

인터넷 링크행위의 저작권침해와 OSP의 방조행위*

Urheberrechtsverletzung durch Linksetzen und Beihilfeshandlung von OSP

최 상 필(Choi, Sang Pil)**

ABSTRACT

In diesem Fall ist es umstritten, inwieweit Querverweise auf fremde Werke durch Link urheberrechtlich relevant sind. Da die fremde Website, auf die durch den Link verwiesen wird, vom Nutzer, nicht hingegen vom Linksetzer, aktiviert wird, ist das Setzen eines Links noch keine Vervielfältigung. Jedoch ist ein Link als urheberrechtlich relevante Teilnahmehandlung zu der Aktivierung des Links anzusehen. Daher liegt eine unmittelbare Nutzungshandlung des Linksetzers in diesen Fällen vor, bei denen er fremde Werke über seinen Server dem Nutzer zur Verfügung stellt. Auch allein der Umstand, dass einem Nutzer, der die URL als genaue Bezeichnung des Fundortes der Website im Internet kennen könnte, der Zugang zu dem Werk durch den Hyperlink erst ermöglicht und damit das Werk im Wortsinn zugänglich gemacht wird, begründet eine urheberrechtliche Nutzung. Da es die Entscheidung des Berechtigten ist, ob er sein Werk trotz der Möglichkeit, dass nach Abruf auch rechtswidrige Nutzungen vorgenommen werden, weiter zum Abruf bereit hält, wird grundsätzlich ein urheberrechtlicher Störungszustand geschaffen, wenn der Zugang zu dem Werk durch das Setzen von Hyperlinks erleichtert wird.

Key words: Link, Server, Internet, urheberrechtliche Nutzung, Nutzer

* 이 논문은 동아대학교 학술연구비 지원에 의하여 연구되었음.

** 동아대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사

I. 문제의 제기

오늘날 인터넷의 급속한 보급과 콘텐츠의 디지털화는 인간의 사적 생활뿐만 아니라 상업 등 각종 영업활동과 관련하여 많은 변화를 야기하였다. 여러 가지 중요한 변화 가운데서도 가장 주목할 만한 변화는 많은 정보와 자료를 질적인 손상 없이 빠르고 효과적으로 전달하여 대중이 이용할 수 있게 한다는 점일 것이다. 그러나 다른 한편으로 인터넷상에서의 디지털 콘텐츠 이용에 관한 이러한 상황은 불법적인 침해로 이어질 경우 견잡을 수 없이 막대한 손실을 초래한다는 단점도 아울러 내포하고 있다. 특히 저작물에 대한 무형적 이용이 정당한 권원 없이 행해질 경우 이를 침해행위로 규정하고 적절한 구제조치를 마련하기 위해서는 저작권법상의 규정에 대한 명확한 해석과 적용을 필요로 하게 된다. 보호의 대상이 디지털 형태의 저작물이며 이용공간이 인터넷이라는 가상의 장소라는 점은, 예상하지 못한 침해유형을 등장시킬 수 있고 특히 저작물의 이용행태에 관해 열거주의를 취하고 있는 우리 법제에서 이를 규율하는 것은 심각한 한계에 부딪힐 수 있다. 때문에 인터넷상에서의 무형적 이용에 관해서는 저작물의 유형적 이용과 달리 직접적인 침해행위뿐만 아니라 이에 직접적으로 도움을 주는 행위도 방조행위로 포섭할 수 있는 여지를 보다 넓게 해석하여 인정함이 침해의 파급효과를 고려할 때 타당하다고 본다. 이러한 견지에서 본고에서는 인터넷상의 링크 행위에 관하여 대법원 2015. 3. 12. 선고 2012도13748 판결을 원심과 함께 비판적으로 분석하여 이의 불법성 판단에 관한 보다 타당한 기준을 제시하고자 한다.

II. 사건의 개요와 심급별 법원의 판단

1. 사건의 개요

피고인은 자신의 주거지에 단독으로 약 8.3TB(테라바이트) 용량에 이르는 서버와 관련 컴퓨터를 설치하여 ‘츄잉’사이트를 개설한 후 이를 관리하며 운영하는 사람으로 위 사이트를 운영하면서 2010. 5. 25. 대전지방법원에서 저작권법위반죄로 벌금 150만 원을 선고 받고, 2010. 12. 20. 청주지방법원 영동지청에서 같은 죄로 기소유예 처분을 받은 사람이다.

피고인은 해외에 주소를 둔 블로그 등을 통하여 게시되는 각종 일본 만화 디지털자료가 저작권 이용 허락을 받지 않은 디지털콘텐츠라는 사실을 알고 있었음에도 위 사이트를 개설하여 만화, 애니메이션, 이미지 등에 따른 항목을 구분하고 다시 그 항목에 개별 만화명에 따라 분리한 후, 회원으로 가입한 운영진들에게 그들이 해외에 있는 각 블로그 등에 개설한 만화 등 관련 디지털 자료를 업로드하거나 링크를 걸 수 있도록 하고, 다른 일반 회원

들로 하여금 검색 및 폴더 열람 등의 방법으로 링크를 통하여 해외에 있는 위 운영진들이 개설한 각 블로그 등에 쉽게 접근하여 위 만화들을 볼 수 있게 하고, 그 클릭 수에 따라 구글 배너 광고료를 받는 방법으로 수익을 올려 왔으며 현재 위 사이트의 회원 수는 약 21만 명이 넘는다.

피고인은 2011. 3. 3.경부터 2012. 1. 25.경까지 대원씨아이 주식회사에서 일본 출판사인 집영사와 계약 체결하여 한국어로 번역하여 출판하는 일본만화인 ‘원피스’, ‘나루토’에 대하여, 피고인이 운영하는 위 사이트의 게시판에 만화명에 따라 구분을 한 후 위 만화들이 출간되기 전에 운영진 등 일부 회원이 자신의 블로그 등에 번역하여 게시한 만화를 쉽게 다른 사람들이 볼 수 있도록 링크하도록 하여 위 ‘원피스’, ‘나루토’를 1주일에 1회 주기로 게재하도록 방치하였다.

피고인은 이와 같이 운영진 등 일부 회원들이 링크를 걸어 올린 각종 저작권자산권 보호대상 디지털콘텐츠를 위 추잉사이트의 다수 회원 및 불특정 다수인이 열람 또는 다운로드를 할 수 있도록 하여 별지 범죄일람표 기재와 같이 총 44회에 걸쳐 이를 복제·배포 등을 하는 행위를 그대로 방치하여 상습적으로 저작권자의 저작권자산권의 침해를 용이하게 하여 이를 방조하였다는 혐의로 기소되었다.

이에 피고인과 변호인은 피고인에게 방조범으로서의 책임을 묻기 위하여는 정범의 실행행위에 대한 범죄의 증거가 있어야 하나 이에 대한 아무런 증거가 없으므로 피고인에게 방조범으로서의 책임을 물을 수 없고, 피고인에게 저작권법위반방조죄의 죄책을 지우는 경우 그 처벌범위가 무한히 확장되므로 이는 죄형법정주의에 위배되며, 피고인의 행위는 단순한 인터넷 링크 행위로 이는 처벌대상이 아니라고 항변하였다. 즉, 피고인 또는 추잉 사이트의 운영진이 추잉 사이트에 저작권을 침해하는 저작물을 직접 업로드한 사실은 없고, 단순히 피고인이 위 운영진의 사이트로 이동이 편리하게 링크를 걸 수 있도록 한 것만으로는 저작권법위반방조에 해당되지 아니한다고 주장하였다.

2. 법원의 판단

1) 1심 법원

형법상 방조행위는 정범의 실행을 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위이고, 방조행위의 방법에는 제한이 없으며, 유형적·물질적인 방조뿐만 아니라 정범에게 범행의 결의를 강화하도록 하는 것과 같은 무형적·정신적 방조행위까지도 포함한다(대법원 1995. 9. 29. 선고 95도456 판결 참조). 부작위에 의한 방조도 가능하다. 중범은 정범의 실행행위 중에 이를 방조하는 경우뿐 아니라, 실행 착수 전에 장래의 실행행위를 예상하고 이를 용이하게 하는 행위를 하여 방조한 경우에도 성립한다(대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결 참조).

또한, 저작권법이 보호하는 복제권의 침해를 방조하는 행위란 정범의 복제권 침해를 용이하게 해주는 직접·간접의 모든 행위로서, 정범의 복제권 침해행위 중에 이를 방조하는 경우는 물론, 복제권 침해행위에 착수하기 전에 장래의 복제권 침해행위를 예상하고 이를 용이하게 해주는 경우도 포함하며(대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결 참조), 정범에 의하여 실행되는 복제권 침해행위에 대한 미필적 고의가 있는 것으로 충분하고(대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도6056 판결 참조), 정범의 복제권 침해행위가 실행되는 일시, 장소, 객체 등을 구체적으로 인식할 필요가 없으며, 나아가 정범이 누구인지 확정적으로 인식할 필요도 없다(대법원 1977. 9. 28. 선고 76도4133 판결, 2007. 12. 14. 선고 2005도872 판결 등 참조).

이 사건에서 보건대, 판시 증거들에 의하면, 별지 범죄일람표 기재와 같이 정범들이 저작권침해 행위를 한 사실을 인정할 수 있고, 피고인이 판시 범죄사실 기재와 같이 추잉사이트를 개설하여 운영진 등 일부 회원들이 링크를 걸어 올린 각종 저작권대상 디지털 콘텐츠를 위 추잉사이트의 다수 회원 및 불특정 다수인이 열람 또는 다운로드를 할 수 있도록 그대로 방치한 행위는 위에서 본 저작권법위반을 방조하는 행위에 포함되는바, 피고인에게 저작권법위반방조의 죄책을 인정한다고 하여 죄형법정주의에 위배된다고 볼 수도 없다.

인터넷 포털사이트를 운영하는 온라인서비스제공자가 제공한 인터넷 게시공간에 타인의 저작권을 침해하는 게시물이 게시되었고 그 검색 기능을 통하여 인터넷 이용자들이 위 게시물을 쉽게 찾을 수 있다 하더라도, 위와 같은 사정만으로 곧바로 위 서비스제공자에게 저작권 침해 게시물에 대한 불법행위책임을 지울 수는 없다. 다만 저작권 침해 게시물이 게시된 목적, 내용, 게시기간과 방법, 그로 인한 피해의 정도, 게시자와 피해자의 관계, 삭제 요구의 유무 등 게시물에 관련한 쌍방의 대응태도, 관련 인터넷 기술의 발전 수준, 기술적 수단의 도입에 따른 경제적 비용 등에 비추어, 위 서비스제공자가 제공하는 인터넷 게시공간에 게시된 저작권 침해 게시물의 불법성이 명백하고, 위 서비스제공자가 위와 같은 게시물로 인하여 저작권을 침해당한 피해자로부터 구체적·개별적인 게시물의 삭제 및 차단 요구를 받은 경우는 물론, 피해자로부터 직접적인 요구를 받지 않은 경우라 하더라도 그 게시물이 게시된 사정을 구체적으로 인식하고 있었거나 그 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러나며, 또한 기술적, 경제적으로 그 게시물에 대한 관리·통제가 가능한 경우에는, 위 서비스제공자에게 그 게시물을 삭제하고 향후 같은 인터넷 게시공간에 유사한 내용의 게시물이 게시되지 않도록 차단하는 등의 적절한 조치를 취하여야 할 의무가 있으므로(대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 전원합의체 판결 등 참조), 이를 위반하여 게시자의 저작권 침해를 용이하게 하는 경우에는 위 게시물을 직접 게시한 자의 행위에 대하여 부작위에 의한 방조자로서 공동불법행위책임을 성립한다(대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다5643 판결 참조).

따라서 피고인의 행위는 단순한 인터넷 링크 행위에 그치지 아니하고, 적극적으로 일본만

화를 게시할 수 있는 공간인 추잉사이트를 개설하여 일부 회원들이 저작권 침해 게시물에 대한 링크를 게시할 수 있도록 방조하는 데 이른 사실을 인정할 수 있으므로, 피고인은 저작권법위반방조의 죄책을 면할 수 없고, 피고인과 변호인의 위 주장은 모두 이유 없다.

2) 2심 법원

원심은, 피고인이 이 사건 추잉사이트의 운영진 등 일부 회원들(이하 ‘운영진 등’이라 한다)이 이 사건 디지털콘텐츠를 외국에서 운영되는 블로그 등(이하 ‘외국 블로그’라 한다)에 게시한 후 이 사건 추잉사이트의 다수 회원 및 불특정 다수인이 열람 또는 다운로드를 할 수 있도록 이 사건 링크 글을 게재하는 것을 허용함으로써 이를 복제·배포 등을 하는 행위를 그대로 방치하여 저작권자의 저작재산권의 침해를 용이하게 하는 방법으로 이를 방조하였다고 판시하였다.

한편 피고인은 이에 대하여 피고인이 단독으로 이 사건 추잉사이트를 운영하였고 피고인 이외의 운영진은 존재하지 않는다고 주장하고 있고, 원심판결은 피고인이 방조한 정범의 행위가 블로그에 이 사건 디지털콘텐츠를 게시하는 행위인지 아니면 이 사건 링크 행위인지에 대해 명백하게 판시하고 있지 아니하므로 이에 대한 검토가 필요하다.

즉, ① 피고인이 운영진 등과 밀접한 관계를 갖고 운영진 등이 외국 블로그에 이 사건 디지털콘텐츠를 게시하고 이 사건 링크 행위를 하는 것을 방치하였는지 여부, ② 피고인이 이 사건 링크 글을 방치한 것이 외국 블로그에 이 사건 디지털콘텐츠를 올린 행위에 대한 방조에 해당하는지 아니면 이 사건 링크 행위가 별도의 저작권법위반죄에 해당하여 이에 대한 방조에 해당하는지 여부가 이 사건의 쟁점이다.

피고인은 단독으로 이 사건 추잉사이트를 운영하였고 피고인 이외의 운영진은 존재하지 않는다고 주장하는바, 원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, ① 고소인이 제출한 ‘추잉마스터 조직도(증거기록 제25쪽)’는 2010년경에 작성된 것으로서 현재에도 그러한 운영진이 활동하고 있는지는 명확하지 않은 점, ② 원심판시 범죄사실의 별지 범죄일람표에 기재된 업로드닉네임(ID)과 ‘추잉마스터 조직도’에 표시된 운영진의 아이디가 동일하지 않은 점 등을 종합하면, 피고인 이외에 이 사건 추잉사이트를 운영하는 운영진이 존재하는 것으로 보기 어렵고, 설령 운영진이 존재한다고 하더라도 운영진이 외국 블로그에 이 사건 디지털콘텐츠를 올리고 이 사건 링크 행위를 한 것으로 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다(피고인이 운영진 외 회원들과 밀접한 관계를 갖고 위 회원들이 외국 블로그에 이 사건 디지털콘텐츠를 올리는 등 행위를 하였다고 볼 증거도 없다).

따라서 피고인이 운영진 등과 밀접한 관계를 갖고 운영진 등이 위와 같은 행위를 하는 것을 방치한 것으로 볼 수도 없으므로, 이 사건 추잉사이트와 무관한 인터넷 이용자 또는

이 사건 추잉사이트의 회원(이하 '인터넷 이용자 등'이라 한다)이 외국 블로그에 이 사건 디지털콘텐츠를 게시하고 이 사건 추잉사이트의 회원이 이 사건 링크 글을 게재한 행위 자체의 책임을 피고인에게 곧바로 귀속시킬 수는 없다.

다만 피고인이 이 사건 링크 글을 삭제하지 않고 방치한 행위에 대해서는 여전히 방조죄의 성립이 문제되는데, 이 사건의 경우 방조의 대상을 인터넷 이용자 등이 외국 블로그에 이 사건 디지털콘텐츠를 게시한 행위로 볼 것인지 아니면 이 사건 추잉사이트의 회원이 이 사건 추잉사이트에 이 사건 링크 글을 게재한 행위로 볼 것인지 명확하지 않으므로 이 두 가지 경우를 각 검토한다.

저작권법 제2조의 유형물에는 특별한 제한이 없으므로 컴퓨터의 하드디스크가 이에 포함됨은 물론이지만, 하드디스크에 전자적으로 저장하는 MPEG-1 Audio Layer-3 (MP3) 파일을 일컬어 유형물이라고는 할 수 없으므로, 음악 CD로부터 변환한 MP3 파일을 Peer-To-Peer(P2P) 방식으로 전송받아 자신의 컴퓨터 하드디스크에 전자적으로 저장하는 행위는 구 저작권법(2000. 1. 12. 법률 제6134호로 개정되기 전의 것) 제2조 제14호의 복제 행위인 '유형물로 다시 제작하는 것'에는 해당하지 않고, 구 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전부 개정되기 전의 것) 제2조 제14호의 복제행위인 '유형물에 고정하는 것'에 해당한다(대법원 2007. 12. 14. 선고 2005도872 판결 등 참조).

이러한 법리에 따르면 인터넷 이용자 등이 외국 블로그 등에 이 사건 디지털콘텐츠를 게시한 행위는 유형물인 블로그 등을 운영하기 위한 서버의 보조기억장치(유·무선 전기통신 회선에 접속하고 있어 이용자의 요청에 따라 즉시 저장된 자료를 송신할 수 있는 저장영역을 가진 장치)에 디지털콘텐츠를 고정, 저장한 것이므로, 저작권자의 복제권 침해에 해당한다.

한편 형법상 방조행위는 정범의 실행행위를 용이하게 하는 것을 의미하는바(대법원 1995. 9. 29. 선고 95도456 판결 등 참조), 인터넷 이용자 등이 외국 블로그에 이 사건 디지털콘텐츠를 게시하는 순간 범죄는 기수에 이르지만 그 이후 위 게시를 철회하기까지는 실행행위가 종료된다고 볼 수 없다. 그러므로 위 게시가 철회되기까지는 유·무형의 방법으로 방조행위가 이루어질 수 있지만, 그 방조행위는 복제권 침해의 실행행위 자체를 용이하게 하는 방법으로만 가능하다고 할 것이다.

그런데 이 사건 링크 행위나 이 사건 링크 글을 방치하는 행위는 인터넷 이용자 등에 대하여 복제권 침해의 실행행위를 용이하게 한 것이 아니라, 인터넷 이용자와 무관한 지위에서 단순히 인터넷 이용자 등에 의하여 복제권이 침해된 상태를 이용한 것에 불과하다고 할 것이어서 그 행위를 방조행위로 볼 수 없고, 그 행위가 복제권 침해행위로 인한 피해를 확산시키는 결과를 가져오더라도 달리 볼 것은 아니다.

따라서 피고인이 이 사건 링크 글을 삭제하지 않고 방치하였다고 하여 인터넷 이용자 등이 외국 블로그에 이 사건 디지털콘텐츠를 게시하여 복제권을 침해하는 행위를 방조하였다

고 할 수 없다.

구 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제2조 제14호는 그 법률에서 ‘복제’라 함은 인쇄·사진·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것을 말하며, 같은 조 제9의2호는 ‘전송’이란 일반공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 수신하거나 이용할 수 있도록 저작물을 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것을 말한다고 규정하고 있다. 그런데 인터넷에서 이용자들이 접속하고자 하는 웹페이지로의 이동을 쉽게 해주는 기술을 의미하는 인터넷 링크 가운데 이른바 심층링크(deep link) 또는 직접링크(direct link)는 웹사이트의 서버에 저장된 저작물의 인터넷 주소(URL)와 하이퍼텍스트 태그(tag) 정보를 복사하여 이용자가 이를 자신의 블로그 게시물 등에 붙여두고 여기를 클릭함으로써 위 웹사이트 서버에 저장된 저작물을 직접 보거나 들을 수 있게 하는 것으로서, 인터넷에서 링크하고자 하는 저작물의 웹 위치 정보 내지 경로를 나타낸 것에 불과하다. 따라서 이는 구 저작권법 제2조 제14호에 규정된 “유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것”에 해당하지 아니하고, 또한 저작물의 전송의뢰를 하는 지시 또는 의뢰의 준비행위로 볼 수 있을지언정 같은 조 제9의2호에 규정된 “송신하거나 이용에 제공하는 것”에 해당하지도 아니한다. 그러므로 위 심층링크 내지 직접링크를 하는 행위는 구 저작권법이 규정하는 복제 및 전송에 해당하지 않는다(대법원 2009. 11. 26. 선고 2008다77405 판결 참조). 그리고 구 저작권법 제2조 제15호에서 말하는 배포란 저작물의 원작품 또는 그 복제물을 유형물의 형태로 일반 공중에게 양도 또는 대여하는 것을 말한다(대법원 2007. 12. 14. 선고 2005도872 판결 참조).

이러한 법리에 따르면 이 사건 링크 행위는 심층링크 또는 직접링크에 해당하는 것으로서 인터넷에서 링크하고자 하는 저작물의 웹 위치 정보 내지 경로를 나타낸 것에 불과하므로 저작권법 제2조 제22호에 규정된 “유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것”에 해당하지 아니하고, 저작물의 원작품 또는 그 복제물을 유형물의 형태로 일반 공중에게 양도 또는 대여하는 것에도 해당하지 아니하므로, 이 사건 링크 행위는 저작권법이 규정하는 복제 또는 배포에 해당하지 않는다. 따라서 이 사건 링크 행위가 저작권법위반 정범의 행위에 해당하지 않으므로, 피고인이 이 사건 링크 글을 방치한 행위를 저작권법위반방조라 할 수 없다.

한편 이 사건 링크 행위가 앞서 본 디지털콘텐츠를 게시하여 복제권을 침해하는 행위의 방조행위에 해당한다고 볼 경우, 피고인이 이 사건 링크 글을 삭제하지 않고 방치한 행위는 방조행위인 이 사건 링크 행위를 방조한 것으로 보아 방조의 방조, 즉 간접방조로서 원래 정범의 행위인 복제권 침해 행위의 방조에 해당할 여지가 있으나, 제3의 라 1)항에서 본 것과 같이 이 사건 링크 행위를 복제권 침해 행위의 방조라 할 수 없으므로 피고인이 이 사건 링크 글을 방치한 행위도 그에 대한 방조라 할 수 없다.

따라서 피고인이 이 사건 링크 글을 삭제하지 않고 방치한 행위를 저작권법위반방조라 할 수 없고, 달리 피고인이 저작권법위반방조행위를 하였음을 인정할 증거가 없으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 있다. 결론적으로 피고인의 항소는 이유 있으므로, 이 사건 공소사실은 범죄사실의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 피고인에게 무죄를 선고한다.

3) 대법원

이른바 인터넷 링크(Internet link)는 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지나, 웹사이트 등의 서버에 저장된 개개의 저작물 등의 웹 위치 정보나 경로를 나타낸 것에 불과하여, 비록 인터넷 이용자가 링크 부분을 클릭함으로써 링크된 웹페이지나 개개의 저작물에 직접 연결된다 하더라도 위와 같은 링크를 하는 행위는 저작권법이 규정하는 복제 및 전송에 해당하지 아니한다(대법원 2009. 11. 26. 선고 2008다77405 판결, 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다80637 판결 등 참조).

한편 형법상 방조행위는 정범의 실행을 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것인데(대법원 2006. 4. 28. 선고 2003도4128 판결 등 참조), 링크를 하는 행위 자체는 위와 같이 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지 등의 위치 정보나 경로를 나타낸 것에 불과하여, 인터넷 이용자가 링크 부분을 클릭함으로써 저작권자로부터 이용 허락을 받지 아니한 저작물을 게시하거나 인터넷 이용자에게 그러한 저작물을 송신하는 등의 방법으로 저작권자의 복제권이나 공중송신권을 침해하는 웹페이지 등에 직접 연결된다고 하더라도 그 침해행위의 실행 자체를 용이하게 한다고 할 수는 없으므로, 이러한 링크 행위만으로는 위와 같은 저작권 침해행위의 방조행위에 해당한다고 볼 수 없다.

원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, 피고인은 원심 판시 이 사건 추잉사이트를 관리·운영하는 사람인데, 이 사건 추잉사이트의 일부 회원들이 그 사이트의 게시판에, 저작권자로부터 이용 허락을 받지 아니한 일본 만화 등 디지털콘텐츠(이하 ‘이 사건 디지털콘텐츠’라고 한다)를 게시하여 인터넷 이용자가 이를 열람 또는 다운로드(download) 할 수 있도록 하는 원심 판시 외국 블로그(blog)에 연결되는 링크 글을 게재하였음에도 피고인이 이를 삭제하지 않고 방치하였음을 알 수 있다.

이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 추잉사이트의 일부 회원들이 위와 같이 링크를 하는 행위는 저작권법이 규정하는 복제 및 전송에 해당하지 아니하여 이로써 저작권자의 복제권이나 공중송신권을 침해하였다고 할 수 없다. 또한 비록 외국 블로그에서 이 사건 디지털콘텐츠에 관한 복제권이나 공중송신권 등의 저작권권을 침해하고 있고 인터넷 이용자가 위 링크 부분을 클릭함으로써 그러한 외국 블로그에 직접 연결된다고 하더라도, 그러한 링크 행위만으로는 위와 같은 저작권 침해의 방조행위에 해당한다고

볼 수도 없다.

따라서 피고인이 이 사건 추잉사이트를 관리·운영하면서 저작권법위반죄 또는 그 방조죄로 처벌할 수 없는 위와 같은 링크 행위의 공간을 제공하였다거나 그러한 링크를 삭제하지 않고 방치하였다고 하더라도 저작권법위반의 방조죄가 성립한다고 할 수 없다. 그리고 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하더라도, 피고인이 그 외에, 외국 블로그를 운영하거나 외국 블로그에 이 사건 디지털콘텐츠를 게시하는 등의 행위를 한 사람들과 어떠한 관련을 맺는 등의 방법으로 외국 블로그의 저작권침해행위를 방조하였다고 볼 수는 없다.

같은 취지에서 피고인의 저작권법위반 방조의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심판단은 정당하고, 거기에 논리와 경험의 법칙에 반하여 사실을 인정하거나 저작권법위반 방조에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다. 그러므로 상고를 기각하기로 판결한다.

Ⅲ. 스트리밍서비스에 있어서 링크행위의 복제권 및 전송권 침해 여부

1. OSP가 링크행위를 한 경우

이용자들이 스트리밍 서비스를 위해 디지털 압축파일형태(asf 파일형태)로 변환되어 서버에 저장되어 있는 음악들을 링크하여 사용하기 위해 구입하면, OSP측이 음악들의 인터넷 주소(URL)에 태그(tag)가 붙여진 링크주소를 해당 이용자들에게 제공하고, 이용자들이 그 링크주소를 복사하여 이용자 개인의 블로그 등에 복사하여 이용자 개인의 블로그 등에서 그 복사된 링크주소를 클릭하기만 하면 OSP측이 운영하는 홈페이지에 접속하지 않더라도 OSP의 홈페이지 서버에 저장된 그 음악을 스트리밍 방식에 의하여 수신하여 들을 수 있는 링크서비스를 제공한 경우, OSP측에 어떠한 저작권침해 책임을 물을 수 있는지가 문제된다. 이처럼 타인의 디지털 형태의 음악저작물을 링크서비스를 통하여 인터넷이용자들로 하여금 이용하게 하는 것이 저작권적으로 어떤 문제를 야기할 수 있는지에 관하여, 일부견해는 링크를 통하여 이용되는 타인의 웹사이트는 링크서비스 제공자가 아니라 이용자에게 의해 활성화되는 것이므로, 링크서비스 제공자는 아직 저작권적으로 문제되는 어떠한 이용행위도 한 것이 아니라고 주장한다.¹⁾ 물론 링크의 설정이 복제행위에 해당하지 않는 것은 분명하다. 링크서비스 제공자가 자신의 서버의 보조기억장치에 음악들을 디지털 압축파일 형태로 변환하여 저장하는 행위를 함으로써 음악들의 복제가 이루어지는 것이지, 서버에 저장된 음악들의 링크주소를 제공하여 그 주소를 복사하도록 하는 행위로 인해 별도로 음악저

1) Hoeren/Sieber/Lütje, Handbuch Multimedia-Recht(18. Aufl.), C.H.Beck, 2007, 7.3 Rdnr. 168.

작물에 대한 복제가 일어나지는 않기 때문이다.²⁾ 그러나 링크설정 행위는 링크의 활성화에 기여하는 행위로 저작권적으로 전혀 문제를 삼을 수 없는 행위는 아니다. 즉, 링크 서비스 제공자가 자신의 서버를 통하여 이용자들이 타인의 음악저작물을 즐기는 것을 가능하게 한 경우에는 저작권법상의 저작물 이용행위에 직접적으로 해당하게 된다.³⁾ 현행 저작권법 제18조는 저작재산권의 하나로 “공중송신권”을 규정하고 있으며, 제2조 10호는 “전송”을 「공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물 등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함한다」라고 정의하고 있다. 이에 따라 이용자의 개별적인 요구에 응해 현실적으로 저작물을 송신하는 경우뿐만 아니라, 저작물을 송신하기 위한 준비단계의 행위도 이용에 제공하는 행위로 저작권법상의 전송에 포함된다고 할 수 있다. 그러므로 서버에 저장된 음악들의 링크주소를 이용자들에게 제공하여 이용자들이 복사된 링크주소를 클릭하면 바로 스트리밍 방식으로 음악을 들을 수 있게 하는 것은 비록 실질적인 송신의 전단계이기는 하지만, 언제든지 개별적인 이용자들의 요구에 따라 송신이 이루어질 수 있는 준비단계로서 서버에 저장된 음악들을 일반 공중이 이용할 수 있도록 이용에 제공하는 것이므로 저작권법상의 전송에 해당한다고 할 것이다. 결론적으로 인터넷 음악서비스제공자 측이 무단으로 링크 서비스를 제공한 행위는 저작권법 제18조의 공중송신권, 구체적으로는 전송권의 침해행위로 볼 수 있다.

2. 이용자의 무단링크와 OSP의 책임

이용자들이 인터넷 음악서비스제공자의 허락 없이 그의 서버에 저장하고 있는 음악들의 인터넷 주소(URL)를 알아내어 이에 무단으로 태그를 붙여 개인의 블로그 등에 링크하여 두고, 링크를 한 이용자나 무단 링크한 블로그들을 방문하는 이용자들이 원래의 웹사이트를 방문하지 않고도 그 링크된 주소를 클릭하여 인터넷 음악서비스제공자가 관리하고 있는 음악을 바로 들을 수 있도록 한 경우에 있어 저작권 침해여부를 살펴본다. 우선 이 경우에 인터넷 음악서비스제공자에게는 어떠한 직접적인 저작권 침해책임도 물을 수 없음은 분명하다. 이용자들이 인터넷 음악서비스제공자가 보관 중인 음악들의 인터넷 주소(URL)를 알아내어 무단으로 링크하여 두는 행위를 두고 인터넷 음악서비스제공자가 음악을 이용자들의 이용에 제공하였다고 볼 수 없으므로 저작권법상의 전송행위를 하였다고 볼 수 없고, 인터넷 음악서비스제공자가 자신의 서버의 보조기억장치에 음악들을 컴퓨터디지털 압축파일 형태로 변환하여 저장하는 행위를 하여 이로 인해 음악들의 복제가 이루어지는 것이지, 이용자들이 무단으로 링크를 하는 것은 음악들의 인터넷 주소를 알아내어 이를 표시하는 행위

2) 독일 판례도 링크설정행위가 복제행위에 해당하지 않는다고 판시한다(BGH vom 17. 7. 2003 - I ZR 259/00 - Paperboy).

3) Schricker, UrhG-Kommentar(C.H.Beck, 2006), §16 Rdnr. 22.

에 지나지 않고 이로 인해 음악들 자체에 대한 복제가 이루어지는 것은 아니기 때문이다. 따라서 이 경우에 인터넷 음악서비스제공자에게 간접적인 침해책임이라도 묻기 위해서는 그 전제로서 무단 링크한 이용자들의 직접적인 저작권 침해행위가 인정되어야 한다. 무단 링크를 통한 개별 이용자들의 음악저작물 이용행위가 저작권자의 권리주장이 제한되는 저작권법상 허용되는 행위에 해당한다면 이를 묵인 내지 방조하는 인터넷 음악서비스제공자의 행위 역시 저작권침해를 구성하지 않고, 따라서 그에게 불법행위책임을 부담지우는 것은 불가능하기 때문이다.⁴⁾ 본 사안에서 법원은 이용자들이 무단으로 링크하여 두는 행위는 특정한 홈페이지나 파일의 인터넷 주소 또는 경로를 나타내어 표시하는 행위에 불과하므로, 무단 링크한 이용자들이 링크를 하여 이용자들 스스로 저작권법상의 복제나 전송을 한다고 볼 수 없다고 판시하였다. 그러나 이용자들의 무단 링크가 비록 저작권법상의 복제에는 해당하지 않더라도, 전송권 침해에 해당하는가 여부에 대해서는 일률적으로 판단할 수 없다고 본다. 이미 인터넷 상에 제한 없이 공개되어 누구나 이용할 수 있는 저작물의 경우에는 설령 이용자들의 블로그 등에 그 주소가 링크 되어 있더라도 특별히 저작권자의 이익이 침해되지 않으므로 전송권 침해도 성립하지 않게 된다. 이에 반해 본 사안에서처럼 음악저작물의 인터넷 상에서의 제공과 이용을 위해서는 이용계약 체결 등 특별한 방식을 요구하는 경우에 있어서는, 무단 링크를 통해 불특정 다수인이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 이용에 제공하는 것은 저작권자의 의사에 반하며 또한 그의 경제적 이익을 해하는 것이 된다. 따라서 이 경우에는 저작권법 제18조 “공중송신권”의 제정목적과 저작권법 제2조 10호의 “전송”의 개념정의에 비추어 저작권침해를 인정하는 것이 타당할 것이다. 무단 링크를 통하여 음악저작물에 대한 이용자들의 저작권침해가 인정될 경우, 온라인상에서 스트리밍 서비스를 제공하는 인터넷 음악서비스제공자와 같은 OSP에게 어떠한 책임을 물을 수 있는가에 관해 우리나라와 미국은 동일한 법리구성을 전개하고 있지 않다. 우리나라에서는 공동불법행위책임을 일종으로서 불법행위 방조책임을 OSP가 부담하는 것으로 이론구성하고 있지만,⁵⁾ OSP에 관한 책임이론의 발상지인 미국에서는 저작권의 간접침해라는 법리를 개발하여 기여침해와 대위침해에 따른 책임을 묻는 것이 판례법상 확립되어 있다.⁶⁾ 따라서 본 사안에서는 인터넷 음악서비스제공자가 무단으로 이용되지 않도록 보안을 하여야 할 의무를 소홀히 하여 이용자들에 의한 저작권자의 전송권 침해를 방조하였다고 볼 수 있다.

4) Bäumer/Rendell/Pühler, "Napster, Gnutella, Kazaa and Beyond", CRI 2004, p. 135.

5) 대법원 2007.12.14. 선고 2005도872 판결.

6) Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc., 76 F.3d 259, 264 (9th Cir. 1996); Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Communication Servs., Inc., 907 F. Supp. 1361, 1373-74 (N.D. Cal. 1995); A&M Records, Inc. v. Napster, Inc. 239 F. 3d 1004(9th Cir. 2001).

IV. 사안의 경우

1. 링크

웹 페이지(web page)는 월드 와이드 웹 상에 있는 개개의 문서를 가리킨다. 책에서의 페이지와는 달리, 두 개 이상의 웹 페이지들을 서로 하이퍼링크로 연결시킬 수 있다는 점이 특징이다. 대부분의 웹 페이지는 웹 서버에 저장되며 HTML(또는 XHTML), CSS, 자바스크립트, 그림, 플래시와 같은 동영상상으로 구성되어 있다. 이러한 웹 페이지들은 HTTP를 통해 전송하거나 받아온다. 일반적으로 대부분의 인터넷 사용자들은 컴퓨터의 웹 브라우저를 통해 웹 페이지들을 읽는다. 또한 의미가 같은 웹 페이지들의 모임을 웹사이트라고 한다.⁷⁾ 링크는 따라서 웹사이트들과 웹페이지들을 상호 연결시켜주는 기능을 한다. 링크는 단순링크와 직접링크로 나뉜다.

단순링크의 경우에 링크가 있는 홈페이지의 이용자를 링크된 정보가 있는 홈페이지의 초기 페이지로 이동시키는 가장 단순한 형태의 링크가 발생한다.⁸⁾ 즉, 사용자는 하이퍼텍스트 문서 내의 밑줄 처진(underlined) 요소 또는 문서 내의 나머지 부분과 다른 색으로 표시된 요소(링크된 요소)를 클릭함으로써 하이퍼링크를 기동 또는 활성화(activate)하고 이를 통해 연결된 다른 웹사이트의 메인 홈페이지를 방문할 수 있다. 이 경우 이용자가 처음부터 링크된 페이지에 접속하는 경우와 전혀 다를 바가 없기 때문에 특별한 사정이 없는 한 별다른 법률적 문제가 생기지 않는다.⁹⁾

직접링크(deep link)는 웹사이트 상의 홈페이지가 아닌 다른 웹페이지로 가는 하이퍼텍스트 링크를 말한다. “deep”이라는 말은 한 사이트에 있는 웹페이지의 계층 구조 내에 있는 페이지의 깊이를 가리킨다. 계층구조 내의 최상위 페이지, 즉 홈페이지 아래에 있는 페이지라면 어떠한 것이라도 “deep”이라고 간주할 수 있다. 즉, 직접링크를 통해 해당 콘텐츠가 있는 웹페이지로 바로 이동할 수 있어 이용자는 중간 과정을 거칠 필요가 없게 된다. 문제는 이렇게 생략된 중간과정이 배너광고를 보도록 설정되어 있거나 로그인 등 인증절차를 포함하고 있는 것이라면 이를 건너뛰도록 링크를 걸어 놓은 행위가 적법한지 논란이 될 수 있는 것이다. 저작권법적으로는 링크된 사이트에 게시된 콘텐츠가 저작물인 경우 그 저작물에 대하여 권리를 보유하고 있는 저작권자 등의 허락 없이 직접링크를 걸어 놓는 것이 저작권의 침해행위 혹은 방조행위에 해당할 것인가가 문제된다. 링크를 통해 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물 등을 이용에 제공하는 행위가 실현될 경우 저작권법상의 전송의 개념에 해당하게 되고, 이용자가 이를 통해 복제 등 권원 없

7) 위키백과 참조.

8) 이형정, 링크와 프레임의 저작권, 법학연구 제11집 제3호(2008, 12), 인하대 법학연구소, 167면.

9) 최정열, “인터넷상의 디지털 정보에 관한 권리 보호”, 『CYBER LAW의 諸問題[上]』, 2003, 305면.

는 행위를 할 경우 저작권 침해를 용이하게 했다는 책임문제가 제기될 수 있기 때문이다.

2. 링크의 법적 문제

링크의 클릭을 통해 스트리밍 서비스가 바로 개시되는 경우와 달리 본 사안에서의 링크는 이의 활성화를 통해 불특정 다수인이 불법적으로 게시된 저작물의 열람 또는 다운로드가 가능한 웹페이지에의 연결을 가능하게 한다.

2심 법원과 대법원은 이러한 링크 행위 자체는 저작권법이 규정하는 복제 및 전송에 해당하지 아니하므로 직접적으로 저작권을 침해하지 않으며, 링크표시는 해당 웹페이지의 위치 정보나 경로를 나타낸 것에 불과하여 이용자가 실제로 해당 페이지 등에서 불법적인 이용행위를 하여 저작재산권의 침해행위를 하더라도 그 침해행위의 실행 자체를 용이하게 한다고 할 수 없어 이용자의 침해행위의 방조행위에 해당하지 않는다고 보고 있다. 이 논리를 수긍한다면 당연히 피고인이 링크 행위의 공간을 제공하거나 링크를 삭제하지 않고 방치하더라도 방조죄를 물을 수 없을 것이다.

그러나 본 사안에서의 링크행위가 저작권의 직접 침해에는 해당하지 않는다고 해석하더라도 이용자의 불법행위를 방조한 것이 아니라는 결론에는 동의할 수 없다. 아울러 피고인이 자신이 개설한 사이트에 이러한 링크를 걸 수 있도록 하고 방문자들로 하여금 이를 이용하게끔 방치하게 한 행위도 링크행위와 같은 법적 가치를 가지므로 저작권침해의 방조행위에 해당한다고 본다. 이를 위해 과거 OSP에게 불법행위 방조책임을 인정한 사례를 검토하여 본 사안과 비교 분석하고자 한다.

1) 우리나라의 경우

(1) 소리바다 사건

인터넷 사이트를 통해 이용자들이 불법적으로 파일을 교환함으로써 타인의 저작권을 침해할 경우 OSP에게 책임을 묻기 위하여 적용할 수 있는 우리 법조문은 민법 제760조의 “공동불법행위자의 책임”에 관한 규정이라고 할 수 있다. 즉, 우리 법체계에서 공동불법행위는 세 가지유형으로 나눌 수 있는데, OSP의 인터넷서비스 제공행위 혹은 P2P 프로그램 배포행위는 먼저 민법 제760조 제1항에 의한 「협의를 공동불법행위」에의 해당하는지 여부를 살펴본다. 협의의 공동불법행위는 ‘수인이 공동의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 경우’에 문제되는 것으로, 이의 성립을 위해서는 각 가해자에게 독립적으로 불법행위의 일반적 요건, 즉 가해행위, 고의 또는 과실, 책임능력, 인과관계가 존재하여야 하며, 가해자들의 이러한 가해행위 사이에 관련공동성 역시 존재해야 한다. 이 중에서 일반적으로 학자들은

행위자들 사이의 관련공동성 여부에 논의를 집중하여 협의의 공동불법행위가 성립하는가를 판단한다. 따라서 관련공동성에 관한 우리나라의 통설·판례¹⁰⁾인 객관적 공동설¹¹⁾에 입각하더라도 OSP에 의한 P2P 프로그램 배포행위와 일반 이용자에 의한 파일공유행위 사이에는 침해행위에 대한 공동성이 존재하지 않기 때문에 협의의 공동불법행위가 성립하지 않는 것으로 결론내리는 것이 일반적이다.¹²⁾ 협의의 공동불법행위가 성립하기 위해서는 공동행위자 각자가 불법행위의 일반적 요건을 충족시켜야 하는 바, OSP에게 가해행위의 독자성이 있다고는 인정할 수 없으므로 객관적으로도 관련공동성이 존재할 여지가 없어 협의의 공동불법행위는 성립하지 않는다고 보는 통설은 타당하다. 다음으로 민법 제760조 제2항에 따른 가해자불명의 공동불법행위는 ‘협의의 공동불법행위와는 달리 수인의 행위공동에 의해서가 아니라 수인 중 일부의 행위에 의하여 손해가 발생하였으나 그 손해발생의 원인자를 알 수 없는 경우에 그 수인 모두를 공동불법행위자로 인정’하는 것이다.¹³⁾ 이에 대해서는 가해자 불명의 공동불법행위는 행위의 공동성을 요건으로 하지 않는데도 저작권자 입장에서 인과관계의 입증상 곤란을 줄일 수 있으므로 P2P방식 제공자에게 적용될 가능성이 있다고 하는 입장도 있다.¹⁴⁾ 그러나 P2P 프로그램을 배포한 것만으로는 저작권침해가 성립되지 않기 때문에 이용자들의 파일교환을 통한 직접적인 저작권침해행위와 동일한 법적 가치를 가지지는 않을 것이다. 따라서 OSP의 행위를 가해자불명의 공동불법행위에 포함시키는 것은 적절하지 않다고 본다. 민법 제760조 2항은 P2P 프로그램을 사용하여 파일교환행위를 하는 인터넷상의 개별 이용자들에게 적용하는 것이 보다 적절한 취급이 될 것이다. 마지막 유형인 민법 제760조 제3항의 「교사·방조에 의한 공동불법행위」의 경우, 교사라 함은 ‘타인으로 하여금 불법행위의 의사결정을 하게 하는 것’이고, 방조라 함은 ‘타인의 불법행위에 보조적 역할을 하는 것’이다. 일반적으로 망을 보는 것, 조언, 격려, 흥기의 제공, 조력 등이 방조에 해당한다고 볼 수 있다.¹⁵⁾ 따라서 P2P 프로그램을 배포하는 등 인터넷서비스를 통해 개별적인 이용자들의 저작권침해를 용이하게 하는 OSP의 보조행위는 불법행위의 방조에 해당할 수 있으며, 따라서 민법 제760조 제3항이야말로 OSP의 책임을 물을 수 있는 가장 적합한 규정이 될 것이다. 민법상 방조행위와 관련해 “불법행위를 용이하게 하는 직접·간접의 모든 행위를 가리키는 것으로 형법과 달리 과실에 의한 방조도 가능하다”고 함으로

10) 김기선, 한국채권법각론, 법문사, 1982, 462면; 박윤직, 채권각론, 박영사, 1995, 766면; 김상용, 채권각론, 법문사, 2003, 756면; 대법원 2004. 4. 11. 선고 99다41749 판결.

11) 객관적 공동설은 가해자들 사이의 공모 내지 의사의 공통이나 공동의 인식은 필요 없으며, 그 행위가 객관적으로 관련·공동하고 있으면 충분하다고 하는 견해로, 이 설의 지지자들은 공동불법행위에 관하여 제408조의 분할책임의 원칙을 배제하여 공동책임으로 함으로써 피해자를 두텁게 보호하려고 한 제760조의 입법취지를 그 근거로 들고 있다(박윤직, 전거서, 766면).

12) 이대희, 인터넷과 지적재산권법, 박영사, 403면; 이규홍, “P2P방식에서의 디지털저작물 보호 등 저작권법상의 몇몇 문제점에 대하여”, 사법논집 제36집, 2003, 210면.

13) 김상용, 전거서, 757면.

14) 이규홍, 전거서, 210면.

15) 이은영, 채권각론, 박영사, 2005, 833면.

써 방조의 성립가능성을 폭넓게 열어 놓고 있는 것이 법원의 입장이다.¹⁶⁾

이에 따라 인터넷을 통한 저작권침해에서 우리나라의 판례는 민법 제760조 3항을 적용하여 OSP에게 교사나 방조에 의한 공동불법행위책임을 물을 수 있느니 것으로 하고 있다. 그러나 불법행위 방조책임을 실제로 OSP에게 지우는 데 있어서는 신중한 입장을 취하고 있다. 즉 소리바다 사건의 2심 판결에서 재판부는 “일반적으로 P2P 방식에 의한 파일공유 시스템(이하 ‘P2P 시스템’이라 한다)에서는 이용자들이 의한 디지털 형태의 저작복제물 무단 유통이 발생할 개연성이 있다고 할 것이나, 그렇다 하더라도 모든 형태의 P2P 시스템 운영자들이 확일적으로 이용자들의 저작권접권 등 침해행위에 대하여 방조책임을 부담한다고 단정할 수는 없고, 운영자가 서버를 운영하면서 그 서버를 통하여 이용자들의 파일공유 및 교환 행위에 관여하고 있는 정도, 운영자의 개입이 없이도 이용자들이 자체적으로 파일공유 등 행위를 할 수 있는지 여부, 저작권접권 등 침해행위를 하는 이용자가 있는 경우 운영자가 이를 발견하고 그에 대하여 서비스 이용을 제한할 수 있는지 여부, P2P 시스템이 파일공유 기능 자체 외에 이용자들의 저작권접권 등 침해행위를 용이하게 할 수 있는 다른 기능을 제공하고 있는지 여부, 운영자가 이용자들의 저작권접권 침해행위로부터 이익을 얻을 목적이 있거나 향후 이익을 얻을 가능성의 정도 등 구체적 사정을 살펴본다, 운영자가 이용자들의 파일공유 등으로 인한 저작권접권 등 침해행위를 미필적으로나마 인식하고서도 이를 용이하게 할 수 있도록 도와주거나, 이러한 침해행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음에도 이를 위반하는 경우라고 평가되는 경우에만 방조책임을 인정하여야 할 것이다”라고 하여 OSP가 방조책임을 부담하게 될 경우의 구체적인 요건을 제시하고 있다.¹⁷⁾ 실제로 소리바다 2심 재판부는 “... 저작권접권 침해행위가 발생하리라는 사정을 미필적으로 인식하였거나 충분히 예견할 수 있었다고 볼 것임에도, 채무자들은 소리바다 프로그램 설치 화면상에 경고문을 고지하는 이외에는 이용자들의 저작권접권 침해행위를 방지할 만한 아무런 조치를 취하지 아니한 채 소리바다 프로그램을 개발하고 MP3파일 공유 및 교환을 하는데 필수적인 서버를 운영하여 MP3파일 공유 서비스를 제공함으로써 이용자들의 저작권접권 침해행위를 용이하게 하였으므로, 이용자들의 이 사건 음반제작자들 저작권접권 침해행위에 대한 방조책임을 부담한다고 할 것이다”라고 하여 개별 이용자들의 직접적인 저작권침해행위에 대한 방조자로서 OSP의 공동불법행위책임을 인정한 바 있다.

(2) 분석

소리바다 사건에서 OSP에게 방조책임을 인정하기 위하여 판례가 드는 요건을 토대로 본 사안에서 피고인이 링크행위의 공간을 제공하거나 방치한 행위를 평가해 본다. 먼저 운영자

16) 이 경우의 과실의 내용은 불법행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음을 전제로 하여 이 의무에 위반하는 것을 말한다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2002다35850 판결).

17) 서울고법 제4 민사부 2005. 1. 12 선고 2003 나 21140.

가 서버를 운영하면서 그 서버를 통하여 이용자들의 침해행위에 관여하고 있는 정도에서 피고인은 해외에 주소를 둔 블로그 등을 통하여 게시되는 각종 일본 만화 디지털자료가 저작권 이용 허락을 받지 않은 디지털콘텐츠라는 사실을 알고 있었음에도 위 사이트를 개설하여 만화, 애니메이션, 이미지 등에 따른 항목을 구분하고 다시 그 항목에 개별 만화명에 따라 분리한 후, 회원으로 가입한 운영진들에게 그들이 해외에 있는 각 블로그 등에 개설한 만화 등 관련 디지털 자료를 업로드하거나 링크를 걸 수 있도록 하고, 다른 일반 회원들로 하여금 검색 및 폴더 열람 등의 방법으로 링크를 통하여 해외에 있는 위 운영진들이 개설한 각 블로그 등에 쉽게 접근하여 위 만화들을 볼 수 있게 하고 있는 등 침해행위와 밀접한 관련을 맺고 있다. 다음으로 운영자의 개입이 없이도 이용자들이 자체적으로 침해행위를 할 수 있는지 여부를 살펴보면 피고인의 행위가 없을 경우 이용자들이 자체적으로 해당 저작물을 찾아 불법적으로 이용하기는 매우 어려우며 피고인의 사이트 개설로 침해행위는 매우 용이해짐을 알 수 있다. 또한 운영자가 이용자들의 침해행위로부터 이익을 얻을 목적이 있거나 향후 이익을 얻을 가능성의 정도를 살펴보면 피고인은 링크의 클릭 수에 따라 구글 배너 광고료를 받는 방법으로 수익을 올려 왔으며 현재 위 사이트의 회원 수는 약 21만 명이 넘는다는 점에서 이익을 실제로 얻고 있음이 명백하다. 따라서 이러한 요건을 검토한 결과 본 사안에서 피고인은 영리를 목적으로 이용자들의 저작권 침해를 용이하게 해 주는 밀접한 행위들을 하고 있으므로 방조의 책임을 진다고 볼 수 있다.

2) 미국의 경우

(1) 간접침해 법리

판례가 법을 선도하는 미국에서 형성된 간접침해의 법리는 크게 기여침해와 대위침해 두 유형으로 파악되는데, 이에 따라 미국에서의 OSP 책임론은 결국 OSP에게 기여침해 혹은 대위침해에 따른 책임을 인정할 수 있는지 여부에 따라 결정된다.¹⁸⁾ 미국에서는 인터넷 서비스를 제공하는 자의 저작권침해에 대한 책임을 인정하는 가장 선도적인 판결인 Napster 사건 이전에도 이미 여러 case를 통하여 간접침해자의 기여침해가 성립되는 요건이 제시되어 있었다. 즉 피고가 “타인의 직접침해행위를 인식하고서”, “타인의 침해행위를 유발, 야기하거나 혹은 그러한 침해행위에 중요하게 기여했다면” 기여침해에 대한 책임을 부담하는 요건을 충족시키는 것이 된다.¹⁹⁾ 여기서의 “인식(knowledge)”은 실제로 피고가 침해행위를 알았던(knew) 경우뿐만 아니라 알 수 있었을(should have known) 경우, 즉 추정적 인식의

18) 권영준, “P2P 방식에 대한 저작권법적 고찰”, 정보통신과 디지털 법제, 커뮤니케이션북스, 2004, 297면.

19) Gershwin Publ'g Corp. v. Columbia Artists Mgmt., Inc., 443 F.2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971); Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc., 76 F.3d 259, 264 (9th Cir. 1996).

경우도 포함하는 것으로 넓게 해석된다.²⁰⁾

한편, 대위침해의 경우에는 피고가 “이용자의 침해행위를 감독(혹은 통제)할 수 있는 권한과 능력이 있고”, “그러한 침해행위로 인하여 직접적인 재정적 이익을 얻고 있다”면 책임을 인정하는 것으로 된다.²¹⁾ 즉, OSP가 이용자의 침해행위로 인해 부담하는 대위책임은 사용자가 피용인의 행위로 인하여 부담하게 되는 전통적인 사용자 책임과는 약간 다른 모습을 지니고 있다. 그밖에 대위침해가 기여침해와 다른 점은 이용자의 침해행위에 대한 인식 여부를 문제 삼지 않는다는 점이다.²²⁾ Napster 사건에서는 이상의 요건들이 충족되어 개별 이용자들의 저작권침해행위에 대하여 OSP에게 기여침해와 대위침해 모두가 인정된 바 있다. 현재는 여기에서 한 발 더 나아가 유도이론(inducement theory)에 의해 기여침해와 대위침해가 인정되지 않더라도 “저작권침해를 조장할 목적으로 어떤 장치를 배포한 자는 그 장치의 사용결과 발생한 제3자에 의한 저작권침해행위에 대해 책임이 있는 것”으로 OSP의 책임을 넓게 인정하고 있다.²³⁾

(2) 분석

미국의 간접침해 법리를 토대로 본 사안에서의 피고인의 행위를 평가해 본다. 먼저 기여침해의 요건과 관련하여 피고인은 이용자들의 침해행위를 알았거나 적어도 알 수 있었으므로 이용자들의 직접침해에 대하여 인식하고 있다고 볼 수 있고, 휴잉사이트를 개설하여 링크공간을 제공하고 방치하였으므로 그러한 침해행위에 중요하게 기여했거나 이를 유발하였다고 볼 수 있다. 다음으로 대위침해의 요건과 관련하여 피고인은 그러한 링크를 삭제할 권한과 능력이 있음에도 방치하였음이 인정되며, 링크의 클릭 횟수에 따라 수익을 올려왔으므로 이용자의 침해행위로 직접적인 이익을 얻고 있음이 인정된다. 따라서 미국의 간접침해 법리에 의하더라도 피고인의 행위는 방조에 해당하게 된다.

V. 결 론

본 사안에서 2심 법원과 대법원은 링크 행위 자체는 저작권법이 규정하는 복제 및 전송

20) Cable/Home Communication Corp. Network Prods., Inc., 902 F.2d 829, 845 &846 n.29 (11th Cir. 1990); Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Communication Servs., Inc., 907 F. Supp. 1361, 1373-74 (N.D. Cal. 1995).

21) Polygram Int'l Publ'g, Inc. v. Nevada/TIG, Inc., 855 F. Supp. 1314, 1325-26 (D. Mass. 1994)에서는 대위책임을 위험할당의 한 형태로 묘사한다.

22) Stuckey, Internet and Online Law, Law Journal Press, 2000, 6-39.

23) Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd., No. 04-480 (2005).

에 해당하지 아니하므로 직접적으로 저작권을 침해하지 않으며, 이용자들의 침해행위의 실행 자체를 용이하게 한다고 할 수 없어 방조행위에도 해당하지 않는다고 보고 있다. 또한 같은 맥락에서 피고인이 링크 행위의 공간을 제공하거나 링크를 삭제하지 않고 방치하더라도 방조죄를 물을 수 없다고 판단하고 있다.

그러나 링크행위는 마치 절도범에게 어디에 보석이 있다라고 알려주는 정도를 넘어 이를 훔칠 수 있도록 모든 정황을 인식한 채 범죄자를 그 보석이 있는 장소에 직접 데려다 주는 행위와 같으므로 방조라고 보는 것이 타당하다. 또한 피고인이 자신이 개설한 사이트에 이러한 링크를 걸 수 있도록 하고 방문자들로 하여금 이를 이용하게끔 방치하게 한 행위도 위에서 본 바와 같이 방조행위에 해당한다고 볼 수밖에 없다. 우리나라와 미국의 판례에서 지금까지 인정되어온 방조의 판단법리를 전혀 고려하지 않은 이번 법원의 결정은 인터넷을 통해 행해질 수 있는 저작권침해의 방법과 정도를 과소평가하고 있으며, 오히려 이러한 판결로 인해 앞으로 링크행위를 통한 우회적인 저작권침해가 더욱 기승을 부릴 것이라는 우려를 떨칠 수 없게 한다.

참고문헌

- 곽윤직, 채권각론, 박영사, 1995
- 권영준, “P2P 방식에 대한 저작권법적 고찰”, 정보통신과 디지털 법제, 커뮤니케이션북스, 2004
- 김기선, 한국채권법각론, 법문사, 1982
- 김상용, 채권각론, 법문사, 2003
- 이규홍, “P2P방식에서의 디지털저작물 보호 등 저작권법상의 몇몇 문제점에 대하여”, 사법논집 제36집, 2003
- 이대희, 인터넷과 지적재산권법, 박영사, 2002
- 이형정, 링크와 프레이밍의 저작권, 법학연구 제11집 제3호(2008, 12), 인하대 법학연구소
- 최정열, “인터넷상의 디지털 정보에 관한 권리 보호”, 『CYBER LAW의 諸問題[上]』, 2003
- Bäumer/Rendell/Pühler, “Napster, Gnutella, Kazaa and Beyond”, CRi 2004
- Doutrelepont, “Das droit moral in der Europäischen Union”, GRUR Int., 1997
- Dreier/Schulze, UrhG-Kommentar, C.H. Beck, 2004
- Hoeren/Sieber/Lütje, Handbuch Multimedia-Recht, 18. Aufl., C.H. Beck, 2007
- Kraßer, „Schadensersatz für Verletzungen von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach deutschem Recht,, GRUR Int. 1980
- Preu, Richtlinien für die Bemessung von Schadensersatz bei Verletzung von Patenten,, GRUR 1979
- Schricker, UrhG-Kommentar, C.H.Beck, 2006
- Wenzel, Urheberrecht für die Praxis, 3. Aufl., 1996

투고일자 : 2015. 12. 03

수정일자 : 2015. 12. 29

게재일자 : 2015. 12. 31

<국문초록>

인터넷 링크행위의 저작권침해와 OSP의 방조행위

최 상 필

인터넷상에서의 무형적 이용에 관해서는 저작물의 유형적 이용과 달리 직접적인 침해행위뿐만 아니라 이에 직간접적으로 도움을 주는 행위도 방조행위로 포섭할 수 있는 여지를 보다 넓게 해석하여 인정함이 침해의 파급효과를 고려할 때 타당하다고 본다. 이러한 견지에서 본고에서는 인터넷상의 링크 행위에 관한 판결을 비판적으로 분석하여 이의 불법성 판단에 관한 보다 타당한 기준을 제시하고자 한다. 본 사안에서 법원은 링크 행위 자체는 저작권법이 규정하는 복제 및 전송에 해당하지 아니하므로 직접적으로 저작권을 침해하지 않으며, 이용자들의 침해행위의 실행 자체를 용이하게 한다고 할 수 없어 방조행위에도 해당하지 않는다고 보고 있다. 또한 같은 맥락에서 피고인이 링크 행위의 공간을 제공하거나 링크를 삭제하지 않고 방치하더라도 방조죄를 물을 수 없다고 판단하고 있다. 그러나 적극적으로 링크행위를 하는 것은 타인이 원하는 시간과 장소에서 저작물에 접근할 수 있게 하므로 전송에 해당하고, 자신이 개설한 사이트에 이러한 링크를 걸 수 있도록 하고 방문자들로 하여금 이를 이용하게끔 방치하게 한 행위도 방조행위에 해당한다고 본다.

주제어: 링크, 서버, 인터넷, 저작권적 이용, 이용자