



### 저작자표시-비영리-동일조건변경허락 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.
- 이차적 저작물을 작성할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



동일조건변경허락. 귀하가 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공했을 경우에는, 이 저작물과 동일한 이용허락조건하에서만 배포할 수 있습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사학위논문

원격녹화에 대한  
저작권법적 문제에 관한 연구

2013년 2월

서울대학교 대학원  
법학과 지식재산전공  
강 정 아

# 목차

## 국문초록

<b>제1장 서론</b> .....	<b>1</b>
제1절 연구의 목적 .....	1
제2절 연구의 범위 및 방법 .....	1
<b>제2장 원격녹화의 개념 및 법적 쟁점</b> .....	<b>4</b>
제1절 서설 .....	4
제2절 녹화의 기술적 변천과 법적 쟁점 .....	4
1. 아날로그 녹화 .....	4
2. 디지털 녹화 .....	5
3. 원격녹화 .....	7
제3절 쟁점의 정리 .....	12
<b>제3장 관련 국내의 판결의 고찰</b> .....	<b>14</b>
제1절 서설 .....	14
제2절 해외 판례 .....	14
1. 미국 .....	14
2. 일본 .....	25
3. 독일 .....	34
4. 호주 .....	36
제3절 국내 판례 .....	38
1. 엔탈 사건 .....	38
2. 마이TV 사건 .....	41
제4절 소결 .....	44
<b>제4장 현행 저작권법에서의 저작권의 침해 검토</b> .....	<b>49</b>
제1절 서설 .....	49
제2절 복제권의 침해 여부 .....	49
1. 복제권의 개념 .....	49
2. 복제권에 대한 외국 법제 .....	50
3. 복제권의 제한: 사적복제와 공정이용 .....	51
4. 사적복제에 대한 외국 법제 .....	54

5. 원격녹화에서의 복제권 .....	56
제3절 공중송신권의 침해 여부 .....	57
1. 공중송신권의 개념 .....	57
2. 공중송신권에 대한 외국 법제 .....	59
3. 원격녹화서비스의 공중송신권 침해여부 .....	61
제4절 동일성유지권의 침해 여부 .....	62
1. 동일성유지권의 개념 .....	62
2. 원격녹화서비스의 동일성유지권 침해여부 .....	63
제5절 배포권 및 대여권의 침해 여부 .....	63
1. 배포권 및 대여권의 개념 .....	63
2. 원격녹화서비스의 배포권 및 대여권 침해여부 .....	66
제6절 포괄적 제한규정의 해당 여부 .....	66
1. 포괄적 제한규정의 개념 .....	66
2. 원격녹화서비스의 포괄적 제한규정의 해당여부 .....	67
제7절 소결 .....	68
<b>제5장 원격녹화 서비스의 침해에 대한 법리 .....</b>	<b>69</b>
제1절 서설 .....	69
제2절 간접침해의 법리 .....	71
1. 간접침해의 개념 .....	71
2. 각국의 간접침해의 법리 .....	72
제3절 온라인서비스제공자의 책임 .....	79
제4절 온라인서비스제공자의 면책 .....	81
제5절 기술적 보호조치 .....	86
제6절 원격녹화서비스제공자의 책임 .....	91
1. 원격녹화서비스제공자의 침해행위 여부 .....	91
2. 원격녹화서비스제공자의 온라인서비스제공자 포함 여부 .....	96
3. 원격녹화서비스제공자의 기술적 조치 .....	99
4. 클라우드 컴퓨팅 환경에서의 원격녹화서비스제공자의 책임 .....	103
<b>제6장 결론 .....</b>	<b>106</b>
<b>Abstract</b>	

<그림 목차>

그림1 방송 서버에서 개인 스토리지로 바로 녹화하는 원격녹화 형태의 한 예 .....	9
그림2 하드디스크 대신 원격 서버의 저장소를 이용하는 원격녹화 형태의 한 예 .....	10
그림3 클라우드 시스템을 이용한 n-screen 형태의 원격녹화 형태의 한 예 .....	12

## 국문 초록

녹화라는 분야는, 디지털로 그 저작물의 형태가 저장되면서 저작권에서 가장 큰 이슈가 되고 있는 복제와 전송이 극도로 일어나게 되는 기술 서비스 분야로서 저작권자와 서비스제공자의 분쟁이 끊이지 않고 있는 분야이다. 최근에 대두되고 있는 원격녹화는 TV나 PVR에서 디지털 미디어를 녹화할 때 녹화의 결과물을 TV나 PVR이 아닌 원격 스토리지 서버에 저장하는 프로세스를 말한다. 원격녹화라는 주제가 현재 사업적으로 성숙하여 많은 경우의 판례가 충분히 만들어져 있거나 법리가 명확한 상태가 아니다. 따라서 아직 현업에 종사하고 있는 사업자들에게나 규율 주체 모두 명확한 기준이 제시되지 않고 있다. 또한 원격녹화에 대해서는 저작권 보호범위에 대한 사회적 합의와 그에 따른 변경 및 새로운 침해행위의 유형의 등장에 따라 그 법리가 수정, 보완되어야 한다는 특성을 가지고 있다. 이러한 문제에 대해 (1)원격녹화의 기술적인 행태의 변화 및 그에 따른 앞으로의 저작권법적 진행 방향에 대해 고찰하고, (2)원격 녹화에 대한 저작권법적 문제 및 법리를 살펴보고 그에 따라 야기될 수 있는 문제점이 있는지, 또한 그에 대한 해결 방안은 무엇인지 살펴보고자 하는 목적으로 이 논문을 작성하고자 한다. 이러한 목적을 위해 다음과 같이 살펴보았다.

첫째로 이 논문에서는 이제까지의 녹화의 기술의 변천을 살펴보았다. 기술적 진보와 저작권 보호의 상반되는 이해를 조정하기 위해서는 단순히 법리를 살피는 일 뿐만 아니라 녹화에 대한 기술의 발전이 과거에서부터 현재를 거쳐 미래까지 어떻게 변화하고 있으며, 이에 따른 법적인 쟁점은 무엇이었으며, 이에 따른 녹화라는 행위와 그에 따른 산업의 행태가 어느 방향으로 흘러가는지에 대한 고찰이 필요하므로, 아날로그 녹화에서부터 디지털 녹화를 거쳐 원격녹화에 이르기까지의 기술적 특징의 변천을 살펴보고, 원격녹화의 다양한 기술적 토폴로지를 비교하고 그 특징에 따른 법적인 문제점을 살펴보았다.

둘째로 이 논문에서는 가급적 외국과 국내의 다양한 판례들을 분석하여

판결이 각국의 특성에 따라 어떻게 판단되어지는가에 대해 살펴보았다. 사실관계가 약간씩 다르나, 유사 사안에 대해 각국의 상황에 따라 극명하게 대비되는 특징에 대해 정리하였다.

셋째로 우리나라의 법리와 판례에 따라 원격녹화가 어떻게 규율되어야 하는가에 대해 살펴보았다. 원격녹화서비스제공자는 온라인서비스제공자에 속하나 그 서비스의 특징은 다르다 할 수 있다. 우리나라의 판례는 인터넷 서비스 제공자에 대한 책임에 대하여 특정한 경우를 제외하고는 민법상 방조의 공동불법행위 책임의 법리를 적용하는 데 반해, 원격녹화서비스에 대해서는 일본의 가라오케 법리와 유사한 것인지 협의의 공동불법행위 책임인지 명확하지 않으나 직접 침해의 책임을 규율하고 있다.

원격녹화서비스의 법적 판단에 있어서 단순히 녹화를 돕는 서비스 형태와 불법행위에 직접 가담하고 있는 서비스 형태의 구분이 필요하다. 기술 형태에 따라, 방송사업자가 녹화서비스 제공자인 경우와 같이 방송권원 있는 자의 원격녹화서비스는 권원 없는 자의 서비스와 다르게 규율되어야 할 것으로 생각된다. 하드디스크 대신에 원격 서버의 저장소를 이용하는 형태는 서비스제공자의 방송권원 유무와 관계없이 간접책임을 지는 것이 합당해 보인다. 간접 책임인 경우에는 이용자의 복제행위의 위법성 유무에 따라 서비스 제공자의 책임 유무가 결정되어야 한다. 이용자의 복제행위가 위법한 경우, 인터넷 서비스 제공자의 침해 책임의 규율법리로 적용되었듯이, 원격녹화서비스 제공자가 방조의 공동불법행위로 간접책임을 법리를 적용하는 것이 적절할 것으로 보인다. 이용자의 복제행위가 위법하지 않은 경우, 방조의 공동불법행위 법리로 살펴보면 원격녹화서비스 제공자의 책임은 없다 할 것이다. 서버가 PVR로 보낸 원 송신물을 서버에 할당된 개인 스토리지로 바로 보내는 시스템의 형태는 서비스제공자가 방송권원이 있는 경우 간접책임, 방송권원이 없는 경우는 서비스제공자를 침해의 주체로 보는 직접책임을 지는 것이 옳다고 생각한다. 클라우드 컴퓨팅 시스템을 서버의 형태로 도입한 원격녹화의 형태도 서버가 개인 스토리지로 바로 원 송신물을 보내는 것과 유사한 사항이나, 이에 더하여 클라우드 컴퓨팅

으로 인한 법적 책임 규명이 요구된다. 엔스크린이나 공유에 적용할 수 있는 저작권이나 저작인접권 개념을 만들어 사적으로 계약이 가능하도록 하거나, 아니면 엔스크린과 공유에 대해 공정 사용을 인정하는 근거를 마련하던가 하여, 이러한 명확하지 않은 법적 상태로 인한 혼란을 막으면서 기술적인 진보를 사장시키지 않도록 해야 할 것이다. 그리고, 원격녹화서비스 자체에는 공유나 전송기능이 없다 하더라도 원격녹화서비스가 그러한 기능이 있는 퍼블릭 클라우드 스토리지를 사용하는 경우에 대한 법적 판단은 아직 찾아보기 어려운 상태로써, 학계의 연구와 규율이 필요하다.

원격녹화에 관련하여 각국에서 유사 사안에 대해서 여러 가지 다른 판단이 나오는 이유는 (1) 대륙법계와 영미법계에서의 저작권에 대한 다른 관점 및 규율하고 있는 법의 체계의 차이, (2) 규율 시 발전하는 기술에 대해 고려해야 할 점이 달라지는 점, (3) 기술 부양에 대한 정책의 방향의 차이, (4) 기타 개별사안에서의 사실관계의 차이 등을 들 수 있겠다. 원격녹화에 대한 판단이 더욱 구체적이고 합목적적인 방향으로 발전되어 나가기 위하여서는 (1) 기술적 흐름에 역행하지 않고 (2) 원격녹화를 이용한 서비스 모델의 사회적 득실에 대하여 충분히 고려하며, (3) 합법과 위법의 경계의 명확하게 함과 동시에 (4)권리를 세분화 및 체계화하는 체계를 만드는 것이 필요하다 할 것이다.

**주제어**            원격녹화, 저작권법, 클라우드 컴퓨팅, 사적복제, 서비스  
제공자의 책임, 기술적 보호조치

**학번**            2011-21448

# 제1장 서론

## 제1절 연구의 목적

저작물을 담아두는(fixed) 매체(media)의 변천으로 인해서 문명의 보급과 문화발전이 이루어졌으나 이와 동시에 여러 가지 법적인 문제가 발생하고 있고, 그 다양화로 인해 그 문제를 규율하기도 어려워졌다. 역사적으로 저작권자들은 권리침해 가능성을 이유로 기술진보에 소극적 입장을 취해 왔다. 이러한 연유로 때로는 저작권법이 매체 기술의 발전에 장애가 될 수도 있다는 우려도 있다.<sup>1)</sup> 저작권 보호로 인해 창작 의욕을 고취시키는 것과 공공재 확대를 위해 창작 환경을 풍족하게 하는 목적이 항상 충돌하는데, 이를 조화시키고 균형을 유지하는 것이 저작권법이 풀어야 할 과제일 것이다. 우리 저작권법은 오늘날에 이르기까지 급변하는 기술의 진보에 따른 환경 변화에 대응하기 위한 입법적 노력을 진행하여 왔다.<sup>2)</sup> 하지만 기술의 발전 속도를 법이 쫓아가기가 용이하지 않고, 저작권법은 권리의 보장과 예상치 못한 다양한 기술과 비즈니스 모델의 등장 사이에서 법적 안정성과 구체적 타당성이라는 줄을 타고 적정한 타협점을 찾아야 한다. 특히 음성 및 영상으로 이루어진 저작물에 대한 방송 녹화는 그러한 변천에 매우 민감하게 저작권법 관련 이슈가 발

---

1) 박준석, 이용자의 저작권침해에 따른 인터넷서비스 제공자의 민사책임, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2006년, 299면

2) 일례로, 지적재산권 제한에 관해 우리나라를 포함한 베른 협약에 가입한 대부분의 대륙법계 국가는 구체적인 개별 규정(저작권법 제6절, 문학적 및 미술적 저작물의 보호에 관한 베른협약(베른협약) 제9조 제2항, 위조상품 교역을 포함한 무역 관련 지적재산권 협정(TRIPs 제13조 등)을 두고 있다.; 함석천, 새로운 매체의 발전과 저작권법의 대응, 정보법학 제9권 제2호, 2006년, 6면

생하는 분야이다. 아날로그의 시대에서 디지털의 시대를 넘어 클라우드 컴퓨팅의 시대에 이를 때까지 저작권 있는 저작물에 대한 녹화의 양상은 이러한 다양한 비즈니스 모델과 더불어 변천되어 왔다. 그 양상의 변화들이 과연 저작권법에 포섭이 될 수 있는가에 대해 여러 나라의 법적인 자세가 다르고 그 법리도 다양하다.

이 연구의 첫 번째 목적은 원격녹화의 기술적인 행태의 변화 및 그에 따른 앞으로의 저작권법적 진행 방향에 대해 고찰하는 데 있다. 기술적 진보와 저작권 보호의 상반되는 이해를 조정하기 위해서는 단순히 법리를 살피는 일 뿐만 아니라 녹화에 대한 기술의 발전이 과거에서부터 현재를 거쳐 미래까지 어떻게 변화하고 있으며, 이에 따른 법적인 쟁점은 무엇이었으며, 이에 따른 녹화라는 행위와 그에 따른 산업의 행태가 어느 방향으로 흘러가는지에 대한 고찰도 필요할 것이다.

이 연구의 두 번째 목적은 저작권법적 문제 및 법리를 살펴보고 그에 따라 야기될 수 있는 문제점이 있는지, 또한 그에 대한 해결 방안은 무엇인지 살펴보는 것이다. 먼저 원격녹화와 관련된 국내외 판례들을 살펴보고, 저작권법 상 이슈가 무엇인지, 지금까지의 판례들이 규율하는 법리들이 무엇인지 살펴보도록 한다. 그리고 과연 변화하는 원격녹화 기술에 대해 어떠한 법리가 적용될 수 있으며, 원격녹화에 관하여 적용될 법리와 바람직한 규율의 형태는 무엇인가를 살펴보고자 한다.

## 제2절 연구의 범위 및 방법

녹화는 광범위하게 CCTV 형태의 저작권 이슈가 없는 녹화의 행

태도 포함하고 있는 광범위한 개념이다. 그러나 저작권의 이슈보다는 사생활 침해 등의 쟁점이 있는 CCTV와 같은 서비스 형태는 저작권법에 포섭될만한 사안이 적으므로, 이 논문에서는 저작권법적 이슈를 살피기 위해 저작권이 있는 저작물의 방송에 대한 녹화에 초점을 두고자 한다. 이 논문에서는 원격녹화서비스에서 문제가 될 수 있는 저작권과 원격녹화서비스를 제공하는 서비스제공자에 대한 책임에 관해 살펴보고자 한다.

제2장에서는 녹화에 대한 기술적인 변천에 대해서 살펴보고 그에 따른 법적인 쟁점에 대해 살펴보고자 한다. 아날로그 녹화에서부터 디지털 녹화 형태에 이어 원격녹화의 형태가 나오기까지 여러 녹화의 형태가 등장했고, 그때마다 여러 법적 쟁점이 불거지게 되었다. 원격녹화에서의 쟁점은 이러한 녹화의 역사에서의 기술적 발전 단계마다 드러났던 법적 쟁점을 모두 포함하는 형태가 될 것이므로, 각각의 기술 발전단계에 대해 간단히 고찰하고, 그 단계마다 발생되었던 쟁점 중 원격녹화에서도 논의될만한 법적 쟁점에 대해 간단히 정리하고자 한다.

제3장에서는 녹화에 관련된 국내외 판결을 살펴보도록 한다. 우선 과거의 아날로그 녹화 및 디지털 녹화에 대한 판결을 포함하여 최근의 원격녹화 및 유사 판례에 대해 살펴보도록 한다. 대륙법계와 영미법계의 다른 법적 체계에 따라, 각국의 기술적 정책의 방향에 따라, 혹은 각국의 법적 상황에 따라 다른 결론을 내고 있는 판결들의 논리의 흐름과 법리 등을 살펴보고 우리나라의 판례의 결론과의 공통점과 차이점을 비교해 보도록 한다.

제4장에서는 과연 원격녹화가 저작권을 침해하는지의 여부를 살펴보기 위해, 원격녹화라는 행위가 각각의 저작재산권인 복제권, 공

중송신권, 배포권 및 대여권과 저작인격권인 동일성유지권을 침해하는가에 대해 고찰해 보고자 한다. 이러한 원격녹화가 포괄적 제한규정에 해당하는지에 대해 살펴보아 이러한 저작권의 제한으로 인하여 책임을 면할 수 있는지도 살펴보도록 한다. 각각의 저작권법적 권리에 대한 외국의 법제를 살펴보고 우리나라의 법제와 비교해보도록 한다.

제5장에서는 원격녹화서비스에 대해 침해에 대한 법리를 살펴보고 원격녹화서비스제공자의 책임에 관해 고찰해 보도록 한다. 다른 법제만큼 다양한 원격녹화서비스의 직접 혹은 간접 침해에 대한 여러 나라의 법리를 살펴보고, 온라인 서비스제공자의 책임 및 면책과 기술적 보호조치를 바탕으로 원격녹화서비스제공자에게 이를 적용할 수 있는지 살펴보도록 한다. 또한 클라우드 컴퓨팅과 같은 새로운 기술에서의 서비스 제공자의 책임의 적용이 가능한지 여부에 관해서도 살펴보도록 한다.

마지막으로 제6장에서는 이상에서 살펴 본 여러 가지를 바탕으로 논의들을 요약하고, 앞으로의 원격녹화서비스에 저작권법적 규율에 대한 긍정적인 방향을 제시하고자 한다.

이 논문을 통하여 유비쿼터스 시대에 여러 형태로 등장하는 융합 서비스 중 한 형태인 원격녹화서비스에 관한 저작권법적 논의의 한 방향을 제시하고자 한다.

## 제2장 원격녹화의 개념 및 법적 쟁점

### 제1절 서설

새로운 녹화 기술이 나올 때 마다 저작권자들의 저작권 침해 주장이 있었고, 그에 대한 판례들이 쌓여왔다. 녹화에 관하여서도 이러한 기술적인 발전과 그에 따른 여러 쟁점들이 판례들을 통하여 정리되어 왔다. 녹화라는 분야는, 디지털로 그 저작물의 형태가 저장되면서 저작권에서 가장 큰 이슈가 되고 있는 복제와 전송이 극도로 일어나게 되는 기술 서비스 분야로서 저작권자와 서비스제공자의 분쟁이 끊이지 않고 있는 분야이다. 이 장에서는 아날로그 녹화에서부터 원격녹화에 이르기까지 녹화의 기술적 변천 및 원격녹화의 다양한 기술적 구현방식에 대해 정리해 보고 이에 따른 법적 쟁점에 대해 정리해 보고자 한다.

### 제2절 녹화의 기술적 변천과 법적 쟁점

#### 1. 아날로그 녹화

아날로그 녹화는 디지털 혹은 아날로그 원본을 전송을 위해 일정 진폭, 주파수, 위상 등으로 변조(전기적 신호로 변환)하여 전달된 데이터를 일정 미디어에 저장하는 것을 말한다. 아날로그 녹화의 경우 복사 전의 영상 및 음성의 정보를 일정부분 잃게 되므로, 복사녹화의 횟수가 많아질수록 화질의 열화가 심해지고 여러 번 복사된 테

이프의 상품가치가 그다지 크지 않다. 아날로그 신호의 경우 디지털 신호와 같은 암호화가 원리적으로 불가능하다. 따라서 아날로그 방송에서는 영상 자체를 암호화하는 대신 아날로그 복제 방지를 위해서 추가 정보를 같이 실어 보내는 CGMS-A<sup>3)</sup>와 같은 복제 방지 시스템 등을 사용한다. 또한 아날로그 방송에서는 방송 프로그램에 대한 정보가 없기 때문에 예약을 하거나 녹화 중에 다른 프로그램을 시청하거나 책갈피(bookmark) 등을 붙여 원하는 화면을 바로 찾거나 녹화하는 일련의 작업을 하기 어렵다.

아날로그 녹화기기인 VTR은 1956년 미국의 암팩스 사가 처음 개발하였고, 약 20년 후의 1975년에 일본의 소니사가 가정용인 홈 VTR 베타맥스를 개발했으며 그 다음해에 VHS(video home system)가 계속 발표되었다.<sup>4)</sup> 이러한 기기들이 개발되면서 방송 녹화에 대한 저작권 분쟁 및 그에 대한 판결<sup>5)</sup>이 나오게 되었다.

## 2. 디지털 녹화

JPEG이라는 이차원의 그림에 대한 압축 기술이 나오면서 디지털 화면의 데이터의 크기를 줄일 수 있는 길이 열렸고, 그 후 동영상의 압축 기술인 MPEG이 실용화되면서 여러 디지털 변·복조 기술<sup>6)</sup> 등과 어울려져 디지털 방송이 가능하게 되었다. 이러한 디지털 방송은 정보의 손실을 보정하여 원본의 데이터를 복원할 수 있는 메커니즘을 갖게 되었다. 또한, MPEG은 동영상이나 음성의 압축을 넘어서

---

3) 아날로그 영상 신호의 VBI(Vertical Blanking Interval)에 복제 옵션을 부호화하여 기록하는 표준 규약이다.

4) 네이버 지식백과 home VTR 참조

5) 대표적인 사건으로 Sony 사건을 들 수 있다.

6) 위성에서 쓰이는 QPSK, 케이블에서 쓰이는 QAM 등과 같은 기술들이 있다.

방송이나 스트리밍에 사용할 수 있는 MPEG 시스템을 표준으로 만들어 음성 및 동영상 데이터 외에도 프로그램의 정보(attribute)를 함께 실어서 방송을 보내고 이 정보를 또한 함께 녹화할 수 있게 되었다. 아날로그 녹화와의 차이점은 크게 데이터의 차이와 녹화방식의 차이로 볼 수 있다. 데이터는 아날로그 영상/음성에서 MPEG 압축 영상 및 음성으로 변화되었다. 이 데이터의 특징으로 인해 손실을 최소화할 수 있고 디지털 변복조로 전송받은 데이터를 거의 원형으로 복원할 수 있다. 또한 MPEG 데이터에 있는 타임스탬프를 이용하여 특정 시간의 지점을 거의 정확히 집어 낼 수 있으므로 녹화물 재생 시 원하는 시간의 지점으로 이동하거나, 특정 장면들을 보지 않고 뛰어 넘을 수 있도록 서비스를 구성할 수도 있다. 녹화방식도 아날로그에서는 자기 헤드로 테이프와 접촉하여 데이터를 적는 방식에서 디지털의 데이터인 0과 1의 압축데이터들의 디지털 저장으로 변화되었다. 이는 반복되는 녹화로 인한 열화로 인하여 데이터가 손실되는 일을 없애버렸다. 초기의 디지털 녹화 모델은 PVR에서 분류한 영상과 음성의 PES<sup>8)</sup> 스트림을 저장하는 저급한 형태였다가 현재는 저작물의 여러 정보를 포함하는 TS<sup>9)</sup> 형태의 데이터를 저장하여 영상 및 음성에 대한 부수 정보를 포함하도록 한다. 디지털 데이터는 수신 후 영상과 음성 등 종류에 따른 분류<sup>10)</sup> 후 화면이나 음성을 다시 복원하기 위한 작업<sup>11)</sup> 사이에 일종의 버퍼

---

7) ISO 13818-1~6 표준문서

8) 13818-1 MPEG 표준문서에 PES를 the data structure used to carry elementary stream data라고 정의하고 있다. 여기에는 video 혹은 audio의 기본데이터들이 실려 있다.

9) Transport Stream의 약자로 영상, 음성, 데이터(data carousel 등)를 MPEG 시스템으로 실어 나르는 protocol

10) demultiplexer

11) decoder

(Audio/Video buffer)를 두고, 이 후 인터페이스 방식에 따른 변환을 위해 또 다른 형태의 버퍼(composite buffer 등)를 두는 것이 보통이다.

이러한 디지털화는 후에 방송 통신의 융합을 추진할 수 있는 발판이 되는 긍정적인 발전이었다. 저작물을 이용하는 이용자들에게 보다 양질의 저작물을 향유할 수 있는 기회도 주어졌다. 그러나 이러한 정보 손실 없는 전송의 가능함과 인터넷과 같은 네트워크에서의 전송의 용이성<sup>12)</sup>이 아날로그의 시대와는 다른 저작권 분쟁 및 판결을 발생시켰다.<sup>13)</sup> 디지털 방송의 녹화에 대한 주요 쟁점은 광고와 같은 부분 등을 생략하고 녹화 가능하게 하여 저작물을 제공하는 자의 의도와 어긋나게 된 점과, 저작권자의 허락 없이 이용자 외의 다른 사용자에게로 저작물의 복사본이 전송 가능한 점이 저작권을 침해하는가 하는 부분이었다.

### 3. 원격녹화

원격녹화는 TV나 PVR에서 디지털 미디어를 녹화할 때 녹화의 결과물을 TV나 PVR이 아닌 원격 스토리지 서버에 저장하는 프로세스를 말한다. 이러한 원격녹화는 인터넷 서비스로 우선 발전하였고, 미국의 ATSC 2.0, 유럽의 HBB TV 및 우리나라의 Open Hybrid TV와 같은 방송 표준화 규격과 더불어, 혹은 OP(Operator) 등의 방

---

12) 미국의 NII(National Information Infrastructure)는 디지털 시대의 저작권 환경의 특징을 (1) 저작물 복제의 용이함과 신속함, (2) 복제의 질, (3) 저작물의 조작과 변경 가능성, (4) 그렇게 만들어진 복제물(허락을 받았는가 여부에 관계없이)이 공중에게 전달되는 속도로 요약하고 있다.; 송영식/이상정, 저작권법 개설, 세창출판사, 2006년, 425면 28번 주석 참조

13) 대표적인 사건으로 Replay TV 사건을 들 수 있다.

송사업자들의 독자적인 규격을 따라, 여러 가지 방송 서비스로서의 비즈니스 모델로 발전되고 있다. 원격녹화방식을 사용함으로써 모바일 및 기타 단말에서 집에 있는 셋탑 박스에게 녹화 예약 등의 명령을 내려 인터넷 기타 통신망을 이용하여 어디서나 TV를 녹화할 수 있고, 인터넷 기타 통신망과 연결된 어느 단말에서건 저장해 둔 녹화물을 다시 시청할 수 있도록 할 수 있는 기술적 토대가 마련되었다 볼 수 있다. 원격녹화는 기존 아날로그 녹화방식에서 디지털로 콘텐츠가 변경되면서 발생하는 지적재산권 이슈뿐만 아니라, 서비스를 저장하는 저장소 시스템이 원격 서버가 되면서 그리드 내지 클라우드 컴퓨팅 서비스에서 발생하는 지적재산권적 이슈가 발생한다. 클라우드 컴퓨팅 서비스는 기업의 입장에서 볼 때에는 고정비용으로 들어가던 전산자원을 필요할 때만 그 사용대가를 지불할 수 있고, 운영의 수준을 결정해 적정 수준을 아웃소싱할 수 있는 장점이 있다. 또한, 이용자들에게는 보다 편리하고 다양한 방법으로 원하는 저작물에 접근할 수 있도록 서비스를 제공할 수 있다. 이와 같이 클라우드 컴퓨팅이라는 개념이 도입이 되면서 물리적 자원의 효율성을 극대화할 수 있고, 저작물 이용의 자유도를 증가할 수 있다. 클라우드 컴퓨팅의 개념이 도입되면서 녹화물과 이용자의 일대일 방식에서 클라우드 네트워크 상의 녹화물 하나에 여러 이용자가 사용 가능한 일대다 방식의 서비스가 기술적으로 가능해졌다.<sup>14)</sup> 또한 클라우드 컴퓨팅 개념이 도입되면서 녹화물이 물리적으로 한 곳에 저장할 필요가 없어짐에 따라 실제 녹화물의 관리 주체에 대한 개념도 모호해졌다.<sup>15)</sup> 클라우드 컴퓨팅 서비스가 본격화될 경우 저작권

14) 실제 기술로는 디지털 녹화의 경우 녹화물 대 이용자가 다대일 방식, 클라우드 원격녹화의 경우 다대다 방식이 가능하나 법적 고찰을 위하여 한 하나의 녹화 저작물을 단위기준으로 하여 각각 일대일 및 일대다 방식이라는 표현을 사용하였다.

법에서의 저작물의 고정(fixation)에 대한 개념이 기존의 개념과 상이하하며, 이에 따라 복제의 주체 등 여러 개념들이 기존의 개념으로서는 포섭이 되기 어려울 것으로 보인다.

원격녹화는 단말마다 장착되어 있는 하드디스크의 관리와 그 안의 녹화물에 대한 관리의 어려움을 해소하고, 저장공간의 효율성을 증대시키기 위해 고안되었다. 보통 이러한 서비스들은 PVR 기능의 셋탑 박스를 만드는 단말회사보다는 콘텐츠를 방송 서비스하는 미국 CableVision사와 같은 업체들에 의해 주도되었다. 이후 방송 사업자들과는 무관한 녹화서비스 제공자들도 서비스 제공을 시도하였다.

원격녹화의 구성 형태는 여러 가지로 나타날 수 있다. 그 몇 개의 구성의 예를 살펴보기로 한다.

먼저 하드디스크 대신에 원격 서버의 저장소를 이용하는 형태이다. 이는 PVR 기능의 셋탑 박스가 수신한 데이터를 기기 내부 버스를 통해 하드디스크로 저장하는 대신 인터넷, MPEG, ATM 및 기타 여러 프로토콜을 사용하는 외부 네트워크를 통해 원격에 있는 서버로 저장하는 것이다. 기기 내부 버스 대신 외부 네트워크를 사용하는 관계로 기존 디지털 녹화에 비해 송신에 대한 이슈가 더 생겨날 여지가 있다. 이러한 녹화의 방식은 네트워크로 녹화물의 분량만큼의 데이터가 흘러나가야 해서 데이터 트래픽이 많고, 단말의 네트워크 환경에 따라 녹화의 속도가 잘 맞지 않는 등의 문제가 있다. 그리하여 실용적인 원격녹화의 기술적 모델로 사용하는 데에는 그 자원적 한계가 있다 할 것이다.

---

15) 예를 들어, 어떤 영상 녹화 SaaS 서비스가 다수 개의 IaaS 스토리지를 사용하여 녹화물을 저장하였을 경우 그 녹화물의 보안 등의 문제 발생에 대해 책임소재를 어떻게 한정지어야 할 지 등에 관한 문제가 발생할 수 있다.

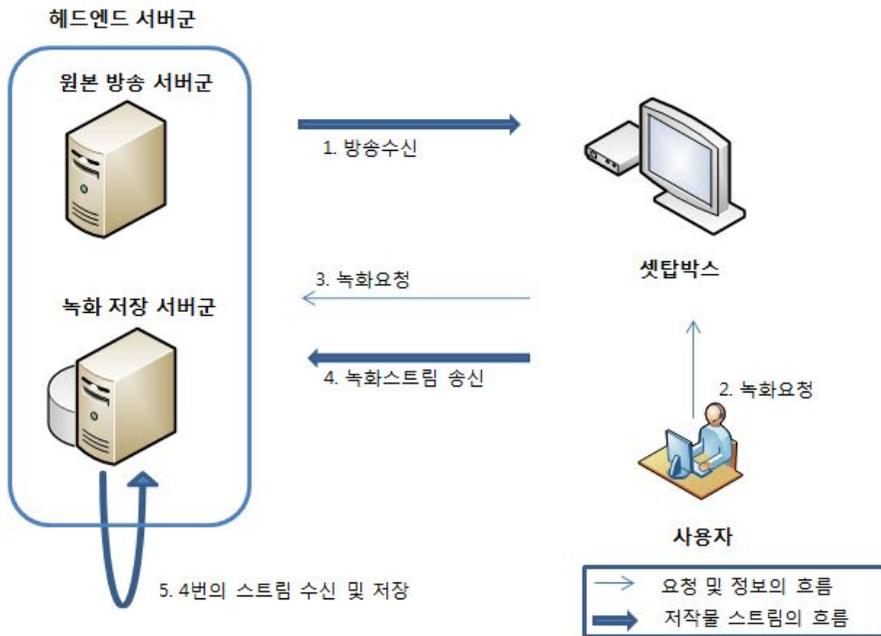


그림 1 하드디스크 대신 원격 서버의 저장소를 이용하는 원격녹화형태의 한 예

상기의 단점을 극복하여 네트워크 상 협력을 통한 효율을 달성하기 위해서 서버 측 헤드엔드에서 이용자로부터 PVR 기능의 셋탑박스의 리모컨으로 녹화 명령을 받아 PVR에서 녹화 데이터를 받는 대신, 서버가 PVR로 보낸 원 송신물을 서버에 할당된 개인 스토리지로 바로 보내는 시스템 구조를 만들게 되었다. 이 경우 첫 번째 형태의 원격녹화보다 더 많은 법적 쟁점이 발생한다. 먼저 녹화를 하는 주체가 누구인가에 대한 논란이 있을 수 있다.

상기 서비스는 이용자가 녹화한 횟수만큼 동일 형태의 복제물을 여러 개 만들어 내야 하는 저장 공간의 낭비가 있다. 그 대신 하나의 원 저작물로 이용자의 녹화 여부만을 저장하여 녹화를 원하였던 이용자에게 하나의 저작물을 여러 이용자에게로 바로 스트리밍하는 형태의 원격녹화 서비스의 형태도 생겨났다. 기술적인 의미로 보았

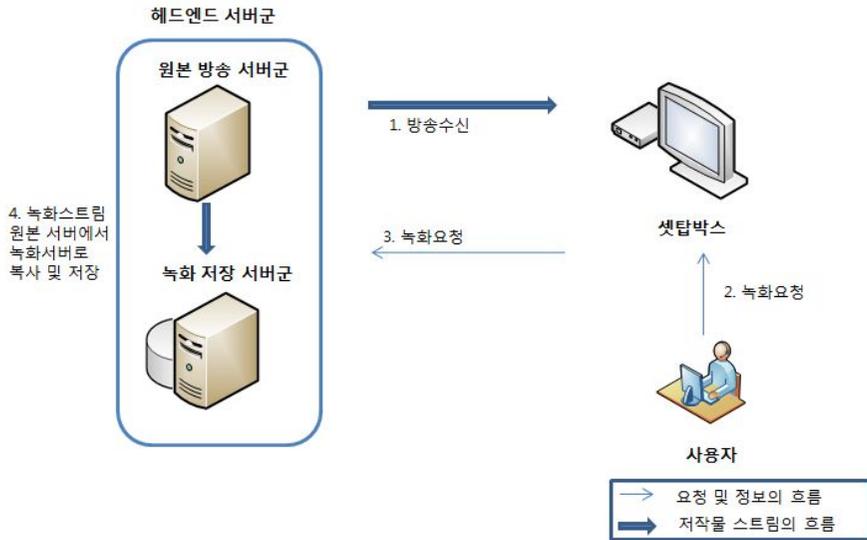


그림 2 방송 서버에서 개인 스토리지로 바로 녹화하는 원격녹화 형태의  
한 예

을 때 이러한 방식은 녹화하는 사람의 수가 많아 네트워크 로드 밸런싱이 필요하지 않는 한 저장 공간의 효율성을 가장 높일 수 있는 방식이다.

클라우드 컴퓨팅 시스템을 서버의 형태로 도입한 원격녹화는 다른 퍼블릭 클라우드 시스템과는 달리 주로 프라이빗 클라우드 시스템의 형태를 취한다.<sup>16)</sup> 이러한 원격녹화서비스가 클라우드 시스템의 형태로 구현될 때는 보통 SaaS의 형태로 제공될 경우가 많고, 단순히 저장 장치를 IaaS의 스토리지를 이용할 수도 있다. SaaS의 형태로 제공될 경우에는 그 서비스의 인프라 단은 퍼블릭 클라우드를

16) 물론 퍼블릭 클라우드의 형태로 구성할 수도 있겠으나 아직 클라우드 시스템에 대한 보안 신뢰도가 방송 저작물과 같은 고가의 저작물에 대한 자유로운 저장 보관이 가능한 수준까지 올라가 있다는 인식을 가지기에는 아직 부족한 면이 있다. 또한, 방송이라는 업계의 특성상 폐쇄적인 경향이 강하여, 소위 OP(Operator)라고 하는 방송 서비스 제공자들에 의하여 제공되는 원격녹화의 경우는 대부분 프라이빗 클라우드 시스템의 형태를 선호하는 경향이 있다.

사용할 수도 있다. SaaS의 형태로 제공될 경우 이용자와 서비스 사이에 제3자가 개입하지 않기 때문에 기술적인 보호조치 등에 대하여 직접적인 책임을 지게 될 가능성이 높으므로 이를 위한 노력을

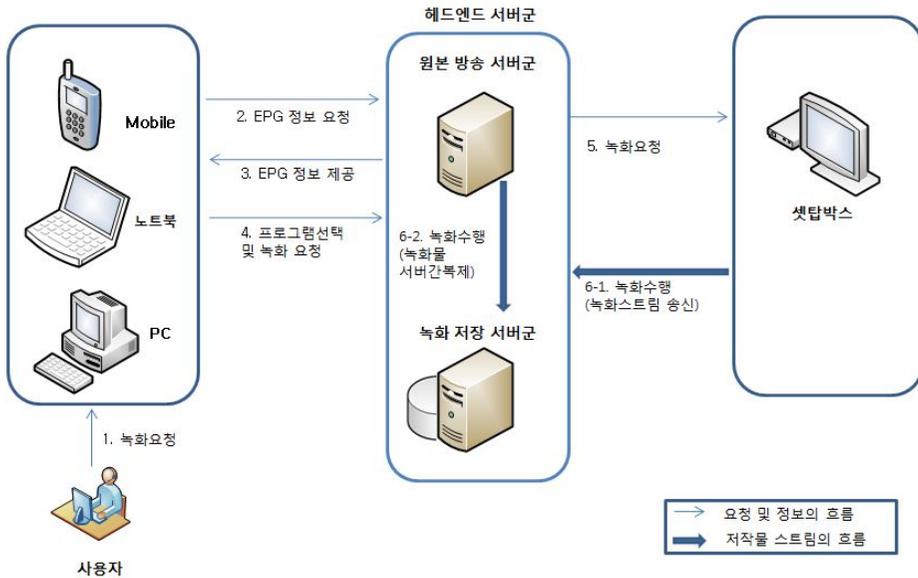


그림 3 클라우드 시스템을 이용한 n-screen 형태의 원격녹화 형태의 한 예 기을일 필요가 있다.

### 제3절 쟁점의 정리

원격녹화서비스에서의 법적 쟁점은 크게 디지털 저작물을 녹화하는 데에 따른 복제 및 전송 등에 대한 침해와 그에 대한 면책 여부에 관한 것과, 저작물을 저장하는 원격 서버의 서비스 제공 형태에 따른 서비스제공자의 책임 문제로 나뉠 수 있다.

녹화물을 저장하는 것이 과연 저작권의 침해인가의 여부도 물론

문제가 되겠지만, 비디오테이프에 저장하는 것과 하드 디스크에 저장하는 것과 원격 스토리지에 저장하는 것의 차이에 따라 녹화물 저장의 법적인 판단이 어떻게 되는지 살펴보아야 할 것이다.

클라우드 컴퓨팅 시스템이 도입이 되면서 클라우드 시스템의 특징인 서비스제공자가 하나의 복사본으로 클라우드 컴퓨팅 이용자들에게 제공하는 것, 혹은 한 사용자가 여러 단말에서 저작물을 향유하는 것이 과연 침해인지 의문이 제기된다.<sup>17)</sup> 이에 관해 저작권자는 이러한 서비스는 이용자의 사적이용과는 구분이 되어야 한다고 주장하겠으나, 서비스 제공자들은 공정이용 조항 등 저작권의 제한 영역에 속한다고 주장할 것이다. 따라서 원격녹화의 제공 형태가 하나의 저작물을 여러 사람이 사용하는 경우와 각각의 이용자마다 계정 내에 복사본을 두는 경우에 법적 판단의 차이가 있는지 살펴보아야 한다.

---

17) 박준석, Cloud Computing의 지적재산권 문제, 정보법학 제15권 제1호, 2011년, 169면 참조

## 제3장 관련 국내외 판결의 고찰

### 제1절 서설

앞서 언급한 바와 같이 원격녹화와 관련하여 살펴보아야 할 내용은 저작물의 녹화에 관련된 내용과 원격 저장과 관련된 클라우드 컴퓨팅 관련 내용이다. 먼저 해외에서의 녹화에 관련한 판례를 아날로그 녹화에서의 기준이 되는 Sony 판결로부터 최근 호주에서의 원격녹화에 관한 National Rugby League Investments 판결까지 살펴 보도록 하겠다. 우리나라에서 녹화에 대한 판결은 엔탈 판결이 대표적인 관련 판결이라 할 것이다. 아직 클라우드 네트워크 PVR에 관한 판결은 아직 그에 따른 비즈니스 모델이 많이 발달하지 못한 관계로 그 사례가 많지 않다. 그러나 앞으로 살펴볼 관련 판결들의 법적 판단이 향후 클라우드 시스템을 여러 가지 형태로 도입할 많은 방송 녹화 서비스에 대한 시사점을 줄 수 있을 것이다.

### 제2절 해외 판례

#### 1. 미국

미국은 방송녹화에 대해 오랫동안의 역사를 가지고 있다. 미국은 영상 저작물에 대한 거대한 시장을 가지고 있으므로 녹화라는 것이 이러한 시장에 많은 충격을 줄 수도 있고 저작자의 권리에도 많은 영향을 준다. 녹화의 기술의 변천에 따라 새로운 기술이 저작권법

상 논란이 되었고, 새로운 기술이 저작권을 침해하는가에 대한 기준을 잡아 주었던 많은 판결을 가지고 있다. 아날로그 녹화에서부터 인터넷 녹화에 이르기까지 여러 가지 판결들을 살펴보도록 한다.

(1) Universal City Studios, Inc. v. Sony corp. of America

이 사건은 아날로그 녹화에서의 시금석이 되는 판결로서 Napster 판결 등에도 그 판결이 인용된 바 있는 사건이다. 이 사건은 원격녹화와는 약간 거리가 있으나, PVR과 같은 녹화 관련 판결에 대한 공정이용 법리에 관한 실질적 지침이 되어왔다는 점에서 살펴볼만한 가치가 있을 것으로 여겨진다.

① 사건요지

이 사건은 1970년대 소니사가 베타맥스 VTR을 출시했을 때 유니버설 스튜디오와 디즈니사가 소니를 상대로 침해금지 소송을 제기한 사건이다. 직접적으로 원격녹화와 관련이 있는 판결은 아니나 방송물의 복제에 관한 연방대법원의 최종판단이 있었고 정식 절차를 거친 중급판결인데다가, 그 문제 해결 방식이 복제에 대한 거시적이면서 보편적인 방식을 취하고 있어 살펴볼 만한 가치가 있다 할 것이다.<sup>18)</sup> 이 사건에서는 유료방송의 원고의 저작물을 아날로그 형태로 복제하는 것이 복제권의 침해 행위이고 피고가 그 침해행위에 '기여책임'이 있는가 하는 제3자의 책임과 공정이용이 그 쟁점이었다. 이 사건은 VTR 제공자의 간접책임을 묻는 것이었지만, 가정에서의 TV시청을 목적으로 한 사적복제에 공정이용의 원칙을 최초로 적용시킨 판례로서의 의미를 지니고,<sup>19)</sup> 공정이용에 대한 정의를 전

18) 박준석, 인터넷 서비스 제공자의 책임, 박영사, 2006년, p. 459~460 참조

19) Furtano, D. Branch, Television:Peer-To-Peer's next challenger, Duke Law &

레 없는 방식으로 확장시켜 놓았다는 점이다.

② 판결내용

(i) 1심 법원의 판결

연방지방법원은 가정에서의 비영리적 녹화 행위는 공정이용이므로 저작권 침해가 아니며, 그 행위가 침해라고 할지라도 피고가 침해에 대해 실제 인식을 가지고 있지 않다고 보아 기여책임을 부정하였다.

(ii) 2심 법원의 판결

1심 판결과는 달리 기여책임을 인정하는 판결의 결과를 보였다. 가정에서의 비디오 녹화는 공정이용이 아니라 하였다. 또한 피고의 제품이 복제에 사용되는 것이 주 용도이므로 피고가 침해에 대한 인식을 하였고, 그 인식이 저작권 침해행위라는 실제 인식이 없더라도 책임을 벗어날 수 없다고 판단하였다.

(iii) 연방대법원의 판결<sup>20)</sup>

이용자들의 복제는 공정이용에 해당하여 소니사는 기여책임을 지지 않는다고 판단하였다. 법원은 저작권법 관련 판례들에서 기여책임을 공급자와 이용자의 지속적인 관계가 존재할 때만 인정되는 책임인데 반해 VTR은 판매시점에만 공급자와 이용자가 일시 접촉할 뿐이라 지속적인 관계가 존재하지 않는다고 보았다. 미국특허법에는 저작권법과 달리 침해의 개념뿐만 아니라 기여침해의 개념까지 명

---

Technology Review, 2005, p18; 조연하, PVR(Personal Video Recorder)을 이용한 방송저작물 녹화의 법적 성격, 한국언론학보 제50권 제4호, 2006년, 340면  
20) 박준석, 위의 책, 465-494면 참조

확히 정의하고 있는데다 특허법에서 상당부분 비침해적 용도에 적합한 상업상 주요한 상품이나 물품의 판매는 기여침해가 아니라고 하고 있다고 하므로, 특허법의 법규를 참고하더라도 VTR의 용도가 비침해적인지 여부에 따라 정해져야 옳다고 보았다. VTR의 이용에 대한 통계 등을 비추어 볼 때 저작권자에게도 해가 되지 않는 공정 이용에 해당되어 비침해적 용도의 이용에 해당되며, 이렇듯 VTR의 용도 중 비침해적 용도가 상당부분인 이상 피고가 기여책임이 없다고 판시하였다.

## (2) Paramount Pictures Corp. v. Replay TV

이 사건은 디지털 형태의 저작물에 대한 녹화를 수행하는 PVR에 대해 합법의 경계를 구하는 판결로 대표적인 판결이다. 그 판단이 명확하게 이루어지지 않는 않았으나 녹화에 대한 마일스톤으로서의 판결로 살펴보도록 한다.

### ① 사건요지 및 판결내용

디지털 방송을 시청하기 시작하면서 디지털 형태로 저작물을 저장하는 PVR 제품들이 출시되었고, 종래의 아날로그 녹화방식에서 디지털 방식으로 비디오테이프가 아닌 PVR의 하드 디스크에 저작물을 저장하면서 발생하는 분쟁의 대표적 사건이다. Paramount 등 TV 및 영화사들이 PVR의 일종인 ReplayTV 셋탑 박스 제조사를 대상으로 디지털 복제를 가능하게 했다는 이유로 기여책임 및 대위책임을 구하는 소를 제기하였다. 이 사건은 5건의 병합 소송이었다. 그 중 가장 문제가 되었던 (1) 광고 부분을 건너뛰어 녹화를 할 수 있는 기능과 (2) 녹화물을 인터넷을 통해 전송할 수 있는 기능을 삭

제함으로 합의에 이르러 소가 취하되고 소송이 종결되었다. 결국 아쉽게도 아날로그 시대의 Sony 판결이 새로운 디지털 시대에 여전히 유효하게 적용될 것인가에 대한 판단은 이루어지지 않았다.

### (3) Cartoon Network LP, LLLP v. CSC Holdings, Inc

이 사건은 개별적으로 녹화한 프로그램을 해당 가입자만이 시청할 수 있도록 제한한 상태의 원격녹화에 대해 법적 판단이 내려진 사건으로 후일의 원격 녹화 관련 판결에 영향을 주는 대표적인 사건이다.

#### ① 사건요지

기존의 PVR이 로컬 하드디스크에 저장을 했던 데 반해 녹화는 원격 저장장치에서 이루어지고 각 가정의 단말에서는 PVR에 리모컨으로 명령만을 내리도록 구성되어 있는 시스템에 대하여 침해를 주장하는 사건이다. 케이블비전의 서비스는 방송용 스트림과 녹화용 스트림 두 스트림을 생성해 하나는 방송 단말로, 또 하나는 arroyo라는 케이블방송사업자의 중앙서버 내의 버퍼로 전송해 녹화작업을 하여 할당된 하드 드라이브에 저장한다. 이렇게 녹화된 녹화물은 녹화 신청자가 보기 명령을 내리면 그 신청자의 단말로 중앙서버에서 보내주는 신호가 케이블을 통해 전송되고, 이렇게 전송된 녹화물에 대해 PVR에서의 여러 기능(빨리 보기, 되감기, 멈추기, 일시 정지 등)을 이용할 수 있다. 그러나 다운로드 불가능하다. 또한 한 프로그램에 대해 여러 녹화 요청이 있는 경우 각 요청자에 대해 복제작업이 이루어진다.<sup>21)</sup> 본 사건의 서비스는 단말의 하드디스크에 저

---

21) 즉, 녹화물에 대한 가상화까지는 이루어지지 않은 서비스 모델이다.

장하는 기존 방식과는 달리 헤드엔드에 녹화물을 저장할 수 있어 단말의 가격을 낮추고, 모여 있는 녹화물의 유지보수가 용이할 뿐만 아니라 사용자 정보<sup>22)</sup>를 수집하기에도 용이한 장점을 가지고 있었다. 이 사건은 전형적인 network PVR 서비스를 제공한 CableVision 사에 대해 (1) 20<sup>th</sup> Century Fox, Time Warner Inc., New Corp., CBS Corp., Walt Disney Co. 등 영화사 및 텔레비전 방송사 등이 CableVision사를 상대로, (2) Cartoon Network사는 CableVision의 모회사인 CSC Holdings 사를 상대로 저작권 직접 침해 확인 및 서비스 실시 금지 소송을 제기하였고, 그에 대한 반소로 CableVision 및 CSC Holding사는 저작권 침해하지 않는다는 확인의 소를 제기한 사건이다.

이 사건에서의 다툼이 되는 주된 권리는 복제권과 전송권이고, 법원은 복제를 버퍼에의 복제와 하드디스크로의 복제로 구분하여 살펴보고, 이 복제물에 대한 재생을 위한 전송이 위법한가를 살폈다. 쟁점을 요약하자면 (1) 일시적 저장에 해당하는 버퍼에 대한 기능을 담당하는 서버는 케이블 회사의 소유물이지만 복제에 대한 결정하는 것은 이용자이기 때문에, 이렇게 녹화를 위한 디지털 저작물의 형태 변경을 위해 일시적으로 버퍼에 저장하는 것이 저작권자의 복제권을 침해하는가에 대한 것과, (2) 하드디스크로의 녹화물 고정 에 대한 주체가 서비스 제공자인가에 대한 것과, (3) 이러한 녹화물의 재생을 위한 전송이 공중에 대한 공연인가에 대한 것 세 가지 쟁점을 두고 규율하였다.

## ② 판결내용

---

22) 여기서의 사용자 정보는 사용자의 프로그램 선택 정보, 시청 시간 등 양방향 셋탑박스에서의 return 정보라 할 수 있겠다.

(i) 연방지방법원의 판결<sup>23)</sup>

i) 버퍼에의 일시적 저장의 복제권 침해 여부

뉴욕주 1심법원은 시스템에 필요한 데이터 버퍼 등 일시적 저장에 대해 고정에 해당하며 저작권법상의 배타적 복제권을 직접 침해한다고 판시하였다. 버퍼 메모리에 거주하는 프로그래밍의 일부는 arroyo 서버에 전체 프로그램의 영구 복사본을 만드는 데 사용되므로 버퍼 사본은 충분히 복제될 수 있고, 더 나아가 버퍼 사본은 모두 모으면 원고 측 프로그램의 전체를 포함한다고 보았다. 법원은 또한 기존의 여러 판결들<sup>24)</sup>이 (1)버퍼에의 저장을 복제를 만들어내는 고정이라고 보았고 (2)그 고정의 주체가 서버임을 밝히고 있다고 하면서, 이 사건에서는 서버를 운영하는 Cablevision사가 직접 복제권을 침해하고 있다고 판시하였다.

ii) 복사본 생성에 대한 직접 책임 여부

법원은 케이블비전이 공정사용에 대한 항변을 포기했고, RS-DVR 이 시간 이동(time-shifting)기능을 제외하고는 (1) DVR처럼 독립실행형이 아니고 서비스 제공자를 통해 다른 이용자와 연결되어 있고, (2)녹화서비스를 위해 헤드엔드가 반드시 필요하며, 서비스 제공자가 그 녹화에 적극적인 역할을 하며, (3) 케이블비전과 이용자가 서비스

---

23) Twentieth Century Fox Film Corp. v. Cablevision Sys. Corp. (Cablevision I), 478 F. Supp. 2d 607 (S.D.N.Y. 2007)

24) 법원은 소프트웨어를 RAM으로 올리는 것을 '복제'라고 본 판결로 Stenograph L.L.C. v. Bossard Assoc., Inc., 144 F.3d 96, 100 (D.C. Cir. 1998), Triad Sys. Corp. v. Southeastern Express Co., 64 F.3d 1330, 1335 (9th Cir. 1995), MAI Sys. Corp. v. Peak Computer, Inc., 991 F.2d 511, 519 (9th Cir. 1993)를 예시하였고, 웹사이트에서 파일을 다운로드 받는 것은, 인터넷으로 가기 전에 RAM을 통해 파일을 내보내는 '서버'에 의해 복제가 된다는 판결로 Marobie-FL., Inc. v. Nat'l Ass'n of Fire Equip. Distrib., 983 F. Supp. 1167, 1177-78 (N.D. Ill. 1997)을 예시하였다.

를 위해 지속적으로 관계를 유지해야 하며, (4) 케이블비전은 각 이용자의 장치를 관리하고 서비스를 위해 복잡한 네트워크와 모니터링을 수행하고, (5)그 비용을 받는 점 등이 소니 사건의 VCR과 차이가 있고, CableVision과 RS-DVR 이용자와의 관계가 소니와 VCR 이용자와의 관계가 다르므로 Sony 사건의 판결에 구속되지 않음을 밝혔다.

기존의 몇몇 판결들<sup>25)</sup>이 고객의 요청으로 복사를 하더라도 그 복제가 법원의 합리적 규율을 벗어난 경우 서비스제공자에게 직접침해의 책임이 있음을 밝히고 그러한 판결을 원용하여 프로그램 복제가 이용자의 요청에 의한 것이지만 복제의 주체는 CableVision사에 의한 것이라 판시하였다.

iii) 녹화물 재생을 위한 전송의 공연권 침해 여부

법원은 기존의 판결<sup>26)</sup>을 근거로 하여, 서비스제공자가 한 콘텐츠를 여러 이용자의 요청에 의해 그 이용자들에게 다른 시간에 전송하고, 이용자와 프로그램의 전송자의 관계가 상업적인 경우 그 전송은 공중예의 전송이라고 규율하면서, CableVision사가 녹화본을 이용자에게 전송하는 행위는 원고의 공연권 역시 침해하였다고 판

---

25) 법원은 복사센터에 대한 직접침해를 물은 판결로 Basic Books, Inc. v. Kinko's Graphics Corp., 758 F. Supp. 1522 (S.D.N.Y. 1991); Princeton Univ. Press v. Michigan Document Servs., Inc., 99 F.3d 1381 (6th Cir. 1996)가 있고, 복사를 이용자의 요청으로 만든 경우에도 복사 서비스 제공자에게 직접 침해를 물은 판결로 RCA Records v. All-Fast Sys., Inc., 594 F. Supp. 335, 338 (S.D.N.Y. 1984), 인터넷 서비스제공업체가 법원이 합리적으로 규율할 수 없는 활동에 대한 책임이 있음을 밝힌 판결로 Religious Techn. Ctr. v. Netcom On-Line Comm'n Servs., Inc., 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995)를 인용했다.

26) On Command Video Corp. v. Columbia Pictures Indus., 777 F.Supp. 787,790 (N.D.Cal.1991); Columbia Pictures Indus., Inc. v. Redd Horne, Inc., 749 F.2d 154, 159 (3d Cir. 1984)

단하였다.

뉴욕주지방법원은 상기와 같은 취지로 CableVision에 대해 원고에게 라이선스를 얻지 못하는 한 원고의 복제권 및 공중전송권을 침해하였고 그에 따른 서비스 금지명령을 긍정하는 판단을 내렸다.

(ii) 연방항소법원의 판결<sup>27)</sup>

i) 버퍼에의 일시적 저장의 복제권 침해 여부

저작물이 복제의 요소인 '고정'으로 인정되기 위해서 법원이 (1) 일시적 저장 이상의 시간 동안(기간 요건, duration requirement) (2) 유형 매체에 고정(구체화 요건, embodiment requirement)되어야 한다는 두 가지 요건을 만족해야 한다고 규정하였다. 법원은 이 사건의 경우 일시적 저장에 대해 구현이 일시적인 기간 이상 동안 인지, 재생산, 교환될 만큼 충분히 영구적이거나 안정적인 때 '고정'되었는가를 살펴볼 때, 최대 1.2초 동안의 버퍼에의 저작물은 기간 요건을 만족할 만큼 고정되었다 볼 수 없다고 보아 복제물임을 부정하였다.<sup>28)</sup>

ii) 복사본 생성에 대한 직접 책임 여부

법원은 Princeton University Press 사건<sup>29)</sup>과 같이 의도적으로 복제 시스템을 이용하여 복제를 하는 직원에게 요청을 하는 것과는

---

27) Cartoon Network, LP v. CSC Holdings, Inc., 536 F.3d 121 (2d Cir. 2008)

28) David O. Carson , The Cartoon Network (Cablevision) Decision: Copyright Cataclysm or Tempest in a Teapot?" p. 4~5 참조

29) Princeton Univ. Press v. Mich. Document Serves., 99 F.3d 1381, 1384., 교수로부터 받은 자료로 주문을 받으면 직원이 복제를 수행하는 대학가의 복사가게(회사)를 복제행위의 주체로 본 판결

달리, 아무런 의도적 행위(volitional conduct) 없이 고객의 명령에 자동적으로 구동되는 시스템에 명령을 하는 것은 다르다고 전제하였다. 법원은 이 사건에 대해 몇몇 의도적 행위가 있었으나 이를 복제행위로 보기에는 충분한 인과관계가 없다고 하여 직접 침해는 부정하였고 그 대신 기여책임에 더 가깝다고 판단하였다. 그러나 원고가 간접책임에 대한 판단을 구하지 않았으므로 그에 대해 판단하지 않는다고 설시하였다.

iii) 녹화물 재생을 위한 전송의 공연권 침해 여부

법원은 공중에 대한 송신에 대한 판단 기준을 원저작물이 아닌 복사본을 기준으로 하여, 복사본이 전송되어 그 복사본을 받는 전송 받는 자가 공중인가 그렇지 않은가로 보았다. 법원은 이 사건의 공중에 대한 공연권에 관해서 가입자의 단말에 의해 독점적으로 디코딩 할 수 있는 하나의 고유한 복사본을 사용하여 만들어 전송하기 때문에 전송받는 자를 하나의 가입자로 특정할 수 있으므로 공중에 대한 전송하는 공연권에 대한 침해가 아니라고 판시하였다.<sup>30)</sup> 요컨대 고객의 복제를 용이하게 해주는 것이나 직접 복제를 했다고 하기에는 부족하고, 개개 복제물을 해당 이용자에게만 전달하므로 공중에 대한 전송이 아니라는 것이다.

이 사건은 연방대법원에서는 본안판단 신청이 기각되어 연방항소법원의 선고가 최종 판결이 되었다. 연방대법원은 대법원의 판단이 향후 개발될 기술이나 서비스에 중대한 영향을 미칠 수 있는 반면, 그 기술이 충분히 성장하지 않았다는 법무부의 의견에 따라 상고허

---

30) David O. Carson, 위의 논문 p. 2~9 참조

가를 받아들이지 않았다.<sup>31)</sup> 이렇듯 법원은 케이블회사의 직접책임을 부정하였으나, 기여책임이나 대위책임에 대하여는 법원의 판단을 받지 못하였고, 방송사와 케이블 회사 간의 계약 등으로 서비스의 형태가 규율될 것으로 보인다.<sup>32)</sup>

#### (4) 소결

판례에서 살펴보았듯이 녹화에 대해서 미국은 Sony 판결에서부터 사용자가 복제의 주체임을 밝혀 왔고, 디지털 시대의 원격녹화에 계까지 그 자세를 견지해 왔다. 인터넷 서비스 제공자들에 대한 간접책임을 인정한 여러 사건들과는 다르게, 아직 이용자의 저작권 침해에 대한 책임에 대한 사항과 그에 따른 서비스제공자의 간접책임에까지 판결이 명확하게 정리된 것은 아니다. 그러나 법원은 적어도 원격녹화서비스 제공자의 직접책임에 대해서는 부정하였다. 아직 해당 서비스에 대한 충분한 법적 판단이 이루어지지 않았으므로 문제의 가능성이 남아 있으나<sup>33)</sup>, CableVision과 같이 개인의 저장영역과 녹화의 재생 루틴이 개인별로 구분되어 있어 가입자의 단말에 의해 독립적으로 디코딩 할 수 있는 하나의 고유한 복사본을 제공하는 서비스에 대해서는 복제의 주체가 녹화를 요청한 이용자이며 이용자의 합법 내지 불법 여부에 따라 침해 책임이 결정될 가능성이 있다고 생각한다. 후일 뉴욕 남부지방법원의 Aereo 사건<sup>34)</sup>에서, 원격

---

31) 이숙연, 앞의 논문 144면 참고

32) 이숙연, 원격 방송프로그램 녹화서비스의 저작권 침해여부에 관한 사례 연구, 2009년, 217면 참조

33) 맹정환, 인터넷 TV프로그램 녹화 및 송신 서비스와 관련된 저작권법상 문제점에 대한 연구-일본 최고재판소의 마네키 TV 및 로쿠라쿠 II 사건 판결에 대한 검토를 포함하여, Law & Technology, 제8권 제5호, 2012년, 84면 참고

34) American Broadcasting Companies, Inc. v. AEREO, Inc., 2012 WL 2848158 (S.D.N.Y. July 11, 2012)

DVR을 통해 녹화된 내용을 추후에 시청하는 것을 넘어서 방송 프로그램을 녹화함과 동시에 인터넷을 통해 시청할 수 있도록 한 Aereo 서비스에 대하여, 선례인 CableVision 판결의 내용에 구속된다는 점 등을 들어 금지가처분명령을 기각하였다. 이렇듯, 원격녹화에 대한 판결의 기준이 되는 CableVision 사건의 합법 판결은 단순히 녹화에 관련된 산업 뿐만 아니라 인터넷과 클라우드 컴퓨팅에 그 기술을 의존하는 대부분의 혁신적인 비즈니스 모델에 대한 원천적 봉쇄를 막았다고 하는 데 그 의의가 있을 것으로 생각된다.

## 2. 일본

일본은 대륙법계의 법체계를 지니고 있으면서도 독특한 나름의 법리로 이러한 디지털 방송물의 원격 녹화에 관해 일관적인 입장을 취하고 있다. 대표적인 두 판결을 살펴봄으로써 일본에서의 원격녹화에 관한 법리를 살펴보도록 한다.

### (1) 로꾸라꾸 II 사건

#### ① 사건요지

이 사건은 방송사업자들이 원격녹화 대행 서비스인 로꾸라꾸 II 비디오 렌탈 서비스 제공자를 대상으로 저작권 미 저작 인접권 침해를 이유로 침해금지 및 손해배상 청구 소송을 제기한 사건이다. 로꾸라꾸 II 비디오 렌탈 서비스는 일본 내에 이용자가 서비스사인 로꾸라꾸 II 비디오 렌탈 서비스사로부터 유상 임대한 셋탑 박스(친기 로꾸라꾸)를 일본 내에 두고 해외에 있는 이용자는 자신의 공간에 셋탑 박스(자기 로꾸라꾸)를 이용하여 녹화 주문을 하면 친기 로

꾸라꾸가 녹화 후 메일로 자기 로꾸라꾸에게 녹화물을 전송하여 자기 로꾸라꾸를 이용해 프로그램 시청할 수 있도록 하는 서비스이다.

이 서비스는 사용자가 친기 로꾸라꾸를 관리 위탁하는 경우 관리를 해주는 서비스와 함께, 녹화서비스에 대한 초기등록료와 월정액을 렌탈 요금의 명목으로 수령하였다.

## ② 판결내용

### (i) 1심 법원의 판결<sup>35)</sup>

가라오케 법리<sup>36)</sup>에 맞추어 (1)서비스의 목적이 일본 TV방송의 복제물을 취득시키는 것이고, 복제한 방송 데이터를 일본 국외로 송신하는 것이 중요한 의미를 가지고 있다하고, 친기 로꾸라꾸가 실질적으로 서비스 제공자의 관리 지배 하에 있다는 이유로 이 서비스를 제공하여 복제행위를 관리지배하고 있다 인정할 수 있다 판단하였고, (2) 서비스의 대가로 초기등록료와 기기 렌탈 요금을 받고 있으므로 그로 인해 이익을 얻고 있다고 인정되어 이익의 귀속이 된다고 판단하였다. 법원은 원고의 프로그램에 대한 저작권으로서의 복제권 및 본 사건 방송에 관한 음성 및 영상에 대한 저작인접권으로서의 복제권을 침해한다고 인정해 침해금지 및 손해배상청구를 일부 인용하였다.

### (ii) 2심 법원의 판결<sup>37)</sup>

---

35) 일본 동경지방법재판소 2008. 5. 28. 선고 2007년(7) 제17279호 판결

36) 일본에서 직접, 물리적으로 침해하지 않더라도 지배관리성과 경제적 이익을 고려하여 직접 침해행위를 한 것으로 평가하는 법리를 가지고 복제행위의 주체를 규범적으로 정하고 있다.

37) 일본 지적재산고등재판소 2009. 1. 27. 선고 2009년(제) 제10055호, 10069호 판결

법원은 이용자가 일본 내의 친기 로꾸라꾸를 직접 관리하는 예가 있고, 서비스를 이용하지 않고 로꾸라꾸 기기를 직접 관리하는 경우에도 서비스 이용과 차이가 없고, 피고가 기기 설치 관리하는 점과 친기 로꾸라꾸와 자기 로꾸라꾸 간에 일정 방식으로 통신이 이루어지는 점만으로 복제 및 통신을 실질적으로 관리 지배한다고 볼 수 없다고 판단하였다. 또한 피고가 수령하는 서비스 대가는 기기 임대차 및 기기 보수 관리에 관한 것이며 녹화와 관련 없는 일정 액수이므로 이를 복제 정보의 대가라 할 수 없다고 판단하였다. 또한 이러한 서비스를 이용한 이용자의 행위는 일본 저작권법 제30조 1항에서의 사적복제로 적법하고, 본 사건의 서비스는 이용자가 자유로운 의사에 기초해 행해지는 적법한 복제를 용이하게 하기 위한 환경 및 조건을 제공하는 것에 불과하다고 판시하였다.

(iii) 일본최고재판소의 판결<sup>38)</sup>

2011년 1월에 최고재판소에서는 복제 주체의 판단에 있어서 복제의 대상, 방법, 복제에의 관여 내용 및 정도 등의 요소를 고려해 누가 복제를 하고 있다고 할 수 있는가 판단해야 한다고 하며, 서비스 제공자가 단지 복제를 용이하게 하기 위한 환경 정비에 그치지 않고 그 관리 지배 하에서 방송을 수신하여 복제기기에 관계정보를 입력하는 복제 실현에 있어서 가장 중요한 행위를 하고 있고, 복제할 때 서비스 제공자의 행위가 없으면 이용자가 녹화를 지시하여도 복제 불가능하므로 서비스 제공자를 복제의 주체라고 보았다.<sup>39)</sup> 따라서 관리 상황 등에 대해 다시 심리를 하기 위해 원심에 환송한다

38) 일본 최고재판소 2011. 1. 20. 선고 2011년(受) 788호 판결

39) 김병일, 인터넷 기반 송신 서비스의 저작권 문제-일본최고재의 마네키TV 사건 및 로꾸라꾸II 사건을 중심으로, 정보법학 제15권제3호, 2011년, 17면 참조

고 판시하였다. 역시 가라오케 법리가 로꾸라꾸 1심 사건과 마찬가지로 적용되었다.

## (2) 마네키 TV 사건<sup>40)</sup>

### ① 사건요지

이 사건은 지상파 방송사인 NHK 및 민방 방송사들이 이용자 소유의 셋탑박스를 사무소에 두고 인터넷을 통해 TV 프로그램을 시청하도록 하는 서비스를 유상으로 제공한 마네키 TV(永野상점)에 대해 공중송신권을 침해한다고 하여 송신행위 금지 및 손해배상 청구를 한 사건이다.

이 사건에서 마네키 TV 서비스 제공을 위하여 Sony의 로케이션 프리라고 하는 제품을 사용하였다. 로케이션 프리TV는 방송수신 및 이를 송신하는 모듈(베이스 스테이션)과 베이스 스테이션으로부터 방송을 수신하거나 베이스 스테이션에 명령을 내리는 전용 모니터 및 소프트웨어로 구성되어 있다.<sup>41)</sup> 이 서비스를 이용하기 위해서는 서비스 제공자가 셋탑 박스를 제공하는 것이 아니라, 이용자가 소매점에서 로케이션 프리 TV를 구입한 후 베이스 스테이션을 서비스 제공자 측으로 보내는 비즈니스 모델을 택하였다.<sup>42)</sup>

방송파가 닿지 않는 해외나 국내 지역에 거주하고 있는 이용자들이 희망하는 방송을 시청할 수 있게 하는 것을 그 목적으로 하며<sup>43)</sup>,

40) 최정열, 지상파 방송의 원격송신과 공중송신권 침해여부에 관한 사례연구, 정 보법학 제15권 제1호, 2011년, 141-146면; 김병일, 위의 논문, 9-12면 참조

41) 즉, thin client(기능을 서버에게 맡기고 클라이언트는 최소의 기능을 하는 형태)와 유사하다 볼 수 있겠다.

42) 마네키 TV처럼 이용자마다 컴퓨터를 이용자별로 구매하도록 하여 사적 이용으로 비즈니스 모델을 구성하려고 했던 녹화넷 사건(일본 지적재산고등재판소 2005. 11. 15. 선고 2008년(초) 제10007호 판결)에서도 서비스 운영자를 복제의 직접 주체로 보아 위법성을 인정하였다.

43) 최정열, 위의 논문, 135면

녹화 기능 등을 제공하는 목적으로서의 서비스는 아닌 송신을 목적으로 하는 서비스 형태를 가지고 있었다. 따라서 송신가능화권과 공중송신권 침해 여부가 그 쟁점이 되었다.

## ② 판결내용

이 사건은 제1심 및 항소심은 피고의 저작권 침해를 부정하여 원고의 청구를 기각하였고, 이에 대해 원고들이 상고를 제기하였으며 최고재판소에서 그 판결의 결과가 바뀌게 되었다. 한편 원고들은 본안 이외에도 가처분 등의 소송을 제기하였으나 모두 원고들의 패소로 확정되었다. 이 사건에서의 쟁점은 송신가능화권 혹은 공중송신권을 침해하는 것인지에 대한 여부가 주 쟁점이었다. 마네키 TV의 비즈니스모델은 결과적으로 콘텐츠에 대한 권리 처리 없이 지상파 프로그램을 인터넷을 통해 전송한 것과 같으므로 위법하다는 판결이 내려졌다.<sup>44)</sup>

### (i) 1심 법원의 판결<sup>45)</sup> 및 2심 법원의 판결<sup>46)</sup>

제1심 및 항소심 판결에서는 베이스스테이션이 녹화물을 전송하는 장치로서 이를 이용하는 송신의 주체가 누구이며 이 기기가 송신가능화행위의 필수기기인 자동공중송신장치에 해당하는지 여부가 쟁점이었다.<sup>47)</sup>

---

44) 山田眞紀, 公衆の用に供されている電気通信回線に接続することにより,當該装置に入力される情報を受信者からの求めに應じ自動的に送信する機能やを有する装置が單一の機器宛てに送信する機能-しか有しない場合に,當該装置は自動公衆送信装置に当たるかほか [まねきTV事件] (最三小判平23118 (平成21年(受)第653号)), Law&Technology, 51号(2011), 95面이하.; 최진원, 인터넷 TV 녹화서비스에 대한 법적 고찰 - 간접침해와 사적복제를 중심으로, 인터넷법률 통권 제43호, 2008년, 111면

45) 일본 동경지방법판소 2008. 6. 20. 선고 2007년(7) 제5765호 판결

46) 일본 지적재산고등재판소 2008. 12. 15. 선고 2008년(ネ) 제10059호 판결

47) 일본저작권법 제2조 제1항 제9호의 5에 규정된 송신가능화는 자동공중송신장

i) 송신가능화권

송신가능화권 침해를 논하기 전에, 베이스 스테이션의 소유가 이용자들이 제조사로부터 합법적으로 구매하여 소유하는 것이지, 이 기기의 소유자는 피고가 아니라고 판시하였다. 제1심 법원은 피고의 서비스가 없더라도 이용자들이 개인적으로 로케이션 프리의 설명대로 하면 별다른 기술적 곤란을 겪지 않고도 동일한 결과를 얻을 수 있으며 이는 로케이션 프리라는 기기의 본래의 용도에 따른 것일 뿐이고 피고의 행위가 별다른 추가적인 역할을 하는 것은 아니라는 취지로 판결하였다.

ii) 공중송신권 침해여부

베이스 스테이션이 자동공중송신장치에 해당하기 위해서는 수신자가 공중일 것을 전제로 하는데 본사건의 베이스 스테이션은 미리 등록된 특정한 1대의 단말기로만 전송이 이루어지는 1대1의 송신행위에 해당하여 자동공중송신장치에 해당하지 않는다고 판시하였다.

(ii) 일본최고재판소의 판결<sup>48)</sup>

상고심인 일본 최고재판소는 2011년 1월 18일 송신의 주체는 사업자이고 본건 서비스 이용자가 불특정의 자로서 공중이므로 권리 침해라는 사업자의 책임을 모두 인정하는 판결을 하였다. 송신가능화권 침해와 공중송신권 침해에 관해 침해로 판결하였는데 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

---

치를 그 요소로 하는데 자동공중송신장치는 공중의 이용을 목적으로 제공되는 전기 통신회선에 접속하는 것으로써, 그 기록 매체 중 자동공중송신의 목적으로 제공하는 부분에 기록되거나 해당 장치에 입력되는 정보를 자동 공중 송신하는 기능을 가진 장치라고 정의하고 있다.

48) 일본 최고재판소 2011. 1. 18. 선고 2009(受) 제653호 판결.

i) 송신가능화권 침해 여부

각 베이스 스테이션은 인터넷에 접속하는 것에 의하여 입력되는 정보를 수신자로부터의 요구에 응하여 자동적으로 디지털 데이터화하여 송신하는 기능을 가지는 것이고, 본 사건서비스에서는 베이스 스테이션이 인터넷에 접속하고 있고 베이스 스테이션에 정보가 계속적으로 입력되고 있다. 이 정보를 계속적으로 입력하는 주체가 피상고인이므로, 이용자가 베이스 스테이션을 소유하고 있다고 해도 베이스 스테이션에 본건 방송의 입력을 하고 있는 자는 피상고인이고 베이스 스테이션을 이용하여 행해지는 송신의 주체는 피고라고 봄이 상당하다고 판시하였다. 또한, 누구라도 피상고인과 본건 서비스를 이용하는 계약을 체결하여 동 서비스를 이용할 수 있으므로, 송신의 주체인 피상고인으로부터 볼 때 본건 서비스의 이용자는 불특정의 자로서 공중에 해당하므로 베이스 스테이션을 이용하여 행해지는 송신은 자동 공중송신이며 베이스 스테이션은 자동 공중송신 장치에 해당한다고 판시하였다. 따라서 인터넷에 접속하고 있는 자동 공중송신 장치인 베이스 스테이션에 본건 방송을 입력하는 행위는 본건 방송의 송신가능화에 해당한다고 하여야 한다고 판시하였다.

ii) 공중송신권

공중송신권 침해와 관련하여 법원은 본건 서비스에서 TV 안테나로부터 베이스 스테이션까지의 송신의 주체가 피상고인임은 분명하고 상기와 같이 베이스 스테이션으로부터 이용자의 단말기까지의 송신의 주체도 피상고인이라고 하여야 하므로, TV 안테나로부터 이용자의 단말기에 본건 프로그램을 송신하는 것은 본건 프로그램의

공중송신에 해당한다고 하여야 한다고 판시하였다.<sup>49)</sup>

### (3) MYUTA 사건<sup>50)</sup>

이 사건은 정확히 영상녹화에 관한 판결은 아니나 헤드엔드 단을 인터넷 망을 이용한 서버들로 구성한 점이 원격녹화의 헤드엔드단의 시스템의 구성과 유사하여 간략히 살펴보도록 한다.

#### ① 사건요지

이용자가 자신의 음악 CD로부터 MP3 파일을 추출하여 이를 휴대폰 전용 음악파일로 변환(3G2)시켜 서버에 업로드 한 후 다시 자신의 휴대폰으로 다운로드 받도록 하는 서비스를 제공하는 사업자에 대해 침해 책임을 묻은 사건이다.

#### ② 판결내용

이 사건에서 법원은 이 사건의 서비스에 있어서 음악저작물의 복제는 물론 자동공중송신도 원고가 행하고 있기 때문에 이들 행위는 피고의 허락을 받지 않는 한 관리저작물의 저작권을 침해한 것이다. 따라서 음악저작물의 보관 및 이용자의 휴대전화에로의 송신에 대해 피고는 금지청구권을 가진다고 판시하였다. 이용자가 자신이 이미 소장한 CD 음악을 서버의 저장 공간과 자신의 휴대폰이 일대일로 대응하는 방식임에도 불구하고, 음악저작물의 본건 서버에 업로드를 하거나 본건 서버로부터 이용자 휴대전화로 다운로드를 하는 행위를 각각 복제행위와 송신행위로 인정하였고, 변환된 파일을 업

---

49) 이영록, 일본 마네키 TV 사건의 판결 및 시사점, Copyright Issue Report 2011년 제5호, 2011년, 4면.

50) 일본 동경지방법판소 2007. 5. 25. 선고 2007년(7) 제10166호 판결.

로드하거나 다운로드하는 행위의 주체를 이용자가 아닌 네트워크 스토리지 서비스를 제공하는 서비스제공자로 보았고, 나아가 파일 변환행위의 주체도 서비스제공자로 보았다.<sup>51)</sup> 그리하여 사업자가 관리 서버에서 음원을 복제하는 행위에 대해서 복제권 침해 및 서버에서 이용자의 휴대폰으로 전송하는 것에 대해 자동공중송신권 침해의 주체로 서비스 제공자를 지목하였다.

#### (4) 일본의 판결의 검토

일본의 대표적 원격녹화서비스에 대한 판결로서, 송신가능화권 및 공중송신권을 그 쟁점으로 한 마네키 TV 사건과 복제권을 그 쟁점으로 한 로꾸라꾸 II 사건 모두 하급심의 판결을 뒤엎고 침해를 인정했다는 점이 특이할 만하다. 일본의 원격녹화에 대한 판결들은 대체적으로 일관성 있게 가라오케 법리를 제3자의 책임 인정의 책임법리로 적용하고 있다. 일본 저작권법에는 저작권 간접침해자에 대한 책임 규정이 없음에도, 일본의 법원은 간접침해와 관련된 다수의 사건에 각종의 법리를 이용하거나 새롭게 창출하여 저작권 침해의 관여자를 침해의 주체로 인정하여 침해의 정지 및 손해배상에 의한 구제를 하고 있다.<sup>52)</sup> 이렇듯 서비스 제공자의 직접 침해 책임의 인정으로 인해 이용자들의 위법성에 관하여는 명확히 판단되지 않았다. 가라오케 법리란 물리적인 침해행위를 한 것은 아니지만 장소나 기기 등을 제공한 결과 자기가 지배하는 영역 내에서 저작권

---

51) 이에 대응하여, 공중의 개념을 파악함에 있어 특정한 '저작물'을 기준으로 불특정 또는 다수의 사용자에게 전송되는지 여부를 판단하여야지, '서비스 또는 서버 등 하드웨어'에서 불특정 또는 다수의 사용자에게 전송되었는지 여부를 기준으로 판단하는 것은 문제가 있다는 견해도 있다. 우성엽, 원격 디지털녹화시스템 서비스의 저작권 침해여부, Law & Technology, 제7권 제1호, 2011년, 30·32면 참조

52) 김병일, 위의 논문, 20면.

침해행위가 발생한 경우에 그 장소나 기회를 제공한 자의 책임에  
 과한하여 침해주체의 개념을 규범적으로 파악하여 간접적으로 침해  
 행위를 한 자를 직접침해자로 규율하고 있는 일본 특유의 판례 법  
 리이다.<sup>53)</sup> 현재는 장소나 기회뿐만 아니라 저작물의 직접 이용자에  
 게 저작권 침해를 야기 시킬 수 있는 시스템을 제공한 자의 이용주  
 체성을 인정하는 추세이다.<sup>54)</sup> 이러한 추세를 반영한 마네키TV 사건  
 판결에 대해 최고재판소의 판결이 1심과 2심에서 다루어진 수많은  
 쟁점에 대해 아무 판단을 남기지 않고 간단히 피고의 책임을 인정  
 하여 사안의 중요성에도 불구하고 저작권법 해석에 별다른 기준을  
 제시하지 못한 점에 대해 비판하는 주장<sup>55)</sup>도 있고 이에 동의하는  
 바이다. 또한 일대일 송신임에도 불구하고 인터넷에의 연결 여부로  
 만 공중송신 여부를 판단한 것은 인터넷 상의 논리적인 개인영역을  
 인정하지 않는 것으로 확대 해석이 가능하므로 그 위법성의 여부가  
 신중히 판단되는 것이 더 합리적이지 않았을까 생각한다.

### 3. 독일

#### (1) OLG Köln, MMR 2006. 35 사건<sup>56)</sup>

##### ① 사건 요지

독일의 Personal Video Recorder는 EPG를 인터넷으로 제공하여,  
 사용자가 프로그램을 선택하면 해당 프로그램이 자동으로 녹화되어  
 개인의 서버상의 계정에 저장되는 서비스이다. 원고는 Personal

53) 우성엽, 위의 논문, 10~14면.

54) 전성태, 일본에서의 저작권 간접침해행위의 규제, 지식재산연구 제6권 제3호,  
 2011년, 160면.

55) 최정열, 위의 논문, 150면

56) 판시내용은 최진원, 위의 논문, 88-89면을 참조하여 정리하였다.

Video Recorder라는 서비스를 제공하는 인터넷 녹화 사업자를 대상으로 저작권 침해에 따른 영업 중지를 구하는 소송을 제기하였다. 이 사건의 쟁점은 이러한 이용자의 복제가 사적복제에 해당하는가에 관한 것이었다.

## ② 판결 내용

법원은 Personal Video Recorder의 서비스 운용이 단순한 디지털 공중복사기와 같지 않고, 인터넷 녹화기에서 이용자는 단순히 자신이 원하는 프로그램을 선택한 것에 불과하며, 설비에 직접 접근하거나 제어하는 등의 행위가 없었으므로 서비스 제공자에 의한 복제로 보아야 한다고 판시했다. 독일 저작권법 제53조에서 규정한 바와 같이 무상서비스인 경우 복제기의 운용에 대한 복제보상금을 지불하는 것으로 복제가 허용이 될 것이나, 유상서비스 부분은 사적복제에 해당하지 않으며 공중이용제공권도 침해된다고 판시하였다.

## (2) 독일 판결의 검토

독일은 제3자에 의한 복제의 경우 유·무상의 여부에 따라 법적 판단이 달라지는 것이 특징이다. 독일 저작권법 제53조에서 사용자 자신이 직접 복제를 하는 경우 허용되지만, 제3자에 의해 복제하는 경우는 무상일 경우에만 허용되고, 유상일 경우에는 사진기술의 방법과 이와 유사한 방법을 통해 복제되는 경우만을 허용하고 있다. 이는 저작자의 경제적 손실 위험을 고려하여 사적복제의 남용을 방지하기 위한 것으로 평가되고 있다.<sup>57)</sup>

---

57) 안효질, 독일 저작권법상 사적복제의 허용범위와 기술보호조치의 예외, 저스투스 제88호, 2005년, 151면

#### 4. 호주

(1) National Rugby League Investments Pty Limited v. Singtel Optus Pty Ltd.

##### ① 사건요지

호주 2위 통신사업자인 Optus는 개인 고객과 중소기업 고객에게 작은 중순 2011 년의 직원들에게 서비스를 제공하였다. 이 'TV Now' 서비스는 지상파 TV 프로그램을 무료로 녹화 및 네 개의 호환 Optus 장치(PCS, 3G 모바일 장치, 애플 iPhone과 iPad, 및 Android 단말)에서 가입자로 더 편리하게 재생할 수 있도록 지원하는 클라우드 원격녹화 서비스를 제공하는 비즈니스 모델을 가졌다. 이용자가 녹화된 프로그램을 보기 위해 로그인하면 서비스는 장치가 사용되는 유형을 감지하고, Optus의 데이터 시스템에서 저장 프로그램을 네 가지 녹화 형태 중 하나를 해당 장치에 적합한 형식의 데이터 스트림의 형태로 전송한다. 30일이 지나면 녹화물이 시스템에서 삭제된다. AFL과 NRL는 축구 경기의 지상파 TV 방송을 무료로 인터넷과 휴대 전화로 전송하는데 있어서 Telstra에게 공중 송신에 대한 독점 라이선스를 부여했다. 참고로 소를 제기한 Telstra는 the Australian Football League의 5개 시즌 독점 중계를 위하여 \$153 million를 지불한 바 있다. 저작권자들은 이와 같은 상황에서 Optus의에 대한 저작권 침해 소송을 냈다.

##### ② 판결내용

이 사건에서의 쟁점은 AFL 또는 NRL 경기 방송을 녹화했을 때, (1)누가 녹화의 주체인가와 (2)Optus가 침해 주체라고 할 경우 사적

이용 예외에 적용할 수 있는가 하는 것이었다. 2012년 2월 연방법원(Federal Court)은 이용자가 녹화를 결정하는 주체라고 판단하여 저작권법 위반이 아니라고 보았으나, 2012년 4월 연방법원은 그 판결을 번복하여 저작권 침해에 대한 Optus가 책임이 있다고 하여 호주 풋볼 리그("AFL"), 국립 럭비 리그 협회("NRL")와 Telstra(이상 "권한 소유자")의 손을 들어주었다. 이 사건에서의 쟁점은 크게 (1) 누가 방송 프로그램의 복제물을 만들었는가와, (2) Optus가 저작권을 침해한 경우 녹화는 개인 및 국내사용을 위한 것으로 면책이 가능한가의 두 가지였다. 이에 대해 법원은 이를 저작권 소유자의 저작권을 침해하는, 서비스를 통해 만든 지상파 TV 프로그램을 무료로 녹음하는 저작권 침해 주체가 Optus, 또는 Optus와 가입자라고 하였다. 또한 법원은 Optus가 Optus 자신의 시청을 위해 녹화물을 만든 것은 아니나, 이용자들이 그것들을 볼 수 있고, 그로 인하여 디지털 TV 산업에서 시장의 이득을 도출하였으므로, 호주 저작권법 S 111하의 사적 이용의 예외에 적용할 수 없다고 판시했다.

2012년 9월에 호주 대법원(High Court)은 Optus가 TV Now 서비스 자체를 중지시킨 연방법원의 결정의 중지와 TV Now 서비스에 대한 허가를 위하여 요청한 항소를 기각하였다. 대법원은 Optus가 이용자들로 하여금 저작권법을 위반할 수 있도록 만들었다는 점에서 Optus의 서비스를 허용할 수 없다고 판결하였다. Optus TV Now와 관련하여 Australian Law Reform Commission은 검토 예정으로 있다.

## (2) 호주 판결의 검토

호주 저작권법 제111조는 본방송보다 편리한 시간에 방송을 보거

나 듣기 위해 오직 사적인 이용 및 가정에서의 이용을 위하여 방송을 녹화하거나 녹음하면 방송물의 저작권을 침해하지 않는다는 사적복제의 내용을 규정하고 있고, 동법 제22조 제6항에서는 이 법의 목적을 위하여 방송 이외의 전송은 전송의 내용을 결정하는 책임을 진 사람에 의해 전달된 것으로 간주한다고 규정하고 있다. 이러한 법적 근거에 따른 책임의 소재인가가 누구인가가 쟁점이었는데, 호주 대법원이 Optus에게 저작권법 위반 결정을 하게 된 것은 지상파 프로그램 녹화와 관련하여 저작권을 위반한 것이 녹화를 실행하도록 명령한 이용자가 아니라 녹화기능을 제공한 Optus에게 있다고 보았기 때문이다. 이러한 호주 대법원의 결정은 클라우드 컴퓨팅 서비스를 활성화하기 위한 여러 비즈니스 모델이 성장하기도 전에 저작권법을 통해 콘텐츠 소유자를 보호하고자 하는 것으로, 클라우드 서비스 활성화에 걸림돌로 작용할 수 있을 것으로 보인다.

### 제3절 국내 판례

#### 1. 엔탈 사건

##### (1) 사건요지

이 사건은 인터넷 녹화기 대행 웹사이트(엔탈)의 운영자를 피고로 하여 (주) 문화방송이 방송사업자로서 가지는 저작권자의 복제권 및 공중송신권과 저작인접권으로서의 복제권을 침해한다고 하여 금지청구를 한 사건이다.

원고는 방송사업과 문화서비스업 등을 영위하는 지상파 방송사업자이고, 피고는 웹사이트를 운영하면서 그 가입자들에게 원고를 비롯한 기타 지상파방송 사업자 등의 방송프로그램 녹화서비스를 제

공하는 사람이다. 피고는 2006년 7월 무렵부터 웹사이트를 개설하여 그 웹사이트에 가입한 이용자들에게 이용자들이 웹사이트를 통해 녹화 신청한 5개 지상파 텔레비전방송국의 프로그램을 Divx코덱으로 인코딩하여 컴퓨터압축파일의 형태로 저장한 후 이를 이용자에게 전송하는 서비스를 유료로 제공하기 시작했다. 2008년 5월말을 기준으로 가입자는 약 3만 명에 이르고, 가입자들은 피고의 서비스를 통해 녹화된 원고의 방송프로그램을 전송받았다. 녹화예약 프로그램은 녹화 예약의 시작과 종료 시간에 따라 개별 이용자별로 별개의 파일이 생성되어 녹화가 수행되는 형태로 인코딩된 압축파일의 형태로 10일간 서버에 저장된다. 이용자는 녹화 후 10일간 그 녹화 프로그램을 1회 다운로드할 수 있고 그 이후에는 서버에서 자동 삭제된다.<sup>58)</sup>

이 사건에서 피고는 프로그램의 복제행위의 주체가 이용자이며, 이 이용자들의 행위는 사적복제에 해당되므로 저작권 또는 저작인접권의 침해가 아니라고 항변하였다.

## (2) 판결내용

이 사건의 쟁점은 네트워크를 이용한 TV프로그램의 녹화행위가 저작권 침해에 해당하는가이다. 이 서비스 사업자를 복제 및 공중송신권 침해행위의 주체라고 보고 복제행위를 포괄적으로 의도하고 개별 프로그램에 대한 복제행위를 전체적으로 통제 및 관리하고 있다고 하면서 제1심을 유지하였고<sup>59)</sup>, 대법원 역시 상고를 심리불속행 기각하였고 결국 방송사의 승소로 일단락되었다.<sup>60)</sup> 법원은 엔탈 녹

---

58) 우성엽, 위의 논문, 20면

59) 서울고등법원 2009. 4. 30. 선고 2008나86722 판결.

60) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다39738 판결.

화시스템이 지상파 TV 송신신호 수신 장치, 송신된 신호를 특정비디오 형식으로 변환하는 장치와 일정기간 파일을 보관할 수 있는 저장장치(서버) 등 30대의 개인용 컴퓨터 및 이를 제어하는 30여종의 소프트웨어로 구성되어, 피고가 그 전체를 조달·구축하여 피고의 점유·관리 하에 있고, 피고가 그 작동을 점검·감시하고 장치의 보수와 교체 등을 담당하는 점에서 이용자들이 녹화기기를 점유하고 통제·관리하는 VCR(Video Cassette Recorder)이나 일반 DVR(Digital Video Recorder)의 경우와 다르다고 보았다. 또한 법원은 이용자들이 이 복제행위의 주체라 하더라도 사적이용을 위한 복제에 그치지 않고 인터넷 업로드 등으로 불특정 다수인이 저작권 침해 및 침해의 확산을 야기하는 등의 불법적 이용행태가 적지 않고, 피고가 제공하는 서비스에 가입 자격에 제한이 없으며, 소정의 요금 지급으로 녹화 서비스를 제공하는 방송 프로그램의 녹화가 가능한 점 등을 들어 사적복제로 볼 수 없다 판시하였다.<sup>61)</sup>

이 판결은 일본의 가라오케 법리와 유사한 법리를 이용한 판결이라 평가된다.

#### ① 민사소송

원고는 1심(서울중앙지법)과 2심(서울고등법원)에서 저작권 침해를 이유로 녹화 및 전송행위 중지를 청구하였고 법원에 의해서 모두 받아들여졌다. 이에 피고는 대법원에 상고하였으나 심리불속행으로 기각되어 피고의 저작권 침해와 원고의 구제청구권이 확정되었다.

법원에서는 (1)복제행위의 주체, (2)사적복제 해당 여부 및 (3)공중송신권의 침해여부라는 세 가지 쟁점에 관해 판단하였다.

---

61) 서울고등법원 2009. 4. 30. 선고 2008나86722 판결.

먼저, 복제 행위의 주체에 대하여 피고가 그 전체를 조달, 구축하여 피고의 점유, 관리 하에 있고, 피고가 그 작동을 점검, 감시하고 장치의 보수와 교체 등을 담당하는 점을 일반 PVR의 형태와 다르다고 규정하고, 피고가 이용자들을 유인하여 서비스 이용료를 결제하게 하여 이득을 취하고 있는 점 등을 들어 복제행위의 주체를 피고로 보았고, 저작권 보호에 관한 고려나 조치를 마련하지 않은 피고의 행위는 복제권의 침해행위에 해당한다고 판단하였다.

사적복제의 방조 해당 여부에 관해서는 복제 행위의 주체가 이용자가 아니고 피고이므로 방조 행위에 해당할 수 없고, 이용자들이 복제행위의 주체라고 가정한다 하여도 이는 저작권법 제30조 단서의 공중의 사용에 제공하기 위하여 설치된 복사기기에 의한 복제로서 저작재산권의 제한 사유에 해당하지 않는다고 보아, 피고의 행위는 침해행위 방조로 복제권 침해행위라고 판시하였다.

공중송신권의 침해에 관해서는, 공중에게의 전송 여부는 원저작물을 기준으로 해야 하고, 특정 저작물의 복제물을 여러 개 만들어 이를 각 사람들에게 하나씩 제공했다 해도 이는 공중에게의 전송으로 보아야 한다고 판시했다.

## ② 형사소송

피고인은 1심(의정부지방법원)과 2심(의정부지방법원)에서 불법복제를 통한 저작권법위반이 인정되어 5백만 원의 벌금형을 선고받고 대법원에 상고하였으나 역시 기각되어 형이 확정되었다.

## 2. 마이TV 사건

### (1) 사건요지

마이TV는 엔탈과 유사하나 실시간 서비스를 더한 서비스이다. 마이TV는 케이블방송사로부터 수신한 방송신호를 인터넷망에 적합한 파일 형식으로 변환해서 이용자에게 그 변환된 파일을 스트리밍 형태로 전송하는 실시간 재전송 서비스 및 이용자의 요청에 대한 예약녹화 서비스를 유료로 제공하였다. 이러한 서비스를 위하여 마이TV에서는 940여대의 방송신호 전환장치(UTV Hubb)와 여러 대의 PVR을 설치하였는데, 한 대의 UTV Hubb는 동시간에 여러 회원을 대상으로 전송하는 형태는 아니고, 이용자 별로 서비스에 접속할 때마다 그 접속 시간을 기준으로 유휴상태인 UTV Hubb 중 한 대씩 임의 배정하여 연결시켜 일대일 서비스를 제공하였다. 그러나 그 기기가 일본의 로쿠라쿠 II 사건에서와 같이 회원 수만큼 구비되지 않는 않았다.

## (2) 판결내용

법원은 마이TV의 행위가 실시간 재전송 서비스에 관해서는 신호 전환 및 송신자가 이용자가 아닌 운영자이고 이러한 운영자의 행위는 수신보조행위에 머물지 않고 송신에 해당하여 동시중계방송권 침해한다고 판단하였다.

또한 예약녹화 서비스에 관해서는 운영자가 복제의 주체라고 하여 복제의 주체로서 저작인접권인 복제권 침해로 위법하다고 판단하였다.

이 사건 서비스 가입자는 개별적으로 방송신호 전환장치를 구입 및 임치하거나 스스로 설치할 필요가 없고, UTV Hubb의 설치 및 보관을 위한 공간 마련은 물론 유지·관리도 전적으로 피신청인에 의해 이루어지고 있어, 실질적으로 UTV Hubb를 이용하여 방송신호를

전환 및 전송하는 주체는 가입자가 아니라 시스템 운영자라는 것이다.<sup>62)</sup>

### 3. 국내 판결의 검토

위의 판결에서, 이용자들이 녹화 신청한 방송프로그램을 피고가 복제하여 이용자들에게 전송하는 서비스이므로 이용자들이 앞으로 방송예정인 원고의 방송프로그램을 녹화신청하지 않는다면 방송 예정인 방송프로그램에 대한 복제와 전송행위가 발생하지 않으므로 현실적인 저작권 침해행위는 존재하지 않는다는 점을 인정하였으면 서도, 녹화신청만 하면 피고가 이러한 녹화 서비스에서 방송 프로그램을 복제하는 주체가 이용자가 아닌 피고인 서비스제공자로 보아 사적 복제 행위에 대해 판단하지 않았다. 이러한 판결은 서비스제공자의 직접책임을 언급하는 일본의 가라오케 법리와 그 맥락이 유사 하다 하겠다.

이에 비하여, 소리바다 판결 등의 우리나라 판례는 민법 제760조 제3항이 서비스제공자의 책임에 대한 성문법적 근거가 될 수 있음을 밝히고 있다. 이용자의 이용이 불법하고 서비스제공자는 방조에 의한 공동불법행위로 책임을 진다는 이론 구성을 가진다. 이러한 판례의 입장에 대해 현행법의 해석상 무난한 결정이라 할 수 있다는 주장도 있다.<sup>63)</sup>

생각건대 사용자간의 구분이 없이 공중이 재생 가능하도록 설계된 정당한 권원 없는 원격녹화서비스에 대해서는, 직접책임을 의제하는 법리보다 판례로 정립된 공동불법행위로의 간접책임의 법리가

---

62) 최성준, 실시간 전송신 서비스 및 예약녹화서비스, Law & Technology, 제6권 제5호, 2010년, 125·127면

63) 최진원, 위의 논문, 98면.

더 합당한 것으로 보인다. 그러나 일괄적으로 모든 원격녹화서비스에 대해 이러한 법리를 적용하기 보다는, 서비스의 형태가 사용자의 사적복제나 공정이용으로서 규율 가능한 경우에 대해서는 그 적용을 달리 하여 관련 기술의 발전을 도모할 수 있어야 한다고 생각한다.

## 제4절 소결

미국에서는 원격 녹화 서비스의 대표적인 사건인 CableVision 사건을 살펴볼 때, 복제를 용이하게 해주는 것이나 직접 복제를 했다고 하기에는 부족하다 하여 서비스 제공자의 직접 책임을 부정하는 태도를 취하고 있다. 그러나 이 판결에서는 간접침해에 관해 판단을 하지 않았다. 그에 따라 간접침해에 대한 공정 이용 여부에 관하여서도 그 판단은 이루어지지 않았다. 다만 공연권에 관한 판단에서 고객의 개개 복제물을 해당 이용자에게만 전달하므로 공중에 대한 전송이 아니라 판단하였다.

미국의 CableVision의 법리와 유사한 논지로 최근에는 싱가포르에서 RecordTV 사건을 통해 항고심 법원에서 인터넷 원격녹화 TV가 저작권법 침해가 아닌 합법이라는 판결을 내린 바 있다.<sup>64)</sup> 여기서는 복제권과 공중송신권의 침해가 아니라고 하여 녹화 서비스 제공자의 책임을 부정하였다. RecordTV 사건에서, 복제에 관련해서는 이용자가 녹화의 주체이므로 이용자의 녹화가 합법이라면 서비스제

---

64)

[http://www.dmwmedia.com/news/2010/12/01/singapore-court-declares-internet-dvr-recordtv-legal?utm\\_source=twitterfeed&utm\\_medium=twitter&utm\\_campaign=Feed%3A+dmwmedia+%28Digital+Media+Wire%29&utm\\_content=Twitter](http://www.dmwmedia.com/news/2010/12/01/singapore-court-declares-internet-dvr-recordtv-legal?utm_source=twitterfeed&utm_medium=twitter&utm_campaign=Feed%3A+dmwmedia+%28Digital+Media+Wire%29&utm_content=Twitter)

공자의 책임을 논할 필요가 없고, 이용자의 녹화가 불법이라면 간접 책임을 지게 된다는 논지를 펴고 있다. 또한 공중송신에 관련해서는 공중에게의 전송 여부는 미국 CableVision 사건의 판결과 같이 원저작물이 아닌 복제본을 기준으로 판단하여 복제본이 녹화재생을 요청한 이용자에게 일대일로 만들어지는 경우에 대해서 공중에 대한 송신이 아니라고 판단하고 있다.

이에 반해 독일, 일본, 호주 및 우리나라는 이러한 원격녹화에 대한 판결에 대해 저작권을 침해했다는 입장을 취하고 있다.

일본에서는 일명 가라오케 법리라는 독특한 법리를 들어 서비스 제공자들에 대해 복제의 주체가 서비스 제공자이고, 이러한 서비스들이 공중송신에 해당하여 서비스 제공자가 직접 침해의 책임을 진다는 결론을 내고 있다. 이러한 법리가 원격녹화 서비스에도 적용된다는 것을, 로꾸라꾸 II 사건을 통해서는 복제권의 직접침해 판결로, 마네키 TV 사건에서는 공중송신권 및 송신가능화권의 직접침해 판결로 확인시켜 주었다. 일본에서는 특히 서비스 제공자가 관리하는 기계와 이용자가 일대일임에도 불구하고 인터넷과 같은 공중전기통신회선에 접속되어 장치에 정보가 입력되는 경우 공중송신으로 인정하였다. 이에 대해서는 인터넷에 연결되어 정보가 입력되는 사실만으로 공중송신으로 보아야 하는가에 대해서는 좀더 많은 연구가 있어야 할 것으로 생각된다. 현재 출시되고 있는 많은 PVR은 인터넷을 통하여 인터넷과 연결 가능한 상태이고, PVR 이외에도 대부분의 멀티미디어 기기들이 인터넷에 연결되어 있는 상태로 출시되고 있다. 기존의 PVR과 이러한 원격녹화의 실질적 차이에 대해 명확하지 않은 것이 사실이다. 이에 대해 단순히 사업자인 피고의 행위를 기술적 또는 법률적으로 확정하고 그것이 적법하지 않다는 선언만

으로는 부족하고, PVR을 이용하는 경우와 원격녹화를 이용하는 경우 사이에 법률적 실질적 차이가 구체적으로 어떻게 있으며, 그 차이로 인해 방송사업자인 원고들의 이익, 저작권법의 목적을 이루는 공익 등에 어떤 차이가 있는지를 논증해야 한다는 주장<sup>65)</sup>도 있고, 이에 동의하는 바이다.

독일에서도 원격녹화 서비스에서의 복제를 서비스 제공자의 복제로 보았고 단지 유상이냐 무상이냐에 따라 독일 저작권법상의 사적 복제의 허용범위에 속하는가 그렇지 않은가를 결정한다고 판시하였다.

호주에서도 복제의 주체가 서비스 제공자, 혹은 서비스 제공자와 이용자라고 하였고, 이 서비스로 인하여 이득을 도출하였으므로 사적 이용의 예외에 적용할 수 없다고 판단하였다. 이는 영국에서의 기여책임 원리에서 한발 더 나아가 서비스 제공자의 직접 침해 책임도 가능함을 판결문에서 명시하였다.

우리나라에서는 일본의 가라오케 법리와 유사하게 서비스 제공자의 직접 침해를 긍정하는 입장을 보였다. 이 판결의 근원이 우리나라 민법 제760조 1항에 근거한 것인지 일본의 가라오케 법리를 원용한 것인지 명확하지는 않으나<sup>66)</sup> 기존의 온라인 서비스 제공자를 규율하던 방조의 공중불법행위를 적용하지 않았다. 생각건대 방송과 통신의 경계선 상에 기술적 특징을 두고 있는 원격 녹화 서비스에 대해 방송으로서의 역할에 무게를 둔다면 기존의 온라인에 대한 판결과 다른 법리가 나올 수 있고, 방송과 통신의 기술적 특징을 모두 갖춘 것에 대한 점을 고려하여 판례를 정립해 나가야 할 것이다.

원격녹화 서비스의 침해를 긍정하는 입장에서는, 복제에 관련해

---

65) 최정열, 위의 논문, 149면

66) 맹정환, 위의 논문, 85면

서는 복제의 주체가 서비스제공자로 인정이 되고, 서비스제공자가 직접 침해 혹은 방조의 공동불법행위의 책임을 지게 된다고 하였다. 공중송신에 관련해서는 공중에게의 전송 여부는 원저작물을 기준으로 판단한다고 하여 복사본의 개수와는 상관이 없이 여러 이용자에게 녹화재생이 제공되는 경우는 공중에 대한 송신으로 판단되고 있다.

위와 같이 판단의 결론만을 살펴보면 단순히 원격녹화 서비스에 대해 서비스 제공자의 책임에 대해 긍정하느냐 그렇지 않느냐로 나뉠 수 있겠으나, 그 내용이 나오기까지 미국의 CableVision 사건에서의 서비스 모델과 일본, 독일, 호주 및 우리나라에서의 원격녹화 서비스 모델은 사실관계에서 근본적인 큰 차이가 있다. CableVision의 경우, 서비스 제공자가 케이블 방송 사업자로서 방송에 대한 정당한 권원을 가지고 이용자에게 방송을 송신하고 셋탑박스를 제공하는 사업자인데, 각 셋탑의 관리의 어려움 해소 및 자원 효율성 증대 등을 이유로 제공하는 PVR 대신 RS-PVR을 제공하는 모델이다. 또한 이 서비스는 케이블 회선을 사용하고 있다.(내부적으로는 인터넷을 사용하고 있는지에 관해 알 수 없다.) 이에 반해 일본, 우리나라 등에서의 원격녹화 서비스 모델은 방송을 송출하는 권원이 없는 서비스 제공자가 방송을 수신하여 이를 녹화하였다 송신하는 형태를 가지고 있다. 이는 불법 재송신과 유사한 기술적 토폴로지를 갖는다고 볼 수 있다. 따라서 이들이 사용자 대 서비스 공간이 일대일의 원격 녹화라는 서비스 형태를 제외하고는 여러 가지 고려할 사항이 다르다 할 것이다. 그러나, 미국, 일본, 호주 등의 판례에서 방송권원에 관해서는 언급한 바가 없어 방송권원여부가 판결에 영향을 미쳤는가에 대해서는 알 수가 없다.

앞서 살펴보았듯이 각기 사실관계는 다르지만, 원격녹화라고 하는 유사한 서비스에 대해서 크게 (1)복제의 주체가 누구인가와 (2)공중의 송신인가의 두 가지 문제가 쟁점이 되었고, 각국이 전혀 상반된 결론에 도달하고 있음을 알 수 있다. 이는 각국의 저작권법들이 동일하지 않고, 법적인 배경과 환경이 다름에 기인할 것일 수도 있다. 또한 기술에 대한 인식도가 차이가 나기 때문인 것으로 보인다. 그리고 정책 전망이 유사한 사항에서의 다른 결론을 낳는 일정 이유가 되었다고 생각된다. 즉, 대중들의 새로운 기술의 사용을 통한 창의성과 혁신을 저작권법이 방해하는 것을 방지하고자 하는 정책과, 저작권법을 통해 저작자에게 권리를 부여하여 창의력과 혁신을 촉진하려는 정책의 차이가 결론의 차이를 만들게 되었다고 볼 수 있다. 법문이 명확하게 입법 정책을 반영하지 않는 한, 그 기술 발전을 억압할지 여부를 서둘러 확대 해석되어서는 안 된다는 법원의 자세와, 법령의 범위를 확장하기 위해서는 단순히 법원에서 정책을 표출하는 것만으로는 부족하고 입법적으로 정책과 의도가 표출되어야 한다는 법원의 자세의 차이 또한 이러한 판단 결과의 차이를 만들어 낸 것이라 생각한다.

여러 나라의 입법례에서 우리나라가 받아들여야 할 것과 배척해야 할 것을 우리나라의 환경에 맞게 선택하는 것이 중요할 것으로 보인다. 이를 위해서는 법리의 이해와 동시에 기술에 대한 이해 및 기술의 흐름에 대한 시각도 필요할 것으로 생각된다.

## 제4장 현행 저작권법에서의 저작권의 침해 검토

### 제1절 서설

저작권 침해행위란 저작권자 이외의 자가 저작권자의 허락 또는 법적인 권원이 없이 저작권법에 규정된 지분권에 해당하는 행위를 하는 것을 말한다.<sup>67)</sup> 우리 저작권법 제16조 내지 제22조의 저작재산권의 지분권을 저작권자의 허락 없이 이용하거나, 저작인격권을 보장하지 않는 행위를 하거나, 이들 침해행위와 실질적으로 동일시할 수 있는 행위를 한 경우에는 저작권의 침해가 된다.

### 제2절 복제권의 침해 여부

#### 1. 복제권의 개념

복제란 인쇄·사진·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것을 말하며, 건축물의 경우에는 그 건축을 위한 모형 또는 설계도서에 따라 이를 시공하는 것을 포함한다고 정의<sup>68)</sup>하고 저작권자는 이러한 복제를 할 권리를 가진다고 규정하고 있다.<sup>69)</sup> 우리나라 저작권법은 저작물의 성립에 있어서는 고정을 그 요건으로 하지 않지만, 복제에 대해서는 고정의

67) 송영식, 이상정, 저작권법 개설, 제4판, 2009년, 303면

68) 한국 저작권법 제2조 제22항

69) 한국 저작권법 제16조

개념을 사용하고 있는데 이러한 유형물의 고정 개념은 2000년 저작권법 개정으로 들어왔다. 법문 상의 복제 방법은 예시적이므로 그 외의 방법으로 유형물에 고정되는 형태라면 복제에 해당한다 할 것이고, 무형적인 복제는 공연권과 관련될 뿐 복제에는 해당하지 않는다 할 것이다. 복제권으로 저작자에게는 저작물이 복제를 통하여 넓은 범주의 이용자에게 접근시킬지의 판단여부가 유보되며, 동시에 복제가 저작자의 동의에 의존하게 되어 대가를 받고 복제를 허용함으로써 추가적인 이용행위에 대해 대가가 확보된다.<sup>70)</sup> 복제권의 경우에는 저작권에서의 복제권과 저작인접권에서의 복제권 사이에 차이가 있다. 저작권자에게 부여된 복제권에서 복제라 함은 저작권 보호대상인 저작물과 동일한 것을 유형물에 고정하는 좁은 의미의 복제 뿐만 아니라, 저작권의 보호대상인 저작물과 동일하지 않지만 실질적으로 유사한 것을 유형물에 고정하거나 유형물로 제작하는 넓은 의미의 복제도 포함하는 반면, 저작인접권자에게의 복제는 좁은 의미의 복제에 한정한다.<sup>71)</sup> 저작인접권으로서의 복제권의 발생 및 행사는 저작권과는 별개이므로 복제권을 가진 저작인접권자는 저작권자의 의사에 반하여도 그 권리를 행사할 수 있다.<sup>72)</sup> 또한, 복제권의 행사에 대해 우리 저작권법 제23조 내지 제38조가 정하는 권리의 제한이 따른다.

## 2. 복제권에 대한 외국 법제

미국의 저작권법에서는 복제물에 대해 현재 알려졌거나 장래에

70) 정상조, 저작권법 주해, 박영사, 2007년, 374면

71) 정상조, 지적재산권법, 홍문사, 2004년, 315면 참조

72) 서울고등법원 2006. 4. 4. 선고 2005나85926 판결; 정상조, 저작권법 주해, 박영사, 2007년, 828면 참조

개발될 방법으로 저작물이 고정되는 음반 이외의 유체물로, 그로부터 저작물이 직접 도는 기계나 장치를 통해 인지, 복제, 전달될 수 있는 것이라고 정의한다.<sup>73)</sup> 미국의 경우에는 저작물의 성립에 있어서 고정으로 그 요건으로 하고 있다. 따라서 복제 또한 고정을 요건으로 한다 할 것이다. 미국에서 어느 저작물을 메모리에 옮기는 것이 그 저작물의 복제라고 하는 것은 미국 저작권법상 정설이지만 복제가 이루어진다고 침해가 발생한다고 볼 수는 없고, (1)복제가 저작권자의 허락을 받은 경우이거나, (2)공정이용으로 그 책임이 면제되거나, (3)법률상 면제된 경우나, (4)사소한 정도로 간주될 만큼 적은 규모의 경우 책임을 면한다. 한미 FTA 준수를 위하여 2011년 12월 개정된 우리 저작권법에서 복제는 ‘일시적 또는 영구적으로’라고 새로 규정하였고, 이에 따라 일시적 복제 또한 복제 행위 안에 포섭되도록 개정하였다.

일본 저작권법은 제49조에서 저작재산권 제한에 해당하는 당초 복제를 행했던 목적 이외의 목적을 위하여 그 복제물을 이용한 자는 복제권을 침해한 것으로 보도록 법문으로 규정하고 있다. 일본 저작권법에 의하면 당초 복제 목적은 사적인 이용을 위한 복제에 해당되지만 이를 전송하기 위해 이용하는 경우에는 그 이용자는 당초 복제한 것에까지 책임을 지게 된다. <sup>74)</sup>

### 3. 복제권의 제한: 사적복제와 공정이용

사적복제란 개인이나 한정된 범위의 사람이 개인적으로 저작물을

---

73) 17 U. S. C. §101(1)

74) 황보영, 온라인 음악산업의 법적 문제, Law & Technology, 창간호, 2005년, 81면; 정상조, 저작권법 주해, 박영사, 2007년, 849면

이용하기 위해 한정된 수량의 복제물을 만드는 것이다. 우리 저작권법에서는 영리를 목적으로 하지 아니하고 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 경우 저작물을 복제할 수 있다는 사적복제 규정을 두고 있다.<sup>75)</sup> 종래부터 사적복제가 허용된 가장 큰 이유는, 아날로그 시대의 저작물은 이를 개인이 복제하는 것을 허용하더라도 복제행위에 상당한 시간과 노력이 수반될 뿐만 아니라 그 복제물의 품질이 통상 원본보다 조악하여 실제로 저작권자에게 미치는 저작물 시장에서의 손실이 크지 않다는 전제 때문이었다.<sup>76)</sup> 디지털 환경으로 접어들면서 앞서 살펴본 바와 같이 복사가 용이하고, 질적 저하가 없으며, 대규모 복사가 가능한 데다가, 복제물을 네트워크를 통해 광범위하게 유통할 수 있다. 디지털 기술이 발달함에 따라 저작물에 대한 권리의 범위가 불분명하게 되었다는 것을 의미한다.<sup>77)</sup> 즉, 이전의 사적복제를 그대로 인정하면 저작자의 권리와 복제자의 권리가 거의 차이가 없는 것과 다름없는 것이다. 그러나 디지털 저작물에 대해서만 사적복제를 허용하지 않는다면 영리를 목적으로 하지 않는 개인 이용자의 권리를 지나치게 제한하는 것이 된다. 우리나라는 이러한 과도한 복제행위를 제어하기 위해 공중용 복사기기에 의한 복제를 허용복제방식에서 제외하였다.<sup>78)</sup>

전통적으로 저작권법은 저작물의 사적인 이용을 합법으로 취급하였다. 역사적으로 저작권법은 복제권을 제외한 여타의 유형의 권리

75) 한국 저작권법 제30조

76) 박준석, 위의 책, 280면

77) 손호진, 사적복제의 허용범위에 관한 연구: 디지털 환경으로서의 변화에 대응하여, 고려대학교 석사학위논문 2006년, 24면.

78) 한국 저작권법 제30조 단서, 2000년 1월 저작권법 개정에서 추가되었다. 입법 취지나 당시 상황으로 볼 때 복사집에 맡겨서 복사하는 경우 허용하지 않겠다는 의사로 보인다.

에 대해서 공중의 요건을 결부시켜왔다. 복제권에 있어서도 프랑스와 독일을 중심으로 하는 대륙법계의 droit d'auteur 체계에서는 저작권의 제한으로서 사적복제를, 영미법계의 copyright 체계에서는 공정취급 또는 공정이용의 법리로 공중과 결부되지 않은 복제를 저작권의 적용범위로부터 배제시키고 있다.<sup>79)80)</sup> 사적복제가 공정이용인가에 대한 논의도 아직 대체로 합의된 결과가 만들어 지지 않은 상태이다.<sup>81)</sup>

공정이용의 일반적 조항이 없고 사적복제에서 공중용 복사기 관련 단서 조항이 있는 우리나라 저작권법 환경에서의 여러 판결들이 사적복제의 인정에 부정적이었으나, 우리나라에서도 2010년 저작권상생협의체 주관으로 공정이용 가이드라인을 제시하였고, 2011년 저작권법 개정으로 공정이용에 관한 보충적 규정인 저작물의 공정한 이용에 관한 규정<sup>82)</sup>을 신설함으로써 포괄적 공정이용의 법문을 가지

79) 최진원, 엔스크린 서비스의 법적문제: 저작권법을 중심으로, 지식재산연구 제6권 제4호, 2011년, 108면

80) droit d'auteur 체계(저작자 권리체계)와 copyright 체계(저작권 체계)의 근본적인 차이는 저작인격권(moral right)에 대한 인식이 있느냐 고려되지 않느냐에 있다.

81) 사적복제가 공정이용이 아니라는 입장과 항상 공정이용이라는 입장이 상충한다. 공정이용이 아니라는 입장의 근거는 저작권법이 저작권자들에게 저작물의 복제를 통제하는 배타적인 권리를 부여하고 있다는 점이다. 반면 항상 공정이용이라는 입장은 사적복제가 대개 제한된 범위의 목적에서 가끔씩 이루어지는 것이며, 저작물 이용 협상을 위한 거래비용이 높다는 시장실패론에 부분적으로 의존하고 있다. 또한 이 입장은 대부분의 사적복제가 이미 비용을 치루고 구입한 저작물을 이용하는 것일 뿐 아니라 가정과 같은 사적인 공간에서 행해진다는 점을 강조한다.; 조연하, 위의 논문, 337면 참조.

82) 한국 개정 저작권법 제35조의 3

① 제23조부터 제35조의2까지, 제101조의3부터 제101조의5까지의 경우 외에 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우에는 보도·비평·교육·연구 등을 위하여 저작물을 이용할 수 있다.

② 저작물 이용 행위가 제1항에 해당하는지를 판단할 때에는 다음 각 호의 사항등을 고려하여야 한다.

게 되었다. 한미 FTA 이행을 위한 저작권법 개정안에서 공정이용의 일반조항을 신설하면서 사적복제에 대한 판결의 양상이 달라질지에 대해 귀추가 주목된다.

#### 4. 사적복제에 대한 외국 법제

미국은 사적복제에 대한 면책에 관한 명시적 규정 없이 미국 저작권법 제107조의 공정이용에 대한 일반조항으로 해결하고 있다. 미국에서는 저작물의 공정이용은 헌법에서 명시하는 과학과 예술의 발전의 촉진이라는 저작권의 근본 목적을 달성하기 위해 필요하다고 인식하고 있다.<sup>83)</sup> 미국 저작권법 제107조는 학교 교육 등 일정한 경우에 이용자가 저작자의 허락 없이 저작물을 제한적으로 복제 및 배포할 수 있다고 규정한다. 미국저작권법은 사적복제에 관한 판단을 이러한 포괄적인 저작권 제한 원칙인 공정이용의 성립여부에 따르고 있는데 이러한 일반조항에 의한 규율은 디지털 기술의 발전에 대응해 적용이 가능하다. 공정이용에 대한 미국 법원의 입장은 아직 일관되어 있지 않다. Sony 사건과 같이 복제에 의한 저작물의 경제적인 가치를 강조한 데 반해 Campbell 사건 같은 경우는 그에 회의적이었다. 이렇게 개념 정립을 하지 못하는 근본적인 이유는 과학기술의 급격한 발달로 인하여, 이전에는 예상하지 못했던 새로운 종류의 저작물과 다양한 형태의 이용방법이 계속해서 등장하여 공정이

- 
1. 영리성 또는 비영리성 등 이용의 목적 및 성격
  2. 저작물의 종류 및 용도
  3. 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성
  4. 저작물의 이용이 그 저작물의 현재 시장 또는 가치나 잠재적인 시장 또는 가치에 미치는 영향

83) Campbell v, Acuff-Rose Music, Inc, 510 U. S. (1994).

용에 관한 획일적인 정의가 불가능해졌다는 견해도 있다.<sup>84)</sup>

독일에서는 1901년 사적복제를 허용한 이래로 지금까지 그 제도를 유지하고 있다. 독일 저작권법 제53조는 사적이용을 위하여 자연인을 통한 저작물의 임의의 매체 위에서의 개개의 복제는 그것이 직접이든 간접이든 영리목적에 이용되지 아니하고 명백히 위법하게 제작된 견본에 의하지 않는 한 허용된다고 규정하고 있다.<sup>85)</sup> 그러나 독일에서는 몇 차례 법 개정을 통하여 현재는 ‘명백히 위법하게 제작된 견본’ 뿐만 아니라 ‘공공연하게 접근가능한 견본(offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage)’을 이용했을 경우에도 사적복제의 대상에서 제외된다는 것을 분명히 함으로써, 인터넷 상에서 공유 또는 게시되는 파일의 경우 불법제작 여부를 불문하고 다운로드 한 자들이 법적 제재를 받을 수 있음을 명시하고 있다.<sup>86)</sup> 또한 독일 저작권법 제53조 6항은 ‘사적복제를 통해 제작된 복제물은 배포될 수 없으며, 공개재현 되도록 이용될 수도 없다’고 규정하여 사적복제에 대한 재배포를 제한하였다.<sup>87)</sup>

일본은 개인적 이용이나 가족과 같은 한정된 범위에서의 이용에 한해 복제를 허용하는데, 2009년 6월 저작권법 개정을 통해 사적복제를 축소하였다. (일본 저작권법 제30조<sup>88)</sup>)

---

84) 최상필, 클라우드 컴퓨팅 환경에서 제공되는 서비스의 저작권적 문제, 동아법학, vol. -No. 55, 2012년, 333면

85) 김현철, 디지털 환경하의 사적복제 문제에 관한 비교법적 고찰, 저작권심의조정위원회, 2004년, 333면

86) 최상필, 위의 논문, 333면

87) 최상필, 위의 논문, 334면

88) 일본 저작권법 제30조

저작권의 목적인 저작물은 개인적 또는 가정 내 기타 이에 준하는 한정된 범위 내에서 사용하는 것을 목적으로 하는 경우에는 다음에 열거한 경우를 제외하고 그 사용자가 복제할 수 있다.

## 5. 원격녹화에서의 복제권

서비스가 저작물을 녹화해서 이용자가 보고 싶은 시간에 전송하기 위해서는 일단 자신의 서버에 이 저작물을 복제하여야 하고 여기에서 복제권의 문제가 일어나게 된다. 이 복제를 인터넷 상에 제공할 수 있도록 하면 이는 사적복제가 될 여지가 거의 없이 공중에 대한 유형물의 고정이 될 것이다. 그러나 폐쇄적인 네트워크 상에 제공하는 경우 이론상으로는 사적복제가 될 여지가 있을 수도 있다. 이러한 저작물의 제공이 개인적으로 이용되거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위에서의 이용이 될 수 없는 경우에는 사적복제로 규율되지 않을 가능성이 높다. 원격녹화 서비스가 복사한 영상물을, 이용자가 가진 단말이 아닌, IaaS의 형태 등으로 제공되는 스토리지에 저장하고 다시 그 녹화물을 이용자의 셋탑 박스로 스트리밍하는 경우에 대하여 규율하는 법문은 없다. 그러나 판례 등으로 비추어 볼 때 셋탑 박스 외의 여러 단말에 전송하는 엔 스크린 서비스의 경우 정당한 권원이 없는 한 복제권을 침해하고 있다고 판단될 가능성이 많다고 볼 것이다. 생각건대 클라우드 컴퓨팅 환경의 서비스를 하고 있다 하더라도 녹화물을 이용자의 단말에만 재생할 수 있도록 하는 제한이 있는 경우는 사적복제 내지 공정이용에 의한 저

- 
- (1) 공중의 사용에 제공하는 것을 목적으로 설치되어 있는 자동복제기기를 이용하여 복제하는 경우
  - (2) 기술적 보호수단의 회피하는 것에 의해 당해 기술적 보호수단에 의해 방지되는 행위를 가능하게 하거나 또는 당해 기술적 보호수단에 의해 기술적 보호수단에 의해 방지되는 행위를 가능하게 하거나 그 결과 장애가 생기지 않도록 된 복제를 그 사실을 알면서 행하는 경우
  - (3) 저작권을 침해하는 자동공중송신을 수신하여 이루어지는 디지털방식의 녹음 또는 녹화를 그 사실을 알면서 한 경우.

작재산권 제한이 적용 가능할 것이다. 과연 이러한 복제권의 침해 주체가 누구인가에 대해서는 원격녹화서비스 제공자의 책임에서 살펴볼 것이다.

### 제3절 공중송신권의 침해 여부

#### 1. 공중송신권의 개념

WIPO 저작권조약은 저작권자에게 저작물의 공중으로의 배포를 허락할 배타적 권리<sup>89)</sup>와 저작물의 공중에 전달하는 것을 허락할 배타적 권리<sup>90)</sup>를 둘 다 규정하여 디지털 송신에 대한 저작권자의 법적 권리를 규율하였다.<sup>91)</sup> WIPO는 이에 대한 수용에 대해 각국에 위임하여 각국의 국내법에 의해 정하도록 하였다. 우리 저작권법에서 공중송신은 저작물, 실연·음반·방송 또는 데이터베이스(이하 "저작물등"이라 한다)를 공중이 수신하거나 접근하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것을 말한다고 정의한다.<sup>92)</sup> 또한, 전송은 공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물 등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함한다고 정의한다.<sup>93)</sup> 일반적으로 전송권이란 공중송신 중 일반 공중의

---

89) WIPO 저작권조약 제6조

90) WIPO 저작권조약 제8조

91) 이렇듯 배포와 공중송신으로 규정하게 된 국제적인 배경과 그 합의 과정에 대해서는 권오성, 인터넷 스트리밍의 저작권법의 문제점, 서울대학교 법학과 대학원 석사학위논문, 2004년, 12-14면 참조

92) 한국 저작권법 제2조 제7호

93) 한국 저작권법 제2조 제10호

구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 저작물을 수신하거나 이용할 수 있도록 하기 위하여 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 행위를 스스로 하거나 타인에게 이를 하도록 허락할 권리를 말한다.<sup>94)</sup> 2000년 개정된 저작권법에서 저작권자의 권리로 공중송신권을 신설하였고, 2006년 개정법에서 종전의 방송권 및 전송권을 포괄<sup>95)</sup>하는 개념으로 전송을 규정하여, 전송은 공중송신의 한 형태로 규정하였다.<sup>96)</sup> 저작자는 그의 저작물을 공중송신할 권리를 가진다.<sup>97)</sup> 공중송신은 방송, 전송 및 디지털 음성 송신을 포괄하는 최상위 개념이다.<sup>98)</sup> 복제권은 수신자의 컴퓨터에 저작물이 저장되지 않을 때는 적용되기 곤란하고, 배포권은 유형물의 점유이전이 없는 경우 적용되기 곤란한 점이 있어, 인터넷상의 파일 전달에서 권리 주장을 하기에 적합하지 않다. 더불어 공중송신권의 필요성이 더욱 강해졌다. 공중송신권은 배포권과 달리 전통적인 의미의 점유이전이 없기 때문에 소진이 되지 않고, 최초 판매의 원칙도 적용되지 않는다고 해석된다.<sup>99)</sup>

94) 정상조, 지적재산권법, 홍문사, 2004년, 326면

95) 법적인 개념으로 전송권은 쌍방향적 통신에 관한 권리이고 방송권은 일방적인 전달을 특징으로 한 권리였다. (정상조, 위의 책, 326면) 그러나 양방향 데이터 방송이나 인터넷에서의 멀티캐스트나 브로드캐스트 전송이 혼용되면서 이에 관한 기술적 경계가 없어지게 되었다.

96) 개정법 이전에는 저작권자, 실연자, 음반제작자 및 데이터베이스 제작자에게 전송권이 부여되어 있었다. 개정후에는 저작권자에게는 공중송신권을 인정하면서 실연자, 음반제작자, 데이터베이스 제작자에게는 전송권만을 인정하고 있다. ; 박인회, 컴퓨터 프로그램에서의 전송권에 대한 소고, 지식재산연구 제5권 제1호, 2010년, 58-59면

97) 한국 저작권법 제18조

98) 저작권법 제2조 제8호(방송), 제10호(전송) 및 제11호(디지털음성송신)는 모두 '공중송신 중'이라고 시작하여 공중송신에 속함을 명시하고 있다.; 정상조, 저작권법 주해, 박영사, 2007년, 48면 참조

99) 정상조, 지식재산권법, 홍문사, 2004년, 328면 참조

## 2. 공중송신권에 대한 외국 법제

미국 정부는 디지털 환경 도래에 따른 저작권법 개정 필요성에 부합하여 NII 지적재산권작업반을 구성하여 1995년 9월 지적재산권과 국가정보기관이라는 백서 발간이후, 1995년 11월 녹음물의 디지털 공연권에 관한 법(Digital Performance Right in Sound Recordings:이하 DPRA)을 제정하여 음반제작자의 공연권을 인정하였다. DPRA는 디지털 송신을 세 가지 범주로 나누고 있다. 첫째, 실연권이 배제되는 방송 송신, 둘째, 일반적으로 법정이용허락이 있어야 하는 가입자 대상 송신, 셋째, 완전한 배타적 권리의 대상인 주문형성, 여기서 방송송신이란 연방통신위원회에 의한 면허를 받은 지상파방송국에 의한 송신을 말한다.<sup>100)</sup> 이 법률에 있어서의 특징은 우선 기존의 공중과 방송의 경우 이전과 같이 공연권을 인정하지 않되, 쌍방향 통신의 경우에는 공연권을 인정하는 이분적 태도를 가지고 있다는 것이다.<sup>101)</sup>

미국은 위의 CableVision 판결에서 만일 이용자 개인별로 디지털 원본을 생성하지 않고 1개의 원본으로 네트워크를 통하여 여럿에게 전달하는 경우라면 저작권자의 공연권을 침해한다고 보았다.

일본은 1997년 일본 저작권법 개정으로 방송의 정의를 수정하여 공중이 동시에 수신하는 경우를 방송이라 하고, 이보다 넓은 개념으로서 송신의 개념을 법에 포함시켜 공중송신권을 신설하였다. 일본 저작권법 제23조에서 저작자는 그 저작물에 대해 공중송신을 행할 권리를 가지고, 공중송신되는 저작물을 수신장치를 사용하여 공중에

---

100) 최영목 et al., 디지털 시대의 영상저작물과 저작권에 관한 연구, 한국방송진흥원 연구보고서, 2000년, 141면

101) 박인회, 위의 논문, 65면

게 전달할 권리를 가진다고 규정하고 있다. 일본 저작권법은 전송이라는 개념을 따로 규정함이 없이 방송을 규정하였고, 굳이 방송을 음성 및 영상에 한정하고 있지 않으며, 자동공중송신 내에 송신가능화를 포함하고 있다.<sup>102)</sup>

영국은 영국 저작권법을 2003년 개정하면서 공중이용제공권(making available to the public right)을 신설하였다. 영국 저작권법 제16조에서 저작권자는 저작물을 공중에 전달할 수 있는 배타적 권리를 가지고 있다고 정의하고 있다. 또한 20(2)조<sup>103)</sup>에서 그 권리에 대한 범위를 공중이 원하는 시간과 장소에서 접근 가능하게 하는 전자적 송신에 의해 공중이 저작물을 이용가능하게 하는 것을 포함한다고 규정하고 있다.

독일은 독일 저작권법 제15조 제2항에서 저작물의 무형적 이용에 관한 통칙을 두어 저작자가 저작물을 공연할 권리를 가진다고 규정한다. 이러한 권리 중에 전송에 관련된 권리는 공중전달권,<sup>104)</sup> 방송권,<sup>105)</sup> 및 방송 및 공중전달에 대한 통신권<sup>106)</sup>이 있다.

녹화프로그램 파일을 전송하는 기능을 가진 PVR은 저작자 및 저작인접권자인 방송사업자의 전송권을 침해할 소지가 있다. 시중에 나오는 메이저 회사들의 PVR은 이러한 전송권에 대한 방지를 위해

---

102) 박인회, 위의 논문, 64면

103) 20(2) References in this Part to communication to the public are to communication to the public by electronic transmission, and in relation to a work include— .

(a)the broadcasting of the work; .

(b)the making available to the public of the work by electronic transmission in such a way that members of the public may access it from a place and at a time individually chosen by them

104) 독일 저작권법 제19조의 a Recht der öffentlichen Zugänglichmachung

105) 독일 저작권법 제20조 Senderecht

106) 독일 저작권법 제22조 Recht der Wiedergabe von Funksendungen und von öffentlicher Zugänglichmachung

고유의 파일 시스템을 사용하거나 특수한 암호화 등을 사용하나 중소기업의 셋탑은 이러한 기술적인 보호장치를 보장하지 않는다.

### 3. 원격녹화서비스의 공중송신권 침해여부

원격녹화서비스는 헤드엔드의 구성이 클라우드 컴퓨팅 서비스이건, 그렇지 않건 복사본이 서버에 저장되어 있고, 이를 이용자가 요청하면 이용자의 단말기기를 통해 송신하므로 저작물을 송신하거나 이용하는 공중송신의 요건을 가지고 있다. 이런 원격녹화서비스의 이용 대상이 공중인가 특정 다수인가 그렇지 않으면 특정한 개별인가에 대해 규명이 되어야 할 것이다. 공중송신에서 사용되는 공중의 개념에는 저작권법 제2조 제13호에서 불특정 다수인만이 아니라 특정 다수인도 포함하는 것이므로 이에 따르면 특정한만 이용하는 경우라면 전송권의 침해라고 할 수 없으나, 그 외에는 침해 문제가 논의될 수밖에 없다. 우선 녹화한 저작물을 누구에게나 다운받을 수 있도록 공유 기능이 있는 경우는 저작물이 저작권자와 계약 등에 의해 공중송신이 허용된 것이 아니라면 공중송신권을 침해하는 것이 될 것이다. 서비스에서의 개인 계정 및 개인 저장 공간이 있어 자신만의 녹화물을 보거나, 로꾸라꾸 서비스처럼 개인별 하드웨어를 서비스제공자에게 맡기는 경우에는 논란의 여지가 있을 것으로 보이나, 일본과 같은 법리를 따른다면 이 또한 공중송신권의 침해의 가능성이 있다 할 것이다. 그러나 위와 같이 비록 서비스제공자 측에 복제물이 보관이 된다 하더라도 공유 기능 없이 사용할 수 있는 원격녹화서비스까지 공중송신권의 침해의 책임을 묻는다는 것은 권리자의 이익 침탈과 관련 없는 것에 이용자의 권리를 지나치게 제

한하는 것이라고 생각된다.

## 제4절 동일성유지권의 침해 여부

### 1. 동일성유지권의 개념

저작권 중 저작인격권은 저작자가 저작물에 대하여 가지는 인격적, 정신적인 이익의 보호를 목적으로 하는 일신전속적 권리<sup>107)</sup>를 말하며, 크게 공표권(저작물의 공표 여부를 결정할 권리), 성명표시권(저작물 공표 시에 실명 또는 필명을 표시할 권리) 및 동일성유지권(저작물의 내용, 형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리)으로 구성되어 있다. 동일성유지권은 그 변경이 본질적 변경이 아닌 한 일정한 예외의 인정하고 있다.<sup>108)</sup> 미국의 경우 저작물의 이용에 부득이한 변경이 동일성 유지권의 침해로 되지 않는다는 것은 당사자 간의 저작물 이용허락에 의한 저작물 이용의 경우 뿐만 아니라 저작권법의 규정에 의한 법정이용허락이나 저작권 제한의 규정에 의한 저작물의 이용에도 그대로 적용될 수 있다.<sup>109)</sup> 그에 반해 우리나라는 동일성유지권을 저작인격권의 하나로서 엄격하게 보호해 주는 해석론을 견지하고 있다. 독일을 제외한 대륙법계 국가와 우리나라는 저작재산권과 저작인격권이라는 성질이 다른 두 권리가 모여 이

---

107) 한국 저작권법 제2조 제2호

108) 한국 저작권법 제13조 제2항 제5호; 이는 저작권자의 동일성유지권을 제한할 수 있는 포괄적인 규정이므로 그 해석에 있어서 신중을 기하여야 할 것이라는 서울중앙지법 2009. 9. 2. 선고 2009가합7071 판결(금성출판사 역사교과서 좌우편향 저술관련 수정사건)이 있었다.

109) 미국 저작권법 106A는 순수미술 작품의 저작자에게 부여된 저작인격권도 공정이용의 제한을 받는다고 하여 법문으로 규정하고 있다.

루어진 것이라고 설명하며, 저작인격권을 양도, 상속이 불가능한 일신전속적 권리로 이해하는 이원론을 택하고 있는 것으로 설명된다. 그리하여 동일성유지권과 같은 권리는 양도가 불가능하며 이용권을 통해 권리행사만 가능할 뿐이다.

## 2. 원격녹화서비스의 동일성유지권 침해여부

시간대 이동과 광고 건너뛰기 기능은 방송저작물 원래의 편성시간대를 변경하고 프로그램의 길이를 축소시키는 효과를 가진다. 이는 저작인격권에 해당하는 동일성유지권을 침해할 소지가 있다. 이는 특히 원격녹화이기 때문에 발생하는 쟁점이라기보다는 디지털녹화일 경우 보편적으로 발생하는 이슈이다. 저작권법 제13조 제2항 제4호의 프로그램을 특정한 컴퓨터에 보다 효과적으로 이용할 수 있도록 하기 위하여 필요한 범위에서의 변경에 해당하는 경우는 동일성유지권의 침해가 아니라고 보는 것이 타당하다.<sup>110)</sup> 그러나 이러한 녹화본의 경우 광고와 같은 부분은 함께 녹화가 되지 않는 경우가 대부분이므로 이 경우는 광고 건너뛰기와 같다고 보아야 할 것이고 이 경우에 대하여는 동일성유지권의 침해 문제가 있을 수 있다.

## 제5절 배포권 및 대여권의 침해 여부

### 1. 배포권 및 대여권의 개념

WIPO의 저작권조약에는 문학 예술 저작물의 저작자는 판매 또

---

110) 박인회, 앞의 논문, 192-193면

는 기타 소유권의 이전을 통하여 저작물의 원본이나 복제물을 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 것을 허락할 배타적인 권리를 향유한다고 하여 배포권을 규정하고 있다.<sup>111)</sup> 또한 WIPO 실연음반조약에서 실연자와 음반저작자에게 음반의 원본 또는 복제물에 대한 배포권을 규정하고 있다.<sup>112)</sup> 조약의 합의록에서 배포의 대상은 유형물에 고정된 복제물에 한한다고 하여 순간적이거나 일시적인 고정물은 배포권의 대상에서 제외되며 디지털 송신행위는 배포행위에 속하지 않는다.<sup>113)</sup>

미국저작권법은 저작권이 있는 저작물의 복제물이나 음반을 판매, 기타 소유권의 이전 또는 렌탈 리스 등에 의하여 공중에게 배포하는 행위에 대한 배타적 권리인 배포권을 규정하고 있다. 유형저작물의 경우 배포가 일어나면 소유나 점유의 이전이 일어나는데 디지털 배포행위는 원 소유자가 그대로 저작물을 소유하게 된다. 이 경우에 대해 *Playboy Inc. v. Frena* 사건<sup>114)</sup>에서 디지털 송신이 배포행위에 해당한다고 판시한 바가 있으나, 아직 미국에서도 배포권에 대한 명확한 범위 설정이 되지 않은 실정이다.<sup>115)</sup> 미국에서의 배포권은 전송권 등을 포함하는 더 넓은 권리이다.

우리 저작권법에서는 저작자가 저작물의 원작품이나 그 복제물을 배포할 권리를 가지며<sup>116)</sup>, 배포는 일반 공중에게 대가를 받거나 받

---

111) WIPO 저작권조약 제6조 제1항

112) WIPO 실연음반조약 제8조 제12조

113) 권오성, 위의 논문, 9면

114) 839 F. Supp 1552(M. D. Fla. 1993); 피고가 운영하는 회원제 게시판에 회원들의 무단 복제 사진의 업로드 및 다운로드가 이루어진 사안에서 피고의 저작권 침해의 '직접책임'을 인정한 판결이었다.

115) 권오성, 위의 논문, 8면 참조

116) 한국 저작권법 제20조; 저작권법과 컴퓨터 프로그램 보호법은 소위 최초판매의 원칙을 함께 규정하고 있어서 그 저작물이나 복제물이 배포권자의 허락을 받아 판매의 방법으로 거래에 제공된 경우에 이를 계속해서 배포할 수 있다.

지 아니하거나 양도 또는 대여하는 행위라 정의하고 있다.<sup>117)</sup> 배포권은 대여권을 포함하는 개념으로 규정되어 있지만 저작권자에 의해 판매된 저작물 또는 복제물이 여러 단계의 유통과정에서 원활이 거래될 수 있도록 하기 위해 최초판매의 원칙<sup>118)</sup>을 함께 규정하고 있다.<sup>119)</sup> 이에 대해 우리 저작권법에서는 배포에 양도와 대여를 모두 포함하고 있어서 소유권 및 점유권의 이전을 수반하는데, 디지털 송신의 경우는 이러한 이전이 일어나지 않아서 최초판매나 권리소진원칙은 적용되지 않는다는 견해가 있다.<sup>120)</sup> 우리나라에서는 판매용 컴퓨터 프로그램, 판매용 음반에 대한 대여권을 부여하고 있는데<sup>121)</sup> 영상저작물은 여기에서 제외된다.<sup>122)</sup>

소리바다 사건은 위의 Frena 사건과는 달리, 법원이 음원파일을 컴퓨터의 공유폴더에 담아두는 행위가 배포에 해당하는가에 대해 배포란 저작물의 원작품 또는 그 복제물을 유형물의 형태로 일반 공중에게 양도 또는 대여하는 것을 말하므로 하드디스크에 저장된 파일을 다른 사람이 쉽게 다운로드 받을 수 있도록 공유폴더에 담아 두었다고 하더라도 이러한 행위가 배포에 해당할 수 없다고 판

---

117) 한국저작권법 제2조 제23호

118) 최초판매의 원칙은 저작물이나 복제물이 배포권자의 허락을 받아 판매의 방법으로 거래에 제공된 경우 이를 계속하여 배포할 수 있는 원칙을 말한다.

119) 정상조, 지적재산권법, 홍문사, 2004년, 319면

120) 박익환, 인터넷상 방송 및 전송을 통하여 본 저작권 문제, 디지털재산법연구 제1권 제2호, 140면; 권오성, 위의 논문, 제10면

121) 한국 저작권법 제21조

122) 최초 판매원칙에 따라 유명무실해진 대여권에 대해 무역관련 지적재산권협정(WTO/TRIPs)에서는 판매용 컴퓨터프로그램, 영상저작물, 음반에 대해서 별도로 대여권(貸與權)을 회복시켜주고 있다. 그러나 영상저작물에 대해서는 대여로 인해 저작권자의 배타적 복제권을 실제로 침해하는 저작물의 광범위한 복제가 발생하지 않으면 회원국이 반드시 영상 저작물에 대한 대여권을 인정하지 않아도 되며, 컴퓨터 프로그램에 관해서는 프로그램 자체가 대여의 본질적 대상이 아닌 경우 대여권을 인정하지 않아도 된다고 규정하고 있다.(협정 제11조, 제14조 제4항)

시켰다.<sup>123)</sup> 또한, 휴대폰 벨소리 사건<sup>124)</sup>에서 배포의 개념이 전송의 개념과 대비되어 무체물이 아닌 유체물의 형태로 저작물이나 복제물이 양도 또는 대여되는 것을 말한다고 하여, 전송에 해당하는지 여부는 별론으로 하고 이를 가리켜 배포에 해당한다고 볼 수는 없다고 판시하였다.

## 2. 원격녹화서비스의 배포권 및 대여권 침해여부

원격녹화 서비스 제공자가 녹화물을 이용자에게 제공하는 것이 배포권 및 대여권의 요소인 대여에 해당하는지의 여부와 관련해 살펴해보자면, 배포는 저작물등의 원본 또는 그 복제물을 무체물이 아닌 유체물의 형태로 공중에게 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여하는 것을 말하고, 대여 또한 무체물이 아닌 유체물의 형태로 저작물이나 복제물이 대여되는 것을 의미한다. 클라우드 서비스 형태의 원격녹화 서비스에서 저작유형물에 대한 것이 큰 의미가 있는가는 별론으로 하고 현행법은 유체물에 형태로만 배포, 양도 및 대여를 논하고 있으므로, 녹화물을 다시 이용자에게 제공하는 것이 배포권 또는 대여권의 침해가 문제되지 않는다고 할 것이다.<sup>125)</sup>

# 제6절 포괄적 제한규정의 해당 여부

## 1. 포괄적 제한규정의 개념

---

123) 대법원 2007.12.14. 선고 2005도872

124) 서울고법 2008. 9. 23. 선고 2007나70720

125) 맹정환, 클라우드 컴퓨팅과 관련된 법적 문제점 및 해결방안에 대한 연구, 서울대학교 법학과 대학원 석사학위논문, 2011년, 108-109면

2011. 12. 2. 저작권법 개정을 통하여 제35조의3 저작물의 공정한 이용에 관한 제한규정이 신설되었다. 다른 저작재산권 제한조항에 해당하지 않더라도 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우에는 보도·비평·교육·연구 등을 위하여 저작물을 이용할 수 있다고 규정하여 일반적인 저작재산권 제한 규정을 두고 있다. 공정이용에 속하는지 판단하기 위하여 우리 저작권법은 네 가지의 판단기준을 제시하고 있다. (1)영리성 또는 비영리성 등 이용의 목적 및 성격과, (2)저작물의 종류 및 용도, (3)이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성, (4)저작물의 이용이 그 저작물의 현재 시장 또는 가치나 잠재적인 시장 또는 가치에 미치는 영향을 종합적으로 고려하여 판단하도록 규정하고 있다.

## 2. 원격녹화서비스의 포괄적 제한규정의 해당여부

원격녹화서비스가 이용의 목적 및 성격의 측면을 검토할 때, 비영리적인 서비스를 제공하는 경우에는 이러한 공정이용의 법리를 적용받을 수도 있을 것으로 보인다. 그러나 대부분의 원격녹화 서비스가 많은 자본과 개발 비용을 들여 영리를 위하여 개발하는 경우가 대부분인 만큼, 이러한 부분이 적용이 되는 일은 거의 없을 것으로 보인다. 또한 저작물의 종류 또한 방송용으로 대부분 저작권이 보호되는 저작물일 것이므로 저작물의 특징으로 인한 면책도 어려울 것으로 보인다. 또한 방송에 이용되는 저작물은 저작물 전체일 가능성이 높으므로 이용된 부분으로 인하여 공정이용으로 판단될

가능성 또한 적다. 마지막으로 저작물이 방송이 되는 경우일 것이므로 현재의 시장 가치 또한 클 것이고 이로 인한 공정이용 해당사항은 없다 할 것이다. 따라서 원격녹화서비스에서 저작자가 이용을 허락한 저작물들을 사용하는 경우를 제외하고는 이러한 공정이용의 법리를 적용 받을 수 있는 방법은 찾기 어려울 것으로 보인다.

## 제7절 소결

지금까지 원격녹화서비스에 있어서 우리나라 및 외국의 저작권법상 쟁점이 될 만한 권리에 관해 살펴보았다. 살펴본 바와 같이 현재 저작권법상 복제권, 공중송신권, 동일성유지권 등이 원격녹화로 인해 침해될 가능성이 높고, 이에 대해 사적복제나 공정이용으로 면책을 받을 수 있는 범위는 제한적이다. 또한 저작권법은 개정을 거듭하여 복제권의 영역을 확대하고 있는 추세이다. 그러나 어느 정도로 원격녹화의 자유도를 제한하여야 사적복제나 공정이용으로 인정받을 수 있는지에 관해 규정이 없는 상태이다. 저작권이 침해되지 않도록 노력하는 것과 더불어 이러한 권리가 합리적인 경우에 제한될 수 있는 법적인 장치가 마련되어야 할 것으로 보인다. 이러한 규정의 부재로 사적복제가 저작권자의 권리를 극심히 침해하거나, 혹은 공정이용을 극도로 제한하게 되는 부당한 결과를 야기할 지도 모르기 때문이다. 그것이 저작권법이 추구하는 범목적에도 부합한다고 생각한다.

## 제5장 원격녹화 서비스의 침해에 대한 법리

### 제1절 서설

우리 저작권법에서는 제6장에 ‘온라인서비스제공자의 책임 제한’이라는 장을 두고, 제102조에서 제104조까지 이에 대한 규정을 두고 있다. 온라인서비스제공자에 대하여 처음으로 규정된 것은 컴퓨터프로그램보호법(법률 제6843호, 2003. 7. 1. 시행)이었다. 컴퓨터 프로그램 보호법에서는 온라인서비스제공자는 다른 사람들이 정보통신망(「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호의 정보통신망을 말한다. 이하 같다)을 통하여 저작물 등을 복제 또는 전송할 수 있도록 하는 서비스를 제공하는 자를 말한다고 정의하고 있다. 우리 저작권법은 FTA협상에 따라 관련책임제한조항의 변화를 맞게 되었다. 우선, 온라인서비스제공자를 기술적 유형에 따라 (1)단순전송(단순도관<sup>126)</sup>) 기능, (2)캐싱(caching) 기능, (3)게시판(호스팅) 기능 및 (4) 웹사이트 링크(정보검색) 기능의 4가지로 분류하여 책임제한요건을 차별화하였다. 또한, 온라인서비스제공자에게 권리자의 요청이 있을 경우 침해자로 추정되는 자의 이용자 개인정보를 직접 제공할 수 있도록 행정적, 사법적 절차를 법제화하였다. 2011년 6월 개정에서 온라인서비스제공자란 이용자가 선택한 저

---

126) 우리 저작권법에 이 용어가 사용되지 않으나, 개정이유에서 이 용어가 등장하고 있다. 이후의 캐싱, 호스팅, 정보검색 등의 용어 역시 개정이유에서 등장한다.; 박인회, 클라우드 컴퓨팅의 저작권법적 문제에 관한 소고, 법과정책연구, Vol. 12, No. 2, 2012년, 667면 각주 34

작물 등을 그 내용의 수정 없이 이용자가 지정한 지점 사이에서 정보통신망(정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제2조제1항 제1호의 정보통신망을 말한다. 이하 같다)을 통하여 전달하기 위하여 송신하거나 경로를 지정하거나 연결을 제공하는 자나 이용자들이 정보통신망에 접속하거나 정보 통신망을 통하여 저작물 등을 복제·전송할 수 있도록 서비스를 제공하거나 그를 위한 설비를 제공 또는 운영하는 자를 의미하는 것으로 정의하여, 온라인서비스제공자를 단순도관, 캐싱, 호스팅, 정보검색의 네 가지 유형으로 나누고, 각 유형별 면책요건을 명확히 하려고 하였다. 온라인서비스제공자의 유형에 대하여 간단히 살펴보면 다음과 같다.

### 1. 단순도관

내용의 수정 없이 저작물 등을 송신하거나 경로를 지정하거나 연결을 제공하는 행위 또는 그 과정에서 저작물 등을 그 송신을 위하여 합리적으로 필요한 기간 내 서 자동적·중개적·일시적으로 저장하는 행위<sup>127)</sup>를 말한다. 이는 EC 전자상거래 지침 제12조의 ‘mere conduit’, 미국 저작권법 제512조(a)의 ‘transmission routing’에 해당하고 또 독일 TDG 제8조 제3항의 접속 제공자에 해당하는 개념이다.<sup>128)</sup>

### 2. 캐싱

서비스 이용자의 요청에 따라 송신된 저작물 등을 후속 이용자들이 효율적으로 접근하거나 수신할 수 있게 할 목적으로 그 저작물 등을 자동적·중개적·일시적으로 저장하는 행위<sup>129)</sup>를 말하며, 이는

---

127) 한국 저작권법 제102조 제1항 제1호

128) 박인회, 위의 논문, 667면

129) 한국 저작권법 제102조 제1항 제2호

독일 TDG 제10조 제1항에 해당한다.<sup>130)</sup>

### 3. 호스팅

복제·전송자의 요청에 따라 저작물 등을 온라인서비스제공자의 컴퓨터에 저장하는 행위<sup>131)</sup>를 말하며, 미국 저작권법 제512조(c)의 이용자의 지시에 의해 시스템이나 네트워크상에 정보가 저장되는 경우와 독일 TDG 제11조 “제3자가 제공한 정보를 서비스 이용자를 위해 저장하는 사람”이 이에 해당한다.<sup>132)</sup>

### 4. 정보검색

정보검색도구를 통하여 이용자에게 정보통신망상 저작물 등의 위치를 알 수 있게 하거나 연결하는 행위<sup>133)</sup>로 미국 저작권법 제512조 (d)상의 검색엔진 등의 정보검색도구(Information Location Tool)가 이에 해당한다.<sup>134)</sup>

## 제2절 간접침해의 법리

### 1. 간접침해의 개념

저작권법 상 (직접)침해행위란 저작권자의 허락 또는 법적 권원 없이 저작권법에 규정된 타인의 권리를 해하는 행위를 하는 것을 의미한다.<sup>135)</sup> 저작권법 제16조 내지 제22조의 저작재산권의 지분권을 저작권자의 허락 없이 이용하는 행위와 동법 제124조에서 밝히

---

130) 박인회, 위의 논문, 667면

131) 한국 저작권법 제102조 제1항 제3호

132) 박인회, 위의 논문, 667면

133) 한국 저작권법 제102조 제1항 제4호

134) 박인회, 위의 논문, 667면

135) 송영식, 위의 책, 312면.

듯 이들 침해행위와 실질적으로 동일시 할 수 있는 행위를 할 경우에는 저작권 침해가 된다.

저작권의 간접침해는 법문으로 규율된 개념은 아니며 판례와 학상의 개념으로, 직접침해에 일정한 수단(도구, 시설, 장소, 기회, 서비스 등)을 제공함으로써 저작권 침해를 야기하는 것을 말한다.

이러한 간접 책임 법리는 새로운 매체나 기술이 등장할 때마다 저작권자들에 의해 주장되어 온 법리이다. 우리나라의 경우 저작권법에 간접침해에 대한 별도의 특별한 입법적 조치가 되어 있지 아니하며, 서비스 제공자의 책임제한에 관한 소극적 규정만이 마련되어 있기 때문에, 침해를 유발하거나 도움을 준 간접 침해자에게 책임을 지우기 위한 법적 근거에 대해서는 상당한 논란이 있어 왔다.<sup>136)</sup> 이렇게 간접침해를 선호하는 이유는 서비스 이용자인 직접 침해자를 일일이 찾아서 책임을 묻는 것이 용이하지 않고, 책임을 묻는다 하더라도 충분한 배상능력이 없어 서비스 제공자의 통제가 더 효율적이라 생각함에 있다 예상된다.<sup>137)</sup> 이에, 비교법적으로 다른 나라의 간접 침해에 대한 법리를 간단히 살펴보고 우리나라의 법리에 맞게 적용할 수 있는가를 살펴보도록 한다.

## 2. 각국의 간접침해의 법리

### (1) 미국

미국은 저작권법 간접 침해에 대해 직접 침해에 관해 규정<sup>138)</sup>하

---

136) 김혁준 et al., 국가지식재산전략 수립에 관한 연구, 특허청, 2011년, 273면;

137) 최진원, 인터넷 TV 녹화서비스에 대한 법적 고찰-간접침해와 사적복제를 중심으로, 인터넷 법률 제43호, 93면 참조.

138) 17 USC § 501 - Infringement of copyright (a) Anyone who violates any of the exclusive rights of the copyright owner as provided by sections 106

고 있을 뿐 간접 침해에 관한 특별한 규정이 없다. 그러나 판례를 통해 간접책임을 규율하고 있다. 그러나 직접침해가 없다면 간접침해도 적용되지 않는다. 미국의 판례에서 인정하는 간접침해의 유형은 크게 기여책임과 대위책임을 있다. 대체적으로 미국은 새로운 기술과 매체로 인한 논쟁 때마다 일관되게 보통법(common law)에 기원을 둔 기여책임 혹은 대위책임을 법리를 적용하여 문제를 해결해왔다.<sup>139)</sup> 원격녹화 서비스에 대해서도 서비스 제공자에 대한 직접침해 책임을 부정하면서, 서비스 제공자가 침해의 책임을 지게 경우가 생긴다면 간접 침해의 책임을 질 가능성이 높은 상태이다.

(i)기여책임(contributory liability)

기여책임 이론은 기업책임(enterprise liability) 이론으로부터 발전한 것으로, 기여책임은 직접적인 불법행위자를 원조(assistance)하거나 장려(encourage)하는 자가 부담하는 책임이다.<sup>140)</sup> 기여책임이 성립하기 위해서는 (1)주 침해자에 의한 직접적 저작권 침해의 존재, (2)직접침해에 대한 피고의 인식, 그리고 (3)침해에 대한 피고의 실질적 기여를 요건으로 한다.<sup>141)</sup> 따라서 기여책임은 보다 높은 ‘인식’의 증명이 요구된다. 위에서 살펴본 Sony 사건은 기여책임의 대표적 사건으로, 법원은 특허법에서 정의하는 기여침해를 기여침해 법리가 없는 저작권법에 원용하였다.

---

through 122 or of the author as provided in section 106A(a), or who imports copies or phonorecords into the United States in violation of section 602, is an infringer of the copyright or right of the author, as the case may be. (upper part)

139) 그리고 이에 대한 항변으로는 공정사용(fair use)의 법리가 적용되어 왔다. : 함석천, 위의 논문, 3면.

140) 이해완 et al., 인터넷 기반 저작물 송신서비스와 저작권법 적용, 한국산업재산권법학회, 2011년, 37면.

141) 이는 방조범의 책임 맥락을 같이 한다.: 함석천, 위의 논문, 14면.

(ii)대위 책임 (Vicarious Infringement)

대위책임 이론은 사용자책임(respondent superior) 이론으로부터 발전한 것으로, 대위책임은 직접적 침해자를 감독할 수 있는 지위에 있는 사람이 직접적 침해자를 대신하여 지는 책임이다. 대위책임은 직접적인 침해에 대한 인식을 요구하지 않는다. 대위책임이 성립하기 위해서는 (1) 피고가 직접적인 금전적 이익을 얻었을 경우에 적용된다. (2) 피고가 직접적인 침해자를 지배할 권리와 능력을 가져야 한다. 따라서 대위책임은 보다 높은 '지배'의 증거가 요구된다. 대위책임은 우리가 생각하는 것보다 비교적 광범위하게 인정되어 왔다. 여기에는 불법 저작물이 대량으로 유통되는 고리를 끊어 저작권자들을 두텁게 보호해 주자는 정책적인 의도가 깔려 있다.<sup>142)</sup> Napster 사건<sup>143)</sup>은 대위책임에 대한 대표적 사건으로, 법원은 피고인 Napster사가 이용자의 침해행위로 경제적 이익을 얻고 있으며 직접 이용자를 지배할 권한과 능력을 가지고 있다고 판시하였다.

(iii)유발 이론(inducement theory)

Grokster를 둘러싼 분쟁에 관한 연방대법원의 판결<sup>144)</sup>은 소니 판결과는 다른 유발이론의 법리를 새로 도입하였다.<sup>145)</sup> 이 법리는 상품제공자에게 상품 침해에 이용될 수 있다는 인식을 넘어 이용자에 의한 침해 조장을 위한 언동이 입증된 경우는 그 상품의 상당부

---

142) 함석천, 위의 논문, 15면.

143) A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F 3d 1004(9th Cir. 2001)

144) Metro-Goldwyn-Mayer Studios v. Grokster, 125 S.C.T. 2764(2005)

145) 종전 냅스터와 달리 피고회사의 중앙서버에 의한 P2P 서비스는 원칙적으로 존재하지 않고, 여기서 피고는 단지 Grokster라는 P2P프로그램만 공급하였다.; 정상조, 저작권법 주해, 박영사, 2007년, 965면

분이 비침해적 용도를 가지고 있다 하더라도 상품공급자에게 침해 유발에 대한 책임을 묻는 법리이다.

## (2) 일본

일본은 저작물의 사용주체성 개념을 규범적으로 파악하여 간접침해자를 직접침해자로 볼 수 있는 독자적인 이론 구성을 시도하였고, 침해의 주체를 규범적으로 파악하여 지배관리성(행위지배성)과 영업상의 이익을 고려하여 물리적으로는 침해행위를 하지 않은 자라고 할지라도 직접 침해행위를 한 것으로 평가하는 가라오케 법리를 만들어 냈다.<sup>146)</sup> 비록 간접적인 참여자라 할지라도 그 참여의 정도가 상당한 경우, 여러 가지 상황을 감안해 그 참여 주체를 규범적인 관점에서 저작권 또는 저작인접권 침해를 이루는 이용행위의 직접적인 주체로 인정하기 때문에, 판결의 편의성은 도모할 수 있겠으나 위법성을 확장시킬 수도 있다. 간접침해 사건을 유형화해 분석하는 여러 이론이 있다. 일설은 i) 장소·기회 제공형, ii) 도구 제공형, iii) 시스템 제공형이라는 3유형으로 분류하여 분석한다.<sup>147)</sup> 그 외에 저작권 간접침해의 분류를 직접침해자와 간접침해자와의 인적관계의 유무로 구분하는 견해, 상당인과관계론에 따라 분류하는 견해, 및 i) 저작권침해에 이용되는 기기·소프트웨어의 제공, ii) 저작권침해에 관계된 장소·기회제공, iii) 저작권침해물의 전달이라는 3유형으로 분류하는 견해 등이 있다.<sup>148)</sup>

## (3) 영국

---

146) 최진원, 위의 논문, 96면.

147) 이 중 마네키 TV 사건 등 원격녹화와 관련된 사건들은 시스템 제공형에 속한다 볼 수 있겠다.;전성태, 위의 논문, 149면

148) 전성태, 위의 논문, 149면에 자세한 사항이 소개되어 있다.

영국에서의 기여책임은 권한부여(authorization) 이론을 통하여 규율된다. 권한부여란 저작권 침해를 하도록 허락한 자 자신을 위한 것이든, 허락 받은 자를 위한 것이든 상관없이 저작권 침해행위의 허락이나 의도된 허락을 의미하며, 이는 명백히 표현될 수도 있고 묵시적인 것일 수도 있다.<sup>149)</sup>

영국은 1988년 제정된 저작권·디자인·특허법(Copyright, Design and Patents Act 1988, 이하 영국 저작권법) 제22조 내지 제26조<sup>150)</sup>, 제296조<sup>151)</sup> 및 제298조<sup>152)</sup>에서, 이미 저작권 침해에 의해 작성된 복제물을 취급하는 제3자와, 저작권 침해행위를 하지 않았으나 그것에 방조 또는 가담한 자에 대해 저작권 침해에 대한 법적 책임을 부과하는 입법적 조치를 취하고 있다. 영국 저작권법에서의 간접침해 책임이란 직접 타인의 저작물을 복제하여 저작권을 침해하는 자 이외의 자가 저작권을 침해할 수 있는 환경을 제공하는 것에 대하여 지는 책임을 말한다.<sup>153)</sup> 권한부여에 관한 대표적 판결인 *Falcon v. Famous Players film Co.* 사건의 판결에서 권한부여란 장려(sanction), 승인(approve) 그리고 용인(countenance)을 의미한다고 하여 개념을 확립하였다.

---

149) 이러한 법리에 의해 불법행위의 일종으로 저작권 침해행위가 있을 경우 그 사용자에게 고용된 종업원 및 사용자가 특별히 요청한 독립계약자의 행위에 대해 사용자가 대위책임을 진다. :이해완 et. al., 위의 논문, 59-60면 참조.

150) 저작권 간접침해 행위의 유형을 규정하고 있다. 허락없는 저작권침해 복제물의 수입(제22조), 저작권 침해 복제물의 소지(제23조), 불법 복제물 제작을 위한 수단 제공(제24조 제1항), 허락없는 송신행위(제24조 제2항), 불법 실연을 위한 장소의 사용허락(제25조), 불법 실연 등을 위한 장치 제공(제26조).

151) 컴퓨터 프로그램에 적용되는 기술적 장치의 우회에 관해 규정하고 있다. 기술적 우회장치 및 수단 제공자에 대해 직접 침해의 발생 없이 저작권 침해자로 규정한다.

152) 전송의 무단 수신에 관한 권리 및 구제에 관해 규정하고 있다.

153) Hasina Haque, "IS THE TIME RIPE FOR ANOTHER EXCLUSIVE RIGHT? A PROPOSAL,"*E.I.P.R.* 2008, 30(9), p.372; 이해완 et al., 위의 논문, 58면.

#### (4) 독일

독일 저작권법은 저작권을 직접 침해한 자 뿐 아니라 침해행위에 필요한 시설이나 도구를 제공하는 것과 같이 직접적 침해자가 아닌 경우라 할지라도 당해 침해행위에 관여한 자에 대하여 간접적 침해자로 다루고 이에 대하여 일정한 책임을 지운다.<sup>154)</sup> 독일판례에서 ‘간접적’이란 말의 의미는 제3자에 의해 초래 혹은 야기되거나 또는 영향을 받는 행위나 과정 그 밖에 그와 유사한 것을 포함한다.<sup>155)</sup> 직접적인 권리 침해에 관해 간접적 원인 제공을 한 경우 간접침해가 성립할 수 있고, 미국의 간접침해법리와 마찬가지로 우선 저작권의 직접침해가 있을 것을 요건으로 한다.

#### (5) 호주

호주의 저작권법은 영국과 마찬가지로 권한부여 법리를 통해 간접침해를 규율한다. 특히 호주 저작권법 101조 (1A)에서는 권한부여가 인정되는 요소로서 (a)관련된 일을 방지할 능력범위 내일 것, (b)행위에 관련된 사람 간에 존재하는 관계의 성격, (c) 실무적 관련 산업법규의 준수여부를 포함하여 그러한 행위실행을 피하기 위해 다른 적절한 조치를 하였는지 등을 규정하고 있다. 그러나 법원이 권한 부여를 인정하기 위해 다른 요소를 고려하는 것을 배제하지 않는다.<sup>156)</sup>

---

154) 안효질, 지적재산권의 간접침해와 남용 이론, 재산법연구 제23권 제2호, 2006년, 442면

155) 이해완 et al., 위의 논문, 52면

156) 영국의 저작권법은 권한 부여를 인정하기 위한 요소를 한정하여 해석한다; 이해완 et al., 위의 논문, 81-82면

## (6) 우리나라의 간접침해 법리

우리나라보다 먼저 미국의 간접책임 법리나, 일본의 가라오케 법리들이 연구가 되었으나 우리나라에서 수용하는 데 있어서는 어려움이 있다. 우선 과실 책임의 원칙을 취하고 있는 우리나라에서 미국의 간접 책임의 법리를 도입할 법적 근거가 없고, 일본처럼 직접 책임으로 문기에는 저작권자의 권리만을 위해 위법성을 확장하는 것이 되고, 자유이용을 지나치게 위축시키는 결과를 낳을 수 있을 것이다.

우리나라에서는 공동불법행위 책임의 법리가 인터넷 서비스 제공자들의 책임을 인정하는 법리로 적용되어 왔다. 그 중에서도 협의의 공동불법행위의 적용은 서비스 제공자의 행위와 이용자의 행위가 각각 독립하여 불법행위가 성립되어야 하는데 기술적 조치가 있는 경우에 서비스 제공자의 행위를 불법행위로 규정할 수는 없으므로, 방조에 의한 공동불법행위 책임을 서비스제공자의 규율법리로 적용하고 있다. 이 법리를 적용한 대표적인 사건인 소리바다 사건에서 법원은 손해의 전보를 목적으로 하여 과실을 원칙적으로 고의와 동일시하는 민법의 해석으로서 과실에 의한 방조도 가능하다고 규정하고 주의의무를 위반하는 것을 과실로 보아 서비스 제공자의 공동불법행위를 인정하였다. 이 때 운영자가 이용자들의 저작권접권 등 침해행위를 미필적으로 인식하고서도 이를 용이하게 도와주도록 하지 않아야 할 주의의무가 있음에도 이를 위반하는 경우에만 방조책임을 인정한다고 판시하였다. 우리나라는 소리바다 사건 이후 민법 제760조 제3항을 책임에 대한 성문법적 근거가 됨을 밝혀 방조에 의한 공동불법행위의 법리를 적용하는 것이 판례상 확립되어 있는 상황인데, 이 법리가 저작권 간접침해 책임의 범위에 대한 불확실성

의 문제를 가지고 있다는 비판<sup>157)</sup>도 있다.

### 제3절 온라인서비스제공자의 책임

우리 저작권법에서는 이용자들이 온라인서비스를 이용하여 직접적으로 저작권을 침해한 경우, 해당 온라인서비스제공자에게 인정될 수 있는 2차적인 책임 발생 근거로 온라인서비스제공자에 의한 침해라는 개념을 사용하고 있다. 우리 저작권법은 온라인서비스제공자의 침해에 관하여 책임성립요건은 규정하고 있지 않고, 이미 책임이 성립된 것을 전제로 책임제한요건을 제102조 및 제103조에서 규정하고 있다. 서울고등법원 2005.1.12. 선고 2003나121140 판결[소리바다 사건의 민사항소심]에서 저작인접권의 직접 침해 및 인격권 침해와 협의의 공동불법행위로 제기된 소에 대해, 민법상 한국 최초로 민법 제760조 제3항<sup>158)</sup>을 온라인서비스제공자의 책임성립요건으로 판시하였다.<sup>159)</sup> 또한 대법원 2009.4.16. 선고 2008다53812 손해배상 판결(대법원 전원합의체)에서는 인격권 침해로 온라인서비스제공자를 상대로 책임을 추궁하였고, 다수의견은 충분한 시간이 있었음에

---

157) 전성태, 위의 논문, 174면 참조

158) 민법 제760조 (공동불법행위자의 책임)

1. 수인이 공동의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 때에는 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다.
2. 공동 아닌 수인의 행위 중 어느 자의 행위가 그 손해를 가한 것인지를 알 수 없는 때에도 전항과 같다.
3. 교사자나 방조자는 공동행위자로 본다.

159) 권리침해행위가 발생하리라는 사정을 미필적으로 인식하였거나 적어도 충분히 예견할 수 있었다고 볼 것임에도[소리바다 프로그램을 개발하여 무료로 나누어 주고 소리바다 서버를 운영하면서 소리바다 이용자들에게 다른 이용자들의 접속정보를 제공함으로써 이용자들이 MP3 파일을 P2P 방식으로 주고받아 복제하는 방법으로 저작인접권의 침해행위를 실행함에 있어서 이를 용이하게 할 수 있도록 해주어 그에 대한 방조책임을 부담한다고 판시하였다.

도 방조했다는 논리로 방조에 의한 공동불법행위책임으로서 네이버 등의 책임을 인정했다. 이러한 우리나라의 공동불법행위에 근거한 방조에 의한 공동불법행위 책임 법리는 미국의 대위책임 혹은 기여 책임 등 간접책임 법리와도 다르고, 일본의 가라오케 법리와 같은 직접책임 법리와도 차이가 있다 할 것이다.

형법상 책임에 관련하여 저작권법 제136조 제1항에서 저작재산권과 저작인접권중 재산권을 침해하면 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금 또는 이를 병과하도록 규정하고 있다. 또 제2항에서 저작인격권이나 실연자의 인격권, 데이터베이스 제작자의 권리를 침해하거나, 제104조에 해당하는 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 의무를 업으로 혹은 영리를 목적으로 위반하는 경우와 제124조 제1항에서 규정하는 기술적 보호조치 무력화를 통하여 저작권 침해간주의 경우에는 3년 이하의 징역, 3천만원 이하의 벌금이나 이를 병과할 수 있도록 규정하고 있다. 이 규정과 관련하여 요구되는 고의가 행위 자체에 대한 고의인지 행위에 대한 인식뿐만 아니라 저작권 침해나 침해 개연성에 대한 인식이 요구되는지에 대하여 대체로 구성요건적 사실의 인식만으로 고의가 성립한다고 보고 있다.<sup>160)161)</sup> 구 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전문 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제97조의5에서 규정하는 저작재산권의 침해죄에 있어서의 고의의 내용은 저작재산권을 침해하는 사실에 대한 인식이 있으면 충분하고, 그 인식은 확정적인 것은 물론 불확정적인 것이라도

---

160) 정상조, 저작권법 주해, 박영사, 2007년, 1305-1306 참조

161) 참고로 외국 입법례를 보면, 미국은 침해의 고의를 명시적인 요건으로 규정할 뿐만 아니라 저작물의 복제 및 배포에 관한 증거만으로 침해자의 고의까지 입증한 것은 아니라는 점도 명백히 규정하고 있다. 영국은 저작권 침해의 사실을 알거나 알 수 있는 자가 저작권 침해행위를 한 경우에 한해서 처벌을 규정하고 있다.; 정상조, 지적재산권법, 홍문사, 2004년, 460면 참조

이른바 미필적 고의로 인정된다고 판시한 내용이 그 뒤의 판결로 계속 확인되고 있다.<sup>162)</sup> 또 온라인서비스제공자의 방조행위가 형법상 구성요건 자체가 부작위를 전제로 규정되어 있는 범죄를 의미하는 진정부작위범인가, 그렇지 않은 부진정부작위범인가에 대하여 책임 성립의 근거가 되는 민법 제760조 제3항의 규정방식을 보면 이는 부진정부작위범으로 보아야 한다는 견해가 있다.<sup>163)</sup> 이 견해에서 온라인서비스제공자는 위험원의 지배자로서 안전의무를 가지고 정보통신망에서 위험발생을 지배하는 지위에 있다고 하여 작위의무를 인정하고 이에 따라 보증인지위에 서게 된다.<sup>164)</sup>

#### 제4절 온라인서비스제공자의 면책

이용자가 저작권을 침해하였을 뿐이고, 온라인서비스제공자가 직접 권리를 침해한 것이 아니고, 이 서비스 제공자가 이용자의 침해행위를 모두 감시하는 것은 불가능하기 때문에 이용자의 침해에 대해서 온라인서비스제공자의 책임을 면제시키거나 감경할 필요성이 있다. 또한, 이러한 온라인서비스제공자가 침해를 중단시키거나 예방할 수 있는 위치에 있음 또한 사실이다. 따라서 우리 저작권법은 일정 요건을 충족한 경우 온라인서비스제공자의 책임을 면제하는 규정을 두고 있다. 2011년 6월 개정된 우리 저작권법에서 제102조와

162) 대법원 2005. 12. 23. 선고 2005도6403 판결. 대법원 2008.10.9 선고 2006도4334 판결

163) 오경식 et al., 명예훼손과 온라인서비스제공자의 형사책임, 형사정책, 제22권 제1호 2010년, 270면

164) 서보학, 인터넷상의 정보유포와 형사책임, 형사정책연구 제12권 제3호, 2001년, 26-27면 동지; 이호중, 위험정보의 유통과 인터넷서비스제공자에 대한 형법적 규제, 비교형사법연구 제5권 제2호, 2003년, 221면, 오경식 et al., 위의 논문, 279-281면

제103조는 온라인서비스제공자의 책임을 면제하는 규정이다. 우선 우리 저작권법 제102조에서는 각 목의 요건을 갖춘 경우 그 침해에 대하여 책임을 지지 아니한다고 하였다. 또한 제103조에서는 각 항의 공지 및 복제 전송에 대한 중단 재개를 행하면 권리의 침해에 대한 온라인서비스제공자의 책임 및 복제·전송자에게 발생하는 손해에 대한 온라인서비스제공자의 책임을 면제한다고 규정하고 있다. 이는 미국 1998년 DMCA(Digital Millennium Copyright Act)의 영향을 받았고, 침해주장의 통지 후 제거 조치<sup>165)</sup>(Notice and Take down procedure)를 골격으로 하고 있다. 위의 조치를 실시하면 형사적으로 완전면책하고, 통신품위법에 의거한 명예훼손 책임 및 음란물에 대한 민·형사상 책임을 완전히 면책하여 온라인서비스제공자에 대해 법적인 유인책을 제공하여 자율 규제를 촉진하도록 하고 있다.<sup>166)</sup> DMCA에서 온라인서비스제공자의 일반적 면책요건은 다음과 같다.<sup>167)</sup> 첫째, 서비스 제공자의 시스템이나 네트워크의 가입자나 계정보유자들 중 반복적 침해자들은 적절한 조건 하에 제거해 나가는 정책을 채택, 합리적 적용하여야 한다. 둘째, 표준적인 기술적 조치를 수용하고 이를 방해해서는 안된다. 독일의 온라인서비스법 제5조의 제2항 내지 제4항<sup>168)</sup> 및 제8조 제2항<sup>169)</sup>에서 서비스제공

165) 17 U.S.C. § 512 (c)(3)

166) OSP를 협력자로 생각하고 법적인 유인책을 주려하고 보호해야 할 필요성이 있음을 인식하고 있어, 한미 FTA협정에서는 미국 측의 요구로 OSP에 대한 완전한 면책을 규정하고 있다고 한다; 정진섭, 온라인서비스 제공자의 저작권법상 책임한계에 관한 사례연구, 경희법학, 제44권, 제3호, 2009년 164면 참조

167) 정상조, 저작권법 주해, 박영사, 2007년, 968면

168) 독일온라인 서비스법 제5조

제2항 서비스제공자는 제3자가 이용가능하게 한 제3자의 콘텐츠에 대하여는 일반법에 따라 책임을 진다.

제3항 서비스제공자는 자신이 접속만을 제공한 제3자의 콘텐츠에 대하여는 책임이 없다. 이용자의 요구에 의한 자동적이고 일시적인 제3자의 콘텐츠의 저장은 접속의 제공으로 간주된다.

자의 면책을 규정하고 있고, 일본은 서비스제공자책임제한법<sup>170)</sup> 제3조 제2항<sup>171)</sup>에서 서비스제공자의 책임을 제한한다. 이에 비교하여 새로 개정된 우리 저작권법 제102조의 면책 내용을 살펴보자면, 해당 온라인 서비스 상에서 이용자의 침해행위를 발견한 저작권자 등은 온라인서비스제공자에게 이를 통지하여야 하고, 위 통지를 받은 온라인서비스제공자는 침해행위의 전송 등을 중단시키고 저작권자 등 및 해당 이용자에게 각 통보하여야 하며,(이 때, 침해적 이용자가 정당한 권리를 소명하면 전송 등을 재개하여야 한다.) 이상과 같이 통보에 따른 중단을 성실히 이행한 온라인서비스제공자의 부수적

---

제4항 일반법에 따라 불법 콘텐츠의 이용을 차단할 의무는, 만일 서비스제공자가 전기통신법 제85조에 따라 통신비밀을 유지하면서도 당해 콘텐츠를 인식하였고 차단이 기술적으로 용이하고 합리적으로 기대할 수 있는 한, 영향을 받지 않는다.

169) 제8조 제2항 온라인서비스제공자는 제9조 내지 제11조의 의미에서 자신에 의해 전송되거나 저장된 정보를 감시하거나 위법여부에 대해 조사할 의무가 없다.

170) 特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律을 일본에서 약칭하여 서비스제공자 책임제한법이라고 한다.; 정상조, 저작권법 주해, 박영사, 2007년, 973면

171) 서비스제공자책임제한법 제3조 제2항

특정전기통신업무제공자는 특정전기통신에 의한 정보의 전송을 방지하는 조치를 강구한 경우, 해당조치에 의해 송신을 방지한 정보 발신자에게 발생한 손해에 대해 당해 조치가 당해 정보 불특정인에 대한 송신을 방지하기 위해 필요한 한도에서 행해진 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 배상 책임에서 면제한다.

1. 당해 특정 전기 통신 업무 제공자가 당해 특정전기통신에 의한 정보의 유통에 의해 타인의 권리가 부당하게 침해되고 있다고 믿을만한 상당한 이유가 있을 때
2. 특정전기통신에 의한 정보 유통에 의해 자기의 권리를 침해되었다고 하는 자로부터 당해 권리를 침해했다고 하는 정보(이하 침해정보라 한다), 침해되었다고 하는 권리와 침해되었다고 할 이유(이하 침해정보등이라 한다)을 보여 당해 특정 전기통신업무제공자에게 침해정보의 전송을 방지하는 조치(이하 전송방지조치라 한다)를 강구하도록 신청이 있을 경우 해당 특정 전기 통신 업무 제공자가 당해 침해 정보의 발신자에게 당해 침해 정보 등을 보여 해당 전송 방지 조치를 강구하기로 동의 여부를 조회 한 경우에 해당 발신자가 해당 조회를 받은 날로부터 7 일을 경과해도 해당 발신자 당해 송신 방지 조치를 강구하기로 동의하지 않는다는 신청이 없을 때

책임은 임의적 감면이 되도록 한다.

우리 저작권법 제102조 제1항에서는 위에서 언급하였듯이 온라인 서비스제공자의 유형을 기술적 유형에 따른 4가지로 구분하여 유형별로 다른 면제요건을 규정하고 있다. 동법 제102조 제2항에서는 유형을 불문하고 면책을 위한 제1항의 조치가 기술적으로 불가능한 경우에는 필요적으로<sup>172)</sup> 면책된다고 규정하고 있다. 동법 제102조 제3항에서는 이러한 면책과 관련해서 온라인서비스제공자에게 모니터링이나 적극적 조사 의무가 요구되지 않는다고 규정하고 있다.

이와는 별도로 우리나라에서는 이용자가 타인의 인격권을 침해한 경우는 별개로 논의되는데 이 경우 온라인서비스제공자의 침해책임의 제한요건은 저작권법 제102조 등에 의하지 않고 그에 유사한 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의2 규정에 의하고 있다.<sup>173)</sup>

---

172) 제102조 제1항에 따라 스스로 중단시킨 경우는 임의적 감면사유임에 비해, 제102조 제2항의 경우만을 필요적 면제사유로 정한 것은 형평에 맞지 않는다 비판하는 견해도 있다; 정상조 저작권법 주해, 박영사, 2007년, 982면

173) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의2(정보의 삭제요청 등)

1. 정보통신망을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 사생활 침해나 명예훼손 등 타인의 권리가 침해된 경우 그 침해를 받은 자는 해당 정보를 취급한 정보통신서비스 제공자에게 침해사실을 소명하여 그 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재(이하 "삭제등"이라 한다)를 요청할 수 있다.
2. 정보통신서비스 제공자는 제1항에 따른 해당 정보의 삭제등을 요청받으면 지체 없이 삭제·임시조치 등의 필요한 조치를 하고 즉시 신청인 및 정보게재자에게 알려야 한다. 이 경우 정보통신서비스 제공자는 필요한 조치를 한 사실을 해당 게시판에 공시하는 등의 방법으로 이용자가 알 수 있도록 하여야 한다.
3. 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 제42조에 따른 표시방법을 지키지 아니하는 청소년유해매체물이 게재되어 있거나 제42조의2에 따른 청소년 접근을 제한하는 조치 없이 청소년유해매체물을 광고하는 내용이 전시되어 있는 경우에는 지체 없이 그 내용을 삭제하여야 한다.
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

이러한 저작권법 상 면책규정인 제102조와 제103조가 어느 수준의 책임이 면책되는가에 대한 논의가 존재한다. 즉, 면책의 요건을 만족하는 경우에 (1)저작권법상의 책임만을 면제하는지, (2)민법상의 공동불법행위책임까지 면제하는지, 아니면 (3)저작권 침해죄를 규정하고 있는 저작권법 제136조의 형사책임까지 면제되는지가 불분명하다. 이에 관해서 온라인서비스제공자의 책임 근거 규정을 민법 제760조 제3항의 교사·방조에 의한 공동불법행위책임이라고 할 때 이러한 책임, 즉 민법상의 책임까지는 면제하는 것으로 해석하고 있다.<sup>174)</sup> 이에 대한 논의가 우리나라에서 별로 없는 관계로 독일의 예를 살펴보면, 독일 TDG 제8조 이하의 책임 규정이 가별성 심사의 어느 단계에서 검토되어 하는가에 대하여 (1)종래 일반적인 규범의 심사 이전에 검토되어야 할 사전필터라는 견해, (2)일반적인 규정을 구성요건단계에서 수정하는 부수적 구성요건 요소 내지는 구성요건에 통합되는 필터해결방안이라는 견해, (3)책임배제사유라는 견해, (4)인적처벌조각사유라는 견해, (5)새로운 신분범의 근거로 파악하여 독자적인 정보통신내용범죄라는 견해 등 다양한 학설 중에 이러한 규정을 부차적 구성요건요소 내지 구성요건 통합 필터로서 기능하는 것으로 보아 구성요건 단계에서 파악하는 것이 다수설이라고 한다.<sup>175)</sup>

우리나라 저작권법에는 저작재산권에 제한 규정이 제23조에서 제

---

수 있다. 이 경우 임시조치의 기간은 30일 이내로 한다.

5. 정보통신서비스 제공자는 필요한 조치에 관한 내용·절차 등을 미리 약관에 구체적으로 밝혀야 한다.
6. 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 유통되는 정보에 대하여 제2항에 따른 필요한 조치를 하면 이로 인한 배상책임을 줄이거나 면제 받을 수 있다.

174) 정상조 편, 저작권법 주해, 박영사, 2007년, 977쪽

175) 박희영, 독일 저작권법과 정보통신서비스법에 의한 ISP의 형사책임(하), 계간 저작권 제69호, 저작권위원회, 2005년, 39쪽; 박인회, 위의 논문, 673면

38조까지 존재하고 있는데, 이러한 규정에 해당하는 경우 구성요건에 해당하지 않는 것으로 보아 구성요건 해당성을 만족하지 않는 것인지, 이들 조항이 구성요건에 해당한 행위를 정당화하는 것으로 보아 위법성 조각사유에 해당하는지에 대하여 위법성 조각사유에 해당하는 것으로 보는 견해<sup>176)</sup>와 구성요건에도 해당하지 않는다고 보는 견해<sup>177)</sup>가 있다. 위법성 조각사유에 해당한다는 견해는 온라인 서비스제공자가 부작위범의 구성요건이 해당한다고 보고, 제102조 및 제103조의 요건을 충족하는 것은 부작위범의 방조범<sup>178)</sup>에 해당하는 행위에 대한 위법성 조각사유가 된다고 주장한다. 구성요건에도 해당하지 않는다고 보는 견해는 온라인서비스제공자의 행위가 민법 제760조 제1항의 공동불법행위에 해당한다고 판단되는 경우는 저작권법 제102조 및 제103조의 요건 충족 여부와 상관없이 정범으로 판단되는 것이고, 민법 제760조 제3항 방조에 의한 불법행위로 파악하는 경우는 보증인 지위에서 발생하는 주의의무를 다하지 않았다는 것을 의미하는 것을 의미하고 저작권법 제102조 및 제103조의 요건을 만족하는 것은 방조가 이루어지지 않고 침해가 서비스 이용자의 단독 책임이라 보아야 하므로 구성요건 자체에 해당하지 않는다고 주장한다.

## 제5절 기술적 보호조치

176) 오경식 et al., 위의 논문, OSP의 부작위범의 구성요건해당성에 대한 고찰과 부작위범의 방조범입에 대해 논하고 있다.

177) 박인회, 위의 논문, 673면

178) 판례(대법원 1997. 3.14. 선고 96도1639 판결 ; 대법원 1996. 9. 6. 선고 95도 2551 판결; 대법원 1984.11.27. 선고 84도1906 판결 등)는 구체적인 이유를 제시하고 있지는 않으나 기본적으로 부작위에 대한 중범의 성립을 인정하는 방조범설의 입장에 서 있는 것으로 보인다.; 오경식 et al., 위의 논문 285면

기술적 보호조치란 일반적으로 저작자 등 권리자가 자신의 저작물의 보호를 위한 자구의 수단으로 강구하는 기술적인 통제장치를 말한다. 디지털 저작물의 특성상 기존 저작물에 비하여 침해가능성이 높아짐에 따라 디지털저작물의 부정이용 행위나 부정이용을 조장하는 장치의 유통을 억제할 필요성이 대두되고 있고, 저작권자는 저작물의 불법적인 이용 및 복제를 통제하거나 저작물에 대한 접근을 통제하기 위하여 광범위한 기술적 보호조치를 취하고 있다.<sup>179)</sup> 기술적 보호조치는 접근 자체를 제한하지는 않지만 이용<sup>180)</sup>을 통제함으로써 저작권을 보호하기 위한 것(권리통제 또는 이용통제)과 접근<sup>181)</sup>을 통제하기 위한 것(접근통제)로 분류된다.<sup>182)</sup> 이러한 움직임은 WIPO 저작권 조약(WIPO Copyright Treaty, WCT)과 WIPO 실연·음반 조약(WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT)에 의해 국제적인 합의를 이루었다. 이후 미국의 DMCA의 제1201조를 통해 접근통제 및 이용통제 기술적 보호조치가 최초로 법문으로 제정되었다.<sup>183)</sup> 이후 WIPO 저작권 조약과 WIPO 실연·

179) 김병일 et al., 유럽에서의 디지털 방송콘텐츠의 보호, 정보법학 제12권 제2호, 2008년, 160면

180) 이용통제에서의 이용은 저작권자의 허락을 필요로 하는 저작물의 이용행위를 말하며 구체적으로 저작권을 구성하는 각각의 지분권의 대상이 되는 행위, 즉, 복제, 공연, 방송, 배포, 전송행위 등이 이에 해당한다.;이규홍, 저작권법상 기술적 보호조치의 법적 보호에 관한 연구-기술적 보호조치를 중심으로, 연세 의료 과학기술과 법 제1권 제1호, 2010년, 62면

181) 접근통제에서의 접근은 두 가지 의미를 가진다. 첫째 서버 또는 그와 같은 저작물의 원본이나 복제물을 담고 있는 매체에 접근하는 저작권 수록매체에의 접근(최초 접근)과, 둘째 저작물의 복제물의 재생을 통하여 그에 포함된 저작물에서의 접근(저작물의 사용, 향유, 체험 등; 계속적 접근)으로 나누어 볼 수 있다.; 이규홍, 위의 논문, 61면

182) 이창범 et al., 클라우드 컴퓨팅 활성화를 위한 법제도 개선방향 연구, 연구보고서, 한국인터넷진흥원, 2010년, 324면

183) DMCA는 접근통제조치에 대하여는 직접적 무력화행위를 금지하되 이용통제

음반 조약에 가입한 국가들이 점차적으로 기술적 보호조치를 도입하기 시작하였다. 우리 저작권법은 이와 같은 국제적인 조약과 외국의 입법례를 바탕으로 하여, 2003년의 개정으로 기술적 보호조치와 권리관리정보에 관한 보호규정을 새로이 도입하였고, 2011년의 개정을 통해서 '기술적 보호 조치의 무력화 금지 등'에 관한 제6장의 2를 신설하였다.<sup>184)</sup> 현행 저작권법은 제2조 제28호<sup>185)</sup>와 제29호<sup>186)</sup>에서 기술적 보호조치와 권리관리정보에 관한 개념을 먼저 정의한 다음, 다시 제104조의2<sup>187)</sup> 이하에서 각각의 보호내용을 상세히 규정하

---

조치에 대하여는 이를 금지하지 아니하고 있다. 그리고 DMCA 제1201조 (a)(2)는 간접적 무력화행위를 유사하게 규정하고 있다.; 이규홍, 위의 논문, 64면

184) 우리나라에서 기술적 조치의 무력화를 저작권법에서 규정하고 있지만, 넓은 의미의 부정경쟁행위에 해당된다고 볼 수도 있다. 일본의 부정경쟁방지법은 기술적 조치의 우회장치 제공행위를 부정경쟁행위의 하나로 열거하고 있다.(정상조, 지적재산권법, 홍문사, 2004년, 601쪽 참조)

185) 한국저작권법 제2조 제28호

"기술적 보호조치"란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 조치를 말한다.

가. 저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 행사와 관련하여 이 법에 따라 보호되는 저작물등에 대한 접근을 효과적으로 방지하거나 억제하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 받은 자가 적용하는 기술적 조치

나. 저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리에 대한 침해 행위를 효과적으로 방지하거나 억제하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 받은 자가 적용하는 기술적 조치

186) 한국저작권법 제2조 제29호

"권리관리정보"는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 정보나 그 정보를 나타내는 숫자 또는 부호로서 각 정보가 저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리에 의하여 보호되는 저작물등의 원본이나 그 복제물에 부착되거나 그 공연·실행 또는 공중송신에 수반되는 것을 말한다.

가. 저작물등을 식별하기 위한 정보

나. 저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 가진 자를 식별하기 위한 정보

다. 저작물등의 이용 방법 및 조건에 관한 정보

187) 한국 저작권법 제104조의2(기술적 보호조치의 무력화 금지)

① 누구든지 정당한 권한 없이 고의 또는 과실로 제2조제28호가목의 기술적 보호 조치를 제거·변경하거나 우회하는 등의 방법으로 무력화하여서는 아니 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 암호 분야의 연구에 종사하는 자가 저작물등의 복제물을 정당하게 취득하여 저작물등에 적용된 암호 기술의 결함이나 취약점을 연구하기 위하여 필요한 범위에서 행하는 경우. 다만, 권리자로부터 연구에 필요한 이용을 허락받기 위하여

고 있다.

기술적 보호조치는 본질적으로 저작자의 권리보호를 위한 자구책  
이므로 이러한 기술적 보호조치는 권리자의 자유로운 선택의 문제  
이나, 이러한 기술적 보호조치에 대한 무력화에 대해 법적으로 규제

---

상당한 노력을 하였으나 허락을 받지 못한 경우에 한한다.

2. 미성년자에게 유해한 온라인상의 저작물등에 미성년자가 접근하는 것을 방지하  
기 위하여 기술·제품·서비스 또는 장치에 기술적 보호조치를 무력화하는 구성요  
소나 부품을 포함하는 경우. 다만, 제2항에 따라 금지되지 아니하는 경우에 한  
한다.
  3. 개인의 온라인상의 행위를 파악할 수 있는 개인 식별 정보를 비공개적으로 수  
집·유포하는 기능을 확인하고, 이를 무력화하기 위하여 필요한 경우. 다만, 다른  
사람들이 저작물등에 접근하는 것에 영향을 미치는 경우는 제외한다.
  4. 국가의 법집행, 합법적인 정보수집 또는 안전보장 등을 위하여 필요한 경우
  5. 제25조제2항에 따른 교육기관·교육지원기관, 제31조제1항에 따른 도서관(비영리  
인 경우로 한정한다) 또는 「공공기록물 관리에 관한 법률」에 따른 기록물관리  
기관이 저작물등의 구입 여부를 결정하기 위하여 필요한 경우. 다만, 기술적 보  
호조치를 무력화하지 아니하고는 접근할 수 없는 경우에 한한다.
  6. 정당한 권한을 가지고 프로그램을 사용하는 자가 다른 프로그램과의 호환을 위  
하여 필요한 범위에서 프로그램코드 역분석을 하는 경우
  7. 정당한 권한을 가진 자가 오로지 컴퓨터 또는 정보통신망의 보안성을 검사·조사  
또는 보정하기 위하여 필요한 경우
  8. 기술적 보호조치의 무력화 금지에 의하여 특정 종류의 저작물등을 정당하게 이  
용하는 것이 불합리하게 영향을 받거나 받을 가능성이 있다고 인정되어 대통령  
령으로 정하는 절차에 따라 문화체육관광부장관이 정하여 고시하는 경우. 이 경  
우 그 예외의 효력은 3년으로 한다.
- ② 누구든지 정당한 권한 없이 다음과 같은 장치, 제품 또는 부품을 제조, 수입, 배  
포, 전송, 판매, 대여, 공중에 대한 청약, 판매나 대여를 위한 광고, 또는 유통을  
목적으로 보관 또는 소지하거나, 서비스를 제공하여서는 아니 된다.
1. 기술적 보호조치의 무력화를 목적으로 홍보, 광고 또는 판촉되는 것
  2. 기술적 보호조치를 무력화하는 것 외에는 제한적으로 상업적인 목적 또는 용도  
만 있는 것
  3. 기술적 보호조치를 무력화하는 것을 가능하게 하거나 용이하게 하는 것을 주된  
목적으로 고안, 제작, 개조되거나 기능하는 것
- ③ 제2항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아  
니하다.
1. 제2조제28호가목의 기술적 보호조치와 관련하여 제1항제1호·제2호·제4호·제6호  
및 제7호에 해당하는 경우
  2. 제2조제28호나목의 기술적 보호조치와 관련하여 제1항제4호 및 제6호에 해당하  
는 경우

여부는 저작권자의 이익과 이용자의 이익에 관한 충돌 문제이므로 입법에 신중해야 할 것으로 보인다.<sup>188)</sup> 우리나라는 자체 입법과정을 거치면서 외국의 기술적 보호조치 무력화와는 다른 모습으로 변형되었다. 저작자가 자신의 데이터나 저작물 등을 서비스제공자에게 보관하고 있는 경우, 다른 일반 이용자들이 이에 접근하는 것을 통제하기 위하여 기술적 보호조치를 적용하게 되는데, 이 때 사적이용 등 저작권법에서 보장하는 공정이용의 경우까지만 저작물의 이용이 차단되어야 하는 부조리함이 있었다. 이 경우 상반된 이익에 대한 조절 메커니즘이 필요하였다. 과거 우리 저작권법에서는 이에 관한 언급이 없었다. 구 저작권법은 저작권 보호를 위한 기술적 보호조치를 무력화 할 수 있는 도구의 거래만을 금지시킬 뿐이었다.<sup>189)</sup> 기술적 보호조치 규정과 저작권 제한 규정 사이의 상호관계를 명확히 함과 동시에 모든 이용자들이 저작권이 제한되는 한도 내에서 기술적 보호조치에도 불구하고 적절한 자유이용을 보장받을 수 있는 입법적 수단이 강구될 필요가 있었다. 이에 따라 2011년의 개정을 통하여 우리 저작권법은 새로 신설된 제6장의2의 제104조4의2 제1항 단서 각호에서 기술적보호조치의 무력화 금지에 관한 예외 규정을 두어 양자의 이해관계를 조절하고 있다.<sup>190)</sup> 이러한 저작권법 개정은 권리통제적 기술적 보호조치를 무력화시킬 수 있는 도구의 거래금지 이외에, 접근통제적 기술적 보호조치를 무력화시키는 행위와 무력화시키기 위해 사용되는 도구의 거래 또한 금지하는 의의를 가진다. 따라서 서비스의 아이디어나 비밀번호 등의 기술적 보호조치를 무력화하거나 이러한 무력화를 가능하게 하는 맬웨어나 기술을 제공

---

188) 정상조, 지적재산권법, 홍문사, 2004년, 420면 참조

189) 권리 통제에 관한 무력화, 한국 구 저작권법 제124조 제2항

190) 최상필, 위의 논문 337면

하는 행위 일체 등이 저작권 침해로 간주되고, 이를 이용하여 저작물을 복사하는 행위 또한 저작권의 침해로 간주되는 것이다.

한편, 저작권에 대한 예외에 해당되는 경우, 이용통제조치에 대해서도 예외로 인정하고 있고, 접근통제조치에 대해서는 기존 저작권에 대한 예외가 적용될 여지가 없으므로 DMCA에서는 별도의 규정을 두어 예외<sup>191)</sup>를 두었다.<sup>192)</sup>

## 제6절 원격녹화서비스제공자의 책임

### 1. 원격녹화서비스제공자의 침해행위 여부

원격녹화서비스제공자에게 어떤 침해 책임을 물을 수 있을 것인가에 대해 우리나라의 판례는 일본의 가라오케 법리와 유사한 것인지 협의의 공동불법행위 책임인지 명확하지 않으나<sup>193)</sup> 직접 침해의 책임을 묻고 있어 이용자의 복제행위가 위법한가와 관계없이 서비스제공자의 위법을 규율하고 있다. 그러나 인터넷 서비스 제공자에 대한 책임에 대한 판례는 특정한 경우<sup>194)</sup>를 제외하고는 민법상 방조의 공동불법행위 책임의 법리를 적용하였다.<sup>195)</sup>

---

191) 도서관 등에 대한 예외

192) DMCA 제107조(공정이용 일반조항)는 접근통제조치에 대해 적용될 수 없다는 Universal City Studios, Inc. v. Corley[273 F.3d 429(2d cir. 2001)] 등을 보아 현재까지는 접근통제조치에 대한 예외로 공정이용은 허용이 되지 않는 것으로 보인다. 이에 대해 미국 내에서 많은 비판을 받고 있는 것으로 보인다. 위 Corley 사건은 DeCSS라는 CSS(일종의 인증 시스템)무력화 소프트웨어를 Corley의 사이트에 링크한 데 대해 공정이용의 항변이 부인된 사건이다.; 이규홍, 위의 논문, 74-75면 참조

193) 맹정환, 위의 논문, 85면 참조

194) 서울중앙지방법원 2003. 9. 30. 자 2003카합2151 결정

195) 맹정환, 위의 논문, 84면

원격 녹화 서비스가 단순히 이용자의 녹화를 돕는 정도인지, 적극적으로 위법한 녹화에 참여하고 있는지에 따라 그 법적 규율이 다르다 할 것이다. 원격녹화서비스가 단순히 이용자의 녹화라는 행위를 돕는 것으로 구체적으로 무엇이 복제되고 전송되는지 알 수 없고 프로세스의 자동화에만 관여하여 저장장소를 제공하는 경우는 원격녹화서비스제공자에게 직접침해를 묻는 것은 어려울 것이다. 이에 반해, 원격녹화서비스제공자가 적극적인 기술적 개입으로 위법한 복제 및 전송행위에 참여하여 복제 및 전송을 지배하고 있는 경우에는 이용자의 녹화요청과는 관계 없이 저작권의 직접침해로 규율될 수 밖에 없을 것이다. 제2장에서 언급하였던 원격녹화의 기술과 원격녹화서비스제공자의 방송권원에 따라 원격녹화서비스제공자의 침해책임을 살펴보고자 한다.

먼저 하드디스크 대신 원격 서버의 저장소를 이용하는 원격녹화형태는 녹화 스트림 자체가 셋탑박스로부터 원격서버로 송신이 되는 상태이므로 원격서버는 기존 PVR의 하드디스크를 원격 스토리지로 전환하는 것에 불과하다. 따라서 녹화 여부를 선택하는 주체는 이용자이고, PVR 제공자의 책임에 관해서는 별론으로 하고, 원격녹화서비스는 그 방송권원의 여부와 관계없이 단순히 이용자의 녹화를 돕는 스토리지 제공에 불과하다 할 것이다. 원격녹화서비스가 이를 다른 단말로의 재전송 또는 공유 등의 기능을 제공하지 않는 한 이용자의 복제행위의 위법 여부에 따라 간접 침해로 규율되어야 할 것이다. 이용자의 복제행위가 위법한 경우, 인터넷 서비스 제공자의 침해 책임의 규율법리로 적용되었듯이, 원격녹화서비스 제공자가 방조의 공동불법행위로 간접책임의 법리를 적용하는 것이 적절할 것으로 보인다. 원격녹화 서비스제공자의 간접침해가 인정되

려면 먼저 이용자들의 직접 침해가 인정되어야 하기에 사적복제 해당 여부가 먼저 결정이 되어야 한다. 우리나라 저작권법 제30조 단서에서는 공중용 복사기에 대한 경우를 면책에서 제외하고 있어 이러한 원격녹화가 공중용 복사에 포함된다면 사적복제에 해당되지 않을 수도 있다. 이에 대해 현재 우리 법문 상으로의 기준은 없고, 엔탈 판결을 미루어 보아 사적복제의 영역에서 제외되는 것으로 보인다. 그러나 이에 대해 제20조 단서의 공중용 복사기는 디지털 복제에 대해서 적용되지 않는다는 견해<sup>196)</sup>도 있다. 이용자의 복제행위가 위법하지 않은 경우, 방조의 공동불법행위 법리로 살펴보면 원격녹화서비스 제공자의 책임은 없다 할 것이다. 이용자가 가정에서 녹화하는 것과 동일한 경제적, 기술적 토폴로지를 갖는 원격녹화서비스에 대해서는 이용자의 사적복제를 인정하는 것이 합리적일 것으로 생각되며 이 경우 원격녹화서비스 제공자의 저작권법 침해 책임은 없다고 해야 할 것이다.

방송 서버에서 개인 스토리지로 바로 녹화하는 원격녹화 형태는 저작물이 셋탑박스를 거치지 않고 녹화명령에 따라 서버 사이에서 저작물의 복사가 이루어지므로, 원격녹화서비스제공자의 방송권원<sup>197)</sup>에 따라 그 법적 규율이 다르다 할 것이다.

원격녹화서비스제공자의 방송권원이 있는 경우는, 원격녹화서비스제공자가 공유와 같은 추가적인 위법한 서비스를 제공하지 않는 한, 위법한 녹화에 직접 참여하고 있다고 보기는 어렵다. 이 경우 원격녹화서비스제공자가 무엇이 복제되고 전송되는지 알 수 있는 상황이므로 서비스제공자가 복제 및 전송의 주체라고 보아 직접

196) 박익환, 사적복제보상금 제도도입과 관련하여, 저작권법 전면개정을 위한 조사연구 보고서, 문화관광부, 2002년, 529면; 최진원 위의 논문, 108면

197) 여기서의 방송권원이란, 저작권을 직접 가지고 있지는 않으나 실연자의 자격 등으로 방송을 할 수 있는 권리를 말한다.

책임을 물을 수 있는 여지도 있다. 그러나, 원격녹화서비스제공자가 원본에 대한 방송 권원을 가지고 있고, 비효율적으로 하드디스크 또는 하드디스크 대신 원격 서버의 저장소를 이용하는 원격녹화형태를 사용하는 것 보다 방송 서버에서 개인 스토리지로 바로 녹화하는 원격녹화 형태를 사용하는 것이 IT자원과 같은 사회적 낭비를 줄일 수 있는 등의 기술을 이용한 이득을 추구할 수 있다. 이 경우 원본에 대한 방송권원이 녹화본 복제 및 녹화재생을 위한 전송의 권원이 될 수 있는가가 쟁점이 될 수 있다. 생각건대, 방송권원의 세분화에 대한 이야기는 별론으로 하고, 기존에 이용자의 사적복제를 돕는 PVR 등을 제공하는 방송권원을 가진 원격녹화서비스제공자가 기술적 발전을 이용하여 원격녹화서비스로의 전환을 하는 것은 저작권법적으로 허용이 되는 것이 바람직할 것으로 보인다. 이는 미국 CableVision과 그 사실관계가 유사하며 한국과 미국의 법리가 다르다 하더라도 이에 대한 직접침해 부정의 판단은 유사하여야 할 것으로 생각된다. 따라서 이러한 경우 역시 서비스제공자가 이용자의 녹화행위를 돕는 것으로 보아 방조의 공동불법행위로 간접책임의 법리를 적용하는 것이 합당할 것으로 보인다.

그러나 원격녹화서비스제공자의 방송권원이 없는 경우는 녹화의 주체는 이용자 및 적극적으로 녹화에 참여하고 있는 원격녹화서비스제공자라고 보는 것이 합당할 것으로 보인다. 이 경우는 이용자의 요청으로 인해 녹화작업이 시작되지만 이용자는 원저작물에서의 위법적 복제를 직접 수행한다 보기 어렵고, 원격녹화서비스제공자가 방송권원이 없는 데에도 불구하고 서버에 방송 녹화를 하여 녹화서비스에 사용하는 형태이다. 따라서 이용자의 서비스 구매와 관계 없이 방송녹화물을 제품화하여 판매하는 형태로 보아 우리나라 민법

제760조 제1항의 협의의 공동불법행위를 적용할 수도 있을 것으로 보인다. 이와 사실관계가 유사한 엔탈 판결에서도 원격녹화서비스제공자가 녹화의 주체라고 보았다. 이 경우 이용자를 대행하여 원격녹화서비스제공자가 실행하는 녹화가 정당한지의 여부가 관건이 될 것이다. 생각건대 녹화를 유료로 대행하도록 하는 것은 사적복제의 허용범위를 넘어서는 것으로 규제됨이 마땅하다 할 것이다.

클라우드 컴퓨팅 시스템을 서버의 형태로 도입한 원격녹화의 형태도 방송 서버에서 개인 스토리지로 바로 녹화하는 원격녹화 형태와 그 책임의 형태가 유사하나, 이에 더하여 클라우드 컴퓨팅으로 인한 법적인 책임 규명이 요구된다. 클라우드 컴퓨팅에 관련된 문제는 뒤에서 좀더 살펴보도록 하겠다.

원격녹화에 관련한 여러 논문들에서 우리나라의 원격녹화서비스는 직접침해로 규율하고 있다고 평가하고 있다. 그러나 원격 녹화 서비스에 대한 우리의 판례가 협의의 공동불법행위 법리를 적용하였다고 한다면, 협의의 공동불법행위 책임을 묻는 경우에 서비스 제공자의 행위와 이용자의 행위가 주관적인 의식의 공동성이 없더라도 객관적 공동 관련성이 있어 각 행위가 독립적으로 불법행위가 되어야 하는데<sup>198)</sup>, 일반적인 원격녹화 서비스제공자의 행위의 전반에 대해 방송권원과 같은 구체적인 사안의 구분 없이 독립적 불법행위로서 간주하는 것은 잠재적인 범법자를 확대하는 위험한 일이 아닐까 생각한다. 원격 녹화 서비스에 대해 가라오케 법리의 도입 또한 우리나라에 법리에 대한 고민이 없이 책임의 적용의 편리성 등으로 인해 들여오는 것에 대해 더 깊은 고민이 있어야 할 것으로 보인다.

---

198) 객관적 공동설, 주관적 공동설, 절충설 등이 있는데 객관적 공동설이 다수설이자 판례의 태도이다; 김준호, 민법강의, 법문사, 2009년, 1520면 참조

## 2. 원격녹화서비스제공자의 온라인서비스제공자 포함 여부

원격녹화서비스제공자가 온라인서비스제공자에 속하는지, 그리고 우리 저작권법 제104조의 특수한 유형의 온라인서비스제공자에 속하는지 검토하는 것 또한 필요하다. 온라인서비스제공자란 다른 사람들이 정보통신망을 통하여 저작물 등을 복제 또는 전송할 수 있도록 하는 서비스를 제공하는 자를 말하며 이 정의에 따르면 녹화물을 전송하는 원격녹화서비스제공자는 온라인서비스제공자에 속한다고 볼 수 있다. 저작권법 제104조에서 말하는 특수한 유형의 온라인서비스제공자는 문화체육관광부 고시 제2009-46호에 정해져 있는데 (1) 개인 또는 법인의 컴퓨터 등에 저장된 저작물 등을 공중이 이용할 수 있도록 업로드 한 자에게 상업적 이익 또는 이용편의를 제공하거나, (2) 개인 또는 법인의 컴퓨터 등에 저장된 저작물 등이 공중이 다운로드할 수 있도록 기능을 제공하고 다운로드 받는 자가 비용을 지불하는 형태로 사업을 하거나, (3) P2P 기술을 기반으로 개인 또는 법인의 컴퓨터 등에 저장된 저작물을 업로드 하거나 다운로드 할 수 있는 기능을 제공하여 상업적 이익을 얻거나 (4) 개인 또는 법인의 컴퓨터 등에 저장된 저작물 등을 검색하여 전송할 수 있는 프로그램의 제공을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제공자를 말한다. 원격녹화 서비스의 경우는 공유기능이 없는 원격녹화의 여러 비즈니스 모델이 있을 수 있다. 보통 업로드/다운로드 형태로 서비스를 전송하기보다는 각 이용자의 단말로의 녹화물의 전송만을 하는 서비스인데, 이러한 경우 이용자의 단말에의 일시적 저장이 복제인가 그렇지 않은가에 따라 특수한 유형의 온라인서비스제공자인가 그렇지 않은가가 결정된다. 우리 저작권법에서는 일시적 저장을

복제라고 규정하였으므로 상기의 원격녹화 서비스 제공자는 특수한 유형의 온라인서비스제공자로서 기술적 보호조치의 의무를 가진다고 하겠다. 또한 클라우드 컴퓨팅 서비스를 제공하면서 한 이용자당 다양한 단말의 시청이 가능하도록 한 공유나 n-screen 서비스를 포함한 비즈니스 모델을 가진 서비스의 경우에는 각 단말을 한 이용자가 이용한다는 보장이 있기 어려우므로 그 단말들에 접근 가능한 구성원들의 공유라고 볼 여지가 있어 이 경우 특수한 유형의 온라인서비스제공자에 해당된다고 볼 수 있다.

원격녹화 서비스 제공자는 클라우드 컴퓨팅 서비스를 이용하건 자체 서버를 가지고 있건 유·무선 네트워크를 통해 서비스가 제공되기 때문에 온라인서비스제공자에 해당된다. 아직까지 원격녹화 서비스 제공에 대한 학계의 논의가 충분히 축적되거나, 이에 대한 판결이 많이 존재하지 않기 때문에, 학설과 판결에 대한 검토를 하기에는 이른 감이 있으므로, 기존 판결의 추세와 현행법을 검토함으로써 앞으로의 원격녹화 서비스 제공자의 책임의 적용 가능성에 대해서 살펴보려고 한다.

소리바다 판결을 통해 방조행위를 판단할 때 방조자에 의한 방조행위의 내용 및 성질과 방조자의 관리 및 지배의 정도, 이익, 저작권 침해행위를 종합해서 침해주체임을 평가한다는 기준을 제시하고 있다. 또한, 공유형 웹스토리지 서비스 사업자가 저작권 방조책임을 부담하는가에 관련된 사건<sup>199)</sup>에서 법원은 이용자들에 의한 저작권 침해행위가 발생하거나 계속되지 않도록 하여야 할 법적인 작위의

---

199) 서울중앙지방법원 2008. 8. 5. 자2008카합968 판결; 동 판결에서 웹 스토리지 서비스 자체에 관해 금지하는 신청에 관해서는 자유로운 이용이 보장된 파일의 공유 등 이용자들의 적법한 이용행위 및 이를 통한 서비스 제공자들의 영업활동까지 막게 되는 결과를 초래하여 이용자들의 이용권 및 서비스 제공자들의 영업의 자유를 필요 이상으로 제한하게 되므로 부당하다고 판시하였다.

무를 지고 있는 위 서비스 제공자들이 현재의 기술 수준 및 사회통념 등에 비추어 기대 가능한 수준에서, 저작권 침해행위가 되는 복제 전송을 선별하여 방지하거나 중단할 수 있는 기술적 조치 등 필요한 조치를 취하여야 하는데, 그 침해행위를 방지할 수 있었음에도 불구하고 그 결과의 발생을 의욕 또는 용인하고 이를 방관한 채 그 의무를 제대로 이행하지 아니하여 이용자들의 저작물에 관한 복제권 및 전송권 침해행위를 용이하게 해 주었으므로 그 침해행위에 대하여 방조책임을 부담한다고 판시한 바 있다.

그런데 방조책임으로 저작권 간접책임을 묻게 되면, 일반적으로 불법행위를 근거로 하는 민사책임에서는 금지청구를 인정하지 않는다. 이에 대한 보완으로 저작권 간접침해 행위자를 직접침해의 행위자와 동일시하여 금지청구가 가능하도록 규범적 판단이 이루어질 개연성도 있다. 그러나, 금지청구를 가능하게 하기 위해서 간접 침해로 규율할만한 사안에 대해 법적 근거가 명확하지 않은 채로 직접침해로 의제하는 것에 대해서는 좀더 신중한 자세를 취해야 할 것이라고 생각한다.

우리 저작권법 제69조에서 방송사업자는 실연자로서 자신의 방송을 녹음, 녹화, 사진 그 밖의 유사한 방법으로 복제하거나 동시중계 방송할 권리를 가진다고 규정한다. 방송의 개념 속에 무선통신 뿐만 아니라 유선통신의 방법도 포함시키고 있기 때문에 종합유선방송사업자, 중계유선사업자도 방송사업자의 권리를 가질 수 있다고 보인다.<sup>200)</sup> 그런데 여기서 말하는 방송이 VOD나 nPVR 서비스와 같은 것들을 모두 포함하는가에 대해서는 아직 규명된 바가 없다. 법문을 그대로 해석한다면 유선방송사업자 등의 원격녹화서비스에 대해서

---

200) 정상조, 지적재산권법, 홍문사, 2004년, 361면

는 그 제한이 없다 할 것이나, 실질적 판단에 의한다면 그 해석이 달라질 수도 있을 것이라 생각된다. 원격녹화 서비스의 경우 방송과 통신의 경계에 있으므로 이를 방송으로 보아 온라인 서비스임에도 다르게 취급하는 것이 가능할 것이고, 비즈니스 모델 측면에서도 일견 합당해 보인다.

이상 살펴볼 때 원격 녹화 서비스 제공자를 규율하는 데에 영국의 권한부여의 법리에 따른 영국 저작권법 제22조 등이나, 우리 특허법 제127조처럼, 우리 저작권법에도 간접 침해의 규정을 법문으로 두어 일정용도 외의 사용이나 권한 외의 사용에 대한 금지청구 허용한다든지 하는 입법적 방법으로 문제를 해결하는 것도 한 방법일 것이다. 이러한 규정에 방송과 통신의 경계에 있는 사안에 대해 일괄적인 법적 판단을 할 것이 아니라 방송과 통신의 비즈니스 특성을 고려한 규율이 필요할 것이다.

### 3. 원격녹화서비스제공자의 기술적 조치

온라인서비스제공자의 책임 문제는 결국 불법한 용도 및 적법한 용도를 모두 가진 도구에 관하여 타인(이용자들)이 그 도구를 이용하여 장래에 불법행위를 할 수도 있음을 예견하고도 도구를 공급한 자의 책임문제이다. 저작물을 필사하다가 저작물을 아날로그로 방송 및 수신하고 디지털로 송수신하는 단계를 넘어 디지털 저장 목적지가 클라우드 컴퓨팅 시스템을 이용하여 소재를 알 수도 없고 책임의 범위를 규정짓기 어려운 상태가 되면서 새로운 논의가 요구되었다. 한국과 미국 법원 모두 P2P의 책임을 인정하는 것은, 침해를 위해서 등장한 것이 대부분이라고 판단하기 때문이다. 현재 상태로는

이러한 침해의 상태를 용인하기 힘들다는 점이 작용했던 듯하다. 도  
구공급자의 책임을 결정하는 중간영역을 어떻게 설정할 것인가가  
문제되었다.

다른 나라에의 입법례 없는 한국에만 있는 특수한 저작권법 제  
104조<sup>201)</sup>는 아직 불완전한 특정한 ‘기술적 조치’(필터링 기술)을 문  
화체육관광부 장관이 시행령으로 정하여 온라인서비스제공자에게  
실행하도록 하였다. 이는 온라인서비스제공자에게 일정 조치를 강요  
할 수 있다는 유력한 비판이 있다. 또한 제104조의 기술적 조치는  
저작권자의 요청을 받았을 뿐이라 하더라도 실제로 실시하는 자는  
온라인서비스제공자가 자기 서비스 전체에 그 기술적 조치를 실행  
해야 한다. 그 정의는 시행령 46조에 나와 있는데, 제호 등 특징을  
비교해서 저작물 등을 인식할 수 있고 이러한 것의 송신을 차단하  
는 것이다. 제104조는 그 적용범위가 일반이 아닌 대통령령이 정한  
특수 유형의 온라인 서비스제공자에 국한되는 한계를 가질 뿐 아니  
라 OSP의 책임 감면 규정이 아니라 책임의 근거 규정을 입법으로  
정한 것은 유례가 없는 것으로 입법 기술상 문제가 있다는 비판도  
있다.<sup>202)</sup> 더욱이, 제104조에서 더 나아가 저작권자의 요청이 없더라  
도 ‘적극적으로’ 필터링 기술을 채택할 것을 요구하면서, 저작권자의  
요청이 있을 경우에만 소극적 기술적 조치를 하는 것만으로는 책임

---

201) 제104조 (특수한 유형의 온라인 서비스제공자의 의무 등)

1. 다른 사람들 상호 간에 컴퓨터를 이용하여 저작물등을 전송하도록 하는 것을 주  
된 목적으로 하는 온라인서비스제공자(이하 "특수한 유형의 온라인서비스제공자  
"라 한다)는 권리자의 요청이 있는 경우 해당 저작물 등의 불법적인 전송을 차  
단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 하여야 한다. 이 경우 권리자의 요청  
및 필요한 조치에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.
2. 문화체육관광부장관은 제1항의 규정에 따른 특수한 유형의 온라인 서비  
스제공자의 범위를 정하여 고시할 수 있다.

202) 정상조, 박준석, 저작권법상 온라인서비스 제공자의 책임, 서울대학교 기술과  
법센터 연구보고서 침조; 정상조, 저작권법 주해, 박영사, 2007년, 961면 참조

을 면할 수 없다고 판시하는 경우<sup>203)</sup>도 있다.

저작권자가 온라인서비스제공자로부터 침해자의 신원에 관한 정보를 확보할 수 있는 절차를 규정화하여 피해자가 침해자의 신원을 파악할 수 있도록 하였다.<sup>204)</sup> 명예훼손을 당한 경우, 정보통신망 이용촉진 및 개인정보보호에 관한 법률은 이러한 침해자의 신원 제공을 온라인서비스제공자에게 요구할 수 있도록 하였다.<sup>205)</sup> 침해자의 신원을 확보하는 것은 저작권의 집행에 중요한 요소임에 틀림이 없

---

203) 서울고법 2007.10.10. 선고 2006라1245판결

204) 한국 저작권법 제103조의 2(서비스이용자에 대한 정보 제공 청구)

1. 권리주장자가 민사상의 소제기 및 형사상의 고소를 위하여 해당 온라인서비스제공자에게 그 온라인서비스제공자가 가지고 있는 해당 복제·전송자의 성명과 주소 등 필요한 최소한의 정보 제공을 요청하였으나 온라인서비스제공자가 이를 거절한 경우 권리주장자는 문화체육관광부장관에게 해당 온라인서비스제공자에 대하여 그 정보의 제공을 명령하여 줄 것을 청구할 수 있다.
2. 문화체육관광부장관은 제1항에 따른 청구가 있으면 제112조에 따른 한국저작권위원회의 심의를 거쳐 온라인서비스제공자에게 해당 복제·전송자의 정보를 제출하도록 명할 수 있다.
3. 온라인서비스제공자는 제2항의 명령을 받은 날부터 7일 이내에 그 정보를 문화체육관광부장관에게 제출하여야 하며, 문화체육관광부장관은 그 정보를 제1항에 따른 청구를 한 자에게 지체 없이 제공하여야 한다.
4. 제3항에 따라 해당 복제·전송자의 정보를 제공받은 자는 해당 정보를 제1항의 청구 목적 외의 용도로 사용하여서는 아니 된다.
5. 그 밖에 복제·전송자에 관한 정보의 제공에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

205) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의6(이용자 정보의 제공청구)

1. 특정한 이용자에 의한 정보의 게재나 유통으로 사생활 침해 또는 명예훼손 등 권리를 침해당하였다고 주장하는 자는 민·형사상의 소를 제기하기 위하여 침해 사실을 소명하여 제44조의10에 따른 명예훼손 분쟁조정부에 해당 정보통신서비스 제공자가 보유하고 있는 해당 이용자의 정보(민·형사상의 소를 제기하기 위한 성명·주소 등 대통령령으로 정하는 최소한의 정보를 말한다)를 제공하도록 청구할 수 있다.
2. 명예훼손 분쟁조정부는 제1항에 따른 청구를 받으면 해당 이용자와 연락할 수 없는 등의 특별한 사정이 있는 경우 외에는 그 이용자의 의견을 들어 정보제공 여부를 결정하여야 한다.
3. 제1항에 따라 해당 이용자의 정보를 제공받은 자는 해당 이용자의 정보를 민·형사상의 소를 제기하기 위한 목적 외의 목적으로 사용하여서는 아니 된다.
4. 그 밖의 이용자 정보 제공청구의 내용과 절차에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

다. 온라인서비스제공자로부터 침해자의 정보를 얻는 방법 외에도 IP 추적과 같은 방법이 있다. 그러나 그러한 방법이 여의치가 않은 것이 사실이다.<sup>206)</sup> 그리고, 전기통신사업법 제54조에 따르면 저작권자가 고소를 하여 수사기관이 수사를 하지 않는 한 저작권 침해에 대한 민형사상 책임을 묻기 위해 저작권자가 온라인 서비스의 가입자의 신원정보를 획득하는 것은 불가능하다.<sup>207)</sup> 이러한 배경 하에 우리 저작권법 제103조의 2가 신설된 것으로 보인다. 그러나 서비스의 유형에 따라 온라인서비스제공자가 사용자의 신원정보를 가지지 않을 수도 있다. 최근의 서비스의 추세는 이메일 주소와 패스워드만 있으면 가입이 가능한 경우가 많이 있고, 이러한 이메일에 대한 인증을 수행하지 않아도 서비스의 일부를 사용할 수도 있다.<sup>208)</sup> 이러한 경우에 침해자의 신원을 확인받을 수 있는 길은 요원하다 할 것이다.

한편, 이상의 기술적 보호조치가 우리나라의 판례의 태도인 방조의 공동불법행위 책임 법리에서의 주의의무로 포섭이 될 수 있는지에 관해서는 아직 그에 대한 판례가 명확하게 나온 것이 없어 면책을 위한 기술적 보호조치의 범위가 명확하지 않다 할 것이다. 또한 원격녹화서비스에 대해서까지 이러한 면책 조항이 적용될 것인지도 아직은 판단할 수 없다. 이는 앞으로 관련 판례들이 나오면서 그 기준이 제시될 것을 기대하는 바이다.

---

206) 법원의 허가 없이는 침해자의 IP를 추적할 수 없고, 침해자의 신원정보를 보유하고 있는 OSP로부터 요구할 수 없었다.; 이창범 et al., 위의 논문, 345-347면

207) 이창범 et al., 위의 논문, 348면

208) 한 예로 미국의 dropbox와 같은 클라우드 스토리지 서비스는 이메일 주소와 패스워드만으로 가입이 가능하며 디렉토리 공유를 제외한 모든 기능을 이메일의 인증이 없이 사용할 수 있고, 이 이메일의 인증이라는 것도 이메일과 사용자와의 연관성으로 사용자를 확인할 수 있는 것은 아니며, 이메일이 존재하는 것만을 확인한다.

#### 4. 클라우드 컴퓨팅 환경에서의 원격녹화서비스제공자의 책임

클라우드 컴퓨팅 환경에서도 원격녹화서비스제공자의 방송권원이 없는 경우는 원격녹화서비스제공자의 직접침해의 책임이 인정될 가능성이 높다. 그러나 원격녹화서비스제공자가 방송권원이 있다면, 원격녹화서비스의 백엔드단이 클라우드 컴퓨팅의 형태를 띠게 되는 경우, 녹화물을 공유하여 사용하는 경우와 그렇지 않고 녹화를 지시한 이용자만 사용하는 경우에 따라 그 법적 책임이 달라질 것으로 보인다.

먼저, 이용자의 녹화를 위한 저장 공간이 다른 사람에게 그 이용이 허용되지 않고 이용자의 PVR에서만 녹화를 재생할 수 있는 폐쇄적 모델의 경우를 살펴보도록 한다. 이 경우는 기존 PVR에서 그 기기를 이용해 이용자가 방송을 녹화하는 것과 마찬가지로 원격 PVR 기기를 이용해 이용자가 방송을 녹화에 대한 결정의 주체이면서 녹화에 대한 중추적 행위자가 되고, 원격녹화서비스제공자는 그 행위를 돕는다 할 수 있겠다. 다른 사람에게 그 이용이 허용되지 않으므로 녹화의 공유가 일어나지 않고, 이용자의 단말에서만 재생이 가능하다. 이 경우 차이점이 있다면 기존 PVR은 PVR 내의 버스를 통해 PVR 내의 하드디스크에 저장이 되는 것이고, 원격 PVR은 인터넷 등을 통해 클라우드 컴퓨팅의 원격 디스크 어디엔가에 저장되는 것이다. 비록, 원격 PVR은 공중으로의 전송작업이 들어가므로 PVR기기 내의 하드디스크 저장보다는 해킹의 위험이 높고, 개인이 보유하고 있는 하드디스크보다 공중의 서버 저장 공간이 공격을 받을 수 있는 가능성이 높다. 그러나 그러한 위험의 정도가 개인의 사

적복제 여부를 인정하지 않을만한 수준은 아니라고 생각한다. 복제물이 저장되는 저장소의 관리 지배는 원격녹화서비스가 할 것이나, 이러한 관리 지배만으로 사적복제를 인정하지 않겠다는 판결이 정확히 존재하지는 않는다. 기존의 엔탈 사건에서는 원격녹화서비스이는 하나 이러한 개개인에 대한 폐쇄적인 형태가 아닌 공유 가능한 형태였으므로, 위와 같은 공유를 허용하지 않는 단말 하나에의 서비스의 경우와는 다른 결론이 난 것으로 보인다.

이용자의 녹화를 위한 저장 공간이 다른 사람에게 그 이용이 허용되는 경우 및, 한 이용자라도 엔 스크린으로 서비스가 가능한 경우는 법적인 판단이 달라질 것으로 보인다. 우리나라 엔탈 사건 및 일본의 MYUTA 사건에서 복제행위의 저작권 침해여부를 판단할 때 이용자가 개인적인 수준에서 CD 등의 악곡의 음원 데이터를 휴대전화로 이용하는 것은 기술적으로 구현이 용이하지 아니한 점을 고려 대상으로 두었다. 단순히 원격 저장장소를 제공하고 그를 녹화에 이용하도록 한 것과는 달리 공유나 엔 스크린은 그 기술적 난이도가 있음에 분명하고 이용자로 하여금 많은 자유도로 주는 것이 사실이다. 이러한 판결의 흐름이 계속된다면 클라우드 컴퓨팅으로 서버 형태를 전환함으로써 얻을 수 있는 기능적 메리트인 엔 스크린 및 공유 기능은 원격녹화서비스에서는 저작권의 문제에 봉착할 수 밖에 없다.

위와 같은 경우, 엔스크린이나 공유에 적용할 수 있는 저작권이나 저작인접권 개념을 만들어 사적으로 계약이 가능하도록 하거나, 아니면 녹화물에 대한 엔스크린과 공유에 대해 공정 사용을 인정하는 입법적 근거를 마련하든가 하여, 이러한 명확하지 않은 법적 상태로 인한 혼란을 막으면서 기술적인 진보를 사장시키지 않도록 정

책적인 노력을 해야 할 것이다.

한편 원격녹화서비스 자체에는 공유나 전송기능이 없다 하더라도 원격녹화서비스가 그러한 기능이 있는 퍼블릭 클라우드 스토리지를 사용하는 경우, 이 서비스를 공유 전송 기능이 있는 서비스로 보아야 할 것인가 하는 문제도 있다. 기술적으로는 원격녹화서비스가 사용하는 클라우드 스토리지의 공유기능을 사용하지 않는 경우 공유기능을 제공하지 않는다 할 것이나, 그 법적인 판단은 아직 찾아보기 어려운 상태이다. 원격녹화서비스가 사용하는 클라우드 스토리지에서 기술적 보호조치의 미비로 저작권이 훼손된 경우 등에 관한 서비스제공자의 책임에 대한 학계의 연구 및 규율이 필요하다고 생각된다.

## 제6장 결론

지금까지 여러 가지 원격녹화의 유형들에 대해 살펴보고, 그에 따른 저작권법적 이슈에 대해 검토해 보았다. 검토해 본 바와 같이 원격녹화서비스는 여러 가지 비즈니스 모델들로 유형화될 수 있고, 모델링된 유형에 따라 저작권법적 관계가 달라질 수 있다. 실제로 사업을 하고자 하는 원격녹화서비스제공자는 법적인 한계가 명확하지 않은 관계로, 혹시 예상치 못하게 위법하게 될 가능성 때문에 사업을 시작하지 못하게 하는 등의 제약사항이 있는 것이 현실이다. 이러한 불명확함을 해소하는 데 있어서 법적인 정리가 필요하다.

이러한 법적인 정리를 위해 우리나라 및 외국의 법리 및 판례를 살펴보았다. 규율의 방향은 크게 이러한 원격녹화서비스를 적법한 것으로 보는 방향과, 이를 위법한 것으로 보는 방향으로 나뉘어져 있다. 즉, 원격녹화를 결정하는 주체는 이용자이고 이용자의 이러한 사용은 사적인 복제로서 공정이용으로 저작재산권의 책임에서 면한다는 취지의 판결의 방향이 있는 반면, 서비스제공자에게 직접 저작재산권의 침해의 책임을 묻거나, 이용자의 이러한 원격녹화서비스의 사용이 불법하고 서비스 제공자는 이를 방조하는 간접책임을 진다는 취지의 판결도 있다. 우리나라에서는 엔탈 판결과 같이 서비스제공자의 직접책임을 인정하는 경우도 있고, 소리바다 판결과 같이 이용자의 불법행위를 인정하고, 서비스 제공자에게는 민법 제760조 제3항의 공동불법행위로서 방조의 간접책임을 인정하는 경우도 있다.

이렇게 하나의 유사한 사안에 대해서 여러 가지 다른 판단이 나오는 이유는 (1) 대륙법계와 영미법계에서의 저작권에 대한 다른 관점 및 규율하고 있는 법의 체계의 차이, (2) 규율 시 발전하는 기술

에 대해 고려해야 할 점이 달라지는 점, (3) 기술 부양에 대한 정책의 방향의 차이, (4) 기타 개별사안에서의 사실관계의 차이라고 볼 수 있다.

이러한 판단 기준에 의하여 규율할 때 다음과 같은 사항을 숙고해 보아야 할 것으로 생각된다.

### 1. 기술적 흐름에 대한 고려

저작권의 목적은 저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호함과 동시에 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화 및 관련 산업의 향상 발전에 이바지함을 목적으로 한다. 콘텐츠 이용 기술의 발전 방향에 맞추어 그에 적절한 규율을 하도록 해야 한다. 새로운 클라우드 컴퓨팅 기술은 아날로그에서 디지털의 시대로 넘어온 것과 같이 피할 수 없는 기술의 방향이며, 이러한 방향성은 오늘날에는 기정사실화되었다. 이러한 기술을 이용한 저작물의 향유는 때로는 저작권의 심각한 침해를 야기할 수도 있다. 물론 이러한 피해는 저작권법에 의해 막아야 할 것이나, 저작권법에 의해 새로운 기술에 바탕을 둔 저작물의 향유를 위법으로 취급하여 해당 산업이 위축되는 것은 바람직하지 않다.

그리고 이러한 기술발전으로 인해 사적복제의 권리의 범위가 오히려 줄어들어 가는 것은 비합리적이라 생각된다. 기술 발전 이전에 공정 이용이나 사적복제 등 저작재산권의 제한으로 인해 향유 가능했던 저작물의 이용 행태가, 기술의 발달로 인해 오히려 제약을 받는 것은 불합리하기 때문이다. 기존의 사적복제 예컨대, 집에 있는 전축의 라디오에서 녹음한 팝송을 테이프에 담아 내 포터블 카세트 플

레이어로 들을 수 있었던 것은 사적복제로서 저작권 침해의 면책이 되었기 때문이다. 기존에 PVR로 녹화물을 향유할 수 있었으나, 오늘날에 이르러 단지 원격녹화의 서비스 형태로는 불법이라고 하거나, 디지털화 원격화가 되었다는 이유만으로 집의 셋탑박스에 녹화한 영상은 내 태블릿PC로 보는 일이 불법으로 취급되어서는 곤란하다 생각한다. 저작물의 정당한 구매자 또는 사용자가 클라우드 컴퓨팅 환경과 같이 발전된 기술 상황에서 정당 구매 저작물을 이용하는 것을 공정 이용으로 보는 방향으로 논의가 진행되어 나아가야 할 것이다. 그리고 이러한 공정 이용이나 사적 복제가 어디까지 가능한지에 대해 그 경계를 명확히 하여 저작권자 및 저작인접권자는 물론, 서비스 제공자자들이나 서비스 사용자들이 혼동을 겪거나, 인지하지 못하는 상태에서 법을 어기는 상태를 만들지 않도록 제도를 정비해야 한다.

## 2. 서비스 모델의 사회적 득실에 대한 고려

셋탑박스를 서비스를 위해 제공하는 케이블 방송사업자나 IPTV 방송 사업자들은 그 셋탑박스들을 관리하기 위해 많은 시간과 돈이 드는 것이 사실이다. 아직 우리나라에는 PVR이 보편화되어 있지 않지만, 일본이나 영국 등 PVR이 보급된 셋탑의 상당부분을 차지하는 국가의 선례로 볼 때 애프터 서비스 등을 위한 비용이 상당하게 들어가는 것을 알 수 있다. 이러한 관리를 편리하게 할 목적으로 원격 녹화서비스 모델을 고려하게 될 가능성이 높다. 또한, 방송사업자들이 광고 수익을 위해 제2의 스크린을 고려하지 않을 수 없다. 이렇듯 방송과 셋탑박스를 동시에 지원하는 경우 등 원격녹화서비스로

의 전환이 그렇지 않았을 때보다 사회적으로 얻는 이득이 많은 경우에 대해서는 이를 활성화할 수 있도록 제도를 정비해야 할 것이라고 생각한다.

### 3. 합법과 위법의 경계의 명확화

산업의 발달 및 기술의 발전으로 인하여 저작권 침해의 위험이 높아지는 것과 공정이용 등 이용자의 향유를 감소시키는 것 사이의 중재를 위하여 저작물의 사용에 대한 합법과 위법의 경계를 명확히 하는 작업이 필요하다고 생각된다.

녹화에서의 복제의 주체는 과연 이용자인가 서비스제공자인가 생각해 볼 때, 녹화에서 복제의 주체가 이용자인 비즈니스 모델이 있는데도 불구하고 서비스제공자에게 직접침해를 무조건 적용하는 것은 옳지 않다고 생각한다. 그러므로 이러한 경계를 명확하게 해 주어야 한다.

이용자의 복제가 불법인 경우 서비스 제공자도 과연 불법인가 생각해 볼 때, 보통 기술적으로 복제를 돕는 것은 합법이고, 불법의 주체로 기술을 사용한 것 기술적으로 돕는다는 것과 불법의 주체가 되는 것에 대한 경계가 모호하다. 이용자가 공중에 제공하는 경우 공중의 범위를 재정립해야 할 것으로 보인다. 특정 다수인도 공중에 포함하는 것은 기존의 사적복제의 영역을 축소하는 결과를 낳기 때문에 공중의 범위에 대한 정교한 재정립이 필요하다고 생각된다.

또한 다른 IaaS 클라우드 컴퓨팅 서비스를 이용한 SaaS 원격녹화 서비스 등과 같이 여러 서비스들이 병합하여 하나의 서비스를 이루는 경우 각각의 서비스들의 책임과 기술적 보호조치에 관한 경계를

명확히 하여 앞으로 일어날 혼란에 대한 대비를 하여야 할 것이다.

이러한 경계의 명확화는 위법을 의도하지 않는 잠재적인 범법자들을 양산하는 것을 막을 뿐만 아니라, 선진 기술을 이용한 비즈니스 모델의 사업화에 대한 움직임을 위축시키는 것 또한 방지할 수 있으리라 생각된다.

#### 4. 권리의 세분화 및 체계화

저작권 침해에 대한 경계뿐만 아니라, 저작권 사용의 행태를 체계화하고 정형화하여 권리의 내용이나 범위를 확정하도록 하여 필요한 권리에 대한 사용권을 거래하도록 하는 것도 중요하다고 생각한다. 현재의 저작물 단위의 저작권을 서비스 단위의 저작권으로 정의할 수 있도록 한다던가, 복제의 횟수에 따르는 저작권의 유형을 정한다던가 하여, 그 단위에 맞게 저작인접권을 부여할 수 있도록 체계를 만드는 것도 저작권 침해 여부를 소송이 아니면 가리지 못하는 혼란을 막는 한 방법이 될 수 있을 것이라고 생각한다. 또한 이러한 권리의 세분화 및 체계화는 저작권자의 권리를 좀더 세밀하게 보호할 수 있는 한 수단이 될 수 있으리라 생각한다.

## <참고문헌>

### 1. 국내문헌(가나다 순, 판례는 심급 및 선고일 순)

#### (1) 단행본

- 김준호, 민법강의, 박영사, 2008년  
박준석, 인터넷 서비스 제공자의 책임, 박영사, 2006년  
송영식, 이상정, 저작권법 개설, 세창출판사, 2006년  
정상조, 엔터테인먼트법, 박영사, 2007년  
정상조, 저작권법 주해, 박영사, 2007년  
정상조, 지적재산권법, 홍문사, 2004년  
정상조, 지적재산권법 강의, 홍문사, 1997년  
문화체육관광부, 한국저작권위원회, 개정저작권법 해설서, 2011년

#### (2) 논문

- 강일신, et al., 융합시대 방송통신 기술개발 표준화 과정에서의 지적재산권  
이슈, 방송통신정책 제21권 15호, 2009년  
권오성, 인터넷 스트리밍의 저작권법의 문제점, 서울대학교 법학과 대학원  
석사학위논문, 2004년  
김경숙, 기술적 보호조치의 법적 보호에 관한 비교법적 고찰- WIPO신조약  
과 그 국내법화, 법제, 2006년  
김병일, 이석우, 유럽에서의 디지털 방송콘텐츠 보호, 정보법학 제12권 제2  
호, 2008년  
김병일, 인터넷 기반 송신 서비스의 저작권 문제-일본최고재의 마네키TV  
사건 및 로꾸라꾸Ⅱ 사건을 중심으로, 정보법학 제15권제3호, 2011  
년  
김혁준 et al., 국가지식재산전략 수립에 관한 연구, 특허청, 2011년  
김현철, 디지털 환경하의 사적복제 문제에 관한 비교법적 고찰, 저작권 연  
구자료 46, 저작권심의조정위원회, 2004년

- 맹정환, 클라우드 컴퓨팅과 관련된 법적 문제점 및 해결방안에 대한 연구, 서울대학교 법학과 대학원 석사학위논문, 2011년
- 맹정환, 인터넷 TV프로그램 녹화 및 송신 서비스와 관련된 저작권법상 문제점에 대한 연구-일본 최고재판소의 마네키 TV 및 로쿠라쿠 II 사건 판결에 대한 검토를 포함하여, Law & Technology, 제8권 제5호, 2012년
- 민경제, 디지털시대의 저작권 보호에 관한 연구: 복제권을 중심으로, 전남대학교 법학과 대학원 석사학위논문, 2004년
- 박덕영, 김혜창, 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제정의 의의 및 그 효과에 관한 소고, 연세법학연구, Vol. 8 No.2, 2002년
- 박영규, 클라우드 컴퓨팅의 법적문제에 관한 고찰, 법조 Vol. 671, 2012년
- 박인회, 컴퓨터 프로그램에서의 전송권에 대한 소고, 지식재산연구 제5권 제1호, 2010년
- 박인회, 클라우드 컴퓨팅의 저작권법적 문제에 관한 소고, 법과정책연구, Vol. 12, No. 2, 2012년
- 박영규, 클라우드 컴퓨팅의 법적 문제에 관한 고찰, 법조, Vol. 61, No. 8, 2012년
- 박준석, 이용자의 저작권 침해에 따른 인터넷서비스제공자의 민사책임: P2P 복제기술을 중심으로, 서울대학교 법학과 대학원 박사학위논문, 2005년
- 박준석, Cloud Computing의 지적재산권 문제, 정보법학 제15권 제1호, 2011년
- 손호진, 사적복제의 허용범위에 관한 연구: 디지털 환경으로서의 변화에 대응하여, 고려대학교 석사학위논문 2006년
- 송상현, 컴퓨터 소프트웨어의 개발자와 이용자 간의 법률관계, 법학, Vol. 28, No. 3~4, 1987년
- 안효질, 독일 저작권법상 사적복제의 허용범위와 기술보호조치의 예외, 저스티스 제88호, 2005년

안효질, 지적재산권의 간접침해와 남용 이론, 재산법연구 제23권 제2호, 2006년

오경식 et al., 명예훼손과 온라인서비스제공자의 형사책임, 형사정책, 제22권 제1호 2010년

우성엽, 원격 디지털녹화시스템 서비스의 저작권 침해여부, Law & Technology, 제7권 제1호, 2011년

우지숙, 저작권법상 온라인서비스제공자에 대한 복제 전송의 중단 및 재개 요청 절차의 문제점에 관한 연구, 저작권 제89호, 2010년

이규홍, 저작권법상 기술적 보호조치의 법적 보호에 관한 연구-기술적 보호 조치를 중심으로, 연세 의료·과학기술과 법 제1권 제1호, 2010년

이대회, 소프트웨어 Stream 서비스의 법적 문제에 관한 연구, 한국소프트웨어저작권협회 연구보고서, 2009년

이미순, 복제권과 전송권에 관한 소고, 경희대학교 국제법무대학원 석사학위논문, 2002년

이봉의, 방송시장의 공정경쟁 이슈에 관한 소고, 경쟁법연구 제15권, 2009년

이숙연, 원격 방송프로그램 녹화 서비스의 저작권 침해여부에 관한 사례연구, 한국정보법학회 제13권 제2호, 2009년

이영록, 일본 마네키 TV 사건의 판결 및 시사점, Copyright Issue Report 2011년 제5호, 2011년

이창범 et al., 클라우드 컴퓨팅 활성화를 위한 법제도 개선방향 연구, 연구보고서, 한국인터넷진흥원, 2010년

이해완 et al., 인터넷 기반 저작물 송신 서비스와 저작권법 적용, 한국저작권위원회 저작권 정책연구 보고서, 2011년

전성태, 일본에서의 저작권 간접침해행위의 규제, 지식재산연구 제6권 제3호, 2011년

정상조, 지적소유권 남용의 규제, 법학 제36권 3,4호(99호), 1995년

정진근, 스마트 기술의 함의와 저작권법의 과제, 강원법학, 제33권, 2011년

정진섭, 온라인서비스 제공자의 저작권법상 책임한계에 관한 사례연구, 경  
 회법학, 제44권, 제3호, 2009년

최상필, 클라우드 컴퓨팅 환경에서 제공되는 서비스의 저작권적 문제, 동아  
 법학, vol. -No. 55, 2012년

최성준, 실시간 재송신 서비스 및 예약녹화서비스, Law & Technology, 제  
 6권 제5호, 2010년

최영목 et al., 디지털 시대의 영상저작물과 저작권에 관한 연구, 한국방송  
 진흥원 연구보고서, 2000년

최정열, 지상파 방송의 원격송신과 공중송신권 침해여부에 관한 사례연구,  
 정보법학 제15권 제1호, 2011년

최진원, 엔스크린 서비스의 법적문제:저작권법을 중심으로, 지식재산연구  
 제6권 제4호, 2011년

최진원, 인터넷 TV 녹화서비스에 대한 법적 고찰 - 간접침해와 사적복제를  
 중심으로, 인터넷법률 통권 제43호, 2008년

한지영, 인터넷에서의 저작권 침해와 사적복제에 관한 비교법적 고찰, IT와  
 법 연구 제3집, 2009년

함석천, 새로운 매체의 발전과 저작권법의 대응, 정보법학 제9권 제2호,  
 2006년

황보영, 온라인 음악산업의 법적 문제, Law & Technology, 창간호, 2005년

### (3) 판례

대법원 2005. 12. 23. 선고 2005도6403 판결

대법원 2007.12.14. 선고 2005도872 판결

대법원 2008.10.9 선고 2006도4334 판결

대법원 2009.4.16. 선고 2008다53812 판결

서울고등법원 2006. 4. 4. 선고 2005나85926 판결

서울고등법원 2007.10.10. 선고 2006라1245판결

서울중앙지방법원 2008. 8. 5. 자2008카합968 판결

#### (4) 기타문헌

방영환 et al., 클라우드 컴퓨팅 기반 디지털 케이블 방송 서비스 기술 개발, 보안공학연구논문지 (Journal of Security Engineering), 제8권 제1호, 2011년

이상훈 et al., PVR(Personal Video Recorder)도입에 따른 광고시청 행태 변화와 광고정책 방안 연구, 연구보고서, 한국방송광고공사, 2007년  
이창후, 디지털 저작재산권 보호에 대한 윤리적 고찰과 대안모색, 철학사상 제25호, 서울대학교 철학사상연구소, 2007년

전황수, DVR 시장 동향 및 국내외 개발 현황, 전자통신동향분석 제24권 제3호, 2009년

#### (5) 웹사이트

<http://www.law.go.kr/> 국가법령정보센터

## 2. 외국문헌(알파벳 순)

### (1) 논문

Bradley Hamburger, DIGITAL VIDEO RECORDERS, ADVERTISEMENT AVOIDANCE, AND FAIR USE, Harvard Journal of Law & Technology Volume 23, Number 2, 2010

David O. Carson, The Cartoon Network (Cablevision) Decision: Copyright Cataclysm or Tempest in a Teapot?, 17th Annual Fordham IP Conference, 2009

Furtano, D. Branch, Television:Peer-To-Peer's next challenger, Duke Law & Technology Review, 2005

## (2) 판례

### [일본]

일본 동경지방법재판소 2007. 5. 25. 선고 2007년(ㄱ) 제10166호 판결

일본 동경지방법재판소 2008. 5. 28. 선고 2007년(ㄱ) 제17279호 판결

일본 동경지방법재판소 2008. 6. 20. 선고 2007년(ㄱ) 제5765호 판결

일본 지적재산고등재판소 2008. 12. 15. 선고 2008년(초) 제10059호 판결

일본 지적재산고등재판소 2009. 1. 27. 선고 2009년(초) 제10055호, 10069호  
판결

일본 최고재판소 2011. 1. 18. 선고 2009(受) 제653호 판결

일본 최고재판소 2011.1.20. 선고 2011년(受) 788호 판결

### [미국]

Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc, 510 U. S. (1994)

Metro-Goldwyn-Mayer Studios v. Grokster, 125 S.C.T. 2764(2005)

On Command Video Corp. v. Columbia Pictures Indus., 777 F.Supp.  
787,790 (N.D.Cal.1991)

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

Princeton Univ. Press v. Mich. Document Serves., 99 F.3d 1381, 1384

Universal City Studios, Inc. v. Corley 273 F.3d 429(2d cir. 2001)

### [호주]

Roadshow Films Pty Ltd v iiNet Limited[2012] HCA 16

National Rugby League Investments Pty Limited v Singtel Optus Pty  
Ltd [2012] FCAFC 59

## (3) 기타문헌

“Developing an Enterprise Cloud Computing Strategy”, Intel’s White

Paper, 2009.

**(4) 신문기사**

[http://www.dmwmedia.com/news/2010/12/01/singapore-court-declares-internet-dvr-recordtv-legal?utm\\_source=twitterfeed&utm\\_medium=twitter&utm\\_campaign=Feed%3A+dmwmedia+%28Digital+Media+Wire%29&utm\\_content=Twitter](http://www.dmwmedia.com/news/2010/12/01/singapore-court-declares-internet-dvr-recordtv-legal?utm_source=twitterfeed&utm_medium=twitter&utm_campaign=Feed%3A+dmwmedia+%28Digital+Media+Wire%29&utm_content=Twitter)

**(5) 웹사이트**

<http://law.e-gov.go.jp/htmldata/H13/H13HO137.html> 特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律

[http://blog.ericgoldman.org/archives/2008/08/dvr\\_as\\_a\\_servic.htm](http://blog.ericgoldman.org/archives/2008/08/dvr_as_a_servic.htm) Eric Goldman, "DVR as a Service" Isn't Copyright Infringement

[www.eff.org/deeplinks/2012/07/court-wont-shut-down-aereo-trial-round-2-begins-internet-tv-startup](http://www.eff.org/deeplinks/2012/07/court-wont-shut-down-aereo-trial-round-2-begins-internet-tv-startup) Court Won't Shut Down Aereo Before Trial; Round 2 Begins For Internet TV Startup

## **Abstract**

The field of broadcast recording service is the field which disputes between copyright holders and service providers continue, because the act of copying and transmitting, which is one of the biggest issues in copyright as video/audio contents are stored digitized, occurs extremely in that field.

Recently emerged "remote recording" refers the act of storing the recordings of digital media not on TV or PVR itself but on remote storage. The realm of remote recording business is not mature yet from a business perspective. As a result, there are not so many cases concerning the remote recording, and the legal principles for that field are not also clear. In other words, clear standards of discipline are not presented to either service providers engaged in the recording service or the authorities of judicial interpretation. The jurisprudence for remote recording should be modified and supplemented according to the change of social consensus for the copyright protection and the emerge a new type of act of infringement. The purposes of this paper are (1) to scrutinize the technological change of the remote recording and the consequential adaptation of copyright law, (2) to examine the legal issues and the problems for the remote recording and to suggest the solution for them.

In this paper, we firstly examined the history and transition of the recording technology. To adjust the conflicting technological advances and interests of copyright protection, it is need to study not only legal principles simply, but also comprehensive analysis of industrial behavior and the change of legal issues according to the technical change of recording. This paper looks up the technological transition from analog recording to remote recording, compares the topologies of the remote recording, and examine the copyright issues according to features of them.

Secondly, a variety of foreign and domestic judicial precedents is

analyzed depending on the characteristics of judgments for each country in this paper. Sharply contrasting features depending on the circumstances of each country are organized for the law case based on similar but different fact relevance.

Thirdly, this paper refers how remote recording should be governed in accordance with legal principles and precedents of Korea. Remote recording service providers are included online service providers. However, they can be different with regards to the characteristics of service. Korea's precedents have applied the legal principles of joint torts and several liability against the liability for internet service providers. In contrast, Korean court has asked the responsibility of the direct infringement to remote recording service providers, which it is not clear that the attitude of Korean court is either similar to Japan's Karaoke jurisprudence or applies the strict joint tort liability.

The distinction between a type of services helping recording simply and a type of services involved in the illegal activity directly for the legal judgment in remote recording services is very important to judge liability. Depending on the type of technology, a remote recording service with appropriate broadcasting rights shall be governed differently from a service without any broadcasting rights.

The service type using the storage of remote servers instead of the hard disk locally seems to make sense to have indirect responsibility regardless of possessing broadcast rights. In case of indirect responsibility, the responsibility of the recording service providers shall be determined by the presence or absence of the illegality of user's copying. In case the user's act of copying is unlawful, it seems appropriate to apply remote recording service providers the indirect responsibility of aiding joint tort jurisprudence similarly to liability for

the infringement of internet service providers. In case the act of copying is not illegal, there is no responsibility for the remote recording service providers according to the indirect responsibility of joint tort jurisprudence.

For the he service type which is recording to remote private storage without passing the works to PVR, the recording service providers have direct responsibility if there is no broadcast right and have indirect responsibility if there are the appropriate rights for the contents.

The legal issues for the service type with cloud computing system are almost equivalent to those for the service type which recording to remote private storage directly. In addition, legal accountability due to the cloud computing architecture is required. The effort to make the copyrights, neighboring copyrights, or legal basis of fair use for the N-screen/sharing will avoid the confusion due to the unclear legal status and will not interfere with the technological trend. The legal judgment for the case that the remote recording service-even though the service itself does not provide the sharing-uses the public cloud storage with sharing function is not yet available. Research and discipline for the complicated use of cloud computing system is required.

The reasons for these different judgment is following:

- (1) the difference of the perspective about the copyright according to the system of law,
- (2) the different points to consider for the evolving technology,
- (3) the different discipline policy that considers the stimulus of technology,
- (4) the difference of the fact in individual cases.

Some of the elements for judgment of remote recording service which lead technical and complying with the purpose must be the

following:

- (1) no retrograde step for the technological development,
- (2) the sufficient consideration of social gains and losses for remote recording,
- (3) the clear boundaries of legality and illegality,
- (4) the systematized copyright for the contents and the act of copying, transmitting and sharing.

Keyword : remote recording, copyright law, cloud computing, reproduction for private use, responsibility of the service provider, technological protection measure