creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

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

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

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

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

法學碩士 學位論文

중국에 있어서 온라인상 음악작품의 저작권 보호에 관한 연구

2012 年 **8**月

서울大學校 大學院

法學科 知的財産權法 專攻

李 華

국문초록

인터넷의 등장은 정보의 전파를 편리하게 해 주었다. 디지털기술과 정보통신기술의 발전은 음악작품의 전파 방식도 크게 변화시켰다. 인터넷은 사람들이 음악작품을 접근하는 주요한 경로로 되었다. 하지만 인터넷은 양날의 칼과도 같아서 사람들에게 편의를 제공함과 동시에 많은 새로운 사회적 문제를 야기하였다. 예컨대 불법복제와 같은 문제이다.

최근 인터넷을 통하여 저작권을 침해하는 사건이 빈번히 발생하고 있으며, 각 유형의 저작물 중 음악작품이 인터넷을 통하여 침해되는 현상이 가장 흔하다. 특히 MP3 등 기술의 발전은 음악저작권의 보호에 강력하게 도전하고 있다. 그러나 인터넷의 특성으로 말미암아, 전통적인 저작권 보호제도는 이에 대해 실효성 있는 보호를 하기 어렵게 되었다. 더욱이 저작권자, 전파자 및 이용자간의 이익을 어떻게 조화시킬 것인가 하는 것이 어려운 과제로 되었다.

중국은 세계에서 인구가 가장 많고 넓은 땅과 자원도 보유하고 있어 여러 나라의 교역 대상국으로 되고 있다. 음악 방면에서도 여러 나라의 수출국으로 되고 있지만, 온라인 음악작품에 대한 불법복제의 상황이 심각한 편이다.

본 논문은 중국에 있어서 컴퓨터 통신망과 전기 통신망으로 이루어진 인터넷 중 컴퓨터 통신망 즉 온라인을 중심으로 중국내에서 가장 유명한 바이두, 야후 등에 관한 판례와 결부하여 음악작품에 대한 보호제도를 연구함으로서, 중국에서 온라인으로 불법복

제가 많이 진행되어 저작권자의 이익이 심각하게 침해되고 있는 원인을 분석하고 한국의 제도와 비교하여 해결책을 제시하고자 한다. 본 논문은 중국의 저작권제도에 대한 소개 및 음악작품의 특성에 대한 분석을 토대로 하여 온라인음악의 이용자 및 온라인서비스제공자의 법적 지위와 저작권 침해시의 법적 책임에 대하여 분석하였다. 특히 중국내 온라인서비스제공자의 책임에 관해 가장 유명한 바이두, 야후 등 사건을 소개 및 분석하면서 중국내 온라인서비스제공자에 대한 판례 동향을 소개하고 중국에서의 온라인서비스제공자에 대한 규정의 미흡한 부분들을 지적하였으며 마지막에는 중국의 개선 방안을 제시하였다.

저작권자와 공중 간의 이익을 조화시킬 수 있는 좋은 방안이 하나 있는데, 저작권자와 온라인서비스제공자는 음악 산업에서 광고수익을 분배하는 형식으로 합작을 도모할 수 있다. 이와 동시에 관련 법제도를 정비할 수 있다면 더욱 좋은 결과를 가져올 수 있다고 본다. 실제로 중국에서 온라인음악의 저작권침해로 여러 번 기소되었던 바이두도 이제는 음반사들과 협약을 맺어 이용자들의 무료 이용을 유지하면서 저작권자와는 광고수익을 분배하는 영업모델을 취하기 시작하였다. 이러한 성공적인 사례는 중국의 온라인음악 이용자들의 무료이용 습관을 존중할 수 있을뿐더러 저작권자와 온라인서비스제공자 간의 충돌을 최대한 줄이며, 온라인음악의 이용자 및 온라인서비스제공자의 행위를 합법화할 수 있는 좋은 방안이라고 생각한다.

주요어 : 저작권, 온라인, 음악작품, 온라인서비스제공자, 정보네트워크전파권, 법적 책임

학 번 : 2006-23727

목 차

제 1 장 서 론 ····· 1

제 1 절 연구의 목적 ····· 1
제 2 절 연구의 범위 ····· 2

제 2 장 음악작품과 저작권 ····· 4

제 1 절 음악작품의 정의 ····· 4
I. 음악작품의 의의 ····· 4
1. 음악작품이란 ····· 4
2. 가사의 저작물성 ····· 5
II. 관련된 개념 ····· 5
1. 녹음제품 ····· 6
2. 음악의 디지털화 ····· 6
3. 저작권의 주체 ····· 7
4. 저작권의 객체 ····· 8
5. 저작권 ····· 10
6. 인접권 ····· 12
제 2 절 권리의 이용과 제한 ····· 15
I. 이용허락 ····· 15
II. 권리의 보호기간 ····· 16
III. 권리의 제한 ····· 17
1. 합리사용 ····· 17

2. 법정허가 ····· 19
제 3 절 온라인상 음악작품의 법적성질의 변화 ····· 20
I. 복제권 ····· 20
1. 음악작품을 디지털화하는 과정이 복제에 해당되는지 여부 ····· 21
2. 인터넷환경에서 복제로 인정되는 행위 ····· 22
3. 일시적 복제 ····· 23
II. 발행권 ····· 24
III. 정보네트워크전파권 ····· 25

제 3 장 온라인음악의 저작권 보호제도 ····· 27

제 1 절 저작권에 대한 적극적인 보호 ····· 27
I. 기술적 보호조치 ····· 27
1. 기술적 보호조치의 정의 및 종류 ····· 27
2. 기술보호조치에 관한 중국의 법 규정 ····· 29
3. 기술보호조치의 제한 및 예외 ····· 30
II. 권리관리전자정보 ····· 30
1. 권리관리전자정보의 정의 ····· 30
2. 권리관리전자정보에 관한 중국의 법 규정 ····· 31
III. 집중관리단체 ····· 31
1. 음악저작권 집중관리단체란 ····· 31
2. 저작권집중관리단체의 존재 근거와 직능 ····· 32
3. 中國音樂著作權協會 ····· 32
4. 中國音像著作權集體管理協會 ····· 36
IV. 행정적인 보호 ····· 37

제 2 절 저작권 침해에 따른 구제수단 ····· 38
I. 온라인 환경에서의 저작권 침해행위의 구체적 형태 ····· 38
1. 직접침해 ····· 39
2. 간접침해 ····· 39
II. 온라인 음악저작권에 대한 절차적인 보호 ····· 40
1. 소송 전의 침해중지명령 ····· 40
2. 소송 전의 증거보전 ····· 40
III. 온라인 음악저작권 침해행위에 따른 구제수단 ····· 41
1. 민사적 구제 ····· 42
2. 형사적 구제 ····· 43
3. 행정적 구제 ····· 47
IV. 검토 ····· 50

제 4 장 인터넷 이용자의 지위 및 책임 ····· 52

제 1 절 인터넷 이용자의 지위 ····· 52
I. 중국의 인터넷 이용자 ····· 52
II. 중국의 온라인 음악시장 규모 ····· 53
III. 중국의 온라인음악 이용 현황 ····· 54
IV. 무료 다운로드가 습관화된 인터넷 이용자 ····· 55
제 2 절 인터넷 이용자의 행위와 법적 책임 ····· 57
I. 다운로드하는 행위 ····· 57
1. 정의 ····· 57
2. 법적 성질 ····· 57
II. 온라인으로 음악파일을 공유하는 행위 ····· 59

1. 정의 ····· 59
2. 법적 성질 ····· 59

제 5 장 온라인서비스제공자의 지위 및 법적 책임 ·· 62

제 1 절 서론 ····· 62
I. 온라인서비스제공자의 정의 ····· 62
II. 온라인서비스제공자 권리침해행위의 특징 ····· 64
1. 온라인서비스제공자의 직접침해 ····· 65
2. 온라인서비스제공자의 간접침해 ····· 66
III. 면책조항 ····· 69
1. 자동 접속 또는 전송 ····· 69
2. 시스템 캐싱 ····· 70
3. 정보 저장 공간 ····· 70
4. 검색 및 링크 ····· 71
IV. 삭제-통지의 의무 ····· 72
제 2 절 중국 내 저작권 침해 분쟁 사례 ····· 75
I. 정보저장서비스제공자의 책임 ····· 75
1. 정보저장서비스제공자의 정의 ····· 75
2. 北京龍樂文化藝術有限會社 V. 北京網絡秀디지털미디어文化有限會社 ····· 76
3. 판례분석 ····· 80
II. P2P서비스제공자의 책임 ····· 80
1. P2P의 정의 ····· 80
2. 步昇음악회사 V. 飛行사이트음악소프트웨어회사 사건 ····· 81
3. 판례 분석 ····· 80

III. 검색/링크 서비스제공자의 책임 ····· 83
1. 검색서비스란 ····· 83
2. 바이두 V. 7대 음반회사 사건 ····· 84
3. 11대 음반회사 V. 베이징아리바바정보기술유한회사 ····· 94
4. 검토 ····· 101

제 6 장 중국 온라인음악 저작권 보호제도의 개선방안 ····· 104

제 1 절 서론 ····· 104
제 2 절 개선방안 ····· 105
I. 국민의 저작권 보호 의식 강화 ····· 105
1. 국민의 저작권 보호 의식 강화의 필요성 ····· 105
2. 중국의 개선방향 ····· 105
II. 신속한 저작권 침해 대응 체계 구축 ····· 106
1. 신속한 저작권 침해 대응 체계 구축의 필요성 ····· 106
2. 한국의 저작권 침해 대응 체계 ····· 106
3. 중국의 개선방향 ····· 109
III. 법률의 정비 ····· 110
1. 온라인서비스제공자의 책임규정 개선 ····· 110
2. 기술보호조치에 관한 규정 개선 ····· 111
IV. 무료음악 이용의 상업모델 개척 ····· 111
1. 무료음악 이용의 상업모델 개척의 필요성 ····· 111
2. 중국의 개선방향 ····· 112

제 7 장 결 론 ····· 114

참고문헌 ····· 117

ABSTRACT ····· 122

표 목 차

표 1 ····· 35
표 2 ····· 53
표 3 ····· 106

그 림 목 차

그림 1 ····· 34
그림 2 ····· 34
그림 3 ····· 35
그림 4 ····· 54
그림 5 ····· 54
그림 6 ····· 56

제1장 서 론

제1절 연구의 목적

전세계에서 가장 인구가 많고 국토 면적이 960 만㎢에 달하는 중국은 여러 나라의 교역대상국 및 투자 대상국으로서 국제무역에서 중요한 자리를 차지하고 있다.

중국에서 저작권보호의 개념은 고대로부터 존재하였지만 오랜 기간의 봉건적 제도에 의한 학술사상억제와 상품경제의 미발달로 인하여 그 법적 제도는 발전이 많이 늦어졌다. 중화인민공화국이 성립된 후에도 여러 가지 원인으로 저작권의 보호에 관한 법률이 제정되어 있지 못하다가, 1979 년 중국에서 개혁개방을 실시하기 시작하면서부터 낙후했던 저작권 보호에 주의를 기울이고 저작권 보호에 있어서 끊임없이 개혁을 추진하여 점차 중국의 저작권보호 체계를 수립하였다.

중국은 1990 년 제 7 기 전국인민대표대회 상무위원회 제 15 차 회의에서 <저작권법>을 통과하고 1991 년부터 시행하였다. 그 뒤로 1992 년에는 베른협약에 가입하였고, 2001 년 WTO 에 가입함으로써 TRIPS 협정을 준수해야 할 의무를 부담하게 되었다. WTO 에 가입하는 시기 WTO 의 요구에 부합되게 하고자 중국은 대규모의 법률개정작업을 추진하였는데, 그중 저작권법의 내용이 많이 개정되었고, 2001 년에 개정된 저작권법은 그 보호 정도에서 WTO 의 요구수준에 이르렀다. 2001 년에 WTO 에 가입되면서 저작권 보호에 주의하여 법 규정의 정비와 집행에 박차를 가하였고, 2008 년 6 월 중국 국무원에서 <국가지식재산권 전략 강요>를 반포하면서 지식재산권 보호를 중국의 발전 전략으로 추진하기 시작하였다. 2010 년에 WTO 의 요구에 부응하기 위하여 또 한 차례의 저작권 개정을 진행하였다. 최근에는 국가의 경제 발전 상황에 걸맞게 저작권법을 전면수정하고 있어 제반 지식재산권 보호체계의 정비에 힘쓰고 있다.

하지만 부단히 법제도를 정비하고 있음에도, 중국에서는 여전히 지식재산권 침해 현상이 범람하고 있다. 이에 2012년에도 미국 무역부에서는 중국을 지식재산권침해 중점감시대상국으로 지명하였다.[1)]

디지털 기술과 온라인 환경의 발달은 경제 성장이 빠른 중국에도 저작권 보호에 관한 새로운 과제를 만들어 줬다. 기술의 발전은 음악 소비 패턴의 다양화와 함께 최적화된 시스템을 구축하였다. 이용자들은 시간과 장소의 장벽을 넘어 매우 편리하게 저작물을 이용할 수 있게 되었고, 온라인 저작물에 대한 수요가 크게 증가하였다. 이러한 환경은 근자에 들어 음악 시장의 복잡한 저작권 분쟁을 초래하게 되었다.

본 논문에서는 중국에서 온라인 음악에 대한 저작권 침해가 심각히 발생하게 된 원인에 대해 의문을 품고, 그 원인을 찾아내기 위하여 중국에서의 온라인 음악 이용자 및 온라인서비스제공자의 법적 지위에 초점을 맞추어 온라인상 음악저작물에 대한 저작권 보호 제도를 한국의 제도와 비교하면서 분석한 뒤 문제점을 찾고 합리적인 해결책을 제시해 보고자 하는 입장에서 작성하였다.

제2절 연구의 범위

본 논문은 총 7개 장으로 구성된다.

제1장은 서론으로서 연구의 목적 및 범위를 밝힌다.

제2장에서는 중국에서의 음악작품과 관련된 저작권법 제도를 소개한다.

제3장에서는 온라인 음악작품에 관한 구체적인 보호 제도를 소개한다.

---

1) U.S 301 Report

제 4 장에서는 인터넷이용자들의 지위 및 법적 책임에 대하여 살펴본다.

제 5 장에서는 온라인서비스제공자들의 책임을 판례와 결합하여 소개하며 관련 성문법을 검토한다.

제 6 장에서는 음악작품의 저작권 보호에 대하여 한국의 보호체제를 비교법적으로 소개하고 해결책을 제시한다.

제 7 장은 결론이다.

제2장 음악작품과 저작권

제1절 음악작품의 정의

I. 음악작품의 의의

1. 음악작품이란

"중국의 <저작권법>에서 가리키는 '작품'이라 함은 문학, 예술과 과학 영역에서 독창성을 가지며 유형의 형식으로 복제할 수 있는 지력창조성과이다"[2], "작품은 저작권법이 보호하는 대상이며, 저작권 법률관계 발생의 근거이다"[3]라고 정의하여 사실 중국에서 말하는 작품은 한국의 '저작물'[4]과 동일한 개념이다.

중국에서는 音樂著作物 대신 音樂作品이라는 용어를 사용하고 있다. 중국의 <저작권법>에 대해 보충과 해석을 하고 있는 [저작권법실시조례] 제4조 제2항에서는 음악작품을 아래와 같이 정의하였다. "음악작품이라 함은 가곡, 교향악 등 가사의 수반 여부를 불문하고 공연 또는 연주할 수 있는 저작물을 말한다."

음악작품은 일반적으로 악보의 형식으로 표현되지만 현재는 단순한 녹음의 형식으로 표현된 것도 많다. 일부 음악가들은 대자연의 소리, 동물의 소리와 자신의 창작을 결합하였는데 이도 음악작품이라 할 수 있다.

일반적인 작품과 동일하게 음악도 세 가지 요건을 갖추어야 한다. 첫째, 반드시 문학, 예술과 과학영역내의 지적 창작성과여야 한다. 둘째, 반드시 독창성이 있어야 한다. 셋째, 반드시 有形의 형식으로 복제 가능해

---

2) 吳漢東, 知識財産權法, 法律出版社, 2011년, 48면
3) 劉春田, 知識財産權法, 法律出版社, 2009년, 54면
4) 한국저작권법 제 2조에서는 "'저작물'은 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물을 말한다."고 규정하였다.

야 한다.

한국에서는 음악저작물의 고정화를 요건으로 하지 않으므로 음악저작물이 반드시악보나 음반 등에 의하여 고정화되어 있을 필요는 없다는 취지이다. 음악저작물의 고정화를 요건으로 하지 않는 점에서는 중국도 같다.

2. 가사의 저작물성

음악작품의 구성 형식에 따라 두 가지로 나뉠 수 있다. 즉 단순히 선율로만 구성된 음악작품과 가사와 곡이 함께 구성된 음악작품이다. 각국에서 단순히 선율로만 구성된 음악에 대하여서는 음악작품으로 승인하는 데 이견이 없지만, 가사와 곡으로 구성된 음악작품에 대해서는 견해가 대립한다. 각국의 주요 쟁점은 음악작품이 문자를 포함하는지 여부이다. 대부분 국가에서는 가사와 곡을 모두 음악작품으로 대한다. 한국에서도 악곡에 수반되는 가사도 악곡과 함께 음악저작물의 일부를 이룬다고 보고 있다.[5] 하지만 일부 국가에서는 가사를 음악작품에 포함시키지 않는다. 영국의 경우가 그러하다. 영국의 [판권, 외관설계와 특허법안(CDPA[6])](1998) 제 3 조 제 1 항에서도 '한 음악작품은 단순히 음율로 구성한 작품이며 그 어떤 가창, 연설 또는 표현의 언어와 동작도 포함하지 않는다.[7]'고 규정하였다. 중국의 <저작권법실시조례>에서는 음악작품의 정의에 대하여 대부분 국가와 비슷한 태도를 취하여 음악작품에 가사도 포함한다고 규정하고 있다.

II. 관련된 개념

---

5) 오승종, "음악저작물의 계약", [저작권]제 50호, 저작권심의조정위원회, 2000, 43면
6) Copyright, Designs and Patents Act 1988
7) "dramatic work" includes a work of dance or mime; and "musical work" means a work consisting of music, exclusive of any words or action intended to be sung, spoken or performed with the music.

1. 녹음제품

중국에서의 녹음제품은 음악작품과 구별된 개념으로 단순한 음원을 가리키는 것이 아니라 실연된 음악작품을 일정한 형식에 고정했을 때의 저작물을 가리킨다. 중국저작권법 실시조례 제5조에서는 녹음제품을 다음과 같이 정의하였다: 녹음제품이란 실연된 음성과 기타 음성을 녹음한 제품을 말한다. 이때 녹음제품에 포함된 저작권자로는 작곡자, 작사자뿐만 아니라 인접권자인 실연자 및 제작자도 있으며 광의의 저작권에 협의의 저작권 및 저작인접권인 실연자의 권리와 제작자의 권리도 포함된다.

한국 저작권법 제2조 제5호의 규정에 의하면 음반(phonogram)은 음이 유형물에 고정된 것을 말하며 음이 영상과 함께 고정된 것은 제외된다. 따라서 중국법상의 녹음제품은 한국에서의 음반과 동일한 개념이라 할 수 있다.

2. 음악의 디지털화

음악작품을 디지털화하여 표현한 것이 디지털음악이다.

디지털음악은 중국 저작권법상의 용어가 아니지만 본 논문의 주요 논의 대상인 온라인상 음악작품이란 바로 온라인에서 유통되는 디지털음악을 가리키는 것이다.

디지털음악이란 네트워크를 통해 유통되는, 디지털화된 음악 파일의 총칭이다. 인터넷에 접속된 개인용 컴퓨터(PC), 매장에 설치된 키오스크나 쥬크박스 등 점포용 음악 기기, 이동전화, 개인 휴대 정보 단말기(PDA)를 통해 전달된다. MP3 압축 오디오 파일이 주종을 이루며, 이 외에도 MPEG2 BC, MPEG2 AAC, RealAudio G2, LiquidAudio, WMA, MP3 Pro 등 여러 가지가 있다. 전달 및 실행 방식은 실시간 스트리밍 방식과 다운로드 방식으로 대별된다.

온라인상 음악작품(이하 온라인음악이라 약칭함)은 1990년대 초기 MP3와 같은 디지털 음악 파일이 등장하면서 시작되었다. [8]온라인음악은 인터넷 사용자들이 음악파일을 손쉽게 자신의 PC에 저장할 수 있다는 장점을 기반으로 인터넷 속도가 보다 빨라지고 인터넷기술이 발전하면서 사용자 수가 급격히 증가하고 있다.

온라인음악은 소비자가 자신의 선호에 맞춰 구매할 수 있도록 해 주었고, 음악의 디지털화는 기존 전통방식의 음반보다 제작비, 유통비 등을 많이 줄여 주었다.

디지털형식으로 된 온라인 음악작품은 접근의 용이성, 복제의 용이성 및 이에 따른 사용자의 광범위 등의 특성을 갖고 있다. 따라서 권리자의 저작권 또는 저작인접권에 대한 통제 능력이 전통형식의 음반보다 약한 것이 현실이다. 아래에서 온라인 음악의 법적 성질을 살펴보도록 한다.

3. 저작권의 주체

저작권의 주체는 저작권을 향유하는 사람으로서 자연인과 법인을 포함한다. 중국저작권법에 의하면 저작권자는 작품을 직접 창작하여 저작권을 향유하는 사람이고, 법인 또는 기타 조직이 주관하여, 법인 또는 기타 조직의 의도를 따라 창작되며 법인 또는 기타 조직이 책임지는 작품은 법인을 저작권자로 한다.

음악작품에 포함된 저작권자는 저작권자 즉 작곡자, 작사자, 그 음악작품이 실연된 경우에는 실연자, 실연된 음악이 일정한 형식에 고정되었을 경우에는 제작자가 포함되며 라디오방송국, TV방송국에 의하여 방송되는 경우에는 방송자가 포함된다.

작곡자, 작사자는 좁은 의미에서의 저작권자이고, 실연자, 제작자, 방송

8) 네이버 위키백과 한국어판 http://ko.wikipedia.org/wiki/MP3, 2012년 4월 9일 최종방문

자는 저작인접권자이다.

4. 저작권의 객체

작품은 저작권법에서 가장 중요한 개념 중의 하나이다. 중국저작권법도 한국과 마찬가지로 저작물에 대한 정의 규정을 명시하고 있다. 중국저작권법 제3조는 “이 법에서 말하는 작품은 문자저작물 등의 형식으로 창작된 문학, 예술, 자연과학, 사회과학, 工程技術 등의 저작물을 포함한다”라고 규정하고 있으며 그 하위 법령에 해당하는 저작권법 실시조례 제2조는 “저작권법에서 작품이라 함은 어떠한 유형적인 형태로 복제할 수 있는 독창성을 가진 문학, 예술 및 과학의 범위에 속하는 지적 성과를 말한다.”고 규정하고 있다.

따라서 중국 저작권법의 보호를 받는 저작물이 되기 위해서는 다음과 같은 요건들이 충족되어야 한다. 첫째, 문학, 예술 및 과학의 범위에 속할 것, 둘째, 창작성이 있을 것, 셋째, 사상이나 감정을 외부에 표현한 것일 것, 넷째, 유형적인 형태로 복제, 이용될 수 있을 것 등이다.

작품의 저작물성이 인정되는가의 여부는 개개의 구체적 작품에 있어서 작품의 정의 규정에 비추어 판단되어야 할 것이다. 이외에도 현행 중국 저작권법 실시조례 제4조에서는 대표적인 저작물의 유형을 열거하는 형식으로 규정하여 음악작품은 문자작품, 구술작품, 연극작품, 곡예작품, 무용작품, 잡기예술작품, 미술작품, 건축작품, 사진작품, 영화작품 및 영화제작과 유사한 방식으로 창작한 작품, 도형작품, 모형작품, 컴퓨터프로그램 및 법률, 행정법규가 규정한 기타 작품 등에 포함되어 중국 저작권법이 보호하는 저작권의 객체로 되고 있다.

1999년에 중국의 법원에서 처음으로 인터넷에 관련된 사건을 판결하였는데, 당시 중국의 인터넷에서의 권리침해 첫 사안으로 왕멍(王蒙) 등 6명의 작가에 의하여 세기인터넷통신기술유한회사에 대한 소송[9]이 제기

되어 중국의 인터넷 관련 성문법이 존재하지 않는 상황에서 법원 판결문에 창조적으로 “저작권법[10]에서 규정한 작품의 사용방식에는 다른 방식의 출현 가능성을 배제하지 않았으므로, 작품의 인터넷상에서의 전파는 저작권법적 의미에서의 출판, 발행, 공개표현 등의 방식과 같지 않지만, 본질적으로 모두 작품의 사회 공중으로의 전파를 위한 것이므로, 과학기술의 발전에 따라, 새로운 매체의 출현은 작품의 사용범위를 확대하였으며, 작품의 인터넷에서의 전파를 사용의 한 가지 방식으로 인정해야 한다.”고 판시함으로써 실무에서 처음으로 저작권자의 권리는 인터넷 환경에서도 보호를 받는다고 확정하였다.

이 사건과 함께 중국에서는 인터넷이라는 새로운 환경에 대한 인식이 시작되었고, 이에 따라 입법자들이 인터넷과 관련한 입법을 시작하였다.

2000 년 11 월 22 일, 중국최고법원이 통과한 <최고인민법원의 컴퓨터네트워크 저작권분쟁사건 심사시 법률적용에 관한 약간의 문제에 대한 해석 [11]> 제 2 조에서는 “저작권법의 보호를 받는 작품은 저작권법 제 3 조에서 규정한 각종 작품의 디지털화 형식을 포함한다.”고 규정하여 디지털화한 작품의 저작물성을 인정하였다.

따라서 디지털 형식의 음악작품은 전통형식의 음악작품과 마찬가지로 저작권법이 보호하는 대상으로 되며 그 창작자는 저작권법이 부여한 저

---

9) 北京市海淀區人民法院民事判決書〔１９９９〕海知初字第５７号

10) 여기에서는 2001년 수정 전의 중국 저작권법을 가리킨다.

11) <最高人民法院法院關于審理設計計算机网絡著作權糾紛案件法律若干問題的解釋>,<최고인민법원에서 컴퓨터네트워크저작권 분쟁 사건 심사 시 법률적용의 약간의 문제에 관한 해석>은 2000년 11월 22일에 통과되었고, 2003년 12월 23일에 처음 수정을 거쳤고, 2006년에 <정보네트워크전파권보호조례>의 출시와 발맞추어 2006년 11월 20일 두 번째 수정을 거쳤다. 2000년의 <해석>은 처음으로 명확히 “저작권의 보호를 받는 작품은 문학, 예술과 과학의 영역에 독창성이 있으며 유형의 형식으로 복제할 수 는 지력창조성과의 각 유형의 작품의 디지털화된 형식을 포함하며, 저작권법에서 저작권의 각 권리에 관한 규정은 모두 디지털화된 작품의 저작권에 적용되며, 인터넷을 통하여 공중에게 작품을 전파하는 행위는 저작권법에서 규정한 작품을 사용하는 방식에 속하며, 저작권자는 이러한 방식으로 사용, 또는 타인의 사용을 허가할 수 있으며 이로 인해 보수를 받을 권리를 가진다.”고 규정하였다.

작권을 가진다.

5. 저작권

중국 저작권법 제 10 조에 의하면 저작권은 저작인격권과 저작재산권을 포함하며, 저작인격권으로 공표권, 성명표시권, 수정권, 동일성 유지권 등이 포함되어있고, 저작재산권에는 복제권, 발행권, 대여권, 전시권, 실연권, 상영권, 방송권, 정보네트워크전파권, 촬영권, 각색권, 번역권, 편집저작권, 그 밖에 저작자가 마땅히 향유하여야 할 권리 등 13 가지 지분권을 각 나열하고 있는데, 한국과 중국 저작권법을 대응시켜 보면, 중국법상의 상영권은 공연권에, 촬영권은 복제권에, 번역권은 2 차적 저작물 작성권에 각 대응되는 관계이다. 그리고 한국법상의 배포권은 저작물을 공중에게 유상 또는 무상으로 양도하는 것과 대여하는 것을 포함하고 있는 개념인데, 중국법상으로는 이를 나누어 양도에 해당하는 것은 발행권, 대여에 해당하는 것은 대여권으로 구분하였다. 중국법상의 정보네트워크전파권은 한국법 상의 전송권에 해당된다.

한국의 저작권법에서는 8 가지 지분권만 한정적으로 인정하고, 규정된 것 이외의 저작재산권을 인정할 여지를 두지 않고 있는데, 중국 저작권법에서는 제 10 조 제 10 항에 그러한 여지를 두고 있다.[12)]

인접권에는 실연자의 권리(실연자의 신분을 표시할 권리, 실연자의 이미지를 왜곡당하지 아니하고 보호받을 권리, 실연현장의 생중계 및 공개전송에 대한 허락권, 실연의 녹음, 녹화에 대한 허락권, 자신의 실연을 담은 음반영상제품에 대한 복제/발행권, 정보네트워크전파권을 포함한다), 음반영상 제작자의 권리(복제・발행권, 대여권, 정보네트워크전파권을 포함한다), 라디오 방송사와 TV 방송사의 권리(방송된 라디오, TV 프로그램을 전파하는 행위, 방송된 라디오, TV 프로그램을 음반영상 매개

12) 중국저작권법제10조 저작권은 다음의 인격권과 재산권을 포함한다. 1.공표권……17. 저작권자가 당연히 향유하는 기타 권리.

체에 녹음, 녹화하거나 이를 복제하는 행위를 포함한다) 및 출판자의 판식설계권이 포함된다.

구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

(1) 저작인격권

(가) 공표권, 즉 공중에 저작물의 공개 여부를 결정할 수 있는 권리

(나) 성명표시권, 즉 저작자의 신분을 표시하고, 저작물상에 서명할 수 있는 권리

(다) 수정권, 즉 저작물을 수정하거나 타인에게 수정하도록 할 수 있는 권리

(라) 동일성유지권, 즉 저작물이 왜곡, 곡해되지 않도록 보호할 수 있는 권리

저작인격권은 아래에서 열거할 저작재산권과 달리 양도할 수 없는 권리이다.

(2) 저작재산권

음악작품에 포함되는 저작재산권은 다음과 같다.

(마) 복제권, 즉 인쇄, 복사, 탁본, 녹음, 녹화, 음반영상물로의 복제, 사진으로의 복제 등의 방식으로 1부 또는 여러 부를 제작할 수 있는 권리

(바) 발행권, 즉 판매 또는 증여의 방식으로 공중에게 저작물의 원본 또는 복제물을 제공할 수 있는 권리

(사) 실연권, 즉 저작물을 공개적으로 실연하거나 각종 수단을 이용하여 저작물의 실연을 공개적으로 방송할 수 있는 권리

(아) 방송권, 즉 무선방식으로 저작물을 공개적으로 방송 또는 전파하거나, 우선으로 전파 또는 중계하는 방식으로 저작물을 공중에 전파, 방송할 수 있는 권리, 그리고 확성기 또는 기타 전송부호, 음향그림 등 이와 유사한 수단을 통하여 저작물을 공중에 전파, 방송할 수 있는 권리

(자) 정보네트워크전파권[13], 즉 유선 또는 무선방식으로 공중에 저작물을 제공하여, 공중으로 하여금 개인이 선정한 시간과 장소에서 저작물을 받아볼 수 있도록 하는 권리.

6. 인접권

음악과 같은 저작물은 창작자 이외에도 이를 실연하고, 녹음, 방송 등 배포에 기여하는 자의 역할이 필수적이다. 저작인접권이란 실연자, 음반제작자 및 방송사업자에게 부여되는 저작권에 유사한 권리를 말한다. 저작인접권은 실연자, 음반제작자 혹은 방송사업자가 비록 저작물을 직접적으로 창작한 것은 아니지만 저작자가 창작한 저작물을 일반 공중으로 하여금 널리 향유할 수 있도록 기여한다는 점에서 인정되는, 저작권에 준하는 권리이다.[14]

한국의 저작권법상 인접권은 실연자에게 인격권인 성명표시권, 동일성유지권과 재산권인 복제권, 배포권, 대여권, 공연권, 방송권, 전송권, 방송사업자에 대한 보상금청구권, 디지털음성송신사업자에 대한 보상금청구권이, 음반제작자에게는 재산권인 복제권, 배포권, 대여권, 전송권, 방송사업자에 대한 보상금청구권, 디지털음성송신사업자에 대한 보상금청구

13) 한국의 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제2조(정의) 규정을 볼 때 "정보통신망"이란 「전기통신사업법」 제2조제2호에 따른 전기통신설비를 이용하거나 전기통신설비와 컴퓨터 및 컴퓨터의 이용기술을 활용하여 정보를 수집·가공·저장·검색·송신 또는 수신하는 정보통신체제를 말한다.
중국에서의 '정보네트워크'도 한국의 정보통신망과 동일한 의미를 가진다고 할 수 있다.

14) 정상조 편, 저작권법 주해. 박영사, 2007년, 758면.

권이 인정되며, 방송사업자에게는 복제권 및 동시중계방송권이 인정된다.

중국에서도 인접권을 저작권(협의) 밖의 독립하는 권리로 보고 있으며 저작권법에서는 “저작권과 관련된 권리”라고 표현하며 실무에서 “傳播者權”이라고도 부른다. 다시 말하면 저작물을 전파하는 과정에서 발생하는 권리이다.

중국 저작권법에서 규정한 인접권에는 다음과 같은 것이 포함된다. 출판자가 그가 출판한 도서와 신문잡지에 대해 향유하는 권리, 실연자가 자기 실연에 대해 향유하는 권리, 녹음, 녹화자가 그가 제작한 녹음녹화작품에 대해 향유하는 권리, 라디오방송국, 텔레비전방송국에서 자기가 제작한 라디오, 텔레비전 프로그램에 대해 향유하는 권리 등이다.

음악작품과 관련된 권리를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

(1) 실연자의 권리[15)]

문학, 예술작품을 실연하는 실연자 및 실연단체가 그 실연에 대해 향유하는 권리를 가리킨다. 이에는 다음과 같은 것들이 포함된다.

1) 실연자 신분을 표명할 권리

2) 실연이미지가 왜곡을 받지 않도록 보호할 권리

3) 타인이 생방송하도록 허락할 권리

4) 타인이 녹음, 녹화하는 것을 허락하며 그로 인해 보수를 받을 권리

5) 타인이 당사자의 실연이 녹음, 녹화된 녹음, 녹화제품을 복제, 발행하도록 허락하며 그로 인해 보수를 받을 권리

6) 타인이 정보네트워크를 통하여 공중에게 그 실연을 전파하는 것을 허

15) 중국저작권법 제38조

락하며 그로 인해 보수를 받을 권리.

여기서 1번과 2번은 실연자의 저작인격권이고, 3~6번은 저작재산권에 해당한다.

단 실연자가 타인의 작품을 실연하는 경우에는 저작권자의 허가를 받아야 하며 보수를 지급해야 한다. 실연의 조직자가 실연을 조직할 때에는 실연 조직자가 저작권자의 허가를 받아야 하며 보수를 지급한다.

타인이 기존의 작품을 개편, 번역, 주석, 정리한 작품을 실연하는 경우에는 작품을 개편, 번역, 주석, 정리를 한 저작권자와 원작의 저작권자의 허가를 받아야 하며 보수를 지급해야 한다. [16]

(2) 녹음, 녹화제작자의 권리[17]

중국 저작권법은 녹음, 녹화제작자에게 인격권을 부여하고 있지 않다. 비단 중국저작권법뿐만 아니라, 로마협약, WIPO 실연, 음반조약(WPPT), 한국저작권법도 마찬가지이다. 저작물을 재해석하여 저작물의 가치를 재발견하는 데에는 음반, 영상제작자의 기여도가 상대적으로 낮다고 평가하여 음반, 영상제품에 대한 인격권은 인정하지 않았다.[18]

1) 녹음, 녹화제작자가 자신이 제작한 녹음, 녹화물에 서명할 권리,

2) 녹음, 녹화제작자가 자신이 제작한 녹음, 녹화물을 타인이 복제, 발행, 대여, 정보네트워크를 통하여 공중에게 전파하는 것을 허락하며 이로

16) 중국 저작권법 제37조

17) 중국 저작권법 제42조의 규정이다. 1990년 중국에서 저작권법 초안을 작성할 때"음반제작자의 권리"라고 한 적이 있지만 후에 "녹음, 녹화제작자의 권리"라는 단어를 사용했다. 그 원인은 음반과 녹음제품이 개념 상에서 거의 같아 양자는 모두 소리를 표현의 내용으로 하는 것이다. 하지만 음반은 음악과 형상을 동시에 재현하는 녹화제품을 포함하지 않는다. 녹음, 녹화는 모두 일종 제작 과정으로서 기 성질은 같다. 하여 저작권법은 동일한 장절에 녹음녹화제작자의 권리에 규정을 하고 두 단어를 붙여서 사용하여 두 개의 대상을 같은 법 규정으로 규범한다. (馮曉淸, 著作權法, 法律出版社, 2010年, 220면 참조.)

18) 김정헌, 한매화, 중국저작권법(상). 법영사, 2008, 353면 참조.

인해 보수를 받을 권리

(3) 라디오방송국, TV 방송국의 권리[19]

라디오방송국, TV 방송국은 그가 제작한 녹음·녹화물에 대해 저작인접권을 향유한다. 중국 저작권법은 녹음, 녹화제작자의 경우와 마찬가지로 방송사업자에게 인격권을 부여하고 있지 않다. 그 취지는 녹음, 녹화물제작자의 경우와 같다. 라디오방송국, TV 방송국의 재산권에 관련하여 중국저작권법 제 45 조에서는 "라디오방송국, TV 방송국은 허락을 받지 않은 다음과 같은 행위를 금지할 권리를 가진다"고 표현하였다.

1) 그가 방송한 라디오, TV 프로그램을 제 3 자가 중계 방송하는 행위

2) 그가 방송한 프로그램을 제 3 자가 음악, 영상매체에 녹음·녹화하거나 그 음악, 영상매개체를 복제하는 행위

실연자와 마찬가지로 음악, 영상제작자가 타인의 작품을 음악·영상제품으로 제조할 경우에는 저작권자의 허락을 받아야 하며 보수를 지급해야 한다. 녹음제조자가 타인이 이미 제작한 음악·영상제품으로 음악제품을 제조하는 경우에는 저작권자의 허락을 받지 않아도 된다. 단 보수를 지급해야 한다. 저작권자가 사용에 관한 금지를 명시한 경우에는 사용할 수 없다.

음악· 영상제작자가 음상제품을 제작할 때에는 실연자와 계약을 체결하고 실연자에게 보수를 지급해야 한다.

제2절 권리의 이용과 제한

I. 이용허락

타인의 저작물을 이용하려면 저작권자와 이용허락계약을 체결해야 하

19) 중국 저작권법 제45조

며 법 규정에 따라 허락을 요구하지 않는 경우는 제외한다.[20] 재산권을 양도하는 경우에는 반드시 서면 계약을 체결해야 한다. [21]인접권자 즉 출판자, 실연자, 녹음녹화제품 제작자, 라디오 방송국, TV 방송국 등이 타인의 저작물을 이용하는 경우에는 저작자의 저작인격권을 침해하여서는 아니 된다.[22]

II. 권리의 보호기간

정확히 말하면 권리의 보호기간 역시 권리의 제한규정에 속한다. 저작권의 보호기간은 저작권의 법적 효력에 대한 시간제한으로서 저작권의 유효기간 내에는 저작권자가 자신의 권리를 충분히 향유할 수 있지만 보호기간이 일단 만료되면 저작권자는 작품에 대한 저작권을 상실하고 작품은 사회의 공동재화로 되어, 공중은 허락을 받지 않고, 보상을 지급하지 않고 자유로이 이용할 수 있다.[23]

중국에서 음악작품이 해당하는 일반작품에 대해서는 저작자의 인격권인 서명권, 수정권, 동일성유지권의 보호기간은 제한이 없으며 재산권 보호기간인 발표권, 사용권 및 보수를 받을 권리의 보호기간을 작자 사망 후 50 년까지로 한다. 저작인접권은 음악저작물의 실연을 한 때, 그 음을 맨 처음 그 음반에 고정한 때부터 발생하며 보호기간은 역시 50 년이다.[24] 한국은 한미 FTA 의 이행을 위한 2011 년 제 20 차 개정에서 저작물의 보호 기간을 50 년에서 70 년으로 변경하였는데 이 점에서 양국은 차이가

20) 저작권법 제24조
21) 중국 저작권법 제25조
22) 중국 저작권법 제27조
23) 馮曉青, 著作權法, 法律出版社, 2010年9月, 147면
24) 중국 저작권법 제20조: 저작자의 성명표시권, 수정권, 동일성 유지권의 보호기간은 제한을 받지 아니하며...
저작권법 제21조: 저작물에 대한 공표권 및 상술한 권리를 제외한 동법 제10조 제1호 제5호 내지 제17호에서 규정한 권리의 보호기간은 저작자의 생존기간 및 사망 후 50년으로 하며, 저작자 사망 후 제 50년이 되는 해 12월 31일에 종료하며, 공동저작물인 경우, 최후 사망한 자가 사망한 후 제 50년이 되는 해 12월 31일에 종료한다. 다만 저작물이 창작, 완성된 후 50년 안에 공표되지 아니한 경우, 이 법은 더 이상 보호하지 아니한다.

있다.[25]

III. 권리의 제한

저작권자의 이익을 보호하면서도 작품의 창작과 전파의 촉진을 격려하고 사회문화, 예술, 과학기술의 발전과 번영을 추진하며 저작권자의 이익과 사회공중의 이익의 조화를 도모하기 위하여 각국의 저작권법은 저작권자의 권리에 대해 보편적으로 일부 필요한 제한을 하고 있다. 중국 저작권법상 권리의 제한에 관한 규정은 다음과 같다.

1. 합리사용

합리사용은 한국의 "공정이용"과 같은 의미의 단어이다. 합리사용에 대하여 중국저작권법은 제 22 조에서 다음과 같이 규정하고 있다. "다음 사항 중 하나에 해당하는 때에는 저작권자의 허락이 없이 보상하지 아니하고 저작물을 사용할 수 있다. 다만 저작자의 성명, 저작물의 명칭을 명시하여야 하며, 저작권자가 이 법에 따라 향유하는 기타 권리를 침해하여서는 아니 된다."라고 규정하여 합리사용이란 "저작권자의 허락이 없이", "보상하지 않고" 저작물을 사용할 수 있는 경우라고 정의하였고, 그 구체적인 경우에 대하여 열거적으로 12 가지를 규정하였다. [26] 이외, <베

---

25) 한국 저작권법 제39조(보호기간의 원칙) ①저작재산권은 이 관에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 저작자의 생존하는 동안과 사망 후 70년간 존속한다. ②공동저작물의 저작재산권은 맨 마지막으로 사망한 저작자의 사망 후 70년간 존재한다.

26)① 개인의 학습, 연구 또는 감상을 위하여 타인이 이미 공표한 저작물을 이용하는 경우

②저작물을 소개, 평론하거나 또는 어떠한 문제를 설명하기 위하여 저작물에 타인이 이미 공표한 저작물을 적절하게 인용하는 경우

③시사뉴스를 보도하기 위해 신문, 정기간행물, 라디오방송, TV방송 등 매체에서 이미 공표한 저작물을 불가피하게 재현 또는 인용하는 경우

④신문, 정기간행물, 라디오방송, TV방송등 매체가, 다른 신문, 정기간행물, 라디오방송, TV방송 등 매체에서 이미 공표된 정치, 경제, 종교 문제의 시사성 기사를 게재하거나 또는 방송하는 경우, 다만 저작자가 게재 또는 방송을 불허한다고 발표한 경우는 그러하지 아니함

⑤신문, 정기간행물, 라디오방송, TV방송 등 매체가 공중집회에서 공표(發表)한 연설을 게재하거나 방송하는 경우, 다만 저작자가 게재 또는 방송을 불허한다고 발표(聲明)한 경우는 그러하지 아니함

⑥학교교실에서의 수업 또는 과학연구를 위하여 타인이 이미 공표한 저작물을 번역 또는 소량 복제하여 수업 받는 자 또는 과학연구자들에게 제공하여 사용하도록 하는 경우, 다만 출판 발행을 하여서는 아니 됨

른협약>과 Trips 협정 중의 합리사용에 관한 규정 즉 3단계 법칙[27]을 구현하기 위하여 <저작권법 실시조례>에서는 '작품의 정상적인 사용에 영향을 주어서는 아니 되며', ' 불합리하게 저작권자의 합법적 권익을 훼손하여서도 아니 된다'라고 하는 두 가지를 합리사용의 예외로 규정하였다.

음악저작권과 밀접한 관계가 있는 경우는 첫째, 개인의 학습, 연구 또는 감상을 위하여 타인이 이미 공표한 저작물을 이용하는 경우이다. 즉 사적 이용에 의한 합리사용이다.

이 부분에 대하여, 전통적인 환경에서 개인의 감상을 위하여 저작물을 복제하는 행위는 합리사용으로 취급하였지만, 과학기술이 비약적으로 발전하고, 인터넷 기술이 보급되어 복제가 매우 용이해진 오늘날, 사적 복제가 권리자에게 미치는 영향이 점차 커지고 있다. 이에 따라 인터넷에서의 사적복제가 합리사용을 구성하는지에 대해서는 논란이 많다.

흔히 발전도상국에서는 이러한 행위가 합리사용의 범위에 속하지만, 저작권자의 허락 없이 음악 영화를 온라인으로 다운로드하는 행위가 미

---

⑦국가기관이 공무를 집행하기 위하여 이미 공표한 저작물을 합리적인 범위 내에서 사용하는 경

⑧도서관, 문서보관소, 기념관, 박물관, 미술관 등에서 판본을 진열 또는 보존(保存)할 필요가 있어 소장

⑨이미 공표된 저작물을 무상으로 실연하면서 공중으로부터 비용을 받지 않고 또한 실연자에게 보수도 지급하지 않는 경우

⑩실외공공장소에 설치 또는 진열된 예술저작물을 모사하거나 그리거나 촬영, 녹화하는 경우

⑪중국 국민, 중국 내의 법인 또는 기타 단체가 이미 공표한 중국어로 창작된 저작물을 소수민족의 언어, 문자로 된 저작물로 번역하여 중국내에서 출판발행하는 경우

⑫이미 공표된 저작물을 점자로 바꾸어 출판하는 경우

위 조항은 출판자, 실연자, 녹음녹화제작자, 라디오방송국, TV방송국의 권리의 제한에도 적용된다.

27)*Article 13 Limitations and Exceptions: Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder.* AGREEMENT ON TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf, 2012년 6월 2일 방문

국 등의 나라에서는 권리침해로 인정된다. [28]

중국에서는 <저작권법 실시조례>에서 합리사용의 두 가지 예외조건을 명시하였지만, '작품의 정상적인 사용에 영향을 주어서는 아니 되며', '불합리하게 저작권자의 합법적 권익을 훼손하여서도 아니 된다'라고 하는 두 가지 조건은 실무에서 법관에게 많은 재량권을 부여하는 부분인데다 저작권 보호의 정도가 높지 못하여 이에 대한 판례도 없는 상황이다.

중국은 인터넷의 빠른 발전 속도에 부응하여 2006 년에 <정보네트워크 전파권보호조례>를 제정하였지만 이 중의 합리사용에 관한 규정도 <저작권법>의 규정을 반복하였을 뿐이지, 온라인 환경에서는 어떻게 적용되는지에 대하여서는 명확하게 규정하지 않았다.

한국의 경우 사적복제에 대한 규정은 저작권법 제 30 조로서, 사적이용을 위한 복제가 공정이용의 범위에 속한다고 규정하였다. 즉 "공표된 저작물을 영리를 목적으로 하지 아니하고 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 경우에는 그 이용자는 이를 복제할 수 있다. 다만 공중의 사용에 제공하기 위하여 설치된 복사기기에 의한 복제는 그러하지 아니하다."라고 규정하고 있으며, 단서에서는 중국과 다르게 '작품의 정상적인 사용에 영향을 주어서는 아니 되며', '불합리하게 저작권자의 합법적 권익을 훼손하여서도 아니 된다' 등의 요건은 제시하지 않았다.

2. 법정허가

법정허가는 특정한 상황에서 저작권자의 허락 없이 직접 법률의 授權을 통하여 이미 공표된 작품을 이용할 수 있는 제도이다. 법정허가에 의하여 저작권자의 허락 없이도 작품을 이용할 수 있지만 규정에 의하여 저작권자에게 사용료를 지급해야 하며 저작권자의 기타 권리를 침해하여

28) 2004년 Metro-Goldwyn-Mayer Studios v. Grokster 사건에서 법원은 저작권자의 허락 없이 음악을 다운로드 하는 행위는 저작권을 침해하는 행위라고 판시하였다.

서는 아니 된다.

중국저작권법의 규정에 의하면 법정허가는 아래와 같은 조건을 만족해야 한다.

(1) 법정허가의 대상으로 된 작품은 반드시 이미 공표된 것이어야 한다. 공표되지 않은 작품은 법정허가의 범위에 속하지 않는다.

(2) 법정허가의 주체는 반드시 출판자, 녹음녹화제작자와 방송자이다. 기타 주체는 법정허가의 주체로 될 수 없다.

(3) 타인의 작품을 법정허가하는 경우 저작권자의 기타 합법적 권리를 침해하여서는 아니 되며 반드시 작자의 성명과 작품의 명칭을 명시해야 한다.

중국의 저작권 법정허가에 관한 규정은 저작권법 제 23 조(특정 교과서의 법정허가), 저작권법 제 33 조(신문이나 정기간행물 전재의 법정허가), 저작권법 제 40 조(이미 녹음제품으로 제작된 음악작품을 사용하여 녹음제품을 제작하는 경우의 법정허가), 저작권법 제 42 조 및 제 43 조(라디오・TV 방송국에서 이미 공표 또는 출판한 녹음제품을 방송할 경우의 법정허가)의 다섯 개 조항이다.

제3절 온라인상 음악작품의 법적성질의 변화

I. 복제권

전통적인 복제권은 인쇄, 복사 등의 방식으로 음악작품의 성문의 악보, 가사를 한 부 또는 여러 부로 제작하거나 녹음의 방식으로 기존의 음악작품을 복제하여 음악작품의 복제품을 제작하는 것을 가리킨다.

중국 저작권법에서도 복제권이란 “인쇄, 복사, 탁본, 녹음, 녹화, 음반영상물로의 복제, 사진으로의 복제 등의 방식으로 1 부 또는 여러 부를

제작할 수 있는 권리를 가리킨다."고 규정하였다. 따라서 전통적인 영역에서 작품의 복제를 위해 고정[29]하는 모든 행위는 물질적인 면에서 제한적이다.

디지털시대 복제행위는 온라인 영역까지 확대되어, 음악작품이 디지털화되면서 복제의 용이성으로 말미암아 기존 전통형식의 음악작품과는 사뭇 다른 성질을 갖고 있다. 디지털 기술이 발달함에 따라 새로운 첨단 디지털 복제 기기와 매체가 하루가 다르게 등장하여 실생활에 이용되고 있다. 이러한 디지털 환경은 누구나 용이하게 저작물을 복제할 수 있고, 복제를 반복적으로 해도 복제물과 원본 사이에 아무런 질적인 차이가 없으며, 짧은 시간에 대규모의 복제가 가능하며, 디지털 네트워크를 통하여 복제물을 광범위하게 유통시킬 수 있는 특징을 가지고 있다. 그럼에도 디지털 저작물은 기존 저작물과 똑같이 저작권법상의 보호와 제한을 받게 된다. 즉 디지털 저작물의 창작자는 저작자로서 저작권법상의 권리를 향유할 수 있을 뿐만 아니라, 저작권법 규정에 의한 제한도 받게 되는 것이다.

디지털시대의 복제와 관련하여 전통형식의 음악작품을 디지털화하는 과정이 저작권법에서 말하는 복제에 해당하는지, 인터넷환경에서의 일시적 복제는 복제에 해당하는지가 새로운 문제로 등장하였다.

1. 음악작품을 디지털화하는 과정이 복제에 해당되는지 여부

음악작품을 디지털화 하는 과정이 복제에 해당되는지 여부에 대하여서는 중국 국가판권국에서 일찍이 1999 년에 <디지털화제품의 제조에 관한 저작권법규정>을 반포하여 "저작권의 보호를 받는 작품을 디지털화하는 행위는 저작권법에서 가리키는 복제에 해당된다"고 규정한 바가 있다[30].

---

29) 중국어로는 固定,예컨대 디지털 음악을 CD에 굽거나, 책을 복제하는 등 행위는 모두 "고정" 행위라 할 수 있다.

30) 중국국가판권국 <디지털화제품의 제조에 관한 저작권법규정>제 2조, 기존의 작품을 디지털화제품으로 제작하는 행위는 기존의 작품이 어떤 형식으로 표현, 고정되든지 물론하고 모두 <중화인민공화국저작권법실시조례>제5조 제1항에서 규정한 복제행위

따라서 전통형식의 음악작품을 디지털화하는 행위는 저작권법상 복제 행위에 해당되므로 복제는 저작권자의 허락을 받아야 하며 이에 대해 보수를 지급할 의무가 있다.

2. 인터넷환경에서 복제로 인정되는 행위

(1) 작품에 대해 각종의 기술수단으로 하드웨어, CD 등에 고정하는 행위.

예컨대 음악을 CD 에 복제하거나 하드웨어에 저장하는 행위는 복제로 인정된다.

(2) 작품을 인터넷에 업로드하는 행위.

작품을 인터넷에 업로드하는 행위에 대하여 중국 법규정에는 언급이 없지만 2000 년의 <대학생>잡지사 v. 경순회사 사건에서 저작자의 허락을 받지 않고 작품을 인터넷에 업로드하는 행위는 저작권법상 복제행위에 해당하므로 저작자의 복제권을 침해한다고 판시한 바가 있어 사실상 작품을 업로드하는 행위를 저작권법상 복제행위로 인정한 바 있었다. [31]

(3) 작품을 서버 또는 타인의 컴퓨터에서 자신의 컴퓨터에 다운로드 하는 행위.

사용자가 인터넷을 통하여 서버에 저장된 음악파일을 다운로드하거나 음악공유 사이트를 통하여 자신의 컴퓨터에 음악파일을 다운로드하는 과정에서 자신의 컴퓨터에 음악파일의 영구적인 복제물이 형성되어 저작권법상 복제행위로 인정할 수 있다.

(4) 인터넷을 통하여 기타 컴퓨터에 작품을 발송하는 행위

예컨대 디지털화된 작품을 이메일“첨부파일”의 형식으로 타인에게 전송할 때, 메일서버의 하드디스크에 작품의 영구적 복제물이 형성되므로

에 해당된다.

31) 北京市第二中級人民法院(2002) 二中知初字第18号民事判決書

이 행위 역시 저작권법 상 복제행위로 인정할 수 있다.[32]

3. 일시적 복제

중국의 법률에서 현재 언급이 안 되고 있지만 현실에서 논란이 많은 것은 일시적 복제의 문제이다.

컴퓨터 통신으로 각종의 저작물 또는 디지털 정보에 자유롭게 접근하여 저작물을 검색하거나 브라우징할 수 있다. 이렇게 검색된 저작물은 서버에 일시적으로 저장되기도 하고, 메모리 캐쉬 기능에 의하여 일시적으로 고정되기도 한다. RAM의 일시적 저장이라 함은 데이터가 주기억장치에 전원이 공급되는 동안만 저장되고 전원공급이 차단되면 사라지게 되는 데이터의 저장의 형태를 말한다. 그러나 컴퓨터 기술의 발달로 인하여 일시적으로 저장된 자료라 할지라도 전원의 차단에 상관없이 사라지지 않거나 간단한 조작으로 복구할 수 있다.[33]

작품이 영구적으로, 또는 장기적으로 유형의 매체에 복제되는 것은 그것이 어떤 수단으로 진행되었는지를 막론하고 모두 저작권법적 의미에서의 복제행위에 해당하여 “복제권”의 통제를 받는다. 일시적 복제를 “복제권”이 통제하는 행위로 보아야 하는지에 대하여서는 국제적으로 논의가 활발하다.

저작권의 폭넓은 보호를 위하여 일시적인 복제도 저작권법상 복제에 해당되는 것으로 보아야 한다는 견해도 있는 한편, 일시적인 복제는 복제의 시간이 너무도 짧아 복제에 해당되지 않는다는 견해가 있다. 미국과 같이 경제가 발달한 국가는 “일시적 복제”를 저작권법적 의미의 복제행위로 정의하였다. [34]

---

32) 王遷, 网絡版權法 2~8면 참조.
33) 김수수, 온라인서비스제공자의 제3자로서의 책임에 관한 법적 고찰-저작권 침해를 중심으로, 석사논문, 이화여자대학교, 2009년, 12면
34) 王遷, 전게서, 1면

하지만 많은 개발도상국은 일시적 복제가 저작권법상 복제행위에 해당된다고 인정하지 않고 있다. 그 이유는, 개발도상국은 현재까지도 주로 저작물의 수입국이기 때문에 일시적 복제를 복제행위로 인정하면 국내의 대량의 네티즌이 인터넷으로 음악작품을 사용하는 것에 방해를 줄 수 있으며 국내 음악 산업과 음악 산업에 종사하는 사람들의 이익에 큰 영향을 줄 수 있기 때문이다. 결론적으로 본국의 이익에서 출발하여 일시적 복제를 저작권법상 복제행위에 해당한다고 보지 않고 있는 것이다.

이 부분에 대하여 중국에서는 대부분 일시적인 복제는 자의를 통해서가 아니라 기계적인 특성으로 인하여 자동으로 실행된다는 점, 일시적인 복제로 저작권자의 이익이 손해를 볼 여지가 많지 않은 점을 볼 때 일시적인 복제는 저작권법상 복제행위에 해당하지 않는다는 입장이다.[35] 중국 국내의 저작권법 또는 저작권법 실시조례에서도 이 부분에 대한 언급이 없다. 2006 년 <정보네트워크전파권실시조례>를 제정하면서도 이 부분에 관한 입법을 회피하였다.

한국은 2011 년 저작권법 제 20 차 개정에서 일시적 복제를 복제로 인정한 바가 있어 미국 등 선전국과 보조를 맞추었다. 중국도 예전에는 외국 저작물의 수입이 많은 비중을 차지하고 있었지만 점차 국내 저작물도 급증하고 있어 예전과 상황이 다른 현재 이 부분에 관하여 상세한 법규정이 제정되어야 하는 상황이다.

II. 발행권

중국 저작권법의 규정에 의하면 발행권이란 판매 또는 증여의 방법으로 공중에게 저작물의 원본 또는 복제물을 제공하는 권리이다. 중국 저작권은 2001 년에 정보네트워크전파권을 신설하면서 인터넷으로 저작물을 전송하는 행위에 대하여 별도로 규정하여 전통 환경에서의 발행권과

35) 王遷, 전게서, 참조.

구별하였다.

III. 정보네트워크전파권

저작자는 자신의 저작물을 스스로 전송하거나 타인이게 이를 허락할 배타적인 권리를 가진다.

<정보네트워크전파권보호조례> 제 26 조는 정보네트워크전파권을 "유선 또는 무선 방식으로 작품, 연기 또는 녹음・녹화 제작품을 공중에 제공하고 공중이 각기 선택한 시간과 장소에서 당해 작품, 연기 또는 녹음・녹화 제작품을 獲得할 수 있는 권리"로 정의하였다.

한국에서는 2000 년 1 월 저작권법 개정으로 '전송권'이 신설되었는데 중국과 다른 점은, 저작자의 전송권에 관련하여 한국은 저작자의 저작재산권 중 공중송신권에 전송권을 포함시켰다는 점이다.[36] 저작자, 실연자 그리고 음반제작자는 그 저작물을 전송할 권리를 가지며[37], 전송은 일반 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에 저작물을 무선 또는 유선통신의 방법으로 송신하거나 이에 제공하는 것으로 정의된다.[38] 따라서 타인의 저작물을 저작권자의 허락 없이 인터넷으로 전송하는 행위는 저작권의 침해가 된다. [39]

중국의 法條 내용을 볼 때 정보네트워크전파행위에 해당하려면 "유선 또는 무선의 방식으로" "작품, 연기 또는 녹음・녹화 제작품을 공중에 제공하고", "공중이 각기 선택한 시간과 장소에서", "獲得할 수 있는" 행위라 할 수 있다.

우선 정보네트워크란 무엇인가 하는 것은 "유선 또는 무선"이란 무엇을 가리키는가와 관계된다. 쉽게 말하면 정보네트워크는 유선 또는 무선

36) 한국 저작권법 제18조
37) 한국 저작권법 제74조, 제81조.
38) 한국 저작권법 제2조의 10
39) 이대희, 전게서, 417면

형식의 인터넷환경을 가리킨다. 저작물을 인터넷사용자에게 제공하고, 인터넷사용자가 각기 선택한 시간과 장소에서 저작물을 획득하게 하는 행위가 모두 전통적인 환경이 아닌 인터넷이라는 환경에서 진행된다는 것이다.

"공중에 제공하고"는 불특정 다수인에게 제공한다는 의미이다. 즉 하나의 개인이 아닌 불특정 다수에게 작품, 연기 또는 녹음, 녹화 제작품을 제공하였을 경우에만 해당된다는 의미이다.

"공중이 각기 선택한 시간과 장소에서"는 TV 나 라디오 방송처럼 개인이 저작물을 접근할 수 있는 시간을 따로 결정할 수 없는 것과 대비되어 개인은 제공자의 의지에 관계없이 저작물을 접근하는 시간과 장소를 선택할 수 있도록 하는 것이다.

"獲得할 수 있는" 행위에서 "獲得"에 관하여서는 여러 가지로 해석될 수 있는데, "받아서 자신의 소유로 한다"로 이해해야 하는지 아니면 "접근한다"까지 포함해야 하는지에 대하여 논란의 여지가 발생할 수 있는 단어이다. 예컨대 인터넷환경에서 "획득"이 "받아서 자신의 소유로 한다"는 의미로만 해석된다면, 음악파일을 다운로드하는 행위는 정보네트워크전파행위에 해당하지만, 스트리밍 방식에 의하여 온라인으로 음악을 감상하는 행위는 정보네트워크전파행위에서 배제되어 여기에 불법적인 요소가 존재하더라도 정보네트워크전파권을 침해하였다고 할 수 없게 된다. 반면 "획득"이 접근(accesse)을 가리키는 것으로 해석하면, 즉 자신의 소유로 하는 것 외에 자신의 소유로 하지는 않지만 "접근" 그 자체로 저작물에 대한 사용이 이루어진다고 하면 스트리밍 방식에 의하여 온라인으로 음악을 감상하는 행위 중 불법 요소가 존재하는 경우 이 부분에 대하여서도 정보네트워크전파권을 침해하는 행위로 법적 제재를 가할 수 있다. 하지만 아쉬운 점은 이 부분에 대하여 중국 저작권법 체계에는 그 어떤 해석도 존재하지 않는다는 것이다.

제3장 온라인음악의 저작권 보호제도

제1절 저작권에 대한 적극적인 보호

온라인의 개방성으로 인해 권리자의 음악작품을 복제, 수정 및 전파하는 행위가 용이해졌다. 저작권이 침해를 받을 가능성도 커졌으며, 그 미치는 영향도 작지 않다. 저작권의 침해에 대응하여 각국에서는 권리자의 이익 보호를 위한 각종 제도를 제정하였다. 중국에서도 여러 가지 법적 제도, 행정적인 제도가 수립되어 음악저작권자들이 자체적으로 권리를 보호할 수 있게 하였다.

I. 기술적 보호조치

1. 기술적 보호조치의 정의 및 종류

저작권법은 저작자에게 일정한 권리를 부여하고, 권리가 침해된 경우에는 권리자로 하여금 일정한 사법적 구제를 받을 수 있도록 하고 있으나, 최근에는 점차 더 많은 권리자가 이에 의존하기보다는 스스로 자신의 권리를 보호하고자 저작물에 복제방지장치를 적용하는 등 기술적인 수단을 활용하고 있다. 음악작품의 저작권자는 음악작품 파일에 모종의 기술조치를 취하여 음악작품이 인터넷에서 전파될 때 일정한 권리침해를 방지할 수 있고 권리자의 이익을 보호할 수 있다.

기술적 보호조치란 간단히 말해 콘텐츠의 무단 복제 등의 불법 이용 행위를 방지하기 위한 기술적 보호수단 내지는 장치를 말한다.[40] 기술조치에 관하여서는 여러 가지 명칭이 있는데 “Technological Measure” 또는 ”Digital Right Management”라 불리는 기술 수단은 디지털 작품에 설정이 되어 작품에 대해 보호 또는 관리를 실행할 수 있다.[41]

---

40) 디지털콘텐츠의 기술 보호조치 보호방안에 관한 연구, 한국소프트웨어진흥원, 2001년, 19면

중국의 <정보네트워크전파권보호조례>의 규정에 의하면 기술보호조치는 권리자의 허가 없이 저작권자의 작품, 실연, 녹음녹화제품을 열람, 감상하거나 네트워크를 통해 전파하는 행위를 방지 또는 제한하는 유효한 기술, 장비 또는 부속품을 가리킨다.[42]

저작권자는 각 작품에 대하여 각기 다른 기술보호조치를 취할 수 있으며,이는 아래와 같은 네 가지로 분류할 수 있다. 첫째는 접근을 제한하는 기술조치로, 접근비밀번호를 설정하는 것과 같은 기술조치로 권리자의 허가 없이 시스템에 접근하는 것을 제한한다. 이는 다수의 관리시스템과 인터넷사이트에서 취하는 방식이다. 예컨대 데이터베이스의 아이디와 비밀번호를 입력하지 않으면 데이터베이스 속의 저작물을 이용할 수 없는 기술 등이다. 둘째는 사용을 제한하는 기술이다. 이러한 기술조치는 작품의 일정한 사용방식에 대하여 허가를 하고 일부 사용방식에 대하여는 제한할 수 있다. 예컨대 오직 열람만 할 수 있고 복제는 할 수 없게 하는 기술과 같은 것으로서 전형적인 예로는 DRM 기술 등이 있다. 셋째는 안전보호 기술조치이다. 이러한 기술조치는 주로 작품의 진실성, 완정성을 보존하여 타인의 왜곡 및 수정을 방지할 수 있다. 암호화가 그 예로 된다. 넷째는 권리 침해자를 발견 및 추적할 수 있는 기술이다. 이 기술조치는 한 작품이 열람, 다운로드 또는 복제된 차수나 빈도를 기록한다. 불법다운이나 복제 등의 행위는 모두 기록되어 저작권자가 저작권의 사용상황에 대하여 감독하는 것을 가능케 한다.[43] 최근에는 저작권 보호 기술이 크게 발전하였는데 대표적인 기술로는 저작권표시(Copyright Marking)기술, 필터링 기술, DRM[44]기술, CAS[45]기술, 복제 방지 기술, 저작권 침해 추

41) 王遷, 网絡环境中版權制度的發展, 网絡法律評論, 6면
42) 중국 <정보네트워크전파권보호조례> 제26조
43) 党躍臣, <網絡出版知識財産權論>, 北京理工大學出版社, 20006년, 제172면
44) Digital Rights Management의 약자. DRM은 콘텐츠 제공자의 권리와 이익을 보호하기 위해 적법한 사용자만 허용된 사용권한에 따라 콘텐츠를 사용하도록 하는 기술임.
45) Conditional Access System의 약자. CAS는 유선방송이나 위성방송과 같이 유료방송 채널에서 허가된 가입자만이 방송을 시청할 수 있도록 제어하는 시스템 기술임.

적 및 포렌식(Forensic)[46] 기술 등이 있다. 저작권 침해가 첨단화함에 따라 저작권 침해를 예방하는 기술뿐만 아니라 사후에 적절한 조치를 취하기 위한 기술 분야에까지 지속적인 연구가 이루어지고 있는 것이다.[47]

기술조치는 저작권의 전통적인 보호 방식보다 훨씬 우월한 면이 있다. 예컨대 권리침해를 최소화할 수 있고, 저작물의 사용자와 사용 횟수 등을 추적함으로써 저작권에 대한 관리를 실행하면 저작권료 지급 등의 사항을 기술조치에 의한 통계수치에 기초하여 쉽게 산정할 수 있게 된다.

2. 기술보호조치에 관한 중국의 법 규정

중국 저작권법 제48조 제6항에서는 저작권자 또는 저작권 관련 권리자의 허락 없이 권리자가 그 저작물이나 음악, 영상제품 등의 저작권 또는 저작권과 관련된 권리를 보호하기 위하여 채택한 기술조치를 고의로 회피하거나 파괴하는 행위는 법률 또는 행정법규의 별도의 규정이 없는 한 민사 또는 행정, 심지어 형사적인 제재도 받을 수 있다고 규정하여 간접적으로 저작권자의 기술조치권을 인정하였다.

2006년에 반포한 <정보네트워크전파권보호조례> 제4조에서도 저작권자는 "정보네트워크전파권을 보호하기 위하여 기술조치를 취할 수 있다. 어떤 조직이나 개인도 고의로 기술조치를 회피하거나 파괴하여서는 아니 되며, 주로 기술조치 회피와 파괴에 이용하는 장치나 부품을 고의로 제작, 수입하거나 공중에게 제공하여서는 아니 되며, 타인에게 고의로 기술조치 회피와 파괴를 위한 서비스를 제공하여서는 아니 된다. 단, 법률, 행정법규가 회피할 수 있다고 규정한 경우는 제외 한다"고 규정하여 저작권자가 기술조치를 취할 수 있는 권리를 정면으로 인정하였다. 하지만 기술조치를 취할 수 있는 것은 저작권자의 별도의 저작권리가 아니고

---

46) 저작권 침해가 발생했을 때 침해에 대한 증거를 수집하고 분석하는 기술임

47) 김종원, "저작권 보호기술, 우리 콘텐츠 지키는 비장의 무기로 키워야", C Story(2011), Vol. 30, .42면

저작권의 한가지인 정보네트워크전파권을 보호하는 수단에 불과하다.

3. 기술보호조치의 제한 및 예외

사실 저작권은 일종의 독점의 특권이다. 완벽한 기술보호조치는 저작권자가 자신의 저작물에 대한 완전한 심사와 제한을 가능케 한다. 하지만 독점의 범위가 지나치면 공중의 이익과 필연적으로 충돌이 생긴다. 이러한 충돌을 해결하기 위하여 기술보호조치에 제한 및 예외를 둘 필요가 있다.

중국의 <정보네트워크전파권보호조례> 제 12 조에서는 '아래의 상황에서는 기술조치를 회피할 수 있지만, 타인에게 기술조치를 회피하는 기술, 장치 또는 부품을 제공하여서는 아니 되며 권리자가 법에 의하여 향유하는 기타 권리를 침해하여서는 아니 된다. (1) 학교수업 또는 과학연구를 위하여 인터넷으로 소규모 교육, 과학연구를 진행하는 자에게 이미 발표된 작품, 실연, 녹음녹화제품을 제공하며, 해당 작품, 실연, 녹음녹화제품은 오직 인터넷을 통해서만 획득할 수 있는 경우 (2) 영리를 목적으로 하지 않고, 인터넷을 통하여 맹인이 감지할 수 있는 독특한 방식으로 맹인에게 이미 발표한 문자작품을 제공하며 해당 작품은 오직 인터넷을 통해서만 획득할 수 있는 경우, (3)국가기관이 행정, 사법절차에 의하여 공무를 집행하는 경우, (4) 온라인으로 컴퓨터 및 그 시스템 또는 인터넷의 안전성능에 대하여 점검을 하는 경우'라고 규정하였다.

II. 권리관리전자정보

1. 권리관리전자정보의 정의

WIPO 의 규정에 의하면, 권리관리전자정보는 "작품 및 작품의 저자를 식별하고, 작자가 소유한 모든 권리에 대한 정보 또는 해당 작품의 사용조건에 대한 정보와 이러한 작품의 정보를 대표하는 임의의 숫자 또는 마크를 가리키며, 이 정보는 작품의 각각의 복제품에 부착되거나 작

품이 공중에게 전파될 때에 나타난다."[48]

2. 권리관리전자정보에 관한 중국의 법 규정

음악작품의 저작권자는 타인이 음악작품의 권리관리전자정보를 삭제하거나 수정하는 것을 금지할 수 있는 권리를 가진다. 이 권리는 인터넷환경에서의 음악작품의 저작권의 보호에 중요한 의미를 가진다. 중국은 저작권법상 권리 침해로 인정하는 행위에 대한 규정인 저작권법 제48조에서 "저작권자 또는 저작권과 관련된 권리자의 허락을 받지 않고 저작물이나 녹음, 녹화제품 등의 권리를 관리하기 위한 전자적 형태의 권리관리전자정보를 고의로 삭제 또는 변경하는 행위"를 규정하였고 <정보네트워크전파권 보호조례> 제 5조에서도 유사한 규정을 둠으로써 온라인상 저작권자가 권리관리전자정보를 설치할 권리를 보호하였다.[49]

III. 집중관리단체

1. 음악저작권 집중관리단체란

중국에서는 작곡자, 작사자의 음악저작물에 관련된 권리를 일괄적으로 관리하는 단체인 [中國音樂著作權協會]와 음악제품의 제작자의 권리를 일괄적으로 관리하는 [中國音像著作權集體管理協會]가 있다.

음악저작권 집중관리단체는 음악저작권자 개인을 대상으로 한 것인데, 수많은 음악저작권자가 통일된 하나의 기구를 통하여, 이 기구의 명의로, 음악작품에 대하여 음악저작권을 행사한다.

---

48) 김종원, 앞의 논문, 187면 참조.

49) <정보네트워크전파권보호조례>제5조 어떤 조직이나 개인도 권리자의 허락을 받지 않고 이하 각 호에 해당한 행위를 하지 못한다.

(1) 정보네트워크를 통하여 공중에게 제공한 작품, 연기, 녹음 · 녹화 제작품의 권리관리 관련 전자정보를 고의로 삭제하거나 개변하는 행위. 단, 기술 원인으로 불가피한 삭제나 개변은 예외이다.

(2) 권리자의 인가 없이 권리관리 관련 전자정보를 삭제하였거나 개변한 작품, 연기, 녹음 · 녹화 제작품임을 알거나 알 수 있으면서 정보네트워크를 통하여 공중에게 전파하는 행위.

음악저작권의 집중관리단체를 설립하게 된 배경은, 음악작품은 다른 종류의 작품과 비교할 때 전파와 이용의 용이성 및 사용자의 분산성 등 특징을 가지고 있기 때문에, 음악저작권자는 음악작품의 사용에 대하여 관리와 감독을 하기 어려울 뿐만 아니라, 사용자 역시 한 곡의 음악작품을 사용할 때마다 일일이 권리자의 허락을 받는 데는 어려움이 있기 때문이다. 음악저작권 집중관리단체가 음악작품의 사용을 전문적으로 관리함으로써 음악저작자의 저작권을 보호할 수 있을 뿐만 아니라, 사용자의 음악작품 사용도 용이하게 되었다.

2. 저작권집중관리단체의 존재 근거와 직능

중국저작권법 제8조에는 저작권협회의 존재 근거를 규정하였다. 즉 "저작권자와 저작권과 관련된 권리[50]자는 저작권집중관리단체에 수권(授權)하여 저작권 또는 저작권과 관련된 권리를 행사하도록 할 수 있다. 저작권관리단체가 수권을 받을 때에는 자신의 명의로 저작권자와 저작권과 관련된 권리를 가진 자를 위하여 권리를 주장할 수 있고, 당사자의 자격으로 저작권 또는 저작권과 관련된 권리에 대한 소송 및 중재를 수행할 수 있다. 저작권관리단체는 비영리조직이며, 설립방식, 권리의무, 저작권 사용료의 징수, 분배 및 그 관리 감독 등에 대해서는 국무원이 별도로 규정한다."

3. 中國音樂著作權協會

(1) 지위

중국음악저작권협회는 중국음악가협회와 국가 판권국에서 공동으로 설립한, 국가민정부문에 등록한 비영리사단법인이며 중국 대륙 최초의 음악저작권관리조직이다. 음악저작권협회는 음악저작권자의 수권을 받아

50) 중국의 저작권법에서의 '저작권과 관련된 권리(与著作權有關的權利)'는 저작인접권을 포함한다.

작곡자, 작사자 및 기타음악저작권자의 권리를 보호하고 음악작품의 공개표현권[51], 방송권, 복제발행권과 인터넷전송권을 관리한다. 협회의 음악작품에 대한 관리의 내용은 다음과 같다. 첫째, 음악저작권자와 음악작품의 데이터베이스를 구축한다. 둘째, 음악 사용자에게 사용허가증을 발급한다. 셋째, 규정된 또는 협의된 표준으로 사용자에게 음악작품의 사용료를 징수한다. 넷째, 작품의 사용방식과 빈도에 따라 음악저작권자에게 이익을 분배한다.

허가증 발급대상에 관하여는 모든 공개된 방식으로 음악작품을 사용하는 기구, 시설 및 장소는 모두 허가증 발급대상으로 TV 방송국, 라디오 방송국, 레스토랑, 노래방, 마켓, 극장, 영화관, 항공, 철도, 도로 및 해상 운수회사 및 각 형식의 음악콘서트 등이다. 이외 음악작품을 포함한 음악, 영상작품, 영화, 공업상품, 노래방 기계를 제작하는 등 복제의 형식으로 음악작품의 사용, 인터넷에서의 음악작품의 시청, 다운로드, 핸드폰 컬러링으로의 사용 등은 모두 허가를 받고 음악작품을 이용해야 한다.

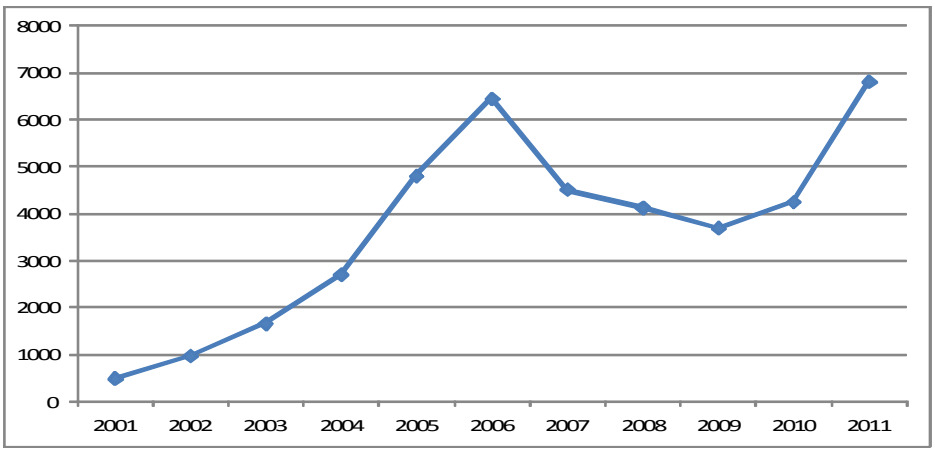
(2) 음악의 관리 현황

2011 년말 기준으로 중국음악저작권협회에서 관리하는 음악의 건수는 모두 1400 만 건이다. 그리고 2010 년 한해에 협회에 가입한 신규 회원은 365 명이다. 그중 작사가가 182 명, 작곡가가 164 명, 상속인이 10 명, 출판사가 10 집, 기타 1 명으로, 2010 년 말까지 MCSC 의 회원 총수는 모두 6154 명에 달하였다. 2011 년의 권리허가 총수입은 8,889.31 만 위안(RMB)이며 2010 년보다 30.69% 증가했다. 2001 년부터 2011 년까지의 수익의 변화를 보면 아래와 같다.

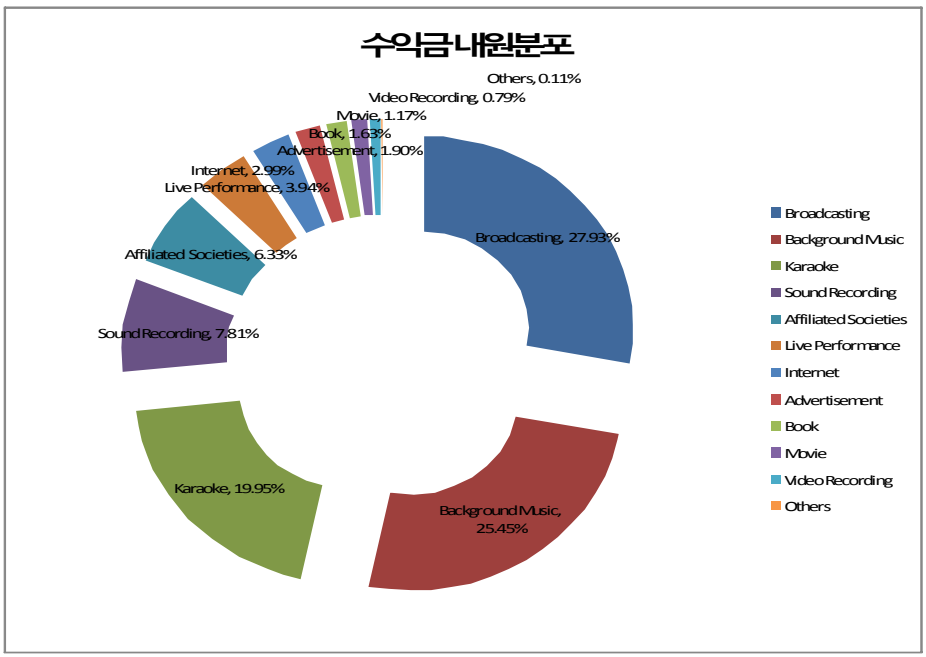
51) 한국의 “실연권”과 같은 의미를 가진다.

1996 년부터 2011 년까지의 수익의 변화

Unit: 10,000yuan RMB



2010 년의 수익원으로는 방송, 배경음악, 인터넷, 영화 등이 있는데 도표로 보면 다음과 같다.

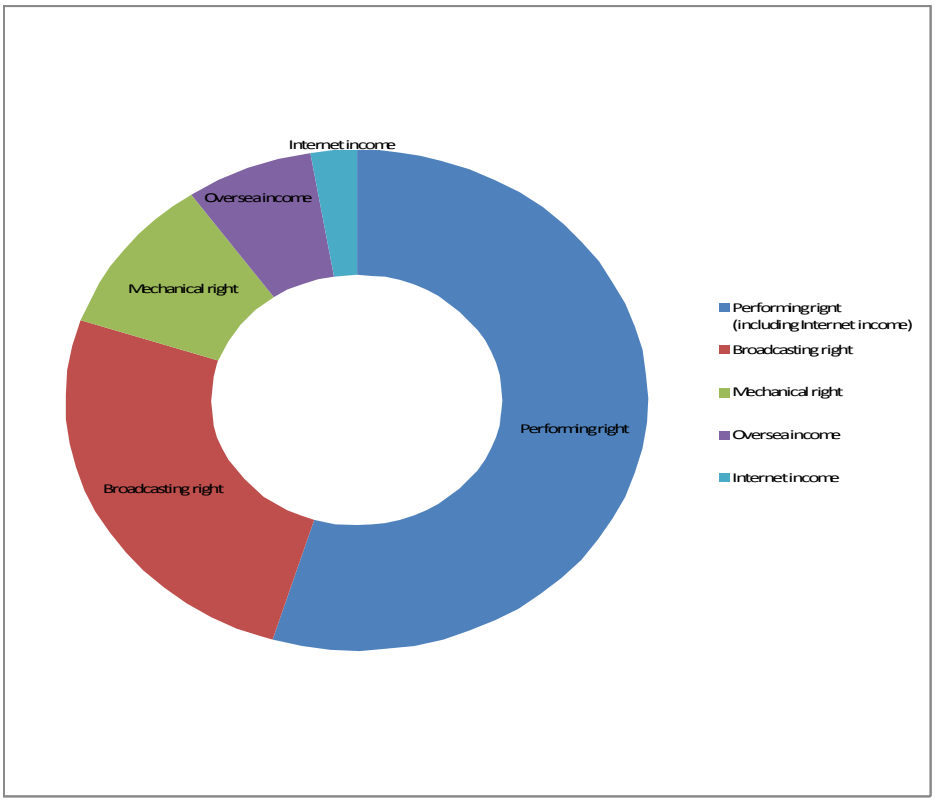


수익금액을 권리별로 보면 아래와 같다.

2011 년 MCSC 권리별 수익금액

Unit: 10,000yuan RMB

Performing rignt(including Internet income)	4,348.89(Internet income:203.30)
Broadcasting right	2,025.61
Mechanical right	815.08
Oversea income	562.07



4. 수익의 배정 상황

음악작품의 사용료는 협회와 사용자가 협의하여 결정하거나 국가 판권국에서 반포하거나 중재기관에서 판정하되 음악작품의 사용료를 확정할 때 아래와 같은 내용을 참조한다. 첫째, 사용자의 경영활동이 음악작품에 의지하는 정도, 둘째, 음악작품을 사용하는 업종의 규모와 수익 상황, 셋째, 허가증 발급과 사용료 징수의 난이도, 넷째, 시장 환경과 소비지수, 다섯째, 국제관례이다. 이와 관련된 큰 문제점은, 음악저작물의 사용료에 대하여서는 거시적인 규정만 있고 통일적이고 구체화된 규정은 없어서, 저작권의 이용과 침해시 배상기준에 대해서는 딱히 근거할 만한 규정이 없어 분쟁이 발생할 때마다 배상금액에 대한 논란이 끊이지 않고 있다는 것이다. 그나마 음악저작물의 사용료에 관한 구체적인 규정으로 2009 년 11 월 10 일에 반포하고 2010 년 1 월 1 일부터 시행한 <라디오, TV 방송에서 녹음제품의 방송시 사용료지급 잠행방법>[52]이 있어 방송국에서의 사용료 지급방식은 법적 근거가 존재하지만, 다른 영역에서의 사용료 지급방식도 이와 같은 행정법규의 제정이 필요한 상황이다.

4. 中國音像[53]著作權集體管理協會

중국음상저작권집체관리협회는 2008 년 5 월 28 일 중국판권국의 비준을 거쳐 설립된 녹음, 녹화제품의 저작권집체관리조직으로서, 주로 녹음, 녹화제품 제작자의 권리를 보호한다.

중국음상저작권집체관리협회는 中國音樂著作權協會와 권한, 직능 면에서 동일하지만 관리하는 대상 및 범위가 부동하다. 즉 관리의 대상은 음악작품이 아닌 音像製品이고, 관리하는 권리는 저작인접권인 ① 음상제품의 실연권, ② 음상제품의 방영권, ③ 음상제품의 방송권, ④ 음상제품

52) 《广播電台電視台播放彔音制品支付報酬暫行辦法》
53) 음상이 가리키는 것은 영상이 포함된 음악제품이다. 예컨대 MTV와 같은 내용이다. 단순한 음악 제품과 비교할 때 음상제품의 보호제도, 권리침해시의 구제수단 면에서는 동일하다.

의 대여권, ⑤ 음상제품인터넷전송권, ⑥ 음상제품의 복제 발행권, ⑦ 기타 집중관리에 적합한 음상제품의 저작권 및 저작권과 관련된 권리이다.[54]

중국음악저작권협회와 관리의 범위가 중복되는 부분에 대해서는 두 협회에서 협의 후 결정한다.

IV. 행정적인 보호

온라인음악의 발전을 추진하고 온라인음악 시장을 규범화하기 위하여, 중국 문화부에서는 2009 년 8 월 26 일에 "문화부의 온라인음악의 내용심사의 강화와 개진에 관한 통지"(이하 "통지"라 약칭)를 발표하였다. "통지"의 주요 내용은 아래와 같다.

1. 온라인음악에 대한 정의

"통지"는 온라인음악에 대하여 명확한 정의를 내림으로써 행정규제의 대상인 "온라인음악"의 범위를 명확히 하였다. 즉 온라인음악이란 "디지털의 방식으로 인터넷, 이동통신망, 고정통신망 등 정보네트워크를 통하여 온라인재생과 온라인다운로드 등의 형식으로 전파하는 음악상품을 가리키며, 노래[55], 악곡[56] 및 영상을 음악상품의 보조수단으로 하는 MV 등을 포함한다."고 규정하였다.

2. 온라인음악시장 질서의 규범에 대한 노력

온라인음악의 내용이 다양하고, 시장의 주체에 대한 관리가 체계적이지 않으며, 교역의 질서가 혼잡한 등의 이유로 온라인음악시장의 질서는 규범이 필요한 실정이다. "통지"에서는 행정관리에 근거를 제공하고자 아래와 같은 규정을 하였다. 즉 온라인음악산업 종사자는 반드시 문화부

54) 출처: http://www.cavca.org/gyxh.php
55) 중국어로는 歌曲, 즉 가사와 곡으로 결합된 음악을 가리킨다.
56) 중국어로는 樂曲, 즉 가사가 포함되지 않은 음악을 가리킨다.

의 비준을 받아 설립되어야 하고, 온라인음악산업 종사자가 온라인음악 관련 경영 활동을 하고자 할 때에는 그 내용에 대하여 문화부의 심사를 받아야 하며, 수입온라인음악에 대하여서는 그 내용의 심사를 받아야 할 뿐만 아니라 온라인음악의 완정한 정보네트워크전파권 또는 대리권을 가진 자만이 온라인음악의 수입 주체로 신청할 수 있다고 규정하였다. 이외에도 수입온라인음악의 교역법칙을 규범화하여 수입주체가 국외의 온라인음악 저작권자와 체결하는 온라인음악 수입계약에 대하여 엄격한 규정을 두었는데, 예컨대 온라인음악의 授權期間은 1년 이상이어야 하고, 수권의 내용은 정보네트워크전파권이어야 하며, 계약은 문화부의 내용심사 후 체결하여야 효력을 발생한다고 규정하였다.

온라인음악의 검색서비스에 대하여 특별한 규정을 두었는데, "온라인음악의 링크를 직접 제공하는" 행위는 온라인음악 경영활동의 범주에 속하므로, 문화부가 비준하여 설립한 영리성 온라인 문화 주체가 경영을 해야 하며, 이러한 주체가 영업상 취급하는 음악상품은 모두 문화부의 내용 심사를 받은 것이어야 한다는 엄격한 규정을 두었으며, 규정에 어긋나는 경우 해당 온라인음악을 삭제할 것을 요구하는 등 온라인음악 시장의 관리를 강화하는 데 노력하였다.

제2절 저작권 침해에 따른 구제수단

저작권은 일종의 배타적인 권리로서 그 행사자는 권리자 또는 허락을 받은 자이다. 사용자가 권리자의 허락 없이 권리자의 권리를 행사하였을 때에는 권리의 침해가 되는데, 이러한 권리침해가 발생하였을 때에 법적으로 구제하는 것을 저작권에 대한 피동적인 보호라 할 수 있다.

I. 온라인 환경에서의 저작권 침해행위의 구체적 형태

침해행위의 구체적 형태는 분류 방법에 따라 여러 가지가 될 수 있다. 법리적으로 분류하면 직접침해, 간접침해로 나눌 수 있고, 침해주체

의 면에서 구분하면 네티즌에 의한 침해와 온라인서비스제공자에 의한 침해로 구분할 수 있다. 여기에서는 직접침해와 간접침해로 나누어 서술하고자 한다.

1. 직접침해

직접침해는 저작권자의 허가 없이 복제, 발행, 표현, 전람 등 방식으로 해당 작품을 직접 이용하는 행위를 말한다. 저작권자의 허가 없이 저작권자의 작품을 온라인으로 전송하거나 온라인으로 실연하는 등 방식은 모두 직접침해의 책임을 진다. 중국 법률상 저작권의 직접침해행위로 인정되는 행위는 아래와 같다.[57]

제1항 저작권자의 허락 없이 저작물을 복제, 배포, 실연, 상영, 방송, 편집하거나 정보네트워크를 통해 공중에게 전송하는 행위. 단 이 법에 별도의 규정이 있는 경우는 제외한다.

제3항 실연자의 허락 없이 그 실연이 수록된 음반 영상제품을 복제 배포하거나 정보네트워크를 통해 공중에게 그 실연을 전송하는 행위. 단 이 법에 별도의 규정이 있는 경우는 제외한다.

제4항 음반, 영상 제작자의 허락 없이 그 음반, 영상제품을 복제, 배포하거나 정보네트워크를 통해 공중에게 전송하는 행위. 단 이 법에 별도의 규정이 있는 경우는 제외한다.

<정보네트워크전파권보호조례> 제4조에서 규정하는 행위, 즉 기술관리조치를 삭제 또는 파괴하는 행위 및 <정보네트워크전파권보호조례> 제5조에서 규정하는 행위, 즉 권리관리정보를 삭제 또는 변경하는 행위를 저작권을 직접 침해하는 행위로 보고 있다.

2. 간접침해

57) 저작권법 제47조가 규정하는 행위

간접침해는 직접침해에 대립하는 개념이다. 즉 제3자가 직접 저작권을 침해하지는 않았지만 타인의 저작권 침해를 교사, 방조하였거나 제3자와 타인 사이에 특수한 관계가 존재함으로 인하여 침해책임을 부담해야 하는 경우이다. 간접침해에는 주로 "타인의 권리침해를 방조, 유인하거나", "타인의 권리침해의 예비행위가 또는 권리침해의 영향을 확대하는 행위"의 두 가지가 있다.[58]

온라인상 음악저작물의 저작권을 침해하는 간접침해의 전형적인 형태는 온라인서비스제공자의 간접침해이다.

간접침해에 관하여 한국에서는 민법상의 공동불법행위의 법리를 적용하여 온라인서비스제공자의 책임을 추궁하고 있다. 이와 유사하게, 중국에서도 저작권법에서는 온라인서비스제공자의 간접침해에 관한 규정은 없고, 오직 민법상의 공동불법행위에 의거하여 간접책임을 묻고 있다. 이 부분에 대하여서는 다음 장에서 상세히 서술하기로 한다.

II. 온라인 음악저작권에 대한 절차적인 보호

1. 소송 전의 침해중지명령

이는 권리침해가 발생하였을 때 침해의 확대를 막기 위한 제도이다. 중국 저작권법 제49조에 의하면 '저작권자 또는 저작권 관련 권리자가 그의 권리를 타인이 현재 침해 중이거나 가까운 장래에 침해하려 한다는 증거가 있고, 그 합법적인 권익이 회복이 어려울 정도의 손해를 입을 가능성이 있으며, 이를 제지할 시간적 여유가 없으면, 소송 제기 전이라도 인민법원에 관련 행위의 중지와 재산보전조치명령을 신청할 수 있다'

2. 소송 전의 증거보전

중국 저작권법 제50조에 의하면 '저작권자 또는 저작권 관련 권리

58) 李雨峰, 王遷, 著作權法, 夏門大學出版社,2006년, 178면

자는 권리침해행위를 제지하기 위하여 증거의 인멸 또는 이후 증거의 확보가 곤란한 상황에서는 기소 전이라도 인민법원에 증거보전을 신청할 수 있다. 인민법원은 증거보전신청을 접수한 후 48시간 이내에 반드시 재정하여야 한다. 재정처분이 보전조치를 채택한 경우, 즉시 집행을 개시하여야 한다. 인민법원은 신청인에게 공탁을 명할 수 있다. 신청인이 공탁하지 아니하는 경우, 신청을 기각한다. 인민법원이 보전조치를 채택한 후 15일 이내에 신청인이 기소하지 아니한 경우, 인민법원은 보전조치를 해제하여야 한다.'

III. 온라인 음악저작권 침해행위에 따른 구제수단

저작권침해에 대한 구제수단으로는 민사적 구제수단, 형사적 구제수단 및 행정적 구제수단이 있다. 중국에서는 저작권침해에 대해 소송으로 해결하는 민사적 구제수단과 형사적 구제수단이 있지만, 실제로 소송 외의 행정적인 구제가 더 많이 행해지고 있다.

행정상의 구제는 국가저작권 관련 행정관리기관이 법률의 규정에 근거하여 저작권을 침해한 행위에 대하여 가하는 제재를 가리키는데, 일반적인 권리침해행위는 민사책임만을 지지만, 중대한 권리침해 행위는 민사책임을 지는 외에 행정적 제재도 받아야 한다. 이러한 행위는 타인의 저작권을 침해할 뿐만 아니라 국가의 도서, 음반, 방송 등 사업의 행정관리질서도 파괴하기 때문이다.

중국에서는 이미 國家板權局, 省級板權局 과 地方板權局으로 구성되는 3단계 저작권행정관리체계를 형성하여, 각 지방에 대한 저작권관리질서를 관리하고 있으며, 행정집행에서도 공안국, 공상국, 해관, 신문출판서, 문화부 등과 합작하여 상호 협력 하에 저작권침해 사건에 대한 관리를 강화하였다.

중국에서 저작권침해가 발생하였을 때 민사, 형사, 행정적으로 구제를

할 수 있다는 법적 근거는 저작권법 제 47 조이다. 그 내용은 “다음과 같은 권리침해 행위를 한 때에는 정황에 따라 침해 중지, 영향 제거, 사과, 손해배상 등 민사책임을 져야 한다. 동시에 공공이익을 침해한 때에는 저작권행정관리부는 권리침해 행위의 정지를 명할 수 있고, 위법소득을 몰수할 수 있다. 또한, 권리침해복제물을 몰수, 파기하며 벌금을 부과할 수 있다. 사건의 내용이 중한 경우 저작권행정관리부는 권리침해 복제물의 제작에 주로 사용된 자재, 도구, 설비 등을 몰수할 수 있다. 형사범죄가 성립할 때에는 법에 따라 형사책임을 추궁한다.”는 것이다. 아래에서 이 세 가지 구제수단의 적용을 정리해 본다.

1. 민사적 구제

저작권침해의 민사적 구제는 권리자가 침해 사실을 발견한 후 민사법률에 따라 법원에 민사소송을 제기하여 침해자의 민사책임이행을 명하는 판결을 청구하는 행위이다. 많은 나라에서 그러하듯이 중국에서도 권리침해에 대한 민사적 구제는 저작권보호에서 기본이 되는 것이다.[59]

(1) 저작권법에서 규정한 침해행위

중국저작권법 제 47 조에는 저작권에 대한 침해행위를 아래와 같이 열거하고 있다.

제 1 항 저작권자의 허락 없이 저작물을 복제, 배포, 실연, 상영, 방송, 편집하거나 정보네트워크를 통해 공중에게 전송하는 행위. 단 이 법에 별도의 규정이 있는 경우는 제외한다.

제 3 항 실연자의 허락 없이 그 실연이 수록된 음반 영상제품을 복제 배포하거나 정보네트워크를 통해 공중에게 그 실연을 전송하는 행위. 단 이 법에 별도의 규정이 있는 경우는 제외한다.

---

59) 중국 내 한국 저작물 유통 이용 실태 및 사례 조사 연구, 저작권심의조정위원회, 2007년.134면

제 4 항 음반, 영상 제작자의 허락 없이 그 음반, 영상제품을 복제, 배포하거나 정보네트워크를 통해 공중에게 전송하는 행위. 단 이 법에 별도의 규정이 있는 경우는 제외한다.

(2) 관할법원

<최고인민법원이 저작권 민사분쟁 사건의 심사에서의 법률적용시 약간의 문제에 대한 해석>[60]에 의하면 저작권침해 관련 사건은 중급 이상 인민법원이 관할하며, 각 법원은 사건의 성격과 내용에 근거하여 基層법원[61]에 관할권을 부여할 수 있다.

(3) 구제형식

저작권법 제 45 조 제 2 항의 규정에 의하면 민사책임의 이행방식은 다음과 같다.

1) 침해의 정지

2) 영향의 제거, 공개 사과

3) 손해배상

처음 두 가지는 주로 저작인격권의 침해에 대한 민사책임이다. 셋째는 주로 저작재산권의 침해에 대한 민사책임이다. 하지만 저작인격권의 침해에 대해 기타 민사책임의 형식으로 권리자의 손해의 배상과 불법행위를 제지하는 데 역부족일 경우에는 손해배상의 민사책임을 적용할 수도 있다.

2. 형사적 구제

---

60) 《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》
61) 중국은 基層法院, 中級法院, 高級法院, 最高法院으로 나뉜다. 기층법원은 최하층의 법원이다.

(1) 죄명-저작권침해죄

온라인상 음악작품의 권리침해시 형사적인 구제에 해당되는 죄명은 중국형법 제 217 조에서 규정한 저작권침해죄이다. 이 규정에 의하면 “영리를 목적”으로 아래의 저작권 침해상황 중 하나에 해당하고 위법소득 액수가 “비교적 크거나” “기타 중대한 상황”이 있을 경우, 3 년 이하의 유기징역 또는 拘役에 처하고 벌금을 병과하거나 벌금에 처한다. 위법소득 액수가 “매우 크거나” 기타 “특별히 중대한 상황”이 있을 경우, 3 년 이상 7 년 이하의 유기징역에 처하고 벌금을 병과한다.

1) 저작권자의 허락을 거치지 아니하고 그 문자작품, 음악, 영화, TV, 녹화작품, 컴퓨터 소프트웨어 및 기타작품을 복제하여 발행한 경우

2) 타인이 독점출판권을 향유하는 도서를 출판한 경우

3) 녹음녹화제작자의 허가를 거치지 아니하고 그가 제작한 녹음녹화를 복제하여 발행한 경우

4) 타인이 서명한 미술작품을 도용하여 제작, 판매한 경우.

음악작품의 저작권침해에 해당하는 조항은 첫째로서, 이 중에서 “저작권자의 허락 없이”는 저작권자나 그가 수권한 대리인 또는 저작권집중관리조직, 국가저작권행정관리부에서 지정한 저작권인증기구에서 발급한 작품의 저작권인증문서 또는 출판자, 복제발행자가 수권허가문전 또는 수권의 범위를 초과하였다는 증거 및 기타 증거를 종합하여 판단한다.[62]

그리고 형법 제 217 조에서 규정한 “발행”은 총 발행, 도매, 판매, 인터넷을 통한 전파나 대여, 전시판매 등의 활동을 포함한다.[63]

62) 2011년 1월 10일에 “최고인민법원, 최고인민검찰원, 공안부문에서 발표한<저작권침해 형사안건 처리시 법률 적용의 약간의 의견>에 대한 통지” 제11번.

(2) 성립요건

중국형법의 규정에 의하면, 저작권침해죄를 구성하려면 세 가지 요건을 만족해야한다.

첫째, 영리를 목적으로 한다.

둘째, 타인의 저작권을 침해한다.

셋째, 위법소득의 액수가 비교적 크거나 기타 상황이 중대하여야 한다.[64]

이중 어떠한 경우가 "영리를 목적으로"에 해당하는지가 매우 중요한 부분이다. 2011년 1월 10일에 "최고인민법원, 최고인민검찰원, 공안부문에서 발표한 <저작권침해 형사안건 처리시 법률적용의 약간의 의견>에 대한 통지" 제10조에서는 "영리를 목적으로"에 대하여 아래와 같이 해석하였다.

"판매를 제외하고 아래의 하나에 해당하는 자는 "영리를 목적으로"라 인정한다. (ⅰ) 타인의 작품에 유료광고를 게재하거나 제3자의 작품을 묶음(bundle)의 형식으로 직접 또는 간접적으로 금전적 이득을 취할 때, (ⅱ) 정보네트워크를 통해 타인의 작품을 전파하거나 타인이 업로드한 권리침해 작품을 이용하여 사이트 또는 웹에 유료광고를 게재하는 서

63) 위 "통지" 제12번.

64) 이 중에서 2011. 1월 10일에 중국 최고인민법원, 최고인민검찰원 및 공안부에서 반포한 「지적재산권 침해 관련 형사안건처리의 구체적 법률적용 시 약간의 문제에 관한 해석」에 의하면 '위법소득이 비교적 크다'란 위법소득이 3만 위안 이상인 경우를 가리키고, '위법소득이 거대하다'란 위법소득이 15만 위안 이상인 경우를 가리킨다.
'기타 상황이 엄중한 경우'란 불법 경영 액이 5만 위안 이상이거나, 저작권자의 허락이 없이 문자작품, 음악, 영화, 방송, 영상작품, 컴퓨터프로그램 및 기타 작품을 복제, 발행하여 그 복제품의 수가 합계 1000장(부)이상인 경우를 가리킨다.
'기타 특별히 엄중한 사정이 있는 경우'란 불법 경영 액이 25만 위안 이상이거나, 저작권자의 허락이 없이 문자작품, 음악, 영화, 방송, 영상작품, 컴퓨터프로그램 및 기타 작품을 복제, 발행하여 그 복제품의 수가 합계 5000장(부)이상인 경우를 가리킨다.

비스를 제공하여 직접 또는 간접적으로 금전적 이득을 취할 때, (ⅲ) 회원제의 방식으로 정보네트워크를 통해 타인의 작품을 전파하며 회원의 등록비 또는 기타 금전적 이득을 취할 때, (ⅳ)기타 타인의 작품을 이용하여 이익을 도모하는 경우. ”

(3) 정보네트워크를 통한 저작권침해행위에 대한 형사처벌 표준

위 “통지”의 규정 13조에 의하면 영리를 목적으로 정보네트워크를 통해 타인의 문자작품, 음악, 영화, 미술, 촬영, 녹화작품, 녹음녹화제품, 컴퓨터프로그램 및 기타 작품을 공중에 전파하며 이하의 경우에 해당될 때 형법 제217조에서 규정한 “기타 중대한 상황”에 속한다.

1) 불법 매출액이 5만 위안 이상인 경우

2) 타인의 작품을 전파한 수량이 총 5백 건(부) 이상인 경우

3) 타인의 작품을 전파할 때 조회 수가 5천만 이상인 경우

4) 회원제의 방식으로 타인의 작품을 전파할 때 등록 회원의 수가 천 명 이상인 경우

5) 액수 또는 수량이 제1항 내지 제4항의 기준에 미달하지만 2개항의 기준의 절반 이상에 각각 달한 경우

6) 기타 중대한 상황인 경우.

위에서 규정한 행위를 하여 액수 또는 수량이 제1항 내지 제5항에서 규정한 기준의 5배 이상인 경우가 형법 제217조에서 규정한 “기타 특별히 중대한 경우”에 속한다.

(4) 형사적 구제의 절차

중국에서 저작권자가 형사적 구제를 받고자 할 경우, 즉 행위자의 형

사적 책임을 추궁하고자 할 경우 공안기관에 사건 신고를 할 수 있으며 공안기관이 사건에 대하여 수사를 종결한 후 검찰원에 이송하면 검찰원이 법원에 공소를 제기한다.

한편 중국에서는 검사가 유죄의 증거가 명백함에도 불구하고 기소를 하지 않을 경우를 대비하여, 고소인이 법원에 바로 재판을 요구할 수 있는 이른바 자소제도를 두고 있다.

중국 형사소송법 제 170 조에 따르면 자소 대상 안건을 한정하고 있지만 '피해자가 자신의 신체, 재산권이 침해된 것을 증명할 증거가 있는데도 공안기관 또는 인민검찰원이 피고인의 형사책임을 추궁하지 않을 경우'[65]도 자소를 할 수 있는 사유의 하나로 규정하고 있다. 따라서 위와 같이 권리 침해의 증거가 명백하여 공안기관에 고소 또는 신고를 하였음에도 불구하고 형사책임을 추궁하지 않을 경우에는 위 규정에 따라 자소를 제기할 수도 있다.

저작권 침해행위만 있으면 일반적으로 형사처분 대상에 해당하는 한국의 경우에 비하여 중국에서는 복제 및 발행과 판매의 경우로 한정하여, 위법소득으 규모가 크거나 기타 특히 중대한 상황에 해당하는 경우에만 형사처분 대상으로 삼고 있는 점이 특징이다.

3. 행정적 구제

중국에서 저작권에 대한 사법보호와 행정보호는 서로 충돌하지 않는다. 권리자가 저작권침해 사실을 발견한 경우 행정부서에 신고하여 침해사실의 조사, 관련 증거보전 등을 요청할 수 있고, 행정기관이 침해사실을 인정하면 침해자에 대하여 행정처분을 할 수 있다. 또한 행정기관은 침해자에게 손해배상을 하도록 조정할 수 있으나 조정결정이 법적 구속력을 갖지는 않는다. 행정처분은 종국결정이 아니므로 침해자가 불복하

65) 중국 형사소송법 제 170조 제3항

는 경우 법정기한 내에 법원에 행정소송을 제기하여 행정처분의 취소, 변경을 청구할 수 있다.

권리자는 저작권침해에 대하여 직접 법원에 민사소송을 제기할 수 있고, 법원이 권리침해사실을 인정하고, 민사판결로 손해배상을 명하는 경우 권리자에게 이를 배상하여야 한다.

저작권자는 저작권침해의 경우 행정처분을 요구하면서 동시에 민사소송을 제기하여 민사책임을 추궁하는 것도 가능하다.

중국 저작권보호에서 행정과 사법의 병렬체계는 능동적 보호와 피동적 보호를 결합한 것으로 효율과 공평의 두 가지 큰 특색을 동시에 고려한 것이다. 저작권자가 피동적인 사법보호를 요구할 수 있게 하는 한편 행정기관의 주동적인 보호를 받을 수 있게 한 것은 중국적인 특색이라고 할 수 있다.

(1) 행정적 구제의 법적 근거

저작권침해에 대한 행정적 구제의 법적 근거는 중국 저작권법 제47조이다. 동법 제47조에 따르면 열거한 침해행위 이외에 공공이익을 침해한 때에는 저작권행정관리기관에서는 권리침해 행위를 정지할 것을 명할 수 있고, 위법소득을 몰수할 수 있다. 또한, 권리침해 복제물을 몰수, 파기하며, 벌금을 부과할 수 있다. 정도가 심한 경우에는 저작권행정관리기관에서 권리침해 복제물의 제작에 주로 사용된 자재, 도구, 설비 등을 몰수할 수 있다.

저작권법 외에도 중국 국가판권국에서 반포한 <저작권행정처벌실시방법>[66]등이 있다.

(2) 행정적 처벌의 주체

66)《中華人民共和國行政處罰實施辦法》

중국은 복잡다단한 행정체계를 가지고 있다. 국무원은 중국의 행정기관으로서 저작권에 대한 관리를 전문적으로 관할하는 국무원저작권행정관리부문을 두고 있다.[67]

이외 중국 국가판권국이 2006년 3월 26일에 반포한 <저작권침해 범죄에 대처함에 있어서 협력 강화에 관한 임시규정>에 의하면, 저작권행정관리기관은 국가판권국 외에도 공안부치안관리국, 성급·시급 공안기관의 치안관리부와 저작권행정집행기관이 있다.

이외에도 중국 공상부, 문화부가 있고, 그리고 <지식재산권해관조례>에 의하면 해관(한국의 세관) 등 기관에서도 각자의 담당분야에서 행정권을 가지고 있다.

(3) 행정책임의 형식

중국 [저작권행정처벌실시방법] 제4조에 의하면 위에서 열거한 위법행위에 대하여 저작권행정권관리부는 법에 의거하여 침해정지를 명할 수 있으며 다음과 같은 행정처벌을 할 수 있다.

1) 경고 2) 벌금 3) 위법소득의 몰수 4) 권리침해물의 몰수 5) 권리침해물을 설치, 저장하는 설비의 몰수 6) 권리침해복제품을 제작하는 데 사용한 주요 자재, 기구 및 설비 등의 몰수 7) 법률, 법규, 규장이 규정한 기타 행정처벌

(4) 관할과 절차

<최고인민법원의 저작권 민사분쟁사건 심사시 법률적용에서의 약간의 문제에 대한 해석>[68]에 의하면 저작권침해 관련 사건은 중급 이상 인민

67) 법적 근거로는 중국저작권법 제 7조, 국무원저작권행정관리부문은 전국의 저작권관리업무를 주관하며 각 성, 자치구, 직할시의 인민정부의 저작권행정관리부문은 본 행정구역내의 저작권관리업무를 주관한다.
68) 《最高人民法院關于審理著作權民事糾紛案件适用法律若干問題的解釋》

법원이 관할하며, 각 법원은 각자의 상황에 근거하여 하급 법원에 관할권을 부여할 수 있다.

① 일반적으로 권리침해행위의 실시지, 권리침해 결과의 발생지, 권리침해물의 저장지에서 관할권을 가지고 있다. 정보네트워크전송권을 침해한 행위는 권리침해자의 소재지, 권리침해 행위의 실행지, 서버가 있는 곳 또는 저작권을 침해한 사이트가 등록된 곳의 저작권행정관리부가 관할한다.

② 국가판권국은 전국에서 중대한 영향이 있는 위법행위에 대하여 관할권을 가진다. 지방 행정관리부는 관할구역 내에서 발생한 위법행위에 대하여 관할권을 가진다.

③ 저작권행정관리부는 위법행위가 중국 형법에 근거하여 범죄를 구성하는 경우에는 국무원이 반포한 [행정기관의 범죄사건 이송에 관한 규정][69]에 근거하여 사법부에 이송한다.

구체적인 사례로는 2009 년 7 월 28 일, 중국음악저작권협회가 한국음악저작권협회의 위탁을 받아 중국국가판권국과 중국연변조선족자치주연길시 문화국에 www.imdj.net 과 http://o2sky.com 은 대량의 한국음악의 무료 감상, 무료 다운로드 서비스를 제공하여 저작권자의 저작권을 침해하였다는 신고를 하여 중국의 행정기관에서 두 사이트의 서버를 몰수하고 책임자를 사법기관에 이송한 사건이 있었다.

IV. 검토

행정기관과 사법기관 사이의 사건의 이송에는 행정기관이 형사사법기관으로의 사건 이송과 민사적 권리침해사건이 형사사법기관으로의 이송 두 가지 문제가 포함된다. 사실 행정기관에서 해당 법률에 따라 사건을 이송하는 것은 형사소송사건의 입건에서 매우 적은 비중을 차지하며,

69) 《行政執法机關移送涉嫌犯罪案件的規定》

입법과 그 집행의 효과가 비례하지 않는 주요한 원인이다.[70]

중국 국무원에서 2001년 7월에 반포한 <행정기관의 범죄사건 이송에 관한 규정>에 의하면, 행정기관이 위법행위에 대한 조사, 제재 과정 중 위법사실에 관련된 금액, 위법사실의 정도, 위법사실의 결과 등을 고려하여 범죄를 구성하여 형사책임을 추궁해야 함을 발견한 경우에는 공안부문에 사건을 이송해야 한다.

그러나 지방보호주의, 집행자의 법제관념의 결핍 및 각 지방에서 형사책임을 져야 하는 기준의 상이함, 모호함 등의 원인으로 형사사건으로 이송해야 하는 사건에 대하여 행정처벌로 처리하는 경우가 대부분이다(행정부문 수입의 상당수가 벌금이다).

지식재산권의 보호를 한층 강화하기 위하여 중국에서 지식재산권의 침해행위에 대하여 행정청에서 형사기관으로 이송하는 제도를 마련한 만큼, 지식재산권에 대한 침해행위가 나날이 심각해지는 오늘날 행정적 구제는 형사적인 보호를 대체할 수 없으므로, 행정적인 처벌 대신 공안부로 이송하여 형사적인 제재를 가하는 기준을 명확히 할 필요가 있다.

70)世界法律網, 知識産權刑法保護有關問題的調研報告
http://law.icxo.com/htmlnews/2005/12/13/738154_19.htm, 2012년 2월 25일 방문.

제4장 인터넷 이용자의 지위 및 책임

제1절 인터넷 이용자의 지위

I. 중국의 인터넷 이용자

30 년 전까지만 해도 중국에서는 컴퓨터의 보급은 상상도 못하였는데, 중국이 1970 년대 말기부터 개혁개방을 실시하여 신속히 발전하면서 경제, 정치 등 방면에서 거대한 진보를 가져왔다. 전세계에서 날로 발전하고 있는 인터넷기술은 비약적으로 발전하고 있는 중국에서도 실현이 되었다.

2011 년 11 월 1 일까지의 통계에 의하면 중국의 인구는 1,370,536,875 인[71]으로 세계에서 인구 제 1 위의 나라이며 전세계 인구의 5 분의 1 을 차지한다. 그중에서도 인터넷 이용자의 수는 2010 년보다도 5580 만 증가하여 이미 5.13 억 명에 달하였다[72].

중국의 인터넷보급률도 38.3%로서 2010 년보다 4%포인트 증가하였다. 인터넷 이용을 유형별로보면 인터넷음악의 사용률은 75.2%로서 검색엔진 다음으로 사용자의 수가 많았다.

거대한 인구를 가진 중국의 네티즌 수는 어마어마하다고 표현할 수 있을 정도이다. 2010 년 11 월 18 일 북경에서 열린 제 3 차 중국국제판권박람회 국제판권포럼[73]의 보고에 의하면 이렇게 거대한 인터넷시장을 소유한 중국에서 디지털음악의 침해율이 90%로서 98%를 차지하는 케냐 다음으로 세계에서 2 위를 차지한다.

---

71) 중국 정부에서는 2010년 11월 1일까지 기준으로 진행한 제6차 전국 인구조사의 결과이다.

72) 통계수치: 중국인터넷정 보중심(CNNIC)[1]에서 2012년 1월에 발표한 <제28차 중국인터넷발전상황통계보고[1]>2011년 12월까지의 수치.

73) 第三届中國國際版權博覽會暨國際版權論壇

II. 중국의 온라인 음악시장 규모

중국의 네티즌들이 검색엔진, 인터넷음악, 인터넷뉴스 등 카테고리별 이용 율을 조사한 결과 인터넷 음악은 검색 엔진의 다음으로 제 2 위를 차지하였다. 대부분의네티즌의 인터넷 이용 내용은 음악이다.

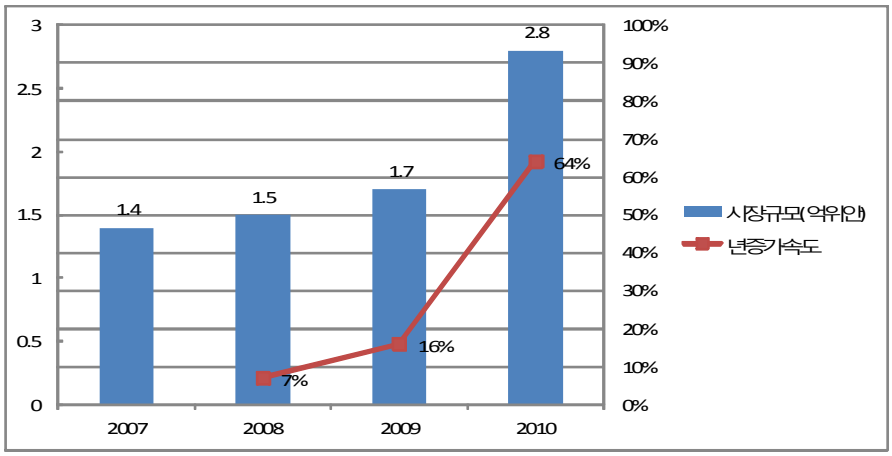
2010 년 12 월～2011 년 12 월 중국의 유형별 인터넷 이용률

2011년			**2010년**		
이용	사용자수（만명）	이용률	사용자수（만명）	이용률	증가율
검색엔진	40740	79.4%	37453	81.9%	8.8%
인터넷음악	**38585**	**75.2%**	**36218**	**79.2%**	**6.5%**
인터넷뉴스	36687	71.5%	35304	77.2%	3.9%
동영상	32531	63.4%	35258	77.1%	14.6%
온라인게임	32428	63.2%	30410	66.5%	6.6%
블로그	31864	62.1%	29450	64.4%	8.2%
미니블로그	24988	48.7%	26311	62.1%	296.0%
전자메일	24577	47.9%	24969	54.6%	-1.6%
인터넷카페	24424	47.6%	23505	51.4%	3.9%
인터넷문학	20267	39.5%	19481	42.6%	4.0%
인터넷쇼핑	19395	37.8%	16051	35.1%	20.8%
인터넷결제	16676	32.5%	13719	30.0%	21.6%
인터넷뱅킹	16624	32.4%	13948	30.5%	19.2%
BBS	14469	28.2%	14817	32.4%	-2.3%
공동구매	6465	12.6%	1875	4.1%	244.8%
인터넷주식	4002	7.8%	7088	15.5%	-43.5%

2010 년의 중국 인터넷시장[74]의 전체적인 규모는 23 억 위안(온라인서비스제공자의 총수입)에 달하여 2009 년보다 약 14.4% 증가했다. 그 중 온라인음악의 수입규모는 약 2.8 억 위안으로서 2009 년보다 64% 증가했다. 온라인음악의 사용자도 3.6 억으로 사용률이 79.2%에 달하여 2009 년보다 12.9% 증가했다.

74) 중국에서는 공식적으로 인터넷을 컴퓨터통신망으로 구성된 “온라인”과 전기통신망으로 구성된 “무선” 두 가지 개념으로 나뉘고 있다.

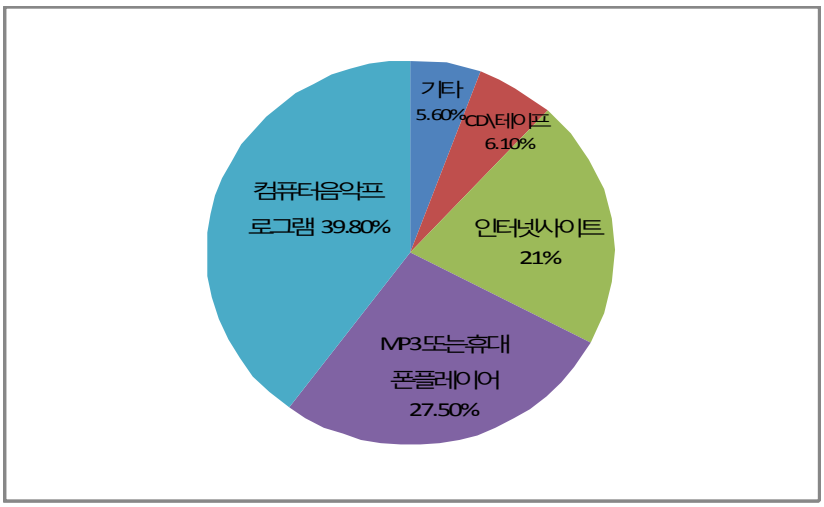
중국 온라인 음악시장 규모



III. 중국의 온라인음악 이용 현황

2010 년 중국인이 음악을 듣는 주요한 방식을 다음 표에서 볼 수 있다.

중국인이 음악을 듣는 주요한 방식



여기서 제 1 위를 차지하는 컴퓨터음악프로그램은 예컨대 Winamp[75],

Media Player, Real One, TTPlayer 와 같은 프로그램을 오픈하여 클릭만 하면 음악을 듣고 저장하고 다운로드할 수 있게 하는 음악전문프로그램이다. 사실 이 프로그램도 컴퓨터 통신망을 이용하는 것이어서 이 부분도 온라인으로 음악을 이용하는 경우에 속한다. 따라서 CD 또는 테이프에 의한 음악 이용을 빼면 온라인으로 음악을 이용하는 경우는 전체의 90%가 넘는다.

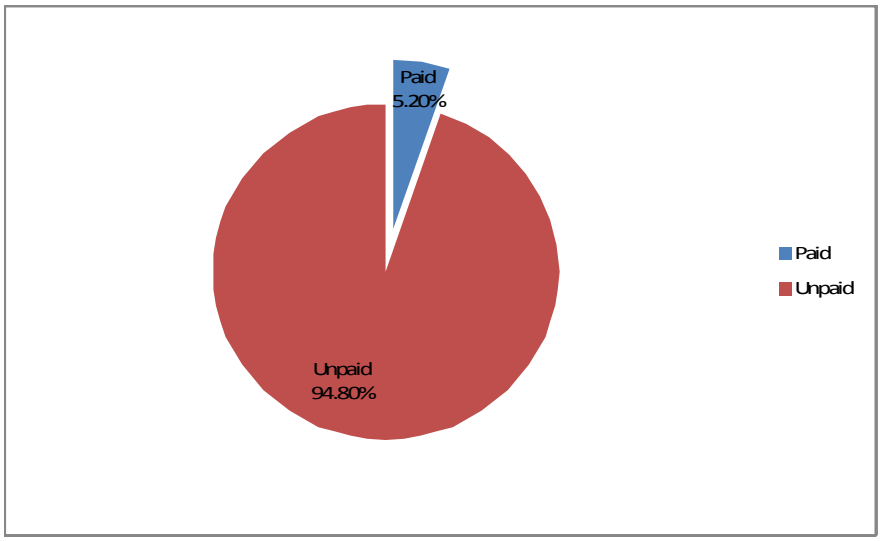
IV. 무료 다운로드가 습관화된 인터넷 이용자

중국은 거대한 규모의 온라인 음악시장을 가지고 있지만, 온라인음악의 이용 중 가장 큰 문제는 이용자들 사이에 이미 무료다운로드가 만연해 있다는 것이다. 온라인음악의 이용자 가운데 상응한 요금을 지급하고 음악을 감상하는 사람은 5.2%밖에 안 되며 무료로 음악을 감상하는 사람은 94.8%나 된다. 이것은 처음부터 유료화했던 무선음악시장과 선명한 대조를 이룬다. 즉 핸드폰을 사용하여 음악 또는 컬러링을 다운로드할 때, 중국에서는 처음부터 유료화를 실시해왔다. 핸드폰으로는 무료로 음악 또는 컬러링을 다운로드 할 수 있는 사이트가 없었다. 하지만 온라인음악이 출현한 이래 baidu.com 과 같은 사이트에서 모두 무료로 다운로드를 할 수 있도록 하였기에 중국 내 인터넷사용자들은 온라인음악을 무료로 다운로드하는 것이 이미 습관화되어 왔다.

---

75) Winamp는 컴퓨터 음악의 재생 프로그램으로 컴퓨터 속의 오디오연주기라 할 수 있다. MP3 이외에도 CD·WMA·MOD·WAV·Audiosoft 등 음악 파일 대부분을 지원한다. 일반 가정용 오디오 컴포넌트처럼 음악 연주에 관계된 플레이어와 이퀄라이저·플레이리스트·미니웹브라우저 등을 갖추고 있다. 이 박스들은 차곡차곡 서로 붙여서 쌓아놓을 수도 있고 따로따로 떼어놓을 수도 있다. 이밖에도 디지털 형태의 화면 표시창과 강력한 셔플(Shuffle) 및 리플레이(Replay) 기능 등 다양한 옵션을 갖추고 있다. 컴퓨터뿐 아니라 매킨토시(Macintosh)에서도 유용하며, 최근에는 3D서라운드 효과와 박진감 넘치는 현장 효과음, 리얼오디오, 춤추는 로봇, 비주얼, 에코음과 속도조절 기능, 구간 및 곡 반복 플러그인(Plug-in) 등 다양한 용도의 플러그인이 많이 개발되어 있으며 음악방송을 청취 또는 진행할 수도 있다. 통신이나 인터넷을 이용하여 널소프트 홈페이지에서 무료로 다운로드하여 사용할 수 있다. [출처] 윈엠프 [Winamp] · 네이버 백과사전http://100.naver.com/100.nhn?docid=7690652012년 4월 14일 최종 방문.

2010 년 중국 온라인음악사용자의 요금 지급 상황[76)]



중국에서는 경제의 비약적인 발전과 더불어 인터넷에 관련된 새로운 문제들이 속출하였지만, <저작권법>의 입법이 워낙 늦게 이루어져 국내 인터넷이용자들의 지식재산권 의식은 높지 않았다. 게다가 법체계가 많이 미숙한 중국 내에서 국내 법률의 발전이 인터넷의 발전 속도를 미처 따라가지 못하고 있어서 중국은 2001 년 WTO 에 가입하면서 세계수준에 발맞추어 국내 법률에 대한 대폭적인 개정을 실시하였음에도 인터넷의 발전으로 말미암아 많은 새로운 문제가 발생하고 있다. 중국내의 온라인음악유통 사이트는 대부분 음악을 무료로 다운로드할 수 있는 불법사이트이다. 거대한 네티즌 수를 보유한 중국에서 1%의 불법다운로드를 막을 수 있어도 세계 음반업의 수익증가에 크나큰 공헌을 할 것이다.

인터넷 이용자의 존재는 온라인상 음악작품의 신속한 발전에 공헌도 하고 있지만, 온라인상 음악작품의 권리를 침해하는 사람도 주로 인터넷 이용자이다. 온라인음악시장의 건전한 발전을 위하여 인터넷 음악작품

76) 데이터 출처: 중국 문화부 <The 28th Statistical Report on Internet Development in China>

이용자들이 정의관념을 가지고, 더불어 온라인음악시장에 대한 보호 및 규제가 제대로 이루어져 인터넷 이용자들이 건전한 인터넷생활을 할 수 있도록 '인도'해야 한다고 생각한다.

제2절 인터넷 이용자의 행위와 법적 책임

인터넷이용자가 온라인으로 음악에 접근하는 방식에는 흔히 다운로드, 파일 공유 등이 있다. 아래에 각 유형의 정의, 법적 성질에 관하여 고찰하기로 한다.

I. 다운로드하는 행위

1. 정의

다운로드란 인터넷 사용자가 컴퓨터에 업로드된 정보를 자신의 하드디스크, CD 또는 직접 종이에 프린트하거나 기타 매개체에 복제하는 행위이다. 온라인상 음악작품에 해당하는 음악파일을 직접 자신의 컴퓨터의 하드디스크, CD에 복제하여 저장할 수 있다.

2. 법적 성질

중국 저작권법에서 복제권이란 "인쇄, 복사, 탁본, 녹음, 녹화 등의 방법으로 저작물을 1부 또는 여러 부로 제작할 수 있는 권리"라는 정의규정에 비추어 볼 때 다운로드는 컴퓨터에 업로드된 정보를 자신의 하드디스크 등 저장매체에 영구적으로 고정하는 행위이므로 전형적인 저작권법상 복제행위이다.

그러므로 이와 같은 복제를 진행하고자 할 때에는 저작권자의 허락을 받아야 한다. 그러나 예외규정으로 저작권법의 합리사용의 경우에 해당될 때에는 저작권자의 허락을 받지 않아도 된다. 즉 "개인적인 학습, 연구 또는 감상을 위하여 타인이 이미 공표한 저작물을 이용하는 경우"에는 "저작물을 이용함에 있어서 저작권자의 허락을 받지 않아도 되며 보

수를 지급하지 않아도 된다"고 규정되어 있다.[77]

여기서 개인적 이용의 요건을 살펴볼 때, 첫째, 개인의 이용으로 되어야 한다. 즉 개인의 범위를 벗어나 공공장소, 영업장소 등에서의 사용은 합리사용이라 할 수 없다. 둘째, 학습, 연구 또는 감상의 목적이어야 한다. 즉 이를 위반하는 전형적인 예인 영리를 목적으로 하는 사용은 합리사용이라 할 수 없다. 셋째, 타인이 이미 공표한 저작물이어야 한다. 즉 타인이 공표하지 않은 저작물을 복제하는 행위는 저작권침해라 인정할 수 있다.

따라서 중국에서 단순히 개인의 감상용으로 음악파일을 다운로드하는 행위에 대하여서는 저작권침해로 인정하지 않는다.

그러나 합리사용의 규정을 살펴볼 때, 합리사용은 저작자의 허락 없이, 보수를 지급하지 않고 저작물을 이용할 수 있지만, "저작권자의 이익에 손해를 주어서는 안된다"는 규정도 있다. 만약 누구나 개인의 감상용으로 음악파일을 무료로 사용할 수 있게 되어 합리적 가격으로 구입해야 하는 음반을 인터넷에서 무료로 다운로드한다면 그로 인해 음반의 판매량이 현격히 줄어들고, 저작자의 이익은 반드시 손해를 보게 될 것이다.

실제로 베토벤도 "나의 음악을 사용하였을 때에 나에게 1불만 지급하였으면 좋겠다. 사실 그것보다 더 많은 금액이면 더욱 좋겠다."고 한 적이 있다고 한다.[78] 베토벤은 음악을 귀족의 전유물에서 음악가와 대중들에게 돌려준 1세대 음악가였다. 하지만 그 이전 시대의 음악가들처럼 궁중의 지원을 받지 못하는 베토벤은 자기가 좋아하는 음악을 하는 것과

77) 중국 저작권법 제 22조.

78) 음악의 아버지라 불리는 베토벤은 1770년에 태어나 1827년에 죽었다. 베토벤 전의 음악가는 거의 예외 없이 궁정과 귀족에 속하였지만. 18세기 프랑스 혁명으로 시민사회가 등장하였으며 베토벤은 음악을 귀족의 전유물에서 음악가와 대중들에게 돌려준 1세대 음악가였다. 귀족과 궁정의 지원을 받지 않으려면 자영업자가 되어야만 했던 베토벤은 자연스럽게 돈 분제가 부각되었고, 자신의 음악을 하려고 구두쇠가 된 베토벤은 매일 스승 하이든과 마신 커피 값이 얼마, 초콜릿 값이 얼마라고 알뜰하게 적혀있다---고규홍, 베토벤의 가계부 ,마음산책, 2008

생계를 유지하는 것 사이에서 싸워야만 했다. 생계부터 유지를 해야 음악을 할 수 있었다. 음악을 창작하고 또한 그것을 전파하는 자에게는 최소한, 마땅히 노동의 보수를 지급해야 한다. 나아가 창작의 격려도 받아야지 창작의 원동력이 고갈되지 않을 수 있다. 저작권료의 지급은 사실 베토벤과 같은 음악가들의 생존에 관계되는 중대한 일이다.

저작권의 합리사용에 대한 설정은 저작권자의 배타적인 권리와 문화의 전파 및 향유 즉 공중의 이익을 조화시키기 위한 것이어서 저작물에 대한 저작권자의 통제가 상대적으로 쉽던 시기에 규정된 것이라 할 수 있다. 그러나 현시대 온라인 환경에서 저작물에 대한 저작권자의 통제는 전통 환경에서만큼 용이하지 않다. 인터넷기술의 발전으로 큰 변화를 가져온 현시대의 상황에 비추어 합리사용의 범위가 달라져야 할 것으로 생각된다.

II. 온라인으로 음악파일을 공유하는 행위

1. 정의

온라인으로 음악파일을 공유하는 형식은 주로 두 가지가 있다. 즉 웹하드와 같은 저장 공간에 업로드하여 다른 사람이 다운로드할 수 있도록 하는 것과 P2P 프로그램[79]을 통하여 자신의 컴퓨터에 저장된 파일을 다른 사람이 다운로드할 수 있도록 하는 것이다.

2. 법적 성질

79) P2P는 인터넷에서 개인과 개인이 직접 연결되어 파일을 공유하는 것을 이야기한다. 기존의 서버와 클라이언트 개념이나 공급자와 소비자 개념에서 벗어나 개인 컴퓨터끼리 직접 연결하고 검색함으로써 모든 참여자가 공급자인 동시에 수요자가 되는 형태이다.
P2P는 크게 2가지 방식이 있다. 하나는 어느 정도 서버의 도움을 얻어서 개인 간 접속을 실현하는 방식이고, 다른 하나는 클라이언트 상호간에 미리 주소(IP address) 등의 개인 정보를 공유하여 서버 없이 직접 연결하는 방식이다. 앞의 경우에도 접속 및 검색 단계 이후는 뒤의 경우와 동일하게 개인끼리 직접 정보를 공유하고 교환하게 된다.

첫째 행위를 하는 자는 자의적 또는 수동적으로 저작권이 있는 음악파일을 인터넷으로 공중에 제공하고 공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 음악파일을 획득할 수 있게 하므로 중국 저작권법에서 규정한 정보네트워크전파행위라고 할 수 있다.[80]

중국저작권법 제10조에서는 "저작물을 무선 또는 유선통신의 방법에 의해 공중에 제공하고 공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 저작물을 획득하도록 할 수 있는 권리" 즉 정보네트워크전송권을 가진다고 규정하였다. 따라서 저작권자는 자신의 저작물을 정보네트워크를 통하여 전송하는 것을 결정할 권리가 있으며, 타인이 자신의 저작물을 정보네트워크를 통하여 전송하는 행위를 금지시킬 권리가 있다.

따라서 만약 상술한 행위가 사전에 음악파일의 저작권자의 허락이 없이 이루어지는 경우에는 저작권자의 정보네트워크전파권을 침해하는 행위라고 할 수 있다.

둘째는 P2P 프로그램을 통하여 자신의 컴퓨터에 저장된 음악파일을 다른 사람이 다운로드할 수 있도록 하는 것이다. 이때 고려할 수 있는 권리자는 작곡가, 작사가, 실연자, 음반제작자 등이다. P2P를 통한 음악저작물의 교환과정은 ⅰ) MP3 파일의 생성, ⅱ) 전송자의 컴퓨터에 MP3 파일을 저장, ⅲ) 수신자의 요구에 의한 MP3 파일의 전송, ⅳ) 수신자의 컴퓨터에 MP3 파일의 저장으로 나뉜다.[81]

현행 중국 저작권법에 의하면 첫째와 둘째, 넷째 행위는 복제권의 범주에 속하고, 셋째 행위는 정보네트워크전파권에 속한다. 결과적으로 이상의 행위가 저작권자의 사전 허락이 없이 행하여진다면 수신자와 전송자, 즉 P2P 서비스이용자 모두가 저작권 침해자에 해당한다. 그러나 현실

80) 앞 장 저작권의 내용 중 <정보네트워크전파권>에 대한 소개 참조.
81) 최문기, 이성우, P2P서비스제공자의 불법행위책임-음악파일 공유에 따른 저작권 침해 사례를 중심으로, 제4면.

적 측면에서는 온라인으로 저작권을 침해하는 자의 신원은 대체로 익명인데다, 침해자의 수도 무수히 많고, 분포한 지역도 국내뿐 아니라 국외 여러 나라에 분포되어 있는 경우가 많아, 손해배상을 받기 위한 비용은 막대하기 때문에 저작권자가 직접 침해자에 대하여 법적 대응을 하는 것은 비현실적이다. 중국에서 온라인음악 이용자에 대하여 저작권의 침해로 처벌을 한 사례는 아직 없다.

제5장 온라인서비스제공자의 지위 및 법적 책임

제1절 서론

한국에서는 저작권법상 온라인서비스제공자에 관한 규정은 책임의 제한에 관하여만 다루고 있을 뿐, 책임의 부과에 관한 규정은 없다. 한국에서 온라인서비스제공자의 책임은 종국적으로 민법상의 불법행위책임으로 귀착된다.[82)]

온라인서비스제공자의 책임을 지나치게 넓게 인정할 경우 인터넷산업의 발전에 큰 위축을 가져올 우려가 있다.

이러한 점에서는 중국도 사실 유사한 입장이다. 국내의 음악영역에서는 온라인서비스제공자의 책임에 관한 바이두, 야후 등 사례가 큰 파문을 일으킨 적이 있었다. 이러한 판례들은 중국 법원의 온라인서비스제공자에 대한 구체적인 태도를 잘 보여 주고 있으며, 이러한 판례들을 통하여 중국에서는 온라인서비스제공자의 행위에 대한 법적 성질의 정의와 행위 지침이 어느 정도 형성되었다고 할 수 있다. 아래에서 중국에서의 온라인서비스제공자에 대한 규정과 판례들을 살펴보도록 한다.

I. 온라인서비스제공자의 정의

온라인상 음악작품의 유통을 위해서는 작품의 제공자, 온라인서비스제공자, 이용자 등을 필요로 한다. 이중에서 음악작품의 유통의 중개 작용을 하는 온라인서비스제공자는 아주 중요한 지위를 차지하는 바, 중국에서는 이에 대하여 개인컴퓨터를 위하여 인터넷 중개 서비스를 제공하는 서비스제공자라고 정의한다.

---

82) 김상현, “이용자의 불법행위에 대한 온라인서비스제공자의 민사책임”, 「법학연구」 제27집, 한국법학회, 2007.8, 553쪽

중국 <정보네트워크전파권보호조례>에서는 온라인서비스제공자에 대하여 제공하는 서비스를 그 유형에 따라 1) 단순도관[83], 2) 캐싱[84], 3) 저장[85], 4) 정보검색 및 링크 서비스의 네 가지로 분류하고 각 유형에 대하여 각기 면책사항을 규정하였다.[86]

II. 온라인서비스제공자 권리침해행위의 특징

---

83) 중국 저작권법 제20조 인터넷 서비스 제공업체는 서비스대상의 요구에 근거하여 인터넷자동 접속서비스를 제공하거나, 서비스대상이 제공하는 작품, 실연, 음반영상물에 대해 자동전송서비스를 제공할 수 있고, 또한 다음과 같은 경우 배상책임을 지지 않는다.
(1) 전송하는 작품, 실연, 음반영상물에 대한 선택이나 변경을 하지 않은 경우
(2) 정해진 서비스대상에게만 작품, 실연, 음반영상물을 제공하고 그 이외의 타인이 획득하는 것을 방지한 경우

84) 제21조 인터넷 서비스 제공업체는 인터넷전송효율을 높이기 위해 다른 인터넷 서비스 제공업체가 획득한 작품, 실연, 음반영상물을 자동 저장할 수 있고, 기술적인 이유로 서비스대상에게 자동적으로 제공할 수 있다. 또한 아래 조건을 만족하는 경우 배상책임을 지지 않는다.
(1) 자동 저장된 작품, 실연, 음반영상물을 변경하지 않은 경우
(2) 작품, 실연, 음반영상물을 제공한 원래의 인터넷 서비스 제공업체가 서비스대상의 해당 작품, 실연, 음반영상물에 대한 획득상황을 파악하는데 지장을 주지 않은 경우
(3) 원래의 인터넷 서비스 제공업체가 해당 작품, 실연, 음반영상물을 수정, 삭제 또는 차단하는 경우, 기술상의 이유로 수정, 삭제 또는 차단이 자동으로 이루어진 경우
(4) 삭제 또는 차단하는 경우, 기술상의 이유로 수정, 삭제 또는 차단이 자동으로 이루어진 경우

85) 제22조 인터넷 서비스 제공업체는 서비스대상을 위해 정보 저장 공간을 제공해 서비스대상이 정보네트워크를 통해 일반 대중에게 작품, 실연, 음반영상물을 제공할 수 있도록 한다. 또한 아래 사항에 속한 경우 배상책임을 지지 않는다.
(1) 해당 정보 저장 공간이 서비스대상을 위해 제공하는 것임을 명백히 밝히고 인터넷 서비스 제공업체의 명칭, 담당자, 인터넷주소를 공개한 경우
(2) 서비스대상이 제공한 작품, 실연, 음반영상물에 대한 변경행위를 하지 않은 경우
(3) 서비스대상이 제공한 작품, 실연, 음반영상물이 권리침해사실이 있는지를 몰랐고 또한 마땅히 알아야 할 합리적 이유가 없는 경우
(4) 서비스대상이 제공한 작품, 실연, 음반영상물을 통해 직접적인 경제적 이익을 취하지 않은 경우
(5) 권리자의 통지서를 수령한 후, 권리자가 권리침해사실이 있다고 판단되는 작품, 실연, 음반영상물을 조례규정에 근거해 삭제한 경우

86) 제23조 인터넷 서비스 제공업체는 서비스대상을 위해 검색 혹은 링크서비스를 제공함에 있어, 권리자의 통지서를 수령한 후 본 조례규정에 근거해 권리 침해 행위가 이루어진 작품, 실연, 음반영상물의 링크를 해제한 경우 배상책임을 지지 않는다. 그러나 링크된 작품, 실연, 음반영상물이 권리침해행위가 있음을 명백히 알고 있거나 또는 알 수 있었을 경우에는 공동책임을 져야 한다.

온라인서비스제공자를 흔히 내용을 제공하는 자(ICP)와 기술과 설비를 통하여 검색,링크,공간저장 등 서비스를 제공하는 자(ISP)로 분류할 수 있다. ICP 에 대하여서는, 권리자의 허락 없이 타인의 작품을 인터넷서버에 올려 대중들이 열람 또는 다운로드하는 행위는 타인의 저작권을 침해하는 행위를 구성한다는 점에 대하여서는 논의의 여지가 없지만, 논의의 여지가 가장 많은 것은 ISP 의 경우이다. 중국에서는 온라인서비스제공자의 권리 침해 행위의 구성요건에 대하여서는 <저작권법>이나 <정보네트워크전파권보호조례>에서 구체적인 규정은 없고, <정보네트워크전파권보호조례>는 <저작권법>제 47 조, 48 조의 규정과 같은 형식으로 제 18 조에 5 가지 구체적인 권리 침해의 행위를 열거하는 형식으로 규정하였다. 온라인서비스제공자와 관련된 조항은 이 조항의 즉 [87]제 18 조 제 1 항의 규정 즉 "(1) 정보네트워크를 통해 일반 대중에게 타인의 작

87) 중국저작권법 제 18조 본 조례규정을 위반해 아래의 권리침해사항 중 하나에 속하는 경우, 침해상황에 따라 침해행위 정지, 영향요인 제거, 사과, 손해배상 등의 민사책임을 져야 한다. 또한 공공이익을 침해한 경우 저작권행정관리부문은 권리침해행위정지를 명령하고 위법행위로 인해 생긴 소득을 몰수하며 10만 위엔 이하의 벌금을 부과할 수 있다. 권리침해정도가 심각한 경우 저작권행정관리부문은 인터넷서비스를 제공하는 컴퓨터 등의 설비를 몰수할 수 있고, 범죄행위를 구성하는 경우 형사책임도 추궁한다.

(1) 정보네트워크를 통해 일반 대중에게 타인의 작품, 실연, 음반영상물을 허락 없이 제공한 경우

(2) 고의로 기술조치를 피하거나 파괴한 경우

(3) 정보네트워크를 통해 일반 대중에게 제공된 작품, 실연, 음반영상물의 전자저작권관리정보를 제공하거나, 권리자의 허락을 얻지 않아 전자저작권관리정보가 삭제 혹은 변경됐다는 사실을 명백히 알고 있거나 마땅히 알 수 있는 작품, 실연, 음반영상물을 일반 대중에게 제공하는 경우

(4) 빈곤구제를 목적으로 농촌지역에 정보네트워크를 통해 제공되는 작품, 실연, 음반영상물이 규정범위를 벗어난 경우, 사용료지불이 공고된 기준에 부합하지 않는 경우, 권리자가 작품, 실연, 음반영상물 제공에 동의하지 않았는데도 즉시 삭제하지 하지 않은 경우

(5) 정보네트워크를 통해 타인의 작품, 실연, 음반영상물을 제공함에 있어 해당 작품, 실연, 음반영상물의 명칭 또는 작가, 실연자, 음반영상물 제작자 성명(명칭)을 밝히지 않은 경우, 또는 사용료 지급을 하지 않은 경우, 또는 본 조례규정에 따른 기술적 조치를 취하지 않아 서비스대상이 아닌 자가 타인의 작품, 실연, 음반영상물을 획득하는 것을 방지하지 못한 경우, 서비스대상의 복제행위를 방지하지 않아 권리자에게 실질적인 경제적 손실을 초래한 경우

품, 실연, 음반영상물을 허락 없이 제공한 경우", 제 3 항, "정보네트워크를 통해 일반 대중에게 제공된 작품, 실연, 음반영상물의 전자저작권관리정보를 제공하거나, 권리자의 허락을 얻지 않아 전자저작권관리정보가 삭제 혹은 변경됐다는 사실을 명백히 알고 있거나 마땅히 알 수 있는 작품, 실연, 음반영상물을 일반 대중에게 제공하는 경우",제 4 항, "…권리자가 작품, 실연, 음반영상물 제공에 동의하지 않았는데도 즉시 삭제하지 하지 않은 경우",제 5 항, "…또는 본 조례규정에 따른 기술적 조치를 취하지 않아 서비스대상이 아닌 자가 타인의 작품, 실연, 음반영상물을 획득하는 것을 방지하지 못한 경우, 서비스대상의 복제행위를 방지하지 않아 권리자에게 실질적인 경제적 손실을 초래한 경우"로 들 수 있다.

학술계에서는 온라인서비스제공자가 온라인에서 음악작품의 저작권을 침해하는 상황은 두 가지로 나누고 있다. 즉 온라인서비스제공자가 직접 저작권을 침해하는 행위를 실시한 경우, 두 번째는 직접 침해하지 않았지만 타인의 침해행위에 참여하였거나, 방조하였거나 방임한 경우이다. 즉 직접 침해와 간접 침해의 두 가지 경우가 있다.

1. 온라인서비스제공자의 직접침해

중국 저작권법은 권리를 침해하는 행위에 대해 규정함에 있어 영미 저작권법의 직접침해행위이론으로부터 영향을 많이 받았다. 즉 저작권자의 허락이 없고, '합리사용', '법정허가' 등의 항변 사유가 없는 한, 저작권자의 복제권, 발행권 등 권리가 제한하는 행위를 하는 경우, '직접침해'를 구성한다. 그리고 이에 대한 책임제도는 무과실책임제도를 도입하였다. 하지만 중국의 <민법통칙>은 저작권침해를 특수한 유형의 권리침해로 규정을 하지 않았으므로, 저작권의 침해는 기타 일반적인 민사적 권리의 침해와 마찬가지로 주관적 과오[88]를 요건으로 한다.[89] 중국의 법원은 실무에서 이 두 가지 이념을 조화하기 위하여 주의의무를 크게 강화하여,

88) 중국법에서는 '過錯'이라고 하며, 고의와 과실을 포함하는 개념이다.
89) 王遷, 전게서, 80면

저작자의 권리가 제한하는 행위를 허락 없이 하기만 하면 거의 모든 경우에 합리적인 주의의무를 이행하지 않았다고 인정하여 행위자를 권리의 직접침해자로 인정하며, 손해배상책임을 져야 한다고 하였다.

실무에서 논란의 여지가 많은 부분은 간접침해의 경우이다. 중국에서는 간접침해 상황에서 민법의 공동불법행위의 법리를 적용하여 온라인서비스제공자에게 '공동침해'의 책임을 지우고 있다. 아래의 법리 및 판례 소개에서는 온라인서비스제공자의 간접침해 행위에 대한 논의를 중심으로 한다.

2. 온라인서비스제공자의 간접침해

(1) 서설

저작권법 이론에서, '간접침해'는 '직접침해'에 상대되는 개념이다. 이는 행위자가 저작자의 권리가 제한하는 행위를 직접 하지는 않았지만, 이 행위가 타인의 '직접침해'행위와 특정 관계가 존재하는 경우, 법률에서 권리침해로 인정하는 행위이다.[90] 권리의 '간접침해'에 해당하는 여러 행위는 모두 저작권의 제한 범위에 속하지 않지만, 이를 저작권에 대한 침해로 인정하는 이유는 저작권의 보호 범위를 적절히 확대하기 위한 정책적인 고려와 이러한 행위의 비난가능성이라고 할 수 있다.

중국의 민법통칙 제130조에서는 "2인 이상이 공동으로 권리를 침해하여 타인에게 손해가 발생한 경우, 연대책임을 진다."고 규정하였고, <최고인민법원이 '중화인민공화국민법통칙'을 시행하는 것에 관한 약간의 문제에 대한 의견> 제148조에서도 "타인의 권리침해 행위를 교사, 방조한 자는 공동권리침해자이며, 연대책임을 진다."고 규정하였다. 따라서 중국의 저작권법에서는 '간접침해'에 관하여 규정된 바가 없지만 타인의 '직접침해' 행위를 교사, 방조한 행위는 '간접침해' 행위에 해당한다.

---

90) 王遷, 전게서, 80면

(2) 온라인서비스제공자의 권리 침해의 구성요건

민법원리에 의하면 불법행위의 구성요건은 ①행위, ②손해사실, ③손해사실과 행위 간의 인과관계 및 ④행위자의 주관적 과오이다. 온라인서비스제공자가 온라인 환경에서 음악작품을 전파하는 행위에서의 권리침해 판단도 위의 네 가지 면에서 분석해야 한다. 첫째, 행위. 행위는 타인의 권리 또는 합법적인 이익을 침해하는 가해 행위이다. 가해행위에는 作爲와 不作爲가 있다. 현실에서 온라인서비스제공자의 침해행위는 저작권자의 허락 없이 타인의 음악작품을 사이트에 업로드하거나 다운로드하거나, 권리의 침해가 발생할 때 그 능력범위 내에서 손해의 확대를 막지 않는 경우 모두 권리 침해행위에 속한다. [91] 둘째, 손해사실. 손해사실은 피해자가 타인의 권리침해행위로 인해 인격 또는 재산면에서 당한 불리한 결과이다. 손해사실에는 재산적인 손해와 비재산적인 손해사실이 포함된다. 행위자는 자신의 행위 또는 자신이 통제할 수 있는 행위가 타인의 권리를 침해하였을 경우 이에 대해 책임을 져야 한다. 셋째, 손해사실과 행위 간의 인과관계. 대부분 온라인서비스제공자의 권리침해 책임은 그가 상당한 주의의무를 위반하여 손해가 발생 내지 확대되게 하였기 때문이다. 하여 손해와 온라인서비스제공자의 행위 간에 직접적인 인과관계는 존재하지 않지만 고의 또는 과실이 존재하여 권리침해시 이에 대해 명확한 인식이 있었거나, 상당한 주의의무를 소홀히 하여 손해가 발생하였을 때에 제때에 처리하지 못하였을 경우에 손해와 온라인서비스제공자의 행위 사이에 인과관계가 존재한다고 인정할 수 있다. 마지막으로, 과오이다. 과오는 행위자가 자신이 행한 권리침해에 대하여 비난을 받아야 하는 심리 상태이다.[92] 중국민법통칙 제106조 제2항의 규정에 의하면 "공민, 법인이 과오로 인해 국가, 집단의 재산을 침해하였을 경우, 타인의 재산·인신을 침해하였을 경우, 민사책임을 져야 한다." 중국의 과오란

91) 中國侵權責任法 제36조
92) 張俊浩, 전게서

고의와 과실을 가리킨다. 인터넷서비스제공자의 책임원칙을 확정한 후, 주관적 과오에 대한 판단은 인터넷서비스제공자가 권리침해의 책임을 져야 하는지에 대하여 판단하는 관건적인 요소이다. 실무에서 주관적인 고의 또는 과실의 존재 여부를 판단함에 있어서는 구체적인 상황에서 개별적으로 분석해야 한다.

이외에 2010년에 반포한 중국<불법행위법(침권책임법)[93]> 제36조에서도 '온라인 서비스 제공자가 통지를 받은 후 적절한 조치를 취하지 않아 확대손해가 발생한 경우에는 당해 인터넷 사용자와 연대하여 책임을 진다. 온라인 서비스 제공자가 인터넷 사용자가 자기의 온라인 서비스를 이용하여 타인의 민사적 권익을 침해한다는 사실을 알면서도 필요한 조치를 취하지 않은 경우에는 당해 인터넷 사용자주와 연대하여 책임을 진다.'고 규정함으로써 인터넷서비스제공자의 책임을 명확히 규정하였다.

중국의 법원에서는 실제로 온라인서비스제공자의 권리의 침해를 인정하는데서 "4要件"설을 취하고 있다. 北京世紀悅博科學技術유한회사가 MP3음악의 링크 서비스를 제공하여 녹음제작자의 권리를 침해하였다고 제소된 사건[94]에서, 2심 법원은 "피고가 링크를 설정하는 행위는 저작권을 침해하는 녹음제품의 전파를 위하여 경로와 편의를 제공하여, 사용자로 하여금 권리를 침해하는 녹음제품을 다운로드할 수 있게 하였고, 이로 하여 링크 된 사이트의 권리 침해 행위의 실시를 확대시켜 객관 상 링크된 사이트가 저작권 침해 행위를 실시하는 것에 참여 및 방조하였다. 피고는 링크 된 녹음제품의 합법성에 대하여 주의 의무를 가지고 있다. 하지만 피고는 자신의 행위를 방임하고, 권리의 침해를 참여 및 방조하였으며, 주관 과오가 선명하여 원고의 녹음제작자 권리에 대한 침해를 구성하여, 권리 침해의 정지와 손해배상의 민사적 책임을 져야 한다." 다음 부분에서 소개 될 아리바바 사건에서도 법원에서는 "피고가 검색서비

93) 侵權責任法, 2009년 12월 26일 공포, 2010년 7월 1일 시행.
94) 北京高院 (2004) 高民終字第1303号民事判決書

스를 제공하는 것은 객관적으로 링크가 연결된 사이트의 권리 침해 행위에 참여 및 방조하였으며, 주관적인 과오가 선명하다"는 이유를 기초로 피고가 원고의 정보네트워크전파권과 보수를 받을 권리에 대한 침해를 구성한다고 판결하였다. 이상의 판례들에서 보면 법원에서는 모두 권리 침해의 4가지 구성 요건으로 온라인서비스제공자의 권리 침해 여부를 판단하였다.

III. 면책조항

중국이 2006년에 반포한 <정보네트워크전파권 보호조례>는 미국의 디지털밀레니엄저작권법(DMCA)을 도입하여 온라인서비스제공자를 그가 제공하는 서비스의 유형에 따라 4가지로 분류하고 각자에 해당하는 면책조항을 세분화하여 규정하였다. 이 조항들은 온라인서비스제공자가 일정한 법적 조건을 만족하는 경우에는 배상책임을 지지 아니한다는 규정이다. 아래에서는 이러한 규정을 소개하고 구체적인 분석은 다음 장 판례의 분석 부분에서 하도록 한다.

1. 자동 접속 또는 전송[95]

<정보네트워크전파권보호조례>제 20조에서는 온라인서비스제공자는 접속또는 전송서비스를 제공할 수 있고, 이러한 서비스를 제공 할 때 다음과 같은 경우에는 배상 책임을지지 않는다고 규정하였다.

(1) 전송하는 작품, 실연, 음반영상물에 대한 선택이나 변경을 하지 않은 경우

(2) 정해진 서비스대상에게만 작품, 실연, 음반영상물을 제공하고 그

95) 중국 <정보네트워크전파권보호조례> 제20조 접속서비스를 제공하거나, 서비스대상이 제공하는 작품, 실연, 음반영상물에 대해 자동전송서비스를 제공할 수 있고, 또한 다음과 같은 경우 배상책임을 지지 않는다.
(1) 전송하는 작품, 실연, 음반영상물에 대한 선택이나 변경을 하지 않은 경우
(2) 정해진 서비스대상에게만 작품, 실연, 음반영상물을 제공하고 그 이외의 타인이 획득하는 것을 방지한 경우

이외의 타인이 획득하는 것을 방지한 경우

2. 시스템 캐싱[96]

위 <조례> 제 21 조에 의하면, 인터넷 서비스 제공업체는 인터넷전송 효율을 높이기 위해 다른 인터넷 서비스 제공업체가 획득한 작품, 실연, 음반영상물을 자동 저장할 수 있고,기술적인 이유로 서비스대상에게 자동적으로 제공할 수 있다. 또한 아래 조건을 만족 하는 경우 배상책임을 지지 않는다고 규정하였다.

(1) 자동 저장된 작품, 실연, 음반영상물을 변경하지 않은 경우

(2) 작품, 실연, 음반영상물을 제공한 원래의 인터넷 서비스 제공업체가 서비스대상의 해당 작품, 실연, 음반영상물에 대한 획득상황을 파악하는데 지장을 주지 않은 경우

(3) 원래의 인터넷 서비스 제공업체가 해당 작품, 실연, 음반영상물을 수정, 삭제 또는 차단하는 경우, 기술상의 이유로 수정, 삭제 또는 차단이 자동으로 이루어 진 경우

3. 정보 저장 공간[97]

---

96) 중국 <정보네트워크전파권보호조례> 제21조 인터넷 서비스 제공업체는 인터넷전송 효율을 높이기 위해 다른 인터넷 서비스 제공업체가 획득한 작품, 실연, 음반영상물을 자동 저장할 수 있고,기술적인 이유로 서비스대상에게 자동적으로 제공할 수 있다. 또한 아래 조건을 만족 하는 경우 배상책임을 지지 않는다.
(1) 자동 저장된 작품, 실연, 음반영상물을 변경하지 않은 경우
(2) 작품, 실연, 음반영상물을 제공한 원래의 인터넷 서비스 제공업체가 서비스대상의 해당 작품, 실연, 음반영상물에 대한 획득상황을 파악하는데 지장을 주지 않은 경우
(3) 원래의 인터넷 서비스 제공업체가 해당 작품, 실연, 음반영상물을 수정, 삭제 또는 차단하는 경우, 기술상의 이유로 수정, 삭제 또는 차단이 자동으로 이루어 진 경우

97) <정보네트워크전파권보호조례>제22조 인터넷 서비스 제공업체는 서비스대상을 위해 정보 저장 공간을 제공해 서비스대상이 정보네트워크를 통해 일반 대중에게 작품, 실연, 음반영상물을 제공할 수 있도록 한다. 또한 아래 사항에 속한 경우 배상책임을 지지 않는다.
(1) 해당 정보 저장 공간이 서비스대상을 위해 제공하는 것임을 명백히 밝히고 인터넷 서비스 제공업체의 명칭, 담당자, 인터넷주소를 공개한 경우
(2) 서비스대상이 제공한 작품, 실연, 음반영상물에 대한 변경행위를 하지 않은 경우

<조례> 제 22조에 의하면 인터넷 서비스 제공업체는 서비스대상을 위해 정보 저장 공간을 제공해 서비스대상이 정보네트워크를 통해 일반 대중에게 작품, 실연, 음반영상물을 제공할 수 있도록 한다. 또한 아래 사항에 속한 경우 배상책임을 지지 않는다.

(1) 해당 정보 저장 공간이 서비스대상을 위해 제공하는 것임을 명백히 밝히고 인터넷 서비스 제공업체의 명칭, 담당자, 인터넷주소를 공개한 경우

(2) 서비스대상이 제공한 작품, 실연, 음반영상물에 대한 변경행위를 하지 않은 경우

(3) 서비스대상이 제공한 작품, 실연, 음반영상물이 권리침해사실이 있는지를 몰랐고 또한 마땅히 알아야 할 합리적 이유가 없는 경우

(4) 서비스대상이 제공한 작품, 실연, 음반영상물을 통해 직접적인 경제적 이익을 획득하지 않은 경우

(5) 권리자의 통지서를 수령한 후, 권리자가 권리침해사실이 있다고 판단되는 작품, 실연, 음반영상물을 조례규정에 근거해 삭제한 경우

4. 검색 및 링크 [98]

인터넷 서비스 제공업체는 서비스대상을 위해 검색 혹은 링크서비스를

---

(3) 서비스대상이 제공한 작품, 실연, 음반영상물이 권리침해사실이 있는지를 몰랐고 또한 마땅히 알아야 할 합리적 이유가 없는 경우
(4) 서비스대상이 제공한 작품, 실연, 음반영상물을 통해 직접적인 경제적 이익을 획득하지 않은 경우
(5) 권리자의 통지서를 수령한 후, 권리자가 권리침해사실이 있다고 판단되는 작품, 실연, 음반영상물을 조례규정에 근거해 삭제한 경우
98) <정보네트워크전파권보호조례>제23조 인터넷 서비스 제공업체는 서비스대상을 위해 검색 혹은 링크서비스를 제공함에 있어, 권리자의 통지서를 수령한 후 본 조례규정에 근거해 권리침해행위가 이루어진 작품, 실연, 음반영상물의 링크를 해제한 경우 배상책임을 지지 않는다. 그러나 링크된 작품, 실연, 음반영상물이 권리침해행위가 있음을 명백히 알고 있거나 또는 알 수 있었을 경우에는 공동책임을 져야 한다.

제공함에 있어, 권리자의 통지서를 수령한 후 본 조례규정에 근거해 권리침해행위가 이루어진 작품, 실연, 음반영상물의 링크를 해제한 경우 배상책임을 지지 않는다. 그러나 링크된 작품, 실연, 음반영상물이 권리침해행위가 있음을 명백히 알고 있거나 또는 알 수 있었을 경우에는 공동책임을 져야 한다.

현재 학술계에서 가장 논의가 많은 부분이 바로 이 조항의 단서 부분이다. 이 부분은 책임 부과 조항인지 아니면 면책조항의 예외 부분인지, 및 구체적인 사례에서 "명백히 알고 있거나 또는 알 수 있었을 경우"를 어떻게 판단을 해야 하는지에 대하여 모두 부동한 의견이 있다. 이 부분에 대하여서도 다음 부분의 판례 부분에서 상세히 검토하도록 한다.

IV. 삭제-통지의 의무

인터넷기술의 특성으로 인하여 온라인에서 권리침해의 확대 속도는 통제하기 어려울 정도로 빠르다. 중국 저작권법 제 49 조에 의하면, 권리자는 기소 전 인민법원에 권리 침해 행위의 제지를 신청할 수 있지만, 상황이 긴급한 경우에는 이러한 절차도 권리 침해 범위의 확대를 신속히 공제할 수는 없다. 권리침해행위를 제때에 제지할 수 없다면 저작권자의 권리도 막대한 손해를 입게 된다. 권리침해행위가 인정되면 가장 빠른 시간 내에 이것을 제지하여 손해의 확대를 막을 필요가 있다. 통지-삭제의 절차는 권리자에게 더욱 빠르고 편리한 구제 도경을 제공하였다. 이와 동시에 온라인서비스제공자들도 모종의 의무를 이행함으로써 연대배상의 책임에서 벗어날 수 있다.

이에 미국에서 1998 년 반포된 DMCA[99]에서는 처음으로 '통지-삭제'의 절차를 창설하였데, 그 목적은 권리자가 제때에 온라인상의 권리침해정보를 온라인서비스제공자에게 제공하여 삭제할 것을 요구함으로써 권

99) THE DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT OF 1998, http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf, 2012년 5월 1일 방문.

리침해를 줄이는 데 있다. 한편 이러한 제도는 온라인서비스제공자로 하여금 이용자의 권리침해행위와 연루되지 않게 함으로써 선의의 온라인서비스제공자를 보호하여 기술의 발전에 장애가 없게 하였다.

중국도 이러한 제도를 도입하여 <불법행위법(침권책임법[100])><인터넷저작권행정보호방법>[101], <정보네트워크전파권보호조례>, <최고인민법원이 인터넷저작권 분쟁 사건에 있어서 법률 적용에 관한 약간의 문제에 대한 해석> 등에서 모두 '통지-삭제'의 제도에 관한 규정을 두었다.

중국의 <불법행위법> 제 36 조에서는 "인터넷 사용자나 인터넷 서비스 제공자가 인터넷을 이용하여 타인의 민사적 권익을 침해한 경우에는 불법행위책임을 진다. 인터넷 사용자가 인터넷 서비스를 이용하여 불법행위를 한 경우에 피해자는 인터넷 서비스 제공자에게 삭제, 차단 및 연결단절 등 필요한 조치를 취할 것을 통지할 권리가 있다. 인터넷 서비스 제공자가 통지를 받은 후 적절한 조치를 취하지 않아 확대손해가 발생한 경우에는 당해 인터넷 사용자와 연대하여 책임을 진다. 인터넷 서비스 제공자가 인터넷 사용자가 자기의 인터넷 서비스를 이용하여 타인의 민사적 권익을 침해한다는 사실을 알면서도 필요한 조치를 취하지 않은 경우에는 당해 인터넷 사용자와 연대하여 책임을 진다."고 규정을 함으로써 인터넷서비스제공자의 의무 및 책임을 명확히 규정하였다.

절차와 세부적인 내용에 대한 규정은 <정보네트워크전파권보호조례> 제 14 조 내지 제 17 조에 있다. 삭제-통지의 의무의 이행은 주로 두가지 절차가 포함된다. 우선, 온라인서비스제공자는 권리자가 보낸 <조례>의 규정에 부합된 "서면통지"[102]를 받은 뒤 반드시 즉시 권리 침해 내용을

100) 侵權責任法, 2009년 12월 26일 공포, 2010년 7월 1일 시행.

101) 互聯网著作權行政保護辦法, 중국국가판권국, 정보산업부 2005년 4월 29일 반포, 2005년 5월 30일 시행.

102) <정보네트워크전파권보호조례>제14조 정보 저장 공간 또는 검색, 링크서비스를 제공하는 인터넷 서비스 제공업체에 대해 권리자가 해당 서비스가 제공하는 작품, 실연, 음반영상물이 자신의 정보네트워크 전송권을 침해했거나 자신의 전자저작권관리정보가 삭제 또는 변경됐다고 판단한 경우 인터넷 서비스 제공업체에게 서면통지를 통해

삭제하거나 링크를 차단하여야 하며 동시에 해당 내용을 업로드한 온라인사용자에게 권리 침해 통지서를 보내야 한다[103]. 여기서 “서면통지”는 아래와 같은 조건을 만족해야 한다. ⅰ) 권리자의 성명(명칭), 연락방식, 주소. ⅱ) 삭제 또는 링크해제를 요구하는 작품, 실연, 음반영상물의 명칭과 인터넷주소. ⅲ) 권리침해를 증명할 수 있는 기초자료.

다음, 통지서를 받은 인터넷 사용자가 권리의 침해를 인정하지 않을 경우, 온라인서비스제공자 에게 반통지를 보낼 수 있는데[104], 이때 온라인서비스제공자는 해당 내용을 회복할 수 있다. “반통지”는 아래와 같은 조건을 만족해야 한다. ⅰ) 서비스대상의 성명(명칭), 연락처, 주소. ⅱ) 복구를 요구하는 작품, 실연, 음반영상물의 명칭 및 인터넷주소. ⅲ) 권리침해사실이 없다는 사실을 증명할 수 있는 기초자료.

온라인서비스제공자는 서비스대상의 서면설명서를 수령한 후 해당 저작물에 대한 삭제 또는 링크의 해제를 즉시 복구해야 한다. 동시에 서비스대상의 서면설명서를 권리자에게 전달해야 한다. 이때 권리자는 인터넷 서비스제공업체에게 해당 작품, 실연, 음반영상물의 삭제나 링크해제를 요구하는 통지를 다시 보낼 수 없다.[105]

해당 작품, 실연, 음반영상물의 삭제나 링크 해제를 요구할 수 있다. 서면통지는 다음과 같은 사항이 포함되어야 한다. 1) 권리자의 성명(명칭), 연락방식, 주소. 2) 삭제 또는 링크해제를 요구하는 작품, 실연, 음반영상물의 명칭과 인터넷주소. 3) 권리침해를 증명할 수 있는 기초자료. 이외 권리자는 서면통지서 내용의 진실성에 대해 책임을 져야 한다.

103) <정보네트워크전파권보호조례> 제15조 인터넷 서비스 제공업체는 권리자가 보낸 통지서를 수령한 후 권리침해가 된 작품, 실연, 음반영상물을 즉시 삭제하거나 링크를 해제해야 하며, 동시에 해당 작품, 실연, 음반영상물을 제공한 서비스대상에게 통지서를 전달해야 한다. 그 대상의 인터넷주소를 알 수 없어 전달이 불가능한 경우 정보네트워크상에 통지서의 내용을 공고해야 한다.

104) <정보네트워크전파권보호조례> 제16조 서비스대상은 인터넷 서비스 제공업체가 전달한 통지서를 접수한 후, 자신이 제공한 작품, 실연, 음반영상물이 타인의 권리를 침해하지 않았다고 생각하는 경우에는 인터넷 서비스 제공업체에게 서면설명서를 제출해 삭제 또는 링크 해제된 작품, 실연, 음반영상물의 복구를 요구할 수 있다. 서면설명서에는 다음과 같은 사항이 포함되어야 한다. ⅰ) 서비스대상의 성명(명칭), 연락처, 주소. ⅱ) 복구를 요구하는 작품, 실연, 음반영상물의 명칭 및 인터넷주소. ⅲ) 권리침해사실이 없다는 사실을 증명할 수 있는 기초자료. 그리고 서비스대상은 서명설명서 내용의 진실성에 책임을 져야 한다.

다음 절에서는 구체적인 분쟁 사례를 보면서 이상의 규정들에 대하여 구체적으로 검토하도록 한다.

제2절 중국 내 저작권 침해 분쟁 사례

I. 정보저장서비스제공자의 책임

1. 정보저장서비스제공자의 정의

정보저장서비스제공자는 온라인서비스제공자의 하나로서 온라인서비스제공자가 온라인서비스를 제공하고 서비스대상이 정보네트워크를 통하여 공중에게 작품, 녹음녹화제품을 제공하며, 온라인서비스제공자가 이러한 작품, 녹음녹화제품에 대해 삭제하거나 차단할 권한을 가지는 자를 지칭한다.[106] 온라인서비스제공자가 서비스대상자에게 정보저장공간을 제공하는 형식에는 세 가지가 있다. 첫째는 타인에게 저장공간을 대여 또는 무료로 제공하여 개인적으로 사이트를 오픈할 능력이 없는 자에게 정보를 제공하고 자신만의 사이트를 만들 수 있게 하는 것이다. 이러한 사이트는 사용자 본인이 관리를 하며 온라인서비스제공자는 아무런 간섭도 하지 않는다. 마치 현실 속의 주거의 임대와 같다. 둘째는 이러한 정보공간을 이용하여 공중이 교류하는 인터넷환경을 만들어 주는 것이다. bbs나 채팅방 등을 예로 들 수 있다. 셋째는 무료 또는 유상으로 정보저장서비스를 제공하여 서비스 대상자가 작품, 녹음녹화제품 등을 저장할 수 있도록 한다. 가정사진첩, 블로그, 웹하드 등이 그 예이다.

정보저장공간 서비스를 제공하는 온라인서비스제공자는 사용자가 저작권을 침해하는 작품을 저장공간에 올렸을 때에사용자의 권리침해에 대하

105) <정보네트워크전파권보호조례> 제17조 인터넷 서비스 제공업체는 서비스대상의 서면설명서를 수령한 후 즉시 삭제 또는 링크 해제된 작품, 실연, 음반영상물을 복구해야 한다. 동시에 서비스대상의 서면설명서를 권리자에게 전달해야 한다. 권리자는 인터넷 서비스제공업체에게 해당 작품, 실연, 음반영상물의 삭제나 링크해제를 요구하는 통지를 다시 보낼 수 없다.

106) 汪涌, 史學淸, 网絡侵權案例硏究, 中國民主法制出版社, 2009

여 기술적으로 방조 작용을 하는 것이 되므로 저작권을 직접 침해한 사용자와 함께 공동책임을 져야 한다. 하지만 인터넷산업의 발전을 위하여 중국에서는 저작권침해책임의 면제조항 즉 이른바 “대피항원칙”을 설정하였다. 이는 권리의 침해가 발생하더라도 원칙에 부합되는 경우에는 책임을 면제하도록 하는 규정이다.

폭풍 등으로 기상이 악화될 때 선박은 대피항에 잠깐 피신해 있다가 폭풍이 지나면 계속해서 항해한다. 온라인서비스제공자들의 대피항으로 불리는 원칙들을 사례를 통해 살펴보도록 한다.

2. 北京龍樂文化藝術有限會社 V. 北京網絡秀디지털미디어文化有限會社[107]

(1) 사실관계

2005년에 北京龍樂文化藝術有限會社(이하 ‘龍樂’으로 약칭)는 노래 <等咱有了錢>의 정보네트워크전파권을 양도받았다. 2006년 7월에 北京網絡秀디지털미디어文化有限會社(이하 ‘網絡秀’로 약칭)가 M149사이트에 龍樂이 정보네트워크전파권을 가지는 노래를 업로드하고, 노래의 제목을 입력하여 ‘검색’을 클릭하면 26곡의 검색결과가 나오게 하였다. 이에 龍樂은 網絡秀에 대하여 자신의 정보네트워크전파권을 침해한 이유로 소송을 제기하였다.

(2) 1심법원의 판단

1) 龍樂이 해당 곡의 정보네트워크전파권을 소유하고 있는지 여부

龍樂은 양도를 통하여 본 사건 중 저우시시(粥稀稀)가 부른 노래 5곡 및 그 가사의 저작권과 저작인접권을 가지고, 이에 상응하는 정보네트워크전파권을 가진다고 주장하였다. 동시에 龍樂은 양도를 통하여 옌보(嚴

107) 1심: 北京市朝陽區人民法院 (2006) 朝民初字第24729号民事判決書, 2심: 北京市第二中級人民法院(2007)二中民終字第5328

波)가 부른 노래 2곡을 실연할 저작인접권을 가지고, 이에 상응하게 정보네트워크를 통하여 옌보의 실연을 전파하는 권리를 가진다고 주장하였다. 하지만 龍樂은 옌보가 부른 노래에 관한 권리에 대하여 증거를 제시하지 못하였으므로 이 부분에 대하여는 인정받지 못하였다.

2) 網絡秀가 배상책임을 져야 하는지 여부

<정보네트워크전파권보호조례> 제22조의 규정에 의하면 "네트워크서비스제공자가 서비스대상에게 정보저장공간을 제공하고 서비스대상이 정보네트워크를 통하여 공중에게 작품, 연기, 녹음·녹화 제작품을 제공하게 하면서 아래의 조건에 부합하는 경우 배상책임을 부담하지 아니한다.

①당해 정보인식 스페이스는 서비스대상에게 제공하는 것임을 명백히 표시하고 네트워크서비스제공자의 명칭, 연락인, 네트워크 주소를 공개한 경우

② 서비스대상이 제공한 작품, 연기, 녹음·녹화 제작품을 변경하지 아니한 경우

③ 서비스대상이 제공한 작품, 연기, 녹음·녹화 제작품의 권리침해사실을 모르거나 알 수 있는 합리적 이유가 없는 경우

④ 서비스대상이 제공하는 작품, 연기, 녹음·녹화 제작품에서 직접 경제적 이익을 취하지 아니한 경우

⑤ 권리자의 통지서를 접수한 후 이 조례 규정에 의거하여 권리자가 권리를 침해하였다고 인정하는 작품, 연기, 녹음·녹화 제작품을 삭제한 경우."

본 사건에서는 위 다섯 가지 요건에 대하여 일일이 검토해야 한다. 첫째, 龍樂과 網絡秀가 제출한 공증서에 의하면 網絡秀의 M149사이트의 "M149공간"은 등록회원에게 저장공간을 제공한다. 둘째, 본안의 심사에

의하면 网絡秀는 공간등록자가 업로드한 음악에 대하여 내용의 변경을 하지 않았고, 오직 업로드된 내용의 저장위치만을 관리하였으며 그 노래의 내용을 이해하는 데 편의를 제공하였다. 셋째, 龍樂 및 기타 권리자가 網絡秀에 권리증명서를 제출하지 않은 상황에서 網絡秀가 공간등록자가 업로드한 음악이 권리를 침해하였다는 것을 알았거나 알아야 한다는 것을 증명할 수 없다. 넷째, 龍樂은 网絡秀가 업로드된 음악으로 인해 직접 금전적 이익을 받았다는 것을 발견하지 못하였으며 오직 사이트에 광고가 있다고 진술하였다. 다섯째, 龍樂은 網絡秀에 권리침해의 소지가 있는 음악을 삭제하라는 통지를 하지 않았으며, 網絡秀는 본안 소송 제기 후 M149 사이트의 "M149 공간" 서비스를 정지하고 권리침해의 소지가 있는 음악을 삭제하였다.

網絡秀는 책임을 부담하지 않는 조건을 모두 충족하므로 龍樂이 網絡秀에 손해배상의 책임을 질 것을 요구하는 청구는 받아들여질 수 없다.

3) 판결

법원은 다음과 같이 판결하였다.

<중화인민공화국저작권법> 제 10 조 제 12 항, 제 37 조 제 6 항 및 <중화인민공화국정보네트워크전파권보호조례> 제 14 조, 제 15 조, 제 22 조의 규정에 의하여 아래와 같이 판결한다.

一. 網絡秀는 권리침해로 인정된 노래 5 곡을 www.m149.com 에서 삭제한다.

二. 龍樂의 기타 청구를 기각한다.

(3) 2 심법원의 판단

1) 당사자의 주장

龍樂은 원심판결에 불복하여 상소하였으며 網絡秀가 노래 7곡의 인터넷전파권에 대한 침해를 정지하라는 판결을 요구하였고, 온라인듣기 및 다운로드 기능의 제공을 정지하며 경제손실 14만 위안 및 기타 비용 5만 위안을 배상할 것을 요구하였다. 상소의 이유는 아래와 같다.

① 원심판결에서 "공간"이라는 두 글자로 網絡秀가 저장공간서비스를 제공하는 온라인서비스제공자라고 인정한 것은 잘못이다. 網絡秀는 노래에 대하여 분류, 편집과 추천을 하였고, 타인의 권리침해 행위에 대하여 온라인플레이어 프로그램을 제공하였으므로 網絡秀는 권리침해물의 제공자라 할 수 있다.

②원심판결이 網絡秀를 정보네트워크서비스제공자로 인정하여 <정보네트워크전파권보호조례>를 적용한 것은 법률적용의 착오이다.

2) 법원의 판단

본안의 쟁점은 피상소인인 網絡秀의 행위가 인터넷내용서비스제공자의 행위에 해당하는지 여부와 권리침해에 따르는 법적 책임을 부담해야 하는지 여부라고 하면서, 아래와 같이 인정하였다.

첫째, 피상소인인 網絡秀의 행위가 인터넷내용서비스제공자의 행위에 해당하는지 여부

피상소인인 網絡秀가 제공하는 온라인듣기 프로그램은 온라인서비스제공자로서 가장 기본적인 인터넷 서비스 사항이고, 그가 주관적으로 본안중의 노래가 권리를 침해하였다는 정보에 대하여 "명지 또는 응지"하지 않았음을 전제로, 온라인듣기의 사용자를 확대하고 해당 플레이어 프로그램을 제공하였다는 것만으로 인터넷내용서비스제공자라고 인정할 수 없다. 이외 [듣기]카테고리의 기능은 노래의 URL주소에 대한 복제만 제공하며, URL주소가 가리키는 주소는 업로드한 사용자의 개인공간이지, 피상소인의 웹사이트에서 직접 노래파일을 다운로드할 수 없다. 이외

[듣기]카테고리 중의 음악파일의 출처는 모두 사용자의 개인공간이다. 그러므로 網絡秀는 인터넷내용서비스제공자라 인정할 수 없다.

둘째, 網絡秀의 면책에 관하여 1 심에서 판단한 5 가지 근거는 모두 타당하다.

3) 2 심법원의 판결

원심판결을 유지한다.

3. 판례분석

본 판례는 정보저장공간을 제공하는 온라인서비스제공자의 면책을 명확히 제시한 사례라고 할 수 있다.

<정보네트워크전파권보호조례> 제 22 조에서는 정보저장공간을 제공하는 온라인서비스제공자가 위에서 본 특정한 조건 다섯 가지를 만족할 때 책임을 면제한다고 규정하였는데,

이 사건은 이 규정을 구현한 사례이다.

II. P2P 서비스제공자의 책임

1. P2P 의 정의

P2P 란 기존의 서버와 클라이언트 개념이나 공급자와 소비자 개념에서 벗어나 개인 컴퓨터끼리 직접 연결하고 검색함으로써 모든 참여자가 공급자인 동시에 수요자가 되는 형태이다. P2P 에는 크게 2 가지 방식이 있다. 하나는 어느 정도 서버의 도움을 얻어서 개인간 접속을 실현하는 방식이고, 다른 하나는 클라이언트 상호간에 미리 주소(IP address) 등의 개인 정보를 공유하여 서버 없이 직접 연결하는 방식이다. 앞의 경우에도 접속 및 검색 단계 이후는 뒤의 경우와 동일하게 개인끼리 직접 정보를 공유하고 교환하게 된다. [108]앞의 예로 미국의 냅스터(Napster)와 한

국의 소리바다 등을 들 수 있고 뒤의 방식으로는 그누텔라(Gnutella)가 대표적이다.

2. 步昇음악회사 V. 飛行사이트음악소프트웨어회사 사건[109]

(1) 사실관계

원고 步昇음악회사는 <爸爸別裝了> 등 21 개 곡에 관하여 음반의 제작, 출판, 발행에 관한 배타적 권리를 보유하고 있다.

피고 1 飛行사이트음악소프트웨어회사에는 KURO 소프트웨어라는 채널이 있는데 KURO 는 P2P 전송방식을 통하여 회원들이 서로 음악을 공유할 수 있는 플랫폼이다. 사용자는 최신 MP3 를 KURO 에서 검색, 다운로드, 재생, 복사할 수 있다. 피고 1 飛行사이트음악소프트웨어회사는 피고 2 베이징다뤼황중(大)전자비지니스유한회사와 기술서비스협의서를 체결하고, 다뤼황중회사에 소프트웨어 및 그 A/S 와 인터넷기술 등 관련 서비스를 제공하기로 하였다. KURO 소프트웨어는 음악을 중국, 중국 민남지구, 유럽과 미국, 한국과 일본, 광둥어 등 8 가지로 분류하고 이 8 가지 분류를 또 다시 세분류로 구분하여 매월 20 위안에 KURO 의 유료회원으로 가입하면 이 소프트웨어를 이용하여 노래를 다운로드할 수 있다. KURO 에서 다운로드할 수 있는 사건 관련 53 곡의 노래는 모두 步昇음악회사에서 배타적 권리를 보유하고 있는 노래였다.

(2) 쟁점

1) P2P 서비스 업체의 권리침해 저작물에 대한 주관적 과실의 유무

2) 서비스 업체의 실질적인 방조행위 인정 여부

---

108) [출처] P2P [peer to peer] | 네이버 백과사전
109) 북경시 제2중급인민법원, 2006년 12월 19일 선고, (2005)二中民初字 제13739호 판결

(3) 법원의 판단

1) 두 피고는 본 판결이 효력을 발생하는 날로부터 사건 관련 53곡의 노래에 대한 음반제작자의 권리를 침해하는 행위를 중지한다.

2) 두 피고는 본 판결이 효력을 발생하는 날로부터 10일 내에 원고의 경제손실 20만 위안 및 소송에 지출된 합리적인 비용 1만 위안을 연대 배상한다.

3. 판례분석

이 판례는 인터넷서비스제공자의 주관적 과실 및 권리 침해 방조의 확정에 의미가 있다. 위 판례는 인터넷서비스제공자가 권리침해를 방조한 주관적 과실은 직접적인 권리침해행위의 존재를 명지 또는 응지한 이후에도 사용자가 계속하여 P2P 소프트웨어 및 관련 인터넷서비스를 이용하도록 한 것으로 판단하였으며, 인터넷서비스제공자는 최종사용자에게 P2P 소프트웨어와 인터넷서비스를 제공하였으므로 사용자가 디지털파일을 업로드 또는 다운로드하는 권리침해행위를 방조하여 간접적인 권리침해에 해당된다고 판시한 사례로서, 중국에서 P2P 서비스제공업자가 사용자의 저작권침해 행위에 대한 방조로 공동불법행위를 구성하여 공동책임을 부담하게 된 첫 사례이다.

사실 P2P 서비스 제공자의 책임에 관련된 최초의 규정은 중국 최고인민법원의 사법해석 <인터넷저작권분쟁 법률적용에 관한 몇 가지 문제에 대한 해석>에서 볼 수 있다.[110] P2P 서비스 제공자에 관련하여 법적으로 정의된 바가 없지만 위 <해석> 제3조에서는 “온라인서비스제공자가 온라인을 통하여 타인이 저작권을 침해한 행위에 참여하거나, 온라인을 통하여 타인의 저작권침해 행위를 교사, 방조하는 경우에는 민법 제130조의 규정에 의하여 공동책임을 진다.”고 규정하였다. P2P의 중앙 서버가

110) <인터넷저작권분쟁 법률적용에 관한 몇 가지 문제에 대한 해석>(2006년 수정) 제3

사용자의 컴퓨터에 파일정보와 직접적인 관련이 있는 검색링크 및 정보출처를 제공하였으므로 넓은 의미의 온라인서비스제공자라고 할 수 있다.

2006년 7월 1일부터 실시한 <정보네트워크전파권보호조례>에서는 온라인서비스제공자의 책임제한 규정에서 單純導管, 저장, 검색, 링크의 네 가지 온라인서비스에 대해서만 규정을 두고 P2P에 대한 규정을 회피하였는데 이는 <조례>가 이 기술에 대하여 아직 보수적인 태도를 가지고 있음을 알 수 있다.

III. 검색/링크 서비스제공자의 책임

1. 검색서비스란

인터넷에 전세계의 컴퓨터가 연결되어 있기 때문에 엄청나게 많은 정보와 자료들이 존재하고 있다. 인터넷에서 정보를 찾을 수 있는 도구가 필요한데, 이러한 기능을 수행하는 것이 바로 검색엔진이다. 이러한 검색엔진을 통하면 몇 가지 단어를 입력함으로써 간단하게 자기가 얻고자 하는 정보를 찾을 수 있게 된다. 검색엔진의 대부분은 최신 정보를 수집하기 위해 검색로봇이라는 프로그램을 함께 갖추고 있는 경우가 많다. 검색방법으로는 주제별 분류에 따라 찾아가는 방법과 찾고자 하는 정보와 관련된 핵심단어를 입력하여 찾는 방법 등이 있다.[111)]

검색서비스를 완성하려면 검색된 내용의 링크까지 제공하여야 하기 때문에 검색은 항상 링크와 함께 존재한다고 할 수 있다. 아래에서 소개하게 될 판례 역시 검색을 통해 링크로 표시된 주소에서 음악을 다운로드했을 때의 책임 유무의 문제이므로 검색과 링크를 따로 구별하지 않고 검색/링크서비스로 통칭한다.

온라인서비스제공자가 제공하는 링크서비스는 그 방법에 따라 단순링

111) 출처: 네이버 지식사전 http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=12546

크(Simple Link)와 직접링크(Deep Link)로 나눌 수 있다. 단순링크란 웹사이트 이용자를 관련 정보가 있는 타깃사이트 즉, 링크가 되는 웹사이트의 초기화면으로 이동시키는 것을 말한다.[112] 관련 사이트 바로가기와 같은 링크를 걸어두고 그 링크를 클릭하면 해당되는 웹사이트의 초기화면으로 이동하게 된다. 이처럼 단순링크 방법을 사용할 경우, 해당 웹사이트의 초기화면으로 이동하기 때문에 해당 웹사이트의 내용이 저작권침해라 할지라도 링크를 제공하는 자는 링크 제공이라는 행위만으로 저작권침해가 되지 않는다.

직접링크는 이용자로 하여금 타깃 사이트의 초기화면을 거치지 않고 해당 정보가 있는 하위 웹페이지로 바로 이동하게 하는 것을 말한다. 단순링크와 달리 이 직접링크는 저작권침해 여부에 관한 논란의 대상이 되고 있다.

전세계적으로 유명한 검색/링크 서비스업자로는 Google, Yahoo, Baidu, MSN, Wiki search 등이 있다. 검색엔진은 검색자들에게 정확한 자료를 순식간에 제공해 준다. 검색엔진의 출현은 정보의 전파 속도를 크게 높임으로써 검색자들을 편리하게 하였다. 그러나 검색기술의 발전과 더불어 인터넷에서의 저작권침해행위가 늘어나게 됨에 따라 검색서비스제공자는 저작권침해행위의 "방조범"으로 지목되며 저작권관련 산업에서 주목하는 대상이 되었다.

중국에서 가장 유명한 검색엔진은 바이두(百度)로서, 바이두에 관하여 수차례 소송이 제기되었다.

2. 바이두 V. 7 대 음반회사 사건 [113]

---

112) 링크행위의 저작권에 대하여, 한국지적재산권법제연구원

113) 중국의 검색엔진 www.baidu.com을 피고로 하는 사건을 가리킨다. 北京市第一中級人民法院 (2005)一中民初字第7978号、8478号、7965号、8474号、8995号、10170号、8488号民事判決書

(1) 소송진행의 개요

EMI홍콩(EMI GROUP HONG KONG LIMITED), SONY BMG (홍콩) 유한회사(SONY BMG MUSIC ENTERTAINMENT (HONG KONG LIMITED), 화나(華納)음반유한회사(WARNER MUSIC HONGKONG LIMITED),환츄(環球)음반유한회사(Universal International Music B.V.)、진파이(金牌)엔터테인먼트유한회사(GOLD LABEL ENTERTAINMENT LIMITED)、정둥(正東)음반유한회사(GO EAST ENTERTAINMENT COMPANY LIMITED)、신이바오(新藝寶)음반유한회사(CINEPOLYRECORDS COMPANY LIMITED) 등 IFPI 소속의 7개 회사는 2005년 6월과 8월에 걸쳐 베이징바이두과학기술유한회사에 대하여 바이두가 검색/링크서비스를 제공하는 과정에서 자신의 정보네트워크 전파권을 침해하였다고 소송을 제기하여 베이징시 제1법원에서는 2005년 11월 17일에 7개 회사를 원고로 하고 북경 바이두 회사를 피고로 하는 이 사건에 대하여 동시에 판결을 선고하였다.

(2) 사실관계

원고인 7개 회사는 IFPI에 소속되어 있는 유명한 홍콩 음반회사들로서 음반에 대해 저작인접권을 가진 자들이다. 바이두는 검색포털사이트로서 검색창에 검색어만 입력하면 원하는 음악에 대한 정보를 얻을 수 있고 이외 뉴스, 사이트, MP3 등 카테고리로 분류하여 [MP3]을 클릭한 뒤 [가수]를 클릭하면 해당되는 노래 제목이 나오고 [듣기], [가사], [컬러링]을 클릭하면 해당 서비스를 받을 수 있는 웹페이지가 뜬다. 노래 제목을 클릭하고 [다른 이름으로 저장]을 클릭하면 바로 노래를 다운로드할 수 있게 되어 있으며 이때 [속성]에 나타나는 URL주소는 http://MP3.Baidu.com/m?ct...이다.

원고는 피고가 www.baidu.com에서 원고가 녹음제작자로부터 인수하

여 정보네트워크전파권을 보유하는 노래에 대한 온라인플레이와 다운로드 서비스를 제공하여 원고의 정보네트워크전파권을 침해하였으며 막대한 경제손실을 초래하였다고 주장하였다.

이에 대해 피고는 바이두는 검색엔진서비스를 제공하는 인터넷서비스업자로서 MP3 검색서비스는 피고의 검색서비스의 내용 중의 하나이며, 피고는 검색된 웹사이트의 정보에 대하여 그 어떤 가공 또는 처리도 하지 않으며 모두 프로그램이 자동적으로 완성하는 것이며, 피고는 링크만 제공할 뿐 그 어떤 내용도 제공하지 않으며, 링크된 내용에 대하여 그 어떤 선택과 통제도 하지 않아 권리침해의 주관적인 고의 또는 과실이 없으며, "해당 곡은 저작권자의 저작권에 의한 통제를 받는다."는 성명을 사전에 하였기에 권리자의 권리를 보호하는 데 적절한 조치를 취하였다고 주장하였다.

(3) 1 심법원의 판단

1) 피고의 행위에 주관적인 고의 또는 과실이 있는지 여부

우선 검색엔진기술은 최근의 인터넷 발전으로 출현한 새로운 기술이다. 그 서비스 취지는 인터넷 사용자가 방대한 분량의 자료들 가운데 원하는 정보를 쉽게 찾을 수 있도록 도와주는 것이다. 피고가 제공하는 MP3 검색 서비스는 인터넷공간의, 음원이 디지털형식으로 된 파일을 검색대상으로 하며, 그 검색범위는 전체 인터넷공간의 링크를 금지하지 않은 모든 웹사이트이다. 다음으로, 검색엔진과 저작물을 업로드한 사이트간에 링크 관계를 형성할 수 있는지 여부는 그 사이트에 음원이 디지털형식으로 된 파일을 업로드하였는지 여부 및 사이트가 링크를 금지하였는지 여부에 달려 있다. 첫째, 검색의 내용에서 볼 때, 그 출처는 디지털화된 저작물을 업로드한 사이트이며, 그 사이트에 의해 통제를 받는다. 따라서 검색엔진은 검색된 내용의 합법성에 대하여 예견성, 식별성 및 공제성을 가지고 있지 않다. 둘째, 링크된 사이트에서 링크를 금지하지

않는다는 것은 검색엔진서비스의 시스템이 그 사이트의 내용에 대하여 서로 연결, 교류할 수 있으며 정보를 공유할 수 있게 된다는 것을 의미한다. 그러므로 피고가 제공한 MP3 검색서비스는 타인의 정보네트워크전파권을 침해하는 주관적인 고의 또는 과실이 없다.

2) 피고의 검색시스템에 [듣기], [다운로드] 기능을 설치한 것이 원고의 정보네트워크전파권을 침해하였는지 여부

검색엔진시스템은 사람이 검색결과에 대하여 인지할 수 있는 기능을 제공해야 한다. 만약 검색결과가 사람에 의하여 인지될 수 없으면 검색자는 검색결과에 대하여 판단을 할 수 없게 되므로 이런 검색은 의미를 상실하게 된다. [검색]기능은 피고가 검색결과를 보여 주는 한 가지 방식으로서 검색자가 식별과 판단을 할 수 있게 하는 데 목적이 있다고 할 수 있다. [다운로드]는 사용자와 해당 음악파일을 업로드한 사이트 사이에 발생하는 행위로서, 다운로드되는 음악파일은 baidu.com 에서 오는 것이 아니다. 따라서 바이두가 원고의 정보네트워크전파권을 침해하였다는 주장은 성립되지 않는다. 현재 검색엔진의 상업모델과 기능의 설치에 대하여 명확한 규범과 제한이 없으며, 피고가 자신의 검색엔진이 링크한 작품이 타인의 권리를 침해할 여지가 있다는 것을 알고 있거나(明知) 알아야 한다(應知)는 것을 원고가 증명할 수 없는 상황에서, 원고의 정보를 침해할 여지가 있는 링크된 음악파일의 업로드행위와 사용자의 다운로드 행위에 대하여 식별과 판단능력이 없는 검색엔진이 법적 책임을 져야 한다는 것은 근거가 없다.

3) 현재 검색서비스에 의해 발생할 수 있는 권리침해행위에 대한 처리

첫째, 사이트에 검색을 허용하지 않는 부분을 공지하는 형식을 취할 수도 있고, 둘째, 권리자가 검색엔진서비스로 검색된 녹음제품이 권리자의 정보네트워크전파권을 침해했다고 여기는 경우에는 검색엔진서비스제

공자에게 서면통지를 하여 관련된 링크를 차단할 것을 요구할 수 있다. 통지에는 반드시 권리침해 사이트의 URL 주소를 밝혀야 한다. 검색엔진 서비스제공자는 권리자의 통지를 받은 후, 즉시 해당 링크를 차단해야 한다. 비록 온라인 환경에서의 권리자는 자신의 권리를 수호하는 데 있어서 어려움이 많이 증가되었지만, 검색엔진을 통하여 자신의 권리가 침해당하였음을 빠른 시간 내에 알 수 있으며 법에 근거하여 권리의 침해를 제지할 수도 있음에도 원고는 통지의무를 이행하지 아니하였다.

피고의 검색엔진서비스를 통하여 업로드된 음악디지털파일을 찾을 수 있다는 것은 바로 검색엔진의 편이성인데, 피고의 검색서비스를 반드시 거쳐야만 권리침해의 여지가 있는 음악을 찾을 수 있다는 결론은 내릴 수 없다. 인터넷환경에서, 검색엔진의 존재가 없어도, 사이트가 일단 권리침해의 여지가 있는 음악을 업로드했을 경우 그것의 인터넷을 통한 전파가능성은 객관적으로 존재한다. 그러므로 원고가 유사한 많은 문제를 제기하였지만 모두 피고가 원고의 정보네트워크전파권을 침해했다는 것을 증명할 수 없었다.

4) 법원의 판결

<저작권법> 제 10 조 제 12 항[114] 및 <최고인민법원의 컴퓨터네트워크 저작권분쟁사건 심사 시 법률적용에 관한 약간의 문제에 대한 해석> 제 8 조[115]의 규정에 의거하여 아래와 같이 판결하였다.

원고 화나음반유한회사(이하 '화나'라 약칭)의 소송청구를 기각한다.

(4) 2 심법원의 판단

114) 정보네트워크전파권이란, 유선 또는 무선의 방식으로 공중에게 작품을 제공하여 공중으로 하여금 개인이 선택한 시간과 지점에서 작품을 獲得할 수 있는 권리.

115) 제8조 온라인서비스제공자가 권리자의 명확한 증거가 있는 경고에 의하여 권리를 침해하는 내용을 삭제하는 등 조치를 취하였을 때, 권리가 침해된 자가 온라인서비스 제공자에게 책임의 부담을 요구할 때, 인민법원은 인용하지 아니한다.

1) 당사자의 주장

화나는 다음과 주장하였다. 첫째, 1 심에서 바이두의 행위가 화나의 정보네트워크전파권을 침해하지 않는다고 인정한 것은 잘못된 판결이다. 둘째, 1 심판결에서 바이두가 주관적인 과실이 없다고 판단한 것은 법적 근거가 없다. 셋째, 법원이 바이두의 주관적 과실은 고려하지 않고 화나가 통지의무를 이행하지 않았다고 판단한 것은 사실인정과 법률적용에서 모두 착오가 있다. 넷째, 바이두가 제공하는 음악카테고리검색서비스와 일반검색서비스는 본질적으로 차이가 있으며 이러한 중대한 권리침해를 방임하면 인류문명의 진보를 저해할 수 있다.

바이두가 제공하는 것은 전문적인 음악전달서비스이므로 일반적인 검색엔진과 본질적인 차이가 있다. 바이두는 검색된 내용의 합법성에 대하여 고도의 예견성, 식별성과 통제성을 갖고 있다. 바이두에서 제공한 음악전달서비스는 MP3 파일의 검색란을 통한 검색도 포함하고, 카테고리식의 검색, 뮤직박스의 서비스도 포함한다. 사용자는 바이두의 음악전달서비스 환경을 떠나지 아니하고도 음악의 [듣기]와 [다운로드]를 할 수 있다. MP3 파일에 대하여 검색창을 통한 검색을 제공하는 서비스는 정보네트워크전파권을 침해하며, 카테고리식의 검색, 뮤직박스 기능은 방조책임을 져야 한다.

2) 법원의 판단[116]

정보네트워크전파권을 침해한 행위인지에 대하여서는 소송이 제기된 권리침해가 업로드 등 방식으로 작품을 제공하는 행위에 해당하는지 여부에 따라서 판단해야 한다. 화나는 바이두가 MP3 파일을 검색창을 통하여 검색하는 형식과 카테고리 식으로 검색하는 형식의 두 가지 검색서비스로 [듣기]와 [다운로드]서비스를 제공하여 자신의 정보네트워크전파

116) 北京市高級人民法院(2007)高民終字第598号民事判決書

권을 침해하였다고 주장한다. 바이두의 사이트에서 제공하는 [듣기]와 [다운로드]서비스는 속성을 표시하는 웹에 http://MP3.baidu.com/m?ctMP3.Baidu.com 으로 표시되지만 이는 오직 검색 결과에 대하여 기술적으로 재배열한 결과이다. 화나도 바이두 사이트의 서버에 권리침해의 여지가 있는 음악이 수록되어 있지 않다는 사실을 인정하였다. 화나에서 제출한 증거는 사용자가 권리침해의 여지가 있는 음악의 [듣기]와 [다운로드]를 하는 것은 모두 제 3 자인 사이트에서 진행하는 것임을 증명할 뿐이다. 권리침해의 여지가 있는 음악은 제 3 자인 사이트의 서버에 저장되어 있는 것이므로 제 3 자인 사이트가 해당 파일을 삭제하거나 링크를 차단하는 경우에 사용자는 이 사이트의 파일을 [듣기]와 [다운로드]할 수 없게 된다. 따라서 바이두는 제 3 자인 사이트의 자원과 행위를 통제할 수 없다. 바이두가 정보네트워크전파권에 대한 직접적인 침해를 구성한다는 화나의 주장은 성립하지 않는다.

바이두에서 제공하는 MP3 검색 서비스는 링크통로서비스에 속하므로, 링크된 제 3 자인 사이트의 권리침해의 여지가 있는 녹음제품의 불법복제, 전파는 바이두가 제공하는 검색서비스가 권리침해를 구성하는지 여부의 전제가 된다. 화나에서 제출한 증거를 볼 때 제 3 자인 사이트에서 제공하는 녹음제품은 불법복제물이며, 바이두에서 검색서비스를 제공하는 행위는 불법복제물의 전파를 위해 편의를 제공하여 제 3 자인 사이트의 권리침해행위를 확대시켰다. 이런 면에서 볼 때 바이두는 객관적으로 제 3 자인 사이트의 권리침해행위에 참여, 이를 방조하였다.

중국민법통칙과 저작권법의 규정에 의하면, 법률이 따로 규정한 경우를 제외하고, 행위자는 고의 또는 과실로 타인의 신체 또는 재산을 침해한 경우에만 민사책임을 진다. 소송이 제기된 행위의 발생시점의 최고인민법원의 관련 사법해석을 볼 때 “온라인서비스제공자는 권리침해의 사실이 있음을 명지한 경우에는 민사책임을 진다”고 규정되어 “명지”는 검색서비스제공자에게 고의 또는 과실이 존재하는지를 판단하는 기준이다.

본 사건에서 화나는 바이두에 권리를 침해할 여지가 있는 링크를 차단할 것을 요구하는 통지를 한 적이 없다. 그리고 바이두는 이미 화나가 본안 소송과정에서 제출한 증거에서 지적한 권리침해의 여지가 있는 녹음제품의 모든 링크를 차단하였다. 바이두가 카테고리식의 MP3 검색서비스를 제공할 때 카테고리를 어떻게 설정할지에 대하여서는 주관적 판단의 요소가 개입될 수 있지만, 이러한 의미에서의 주관적인 판단은 권리침해의 여지가 있는 녹음제품이 바로 불법복제물이라는 데에 대하여 明知를 구성한다고 말할 수 없다. 그러므로 바이두에서 제공하는 카테고리식 MP3 검색서비스가 방조책임을 져야 한다는 화나의 주장은 성립하지 않는다.

3) 법원의 판결

법원은 원심판결을 유지한다.

(5) 판례 분석

본 사례는 중국에서 <정보네트워크전파권보호조례>가 반포되기 이전에 발생한 사건으로서 법원의 판결에서 민법통칙, 저작권법, 저작권법실시조례 및 <최고인민법원의 사법해석>만을 판결의 근거로 삼을 수 있었다. 본 판결은 아래와 같은 점을 확정하였다고 생각한다.

첫째, **링크를 제공하는 행위는 "정보네트워크전파행위"에 해당하지 않는다.** 표면상 검색 후 링크된 주소를 클릭만 하면 사용자가 원하는 음악을 바로 듣거나 다운로드할 수 있어서 음악의 내용물은 링크를 제공한 사이트에서 제공하는 것처럼 보이지만 음악 파일은 검색서비스를 제공하는 자가 아닌 제 3 자인 사이트에서 제공한 것이며, 제 3 자인 사이트에서 링크를 차단하거나 내용물을 삭제한 경우에는 사용자가 다시는 링크를 클릭하여 링크된 내용에 접근할 수 없다. 이런 면에서 볼 때 검색엔진은 제 3 자인 사이트의 자원과 행위를 통제할 수 없으며, 예견할 수도 없다.

중국 저작권법에서 규정한 “정보네트워크전파행위”라 함은 유선 또는 무선의 방식으로 공중에게 작품을 제공하여 공중으로 하여금 개인이 선택한 시간과 장소에서 그것을 획득할 수 있게 하는 행위를 가리킨다. 바이두 사이트에서 [듣기] 및 [다운로드]되도록 한 작품은 제3자인 사이트에서 제공한 것이므로 실제적으로 듣기와 다운로드를 진행하는 “정보네트워크전파행위”는 사용자와 제3자인 사이트 사이에서 발생하는 행위이다. 바이두는 인터넷환경에 이미 존재하는 정보를 검색하고 재배열하여 검색된 결과를 사용자에게 제공할 뿐이지 그 어떤 내용물도 제공하지 않아 “작품을 제공”한다고 말할 수 없기 때문에 정보네트워크전파행위에 해당하지 않는다.

법원은 문제의 전제 및 가장 중요한 문제로 된 이 부분에 대하여 확정적인 판결을 내림으로써 바이두와 같이 검색서비스를 제공하는 자의 행위의 법적 성질을 확정하였다.

둘째, **링크를 제공하는 행위는 “정보네트워크전파권”에 대한 직접침해를 구성하지 않는다.** 이상과 같이 바이두에서 검색서비스를 제공하는 행위는 정보네트워크전파행위라고 할 수 없으므로 정보네트워크전파권에 대한 직접적인 침해라는 주장은 성립할 수 없다고 판결을 내림으로써 이후의 사안에서도 이 부분에 대한 분쟁에 대한 법원의 입장을 제시하였다.

하지만 **공동책임을 구성하는 주관적 요건인 온라인서비스제공자의 주관적 고의 또는 과실을 판단하는 기준**에 대하여 설득력이 있는 기준을 제시하지 못하였다. 객관적으로 인터넷에는 대량으로 저작권자의 허락 없이 유통되는 불법복제물이 존재한다. 일단 이러한 링크가 불법복제물에 접근하도록 한다면 검색엔진은 권리침해의 전파범위를 확대시킬 수 있다. 객관적으로 검색/링크서비스는 타인의 “권리에 대한 직접침해”에 대하여 실질적인 방조를 하는 것이다. 그렇다면 어떤 상황에서 이러한

방조의 책임을 지는지는 바이두와 같은 검색/링크서비스를 제공하는 자에게 중요한 의미가 있다(하지만 이 사건 이후 <조례>가 반포되면서 공동책임의 성립요건으로 "明知 또는 應知"를 요함으로써 검색/링크 서비스제공자의 주의의무를 한 차원 높였다). 불법복제물을 차단할 것을 통지하는 "통지"는 "명지"를 증명하는 방식이라고 한 부분은 설득력이 부족해서 온라인서비스제공자의 권리침해에 대한 주관적인 고의 또는 과실을 판단함에 있어서 표준을 제시하는 판례로는 되지 못하였다.

카테고리식의 음악링크서비스를 제공하는 행위에 대하여도 판단이 모호한 부분이 있다.

카테고리식의 음악링크서비스 원리는 사용자가 MP3 의 [최신곡다운]-[가수]-[노래]순으로 이미 분류된 카테고리에서 검색할 필요도 없이 MP3.baidu.com 사이트에서 지시에 따라 클릭을 하면 원하는 음악을 자유로이 다운로드할 수 있는 것이다. 예컨대 당시 가장 유행한 음악들은 그 어떤 저작권자나 저작인접권자도 디지털화된 음악작품을 인터넷에서 무료로 다운로드할 수 있도록 허락한 적이 없다. 이는 상식적으로 생각해도 그러하다.[117] <정보네트워크전파권보호조례>의 제 23 조에 의하면 "서비스대상에게 검색 또는 링크 서비스를 제공하는 네트워크 서비스제공자가 권리자의 통지서를 접수한 후 이 조례 규정에 의거하여 권리침해 작품, 연기, 녹음・녹화 제작품의 링크를 차단한 경우 배상책임을 부담하지 아니한다. 단, 당해 작품, 연기, 녹음・녹화 제작품의 권리침해 사실을 알고 있거나 알 수 있는 경우에는 공동 권리침해 책임을 부담하여야 한다." 이는 카테고리 중 저작권을 침해하는 링크를 발견하였지만 제때에 링크를 차단하지 않을 경우에는 역시 공동침해를 구성한다는 것을 의미한다.

사건은 중국에서 <정보네트워크전파권보호조례>가 반포되기 이전의

117) 王遷, 전게서 참조.

것이라고 해도 당시 상술한 이유로 공동침해를 구성한다는 결론을 내릴 수 없었던 것은 아니다. 당시의 <최고인민법원의 컴퓨터네트워크저작권 분쟁사건 심사 시 법률적용에 관한 약간의 문제에 대한 해석>(2006 년 11 월 수정전)도 “온라인서비스제공자가 인터넷을 통하여 타인의 저작권 침해행위에 참여하였거나 또는 인터넷을 통하여 타인의 저작권침해행위를 교사, 방조하였을 경우 인민법원에서는 민법통칙 제 130 조의 규정에 따라 그와 기타 행위자 또는 권리를 직접 침해하는 행위자에게 공동침해의 책임을 추궁한다.”(제 4 조) 및 “내용서비스(콘텐츠서비스)를 제공하는 온라인서비스제공자는 인터넷 사용자가 인터넷을 통하여 타인의 저작권을 침해하는 행위를 명지하면서 또는 저작권자가 충분한 증거가 있는 경고를 제기하였지만 권리침해의 내용을 삭제하는 등 권리침해의 결과를 소거(消除)하지 않은 경우에는 민법통칙 제 130 조의 규정에 따라 그와 기타 행위자 또는 권리를 직접 침해하는 행위자와 공동침해의 책임을 진다.”(제 5 조)고 규정하였다. 카테고리식으로 음악파일의 다운로드 서비스를 제공하는 행위의 법적 성질의 판단 부분에 대하여 모호한 것이 이 판결에서의 아쉬운 점이다.

3. 11 대 음반회사 vs. 베이징아리바바정보기술유한회사[118]

(1) 소송 진행의 개요(이하 11 대 음반회사의 하나인 화나를 원고로 한 판결서를 사례로 함.)

원고는 Faithhill 이 부른, 앨범 <Cry>중 <One>· <Beautiful> 등 37 곡의 녹음제작의 권리를 보유한 자이다. 2006 년 4 월에 국제음반협회는 공증기관과 함께 네 번에 걸쳐 야후차이나에서 37 곡의 검색, 듣기, 다운로드 및 컬러링 서비스를 사용해 보았다. 야후차이나는 음악정보에 대하여 검색, 정리하고 노래의 장르, 유행정도, 가수 성별 등 여러 표준에 따라 카테고리식으로 음악을 분류하였다. 2006 년 4 월 10 일에 국제음반협

118) 중국 국내에서 아주 유명한 야후 사건이라 하는 사건이다. 北京市第二中級人民法院 (2007)二中初字第02621-02631号民事判決書

회는 화나를 대표하여 베이징야후인터넷자문서비스유한회사에 7 일 이내에 그 회원의 녹음제품과 관련된 모든 권리를 침해하는 링크를 삭제하여 달라고 통지하였으며 회원의 명단 및 녹음제품의 정보를 검색할 수 있는 공식 사이트를 제공하였다. 베이징아리바바정보기술유한회사(이하 '아리바바'라 약칭)의 전신인 베이징 3721 과학기술유한회사(이하 '3721 회사'라 약칭)는 4 월 28 일의 답장에서 같은 해 5 월에 기술조치를 설정하여 중국 이외의 IP 주소를 추적할 수 있는 사용자들이 그 MP3 검색서비스를 이용하는 것을 차단하며 5 월말 전에 MP3 검색결과에서 중국어 이외의 노래를 제공하는 것을 막을 수 있다고 밝혔다. 7 월 4 일, 화나에서 다시 야후차이나에 통지를 보내고 가수 34 명과 앨범 48 장의 리스트를 보냈으며, 136 곡의 권리가 침해 받은 구체적인 URL 주소를 보내며 통지를 받은 후 7 일 이내에 삭제할 것을 요구하였다. 7 월 13 일, 3721 회사는 화나의 변호사에게 위임장을 요구하였다. 7 월 18 일 3721 회사는 화나가 제공한 변호사 위임장을 받았다. 그리고 7 월 20 일 및 28 일 2 차에 걸쳐 관련된 URL 주소의 전자판을 제공할 것을 요구하면서 동시에 수동삭제를 시작하였다. 2006 년 7 월 26 일 및 28 일 국제음반협회에서는 야후차이나에서 <high> 등 14 곡과 관련된 저작권을 침해하는 모든 링크를 삭제하지 않은 상황에서 증거보전을 하였다. 2006 년 8 월 2 일, 3721 회사에서는 국제음반협회에 구체적으로 URL 주소를 제공한 링크만 차단할 수 있다고 밝혔다. 8 월 3 일 및 10 일, 화나에서는 야후차이나의 사이트에 있는 이상의 노래의 모든 링크는 저작권을 침해하는 링크로서 변호사가 공문으로 보낸 URL 주소뿐만 아니라 위 노래를 검색결과로 하는 모든 링크를 삭제할 것을 요구하였다. 아리바바는 2006 년 7 월 26 일부터 인공입력의 방식으로 화나가 제공한 URL 주소를 모두 삭제하였으며 8 월 3 일 모든 삭제작업을 완료하였다고 회답하였다. 2007 년 1 월 22 일, 원고 화나는 피고 아리바바가 저작인접권을 침해하였다는 이유로 베이징시 제 2 중급법원에 소송을 제기하였다.

(2) 사실관계

원고 화나는 Faithhill 의 앨범 <Cry>, Green Day 의 앨범 <Americanidiot>등에 대하여 녹음제작권을 보유하고 있으며 피고 또는 관련된 제 3 자가 피고가 경영하는 야후차이나를 통하여 상술한 녹음제품을 전파하거나 링크의 방식으로 전파하여 온라인플레이 또는 다운로드하는 것을 허락한 적이 없다.

피고는 음악의 검색 서비스를 제공하는 포털사이트로서 2006 년 4 월 10 일부터 그가 경영한 yahoo.com.cn 사이트를 통하여 공중에게 본 사건의 6 장 앨범 중 37 곡의 듣기와 다운로드 서비스를 제공하였고, 본 사건의 노래 <Somewhere I belong>등의 정보를 인위적으로 수집, 정리하고 노래의 장르, 유행정도, 가수 성별 등 표준으로 '음악유행순위', '최고남자가수', '최고여자가수' 등 카테고리로 분류하여 인터넷사용자들이 쉽게 검색할 수 있도록 하였으며, 본 사건 중의 노래 <One>, <Breaking the habit>, <Hollywood>의 컬러링서비스 및 사용자의 링크내역의 저장서비스를 제공하였으며, 파일공유 등 기능을 실행하여 사용자가 직접 듣기 또는 다운로드할 수 있도록 하였다.

원고의 주장: 피고는 인터넷사용자로 하여금 피고의 웹사이트를 떠나지 아니하고도 직접 노래의 듣기와 다운로드를 실현할 수 있게 하여 이미 일반검색엔진의 서비스범위를 초과하였으며, 피고가 제 3 자의 사이트의 자원을 자신의 자원인 것처럼 통제 및 이용한 행위는 직접적인 복제행위에 해당되고 인터넷을 통하여 원고가 녹음제작권을 보유한 노래에 대한 권리를 침해한 행위에 해당하며, 설령 상술한 권리침해 행위를 구성하지 않더라도 피고는 합리적인 주의의무를 이행하지 아니하여 타인의 권리침해를 유도, 참여 및 방조함으로써 녹음제작권 중 복제권, 정보네트워크전파권 및 상응한 보수를 받을 권리를 침해하였으며, 원고가 2006 년 7 월 4 일 관련된 링크를 삭제해 줄 것을 요구하는 통지를 보냈지만 피고

는 7월말까지 삭제하지 않았다. 원고는 피고에게 침해를 즉시 정지하고 공개적으로 사과하며 경제손실 및 기타 합리적 비용으로 인민폐 50만 위안을 배상할 것을 요구한다.

피고의 주장: 1. 검색서비스를 제공하는 자로서의 검색서비스의 공작원리는: 거미프로그램이 온라인에서 각종 음원파일의 Uniform Resource Locator(URL)을 자동 검색하여 안내데이터베이스에 수록한 뒤, 인터넷 사용자가 키워드로 검색을 진행하면 검색엔진은 자동으로 안내데이터베이스에서 검색 및 연산을 진행하여 링크의 방식으로 검색결과를 제시한다. 사용자가 검색결과를 클릭하여 듣거나 다운로드할 때에 사용자는 링크를 통하여 직접 목표파일이 존재하는 제3자의 웹사이트로 이동된다. 본 사건의 노래는 모두 제3자의 웹사이트에 있으며 피고는 오직 노래 검색의 링크를 제공할 뿐이지 듣기와 다운로드를 제공한 것이 아니다. 둘째, 카테고리식으로 분류하는 것은 검색엔진서비스제공자들이 보편적으로 채용하는 서비스 방식이고, 해당하는 분류 정보는 검색엔진시스템이 사용자가 입력한 검색키워드에 의하여 자연적으로 연산한 결과이며, 여기서 피고가 제공한 것은 엄연히 검색링크서비스이지 다운로드서비스가 아니다. 셋째, 피고는 이미 통지를 받은 뒤 해당 URL을 삭제하는 법적 의무를 이행하였으므로 책임을 면제하여야 한다.

(3) 법원의 판단

본 사건의 초점은 ① 원고 화나가 본 사건의 노래의 녹음제작권을 보유하는지 여부, ② 피고의 행위가 원고의 녹음제작권을 침해하는 행위에 해당하는지 여부 및 법적 책임을 져야 하는지 여부이다. ②에 관하여, 야후차이나사이트에서 검색을 통하여 얻은 결과는 오직 노래가 저장되어 있는 사이트의 URL 주소이지 노래 자체를 제공받은 것이 아니다. 그리고 피고의 검색 결과에서 해당 노래의 출처를 밝힘으로써 사용자로 하여금 노래의 출처는 야후차이나에 있다고 오인하게 하는 것도 아니다. 그

러므로 피고가 원고가 경영하는 야후차이나에서 본안의 노래의 듣기와 다운로드를 통제하고, 기타 사이트의 자원을 자기의 자원인 것처럼 통제하고 사용한 것은 복제행위에 속하며 인터넷으로 저작권자의 노래를 전파한다는 원고의 주장은 성립되지 않는다.

해당 법률에 의하면 온라인서비스제공자가 서비스대상을 위해 검색 또는 링크서비스를 제공할 때 권리자의 통지서를 받은 뒤 저작권을 침해하는 작품, 실연, 녹음녹화제품의 링크를 차단할 경우 배상책임을 부담하지 아니한다. 그러나 링크된 작품, 실연, 녹음녹화제품이 권리를 침해함을 알았거나 알아야 하는 경우에는 공동침해책임을 부담해야 한다. 본 사건에서 제 3 자의 사이트에 상술한 37 곡을 업로드 및 전파하는 행위는 원고의 허락을 받지 않았으며 보수도 지급하지 않았다. 이러한 행위는 원고의 37 곡에 대한 정보네트워크전파권과 상응한 보수를 지급받을 권리에 대한 침해이다.

본안에서 원고가 2006 년 4 월 10 일 및 7 월 4 일에 피고에게 권리침해의 사실을 고지하고 해당 노래와 관련된 모든 링크를 삭제할 것을 요구하였지만, 피고는 오직 원고가 구체적인 URL 주소를 제공한 링크만 삭제하였을 뿐 본안 중의 노래와 관련된 기타 권리침해의 링크를 삭제하지 않아 권리침해결과의 발생을 방치하였으므로 주관적으로 과실이 있어 온라인을 통해 타인의 권리침해행위를 방조한 행위로서 권리침해 책임을 부담해야 한다.

(4) 2 심법원의 판단

아리바바는 1 심 판결에 불복하여 베이징시 고급인민법원에 상소를 제기하였지만 2 심에서는 원심 판결을 유지하였다.

(5) 판례 해석

아리바바는 음악의 검색/링크 서비스를 제공하는 온라인서비스제공자

가 필터링 의무를 이행하지 않아 침해책임을 부담하게 된 첫 판례이다. 바이두 사건과 똑같이, 야후 사건도 기소되는 날부터 사회의 주목을 받았다.

두 사건에서 상이한 판결을 초래한 것은 각기 다른 소송 이유 때문이다.

처음 야후사건의 판결이 나왔을 때에 중국 국내에서 많은 사람들이 의아해했었다. 바이두 사건에서는 온라인서비스제공자의 면책조항인 '대피항규칙'을 적용하여 면책이 된 것으로 보았고 야후 사건에서는 아리바바가 '대피항규칙'의 예외사항에 부합되어 면책이 되지 못한 것으로 보았지만 사실 초점은 여기에 있지 아니하고, 소송이유에서 결과가 달라진 것이다.

바이두와 아리바바는 사실상 똑같은 서비스를 제공하고 있지만, 바이두 사건에서는 피고의 직접침해를 이유로 소송하였고 야후 사건에서는 간접침해로 소송을 하였다. 두 사건의 성질을 분석하여 볼 때 서비스제공자로서 모두 직접침해자가 아닌 간접침해자라는 점은 명백하다. 이에 관한 판례가 적을 때에 제기된 바이두 사건은 소송이유에 대한 원고의 정확하지 못한 판단이 패소를 초래하였던 것이다.

두 사건은 유사한 소송이유에도 불구하고 판결에서 상반된 결과를 보여줬지만, 야후 사건도 "검색링크"서비스를 제공하는 행위는 "인터넷전파행위"가 아님을 확정하였다. 이외에도 야후 사건은 바이두 사건에 비해 몇 가지 면에서 명확한 제시를 해주었다.

1. 검색링크서비스를 제공하는 행위는 '직접적인 인터넷전파행위'가 아니며 정보네트워크전파권에 대한 직접침해가 되지 않는다.

바이두나 야후는 모두 자신이 관리하는 사이트에서 검색창에 키워드만 입력하면 해당 내용의 URL 주소의 링크가 검색 결과로서 나타난다. 사

용자가 해당 링크에 연결하면 듣기와 다운로드를 할 수 있는데, 이는 제 3 자의 사이트에 링크가 연결되어 제 3 자의 사이트에서 실현한 것이다. 사용자가 음악을 듣거나 다운로드할 수 있는 것은 모두 링크된 제 3 자의 사이트가 저작권을 침해하는 음악파일을 업로드하였기 때문이다. 그리고 듣기 또는 다운로드 화면에서 음악파일의 출처를 표시하였기 때문에 인터넷 사용자로 하여금 음악파일의 출처가 검색서비스를 제공하는 사이트라고 오인하게 할 여지도 없다. 그러므로 저작권을 직접 침해하는 행위는 제 3 자의 사이트이지 검색링크서비스를 제공하는 자가 아니다.

2. <정보네트워크전파권보호조례>에서 규정한 면책조항에 대한 운용.

2006 년 7 월 1 일부터 시행한 중국<정보네트워크전파권보호조례>는 4 가지 유형의 온라인서비스제공자의 면책사항을 규정하는데, 제 23 조는 전문적으로 검색/링크서비스를 제공하는 자에 관한 규정이다. 검색 또는 링크서비스는 인터넷서비스의 한 방식으로서, 권리자의 저작권 또는 기타 권리에 대한 침해의 매개수단 내지 유인으로 될 수도 있지만 인터넷 산업의 발전의 촉진에 많은 공헌을 하고 있어 온라인서비스제공자의 이익과 저작권자의 이익을 조화하는 제도와 더불어 온라인서비스제공자의 합법적인 행위준칙을 마련하여 온라인서비스제공자가 법제도의 불확정 내지 지나친 엄격함으로 인해 발전의 의욕조차 잃게 하여서는 안 된다. 즉 온라인서비스제공자가 일정한 합리적인 규정만 준수하면 책임을 면제받을 수 있게 하여야 한다. 또한 검색 또는 링크서비스제공자가 권리침해행위에 일조하는 것을 방지하기 위하여 권리침해의 사실을 “명지 또는 응지”함에도 불구하고 여전히 링크를 제공하는 경우에는 법적 책임을 부담하게 해야 한다.

<정보네트워크전파권보호조례> 제 23 조에서는 아래와 같이 규정하였다. “온라인서비스제공자가 서비스대상에게 검색 또는 링크 서비스를 제공할 때, 권리자의 통지서를 받은 뒤 본 조례의 규정에 의하여 권리를

침해하는 작품, 실연, 녹음녹화제품의 링크를 차단하는 경우, 배상책임을 부담하지 아니한다. 하지만 링크된 작품, 실연, 녹음녹화제품이 권리를 침해하는 사실에 대하여 알았거나 응당 알아야 할 경우에는 공동침해의 책임을 부과한다." 본 조례에서 앞부분의 내용에 대하여서는 논의가 없지만 뒷부분의 면책조항의 제한에 관한 부분에 대하여서는 의론이 분분하다. 바이두 사건에서는 <정보네트워크전파권보호조례>가 반포되기 전이어서 오직 "명지"를 요구하였지만 <정보네트워크전파권보호조례>가 반포된 후에는 "明知(분명히 알고 있다)"에서 "명지 또는 응지(응당 알아야 한다)의 경우"로 발전하였다. 하지만 명지 또는 응지라는 주관적 과실에 대하여서는 그 표준을 두 판례에서 모두 명확하게 제시하지 않았다. 야후 사건에서는 통지를 받은 사실에 대한 "명지 또는 응지"를 주관적 과실의 증거로 제시하였지만 판결문에서는 이 부분에 대하여 명확히 정의를 내리지 않았다. 이 점에 대하여서는 추후의 판례에서 또는 법의 개정을 통하여 반드시 정비를 하여야 하는 부분이다.

4. 검토

중국현행저작권제도에서 온라인서비스제공자의 권리침해책임에 관한 규정은 아래와 같은 몇 가지 점에서 불확정성을 가지고 있다.

(1) '삭제'통지서에 대한 요구

어떠한 '삭제'통지서가 법의 요구에 부합되는지 중국의 각 법원에서는 상이한 표준을 보여줬다. 앞서 소개한 바이두 사건에서 베이징 제1중급법원은, 국제음반협회는 바이두에 경고서를 보냈지만, 이 경고서에는 권리자 및 권리침해 내용에 관한 충분한 정보가 포함되어 있지 않으므로 삭제를 요구하는 통지서는 요구에 부합되지 않는다고 판시하였다.

그러나 야후 사건에서는 베이징 제2중급법원에서 상반된 판결을 하였다. 이 법원에서는 국제음반협회가 보낸 삭제통지서에 권리를 침해하는

노래의 URL 주소만 포함되어 있을 뿐이고 권리를 침해하는 사이트의 모든 링크주소를 포함하지 않았지만, 이러한 통지서는 충분히 피고가 권리를 침해하였다는 것을 알 수 있도록 하는 정보를 포함하였다고 판시하였다.

그러므로 삭제통지서가 어떤 조건을 만족해야 조건에 부합되는 통지서인지에 관하여서는 법원의 일관된 표준이 없어 앞으로도 혼란을 야기할 수 있는 부분이다.

(2) '明知 또는 應知'에 대한 판단

바이두 사건에서 베이징 제1중급법원은 통지서의 요구에 부합되지 않으므로 '하자가 있는' 통지에 해당한다고 하였다. 원고는 이에 대하여, 통지서에는 하자가 있지만, 피고가 이것을 받음으로써 '명지 또는 응지'의 증거가 될 수 있다고 주장하였으나, 법원에서는 이를 받아들이지 않았다. 하지만 야후 사건에서 베이징 제2중급법원은 피고가 통지서를 받았고, 이 통지서를 받았다는 점이 권리침해의 사실에 대한 피고의 '명지 또는 응지'의 증거가 된다고 판시하였다.

권리침해 사실에 대한 주관적 인식에 대한 판단도 침해 여부의 판단의 중요한 요소인데 이 부분 역시 법원의 일관된 표준이 없는 것이다.

(3) '즉시'의 표준

야후 사건에서는 피고 아리바바가 삭제통지서를 받은 1개월 뒤에야 권리를 침해하는 링크를 삭제하였지만, 법원에서는 '즉시 링크를 차단하거나 권리 침해의 내용을 삭제'하지 않았다고 판시하여 '중대과실'을 구성한다고 판시하였다.

그러나 '대피항규칙'을 적용하려면 권리침해의 링크를 '즉시 삭제해야 한다.'는 규정과 관련하여 통지서를 받은 뒤 어느 정도의 시간 내에 삭제

를 해야 ‘즉시 삭제’하였다고 할 수 있는지에 대하여서는 법규정이나 법원의 판례에서 모두 제시하고 있지 않다.

제6장 중국 온라인음악 저작권 보호제도의 문제점 및 개선방안

제1절 서론

위에서 중국의 저작권 보호의 체계와 판례를 소개 및 분석하여 중국에서의 온라인 음악의 보호 현황을 소개하였다. 중국은 WTO에 가입하면서 국내법 정비에 많은 노력을 기울였고, 저작권 보호체계의 정비를 위하여도 부단히 노력하고 있다. 그러나 저작권의 보호에 대하여 여전히 미국 무역부에서 중점감시 대상국으로 지정되고 있으며, 온라인 음악에 대하여 권리자의 권리를 적절히 보호하는가 하는 점에서 아직도 결함이 많이 존재한다. 한편 중국의 이웃인 한국은 저작권의 보호와 관련하여 많은 성과를 이룩하였다. 한국에서는 2011년에 '공정한 문화국가 초석 마련'을 정책 목표로 1) 24시간 저작권 보호 체계 구축, 2) 생활 속 저작권 인식 개선, 3) 공정하고 편리한 저작물이용 활성화, 4) 디지털 환경에 부합하는 법제도 개선이라는 4대 중점과제를 추진하여, 온라인상의 불법물 유통을 줄이기 위해 '웹하드 등록제'를 도입하였으며, 디지털 저작권 증거수집·분석 시스템을 본격적으로 운영함으로써 저작권 특별사법경찰의 수사 역량을 강화하였다. 특히 두 차례의 저작권법 개정을 통해 국제적 수준의 저작권 보호체계를 마련한 것으로 평가되고 있다. [119]

특히 미국 무역부의 감시 대상국으로 지정되던 것이 3년째 감시 대상국에서 제외되는 등 중국보다 양호한 저작권 보호 환경을 가지고 있다. 중국보다 양호한 저작권 보호 환경을 가지고 있음에는 반드시 더욱 선진적인 제도나 정책이 존재하기 마련이므로 여러 가지 면에서 중국이 본받으면 좋은 점이 있어 본 장에서는 한국의 저작권 보호 체계를 간략히 소개하면서 중국이 개선에 참고할 만한 점을 정리해 보고자 한다.

---

119) 2011 저작권 보호 연차 보고서, 한국저작권단체연합회 저작권보호센터, 2012년.

제2절 개선방안

I. 국민의 저작권 보호 의식 강화

1. 국민의 저작권 보호 의식 강화의 필요성

아리스토텔레스는 “한 나라에 良法이 있어도 국민이 준수하지 못하면 여전히 法治를 실현할 수 없다”[120]고 하였다. 한 나라의 법제 환경의 양호 여부는 여러 가지 요인에 의하여 결정되지만, 그중에서 매우 중요한 하나가 국민의 법률 의식이다. 제3장에서 소개했듯이 중국의 온라인음악 이용자들 중 79%가 음악을 무료로 사용하고 있다. 국민들은 저작권에 대한 인식이 부족하거나 이러한 행위가 범법 행위임을 알고는 있지만 이에 따른 죄의식은 없다고 봐도 과언이 아니다. 이는 중국이 오랜 시간 동안 지식재산권 수입국의 지위에 머물러 있는 상황과도 연관이 없지 않지만, 국내에서 점점 많은 국민이 저작권자로 되어 저작권의 침해로 인한 고통을 겪으면서 전체 국민의 저작권 보호 의식의 제고를 호소하고 있다.

2. 중국의 개선방향

홍콩은 내륙보다 양호한 저작권 보호 환경을 가지고 있다. 이는 국민의 높은 저작권 보호 의식과 떼어서 생각할 수 없다. 중국에서 저작권 침해가 빈번히 발생하고 있는 것은 전체 국민의 저작권 보호 의식이 낮은 데 그 원인이 있다. 저작권침해에 있어 저작권 보호를 위한 기술조치를 파괴하는 자도 국민이며, 온라인으로 무단복제를 진행하는 자도 국민이다.

이러한 상황을 개선하려면 저작권 보호 의식을 제고하도록 많은 홍보활동이 이루어져야 한다. 예컨대 TV, 라디오, 방송 등 매체의 힘을 빌어 저작권에 대한 전면적인 홍보를 하고, 소극적으로 저작권 침해의 사례를

120) 亞里士多德, 政治學, 商務印書館, 1995年

빈번히 공포하면서 국민의 저작권 보호 의식과 저작권 침해 죄의식을 높여야 한다.

II. 신속한 저작권 침해 대응 체계 구축

1. 신속한 저작권 침해 대응 체계 구축의 필요성

온라인 기술이 발전함에 따라, 이용자들은 시간과 장소의 장벽을 넘어 매우 편리하게 저작물을 이용할 수 있게 된 한편, 저작물의 침해가 발생하면 확장속도도 빠르다. 신속한 저작권 침해 대응 체계는 저작권 침해에 의한 손해를 최소한으로 줄일 수 있는 유력한 방법이다.

2. 한국의 저작권 침해 대응 체계[121]

한국 온라인 저작권 침해 대응 체계[122]

정 부					권리자 자구행위		
문화체육관광부			한국저작권위원회		(사)한국저작권단체연합회		
저작권 침해사범수사 및 검찰송치(특사경)	온라인상 불법복제물 시정명령[123]	특수유형온라인서비스제공자과태료 처분[124]	온라인상 불법복제물시정권고[125]	특별사법경찰수사지원	기술조치·모니터링 및 과태료 처분요구 [126]	온라인상불법복제물삭제요구[127]	오프라인 상불법복제 물수거·폐기[128]

121) 심장섭, 저작권 정책의 추진방향, 저작권 문화, vol.173 2009년
122) 윤석모, 인터넷 저작권 침해대응 시스템 및 운영성과, 제7차한중저작권포럼 발표자료집,2011년,
123) 한국 저작권법 제133조의2
124) 한국 저작권법 제142조
125) 한국저작권법제133조의3
126) 한국저작권법 제104조

(1) 저작권자의 복제·전송 중단 요구

한국 저작권법 제103조에 따라 한국 저작권단체연합회 저작권보호센터를 비롯하여 권리자 단체와 개별 권리자들은 온라인서비스제공자에 의해 권리가 침해된 저작물에 대해 복제·전송 중단 요청을 할 수 있으며, 해당 온라인서비스제공자는 지체 없이 이에 따르고 그 결과를 저작권자에게 통보해야 한다.

(2) 문화체육관광부의 과태료 부과

저작권법 제104조는 특수한 유형의 온라인서비스제공자에 대해 권리자의 요청이 있을 경우, 해당 저작물의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치를 취하도록 명시하고 있다. 특수한 유형의 온라인서비스제공자가 기술적 조치를 취하지 않는 경우, 문화체육관광부장관은 3,000만원 이하의 과태료를 부과할 수 있다.

(3) 저작권보호센터의 불법복제물 수거 폐기 및 삭제

저작권법 제133조 제1항에 근거하여 문화체육관광부장관 등은 저작권을 침해하는 복제물 또는 저작물 등의 기술적 보호조치를 무력하게 하기 위해 제작된 기기·장치·정보 및 프로그램을 발견할 때에는 대통령령으로 정한 절차와 방법에 따라 이를 수거·폐기 또는 삭제할 수 있다. 그리고 저작권보호센터는 이 조항에 따라 문화체육관광부장관으로부터 업무를 위탁받아 음악·영화·방송·출판·게임 분야의 불법복제물과 기술적 보호조치를 무력하게 하기 위해 제작된 기기·장치·정보 및 프로그램의 수거·폐기 업무를 수행하고 있다. 이는 저작물 침해에 대하여 더욱 신속히 대응할 수 있게 한다.

(4) 문화체육관광부의 시정명령 조치

127) 한국저작권법 제103조
128) 한국저작권법 제133조

저작권법 제133조의2에 따라 문화체육관광부장관은 정보통신망을 통하여 저작권을 침해하는 복제물 또는 정보, 기술적 보호조치를 무력하게 하는 프로그램 또는 정보가 전송되는 경우, 한국저작권위원회의 심의를 거쳐 온라인서비스제공자에게 불법복제물의 복제, 전송자에 대한 경고 및 불법복제물의 삭제 또는 전송 중단을 명할 수 있으며, 3회 이상의 경고를 받은 자에 대한 계정 정지의 조치, 3회 이상의 삭제 또는 전송 중단 명령을 받은 온라인서비스제공자의 해당 게시판을 정지하는 조치를 취할 수 있다.

(5) 한국저작권위원회의 시정권고 조치

저작권법 제133조의3에 따라 한국저작권위원회는 온라인서비스제공자의 정보통신망을 조사하여 불법복제물 등이 전송된 사실을 발견한 경우, 이를 심의하여 시정조치를 권고할 수 있다.

(6) 문화체육관광부 저작권특별사법경찰의 저작권 침해범죄 수사

사법경찰의 영역에서도 저작권에 대한 전문 대응제도가 존재한다. 예컨대 문화체육관광부 저작권특별사법경찰은 [사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률]에 따라 수사권을 부여받고, 침해범죄에 대한 수사업무를 수행한다.

(7) 불법저작물 추적관리시스템(ICOP)운영

한국저작권보호센터는 2008년에 음원 중심의 불법저작물 추적관리시스템(ICOP)을 구축하여 불법복제물 검색과 증거 수집, 온라인서비스제공자에 대한 불법 복제물 차단 요청을 자동으로 수행함으로써 불법음원 단속업무의 효율화를 지원하고 있다.

(8) 한국저작권위원회 등의 조정

소송에 의하여 분쟁을 해결하는 경우 공권력에 의하여 강제적인 분쟁

해결을 도모할 수 있는 장점이 있는 반면, 절차가 복잡하고, 막대한 소송 비용과 상당한 시간이 소요되는 등 단점이 있다. 이러한 단점을 극복하고 보다 효율적이고 저렴하게 분쟁을 해결하기 위하여 마련된 분쟁해결 절차가 조정이다.[129]

조정은 법원에 의한 분쟁해결 이외의 분쟁해결 방법으로서, 저작권법, 절차법, 컴퓨터공학 등에 관한 전문지식을 가진 전문가들이 조정을 담당하여 당사자들에게 설득력 있는 해결안을 제시함으로써 비용과 시간을 절약할 수 있고, 경우에 따라서는 분쟁당사자들의 합의에 의한 분쟁해결을 유도해 내거나 미래지향적이고 사업지속적인 분쟁해결이 가능하도록 한다.

2009 년 4 월 22 일 제 17 차 개정 저작권법에 의하여 저작권위원회와 컴퓨터프로그램보호위원회를 통합한 한국저작권위원회를 설립하여 분쟁의 조정을 받고자 하는 자는 신청취지와 원인을 기재한 조정신청서를 동 위원회에 제출하여 분쟁의 조정을 신청할 수 있도록 하고 있다.

이외에도 저작권 모니터링 신고체계를 구축하여 국민의 저작권 보호 참여도를 높이어 저작권 보호의 효율을 높였다.

3. 중국의 개선방향

한국에는 아주 섬세하고 효율적인 저작권침해 대응 체계가 존재한다. 중국에서도 사법과 행정이 서로 충돌하지 않으면서 협력하여 저작권침해에 대응하고는 있으나, 행정 기관의 업무분장에 있어서 한국에서는 시정명령, 권고 등의 조치를 취할 수 있는 권한이 명확히 구분되어 부여되었지만, 중국에서는 업무분장이 이와 같이 상세하지 못하다. 업무분장이 명확하지 않으면 효율의 저하를 초래할 수밖에 없다. 한국 저작권법은 총 20 차의 개정을 거쳐 현재 총 142 개조로 구성되어 위에 대한 규정도 포

129) 정상조, 박준석 지적재산권법, 홍문사, 2011년, 501면

함하고 있지만, 중국의 저작권법은 아직까지 총 61 개조뿐이어서 위에 대한 규정이 없다. 한국의 저작권침해 대응 체계를 볼 때 중국에서도 이렇게 상세하고 효율적인 보호 체계를 구축하여, 예컨대 중국에는 없는 삼진 아웃제의 실시, 저작권위원회와 같은 전문적인 조정기구 설치 및 국민 저작권 모니터링 신고체계 설치 등 한국처럼 '틈새 없는 저작권 보호망'이 구축될 수 있다면 저작권 보호의 환경이 크게 개선될 것이다.

III. 법률의 정비

1. 온라인서비스제공자의 책임규정 개선

중국은 현재 <정보네트워크전파권보호조례>와 <컴퓨터네트워크저작권 분쟁사건의 심사에서의 법률적용에 관한 약간의 문제에 대한 해석>에서는 온라인서비스제공자의 간접침해의 면책조항에 대하여 규정을 두었지만, 이러한 규정들은 상세하지 못하여 실무에서 적용할 때에 많은 문제를 야기하여 아직도 온라인서비스제공자에게 명확한 행위의 준칙을 제시하지 못하고 있다. 그리고 상위법인 <저작권법>에도 온라인서비스제공자의 간접책임에 관하여 그 어떤 규정도 없다. <민법통칙>도 이에 대하여 아주 원칙적인 규정만 두었다.[130] 온라인서비스제공자가 직접적인 권리침해를 하지 않았을 때 어떤 경우에 제 3 자의 권리침해로 인하여 간접적인 권리침해의 책임을 져야 하는지에 대하여 법적으로 명시된 바가 없어서 법관이 구체적인 판결에서 통일적인 판단을 하는 수가 없게 된다.

법적으로 이 부분에 대한 정비가 이루어져 온라인서비스제공자의 간접책임에 대한 규정을 명확히 함으로써 온라인서비스제공자의 행위준칙을 명시하여, 온라인서비스제공자가 온라인으로 지식, 문화 및 기술의 향상 발전에 이바지하는 그들의 가치를 더욱 잘 실현할 수 있게 할 필요가 있겠다.

---

130) 중국 민법통칙 제130조

2. 기술보호조치에 관한 규정 개선

기술조치를 보호하면서 동시에 권리자의 기술조치 남용을 방지하는 것도 중요한 문제이다. 기술조치는 권리자가 권리를 손쉽게 보호하도록 할 수 있고, 권리침해 발생에 대한 추적도 용이하여 권리자의 디지털형식의 저작물에 대한 관리에 많은 편익을 준다. 하지만 기술조치의 남용은 이용자의 합리적 사용의 범위를 침범할 여지도 있다. 예컨대 DRM 기술로 저작물의 복제 차수와 사용하는 매체를 제한하는 경우, 이용자는 디지털형식의 저작물을 이용할 때 큰 불편을 겪을 수도 있다. 그러므로 기술조치에 대하여 권리자와 이용자 사이의 균형점을 잘 찾아서 이에 관한 입법을 합리적으로 하여야 할 필요가 있다.

중국의 기술조치에 관한 규정은 오직 원칙적인 규정만 있고 기술조치에 대한 체계적인 보호 제도가 없기 때문에 기술조치는 저작권자의 권리수호에 상당한 기여를 할 수 있음에도 불구하고, 중국 내에서는 기술조치를 파괴하는 행위 심지어 기술조치를 파괴하는 수단을 온라인으로 전파하는 행위가 범람하고 있다. 이는 온라인상 디지털형식의 저작물의 권리침해에 일조하고 있다. 그러므로 기술보호조치를 파괴하는 자에 대하여서는 강력한 처벌 규정을 둘 필요가 있다.

중국에는 저작권자의 기술조치의 남용에 대한 규정 또한 결여되어 있다. <정보네트워크전파권보호조례>에 기술조치를 파괴할 수 있는 법적 조건을 규정하고는 있지만, 4가지 경우만으로 범위가 제한되어 있어서 미국 등 선진국의 입법과는 아직 거리가 멀다. 미국의 <저작권법>은 2년마다 상황의 변화에 따라 기술조치를 파괴할 수 있는 범위를 넓히고 있는데, 이는 중국에도 적용할 수 있는 방법이다.

IV. 무료음악 이용의 상업모델 개척

1. 무료음악 이용의 상업모델 개척의 필요성

중국내에서 음악 저작권에 대한 침해 현상이 심각한 원인은 다음과 같다. 첫째, 인터넷 이용자들은 이미 음악의 무료사용이 습관화되어 있다. 디지털 음악이 출현한 초기부터 중국 내에서는 Baidu.com 과 같은 사이트에서 무료로 음악을 다운로드할 수 있게 하였다. 사실 오프라인 음악(예컨대 핸드폰으로 음악을 다운로드하는 것)은 출현한 초기부터 대부분 유료였다. 이와 대비되어 온라인 음악의 무료 다운로드가 습관화되어 있는 인터넷 이용자들은 유료음악에 접근하려 하지 않고, 거기다 온라인 지급 시스템이 원활하지 않은 중국 내에서 비용 지급의 번거로움이라는 문제도 있어 인터넷 이용자들은 항상 무료음악을 찾아 나선다. 중국에서 법의 정비도 어느 정도 되었고, 해마다 저작권 보호의 노력을 기울이고 있지만, 이러한 상황은 하루이틀에 개선이 되지 않고 있다.

한편, 저자는 이용자들의 무료이용의 습관도 존중하면서 저작권자들의 이익도 보호할 수 있는 방법이 없을까 생각해보았다.

2. 중국의 개선방향

필자는 인터넷 이용자들이 무료로 음악을 다운로드하는 행위 자체는 문제가 된다고 생각하지 않는다.

저작권자의 입장에서는 저작료만 받으면 되기 때문이다. 17 세기의 음악의 거장 베토벤도 생활난으로 고생을 많이 했던 것으로 알려졌다. 음악의 생산자는 노동에 의한 보상을 받아야 하는 것이 당연한 것은 물론이고, 노동에 대한 장려가 있어야 창작자들이 기본적인 생존을 유지하고 나아가 대중들로 하여금 후속적인 노동 성과인 음악을 맛볼 수 있게 한다.

그렇다면 이 저작료는 어디서 오게 되는 것인가? 현재 중국의 상황에서 보면 온라인음악으로 가장 많이 수익을 얻는 사람은 온라인서비스제공자들이다. 중국에서 무료 다운로드가 성행하고 있다는 것은 그만큼 무

료로 음악을 다운로드할 수 있게 하는 사이트가 많이 존재한다는 뜻이다. 이러한 사이트도 수익이 있으니 무료로 음악을 제공하려 하고 제공할 수도 있는 것인데 이 수익은 바로 광고이다. 광고 수익의 일부분을 저작권자에게 나누어 준다면, 인터넷 이용자들의 무료 다운로드로 인하여 저작권자의 이익이 손해를 입는 부분은 해결할 수 있다.

실제로 중국에 성공적인 사례가 있다. 농구선수 야오밍(姚明)이 투자한 사이트 Top100.com 에서는 광고 수입을 저작권자와 나누는 영업 모델을 취하여, 저작권자의 이익도 침해받지 않고, 인터넷 음악의 이용자들도 습관화되어 온 바대로 용이하게 음악에 무료로 접근할 수 있게 한 사례가 있다.

삽입광고가 싫고 더 고품질의 음악을 이용하고자 하는 사람은 유료음악을 이용할 수도 있도록 유료음악과 무료음악의 상업 모델이 병존할 수 있음은 물론이다.

제7장 결 론

디지털기술의 발전이 문화의 전파에 이바지하였음은 틀림없지만 온라인상 음악작품에 대한 저작권침해도 용이하게 하였다.

중국 국내에서의 온라인상 음악작품에 대한 보호 제도를 살펴볼 때, 행정적으로 사전심사 제도가 있고, 집단관리단체가 신탁을 받아 음악 작품의 관리를 해 오고 있으며, 기술보호조치 등 수단으로 보호하도록 법적으로 규정되어 있으며, 권리가 침해되었을 때에는 민사, 형사, 행정적인 측면에서 구제를 할 수 있도록 되어 있다. 실무의 측면에서 볼 때, 온라인상 음악작품에 대한 권리의 침해는 주로 이용자들에 의해 이루어지고 있지만, 온라인 이용자의 숫자가 많고 이용자의 신원조회가 어려우며 및 손해배상액이 적은 등의 원인으로 온라인 이용자에게 권리침해의 책임을 묻는 것보다 온라인 서비스제공자에게 그 간첩책임을 묻는 추세이다. 중국 내에서 성문법적으로 이에 대한 규제는 <저작권법>, <정보네트워크전파권보호조례>, <저작권행정처벌실시방법>, <인터넷저작권행정보호방법> 및 최고인민법원의 사법해석인 <최고인민법원의 컴퓨터인터넷저작권분쟁 사건에서 법률적용의 몇 가지 문제에 대한 해석> 등이 비교적 완전한 체계를 이루었다. 하지만 세부적인 규정을 볼 때, 가장 화두가 되는 온라인서비스제공자의 책임에 관하여 미국의 DMCA를 본받아 법을 제정하긴 하였지만, 이 내용과 맞는 전체 법체계는 아직 미숙한 단계여서, 저작권집단관리단체의 활성화, 기술조치의 보호에 대한 강화 및 권리침해에 따른 구제수단 등 온라인서비스제공자의 책임 및 면책 사항에 대한 더욱 세부적인 규정이 필요한 상황이다.

한편 현재 세계 각국에서는 빠르게 변화하고 있는 저작권 환경을 반영한 저작권 보호전략을 수립하고 있는 한편, 무조건적으로 저작권을 보호하기보다는 저작물의 이용활성화 및 저작권의 남용을 방지하기 위한 제도 마련도 활발히 이루어지는 추세이다.

중국 저작권법에서는 “문학·예술과 과학저작물 저작자의 저작권 및 저작권 관련 권익을 보호하며, 사회주의 정신문명과 물질문명 건설에 유익한 저작물의 창작과 전파를 독려하고, 사회주의 문화 및 과학의 발전과 번영을 촉진시키기 위하여 헌법에 따라 이 법을 제정한다[131]”고 규정되어 있어, 저작권법은 저작권자의 권리를 수호하는 동시에 저작물의 전파를 독려하고, 문화 및 과학의 발전을 촉진하기 위함에 목적을 둔다.

한국 저작권법에서도 “이 법은 저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지함을 목적으로 한다.”[132]고 규정하고 있어, 저작권법은 저작권자의 권리만을 보호하기 위하여 제정된 법률이 아니라 저작물 이용자의 공정한 이용도 도모하며 궁극적으로 문화의 향상발전에 이바지하기 위하여 제정된 법률임을 밝히고 있다.

저작물의 전파는 공중의 이용과 밀접한 관계가 있다. 저작권의 과잉보호로 공중의 이용을 과도하게 제한하면 문화의 전파는 물론 향상 발전이 불가능하다. 저작권의 보호와 공중의 사용은 “질서”와 “자유”의 관계와 마찬가지로, 질서는 제한된 자유를 기초로 하며, 자유는 질서의 존재를 기초로 하여야지만 존재할 수 있다. 질서가 없이는 자유도 있을 수가 없으며, 자유가 없으면 질서는 존재하는 의미가 없다. 저작권에 대해 과다보호를 하면 독점이나 다름이 없어 문화의 전파를 저애하게 되고, 공중의 이익을 위하여 저작권의 보호를 소홀히 한다면 창작의 동력을 말살하게 되어 결국 공중은 문화의 복지를 맛볼 수 없게 된다.

중국은 지식재산권 보호 제도가 발달한 나라들의 제도를 참고하여 국내법을 정비해야 할 뿐만 아니라, 자국의 실정에 맞는, 저작권의 보호에만 치우치지 않고 진정한 “유익한 저작물의 창작과 전파를 독려하고, 사

131) 중국 저작권법 제1조
132) 한국 저작권법 제2조

회주의 문화 및 과학의 발전과 번영을 촉진시키기 위"한 제도를 개척해 나아가야 한다고 본다.

參 考 文 獻

I. 국내문헌

1. 단행본

정상조, 박준석, 「지적재산권법」, 홍문사, 2011

정상조 편,「저작권법 주해」, 박영사, 2007

오승종,「저작권법」, 박영사, 2012

이대희,「인터넷과 지적재산권법」, 박영사, 2002

김정헌, 한매화「중국저작권법(상)」, 법영사, 2008

장재옥, 변용완,「디지털 음악서비스와 저작권의 간접침해」,중앙대학교 출판부, 2007

김원석,「음악저작권은 살아있다」, 은행나무, 2006

한국저작권단체연합회 저작권보호센터,「2011 저작권 보호 연차보고서」, 2012

문화관광부, 한국저작권위원회「개정 저작권법 해설」, 2012

2. 일반논문

홍송희,「온라인상 음악복제의 법적책임 및 개선방안(동향자료)」, 한국형사정책연구원, 2004년

이해완, 김정래,「저작권법에 의한 기술조치 보호의 범위에 관한 연구」, 성균관법학 제22권 제2호, 2010.8

박선영,「OSP의 방조책임에 대한 비판적 고찰-소리바다사건(2005다11626)을 중심으로」, 언론과 법 제6권 제1호, 2007

안효질, 獨逸 著作權法上 私的複製의許容範圍와 技術措置保護의 例外, 저스티스 통권 제88호

3. 학위논문

권영준, 「저작권 침해에 대한 온라인서비스제공자의 책임」서울대학교 석사학위논문, 1999

박준석, 「利用者의 著作權侵害에 따른 인터넷서비스제공자의 民事責任」, 서울대학교 박사학위논문, 2005

강아무, 「중국 저작권법상 인토넷서비스제공자의 민사책임에 관한 연구-한국과 미국의 법제도와 판례 비교 검토함으로」, 인하대학교 석사학위 논문, 2010년

사위환, 「음악저작권 보호 및 이용에 관한 연구」,연세대학교 석사학위 논문, 2004년

유진수, 「온라인서비스제공자의 책임제한에 관한 연구」, 단국대학교 석사학위 논문, 2011년

지혜정, 「국내 저작권 분쟁 연구-음악저작권 침해사례를 중심으로」, 경희대학고 석사학위 논문, 2012년

강영화, 「중국 저작권법상 저작권침해와 구제제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구-한국 저작권법과의 비교를 중심으로」, 광운대학교 석사학위 논문, 2007

문명섭, 「인터넷에서의 저작물 보호를 위한 규제와 협력에 관한 연구」, 단국대학교 석사학위 논문, 2009

박성호, 「음악저작권의 생성과 발전에 관한 역사적 고찰, 법학논의 제28기 제3호,

정상조, 「인터넷 산업의 발전과 규제-기술과 시장 그리고 법의 상호작

용」, <특집>저스티스 통권 제121호, 2010

박영준, 「인터넷 음악 스트리밍 서비스의 법적 문제점에 관한 고찰-벅스뮤직 사건을 중심으로」, 중앙법학 제6집 제3호,

박종력, 「인터넷 이용자 보호에 관한 연구」, 한국컴퓨터정보학회 논문지 제16권 제8호, 2011.8

한정희,장활식, 「인터넷에서의 디지털 음악 저작권 침해 행동에 관한 연구」, 정보시스템연구 제16권 제1호, 한국정보시스템학회, 2007년.3

조채영, 「저작권집중관리제도의 경쟁적 체제 도입에 관한 연구-음악저작권 분야를 중심으로」, 연세의료・과학기술과 법 제2권 제2호, 2011

박준석, 「인터넷상불법원본을다운로드받는행위는 불법인가- 우리 저작권법 상 사적복제의 요건과 관련하여」, 법조Vol.640, 2010.1

II. 중문문헌

1. 단행본

鄭成思，知識産權論，法律出版社，2007

劉春田，知識産權法，法律出版社，2009

吳漢東，知識産權法，法律出版社，2011

吳漢東，中國知識産權制度評价与立法建議， 知識産權出版社，2008

王　遷，网絡版權法，中國人民大學出版社， 2008

宋海燕，中國版權新問題， 商務印書館，2010年

賀志軍， 我國著作權刑法保護問題研究，中國人民公安大學出版社，2011

2. 일반논문

王　　遷，塵埃落定后的反思-評三大唱片公司訴百度案一審判決，《中國版權》2012年第2期

司曉，范露琼，評我國《侵權責任法》互聯网專條-以版權侵權制度爲視角，知識産權，2011年第10期

陳吉斌，网絡音樂下載行爲的侵權責任分析，營銷市場，2011年第10期，2011

馬継超，音樂著作權集体管理制度相關問題之探討，電子知識産權2011年第89期，2011

王遷，《信息网絡傳播權保護條例》中“避風港”規則的效力，　法學2010年第6期，2010

劉曉海,《侵權責任法》“互聯网專條”對网絡服務提供者侵犯著作權責任的影響，知識産權 2011年第9期，2011

張　琦，找尋被“盗走”的唱片，CHINA IP 2010年12期，2010

陳錦川，网絡环境下著作權審判實務中的几个問題，法律适用　2009年第12期，2009

劉家瑞，論我國网絡服務商的避風港規則-兼評/十一大唱片公司訴雅虎案，知識産權第19卷第110期，2009.3

史學清，汪　涌，避風港還是風暴角-解讀《信息网絡傳播權保護條例》第23條，知識産權第19卷第110期，2009.3

楊素云，論法律制度的有效性与公民守法意識的內在關聯，江蘇大學學報，第5卷第3期，2003

中國音樂著作權協會2010年年報，2011

3. 학위논문

馮永光，网絡服務提供商不作爲侵權問題研究，西南政法大學碩士論文，2011

岳政超，网絡服務提供商版權侵權責任研究，華東政法大學， 2011

郭元君，中美避風港規則研究，中國政法大學碩士論文，2011

龔三妹，對我國版權中“通知刪除”机制研究，華東政法大學碩士論文，2009

李銀枝，网絡音樂作品的著作權保護，浙江工商大學碩士論文，2008

ABSTRACT

A Study on the Copyright Protection of Online Musical Works in China

Li Hua
Major in Intellectual Property Law
Department of Law
The Graduate School
Seoul National University

As a new way of disseminating for information, because of it's openness, interactivity and unlimited reproduction, the network brings the convenience of information dissemination. The development of digital technology and network communication technology changed the way of transmitting musical works. The network is increasingly becoming the main source of people's to access music. However, internet is a double blade sword which brings many new social problems such as internet tort including illegal copy.

Recently, there have happened some cases upon internet copyright tort in network environment, of which the internet tort to musical compositions is the most serious.

Owing to the characteristics of the network itself, the traditional system of copyright protection is not able to protect copyright effectively to balance the interests among the copyright owner, the disseminators and the users.

This paper is to study the issues of digital music copyright protection in the network environment in China.

This paper is divided into seven parts: The first chapter is an introduction. Chapter2 and 3 are the overview of music copyright protection. Chapter 4 and 5 are about online music users and online service providers' legal status and legal liability when they infringe the copyright owner's right. In chapter 5, through case study, I analyze the rules and the regulations about online service provider's liability. In chapter 6, based on the study, I advance and provide a blueprint for an idea that I think can realize the balance between the copyright owner and the personal users.

There is a good way to balance the interest of copyright owner and the public: The copyright owner and the online Service Provider shall cooperate together in the online music industry chain, and ad-supported legal downloading is the best cooperate way. In China the copyright owner (such as EMI) and the online service provider (such as Baidu.com) have already started their cooperation based on ad-supported legal downloading. So the Chinese copyright system should lead and advance their cooperation, and offer legal support for this cooperation.

keywords : Copyright, Musical Works, Online Service Provider, Information Network Transmission Right, Legal Liability
Student Number : 2006-23727