statisticYearAndHalf=FIRST_HALF_2017 (최종방문일: 2020년 12월 13일).

150) https://privacy.naver.com/transparency/transparency_report_statistic?menu=transparency_statistic&langCode=kr&statisticYearAndHalf=2018_SECOND_HALF (최종방문일: 2020년 12월 13일).

	제공	7,112,423	35	8,279	-
16년 하반기	요청	3,678	18	2,452	452
	처리	3,083	18	2,092	-
	제공	42,443	29	9,375	-
16년 상반기	요청	3,975	17	2,665	373
	처리	3,387	17	2,307	-
	제공	50,452	47	7,053	-
15년 하반기	요청	3,841	14	2,438	65
	처리	3,303	14	2,100	-
	제공	162,206	32	4,611	-
15년 상반기	요청	5,054	14	2,453	114
	처리	4,345	14	2,063	-
	제공	61,734	95	4,395	-
14년 하반기	요청	4,344	17	2,230	107
	처리	3,783	17	1,840	-
	제공	17,611	62	3,823	-
14년 상반기	요청	4,998	39	2,560	178
	처리	4,405	39	2,162	-
	제공	58,768	131	4,634	-
13년 하반기	요청	4,961	41	2,831	-
	처리	4,291	41	2,309	-
	제공	178,053	84	7,060	-
13년 상반기	요청	4,283	31	3,740	-
	처리	3,756	31	3,231	-
	제공	41,304	111	12,440	-
12년 하반기	요청	1,345	17	3,947	-
	처리	1,153	17	3,536	6,469
	제공	167,916	58	16,848	25,685
12년 상반기	요청	142	13	3,894	-
	처리	125	13	3,894	10,080
	제공	1,753	51	18,206	42,499

나. 투명성 보고서 관계 법률

개인정보 보호법이나 정보통신망법 등 개인정보 보호 관련 법률에 따르면, 이용

자로부터 수집한 개인정보를 제3자에게 제공하려면 일반적으로 이용자에게 일정한 사항을 고지하고 동의를 획득한 후에 이를 제공할 수 있다. 그러나, 이와 같은 고지 및 동의 없이 관계 법령에 의해 개인정보의 제3자 제공이 발생하는 경우가 있다. 대표적으로 범죄수사의 필요성에 의해 엄격한 법률 절차에 따라 수사기관이나 정보기관 등에 범죄 용의자의 정보를 제공하는 경우가 그렇다.

네이버는 관계 법령에 의해 정보 · 수사기관에 개인정보를 제공하는 경우, 그 통계를 투명성 보고서로 공개한다. 투명성 보고서와 관계된 주요 법률은 다음과 같다.

다. 형사소송법 - 압수수색영장¹⁵¹⁾

형사소송법은 범죄를 수사하여 공소 제기 및 재판을 하고, 재판에서 선고된 형벌을 집행하는 일련의 절차를 규정한다. 영문으로는 'Criminal Procedure Law(형사절차법)'이라 한다.

형사소송법은 압수와 수색에 대한 내용을 규정하고 있는데, '압수'란 법원 또는 수사기관이 증거물이나 몰수해야 할 것으로 생각되는 물건을 수집하고 확보하기 위한 강제처분을 의미하고, '수색'은 압수할 물건이나 체포 · 구금 · 구인할 사람을 발견하기 위하여 사람의 신체, 물건, 주거나 그 밖의 장소에 대하여 행하는 강제처분을 의미한다. 이런 의미에서 '압수'와 '수색'은 동일 개념은 아니지만, 밀접한 관계가 있기 때문에 '압수수색영장'이라는 공통된 영장에 의해 집행이 되며, 형사소송법에 따라 '압수수색영장'이 집행되는 경우 개인정보를 포함하는 전자기적 정보가 압수의 대상(압수물)이 될 수 있다.

라. 통신비밀보호법 - 통신제한조치 및 통신사실확인자료

통신이나 대화의 비밀과 자유는 헌법에서 보장하는 기본적 권리이다. 통신비밀보호법은 이에 대한 제한에 있어 그 대상을 한정하고 엄격한 절차를 거치도록 함으로

151) Q. 압수수색영장이 집행되는 경우, 이를 이용자에게 알려주나요?

압수수색영장 집행 내역을 네이버와 같은 기업이 이용자에게 알려주는 것이 현행 통신비밀보호법 및 형사소송법의 취지상 금지(비밀준수의무의 부담)된다는 것이 대법원 관례의 입장인 것으로 확인됩니다. 이에 따라, 영장 집행 내역을 이용자께 개별적으로 알려드리지 못하고 있습니다.

Q. 압수수색영장으로 어떤 정보를 수사기관이 확보할 수 있나요?

압수수색영장이 집행되는 시점에 네이버가 보유하고 있는 이용자 정보를 확보할 수 있습니다. 이는 영장에 기재된 압수물에 해당되는 정보에 한정됩니다.

[https://privacy.naver.com/transparency/transparency_report_faq?menu=transparency_faq (최종방문일: 2020년 12월 13일)].

써 통신비밀을 보호하고 통신의 자유를 신장할 목적을 가지고 있는 법률이다.

통신비밀보호법이 규정하는 통신제한조치는 우편물의 검열이나 전기통신의 감청을 의미하며, 전기통신의 감청은 전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 내용을 청취하거나 기록하는 행위 또는 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 의미합니다. 이런 의미에서 '감청'은 합법적인 의미를, '도청'은 불법적인 의미를 갖는다.

또한, 통신사실확인자료는 전기통신사실에 관한 자료로써 다음과 같은 정보들을 의미하나, 포털사업자가 적용 받는 정보로는 로그기록(이용자가 가입 시 서비스 이용을 위해 수행한 '로그인' 정보만을 의미함) 및 접속지 추적자료(일반적으로 IP 주소를 의미함)에 한정된다.

통신비밀보호법이 정하는 통신사실확인자료의 유형 (법 제2조 제11호)

1. 가입자의 전기통신일시
2. 전기통신개시 · 종료시간
3. 발·착신 통신번호 등 상대방의 가입자번호
4. 사용도수
5. 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 전기통신역무를 이용한 사실에 관한 컴퓨터통신 또는 인터넷의 로그기록자료
6. 정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지국의 위치추적자료
7. 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 정보통신망에 접속하기 위하여 사용하는 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 접속지의 추적자료

마. 전기통신사업법 - 통신자료

전기통신사업법은 전기통신사업을 적정하게 운영하여 전기통신사업의 건전한 발전을 기하고 이용자의 편의를 도모함으로써 공공복리의 증진에 이바지하기 위해 제정된 법이다.

전기통신사업법은 다음과 같은 이용자의 인적 사항 정보의 일부를 '통신자료'로 정하고, 법원, 검사, 수사관서의 장, 정보수사기관의 장 등이 재판, 수사, 형의 집행 또는 국가 안전보장에 대한 위해를 방지하기 위한 정보 수집을 목적으로 일정 요건과 절차에 따라 전기통신사업자에게 통신자료의 제공을 요청하는 경우 사업자가 해당 요청에 따를 수 있다고 규정하고 있다.

전기통신사업법이 정하는 통신자료(법 제83조 제3항)

1. 이용자의 성명
2. 이용자의 주민등록번호
3. 이용자의 주소
4. 이용자의 전화번호
5. 이용자의 아이디(컴퓨터시스템이나 통신망의 정당한 이용자임을 알아보기 위한 이용자 식별부호를 말한다)
6. 이용자의 가입일 또는 해지일

네이버(주)는 지난 2012. 10월 통신자료 제공에 관한 사업자의 실체적 심사의무 존재여부 확인 및 영장주의 위배우려 등과 관련한 법원의 판결을 존중하여 통신자료의 제공을 중단한 바 있다.

바. 국제재판관할과 준거법

<표 3-38> 네이버 이용약관

네이버이용약관¹⁵²⁾

바. 국제재판관할과 준거법

제 22 조 (준거법 및 재판관할)

① “회사“와 “회원“ 간 제기된 소송은 대한민국법을 준거법으로 합니다.

② “회사“와 “회원“간 발생한 분쟁에 관한 소송은 제소 당시의 “회원“의 주소에 의하고, 주소가 없는 경우 거소를 관할하는 지방법원의 전속관할로 합니다. 단, 제소 당시 “회원“의 주소 또는 거소가 명확하지 아니한 경우의 관할법원은 민사소송법에 따라 정합니다.

네이버와 이용자 사이에 발생한 분쟁에 대해서 준거법은 우리나라법이 되고, 이러한 분쟁에 대해 제소당시 회원의 주소지법원(회원이 주소지가 없다면 거소지법원)이 전속관할을 가지도록 하고 있다. 네이버이용약관상 국제재판관할권 조항은 미국의 인터넷서비스제공자와 비교하여 네이버에게 불리하게 규정되어 있다. 예컨대 미국인 회원(미국 워싱턴주 거주)이 네이버이용약관상 발생하는 분쟁에 대해 소를 제

152) https://policy.naver.com/rules/service_pre_20140317.html#a22 (최근방문일: 2020년 12월 2일).

기하는 경우 미국 워싱턴주 소재 연방지방법원 내지 주법원이 전속관할권을 가지게 된다.

IV. 기타

1. 야후¹⁵³⁾

가. 정부의 삭제요청¹⁵⁴⁾

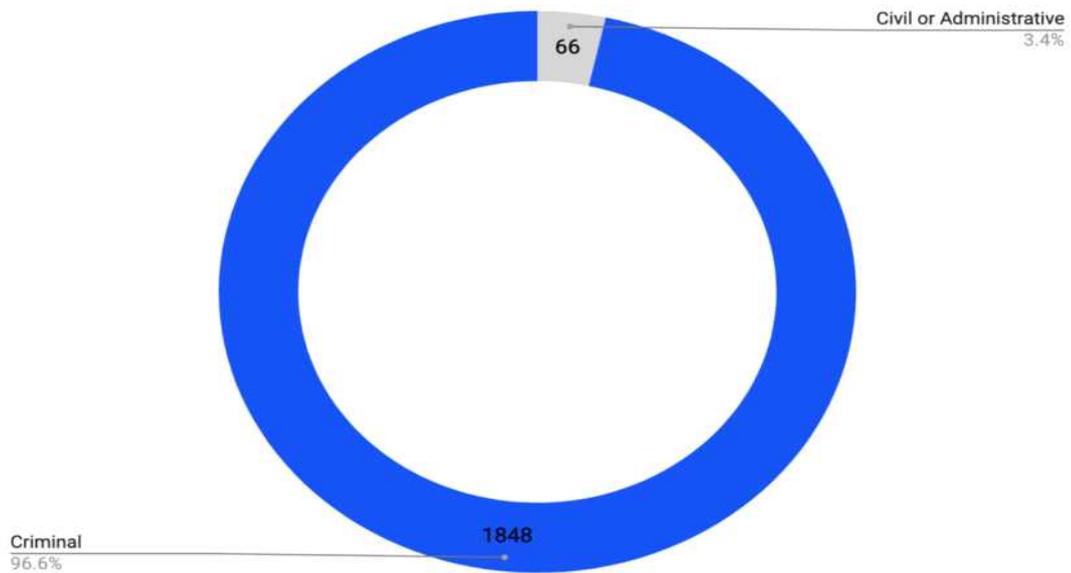
다른 기술기업 및 통신기업과 마찬가지로 콘텐츠가 지역법을 위반한다는 주장을 토대로 하여 Verizon Media의 서비스에서 그 콘텐츠를 삭제하기 위하여 또는 해당 콘텐츠가 제품에 대한 공동체 가이드라인 또는 본 기업의 서비스조건에 부합하지 않는다는 것을 이유로 삭제되어야 하는지 여부를 결정하기 위하여 콘텐츠를 심사하기 위하여 Verizon Media는 전세계로부터 정부의 요청을 받는다.

주장에도 불구하고 본 기업은 각 요청을 주의깊게 심사하여 정부 요청에 대응하기 위한 본 기업의 글로벌 원칙(Global Principles for Responding to Government Requests)에 따라 대응한다.

153) <https://www.verizonmedia.com/transparency/index.html> (last visit on December 13, 2020).

154) <https://www.verizonmedia.com/transparency/reports/government-removal-requests.html> (last visit on December 13, 2020).

<표 3-39> 법 집행 정보 요청 비율



<표 3-40> 2017-2019 국가별 정부 삭제요청

year	period	Country	Total requests	Total items specified	Compliance rate
2019	JAN - JUN	Germany	73	251	81%
		Korea	166	1464	93%
		Japan	14	14	100%
		United Kingdom	10	12	100%
		United States	10	19	90%
	JUL - DEC	Germany	21	45	71%
		Korea	60	315	97%
		United Kingdom	1	1	100%
United States	1	1	100%		
2018	JAN - JUN	Japan	1	1	100%
		Korea	32	22644	66%
		United Kingdom	3	3	33%
		United States	6	6	83%
	JUL - DEC	Germany	37	63	70%
		Korea	131	432	91%
		Japan	4	5	100%
		United Kingdom	8	51	88%
United States	10	11	90%		
2017	JAN - JUN	Germany	5	39	100%
		Korea	2	16	100%
		Japan	7	56	100%
		United Kingdom	4	8	25%
		United States	6	53	100%

JUL - DEC	Korea	53	71	77%
	United Kingdom	1	1	100%
	United States	5	5	100%

나. 정부 데이터 요청

전 세계 정부는 일반적으로 형사 또는 민사 조사와 함께 Verizon Media 사용자에게 대한 정보를 요청한다. 우리는 각 요청이 법률을 준수하는지주의 깊게 면밀히 조사하고 엄격한 기준을 충족하지 않는 요청은 거부한다. 정부 요청에 대한 응답을위한 글로벌 원칙에 따라 데이터를 공개할 때 요청을 좁게 해석하고 요청을 준수하는 데 필요한 만큼의 데이터만 공개한다.¹⁵⁵⁾

다. 국제재판관할과 준거법

<표 3-41> 버라이즌 미디어 서비스 약관

<p>Verizon Media Terms of Service</p> <p>e. Choice of Law. These Terms and the relationship between the parties, including any claim or dispute that might arise between the parties, whether sounding in contract, tort, or otherwise, will be governed by the laws of the State of New York without regard to its conflict of law provisions. In no event will the parties bring claims against one another under the laws of another jurisdiction.</p> <p>f. Forum. If for any reason a Dispute proceeds in court rather than through arbitration, all such Disputes (regardless of theory) arising out of or relating to these Terms, or the relationship between you and us, will be brought exclusively in the courts located in the county of New York, New York or the U.S. District Court for the Southern District of New York. In such cases, you and we agree to submit to the personal jurisdiction of the courts located within the county of New York, New York or the Southern District of New</p>
--

¹⁵⁵⁾ <https://www.verizonmedia.com/transparency/reports/government-data-requests.html>
(last visit on December 31, 2020).

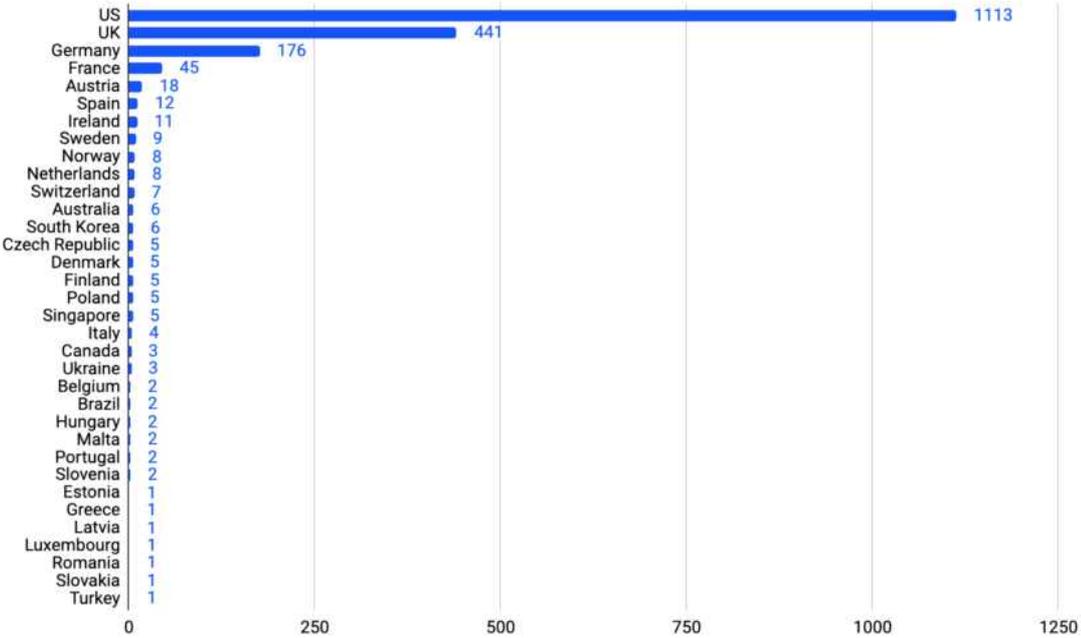
York, and agree to waive any and all objections to the exercise of jurisdiction over the parties by such courts and to venue in such courts.

2. 가상통화 거래소

가. coinbase.com¹⁵⁶⁾

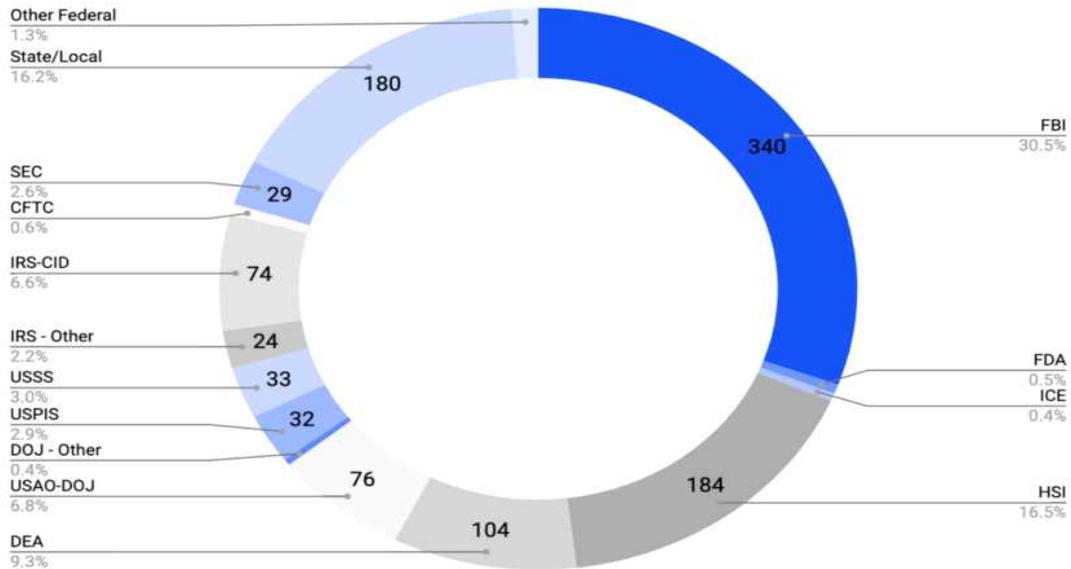
(1) 2020년 10월 16일 Coinbase는 투명성보고서를 처음 발간

<표 3-42> 2020년 1월 1일-6월 30일 법 집행 정보 요청 건수



156) <https://blog.coinbase.com/transparency-at-coinbase-c8edf6dce4d6> (last visit on December 13, 2020).

<표 3-43> 2020년 1월 1일-6월 30일 미국 법 집행 정보 요청



-분석

~미국 정부기관의 전체 요청 중 58%

~세 개 국가로부터의 모든 요청 중 90% (미국, 영국, 독일)

~주 정부 또는 지역 정부로부터의 미국 요청 전부 중 16%

나. Bitcoinwallet.com¹⁵⁷⁾

3. 가상호스팅 업체

가. IBM Softlayer¹⁵⁸⁾

(1) 데이터에 대한 정부의 접근

IBM은 대량의 콘텐츠 또는 메타데이터를 포함하는 보안프로그램하에 정부기관에게 고객 데이터를 제공하지 아니한다.

157) <https://blog.bitcoinabc.org/2020/06/15/bitcoin-abc-may-2020-transparency-report/> (last visit on December 13, 2020).

158) <https://www.ibm.com/downloads/cas/DAGAKDJG> (last visit on December 13, 2020).

법에 따라 고객데이터를 보호한다.

- 일반적으로 정부가 기업 고객을 대신하여 IBM이 보유하고 있는 데이터에 대한 접근을 원한다면 본사는 정부가 직접 그 고객과 접촉할 것을 기대할 것이다.
- 본 기업은 그 데이터를 요청하는 정부의 적법한 관할 밖에 저장된 고객 데이터에 대한 접근을 제공하지 아니한다. 다만, 그러한 요청이 상호법률공조조약과 같이 국제적으로 승인된 법적 채널을 통해 이루어지는 경우에는 그러하지 아니하다.
- 본 기업이 지역법에 따른 절차를 준수하지 아니하는 기업 고객 데이터를 받는 경우, 본 기업은 사법부 절차 또는 그 밖의 절차를 통하여 정부의 기업고객 데이터 요청을 다루는 적절한 조치를 취할 것이다.
- 본 기업이 기업 고객에게 통지하는 것을 금지하는 공개금지명령(gag order)을 포함하는, 정부의 기업 고객 데이터의 요청을 받는 경우, 본 기업은 사법부 절차 또는 그 밖의 수단을 통해 공개금지명령에 대해 이의하는 적절한 조치를 취할 것이다.
- 본 기업은 범죄활동에 대한 적법한 수사를 실행할 법집행기관의 의무와 데이터 보호를 조율하기 위하여 정부와 고객과 밀접하게 같이 계속 소통할 것이다.
- IBM은 정부의 데이터 요청에 대한 투명성, 감독, 적절한 사법부의 심사를 제고하기 위한 조치를 지지한다. 이에는 법적 공조를 위한 현대화된 국제조약도 포함한다.

(2) 법집행 요청의 건

<표 3-44> 2019년 법 집행 요청 건수

기관	접수한 요청의 건수	완전 준수한 요청의 건수	일부 준수한 요청 건수	처리가 요구되는 요청 건수
미국 (연방)	53	46	0	7
미국 (주)	25	22	0	3
국제	40	28	0	12

제2절 주요 인터넷 기업정보공개 강제 국내의 판례 (특히 클라우 드플레이어)

I. 일본

동경지방법원은 2019년 1월 28일, 콘텐츠 송신 네트워크(CDN)의 서비스를 제공하는 Cloudflare, Inc. 사(미국 캘리포니아 주)에 대하여 저작권을 침해한 ‘정보정리 사이트’의 기사 데이터의 삭제와 발신자정보 개시의 가처분을 명하였다.¹⁵⁹⁾

그 이후 2020년 2월 20일 일본의 출판홍보센터는 미국의 전기통신사업사인 Cloudflare, Inc가 관리하는 일본의 서버에서 저작권 침해가 이루어지고 있다고 법원이 판단하는 경우 데이터의 복제를 중단하는 조건으로 KADOKAWA, 講談社 `集英社 `小学館 등 4개 출판사와 화해가 성립되었다고 발표하였다.¹⁶⁰⁾

Cloudflare 사는 콘텐츠 전송 네트워크 (CDN : content delivery network) 대기업으로서 일본어 사이트 점유율 1위 (J-stream 조사 : 2019년 10월 시점)를 차지하였다. 대량의 사용자가 접근하여도 콘텐츠 송신이 지체되지 않도록 서버를 분산설치하는 서비스 등을 제공하고 있다.

규모가 큰 위 4개 출판사는 2018년 8월 시점에 동경지방법원에 Cloudflare 사의 서버를 이용하고 있는 악질의 복수 해적판 사이트의 데이터 송신 금지를 구하는 가처분을 신청하였다. 동경지방법원에서 심리한 결과, 2019년 6월에 위 4개사와 화해가 성립되었다.

화해조건은 위 4개사가 지적한 해적판 사이트에서 저작권침해가 행해지고 있다고 법원이 판단한 경우에 일본 내에 있는 Cloudflare 사의 서버의 데이터 복제를 중지하는 것이다. CDN이 데이터복제를 중지하면 해적판 사이트의 표시속도가 느려지거나 접속 집중으로 인한 서버 부하로 사이트가 느려져서 열람이 곤란한 상황에 빠질 것으로 예상된다.¹⁶¹⁾

위 4개 사는 지금까지 ‘만화촌(漫画村)’의 후신이 된 ‘星の口ミ.org’ 등 Cloudflare 사의 서버를 이용하고 있는 복수의 불법복제사이트에 대하여 복제중지조

159) https://www.bengo4.com/c_23/n_9163/ (최신방문일자: 2020년 11월 4일).

160) 鷹野凌,

Cloudflare社、海賊版サイトでの著作権侵害が裁判所に認定されたらデータ複製を中止する条件で出版大手4社と和解, HON.jp News, 2020년 2월 21일, available at <https://hon.jp/news/1.0/0/28108> (최신방문일자: 2020년 11월 4일).

161) 위의 기사.

치의 실행 또는 준비를 진행하고 있었지만 미국에서 소를 제기한 단계에서 사이트가 폐쇄되는 등 일정한 효과가 생기고 있었기 때문에 세부사항 공개를 앞두고 있었다고 한다.¹⁶²⁾

그러나 불법복제사이트가 Cloudflare 사의 서비스를 이용하고자 하는 움직임이 이후에도 계속되고 있어서 Cloudflare 와의 사이에서 대응책이 이미 구축되어 있다는 것을 알리는 것이 경고가 될 수 있다고 생각하여 발표하기에 이르렀다고 한다.¹⁶³⁾

또한 본건과는 별도로 2020년 1월 7일에 주식회사 竹書房이 Cloudflare 사에 대하여 동경지방법원에 민사소송을 제기하였다고 발표하였지만,¹⁶⁴⁾ 위 4개사가 이미 화해하였기 때문에 竹書房도 같은 조건으로 화해할 수 있을 것으로 예상된다.¹⁶⁵⁾

II. 미국 (ALS Scan, Inc. v. Cloudflare, Inc.)

ALS Scan, Inc. v. Cloudflare, Inc., et al. 사건¹⁶⁶⁾의 사실관계는 다음과 같다. ALS Scan, Inc. (원고)는 Cloudflare, Inc.(이하 ‘Cloudflare’), Dolphin Media Ltd. (이하 ‘Dolphin’), Hivelocity Ventures Corporation (이하 ‘Hivelocity’) 및 Steadfast Networks, LLC (이하 ‘Steadfast’)(모두 합쳐 ‘피고들’)를 상대로 원고의 저작권 및 상표권 침해할 혐의로 피고를 상대로 소를 제기하였다.¹⁶⁷⁾¹⁶⁸⁾ TAC는 여섯 가지의 청구원인을 주장하였다. 즉, TAC는 (i) Dolphin을 상대로 직접 저작권침해, (ii) 모든 피고들을 상대로 기여 저작권침해, (iii) Dolphin, Hivelocity 및 Steadfast를 상대로 대위 저작권침해, (iv) Dolphin을 상대로 직접적인 상표권 침해, (v) Dolphin을 상대로 직접적인 상표위조 및 (vi) Dolphin, Hivelocity 및 Steadfast를 상대로 기여 상표권침해를 주장하였다.¹⁶⁹⁾

원고는 성인물에 대한 저작물과 상표권이 있는 작품의 라이브러리를 가지고 있다.¹⁷⁰⁾ 원고는 무단으로 원고 저작물을 전시하는 해적판 인터넷사이트에 의해 반복적으로 침해당하였다고 주장한다.¹⁷¹⁾ 이러한 사이트들은 원고로부터 실제적인 침해

162) 위의 기사.

163) 위의 기사.

164) <https://ascii.jp/limit/group/ida/elem/000/002/006/2006489/> (최신방문일자: 2020년 11월 4일).

165) 鷹野凌, 앞의 기사.

166) Case No. 2:16-cv-05051-GW-(AFMx) (March 30, 2018).

167) See generally Third Am. Compl.(“TAC”), Docket No. 148.

168) <https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2718&context=historical> (last visit on January 10, 2020).

169) See generally Third Am. Compl.(“TAC”), Docket No. 148.

170) Id.

171) Id. at ¶ 4.

통지를 받은 후조차도 그 사이트와 영업을 계속하는 제3자인 서비스제공자에 의해 후원받은 것으로 주장한다.¹⁷²⁾

원고는 Steadfast가 해적판 사이트를 둔 서버를 운영하고 imagebam.com을 포함한 해적판 사이트에 대한 도메인이름 시스템을 제공하고 있다고 주장한다.¹⁷³⁾ 원고는 Steadfast가 자신의 서버에 해적판 사이트를 물리적으로 호스팅하고 있고 이러한 사이트들에 대하여 인터넷 트래픽을 라우팅(routing)하고 있으며 이러한 사이트(imagebam.com 포함)들을 온라인상 유지하고 이용할 수 있게 하는 매스터스위치를 관리하고 있다고 주장한다.¹⁷⁴⁾ 원고는 imagebam.com에 대한 침해콘텐츠에 대하여 경고하는 수차례의 통지를 Steadfast에게 송부하였다고 주장한다. 하지만 Steadfast는 자신의 서버에서 imagebam.com를 삭제하지 않아 상습적인 침해자에 대한 정책을 이행하거나 실행하지 못하였다.¹⁷⁵⁾ 원고는 기여 저작권침해(청구원인 II), 기여 저작권침해(청구원인 III) 및 기여 저작권침해(청구원인 VI)를 이유로 Steadfast를 상대로 제소하였다.

Steadfast는 클라우드서비스, 전용서버, 데이터센터 연결 및 코로케이션(Data Center Colocation), 재난 및 영업 지속, 관리보안 및 IT 자문을 제공하는 회사이다.¹⁷⁶⁾

수년동안 원고의 재산인 콘텐츠가 무단으로 다수의 해적판 사이트에 등장하였다.¹⁷⁷⁾ 원고는 이러한 해적판 사이트에 대한 침해혐의를 파악하여 해당 사이트 운영자에게 통지하기 위하여 Steve Easton(이하 ‘Easton’)이라는 대리인을 선임하여 비용을 지불하였다.¹⁷⁸⁾

Imagebam.com은 그 중 하나의 해적판 사이트이고 원고는 Easton을 통해 2013년 12월 26일부터 2017년 6월 22일까지 imagebam.com에게 853건의 침해통지를, 원고의 사진저작물에 관련하여 185건의 통지를 보냈다.¹⁷⁹⁾

Easton은 이메일을 통해 통지를 송부하였고 각각의 통지는 다수의 사진저작물을 침해하는 복제물에 대한 하이퍼링크를 포함하였다.¹⁸⁰⁾ 이러한 통지는 또한 Steadfast에게도 송부되었다. 왜냐 하면 Steadfast가 imagebam.com이 있는 서버를 물리적으로 관리하고 소유하고 있기 때문이다.¹⁸¹⁾

172) Id. at ¶ 6.

173) Id. at ¶¶ 13, 25.

174) Id. at ¶ 50.

175) Id. at ¶ 47.

176) Id. at ¶¶ 1, 73.

177) Id. at ¶¶ 67-68.

178) Id. ¶ 69.

179) Id. ¶¶ 55, 70.

180) Id.

181) Id. ¶¶ 55, 70-71.

Imagebam.com은 제3자인 Flixya가 Steadfast의 서버상에서 운영하고 있다.¹⁸²⁾ Flixya는 Steadfast로부터 기본관리서비스를 구매하였다.¹⁸³⁾ Steadfast는 Flixya에게 정액을 부과하였고 그 서버는 전용서버였다.¹⁸⁴⁾

Flixya는 자체 저작권 대리인을 두어 imagebam.com에 등장하는 침해콘텐츠를 삭제하는 자체 절차를 두고 있으며 침해콘텐츠를 게시한 이용자의 계정을 삭제하는 권한을 가지고 있다.¹⁸⁵⁾ Imagebam은 콘텐츠를 업로드하는 이용자의 호스트이다.¹⁸⁶⁾ imagebam.com 이용자만이 저장된 사이트에 대한 이미지를 업로드할 수 있다.¹⁸⁷⁾ imagebam.com 사이트는 이미지의 현시를 의도한 것이 아니라 사용자가 이미지를 저장하고 다운로드 가능한 이미지를 검색할 수 있는 이미지 호스팅 서비스로서의 역할을 수행하고 있다.¹⁸⁸⁾

Steadfast는 imagebam.com을 운영, 통제 또는 관리하지 아니하였다.¹⁸⁹⁾ Steadfast는 imagebam.com의 개인이용자 계정 또는 해당 사이트의 콘텐츠에 대한 접근권을 가지고 있지 않았다.¹⁹⁰⁾ Steadfast는 imagebam.com 이용자의 콘텐츠로부터 직접적으로 수익을 얻지도 않았고 해당 콘텐츠를 선택하거나 통제하지도 않았으며 imagebam.com 이용자와 상호작용하지도 않았다.¹⁹¹⁾ 또한, Steadfast는 개별 imagebam.com 이용자 계정을 종료할 수 없었다.¹⁹²⁾ 하지만 Steadfast는 서버를 폐쇄할 수 있었다. 그렇게 함으로써 Steadfast는 imagebam.com을 효과적으로 작동하지 않게 하고 해당콘텐츠에 대한 접근을 차단하였을 것이다.¹⁹³⁾

또한, Steadfast는 해당 서버를 관리할 것으로 추정되는 Flixya의 계정을 철회할 수 있었고 imagebam.com의 폐쇄를 요청할 수 있었다.¹⁹⁴⁾

이 사건에서 (i) Steadfast가 Flixya에게 서버를 대여하였고, (ii) 침해물이 imagebam.com을 통해 해당 서버들상에 반복적으로 등장하였으며, (iii) Steadfast는 침해에 대하여 인지하였고, (iv) Steadfast는 해당 서버들을 폐쇄할 수 있었지만 그렇게 하지 않았기 때문에 원고는 Steadfast는 중요기여이론에 따라 기여 저작권침해 책임을 진다고 주장한다. 이에 (i) Flixya가 기여책임자이기 때문에 Steadfast는

182) Id. ¶ 73.

183) Id. ¶ 75.

184) Id. ¶¶ 11, 19, 21, 22, 75-76.

185) Id. ¶¶ 41-46.

186) Id. ¶ 27.

187) Id. ¶ 28.

188) Id. ¶ 7.

189) Id. ¶¶ 26, 52.

190) Id. ¶¶ 32-36.

191) Id. ¶¶ 36-40.

192) Id. ¶¶ 33-34.

193) Id.

194) Id. ¶ 106.

Flixya의 침해에 기여책임을 질 수 없다는 점, (ii) 원고는 Steadfast가 침해를 조력하고자 하였다는 증거를 제출한 점 및 (iii) 원고는 중요기여이론을 토대로 한 기여침해청구에 대하여 제9순회구 연방항소법원이 관시한 요소를 충족하지 못했다는 점을 들어 Steadfast는 원고의 중요기여이론이 법률문제로서 수용불가하다고 반박하였다.

이와 관련하여 법원은 Steadfast가 (i) 침해의 구체적인 행위에 대하여 알고 있었고, (ii) imagebam.com을 폐쇄할 수 있었으나 그렇게 하지 못하였으며, (iii) 적어도 임시적으로 imagebam.com상 알려진 침해자들에게 계속하여 저장공간을 제공하였다는 점을 증명하는 증거를 원고가 제출한 것으로 실시하였다.

제3절 현황 정리 및 시사점

I. 투명성보고서 및 이용약관상 국제재판관할과 준거법

<표 3-45> 투명성보고서 및 이용약관상 국제재판관할과 준거법

유형	업체명	투명성보고서 내용	실례	비고(투명성보고서 이외의 이용약관 등의 내용)
호스팅 업체	클라우드플레이어	미국정부의 이용자 데이터 요청과 관련하여 미국 연방정부의 형사상 소환장(U.S. Government criminal subpoenas), 미국 행정부의 행정적 소환장, 민사적 소환장(디지털밀레니엄 저작권법에 따라 발부된 정보제출요청장 포함)에 대한 실적의 통계를 공시하고 있다. 법원의	-2020년 1월, 독일 법원은 클라우드플레이어에게 저작권법을 침해한 것으로 결론내린 웹사이트에 대한 접근을 차단하도록 명하는 명령을 발령하였다. 추가적으로 소송이 계속 중에 클라우드플레이어는 독일로부터의 요청에 응하여 클라우드플레이어의 서	클라우드플레이어 웹사이트 및 온라인 서비스 이용약관 제11조(준거법)에 따르면, 준거법은 캘리포니아 주 법이 되고 캘리포니아 주 샌프란시스코 카운티 소재 주법원과 연방법원이 전속적 합의 관할권을 가진다.

	<p>명령과 관련해서는 연방법률 제18편 제2703조 제d항, 연방법률 제18편 제2705조 제b항 및 상호법률공조조약상 명령을 포함한다. 그 중 상호법률공조조약상 2018년부터 2020년 전반기까지 외국 정부의 요청 (총 31건)에 대해 응답 건수는 5건(폴란드 3건(2020년 전반기), 독일 1건(2020년 전반기), 보스니아 1건(2020년 전반기)이다. 응답건수가 모두 2020년 전반기에 집중되어 있는 것으로 보아 클라우드플레어가 성장하면서 준법경영에도 눈을 뜬 것으로 보인다. 따라서 향후 공시될 클라우드플레어의 투명성보고서에는 응답건수의 증가가 예상된다.</p> <p>2020년 1월 1일부터 2020년 6월 30일까지의 기간동안 저작권에 기한 콘텐츠</p>	<p>비스가 사용되었던 한도내에서 또는 독일 내 클라우드 플레이어 설비를 사용하였던 한도내에서 그 웹사이트에의 접속을 불가능하게 하는 조치를 취하였다.</p> <p>-통일도메인이름 분쟁해결 요청(UDRP Requests)의 범주는 ICANN이 승인한 분쟁기구로부터 클라우드플레어가 접수한, 유효한 UDRP 인증 요청을 포함한다.</p>	
--	--	---	--

	<p>삭제 또는 차단의 요청과 관련하여 클라우드플레이어의 보고서는 이 보고서는 캐싱하는 콘텐츠나 전송되는 콘텐츠가 아닌 본사의 네트워크상 확정적으로 저장된 콘텐츠에 대한, 미국의 디지털밀레니엄저작권법상 삭제요청만을 반영하고 있다.</p> <p>2018년 하반기부터 2020년 상반기까지 저작권에 기한 콘텐츠 삭제를 요청한 총 6건에 대해 모두 응답한 것으로 보아 클라우드플레이어는 저작권침해물에 대해서는 적극적으로 대응하는 것으로 판단된다. 이와 관련하여 연도별로 (i) 접수한 요청건수, (ii) 요청에 대한 응답건수, (iii) 처리중인 요청건수, (iv) 영향을 받는 도메인의 총수, (v) 영향을 받는 계정의 총수 순으로 통계치를 작성</p>		
--	---	--	--

	<p>하였다.</p> <p>아마존이 접수한 정보요청의 유형으로는 소환장, 수색영장, 그 밖의 법원 명령 (수색영장 또는 법원 발부 소환장이 아닌, 지방법원, 주법원 또는 연방법원이 발부하는 유효하고 구속력있는 명령)이 있다.</p> <p>-국가보안서한 및 해외 정보감시법에 따라 발령된 법원의 명령에 따라 국가보안 요청을 하는 경우가 있을 수 있다.</p> <p>- 아마존은 당연히 과도하거나 부적절한 명령에 반대한다.</p> <p>-국가보안 요청은 국가보안서한 [National Security Letters (“NSLs”)]과 해외 정보감시법 [Foreign Intelligence Surveillance Act (“FISA”)]에 따라 발령된 법원의 명령을 포함한다. 이러한 요청에 대한 본사의</p>		<p>아마존 서비스의 이용에 관한 분쟁 또는 청구 또는 아마존에 의해 또는 Amazon.com을 통해 판매 또는 유통된 제품 또는 서비스에 관한 분쟁 또는 청구는 소액사건에 해당하지 아니하는 한, 중재에 의해 해결한다. 이 경우, 미국 연방중재법 및 연방중재에 관한 법률이 이 합의에 적용된다. 아마존 서비스를 이용함으로써 미국 연방중재법, 적용가능한 미국 연방법 및 워싱턴주법이 이용조건 및 이용자와 아마존 사이에서 발생할 분쟁에 적용되는 것에 합의한 것이다.</p>
--	--	--	--

아마존 (전체 / AWS 만)

	<p>대응은 요청의 성격에 따라 다르다. 아마존은 당연히 과도하거나 부적절한 국가보안요청에 반대한다. 아마존은 접수한 NSL과 FISA상 명령의 정확한 건수를 보고하는 것이 법에 의해 금지되어 있다. 따라서 본사는 정부가 설정한 특정 영역내에서만 그러한 요청의 건수를 보고한다.¹⁹⁵⁾</p> <p>- 외국정부의 요청은 상호법률공조조약(Mutual Legal Assistance Treaty)상 절차,촉탁서 절차 또는 클라우드 법(CLOUD Act)에 따라 발부된 법적 명령을 포함하여 외국정부로부터의 법적 요구를 포함한다. 이러한 요청에 대한 본사의 대응은 요청의 성격에 따라 다르다. 아마존은 당연히 외국정부의 과도하거나 부적절한 요청에 반대한다.¹⁹⁶⁾</p>		
--	--	--	--

		<p>- 클라우드플랫폼은 달리 아마존은 요청에 대항하는 방식을 세 가지로 분류해 놓고 있다. 즉, 전부 대응, 일부 대응 및 무대응이 바로 그것이다. 아마존의 경우, 클라우드플랫폼에 비해 저작권 침해로 인한 삭제요청 및 차단요청에 대한 구체적인 항목을 찾아보고 어렵다. 아마존이 한국어로 된 사이트를 운영하고 한국인을 상대로 영업을 하는 한, 이 사이트에 불법복제물이 있다면 삭제요청 및 차단요청을 할 수 있어야 할 것이다.</p>		
메신저	스카이프	<p>-법집행 요청 보고서(형사)와 관련하여 우리나라는 총 86건의 법집행을 요청하였는데, 저작권 침해로 인한 차단요청 등은 구체적으로 언급되어 있지 않다.</p> <p>- 저작권 침해에 대해 마이크로소프트</p>		<p>스카이프 이용약관의 해석은 일반적으로 룩셈부르크법에 따른다. 따라서 룩셈부르크법이 이용약관의 준거법으로 된다. 이 이용약관과 관련된 분쟁은 룩셈부르크 법원의 관</p>

	트 사에 통지하기 위하여 온라인 양식을 사용할 수 있다. 마이크로소프트사는 이 통지를 제3자(침해혐의자를 포함)에게 제공할 수 있다. 저작권침해 통지는 미국 디지털밀레니엄 저작권법을 준수하여야 한다.		할에 속한다.
페이스북	페이스북은 삭제된 콘텐츠 수, 삭제율, 보고건수를 중심으로 저작권침해 관련 정보를 개시하고 있다.		이용자가 소비자이거나 강행법규가 적용되는 경우에는 이용자의 거주지법을 적용하되, 그렇지 않은 경우에는 캘리포니아 주 북부지구 소재 연방지방법원 또는 샌 마테오 카운티 소재 주법원이 전속적 합의관할을 가지고 캘리포니아 주법이 서비스 약관에 대한 준거법이 된다.
트위터	독일의 네트워크 집행법 (Netzwerkdurchsetzungsgesetz, aka NEA)은 2018년 1월		이용약관 및 이용자와 Twitter 사이에 발생하는 분쟁과 관련하여 캘리포니아 주법이

	<p>1일부터 시행된 독일법이다. 이 법에 따라 보류된 콘텐츠가 다른 국가에서 이용할 수 있는 것과 동일한 지역법을 이용하기 때문에 본사는 투명성보고서의 이 부분에서 그 법에 관한 정보를 포함하고 있다.</p> <p>Twitter는 이 법에 따라 이용자가 제출한 불만사항의 처리 및 불만처리 청구에 관한 격년보고서를 발행하여야 한다. 가장 최신의 보고서는 2020년 1월에 발행한 것이다. 이는 2019년 7월 1일부터 12월 31일까지의 보고기간을 포섭하고 독일의 국가보고서로부터 다운로드하여 이용할 수 있다.</p> <p>이 보고기간동안, Twitter는 독일 네트워크집행법에 따라 취한 삭제요청에 관하여 여러 이의를 접수하였다. 이는 대</p>		<p>준거법이다. 그리고 이용약관 또는 서비스에 관련된 모든 분쟁은 캘리포니아 주 소재 샌프란시스코 카운티 소재 연방법원 또는 주법원이 전속적 합의관할권을 가진다.</p>
--	---	--	---

	<p>개 독일 네트워크집행법에 따른 콘텐츠의 약성보고자이기도 한 1인의 이용자로부터 비롯된 것이었다. 콘텐츠를 재평가한 후, 본사는 그 콘텐츠 중 일부가 언론의 자유 및 표현의 자유에 따라 독일 네트워크집행법상 예외에 해당한다고 판단하여 복구하였다.</p>		
<p>왓츠앱 (WhatsApp)</p>	<p>왓츠앱 사(이하 "WhatsApp," "our," "we," or "us"이라 한다)는 사람과 단체가 지식재산권을 보호하는 것을 조력하는데 헌신한다. 본사의 이용자는 본사의 앱, 서비스, 특징, 소프트웨어 또는 웹사이트(이하 '서비스'로 통칭한다)를 설치, 접속 또는 이용함으로써 본사의 이용조건에 동의한다. 본사의 이용조건에 따르면, 이용자는 본사의 서비스를 이용하면서 타인의 지식</p>		<p>이용자가 미국 또는 캐나다에 거주하는 왓츠앱 이용자인 경우, 미국 또는 캐나다의 이용자에 대한 특별중재조항이 이용자에게 적용된다. 이용자가 미국이나 캐나다의 이용자에 대한 특별중재조항이 적용되지 않는다면 이용약관과 서비스에 관한 분쟁에 대해서 미국 연방 북부지구 소재 연방지방법원 또는 캘리포니아 주 산</p>

	<p>재산권(저작권 및 상표권 포함)을 침해해서는 아니된다.</p> <p>저작권침해를 보고하고 왓츠앱이 호스팅하는 침해 콘텐츠(예: 이용자의 프로필 사진, 프로필 이름 또는 상태 메시지)를 삭제하라고 요청하기 위하여 ip@whatsapp.com에 완전한 저작권침해의 주장을 이메일하면 된다(아래 열거한 정보 전체를 포함). 이용자는 왓츠앱의 저작권담당자에게 저작권 침해주장을 우편으로 송부할 수도 있다.</p> <p>이용자가 저작권 침해의 주장을 보고하기 전에 이용자는 자신의 저작권을 침해할 수 있다고 믿는 왓츠앱 이용자에게 메시지를 전달할 수 있다. 이용자는 왓츠앱과 접촉하지 않고 이쟁점을 해결할 수 있다.</p>		<p>마테오 카운티 주 법원이 전속적 합의관할을 가진다.</p> <p>캘리포니아 주법은 소송이든지 아니면 중재이든지간에 왓츠앱과 이용자 사이에서 발생하는 분쟁 뿐만 아니라 이용약관을 규율한다.</p>
--	---	--	---

	스냅 챗 (Snapchat)	미국 디지털 밀레니엄저작권법에 따른 저작물 콘텐츠의 삭제 통지 통계 공개		
모 바일 운 영 체 제	구글	<p>Google의 정책은 저작권 침해가 의심되는 명백하고 구체적인 통지에 적절한 조치를 취하는 것이다. Google 웹 양식에 지정해 놓은 통지 형식은 DMCA(디지털 밀레니엄 저작권법)에서 권고하는 양식과 일치하며, 전 세계 모든 국가/지역의 저작권 소유자에게 간단하면서도 효율적인 메커니즘을 제공해 준다. 검색결과에서 콘텐츠 삭제 절차를 시작하려면, 특정 URL이 저작권 침해 콘텐츠로 연결된다고 생각하는 저작권 소유자가 저작권 침해가 의심되는 자료의 게시 중단 통지를 Google에 보내야 한다. 유효한 게시 중단 알림을 받으면</p>	<p>- 정부에서 콘텐츠 삭제요청 - 네트워크 시행법(NetzDG)은 독일에서 2017년 10월 1일에 발효되었다. 이 법규에 따르면 불법 콘텐츠(NetzDG에 정의되어 있음)와 관련된 삭제 신고를 처리하는 효과적이고 투명한 절차가 있어야 하며 소셜 네트워크에서는 연 2회 주기로 투명성 보고서를 게시해야 한다. 이 보고서에서는 조직 및 절차, 신고 수, 삭제된 콘텐츠 수에 관한 데이터와 Google의 삭제 관행 및 정책에 대한 일반적인 정보가 제공된다.</p> <p>네트워크 시행법(NetzDG)에 따르면 독일 내 등록</p>	<p>해당 한국어 사이트의 번역에 약간의 오역이 있다는 점을 감안하고 볼 때, 전속적 합의를관할법원은 캘리포니아 산타 클라라 카운티 소재 법원이 되고, 준거법은 캘리포니아 주 법이 된다.</p>

		<p>Google팀에서 통지 내용이 완전한지 신중하게 검토하고 다른 문제가 없는지 확인한다. 통지가 완전하고 다른 문제가 없으면 Google에서는 검색결과에서 해당 URL을 삭제한다.</p>	<p>된 사용자가 2백만 명이 넘는 소셜 네트워크에서는 '명백한 불법' 콘텐츠(예: 게시글, 이미지 동영상)의 경우 고지 후 24시간 이내에 현지에서 게시를 중단해야 한다. 불법성 여부가 명백하지 않은 경우에는 서비스 제공업체에서 판단을 내리는 데 최대 7일이 주어진다. 단, 콘텐츠 작성자가 개입하도록 요구받거나 자체 규제 기관인 합동 산업 단체 혹은 기관으로 결정이 넘어가는 등의 예외적인 경우에는 이보다 시간이 더 오래 걸릴 수 있다. NetzDG에 따른 삭제 대상이 되려면 콘텐츠는 NetzDG가 적용되는 21개 법령 중 하나에 해당해야 한다. YouTube는 2019년 1월 22일까지는 YouTube</p>	
--	--	--	---	--

			<p>LLC에서, 그 이후로는 Google Ireland Limited에서 독일 사용자를 위해 운영해온 서비스로, NetzDG에 따라 신고 시스템을 제공하고 있다. 또한 Google LLC에서 2019년 4월 2일까지 서비스를 제공한 Google+도 NetzDG에 따라 신고 시스템을 제공했다.</p>	
<p>애플</p>		<p>Worldwide Government App Store에 대한 삭제 요청(Takedown Requests) - 법률 위반</p>	<p>지역법의 위반 혐의 주장 또는 위반 혐의를 기초로 하여 APP Store의 앱을 삭제할 것을 정 부당국의 요청한 경우, 표 13은 이 정부당국의 요청 정보를 제공한다. 그러한 요청의 예는 앱이 불법이거나 불법 콘텐츠와 관련이 있거나 그러한 불법 콘텐츠를 포함할 수 있다고 법집행기관이나 규제기관이 의심하는 경우다.</p>	<p>명시적으로 달리 정한 경우를 제외하고는 이용자와 애플 사이의 합의 및 관계는 캘리포니아 주법이 규율한다. 이용자와 애플 사이의 이용약관 관으로부터 초래 되는 분쟁 또는 청구에 대하여 캘리포니아 주 산타 클라라 카운티의 주법원은 전속적 합의관할을 가진다.</p>

			Apple은 본 기업이 법적으로 그렇게 하여야 하는 한 이러한 요청을 준수한다.	
네이 버	형사소송법 - 압수 수색영장, 통신비밀 보호법 - 통신제한 조치 및 통신사실확 인자료, 전기통신사 업법 - 통신자료			네이버와 이용자 사이에 발생한 분 쟁에 대해서 준거 법은 우리나라법 이 되고, 이러한 분쟁에 대해 제소 당시 회원의 주소 지법원(회원이 주 소지가 없다면 거 소지법원)이 전속 관할을 가지도록 하고 있다. 네이버 이용약관상 국제 재판관할권 조항 은 미국의 인터넷 서비스 제공자와 비교하여 네이버 에게 불리하게 규 정되어 있다. 예컨 대 미국인 회원(미 국 워싱턴주 거주) 이 네이버이용약 관상 발생하는 분 쟁에 대해 소를 제기하는 경우 미 국 워싱턴주 소재 연방지방법원 내 지 주법원이 전속

				관할권을 가지게 된다.
--	--	--	--	--------------

II. 호스팅업체

1. 클라우드플레어

가. 정부의 이용자 데이터 요청 및 저작권침해물 삭제 또는 차단 요청

미국정부의 이용자 데이터 요청과 관련하여 미국 연방정부의 형사상 소환장(U.S. Government criminal subpoenas), 미국 행정부의 행정적 소환장, 민사적 소환장(디지털밀레니엄 저작권법에 따라 발부된 정보제출요청장 포함)에 대한 실적의 통계를 공시하고 있다. 법원의 명령과 관련해서는 연방법률 제18편 제2703조 제d항, 연방법률 제18편 제2705조 제b항 및 상호법률공조조약상 명령을 포함한다. 그 중 상호법률공조조약상 2018년부터 2020년 전반기까지 외국 정부의 요청 (총 31건)에 대해 응답 건수는 5건(폴란드 3건(2020년 전반기), 독일 1건(2020년 전반기), 보스니아 1건(2020년 전반기)이다. 응답건수가 모두 2020년 전반기에 집중되어 있는 것으로 보아 클라우드플레어가 성장하면서 준법경영에도 눈을 뜬 것으로 보인다. 따라서 향후 공시될 클라우드플레어의 투명성보고서에는 응답건수의 증가가 예상된다.

2020년 1월 1일부터 2020년 6월 30일까지의 기간동안 저작권에 기한 콘텐츠 삭제 또는 차단의 요청과 관련하여 클라우드플레어의 보고서는 이 보고서는 캐싱하는 콘텐츠나 전송되는 콘텐츠가 아닌 본사의 네트워크상 확정적으로 저장된 콘텐츠에 대한, 미국의 디지털밀레니엄저작권법상 삭제요청만을 반영하고 있다.

2018년 하반기부터 2020년 상반기까지 저작권에 기한 콘텐츠 삭제를 요청한 총 6건에 대해 모두 응답한 것으로 보아 클라우드플레어는 저작권침해물에 대해서는 적극적으로 대응하는 것으로 판단된다. 이와 관련하여 연도별로 (i) 접수한 요청건수, (ii) 요청에 대한 응답건수, (iii) 처리중인 요청건수, (iv) 영향을 받는 도메인의 총수, (v) 영향을 받는 계정의 총수 순으로 통계치를 작성하였다.

195) https://d1.awsstatic.com/certifications/Information_Request_Report_June_2020.pdf (last visit on December 12, 2020).

196) Id.

나. 소송

2020년 1월, 독일 법원은 클라우드플레어에게 저작권법을 침해한 것으로 결론내린 웹사이트에 대한 접근을 차단하도록 명하는 명령을 발령하였다. 추가적으로 소송이 계속중에 클라우드플레어는 독일로부터의 요청에 응하여 클라우드플레어의 서비스가 사용되었던 한도내에서 또는 독일 내 클라우드플레어 설비를 사용하였던 한도 내에서 그 웹사이트에의 접속을 불가능하게 하는 조치를 취하였다.¹⁹⁷⁾

다. 통일도메인이름분쟁해결 요청(UDRP Requests)

이 범주는 ICANN이 승인한 분쟁기구로부터 클라우드플레어가 접수한, 유효한 UDRP 인증 요청을 포함한다.¹⁹⁸⁾

라. 국제재판관할과 준거법

클라우드플레어 웹사이트 및 온라인 서비스 이용약관 제11조(준거법)에 따르면, 준거법은 캘리포니아 주법이 되고 캘리포니아 주 샌프란시스코 카운티 소재 주법원과 연방법원이 전속적 합의관할권을 가진다.

2. 아마존(전체/AWS만)

가. 정보요청의 유형

아마존이 접수한 정보요청의 유형으로는 소환장, 수색영장, 그 밖의 법원 명령(수색영장 또는 법원 발부 소환장이 아닌, 지방법원, 주법원 또는 연방법원이 발부하는 유효하고 구속력있는 명령) 등이다. 여기에서 국가보안서한 및 해외정보감시법에 따라 발령된 법원의 명령에 따라 국가보안 요청을 하는 경우가 있을 수 있다.

그리고 아마존은 당연히 과도하거나 부적절한 명령에 반대한다.

국가보안 요청은 국가보안서한[National Security Letters (“NSLs”)]과 해외정보감시법[Foreign Intelligence Surveillance Act (“FISA”)]에 따라 발령된 법원의 명령

197)

https://www.cloudflare.com/resources/assets/slt3lc6tev37/tucaHlhUEiSF2W13UeZSD/432e44762858c544d5325d339b32f549/1H2020_Transparency_Report.pdf (last visit on December 10, 2020).

198) Id.

을 포함한다. 이러한 요청에 대한 본사의 대응은 요청의 성격에 따라 다르다. 아마존은 당연히 과도하거나 부적절한 국가보안요청에 반대한다. 아마존은 접수한 NSL과 FISA상 명령의 정확한 건수를 보고하는 것이 법에 의해 금지되어 있다. 따라서 본사는 정부가 설정한 특정 영역내에서만 그러한 요청의 건수를 보고한다.¹⁹⁹⁾

나. 외국정부의 요청 (Non-U.S. requests)

외국정부의 요청은 상호법률공조조약(Mutual Legal Assistance Treaty)상 절차, 촉탁서 절차 또는 클라우드 법(CLOUD Act)에 따라 발부된 법적 명령을 포함하여 외국 정부로부터의 법적 요구를 포함한다. 이러한 요청에 대한 본사의 대응은 요청의 성격에 따라 다르다. 아마존은 당연히 외국정부의 과도하거나 부적절한 요청에 반대한다.²⁰⁰⁾

다. 클라우드플레어와의 비교

클라우드플레어와는 달리 아마존은 요청에 대항하는 방식을 세 가지로 분류해 놓고 있다. 즉, 전부 대응, 일부 대응 및 무대응이 바로 그것이다. 아마존의 경우, 클라우드플레어에 비해 저작권침해로 인한 삭제요청 및 차단요청에 대한 구체적인 항목을 찾아보고 어렵다. 아마존이 한국어로 된 사이트를 운영하고 한국인을 상대로 영업을 하는 한, 이 사이트에 불법복제물이 있다면 삭제요청 및 차단요청을 할 수 있어야 할 것이다.

라. 국제재판관할과 준거법

아마존 서비스의 이용에 관한 분쟁 또는 청구 또는 아마존에 의해 또는 Amazon.com을 통해 판매 또는 유통된 제품 또는 서비스에 관한 분쟁 또는 청구는 소액사건에 해당하지 아니하는 한, 중재에 의해 해결한다. 이 경우, 미국 연방중재법 및 연방중재에 관한 법률이 이 합의에 적용된다. 아마존 서비스를 이용함으로써 미국 연방중재법, 적용가능한 미국 연방법 및 워싱턴주법이 이 이용조건 및 이용자와 아마존 사이에서 발생할 분쟁에 적용된다는 것에 합의한 것이다.

199) https://d1.awsstatic.com/certifications/Information_Request_Report_June_2020.pdf (last visit on December 12, 2020).

200) Id.

III. 메신저

1. 스카이프

가. 법집행 요청

법집행 요청 보고서(형사)와 관련하여 우리나라는 총 86건의 법집행을 요청하였는데, 저작권 침해로 인한 차단요청 등은 구체적으로 언급되어 있지 않다.

저작권 침해에 대해 마이크로소프트 사에 통지하기 위하여 온라인 양식을 사용할 수 있다. 마이크로소프트사는 이 통지를 제3자(침해혐의자를 포함)에게 제공할 수 있다. 저작권침해 통지는 미국 디지털밀레니엄 저작권법을 준수하여야 한다.

나. 국제재판관할과 준거법

스카이프 이용약관의 해석은 일반적으로 룩셈부르크법에 따른다. 따라서 룩셈부르크법이 이용약관의 준거법으로 된다. 이 이용약관과 관련된 분쟁은 룩셈부르크 법원의 관할에 속한다.

2. 페이스북

가. 투명성 보고서의 내용

페이스북은 삭제된 콘텐츠 수, 삭제율, 보고건수를 중심으로 저작권침해 관련 정보를 개시하고 있다.

나. 국제재판관할과 준거법

이용자가 소비자이거나 강행법규가 적용되는 경우에는 이용자의 거소지법을 적용하되, 그렇지 않은 경우에는 캘리포니아 주 북부지구 소재 연방지방법원 또는 샌마테오 카운티 소재 주법원이 전속적 합의관할을 가지고 캘리포니아 주법이 서비스 약관에 대한 준거법이 된다.

3. 트위터

가. 독일의 네트워크집행법

독일의 네트워크집행법 (Netzwerkdurchsetzungsgesetz, aka NEA)은 2018년 1월 1일부터 시행된 독일법이다. 이 법에 따라 보류된 콘텐츠가 다른 국가에서 이용할 수 있는 것과 동일한 지역법을 이용하기 때문에 본사는 투명성보고서의 이 부분에서 그 법에 관한 정보를 포함하고 있다.

Twitter는 이 법에 따라 이용자가 제출한 불만사항의 처리 및 불만처리구에 관한 격년보고서를 발행하여야 한다. 가장 최신의 보고서는 2020년 1월에 발행한 것이다. 이는 2019년 7월 1일부터 12월 31일까지의 보고기간을 포섭하고 독일의 국가보고서로부터 다운로드하여 이용할 수 있다.

이 보고기간동안, Twitter는 독일 네트워크집행법에 따라 취한 삭제요청에 관하여 여러 이의를 접수하였다. 이는 대개 독일 네트워크집행법에 따른 콘텐츠의 악성보고자이기도 한 1인의 이용자로부터 비롯된 것이었다. 콘텐츠를 재평가한 후, 본사는 그 콘텐츠 중 일부가 언론의 자유 및 표현의 자유에 따라 독일 네트워크집행법상 예외에 해당한다고 판단하여 복구하였다.

나. 국제재판관할과 준거법

이용약관 및 이용자와 Twitter 사이에 발생하는 분쟁과 관련하여 캘리포니아 주법이 준거법이다. 그리고 이용약관 또는 서비스에 관련된 모든 분쟁은 캘리포니아 주 소재 샌프란시스코 카운티 소재 연방법원 또는 주법원이 전속적 합의관할권을 가진다.

4. 왓츠앱(WhatsApp)

가. 저작권정책

왓츠앱 사(이하 "WhatsApp," "our," "we," or "us"이라 한다)는 사람과 단체가 지식재산권을 보호하는 것을 조력하는데 헌신한다. 본사의 이용자는 본사의 앱, 서비스, 특징, 소프트웨어 또는 웹사이트(이하 '서비스'로 통칭한다)를 설치, 접속 또는

이용함으로써 본사의 이용조건에 동의한다. 본사의 이용조건에 따르면, 이용자는 본사의 서비스를 이용하면서 타인의 지식재산권(저작권 및 상표권 포함)을 침해해서는 아니된다.

저작권침해를 보고하고 왓츠앱이 호스팅하는 침해 콘텐츠(예: 이용자의 프로필 사진, 프로필 이름 또는 상태 메시지)를 삭제하라고 요청하기 위하여 ip@whatsapp.com에 완전한 저작권침해의 주장을 이메일하면 된다(아래 열거한 정보 전체를 포함). 이용자는 왓츠앱의 저작권담당자에게 저작권침해주장을 우편으로 송부할 수도 있다.

이용자가 저작권침해의 주장을 보고하기 전에 이용자는 자신의 저작권을 침해할 수 있다고 믿는 왓츠앱 이용자에게 메시지를 전달하길 원할 수 있다. 이용자는 왓츠앱과 접촉하지 않고 이 쟁점을 해결할 수 있다.

나. 국제재판관할과 준거법

이용자가 미국 또는 캐나다에 거주하는 왓츠앱 이용자인 경우, 미국 또는 캐나다의 이용자에 대한 특별중재조항이 이용자에게 적용된다. 이용자가 미국이나 캐나다의 이용자에 대한 특별중재조항이 적용되지 않는다면 이용약관과 서비스에 관한 분쟁에 대해서 미국 연방 북부지구 소재 연방지방법원 또는 캘리포니아 주 산 마테오 카운티 주법원이 전속적 합의관할을 가진다.

캘리포니아 주법은 소송이든지 아니면 중재이든지 간에 왓츠앱과 이용자 사이에서 발생하는 분쟁 뿐만 아니라 이용약관을 규율한다.

5. 스냅챗(Snapchat)

스냅챗은 미국 디지털 밀레니엄저작권법에 따른 저작물 콘텐츠의 삭제 통지 통계를 공개하고 있다.

IV. 모바일 운영체제

1. 구글

가. 저작권정책

Google의 정책은 저작권 침해가 의심되는 명백하고 구체적인 통지에 적절한 조치를 취하는 것이다. Google 웹 양식에 지정해 놓은 통지 형식은 DMCA(디지털 밀레니엄 저작권법)에서 권고하는 양식과 일치하며, 전 세계 모든 국가/지역의 저작권 소유자에게 간단하면서도 효율적인 메커니즘을 제공해 준다. 검색결과에서 콘텐츠 삭제 절차를 시작하려면, 특정 URL이 저작권 침해 콘텐츠로 연결된다고 생각하는 저작권 소유자가 저작권 침해가 의심되는 자료의 게시 중단 통지를 Google에 보내야 한다. 유효한 게시 중단 알림을 받으면 Google팀에서 통지 내용이 완전한지 신중하게 검토하고 다른 문제가 없는지 확인한다. 통지가 완전하고 다른 문제가 없으면 Google에서는 검색결과에서 해당 URL을 삭제한다.

나. 실례

- [1] 구글은 정부에서 콘텐츠 삭제요청을 한 경우의 통계를 공시하고 있다.
- [2] 네트워크 시행법(NetzDG)은 독일에서 2017년 10월 1일에 발효되었다. 이 법규에 따르면 불법 콘텐츠(NetzDG에 정의되어 있음)와 관련된 삭제 신고를 처리하는 효과적이고 투명한 절차가 있어야 하며 소셜 네트워크에서는 연 2회 주기로 투명성 보고서를 게시해야 한다. 이 보고서에서는 조직 및 절차, 신고 수, 삭제된 콘텐츠 수에 관한 데이터와 Google의 삭제 관행 및 정책에 대한 일반적인 정보가 제공된다.

네트워크 시행법(NetzDG)에 따르면 독일 내 등록된 사용자가 2백만 명이 넘는 소셜 네트워크에서는 '명백한 불법' 콘텐츠(예: 게시글, 이미지 동영상)의 경우 고지 후 24시간 이내에 현지에서 게시를 중단해야 한다. 불법성 여부가 명백하지 않은 경우에는 서비스 제공업체에서 판단을 내리는 데 최대 7일이 주어진다. 단, 콘텐츠 작성자가 개입하도록 요구받거나 자체 규제 기관인 합동 산업 단체 혹은 기관으로 결정이 넘어가는 등의 예외적인 경우에는 이보다 시간이 더 오래 걸릴 수 있다. NetzDG에 따른 삭제 대상이 되려면 콘텐츠는 NetzDG가 적용되는 21개 법령 중 하나에 해당해야 한다. YouTube는 2019년 1월 22일까지는 YouTube LLC에서, 그 이후로는 Google Ireland Limited에서 독일 사용자를 위해 운영해온 서비스로, NetzDG에 따라 신고 시스템을 제공하고 있다. 또한 Google LLC에서 2019년 4월 2일까지 서비스를 제공한 Google+도 NetzDG에 따라 신고 시스템을 제공했다.

다. 국제재판관할과 준거법

해당 한국어 사이트의 번역에 약간의 오역이 있다는 점을 감안하고 볼 때, 전속적 합의관할법원은 캘리포니아 산타 클라라 카운티 소재 법원이 되고, 준거법은 캘리포니아 주 법이 된다.

2. 애플

가. 불법콘텐츠 삭제

애플은 법률위반을 이유로 한 Worldwide Government App Store에 대한 삭제 요청(Takedown Requests)에 대한 통계를 제공하고 있다.

지역법의 위반혐의 주장 또는 위반혐의를 기초로 하여 APP Store의 앱을 삭제할 것을 정부당국의 요청한 경우, 표 13은 이 정부당국의 요청 정보를 제공한다.

그러한 요청의 예는 앱이 불법이거나 불법 콘텐츠와 관련이 있거나 그러한 불법 콘텐츠를 포함할 수 있다고 법집행기관이나 규제기관이 의심하는 경우다. Apple은 본 기업이 법적으로 그렇게 하여야 하는 한 이러한 요청을 준수한다.

나. 국제재판관할과 준거법

명시적으로 달리 정한 경우를 제외하고는 이용자와 애플 사이의 합의 및 관계는 캘리포니아 주법이 규율한다. 이용자와 애플 사이의 이용약관으로부터 초래되는 분쟁 또는 청구에 대하여 캘리포니아 주 산타 클라라 카운티의 주법원은 전속적 합의관할을 가진다.

3. 네이버

가. 투명성보고서에 공표된 통계의 범위

네이버는 (i) 형사소송법 - 압수수색영장, (ii) 통신비밀보호법 - 통신제한조치 및 통신사실확인자료, (iii) 전기통신사업법 - 통신자료에 대한 통계를 투명성보고서에서 공시하고 있다. 이에는 저작권법에 의한 삭제 또는 차단의 통계를 포함하고 있지

않다.

나. 국제재판관할과 준거법

네이버와 이용자 사이에 발생한 분쟁에 대해서 준거법은 우리나라법이 되고, 이러한 분쟁에 대해 제소당시 회원의 주소지법원(회원이 주소지가 없다면 거소지법원)이 전속관할을 가지도록 하고 있다. 네이버이용약관상 국제재판관할권 조항은 미국의 인터넷서비스제공자와 비교하여 네이버에게 불리하게 규정되어 있다. 예컨대 미국인 회원(미국 워싱턴주 거주)이 네이버이용약관상 발생하는 분쟁에 대해 소를 제기하는 경우 미국 워싱턴주 소재 연방지방법원 내지 주법원이 전속관할권을 가지게 된다.

V. 시사점

1. 투명성보고서

투명성보고서는 각 인터넷서비스제공자가 자율적으로 공시하는 보고서이다 보니 정부의 요청에 대한 데이터 통계에 초점을 두는 업체도 있고, 저작권침해로 인한 콘텐츠 삭제 및/또는 차단을 포함하는 업체도 있다. 저작권침해에 대한 콘텐츠 삭제 및/또는 차단시 해당 기업이 설립된 국가의 저작권법 등(특히, 미국의 디지털밀레니엄저작권법)에 의하여 삭제 등이 행해지는 것이 주된 실정이다. 정부간 법률상 호공조조약에 따른 요청에 대한 통계를 제공하는 업체도 있고 국가보안요청에 따라 해당 업체가 해당 통계의 공개를 제한할 수도 있다.

그 밖에 투명성보고서에는 국제재판관할과 준거법에 대한 내용은 포섭하고 있지 않다. 왜냐 하면 투명성보고서는 정부의 요청에 대한 통계에 초점을 두는 경우가 많기 때문이다. 하지만, 각 업체의 국내 이용자를 보호하기 위해서는 각 업체의 국제재판관할과 준거법에도 관심을 둘 필요가 있어 이 보고서에 같이 담는다.

2. 콘텐츠전송네트워크의 저작권침해책임

콘텐츠전송네트워크 (content delivery network)는 콘텐츠를 효율적으로 전달하기 위하여 여러 노드를 가진 네트워크에 데이터를 저장하여 제공하는 시스템을 뜻한

다.²⁰¹⁾

이러한 콘텐츠전송네트워크가 어떠한 유형의 온라인서비스제공자에 해당하는지 여부 및 어떠한 요건을 충족할 경우에 저작권 침해 책임을 면하는지 여부에 대해 충분한 논의가 이루어지지 않은 상황이다.²⁰²⁾ 그러한 측면에서 미국과 같이 사이트 폐쇄를 요구하는 판결들이 증가할 것으로 예상된다.

201) 이철남, "깊게 보는 저작권 보호: 글로벌 인사이트, CDN 업체에게 불법 사이트에 대한 서비스 중단을 요구할 수 있을까", 「C-Story」 2000년 11월호, 제25호, 20면.

202) 위의 글, 23면.

제2장 인터넷 매개 범죄에 대한 국제기구의 대응방안 (국제형사법 적 대응방안)

제1절 ICANN과 국내절차의 협업

도메인이름은 국제인터넷주소관리기구 (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers; 이하 ‘ICANN’이라 한다)를 통해 확립되었다.²⁰³⁾ ICANN은 ICANN은 글로벌 인터넷의 고유 식별자 시스템을 조정하고 이러한 식별자가 인터넷 프로토콜 (IP) 주소 공간을 조정하고 지역 인터넷 레지스트리에 주소 블록을 할당할 때 이러한 식별자의 안정적이고 안전한 작동을 보장할 책임이 있다.²⁰⁴⁾ 이 도메인이름은 ICANN을 통해 직접적으로 또는 등록대행자(registrar)를 통해 등록된다.²⁰⁵⁾ 도메인이름을 취득하는 것은 등록인에게 도메인이름에 대한 재산을 부여하는 것이다.²⁰⁶⁾ 인터넷서비스제공자와 웹사이트 양자는 콘텐츠 보유자로부터 침해주장의 서면통지를 받은 경우에 저작권을 침해하는 자료를 삭제할 의무를 가진다.²⁰⁷⁾

2011년 6월 ICANN 이사회는 새로운 gTLD 프로그램의 착수를 선언하였다. 이 계획은 최상위 도메인(.com, .org 또는 .net과 같은 gTLD)의 수를 대폭 늘려 DNS의 전례 없는 확장을 구현하는 계획이다. 인터넷 도메인이름 공간의 최상위 수준에서 다양성을 촉진하고 경쟁을 장려하는 것을 그 목표로 한다.

웹사이트가 침해자료를 삭제하지 아니하는 경우에 도메인이름이 미국내 등록되어 있다면 연방이민관세국(U.S.U.S. Immigration and Customs Enforcement; 이하 ‘ICE’ 라 한다)은 Operation in Our Sites 프로그램을 통해 해당 도메인이름을 압류할 수 있다.²⁰⁸⁾ ICE가 해당 도메인이름을 관리하게 되면 해당 웹사이트의 도메인이

203) Kevin Poulsen, Net Dust Storm Blows Into Tunis, Wired (Nov. 15, 2005), [http://archive.wired.com/politics/law/news/2005/11/69586? currentPage=all](http://archive.wired.com/politics/law/news/2005/11/69586?currentPage=all) (last visit on December 20, 2020).

204) Stephanie Minnock, Student Note, Should Copyright Laws Be Able to Keep up with Online Piracy?, 12 Colo. Tech. L.J. 523, 533 (2014).

205) David G. Post, Personal Jurisdiction on the Internet: An Outline for the Perplexed, Temple University Law School/ Cyberspace Law Institute (June 1998), <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/outline.htm> (last visit on December 10, 2020).

206) Kremen v. Cohen, 337 F.3d 1024, 1029 (9th Cir. 2003).

207) Brave New Films 501(c)(4) v. Weiner, 626 F.Supp.2d 1013 (N.D. Cal 2009).

208) David Kravets, Uncle Sam: If It Ends in .Com, It's Seizable, Wired (Mar. 6, 2012, 6:30 AM), www.wired.com/threatlevel/2012/03/feds-seize-foreign-sites/all/1 (last visit on

름이 압류되었다는 사실을 알려주는 새로운 방문 페이지로 트래픽을 다시 보낸다.²⁰⁹⁾ 법원의 압류명령은 당사자 일방의 선서진술서(affidavit)를 토대로 도메인이름의 압류를 허용한다. 이것이 의미하는 바는 연방정부만이 증거를 제출하고 웹사이트 운영자가 웹사이트의 도메인이름이 압류되기 전까지는 심문받을 기회나 그 주장에 대해 반박할 기회를 가지지 못한다는 것이다.²¹⁰⁾

2012년 3월 ICANN은 저작권침해에 대응하기 위하여 국제법집행기구 및 각국 정부와 협력을 강화할 의향을 발표하였다.²¹¹⁾ 등록대행사들은 형사적 범죄활동에 이용되는 도메인이름을 등록한 것에 대하여 과실책임을 부담할 수 있다. 이러한 협력 증가에도 불구하고 도메인이름 압류는 저작권침해를 감소하는데 실효성이 없다.²¹²⁾ 웹사이트가 새로운 도메인이름을 찾아 단기간내에 다시 팝업하는 두더지 잡기효과(Whack-A-Mole effect)는 그러한 행위의 공통된 결과다.²¹³⁾ 그리고 도메인이름 압류가 미국 관할권 아래에 있는 도메인이름(미국에서 등록된 도메인이름)으로 제한되기 때문에 이것은 문제의 결면을 간신히 훑어 보는 것이다. 인터넷의 글로벌 특성으로 인하여 미국이 잠재적으로 침해할 수 있는 모든 외국 웹사이트를 필터링하거나 차단하지 않는 한 도메인이름 압류는 저작권침해를 통제하는 효과적인 방법이 될 수

December 10, 2020).

209) Id.

210) Agatha M. Cole, ICE Domain Name Seizures Threaten Due Process and First Amendment Rights, ACLU, (June 20, 2012 4:54 PM), available at <http://www.aclu.org/blog/free-speech-national-security-technology-and-liberty/ice-domain-name-seizures-threaten-due> (last visit on December 10, 2020).

211) ICANN will cooperate in taking down websites for copyright infringements, EDRI-gram newsletter (European Digital Rights, Brussels, Belgium), (Mar. 28, 2012), available at <http://edri.org/edriagramnumber10-6icann-ipr-enforcement-takedown/> (last visit on December 15, 2020).

212) Nate Anderson, Do domain seizures keep streaming sites down?, arstechnica (Apr. 17, 2011, 7:00 PM), http://arstechnica.com/tech-policy/2011/04/do-domain-seizures-keep-streaming-sites-down (last visit on December 1, 2020); see Egnimax, Hollywood Anti-Piracy Group Takes "Pirate" Domains to Avoid Prosecuting, TorrentFreak (Dec. 10, 2012), <http://torrentfreak.com/hollywood-anti-piracy-group-takes-pirate-domains-to-avoid-prosecuting-121210> (last visit on December 1, 2020); Andrew McDiarmid, Court Finds Domain Name Seizure Ineffective, Postpones First Amendment Arguments, Center for Democracy & Technology (Aug. 8, 2011), <https://cdt.org/blog/court-finds-domain-name-seizure-ineffective-postpones-first-amendment-arguments/> (last visit on December 1, 2020); Hartley Henderson, Seizures of Web Domains is Short Sighted, Ineffective and Probably Illegal, Off Shore Gaming Association (Mar. 12, 2012), http://www.osga.com/artman/publish/printer_10199.shtml (last visit on December 1, 2020).

213) Kacey Deamer, Seizing websites to protect copyrights: Do government seizures of domain names raise free speech concerns?, 35 The News Media & The Law 2, 30 (Spring 2011), available at <http://www.rcfp.org/browse-media-law-resources/news-media-law/news-media-and-law-spring-2011/seizing-websites-protect-co> (last visit on December 1, 2020).

없다. 실제로 네덜란드 암스테르담 대학교의 연구에 따르면, 정부가 ISP에게 The Pirate Bay와 그 밖의 관련 사이트에 대한 구독자의 접촉차단을 명한 것은 저작권 침해를 방지하는 데에는 거의 도움이 되지 않았다.²¹⁴⁾

II. 미국 정부와의 관계 평가

2001년 미국 연방의회는 인터넷에서 13세 이하의 아동을 보호하기 위하여 1차 도메인인 닷컴(.com)이나 닷오알지(.org)처럼 최상위 도메인인 닷키즈(.kids)를 만드는 아동전용 도메인법안(Dot Kids Domain Name Act of 2001)을 발의하였으나 ICANN(국제도메인관리기구)는 이 제안을 거부하였다.²¹⁵⁾

제2절 유럽연합에서 사례 및 대응방안

I. 인터넷서비스를 매개로 한 저작권침해에 관련된 유럽연합 내의 사례 및 논의

1. 2019년 12월 2일 Europol(유럽형사경찰기구) 도메인 삭제 사례²¹⁶⁾

2019년 12월 2일 Europol(이하, 유럽형사경찰기구)는 언론보도자료를 통하여 유럽연합 내 18개국 및 기타 3개국의 형사사법당국은 유럽형사경찰기구, 미국 국가지식재산권조정센터(US National Intellectual Property Rights Coordination Centre), Eurojust 및 인터폴의 공동조사를 통하여 지식재산권을 침해하는 도메인 삭제조치를 진행하였음을 알렸다.

유럽형사경찰기구는 유럽연합의 형사사법당국 중 하나로서 유럽연합 내의 모든 형태의 국제범죄 및 테러리즘을 예방하고 대처함으로써 회원국을 지원하는 것을 목

214) Joost Poort, Jorna Leenheer, Jeroen van der Ham, & Cosmin Dumitru, Baywatch: Two Approaches to Measure the Effects of Blocking Access to the Pirate Bay, (Aug. 22, 2013) (working paper), available at <http://www.ivir.nl/publications/poort/Baywatch.pdf> (last visit on December 1, 2020).

215) 정완, 「사이버범죄 방지를 위한 국제공조방안, 형사정책연구원」, 연구총서 04-22, 2004, 48면.

216)

<https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/30-506-internet-domain-names-shut-down-for-intellectual-property-infringement>(last visit on August 3, 2020).

표로 하고 있다.²¹⁷⁾ 다양한 형사범죄 등뿐만 아니라 유럽연합 국가 내의 사이버범죄 등을 통하여 유럽단일시장에 피해가 발생하는 경우에도 관여하고 있다.²¹⁸⁾ 특히, 지식재산권 침해와 관련하여 위조품뿐만 아니라 불법 복제 활동의 단속을 진행하고 있다.²¹⁹⁾

유럽형사경찰기구는 2014년부터 “In Our Sites(IOS)” 캠페인을 진행하면서 인터넷에 지식재산권을 침해하는 상품판매 및 지식재산권 침해 사이트를 규제하고 이용자가 인터넷을 통해 합법적인 소비행위를 할 수 있도록 노력하고 있다.²²⁰⁾ 이번 저작권 등 지식재산권 침해 사이트 도메인 삭제도 이 캠페인의 일환이다.

이번 조사에서는 저작권과 상표권 등 지식재산권을 침해하는 상품의 판매가 이루어지는 사이트를 집중 단속하였으며, 복제 약품 및 전자제품 모조품 판매 사이트뿐만 아니라 불법 영화, 음악, 소프트웨어 및 불법 TV 프로그램 스트리밍 사이트를 총 30,506 개 이상의 도메인 삭제 처리하였다.

2. 저작권 침해사이트에 대한 효율적인 해결방안 관련 패널토론회²²¹⁾²²²⁾

2019년 11월 18일 Technischen Hochschule Köln에서 관련 연구자 및 관련 업계 대표가 모여 패널토론회가 진행되었다.²²³⁾ 특히 Richtlinie EU 2019/790(디지털싱글마켓지침) 제17조에 대하여 집중적으로 논의가 이루어졌다. 관련하여 참석자들은 불법저작물을 제공하는 사이트에 대하여 업로드 필터를 적용하는 방식보다는 저작권 침해가 이루어지는 사이트를 차단하는 것이 효과적일 수 있다는 의견을 제시하였다.

Christian-Henner Hentsch 교수는 한 해에 독일 내에 약 600,000회 이상의 저작권 경고가 진행되고 있으며, 현재 다수의 구조적이며 불법적인 웹사이트 또는 불법적

217) Europol, Europol-Jahresbericht - Allgemeiner Bericht über die Tätigkeiten Europol, 2011, S.7.

218) Id.

219) Europol, Serious and Organised Crime Therat Assessment, 2017, S.47.

220) <http://www.urheberrecht.org/news/p/1/i/6284/>(last visit on October 2, 2020).

221)

<https://www.heise.de/newsticker/meldung/Urheberrecht-Website-Sperren-als-effiziente-Loesung-4591232.html>(last visit on October 2, 2020).

222) <https://www.medienrecht.th-koeln.de/events/medienrecht-medienwirtschaft-2019/>(last visit on October 2, 2020).

223)

https://www.medienrecht.th-koeln.de/relaunch/wp-content/uploads/2019/10/Einladung_Medienrecht_2019.pdf(last visit on October 2, 2020).

인 비즈니스 모델을 통한 저작권침해가 현저하다는 점을 지적하였다. 과거의 불법적인 파일 공유 네트워크는 이미 오래전에 불법 스트리밍 포털로 대체되어졌기 때문에 이용자의 트래픽을 숨기고 불법적인 사이트의 운영자의 익명성이 보장되는 호스팅 업체들에 대한 조사가 필요하다는 의견이 존재하였다.

음악 산업 대표자는 사이트 차단이 긍정적인 효과를 입증한 여러 연구를 언급하면서, 특히 영화산업계의 영국 업체 Incopro 측은 불법적인 웹사이트의 차단이 관련 사이트의 트래픽을 73.2% 감소시켰고, Netflix와 같은 합법적인 스트리밍 사이트의 이용률을 6% 증가시켰다는 점을 언급하였다.

독일연방 음악 산업협회 법률고문 Willem Müller는 독일연방대법원은 2015년 이후 원칙적으로 저작물을 침해하는 사이트를 차단하는 것을 허용한 사례를 언급하며 이 경우 서비스 사이트 제공자에게 방조자(Mitstörer)가 아닌 직접적인 방해자(direkt als Störer)로서 책임을 부과하는 것이 바람직하다는 의견을 제시하였다. 덧붙여 최근 유럽 각국에서는 불법적인 웹사이트의 차단을 통한 저작권침해 예방책을 활용한다는 점을 언급하였다.

다만, Bitkom 사의 법률고문 Judith Steinbrecher는 2015년 독일연방사법재판소의 판결 이후에도 많은 법적 문제가 해결되지 않은 상태라는 점을 강조하면서, 소위 DNS 차단의 경우 실질적인 효율성이 존재하는지에 대하여는 의문이 있다는 의견을 제시하였다. 특히 액세스프로바이더에 대하여 실질적인 비례성의 원칙 하에서 어떠한 실질적인 조치 존재하는지에 대해서는 아직 독일연방대법원의 판단이 없다는 점을 언급하면서 DNS 차단의 경우에는 프로바이더 뿐만 아니라 모든 공급자들에 의하여 높은 수준의 투자를 필요로 하는 인프라가 필요하다는 점을 언급하였다.

관련하여 저작권을 침해하는 사이트에 대한 차단과 관련하여서는 유럽사법재판소에 몇몇 사건이 계속 중에 있으며 이와 관련하여서 귀추가 주목되어지고 있다.

II. 인터넷서비스를 매개로 한 저작권침해 대응 권리구제 방법에 대한 법제정리

유럽연합에서는 인터넷상의 저작권침해와 관련하여 온라인서비스제공자의 책임에 대한 논의가 지속적으로 이루어지고 있으며, 유럽연합 관련 지침의 제·개정 노력이 진행되고 있다. 이하에서는 저작권 침해와 관련하여 주요한 유럽연합지침에 대하여 간략하게 살펴보고, 유럽연합 내에서 주요국으로서 독일 저작권법 상에서의 저작권 침해의 권리구제 방법에 대한 규정을 정리하고자 한다.

1. 관련 주요 유럽연합지침

가. 공중재연권(Rechte der öffentlichen Wiedergabe) 및 공중접근권(Rechte der öffentlichen Zugänglichmachung)과 관련된 Richtlinie 2001/29/EG 제3조

2001년 4월 9일 유럽연합은 디지털 시대에 대응하여 유럽연합 내에서 저작물을 적절하게 보호하기 위하여 Richtlinie 2001/29/EG을 공포하였다.²²⁴⁾

저작물이 인터넷동영상플랫폼 및 스트리밍 혹은 토렌트 사이트 등을 통하여 저작권자의 허락 없이 배포되어지는 상황에 대하여 침해되어지는 저작권자의 권리로 빈번하게 권리는 Richtlinie 2001/29/EG 제3조의 공중재연권(Rechte der öffentlichen Wiedergabe) 및 공중접근권(Rechte der öffentlichen Zugänglichmachung)이다.²²⁵⁾

Artikel 3 Recht der öffentlichen Wiedergabe von Werken und Recht der öffentlichen Zugänglichmachung sonstiger Schutzgegenstände

제3조 저작물의 공중재연권과 기타 보호객체의 공중접근권

(1) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass den Urhebern das ausschließliche Recht zusteht, die drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Wiedergabe ihrer Werke einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung der Werke in der Weise, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind, zu erlauben oder zu verbieten.

(1) 회원국은 공중이 공개적으로 그들이 선택한 장소와 시간에 저작권자의 저작물에 접근하는 방법으로 저작물을 공중 접근하는 것을 포함하여, 유선 또는 무선으로 저작물을 공중 재연하는 것을 허용 또는 금지할 수 있는 배타적인 권리를 저작권자에게 부여한다.

(2) Die Mitgliedstaaten sehen für folgende Personen das ausschließliche Recht vor, zu erlauben oder zu verbieten, dass die nachstehend genannten

224) Frank Bayreuther, "Beschränkungen des Urheberrechts nach der neuen EU-Urheberrechtsrichtlinie", ZUM 2001, S. 828.

225) 인터넷 파일쉐어링 플랫폼의 공중재연권 침해를 인정한 유럽사법재판소 판결(EuGH, Urteil vom 14.06.2017 - C-610/15, 소위 The Pirate Bay 사건) 및 제3자에 의한 인터넷동영상플랫폼의 불법적인 영상게재에 대한 플랫폼의 책임에 대한 분쟁(BGH, Beschluss, I ZR 140/15, 소위 Sahra Brightman 사건)에서 이 조문이 주요하게 다루짐. 관련 사례에 대해서는 이하의 장에서 판례분석을 진행함.

Schutzgegenstände drahtgebunden oder drahtlos in einer Weise der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind:

- a) für die ausübenden Künstler in Bezug auf die Aufzeichnungen ihrer Darbietungen;
- b) für die Tonträgerhersteller in Bezug auf ihre Tonträger;
- c) für die Hersteller der erstmaligen Aufzeichnungen von Filmen in Bezug auf das Original und auf Vervielfältigungsstücke ihrer Filme;
- d) für die Sendeunternehmen in Bezug auf die Aufzeichnungen ihrer Sendungen, unabhängig davon, ob diese Sendungen drahtgebunden oder drahtlos, über Kabel oder Satellit übertragen werden.

(2) 회원국은 아래에 언급된 보호대상을 공중이 선택한 장소와 시간에 접근할 수 있게 하는 방법으로 유선 또는 무선으로 공중 접근하는 것을 허용 또는 금지할 수 있는 배타적인 권리를 다음의 대상에게 부여한다.

- a) 연주의 녹음과 관련된 실연자;
- b) 음반제작과 관련된 음반제작자;
- c) 영화의 원본과 복제와 관련하여 영화를 최초로 촬영한 제작자;
- d) 방송이 유선 혹은 무선, 케이블 혹은 위성방송인지 여부와 관계없이 방송의 촬영과 관련한 방송사.

(3) Die in den Absätzen 1 und 2 bezeichneten Rechte erschöpfen sich nicht mit den in diesem Artikel genannten Handlungen der öffentlichen Wiedergabe oder der Zugänglichmachung für die Öffentlichkeit.

(3) 제1항과 제2항에 언급된 권리는 이 조에서 언급되어진 공중재연 또는 공중의 접근행위를 통하여 소진되지 않는다.

나. 저작권침해와 관련한 정보공개청구권과 관련한 Richtlinie 2004/48/EG 제8조

과거 파일 공유 등을 통한 인터넷 상에서의 저작권침해와 관련하여서 저작권자는 침해자의 인터넷 접속과 관련한 IP 주소 이외에는 그의 신원을 확정하기에는 실질적인 어려움이 존재하였고, 이 때문에 저작권침해 행위의 제재조치를 위한 적절한 대응을 시행하지 못하는 경우가 다수 존재하였다. 그러나 Richtlinie 2004/48/EG 제8

조는 저작권자에게 정보에 대한 접근권한을 부여함으로써 저작권침해에 대응하여 저작권자가 필요에 따라 인터넷서비스제공업체 등으로부터 침해자의 인적정보를 청구할 수 있는 법적 근거가 마련하였다.²²⁶⁾²²⁷⁾

Artikel 8 Recht auf Auskunft

제8조 정보에 관한 권리

- (1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Gerichte im Zusammenhang mit einem Verfahren wegen Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums auf einen begründeten und die Verhältnismäßigkeit wahren Antrag des Klägers hin anordnen können, dass Auskünfte über den Ursprung und die Vertriebswege von Waren oder Dienstleistungen, die ein Recht des geistigen Eigentums verletzen, von dem Verletzer und/oder jeder anderen Person erteilt werden, die
- a) nachweislich rechtsverletzende Ware in gewerblichem Ausmaß in ihrem Besitz hatte,
 - b) nachweislich rechtsverletzende Dienstleistungen in gewerblichem Ausmaß in Anspruch nahm,
 - c) nachweislich für rechtsverletzende Tätigkeiten genutzte Dienstleistungen in gewerblichem Ausmaß erbrachte, oder
 - d) nach den Angaben einer in Buchstabe a), b) oder c) genannten Person an der Herstellung, Erzeugung oder am Vertrieb solcher Waren bzw. an der Erbringung solcher Dienstleistungen beteiligt war.
- (1) 회원국은 관할법원이 지식재산권 침해에 의한 절차와 관련하여 근거에 기초하여 비례적으로 원고의 신청에 대하여 침해자 및/또는 타인을 통하여 제공되는 지식재산권을 침해하는 상품 또는 서비스의 출처와 유통경로에 대한 정보를 제공하여야 한다는 명령을 할 수 있어야 함을 다음의 경우에 보장한다.
- a) 명백하게 권리를 침해한 물건이 상업적인 규모로 그의 소유 하에 있었던 경우,
 - b) 명백하게 권리를 침해한 서비스가 상업적인 규모로 이용된 경우,

226) Jan Eichelberger/Thomas Wirth/Fedor Seifert, 『Urheberrechtsgesetz mit Verwertungsgesellschaftengesetz』, 3. Auflage, Nomos, Vormerkungen zu §§106-111c Rn. 2.

227) 관련 조문은 독일 저작권법 제101조에 직접적인 영향을 미친다.

- c) 명백하게 권리침해 행위를 위해 이용되어진 서비스가 상업적인 규모로 이용되어진 경우, 또는
- d) a), b) 또는 c)에 언급되어진 자가 해당 상품을 제조, 생산 또는 유통 또는 해당 서비스의 제공에 관여를 한 경우.

- (2) Die Auskünfte nach Absatz 1 erstrecken sich, soweit angebracht, auf
- a) die Namen und Adressen der Hersteller, Erzeuger, Vertreiber, Lieferer und anderer Vorbesitzer der Waren oder Dienstleistungen sowie der gewerblichen Abnehmer und Verkaufsstellen, für die sie bestimmt waren;
 - b) Angaben über die Mengen der hergestellten, erzeugten, ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten Waren und über die Preise, die für die betreffenden Waren oder Dienstleistungen gezahlt wurden.

- (2) 제1조에 따른 정보는 타당한 경우에 다음과 같이 확장될 수 있다.
- a) 제조자, 생산자, 운영자, 유통자 그리고 명확한 경우 상업적인 고객 그리고 판매점뿐만 아니라 상품 또는 서비스의 이전 소유자에 대한 이름과 주소
 - b) 제조, 생산, 유통, 수령 또는 주문 된 상품의 수량 및 해당 상품 또는 서비스를 위해 지불되어졌던 가격에 대한 정보.

- (3) Die Absätze 1 und 2 gelten unbeschadet anderer gesetzlicher Bestimmungen, die
- a) dem Rechtsinhaber weiter gehende Auskunftsrechte einräumen,
 - b) die Verwendung der gemäß diesem Artikel erteilten Auskünfte in straf- oder zivilrechtlichen Verfahren regeln,
 - c) die Haftung wegen Missbrauchs des Auskunftsrechts regeln,
 - d) die Verweigerung von Auskünften zulassen, mit denen die in Absatz 1 genannte Person gezwungen würde, ihre Beteiligung oder die Beteiligung enger Verwandter an einer Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums zuzugeben, oder
 - e) den Schutz der Vertraulichkeit von Informationsquellen oder die Verarbeitung personenbezogener Daten regeln.

- (3) 제1항 및 제2항은 다음의 다른 법적 규정을 해하지 않으며 적용된다.
- a) 권리보유자에게 추가적인 정보권리를 부여,
 - b) 형사 또는 민사 소송절차에서 이 조항에 따라 제공된 정보의 사용 규정,

- c) 정보권의 권리남용에 기한 책임 규정,
- d) 제1항에 언급되어진 자가 지식재산권 침해의 관여 또는 유사행위에 근접하게 관여한 사실을 인정하도록 강요되는 정보의 거부를 허용 또는
- e) 정보원에 대한 신뢰성을 보호 또는 개인신상정보의 처리에 대한 규정.

다. 온라인 플랫폼 사업자의 저작권침해 책임부여와 관련된 Richtlinie EU 2019/790 제17조

2019년 4월 17일 Richtlinie EU 2019/790이 공포되었다. Richtlinie EU 2019/790 제 17조는 향후 이용자가 저작권을 침해하여 업로드한 콘텐츠에 대하여 YouTube, Twitter, Facebook과 같은 온라인 콘텐츠 플랫폼의 사업자가 책임을 부담하도록 하는 내용을 기반으로 두고 있다.

본 조항은 인터넷 이용자의 표현의 검열에 이용될지 모른다는 우려로 인하여 소위 “업로드 필터 규정” 이라고 불리며 유럽연합 내에서 반대 여론이 상당히 존재하였으나, 다양한 의견수렴의 절차를 거쳐 Richtlinie EU 2019/790는 공포되었다. 본 지침은 2021년 6월 7일까지 각 회원국은 본 지침과 관련한 국내법의 제·개정 작업이 완료되어야 한다.²²⁸⁾

Artikel 17 Nutzung geschützter Inhalte durch Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten

제17조 온라인 콘텐츠 공유를 위한 서비스제공자를 통한 보호되는 콘텐츠의 이용

(1) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass ein Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten eine Handlung der öffentlichen Wiedergabe oder eine Handlung der öffentlichen Zugänglichmachung für die Zwecke dieser Richtlinie vornimmt, wenn er der Öffentlichkeit Zugang zu von seinen Nutzern hochgeladenen urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen verschafft.

(1) 회원국은 온라인 콘텐츠 공유를 위한 서비스제공자가 그들의 이용자에 의하

228) Art. 29 Richtlinie EU 2019/790.

여 업로드 된 저작권법으로 보호되는 저작물 또는 기타 보호객체에 대한 공중 접근을 제공하게 하는 경우, 이 지침의 목적에 따른 공중재연 또는 공중접근행위를 수행하도록 한다.

Ein Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten muss deshalb die Erlaubnis von den in Artikel 3 Absatz 1 und 2 der Richtlinie 2001/29/EG genannten Rechteinhabern einholen, etwa durch den Abschluss einer Lizenzvereinbarung, damit er Werke oder sonstige Schutzgegenstände öffentlich wiedergeben oder öffentlich zugänglich machen darf.

온라인 콘텐츠 공유를 위한 서비스제공자는 그가 저작권 또는 기타 보호객체에 대하여 공중재연 또는 공중접근을 가능하게 할 수 있게 하기 위해서는, Richtlinie 2001/29/EG 제3조 제1항 및 제2조에 명시되어진 권리자에게 라이선스 체결 등을 통하여 허가를 받아야만 한다.

(2) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass eine von einem Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten — zum Beispiel durch Abschluss einer Lizenzvereinbarung — eingeholte Erlaubnis auch für Handlungen gilt, die von Nutzern von Diensten ausgeführt werden und die in den Geltungsbereich des Artikels 3 der Richtlinie 2001/29/EG fallen, sofern diese Nutzer nicht auf der Grundlage einer gewerblichen Tätigkeit handeln oder mit ihrer Tätigkeit keine erheblichen Einnahmen erzielen.

(2) 회원국은 사용자의 상업적인 활동에 기반을 두지 않거나 또는 그들의 행위로부터 상당한 수입을 창출하지 않는 한, 온라인 콘텐츠를 공유하는 서비스제공자로부터 얻은 허가 -예를 들어 라이선스를 체결함으로써-가 그 서비스의 이용자들로부터 수행되어지고 Richtlinie 2001/29/EG 제3조의 범위에 속하는 행위에 적용도록 제공한다.

(3) Nimmt ein Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten eine Handlung der öffentlichen Wiedergabe oder der öffentlichen Zugänglichmachung unter den in diesem Artikel festgelegten Bedingungen vor, so findet die Beschränkung der Verantwortlichkeit nach Artikel 14 Absatz 1 der Richtlinie 2000/31/EG auf die in diesem Artikel beschriebenen Situationen keine Anwendung.

(3) 온라인 콘텐츠 공유를 위한 서비스제공자가 이 조문에서 명시되어진 조건에 따라 공중재연 또는 공중 접근행위를 수행하고자 하는 경우, Richtlinie 2000/31/EG 제14조 제1항에서 언급되어진 상황에 따른 본 조항의 책임의 제한이 적용되지 않는다.

Unterabsatz 1 des vorliegenden Absatzes lässt die mögliche Anwendung von Artikel 14 Absatz 1 der Richtlinie 2000/31/EG auf die Anbieter derartiger Dienste für Zwecke außerhalb des Geltungsbereichs dieser Richtlinie unberührt.

본 조문의 앞선 단락은 Richtlinie/2000/31/EG 제14조 제1항의 적용 가능성이 본 조문의 적용범위의 목적 밖의 경우에는 해당하는 서비스의 제공자에게 저촉되지 않게 한다.

(4) Wird die Erlaubnis nicht erteilt, so ist der Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten für nicht erlaubte Handlungen der öffentlichen Wiedergabe, einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung, urheberrechtlich geschützter Werke oder sonstiger Schutzgegenstände verantwortlich, es sei denn, der Anbieter dieser Dienste erbringt den Nachweis, dass er

(4) 허락이 부여되지 않은 경우, 허락되어지지 않은 저작권으로 보호되는 저작물 또는 기타 보호객체에 대한 공중접근을 포함하여 공중접근에 대한 행위에 대하여 온라인 콘텐츠 공유를 위한 서비스제공자가 책임을 지지만, 해당 서비스의 제공자가 다음과 같은 증거를 제공하는 경우에는 그러하지 않다.

a) alle Anstrengungen unternommen hat, um die Erlaubnis einzuholen; und

a)(서비스제공자가) 허락을 얻기 위해 모든 노력을 기울였고;

b) nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen unternommen hat, um sicherzustellen, dass bestimmte Werke und sonstige Schutzgegenstände, zu denen die Rechteinhaber den Anbietern dieser Dienste einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben, nicht verfügbar sind; und in jedem Fall

b) 권리자가 그 서비스의 제공자에게 관련하고 필수적인 정보를 제공했던 특정한 저작물 또는 기타 권리객체가 이용될 수 없다는 것을 확실히 하기 위하여,(서비스제공자가) 업계 관례적으로 높은 수준의 조건에 따른 전문적인

주의의무를 위한 모든 노력을 기울였으며;(다음과 같은 경우)

c) nach Erhalt eines hinreichend begründeten Hinweises von den Rechteinhabern unverzüglich gehandelt hat, um den Zugang zu den entsprechenden Werken oder sonstigen Schutzgegenständen zu sperren bzw. die entsprechenden Werke oder sonstigen Schutzgegenstände von seinen Internetseiten zu entfernen, und alle Anstrengungen unternommen hat, um gemäß Buchstabe b das künftige Hochladen dieser Werke oder sonstigen Schutzgegenstände zu verhindern.

c)(서비스제공자가) 권리자로부터 충분히 정당한 통지를 받은 이후 지체 없이 해당하는 저작물 또는 기타 권리객체에 대한 접근을 차단 또는 그의 인터넷 사이트에서 해당하는 저작물 또는 기타 권리객체에 대한 삭제를 위한 수행을 하였고, 그 저작물 또는 기타 권리객체에 대하여 b호에 따른 향후 업로드를 방지하기 위한 모든 노력을 기울인 경우.

(5) Bei der Feststellung, ob der Diensteanbieter den in Absatz 4 festgelegten Verpflichtungen nachgekommen ist, wird im Lichte des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit unter anderem Folgendes berücksichtigt:

(5) 서비스제공자가 제4항에 명시되어진 의무를 준수하였는지의 여부를 판단함에 있어, 비례의 원칙에 비추어 다음의 사항을 고려한다. :

a) die Art, das Publikum und der Umfang der Dienste sowie die Art der von den Nutzern des Dienstes hochgeladenen Werke oder sonstigen Schutzgegenstände; und

a) 서비스의 유형, 대상 및 범위 그리고 서비스의 이용자가 업로드 한 저작물 또는 기타 권리객체의 유형; 및

b) die Verfügbarkeit geeigneter und wirksamer Mittel und die Kosten, die den Anbietern dieser Dienste hierfür entstehen.

b) 이로 인해 서비스의 제공자에게 발생되어진 적절하고 효과적인 수단에 이용가능성 및 그 비용

(6) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass die Geltung der in Absatz 4 festgelegten Verantwortung für neue Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten, deren Dienste der Öffentlichkeit in der Union seit weniger als drei Jahren zur

Verfügung stehen und deren Jahresumsatz, berechnet nach der Empfehlung der Kommission 2003/361/EG(20), 10 Mio. EUR nicht übersteigt, darauf beschränkt ist, Absatz 4 Buchstabe a einzuhalten und nach Erhalt eines hinreichend begründeten Hinweises von den Rechteinhabern unverzüglich zu handeln, um den Zugang zu den entsprechenden Werken und sonstigen Schutzgegenständen zu sperren bzw. die entsprechenden Werke und sonstigen Schutzgegenstände von ihren Internetseiten zu entfernen.

- (6) 회원국은 공중에게 그의 서비스를 유럽연합 내에서 제공한 것이 3년을 넘기지 않았고, Empfehlung der Kommission 2003/361/EG(20) 따라 계산되어진 그의 연간 매출액이 1,000만 유로를 초과하지 않는 새로운 온라인 콘텐츠 공유를 위한 서비스제공자에게 제4조에 규정된 책임의 적용함에 있어, 대상 저작물 및 기타 보호객체의 접근을 차단하는 행위와 그의 웹사이트의 대상 저작물과 기타 권리객체를 제거를 위한 제4조 제a호의 준수 및 권리보유자로부터 충분히 적절한 통지를 수령한 이후 지체 없는 행위에 대한 제한을 제공한다.

Übersteigt — berechnet auf der Grundlage des vorausgegangenen Kalenderjahrs — die durchschnittliche monatliche Anzahl unterschiedlicher Besucher der Internetseiten derartiger Diensteanbieter 5 Mio., so müssen die Anbieter derartiger Dienste außerdem den Nachweis erbringen, dass sie alle Anstrengungen unternommen haben, um das künftige Hochladen der gemeldeten Werke und sonstigen Schutzgegenstände, zu denen die Rechteinhaber einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben, zu verhindern.

- 전년을 기준으로 계산하였을 때의- 그 서비스의 웹사이트 방문자의 수가 월 평균 500만 명을 초과하는 경우, 그 서비스의 제공자는 또한 그가 적절하고 필수적인 정보가 권리자에 의해 제공된 공지되어진 저작물과 기타 권리객체의 향후 업로드를 방지하기 위한 모든 노력을 기울였다는 증거를 제공하여야만 한다.

- (7) Die Zusammenarbeit zwischen den Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten und den Rechteinhabern darf nicht bewirken, dass von Nutzern hochgeladene Werke oder sonstige Schutzgegenstände, bei denen kein Verstoß gegen das Urheberrecht oder verwandte Schutzrechte vorliegt, nicht verfügbar sind, und zwar auch dann, wenn die Nutzung eines Werkes oder sonstigen Schutzgegenstandes im Rahmen einer Ausnahme oder Beschränkung

erlaubt ist.

(7) 저작권 또는 관련 권리의 침해를 야기 시키지 않은 이용자로부터 업로드 된 저작물 또는 기타 보호객체, 더 나아가 예외 또는 제한 범위 내에서 저작물 또는 기타 보호객체의 이용에 대하여 허락되어진 경우에는, 온라인 콘텐츠 공유를 위한 서비스제공자와 권리자의 협력을 통하여 이를 이용할 수 없게 되는 효과를 발생시켜서는 안 된다.

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass sich alle Nutzer, die nutzergenerierte Inhalte auf Diensten für das Teilen von Online-Inhalten hochladen oder auf Diensten für das Teilen von Online-Inhalten zugänglich machen, in jedem Mitgliedstaat auf jede der folgenden Ausnahmen oder Beschränkungen stützen können:

회원국은 온라인 콘텐츠 공유를 위한 서비스에 업로드 또는 온라인 콘텐츠 공유를 위한 서비스에 접근이 가능하게 한 사용자로부터 생성되어진 콘텐츠에 대하여 모든 이용자에게 각 회원국 내에서 다음과 같은 예외 또는 제한을 보장한다.

a) Zitate, Kritik und Rezensionen;

a) 인용, 비평 그리고 논평;

b) Nutzung zum Zwecke von Karikaturen, Parodien oder Pastiche.

b) 풍자, 패러디 또는 패스티시(pastiche)의 목적으로의 이용.

(8) Die Anwendung dieses Artikels darf nicht zu einer Pflicht zur allgemeinen Überwachung führen.

(8) 이 조항의 적용은 일반적인 감시의무를 발생시키지 않아야 한다.

Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten den Rechteinhabern auf deren Ersuchen angemessene Informationen über die Funktionsweise ihrer Verfahren im Hinblick auf die Zusammenarbeit nach Absatz 4 und — im Fall von Lizenzvereinbarungen zwischen den Anbietern dieser Dienste und den Rechteinhabern — Informationen über die Nutzung der unter diese Vereinbarungen fallenden Inhalte bereitstellen.

회원국은 온라인 콘텐츠 공유를 위한 서비스사업자가 권리자에게 제4항에 따른 협력을 위한 절차의 기능을 위하여 적절한 정보 제공 요청 및 - 그러한 서비스의 제공자와 권리자 사이에 라이선스가 체결된 경우- 계약상의 콘텐츠의 이용에 대한 정보 제공 요청을 가능하도록 한다.

(9) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten den Nutzern ihrer Dienste im Fall von Streitigkeiten über die Sperrung des Zugangs zu den von diesen hochgeladenen Werken oder sonstigen Schutzgegenständen bzw. über die Entfernung der von diesen hochgeladenen Werke oder sonstigen Schutzgegenstände wirksame und zügige Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren zur Verfügung stellen.

(9) 회원국은 업로드 된 저작물 또는 기타 권리객체에 대한 접근의 차단 내지 업로드 된 저작물 또는 기타 권리객체에 대한 차단에 대한 분쟁이 발생하였을 경우 온라인 콘텐츠 공유를 위한 서비스사업자가 그들의 서비스 이용자에게 효과적이고 신속한 이의신청절차 및 법적지원절차에 대하여 제공하도록 한다.

Verlangen Rechteinhaber die Sperrung des Zugangs zu ihren Werken oder sonstigen Schutzgegenständen oder die Entfernung dieser Werke oder sonstigen Schutzgegenstände, so begründen sie ihr Ersuchen in angemessener Weise. Im Rahmen des in Unterabsatz 1 vorgesehenen Verfahrens eingereichte Beschwerden sind unverzüglich zu bearbeiten, und Entscheidungen über die Sperrung des Zugangs zu hochgeladenen Inhalten bzw. über die Entfernung hochgeladener Inhalte sind einer von Menschen durchgeführten Überprüfung zu unterziehen. Die Mitgliedstaaten gewährleisten zudem, dass zur Beilegung von Streitigkeiten außergerichtliche Rechtsbehelfsverfahren zur Verfügung stehen. Unbeschadet der Rechte der Nutzer auf wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf müssen derartige Verfahren die unparteiische Beilegung von Streitigkeiten ermöglichen und dürfen den Nutzern den Rechtsschutz nach nationalem Recht nicht vorenthalten. Insbesondere müssen die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass die Nutzer Zugang zu einem Gericht oder einem anderen einschlägigen Organ der Rechtspflege haben, um die Inanspruchnahme einer Ausnahme oder Beschränkung für das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte geltend machen zu können.

권리자가 그의 저작물 또는 기타 권리객체에 대한 접근의 차단 또는 그의 저작물 또는 기타 권리객체에 대한 제거를 요청하는 경우, 그는 그의 요청에 대하여 적절한 방법으로 근거를 제시하여야 한다. 제1항의 절차에 따라 제출되어진 이의신청은 지체 없이 처리되어야 하며, 업로드 된 콘텐츠의 접근의 차단 내지 업로드 된 콘텐츠의 제거에 대한 결정은 자연인을 통해 이루어진 검토에 의하여야 한다. 회원국은 분쟁을 해결하기 위한 소의 법적지원절차를 이용할 수 있도록 보장한다. 효과적인 재판을 통한 법적구제에 대한 이용자의 권리침해방지는 분쟁의 중립적인 중재를 가능하도록 하여야만 하며, 이용자에게 국내법에 의한 법적 보호를 보류하지 않도록 하여야 한다. 특히 회원국은 이용자가 저작권 및 관련 보호권리에 대한 예외 또는 제한의 효력이 발생할 수 있도록 하기 위하여 법원 또는 기타 관련 사법기관에 접근하는 것을 보장하여야만 한다.

Diese Richtlinie beeinträchtigt in keiner Weise die berechtigte Nutzung, etwa die Nutzung im Rahmen der im Unionsrecht festgelegten Ausnahmen oder Beschränkungen, und darf weder zur Identifizierung einzelner Nutzer führen noch als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten dienen, außer dies erfolgt im Einklang mit der Richtlinie 2002/58/EG und der Verordnung(EU) 2016/679.

이 지침은 유럽연합법에 명시되어진 예외 또는 제한의 범위 내의 이용과 같은 합법적인 이용에 대해서는 어떠한 방법으로도 침해하지 않으며, Richtlinie 2002/58/EG 및 Verordnung(EU) 2016/679의 일치 하에 수행되지 않는 한, 개별 이용자의 식별 뿐만 아니라 예외에 의한 개인신상정보 처리를 위한 법적 근거가 되어서는 안 된다.

Die Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten informieren ihre Nutzer in ihren Geschäftsbedingungen, dass sie Werke und sonstige Schutzgegenstände im Rahmen der im Unionsrecht festgelegten Ausnahmen und Beschränkungen für das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte nutzen können.

온라인 콘텐츠 공유를 위한 서비스사업자는 그들의 이용자에게 이용약관을 통하여 유럽연합법에 규정되어있는 저작권 및 관련 보호권을 위한 예외 및 제한의 범위 내에서 그들이 저작물 및 기타 권리객체를 이용할 수 있다는 점을 알린다.

(10) Ab dem 6. Juni 2019 veranstaltet die Kommission in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten Dialoge zwischen den Interessenträgern, in deren Rahmen bewährte Verfahren für die Zusammenarbeit zwischen den Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten und Rechteinhabern erörtert werden. Die Kommission gibt in Absprache mit den Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten, Rechteinhabern, Nutzerorganisationen und anderen einschlägigen Interessenträgern und unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Dialoge zwischen den Interessenträgern Leitlinien zur Anwendung dieses Artikels heraus, insbesondere im Hinblick auf die Zusammenarbeit nach Absatz 4. Bei der Erörterung bewährter Verfahren wird unter anderem die notwendige Ausgewogenheit zwischen den Grundrechten und die Inanspruchnahme von Ausnahmen und Beschränkungen besonders berücksichtigt. Für die Zwecke des Dialogs zwischen den Interessenträgern haben die Nutzerorganisationen Zugang zu angemessenen, von den Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten bereitgestellten Informationen über die Funktionsweise ihrer Verfahren im Hinblick auf Absatz 4.

(10) 2019년 6월 6일부터 유럽연합위원회는 회원국과 협력을 통하여 온라인 콘텐츠 공유를 위한 서비스사업자와 권리자 간의 협력에 대한 적절한 절차에 대하여 논의하기 위하여 이해관계자 간의 대화를 개최한다. 유럽연합위원회는 온라인 콘텐츠 공유를 위한 서비스사업자, 권리자, 이용자단체 및 기타 관련 이해당사자와 협의하며, 이해당사자들과의 대화의 결과, 특히 제4항에 따른 협력과 관련하여 이 조의 적용에 대한 지침대화의 결과를 고려한다. 적절한 절차에 대한 논의에 있어서 이 외에도 기본권과 예외 및 제한에 대한 청구의 필수적인 균형에 대하여 특별히 고려한다. 이해관계자 간의 대화의 목적을 위해 이용자단체는 제4항과 관련한 절차의 기능에 대한 온라인 콘텐츠 공유를 위한 서비스사업자로부터 제공되는 정보에 대한 적절한 접근이 가능하다.

Ⅲ. 인터넷서비스를 매개로 한 저작권침해에 대한 유럽연합에서의 사례

1. 유럽사법재판소의 주요 판결

가. 인터넷 파일공유플랫폼의 공중재연권 침해를 인정한 유럽사법재판소 판결(EuGH, Urteil vom 14.06.2017 - C-610/15, 소위 The Pirate Bay 사건)

(1) 사실관계

네덜란드의 인터넷접속서비스업체에서 그들의 구독자들에게 제공되어진 온라인 파일공유플랫폼 The Priate Bay(이하, TPB)는 저작권자의 동의 없이 저작물을 토렌트 기술을 기반으로 하여 이용자에게 제공하는 서비스의 플랫폼이다. 관련하여 저작권보호단체는 대상 인터넷접속서비스업체에게 TPB의 도메인이름, IP주소를 차단을 청구하면서 인터넷접속서비스를 통하여 저작권을 침해하는 서비스를 제공하는 것을 중단하여야 한다고 주장하였다.

네덜란드대법원(Der Hoge Raad der Nederlanden)은 본 사안에 대하여 TPB가 Richtlinie 2001/29/EG 제3조 제1항의 공중재연권(öffentliche Wiedergabe)을 침해하였는지에 대하여 유럽사법재판소의 선결판결을 요청하였다.

(2) Richtlinie 2001/29/EG 제3조 제1항

Richtlinie 2001/29/EG은 유럽 내에서 저작권자에 대한 높은 법적 보호수준을 제공하며 저작물의 이용에 대하여 권리자가 적절한 보상을 얻을 수 있도록 하는 것을 주요목적으로 하여 제정되었다. 유럽사법재판소는 이러한 이유로 Richtlinie 2001/29/EG 제3조 제1항의 공중재연권은 넓게 이해되어야 한다고 판단하였다.²²⁹⁾

(3) 유럽사법재판소의 판단

“공중(Öffentlichekeit)” 과 “재연행위(Handlung der Wiedergabe)” 는 공중재연권에 대한 주요한 판단기준이다.²³⁰⁾

“공중” 에 대하여 유럽사법재판소는 “잠재적인 행위의 불특정 다수의 수신자(umbestimmte Zahl potenzieller Leistungsempfänger)”을 의미하는 것으로 지속적인 명백한 다수의 존재가 인식될 수 있어야 한다고 판단하였다.²³¹⁾

229) EuGH, Urteil vom 14.06.2017 - C-610/15, Rn. 22.

230) EuGH, Urteil vom 14.06.2017 - C-610/15, Rn. 24.

231) EuGH, Urteil vom 14.06.2017 - C-610/15, Rn. 27

더 나아가 공중재연이 인정되기 위해서는 저작물에 대한 기술적인 이용을 통하여 “새로운 공중(neues Publikum) “에게 재연이 되어야 한다고 판단하였다.” 새로운 공중 “이라 함은 저작권자가 공중재연에 대한 이용허락을 가정하였을 때, 저작권자로서는 예측하지 못했던 대상을 의미한다고 판단하였다.²³²⁾

본 사안과 관련하여 유럽사법재판소는 피고인 인터넷접속서비스제공자의 구독자 중 TPB를 다운받은 수가 대다수를 차지하고 있다는 점, TPB를 통하여 이용되어진 토렌트의 피어²³³⁾가 1000만 이상이라는 점, 더 나아가 TPB의 이용자는 언제든지 동시에 플랫폼에 접속하여 저작물을 받을 수 있다는 점에서 “잠재적인 행위의 불특정 다수의 수신자” 라는 개념에 부합한다고 판단하였다.²³⁴⁾ 또한 TPB의 이용자는 저작권자로서는 공중재연의 공중으로 예측할 수 없었음이 명확하므로 TPB의 이용자는 저작권자가 예정할 수 없었던 “새로운 공중” 으로 인정될 수 있다고 판단하였다.²³⁵⁾

“재연행위” 라 함은 공중을 대상으로 하여 그들의 시공간의 선택에 따라 저작물에 접근하는 행위를 의미한다.²³⁶⁾ TPB 측에서는 저작물의 토렌트 시드에 접근할 수 있도록 저작물의 카테고리화, 검색기능을 제공하여 이용자들이 원활하게 저작물을 다운받을 수 있는 편의성을 제공했을 뿐만 아니라, 오래되거나 오류가 있는 토렌트 데이터의 경우 삭제하는 등 적극적으로 콘텐츠를 관리하였다.²³⁷⁾ 이를 통하여 TPB의 이용자들은 자신들이 선택한 장소와 시간에 저작물에 접근이 원활하게 가능하였다.²³⁸⁾

TPB는 본 사이트의 서비스의 결과로 저작권자의 동의 없는 저작물에 대한 접근이 용이해진다는 사실을 완벽하게 인식하고 있었으며,²³⁹⁾ 이용자의 주요 목적이 저작물을 얻는 것이라는 점이 명확하였고 이에 따라 그들의 행위를 통해 고의적으로 저작권침해가 발생할 수 있다는 사실을 인식하고 있었다고 유럽사법재판소는 판단하였다.²⁴⁰⁾ 특히, TPB의 운영자는 명시적으로 그들의 블로그나 게시판 등에서 TPB의 목적은 이용자들에게 저작물을 복제를 제공하는 것이라고 설명한 사실도 존재한다.²⁴¹⁾ TPB의 서비스의 상업적인 목적 또한 부정할 수 없는 사실이었다.²⁴²⁾

232) EuGH, Urteil vom 14.06.2017 - C-610/15, Rn. 28.

233) Torrent Peer(토렌트 피어)란 토렌트의 조각파일에 대한 송수신 사용자를 의미한다.

234) EuGH, Urteil vom 14.06.2017 - C-610/15, Rn. 42.

235) EuGH, Urteil vom 14.06.2017 - C-610/15, Rn. 44.

236) EuGH, Urteil vom 14.06.2017 - C-610/15, Rn. 31.

237) EuGH, Urteil vom 14.06.2017 - C-610/15, Rn. 38.

238) EuGH, Urteil vom 14.06.2017 - C-610/15, Rn. 35.

239) EuGH, Urteil vom 14.06.2017 - C-610/15, Rn. 36.

240) EuGH, Urteil vom 14.06.2017 - C-610/15, Rn. 26.

241) EuGH, Urteil vom 14.06.2017 - C-610/15, Rn. 45.

242) EuGH, Urteil vom 14.06.2017 - C-610/15, Rn. 46.

결과적으로 TPB의 행위에 대하여 유럽사법재판소는 유럽연합정보사회저작권지침 제3조 제1항의 권리자의 공중재연권을 명백하게 침해하였다고 판단하였다.

나. 제3자에 의한 저작권 침해자에 대한 플랫폼의 정보공개 범위에 대한 유럽연합재판소의 판결(EuGH, Urteil vom 09.07.2020 - C-264/19)

(1) 사실관계

원고인 Constantin Film Verleih는 독일에서 원고가 배타적 이용권을 가지고 있는 영화 “Parker “와 ” Scary Movie 5“가 인터넷동영상플랫폼 YouTube에 2013년부터 2014년에 걸쳐 이용허락 없이 업로드 되어졌다는 사실을 인식하였다.

YouTube 플랫폼을 이용하기 위해서는 이용자는 계정을 생성하기 위하여 성명, 이메일 주소 및 생년월일을 기입하여야 한다. 더 나아가 15분 이상의 영상을 업로드 하기 위해서는 인증문자를 수신받기 위한 핸드폰번호가 필요하며 YouTube 및 Google은 이용자의 동의를 얻어 IP 주소 및 이용시간에 대한 정보를 수집할 수 있다.²⁴³⁾

이를 근거로 하여, 원고는 YouTube와 그의 모회사인 Google을 대상으로 하여 가명을 이용하였을 가능성이 있는 저작권을 침해한 이용자를 명확히 특정하기 위한 목적으로 ① 저작권을 침해한 이용자의 성명, ② 우편주소 및 ③ 이메일 주소, ④ 핸드폰번호, ⑤ 불법적으로 저작물을 올렸을 당시 이용되어진 이용자의 IP주소 및 표준시 지역에서의 초 단위의 정확한 이용시간 뿐만 아니라, ⑥ 저작권침해자의 구글계정이 최종적으로 접속되어진 IP주소 및 표준시 지역에서의 초 단위의 정확한 접속시간을 요구하였다.²⁴⁴⁾

제1심 프랑크푸르트 암 마인 지방법원은 이용자의 성명 및 우편주소 외의 원고의 청구를 모두 기각하였다.²⁴⁵⁾ 제2심 프랑크푸르트 암 마인 고등법원은 제1심과는 달리 성명, 우편주소 및 이메일 주소까지의 정보청구는 인용하였으나, 그 이외의 청구에 대해서는 인용하지 않았다.²⁴⁶⁾

원고는 독일 저작권법 제101조 정보제공청구권을 근거로 하여 저작권침해자의 성명, 우편주소, 핸드폰 번호 및 IP주소 및 접속시간에 대한 정보를 지속적으로 청구하였다. 독일연방대법원은 본 사안이 Richtlinie 2004/48/EG 제8조 제2항 a호의 해

243) EuGH, Urteil vom 09.07.2020 - C-264/19, Rn. 16.

244) EuGH, Urteil vom 09.07.2020 - C-264/19, Rn. 18.

245) LG Frankfurt a.M. - Urteil vom 3. Mai 2016 - 2-03 O 476/13

246) OLG Frankfurt a.M. - Urteil vom 22 August 2017 - 11 U 71/16

석과 관련되어 있다고 판단하면서, 유럽사법재판소에 본 조문에서의 “주소 (Adressen)” 에 대한 정의 범위가 어디까지 확장될 수 있는지에 대한 선결판결을 요청하였다.²⁴⁷⁾

(3) 유럽사법재판소의 판단

유럽사법재판소는 관습적인 언어사용의 형태상 ” 주소 “라 함은 우편주소를 의미하는 것이며 명확한 추가적인 첨언이 존재하지 않는 경우에는 이메일주소, 전화번호 또는 IP주소가 주소의 정의에 포함될 수 없다고 판단하였다.²⁴⁸⁾

본 지침의 전반의 해석에 있어 본 조항에 대한 “주소” 의 개념 하에 추가적인 다른 정보가 포함된다고 추론할 수 있는 근거가 존재하지 않으며,²⁴⁹⁾ 유럽연합법제의 전반을 검토함에 있어서도 추가적인 첨언 없이는 “주소” 라는 개념 하에 추가적인 다른 정보가 포함되는 경우는 존재하지 않다고 판단하였다.²⁵⁰⁾

더 나아가 유럽사법재판소는 본 사안의 판단을 위해서는 Charta der Grundrechte (이하, 유럽연합기본권헌장) 상의 개인의 기본권에 대한 이익과 유럽연합기본권헌장 제17조 제2항의 지식재산권의 보호의 비교형량을 통한 조화로운 해석이 필요하다고 판단하였다.²⁵¹⁾

결과적으로 Richtlinie 2004/48/EG 제8조 제2항 a호의 “주소” 의 개념에는 오직 우편주소만이 포함되는 것이며, 이메일주소, 전화번호 및 IP주소는 포함되지 않는다고 판단하였다.

다만, 유럽사법재판소는 본 판결이 저작권 침해에 따른 저작권자의 정보청구권과 관련한 Richtlinie 2004/48/EG 제8조 제2항 a호의 주소에 대한 규정의 판단범위에 대해 심의한 것임을 강조하며, 기본권의 적정한 비교형량을 통하여 유럽연합법의 원칙에 벗어나지 않는 한 각 국은 저작권 침해에 따른 저작권자의 정보청구권에 이메일주소, 전화번호 또는 IP주소 등의 청구를 인용하는 규정의 입법에 대한 가능성에 대해서는 열어두었다.²⁵²⁾

247) BGH, Beschluss vom 210.2.2019 - I ZR 153/17

248) EuGH, Urteil vom 09.07.2020 - C-264/19, Rn. 30.

249) EuGH, Urteil vom 09.07.2020 - C-264/19, Rn. 31.

250) EuGH, Urteil vom 09.07.2020 - C-264/19, Rn. 33.

251) EuGH, Urteil vom 09.07.2020 - C-264/19, Rn. 37, Rn.38.

252) Id. Rn. 39.

제3장 각국의 입법례 및 사례

제1절 미국

I. 의의

2011년 ‘In Our Sites’ 이라고 명명한 FBI 작전은 위조상품 및 저작물의 불법 판매 및 유통에 이용된 웹사이트에 속하는 150개의 도메인이름의 압수를 초래하였다. 이 압수에 이어 해당 도메인 이름은 더 이상 해당 웹사이트에 연결되지 않았고 대신에 도메인 이름이 압류되었음을 이용자에게 전하는 FBI 스플레쉬 페이지로 대체되었다. 이 스플레쉬 페이지는 미 연방법률 제18편 981조 내지 2323조를 인용하고 저작권에 관한 중죄에 연관된 처벌내용을 이용자에게 전달한다.²⁵³⁾ 압류된 도메인이름의 과반수가 해외에서 호스팅된 웹사이트에 링크되어 있었지만 대부분은 미국 국내로 위조상품을 선적하였다. 회사가 미국 국내에 소재하지 않았더라도 이러한 도메인이름을 미 연방정부는 ICANN과 모든 gTLD에 우선하여 압류하는 것을 허용하였다.²⁵⁴⁾

1. 도메인이름 압류

도메인이름 압류의 법적 근거는 2008년 지식재산 자원 및 조직우선화법(PRO-IP ACT; 이하 ‘PRO-IP 법’이라 한다)에서 찾을 수 있다.²⁵⁵⁾ 이 법률은 저작권 관련 범죄로 취득한 재산을 압류하여 민사적으로 몰수할 권한을 연방정부에 부여하였다.²⁵⁶⁾ 몰수란 연방정부가 범죄활동에 연관된 것으로 주장하는 사유재산을 아무런 보상없이 몰취하는 것이다.²⁵⁷⁾ PRO-IP 법은 (i) 저작권침해범의 침해물, (ii) 침해물

253) 그 예는 www.wired.com/images_blogs/business/2010/11/iceseizurennotice1.jpg (last visit on December 7, 2020)에서 찾을 수 있다.

254) Josh Marcus, Domain Name Seizure in Action: A Canadian-American Comparison, Windsor Review of Legal and Social Issues, Volume 2 (Winter 2016), p. 107.

255) See Prioritizing Resources and Organization for Intellectual Property (PRO-IP) Act of 2008, Pub. L. No. 110-403, § 206, 122 Stat. 4256, 4262-63 (18 U.S.C. § 2323 (2012)로 규정되었다.) (민사몰수와 형사몰수를 구체적으로 추가하기 위하여 저작권법상 형사법규를 개정한 법률).

256) Id.

의 제조 또는 유통으로 인한 직접적이거나 간접적인 이익 및 (iii) 침해물의 제조 또는 유통을 하거나 용이하게 하는데 사용하였거나 사용하고자 의도한 재산의 민사몰수를 허용하고 있다.²⁵⁸⁾

2010년 이래 국토안보부(Department of Homeland Security)가 ‘Operation in Our Sites’ (이하 ‘OIOS’)를 출범하면서 연방정부는 PRO-IP 법이 전통적으로 민사몰수의 대상이었던 유체물 형태의 재산 이외에 인터넷도메인이름의 일방적 압류를 허용하는 것으로 해석하였다.²⁵⁹⁾

연방정부의 이론에 입각하여 도메인이름은 몰수할 수 있는 재산 중 세 번째 범주-일반적으로 방조용 재산(facilitation property)으로 불린다.-에 속한다.²⁶⁰⁾ 몰수할 수 있는 재산 가운데 시설용 재산이 범죄활동과 가장 약한 연계고리를 가지고 있다.²⁶¹⁾ 그러한 재산이 범죄와 관련하여 사용될 수 있지만, 합법적으로 이용되는 것이 통례다. 예컨대 국토안보부 공무원은 최초 개봉 영화를 제공하는 웹사이트의 도메인이름 10개에 대한 압류영장을 받아 2010년 OIOS를 개시하였다.²⁶²⁾

257) See John L. Worrall, U.S. Dep't of Justice, Office of CMTY, Oriented Policing Servs., Problem-Oriented Guides for Police: Asset Forfeiture 1 (2008).

258) 18 U.S.C. § 2323(a)(1)(A)-(C).

259) See U.S. Intell. Prop. Enf't Coordinator, Exec. Office of the President, 2013 Joint Strategic Plan on Intellectual Property Enforcement 65 (2013).

연방법률 제18편 제2323조에 따라 도메인이름이 몰수의 대상이라는 연방정부의 입장은 침해물 또는 상표위조물품을 판매하는 웹사이트와 관련하여 유지된다. 그러한 도메인이름은 명백히 침해물의 배포를 용이하게 한다. See 17 U.S.C. § 506 (2012); 18 U.S.C. § 2323. 저작물침해물을 스트리밍 방식으로 전달하는 도메인이름 운영자의 도메인이름과 관련하여서 그 입장이 유지될 수 있는지 여부는 의문이다. 왜냐 하면 스트리밍은 연방저작권법상 배포가 아니기 때문이다. See *Hearst Stations Inc. v. Aereo, Inc.*, 977 F. Supp. 2d 32, 40 (D. Mass. 2013) (연방저작권법상 스트리밍은 배포라기 보다는 공연에 해당한다고 판시한 사례). 더욱이 다운로드를 통해 저작물 파일을 실제로 유통하는 웹사이트에 관하여 그러한 파일이 PRO-IP 법상 물품에 해당하는지는 명확하지 않다. Cf. *ClearCorrect Operating, LLC v. Int'l Trade Comm'n*, No. 2014-1527, 2015 WL 6875205, at 5 (Fed. Cir. Nov. 10, 2015) (판세법상 ‘물품(articles)’이란 용어는 유체물로 한정되고 디지털 데이터를 포함하지 아니한다).

260) See, e.g., *Seizure Warrant, In re Seizure of Rapgodfathers.com*, No. 10-2822M (C.D. Cal. Nov. 30, 2010) (도메인이름은 방조용 재산을 다루는 미국 연방법률 제18편 제2323조 제a항 제1호 제B목에 의하여 몰수할 수 있다고 실시한 사례).

261) Cf. David Pimentel, *Forfeitures Revisited: Bringing Principle to Practice in Federal Court*, 13 NEV. L.J. 1, 3 (2012).

262) Annemarie Bridy, *Three Notice Failures in Copyright Law*, 96 B.U.L.Rev. 777, 797 (May, 2016); U.S. Immigration & Customs Enf't, “Operation In Our Sites” Targets Internet Movie Pirates ICE, Manhattan U.S. Attorney Seize Multiple Web Sites for Criminal Copyright Violations, IBCAP (May 22, 2014), available at <https://ibcap.us/operation-in-our-sites-targets-internet-movie-pirates-ice-manhattan-u-s-attorney-seize-multiple-web-sites-for-criminal-copyright-violations/> (last visit on January 10, 2020). 그 사이트들이 해당 프로그램을 스트리밍으로 제공하고 있는지 아니면 다운로드 서비스를 제공하고 있는지 여부는 언론보도문을 통해서 명백하지 않다.

2. 해외 사이트 차단조치의 역외적 적용 여부에 대한 사례

미국 밖에 소재하는 웹서버가 미국내에서 거주하는 인터넷 이용자가 시청할 수 있는 비디오 콘텐츠를 호스트하는 경우 미국 연방저작권법상 공연에 해당하는지 여부가 문제될 수 있다.

이 쟁점은 오랫동안 뜨거운 논쟁거리를 제공한 주제이었다. 미국 콜롬비아특별구 연방항소법원이 선고한 Spanski Enterprises v. Telewizja Polska 사건²⁶³⁾은 이 쟁점을 정면으로 다루었다. 이 사건에서는 당사자 일방이 미국내 공연권을 배타적으로 소유하는 비디오콘텐츠를 업로드하는 행위와 미국내 시청자의 요청시 그 시청자들에게 해당 비디오콘텐츠를 전달하는 행위는 미국 연방저작권법에 따라 공연권을 침해하는 행위에 해당한다고 판시하였다.

Telewizja Polska (이하 ‘Polska’)은 폴란드내에서 여러 TV채널을 위한 콘텐츠를 보유하고 관리하며 창작하는 폴란드내 국영 TV방송사다. Polska와 Spanski Enterprises (이하 ‘Spanski’(캐나다 기업)는 북미와 남미에서 TVP Polonia(Polska의 TV채널 중 하나)에 대한 배타적인 방송권을 Spanski에게 부여하는 이용허락계약을 체결하였다. Polska는 폴란드에 기반을 둔 웹사이트에 VOD를 통하여 자사의 프로그램에 대한 온라인 접속을 허용하고 있고 Spanski의 권리를 보호하기 위하여 Polska는 북미와 남미의 IP 주소로부터 저작물성이 있는 콘텐츠에 접근하는 것을 막기 위하여 지역맞춤형 차단기술(geoblocking technology)을 사용하였다. 이러한 지역적 시청제한은 에피소프의 디지털 비디오 포맷에 통합되었거나 콘텐츠관리체계를 통해 배정되었다.²⁶⁴⁾

하지만, 2011년 말에 Spanski측 변호사는 51회분의 드라마가 지역별로 적절히 차단되지 않아 북미 이용자에 의해 적어도 부분적으로는 Polska의 웹사이트에서 시청할 수 있었다는 사실을 발견하였다. Spanski는 미국법에 따라 저작권침해를 이유로 미국 연방지방법원에 소를 제기하였다.²⁶⁵⁾ 콜롬비아특별구 소재 연방지방법원은 드라마 회별 방영분(episode)의 지역적 제한을 제거하고 각 회분의 지역차단설정이 되지 않은 디지털 포맷을 작성함에 있어서 직원의 의도적인 행위에 대해 Polska가 책임이 있다고 판시하였다. 왜냐 하면 쟁점이 된 에피소드는 미국내에서 시청되었기 때문에 침해가 전적으로 역외적이지는 않다고 판단하였다. 연방지방법원은 Polska의 의도적이고 고의적인 침해로 인하여 에피소드당 60,000달러의 법정손해배상액(총

263) 883 F.3d 904 (2018).

264) <https://www.jdsupra.com/legalnews/copyright-s-long-arm-foreign-website-40842/> (last visit on December 12, 2020).

265) Spanski Enterprises, Inc. v. Telewizja Polska S.A., 222 F.Supp.3d 95, 105 (D.D.C. 2016).

3,060,000달러)을 허여하였다.

Polska는 완전히 자동화된 VOD 서비스의 최종이용자만이 저작권침해책임을 지고 해당 서비스를 해외에서 호스트하는 당사자는 저작권침해책임을 지지 않는다고 주장하면서 원심의 판결에 대해 항소를 제기하였다. 또한 Polska는 해당 행위가 폴란드에서 전적으로 발생하였기 때문에 원심판결은 허용될 수 없는 미국 연방저작권법의 역외적용에 해당한다고 주장하였다.

항소시에 콜롬비아특별구 소재 연방항소법원은 Polska가 공연권을 침해하였다는 것을 확인하기 위하여 연방대법원의 선례인 American Broadcasting Companies v. Aereo사건에 의존하였다.²⁶⁶⁾ 이 사건에서 Aereo는 프로그램이 방영되는 동안 사실상 인터넷을 통해 유료구독자에게 TV방송프로그램을 제공하였다. 하지만 Aereo는 해당 저작물에 대한 저작권을 가지고 있지 않았고 이용허락을 받지도 않았다. 고객들은 시청하고자 하는 프로그램을 선택할 수 있었고 Aereo는 관련 방송국에 안테나를 맞추어 방송신호를 포착하여 그 방송신호를 수요 고객에게 재전송하였다. 연방대법원은 Aereo의 활동이 케이블 TV방송사의 활동-연방의회가 구체적으로 포섭하기 위하여 전송규정(연방법률 제17편 제101조)에서 규정한 행위-과 실질적으로 유사하므로 Aereo가 그 프로그램을 공연하거나 전송하였다고 실시하였다. Aereo가 각 이용자에게 동일한 프로그램을 전송하였는지 아니면 개별적으로 사본을 전송하였는지 여부와 상관없이 그 행위는 동일한 저작물을 공연한 것이고 그 구독자들은 공중에 해당한다. 이 연방대법원 판결은 전통적으로 적용되는 ‘의도적인 행위(volitional conduct)’ 라는 명확한 기준에 대한 예외를 확립하였다. Aereo 테스트에 따르면, 서비스제공자에게 대리인으로 활동하거나 독자적으로 전송할 것에 대하여 선택하도록 요구한다. 하지만 연방대법원은 Aereo 테스트를 언제 적용할 것인지의 쟁점에 대하여 침묵하였고 Aereo 판결을 케이블 TV에만 적용될 수 있도록 협의로 해석한 이가 많았다.

Spanski 사건의 분쟁에서 콜롬비아특별구 연방항소법원은 Aereo 사건판결을 매우 협의로 해석하는 것을 거부하였고 선례원칙이라는 기본적인 법원칙에 주목하였다. 침해하는 TV프로그램을 시청하기로 한 시청자의 결정으로 인하여 해당 방송사가 해당 프로그램의 영상을 보여주고 프로그램의 음성을 들을 수 있게 할 책임으로부터 면제되지 않는다는 Aereo 원칙은 Spanski 사건에도 적용된다고 Spanski 사건담당 연방항소법원은 판시하였다. Polska (해당 방송사)와 시청자 양자는 동일한 공연에 대하여 책임을 질 수 있다.

이용자의 요청시에 제3자의 콘텐츠에 대하여 Aereo가 비차별적으로 재전송하는 행

266) 134 S.Ct. 2498 (2014).

위가 Aereo에 의한 공연권 침해를 초래하였던 경우에 의도적으로 선택하여 자사의 웹사이트에 업로드한, 저작물성있는 에피소드를 Polska가 전송하는 행위는 특히 해당 콘텐츠를 전송할 수 있도록 선택하는데 있어 Polska가 더 적극적인 역할을 수행한다는 점에 비추어보아 공연권을 침해하는 행위에 해당한다는 논거를 실시하였다.

이 판결로부터 초래되는 광범위한 책임의 가능성에 대응하여 콜롬비아특별구 연방항소법원은 연방저작권법 제512조[소위 디지털밀레니엄저작권법 (DMCA) 면책조항(safe harbors)]와 같은 법적 보호 조항에 주목하여 미국 연방저작권법상 의도적인 행위 또는 근인(近因)(promixate cause)을 해석함에 있어 다른 법원의 선례를 따르길 거부하였다. Aereo 사건판결이 판시한 요건의 범위가 어떻든간에 상관없이 Polska의 행위는 미국내 Spanski의 배타적인 권리-아이러니하게도 이 권리를 Polska로부터 이용허락받은 권리임-를 위반하여 미국법상 저작권침해에 해당한다고 Spanski 사건 담당 연방항소법원은 판시하였다.

역외적용의 쟁점을 다룸에 있어 Spanski 사건은 RJR Nabisco, Inc. v. European Community 사건²⁶⁷에서 확립된 기준을 고찰하였다. RJR Nabisco 사건에서는 “법의 초점에 관련된 행위가 미국에서 발생하는 경우에 그 밖의 행위가 해외에서 발생하였더라도 그 사건에는 국내법을 적용할 수 있다.” 라고 판시한 바 있다. 연방저작권법의 ‘초점(focus)’을 판단하기 위하여 RJR Nabisco 사건은 Morrison v. National Australian Bank Ltd. 사건²⁶⁸에서 연방대법원이 취한 접근방식을 따랐다. Morrison 사건에서는 “미국 연방저작권법의 초점은 보장하는 권리의 배타성을 보호하는 것” 이라고 판단하였다.

Polska가 폴란드에서 에피소드를 업로드하고 디지털포맷화하였지만 공연권 침해(및 관련 행위)는 미국내 컴퓨터 스크린상에 발생하였고 미국내에서 제소할 수 있다. 달리 판시하였다면 단지 미국 밖에 자사의 서버를 소재하게 함으로써 대규모의 저작권침해범죄가 미국 저작권법상 책임을 회피할 수 있다고 판시하였다. 따라서 연방저작권법은 공연권을 침해하는 저작물을 미국으로 전송하는 외국 방송사에 대하여 미국 국내저작권자가 자신의 권리를 집행하는 것을 막으려고 한 것은 아니다.

콜롬비아 특별구 연방항소법원의 Spanski 사건은 침해콘텐츠가 중국적으로는 미국으로 전송되어 시청된다면 외국 서버에 침해 콘텐츠를 저장하는 행위는 인터넷 이용자의 책임을 반드시 면제시키지 아니한다는 점을 명확하게 하였지만, 미국 IP 주소의 차단이 Polska와 같은 서비스제공자에게 저작권침해책임으로부터 면책시켜줄 수 있는지 여부의 쟁점은 이 사건에서 다루지 아니하였다. 지역별 차단조치는 침해

267) 136 S.Ct. 2090 (2016).

268) 561 US 247, 130 S. Ct. 2869, 177 L. Ed. 2d 535 (2010).

를 회피하기에는 충분하지 않더라도 미국 저작권법상 책임을 경감하고자 하는 외국 웹사이트 운영자에게는 최상의 실무관행일 수 있다.²⁶⁹⁾

Polska는 의도적으로 지역별 차단조치를 중지하였지만 항소심에서 외국 웹사이트 운영자의 지역적 제한(콘텐츠를 국내에서 시청하도록 하는 조치)을 회피하는 미국 이용자에 대한 가정을 제출하였다. Spanski 사건 담당 연방항소법원은 그러한 상황에 대해 미리 판단하길 거부하였으나 그러한 상황에 외국 웹 운영자가 대인관할권의 부재 처럼 책임에 대한 대체적인 항변을 제출할 수 있다고 설시하였다. 그러한 접근방식은 Triple Up Limited v. Youku Tudou Inc.사건²⁷⁰⁾과 Carsey-Werner Company, LLC v. BBC 사건 판결²⁷¹⁾이 지지하였다. 이들 판결은 웹사이트의 적극적인 지역별 차단(geoblocking) 노력에 의존하여 '대인관할권의 부재 항변'을 받아들이지 않았다.

제2절 독일

I. 관련 입법

1. 독일 저작권법

독일의 저작권법(Urheberrechtsgesetz; UrhG)은 저작권침해와 관련하여 민사법적 청구권에 대한 규정(제97조-제105조)와 형사법적 처벌규정(제106조-제111조c)의 규정을 명시하고 있다.

가. 저작권침해에 대한 민사법적 청구권(제97조-제105조)

독일 저작권법 제97조부터 제105조에는 민사법적 청구권에 대하여 규정하고 있다. 저작권침해의 민사법적 청구권에 대한 독일 저작권법의 규정은 2008년 9월 1일 시행되어진 Richtlinie 2004/48/EG의 영향을 받아 개정이 이루어진 이후, 현재에 이르고 있다.²⁷²⁾

269) <https://www.jdsupra.com/legalnews/copyright-s-long-arm-foreign-website-40842/> (last visit on December 12, 2020).

270) 235 F.Supp.3d 15 (2017).

271) Case No. CV 17-8041 PA (ASx)(C.D.Cal.)(Feb. 23, 2018).

272) Jan Eichelberger/Thomas Wirth/Fedor Seifert, 『Urheberrechtsgesetz mit Verwertungsgesellschaftengesetz』, 3. Auflage, Nomos, Vormerkungen zu §§97-105 Rn.1-2.

저작권 혹은 기타 저작권법적으로 보호되어지는 권리가 부당하게 침해되어진 경우 부작위 및 방해제거청구권(독일 저작권법 제97조 제1항) 및 손해배상청구권(독일 저작권법 제97조 제2항)이 존재한다. 더 나아가 권리의 침해와 관련하여서는 적절한 청구권자가 저작권경고(독일 저작권법 제97조a), 정보제공청구권(제101조)²⁷³⁾을 통하여 권리 침해의 예방을 위한 조치를 진행할 수 있다. 추가적으로 민사재판권리 구제방법에 대한 규정(독일 저작권법 제104조-105조)이 명시되어 있다.

최근 주목을 받고 있는 조문은 독일 저작권법 제101조 정보공개청구권이다. 정보 청구권은 본 법의 권리를 침해한 자에 대하여 권리자가 권리침해에 따른 복제물 또는 기타 산출물의 출처, 배포경로 등에 대한 정보를 청구할 수 있는 근거조문이다. 본 조 제2항은 정보제공의무자로서 권리침해 복제물의 소유자, 권리침해 서비스의 요구자, 권리침해행위를 위하여 이용된 서비스를 제공한 자 또는 앞선 행위와 관련하여 관여한 자 등을 나열하고 있다. 다만, 민사소송법 제383조 내지 제385조에 따라 증언거부권이 있는 자의 경우 정보제공의 의무는 예외이다. 이 외에도 정보청구권과 관련된 정보제공의 범위, 관할 법원, 비용의 처리 등에 대하여 규정이 되어있다.

§ 101 Anspruch auf Auskunft

제101조 정보청구권

- (1) Wer in gewerblichem Ausmaß das Urheberrecht oder ein anderes nach diesem Gesetz geschütztes Recht widerrechtlich verletzt, kann von dem Verletzten auf unverzügliche Auskunft über die Herkunft und den Vertriebsweg der rechtsverletzenden Vervielfältigungsstücke oder sonstigen Erzeugnisse in Anspruch genommen werden. Das gewerbliche Ausmaß kann sich sowohl aus der Anzahl der Rechtsverletzungen als auch aus der Schwere der Rechtsverletzung ergeben.
- (1) 상업적인 규모로 저작권 또는 이 법에 따라 보호되어지는 다른 권리를 불법적으로 침해한 자는 피해자로부터 권리침해 된 복제물에 대한 출처와 배포경로 또는 기타 산출물에 대하여 지체 없이 정보요청을 받을 수 있다. 상업적인 범위는 권리침해의 수량 뿐만 아니라 권리침해의 심각성으로 판단될 수 있다.

273) 제3자에 의한 저작권 침해자에 대한 플랫폼의 정보공개 범위에 대한 유럽연합재판소의 판결(EuGH, Urteil vom 09.07.2020 - C-264/19)은 이 규정과 관련한 판례로서 이하의 장에서 판례분석을 진행함.

(2) In Fällen offensichtlicher Rechtsverletzung oder in Fällen, in denen der Verletzte gegen den Verletzer Klage erhoben hat, besteht der Anspruch unbeschadet von Absatz 1 auch gegen eine Person, die in gewerblichem Ausmaß

1. rechtsverletzende Vervielfältigungsstücke in ihrem Besitz hatte,
2. rechtsverletzende Dienstleistungen in Anspruch nahm,
3. für rechtsverletzende Tätigkeiten genutzte Dienstleistungen erbrachte oder
4. nach den Angaben einer in Nummer 1, 2 oder Nummer 3 genannten Person an der Herstellung, Erzeugung oder am Vertrieb solcher Vervielfältigungsstücke, sonstigen Erzeugnisse oder Dienstleistungen beteiligt war,

(2) 명백한 권리침해의 경우 또는 피해자가 침해자에 대하여 소를 제기한 경우, 제1조에 저촉하지 않고 상업적 범위로 다음의 행위를 한 자에 대해서 청구권이 존재한다.

1. 명백하게 권리를 침해한 물건이 상업적인 규모로 그의 소유 하에 있었던 경우,
2. 명백하게 권리를 침해한 서비스가 상업적인 규모로 이용된 경우,
3. 명백하게 권리침해 행위를 위해 이용되어진 서비스가 상업적인 규모로 이용되어진 경우, 또는
4. 제1호, 제2호 또는 제3호에 언급되어진 자가 해당 상품을 제조, 생산 또는 유통 또는 해당 서비스의 제공에 관여를 한 경우.

es sei denn, die Person wäre nach den §§ 383 bis 385 der Zivilprozessordnung im Prozess gegen den Verletzer zur Zeugnisverweigerung berechtigt. Im Fall der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs nach Satz 1 kann das Gericht den gegen den Verletzer anhängigen Rechtsstreit auf Antrag bis zur Erledigung des wegen des Auskunftsanspruchs geführten Rechtsstreits aussetzen. Der zur Auskunft Verpflichtete kann von dem Verletzten den Ersatz der für die Auskunftserteilung erforderlichen Aufwendungen verlangen.

다만, 그 자가 민사소송법 제383조 내지 제385조에 따라 침해자에 대한 증언 거부에 대한 권리가 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 제1문에 따른 청구에 대한 재판 상 주장의 경우, 법원은 침해자에 대하여 계속 중인 법적 분쟁이 해결

될 때 까지 요청에 따라 정보청구권에 의한 법적분쟁을 중단할 수 있다. 정보에 대한 의무가 있는 자는 피해자에게 정보제공에 필요한 비용의 배상을 청구할 수 있다.

(3) Der zur Auskunft Verpflichtete hat Angaben zu machen über

1. Namen und Anschrift der Hersteller, Lieferanten und anderer Vorbesitzer der Vervielfältigungsstücke oder sonstigen Erzeugnisse, der Nutzer der Dienstleistungen sowie der gewerblichen Abnehmer und Verkaufsstellen, für die sie bestimmt waren, und
2. die Menge der hergestellten, ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten Vervielfältigungsstücke oder sonstigen Erzeugnisse sowie über die Preise, die für die betreffenden Vervielfältigungsstücke oder sonstigen Erzeugnisse bezahlt wurden.

(3) 정보제공에 대한 의무자는 다음과 같은 정보를 제공한다.

1. 복제품 또는 기타 산출물의 제조, 공급 그리고 기타 이전 소유자, 상업적인 고객 및 판매점과 같은 서비스의 이용자가 명확한 경우 그의 이름과 주소 및
2. 생산, 배송, 수령 또는 주문되어진 복제품 또는 기타 산출물의 수량과 해당 복제품 또는 기타 산출물에 대하여 지불되어진 가격

(4) Die Ansprüche nach den Absätzen 1 und 2 sind ausgeschlossen, wenn die Inanspruchnahme im Einzelfall unverhältnismäßig ist.

(4) 개별의 사례에서 비례적이지 않은 경우 제1조 및 제2조에 의한 청구는 배제된다.

(5) Erteilt der zur Auskunft Verpflichtete die Auskunft vorsätzlich oder grob fahrlässig falsch oder unvollständig, so ist er dem Verletzten zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

(5) 정보제공의 의무자가 정보를 고의 또는 중과실로 허위 또는 불완전하게 제공할 경우, 그는 피해자에게 이로 인하여 발생하게 된 피해를 배상할 의무가 있다.

(6) Wer eine wahre Auskunft erteilt hat, ohne dazu nach Absatz 1 oder Absatz

2 verpflichtet gewesen zu sein, haftet Dritten gegenüber nur, wenn er wusste, dass er zur Auskunftserteilung nicht verpflichtet war.

- (6) 제1항 또는 제2항에 따른 의무 없이 사실의 정보를 제공한 자는, 그가 정보 제공에 의무가 없었음에 대하여 인식을 한 경우에만 제3자에 대하여 책임을 진다.
- (7) In Fällen offensichtlicher Rechtsverletzung kann die Verpflichtung zur Erteilung der Auskunft im Wege der einstweiligen Verfügung nach den §§ 935 bis 945 der Zivilprozessordnung angeordnet werden.
- (7) 명백한 권리침해의 경우, 정보제공의 의무는 민사소송법 제935조 내지 제945조에 따라 가처분의 방법으로 명령될 수 있다.
- (8) Die Erkenntnisse dürfen in einem Strafverfahren oder in einem Verfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten wegen einer vor der Erteilung der Auskunft begangenen Tat gegen den Verpflichteten oder gegen einen in § 52 Abs. 1 der Strafprozessordnung bezeichneten Angehörigen nur mit Zustimmung des Verpflichteten verwertet werden.
- (8) 형사소송절차 또는 정보가 제공되기 이전의 의무자의 행위로 인한 행정위반에 관한 법률 또는 형사소송법 제52조 제1항에 명시되어진 의무자에 대한 소송절차에서는 의무자의 동의를 통하여만 조사결과가 이용되어야만 한다.
- (9) Kann die Auskunft nur unter Verwendung von Verkehrsdaten (§ 3 Nr. 30 des Telekommunikationsgesetzes) erteilt werden, ist für ihre Erteilung eine vorherige richterliche Anordnung über die Zulässigkeit der Verwendung der Verkehrsdaten erforderlich, die von dem Verletzten zu beantragen ist. Für den Erlass dieser Anordnung ist das Landgericht, in dessen Bezirk der zur Auskunft Verpflichtete seinen Wohnsitz, seinen Sitz oder eine Niederlassung hat, ohne Rücksicht auf den Streitwert ausschließlich zuständig. Die Entscheidung trifft die Zivilkammer. Für das Verfahren gelten die Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechend. Die Kosten der richterlichen Anordnung trägt der Verletzte. Gegen die Entscheidung des Landgerichts ist die Beschwerde statthaft. Die Beschwerde ist binnen einer

Frist von zwei Wochen einzulegen. Die Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten bleiben im Übrigen unberührt.

(9) 통신데이터(텔레커뮤니케이션법 제3조 제30호)의 이용을 통해서만이 정보가 제공될 수 있는 경우, 피해자로부터 신청되어진 통신데이터의 사용 허가에 대한 사전적인 법적 명령이 필요하다. 정보제공의 의무자의 거주지, 소재지 또는 지점이 있는 관할지에 존재하는 지방법원은 분쟁금액과 관계없이 이 규정의 명령을 위한 전속적인 관할권을 가진다. 이 결정은 지방법원민사부에서 판결한다. 이 절차를 위해서는 친족사건 및 자발적인 재판권 행사 사건과 관련한 법의 규정이 적용된다. 피해자는 법원명령에 대한 비용을 부담한다. 지방법원의 결정에 대한 이의신청은 허용된다. 이의신청은 2주 이내에 제출되어야 한다. 그밖에 개인신상정보에 관한 규정은 저촉되지 않는다.

(10) Durch Absatz 2 in Verbindung mit Absatz 9 wird das Grundrecht des Fernmeldegeheimnisses(Artikel 10 des Grundgesetzes) eingeschränkt.

(10) 제9항과 관련된 제2항을 통해 원격통신비밀의 기본권(기본권법 제10조)은 제한된다.

나. 저작권침해에 대한 형사법적 처벌규정(제106조-제111조c)

독일 저작권법은 저작권 및 저작인접권과 관련하여 민사법적 구제수단에서 더 나아가 형사법적인 보호에 대하여 규정하고 있다. 독일 저작권법 제106조부터 제111조c까지 규정되어 있는 저작권침해에 대한 형사법적 처벌규정은 저작권의 보조적 수단으로 발전되었다.²⁷⁴⁾ 본 규정의 적용은 오직 “고의적인 행위(vorsätzliches Handeln, 독일 형법 § 15)” 에 의한 경우에만 적용이 가능하다.²⁷⁵⁾

실무적으로 형사법적 처벌규정보다는 민사법적 청구권을 통한 저작권침해의 대응이 다수를 차지하고 있으나, 최근 동영상스트리밍사이트를 통한 저작권침해 사례와 관련하여 형사법적 처벌규정이 적용되는 경우가 존재한다.²⁷⁶⁾ 동영상스트리밍 플랫폼 kino.to 사건²⁷⁷⁾, 영화와 관련한 토렌트 포털과 관련한 사건²⁷⁸⁾은 이에 대한 주요 사례이다.

274) Jan Eichelberger/Thomas Wirth/Fedor Seifert, 『Urheberrechtsgesetz mit Verwertungsgesellschaftengesetz』, 3. Auflage, Nomos, Vormerkungen zu §§106-111c Rn.3.

275) Id., at §§106-111c Rn.4.

276) Id., at §§106-111c Rn.1.

277) BGH, 5 StR 164/16, NJW 2017,838.

278) AG Achen, 334 Ls. 158/10, BeckRS 2013, 198691.

2. 독일 텔레미디어법

독일 텔레미디어법(Telemediengesetz; TMG)은 권리자의 지식재산권이 침해의 시정을 위한 다른 가능성이 존재하지 않는 경우 권리침해에 이용되어진 온라인서비스 제공자를 대상으로 반복적인 권리침해의 방지를 위한 정보이용의 차단을 요청할 수 있는 근거조문을 제7조에 명시하고 있다. 관련하여 차단에 대한 청구는 합리적이고 비례적이어야 한다는 제한이 존재한다. 그렇기 때문에 정보이용 차단 청구에 대하여 이를 이행하여야 하는 의무가 부여되는 온라인서비스제공자의 범위에 대해서 본 법에서 제한을 두고 있다. 관련 조문은 다음과 같다.

§ 7 Allgemeine Grundsätze

제7조 일반 원칙

- (1) Diensteanbieter sind für eigene Informationen, die sie zur Nutzung bereithalten, nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich.
(1) 서비스제공자는 개별 법률에 따라 그들의 이용을 위해 유지하고 있는 정보에 대하여 책임을 진다.
- (2) Diensteanbieter im Sinne der §§ 8 bis 10 sind nicht verpflichtet, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen.
(2) 제8조 내지 제10조에 해당하는 서비스제공자는 그들을 통하여 전송 또는 저장되는 정보의 감시 또는 불법행위로 보이는 상황에 따른 조사의 의무는 없다.
- (3) Verpflichtungen zur Entfernung von Informationen oder zur Sperrung der Nutzung von Informationen nach den allgemeinen Gesetzen aufgrund von gerichtlichen oder behördlichen Anordnungen bleiben auch im Falle der Nichtverantwortlichkeit des Diensteanbieters nach den §§ 8 bis 10 unberührt. Das Fernmeldegeheimnis nach § 88 des Telekommunikationsgesetzes ist zu wahren.
(3) 개별 법률에 따른 재판상 또는 행정 명령에 의한 정보의 제거 의무 또는 정

보의 이용의 차단 의무는 제8조 내지 제10조에 따른 책임 없는 서비스제공자의 경우에도 저촉되지 않고 적용된다. 텔레커뮤니케이션법 제88조에 따른 원격 통신비밀은 유지된다.

(4) Wurde ein Telemediendienst von einem Nutzer in Anspruch genommen, um das Recht am geistigen Eigentum eines anderen zu verletzen und besteht für den Inhaber dieses Rechts keine andere Möglichkeit, der Verletzung seines Rechts abzuwehren, so kann der Inhaber des Rechts von dem betroffenen Diensteanbieter nach § 8 Absatz 3 die Sperrung der Nutzung von Informationen verlangen, um die Wiederholung der Rechtsverletzung zu verhindern. Die Sperrung muss zumutbar und verhältnismäßig sein. Ein Anspruch gegen den Diensteanbieter auf Erstattung der vor- und außergerichtlichen Kosten für die Geltendmachung und Durchsetzung des Anspruchs nach Satz 1 besteht außer in den Fällen des § 8 Absatz 1 Satz 3 nicht.

(4) 이용자에 의하여 텔레미디어서비스가 타인에 의하여 지식재산권이 침해하기 위하여 이용되어지고 그 권리의 소유자에게 권리침해의 시정을 위한 다른 가능성이 존재하지 않는 경우, 그 권리의 소유자는 제8조 제3항에 따라 해당하는 서비스제공자에게 반복적인 권리침해를 방지하기 위하여 이용 차단에 대한 정보를 요청할 수 있다. 차단은 합리적이고 비례적이어야만 한다. 서비스제공자를 대상으로 한 제1문에 따른 청구의 주장 및 집행에 대한 사전 또는 재판 외의 비용 상환의 청구는 제8조 제1항 제3문의 경우를 제외하고 존재하지 않는다.

3. 독일 저작권-서비스제공자법 제2차 초안

독일은 Richtlinie EU 2019/790 세부적인 이행을 위하여 독립적인 법률로서 독일 저작권-서비스제공자법(Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz; UrhDaG)의 제정을 진행하고 있다.²⁷⁹⁾ 2020년 6월 24일의 공개된 제2차 초안에서 제8조 및 제12조 저작

279)

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/062420_Urheberrecht.html:%20%20jsessionid=ED069CA14EA3AF4975FB4CCCF80BB776.2_cid334(last visit on October 1, 2020).

물의 이용허락이 표시된 콘텐츠의 보호에 관한 규정 및 만약 콘텐츠가 저작권자의 허락 없이 업로드가 된 경우에는 서비스제공자는 콘텐츠의 접근을 제한 혹은 제거할 의무가 존재함을 명시한 제10조 및 제11조가 주요한 조문으로 다뤄지고 있다.²⁸⁰⁾

독일 저작권-서비스제공자법은 2020년 7월 말을 기점으로 하여 이해관계자의 의견 수렴의 진행이 완료되었으며, 현재 독일연방법무부는 공식적인 입법절차를 위한 추가적인 절차를 진행중에 있다.²⁸¹⁾

독일 저작권-서비스제공자법의 제2차 초안의 주요 규정의 원문²⁸²⁾ 및 해석은 다음과 같다.

§ 8 Kennzeichnung erlaubter Nutzungen

제8조 허용되어진 이용의 식별

- (1) Der Diensteanbieter ist verpflichtet,
1. den Nutzer beim Hochladen von Werken auf die gesetzlichen Erlaubnisse nach den §§ 5 und 6 oder auf die Erforderlichkeit vertraglicher Nutzungsrechte hinzuweisen, und
 2. es dem Nutzer hierbei zu ermöglichen, die Nutzung als vertraglich oder gesetzlich erlaubt zu kennzeichnen.
- (1) 서비스제공자는 다음과 같은 의무가 있다.
1. 이용자에게 저작물을 업로드 함에 있어 제5조 내지 제6조에 따른 법적인 허락 또는 계약상의 이용권에 대한 필요성의 안내, 및
 2. 이용자에게 계약적 또는 법적인 이용이 허용 된 것으로 표시할 수 있도록 하는 것.
- (2) Hat der Nutzer den von ihm hochgeladenen Inhalt nach Absatz 1 gekennzeichnet und ist die Kennzeichnung nicht nach § 12 offensichtlich unzutreffend, so ist die Sperrung oder Entfernung nach den §§ 10 und 11 unzulässig. Der Diensteanbieter informiert den Rechtsinhaber in diesen Fällen über die öffentliche Wiedergabe.

280) Id.

281) <http://www.urheberrecht.org/news/p/2/i/6357/>(last visit on October 1, 2020).

282)

https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt.pdf?__blob=publicationFile&v=2(최종방문일 : 2020.10.01.)

(2) 이용자가 제1항에 따라 그가 업로드 한 콘텐츠를 표시하고 제12조에 따른 표시가 명백하게 부정확하지 않은 경우에는, 제10조 및 제11조에 따른 차단 또는 제거는 허용되지 않는다. 서비스제공자는 이 경우 공개재연에 대하여 권리자에게 공지한다.

§ 10 Sperrung nicht erlaubter Nutzungen

제10조 허용되지 않은 이용의 차단

- (1) Verlangt ein Rechtsinhaber vom Diensteanbieter, sein Werk zu sperren, so ist der Diensteanbieter hierzu nach Maßgabe von § 1 Absatz 2 verpflichtet, sobald der Rechtsinhaber die hierfür erforderlichen Informationen zur Verfügung gestellt hat und sofern die Sperrung nach den §§ 8 Absatz 2 und 12 zulässig ist.
- (1) 권리자가 서비스제공자에게 그의 저작물의 차단을 요청할 때, 권리자가 이와 관련하여 필요 되는 정보를 제공했으며, 제8조 제2항 및 제12조에 따라 차단이 허용 되는 즉시 서비스제공자는 제1항 제2조의 조치에 대한 의무가 존재한다.
- (2) Startup-Diensteanbieter(§ 2 Absatz 2) sind zur Sperrung nicht verpflichtet, solange die durchschnittliche monatliche Anzahl unterschiedlicher Besucher der Internetseiten des Dienstes 5 Millionen nicht übersteigt.
- (2) 서비스의 웹사이트에 월평균 방문자가 500만 명을 초과하지 않는 한 스타트업 서비스제공자(제2조 제2항)에게는 차단의 의무가 존재하지 않는다.
- (3) Es wird widerleglich vermutet, dass kleine Diensteanbieter(§ 2 Absatz 3) im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht zur Sperrung verpflichtet sind.
- (3) 소규모 제공업체(제2조 제3항)는 비례의 원칙에 따라 차단에 대한 의무가 없다고 추정된다.

§ 11 Entfernung nicht erlaubter Nutzungen

제11조 허용되지 않는 이용의 제거

Verlangt ein Rechtsinhaber vom Diensteanbieter, sein unerlaubt wiedergegebenes Werk zu entfernen, so ist der Diensteanbieter nach Maßgabe von § 1 Absatz 2 hierzu sowie zur künftigen Sperrung nach § 10 verpflichtet, sobald der Rechtsinhaber die hierfür erforderlichen Informationen zur Verfügung gestellt hat und sofern die Entfernung und Sperrung nach den §§ 8 Absatz 2 und 12 zulässig sind.

권리자가 서비스제공자에게 그의 허락 없이 복제되어진 저작물을 제거하도록 요청한 경우, 권리자가 이와 관련하여 필요 되는 정보를 제공했고, 제8조 제2항 및 제12조에 따라 제거 또는 차단이 허용되는 즉시 서비스제공자는 제1조 제2항에 따른 조치와 제10조에 따른 향후 차단에 대한 의무가 있다.

§ 12 Sperrung und Entfernung bei Kennzeichnung als erlaubte Nutzung

제12조 허용된 이용에 대한 표시의 차단 및 제거

Die Sperrung und Entfernung ist trotz Kennzeichnung nach § 8 Absatz 2 durchzuführen, wenn diese offensichtlich unzutreffend ist. Dies kann bei der Berufung auf gesetzliche Erlaubnisse insbesondere dann der Fall sein, wenn der vom Nutzer hochgeladene Inhalt zu mindestens 90 Prozent mit den vom Rechtsinhaber zur Verfügung gestellten Informationen übereinstimmt. Satz 2 gilt nicht für einzelne Abbildungen.

표시가 명백하게 적절하지 않은 경우, 제8조 제2항에 따른 표시에도 불구하고 차단 및 제거는 이행된다. 이용자로부터 업로드 된 콘텐츠가 권리자가 제공한 정보의 90% 이상에 해당되어지는 경우 이는 특별히 법적 허가의 요청 시 발생할 수 있다. 제2문은 개별적인 이미지에 대해서는 적용되지 않는다.

II. 독일 주요 판례

1. 인터넷서비스제공자의 저작권침해 도메인 차단 의무 관련 판결(2018년 뮌헨 고등법원 29 U 732/18 판결)

가. 사실관계

청구인은 영화 “Fack Ju Göhte 3” (이하, 대상 영화)에 대한 독일 내에서 공중 접근권(öffentlichen Zugänglichmachung)을 부여받은 자이다. 대상 영화는 2017년 10월 26일부터 2017년 12월 3일까지 독일의 영화관에서 상영되었는데, 청구인은 2017년 11월 7일 대상 영화가 KINOX.TO라는 사이트(이하, 대상 사이트)를 통하여 독일어로 된 웨어호스팅의 링크를 통하여 스트리밍 되어 이용자는 그들의 시간과 장소의 선택에 따라 무료로 대상 영화를 감상할 수 있다는 사실을 인식하였다.²⁸³⁾

저작권침해를 인식한 직후 청구인은 2017년 11월 20일 저작권침해 경고를 진행하였고 대상 사이트의 그 당시 운영 호스팅제공자에 대해서도 사실적시 및 저작권 침해 경고를 진행하였다. 그러나 2017년 11월 28일에도 대상 영화가 불법적으로 대상 사이트를 통하여 스트리밍 되어진다는 사실을 인식하였다.²⁸⁴⁾

이후, 청구인은 인터넷서비스제공업체에게 대상 사이트가 이용하고 있는 도메인 및 IP주소를 고지하면서, 인터넷서비스제공업체는 그들의 고객이 대상 사이트를 접근하지 못하도록 하기 위한 적절한 조치를 취하여야 할 의무가 있음을 주장하면서 도메인 차단을 요청하였다.²⁸⁵⁾

인터넷서비스제공업체는 청구인의 요청을 받아드리지 않았고, 결과적으로 2017년 12월 6일에도 지속적으로 대상 영화는 온라인을 통해 불법적으로 이용되었다.²⁸⁶⁾ 이에 따라 청구인은 2017년 12월 6일 및 7일에 걸쳐 인터넷서비스제공업체를 대상으로 하여 도메인 차단 처분신청을 하였다. 청구인은 대상 사이트 뿐만 아니라 대상 사이트가 이용하고 있는 다수의 도메인주소 및 IP주소를 첨부하여 처분신청을 진행하였다.²⁸⁷⁾

나. 뮌헨고등법원의 판결

뮌헨고등법원은 청구인이 피청구인에게 명확하게 저작권을 침해하고 있는 도메인 및 명확한 IP주소를 명시 한 것으로 충분하다고 판단하며, 청구인은 피청구인에게 본 청구에 대한 행위 의무 및 검사의무(Handlungs- und Prüfungspflichten)이 존재하는지에 대하여 직접적으로 제시할 의무는 없다고 판단하였다.²⁸⁸⁾ 이와 관련하여서는

283) OLG München, Urteil v. 14.06.2018 - 29 U 732/18, Rn. 3-4.

284) OLG München, Urteil v. 14.06.2018 - 29 U 732/18, Rn. 4.

285) Id., Rn. 4.

286) Id., Rn. 5.

287) Id., Rn. 6.

288) Id., Rn. 21.

피청구인에게 주의의무 혹은 확인의무가 판결의 근거로서 입증이 된다면 충분하다고 판단하였다.²⁸⁹⁾

다만, 청구인의 처분신청이 감시 혹은 조사의무(Überwachungs- oder Nachforschungspflicht)와 같이 피청구인의 합법적인 비즈니스 모델의 경영에 부담이 될 수 있는 수준의 통제조치를 수반하는 것이라면 인용될 수 없을 것이라고 판단하였다.²⁹⁰⁾ 이와 같은 의무는 특정한 사안에 관련하여 명백한 법률위반이 인정될 때에만 가능할 수 있다고 판단하였다.²⁹¹⁾

본 사안과 관련하여 청구인은 이미 사이트 운영자에 대하여 저작권침해 경고 등 다양한 수단을 통하여 저작권침해를 저지하고자 노력을 진행하였으나, 결과적으로 청구인에게는 실효성 있는 제한을 할 수 있는 방법이 현실적으로 존재하지 않았음이 인정되었다.²⁹²⁾

뿐만 아니라, 청구인은 사이트 운영의 호스팅제공자에 대한 침해중단 혹은 제한을 가할 수단을 강구하였으나, 호스팅서버가 최초 루마니아에서 청구인의 추적 이후 러시아와 스코틀랜드로 또 다시 스코틀랜드의 서버가 다른 러시아 서버로 이동하였고, 이후 또 다시 우크라이나로 서버가 지속적으로 변경되면서 청구인은 사이트 운영의 호스팅제공자를 대상으로 하여 현실적으로 효과적인 제재수단으로 대응할 수 없었다는 사실을 법원은 인정하였다.²⁹³⁾

결과적으로 청구인의 입장에서 저작권침해를 제재하기 위해서는 인터넷서비스제공업체에게 저작권침해 사이트의 도메인 및 IP주소의 차단을 요청하는 방법 외에는 실효적인 수단을 이행할 수 없는 상황이었음이 인정되어, 뮌헨 고등법원은 청구인의 신청을 인용하여야 한다고 결정하였다.

2. 제3자에 의한 저작권침해물에 대한 인터넷 플랫폼 책임에 대한 분쟁(소위 Sahra Brightman 사건; 유럽사법재판소 계속 중)

가. 사실관계

원고는 음악제작자이며 음악출판 합자회사 Petersongs Musikverlag의 공동소유자이자 Nemo Studios의 소유자이다.²⁹⁴⁾ Nemo Studios는 가수 Sarah Brightman의 녹음,

289) Id.

290) OLG München, Urteil v. 14.06.2018 - 29 U 732/18, Rn. 47.

291) Id.

292) Id., Rn. 53.

293) Id., Rn. 54.

294) BGH, Beschluss, I ZR 140/15, Rn. 1.

녹화 및 공연에 대한 전 세계적인 전속계약을 체결하여 이에 대한 독점적인 영업권을 가지고 있다.²⁹⁵⁾

2008년 11월 가수 Sarah Brightman은 “A Winter Symphony“라는 앨범(이하, 대상 앨범)을 발표하였고²⁹⁶⁾ 2008년 11월 4일 “Symphony Tour“는 콘서트(이하, 대상 콘서트)를 개최하였는데, 2008년 11월 6일과 7일 인터넷동영상플랫폼 유튜브(이하, 유튜브)에 대상 앨범과 대상 콘서트의 일부가 동영상으로 업로드 되었다.²⁹⁷⁾ 원고는 2008년 11월 7일 Google Germany GmbH(이하, 구글)을 상대로 하여 동영상의 차단을 요청하였다. 구글 측에서는 원고가 함께 전달한 침해 동영상의 스크린샷을 기반으로 하여 동영상의 인터넷 주소(URL)을 조사하여 동영상 차단조치를 진행하였으나, 2008년 11월 19일 유튜브에 대상 앨범과 대상 콘서트에 대한 동영상이 재차 접근가능한 상황이 되었다.²⁹⁸⁾

원고는 유튜브와 구글을 상대로하여 부작위 및 정보청구 및 손해배상의무존재확인청구를 하였고 제1심에서 원고는 일부승소²⁹⁹⁾ 하였으나 항소를 진행하였다.

항소과정에서 원고는 추가적으로 피고의 인터넷동영상플랫폼을 통하여 대상 앨범 및 대상 콘서트와 관련한 12개의 곡에 대하여 제3자의 행위에 의한 더빙 또는 기타 연동행위, 이를 광고의 목적으로 공개적인 접근이 가능하게 하거나 제3자의 연동을 가능하게 하는 행위는 금지되어야 함을 주장하였다. 더 나아가 저작권침해행위로 인한 피고의 매출액 혹은 이익의 정보, 익명으로 플랫폼에 영상을 게재한 이용자에 대한 정보의 청구를 진행하였고, 유튜브의 손해배상의무 및 구글의 부당이득반환의무의 존재가 확인되어야 함을 주장하였다.³⁰⁰⁾

나. 제2심 함부르크고등법원의 판결³⁰¹⁾

제2심 함부르크고등법원은 원고의 주장 중 부작위청구와 관련하여서는 12개가 아닌 7개의 곡에 대하여 원고의 부작위청구를 인용하였으며, 정보청구와 관련하여서는 저작권을 침해한 이용자의 이름과 주소, 만약 우편주소가 존재하지 않는 경우 이메일 주소를 피고가 제공하여야 한다고 판단하였다.³⁰²⁾ 다만, IP주소와 이용자의 계좌정보에 대한 정보공개는 불허하였다.³⁰³⁾

295) Id., Rn. 3, 4.

296) 원고는 자신이 대상 앨범의 프로듀싱하였음을 주장하였다.

297) BGH, Beschluss, I ZR 140/15, Rn. 5, 6.

298) Id., Rn. 6, 7.

299) LG Hamburg, Entscheidung vom 03.09.2010 - 308 O 27/09

300) BGH, Beschluss, I ZR 140/15, Rn. 9.

301) OLG Hamburg, Entscheidung vom 01.07.2015 - 5 U 175/10

302) BGH, Beschluss, I ZR 140/15, Rn. 10.

함부르크고등법원은 유튜브의 경우 대상 앨범과 관련하여 발생한 저작권침해의 정범 또는 공범이 아닌 방해자로서의 책임을 부담하게 된다고 판단하였다.³⁰⁴⁾ 다만, 유튜브는 구체적인 침해행위에 대한 안내를 해야했을 뿐만 아니라, 관련 콘텐츠에 대하여 지체없이 삭제 또는 차단하는 행위를 했어야 할 책임의무를 이행하지 않았음은 인정된다고 판단하였다.³⁰⁵⁾

대상 콘서트와 관련하여서 유튜브 측은 행위의무에 위반이 존재하지 않았음을 확인하였으며, 콘서트와 관련하여 발생한 저작권침해와 관련하여 유튜브는 앨범의 경우와는 달리 행위의무를 위반하지 않았다고 판단하였다.³⁰⁶⁾

결과적으로 피고 유튜브와 구글은 단순히 방해자로서 책임을 지기 때문에 유튜브에 대한 손해배상지급의무와 구글의 부당이득반환의무는 부담하지 않으며, 이에 따라 저작권침해행위로 인하여 발생한 부가가치 또는 이익에 대한 정보제공청구는 인정되지 않는다고 판단하였다.³⁰⁷⁾

다. 독일연방대법원의 선결심판 요청

독일연방대법원은 원고의 청구는 독일 저작권법 제97조 제1항 제1문, 제99조 부작위행위청구 및 제101조 제2항 제1문 3호, 제3항 제1문의 정보청구권에 근거하였으나³⁰⁸⁾ 이는 Richtlinie 2001/29/EG 제3조 제1항 및 제8조 제3항이 주요하게 관련되어 있을 뿐만 아니라, Richtlinie 2000/31/EG 제14조 제1항과 Richtlinie 2004/48/EG 제11조 제1문 및 제13조이 밀접하게 관련되어 있다고 판단하였다.³⁰⁹⁾

본 사안과 관련하여 피고 유튜브의 행위가 Richtlinie 2001/29/EG 제3조 제1항의 재연행위(Handlung der Wiedergabe)에 해당하는지 여부가 주요할 것이며, 만약 유튜브의 행위가 본 지침의 재연행위에 해당하지 않는다면 Richtlinie 2000/31/EG 제14조 제1항의 적용여부가 쟁점이 될 것이다. 이 경우 Richtlinie 2000/31/EG 제14조 제1항의 불법적인 행위 또는 관련 정보에 대한 실질적인 인식 또는 사실 혹은 상황에 대한 인식에 대하여 어떠한 기준으로 판단할 것인지에 대한 의문이 발생한다고 독일연방대법원은 판단하였다.³¹⁰⁾

만약 유튜브의 행위가 재연행위에 해당하지 않으며 Richtlinie 2000/31/EG 제14조

303) BGH, Beschluss, I ZR 140/15, Rn. 18.

304) Id., Rn. 16.

305) Id.

306) Id., Rn. 17.

307) Id., Rn. 18.

308) Id., Rn. 13.

309) Id., Rn. 12..

310) Id., Rn. 19.

제1항의 행위에도 해당하지 않는 경우에는 추가적으로 Richtlinie 2004/48/EG 제11조 제1문 및 제13조에 따른 저작권침해행위의 정범으로로서 판단할 수 있는지가 문제가 된다.³¹¹⁾ 만약 본 조문에 저촉이 된다면 유튜브가 Richtlinie 2004/48/EG 제13조 제1항에 의한 침해자로서의 손해배상의무를 지기 위해서는 침해행위에 플랫폼 자체의 침해행위에 대한 직접적인 연관성과 제3자에 의하여 플랫폼이 구체적인 권리침해를 위하여 이용되었다는 점에 대하여 의식적으로 또는 합리적으로 판단하여 인식하였어야만 한다고 판단될 수 있는지가 문제가 된다.³¹²⁾

2019년 11월 26일부터 유럽사법재판소는 독일연방재판소에서 선결판결을 요청한 본 사안에 대한 심의가 진행 중이나, 2020년 9월 30일 현재 아직 유럽사법재판소의 판결이 도출되지 않았다.³¹³⁾

제3절 일본

I. 만화 해적판 사이트에 대한 일본 정부의 대응

1. 지적재산추진계획

지적재산추진계획에 있어서 인터넷을 이용한 권리침해에 대해 최초로 언급된 것은 2005년 판이다. 그 이후 2008년 판에 동영상공유사이트의 문제가 제기되어 이후 매년 이 문제가 테이블 위에 올려져 있다.

만화애니메이션의 언급은 전술한 대로 2015년 판부터다. 2015년 판에 등재되어 있는 것은 2014년에 MAGP가 조직되었다는 것, 인터넷 서비스 제공자와 권리자 등과의 제휴에 의한 자주적인 삭제대응, 국경을 초월한 해적판 발신 사이트의 조치의 검토 등이다. 기술을 서서히 구체화하여 2018년 판에는 ‘리치 사이트’에의 언급도 드러났다.

각 년도의 계획내용은 이하에 열거한 위원회를 개최하고 여러 심의체의 검토를 거친 것이다.

311) Id., Rn. 20.

312) Id., Rn. 20.

313) <http://www.urheberrecht.org/news/6281/>(last visit on September 30, 2020).

2. 문화심의회 저작권분과위원회법제·기본문제 소위원회 보고

2017년 2월 제16기 문화심의회 저작권분과위원회법제·기본문제 소위원회는 ‘새로운 시대의 수요에 적확하게 대응한 권리제한규정과 체계 등의 바람직한 방향’, ‘교육의 정보화의 추진 등’, ‘장애자의 정보접근 기회의 충실’, ‘저작물 등의 아카이브의 이용 촉진’을 포함한 ‘중간요약(안)’을 정리하였다. 제16기의 심의의 특징은 ‘리치 사이트에 대한 대응’이 새로운 검토과제로 되었다는 것이다. 관련 단계로부터의 의견조화와 현행법과의 관계를 고려한 대응책에 대한 정치한 논의가 행해졌다.

3. 개정의 개요

일본의 「저작권법 및 프로바이더의 저작물에 관한 등록의 특례에 관한 법률의 일부를 개정하는 법률」(영화 2년(2000년) 법률 제48호, 이하 ‘일본 개정법’이라 한다.)이 제201회 통상국회에서 발의되어 영화 2년 6월 12일에 공포되었다.

가. 인터넷상 해적판 대책의 강화

(1) 리치 사이트 대책 (일본 저작권법 제113조 제2항 내지 제4항, 제119조 제2항 제4호 및 제5호, 제120조의2 제3호 등)

리치 사이트 등을 운영하는 행위 등은 형사벌의 대상으로 하였다. 리치 사이트 등에 있어 침해 콘텐츠에의 링크를 게재하는 행위 등은 저작권 등을 침해하는 행위로 보아 민사상·형사상의 책임을 묻도록 하였다. 여기에서 침해 콘텐츠란 위법하게 업로드된 저작물 등을 의미한다. 그리고 리치 사이트란 침해 콘텐츠에의 링크 정보 등을 집약한 웹사이트를 의미한다.

(2) 침해 콘텐츠의 다운로드 위법화 (일본 저작권법 제30조 제1항 제4호 및 제2항, 제119조 제3항 제2호 및 제5항 등)

제4절 우리나라

I. 관련 입법

근거조문: 저작권법 제133조 제1항 및 제2항, 제130조, 저작권법 시행령 제70조 제1항 제1호

저작권법 [시행 2020. 8. 5.] [법률 제16933호, 2020. 2. 4., 일부개정]

제130조(권한의 위임 및 위탁) 문화체육관광부장관은 대통령령으로 정하는 바에 따라 이 법에 따른 권한의 일부를 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사에게 위임하거나 위원회, 보호원 또는 저작권 관련 단체에 위탁할 수 있다. <개정 2008. 2. 29., 2009. 4. 22., 2016. 3. 22., 2020. 2. 4.>

제133조의2(정보통신망을 통한 불법복제물등의 삭제명령 등) ① 문화체육관광부장관은 정보통신망을 통하여 저작권이나 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 침해하는 복제물 또는 정보, 기술적 보호조치를 무력하게 하는 프로그램 또는 정보(이하 “불법복제물등”이라 한다)가 전송되는 경우에 심의위원회의 심의를 거쳐 대통령령으로 정하는 바에 따라 온라인서비스제공자에게 다음 각 호의 조치를 할 것을 명할 수 있다. <개정 2016. 3. 22.>

1. 불법복제물등의 복제·전송자에 대한 경고

2. 불법복제물등의 삭제 또는 전송 중단

② 문화체육관광부장관은 제1항제1호에 따른 경고를 3회 이상 받은 복제·전송자가 불법복제물등을 전송한 경우에는 심의위원회의 심의를 거쳐 대통령령으로 정하는 바에 따라 온라인서비스제공자에게 6개월 이내의 기간을 정하여 해당 복제·전송자의 계정(이메일 전용 계정은 제외하며, 해당 온라인서비스제공자가 부여한 다른 계정을 포함한다. 이하 같다)을 정지할 것을 명할 수 있다. <개정 2011. 12. 2., 2016. 3. 22.>

- ③ 제2항에 따른 명령을 받은 온라인서비스제공자는 해당 복제·전송자의 계정을 정지하기 7일 전에 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 계정이 정지된다는 사실을 해당 복제·전송자에게 통지하여야 한다.
- ④ 문화체육관광부장관은 온라인서비스제공자의 정보통신망에 개설된 게시판(「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제9호의 게시판 중 상업적 이익 또는 이용 편의를 제공하는 게시판을 말한다. 이하 같다) 중 제1항제2호에 따른 명령이 3회 이상 내려진 게시판으로서 해당 게시板的 형태, 게시되는 복제물의 양이나 성격 등에 비추어 해당 게시판이 저작권 등의 이용질서를 심각하게 훼손한다고 판단되는 경우에는 심의위원회의 심의를 거쳐 대통령령으로 정하는 바에 따라 온라인서비스제공자에게 6개월 이내의 기간을 정하여 해당 게시판 서비스의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다.
<개정 2016. 3. 22.>
- ⑤ 제4항에 따른 명령을 받은 온라인서비스제공자는 해당 게시板的 서비스를 정지하기 10일 전부터 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 게시板的 서비스가 정지된다는 사실을 해당 온라인서비스제공자의 인터넷 홈페이지 및 해당 게시판에 게시하여야 한다.
- ⑥ 온라인서비스제공자는 제1항에 따른 명령을 받은 경우에는 명령을 받은 날부터 5일 이내에, 제2항에 따른 명령을 받은 경우에는 명령을 받은 날부터 10일 이내에, 제4항에 따른 명령을 받은 경우에는 명령을 받은 날부터 15일 이내에 그 조치결과를 대통령령으로 정하는 바에 따라 문화체육관광부장관에게 통보하여야 한다.
- ⑦ 문화체육관광부장관은 제1항, 제2항 및 제4항의 명령의 대상이 되는 온라인서비스제공자와 제2항에 따른 명령과 직접적인 이해관계가 있는 복제·전송자 및 제4항에 따른 게시板的 운영자에게 사전에 의견제출의 기회를 주어야 한다. 이 경우 「행정절차법」 제22조제4항부터 제6항까지 및 제27조를 의견제출에 관하여 준용한다.
- ⑧ 문화체육관광부장관은 제1항, 제2항 및 제4항에 따른 업무를 수행하기 위하

여 필요한 기구를 설치·운영할 수 있다.

[본조신설 2009. 4. 22.]

저작권법 시행령

[시행 2020. 8. 5.] [대통령령 제30898호, 2020. 8. 4., 일부개정]

제70조(수거·폐기·삭제 업무의 위탁 등) ①문화체육관광부장관은 법 제133조제 2항에 따라 수거·폐기 업무를 다음 각 호의 단체에 위탁할 수 있다. <개정 2008. 2. 29., 2009. 7. 22., 2016. 9. 21.>

1. 보호원

2. 삭제 <2016. 9. 21.>

3. 그 밖에 불법 복제물 등의 수거·폐기·삭제 업무를 수행할 능력과 자격이 있다고 문화체육관광부장관이 인정하는 법인 또는 단체

② 제1항에 따라 수거·폐기·삭제 업무를 하는 기관의 직원은 수거·폐기·삭제 업무를 할 때 문화체육관광부령으로 정하는 증표를 지니고 관계인에게 내보여야 한다. <개정 2008. 2. 29., 2009. 7. 22.>

II. 실제 사례 및 대응방안

현재는 방송통신심의위원회에서 해외 불법복제물에 관한 웹사이트의 접속차단을 처리하고 있는데, 이러한 방식보다는 저작권보호에 관한 전문기관인 문화체육관광부 산하의 한국저작권보호원에서 직접 전문적인 심의를 거쳐 해외 불법사이트의 접속차단을 신속하게 처리하는 것이 바람직하다고 생각된다. 이것은 2020년 시행 개정 저작권법에 따라 저작권보호심의위원의 수가 증대된 것(기존의 5명 이상 10명 이내에서 15명 이상 20명 이내로 확대)에 맞추어 본격적으로 추진할 필요가 있다고

생각한다. 다만, 권리자의 광고수익 박탈 등과 같이 권리자의 권익을 충분히 보호하는 차원에서 직접 불법사이트 삭제를 요청하기 보다는 권리자에게 통지하여 권리자가 처리할 수 있도록 배려하는 방향도 충분히 고려할 필요가 있고 실무상 그러한 것으로 알고 있다.

1. 보호원의 저작권 침해(구글) 대응 현황³¹⁴⁾

가. 추진 경과

2018. 5. ~ 12.	구글-문체부(보호원)과의 협의를 통해 구글 자사 포털 내 불법사이트 검색차단 시범운영(55건 차단조치)
2018. 12.	구글-문체부 협의를 통해 보호원이 유튜브 내 불법복제물 삭제요청 등을 할 수 있도록 ‘콘텐츠 삭제요청 권한(*TCRP ³¹⁵⁾)
2019. 1. ~ 10.	19년 1월 방심위 접속차단 일원화 이슈 및 구글측 법적근거 미존재 사유로 보호원 검색차단 일시 중단
2019. 11.	구글-보호원 검색차단 재개를 위한 구글코리아 논의
2020. 1.	보호원 대표계정을 통해 검색차단 요청에 대한 처리 가능성을 구글코리아 통해 확인
2020. 1. ~	19년 접속차단 관련 이슈로 인해 검색 삭제 절차가 잠시 중단되었으나 ‘20년 기준을 새로 정립하여 재개
2020. 11. 5.	20년 10월 구글 스토어에 게시된 모바일 앱 1건 삭제 요청 및 삭제처리 확인, 기존의 Tcrp대신 Regal Removal ³¹⁶⁾ 을 사용하여 삭제 요청을 하는 것으로 구글과 협의 ³¹⁷⁾

314) 한국저작권보호원 온라인 대응팀, “보호원 저작권 침해(구글) 대응 현황”, 2020. 11. 09.

315) Tcrp(Trusted Copyright Removal Platform) : 구글에서 운영하는 저작권 삭제 프로그램

316) Regal Removal : 구글에 인증한 대상에게만 부여하는 신고 플랫폼

317) 보호원은 Regal Removal을 사용하여 구글 검색 결과에 대해서 ‘18년부터 ‘20년 10월까지 총 13,232건의 삭제 절차를 진행

나. 추진 절차

(1) 유튜브 신고 절차



(2) 구글 검색 삭제 요청 절차



다. 대응 조치

(1) 유튜브

국내 음원은 한국음악저작권협회와 일괄 신탁 방식의 계약을 체결하였으며, 국내 주요 방송사도 비슷한 계약을 체결하는 등 권리자와 자율적인 협의를 체결하였기 때문에 보호원에서 권리자의 의사 없이 일방적으로 삭제 요청을 할 수는 없다. 유튜브내 사전 허락 없이 게시된 콘텐츠가 발견된 경우, 저작권자는 유튜브가 제공하는 저작권 관리도구인 '콘텐츠ID'를 통해 해당 콘텐츠 차단, 광고계재를 통한 수익창출, 업로더

318) 유튜브 신고는 저작권 신고폼, 고객센터, 유튜브 게시물 내 신고 등 여러 가지 방법이 존재

319) 저작권신고폼 : youtube.com/copyright_complaint_form

320) https://www.google.com/webmasters/tools/legal-removal-request?hl=ko&pid=0&complaint_type=1
(last visit on January 10, 2020).

321) 삭제 요청시 반드시 구글에서 인증한 kcopa.g@메일을 입력해야 삭제 가능.

와 수익공유 등을 선택할 수 있다.

따라서 보호원이 권리자의 의사 확인없이 일방적으로 삭제할 수 없는 상황으로 유튜브를 대상으로 직접적인 삭제요청은 하지 않고 있으며, 다만 권리자가 요청 시 모니터링 정보제공을 통한 자력구제 지원을 하고 있다.³²²⁾

(2) 구글 검색 삭제

2019년 12월 구글과 보호원은 검색 삭제에 대한 기준을 다시 정립하여 보호원 보호심의위원회 심의를 통과된 사이트에 대해 검색 삭제 요청시 삭제하는 것으로 협의하였다. 심의 대상은 방송통신심의위원회에서 저작권으로 차단된 사이트의 대체 사이트이며, 주 1회 심의·요청에서 10월부터 월 1회 심의·요청으로 변경하였다.

라. 연도별 구글 검색 삭제 조치 현황

연도	요청	삭제(삭제율) ³²³⁾
2018년	70건	55건(78.6%)
2019년	535건	139건(26.0%)
2020년(10월)	51,299건	13,215건(25.8%)
합계	51,904건	13,409건(25.8%)

III. 개정동향 및 개정안

1. 정보통신망법상 역외적용 조문

정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 (약칭: 정보통신망법) 제5조의2(국외행위에 대한 적용) 이 법은 국외에서 이루어진 행위라도 국내 시장 또는 이용자에게 영향을 미치는 경우에는 적용한다.

322) 한국영화디지털유통협회 유튜브 모니터링 정보제공 총 135건('20.10.기준).

323) 권리자의 삭제 조치, 사이트 폐쇄, 콘텐츠 확인 불가 등 이유로 인해 요청 건 대비 삭제율이 낮음.

제64조의5(투명성 보고서 제출의무 등) ① 정보통신서비스 제공자 중 일일 평균 이용자의 수, 매출액, 사업의 종류 등이 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 자는 매년 자신이 제공하는 정보통신서비스를 통하여 유통되는 불법촬영물등의 처리에 관하여 다음 각 호의 사항을 포함한 보고서(이하 “투명성 보고서“라 한다)를 작성하여 다음해 1월 31일까지 방송통신위원회에 제출하여야 한다.

1. 정보통신서비스 제공자가 불법촬영물등의 유통 방지를 위하여 기울인 일반적인 노력에 관한 사항
2. 「전기통신사업법」 제22조의5제1항에 따른 불법촬영물등의 신고, 삭제요청 등의 횟수, 내용, 처리기준, 검토결과 및 처리결과에 관한 사항
3. 「전기통신사업법」 제22조의5제1항에 따른 불법촬영물등의 삭제·접속차단 등 유통방지에 필요한 절차의 마련 및 운영에 관한 사항
4. 불법촬영물등 유통방지 책임자의 배치에 관한 사항
5. 불법촬영물등 유통방지를 위한 내부 교육의 실시와 지원에 관한 사항

② 방송통신위원회는 투명성 보고서를 자신이 운영·관리하는 정보통신망을 통하여 공개하여야 한다.

③ 방송통신위원회는 투명성 보고서의 사실을 확인하거나 제출된 자료의 진위를 확인하기 위하여 정보통신서비스제공자에게 자료의 제출을 요구할 수 있다.

[본조신설 2020. 6. 9.]

정보통신망법 제5조의2는 역외적용에 관한 조문을 두고 있다. 즉 정보통신망법 제5조의2는 국외에서 이루어진 행위도 국내 시장 또는 이용자에게 영향을 미치는 경우 이 법을 적용하도록 하고 있다(제5조의2 신설). 이는 우리나라 실질법을 역외 적용하는 것일 뿐이고 대인적 재판관할권을 역외로 확대적용하는 것이 아니다. 따라서 준거법인 실질법과 더불어 재판관할권의 적용범위를 명확하게 규정하는 조문이 필요할 것으로 생각한다. 그러한 의미에서 2020년 국회에 제출된 국제사법 전부 개정안 제39조는 의미가 크다고 하겠다.

아울러, 정보통신서비스 제공자 중 일일 평균 이용자의 수, 매출액, 사업의 종류 등이 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 자는 매년 자신이 제공하는 정보통신서비스를 통하여 유통되는 불법촬영물 등의 처리에 관하여 방송통신위원회에 투명성 보고서를 제출하도록 하고, 이를 위반한 경우 1천만원 이하의 과태료를 부과하고 있다(제64조의5 및 제76조제3항제25호 신설). 한국의 고객을 향해 서비스를 제공하는 인터넷서비스제공자에게는 투명성 보고서 제출의무를 부과하는 방안도 고려하여 불만하다. 다만, 인터넷기업의 과도한 업무부담을 초래하는 것은 지양하는 것이 타

당하므로 홈페이지상 투명성보고서 공개로 충분한 경우에는 투명성 보고서 제출의무를 면제하는 방안도 같이 고려하여야 할 것이다.

2. 정보통신망법 개정안

정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 일부개정법률안 (민홍철의원 대표발의)³²⁴⁾에 따르면 다음과 같이 규정하고 있다.

제76조제3항에 제4호의2를 다음과 같이 신설한다.

4의2. 제44조의2제2항을 위반하여 삭제·임시조치 등의 필요한 조치를 하지 아니한 자

현행법에는 정보통신서비스 제공자가 신청인의 요청에 따라 삭제·임시조치 등을 이행하지 않는 경우에 대하여 처벌할 수 있는 규정이 없어 정보통신서비스 제공자가 삭제 등의 조치를 취하지 않을 경우 피해자의 인격권 침해 및 정신적 피해가 상당할 수 있다는 지적이 제기되었다.

따라서 타인의 권리를 침해하는 정보의 삭제 등을 요청받은 정보통신서비스 제공자가 필요한 조치를 하지 않은 경우 과태료를 부과하도록 하여 사칭 등으로 인한 타인의 권리침해를 방지하고자 하였다(안 제76조제3항제4호의2 신설).

324) 2020년 11월 9일 국회에 제출된 (의안번호 제2105121호)

제4장 저작권법의 역외적 효력 적용가능성 검토 (민사구제방안)

제1절 미국

미국의 디지털밀레니엄저작권법은 인터넷상 저작권침해에 관한 벌칙규정을 도입하였고 저작물에 대한 적법한 접근을 통제하는 조치를 우회하고자 의도한 기술, 장치 또는 서비스의 제조 및 유통을 형사별로 규정하고 있다. 이 법이 역외적으로 적용되는지 여부는 다수의 소송의 쟁점이었으나 외국의 지사가 이 법을 위반한 경우 해외에서 경영하는 미국 회사에 대해 역외적으로 적용된다는 것은 일반적으로 승인되어 있다.³²⁵⁾

제2절 독일

독일 저작권 및 저작인접권법은 문학, 예술 및 과학에 관한 디지털 저작물 및 비 디지털 저작물의 창작자에게 인격권과 재산권을 부여하고 있다. 이 법은 외국인이 소유하거나 외국인이 운영하는 웹사이트로서 저작권을 침해하는 웹사이트에 적용할 수 있다. 다만, 해당 웹사이트의 콘텐츠가 독일에서 이용할 수 있고 고의적으로 독일 이용자를 지향한 경우에 적용가능하다. 독일 이용자를 지향하는 의사를 가리키는 일반적인 지표는 콘텐츠가 독일어로 구성되어 있다는 사실이다. 그러한 해석은 독일 최고재판소가 판시한 내용이다.³²⁶⁾

제3절 인도

인도 저작권법은 어문저작물, 연극저작물, 음악저작물 및 미술저작물의 창작자 및 영화제작자와 음반제작자에게 인격권, 저작인접권 및 재산권을 부여하고 있다. 이 법에 따르면, 인도 법원은 인도 영토 내에서 발생하는 분쟁에 대하여 재판할 관할권을 가진다고 규정하고 있다. 그 결과, 인도 밖에 소재하는 웹사이트로서 저작

325)

<https://www.internetsociety.org/wp-content/uploads/2018/10/The-Internet-and-extra-territorial-application-of-laws-EN.pdf> (last visit on December 9, 2020).

326) Id.

권침해에 기여하는 웹사이트는 인도의 이용자에게 저작물의 침해물을 제공함으로써 그 사안에 대하여 재판할 관할권을 인도 법원에게 부여할 것이다.³²⁷⁾

제4절 베네수엘라

컴퓨터 범죄에 대한 특별법(2001년)은 저작물의 무단 유포, 아동학대 동영상에 접근하기 위하여 인터넷을 이용하는 행위, 기록을 절도하거나 산업스파이 범죄를 범하기 위하여 컴퓨터 시스템을 이용하는 행위를 비롯하여 다섯가지 범주의 위법행위를 형사별로 처벌하고 있다. 이 법 제3조에 따르면, “(역외적용). 이 법에 규정된 위반행위 중 하나가 공화국 밖에서 행해지는 경우에 그 위반행위가 공화국 영토 내에서 그 효력을 가지고 유책자가 동일한 위반행위로 판결을 선고하지 않았거나 외국 법원에서 기소 또는 유죄를 회피한 경우에만 그 위반자는 이 조문을 적용받는다.” 라고 규정하고 있다.

327)

<https://www.internetsociety.org/wp-content/uploads/2018/10/The-Internet-and-extra-territorial-application-of-laws-EN.pdf> (last visit on December 9, 2020).

제4편 국제 인터넷 서비스를 매개로 한 저작권침해 대응 경향 및 시사점

제1장 국내외 저작권법 위반 수사공조시 고려할 사항

국제 인터넷 서비스를 매개로 한 저작권 침해 범죄행위에 대한 형사법적 대응방안을 여러 가지 시각에서 검토를 한 결과 다음과 같은 시사점이 도출된다. 저작권 침해 범죄행위를 단속하고 수사하는 직무를 수행하고 있는 특별 사법경찰관리의 입장에서 실무 과정에서 참고가 될 수 있을 것으로 생각된다. 시사점을 요약·정리하면 다음과 같다.

I. 범죄구성요건 성립 관련

1. 저작권 침해 범죄행위의 개념

저작권 침해 범죄는 저작물을 저작권자의 동의 없이 함부로 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여하거나 그에 대한 2차적 저작물 작성을 함으로써 성립한다. 저작권자의 동의가 있게 되면 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여 또는 그에 대한 2차적 저작물 작성이 허용된다. 저작권 침해 행위를 다시 정의해보자면 ‘저작권자의 의사에 반하여 저작물을 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여하거나 그에 대한 2차적 저작물 작성을 하는 것’ 이라고 할 수 있다.

2. 저작권자의 동의가 가지는 법적 성격

여기서 저작권자의 동의가 3단계로 구성되어 있는 범죄성립요건 가운데 어느 것을 조각시켜서 처벌대상에서 제외되는가에 대하여 다음과 같은 견해 대립이 있다.

- ① 이원설 : 법익주체의 동의가 어떠한 법적 성격을 가지는가에 대해서는 일률적인 판단이 불가능하므로, 구성요건 조각사유인 양해 또는 위법성 조각사유인 승낙 가운데 어디에 속하는가를 구성요건의 특질을 보고 판단하여야 한다는

견해이다.

- ② 일원설 중 구성요건 조각사유설 : 법익주체의 동의를 있게 되면 항상 구성요건이 조각된다고 보는 견해이다.
- ③ 일원설 중 위법성 조각사유설 : 법익주체의 동의를 있게 되면 항상 위법성이 조각된다고 보는 견해이다.

범죄행위의 속성상 법익주체의 동의를 있게 되면 범죄성립요건의 제1단계인 구성요건 자체가 성립할 수 없다고 보아야 하는 유형이 존재한다고 볼 수밖에 없으므로 일단 법익주체의 동의를 구성요건을 조각하는 사유가 될 수 있다는 점을 인정하여야 한다고 본다. 그렇다고 해서 법익주체의 동의를 항상 구성요건을 조각한다고 보기도 어렵다. 따라서 범죄의 속성에 따라 법익주체의 동의를 구성요건 조각사유가 되는 경우도 있고, 위법성 조각사유가 되는 경우도 있다고 보는 이원설이 타당하다.

저작권 침해의 경우는 ‘저작권자의 의사에 반하여 저작물을 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여하거나 그에 대한 2차적 저작물 작성을 하는 것’ 이 범죄행위에 해당하는 것이므로 법익주체인 저작권자의 동의는 구성요건을 조각하는 ‘양해’로 보는 것이 타당하다.

3. 저작권 제한사유의 법적 성격

저작권법은 제23조 이하에서 저작재산권의 제한 근거를 열거하고 있다. 저작자의 동의를 없는 상태에서 저작물을 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여하거나 그에 대한 2차적 저작물 작성을 하더라도 이들 저작재산권 제한 사유에 해당하면 저작권 침해 범죄가 성립하지 않게 된다. 이 경우에도 범죄론 체계와 관련해서 어떻게 이해하여야 하는지에 대하여 논란의 소지가 있다.

저작권 제한사유 가운데 가장 핵심적인 내용은 저작권법 제35조의5 제1항에 있다. 이 조항의 내용을 한마디로 하자면 ‘정당한 사용은 처벌하지 않는다’는 것이다. 그 앞에 있는 18개의 조항은 정당한 사용의 예시에 해당한다. 결국 저작권법 제35조의5만 있어도 되지만 그렇게 되면 판단기준의 추상성을 극복하기 어렵기 때문에 18개의 예시 규정을 둔 것이다. 입법기술상 제한적 일반화(ejusdem generis)에 해당한다.

저작권 제한사유에 해당하는 경우는 저작권자의 동의를 별도로 이루어지지 않고 있는 상태임은 분명하므로 ‘저작권자의 의사에 반한다’는 요건이 일단 형식적으로 충족된다고 보아야 한다. 따라서 구성요건 조각사유로는 볼 수 없다. 저작권법

제23조부터 제35조의5까지의 규정은 위법성 조각사유로 보는 것이 타당하다.

4. 고의와 실질적 유사성 및 접근성

형법 총칙의 규정은 형법전 이외의 모든 형사처벌 규정에 두루 적용되기 때문에 저작권법상의 처벌규정에도 마찬가지로 형법 총칙 내용이 적용된다. 저작권법 제136조 제1항에는 주관적 구성요건에 관한 언급이 없다. 과실범을 처벌한다는 특별한 규정이 존재하지 않는 한 고의범만 처벌하는 것이 원칙이다. 따라서 과실범 처벌에 대한 언급이 없다는 측면에서 저작권법 침해 범죄행위는 법적 성격을 고의범으로 보아야 한다.

고의범인 저작권 침해죄가 성립하려면 ① 저작물의 존재를 인식하고, ② 저작권자의 의사에 반한다는 점을 알면서도, ③ 그 저작물을 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여하거나 그에 대한 2차적 저작물을 작성하였어야 한다. 이와 같은 내용의 고의가 있었다는 점에 대한 입증책임은 검찰에게 부여된다.

고의란 ‘범죄구성요건 실현에 대한 인식과 의도’를 말한다. 그런데 사람의 인식과 의도를 직접 관찰을 통해 정확하게 인식할 수 있는 도구가 존재하지 않는다. 이 때문에 고의의 존재 및 내용에 대한 판단은 행위자의 객관적 행동을 보고 어떠한 행위는 어떠한 고의의 존재가 있었음을 말해준다고 보는 수밖에 없다. 고의 입증에 관한 증명력 판단을 객관적 측면에서 행위 내용을 읽는 방식으로 한다는 말이다.

이와 관련하여 저작권 침해 범죄행위의 고의를 판단할 때 ‘실질적 유사성’과 ‘접근성’이라는 기준을 사용하고 있다. 저작권 침해의 혐의를 받고 있는 사람은 내용이 비슷하지만 그것은 우연의 일치라고 주장하기 마련이므로 자백이 아니라 객관적인 내용을 보고 판단하는 수밖에 없다. 이 경우 실질적 유사성을 판단기준으로 하게 되면 구체적인 표현이 모두 일치하지 않더라도 전체적인 맥락에서 상식적으로 같은 내용이라고 볼 수 있을 정도이면 저작권 침해를 인정할 수 있게 된다. 증명력에 대한 요구수준을 실제 상황에 적합하도록 조정한 것이라고 할 수 있다.

그런데 혹시 다른 사람의 저작물을 보지 않고도 실질적 유사성을 가진 작품을 만들어 낼 수도 있지 않겠는가 하는 걱정 때문에 침해 대상 저작물의 내용에 행위자가 ‘접근’(access)할 수 있는 가능성이 열려 있었는가를 동시에 감안하고 있다. 또한 이미 창작이 이루어진 저작물을 접할 수 있어야 그에 의거하여 작품을 만들었다고 볼 수 있다는 측면에서 ‘의거관계’라는 표현을 사용하기도 한다. 많은 콘텐츠가 인터넷 공간에서 파일 형태로 제공이 되고 있는 상황에서는 접근성을 인정하

는 데에는 별다른 어려움이 없을 것이라고 생각한다.

5. 온라인서비스제공자의 책임

저작권법 측면에서 공범과 관련하여 주로 문제가 되는 것은 저작권 침해 행위가 가능해지도록 저작권 침해의 장을 열어 준 온라인서비스제공자(Online Service Provider / OSP)의 중범 성립 여부이다. 저작권 침해와 관련하여 형사책임이 문제될 수 있는 경우는 네이버나 카카오와 같은 포털 사이트와 위디스크와 같은 웹하드라고 할 수 있다. 포털과 웹하드 사업자는 이용자들이 정보통신망을 이용해서 서로 자료를 교환할 수 있도록 장을 열어주고 있다. 이들 서비스를 이용해서 교환되는 정보가 저작권을 침해할 가능성은 항상 열려 있다. 그러한 점을 온라인서비스사업자도 잘 알고 있다.

온라인서비스사업자의 형사책임은 방조범 형태로 성립이 가능하다. 방조란 ‘타인의 범죄를 촉진하는 것’을 말한다. 그리고 촉진이란 ① 타인의 범죄의 실행을 가능하게 만들어 주거나 ② 타인의 범죄로 인한 법익침해를 강화해 주거나 ③ 타인의 범죄의 실행을 쉽게 해 주는 것을 말한다. 저작권 침해는 포털 사이트나 웹하드 서비스가 존재함으로 인해서 그렇지 않은 경우에 비해 아주 손쉽게 그 실행행위를 할 수 있게 되며, 인터넷의 폭발적인 전파력으로 인해서 법익침해를 아주 효과적으로 강화해준다. 따라서 저작권 침해의 장을 마련하여 손쉽게 범죄를 저지르고 또 법익침해가 강해지도록 도와준다는 측면에서 온라인서비스사업자의 행위는 방조에 해당할 수 있다.

온라인서비스사업자의 서비스 제공행위가 저작권 침해 범죄의 방조에 해당한다고 하더라도, 그러한 방조행위는 작위에 의한 것이라고 보는 것이 타당하다. 작위에 의한 방조가 인정되려면 작위의무가 있어야 한다. 작위의무는 보증인적 지위가 있을 때 인정된다.

온라인서비스사업자가 이행하여야 할 작위의무의 내용은 저작권법 제102조부터 제104조 사이에 자세히 규정되어 있다. 이들 조항은 온라인서비스사업자가 자신의 지배영역 내에서 이루어진 저작권 침해 결과에 대하여 책임을 지지 않기 위한 요건이라는 형태로 구성되어 있다. 이들 요건을 준수하면 형사처벌이 되지 않는다는 것은 이 요건들이 온라인서비스사업자가 이행하여야 할 작위의무라는 말이 된다. 작위의무의 내용을 간추려서 정리해 보자면 다음과 같다.

① 어떠한 정보가 누구로부터 누구에게로 언제 보낼 것인가에 대한 결정에 개입

하지 말 것 (사이트 내의 콘텐츠 구성에 대하여 관여하지 말 것) (저작권법 제 102조)

- ② 반복적으로 저작권을 침해하는 이용자가 발견되면 이용을 정지시킬 것 (저작권법 제102조 제1항 제1호 다목)
- ③ 저작권 침해가 불가능해지도록 차단하기 위한 기술적 조치를 그대로 둘 것 (저작권법 제102조 제1항 제1호 라목)
- ④ 권리주장자의 요구가 있으면 저작물의 소통을 차단할 것 (저작권법 제103조)

저작권 침해가 이루어지는가를 일일이 점검하여야 할 모니터링 의무는 인정되지 않는다(저작권법 제102조 제3항). 포털이나 웹하드를 이용해서 소통이 되는 정보의 양이 너무 많기 때문에 이를 모두 들여다보는 것은 불가능한 일이다. 그러한 작위 의무는 이행할 수 없기 때문에 그러한 작위의무 자체를 인정하는 것은 무의무한 일이다. 어차피 작위의무 이행가능성이 없어서 부작위범의 성립을 인정할 수 없기 때문이다.

저작권 침해 현상을 최소화 한다는 측면에서 생각해볼 만한 것은 저작권 침해 차단을 위해서 특정 정보에 접근할 수 없도록 하기 위한 기술적 조치를 취할 것을 의무화하는 것이다. 최근 N번방 사건으로 인하여 불법촬영물을 차단하기 위해서 전기통신사업법이 사업자의 유통방지 책임을 규정하는 조항을 신설한 바 있다. 이를 참고한 입법이 이루어진다면 많은 도움이 될 것으로 생각한다.

II. 국내 형법 적용의 준거 관련

현재 형벌고권은 국가 단위로 형성되어 있다. 국제적 형벌고권의 형성을 통해서 국제질서의 공정한 유지가 논의되고 있기는 하지만 아직 갈 길이 멀다. 이에 따라 저작권 침해 행위에 대해서도 각 국가가 자국의 형법을 적용하여 처벌하는 것 외에는 형사법적 측면에서 할 수 있는 일이 없다.

우리나라 형법이 적용되기 위해서는 형법 제2조부터 제7조까지의 조항 가운데 어느 하나에라도 해당하여야 한다. 이 가운데 국제 인터넷 서비스를 매개로 하는 저작권 침해 범죄행위와 관련하여 국내형법을 적용할 수 있는 준거로 할 수 있는 것은 형법 제2조의 속지주의, 형법 제3조의 속인주의 그리고 형법 제6조의 보호주의 등이다. 저작권 침해행위의 행위지가 대한민국이거나, 행위자가 대한민국 국민이거나, 대한민국 국민의 저작권을 침해하는 범죄행위에 해당하면 국내형법이 적용될 수 있다.

Ⅲ. 국제형사사법 공조 관련

외국에서 수집된 증거의 증거능력이 인정되려면 우리나라 형사소송법이 정하고 있는 증거능력 요건이 충족되어야 한다. 외국에서 수집되는 증거가 우리나라 법정에 제출되는 경로는 다음 세 가지로 정리될 수 있다.

- ① 외국 수사기관 또는 수사기관 이외의 공무원이 해당 국가의 절차법 규정에 따라 증거를 수집해서 국내로 송부하는 경우
- ② 우리나라 수사기관 또는 수사기관 이외의 공무원이 외국 현지에서 진술서를 작성하고 그 진술서가 국내로 전달되어 법정에 제출되는 경우
- ③ 우리나라 수사기관 또는 수사기관 이외의 공무원이 국내에서 통신수단을 이용하여 신문을 하고 진술서를 작성하여 법원에 증거로 제출하는 경우

이들 각 경우에 증거능력이 인정되기 위한 요건은 다음과 같다.

1. 외국 공무원 수집 증거의 경우

일단 외국 공무원을 통해서 수집된 증거가 “외국공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서”에 해당하면 형사소송법 제315조 제1호에 의거하여 당연히 증거능력이 인정된다. 형사소송법 제315조 제1호에서 말하는 “외국공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서”가 아니라 진술조서로서 외국의 법원이나 수사기관이 작성한 문서의 경우에는 해당 국가의 형사절차법이 준수되어야 하고 그 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 아래에서 이루어졌어야 한다.

2. 우리나라 공무원 수집 증거의 경우

우리나라 수사기관이 국제형사사법공조절차를 거치지 않고 임의로 해외 현지에서 가서 외국 거주 참고인에 대한 진술을 받아낸 경우에는 증거능력이 인정되기 어렵다. “검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서, 그 조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 …… 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 피고인 또는 변호인이 …… 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던

때”에 한하여 증거로 사용할 수 있기 때문이다(형사소송법 제312조 제4항).

주중 대한민국 대사관에 근무하는 영사가 특정인을 지목하여 그가 북한공작원이며 그가 거주하는 주택은 북한 대남공작조직의 공작아지트라는 취지의 영사증명서와 같은 경우에도 사실을 기반으로 작성된 문서가 아니라 영사의 입장에서 추측을 기반으로 작성한 문서로서 증거능력을 인정하기 어렵다.

3. 우리나라 공무원이 통신수단을 이용하여 수집한 증거의 경우

우리나라의 수사기관이 직접 외국에 나가서 증거를 수집한 경우가 아니라 국내에서 통신수단을 이용해서 증거를 수집한 경우에도 그 증거의 증거능력은 형사소송법 규정에 의거하여 판단되어야 한다. 따라서 수사기관이 국내에서 외국에 거주하는 참고인에게 전화를 하여 통화내용을 문답형식으로 기록한 후 수사기관만 기명날인하여 법원에 제출한 문서의 경우에는 내용의 진정성과 성립의 진정성을 담보할 수 없어서 증거능력이 인정될 수 없다.

4. 국제형사사법 공조 절차가 가지는 현실적 제약

우리나라에서 외국의 해당 국가로 공조요청서가 송부되기 위해서는 [사법경찰관(7급 이상 공무원) → 검사 → 법무부장관 → 외교부장관]의 네 단계를 거치고, 이를 접수하는 해당 국가에서 증거 수집 실무부서에 이를 때까지 다시 네 단계를 거쳐야 한다. 증거를 수집할 때까지 국내 및 국외 8단계를 그리고 수집된 증거가 다시 우리나라로 전달될 때까지 국외 및 국내 8단계를 거치기에 모두 16단계를 거치는 일이 전개된다. 국가와 국가 사이의 협력관계가 이루어져야 하는 작업이기 때문에 법무부 뿐 아니라 외교부도 거쳐야 하는데다가 형식적으로는 어쨌건 장관까지 개입이 되어야 하기에 무척 번거롭고 시간이 많이 소요되는 일이다.

국제형사사법 공조가 상당히 공식적인 절차이고 번거로운 일이기 때문에 상당 수준의 강력한 범죄가 문제가 되지 않으면 이용하기가 사실상 곤란한 제도라고 판단된다. 저작권 침해 범죄의 경우 전통적인 강력범죄에 비해서 사회구성원이 느끼는 불법의 수준이 대부분 상당히 약할 수 있다. 따라서 저작권 침해 범죄행위의 증거수집이라는 차원에서 국제형사사법 공조 절차를 밟는 것은 사실상 이용하기 어려운 수단이라고 생각된다.

이러한 현실적인 제약 때문에 국제 인터넷 서비스를 매개로 하는 저작권 침해 범죄행위에 대한 형사법적 대응 방안의 내용은 국제형사사법 공조만으로는 충분하지

않을 것으로 생각된다. 오늘날 전 세계가 교통수단과 통신수단의 발달에 따라 하나의 생활권으로 묶여 나가고 범죄행위 또한 이에 따라 국제화가 진전되고 있다고 하더라도 수사기관에 의한 범죄 수사는 아직도 대부분 국내에서 이루어지고 있다. 국제형사사법 공조를 통해서 수사를 하는 경우는 상당히 예외적이다.

일반 형사사건도 피의자가 해외로 도주하는 등 점차 국제화 추세를 보이고 있지만 공식 절차에 의한 국제형사사법 공조 절차의 진행은 예외적인 경우인 것으로 보인다. 수사기관이 형사사건을 해결할 때 시간이 매우 오래 소요되는 국제형사사법 공조 절차를 모든 국제적 사건에 이용하지 않는다고 해서, 그것이 국제적 성격의 사건을 그에 걸맞은 조치를 통해서 해결하지 않는다는 것을 말하지는 않는다. 그보다는 국제형사사법 공조라는 공식 절차를 필요로 하는 성격의 사건은 그에 따라 처리하고, 그 정도의 수준에 도달하지 않은 사건의 경우에는 나름대로 해결할 수 있는 별도의 방안을 찾아서 활용하고 있다는 말이다. 저작권 침해 범죄행위에 대한 수사도 이러한 해결방안을 참고해서 활용하여야 할 것이라고 생각한다.

제2장 국제 인터넷 서비스를 매개로 한 저작권침해의 효과적 대응방안 (행정규제 및 민사구제에 관한 관할권을 통한 대응방안)

제1절 의의

실질법의 역외적용은 입법관할의 문제로, 절차법의 역외적용과 관련하여서는 사법관할의 문제로 다를 필요가 있다. 특히 사이트 차단조치가 행정조치인 경우에는 주로 입법관할이 문제될 것이나 민사적 조치로 사이트 차단조치(법원의 명령)가 내려지는 경우에는 사법관할권(국제재판관할권)과 준거법이 문제될 것이다.

국제법상 한 국가는 외국적인 이해관계 또는 외국적인 요소의 활동과 관련된 사안에서 관할권을 행사하는 데에는 제한이 있다.³²⁸⁾

과도한 국수주의적 입장에서 관할권을 행사하는 국가는 국제법에 저촉될 뿐만 아니라 국제질서를 훼손하고 정치적, 법적 및 경제적 보복을 감내해야 될 지도 모른다.³²⁹⁾

전통적으로 보면, 세 가지 유형의 관할이 존재한다. 입법관할, 사법관할 및 집행관할이 바로 그것이다. 입법관할(jurisdiction to prescribe)은 상당수의 사례분석 시에 첫 단계에 해당한다. 사법관할(jurisdiction to adjudicate)은 법정지 국가가 외국의 준거법을 적용하려고 하지 아니하는 한, 입법관할권이 부존재하는 경우에는 적용되지 아니한다. 집행관할권의 경우에도 국가는 입법관할권을 필요로 하는 것이 통례이다.³³⁰⁾ 이러한 구별은 국제법상 한 국가의 관할권의 한계를 정함에 있어 중요할 수 있다. 행사할 관할권의 성격에 따라 관할권행사를 뒷받침하기에 필요한 요건으로서 특정국가와의 접촉요건은 상이하하다.³³¹⁾ 이 세 가지 유형의 관할권은 종종 상호의존적이며 그 범위 및 한계는 서로 유사한 고려사항에 의해 형성된다.³³²⁾

328) Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the U.S. § 401 cmt. a (1987) [hereinafter Restatement].

329) Arthur T. von Mehren & Donald T. Trautman, Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis, 79 Harv. L. Rev. 1121, 1127 (1966); Gary B. Born, Reflections on Judicial Jurisdiction in International Cases, 17 Ga. J. Int'l & Comp. L. 1, 33 (1987).

330) Stephan Wilske & Teresa Schiller, International Jurisdiction in Cyberspace: Which States May Regulate the Internet ?, 50 Fed. Comm. L. J. 117, 126 (1997).

331) Bernard H. Oxman, Jurisdiction of States, in Encyclopedia of Public International Law 277 (Rudolf Bernhardt ed., Instalment 10 1987).

332) Restatement, at §§ 230-31.

제2절 입법관할권

I. 입법관할권의 기초

입법관할권은 특정 사인 및 특정 상황에 적용할 수 있는 실질법을 제정하거나 그러한 법을 적용할 주 내지 국가의 권한을 의미한다.³³³⁾ 국제법은 다른 국가의 이익에 영향을 미치는 상황에서 특정국가의 입법관할권 행사 제한을 승인한지 오래다. 원칙적으로 한 국가는 해외에 소재하는 내국민의 행위뿐만 아니라 자국 영토 내에서의 활동을 규율할 입법관할권을 가진다는 것은 국제법상 승인된 바 있다.³³⁴⁾ 그럼에도 불구하고 영토권 또는 국적과의 연관성만으로는 모든 경우에 입법관할권의 행사를 충족하는 것은 아니라는 국제적인 공감대가 광범위하게 형성되어 있다.³³⁵⁾ 예컨대 외교관계에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on Diplomatic Relations) 제34조에 따르면 외교관은 대부분의 부과금 및 세금으로부터 면책된다.³³⁶⁾

섭외관계에 관한 제3차 리스테이트먼트(Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States)(이하 ‘리스트에이트먼트’로 표시) 제402조는 입법관할권을 주장할 특정국가(주)의 입법적 이익을 가리키는 관할권의 기초를 다음과 같이 요약하고 있다.

“제403조의 적용을 받으면서 한 국가는 다음의 사항에 관하여 법을 규정할 관할권을 가진다.

- (1) (a) 자국 영토에서 전부 또는 상당 부분 발생한 행위
- (b) 자국 영토에서 현존하는 사람의 신분 또는 물건에 대한 권리
- (c) 자국 영토에서 상당한 효과를 초래하거나 또는 그러한 의도로 행해진 외국에서의 행위
- (2) 자국 영토뿐만 아니라 외국에서 자국민의 활동, 이익, 신분 또는 관계 및
- (3) 자국 영토의 안전에 반하는 외국에서의 외국인의 특정 활동 또는 한정된 유형의 기타 국가 이익에 반하여 행해진 외국에서의 외국인의 특정 활동”³³⁷⁾

333) Id. at § 236-37.

334) Id. at § 403 cmt. a.

335) Id.

336) Vienna Convention on Diplomatic Relations, Apr. 18, 1961, art. 34, 500 U.N.T.S. 95.

337) Restatement, at § 402.

이러한 원칙은 속지주의(territoriality), 속인주의(nationality principle), 효과주의(effects principle), 및 보호주의(protective principle)로 알려져 있다.

리스테이트먼트 제402조상 광범위한 입법관할권은 합리성의 일반적 요건을 강제하는 제403조에 의하여 제한된다.

즉 제403조는 다음과 같이 규정하고 있다.

“제402조에 따른 관할의 기초 중 하나가 존재하는 경우에도 한 국가는 관할권의 행사가 불합리한 때에는 다른 국가와 관련성이 있는 사람 또는 활동과 관련하여 입법관할권을 행사할 수 없다.”³³⁸⁾

리스테이트먼트 제403조 제2항에서는 입법관할권주장의 합리성을 판단하는데 고려할 여러 요인을 열거하고 있다.

사람 또는 활동에 대한 관할권 행사가 불합리한지 여부는 적절한 경우에 다음의 사항을 비롯하여 모든 관련 요인을 비교형량하여 판단한다.

- (a) 규율하는 국가의 영토와 그 활동과의 연계성. 즉 해당 활동이 그 영토 내에서 발생한 정도 또는 그 활동이 그 영토에서 실질적·직접적 및 예측 가능한 효과를 초래한 정도
- (b) 규제국가와 규제대상인 활동에 대해 주된 책임을 지는 자 사이 또는 규제국가와 규제가 보호하고자 하는 대상 사이에 있어 국적,居所 또는 경제적 활동과 같은 관계
- (c) 규제할 활동의 성격, 규제국가에 있어 규제의 중요성, 다른 국가가 그러한 활동을 규제하는 범위 및 그러한 규제가 보편적으로 승인되는 정도
- (d) 규제에 의해 보호되거나 침해될 정당화된 기대권의 존재
- (e) 규제가 국제적인 관점에서 정치적, 법적 또는 경제적 체계에서 가지는 중요성
- (f) 규제가 국제적인 체계의 전통에 일치되는 정도
- (g) 다른 국가가 해당 활동을 규제할 이익을 가질 수 있는 정도 및
- (h) 다른 국가에 의한 규제에 저촉할 개연성.”³³⁹⁾

두 국가의 법이 저촉되는 경우에는 각 국가는 관할권을 행사할 다른 국가의 이익뿐만 아니라 자국의 이익을 비교형량할 의무를 가진다. 한 국가는 다른 국가의 이

338) Id. at § 403(1).

339) Id. at § 403(2).

익이 명백히 더 큰 경우에는 그 다른 국가를 존중하여야 한다.³⁴⁰⁾

국제적으로 승인된 또 다른 입법관할권인 보편주의적 관할권(universality jurisdiction)은 리스테이트먼트 제404조에 규정되어 있다.

이에 따르면, “제402조에 의한 관할권의 토대가 존재하는 경우에도 한 국가는 불법복제, 노예거래, 항공기에 대한 공격 또는 항공기납치, 대량학살, 전쟁범죄 및 일정한 테러행위와 같은 보편적인 관심사항에 관하여 국제사회가 승인한 특정 범죄 행위에 대한 처벌을 정의하고 규정할 관할권을 가진다.” 고 규정하고 있다.³⁴¹⁾

II. 사이버공간상 입법관할권의 적용

1. 속지주의

속지주의는 입법관할권의 행사를 위한 가장 보편적인 근거이고 일반적으로 논란의 여지가 없었다.³⁴²⁾ 이 원칙에 따르면, 국가는 자국 내에서 온라인을 운영하는 온라인서비스제공자에게 자국의 규제를 준수하도록 명할 수 있다. 더욱이 이 원칙에 따르면 자국 내에서 운영하는 기계로부터 특정 웹사이트에 접근하는 것을 차단할 수 있다. CompuServe Inc. 대 Patterson 사건³⁴³⁾에서 특정한 뉴스그룹에 대하여 독일 이용자의 접근을 차단하기 위하여 독일법을 적용하여야 한다고 판시하였다. 그 결과로서 독일법에 의하여 미국인이 무엇을 열람할지를 강제하게 되었다.³⁴⁴⁾ 하지만 이 효과는 부차적인 것이었다. 그 결과는 CompuServe, Inc.가 운영하는 자사의 서비스를 각 국가의 법에 부합하게 할 역량의 부재에 기인한 것이었다. 이 사안에서는 합리성에 따른 제한을 논의할 필요성이 없다. 어떠한 국가도 진지하게 자국 형사법의 적용을 자국 내에서 활동하는 온라인서비스제공자의 소프트웨어에 좌우되게 하게 할 것으로 기대할 수 없다.³⁴⁵⁾ CompuServe, Inc.도 역시 독일법의 적용을 받지 아니하고 자유로이 독일에서 사업을 영위할 것으로는 기대하지 아니하였다.³⁴⁶⁾ 하지만 속지주의는 국내법의 역외적용을 허용하지 아니할 것이다.

340) Id. at § 403(3).

341) Id. at § 403(4).

342) Id. at § 402 cmt. c.

343) 89 F.3d 1257 (6th Cir. 1996).

344) John Markoff, German Pornography Laws Determine What America Sees, N.Y. Times, Dec. 31, 1995, § 4, at 2

345) Cf. Lea Brilmayer, Justifying International Acts 107 (1989).

346) Howard Goldberg, CompuServe Blocks Access to Sex Forums on Net, Chi. Sun-Times, Dec. 30, 1995, at 12.

2. 속인주의

세계 어느 곳에 있는 자국민의 행위를 규제할 국가의 권한은 속지주의와 마찬가지로 논란의 여지가 없다.³⁴⁷⁾ 예컨대 많은 국가들이 아동상대섹스관광을 불법화하고 있다. 속인주의는 자연인뿐만 아니라 법인에게도 적용된다.³⁴⁸⁾ 예컨대 CompuServe Inc.의 독일 자회사는 독일회사로 취급되어 독일법의 적용을 받는다.³⁴⁹⁾ 따라서 온라인서비스제공자는 속지주의 이외에도 다수의 사례에서 속인주의의 적용을 받게 된다.

3. 효과주의

효과주의는 한 국가에서 행해진 행위가 다른 국가의 영토 내에서의 법익침해를 야기한 경우에 활용가능한 원칙이다. 효과에 따른 입법관할권은 작위나 부작위가 아니라도 법익침해적 효과가 다른 국가에서 발생하였다는 사실에 그 토대를 둔다.³⁵⁰⁾ 그 행위가 행위당시에 적법한지 여부에 대해 분쟁이 발생할 여지가 있다. 효과주의는 반독점사안과 관련하여 외국에서 행한 외국인의 활동이 규제국가에 미치는 경제적 영향 때문에 그 외국인의 활동을 규제하기 위하여 효과에 따른 입법관할권이 필요한 경우에 주된 분쟁의 원천이었다.³⁵¹⁾

하지만 특히 미국에 의한 효과주의의 과도한 적용이 비판받고 있지만³⁵²⁾ 입법관할권의 토대로서 이 원칙은 점차로 널리 승인되는 추세에 있다.³⁵³⁾

4. 보호주의

리스트이트먼트 제402조 제3항의 보호주의에 따르면, 한 국가는 자국의 정부기능을 보호할 수 있다.³⁵⁴⁾

347) Blackmer v. United States, 284 U.S. 421 (1932).

348) Restatement, at § 402 cmt. e.

349) David Plotnikoff, Bite Lacking in Protests of On-Line Censorship, San Jose Mercury News, Jan. 4, 1996.

350) United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416, 444 (2d Cir. 1945).

351) International Chamber of Commerce, The Extraterritorial Application of National Laws, 38-40 & 46-48 (Dieter Lange & Gary Born eds., 1987).

352) F.A. Mann, The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After Twenty Years, 186 R.C.A.D.I. 9, 26 (1984 III).

353) Jason Coppel, A Hard Look at the Effects Doctrine of Jurisdiction in Public International Law, 6 Leiden J. Int'l L. 73 (1993).

354) Restatement, at § 402(3).

5. 보편주의

리스테이트먼트 제404조는 국제사회의 공감대를 정확하게 반영하고 있다. 이에 따르면, 불법복제, 노예거래, 항공기에 대한 공격 또는 항공기납치, 대량학살, 전쟁 범죄 및 일정한 테러행위를 범죄로 규정하고 있다.

III. 입법관할권

1. 조세 관련 입법관할

클라우드 컴퓨팅에 관한 관할 문제는 조세 문제와 더불어 관심의 대상이 되었다. 실제 데이터를 저장하는 서버가 관련 법역에 물리적으로 소재하지 아니하는 경우에 문제된다. 미국은 연방세법을 통해 “미국 거래 또는 영업과 효과적으로 관련이 있는 경우(effectively connected with a U.S. trade or business)”에는 미국내 거주하지 않는 자가 미국내에서 취한 수입에 대해서만 과세한다.³⁵⁵⁾

2. 사이버범죄에 관한 입법관할

가. 부다페스트 사이버범죄협약

부다페스트 사이버범죄협약³⁵⁶⁾은 2001년에 서명할 수 있게 되었다. 2019년 6월 27일 현재 66개국에서 발효되었다.³⁵⁷⁾ 이 협약에는 미국, 호주, 캐나다, 일본, 영국, 독일, 프랑스, 스페인 등이 회원국으로 되어 있다. 2019년 6월 27일 현재 우리나라는 이 협약의 체약국이 아닌 상태다. 이 협약은 사이버범죄 및 이 범죄에 대한 회원국간 국제공조의 틀에 대하여 구속력 있는 유일한 국제조약이다. 이 협약은 컴퓨터 시스템을 통해 행해지는 외국인 혐오 및 인종차별에 관한 의정서(Protocol on Xenophobia and Racism)에 의하여 보완되고 있다. 이 협약에서는 저장 컴퓨터 데이터의 신속 보존(제16조), 증거제출명령(제18조), 저장 컴퓨터 데이터의 수색 및 압수

355) I.R.C. § 871(b).

356) ETS No.185, 2004년 7월 1일 발효.

357) <https://www.coe.int/en/web/cybercrime/the-budapest-convention> (최종방문일: 2019년 6월 27일).

(제19조), 관할(제22조),³⁵⁸⁾ 저장 컴퓨터 데이터의 신속보전에 대한 상호공조(제29조),³⁵⁹⁾ 저장 컴퓨터 데이터의 접근에 대한 상호공조(제31조),³⁶⁰⁾ 동의를 있거나 공중

358) Article 22 - Jurisdiction

1. Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish jurisdiction over any offence established in accordance with Articles 2 through 11 of this Convention, when the offence is committed:
 - a. in its territory; or
 - b. on board a ship flying the flag of that Party; or
 - c. on board an aircraft registered under the laws of that Party; or
 - d. by one of its nationals, if the offence is punishable under criminal law where it was committed or if the offence is committed outside the territorial jurisdiction of any State.
2. Each Party may reserve the right not to apply or to apply only in specific cases or conditions the jurisdiction rules laid down in paragraphs 1.b through 1.d of this article or any part thereof.
3. Each Party shall adopt such measures as may be necessary to establish jurisdiction over the offences referred to in Article 24, paragraph 1, of this Convention, in cases where an alleged offender is present in its territory and it does not extradite him or her to another Party, solely on the basis of his or her nationality, after a request for extradition.
4. This Convention does not exclude any criminal jurisdiction exercised by a Party in accordance with its domestic law.
5. When more than one Party claims jurisdiction over an alleged offence established in accordance with this Convention, the Parties involved shall, where appropriate, consult with a view to determining the most appropriate jurisdiction for prosecution.

359) Article 29 - Expedited preservation of stored computer data

1. A Party may request another Party to order or otherwise obtain the expeditious preservation of data stored by means of a computer system, located within the territory of that other Party and in respect of which the requesting Party intends to submit a request for mutual assistance for the search or similar access, seizure or similar securing, or disclosure of the data.
2. A request for preservation made under paragraph 1 shall specify:
 - a. the authority seeking the preservation;
 - b. the offence that is the subject of a criminal investigation or proceedings and a brief summary of the related facts;
 - c. the stored computer data to be preserved and its relationship to the offence;
 - d. any available information identifying the custodian of the stored computer data or the location of the computer system;
 - e. the necessity of the preservation; and
 - f. that the Party intends to submit a request for mutual assistance for the search or similar access, seizure or similar securing, or disclosure of the stored computer data.
3. Upon receiving the request from another Party, the requested Party shall take all appropriate measures to preserve expeditiously the specified data in accordance with its domestic law. For the purposes of responding to a request, dual criminality shall not be required as a condition to providing such preservation.
4. A Party that requires dual criminality as a condition for responding to a request for mutual assistance for the search or similar access, seizure or similar securing, or disclosure of stored data may, in respect of offences other than those established in accordance with Articles 2 through 11 of this Convention, reserve the right to refuse the request for preservation under this article in cases where it has reasons to believe that at the time of disclosure the condition of dual criminality cannot be fulfilled.
5. In addition, a request for preservation may only be refused if:
 - a. the request concerns an offence which the requested Party considers a political offence or an offence connected with a political offence, or
 - b. the requested Party considers that execution of the request is likely to prejudice its sovereignty, security, ordre public or other essential interests.
6. Where the requested Party believes that preservation will not ensure the future availability of the data or will threaten the confidentiality of or otherwise prejudice the requesting Party's

이 이용할 수 있는 경우 저장 컴퓨터 데이터에 대한 국경을 넘는 접근(제32조) 등을 규정하고 있다. 특히 이 협약 제22조는 사이버범죄에 대한 입법관할권과 집행관할권을 규정하고 있다.

나. 유럽연합

한편 유럽연합의 경우, 2018년 4월에 형사 사건에서 전자적 증거의 제출 및 보존에 관한 EU 규칙안(이하 ‘규칙안’)이 제출되어 있는 상태다.³⁶¹⁾

유럽 증거제출명령과 유럽 증거보전명령은 서비스제공자가 요청받은 데이터를 제출 또는 보존하도록 할 의무를 낳는 국제적으로 구속력있는 결정이다.³⁶²⁾ 유럽 증거제출명령이나 유럽 증거보전명령이 집행되는 경우 그 집행에는 회원국의 사전 동의를 요하지 아니한다. 이 규칙안은 서비스제공자의 데이터에 대하여 신속하고 효과적인 국제적인 접근을 보장하고 있다. 해당 데이터는 10일 이내에, 긴급한 경우에는 6 시간 이내에 전송되어야 한다.³⁶³⁾ 해당 명령을 받은 자가 집행면제를 받을 사유는 제한적이다. 서비스제공자가 요청받은 데이터를 제출하지 아니하거나 보존하지 아니하는 경우에 유럽 증거제출명령 또는 유럽 증거보전명령은 서비스제공자가 설립된 회원국이나 서비스제공자의 대표가 소재하는 회원국에서 집행하게 된다. 이러한 목적을 위해 규칙안은 회원국이 제재³⁶⁴⁾를 마련하고 집행을 보장하도록³⁶⁵⁾ 규

investigation, it shall promptly so inform the requesting Party, which shall then determine whether the request should nevertheless be executed.

7. Any preservation effected in response to the request referred to in paragraph 1 shall be for a period not less than sixty days, in order to enable the requesting Party to submit a request for the search or similar access, seizure or similar securing, or disclosure of the data. Following the receipt of such a request, the data shall continue to be preserved pending a decision on that request.

360) Article 31 - Mutual assistance regarding accessing of stored computer data

1. A Party may request another Party to search or similarly access, seize or similarly secure, and disclose data stored by means of a computer system located within the territory of the requested Party, including data that has been preserved pursuant to Article 29.

2. The requested Party shall respond to the request through the application of international instruments, arrangements and laws referred to in Article 23, and in accordance with other relevant provisions of this chapter.

3. The request shall be responded to on an expedited basis where:

a. there are grounds to believe that relevant data is particularly vulnerable to loss or modification; or

b. the instruments, arrangements and laws referred to in paragraph 2 otherwise provide for expedited co-operation.

361) Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters,

Strasbourg, 17.4.2018 COM(2018) 225 final.

362) 규칙안 제9조 및 제10조.

363) 규칙안 제9조 제1항 및 제2항.

정하고 있다.

이 규칙안에 대해 다음의 비판이 가해지고 있다.

첫째, 유럽연합집행위원회의 규칙안은 EU 비회원국에서 설립된 서비스제공자와 EU 비회원국에 저장된 데이터에 집행관할권을 확대한 것이다. 따라서 이 규칙안은 제3국과의 국제공조의 기능을 조율하여야 하므로 서비스제공자와 이용자에게 법적 불확실성을 초래한다.³⁶⁶⁾

둘째, 제3국과의 직접 공조는 서비스제공자가 유럽 증거제출명령(European Production Order; EPO) 또는 유럽 증거보전명령(European Preservation Order; EPOC-PR)을 집행하여야 하는 유럽연합 회원국의 영토주권에 영향을 미쳐서 유럽연합 회원국이 자국 내에서 기본권의 실효적인 보호를 할 책무를 다하는 것을 막을 것이다.

다. 미국 클라우드 법³⁶⁷⁾

최근 미국 의회는 2018년 종합세출법안(omnibus appropriations bill)을 통과시켰고, 도널드 트럼프 대통령은 2018년 3월 23일 동 법안에 서명하였다. 동 법안에는 “합법적인 해외 데이터 활용의 명확화를 위한 법률(Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act, 이하 CLOUD Act)”이 포함되어 있다. 동 법률에서는 미국의 통신서비스 제공자들이 이 보유 또는 관리하고 있는 통신 내용, 트래픽 데이터, 가입자 정보 등에 대해서 정부기관이 실제 데이터가 저장된 위치에 관계없이 제공 요청을 할 수 있도록 명시함으로써 역외 데이터에의 접근에 대한 법률적 근거를 마련하고 있다. 또한 CLOUD Act에서는 기존 국제형사사법공조 절차에 대한 대안으로써 해외 정부기관이 미국과 행정협정(executive agreement)을 체결할 경우 해당 해외 정부기관이 미국 기업에 직접 데이터를 요청할 수 있도록 규정하고 있다. 미국의 CLOUD Act는 그간 논란이 되어 온 역외 데이터에의 접근에 대해서 기존 법률에 “데이터의 위치와 관계없이”라는 문구를 삽입하여 명쾌한 해답을 내놓았다는 점, 그리고 대부분의 수사기관에서 문제점으로 인식해 온 국제형사사법공조의 비효율성을 해결할 수 있는 대안을 제시했다는 점에서 높이 평가할만한 입법으로 평가하는 이도 있다.³⁶⁸⁾

364) 규칙안 제13조.

365) 규칙안 제14조.

366) Martin Böse, An assessment of the Commission's proposals on electronic evidence, European Parliament, PE 604.989, September 2018.

367) 맹정환, “해외 클라우드컴퓨팅 법제도 동향-미국 CLOUD Act와 해외 클라우드 저장 정보에 대한 접근권 및 국외 이동 제한 문제를 중심으로-”, 「클라우드컴퓨팅 산업진흥법제도 연구」, 2019. 2., 정보통신산업진흥원, 3-15면.

368) 송영진, “미국 CLOUD Act 통과와 역외 데이터 접근에 대한 시사점”, 「형사정책연구」, 제29권

제3절 사법관할권

사법관할권(jurisdiction to adjudicate)은 민사사건이든지 아니면 형사사건이든지 상관없이 그리고 당사자 일방이 국가이든지 여부에 상관없이 사람이나 물건을 자국의 법원 내지 행정심판부의 절차에 의하도록 할 한 국가의 권한을 의미한다.³⁶⁹⁾ 이것은 법정지 주와의 충분하고 합리적인 관련성을 요건으로 한다.³⁷⁰⁾ 리스테이트먼트 제 421조는 다음과 같이 규정하고 있다.

“(1) 한 국가는 사람 또는 물건에 대한 그 국가의 관계가 관할권을 행사를 합리적으로 만드는 것인 경우에는 그 사람 또는 그 물건에 관하여 자국의 법원을 통하여 재판할 권한을 행사할 수 있다.”³⁷¹⁾

사법관할권의 행사가 합리적이라는 사실은 법정지 국가가 소송의 객체에 관하여 입법관할권을 가진다는 것을 의미하지 아니한다. 역으로 한 국가가 입법관할권을 가지나 사법관할권이 없거나 의심스러운 경우가 존재할 수 있다.³⁷²⁾

특히 형사사건에서 사법관할권은 동일한 국가에 입법관할권이 부존재하는 경우에는 거의 행사되지 아니한다. 왜냐 하면 법원은 다른 국가의 형사법을 거의 적용하지 아니하기 때문이다.

리스트테이트먼트 제421조 제2항에 따르면, 사법관할권이 주장되는 시점에 다음의 사항이 충족되는 경우에는 한 국가의 사법관할권행사는 일반적으로 합리적이다.

“(a) 사람 또는 물건이 당해 국가의 영토에 일시적인 사유가 아닌 사유로 현존하는 경우,

(b) 자연인이 당해 국가에 주소를 둔 경우,

(c) 자연인이 당해 국가에 거소를 둔 경우,

(d) 자연인이 당해 국가의 국민인 경우,

(e) 법인이 당해 국가의 법에 따라 설립된 경우,

(f) 재판과 관련된 선박, 항공기 또는 기타 자동차가 당해 국가의 법에 따라 등록된 경우,

(g) 자연인이든 법인이든지 간에 사람이 관할권의 행사에 동의한 경우,

(h) 자연인이든 법인이든지 간에 사람이 당해 국가에서 사업을 정기적으로 영위한

제2호(통권 제114호, 2018·여름), 156-157, 167면.

369) Restatement, at §401(b).

370) Mann, supra note 355, at 3.

371) Restatement, at §421(1).

372) Id. at § 421 cmt. a.

경우,

(i) 자연인이든 법인이든지 간에 사람이 당해 국가에서 활동을 영위한 경우에 그 활동에만 관한 경우,

(j) 자연인이든 법인이든지 간에 사람이 당해 국가에 실질적, 직접적 및 예측 가능한 효과가 있을 활동을 외국에서 행한 경우에 그 활동에만 관한 것 또는

(k) 재판의 대상이 되는 물건이 당해 국가 내에서 소유, 점유 또는 사용된 경우에 그 물건에 합리적으로 연관된 청구에만 관한 것”³⁷³⁾

국제적 형사사건에서는 사법관할권은 피고인의 존재에 거의 전적으로 좌우된다. 반면에 국제적인 민사사건에서는 피고의 법정지에 따른다는 원칙(actor sequitur forum rei)이 널리 승인된 원칙으로서 간주되고 있다.³⁷⁴⁾ 국제적 민사사건에서 언급하고 있는 합리성은 미국의 최소한의 접촉 기준과는 상당히 상이하다는 점을 지적할 필요가 있다. 민사사건에 있어 사법관할권은 외국적 요소가 가미된 법률관계의 경우에 특히 문제되는데 이것이 국제재판관할의 문제다. 아래에서는 특히 클라우드 컴퓨팅 계약상 발생하는 국제재판관할을 중심으로 고찰하고자 한다.

제4절 집행관할권

집행관할권이란 법원을 통하든지 아니면 행정부, 경찰 또는 기타 비사법적인 행위를 통하든지 상관없이 자국법 또는 자국규정의 준수를 유도 또는 강제하거나 부준수를 처벌할 주의 권한을 다룬다.³⁷⁵⁾ 특히 미국의 집행기관은 인터넷상 국내법을 집행한다.³⁷⁶⁾

United States v. Microsoft 사건³⁷⁷⁾에서 주된 쟁점은 이메일서비스제공자가 국외에서 저장되어 있는 이메일을 제출하도록 하는 미국연방정부의 영장을 준수하여야 하는지 여부다. 이 사안에서 Microsoft에 대한 영장은 인터넷시대를 상정하지 못하고 최신 기술에 적용되는지 여부가 불명확한 1986년의 저장통신법(Stored Communications Act)에 따라 발부되었다.

Microsoft는 클라우드 컴퓨팅 서비스의 일환으로서 해외에 소비자 정보를 저장하

373) Id. at § 421(2).

374) Andreas Lowenfeld, International Litigation and the Quest for Reasonableness 46 (1996).

375) Restatement, at § 401(c).

376) Cf. FTC Halts Internet Pyramid Scheme, FTC Press Release, May 29, 1997, available at <http://www.ftc.gov/opa/9605/fortuna.htm> (last visit on December 29, 2020).

377) *Microsoft Corp. v. United States*, 829 F.3d 197 (2d Cir. 2016), cert. granted, 60 U.S.L.W. 3184 (U.S. Oct. 16, 2017) (No. 17-2).

고 있다. 이 사건은 Microsoft사가 아일랜드의 서버에 저장된 마약밀매 사건에 연관된 이메일을 제출하길 거부하면서 발생하였다. 이 사안에서 Microsoft는 뉴욕주 남지구 소재 연방지방법원에 Microsoft에 대한 영장을 무효화하는 소를 제기하였다. 이 사건의 주된 쟁점은 미국 법집행기관이 마이크로소프트에게 해외에 위치한 서버에 저장된 정보를 제출하도록 한 저장통신법에 따른 영장 집행이 법률의 역외 적용에 해당하는지 여부다.

이와 관련하여 연방대법원은 Morrison v. National Australian Bank Ltd. 사건³⁷⁸⁾ 및 RJR Nabisco, Inc. v. European Community 사건³⁷⁹⁾ 등을 통해 입법기관의 역외 적용 의사가 법률에 드러나 있지 않은 한 원칙적으로 법률은 역외적용되어서는 안 된다는 역내 적용 추정원칙을 확립해 왔다.³⁸⁰⁾

Microsoft 사건에서 1심은 2014년 4월 25일 Microsoft가 영장 집행에 응해야 한다고 결정하였고,³⁸¹⁾ Microsoft는 제2순회구 연방항소법원에 항소하였다. 2심 법원은 Microsoft의 승소판결을 내리면서 해당 영장을 무효화하였다.³⁸²⁾ 이에 미국 연방법무부는 미국 연방대법원에 상고하였다. 이 사건이 연방대법원에 계속중인 시점에 연방의회는 역외 적용 조항이 포함된 CLOUD Act가 양원을 통과하고 2018년 3월 23일 대통령이 서명하여 효력이 발생되었다. 이에 법무부는 CLOUD Act를 근거로 새로운 장을 발부받아 마이크로소프트를 상대로 집행하고, 미국 정부와 마이크로소프트는 새로운 장이 기존의 장을 대체하다는 것에 동의하다. 이에 연방대법원은 2018년 4월 17일 본 사건에 대해 더 이상 다툼이 없다(No live dispute remains)고 판단하고, 연방항소법원으로 하여금 지방법원의 결정을 파기하고 다툼이 없으므로 지방 법원에게 사건을 기각할 것을 명하도록 판시하다.¹²⁾

이 사건이 연방대법원에 계속중에 미국 연방의회는 역외 적용 조항이 포함된 CLOUD Act를 통과시켰다. 이 법은 2018년 3월 23일 대통령이 서명하여 효력이 발생되었다. 이에 법무부는 CLOUD Act를 근거로 새로운 영장을 발부받아 Microsoft를 상대로 집행하였고, 미국 연방법무부와 Microsoft는 새로운 영장이 기존의 영장을 대체하다는 것에 동의하였다. 이에 연방대법원은 2018년 4월 17일 본 사건에 대해 더 이상 다툼이 없다고 판단하고, 연방항소법원으로 하여금 지방법원의 결정을 파기하고 다툼이 없으므로 지방 법원에게 사건을 기각할 것을 명하도록 판시하였다.³⁸³⁾

378) 561 U.S. 247 (2010).

379) 136 S.Ct. 2090 (2016).

380) Microsoft Corp. v. United States, 829 F.3d 197 (2016).

381) Microsoft Corp. v. United States, 2014 WL 1661004 (2014).

382) Microsoft Corp. v. United States, 829 F.3d 197 (2016).

383) United States v. Microsoft Corp., 138 S.Ct. 1186 (2018).

제3장 인터넷 범죄 대응 국제조약 가입 등 수사공조 경향 및 중 장기적 침해대응 방안 (형사적 제재에 대한 국제공조 및 민사구제방안)

제1절 부다페스트 협약

I. 의의

이 협약은 인터넷 및 그 밖의 컴퓨터 네트워크상에서 행해지는 범죄에 대한 최초의 국제조약이다. 이 협약은 특히 저작권침해, 컴퓨터 관련 사기, 아동 포르노 및 네트워크 보안 위반행위를 다루고 있다. 또한 이 협약은 컴퓨터 네트워크 검색과 차단과 같은 권한과 절차를 포함하고 있다.³⁸⁴⁾

이 협약은 사이버 범죄에 대한 포괄적인 국내입법을 하고자 하는 국가에 대한 가이드라인으로서 기능하고 협약 가입국 사이의 국제협력을 위한 틀을 제공한다. 이 협약은 컴퓨터 시스템을 통하여 행해지는 외국인 혐오 및 인종 차별에 관한 의정서로 보완되었다.³⁸⁵⁾

II. 범위

이 협약은 제2장 제1조 내지 제10조에서 4 가지 광범위한 범주의 범죄를 규정하고 있다.

- (1) 컴퓨터 데이터 시스템의 비밀성(confidentiality), 무결성(integrity) 및 가용성(availability)에 대한 범죄
- (2) 사기 및 위조와 같은 컴퓨터 관련 범죄

384) <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185> (last visit on December 9, 2020).

385) Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems, available at <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/189> (last visit on December 10, 2020).

- (3) 콘텐츠 관련 범죄-아동 포르노 및
- (4) 저작권침해에 대한 형사사건

제2장 제11조 및 제12조는 다음에 대한 책임을 규정하고 있다.

- (1) 미수, 방조 및 교사 및
- (2) 기업의 책임

제2장 제13조는 제2조 내지 제11조의 범죄행위가 잠재적 징역형을 포함하여 비례적인 정의에 의하여 처벌될 수 있다고 규정하고 있다.

이 협약에서는 신원 도용, 아동 성추행을 위한 예비행위(child grooming), 원치 않는 이메일 또는 스팸 및 사이버 테러에 관한 위반행위를 규율하지 않는다는 점에 유의할 필요가 있다.

III. 절차

제2장 제2절은 디지털 수사가 직면한 도전적 쟁점을 다루고 있다. 이 협약은 다음의 수사권을 규정하고 있다.

- (1) 저장된 컴퓨터 데이터의 신속한 보존
- (2) 통신이 전송된 경로를 특정할 수 있는 트래픽 데이터의 신속한 보존 및 부분적 공개
- (3) 자국내에서 서비스를 제공하는 서비스 제공자의 서비스에 관하여 보관하는 가입자 정보를 제출할 것을 당국이 강제하도록 허용하는 제출명령
- (4) 저장된 컴퓨터 데이터의 수색 및 압수
- (5) 컴퓨터 데이터의 실시간 수집 및
- (6) 실시간으로 데이터를 수집하거나 녹음함에 있어 서비스 제공자가 데이터를 대조하거나 협조하도록 강제하는 것을 포함하는, 콘텐츠 데이터의 차단

협약의 당사국은 그 범죄가 다음의 사항에 해당하였다면 이 협약에 따른 관할권을 가질 수 있다.

- (1) 해당 당사국의 영토 내에서

- (2) 해당 당사국의 국기를 내건 선박에 승선한 경우
- (3) 해당 당사국의 법률에 따라 등록된 항공기를 탑승한 경우
- (4) 범죄가 실행된 곳의 형법에 따라 범죄가 처벌될 수 있거나 국가의 지역적 관할권이 미치지 않는 공역에서 실행된 경우에 해당 당사국의 국민인 경우

IV. 국제 공조

이 협약 제3장은 각 당사국이 상호 공조를 통해 다른 당사국의 수사를 조력할 수 있는 원칙을 규정하고 있다. 이 협약 제3장은 수사가 국경을 넘는 요소를 가지는 경우에 매우 중요하다.

이 협약 제23조는 가능한 한 광범위하게 상호간에 당사국이 협력하도록 규정한 국제 공조에 관한 일반원칙을 정하고 있다.³⁸⁶⁾ 광의로 정의하고 있지만, 상호주의를 명시적으로 규정한 것으로는 보지 않는다.

이 협약 제24조는 제2조 내지 제11조에서 정하는 형사범죄에 관한 인도(extradition)절차를 규정하고 있다. 부다페스트 협약 제24조에 따르면, 제2조 내지 제11조에서 정하는 범죄는 당사국 사이에 존재하는 범죄인인도조약에 포함된 것으로 인정한다고 규정하고 있다. 또한, 이 협약 제24조는 당사국 간 범죄인 인도조약이 체결되어 있지 않고 범죄인 인도가 범죄인 인도조약의 존재를 조건으로 하는 경우에도 부다페스트 협약은 범죄인 인도의 법적 근거가 된다고 규정하고 있다. 더욱이 당사국이 상호 범죄인 인도조약의 존재를 범죄인 인도의 조건으로 해서는 아니 된다면 당사국은 해당 범죄를 당사국 간의 범죄인 인도할 수 있는 범죄로 승인할 것이다.

이 협약 제27조 내지 제34조는 당사국 일방이 다른 당사국에게 접촉하여 수사에 조력하도록 하는 상호 공조 요청의 절차를 규정하고 있다. 이 장은 상호 공조 요청에 포함될 수 있는 이 협약 제2장에 규정된 절차를 반영하고 있다.

제35조는 이 협약의 범위 내에서 진행되는 수사 또는 형사범죄에 대한 즉각적인 협력을 제공하고 전자적 데이터의 보전을 확보하기 위하여 각 당사국이 연락처를 지정하도록 24/7 네트워크의 창설을 규정하고 있다.³⁸⁷⁾

386) <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680081561> (last visit on December 10, 2020).

387) <https://statesassembly.gov.je/scrutinyreviewresearches/2018/research%20-%20briefing%20paper%20on%20council%20of%20europe%20convention%20on%20cybercrime%20-%2031%20october%202018.pdf> (last visit on December 2, 2020).

V. 평가

이 협약은 가입자, 트래픽, 콘텐츠 데이터를 상이하게 취급하는 문제를 다루고 있다. 형사사법공조조약의 제한적인 실효성도 이 협약의 필요성을 부각시킨다. 사이버 범죄가 실행된 장소를 찾기도 어렵고 해외에서 실행된 경우에는 찾아내기도 어렵다. 이러한 문제에 대한 해결책으로서 부다페스트 협약이 제정된 것이다. 2020년 12월 1일 현재 우리나라는 이 협약을 가입하지 않은 상태다.³⁸⁸⁾

부다페스트 협약은 형사사법공조에 대한 보다 효율적인 시스템을 제공한다. 이 협약은 제출명령에 대한 국내 규칙(제18조)에서 당사국이 취할 가이드라인을 제공한다. 그리고 부다페스트 협약은 서비스제공자와의 협력을 실제적인 조치로 제시하고 있다. 그 밖에 이 협약은 이 협약에 대한 의정서를 제시하고 있다.

제2절 모색적 금지처분(dynamic injunction)

I. 의의

정기적인 접근금지처분은 온라인상 저작권침해를 효과적으로 막는 데에는 적합하지 아니하다. 인터넷의 기술적 구조 때문에 접근금지는 용이하게 우회할 수 있고 접근금지 조치를 회피하기 위하여 해외에 서버를 이전하여 콘텐츠를 다시 호스팅하여 재차 전송할 수 있다. 지난 수년 동안 저작권을 온라인상에서 집행하기 위한 새로운 유형의 금지처분이 등장하게 되었다. 이것이 바로 ‘모색적 금지처분(dynamic injunction)’이다.

온라인상 불법복제물에 대한 대응방안으로서 최근 각광을 받고 있는 두 가지 방안은 실시간 차단과 모색적 금지처분이다.³⁸⁹⁾ 실시간 차단(live blocking)은 인터넷서비스제공자가 침해물의 실시간 스트리밍을 호스팅하는 서버에 대한 이용자의 접속을 차단하도록 강제하는 것이다. 이러한 제도는 아일랜드와 영국에서 실시되고 있다. 모색적 금지처분은 인터넷서비스제공자가 주된 도메인이름과 불법복제 웹사이트 IP주소 양자 뿐만 아니라 그 웹사이트가 이동하는 이후의 도메인을 차단하도

388) 가입의 필요성에 대해서는 정재준, “국제 사이버범죄에 대한 대응방안-부다페스트(Budapest)조약 10년의 성과와 반성-”, 『형사법의 신동향』, 제39호, 2013, 110-140면.

389)

<https://itif.org/publications/2020/10/22/adaptive-antipiracy-tools-update-dynamic-and-live-blocking-injunctions> (last visit on December 12, 2020).

록 권리자에게 허용하는 제도다. 이 제도는 호주, 인도, 싱가포르와 영국에서 시행되고 있다.

II. 영국

영국 (The Football Association Premier League Limited v. British Telecommunications Plc and others³⁹⁰)은 이용자 인터페이스에 침해물을 공중송신하기 위하여 이용되는 스트리밍 서버에 대하여 실시간 차단한 사건이다. 영국 저작권법 제97조의A (사이트제공자에 대한 금지명령)에 따르면, 고등법원(스코틀랜드에서는 민사항소법원)은 사이트제공자가 그 사이트를 저작권침해하는데 사용하는 제3자의 침해행위를 현실로 알고 있는 경우에는 그 사이트제공자에 대하여 금지명령을 부여하는 권한을 가지고 있다.

III. 싱가포르

싱가포르의 Disney Enterprises, Inc. and others v. M1 Limited and others [2018] SGHC 206 사건에서 디즈니와 그 밖의 주요 영화사 5곳은 싱가포르 내에서 주된 ISP 5곳을 상대로 웹사이트 차단명령을 신청하였다. 신청인의 영화- 10 -에 대한 무단 접근을 제공하는 54곳의 웹사이트를 대상으로 한 주요 사이트 차단 이외에 법원은 IPS들이 동일한 웹사이트에 대한 접근을 제공하는 새로운 도메인 이름, URL 및/또는 IP주소를 차단하도록 강제하는 취지의 금지명령을 내렸다. 이러한 성격의 차단명령의 활용가능성은 보호 콘텐츠가 생방송(예, 스포츠 생중계)의 자막인 경우에 특히 중요할 수 있다. 싱가포르 고등법원은 최초로 웹사이트 접근금지를 명하는 모색적 금지처분을 발하였다. 이 금지처분에 따르면 피고 ISP는 주된 금지처분의 대상인 침해 웹사이트에 대한 접근을 제공하는 새로운 도메인 이름, URL들 및 IP 주소를 차단하도록 강제하였다.

2020년 7월, 싱가포르 법원은 영국 프리미어리그, 디스커버리, BBC, 라리가 및 TVB의 저작물을 포함하여 노골적으로 불법복제하는 15곳의 온라인 위치에 대한 모색적 금지처분을 내렸다.³⁹¹

호주, 유럽연합, 인도 및 영국과 더불어 싱가포르의 모색적 금지처분 체계의 진

390) [2017] EWHC 480.

391) <https://advanced-television.com/2020/07/06/singapore-anti-piracy-court-orders/> (last visit on December 10, 2020).

화 및 싱가포르 법원의 신중한 명령 발령은 웹사이트 차단과 관련된 동일한 쟁점을 다루는 다른 국가에게는 유용한 지침을 제공한다. 국제적인 법리의 발전은 다양한 방식으로 싱가포르법원에 영향을 끼쳤다. 초기의 사례에서 싱가포르 고등법원은 영국법원이 취하는 접근방식³⁹²⁾에 주로 의존하였다. 하지만 싱가포르 고등법원은 사법 심사를 거쳐 모색적 차단명령을 허용하는 것을 거부한 사례에서 명시적으로 호주 연방법원이 취하는 접근방식³⁹³⁾을 받아들이지 않았다. 또한 델리 고등법원이 채택한 권리 비교형량설(right balancing analysis)에 상반되게 싱가포르 고등법원은 Disney Enterprises 사건에서 ‘수단/목적 분석론’을 채택하였다.³⁹⁴⁾

IV. 스페인

2020년 2월에 마드리드 상사법원은 스페인 방송사인 Telefónica Audiovisual Digital(라리가에 대한 권리를 가진 방송사)에게 44개의 알려진 불법복제 사이트(사이트의 개수는 추가되어 업데이트될 수 있는 사이트임)를 차단하도록 하는 모색적 차단금지명령을 발령해 주었다. 이 모색적 차단금지명령은 2022년 5월 25일까지 유효하다.³⁹⁵⁾

V. 멕시코

2019년 2월 멕시코 산업재산청(Mexican Institute of Industrial Property)은 불법복제 사이트인 Rojadirecta를 차단하기 위하여 라리가의 권리자에게 멕시코 사상 최초로 모색적 가치분을 실행하였다. 이 명령은 해당 시즌 동안에만 적용되고 시합이 방송된 날에 한해 적용되었다.³⁹⁶⁾

392) Twentieth Century Fox v. British Telecommunication; Cartier International v. British Sky Broadcasting.

393) Roadshow Films v. Telstra Corporation [2019] FCA 1328.

394)

<https://itif.org/publications/2020/10/22/adaptive-antipiracy-tools-update-dynamic-and-live-blocking-injunctions> (last visit on December 10, 2020).

395)

<https://www.technadu.com/spanish-isps-block-pirate-sites-dynamically-updated-blocklist/93321/>(last visit on December 10, 2020);

https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/02/17/companias/1581968788_082002.html (last visit on December 10, 2020).

396)

<https://www.worldipreview.com/contributed-article/dynamic-injunctions-in-the-digital-environment> (last visit on December 5, 2020).

VI. 스웨덴

2019년 12월에 스웨덴의 특허 및 시장 법원(Patent and Market Court)은 최초로 모색적 금지처분³⁹⁷⁾을 발령하였다. 파악된 불법 파일공유 서비스에 대한 고객의 접속을 차단하기 위하여 인터넷서비스제공자는 목록화된 도메인이름과 웹 주소뿐만 아니라 3년간 불법 파일공유 서비스에 대한 접근을 제공하는 것이 유일한 목적인 도메인이름과 웹사이트에 대하여 합리적인 조치를 취하여야 한다.³⁹⁸⁾ 2020년 6월 29일 그 법원은 스웨덴에서 저작권집행을 위한 모색적 금지처분의 활용을 확립함에 있어 이 선례를 토대로 하여 확인하여 발전시키고 있다.³⁹⁹⁾

VII. 오스트리아

EU 정보사회지침 제8조 제3항을 반영한 것이다. EU에서 동일하게 대응하고 있는 나라가 많다.

오스트리아 저작권법 제115A조는 ‘오스트리아 이외의 온라인 로케이션의 액세스를 제공하는 서비스제공자에 대한 금지명령’에 대하여 규정하고 있다. 이 조문에 따르면, 금지명령은 사이트제공자가 그 온라인 로케이션에 대한 접근을 무효로 하여 적절한 조치를 취하도록 요구하는 것이다.

VIII. 호주

1. 의의

2019년 8월 시드니 연방법원은 35곳의 토렌트, 스트리밍과 관련 프록시사이트(proxy site)를 겨냥하여 호주 최초의 모색적 금지처분을 제정하였다. 권리자가 직접적으로 프록시사이트를 겨냥한 것은 이것이 최초다. 2018년 개정된 호주의 저작권법⁴⁰⁰⁾은 모색적 금지처분 뿐만 아니라 침해콘텐츠(보다 명확하고 집중적인 불법복

397) §53B (first sentence) of the Swedish Act on Copyright in Literary and Artistic Works (1960:729).

398)

<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/07/20/dynamic-blocking-injunction-confirmed-by-swedish-patent-and-market-court-of-appeal/> (last visit on December 5, 2020).

399) <https://ipkitten.blogspot.com/2020/07/swedish-patent-and-market-court-upholds.html> (last visit on December 10, 2020).

제 사이트와 더불어)에 대한 접속을 제공하는 주된 효과를 가져오는 사이트를 겨냥하는 것을 허용하였다. 인터넷서비스제공자 이의를 제출하지 아니하는 경우에만 모색적 금지처분을 발령할 수 있다.⁴⁰¹⁾

2. 사이트 차단명령⁴⁰²⁾

가. 의의

호주 저작권법 제115A조에 따른 사이트 차단명령(Site blocking order)은 이동통신서비스제공자(carriage service provider)(예: Telstra와 Optus)에 대한 금지처분이다. 이 명령이 발령되는 경우, 이동통신서비스제공자는 저작물을 침해하거나 저작권침해를 방조하는 호주 밖의 웹사이트 또는 온라인 위치에 대한 접근을 차단하기 위한 합리적인 조치를 취하여야 한다.⁴⁰³⁾

2018년 개정이전의 호주 저작권법 ⁴⁰⁴⁾
제115A조 (호주 국외 소재 온라인 위치에의 접근을 제공하는 통신서비스제공자에 대한 금지처분)
(1) 호주 연방법원은 다음의 사실을 인정하는 경우에 저작권자의 신청에 따라 제

400) 2018년 개정이전의 호주 저작권법 제115A조의 원문은 다음과 같다.

“115A Injunctions against carriage service providers providing access to online locations outside Australia

- (1) The Federal Court of Australia may, on application by the owner of a copyright, grant an injunction referred to in subsection (2) if the Court is satisfied that:
- (a) a carriage service provider provides access to an online location outside Australia; and
 - (b) the online location infringes, or facilitates an infringement of, the copyright; and
 - (c) the primary purpose of the online location is to infringe, or to facilitate the infringement of, copyright (whether or not in Australia).
- (2) The injunction is to require the carriage service provider to take reasonable steps to disable access to the online location.”

401) Id.

402)

<https://itif.org/publications/2018/06/12/normalization-website-blocking-around-world-fight-against-piracy-online> (last visit on December 10, 2020).

403) Roadshow Films Pty Limited v Telstra Corporation Limited [2020] FCA 507; Foxtel Management Pty Limited v TPG Internet Pty Ltd [2019] FCA 1450; Roadshow Films Pty Limited & Ors v Telstra Corporation Limited & Ors [2019] FCA 885 (No 5); Roadshow Films Pty Limited v Telstra Corporation Limited (No 2) [2020] FCA 769; Australasian Performing Right Association Ltd v Telstra Corporation Ltd [2019] FCA 751; Television Broadcasts Limited v Telstra Corporation Limited [2018] FCA 1434; Foxtel Management Pty Ltd v TPG Internet Pty Ltd [2018] FCA 933; Roadshow Films Pty Limited v Telstra Corporation Limited [2018] FCA 582; Foxtel Management Pty Limited v TPG Internet Pty Ltd [2017] FCA 1041; Universal Music Australia Pty Ltd v TPG Internet Pty Ltd (2017) 126 IPR 219.

2항에서 정하는 금지처분을 내릴 수 있다.

- (a) 통신서비스제공자가 국외 소재 온라인 위치에 대한 접근을 제공한다는 사실
 - (b) 해당 온라인 위치가 저작권을 침해하거나 저작권 침해를 방조한다는 사실 및
 - (c) 온라인 위치의 주된 목적이 (국내외를 막론하고) 저작권을 침해하거나 저작권 침해를 방조한다는 사실
- (2) 금지처분의 내용은 온라인 위치에 대한 접근을 불가능하게 하는 합리적인 조치를 통신서비스제공자가 취하도록 강제하는 것이다.

2018년 개정이전의 호주 저작권법 제115A조에 따르면, 해당 온라인 위치가 저작권을 침해하거나 저작권침해를 방조하는 경우이고 국내외를 막론하고 그 주된 목적이 저작권을 침해하거나 저작권침해를 방조하는 경우에 금지처분을 명할 수 있었다. 호주 저작권법 제115A조는 2015년 6월에 처음 도입되었고 이 조문에 따른 최초의 금지처분은 Roadshow Films Pty Ltd v Telstra Corporation Ltd 사건에서 2016년 12월에 발령한 금지처분이다.⁴⁰⁵⁾ 2016년 이래, PirateBay, SolarMovie 및 KickassTorrents를 비롯하여 침해콘텐츠가 이용가능한, 여러 온라인 위치와 관련하여 금지처분이 발령되었다.

저작권자가 표적으로 한 인터넷서비스와 제품의 범위는 확장되었다. 이 조문을 적용한 원래의 범위는 불법스트리밍 또는 토렌트 인덱서(torrent indexer) 양자를 표적으로 하였지만 그 적용범위는 보다 다양한 기술을 작동불가능하게 하였다.⁴⁰⁶⁾ 2018년 4월 27일, 호주 연방법원은 Roadshow Films Pty Ltd v Telstra Corporation Ltd 사건⁴⁰⁷⁾에서 웹사이트 보다는 웹을 허용하는 부수적인 서비스 또는 기능장치를 표적으로 하여 HDSubs+ App를 불능화하는 판결을 선고하였다.

다음과 같은 2018년 개정을 통해 개정 이전의 웹사이트 차단제도의 범위를 확대하고자 하였다.

첫째, 저작권을 침해하는 주된 목적이라는 기준을 저작권을 침해하는 주된 목적 또는 주된 효과라는 기준으로 확대하였다.

둘째, 금지처분의 대상을 인터넷서비스제공자 뿐만 아니라 온라인검색엔진 제공자에게도 확대하였다.

셋째, 변형적인 유형의 금지처분을 마련하였다. 즉, 인터넷서비스제공자 및 온라인

404) Copyright Act 1968 No. 63, 1968, Act No. 49, revised in 2017.

405) [216] FCA 1503.

406)

<https://www.kwm.com/en/au/knowledge/insights/australias-website-blocking-laws-set-to-be-expanded-20181025> (last visit on December 10, 2020).

407) [2018] FCA 582.

인 검색엔진 제공자는 법원의 관여 없이 침해하는 온라인 위치에 대한 접근하기로 합의한 도메인이름, URL 및 IP 주소 (또는 검색 결과)를 계속하여 차단할 수 있다.

나. Roadshow Films Pty Ltd v Telstra Corporation Ltd⁴⁰⁸⁾

(1) 배경

Roadshow Films Pty Ltd. v. Telstra Corporation Ltd 사건⁴⁰⁹⁾에서 호주 연방법원은 2016년 2월에 제기된 두 개의 소송절차를 병합심리하여 금지명령을 내렸다. Roadshow, Disney, Twentieth Century Fox, Paramount, Columbia, Universal 및 Warner Bros (이하 ‘영화 회사들’)는 특정 인터넷서비스제공자가 SolarMovie라는 스트리밍 사이트에 대한 접근을 금지하도록 규정하고 있는 호주 저작권법 제115A조에 따른 금지명령을 신청하였다. 동시에 Foxtel (호주 유료 TV방송사)은 전술한 인터넷서비스제공자 중 다수에게 The Pirate Bay, Torrentz, TorrentHound 및 IsoHunt로 알려진 4곳의 파일공유 사이트에 대한 접근을 차단하는 호주 저작권법 제115A조의 금지명령을 신청하였다. 쟁점이 된 사이트의 운영자 중 어느 누구도 절차의 당사자로 참가할 것을 신청하지도 않았고 심리절차에 참여하지도 않았다.

인터넷서비스제공자들은 영화회사들과 Foxtel이 청구한 금지명령의 인용에 대해 동의하지도 않았고 반대하지도 않았다. 인터넷서비스제공자들은 호주 저작권법 제115A조에 따른 구제책을 부여한 조건 및 발령한 명령의 방식과 관련해서만 심리할 것을 요청하였다.

(2) 2018년 개정 이전의 호주 저작권법 제115A조

2018년 개정 이전의 호주 저작권법 제115A조는 2015년 6월 27일에 시행되었다. 호주 저작권법 제115A조 제1항은 다음의 사실이 인정되는 경우에 인터넷서비스제공자가 온라인 위치에 대한 접근을 불능하게 하는 합리적인 조치를 취하도록 하는 금지명령을 법원에 신청할 수 있다고 규정하고 있다.

- (i) 인터넷서비스제공자가 국외 소재 온라인 위치에 대한 접근을 제공한다는 사실
- (ii) 해당 온라인 위치가 저작권을 침해하거나 저작권 침해를 방조한다는 사실 및
- (iii) 해당 온라인 위치의 주된 목적이 저작권을 침해하거나 저작권침해를 방조한

408) [2016] FCA 1503.

409) Id.

다는 사실(국내외를 막론하고)

이 규정에 따르면, 인터넷서비스제공자 자체가 저작권을 침해하거나 저작권침해를 허락하였다는 사실을 증명할 필요도 없고 인터넷서비스제공자가 저작권침해 사실에 대해 악의였을 것을 증명할 필요도 없다. 따라서 이 규정은 인터넷서비스제공자에 대한 무과실 구제책을 마련하고 있다.⁴¹⁰⁾ 2018년 개정 이전의 호주 저작권법 제115A조에 따르면, 연방법원은 금지처분을 발령할 것인지 여부에 대한 재량권을 가진다. 2018년 개정 이전의 호주 저작권법 제115A조 제5항에 따르면, 재량권을 행사함에 있어 법원이 고려할 수 있는 요인 (침해의 악명, 다른 국가가 해당 사이트에 대한 접근을 차단하는 명령을 내렸는지 여부, 해당 사이트에 대한 접근을 차단하는 것이 비례성 원칙에 부합하는지 여부 또는 공익에 부합하는지 여부 및 금지처분의 제3자에 대한 영향 등)을 규정하고 있다.

(3) 판결

호주 연방법원은 Pirates Bay와 관련된 여섯 개의 도메인이름의 예외를 제외하고는 차단하고자 한 해당 도메인이름, IP 주소 및 URL 각각과 관련하여 2018년 개정 이전의 호주 저작권법 제115A조 제1항의 요건이 충족된 것으로 실시하였다.

이러한 결론을 도출함에 있어 법원은 제소 시점에 위치가 온라인이 소재하는 경우에는 금지처분을 발령할 시점에 그 위치가 온라인상에 소재하지 않더라도 2018년 개정 이전의 호주 저작권법 제115A조 제1항 제a호의 목적상 인터넷서비스제공자가 온라인 위치에 대한 접근을 제공한다고 판시하였다. 달리 판단하였다면 이 조문의 유용성의 상당 부분을 박탈하였을 것이라고 법원은 판시하였다. 왜냐 하면 웹사이트 운영자는 소송계속중에 일시적으로 웹사이트를 오프라인으로 운영함으로써 금지처분을 피할 수 있기 때문이다. 하지만, 온라인 위치가 심리 단계에서 불능화되었다는 사실은 법원의 재량권 행사와 관련이 있는 사항일 수 있다.⁴¹¹⁾

Pirate Bay와 관련하여 차단하고자 한 여섯 곳의 도메인 이름이 소송절차가 개시된 때 또는 저작권을 침해한 때 또는 저작권침해를 방조한 때에 활성화되어 있다는

410) Jones Day, Commentary: Federal Court of Australia Orders First Site-Blocking Injunctions to Reduce Online Copyright Infringement, January 2017, p. 1, available at <https://www.jonesday.com/files/Publication/ca09fbfd-1eac-485e-b5f9-28e496d67952/Presentation/PublicationAttachment/34bc475c-e36e-4fe1-9885-2d2d099feeee/Federal%20Court%20of%20Australia%20Orders%20First%20Site-Blocking%20Injunctions%20to%20Reduce%20Online%20Co.pdf> (last visit on January 5, 2020).

411) Id. at p. 2.

증거가 없었기 때문에 법원은 비활성화되어 있는 특정 도메인 이름(비록 Pirate Bay 와 관련된 31 곳의 다른 도메인이름은 접근 차단 대상이 되었더라도)과 관련해서는 금지처분을 내리지 아니하였다.

법원은 차단의 대상인 다섯 곳의 각 사이트의 주된 목적이 저작권을 침해하거나 저작권침해를 방조하는 것이라고 판단하였다. 법원은 특정 웹사이트가 단순히 이용허락받은 저작물을 온라인상 이용가능하게 하거나 저작권을 침해하기 위하여 몇몇 이용자가 통상적으로 사용한다는 사실은 ‘주된 목적’을 입증하지 못한 것으로 판시하였다. 하지만, 이 사건에서 파일공유사이트와 스트리밍 사이트의 각각은 저작권자의 허락없이 온라인상 이용할 수 있는 영화 및/또는 TV 프로그램에 대한 무료의 무제한적인 접근을 조장하는 주된 활동을 위해 사용되거나 사용되도록 의도한 것이라고 인정하였다.

2018년 개정 이전의 호주 저작권법 제115A조에 따른 구제책을 부여할 재량권을 행사함에 있어 법원은 특히 다섯 곳의 사이트가 대규모로 저작권침해를 장려하였거나 저작권자의 권리를 명백히 무시하였고 다른 국가에서 해당 사이트의 대다수와 관련하여 차단명령이 이미 내려졌다고 판시하였다.

(4) 명령들

당사자들은 발령할 명령의 방식과 관련하여 대체로 합의하였다. 하지만 두 영역에 있어서는 합의에 도달하지 못하였다. 이는 (i) 저작권자가 금지처분의 범위를 법원의 추가적인 명령 없이 관련 사이트에 관한 다른 도메인이름, IP 주소 및 URL로 확대할 수 있는지 여부와 (ii) 인터넷서비스제공자로부터 회복할 수 있는 비용이다.

인터넷서비스제공자들은 15일 간 특정 사이트에 대한 접근을 불능하게 하는 합리적인 조치(인터넷서비스제공자의 선택에 따라 특정 IP 주소를 차단하거나 특정 IP 주소의 경로를 변경하는 조치, 특정 URL 및 도메인이름을 차단하는 조치, 도메인이름 시스템의 차단조치 또는 저작권자와 인터넷서비스제공자 사이에 서면으로 합의한 바에 따라 표적으로 된 온라인 위치에 대한 접근을 불능하게 하는 대안적인 기술적 수단)를 취하기로 합의하였다. 저작권을 침해하였거나 저작권침해를 방조하였다는 법원의 판단의 결과로서 차단된 사이트에 대한 접근을 구하는 이용자들은 해당 사이트에 대한 접근이 불능화되었다는 사실을 이용자들에게 알려주는 ‘방문 페이지(landing page)’로 안내된다.

저작권자가 금지처분을 신청하였을 때, 금지처분의 기간은 3년이었고 법원이 추가로 연장할 수 있는 것이었다. 이는 저작권자 또는 차단된 사이트의 운영자 또는

명령에 의하여 영향을 받는 것으로 주장하는 다른 사이트의 운영자가 3일의 서면 통지하에 명령을 변경하거나 면제하기 위하여 신청할 수 있게 하기 위하여 마련한 것이다.

저작권자는 단순히 인터넷서비스제공자에게 서면 통지를 제공함으로써 금지처분의 범위를 법원이 발령한 명령에 포함되는 않는 대상 사이트와 관련된 다른 도메인 이름, IP 주소 및 URL을 포함하도록 허용하는 모색적 명령(rolling order)의 방식을 신청하였다. 하지만, 법원은 금지처분의 확대 또는 변경을 증거에 비추어 법원의 승인 및 명령에 따로 받도록 하는 인터넷서비스제공자가 반박한 접근방식을 선호하였다.⁴¹²⁾

또한 저작권자는 인터넷서비스제공자가 금지처분을 준수하는 자신의 비용을 부담할 것을 제안하였다. 반면에 인터넷서비스제공자는 금지처분을 준수하는 비용과 관련하여 법원의 명령을 신청하였다. 법원은 저작권자가 인터넷서비스제공자가 부담하는 도메인이름당 50 호주달러의 준수비용을 지급하는 것이 합리적이라고 판시하였다.

더욱이 Telstra는 2018년 개정 이전의 호주 저작권법 제115A조에 따라 내려졌을 수 있었던 명령의 준수를 마련하기 위한 다양한 시스템을 구성함에 있어 제115A조의 도입 직후 발생한 비용을 청구하였다. 법원은 Telstra에게 그 구축비용의 상환을 허용하는 것을 거부하였다. 법원의 판시의견에 따르면, 그 구축비용은 이미 발생한 것이었고 현행 소송절차의 존재와는 무관하게 Telstra가 어느 단계에서 발생할 수밖에 없었던 일반적인 영업비용에 해당한다고 설시하였다.

다. 2018년 개정된 호주 저작권법⁴¹³⁾

412) Id. at p. 3.

413) Australian Copyright Act 1968, No. 63, 1968, revised by Act No. 157, 2018.

“115A Injunctions relating to online locations outside Australia

Application for an injunction

- (1) The owner of a copyright may apply to the Federal Court of Australia to grant an injunction that requires a carriage service provider to take such steps as the Court considers reasonable to disable access to an online location outside Australia that:
 - (a) infringes, or facilitates an infringement, of the copyright; and
 - (b) has the primary purpose or the primary effect of infringing, or facilitating an infringement, of copyright (whether or not in Australia).
- (2) The application under subsection (1) may also request that the injunction require an online search engine provider (other than a provider that is covered by a declaration under subsection (8B)) to take such steps as the Court considers reasonable so as not to provide a search result that refers users to the online location.

Granting the injunction

- (2A) The Court may grant the injunction in the terms, and subject to the conditions, that the Court considers appropriate.

Note 1: For the matters that the Court may take into account when determining whether to grant

the injunction, see subsection (5).

Note 2: The terms and conditions of the injunction that apply to a carriage service provider under subsection (1) may be different from those that apply to an online search engine provider under subsection (2).

(2B) Without limiting subsection (2A), the injunction may:

- (a) require the carriage service provider to take reasonable steps to do either or both of the following:
 - (i) block domain names, URLs and IP addresses that provide access to the online location and that are specified in the injunction;
 - (ii) block domain names, URLs and IP addresses that the carriage service provider and the owner of the copyright agree, in writing, have started to provide access to the online location after the injunction is made; and
- (b) require the online search engine provider to take reasonable steps to do either or both of the following:
 - (i) not provide search results that include domain names, URLs and IP addresses that provide access to the online location and that are specified in the injunction;
 - (ii) not provide search results that include domain names, URLs and IP addresses that the online search engine provider and the owner of the copyright agree, in writing, have started to provide access to the online location after the injunction is made.

Parties

(3) The parties to an action under subsection (1) are:

- (a) the owner of the copyright; and
- (b) the carriage service provider; and
- (ba) if the application under subsection (1) also sought for the injunction to apply against an online search engine provider—the online search engine provider; and
- (c) the person who operates the online location if, but only if, that person makes an application to be joined as a party to the proceedings.

Service

(4) The owner of the copyright must notify:

- (a) the carriage service provider; and
- (aa) if the application under subsection (1) also sought for the injunction to apply against an online search engine provider—the online search engine provider; and
- (b) the person who operates the online location;
of the making of an application under subsection (1), but the Court may dispense, on such terms as it sees fit, with the notice required to be sent under paragraph (b) if the Court is satisfied that the owner of the copyright is unable, despite reasonable efforts, to determine the identity or address of the person who operates the online location, or to send notices to that person.

Matters to be taken into account

(5) In determining whether to grant the injunction, the Court may take the following matters into account:

- (a) the flagrancy of the infringement, or the flagrancy of the facilitation of the infringement, as referred to in paragraph (1)(b);
- (b) whether the online location makes available or contains directories, indexes or categories of the means to infringe, or facilitate an infringement of, copyright;
- (c) whether the owner or operator of the online location demonstrates a disregard for copyright generally;
- (d) whether access to the online location has been disabled by orders from any court of another country or territory on the ground of or related to copyright infringement;
- (e) whether disabling access to the online location is a proportionate response in the circumstances;
- (ea) if the application under subsection (1) also sought for the injunction to apply against an online search engine provider—whether not providing search results that refer users to the online location is a proportionate response in the circumstances;
- (f) the impact on any person, or class of persons, likely to be affected by the grant of the

호주의 2018년 저작권법 제115A조 (호주 국외에 소재하는 온라인 위치와 관련된 금지처분)

금지처분 신청

- (1) 국외 소재 온라인 위치(online location)에 대한 접근을 불가능하게 하는 조치로서 합리적이라고 법원이 인정한 경우, 저작권자는 연방법원에 통신서비스제공자가 아래 각 호의 조치를 금지하도록 연방법원에 청구할 수 있다.
- (a) 저작권을 침해하는 조치 또는 저작권침해를 방조하는 조치 및
 - (b) (국내외에서) 저작권 침해를 가져오거나 저작권 침해를 방조하는 것을 주된 목적 또는 주된 효과로 하는 조치
- (2) 이용자를 온라인 위치로 안내하는 검색결과를 제공하지 아니하기 위하여 법원이 합리적으로 인정하는 조치를 온라인 검색엔진 제공자(제8B항에 따른 선언에 의하여 포섭되는 제공자 제외)가 취하도록 하는 조치도 제1항의 청구에 포함할 수 있다.

금지처분의 허여

(2A) 법원은 적절하다고 인정하는 내용 및 조건에 따라 금지처분을 허여할 수 있다.

주 1: 금지처분을 허여할 것인지 여부를 언제 판단할 것인지 여부를 고려할 수 있는 사항에 대해서는 제5항 참조.

주 2: 제1항에 따른 통신서비스제공자에게 적용되는 금지처분의 내용 및 조건은 제2항에 따른 온라인 검색엔진 제공자에 적용되는 내용 및 조건과는 상이할 수 있다.

(2B) 제2A항을 제한하지 않고, 금지처분은 다음 각 호의 조치를 취할 수 있다.

- (a) 통신서비스제공자에게 다음 각 목의 하나 또는 양자를 할 합리적인 조치를 하도록 요구하는 조치
 - (i) 금지처분에 특정된 온라인 위치에 대한 접근을 제공하는 도메인이름, URL 및 IP 주소를 차단하는 조치
 - (ii) 금지처분이 발령된 후 온라인 위치에 대한 접근을 시작하였던 도메인이름,

URL 및 IP 주소로서 통신서비스제공자와 저작권자가 서면으로 합의한
도메인이름, URL 및 IP 주소를 차단하는 조치 및

(b) 온라인 검색엔진 제공자에게 통신서비스제공자에게 다음 각 목의 하나 또는
양자를 할 합리적인 조치를 하도록 요구하는 조치

(i) 온라인 위치에 대한 접근을 제공하고 금지처분에 특정된 도메인이름, URL
및 IP 주소를 포함하는 검색결과를 제공하지 아니하는 조치

(ii) 금지처분이 발령된 후 온라인 위치에 대한 접근을 시작하였던 도메인이름,
URL 및 IP 주소로서 온라인 검색엔진 제공자와 저작권자가 서면으로
합의한 도메인이름, URL 및 IP 주소를 포함하는 검색결과를 제공하지
아니하는 조치

당사자

(3) 제1항에 따른 소송의 당사자는 다음 각 호와 같다.

(a) 저작권자 및

(b) 통신 서비스 제공자 및

(ba) 제1항에 따른 신청이 온라인 검색엔진 제공자에 대한 금지처분을
신청하는 것인 경우에 온라인 검색엔진 제공자 및

(c) 온라인 위치를 운영하는 자가 절차의 당사자로 참가신청을 하는 경우에만
온라인 위치를 운영하는 자

송달

(4) 저작권자는 다음 각 호의 자에게 통지하여야 한다.

(a) 제1항에 따른 신청의 상대방인 통신서비스 제공자 및

(aa) 제1항에 따른 신청이 온라인 검색엔진 제공자에 대해서도 적용되는
금지처분을 구하는 경우에는 제1항에 따른 신청의 상대방인 온라인
검색엔진 제공자 및

(b) 제1항에 따른 신청의 상대방인 온라인 위치를 운영하는 자

저작권자가 합리적인 노력을 기울였음에도 불구하고 온라인 위치를
운영하는 자의 신원 또는 주소를 판단할 수 없거나 그 자에게 통지를
발송할 수 없다고 법원이 인정하는 경우 적절하다고 보는 조건하에 제b항에
따른 통지를 생략할 수 있다.

고려 요인

- (5) 금지처분을 허용하는지 여부를 판단함에 있어 법원은 다음 각 호의 사항을 고려할 수 있다.
- (a) 제1항 제b호에서 정하는 대로 침해의 악명 또는 침해 방조의 악명
 - (b) 온라인 위치가 저작권을 침해하거나 저작권침해를 방조하는 디렉토리, 색인 또는 수단의 범주를 이용할 수 있게 하거나 포함하는지 여부
 - (c) 온라인 위치의 소유자 또는 운영자가 일반적으로 저작권을 무시하는 태도를 드러냈는지 여부
 - (d) 온라인 위치에 대한 접근이 저작권침해를 이유로 또는 저작권침해와 관련하여 다른 국가의 법원 또는 다른 영의 법원이 발령하는 명령으로 불가능화되었는지 여부
 - (e) 온라인 위치에 대한 접근을 불가능하게 하는 것이 해당 상황에서 비례적인 대응책인지 여부
 - (ea) 제1항에 따른 신청이 온라인 검색엔진 제공자에게 적용되는 금지처분도 구하는 경우에 온라인 위치로 이용자들을 안내하는 검색결과를 제공하는 것이 해당 상황에서 비례성을 구비하고 있는지 여부
 - (f) 금지처분의 허용으로 영향을 받을 개연성이 있는 자 또는 부류에 대한 영향
 - (g) 온라인 위치에 대한 접근을 불가능하게 하는 것이 공익에 부합하는지 여부
 - (ga) 제1항에 따른 신청이 온라인 검색엔진 제공자에 대하여 적용되는 금지처분도 구하는 경우에는 온라인 위치로 이용자들을 안내하는 검색결과를 제공하는 것이 공익에 부합하는지 여부
 - (h) 저작권자가 제4항을 준수하였는지 여부
 - (i) 이 법에 따라 이용할 수 있는 그 밖의 구제책
 - (j) 규칙에서 정하는 그 밖의 사항
 - (k) 그 밖의 관련 사항

온라인 위치가 국외에 소재한다는 추정

- (5A) 절차의 목적상 온라인 위치는 반대증거가 없는 한, 국외에 소재하는 것으로 추정한다.

선서진술서 증거

- (6) 절차의 목적상 제134A조 (선서진술서 증거)와 관련하여 특정행위에 대한 제134조 제f항이 일련의 행위에 적용하는 것으로 한다.

금지처분의 취소 및 변경

- (7) 법원은 다음 각 호의 조치를 행할 수 있다.
- (a) 이 조에 따라 부여된 금지처분의 기간을 제한하는 조치 또는
 - (b) 당사자의 신청시에 이 조에 따라 부여된 금지처분을 취소하거나 변경하는 조치
- (8) 제7항에 따른 신청은 다음 각 호의 자가 제기할 수 있다.
- (a) 제3항에서 규정하는 자 또는
 - (b) 규칙에서 정하는 그 밖의 자
- (8A) 제7항에 따른 신청은 제8B항에 따른 선언에서 포섭하는 온라인 검색엔진 제공자에게 적용할 수 있는 금지처분을 변경하도록 법원에 요구해서는 아니된다.

온라인 검색엔진 제공자를 제외하는 선언

- (8B) 통신·사이버안전·예술 장관은 행정입법을 통해 다음의 사항을 선언할 수 있다.
- (a) 특정 온라인 검색엔진 제공자 또는
 - (b) 특정 군의 회원인 온라인 검색엔진 제공자는 제1항 또는 제7항에 따른 신청에 특정되지 않아야 한다.

비용

- (9) 통신서비스제공자 또는 온라인검색엔진 제공자(적용가능한 경우에만)는 해당 제공자가 변론에 출석하여 절차에 참가하지 아니하는 한, 절차에 관한 비용에 대해 책임을 부담하지 아니한다.

3. 비색인화 명령(Deindexing order)

호주저작권법 제115A조 제2항은 신청인(법적 절차를 개시하는 당사자)에게 추가적인 명령을 구할 능력을 제공한다. 이 비색인화 명령에 따르면, 온라인 검색엔진 제공자(예: 구글 및 야후)는 이용자가 침해 웹사이트를 가리키는 페이지 검색결과를 색인화하는 것을 중지하여야 한다.

4. 발령을 위해 요구되는 저작권의 성격

호주 저작권법 제115A조 제1항은 차단 또는 비색인화를 위하여 법원에 신청할

injunction;

(g) whether it is in the public interest to disable access to the online location;

(ga) if the application under subsection (1) also sought for the injunction to apply against an online search engine provider—whether it is in the public interest not to provide search results that refer users to the online location;

(h) whether the owner of the copyright complied with subsection (4);

(i) any other remedies available under this Act;

(j) any other matter prescribed by the regulations;

(k) any other relevant matter.

Presumption that the online location is outside Australia

(5A) For the purposes of the proceedings, the online location is presumed to be outside Australia, unless the contrary is established.

Affidavit evidence

(6) For the purposes of the proceedings, section 134A (affidavit evidence) applies as if the reference in paragraph 134A(f) to a particular act included a reference to a class of acts.

Rescinding and varying injunctions

(7) The Court may:

(a) limit the duration of; or

(b) upon application, rescind or vary; an injunction granted under this section.

(8) An application under subsection (7) may be made by:

(a) any of the persons referred to in subsection (3); or

(b) any other person prescribed by the regulations.

(8A) An application under subsection (7) must not request the Court to vary the injunction so that it applies to an online search engine provider that is covered by a declaration under subsection (8B).

Declarations excluding online search engine providers

(8B) The Minister may, by legislative instrument, declare that:

(a) a particular online search engine provider; or

(b) an online search engine provider that is a member of a particular class; must not be specified in an application under subsection (1) or (7).

Costs

(9) A carriage service provider or, if applicable, an online search engine provider is not liable for any costs in relation to the proceedings unless the provider enters an appearance and takes part in the proceedings.”

수 있는 저작권의 유형을 제한하지 아니한다. 따라서 다양한 저작권을 토대로 하여 법원이 차단을 명할 수 있다.⁴¹⁴⁾

IX. 덴마크

덴마크는 저작권집행을 위한 웹사이트 차단에 관점에서 볼 때 선구자다. 2006년에 덴마크는 저작권집행에 대한 웹사이트 차단을 허용한 최초의 국가였다. 2019년 동안, 권리자연맹(Rights Alliance)은 141곳의 불법복제 사이트를 차단하게 하였다. 웹사이트 차단조치는 2018년과 비교하여 2019년에 불법복제사이트에 대한 방문을 40%까지 감소시키는데 기여하였다.

2019년 4월에 Frederiksberg 법원은 생중계시합을 보여줌으로써 라리가(스페인축구연맹)의 저작권을 침해하는 10곳의 사이트에 대한 접근을 지역 인터넷서비스제공자가 차단하도록 강제하는 명령-덴마크 사상 최초로 사이트 차단명령-을 발령하였다.⁴¹⁵⁾

414) <https://www.dundaslawyers.com.au/s115a-copyright-act-infringement-outside-australia/> (last visit on December 11, 2020).

415) Sag BS-5975/2019-FRB (afsagt den 15. april 2019), available at <https://torrentfreak.com/images/Danish-LaLiga-order.pdf> (last visit on December 11, 2020).

제5편 결론

제1장 형사법적 해결방안

제1절 의의

저작권 침해 행위가 범죄행위에 해당되는 경우 범죄를 예방하기 위한 방법론 가운데 가장 기본이 되는 것이 형사처벌이라는 측면에서 저작권 침해 범죄행위에 대한 해결방안 가운데 형사법적인 측면은 가장 튼튼한 기초가 되어야 할 것으로 생각된다. 규범질서를 유지하기 위해서 법체제가 이용하고 있는 공적 제재의 수단 가운데 형사법적 제재방안은 가장 강력한 것으로 평가된다. 제재의 내용이 기본권 침해라는 측면에서 가장 수준이 높기 때문이다. 가장 강력한 수단이기 때문에 다른 공적 제재 수단인 행정적 제재와 민사적 제재로 충분히 대처가 가능하다면 굳이 형사적 제재까지 가할 필요가 없을 것이다. 형사적 제재는 항상 최후의 수단으로서 보충적으로만 사용되어야 할 것이다. 그러나 형사적 제재가 반드시 필요하다고 판단되는 부분에 대해서는 형사처벌이 빈틈없이 이루어져야 범죄 예방의 효과를 볼 수 있다.

반드시 필요한 부분에는 형사제재가 가해져야 한다는 측면에서 저작권 침해 범죄행위와 관련하여 특히 문제가 있는 영역은 인터넷을 통한 범죄행위이다. 다른 모든 사이버 범죄와 마찬가지로 국제 인터넷 서비스를 매개로 하는 저작권 침해 범죄행위에 대한 형사적 대처는 형벌고권이 국가 단위로만 형성되어 있다는 곤란한 문제에 봉착하게 된다. 이를 완벽하게 해결할 수 있는 방안은 국제 형벌고권을 형성하는 것인데 아직 요원한 일이다. 지금 현재로서는 국가 단위로 형성되어 있는 형벌고권을 활용하는 수밖에 없으므로 방법은 국가형벌권이 국내 형법 적용의 준거를 통해 국제적으로 펼쳐지고 있는 저작권 침해 범죄행위에 대하여 가능한 한 빠짐 없이 적용되도록 최선을 다하는 것이다. 이를 위해서 어쩔 수 없이 국제 공조를 이어나가야 한다. 그러한 측면에서 국제 공조를 위한 조약인 부다페스트 협약에 우리나라도 하루 빨리 가입하여야 할 것이라고 생각한다. 이마저도 이루어지지 않은 상황 이어서 여러 가지로 저작권 침해 범죄행위에 대한 형사법적 대응방안은 한계를 가질 수밖에 없다.

이러한 한계를 인식한 상태 아래 국제 인터넷 서비스를 매개로 하는 저작권 침해

범죄행위에 대한 형사법적 해결방안을 생각해 보았다. 국제 인터넷 서비스를 매개로 한 저작권 침해 범죄행위에 대한 형사법적 대응방안을 여러 가지 시각에서 검토한 결과 다음과 같은 결론이 도출된다. 저작권 침해 범죄행위를 단속하고 수사하는 직무를 수행하고 있는 특별 사법경찰관리의 입장에서 실무 과정에서 참고가 될 수 있을 것으로 생각된다.

제2절 저작권 침해 범죄구성요건 성립 관련 고려사항

I. 저작권 침해 범죄행위의 개념

저작권 침해 범죄는 저작물을 저작권자의 동의 없이 함부로 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여하거나 그에 대한 2차적 저작물 작성을 함으로써 성립한다. 저작권자의 동의가 있게 되면 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여 또는 그에 대한 2차적 저작물 작성이 허용된다. 저작권 침해 행위를 다시 정의해보자면 ‘저작권자의 의사에 반하여 저작물을 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여하거나 그에 대한 2차적 저작물 작성을 하는 것’ 이라고 할 수 있다.

II. 저작권자의 동의가 가지는 법적 성격

여기서 저작권자의 동의가 3단계로 구성되어 있는 범죄성립요건 가운데 어느 것을 조각시켜서 처벌대상에서 제외되는가에 대하여 다음과 같은 견해 대립이 있다.

- ① 이원설 : 법익주체의 동의가 어떠한 법적 성격을 가지는가에 대해서는 일률적인 판단이 불가능하므로, 구성요건 조각사유인 양해 또는 위법성 조각사유인 승낙 가운데 어디에 속하는가를 구성요건의 특질을 보고 판단하여야 한다는 견해이다.
- ② 일원설 중 구성요건 조각사유설 : 법익주체의 동의가 있게 되면 항상 구성요건이 조각된다고 보는 견해이다.
- ③ 일원설 중 위법성 조각사유설 : 법익주체의 동의가 있게 되면 항상 위법성이 조각된다고 보는 견해이다.

범죄행위의 속성상 범익주체의 동의를 있게 되면 범죄성립요건의 제1단계인 구성요건 자체가 성립할 수 없다고 보아야 하는 유형이 존재한다고 볼 수밖에 없으므로 일단 범익주체의 동의를 구성요건을 조각하는 사유가 될 수 있다는 점을 인정하여야 한다고 본다. 그렇다고 해서 범익주체의 동의를 항상 구성요건을 조각한다고 보기도 어렵다. 따라서 범죄의 속성에 따라 범익주체의 동의를 구성요건 조각사유가 되는 경우도 있고, 위법성 조각사유가 되는 경우도 있다고 보는 이원설이 타당하다.

저작권 침해의 경우는 ‘저작권자의 의사에 반하여 저작물을 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여하거나 그에 대한 2차적 저작물 작성을 하는 것’이 범죄행위에 해당하는 것이므로 범익주체인 저작권자의 동의는 구성요건을 조각하는 ‘양해’로 보는 것이 타당하다.

Ⅲ. 저작권 제한사유의 법적 성격

저작권법은 제23조 이하에서 저작재산권의 제한 근거를 열거하고 있다. 저작자의 동의를 없는 상태에서 저작물을 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여하거나 그에 대한 2차적 저작물 작성을 하더라도 이들 저작재산권 제한 사유에 해당하면 저작권 침해 범죄가 성립하지 않게 된다. 이 경우에도 범죄론 체계와 관련해서 어떻게 이해하여야 하는지에 대하여 논란의 소지가 있다.

저작권 제한사유 가운데 가장 핵심적인 내용은 저작권법 제35조의5 제1항에 있다. 이 조항의 내용을 한마디로 하자면 ‘정당한 사용은 처벌하지 않는다’는 것이다. 그 앞에 있는 18개의 조항은 정당한 사용의 예시에 해당한다. 결국 저작권법 제35조의5만 있어도 되지만 그렇게 되면 판단기준의 추상성을 극복하기 어렵기 때문에 18개의 예시 규정을 둔 것이다. 입법기술상 제한적 일반화(ejusdem generis)에 해당한다.

저작권 제한사유에 해당하는 경우는 저작권자의 동의를 별도로 이루어지지 않고 있는 상태임은 분명하므로 ‘저작권자의 의사에 반한다’는 요건이 일단 형식적으로 충족된다고 보아야 한다. 따라서 구성요건 조각사유로는 볼 수 없다. 저작권법 제23조부터 제35조의5까지의 규정은 위법성 조각사유로 보는 것이 타당하다.

Ⅳ. 고의와 실질적 유사성 및 접근성

형법 총칙의 규정은 형법전 이외의 모든 형사처벌 규정에 두루 적용되기 때문에

저작권법상의 처벌규정에도 마찬가지로 형법 총칙 내용이 적용된다. 저작권법 제 136조 제1항에는 주관적 구성요건에 관한 언급이 없다. 과실범을 처벌한다는 특별한 규정이 존재하지 않는 한 고의범만 처벌하는 것이 원칙이다. 따라서 과실범 처벌에 대한 언급이 없다는 측면에서 저작권법 침해 범죄행위는 법적 성격을 고의범으로 보아야 한다.

고의범인 저작권 침해죄가 성립하려면 ① 저작물의 존재를 인식하고, ② 저작권자의 의사에 반한다는 점을 알면서도, ③ 그 저작물을 복제, 공연, 공중송신, 전신, 배포, 대여하거나 그에 대한 2차적 저작물을 작성하였어야 한다. 이와 같은 내용의 고의가 있었다는 점에 대한 입증책임은 검찰에게 부여된다.

고의란 ‘범죄구성요건 실현에 대한 인식과 의도’를 말한다. 그런데 사람의 인식과 의도를 직접 관찰을 통해 정확하게 인식할 수 있는 도구가 존재하지 않는다. 이 때문에 고의의 존재 및 내용에 대한 판단은 행위자의 객관적 행동을 보고 어떠한 행위는 어떠한 고의의 존재가 있었음을 말해준다고 보는 수밖에 없다. 고의 입증에 관한 증명력 판단을 객관적 측면에서 행위 내용을 읽는 방식으로 한다는 말이다.

이와 관련하여 저작권 침해 범죄행위의 고의를 판단할 때 ‘실질적 유사성’과 ‘접근성’이라는 기준을 사용하고 있다. 저작권 침해의 혐의를 받고 있는 사람은 내용이 비슷하지만 그것은 우연의 일치라고 주장하기 마련이므로 자백이 아니라 객관적인 내용을 보고 판단하는 수밖에 없다. 이 경우 실질적 유사성을 판단기준으로 하게 되면 구체적인 표현이 모두 일치하지 않더라도 전체적인 맥락에서 상식적으로 같은 내용이라고 볼 수 있을 정도이면 저작권 침해를 인정할 수 있게 된다. 증명력에 대한 요구수준을 실제 상황에 적합하도록 조정한 것이라고 할 수 있다.

그런데 혹시 다른 사람의 저작물을 보지 않고도 실질적 유사성을 가진 작품을 만들어 낼 수도 있지 않겠는가 하는 걱정 때문에 침해 대상 저작물의 내용에 행위자가 ‘접근’(access)할 수 있는 가능성이 열려 있었는가를 동시에 감안하고 있다. 또한 이미 창작이 이루어진 저작물을 접할 수 있어야 그에 의거하여 작품을 만들었다고 볼 수 있다는 측면에서 ‘의거관계’라는 표현을 사용하기도 한다. 많은 콘텐츠가 인터넷 공간에서 파일 형태로 제공이 되고 있는 상황에서는 접근성을 인정하는 데에는 별다른 어려움이 없을 것이라고 생각한다.

V. 온라인서비스제공자의 책임

저작권법 측면에서 공범과 관련하여 주로 문제가 되는 것은 저작권 침해 행위가

가능해지도록 저작권 침해의 장을 열어 준 온라인서비스제공자(Online Service Provider / OSP)의 종범 성립 여부이다. 저작권 침해와 관련하여 형사책임이 문제될 수 있는 경우는 포털 사이트와 웹하드라고 할 수 있다. 이들 사업자는 이용자들이 정보통신망을 이용해서 서로 자료를 교환할 수 있도록 장을 열어주고 있다. 이들 서비스를 이용해서 교환되는 정보가 저작권을 침해할 가능성은 항상 열려 있다. 그러한 점을 온라인서비스사업자도 잘 알고 있다.

온라인서비스사업자의 형사책임은 방조범 형태로 성립이 가능하다. 방조란 ‘타인의 범죄를 촉진하는 것’을 말한다.⁴¹⁶⁾ 저작권 침해는 포털 사이트나 웹하드 서비스가 존재함으로 인해서 그렇지 않은 경우에 비해 아주 손쉽게 그 실행행위를 할 수 있게 되며, 인터넷의 폭발적인 전파력으로 인해서 법익침해를 아주 효과적으로 강화해준다. 따라서 저작권 침해의 장을 마련하여 손쉽게 범죄를 저지르고 또 법익 침해가 강해지도록 도와준다는 측면에서 온라인서비스사업자의 행위는 방조에 해당할 수 있다.

온라인서비스사업자의 서비스 제공행위가 저작권 침해 범죄의 방조에 해당한다고 하더라도, 그러한 방조행위는 부작용에 의한 것이라고 보는 것이 타당하다. 부작용에 의한 방조가 인정되려면 작위의무가 있어야 한다. 작위의무는 보증인적 지위가 있을 때 인정된다.

온라인서비스사업자가 이행하여야 할 작위의무의 내용은 저작권법 제102조부터 제104조 사이에 자세히 규정되어 있다. 이들 조항은 온라인서비스사업자가 자신의 지배영역 내에서 이루어진 저작권 침해 결과에 대하여 책임을 지지 않기 위한 요건이라는 형태로 구성되어 있다. 이들 요건을 준수하면 형사처벌이 되지 않는다는 것은 이 요건들이 온라인서비스사업자가 이행하여야 할 작위의무라는 말이 된다. 작위의무의 내용을 간추려서 정리해 보자면 다음과 같다.

- ① 어떠한 정보가 누구로부터 누구에게로 언제 보낼 것인가에 대한 결정에 개입하지 말 것 (사이트 내의 콘텐츠 구성에 대하여 관여하지 말 것) (저작권법 제102조)
- ② 반복적으로 저작권을 침해하는 이용자가 발견되면 이용을 정지시킬 것 (저작권법 제102조 제1항 제1호 다목)
- ③ 저작권 침해가 불가능해지도록 차단하기 위한 기술적 조치를 그대로 둘 것 (저작권법 제102조 제1항 제1호 라목)

416) 촉진이란 ① 타인의 범죄의 실행을 가능하게 만들어 주거나 ② 타인의 범죄로 인한 법익침해를 강화해 주거나 ③ 타인의 범죄의 실행을 쉽게 해 주는 것을 말한다.

④ 권리주장자의 요구가 있으면 저작물의 소통을 차단할 것 (저작권법 제103조)

저작권 침해가 이루어지는가를 일일이 점검하여야 할 모니터링 의무는 인정되지 않는다(저작권법 제102조 제3항). 포털이나 웹하드를 이용해서 소통이 되는 정보의 양이 너무 많기 때문에 이를 모두 들여다보는 것은 불가능한 일이다. 그러한 작위 의무는 이행할 수 없기 때문에 그러한 작위의무 자체를 인정하는 것은 무의무한 일이다. 어차피 작위의무 이행가능성이 없어서 부작위범의 성립을 인정할 수 없기 때문이다. 저작권 침해 현상을 최소화 한다는 측면에서 생각해볼 만한 것은 저작권 침해 차단을 위해서 특정 정보에 접근할 수 없도록 하기 위한 기술적 조치를 취할 것을 의무화하는 것이다.

Ⅵ. 국내 형법 적용의 준거 / 대한민국 법원의 재판권

현재 형벌고권은 국가 단위로 형성되어 있다. 국제적 형벌고권의 형성을 통해서 국제질서의 공정한 유지가 논의되고 있기는 하지만 아직 갈 길이 멀다. 이에 따라 저작권 침해 행위에 대해서도 각 국가가 자국의 형법을 적용하여 처벌하는 것 외에는 형사법적 측면에서 할 수 있는 일이 없다.

우리나라 형법이 적용되기 위해서는 형법 제2조부터 제7조까지의 조항 가운데 어느 하나에라도 해당하여야 한다. 이 가운데 국제 인터넷 서비스를 매개로 하는 저작권 침해 범죄행위와 관련하여 국내형법을 적용할 수 있는 준거로 할 수 있는 것은 형법 제2조의 속지주의, 형법 제3조의 속인주의 그리고 형법 제6조의 보호주의 등이다. 저작권 침해행위의 행위지가 대한민국이거나, 행위자가 대한민국 국민이거나, 대한민국 국민의 저작권을 침해하는 범죄행위에 해당하면 국내형법이 적용될 수 있다.

Ⅶ. 국제형사사법 공조 관련

외국에서 수집된 증거의 증거능력이 인정되려면 우리나라 형사소송법이 정하고 있는 증거능력 요건이 충족되어야 한다. 외국에서 수집되는 증거가 우리나라 법정에 제출되는 경로는 다음 세 가지로 정리될 수 있다.

- ① 외국 수사기관 또는 수사기관 이외의 공무원이 해당 국가의 절차법 규정에 따라 증거를 수집해서 국내로 송부하는 경우

- ② 우리나라 수사기관 또는 수사기관 이외의 공무원이 외국 현지에서 진술서를 작성하고 그 진술서가 국내로 전달되어 법정에서 제출되는 경우
- ③ 우리나라 수사기관 또는 수사기관 이외의 공무원이 국내에서 통신수단을 이용하여 진술을 하고 진술서를 작성하여 법원에 증거로 제출하는 경우

이들 각 경우에 증거능력이 인정되기 위한 요건은 다음과 같다.

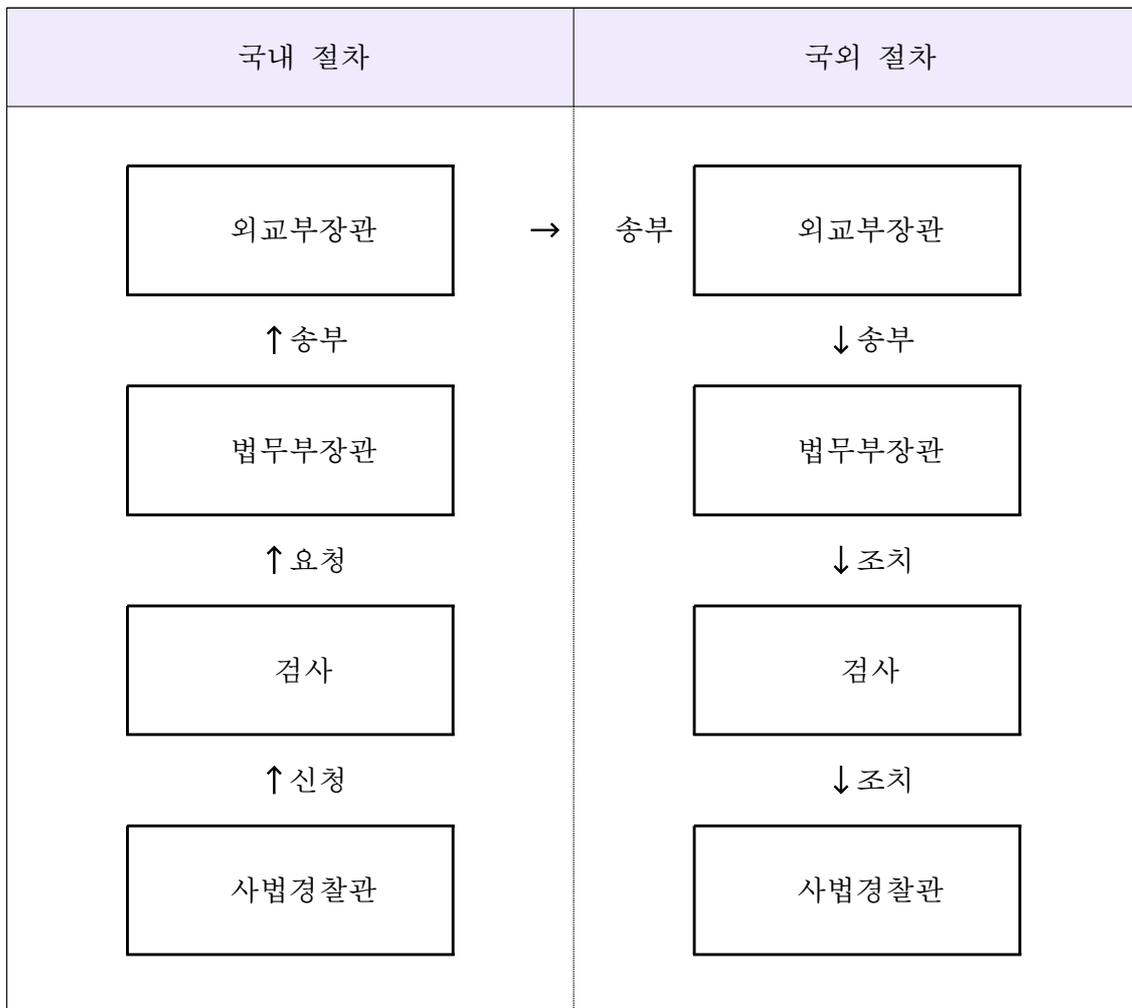
<표 5-1> 국제형사사법 공조 관련 증거능력 인정을 위한 요건 비교

증거 수집 유형	증거능력 인정	증거능력 부정
외국 수사기관 수집	<ul style="list-style-type: none"> - 공신력 있는 외국 기관 작성 감정서 등 당연히 증거능력이 있는 서류 (형사소송법 제 315조) - 외국 소재 증인이 공판정에 출석하는 것이 불가능하고, 증인의 진술이 해당 국가 형사소송절차에 따라 특히 신빙할 수 있는 상태 아래 이루어진 경우 	<ul style="list-style-type: none"> - 외국 소재 피고인에 대하여 외국 수사기관이 해당 국가의 형사소송절차에 따라 진술조서를 작성하였으나, 해당 피고인이 공판정에 출석하여 그 내용의 진정성을 부인한 경우
국내 수사기관의 해외 현지 수집	<ul style="list-style-type: none"> - [사례는 없으나] 해당 참고인의 출석이 불가능하고, 특별히 신빙할 수 있는 상태 아래에서 작성된 진술조서이어야 증거능력 인정될 것임 	<ul style="list-style-type: none"> - 국내 수사관이 외국 현지에서 참고인 진술조서를 작성하였으나, 특별히 신빙할 수 있는 상태 아래 이루어지지 않은 경우
국내 수사기관의 통신수단 이용 수집	<ul style="list-style-type: none"> - [사례는 없으나] 해당 참고인의 출석이 불가능하고, 특별히 신빙할 수 있는 상태 아래에서 작성된 진술조서이어야 증거능력 인정될 것임 	<ul style="list-style-type: none"> - 국내 수사관이 외국 현지에 있는 참고인에 대한 진술조서를 작성하였으나, 특별히 신빙할 수 있는 상태 아래 이루어지지 않은 경우

VIII. 국제형사사법 공조 절차가 가지는 현실적 제약

우리나라에서 외국의 해당 국가로 공조요청서가 송부되기 위해서는 [사법경찰관(7급 이상 공무원) → 검사 → 법무부장관 → 외교부장관]의 네 단계를 거치고, 이를 접수하는 해당 국가에서 증거 수집 실무부서에 이를 때까지 다시 네 단계를 거쳐야 한다. 증거를 수집할 때까지 국내 및 국외 8단계를 그리고 수집된 증거가 다시 우리나라로 전달될 때까지 국외 및 국내 8단계를 거치기에 모두 16단계를 거치는 일이 전개된다. 국가와 국가 사이의 협력관계가 이루어져야 하는 작업이기 때문에 법무부 뿐 아니라 외교부도 거쳐야 하는데다가 형식적으로는 어쨌건 장관까지 개입이 되어야 하기에 무척 번거롭고 시간이 많이 소요되는 일이다.

<표 5-2> 국제형사사법 공조 절차



국제형사사법 공조가 상당히 공식적인 절차이고 번거로운 일이기 때문에 상당 수준의 강력한 범죄가 문제가 되지 않으면 이용하기가 사실상 곤란한 제도라고 판단된다. 저작권 침해 범죄의 경우 전통적인 강력범죄에 비해서 사회구성원이 느끼는 불법의 수준이 대부분 상당히 약할 수 있다. 따라서 저작권 침해 범죄행위의 증거 수집이라는 차원에서 국제형사사법 공조 절차를 밟는 것은 사실상 이용하기 어려운 수단이라고 생각된다.

이러한 현실적인 제약 때문에 국제 인터넷 서비스를 매개로 하는 저작권 침해 범죄행위에 대한 형사법적 대응 방안의 내용은 국제형사사법 공조만으로는 충분하지 않을 것으로 생각된다. 오늘날 전 세계가 교통수단과 통신수단의 발달에 따라 하나의 생활권으로 묶여 나가고 범죄행위 또한 이에 따라 국제화가 진전되고 있다고 하더라도 수사기관에 의한 범죄 수사는 아직도 대부분 국내에서 이루어지고 있다. 국제형사사법 공조를 통해서 수사를 하는 경우는 상당히 예외적이다.

일반 형사사건도 피의자가 해외로 도주하는 등 점차 국제화 추세를 보이고 있지만 공식 절차에 의한 국제형사사법 공조 절차의 진행은 예외적인 경우인 것으로 보인다. 수사기관이 형사사건을 해결할 때 시간이 매우 오래 소요되는 국제형사사법 공조 절차를 모든 국제적 사건에 이용하지 않는다고 해서, 그것이 국제적 성격의 사건을 그에 걸맞은 조치를 통해서 해결하지 않는다는 것을 말하지는 않는다. 그보다는 국제형사사법 공조라는 공식 절차를 필요로 하는 성격의 사건은 그에 따라 처리하고, 그 정도의 수준에 도달하지 않은 사건의 경우에는 나름대로 해결할 수 있는 별도의 방안을 찾아서 활용하고 있다는 말이다. 저작권 침해 범죄행위에 대한 수사도 이러한 해결방안을 참고해서 활용하여야 할 것이라고 생각한다.

IX. 국제형사사법 공조 절차가 아닌 국제 협력

범죄행위가 진행되고 있다는 의심이 갈 경우에 궁극적으로는 범죄 행위자를 특정해서 증거를 수집해야 하는데, 피의자를 특정 하는 과정에서도 범죄에 이용된 서버가 국외에 위치하고 있는 경우 등 해당 국가의 도움이 필요한 사안이 있을 것이다. 하지만, 피의자를 특정하기 이전 단계에서 국제형사사법 공조의 정식 절차를 시작하기는 사실상 어렵다. 국제형사사법 공조는 매우 공식화 된 절차로서 사회적인 이목이 집중되는 사건이면서 피의자나 피고인도 확실하게 특정이 된 경우에만 이루어지고 있다.

수사가 시작이 되는 단계를 생각해 보면, 예를 들어 정보통신망을 이용한 범죄가

발생한 것으로 생각이 될 경우 수사기관은 일단 혐의대상을 좁히기 위해서 통신사업자에게 통신자료를 요청하게 된다. 전기통신사업자가 이에 응하여 이용자 정보인 통신자료를 제공해 주면 누가 정보통신망을 이용하여 범죄행위를 저질렀는지 하는 것과 관련하여 혐의의 범위를 축소할 수 있다.

통신자료 또는 통신사실확인자료 수준의 증거는 해외의 대부분 국가 소속 수사기관이 커다란 법적 장애 없이 수집할 수 있다. 이와 같은 자료는 저작권 침해 범죄행위의 피의자를 특정하기 위해서 매우 유용하게 사용할 수 있는 것으로 판단된다. 이러한 증거 자료는 국제형사사법 공조 절차를 동원하지 않더라도 각 국가의 수사기관 차원에서 상호 협력 관계만 형성되어 있다면 유연하게 제공이 될 수 있다.

X. 국내 형사소송절차를 이용한 해외 소재 증거의 수집

국제 인터넷 서비스를 매개로 하는 저작권 침해 범죄행위에 관한 증거를 수집하기 위해서 반드시 해외에 위치한 서버의 저장매체에 대하여 물리적으로 접근을 하여야만 하는 것은 아니다. 해외 서버의 저장매체를 직접 압수·수색해서 증거를 확보하는 것이 이상적인 방법이기도 하지만 사실상 성사되기 어려운 일이라고 생각된다.

한편 해외 해당국가의 수사기관이 상호 협력의 차원에서 국제형사사법 공조 절차에 의하지 않고 통신자료나 통신사실확인자료를 수집해서 전달해 줄 수 있지만 범죄행위를 입증하기에 충분하지 않을 수 있다.

또 한 가지 가능한 방법은 우리나라 법원의 압수·수색 영장을 발부 받아 우리나라에서 원격으로 해외의 서버를 압수·수색하는 것이다. 이러한 방식의 원격 역외 압수·수색에 의거한 증거 수집의 적법성을 최근 2017년의 판례가 인정하고 있기 때문에 저작권 침해 범죄행위의 증거수집 방식으로 적극 활용할 필요가 있다고 생각한다.

원격 역외 압수·수색의 적법성을 인정하는 대법원의 논리는 다음과 같다.

- ① 피의자의 정보처리장치에 저장된 전자정보를 압수·수색한다는 개념의 범주에는 피의자의 정보처리장치와 정보통신망으로 연결되어 있는 제3자가 관리하는 원격 저장매체에 저장된 전자정보를 압수·수색하는 것도 포함된다.
- ② 피의자가 해당 정보에 대한 처분 권한을 가지고 있었으므로 피의자를 해당 정보의 소유자(소지자)라고 할 수 있다. 해당 정보의 소유자(소지자)에 대하여 참여 기회를 보장하였으므로 적법한 절차에 의한 압수·수색이라고 할 수 있다.

XI. 증거 수집의 적법성 확보

증거 수집의 적법성이 확보되지 아니하여 처벌하여야 할 저작권 침해 범죄행위를 처벌하지 못하게 된다면 곤란하므로 증거수집 과정에서 반드시 다음과 같은 조치를 강구하여야 할 것이라고 생각한다.

<표 5-3> 증거능력 확보를 위한 조치

필요 요건	필요 조치	관련 근거
참여권 보장	<ul style="list-style-type: none"> - 검사에게 영장 청구 신청 - 법원 영장 발부 - 피의자 또는 그 변호인 등 당사자에게 연락하여 참여권 부여 	형사소송법 제121조
무결성 확보	<ul style="list-style-type: none"> - 원격 역외 증거 수집 과정의 증거 조작가능성을 배제하는 것이 가능한 신뢰할 수 있는 공적 기관에서 증거 수집 (예: 한국인터넷진흥원) - 증거 수집 과정에 디지털 증거 관련 전문가 참여 조치 	대법원 2017. 11. 29. 선고 2017도9747 판결
원본성 인증	<ul style="list-style-type: none"> - 증거물 내용 출력 후 인증 획득하여 등본으로 제출 (신뢰할 수 있는 공적 기관 이용) 	형사소송규칙 제134조의7 제1항

제2장 그 밖의 방안

- [1] 양자간 형사사법 공조절차는 실효성이 떨어지는 관계로 이 절차의 효율성을 높이는 방안으로서 특별사법경찰의 역량 강화를 위한 방안을 구상할 필요가 있다.
- [2] 행정부의 불법복제물 유통 사이트의 차단조치는 국내에서만 효력이 발생하는바, 역외적용이 가능한 차단조치를 할 수 있는지 여부를 모색할 필요가 있다.
- [3] 양자간 형사사법 공조조약이 체결된 경우에도 그 실효성이 떨어지고 시간이 많이 지연된다는 점에 비추어 볼 때, ISP가 자체적으로 운영하는 저작권정책을 충분히 반영하여 이에 대응하는 방안을 구상할 필요가 있다.
- [4] 또한 양자간 형사사법 공조조약의 비실효적인 문제를 극복하기 위하여 부다페스트 협약에의 적극적인 가입을 추진할 필요가 있다. 이에 대한 장애요인이 있는지 검토가 필요하다.
- [5] 불법복제물 유통사이트의 행정적 차단조치는 역외적 적용을 구상하기 어려운 측면이 있을 수 있다. 이러한 점을 감안하여 영국, 싱가포르 등 영미법계 국가에서 활용하고 있는 모색적 금지처분(dynamic injunction) 및 실시간 차단조치의 적극적 도입을 고려할 필요가 있다. 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 (약칭: 정보통신망법)은 제5조의2에서 국외행위에 대한 적용 규정을 두고 있다. 즉, 정보통신망법 제5조의2는 “제5조의2(국외행위에 대한 적용) 이 법은 국외에서 이루어진 행위라도 국내 시장 또는 이용자에게 영향을 미치는 경우에는 적용한다.” 라고 규정하고 있다. 아울러 정보통신망법 제44조의2 제4항에서 불법정보에 대한 임시적 차단조치를 규정하고 있다. 이 조문은 다음과 같이 규정하고 있다.

“제44조의2(정보의 삭제요청 등)

- ④ 정보통신서비스 제공자는 제1항에 따른 정보의 삭제요청에도 불구하고 권리의 침해 여부를 판단하기 어렵거나 이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우에는 해당 정보에 대한 접근을 임시적으로 차단하는 조치(이하 “임시조치”라 한다)를 할 수 있다. 이 경우 임시조치의 기간은 30일 이내로 한다.
- ⑤ 정보통신서비스 제공자는 필요한 조치에 관한 내용·절차 등을 미리 약관에 구체적으로 밝혀야 한다.”

한편, 저작권법 제103조의2 제1항 제1호에 따르면, 법원은 도관서비스 제공자에 대해서는 특정 해외 인터넷 사이트에 대한 접근을 막기 위한 합리적 조치를 할 수 있다. 그리고 저작권법 제103조의2 제2항에 따르면, 법원은 캐스팅서비스 제공자, 저

장서비스 제공자 및 검색서비스 제공자에 대해서는 불법복제물에 대한 접근을 막기 위한 조치 및 그 밖에 온라인서비스제공자에게 최소한의 부담이 되는 범위에서 법원이 필요하다고 판단하는 조치를 명할 수 있다. 저작권법 제103조의2 제1항 제1호는 그 조문의 성격상 국내 인터넷서비스제공자에 한하는 것으로 해석할 수도 있다. 따라서 국외 소재 인터넷서비스제공자에게도 적용할 수 있는 조문을 설계할 필요가 있다. 호주 저작권법 제115A조를 참조하여 개정초안을 마련하면 다음과 같다.

<표 5-4> 역외적용을 도입한 저작권법 개정초안

<p>저작권법 개정안</p> <p>제103조의2(온라인서비스제공자에 대한 법원 명령의 범위) ① 법원은 제102조제1항제1호에 따른 요건을 충족한 온라인서비스제공자에게 제123조제3항에 따라 필요한 조치를 명하는 경우에는 다음 각 호의 조치만을 명할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 특정 계정의 해지 2. 특정 해외 인터넷 사이트에 대한 접근을 막기 위한 합리적 조치 <p>② 법원은 제102조제1항제2호 및 제3호의 요건을 충족한 온라인서비스제공자에게 제123조제3항에 따라 필요한 조치를 명하는 경우에는 다음 각 호의 조치만을 명할 수 있다. <개정 2020. 2. 4.></p> <ol style="list-style-type: none"> 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 <p>[본조신설 2011. 12. 2.]</p> <p>③ 국외에 소재하는 온라인 위치의 주된 목적 또는 주된 효과가 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 침해하거나 그러한 침해행위를 방조하는 경우에 법원은 당사자의 신청에 따라 그 온라인 위치에 대한 제123조 제3항에 따른 필요한 조치로서 국내외를 불문하고 특정 도메인이름, 자원위치지정자 및 인터넷 프로토콜 주소에 대한 접근을 막기 위한 조치 또는 이용자를 그 인터넷위치로 안내하는 검색결과 제공을 막기 위한 조치를 명할 수 있다.</p> <p>④ 법원은 당사자의 신청에 따라 제3항에 따른 명령의 범위를 변경하거나 취소할 수 있다.</p>
--

효과이론에 따라서 저작권법 개정초안 제103조의2 제3항 및 제4항은 국외 소재 인터넷서비스제공자에게도 적용된다. 다만, 이 조문이 적용되기 위해서는 그 서비스의 주된 목적 및 주된 효과가 국내 저작권법상 저작권을 침해하거나 이를 방조하는 경우에 한한다. 그리고 그 방안으로서 접속차단조치와 비색인화 조치 둘 다 허용하고 소송계속중 명령의 범위 변경 및 취소를 인정하여 모색적 금지처분이 가능하도록 하였다.

[6] 양자간 자유무역협정을 체결하는 경우에 역외적용이 가능한 불법복제물 웹사이트 차단조치 및 모색적 금지처분을 역외적용할 수 있도록 규정하는 것을 고려할 필요가 있다. 정보통신망법 제5조의2는 역외적용에 관한 조문을 두고 있다. 즉 정보통신망법 제5조의2는 국외에서 이루어진 행위도 국내 시장 또는 이용자에게 영향을 미치는 경우 이 법을 적용하도록 하고 있다(제5조의2 신설). 이는 우리나라 실질법을 역외적용하는 것일 뿐이고 대인적 재판관할권을 역외로 확대적용하는 것이 아니다. 따라서 준거법인 실질법과 더불어 재판관할권의 적용범위를 명확하게 규정하는 조문이 필요할 것으로 생각한다. 그러한 의미에서 2020년 국회에 제출된 국제사법 전부개정안 제39조는 의미가 크다고 하겠다. 2020년 8월 7일 정부안(법무부안)으로 제출된 국제사법 전부개정안(이하 ‘국제사법 개정안’) 제39조는 다음과 같이 규정하고 있다.⁴¹⁷⁾ 이 규정에 따르면, 지식재산권에 대한 침해행위를 대한민국에서 한 경우나 지식재산권 침해행위의 결과가 대한민국에서 발생하는 경우 등에는 지식재산권의 침해에 관한 소를 대한민국 법원에 제기할 수 있다.

<표 5-5> 국제사법 개정안(2020년)

<p>국제사법 개정안</p> <p>제39조(지식재산권 침해에 관한 소의 특별관할) ① 지식재산권 침해에 관한 소는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 법원에 제기할 수 있다. 다만, 제2호 및 제3호의 경우에는 대한민국에서 발생한 결과에 대해서만 법원에 소를 제기할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 침해행위를 대한민국에서 한 경우 2. 침해의 결과가 대한민국에서 발생한 경우 3. 침해행위를 대한민국을 향하여 한 경우 <p>② 제1항제2호 및 제3호에 따라 소를 제기하는 경우 제6조제1항을 적용하지 아</p>

417) 2020년 8월 7일 정부안으로 제출된 국제사법 전부개정안(의안번호 제2102818호 (제안일자: 2020-08-07)).

니한다.

- ③ 제1항 각 호 외의 부분 단서 및 제2항에도 불구하고 제1항제2호 및 제3호의 경우에 지식재산권에 대한 주된 침해행위가 대한민국에서 일어난 경우에는 외국에서 발생하는 결과를 포함하여 침해행위로 인한 모든 결과에 관한 소를 법원에 제기할 수 있다.
- ④ 제1항 및 제3항에 따라 소를 제기하는 경우 제44조를 적용하지 아니한다.

국제사법 개정안 제39조는 디지털 미디어 등 기술 발전으로 인해 지식재산권의 침해행위지가 복수로 존재하거나, 침해결과가 전 세계에 걸쳐 보편적으로 발생하는 경향을 고려하여 재판관할권의 범위를 합리적으로 규율하는 규정을 신설함으로써 분쟁의 효율적 해결이 가능하도록 하고자 하는 것이다.⁴¹⁸⁾

국제사법 개정안 제39조는 지식재산권 침해행위를 대한민국에서 ‘한’ 경우(제1항제1호) 침해행위로 인한 모든 결과에 대한 관할을 인정하는 반면, 침해의 ‘결과’가 대한민국에서 발생하거나 대한민국을 ‘향하여’ 침해행위를 한 경우(제1항제2호 및 제3호) 대한민국에서 발생한 결과에 대해서만 관할을 인정하고 있다.

이러한 관할에 대한 제한은 개정안 제44조에서 정한 불법행위의 경우와 달리 규정되어 있는바, 각각의 경우를 달리 규정할 근거가 없다는 의견이 있으나, 이에 대해 관할을 제한 없이 인정하는 경우 가상공간에서의 저작권 등 지식재산권 침해가 있는 경우 전세계 약 200개국에 잠재적 결과발생지로서 재판관할을 가지게 되어 법정지탐색(forum shopping)⁴¹⁹⁾이 문제될 가능성이 큰 점 등을 고려하여 국제사법 개정안과 같은 제한이 필요하다는 반론이 가능하다.

또한, 국제사법 개정안은 지식재산권 침해에 대해서 일반 불법행위(안 제44조)와 달리 예견가능성을 요구하고 있지 않은 바, 양자를 달리 취급할 필요가 있는지에 대하여 의문을 제기하는 의견이 있고,⁴²⁰⁾ 영업비밀과 같이 지식재산과 특허를 규정된 혼합계약의 경우 불법행위 규정과 지식재산권 규정 중 어느 것을 적용해야 하는지가 불분명하여 수범자의 예견가능성을 저해할 우려가 있다는 의견도 있다.

추가로 국제사법 개정안 제39조 제1항 제2호 또는 제3호⁴²¹⁾에 따라 소를 제기하

418) 법무부, “국제사법 전부개정법률안 조문별 개정이유서”, 2018. 1. 19., 20면

[<https://opinion.lawmaking.go.kr/gcom/ogLmPp/43010> (2020년 12월 20일)].

419) 원고가 자기에게 유리한 판결을 내릴 국가를 찾아서 그 국가에서 소를 제기하는 것을 의미한다.

420) 노태약, “2018년 국제사법 전부개정법률안의 주요 내용 소개”, 2018년 제2회 한국민사소송법학회 학술대회 자료집, 한국민사소송법학회/한양대학교 법학연구소, 2018.6., 29~33면.

421) 제39조(지식재산권 침해에 관한 소의 특별관할) ① 지식재산권 침해에 관한 소는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 법원에 제기할 수 있다. 다만, 제2호 및 제3호의 경우에는 대한민국에서 발생한 결과에 대해서만 법원에 소를 제기할 수 있다.

1. 침해행위를 대한민국에서 한 경우

는 경우 개정안 제6조제1항의 관련사건의 관할 규정이 적용되지 않는 반면, 개정안 제44조⁴²²⁾가 적용되는 경우 관련사건의 관할 규정이 적용되므로 실무상 혼란이 야기될 우려가 있다는 의견이 있고,⁴²³⁾ 각칙의 성격상 안 제38조제2항⁴²⁴⁾과 제39조제4항⁴²⁵⁾은 불필요하다는 의견도 있다.⁴²⁶⁾

검토건대, 기술의 발달에 따라 지식재산권 침해로 인한 파급효과가 일반 불법행위보다 클 것으로 보이므로, 그 책임을 강화하기 위해서는 예견가능성을 요구하는 것이 적절하지 않을 여지가 있다.⁴²⁷⁾

[7] 구글의 저작권 정책에 따르면, “게시 중단 통지가 유효한 경우 저작권법에 따라 Google은 Google 서비스에서 콘텐츠를(이 경우에는 검색결과에서 URL을) 삭제해야 합니다. 저작권 통지에 따라 조치를 취하는 경우 Google Search Console을 통해 영향을 받은 사이트의 관리자에게 이를 알립니다. DMCA 절차에 따라 웹마스터는 반론 통지를 제출할 수 있습니다. 또한 영향을 받은 사이트의 관리자나 영향을 받은 콘텐츠의 제공업체에서 콘텐츠가 저작권을 침해하지 않았거나 통지가 실수로 발부된 것이라고 판단하는 경우에도 반론 통지를 제출할 수 있습니다. Google은 모든 반론 통지를 평가한 후 콘텐츠를 복원할 것인지 결정합니다. Google은 중재자 역할을 수행하지 않으며, 저작권 소유자가 여전히 콘텐츠가 불법이라고 판단하는 경우 소송을 제기할 수도 있습니다.” 라고 규정하고 있고, 미국의 디지털밀레니엄저작권법을 적용하고 있다. 인터넷서비스제공자가 자발적으로 투명성보고서를 공시하도록 유도할 수 있는 정책적 접근방식이 중요하다고 생각한다.

2. 침해의 결과가 대한민국에서 발생한 경우

3. 침해행위를 대한민국을 향하여 한 경우

② 제1항제2호 및 제3호에 따라 소를 제기하는 경우 제6조제1항을 적용하지 아니한다.

③ 제1항 각 호 외의 부분 단서 및 제2항에도 불구하고 제1항제2호 및 제3호의 경우에 지식재산권에 대한 주된 침해행위가 대한민국에서 일어난 경우에는 외국에서 발생하는 결과를 포함하여 침해행위로 인한 모든 결과에 관한 소를 법원에 제기할 수 있다.

④ 제1항 및 제3항에 따라 소를 제기하는 경우 제44조를 적용하지 아니한다.

422) 제44조(불법행위에 관한 소의 특별관할) 불법행위에 관한 소는 그 행위가 대한민국에서 행하여지거나 대한민국을 향하여 행하여지는 경우 또는 대한민국에서 그 결과가 발생하는 경우 법원에 제기할 수 있다. 다만, 불법행위의 결과가 대한민국에서 발생할 것을 예견할 수 없었던 경우에는 그러하지 아니하다.

423) 이규호, “국제사법 전부개정법률안 공청회 토론회”, 2018.2.

424) 제38조(지식재산권 계약에 관한 소의 특별관할) ① (생략)

② 제1항에 따른 국제재판관할이 적용되는 소에는 제41조를 적용하지 아니한다.

※ 제41조(계약에 관한 소의 특별관할)

425) 제39조(지식재산권 침해에 관한 소의 특별관할) ① ~ ③ (생략)

④ 제1항 및 제3항에 따라 소를 제기하는 경우 제44조를 적용하지 아니한다.

426) 오정후, “국제사법 개정의 국제재판관할 - 개정안의 편제와 총칙의 검토”, 2018년 제2회

한국민사소송법학회 학술대회 자료집, 한국민사소송법학회/한양대학교 법학연구소, 2018.6. p. 4.

427) 허병조, “국제사법 전부개정법률안 검토보고서”, 2020년 9월, 35-38면

(https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=ARC_Y2I0G0H8M0D7N1J6N2M3Q3Q7Q3M5U7 (최종방문일: 2020년 12월 10일)).

투명성보고서는 각 인터넷서비스제공자가 자율적으로 공시하는 보고서이다 보니 정부의 요청에 대한 데이터 통계에 초점을 두는 업체도 있고, 저작권침해로 인한 콘텐츠 삭제 및/또는 차단을 포함하는 업체도 있다. 저작권침해에 대한 콘텐츠 삭제 및/또는 차단시 해당 기업이 설립된 국가의 저작권법 등(특히, 미국의 디지털밀레니엄저작권법)에 의하여 삭제 등이 행해지는 것이 주된 실정이다. 정부간 법률상호공조조약에 따른 요청에 대한 통계를 제공하는 업체도 있고 국가보안요청에 따라 해당 업체가 해당 통계의 공개를 제한할 수도 있다. 그 밖에 투명성보고서에는 국제재판관할과 준거법에 대한 내용은 포섭하고 있지 않다. 왜냐 하면 투명성보고서는 정부의 요청에 대한 통계에 초점을 두는 경우가 많기 때문이다. 하지만, 각 업체의 국내 이용자를 보호하기 위해서는 각 업체의 국제재판관할과 준거법에도 관심을 둘 필요가 있다.

[8] 아울러, 정보통신서비스 제공자 중 일일 평균 이용자의 수, 매출액, 사업의 종류 등이 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 자는 매년 자신이 제공하는 정보통신서비스를 통하여 유통되는 불법촬영물 등의 처리에 관하여 방송통신위원회에 투명성 보고서를 제출하도록 하고, 이를 위반한 경우 1천만원 이하의 과태료를 부과하고 있다(제64조의5 및 제76조제3항제25호 신설). 한국의 고객을 향해 서비스를 제공하는 인터넷서비스제공자에게는 투명성 보고서 제출의무를 부과하는 방안도 고려하여 불만하다. 다만, 인터넷기업의 과도한 업무부담을 초래하는 것은 지양하는 것이 타당하므로 홈페이지상 투명성보고서 공개로 충분한 경우에는 투명성 보고서 제출의무를 면제하는 방안도 같이 고려하여야 할 것이다.

[참고문헌]

- 강신하, 「저작권법」, 제2판, 진원사, 2014, 306면.
- 구모영, “피해자의 승낙과 범죄체계론”, 「동아법학」 제19호 (1995), 94면.
- 김상목/황종목, “인터넷상에서의 저작권침해”, 「지역발전연구」 (한국지역발전학회), 제2권 제2호 (2002), 226면.
- 김성천, 「형법총론」, 도서출판 소진, 2020, 242면 이하.
- 김성천/김형준, 「형법각론」, 제6판, 도서출판 소진, 2017.
- 김일수·서보학, 「형법총론」, 박영사, 2008, 257면.
- 김일수·서보학, 「형법총론」, 박영사, 2008, 257면.
- 노소형, “제3자 보관 디지털증거에 대한 긴급증거보전 제도 신설방안 연구”, 「성균관대학교 박사학위 논문」, 2020, 50면 이하.
- 노태악, “2018년 국제사법 전부개정법률안의 주요 내용 소개”, 2018년 제2회 한국민사소송법학회 학술대회 자료집, 한국민사소송법학회/한양대학교 법학연구소, 2018.6., 29~33면.
- 맹정환, “해외 클라우드컴퓨팅 법제도 동향-미국 CLOUD Act와 해외 클라우드 저장 정보에 대한 접근권 및 국외 이동 제한 문제를 중심으로-”, 「클라우드 컴퓨팅 산업진흥법제도 연구」, 2019. 2., 정보통신산업진흥원, 3-15면.
- 박상기, 「형법총론」, 박영사, 2009, 207면.
- 박성호, 「저작권법」, 제2판, 박영사, 2017.
- 박홍진, 「저작권침해해의 구제에 관한 연구」, 법학연구, (한국법학회), 제19권 (2005), 412면.
- 배종대, 「형법총론」, 홍문사, 2009, 401면.
- 백창현, “특별사법경찰의 현황 및 개선방안”, 「형사정책연구」, 제18권 제4호 (2007), 277면.
- 법무부, “국제사법 전부개정법률안 조문별 개정이유서”, 2018. 1. 19., 20면 [https://opinion.lawmaking.go.kr/gcom/ogLmPp/43010 (2020년 12월 20일)].
- 서달주, 「저작권법」, 제2판, 박문각, 2009, 339-340면.
- 손동권, 「형법총론」, 율곡출판사, 2006, 220면.
- 손해목, “피해자의 승낙”, 「동국논총」 제31집, 1992, 102면.
- 손해목, “피해자의 승낙”, 「동국논총」 제31집, 1992, 102면.
- 송영진, “미국 CLOUD Act 통과와 역외 데이터 접근에 대한 시사점”, 「형사정책연구」, 제29권 제2호(통권 제114호, 2018·여름), 156-157, 167면.

- 신동운, 「형법총론」, 법문사, 2009, 310면.
- 심헌섭, “양해·승낙·추정적 승낙”, 「고시계」 1977. 2., 67면.
- 오승중, 「저작권법」, 제4판, 박영사, 2016, 563-564면.
- 오정후, “국제사법 개정의 국제재판관할 - 개정안의 편제와 총칙의 검토”, 2018년 제2회 한국민사소송법학회 학술대회 자료집, 한국민사소송법학회/한양대학교 법학연구소, 2018.6. p. 4.
- 이규호, “국제사법 전부개정법률안 공청회 토론문”, 2018.2.
- 이규호, 「저작권법」, 제6판, 진원사, 2017, 160면.
- 이규호, 「지식재산의 이해」, 박영사, 2020, 166면 이하.
- 이근우, “특별사법경찰제도 전면 개편의 필요성”, 「형사정책」, 한국형사정책학회, 제32권 제3호, 2020, 35면 이하.
- 이재상, 「형법총론」, 박영사, 2009, 264면.
- 이정민·황태정, 「수사구조개혁 관련 일본식 형사제도 도입에 관한 연구, 치안정책연구소 정책연구용역 최종보고서」, 2013, 30면.
- 이정원, “범익주체의 동의로서 승낙과 양해”, 「법학논총」 (조선대학교 법학연구원) 제16권 제2호 (2009), 185면.
- 이철남, “깊게 보는 저작권 보호: 글로벌 인사이트, CDN 업체에게 불법 사이트에 대한 서비스 중단을 요구할 수 있을까”, 「C-Story」 2000년 11월호, 제25호, 20면.
- 이해완, 「저작권법」, 제3판, 박영사, 2015, 507면.
- 이형국, 「형법총론」, 법문사, 2007, 167면.
- 장영민, “피해자의 승낙”, 「고시계」(1994. 11), 66면 이하.
- 정완, 「사이버범죄 방지를 위한 국제공조방안, 형사정책연구원」, 연구총서 04-22, 2004, 48면.
- 정재준, “국제 사이버범죄에 대한 대응방안-부다페스트(Budapest)조약 10년의 성과와 반성-”, 「형사법의 신동향」, 제39호, 2013, 110-140면.
- 정혜욱, “개인정보보호법상의 형사처벌 규정에 관한 연구”, 「법학논문집」 (중앙대학교 법학연구원) 제35집 제3호 (2011), 121면 이하.
- 정혜욱, “고의 인정 여부에 대한 법적·심리학적 판단기준”, 「문화·미디어·엔터테인먼트법」 (문화·미디어·엔터테인먼트법연구소), 제14권 제1호 (2020), 95면.
- 진계호, “피해자의 양해와 승낙”, 「사회과학논총」 (전주대학교 사회과학연구소) 제13집 (1997), 399면.

최승재, “저작권법 제28조의 해석방법과 저작권법 제35조의3과의 관계”, 「대한변협신문」, 2013. 4. 15., 13면.

최우찬, “피해자의 승낙”, 「고시계」(1990. 10), 109면.

최호진, “저작권침해물 유통방지에 있어 OSP의 형사책임에 대한 형법이론적 구성”, 「비교형사법연구」, (한국비교형사법학회), 제15권 제2호 (2013), 101면 이하.

한국저작권보호원 온라인 대응팀, “보호원 저작권 침해(구글) 대응 현황”, 2020. 11. 09.

허병조, “국제사법 전부개정법률안 검토보고서”, 2020년 9월, 35-38면

https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=ARC_Y2I0G0H8M0D7N1J6N2M3Q3Q7Q3M5U7 (최종방문일: 2020년 12월 10일)

<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/07/20/dynamic-blocking-injunction-confirmed-by-swedish-patent-and-market-court-of-appeal/> (last visit on December 5, 2020).

<http://www.urheberrecht.org/news/6281/>(last visit on September 30, 2020).

<http://www.urheberrecht.org/news/p/1/i/6284/>(last visit on October 2, 2020).

<http://www.urheberrecht.org/news/p/2/i/6357/>(last visit on October 1, 2020).

<https://aws.amazon.com/blogs/security/privacy-and-data-security/> (last visit on December 10, 2020).

<https://blog.coinbase.com/transparency-at-coinbase-c8edf6dce4d6> (last visit on December 13, 2020).

https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/02/17/companias/1581968788_082002.html (last visit on December 10, 2020).

https://d1.awsstatic.com/certifications/Information_Request_Report_December_2018.pdf (last visit on December 1, 2020).

https://d1.awsstatic.com/certifications/Information_Request_Report_June_2018.pdf (last visit on December 10, 2020).

https://d1.awsstatic.com/certifications/Information_Request_Report_December_2019.pdf (last visit on December 10, 2020).

https://d1.awsstatic.com/certifications/Information_Request_Report_June_2019.pdf (last visit on December 10, 2020).

https://d1.awsstatic.com/certifications/Information_Request_Report_June_2020.pdf (last

- visit on December 12, 2020).
- <https://ipkitten.blogspot.com/2020/07/swedish-patent-and-market-court-upholds.html>
(last visit on December 10, 2020).
- <https://itif.org/publications/2018/06/12/normalization-website-blocking-around-world-fight-against-piracy-online> (last visit on December 10, 2020).
- <https://itif.org/publications/2020/10/22/adaptive-antipiracy-tools-update-dynamic-and-live-blocking-injunctions> (last visit on December 10, 2020).
- <https://itif.org/publications/2020/10/22/adaptive-antipiracy-tools-update-dynamic-and-live-blocking-injunctions> (last visit on December 12, 2020).
- https://privacy.naver.com/transparency/transparency_report_statistic?menu=transparency_statistic&langCode=kr&statisticYearAndHalf=FIRST_HALF_2017 (최종방문일: 2020년 12월 13일).
- <https://query.prod.cms.rt.microsoft.com/cms/api/am/binary/RE4GuvI> (last visit on January 10, 2020).
- https://scontent-ssn1-1.xx.fbcdn.net/v/t39.8562-6/122781741_476642579943983_5036161552933784523_n.zip?_nc_cat=102&ccb=2&_nc_sid=ae5e01&_nc_ohc=qQziEkGVzPYAX9YNcYI&_nc_ht=scontent-ssn1-1.xx&oh=71acd4facc59c95406e4e170ef5b27e3&oe=6016D9F7 (last visit on December 11, 2020).
- <https://statesassembly.gov.je/scrutinyreviewresearches/2018/research%20-%20briefing%20paper%20on%20council%20of%20europe%20convention%20on%20cybercrime%20-%2031%20october%202018.pdf> (last visit on December 2, 2020).
- <https://storage.googleapis.com/transparencyreport/google-websearch-copyright-removals.zip> (last visit on December 12, 2020).
- <https://transparency.facebook.com/> (last visit on December 11, 2020).
- <https://transparency.facebook.com/intellectual-property> (last visit on December 11, 2020).
- <https://transparency.twitter.com/en/reports.html> (last visit on December 12, 2020).
- <https://transparency.twitter.com/en/reports/removal-requests.html#2019-jul-dec> (last visit on December 12, 2020).
- <https://transparencyreport.google.com/copyright/overview?hl=ko> (last visit on December 13, 2020).
- https://transparencyreport.google.com/government-removals/overview?hl=ko&authority_search=country:us&lu=authority_search (last visit on December 13, 2020).

- <https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html/?nodeId=508088> (last visit on December 5, 2020).
- <https://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/us/terms.html> (last visit on December 20, 2020).
- https://www.bmjv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/062420_Urheberrecht.html;%20%20jsessionId=ED069CA14EA3AF4975FB4CCCF80BB776.2_cid334(last visit on October 1, 2020).
- https://www.cloudflare.com/resources/assets/slt3lc6tev37/tucaHlhUEiSF2W13UeZSD/432e44762858c544d5325d339b32f549/1H2020_Transparency_Report.pdf (last visit on December 10, 2020).
- <https://www.cloudflare.com/transparency/> (last visit on December 10, 2020).
- <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680081561> (last visit on December 10, 2020).
- <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185> (last visit on December 9, 2020).
- <https://www.dundaslawyers.com.au/s115a-copyright-act-infringement-outside-australia/> (last visit on December 11, 2020).
- <https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/30-506-internet-domain-names-shut-down-for-intellectual-property-infringement>(last visit on August 3, 2020).
- <https://www.facebook.com/legal/terms/update> (last visit on December 20, 2020).
- https://www.google.com/webmasters/tools/legal-removal-request?hl=ko&pid=0&complaint_type=1 (last visit on January 10, 2020).
- <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Urheberrecht-Website-Sperren-als-effiziente-Loesung-4591232.html>(last visit on October 2, 2020).
- <https://www.internetsociety.org/wp-content/uploads/2018/10/The-Internet-and-extra-territorial-application-of-laws-EN.pdf> (last visit on December 9, 2020).
- <https://www.jdsupra.com/legalnews/copyright-s-long-arm-foreign-website-40842/> (last visit on December 12, 2020).
- <https://www.kwm.com/en/au/knowledge/insights/australias-website-blocking-laws-set-to-be-expanded-20181025> (last visit on December 10, 2020).
- https://www.medienrecht.th-koeln.de/relaunch/wp-content/uploads/2019/10/Einladung_Medienrecht_2019.pdf(last visit on October 2, 2020).
- <https://www.microsoft.com/en-us/corporate-responsibility/law-enforcement-requests-r>

- eport (last visit on December 10, 2020).
- <https://www.snap.com/en-US/privacy/transparency/> (last visit on December 11, 2020).
- <https://www.technadu.com/spanish-isps-block-pirate-sites-dynamically-updated-blocklist/93321/>(last visit on December 10, 2020).
- <https://www.verizonmedia.com/transparency/reports/government-data-requests.html> (last visit on December 31, 2020).
- <https://www.whatsapp.com/legal/#privacy-policy> (last visit on December 12, 2020).
- <https://www.whatsapp.com/legal/terms-of-service/?lang=en> (last visit on December 6, 2020).
- <https://www.worldipreview.com/contributed-article/dynamic-injunctions-in-the-digital-environment> (last visit on December 5, 2020).
- Stephan Wilske & Teresa Schiller, International Jurisdiction in Cyberspace: Which States May Regulate the Internet ?, 50 Fed. Comm. L. J. 117, 126 (1997).
- https://policy.naver.com/rules/service_pre_20140317.html#a22 (최근방문일: 2020년 12월 2일).
- ICANN will cooperate in taking down websites for copyright infringements, EDRI-gram newsletter (European Digital Rights, Brussels, Belgium), (Mar. 28, 2012), available at <http://edri.org/edriagramnumber10-6icann-ipr-enforcement-takedown/> (last visit on December 15, 2020).
- 鷹野凌, Cloudflare社 `海賊版` 사이트での著作権侵害が裁判所に認定されたらデータ複製を中止する条件で出版大手4社と和解, HON.jp News, 2020년 2월 21일, available at <https://hon.jp/news/1.0/0/28108> (최신방문일자: 2020년 11월 4일).
- Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems, available at <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/189> (last visit on December 10, 2020).
- Agatha M. Cole, ICE Domain Name Seizures Threaten Due Process and First Amendment Rights, ACLU, (June 20, 2012 4:54 PM), available at <http://www.aclu.org/blog/free-speech-national-security-technology-and-liberty/ic>

- e-domain-name-seizures-threaten-due (last visit on December 10, 2020).
- Andreas Lowenfeld, *International Litigation and the Quest for Reasonableness* 46 (1996).
- Andrew McDiarmid, *Court Finds Domain Name Seizure Ineffective, Postpones First Amendment Arguments*, Center for Democracy & Technology (Aug. 8, 2011), <https://cdt.org/blog/court-finds-domain-name-seizure-ineffective-postpones-first-amendment-arguments/> (last visit on December 1, 2020).
- Annemarie Bridy, *Three Notice Failures in Copyright Law*, 96 B.U.L.Rev. 777, 797 (May, 2016); U.S. Immigration & Customs Enf't, "Operation In Our Sites" Targets Internet Movie Pirates ICE, Manhattan U.S. Attorney Seize Multiple Web Sites for Criminal Copyright Violations, IBCAP (May 22, 2014), available at <https://ibcap.us/operation-in-our-sites-targets-internet-movie-pirates-ice-manhattan-u-s-attorney-seize-multiple-web-sites-for-criminal-copyright-violations/>(last visit on January 10, 2020).
- Arthur T. von Mehren & Donald T. Trautman, *Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis*, 79 Harv. L. Rev. 1121, 1127 (1966).
- Bernard H. Oxman, *Jurisdiction of States*, in *Encyclopedia of Public International Law* 277 (Rudolf Bernhardt ed., Instalment 10 1987).
- David G. Post, *Personal Jurisdiction on the Internet: An Outline for the Perplexed*, Temple University Law School/ Cyberspace Law Institute (June 1998), <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/outline.htm> (last visit on December 10, 2020).
- David Kravets, *Uncle Sam: If It Ends in .Com, It's Seizable*, Wired (Mar. 6, 2012, 6:30 AM), www.wired.com/threatlevel/2012/03/feds-seize-foreign-sites/all/1 (last visit on December 10, 2020).
- David Pimentel, *Forfeitures Revisited: Bringing Principle to Practice in Federal Court*, 13 NEV. L.J. 1, 3 (2012).
- David Plotnikoff, *Bite Lacking in Protests of On-Line Censorship*, San Jose Mercury News, Jan. 4, 1996.
- Egnimax, *Hollywood Anti-Piracy Group Takes "Pirate" Domains to Avoid Prosecuting, TorrentFreak* (Dec. 10, 2012),

- <http://torrentfreak.com/hollywood-anti-piracy-group-takes-pirate-domains-to-avoid-prosecuting-121210> (last visit on December 1, 2020).
- Europol, Europol-Jahresbericht - Allgemeiner Bericht über die Tätigkeiten Europol, 2011, S.7.
- Europol, Serious and Organised Crime Therat Assessment, 2017, S.47.
- F.A. Mann, The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After Twenty Years, 186 R.C.A.D.I. 9, 26 (1984 III).
- Frank Bayreuther, “Beschränkungen des Urheberrechts nach der neuen EU-Urheberrechtsrichtlinie“, ZUM 2001, S. 828.
- Friedrich Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA 1954, S. 262.
- Friedrich Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, Dissertation Kiel 1953, S. 105 ff.
- FTC Halts Internet Pyramid Scheme, FTC Press Release, May 29, 1997, available at <http://www.ftc.gov/opa/9605/fortuna.htm> (last visit on December 29, 2020).
- Gary B. Born, Reflections on Judicial Jurisdiction in International Cases, 17 Ga. J. Int’l & Comp. L. 1, 33 (1987).
- Hartley Henderson, Seizures of Web Domains is Short Sighted, Ineffective and Probably Illegal, Off Shore Gaming Association (Mar. 12, 2012), http://www.osga.com/artman/publish/printer_10199.shtml (last visit on December 1, 2020).
- Howard Goldberg, CompuServe Blocks Access to Sex Forums on Net, Chi. Sun-Times, Dec. 30, 1995, at 12.
- <https://advanced-television.com/2020/07/06/singapore-anti-piracy-court-orders/> (last visit on December 10, 2020).
- <https://ascii.jp/limit/group/ida/elem/000/002/006/2006489/> (최신방문일자: 2020년 11월 4일).
- <https://blog.bitcoinabc.org/2020/06/15/bitcoin-abc-may-2020-transparency-report/> (last visit on December 13, 2020).
- <https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2718&context=historical> (last visit on January 10, 2020).
- https://privacy.naver.com/transparency/transparency_report_faq?menu=transparency_f

- aq (최종방문일: 2020년 12월 13일).
- https://www.bengo4.com/c_23/n_9163/ (최신방문일자: 2020년 11월 4일).
- <https://www.coe.int/en/web/cybercrime/the-budapest-convention> (최종방문일: 2019년 6월 27일).
- <https://www.ibm.com/downloads/cas/DAGAKDJG> (last visit on December 13, 2020).
- <https://www.medienrecht.th-koeln.de/events/medienrecht-medienwirtschaft-2019/>(last visit on October 2, 2020).
- <https://www.skype.com/en/legal/ios/tos/>(last visit on December 9, 2020).
- International Chamber of Commerce, *The Extraterritorial Application of National Laws*, 38-40 & 46-48 (Dieter Lange & Gary Born eds., 1987).
- Jan Eichelberger/Thomas Wirth/Fedor Seifert, 『Urheberrechtsgesetz mit Verwertungsgesellschaftengesetz』, 3. Auflage, Nomos, Vormerkungen zu § § 106-111c Rn. 2.
- Jason Coppel, *A Hard Look at the Effects Doctrine of Jurisdiction in Public International Law*, 6 *Leiden J. Int' l L.* 73 (1993).
- John L. Worrall, U.S. Dep't of Justice, Office of CMTY, *Oriented Policing Servs., Problem-Oriented Guides for Police: Asset Forfeiture 1* (2008).
- John Markoff, *German Pornography Laws Determine What America Sees*, *N.Y. Times*, Dec. 31, 1995, § 4, at 2.
- Jones Day, *Commentary: Federal Court of Australia Orders First Site-Blocking Injunctions to Reduce Online Copyright Infringement*, January 2017, p. 1, available at <https://www.jonesday.com/files/Publication/ca09fbfd-1eac-485e-b5f9-28e496d67952/Presentation/PublicationAttachment/34bc475c-e36e-4fe1-9885-2d2d099feeee/Federal%20Court%20of%20Australia%20Orders%20First%20Site-B%20locking%20Injunctions%20to%20Reduce%20Online%20Co.pdf> (last visit on January 5, 2020).
- Joost Poort, Jorna Leenheer, Jeroen van der Ham, & Cosmin Dumitru, *Baywatch: Two Approaches to Measure the Effects of Blocking Access to the Pirate Bay*, (Aug. 22, 2013) (working paper), available at <http://www.ivir.nl/publications/poort/Baywatch.pdf> (last visit on December 1, 2020).
- Kacey Deamer, *Seizing websites to protect copyrights: Do government seizures of*

domain names raise free speech concerns?, 35 *The News Media & The Law* 2, 30 (Spring 2011), available at <http://www.rcfp.org/browse-media-law-resources/news-media-law/news-media-and-law-spring-2011/seizing-websites-protect-co> (last visit on December 1, 2020).

Kevin Poulsen, Net Dust Storm Blows Into Tunis, *Wired* (Nov. 15, 2005), <http://archive.wired.com/politics/law/news/2005/11/69586?currentPage=all> (last visit on December 20, 2020).

Lea Brilmayer, *Justifying International Acts* 107 (1989).

Martin Böse, An assessment of the Commission's proposals on electronic evidence, European Parliament, PE 604.989, September 2018.

Nate Anderson, Do domain seizures keep streaming sites down?, *arstechnica* (Apr. 17, 2011, 7:00 PM), <http://arstechnica.com/tech-policy/2011/04/do-domain-seizures-keep-streaming-sites-down> (last visit on December 1, 2020).

Sag BS-5975/2019-FRB (afsagt den 15. april 2019), available at <https://torrentfreak.com/images/Danish-LaLiga-order.pdf> (last visit on December 11, 2020).

Stephanie Minnock, Student Note, Should Copyright Laws Be Able to Keep up with Online Piracy?, 12 *Colo. Tech. L.J.* 523, 533 (2014).

U.S. Intell. Prop. Enf 't Coordinator, Exec. Office of the President, 2013 Joint Strategic Plan on Intellectual Property Enforcement 65 (2013).