

# 온라인디지털콘텐츠산업의 보호에 관한 연구

## -온라인디지털콘텐츠산업발전법을 중심으로-

강성주\*

### 요 약

디지털콘텐츠산업은 정보화사회의 핵심적인 기반산업분야이나 복제의 용이성으로 디지털콘텐츠를 법적으로 보호하지 않는다면 우리사회가 필요로 하는 디지털콘텐츠의 개발의욕을 저하시켜 산업발전을 기대할 수 없을 것이다. 따라서 디지털콘텐츠제작자의 법적보호는 국가적 이익을 극대화하기 위한 필수불가결한 조치일 것이다. 이러한 디지털콘텐츠제작자의 법적보호를 위하여 탄생한 법이 온라인디지털콘텐츠산업발전법이다.

## I. 서론

디지털 콘텐츠제작자는 불법복제 등에 대해 자신의 영업이익을 보호하기 위하여 다양한 기술적 보호수단이 강구되어 왔다. 그러나 이러한 기술적 보호수단을 무력화시키는 수단의 등장으로 인하여 콘텐츠제작자의 영업상 이익의 확보가 곤란하여 짐으로써 본 산업의 투자가 위축되어 산업발전에 지장을 초래하게 될 것이다. 따라서 디지털콘텐츠제작자 등의 영업이익과 적절한 유통과 활용이 도모될 수 있게 하기위하여 탄생된 법이 온라인디지털콘텐츠산업발전법<sup>1)</sup>이다.

본법은 기반조성 등 국가의 직접적인 지원과 결과물의 부정경쟁으로부터의 보호를 통해 투자유도를 함으로써 온라인디지털콘텐츠산업의 발전을 목적으로 하는 법이다. 저작권법<sup>2)</sup>과는 달

리 본법은 산업발전을 도모하는 법으로써 온라인콘텐츠제작자를 경쟁자의 부정경쟁, 부정침탈로부터 보호함으로써 투자를 유도하여 산업을 발전시키고자 하는 것이다. 즉 저작권법에서 요구하는 창작성과 데이터베이스의 요건이 되는 편집물성에 관계없이 디지털로 제작된 모든 정보에 대한 복제와 전송의 독점권을 인정하여 본 산업을 발전시키고자 하는 것이다.

## II. 온라인디지털콘텐츠제작자의 일반적 보호범위

온라인디콘법은 온라인디지털콘텐츠제작자의 영업상의 이익을 행위규제방식으로 보호하고 있다. 여기에서는 보호의 주체와 관련하여 디지털콘텐츠제작자의 영업상 이익의 보호요건으로 상당한 노력이라는 용어의 추상적 범위에 대하여

없다.

\* 가천대학교 인터넷 무역과 겸임교수

1) 본 법을 앞으로는 줄여서 온라인디콘법으로 쓰겠다.

2) 저작권법은 문화발전을 목적으로 하는 것이지, 문화산업의 발전을 목적으로 하는 것이 아니다. 즉 저작물을 창작한 지를 보호하는 법으로써 문화산업발전에 관한 내용은

알아보고, 그 보호대상의 개념과 이에 대한 이익침해행위로서의 금지된 행위 또는 위법행위를 검토한다.

## 2.1. 온라인디지털콘텐츠제작자의 정의

일반적으로 인터넷 서비스 운영자(Internet Service Provider : ISP)란 온라인을 통하여 정보인 저작물을 전달하는 정보통신서비스 중의 하나로서<sup>3)</sup> 이러한 서비스를 제공하는 자가 영리 또는 비영리를 묻지 않으며, 자신이 어떠한 정보를 제공하는 자는 아니고 자신의 설비나 서버를 이용하여 이용자에게 온라인을 통하여 일정한 서비스를 매개하는 자들을 총칭한다고 보여진다<sup>4)</sup>. 이러한 인터넷 서비스의 내용에 따라 ① ISP(Internet Service Provider), ② CSP(Content Service Provider), ③ IPP(Internet Presence Provider), ④ NSP(Network Service Provider), ⑤ ASP(Application Service Provider), ⑥ MSP(Managed Service Provider) 등으로 분류하기도 한다<sup>5)</sup>. ISP는 콘텐츠제공자 및 온라인서비스 운영자와 구별된다. OSP는 자신의 네트워크상에서 자신의 콘텐츠를 제공할 뿐 아니라 인터넷상의 더 많은 자원으로 연결시켜 주기도 한다. 따라서 OSP는 ISP 및 CSP보다 넓은 개념으로서, OSP는 동시에 ISP 및 CSP가 되는 것

3) 우리나라의 전기통신사업법 제4조 제1항은 전기통신사업을 기간통신사업, 별정통신사업 및 부가통신사업으로 구분하고, 제4항은 부가통신사업을 “기간통신사업자로부터 전기통신회선설비를 임차하여 기간통신업무외의 전기통신업무(PC통신, 인터넷, 전자우편, 전자문서교환, 신용카드 검색, 컴퓨터예약, 전화시서함서비스)를 제공하는 사업”으로 정의하고 있다.

4) 尹宣熙(2002), “정보통신사회에서의 인터넷서비스운영자에 대한 고찰”, 「격월간 인터넷법률」, 제11호, 63.

5) (A)著作権情報センタ 附属 著作権研究所 奇與侵害, 間接侵害委員会(2001), “奇與侵害間接에 관한 研究”, 「著作権研究所研究叢書」, (4), 73.

이 일반적이라고 한다<sup>6)</sup>.

온라인디콘법에서 말하는 보호의 주체로서 온라인디지털콘텐츠제작자란 온라인디지털콘텐츠제작에 있어 그 전체를 기획하고 책임을 지는 자 또는 이들로부터 적법한 방법으로 그 지위를 양수받은 자이다<sup>7)</sup>. 따라서 넓은 의미에서 온라인디지털콘텐츠제작자는 인터넷서비스운영자(ISP)의 범주 안에서 해석하여도 무방하다고 할 수 있겠다.

하지만 본 법의 보호를 받는 온라인디지털콘텐츠제작자는 모든 디지털콘텐츠제작자가 아니라 경쟁관계에 있고 영업상이익을 침해받은 경우의 디지털콘텐츠제작자에 한정할 수 있다. 이는 온라인디콘법에서는 부정경쟁자의 부정경쟁행위를 금지하고 있기 때문에 본법의 보호를 받는 디지털콘텐츠제작자도 부정경쟁자의 부정경쟁행위에 의해 영업상의 이익을 침해받았다는 사실을 증명한 자에 한정이 될 수 있을 것이다.

## 2.2. 부정경쟁자의 부정행위

부정경쟁자의 부정경쟁행위를 금지하고 있는 온라인디콘법의 보호를 받는 디지털콘텐츠제작자란 부정경쟁자의 부정경쟁행위에 의해 영업상의 이익을 침해받았다는 사실을 증명한 자에 한정하고 있는데, 여기에서 말하는 부정경쟁자의 범위는 자연인은 물론 법인과 법인격이 없는 단체를 막론하여 불법행위능력이 있는 모든 자를 포함한다<sup>8)</sup>. 본법 제7조의 규정에서 “누구든지”라는 표현과 경쟁사업자와의 관계는 그 취지상 영업상의 이익이 침해되는 경우 경쟁사업자의 행위로만 그 범위를 한정시킬 필요는 없다고 생

6) 이 대희, 임시적 복제와 캐싱 및 BBS운영자·OSP의 책임, 전자거래진흥원 지적재산권법 워킹그룹 발표자료.

7) 온라인디콘법 제2조제6호

8) 온라인디콘법 제22조, 제23조

각되나 전체의 법규정상 이러한 해석이 가능한지는 불분명하다<sup>9)</sup>. 즉 온라인디콘법의 제정취지는 부정경쟁자로부터 무단·복제의 전송을 제한하여 디지털콘텐츠제작자의 영업상의 이익을 보호하기 위한 것이므로, 개인적인 목적으로 복제를 한 개인은 콘텐츠제작자의 영업상 이익을 해하지 않았으므로 본 법에 저촉된다고 할 수 없을 것이다. 따라서 그 행위의 상대방에 대한 관계에 있어서 경쟁행위일 것은 요구하고 있지 않지만<sup>10)</sup>, 그 결과로서 영업상의 이익을 침해한 경우의 “누구든지”로 제한하여야 할 것이다.

부정경쟁행위가 되기 위해서는 불법행위가 성립해야 하는데, 온라인디콘법은 침해의 동기가 영리의 목적의 유무와 관계없이 침해행위를 금지하고 있다. 이는 본 법이 무단복제에 의한 불공정한 경쟁을 방지하는 것이 주된 목적이므로, 불공정한 경쟁이 현실적으로 발생했는지의 판단 기준으로 영업에 관한 이익의 침해를 금지행위의 한 요소로 규정하고 있기 때문에 온라인디지털콘텐츠제작자에게 복제나 배포에 대한 배타적 권리를 부여하는 것은 아니라고 생각된다. 하지만 손해배상책임을 지우기 위해서는 민법의 일반원리인 고의·과실을 필요로 하고 있다.

## 2.3. 객관적 보호범위에서의 문제점

### 2.3.1. 보호범위에 관한 문제

정보 그 자체가 창작적인 표현에 해당되지 않는 한, 정보나 사실 자체는 저작권법의 보호대상이 되지 않는다. 그러나 일정한 기준에 따라서 정보를 수집 또는 배열해서 만든 편집물은 저작권법상 편집저작물로서 보호받을 수 있다. 저작권법 하에서 문제가 되는 것은 어떠한 정보

편집물이 저작권법상의 창작성 요건을 갖추고 있다고 판단될 수 있겠는가하는 창작성 요건의 충족의 문제이다<sup>11)</sup>.

하지만 창작성의 여부를 묻지 않는 온라인디콘법에서 문제는 온라인콘텐츠의 보호범위에 관한 것이다. 이는 그 보호대상을 온라인상에 존재하는 디지털콘텐츠에 한정하고 있는 것과 온라인에서의 이용행위로 그 보호의 범위를 제한하고 있다는 것이다.

우선 온라인상에서 존재하는 디지털콘텐츠는 온라인상에서만 유통되는 것이 아니라 CD 등으로 복제하여 오프라인에서도 유통될 수 있다는 것이다. 온라인 공간과 오프라인공간이 완전히 단절된 것이 아니며, 디지털화에 의해 창출되는 가치는 이를 별개로 나누어 생각할 수 없다는 것이다. 이렇다면 온라인상의 디지털콘텐츠를 보호한다고 해도 실제 디지털콘텐츠제작자를 보호할 수 있을지는 의문이다.

다음으로 온라인콘텐츠의 보호범위를 온라인에서의 이용행위로만 제한하고 있기 때문에 온라인 콘텐츠가 CD-ROM에 복제되어 오프라인으로 유통되는 것이 일반적임을 고려할 때, 어떤 경로에 의해서든 그 가치가 전달되는 디지털 콘텐츠 이용행위까지를 규제할 수 있어야 할 것이다. 따라서 본법은 복제나 전송을 금지함으로써 간접적으로 디지털화에 따른 가치를 보호할 수 있을지는 모르지만 복제업자와 유통업자가 분리되는 이러한 유통행위를 금지시킬 수 없는 결과를 초래한다고 할 수 있다.

### 2.3.2. 용어의 해석상의 문제

첫째, 디지털콘텐츠의 복제와 전송의 해석에 대한 문제이다.

9) 온라인디콘법 제7조 (금지되는 행위 등)

10) 涉谷達紀(2000), “不正競争の概念”, 『民商法雑誌』, 123(1), 20-22.

11) 丁相朝(2000), “인터넷 콘텐츠의 보호”, 『격월간 인터넷법률』, 2호, 8.

저작권법상에서의 복제의 개념은 녹음, 녹화, 복사기를 사용한 아날로그 복사, 스캐닝뿐만 아니라 심지어는 손으로 책의 내용을 베껴 쓰는 것도 복제의 개념에 포함된다. 따라서 온라인디콘법에서의 복제의 범위를 저작권법에서와 같이 모든 복제행위를 보호범위에 포함시킬 수 있는 가하는 문제이다. 디지털화한 것에 대해 법에서 특별법으로 보호하는 것은 디지털화한 자뿐만 아니라 그것을 이용하는 이용자의 이익도 보호하기 위한 것이라 볼 수 있다. 따라서 이용자가 해당 디지털 콘텐츠 그 자체로서 온라인상에서 전산처리장치를 통한 통상적인 사용방법에 의한 이용을 하지 않을 때에는 디지털콘텐츠제작자의 복제권이 미치지 않는 것으로 보아야 할 것이다. 이는 콘텐츠 자체의 가치를 보호하는 것이 아니라 디지털화에 의하여 새로이 부가된 가치를 보호하는 이 법에서는 그 가치가 전달되는지 여부에 따라 복제를 구분할 필요가 있다. 이러한 의미에서 디지털콘텐츠제작자가 디지털화 과정에서 새로이 부가한 가치가 전달되었는지 여부에 따라 “연결된 복제”와 “단절된 복제”로 개념을 구분하고, 온라인디콘법에서의 부가된 가치의 보호란 의미에서의 복제의 개념과 저작권법에서 말하는 창작성이라는 가치의 복제와 구별할 필요가 있다고 하겠다.

둘째, 디지털콘텐츠를 복제 또는 전송함에 있어 “전부 또는 상당한 부분”의 해석상의 문제이다.

콘텐츠의 단위를 설정하는 것은 사실상 곤란하기 때문에 디지털콘텐츠를 어느 정도의 전송 또는 복제를 하여야 전부 또는 상당한 부분에 해당하는가를 결정하는 명확한 기준을 설정하기가 쉽지는 않다. 하지만 본법에서 보호요건으로 요구하고 있는 디지털콘텐츠제작에 있어 “상당한 노력”이라는 개념을 이용하여 “상당한 노력”이 필요한 범위까지를 “상당한 부분”으로 해석

할 수 있지 않을까 하는 견해가 있다만<sup>12)</sup>, 이러한 견해는 지금까지 그 개념의 불확실성으로 인하여 인정하지 않고 있기 때문에 이러한 개념을 여기에서 도입한다는 것은 모순이 있어 보인다.

현행법에서 궁극적으로 보호하고자 하는 것은 디지털화의 가치이다. 따라서 콘텐츠의 상당부분이 아닌 디지털화 가치인 구현방식의 상당부분이 복제·전송되었는가를 내용에서의 상당성과 기능면에서의 상당성으로 살펴보는 것이 한 방법이라 할 수 있다. 편집저작물의 경우 개개의 콘텐츠마다 디지털콘텐츠로서 보호되는 것이므로 디지털화 과정에 의하여 편집저작권이 발생한 경우에도 개개의 콘텐츠의 이용행위에 대해서 규제할 수 있다고 하겠다. 또한 상당히 많은 부분이라고 하여도 이를 반복적이고 체계적으로 이용하는 것이 디지털콘텐츠의 정상적인 이용과 상충하거나 디지털콘텐츠의 제작자의 적법한 이익에 비합리적으로 피해를 가하는 경우에는 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다.

## 2.4. 시간적 보호범위

### 2.4.1. 보호기간의 개념

온라인디콘법에서 온라인콘텐츠제작자의 보호기간은 온라인 콘텐츠를 최초로 제작하여 표시한 날로부터 5년으로 하고 있다. 영업상의 이익이 계속되는 한에는 부정경쟁행위가 계속해서 금지되는 것이 원칙이지만, 온라인디콘법에서는 일정한 기간이 경과한 경우 더 이상 영업상의 이익이 없는 것으로 간주하고 있다. 또한 그 기간 내에 위반행위가 있었던 경우에는 그 기간이 경과한 이후에도 민·형사상의 구제가 가능하다.

온라인디콘법의 원래의 취지는 온라인콘텐츠

12) 신재호(2002), “온라인디콘법에 관한 소고”, 명지대학교 금융지식연구소, 한국산업재산권법학회, 95.

제작자의 영업상 이익을 보호하는데 있으므로 영업이익이 있는 한에는 시간적 보호의 범위가 존재할 수 없어야 한다. 이는 현행법이 정보에 대한 배타적 지배권을 설정한 것이 아니기 때문에 배타적 권리의 존속기간도 존재할 수 없다는 것이다. 즉 본법은 부정경쟁원칙에 충실한 법이 되려면 배타적 권리도 없고 그 존속기간도 존재하지 않는 방법이어야만, 콘텐츠제작자의 영업상의 이익이 있는 한에는 언제든지 영업상의 이익을 보호할 수 있는 방법일 것이다.

그러나 제작자의 영업상의 이익을 보호하고 제작기간의 공정한 경쟁을 확보함으로써 결과적으로 디지털콘텐츠가 간접적으로 보호받기 때문에 정보의 자유로운 접근과 유통이라고 하는 또 다른 보호법익을 위해서 금지청구권의 행사에 일정한 보호기간을 정하여 둔 것이라 할 수 있다.

#### 2.4.2. 보호기간의 연장

온라인디콘법에서 “최초로 제작하여 표시한 날로부터”<sup>13)</sup>라는 단서조항이 있는데, 이는 디지털콘텐츠가 최초로 제작된 것만을 대상으로 하는지 아니면 디지털콘텐츠의 특성상 주기적으로 콘텐츠가 갱신되는데 이 때 최종 업 데이트된 날짜를 표시하는 것이 최초로 제작하는 것에 상당하는 내용이나 기능면에서의 변경이 있는 디지털콘텐츠까지를 포함하는 것일 경우 그 표시 날짜로부터 5년으로 연장이 되는가에 대한 문제가 남아있다.

여기에서 5년의 기간은 민법상의 제소기간에 해당하는 것으로 콘텐츠의 최초 제작 후 특단의 사유가 없는 한 기간경과로 종료되는 것이다. 따라서 5년이라는 기간이 제작자의 이익보호와 자유로운 정보유통의 이익을 조화롭게 형량하는 기간인지에 대하여는 심도있는 논의가 필요하다

고 할 것이다<sup>14)</sup>.

하지만 본법에서는 보호기간의 연장에 대한 아무런 언급이 없기 때문에 “최초로 제작하여 표시한”의 의미를 일정범위로 확대해석하여 보아야 할 것이다. 만약 보호기간이 연장될 수 있다면 새로운 실질적 투자의 대상이 되는 합리적인 사용자가 내용이 그 최초제작 시와 상당하는 정도의 변화가 있다면, 디지털콘텐츠제작자가 그러한 사실을 입증한다는 전제하에 보호기간은 연장될 수 있을 것이다.

이에 대해 정보사회에서의 저작권 및 저작권접권의 조화에 관한 EC 수정지침안에서 데이터베이스의 내용에 “상당한 변경이 있는 경우에는 별도의 기간동안 보호되는 것으로 하고 있다. 하지만 데이터베이스이 내용에 대한 상당한 변경이 새로운 투자로 간주될 수 있다는 근거가 있다는 사실을 입증할 책임은 데이터베이스제작자에 있다는 것으로 하며<sup>15)</sup>, 새로운 보호기간을 수반하는 상당한 새로운 투자에는 데이터베이스의 내용에 대한 상당한 검증이 요구된다<sup>16)</sup>고 하고 있다.

## 2.5. 표시에 대한 이익침해행위의 금지

### 2.5.1. 표시의 정의

온라인디콘법상의 “표시”라 함은 온라인디지털콘텐츠제작자가 온라인디지털콘텐츠의 제작 및 표시 연월일 등 이 법에서 정하는 사항을 이

14) 배타적인 권리의 저작권과 프로그램저작권은 50년, 데이터베이스제작자의 권리보호기간은 5년간 존속됨을 비추어 볼 때 권리가 아닌 온라인디지털콘텐츠제작자의 보호기간으로서 5년을 부과한 것은 다소 긴 것으로 생각된다.

15) 저작권 및 저작권접권의 조화에 관한 EC수정지침 이유 54

16) 저작권 및 저작권접권의 조화에 관한 EC수정지침 이유 55

13) 온라인디콘법 제18조 제1항 단서조항

용자가 쉽게 알 수 있게 하기 위하여 당해 온라인디지털콘텐츠 또는 그 포장에 표시하여야 한다고 하여 디지털콘텐츠제작자에게 표시의무를 부과하고 있다<sup>17)</sup>.

여기에서 “이용자가 쉽게 알 수 있게 하기 위해서”란 이용자가 특별한 장치나 절차 없이도 그 존재를 파악해야 되고 내용의 판독이나 이해도 가능해야 한다는 뜻이고, “온라인디지털콘텐츠 또는 그 포장에 전자적 형태로 부가하는 것”이란 디지털콘텐츠에 포함되어 디지털콘텐츠와 불가분의 일체관계가 있을 것을 요구하는 것이다. 또한 표시사항으로 온라인콘텐츠의 제작 및 표시 연월일, 온라인콘텐츠제작자의 성명, 온라인콘텐츠의 이용조건 및 대통령이 정하는 사항을 모두 표시하도록 하고 있다<sup>18)</sup>.

### 2.5.2. 표시의 기능

본법은 단서조항에서 온라인디지털콘텐츠의 보호기간을 제작일로부터 5년간을 설정하고 있기 때문에 제작년월일에 대한 표시가 없으면 보호기간의 기산점 확정과 제3자의 인지가 곤란할 수밖에 없다.

따라서 온라인디콘법상의 표시의 기능을 금지행위의 성립요건으로서의 표시, 보호기간의 기산점으로서의 표시, 손해배상청구권 등의 발생요건으로서의 표시 등으로 들 수 있다.

첫째, 금지행위의 성립요건으로서의 표시란 정당한 권원이 없는 경쟁사업자의 디지털콘텐츠의 이용행위를 금지함에 표시를 그 금지행위의 성립요건으로 하고 있다. 따라서 표시하지 않은 디지털콘텐츠는 이 법에 의해 보호를 받을 수 없을 것이다<sup>19)</sup>.

둘째, 표시한 날을 보호기간의 기산점으로 하

고 있으나 여기에서 최초의 제작이 아닌 경우의 표시 문제, 제작은 하였지만 표시하기 전까지는 보호의 방법은 어떻게 되는지에 관한 해석의 문제가 여전히 남아있다.

셋째, 표시된 디지털콘텐츠만을 보호하고 있으므로 금지행위를 위반하는 행위로 자신의 영업에 관한 이익이 침해될 우려가 있는 경우에 인정되는 위반행위의 중지나 예방청구권과 손해배상청구권의 발생요건이 된다.

### 2.5.3. 표시의 효력

표시의 효력<sup>20)</sup>은 표시된 자의 정당한 권언자로의 추정적 효력과 과실의 추정적 효력으로 나누어 살펴보겠다.

온라인디콘법에서는 디지털콘텐츠물 자체 또는 그 포장에 실명이나 널리 알려진 이명이 일반적인 방법으로 디지털콘텐츠사업자로 표시된 자는 당해 디지털콘텐츠사업자로 추정한다는 표시에 대한 추정적 효력을 규정하고 있지는 않다. 그러나 표시를 일반적 보호요건으로 하고 있는 것에 비추어 표시에 표시된 자가 진정한 권리자임을 추정하고 있다고 할 수 있다.

디지털콘텐츠에 등록의 취지가 표시된 경우 디지털화한 자 등의 권리를 침해한 자는 그 침해행위에 있어 과실이 있는 것으로 추정한다는 과실추정의 규정을 두고 있다. 본법 시행령을 보면 표시를 등록할 수 있음을 규정하고 있어 등록된 표시는 과실의 추정적 효력을 인정하고 있다고 할 수 있다.

17) 온라인디콘법 제2조 제9항

18) 온라인디콘법 제17조

19) 온라인디콘법 제18조 제1항

20) 본 법은 온라인디지털콘텐츠의 개념이 분명하지 못한 상태에서 온라인디지털콘텐츠제작자의 보호와 관련하는 것이기 때문에 다른 제작자는 어떠한 범위 또는 단위의 온라인디지털콘텐츠가 보호되는지 또한 어느 정도의 복제 또는 전송이 허용되는지 여부를 그 표시가 없는 한 인지하기 어려운 면이 있다.

### III. 온라인디지털콘텐츠제작자에 대한 기술적 보호조치

#### 3.1. 온라인 디콘법에서의 기술적 보호조치

##### 3.1.1. 기술적 보호조치의 개념

기술조치란 넓은 의미로는 접근통제장치 또는 이용통제장치라고 할 수 있다. 프로그램보호법은 전문개정을 통하여 WIPO 저작권조약상 기술조치에 관한 규정을 국내적으로 시행하기 위한 조치를 취하였다. 저작권법은 아직 이에 관한 규정을 마련하지 않고 있다. 기술조치에 관한 규정은 외국의 사례도 드물고 이를 둘러싼 제반 논쟁이 완전히 가시지 않은 상태여서 무어라 단언하여 결론을 내리기는 어렵다<sup>21)</sup>.

저작권법에서 말하는 기술적 보호조치란 저작자 등 권리자가 자신의 저작물보호를 위하여 자구의 수단으로 강구하는 이용통제조치라고 할 수 있다. 기술이 발전하면서 자신의 권리를 보호하는 장치는 다양하게 등장하였다. 이러한 기술의 발전은 다른 한편으로는 이러한 장치를 무력화, 우회하는 장치의 탄생도 가능하게 하였다. 이에 대응하여 저작권법에서는 권리자의 측면에서 간접적으로 지원하는 것이 기술조치에 대한 규정이다<sup>22)</sup>.

프로그램보호법에서 기술적 보호조치란 프로그램에 관한 식별번호·고유번호의 입력, 암호화 등을 통하여 프로그램저작권을 보호하는 조치를 말한다<sup>23)</sup>.

온라인디콘법에서 말하는 기술적 보호조치란 디지털콘텐츠제작자나 그로부터 허락받은 자가 자신의 디지털콘텐츠의 무단복제·전송의 행위를 효과적으로 방지하기 위하여 자구의 수단으로 강구하는 이용통제조치라고 할 수 있다. 이것은 디지털콘텐츠의 무단 복제·전송과 같은 불법이용행위를 방지하기 위한 기술적 보호수단 내지는 장치를 말한다. 여기에서 문제가 되는 것은 이러한 기술적 보호조치를 구체적으로 특정하여 규정하게 되면 이후의 발전을 저해할 우려가 있는 반면, 명확히 규정하지 않으면 혼란을 초래할 우려가 있다는 문제점을 안고 있다는 것이다.

기술적 보호조치를 무력화하는 행위자체는 정보접근을 차단시켜 사실상 정보독점을 야기할 우려가 있기 때문에 제재대상에서는 제외하고 있음에 반하여 기술적 보호조치를 무력화하도록 제작된 기술, 장치 등을 거래하는 침해행위는 제재하도록 규제하고 있다. 컴퓨터프로그램보호법에서도 이와 같은 행위는 물론 기술적보호조치를 무력화하는 행위 자체도 처벌하도록 규정하고 있으나<sup>24)</sup>, 동법에서 보호하고자 하는 것은 프로그램제작자의 배타적 권리라는 점에서 그 기준이 이 법과는 다른 것이고, 이 법률안에서 직접적인 침해행위는 제재대상에서 제외하고 있음에도 그 가벌성이 완화되는 행위에 대하여는 제재를 가하고 있는 것은 정보보호산업의 육성 등 다른 정책적 목적을 감안한 취지로 보인다.

온라인디콘법에서는 기술적 보호조치에 대한 정의방식을 직접적 정의방식을 취하지 않고, 간접적이고 우회적인 정의 방식을 채택하고 있으며, 구체적인 규정보다는 추상적이고 포괄적인 규정을 두고 있다. 본법은 배타적권리를 부여하여 디지털콘텐츠제작자를 보호하는 법체계가 아

21) 최경수(2000), "저작권법과 컴퓨터프로그램보호법 개정에 대한 소고", 『격월간 인터넷법률』, (2), 67.

22) 최경수, 전제서, 62.

23) 프로그램보호법 제2조 9항

24) 컴퓨터프로그램보호법 제46조 제1항 제3호

나라 영업상 이익의 침해라는 결과가 발생하였을 경우에 무단복제 등의 행위를 규제하는 행위 규제방식을 취하는 법체계이다.

기술적 보호조치를 할 수 있는 자는 당해 디지털을 제작한 디지털콘텐츠의 제작자와 그 양수인 및 그로부터 허락을 받은 자이므로 권한이 없는 자의 기술적 보호조치는 온라인디콘법의 보호를 받지 못한다.

효과적인 기술적 보호조치는 허락받지 않은 복제를 통제하기 위한 장치, 허락받지 않은 사용을 방지하기 위한 장치, 저작물에의 접근통제장치 등이 포함되며, 경고형 기술적 보호조치는 효과적인 기술적 보호조치로 볼 수 없다고 할 것이다. 즉 침해에 대한 경고 또는 경각심을 일깨우기 위한 장치와 같이 양심에 호소하여 침해를 방지하고자하는 방식<sup>25)</sup>은 기술조치에 포함시키기 힘들 것이다. 온라인디콘법의 효과적인 기술적 보호조치에 대한 규정의 해석으로서 기술적 보호조치의 무력화로부터 법적인 보호를 받기 위해서는 권리자가 자신의 콘텐츠에 일정한 노력을 기하여야 한다는 것을 뜻하는 것이라고 보는 견해와 이행입법이 기술적 보호조치를 충분할 정도로 보호하지 않는 경우를 대비하여 이행입법을 문제를 삼기 위한 것이라는 견해도 있다.

### 3.1.2. 기술적보호조치의 제한

디지털기술이 안겨준 문제들을 생각하면 기술적 보호조치의 필요성은 분명히 인식할 수 있다. 그러나 이를 법에서 어느 정도까지 인정할 것이며, 이에 관하여 어떻게 규정하느냐에 따라 법의 효용성에 대한 평가도 가능할 것이다<sup>26)</sup>.

이러한 기술조치보호는 무제한으로 인정되는 것이 아니다. 공익과의 조화도 중요하다. 컴퓨터

프로그램보호법에서는 기술조치보호에 대한 광범위한 예외를 인정하고 있다. 첫째, 법집행이나 정보수집을 위한 활동, 기타 정부의 활동은 포괄적으로 책임을 면제받는다. 둘째, 접근 통제조치로 인한 영향평가를 통하여 특정 부류 저작물의 비침해적 이용이 제한 받을 경우 적용하지 않는다. 이를 판정하기 위하여 의회도서관장이 정기적인 규칙을 정한다. 셋째, ① 비영리도서관이나 교육기관은 해당저작물을 정당하게 이용할 것인지의 여부를 판별하기 위하여 접근통제조치를 우회할 수 있고 ② 리버스엔지니어링 ③ 암호화연구 ④ 미성년자의 보호 ⑤ 컴퓨터보안 ⑥ 프라이버시 보호 등의 목적으로 접근통제조치를 우회하거나 또는 우회장치를 제조할 경우 일정한 조건하에서 면제를 받는다<sup>27)</sup>.

본법에서는 기술적 보호조치를 할 수 있는 경우로 정당한 권한 없이 영업상의 이익의 침해를 가져오는 무단침해행위를 제한하는 경우에 한하여 기술적 보호조치를 취하는 것을 인정하고 있다. 즉 본법의 전제는 범으로서 금지되는 행위의 방지에 있다는 것이다. 기술적 보호조치로 제한할 수 있는 금지행위는 전송과 복사로 한정하고 있다. 온라인상에서 디지털콘텐츠를 그 보호대상으로 하고 있으므로 배포행위는 포함되지 않는다.

따라서 공정이용의 목적과 같이 법이 허용하는 행위에 대한 제한을 위한 보호조치는 법의 보호를 받지 못한다. 또한 정보의 접근 및 사용을 측정할 수 있도록 하는 기술적 보호조치는 접근이나 이용을 방지하는 것이 아니라 정보가 접근되는 빈도를 측정하거나 추적하는 것이어서 금지행위의 제한에 해당되지 아니하여 보호를

25) 방석호(1999), "저작물의 효율적인 관리와 시용", 「지적소유권법학회 발표자료」, 4.

26) 최경수, 전거서, 62.

27) Jane C. Ginsburg(1998), Copyright Legislation for the "Digital Millennium", *Columbia-VLA Journal of Law and the Arts*, 23(2), *Journal of Copyright Society of the USA*, 46(1), Fall 1998, pp. 402-465.



받지 못한다.

### 3.2. 온라인디콘법에서의 기술적 보호조치의 침해행위

기술적 보호조치의 침해행위란 당해 기술적 보호조치(수단)의 무력화 등의 행위를 말한다. 기술적 보호수단의 무력화라는 것은 고의로 기술적 보호수단에 이용되고 있는 특성의 신호를 개변하거나 제거함으로써 저작물의 이용에서 해당신호의 식별과 반응을 잘못하게 하고, 그것에 의해서 기술적 보호조치에 의해 제한되고 있는 이용을 가능하게 하는 행위라고 할 수 있다. 하지만 법에서 규제의 대상으로는 크게 기술적 보호조치를 무력화하는 행위와 무력화 행위를 야기하는 무력화 장치 등의 제조와 판매 등의 행위로 구분하여 볼 수 있다.

#### 3.2.1. 무력화 행위

기술조치의 유용성과 기술조치 무력화행위에 대한 규제의 필요성은 충분하다고 할 수 있다. 디지털환경에서 저작물의 무단복제와 이용이 빈번한 점에 비추어 규제의 당위성은 충분하다고 할 수 있다<sup>28)</sup>. 법에서 무력화 행위 그 자체를 규제대상으로 하여 이를 금지행위로서 별도로 규정해야 할 것인가에 대한 논란이 있다. 무력화 행위와 무력화장치를 별도의 항으로 규정하여 규제하고 있는 우리나라의 입법례<sup>29)</sup>도 있고, 접근통제 형 기술적 보호조치에 대해서 별도로 무력화 행위를 규제하거나<sup>30)</sup>, 보호대상의 기술 보호조치에서 접근통제 형 기술보호조치를 제외하고 무력화 행위 그 자체에 대해 원칙적으로

규제하고 있지 않고 있는<sup>31)</sup> 외국의 입법례 등이 있다.

그러나 온라인디콘법과 개정된 저작권법에서는 무력화행위 그 자체에 대한 규제를 규정할 조항은 없다. 이는 기술적 보호조치의 무력화를 주된 목적으로 하고 있는 것은 서비스이기 때문에, 무력화 행위 자체보다는 무력화 서비스를 무력화 장치와 함께 규제하고 있다.

우리나라 온라인디콘법에서 서비스를 무력화 장치에 포함하여 규정하는 것은 무력화만을 별도로 서비스로 제공하는 경우 형사처벌을 대상으로 하기 위한 것이다. 무력화를 주된 목적으로 하는 경우에는 제공 등의 행위에 대하여 별도의 요건없이 제재하기 위해 무력화서비스와 무력화장치를 동일하게 취급하고 있다.

#### 3.2.2. 무력화 장치

기술보호조치의 회피·제거 또는 변경을 목적으로 하는 기술·장치·부품 등을 무력화 장치라고 말하며, 이러한 무력화 장치의 제조·양도 등의 행위를 간접회피라고 한다. 무력화 장치의 제조 등의 행위를 규제의 대상으로 하는 것은 이들 장치가 디지털콘텐츠의 유통과 활용에 심각한 영향을 줄 수 있기 때문이다. 그러나 여기에서 문제가 되는 것은 회피가능한 모든 장치를 규제의 대상으로 한다면 과도한 기술보호조치가 될 수 있으므로 규제대상으로서 무력화장치의 범위를 어디까지로 하는가이다.

무력화를 목적으로 사용하는 장치를 무력화행위에만 사용되는 장치와 범용적인 장치로 나눌 수 있다. 여기에서 규제의 대상이 되는 장치는 무력화를 유일한 기능으로 하는 장치로만 한정한다면, 이들 장치의 일부분에 다른 기능을 붙이면서 장치의 주기능이라고 할 경우 무력화장

28) 최경수, 전거서, 68.

29) 컴퓨터프로그램보호법 제30조

30) 미국의 DMCA 제1201조(a)(1)

31) 일본의 저작권법 제120조

치에 해당하지 않게 되어 규제할 수 없는 결과가 초래될 수 있다는 것이다.

따라서 무력화 장치의 규제범위를 목적기준으로 규정하는 방법으로는 다음과 같다.

첫째, 기술조치의 무력화가 유일한 목적 또는 기능인 장치만을 위법화의 대상으로 하는 경우이다<sup>32)</sup>.

둘째, 기술조치의 무력화가 주요한 목적과 용도로 쓰였을 때 위법화의 대상으로 하는 경우로서 온라인디콘법과 개정된 저작권법이 취하고 있는 입법형식이다. 여기에서 주된 목적이란 수치화할 수 없으므로, 이는 그 목적과 용도에 있어서 다른 것보다 우위에 있는 것이라고 할 수 있다.

무력화 장치의 범위를 목적을 기준으로 하여 무력화가 유일한 목적 또는 기능인 장치만을 위법화의 대상으로 하는 경우 기술보호조치의 실효성을 얻기는 힘들다. 따라서 그 실효성을 확보하기 위해 적정한 범위로 무력화 장치의 범위를 확장해야 하는데, “상당히” 또는 “주된 목적”으로 무력화장치를 한정하는 것으로 현행법은 그 대안을 제시하고 있다. 하지만 여기에도 무력화의 주된 목적이 아닌 장치로서 디지털콘텐츠제작자에게 손실을 입혔을 경우에는 위법화의 대상이 될 수 없게 될 수 있다.

그러나 온라인디콘법은 경쟁자간의 부정경쟁을 방지하여 디지털콘텐츠제작자의 영업상이익을 보장해줌으로써 전체 디지털콘텐츠산업의 발전을 목적으로 하는 법이므로, 그 장치의 목적이 무력화에 주된 목적과 용도가 아니더라도 그 효과 면에서 보호를 무력화하는 것일 경우에는 위법화의 대상이 될 수 있을 것이다.

### 3.3. 온라인디콘법상 기술적 보호 조치에 대한 논점

법에서 기술적 보호조치를 규정할 경우 문제가 되는 것은 어느 정도의 범위까지의 기술적 보호조치를 법이 보호를 해야 하는 문제와 그 보호의 한계를 어디까지 인정할 것인가의 문제일 것이다.

첫째, 법에서 보호되는 기술적 보호조치를 어느 범위까지 인정할 것인가의 문제가 있다. 법에서 그 범위를 정하는 방법으로는 법조항을 ① 포괄적으로 규정할 것인가, ② 구체적으로 규정할 것인가 ③ 열거적으로 규정할 것인가 ④ 예시적으로 규정할 것인가 ⑤ 상위법령에서 선언적 또는 포괄적으로 규정해 놓고 하위법령에서 이를 구체적으로 규정할 것인가 등을 들 수 있다.

온라인디콘법에서는 “온라인디지털콘텐츠제작자가 이 법에 의하여 보호되는 이익의 침해를 효과적으로 방지하기 위하여 적용하는 기술 또는 장치”로 정의하여 그 기능을 중심으로 포괄적으로 규정하고 있다. 권리보호를 위해서는 법에서 기술보호조치를 포괄적으로 규정해야 할 것이다. 그러나 이용자나 제조업자 등에 대해서는 적용대상의 불확실성으로 인하여 법적 안정성의 상실, 기술발전의 저해, 콘텐츠의 원활한 유통을 저해하게 하여 권리자까지도 피해를 끼칠 수 있을 것이다.

둘째, 기술적보호조치의 보호의 한계를 목적에 둘 것인가 아니면 그 효과에 둘 것인가의 문제가 있다. 이는 기술적 보호조치를 무력화하는 장치에 그 중심을 둘 것인가 아니면 무력화 장치에 의하여 행하게 되는 행위에 중점을 둘 것인가라는 문제로 귀착될 것이다.

온라인디콘법에서는 “기술적 보호조치의 연구·개발을 위하여 기술적 보호조치를 무력화하

32) 2001년 개정이전의 컴퓨터프로그램보호법이 취하였던 입법방식이다.

는 장치 또는 부품을 제조하는 경우”만을 면책 행위로 규정하고 있다. 이는 무력화 장치의 규제에 있어서는 콘텐츠의 이용과 직접적으로 결부되는 무력화행위가 아닌 2차적 행위를 규제하는 것으로 권리남용으로 인한 공익상 필요한 정보의 자유로운 유통을 저해할 요소가 비교적 적으며, 규제대상이 되는 무력화장치의 적절한 범위설정으로 역효과를 최소화할 수 있을 것이다.

결국 온라인디콘법상에서 기술적 보호조치는 저작권과 같은 독창성을 요구하지 않으면서 디지털콘텐츠제작자의 영업상 이익을 보호하기 위한 것이다. 즉 영업상 이익의 침해를 야기하는 것을 방지하는 기술적 보호조치를 그 대상으로 하고 있다는 점에서 저작권법에서의 기술적 보호조치와 구별된다.

디지털콘텐츠제작자의 영업상 이익을 훼손하는 일정 행위를 부정경쟁행위로 보고 규제할 필요성이 있다는 인식하에 본 법이 제정되었고, 그 실효성을 확보하기 위해 부정경쟁을 방지할 수 있는 기술보호조치의 무력화를 규제하는 것이다.

## IV. 결론

온라인디콘법에서의 부정경쟁방지의 법리에 입각하여 일정한 요건 하에 전송과 복제행위를 금지함으로써 온라인디지털콘텐츠제작자를 일반적으로 보호하고 있어 디지털콘텐츠제작자의 법적안정성을 확보해주고 있다. 이는 부정경쟁방지의 법리에 따라 일반적으로 이용은 자유롭게 보장하는 것을 전제로 하고 있어, 온라인디지털콘텐츠제작자의 침해청구권 등의 권리행사는 영업상의 이익이 침해받았을 때로만 한정하여 권

리행사를 엄격히 제한할 필요가 있다.

온라인디콘법은 기술보호조치의 보호는 영업상의 이익의 침해를 야기하는 것을 방지하는 기술적 보호조치를 그 대상으로 하기 때문에 저작권법의 기술적 보호조치와는 구별되어야 할 것이다. 디지털콘텐츠제작자의 영업상 이익을 훼손하는 일정 행위를 부정경쟁행위로 보아 규제할 필요성 때문에 본 법이 제정되었으므로 그 실효성을 확보하기 위해서 부정경쟁행위를 방지할 수 있는 기술보호조치의 무력화장치를 규제하고 있다.

## 참고문헌

- 尹宣熙(2002), “정보통신사회에서의 인터넷서비스운영자에 대한 고찰”, 「격월간 인터넷법률」, 제11호.
- Jane C. Ginsburg(1998), Copyright legislation for the “Digital Millennium”, *Columbia-VLA Journal of Law and the Arts*, 23(2), *Journal of Copyright Society of the USA*, 46(1).
- 방석호(1999), “저작물의 효율적인 관리와 사용”, 「지적소유권법학회 발표자료」.
- 최경수(2000), “저작권법과 컴퓨터프로그램보호법 개정에 대한 소고”, 「격월간 인터넷법률」, 제2호.
- 신재호(2002), “온라인디콘법에 관한 소고”, 명지대학교 금융지식연구소, 한국산업재산권법학회.
- 著作権情報センタ 附屬 著作権研究所 寄與侵害. 間接侵害委員會(2001), “寄與侵害間接에 관한 研究”, 「著作権研究所研究叢書」, No.4.

이대회, “임시적 복제와 캐싱 및 BBS운영자·OSP의 책임”, 「전자거래진흥원 지적재산권법 워킹그룹 발표자료」.

涉谷達紀(2000), “不正競争の概念”, 「民商法雜誌」, 123(1).

丁相朝(2000), “인터넷 콘텐츠의 보호”, 「격월간 인터넷 법률」, 제2호.

---

# A study on the protection of on-line digital contents industry

## -focused on on-line digital contents industry development act-

Sung-Ju Kang\*

### Abstract

The copyright law only protects the creative representation of works because it conditionally requires a creativity aspect of works. Due to the lack of protection regime in existing laws and the systems, the online digital contents industrial development act has been enacted to alternatively protect the digital contents providers based on a principle of preventive of illegal competition.

Key words : Copyright Law, Digital Contents

---

\* Dept. of Internet Trade, Gacheon College.