

4.

Web 2.0 시대의 저작권 소송과 준거법

최경진*

I. 서론

II. Web 2.0과 국제 저작권 소송

1. Web 2.0의 개념과 속성
 - (1) Web 2.0의 개념
 - (2) Web 2.0의 특성
2. Web 2.0과 저작권법적 문제점
 - (1) UCC에 의한 저작권 침해
 - (2) Web 2.0 Mashup 서비스와 Browse Wrap License
 - (3) Web 2.0 환경 하에서의 OSP의 책임
3. Web 2.0과 국제사법적 문제

III. Web 2.0시대의 저작권 소송과 준거법

1. 인터넷 상의 저작권 소송과 준거법에 관한 일반 논의
 - (1) 저작권에 관한 속지주의 원칙과 그 수정
 - (2) 인터넷 상의 저작권 소송과 준거법
 - 1) 저작권 계약의 준거법
 - 2) 저작권의 성립, 내용, 소멸에 관한 준거법
 - 3) 저작권 침해의 준거법
2. Web 2.0 환경 하에서의 준거법 결정
 - (1) OSP의 민사책임에 관한 준거법
 - (2) UCC·Mashup 서비스제공자의 이용약관의 유효성
 - (3) UCC 이용자에 의한 저작권 침해

IV. 결론

* 경원대학교 법학과 교수

I. 서론

Web 2.0 시대에 들어서면서 저작권 침해는 과거와 달리 광범위하게 확산 및 심화되고 있다. 이는 Web 2.0이 개방, 참여, 공유라는 기본 전제 하에 있기 때문으로 보이며, 이러한 현상은 국제적인 소송에서도 문제를 야기한다. 그러나 종래의 법적 문제 외에 완전히 새로운 문제가 발생하는 것은 아니며, 종래와 동일한 법적 문제의 해결을 위해서 판단해야할 요소가 증가한 것이라고 할 수 있다. 준거법의 측면에서 살펴보면, Web 2.0으로 인하여 여러 국가에 산재한 다수의 이용자에 의하여 광범위하고 심각하게 권리 침해가 발생하게 되었으며, 이로 인하여 국제적인 소송의 가능성이 현저히 증가하였다. 결국 종래의 폐쇄적인 속지주의에 대한 반성과 변화가 요구되고 있으며, 저작권 분야에서는 보호국법주의가 강력하게 지지를 받고 있다. 이 글에서는 먼저 Web 2.0이 무엇이고 저작권에 어떠한 영향을 미쳤으며, 국제적인 저작권 소송에서 고려할 만한 문제가 어떠한 것인지를 살펴본 후에, 종래의 준거법 일반론을 바탕으로 하여, 개별적으로 문제되는 사례들을 해결하고자 한다.

II. Web 2.0과 국제 저작권 소송

1. Web 2.0의 개념과 속성

(1) Web 2.0의 개념

Web 2.¹⁾²⁾특정한 기술이나 서비스 혹은 제품 등을 가리키는 것이 아니라 인터넷

1) Web 2.0이라는 말이 생겨난 것은 IT 출판사인 O'Reilly의 Dale Dougherty가 컨퍼런스 브레인스토밍 세션에서 2001년 닷컴 버블 붕괴 이후에도 지속적인 성장세를 보이고 있는 아마존이나 이베이, 구글 등의 서비스에서 발견되는 차별적 속성들을 다른 서비스와 비교하는 과정에서 사용한 용어이다.

2) Web 2.0에 대한 이해를 돕기 위하여 Tim O'Reilly, What Is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation for Software, <<http://www.oreillynet.com/pub/a/oreilly/tim/news/2005/09/30/what-is-web-20.html>> (visited September 7, 2008). 이외에 오가와 히로시 저, 권민 역, 「WEB 2.0 이노베이션: 인터넷 비즈니스의 진화는 이제부터 시작된다」, 브라이언엔컴퍼니, 2006. ; 정부연, “2006년 인터넷 화두 웹 2.0(Web2.0)”, 정보통신정책(정보통신정책연구원), 2006.2.16., 53면 이하 참조.

에서 최근 발생하고 있는 웹의 환경변화와 그 방향성을 종합하여 일컫는 것으로 이해할 수 있다. 즉, Web 2.0을 이해하기 위해서는 어느 하나의 결정적 기술이나 플랫폼이 아니라 Web 2.0을 형성하는 다양한 요소들을 종합적으로 고려하여야 한다. 다만, Web 2.0을 구성하는 요소 내지 기술로서 XML(eXtensible Markup Language)이 중요한 역할을 하고 있는 것은 사실이다. XML은 흔히 우리가 이용하는 블로그나 RSS 피드와 같은 것을 가능하게 해주는 메타언어이다. XML은 기술적 전문지식 없이도 손쉽게 블로그를 만들고 다른 사람들과 소통할 수 있도록 해 주었으며, 이용자들 사이의 상호작용을 종래보다 쉽게 만들어주었다. 또한 Web 2.0은 시맨틱웹(Semantic Web)과도 상당히 비슷한 것으로 볼 수 있다. 시맨틱웹은 데이터베이스의 형태로서는 가장 완벽한 상태의 웹이라고 할 수 있으며, 시맨틱웹이라는 개념은 Web 2.0과 서로 유사한 방향으로 발전하고 있다고 할 수 있다. 이러한 Web 2.0으로 정의되기 위해서는 일정한 요소들을 충족시켜야 하는데, 보는 시각에 따라서 다양한 요소가 제안될 수 있지만, Web 2.0을 처음 언급한 오라일리³⁾에 의하면 다음과 같은 요소들을 갖추면 Web 2.0로 볼 수 있다고 한다. 즉, (1) 주요소로서 서비스를 제공할 것,³⁾ (2) 지속적 데이터의 공급, (3) 이용자의 참여를 바탕으로 하는 지속적인 서비스의 발전, (4) 집단지성(Collective Intelligence)⁴⁾을 이용, (5) 특정 플랫폼에 한정되지 않을 것, (6) 오픈소스를 기반으로 하는 사용자 경험의 활용 등이다.

(2) Web 2.0의 특성

Web 2.0은 종래의 인터넷 환경의 발전된 형태로 이해하는 한 기존의 인터넷 환경에서 가능한 정보의 수신, 발신, 검색, 공유는 그대로 Web 2.0에도 타당하다. 그렇다면 이러한 인터넷 환경의 발전된 부분으로부터 발생하는 Web 2.0의 특성은 무엇이

3) 인터넷 상의 공급자로서의 기업은 종래와 같은 패키지소프트웨어를 공급하는 형태가 아니라 서비스를 제공하여야 한다. Web 2.0 환경에서는 완결된 프로그램의 제공보다는 Open API(Open Application Programming Interface) 등 다양한 형태로 공개된 웹 플랫폼들을 유기적으로 결합하여 새로운 개념의 융합서비스를 만들 수 있도록 하는 매쉬업(Mashup) 서비스가 중요한 기능을 한다. 즉, 서비스가 끊임없이 지속적으로 이루어져야 하기 때문에 이를 바탕으로 하는 Web 2.0은 완결된 형태가 아니라 계속 미완의 상태이지만 발전하는 상태가 되는 것이다. 이런 의미에서 Web 2.0을 영원한 베타 버전(perpetual Beta)이라고도 한다.

4) 집단지성이란 서비스를 이용하는 이용자의 정보와 이용자가 생성·제공하는 정보를 구조화하고, 이를 서비스에 접목시켜서 다른 이용자에게 적절히 제공할 수 있는 체계를 의미한다.

있을까. Web 2.0을 정의하는 어려움만큼이나 그 특성을 정의하는 것도 어렵지만, 공통적으로 드는 Web 2.0의 특성으로는 (1) 개방성, (2) 연결성, (3) 상호작용성이 있다. 이들 특성은 종래 인터넷 환경에서도 인정되던 것이지만, Web 2.0에서 특히 더욱 강조되며, Web 2.0을 차별화시키는 특성이다. 개방성(Openness)이란 정보가 어느 누구에게 전적으로 귀속되지 않고 모든 인터넷 환경에서 모든 사람들이 데이터에 접근, 사용, 수정, 추가 등을 할 수 있는 공유 혹은 개방성을 가진다는 것을 의미한다. 이는 해당 정보가 다른 사람의 저작물인 경우에 법적인 연결점을 가진다. 연결성(Connectivity)이란 Web 2.0이 정보 혹은 서비스를 매개로 하여 사람과 사람 사이 또는 정보와 정보 사이를 자연스럽게 매개하며, 이를 통한 사회적 연결성이 자연스럽게 강화된다는 것을 의미한다. 상호작용성(Interoperability)이란 정보가 일방적으로 이용자들에게 제공되는 단계에서 발전하여 정보를 중심으로 이용자들 사이에 서로 참여와 상호 작용이 증가하고 활발하게 이루어지고 있다는 점을 강조한 것이다. 이러한 측면에서 이용자들이 직접 제작하는 콘텐츠와 이용자 집단의 능동적인 참여와 공유를 통하여 새로운 가치를 창출하는 집단지성은 매우 중요한 특징으로 나타난다.

2. Web 2.0과 저작권법적 문제점

Web 2.0을 둘러싼 저작권법적 문제점은 종래에 없던 것들이었다가 새로이 발생된 것들이라기보다는 종래의 문제점들이 심화 내지 복잡화되었다는 표현이 정확할 것이다.⁵⁾ 즉, Web 2.0 이전에도 인터넷을 통한 저작권의 침해는 중요한 문제가 되었으며, 이를 해결하기 위하여 저작권법을 개정하여 권리를 강화하고, 새로이 기술적 보호조치나 권리관리정보에 대한 보호, 데이터베이스에 대한 보호 등을 인정하게 되었다. 이러한 문제들은 Web 2.0에서도 동일하게 발생하는 법적 문제점들이다. 다만, 유의할 점은 Web 2.0 환경에서는 종래의 법적 문제가 급격히 심화되어 기존의 법체계에 큰 영향을 줄 수 있을 정도로 파격적이라는데 있다. 즉, 종래에는 저작물이라고 하면 음악,

5) OECD의 2007년 보고서에서 Web 2.0으로 인한 법적 문제점에 대하여 지적재산권과 UCC, 디지털 권리 관리(Digital Rights Management), 표현의 자유, 정보와 콘텐츠의 질, 불법적인 콘텐츠, 인터넷의 안전성(Safety), 프라이버시와 명의 도용, 집적된 인터넷 이용, 네트워크 보안 및 스팸, 가상세계에서의 재산권과 조세, 콘텐츠 생산자 및 이용자로서의 정부와 관련된 쟁점을 들고 있다. Participative Web and User-Created Content: Web 2.0, Wikis and Social Networking, OECD, 2007, <<http://www.sourceoecd.org/scienceIT/9789264037465>> (visited September 7, 2008).

미술, 문학작품 등과 같이 예술적 가치를 지닌 것으로서 일부에 의하여 만들어지는 것이라는 생각을 가졌기 때문에 저작권의 보호와 침해라는 것이 주로 일부에 의하여 만들어지는 저작물에 대한 보호와 다수 이용자에 의한 침해 또는 다른 경쟁자에 의한 침해 등과 같은 도식화된 형태로 나타난 반면, Web 2.0 환경에서는 모든 인터넷 이용자들이 창작자가 됨과 동시에 침해자가 될 수도 있으며, 한편으로는 하나의 저작물이 동시에 다수에 의하여 계속 발전되어 감에 따라 다수에 의한 창작, 다수에 의한 이용, 다수에 의한 침해 등 다양하고 복잡한 형태로 법적 문제가 발생될 수 있다는 것이다. 이러한 점에서 Web 2.0 환경에서 제기되는 저작권을 둘러싼 문제점을 정리해보면 매우 다양한 논점이 제기될 수 있지만, 이 글이 국제사법적 측면에 초점을 맞추는 것을 고려할 때, 특히 이용자가 참여하여 만드는 콘텐츠, 즉 UCC를 둘러싼 저작권 문제, 저작물의 생성 유통에 관여하는 정보유통자의 역할과 책임이라는 문제, 매쉬업 사이트에서의 프로그램 이용 허락 문제 등을 논의의 대상으로 삼을 수 있다. 이하에서 저작권법적 측면을 간략하게 살펴보겠다.

(1) UCC에 의한 저작권 침해

기존의 온라인상의 저작권 침해태양과 마찬가지로 UCC에서도 인터넷의 각 주체별 책임이 인정될 수 있다. 즉, UCC 제작자, UCC 이용자, UCC를 매개하는 온라인서비스 제공자에 의하여 각각 저작권 침해가 발생할 수 있다. 즉, UCC 제작자는 타인의 저작물을 허락없이 이용하여 UCC를 제작함으로써, UCC 이용자는 타인의 UCC를 허락없이 자신의 홈페이지에 올리거나 포털사이트 등을 통해서 유통시킴으로써, 온라인서비스제공자는 저작권침해를 야기한 UCC가 유통되는 때에 그 관리에 대한 주의의무를 해태함으로써 저작권침해가 각각 발생할 수 있다.⁶⁾

동영상 UCC가 일반 이용자들 사이에서 주요 관심의 대상이 되면서 포털사이트들을

6) 과거 음악파일 P2P 서비스를 둘러싸고 Napster 사건이나 소리바다 사건에서 격론이 일었던 것처럼 이제 UCC, 특히 동영상을 둘러싸고 격량이 일고 있다. 미국의 경우에는 YouTube에 올려진 UCC로 인한 저작권 침해 책임의 인정여부가 논란이 되고 있다. 과거와 유사하게 저작권법상 공정이용(Fair Use)이 쟁점이 되었다. 이용자의 책임을 둘러싼 쟁점으로는 UCC 제작을 위하여 이용한 저작물의 이용 목적 및 성격, 그리고 이용된 부분의 양과 질에 대한 문제가 있으며, YouTube의 간접침해와 관련해서는 침해를 방지하기 위한 노력을 하였는지 혹은 그러한 조치가 가능하였는지 등이다. Branwen Buckley, Suetube: Web 2.0 and Copyright Infringement, 31 Colum.J.L.&Arts 235.

중심으로 서비스플랫폼을 동영상 UCC와 접목시키거나 동영상UCC 관련 서비스를 기본으로 하는 형태로 변화시키고 있다. 그 중에 저작권법 측면에서 살펴볼만한 것으로 동영상 UCC 장면 검색 기능이 있다. 동영상 UCC 장면 검색 기능은 종래의 단순 동영상 검색 기능 (예를 들면, 태그검색방식)에서 진보된 기능으로 동영상 UCC 중의 주요 장면을 캡처하고 스크립트나 키워드와 함께 저장한 후 검색할 수 있게 해주는 기능을 말한다. 이 회원으로부터 제공받은 동영상의 일부분이 이미지 형태로 저장되는데, 저장되는 이미지가 회원의 창작물인 경우에는 이미 동영상 UCC 이용에 관한 양자의 약정이 있기 때문에 문제되지 않지만, 이미지가 타인의 저작권에 속하는 것인 경우에는 문제가 발생한다. 심지어는 동영상 UCC가 패러디와 같이 공정이용의 범위에 속하는 경우라고 하더라도 마찬가지이다. 이러한 동영상UCC장면검색DB에 임의로 타인의 저작물을 저장·전송하는 경우에 저작권자의 복제·전송권을 침해하는 것이 된다.

(2) Web 2.0 Mashup 서비스와 Browse Wrap License

Web 2.0 환경 하에서 API 기술은 별도의 소프트웨어 개발 보다는 다른 소프트웨어나 정보를 다양한 방식으로 조합하여 이용할 수 있도록 한다는 점에서 널리 이용된다.⁷⁾ 이러한 API를 하나의 PC 단위가 아니라 인터넷과 같은 네트워크상에서 공개적으로 구현한 것이 Open API이다. 이는 주로 웹서비스를 제공하는 조직 자체의 데이터와 기능성 일부를 가져다 사용할 수 있도록 해준다. 데이터를 공개하기 때문에 특정 기능이나 콘텐츠를 가진 서비스들이 API 서비스에 접근할 수 있는 범위가 확대되며, 그 대표적인 방법이 콘텐츠 신디케이션(Contents Syndication)이나 Mashup이다. 콘텐츠 신디케이션은 사이트 내의 콘텐츠의 일부나 전체를 다른 서비스에서 이용할 수 있도록 해주는 것이고, Mashup은 Open API와 같은 다양한 공개된 웹 플랫폼들을 유기적으로 결합해서 새로운 개념의 융합서비스를 생성해내는 것을 말하며, 실제 운영되고 있는 Mashup 서비스로는 Google Map, Yahoo Map, Virtual Earth 등이 있으며, 네이버나 다음과 같은 국내 사이트에서도 정보 검색이나 상품 검색 등에서 다양하게 활용

7) 일반적으로 API(Application Programming Interface)라고 하면 운영체제와 응용프로그램 사이의 통신에 이용되는 언어 혹은 메시지를 말한다. 이는 실제 내부에서 어떻게 구현되어 있는가와 관계 없이 API가 요구하는 값을 전달하면 그에 맞는 결과값을 변화해주는 형태를 취한다. 때문에 프로그래머들은 직접 각각의 기능을 위한 프로그램을 제작하지 않고 이러한 API만을 조합해서도 원하는 프로그램을 제작해낼 수 있다.

되고 있다.

Web 2.0을 구현하는데 중요한 역할을 하는 Mashup 서비스의 경우에는 저작권과 관련하여 그 이용허락의 문제가 발생한다. 종래 많은 웹사이트들에서 해당 서비스나 콘텐츠를 이용자가 이용하기 위해서는 “동의”, “I Agree”에 클릭함으로써 계약이 성립되고, 이용허락이 이루어졌다. 이를 소위 클릭랩 약정(Clickwrap Agreement)이라고 한다. 그런데 최근에는 웹사이트들이 제공하는 다양한 콘텐츠나 서비스에 대하여 일일이 동의를 구하는 경우는 없다. 실제로 있어서 많은 이용자들은 구체적으로 어떠한 약정이 있는가를 알지 못한다. 이러한 문제가 최근 미국 소송에서 제기되었다. Specht v. Netscape Communications Corp. 사건⁸⁾에서 원고인 Specht는 피고인 Netscape사가 그 이용자들이 하여금 사이트에서 다운로드하도록 허용한 소프트웨어로부터 야기된 연방 프라이버시 및 컴퓨터 사기법 위반하였다고 주장하면서 Netscape를 상대로 소송을 제기하였다. 그런데 Netscape사는 자신의 웹사이트에 게재된 최종 이용자 라이선스 약정은 모든 분쟁에 대하여 중재를 하도록 규정하고 있다고 주장하면서 기각을 요청하였다. 이에 원고인 Specht는 이러한 라이선스 약정은 자신이 동의한 적이 없기 때문에 무효라고 주장하였다. Netscape사의 웹사이트에는 “DOWNLOAD”라는 이름이 붙여진 버튼이 포함된 웹페이지가 있었고, 이 버튼을 클릭함으로써 다운로드받을 수 있다. 그러나 방문자가 다운로드받아 페이지를 넘겨 보아야만 라이선스 약정으로의 참조를 발견할 수 있고, 그 참조 주소를 방문하여야 라이선스 약정을 확인할 수 있었다. 이와 관련하여 방문자는 동의와 관련하여 아무런 요구도 받지 않았다. 이러한 주장들에 대하여, 뉴욕남부지방법원은 이와 같은 소위 ‘Browse Wrap License’의 유효성을 부인했다. 즉, Click-wrap license나 Shrink-wrap license는 이용자가 소프트웨어를 이용하기 전에 적극적으로 분명하게 동의하는 행동을 취할 것을 요구하며, 이러한 적극적 행위는 명시적인 의사표명과 동일한 효력을 가진다는 것이다. 그러나 이 사건에서 Netscape는 이용자에게 어떠한 의사 표명의 기회도 부여하지 않기 때문에 그러한 Browse wrap license는 효력이 없다는 것이다.⁹⁾ 이러한 뉴욕남부지방법원의 판결과는 달리 Browse wrap license의 유효성을 인정한 판결도 있다.¹⁰⁾ Mashup 서비스에서 공

8) Specht v. Netscape Communications Corp., 150 F. Supp. 2d 585, 591-96 (S.D.N.Y. 2001).

9) 동일한 입장을 취하는 판결로 Waters v. Earthlink, Inc., 2003 WL 22461542 (1st Cir. Oct. 31, 2003); Defontes v. Dell Computers Corp., 2004 WL 253560 (R.I. Sup. Ct. Jan. 24, 2004)가 있다.

10) Register.com, Inc. v. Verio, Inc., 356 F.3d 393 (2d Cir. 2004); DeJohn v. TV Corp. Int'l, 245 F. Supp. 2d 913 (C.D. Ill. 2003).

개된 서비스를 융합하여 새로운 서비스를 만들어내기 위해서는 상대방이 제공한 소프트웨어나 콘텐츠를 이용하여야 하는데, 이 때 저작물 이용 허락의 문제가 발생하며, 적극적으로 동의할 수 있는 절차를 두지 않는 한 Browse wrap license의 유효성은 문제될 것이다. 그러나 이러한 이용 약정의 유효성과 별개로 실제 Mashup 서비스를 구현함에 있어서 이용자에게 회원가입절차를 강제하거나 혹은 개별 서비스를 이용하기 전에 이용 약정을 제시하면서 동의를 구하는 기술적 노력을 기울인다면 위와 같은 문제는 쉽게 해결될 것이다.

(3) Web 2.0 환경 하에서의 OSP의 책임

Web 2.0 하에서 서비스를 제공하는 OSP는 저작물을 활용한 다양한 서비스를 제공하면서, 저작물의 활용에 이용자들의 참여를 유도하고 있다. 그런데, 저작물의 활용에 대하여 원저작권자의 이용허락을 받은 경우에는 그 범위 내에서 자신의 이용자들에게 이용하게 하는 한 문제되지 않지만, OSP를 통하여 이용자들이 유통시키는 저작물이나 그 저작물을 다양한 이용자들이 참여하여 활용하는 경우에는 저작물 유통에 대한 책임으로부터 완전히 자유로울 수 없다. 이는 종래의 OSP의 책임과 기본 흐름을 같이 하지만, 한편으로는 보다 복잡하고 심화된 모습을 나타낸다. 즉, Web 2.0 환경에서는 저작권 침해 사례가 증가할 가능성이 높아졌다. 이는 결국 Web 2.0을 주도하는 UCC 서비스 사이트, Mashup 사이트, 콘텐츠 신디케이션 사이트 등이 침해 책임에 노출될 가능성이 높아졌다는 것과 연결될 수 있다.¹¹⁾

구체적으로는 타인의 권리를 침해하는 UCC가 온라인서비스제공자를 통해서 유통되는 경우에 해당 온라인서비스제공자는 권리침해UCC를 직접 제작하거나 복제·전송하지는 않았지만, 해당 정보가 자신의 서비스를 통하여 전송되기 때문에 그에 대하여 일

11) 이러한 위험 속에서 법적 규제로 나아가기 전에 Web 2.0서비스를 제공하는 온라인서비스제공자들 스스로가 일정한 노력을 기울임으로써 책임으로부터 면제될 수 있도록 하는 자율규제의 요청 또한 높아졌다. 이와 같은 노력은 미국에서 그 예를 찾아볼 수 있는데, UGC Principles이 대표적이다. 즉, 2007년 10월에 영화, 텔레비전, 컴퓨터, Web 2.0 기업들이 연합하여 UGC 사이트들에게 “이용자 제작 콘텐츠 서비스를 위한 원칙(Principles for User Generated Content Services)”을 제안하였다. UGC 원칙은 모범 기준(best practices)으로 제시된 것이지만, 그 실효성을 높이기 위하여 UGC 원칙에 서명한 저작권자들은 서비스제공자들이 이용자가 제공한 콘텐츠에 대하여 UGC 원칙을 따른 경우에는 소송을 제기하지 않기로 합의하였다. UGC 원칙은 총 15개 항목으로 규정되어 있으며, 주로 불법적인 저작물 유통을 막기 위한 사전적인 스크리닝(Screening)을 위한 고지, 기술 적용, 정책 수립 등을 내용으로 담고 있다.

정한 책임을 부담하게 된다. 즉, 온라인서비스제공자는 직접 수익을 얻거나 혹은 수익을 창출하기 위한 수단으로서 UCC와 관련된 서비스를 제공하고 있고, 그 직원으로 하여금 UCC가 등록되고 유통되는 과정을 확인 또는 관리케 하고 있기 때문에 UCC서비스에 대한 일정한 관리의무 내지 불법행위가 용이하게 이루어지지 않도록 할 주의의무가 있다. 따라서 이러한 의무를 해태하여 권리침해행위가 용이하게 이루어지도록 한다면, 그로 인한 손해배상책임을 진다(민법 제760조 제3항). 그러나 UCC서비스를 통하여 매우 많은 UCC가 유통되고 있고, 관리인력에 의한 개별적인 검사나 불법정보의 색출에 한계가 있기 때문에 손해배상책임을 폭넓게 인정한다면 온라인서비스제공자의 업무나 온라인 시장은 위축될 수밖에 없다. 이러한 점을 고려하여, 저작권법과 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률¹²⁾은 일정한 경우에 온라인서비스제공자의 책임을 제한하는 규정을 두고 있다.¹³⁾ 그런데 저작권 침해에 관해서는 저작권법 상의 규정이 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률에 대하여 특별법적 성격을 가지기 때문에 저작권법이 우선 적용된다.

저작권법에 따른 저작권 침해에 대한 책임의 제한으로서, 저작물등의 복제·전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여 다른 사람에 의한 저작물등의 복제·전송으로 인하여 저작권 기타 저작권법이 보호하는 권리가 침해된다는 사실을 알고 복제·전송을 방지하거나 중단시킨 경우에는 그 권리의 침해에 관한 책임이 감경 또는 면제될 수 있다. 그러나 그러한 방지나 중단이 기술적으로 불가능한 경우에는 권리침해에 관한 책임은 면제된다(동법 제102조). 보다 구체적인 책임제한의 요건으로서 온라인서비스제공자에게 일정한 절차 내지 의무를 부과하고 있다(동법 제103조 및 제104조). 즉, 온라인서비스제공자는 그 서비스를 통하여 저작물의 복제·전송됨에 따라 권리가 침해

12) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률에 의하면 정보통신서비스제공자는 자신이 운영관리하는 정보통신망에 유통되는 정보에 대하여 일정한 의무를 이행하면 그 정보로 인한 배상책임을 감면받을 수 있다(동법 제44조의 2). 즉, UCC에 포함된 정보로 인해서 사생활의 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리가 침해된 경우에 그 침해를 받은 사람은 해당 정보를 취급한 정보통신서비스제공자에게 침해사실을 소명하여 당해 정보의 삭제나 반박내용의 게재를 요청할 수 있는데, 이 때 정보통신서비스제공자는 지체 없이 삭제, 임시조치 등의 필요한 조치를 취하고 이를 즉시 신청인 및 정보게재자에게 통지하여야 한다. 임시조치는 정보의 삭제요청이 있음에도 권리의 침해여부를 판단하기 어렵거나 이해당사자 사이의 다툼이 예상되는 경우에 해당 정보에 대한 접근을 임시적으로 차단할 수 있는 것을 말하며, 그 기간은 30일 이내로 한다. 또한 삭제나 임시조치 등의 필요한 조치가 이루어지는 경우에 그 사실을 해당 게시판에 공시하는 등의 방법으로 이용자가 알 수 있도록 하여야 한다.

13) 온라인서비스제공자의 책임과 관련한 상례는 이대희, 인터넷과 지적재산권법, 박영사, 2002, 524면 이하; 박준석, 인터넷서비스제공자의 책임, 박영사, 2006, 52면 이하 참조.

되었다고 주장하는 자가 그 사실을 소명하여 복제·전송의 중단을 요청하는 경우에 즉시 복제·전송을 중단하고 해당 복제·전송자 및 권리주장자에게 그 사실을 통보하여야 한다. 만일 복제·전송자가 정당한 권리에 의한 것임을 소명해서 복제·전송의 재개를 요구하는 때에는 재개요구사실 및 재개예정일을 권리주장자에게 지체없이 통보하고 그 예정일에 복제·전송을 재개하여야 한다. 이러한 복제·전송의 중단이나 재개시 일반 이용자에게 공지하여야 한다. 이러한 절차에 따른 경우에 온라인서비스제공자의 책임은 감면될 수 있다. 다만 이러한 감면은 온라인서비스제공자가 권리침해사실을 안 때부터 복제·전송의 중단을 요구받은 때까지의 사이에 발생한 책임에는 적용되지 않는다. 그리고 P2P 서비스제공자와 같은 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 주의의무를 명확히 하기 위하여, 저작권법 제104조는 다른 사람들 상호간에 컴퓨터등을 이용하여 저작물등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제공자는 권리자의 요청이 있는 경우 당해 저작물등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 취하여야 한다.

이상에서 살펴본 저작권법에 규정된 온라인서비스제공자의 책임감면은 임의적 감면의 성격을 가지고 있기 때문에 법원의 판단에 따라 감면이 이루어지지 않을 수도 있다. 그러나 Web 2.0 서비스를 제공하는 온라인서비스제공자가 단순한 유통자에 불과하고 저작권침해물의 유통을 차단하기 어려운 기술적 환경이라면 일정 부분 면책을 강제할 필요도 있다.¹⁴⁾¹⁵⁾ 이처럼 면책 규정을 변경하더라도 Web 2.0 환경이 발전하고 온라인서비스제공자의 기술 수준이 높아지게 되면, 결국 온라인서비스제공자가 위와 같은 책임제한을 규정한 Safe Harbor로 도피하는 경우는 줄어들게 될 것이다.¹⁶⁾

3. Web 2.0과 국제사법적 문제

Web 2.0은 단순히 사회적·경제적 환경의 변화에 영향을 미친 것뿐만 아니라 국가간

14) 미국의 DMCA(17 USC §512 (Limitations on liability relating to material online))나 일본의 특정전기통신역무제공자의 손해배상책임의 제한 및 발신자정보의 개시에 관한 법률은 일정 요건이 충족된 경우에 필요적 면책을 규정하고 있다.

15) Web 2.0 서비스, 특히 Mashup 서비스를 제공하는 온라인서비스제공자는 저작권 침해와 관련하여 침해의사(volition)도 없고 수동적 역할(passive role)에 머무르기 때문에 직접책임을 지우지 말아야 한다고 주장하는 견해가 있다. Lisa Veasman, "PIGGY BACKING" ON THE WEB 2.0 INTERNET: COPYRIGHT LIABILITY AND WEB 2.0 MASHUPS, 30 Hastings Comm. & Ent. L.J. pp. 326-329.

16) See David J. Bailey, What Liability Awaits Web 2.0?, 29-Sep L.A. Law. 10.

정보유통을 획기적으로 촉진시키고 있다.¹⁷⁾ Web 2.0의 개방성과 상호작용성은 언어장벽과 국가간의 장벽을 넘어 전세계의 사람들이 정보를 공유하고, 참여함으로써 더 많은 데이터를 만들어가는 장이 되고 있다. 이런 점에서 Web 2.0이라는 흐름은 경제 및 무역에도 영향을 미쳐서 부가가치를 창출할 수 있는 수단으로 활용되고 있다. 더욱이 Web 2.0을 통하여 만들어지는 정보들은 가깝게는 저작물 나아가 문화의 형성과도 밀접한 관련을 가지고 있다. 이 때문에 각국은 문화수출 및 경제적 가치의 획득이라는 목적을 달성하기 위하여 자국의 이익보호를 위한 노력을 기울이게 되며, 이는 다자간 무역협정이나 양자간 무역협정의 체결을 통하여 무역자유화를 실현하는 데에도 영향을 미치게 된다. 한편으로는 이 글에서 논의하고자 하는 국제사법적 문제, 즉 재판관할과 준거법의 결정과 관련하여도 논의의 필요성이 있다.

즉, 이상에서 살펴본 Web 2.0과 저작권 문제에서처럼, Web 2.0 환경 하에서 저작권의 침해는 종래와 같은 소규모·국지적인 침해나 전형적인 침해 모습에 머무르지 않고, 저작권을 침해함에 있어서 다수 국가에 산재한 다수인에 의하여 동시 혹은 순차적으로 이루어진다. 예를 들면, A국가에서 저작물을 창작하고 등록한 B의 저작물을 C국가에 소재한 서버를 이용하여 서비스를 제공하는 D를 통하여 E, F, G 국가에 주소를 두고 있는 각 H, I, J가 동시에 혹은 순차적으로 저작권 침해행위에 참여하게 되면, 어느 국가의 법을 적용하여야 하는가가 문제된다. 이 때 H, I, J의 저작권 침해로부터 B를 구제하기 위하여 준거법 결정이 이루어져야 하며, 한편으로는 H, I, J의 저작권 침해에 대한 간접적인 책임을 D에게 묻기 위하여 어느 국가의 법에 의할 것인지도 결정되어야 한다. 특히 후자의 문제는 OSP에 대한 민사 책임의 제한을 규정한 국가와 규정이 없는 국가, 혹은 제한의 요건이나 정도에 차이가 있는 국가들 사이에서 의미를 가진다. 이에 더하여 저작물의 이용허락을 홈페이지에 게시된 이용약관에 정하면서 준거법의 합의를 규정한 경우에 그러한 규정이 유효한가도 논의가 필요하다. 이 두 가지 측면의 쟁점들은 각각 저작권의 침해 소송과 계약 소송과 관련이 있기 때문에, 이하에서는 먼저 준거법에 관한 일반적인 논의를 간략하게 살펴본 다음에 Web 2.0 하의 문제에 대하여 검토하겠다.¹⁸⁾

17) 단적인 예로 YouTube(<http://www.youtube.com>)를 통하여 각국의 정보가 다양한 국가의 이용자의 참여를 매개로 활발하게 유통되고 있음을 볼 수 있다.

18) 이와 관련하여 국제사법적 측면에서 관할권의 결정도 중요한 문제이다. 그러나 이 글에서는 준거법의 논의에 초점을 맞추기로 한다. 관할 문제에 관하여는 김용석, “국제재판관할에서의 관련재판적의 인정과 인터넷을 통한 불법행위의 결과 발생지의 재판관할(2003.9.26. 선고 2003다29555판결)”, 대법원

III. Web 2.0시대의 저작권 소송과 준거법

1. 인터넷 상의 저작권 소송과 준거법에 관한 일반 논의

(1) 저작권에 관한 속지주의 원칙과 그 수정

전통적으로 저작권을 포함한 지적재산권은 속지주의의 원칙에 따라서 그 권리를 부여한 국가의 영역 내에서 보호가 인정되며 소송을 제기하여야 한다고 하여 준거법 결정의 문제가 제기될 여지가 없었다. 이러한 속지주의의 원칙을 직접 정면으로 규정한 국제규범은 없지만, 파리조약 제2조, 베른조약 제5조 제1항, TRIPS 제3조 제1항에 규정된 내국민대우의 원칙(Principle of National Treatment)은 속지주의를 전제로 한 것으로 해석하는 것이 일반적이다.¹⁹⁾ 그러나 외국에서의 지적재산권의 보호가 문제되는 일이 증가하게 되었고, 준거법에 관한 일반적 논의를 그대로 지적재산권에도 적용할 수 있는가와 관련하여 논란이 발생하였다. 그런데 현대에는 인터넷과 같은 국가 간 장벽을 허물어뜨리는 통로가 생겨나게 되었고, 저작물이 특정 국가나 일정 영역 내에 머무르는 시대는 지나가 버렸으며, 오히려 국가 간 저작물의 유통이 폭발적으로 증가하게 되어 국제적인 저작권 분쟁을 어떻게 해결할 것인가가 매우 중요한 관심사가 되었고, 준거법의 결정은 그 선결문제로서 의미를 가진다. 특히나 국제적인 저작권 소송, 특히 Web 2.0 환경 하에서 다수 국가의 권리자 혹은 이용자가 관여하는 저작권소송에서 속지주의 원칙을 그대로 유지시키기에는 어려운 점이 있다. 즉, 정보화에 따른 국제교류의 확대 및 용이 및 이로 인한 침해의 급증에 따라 속지주의의 원칙을 고수하게 되면 오히려 지적재산권의 국제적인 법률관계를 복잡하게 하며, 예측 가능성을 상실하게 하여 혼란을 초래할 수도 있다.²⁰⁾ 이러한 속지주의 원칙의 한계²¹⁾에 대한

판례해설, 47호, 2004; 김용진, “지적재산권침해와 인터넷국제재판관할”, 민사소송, 5, 2002; 노태악, “사이버불법행위의 재판관할과 준거법”, 국제사법연구, (8), 2003; 손경한, “국제 저작권 분쟁의 국제 재판관할-드림웍스판결을 중심으로-”, 「국제지적재산권법 및 국제사법의 논점」, 제4회 한일 지적재산권법·국제사법 공동세미나, 2005.9.3.-4.; 이규호, “인터넷상 저작권침해에 관한 소송의 국제재판관할권”, 법학연구(연세대학교 법학연구소), 15(3), 2005; 이성호, “사이버 지적재산권 분쟁에 관한 국제재판관할과 준거법”, 저스티스, (72), 2003; 이성호, “사이버 지적재산권분쟁의 재판관할과 준거법”, 국제사법연구, (8), 2003.8. 참조.

19) 손경한, “지적재산분쟁의 준거법”, 저스티스, (78), 165면.

20) 이호정·정상조, “섭외지적재산권법 시론-지적재산권의 준거법-”, 서울대학교 법학, 39(1), 1998, 121-122면 참조.

반성으로 속지주의 원칙을 제한 내지 수정하는 방향으로 준거법 결정의 논의가 진행되어 왔다. 이하에서 저작권 분쟁의 법적 성질과 준거법 결정에 관한 논의를 살펴보겠다. 다만, 이 글이 종래 준거법 문제의 구체적 적용에 초점을 맞추고 있기 때문에, 저작권과 관련된 준거법 결정에 관한 외국의 법적 동향에 대하여는 생략한다.²²⁾

(2) 인터넷 상의 저작권 소송과 준거법

1) 저작권 계약의 준거법

(가) 준거법의 합의가 있는 경우

당사자 사이에 저작권을 목적으로 하는 계약을 체결하면서 준거법에 관한 합의를 하는 경우에 그 합의가 우선하는 것은 당사자자치의 원칙에 따라 당연한 귀결이다. 우리 국제사법 제25조에서도 계약의 경우에는 당사자가 명시적이든 묵시적이든 선택한 법에 따르는 것으로 규정하고 있다. 다만, 소비자계약인 경우에는 당사자가 준거법을 선택하더라도 소비자의 상거소가 있는 국가의 강행규정에 의하여 소비자에게 부여되는 보호를 박탈할 수 있다.²³⁾ 나아가 준거법에 관한 합의가 없는 경우에도 소비자계약에 관한 준거법은 소비자의 상거소지법에 의하게 된다.²⁴⁾ 이러한 소비자계약에 관한 특칙이 저작권계약에 관한 규정과 어떠한 관계에 있는지가 논란의 대상이 될 수 있다. 이에 대하여 “지적재산실용계약에 있어 그 지적재산실용자의 소재지법이 원칙적인 준거법이 될 수 있다는 점을 고려한다면 지적재산계약에 있어서는 소비자보호에 관한 일반규정인 국제사법 제27조는 그 적용을 제한하여도 무방”²⁵⁾하다고 하는 견해가 있다. 그러나 준거법 합의에 관한 당사자자치를 허용하는 국제사법 제25조의 적용을 허용하는 한 그 특별규정인 제27조의 적용을 배제할 이유는 없으며, 소비자의 특별한 보호의 필요성으로부터 저작권계약이 소비자계약의 성격을 가질 때에는 소비자보호와 관련된 규정이 우선하는 것으로 해석하는 것이 타당하다.

저작권에 관한 계약에서 준거법을 정하는 경우에 준거법 약정은 채권계약으로서의

21) 속지주의의 한계에 대하여는 손경한, “지적재산분쟁의 준거법”, 166-167면 참조.

22) 손경한, “지적재산분쟁의 준거법”, 168면 이하 참조.

23) 국제사법 제27조 제1항.

24) 국제사법 제27조 제2항.

25) 손경한, “지적재산분쟁의 준거법”, 185면.

저작권계약에 관한 준거법일 뿐이며 계약의 목적인 저작권의 성립, 내용, 소멸 등에 관한 분쟁의 준거법은 되지 않는다.²⁶⁾ 이에 반하여 “저작권은 그 보편성에 비추어 그 성립, 유효성 소멸 등의 판단의 준거법에 관한 합의를 인정하여 당사자간의 법률관계의 확일적 처리를 가능하게 할 수 있을 것”이라고 주장하는 견해²⁷⁾도 있다. 그러나 당사자 사이에서 자유로이 권리를 창설할 수 있는 채권과 권리의 종류와 내용의 임의적 창설이 허용되지 않는 물권적 성격의 권리에 대하여 준거법 결정 기준을 달리하는 입장에 설 때 저작권은 후자의 성격이 강하여 저작권계약에서의 준거법 약정은 채권적 계약 자체에 대한 준거법의 약정으로서 유효하다고 해석하여야 한다.

이외에 당사자자치의 원칙은 법정지 강행법규의 특별연결에 의하여 제한된다.²⁸⁾

(나) 준거법 합의 약관

국제적인 저작권 계약도 인터넷의 보급과 다수 이용자에 의한 동시다발적인 계약체결의 증가하면서, 약관에 의하여 체결되는 경우가 증가하고 있다. 이러한 약관에는 통상 저작권자의 주된 소재지 국가의 법을 준거법으로 정하는 규정을 두고 있는데, 이러한 준거법 지정의 약관 조항의 유효성이 문제된다. 이에 대하여 우리 국제사법에 의하면, 준거법 합의의 성립 및 유효성을 판단하기 위해서는 준거법 약정이 유효하게 성립하였을 경우에 우리 국제사법에 의하여 적용되어야 하는 준거법에 따라 판단하여야 한다.²⁹⁾ 우리나라의 법이 판단의 준거법이 되는 경우에는 불공정한 약관을 규율하는 약관의 규제에 관한 법률이 강행규정이기 때문에 동법에 의하여 준거법 약정의 유효성이 판단된다. 동법에 의하면, 고객에게 부당하게 불리한 소재지의 금지조항이나 재판관할의 합의조항(동법 제14조)이나 신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 약관조항(동법 제6조 제1항)은 무효이다. 준거법 약정에 의하여 당사자와 전혀 무관한 국가의 법률을 준거법으로 삼는 경우에는 동법 제14조를 유추적용하거나 동법 제6조 제2항에 의하여 고객이 계약의 거래형태등 제반사정에 비추어 예상하기 어려운 조항에 해당하여 공정을 잃은 것으로 추정됨으로써 동법 제6조 제1항에 따라 무효로 판단될 수 있다.

26) 이성호, “사이버지적재산권분쟁의 재판관할과 준거법”, 『사이버공간에서의 국제분쟁의 해결 - 한국법의 시각에서 -』 세미나 자료집, 2002.11.23., 149-150면; 이호정·정상조, 전제논문, 126면.

27) 손경한, “지적재산분쟁의 준거법”, 184면.

28) 국제사법 제7조.

29) 국제사법 제25조 제2항에 따른 제29조의 준용.

(다) 준거법의 합의가 없는 경우

저작권계약의 당사자가 준거법에 관한 합의를 하지 않은 경우에 준거법 지정에 관한 별도의 규정이 없기 때문에 채권계약에 관한 국제사법 제26조의 규정을 적용할 수 있는가에 대하여 논란이 될 수 있지만, 당사자자치를 규정한 동법 제25조의 적용을 인정하는 것과 같은 맥락에서 동법 제26조의 적용을 인정하여야 할 것이다. 다만, 동조 제2항 제2호에 규정된 “이용계약의 경우에는 물건 또는 권리를 이용하도록 하는 당사자의 이행”을 저작권계약에도 적용할 것인가와 관련해서는, 동호가 유체물의 이용허락과 유체물이 소재하는 장소에서의 이행에 초점을 맞춘 것이기 때문에 저작권 이용허락에는 적용되지 않는다고 해석하거나³⁰⁾ 저작물이용계약은 저작물의 이용 또는 실연 등을 관리하는 것을 목적으로 하고 저작자의 이익을 산출하는 것도 이용자의 이용행위에서 비롯되는 것이므로 저작물을 이용하는 당사자의 이행을 계약의 특징적 이행으로 보아야 한다는 견해³¹⁾가 유력하다. 이에 반하여 구체적 이용허락계약의 내용을 참고하여 판단하여야 하며 일률적으로 결정할 수 없다는 견해도 있다.³²⁾

2) 저작권의 성립, 내용, 소멸에 관한 준거법

국제사법 제24조는 지적재산권 분쟁에 관한 준거법 결정에 관하여 규정하고 있다. 그런데 동조는 지적재산권의 보호가 필요한 모든 분야의 분쟁에 대하여 보호국법주의를 명시하지 않고 지적재산권의 침해에 대하여만 보호국법주의를 규정하고 있어서, 동조가 적용되는 범위가 지적재산권과 관련된 모든 범위의 분쟁에까지 미치는 것인지 아니면 권리자의 결정이나 권리의 내용 등에 대하여는 미치지 않는 것으로 하는가에 대하여 해석이 나뉜다.

보호국법설에 의하면, 본국법설은 저작물이 최초로 발행된 본원국이 어디인지를 결정하는 것이 어렵고 저작물 이용자의 입장에서 자신이 속한 영토 내에서의 저작권 침해행위가 저작물의 본원국에 따라 달라지기 때문에 법률상 예측가능성이 확보되지 않는 난점이 있으며, 동일국내에서 발생한 침해에 대하여 동일한 법을 적용하는 것이 타당하며, 실무상 법정지와 대부분 일치하기 때문에 간편하다고 주장한다.³³⁾ 반면, 본국

30) 손경한, “지적재산분쟁의 준거법”, 187면.

31) 이성호, “사이버지적재산권분쟁의 재판관할과 준거법”, 151면.

32) 석광현, 2001년 개정 국제사법 해설, 지산, 2003, 281면 각주 273 참조.

33) 이성호, “사이버지적재산권분쟁의 재판관할과 준거법”, 155-157면.

법설에 의하면, 보호국법설은 동일한 저작물이 국가에 따라 권리자가 달라질 수 있는 난점이 있으며, 일반적으로 저작물이 최초로 발행된 곳이나 저작자의 소재지 등 저작물의 본원국이 저작물과 가장 밀접한 관련을 가지기 때문에 저작권의 성립, 내용, 소멸 등은 저작물의 본원국법에 의하여야 한다고 주장한다.³⁴⁾³⁵⁾ 생각건대, 권리의 성립이나 내용 등에 관하여 본원국법을 준거법으로 함으로써 전세계 어디서나 동일한 규율이 되도록 하는 것이 일응 타당한 것으로 생각되지만, 각국의 저작권 보호의 상이, 저작권에 대한 인식의 차이, 실질적으로 법원이 권리마다 본국법을 파악하는 것의 어려움, 대부분 법정지와 보호국이 일치함으로 인한 분쟁해결의 편의성, 이용자에게도 자신이 소재하는 국가의 법을 준거법으로 삼는 것이 법적 예측 가능성을 도모할 수 있는 점 등을 고려할 때 보호국법주의를 따르는 것이 타당하다.

3) 저작권 침해의 준거법

저작권 침해의 법적 성질을 어떻게 파악할 것인가에 대하여 세가지 견해가 가능하다. 즉, 불법행위로 보게 되면, 저작권 침해를 불법행위의 유형으로 파악하여 저작권의 성질에 반하지 않는 한 불법행위의 준거법 결정에 관한 국제사법의 규정이 손해배상 청구나 금지청구에 모두 적용된다. 반면 물권적 효력으로 파악하게 되면 저작권을 소유권과 같은 물권으로 파악하여 저작권 침해시에 그 목적물의 소재지법이 준거법이 된다고 한다. 한편 저작권 침해 시에 가능한 구제수단에 따라 성질을 달리 파악하는 견해도 가능하다. 즉, 저작권 침해로 인한 금지청구는 저작권 자체의 물권적 효력의 문제로 파악하고, 손해배상청구는 불법행위의 문제로 파악하는 것이다. 생각건대, 법적 성질을 어떻게 파악하건 관계없이 국제사법 제24조는 저작권 「침해」로 인한 금지청구와 손해배상청구에 모두 적용되는 규정으로서 동일한 준거법에 의하는 것으로 이해하여야 할 것이다.³⁶⁾³⁷⁾ 다만, 국제사법 제32조 및 제33조의 규정을 저작권침해에 관한

34) Jane Ginsburg, Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted through Digital Networks, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/gcpic/gcpic_2.pdf (visited September 21, 2008).

35) 손경환, “지적재산분쟁의 준거법”, 183면도 같은 취지에서, “인터넷등 이용의 증가로 저작권의 이용과 침해가 세계적으로 동시에 일어나는 현금의 실정에 비추어 보호국별로 각각 저작권의 성립, 범위, 소멸등의 쟁점을 판단하여서는 거래의 신속과 권리자의 보호에 미흡한 결과로 될 것이다. 따라서 본원국법주의가 21세기 정보시대에는 우월하다”고 주장한다.

36) 동지 석광현, 국제사법과 국제소송, 제2권, 박영사, 2001, 579면; 손경환, “지적재산분쟁의 준거법”, 191면.

준거법에 유추적용할 수 있는가에 대하여는 법적 성질을 어떻게 파악할 것인가에 따라 범위가 달라질 수 있다. 생각건대, 저작권의 침해에 따른 구제수단은 손해배상이나 금지이며, 이를 위하여 불법행위의 성립을 주장하거나 금지청구를 위한 권리침해를 주장하여야 한다. 즉, 불법행위의 효과로서 손해배상청구가 발생하는 것이고, 금지청구는 불법행위로부터 발생하는 것이 아니라 침해로부터 발생하는 것이다. 이 때 금지청구를 가능하게 하는 침해는 저작권의 물권적 특성으로부터 인정되는 것으로 파악함이 타당하다. 따라서 국제사법 상의 불법행위에 관한 제32조와 제33조의 규정은 저작권 침해 중에서도 불법행위로 인한 손해배상청구권에 유추적용되는 것으로 해석함이 타당하다. 남은 문제는 침해자가 어디인가를 결정하는 것이다. 이는 특히 인터넷 상에서 저작물 정보를 송수신함으로써 저작권이 침해되는 경우에 문제된다. 수신지국법에 의하면 지적재산권자의 입장에서는 다수의 법정지에서 개개의 소송을 수행하여야 하는 문제가 있으며, 발신지국법에 의하면 소위 ‘지적재산 천국(intellectual property heaven)’으로부터의 발신인 경우에는 저작권자의 보호가 미흡하게 되고 인터넷 상의 이용자는 잠재적인 발신자가 된다는 점에서 문제가 있다. 이러한 문제인식을 바탕으로 단일한 발신지국법에 의하지 말고 각 수신지 국가에서는 그 각 수신지국법을 적용하도록 하자는 중첩적 준거법 적용을 주장하는 견해가 유력하게 주장된다.³⁷⁾ 국내에서는 발신지국법에 의할 경우에 외국인 저작자에 대하여 국내 저작자보다도 더 높은 보호를 주는 반면 자국민인 침해자에게 무거운 책임을 묻게 되는 문제가 있으며, 실무적으로도 개별 사건마다 발신지법을 파악하여야 하기 때문에 어려움이 있으므로 수신지국법인 우리나라 법을 준거법으로 하는 것이 타당하다고 주장하는 발신지국법설이 있다.³⁹⁾ 이에 대하여 국제사법 제8조가 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 적용하도록 규정하고 있는 점을 고려하여, “침해지를 반드시 침해행위지나 침해의 결과발생지로 해석하여야 할 필연적인 이유는 없고 침해자의 지적재산실용행위에 의하여 당사자간에 의제적 법률관계가 형성되고 그 실용행위 내지 침해행위를 하는 당사자의 침해행위시 소재지가

37) 석광현, 국제사법과 국제소송, 2권, 579면은 국제사법 제24조는 “물권에 관한 규정들과 함께 제4장에 규정되어 있으나, 이는 당초 독립되어 있던 장을 편의상 제4장에 통합한 것으로서 기술적인 의미를 가질 뿐”이며, 결국 지적재산권 관련 쟁점의 성질결정에 영향을 미치는 것은 아니라고 설명한다.

38) André Lucas, Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted through Digital Networks, (http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/gcpic/gcpic_1.pdf) (visited September 21, 2008).

39) 이성호, “사이버지적재산권분쟁의 재판관할과 준거법”, 158-159면.

당해 지적재산침해와 가장 밀접한 관련을 가진 곳으로서 바로 침해지가 된다”고 주장하는 견해도 있다.⁴⁰⁾

2. Web 2.0 환경 하에서의 준거법 결정

(1) OSP의 민사책임에 관한 준거법

OSP의 민사책임, 특히 손해배상책임과 관련한 준거법 결정에 대해서는 OSP가 자신의 불법행위에 대하여 직접 책임을 지는가, 아니면 타인의 불법행위에 대하여 간접적으로 책임을 지는가와 관련하여 차이가 있다. 직접 자신의 불법행위로 인한 경우에는 일반적인 준거법 결정론에 따르게 되어, 침해지법에 의하게 된다. 문제는 타인, 특히 다양한 국가의 이용자들에 의하여 발생한 침해로 인한 간접적인 책임에 관한 준거법 결정이 문제된다. 더욱이 국가에 따라서 간접 책임 혹은 교사방조책임을 인정하는 정도가 다르고, OSP의 책임을 제한시켜주는 규정의 존부 내지 정도에 차이가 존재하기 때문에 OSP의 간접책임에 대한 준거법의 결정은 중요한 의미를 가진다.

이에 대하여 대법원은 X-Girl 상표 사건에서 “국제사법 제24조에 의하면, 지적재산권의 침해로 인한 불법행위의 준거법은 그 침해지법이 된다 할 것이므로 일본 보따리상들의 일본에서의 일본 상표권 침해행위에 피고가 교사 또는 방조하였음을 이유로 하는 이 부분 손해배상청구의 당부는 침해지법인 일본 상표법 제37조 등의 해석에 따라야 할 것인데, 위조한 상표를 부착한 의류를 일본 보따리상들에게 대량으로 판매함으로써 일본에서의 일본 상표권 침해행위를 용이하게 하여 준 피고의 행위가 위 침해행위에 대한 방조가 될 수 있다 하더라도, 기록에 나타난 지적재산권에 관한 일본 법원의 해석론에 비추어 보면, 속지주의 원칙을 채용하고 있는 일본 상표법하에서는 상표권이 등록된 나라의 영역 외에서 당해 상표권의 등록국에서의 침해행위를 유도하는 등 이에 관여하는 행위는 불법행위를 구성하지 아니하는 것으로 해석”⁴¹⁾하는 것이 타당하고, 결과적으로 공동불법행위가 성립하지 않는다고 판시하였다. 이에 의하면 교사방조에 의한 불법행위에 대한 준거법은 주된 불법행위에 의한 침해지를 기준으로 하고 있음을 알 수 있다. 이에 대하여는 “한국에 있어 상표권침해행위가 있는 이상 그

40) 손경한, “지적재산분쟁의 준거법”, 189면.

41) 대법원 2004. 7. 22. 선고, 2003다62910 판결.

손해가 한국에서 발생하였다고 보는 것이 상식에 부합하고 또 손해가 일본에서 발생하였다 하더라도 한국법상 상표권침해행위를 구성한다면 그로 인한 손해는 배상되어야 마땅할 것이므로 본판결은 지나치게 속지주의에 경도되었다”고 비판하는 견해⁴²⁾도 있다.

(2) UCC·Mashup 서비스제공자의 이용약관의 유효성

1) UCC서비스제공자의 이용약관

UCC서비스제공자가 미리 작성해서 제공하는 약관을 이용하여 국제적인 이용계약을 체결하는 경우에 준거법과 관련하여 문제되는 점은 약정 중에 불공정한 규정이 있는 경우와 약정 중에 준거법을 약정한 경우이다.

전자를 살펴보면, 인터넷 이용자가 포털사이트 등이 제공하는 UCC 툴을 이용하거나 UCC를 업로드하기 위해서는 회원으로 가입하여야 한다. 이 때 UCC서비스제공자가 미리 준비해놓은 약관에 동의함으로써 회원가입이 완료된다. 그런데 기본약관 이외에 보통 ‘저작권 정책’과 같은 명칭의 별도로 준비된 저작권에 관한 사항을 링크하거나 혹은 동시에 제시하면서 기본약관과 함께 동의하도록 요구하고 있다. 이러한 저작권정책은 회원이 창작·등록한 UCC의 “세계적이고 사용료 없는 비독점적 사용권을 회사에 부여”한다거나 회사의 탈퇴 후에도 유효하다는 등의 저작권 관련 사항을 담고 있는데, 이용자들에게 불리하게 규정되는 경우가 존재한다. 이러한 저작권 이용계약에 관한 국제소송에서 한국이 법정지이거나 한국법이 준거법이 되면, 약관의 규제에 관한 법률에 의하여 판단될 것이다. 즉, 먼저 약관의 규제에 관한 법률 제3조에 의하여 명시설명의무를 이행하지 않은 것으로 판단되면 해당 약관 조항은 계약으로 편입되지 못하여 효력을 인정받지 못하며, 계약 내용으로 편입된다고 할지라도 동법 제6조나 제9조에 의하여 불공정 약관조항으로서 해석되어 무효로 판단할 수 있다.

후자의 문제에 대하여는, 앞에서 살펴본 바와 같이, 우리 국제사법은 준거법 합의의 성립 및 유효성을 판단하기 위해서는 준거법 약정이 유효하게 성립하였을 경우에 우리 국제사법에 의하여 적용되어야 하는 준거법에 따라 판단하여야 한다고 규정하였다.⁴³⁾ 우리나라의 법이 판단의 준거법이 되는 경우에는 불공정한 약관을 규율하는 약

42) 손경한, “지적재산분쟁의 준거법”, 193면. 이 견해는 동 판결의 원심인 서울고등법원 2003.10.29. 선고, 2002나65044 판결에 대한 비판이다.

43) 국제사법 제25조 제2항에 따른 제29조의 준용.

관의 규제에 관한 법률이 강행규정이기 때문에 동법에 의하여 준거법 약정의 유효성이 판단된다. 동법에 의하면, 고객에게 부당하게 불리한 소재기의 금지조항이나 재판 관할의 합의조항(동법 제14조)이나 신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 약관조항(동법 제6조 제1항)은 무효이다. 준거법 약정에 의하여 당사자와 전혀 무관한 국가의 법률을 준거법으로 삼는 경우에는 동법 제14조를 유추적용하거나 동법 제6조 제2항에 의하여 고객이 계약의 거래형태등 제반사정에 비추어 예상하기 어려운 조항에 해당하여 공정을 잃은 것으로 추정됨으로써 동법 제6조 제1항에 따라 무효로 판단될 수 있다.

2) Mashup서비스제공자의 이용약관

Mashup 서비스제공자의 이용약관도 UCC서비스제공자의 이용약관에 관한 문제와 다를 바가 없다. 다만, 앞에서 살펴본 바와 같이 서비스제공자가 별도의 동의나 승낙 절차 없이 Browse-wrap 계약을 체결하는 경우가 문제이다. 이에 대하여 미국 법원은 관할에 따라 상반되는 판결을 내렸지만, 우리나라가 법정지가 되거나 우리나라의 법이 준거법이 되면, 약관의 규제에 관한 법률에 의하여 판단하여야 한다. 이에 의하면, 저작권 이용 약정이든 준거법 합의 약정이든 해당 약관 조항이 계약으로 편입되기 위해서는 고객에게 약관의 내용을 계약의 종류에 따라 일반적으로 예상되는 방법으로 명시하여야 한다(동법 제3조 제1항). 또한 약관에 정해져 있는 중요사항은 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 한다(동법 제3조 제2항). Mashup 서비스제공자의 이용약관의 대부분은 명시함으로써 계약 내용에 편입되고(그 개별적인 약관 조항의 별개의 문제), Browse-wrap 약정의 유효성은 인정될 수 있다. 그러나 저작권 이용에 관한 사항은 중요한 사항으로 보여지고, 더욱이 당사자에게 불리한 준거법 약정이 있다면, 이는 약관 중의 중요한 사항으로 판단될 가능성이 높으며, 결국 무효화될 수 있다.

(3) UCC 이용자에 의한 저작권 침해

UCC 이용자에 의한 침해, 특히 다양한 국가에 소재하는 다수의 이용자에 의하여 하나 또는 다수의 저작권이 침해되었을 경우의 준거법 결정이 문제된다. 이 때에는 앞에서 살펴본 바와 같이 준거법 결정을 위한 선결문제로서 침해지 결정이 문제되며, 앞에서 살펴본 바와 같은 일반론에 의하여 해결이 가능하다. 문제는 우리나라가 법정지인

데, 준거법으로 결정된 다른 국가의 규정에 의하여 우리에게 없는 손해배상, 예를 들면 징벌적 손해배상이나 법정 손해배상이 청구되는 경우에 어떻게 취급할 것인가가 문제된다. 생각건대, 이미 살펴본 바와 같이 불법행위에 기한 손해배상청구인 경우에는 그 성질을 불법행위로 파악하여 국제사법 제32조 제4항을 유추적용할 수 있으며, 그 결과 저작권 침해에 따른 3배 배상이나 징벌적 손해배상의 청구는 배척할 수 있다. 문제는 법정손해배상을 배척할 수 있는가이다. 특히 우리나라는 미국과 FTA를 체결하여 법정손해배상을 도입하기로 하였는데, 아직 양국에서 비준하지 않아 국내법으로서의 효력을 가지지는 않았다. 국내법인 저작권법을 개정하여 법정손해배상을 규정하거나 한미 FTA를 비준하여 국내법적 효력이 발생하지 않는 한 법정손해배상의 청구도 배척할 수 있다고 하는 것이 타당할 것이다. 또한 저작권법을 개정하더라도 미국과 우리 저작권법이 인정하는 요건과 상한액에 차이가 있다. 미국 저작권법 상의 상한액이 우리 저작권법의 상한액을 초과하는 경우에 과다함이 인정된다면 역시 국제사법 제32조 제4호에 의하여 초과부분의 청구를 배척할 수 있을 것이다.

IV. 결론

Web 2.0 시대의 국제적인 저작권 소송에서 어느 국가의 법을 준거법으로 삼을 것인가에 대하여 일반론에 대한 검토와 함께 개별적으로 문제되는 점들을 검토하였다. 일반론으로서 먼저 저작권계약에 관한 준거법 결정에 있어서는 국제사법 채권편의 규정에 따라 약정이 있는 경우와 그렇지 않은 경우로 나누어 판단하였다. 저작권의 성립, 내용, 소멸 등에 관하여는 보호국법주의와 본국법주의, 절충설이 대립될 수 있지만, 보호국법주의에 의하는 것이 타당하다는 결론에 다다랐다. 국제사법 제24조의 규정을 저작권 침해의 법적 성질을 묻지 않고 모든 침해에 적용되는 것으로 보아 침해지법에 의하는 것으로 해석하였다. 그러나 불법행위에 관한 국제사법 제32조 및 제33조의 규정은 불법행위적 성질을 가지는 손해배상청구권에 대한 준거법 결정에만 유추적용할 수 있는 것으로 해석하였다. 이러한 해석론을 바탕으로 하여, 개별적 문제로서 이용약관의 유효성, 다수 국가의 이용자에 의한 손해배상청구, 준거법 상의 과도한 손해배상청구, OSP의 공동불법행위책임의 성립판단을 위한 기준으로서의 침해지의 판단 등에 대하여 살펴보았다. 이상과 같은 검토에도 불구하고, 본국법주의와 보호국법주의,

지적재산권 침해의 성질, 침해지의 결정 등의 문제는 여전히 어렵고 복잡한 문제이며, 실제 사례 및 이익의 균형을 고려한 보다 깊이 있는 연구가 필요하다.

주제어

저작권, 저작권소송, 준거법, 국제사법, 웹2.0, 매쉬업, 사용자제작콘텐츠

>>> 참고문헌

- 김용석, “국제재판관할에서의 관련재판적의 인정과 인터넷을 통한 불법행위의 결과 발생지의 재판관할(2003.9.26. 선고 2003다29555판결)”, 대법원판례해설 47호, 2004.
- 김용진, “지적재산권침해와 인터넷국제재판관할”, 민사소송, 5, 2002.
- 노태악, “사이버불법행위의 재판관할과 준거법”, 국제사법연구, (8), 2003.
- 박준석, 「인터넷서비스제공자의 책임」, 박영사, 2006.
- 석광현, 「국제사법 해설」, 2001년 개정판, 지산, 2003.
- 석광현, 「국제사법과 국제소송」, 2권, 박영사, 2001.
- 손경한, “국제 저작권 분쟁의 국제재판관할-드림웍스판결을 중심으로-”, 「국제지적재산권법 및 국제사법의 논점」, 제4회 한일 지적재산권법·국제사법 공동세미나, 2005.9.3.-4.
- 손경한, “지적재산분쟁의 준거법”, 저스티스, (78).
- 오가와 히로시 저, 권민 역, 「WEB 2.0 이노베이션: 인터넷 비즈니스의 진화는 이제부터 시작된다」, 브라이언앤컴퍼니, 2006.
- 이규호, “인터넷상 저작권침해에 관한 소송의 국제재판관할권”, 법학연구(연세대학교 법학연구소), 15(3), 2005.
- 이대회, 「인터넷과 지적재산권법」, 박영사, 2002.
- 이성호, “사이버 지적재산권 분쟁에 관한 국제재판관할과 준거법”, 저스티스, (72), 2003.
- 이성호, “사이버 지적재산권분쟁의 재판관할과 준거법”, 국제사법연구, (8), 2003.8.
- 이성호, “사이버지적재산권분쟁의 재판관할과 준거법”, 「사이버공간에서의 국제분쟁의 해결 - 한국법의 시각에서 -」 세미나 자료집, 2002.11.23.
- 이호정·정상조, “섭외지적재산권법 시론-지적재산권의 준거법-”, 서울대학교 법학, 39(1), 1998.
- 정부연, “2006년 인터넷 화두 웹2.0(Web2.0)”, 정보통신정책(정보통신정책연구원), 2006.2.16.

Branwen Buckley, Suetube: Web 2.0 and Copyright Infringement, 31 Colum. J. L. & Arts 235.

David J. Bailey, What Liability Awaits Web 2.0?, 29-Sep L.A.Law. 10.

Lisa Veasman, "PIGGY BACKING" ON THE WEB 2.0 INTERNET: COPYRIGHT LIABILITY AND WEB 2.0 MASHUPS, 30 Hastings Comm. & Ent. L.J. 326.

André Lucas, Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted through Digital Networks, [〈http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/gcpic/gcpic_1.pdf〉](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/gcpic/gcpic_1.pdf).

Jane Ginsburg, Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted through Digital Networks, [〈http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/gcpic/gcpic_2.pdf〉](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/gcpic/gcpic_2.pdf).

Participative Web and User-Created Content: Web 2.0, Wikis and Social Networking, OECD, 2007, [〈http://www.sourceoecd.org/scienceIT/9789264037465〉](http://www.sourceoecd.org/scienceIT/9789264037465).

Tim O'Reilly, What Is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation for Software, [〈http://www.oreillynnet.com/pub/a/oreilly/tim/news/2005/09/30/what-is-web-20.html〉](http://www.oreillynnet.com/pub/a/oreilly/tim/news/2005/09/30/what-is-web-20.html).

----- ABSTRACT -----

**Copyright Litigation and Choice of Law
in the Age of Web 2.0****Kyoungjin Choi**

The infringement of copyright have been widely expanded by new digital phenomenon called as Web 2.0 and now is calling forth a problem in the international litigation. In the perspective of 'choice of law', it means copyright in multiple countries can be infringed by a large number of users scattered in different territories. Consequently, it is time to reconsider the principle of territorial privilege for jurisdiction, at least in the copyright law area. This paper first deals with general theory of choice of law and looks into concrete questions, such as validity of user agreement, tort liability of infringers in multiple countries, effectiveness of excessive damages clause in other country, tort liability of online service provider as joint-tortfeasor, etc. Many problems like deciding the place where infringement takes place or question of *lex domicilii* v. principle of *lex protectionis* still remain despite the above discussion and need further research.

Key Words : Copyright, Copyright Litigation, Applicable Law, Choice of Law, Web 2.0, Mashup, UCC