

<요약문>

**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



국제인터넷서비스를 매개로 한 저작권침해 대응방안 연구

<요약문>

제1편 머리말

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

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 살펴보고 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. 본고는 민사법적 측면에서 이 두 가지 쟁점을 다룰 필요가 있다.

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

제2편 국제 인터넷 서비스를 매개로 한 범죄대응 국내의 사례 (형사법적 해결방안)

제1장 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 최후

의 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 상황이어서 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 검토를 한 결과 다음과 같은 결론이 도출된다. 저작권 침해 범죄행위를 단속하고 수사하는 직무를 수행하고 있는 특별사법경찰관리의 입장에서 실무 과정에서 참고가 될 수 있을 것으로 생각된다.

제2장 저작권 침해 범죄구성요건 성립 관련 고려사항

제1절 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.

제2절 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 조각

된다고 보는 견해이다.

- ③ 일원설 중 위법성 조각사유설 : 법익주체의 동의가 있게 되면 항상 위법성이 조각된다고 보는 견해이다.

범죄행위의 속성상 법익주체의 동의가 있게 되면 범죄성립요건의 제1단계인 구성요건 자체가 성립할 수 없다고 보아야 하는 유형이 존재한다고 볼 수밖에 없으므로 일단 법익주체의 동의가 구성요건을 조각하는 사유가 될 수 있다는 점을 인정하여야 한다고 본다. 그렇다고 해서 법익주체의 동의가 항상 구성요건을 조각한다고 보기도 어렵다. 따라서 범죄의 속성에 따라 법익주체의 동의가 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.

제3절 저작권 제한사유의 법적 성격

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.

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.

제4절 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 대

한 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 조정할 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.

제5절 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 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.¹⁾ 저작권 침해는 포털 사이트나 웹하드 서비스가 존재함으로써 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 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

1) 촉진이란 ① 타인의 범죄의 실행을 가능하게 만들어 주거나 ② 타인의 범죄로 인한 법익침해를 강화해 주거나 ③ 타인의 범죄의 실행을 쉽게 해 주는 것을 말한다.

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 작위의무는 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.

제6절 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.

제7절 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.

[표 3] 국제형사사법 공조 관련 증거능력 인정을 위한 요건 비교

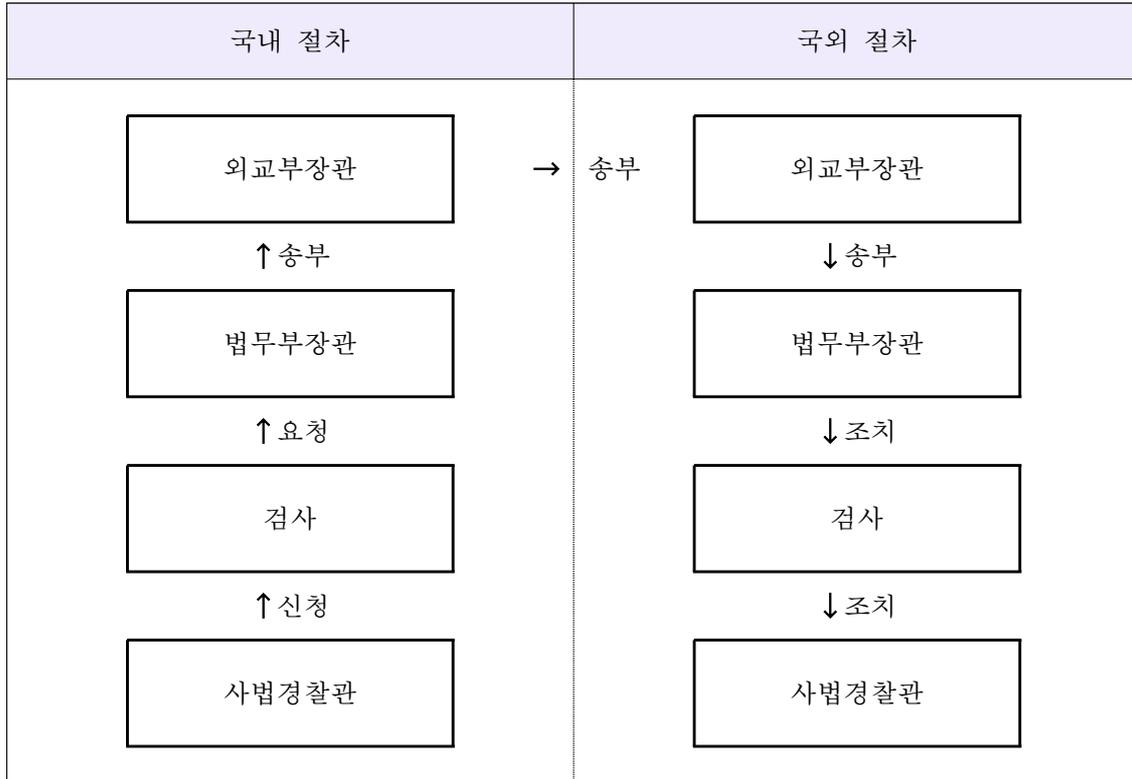
증거 수집 유형	증거능력 인정	증거능력 부정
외국 수사기관 수집	<ul style="list-style-type: none"> - 공신력 있는 외국 기관 작성 감정서 등 당연히 증거능력이 있는 서류 (형사소송법 제315조) - 외국 소재 증인이 공판정에 출석하는 것이 불가능하고, 증인의 진술이 해당 국가 형사소송 절차에 따라 특히 신빙할 수 있는 상태 아래 이루어진 경우 	<ul style="list-style-type: none"> - 외국 소재 피고인에 대하여 외국 수사기관이 해당 국가의 형사소송절차에 따라 진술조서를 작성하였으나, 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

제8절 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 일이

다.

[표 4] 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 경

우에는 나름대로 해결할 수 있는 별도의 방안을 찾아서 활용하고 있다는 말이다. 저작권 침해 범죄행위에 대한 수사도 이러한 해결방안을 참고해서 활용하여야 할 것이라고 생각한다.

제9절 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.

제10절 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 방법이지만 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 소

유자(소지자)라고 할 수 있다. 해당 정보의 소유자(소지자)에 대하여 참여 기회를 보장하였으므로 적법한 절차에 의한 압수·수색이라고 할 수 있다.

제11절 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] 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 조작 가능성을 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

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. 투명성보고서 및 국제재판관할과 준거법에 관한 이용약관

<표 6> 투명성보고서 및 국제재판관할과 준거법에 관한 이용약관

유형	업 체 명	투명성보고서 내용	실례	비고(투명성보고서 이외의 이용약관 등의 내용)
호팅 체	클 라 우 드 플 레 어	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 1월, 독일 법원은 클라우드플레이어에게 저작권법을 침해한 것으로 결론 내린 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. -통일도메인이름분쟁 해결 요청(UDRP Requests)의 범주는 ICANN이 승인한 분쟁기구로부터 클라우드플레이어가 접수한,	클라우드플레이어 웹사이트 및 온라인 서비스 이용약관 제11조(준거법)에 따르면, 준거법은 캘리포니아 주법이 되고 캘리포니아 주 샌프란시스코 카운티 소재 주법원과 연방법원이 전속적 합의관할권을 가진다.

	<p>(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 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.</p> <p>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) 요</p>	<p>유효한 UDRP 인증 요청을 포함한다.</p>	
--	---	------------------------------	--

	<p>청에 대한 응답건수, (iii) 처리중인 요청건수, (iv) 영향을 받는 도메인의 총수, (v) 영향을 받는 계정의 총수 순으로 통계치를 작성하였다.</p>		
<p>아 마 존(전 체 /AW S만)</p>	<p>아마존이 접수한 정보 요청의 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 해외정보감시법에 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 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 반</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 이 이용조건 및 이용자와 아마존 사이에서 발생할 분쟁에 적용된다는 것에 합의한 것이다.</p>

	<p>대한다. 아마존은 접수한 NSL과 FISA상 명령의 정확한 건수를 보고하는 것이 법에 의해 금지되어 있다. 따라서 본사는 정부가 설정한 특정 영역내에서만 그러한 요청의 건수를 보고한다.²⁾</p> <p>- 외국정부의 요청은 상호 법률 공조 조약 (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 외국 정부의 과도하거나 부적절한 요청에 반대한다.³⁾</p> <p>- 클라우드플레어와는 달리 아마존은 요청에 대항하는 방식을 세 가지로 분류해 놓고 있다. 즉, 전부 대응, 일부 대응 및 무대응이 바로 그것이다. 아마존의 경우, 클라우드플레어에 비해 저작권 침해로 인한 삭제요청 및 차단요청에 대한 구체적인 항목을 찾아 보고 어렵다. 아마존이 한국어로 된 사이트를</p>		
--	---	--	--

		운영하고 한국인을 상대로 영업을 하는 한, 이 사이트에 불법복제물이 있다면 삭제요청 및 차단요청을 할 수 있어야 할 것이다.		
메신저	스카이프	-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. 마이크로소프트 사는 이 통지를 제3자(침해혐의자를 포함)에게 제공할 수 있다. 저작권침해 통지는 미국 디지털밀레니엄 저작권법을 준수하여야 한다.		스카이프 이용약관의 해석은 일반적으로 룩셈부르크법에 따른다. 따라서 룩셈부르크법이 이용약관의 준거법으로 된다. 이 이용약관과 관련된 분쟁은 룩셈부르크 법원의 관할에 속한다.
	페이스북	페이스북은 삭제된 콘텐츠 수, 삭제율, 보고 건수를 중심으로 저작권침해 관련 정보를 게시하고 있다.		이용자가 소비자이거나 강행법규가 적용되는 경우에는 이용자의居所지법을 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.

	<p>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.</p> <p>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 국가보고서로부터 다운로드하여 이용할 수 있다.</p> <p>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</p>		<p>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.</p>
--	--	--	---

	<p>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 지식재산권(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 저작권담</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 연방 지방법원 또는 캘리포니아 주 산 마테오 카운티 주법원이 전속적 합의관할을 가진다.</p> <p>캘리포니아 주법은 소송이든지 아니면 중재이든지 간에 왓츠앱과 이용자 사이에서 발생하는 분쟁 뿐만 아니라 이용약관을 규율한다.</p>

		<p>당자에게 저작권침해 주장을 우편으로 송부할 수도 있다.</p> <p>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.</p>		
	스냅챗 (Snapchat)	미국 디지털 밀레니엄 저작권법에 따른 저작물 콘텐츠의 삭제 통지 통계 공개		
모바일영제	바운체 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. 검색 결과에서 콘텐츠 삭제 절차를 시작하려면, 특정 URL이 저작권 침해 콘텐츠로 연결된다고 생각하는 저작권 소유자가 저작권 침해가 의심되는 자료의 게시 중단 통지를</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 정부에서 콘텐츠 삭제요청 - 네트워크 시행법 (NetzDG)은 독일에 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>해당 한국어 사이트의 번역에 약간의 오역이 있다는 점을 감안하고 볼 때, 전속적 합의관할법원은 캘리포니아 산타클라라 카운티 소재 법원이 되고, 준거법은 캘리포니아 주법이 된다.</p>

		<p>Google에 보내야 한다. 유효한 게시 중단 알림을 받으면 Google 팀에서 통지 내용이 완전한지 신중하게 검토하고 다른 문제가 없는지 확인한다. 통지가 완전하고 다른 문제가 없으면 Google에서는 검색결과에서 해당 URL을 삭제한다.</p>	<p>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</p>	
--	--	---	---	--

			Google LLC에서 2019년 4월 2일까지 서비스를 제공한 Google+도 NetzDG에 따라 신고 시스템을 제공했다.	
애플	Worldwide Government App Store에 대한 삭제 요청 (Takedown Requests) - 법률 위반		지역법의 위반 혐의 주장 또는 위반 혐의를 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.	명시적으로 달리 정한 경우를 제외하고는 이용자와 애플 사이의 합의 및 관계는 캘리포니아 주 법이 규율한다. 이용자와 애플 사이의 이용약관으로부터 초래되는 분쟁 또는 청구에 대하여 캘리포니아 주 산타 클라라 카운티의 주법원은 전속적 합의관할을 가진다.
네이버	형사소송법 - 압수수색영장, 통신비밀보호법 - 통신제한조치 및 통신사실확인자료, 전기통신사업법 - 통신자료			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 네이버

				에게 불리하게 규정되어 있다. 예컨대 미국인 회원(미국 워싱턴주 거주)이 네이버 이용약관상 발생하는 분쟁에 대해 소를 제기하는 경우 미국 워싱턴주 소재 연방지방법원 내지 주법원이 전속 관할권을 가지게 된다.
--	--	--	--	---

III. 시사점

1. 투명성보고서 및 국제재판관할과 준거법에 관한 이용약관

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 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 뜻한다.⁴⁾

이러한 콘텐츠전송네트워크가 어떠한 유형의 온라인서비스제공자에 해당하는지 여부 및 어떠한 요건을 충족할 경우에 저작권 침해 책임을 면하는지 여부에 대해 충분한 논의가 이루어지지 않은 상황이다.⁵⁾ 그러한 측면에서 미국과 같이 사이트 폐쇄를 요구하는 판결들이 증가할 것으로 예상된다.

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

3) Id.

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

5) 위의 글, 23면.

제2장 인터넷 매개 범죄에 대한 국제기구의 대응방안 (국제형사법적 대응방안)

제1절 ICANN과 국내절차의 협업

도메인이름은 국제인터넷주소관리기구 (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers; 이하 ‘ICANN’이라 한다)를 통해 확립되었다.⁶⁾ 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.⁷⁾ 이 도메인이름은 ICANN을 통해 직접적으로 또는 등록대행자 (registrar)를 통해 등록된다.⁸⁾ 도메인이름을 취득하는 것은 등록인에게 도메인이름에 대한 재산을 부여하는 것이다.⁹⁾ 인터넷서비스제공자와 웹사이트 양자는 콘텐츠 보유자로부터 침해주장의 서면통지를 받은 경우에 저작권을 침해하는 자료를 삭제할 의무를 가진다.¹⁰⁾

2011년 6월 ICANN 이사회는 새로운 gTLD 프로그램의 착수를 선언하였다. 이 계획은 최상위 도메인(.com, .org 또는 .net과 같은 gTLD)의 수를 대폭 늘려 DNS의 전례없는 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.¹¹⁾ ICE가 해당 도메인이름을 관리하게 되면 해당 웹사이트의 도메인이름이 압류되었다는 사실을 알려주는 새로운 방문 페이지로 트래픽을 다시 보낸다.¹²⁾ 법원의 압류명령은 당사자 일방의 선서진술서(affidavit)를 토대로 도메인이름의 압류를 허용한다. 이것이 의미하는 바는 연방정부만이 증거를 제출하고 웹사이트 운영자가 웹사이트의 도메인이름이 압류되기전까지는 심문받을 기회나 그 주장에 대해 반박할 기회를 가지지 못한다는 것이다.¹³⁾

2012년 3월 ICANN은 저작권침해에 대응하기 위하여 국제법집행기구 및 각국 정부와 협력을 강화할 의향을 발표하였다.¹⁴⁾ 등록대행사들은 형사적 범죄활동에 이용되는 도메인이름

6) 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).

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

8) 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).

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

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

11) 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).

12) Id.

13) 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).

을 등록한 것에 대하여 과실책임을 부담할 수 있다. 이러한 협력 증가에도 불구하고 도메인 이름 압류는 저작권침해를 감소하는데 실효성이 없다.¹⁵⁾

웹사이트가 새로운 도메인이름을 찾아 단기간내에 다시 팍업하는 두더지 잡기효과(Whack-A-Mole effect)는 그러한 행위의 공통된 결과다.¹⁶⁾ 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 없다. 실제로 네덜란드 암스테르담 대학교의 연구에 따르면, 정부가 ISP에게 The Pirate Bay와 그 밖의 관련 사이트에 대한 구독자의 접속차단을 명한 것은 저작권침해를 방지하는 데에는 거의 도움이 되지 않았다.¹⁷⁾

2001년 미국 연방의회는 인터넷에서 13세 이하의 아동을 보호하기 위하여 1차 도메인인 닷컴(.com)이나 닷오알지(.org)처럼 최상위 도메인인 닷키즈(.kids)를 만드는 아동전용 도메인 법안(Dot Kids Domain Name Act of 2001)을 발의하였으나 ICANN(국제도메인관리기구)는 이 제안을 거부하였다.¹⁸⁾

제2절 유럽연합에서 사례 및 대응방안

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

1. 2019년 12월 2일 Europol(유럽형사경찰기구) 도메인 삭제 사례¹⁹⁾

14) 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).

15) 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).

16) 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).

17) 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).

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

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 목표로 하고 있다.²⁰⁾ 다양한 형사범죄 등뿐만 아니라 유럽연합 국가 내의 사이버범죄 등을 통하여 유럽단일시장에 피해가 발생하는 경우에도 관여하고 있다.²¹⁾ 특히, 지식재산권 침해와 관련하여 위조품뿐만 아니라 불법 복제 활동의 단속을 진행하고 있다.²²⁾

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.²³⁾ 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 패널토론회²⁴⁾²⁵⁾

2019년 11월 18일 Technischen Hochschule Köln에서 관련 연구자 및 관련 업계 대표가 모여 패널토론회가 진행되었다.²⁶⁾ 특히 Richtlinie EU 2019/790(디지털싱글마켓지침) 제17조에 대하여 집중적으로 논의가 이루어졌다. 관련하여 참석자들은 불법저작물을 제공하는 사이트에 대하여 업로드 필터를 적용하는 방식보다는 저작권침해가 이루어지는 사이트를 차단하는 것이 효과적일 수 있다는 의견을 제시하였다.

Christian-Henner Hentsch 교수는 한 해에 독일 내에 약 600,000회 이상의 저작권경고가 진행되고 있으며, 현재 다수의 구조적이며 불법적인 웹사이트 또는 불법적인 비즈니스 모델

19)

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

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

21) Id.

22) Europol, Serious and Organised Crime Threat Assessment, 2017, S.47.

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

24)

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

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

26)

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

을 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 차단인 경우 실질적인 효율성이 존재하는지에 대하여는 의문이 있다는 의견을 제시하였다. 특히 액세스 프로바이더에 대하여 실질적인 비례성의 원칙 하에서 어떠한 실질적인 조치 존재하는지에 대해서는 아직 독일연방대법원의 판단이 없다는 점을 언급하면서 DNS 차단인 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 노력의 진행되고 있다.

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 공표하였다.²⁷⁾

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 공중접근

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

권(Rechte der öffentlichen Zugänglichmachung)이다.²⁸⁾

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 제8조는 저작권자에게 정보에 대한 접근권한을 부여함으로써 저작권침해에 대응하여 저작권자가 필요에 따라 인터넷서비스제공업체 등으로부터 침해자의 인적정보를 청구할 수 있는 법적 근거가 마련하였다.²⁹⁾³⁰⁾

다. 온라인 플랫폼 사업자의 저작권침해 책임부여와 관련된 Richtlinie EU 2019/790 제17조

2019년 4월 17일 Richtlinie EU 2019/790이 공포되었다. Richtlinie EU 2019/790 제17조는 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.³¹⁾

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 파일공유 플랫폼 The Priate Bay(이하, TPB)는 저작권자의 동의 없이 저작물을 토렌트 기술을 기반으로 하여 이용자에게 제공하는 서비스의 플랫폼이다. 관련하여 저작권보호단체는 대상 인터

28) 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 다루졌다.

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

30) 관련 조문은 독일 저작권법 제101조에 직접적인 영향을 미친다.

31) Art. 29 Richtlinie EU 2019/790.

넷접속서비스업체에게 TPB의 도메인 이름, 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.³²⁾

(3) 유럽사법재판소의 판단

“공중(Öffentlichekeit)” 과 “재연행위(Handlung der Wiedergabe)” 는 공중재연권에 대한 주요한 판단기준이다.³³⁾

“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.³⁴⁾

더 나아가 공중재연이 인정되기 위해서는 저작물에 대한 기술적인 이용을 통하여 “새로운 공중(neues Publikum) “에게 재연이 되어져야 한다고 판단하였다. ” 새로운 공중 “이라 함은 저작권자가 공중재연에 대한 이용허락을 가정하였을 때, 저작권자로서는 예측하지 못했던 대상을 의미한다고 판단하였다.³⁵⁾

본 사안과 관련하여 유럽사법재판소는 피고인 인터넷접속서비스제공자의 구독자 중 TPB를 다운받은 수가 대다수를 차지하고 있다는 점, TPB를 통하여 이용되어진 토렌트의 피어³⁶⁾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.³⁷⁾ 또한 TPB의 이용자는 저작권자로서는 공중재연의 공중으로 예측할 수 없었음이 명확하므로 TPB의 이용자는 저작권자가 예정할 수 없었던 “새로운 공중” 으로 인정될 수 있다고 판단하였다.³⁸⁾

32) EuGH, Urteil vom 14.06.2017 - C-610/15, Rn. 22.

33) Id. Rn. 24.

34) Id. Rn. 27

35) Id. Rn. 28.

36) Torrent Peer(토렌트 피어)란 토렌트의 조각파일에 대한 송수신 사용자를 의미한다.

37) EuGH, Urteil vom 14.06.2017 - C-610/15, Rn. 42.

38) Id. Rn. 44.

“재연행위”라 함은 공중을 대상으로 하여 그들의 시공간의 선택에 따라 저작물에 접근하는 행위를 의미한다.³⁹⁾ 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.⁴⁰⁾ 이를 통하여 TPB의 이용자들은 자신들이 선택한 장소와 시간에 저작물에 접근이 원활하게 가능하였다.⁴¹⁾

TPB는 본 사이트의 서비스의 결과로 저작권자의 동의 없는 저작물에 대한 접근이 용이해진다는 사실을 완벽하게 인식하고 있었으며,⁴²⁾ 이용자의 주요 목적이 저작물을 얻는 것이라는 점이 명확하였고 이에 따라 그들의 행위를 통해 고의적으로 저작권침해가 발생할 수 있다는 사실을 인식하고 있었다고 유럽사법재판소는 판단하였다.⁴³⁾ 특히, TPB의 운영자는 명시적으로 그들의 블로그나 게시판 등에서 TPB의 목적은 이용자들에게 저작물을 복제를 제공하는 것이라고 설명한 사실도 존재한다.⁴⁴⁾ TPB의 서비스의 상업적인 목적 또한 부정할 수 없는 사실이었다.⁴⁵⁾

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.⁴⁶⁾

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

39) Id. Rn. 31.

40) Id. Rn. 38.

41) Id. Rn. 35.

42) Id. Rn. 36.

43) Id. Rn. 26.

44) Id. Rn. 45.

45) Id. Rn. 46.

46) Id. Rn. 16.

이용시간 뿐만 아니라, ⑥ 저작권침해자의 구글계정이 최종적으로 접속되어진 IP주소 및 표준시 지역에서의 초 단위의 정확한 접속시간을 요구하였다.⁴⁷⁾

제1심 프랑크푸르트 암 마인 지방법원은 이용자의 성명 및 우편주소 외의 원고의 청구를 모두 기각하였다.⁴⁸⁾ 제2심 프랑크푸르트 암 마인 고등법원은 제1심과는 달리 성명, 우편주소 및 이메일 주소까지의 정보청구는 인용하였으나, 그 이외의 청구에 대해서는 인용하지 않았다.⁴⁹⁾

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 해석과 관련되어 있다고 판단하면서, 유럽사법재판소에 본 조문에서의 “주소(Adressen)”에 대한 정의 범위가 어디까지 확장될 수 있는지에 대한 선결판결을 요청하였다.⁵⁰⁾

(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.⁵¹⁾

본 지침의 전반의 해석에 있어 본 조항에 대한 “주소”의 개념 하에 추가적인 다른 정보가 포함된다고 추론할 수 있는 근거가 존재하지 않으며,⁵²⁾ 유럽연합법제의 전반을 검토함에 있어서도 추가적인 첨언 없이는 “주소”라는 개념 하에 추가적인 다른 정보가 포함되는 경우는 존재하지 않다고 판단하였다.⁵³⁾

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.⁵⁴⁾

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

47) Id. Rn. 18.

48) LG Frankfurt a.M. - Urteil vom 3. Mai 2016 - 2-03 O 476/13

49) OLG Frankfurt a.M. - Urteil vom 22 August 2017 - 11 U 71/16

50) BGH, Beschluss vom 210.2.2019 - I ZR 153/17

51) EuGH, Urteil vom 09.07.2020 - C-264/19, Rn. 30.

52) Id. Rn. 31.

53) Id. Rn. 33.

54) Id. Rn. 38.

등의 청구를 인용하는 규정의 입법에 대한 가능성에 대해서는 열어두었다.⁵⁵⁾

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 압류 되었음을 이용자에 전하는 FBI 스플레쉬 페이지로 대체되었다. 이 스플레쉬 페이지는 미 연방법률 제18편 981조 내지 2323조를 인용하고 저작권에 관한 중죄에 연관된 처벌내용을 이용자에게 전달한다.⁵⁶⁾ 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.⁵⁷⁾

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.⁵⁸⁾ 이 법률은 저작권 관련 범죄로 취득한 재산을 압류하여 민사적으로 몰수할 권한을 연방정부에 부여하였다.⁵⁹⁾ 몰수란 연방정부가 범죄활동에 연관된 것으로 주장하는 사유재산을 아무런 보상없이 몰취하는 것이다.⁶⁰⁾ PRO-IP 법은 (i) 저작권침해범의 침해물, (ii) 침해물의 제조 또는 유통으로 인한 직접적이거나 간접적인 이익 및 (iii) 침해물의 제조 또는 유통을 하거나 용이하게 하는데 사용하였거나 사용하고자 의도한 재산의 민사몰수를 허용하고 있다.⁶¹⁾

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.⁶²⁾

55) Id. Rn. 39.

56) 그 예는 www.wired.com/images_blogs/business/2010/11/iceseizurenotice1.jpg (last visit on December 7, 2020)에서 찾을 수 있다.

57) Josh Marcus, Domain Name Seizure in Action: A Canadian-American Comparison, Windsor Review of Legal and Social Issues, Volume 2 (Winter 2016), p. 107.

58) 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 구제책으로 추가하기 위하여 저작권법상 형사법규를 개정된 법률).

59) Id.

60) 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).

61) 18 U.S.C. § 2323(a)(1)(A)-(C).

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* 사건⁶³⁾은 이 쟁점을 정면으로 다루었다. 이 사건에서는 당사자 일방이 미국내 공연권을 배타적으로 보유하는 비디오콘텐츠를 업로드하는 행위와 미국내 시청자의 요청시 그 시청자들에게 해당 비디오콘텐츠를 전달하는 행위는 미국 연방저작권법에 따라 공연권을 침해하는 행위에 해당한다고 판시하였다.

역외적용의 쟁점을 다룸에 있어 *Spanski* 사건은 *RJR Nabisco, Inc. v. European Community* 사건⁶⁴⁾에서 확립된 기준을 고찰하였다. *RJR Nabisco* 사건에서는 “법의 초점에 관련된 행위가 미국에서 발생하는 경우에 그 밖의 행위가 해외에서 발생하였다더라도 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.* 사건⁶⁵⁾에서 연방대법원이 취한 접근방식을 따랐다. *Morrison* 사건에서는 “미국 연방저작권법의 초점은 보장하는 권리의 배타성을 보호하는 것” 이라고 판단하였다.

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.

62) 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 스트리밍방식으로 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) (관세법상 ‘물품(articles)’이란 용어는 유체물로 한정되고 디지털 데이터를 포함하지 아니한다).

63) 883 F.3d 904 (2018).

64) 136 S.Ct. 2090 (2016).

65) 561 US 247, 130 S. Ct. 2869, 177 L. Ed. 2d 535 (2010).

2. 독일 텔레미디어법

독일 텔레미디어법(Telemediengesetz; TMG)은 권리자의 지식재산권이 침해의 시정을 위한 다른 가능성이 존재하지 않는 경우 권리침해에 이용되어진 온라인서비스제공자를 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.

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.⁶⁶⁾ 2020년 6월 24일의 공개된 제2차 초안에서 제8조 및 제12조 저작물의 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.⁶⁷⁾

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 공중접근권(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.⁶⁸⁾

저작권침해를 인식한 직후 청구인은 2017년 11월 20일 저작권침해 경고를 진행하였고 대상 사이트의 그 당시 운영 호스팅제공자에 대해서도 사실적시 및 저작권침해 경고를 진행하였다. 그러나 2017년 11월 28일에도 대상 영화가 불법적으로 대상 사이트를 통하여 스트리밍 되어진다는 사실을 인식하였다.⁶⁹⁾

66)

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/062420_Urheberrecht.html:%20%20jsessionid=ED069CA14EA3AF4975FB4CCCF80BB776.2_cid334(last visit on October 1, 2020).

67) Id.

68) OLG München, Urteil v. 14.06.2018 - 29 U 732/18, Rn. 3-4.

69) Id. Rn. 4.

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.⁷⁰⁾

인터넷서비스제공업체는 청구인의 요청을 받아드리지 않았고, 결과적으로 2017년 12월 6일에도 지속적으로 대상 영화는 온라인을 통해 불법적으로 이용되었다.⁷¹⁾ 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.⁷²⁾

나. 뮌헨고등법원의 판결

뮌헨고등법원은 청구인이 피청구인에게 명확하게 저작권을 침해하고 있는 도메인 및 명확한 IP주소를 명시 한 것으로 충분하다고 판단하며, 청구인은 피청구인에게 본 청구에 대한 행위의무 및 검사의무(Handlungs- und Prüfungspflichten)이 존재하는지에 대하여 직접적으로 제시할 의무는 없다고 판단하였다.⁷³⁾ 이와 관련하여서는 피청구인에게 주의의무 혹은 확인의무가 판결의 근거로서 입증 이 된다면 충분하다고 판단하였다.⁷⁴⁾

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.⁷⁵⁾ 이와 같은 의무는 특정한 사안에 관련하여 명백한 법률위반이 인정될 때에만 가능할 수 있다고 판단하였다.⁷⁶⁾

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.⁷⁷⁾

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.⁷⁸⁾

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 한다

70) Id. Rn. 4.

71) Id. Rn. 5.

72) Id. Rn. 6.

73) Id. Rn. 21.

74) Id.

75) OLG München, Urteil v. 14.06.2018 - 29 U 732/18, Rn. 47.

76) Id.

77) Id. Rn. 53.

78) Id. Rn. 54.

고 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 공동소유자 이자 Nemo Studios의 소유자이다.⁷⁹⁾ Nemo Studios는 가수 Sarah Brightman의 녹음, 녹화 및 공연에 대한 전 세계적인 전속계약을 체결하여 이에 대한 독점적인 영업권을 가지고 있다.⁸⁰⁾

2008년 11월 가수 Sarah Brightman은 “A Winter Symphony”라는 앨범(이하, 대상 앨범)을 발표하였고⁸¹⁾ 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.⁸²⁾ 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.⁸³⁾

원고는 유튜브와 구글을 상대로하여 부작위 및 정보청구 및 손해배상의무존재확인청구를 하였고 제1심에서 원고는 일부승소⁸⁴⁾ 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.⁸⁵⁾

나. 제2심 함부르크고등법원의 판결⁸⁶⁾

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.⁸⁷⁾ 다만, IP주소와 이용자의 계좌정보에 대한 정보공개는 불허하였다.⁸⁸⁾

79) BGH, Beschluss, I ZR 140/15, Rn. 1.

80) Id. Rn. 3, 4..

81) 원고는 자신이 대상 앨범의 프로듀싱하였음을 주장하였다.

82) BGH, Beschluss, I ZR 140/15, Rn. 5, 6.

83) Id. Rn. 6, 7.

84) LG Hamburg, Entscheidung vom 03.09.2010 - 308 O 27/09

85) BGH, Beschluss, I ZR 140/15, Rn. 9.

86) OLG Hamburg, Entscheidung vom 01.07.2015 - 5 U 175/10

87) 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.⁸⁹⁾ 다만, 유튜브는 구체적인 침해행위에 대한 안내를 해야했을 뿐만 아니라, 관련 콘텐츠에 대하여 지체없이 삭제 또는 차단하는 행위를 했어야 할 책임의무를 이행하지 않았음은 인정된다고 판단하였다.⁹⁰⁾

대상 콘서트와 관련하여서 유튜브 측은 행위의무에 위반이 존재하지 않았음을 확인하였으며, 콘서트와 관련하여 발생한 저작권침해와 관련하여 유튜브는 앨범의 경우와는 달리 행위의무를 위반하지 않았다고 판단하였다.⁹¹⁾

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.⁹²⁾

다. 독일연방대법원의 선결심판 요청

독일연방대법원은 원고의 청구는 독일 저작권법 제97조 제1항 제1문, 제99조 부작위행위 청구 및 제101조 제2항 제1문 3호, 제3항 제1문의 정보청구권에 근거하였으나⁹³⁾ 이는 Richtlinie 2001/29/EG 제3조 제1항 및 제8조 제3항이 주요하게 관련되어져 있을 뿐만 아니라, Richtlinie 2000/31/EG 제14조 제1항과 Richtlinie 2004/48/EG 제11조 제1문 및 제13조이 밀접하게 관련되어 있다고 판단하였다.⁹⁴⁾

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.⁹⁵⁾

만약 유튜브의 행위가 재연행위에 해당하지 않으며 Richtlinie 2000/31/EG 제14조 제1항의 행위에도 해당하지 않는 경우에는 추가적으로 Richtlinie 2004/48/EG 제11조 제1문 및 제13조에 따른 저작권침해행위의 정범으로서 판단할 수 있는지가 문제가 된다.⁹⁶⁾ 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.⁹⁷⁾

2019년 11월 26일부터 유럽사법재판소는 독일연방재판소에서 선결판결을 요청한 본 사안

88) Id. Rn. 18.

89) Id. Rn. 16.

90) Id.

91) Id. Rn. 17.

92) Id. Rn. 18.

93) Id. Rn. 13.

94) Id. Rn. 12..

95) Id. Rn. 19.

96) Id. Rn. 20.

97) Id. Rn. 20.

에 대한 심의가 진행 중이나, 2020년 9월 30일 현재 아직 유럽사법재판소의 판결이 도출되지 않았다.⁹⁸⁾

제3절 일본

I. 만화 해적판 사이트에 대한 일본 정부의 대응

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 공포되어 인터넷상 해적판 대책을 강화하였다.

II. 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 위협하게 업로드된 저작물 등을 의미한다. 그리고 리치 사이트란 침해 콘텐츠에의 링크 정보 등을 집약한 웹사이트를 의미한다.

III. 침해 콘텐츠의 다운로드 위법화 (일본 저작권법 제30조 제1항 제4호 및 제2항, 제119조 제3항 제2호 및 제5항 등)

제4절 우리나라

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 저작권보호심의위원회의 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.

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.

98) <http://www.urheberrecht.org/news/6281/>(last visit on September 30, 2020).

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.

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 형사벌로 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.⁹⁹⁾

제2절 독일

독일 저작권 및 저작인접권법은 문학, 예술 및 과학에 관한 디지털 저작물 및 비디지털 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 적용 가능하다. 독일 이용자를 지향하는 의사를 가리키는 일반적인 지표는 콘텐츠가 독일어로 구성되어 있다는 사실이다. 그러한 해석은 독일 최고재판소가 판시한 내용이다.¹⁰⁰⁾

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 저작권침해에 기여하는 웹사이트는 인도의 이용자에게 저작물의 침해물을 제공함으로써 그 사안에 대하여 재판할 관할권을 인도 법원에게 부여할 것이다.¹⁰¹⁾

99)

<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).

100) Id.

101)

<https://www.internetsociety.org/wp-content/uploads/2018/10/The-Internet-and-extra-territorial-application-of-laws-EN.pdf>

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.

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. 시사점은 전술한 제2편에서 기술하였으므로 여기에서는 생략한다.

제2장 국제 인터넷 서비스를 매개로 한 저작권침해의 효과적 대응방안 (행정규제 및 민사구제에 관한 관할권을 통한 대응방안)

실질법의 역외적용은 입법관할의 문제로, 절차법의 역외적용과 관련하여서는 사법관할의 문제로 다룰 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.

제3장 인터넷 범죄 대응 국제조약 가입 등 수사공조 경향 및 중장기적 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.¹⁰²⁾

orial-application-of-laws-EN.pdf (last visit on December 9, 2020).

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.¹⁰³⁾

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.¹⁰⁴⁾

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)

정기적인 접근금지처분은 온라인상 저작권침해를 효과적으로 막는 데에는 적합하지 아니다. 인터넷의 기술적 구조 때문에 접근금지 는 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.¹⁰⁵⁾ 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 인터넷서비스 제공자가 주된 도메인이름과 불법복제 웹사이트의 IP주소 양자 뿐만 아니라 그 웹사이트가 이동하는 이후의 도메인을 차단하도록 권리자에게 허용하는 제도다. 이 제도는 호주, 인도, 싱가포르와 영국에서 시행되고 있다.

제5편 결론

[1] 국제형사사법 공조가 상당히 공식적인 절차이고 번거로운 일이기 때문에 상당 수준의 강력한 범죄가 문제가 되지 않으면 이용하기가 사실상 곤란한 제도라고 판단된다. 저작권

102) <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185> (last visit on December 9, 2020).

103) 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).

104) 가입의 필요성에 대해서는 정재준, “국제 사이버범죄에 대한 대응방안-부다페스트(Budapest)조약 10년의 성과와 반성-”, 『형사법의 신동향』, 제39호, 2013, 110-140면.

105) <https://itif.org/publications/2020/10/22/adaptive-antipiracy-tools-update-dynamic-and-live-blocking-injunctions> (last visit on December 12, 2020).

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.

[2] 양자간 형사사법 공조절차는 실효성이 떨어지는 관계로 이 절차의 효율성을 높이는 방안으로서 특별사법경찰의 역량 강화를 위한 방안을 구상할 필요가 있다.

[3] 행정부의 불법복제물 유통 사이트의 차단조치는 국내에서만 효력이 발생하는 바, 역외 적용이 가능한 차단조치를 할 수 있는지 여부를 모색할 필요가 있다.

[4] 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.

[5] 또한 양자간 형사사법 공조조약의 비실효적인 문제를 극복하기 위하여 부다페스트 협약에의 적극적인 가입을 추진할 필요가 있다. 이에 대한 장애요인이 있는지 검토가 필요하다.

[6] 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 캐싱서비스 제공자, 저장서비스 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 7> 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 국내의를 불문하고 특정 도메인이름, 자원위치지정자 및 인터넷 프로토콜 주소에 대한 접근을 막기 위한 조치 또는 이용자를 그 인터넷위치로 안내하는 검색결과를 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.

[7] 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.¹⁰⁶⁾ 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 8> 국제사법 개정안(2020년)

국제사법 개정안
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 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.

국제사법 개정안 제39조는 디지털 미디어 등 기술 발전으로 인해 지식재산권의 침해행위가 복수로 존재하거나, 침해결과가 전 세계에 걸쳐 보편적으로 발생하는 경향을 고려하여 재판관할권의 범위를 합리적으로 규율하는 규정을 신설함으로써 분쟁의 효율적 해결이 가능하도록 하고자 하는 것이다.¹⁰⁷⁾

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 200개국이 잠재적 결과발생지로서 재판관할을 가지게 되어 법정지탐색(forum shopping)¹⁰⁸⁾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,¹⁰⁹⁾ 영업비밀과 같이 지식재산과 특허를 규정한 혼합계약의 경우 불법

106) 2020년 8월 7일 정부안으로 제출된 국제사법 전부개정안(의안번호 제2102818호 (제안일자: 2020-08-07)).

107) 법무부, “국제사법 전부개정법률안 조문별 개정이유서”, 2018. 1. 19., 20면
[<https://opinion.lawmaking.go.kr/gcom/ogLmPp/43010> (2020년 12월 20일)].

108) 원고가 자기에게 유리한 판결을 내릴 국가를 찾아서 그 국가에서 소를 제기하는 것을 의미한다.

109) 노태악, “2018년 국제사법 전부개정법률안의 주요 내용 소개”, 2018년 제2회 한국민사소송법학회

행위 규정과 지식재산권 규정 중 어느 것을 적용해야 하는지가 불분명하여 수범자의 예측가능성을 저해할 우려가 있다는 의견도 있다.

추가로 국제사법 개정안 제39조 제1항 제2호 또는 제3호¹¹⁰⁾에 따라 소를 제기하는 경우 개정안 제6조제1항의 관련사건의 관할 규정이 적용되지 않는 반면, 개정안 제44조¹¹¹⁾가 적용되는 경우 관련사건의 관할 규정이 적용되므로 실무상 혼란이 야기될 우려가 있다는 의견이 있고,¹¹²⁾ 각칙의 성격상 안 제38조제2항¹¹³⁾과 제39조제4항¹¹⁴⁾은 불필요하다는 의견도 있다.¹¹⁵⁾

검토건대, 기술의 발달에 따라 지식재산권 침해로 인한 파급효과 일반 불법행위보다 클 것으로 보이므로, 그 책임을 강화하기 위해서는 예견가능성을 요구하는 것이 적절하지 않을 여지가 있다.¹¹⁶⁾

[8] 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 공

학술대회 자료집, 한국민사소송법학회/한양대학교 법학연구소, 2018.6., 29~33면.

110) 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
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.

111) 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.

112) 이규호, “국제사법 전부개정법률안 공청회 토론문”, 2018.2.

113) 제38조(지식재산권 계약에 관한 소의 특별관할) ① (생략)

② 제1항에 따른 국제재판관할이 적용되는 소에는 제41조를 적용하지 아니한다.

※ 제41조(계약에 관한 소의 특별관할)

114) 제39조(지식재산권 침해에 관한 소의 특별관할) ① ~ ③ (생략)

④ 제1항 및 제3항에 따라 소를 제기하는 경우 제44조를 적용하지 아니한다.

115) 오정후, “국제사법 개정의 국제재판관할 - 개정안의 편제와 총칙의 검토”, 2018년 제2회

한국민사소송법학회 학술대회 자료집, 한국민사소송법학회/한양대학교 법학연구소, 2018. 6. p. 4.

116) 허병조, “국제사법 전부개정법률안 검토보고서”, 2020년 9월, 35-38면

(https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=ARC_Y2I0G0H8M0D7N1J6N2M3Q3Q7Q3M5U7 (최종방문일: 2020년 12월 10일).

시하도록 유도할 수 있는 정책적 접근방식이 중요하다고 생각한다.

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.

[9] 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 볼만하다. 다만, 인터넷기업의 과도한 업무부담을 초래하는 것은 지양하는 것이 타당하므로 홈페이지상 투명성보고서 공개로 충분한 경우에는 투명성 보고서 제출의무를 면제하는 방안도 같이 고려하여야 할 것이다.