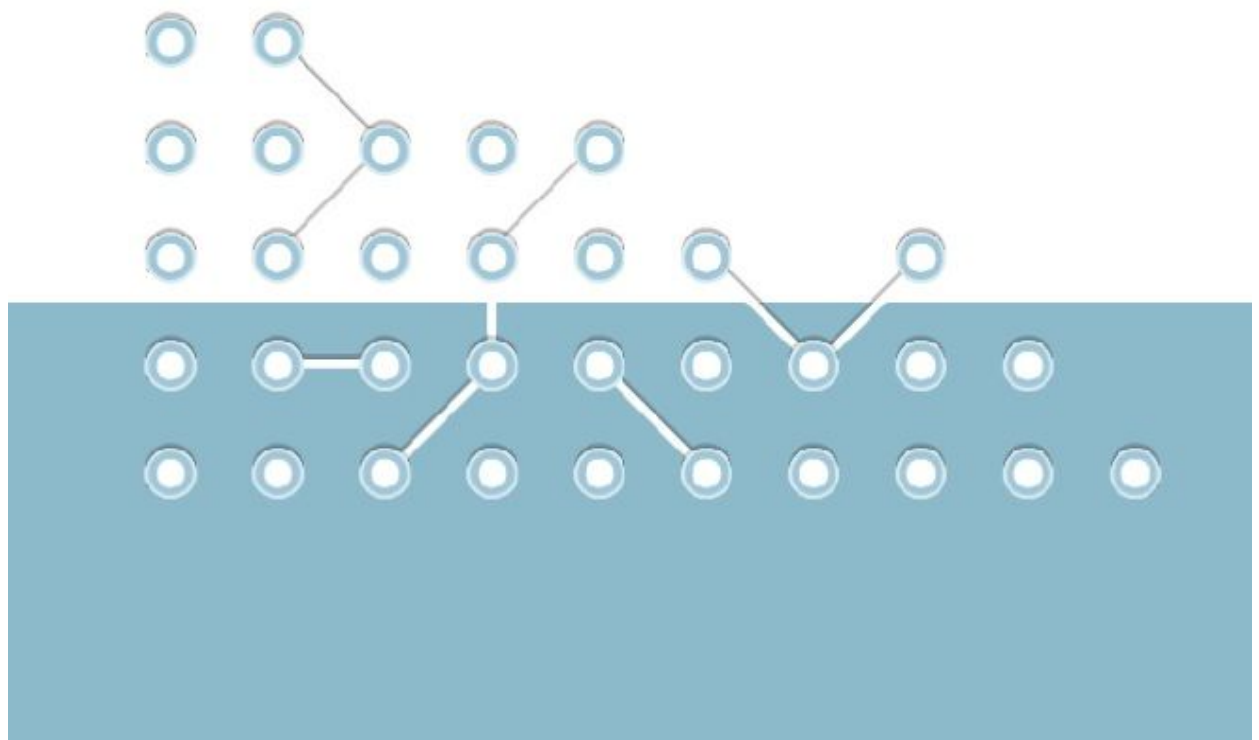


콘텐츠 정책연구보고서

2016.2



[콘텐츠정책연구보고서 목차]

1. 디지털콘텐츠 이용자보호지침에 대한 검토.....1
(최재원, 주식회사 북팔 법무이사)

2. 게임소프트웨어산업의 규제개선을 위한 입법논의.....11
(김윤명, 소프트웨어정책연구소 선임연구원)

3. 일본에서의 음악 전송 사용료 규정.....33
(김경숙, 상명대학교 콘텐츠저작권학과 교수)

4. 디지털콘텐츠 관련 표준계약서에 대한 검토.....41
(김창화, 한밭대학교 법과대학 교수)

5. 링크와 저작권.....65
(남희섭, 지식연구소 공방 변리사)

디지털콘텐츠 이용자보호지침에 대한 검토

최재원¹⁾

I. 들어가는 글

콘텐츠이용자보호지침²⁾은 콘텐츠산업 진흥법, 같은 법 시행령, 같은 법 시행규칙에 근거하여 제정된 행정규칙이다. 콘텐츠산업의 소비자들인 이용자와 서비스 제공자인 콘텐츠사업자가 자율적으로 준수할 내용을 정하여, 콘텐츠의 건전한 거래 및 유통질서를 확립하고, 이용자를 보호하려는 목적으로 제정된 법적 구속력이 없는 고시에 불과하다. 참고로 콘텐츠이용자 보호지침에 관련한 법령 및 유사법령의 예는 아래 표. 1과 같다.

▶ 상하위법

- ▶ **법률** 콘텐츠산업 진흥법 [시행 2014.11.19] [법률 제12844호, 2014.11.19, 타법개정]
- ▶ **시행령** 콘텐츠산업 진흥법 시행령 [시행 2015.1.1] [대통령령 제25840호, 2014.12.9, 타법개정]
- ▶ **시행규칙** 콘텐츠산업 진흥법 시행규칙 [시행 2013.3.23] [문화체육관광부령 제139호, 2013.3.23, 타법개정]
- ▶ **행정규칙**
- ▶ **행정규칙**
 - ▶ **고시** 3D콘텐츠 등 제작관련 분리발주 기준 [시행 2012.1.5] [문화체육관광부고시 제2012-3호, 2012.1.5, 제정]
 - ▶ **훈령** 디지털콘텐츠 이용 표준약관 [시행 2008.7.30] [문화체육관광부훈령 제2008-0호, 2008.7.30, 제정]
 - ▶ **고시** 디지털콘텐츠(영상) 공급표준계약서 [시행 2009.12.1] [문화체육관광부고시 제2009-0호, 2009.12.1, 제정]
 - ▶ **고시** 디지털콘텐츠(음악) 공급표준계약서 [시행 2009.12.1] [문화체육관광부고시 제2009-0호, 2009.12.1, 제정]
 - ▶ **고시** 디지털콘텐츠(이러닝) 공급표준계약서 [시행 2009.12.1] [문화체육관광부고시 제2009-0호, 2009.12.1, 제정]
 - ▶ **고시** 디지털콘텐츠(포털 일반) 공급표준계약서 [시행 2009.12.1] [문화체육관광부고시 제2009-0호, 2009.12.1, 제정]
 - ▶ **고시** 온라인 디지털콘텐츠 거래인증업무지침 [시행 2009.9.1] [문화체육관광부고시 제2009-50호, 2009.9.1, 일부개정]
 - ▶ **고시** 콘텐츠식별체계 확립보급에 관한 준칙 [시행 2015.1.1] [문화체육관광부고시 제2014-62호, 2015.1.1, 일부개정]
 - ▶ **고시** 콘텐츠이용자 보호지침 [시행 2015.3.26] [문화체육관광부고시 제2015-10호, 2015.3.26, 폐지제정]

▶ 관계법령 및 유사법령

- ▶ **법률** 게임산업진흥에 관한 법률 [시행 2014.11.19] [법률 제12844호, 2014.11.19, 타법개정]
- ▶ **법률** 문화산업진흥 기본법 [시행 2014.11.29] [법률 제12687호, 2014.5.28, 타법개정]
- ▶ **법률** 소프트웨어산업 진흥법 [시행 2014.11.29] [법률 제12687호, 2014.5.28, 타법개정]
- ▶ **법률** 음악산업진흥에 관한 법률 [시행 2014.8.7] [법률 제11998호, 2013.8.6, 타법개정]
- ▶ **법률** 정보통신산업 진흥법 [시행 2014.10.15] [법률 제12763호, 2014.10.15, 일부개정]

(표 1. 콘텐츠이용자 보호지침 관련 법령 및 관련지침, <http://law.go.kr>)

종래 콘텐츠사업자에 대한 정보제공 목적으로 표준 계약서 등이 제공되었으나, 현재와 같이 행정규칙인 고시로 지침을 제시하고, 행정지도로 콘텐츠사업자가 약관에 지침 내용을 포함하도록

1) 변호사 최재원 법률사무소, 주식회사 북팔 법무이사.

2) 시행 2015. 3. 26, 문화체육관광부 고시 제2015-10호, 2015 3. 25. 폐지제정.

록 하는 것은 “자율” 준수라는 고시의 목적 그 자체에 위배되는 사항이다.

아래에서는 콘텐츠 이용자보호 지침의 목적 및 적용범위에 대해 간략히 살펴보고, 구체적으로 첫째, 계약 체결 시 규제, 둘째, 청약의 철회, 계약의 해지·해제와 관련한 규제, 셋째, 이용자의 권익보호 관련 규제, 넷째, 분쟁해결과 관련한 규제의 순서로, 각 콘텐츠사업자에게 과잉규제로 적용되는 사항에 대해 사업자의 주의사항, 사업자에게 불리한 조항 중 주요한 사항, 마지막으로 상세한 사항으로 기술적 내용에 대해 서술하는 방식으로 검토한다.

II. 콘텐츠 사업자에 불리하게 규정한 지침 상 과잉규제

1. 콘텐츠이용자 보호지침의 목적 및 적용범위

콘텐츠이용자 보호지침은 콘텐츠산업진흥법에 근거한 행정규칙(고시)으로서 콘텐츠사업자의 자율적 준수사항을 담고 있다(지침 제1조). 참고로 보호지침에서는 콘텐츠에 대한 정의규정에서 “콘텐츠는 부호·문자·도형·색채·음성·음향·이미지 및 영상 등(이들의 복합체를 포함한다)의 자료 또는 정보(지침 제2조 제1호)”라고 정의하고 있다. 지침의 적용범위는 전자상거래 또는 통신판매를 통하여 이루어지는 사업자와 이용자 간의 콘텐츠거래³⁾(지침 제4조)를 포괄한다.

2. 계약의 체결 시 콘텐츠사업자가 주의해야 할 사항

예문조항판례(91다21954 판결)에 의하면 법원은 “부동문자로 인쇄되어 있어서, 당사자 사이의 협상의 결과가 아니라면, 당사자 일방에 예상치 못한 불리한 내용이 있는 경우 예문조항으로 보아 계약조항을 무효”라고 판시한다. 또한 지침 5조 제3항은 “사업자는 약관에 정하여져 있는 중요한 내용⁴⁾을 이용자가 이해할 수 있도록 설명하여야 한다.”고 규정하고 있다. 따라서 약관의 작성이 모호한 조항의 경우 사업자에게 불리하게 해석될 여지가 있으므로 이용자의 이해를 돕기 위해 예시 등을 포함하여 쉽게 설명하는 것도 계약조항 해석의 모호함을 없앨 수 있는 방법이라 하겠다.

참고로 약관규제에 관한 법률에서는 중과실, 고의의 경우를 면책하는 것만을 무효로 하고 있으나, 행정지도에 의해 경과실의 경우에도 면책규정을 두지 못하도록 유도하고 있다.

3. 계약체결과 관련한 기타사항

1) 사업자에 불리한 주요사항

(1) 청약의 확인의무 규정(지침8조)

3) 콘텐츠이용자 보호지침 제4조 단서는 “그 이외의 거래방식에 의한 콘텐츠 거래에 대하여는 그 성질에 반하지 않는 범위 내에서 이 지침을 적용하고, 다른 법률에 근거한 개별 콘텐츠 이용자보호지침이 있는 경우 외에는 이 지침을 적용한다.”고 규정하여 그 적용범위를 넓히고 있다.

4) 콘텐츠이용자 보호지침 제5조 예시 3은 “중요한 내용이라 함은 사회통념에 비추어 이용자가 계약체결의 여부나 대가를 결정하는 데에 직접적인 영향을 미칠 수 있는 것”이라고 하며 예시로서 “1. 사업자의 면책사항, 2. 이용자가 계약내용을 위반할경우의 책임가중, 3. 급부의 변경, 4. 청약의 철회, 계약의 해제·해지 및 그 효과 등”을 규정하고 있다.

사업자에게 청약을 받은 경우 수신확인 및 판매가능 여부를 신속히 통지하도록 의무를 규정하고(1항), 계약 체결 전에 이용자가 청약의 내용을 확인, 정정 또는 취소할 수 있는 절차를 갖추도록 하고 있다. 그러나 민법상 착오이론에 따라 중요내용의 착오가 아닌 이상 청약의 내용을 정정, 취소할 기회를 부여하지 않고 있음에 비추어 사업자에 불리한 조항으로 판단된다.

(2) 대금의 지급 등의 경우 입증책임의 전환규정(지침 10조 4항)

지침은사업자에게 대금의 지급 및 과오금의 환급청구 거절 시 입증책임을 사업자에게 전환하도록 규정하고 있다(지침10조 4항). 그러나 민법 등의 일반원칙상 채권의 존재여부는 채권자인 과오금 지급자 즉 이용자에게 있음에 비추어 사업자에 불리한 조항으로 판단된다.

(3) 콘텐츠의 공급시한의 제한 및 콘텐츠 공급 곤란 시 환급기한 제한 조항(지침 11조):

콘텐츠의공급시기에 관하여 청약 후 7일 이내 혹은 대금의 전부 또는 일부를 지급한 날부터 3영업일 이내로 제한하고 있고, 콘텐츠 공급이 곤란한 경우 대금의 전부 또는 일부를 지급한 날부터 3영업일 이내에 환급하도록 규정하고 있다. 그러나 콘텐츠대금의 경우 결제방법에 따라서 실제 콘텐츠사업자가 대금을 수금하는 기간은 십여 일에서 두 달여까지인 반면, 환급은 결제방법에 상관없이 3일 이내에 하여야 한다는 규정은 환급에 따른 비용을 사업자에게 비용으로 부담 지운다는 점에서 다소 불합리하다.

2) 기술적 조항

약관변경(지침6조)시 7일 이전에 공지하고, 이용자에게 불리하거나 중대한 사항⁵⁾의 변경은 최소 30일 이전에 공지하며, 기존 이용자에게 이메일 등으로 고지해야 한다.

계약체결 전 제공해야할 정보(지침 7조)를 계약서에 포함하여 콘텐츠 공급 시 까지 교부하여야 한다(지침 9조). 이용자가 실수 또는 착오 없이 거래할 수 있도록 계약체결 전에 구체적 사항을 고지하도록 규정한다.

o 참조: 사업자 및 콘텐츠에 관한 정보

1. 콘텐츠의 제작자 및 판매자 (수입콘텐츠의 경우 수입업자 및 게임물의 경우 배급자를 포함한다) 에 관한 사항 (성명, 전화번호, 주소, 이메일주소 등)
2. 콘텐츠의 명칭·종류 및 내용 (이러닝의 경우 시범학습을 포함한다)
3. 콘텐츠이용제한에 관한 내용으로 다음 각목에서 정한 사항
가. 청소년유해매체(「청소년보호법」 제2조 제3호) : 19세 미만의 자는 이용할 수 없다는 취지의 내용
나. 게임물 : 「게임산업진흥에 관한 법률」 제21조 제2항 및 제3항에 따른 게임물의 등급

5) 콘텐츠 이용자 보호지침 제6조 예시5는 “중대한 사항이라 함은 사회통념에 비추어 이용자에게 불리하거나 제5조 제3항의 중요한 내용을 포함하는 내용”이라고 하며 예시로서 “1. 급부의 변경, 2. 청약의 철회, 계약의 해제·해지, 3. 포인트, 아이템 등의 유효기간 변경 등”을 규정하고 있다.

다. 비디오물 : 「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률」 제65조에 따른 비디오물의 내용에 대한 주제(유해성 등)·선정성·폭력성·대사(저속성 등)·공포·약물·모방위험 등의 우려 여부와 그 정도에 관한 정보(모바일 영상물 중 등급표시 및 내용정보 표시가 불가능한 경우에는 등급표시 및 내용정보 표시를 대신하여 초기 화면에 문자로 등급과 내용정보 표시를 할 수 있다.)

라. 음악영상물(음악영상파일 포함) : 「음악산업진흥에 관한 법률」 제25조에 따른 등급

o 참조: 거래조건 등에 관한 정보

1. 콘텐츠의 가격 (가격이 결정되어 있지 아니한 경우에는 그 결정의 구체적인 방법) 과 그 지급 방법 및 시기
2. 콘텐츠의 공급 방법 및 시기
3. 청약의 철회 및 계약의 해제 (이하 "청약철회 등"이라 한다)의 기한·행사방법 및 효과에 관한 사항 (청약철회 등의 권리를 행사함에 필요한 서식을 포함한다)
4. 콘텐츠계약이 계속거래에 해당할 경우 계약의 해지와 그 행사방법 및 효과에 관한 사항 (해지권의 행사에 필요한 서식을 포함한다)
5. 콘텐츠의 교환·반품·보증과 그 대금 환급의 조건 및 절차
6. 전자매체로 공급이 가능한 콘텐츠의 전송·설치 등과 관련하여 요구되는 기술적 사항
7. 이용자피해보상, 콘텐츠에 대한 불만 및 이용자와 사업자간 분쟁처리에 관한 사항
8. 거래에 관한 약관 (그 약관의 내용을 확인할 수 있는 방법을 포함한다)
9. 정보통신망을 통하여 전송되는 콘텐츠의 경우·이용자가 신용카드로 결제하는 경우·대금이 5만원 이하인 경우 또는 분할하여 콘텐츠를 공급하는 경우를 제외하고, 이용자가 콘텐츠를 공급받기 전에 대금을 지급하는 경우 결제대금예치의 이용을 선택할 수 있다는 사항 (이용자가 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」 제2조 제5호에서 규정하는 소비자인 경우에 한한다)
10. 콘텐츠의 가격 외에 이용자가 추가로 부담하여야 할 사항이 있는 경우 그 내용 및 금액
11. 거래일시·거래지역·거래수량·인도지역 등 거래조건과 관련하여 제한이 있는 경우 그 내용
12. 이용자가 미성년자인 경우 법정대리인의 동의를 얻지 못하면 미성년자 본인 또는 법정대리인이 그 계약을 취소할 수 있다는 내용

4. 청약철회 및 계약의 해제·해지

1) 청약철회등과 관련한 사업자의 주의사항

다음 사항의 경우 사업자가 그 사실을 콘텐츠 또는 그 포장 기타 이용자가 쉽게 알 수 있는 곳에 표시하거나 시용상품을 제공하거나 콘텐츠의 한시적 또는 일부 이용이 가능하게 하는 등의 방법으로 청약철회 등의 권리 행사가 방해받지 아니하도록 조치를 취하여야만 이용자의 청약철회 등을 제한할 수 있음에 주의해야 한다.

○ 참조: 지침 12조 2항 2호 내지 4호

2. 이용자의 사용 또는 일부 소비에 의하여 콘텐츠의 가치가 현저히 감소한 경우
3. 시간의 경과에 의하여 재판매가 곤란할 정도로 콘텐츠의 가치가 현저히 감소한 경우
4. 복제가 가능한 콘텐츠의 포장을 훼손한 경우

○ 참조: 지침 12조 2항 예시 청약철회 등을 배제하기 위한 사업자의 조치

1. 청약철회 등이 불가능하다는 사실의 표시

- 계약체결화면을 포함하여 콘텐츠 또는 포장에 “이 콘텐츠는 복제가 가능하기 때문에 포장을 개봉 또는 훼손한 경우에는 청약철회등을 할 수 없습니다.” 라고 표시

2. 시용상품의 경우

- 콘텐츠의 내용을 알 수 있는 시용 프로그램(번들 프로그램 등)을 제공

3. 한시 또는 일부 이용(온라인콘텐츠)의 허용

- 영화콘텐츠: 콘텐츠의 일부(전체 분량의 1/40)에 대하여 미리보기 제공

- 음악콘텐츠: 콘텐츠의 일부(전체 분량의 1/6)에 대하여 미리듣기 제공

- 이러닝콘텐츠: 콘텐츠의 일부(20회 기준 1회)에 대하여 미리보기 제공

- 소프트웨어콘텐츠(한글 프로그램 등): 일정한 사용기간을 설정한 상태에서 콘텐츠를 다운로드 받아서 사용할 수 있도록 제공

- 기타: 홈페이지 스킨, 아바타 등을 임시적으로 사용할 수 있도록 제공

2) 청약철회 등과 관련한 사업자에 불리한 사항

(1) 입증책임 전환의 불합리성

지침은 청약철회 제한 사항과 관련한 입증책임을 사업자에 전환(지침 12조6항)하도록 규정하고 있다. 즉 콘텐츠의 훼손에 대하여 이용자의 책임이 있는지의 여부, 콘텐츠의 구매에 관한 계약이 체결된 사실 및 그 시기, 콘텐츠의 공급사실 및 그 시기 등에 관하여 다툼이 있는 경우 그 입증책임을 사업자가 지도록 규정하고 있다. 그러나 민법 등의 경우 채권자인 이용자가 입증책임을 지도록 되어 있음에 반해 사업자에게 불리한 규정으로 판단된다.

또한 지침은 계약의 해지 또는 대금의 환급에 관하여 이용자의 책임이 있는지의 여부, 계약이 체결된 사실 및 그 시기, 콘텐츠의 공급사실 및 그 시기에 관하여 다툼이 있는 경우의 입증책임을 사업자에게 전환시키고 있다(지침 17조 4항). 그러나 민법 등은 이용자가 입증책임을 지도록 하고 있어서 사업자에게 불리한 조항으로 판단된다.

(2) 콘텐츠대금 등 환급기간 3일제한 및 지연이자 20% 규정의 불합리성

지침은 청약철회 등의 경우 콘텐츠대금 환급기간을 3일로 제한하고 지연이자 연 20%를 지급하도록 규정하고 있다(지침 13조3항). 첫째, 콘텐츠대금의 경우 결제방법에 따라서 실제 콘텐츠 사업자가 대금을 수금하는 기간은 십 여일에서 두 달여까지로 긴 반면, 환급은 결제방법에 상

관없이 3일 이내에 하여야 한다는 규정은 환급에 따른 비용을 사업자에게 비용으로 부담 지운다는 점에서 불합리하다.

둘째, 지연이자의 경우 상법의 법정이자 연6%와 비교하여볼 때 사업자에 불리한 규정으로 판단된다. 참고로 지연이자율 20%는 소송촉진 등에 관한 법률에 따라 법원에 소제기 하는 경우 일정 시점으로부터 적용되는 경우가 일반적이고, 현재 소송촉진 등에 관한 법률이 개정되어 지연이자율이 15%로 된 것을 고려하면 지나치게 과잉한 규제로 판단된다.

또한 지침은 해제 또는 해지 시 대금의 환급기한을 3일내로 제한한 것은 위와 같은 이유로 사업자에게 불리한 것으로 판단된다.

(3) 사업자의 손해배상 청구권 제한

지침은 사업자가 이용자에게 청약철회 등을 이유로 위약금 또는 손해배상을 청구할 수 없도록 규정한다(지침13조 10항). 사업자의 손해배상청구권, 재산권을 법률이 아닌 행정규칙으로 제한하는 것은 위헌의 소지가 있는 것으로 사업자에 불리한 규정으로 판단된다.

3) 청약철회등과 관련된 기타사항

청약철회의기간은 일반적으로 계약서면 교부 후 7일이고(지침 12조 1항), 콘텐츠의 내용이 표시,광고 내용과 다르거나 계약내용과 다르게 이행된 경우에는 콘텐츠 공급일로부터 3월 이내, 그 사실을 알거나 알 수 있었을 때로부터 30일 이내에 구도 또는 서면으로(지침 12조 4항) 청약철회 등을 할 수 있고 (지침 12조3항), 위 서면 발송한 날 청약철회 등의 효력이 발생한다(지침 12조 5항)고 규정한다.

o 참조: 청약철회 등이 제한되는 경우(지침 12조 2항)

1. 콘텐츠의 내용을 확인하기 위하여 포장 등을 훼손한 경우를 제외하고, 이용자에게 책임 있는 사유로 콘텐츠가 멸실 또는 훼손된 경우
2. 이용자의 사용 또는 일부 소비에 의하여 콘텐츠의 가치가 현저히 감소한 경우
3. 시간의 경과에 의하여 재판매가 곤란할 정도로 콘텐츠의 가치가 현저히 감소한 경우
4. 복제가 가능한 콘텐츠의 포장을 훼손한 경우
5. 이용자의 주문에 의하여 콘텐츠가 개별적으로 생산되는 경우 등 청약철회등을 인정하면 사업자에게 회복할 수 없는 중대한 피해가 예상되는 경우로서 사전에 당해 거래에 대하여 별도로 그 사실을 고지하고 이용자의 서면 (전자문서를 포함한다) 에 의한 동의를 얻은 경우

청약 철회 시 이용자의 콘텐츠 반환의무 및 삭제의무(지침 13조1항)를 규정하고, 콘텐츠 반환비용의 경우 이용자 및 사업자의 잘못에 따를 경우 각 비용을 부담하도록 규정하며(같은 조 2항), 콘텐츠대금 환급에 있어서 사업자, 콘텐츠대금 수령자, 계약체결자가 다른 경우의 환급의무의 연대책임을 규정하고 있다(같은 조4항).

이용자 및 사업자의 약정 및 법정 사유에 의한 각 해제 또는 해지를 할 수 있고 (지침 14조 1항 및 15조 1항), 채무불이행의 경우 상당한 기간을 정하여 최고할 수 있으나 계약의 성질

상 채무이행의 거절이 분명하거나 목적을 달성할 수 없는 경우 최고없이 해제할 수 있다고 규정한다(지침 14조 2항 및 15조 2항).

해제의 경우 민법과 동일하게 원상회복의무에 따라 이용자는 콘텐츠 반환 및 사용이익의 반환의무가 있고, 사업자는 대금을 받은 날로부터 그 대금에 이자를 더하여 이용자에게 반환할 의무가 있으며, 이와 무관하게 손해배상 청구를 할 수 있다(지침 16조 4항).

다만 지침 16조 4항 단서에서 손해배상 청구 시 피청구자인 상대방이 자신에게 고의 또는 과실이 없음을 입증하도록 규정한 것은 민법의 손해배상청구에 있어서 고의과실 입증책임이 청구자에 있음을 고려할 때 수정이 필요하다고 판단된다.

해지의 경우에도 해지권의 행사와 별도로 상대방에 손해배상을 청구할 수 있다(지침 17조 2항).

다만 지침 17조 2항 단서에서 손해배상 청구 시 피청구자인 상대방이 자신에게 고의 또는 과실이 없음을 입증하도록 규정한 것은 민법의 손해배상청구에 있어서 고의 과실 입증책임이 청구자에 있음을 고려할 때 수정이 필요하다고 판단된다.

해제 또는 해지시 대금의 환급의 경우 이용자가 지급한 대금 중 일부를 위약금 또는 이용금액으로 공제할 경우 복수의 지급수단 중 이용자가 선택한 지급수단에서 공제하며, 이용자의 선택이 없는 경우에 이용자에게 유리한 방법으로 공제한다(지침 18조 4항).

스트리밍방식의 계속적 온라인 콘텐츠 이용계약의 해지 시 환급의 경우 전체 이용대금에서 기 이용일수 또는 이용회차에 해당하는 금액과 책임 있는 상대방에 대하여 잔여 대금의 10% 이내의 손해배상금을 정산한 금액으로 하고(지침19조 1항), 약정기간에 따른 환급금액 할인율이 다른 경우, 이용자가 장기 콘텐츠를 이용계약을 체결한 후 단기 할인율이 적용되는 이용기간이 경과한 후 해지한 때에는 단기 할인율을 적용한다(지침 19조 2항).

5. 이용자의 권익보호 관련규정

1) 이용자 권익보호 규정과 관련하여 사업자에 불리한 사항

계약의 자동갱신에 있어 사전 동의 여부 등에 관하여 다툼이 있는 경우의 입증책임을 사업자에 전환하고 있다(지침24조 4항). 민법은 원칙적으로 손해배상청구 등에 있어 사업자의 고의 또는 과실의 입증, 불법행위 사실의 입증, 손해의 입증, 손해범위의 입증 등은 이용자에게 부과하고 있는 반면 본 지침은 이를 사업자에게 전환하도록 규정하고 있어, 사업자에게 불리한 규정으로 판단된다.

2) 이용자 권익보호에 관련한 일반 규정

이용자의서비스 이용 계속성을 제공하기 위해 서버다운, 기술적 오류 등에 대한 설비를 구축하고, 이용자의 불만 또는 피해구제 요청을 처리할 수 있는 체계를 갖춰야 하며, 동일 또는 유사한 이용자 피해가 발생한 사실을 인식할 경우 홈페이지에 피해예방을 위한 이용자의 조치사항을 공지하여야 한다(지침20조).

o 참조: 이용자피해 예방조치(지침 20조 예시 24)

제3자의 불법적인 해킹 등에 의하여 이용자의 개인정보가 유출된 사실을 인식한 경우 사업자는 홈페이지 초기화면 또는 이용자의 이메일로 이의 사실을 공지 또는 통지하고, 추가적인 피해를 방지하기 위하여 비밀번호 등을 변경할 것을 이용자에게 알림.

사업자는 이용자의 청약철회 등의 편의를 위해 전화, 문자메시지, 이메일, 팩스, 사이트 등 어느 하나 이상의 수단을 제공해야 하고, 청약철회 등 의사표시를 수신한 후 지체 없이 이용자에게 회신해야 한다(지침21조).

스트리밍방식의 계속적 온라인콘텐츠에 대한 피해구제 등에 관하여 지침 22조는 사업자에게 서비스의 중지·장애에 대한 피해구제방법을 규정하고 있다.

○ 참조: 사업자가 사전고지 하지 않은 경우의 이용자의 피해구제(지침22조 1항 1호내지 3호)

1. 1개월 동안의 서비스 중지·장애발생 누적시간이 72시간을 초과한 경우: 이용자는 계약을 해제 또는 해지할 수 있으며, 이 경우 사업자는 미 이용기간을 포함한 잔여기간에 대한 이용료 환급 및 손해배상을 하여야 한다. (단, 사업자가 고의 또는 과실 없음을 입증한 경우 손해배상책임을 지지 않는다.)
2. 사업자의 책임 있는 사유로 인한 서비스 중지 또는 장애의 경우: 사업자는 서비스 중지·장애시간의 3배를 무료로 연장한다.
3. 불가항력 또는 제3자의 불법행위 등으로 인해 서비스의 중지 또는 장애가 발생한 경우: 이용자는 계약을 해제 또는 해지할 수는 없지만, 사업자는 서비스의 중지 또는 장애시간만큼 무료로 이용기간을 연장한다.

○ 참조: 사업자가 서비스 중지, 장애 시점을 기준으로 24시간 이전에 사전고지 한 경우의 이용자의 피해구제(지침 22조 2항 1호 내지 2호)

1. 1개월을 기준으로 서비스 중지·장애시간이 10시간을 초과하는 경우: 사업자는 10시간과 이를 초과한 시간의 2배의 시간만큼 이용기간을 무료로 연장한다.
2. 1개월을 기준으로 서비스 중지·장애시간이 10시간을 초과하지 않은 경우: 사업자는 중지·장애 시간에 해당하는 시간을 무료로 연장한다.

다운로드 방식의 온라인콘텐츠에 대한 피해구제 등에 관하여 지침 23조는 피해구제방법을 규정하고 있다.

○ 참조: 콘텐츠의 정상적인 이용이 곤란한 중대한 하자 가 있는 경우 이용자의 피해구제(지침 23조 1항 1호 내지 2호).

1. 사업자는 완전한 온라인콘텐츠를 다시 공급한다.
2. 24시간 내에 완전한 온라인 콘텐츠를 다시 공급하지 못하는 경우, 이용자가 지급한 대금과 손해배상액을 지급한다.

○ 참조: 콘텐츠의 사소한 하자가 있는 경우 이용자의 피해구제(지침23조 2항 1호 내지 2호).

1. 사업자는 완전한 온라인콘텐츠를 다시 공급한다.
2. 24시간 내에 완전한 온라인 콘텐츠를 다시 공급하지 못하는 경우, 이용자가 지급한 대금 중 하자에 해당하는 부분에 대한 금액과 손해배상액을 지급한다.

계약의 자동갱신의 경우 무료이용기간 경과 후 유료 전환 시 및 유료이용기간 갱신 시 사전에 이용자의 동의를 받아야 하고, 동의 받지 못한 경우 무료이용기간의 경과 또는 계약기간의 만료로 소멸한다(지침24조 1항 내지 3항).

대금의 자동결제 시 이용자에게 결제금액, 결제시기, 결제방법에 대한 사전고지를 전자우편 또는 문자메시지 등으로 해야 한다(지침 25조).

사업자가 콘텐츠 이용실적에 따라 적립되거나 대가를 지급하고 구입한 포인트 서비스를 운영하는 경우에는 포인트 서비스의 세부내용을 이용자에게 고지하고, 동의를 받아야 하며(지침 26조1항), 이용자는 포인트 적립에 오류가 있는 경우 등에는 사업자에게 이의신청할 수 있고, 사업자는 포인트의 복구 등의 조치를 취해야 한다(지침26조 2항).

사업자가 포인트 서비스를 종료하는 경우 최소 30일 전까지 이용자에게 사전 고지해야 하고, 기간 내에 이용하지 못한 포인트에 대해서는 이용자에게 보상해야 한다(지침 26조 3항).

6. 분쟁해결 관련 규정

콘텐츠 분쟁조정위원회에 의한 분쟁조정신청 가능하다(지침 제27조). 조정제도의 경우 3개월의 짧은 시한 내에 결정을 얻을 수 있는 장점이 있으나, 당사자 일방의 이의가 있는 경우 결국 법원에 제소해야 한다는 점에 주의해야 한다.

콘텐츠계약에 관한 소의 관할은 이용자 주소 내지 거소 관할 지방법원을 전속관할로 규정한다고 하고 있으나(지침 제28조), 이는 민사소송법 제29조에 의한 전속적(배타적) 관할 함의를 의미할 뿐이어서, 이용자는 민사소송법일반 관할원칙에 따라서 관할권이 인정되는 모든 법원에서 소를 제기할 수 있음에 주의해야 한다.

III. 맺는 말

표준계약서 및 이용자보호 지침의 경우 법령에서는 기본적인 원칙만 선언하고, 구체적인 사항에 대해서는 관련 업계에서 자율적으로 정하도록 하는 것이 글로벌 규제의 대원칙인 협치 즉 협력적 거버넌스에 부합한다 하겠다. 정부가 모든 사항을 법령으로 규제하는 것은 가능하지도 않고, 바람직하지도 않으므로, 법적 구속력이 없는 행정규칙인 고시의 형태로 마치 사인간의 표준계약서에나 포함될 사항을 법률조항의 체계로 제시하고 있는 것은 지양되어야 한다. 더구나 각종 행정지도, 여론의 압력을 통해 관련 사업자에게 지침의 내용을 따르도록 강제하는 것은 바람직하지 않다. 과거처럼 관련 사업자에 대한 정보제공 목적으로 표준 계약서등을 제공하거나 법령에서는 기본적인 원칙만 규정하는 것이 바람직하다 하겠다.

민사소송법상 원고의 입증책임 부담 원칙, 민사소송법상 다양한 관할규정, 실제 거래 관행에 있어 결제방식에 따른 실제 대금수령시간의 다양성 등을 고려할 때, 사업자보다 이용자가 더 많은 정보를 가진 경우, 결제에 따른 수수료가 발생하는 경우 비용부담의 공정성, 상법 상사 이율 6%에 비해 지나치게 과도한 연 20%의 지연이자율 등은 우선적으로 개선되어야 할 사항으로 판단된다. 이용자 보호를 위해서 민법, 상법, 민사소송법등 일반법을 개정하는 체계적 대응이 아니라면, 행정지도를 통한 사업자에게 과도한 규제로 작용하는 지침을 고시로 규정하는 것은 향후 개선되어야 할 것이다.

게임소프트웨어산업의 규제개선을 위한 입법 논의

소프트웨어정책연구소 선임연구원, 김윤명

I. 서론

본고의 목적은 ‘게임소프트웨어(game software) 산업의 규제개선을 위한 방안’ 연구이다. 보통 게임으로 칭해지는 게임소프트웨어는 우리나라가 경쟁우위에 있는 몇 되지 않는 산업 분야이다. 그렇지만 최근 몇 년 동안 게임소프트웨어에 대한 규제정책은 게임산업에 치명적인 영향을 미치고 있는 것이 사실이다. 이러한 이유 때문에 게임소프트웨어에 대한 규제개선의 필요성을 살펴보고 개선방안을 제안하고자 한다.

그동안 게임소프트웨어산업이 성장해올 수 있었던 것은 舊정통부와 문체부의 부처간 관할논의가 접점을 이루지 못하여 자생력이 상대적으로 높았다는 점도 한 요인이다. 실제 1995년 <한국첨단게임산업협회>가 정통부 산하에 설립된 바 있으며, 문체부 산하에 <게임산업협회>가 2000년대에 설립된 바 있다. 이는 게임소프트웨어에 대한 규제보다는 산업 진흥을 목적으로 하는 정책이 주를 이루었기 때문에 성장할 수 있는 토대가 마련되었다. 아케이드게임물의 산업적 성장의 정점은 2000년대 초 <게임산업개발원>을 통해 상품권을 게임에 이용할 수 있도록 제도화한 것으로 볼 수 있다. 그렇지만, 아케이드 형태의 게임물은 또 다른 사회문제를 내재하고 있었다. 상품권이 환전(換錢)될 수 있는 수단이 마련됨으로써 아케이드게임물이 의도하지 않게 사행성게임물¹⁾로 변질된 것이다. 이처럼 2000년대 중반에 이루어진 사행성게임물의 사회문제는 게임규제를 강화하는 직접적인 원인이 되었다. <바다이야기> 사태로 말미암아, 아케이드 게임산업은 퇴보할 수밖에 없었다.²⁾ 반면, 반사적으로 온라인게임이 한 단계 도약하는 계기가 되기도 하였다.

게임소프트웨어산업의 성장은 인터넷의 발전과 PC방의 확산과 궤 같이 하는데, 그 나타나는 모습은 그렇게 긍정적인 모습으로 비춰지지는 않는다. 즉, ‘폐인’, ‘중독’, ‘사행화’ 등으로 그려지는 게임이용자의 모습은 정부당국의 규제를 이끌어내기에 충분하였다. 이러한 규제 프레임은 시민단체, 학부모, 산업계, 이용자 등 다양한 이해관계의 충돌에 따른 것으로 볼 수 있다.

그동안 게임산업의 진흥을 위한 부처가 정통부와 같은 IT부처가 아닌 문체부가 주도권을 쥐게 되었다는 점에서 게임산업에 대한 주무부처로서 역할을 제대로 수행하지 못했다고 평가된다. <바다이야기> 사태는 문체부로서는 일종의 트라우마와 같은 것이기 때문에 타 부처의 규제개입에 대해 적극적으로 방어하지 못하였다는 주장도 가능하다. 이러한 이해관계에서 여성가족부는 중독 이슈를 제기하였고, 청소년 보호법의 개정으로 게임중독을 법제화했다.³⁾ 중

1) 사행성게임물이란 “베팅이나 배당을 내용으로 하는 게임물, 우연적인 방법으로 결과가 결정되는 게임물, 「한국마사회법」에서 규율하는 경마와 이를 모사한 게임물, 「경륜·경정법」에서 규율하는 경륜·경정과 이를 모사한 게임물, 「관광진흥법」에서 규율하는 카지노와 이를 모사한 게임물, 그 밖에 대통령령이 정하는 게임물로서, 그 결과에 따라 재산상 이익 또는 손실을 주는 것”을 말한다. 대법원 2010.02.25. 선고 2009도12117 판결.

2) 바다이야기 사건의 가장 큰 요인은 성인의 여가문화 부재였다고 할 수 있다. 김윤명, 게임서비스와 법, 경인문화사, 2014, 589면.

3) 청소년 보호법 제27조(인터넷게임 중독 등의 피해 청소년 지원) ① 여성가족부장관은 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 인터넷게임 중독(인터넷게임의 지나친 이용으로 인하여 인터넷게임 이용자가 일상생활에서 쉽게 회복할 수 없는 신체적·정신적·사회적 기능 손상을 입은 것을 말한다) 등 매체물의 오용·남용으로 신체적·정신적·사회적 피해를 입은 청소년에 대하여 예방·상담 및 치료와 재활 등의 서비스를 지원할 수 있다.

② 제1항에 따른 지원에 관하여 구체적인 사항은 대통령령으로 정한다.

독에 대한 병리학적 개념이 게임에 적용되기 어렵다는 다양한 견해와 전문가의 주장에도 불구하고, 여성가족부는 게임중독에 대한 주도권을 쥐게 된 것이다. 보건복지부 또한 2015년 매체 광고를 통해 중독 이슈를 제기하기도 했다.

적어도, 이러한 상황에서 문체부는 그동안 지속적으로 주장해왔던 게임 과몰입이라는 테제를 중심으로 정책 설득을 하는 것이 타당했다고 본다. 그렇지만 여성가족부의 주장에 대응한다는 취지로 게임중독을 인정한 것은 주부부처로서 역할을 방기한 것으로 게임사업자에게는 커다란 위협요소가 된 것이다. 적어도 여성가족부의 중독 정책에 대한 권한쟁의심판⁴⁾을 헌법재판소에 제기했어야 마땅하다.

게임소프트웨어에 대한 셋다운과 같이 “그 수단의 적정성이 확보되지 못한 행위는 목적의 정당성을 훼손하게 된다. 정책당국도 정책을 수립하거나 집행함에 있어 수혜(受惠)가 아닌 균형(均衡)을 통해 가치를 높이는 것에 있음을 이해할 필요가 있다.”⁵⁾ 또한 새로운 게임소프트웨어가 만들어질 수 있도록 생태계(ecosystem)의 지속가능성을 염두에 두어야 한다.

현재 게임소프트웨어가 갖고 있는 국제경쟁력은 그렇게 높지 않다. 기술격차는 이미 중국이 앞서고 있다고 해도 과언이 아니다. 앞으로 게임중독이나 규제 대상은 국내 개발자의 게임이 아닌 중국의 게임물로 대체될 것은 자명하다. 이러한 흐름은 무시하기 어렵다. 아래는 중국 게임이 앞으로 어떻게 우리에게 영향을 미칠지 일갈(一喝)⁶⁾하는 내용이다.

“그토록 게임 중독에서 보호하고자 하였던 우리의 후손들이 이제는 게임을 하지 않을 것인가? 천만의 말씀이다. 앞으로 우리의 후손들은 한국 사람이 만든 게임은 하지 못할 것이다. 대신 중국에서 만든, 중국 게임에 중독이 될 것이다.”⁷⁾

이러한 현실에 대응하기 위한 게임소프트웨어에 행하여진 규제개혁은 필요한 사안으로 게임소프트웨어산업의 존립에 직결된다.

II. 현재 논란이 되고 있는 쟁점

현 상황에서 게임소프트웨어를 둘러싼 논란이 개선될 소지는 없어 보인다. 주무 부처가 적극적으로 해결할 의지를 보여야하지만, 부처 간 논쟁에 대한 트라우마로 인한 것인지 정책결정을 하지 않는 것으로 비춰진다. 다만, 2014.12월 문체부는 피가소프로젝트라는 <게임산업진흥 중장기 계획(2015-2019)>을 발표한 바 있다.

현재 논란이 지속적으로 이루어고 지고 있는 내용은 해외게임물, 인디게임 등에 대한 등급분류의 문제이다. 또한 청소년 보호법상 강제적 셋다운제에 대한 위임사항의 불명확성, 그리고 게임관련 어느 법제에서도 찾을 수 없는 사실상의 규제인 결제한도 문제이다. 결제한도 문제는 법적 규제가 아닌 사실상의 규제이기 때문에 규제개혁위원회나

4) 권한쟁의심판이란 “국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 상호간, 지방자치단체 상호간에 권한의 존부나 범위에 관한 다툼이 생긴 경우에 헌법재판소가 헌법해석을 통하여 유권적으로 그 분쟁을 해결함으로써 국가기능의 원활한 수행을 도모하고 국가권력간의 균형을 유지하여 헌법질서를 수호·유지하고자 하는 심판”을 말한다. [네이버 지식백과] 권한쟁의심판 (두산백과), 2015.12.1.일자 검색.

5) 김운명, 소프트웨어 유료서비스 규제정책의 구조와 한계, 경희법학 제50권 제4호, 2015, 405면.

6) 사전적으로 “큰소리로 꾸짖는다”는 의미이다.

7) 백일승, 소프트웨어전쟁, 더하기북스, 2015, 113면.

공정거래위원회가 나서서 해결할 수 없는 분야로서, 문체부가 적극적으로 해결해야할 사안이다. 이와 더불어 부정경쟁방지법에 의한 지식재산권법에 의한 게임물 보호체계의 문제를 들 수 있다. 창작성 있는 표현이나 사상을 보호하는 지식재산권법 체계가 일반조항을 통해서 투자나 부정경쟁 행위유형까지 보호하는 것은 문제가 아닐 수 없다.

제19대 국회가 만료되는 시점이기는 하지만 다수의 게임산업법 개정안이 발의되기도 하였다. 당장 개정이 이루어질 가능성은 크지 않지만, 인식개선을 유도하거나 다음 국회에서 긍정적으로 작용할 수 있는 근거를 마련할 수 있다는 점에서 의의가 있다. 개정안의 내용으로는 대표적으로 강제적 섯다운제를 폐기하는 청소년 보호법 개정안, 인디게임 등에 대해서는 등급분류를 면제하는 게임산업법 개정안, 자체등급분류에 대한 규정을 강화한 게임산업법 개정안 등을 들 수 있다. 이러한 규정안은 규제개선의 적극적인 의지로 해석할 수 있으나 정치적인 맥락을 완전히 배제하기는 어렵다. 왜냐하면, 실제 부처 간의 합의가 없는 정책결정이 쉽지 않다는 점을 이미 강제적 섯다운제의 도입과정에서 확인할 수 있었기 때문이다.

또한 2007년 제정된 게임산업법의 전반적인 실효성에 대한 의문이다. 게임산업의 진흥을 목적으로 제정되었지만, 바다이야기 사태에 따라 사행성게임물에 대한 규제를 위해 시행되기도 전에 개정된 바 있기 때문이다. 제정법 이전에는 음반, 비디오 및 게임물 등 성격이 다른 3가지를 하나의 법률로써 다루고 있었다. 게임관련 규정만을 게임산업법으로 분리하고자 하였으나 명확하게 분리되지 못한 면이 있다. 따라서 이러한 법률상 혼재해 있는 규정을 게임소프트웨어와 관련된 내용으로 명확하게 개정해야 한다.

Ⅲ. 게임산업법 및 관련법 개정안의 취지 및 주요 내용

제19대 국회에서 게임산업법 및 청소년 보호법 개정안은 상당수가 발의되었으며, 이중 일부는 입법화가 되기도 하였다. 본고에서 살피고자 하는 개정안은 제19대 국회의 회기가 만료되는 시점이기 때문에 입법화 가능성은 그리 높지 않다. 다만, 입법취지 내지 내용이 상당 부분 향후에 입법 가능성 내지 입법 과정에서 참고될 수 있는 내용이기 때문에 정책참고를 위해 비중 있게 다루고자 한다.

1. 박주선 의원 게임산업법 개정안⁸⁾

가. 입법 취지

박주선 의원이 발의한 게임산업법 개정안의 입법취지는 다음과 같이 정리된다.

“현행법은 폭력성·선정성(煽情性) 등으로부터의 청소년 보호 목적 및 사행(射幸)적인 게임물의 유통을 통제하고자 국내 유통되는 게임물에 대해 구동되는 게임기기(플랫폼)에 근거하여 각각 사전 등급분류를 받도록 하고 있음. 그러나 게임 환경의 변화로 IPTV, 가상현실기기 등 기존의 분류 유형에 속하지 않는 새로운 플랫폼이 등장하였으며, 모바일-PC온라인 등 여러 플랫폼에서 연동 가능한 게임물이 등장하여 기존의 법률 체계 적용이 어려운 문제점이 지적됨. 한편, 게임물에 대한 등급분류를 공공기관에서 담당하는 것은 표현의 자유에 대한 제한이 될 수 있다는 논란의 대안

8) 발의번호 1917629, 2015.11.6.일자 발의.

으로 2011년 7월 및 2013년 5월 「게임산업진흥에 관한 법률」의 개정으로 모바일 게임물에 대한 자율심의 근거와 온라인 게임물에 대한 등급분류 업무의 민간위탁 근거를 마련하여 시행 중임. 이에 개정안은 변화하는 환경에 맞추어 기존의 플랫폼 중심의 등급분류 체계를 통합하여 내용물 중심의 등급분류 체계로 변경하는 한편 그 방식은 민간 사업자들의 자율심을 확대하여 민간 자율성을 확보할 수 있도록 하며, 게임물관리위원회는 올바른 등급분류가 이루어질 수 있도록 민간 자율 심의 사업자에 대한 교육 및 사후관리 기능을 강화하여 건전한 게임 환경을 확보하고자 하는 것임. 다만, 청소년 보호를 위해 청소년이용불가 게임물 및 사행성의 우려가 큰 아케이드 게임물은 민간 자율심의 대상에서 제외함. 이와 더불어, 등급분류 받지 않은 해외 게임물의 국내 유통에 대한 문제가 제기되어 온바, 민간 사업자가 자율심을 통해 이를 관리할 수 있도록 함”

입법취지의 요지는 “변화하는 환경에 맞추어 기존의 플랫폼 중심의 등급분류 체계를 통합하여 내용물 중심의 등급분류 체계로 변경하는 한편 그 방식은 민간사업자들의 자율심을 확대하여 민간 자율성의 확보”로 이해된다. 실제 게임사업자의 요구는 자율적으로 게임소프트웨어의 제작하는데 있다. 왜냐하면 게임의 창의성은 규정화된 기준의 제시가 아닌 비정형화된 아이디어에서 나오기 때문이다.

나. 주요 내용

가. 게임물관리위원회 심의·의결사항에 자체등급분류사업자 교육 및 등급정보 수용자 교육에 관한 사항을 추가함(안 제16조제2항제5의2 신설).

나. 국내에 게임물을 제작 또는 배급하기 전에 위원회 또는 자체등급분류사업자로부터 등급분류를 받도록 함(안 제21조제1항).

다. 문화체육관광부장관은 3년의 범위 내에서 일정 요건을 만족하는 사업자에 대해 자체등급분류사업자로 지정할 수 있도록 함(안 제21조의2 신설).

라. 자체등급분류사업자는 위원회와 별도 협약한 기준에 따라 자체적으로 등급분류를 하고, 등급분류한 게임물의 등급분류표시 등의 사항을 준수해야 하며, 중개계약을 맺은 게임물 관련사업자는 자체등급분류사업자의 조치에 협력하도록 함(안 제21조의3제1항 및 제2항 신설).

마. 위원회는 중개계약이 종료되거나 자체등급분류사업자가 아닌 다른 유통구조를 통한 게임물에 대해 등급표시 및 서비스 적합성 여부를 확인하도록 하며, 중개계약 종료 후 자체등급분류사업자가 아닌 자를 통하여 게임물을 유통하는 경우 내용의 수정이 발생하면 위원회에 이를 신고하도록 함(안 제21조의3제3항 및 제4항 신설).

바. 자체등급분류사업자로부터 등급분류 받은 게임물 중 자체등급분류사업자가 아닌 자가 유통하는 경우에 한해 위원회로부터 등급분류를 받은 것으로 보며, 결과가 상이할 경우 청소년 기준연령과의 차이가 적은 연령으로 유통하도록 함(안 제21조의4제1항 신설).

사. 자체등급분류사업자가 제작한 게임물은 그 사업자가 유통하는 경우나 다른 자체등급분류사업자가 새로이 등급분류하여 유통하는 경우에 한해 등급분류 받은 것으로 봄(안 제21조의4제2항 신설).

아. 자체등급분류사업자로부터 등급분류 받은 게임물은 플랫폼의 변경이 이루어진 경우에도 내용변경이 등급의 변경을 요하지 않을 경우에 한해 등급 통용 가능함. 단, 게임제공업소 제공 게임물은 제외함(안 제21조의4제3항 신설).

자. 자체등급분류사업자는 국내에 유통시키거나 이용에 제공할 것이 주된 목적이 아닌 게임물의 경우 해당 게임물

을 자체 등급분류하여 이용에 제공할 수 있도록 함(안 제21조의5 신설).

차. 문화체육부장관은 자체등급분류사업자 지정기간 만료 후 3년의 범위 내에서 기존 계획의 이행여부, 향후 계획 등을 평가하여 재지정 가능하도록 함(안 제21조의6 신설).

카. 문화체육부장관은 자체등급분류사업자의 등급분류 지정과정 및 수행과정 등에서 문제가 발생한 경우 지정을 취소하거나 업무정지를 명할 수 있으며, 이에 앞서 시정을 권고할 수 있음(안 제21조의7 신설).

타. 게임물관리위원회는 자체등급분류사업자가 등급분류한 게임물에 문제가 발생한 경우 문화체육관광부장관의 요청 또는 직권으로 등급분류 결정을 하거나 자체등급분류사업자의 등급분류 결정을 취소할 수 있음(안 제21조의8 신설).

파. 자체등급분류사업자의 등급분류 결과가 등급분류기준에 현저히 위배되거나 자체등급분류사업자간 등급분류결과가 상이한 경우 등급 조정을 요구할 수 있으며 자체등급분류사업자는 이에 따른 조치를 하여야 함(안 제21조의9 신설).

3) 개정안 일반

국회상임위 심사보고서에 대해서는 본 개정안에 대해 다음과 같이 검토하고 있다.

“개정안은 현행 모바일 중심의 자체등급 분류 제도를 확대하여 청소년이용불가 게임물과 사행성 우려가 큰 아케이드 게임물은 제외하고 민간사업자들의 자율성을 확대하기 위하여 자체등급분류사업자 제도를 도입하고, 기존의 플랫폼 중심의 등급분류 체계를 통합하여 내용물 중심의 등급분류 체계로 변경하여 게임물 등급의 플랫폼 간 통용을 허용하도록 함으로써 게임시장에서 민간의 자율성을 확대하려는 것임. 또한, 게임물관리위원회에 사전·사후 교육 및 사후관리 권한을 부여하는 등 게임물 시장의 건전한 환경을 확보하고, 등급분류를 받지 않은 해외 게임물의 국내 유통에 대한 문제가 제기되어 왔던바, 민간 사업자의 자율성을 통해 이를 관리할 수 있도록 하려는 것임. 이와 같은 개정안의 내용은 그동안 정부와 게임시장에서 지속적으로 제기되어 왔던 자체등급분류제도의 확대를 통하여 민간의 자율성과 책임을 강화하려는 것으로 보임. 즉, 그 동안 모바일과 PC 통합 OS의 등장, 신규 디바이스 게임 확대 등 게임산업 구조의 변화에 발맞추어 청소년 보호와 사행성 방지라는 등급분류의 목적을 유지할 수 있는 범위 내에서 등급분류에 있어서 민간의 자율성을 확대할 수 있는 합리적 대안을 마련할 필요성이 제기되어 왔음. 이에 따라 문화체육관광부는 2014년 12월 발표한 ‘게임산업진흥 중장기 계획’에서 자율과 책임을 바탕으로 한 등급분류제도 개선 방향을 제시한 바 있고, 2015년 5월 정부의 규제개혁장관회의에서도 ‘차세대 게임 플랫폼 등급분류 제도 개선’이라는 과제 하에 플랫폼에 상관없이 일정 요건을 구비한 사업자에게 자체등급분류 권한과 책임을 부여하는 방향으로 「게임산업진흥에 관한 법률」을 개정하는 것이 필요하다는 보고가 있었음. 아울러 게임물등급위원회나 게임물관리위원회 등 공공기관에 의한 사전등급분류는 사전검열로서 위헌의 소지가 있다는 비판이 있어 왔음. 공공기관을 중심으로 한 사전 등급분류의 민간이양은 글로벌 기준에 부합하는 규제완화이며, 사업자의 자율성과 책임성을 강화할 수 있는 조치로 게임산업의 진흥 및 다양한 비즈니스 모델 개발을 위해 적합한 내용이라 할 것인바, 개정안은 게임물 등급분류제도를 민간 중심으로 전환하려는 것으로서 바람직한 방향의 개정이라고 할 것임”

이와 같이, 개정내용에 대해 해당 상임위의 전문위원은 사업자의 자율성을 확보할 수 있는 내용으로 평가하고 있

음을 알 수 있다. 즉, 사전 등급분류의 민간이양은 규제완화이며, 사업자의 자율성과 책임성을 강화할 수 있는 조치로 게임물 등급분류제도를 민간 중심으로 전환은 바람직하다고 평가하고 있다.

다. 개정안에 대한 평가

개정안은 변화하는 환경에 맞추어 기존의 플랫폼 중심의 등급분류 체계를 통합하여 내용물 중심의 등급분류 체계로 변경하는 한편 그 방식은 민간사업자들의 자율성을 확대하여 민간 자율성의 확보라는 점에서 의미가 있다. 대체적으로 새로운 플랫폼 환경에 맞는 제도를 설계함으로써 게임사업자의 자율성을 높이고자 하는 의도로 풀이된다.

2. 김광진 의원 게임산업법 개정안⁹⁾

가. 제안이유 및 주요 내용

김광진 의원이 발의한 게임산업법 개정안의 입법취지는 다음과 같이 정리된다.

“현행법상 교육·학습·종교 또는 공익적 홍보활동 등의 용도로 쓰이는 게임물은 대통령령으로 정하는 바에 따라 게임물관리위원회의 등급분류를 면제하고 있음. 이에 상업적 의도가 없는 비영리 목적의 게임물에 대해서도 등급분류를 면제하려는 것임. 한편 건전한 게임문화 기반 조성을 위해 정부가 정책개발 활동을 하도록 되어 있으나, 조문 자체에 게임의 부정적 측면이 전제되어 있고, 게임이 개인과 사회에 미치는 영향에 관한 체계적인 조사·연구가 미흡한 관계로 정확한 근거에 기반하지 않은 정책이 수립되어 혼선을 초래하는 등 합리적이고 체계적인 정책개발이 제대로 되지 않고 있는 실정임. 이에 정부가 게임이 개인과 사회에 미치는 영향 전반에 관한 체계적인 조사·연구를 수행하도록 하는 근거를 마련함으로써 본 법의 취지를 살릴 수 있도록 개선하려는 것임”

입법취지의 요지는 “비영리 목적의 게임물에 대한 등급분류를 면제하는 것과 게임문화 등에 대한 연구 수행의 근거를 마련하는 것”으로 이해된다. 개인이 비영리적인 목적으로 게임소프트웨어를 제작하는 것은 문제 없으나 이를 공개할 경우에는 등급분류를 받아야하는 문제가 있었다. 이러한 문제를 해결하기 위한 것으로 이해된다. 또한, 게임에 대한 논란이 작지 않지만 체계화된 연구가 부족했다. 일부 특정 부처의 정책목적으로 연구가 이루어지는 면이 있었기 때문에 향후에는 객관적으로 연구가 진행될 필요가 있다.

나. 개정안의 검토¹⁰⁾

1) 건전한 게임문화 기반 조성을 위한 조사연구정책수립

(1) 개정안의 내용

개정안은 건전한 게임문화 기반 조성을 위하여 “게임과몰입·사행성·폭력성·선정성 등”의 표현 대신 “게임의 사회

9) 의안번호 1912180, 2014.10.29.일자 발의.

10) 박기영, 게임산업진흥에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고, 국회교육문화체육관광위원회, 2015, 3면 이하 참조.

문화적 기능 및 정신적·육체적 영향 등”에 관한 조사연구사업을 추진하도록 규정하고, 문화체육관광부 장관이 상기 조사연구 결과에 따른 역기능 예방 정책을 수립·시행할 것을 규정함(안 제12조제1항제1호 및 제2항).

(2) 현황

현재 문화체육관광부에서는 게임의 역기능 예방을 위하여 ‘건전게임문화 조성사업’을 수행하고 있으며, 게임과 몰입 등의 예방과 치료를 위한 조치(기본계획 수립·시행, 실태조사, 상담, 전문인력 양성 등)를 실시하고 있음. ‘건전 게임문화 조성사업’은 교사 등을 대상으로 건전 게임문화 연수 프로그램 운영, 건전 게임문화 홍보, 게임이용 실태 조사 및 연구, 기능성게임 제작·홍보·보급 등의 사업을 추진하는 것으로, 2015년에 41억 5,000만원의 예산이 편성됨. 개정안은 사회문화적 기능 및 정신적, 육체적으로 미치는 영향에 대한 조사연구사업을 추진하도록 함으로써 ‘게임의 부정적 측면’(게임과몰입, 사행성, 폭력성, 선정성)이 아닌 중립적이고 포괄적인 게임의 기능 및 영향에 대한 정책 수립을 유도하기 위한 입법취지로 이해됨.

(3) 검토의견

① 현행법의 제정 목적이 게임산업의 진흥 및 국민의 건전한 게임문화 확립을 통해 국민경제의 발전과 국민의 문화적 삶의 질 향상에 이바지하는 것임을 고려할 때, 게임에 대한 ‘부정적 측면’만을 부각할 것이 아니라 ‘순기능과 역기능’을 종합적으로 반영하여 게임산업의 건전한 발전을 도모하여야 할 것이고, ② 게임이 개인과 사회에 미치는 영향 전반에 관한 ‘체계적인 조사연구’를 바탕으로 역기능 예방 정책을 수립하여 정책의 실효성을 높일 수 있을 것이며, ③ 게임의 역기능 예방 대책과 관련하여 현행법 제12조의2와 제12조의3에서 게임과몰입 등에 대한 예방조치 책무에 대해서 구체적으로 규정하고 있다는 점을 고려할 때, 개정안은 별다른 문제는 없는 것으로 보임.

2) 비영리 목적의 게임물의 사전등급분류 면제

(1) 개정안의 내용

개정안은 ‘영리’를 목적으로 하는 게임물의 경우 게임물관리위원회의 등급분류를 받도록 명시하고, 등급분류 대상에서 기존에 제외되어 온 교육·학습·종교 또는 공익적·홍보·활동 등의 용도로 제작하는 게임물을 법문에서 삭제하되, ‘비영리 목적’의 게임물의 경우 등급분류에서 면제하도록 하는 것임(안 제21조제1항·9항·10항).

(2) 현황

게임물의 등급분류제도는 게임물의 유통·이용 제공 이전에 청소년 유해성, 사행성 확인 등을 위하여 게임물의 내용에 대해 심의하여 정보를 제공하기 위한 제도로써, 1990년대 후반 해외 게임의 국내 범람에 대한 부작용을 해소하기 위하여 도입되었음. ‘게임물’(컴퓨터 프로그램 등 정보처리 기술이나 기계장치를 이용하여 오락, 여가선용, 학습 및 운동효과 등을 높일 수 있도록 제작된 영상물 또는 그 영상물의 이용을 주된 목적으로 제작된 기기 및 장치)은 원칙적으로 모두 게임물관리위원회의 등급분류의 대상이 되고, 게임물관리위원회는 전체이용가의 아케이드 게임과 청소년이용불가 게임물(아케이드, PC/온라인, 비디오콘솔, 모바일)의 등급분류를 결정하고, 게임물 등급분류 위탁기관인 ‘게임콘텐츠등급분류위원회(GCRB)’에서 PC/온라인 게임 및 비디오콘솔 게임 중 전체이용가, 12세이용가, 15세이용

가 등급분류 업무를 위탁 수행하고 있으며, 모바일 게임 중 청소년이용불가를 제외한 등급을 구글, 애플 등의 오픈마켓 사업자가 자체적으로 분류하고 있음.

〈현행 게임물등급분류제도 체계〉

구 분	아케이드	PC 온라인	비디오콘솔	모바일
전체 이용가	게임위	GCRB(민간)		자체 등급분류 (구글, 애플 등) (*게임위 신청 가능)
12세 이용가				
15세 이용가				
청소년 이용불가	게임물관리위원회			

* 아케이드의 경우 전체이용가/청소년이용불가 두 가지로 등급분류 결정

동 제도는 게임물이 유통되기 이전 그 내용의 선정성·폭력성 등을 고려한 이용의 적정 연령을 결정하여 청소년을 보호하고, 사행성 여부를 확인하여 게임물에 대한 정보를 제공하는 기능을 하고 있음.

(3) 개정안의 취지

개정안에 따르면 게임물 등급분류제도는 영리 목적의 경우 원칙적으로 등급분류 의무가 발생하고 예외적으로 일정한 요건을 충족하면 면제되며, 비영리 목적의 경우 등급분류제도가 적용되지 않게 됨.

〈현행과 개정안에 따른 등급분류 비교〉

구분	현행	개정안
영리	원칙: 등급분류 ○ 예외: 등급분류 ×	원칙: 등급분류 ○ 예외: 등급분류 ×
비영리	원칙: 등급분류 ○ 예외: 등급분류 ×	등급분류 ×

개정안은 상업적 의도가 없는 비영리 목적의 게임물에 대해서 등급분류를 면제하여 단순 취미생활이나 창작활동 차원에서 게임을 제작하는 순수한 게임 개발자들의 개발 활성화 및 게임 산업 진흥을 유도하고자 하는 입법취지로 보임.

(4) 검토의견

다만, 다음과 같은 점을 고려하여 개정안에 대해 신중한 검토가 필요하다고 봄.

첫째, 게임물을 유통시키기 전에 등급분류를 받도록 함으로써 유해 게임으로부터 청소년을 보호하고 국민의 건전한 게임문화를 확립하고자 하는 게임물 등급제도의 근본적 취지를 고려할 필요가 있겠음. 게임물의 내용이나 용도의

고려가 없이 상업적 의도가 없는 비영리 목적이라는 이유만으로 등급분류를 면제하게 되면 청소년에게 유해한 영향을 미칠 수 있는 게임물인 경우에도 비영리 목적이라는 이유만으로 등급분류가 면제되는 사례가 발생할 우려가 있음.

둘째, 게임물 환경이 인터넷과 모바일 중심으로 변화된 상황에서 게임물의 확산 또는 파급 속도 및 범위가 급격히 확대되었다는 점을 고려할 필요가 있음. 비영리 목적으로 게임물을 제작하여 인터넷이나 모바일에 보급할 경우 청소년에게 유해한 게임물이라도 청소년의 접근을 완전하게 차단할 수는 없을 것이며, 파급이 광범위하게 이루어질 수도 있음.

셋째, 영리와 비영리 목적의 구분이 모호하여 등급분류 적용 및 처벌 규정 적용이 곤란한 경우가 발생할 수도 있음. 예를 들어, 단순 취미 활동으로 게임물을 제작하였으나 수익이 발생한 경우에는 제도적 공백이 발생할 우려가 있음. 현재 현행법과 같은 법 시행령에서 “영리를 목적으로 하지 아니하고 제작·배급하는 것으로 국내에서 교육·학습·종교 또는 공익적 홍보활동 등의 용도로 제작·배급하는 게임물은 예외적으로 등급분류를 면제” 해주고 있다는 점을 고려할 필요가 있음.

넷째, 영상물(영화 및 비디오물)의 경우에도 등급분류제도를 운영하고 있으나, 등급분류의 대상을 “영리 목적으로 한정” 하고 있지 않다는 점을 고려할 필요가 있음. 영상물 등급분류제도는 영상물의 내용정보를 사전에 제공하여 유해 영상물로부터 청소년을 보호하기 위한 공익적 필요가 인정되기 때문임. 게임물과 영상물은 표현 방식 등 성격이 다른 측면이 있지만, 청소년 및 일반 국민에게 영향을 미치는 문화콘텐츠라는 점에서 등급분류에 대한 규율을 유사하게 하고 있는 것으로 보임.

다. 개정안에 대한 평가

김광진 의원이 발의한 게임산업법의 개정안은 게임소프트웨어의 저변확대를 위하여 인디개발자의 부담을 완화하는 것을 목적으로 한다. 실제 인디게임도 게임물인 이상 등급분류를 받아야하는 것은 개발자나 등급분류 기구에서도 부담이 아닐 수 없다. 규제의 필요성이 떨어지는 부분은 과감하게 규제범위에서 배제시키는 것이 규제역량을 높일 수 있기 때문이다. 이러한 측면에서 개정안에 대해 평가한다면, 불필요한 규제를 개선하고 사후관리 역량을 높임으로써 게임산업법의 목적을 달성할 수 있을 것으로 본다.

아울러, 게임이 갖는 현상이나 영향 등에 대한 연구를 진행할 수 있는 근거를 제안하고 있다는 점에서 객관적인 게임정책을 위한 기본 자료의 확보가 가능할 것으로 기대된다. 현행 연구결과는 이해관계자의 요구사항에 따른 것으로 불 여지가 작지 않기 때문이다.

3. 김상민 의원 청소년 보호법 개정안¹¹⁾

가. 개정안의 입법취지

김상민 의원이 발의한 청소년 보호법 개정안의 입법취지는 다음과 같이 정리된다.

“현재 청소년의 수면과 건강을 보호하기 위하여 심야시간대의 인터넷게임 제공을 제한하는 강제적 섯다운제가 시

11) 발의번호 1911082, 2014.7.7. 일자 발의.

행 중이나, 성인 ID 도용, 해외 서버를 통한 게임 이용 등의 방식으로 회피가 가능하여 실효성이 낮은 불필요한 규제라는 지적이 계속하여 제기되고 있음. 또한, 현행법은 게임이용으로 인한 다양한 문제적 상태를 고려하지 않고 병리적 측면에만 초점을 맞추어 “인터넷게임 중독”이라는 용어를 사용하고 있어 인터넷게임을 이용하는 청소년 모두에게 “중독자”라는 부정적 낙인을 찍는 문제가 발생하고 있음. 이에 실효성이 낮은 강제적 섯다운제를 폐지하고, 청소년에게 낙인효과를 야기하는 “인터넷게임 중독”이라는 용어를 “인터넷게임 과몰입”으로 변경함으로써 청소년의 인터넷게임 과몰입 문제를 보다 폭넓고 효과적으로 예방·해결하려는 것임(안 제26조·제59조제5호 삭제 및 제27조)”

개정안은 ‘강제적 섯다운제를 폐지하고, 중독이라는 용어를 과몰입으로 변경하는 것’ 을 목적으로 하고 있다.

나. 주요 내용¹²⁾

개정안은 현재 청소년의 수면과 건강을 보호하기 위하여 심야시간대의 인터넷게임 제공을 일괄적으로 제한하는 강제적 섯다운제가 시행되고 있으나, 성인 ID 도용, 해외서버를 통한 게임이용 등의 방식으로 회피가 가능하여 실효성이 낮은 불필요한 규제라는 지적이 제기됨에 따라, 강제적 섯다운제를 폐지함과 아울러 청소년에게 낙인효과를 야기하는 ‘인터넷게임 중독’이라는 용어를 ‘인터넷게임 과몰입’으로 변경함으로써 청소년의 인터넷게임 과몰입 문제를 보다 폭넓고 효과적으로 예방·해결하려는 것임(안 제26조·제59조제5호 삭제 및 제27조).

<청소년 보호법 신·구조문대비표>

현 행	개 정 안
제3장 청소년의 인터넷게임 중독 예방	제3장 청소년의 인터넷게임 과몰입 예방
제26조(심야시간대의 인터넷게임 제공시간 제한) ① 인터넷게임의 제공자는 16세 미만의 청소년에게 오전 0시부터 오전 6시까지 인터넷게임을 제공하여서는 아니 된다.	<삭 제>
② 여성가족부장관은 문화체육관광부장관과 협의하여 제1항에 따른 심야시간대 인터넷게임의 제공시간 제한대상 게임물의 범위가 적절한지를 대통령령으로 정하는 바에 따라 2년마다 평가하여 개선 등의 조치를 하여야 한다.	
③ 제2항에 따른 평가의 방법 및 절차 등에 필요한 사항은 「게임산업진흥에 관한 법률」에서 정하는 바에 따른다.	
제27조(인터넷게임 중독 등의 피해 청소년 지원) ① 여성가족부장관은 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 인터넷게임 중독(인터넷게임의 지나친 이용으로 인하여 인터넷게	제27조(인터넷게임 과몰입 등의 피해 청소년 지원) ① ----- -----과몰입----- -----

12) 이용원, 청소년 보호법 일부 개정법률안 검토보고, 국회여성가족위원회, 2014.11, 2~3면.

<p>임 이용자가 일상생활에서 쉽게 회복할 수 없는 신체적·정신적·사회적 기능 손상을 입은 것을 말한다) 등 매체물의 오용·남용으로 신체적·정신적·사회적 피해를 입은 청소년에 대하여 예방·상담 및 치료와 재활 등의 서비스를 지원할 수 있다.</p> <p>② (생략)</p> <p>제59조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>1. ~ 4. (생략)</p> <p>5. 제26조를 위반하여 심야시간대에 16세 미만의 청소년에게 인터넷게임을 제공한 자</p> <p>6. ~ 9. (생략)</p>	<p>----- ----- ----- -----.</p> <p>② (현행과 같음)</p> <p>제59조(벌칙) ----- ----- -----.</p> <p>1. ~ 4. (현행과 같음)</p> <p><삭제></p> <p>6. ~ 9. (현행과 같음)</p>
---	--

이와 같은 개정안의 입법취지는 현행의 강제적 인터넷게임 셧다운제가 16세 미만의 청소년에 대하여 일괄적으로 심야시간 게임 이용을 제한하고 있어 청소년의 행복추구권이나 친권자등¹³⁾의 교육권을 제약할 수 있으며, 국제 게임 대회에서 셧다운제 때문에 게임을 중단하거나 셧다운제 시행 이후 9.1%의 청소년들은 부모의 아이디를 사용하거나 주민번호 도용을 통해 심야시간에 게임을 하고, 국내 사용자들이 홍콩미국 등 제 3국을 통해 콘텐츠를 다운받는 이른바 ‘사이버 망명’이 성행하는 등 셧다운제의 부정적 영향을 차단하기 위하여 이 제도를 폐지하려는 것으로 이해됨.

다. 개정안에 대한 평가

개정안은 셧다운제를 폐지함과 아울러 중독이라는 용어를 과몰입이라는 용어로 변경하는 것을 주요 내용으로 하고 있다. 중독이라는 표현은 게임물을 이용하는 이용자, 특히 청소년들에게 일종의 낙인효과를 주고있다는 점에서 비판적이다. 변경에 따른 과몰입이라는 용어는 문체부에서 그동안 사용해왔던 중독에 대한 순화된 표현으로 볼 수 있다. 어떤 사안에 몰입하는 것이 과하다는 의미의 과몰입은 긍정적인 메시지를 담아내는 용어로 사용되었다. 그렇지만, 여성가족부에서 중독이라는 법정 용어를 사용함으로써 문체부에서도 게임산업법에 중독이라는 표현을 같이 사용하게 된 것이다. 개인적으로 게임에 대한 긍정적인 의미를 담고 있는 용어 변경에 찬성한다.

13) 청소년 보호법 제3조(가정의 역할과 책임) ① 청소년에 대하여 친권을 행사하는 사람 또는 친권자를 대신하여 청소년을 보호하는 사람(이하 "친권자등"이라 한다)은 청소년이 청소년유해환경에 접촉하거나 출입하지 못하도록 필요한 노력을 하여야 하며, 청소년이 유해한 매체물 또는 유해한 약물 등을 이용하고 있거나 유해한 업소에 출입하려고 하면 즉시 제지하여야 한다.
② 친권자등은 제1항에 따른 노력이나 제지를 할 때 필요한 경우에는 청소년 보호와 관련된 상담기관과 단체 등에 상담하여야 하고, 해당 청소년이 가출하거나 비행 등을 할 우려가 있다고 인정되면 청소년 보호와 관련된 지도·단속 기관에 협조를 요청하여야 한다.

<현행법상 ‘중독’의 정의>

국가정보화 기본법	청소년 보호법
‘인터넷 중독’이란 정보통신망을 통하여 제공되는 정보통신서비스의 지나친 이용으로 이용자가 일상생활에서 쉽게 회복할 수 없을 정도로 신체적·정신적·사회적 기능의 손상을 입는 것을 말한다.	‘인터넷게임 중독’이란 인터넷게임의 지나친 이용으로 인하여 인터넷게임 이용자가 일상생활에서 쉽게 회복할 수 없는 신체적·정신적·사회적 기능 손상을 입은 것을 말한다.

해당 상임위의 보고서에서는 국가정보화 기본법의 인터넷 중독의 개념을 청소년 보호법이 차용하여 사용하고 있기 때문에 과몰입으로 대체하는 것이 어렵다고 보고 있다.¹⁴⁾ 또한 상임위 보고서에서는 “ ‘중독’ 이라는 표현은 인터넷중독 관련 분야의 권위자인 Goldberg가 1996년에 인터넷에 중독되는 심리적 장애를 “Internet Addiction(인터넷중독)” 으로 명명하고 연구결과를 발표한 이래 국제적으로 널리 통용되고 있어, 국내에서만 별도의 용어를 사용하는 것은 적절하지 않은 것” ¹⁵⁾으로 평가하고 있다.¹⁶⁾

용어의 변경과 더불어, 게임소프트웨어에 대한 부정적인 정책근거라고 할 수 있는 청소년 보호법상 강제적 섣다운제를 폐지한다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다. 섣다운제에 대한 문체부와 여성가족부의 협의가 이루어진 바 있지만 현실적인 내용이라고 보기 어렵다. 왜냐하면, 위헌소송에서 합헌 결정이 난 사안으로 이를 국회에서 받아들일 수 있을지 의문이기 때문이다.

IV. 게임관련 헌법재판소 판례 분석

1. 청소년 보호법 제23조의3 등 위헌 확인 (2014.4.24., 2011헌마659-683(병합))

가. 판시사항

(1) 6세 미만 청소년에게 오전 0시부터 오전 6시까지 인터넷게임의 제공을 금지하는 이른바 ‘강제적 섣다운제’를 규정한 청소년 보호법 제23조의3 제1항 및 청소년 제26조 제1항 중 ‘인터넷게임’의 의미가 불명확하여 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되는 것으로 보기 어려움

(2) 해당 규정이 인터넷게임 제공자의 직업수행의 자유, 16세 미만 청소년의 일반적 행동자유권, 부모의 자녀교육권을 침해하는 것으로 보기 어려움

(3) 해당규정이 다른 게임과 달리 인터넷게임만 규제하고, 해외 게임업체와 달리 국내 게임업체만 규율함으로써 평등권을 침해하는 것으로 보기 어려움

나. 결정요지

(1) 청소년 보호법상 ‘인터넷게임’은 ‘게임산업진흥에 관한 법률’에 따른 게임물 중 정보통신망을 통하여 실

14) 이용원, 청소년 보호법 일부개정법률안 검토보고, 국회여성가족위원회, 2014.11, 14~15면.

15) 이용원, 청소년 보호법 일부개정법률안 검토보고, 국회여성가족위원회, 2014.11, 14~15면.

16) 언급된 사람이 어떠한 권위자인지에 대한 평가도 없이 게임과 다른 인터넷의 중독에 대한 견해를 가지고 의견을 제시하는 것은 타당하지 않다.

시간으로 제공되는 게임물이라고 정의되어 있어 게임의 시작 및 실행을 위하여 인터넷 등 정보통신망에의 접속이 필요한 게임이라면 기기나 종류를 불문하고 모두 인터넷게임에 해당하고, 게임산업법상 게임물이 아니거나 정보통신망에의 접속이 필요 없는 게임은 인터넷게임에 해당하지 않는다는 것은 누구나 쉽게 알 수 있으므로, ‘인터넷게임’의 의미가 불명확해진다고 보기는 어려우므로, 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 않음

(2) 청소년의 높은 인터넷게임 이용률, 인터넷게임에 과몰입되거나 중독될 경우에 나타나는 부정적 결과 및 자발적 중단이 쉽지 않은 인터넷게임의 특성 등을 고려할 때, 16세 미만의 청소년에 한하여 오전 0시부터 오전 6시까지 인터넷게임을 금지하는 것이 과도한 규제라고 보기 어려움. 또한 여성가족부장관으로 하여금 2년마다 적절성 여부를 평가하도록 하고, 시험용 또는 교육용 게임물에 대해서 그 적용을 배제하는 등 피해를 최소화하는 장치도 마련되어 있으며, 본인 또는 법정대리인의 자발적 요청을 전제로 하는 게임산업법상 선택적 섷다운제는 그 이용률이 지극히 저조한 점 등에 비추어 대체수단이 되기에는 부족하므로 침해 최소성 요건도 충족함

(3) 청소년의 건강 보호 및 인터넷게임 중독 예방이라는 공익의 중대성을 고려할 때 법익균형성도 유지하고 있으므로, 인터넷게임 제공자의 직업수행의 자유, 여가와 오락 활동에 관한 청소년의 일반적 행동자유권 및 부모의 자녀 교육권을 침해한다고 볼 수 없음

(4) 인터넷게임은 주로 동시 접속자와의 상호교류를 통한 게임 방식을 취하고 있어 중독성이 강한 편이고, 정보통신망서비스가 제공되는 곳이면 언제나 쉽게 접속하여 장시간 이용으로 이어질 가능성이 크다는 점에서, 인터넷게임에 대해서만 강제적 섷다운제를 적용하는 것에는 합리적 이유가 있음. 또한 전기통신사업법에 따라 부가통신사업자로 신고하고 게임법상 등급분류를 받아 정상적인 방법으로 제공되는 인터넷게임물에 대해서는 그 제공업체가 국내 업체인지 해외 업체인지를 불문하고 강제적 섷다운제가 적용되므로, 일부 해외 서버를 통해 불법 유통되고 있는 게임물에 대하여 적용되지 않는다는 사실만으로 해외 업체에 비하여 국내 업체만을 차별취급한다고 볼 수 없음

다. 반대 의견 - 재판관 김창중, 재판관 조용호

강제적 섷다운제는 전근대적이고 국가주의적이며 행정편의적인 발상에 기초한 것으로, 문화에 대한 자율성과 다양성 보장에 반하여 국가가 지나친 간섭과 개입을 하는 것이다. ‘인터넷게임’의 의미와 범위는 인터넷게임 제공자의 입장에서 처벌조항의 구성요건에 해당하는데, 부칙 등에서 심각한 중독의 우려가 없는 인터넷게임물에 대하여 적용을 유예하도록 하면서 그 판단기준 등이 불명확하여, 일반인으로서의 적용대상인 인터넷게임의 범위를 제대로 파악하기 어려우므로, 이 사건 금지조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 반한다. 또한 이 사건 금지조항의 입법목적 중 ‘청소년의 수면시간 확보’가 기본권 제한을 정당화할 수 있는 사유인지 의심스럽고, 기본적으로 인터넷게임을 유해하고 무가치한 것으로 보는 시각을 전제로 하고 있으므로 수단의 적절성도 인정하기 어렵다. 나아가 청소년이용가능 게임이 실질적으로 그 적용대상임에도 예외 없이 전면적으로 금지하고 있고, 게임산업법상 ‘선택적 섷다운제’가 이미 마련되어 있으므로 침해최소성에도 반한다. 나아가 청소년의 심야시간대 인터넷게임 이용률이 원래 높지 않았고, 타인명의로 접속하는 경우 통제방법이 없다는 점에서 제도의 실효성이 적은 반면, 과도한 규제로 인한 기본권 침해 및 국내 인터넷게임 시장의 위축 가능성 등을 고려하면 법익균형성도 갖추고 있다고 보기 어려우므로, 과잉금지원칙에 위반된다. 인터넷게임과 다른 게임 사이에 중독성에 있어 본질적인 차이가 있다고 보기 어려움에도 인터넷게임만 규제하고 있고, 사실상 국내 게임업체가 주로 규율대상에 해당한다는 점에서 국내 인터넷게임 제공자들의 평등권도 침해한다.

라. 평가¹⁷⁾

이 판결은 실제 강제셧다운제의 위헌성을 다투는 것이라기보다는, 청소년 보호법 개정 시에 논란이 되었던 사항에 대한 확인 수준이다. 차라리 반대 의견이 더 합리적으로 게임을 문화적 관점에서 판단한 것으로 보인다. 헌법재판소가 정치적인 판단을 할 수 있다는 점을 충분히 고려한다면 불가능하다고 단정하기 어렵다. 또 판결문은 문화적 규제에 귀결될 수 있는 강제적 셧다운제에 대한 문화국가 원리의 충돌에 대해서는 언급하지 않고 있다는 비판을 면치 못할 것이다.

합헌 결정과 상관없이 게임 산업에 대한 규제 논란이 일자 2014년 11월 여성가족부는 청소년 보호법 개정안을 발의하여, 강제적 셧다운제를 ‘부모선택제’로 리모델링하려고 하고 있다. 그러나 이는 게임사업자에게는 더욱 큰 부담으로 작용하게 된다. 일괄적으로 강제 셧다운하는 것이 아닌 부모 선택에 따라 미성년자 개개인마다 설정을 해주어야 하는 번거로움이 있는 것이다. 차라리 강제적 셧다운제를 수용하는 것이 비용 편익에서 낫다고 볼 수 있다. 이는 게임법이 제시한 선택적 셧다운제가 사업자에게 부담이었던 것과 다르지 않다. 셧다운제도에 대해 찬성하는 것은 아니지만 청소년 보호법과 게임법 모두에 선택적 셧다운제를 존치시킬 것이라면 차라리 게임법의 선택적 셧다운제로 수렴하는 것이 바람직하다고 본다.

참고로, 강제적 셧다운제 시행 이후 청소년 이용가 게임물의 등급분류 신청 건수가 상당히 줄었다고 한다. 청소년용 게임물을 만들 경우 규제비용이 적지 않기 때문이다. 그만큼 청소년들은 다양한 게임을 경험하지 못하고, 또한 차단당하고 있는 것이다.

2. 게임산업진흥에 관한 법률 제12조의3 제1항 제1호 등 위헌확인(2015. 3. 26. 2013헌마517)

가. 판시 사항

(1) 게임물 관련사업자에게 게임물 이용자의 회원가입 시 본인인증을 할 수 있는 절차를 마련하도록 하고 있는 게임산업진흥에 관한 법률(2011. 7. 21. 법률 제10879호로 개정된 것, 이하 ‘게임산업법’이라 한다) 제12조의3 제1항 제1호 및 게임산업법 시행령(2012. 1. 20. 대통령령 제23523호로 개정된 것) 제8조의3 제3항(이하 위 두 조항을 합하여 ‘본인인증 조항’이라 한다)이 청구인들의 일반적 행동의 자유 및 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부(소극)

(2) 게임물 관련사업자에게 청소년의 회원가입 시 법정대리인의 동의를 확보하도록 하고 있는 게임산업법 제12조의3 제1항 제2호 및 게임산업법 시행령 제8조의3 제4항(이하 위 두 조항을 합하여 ‘동의확보 조항’이라 한다)이 청소년인 청구인의 일반적 행동의 자유를 침해하는지 여부(소극)

나. 결정 요지

(1) 본인인증 조항은 인터넷게임에 대한 연령 차별적 규제수단들을 실효적으로 보장하고, 인터넷게임 이용자들이 게임물 이용시간을 자발적으로 제한하도록 유도하여 인터넷게임 과몰입 내지 중독을 예방하고자 하는 것으로 그 입법목적에 정당성이 인정되며, 본인인증절차를 거치도록 하는 것은 이러한 목적 달성을 위한 적절한 수단이다. 게임물 관련사업자와 같은 정보통신서비스 제공자가 인터넷 상에서 본인인증 절차 없이 이용자의 실명이나 연령만을 정확하

17) 김윤명, 게임을 보는 리걸프레임, 10개의 판결, 커뮤니케이션북스, 2015, 6~7면.

게 확인하는 것은 사실상 불가능하고, 게임산업법 시행령 제8조의3 제3항이 정하고 있는 방법은 신뢰할 수 있는 제3자를 통해서만 본인인증 절차를 거치도록 하고 정보수집의 범위를 최소화하고 있는 것으로 달리 실명과 연령을 정확하게 확인할 수 있으면서 덜 침입적인 수단을 발견하기 어렵다. 또한, 게임물 관련사업자가 본인인증 결과 이외의 정보를 수집하기 위해서는 인터넷게임을 이용하는 사람의 별도의 동의를 받아야 하고, ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’에서 동의를 얻어 수집된 정보를 보호하기 위한 장치들을 충분히 마련하고 있으며, 회원가입 시 1회 본인인증 절차를 거치도록 하는 것이 이용자들에게 게임의 이용 여부 자체를 진지하게 고려하게 할 정도로 중대한 장벽이나 제한으로 기능한다거나 게임시장의 성장을 방해한다고 보기도 어려우므로 침해의 최소성에도 위배되지 아니하고, 본인인증 조항을 통하여 달성하고자 하는 게임 과몰입 및 중독 방지라는 공익은 매우 중대하므로 법익의 균형성도 갖추었다. 따라서 본인인증 조항은 청구인들의 일반적 행동의 자유 및 개인정보자기결정권을 침해하지 아니한다.

(2) 동의확보 조항은 청소년이 인터넷게임 이용 여부를 결정하는 단계에서 법정대리인이 개입할 수 있도록 함으로써 청소년의 인터넷게임 과몰입이나 중독을 예방하고자 하는 것으로 이러한 입법목적에는 정당성이 인정되며, 회원가입 시 법정대리인의 동의를 얻도록 하는 것은 이러한 목적을 달성함에 있어 적절한 수단이다. 또한, 동의확보 조항은 가정에서 대화를 통해 청소년의 인터넷게임 이용 여부 및 이용시간을 결정할 수 있는 기회를 부여하는 것으로서 청소년의 게임이용에 대한 다른 법적 강제수단들이 이러한 자율적 노력을 완전히 대체할 수도 없다. 그리고 만 18세 미만의 청소년들의 대부분이 독립적인 경제적인 능력이 없어 유료아이템 구매 등과 관련하여 범죄에 노출될 우려가 높은 점을 고려할 때, 만 18세라는 기준 역시 과하다고 볼 수 없으며, 법정대리인이 동의를 위하여 제공하여야 하는 정보를 최소화하고, 동의의 방법을 다양화하는 등 이로 인한 기본권 제한을 최소화하기 위한 방안들이 충분히 마련되어 있으므로 침해의 최소성을 갖추었다. 또한 청소년들이 인터넷게임에 과몰입되거나 중독되는 것을 방지함으로써 얻어지는 사회적 비용의 절감, 청소년이 건전한 인격체로 성장함으로써 얻어지는 사회적 이익과 같은 공익이 매우 중대함을 고려할 때, 법익의 균형성에도 위배되지 아니하므로, 동의확보 조항은 청소년인 청구인의 일반적 행동의 자유를 침해하지 아니한다.

다. 반대 의견 - 재판관 김창중, 재판관 조용호

(1) 인터넷게임 이용행위는 자유를 그 본질적 요소로 하는 놀이행위이므로, 그 이용행위에 대한 국가의 개입이나 규제는 매우 신중하여야 한다. 따라서 인터넷게임 과몰입 및 중독이 이로 인해 야기된다고 일컬어지는 해악들의 직접적인 원인인지 여부가 불분명한 이상, 게임과몰입 및 중독 예방이라는 입법목적은 국가가 추구할 수 있는 정당한 공익이 될 수 없으며, 이는 규제대상이 성인인지 청소년인지를 불문하고 동일하다. 가사, 입법목적의 정당성을 일부 인정하더라도, 인터넷게임의 이용을 위하여 본인인증을 받도록 하는 것은 감시와 통제의 가능성을 야기하여 인터넷게임 이용자의 자유를 위축시킬 뿐만 아니라, 본인인증 조항이 정하고 있는 본인인증 방법들은 국민 누구나 보편적으로 이용할 수 있는 방법이 아니어서 인터넷게임의 이용에서 소외되는 사람들이 생겨날 수 있고, 공인인증기관이나 본인확인기관에 의해 수집된 개인정보가 유출될 가능성도 배제할 수 없으며, 게임산업의 성장을 저해할 수 있으므로, 본인인증 조항은 수단의 적절성, 침해의 최소성 및 법익의 균형성을 갖추지 못하였다.

(2) 청소년의 인터넷게임 과몰입 및 중독은 각 가정의 자율적인 규제와 자정 기능이 국가의 개입에 우선하는 영역이므로, 게임사이트 회원가입 시 법정대리인의 동의를 법으로 강제하는 것은 그 자체로 부모의 자녀교육권을 침해할

우려가 있고, 동의의 의사를 표현한 성인이 인터넷게임을 이용하고자 하는 청소년의 실제 법정대리인인지 여부를 확인하는 절차가 마련되지 아니한 이상, 법정대리인의 지도를 강제하는 실효적 수단으로 기능할 수도 없다. 따라서 동의확보 조항은 입법목적의 정당성 및 수단의 적절성이 인정되지 아니한다. 설령, 인터넷게임 이용내용이나 이용시간과 관련하여 법정대리인의 개입을 강제할 필요성이 인정된다고 할지라도, 게임산업법과 청소년 보호법이 이미 강제적 섯다운제, 인터넷컴퓨터게임시설 출입시간 제한 등과 같은 여러 가지 제도를 시행하고 있음을 고려할 때, 회원가입 단계에서 일률적으로 법정대리인의 동의를 얻도록 하는 것은 이중적이고 과도한 조치임에 틀림없고, 법정대리인이 인터넷게임 이용 자체에 대해서 동의하는 경우에도 개인정보의 제공을 꺼려 동의를 망설일 가능성을 배제할 수 없을 뿐만 아니라, 만 16세 이상 만 18세 미만의 사람들에게 대해서까지 일률적으로 법정대리인의 동의를 받도록 하는 것은 청소년들의 자기결정권을 지나치게 제한하므로, 동의확보 조항은 침해의 최소성 및 법익의 균형성도 갖추지 못한 것이다.

라. 평가

게임산업법은 게임서비스 제공자에게 연령에 맞게 게임물을 제공할 의무를 부과하고 있다. 이러한 법상 의무를 이행하기 위한 방법으로 게임사업자는 개인정보를 수집한다. 수집된 개인정보는 등급분류에 따른 게임소프트웨어 이용자의 연령확인에 사용된다. 더욱이 게임중독이라는 테제가 명확한 것인지도 의문이다. 여전히 병리학적으로 완성된 개념이 아님에도 불구하고, 이를 주장하는 것은 합리적인 것으로 이해하기 어렵기 때문이다.¹⁸⁾ 게임소프트웨어에 대한 다양한 주장과 논란이 정리된 것도 아니다. 규제 이전에 본질적인 연구를 통해서 게임중독 등에 대한 정책적 판단자료를 만들어내는 것이 중요하다. 자유를 그 본질적 요소로 하는 놀이행위인 인터넷게임 이용행위는 사적인 영역에서 이루어지는 여가이므로 국가의 개입은 신중해야 하기 때문이다.

V. 개선 방안

1. 사실상의 규제의 개혁 방안

게임산업법의 많은 규제 사항이외에 중요한 규제사항은 결제한도에 관한 사항이라고 할 수 있다. 게임산업법 내지 게임물등급분류 심의기준 등에서도 결제한도에 관한 규정을 두고 있지 않기 때문이다. 법률적 근거가 없는 이러한 규제를 ‘사실상의 규제’ 라고 할 것이다.

규제의 내용은 게임물을 이용하는 이용자의 주민등록번호에 따른 소비액을 한정하고 있는 것이다. 즉, 성인의 경우는 월 결제한도가 50만원이며, 미성년자는 7만원으로 제한된다. 결제한도는 게임물 1개마다의 한도이다. 왜냐하면, 게임물등급분류 신청서에 기재하는 결제한도는 게임물 1개로 한정하고 있기 때문이다. 그렇지만 실제 결제한도의 체크는 게임포털 내지 게임서비스를 이용하기 위해 가입하는 ID의 주민번호에 따르기 때문에 실질적인 결제한도는 1개의 게임소프트웨어를 이용하던, 10개의 게임소프트웨어를 이용하던 50만원 내지 7만원으로 제한된다는 점이다.

이처럼, 결제한도는 사실상 2중 규제가 이루어지고 있음을 알 수 있다. 즉, 근거 없는 결제한도를 설정하는 것과

18) 실제 본 결정의 반대의견이 보다 게임의 본질을 확인하는 것으로 이해될 수 있다.

아울러 게임물당 결제한도를 적용하는 것이 아닌 1개의 게임물을 제공하는 서비스나 10개의 게임물을 제공하는 게임 포털을 이용하는 경우도 동일하게 결제한도를 적용하고 있다는 점이다.

게임포털의 속성상 다양한 게임소프트웨어를 이용할 수 있는 환경을 제공함으로써 이용의 편의성을 높이는 서비스가 오히려 차별을 받고 있다는 점이다. 심대하게 서비스의 차별을 가져오는 이러한 규제는 형평성 없는 규제라는 점에서 차별적 규제이기도 하다. 그렇지만 이러한 규제의 문제는 사실상의 규제라는 점이다. 즉, 사실상의 규제는 법적인 근거가 없기 때문에 입법론적인 규제정비의 대상의 보기 어렵다. 따라서 주무부처에 의한 규제정비의 의지에 따라 수밖에 없을 것이다.

2. 게임산업법의 전면 개정 필요성

게임산업법은 2006년 제정된 이후, 바다이야기 사태를 지내면서 2007년 대폭 개정된 바 있다. 이후로, 작지 않는 내용이 개정되었다. 그렇지만 기존의 음반비디오물 및 게임물에 관한 법률(이하 ‘음비게임법’이라 함)의 내용이나 체계를 따르면서 입법의 흠결이 있는 것이 사실이다. 온라인 환경은 물론 모바일 환경에 적합한 개정이 이루어져야 함에도 쉽게 개정이 이루어지고 있지 못하다.

전면 개정에는 지금까지 규제로 작용하고 있는 내용에 대해서는 규제개혁이 필요함은 물론, 플랫폼 환경에 맞는 정비가 이루어져야 할 것이다. 무엇보다도, 등급분류의 완전한 자율성을 확보해야 한다. 등급분류라는 규제지향적인 제도를 통해 경쟁력 있는 게임산업을 선도하는 것은 불가능하기 때문이다. 다만, 아케이드게임물에 대해서는 해당 게임물 관련 사업자에 대한 신뢰회복이 우선이라고 본다. 게임산업이 규제산업으로 퇴색한 것은 그들의 도덕적 해이가 가져온 것임을 부인하기 어렵기 때문이다.

또한 법개정 과정에서는 정치한 용어의 사용이 필요하다. 예를 들면, 배급과 같은 용어를 사용하는 것은 예전 음비게임법 상 음반이나 비디오물에 관한 규정을 게임물에 준용하면서 사용한 것이므로, 게임소프트웨어에 적합한 법정 용어를 사용할 필요가 있다.

3. 강제적 섷다운제의 폐지 필요성

강제적 섷다운제를 규정하고 있는 청소년 보호법의 개정을 통해 동 제도를 폐지하는 것이 필요하다. 여성가족부에서 제안한 청소년 보호법 개정안은 부모가 섷다운할 수 있는 여지를 남겨두고 있다. 청소년 보호법 개정안의 입법취지는 “청소년의 인터넷게임 중독 예방을 위하여 현재 인터넷게임의 제공자는 16세 미만 청소년에게 오전 0시부터 오전 6시까지의 심야시간대에 인터넷게임을 제공할 수 없도록 하고 있으나, 청소년과 청소년의 친권자 등의 자율적인 책임하에 가정에서 청소년 보호활동이 이루어질 수 있도록 친권자 등의 요청이 있는 경우에는 인터넷게임을 제공할 수 있도록 하여 인터넷게임 제공에 관한 규제를 완화하는 한편, 그 동안 심야시간대 인터넷게임 제공금지에 관한 규정을 위반한 경우 바로 처벌하도록 하였으나, 인터넷게임 제공자에게 시정기회를 주기 위하여 여성가족부장관이 시정명령을 할 수 있도록 하고 인터넷게임의 제공자가 그 시정명령에 따르지 아니할 경우 처벌할 수 있도록 하려는 것”이라고 밝히고 있다.

며, 게임산업법상 선택적 섯다운제는 연령을 강제적 섯다운제와 마찬가지로 16세 미만으로 조정하는 방안이다. 그러나 정작 여성가족부는 강제적 섯다운제 완화가 규제완화는 아니라는 입장이다. 즉, 여성가족부 차관은 국회 여성가족위원회 소위에서 부모시간섯택제의 도입이 갖는 의미에 대해 “산업계에게 규제완화의 물꼬를 트는 업무로서 게임산업을 성장시키기 위해 도입하지는 것은 아니다”²⁰⁾라고 명확히 밝히고 있다.

친권자의 요청에 의한 섯다운제 해제에 대해서는 양육권 침해논란, 청소년의 극심한 반발 등을 이유로 도입한 것이지만, 섯다운제의 형식화 가능성, 학부모의 반발 가능성을 고려할 필요가 있다고 적고 있다.²¹⁾ 더욱이 여성가족부 주무과장은 “강제적 섯다운제를 도입한 기본 취지는 유지하면서도 이미지 상으로 부모들한테 섯택권을 주고 이러면 서도 제도의 비판적인 이미지, 너무 강압적인 이미지를 완화시킴으로써 부모섯택제의 도입을 추진했다”²²⁾고 밝히고 있다.

그렇지만, 이러한 협의내용으로 게임산업법 및 청소년 보호법 등 관련법을 발의하였으나 해당 상임위에서 의결되지 못한 상태이다.²³⁾ 그 이유는 강제적 섯다운제가 합헌 결정을 받은 상황에서 이를 완화하는 것이 학부모의 양육권을 침해한다는 소수의견을 반영한 것이라고 하나, 이는 온당하지 못하다는 것이다.²⁴⁾

결론적으로 현행 2원화된 게임소프트웨어의 섯다운제는 폐지되는 것이 합리적이라고 보며, 차선으로는 게임산업법상 섯택적 섯다운제로 일원화할 필요가 있다. 왜냐하면, 동일한 게임소프트웨어에 대해서 서로 다른 규제를 적용함으로써 사업자는 물론 이용자에게도 혼란을 가져올 수 있으며, 더욱이 사업상의 비용이 2중으로 소요될 수 있기 때문이다.

VI. 결론

지금까지 게임소프트웨어산업의 규제개선 방안에 대해 살펴보았다. 해외 게임물을 등급분류에 대한 문제로 인하여 입법발의가 이루어진 점에서 의미있게 평가할 수 있다. 그렇지만, 일시적이고 단순한 처방은 게임소프트웨어 산업의 진흥을 위해서 의미 있게 작용하기는 어렵다. 전면적인 법 개정을 통해 규제에 대한 개선방안을 제시하는 것이 바람직한 입법태도이다. 게임산업 내지 게임소프트웨어의 주무 부처로서 타 부처에서 게임에 대한 정책을 펼 경우 적극적으로 대응할 수 있어야 한다. 권한쟁의심판과 같은 적극적인 헌법소송을 통해 게임규제의 정합성이 깨어지지 않도록 해야한다. 각각의 부처가 시행하는 규제정책은 정당성을 확보할 수 있겠지만, 전체적인 규제 체계 내에서 보면 이중 규제가 될 수 있기 때문이다. 물론 게임법상 규제는 문체부가 주도하여 만들어낸 것도 있지만 그렇지 아닌 것도 있으며, 정치적 협상의 것도 있음을 부인하기 어렵다. 특히, 결제한도에 대해서는 많은 사람들이 주장한 바와 같이 사실상의 규제에 불과한 것임에도 법정 규제가 아니기 때문에 규제개혁의 대상이 되기는 쉽지 않다. 따라서 문체부의 행정지도를 통해 폐지하거나, 아니면 사업자의 법적 안정성을 확보하기 위해서라도 법적 규제에 명확히 하는 것이 바람직하다.

19) 국회사무처, 교육문화체육관광위원회 회의록 제1호, 제337회(정기회), 2015.11.26., 21면.

20) 국회사무처, 여성가족위원회 회의록 제1호, 제332회국회(임시회), 2015.4.27., 48면.

21) 국회사무처, 여성가족위원회 회의록 제1호, 제332회국회(임시회), 2015.4.27., 42면.

22) 국회사무처, 여성가족위원회 회의록 제1호, 제332회국회(임시회), 2015.4.27., 47면.

23) 국회사무처, 여성가족위원회 회의록 제1호, 제332회국회(임시회), 2015.4.27., 51면.

24) 국회사무처, 여성가족위원회 회의록 제1호, 제332회국회(임시회), 2015.4.27., 42면 이하 참조.

제20대 국회에서 게임산업법에 대한 전면적인 개정이 예상되며, 이와 동시에 타 법령에서 담당하고 있는 규제 정비도 이루어져야 한다. 따라서 정비방안에 대해서는 문체부가 주도적으로 진행하거나 또는 게임관련 협회를 중심으로 개정안이나 개정 방향을 제시하는 것이 타당하다. 규제 이전에 본질적인 연구를 통해서 게임중독 등에 대한 정책적 판단자료를 만들어내는 것이 중요하다. 자유를 그 본질적 요소로 하는 놀이행위인 인터넷게임 이용행위는 사적인 영역에서 이루어지는 여가이므로 국가의 개입은 신중해야 하기 때문이다.

아울러, 게임산업의 발전을 위한 게임사의 역할이 중요하다. NC소프트, 넥슨, NHN엔터테인먼트, 넷마블 등 게임사가 적극적으로 게임이 갖는 가치와 문화적인 역할에 대해 알릴 필요가 있다.²⁵⁾ 물론 대외협력 부서나 홍보 부서를 통해서 대응하겠지만, 각사의 대표를 포함한 경영진에서 적극적으로 커뮤니케이션해야 한다. 중소 게임사와의 직접적인 상생도 의미가 있지만, 게임사들이 일반 공중에 대해 게임이 갖는 긍정적인 메시지를 전달하는 것도 필요한 방법이기에 때문이다.

끝으로, 학생들의 게임에 대한 통제는 학부모 내지 법정대리인을 통해서 이루어져야 한다. 물론, 한부모, 조손 등 사회적인 환경이 뒷받침되지 못하는 경우도 있을 것이다. 그러한 경우에는 또 다른 정책적 차원에서 게임이용에 대한 배려가 이루어질 필요가 있다. 이는 비단 게임소프트웨어 만의 문제라기보다는 사회적 문제에 관한 사항으로 사회구성원의 관심과 복지체계를 통해 해결할 수 있을 것이다.

25) 적어도 한국인터넷디지털엔터테인먼트협회(구 게임산업협회) 회원사들이 적극적으로 나설 필요가 있다. 아울러, 현재 협회명칭은 게임산업에 대한 메시지를 전달하기에는 적합하지 않기 때문에 협회명칭을 예전처럼 한국게임산업협회로 복원하는 것도 의미가 있다.

참고문헌

- 국회사무처, 교육문화체육관광위원회 회의록 제1호, 제337회(정기회), 2015.11.26.
- 국회사무처, 여성가족위원회 회의록 제1호, 제332회국회(임시회), 2015.4.27.
- 김두일, 「중국 모바일 게임시장 이렇게 공략하라」, 에이콘, 2015.
- 김윤명, “문화산업 진흥을 위한 법체계 연구”, 「정보법학」 제18권 제2호, 2014.
- 김윤명, 게임서비스와 법, 경인문화사, 2014.
- 김윤명, 게임을 보는 리얼프레이밍, 10개의 판결, 커뮤니케이션북스, 2015.
- 김윤명, 소프트웨어 유료서비스 규제정책의 구조와 한계, 경희법학 제50권 제4호, 2015.
- 박기영, 게임산업진흥에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고, 국회교육문화체육관광위원회, 2015
- 백일승, 소프트웨어전쟁, 더하기북스, 2015.
- 이상정·김윤명 편, 「주해 게임산업진흥에 관한 법률」, 세창출판사, 2014.
- 이용원, 청소년 보호법 일부개정법률안 검토보고, 국회여성가족위원회, 2014.11.
- 이희정, “인터넷상 부가서비스 규제에 관한 일고”, 「경제규제와 법」 제8권 제1호, 2015.
- 정상조, “인터넷 산업의 발전과 규제”, 「저스티스」 통권 제121호, 2010.
- 황승흠, “여성가족청소년 부문의 규제개혁 문제에 관한 법정정책학적 연구”, 「법학논총」 제20권 제2호, 2008.

일본에서의 음악 전송 사용료 규정

상명대학교 콘텐츠저작권학과 교수 김경숙

I. 서론

저작권은 복수의 지분권으로 구분되어 있고, 저작권료 징수도 저작물 이용의 형태에 따라 각각 정해진 지분권에 따라 이루어지고 있다. JASRAC의 저작권료 징수는 그 이용 형태에 따라 ‘연주’, ‘녹음’, ‘출판’, ‘대여’, ‘비디오’, ‘영화’, ‘CM’, ‘게임’, ‘방송’, ‘인터랙티브전송’, ‘통신가라오케’로 구분되어 있다. 또한 일본은 지분권을 분리하여 신탁할 수 있는 부분신탁제도를 취하고 있으므로, 권리자는 어떤 저작권관리사업자에게 어떤 지분권을 신탁할 지 선택가능하며, JASRAC은 신탁된 지분권에 대해서 사용료를 징수하여 분배한다.

일본에서 음악과 관련하여 저작권관리사업을 하고 있는 주요 사업자들로서는 작사 작곡과 관련하여 관리사업을 하고 있는 JASRAC, e-License, JRC가 있고, 음악실연자와 관련해서는 CPRA(Center for Performers' Rights Administration, 日本芸能実演家団体協議会)가, 음반제작과 관련해서는 RIAJ(Recording Industry Association of Japan, 日本レコード協会)가 있다.

이 중에서 작사 작곡과 관련하여 관리사업을 하고 있는 사업자만을 본다면, JASRAC이 회원 전체의 90%이상을 관리하고 있다.

II. 인터랙티브 송신에서의 사용료의 징수

일본에서 인터랙티브 송신(전송)에 관련된 권리는 복제권 및 공중송신권이다. 이들 지분권은 각각 복제 및 공중송신이라는 이용행위에 대해서 생기는 권리이고, 이에 따른 복제에 의하여 저작물을 이용하는 경우는 「사용료규정」 제11절에 규정하고 있다.

이 규정에 의하면 이용자는 “포괄적 이용허락계약” 혹은 “개별적 이용허락계약”을 체결하여 음악저작물을 이용할 수 있다.

1. 포괄적 이용허락계약

포괄적 이용허락계약에 의한 음악저작물의 송신에도 몇 가지 유형이 존재하는데, 우선 송신의 유사성 여부에 따라 크게 (1) 상업용 송신과 (2) 비상업용 송신으로 나뉘며, 각각의 경우 다운로드 형식과 스트리밍 형식으로 나뉜다. (1) 상업용 송신의 경우에도 듣기용, 카라오케용, 착신음 등 (일반적으로) 음악을 이용하는 것을 주목적으로 송신하는 경우와 여기에 가사나 악곡이 함께 표시되는 경우, 음악이외의 저작물을 이용하는 것을 주목적으로 송신하는 경우로 나뉜다.

(1) 상업용 송신 (듣기용, 카라오케용, 착신음 등 음악을 이용하는 것을 주목적으로 송신하는 경우)

1) 다운로드 형식

(가) 악곡 데이터를 송신할 경우의 월액 사용료는 이하의 표와 같다.

① 재생가능한 기간 등에 제한이 없는 경우

		정보료	
		있음	없음
광고료 등 수입	있음	광고료 등 수입 여부에 관계없이 1곡 1리퀘스트인당 정보료의 7.7% 또는 7엔 70전 중 많은 금액에 월간 총 요청 횟수를 곱해서 얻은 액수로 한다.	1곡1리퀘스트당 6엔60전에 월간 총 리퀘스트 회수를 곱해서 얻은 금액으로 한다.
	없음		1곡1리퀘스트당 5엔50전에 월간 총 리퀘스트 회수를 곱해서 얻은 금액으로 한다.
최저사용료		본표에서 산출한 월액사용료가 5,000엔을 밑돌 경우는 5,000엔으로 한다. 이 경우, 송신 가능화하는 일수가 5일까지의 경우는 일액 1,000엔에 이용일 수를 곱해서 얻은 액수로 한다.	

② 수신된 기억 장치에서 다른 기억 장치로의 복제를 할 수 없는 것으로 수신된 장치에서 해당 데이터의 재생 가능한 기간이 7일을 넘어 30일까지인 경우

		정보료	
		있음	없음
광고료 등 수입	있음	광고료 등 수입여부에 관계없이 1곡 1리퀘스트인당 정보료의 5.6% 또는 5엔 60엔 중 많은 금액에 월간 총요청 횟수를 곱해서 얻은 액수로 한다.	1곡 1리퀘스트당 5원에 월 총 요청 횟수를 곱해서 얻은 금액으로 한다.
	없음		1곡 1리퀘스트당 4엔 50전에 월간 총 요청 횟수를 곱해서 얻은 금액으로 한다.
최저사용료		본표에서 산출한 월액 사용료가 5,000엔을 밑돌 경우는 5,000엔으로 한다. 이 경우에서, 송신가능화하는 일수가 5일까지의 경우는 일액 1,000엔으로 이용일 수를 곱해서 얻은 금액으로 한다.	

③수신처의 기억 장치에서 다른 기억 장치로 복제할 수 없는 것으로서, 수신업체에서의 해당 데이터의 재생 가능한 기간이 7일까지인 경우

		정보료	
		있음	없음
광고료 등 수입	있음	광고료 등 수입 여부에 관계없이 1곡 1리퀘스트인당 정보료 4.5%또는 4엔 50전 중 많은 금액에 월간총 요청 횟수를 곱해서 얻은 액수로 한다.	1곡 1리퀘스트당 3엔85전에 월간 총 요청 횟수를 곱해서 얻은 금액으로 한다.
	없음		1곡 1리퀘스트당 3엔 50전에 월간 총 요청 횟수를 곱해서 얻은 금액으로 한다.
최저사용료		본표에서 산출한 월액 사용료가 5,000엔을 밑돌 경우는 5,000엔으로 한다. 이 경우에서, 송신가능화하는 일수가 5일까지의 경우는 일액 1,000엔으로 이용일	

수를 곱해서 얻은 금액으로 한다.

④ ①~③에도 불구하고 착신음전용 데이터의 경우

		정보료	
		있음	없음
광고료 등 수입	있음	광고료 등 수입 유무에 관계 없이 1곡 1리퀘스트인당 정보료의 7.2% 또는 5엔 중 많은 금액에 월간 총 리퀘스트 횟수를 곱해서 얻은 금액으로 한다.	1곡 1리퀘스트당 5엔에 월간 총 요청 횟수를 곱해서 얻은 금액으로 한다.
	없음		
최저사용료		본표에서 산출한 월액 사용료가 5,000엔을 밑돌 경우는 5,000엔으로 한다. 이 경우에서, 송신가능화하는 일수가 5일까지의 경우는 일액 1,000엔으로 이용일수를 곱해서 얻은 금액으로 한다.	

(나) 음성프로그램¹⁾의 월액사용료는 이하의 표와 같다.

① 재생가능한 기간등에 제한이 없는 경우

		정보료	
		있음	없음
광고료 등 수입	있음	광고료 등 수입 유무에 관계 없이 1곡 1리퀘스트인당 정보료의 7.7% 또는 7엔70전 또는 3엔80전에 악곡수를 곱하여 얻은 액 중 많은 금액에 월간 총 리퀘스트 횟수를 곱해서 얻은 금액으로 한다.	1음성프로그램 1리퀘스트당 6엔60전 또는 3엔30전에 악곡수를 곱하여 얻은 액 중 많은 액수에 월간 총 요청 횟수를 곱해서 얻은 금액으로 한다.
	없음		1음성프로그램 1리퀘스트당 5엔50전 또는 2엔70전에 악곡수를 곱하여 얻은 액 중 많은 액수에 월간 총 요청 횟수를 곱해서 얻은 금액으로 한다.
최저사용료		본표에서 산출한 월액 사용료가 5,000엔을 밑돌 경우는 5,000엔으로 한다. 이 경우에서, 송신가능화하는 일수가 5일까지의 경우는 일액 1,000엔으로 이용일수를 곱해서 얻은 금액으로 한다.	

② 수신인 기억 장치에서 다른 기억 장치에 복제가 수 없는 것으로서 수신장치에서 해당 데이터의 재생 가능한 기간이 7일을 넘는 30일까지의 경우

		정보료	
		있음	없음
광고료 등 수입	있음	광고료 등 수입 유무에 관계 없이 1곡 1리퀘스트인당 정보료의 5.6% 또는 5엔60전 또는 1엔40전에 악곡수를 곱하여 얻은 액 중 많은 금액에 월간 총 리퀘스트 횟수를 곱	1음성프로그램 1리퀘스트당 5엔 또는 1엔20전에 악곡수를 곱하여 얻은 금액 중 많은 액수에 월간 총 요청 횟수를 곱해서 얻은 금액으로 한다.
	없음		1음성프로그램 1리퀘스트당 4엔50전 또

1) 악곡 외에 내레이션 기타 악곡이 아닌 음성을 수반하는 프로그램(영상을 수반하는 것은 제외)으로서 분할하여 수신하는 것이 불가능한 형식에 의해 1리퀘스트당 송신되는 단위를 말함.

입	음	해서 얻은 금액으로 한다.	는 1엔10전에 악곡수를 곱하여 얻은 액 중 많은 액수에 월간 총 요청 횟수를 곱해서 얻은 금액으로 한다.
최저사용료		본표에서 산출한 월액 사용료가 5,000엔을 밑돌 경우는 5,000엔으로 한다. 이 경우에서, 송신가능화하는 일수가 5일까지의 경우는 일액 1,000엔으로 이용일수를 곱해서 얻은 금액으로 한다.	

③ 수신 기억 장치에서 다른 기억 장치로 복제를 할 수 없는 것으로 수신장치에서 해당 데이터의 재생 가능한 기간이 7일까지의 경우

		정보료	
		있음	없음
광고료 등 수입	있음	광고료 등 수입 유무에 관계 없이 1음성프로그램 1 요청곡당 정보료의 4.5% 또는 4엔50전 또는 1엔10전에 악곡수를 곱하여 얻은 액 중 많은 금액에 월간 총 리퀘스트 횟수를 곱해서 얻은 금액으로 한다.	1음성프로그램 1리퀘스트당 3엔 85전 또는 96전에 악곡수를 곱하여 얻은 금액 중 많은 액수에 월간 총 요청 횟수를 곱해서 얻은 금액으로 한다. 다만, 이용자측에 해당 데이터의 재생가능한 기간 또는 회수에 3일 또는 3회까지의 제한이 있는 경우 및 재생시간이 10분 이내의 경우는 악곡수에 상관없이 2엔50전에 월간 총리퀘스트 회수를 곱하여 얻은 금액으로 한다.
	없음		1음성프로그램 1리퀘스트당 4엔50전 또는 1엔10전에 악곡수를 곱하여 얻은 액 중 많은 액수에 월간 총 요청 횟수를 곱해서 얻은 금액으로 한다. 다만, 이용자측에 해당 데이터의 재생가능한 기간 또는 회수에 3일 또는 3회까지의 제한이 있는 경우 및 재생시간이 10분 이내의 경우는 악곡수에 상관없이 2엔25전에 월간 총리퀘스트 회수를 곱하여 얻은 금액으로 한다
최저사용료		본표에서 산출한 월액 사용료가 5,000엔을 밑돌 경우는 5,000엔으로 한다. 이 경우에서, 송신가능화하는 일수가 5일까지의 경우는 일액 1,000엔으로 이용일수를 곱해서 얻은 금액으로 한다.	

(다) 정액제의 월액 사용료는 이하와 같다

① 수신인 기억 장치에서 수신자의 서비스 계약 해지 후 즉시 해당 음악의 이용이 불가능한 경우의 월액 사용료는 월간 정보료 및 광고료 등 수입의 7.7% 또는 77엔에 월간 총 가입자 수를 곱해서 얻은 액수 중 많은 금액으로 한다.

또한 정보료 및 광고료 등 수입이 없는 경우의 사용료는 55엔에 월간 총 가입자 수를 곱해서 얻은 금액으로 한다. 다만 본요율로 산출된 월액 사용료가 5,000엔을 밑돌 경우 5,000엔으로 한다.

② 수신인 기억 장치에서 수신자의 서비스 계약 해지 후 6개월 이내에 해당 데이터의 이용이 불가능하게 된 경우의 월액 사용료는 월간 정보료 및 광고료 등 수입의 12% 또는 120엔에

월간 총 가입자 수를 곱해서 얻은 액수 중 많은 금액으로 한다.

또한 정보료 및 광고료 등 수입이 없는 경우의 사용료는 85엔에 월간 총 가입자 수를 곱해서 얻은 금액으로 한다. 다만 본요율로 산출된 월액 사용료가 5,000엔을 밑돌 경우에는 5,000엔으로 한다.

2) 스트리밍 형식

월액 사용료는 동시 송신 가능화하는 악곡 수에 관계없이 아래 표와 같다. 다만 1곡(또는 1컨텐츠)을 이용할 때마다 정보료가 부과되는 방식에 의한 경우 해당 저작물(콘텐츠)의 사용료는 해당 정보료 4.5% 또는 4엔 50전 중 많은 액수에 해당 저작물(콘텐츠)의 월간 총 요청 횟수를 곱해서 얻은 금액 또는 아래 표의 최저 사용료액 중 많은 금액으로 한다.

또한 정보료 및 광고료 등 수입이 없는 경우의 사용료는 연액 50,000엔으로 한다. 이 경우에서 송신 가능화하는 일수가 1년이 안된 경우는 이용 곡수에 관계없이 월 5,000엔에 미리 정해진 이용 月數를 곱해서 얻은 금액으로 할 수 있다.

서비스메뉴의 구분	사용료율
주로 음악에 의해 구성되는 것	월간정보료 및 광고료 등 수입의 3.5%
일반 오락 등	월간정보료 및 광고료 등 수입의 2.5%
스포츠 뉴스 등 음악의 이용비율이 낮은 것	월간정보료 및 광고료수입의 1.0%
최저사용료	본표에서 산출한 월액 사용료가 5,000엔을 밑돌 경우 5,000엔으로 한다. 이 경우, 송신 가능화하는 일수가 5일까지인 때는 일액 1,000엔으로 한다.

(2)상업용 전송((1) 가운데, 가사나 악곡을 문자, 악보 등에 의해 가시적으로 이용하는 전송)

(3) 상업용송신(음악이외의 저작물을 이용하는 것을 주목적으로 하여 송신하는 경우((1), (2)의 규정이 적용되지 않는 경우))

- ① 다운로드형식
- ② 스트리밍형식

(4) 비상업용송신

- ① 다운로드형식

동시에 송신가능화하는 악곡 10곡마다의 연 사용료액 또는 월사용료액은 이용형태에 상관없이 아래 도표와 같다.

일반	개인이 영리를 목적으로 하지 않고 이용하는 경우	영리를 목적으로 하지 않는 교육기관이 이용하는 경우
연사용료액 50,000엔으로 한다. 또한 송신가능화하는 일	이용형태에 상관없이 연사용료 10,000엔으로 한다. 또한	이용형태에 상관없이 연 이용액 20,000엔으로 한다. 또

수가 1년이 안되는 경우는 월사용료 5,000엔으로 예정하는 이용월수를 곱하여 얻은 금액으로 할 수 있다.	이용기간이 1년에 이르지 않은 경우는 월사용료액 1,000엔으로 예정되는 월사용료액을 곱하여 얻은 금액, 동시에 송신가능화하는 악곡이 10곡에 미치지 않은 경우는 1곡당 연 사용료액 1,200엔, 이용기간이 1년에 미치지 않은 경우는 월사용료액 150엔으로 예정하는 월이용수를 곱하여 얻은 금액으로 할 수 있다.	한, 이용기간이 1년에 미치지 않는 경우는 월이용액 2,000엔으로 예정하는 이용월수를 곱하여 얻은 금액, 동시에 송신가능화하는 악곡이 10곡에 미치지 않는 경우는 1곡당 연사용료액 2,400엔, 이용기간이 1년에 미치지 않는 경우는 월액300엔으로 예정하는 이용월수를 곱하여 얻은 금액으로 할 수 있다.
---	--	--

② 스트리밍 형식

이용형태, 동시에 송신가능화하는 악곡수에 상관없이 연사용료액 또는 월사용료액은 아래의 표와 같다.

일반	개인이 영리를 목적으로 하지 않고 이용하는 경우	영리를 목적으로 하지 않는 교육기관이 이용하는 경우
연사용료액 30,000엔으로 한다. 또한 송신가능화하는 일수가 1년이 안되는 경우는 월사용료 3,000엔으로 예정하는 이용월수를 곱하여 얻은 금액으로 할 수 있다.	이용형태에 상관없이 연사용료 10,000엔으로 한다. 또한 이용기간이 1년에 이르지 않은 경우는 월사용료액 1,000엔으로 예정되는 월사용료액을 곱하여 얻은 금액, 동시에 송신 가능화하는 악곡이 10곡에 미치지 않은 경우는 1곡당 연 사용료액 1,200엔, 이용기간이 1년에 미치지 않은 경우는 월사용료액 150엔으로 예정하는 월이용수를 곱하여 얻은 금액으로 할 수 있다.	연 이용액 20,000엔으로 한다. 또한, 이용기간이 1년에 미치지 않는 경우는 월이용액 2,000엔으로 예정하는 이용월수를 곱하여 얻은 금액, 동시에 송신 가능화하는 악곡이 10곡에 미치지 않는 경우는 1곡당 연사용료액 2,400엔, 이용기간이 1년에 미치지 않는 경우는 월액300엔으로 예정하는 이용월수를 곱하여 얻은 금액으로 할 수 있다.

2. 개별이용허락계약

개별적 이용허락계약의 사용료는 1곡 1 리퀘스트마다 정하는 것으로서, 1곡 1리퀘스트당 정보료의 20% 또는 가사, 악곡 각각 20엔 중 많은 금액을 상한으로 하여 이용 상황 등을 참작해서 결정한다.

Ⅲ. 사용료 분배를 위한 사용곡목 보고

사업자들의 인터랙티브 송신에 관한 사용료 징수 및 분배와 관련해서는 인터랙티브 송신은 모든 음악 이용이 전자적으로 관리되고 있고, 이용자인 음악송신사업자 측이 이용 악곡을 미리

특정할 수 있어 JASRAC은 사업자들로부터 이용 약곡 전곡의 보고를 받아 이를 바탕으로 분배가 가능하다.

JASRAC에 보고되는 이용 약곡의 수는 2005년도의 1억 2천 만곡에 비해 2014년도에는 약 11억 3천 만곡으로 약 9배로 증가하였다. 이런 현상은 음원 시장의 확대와 그에 따른 서비스 수의 증가에 기인하지만 예를 들면 다운로드 형식에 의한 송신의 경우 기존의 패키지소프트웨어에 서와 같이 ‘음반을 없애거나 하지 않고 유저가 요청할 수 있는 상태로 송신가능화한 약곡이 매월 늘어나고 있는 것도 한 요인이 되고 있다.

앞으로는 클라우드 컴퓨팅을 이용한 대규모 서비스 이용이 한층 늘어날 것으로 전망되기 때문에, 이용 약곡수는 계속해서 증가할 것으로 보인다. 이런 가운데 JASRAC에 대한 보고에 필요한 정보를 정리하는 음악송신사업자와, 보고를 받아서 청구·분배 처리를 하는 JASRAC, 두 측 모두 작업에 대한 부하가 높아져 왔다.

그 대응으로 JASRAC 등의 저작권관리사업자와 음악송신사업자가 쌍방의 작업 부하의 경감을 목적으로 2009년 3월 일반사단법인 저작권정보집중처리기구(CDC)를 설립하여, 2010년 4월부터 핑거프린팅 기술을 이용한 음악 검색이나 이용곡목 보고 데이터의 일괄 작성 등을 가능하게 하는 저작권정보집중처리시스템인 Fluzo를 운용하고 있다.

IV. 시사점 · 餘論

1. 계약체결방식

인터랙티브 송신(전송)의 경우, 일본에서는 개별적 이용허락계약 방식과 포괄적 이용허락계약 방식이 함께 이용되고 있다. 일본과 비교해 볼 때, 우리나라의 경우는 전송과 관련하여 징수규정에 포괄적 이용허락계약 방식은 존재하지 않는다.

2. 복수관리단체가 존재하는 경우의 저작권정보 집중처리시스템의 유용성

온라인 서비스 음악저작물이 늘어나면서 음악송신사업자와 JASRAC의 정보처리 부하가 높아져왔는바, 이에 대응하기 위하여 2010년 4월부터 저작권정보집중처리기구(CDC)를 설립하여, 저작권정보의 집중처리시스템 (Fluzo)를 운용함으로써 핑거 프린팅 기술을 이용한 음악 검색이나 이용 곡목 보고 데이터의 일괄 작성 등을 가능하게 하여 복수관리단체의 저작물이용을 효율화하고 있다. 우리나라도 복수신탁단체의 등장으로 이용자측이 권리자를 찾아서 권리를 처리하는 것이 더 힘들게 되었는데, 일본의 저작권정보의 집중처리시스템은 이러한 복수관리단체의 저작물이용 효율화를 위한 참고가 될 수 있을 것으로 보인다.

3. 일본의 스트리밍 음악서비스에 대하여

(1) 현황

소셜 게임 등을 다루는 일본 기업, DeNA의 음악 스트리밍앱 “Groovy“가 2013년 서비스를 시작한 지 불과 1년 지나서 2014년 3월에 서비스를 종료하였다.

이후 2015년 6월 11일 LINE이 독자적인 스트리밍형 음악 서비스 “LINE MUSIC“의 서비스 개시를 발표했다. 이는 150만곡 이상의 악곡을 맘껏 들을 수 있는 서비스로서 “1개월 1000엔으로 재생 시간 무제한“과 “1개월 500엔으로 재생 시간 20시간“이라는 2개의 플랜이 설정되어 있다.

그리고, 7월1일부터 애플이 스트리밍음악서비스를 시작하였다. 이 서비스는 기본적으로 광고 수입으로 운영되고 있지만 2000만명의 유료 회원을 두고 있으며 이는 이 서비스를 이용하는 총 7500만명의 4분의 1을 차지하는 숫자이다.

(2) 일본의 스트리밍 음악서비스의 발전이 늦은 이유

1) 라이선스교섭의 어려움

스트리밍형 음악 서비스를 시작하려면, 음악 라이선스가 필요하고, 라이선스권 획득하기 위해서는, 레코드 회사와 협상해야 하는데 여기에는 시간이 걸린다. 일본의 경우, 음악 업계가 세분화되어 있기 때문에 교섭할 곳이 수없이 많아서, 협상이 복잡하다.

“Wall Street Journal“의 다른 기사에도 “일본 음악 산업은 세계 대부분 나라와는 달리 소수의 메이저 음반사가 독점하는 상황이 아니다“라는 기술이 있다. 예를 들어 미국에서는 전 음악의 대략 85%를 메이저 음반제작사가 소유하고 있다. 이에 비해 일본에서는 이 비율은 약 36%정도이다.

Spotify는 현재 세계 53개국에서 제공되고 있으며 이 서비스의 카탈로그에 있는 1500만 곡을 이용할 수 있으나, 일본에는 아직 진출하지 않고 있다. 그 배경에는 음악 권리 단체와의 계약이 난항을 겪고 있다는 점이다. 이는 JASRAC만이 아니라, 일본의 음악 산업은 여러 이해관계가 복잡하게 얽혀 있어서, 콘텐츠 업계 중에서도 음악분야는 신규 사업이 받아들여지기 힘든 장르로 알려지고 있다.

2) 이익의 폭이 큰 CD의 꾸준한 판매

“일본 팝아이돌“의 인기 덕에 CD가 잘 팔리는 상황에서 일본의 음반제작사들은 여전히 CD를 마케팅 전략의 주요 요소로 보고 있다. 미국에서 2006년 전 89점포를 폐쇄한 타워 레코드가 일본에서는 아직도 87점포를 갖고 500억엔을 넘는 매출을 올리고 있는 것이 그 좋은 사례이다.

잘 팔리는 이유 중의 하나로 꼽히는 것이 일본 특유의 소매 에코 시스템입니다. 이 시스템에서는, 소매업자 판매 가격에 제약이 가하고 있고 무리한 염가 판매를 할 수 없도록 되어 있다. 이러한 규제덕분에, 신작 CD가격은 20달러 안팎에서 가격이 더 이상 떨어지지 않는다.

디지털콘텐츠 관련 표준계약서에 대한 검토

김 창 화¹⁾

I. 디지털콘텐츠 제작(도급) 표준계약서

1. 제5조(비밀유지)

제5조(비밀유지) ① 원사업자와 수급사업자는 이 계약에서 알게 된 상대방의 업무상 비밀을 상대방의 동의 없이 이용하거나 제3자에게 누설해서는 아니 된다.

1) 의견

- 상대방의 동의 없이 이용하거나 제3자에게 누설해서는 아니 된다는 부분 삭제
- 비밀유지 의무를 계약 종료 후 1년 이내로 제한하는 등의 보완이 필요함

2) 검토

- 상대방의 동의 없는 이용은 기간의 제한 없이 영구적인 것이 타당함
- 하지만, 비밀 유지의 의무는 적정 기간으로 제한하는 것이 필요함
 - 일반적으로 디지털콘텐츠 제작 과정 중에는 비밀을 유지할 필요가 있으나, 해당 디지털콘텐츠가 발표된 후에는 영업비밀로서 유지될 필요가 있는 경우를 제외하고는 비밀 유지의 필요성이 감소할 것으로 보임
 - 또한, 비밀 유지에 필요한 조치 등이 이루어지기 위해서는 비용 문제 등의 여러 문제가 발생함
 - 비밀 준수 의무기간과 영업금지기간을 퇴직 후 1년으로 제한하는 판례 등이 존재함²⁾

1) 한밭대학교 공공행정학과 조교수.

2) 수원지법 2000. 6. 7. 자. 2000카합95 결정(첨단기술 분야에 종사하면서 특정한 연구개발을 수행하던 근로자가 소속 회사와 사이에 퇴직 후 1년 동안 경쟁업체에 취업하지 않고 영업비밀을 제3자에게 공개하거나 직접 사용하지 않겠다는 내용의 약정을 체결한 경우, 그 영업금지약정이 헌법상 개인의 직업선택의 자유를 부당하게 제한하는 것이라고 볼 수 없다는 이유로 유효하고, 그 영업금지 의무 및 영업비밀 의무의 존속기간은 퇴직 후 1년까지로 인정함이 상당하다고 한 사례).

2. 제7조(제작협의 및 지시)

제7조(제작협의 및 지시) ① 수급사업자는 계약체결일로부터 ()일 이내에 콘텐츠의 제작에 관한 기획안을 마련하여 원사업자와 협의해야 한다.

② 원사업자는 제1항에 따른 기획안이 이 계약의 목적과 일치하지 않을 경우 ()일 이내의 기간을 정하여 수정을 요구할 수 있다. 이 경우 수급사업자는 원사업자의 요구를 반영하여 기획안을 수정하고, 그 사실을 통지한다.

③ 원사업자는 수급사업자에게 콘텐츠의 제작과정에 대하여 중간보고를 요구할 수 있으며, 수급사업자는 불가피한 경우를 제외하고 3영업일 이내에 중간보고를 한다.

1) 의견

- 기획안 제출은 각 업체별, 계약 유형별 등 여러 조건에 따라 자율적으로 정할 수 있어야 하며, 본 건과 같이 “() 이내”로 하는 것은 계약 체결의 자유를 제한하는 것으로 볼 수 있음
- 제1항과 마찬가지로 양 당사자간의 계약 체결 자유의 원칙에 따라 처리할 부분이지, 00일 이내 수정 요구할 수 있다는 문구를 표준 계약에 포함시키는 것은 바람직하지 않음

2) 검토

- 제1항과 제2항의 기획안 제출과 수정 요구는 상당한 기간을 협의하여 정할 수 있기 때문에, 계약 자유의 원칙에 반한다고는 볼 수 없음
 - 또한, 제5항에서 기획안을 협의 하에 수정할 수 있는 것으로 하고 있어, 큰 문제가 없어 보임
- 오히려, 제3항의 중간보고 요구의 경우, 해당 보고 유형에 따라 중간보고 준비 기간이 달라질 수 있기 때문에, 3영업일을 자유롭게 정할 수 있게 하는 것이 타당해 보임

3. 제8조(이용상품 등의 제작)

제8조(이용상품 등의 제작) ① 수급사업자는 이 계약에 따른 콘텐츠와 별도로 이용자가 콘텐츠의 내용을 알 수 있는 이용상품을 제작해야 한다. 다만, 아바타 등과 같이 이용상품이 필요없는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 원사업자가 콘텐츠에 대한 권리보호를 위해 기술적 보호조치(DRM 등)를 요구하였을 경우, 수급사업자는 콘텐츠에 이를 설치해야 한다.

1) 의견

- 시용상품 제작여부는 양 당사자 간의 협의에 따라 결정할 부분이며, 표준 계약에서 항상 시용 상품을 제작해야 하는 것으로 명시하는 것은 수급 사업자에게 불리한 내용에 해당함
- 아바타를 시용상품으로 필요 없는 경우로 설명하는데, 콘텐츠산업진흥법 제27조(청약철회) 제1항에서는 청약철회 및 계약 해제가 불가능한 예로 시용 상품 제공, 콘텐츠 일부/한시적 이용 가능하도록 한 경우를 적시하고 있는바, 일반적으로 아바타 구매 시 사전 미리보기 또는 적용 등의 방법으로 구매 전 이용자가 아바타를 미리 사용하고 구매 결정을 할 수 있도록 하고 있음
- 기술적 보호조치가 콘텐츠산업진흥법 제2조 제1항 제7호를 말하는 것인지 용어정의가 필요함

2) 검토

- 원사업자가 콘텐츠를 판매하기 위해 시용상품이 필요하고, 이를 제작단계에서 제작하여 제공할 필요가 있는 것은 타당해 보임
 - 하지만, 이를 수급사업자의 의무로 규정하는 것은 의문이 있음
 - 먼저, 제2조의 정의 상, 시용상품의 제작이 이용자를 보호하기 위해 반드시 필요한 것인지 아니면 이용자에게 서비스 차원에서인지가 명확하지 않으나, 시용상품이 이용자 보호를 위해 반드시 필요한 것이라고는 해석되지 않음
 - 또한, 시용상품을 제공하는 경우, 이용자의 청약철회나 계약 해제에 대한 제한이 될 수 있어 이용자 보호 측면만을 갖고 있는 것이 아님
 - 더욱이, 시용상품이 필요한 경우와 필요 없는 경우도 명확하지 않음
 - 따라서 원사업자가 필요한 경우 수급자와 협의하여 제작하는 것이 보다 타당할 것으로 판단됨
- 제2항의 기술적 보호조치는 저작권법과 콘텐츠산업진흥법 등에서 말하는 것을 포함하여, 모든 기술적 보호조치를 포함하는 것으로 해석됨
 - 다만, 기술적 보호조치를 요구하는 경우 수급업자가 반드시 해야 되는 것으로 하기 보다는 수급업자에게 요구할 수 있고, 정당한 보상과 현실적으로 가능한지 여부를 살펴 할 수 있도록 하는 것이 타당해 보임(“요구하였을 경우, 수급사업자는 정당한 이유가 없는 한 설치해야 한다.”)

4. 제12조(하도급)

제12조(하도급) ② 제1항 단서에 따라 수급사업자가 수급사무의 일부를 제3자에게 하도급한

경우, 그 제3자의 행위로 인하여 발생한 원사업자의 손해에 대하여 수급사업자는 제3자와 연대하여 책임을 진다.

1) 의견

- 하도급의 형태로 제3자(하도급업체)가 제공하는 업무로 인한 결과에 대한 연대 책임은 도급-하도급 업체 간의 계약에 따른 것이니 본 계약을 근거로 제3자에게 결과 책임을 연대 하도록 하는 것은 불가함

2) 검토

- 원칙적으로 하도급은 수급인과 하수급인 사이의 독립된 계약이므로 원도급인과 하수급인 사이에는 권리·의무관계가 발생하지 않음
 - 다만, 하수급인은 도급인에 대한 관계에서 원수급인의 이행보조자의 지위에 서게 되는 것이 원칙임
 - 이행보조자의 고의나 과실은 채무자의 고의나 과실로 인정되며, 채무자는 이행보조자의 채무불이행에 관한 고의·과실에 대해서도 책임을 부담하게 됨
 - 건설산업기본법에서는 하수급인이 고의 또는 과실로 그 공사의 시공을 조잡하게 하여 타인에게 손해를 가한 경우, 귀책사유가 없는 수급인도 연대책임을 진다는 판례가 존재함³⁾
 - 종합컨대, 하도급의 경우 수급사업자가 하도급인과 함께 연대하여 책임을 질 수 있을 것으로 보임

5. 제13조(유사 콘텐츠의 제작제한)

제13조(유사 콘텐츠의 제작 제한) 수급사업자는 원사업자의 권리를 침해하지 않은 범위 내에서 이 계약에 따라 제작한 콘텐츠와 유사한 콘텐츠의 제작에 관하여 원사업자 이외의 다른 사업자와 계약을 체결할 수 있다.

1) 의견

- 동 조항에 따라 을이 유사콘텐츠를 경쟁사와 중복 제작하여 갑에게 손해를 발생시킬 수 있는 등 동 규정은 불필요한 지식재산분쟁을 유발시킬 수 있으므로 삭제하는 것이 요구됨

3) 대법원 2005. 11. 10. 선고. 2004다37676 판결.

2) 검토

- 본 규정의 내용은 제목과 일치하지도 않으며, 권리를 침해하지 않는 범위와 유사한 콘텐츠의 범위도 불명확하며, 침해가 아니라면 당연히 제작할 수 있는 것이기 때문에, 본 규정은 존재의 이유가 없음

6. 제15조(납품기한의 연장)

제15조(납품기한의 연장) ③ 원사업자는 제2항에 따라 납품기한을 연장할 경우, 그 연장기간 동안 제27조에서 정한 지체상금의 1/2을 지급할 것을 조건으로 할 수 있다. 다만, 그 연장이 수급사업자의 책임없는 사유에 의한 경우에는 그러하지 아니하다.

1) 의견

- 납품 기한 연장 사유에 대한 귀책사유에 대한 판단 없이 무조건 지체상금을 지급하는 것으로 한 부분과 1/2로 특정한 근거가 없는 부분에 대한 검토 및 설명이 전혀 없음

2) 검토

- 제3항에서 기한을 연장하는 경우 지체상금의 1/2을 지급하기로 하는 규정은 이미 지체상금이 제27조에 존재하는데, 따로 둘 필요는 없어 보임
 - 수급사업자가 책임 있는 경우, 미리 연장을 요청하면 책임을 반으로 해주겠다고 하는 것인데, 이는 오히려 지체상금 규정을 무력화시키는 문제가 있음

7. 제16조(기술자료 제공 강요 금지 등)

제16조(기술자료 제공 강요 금지 등) ② 제1항 단서에 해당하는 경우에도 원사업자는 그 목적 달성을 위해 필요한 최소한의 범위내에서 기술자료를 요구해야 한다. 이 경우에 원사업자는 다음 각 호의 사항을 모두 기재한 서면을 수급사업자에게 교부해야 한다.

1) 의견

- 기술 자료가 수급사업자의 영업 비밀에 해당하는 경우, 본 조항에 따르면 원사업자의 제공

요청에 응하여야 하는 결과가 발생하여, 수급사업자에게 부당하게 불리한 조항이 될 수 있음

2) 검토

- 원칙적으로 원사업자는 수급사업자에게 기술 자료의 제공을 강요할 수 없지만, 예외가 허용됨
 - 하도급법 제12조의3 제1항은 원사업자가 정당한 사유를 입증한 경우 기술 자료를 요구할 수 있는 것으로 하고 있으므로, 법의 내용과 일치함⁴⁾
 - 다만, 문제는 영업비밀에 해당하는 기술 자료의 제공인데, 영업비밀에 해당하는 자료까지 제출토록 하는 것은 공평의 관점에서 문제가 있음
 - 이 경우, 수급사업자에게도 예외적으로 제출할 수 없는 경우 즉, 영업비밀과 같은 정당한 사유를 인정하는 것이 필요함

8. 제17조(부당한 계약해제 및 수령지연의 금지)

제17조(부당한 계약해제 및 수령지연의 금지) ② 원사업자는 정당한 이유없이 수급사업자의 납품에 대하여 수령을 거부하거나 지연해서는 아니된다.

1) 의견

- “정당한 이유 없이” 라는 문구가 자칫 수급사업자가 용역의 완성을 통하여 결과물을 원사업자에게 제공한 것에 대해서 모호한 사유를 들어 수령 거부나 지연을 하는 것에 대해 수급사업자가 피해를 볼 수 있는 조항에 해당함

2) 검토

- 본 조항은 수급사업자를 보호하는 규정으로서 공평의 관점에서 타당한 것으로 보임

9. 제19조(저작권의 귀속)

4) 하도급거래 공정화에 관한 법률 제12조의3(기술자료 제공 요구 금지 등) ① 원사업자는 수급사업자의 기술자료를 본인 또는 제3자에게 제공하도록 요구하여서는 아니 된다. 다만, 원사업자가 정당한 사유를 입증한 경우에는 요구할 수 있다.

제19조(저작권의 귀속) ② 수급사업자는 콘텐츠에 대한 저작권(2차적저작물작성권은 제외한다. 이하 같다)을 원사업자에게 양도하며, 원사업자가 저작권을 등록할 경우 이에 협력해야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 않는다.

1. 이 계약이 무효이거나 취소 또는 해제된 경우

2. 콘텐츠에 대한 저작권료를 지급하기로 합의하지 않은 경우

③ 제2항 제2호의 경우, 원사업자는 필요한 범위 내에서 콘텐츠에 대한 저작권의 일부 또는 전부를 양수하거나 이용허락을 받기 위해 수급사업자에게 협의를 요청할 수 있으며, 수급사업자는 정당한 사유가 없는 한 협의에 응해야 한다.

1) 의견

- 콘텐츠 제작(도급)에 대한 계약이라고 무조건 저작권이 원 사업자에게 귀속되는 것은 아님에도 불구하고 본 조항은 원사업자가 저작권을 보유하는 것으로 하고 있음
- 또한, 계약에 따라 자율적으로 2차적 저작물작성권을 저작권과 같이 원사업자에게 부여할 것인지 여부를 결정할 수 있도록 하여야 함

2) 검토

- 수급사업자가 저작권을 원사업자에게 양도할 의무는 전혀 없음
 - 수급사업자와 원사업자의 필요에 따라 양도하거나 이용허락 계약 등을 자유롭게 할 수 있도록 해야 함에도 불구하고, 이를 의무화하는 것은 타당하지 않음
 - 저작권의 전체 양도 시 2차적 저작물작성권은 포함되지 않는 것으로 해석되는데, 굳이 2차적 저작물작성권을 여기서 제외할 필요는 없으며, 이는 계약의 협의사항임
- 제3항의 내용이 제2항의 주요 내용이 되어야 함

II. 디지털콘텐츠 제작(하도급) 표준계약서

1. 제4조(채권·채무의 양도금지)

제4조(채권·채무의 양도금지) 원사업자와 하수급사업자는 상대방의 동의가 없는 한, 이 계약상 채권·채무의 전부 또는 일부를 제3자에게 양도하거나 담보로 제공할 수 없다. 다만, 다음 각 호에서 정한 권리는 그러하지 아니하다.

1. 이 계약에서 발생한 손해배상청구권
2. 하수급사업자의 대금등청구권

1) 의견

- 단서인 손해배상청구권과 을의 대금청구권 역시 상대방에 대한 청구권을 제3자에게 제공할 경우 제3자 채권양도 절차에 따르거나 채권양도금지 특약을 할 수도 있으므로 불필요한 조항이기 때문에 단서를 삭제해야 함

2) 검토

- 본 규정은 원사업자와 하수급사업자의 성실의무 차원에서의 주의적 규정으로 보임
- 단서 조항은 예시적 규정으로 보이는데 이를 따로 덧붙일 필요성은 매우 낮다고 보임

2. 제5조(비밀유지)

제5조(비밀유지) ① 원사업자와 하수급사업자는 이 계약에서 알게 된 상대방의 업무상 비밀을 상대방의 동의 없이 이용하거나 제3자에게 누설해서는 아니 된다.
② 제1항을 위반하여 상대방에게 손해를 입힌 경우에는 이를 배상한다. 다만, 손해배상책임을 지는 자가 고의 또는 과실없음을 증명한 경우에는 그러하지 않는다.

1) 의견

- 제1항 : 본 계약의 목적 상 비밀유지는 매우 중요한 요소로 판단되며, 이에 따라 상대방의 동의에 대한 방법을 엄격히 제한(서면 등)하고, 제3자의 범위에 대한 제한(직무에 관련된 자 이외)이 필요함
- 제2항: 선언적 조항으로 실효성을 위해서는 사전 양 당사자 간에 손해배상 합의 또는 조정 절차의 도입이 필요함

2) 검토

- 앞의 도급계약서와 같은 내용임

Ⅲ. 디지털콘텐츠 위탁매매 표준계약서

1. 제11조(위탁매매의 개시)

제11조(위탁매매의 개시) ① 위탁매매인은 이용자가 콘텐츠를 구입하여 이용할 수 있도록 판매서비스를 제공해야 한다.

② 위탁매매인은 자신의 비용과 책임으로 콘텐츠의 판매를 위해 필요한 시스템을 구축해야 하며, 그 운영과 유지보수에 대해 책임을 부담한다.

1) 의견

○ 이용자가 스마트콘텐츠를 거래할 수 있게 한다는 것'이 어떤 의미인지 명확하지 않으며 또한 동 조항은 의무조항으로 해석되므로 본 계약서가 예정하고 있는 거래구조와는 맞지 않음

2) 검토

○ 제1항이 제2항과 별도로 규정되어야 할 이유가 없는 것으로 보이며, 사실 제2항의 시스템 구축도 판매 유형에 따라 당연히 되는 부분이지 그것을 규정으로 해야 할 필요가 있는지 의문임

- 또한, 제11조의 내용 대부분이 의무 규정으로 되어 있는데, 판매서비스를 제공하고 시스템을 구축하는 것을 강제할 필요는 없으며, 그 운영과 유지보수에 대한 책임을 누가 부담할 것인가만 규정하는 것으로 충분해 보임

2. 제13조(광고)

제13조(광고) ① 위탁매매인은 콘텐츠를 홍보하거나 판매를 촉진하기 위해 광고할 수 있다.

1) 의견

○ 광고비의 부담주체에 대한 규정이 본 조에 없는 바, 이에 대한 보완이 필요함

2) 검토

○ 위탁매매에서 광고의 주체는 위탁매매인이 되는 것으로 할 수 있지만, 광고비의 부담 주체

가 누구인지는 불분명함

- 광고와 별도의 프로모션을 분리할 필요가 있는지, 그리고 분리할 수 있는지도 의문임(제13조의 광고 v. 제14조의 판촉)
- 원칙적으로 위탁매매인이 광고비를 부담한다고 하는데, 그 근거가 무엇인지 불분명함
- 양 당사자의 합의에 의하는 것이 타당하다고 보여짐

3. 제14조(판촉)

제14조(판촉) ③ 위탁매매인은 합의를 통하여 제1항에 따른 이벤트 등의 실시에 따른 판촉비용의 일부를 위탁인에게 부담시킬 수 있다. 이 경우 위탁인과 위탁매매인의 부담비율은 제4항 제4호에서 정한 경제적 이익의 비율로 한다.

④ 제3항에 따라 판촉비용을 위탁인에게 부담시킬 경우, 위탁매매인은 다음 각 호에서 정한 사항을 위탁인과 서면으로 합의하고, 각각 서명 또는 기명날인해야 한다.

1. 이벤트 등의 명칭·성격·기간
2. 이벤트 등을 통하여 판매할 콘텐츠의 종류. 단, 위탁인이 판매를 의뢰한 콘텐츠가 복수인 경우에 한한다.
3. 이벤트 등에 소요될 것으로 예상되는 비용의 규모 및 사용내역
4. 이벤트 등을 통하여 위탁인과 위탁매매인이 얻을 것으로 예상되는 경제적 이익의 비율
5. 판매촉진비용의 부담 비율 또는 액수

⑤ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우, 위탁인은 위탁매매인에게 제3항에 따른 판촉비용의 감액을 청구할 수 있다. 이 경우 위탁매매인은 위탁인과의 협의를 통하여 그 감액비율을 정한다.

1. 실제 소요된 비용이 제4항 제3호에서 정한 예상 비용보다 적은 경우
2. 실제 발생한 이익이 제4항 제4호에 따라 예상된 경제적 이익보다 적은 경우

1) 의견

- o 현재 콘텐츠거래에 있어서 합의에 의한 비율분담이 상관습으로 되어있으므로 동 조항과 같은 의무는 오히려 판매촉진활동을 저해함
- o 기간과 같은 경우 시장의 상황에 따라 변동이 가능하므로 사전 서면 동의는 오히려 상호 불이익이 될 수 있음
- o 사후 정산해야만 확인되는 사용내역을 사전에 계약사항으로 규정할 수 없음
- o 제5항 제2호의 경우 판촉의 결과로 얼마나 이익이 될 것인지는 예측하기 어려운 상황이므로 상관습상 계속적 계약관계에서 양 당사자 간 협의로 진행할 수 있는 부분이므로 계약사항에 반영할 필요가 없음

2) 검토

- 제3항의 부담비율은 대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률 제11조에 따라 적정한 것으로 보임
- 제4항 각호에서의 용어는 다소 문제가 있어 보임
 - 기간은 비용의 산정 측면에서도 존재하는 것이 보다 타당해 보이며, 기간을 어느 일방이 일방적으로 단축하거나 연장시키는 것을 막는 차원에서 필요해 보임
 - 사용내역이 사용예정 항목의 의미로 해석할 수 있다고 하나, 그렇다면 예상되는 비용과 다르게 없으며, 상식적으로 사용내역을 사전에 계약사항으로 하는 것은 이해되지 않음
- 경제적 이익이 실제 발생한 이익보다 적은 경우 비용의 감액을 청구할 수 있는가 여부는 위탁인과 위탁매매인의 이익 모두가 감소한 경우에는 감액을 청구하는 것이 무리가 있지만, 위탁인의 이익만이 감소한 경우에는 감액을 청구할 수 있을 것으로 보임

4. 제18조(전속위탁매매계약의 제한)

제18조(전속위탁매매계약의 제한) ③ 위탁인이 전속위탁매매계약을 위반한 경우, 위탁매매인은 다음 각 호에서 정한 하나 또는 복수의 조치를 취하거나 청구할 수 있다.

1. 제3자와의 위탁매매계약의 해제 또는 해지
2. 이 계약의 해제 또는 해지. 다만, 위탁인이 거절한 경우를 제외하고, 위탁매매인은 위탁인이 제3자와의 위탁매매계약을 종료할 수 있도록 15일 이상의 기간을 정하여 최고하여야 한다.
3. 손해배상. 다만, 위탁인이 고의 또는 과실없음을 증명한 경우에는 그러하지 아니한다.

1) 의견

- 전속약정을 '고의 또는 과실' 없이 위반할 수 있는 경우가 있는지 의문임

2) 검토

- 전속약정을 고의 또는 과실 없이 위반할 수 있는 경우가 있을 수도 없을 수도 있지만, 고의 또는 과실에 대한 입증책임을 위탁인에게 돌리고 있기 때문에 큰 문제는 없어 보임

5. 제25조(계약기간 및 갱신)

제25조(계약기간 및 갱신) ① 위탁인과 위탁매매인이 계약기간을 정하지 않은 경우, 그 기간은 계약체결일로부터 6개월로 한다.

1) 의견

- 6개월이 지나 연장단계에 언제든지 계약이 해지될 수 있도록 한 것은 지나치게 계약상 지위를 불안하게 만들어 갑을 누구에게도 이익이 되지 않음. 계약기간은 자율적으로 정해질 필요가 있으며 자동연장 조항도 선택사항으로 기입 가능하여야 함

2) 검토

- 6개월과 1년은 상관습에 의해 결정되는 것이 타당해 보임
 - 실무자들의 견해를 참조하여 반영해야 할 것임
 - 자동연장은 약관규제법 제12조에 의해서도 타당하지 않아 보이며, 사업의 주체들이 사정변경을 고려할 때 자동연장은 적정하지 않아 보이며, 재계약을 통해서 충분히 해결할 수 있을 것으로 보임

6. 제27조(계약의 해제 또는 해지)

제27조(계약의 해제 또는 해지) ① 위탁인 또는 위탁매매인은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 이 계약의 그 전부 또는 일부를 최고없이 해제 또는 해지할 수 있다.

1. 위탁인과 위탁매매인이 합의한 경우
2. 위탁인 또는 위탁매매인이 금융기관으로부터 거래정지처분을 받은 경우
3. 위탁인 또는 위탁매매인이 감독관청으로부터 영업취소·영업정지 등의 처분을 받은 경우
4. 위탁인 또는 위탁매매인이 부도, 파산 또는 회생절차 개시 등을 이유로 정상적 영업활동이 불가능한 경우
5. 위탁인 또는 위탁매매인이 해산, 영업의 양도 또는 타 회사로의 합병을 결의한 경우. 다만, 영업의 양수인 또는 합병된 회사가 그 권리와 의무를 승계함에 대해 상대방이 동의한 경우에는 그러하지 아니한다.
6. 위탁매매인이 재해 기타 사유로 인하여 이 계약의 내용을 이행하기 곤란한 경우. 다만, 일시적인 경우에는 그러하지 않는다.
7. 위탁매매인의 서비스 지연, 오류 등이 발생하여 위탁인이 월 2회 이상 또는 누적하여 5회 이상 시정을 요구한 경우
8. 위탁인과 위탁매매인이 합의하여 월 최소 매출액을 정하였지만, 3개월 연속하여 실제

판매량이 이보다 저조한 경우

9. 기타 당사자 사이의 신뢰관계를 현저히 해하는 등 이 계약을 유지할 수 없는 중대한 사유가 발생한 경우

1) 의견

○ 계약의 해제 해지의 조건으로 시정요구 누적을 의무화하는 것은 오히려 양 당사자에게 불리하므로 삭제되어야 함

2) 검토

- 위탁인이 위탁매매인의 책임을 묻는 방법으로는 타당해 보이나, 그 회수에 대해서는 실무자들의 견해가 필요함
- 3개월간 월 최소 매출액에 도달하지 못한 경우의 해제 또는 해지는 양 당사자의 이익 균형 차원에서 큰 문제는 없어 보이지만, 월 최소 매출액을 정하는 경우 한 쪽의 이익이 지나치게 피해를 입지 않아야 할 것임

IV. 디지털콘텐츠 중개 표준계약서

1. 제7조(판매자계정의 제공)

제7조(판매자계정의 제공) ② 중개자가 제공하는 판매자계정은 중개의뢰자가 다음 각 호의 사항을 모두 등록할 수 있도록 설정되어야 한다.

1. 콘텐츠 및 시용상품. 다만, 아바타 등 시용상품이 필요 없는 경우에는 그러하지 아니하다.
2. 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」 제13조 제1항 및 제2항에서 규정한 사항
3. 기타 관련 법령에서 표시 또는 등록하도록 규정한 사항

1) 의견

○ 계약서에서는 앱등록자들 모두 전상법 제12조에 따른 통신판매신고를 하는 것을 전제로 하고 있으며, 아울러 모든 앱 등록자들이 사업자 등록을 했을 것 또한 전제로 하고 있음

(대상조항들참조)

- 그러나 이는 현재의 앱스토어의 콘텐츠를 올리는 자의 상당수가 개인 개발자로 동 규정은 현실과 상당히 동떨어져 있음
- 또한 동 규정으로, 국내 앱스토어만 규제하므로 이와 같은 내용을 강제하게 된다면 국내 앱스토어에 앱을 등록할 개발자는 거의 없을 것임
- 즉, 구글플레이, 애플앱스토어 등 해외 사업자와의 역차별이 발생함
- 국내 앱스토어에서는 현재 개인개발자의 경우 개인정보보호를 위해 약관 동의하는 시점에 정산정보를 받지 않고 정산이 필요한 시점에 계좌 등의 정보를 받고 있으며, 이는 개인정보보호법에서 개인정보의 경우 최소한의 필요한 정보만, 필요한 시점에 받는 것을 원칙으로 하고 있는 부분은 고려한 것임
- 따라서 관련법령 준수만을 규정하는 것이 타당함

2) 검토

- 판매자계정에 대한 명확한 정의 규정이 존재하지 않아, 이에 대한 의미가 불분명함
 - 다만, 제7조에서 중개자가 제공하는 판매자계정에 제2항 각호의 사항을 등록할 수 있도록 하는 것은 등록의 사항과 연결되어서 결정되어야 할 것으로 판단되며, 등록을 할 수 있도록 계정을 제공하는 것은 큰 문제가 되지 않아 보임
- 문제는 제8조에서의 중개를 위한 거래정보의 등록 사항인데, 앱등록 사용자는 통신판매를 업으로 하는 자로서 개인이건 법인이건 간에 통신사업자에 해당한다고 보여짐
 - 따라서 전자상거래 등에서의 소비자 보호에 관한 법률에 의해, 통신판매의 거래횟수와 거래규모가 최근 6개월 동안 10회 미만 또는 600만원 미만인 경우가 아니라면 신고의무 있음
 - 그렇다면, 판매를 하는 경우 이용자 보호의 측면에서 위의 사항을 등록하는 것은 필요하다고 생각됨

2. 제9조(신원정보 등의 확인 및 정정)

제9조(신원정보 등의 확인 및 정정) ① 중개자는 제8조 제1항에 따라 중개의뢰자가 등록한 정보 중 다음 각 호에서 정한 정보의 진위를 확인해야 한다.

1. 상호·대표자 성명(사업자가 법인이 아닌 경우 그 대표자의 성명을 갈음하여 사업자의 성명)
2. 주소·전화번호·전자우편주소
3. 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」 제12조에 따라 공정거래위원회 또는 특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 한 신고의 신고번호와 그 신고를 받은 기관의

이름 등 신고를 확인할 수 있는 사항

4. 사업자등록번호

1) 의견

- 앱스토어에 수많은 앱 등록자가 등록하는 모든 정보의 진위를 일일이 다 확인하도록 하는 것은 과도한 부담을 지우는 것이며, 사업자에 불과한 을에게 이를 확인할 능력도 없음
- 실제로 대부분의 온라인서비스의 경우, 고객들에게 진실된 정보를 입력할 의무를 부과할 뿐, 업체에 고객이 입력하는 모든 정보에 대한 ‘진위’를 확인할 의무를 부과하는 경우는 거의 없음
- 상기 조항은 을이 정보 확인을 할 수 있는 ‘권리’ 형태로 쓰는 것이 바람직함

2) 검토

- 전소법 제20조 제2항은 사업자의 성명, 주소 등과 개인인 경우에는 성명과 전화번호 등의 사항을 확인하도록 하고 있음⁵⁾
 - 따라서 정보의 진위를 확인할 의무가 있어 보임
 - 다만, 정보의 진위를 일일이 확인하는 것은 중개인의 입장에서 상당한 노력이 필요한 것이기 때문에, 해당 정보를 증명할 수 있는 서류를 제공하게 할 수 있도록 해야 하며 제2항에서 이를 규정하고 있음
 - 이러한 방식이 차후 발생할 수 있는 문제들에 대해서 보다 안전한 대책이 될 수 있을 것이라고 판단됨

3. 제22조(계약기간 및 갱신)

제22조(계약기간 및 갱신) ① 중개의뢰자와 중개자가 계약기간을 정하지 않은 경우, 그 기간은 계약체결일로부터 6개월로 한다.

② 중개의뢰자 또는 중개자는 이 계약을 연장 또는 갱신하고자 하는 때에는 계약기간 종료일로부터 30일 전까지 상대방에게 통지해야 한다.

5) 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 제20조(통신판매중개자의 고지 및 정보제공 등) ② 통신판매업자인 통신판매중개자는 통신판매중개를 의뢰한 자(이하 "통신판매중개의뢰자"라 한다)가 사업자인 경우에는 그 성명(사업자가 법인인 경우에는 그 명칭과 대표자의 성명)·주소·전화번호 등 대통령령으로 정하는 사항을 확인하여 청약이 이루어지기 전까지 소비자에게 제공하여야 하고, 통신판매중개의뢰자가 사업자가 아닌 경우에는 그 성명·전화번호 등 대통령령으로 정하는 사항을 확인하여 거래의 당사자들에게 상대방에 관한 정보를 열람할 수 있는 방법을 제공하여야 한다.

1) 의견

- 계약기간을 6개월을 기본으로 하고, 연장통지를 하지 않는 한 해지되도록 하는 것은 상관습 및 실무에 맞지 않음
- 계약기간과 사전통지기간을 자율로 정하는 것이 바람직함.
- 자동연장도 선택에 따라 둘 수 있도록 함

2) 검토

- 6개월과 1년은 상관습에 의해 결정되는 것이 타당해 보임
 - 실무자들의 견해를 참조하여 반영해야 할 것임
 - 자동연장은 약관규제법 제12조에 의해서도 타당하지 않아 보이며, 사업의 주체들이 사정변경을 고려할 때 자동연장은 적정하지 않아 보이며, 충분히 재계약을 통해서 해결할 수 있을 것으로 보임

4. 제24조(계약의 해제 또는 해지)

제24조(계약의 해제 또는 해지) ③ 제2항에 따라 이 계약이 해제 또는 해지된 경우, 중개의뢰자와 중개자는 다음 각 호에서 정한 의무를 동시에 이행해야 한다.

1. 중개의뢰자는 판매자계정의 이용을 정지한다. 다만, 하나의 판매자계정을 통하여 복수의 콘텐츠를 판매하고, 그 중 일부의 콘텐츠거래에 대한 중개만을 해제 또는 해지할 경우, 해당 콘텐츠거래의 중개를 중지함에 필요한 조치를 취한다.
2. 중개자는 중개수수료를 제외한 판매대금을 중개의뢰자에게 지급한다. 다만, 제18조 제2항 각호에서 정한 경우에 해당하는 판매대금은 중개의뢰자와의 협의를 통하여 그 지급시기를 달리 정할 수 있다.

1) 의견

- 국내 앱스토어의 경우, 동일 아이디로 운영되기 때문에 판매자 계정을 삭제할 경우, 전자상거래 등에서의 소비자 보호 등에 관한 법률 제6조 등에서 규정한 거래정보 보존 의무 등을 이행할 수 없게 되어 소비자 피해가 우려되므로, 일괄적인 판매자 계정삭제를 해서는 안됨

2) 검토

- o 앞의 위탁매매표준계약서와 같은 내용임

V. 디지털콘텐츠 퍼블리싱 표준계약서

1. 제7조(제작협약)

제7조(제작협약) ① 개발자는 계약체결일로부터 ()일 이내에 콘텐츠의 제작에 관한 기획안을 마련하여 퍼블리셔와 협의해야 한다.
② 퍼블리셔는 제1항에 따른 기획안이 적절하지 않은 경우, 개발자와의 협의를 통하여 기획안을 수정할 수 있다. 이 경우 개발자는 수정된 기획안에 따라 콘텐츠를 제작해야 한다.

1) 의견

- o 계약 자유의 원칙에 근거한다면 계약 주체 간의 계약 내용에서 구체적인 사항을 정하는 것이 필요한 부분인 바, 계약에 콘텐츠 제작 결과물이 아닌 중간 과정인 기획안에 대하여 언제까지 준비해서 협의하여야 한다는 구체적인 내용까지 표준 계약서에 포함시키는 것은 계약 내용의 자유로운 결정에 제한을 가하는 내용임

2) 검토

- o 기획안 마련을 위한 기간을 협의 하에 결정하는 것으로 보이기 때문에 큰 문제가 있어 보이지는 않음
 - 다만, 제2항에서 수정은 협의를 통하여 한다면, 통일을 기하기 위해서는 제1항도 협의로 하는 것이 나아보임

2. 제8조(콘텐츠의 공급)

제8조(콘텐츠의 공급) ① 개발자는 퍼블리셔가 콘텐츠를 퍼블리싱할 수 있도록 콘텐츠와 그 시용상품(이하 “콘텐츠 등”이라 한다)을 이 계약을 체결한 날로부터 ()일 이내에 공급한다. 다만, 시용상품이 필요없는 경우에는 콘텐츠만을 공급한다.
③ 퍼블리셔는 다음 각 호의 어느 하나에 해당한 경우에 개발자에게 콘텐츠 등에 대한 재공급, 보수 등을 요구할 수 있다.

1. 개발자가 공급한 콘텐츠등에 하자가 있는 경우
 2. 개발자가 공급한 콘텐츠등을 퍼블리셔가 운영하는 사이버몰에서 판매할 수 없는 경우
 3. 콘텐츠와 그 시용상품이 불일치하는 경우
 4. 개발자가 공급한 콘텐츠등이 제6조에서 정한 기획안과 일치하지 않은 경우
 5. 콘텐츠판매업자가 보수 등을 요구한 경우
- ④ 개발자가 제3항에 따른 재공급 등의 요청을 받은 날로부터 ()일 이내에 콘텐츠등을 재공급하지 않은 경우, 퍼블리셔는 이 계약을 해제할 수 있다. 다만, 콘텐츠등의 재공급 등에 상당한 시간이 필요한 경우, 개발자는 이 기간의 연장을 요청할 수 있다.

1) 의견

- 시용 상품이 필요한 경우와 없는 경우에 대한 고려 없이 표준 계약 내용에 “시용 상품” 제공을 의무화한 조항은 재검토가 필요함
- 판매할 수 없는 귀책사유가 개발자에게 있지 않을 경우도 고려해야하는데 본 문구는 판매할 수 없는 경우라고만 하여 개발자가 불측의 손해를 볼 수 있음
- 제1항에서 “콘텐츠 등”으로 약칭하는 것이므로 콘텐츠와 그 시용상품은 “콘텐츠 등”으로 수정이 필요함
- 시용상품과 분리시킬 이유 없음
- 콘텐츠 판매업자가 누구를 말하는지 명확하게 정의되지 않았으며, 타당한 사유없이 콘텐츠 판매업자가 보수 요구를 하면 퍼블리셔가 개발자에게 보수 요구를 할 수 있도록 한 것은 개발자에게 부당하게 불리한 내용임
- 개발자 입장에서 정당한 사유 없이 재공급 요청을 받은 경우에 까지 특정 기한을 두고 재공급하도록 의무화한 본 조항은 개발자에게 부당하게 불리한 내용에 해당함

2) 검토

- 시용상품의 제작 및 공급은 상호 협의 하에 이루어지는 것이 타당함
- 제3항의 재공급, 보수에 대한 요구 조건은 상당히 모호한 면이 있음
 - 사실, 제1호의 하자에 이하 각호의 모든 내용이 포함되는 것으로 이해됨
 - 또한, 재공급과 보수가 기획안과 다른 경우인지, 시용상품과 다른 경우인지 명확하지 않아 그 기준이 무엇인지 불명확함
 - 사이버몰에서 판매할 수 없는 경우가 어떠한 이유인지도 불명확하며, 책임의 소재가 불분명함
 - 콘텐츠판매업자가 보수 요구하면 되고, 다른 중개인이 하면 안됨?
 - 따라서, 재공급, 보수에 대한 명확한 기준의 대상이 무엇인지를 정해야 하고, 그 사유를

넓게 보거나 아니면 구체적인 사항으로 세분화하거나 하여야 하며, 책임의 소재를 개발자의 책임 있는 사유로 한정하며, 보수를 요구하는 자는 본 계약서의 주체 상 퍼블리셔로 통일할 필요 있음

- 재공급 요청의 기한을 계약 시 정하고, 개발자에게 기간의 연장을 준다면 크게 불합리한 조항으로는 보이지 않음

3. 제10조(콘텐츠의 유지보수)

제10조(콘텐츠의 유지보수) ④ 제1항 또는 제2항에 따라 업데이트 또는 보수 등을 하지 않아 퍼블리셔에게 발생한 손해에 대해 개발자가 책임을 진다.

⑤ 제3항에 따른 협력을 제공하지 않아 개발자가 업데이트 또는 보수 등을 할 수 없는 경우에 퍼블리셔는 이로 인한 손해를 개발자에게 청구할 수 없다.

1) 의견

- 콘텐츠 하자 등 귀책사유가 개발자에게 있지 않는 경우를 감안하여 본 조항에 “개발자가 정당한 사유 없이” 라는 단서조항을 추가하여 책임의 균형을 유지할 필요가 있음
- 개발자에게 귀책사유가 없거나, 퍼블리셔가 정당한 사유가 없는 경우에도 손해배상에 대한 책임을 개발자가 부담하도록 하는 조항으로 개발자에게 불리한 내용으로 적용될 여지가 있음

2) 검토

- 원칙적으로 손해배상은 고의나 과실의 귀책사유가 있는 경우에만 인정됨
 - 따라서 업데이트 또는 보수 등을 하지 않은 자체로 인한 책임을 지을 수는 없으며, “정당한 사유 없이” 와 같은 귀책 규정이 존재하여야 함
 - 따라서 제4항은 “정당한 사유 없이” 가 추가되어야 함
- 제5항은 퍼블리셔가 협조하도록 강제하는 규정으로 보이며, 이 경우에는 퍼블리셔가 협력하지 않은 경우에는 개발자에게 정당한 사유가 있는 것으로 보면 통일된 규정이 될 수 있을 것으로 보임

4. 제11조(기술자료 제공 강요금지 등)

제11조(기술자료 제공 강요금지 등) ① 퍼블리셔는 개발자의 기술자료를 자기 또는 제3자에

게 제공하도록 요구해서는 아니 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니한다.

1. 퍼블리셔가 콘텐츠를 자기, 중개자 또는 위탁매매인의 사이버몰에 게시하기 위해 필요한 경우에 한하여 개발자에게 기술자료를 요구하는 경우. 다만, 개발자가 직접 사이버몰에 게시하는 경우에는 그러하지 않는다.
2. 퍼블리셔가 대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률 제24조의2의 규정에 따라 기술자료 임치계약을 체결한 기술에 대해 기술자료 임치제도에 의한 교부조건이 발생하여 개발자에게 기술자료를 요구하는 경우
3. 콘텐츠에 하자가 발생하여 원인규명 등을 위해 기술자료를 요구하는 경우. 다만, 개발자가 그 하자를 보수한 경우에는 그러하지 아니한다.
4. 개발자와 퍼블리셔가 공동으로 저작권을 등록하는 과정에서 그 등록을 위해 기술자료를 공유하는 경우
5. 개발자와 퍼블리셔가 공동으로 기술개발 약정을 체결하고 동 약정의 범위 내에서 기술개발에 필요한 기술자료를 요구하는 경우
6. 제1호 내지 제5호에 준하는 사유로 기술자료의 제공이 필요한 경우

1) 의견

- 기술자료가 제5조 영업비밀에 해당하는 경우를 감안한다면 제1, 3, 4, 6호는 개발자에게 부당하게 불리한 내용에 해당할 수 있음

2) 검토

- 원칙적으로 원사업자는 수급사업자에게 기술 자료의 제공을 강요할 수 없지만, 예외적으로 요구할 수 있음
 - 하도급법 제12조의3 제1항은 원사업자가 정당한 사유를 입증한 경우 기술 자료를 요구할 수 있는 것으로 하고 있으므로, 법의 내용과 일치함
 - 다만, 문제는 영업비밀에 해당하는 기술 자료의 제공인데, 영업비밀에 해당하는 자료까지 제출토록 하는 것은 공평의 관점에서 문제가 있음
 - 이 경우, 수급사업자에게도 예외적으로 제출할 수 없는 경우 즉, 영업비밀과 같은 정당한 사유를 인정하는 것이 필요함

5. 제13조(퍼블리셔의 판매개시)

제13조(퍼블리셔의 판매개시) ③ 정당한 사유가 있는 경우를 제외하고, 퍼블리셔는 제8조 및 제9조에 따라 콘텐츠등 및 정보를 제공받은 후 지체없이 제1항에 따른 판매를 개시한다. 다

만, 퍼블리셔와 개발자가 판매개시시점에 대해 별도로 합의한 경우에는 그러하지 아니한다.
 ④ 퍼블리셔가 제3항에서 정한 기한 내에 판매를 개시하지 않은 경우, 개발자는 15일 이상의 기간을 정하여 판매를 개시할 것을 요구할 수 있다.

1) 의견

- 계약 체결 자유 원칙에 따라 각 당사자가 협의하여 판매 시점을 정하는 것으로 하는 것이 필요함
- 단서 조항에서 별도 합의한 경우를 설명하고 있지만, 제3항과 같은 내용은 표준 계약 내용에 포함시키지 않는 것이 필요함
- 15일 이상이라는 기간의 기준/근거가 있는지 명확하지 않으나, 이러한 부분도 양 당사자 간의 자율에 따라 정할 수 있도록 하고, 표준 계약서 내에 이러한 내용을 미리 명시하는 것은 사업자 간의 협의 여지를 줄이는 결과가 발생함

2) 검토

- 제3항의 지체 없이는 퍼블리셔의 의무가 되는 것으로 보이며, 개발자의 공급과 보수 및 업데이트의 의무와 대칭되는 것으로서 타당성이 있어 보임
 - 더욱이, 단서 조항의 합의가 가능한 것으로 보아 큰 문제는 없어 보임
- 제4항의 판매 개시 기간은 협의로 정할 수 있으나, 본 기간은 일방이 지켜야 할 의무를 규정하는 것이기 때문에, 표준계약서에서 그 기간을 규정하는 것도 타당성이 있어 보임
 - 구체적인 기간은 실무에서의 관행을 참조하여야 할 것으로 보임

6. 제15조(콘텐츠의 판매위탁 또는 중개)

제15조(콘텐츠의 판매위탁 또는 중개) ② 제13조 및 제14조에 따라 콘텐츠를 판매하는 경우를 제외하고, 퍼블리셔는 제8조 및 제9조에 따라 콘텐츠등 및 정보를 제공받은 후 1개월 이내에 중개자와 중개계약을 체결하거나 위탁매매인과 위탁매매계약을 체결하여야 한다. 다만, 중개계약 또는 위탁매매계약의 성질상 그 기간의 연장이 필요한 경우, 개발자에게 그 사유를 통지하고 연장할 수 있다.

③ 퍼블리셔가 제2항에서 정한 기한 내에 중개계약 또는 위탁판매계약을 체결하지 않은 경우, 개발자는 1개월 이상의 기간을 정하여 그 계약을 체결할 것을 요구할 수 있다.

④ 퍼블리셔가 제3항에서 정한 기간 내에 그 계약을 체결하지 않은 경우, 개발자는 이 계약을 해제할 수 있다.

⑤ 개발자는 제4항에 따른 해제와 별도로 퍼블리셔에게 손해배상을 청구할 수 있다. 다만,

퍼블리셔가 고의 또는 과실없음을 증명한 경우에는 그러하지 아니한다.

1) 의견

- 중개자, 퍼블리셔, 개발자에 대한 명확한 개념이 안 잡힌 상태에서 본 조항은 위탁 매매 계약, 중개 계약의 체결을 일정 기간 내 완료하도록 하고 있는 바, 양 당사자 간의 자율적인 계약 체결 여부, 계약 내용 결정을 제한하는 내용에 해당함

2) 검토

- 제1항은 중개를 의뢰하거나 위탁할 수 있다고 규정하면서, 1개월 이내에 중개계약을 체결하거나 위탁매매계약을 체결하여야 한다고 규정하는 것은 앞뒤가 안 맞음
 - 퍼블리셔가 직접 판매할 수도 있고, 차후에 사정에 따라 중개계약이나 위탁매매계약을 할 수도 있는 것이지, 1개월 내에 이를 하도록 의무화 하는 것은 퍼블리셔와 개발자 모두에게 도움이 되지 않음
 - 또한, 제3항, 제4항도 의무에 대한 실시를 조건으로 하기 때문에 타당하지 않음

7. 제17조(광고)

제17조(광고) ② 제1항에 따른 광고를 함에 있어 개발자의 협력이 필요한 경우, 퍼블리셔는 개발자에게 협력을 요청할 수 있다. 이 경우 불가피한 경우를 제외하고, 개발자는 협력한다.

③ 광고가 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 경우, 개발자는 퍼블리셔에게 광고의 수정 또는 삭제를 요청할 수 있다.

1. 「표시광고의 공정화에 관한 법률」 제3조에서 금지하는 부당한 광고가 포함되어 있는 경우
2. 광고의 내용이 콘텐츠의 홍보 또는 판매촉진과 관계가 없거나 적절하지 않은 경우

⑤ 광고로 인하여 이용자 등 제3자에게 손해가 발생한 경우, 퍼블리셔는 그 책임을 부담한다. 다만, 개발자가 제공한 정보로 제작되거나 개발자의 지시에 따라 제작된 광고에 의해 그 손해가 발생한 경우에는 퍼블리셔는 개발자에게 구상권을 행사할 수 있다.

1) 의견

- 개발자가 광고 진행과 관련하여 구체적으로 협의하여야 하는 사항이 있는지 구체적으로 명시되어있지 않으며 퍼블리셔가 맡은 역할을 개발자에게 강제하는 문구로 해석될 여지가 있음

- 광고 내용에 대하여는 퍼블리셔가 맡은 역할이며 개발자가 광고내용에 대한 수정/삭제 요청 권한이 본 계약서에 포함되어 있는지가 의문임
- 광고 관련 본 조항 전체가 개발자에게 광고에 대한 책임을 일부 전가하고 있는 바, 이에 대해 표준 계약에 이러한 내용이 포함된 사유의 확인이 필요함

2) 검토

- 5페이지의 광고와 같음
 - 광고의 주체는 퍼블리셔가 될 수 있을 것으로 보임
 - 협조 요청 부분은 타당성이 있어 보임
 - 개발자도 광고에 문제가 있는 경우 광고의 주체는 아니지만 직접적인 이해관계가 있기 때문에 이에 대한 이의를 할 수 있을 것으로 판단됨
 - 다만, 제3항 제1호의 경우 부당한 표시, 광고 행위는 공정한 거래질서를 해치는 경우에 대비하여 금지시킬 사항으로서 개발자가 지적할지는 의문임

8. 제22조(지식재산권 등의 보호)

제22조(지식재산권 등의 보호) ① 콘텐츠에 대한 저작권 등은 개발자가 갖는다.
 ② 퍼블리셔는 이 계약의 목적달성에 필요한 범위 내에서 개발자의 저작권 등을 이용할 수 있다.
 ③ 퍼블리셔는 개발자의 저작권 등을 침해할 우려가 있거나 침해한 자(이하 '권리침해자'라 한다)를 알게 된 경우, 지체없이 그 사실을 개발자에게 통지해야 한다.

1) 의견

- 제1항에서 말하는 저작권, 제2항에서 말하는 지식재산권은 그 범위가 다름에도 같은 조에서 구분 없이 사용되고 있음
- 콘텐츠에 대한 권리 침해는 소유권 침해, 저작권 침해 등 다양한 형태로 나타날텐데 퍼블리셔가 모든 경우에 있어 권리 침해 사실을 개발자에게 통지해야하는 합리적인 근거가 없음

2) 검토

- 제3항에서 침해의 사실을 통지하도록 하는 규정은 “알게 된 경우”로 한정하였기 때문에

큰 문제가 있을 것으로 생각되지 않음

링크와 저작권

남희섭

저작물 이용허락 표시: 이 글은 출처를 표시하는 한 누구든지 자유롭게 이용할 수 있습니다. 다만 온라인에서 이 글을 그대로 복제하여 타인의 이용에 제공하는 자는 무료로 제공하여야 합니다.

1. 서론

링크(하이퍼링크)는 웹¹⁾의 가장 기본적인 기능 중 하나다. 링크가 없다면 인터넷을 통한 정보 접근은 불가능하다. 기술적인 측면에서 링크는 내용 중립적이지만, 법률적으로는 그렇지 않다. 링크 행위가 법률상 보호되는 타인의 권리를 침해하거나 불법행위를 구성하는 경우에는 금지될 수 있다. 링크를 어디까지 허용해야 하는지 그 범위와 한계를 정하는 문제는 “가장 참여적 시장” 이고 “표현촉진적인 매체”²⁾인 인터넷의 개방성과 자유에 중대한 영향을 주는 중요한 사안이다.

기술적으로 링크는 다른 정보를 참조하는 기능을 수행한다는 점에서 기능상 모두 동일하지만 법률적으로는 링크를 여러 유형으로 구분한다. 이처럼 링크를 유형별로 구분하는 이유는 링크된 정보에 관한 타인의 법률적 이익 또는 상업적 이익의 침해 정도가 링크 유형별로 달라진다고 보기 때문이다. 보통 링크 유형은 4가지로 구분한다. 첫째 단순 링크(다른 사이트의 첫 화면으로 이동하는 방식), 둘째, 직접 링크 또는 심층 링크(deep link 또는 direct link, 다른 사이트의 첫 화면이 아닌 하위 페이지로 바로 이동하는 방식),³⁾ 셋째 프레임 링크(자신의 웹 페이지를 구성하는 프레임에 다른 출처의 콘텐츠를 표시하는 방식), 넷째, 인라인 링크(inline link 또는 embedded link, 다른 출처의 콘텐츠를 불러오는 방식).

링크와 관련된 법률 문제는 크게 특허권, 저작권, 상표권, 부정경쟁행위 등으로 나누어볼 수 있다. 이 글은 주로 링크와 저작권 문제를 다루는데(음란 정보의 링크에 대해서는 저작물 링크와는 다른 판단을 하여 이에 대해서도 간단히 다룬다), 국내에서는 대법원이 링크는 저작권의 직접 침해도 아니고, 간접 침해(방조)도 아니라고 여러 차례 확인하였다. 우리 대법원은 다른 나라와는 달리 링크로 연결되는 콘텐츠가 저작권자의 허락을 얻지 않은 무단 콘텐츠인 경우에도 간접 침해를 명시적으로 부인하였다. 하지만 정부는 링크 정보 게시자에게 ‘저작권 삼진아웃제’를 적용하여 권고하거나 링크 정보를 삭제하도록 하고, 저작권 침해물의 링크 정보가 포함된 해외 사이트에 대한 접속 차단 조치를 내리고 있다. 그리고 저작권 침해물임을 알고 링크

1) 웹(world wide web)은 문서나 정보가 URL로 식별되고 하이퍼링크를 통해 연결되며 인터넷을 통해 접근되는 정보 공간을 말한다(https://en.wikipedia.org/wiki/World_Wide_Web)..

2) 현재 2002. 6. 27. 99헌마480, 공보 제70호, 559 [위헌,각하]

3) 단순 링크와 직접 링크는 기능상 아무런 차이가 없는데도 불구하고 양자를 구분하고 심층 링크를 금지하려는 시도는 기술에 대한 무지에 따른 것으로 웹의 전반적인 작동을 위협하는 것이라는 비판을 받는다(Tim Bray, (Sep. 11, 2003) “Deep Linking in the World Wide Web”: “According to the World Wide Web Consortium Technical Architecture Group, “any attempt to forbid the practice of deep linking is based on a misunderstanding of the technology, and threatens to undermine the functioning of the Web as a whole.”)

정보를 게시한 자 또는 그러한 게시물을 게시할 수 있는 사이트를 운영한 자에 대해서는 제한적으로 방조 책임을 물어야 한다는 학설이 대두되고 법 개정론까지 등장하고 있다. 외국으로 눈을 돌려보면, 유럽집행위원회는 저작권 제도 개혁안에서 뉴스 기사 링크(검색 결과)에 대해 보상금 청구권과 같은 저작권 보호 조치를 취하려고 하고 있다.⁴⁾ 그리고 링크의 저작권 문제는 세계지적재산권기구 저작권조약(WCT: WIPO Copyright Treaty) 상의 공중전달권 침해 여부가 핵심인데, 조약 가입국의 법원이 서로 다른 판단을 내리고 있다.

2. 링크와 관련된 법률 문제

가. 특허

링크와 관련된 대표적인 특허 분쟁은 영국텔레콤(BT: British Telecom)이 1976년에 출원한 미국 특허등록 제4873662호(이른바 ‘사전트 특허’)⁵⁾를 근거로 제기한 분쟁이다.⁶⁾ ‘사전트 특허’는 원격 터미널에 위치한 다수의 이용자가 중앙 컴퓨터에 저장되어 있는 데이터에 접근할 수 있는 시스템에 관한 것이다. BT는 2001년 미국의 ISP이자 SBC의 자회사인 프로지디(Prodigy Communications Corporation)를 상대로 하이퍼링크가 사용된 페이지를 호스팅하는 행위가 특허권 침해라고 주장하며 뉴욕법원에 소송을 제기했다. 소송을 제기하기 전 2000년 6월에 BT는 프로지디 외에 16개의 ISP(American Online 포함)에게 특허 로열티를 요구했지만 거절당하자 시범 케이스로 프로지디와 소송전을 시작했다.⁷⁾ 법원은 사전트 특허가 하이퍼링크 기술에 관한 것이라는 BT의 주장 자체를 인정하지 않았고,⁸⁾ 사전트 특허는 2006년에 만료되어 이 사안은 더 이상 문제가 되지 않았다.

아직 진행되고 있는 링크 특허 분쟁은 HPL (Helferich Patent Licensing LLC)의 미국 특허다. 이 분쟁은 특허괴물(patent troll) 문제 사례로 언급되기도 하는데, HPL의 특허는 휴대폰과 같은 전자기기로 하이퍼링크를 주고받는 기술에 관한 것이다. HPL은 2010년에서 2012년까지 뉴욕타임즈, CBS를 비롯한 미디어 기업을 상대로 자신의 등록 특허 6건의 침해를 주장하며 일리노이 법원에 소송을 제기했다. 미디어 기업들은 자신들의 기사를 이용자들이 모바일 기기에서 접속할 수 있도록 링크 정보를 보내는데, HPL은 이것이 특허침해라고 주장했다. 2013년 1심 법원은 문언상 특허 침해는 맞지만 권리소진의 원칙에 따라⁹⁾ 피고들의 침해 책임을 인정하지 않았으나,¹⁰⁾ 항소법원은 2015년 2월 10일 권리소진의 원칙을 잘못 해석하였다며 1심 법원의 판결을 파기하고 사건을 1심 법원으로 돌려보냈다.¹¹⁾

4) Julia Reda, “Ancillary Copyright 2.0: The European Commission is preparing a frontal attack on the hyperlink” <<http://bit.ly/1LYjInn>> 이러한 움직임에 대한 유럽시민단체들은 “링크를 구하자(Save the Link)” 캠페인을 전개하고 있다. <<https://savethelink.org/>> 참조.

5) 이 특허는 출원 후 13년이 지난 1989년에 등록되었고 발명가의 이름을 따 사전트 특허(Sargent Patent)라고 부른다.

6) 특허공보는 <<https://patents.google.com/patent/US4873662A/en>>에서 확인할 수 있다.

7) <<http://www.cnet.com/news/hyperlink-patent-case-fails-to-click/>>

8) 판결문은 <http://www.techlawjournal.com/courts2000/bt_prodigy/20001213com.asp>

9) HPL이 전자기기 단말기 제조사에게 특허기술의 사용을 허락하였기 때문에 피고들의 행위에 대한 특허권은 소진되었다는 것이다.

10) *Helferich Patent Licensing, LLC v. New York Times Co.*, 965 F. Supp. 2d 971 (N.D. Ill. 2013)

11) *Helferich Patent Licensing LLC v. New York Times Co.*, 2015 U.S. App. LEXIS 2047 (Fed. Cir. Feb. 10,

나. 상표

자신의 페이지에 인라인 링크 방식으로 타인의 상표를 포함시킨 경우 또는 스폰스 링크에 타인을 상표를 사용한 경우 상표권 침해 문제가 생길 수 있다. 관건은 링크 행위가 상표법에서 말하는 “상표적 사용”에 해당하는지 여부다. 상표법은 상표의 사용을 “상품 또는 상품의 포장에 상표를 표시하는 행위, 상품 또는 상품의 포장에 상표를 표시한 것을 양도 또는 인도하거나 그 목적으로 전시·수출 또는 수입하는 행위, 상품에 관한 광고·정가표·거래서류·간판 또는 표찰에 상표를 표시하고 전시 또는 반포하는 행위”로 규정하는데, 이러한 상표의 “표시”는 모든 표시 행위를 포함하지 않고 자신의 상품이나 서비스를 다른 상품이나 서비스와 구별하기 위한 출처 표시의 목적의 표시로 제한된다. 가령 상품에 표시된 상표가 비록 타인의 등록상표 또는 타인의 널리 알려진 영업표지라 하더라도 이를 장식용으로 사용한 경우에는 상표의 사용으로 보지 않는다.

이른바 스폰서 링크에 대해 대법원은 “VPS 엔티씨”를 인터넷 검색 결과 화면에 스폰스 링크로 표시되도록 한 행위는 “인터넷 사용자들을 회사 홈페이지로 유인하는 일반적인 ‘스폰서 링크’로서 기능할 뿐 자타상품의 출처를 표시하는 상표로 사용된 것은 아니”라는 특허법원 판단과 달리 “상표적 사용”으로 보았다.¹²⁾ 다만 특허법원과 대법원은 VPS가 ‘순간정전보호장치(Voltage Sag Protector)’의 영문약어로 통용되고 있다는 점을 근거로 “VPS 엔티씨”와 “VPS”는 유사하지 않기 때문에 상표권 침해는 아니라고 보았다. 한편 영국 고등법원(England High Court)은 2008년 2월 20일 검색엔진이 사용자가 상표를 검색어로 사용할 경우 경쟁자의 스폰스 링크를 나타낸다고 하더라도 상표권 침해에 해당하지 아니한다는 취지의 판결을 한 바 있다.¹³⁾

다. 부정경쟁행위

부정경쟁방지법은 영업주체 혼동 행위, 상품주체 혼동 행위, 일반부정경쟁행위를 금지하는데, 링크의 부정경쟁행위와 관련하여 영업주체 혼동 행위와 상품주체 혼동 행위는 앞에서 설명한 상표 사례와 결론이 같다. 일반부정경쟁행위는 “타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위”로 매우 넓게 규정되어 있다(부정경쟁방지법 제2호 차목). 단순 링크가 아닌 프레임 링크, 인라인 링크 또는 저작권 침해 정보만 선별한 링크 정보에 대해서는 이 조항이 적용될 여지가 있다.¹⁴⁾¹⁵⁾

2015) <<http://s3.amazonaws.com/cdn.orrick.com/files/Helferich.pdf>>

12) 대법원 2012.5.24. 선고 2010후3073 판결.

13) 백강진, ‘인터넷에서의 상표사용의 개념’ LAW & TECHNOLOGY 제5권 제5호 (2009) 57-58면.

14) 2015년 (사)한국저작권법학회 상반기 학술세미나에서 ‘인터넷 링크와 저작권침해 책임’ 주제의 토론회도 발표자의 입법 제안(링크 행위를 저작권 침해로 간주하는 규정을 저작권법에 신설하자는 안)에 대해 “인터넷상 정보의 자유로운 흐름을 방해하지 않을지 우려”하면서 대신 “민법상의 일반불법행위책임”이나 “부정경쟁방지법(특히 제2조 제1호 (차)목 등에 의하여 해결하는 방안도 조심스럽게 제안”한 바 있다(안효질, “인터넷 링크와 저작권침해 책임”에 대한 토론문, 학술세미나 자료집 74면).

15) 일반부정경쟁행위를 인정한 판결로는 헬로키티 사건(대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다20044 판결, “드라마 ‘겨울

라. 저작권

링크와 저작권 문제는 직접 침해와 방조 책임으로 나누어 볼 수 있다. 직접 침해는 복제권 침해와 공중송신권(이용제공권을 포함하는 전송권)이 주로 문제가 된다. 직접 침해는 링크 정보를 게시한 행위를 복제 또는 전송 행위에 해당하는지의 문제이고, 방조 책임은 링크 정보를 게시한 자의 방조 책임과 이 게시물 사이트의 운영자에 대한 방조(간접 방조) 책임을 말한다.

대법원은 링크의 유형을 따지지 않고 복제권, 전송권 침해가 아니라는 입장이다. 링크된 정보의 부당 이용 가능성이 가장 높은 ‘인라인 링크’에 대해서도 대법원은 저작권 침해를 인정하지 않았다(대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결). ‘심층 링크’에 대해서도 대법원은 저작물의 위치 정보 또는 경로를 나타낸 것에 불과하다고 하며(대법원 2009. 11. 26. 선고 2008다77405 판결), 가장 최근에는 일본 만화 <나루토>, <원피스>를 볼 수 있는 해외 블로그로 연결되는 링크를 ‘츄잉 사이트’에 게시한 행위 및 ‘츄잉 사이트’ 운영자의 방조 책임에 대해 직접 침해 행위의 실행 자체를 용이하게 한다고 할 수 없으므로 링크 행위만으로는 방조 책임을 물을 수 없고, 방조죄가 성립하지 않는 링크를 삭제하지 않고 방치한 사이트 운영자에 게도 방조책임(간접 방조)이 없다고 판단하였다(대법원 2015. 3. 12. 선고 2012도13748 판결).

이처럼 대법원이 링크 행위에 대한 저작권 직접 침해와 방조 책임을 모두 부인하고 있으나, 한국저작권위원회는 링크 정보를 게시한 자를 상대로 ‘저작권 삼진아웃제’를 적용하기도 하고, 방송통신심의위원회는 링크 정보를 제공하는 인터넷 사이트에 대한 접속차단 조치를 취하고 있다. 이에 대해서는 후술한다.

마. 음란물 규제

정보통신망법 제44조의7 제1항 제1호는 “음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시하는 내용의 정보”를 유통하지 못하도록 하고, 제74조 제1항 제2호는 음란 정보를 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시한 자를 1년 이하의 징역 또는 1천만원 미만의 벌금에 처하도록 한다. 문제는 음란 정보를 링크 방식으로 제공하는 자에게 음란 정보의 전시죄로 처벌할 수 있는가인데, 대법원은 아래에 정리한 것처럼 저작물의 링크와는 달리 음란 정보 공연전시죄를 넓게 해석하고 있다.

○ 대법원 2003. 7. 8. 선고 2001도1335 판결(전기통신기본법 위반)

- 피고인이 1998. 5. 8.경부터 1998. 6. 23.경까지 사이에 인터넷 서비스업체인 아이뉴스

연가’와 관련하여 그 남녀 주인공들과 유사한 자세 및 그들이 착용하였던 것과 유사한 색깔, 스타일의 옷과 목도리, 겨울을 나타내는 눈과 앙상한 가지 등으로 꾸민 헬로키티 제품, 드라마 ‘황진이’와 관련하여 붉은색의 치마와 꽃무늬 저고리를 입고 어여머리를 올린 헬로키티 제품, 드라마 ‘대장금’과 관련하여 조선 시대 의녀의 복장을 하고 신선을 들고 있는 헬로키티 제품, 드라마 ‘주몽’과 관련하여 갑옷을 입고 이마에 띠를 두른 다음 한 손에 칼을 들고 있거나 흰색 바탕에 분홍색의 점무늬가 섞여 있고 손목 부위에 분홍색 띠가 있는 옷을 입고 있는 헬로키티 제품”을 무단으로 제작·판매하는 행위는 부정행위라고 봄). 케이بل 방송 무단 광고 사건(대법원 2014. 5. 29. 선고 2011다31225 판결), 네이버 광고 방해 사건(대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정) 등이 있다.

(inews)상에 개설한 인터넷 신문 ‘팬티신문’.

- 피고인 2가 개설한 각 홈페이지들 및 공소의 1이 미국 인터넷 서비스업체 지오시티스(geocities)상에 개설하여 수십 개의 음란소설을 게재한 홈페이지에 바로 연결될 수 있는 링크 사이트를 만들고, 이를 통해 원심 공동피고인, 피고인 2, 공소의 1이 음란사진과 음란소설을 게재하고 있는 사이트에 바로 접속되도록 하여 ‘팬티신문’에 접속한 불특정 다수의 인터넷 이용자들이 이를 컴퓨터 화면을 통해 볼 수 있도록 함.
- 전기통신역무를 이용하여 음란한 영상 및 문언을 공연히 전시.
- **1심:** 피고인 1은 자신이 개설한 인터넷 신문에 음란한 부호 등이 게재되거나 음란한 부호 등이 수록된 파일들이 존재하는 웹사이트의 초기 화면을 링크하여 두었음 뿐이므로, 이는 위 웹사이트의 주소를 전시하거나 알려준 것에 불과하여, 이를 들어 구 전기통신기본법 제48조의2(현행 정보통신망법)에서 말하는 음란한 부호 등을 공연히 전시한 것에 해당한다고 볼 수 없고, 음란한 부호 등이 게재되거나 음란한 부호 등이 수록된 파일들이 존재하는 웹사이트의 주소를 전시하는 것까지 음란한 부호 등을 전시하는 것으로 본다면, 음란한 부호 등을 전시하는 것뿐만 아니라 음란한 부호 등이 위치하고 있는 주소를 전시하는 것도 처벌하게 되는 결과 그 처벌범위가 지나치게 확대되어 죄형법정주의에 반한다고 봄.
- **대법원:** 법 규정의 취지는 “초고속정보통신망의 구축에 따른 음란물 피해를 막기 위한 취지에서 신설된 것이고, 여기에서 ‘공연히 전시’ 한다고 함은, 불특정 다수인이 실제로 음란한 부호·문언·음향 또는 영상을 인식할 수 있는 상태에 두는 것을 의미하는 것”, “행위자의 의사의 내용, 그 행위자가 운영하는 웹사이트의 성격 및 사용된 링크 기술의 구체적인 방식, 음란한 부호 등이 담겨져 있는 다른 웹사이트의 성격 및 다른 웹사이트 등이 음란한 부호 등을 실제로 전시한 방법 등 모든 사정을 종합” 해서 판단해야 한다고 하면서, “링크를 포함한 일련의 행위 및 범의가 다른 웹사이트 등을 단순히 소개·연결할 뿐이거나 또는 다른 웹사이트 운영자의 실행행위를 방조하는 정도를 넘어, 이미 음란한 부호 등이 불특정·다수인에 의하여 인식될 수 있는 상태에 놓여 있는 다른 웹사이트를 링크의 수법으로 사실상 지배·이용함으로써 그 실질에 있어서 음란한 부호 등을 직접 전시하는 것과 다를 바 없다고 평가되고, 이에 따라 불특정·다수인이 이러한 링크를 이용하여 별다른 제한 없이 음란한 부호 등에 바로 접할 수 있는 상태가 실제로 조성되었다면, 그러한 행위는 전체로 보아 음란한 부호 등을 공연히 전시한다는 구성요건을 충족한다고 봄이 상당하며, 이러한 해석은 죄형법정주의에 반하는 것이 아니라, 오히려 링크기술의 활용과 효과를 극대화하는 초고속정보통신망 제도를 전제로 하여 신설된 위 처벌규정의 입법 취지에 부합하는 것이라고 보아야 한다”

○ 대법원 2008. 2. 1. 선고 2007도8286 판결(정보통신망법위반(음란물유포죄 등))

- “PC방을 운영하는 자가 컴퓨터 바탕화면 중앙에 음란한 영상을 전문적으로 제공하는

웹사이트로 연결되는 바로가기 아이콘들을 집중적으로 설치하는 한편, 미리 위 웹사이트의 접속에 필요한 성인인증을 받아 두어 PC방 이용자가 위 아이콘을 클릭하기만 하면 별도의 성인인증절차 없이 위 웹 사이트에 바로 들어가 그곳에 전시된 음란한 영상을 볼 수 있도록 하였다면”

- “그 실질에 있어 위 웹사이트의 음란한 영상을 피고인이 직접 전시한 것과 다를 바 없고 … 전체로 보아 음란한 영상을 공연히 전시” .

○ 대법원2008. 6. 12. 선고 2006도4067 판결(특경가법위반(사기), 정보통신망법위반(음란물유포 등))

- 초기화면 등에 게재한 광고영상의 내용은 나체 상태의 남녀 간의 다양한 형태의 성교나 애무, 여성의 자위 장면 등을 중점적으로 묘사한 것이기는 하지만, 남녀 성기나 음모의 직접적·노골적인 노출은 거의 없고,
- 영상물등급위원회에서 18세 관람가의 등급분류심의를 받은 영상물에서 부분적으로 발췌한 그대로의 광고문언을 사용하였고, 광고내용을 보기 위해서는 인터넷 포털 사이트를 통한 성인인증절차를 거치되도록 되어 있음.
- 광고내용의 음란성에 대한 심리를 하지 않았다는 이유로 파기 환송.

3. 링크와 저작권 침해에 대한 국내 사례

가. 대법원 2009. 11. 26. 선고 2008다77405 판결(손해배상)

1) 사실 관계

이 사건의 원고는 대중가요 <하늘색 꿈>, <혼자 걷는 거리>, <알 수 없네>, <바람과 장미>의 작사·작곡가이고, 피고는 음악 사이트를 운영하면서 전체 듣기, 미리듣기, mp3 파일 다운로드, 통화연결음, 휴대폰 벨소리, 링크 등의 서비스를 제공하였다. 원고는 피고들에게 2005년 5월경부터 여러차례 저작권 침해를 중지할 것을 통지하였다.

2) 법원의 판단

법원은 피고가 자신의 서버에 음악저작물을 무단으로 저장한 것은 복제권 침해이고, 이용자에게 전체 듣기 등의 서비스를 제공한 행위는 전송권 침해라고 보았다.

링크에 대해 원고는 2가지 행위에 대해 저작권 침해를 주장했다. 첫째, 링크를 작성한 자가 아니라 링크가 되는 대상 사이트(가령 bugs.co.kr) 운영자(판결문의 “피고 4”)에 대해서도 링크를 용이하게 하였다는 이유로 복제권, 전송권 침해를 주장했다. 요컨대 링크를 당한 사이트 운

영자를 상대로 한 저작권 침해 주장인데, 당연하게도 법원은 이를 인정하지 않았다.¹⁶⁾

둘째, 적극적으로 링크 서비스를 제공한 행위(판결문의 “피고 2”)에 대해 1심 법원은 전송권 침해를 인정하였지만, 2심 법원은 직접 침해 행위에 대한 방편 내지 예비단계에 불과한 것으로 보고 별도의 복제권, 전송권 침해책임을 인정하지 않았다. “피고 2”는 “웹사이트를 통해 회원으로 가입한 이용자들이 스트리밍 서비스를 위해 디지털 압축파일 형태로 변환되어 서버에 저장되어 있는 음악들을 링크하여 사용하기 위해 구입하면 그 음악들의 인터넷 주소(URL)에 태그(tag)가 붙여진 ‘링크 주소’를 「해당 음악을」 구입한 이용자들에게 제공하고, 이용자들이 그 링크 주소를 복사하여 이용자 개인의 블로그(이용자들의 개인 홈페이지) 등에 복사하여 이용자 개인의 블로그 등에서 그 복사된 링크 주소를 클릭하기만 하면 피고 2가 운영하는 홈페이지에 접속하지 않더라도 피고 2가 웹사이트의 서버에 저장된 그 음악을 스트리밍 방식에 의하여 수신하여 들을 수 있는 서비스를 제공하였다.”¹⁷⁾

“피고 2”의 링크 작성 및 제공 행위에 대해 대법원은 2심 판결을 지지하면서 링크(심층 링크 또는 직접 링크)에 대한 저작권법 해석을 처음으로 내 놓았다. 즉, 링크는 “저작물의 웹 위치 정보 내지 경로를 나타낸 것에 불과”하기 때문에 저작권법의 복제 행위(유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것)에 해당하지 않고, “저작물의 전송의뢰를 하는 지시 또는 의뢰의 준비 행위”로 볼 수는 있어도 저작권법상 전송(송신하거나 이용에 제공하는 것)에는 해당하지 않는다고 판시했다. 이 논거는 이후의 대법원 판결에서 반복적으로 등장한다.

한편 방조 책임과 관련하여, 대법원은 “피고들에게 모든 음악저작물에 대한 링크를 사전에 방지하여야 할 의무가 있었다는 점을 인정하기에 부족하다”고만 하였다. 이 사건에서 원고는 피고들에게 자신의 저작물을 특정하여 수차례 저작권 침해 중지를 통지하였는데, 대법원은 이 통지를 받은 경우에도 링크 방지 의무가 발생하지 않는다는 것인지에 대한 명확한 판단을 하지 않았다.¹⁸⁾

16) 서울고등법원 2008. 9. 23. 선고 2007다70720 판결. “링크(link)라 함은, 특정한 개인(이하 ‘a’라 한다)이 자신의 블로그상에, 또는 특정한 사이트 운영자(이하 ‘b’라 한다)가 자신의 웹페이지상에 다른 사이트 운영자(이하 ‘c’라 한다)가 운영·관리하는 웹사이트의 주소를 하이퍼텍스트(hypertext, 예컨대 “www.bugs.co.kr” 등과 같다)의 형식으로 표시하고, a의 블로그 또는 b의 웹사이트에 접속한 제3자가 위 하이퍼텍스트만을 클릭함으로써 곧바로 c의 웹 사이트에 연결되거나, c의 서버에 저장된 음악파일 등을 전송받을 수 있는 인터넷상의 연결체계를 의미하는바, 여기서 링크에 의한 타인의 복제권, 전송권 침해책임을 문제되는 직접적인 행위 주체는 그와 같은 링크를 걸어 놓은 위 a, b에 해당하는 것이고, 링크의 대상 사이트를 운영하였음에 불과한 c에 대하여는 원칙적으로 링크에 의한 복제권, 전송권 침해책임을 물을 수 없다.”

17) 유상현, “미리듣기, 통화연결음, 휴대전화 벨소리 등 서비스와 저작권격권의 침해 - 서울고등법원 2008. 9. 23. 선고 2007나70720 판결”, 정보법학 제12권 제2호 30면, 각주 4에서 재인용.

18) 원고가 통지한 내역은 아래와 같다(헌법재판소 2007. 12. 27. 선고 2006헌마1388 전원재판부(불기소처분취소) 결정 참조. 이 현재 결정은 원고가 피고들을 상대로 저작권격권 침해로 고소한 것을 검찰이 불기소처분하여 이루어진 것이다).

피고소인 통고서 일자	통고 대상 곡명
○ ○	2005. 10. 12. ‘하늘색 꿈’ ‘혼자 걷는 거리’ ‘알 수 없네’
	2006. 2. 20. ‘하늘색 꿈’ ‘혼자 걷는 거리’ ‘알 수 없네’
피고소인 통고서 일자	통고 대상 곡명
□ □	2005. 2. 20. ‘하늘색 꿈’ ‘혼자 걷는 거리’ ‘알 수 없네’
△ △	2005. 6. 2. ‘하늘색 꿈’
	2006. 2. 20. ‘하늘색 꿈’ ‘바람과 장미’

나. 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결(저작권침해로 인한 손해배상)

2010. 3. 11. 대법원은 5건의 저작권 판결을 내렸다(야후코리아 2건, 네이버 1건, 프리첼 1건, 엠파스 1건). 네이버가 피고인 사건에 대한 판결(2009다5643)과 야후코리아에 대한 다른 판결(2009다80637)은 여기서 소개하는 2009다4343 판결과 동일한 근거로 인라인 링크에 대한 직접 침해와 방조 책임을 모두 부인하였다.

1) 사실관계

2009다4343 사건은 야후코리아와 야후코리아의 블로그 운영자를 피고를 한 사건이었다. 원고는 주로 풍경사진을 찍는 사진작가로서 자신의 사진을 판매하거나 이용허락하기 위한 웹 사이트를 운영하고 있었다. 원고는 국내 주요 포털 사이트(아름, 에어스파이더, 야후, 파란, 엠파스, 드림위즈, 라이코스 등) 운영자를 상대로 2003년경부터 2009년경까지 수많은 민·형사 소송을 진행하면서, 이미지 검색 결과로 썸네일 이미지를 링크 방식으로 제공하는 행위, 상세보기 방식의 이미지 제공행위, 이용자들의 직접 침해행위에 대한 방조책임을 문제 삼았다(박준석 629면).

이 사건에서 야후코리아는 홈페이지(kr.yahoo.com)에 ‘해외 이미지’와 ‘웹 이미지’란 2개의 분류로 나누어 이미지 검색 서비스를 제공했고, 회원 가입을 한 이용자에게 ‘블로그’, ‘이미지 박스’, ‘재미존’ 등의 이미지를 올릴 수 있는 서비스를 제공하면서 이미지 검색이 되도록 하였다. 게시판에 업로드한 이미지는 ‘내부 이미지’라고 하고, 나머지는 ‘외부 이미지’로와 ‘블로그’라는 이름의 게시판 서비스를 제공하면서 웹 페이지(kr.image.yahoo.com)에서 이미지 검색 서비스를 제공하였다. 이 세 가지 유형의 검색 서비스는 아래와 같은 차이점이 있다.

○ **상세 보기 방식의 외부 이미지 제공(‘해외 이미지’ 분류):** 검색 결과 화면을 3개의 창으로 나누고 맨 위에는 검색 결과 이미지를 축소·변환한 썸네일 이미지를 목록화하여 보여주고, 중간 창에는 특정 썸네일 이미지를 선택(클릭)했을 때 ‘상세보기 이미지’를 보여주며(2심 법원은 ‘상세보기 이미지’가 야후코리아의 서버에 저장된다고 보았으나, 대법원은 이를 인정하지 않았다), 맨 아래에는 이미지 파일의 제목과 이미지가 위치한 인터넷 주소(URL), 파일 크기 정보가 표시된다. 그리고 ‘자동 넘기기’ 기능과 ‘슬라이드 쇼’ 기능을 제공하며, ‘원본보기’ 기능을 선택하면 원래의 사진 이미지가 게시된 웹 페이지로 이동한다(소 제기 후 2005. 5. 20.경 야후코리아는 이를 링크 방식으로 변경했다).

○ **링크 방식의 외부 이미지 제공(‘웹 이미지’ 분류):** 검색 결과 화면을 2개의 창으로 나누고, 상단에는 썸네일 이미지 목록과 원래의 이미지가 게시된 웹 사이트에 대한 URL 정보를 표시하고, 하단에는 선택한 썸네일 이미지의 원본 이미지를 인라인 링크 방식으로 보여준

▽ ▽	2006. 2. 20.	‘하늘색 꿈’
× ×	2006. 2. 20.	‘하늘색 꿈’

단. 상단과 하단 사이에 “본 이미지 원본은 하단의 사이트에 위치하고 있습니다” 라는 문구가 표시된다. 이용자가 상단에 위치한 ‘프레임 닫기’ 기능을 선택하면 원래의 이미지가 게시된 웹 페이지로 이동한다.

- **상세 보기 방식의 내부 이미지 제공:** 이용자들이 이미지를 업로드할 때(업로드한 이미지가 야후코리아 서버에 저장되는지에 대해 2심 법원은 이를 인정했지만, 대법원은 파기했다), 이를 검색에 제공할 것인지 선택할 수 있도록 하고, 검색 결과는 3개의 창으로 나누어 맨 위에는 내부 이미지의 썸네일 이미지 목록을 표시하고, 중간창에는 선택된 썸네일 이미지의 원래 이미지를 보여주며, 맨 아래에는 이미지의 제목, 내용, 파일의 정보, 출처(블로그, 이미지 박스 등)가 표시된다. 여기에도 ‘자동 넘기기’ 기능이 제공되고, ‘원본보기’ 또는 ‘원본 이미지 보기’ 기능을 선택하면 원래 이미지가 게시된 블로그 등으로 이동한다. 야후코리아는 소 제기 후 2007. 5. 28. 상세 보기 방식을 링크 방식으로 변경했다.

2) 법원의 판단

2심 법원은 썸네일 이미지를 야후코리아 서버에 저장한 행위에 대해서는 인터넷 검색 서비스의 공공성을 인정한 다음, 썸네일 이미지를 게시한 행위는 이미지를 목록화한 것에 불과하고, 원본 이미지와 심미감이 달라 원본 이미지를 대체하지 못한다는 점을 들어 ‘정당한 인용’이라고 보았다. 하지만 상세보기 방식의 이미지 제공 행위에 대해서는 야후코리아가 원본 이미지를 허락없이 복제한 후 ‘큰 이미지’로 변환·게시하였으므로 복제권, 전시권, 전송권을 침해하였다고 보았다. 그리고 ‘내부 이미지’에 대해서는 이용자가 블로그 등에 올린 이미지를 야후코리아가 서버에 저장한다고 전제한 다음, 저작권자의 “침해 신고가 있기 전부터 그 위법 여부를 전면적, 사전적으로 감시하거나 강제로 이를 차단하는 등의 통제 의무”를 야후코리아에게 부과할 수 없다고 하여 방조 책임을 인정하지 않았다. 한편 원고는 피고에게 저작권 침해 사실을 통보하였으나 피고가 아무런 조치를 취하지 않았다고 주장했지만, 법원은 이를 인정하지 않았다.¹⁹⁾

대법원은 ‘링크 방식의 외부 이미지 제공’에 대해서는 앞의 2008다77406 판결과 동일하게 웹사이트 등의 서버에 저장된 개개의 저작물 등의 웹 위치 정보 내지 경로를 나타낸 것에 불과하여, 비록 인터넷 이용자가 링크 부분을 클릭함으로써 링크된 웹페이지나 개개의 저작물에 직접 연결된다 하더라도, 이는 구 저작권법 제2조 제14호에 규정된 ‘유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것’에 해당하지 아니하고, 또한 저작물의 전송의뢰를 하는 지시 또는 의뢰의 준비행위로 볼 수 있을지언정 같은 조 제9의2호에 규정된 ‘송신하거나 이용에 제공하는 것’에 해당하지도 아니하고, 따라서 이러한 링크를 하는 행위는 구 저작권법이 규정하는 복제 및 전송에 해당하지 않는다고 판단했다.

하지만 ‘상세보기 방식의 외부 이미지 제공’에 대해 대법원은 ‘상세보기 이미지’가 피고의 서버에 저장된다는 점을 원고가 입증하지도 않고 인정할 직접적인 증거가 없다며 원심을

19) 서울고등법원 2008. 11. 19. 선고 2008나35779 판결.

파기하면서 오히려 인라인 링크 방식으로 원본 이미지를 보여준다고 보았다. 이 경우에도 인라인 링크 방식은 복제가 아니라 웹 위치 정보 내지 경로를 나타낸 것에 불과하다는 점을 분명히 하였다.

다음으로 내부 이미지 제공에 대해 대법원은 이용자가 게시판에 올린 이미지는 “회원들에게 할당한 공간과 별도로 피고가 직접 관리하는 서버”에 저장되어 있다는 사실을 인정할 수 없다며 원심을 파기하고, ‘상세보기 방식의 외부 이미지 제공’과 같이 인라인 링크 방식의 검색 결과 제공도 가능하다고 판단했다.

그리고 방조책임에 대해서는 2심 결론을 지지하면서 피고가 회원들의 ‘이미지박스’ 등 게시판에 내부 이미지가 게시된 사정을 구체적으로 인식하고 있었거나 그 존재를 인식하고 있었음이 외관상 명백하게 드러난다고 볼 만한 사정이 없다며 방조에 의한 불법행위책임을 인정하지 않았다.

다. 대법원 2012도13748 (저작권법위반방조)

1) 사실관계

이 사건은 일본만화 <나루토>, <원피스>의 국내독점사용권을 갖는 ‘대원씨아이’가 고소한 것이다. 피고인이 운영하는 사이트(츄잉, www.chuing.net)는 처음에는 만화를 번역하여 네이브 블로그 ‘츄츄의 만화세상’에 올렸다가 2009년 별도의 사이트(츄츄만화세상)를 개설한 후 애니만화 정보 사이트(intodb)를 넘겨받았다.²⁰⁾ 츄잉 사이트는 ‘정보뉴스’, ‘유저정보’, ‘읽을거리/리뷰’, ‘창작’, ‘종합게시판’ 등의 카테고리로 각종 게시판을 제공하며, 주메뉴에 ‘애니/만화’를 별도로 두고 있다.

2심 법원이 인정한 공소사실의 요지에 따르면, “피고인은 충북 옥천에 있는 자신의 주거지에 단독으로 약 8.3TB의 서버에 사이트 개설 후 … 피고인은 해외에 주소를 둔 블로그 등을 통하여 게시되는 각종 일본 만화 디지털자료가 저작권 이용 허락을 받지 않은 디지털컨텐츠라는 사실을 알고 있었음에도 위 사이트를 개설하여 만화, 애니메이션, 이미지 등에 따른 항목을 구분하고 다시 그 항목에 개별 만화명에 따라 분리한 후, 회원으로 가입한 운영진들에게 그들이 해외에 있는 각 블로그 등에 개설한 만화 등 관련 디지털 자료를 업로드하거나 링크를 걸 수 있도록 하고, 다른 일반 회원들로 하여금 검색 및 폴더 열람 등의 방법으로 링크를 통하여 해외에 있는 위 운영진들이 개설한 각 블로그 등에 쉽게 접근하여 위 만화들을 볼 수 있게 하고, 그 클릭 수에 따라 구글 배너 광고료를 받는 방법으로 수익을 올려 왔으며 현재 위 사이트의 회원 수는 약 21만 명이 넘는다. 피고인은 2011. 3. 3.경부터 2012. 1. 25.경까지 대원씨아이 주식회사에서 일본 출판사인 집영사와 계약 체결한 후 한국어로 번역하여 출판하는 일본만화인 ‘원피스’, ‘나루토’에 대하여, 피고인이 운영하는 위 사이트의 게시판에 만화명에 따라 구분을 한 후 위 만화들이 출간되기 전에 운영진 등 일부 회원이 자신의 블로그 등에 번역하여

20) 나무위키 <<https://namu.wiki/w/츄잉>>

게시한 만화를 쉽게 다른 사람들이 볼 수 있게 링크하도록 하여 위 ‘원피스’, ‘나루토’를 1주일에 1회 주기로 게재하도록 방치하였다.” 21)

2) 법원의 판단

1심 법원은 피고인에게 방조 책임을 인정(2010년 5월 대전지방법원에서 저작권법 위반죄로 벌금 150만원의 약식 명령, 2010년 12월 청주지방법원에서 기소유예 처분)하였지만, 정범의 행위가 일본만화를 해외 블로그에 게시한 행위인지, 아니면 해외 블로그와 연결되는 링크 글을 커뮤니티 사이트에 게시한 행위인지는 특정하지 않았다.

2심 법원은 ① 해외 블로그에 일본 만화를 게시한 자가 피고인 사이트의 운영진이라고 보기 어렵고, 볼 수 있더라도 운영진이 일본만화를 해외 블로그에 올리고 링크 글을 피고인 사이트에 게시했다고 보기 어렵다고 보았고, ② 피고인이 사이트 이용자의 링크 글을 방치한 행위에 대한 방조죄는 2가지로 나누어 판단했다.

첫째, 인터넷 이용자 등이 해외 블로그에 일본 만화를 게시한 행위는 복제권 침해이지만 피고인이 이를 용이하게 하지는 않았다고 보아, 방조 책임을 부인했다(링크로 인해 “피해가 확산되는 결과를 가져오더라도 달리 볼 것은 아니다”).

둘째, 링크 글(심층링크 또는 직접링크 방식의 링크 글)을 방치한 행위에 대해서는 링크가 저작권법 위반의 정범의 행위가 아니므로, 피고인이 링크 글을 방치한 행위를 저작권법위반 방조로 볼 수 없다고 보았다. 링크가 정범으로서 저작권법 위반이 아니라는 근거는 앞의 대법원 판시를 그대로 인용하였다.

한편 2심 법원은 사이트 운영자의 간접방조 책임 여부에 대하여 링크 글을 게시한 자가 저작권 침해에 대한 방조행위에 해당한다고 볼 경우 이러한 직접 방조 행위(링크 글을 게시한 행위)를 삭제하는 등의 조치를 취하지 않은 사이트 운영자에게 간접 방조에 해당할 여지가 있으나, 링크 글을 게시한 행위를 복제권 침해의 방조 행위에 대한 직접 방조로 볼 수 없기 때문에, 간접방조도 성립하지 않는다고 판단했다.

대법원도 2심 판결을 그대로 인정하면서, 링크를 하는 행위(저작권자로부터 이용허락을 받지 아니한 일본 만화 등을 게시하여 인터넷 이용자가 이를 열람 또는 다운로드할 수 있도록 하는 외국 블로그에 연결되는 링크 글을 게시판에 게재하는 행위)는 저작권법의 복제나 전송에 해당하지 않는다고 분명히 했다. 그리고 링크 글을 게시한 행위가 비록 인터넷 이용자가 링크 부분을 클릭함으로써 외국 블로그에 직접 연결된다고 하더라도(저작권자의 복제권이나 공중송신권을 침해하는 웹 페이지 등에 직접 연결된다고 하더라도), 이러한 링크 행위는 정범의 행위(침해행위의 실행) 자체를 용이하게 한다고 할 수 없으므로 방조 책임을 물을 수 없다고 하였다. 따라서 게시판 사이트 운영자의 간접방조 여부에 대해서도, 링크 행위의 공간을 제공하였다거

21) 청주지방법원 2012. 10. 19. 선고 2012노626 판결.

나 링크 글을 삭제하지 않고 방치하였다고 하더라도 저작권법위반의 방조죄가 성립하지 않는다고 판시하였다.

4. 링크와 저작권 침해에 관한 해외 사례

가. 유럽연합

유럽연합에서 링크와 저작권 문제는 공중전달권(right to communication to the public) 침해 여부가 쟁점이다. 공중전달권은 저작권 지침²²⁾ 제3조 제1항에 규정되어 있는데, 첫째, 링크를 공중전달 개념을 구성하는 송신(transmission) 또는 이용제공(making available)으로 볼 수 있는지, 둘째, 링크를 “공중”에 대한 행위로 볼 수 있는지는 관건이다. 결론부터 말하면, Svensson 사건²³⁾에서 유럽법원은 “새로운 공중” 개념을 도입하여 만약 저작물이 아무런 제한없이 누구나 접근할 수 있는 상태에 있었다면 이 저작물에 대한 링크는 새로운 공중을 대상으로 하지 않는다고 보고 공중전달권 침해가 아니라고 판결했다. 그리고 이러한 결론은 링크의 유형에 따라 달라지지 않아서, 가령 링크로 연결되는 정보가 어느 웹 사이트에서 제공된 것인지 인터넷 이용자가 혼동하더라도(링크가 제공된 웹 사이트인지 링크로 연결된 웹 사이트인지 혼동하더라도), 결론이 달라지지 않는다고 한다. Svensson 사건은 심층 링크 방식이었는데, 그 후 프레임 방식의 인라인 링크가 문제였던 BestWater 사건에서도 유럽법원은 공중전달권 침해를 부인했다.²⁴⁾

Svensson 사건의 원고는 4명의 스웨덴 언론인이었고, 피고(Retriever Sverige AB)는 자신이 운영하는 웹사이트에 원고들이 신문(Göteborgs-Posten) 및 신문사 웹사이트에 게재한 글(이 글은 신문사 사이트에 접속하면 누구나 볼 수 있음)에 대한 링크를 제공하였다. 이 링크를 클릭하면 원고들의 글로 연결되는데, 원고들은 피고를 상대로 공중전달권 침해 대한 손해배상을 스톡홀름지방법원에 청구하였다. 스웨덴 1심 법원은 2010. 6. 11. 링크는 공중전달에 해당하지 않는다고 판단하였다. 항소법원은 사건을 유럽법원으로 회부하면서 (1) 웹 사이트에 타인의 저작물에

22) Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society

23) ECJ Case C-466/12 (2014. 2. 13.), *Svensson and others v Retriever Sverige AB*.

24) ECJ Case C-348/13 (2014. 10. 21.) *BestWater International GmbH v. Michael Mebes, Stefan Potsch*. BestWater 결정은 판결문이 아니라 명령(Order) 형식으로 내려졌는데, 이는 이전 사건인 Svensson 사건과 동일한 질의에 관한 판단이므로 절차규정 제99조에 따른 것이라고 한다(<http://ipkitten.blogspot.kr/2014/10/that-bestwater-order-its-up-to.html>). BestWater 사건은 정수 시스템을 판매하는 사업자인 원고가 자신의 제품 광고를 위하여 수질오염을 다룬 약 2분 가량의 동영상에 관한 것이다. 이 동영상이 유튜브에 누구나 볼 수 있는 상태로 올라가 있었는데, 경쟁사업자의 대리점을 운영하는 피고 2명이 이 동영상을 유튜브가 제공하는 임베딩(embedding) 방식으로 피고 사이트에 집어넣어 피고 사이트를 방문한 인터넷 이용자들이 피고 사이트에서 해당 동영상을 볼 수 있게 되었다. 독일 1심 법원은 공중전달권 침해를 인정하였으나 2심 법원은 이를 파기하였고, 독일 대법원 역시 공중전달권 침해가 아니라고 보았으나, 공중전달권을 포함하는 더 넓은 개념의 공개재현권(독일 저작권법 제19조 제2항) 침해 여부에 대한 해석을 유럽법원에 의뢰하였다(이상 사실 관계에 대한 설명은 박희영, (2015. 8. 25.) “독일 연방대법원, 유튜브 동영상의 임베딩에는 권리자의 동의 필요”(한국저작권위원회 홈 페이지 - 정보자료 - 저작권동향 - 게시물 번호 66)에서 인용). 한편 유럽법원의 BestWater 결정 후 독일 대법원은 저작권자로부터 허락을 받지 않은 무단 콘텐츠에 대한 링크는 공중전달권 침해라고 판단한 반면, 그리스 법원(1심)은 링크된 콘텐츠가 불법성 여부는 문제가 되지 않는다고 보았다. 이에 대해서는 후술한다.

대한 링크를 제공하는 행위가 공중전달에 해당하는지, (2) 만약 저작물이 아무런 제한없이 누구나 접근할 수 있는 경우 위 (1)의 판단이 달라지는지, (3) 인터넷 이용자가 링크를 클릭했을 때 그 저작물이 다른 웹 사이트에서 보여지는 경우와 같은 웹 사이트에서 보여지는 경우를 구분하여 위 (1)을 판단해야 하는지, 마지막으로 (4) 저작권 지침 제3조 제1항의 공중전달권보다 더 넓은 보호를 회원국이 부여할 수 있는지 질의하였다.

유럽법원은 위 질의 (1)~(3)에 대해 타인의 저작물에 대한 링크를 제공하는 행위는 “이용제공”(공중이 실제로 이용을 했는지는 상관없음)에 해당한다고 보았다. 다음으로 링크 제공 행위가 공중에 대한 것인지와 관련하여 유럽법원은 “새로운 공중(new public)” 개념을 도입하여, 링크된 저작물이 누구나 접근할 수 있는 상태에 있었다면 이 저작물에 대한 무단 링크는 새로운 공중에 대한 행위가 아니므로 공중전달권 침해가 아니라고 판단했다. 마지막으로 질의 (4) 즉, 저작권 지침보다 공중전달권을 회원국에서 더 넓게 보호할 수 있는지에 대해서는 그렇게 되면 회원국별로 법적 보호의 차이가 발생하고 법적 불명확성이 초래되므로 회원국에 따라 공중전달권의 범위가 달라지는 것은 허용될 수 없다고 판단하였다(판결문 단락 33, 34).

“새로운 공중” 개념은 유럽법원이 Svensson 사건에 대한 판결을 내리기 전에 유럽저작권학회(2012년에 설립)가 제출한 의견서(2013. 2. 15.)²⁵⁾에 잘 정리되어 있다. 공중전달권에서 말하는 “공중” 요건은 저작물의 공중전달이 일단 일어난 경우에는 그 후의 공중전달은 새로운 공중일 것을 요구한다.²⁶⁾ 유럽법원의 선례에서도 이를 확인할 수 있는데, C-306/05 사건(SGAE [2006] ECR I-11519)에서 유럽법원은 애초의 공중전달 행위에서 염두에 두었던 공중과 다른 공중에 대한 송신 즉, 새로운 공중에 대한 송신 행위(호텔 객실 TV를 통한 방송 신호의 송신 행위)를 공중전달권 침해로 보았고, C-403/08 및 C-429/08 사건에서도 저작권 지침 제3조 제1항의 “공중에 대한 전달”이 되려면 저작물이 새로운 공중(저작권자들이 최초의 공중에 대한 전달을 통해 이용허락을 할 때 고려하지 않았던 공중)에게 전달되어야 한다고 판단했다.

한편 유럽저작권학회는 하이퍼링크는 링크를 제공한 자에 의한 송신이 일어나지 않기 때문에 전달(communication) 행위도 아니고 대상도 저작물이 아니라는 입장을 취한다. 하지만 하이퍼링크 행위가 언제나 면책되지는 않으며, 가령 불법 복제물임을 알면서 조장하는 경우에는 간접 침해 책임(accessory liability)을 질 수 있고, 부정경쟁행위, 인격권 침해, 기술적 조치 우회 행위에 해당할 수도 있다고 본다. 유럽저작권학회가 하이퍼링크는 전달 행위가 아니라고 본 이유는 전달이란 유선이나 무선 수단을 불문하지만 송신(transmission) 즉, 공중이 저작물을 수신할 수 있도록 하는 기술적 의미의 보내는 행위가 반드시 수반되어야 하기 때문이다.²⁷⁾

25) European Copyright Society, “Opinion on the Reference to the CJEU in Case C-466-12 Svensson, 15 February 2013, <<http://bit.ly/1PadoxL>>

26) 유럽저작권학회 의견서 단락 27 이하.

27) 유럽저작권학회가 하이퍼링크를 전달 행위에도 속하지 않는다는 의견을 낸 것은 유럽연합의 저작권지침에 근거한 것이다. 저작권지침(2001/29) 설명문 23은 “공중전달권은 유선 또는 무선 수단에 의해 공중에게 저작물을 송신 또는 재송신(방송 포함)하는 행위를 포괄한다. 이 권리는 다른 행위는 포괄하지 않는다(This right should cover any such transmission or retransmission of a work to the public by wire or wireless means, including broadcasting. This right should not cover any other acts)”고 되어 있다. 공중전달권에서 송신이란 표현을 사용하지 않은 이유는 협상경위에 따른 것이다.

“새로운 공중” 기준에 대한 비판도 많은데, 예를 들어 ALAI²⁸⁾는 무방식주의를 원칙으로 하는 저작권 제도에 새로운 방식을 도입한 꼴이라고 하며, 저작권자가 아닌 제3자에 의한 저작물의 재송신은 모두 공중전달에 해당한다고 주장한다.²⁹⁾

유럽법원의 Svensson 판결과 BestWater 결정 이후에도 링크와 저작권 문제에 대한 논란은 이어지고 있다. 가장 큰 쟁점은 링크로 연결되는 콘텐츠가 불법인 경우의 공중전달권 해석 문제이다. Svensson 사건에서 링크로 연결되는 기사는 저작권자가 작성하여 신문사 홈페이지에 올린 합법 콘텐츠인 반면, BestWater 사건에서는 유튜브에 올라간 영상이 무단 업로드된 영상인지 명확하지 않았다. BestWater 사건의 국내 소송(독일)에서 원고는 유튜브에 올라간 영상이 무단으로 업로드되었다고 주장하였지만 독일 법원의 판결문이나 유럽법원 결정문으로는 명확하지 않다.³⁰⁾ 하지만 독일 연방대법원은 유럽법원의 BestWater 결정 이후 저작권자의 허락을 얻지 않은 프레임 링크는 공중전달권 침해로 판단했다(I ZR 46/12, 2015. 7. 9.). 이 사안은 네덜란드 법원이 유럽법원에 회부한 사건(C-160/15 GS Media v. Sanoma)의 핵심 질의이기 때문에 독일 대법원이 유럽법원의 판단을 기다릴 수도 있었지만 그렇게 하지 않았다. 그 이유는 GS Media 사건에 대한 유럽법원의 판단이 2016년 여름까지는 나오지 않을 것으로 전망한 독일대법원이 유럽법원의 Svensson 판결을 저작권자의 허락을 얻은 콘텐츠에 대한 프레임 링크만 허용되는 쪽으로 해석함으로써 유럽법원이 이와 다른 해석론을 내리지 못하도록 유도하려는 의도라고 할 수 있다(독일 대법원은 유튜브에 게시된 영상이 무단 업로드인지에 대한 심리를 다시 하라며 사건을 항소법원으로 돌려보냈다).³¹⁾

이에 비해 그리스 법원(1심 법원)은 livemovies.gr 사건에서 그리스 TV 방송물에 대한 심층링크가 인터넷 이용자를 저작권자의 사이트가 아닌 제3자의 사이트로 연결시키는 경우에도 공중전달권 침해가 아니라고 판단했다. 그리스 법원은 유럽법원의 BestWater 결정은 애초의 공중전달이 합법인지 불법인지와는 상관이 없다고 해석함으로써 독일 연방대법원과는 다른 입장을 취했다.³²⁾

한편 저작권 지침의 공중전달권은 쌍방향 주문형 송신에 대한 것이어서 방송 즉, 아이스하키 경기 생중계에 대한 링크 행위를 방송사업자(C More Entertainment)가 침해 주장할 수 있는지와 관련하여, 유럽법원은 대여권 지침(2006/15)의 설명문 16과 제8조 제3항 및 제12항을 근거로

28) the Association Littéraire et Artistique Internationale, 영문명칭: The International Literary and Artistic Association

29) ALAI, REPORT and OPINION on the making available and communication to the public in the internet environment - focus on linking techniques on the Internet (16 September 2013)

30) <<http://ipkitten.blogspot.kr/2014/10/that-bestwater-order-its-up-to.html>> “the CJEU’s reasoning that there is “in particular” no “communication to the public” if the work is made available “with permission”... (para 16. See to this effect Svensson, paras 25 - 28) does not really help solving these uncertainties.”

31) German Federal Supreme Court - “Framing” does not infringe copyright if content was authorised on the source, <<http://bit.ly/1JegQFq>>, Eva Vonau (July 10, 2015), “Framing in the limelight: German Federal Supreme Court - “framing” of copyrighted content is not infringement if originally uploaded with consent” <<http://bit.ly/1NhEeMY>>

32) IPKat (3 October 2015) “Greek court says that it doesn't matter whether the content you link to is lawful or unlawful” <<http://ipkitten.blogspot.co.uk/2015/10/greek-court-says-that-it-doesnt-matter.html>>

권리행사가 가능하다고 보았다.³³⁾

TV 방송물이나 영화의 무단 스트리밍 사이트에 대한 링크를 제공하는 기기에 관한 사건(C-527/15),³⁴⁾ 인터넷 이용자의 컴퓨터에 저장되어 있는 저작물에 대한 메타데이터(토렌트 파일)를 색인하고 분류함으로써 이용자가 이를 기초로 저작물을 업로드/다운로드할 수 있는 사이트(PirateBay)의 공중전달권 침해 및 접속차단 조치(지재권 집행 지침 제11조)의 해석에 관한 사건(C-610/15)은 아직 유럽법원에 계류되어 있는데, 이에 대한 판단이 나와야 링크와 저작권 문제를 둘러싼 논란이 정리될 것으로 보인다.

한편 유럽법원은 Svensson 판결에서 저작물에 대한 공중의 접근을 제한하는 조치가 취해진 저작물에 대한 링크가 이러한 제한을 해제하는 경우에는 링크가 “새로운 공중”을 대상으로 하기 때문에 공중전달권 침해라고 실시하면서 새로운 쟁점을 유발했다. 즉, 유럽법원은 애초의 공중전달이 있었던 사이트에서 해당 저작물이 더 이상 존재하지 않는 경우, 그 저작물에 대한 접근이 가능하도록 링크를 제공하는 행위는 공중전달권 침해라고 보았는데(판결문 단락 31), 이렇게 되면 검색 결과를 임시 저장(캐싱)하는 방식으로 제공하는 경우는 원 콘텐츠가 삭제되거나 링크 위치가 변경될 경우 저작권 침해로 몰릴 위험이 있다.

나. 유럽회원국

독일 법원은 2003년 Paperboy 사건에서 언론사 사이트를 검색하여 하이퍼링크가 포함된 검색 결과를 제공하는 검색 엔진은 독일 저작권법과 유럽연합 저작권 지침의 “전달(communication)”에 해당하지 않아 저작권 침해가 아니라고 판단한 바 있다.³⁵⁾ 독일 대법원에 따르면, 하이퍼링크는 인용과 같은 단순한 참조에 불과하고, 저작물에 대한 이용은 전적으로 링크된 사이트의 운영자가 통제할 수 있기 때문에 간접침해의 문제가 없다고 보았다.³⁶⁾

무단 업로드된 음악 파일에 대한 링크 정보를 모아놓은 사이트에 대한 유럽연합 회원국 법원의 판결은 갈리는데, 노르웨이 대법원은 2005년 냅스터 사건에서, 웹 사이트(www.napster.no)에 MP3 음악 파일(무단으로 업로드된 파일)에 대한 하이퍼링크는 이용제공이 아니라고 보았다.³⁷⁾ 노르웨이 대법원은 링크는 웹 사이트의 주소에 불과한데 이를 인터넷에 올려서 누구나 알 수 있도록 하는 행위는 저작물을 공중에게 이용 제공하는 것은 아니라고 판단했다.

링크의 저작권 분쟁은 영국에서 있었던 스코틀랜드 인터넷 신문사간 사건(The Shetland Times

33) C MORE ENTERTAINMENT AB V LINUS SANDBERG, CASE C-279/13, 26 MARCH 2015 사건. 이 사건에서 원고는 2007년 가을 아이스하키 생중계 방송을 경기당 약 9.7 유로의 요금을 낸 회원에 한해 원고의 인터넷 사이트에서 볼 수 있도록 했는데, 피고는 이 방송을 누구나 볼 수 있는 링크를 제공하여 스웨덴에서 형사 고소까지 당하였다. 스웨덴 법원은 경기 중계 영상에는 창작성이 인정될 수 없다고 하여 저작물성은 부인하면서 방송사업자의 지위만 인정하였다.

34) 이 사건에서 유럽법원은 스트리밍 사이트에 대한 링크의 공중전달권 침해 문제 외에도 인터넷 이용자가 무단 스트리밍 사이트를 통해 저작물을 일시적으로 저장하는 행위가 허용되는지 여부도 다룰 것으로 보인다.

35) Case I ZR 259/00 (17 July 2003) [2005] ECDR (7) 67, 7

36) Estelle Derclaye(ed.), Research Handbook on the Future of EU Copyright, Edward Elgar, 2009, 228면 참조.

37) Napster.no(2006) IIC 120(27 January 2005)

Ltd v Wills)이 최초였다³⁸⁾

다. 미국, 캐나다, 호주 등의 사례

1) 미국

미국에서 가장 널리 알려진 사건은 Perfect 10 v. Google 사건³⁹⁾이다. 미국 저작권법은 다른 나라와 달리 전시권과 배포권을 유형물로 제한하지 않기 때문에, 이 사건에서 원고는 구글의 전시권 침해와 배포권 침해를 주장했다. 원고는 누드 모델에 대한 사진 저작권자이고, 피고 ‘구글’은 이미지 검색 기능을 제공하는데, 구글 이미지 검색 기능은 제3자의 컴퓨터 저장되어 있는 원본 이미지를 축소한 썸네일 이미지를 검색 결과로 제공한다. 검색 결과로 나타난 썸네일 이미지를 선택하면 사각형의 창이 이용자의 컴퓨터 화면에 나타나는데, 창의 상단에는 썸네일 이미지와 텍스트가 나타나고, 하단에는 인라인 링크 방식으로 불러온 원본 이미지가 나타난다. 이 원본 이미지는 피고 컴퓨터에 저장되지 않는 반면, 썸네일 이미지는 피고 컴퓨터에 저장되어 있다.

먼저 전시권 침해와 관련하여 법원은 “서버 기준(server test)”을 적용하여, 피고는 썸네일 이미지에 대해서는 전시권의 직접 침해가 될 수 있지만(2심 법원은 공정이용에 해당하여 침해가 아니라고 보고 1심 판결을 뒤집었다), 원본 이미지는 직접 침해가 아니라고 보았다. 미국 저작권법 제106조 제5항의 “전시(display)”는 저작물의 복제물을 직접 보여주거나 필름, 슬라이드 등의 장치나 방법으로 간접적으로 보여주는 것을 말하며 복제물은 저작물이 고정된 유형물(material object)을 말하는데, 구글은 원본 이미지를 저장하지 않기 때문에 이 이미지의 복제물을 가지고 있지 않다는 것이다. 구글의 행위는 이미지의 복제물을 전달(communicating)한 것이 아니라 HTML 명령어(링크)를 이용자에게 제공하였을 뿐이고 이 명령어를 통해 이용자의 브라우저 프로그램이 원본 이미지가 저장된 웹 사이트의 컴퓨터로 안내되었다. 이러한 HTML 명령어를 제공한 행위는 복제물을 보여주는 행위가 아니며, 만약 이것이 이용자의 저작권 침해를 용이하게 하였다면 직접 침해가 아니라 기여 침해가 문제될 뿐이다. 그리고 프레임 방식의 인라인 링크는 인터넷 이용자로 하여금 자신이 보고 있는 이미지가 피고가 제공하는 이미지로 혼동하게 할 수 있다는 원고의 주장에 대해서는 상표법과 달리 저작권법은 소비자 혼동에 대해서는 보호하지 않는다고 판단했다.

그 다음, 배포권 침해 여부에 대해 미국 법원은 배포권 침해가 되려면 피고가 저작물의 복제물을 실제로 퍼뜨리는(actual dissemination) 행위를 해야 하지만, 이 사건에서는 피고가 아니라 원본 이미지가 저장된 사이트의 운영자가 이용자의 컴퓨터에 사진 이미지를 전자적으로 송신하여 그 이미지의 복제물을 배포하였다고 보았다.

38) 방석호, 디지털 시대의 미디어와 저작권(2012년 개정판), 커뮤니케이션북스, 235면 각주 62 (이 사건에서 영국 법원은 하이퍼링크 자체의 저작권 침해는 판단하지 않고 그 대신 하이퍼링크를 통해 원고의 홈 페이지가 생략된채 내용만 제공되면 원고의 광고 수입이 줄어들 수 있다는 이유로 가처분 신청은 인용되었다고 한다).

39) Perfect 10 v. Google, Inc., 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007)

간접 침해 여부는 구글 이미지 검색 중 원본 이미지에 대한 인라인 링크 방식의 검색 결과 제공이 문제였는데, 이에 대해 1심 법원은 기여 침해와 대위 침해를 인정하지 않았다. 기여 침해는 직접 침해를 의도적으로 유도하거나 조장하는 경우에 인정되는데, 2심 법원은 이를 2가지 유형으로 나누어 분석하였다. 첫째, 특정 행위를 통해 침해를 적극적으로 조장(또는 유도)하는 경우, 둘째, 저작권 침해에 사용되는 제품을 배포하는 경우(이 제품이 실질적으로 비침해 용도가 없을 것). 두 번째 유형에 대해 구글은 그록스터 판결을 인용하며 항변하였지만 법원은 원고가 이 유형에 따른 책임을 주장하지 않았다고 보고 첫 번째 유형에 대해서만 판단했다. 1심 법원은 구글이 침해 사이트를 인터넷 이용자들이 방문하도록 실질적인 홍보를 하거나 광고를 한 바 없고 침해 웹 사이트의 수익에 중대한 기여를 하지 않았기 때문에 기여 침해의 책임이 없다고 보았다. 하지만 항소법원은 기여 침해란 컴퓨터 시스템 운영자가 자신의 시스템에 구체적인 침해물의 존재를 실재를 알고 있고, 저작물에 대한 피해를 방지할 조치를 손쉽게 취할 수 있으면서도 침해물에 대한 접근을 계속해서 제공하는 경우에 성립한다는 법리(Netcom 판결과 Napster 판결 인용)를 근거로, 1심 법원은 이에 대한 판단, 구체적으로는 Perfect 10의 침해물 삭제 통지의 적절성과 구글의 조치가 적절했는지에 대한 판단과, 구글이 침해 이미지에 대한 접근을 제한하는 조치를 취하는 것이 합리적인지, 적당한지 다툼이 있는데 이에 대한 판단을 하지 않았다는 이유로 사건을 환송했다.⁴⁰⁾

대위침해는 직접 침해 행위로부터 이득을 얻으면서 침해를 방지할 수 있는 권한을 행사하지 않은 경우에 성립하는데, 구글을 직접 침해자인 제3사이트와 아무런 계약 관계도 없고 제3 사이트 운영자를 감독할 수 있는 지위에 있지도 않다는 이유로 인정하지 않았다.

2) 캐나다

캐나다에서는 교육기관의 링크 행위에 대해 출판저작권단체가 저작권료를 징수하겠다고 하여 문제가 된 적이 있었다.⁴¹⁾

40) 면책 요건(미국저작권법 제512조(d))과 관련하여 Perfect 10이 적법한 통지를 하였는지에 관한 양 당사자간 다툼이 있었는데(특히 구글은 Perfect 10이 침해물의 위치 정보를 제대로 제공하지 않았다고 주장하고, 침해임이 확인된 웹 사이트에 대한 링크는 제거했다고 주장함), 환송 후 Perfect 10이 다시 제기한 가처분 신청 사건에서 항소법원은 구글의 썸네일 이미지 검색 결과 제공으로 인해 회복할 수 없는 손해가 발생했다는 원고의 주장(2005년 연간 2백만 달러 수입이 2010년 15만 달러로 급감하고 연간 손실이 최소한 3백만 달러 이상으로 파산할 지경이라는 주장에 대해) 이것이 구글 때문이라는 점을 입증하지 못했고, 구글 이미지 검색을 통해 누드 사진을 무료로 볼 수 있다는 이유로 원고 사이트 회원을 탈퇴한 사람 한 명의 진술도 제출하지 못했다는 점 등을 들어 가처분 신청을 기각했다(이 신청에서 Perfect 10은 구글의 썸네일 이미지, 캐싱 기능, 블로거(Blogger) 서비스(블로거 이용자는 이미지를 올릴 수 있음), 원고의 삭제 요청을 chillingeffects.org에 전달한 행위를 저작권 침해로 주장하는 한편, 모델의 퍼블리시티권 침해를 주장했다(Perfect 10, Inc. v. Google, Inc. 653 F.3d 976 (9th Cir. 2011)). 환송심 법원은 Perfect 10의 통지를 3가지 유형(유형 A: 2001년 5월 1일부터 7월 6일까지의 이메일 통지, 유형 B: 2004년 5월 31일부터 2007년 4월 24일까지의 엑셀 파일에 의한 통지; 유형 C: 2005년 12월 9일부터 2009년 6월 13일까지의 DVD나 외장 하드 드라이브를 통한 통지)으로 구분한 다음 유형 A는 침해물을 특정하지 않았고 지정된 수신인에게 보낸 것이 아니라는 이유로 적법한 통지로 보지 않았다. 유형 B는 침해물의 위치 정보가 있었지만 URL이 잘못되었고 해당 URL에 대한 저작물을 특정하지 않았다는 이유로 역시 적법한 통지가 아니기 때문에 구글이 이 통지에 대한 조치를 취하지 않아도 된다고 보았다(일부 통지는 적법한 통지로 봄). 유형 C는 매우 복잡한데 일부 URL이 잘못 되었거나 잘린 경우에는 적법한 통지를 보지 않았다.

41) Michael Geist, "Something for Nothing: The Non-Existent Benefit of Linking in the Access Copyright Deal" (4 May 2012) <<http://www.michaelgeist.ca/content/view/6458/125/>>; Sam Trosow, "Once Again: Linking is Not Unauthorized Copying." (25 June 2012), <<http://samtrosow.wordpress.com/2012/06/25/once-again-linking-is-not-unauthorized-copying/>>:

Warman v. Fournier 사건에서 캐나다 법원은 사진에 대한 링크는 그 사진이 이미 저작권자의 허락을 얻어 공표되었기 때문에 저작권 침해가 아니라고 판단했다. 하이퍼링크가 공중전달 행위라 하더라도 저작권자가 저작물을 온라인에 올려둔 경우에는 링크로 연결되는 콘텐츠에 대한 통제권은 전적으로 저작권자에게 있으므로(저작권자는 원하는 경우에는 해당 콘텐츠를 삭제할 수 있다), 일종의 묵시적 허락에 해당한다는 것이다.⁴²⁾ 한편 캐나다 대법원은 2004년 SOCAN v. CAIP 사건에서 공중전달(telecommunication)을 자동적으로 촉발하는 임베드 링크는 침해가 될 수 있음을 암시한 바 있고, 캐싱은 서비스의 속도를 높이고 경제적 목적이기 때문에 저작권 침해가 아니라고 보았다고 한다.⁴³⁾

3) 호주

호주 법원은 “새로운 공중” 개념을 도입하지 않았고, Cooper 사건⁴⁴⁾에서 1심 법원은 하이퍼링크는 저작물의 공중전달이나 이용제공 행위가 아니라고 보았다. 이 사건에서는 음반을 다운로드할 수 있는 링크를 제공하는 사이트(<mp3s4free.net>)가 문제였는데, 원고는 음반이 웹사이트에 전시된 하이퍼링크를 통해 “이용제공” 된다고 주장하였지만, 법원은 음반을 이용제공한 자는 링크된 사이트이고 음악 파일은 링크를 클릭한 이용자의 컴퓨터로 링크된 서버에서 전달되기 때문이라고 한다.⁴⁵⁾

하지만 항소심 법원은 피고의 방조책임(authorization) 인정하였는데,⁴⁶⁾ 피고는 저작권 침해를

Sam Trosow, Scott Armstrong & Brett Harasym, “Objections to the Proposed Access Copyright Post-Secondary Tariff and its Progeny Licenses: A Working Paper” (14 August 2012), <<http://ir.lib.uwo.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1026&context=fimspub>>

42) JEREMY DE BEER and MIRA BURR, Transatlantic Copyright Comparisons: Making Available via Hyperlinks in the European Union and Canada, Working Paper No. 2013/22 | AUGUST 2013, 14면

43) Ibid 15면.

44) Cooper v Universal Music Australia Pty Ltd [2006] FCAFC 187 (18 December 2006)

45) Anna, Do hyperlinks infringe copyright? The CJEU considers the question in Svensson, but how does this compare to Australia?, 02-24-2014, <http://ipwhiteboard.com.au/do-hyperlinks-infringe-copyright-the-cjeu-considers-the-question-in-svensson-but-how-does-this-compare-to-the-cases-australia/>

46) 근거 규정은 호주 저작권법 제101조이다. COPYRIGHT ACT 1968 - SECT 101 Infringement by doing acts comprised in copyright

(1) Subject to this Act, a copyright subsisting by virtue of this Part is infringed by a person who, not being the owner of the copyright, and without the licence of the owner of the copyright, does in Australia, or authorizes the doing in Australia of, any act comprised in the copyright.

(1A) In determining, for the purposes of subsection (1), whether or not a person has authorised the doing in Australia of any act comprised in a copyright subsisting by virtue of this Part without the licence of the owner of the copyright, the matters that must be taken into account include the following:

(a) the extent (if any) of the person's power to prevent the doing of the act concerned;

(b) the nature of any relationship existing between the person and the person who did the act concerned;

(c) whether the person took any other reasonable steps to prevent or avoid the doing of the act, including whether the person complied with any relevant industry codes of practice.

(2) The next two succeeding sections do not affect the generality of the last preceding subsection.

(3) Subsection (1) applies in relation to an act done in relation to a sound recording whether the act is done by directly or indirectly making use of a record embodying the recording.

(4) Subsection (1) applies in relation to an act done in relation to a television broadcast or a sound

방지할 권한이 있고(법원은 피고가 링크를 삭제하거나 링크를 올리지 못하도록 할 수도 있을 뿐만 아니라, 링크를 통해 저작권 침해물의 다운로드를 용이하게 하려는 의도로 웹사이트를 만든 것이라고 보았다), 사이트의 광고는 직접 침해자와의 관련성이 있는 것으로 보이고, 침해를 방지하기 위한 조치를 취하지 않았기 때문이다.⁴⁷⁾

4) 일본

2013년 ‘로켓뉴스 24’ 사건⁴⁸⁾에서 일본 오사카 지방법원은 링크된 동영상이 저작권자의 허락 없이 업로드 되었는지 명확하지 않고 저작권자로부터 통지를 받고 해당 링크를 삭제한 사이트 운영자에 대해 직접 침해와 방조 책임을 모두 인정하지 않았다.(이해완 71-72면) 이에 대해 링크를 제공한 사이트 운영자가 링크된 콘텐츠의 위법성을 알면서 링크를 한 경우에는 저작권 침해의 방조자로서 불법행위책임을 추궁할 수 있을 것이라는 견해가 있다.⁴⁹⁾

링크 정보를 제공한 자의 복제권, 공중송신권 침해에 대해 나카야마 교수는 저작물의 복제와 공중송신은 링크를 건 사이트가 아니라 링크된 사이트에서 일어나기 때문에 직접 침해의 책임을 묻기는 어렵다고 한다.⁵⁰⁾ 한편 동경지방법원은 2014년 링크 행위에 대한 저작권 침해를 인정하는 판결을 하였지만,⁵¹⁾ 경제 산업성이 2015년 2월에 발표한 ‘전자 상거래 및 정보 상품 거래 등에 관한 준칙 개정안’ 17면 각주 7에는 “이 판결은 온라인서비스제공자 책임 제한법상의 발신자 정보 공개와의 관계에서 저작권 침해 여부가 문제된 사안이고, 링크를 한 자가 스스로 불법 동영상을 업로드한 것이 인정된 사안이기 때문에, 일반적으로 저작권 침해의 경우에 대해서도 타당한 판례인지는 논란의 여지가 있다고” 고 지적하며, 판례 평석⁵²⁾도 같은 입장이라고 한다.⁵³⁾

5. 링크와 저작권 삼진아웃제 및 해외 사이트 접속 차단

가. 링크와 저작권

한국저작권위원회는 2014년 9월부터 저작권 침해 행위 중 링크를 따로 구분하여 관리하기 시작하였고, 저작권 삼진아웃제 도입 이후 링크에 대한 시정 권고를 한 현황은 아래 표와 같다.⁵⁴⁾

broadcast whether the act is done by the reception of the broadcast or by making use of any article or thing in which the visual images and sounds comprised in the broadcast have been embodied.

47) Cooper 사건의 자세한 분석은 <<http://gocnoibuo.com/peer-to-peer-file-sharing/>> 참조.

48) 大阪地判平成25年6月20日判時2218号112頁(ロケットニュース 24 事件).

49) 박성호, 저작권법, 박영사, 2014, 340면.

50) 中山信弘「著作権法」(第2版) 251頁以下

51) 東京地判平成26年1月17日裁判所ウェブサイト(平成25年(ワ)第20542号)

52) 田中昌利 외 2, “ウェブサイトに対するリンクの掲載行為による著作権侵害の成否”(知財研フォーラム99号23頁)

53) 第一東京弁護士会 総合法律研究所 知的所有権法研究部회 자료 10면 참조

<http://nandri.sakura.ne.jp/sblo_files/nandri/image/20150409hirastu.pdf>

54) 2015. 6. 3. 한국저작권위원회가 박주선 의원실에 제출한 자료.

〈 ' 14년 9월 1일 ~ ' 15년 5월 28일 링크에 대한 시정권고 현황〉

구분	2014년				2015년					합계
	9월	10월	11월	12월	1월	2월	3월	4월	5월 28일	
경고	202	361	947	1,325	88	4	655	-	-	3,582
삭제·전송중단	201	361	917	1,286	88	4	655	-	-	3,512
링크에 대한 시정권고 총 건수										7,094

링크 행위가 저작권 직접 침해도 아니고 방조 행위도 아니라는 대법원의 판결이 2009년, 2010년에 여러 번 있었지만, 한국저작권위원회는 2014년 9월부터 7개월 동안 무려 약 7천 건의 링크에 대해 저작권 삼진아웃제를 적용하였던 것이다. 가령 네이버 이용자가 다른 사이트에 무단으로 게시된 영상물을 프레임 방식으로 링크하였다는 이유로 경고와 삭제·전송중단 요청을 네이버에 보냈고, 음악이나 만화 콘텐츠를 직접 링크한 자에 대해서도 같은 조치를 취하였다.

이렇게 한 근거는 저작권 침해에 대한 규정(저작권법 제123조(침해의 정지 등 청구), 제125조(손해배상의 청구), 제136조(벌칙))와 달리 삼진아웃제의 근거 규정인 제133조의2 및 제133조의3은 그 대상을 “권리를 침해하는 복제물 또는 정보, 기술적 보호조치를 무력화하게 하는 프로그램 또는 정보(이하 “불법복제물 등”이라 한다)”로 넓게 규정하고 있고, 일부 학설⁵⁵⁾이 타인이 인터넷에 올린 불법 복제물을 그 사실을 알면서 자신의 웹 사이트에 링크를 하여 둔 경우에는 타인의 저작권 침해 행위에 대한 방조행위에 해당한다고 보기 때문이라고 한다.⁵⁶⁾

한편 링크에 대한 시정권고는 ‘추잉 사이트’ 운영자에 대한 방조 책임을 부인한 2015. 3. 12. 대법원 판결(2012도13748) 이후 링크에 대한 시정권고 심의를 부결(2015 .4. 7. 심의, 링크 8개 게시물)하고 나서는 중단되었다.

나. 링크와 사이트 접속 차단

한국저작권위원회는 링크에 대한 삼진아웃제 적용을 중단한 이후 링크 정보를 제공하는 해외 사이트에 대한 접속차단을 방송통신심의위원회에 요청하고 있다. 방송통신위원회는 2015년 11월 해외 사이트 9개(baykoreans.net, enjoylimit.tv, dramahost.net, alink.tv, dongyoungsang.com 등)에 대해 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7 제1항 제9호, 「정보통신에 관한 심의규정」 제8조 제8호 마목, 「저작권법」 제136조 위반을 이유로 접속차단을 망 사업자에게 요청하였다.

문제의 사이트는 대부분 방송물을 스트리밍 방식으로 볼 수 있는 사이트 또는 URL에 대한 링크 정보를 모아놓은 사이트인데, 방송사(KBS, MBC, SBS)들의 신고로 문화체육관광부 장관이 한국저작권위원회의 심의를 거쳐 방송통신심의위원회에 접속차단 조치를 요청한 것이다.⁵⁷⁾ 당시

55) 이해완, 저작권법(제2판), 박영사, 2012년, 354면.

56) 한국저작권위원회 침해정보심의팀 ‘시정권고안 검토보고서’

방심위 소위 회의 자료를 보면, 이것이 링크 정보만을 제공한 사이트인지 아닌지에 대한 검토는 전혀 없었고, 해당 사이트가 “저작권자로부터 허락이나 승낙을 득하지 않은채 최근 국내외 저작물을 해외서버를 이용한 사이트를 통해 스트리밍 및 토렌트 서비스를 제공” 하는 것으로 간주하여 심의를 진행했다. 해당 사이트 운영자에 따르면, 문화부의 저작권 경찰이 해당 사안을 수사하고 있으며, 사이트에 광고를 의뢰한 제3자를 통해 사이트 운영자 개인 정보를 입수하였다고 한다.

6. 평가 및 결론

링크의 저작권 침해 여부에서 공중전달권(우리 저작권법의 공중송신권)의 해석 문제가 가장 중요한데, 국제조약(WCT)을 통해 공중전달권 조항이 각국에 입법되었음에도 불구하고 나라마다 해석론이 다르게 전개되고 있다. 그 이유는 해당 조항이 조금씩 다르게 입법되었고, 링크 정보를 제공한 자에 대한 간접침해 법리가 제각각 전개되었기 때문으로 보인다. 가령 유럽의 경우에는 저작권 침해에 이용되는 서비스를 제공하는 자(주로 망 사업자)를 상대로 저작권자가 법원에 금지명령을 청구할 수 있도록 하고, 미국에서는 저작권 침해에 대해 기여책임과 유도침해의 책임을 법원이 인정하고 있다.

또한 링크 정보를 이것이 타인의 저작권 침해물과 연결된다는 사실을 알고 게시한 자, 그리고 그 게시물의 사이트 운영자에게 저작권 침해에 대한 방조 책임을 물을 수 있는지에 대해 유럽 법원과 달리 우리 대법원은 확고한 입장인 것으로 평가할 수 있다. 즉, ‘추잉 사이트’ 운영자에게 방조 책임을 묻기 위해서는 그 전제로서 정범의 행위(링크 정보를 게시하는 행위)가 저작권법 위반이어야 하는데, 링크 행위가 저작권법 위반이 아닌 이상 사이트 운영자에게는 방조 책임을 물을 수 없다는 것이다.

문제는 이처럼 정범의 행위를 전적으로 저작권 침해가 아니라고 보게 되면, 저작권 침해물에 대한 링크 정보만 모아놓고 상업적 이익을 취하는 자에 대해 저작권자로서는 아무런 권리 행사를 할 수 없다는 비판이 제기되고 있다. 그래서 가령 ‘사전적 침해 행위’ (링크로 연결되는 저작권 침해물을 복제하는 행위)를 링크가 용이하게 한 것은 아니지만, ‘사후적 침해 행위’ (링크로 연결되는 저작권 침해물을 링크를 클릭한 인터넷 이용자들에게 전송하는 행위 또는 링크를 클릭한 인터넷 이용자들이 저작권 침해물을 다운로드하는 행위)에 대해서는 링크가 용이하게 하였다고 해석하여, 링크를 제공한 자(그리고 링크를 제공할 수 있는 공간을 만들고 이를 방치한 사이트 운영자)에게 방조 책임을 물어야 한다는 비판이 있다(이해완, 2015: 256면).

한편 링크 사이트 운영자의 방조 책임에 대한 사법적 판단에도 불구하고 행정부가 해당 사이트의 접속 차단 조치를 취하거나 삼진아웃제를 적용하는 것은 문제가 많다. 특히 사이트 운영자의 반론권이 제대로 보장되지 않은 상태에서 사이트 운영자 입장에서는 가장 가혹한 조치라고 할 수 있는 접속차단 조치를 내리는 것은 절차적 공정성을 훼손한 일방적 조치라는 비판을

57) 문화체육관광부 2015. 12. 3. 보도자료 “토렌트 사이트에 이어 스트리밍 링크 사이트까지 접속 차단” <http://www.mcst.go.kr/web/s_notice/press/pressView.jsp?pSeq=14763> 및 방송통신심의위원회 2015. 11. 24. 제85차 통신심의소위원회 회의록 등 참조.

면하기 어렵다.

참고문헌

- 백강진, ‘인터넷에서의 상표사용의 개념’ LAW & TECHNOLOGY 제5권 제5호 (2009)
- 방석호, 디지털 시대의 미디어와 저작권(2012년 개정판), 커뮤니케이션북스
- 박성호, 저작권법, 박영사, 2014
- 박준석, “이미지 검색엔진의 인라인 링크 등에 따른 복제, 전시, 전송 관련 저작권침해 책임”, 민사판례연구「XXXIII-(상)」 627~ (2011. 2.)
- 박희영, (2015. 8. 25.) “독일 연방대법원, 유튜브 동영상의 임베딩에는 권리자의 동의 필요” (한국저작권위원회 홈 페이지 - 정보자료 - 저작권동향 - 게시물 번호 66)
- 안효질, “인터넷 링크와 저작권침해 책임”에 대한 토론문, 2015년 (사)한국저작권법학회 상반기 학술세미나 자료집
- 유상현, “미리듣기, 통화연결음, 휴대전화 벨소리 등 서비스와 저작인격권의 침해 - 서울고등법원 2008. 9. 23. 선고 2007나70720 판결”, 정보법학 제12권 제2호
- 윤태식, “인터넷 링크 중 이른바 ‘심층 링크’ 내지 ‘직접링크’를 하는 행위가 구 저작권법에 정한 복제 및 전송에 해당하는지 여부”, 대법원 판례해설 34권.
- 이해완, ‘인터넷 링크와 저작권 침해 책임’ 성균관법합 제27권 제3호(2015. 09.)
- 이해완, 저작권법(제2판), 박영사, 2012년
- ALAI, REPORT and OPINION on the making available and communication to the public in the internet environment - focus on linking techniques on the Internet (16 September 2013)
- Anna, Do hyperlinks infringe copyright? The CJEU considers the question in Svensson, but how does this compare to Australia?, 02-24-2014, <http://ipwhiteboard.com.au/do-hyperlinks-infringe-copyright-the-cjeu-considers-the-question-in-svensson-but-how-does-this-compare-to-the-cases-australia/>
- Estelle Derclaye(ed.), Research Handbook on the Future of EU Copyright, Edward Elgar, 2009
- European Copyright Society, “Opinion on the Reference to the CJEU in Case C-466-12 Svensson, 15 February 2013, <<http://bit.ly/1PadoxL>>
- Eva Vonau (July 10, 2015), “Framing in the limelight: German Federal Supreme Court – “framing” of copyrighted content is not infringement if originally uploaded with consent” <<http://bit.ly/1NhEeMY>>
- IPKat (3 October 2015) “Greek court says that it doesn’t matter whether the content you link to is lawful or unlawful” <<http://ipkitten.blogspot.co.uk/2015/10/greek-court-says-that-it-doesnt-matter.html>>
- JEREMY DE BEER and MIRA BURR, Transatlantic Copyright Comparisons: Making Available via Hyperlinks in the European Union and Canada, Working Paper No. 2013/22 | AUGUST 2013
- Julia Reda, “Ancillary Copyright 2.0: The European Commission is preparing a frontal attack on the hyperlink” <<http://bit.ly/1LYjInn>>

- Kimberlianne Podla, ‘Linking to Liability: When Linking to Leaked Movies, Scripts, and Television Shows Is Copyright Infringement’ , Harvard Journal of Sports & Entertainment Law, Vol. 6 (2015) 41,
- Maximilian Mohr, ‘The Right to ‘Inline Linking’ and the Question of Liability
<
[http://www.law.lu.se/webuk.nsf/\(MenuItemById\)/JAMR32exam/\\$FILE/The%20Right%20to%20'Inline%20Linking'%20and%20the%20Question%20of%20Liability,%20Maximilian%20Mohr.pdf](http://www.law.lu.se/webuk.nsf/(MenuItemById)/JAMR32exam/$FILE/The%20Right%20to%20'Inline%20Linking'%20and%20the%20Question%20of%20Liability,%20Maximilian%20Mohr.pdf)>
- Michael Geist, “Something for Nothing: The Non-Existent Benefit of Linking in the Access Copyright Deal” (4 May 2012)
<<http://www.michaelgeist.ca/content/view/6458/125/>>
- Sam Trosow, “Once Again: Linking is Not Unauthorized Copying,” (25 June 2012), <<http://samtrosow.wordpress.com/2012/06/25/once-again-linking-is-not-unauthorized-copying/>>
- Tim Bray, (Sep. 11, 2003) “Deep Linking in the World Wide Web”
- German Federal Supreme Court - “Framing” does not infringe copyright if content was authorised on the source, <<http://bit.ly/1JegQFq>>
- 中山信弘「著作権法」(第2版)
- 第一東京弁護士会 総合法律研究所 知的所有権法研究部会
<http://nandri.sakura.ne.jp/sblo_files/nandri/image/20150409hirastu.pdf>

콘텐츠 정책연구보고서

K)) internet
사) 한국인터넷기업협회

(사)한국인터넷기업협회
135-877 서울특별시 강남구 테헤란로 423 현대타워 7층 701호
02.563.4114 www.kintemet.org