

著作權 侵害行爲에 대한 컴퓨터-네트워크 운영자의 責任

安 相 天* · 金 哲 洙**

Computer-Network Operator Liability for User' Copyright Infringing Acts

Ahn, Sang-Cheon · Kim, Cheol-Soo

I. 머 리 말

최근 인터넷의 폭발적인 성장에서 보는 바와 같이, 컴퓨터-네트워크라고 하는 다분히 기술적인 현상은 이제 우리 생활에서 필요불가결한 존재로 되고 있다. 컴퓨터-네트워크에서는 텍스트(text), 음성, 화상 등의 다양한 정보가 디지털 기술에 의해 자유롭게 분리, 통합되게 되며, 통신망의 정비는 지구촌을 하나의 情報圈域으로 엮어가고 있다. 이러한 디지털 기술과 네트워크化的 진전에 의해 컴퓨터-네트워크는 바야흐로 정보기반구조를 형성함으로써 정보환경에 일대 혁신을 몰고 오고 있다. 특히 情報權法이라고도 일컬어지는 著作權法은 여러 가지 변화와 도전에 직면하고 있으며, 그 변화와 도전의 양상은 기본적으로 컴퓨터-네트워크를 통해 유통되는 저작물에 대한 著作權法的 보호문제에 있다.¹⁾ 그리고 그것을 구체화하는 하나의 방법으로서 컴퓨터-네트워크 운영자의 責任問題가 제기된다.²⁾ 즉 컴퓨터-네트워크를 통해 유통되는 불법복제물에 대해 그러한 시스템을 管理하는 者에게는 과연 어떠한 責任이 문제로 될 수 있는가 하는 것이다.

다양한 형태의 정보가 디지털 기술에 의해 통합되어 가는 뉴미디어시대의 著作權侵害 양상은 크게 인터넷의 하이퍼텍스트(hypertext)와 같은 네트워크형 미디어에 의한 것이 있고, CD ROM이나 DVD(Digital Video Disc)와 같은 패키지형 미디어에 의한 것이 있다.³⁾ 이 가운데 本稿에서는 네트워

* 한국해양대학교 대학원 해사법학과

** 한국해양대학교 법학과 교수

1) 丁相朝, 「情報通信의 發展과 著作權法的 問題點」, 季刊 著作權, 1995년 봄호, 55면.

2) 컴퓨터-네트워크를 통해 온라인으로 유통되는 정보에 대한 온라인 서비스 프로바이더(On-Line Services Providers ; OLSPs)의 法的責任問題는 미국이 IITF(Information Infrastructure Task Force)를 두어 1995년 9월에 발간한 「知的財產權과 國家情報基盤」(Intellectual Property and the National Information Infrastructure)에서도 비중있는 주제로 선정된 부분이다. 국내에서도 문화체육부에서 「멀티미디어 시대의 著作權(3)」이라는 이름으로 이 보고서의 번역서를 출간한 바 있다. 이하에서는 이 번역서를 「IITF 보고서」라고 한다.

3) 鄭陳燮, 「각종 미디어에 의한 著作權侵害實態」, 新미디어에 대한 著作權保護(서울 : 한국문예학술저작권협회, 1996년), 41면.

크형 미디어에 의한 著作權侵害의 문제를 다루며, 그것도 이용자의 著作權 侵害的인 정보발신에 대한 컴퓨터-네트워크 운영자의 責任問題로 그 범위를 한정하고자 한다. 그리고 컴퓨터-네트워크 운영자 특히 상용 온라인 서비스 프로바이더는 회원의 정보 교환을 매개하기도 하지만, 독자적인 콘텐츠(contents)를 개발하여 이를 회원에 제공하는 콘텐츠 제작자의 역할을 하기도 한다.⁴⁾

현재 국내에서도 컴퓨터-네트워크에서의 불법복제물로 인한 피해가 속출하고 있으며, 구체적인 분쟁으로 되어 소송단계에 이른 경우도 있다. 그러나 법현실에 있어서는 아직 네트워크 운영자의 法的 責任을 규율하는 法規定을 찾을 수 없고,⁵⁾ 著作權 관련 소송환경이 제대로 성숙되지 않아서 民事的인 責任을 직접적으로 묻은 예도 없다. 따라서 本稿는 이 분야에 관하여 이미 다양한 先例가 축적되어 있는 미국에서 주목을 끌고 있는 몇 개의 판례를 선택하여 이를 分析하고, 그것이 우리에게 시사하는 바를 추출해내는 것을 그 목적으로 한다.

이를 위하여 本稿에서는 먼저 컴퓨터-네트워크의 개념을 정리하고, 컴퓨터-네트워크에서의 著作權侵害 양상을 예시하며(제2장), 다음으로 미국의 학계와 판례에서 거론되는 컴퓨터-네트워크 운영자의 세 가지 責任類型—直接侵害責任, 代位責任, 寄與侵害責任—에 관하여 검토한다(제3장). 그리고 마지막으로 컴퓨터-네트워크 운영자의 責任制限의 가능성에 대해서도 검토한다(제4장).

Ⅱ. 컴퓨터-네트워크에서의 著作權侵害

1. 컴퓨터-네트워크의 意義

1) 개념

컴퓨터-네트워크(computer-network)라 함은 최소한 2개 이상의 컴퓨터가 온라인으로 서로 접속되어 상호간에 정보를 교환할 수 있게 하는 것을 말한다.⁶⁾ 대개의 경우 다수의 컴퓨터가 연결되는 것이 보통이지만 전자게시판(Bulletin Board System; BBS)의 경우에는 개인 또는 소규모의 단체에서 소수의 참가자들로 운영하는 것이 많다. 전자게시판은 직장, 학교, 가정 등에서 볼 수 있는 전통적인 게시판이 컴퓨터화된 것이다.⁷⁾ 이것을 관리하고 운영하는 주체를 전자게시판 운영자(Bulletin Board System Operators; BBS OPs. 이하 게시판 운영자라 한다)라 한다.

한편 지구상에 존재하는 여러 가지 크기의 네트워크를 서로 연결하여 정보를 교환하는 것을 구현한 글로벌 네트워크를 인터넷이라 하고, 그 운영 주체를 인터넷 서비스 프로바이더(Internet Service Providers) 또는 인터넷 액세스 프로바이더(Internet Access Providers)라고 부른다.

4) 棚橋 元, 「コンピュータ・ネットワークにおける法律問題と現状での對應策(1)」, NBL No.615(1997. 4.15), 24面.

5) 1995년에 제안되었던 컴퓨터프로그램保護法 개정안 제26조 제3호에서는 「프로그램의 복제물을 그 사정을 알면서 통신망을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 이를 배포하거나 그 배포를 방조하는 행위」도 著作權 侵害行爲로 간주하는 규정을 두고 있었다. 그러나 이 규정은 폐기 수정되었다.

6) 棚橋 元, 前掲論文, 21面.

7) David Loundy, Legal Issues Affecting Computer Information Systems and System Operator Liability, 12 Computer/Law Journal, vol. XI, 1993, p.103. 전자게시판을 운영하기 위해서는 컴퓨터, 게시판 소프트웨어(Bulletin Board Software), 게시판에 접근하기 위해 필요한 모뎀(modem)이 있어야 한다. Id., note 3 참조.

그런데 게시판 운영자나 인터넷 서비스 프로바이더보다 더 큰 개념으로 온라인 서비스 프로바이더(On-Line Service Providers)라고 하는 것이 있는데, 이것은 우리 나라에서 흔히 말하는 PC통신업자의 발전적인 개념으로 이해하면 될 것이다. 왜냐하면 국내의 PC통신업자는 원래 자기 회사에 가입한 회원들끼리의 정보교환을 매개하였으나, 인터넷의 상용화가 본격화된 이후에는 비회원과의 인터넷 접속도 매개하였기 때문이다. 이와 같이 개념 구별이 모호해진 것은 기술발전예 따라 새로운 통신 서비스 사업이 출현하게 되었을 때 기존의 통신 서비스 사업자가 이에 가담함으로써 신규 서비스 사업자와 혼재하게 된 데서 비롯된 것이다. 그리하여 서비스 유형마다 운영주체를 달리 부르게 되었고, 모든 서비스 유형을 통할하는 거시개념이 확립되지 못한 것이다. 그러나 本稿에서는 컴퓨터-네트워크 운영자 또는 간략히 네트워크 운영자라는 포괄적인 통일개념을 사용하기로 한다.⁸⁾

2) 著作權法과의 관계

知的財産權法은 기술과 법의 결정체이다. 그 중에서도 著作權法은 인간의 사상 감정의 표현을 전달하기 위한 매체(media) 및 매체 기술과 밀접한 관련 속에 있다. 일반적으로 兩者의 관계는 기술(매체 기술)이 著作權法의 영역에 행사하는 영향과 그에 대한 著作權法의 수용으로 풀이될 수 있다. 따라서 컴퓨터-네트워크라는 새로운 기술적 현상에 대한 분석도 그러한 맥락에서 출발하여야 한다. 다만 여기에서는 컴퓨터-네트워크가 著作權法에 미치는 영향 내지 파장을 기술하고, 著作權法의 수용은 후술하는 관련 부분에서 정리하기로 한다.

먼저, 매체를 둘러싼 기술환경의 변화에 있어서 기본적인 주도적인 모티브가 되고 있는 것은 디지털 기술이다. 이것은 음성, 문자, 화상 등 여러 형태의 정보를 하나로 통합할 수 있는 신비한 마력을 가지고 있다. 이렇게 디지털화된 정보는 전세계와 연결된 네트워크를 통해 거의 동시적으로 전송되어진다. 결국 「디지털化」와 「네트워크化」는 매체환경의 변화를 지지하는 두 축이 되는 것이며, 그러한 기술적 動因에 의해 다음 세기의 초고속통신망은 구현되는 것이다.

그러면, 구체적으로 디지털화된 정보가 컴퓨터-네트워크상에서 유통될 때, 그것은 著作權法上 어떠한 의미를 갖고 또한 어떠한 영향을 주게 되는가. 그것은 다음의 세 가지로 요약할 수 있다.

첫째, 복제의 양질화 및 용이성이다.

기존의 녹음기·녹화기에서 채용된 아날로그 방식은 원본과 후속하는 복제본에 현격한 질적 차이가 있어서 시장경쟁의 유발효과는 미미했다. 그래서 당초의 우려와는 달리 그다지 著作權者의 경제적 이익에 위협이 되지는 못하였다. 그러나 네트워크를 유통하는 디지털 정보는, 그 디지털의 속성으로부터, 2차, 3차의 복제가 연속해서 이루어지더라도 원본에 비해 질적인 劣化가 일어나지 않는다. 또한 간단한 키보드의 조작만으로 누구라도 할 수 있을 만큼 용이하다. 이러한 사실들은 著作權者들로 하여금 자신들의 경제적 입지를 좁히는 요인으로 작용할 것이라는 우려를 낳기에 충분하였고, 급기야 著作權에 대한 적절한 보호책을 강구하게 하였다. 예를 들면 복제를 방지하는 기술적 조치를 무

8) Noah Levine, Establishing Legal Accountability for Anonymous Communication in Cyberspace, 96 Columbia Law Review 1526, Oct. 1996, note 82에서 이 개념을 채용한 바 있다; 棚橋元, 前掲論文, 24面에서는 「네트워크 정보중개자」라고 한다.

단으로 해제하는 행위나 그러한 용도의 장치에 대해 어떠한 규제를 고려해야 하지 않는가에 대한 반성 등이 그것이다.⁹⁾

둘째, 저작물 이용의 다양화 및 대량화이다.

컴퓨터-네트워크에서는 텍스트, 음성, 정지화상 및 동화상 등의 서로 다른 신호들이 디지털 신호로 단일화되어 매체융합¹⁰⁾ (media convergence)의 현상으로 멀티미디어 저작물이 출현한다. 이를 위해서는 저작물의 이용·유통이 대량적으로 이루어질 것이 요구되며, 따라서 저작물의 신속·적절한 권리처리가 요청된다.

또한 컴퓨터-네트워크를 통한 쌍방향 커뮤니케이션(two-way communication)은 이제까지 정보의 유통에서 수동적인 당사자로 머물 수 밖에 없었던 일반 대중을 정보발신자로 될 수 있게 한다.¹¹⁾ 이로 인하여 보다 많은 정보원으로부터-국경을 넘어서까지-직접적으로 저작물이 유통될 수 있는 통로가 열리게 되었다. 그러나 이와 같이 복잡다양한 저작물의 이용양태는 그 각각의 이용에 著作權者가 개입할 수 있는 여지를 축소시키고, 빠르게 진보하는 기술상황은 저작물에 대한 임의적인 改變 조작을 쉽게 하였다. 이것은 우리와 같이 저작물을 著作者의 인격적 투영이라든가 분신으로 바라보는 대륙법계의 「著作人格權」의 사고 기반에서는 특히 문제로 될 수 있다.¹²⁾

셋째, 私的/公的 영역 구분의 불명료화이다.

예컨대 어떤 개인이 전자게시판에 私的인 메시지를 업로드(upload)했다고 하면, 그 메시지는 컴퓨터-네트워크에 의해 다른 불특정 다수의 사람들에게까지 전달되어 버린다. 나아가 전달된 메시지는 컴퓨터-네트워크의 상호작용적인 속성상 임의적인 추가, 정정, 삭제 등의 조작이 용이하게 이루어짐으로써 다시 한 번 창작의 과정을 거칠 수도 있게 된다. 즉 컴퓨터-네트워크에서는 개인의 私的인 창작활동이 잠재적으로는 公的인 것으로 파악될 수 있게 되고, 「公衆」에 대한 저작물의 「전달」이라고 하기 위해 필요한 「私的인 영역에서 公的인 영역으로」의 구분이 무의미해지거나 불명명해진다.

이와 같은 「私的/公的 二分法」(private/public dichotomy)의 形骸化는 著作權制限 규정의 올바른 개념정립에 난제를 던져 주며,¹³⁾ 著作權法上 公的인 속성을 갖는 것으로 평가되어왔던 배포, 방송, 전시, 공연 등에 대해 개념상의 재구성을 재촉하고 있다.

9) 板東久美子, 「コンピュータ・ネットワーク時代における著作權施策の展開」, *ジュリスト*, No.1117 (1997.8.1.-15.), 126面.

10) 매체융합이란 기술적으로 다양한 미디어의 어우러짐(이것이 흔히 말하는 멀티미디어이다) 뿐만 아니라 신문, 전화, 유선방송 등 매체산업의 통합화 추세, 아울러 기존 매체시장의 단일화까지 포함하는 포괄적인 개념이다. 이재경, 「멀티미디어와 情報化社會」, 멀티미디어, 한국언론연구원 편(서울: 한국언론연구원, 1995년), 15면.

11) 棚橋元, 前掲論文, 21面.

12) 著作人格權 중에 특히 著作物의 무단 改變을 막을 권리인 「同一性維持權」은 著作權者측에는 디지털 환경하에서 실제로 기능할 수 있는가가 문제로 되며, 著作物 이용자측에서는 이 권리에 의해 필요한 정보의 가공이 저해되는가가 문제로 된다. 板東久美子, 前掲論文, 127面.

13) 著作權 제한 규정(著作權法 제22조~제35조)은 著作物을 생산한 著作權者 등의 이익과 著作物에의 접근에 있어서의 公衆의 이익 사이의 팽팽한 긴장국면에서 조정되는 것이다. 대체로 著作權者의 경제적 이익에 장애가 크지 않는 한 著作物의 私的利用은 자유롭다. 따라서 私的/公的 구분은 著作權 제한 규정의 개념적인 출발점이라고 할 수 있다.

2. 컴퓨터-네트워크에서의 著作權侵害

1) 문제의 소재

앞에서는 컴퓨터-네트워크를 둘러싼 著作權 환경이 인쇄기술에 근거했던 기존의 매체환경과 어떠한 차별성을 갖고 있는가를 살펴보았다. 著作權法이 인간의 사상·감정의 표현을 보호하는 것이기 때문에 표현을 저장하는 물리적 수단이나 표현을 전달하는 물리적 매체의 변화 때문에 영향을 받아서는 안된다고 할 수 있다. 그래서 정보고속도로에 속했던 著作權과 다른 知的財産權 문제는 네트워크 이전의 세계와 근본적으로 다르지 않다는 주장¹⁴⁾도 일견 설득력을 갖는 것으로 보인다. 그런데 문제는 지금까지 著作物 권리와 저작물 이용자 사이에 견고하게 구축되어 온 역학적 균형이 과연 새로운 컴퓨터-네트워크 환경하에서도 지속될 수 있는가에 있다. 著作權의 본질문제와 관련되지 않는 매체환경의 변화가 만약 위와 같은 힘의 균형을 깨뜨릴 수 있는 기회를 제공한다면, 네트워크 이전의 매체환경에서 타당했던 논리가 네트워크 환경하에서도 지속되는 것이 바람직하다는 주장은 지지될 수 없다. 예컨대 著作權의 핵심이라고 할 수 있는 「複製權」의 개념범위 및 해석에 관하여 램(RAM)이라는 휘발성 임시기억장치에서의 일시적인 저장까지도 복제에 해당하는지, 나아가 이용자의 훑어보기(browsing)만으로도 복제가 되는지에 관한 논란들은 그러한 대립의 일단을 여실히 보여주고 있다. 현재 인터넷 이용형태의 대중을 이루는 것은 현시된 화면을 훑어보기하는 것인데, 화면에 현시되기 이전에 이미 램에서 일시적인 저장이 일어나기 마련이다. 따라서 램에서의 일시적인 저장을 복제로 보게 되면 훑어보기까지도 연쇄적으로 복제에 해당하게 된다. 만약 이러한 것들을 철저히 저작물 권리의 권리 범위내로 관철하려 한다면, 저작물 이용자의 公益的 권리 범위는 축소되지 않을 수 없게 된다. 그렇게 되면 이용자의 권리에 속했던 情報接近權(access right) 내지 公正한 使用權(fair use right)을 이용자로부터 박탈하여 이를 著作者에게 부여하는 것이라는 利用者權 옹호론자들의 항변에 직면하게 될 것이다.¹⁵⁾ 그것은 저작물 권리와 저작물 이용자의 견제와 균형 속에서 그들 사이의 실질적 평등을 이룩하고 나아가 문화의 향상발전을 도모한다고 하는 著作權法의 목적에 위배됨은 물론이다.

컴퓨터-네트워크는 디지털 기술의 산물인 바, 디지털 기술에 내재하는 속성상, 著作權 侵害物을 포함한 모든 유형의 저작물은 統合·改變이 용이해질 뿐더러, 연속하는 복제의 과정에서도 질적 저하가 일어나지 않는다. 나아가 그러한 복제·배포는 네트워크에 의해 전세계에서 동시적으로 이루어짐으로써 著作權者의 경제적 이익에 잠재적 위협요소로 작용하고 있다. 이것이 著作權者들로 하여금 자신들의 「排他的인 權利」를 보호하기 위한 방어벽을 구축하도록 하는 원인이 되고 있다. 즉 그들은 기존의 저작물 유통환경에서 자신들이 누려왔던 독점적인 지위가 네트워크 환경에서도 그대로 유효할 것을 바라면서 저작물의 침해적인 이용을 저지하기 위해 기존의 출판업자 등이 감당해야 했던 내용통제의 責任을 누군가가 떠맡아 줄 것을 원하고 있다. 그리하여 그 대안으로 제시된 것이 네트워크

14) Allen N. Dixon · Laurie C. Self, Copyright Protection for the Information Superhighway, European Intellectual Property Rights, 1994. 11, p.468.

15) 黃希哲, 「NII 著作權 保護法案과 著作權法의 未來(下)」, 季刊 著作權, 1996년 겨울호, 16면.

운영자이다.

2) 各國의 대응

오늘날 저작물 등의 정보가 컴퓨터 - 네트워크를 통해 대량·신속하게 유통되고 있는 현상에 직면하여 국가 차원에서 뿐만 아니라 국제협약 차원¹⁶⁾에서도 이것이 기존의 著作權法에 가져오는 파장에 대비하려는 분주한 움직임을 보이고 있다. 특히 미국은 知的財産權 분야를 가장 경쟁력 있는 산업의 하나로서 인식하여 특허·상표청 산하에 지적재산권작업반을 두고, IITF(The Information Infrastructure Task Force)를 구성하여 국가정보기반에 대한 정책적·법적 대안을 제시하고 이를 구체화하는 작업을 지속하고 있다. 그 가시적인 결과로 제출된 것이 「知的財産權과 國家情報基盤」¹⁷⁾이라는 보고서이다. 이 보고서에서는 저작물의 온라인 전송에 대해 원래의 복제물이 송신된 이후에도 송신자의 컴퓨터내에 그대로 남아 있으면서 동일 복제물이 다수의 수신자 컴퓨터에 전달되므로 기존의 배포개념과의 해석상 어려운 문제를 낳고 있다고 보았다. 그리하여 著作權法의 개정을 통하여 저작물이 송신에 의해 公衆에게 배포될 수 있으며, 그러한 송신행위는 著作權者의 配布權 개념에 포함됨을 인정해야 할 것이라고 하였다.¹⁸⁾ 또한 著作權 보호의 일반적 요건으로 논해지는 유형적인 표현매체에의 고정(fixation)에 대해, 전자우편(E-Mail)처럼 한 컴퓨터에서 다른 컴퓨터로의 전자통신망을 통한 송신은 단지 각 컴퓨터의 램에만 남아 있을 수 있지만, 이것은 고정의 요건을 충족시키는 것으로 보았다.¹⁹⁾ 이렇게 되면 램에서의 일시적인 복제도 기존의 복제 개념에 포함되는 것으로 해석하게 된다.²⁰⁾ 온라인 서비스 프로바이더의 責任에 대해서는 NII환경하에서 責任을 경감시키는 것은 시기상조라는 판단하에 엄격한 責任을 기조로 하였다. 즉 성급하게 서비스 프로바이더들의 責任을 면제하거나 경감시키는 것은 고객에 의해 유발된 피해에 대한 보험가입, 책임면제나 보장협정의 체결을 통해 침해를 한 가입자에 대한 침해의 책임전가 또는 이용허락(집중관리단체에 의한 것도 포함), 가입자를 대상으로 한 침해에 대한 교육, 그리고 기술적인 수단을 강구하는 것 등을 포함해서 그들이 책임질 위험이나 著作權者들에게 닥칠 위험을 최소화하기 위해 사용될 수 있는 시장기능에 의한 수단이 발전하는 것을 막아버릴 수 있다는 것이다.²¹⁾

일본의 경우에는 「저작권심의회 멀티미디어소위원회 워킹그룹검토경과보고서—멀티미디어 관련 제도상의 문제에 관하여—」에서 디지털 송신에 대한, 고려가능한 對應例를 제시하고 있다. 먼저 방송의 정의를 고쳐서 무선의 경우에도 유선과 비슷한 상위개념으로서의 송신을 제정하고, 동시수신을

16) 1996년 12월에 있었던 「WIPO 著作權 및 著作隣接權의 특정문제에 관한 외교회의」(WIPO Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighbouring Rights Questions)가 가장 최근의 국제적인 성과이다.

17) 주 2 참조.

18) IITF 보고서, 182면 이하. 그리하여 이 보고서가 제안하고 있는 著作權法 개정안은 제106호 제3호에서 「著作權으로 보호되는 著作物의 복제물이나 음반을 판매, 소유권의 이전, 대여, 임대, 공공대출에 의하거나 또는 송신에 의해 公衆에게 배포하는 행위」로 구체화시켰다.

19) IITF 보고서, 22~23면.

20) 이러한 해석은 당해 著作物과 관련한 당사자들 뿐만 아니라 일반에게도 엄청난 이해가 걸린 문제로 인식되고 있다. 그리하여 WIPO 著作權 條約에서도 일시적 복제 문제를 배른협약 제9조의 해석문제로 일임하는 합의문서만을 남긴 채, 최종적인 합의에는 이르지 못하였다.

21) IITF 보고서, 105~106면.

목적으로 하는 송신을 방송으로 하는 동시에 제23조의 방송권을 「송신권」으로 변경하자는 제안과 유·무선의 차이나 동시·비동시 수신 of 的 차이를 불문하고, 공중에 의해 직접 수신되는 것을 목적으로 하는 전기통신에 의한 전달을 「송신」으로 정의하고, 제23조의 방송권 및 유선방송권을 「송신권」으로 변경하자는 제안이 있다. 그리고 복제의 정의에 대해 전자적 형식에 의한 일시적인 축적도 포함하도록 명확히 규정할 것을 권고하고 있다.²²⁾

한편 유럽연합(EU)에서 펴낸 「정보사회의 著作權과 著作隣接權에 관한 중간보고서」는 디지털 방송을 제외한 1대1 송신만을 디지털 송신의 개념에 포섭한다는 전제하에 영리적 활동에서 수행되는 디지털 송신에 대해서는 기존의 「貸與權」을 확대적용할 것을 제안하였다.²³⁾ 그러나 1996년 5월에 개최된 「베른협약 議定書案에 관한 전문가위원회 제7차 회의」에서는 「公衆傳達權」(the right of communication to the public)에 의해 대체되었다. 公衆傳達權은 원래 베른협약 제11조, 제11조의 2, 제11조의 3, 제14조 및 제14조의 2에 의해 제한적 범위내에서 인정되어 오던 권리이다.²⁴⁾ 그리하여 유럽연합은 다음과 같은 제안을 하고 있다. 「베른협약 제11조, 제11조의 2, 제11조의 3, 제14조 및 제14조의 2에 규정된 권리를 해치지 않는 한, 著作者는 저작물의 公衆에의 전달을 허락하는 배타적인 권리를 가진다. 여기에는 公衆이 각자 선택한 장소와 시간에 저작물에 접근할 수 있는 것과 같이, 公衆으로 하여금 유선 또는 무선에 의하여 저작물을 이용할 수 있게 하는 것이 포함된다.»²⁵⁾

이 밖에 캐나다 IHAC(Information Highway Admissory Committee)는 저작물이 전자게시판에 올려져서 누구나 읽을 수 있게 되는 경우, 그 저작물이 公衆에 전달된 것으로 보고,²⁶⁾ 허락받지 않은 저작물의 公衆傳達에 대하여, 그러한 전자게시판 운영자는 운송업자가 아니므로 그 소유자나 운영자에게 責任이 부과되어야 하지만,²⁷⁾ 侵害 또는 侵害著作物을 실제적 또는 구조적으로 알지 못했음을 증명하고 잠재적 남용을 제한하기 위해 합리적으로 행동해 온 경우에는 항변이 허용되어야 한다고 한다.²⁸⁾

Ⅲ. 著作權侵害에 대한 컴퓨터-네트워크 운영자의 責任

1. 序 說

정보는 일반적으로 公共財의 성격을 갖고 있으므로, 이미 공개되어 있고 접근이 가능한 정보에 대

22) 문화체육부(역), 멀티미디어시대의 著作權(1)(1996년), 16면(일본 저작권심의회 멀티미디어소위원회 워킹그룹, 「저작권심의회 멀티미디어소위원회 워킹그룹검토 경과보고—멀티미디어 관련 제도상의 문제에 대하여」, 1995년), 14면.

23) 문화체육부(역), 멀티미디어시대의 著作權(2)(1996년), 56~57(EU, Copyright and Related Rights in the Information Society, 1995), 54면.

24) 저작권심의조정위원회, 멀티미디어시대의 著作權對策, 91면.

25) WIPO Doc., BCP/CE/Ⅷ/1-INR/CE/Ⅷ/1, p.3.

26) 문화체육부(역), 멀티미디어시대의 著作權(4), 13면(Information Highway Admissory Committee, Copyright and the Information Highway, 1995).

27) 캐나다 著作權法 제3조 제1항의 (3)은 운송업자에 비견되는 역할을 하는 자의 著作權責任을 면제하고 있다. 즉 「……저작물의 公衆傳達에 관련된 그의 유일한 행위가 다른 사람들이 저작물을 公衆傳達하는데 필요한 통신 수단을 제공하는 것에 해당하는 사람은 그 저작물을 公衆傳達하는 것이 아니다」라고 규정하고 있다.

28) 문화체육부(역), 멀티미디어시대의 著作權(4), 19면.

해서는 누구나 자유롭게 이용이 가능하다. 그러나 일정한 재산적 정보에 대해서는 일반의 접근이 통제될 수 있고 그 이용이 제한된다. 그 중에서도 저작물이라는 재산적 정보를 보호하기 위한 著作權法에서는 몇 가지 예외적인 경우를 제외하고는 반드시 권리자로부터의 이용허락을 요구하고 있다. 이것은 네트워크상에서도 마찬가지이다. 컴퓨터-네트워크는 「커뮤니케이션 혁명」이라고 불리워질 정도로 모든 정보의 유통·전달에 획기적인 변화를 가져왔지만, 아울러 그러한 기술을 남용할 수 있는 기회를 배가하였다는 비난²⁹⁾도 피할 길 없다. 특히 「情報의 寶庫」로 일컬어지는 전자게시판은 각종 불법복제가 횡행하고 음란퇴폐적인 외설물이 유통되며 개인의 명예를 심각하게 훼손하는 증상모락이 난무하고 있다.

저작물을 네트워크에서 不法的으로 업로드(upload)하고 다운로드(download)한 이용자가 著作權侵害의 責任을 지게 됨은 당연하다. 그런데 과연 네트워크 운영자는 그러한 著作權侵害의 責任으로부터 자유로울 수 있는가? 그는 이용자의 침해행위에 대해 어떠한 지위에 있었으며 어떠한 역할을 하였는가? 침해행위가 발생하고 있음을 알면서도 이를 묵인했거나 나아가 적극적으로 조장하지는 않았는가? 현행 著作權法이나 그의 특별법이라고 할 수 있는 컴퓨터프로그램보호법에서는 위와 같은 경우 네트워크 운영자의 注意義務나 責任의 정도를 어떻게 구성할지 속수무책인 형편이다.³⁰⁾ 그리고 일본의 경우도 이에 관한 명쾌한 규정도 없고 판례 또한 全無하다고 한다.³¹⁾

미국 저작권법은 著作權侵害에 대한 責任問題에 있어서 嚴格責任을 원칙으로 한다.³²⁾ 따라서 침해의 故意가 없다면(lack of intent), 법을 몰랐다는 항변은 받아들여지지 않는다. 故意는 다만 침해자의 책임범위를 평가하고 손해배상에서 가감적으로 고려되는 요소에 불과하다.³³⁾ 한편 일반적으로 제3자 책임원리로서 거론되는 것으로, 실제로 著作權을 침해한 자는 아니지만 침해자의 행동을 감독하거나 통제할 권한과 능력이 있으며, 침해행위에 대해 재정적 이해를 갖는 경우에는 그러한 제3자가 代位責任을 지게 된다. 또한 침해행위가 있음을 알고, 나아가 침해행위를 유도·야기하거나 물질적으로 기여를 했을 경우에는 寄與責任을 지게 된다. 이러한 기본적인 책임원리는 네트워크상에서도 그대로 타당하여, 著作權者의 허락없이 저작물의 복제, 배포, 전시, 공연이 행해지면 그러한 행위를 한 이용자가 직접적으로 侵害責任을 지는 것은 물론, 네트워크 운영자로서도 일정한 요건에 부합할 때에는 그로 인한 責任을 피할 수 없었다.

이하에서는 지금까지 미국에서 네트워크 운영자를 이용자의 著作權侵害行爲에 대해 責任의 당사자로 논했던 사례를 중심으로 責任을 유형별로 분석하고, 이에 대한 비판적인 검토를 하고자 한다.

29) M. David Dobbins, Computer Bulletin Board Operator Liability for User' Infringing Acts, Michigan Law Review, vol.94: 217(1995), p.218.

30) 다만 컴퓨터프로그램保護法 제26조(侵害로 보는 行爲) 제3호 「프로그램 著作權者의 허락없이 그 프로그램을 통신망을 통하여 전송하거나 배포하는 行爲」의 해석 여하에 따라서는 그러하지 않을 수도 있을 것이다.

31) 棚橋 元, 前掲論文, 20面.

32) 17 U.S.C. 501(a) (1995).

33) 17 U.S.C. 504(c) (1995) 참조.

2. 直接侵害責任(Direct Infringement Liability)

1) Playboy Enterprises, Inc. v. George Frena 사건

(1) 개관

미국 저작권법 제106조는 「저작물에 대한 배타적 권리」라는 표제하에 著作権者에게 저작물을 복제(reproduce), 배포(distribute), 공연(perform), 전시(display), 2차적 저작물을 작성할(prepare derivative works) 권리를 인정하고 있다.³⁵⁾

만약 누군가가 위에 열거한 권리를 침해했을 경우 直接侵害로 되어 권리자에게 합리적인 배상을 해야 한다.

이와 같은 一般論을 네트워크에 이입했을 때, 이용자가 전자게시판에 권리자의 허락없이 저작물을 업로드하고 다운로드했을 경우, 누가 責任의 당사자로 되어야 하는가? 이 때 실제로 侵害行爲를 한 이용자가 責任을 지는 것은 당연하다고 하더라도, 게시판 운영자가 著作権者의 배타적 권리에 대하여 直接侵害責任을 지는가 하는 것이 문제이다. 이에 대하여 네트워크 운영자에게 著作権에 대한 直接侵害의 責任을 인정한 대표적인 판례가 Playboy Enterprises, Inc. v. George Frena 사건이다.³⁶⁾

이 사건의 피고인 Frena의 전자게시판은 호색 사진을 주로 다루는 것으로서, 가입자가 전자게시판에 로그인(log-in)하여 게시판의 사진목록을 검색하고 당해 사진의 고화질 디지털 복제본을 전송받거나 가입자의 컴퓨터에 저장할 수 있게 하였다. 그런데 Playboy사가 著作権을 갖고 있는 사진이 무단 전송됨으로써 Frena가 Playboy사의 著作権을 침해한 것으로 주장되었다. 이에 대해 피고 Frena는 자신은 원고의 사진을 복제하지 않았으며 자신의 가입자들에 의해 그러한 복제물이 게시판에 올려지고 있는 것도 몰랐다고 항변하였다. 그러나 법원은 피고의 항변을 배척하면서, 피고는 著作権이 있는 사진의 복제물을 허락없이 제공함으로써 Playboy사의 配布權을 침해하였고, 그러한 사진을 온라인으로 전시하였기 때문에 展示權의 침해도 인정하였다.³⁷⁾

(2) 配布權 侵害

법원은 피고 Frena에 대해 Playboy사의 配布權을 침해하였다고 판시하였는데, 配布權의 침해를 인정하기 위해서는 두 가지의 테스트를 거쳐야 한다. 즉 배포된 복제물이 허락없이 제작된 것인지를 밝혀야 하고, 또한 그러한 복제물을 公衆에게 배포하였는가 하는 것이다.

① 허락없는 복제행위...문제로 된 Playboy사의 사진저작물이 네트워크를 통해 가입자의 컴퓨터까지 전송되어지는 과정 중에 과연 복제물이 만들어졌는가? 기존의 인쇄기술을 염두에 둔 著作権 法理下에서 복제물이란 저작물이 최초로 고정된 유체물을 말한다. 여기서 「고정」이란 저작물이 순간적인 시간을 넘는 기간 동안에 지각, 복제, 또는 기타 전달될 수 있을 만큼 충분히 영속적이거나 안정적인 이어야 함을 요구한다.³⁸⁾ 그리고 1976년 저작권법의 입법과정에서 제출된 보고서에서는 「스크린에

35) 17 U.S.C. 106 (1995).

36) Playboy Enterprises, Inc. v. George Frena, 839 F.Supp. 1552 (M.D.Fla., 1993).

37) Playboy, 839 F.Supp., pp.1554~1557.

38) 17 U.S.C. 101 (1995).

투사된 것이거나, 텔레비전이나 음극선관에 전자적으로 보여지는 것 또는 컴퓨터 메모리에 단지 잠시동안만 남아있는 것」은 고정요건을 충족하지 못한 것으로 보았다.³⁹⁾ 그런데 이 때 주의할 것은 컴퓨터 메모리의 개념과악에 관한 문제이다. 즉 컴퓨터 메모리라고 하면 일반적으로 램(RAM)과 롬(ROM)이 있다. 롬은 데이터를 저장하는 컴퓨터칩의 구성물체이지만, 램은 작업용 메모리이다. 따라서 롬에의 저장은 영구적인 반면, 램에의 저장은 전원을 끄면 사라지는 일시적인 것이다.⁴⁰⁾ 위의 보고서에서 거론된 컴퓨터 메모리는 램을 의미하였던 것이다. 따라서 법원이 이와 같은 개념상의 구별을 무시하고 망연히 사진저작물의 온라인 전송과정에서 컴퓨터 메모리에서의 저장에 대해 고정요건을 만족하는 것으로 본 것은 신중을 결한 판단이라고 아니할 수 없다. 입법연혁상으로는 판례⁴¹⁾를 통해서도 램에의 일시적 저장을 복제로 볼 수 있는 근거는 찾을 수 없기 때문이다.⁴²⁾

더구나 램에의 일시적 저장을 복제라고 보는 이 견해를 일관한다면 컴퓨터 화면에 顯示(display)된 자료를 훑어보는 행위도 복제가 된다는 결론에 이르게 된다. 즉 훑어보기가 가능한 것은 이미 복제가 이루어졌기 때문이다. 따라서 훑어보기를 할 때마다 이미 복제가 이루어지고 著作權侵害가 문제될 수 있는 것이다. 이렇게 되면 著作權者가 훑어보는 행위에 대해서까지 排他的인 權利를 갖게 되는데, 이에 대해 著作權法은 著作權者에게 「排他的으로 읽을 權利」(exclusive right to read)까지 부여한 것은 아니라는 반론⁴³⁾이 있다.

② 公衆에의 배포... 전자게시판은 가입자로부터 이용량에 따라 혹은 미리 정해둔 대로 이용료를 징수하고, 그에 대해 정보에 대한 접근과 그를 위한 수단에서의 접속을 제공하는 일련의 서비스이다. 이용자는 그것을 통해 정보를 교환하고 공유할 수 있게 되는 것이다. 그러나 기존의 배포의 개념은 유형매체를 염두에 둔 것이기 때문에 네트워크를 통한 정보 내지 저작물의 전송에 대해 곧바로 적용시키기엔 무리가 있다. 전자게시판의 운영이 유형적 복제물에 대한 배포행위를 하는 것은 아니기 때문이다. 따라서 Playboy 판결은 전자게시판 운영이 갖는 본질적 성격을 제대로 간파하지 못했고, 게시판 운영자가 갖는 정보접근의 제공자로서의 지위를 파악하는 것에도 실패하고 만 것이다.

(3) 展示權 侵害

현행 미국 저작권법에서 「展示」라 함은 公衆에 개방된 장소, 즉 공공 장소라는 물리적 공간 개념에 기초한 것이 있고, 公衆의 구성원이 같은 장소나 다른 장소에서, 그리고 같은 시각이나 다른 시각에 著作物에 접근할 수 있는 경우의 것이 있다.⁴⁴⁾ 전자게시판은 이른바 가상공간 속에 존재하는 것이기

39) House Report at 53, reprinted in U.S.C.C.A.N. (IITF 보고서 주 66에서 재인용).

40) Niva Elkin-Koren, Copyright law and Social Dialogue on the Information Superhighway: The Case against Copyright Liability of Bulletin Board Operators, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, vol.13 : 345, p.354(1995).

41) Playboy 판례에 앞서 MAI System Corp. v. Peak Computer Inc. 991 F.2d 518(9th Cir., 1994)에서는 RAM에의 일시적인 저장을 복제로 보았다. 그 근거로서 몇 가지 판례들을 인용하였는데 모두 RAM과 ROM을 구별하지 않는 입장에 선 것들이었다.

42) Id.

43) Jessica Litman, The Exclusive Right to Read, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, Vol.13: 29, p.40(1994).

44) 17 U.S.C. 101 (1995) 참조.

때문에 위 첫 번째의 물리적 공간에서 존재할 수 있는 전통적인 게시판과는 구별되어야 한다. 그럼에도 불구하고 Playboy 판결은 위 첫 번째의 공간 개념에 근거하여 展示權 침해를 인정하였다.⁴⁵⁾

더구나 전자게시판에서 유통하는 디지털 정보는 이용자의 취향에 따라 자유로이 선별·조합되어 최종 이용자에 이르렀을 때는 원래의 내용 및 형식과 다르게 되기도 한다. 또한 이용자가 정보의 유통과정에 능동적으로 참가하여 자신의 욕구를 만족시키기도 하는데, 이것은 기존의 미디어가 갖고 있는 일방향 커뮤니케이션(one-way communication)의 속성과 계층적이고 중앙집중적인 전달구조와는 배치되는 것이다. 著作権法上的 「展示」의 개념은 그러한 미디어의 속성에서 비롯되어 형성된 것이기 때문에 이제 「展示」행위의 내용과 범위에 대해 재고할 필요가 있게 된다.

2) 검토

直接責任은 이용자가 전자게시판에 권리자의 허락없이 저작물을 업로드하고 다운로드한 경우, 네트워크 운영자가 그러한 침해행위에 대해 직접적으로 관여했을 때만이 가능한 것이다. 대개의 경우 네트워크 운영자는 자신의 게시판에서 불법적인 著作権侵害가 일어나는 것을 원하지 않고 있을 뿐만 아니라 침해행위가 일어나고 있는지도 모르는 경우가 많다. 이용자가 저작물을 무단으로 업로드하고 다운로드한 것에 대해, 단지 정보에 대한 접근을 위한 서비스를 제공하고 도구적인 역할만을 수행한 운영자에게 直接侵害責任을 지우는 것은 부당하다고 본다. 침해를 한 것은 이용자의 행위이지 도구로서의 게시판은 아니기 때문이다.⁴⁶⁾ 그리하여 Playboy 판결은 게시판 운영자에게 直接侵害責任을 지우기 위해 著作権法上的 「配布」, 「展示」의 개념을 필요 이상 확대해석하지 않았나 하는 지적⁴⁷⁾이 있음은 당연하다. 따라서 이 문제는 直接侵害責任과 함께 미국의 저작권법계의 책임체계를 양분하고 있는 제3자 責任의 몫으로 돌려야 하지 않을까 생각한다.

3. 제3자 責任(Third-Party Liability)⁴⁸⁾

1) 代位責任(Vicarious Liability)

(1) 개관

미국 학계에서 거론되는 代位責任은 대개의 경우 고용관계에 있는 被用者(servant 또는 employee)의 不法行爲에 대해 使用者(master 또는 employer)가 責任을 지는 것을 말한다.⁴⁹⁾ 제3자에게 代位責任이 성립하기 위한 요건은 첫째, 直接侵害者의 행동을 감시하고 통제할 수 있는 권리와 능력이 있어야 하며,⁵⁰⁾ 둘째, 直接侵害者의 행동에 대해 명확하고 직접적인 재정적 이익을 가져야 한

45) Playboy, 839 F.Supp., p.1557.

46) M. David Dobbins, supra note 56, p.223.

47) Id., p.222.

48) 미국 저작권법상 著作権 侵害行爲를 하지 않은 제3자에게 責任을 묻도록 하는 규정은 없다. 그러나 판례는 그것을 부정하지 않고 있다. Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc. 464 U.S., p.435 (1984).

49) William L. Prosser, Law of torts, West Publishing Co. (1980), p.458; 著作権과 관련하여 代位責任을 논한 대표적인 판례인 Shapiro, Bernstein & Co. v. H. L. Green Co., 316 F.2d 304, 307(2nd cir., 1963)에서는 책임의 요건과 목적에 대해 간명하게 說示하고 있다.

50) Shapiro, Bernstein & Co., 316 F.2d, p.307.

다는 것이다.⁵¹⁾ 이 때 주목할 것은 제3자가 침해행위의 존재에 대해 인식할 것은 요구되지 않는다는 것이다.

① 監督(control)…네트워크 운영자가 代位責任을 지기 위해서는 이용자와의 사이에서 합의된 이용약관 등에 의해 법적 이론적으로 이용자의 행위를 감독할 수 있는 기초가 있어야 할 뿐만 아니라 실제적으로도 그러한 감독권을 행사할 수 있어야 한다.

② 利益(benefit)…감독할 수 있는 권리나 능력과 함께 고려되어야 하는 것이 제3자가 침해행위로부터 직접 재정적인 이익을 얻고 있는가의 여부이다. 다시 말하면 직접침해자가 저작물을 허락없이 이용함에 있어서 「명백하고 직접적인 재정적 이익」⁵²⁾을 제3자가 갖고 있었던 경우에 이 요건은 충족된다. 네트워크 운영자에게 代位責任을 묻기 위해서는 네트워크 운영자가 이용자의 침해행위에 대해 위와 같은 이해관계를 가져야 한다.

(2) 검토

위에서 본 바와 같이, 네트워크 운영자에게 代位責任을 부과하기 위해서는 네트워크 운영자가 이용자의 행위에 대해 법적·실제적 감독이 가능해야 하고, 침해행위에 명백하고 직접적인 이익을 가져야 한다. 그러나 네트워크 운영자가 이론적으로 이용약관 등에 의해 이용자의 행위를 통제하는 것이 가능하다고 하더라도 실제적으로는 어려운 일이다. 게시판에 전제되는 수많은 정보 내지는 저작물에 대해 그것의 著作權 유무, 商用인가 공개배포용인가의 구별 등을 한다는 것은 엄청난 재원이 소요될 뿐만 아니라 그러한 모니터링에 의해 손상되는 자유로운 커뮤니케이션의 장애도 묵과할 수 없는 일이기 때문이다.⁵³⁾

한편 네트워크 운영자가 침해행위로부터 명백하고 직접적인 이익을 얻어야 한다는 요건도 보다 엄격하게 해석할 필요가 있다. 게시판 접속에 대한 요금징수체계를 보면 대개 매월 정액제로 하거나 이용시간에 따른 요금을 청구하고 있다. 이러한 요금체계하에서는 침해행위에서 비롯된 이익이 게시판 운영자에게 도달된다고 하는 것은 논리의 비약이다. 그런데 이에 대해 게시판에서 양질의 著作權 侵害物을 이용할 수 있다는 기대감이 일종의 고객흡인력으로 작용해 보다 많은 가입자와 높은 접속률을 이끌어냄으로써 결국 게시판 운영자에게 이익을 가져다 주지 않는가 하는 반론⁵⁴⁾도 가능하다. 그러나 게시판 운영의 영업적 성패는 얼마나 많은 著作權 侵害物을 얼마나 많은 가입자들이 이용할 수 있는냐에 있는 것이 아니라, 정보서비스의 양적·질적 개선을 통해 건전한 네트워크환경을 조성하는데 있다. 그것이 영업의 포인트이다. 따라서 그러한 반론은 부당하다고 할 수 있다. 또한 일용 그것을 수용한다고 하더라도 실제적인 감독이 가능한가의 테스트로부터 代位責任의 적용이 가능하지는 않을 것이다.

51) Id., p.309.

52) Shapiro, Bernstein & Co., 316 F.2d, p.307.

53) 이 밖에도 전자게시판에 대한 엄격한 모니터링은 개인의 프라이버시를 침해할 소지가 있다.

54) Jane C. Ginsberg, supra note 88, p.1494. 그러나 Ginsberg도 비영리적인 게시판 운영자는 이용자의 해적행위에 대해 代位責任을 질 것으로 보지는 않았다.

2) 寄與侵害責任(Contributory Infringement Liability)

(1) 개관

寄與責任(contributory liability) 또는 寄與侵害責任은 제3자가 著作権을 침해했을 때, 피고가 그러한 침해를 인식하고, 나아가 그러한 제3자의 침해행위를 초래 또는 야기하거나 물질적으로 기여한 경우에 인정된다.⁵⁵⁾ 이것은 원래 미국 특허법 제271조에서 「특허의 침해를 능동적으로 유도한」(actively induces infringement of a patent) 者에게 責任을 부과한 것을 저작권법에 응용한 것이다. 代位責任이 피고와 직접침해자 사이의 인적 관계와 침해행위로부터의 이익에 근거했던 것과는 달리, 寄與責任에서는 침해행위에 대한 인식과 그러한 행위에 대한 관여 정도가 논의의 대상이 된다.

① 認識(knowledge)…寄與責任을 지우기 위한 첫 번째 요건으로 피고는 침해행위가 일어나고 있었음을 알고 있어야 한다.⁵⁶⁾ 그런데 이 때 단순한 사실의 인식을 責任의 전제요건으로 삼게 되면, 사실을 외면하고 責任을 회피하려고 하는 자에 대해서는 현실의 인식이 없다고 하여 責任을 물을 수 없게 되어 공평을 잃는 수가 있다.⁵⁷⁾

이 때에는 문제로 된 사실의 존재와 그러한 사실에 입각하여 자신의 행동을 지배한다고 추단될 수 있는 정보를 갖고 있는 자에게 인식을 의제하여—이를 擬制的 認識(constructive knowledge)이라고 한다—責任을 물어야 한다. 따라서 寄與責任의 요건으로 되는 인식은 적어도 直接侵害者의 행위에 대한 事實의 認識 또는 擬制的 認識의 하나가 충족되어야 한다.⁵⁸⁾

전형적인 예로서, 다른 사람의 영상저작물을 不法으로 복제하는 데 쓰이는 장치인 VCR을 제조·판매한 자에게 寄與責任을 물을 수 있는가? VCR 제조판매업자는 소비자가 그것을 구입해서 어떤 용도로 사용할지 알 수 없다. VCR 제조판매업자는 그 장치가 著作権을 침해하기 위해 이용된다는 것에 대해 事實의 認識이 없다. 따라서 이 경우에 擬制的 認識의 테스트가 진가를 발휘하게 된다. 이와 같은 사례에 직면하여 미국 대법원과 지방법원의 대응은 달랐다.

Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc. 사건에서 대법원은 복제행위에 쓰이는 VCR은 본질적으로 비침해적 용도로 쓰일 수 있기 때문에 그것의 제조업자에 대해 寄與責任을 부인하였다. 즉 擬制的 認識의 테스트를 아주 관대하게 적용한 것이다. 반면 뉴욕주 남부지구 지방법원은 RCA Records, Inc. v. All-Fast Systems, Inc. 사건⁵⁹⁾에서 카세트 테이프의 복제 서비스업자에게 著作権에 대한 直接侵害와 아울러 寄與侵害의 가능성도 검토하였다. 지방법원의 이러한 견해는 過失標準(negligence standard)에 근거한 것으로 보인다. 고객이 원고의 음반을 복제하기 위해 복제장치를 사용한다는 것을 믿을 합리적인 이유가 있다면 복제장치를 사용하지 못하도록 막아야 한다고 판시했기 때문이다. 더구나 복제 서비스업자는 잠재적으로 침해행위에 쓰일 수 있는 장치에 대한 이용을 제

55) Gershwin Pub. Corp. v. Columbia Artists Management, Inc., 443 F.2d 1159(2nd cir., 1971).

56) Screen Gems-Columbia Music, Inc. v. Mark-Fi Records, Inc. 256 F.Supp. 399(S.D.N.Y., 1996)에 서는 그 행위가 不法하다는 인식까지 필요하다는 견해를 내비쳤다.

57) 棚橋 元, 「コンピュータ・ネットワークにおける法律問題と現状での對應策(2)」, NBL No.617(1997.5. 15), 41面.

58) M. David Dobbins, supra note 56, p.232.

59) RCA Records, Inc. v. All-Fast Systems, Inc., 594 F.supp. 335 (S.D.N.Y., 1984).

어할 수 있는 좋은 위치에 있었다고 함으로써 이같은 견해를 뒷받침하였다.

네트워크 운영자가 이러한 認識의 요건을 만족하기 위해서는 VCR의 사례에서 살펴본 바와 같이 現實의 認識에만 근거해서 그것을 責任의 요건으로 삼을 수는 없고, 擬制的 認識의 가능성에 착안하여 책임정도를 가능하면 될 것이다. 다만 擬制的 認識은 過失標準의 적용을 받아, 합리적인 사람이라면 침해행위의 존재에 대해 알 수 있었을 때에는 달성되는 것으로 본다.

② 寄與(contribution)…寄與責任의 또 다른 요건으로, 피고가 직접침해자의 침해행위에 대해 물질적으로(materially) 기여한 바가 있어야 한다.⁶⁰⁾

물질적으로 기여한다는 것은 사실문제로서 간명하게 확정하기는 어렵다. 하지만 연구자가 음악회에서 음악저작물의 권리자의 허락없이 그의 음악을 연주했을 때, 그 음악회를 주관한 者에게,⁶¹⁾ 또는 침해 저작물을 포함한 음반의 판매를 광고한 라디오 방송사에게⁶²⁾ 寄與責任을 인정한 예가 있다. 그런데 여기서 주목할 것은 물질적인 기여라는 것이 앞서의 인식의 요건과 서로 관련되어 있다는 사실이다. 즉 물질적인 기여를 했다는 것이 인정된다는 것은 직접침해자의 행동에 대해 의제적 인식을 갖고 행동했을 것이라는 증거가 되기 때문이다.

(2) Sega Enterprises Ltd. v. Maphia 사건

네트워크 운영자에게 이용자의 著作權侵害에 대해서 寄與責任을 묻은 것으로 간주되는 것은 Sega Enterprises Ltd. v. Maphia 사건⁶³⁾이다.

피고 Maphia사는 전자게시판 운영자로서 이용자들로 하여금 자신의 게시판에 원고 Sega사의 비디오 게임 프로그램의 불법복제본이 적재되는 것을 허락하였다. 또한 일정한 이용료를 지불하거나 Sega사의 비디오 게임 카트리지를 복제하는 데 쓰이는, 自社의 하드웨어 장치를 구매한 자에게만 게임 프로그램을 올릴 수 있도록 자격을 제한하였다. 이에 대하여 법원은, 피고의 침해행위에 대한 인식, 장려, 지시와 게시판 운영을 통한 편의의 제공은 寄與侵害를 구성하며, 파일이 전송되는 때를 정확히 알지 못했던 것은 責任의 성립에 영향을 주지 않는다고 하였다. 또한 법원은 Playboy 사건에서와 같은 이유를 들어 피고의 公正利用의 항변을 배척하였다.⁶⁴⁾

Sega 사건에서 법원은 게시판 운영자의 행위에 초점을 맞추어 그것이 公正利用에 해당하는지를 검토하였다. 즉 게시판을 통한 복제행위는 이용자로 하여금 정품을 구입하는 비용을 절감하게 함으로써 Sega사의 비디오 게임 카트리지의 구입을 방해하므로 公正利用의 첫 번째 요소인 이용의 성격에 비추어 합당하지 않다고 보았다. 또한 위와 같은 행위는 Sega사의 비디오 게임 프로그램의 시장

60) Gershwin Pub. Corp., p.1162.

61) Id., pp.1162~1163.

62) Screen Gems-Columbia Music, Inc. v. Mark - Fi Records, Inc. 256 F.Supp. 399, 403, 405 (S.D.N.Y., 1966).

63) Sega Enterprises Ltd. v. Maphia 857 F. Supp 679 (N.D.Cal., 1994).

64) Id., pp.683~687. 법원은 프로그램의 복제물을 게시판에 올린 「未知의 이용자」에게 直接侵害를 인정하고, 게시판 운영자에게는 寄與侵害를 인정하였다. 그러나 Religious Technology Center v. Netcom On-line Communication Services, 907 F.Supp. 1361, 1371(1995)에서는 Sega 사건에서 법원이 直接侵害와 寄與侵害 사이에서 용어를 제대로 구사하지 못하여 개념의 혼동을 가져온다고 지적했다. 여하튼 Sega 사건에서 법원의 분석의 초점은 게시판 운영자의 寄與責任 유무에 있었던 것만은 분명하다.

을 잠탈하는 효과가 있기 때문에 公正利用의 네 번째 요소에도 부합할 수 없다고 하였다.⁶⁵⁾

그러나 이러한 Sega 판결의 판단은 Sony Corp. v. Universal Studios, Inc. 사건에서 대법원이 내린 결론과는 조화되지 않는다. Sony 판결에서는 Sega 판결에서와는 달리 이용자의 행위의 성격을 公正利用 판단의 기초로 삼았다. 즉 VCR구입자가 단순한 시간대 변경(time-shifting)을 목적으로 하는 복제행위는 공정이용에 해당한다고 본 것이다. 그에 따라 VCR 제조사인 Sony사는 免責되었다. 원래 寄與責任이 直接責任의 존재에 근거하는 부수적인 責任이라면 이용자의 행위에 대한 성격규명이 선행되고 나서 게시판 운영자의 責任을 논해야 함이 마땅할 것이다. 다시 말하면 이용자의 행위가 公正利用에 해당하는가를 먼저 살피고 나서 그것이 公正利用에 해당하지 않을 때 비로소 게시판 운영자의 責任範圍가 문제될 수 있는 것이다.⁶⁶⁾

네트워크 운영자에게 寄與侵害責任을 지우기 위해서는 이용자의 직접침해행위를 알고 이에 대해 물질적인 기여를 하거나 또는 침해행위를 야기하거나 독려해야 한다. 寄與侵害는 침해행위에 가담하거나 촉진하는 개인적 행위의 모습으로 나타나는 것이 보통이지만, 침해행위를 실행하는 물리적인 수단을 제공하는 기계적인 침해의 형태를 띠 수도 있다.⁶⁷⁾ 법원은 위의 요건을 들면서 피고 Maphia 사에게 寄與侵害責任을 인정하였다. 그러나 다음의 사항들에 대해서는 약간의 고려가 필요하다고 생각된다.

첫째, 법원은 컴퓨터에 의해 통제되는 저장매체가 이용자의 침해행위에 제공된 것은 비디오 게임 프로그램의 무단 전송과정에 편의를 제공하는 것이라고 보았다. 그런데 전자게시판이라는 것은 커뮤니케이션을 위한 場으로서 그것을 통해 수많은 정보와 데이터가 어떠한 법적 문제를 만들지 않으면서 유통되고 있다. 전송행위가 침해적 성격을 갖는 것은, 전송되는 것이 著作物이라는 것에서 비롯된 것이지, 게시판 서비스 자체가 침해행위에 편의를 제공했기 때문은 아니다. 따라서 게시판 운영자에게 단지 그러한 이유를 들어 責任을 지우는 것은 責任의 기초를 너무나 넓게 파악한 것이다.⁶⁸⁾

둘째, 寄與侵害에 대한 責任은 기여침해자가 직접침해자의 침해행위에 대해 인식할 것을 요구하는데, 법원은 이 인식의 요건을 좁게 파악하였다. 즉 피고는 비디오 게임이 전송되고 있다는 인식만 있으면 되지, 이용자가 어떤 게임을 전송하고 있다는 인식이 없다는 것은 責任의 면제사유로는 되지 않는다고 하였다.⁶⁹⁾ 그런데 게시판 운영자에게 명예훼손의 責任을 문제로 삼았던 Cubby, Inc. v. Compuserve, Inc. 사건⁷⁰⁾에서는 다른 인식의 기준을 적용했다. Cubby 판결에서는 피고 Compuserve를 배포자—예컨대 신문가판대, 서점, 공공도서관—의 지위에 있다고 보았는데, 이들 배포자는 독자에 대해 어떤 편집자적 감독·통제를 행사할 수 없다. 피고 Compuserve는 가입자에 의해 저질러진 명예

65) Id., pp.684~687.

66) Niva Elkin-Koren, supra note 76, p.369.

67) Melville B. Nimmer David Nimmer, supra note 123, §12.04 「A」 「2」, at 12~74.

68) Niva Elkin-Koren, supra note 76, p.369. Sony사건에서도 미국 대법원은 「복제장치의 판매는 다른 상품의 판매에서와 같이, 그것이 널리 합법적이고 정당한 목적으로 이용된다면 寄與侵害를 구성하지 않는다」고 하였다. Sony, 464 U.S., p.442.

69) Sega, 857 F.Supp., pp.686~687.

70) Cubby, Inc. v. Compuserve, Inc. 776 F.Supp. 135 (S.D.N.Y., 1991).

훼손적인 진술에 대해 몰랐고 알 이유도 없었기 때문에 어떠한 責任도 부과될 수 없다고 판시하였다.⁷¹⁾ 또한 피고 Compuserve에게 責任을 부담시키는 것은 정보의 자유로운 흐름에 중대한 장애로 작용할 것이라고 하였다.⁷²⁾ 결국 Sega 판결에서 채용한 인식의 요건은, Cubby판결이 적용한 「事實的 認識」의 표준에 비해 정보의 자유로운 소통을 위한 네트워크 운영자의 사회적 의미를 제대로 반영하지는 못하게 된다.

셋째, Sega 판결에서는 Maphia사가 가입자의 이용을 감독할 수 있는 권리능력을 고려하지 않음으로써 전자게시판과 이용자간의 관계의 복잡성을 인지하지 못하였다.⁷³⁾ 가령 전달되는 내용에 대한 책임기준으로서 출판업자와 배포업자의 구별기준⁷⁴⁾에 따른다면, 과연 게시판 운영자를 어떤 지위에 놓을 것인가를 고려해볼직하다. 예를 들면 전화회사와 같은 단순 전달자에 비유된다면, 전달되는 내용에 대해 어떠한 責任도 지지 않을 것이다.⁷⁵⁾

(3) 검토

이용자가 전자게시판에 접근(access)하지 않고서는 전자게시판을 통한 著作物의 불법복제, 배포는 일어날 수 없다. 이것이 게시판 운영자의 침해적 기여를 추정케 하는 기본적 모티브가 되고 있다. 그러나 이것은 直接侵害者와 著作權者의 일방적인 억측일 수 있으며, 제3자로서의 게시판 운영자의 입장은 충분히 고려되지 않고 있다. 왜냐하면 게시판에서의 著作權侵害는 운영자로서도 원하는 바가 아닌 것이 대부분이며, 실사 침해가 발생했더라도 분쟁에까지 휘말려들고 싶지는 않을 것이기 때문이다. 따라서 게시판 운영자에게 寄與責任을 적용하기 위해서는 침해문제에 대한 그러한 반인센티브 적인(disincentive) 요소가 먼저 고려되어야 한다. 그런 전제가 충분히 반영되는 토대에서 寄與責任의 요건이 되는 침해행위의 기여와 그에 대한 인식의 문제에 접근해야 한다. 특히 두 요건의 상호관계 속에서 만약 침해행위에 대해 명백하게 드러나는 기여가 없는 경우, 어떻게 인식의 정도를 측정할 것인가는 寄與責任 構成論의 핵심이 될 것이다.⁷⁶⁾

4. 小結

이상에서는 미국의 판례를 기초로 하여, 네트워크에서의 著作權侵害에 대한 네트워크 운영자의 責任問題를 검토하였다.

먼저 본격적으로 네트워크에서의 著作權侵害問題를 다룬 Playboy Enterprises, Ltd. v. George Frena 사건에서 법원은 전자게시판 운영자인 Frena에게 著作權에 대한 直接侵害責任을 인정하였

71) Id., pp.139~141 ; Cubby 판결에서는 「事實的 認識」이라는 높은 수준의 요건에서 責任을 구하려했기 때문에, 게시판 운영자가 責任을 모면하기 위해서는 어떠한 내용통제도 하지 않는 수수방관적 태도를 취하면 된다는 지적이 있다. Eric Hagen, On-line Service Provider Liability : The Latest US Copyright Conundrum, Entertainment Law Review, 1997.7., p.276.

72) Cubby, Inc., p.140.

73) Niva Elkin-Koren, super note 76, p.380.

74) Lance Rose, Netlaw : Your Rights in the Online World, Berkeley: McGraw-Hill, 1995, pp.9~19.

75) 이것은 강한 법적·정책적 규제를 받게 된다는 의미이기도 하다. 예컨대 미국 通信法上에서 거론되는 보편적 서비스의 원칙과 비차별적 가격정책 등이 대표적이다.

76) M. David Dobbins, supra note 56, p.237 참조.

다. 이것은 미국 저작권법상 著作權侵害에 대한 責任의 성립에 고의나 인식 등의 주관적 구성요건을 요구하지 않는 嚴格責任의 정확한 반영이었다. 이러한 責任原理下에서는 저작물 이용에 있어서 보다 신중을 기하도록 할 수 있으며, 침해발생시 피해자 구제에 효과적이라는 평가가 가능하다. 그러나 直接侵害責任의 적용은 컴퓨터-네트워크의 본질적인 성격이나 그 운영자의 역할에 대한 분석에 있어서 고루한 법리기반에서 시작함으로써 구성상으로도 해석상으로도 적지않은 논란을 불러 일으켰으며, 정책적인 이유에서도 네트워크 운영자에게 嚴格責任을 지우게 되면 컴퓨터-네트워크 산업의 위축을 초래하게 될 것인 바, 이는 정보화사회의 흐름에 역행하는 것이라는 비판이 있었다.

그리하여 최근에는 제3자 책임 쪽으로 선회하는 판례의 경향을 보이고 있다. 이러한 제3자 책임원리는 代位責任과 寄與侵害責任으로 대별될 수 있다. 전자는 일반 불법행위법상의 책임원리에서, 후자는 특허법상의 책임원리에서 빌려 온 것으로, 저작권법 고유의 책임원리는 아니다. 그런데 실제로 네트워크 운영자에게 이용자의 저작권침해행위에 대해 代位責任을 인정한 판례는 아직 보여지지 않고 있는 것 같다. 이것은 代位責任의 요건으로 되는 「監督」과 「利益」의 입증에 수월하지 않기 때문이다. 이러한 이유로 최근에는 寄與侵害責任의 적용이 판례의 주류를 형성해가고 있다. 그러나 寄與侵害責任의 적용에 있어서도 「認識」의 수준을 어느 정도까지 요구할 것인가에 대해서는 문제가 된다. 사안을 달리하지만 명예훼손을 다룬 판례에서는 現實的 認識 즉, 침해발생사실을 알았을 때에만 責任을 물을 수 있다는 높은 수준을 요구함으로써 정보의 자유로운 유통과 네트워크 산업의 활성화를 촉진할 수 있었다. 그러나 이러한 인식표준은 著作權侵害에 대한 의식적인 방조를 조장할 수 있다는 비난이 제기되었다. 이에 비해 擬制的 認識은 침해사실의 존재를 추단할 수 있는 정보를 갖고 있는 자에게 당해 사실을 「알 이유가 있었던」 것으로 인식을 의제함으로써, 現實的 認識의 단점을 보완할 수 있었다. 擬制的 認識의 테스트는 嚴格責任의 적용과 현실적 인식의 적용 사이에서 중간적 입장을 견지한 것으로 평가할 수 있다.

Ⅳ. 컴퓨터-네트워크 운영자의 責任制限論

1. 基本的 前提

1) 네트워크 운영의 機能的 特性

전자게시판을 위주로 한 네트워크 서비스는 특히 정보의 유통 내지 전달의 문제에 있어서 사회적 상호작용(social interaction)의 도구로서 결정적인 기여를 하고 있다. 즉 네트워크 서비스는 고립되고 분산되어 존재하고 있던 개별 이용자들을 사이버 스페이스라는 온라인 공동체에 결집시킴으로써, 상호간의 직접적인 커뮤니케이션을 가능하게 한다. 이러한 직접 커뮤니케이션(direct communication)은 정보흐름의 구조를 변형시킨다. 기존의 계층적이고 구심적인 정보전달체계에서 벗어나 탈중심화되고 원심적인 정보전달체계를 형성하게 된다. 정보종속이나 정보병목(Infomation Bottlenect)의 문제가 해소되어 정보이용자가 정보에 대한 실질적인 결정권을 획득하게 되고, 보다

다양한 정보를 원하는 곳, 원하는 장소에서 선별적으로 이용가능해진다.⁷⁷⁾

요컨대 디지털화와 네트워크화로 대변되는 초고속정보통신망 시대에는 정보의 유통 전달을 담당하는 네트워크 서비스가 개별 이용자들의 사회적 의미형성과정에서 중추적인 도구로 자리하게 된다. 따라서 이러한 역할을 담당하는 네트워크 운영자에게 그 전달되는 내용에 대해 責任을 지우는 것은 관련 이해 당사자들만의 문제가 아니라 사회 전체의 공감을 얻어야 하는 문제이다. 만약 그러한 속의 의 과정을 생략하고 責任을 운운하려 든다면 작게는 일개인이 정보화 사회의 도도한 물결 속에서 충분한 사회화의 과정을 밟지 못해 표류하게 될 것이며, 사회전체적으로 보면 정보에 대한 중심화된 통제구조를 확대재생산함으로써 情報權利者 - 情報利用者가 공멸하는 계기가 될 수 있다.

그리고 네트워크를 통해 사회적 커뮤니케이션이 민활하게 이루어지면 이제까지 유용성을 검증받지 못했던 정보가 적재적소에서 활용될 수 있게 됨에 따라 경제적 의미에서건 비경제적 의미에서건 그 가치가 고양된다. 이것은 情報生産者의 입장에서든 원하는 바이다. 그러한 정보가 저작물처럼 어떠한 재산적 가치로도 평가될 수 있는 것이라면 더욱 權利者에게 유리한 일일 수 있다. 결국 네트워크를 통한 원활한 사회적 커뮤니케이션은 情報權利者의 경제적 이익으로 작용할 수 있으며 情報權利者의 창작의 열의는 더욱 고조될 수 있게 된다. 이것은 네트워크에 대한 자유방임적 접근이 著作權者를 위시로 한 情報權利者의 이익에 어떠한 점점이 공유되고 있음을 의미한다. 선부른 責任劃定은 오히려 그러한 實利를 놓쳐버릴 수 있는 위험이 있다. 그래서 혹자는 이 문제에 직면하여 네트워크 운영자의 自己規制의 노력이야말로 최상의 대책이 될 것이라는 조심스러움을 보이기도 하였다.⁷⁸⁾

2) 著作權 制限의 法理

著作權法은 著作權者의 권리보호를 위한 제도적 장치라는 외형을 갖고 있지만 또 다른 한편에서는 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화의 향상발전에 이바지하기 위해 著作權者의 權利를 제한할 수도 있다. 著作權法에 존재하고 있는 이러한 이율배반적인 명제는 저작물 권리와 이용자의 상호공존의 가능성을 탐색하여 왔는데, 그러한 노력의 산물이 우리 저작권법상의 著作權制限 규정⁷⁹⁾이고 미국 저작권법에서의 Fair Use Doctrine(公正利用의 原理)⁸⁰⁾이다. 그리하여 著作權制限의 法理는 著作權法理 가운데 가장 정치하고 세련된 부분이 되었다.

그런데 초고속통신망에서는 디지털 정보의 유통에 著作權者의 개입여지가 대폭적으로 줄어들어 著作權者의 권리 주장이 어렵게 되는 상황임에도 불구하고 정보의 자유로운 유통이라는 公益의 측면에서 著作權者의 權利를 제한해야 하는 현실에 대응하기 위해 다각적인 노력이 요구되는 시점에 이르렀다.⁸¹⁾ 이것은 기존의 著作權制限 法理에 대한 현대적 변용에 해당한다고 할 수 있다.

77) Niva Elkin-Koren, supra note 76, pp.402~403.

78) William J. Cook, Why Internet Service Providers Should be Copyright Guardians, Copyright World, issue sixty, May 1996, p.21. 이 글에서는 특히 인터넷 서비스 프로바이더의 責任에 주목하였다.

79) 著作權法 제6절 「著作財產權의 制限」 제22조~제35조.

80) 미국 저작권법 제107조 「排他的 權利에 대한 制限 : 公正利用」에서는 公正한 利用의 예로서 비평, 논평, 시사 보도, 교수, 학문 또는 연구 등을 들고 있다.

81) 鄭相冀, 「분야별 法的 保護方案 - 新聞界 뉴미디어」, 뉴미디어와 著作權, 한국언론연구원(편), 1996년, 110면.

3) 著作權法理의 현대적 變容

네트워크를 통해 정보 내지 저작물이 유통되고 공유되어 개인의 사회화과정과 문화의 창달에 기여한다는 측면에서 보았을 때, 前章에서 보았던 판례들은 몇 가지의 중요한 한계를 노정하고 있다. 특히 인쇄술 및 녹음기·녹화기의 아날로그 방식에 기초하고 있는 著作權法이 디지털화와 네트워크화로 대변되는 초고속정보통신시대에도 그대로 타당하여야 한다는 도그마에 빠져 있는 듯하다. 혹은 매체(media)단속으로도 著作權과 著作者の 보호에 충실할 수 있었던 이제까지의 상황이 매체와 저작이 분리된 새로운 환경하에서도 지속되어야 한다는 생각, 그러하지 않으면 著作權의 空洞化가 초래될 것이라는 성급한 단정에서 著作權 옹호론자(copyright maximalist)의 손을 들어 주려고 하지 않는가 우려되기도 한다. 자본과 시장의 논리가 네트워크에서도 관철되어야 한다는 선진국, 특히 미국의 입장을 일용 수용할 때, 著作權 생산주체는 대개의 경우 거대자본가이기 때문에 상대적으로 公衆의 權益은 무시되고 홀대받기 마련이다. 그렇게 되면 정보고속도로는 장미빛 환상에 불과해질 것이며, 출판업자로 대표되는 著作權者에 의한 유료도로로 전락하고 말 것이다.⁸²⁾

따라서 저작물의 자유로운 유통을 촉진함으로써 적절히 저작물 이용자의 권리를 구축하고 또한 정보전달자로서의 네트워크 운영자의 공익적 기능을 감안한다는 입장에서, 著作權法上的 복제 배포 등의 기본개념에 대한 기존의 談論은 디지털 환경에서 수정 變容되어야 한다.

2. 컴퓨터-네트워크 운영자의 責任制限論

1) 序說

(1) 일반적 고찰

컴퓨터-네트워크에서의 著作權侵害에 대해 네트워크 운영자의 責任을 논하기에 앞서 정보전달 기능을 수행하는 네트워크 운영이 개인의 사회화 과정의 중추로 부각되고 있는 현실과 네트워크의 활성화가 정보의 창작과 유통에 촉매 역할을 하게 됨을 잊어서는 안된다. 또한 著作權法의 역사를 통해 견고하게 구축되어 온 권리자-이용자의 조화로운 利益衡量은 네트워크 세계에서도 지속적으로 유지되어야 한다. 아울러 본격적인 權利侵害 여부 판정을 위해 디지털 환경에서 著作權法의 기본개념에도 약간의 變容이 필요하다. 前章에서 분석한 미국 판례들은 이와 같은 사항들에 대해 충분한 검토를 하지 않았다. 네트워크 운영자에게 嚴格責任을 지음으로써 반사적으로 네트워크 산업이 위축될 수 있다는 사실과 Cubby 판결이 채용했던 事實의 認識의 표준은 침해행위에 대한 故意的 無知를 양산할 수 있다는 폐단도 함께 고려되어야 한다. 따라서 이러한 제반 사정을 종합해 볼 때 Sega 판결에서 보여졌던 寄與責任의 적용을 채택하는 것이 바람직하다고 보여진다. 네트워크 운영자를 嚴格責任의 당사자로 하는 것은 責任構成이 곤란하다는 문제는 접어두더라도 네트워크 산업에 너무 큰 출혈을 강요하기 때문이다. 다만 寄與侵害責任論으로 구성하더라도 가급적 네트워크사업의 자율성을 보장해주는 차원에서, 분쟁을 미연에 막을 수 있는 예방책을 강구하도록 업계의 인식을 촉구할 필요가 있으며, 설사 분쟁이 있더라도 이를 빠르게 처리할 수 있는 법적 수순을 정형화해두는 노력도 필요할

82) Pamela Samuelson, supra note 32, 1 of 11.

것이다.

(2) 嚴格責任의 후퇴

최근에 네트워크 운영자에게 이용자의 著作權 侵害行爲에 대해 본격적으로 寄與侵害의 責任을 논급한 판례가 나와 주목을 끈다.⁸³⁾ 특히 R.T.C. v. Netcom 판결은 Playboy 판결이 적용했던 嚴格責任을 포기하고, 전자게시판 운영자 및 인터넷 액세스 프로바이더에 대해 寄與責任을 물을 수 있다는 시도를 한 획기적인 판결로 평가받고 있다.⁸⁴⁾

이 판결의 사건개요는 다음과 같다.

원고 R.T.C.는 신홍종교단체로서, 이 단체의 전직 목사가 R.T.C.가 著作權을 갖고 있는 敎組의 敎典 등을 인터넷 토론 그룹인 USENET에 원고의 허가없이 업로드한 것이 사건의 발단이다. 처음에 목사는 소규모 사설 전자게시판에 원고의 저작물을 업로드한 것이었지만, 이 게시판은 Netcom사를 통해 인터넷에 접속되어 있었던 것이었으므로 급기야 인터넷상의 다른 USENET에까지 전송되기에 이른 것이다. 이에 R.T.C.는 목사에게 게시판에 이 저작물을 올리지 못하도록 경고하는 한편, 게시판 운영자와 인터넷 액세스 프로바이더에 대해서도 그것을 삭제하도록 요청하였다. 게시판 운영자는 R.T.C.에 대해 著作權을 갖고 있는가를 증명할 것을 요구하였지만, 원고가 이것을 거절하였으며 또한 Netcom사도 목사가 업로드하는 내용을 사전에 삭제하는 것은 불가능하다고 하여 원고의 요구를 거절하였다. 그리하여 R.T.C.의 그러한 통지 후에도 R.T.C.의 저작물이 계속되어 USENET에 송신됨으로써, 목사 뿐만 아니라 Netcom사와 게시판 운영자까지 著作權(複製權, 配布權, 展示權에 대해) 侵害에 대해 責任이 있다고 제소하였다.

법원은 이에 대해 인터넷 액세스 프로바이더인 피고 Netcom사는 이용자가 업로드한 정보를 단지 뉴스그룹(news-group)인 USENET에 접속해주는 일종의 導管(conduit)의 역할을 할 뿐이며, 그 과정에서 발생하는 복제는 불가피한 것으로 보았다. 이 경우 Netcom사에 直接侵害를 인정하게 되면, 인터넷 기능을 위해 필요한 시스템을 설정해서 운영하는 데 지나지 않는 모든 者가 責任을 부담하는 것으로 될 수 밖에 없다고 하였다.⁸⁵⁾ 또한 著作權法은 嚴格責任을 규정하고 있지만 그렇다고 하더라도 意思 또는 因果關係라고 하는 일정한 요소는 필요하다고 보았다.⁸⁶⁾ 아울러 이러한 판단에 입각하여 Sega 판결의 심리내용이 直接責任을 의도한 것이라면⁸⁷⁾ 이에 찬성할 수 없다고 하였다. 配布權과 展示權의 침해 주장에 대해서도 Netcom사는 미리 설정해 둔 시스템에 따라, 이용자가 업로드한 정보를 받아 이를 자동적으로 다른 서버(server)에 송신만을 하기 때문에 배포·전시한 것은 피고 목사 뿐이라고 하였다.

83) Religious Technology Center v. Netcom On-line Communication Services, Inc., 907 F.Supp. 1361 (N.D.Cal., 1995); Sega Enterprises Ltd. v. Maphia, 1996 WL 734409 (N.D.Cal. 1996).

84) 棚橋 元, 前掲論文, 43面.

85) Netcom, p.1372.

86) Netcom, p.1370.

87) Sega 판결은 피고 Maphia사에게 直接責任을 묻는 한편에서 侵害行爲에 대한 인식이 있었는가에 대해서도 지적하였기 때문에 이 판결에 대해 寄與責任을 적용한 것으로 보는 견해와 直接責任을 묻은 것으로 보는 견해로 나뉘고 있다.

한편 법원은 Netcom사가 寄與責任을 질 것인가에 대한 사실심리의 필요성을 인정하였다. 즉 寄與責任의 요건으로 되는 침해행위의 인식에 대한 판단에서, Netcom사가 R.T.C.로부터 통지를 수령한 후 자신의 시스템을 통해 USENET에 R.T.C.의 저작물이 재송신되는 것에 대한 인식이 있었는가를 문제로 보았다. 이에 대해 Netcom사는 침해행위가 있다고 하는 통지를 수령했다고 하더라도 그 저작물의 저작권 등록이 유효한가 또는 公正利用의 抗辯事由에 해당하지는 않는가가 문제로 될 수 있기 때문에 통지 수령 자체만으로는 인식이 있었다는 사실인정에 이를 수 없다고 하였다. 법원도 이것을 인정하기는 하였지만, Netcom사는 목사의 침해행위가 계속되는 시점에서 통지를 수령하였기 때문에, 인식의 가능성에 대해서는 좀 더 사실심리를 요한다고 하였다. 또 다른 요건인 실질적인 기여의 여부에 대해 Netcom사는 모든 USENET에의 송신을 가능하게 해주며, 통지 수령 후 피해의 확대 방지를 위한 조치를 쉽게 취할 입장에 있었던 것이라고 한다면, 목사의 著作權 侵害行爲를 방조했다고 말할 수 있기 때문에, 과연 Netcom사가 그러한 입장에 있었는가에 대해 사실심리가 필요하다고 하였다.⁸⁸⁾

결국 법원의 판단을 따르게 되면, 네트워크 운영자는 이용자의 著作權 侵害行爲에 대해 嚴格責任을 면할 수 있게 된다. 실제로 최근에 이러한 판단에 동조하는 판결이 나오고 있다는 사실은 寄與責任의 적용이 꽤 설득력을 갖고 있다는 증거가 된다.

그러나 寄與責任의 法理適用이 전체적으로 타당성이 있다고 하더라도 그것의 요건인 인식의 수준에 있어서는 문제로 된다. 왜냐하면 네트워크 운영자에게 寄與責任을 지우기 위해서는 侵害行爲에 대한 인식이 있어야만 가능하기 때문이다. 이렇게 되면 네트워크 운영자가 著作權侵害에 대해 責任을 모면하려 한다면 無知(ignorance)가 最善(bless)이 되어버린다.⁸⁹⁾ 따라서 이 때 認識 내지 注意義務의 수위를 어떻게 조절할 것인가가 과제로 등장한다.

2) 責任制限의 一構成

(1) 主觀的 責任要件

네트워크상에서 발생하는 著作權侵害에 대해 시설을 제공한 네트워크 운영자에게 寄與責任을 묻는 것이 미국에서 판례의 대세를 형성해 가고 있는 것 같다. 그러나 이에 대한 비판 또한 만만치 않게 제기되고 있는 실정이고 보면 寄與責任法理의 구성과 적용에 있어서 재고해야 할 부분도 있다는 것이 된다.

寄與責任을 묻는 기초에는, 네트워크 운영자가 자기의 시스템 내에서 일어나는 著作權侵害行爲에 대해 이를 항상 조사·발견해야 할 義務를 부담하지는 않는다. 그런 까닭에 침해행위로 추정되는 특단의 사정의 존재를 알았을 때 비로소 그에 대한 責任이 문제로 된다. 이것은 기본적으로 네트워크 운영자에게 責任을 부과하게 되면 정보의 자유로운 흐름에 지장을 준다는 Cubby 판결의 정책적 배려를 반영한 것으로 보인다.⁹⁰⁾ 그러나 이것은 네트워크 운영자에게 침해행위에 대해 意圖的 또는 惡

88) Netcom, p.1375.

89) William J. Cook, supra note 146, pp.20~21.

90) Eric Hagen, supra note 132, p.278.

意的無知(intentional or willful ignorance)의 인센티브로 작용할 수도 있는 단점이 있다.⁹¹⁾

한편 *Cubby* 판결이 채용했던 事實的 認識이라는 고도의 責任要件은 네트워크산업의 활성화를 자극하고 유도할 수 있다는 장점이 있어 그들로부터는 환영을 받지만, 그다지 폭넓은 지지를 얻고 있지는 못하다.⁹²⁾ 따라서 事實的 認識보다는 責任要件의 수준을 낮추되 침해행위에 대해 방조하는 것을 막을 수 있는 수준에서 注意義務를 부과해야 할 것이다. 이에 대해 擬制的 認識의 표준은 훌륭한 代案이 될 수 있으리라고 생각한다. 즉 침해행위에 대해 알았거나 또는 적어도 알 수 있었던 때에는 인식이 있었다고 보는 것이다. 이러한 인식 표준을 *Playboy* 판결이 채용했다라면 直接責任으로 결론나지는 않았을 것이다. 왜냐하면 그 사안에서 침해 복제물(the infringing works)은 *Playboy*사의 著作權 있는 저작물이 명확히 확인될 수 있었고,⁹³⁾ 게시판에서 이용할 수 있는 *Playboy*사의 사진저작물이 170장에 달했기 때문이다.⁹⁴⁾ 이러한 사실들은 게시판 운영자가 著作權 侵害行爲가 일어나고 있다는 것에 대해 擬制的 認識을 갖고 있다고 하는 주장을 이끌어내기 쉽다.⁹⁵⁾

(2) 관계 당사자의 대응

① 通知...위에서 언급한 바와 같이 네트워크 운영자에게 寄與責任法理 아래에서 擬制的 認識의 요건을 설정하게 될 때 관계당사자는 어떻게 행동하는 것이 바람직한가? 참고로 *Netcom* 판결이 있은 후, 1996년 8월에 *Netcom*사는 인터넷상에서의 知的財產權에 관한 분쟁의 일반적인 처리기준을 마련하였다.⁹⁶⁾

그 내용을 요약하면 다음과 같다.

- ㉠ 신청인(권리가 침해되었다고 주장하는 자)은 *Netcom*사와 문제로 된 내용을 업로드한 이용자에게 침해발생을 통지하고 *Netcom*사가 그 송신내용을 특정할 수 있을 만큼 충분히 명세를 첨부해야 한다. 그리고 *Netcom*사가 조사를 진행하는 동안, 신청인은 침해물을 제거하도록 이용자에게 요구해야 한다.
- ㉡ 신청인은 *Netcom*사에 a.저작권 또는 상표의 등록번호, b.당해 저작물의 사본, c.원저작물(the original works)에 대한 권리가 신청인에게 있다는 것, 저작물의 중요부분이 복제되었다는 것, 그 저작물의 이용이 허용될 수 없다는 것을 충실히 입증할 수 있는 서면을 제출해야 한다.
- ㉢ 신청인으로부터 위의 통지를 받은 이용자는 *Netcom*사에 신청인에 대한 답변을 제출해야 한다.
- ㉣ 위의 항목 ㉠에서 요구하는 정보를 받은 *Netcom*사는 조사를 개시한다. *Netcom*사가 신청인을 조사하는 동안 *Netcom*사는 관계자의 권리를 보호하기 위해 일시적으로 문제로된 저작물을 삭

91) William J. Cook, Statement of William J. Cook before the House Judiciary Committee Courts and Intellectual Property Subcommittee continued Hearing on the NII Copyright Protection Act - 8. Feb. 1996, *The Computer Law and Security Report*, 1996.12, p.152

92) Eric Hagen, *supra* note 132, p.278. 이 글에서는 특히 적절한 책임표준을 찾기 위해 責任免除 또는 사실적 인식을 요구하는 온라인 서비스 프로바이더, 嚴格責任을 주장하는 NII작업반, 寄與責任下에서 의제적 인식의 채택을 주장하는 중간적 입장의 세 부류에 입각한 분석을 하고 있어 주목을 끈다.

93) *Playboy*, 839 F.Supp., p.1559.

94) *Id.*, p.1554.

95) M. David Dobbins, *supra* note 56, p.240.

96) 이 글 全文은 <http://www.netcom.com/about/protectcopy.html>에서 구할 수 있다.

제하거나 그에 대한 접근을 거절한다.

㉞ Netcom사가 신청인의 청구가 정당하다고 판단한 경우에는 위의 접근거부조치 등을 계속할 것이며, 부당하다고 판단한 경우에는 그러한 조치를 해제한다.

이와 같이 寄與責任法理에 따르더라도 네트워크 운영자에게 침해발생에 대한 常時的인 調查義務는 없기 때문에 저작물의 권리자로서는 자신의 著作權에 대한 침해가 일어나고 있다는 사실을 발견하고 이를 즉시 네트워크 운영자에게 通知할 필요가 있다. 그러나 이러한 通知를 네트워크 운영자가 수령했다고 하더라도 그 사실로부터 곧바로 침해행위의 존재에 대한 인식이 있는 것으로 연결되지는 않는다. 公正利用의 抗辯이 성립할 가능성이 있는 경우, 저작권표시가 없는 경우, 권리자가 침해가 있다는 것을 입증하는 자료를 제출하지 않은 경우 등에 있어서 특히 그러하다.

② 除去...네트워크 운영자가 위의 通知를 수령한 후 침해발생에 대한 진상을 파악하여 만약 침해 사실이 인정되면 이를 제거해야 한다. 그렇지 않고 이를 방치한다면 나중에 법정에서 侵害行爲에 대한 인식이 있었다고 불만한 이유가 충분했던 것으로 간주되어 責任을 추궁당할 위험이 높다. 그런데 이러한 제거행위를 네트워크 운영자의 義務로서 法制化할 것을 주장하는 견해가 있다.⁹⁷⁾ 그 견해의 골자는 다음과 같다. 즉, 먼저 除去義務의 성격은 任意的(voluntary)이어서는 안되고 強行的(mandatory)이어야 한다고 한다. 제거여부를 인터넷 서비스 프로바이더에게 일임하다 보면 군소 인터넷 서비스 프로바이더는 거대 인터넷 서비스 프로바이더와 경쟁하기 위해 자신의 시스템에 상업적으로 양질의 정보를 올리려는 의도하에 저작권 침해물의 轉載를 용인할 우려가 있기 때문이라고 한다. 그리고 除去義務는 다만 권리자로부터 침해물의 존재에 대해 通知가 있는 후의 시점으로 하도록 하였다. 그렇게 함으로써 인터넷 서비스 프로바이더의 사전 모니터링의 부담을 줄이고 저작물의 권리자에게도 일정 부분 의무를 분배할 수 있을 뿐 아니라, 「전자통신에서의 프라이버시法」(the Electronic Communication Privacy Act of 1986)에서 자유로울 수 있는 장점이 있다고 하였다.

여하튼 그러한 입법 여부는 각 나라의 특수한 여러 환경이 종합적으로 검토된 이후에 가능한 문제이기 때문에 이에 대해 동조도 부정도 할 수 없는 문제이지만 참고자료로서는 충분한 가치가 있다고 본다.

3) 그 밖의 責任制限의 가능성

네트워크를 통한 저작물의 이용은 그 효율면에서 참으로 우수하지만 이용자에 의해 부당하게 이용될 소지 또한 높다는 게 단점으로 지적되어 왔다. 그리하여 네트워크를 통해 저작물이 부정하게 이용되지 못하도록 저작물 보호를 위한 기술적 보호장치(정보접근통제장치)에 대한 개발 노력이 계속되어 왔다. 이러한 기술적 보호장치야말로 법적 보호 이전의 1차적인 보호장치로서 구실할 수 있기 때문에, 네트워크 운영자가 著作權 侵害行爲에 대해 責任을 부담하는 것을 간접적으로 저지하는 기능을 할 수 있다. 궁극적으로 문제해결은 法的이라기보다는 技術的일 수 밖에 없기 때문이다.⁹⁸⁾

97) William J. Cook, *supra* note 183, p.154 이하. 다만 이 글은 인터넷 서비스 프로바이더에 관한 서술이다.

98) Paul Mallam, Copyright and Information Superhighway:Some Future Challenges, *Entertainment Law Review*, 1996. 6, p.236.

현재까지 개발된 기술적 보호장치에는 서버(server)단계에서 접근을 통제하는 방법, 파일단계에서 접근을 통제하는 방법, 암호화 기술, 디지털 서명, 디지털 지문 등이 있다. 서버단계에서의 접근통제 방법은 대체로 허가받지 않은 이용자의 서버접속이나 서버의 특정한 정보에의 접근을 거부하는 신원 확인과 認證 절차를 통해 이루어진다. 파일단계에서의 접근통제방법은 콘텐츠 제공자가 저작물을 수록한 전자 파일에 통제조치를 취함으로써 이용자의 접근을 통제하는 방법이다. 암호화 기술은 파일을 조작 가능한 포맷 상태에서 조작 불가능한 포맷상태로 변형시키는 방법을 쓰는데, 이 때 적절한 「열쇠」(key)를 가져야만 암호를 해독할 수 있다. 이 기술은 네트워크에서 전송되는 저작물을 보호하는데 쓰일 뿐만 아니라 전화, 위성 및 유선 통신 등 폭넓게 적용되고 있다. 디지털 서명은 디지털 형식으로 표현된 저작물에 封印을 하는 방법으로서, 이것을 통해 認證되거나 서명된 저작물의 확인과 그 저작물을 구성하는 정보를 디지털화한 파일의 내용, 그 양자에 대해 認證할 수 있게 된다. 그로부터 파일의 내용이 처음 배포되었던 것에서 변경되지 않았다는 것을 입증하는 것은 물론 특정파일을 누가 만들었는지 확인할 수 있게 된다. 디지털 지문은 숨은 메시지를 디지털 시청각 자료에 埋入시켜, 원자료의 압축/해제, 암호화, 변경 또는 삭제가 있더라도 埋入된 메시지를 탐지해낼 수 있도록 하는 방법이다.⁹⁹⁾ 이러한 보호장치를 무력화시키는 행위 내지 기술은 법적으로 규제되거나 금지된다.¹⁰⁰⁾

네트워크를 통한 저작물 이용자를 위해 저작자 또는 저작권자의 성명, 저작물의 이용기간 및 이용조건 등의 저작권관리정보(Copyright Management Information)¹⁰¹⁾를 제공하는 방법도 저작물 이용의 편의 못지 않게 저작물의 부정확한 이용을 견제할 수 있는 측면지원의 효과가 있다고 생각한다.

3. 小 945 結

컴퓨터 - 네트워크 서비스는 디지털화와 네트워크화라는 기술적 요소가 이룩해내는 상승 효과(synergistic effects)에 기초하고 있는 바, 네트워크 세계를 바라보는 법률적 관점도 그러한 기술적 요소에 의해 영향을 받아 적절히 변경될 수 있어야 한다. 특히 기술 발전에 민감하게 반응해 온 著作權法에서는 더욱 그러하다. 특히 네트워크 운영자의 책임범위 내지 수준을 확정하기 위해서는, 먼저 기술 발전에 부응하여 著作權法의 기본 개념에 대한 수정 또는 변용이 불가피하다.

그러나 그 변화의 폭과 깊이는 적절히 제어되지 않으면 안된다. 제어의 도구는 네트워크 세계의 본질에 대한 통찰과 그 사회적 숙慮에 대한 분석 결과이다. 네트워크 서비스를 통해 구축된 온라인 공동체 내에서 그 구성원들—이들을 가리켜 「네티즌」(netizen)이라고 한다—은 각자 능동적으로 정보의 생산 전달의 주체로 떠오르면서 사회적 커뮤니케이션을 수행해 나간다. 유통되는 정보는 상업화

99) IITF 보고서, 156~162면 참조.

100) 예컨대 IITF는 이 문제를 해결하기 위해 著作權法 개정안 제1201조에 다음과 같은 규정을 마련하였다.

「누구라도 제106조에 따른 排他的 權利의 侵害를 방지하거나 금지하기 위한 어떠한 절차, 처리, 기계장치 또는 시스템을 저작권자의 허락이나 법에 의한 권한 없이 무효화, 우회, 제거, 해제 또는 기타 회피하는 것을 1차적인 목적이나 효과로 하는 장치나 제품 또는 그러한 장치나 제품의 부품을 수입, 제조 또는 판매하거나, 어떠한 서비스를 제공해서는 안된다.」

101) 상세한 설명은, 저작권심의조정위원회, 著作權法上 著作物利用의 한계—新技術과 관련하여, 73면 이하 참조.

에 물들지 않은 것으로 순수하며, 모두를 위해 공유된다. 그렇게 됨으로써 정보의 가치가 배가된다. 여기에서 네트워크 운영자에게 네트워크를 통해 전달되는 내용(contents)에 대해 責任을 부담하도록 하려고 한다면 이와 같은 온라인 공동체의 자율성은 무너지고, 폐쇄되고 통제된 정보환경을 초래하게 된다. 그렇다고 해서 법의 영역 밖으로 네트워크 세계를 방치하는 것도 바람직하지 않기 때문에, 적절히 책임수준을 조절해야 할 필요가 있다.

이러한 기본적인 시각을 반영하여, 네트워크 운영자에게 嚴格責任을 적용하는 것을 포기하고, 제3자 책임원리의 하나인 寄與責任을 적용한 것이 R.T.C. v. Netcom 판결이었다. 그러나 이 판결에서 다룬 寄與責任法理 또한 침해행위를 惡意的으로 외면하는 네트워크 운영자에게 적용해서는 안된다는 단점이 있다. 이것을 극복하기 위한 보완책으로서 제시된 것이 擬制的 認識의 테스트이다. 즉 침해행위에 대해 알았거나 또는 적어도 알 수 있었던 때에는 인식이 있었던 것으로 보는 것이다. 다만 이 인식의 요건도 合理性의 판단에 의해 적절히 견제할 필요는 있겠다.

擬制的 認識의 요건은 Cubby 판결이 채용한 사실적 인식 즉 침해행위에 대해 알았을 때에만 責任을 진다는 요건보다는 수준을 낮춘 것으로서, 그것이 寄與責任의 法理 아래에서 채용될 때에는 嚴格責任—현행법에 너무 충실한 해석—을 적용한 경우와 事實的 認識의 요건(또는 책임면제)을 적용한 경우 사이에서 절충적 입장을 견지한 것으로 평가될 수 있다.

V. 맺 음 말

本稿는 컴퓨터-네트워크가 구축하는 가상공간에서 저작물 등의 정보가 갖는 재산적 가치를 法的으로 어떻게 보호할 것인가에 대한 물음에서 출발한다. 이를 위해서는 먼저 디지털 저작물의 온라인 전송행위에 대해 어떻게 법적 성격을 부여할 것인가가 해결되어야 할 것이다. 그러나 아날로그 기반에 있는 著作權法을 이용해서는 그러한 디지털-네트워크의 속성을 이해할 수 없을 뿐더러 실재하는 현상조차도 왜곡하고 굴절시킬 수 있다. 따라서 새로운 기술적 환경 속에서 기존의 규범 틀이 수정되어야 한다는 요구는 필연적이라고 해도 과언이 아니다.

한편 著作權 侵害行爲에 대한 컴퓨터-네트워크 운영자의 責任構成을 위한 기초작업으로서 미국의 판례를 검토하였는 바, 현재로서는 直接責任을 적용한 경우와 寄與責任을 적용한 경우로 나누어지기 때문에 그것을 통해 어떤 뚜렷한 결론을 도출해내는 것은 가능하지 않다. 하지만 각각의 판례에서의 공통된 과제는 게시판 운영자가 침해행위에 대해 어느 정도의 인식을 가져야 하는가에 있었던 것으로 보인다. 기본적으로 直接責任과 寄與責任은 요구되는 認識 내지 故意의 수준에서 차이가 난다. 즉 直接責任은 不法行爲法上的 嚴格責任의 원리에 따라, 故意가 責任의 요건으로 되지 않는다. 그러나 寄與責任에서는 피고가 侵害行爲에 대해 알았거나 알 이유가 있었고, 실질적으로 침해행위에 가담한 경우가 문제로 된다.

게시판 운영자의 입장에서 보면 Cubby 판결이 채용했던 사실적 인식 즉 침해행위가 있음을 알고서도 조치를 취하지 않은 경우에만 責任을 물어야 하겠지만, 故意的으로 또는 惡意的으로 사실의 인

식을 회피할 수 있다는 단점을 내포하고 있었다. 이에 대해 Playboy 판결이 說示했던 바와 같이 故意가 責任의 성립에 어떠한 영향도 미치지 않게 하는 嚴格責任을 적용하면 게시판 운영자에게 과중한 부담이 되어 온라인 서비스 산업이 위축될 수 있고, 정보의 자유로운 흐름에도 장애가 초래될 수 있다는 지적이 있었다. 따라서 이러한 폐단을 적절히 감안하여 寄與責任을 재구성할 필요가 있겠다. 私見으로서는 「合理性」의 판단에 의해 擬制的 認識의 테스트에 의하는 방법, 즉 合理的인 注意를 다하였다더라면 침해발생을 알 수 있었을 때에는 주관적 구성요건을 충족하는 것으로 보아야 하지 않을까 생각된다.

우리의 경우에 있어서는 컴퓨터-네트워크를 통해 전송되는 대상이 컴퓨터프로그램인가 아니면 그 외의 일반 저작물(컴퓨터프로그램을 제외한 어문 저작물 등)인가에 따라 대응 방법이 달라진다. 현재로서는 저작물의 무단 전송행위에 대해 직접적으로 법적 제재를 가할 수 있는 것은 컴퓨터프로그램보호법 제26조 제3호의 해석에 따른 방법밖에는 없다. 즉 「프로그램 저작권자의 허락없이 그 프로그램을 통신망을 통하여 전송하거나 배포하는 행위」에 해당할 때에는 프로그램저작권의 침해로 간주한다. 그러나 이 法文에서는 「전송」과 「배포」의 구체적인 의미가 확정되어 있지 않아서 저작물권리자의 어떠한 권리에 대한 침해로 될 것인지 뚜렷하지 않고 또한 그 행위의 주체로 될 수 있는 자가 이용자뿐인지 아니면 네트워크 운영자도 포함하는지—직접적인 주체로 되는지, 간접적인 주체로 되는지—가 분명하지 않다. 다만 동 조항의 개정안으로 제출되었던 것에는 「프로그램의 복제물을 그 사정을 알면서 통신망을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 배포하거나 그 배포를 방조하는 행위」로 되어 있었던 것으로 보아, 위 法文의 최종적인 의도는 네트워크 운영자를 직접적인 責任의 주체에서 제외하려는 것이 아닌가 추측된다. 그렇지만 현실적으로는 이용자의 故意 또는 過失에 기한 著作權侵害와 네트워크 운영자의 관리감독상의 注意義務違反이 경합할 때에는, 네트워크 운영자도 不法行爲責任을 지게 될 것이므로 위 법규정과 조화되지 않는 면도 있다.

이 밖에 네트워크에서의 공개 포럼과 같은 개별 서비스에 전담 관리자—이들을 관행적으로 시삽(System Operators의 줄임말인 SYSOPs)이라 한다—가 있을 때에는 그의 업무수행상 발생한 著作權侵害에 대해 네트워크 운영의 책임자인 통신회사측은 민법 제756조에 근거한 使用者責任을 지게 될 수 있을 것이다.

한편 일반 저작물의 경우에는 현행 著作權法에 아무런 적용규정이 없기 때문에 不法行爲法上の 一般理論에 의해 접근하는 수 밖에 없다. 역시 위의 컴퓨터프로그램의 경우에서와 마찬가지로 이해하면 될 것이다. 그러나 責任의 주관적 구성요건으로 되는 침해발생에 대한 인식가능성이나 관리감독상의 注意義務의 정도를 책정하는 문제는 여전히 난제로 남는다. 이에 대해서는 제4장에서 미국의 판례를 가지고 시도했던 主觀的 責任要件의 설정 사례를 참고하면 좋을 것이다. 즉 침해사실에 대해 현실적으로 알았거나 또는 合理的인 注意를 다하였다더라면 알 수 있었을 때에는 요건을 충족하는 것으로 보는 것이다. 하지만 이와 같은 主觀的인 要件을 실제문제에 곧바로 적용하는 것은 무리이며, 구체적인 사안마다 적절히 조절할 필요가 있다. 왜냐하면 네트워크의 서비스 유형이 다양하여, 모든 저작물 이용상황에 타당하게 責任要件을 제시하는 것은 가능하지 않기 때문이다. 다만 이 때 조심해

야 할 것은 注意義務를 과하게 책정하게 되면, 네트워크 운영자가 이용자의 정보 유통에 대해 세세하게 개입하게 되어, 필연적으로 개인정보보호의 문제나 프라이버시권과 충돌할 수도 있다는 것이다. 따라서 이에 대해서도 충분한 배려가 있어야 할 것으로 본다.



