



미국의 불법복제 방지를 위한 SMART 저작권법 도입 관련 논의와 시사점

이대희 | 고려대학교 법학전문대학원 교수

- I. 서론
- II. 표준적 기술조치의 정의 개정
 - 1. 표준적인 기술조치
 - 2. SMART 저작권법안
- III. 지정 기술조치의 수용 신설
 - 1. 서비스제공자의 지정 기술조치의 수용 의무
 - 2. 기술조치의 지정
 - 3. 규칙제정 절차
 - 4. 지정 기술조치의 수용 의무 위반에 대한 효과
 - 5. OSP 면책규정과의 관계
- IV. 법안에 대한 비판과 설명
- V. 법안의 시사점

I. 서론

2022년 3월 22일 Tillis 및 Leahy 상원의원은 Smart 저작권법안(이하 '저작권법안')을 제안하였는데,¹⁾ 대체로 OSP가 면책되기 위하여 수용하고 방해하지 않아야 할 표준적 기술조치(standard technical measure, STM)의 정의를 개정하고, OSP에게 일

1) The Strengthening Measures to Advance Rights Technologies (SMART) Copyright Act of 2022 (권리향상을 위한 강화 기술 저작권법) (117th Congress 2d Session, S. 3880).

정한 필터링 기술(지정 기술조치, designated technical measure, DTM)의 적용 의무화를 내용으로 하고 있다. 저작권법안은 표준적 기술조치에 대하여 현재와 동일하게 OSP 면책요건을 내용으로 하고, 표준적 기술조치가 될 수 있는 방법을 확대하고, OSP가 적용하여야 할 기술조치를 매 3년마다 정하는 규칙제정에 일반 공중이 참여할 수 있도록 하고, 미국 저작권국(Copyright Office)이 기술전문가 직(Chief Technology Advisor) 및 경제전문가 직(Chief Economist)을 두도록 함으로써 저작권국의 기술적 전문성을 향상시키고, 저작권 침해를 중단하지 않는 대규모 기술기업을 제재하는 것으로 요약 설명되고 있다.²⁾

저작권법안은 DMCA에 따라 요구되는 OSP 면책을 위한 표준적 기술조치가 채택되지 않은 것에 바탕하여 여러 주체들이 참여하여 표준적 기술조치를 채택하도록 하고, OSP로 하여금 일종의 필터링 기술을 장착하는 것을 내용으로 한다. 따라서 이 법안은 저작권 침해를 방지하는데 상당한 역할을 할 것으로 보이지만, 다른 한편으로는 OSP가 면책을 받기 위하여 실제로 기술을 개발하고 수용하고, 이와는 별도로 손해배상을 하지 않기 위해서는 필터링 조치까지 취하여야 하므로, OSP에게 부담이 추가적으로 가하여지는 것은 분명하다. 바로 여기에서 이 법안에 대하여 저작권자 내지 법안 제안자와 서비스제공자가 견해를 달리할 수밖에 없게 된다. 이 법안은 당장 입법되지는 않을 것으로 보이지만, 형해화되어 있는 표준적 기술조치 의무를 부과하고 한국의 특수유형의 OSP에게 부과되는 것과 같은 필터링 의무를 부과하는 점에서, 한국에 대해서도 시사하는 점이 매우 크다.

II. 표준적 기술조치의 정의 개정

1. 표준적인 기술조치

미국 저작권법 제512조는 온라인서비스제공자(OSP, 미국 저작권법상의 인터넷서비스제공자, 미국 저작권법은 ISP로 명명)가 ①네트워크상에서의 일시적인 디지털 통신, ②시스템 캐싱, ③이용자의 지시에 따라 시스템이나 네트워크상에 존재하는 정보, ④정보의 검색도구 등 OSP가 제공하는 4가지 서비스³⁾와 관련하여, 이용자에 의하여 발생한

2) The SMART Copyright Act of 2022: A Bill to Reduce Online Theft and Enhance Content Sharing for All.

3) 이는 한국 저작권법이 OSP의 면책을 규정하고 있는 사유인 ①내용의 수정 없이 저작물등을 송신하거나 경로를 지정하거나 연결을 제공하는 행위 또는 그 과정에서 저작물등을 그 송신을 위하여 합리적으로 필요한 기간 내에서 자동적·중개적·일시적으로 저장하는 행위, ②서비스이용자의 요청에 따라 송신된 저작물등을 후속 이용자들이 효

저작권 침해에 대하여 OSP가 금전적인 구제수단이나 금지명령·기타 공평법상의 구제수단에 따른 책임을 부담하지 않는다고 규정하고 있다. 이와 같이 OSP가 면책되기 위해서는 일정한 요건이 충족되어야 하는데, 이러한 요건 중의 하나로서 OSP는 표준적인 기술조치(STM)를 수용하고 이를 방해하지 않아야 한다[§512(i)(1)(B)]. 이러한 기술조치는 (A)저작권자 및 OSP의 광범위한 합의에 따라 개발되고 공정하고 자발적이고 여러 산업의 표준절차에서 개발되고, (B)누구든지 합리적이고 비차별적인 조건으로 이용할 수 있고, (C)OSP에게 상당한 비용을 부담하거나 OSP의 시스템이나 네트워크에 상당한 부담을 부과하지 않는 것이어야 한다[512(i)(2)].⁴⁾

2. SMART 저작권법안

제512조의 표준적인 기술조치 규정의 핵심은 OSP와 저작권자가 서로 협력하여 개방적, 자발적, 여러 산업 간의 표준절차에 의하여 저작권을 보호하기 위한 기술조치를 찾아내고 개발하는 것이었다. 그런데 실제로는 DMCA에 의하여 이 규정이 입법된 이후 현재까지 단 한 건의 '표준적인 기술조치'도 정해지지 않았다. 저작권법안은 표준적인 기술조치의 정의[512(i)(2)]를 개정하여 다음과 같이 표준적인 기술조치의 개념을 새로이 정의하고자 한다(법안 §2).

표준적인 기술조치의 개념은 2가지 요소로 구성되는데 첫째, ①저작권자가 저작물을 식별하고(identify)⁵⁾ '보호'하기 위하여 사용하거나, ②OSP가 자신의 서비스상에서 저작물을 식별하고 '관리'하기 위하여 사용하는 기술조치이다.

둘째, 표준적 기술조치는 ①②개방적·공정한·자발적이고 여러 산업 간의 절차에 의하여 저작권자와 OSP 간의 광범위한 합의(broad consensus)나, ④특정 산업, 저작물 유형, OSP의 유형이나 규모, 기술조치의 유형에 대하여 적용될 수 있는 기술조치를 위하여, 개방적·공정한·자발적인 절차에 의하여 해당 저작권자와 해당 OSP 간의 일반적인 합의에 따라 식별·

울적으로 접근하거나 수신할 수 있게 할 목적으로 그 저작물등을 자동적·중개적·일시적으로 저장하는 행위, ③복제·전송자의 요청에 따라 저작물등을 온라인서비스제공자의 컴퓨터에 저장하는 행위, ④정보검색도구를 통하여 이용자에게 정보통신망상 저작물등의 위치를 알 수 있게 하거나 연결하는 행위와 동일한 것이다. §102①.

4) 한국 저작권법도 OSP 면책의 공동 요건으로서 '저작물을 식별하고 보호하기 위한 기술조치로서 대통령령으로 정하는 조건을 충족하는 표준적인 기술조치를 권리자가 이용한 때에는 이를 수용하고 방해하지 아니한 경우'를 규정하고(§102① i, 라), '대통령령으로 정하는 조건'은 ①저작권재산권자와 온라인서비스제공자의 의견일치에 따라 개방적이고 자발적으로 정하여질 것, ②합리적이고 비차별적인 이용이 가능할 것, ③온라인서비스제공자에게 상당한 비용을 부과하거나 온라인서비스 제공 관련 온라인서비스제공자의 시스템 또는 정보통신망에 실질적인 부담을 주지 아니할 것이라고 하여(령 §39조의3), 미국 저작권법과 동일하게 규정하고 있다.

5) 여기에서 '식별'하는 기술은 권리관리정보(rights management information, RMI)와 같이 저작물을 식별하는 기술을 의미하는 것으로 보인다.

개발되고, ②㉞비차별적 조건이나 ④무료 또는 합리적인 이용료 조건으로 누구든지 이용할 수 있고, ③OSP에게 과도한(disproportionate) 비용을 부과하거나 OSP의 시스템이나 네트워크에 상당하고 과도한 부담을 부과하지 않는 것이어야 한다.

저작권법안의 이러한 규정은 현재의 규정과 유사한 것처럼 보이지만, 첫째, 표준적인 기술조치를 저작권자가 저작물을 식별·보호하거나, OSP가 자신의 서비스 제공과 관련하여 저작물을 식별·관리하기 위한 것이라고 규정함으로써, 표준적인 기술조치의 내용 내지 목적을 명시하여 보다 명확하게 규정한 것이라 할 수 있다. 둘째, 표준적인 기술조치의 개발, 이용, 내용과 관련하여서는 일반적인 표준제정 절차와 유사하게 규정함으로써, 저작권자와 OSP가 서로 협력하도록 하고 있는 점에서 현재의 규정과 내용을 달리하고 있다.

요컨대 SMART 저작권법 법안은 OSP가 면책되기 위한 요건 중의 하나로서 표준적인 기술조치를 저작권자와 협력하여 개발하고, 표준적인 기술조치를 보다 상세하게 규정한 것이라 할 수 있다.

III. 지정 기술조치의 수용 신설

1. 서비스제공자의 지정 기술조치의 수용 의무

저작권법안은 '저작물을 식별, 보호, 관리하기 위한 일정한 기술조치의 지정'이라는 미국 저작권법 제514조를 신설하는 내용을 담고 있다(§3). 서비스제공자는 자신에게 적용되는 '지정 기술조치(designated technical measures, DTM)'를 수용⁶⁾하고 방해하지 않도록 상업적으로 합리적인 조치를 취할 의무가 있다[안 §514(b)]. 의무를 위반한 서비스제공자에 의하여 피해를 당한 저작권자는 민사소송을 제기할 수 있고[안 §514(i)], 법원은 임시·영구 금지명령이나 손해배상을 명령할 수 있다.

서비스제공자의 정의는 OSP 면책 규정(§512)의 OSP의 정의와 사실상 동일한 것이라 할 수 있고,⁷⁾ '기술조치'는 ㉠저작권자가 저작물을 식별하거나 보호하기 위하여 사용하거나, ㉡서비스제공자가 저작물을 식별하거나 관리하기 위하여 사용하는 것으로서 (§514(a), 필터링 조치를 포함하는 개념이다. 따라서 저작권법안은 OSP에게 필터링 기

6) 여기서 수용한다는 것은 적용하거나, 실행하거나, 통합하거나, 조정하거나, 준수하는 것을 의미한다. 안 §514(a).

7) '서비스제공자(service provider)'로 하여금 '지정 기술조치'를 적용할 의무를 부과하는 것인데, 서비스제공자는 ㉢ 자신이, 또는 자신을 위하여, 통제·운영하는 시스템·네트워크에 존재하는 자료를 이용자의 지시에 따라 저장하는 ㉣온라인서비스·네트워크 접근 제공자 또는 ㉤이러한 서비스·접근을 위한 시설 운영자 및 ㉥이용자가 지정한 지점 사이에서, 이용자가 선택한 자료를, 송신·수신되는 콘텐츠를 수정하지 않고, 디지털 온라인 통신을 할 수 있도록 송신·라우팅·연결을 제공하는 온라인서비스·네트워크 접근 제공자가 포함된다[안 §514(a)].

술 등 지정된 기술조치를 적용하도록 하고, 이를 준수하지 않은 것에 OSP에 대하여 저작권자가 민사책임을 물을 수 있도록 함으로써, 저작권을 식별, 보호, 관리하는 기술의 적용을 강제하는 것이라 할 수 있다.

2. 기술조치의 지정

의회도서관장(Librarian)은 서비스제공자가 수용하여야 하는 기술조치를 지정하거나, 과거에 지정된 기술조치를 폐지·개정할 수 있다[안 §514(c)(1)]. 기술조치의 지정은 의회도서관장이 ㉔저작권국(Copyright Office) 국장(Register)의 권고에 의하여, ㉕㉖저작권자 등의 청원(petition)이나 ㉗규칙제정(rulemaking) 절차에 의하여 이루어진다. 이러한 '지정 기술조치(designated technical measures)'는 ①㉔비차별적인 조건과 ㉕㉖무상, 또는 ㉗합리적인 이용료에 따라 누구든지 이용할 수 있는 것이어야 하고, ②㉕서비스제공자에게 과도한(disproportionate) 비용을 부과하거나 ㉗서비스제공자의 시스템이나 네트워크에 상당하고 과도한 부담을 부과하지 않는 것이어야 한다.

청원에 의한 기술조치의 지정은 저작권자, 서비스제공자, 기타 이해관계자가 기술조치를 지정하거나 지정되었던 기술조치를 폐지·개정하는 제안을 '매 3년마다' 청원하고, 의회도서관장이 이를 수용하면서 이루어진다[안 §514(d)]. 청원을 하기 위해서는 ㉔기술조치가 적용될 저작물의 유형이나 그 세부 유형, ㉕기술조치가 적용될 서비스제공자의 유형이나 그 세부 유형, ㉖제안된 기술조치나 개정하고자 하는 기술조치가 지정 기술조치의 정의 규정이나 비차별적 조건 등 기술조치의 지정에 관한 요건을 어떻게 충족하는지를 상세하게 설명하여야 한다. 의회도서관장은 ①㉔제안된 기술조치를 지정하거나, ㉕지정되었던 기술조치를 폐지·개정하기 위한 규칙제정(rulemaking) 절차를 시작하거나, ②폐지·개정하기 위하여 제안된 기술조치의 소유자가 신청하지 않았거나 청원에 참여하지 않은 경우, 규칙제정 절차에 의하지 않고 청원을 거절하여야 한다.

3. 규칙제정 절차

규칙제정 절차는 ①공중 의견제출 절차, ②국장의 검토·권고, ③도서관장의 결정의 순서로 진행된다[안 §514(e)].

첫째, 규칙제정 절차는 일반 공중도 참여하는 청문회(관련 기술전문가의 서면의견 포함)를 1회 이상 포함하여야 한다.

둘째, 저작권국 국장은 각 기술조치에 대하여 다음과 같은 여러 요소를 검토하여야 한다.

- ㉒ 특정 서비스상에서 특정 유형의 저작물을 식별·관리·보호하기 위한 기술조치의 이용가능성 및 효용성,
- ㉓ 지식재산권의 이용허락 등 기술조치가 제공되는 조건,
- ㉔ 기술조치를 수용하거나 방해하지 않기 위하여 서비스제공자에게 부과할 수 있는 총비용,
- ㉕ ㉑기술조치가 서비스제공자가 통제하는 시스템·네트워크에서 발생하는 침해행위의 총량, ㉖청원서에 기재된 서비스제공자의 유형의 수익 기타 금융자산, ㉗청원서에 기재된 서비스제공자의 유형이 기술조치를 수용하거나 방해하지 않음으로써 얻게 될 비용의 절약 기타 수익 등과 비교하여, 기술조치가 서비스제공자의 시스템·네트워크에 부과할 부담,
- ㉘ 제안된 기술조치가 표준적 기술조치인지 여부,
- ㉙ 기술조치가 비판, 비평, 뉴스보다, 강의, 학문, 연구, 정보공유의 증가 기타 공익관련 요소에 미칠 수 있는 긍정적·부정적 영향,
- ㉚ 기술조치가 서비스제공자의 정보시스템에 부당한 사이버보안 위협을 미치거나, 보안 취약성을 야기하는지 여부,
- ㉛ 기술조치가 프라이버시 및 데이터 보호에 미칠 영향,
- ㉜ 기술조치가 서비스제공자들 간 및 저작권자들 간의 경쟁에 미칠 영향,
- ㉝ ㉑도서관, ㉖교육기관, ㉗이용자의 코멘트나 게시물을 허용하지만 저작권을 침해하지 않는 기업·비영리 웹사이트와 같이, 일정한 범주·유형의 서비스제공자들이 지정에 의하여 적용될 서비스제공자의 세부 유형으로부터 면제되어야 하는지 여부,
- ㉞ ㉑제안된 기술조치가 제안된 다른 기술조치나 지정 기술조치와 충돌하거나 간섭하는지 여부나, ㉗여러 제안된 기술조치와 지정 기술조치가 보다 광범위한 범주의 지정 기술조치에 포함되어야 하는지 여부

저작권국 국장은 각 제안된 기술조치와 폐지·개정될 지정 기술조치에 대하여 의회도서관장에게 권고를 한다. 이러한 권고는 기술전문가 직(Chief Technology Advisor)의 서면 첨부물을 포함하고, NIST(표준제정기관)의 Director(NIST의 기관장)나 법무부장관 등과 협의한 이후 이루어져야 한다.

셋째, 의회도서관장은, 규칙제정 절차가 종료되는 경우, 기술조치의 지정이나 지정 기술조치의 폐지·개정이 기록에 의하여 뒷받침된다고 결정한다면, 다음과 같은 조치를 취하여야 한다.

- ㉑ 기술조치를 지정·개정하거나,
- ㉒ ㉑저작물의 유형이나 그 세부 유형 및 기술조치가 적용될 서비스제공자를 설명하고, ㉑지정 기술조치의 적용으로부터 면제될 서비스제공자의 범주나 그 세부 범주를 설명에 포함시키고,
- ㉓ 기술조치를 폐지·개정하고, ㉓각기 다른 서비스제공자들이 어떻게 그 규모나 기타 특성에 따라 수용하여야 할 것인지를 고려하여, 기술조치에 대한 수용이 무엇을 의미하는지 예시를 하거나 상세하게 정의하고,
- ㉔ 지정 기술조치의 목록을 공표하고,
- ㉕ 서비스제공자가 지정 기술조치를 이행할 일정한 기한을 공표하여야 한다. 기술조치가 적용되는 서비스제공자나 청원 당사자는, 기술조치의 지정 또는 폐지·개정 결정에 대하여, 결정을 공표한 이후 90일 이내에 연방법원에 이의를 제기할 수 있다.

4. 지정 기술조치의 수용 의무 위반에 대한 효과

서비스제공자가 지정기술조치를 수용하고 방해하지 않도록 상업적으로 합리적인 노력을 하여야 할 의무를 위반함으로써 피해를 받은 저작권자는 연방법원에 민사소송을 제기할 수 있다. 법원은 ①임시·영구 금지명령을 내리거나, ②손해배상을 명하거나, ③비용의 회수를 허용하거나, ④승소 당사자에게 변호사 비용이나 전문가 증언비용을 지급하도록 명령할 수 있다[안 §514(i)]. 손해배상은 ㉑실손해배상(actual damages)이나 법정손해배상(statutory damages)이 이루어질 수 있는데(저작권자가 둘 중 하나를 선택하여 청구), 법정손해배상은 서비스제공자에게 상당한 압박으로 작용할 수 있다. 곧 법정손해배상액은 ㉑총액 \$150,000 한도에서 각 위반에 대하여 \$200-\$25,000, ㉒(규정 위반에 대한 최종판결 이후 3년 동안) 1회 이상의 위반에 대해서는 총액 \$800,000 한도에서 각 위반에 대하여 \$5,000-\$400,000, ㉓(규정 위반에 대한 최종판결 이후 5년 동안) 2회 이상 위반한 경우, 실손해 배상 또는 2회 이상 위반 배상의 3배까지 증액될 수 있다.

그러나 ①자료에 접근하거나 자료의 이용가능성을 제한하기 위하여 선의로 본 규정

에 따라 자발적으로 취한 행위, 또는 ②서비스제공자가 자료에 대한 접근을 제한하도록 하거나, 접근을 제한하기 위한 기술적인 수단을 서비스제공자에게 이용가능하도록 본 규정에 따라 취한 조치에 대해서는, 민사소송에서 책임을 부담하지 않는다[안 §51300(k)].

실손해 배상은 저작권자가 서비스제공자의 의무위반에 의하여 입은 손해를 증명하여야 함에 반하여, 법정손해배상은 당사자가 위반의 사실만 증명한다면 법원의 재량에 의하여 인정할 수 있는 것이기 때문에, 저작권자에게 매우 유리하다. 또한 법정손해배상제도는 장래의 침해를 억제하기 위한 것이고 미국에서 법정손해배상액이 지나치게 높게 판시된다는 비판이 있을 정도로서, 서비스제공자에게는 상당한 제재 내지 부담이 될 수 있다. 다만 법원은, ①서비스제공자가 자신의 행위가 위반이 된다는 것을 알지 못하였고 그렇게 믿을만한 합리적인 이유가 없다는 것을 증명(preponderance of the evidence)⁸⁾하거나, ②공평법상의 이유를 근거로 하여, 총 손해배상액을 감액하거나 면제할 수 있다.

5. OSP 면책규정과의 관계

법안은 기술조치의 지정에 관한 규정(안 §513)이 현재의 OSP 면책규정 [§512(a)-(e)]에 아무런 영향을 미치지 않는다고 규정하고 있다[안 §513(j)]. 곧 ①기술조치의 지정에 관한 규정이 OSP 면책규정의 범위를 변경하거나, 면책에 대한 조건을 부과하는 것이 아니며, ②OSP 면책 사유[§512(a)-(e)]가 기술조치의 지정에 따른 책임에 대한 항변이 되지 않는다. 곧 한편으로는 지정 기술조치에 대한 서비스제공자의 의무는 OSP가 면책되는 요건을 추가하는 것이 아니라 이러한 면책요건과는 별도로 적용되는 것이고, 다른 한편으로 OSP 면책요건을 충족하였다고 하여 지정 기술조치 관련 의무를 준수한 것으로 되는 것은 아니다.

IV. 법안에 대한 비판과 설명

현재 '스마트 저작권법(안)'에 대해서는 이를 비판하는 견해와 입법의 필요성을 옹호하는 견해가 대립되고 있다.

8) beyond reasonable doubt가 가장 높은 수준의 증명이고, 그 다음 수준이 clear and convincing evidence라면, preponderance of the evidence는 가장 약한 수준의 증명에 해당한다.

첫째, '저작물을 식별·보호'하는 것으로부터 'OSP'가 자신의 서비스상에서 저작물을 '식별·관리'하는 기술조치도 포함하는 것으로 표준적 기술조치 개념을 확대하고 OSP에게 '필터링 기술'을 강제하고, 이에 의하여 OSP, 특히 스타트업 OSP에게 상당한 비용을 부담시키거나 이용자에 의한 침해 저작물의 탑재로 인한 소송의 위험을 야기하고,⁹⁾ 표현의 자유를 위축하며, 결국 이용자가 피해를 입게 된다고 비판되고 있다.

둘째, OSP가 지정 기술조치를 수용하여야 하는 의무는 OSP 면책요건과 구별되는 별도의 요건으로서 OSP에게 부담을 가하게 된다. 곧 OSP는 기술조치를 개발, 이용허락, 유지하기 위한 많은 비용이 소요되고, 적절한 기술을 수용하지 않은 OSP에 대해서는 소송을 제기할 수 있으므로 소송이 급격하게 증가할 수 있고, \$150,000-\$2,400,000의 법정손해배상까지 부과될 수 있다.¹⁰⁾

셋째, 표준 및 지정 기술조치를 규정하는 법안은 불필요하고, 미국 저작권국은 기술을 처리하기에 적절한 기관이 아니고, 현재 사용되고 있는 기술조치를 방해하고, 현재의 OSP 면책요건 의무를 확대하고 새로운 민사책임을 추가함으로써 전체 인터넷에 걸쳐 혁신을 저해할 수 있으며, 서비스제공자는 새로운 형태의 책임에 대처하기 위하여 자원을 충당하여야 하므로 저작권을 관리하기 위한 현재의 자원은 그만큼 감소할 수밖에 없다.

저작권법안의 제안자들은 이러한 비판에 대하여 반박하고 있는데, 첫째, OSP의 면책요건으로서 표준적 기술조치가 DMCA가 구상하였던 것과 같이 작동하지 않고 있다는 것을 지적하고 있다. 1998년의 DMCA는 OSP와 저작권자 양 주체가, 발전하는 기술조치를 합리적이고 비차별적인 조건으로 모두 이용할 수 있도록, 서로 협력하기 위한 동기를 제공하고자 하였다. 곧 OSP와 저작권자가 협력하여 저작권 침해에 대처하기 위하여 모든 주체들이 이용할 수 있는 효과적인 기술조치를 개발하고, 거래비용을 감소시키고, 정보공유를 촉진하고, 건전한 인터넷을 창조하도록 하기 위한 것이었다.

그러나 표준적 기술조치는 자발적인 표준절차로 개발되는 것이고 이러한 절차로 개발된 기술조치를 준수하지 않는 OSP는 면책되지 않을 위험이 발생하므로, 오히려 법은 표준적 기술조치를 마련하지 않도록 하는 방향으로 작용하였다. 그리고 표준적인 기술조치가 되기 위한 방법은 한 가지 뿐이었고[§512(i)(2) 참조], 이에 의하여 DMCA 발효 이후 표준적 기술조치로 정해진 것은 단 한 건도 존재하지 않는다. 따라서 저작권 침해

9) The Tillis-Leahy SMART Copyright Act of 2022, Strengthening Measures to Advance Rights Technologies, Myths v. Facts, Setting the record straight on the Tillis-Leahy SMART Copyright Act of 2022.

10) Id.

에 대항하기 위한 기술조치가 존재하는가 여부가 아니라, 저작권 보호를 위한 기술조치를 채택하도록 장려함으로써 대규모 기술 기업들이 책임을 어떻게 부담하도록 할 것인가가 중요한 문제라고 반박하고 있다. 이에 따라 저작권법안은, 기술조치가 표준적 기술조치가 될 수 있는 방법을 추가적으로 제공함으로써, 서로 협력하여 기술을 채택하는데 대한 장애를 제거하고자 하고, 일반공중이 광범위하게 이용할 수 있는 기술조치를 지정하기 위한 규칙제정절차를 규정하고 있다고 설명하고 있다.¹¹⁾

둘째, 저작권법안에 의하여 필터링 조치가 강제되고 이에 의하여 표현의 자유가 위축되어 이용자들에게 피해가 야기된다는 주장에 대해서는, 표준적인 기술조치가 필터링 기술에 한정되는 것이 아니며, 이해관계자들이 저작권과 관련되는 기술조치를 식별하고 지정할 수 있는 개방된 절차가 존재한다고 설명되고 있다.¹²⁾ 곧 필터링 기술 이외에도, 일정한 규모에 따라 저작권을 침해하는 콘텐츠를 억제하기 위하여 사용되고 콘텐츠를 이용하기 위하여 허락받을 수 있는 기술조치를 지정할 수 있다. 더군다나 기술조치의 식별 및 지정 절차에는 이해관계자는 물론이고 일반 공중도 참여할 수 있고, 이용자가 기술조치를 제공할 수 있는 기회도 존재하며, 저작권 및 예외에 대한 전문가인 미국 저작권국도 저작자의 헌법적 권리를 손상하는 침해를 억제하고 온라인상의 자료이용을 촉진하는 것 간의 균형을 이루도록 하는데 도움이 될 것이라고 설명하고 있다.

셋째, DMCA 입법 이후 표준적 기술조치가 채택되지 않았다는 것은 문제될 것이 없으며, 저작권을 보호하기 위한 더욱 강력한 도구가 존재하고, 기술적 보호조치에 관한 규정(§§1201, 1202)¹³⁾도 바로 이러한 문제점을 해결하기 위한 것이므로, 입법이 불필요하다는 입장에 대해서는, 창작산업, 기술산업, 이용자 및 전세계적인 기술적 선도를 위하여 저작권법안이 필요하다고 설명되고 있다.¹⁴⁾ 곧 DMCA의 표준적 기술조치는 개방되고, 공정하고, 자발적이고, 여러 산업간에 통용되는 표준 절차에 의하여 모두 이용가능한 기술조치를 식별·개발하는 것이 핵심적인 전제사항인데, 저작권법안은 바로 이러한 전제사항을 보다 명확하게 하는 것뿐이다. 또한 기술조치에 관한 규정은, 저작물을 보호하고(기술적 보호조치에 관한 규정, §1201) 저작물을 식별하는(identify)(권리관리정보에 관한 규정, §1201) 모든 기술을 법적 보호하기 위한 것으로서, OSP 면책을 위한 표

11) Id.

12) Id.

13) 미국 저작권법 제1201조는 접근 및 권리통제 기술적 보호조치의 무력화 금지 및 예외를 규정하고 있고, 제1202조는 권리관리정보 제거 등의 금지를 규정하고 있다.

14) The Tillis-Leahy SMART Copyright Act of 2022, Strengthening Measures to Advance Rights Technologies, Myths v. Facts, Setting the record straight on the Tillis-Leahy SMART Copyright Act of 2022.

준적 기술조치에 대한 규정과 다른 목적을 수행하며, 기술조치를 보다 광범위하게 이용 제공하거나 이에 접근하도록 하는 문제를 다루는 것이 아니다. 그리고 저작권법안은 플랫폼이 모두 이용할 수 있는 기술조치를 채택할 법적 동기를 제공하는 절차를 마련함으로써 플랫폼이 책임을 지도록 하고, 궁극적으로 신뢰할 수 있고 모두를 위하여 작동할 수 있는 인터넷을 만들게 될 것이라고 설명하고 있다.

넷째, 미국 저작권국이 기술조치에 대한 쟁점을 처리할 수 있기에는 적절하지 않다는 주장에 대해서는, 법안이 저작권국으로 하여금 더욱 기술적인 전문성을 가지도록 하기 위한 것이라고 설명되고 있다. 곧 법안에 의하여 저작권국이 기술전문가 직(Chief Technology Advisor) 및 경제전문가 직(Chief Economist)을 고용하도록 하여 저작권 및 디지털 기술이 교차함으로써 발생하는 여러 쟁점에 대처하도록 하며, 또한 저작권국이 기술을 개발하도록 요구하는 것이 아니라 일정한 기술이 모두를 위하여 이용가능한지 여부를 판단하기 위한 공공의 절차를 추진하도록 하는 것이 임무이며, 저작권국으로 하여금 프라이버시, 사이버보안, 표준, 반독점 등의 쟁점에 대하여 연방정부의 전문가들과 협의할 것을 요구하고 있다.

다섯째, 법안에 의하여 지식재산권을 보호하는 현재의 기술이 방해받게 되고 서비스 제공자에게 지나친 부담을 과한다는 주장에 대해서는, Smart 저작권법안이 창작자, 서비스제공자, 기타 이해관계자 모두 합리적인 조건으로 이용할 수 있는 기술조치를 식별·지정하는 절차를 마련하는 것이라고 설명되고 있다. 곧 서비스제공자에게 기술조치를 수용하고 방해하지 않도록 '상업적으로 합리적인' 노력을 기울이도록 하여 규정의 적용을 받는 서비스제공자들에게 부담을 가하는 것을 의도적으로 배제하고, 일정한 유형의 서비스제공자는 적용이 면제되고, 자신의 행위가 위반이 된다는 것을 알지 못한 서비스 제공자에 대해서는 손해배상의 책임을 지지 않는다. 또한 법안이 소규모 기업을 배제하는 현재의 지식재산권 체제에 대한 대안을 제시하면서도 서비스제공자에게 최소한의 비용으로 최대의 이익을 거둘 수 있는 절차를 마련하기 위한 것이고, 저작권국과 기타 연방 기관에게 비용이 많이 소요되는 소송을 피하고 현재의 시스템이 야기하는 과도한 부담을 낮출 수 있는 기술조치를 식별할 권한을 부여함으로써, DMCA의 현재 체제를 정확하고 신중하게 재조정하는 것이라고 설명되고 있다.

마지막으로 저작권법안에 의하여 현재의 OSP 면책을 위한 의무를 확대하면서 이러한 의무와는 별도로 새로운 민사책임을 부담시킴으로써 전체 인터넷상에서의 혁신을 저해할 위험이 있고, 서비스제공자들은 이러한 새로운 책임에 대처하기 위하여 저작권을

관리하기 위한 자원을 전환하여야 한다는 주장에 대해서는, 현재의 면책규정에 영향을 미치지 않으며 혁신을 저해하지 않는다고 설명되고 있다. 면책을 위한 현재의 표준적 기술조치는 완전히 '자발적인' 합의절차로 개발되는 것으로서,¹⁵⁾ 주요 서비스제공자들은, 기술조치를 개발하는 절차에 참여하지 않음으로써, 책임을 부담할 것인지 여부를 통제하게 되는 문제점이 있다. 이에 따라 법안이 설정하는 새로운 절차는 이러한 자발적인 기술조치를 고려하지 않는 것으로서 OSP 면책에 영향을 미치지 않으며, 이미 서비스제공자들이 많이 사용하는 것으로 보이는 조치를 광범위하게 채택하도록 함으로써 상호호환성과 혁신을 향상시킨다고 설명되고 있다.

V. 법안의 시사점

미국 상원의 Smart 저작권법안은 대체로 ①OSP 면책을 위한 표준적 기술조치의 정의를 개정하고, ②OSP로 하여금 지정 기술조치를 수용하도록 하는 것을 내용으로 한다. 먼저 표준적 기술조치는 한국의 저작권법에도 동일하게 규정되어 있는 것으로서 이에 대한 논의는 한국 저작권법과도 밀접하게 연관된다. OSP가 면책되기 위하여 표준적인 기술조치를 수용하고 방해하지 않아야 하는 요건은 동일하다. 다만 첫째, 표준적 기술조치를 저작권자가 저작물을 식별·보호하거나 OSP가 자신의 서비스상에서 저작물을 식별·관리하기 위한 기술조치라고 정의함으로써 표준적 기술조치를 명확히 하고 있다. 둘째, 표준적인 기술조치의 개발, 이용가능성, OSP에 대한 부담 등에 대하여 비교적 상세하게, 그리고 표준제정절차에서와 매우 유사하게 규정하고 있다.

표준적 기술조치의 수용은 OSP가 면책을 받기 위한 요건으로서, DMCA는 저작권자와 OSP가 협의하여 기술조치를 개발하고 이를 OSP가 수용하도록 의도하였다고 할 수 있다. 그런데 표준적 기술조치는 저작권자와 OSP가 자발적인 절차에 의하여 협의하여 개발되는 것인데[§512(j)(2)(A)], 양 주체가 협의하여 표준적 기술조치가 정해지는 경우, 이를 수용하여야 하는 OSP는 의무를 준수하지 못하여 책임을 부담할 가능성이 있게 되고, 따라서 OSP는, 오히려 표준적 기술조치를 개발하는데 저작권자와 협의하지 않음으로써, 수용하여야 할 기술조치가 아예 존재하지 않도록 하는 것이 유리할 수 있다. 상원 저작권법안이 DMCA 제정 이후 20여년 이상 동안 표준적 기술조치가 단 한 건도 개발되지 않았다고 지적하는 이유가 바로 여기에 있다. 물론 표준적 기술조치를 수용하지

15) '표준적 기술조치'는 기술조치에 대하여, 개방적·공정한·자발적인 절차에 의하여 해당 저작권자와 해당 OSP 간의 일반적인 합의에 따라 정해지거나 개발되는 것으로 정의되어 있다. §512(i)(1)(A).

않고서도 저작권을 보호하는 여러 수단 내지 기술이 존재할 수 있다. 그러나 표준적 기술조치의 수용은 OSP가 면책되기 위하여 상시 준수하여야 하는 요건으로서, 저작권을 보호하기 위하여 특별히 적용하여야 하는 요건과는 그 성격을 달리한다.

표준적 기술조치에 대한 상원의 저작권법안의 지적은 한국에 대해서도 동일하게 적용될 수 있다. OSP의 면책요건으로서 표준적 기술조치의 수용은 OSP로 하여금 저작권 침해를 예방하기 위한 것인데, 당사자들의 자발적인 협의에 의하여 개발되도록 함으로써, 표준적 기술조치 규정은 사문화되다시피 한 것은 사실이다. 그렇다면 상원의 저작권법안이 표준적 기술조치의 정의를 개정하는 것은 상당한 의미가 있다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 법안은 여전히 표준적 기술조치가 저작권자 및 서비스제공자 간, 또는 서비스제공자 상호 간에 자발적인 협의에 의하여 개발된 것을 전제로 함으로써, OSP가 표준적 기술조치를 개발하는데 적극적으로 협의에 나서는데는 한계가 있는 것으로 보인다.

상원 저작권법안이 OSP가 지정 기술조치를 수용하고 방해하지 않도록 하는 것은 OSP에게 필터링 등 일정한 기술조치를 강제한다는 점에서 미국 저작권법상 획기적인 것이라 할 수 있다. 한국의 저작권법은 특수한 유형의 OSP에 대하여 저작권자의 요청이 있는 경우 불법적인 전송을 차단하는 기술조치 등을 적용하도록 하고 있고(§104), 저작물등의 제호등과 특징을 비교하여 저작물등을 인식할 수 있는 기술적인 조치 등 기술조치에 관하여 비교적 상세하게 규정하고 있다(령 §46). 상원 저작권법안이 미국 의회도서관장으로 하여금 매 3년마다 규칙제정 절차에 의하여 기술조치를 지정·폐지·개정하도록 하면서, 지정절차, 기술조치의 지정에 대한 제안, 지정을 위한 고려사항 등을 상세히 규정하고 있고, 한국과 달리 특수한 유형의 OSP에 한정하지 않고 의무를 부과하고 있고, 역시 한국과 달리 저작권자의 요청과 관계없이 지정 기술조치를 수용하여야 하고, OSP가 지정 기술조치 규정의 위반으로 인하여 저작권자에게 피해를 야기한 경우 민사적인 책임을 부담(한국은 3천만원 이하의 과태료 부과, §142)하도록 하는 점에서 차이가 있다.

플랫폼에 대하여 일정한 의무를 부과하는 것은 전세계적인 쟁점으로서 저작권에 한정하지 않는다. 미국 상원의 저작권법안도 한국과 마찬가지로 OSP에게 필터링 등의 기술조치를 부담하도록 함으로써 OSP에게 저작권 침해를 적극적으로 예방하는 의무를 부과하고 있다. 상원의 법안이 통과될지는 미지수이지만, 통과되지 않더라도 이러한 법안이 지속적으로 제안되어 입법으로 성립될 가능성이 높은 것으로 보인다.