

온라인 저작권 침해 수익원 제공자인 광고의 책임에 대한 연구 - 미국 사례와의 비교를 중심으로 -[†]

A Feasibility Study on the Aid and Abet of Providers of Revenue for Copyright
Infringement - Focusing on Comparing with the US Cases -

김창화(Chang-Hwa Kim)*

목 차

- | | |
|--------------------|--------------------|
| I. 서 언 | III. 광고 차단의 타당성 검토 |
| II. 간접책임의 인정 여부 검토 | IV. 결 어 |

국 문 요 약

온라인에서 저작권 침해가 발생하는 경우를 보면, 대부분의 침해 사이트들에게 수입원이 되는 것은 광고이다. 따라서 최근 저작권자들과 국가 기관들은 저작권 침해를 막기 위하여 그 광고의 게재를 중지하거나 철회하도록 요청하고 있다. 이러한 방법은 침해를 막기 위하여 손쉽고 효율적인 방법이라 할 수 있다. 그런데 문제는 이러한 광고 게재에 대한 중지나 철회에 대한 요청이 타당한 것인지 여부가 불분명하다는 것이다. 그러한 요청이 타당하기 위해서는 해당 광고가 저작권 침해에 대하여 간접침해의 행위로 인정되거나 그렇지 않은 경우 그에 합당한 이유가 있어야 한다. 만일, 둘 다에 대한 근거나 이유가 없다면, 광고 게재에 대한 중지나 철회의 요청은 함부로 이루어져서는 아니 될 것이다.

미국의 여러 사례들을 살펴볼 때, 저작권 침해에 대한 간접책임이 인정되기 위해서는 직접침해자와의 단순한 관계 이상의 것을 요구하거나, 직접침해에 대한 실질적 기여를 요구하고 있다. 하지만, 광고는 저작권 직접침해자와 밀접한 관계도 실질적인 기여도 하지 않고 있어, 간접책임을 질 수 없는 것으로 판단되고 있다. 또한, 미국의 법안으로 제출되었던 SOPA나 PIPA에서 제기되었던 반대 의견들에 의하면, 광고의 철회를 할 수 있도록 하는 것은 검열의 문제, 사이트에 대한 지나친 부담, 과중한 저작권 보호로 인한 불균형의 문제가 발생하였다. 또한, 광고차단기 사례들을 볼 때, 광고를 임의로 제거하는 것은 적법하지 않거나 저작권 침해를 구성한다. 따라서 이러한 것들을 살펴볼 때, 광고의 게재를 중지하거나 철회하는 것은 그 근거나 이유가 적절하지 못하며, 이러한 이유로 그러한 요청은 보다 신중을 기하여 이루어져야 할 것이다.

핵심어 : 저작권 침해, 수익원으로서의 광고, 간접책임, 방조책임, 광고 차단기

※ 논문접수일: 2017.11.28, 1차수정일: 2017.12.15, 게재확정일: 2017.12.23

* 한밭대학교 공공행정학과 조교수, 법학박사(S.J.D.), patzzang@gmail.com, 042-821-1766

† 본 논문은 한국저작권법학회 추계학술대회에서 발표한 글을 수정·보완한 글임.

ABSTRACT

When looking at the online copyright infringement, the advertisements have served as a revenue source. Recently, copyright holders and state agencies have requested to stop and withdraw posting the ad, in order to prevent copyright infringement. This way is very easy and efficient. However, the problem is that it is not clear whether the request is appropriate. For the request to be valid, posting the ad, should be a kind of indirect infringement, or if not, it must have a suitable reason. If there is no basis or reason for the two, the request should not be asked recklessly.

In the US relevant cases, something more than simple relationship with direct infringers or more material contribution to the direct infringement is required to impose secondary liability for copyright infringement. However, just posting the ad, cannot be considered as the close relationship and moreover, it is not material contribution. Thus, posting the ad, is not secondarily liable for copyright infringement. In addition, the bills which was proposed in 2011, so called SOPA and PIPA, had a provision which can stop and withdraw the ads in the piracy sites. Its opponents raised the following problems: withdrawing the ad, is the censorship, gives the burdensome to the sites, and causes the imbalance due to the overload protection of copyright. Also, under the ad blocker case, to remove the ad, discretionally consists of illegal activity or copyright infringement. As a result, because the request to stop and withdraw posting the ad, is not reasonable, the request should be asked carefully.

Key Words : Copyright Infringement, Advertisement as Revenue, Indirect Liability, Aid and Abet, Ad Blocker

I. 서 언

2015년 3월부터 한국저작권단체연합회는 한국온라인광고협회에 방송심의위원회의 접속 차단 목록을 통보하였고, 2015년 9월부터는 저작권 침해 사이트 내 광고 현황을 조사하여 광고주와 광고대행사를 대상으로 게시중단 협조 요청을 하였으며, 2016년 1월부터는 저작권 침해 사이트들에 대한 광고 차단을 추진하였다.¹⁾ 대부분의 저작권 침해 사이트는 저작물을 불법으로 제공하고, 광고를 통해 수익을 올리는 구조를 갖고 있다. 이에, 저작권자들은 저작권 침해 사이트를 제거하기 위하여 주 수익원인 광고를 차단하도록 한 것이다. 작년, 문체부는 이러한 조치로 인해 전체 광고의 85%에 해당하는 광고가 차단되었고, 광고대행사가 게시하는 광고 모두가 차단되었으며, 이에 따라 불법 사이트 수익이 70~80%가 감소하였고, 그 중 1개 사이트는 스스로 폐쇄했다고 전하였다.²⁾

온라인에서 저작권 침해가 발생한 경우, 간접책임³⁾의 여러 이점으로 인해 직접책임 보다는 간접책임이 선호된다. 이러한 간접책임의 유형은 온라인에서의 저작권 침해 형태가 변화함에 따라, 점차 변화되고 확대되어 다양화되고 있다. 온라인 서비스 제공자(OSP), 인터넷 서비스 제공자(ISP), 키워드를 판매하는 것과 관련된 검색 엔진(search engine), 거래를 용이하게 하는 경매 사이트(auction site), 비용 지급 프로세스를 제공하는 신용카드회사(credit card company), 그리고 링크제공자(link provider) 등이 이러한 간접침해자들이다. 그렇다면, 위의 광고주 또는 광고 대행자도 직접적으로 저작권을 침해하지는 않지만, 저작권 침해와 일정한 관련이 있어 책임을 부과할 수도 있기 때문에 간접침해자의 일종일 수 있다.

그런데, 문제는 이러한 간접침해자들이 비록 소송을 당하지만, 그 책임이 모두 인정되는 것은 아니라는 것이다. 즉, 그들 각각은 저작권 침해와의 관련성에 따라 책임이 인정될 수도 안 될 수도 있다. 그렇다면, 침해 사이트의 주 수익원이 되는 위의 광고주나 광고 대행자는 어떠한가? 만일, 광고의 제공이 간접책임을 물을 수 있는 정도의 것이라면, 광고의 중단이나 철회의 요청이 아니라 저작권 침해에 대한 책임을 직접 물을 수 있다. 하지만, 광고의 제공이 간접책임을 물을 수 없는 경우, 광고를 중단하거나 철회를 요청하는 것은 어떠한가? 사실, 광고의 철회

1) 김옥환, “문제는 돈이야! 저작권 침해 사이트 광고수익 차단”, 2016. 7. 13., <<http://cpcstory.blog.me/220761060410>, 2017. 10. 15. 최종방문>.

2) 문체부, 저작권 침해 사이트 광고수익 차단 추진 - 5개 토렌트 사이트에 대한 집중 광고 차단으로 광고수익 80% 감소, 2016. 4. 17. <http://www.mcst.go.kr/web/s_notice/press/pressView.jsp?pMenuCD=0302000000&pSeq=15127, 2017. 10. 15. 최종방문>.

3) 간접책임은 저작권 침해를 직접적으로 침해하지 않은 자들에게 부여되는 책임으로서, 미국에서 주로 사용되는 용어이며, 우리법은 이를 민법상 방조에 의해 해결하기 때문에 저작권 침해 방조라고 한다. 본 글에서 미국과 우리나라에서의 간접책임과 방조는 각각 별도로 사용되지만, 그 의미는 동일한 것으로 한다.

나 중지를 통해 저작권 침해 사이트의 수익원을 통제하여 저작권 침해를 막는 것은 참 손쉽고 효율적인 방법이다. 하지만, 광고의 중지나 철회는 해당 사이트의 존폐를 결정지을 수 있어 그 영향력이 매우 크다. 그렇다면, 광고에 대한 조치는 보다 신중을 기하여 이루어져야 한다.

이하에서는, 저작권 침해에 대한 수익원 제공자로서 광고의 책임을 살펴보도록 한다. 다만, 우리는 아직 이와 관련된 사례나 정책들이 많지 않아 미국의 것들을 중심으로 검토하기로 한다. 이를 위해, 제2장에서는 광고의 간접책임 인정 여부를 검토하고, 제3장에서는 광고를 중지하거나 철회하는 것에 대한 타당성을 살펴보기로 한다. 그리하여, 저작권 침해에 대한 수익원이 되는 광고에 대한 향후 취급방향을 제시함으로써 결론을 내리고자 한다.

II. 간접책임의 인정 여부 검토

1. 미국에서의 간접책임 인정 여부

(1) 간접책임의 유형 및 판단 방법

미국은 저작권 침해에 대한 간접책임으로 무과실 책임(strict liability)인 대위책임(vicarious liability)과 과실 책임(fault-based liability)으로서 기여책임(contributory liability)과 유인책임(inducement liability)을 갖고 있다. 우선, 무과실 책임인 대위책임은 사용자 책임(respondeat superior)에서 비롯되었기 때문에, 저작권 침해와 일정한 관계가 있을 것을 요구한다. 따라서 대위책임이 부과되기 위해서는 직접책임을 관리할 수 있는 권리와 능력이 있고, 직접침해로부터 직접적인 경제적 이익을 얻어야 한다. 다음으로, 과실 책임으로서의 기여책임과 유인책임은 행위 당사자들의 유책성(culpability)이 가장 중요한 판단 요소이다. 따라서 그 책임들이 부과되기 위해서는 직접침해에 대한 인식(knowledge)이나 유인(inducement)과 같은 주관적 요소가 존재하여야 하고, 각각 실질적인 기여(material contribution)와 확정적인(affirmative) 유인 행위가 추가적으로 요구된다.

(2) Davis v. E.I. Du Pont de Nemours & Co.⁴⁾

원고 Davis는 Edith Wharton의 유명한 소설 'Ethan Frome'을 각색한 것에 대하여 저작권을 보유하고 있었으며, 1960년 텔레비전 방송은 그 각색을 무단으로 이용하였다. 이에, 원고는

4) 240 F. Supp. 612 (S.D.N.Y. 1965).

저작권 침해 소송을 제기하였으며, 피고로서 해당 방송의 스폰서인 E. I. DuPont de Nemours & Company('DuPont'), DuPont의 광고 대행사인 Batten, Barton, Dustine & Osborn, Inc. ('BBDO'), 프로그램이 방송되도록 하는 네트워크 방송사, 방송의 제작자 등을 지정하였다. 피고들은 법원이 침해를 인정하더라도 방송의 스폰서인 DuPont과 광고대행사인 BBDO는 그 침해에 대한 책임을 지지 않는다고 주장하였다. 법원은 선례가 부족하여 해결이 용이하지 않다고 하면서, 텔레비전의 스폰서와 광고 대행사가 직접 침해 행위에 대한 책임을 지도록 하는 상황을 결정하는 것이 필요하다고 하였다.

법원은 우선 두 개의 사건을 검토하고 비교하였다. 먼저, *Select Theatres Corp. v. Ronzoni Macaroni Co.* 사건⁵⁾은 타인의 연극 저작권을 침해하여 연극을 만들고 그 연극을 라디오 방송한 것에 대하여 지원을 한 스폰서의 책임에 관한 것이었다. 해당 연극은 Ronzoni사에 의해 계약되어 라디오에서 방송되었고, 첫 번째 방송에서 "미국에서 최고의 마카로니 제작자인 Ronzoni사가 이 연극을 소개하게 되어 기쁘다"라는 멘트를 첨부하였다. 또한, Ronzoni사는 연극을 제작하고 방송하기 위해 타인을 채용하기도 하였다. 이러한 사실 하에서, 법원은 Ronzoni가 책임이 있다고 판결하였다. 법원은 또한, Ronzoni 사건과 구별되며, 피고가 제공하였던 *National Ass'n of Performing Artists v. Wm. Penn Broadcasting Co.* 사건⁶⁾을 검토하였다. 본 사건은 음악에 대한 저작권자들이 라디오 방송국과 광고자들로 하여금 허락 없는 방송을 금지하는 것이었다. 법원은 스폰서들과 방송국 사이의 관계를 검토하였으며, 광고자들 누구도 어떠한 음악이 연주되는지에 대한 결정을 할 수 있는 권리를 갖지 않았고, 수행하지도 않았다. 즉, 음악의 선택과 연주는 방송국에 의해 배타적으로 통제되었다. 따라서 법원은 광고자에게 책임을 물을 수 없다고 하였다. 여기서, 법원은 광고자에게 책임을 묻기 위해 광고자와 방송국 운영자 사이에 단순한 관계 이상의 어떤 것이 존재해야만 한다고 하면서, 광고자에게 공동 책임을 물을 수는 없다고 판결하였다. 두 사건들은 스폰서들이 침해하는 방송과 관련하여 분명히 서로 다른 역할을 하였기 때문에, 서로 구별되었다.⁷⁾

법원은 그 후, *Shapiro, Bernstein & Co. v. H. L. Green Co.* 사건⁸⁾을 검토하였다. 본 사건의 쟁점은 백화점의 판매대에 영업권을 가진 Jalen이 허락 받지 않은 음반을 판매한 것에 대하여 백화점의 주인인 Green사가 책임을 지는지 여부였다. 영업허락 계약에서, Green은 영업장소와 종업원들의 행위를 감시할 권리를 갖고 있었고, 렌트비 대신 판매에 따라 일정한 수수료를

5) 59 U.S.P.Q. 288 (S.D.N.Y.1943).

6) 38 F.Supp. 531 (E.D.Pa.1941).

7) *Robertson v. Batten, Barton, Durstine & Osborn, Inc.*, 146 F.Supp. 795 (S.D. Cal. 1956) (스폰서와 광고 대행사는 라디오와 텔레비전 광고에 의한 원고 노래의 침해에 대하여 책임이 있다.)

8) 316 F.2d 304 (2d Cir. 1963).

받았다. 이러한 사실 하에서, 법원은 Green에게 책임을 물을 수 있다고 판결하였다. 법원은 또한, Green에 대한 대위책임의 부과는 침해할 수 있는 힘을 가진 자들로 하여금 타인들의 행위를 감시하도록 하는 것이라고 하였다.

법원은 Green 결정을 본 사건에서의 책임 문제에 적용하는 것이 적정하다고 하였다. DuPont과 BBDO의 대위책임은 그들이 저작권 침해자들의 행위를 감시할 수 있는 힘을 갖는지와 저작권 침해를 막기 위하여 이러한 힘을 사용하는데 실패한 것이 그들에게 경제적 혜택을 초래하였는지를 원고가 증명하는가에 달려있다. DuPont이 직접 또는 대행사인 BBDO를 통해 텔레비전 프로그램의 생산에 대한 여러 단계들에 참가했다는 것은 증명되었다: DuPont은 직접 또는 BBDO를 통해 그 제작 전에 Ethan Frome을 텔레비전으로 방송하는데 동의했고, 텔레비전 방송 스크립트의 초고본이 그들에게 보내졌고, 그들의 대표들이 컨퍼런스에 참여하였다. 이러한 사실들 하에서, DuPont이 해당 프로그램의 콘텐츠를 결정할 궁극적인 힘을 갖고 있으며, 그의 대행사인 BBDO를 통해 그 힘을 실행하였을 것을 추론할 수 있었다. 더욱이, *Select Theatres Corp. v. Ronzoni Macaroni Co.* 사건과 비교해 볼 때, DuPont은 통제할 수 없었던 방송국에 의해 생산된 프로그램의 시간을 구매하는 단순한 광고자가 아니며, *National Ass'n of Performing Artists v. Wm. Penn Broadcasting Co.* 사건과 비교해 볼 때, DuPont은 저작권 위반을 인식한 경우 이를 보호하기 위해 힘을 사용해야 할 의무를 갖고 있는 자였다.

또한, DuPont과 BBDO의 직접적 경제적 이익도 의심의 여지가 없다: 해당 프로그램은 '이 달의 DuPont 쇼'로 불렸으며, DuPont은 방송에서 여러 상품들을 광고하였고, DuPont은 그 프로그램이 생산되고 청중들에게 보일 수 있게 상당한 투자를 하였다. 이러한 사실들은 DuPont의 스폰서십(sponsorship) 하에서 널리 시청된 텔레비전 방송에 의해 제품의 판매가 증가하였고, 이를 통해 DuPont이 혜택을 받는다는 것이 쉽게 추론될 수 있다. BBDO는 광고 패키지에 의해 만들어진 제품 판매의 증가로 경제적 이익 또한 갖는다. 원고는 방송이 그의 저작권을 침해하였음을 증명하였고, 그 프로그램에 의해 향유된 성공의 대부분은 Davis 연극에 대한 의존으로부터 기원하였다는 결론이 나온다. 따라서 그 침해는 피고들인 DuPont과 그의 대행사인 BBDO에 대한 직접적 경제적 혜택이며, 피고들은 Davis 연극에 대한 원고의 저작권을 침해한 것에 대하여 책임이 있다고 결론 내렸다.

(3) *Gordon v. Nextel Communications and Mullen Advertising, Inc.*⁹⁾

원고 Gordon은 의학 예술가(medical artist)이며, 치과 관련 도해 10장으로 구성된 치과환자상담도해 소책자(booklet)에 대하여 저작권을 보유하고 있었다. 피고들은 Nextel Communications

9) 345 F.3d 922 (6th Cir. 2003).

와 Nextel의 광고 대행사인 Mullen Advertising, Inc.이었으며, 도해들 중 두 개를 확대한 버전들이 광고에 포함되었고, 그 광고가 Nextel의 텔레비전 광고로서 방송되었다. 원고는 피고들에게 그 도해들을 사용하도록 허락하지 않았으며, 광고에서 도해들의 버전들은 저작권 관리 정보를 포함하고 있지 않았다. 원고의 저작권 침해 주장에 대하여 피고들은 공정이용과 최소한의 사용(de minimis use)으로 항변하였고, 법원은 피고의 사용이 최소한이라는 것을 인정하면서 침해를 부정하였다.

다음으로, 원고는 광고에서 사용된 도해들이 저작권 관리 정보를 포함하고 있지 않았고, 이는 1202(b)(1)과 (3)의 위반이라고 주장하였다.¹⁰⁾ 피고들은 저작권 정보를 고의적으로 제거하거나 교체하지 않았으며, 그 정보가 제거된 것을 알지 못했다고 주장했다. 저작권 정보의 제거나 교체에 대한 피고의 실질적 인식과 관계없이, 특정한 경우 타인들의 행위에 대하여 대위적으로 책임을 질 수 있는 경우가 있으며, 대위책임은 (1) 침해 행위를 감시할 권리와 능력을 갖고, (2) 그 침해에서 분명하고 직접적인 경제적 이득을 얻을 때 성립한다.¹¹⁾ 이러한 요소들은 독립적인 요건들이기 때문에 각각 존재해야만 하고, 침해의 인식에 대한 결여는 문제되지 않는다. 법원은 기록상 분명하진 않지만, 광고 대행사인 Mullen이 광고의 개발을 감독할 수 있는 능력을 보유하고 있다고 추론하는 것이 합리적이라고 하였다. 두 피고들은 또한 저작물의 이용에 있어 직접적 경제적 이익들을 확실히 가졌을 것이라고 하였다. 그러면서, 법원은 대위책임 판단과는 별도로 저작권 관리 정보 제거에 대한 피고들의 실질적 인식이 검토되어야 한다고 하였다.

1202(b)(3) 위반과 관련하여, 원고는 피고들이 저작권 관리 정보에 대한 허락 받지 않은 변화에 대하여 실질적 인식이 있었음을 증명해야 한다. 저작권 침해가 주장되는 도해 부분은 다른 회사(Crossroads)를 통해 전달되었고, 직원들은 저작권 관리 정보가 지워진 것으로 믿었다고 하였다. 또한, 저작권 관리 정보가 저작권자의 허락 없이 제거되거나 교체되었다는 것을 알면서 도해들의 버전을 이용했다는 증거도 존재하지 않았다. 그리하여, 피고들이 1202(b)(3)을 위반한 것으로 인정되지 않았다. 1202(b)(1) 위반은 또한, 누군가가 ① 저작권자나 법의 허락 없이, ② 저작권 관리 정보를 고의적으로 제거하거나 교체할 때, ③ 연방 저작권법의 침해를 유도하거나, 가능하게 하거나, 용이하게 하거나 숨길 것을 알거나 알아야 할 상당한 이유가 있는 경우에 발생한다. 원고는 Nextel이나 Mullen이 경고장을 받을 때까지, Nextel이나 Mullen이 침해를 알았다는 것을 증명하지 못했지만, 저작권 정보가 도해에 존재하지 않은 것은 Crossroads가 그것을 제거했기 때문이고, 이에 따라 Nextel과 Mullen들은 그 회사의 조치들에 대한 책임을

10) 17 U.S.C. § 1202(b)(1) & (3) (“저작권자의 허락이나 관련 법 없이, (1) 어느 누구도 저작권 관리 정보를 고의적으로 제거하거나 교체될 수 없으며, ... (3) 저작권 관리 정보가 저작권자나 법의 권한 없이 제거되거나 교체된 것을 알면서 복제본을 배포할 수 없다.”).

11) Shapiro, Bernstein & Co. v. H. L. Green Co., 316 F.2d 304, 307 (2d Cir.1963).

저야 한다고 주장하였다.

피고들은 원고의 제1202조 청구들에 대하여 여러 항변들을 주장하였다. 먼저, 그들은 원고가 제1202조에서 제시된 요소들의 성립을 입증하지 못하였다고 주장하였다. 다음으로, 저작권 정보가 개별 도해들로부터 제거되었다는 증거도 존재하지 않는다고 주장하였다. 또한, 피고들은 비록 그들이 Crossroads의 행위에 대하여 대위적으로 책임을 질 수 있으나, Crossroads에 의한 제거가 고의적이라는 증명은 없다고 주장하였다. 이를 위해, 피고들은 Crossroads의 어느 누구도 예술품으로부터 저작권 통지를 제거할 의도를 갖고 있지 않았음을 진술하는 증거를 제출하였다. Crossroads는 임대용 포스터를 사용했으며, 그것의 일부를 스캔하고 확대하였으며, 정보를 제거하였으며, 그 제거가 의도적이지 않았다는 것을 보여주는 것이 없다는 것도 인정하였다. 더 나아가, 피고들은 저작권 통지의 제거가 그 침해를 유도하거나, 가능하게 하거나, 용이하게 하거나, 감추는 것임을 알 수 있었다고 하는 증거를 원고가 제출하지 않았다고 주장하였다. 오히려, Crossroads가 포스터를 획득했을 때, 직원들은 그 포스터가 텔레비전 광고에서 사용되기 위해 정리되었음을 믿었다. 따라서 Crossroads는 그 제거가 침해를 용이하게 하거나 감추는 것임을 알 수 있었다고 할 수 없다. 또한, Crossroads는 예술가로부터의 허락을 얻는 것이 필요하다는 것을 알았다면, 원고의 동의를 추구하였을 것이라고 주장하였다. 결론적으로, 원고는 저작권 정보의 제거가 침해를 유도하거나 가능하게 하거나 용이하게 하거나 감추는 것임을 알 수 있었다고 주장하는데 실패하였다. 따라서 법원은 피고의 책임을 인정하지 않았다.

(4) Screen Gems—Columbia Music, Inc. v Mark-Fi Records, Inc.¹²⁾

본 사건은 저작권 침해에 대하여 다양한 피고들에게 그 책임을 물었으며, 청구된 침해에 대하여 각 피고의 역할이 달랐기 때문에, 각각이 별도로 고려되었다. 원고는 4개의 음반사들로서, 음악에 대한 저작권을 보유하고 있었으며, 법적 강제 실시권 규정에 따르지 않고 음악이 복제된 음반을 제작하고 판매한 것을 이유로 소송을 제기하였다. Mark-Fi 음반사는 “Twenty Original Hits”라는 제목의 음반 앨범을 제작하고 판매하였다. 앨범에는 원고들에 의해 소유된 4개의 저작물이 포함되어 있었으며, 그 사용에 원고의 허락이나 동의는 없었으며, 이는 Tony Alamo 이사의 지시 하에서 이루어졌다. 원고들은 피고들의 행위가 해적판을 제작·판매하는 회사와 같이 음반사에 심각한 위협이 된다고 하였다. 하지만, 이러한 회사들 중 많은 회사들이 그러하듯, Mark-Fi도 음반을 제작하고 판매한 후에 사라져, 침해에 대한 책임을 물을 수 없었다. 따라서 원고들은 저작권을 직접 침해하지는 않았지만, 해당 음반의 판매와 배포에 대하여 관련이 있는 자들에게 그 책임을 묻는 것이 음반산업의 보호를 위하여 필요하다고 주장하면서, 본 소송

12) 256 F. Supp. 399 (S.D.N.Y. 1966).

을 제기하였다.

피고들과 그들의 행위들에 대한 특성은 다음과 같다: (1) 광고 대행사 Metlis & Lebow Crop. (Metlis)는 Mark-Fi에 의해 고용되었고, 앨범에 대한 광고 자료를 포함하여 미리 준비된 녹음방송을 받았다. Metlis의 서비스들은 Mark-Fi를 대신하여 미국 도처에 있는 33개의 방송국으로부터 라디오 타임을 구매하였고, 그 앨범의 광고를 방송하였다. 광고 대행사는 구매된 시간에 대한 각 라디오 방송국에 의해 부과된 비용 중 15%의 일반적인 커미션을 보상으로 받는다. 그 보상은 Mark-Fi에 의해 만들어지거나 판매된 음반의 수와는 관련이 없다. 또한, 광고 대행사의 담당자와 주요 주주인 Stanley Lebow와 종업원들 중 하나인 Monte Bruce도 피고들로서 지정되었고, 그들은 Mark-Fi와 연결하여 대행사 업무들 중 하나 이상에 참여하였다. (2) 라디오 방송국 WINS의 소유자겸 운영자인 Westinghouse Broadcasting Company, Inc.와 라디오 방송국 WMCA의 소유자겸 운영자인 WMCA, Inc. 각각은 Mark-Fi를 대신하여 광고 대행사에 의해 미리 준비된 음반 앨범의 광고 자료를 방송하였다. 각 라디오 방송국은 판매된 방송 시간의 양에 따른 비용들을 받고, 다른 고객들과 동일한 시간대에 동일한 액수를 받지만, 음반의 판매들과 관련되지는 않는다. 라디오 방송국에 의한 방송으로서, 앨범의 광고가 침해 자료의 부분들을 포함하지는 않았다. (3) 서비스 기관인 Advertising Distributors of America Incorporated(ADAI)는 라디오 광고를 보고 Mark-Fi 앨범들을 포장하고 보내는데 관여한다. 음반의 공급은 ADAI에 대하여 이용 가능하다. 구매자들로부터 음반에 대한 주문과 지불을 받게 되면, Mark-Fi는 그 돈을 보유한 채, ADAI에게 주문을 보내고, ADAI는 그 후 Mark-Fi 레이블을 갖는 음반을 구매자들에게 배송한다. 그 서비스에 대한 ADAI의 보상은 미리 지급된 통에 보내지는 경우에는 각 음반에 대해 9센트, 그렇지 않은 경우에는 우표값에 더하여 보내지는 각 음반에 대해 15.5센트의 고정된 비용이었다. 그 요금들은 미리 지불해야 했고, 그 비용들이 입금된 Mark-Fi에 의해 일시불로 지급되었다. 피고들은 그들 각각의 행위들이 음반의 허락받지 않은 제작, 사용 또는 판매를 불법적으로 만드는 저작권법 제101조(e)에 해당하지 않는다고 주장하였다.

피고들은 우선, 자신들이 음반을 직접적으로 침해하거나 사용하거나 판매한 것이 아니기 때문에, 직접침해자들은 아니라고 주장하였다. 비록 그들이 간접침해자들이 될 수 있다는 것을 인식하였지만, 원고가 제공한 Dance Hall Case¹³⁾에서 자신들은 통제나 직접적 경제적 이익이 없는 임대인에 해당하기 때문에 간접책임도 인정될 수 없다고 주장하였다. 그러면서 피고들은 자신들에게 책임을 부과하는 것은 침해자와의 관계가 어느 정도인지를 묻지 않고 책임을 묻는

13) Dance Hall Case는 미국에서 저작권 간접침해와 관련하여 가장 대표적으로 제시되는 예인데, 무도회장의 운영자(임차인), 무도회장 건물의 주인(임대인) 그리고 음악을 연주한 연주자 3명이 존재하며, 연주자는 직접침해자가 되고, 임차인은 간접책임이 문제될 수 있으나, 임대인은 그 관련성이 너무 적어 간접책임을 질 수 없다고 한다.

것이어서 대위책임의 외연적 한계를 초과하게 된다고 주장하였다. 원고들은 침해 음반의 판매에 기여하거나 참여하거나 관계가 있는 사람은 인식을 갖고 있는지와 관계없이 대위책임을 질 수 있다고 주장하였다. 원고는 피고들이 광고, 포장, 배포를 제공함으로써 침해하는 앨범들의 서비스에 기여하였고, 이를 통해 판매를 발전시켰고, 그래서 허락 받지 않은 음반의 판매를 규율하는 제101(e)의 금지에 대한 책임을 져야 한다고 주장하였다. 또한, 당사자들은 본 사건이 저작권자들, 음반업자들, 광고 대행사들 그리고 통신 미디어에게 상당히 중요한 영향을 미치기 때문에, 법의 문제로서 판단할 필요가 있다고 하였다.

가. Metlis와 Monte Bruce

원고들은 광고 대행사와 Mark-Fi 사이의 거래 초기 과정에서 야반도주 운영자의 전형적 표시인 영구적 위치의 부재와 재정적 불확실성이 광고 대행사에게 쉽게 드러났었다고 주장하였다. 그들은 또한 Mark-Fi에 의해 판매된 20개 히트 음반들의 앨범에 대한 2.98달러라는 가격은 20개의 히트 음반들의 평소 시장 가격 아래로 너무 의심스러워서 2.98달러 가격 그 자체가 불법적 운영이라는 것을 알게 하였고, 그 대행사는 그것에 대하여 일부러 눈을 감거나 지나치게 무관심한 것이라고 주장하였다. 마지막으로, 원고들은 Metlis가 Mark-Fi의 운영을 실질적으로 알았다고 주장하였다. 피고의 사전 심리 녹취록에 따를 때, 피고는 거래 전 음반회사로부터 음반을 획득하는 것을 알고 있었지만, 그 음악의 저작권자들이 음반의 제작에 대하여 허락을 했는지 여부에 대해서는 결코 묻지 않았다. 대행사는 음반들에 대한 권리들의 입증을 고집하는 경우 충분히 세심할 수 있었기 때문에, 저작권자들에 의한 라이선싱에 대하여 묻지 않은 것은 고의가 아닌 것은 아니었으며, 최소한 그러한 것은 논쟁이 되었어야 한다고 주장하였다. 앞서 말한 주장들이 만일 받아들여진다면, Metlis가 Mark-Fi의 침해에 대한 실질적이거나 추정적인 인식을 갖고 있음에도 불구하고 음반들의 촉진과 판매를 위한 라디오 광고를 하였다는 것을 충분히 인정할 수 있을 것이다. 이러한 상황 하에서, 알면서 불법적 행위에 참가하거나 발전시키는 자로서 책임이 있는 것으로 판결될 수 있다. 따라서 Metlis는 책임이 인정되었고, Mark-Fi 거래들에 참석한 담당자이고 종업원인 Monte Bruce의 주장도 거부되어 그 책임이 인정되었다. Metlis사의 담당자이고 주요 주주였던 Stanley Lebow는 침해적 행위들이 발생했던 기간에 회사 일을 하지 않았기 때문에 책임이 없다고 판결하였다.

나. Westinghouse Broadcasting Company, Inc.와 WMCA, Inc.

원고들은 엔터테인먼트 사업과 매우 친숙한 라디오 방송국들이 음반 해적 문제를 완전히 인식 했었고, 광고 대행사와 같이 Mark-Fi의 제품에 대한 생소함과 수상쩍게 낮은 가격을 알았음이

틀림없었다고 하면서 그 방송국들을 고소하였다. 원고들은 시장 가치 훨씬 아래로 판매된 상품의 불법적 특성에 대한 인식의 추론을 허락하는 개념에 근거를 두고 있었다. Westinghouse와 WMCA를 상대로 하는 사실적 증명이 은 다소 약하지만, 그럼에도 불구하고, 그들의 침해에 대한 실질적이거나 추정적인 인식을 갖고 있다고 결론 내리기에는 충분하며, 적절한 조사 없이 방송국들에서 물건들을 광고함으로써 계속 돕고 참가한 것 또한 사실이다. 또한, 모든 피고들은 당연히 광고자에게 그 제품의 진정성의 입증을 보이도록 요구할 수 있는 힘을 갖고 있다. 따라서 피고들은 저작권 침해에 대한 책임을 져야 한다고 판결하였다.

다. ADAI

음반들을 포장하고 배송한 피고는 그 조직에서 아무도 엔터테인먼트 산업, 음반 해적 문제, 특히 야반도주하는 불법운영의 특성이나 유형에 대해 잘 알지 못했다고 주장하였다. 그리하여, 지나치게 낮은 음반들의 판매 가격에 근거를 두어, 불법적 운영에 대한 인식을 가질 수 없었다고 주장하였다. 하지만, 그 서비스 조직의 행위들과 Mark-Fi와의 관계를 고려할 때, 불법적 운영에 대하여 경고를 받았어야 한다. 따라서 ADAI는 저작권 침해에 대한 책임이 있다고 판결하였다.

(5) 정리

고객을 대리하는 광고 대행사가 침해하는 프로그램의 콘텐츠에 대하여 감독권을 갖고 직접적 경제적 이익을 갖는 경우, 광고 대행사가 침해에 대한 인식을 갖는지 여부와 관계없이, 광고 대행사는 타인에 의해 만들어졌지만 그의 고객에 의해 후원된 침해하는 텔레비전 프로그램에 대하여 대위적으로 책임이 있다고 판결되어왔다.¹⁴⁾ 고객의 후원 하에 타인에 의해 만들어진 침해하는 프로그램의 텔레비전 방송을 배열하는 광고 대행사는 아래와 같은 이유로 그 침해에 대하여 대위적으로 책임이 있다: 대행사가 침해에 대한 실질적 인식을 갖고 있지 않더라도, 고객을 위해 침해적 프로그램의 제작에 있는 여러 단계들에 동의해야 했기 때문에, 대행사가 실질적 침해자들의 행위들을 감시할 힘을 가지며; 대행사의 고객은 통제할 수 없는 방송국에 의해 제작된 프로그램에 대한 시간을 단순히 구매했 것이 아니라 그 프로그램의 콘텐츠를 결정할 궁극적인 힘을 갖고 대행사를 통해 그러한 힘을 실행했으며; 대행사는 광고 패키지에 의해 생산된 고객들의 제품들의 증가된 판매로부터 이익을 받기 때문에, 침해하는 프로그램의 성패에 따라 직접적 경제적 이익을 가진다.¹⁵⁾ 또한, 광고 대행사와 고객은 광고의 개발에 대하여

14) Romualdo P. Eclavea, Liability as "vicarious" or "contributory" infringer under Federal Copyright Act, American Law Reports, 14 A.L.R. Fed. 825.

통제하고 저작물의 이용에서 직접적 경제 이익을 갖기 때문에, 텔레비전 광고에서 사용된 작품으로부터 저작권 관리 정보의 제거에 대하여 대위적으로 책임이 있을 수 있다.¹⁶⁾

또한, 광고 대행사는 타인에 의해 만들어지고 판매된 침해하는 음반의 판매에 대하여 라디오 광고를 낸 경우, 그 음반들이 저작권을 침해한다는 것을 알았거나 알 수 있었다면, 기여침해에 대한 책임을 지는 것으로 판결되어왔다.¹⁷⁾ Screen Gems-Columbia Music, Inc. v Mark-Fi Records, Inc. 사건¹⁸⁾에서, 기여침해에 대한 책임이 타인에 의해 제작되고 판매된 침해하는 음반의 판매를 위하여 라디오 광고를 내놓은 광고 대행사에게 부과하기 위해, 알면서 불법행위에 참가하거나 발전시키는 자는 주된 불법행위자와 함께 연대하여 책임을 진다는 보통법 원칙이 저작권법 하에서 일어나는 소송들에 적용된다. 법원은 만일 음반의 침해적 특성을 알거나 알 수 있었다는 것이 증명되면, 침해적 음반의 판매에 대한 책임이 광고 대행사에게 부과될 수 있다고 판결하였다. 또한, 광고뿐만 아니라 침해하는 음반의 배포까지 다른 광고 대행사 종업원은 불법행위에 대해 알고 있는 당사자이고 그러한 종업원의 인식은 피고 광고 대행사인 고용주에 구속된다고 하였다. 광고를 한 방송국들과 음반의 포장과 배송을 맡은 자 또한 저작권 침해에 대한 책임이 인정되었다.

2. 우리나라에서의 방조 인정 여부

(1) 우리나라에서의 방조와 그 판단 방법

민법 제760조 제3항의 방조는 불법행위를 용이하게 하는 직·간접의 모든 행위를 가리키며, 고의와 과실에 의한 방조가 가능한데 여기서의 과실은 불법행위에 도움을 주지 않아야 할 주의 의무를 위반한 것을 말한다.¹⁹⁾ P2P 방식에 의한 파일공유 시스템에서 이용자들의 불법복제 가능성이 크다는 이유로 운영자에게 그 책임을 물을 수는 없고, 운영자가 이용자들의 행위에 관여하고 있는 정도, 운영자의 개입 없이도 이용자들이 그러한 행위를 할 수 있는지 여부, 침해 행위를 하는 이용자에 대하여 운영자가 서비스 이용을 제한할 수 있는지 여부, 운영자가 침해행위를 용이하게 할 수 있는 다른 기능을 제공하고 있는지 여부, 운영자가 침해행위로부터 이익을 얻을 목적이 있거나 향후 이익을 얻을 가능성이 있는지 등의 구체적 사정들을 살펴, 운영자가 침해행위를 인식하고서도 도움을 주거나 그러한 침해행위에 도움을 주지 말아야 할 주의의무가

15) Davis v E. I. Du Pont de Nemours & Co., 240 F. Supp. 612 (S.D.N.Y. 1965).

16) Gordon v. Nextel Communications and Mullen Advertising, Inc., 345 F.3d 922 (6th Cir. 2003).

17) Supra note 14.

18) 256 F. Supp. 399 (S.D.N.Y. 1966).

19) 대법원 2005. 1. 25. 선고 2005다11626 판결.

있음에도 이를 위반하는 경우에만 방조책임을 인정해야 한다. 또한, 링크와 관련된 저작권 침해 사건에서 대법원은 “저작권 침해 게시물이 게시된 목적, 내용, 게시기간과 방법, 그로 인한 피해의 정도, 게시자와 피해자의 관계, 삭제 요구의 유무 등 게시에 관련한 쌍방의 대응태도, 관련 인터넷 기술의 발전 수준, 기술적 수단의 도입에 따른 경제적 비용 등”을 종합적으로 판단하는 것이 필요하다고도 하였다.²⁰⁾

(2) 방조 인정 여부

앞에서 살펴 본 바와 같이, 우리의 저작권 침해에 대한 간접책임 즉, 방조책임을 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 판단하는 방식을 취한다. 그렇다면, 광고주나 광고대행자의 방조 책임도 이와 같은 판단 요소들을 종합적으로 판단하여 이루어질 것이다. 우리나라는 광고와 관련된 방조책임 사건이 아직 존재하지 않고, 우리의 방조책임 판단 요소들이 미국의 것들과 서로 큰 차이가 없기 때문에, 미국의 사례들을 참조하면 우리의 판단에 대한 예측도 가능할 것이다. 또한, 우리의 다른 방조책임을 살펴봄으로써 광고의 방조책임을 예측할 수도 있을 것이다. 최근, 링크(link) 제공자와 관련하여 방조책임을 인정 여부를 판단한 2가지 사건이 있었으며, 링크 제공자 역시 광고에 의한 수익 구조를 갖고 있기 때문에, 이에 대한 검토는 광고에 대한 방조책임을 인정 여부를 가늠해 볼 수 있게 할 것이다.

첫 번째 판결²¹⁾에서 피고인은 만화 정보 교환 사이트를 개설하여 운영하여왔다. 초기에, 피고인은 한국에서 출판되지 않은 일본 만화의 신간을 스캔하여 업로드하고 대사 부분은 번역을 해서 함께 올렸고, 이에 대하여 저작권법 위반으로 벌금형과 기소유예 처분을 받았다. 그 후 피고인은 사이트의 운영 방식을 변경하여 저작물을 직접 업로드하지 않고 링크방식으로 변경하였다. 저작권자가 고소하였으며, 1심은 방조를 인정하였으나, 2심은 인정하지 않았고, 상고되었다. 대법원은 “인터넷 이용자가 링크 부분을 클릭함으로써 저작권자로부터 이용허락을 받지 아니한 저작물을 게시하거나 인터넷 이용자에게 그러한 저작물을 송신하는 등의 방법으로 저작권자의 복제권이나 공중송신권을 침해하는 웹페이지 등에 직접 연결된다고 하더라도 그 침해행위의 실행 자체를 용이하게 한다고 할 수는 없으므로, 이러한 링크 행위만으로는 위와 같은 저작재산권 침해행위의 방조행위에 해당한다고 볼 수 없다.” 두 번째 판결²²⁾에서 피고인은 해외 동영상 링크 사이트에 불법으로 게시된 원고의 방송 프로그램을 임베디드 방식으로 자신의 사이트에 연결하고, 각 프로그램의 제목과 방영일자를 표시하여 이용자들이 무료로 시청할 수

20) 대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 판결.

21) 대법원 2015. 3. 12. 선고 2012도13748 판결.

22) 대법원 2017. 9. 7. 선고 2017다222757 판결.

있게 하고, 배너광고 클릭수에 따라 수익금을 받았다. 대법원은 인터넷 링크를 저작권법이 규정하는 공중송신(전송)에는 해당하지 않는다고 하면서 직접침해는 부정하였지만, 위의 소송과는 달리 피고의 링크 행위가 실질적으로 해외 동영상 공유 사이트 게시자의 공중에의 이용 제공의 여지를 더욱 확대시키는 행위로서 행위 동영상 공유 사이트 게시자의 공중송신권 침해행위에 대한 방조에 해당한다고 판결하였다. 그러면서, 침해를 방조하는 행위는 권리 침해를 용이하게 해주는 직접·간접의 모든 행위를 가리키며, 실제 침해행위가 일어나는 시간, 장소, 객체 등을 인식할 필요가 없으며, 실제 침해행위를 실행하는 자가 누구인지 확정적으로 인식할 필요도 없다고 하였다.

앞의 사건 사실이 뒤의 사건 사실과 유사한 것을 고려할 때, 두 사건에서 결정의 차이가 나는 것이 다소 의아하지만, 뒤 사건의 결정이 저작권 침해에 대한 방조책임의 우리 법원 경향에 적합한 것으로 보인다. 즉, 우리 법은 방조책임의 범위를 좁게 보지 않으며, 이는 직접·간접의 모든 행위와 인식도 요하지 않는다는 점에서 분명히 알 수 있다. 그렇다면, 저작권 침해 사이트에서 광고주와 광고 대행사는 어떠한가? 그들은 저작권 침해 행위와 직접적으로는 아니지만 수익원을 제공하는 간접적인 행위를 하고, 인식이 필요 없기 때문에 방조행위 인정의 가능성이 있다. 또한, 광고가 침해자들의 행위에 관여하지는 않지만, 광고가 수익원이 되기 때문에 그것 없이는 침해행위를 궁극적으로 할 수 없게 되며, 실질적으로 서비스를 제한하지는 않지만, 간접적으로 서비스 이용을 제한하거나 다른 기능을 제공할 수도 있게 하고, 광고는 침해를 알면서도 계속 수익원을 제공하기도 하여, 방조책임이 인정될 가능성이 있 할 것이다. 하지만, 방조 책임을 인정하는 것은 이와 같은 해석은 다소 확대된 것이라고 볼 수 있으며, 미국의 법과 비교하여 보다 제한적인 해석이 될 수 있도록 해야 할 것이다.

앞의 미국 사례들과 비교해 볼 때, 광고주나 광고 대행사들이 책임을 지기 위해서는 그들이 저작권 침해에 대하여 실질적으로 통제할 수 있는 권리나 능력이 있고, 침해에 따른 직접적인 경제적 이익을 얻었어야 한다. Shapiro 사건에서 피고는 직접침해자를 관리할 수 있었고, 직접 돈을 받았으며, Ronzoni 사건의 피고는 침해물 제작에 관여하였다. 하지만, National Ass'n 사건에서 피고는 침해 행위가 방송국에 의해 이루어졌기 때문에 침해와 관련된 관리를 아무것도 할 수 없었고, 그리하여 책임을 인정할 수 없었다. 본 사건의 법원이 말하는 “단순한 관계 이상의 어떤 것”이 없었던 것이다. 그렇다면, 광고가 방조 책임을 지기 위해서는 직접침해를 통제할 수 있는 권리나 능력, 달리 말하면 단순한 관계 이상의 어떤 것이 필요하다 할 것인데, 침해 사이트에 수익원이 되는 것이 그렇다고 하기에는 무리가 있어 보인다. 또한, Mark-Fi 사건의 여러 피고들 즉, 광고 대행사, 방송국, 그리고 배송인은 침해 행위가 발생한 사실을 알았거나 알 수 있었다는 사실들이 존재하고, 그 침해 행위 자체를 도왔다는 것을 발견할 수 있고, 그리하여 책임들이 인정

될 수 있었다. 하지만 온라인 침해 사이트에 광고를 게재하는 것은 단순히 수익원만을 제공하는 것이어서 침해의 일련 과정 중에 발생하는 특정 행위를 하는 즉, 침해에 직접적으로 참여하였다는 점에서 차이가 존재한다. 또한, 실질적 기여에 간접적 수익원의 제공은 포함되기 어려울 것이다.

III. 광고 차단 of 타당성 검토

앞에서 광고에 대한 저작권법상 방조책임이 인정될 수 있는지 여부를 살펴보았다. 방조책임이 인정된다면, 광고주나 광고 대행사에게 그 책임을 물을 수 있어, 저작권 침해에 대해 대응할 수 있다. 하지만, 만일 방조책임이 인정되지 않으며, 방조자에게 그 책임을 직접적으로 물을 수 없기 때문에, 서론에서 말한 바와 같은 광고 철회나 중지의 요청 방법을 취한다. 이러한 방법을 취하는 것이 방조책임을 물을 수 없거나 어렵다는 반증이 될 수도 있겠다. 어쨌든 그렇다면, 이러한 조치들이 타당한지를 살펴야 하며, 이를 위해 미국에서의 법·정책적으로 어떠한 시도와 의견들이 있었는지를 살펴보고, 유사 문제로서 광고 차단기의 문제를 검토하기로 한다.

1. 법·정책적 고려

(1) SOPA와 PIPA 법안

미국 의회는 2012년 초, 두 개의 법안을 제안하였으며, 그것들은 Stop Online Piracy Act (SOPA)²³⁾와 Protection IP Act (PIPA)²⁴⁾이었다. 먼저, SOPA는 해적판 저작물의 거래를 호스트하거나 용이하게 하는 사이트들에 대한 접근을 제한함으로써, 저작권 침해를 엄중하게 단속하기 위하여 제안되었다. 주요 대상은 불법적인 다운로드의 온상이 되고 있는 토렌트 허브인 “The Pirate Bay”와 같은 해외의 불량 사이트였다. 콘텐츠 창작자들은 불법 복제와 씨워왔으나, 외국 사이트에 대한 조치에 어려움이 있었다. 예로써, Pirate Bay의 서버들은 물리적으로 Sweden에 위치해 있었고, 그래서 SOPA의 목표는 미국 검색엔진, 광고 네트워크 그리고 다른 제공자들에게 그들의 서비스를 제공하지 않도록 요청함으로써 해적 사이트를 폐쇄시키는 것이었다. 이것은 Google이 검색 결과에 해당 사이트를 보이지 않게 하고, eBay의 지급 프로세서들인 PayPal이 그들에게 돈을 보내지 않게 한다. 즉, SOPA는 해외 사이트에 직접적으로 조치

23) H.R. 3261 - 112th Congress: Stop Online Piracy Act.

24) S. 968: Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act of 2011.

를 취할 수 없지만, 미국 회사들이 그들의 사이트에 대하여 서비스를 제공할 수 없게 하고, 미국 인터넷 사용자들이 해당 사이트들을 찾거나 접근하기 어렵게 하는 것이었다.

창작에 대한 온라인 위협과 지식재산 절도를 방지하기 위한 PIPA는 외국에서 운영되는 불량 웹사이트들에 대응하여 향상된 집행을 제공하며, 개별 소유자나 운영자의 위치가 확인되지 않는 경우, 미 법무부가 침해 행위와 관련된 웹사이트들에 대하여 법원의 명령을 요청하도록 할 수 있게 한다. 일단 법원이 명령을 발행하면, 그 명령은 재정 거래 제공자들, 인터넷 광고 서비스들, 인터넷 서비스 제공자들, 그리고 정보 위치 도구들에게 불량 사이트와의 재정 거래들을 멈추도록 하고 그것에 대한 링크들을 제거하도록 할 수 있다. PIPA는 정보 위치 도구가 도메인 이름과 관련된 인터넷 사이트에 대한 접근을 가능한 한 신속하게 제거하거나 불가능하게 하기 위해 실현 가능하고 합리적인 조치들을 취한다. 또한, 그것은 문제가 되는 인터넷 사이트에 대한 모든 링크들을 제거하도록 한다. 웹사이트는 IP 주소에 의해 여전히 접근할 수 있지만, 그 웹사이트의 도메인 이름을 사용했던 링크들이나 사용자들은 그것에 접속할 수 없게 한다. Google과 같은 검색 엔진은 법원 명령에서의 도메인 이름과 관련된 인터넷 사이트에 대한 접근을 제거하거나 불가능하도록 또는 그러한 인터넷 사이트에 하이퍼텍스트 링크를 제공하지 않도록 명령받는다. 침해 활동과 관련된 웹사이트의 행위들에 의해 피해를 받은 저작권자들은 재정적 거래 제공자들과 인터넷 광고 서비스들이 프로세싱 거래들과 광고 게시를 중지하기 위해 도메인 이름에 대하여 법원 금지명령을 청구할 수 있다.

(2) 법안에 대한 반대 의견

SOPA와 PIPA는 모두 법으로 제정되지 않았으나, 기본적인 목적들은 콘텐츠를 보호하는 것이고, 그러한 목적들이 가치 있다는 것에는 두 법안들에 찬성하거나 반대하는 견해들 모두가 동의한다. 일반적으로, 미디어 회사들은 그 법안들에 찬성하고, 기술 회사들은 반대한다. SOPA의 지지자들은 온라인 해적 행위는 콘텐츠 창작자들에게 수입을 빼앗기 때문에 미국 직업 손실을 야기한다고 하였다. 또한, 지지자들은 이러한 법제정이 범죄 행위를 적정하게 막지 않고 있는 망가진 시스템을 개선할 것이라고 하면서 검열의 혐의를 거부하였다.

하지만, 반대하는 견해들은 그 법안들이 검열을 더욱 심화시킬 것이고, 의도되지 않은 결과들에 대한 잠재성으로 가득 차 있다고 주장하였다. 그러면서 법안을 지지하는 자들이 인터넷의 구조를 잘 이해하지 못하였고, 그래서 법제정의 영향력을 알아볼 수 없는 것이라고 하였다.²⁵⁾ 구체적으로, 반대하는 의견들은 본 법안들이 언론의 자유를 침해한다고 하였다. 법안들은 저작권 침해와 관련된 외국 웹 사이트들만을 대상으로 하지 않으며, 앞에서 말한 사이트들이나 정부

25) http://money.cnn.com/2012/01/17/technology/sopa_explained/index.htm (2017. 10. 29. 최종방문).

의 검열을 우회하는 방법에 대한 팁을 제공하는 사이트들에 접근 하는 방법을 논의하는 국내외 사이트를 대상으로 하고 있다. 비평가들은 국내외 사이트를 검토하는 것이 검열이 될 수 있고, 더 나아가 언론의 자유에 대한 침해가 될 수 있으며, 전면적인 검열은 중요한 오픈소스 소프트웨어 혁신에 해를 끼칠 수 있다. 더 나아가, 이러한 법안들은 이란이나 중국과 같은 인터넷 검열을 정당화하는 도구로서 사용될 수도 있다.

법안들은 YouTube와 Facebook과 같은 중개 사이트들에 심한 부담을 가져올 수 있다. 법안들에서 사용되는 문구들은 불분명하지만, 많은 전문가들은 그 법안들이 위 사이트들에게 침해 물에 대하여 넓은 곳에 걸쳐있는 그들 자신의 사이트들을 감시하는데 시간과 노력을 소모하도록 강제할 것이다. 현재, 비용이 드는 법적 책임의 유형은 Google과 같은 거대 회사에 대해서는 큰 일이 아닐 수 있다. 하지만, 더 작은 웹사이트들은 이러한 부담이 너무 커서 감당하기 어려울 것이며, YouTube의 다음 세대들이 만들어지는 것을 어렵게 할 것이다.

또한, 법안들은 사이트들이 법적 관리 없이 제거 될 수 있다. 본 법안들은 ISP들이 인터넷으로부터 죄 없는 사용자들이나 웹 사이트들을 자발적으로 완벽하게 막는다면, 인터넷에게 넓은 면책을 부여한다. 저작권자들은 그들이 좋아하지 않는 사이트들의 넓은 리스트들을 만들 수 있고 ISP들에게 조치를 취할 것을 압박할 수 있다. 제공자들이 선의로 행하였다고 주장하는 한, 보복성으로 그러한 사이트들과 사용자들은 법원들에 의한 관리 없이 차단될 수 있다.

마지막으로, 저작권자들은 문제가 되는 침해물을 제거할 힘을 이미 갖고 있다. 저작권자들은 현재DMCA의 notice-and-takedown 조치들 하에서 사이트들로 하여금 침해물을 제거하도록 강제할 법적 권한을 갖고 있다. 저작권자들은 한 개의 해적 사이트를 없애면 5개가 그 자리에 생긴다고 하면서 그러한 조치들로는 충분하지 않다고 한다. 하지만, 오히려 콘텐츠 산업이 현재 너무 많은 힘을 갖고 있는 사건들이 발생하고 있다.

(3) 정리

위에서 살펴 본 바와 같이, SOPA와 PIPA 두 법안들은 외국의 사이트를 관리하기 위해 국내 검색엔진, 광고 네트워크 그리고 다른 제공자들에게 해당 사이트를 검색할 수 없도록 하고, 광고를 중지하도록 하며, 돈을 지급하는 서비스를 제공하지 않도록 요청한다. 하지만, 이 법안들은 검열과 언론의 자유 침해 문제, 중개 사이트들에 대한 부담, 저작권자들에 대한 지나친 힘의 부여 등이 문제로 지적되었으며, 그에 따라 법안은 법률로 제정되지 못하였다.

그렇다면 광고 게시의 중지나 철회 요청은 본 법안들과 매우 유사하다. 물론, 해당 사이트에 대하여 광고를 강제로 중지시키거나 철회한 것은 아니지만, 저작권 침해 책임을 갖고 있지 않은 자에게 그러한 요청의 조치를 하는 것은 별반 다르지 않다. 두 법안들이 침해와 관련된 사이트

들에 광고를 중지하도록 하듯, 광고를 중지시키거나 철회를 요청하는 것은 해당 사이트들에 대한 검열이 선행되고, 해당 사이트가 전적으로 침해물만을 취급하는 곳이 아니라면 해당 사이트를 전체적으로 감시하는 부담을 가지게 될 것이고, 저작권자들은 이러한 방법이 아니라고 하더라도 저작권법에 의한 여러 조치들을 이미 많이 갖고 있어 힘의 균형이 너무 치우쳐 있다 할 것이다. 그렇다면, 이러한 광고의 중지나 철회는 이와 같은 면에서 문제가 있다 할 것이다.

2. 광고 차단기의 문제

(1) 적법성의 문제

우리는 광고 차단과 관련하여 법원에서의 판단을 찾아보기 어렵지만, 미국 법원들은 광고 차단 기술 사업과 관련하여 광고자들과 관련된 사람들의 법적 문제를 지속적으로 판단하여왔다. 이와 관련된 첫 번째 사건은 *Sony v. Universal Studios Inc.*이었다.²⁶⁾ 본 사건에서 Sony는 VCR을 생산하였으며, VCR은 사용자들에게 텔레비전 프로그램들의 녹화본을 만들 수 있도록 하였고, 재생하는 동안 광고들을 생략할 수 있게 하였다. 저작권자들은 VCR을 제작한 Sony에 대하여 기여책임을 부과해야만 한다고 주장하였다. 대법원은 이러한 주장을 거부하고, Sony가 VCR의 기능에 대하여 기여적으로 책임을 지지 않는다고 판결하였다.

이러한 사건은 디지털 시대에서도 발생하였고, 문제가 된 기술은 DVR이었으며, 광고자들의 분노를 산 두 회사들은 TiVo Inc.와 ReplayTV이었다. ReplayTV는 자신의 DVR에서 시청자가 광고를 자동적으로 생략할 수 있게끔, Commercial Advance로 불리는 기능을 포함시킬 계획을 갖고 있었다. 광고 생략에 대한 합법성을 다투는 미디어 회사들은 바로 이러한 광고 생략 기능 때문에 ReplayTV를 상대로 소송을 제기하였다. ReplayTV의 Commercial Advance 기술이 갖는 주요한 특성은 DVR로 하여금 자동적으로 녹화하는 동안 광고들을 제거할 수 있도록 하여, 재생하는 동안 시청자들이 모든 광고 시간에 광고들을 보지 않을 수 있게 하는 것이었다. Sony 사건에서, 사용자들은 재생하는 동안 빨리 감기를 통하여 광고를 생략할 수 있었고, 그것은 방송 그대로를 이용한 것이어서 프로그램의 저작권을 변경하거나 위반하는 것이 아니었기 때문에 불법적인 것이 아니었다. 한편, ReplayTV를 상대로 한 주장도 Sony의 결정을 근거로 하였으며, 그 근거는 바로 광고를 빨리 감기하는 것이 진정한 위협이 되지 않는다는 것이었다. 즉, 원고들은 Commercial Advance의 특징이 VCR에 비해 광고 생략을 지나치게 쉽게 만들고, 그것 때문에 침해적 행위로 간주되어야 한다고 주장한 것이다. 더 나아가, 원고들은 ReplayTV의 기능이 무료 텔레비전과 기본적인 비방송 서비스들의 기본적인 경제적 토대를 공격한다고 주장하였다.

26) 464 U.S. 417 (1984).

ReplayTV 사건은 합의로 종결되었지만, 소송의 결과는 ReplayTV가 Commercial Advance 기능을 포기하는데 동의하는 것이었다. TiVo도 ReplayTV와 동일한 기능을 갖는 제품을 개발 하였지만, 광고자들과 함께 사용자들이 DVR에 포함된 광고 생략 기능을 이용하는 방법들을 연구하기 위하여 함께 일할 것을 제안함으로써 소송을 벗어날 수 있었다. 반면, Sony 결정은 시청자들이 그들의 의지로 광고를 생략하거나 집에서 그러한 행위를 할 경우에는 문제되지 않는다는 것을 보여주었다. 그렇다면, 광고의 생략이 시청자들에 의한 것은 적법하지만 특정한 기술에 의하여 타인에 의해 행해지는 경우에는 부적법하다는 것이다.

(2) 저작권 침해의 문제

광고들을 피하기 위해 인터넷 사용자들에게 제공되는 광고 차단 소프트웨어는 웹마스터의 저작권 침해로서 종종 간주된다. 특히, 광고 생략에 대한 주장은 저작권 침해의 이론에 그 근거를 두고 있다. WGN Continental Broadcasting Co. v. United Video, Inc. 사건²⁷⁾에서, 법원은 저작권 위반으로서의 광고 생략에 대한 근거를 다음으로 하였다: 라이선시가 저작권자에 의해 부여된 라이선스를 초과하여 저작물을 이용하는 것은 저작권 침해를 구성하게 된다. 더 나아가, 제7항소법원은 In re Aimster Copyright Litigation 사건²⁸⁾에서, 광고 생략의 적법성에 대한 이해를 다음과 같이 상세히 하였다: 무료 텔레비전 프로그램은 광고 구입에 의한 재정으로 이루어지기 때문에, 광고 생략은 원 프로그램으로부터 저작권자의 수입을 감소시키는 광고 없는 복제본 즉, 허락 받지 않은 2차적 저작물을 만드는 것이라 할 수 있다. 저작권 침해를 입증하기 위해서는 원고가 저작권을 보유하고 있고, 피고가 저작권자의 배타적 권리들 중 하나 이상을 침해했음을 증명하면 된다.

(3) 정리

앞서 살펴 본 바와 같이, 광고 차단기에 대한 소송은 그 결과가 어떻든 간에 모두 해당 광고 차단기에 대하여 법적 문제가 있음을 보여주고 있다. 이는 Sony 사건에서와 같이 개인이 해당 저작물의 재생을 빨리 돌리고, 광고 시간에 다른 일을 하는 것과 같이 광고를 생략하는 것은 법적 문제가 발생하지 않지만, 타인의 기술 제공에 의해 광고가 차단되는 경우에는 적법성 문제가 발생할 수 있음을 보여주고 있다. 더욱이, 광고 차단은 저작권과 관련하여, 범위를 초과하는 권리의 행사 그리고 권한 없이 2차적 저작물을 작성한 것이 되어 저작권 침해로 인정될 수 있다. 또한, 광고차단기를 제작한 자는 일정한 경우 저작권 침해에 대한 기여책임이 부과될 수도 있다.

물론, 광고 차단기의 적법성 문제나 저작권 문제는 앞에서 살펴 본 광고 게재의 중지나 철회

27) 693 F.2d 622 (7th Cir. 1982).

28) 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003).

의 요청을 받은 사안과는 매우 다르다. 하지만, 광고를 함부로 차단할 수 없다는 것은 분명한 사실이며, 그렇다면 특정 사이트에 침해가 발생한다고 하여 그 광고를 무단으로 차단하거나 중지 또는 철회를 요청하는 것이 특히, 법적 책임이 없는 자들에게 이러한 요청을 하는 것은 문제가 없지 않아 보인다. 더군다나, 저작권 침해 여부를 판단하는 것이 그리 용이하지 않은 경우나 해당 게시물 중 일부만이 침해를 하고 있는 경우에 그러한 요청을 하는 것은 더욱 문제라 할 수 있을 것이다.

IV. 결 어

많은 온라인 저작권 침해 사이트들은 그 수익원으로 광고를 선택하고 있다. 따라서 수익원로서의 광고를 중지하거나 철회하도록 하는 것은 온라인 저작권 침해 사이트를 폐쇄시키는 손쉽고 효율적인 방법이다. 하지만, 항상 그렇듯 어떠한 요청이나 처분이 내려지기 위해서는 그 요청이나 처분이 법이 허락하는 범위 이내여야 한다. 온라인 저작권 침해 사이트에서 광고를 중지하거나 철회를 요청하는 것이 정당화되기 위해서는, 광고가 저작권 침해에 대한 방조행위를 구성하거나, 해당 행위 등에 타당성이 인정되어야 한다.

미국은 저작권 침해에 대한 대위책임이 인정되기 위해서는 직접침해자와 단순한 관계 이상의 것을 요구하고, 기여책임은 침해 자체에 대한 실질적 기여가 요구된다. 우리는 미국보다 간접책임의 범위를 다소 넓게 보기 때문에 즉, 광고는 침해를 용이하게 하는 간접적인 행위이고, 침해에 대한 인식이 필요 없으며, 수익원이 되기 때문에 방조책임이 인정될 가능성이 있다 할 것이다. 하지만, 이러한 확대 해석은 인터넷 사용의 취지나 책임의 확대에 따른 부작용 등 여러 면에서 문제가 있어, 그 책임이 제한되는 쪽으로 바뀌어야 할 것이다.

다음으로, 침해에 대한 방조 책임이 인정되지 않는 경우 광고의 중지나 철회 요청이 타당한지를 살펴야 한다. 미국에서는 광고의 차단을 할 수 있도록 하는 SOPA와 PIPA 법안이 존재하였는데, 이는 검열의 문제, 사이트에 대한 지나친 부담, 그리고 저작권 보호의 다른 방법들의 존재로 인해 문제가 있고, 결국 그 법률은 입법화되지 않았다. 이처럼, 광고의 중지나 철회도 유사한 문제가 있을 수 있으며, 아무런 근거 없이 중지나 철회를 요청하는 것은 다소 문제가 있어 보인다. 또한, 광고 차단기는 적법성 문제와 저작권법상 문제를 발생시키며, 비록 광고의 중지나 철회와는 다른 문제이지만, 광고를 임의대로 차단할 수 없다는 점에서 시사하는 바가 크며, 해당 사이트가 전적으로 침해를 하는 사이트가 아니라면 그 위험성이 더 크다 할 것이다. 따라서 광고의 중지나 철회는 보다 신중을 기하여 이루어져야 할 것이다.

참고문헌

- 김옥환(2016), “문제는 돈이야! 저작권 침해 사이트 광고수익 차단”, 2016. 7. 13.
- 문화체육관광부(2016), 저작권 침해 사이트 광고수익 차단 추진 - 5개 토렌트 사이트에 대한 집중 광고 차단으로 광고수익 80% 감소, 2016. 4. 17.
- 대법원 2005. 1. 25. 선고 2005다11626 판결.
- 대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 판결.
- 대법원 2015. 3. 12. 선고 2012도13748 판결.
- 대법원 2017. 9. 7. 선고 2017다222757 판결.
- Romualdo P. Eclavea, “Liability as “vicarious” or “contributory” infringer under Federal Copyright Act”, American Law Reports, 14 A.L.R. Fed. 825.
- National Ass’n of Performing Artists v. Wm. Penn Broadcasting Co., 38 F.Supp. 531 (E.D.Pa. 1941).
- Select Theatres Corp. v. Ronzoni Macaroni Co., 59 U.S.P.Q. 288 (S.D.N.Y.1943).
- Robertson v. Batten, Barton, Durstine & Osborn, Inc., 146 F.Supp. 795 (S.D. Cal. 1956).
- Davis v. E.I. Du Pont de Nemours & Co., 240 F. Supp. 612 (S.D.N.Y. 1965).
- Shapiro, Bernstein & Co. v. H. L. Green Co., 316 F.2d 304 (2d Cir. 1963).
- Screen Gems-Columbia Music, Inc. v Mark-Fi Records, Inc., 256 F. Supp. 399 (S.D.N.Y. 1966).
- WGN Continental Broadcasting Co. v. United Video, Inc., 693 F.2d 622 (7th Cir. 1982).
- Sony v. Universal Studios Inc., 464 U.S. 417 (1984).
- Gordon v. Nextel Communications and Mullen Advertising, Inc., 345 F.3d 922 (6th Cir. 2003).
- In re Aimster Copyright Litigation, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003).

김창화

미국 Wisconsin 대학에서 법학 박사학위를 취득하고, 현재 한밭대학교 공공행정학과 교수로 재직 중이다. 관심분야는 지식재산법, 과학정책기술, Food Science Law 등이다.