

연구총서 10-16-04

K O R E A N I N S T I T U T E O F C R I M I N O L O G Y

음란물의 저작권 인정과 저작권 위반의 형사책임

Copyright of Internet Pornography and
Criminal Responsibility for its infringement

이권철 · 박혜진

■ 이권철

한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사

■ 박혜진

한경대학교 겸임교수, 법학박사

발간사

과학기술의 급속한 발전에 따라 사회의 변화가 급속도로 진행되었고 더불어 일반시민의 일상생활에도 많은 영향을 주고 있습니다. 또한 이와 같은 사회상은 국민의 일상생활과 밀접한 관련이 있는 형사법에도 시대의 흐름에 맞는 변화를 요구하고 있습니다.

음란물에 대한 규제는 정보기술의 고도 발전과 인터넷의 높은 보급률에 의해 변화의 요청에 직면하고 있습니다. 이에 따라 음란물에 대한 개념 혹은 판단기준이 시대를 거치면서 변화하고 있으며 인터넷을 통해 유포되고 유통되는 음란물을 형사법을 통해 규제하는 것에 한계를 보여주고 있습니다. 이와 같은 이유로 음란물, 특히 인터넷 포르노그래피에 대한 규제방식에 대한 새로운 시각이 필요한 시점입니다.

이러한 상황에서 음란물의 저작권성에 대한 검토와 저작권을 인정하는 경우에 형사책임을 부과하는 방안을 고찰해 보는 것은 새로운 시도로서 매우 시의성있는 선도적 연구라고 생각됩니다. 그러나 이와 같은 연구를 진행하는 과정에서 현재 기존의 국내 연구가 제한적이며 새로운 분야의 개척과 다름없고 참고할 만한 해외의 동향을 살펴보는 것도 우리의 형사법체계 및 국민의 법감정과는 사뭇 다른 까닭에 많은 어려움이 있었을 것으로 생각됩니다. 다만, 새로운 시각에서 형사법의 문제점을 인식하고 대안을 제시하고자 했던 본 연구가 앞으로 진행될 많은 관련 연구의 기초자료로서, 그리고 정책 수립에 있어서 참고자료로서 활용될 수 있기를 기대합니다.

2010년 12월

한국형사정책연구원

원장 김 일 수

CONTENTS

국문요약	9
제1장 서론	13
제1절 연구 목적 및 필요성	15
제2절 연구범위 및 방법	17
제2장 인터넷시대와 포르노그래피의 진화	19
제1절 기존의 음란물에 대한 논의 일반	21
1. 음란물의 개념 및 판단기준	21
2. 규제와 보호의 경계에 선 음란물	29
3. 미국 판례상 음란물의 정의 및 음란물 규제일반	34
제2절 인터넷 포르노그래피의 등장과 문제점	40
1. 인터넷 상 음란물의 새로운 지위 획득	40
2. 인터넷 포르노그래피의 규제현실	44
3. 현행 인터넷 포르노그래피의 형법적 통제에 대한 비판적 검토	47
제3장 디지털 영상저작물로서의 인터넷 포르노그래피 조명	51
제1절 인터넷과 저작권의 조우	53
1. 인터넷과 저작권 환경, 그리고 인터넷 포르노그래피	53
2. 디지털 영상 저작물의 특성	55
제2절 디지털 환경에서 저작권의 변화 양상	58
1. 저작권의 기본 개념과 기능	58

2. 저작권의 역사와 그 법적 성격	61
3. 저작물의 성립요건	68
4. 인터넷상 저작권 관련 제문제	70
제3절 온라인 유통 영상저작물의 저작권적 보호	76
1. 인터넷 시대의 저작물의 패러다임 변화와 영상저작물	76
2. 영상저작물의 진화: 디지털 콘텐츠와 저작권법	78
3. 영상저작물의 성립요건과 유형	80
4. 인터넷상 영상저작물에 대한 저작권 문제	82
제4절 인터넷상 영상저작물 저작권에 대한 법적 보호의 한계	90
1. 기본적 한계	90
2. 인터넷 영상저작물의 저작권 보호 한계	91
 제4장 인터넷 포르노그래피 저작권에 대한 구체적 쟁점 및 형사책임 검토	93
제1절 인터넷 포르노그래피 저작권에 대한 현실적 논의	95
1. 인터넷 포르노그래피의 태생적 딜레마	95
2. 인터넷 포르노그래피의 저작권 논의 실익	96
제2절 저작권법상 인터넷 포르노그래피의 저작권을 인정하기 위한 제요건	97
1. 저작권법상 보호 목적 달성 여부	97
2. 저작권법상 저작물성 획득 여부	99
3. 현행 법체계와 인터넷 포르노그래피 저작권의 충돌 우려	100
제3절 인터넷 포르노그래피의 저작권 인정시 쟁점사항들	101
1. 전제조건	101
2. 구체적 검토사항	104
3. 인터넷 포르노그래피에 대한 저작권 보호의 한계	107
제4절 인터넷 포르노그래피와 저작권 침해 유형	108
1. 인터넷 포르노그래피 저작권의 침해대상(저작물성)	108
2. 인터넷 포르노그래피 저작권의 침해 주체	112
3. 인터넷 포르노그래피 저작권 침해행위의 일반적 유형	113

제5절 인터넷 포르노그래피 저작권 침해의 형사책임 관련 쟁점	118
1. 저작권법의 목적 고려	118
2. 고의의 판단 문제	119
3. 사적복제 해당 여부	121
4. 영리성 인정 여부	123
5. 저작권 보호기간	124
6. 보상 및 저작권 계약의 문제	125
7. 합리적 양형기준	126
 제5장 음란물 저작권 및 저작권 위반에 대한 비교법적 검토	129
제1절 음란물의 저작권성에 관한 일반적 입장	131
1. 미국	131
2. 독일	137
제2절 음란물 저작권위반에 대한 형사책임	139
1. 미국	139
2. 독일	142
 제6장 결론 : 저작권 보호를 통한 음란물의 새로운 규제방안에 대한 제언 ..	145
1. 인터넷 포르노그래피의 저작권 관리시스템 마련	147
2. 인터넷 포르노그래피에 대한 법제도의 개선	148
3. 효율적인 저작권 관리를 위한 시스템의 개발	150
4. 저작권 위반 범죄의 구성요건 등에 대한 정비	152
5. 범죄수익몰수제도 정비	153
 참고문헌	155
 Abstract	163

표 차례

〈표 1〉 2009년 온라인 불법 영상복제물 단속 성과	122
〈표 2〉 미국 연방법률상 저작권 위반에 대한 벌칙규정	140

음란물에 대한 개념 및 판단기준은 지속적으로 비판의 대상이 되어 왔다. 기존의 대법원 판례는 음란물의 판단은 음란물의 제작자 혹은 유통자, 또한 음란물의 음란물 소지자 등의 주관적인 고의 혹은 의사 등을 고려한 “상대적 음란성 판단”에서 시작되었고 이와 같은 판단기준이 음란성 판단의 객관적인 지침을 제공하지 못할뿐더러 자의적인 법집행의 위험성 또한 내포하고 있다는 비판을 받게 되었다. 이러한 비판에 직면한 대법원은 상대적 음란성 판단기준으로부터 거리를 두어 일반 성인의 관점에서 성에 대한 묘사 및 서술의 정도와 예술성 또는 사상성 등을 검토하는 “객관적 판단기준”으로 입장을 변경하였으나 여전히 기준의 추상성과 불명확성에 대한 비판은 지속되고 있다.

또한 비록 헌법재판소 등에 의해 그 기준이 종래보다 구체화되고 명확해지고 있으나, 일반의 입장에서 음란은 저속, 선정, 혹은 포르노그래피 등의 용어로 혼용되어 사용되고 있고 이는 규제의 대상이 되는 음란물에 대한 뚜렷한 기준의 부재로 나타나는 현실이다. 이와 더불어 음란물의 규제가 헌법상의 표현의 자유와 관계하여 규제와 보호의 경계에 존재하고 있음도 주지의 사실이다. 보수주의적 관점과 자유주의적 관점에서 대립하고 있던 기존의 구도에서 여성주의적 관점의 등장으로 음란물에 대한 규제 및 보호에 대한 주장이 다양해지면서 동시에 복잡해지고 있다.

이와 같은 음란물의 개념 혹은 판단기준에 대한 혼재 속에 현실적으로 인터넷을 통한 음란물의 유통이 확대되면서, 음란물에 대한 규제는 한층 더욱 복잡한 새로운 도전을 받게 되었다. 주로 동영상의 형태로 유통되는 인터넷 음란물은 디지털이라는 특성으로 인해 유통의 용이성, 익명성, 시간의 무제약성 등을 획득

하여 대량으로 유포 및 유통되고 있다. 이에 대한 규범적 통제는 심사의 대상에 체계적인 분류를 통한 규제대상의 합리적 범위설정 작업없이 이루어지고 있는 현실이며 이는 형법 혹은 행정법의 측면에서 효율적이지 않는 통제방식이다. 또한 형법적 규제의 본질적인 측면에서 형법의 보충성 혹은 최후수단성 등을 고려할 때, 음란물에 대한 규제의 새로운 방식에 대한 논의의 필요성이 대두된다.

음란물에 대한 새로운 통제의 방식으로 저작권 보호에 의한 규제방식을 들 수 있다. 인터넷 포르노그래피의 저작권을 인정하고 이를 통한 효율적 규제를 위해서는 인터넷 포르노그래피 저작권과 일반저작권 체계의 조화, 적법 유통시장의 확보, 별도의 저작권 기준 및 범위 설정들이 전제되어야 한다. 이러한 기반위에서 합법적인 인터넷 포르노그래피의 구별을 위해 음란성 판단주체의 일원화가 이루어져야 하며, 인터넷 포르노그래피의 특성이 고려된 저작권의 범위가 설정되어야 한다.

인터넷 포르노그래피의 저작권 침해의 주체 및 대상, 침해 유형은 인터넷상의 일반 저작권의 침해유형과 유사하다. 그러나 인터넷 포르노그래피의 저작권 침해에 대한 형사책임을 위해서는 다음의 사항들이 심도있게 고려되어야 할 것이다. 먼저, 현행 일반 저작권 침해의 형사책임에 있어서는 침해의 여부에 대해 집중하여 침해행위가 존재하면 침해의 고의를 추정하여 대부분 고의범으로 처벌하고 있다. 그러나 인터넷 기술의 특성상 침해행위에 대한 인식이 있는 경우에 처벌이 가능하도록 하여야 하며 침해에 대한 인식이 동시에 존재하는 경우에 한해서 처벌하는 방안을 생각해 보아야 한다. 또한 인터넷 포르노그래피의 특성과 관련하여 형사책임에 있어서 영리성의 인정 여부에 대한 검토가 필요하다. 저작권 보호기간도 가치의 감가상각 정도나 단기간 소비되는 인터넷 포르노그래피의 특성 등을 생각하여 일반적으로 저작자 권리 보호의 측면에서 장기간 보호하는 일반 지적재산권의 경우와 달리 보호기간을 단축하는 방안도 필요하다. 그러나 반면에 저작권 보호기간은 인터넷 포르노그래피의 불법적인 유통 및 보급을 감소시키는 효과가 있으므로 균형적인 보호기간의 설정을 위한 노력이 요청된다.

미국과 독일의 사례를 검토한 결과, 양국에서 모두 일정 범위의 인터넷 포르노그래피의 저작권을 명시적으로 인정하고 있지는 않다고 보인다. 미국의 경우는 클린헨츠의 원칙상 저작권이 인정되지 않는다는 입장과 저작권의 규정은 보

호대상으로 음란물의 저작권을 제외할 것을 시사하고 있지는 않다는 입장으로 나뉜다. 독일 법원의 경우도 아직까지 직접적으로 음란물의 저작물성을 다루지 않고 있지만, 포르노 소설도 예술의 자유영역에 속하여 보호의 대상이라고 한 판시를 통해 보건대 저작권의 보호대상으로 포섭하는 자세를 지니고 있다고 생각할 수 있다. 따라서 인터넷 포르노그래피의 저작권 침해에 대한 특별한 규정은 없으며 개별 사건에서 저작권성이 인정된다 하더라도 일반 저작권 침해의 형사책임과 동일하게 처벌되는 것으로 보인다.

우리의 경우, 고도화된 인터넷의 발달과 전 국민적 IT 보급 및 인터넷 사용으로 인해 인터넷 포르노그래피에 대한 새로운 형사정책적 규제방안을 모색할 필요가 있다. 필요시 현행 음란물관련 형사법의 규정에 저촉되지 않는 인터넷 포르노그래피의 저작권 보호 규정을 마련하여야 하며 여기에는 구성요건의 정비 또한 포함된다. 또한 모든 저작물을 동일한 수준에서 취급하고 있는 현행 저작권의 배타적 일괄적 보호방식에서 포르노그래피의 경우는 차별적으로 취급하여 포르노그래피의 사회적 인식을 고려한 규범적 측면에서 접근하여야 한다. 범죄 수익몰수와 관련된 규정을 정비하여 저작권을 인정받은 인터넷 포르노그래프의 저작권 침해로 인해 취득한 이익을 효과적으로 규제하는 방안이 병행되어야 할 것이다.

제1장

서론

제1절 연구 목적 및 필요성

형법이 규율하는 대상은 시대에 따라 달라질 수 있고, 또한 시대의 변화에 따라 대응방식이 달라져야 할 당위적인 측면도 있다. 이는 형법이 일정한 환경하에서 동일한 결과를 도출하는 절대법칙에 기초한 자연과학과는 다르기 때문이다. 즉, 형법은 변화하는 사회일반의 생활과 밀접한 관련을 맺으며 유기적인 사회관계에 대한 유기적인 대응의 측면에 존재하는 규율인 것이다. 형법의 보호대상에 대한 논의 및 위험사회에서의 형법의 기능에 대한 논의 등도 이런 측면에서 사회와 함께 변화하는 형법의 단면을 보여주는 예라고 할 수 있을 것이다.

특히, 끊임없이 빠르게 변화하는 시대적 현상과 이에 따른 사회일반의 법의식 변화 속에 음란물에 대한 규제는 시대를 거치면서 지속적인 논란의 대상이 되어 왔다. 판단기준의 비(非)객관성이라는 내적 한계에 대한 비판과 더불어 음란물에 대한 적극적인 규제가 행해지는 경우에는 표현의 자유에 대한 축소 및 과도한 형법의 개입에 대한 비판이, 규제가 소극적인 경우에는 도덕적·보수적 측면에서 형법의 직무유기 등의 비판이 음란물에 대한 단속과 규제의 핵심적 내용이자 전 부인 양 소모적으로 행해져 왔던 것이다.

이러한 음란물의 개념정의와 규제 방식은 우리의 급속한 생활상의 변화에 의해 다시 한번 도전을 받게 된다. 인터넷으로 대표되는 정보과학기술의 발전은 음란물에 관련한 일반인의 생활과 의식에 대한 급격한 변화를 불러일으키고 있

어 이에 대한 효과적인 대응의 필요성, 더 나아가서는 비범죄화의 가능성까지 부각시키고 있다. 즉, 단순히 금지의 대상으로 여겨졌던 기존 음란물과는 그 존재 형식 및 유통의 방식에서 확연한 차이를 보이는 인터넷 포르노그래피는 일반인의 음란에 대한 인식의 변화 또한 유도하고 있으며, 이러한 인터넷 포르노그래피에 대해서 규제의 정도와 방법을 넘어서서 법적 보호까지 요청하고 있는 것이 현실이다.

본 연구의 출발점은 지난 2009년 발생한 사건에 근거하고 있다. 국내의 한 법률사무소를 통해 외국의 인터넷 포르노그래피 업체가 저작권 위반의 책임을 제기하여 저작권 침해에 대한 형사처벌 가능성에 대한 논의가 일었다. 이 문제는 인터넷 음란 동영상이 저작권의 보호대상이 될 수 있는가의 문제부터 시작하여, 보호대상이 된다면 저작권의 보호대상이 되는 다른 창작물과 동일한 저작권법상 그리고 형법상 보호를 받는 것이 옳은 것인지, 음란물의 유통에 대한 형사책임과는 상호 어떤 연관을 맺는 것인지 등에 대한 의문을 제기하였다. 더 나아가서는 기존 음란물의 규제에 대한 비판을 극복하고 좀 더 효율적이고 시대상황에 적합한 규제방식의 일환으로서 음란물에 대한 저작권성의 인정 및 저작권 위반에 대한 형사책임 부과가 하나의 대체방안이 될 수 있을지 등에 관한 연구의 필요성이 대두되었다.

저작권과 관련하여서는 저작권법 고유의 법적 접근방식 혹은 방법론이 있을 것인 바, 본 연구보고서에서는 음란물이라는 규제대상의 형사법적인 측면에서 접근하여, 음란물의 저작권성을 인정하여 저작권 위반의 형사책임 부과로 인터넷 포르노그래피의 유통을 규제하는 방안의 가능성 혹은 필요성을 제기하고, 이에 관련하여 고려하여야 할 필요가 있는 기본적인 형법적인 쟁점사항을 살펴보고자 한다. 이와 같은 연구를 통하여 본 연구보고서는 음란물에 대한 저작권인정에 대한 사회적인 합의가 현재로서는 전무한 상황이나 향후의 논의될 가능성 및 이와 관련하여 장차 형사정책적인 이슈로 제기될 것을 대비한 기본 연구로서의 의의를 지닌다고 본다.

제2절 연구의 범위 및 방법

음란물이 저작권의 보호대상인가의 여부는 지적재산권법적인 측면에서의 고찰과, 음란물의 사회윤리적 특성 및 현행 형법 규정과의 관계로 인해 형법적인 측면의 고려가 동시에 이루어져야 할 것이다. 따라서 저작권의 측면에서 음란물의 저작권성 인정 필요성에 대한 논의 및 저작권을 인정하는 경우에 저작권 위반의 형사책임과 관련하여 쟁점되는 사항은 어떤 것인지에 대해 함께 조망하고자 한다. 이와 같은 큰 틀의 구조 하에 제2장에서는 기존에 음란물에 대한 시각을 과연 인터넷 포르노그래피에도 그대로 적용할 수 있는 것인지에 대한 의문에서 출발하여 인터넷 포르노그래피의 ‘현재성’에 대해 살펴본다. 기존의 음란물에 대한 개념규정 및 규제방식을 비판적으로 검토하고, 인터넷 포르노그래피와 기존 음란물의 차이점을 고찰하여 이에 따라 전통적이고 형법적인 기존의 음란물에 대한 규제와는 다른 새로운 대응방안에 대한 논의 필요성을 제기한다. 따라서 본 장에서의 연구는 주로 문헌연구로 이루어지며, 음란물의 판단기준에 대한 검토는 대법원과 헌법재판소 및 미국 연방대법원의 판례를 통해 이루어진다.

제3장에서는 인터넷 포르노그래피의 저작권적 보호 가능성 논의에 대한 기초 단계로서 인터넷 환경 및 저작권 일반에 대해 간략히 설명하고, 인터넷 영상 저작물의 저작권과 관련된 디지털 환경이 초래한 저작권상의 변화 및 저작권 상의 문제점 등을 고찰하여, 인터넷 포르노그래피의 저작권이 문제되고 있는 현실과 그 배경에 대한 이해를 돕고자 한다. 이어지는 장에서는 인터넷 포르노그래피의 저작권과 권리침해의 대응방안을 저작권법과 형사법의 두 측면에서 살펴본다. 저작권 인정가능성에 대한 논의를 함에 있어서 충돌하는 현행 법체계와 쟁점사항들을 둘러보고 저작권 침해의 주체, 대상 및 침해행위들을 유형화하여 이해를 도모한다. 이어서 저작권 침해 행위에 대한 형사책임과 관련하여 고의, 사적복제, 영리성, 저작권 보호기간 등에 대하여 고찰한다.

미국, 독일을 중심으로 비교법적인 검토가 이루어지는 제5장에서는 음란물의 저작권성에 대한 각국의 판례 혹은 입법의 입장과 음란물의 저작권 위반에 대한 형사책임을 살펴본다. 음란물은 저작권의 보호대상이 되는지에 대해 논란이 있을 뿐 아니라, 보호대상으로 규정한다하여도 저작권의 보호를 받는 다른 대상과

동일한 수준의 보호가 되어야 하는지에 대해서는 여전히 논란의 여지가 있다. 즉, 음란물의 저작권을 침해한 경우를 다른 창작물의 저작권을 침해한 경우와 동일하게 처벌해야 할 것인지 등에 대한 입법적 고려는 다를 수 있다. 이에 해당되는 형사법적인 측면의 음란물의 저작권보호 실무 혹은 규정을 살펴봄으로써 우리의 경우 어떤 입법정책이 우리에게 적합한 것인지에 대한 시사점이 제시된다.

마지막으로 결론부분에서는 저작권을 통해 음란물의 유통을 규제하는 방안에서 고려될 만한 정책적 제안을 간략히 제기한다. 제안에 앞서서 음란물의 저작권 보호를 위해 선행적으로 해결되어야 할 점들을 간략하게 고찰하고, 저작권보호를 통한 음란물 유통의 통제 및 관리측면에서 필요한 구체적인 방안들을 제안하고자 한다.

제2장

인터넷시대와 포르노그래피의 진화

인터넷시대와 포르노그래피의 진화

제1절 기존의 음란물에 대한 논의 일반

1. 음란물의 개념 및 판단기준

가. 개념

“나는 지금 위와 같이 간단한 정의에 포함될 만한 음란물의 종류들을 정의하고자 시도하는 것이 아니다. 그리고 아마도 그것들을 현명하게 정의하는 것에 결코 성공할 수도 없을 것이다. 그러나 그것을 보면 나는 그것이 음란한 것인지를 안다.”¹⁾

이처럼 미연방 대법원의 스튜어트 대법관이 동조의견에서 밝힌 내용에서도 볼 수 있듯이 음란물의 개념은 지역과 시대를 무론하고 확정적으로 정의하기가 결코 쉽지 않은 지속적인 가변의 영역이라 할 수 있다. 음란이라고 하는 개념이

1) *Jacobellis V. Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (Concurring, Justice Stewart). 해당 판례의 주문 및 동조의견을 엄밀히 해석해 보면, 스튜어트 대법관이 지칭한 것은 음란물 일반(Obsecenity) 이라기보다는 하드코어 포르노(Hard-core pornography)를 지칭함이 더욱 정확하다고 본다. Anthony Lewis, *Freedom for the Thought That We Hate*, p.131-143. (2007). 그러나, 대법관 스튜어트의 의견은 음란물 단속규정의 합헌성의 문제에서 음란물의 개념규정의 어려움에 대해 인용되고 있기에 기존의 인용 예를 따라 음란물로 번역하였다. 박선영, “가상공간에서의 성표현의 자유와 법적 제한”, 2002, 한국법제연구원. W. Overbeck, *Major principles of media law*, p. 392, (2003 ed.); 최우정, “사회의 변화에 따른 음란개념의 변화와 향후의 입법형성의 방향”, 법과정책, p. 253, (2010).

객관적 요소의 부족이라는 한계를 지녔고 음란의 여부에 대한 결정은 개인이나 사회의 윤리 및 가치체계에 따라서 다를 수 있다. 또한 사회의 윤리 혹은 도덕, 그리고 그 최소한으로서의 법적 규정은 매우 큰 폭의 범위를 지녔다고 볼 수 있다.

이러한 불명확한 경계로 인한 내재적 한계는 표현의 자유와도 상충하는 측면이 있다. 헌법 제21조 및 제22조에서 언론, 학문 및 예술의 자유를 국민의 기본권으로 보장하고 있고 이러한 기본권의 제한은 헌법 제37조에서 규정하고 있는 목적, 예컨대 안전보장, 질서유지 및 공공복리의 목적하에 제한이 가능하며 제한이 합목적성을 지니게 되는 경우에도 그 제한의 범위는 필요 최소한에 그쳐야 함을 명확히 하고 있다.²⁾

이와 같은 제한적 요소로 인해 음란물의 판단기준은 지속적인 견제 속에 진행되어 왔다. 즉, 음란물의 사회적 해악을 고려하여 형사책임의 필요성에 의한 규제 대상화 되면서도 한편으로는 과도하게 규제할 경우 표현의 자유라는 헌법적 가치를 손상할 위험성이 있기 때문이다. 이와 같은 음란물이 갖는 내적인 한계와 헌법상의 가치 충돌 가능성으로 인해 음란물의 판단은 지속적으로 비판을 받아왔다. 우리의 경우 음란물에 대한 대법원 및 헌법재판소의 입장은 다음과 같다.

1) 대법원의 판례

객관적인 판단기준에 대해 대법원은 여러 판례를 통하여 일관된 입장을 유지하고 있다. 대법원에 의하면 음란물은 “일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적흥분을 유발하고, 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의 관념에 반하는 것”이며 이를 판단할 때는 음란물의 제작자나 음란 행위의 행위자가 가지고 있는 주관적 의도는 고려 대상이 아니다.³⁾ 대표적인 사례 중에 음란물의 판단에 대한

2) 헌법 제 37조 2항

3) 대법원 1987.12.22. 선고 87도 2331; 대법원 1995.2.10 선고 94도 2266; 대법원 1996.6.11. 선고 96도 980; 대법원 1997. 8.22. 선고 97도 937; 대법원 1995.6.16 선고 94도2413; 대법원 2000.12.22. 선고 2000도 4372; 대법원 2005.7.22. 선고 2003도 2911.

시초적인 1970년대 발생한 일명 ‘나체의 마야’ 사건에서 대법원은 “피고인들은 본건 그림의 음란성을 인식하지 못하였다 하여도 그 음란성의 유무는 그 그림 자체로서 판단해야 할 것이고, 그 제조자나 판매자의 주관적인 의사에 따라 좌우되는 것이 아니”라는 입장을 밝힌 바 있다.⁴⁾

이와 같이 객관성에 음란의 판단기준을 두는 입장은 음란행위에 대한 사건에서도 동일하게 유지되었다. “공연행위의 음란성의 유무는 그 공연행위 자체로서 객관적으로 판단하여야 할 것이고 그 행위자의 주관적인 의사에 따라 좌우되는 것은 아니”며 해당 행위의 음란성을 인식하지 못하였다고 해도 “객관적으로 음란하다고 인정되는 위 행위들을 공연히 하고 있다는 것을 인식하면 족하고” 행위자가 해당 행위의 음란성을 인식하고 있어야 할 필요는 없는 것으로 판단한다.⁵⁾ 즉, 음란의 행위에 있어서는 행위자가 행위 자체에 대한 인식이 있으면 충분하고 행위자의 행위에 대한 주관적 음란성 인식은 필요하지 않다는 것이다.

이러한 기준은 이후의 판례에도 지속적으로 유지되고 있다. 다만, 이전의 판례가 음란 행위자의 행위에 대한 음란성 인식도 불요하다고 판단했던 것과는 달리, 주관적으로 성욕의 흥분 또는 만족 등의 성적인 만족이 있어야 하는 것은 아니지만 그 행위의 음란성에 대한 의미의 인식은 필요하다고 보고 있다.⁶⁾ 이와 같은 의견은 음란성의 판단기준과는 별도로 책임주의의 원칙상 필요한 부분을 재확인하는 것으로 음란의 개념은 객관성을 담보로 한다는 기존의 입장에는 변함이 없다고 볼 수 있다.

그러나 이러한 판단기준 이전의 초기 판례들은 “상대적 음란성”의 개념을 이용하여 음란성을 판단하였다고 볼 수 있다. 독일의 학자 칼 빈딩(Karl Binding)에 의하여 등장한 이 개념은 음란성의 판단은 문서나 행위의 그 자체 혹은 내용 이외에도 작자나 출판자 및 행위자의 의도, 문서의 출판된 체계 혹은 행위의 표현형태, 광고 및 선전의 방법과 실제 전시되거나 공연된 방법, 실제의 독자 혹은 관객의 상황 등을 종합적으로 고려하여 해당 문서 및 도화 혹은 행위가 그 대상

4) 대법원 1970.10.30. 선고 70도 1879.

5) 대법원 1996.6.11. 선고 96도 980; 대법원 2000.12.22. 선고 2000도 4372.

6) 대법원 2000.12.22. 선고 2000도4372.

에게 주는 영향을 구체적으로 논증하여 확정하는 판단기법이다. 따라서 이러한 판단기준을 따르면, 음란 판단의 대상물 자체보다 판단 대상물이 겨냥한 독자 혹은 관객에 따라 상대적으로 음란성이 판단된다.⁷⁾

이와 같은 “상대적 음란성”을 원용한 판례에 의하면 명화집에 수록되어 있는 명화라도 성냥갑 속에 넣어서 판매하게 되면 음란물이 된다.⁸⁾ 이는 판례의 이유에 나와 있는 음란성의 판단기준, 즉 “그 그림 자체로서 객관적으로 판단해야 할 것”이라는 것과도 모순되는 것이다. 제작자 혹은 행위자의 의사와는 관계없다는 의미에서 객관적일 뿐, 명화도 감상하는 대상에 따라서는 음란물이 될 수 있다는 논리는 결국 상대적인 판단기준이다. 심지어 판례는 “공연윤리위원회의 심의를 마친 영화작품이라 하더라도 이것을 영화관에서 상영하는 것이 아니고 관람객을 유치하기 위하여...제작된 포스터 등 도화가 그 영화의 예술적 측면이 아닌 선정적 측면을 특히 강조하여 그 표현이 과도하게 성감을 자극시키고 일반인의 정상적인 성적 정서를 해치는 것”으로 “건전한 성풍속이나 성도덕 관념에 반하는 것이라면 그 포스터 등 광고물은 음화”가 된다.⁹⁾

상대적 음란성을 음란의 판단기준으로 삼은 판례는 과연 이런 상대적인 판단이 음란성을 판별하는 합리적인 기준이 될 수 있는가에 관해 의문을 발생시킬 뿐만 아니라, 음란성 판단의 객관적 지침을 주지 못하고 따라서 자의적인 법집행의 위험을 내포하고 있다는 비판을 비껴가지 못하고 있다.¹⁰⁾ 비록 음란이라는 개념은 장소에 따라 다를 수 있고 시대의 흐름에 따라 변화되지만 그 판단에 있어서는 일정한 요소와 기준에 의해서 이루어져야 한다. 그런데 상대적 음란성의 개념을 통해 음란물을 판단하는 경우에는 동일 내용의 판단대상이 상황에 따라 다르게 판단되는 문제가 발생하게 된다. 이와 같은 판단은 대상물의 고유 특성에 의하지 않고 가변적인 주변 환경에 의해 결정되기 때문에 일반국민에게 예측

7) 박용상, “표현의 자유와 음란규제 및 청소년 보호”, 헌법논총 제13집, 헌법재판소, 2002 136-139
참조; 강대출, “음란물의 판단기준”, 법제와 입법, 제3호, 2008. 각주 30 참조

8) 대법원 1970.10.30. 선고 70도 1879.

9) 대법원 1990.10.16. 선고 90도1485 판결

10) 김영환, 이경재, “음란물의 법적 규제 및 대책에 관한 연구 - 포르노그래피에 대한 형사정책적 대책 -”, 형사정책연구원, 1992; 조국 「형사법의 성편향」, 박영사, 제2판

가능성을 제공하지 못하게 되고 이는 앞선 언급한 표현의 자유와 관련하여 국민의 표현상의 자유를 위축하고 음란성 인정이 자의적으로 이루어질 우려를 발생시킨다 할 수 있다.¹¹⁾

이와 같은 초기의 “상대적 음란성” 개념에 기초한 소수의 판례 이후 대법원은 그 개념을 탈피하여 음란의 개념에 제작자나 행위자의 주관이 배제되어야 한다는 측면에서 객관적일 뿐 아니라 음란의 판단 주체 또한 객관적이어야 한다는 입장으로 변환하여 지속적으로 견지하고 있다.

“당해 문서의 성에 관한 노골적이고 상세한 묘사 서술의 정도와 그 수법, 묘사 서술이 문서 전체에서 차지하는 비중, 문서에 표현된 사상 등과 묘사 서술과의 관련성, 문서의 구성이나 전개 또는 예술성 사상성 등에 의한 성적 자극의 완화의 정도, 이들의 관점으로 부터 당해 문서를 전체로서 보았을 때 주로 독자의 호색적 흥미를 돋우는 것으로 인정되느냐의 여부 등의 여러 점을 검토하는 것이 필요하고, 이들의 사정을 종합하여 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어..”¹²⁾

이와 같은 대법원의 입장은 일반인의 성적 수치심 및 도의심을 기준으로, 다시 말하면 보통 성인의 관점에서 음란물에 표현된 성에 대한 묘사 및 서술의 정도와 수법, 묘사 및 서술의 예술성과 사상성의 관련도 등을 종합하여 일반인의 관념에 비추어 검토해야 한다는 판시로 볼 수 있다. 그러나 대법원이 초기 판례의 경향인 “상대적 음란성” 기준을 벗어나서 지속적으로 음란물의 판단기준으로 삼은 일반인 또는 보통인의 성적 정서, 성풍속 혹은 성도덕 관념에 대해서도 역시 그 기준이 추상적이고 명확하지 않는다는 비판이 계속 이어져 왔다. 음란물과 관련된 범죄에 대한 처단을 통해 국가가 보호하고자 하는 법익이 일반 보통인의 정상적인 성적 수치심, 도의심, 건전한 성풍속 등의 용어를 통해 알 수 있

11) 박용상, “표현의 자유와 음란규제 및 청소년 보호”, 헌법논총 제13집, 헌법재판소, 2002

12) 대법원 1987.12.22. 선고 87도 2331; 대법원 1995.2.10 선고 94도 2266; 대법원 1996.6.11. 선고 96도 980; 대법원 1997. 8.22. 선고 97도 937; 대법원 1995.6.16 선고 94도2413; 대법원 2000.12.22. 선고 2000도 4372; 대법원 2005.7.22. 선고 2003도 2911.

듯이 매우 추상적인 것이라는 점이다. 이와 같은 용어는 그 실체가 분명하지 않고 내용이 없는 공공식(空公式)에 불과하며 그 자체로는 형법적 보호의 대상이 될 수 없다는 것이다.¹³⁾ 건전한 성풍속, 정상적인 수치심과 같은 용어는 종적인 측면과 횡적인 측면에서 구체적이고 정확한 정의의 대상이 아니다. 즉, 이와 같은 관념은 한 지역에서도 지속적으로 변화하여 왔으며 또한 사회 및 문화의 변화에 따라 그 변화의 속도가 다양하다. 횡적인 측면에서 보자면, 동시대 일정지역 내의 일반인들에게서도 동일하고 구체적인 정의를 확보할 수 없다는 것이다.

대법원이 정립한 음란성의 개념에 대한 또 다른 비판은 학문 예술의 자유와 관련하여 음란물의 판단기준에 있어서 문학 및 예술성을 경시하였다는 것이다. 대법원은 문학 및 예술 작품의 사상성을 단순한 음란성 판단의 고려요소로 취급하여 성에 관한 묘사 혹은 서술이 노골적이고 상세한 경우에는 문학성 및 예술성의 깊이와는 상관없이 음란물로 처벌될 수 있다는 것이다.

2) 헌법재판소의 결정

음란성의 개념에 대한 헌법재판소의 결정은 대법원의 그것보다 좀 더 세분화되어 있고 엄격한 기준을 제시하고 있다고 평가된다. 먼저, 헌법재판소는 음란성 판단의 선결작업으로 음란과 저속의 차이를 구분하고 헌법적 보호의 대상여부를 분명히 하였다. 저속은 음란보다 하위 개념으로 음란에 이르지 않는 성표현을 의미하기 때문에 표현의 자유의 영역에 속하여 헌법의 보호영역에 속하는 것으로 개념의 적용범위가 매우 광범위하여 그 의미 혹은 내용을 확정하기가 어려운 추상성을 지닌 것이라 한다. 이와 같은 성표현을 규제하는 것은 명확성의 원칙에 반하는 것으로 보고 있다.¹⁴⁾

반면, ‘음란’은 언론 출판의 자유에 의한 보장을 받지 못하는 것으로서, 다음의 세 가지 기준에 따라 판단하게 된다. 첫째는 노골적이고 적나라한 성표현으로서, “인간존엄 내지 인간성을 왜곡”하는 정도에까지 이르는 것이다. 이와 같은 기준을 통해 헌법재판소는 대법원에서 제시한 기준에 인간존엄과 인간성의 왜곡

13) 임웅, “비범죄화의 이론”, 91-92 면

14) 헌법재판소 1998.4.30 선고, 95 헌가 16 결정.

을 추가해 보다 엄격기준을 제시하고 있다. 다만, 결정문에서는 이와 같은 성표현물의 예를 제시하지는 않았었다.¹⁵⁾ 둘째 요건은 예술성 및 사상성에 관한 것으로 음란물은 성적 흥미 유발의 목적만이 있는 것으로 전체적인 구조상 문학·예술·과학 혹은 정치적 가치를 갖지 않는 것이어야 한다는 기준이 추가되었다. 이는 대법원이 성표현물의 예술성 및 사상성을 단순한 고려사항으로 보아 성에 관한 묘사 혹은 서술이 노골적이고 상세한 경우에는 문학성 및 예술성의 깊이와는 상관없이 음란물로 처벌될 수 있도록 개념 규정한 것과는 다른 기준을 제시하고 있다고 볼 수 있다. 즉, 동일한 정도의 노골적 성표현이라 하여도 문학성 및 예술성의 여하에 의해 헌법적 보호의 대상여부가 판별된다. 마지막으로 제시한 판단기준은 사회의 건전한 성도덕을 크게 훼손하되 사상의 경쟁매커니즘에 의해서도 그 해악이 해소되지 못할 정도의 노골성을 지녀야 한다. 따라서 일반 사회 혹은 보통인의 건전한 성도덕을 해하는 성표현물이라 하더라도 인간의 존엄성 혹은 인간성을 왜곡하지 않는 표현물, 문학·예술·과학 혹은 정치적 가치를 지닌 표현물, 사상의 경쟁매커니즘을 통해서 해당 표현물이 갖는 해악이 해소될 수 있는 표현물은 음란물로 판단되지 않는다고 볼 수 있다.

나. 음란의 유사개념

우리의 법률체계 내에서 성표현과 관련한 용어의 사용에 있어 음란과 저속의 개념이 혼재되어 사용되고 있으며, 실제 여러 학문의 영역에서는 이와 같은 정리되지 않은 성표현의 개념에 “포르노그래피”라는 개념이 추가되어 논의되고 있다. 비교법적인 측면에서도 우리의 용례와는 달리 미국, 독일, 프랑스 등이 성표현물의 규제와 관련하여 음란과 포르노그래피를 구분하여 사용하고 있다. 앞서 언급한 대로 “음란” 등의 성표현물의 개념 및 분류를 정확하게 정의하는 것은 쉽지 않은 일이다. 다만, 향후의 논의에서 사용될 용어를 먼저 구분하여 개념 짓고자 하는 의미에서 성표현물의 종류에 따른 구분을 아래와 같이 살펴본다.

15) 인간존엄 및 인간성을 왜곡하는 표현물의 분류에 대해서는 조국, 전계서, 271면 참조

1) 저속 및 선정성

‘저속(indecency)’은 음란과 관련된 세 가지 용어 중에 가장 광의의 용어이다. 이는 일상에서 주로 언어에 의한 성적 묘사에 해당하여 성적으로 불경하거나 선정적 혹은 품위 없는 언어로 성적인 표현을 하는 것을 일컫고 있다.¹⁶⁾ 우리의 헌법재판소에 의하면, 저속은 그 적용범위가 매우 넓어 법관의 보충적인 해석에 의해서도 그 내용을 확정하기 어려운 추상성을 지니고 있기에 범수범자가 자신의 표현내용에 대한 헌법상 보호의 정도를 알기에 어려운 측면을 지니고 있어 이를 규제하는 법률은 명확성의 원칙에 반한다는 입장을 보이고 있다.

이는 음란과 저속을 구별하여 헌법의 보호 대상여부를 구분한 것으로 표현의 자유를 존중하는 입장으로 볼 수 있지만, 대법원은 이와 다르게 음란과 저속을 뚜렷하게 구분하고 있지 않다. “음란 또는 저속한” 간행물이란 성에 관련된 의미에 있어서는 “음란”이라는 개념으로 포괄할 수 있다고 규정하고 따라서 저속의 음란성 판단을 음란과 동일한 기준으로 제시하고 있다.¹⁷⁾ 이와 같은 대법원의 입장과 동일하게 법률에서도 저속과 음란의 구분 없이 음란으로 규정하고 있는 경우가 대다수이지만, 하위법령이나 심의기준에서는 저속의 개념을 도입하여 실무상 혼란을 야기하고 있는 경우가 많다.¹⁸⁾

2) 포르노그래피

‘포르노그래피’는 일반적으로 우리의 법규정에는 사용되지 않는 개념이다. 이는 법규범 보다 현실사회에서 통용되는 용어로 일반적인 음란물의 개념보다는 더욱 노골적이고 상세한 성행위의 표현 혹은 재연을 의미한다.¹⁹⁾ 따라서 성표현의 강도 측면을 중심으로 성표현물의 범위를 살펴본다면, 저속이 가장 약한 강도의 최광범위의 개념이고 음란과 포르노그래프가 순차적인 강도의 증가와 더불어

16) Jan Samoriski, Issues in Cyberspace Communication, Technology, Law, and Society on the Internet Frontier, 2002, 271면; 박선영, 전계논문, 27면에서 재인용.

17) 대법원, 1997.12.26, 97누 11287.

18) 박선영, 전계논문, 28면.

19) Jan Samoriski, 전게서, 266면.

어 범위의 축소를 이루고 있다. 즉, “저속>음란>포르노그래피”의 순으로 그 범위의 상대성을 살펴 볼 수 있다.

포르노그래피는 다시 하드코어(Hardcore) 포르노그래피와 소프트코어(Softcore) 포르노그래피로 나눌 수 있다. 이는 주로 선진 외국에서 사용하는 분류법으로 하드코어 포르노그래피는 성행위에 대한 노골적이고 명백한 묘사 혹은 재연을 의미하며 통상 성기의 노출을 수반한다. 이와 같은 하드코어 포르노그래피는 교육용 혹은 치료용 등, 그 사용이 제한적이다. 반면, 소프트코어 포르노그래피는 명백한 성교장면 혹은 성기의 노출은 없으나 그 표현이 성적 흥미 유발을 목적으로 하고 성적수치심을 자극하는 것을 의미하는데 이는 앞서 살펴본 음란의 개념과 유사하여 미국, 영국, 독일 등의 국가에서는 음란과 동일한 개념으로 파악하고 있다. 이들 국가에서 소프트코어 포르노그래피는 공연성 및 전달매개체에 대한 제한이 있으나, 제작과 유통 및 소유가 허용된다고 한다.²⁰⁾

2. 규제와 보호의 경계에 선 음란물

앞서 언급한 것처럼 음란물 일반(저속까지 포함한 광의의 개념)에 대한 규제는 표현의 자유 및 형법의 보충적 기능 등과 맞물려 찬반의 논의가 있어왔다. 이는 역사적인 측면에서 본다면 과거에는 종교적 및 정치적 권위에 대한 일종의 도전으로 간주되어 광범위하게 규제의 대상으로 보는 시각이 존재하였으나, 현대 산업사회의 도래와 문학 및 예술에 대한 국민의 자각 등이 시작되는 시점부터는 줄곧 규제에 대한 범위에 대한 논쟁이 이루어졌다.²¹⁾ 논쟁의 중심에는 보수주의적인 관점과 자유주의 관점으로 크게 나누어 있다.

20) 박선영, 전계논문, 26면

21) 미국의 경우, 성표현물이 여러 예술작품에 수용되고 이에 의해 성표현물에 대한 사회 일반의 의식이 변화된 1930년대 이후 법원이나 검찰의 음란물에 대한 판단 또한 변화되기 시작하였다고 한다. 이견호, “성표현물의 음란성 판단기준에 관한 연구(II) - 영미의 논의를 중심으로 -,” 형사정책연구원, 2001.

가. 엄격 규제 혹은 금지

1) 보수주의

음란물의 규제에 대한 보수주의적 입장은 음란물의 해악성에 기반을 두면서도 다시 내부적으로 다양하게 나뉜다. 즉, 음란물 자체가 부도덕한 것이기 때문에 음란물의 사회일반에 대한 영향은 별론으로 하고 음란물 자체가 금지되어야 한다는 주장부터, 음란물 자체의 부도덕성에 대한 논의와는 별도로 음란물이 사회일반에 혐오감을 주기 때문에 규제대상이라고 하는 주장, 마지막으로 역시 음란물 자체의 부도덕성 및 혐오감 유발의 여하보다는 음란물이 사회에 유해한 행위들을 유발시키는 가능성이 크기 때문에 규제되어야 한다는 입장까지 존재하고 있다.

음란물 자체의 부도덕성을 규제 및 금지의 근거로 삼는 입장은 도덕적 합의에 근거하고 있는 사회의 특성상 그러한 합의를 보호하는 것에 법의 궁극적인 목적이 있으므로 구체적 해악이 없다고 하더라도 음란물의 자체가 도덕의 위반이 되므로 규제의 대상이라고 항변한다. 그러나, 이는 간단히 말해서 법과 도덕의 구별이 고려되지 않은, 즉 법의 보호법익에 대한 간과에서 비롯된 주장이라고 볼 수 있을 것이다. 법률적인 규제의 대상과 도덕적인 비난의 대상간의 차이를 살펴본다면 설득력이 다소 미흡한 주장이라고 할 수 있다.²²⁾

이와 같이 음란물의 부도덕성을 중시하는 입장에서 감수해야 했던 비판은 음란물이 일반인에게 혐오감 혹은 불쾌감을 주기 때문에 금지되어야 한다는 주장에 의해 일견 극복된 것처럼 보이지만, 혐오감을 규제의 기본 근거로 둔 본 입장 또한 합리적인 논거를 제시하지 못하고 있다. 혐오감 혹은 불쾌감이 갖는 태생적 주관성은 형법의 규율에 대한 객관적이고 합리적인 기준이 되지 못하는 결정적인 요소가 된다. 또한 주관적인 혐오감이나 불쾌감이 형법의 집행을 통해 보호해야 할 법익이 될 수 있을 것인가에 대해서도 의문이 제기된다.

음란물의 보호법익과 관련하여 한 단계 진보한 주장이 음란물의 반사회적 행

22) 김영환, 이정재, “음란물의 법적규제 및 대책에 관한 연구 - 포르노그래피에 대한 형사정책적 대책,” 한국형사정책연구원, 1992, 35면 참조.

태 유발 가능성에 무게를 두고 주장하는 보수주의적 입장이다.²³⁾ 이들은 음란물이 사회의 전반에 미치는 부정적 영향을 음란물 규제의 주요 근거로 내세운다. 상술하면, 음란물이 성욕을 자극하여 성적인 측면에서 강간 등의 성범죄를 유발하고 이와 같은 과정에서 폭력 등의 반사회적 행위를 유발한다는 것이다. 또한 이들은 성욕 등의 본능적인 자극을 통해서 본능에 대한 통제가 어려워지게 되고 결국은 본능중심의 행위, 예컨대 폭력 등을 유발한다고 확대 주장하고 있다. 이와 같은 보수적 입장은 성범죄 및 관련 범죄와 같은 구체적인 행위의 유발 가능성 이외에도 간접적으로 사회 일반에게 두루 미치는 음란물의 부정적 영향을 규제 및 금지의 근거로 보고 있는데, 음란물이 성행위를 비인격화하고 성적 수치심을 붕괴시키며 성에 대한 일반인의 인식을 왜곡시킨다는 등의 사회적 해악을 규제의 근거로 주장하고 있다. 이 점은 아래에서 설명할 여성주의의 주장과 부분적으로 공통되는 것이기도 하다.

2) 여성주의(페미니스트)

보수주의적 관점과 그 기본적 출발점은 다르나 규제 및 금지에 대한 유사한 입장을 표명하고 있는 것으로 여성주의적 관점에서 보는 음란 및 포르노그래피의 규제 입장을 들 수 있다. 1980년대에 들어서면서 포르노그래피에 대한 연구는 여성주의적인 관점에서 활기를 띠기 시작했는데, 이는 기존의 음란 및 포르노그래피 개념에 대한 방향성의 전환을 의미하는 것으로 여성주의적 관점은 음란 및 포르노그래피를 통한 규제의 보호법익 측면에서 기존의 보수주의적 입장과 다른 주장을 제기하고 있다. 보호법익을 일반인 혹은 사회전반의 성도덕 및 성풍속의 보호를 중심으로 보는 기존의 입장과는 달리 이들은 여성의 존엄성 혹은 인간성으로 보고 있다. 이에 근거해서 포르노그래피가 여성에 대한 폭력 혹은 차별을 불러일으키기 때문에 규제의 필요성이 있다는 것이다. 따라서 여성주

23) 보수주의적 견해에 대한 보다 구체적인 설명은 Berger, F., "Pornography, Sex and Censorship," in *Pornography and Censorship*, David Coop/Susan Wendell (1983); 김영환, 이경재, “음란물의 법적규제 및 대책에 관한 연구 - 포르노그래피에 대한 형사정책적 대책,” 한국형사정책연구원, 1992, 36-42면 참조

의자들에게 포르노그래피는 음란과는 다른 개념으로 이해되고, 기존과 같이 소프트웨어 혹은 하드웨어로 구분되는 것이 아니라 성표현물의 실제 내면적 내용이 주된 논쟁의 대상으로 부각된다.

음란이라는 개념은 남성주의적 관점에서 이루어진 것으로 도덕성, 윤리, 선악의 판단과 관련된 개념이며 성행위 묘사의 정도, 성적 자극의 유발 등이 판단의 주된 내용이지만 포르노그래피는 성차별적 내용의 유무가 주된 관심사이며 판단의 기준이다. 따라서 포르노그래피는 사진이나 글 등에서 여성의 종속을 성적으로 표현한 것으로 보아 도덕 및 윤리의 개념이 아닌 남녀 간의 지배와 복종, 지배 권력과 피지배권력 간의 정치적인 것이라 보았다. 이와 같은 정치관계의 세 부적인 실천으로 여성주의자들은 포르노그래피를 통한 영리를 목적으로 여성들에게 성관계가 강요되고, 신체가 결박되고 손상을 당하고, 여성이 일종의 물건과 유사하게 취급당한다는 점 등을 예로 든다. 이러한 성차별적 내용에 의해 위와 같은 일들이 실제 여성의 본질처럼 지속적으로 그려지고 인식되어 진다는 점을 강조하고 있다.²⁴⁾ 이같은 입장의 여성학적 관점의 주장자들은 포르노그래피를 통해 “여성에 대한 폭력과 종속이 가중되고 여성성이 왜곡”된다면 과연 그러한 성표현물이 설사 예술적인 가치를 가지고 있다고 해도 실제로는 그 가치의 소용이 없어 규제 및 금지의 대상이라는 입장이다.

나. 표현의 자유에 따른 보호 입장 - 자유주의

자유주의적 입장은 음란물과 관련한 규제의 법익을 사회 일반의 성풍속으로 보기보다는 개인의 자기결정권으로 보고, 개인의 권리측면을 중시하여 국가의 규제에 대해 반대하는 입장이라 할 수 있다. 이와 같은 입장은 기본적으로 음란물에 대한 부정적 입장을 벗어난 것이라 할 수 있다. 성에 대한 일반의 관심은 자연스러운 인간성의 발현이며 이러한 관점에서 음란물은 사회의 규범과 질서에 대한 위해가 아니고 인간으로서 가지는 정당한 관심의 대상이라는 것이다.²⁵⁾ 따

24) 조희진, 음란물(Pornography) 규제에 관한 여성주의적 접근과 비판, 사법연수원 논문집 제3집, 312면

25) Richard S. Randall, 「Freedom and Taboo - Pornography and the Politics of a Self

라서 음란물에 대한 관심은 개인의 자유라는 차원에서 도덕과는 구별되는 형법이 이러한 인간고유의 자유를 제한하는 것은 문제되며 동시에 표현의 자유 또한 보호하는 측면에서 바람직하지 않다는 것이다.

1) 급진적 개혁주의

급진적 개혁주의의 입장에서 바라보는 음란물은 사회의 병리에 대한 일종의 치유제라 할 수 있다. 즉, 성에 대한 관심이 자연스럽고 인간적이라는 것을 넘어서서 음란물은 성적 억압이 존재하는 사회에서 일반인에게 건전한 도피처를 제공하고 대체적인 성기회를 제공하는 것이라고 주장한다.²⁶⁾

2) 진보적 개량주의

음란물의 사회 내 기능을 급진적인 긍정의 눈으로 바라보는 급진적 개혁주의와는 달리 진보적 개량주의의 입장은 음란물이 바람직하다고 보지는 않는다. 동시에 전면적인 규제에 대해서도 찬성하지 않는다. 진보적 개량주의는 음란물의 기능이 긍정적인지 부정적인지에 대한 검증의 부존재를 논리의 기반으로 삼고 있다. 즉, 사회에 대한 음란물의 해악성이 밝혀지지 않는 상황에서 관습적이고 보수적인 입장에서 그 해악성을 가정하고 해악성의 제거수단으로 전면적인 규제 노력은 배척되어야 한다. 따라서 진보적 개량주의는 광범위한 성교육관련 프로그램들 통해 건전한 성에 대한 태도 및 성질서 확립을 고취할 것을 주장한다. 이는 음란물이 가지는 사회적 해악 가능성을 일면 인정하면서도 음란물의 자유로운 유통이 성적 억압을 소멸하고 종국적으로는 음란물의 필요성마저 제거하는 방법이 될 것이라고 주장하고 있다.²⁷⁾

Divided,」 University of California Press, 1988.

26) 김영환, 이경재, “음란물의 법적규제 및 대책에 관한 연구 - 포르노그래피에 대한 형사정책적 대책,” 한국형사정책연구원, 1992, 42-47면.

27) Id.

3. 미국 판례상 음란물의 정의 및 음란물 규제일반

가. 음란성 판단 기준의 변화

성표현물에 대한 규제의 방식에 있어서 미국은 앞서 논의된 금지 혹은 규제의 필요성과 개인의 자유권과 표현의 자유라는 헌법적 보호필요성의 상관관계에서 음란물(광의의 개념)의 개념을 어떻게 위치시킬 것인가에 대한 의식의 흐름에 따라 음란물에 대한 입장이 변화되었다. 이는 다소 극적인 방향전환을 하였다고도 볼 수 있다.²⁸⁾ 즉, 감수성이 예민한 자를 음란물 판단의 주체로 보았던 히클린(Hicklin) 기준을 통해 헌법적 보호대상에서 제외된 음란물이 1960년에 이르기까지 전면 금지의 대상이었으나, 음란물이 개인의 사상이 내재된 일정한 형태의 표현물이므로 헌법적 보호의 대상이 된다는 주장과 더불어 음란물에 대한 의식의 흐름이 변화되기 시작하였다. 여기에는 사회일반의 평균인으로 음란성의 판단주체를 변경한 로스 대 미연방(Roth v. United States) 판결이 있었고, 미연방 대법원은 1973년 밀러 대 캘리포니아(Miller v. California) 판결을 통해서 향후 지속적으로 사용될 음란에 대하여 좀 더 엄격한 심사기준을 제시하였다.

미국 내에서 성적인 표현을 통제하기 위한 노력은 19세기 후반과 20세기 초반까지 비교적 드물게 전개되었고 남북전쟁과 1930년대 사이에 연방법원들은 대부분 최초의 영국사건인 레지나 대 히클린(Regina v. Hicklin) 사건에서 제시된 기준을 따랐다.²⁹⁾ 히클린 기준을 통해서 음란물은 “부도덕적인 영향을 쉽게 받는 자를 부패시키고, 타락시킬 수 있는 표현물”로 정의되었으며 이에 해당되는 성표현물은 규제되도록 하였다.³⁰⁾ 성표현물에 대한 평가는 그 표현물이 어린

28) 이용식, 「성적 표현의 형법적 통제에 대한 비판적 고찰」, 『형사정책』 제18권 제1호, 한국형사정책학회, 2006년, pp.358-359 참고

29) H. Franklin Robbins, Jr. & Steven G. Mason, The Law of Obscenity - or Absurdity?, 15 St. Thomas L. Rev. 517, 523; Eric Yun, Autonomy, Not Aesthetics: “Contemporary Community Standards” and Speech on the Internet, 2 Geo. J.L. & Pub. Pol’y 357, 358-59 (2004) (quoting Queen v. Hicklin, (1868) L.R. 3 Q.B. 360, 368).

30) H. Franklin Robbins, Jr. & Steven G. Mason, The Law of Obscenity - or Absurdity?, 15 St. Thomas L. Rev. 517, 523 (citing Queen v. Hicklin, (1868) L.R. 3 Q.B. 360, 371); Eric Yun, Autonomy, Not Aesthetics: “Contemporary Community Standards” and Speech on the

이들, 정신적인 약자들이나 미성숙한 자들 또는 특히 그러한 영향을 받기 쉬운 사회의 하층계급들에 대해서 미칠 수 있는 영향을 근거로 이루어졌고³¹⁾ 이와 같은 히클린 심사기준에 따르면, 도서와 그 밖의 자료들은 아동에게 영향을 미치는지 여부에 따라 음란물로 판단될 수 있다.³²⁾ 그러나 포르노그래피 산업이 발전되는 등 미국 사회의 변화로 인하여 이러한 히클린 심사기준은 변화된 현실을 적절하게 규제할 수 없게 되었다. 따라서 히클린 심사기준은 사라지고, 대신 로스 대 미연방(Roth v. United States) 사건에서의 미연방대법원의 원칙이 등장하게 되었다.³³⁾

로스(Roth)사건에서 미연방대법원은 처음으로 음란물에 관한 이슈를 직접적으로 다루었는데 로스(Roth)는 히클린(Hicklin) 심사기준을 분명히 거부함과 동시에 다양한 하급심의 판결들을 종합하여 음란물에 대한 새로운 심사기준을 제시하였다.³⁴⁾ 로스(Roth) 판결은 히클린(Hicklin) 심사기준의 헌법적인 결함을 보완할 것을 지적하면서, 문제가 된 표현물들은 개별적으로 판단되어지기보다 전체적으로 고려되도록 요청하였다.³⁵⁾ 또한 새로운 심사기준은 표현물의 영향을 받기 쉬운 사람들(most susceptible persons)을 기준으로 하기보다, 배심원들이 “사회적 평균인(the average person)”을 심사의 기준으로 삼도록 요청하였다³⁶⁾. 즉,

Internet, 2 Geo. J.L. & Pub. Pol'y 357, 358-59 (2004) (quoting Queen v. Hicklin, (1868) L.R. 3 Q.B. 360, 368).

31) Bret Boyce, Obscenity and Community Standards, 33 Yale J. Int'l L. 299, 311 (2008); H. Franklin Robbins, Jr. & Steven G. Mason, The Law of Obscenity - or Absurdity?, 15 St. Thomas L. Rev. 517, 523-24.

32) Eric Handelman, Comment, Obscenity and the Internet: Does the Current Obscenity Standard Provide Individuals with the Proper Constitutional Safeguards?, 59 Alb. L. Rev. 709, 718 (1995).

33) George M. Weaver, Handbook on the Prosecution of Obscenity Cases 73 (National Obscenity Law Ctr. ed., 1985) at 3; H. Franklin Robbins, Jr. & Steven G. Mason, The Law of Obscenity - or Absurdity?, 15 St. Thomas L. Rev. 523-24.

34) Roth v. United States, 354 U.S. 476, 488-89 (1957).

35) Roth v. United States, 354 U.S. 476, 488-89 (1957); Bret Boyce, Obscenity and Community Standards, 33 Yale J. Int'l L. 316 (2008).

36) Roth v. United States, 354 U.S. 488, 490 (1957); Bret Boyce, Obscenity and Community Standards, 33 Yale J. Int'l L. 316 (2008).

로스(Roth) 심사는 “동시대 지역사회의 기준 (contemporary community standards) 을 적용했을 때 사회의 평균인이 그 표현물을 전체적으로 볼 때, 그 표현물의 주요한 주제가 호색적인 관심에 호소하는 경우”에 그러한 표현물을 음란 표현물로 간주하였다.³⁷⁾ 이와 같은 로스(Roth) 기준은 처음에는 음란물에 대한 판단상의 문제를 해결하는 듯 보였으나, 이는 법원들 사이의 분쟁의 시작이었다고 평가된다. 이후 법원은 로스(Roth) 심사기준을 어떻게 적용할 것인가에 대해 수년간 고민하였고³⁸⁾ 이를 합리적으로 적용하려는 시도가 계속해서 실패하자, 판사들은 자신만의 음란성 판단기준을 적용하게 되었고 법원은 사건별 심사에 체계성을 부여하는 방식에 의존하여 음란물에 대한 판단을 지속하였다.³⁹⁾

음란물에 대한 판단기준에 있어서 획기적인 발전을 이룩한 것은 밀러사건 (Miller v. California)이다. 이 사건을 통해 우선 미연방대법원은 수정헌법 제1조에 의해서 보호되지 않는 음란물의 개념에 대한 심사기준을 제시하였다. 즉, 첫째로 “동시대 지역사회의 기준(Contemporary Community Standard)으로 보아 평균인이 작품 전체를 평가하여 선정적인 흥미가 그 지역사회의 윤리 규범으로 용인할 수 있는지 여부,” 둘째로 “문제의 작품이 주법(州法)을 명백히 위반하여 현저히 자극적인(Patently Offensive) 방법으로 묘사하고 있는지의 여부,” 그리고 셋째로 “문제의 작품을 전체적으로 보아 문학적(Literary), 예술적(Artistic), 정치적(Political), 또는 과학적(Scientific) 가치를 결여하고 있는지의 여부”등을 기준으로 하여 심사를 한다⁴⁰⁾. 만약 판단의 대상이 된 성표현물이 위의 세 가지 심사기준을 모두 충족시킨다면, 그러한 표현물은 헌법의 보호범위 밖의 음란물로 간주된다.⁴¹⁾

37) Roth v. United States, 354 U.S. 488-89 (1957).

38) William D. Deane, COPA and Community Standards on the Internet: Should the People of Maine and Mississippi Dictate the Obscenity Standard in Las Vegas and New York?, 51 Cath. Univ. L. Rev. 245, 252 (2001).

39) Miller v. California, 413 U.S. 15, 23 (1973); Walker v. Ohio, 398 U.S. 434, 434 (1970); Bob Woodward & Scott Armstrong, The Brethern 194 (1979) ("The Court's sin, Douglas felt, had been to make obscenity an exception to the First Amendment in the first place").

40) Miller v. California, 413 U.S. 15, 23-24 (1973) (internal quotations omitted).

41) Miller v. California, 413 U.S. 15, 24 (1973).

이와 같은 미연방대법원의 노력에도 불구하고, 밀러(Miller) 심사기준은 애매 모호하며 광범위하다는 비판을 받아왔고,⁴²⁾ 이 가운데 특히 “동시대 지역사회의 기준”이 문제가 되어왔다.⁴³⁾ 실제로 인터넷 포르노그래피에 이와 같은 밀러 심사기준을 적용하는 데에는 많은 어려움이 따르는 것이 현실이다. 특정한 주 내에서 인터넷사이트를 운영한다고 하더라도 국내의 어느 지역에서나 그러한 사이트의 접속이 가능하다. Miller의 심사기준은 “동시대 지역사회 기준 (Contemporary Community Standard)”에 따르는데, 이는 지리적 상대성의 한계에 봉착하게 된다. 즉, 한 지역에서는 음란물인 것이 다른 지역에서는 음란물이 아닐 수 있다는 것을 의미한다. 이와 같은 지역사회 기준의 음란성 판단은 인터넷을 통한 음란물의 경우에 지역사회기준을 해석하는 데에 불확실성을 발생하기 때문에 온라인 음란물에 접속하는 것을 규제하는 것은 법적으로 거의 불가능하다는 비판을 받게 된다.⁴⁴⁾

42) Miller v. California, 413 U.S. 37-48 (1973).

43) Bret Boyce, Obscenity and Community Standards, 33 Yale J. Int'l L. 320 (2008); Clay Calvert & Robert D. Richards, Stopping the Obscenity Madness 50 Years After Roth v. United States, 9 Tex. Rev. Ent. & Sports L. 15; William D. Deane, COPA and Community Standards on the Internet: Should the People of Maine and Mississippi Dictate the Obscenity Standard in Las Vegas and New York?, 51 Cath. Univ. L. Rev. 253 (2001); Eric Handelman, Comment, Obscenity and the Internet: Does the Current Obscenity Standard Provide Individuals with the Proper Constitutional Safeguards?, 59 Alb. L. Rev. 726-27, 729-31 (1995).

44) Margaret C. Jasper, The Law of Obscenity and Pornography 20 (2d ed. 2009). 최근 Ninth Circuit은 “지역사회기준”의 심사에서, 인터넷에 대하여는 전국적인 지역사회기준(National Community Standard)을 적용하도록 변경하였다. Ninth Circuit의 이러한 결정은 Child Online Protection Act("COPA")를 번복시킨 사건인 Ashcroft v. ACLU 사건에서의 미연방대법원의 소수의견에 근거한 것이며, 이에 대해 대법관 Burger는 “동시대 지역사회의 기준”에 대한 심사는 헌법적으로 적절하며, 표현물의 영향을 받기 쉬운 사람들이 아니라, 평균인에 대한 표현물의 영향에 의해 심사되어야 할 것을 보장하기 위한 보호목적으로 작용한다고 판단하였다. 그러나 지역사회의 기준 심사가 필수적인 헌법적 보호 장치를 제공하고 있음을 밝힌 법원의 분명한 결정에도 불구하고, 여전히 이러한 심사기준은 헌법적인 이유로 널리 비판받고 있다. Bret Boyce, Obscenity and Community Standards, 33 Yale J. Int'l L. 320 (2008); William D. Deane, COPA and Community Standards on the Internet: Should the People of Maine and Mississippi Dictate the Obscenity Standard in Las Vegas and New York?, 51 Cath. Univ. L. Rev. 253 (2001); H. Franklin Robbins, Jr. & Steven G. Mason, The Law of Obscenity - or Absurdity?, 15

나. 음란물에 대한 형법적 통제와 비판

우리의 경우와 같이 미국의 수정헌법 제1조는 음란성이 있는 포르노그래피 (obscenity pornography)를 보호하지 않으며, 주 또는 연방의 형법은 음란물의 제조·유통을 처벌하고 있다. 그러나 음란물 관련 사건이 기소되는 일은 드물며, 유죄판결을 받게 되는 경우도 드문 것으로 알려져 있다. 연방법의 차원에서 보자면, 다음과 같은 형법적 규정들을 통해 인터넷상의 음란물을 규제할 수 있다.⁴⁵⁾

- 16세 미만임을 알면서 음란물을 고의적으로 전송하기 위하여 주(州)간 통상에 이용되는 컴퓨터 등 모든 수단을 금지한다⁴⁶⁾
- 18세 미만인 자가 이용 가능한 방식으로 음란물을 고의적으로 게시하기 위하여 양방향 컴퓨터서비스(interactive computer service)를 이용하는 것⁴⁷⁾
- 17세 미만인 자가 이용 가능하도록 한 음란물을 포함하는 인터넷상의 상업적 커뮤니케이션(commercial communication)을 고의적으로 이용하는 것⁴⁸⁾
- 음란물에 접속하도록 현혹시키기 위하여 오해의 소지가 있는 인터넷 도메인 이름을 사용하는 것⁴⁹⁾

이와는 반대로 수정헌법 제1조에 의해 음란(obscene)하지 않은 포르노그래피, 즉 “외설적인(indecent)” 포르노그래피는 Miller의 음란물 심사기준에 미달하는 완화된 포르노그래피이며, 이는 수정헌법 제1조에 의하여 보호된다. 그러나 정책적인 필요상 정부는 몇 가지 예외적인 사례에 포함되는 외설적인 포르노그래피를 금지하고 있다. 일례로 아동·청소년의 행복과 가정 내의 부모의 권위를 지원하기 위하여 정부가 아동으로부터 외설적인 포르노그래피를 금지하는 경우가

St. Thomas L. Rev. 542.

45) Margaret C. Jasper, *The Law of Obscenity and Pornography* 20 (2d ed. 2009), at 16.

46) 18 U.S.C. § 1470 (2006).

47) 47 U.S.C. § 223(d) (2006).

48) 47 U.S.C. § 231 (2006).

49) 18 U.S.C. § 2252B (2006).

다.⁵⁰⁾ 또한 방송 규제기관으로서의 정부의 권한으로 인하여, 외설적인 표현은 매체적인 한계를 지닌다. 즉 인터넷을 제외한 대부분 공영방송 또는 라디오에서는 외설적인 표현은 제한된다.⁵¹⁾ 다만, 외설적 이미지를 미성년자에게 유통하는 것은 금지되며,⁵²⁾ 미연방대법원은 인터넷상의 외설적 표현을 금지하는 사안을 방송 상 외설적 표현을 금지하는 사안과 같은 수준으로 다루지 않는 것으로 보인다.⁵³⁾

미국의 경우에도 음란물의 유형에 따른 이견들이 있었고 외설적인(indecent) 포르노그래피를 포함한 광의의 음란물에 대한 규제를 위한 미국 의회의 노력, 즉 법률을 통한 음란물의 규제는 그 대상이 되는 음란물과 헌법적 보호의 대상이 되는 음란물의 구분에 대한 논의 및 이견으로 활성화되지 못하고 있다. 품위 있는 의사소통에 관한 법률(Communications Decency Act, "CDA")은 온라인상의 음란물을 제한하기 위하여 가능한 해결책을 개발하려 했다가 보다는, “외설적인” 포르노그래피를 엄격하게 제한하려고 시도하였는데 *Reno v. ACLU* 사건에서 미연방대법원은 “외설적”이며, “현저히 자극적인” 커뮤니케이션을 통제하는 의사소통예의법의 일부규정은 헌법에 위배된다고 판시하여 음란물에 대한 의회의 보수주의적 입장에 제동을 걸었다.⁵⁴⁾ 이 판결에 나타난 미연방대법원의 견해에 따르면 의사소통예의법의 법률을 위반한 경우, 범죄혐의에 대한 오명과 명예난이 쏟아질 뿐만 아니라 각 위반사항에 대하여 2년 미만의 징역을 포함한 양형이 선고될 수 있는 형사상의 법규이기 때문에 법률 규정의 모호성은 중요한 문제이며 또한 의사소통예의법에서 규정하고 있는 이와 같은 엄격한 형사적 제재는 그 자체가 위법은 아니나 위법의 소지가 있는 표현과 사상 등과 같은 것조차도 말하지 못하고 침묵하게 함으로써 표현의 자유를 해칠 가능성이 있다고 한다.⁵⁵⁾

50) *FCC v. Pacifica Found.*, 438 U.S. 726, 749 (1978) (quoting *Ginsberg v. New York*, 390 U.S. 629 (1968)).

51) *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997).

52) *Ginsberg v. New York*, 390 U.S. 629 (1968).

53) *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997) at 869.

54) *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997) at 885.

55) *Id.* at 871-72.

법원에 의해 제동이 걸린 음란성에 관한 또 다른 규제 법률은 온라인 아동보호법(Child Online Protection Act, "COPA")이다. 의회는 아동이 인터넷 포르노그래피에 접근하지 못하도록 하기 위한 형사적 제재를 재시도하였다. 온라인 아동보호법의 규정에 따라 상업적 목적으로 미성년자에게 유해한 온라인 콘텐츠를 고의적으로 게시한 사건에 대하여 5천 달러의 벌금과 6개월 징역의 형사처벌을 부과한 사건에 대해⁵⁶⁾ 법원은 “엄격한 형사처벌에 의하여 금지되는 콘텐츠는 국민의 자유로운 삶과 사상에 대한 억압적인 강요가 될 끊임없는 잠재성을 가지고 있다”고 주장하면서 해당 법률을 무효화하였다.⁵⁷⁾

이와 같은 음란물에 관한 법률을 집행하기 위한 현재의 형법 체제는 만족스럽지 못하다는 평가가 지속적으로 주장되고 있다. 이들의 주장을 요약하면, 법무부를 음란물에 관한 법률의 유일한 집행자가 되게 함으로써 법무부의 활용가능한 한정적인 자원을 감소시키는 것은 비효율적인 것이며 범수범자의 입장에서 포르노물 제작자들이 법을 위반하고 있는지를 정확히 알려줄 만한 명확한 기준을 제시할 필요가 있고 이 기준은 주관적인 것에 치우치지 말아야 한다는 비판이 설득력을 얻고 있다.

제2절 인터넷 포르노그래피의 등장과 문제점

1. 인터넷 상 음란물의 새로운 지위 획득

음란물에 대한 개념의 정의에 관하여도 이견이 많은 가운데 인터넷상에서 이루어지는 음란물의 개념을 정확한 정의로 규정짓는 것은 더욱 힘든 일이라 할 수 있다. 인터넷이라는 사이버 공간의 존재역사가 짧고 이에 따라 사이버범죄라는 상위 개념에 대한 논의도 시작된 지 얼마 되지 않았다는 점과 관련 IT기술의 지속적이고 비약적인 발전 속에 새로운 불법행위 태양이 끝없이 등장한다는 점도 인터넷 포르노그래피를 명확하게 규정짓는 것에 대한 또 다른 한계라 할 수

56) Ashcroft v. ACLU, 542 U.S. 656, 661 (2004).

57) Id. at 660-662, 674.

있을 것이다.⁵⁸⁾

그러나 온라인의 상의 음란물이 갖는 특수성에 따라 사이버 공간에서의 음란물에 대한 규제는 기존 음란물에 대한 그것과는 다른 방향을 보일 수 있으며, 또한 온라인의 활성화는 음란성 판단을 위한 기본적 전제조건인 일반인의 사회적 통념에 영향을 미칠 수 있기 때문에 인터넷 포르노그래피에 대한 새로운 개념의 규정이 선행되어야 할 것이다. 이는 인터넷 포르노그래피에 대한 규제 및 보호의 정책적인 판단을 위한 기초로서의 의의도 지닌다고 할 수 있다.

가. 인터넷 포르노그래피의 범위

인터넷 포르노그래피의 일반적이고 일치된 개념 혹은 정의는 현재까지 정립되어 있지 않고 관련 견해도 다양하다. 판례의 태도 또한 논의하기 어려운 현실이다. 일반적으로 인터넷 포르노그래피라고 하면 인터넷을 통해 사이버공간에 존재하는 텍스트나 이미지 및 영상 등의 디지털 형태의 파일을 의미한다. 이와 같은 인터넷 포르노그래피의 개념은 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률이 배포·판매·임대 및 공공연한 전시를 금지하는 대상이 되는 불법정보의 내용 중 “정보통신망을 통한 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상”이라는 표현과 동일한 맥락이라고 볼 수 있다.⁵⁹⁾ 이는 음란물의 존재형식과 배포 등의 방식이 컴퓨터 프로그램 파일 및 정보통신망을 통한 전송이라는 점에서 기존의 음란물과 큰 차이를 보이고 있다. 이와 같은 인터넷 포르노그래피의 개념을 적용하면 대법원 판례의 입장에서 확인할 수 있듯이 기존의 음란물에 대해 적용해 왔던 형법 제243조의 해석상 음란물의 존재형식으로 규정되어 있는 “문서, 도화, 필름 기타 물건”에 포함될 수 없다.⁶⁰⁾

58) 류전철, 이형일, “사이버음란물 유포행위의 형사법적 규제”, 조선훈 법학논총 2007, 102면; 김희준, “사이버범죄의 개념과 대응방안”, 해외연수검사논문집, 제18집, 법무연수원 2003, 435면.

59) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률, 제44조의7.

60) 대법원 1999.2.24, 98도 3140.

나. 기존 음란물과 인터넷 포르노그래피의 차별성

인터넷이라는 가상공간에 존재하는 음란물이 기존의 음란물과 다른 첫 번째 특성은 그것이 인터넷에 동영상 혹은 이미지 파일의 디지털의 형태로 존재하고 있다는 점이다. 이것은 앞서서 형법 제243조의 음란물에 대한 규정의 적용여부를 결정지었던 존재형식이기도 하지만 실제적인 인터넷 포르노그래피에 있어서 이러한 디지털 파일의 존재형식은 인터넷을 통해 음란물에 접근 및 유포하고자 하는 이들에게 지대한 용이성을 제공하고 있다. 디지털 파일이라는 존재형식은 음란물의 제작을 손쉽게 할 뿐 아니라 제작된 음란물의 복사 및 유포에 있어서도 기존의 존재형식과 비교할 수 없을 정도의 용이성을 제공하고 있다. 또한 인터넷을 기반으로 하는 커뮤니케이션은 기존의 미디어가 갖는 시간적 공간적 한계를 가볍게 뛰어 넘어 일대일의 의사소통에 있어서는 기존의 의사소통보다 훨씬 용이한 형태의 커뮤니케이션 통로를 제공해 주며, 기존의 의사소통에서는 제한적일 수밖에 없는 일대다수 및 다수대다수의 커뮤니케이션을 제약 없이 제공한다.

이러한 특성은 음란물의 유포에 있어서 기존의 유포형태 및 유포되는 양에 있어서도 현격한 차이를 나타내게 된다. 몇 번의 클릭으로 전송이 되고 이러한 시스템은 일회 구축으로 수 천 수만 명이 자신의 원하는 횟수만큼 다운로드를 받을 수 있다. 또한 이처럼 대량의 정보가 흐르는 동시에 특정 중앙 통제소 혹은 통로를 거치지 않는 인터넷 상 정보 흐름의 특수성 때문에 실질적으로 정보의 흐름을 컨트롤하는 것이 곤란하다. 이는 인터넷의 초기 개발부터 정보의 독점 혹은 통제에 대한 대비로부터 연유한 것으로, 일괄적으로 정보를 컨트롤할 수 있는 관리장치(혹은 Gatekeeper)가 존재하지 않기에 기존의 정보의 흐름과 다른 모습을 보이고 규제에 어려움을 더하고 있다.

사이버공간에 저장된 무수한 정보 중 음란물과 같은 불건전정보가 대량으로 유통될 수 있는 또 다른 기술적인 요인은 인터넷을 통한 익명성의 보장이라 할 수 있다. 사이버공간이라고 통칭되는 인터넷을 통한 정보 공유의 공간은 실존하지 않는다. 실제 사회에서 존재하는 사회적 이목 혹은 관심에 신경쓰지 않아도 되는 자유로운 세계를 경험하게 된 이들은 자신의 본능 혹은 관심에 이끌림에

거부감 없이 반응하게 되고 현실세계에서는 불가능하거나 곤란했던 행위 및 표현들을 서슴없이 행할 수 있게 되었다. 이와 같은 자유를 보장해 주는 익명성은 정보 공유를 기하하적으로 증대시켰으며, 수많은 정보 중에서 또다시 익명성은 더욱 크게 보장받게 되는 순환적 구조를 보이게 된다. 이처럼 예민하고 공개하기 어려운 정보를 위한 인터넷 접근의 용이성은 인터넷 음란물의 성행에 주요한 요인이 되어 왔다.

이러한 익명성은 인터넷 커뮤니케이션의 쌍방향성과 더불어 이용자들의 적극성을 유발하여 음란물 교류의 활성화를 더욱 촉진시켰다. 의사소통의 쌍방향성은 인터넷을 이용한 디지털미디어의 가장 큰 특징 중의 하나로 기존의 전통적인 미디어에 대한 접근과는 달리 정보수요자가 정보에 대한 자신의 반응 또는 요구를 실시간으로 정보제공자 혹은 다른 동일 정보에 대한 다른 수요자와 주고받는다. 이와 같은 과정을 통해 정보수요자는 본인이 원하는 정보에 대해 더욱 적극적인 자세를 보여 특정 정보를 취득하는 것에 더욱 수월해 질 뿐만 아니라, 다른 정보수용자와의 교류를 통해 주변 정보에 대해서까지 확장되고 주변의 정보에 관해 듣고 평가할 수 있게 된다. 이러한 과정에서 자신이 기존에 원했던 정보 뿐 아니라 더욱 양질의 정보들을 얻을 수 있게 된다. 이러한 쌍방향 매체 속에서 활동하는 정보수요자는 기존의 수동적인 정보수요자와는 매우 다른 적극성을 갖게 될 수 밖에 없다. 이러한 정보의 확장, 제공 및 입수에 대한 특성은 인터넷 포르노그래피와 같은 불건전한 정보에 대해서는 더욱 활성화된다. 인터넷 포르노그래피에 대한 욕구는 주변의 다른 수요자들의 음란물에 대한 평가와 다른 음란물에 대한 추천과 같은 정보교류에 의해 확장된다.

이상에서 살펴본 바와 같이, 인터넷 포르노그래피는 기존의 미디어에서 통용되던 음란물의 유통과는 본질적으로 다른 특성을 보인다. 요약하면, 음란물의 존재 형태가 기존 음란물의 유통형태인 직접적인 주고받음의 한계를 뛰어 넘어 복사 및 전송이 손쉬워 대량으로 유통되고 있으며 언제나 접근 가능한 상태로 존재하기 때문에 유통의 시간적 제한이 없으며, 가상공간을 통한 음란물의 제공 및 입수는 자신을 들어내지 않고 이루어지기 때문에 자유로운 상태에서, 그리고 기타 수요자와의 지속적이고 즉각적인 정보 교류가 가능한 상태에서 이루어지기 때문에 기존의 음란물과는 다른 특성을 보이고 있다. 이러한 특성 때문에 인터

넷 포르노그래피에 대한 일반인의 인식에 대한 변화가 있는지에 대한 검토가 필요하고 또한 규제 혹은 보호의 측면에서 기존의 음란물에 대한 접근과 다른 방법으로 접근해야 하는지에 대한 고려가 필요하다고 본다.

2. 인터넷 포르노그래피의 규제현실

가. 규제 법률 일반

일단, 음란물과 관련하여 논의될 기본적인 규정으로 형법상의 음화반포죄를 살펴볼 필요가 있다. 형법은 제243조를 통하여 “음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금”에 처하도록 규정하고 있다. 본 규정은 행위의 객체로서 음란한 문서, 도화, 필름 및 기타 물건을 규정하고 있는데 인터넷 환경에서 주요 문제가 되는 객체는 그 형태의 측면에서 일반적인 문서, 도화, 필름 등과는 달리 전자화된 텍스트, 이미지, 혹은 동영상이기 때문에 이와 같은 인터넷 포르노그래피가 과연 제243조가 규정하고 있는 객체에 포함될 수 있는지에 대한 논의가 있을 수 있다. 이에 대해 대법원은 컴퓨터 프로그램파일은 문서·도화·필름·기타 물건에 해당하지 않고 따라서 인터넷 포르노그래피에 대해서는 본 규정을 적용할 수 없다고 판시하고 있다.⁶¹⁾

이와 같이 형법 제243조를 통해 인터넷 포르노그래피를 규제할 수 없으나 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률은 정보통신망을 통하여 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시하는 행위를 금지하고 있으며⁶²⁾ 이를 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.⁶³⁾ 이는 과거 1996년 전기통신기본법 제 48조의 2에서 행위의 객체로 “음란한 부호·문언·음향 또는 영상”으로 “화

61) 대법원 1999.2.24. 98도 3140.

62) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률, 제44조의7.

63) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률, 74조.

상”이 편입되지 않아 음란한 화상을 행위객체로 포함하지 않은 것에 따른 논란, 즉 영상의 의미를 화상을 포함하는 것에 따른 유추해석금지를 바탕으로 하는 부정론과 형법적 규정과의 조화를 중시한 긍정론 사이의 논란을 2002년에 입법적으로 해결한 것이다.

게임산업진흥에 관한 법률 또한 불법게임물의 제작 및 반입을 금지하고 있다. 본 법은 온라인게임을 그 규제대상에서 제외하고 있지 않으므로 온라인의 포르노그래피가 포함된 게임영상 또한 그 규제대상이라 볼 수 있다. 동법은 “범죄·폭력·음란 등을 지나치게 묘사하여” 일반인이 범죄심리 혹은 모방심리를 통해 사회질서를 문란하게 할 우려를 발생시킬 가능성이 있는 게임을 제작하거나 반입하는 경우⁶⁴⁾ 2년 이하의 징역이나 2천만 원 이하의 벌금에 처해질 수 있음을 규정하고 있다.⁶⁵⁾

이상에서 간략히 살펴본 법률이 인터넷 포르노그래피 이용자의 계층을 고려함 없이 일반인 전체를 대상으로 음란물에 대한 규제를 하고 있는 것과 달리, 청소년보호법에서는 청소년의 보호를 목적으로 일정 음란물을 청소년유해매체물로 정의하고 이에 대한 유포 및 판매 등을 처벌하고 있다. 동법은 규제의 대상이 되는 매체물을 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률의 규정에 의한 비디오물, 「게임산업진흥에 관한 법률」에 의한 게임물 및 「음악산업진흥에 관한 법률」에 의한 음반, 「공연법」 및 「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률」의 규정에 의한 영화·연극·음악·무용, 기타 오락적 관람물과 「전기통신사업법」 및 「전기통신기본법」의 규정에 의한 전기통신을 통한 부호·문언·음향 또는 영상정보 등으로 종류를 제한하고 있다.⁶⁶⁾ 이와 같은 매체물 중 청소년유해매체물로 결정하기 위해 제시된 기준 중에 음란성과 관련한 것은 “청소년에게 성적인 욕구를 자극하는 선정적인 것이거나 음란한 것”⁶⁷⁾을 들 수 있고 이와 같은 매체물은 청소년유해매체물로 지정되어 판매·대여·배포하거나 시청·관람·이용에 제공되는 것이 금지되며,⁶⁸⁾ 이를 어긴 경우 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처

64) 게임산업진흥에 관한 법률, 제32조 제2항.

65) 게임산업진흥에 관한 법률, 제45조 6호.

66) 청소년보호법 제7조.

67) 청소년보호법 제10조 제1항 1호.

해진다.⁶⁹⁾ 다만, 동법은 제2항에서 심의기준을 적용함에 있어서 일반적인 통념을 기준으로 심사하되 해당 매체물의 문학적·예술적·교육적·의학적·과학적 측면과 그 매체물의 특성을 동시에 고려할 것을 요구함으로 심의의 기준에 우리의 헌법재판소의 결정례의 입장을 반영하고 있다.⁷⁰⁾

한편, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법은 통신매체를 이용한 음란행위를 처벌할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 위에서 살펴본 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률의 규정 혹은 청소년 보호법의 규정이 사회적 법익의 입장에서 그 규제를 바라보는 것과는 달리, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법은 음란물을 상대방에게 도달하게 한 행위를 처벌함으로써 일종의 자기결정권을 보호법익으로 보고 있다. 즉, 동법 제12조는 전화, 우편, 컴퓨터, 그 밖의 통신매체를 통하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말, 음향, 글, 그림, 영상 또는 물건을 “상대방에게 도달하게 한” 사람을 처벌할 수 있도록 규정하고 있다. 다만 “자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬” 목적이 존재하여야 하며 이는 피해자의 고소에 의해 공소가 제기될 수 있는 친고죄로 규정되어 있다.⁷¹⁾

나. 행정적 규제

인터넷 포르노그래피의 제작 및 유통 등의 행위에 부과되는 형사적 책임 이외에 우리의 법제는 법률의 규정으로 형법적 규제 이외에 행정적 명령 혹은 지도의 의무를 국가와 관련 기관 및 관련 종사자에게 부여하고 있다. 온라인 게임물과 관련하여 게임물 관련사업자는 게임물 및 컴퓨터 설비 등에 문화체육관광부장관이 고시하는 음란물 차단 프로그램 또는 장치를 설치하여야 하도록 게임산업진흥에 관한 법률로 규정하고 있으며,⁷²⁾ 본 규정을 위반하는 경우 1천만원 이

68) 청소년보호법 제17조 제1항.

69) 청소년보호법 제50조 1호.

70) 청소년보호법 제10조 제2항.

71) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법, 제15조.

72) 게임산업진흥에 관한 법률, 제28조.

하의 과태료에 처해진다.⁷³⁾

국가정보화 기본법 시행령은 건전한 정보통신 윤리의 확립을 위해, 불특정 다수인이 이용하여 정보를 검색·저장·송신 또는 수신할 수 있는 장비를 국가기관이 설치한 경우 음란물 등 불건전한 정보에 대한 접속을 금지하기 위해 행정안전부장관이 해당 기관의 장에게 필요한 장비 및 소프트웨어의 설치 및 보안을 권고할 수 있도록 규정하고 있다.⁷⁴⁾ 또한 방송통신위원회는 정보통신망을 통해 유통되는 음란 정보 등의 유해정보로부터 청소년을 보호하기 위하여 내용 선별 소프트웨어 및 청소년 보호 기술의 개발과 보급을 위한 시책을 마련해야 하는 의무를 지고 있다.⁷⁵⁾

3. 현행 인터넷 포르노그래피의 형법적 통제에 대한 비판적 검토

국가의 법, 특히 형법은 한 사회의 윤리·도덕적 토대위에 존재하고 있다. 다시 말하면, 도덕적이고 윤리적인 성격을 띠고 있는 형법은 한 사회의 윤리·도덕적 가치의 최종 보루로서 형벌이라는 강제적인 수단을 통해 그 사회가 지키고자 하는 가치 혹은 체계를 보호하는 기능을 하고 있다는 것이다. 그러나 이와 같은 형법의 특성은 현재에 이르러 형법이 도덕의 영역에 대거 유입되는 현상을 초래하고 있다. 이는 형벌이라는 강제적이고 타율적인 수단은 도덕이라는 자율성에 기초한 규범이 갖는 한계에 대한 대안으로 인식되어 진입하지 않아도 될 도덕의 영역에서도 사용되는 현상이라고 볼 수 있을 것이다.⁷⁶⁾

이와 같은 현상, 소위 “형법의 팽창현상” 혹은 “형법의 도덕화”는 위험사회의 발전과 병행하여 진행되었다고 볼 수 있다. 즉, 후기 산업사회의 발달과 더불어 상존하는 대량위험 및 이에 따라 제기되는 불안의 일상화에 기인하고 있다. 이는 산업 및 경제, 환경, 정보 등에 있어서 대량위험을 제거하기 위한 수단으로

73) 게임산업진흥에 관한 법률, 제48조

74) 국가정보화 기본법 시행령, 제36조

75) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률, 제41조

76) 이용식, 성적표현의 형법적 통제에 대한 비판적 고찰, 365-366면.

형법이 이러한 위험을 차단하는 손쉽고 확실한 수단으로 각광을 받게 되었으며, 이는 형법의 조기투입이나 형벌의 상향조정 등과 같은 형태로 제시되기도 한다. 그러나 형법의 팽창이 과연 위험사회에서 안전사회로의 전환에 기여하는지에 대한 설명은 보류한 채 형법의 도덕화는 전통적 법치국가의 원칙들, 예컨대 죄형법정주의, 형법의 비례성 및 보충성의 원칙, 책임원칙 등을 위협하고 있음은 주지의 사실이다.⁷⁷⁾

국가나 사회가 형법의 제정과 집행을 통해서 보호해야 할 대상이 어떤 것인가에 대해서 여러 논의가 있다. 보호대상을 중심으로 간단히 말하면 법익, 공동생활의 기본가치, 사회 또는 체계 등으로 나누어서 볼 수 있다. 첫째는 생명, 신체 혹은 재산 등 인간의 평화로운 삶의 영위에 전제되는 조건들을 법익이라 보고 이들을 보호하는 것이 형법의 임무라고 보는 견해가 있다. 이 견해에 의하면 법익침해를 유발하는 불법행위에 한정해서 형법적 통제의 대상으로 삼아 규제할 뿐, 법익과 관련이 없는 사항에 대해서는 비범죄화를 통해서 형법의 개입을 자제시켜야 한다.⁷⁸⁾ 두 번째 견해는 형법의 임무를 “기본적인 사회윤리적 심정가치 혹은 행위가치의 보호를 통한 법익보호”로 보고 있다. 이 견해에 의하면 결과가치에 해당하는 법익들은 행위반가치를 처벌 혹은 규제하면 결과반가치가 저지되므로 적극적인 행위가치의 보장에 중심적 지위를 부여한다. 따라서 이는 결과반가치에서 행위반가치로의 패러다임의 변화를 의미하며, 동시에 법익에게 여전히 중심적인 그러나 상대화된 지위를 부여하고 있다.⁷⁹⁾ 형법의 임무를 사회 혹은 체계로 보는 견해는 사회에 유해한 체계적 역기능을 범죄라 개념정의하고 이와 같은 역기능을 통제하고 조절하는 것이 형법의 의무라 보고 있다. 이 견해에 따르면 사회의 체계적 기능과 개인의 권리가 상충하는 경우 우선해서 고려해야 할 것은 체계이며, 체계의 기능에 대한 보호의 범위 내에서 개인이 보호된다고 한다.

형법이 보호하는 대상을 생각할 때 위에서 언급한 것 중 어느 하나를 특정 대

77) 김재운, 현대형법의 위기와 과제, 17면. 전남대학교 출판부, 2009.

78) 이용식, 성적 표현의 형법적 통제에 대한 비판적 고찰, 364면.

79) 김재운, 현대형법의 위기와 과제, 173-176면. 전남대학교 출판부, 2009.

상으로 한정하는 것은 현실적으로 어려워 보인다. 다만, 현실적인 필요에 따라서 형법의 보충성을 주장하는 법익설과 행위가치의 보장에 중심적 지위를 부여하는 사회윤리적 가치설을 중심으로 형법의 임무를 볼 수 있을 것이다. 그러나 법익과 사회윤리적 가치 사이에 어느 것을 중심으로 형법을 파악할 것인가에 따라서 형법과 도덕과의 관계가 달라지게 된다. 즉, 법익을 형법의 보호대상으로 중점을 두게 되면 앞선 언급한 바와 같이 형법과 도덕의 분리를 의미하게 되어 도덕의 영역이 넓어지고 형법의 역할은 최소화되지만, 사회윤리적 심정가치의 보호를 형법의 중점적 임무로 보면 최소한 도덕과 형법의 무게중심을 동일선상에 두게 되어 도덕의 사회 통제적 역할이 축소되며 반대로 형법의 우선적 개입이 의도된다.⁸⁰⁾

형법의 보호대상을 어디에 둘 것인가에 대해서는 이론이 있을 수 있고 당시의 형사정책상의 필요에 의해 다르게 규정될 수 있으나, 법률의 심사대상과 관계해서는 도덕의 영역과 형법의 영역을 재고해 볼 필요가 있다. 사회 규범의 측면에서 보자면 도덕이 더욱 큰 범위로 형법의 규율대상을 포함하는 개념이다. 우리가 흔히 말하는 법은 도덕의 최소한이라는 것이 이와 같은 개념을 설명하는 것이라 할 수 있을 것이다. 도덕의 대상 중에 강제적인 수단을 통해서라도 통제해야 할 필요가 있는 대상이 바로 형법의 규율대상이다. 이와 같은 측면에서 형법의 보충성 원칙이 강조가 되고 있는 것도 같은 맥락이라 할 것이다. 그러나, 최근 들어 사회윤리적 가치설에 입각한 사회규범의 통제개념이 확대되고 있다고 보여 진다. 즉, 도덕에 의해 자율적으로 규제되어야 할 문제들이 형법적 영역으로 들어와 혼재하고 있는 경향을 보이고 있다는 것이다.

반사회적 행위 혹은 불법행위에 대해 형법이 최우선으로 개입하여 규제 혹은 처벌하게 되면, 즉 지나친 형법적 통제 및 규제 수단에 대한 의존은 도덕적 측면에서 요구되고 결과로 나타나야 할 사회일반의 자율적 통제둔화를 불러일으키게 된다. 이러한 도덕적 규범의 약화는 다시 형법적 수단에 대한 의존으로 나타나고, 형법적 수단에 대한 적극적 요청 및 의존은 형법의 비대화와 형사사법에 과부하를 초래하게 된다. 형법의 비대화 및 과부화에 적절히 대처하지 못할 경

80) 이용식, 성적표현의 형법적 통제에 대한 비판적 고찰, 364면

우 형법적 규범력의 약화로 이어지게 되고 도덕적인 자율성의 둔화는 다시 형법의 최우선적인 개입을 요청하게 되는 등의 악순환을 반복하게 되는 우려를 발생시킨다는 점을 상기할 필요가 있다고 본다. 이와 같은 맥락에서 형법의 보충성의 원칙 및 최후 수단성 등의 특성들을 고려해 형법은 최후수단의 기능을 통해 보호해야 할 만한 법익들을 원칙적 대상으로 삼고, 사회윤리적인 가치와 같은 것은 보호의 측면에서 중대성과 필요성, 그리고 긴박성 등이 요청되어 형법적인 강력한 제재수단이 동원되어야 하는가에 대한 심도있는 심사의 한도내에서 형법의 보호영역으로 인정되어야 할 것이다.⁸¹⁾

이상에서 살펴본 형법적 규제의 본질적인 한계 또는 제한의 문제는 구체적으로는 음란물의 심사에도 연관되어 논의될 수 있다. 인터넷 포르노그래피의 경우는 위에서 언급한 형법의 팽창 및 도덕화 현상에 직접적 원인, 즉 팽창된 형법의 규제 대상인 대량위험 혹은 일상적 불안은 아니다. 그러나 이와 같은 현상에 간접적인 영향을 받고 있는 분야라고 볼 수 있다. 다시 말하면, 형법과 도덕의 한계선상에 놓여 있는 음란물은 그 평가에 있어서 체계적인 분류 없이 하드코어 포르노그래피부터 문학 및 예술 작품에 표현된 것까지 형법적 심사대상으로 삼아 음란물의 심사를 받게 하는 것은 형법의 팽창 및 도덕화의 개입과 같은 문제 등을 야기할 수 있다. 다시 말하면, 음란물 개념의 불확실성 등을 차치하고서도 음란물의 통제수단으로 형법적인 수단을 최우선적으로 혹은 주된 규제의 매개로 이용하는 것이 과연 적합한가에 대해서는 재고의 필요가 있다. 또한 효율성의 측면에서도 현행의 형법적 규제에 대한 새로운 논의가 필요하다고 본다. 형법이 규제해야 할 음란물에 대해 체계적인 선행적 분류 없이 거의 모든 성표현물을 음란성의 심사대상으로 삼는다는 규범적 통제는 비효율성에 대한 하나의 예가 될 수 있을 것이다. 이와 같은 점에서 새로운 규제방식에 대한 논의가 필요하다고 본다.

81) 이용식, 성적 표현의 형법적 통제에 대한 비판적 고찰, 367면

제3장

디지털 영상저작물로서의 인터넷 포르노그래피 조명

디지털 영상저작물로서의 인터넷 포르노그래피 조명

제1절 인터넷과 저작권의 조우

1. 인터넷과 저작권 환경, 그리고 인터넷 포르노그래피

최근 저작권법 분야에서 가장 이슈가 되는 것 중 하나는 단연 ‘인터넷을 통해 전파되는 저작권 보호의 문제’라고 할 것이다. 저작권은 문학, 그림, 영화, 사진, 음악 등의 창작자에게 인정되는 권리로서, 창작물을 통해 경제적 수익을 보장하기 위해 창작자의 허가 없이 복사, 복제 또는 모조하는 것을 금지했던 것이 그 시작이다. 이러한 저작권은 각종 복사 매체의 개발(복사기, 테이프 레코더, 비디오 레코더 등)과 함께 여러 가지 방법으로 저작권을 보호하는 방향으로 발전되어 오다가, 인터넷의 등장으로 고전적 의미의 저작권과 그 보호방법은 심각한 문제에 봉착하게 되었다. 기존의 매체와는 비교할 수 없는 유통 가능성을 가지고 있는 인터넷은 저작권 침해가 일회로 그치지 않고, 단 몇 시간, 아니 몇 분 안에 저작권 침해와 그로 인한 2차적 침해들이 연쇄적·다발적으로 확산되는 결과를 야기하기 때문이다.⁸²⁾ 여기에 기존의 저작권의 침해요건들이 적용되면서 수많은 문제점과 비판이 함께 제기되었다. 인터넷 환경은 분명 저작물의 복제 및 전송을 용이하게 만들었지만, 이처럼 기존의 저작권법에 커다란 변화를 촉구

82) 성동규/라도삼, 인터넷과 커뮤니케이션, 한울아카데미, 2000, 74쪽.

하고 있는 것이다. 특히 문제된 것은 ‘저작물의 복사-유통’이라는 하나의 큰 틀 안에서 복사만으로도 저작권의 침해를 인정하던 기존의 저작권 개념이었다. 왜냐하면 인터넷의 이용은 전 세계를 연결하고 있는 통신망을 통해 개별적인 컴퓨터들이 연결되어 있고, 다른 컴퓨터에 있는 정보를 열어보기 위해서는 다른 컴퓨터에 있는 내용을 내 컴퓨터에 저장하여 보게 되는 것을 기본적으로 상정하고 있기 때문이다. 즉 우리가 어떤 인터넷 사이트에 접속하여 거기에 있는 내용을 보는 동안 우리가 이용하고 있는 컴퓨터는 그 사이트의 내용을 저장하고 있는 컴퓨터의 내용을 계속 우리 컴퓨터로 복사-일시저장하고 있는 상태가 된다. 여기에 기존의 저작권 개념을 적용하게 되면 거의 모든 인터넷 유저들은 매일 컴퓨터를 켜 때마다 범죄를 저지르는 셈이 된다. 그런데 이미 우리에게 인터넷은 단순히 정보를 얻기 위한 수단을 넘어서서 경제 주체들의 경제활동을 위한 공간으로서의 역할을 수행하고 있고, 그 결과 저작물을 포함한 정보가 가지는 경제재로서의 가치가 더욱 증대되면서 이러한 정보의 성격, 즉 사유재(私有財)나 공공재(公共財)이냐에 대한 많은 논의들이 진행되어 왔을 뿐만 아니라 인터넷이 저작물 유통시장으로 활용되면서 제기된 저작물 이용과 관련한 저작권자와 이용자 간의 보호 우위에 대한 문제는 여전히 논란 속에 있다.⁸³⁾

이러한 인터넷상 저작권의 법적 논의는 곧 인터넷 포르노그래피에 대한 것이기도 하다. 즉 인터넷상에서 링크를 통한 저작물의 공유 내지 유통이 저작권법상 저작권자의 권리를 침해하는 행위인지 여부가 문제시되기 시작하면서, 그 부분적·내용적 문제로서 인터넷 포르노그래피 역시 논의의 핵심적 지위를 차지하고 있기 때문이다. 이는 크게 인터넷이라는 환경과 그를 이용하는 인터넷 이용자들의 의식에 관한 문제, 그리고 영상물이라는 성질에 따른 이용과 규제의 문제로 나누어 접근해 볼 수 있다. 전자의 경우, “정보공유를 위한 수평적 네트워크”를 기본정신으로 삼고 있는 인터넷 이용자들에게 “인터넷의 정보=공짜”라는 등식이 이미 그리고 현재까지도 당연시되고 있다는 사실에 주목할 필요가 있다. 초기에 인터넷을 통하여 유통되는 포르노그래피는 무료로 판매, 보급되었지만,⁸⁴⁾

83) 이와 관련하여 인터넷의 사회적 영향력이 커질수록 법률에 대한 의존도가 높아지고, 이해 당사자들 사이에 갈등과 충돌관계도 더욱 많아질 것이라는 우려는 이전부터 있어 왔다. 정진섭, 가상공간에서 좌충우돌하는 현실세계의 법, 인터넷, 제17호, 1995, 160-161쪽.

시간이 지남에 따라 인터넷의 멀티미디어 기능을 토대로 유료화되었다. 그리고 점차 인터넷 이용자들 사이에 “불만한 정보=유료”라는 등식이 각인되고, 또 적용하기 시작하면서 상업화의 길로 들어서게 되었다. 엄청난 수익을 창출하는 새로운 산업으로 부각된 인터넷 포르노그래피는 그 질적 차이에 따라 인터넷 이용자들이 유료 또는 무료로 이용할 수 있는 동시에 2차적으로 이미 획득한 포르노그래피에 대한 공유, 변작, 소지, 보관에서 제작, 전송까지도 가능해졌기 때문에 자연스럽게 저작권의 법적 쟁점사항들과도 공통 연결고리를 갖는다고 할 수 있다. 한편 인터넷 포르노그래피의 형식적 측면을 고려한다면, 영상의 형태로 제공되는 인터넷 포르노그래피가 저작권법상 보호를 받는 영상저작물과 동일한 보호와 규제가 가능한지 여부에 대한 검토 역시 실익이 있다고 할 것이다.

2. 디지털 영상 저작물의 특성

가. 디지털 환경이 초래한 질적·유통공간의 변화

아날로그 저작물의 가장 커다란 특징은 일반적으로 창조적 표현을 정보기록매체에 고정시킨 다음 이를 직접적으로 소비자에게 배포하는 형태였다. 예를 들자면 문자와 그림은 종이, 음악은 레코드, 동작은 영화나 TV, 이미지는 조형이나 건축에 각각 표현되어 고정되었고, 일반 소비자에게 유통된다. 방송의 경우도 다수에게 전송하고 있다.

그러나 디지털 환경은 이러한 형태를 근본적으로 부정하고 있다. 정보가 디지털화 된다는 것은 창조적 표현 자체가 연속된 물리적 변화를 판독하는 아날로그 신호가 아니라 모든 정보가 수치화되는 디지털 신호로 변환된다는 의미이다. 다시 말해 정보가 0과 1의 조합으로 표시되어 있는 정보는 물체에 고정되지 않고 디지털 정보 자체로서 존재하며, 이전되고, 복제되어 이용된다는 점이다.

아날로그 방식이라면 가령 연기, 연주, 연설, 노래, 동작이나 물체에 대해 이루어지는 창작행위인 경우, 그 표현행위를 행한 원형은 그 자리에서 사라지게

84) 성동규/김왕석, 사이버포르노의 현실적 규제방안 연구, 한국언론학회, 1997, 319-335쪽 참조

되고 필요한 정보를 선택해 이를 정보로서 기록하는 복제 메커니즘만 존재하게 된다. 그러나 이런 과정이 디지털 차원에서 이루어질 경우 창작 표현의 원형은 그대로 모두 디지털화되어 동가치적인 정보로 환치되는 것이다.⁸⁵⁾ 원형과 동일체의 동가치적인 정보가 복제라기보다 ‘증식’될 수 있기 때문에 ‘복제’와 ‘원형’의 구별이 어려워지며, 더욱이 이러한 정보를 쉽게 이용할 수 있기 때문에 저작권 침해에 대한 우려는 더욱 증폭되고 있는 것이다.

정보의 디지털 과정만으로는 정보가 쉽사리 공간적·시간적 유통성을 뛰어넘기가 어려웠는지 모른다. 그런데 정보의 디지털화와 함께 네트워크화가 동시에 병렬적으로 진행되면서 상관관계성을 맺고 이것이 양자의 영역을 확대시키고 있다.

네트워크는 이전에는 폐쇄형 네트워크 형태로 존재했지만, 네트워크와 네트워크간의 상호접속 환경이 조성되고 개방형 네트워크화가 진행되면서 오늘날과 같은 거대하고 자유로운 정보 유통기구로 탈바꿈하고 있다. 이러한 자유로운 정보 유통 공간을 흔히 인터넷이라고 하며, 이것이 갖는 특성은 양방향성이라는 점과 누구나 발신자인 동시에 수신자가 될 수 있는 점이다.

이러한 특성을 바탕으로 하고 있는 인터넷 영역에서는 혁명적인 정보의 질적 변화가 초래되고 있으며, 아울러 이러한 형태의 정보를 고속으로, 그리고 동시에 제공할 수 있는 거대한 정보유통의 틀을 만들어 내고 있다.

나. 디지털 저작물의 특성

디지털 저작물이 갖는 특성으로 기존의 유통 형태에 상당한 변화를 초래하고 있는 ‘복제의 동질성’, ‘비열화성’, ‘전달의 용이성’을 꼽을 수 있다.⁸⁶⁾

첫째로 복제의 동질성이란 원저작물과 동일한 복제가 가능한 특성을 말한다.

85) 한국방송진흥원 방송·통신 융합환경에서의 영상제작물 유통활성화를 위한 연구-저작권을 중심으로, 2001, 59쪽.

86) 한국방송진흥원 방송·통신 융합환경에서의 영상제작물 유통활성화를 위한 연구-저작권을 중심으로, 2001, 60쪽.

다시 말하자면 아날로그 방식에서는 복제시의 열화가 필수적으로 동반되었지만, 디지털 영역에서는 동질의 복제가 가능하다는 점이다.

둘째, 디지털 저작물은 열화하지 않고 신제품과 동질의 저작물을 재생산할 수 있기 때문에 반영구적으로 이용 가능하다는 특성이 있다. 이러한 비열화성으로 인해 저작권자 또는 저작인접권자인 권리자도 모르게 유통시장이 형성될 가능성도 배제할 수 없는 것이다. 유통시장에 출시된 후에도 상품가치에 변동이 생기지 않음으로써 유통시장에서 다원적으로 이용될 수도 있다. 예컨대 권리자가 1차적으로 디지털 저작물을 판매하여 대가를 회수한 후 제3자에 의해 유통시장에서 매매되거나 임대되어 거래될 경우, 그 거래 수입은 권리자에게 들어오지 않게 된다. 기존의 유통구조에서라면 유통업자가 거래로 이익을 취하고 권리자에게는 직접적인 권리의 대가가 들어오지 않게 되는 것이다. 이러한 현상은 디지털 저작물의 비열화성에 의해 권리자의 통제를 떠난 시장에서 유통업자에 의한 비즈니스 전개가 가능해지며, 권리자는 이러한 유통시장에서 이익에 관여할 수 없기 때문에 결과적으로는 신규 상품의 매출 감소에 이은 수입 감소라는 형태로 이익이 침해될 우려가 생길 수 있는 것이다.

셋째로 전달의 용이성이란 특성이다. 네트워크나 방송을 통해 대용량으로 단시간에 더구나 쉽사리 전달이 이뤄진다는 것이 디지털 저작물의 특징인 만큼 방송이나 네트워크 통신을 통해 권리자의 이익에 영향을 미칠 가능성은 그만큼 높다고 할 것이다. 더욱이 앞에서 언급한 동질성, 비열화성의 요소와 결합됨으로써 제공한 저작물과 동일한 저작물이 대량으로 단시간에 쉽게 유통될 수 있게 되는 것이다.

제2절 디지털 환경에서 저작권의 변화 양상

1. 저작권의 기본 개념과 기능

가. 저작권의 개념

저작권이란 인간의 사상이나 감정을 창작적으로 표현한 저작물을 보호하기 위해 그 저작자에게 부여한 권리를 말한다.⁸⁷⁾ 따라서 저작권의 보호라 함은 저작물의 창작자에게 자기 저작물의 이용에 관한 배타적인 권리를 부여하고, 그 저작물을 다른 사람이 이용하는 데에는 저작권자의 허락을 필요로 하며, 그러한 허락을 얻지 않고 이용하는 행위를 위법으로 규정하는 것이 된다.⁸⁸⁾ 따라서 저작권을 인정하는 목적은 저작물의 창작자에게 인격적 이익과 재산상 이익을 부여함으로써 창조적 저작행위를 장려하고 나아가서 문화예술의 향상 발전을 촉진하기 위한 것이다.

이러한 저작권 제도가 정당화될 수 있는 것은 자연적 정의, 경제적 이유, 문화적 이유, 사회적 이유 등에서 찾을 수 있는데,⁸⁹⁾ 먼저 자연적 정의의 관점에서 보면 저작자는 자신의 인격의 표현인 저작물의 창작자이기 때문에 자신의 저작물의 공표 여부를 결정하고, 자신의 지적 생산물이 침해되거나 훼손되는 것을 방지할 수 있어야 하므로 저작권이 있어야 한다고 본다. 다음으로 경제적 이유는 저작물의 창작 자체가 상당한 경제적 투자가 전제되어야 하고, 그것의 발행, 유포 역시 광범위한 산업적 틀 속에서 행해지는 것이기 때문에 이러한 비용의 회수를 위해서는 이익의 보장이 필수불가결하다고 한다. 한편 문화적 이유는 저작자의 창작물은 문화적 자산이기 때문에 창작행위를 고무하고 보상해 주는 것은 문화의 발전에 공헌한다는 점에서 일반 공중의 이익에도 부합하다는 것을 정당화 근거로 제시하고 있다. 마지막으로 사회적 이유는 저작물이라는 것이 상이한 계급, 인종, 성, 연령 등을 연결시키는 기능을 한다는 점에서 저작자의 사회

87) 김기태, 저작권법의 해석과 적용, 누임, 1996, 13쪽.

88) 한승현, 정보화시대의 저작권, 나남, 1992, 21쪽.

89) Stewart, S. M., International Copyright and Neighbouring Rights, London: Butterworths, 1983, pp.3-4.

적 기여도를 인정하고 또 보호해야 한다는 점을 강조한다.⁹⁰⁾

그런데 사실 저작권의 개념과 범위는 각 국의 경제적·사회적인 여건과 문화정책의 차이로 인하여 실정법상 반드시 일치되어 있지 않고, 학문적으로도 상황에 따라 다양한 개념으로 사용되고 있다. 통상적으로 저작권에는 크게 두 가지 종류의 권리가 있는데, 하나는 재산적 이익을 보호하는 저작재산권이고, 다른 하나는 저작물에 대하여 가지는 인격적 이익을 보호하는 권리인 저작인격권이다. 전자는 저작자의 개인적·재산적 이익을 보호하려는 권리로서, 주로 저작물을 제3자가 이용하는 것을 허락하고 그 대가를 받을 수 있는 권리인 복제권, 공연권, 방송권, 전시권, 배포권 등이 이에 해당된다. 반면 후자는 정신적 창조물로서 지적 재산은 저작자의 인격을 반영하며 인격 밖에 존재하는 물적 재산보다 한층 더 존귀하게 평가되어야 한다는 전제하에 인정되는 비금전적인 제2의 권리로서, 여기에는 공표권, 성명표시권, 동일성 유지권 등이 있다.⁹¹⁾ 저작권이 학술, 문예, 미술 또는 음악상의 사상이나 감정의 “창작적인 표현”을 보호하는 권리라는 점에서, 저작권 제도 역시 문예·학술적 창작물을 보호하되 그 사상 자체가 아닌 그 대외적 표현(expression of idea)만을 보호한다. 일반적으로 저작권이라고 할 때는 저작재산권을 말하고, 넓은 의미로는 저작재산권, 저작인격권에다가 저작인접권과 출판권 등 저작권법에 규정되어 있는 모든 권리를 포함하는 것으로 이해한다.⁹²⁾ 우리의 저작권법은 ‘저작권’이라는 표제하에 ‘저작자는 저작인격권과 저작재산권을 가진다’고 규정하고 있으므로(제10조), 두 가지 권리를 모두 포괄하는 가장 넓은 의미의 개념을 사용하고 있다고 볼 수 있다. 이러한 저작권은 저작권자에게 상당한 금전적 보상을 주는 강력한 경제적 수단으로 기능하고, 이에 기하여 저작물의 무단복제나 개변에 대해 그 침해의 배제 및 손해배상이 가능해진다.⁹³⁾

90) 한국방송진흥원, 디지털 시대의 영상저작물과 저작권에 관한 연구, 2000, 6쪽.

91) 송영식/이상정, 저작권법개설, 화산문화, 1997, 111-112쪽.

92) 오승중, 저작권법, 박영사, 2007.

93) 김문환, 정보화 사회의 저작권법, 저작권심의조정위원회, 1999, 11쪽.

나. 저작권의 기능

대체적으로 저작권은 크게 두 가지 기능을 갖는다고 보고 있다. 저작물의 생산 기능과 구조적 기능이 그것이다.

1) 생산 기능

저작권은 저작자에게 저작물에 대한 독점적인 지위를 부여함으로써 저작물 창작으로 인한 노력 투하에 대한 대가를 지불받도록 하고 있다. 이러한 독점적인 지위부여는 저작자에게 창작 의욕을 고취함으로써 많고 다양한 저작물이 생산되도록 한다. 만약 저작권이 부여되지 않는다면 저작물을 창작해 내기 위해 노력을 하지 않을 것이고 많은 자본을 투하하지도 않을 것이다. 이러한 점에서 저작권법의 기능은 저작물의 생산을 촉진하는 데 있다고 할 수 있는 것이다.

2) 구조적 기능

시민사회는 다양한 의견의 제출과 공적논의(public discourse)에 대한 시민들의 자발적인 참여를 전제로 한다. 이러한 다양한 의견의 제출과 활발한 공적논의가 이루어지기 위해서는 저작자의 다양한 창작과 이러한 창작품의 유통이 필수적이라고 할 수 있다. 왜냐하면 다양한 의견의 제출과 공적논의에 참여하기 위해서는 교육이 전제되어야 하고 이러한 교육은 다양한 저작물의 창작에 의해서만 가능하기 때문이다. 또한 다양한 의견의 표출을 위해서는 창작의 자유가 보장되어야 하고 창작의 자유를 보호해 주기 위해서는 저작자의 경제적인 독립이 필수적이라고 할 수 있다. 일부에서는 현대에 들어와서 저작자들이 거대 언론사나 전달자들에 대해서 예측되는 경향이 있고 이러한 경향은 자칫하면 다양한 의견의 표출을 불가능하게 함으로써 자유시민사회의 건전한 발전을 저해하고 있다고 비난하기도 한다. 그러나 인터넷의 등장으로 저작자와 이용자가 직접 거래할 수 있게 되었기 때문에 진정한 의미에서의 참여민주주의가 가능해졌다는 측면에서는 저작권은 ‘표현의 자유를 위한 엔진(the engine of free expression)’이며 자유민주사회를 지탱하는 구조적인 기능을 수행하고 있다고 본다.

3) 공익적 기능

저작권자의 권리 보호뿐만 아니라 인간의 지적 창조물에 대하여 법적인 보호를 부여함으로써 창작의욕을 고취시키는 한편, 그 보호가 지나쳐 지적 창조물의 과실을 사회가 충분히 향유할 수 없게 되는 현상을 방지하는 데 저작권법의 목적이 있다.⁹⁴⁾ 따라서 저작권법은 창작자의 이익과 이용자인 공중의 이익을 조화롭게 보호하려 하고, 이는 “이 법은 저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화의 향상발전에 이바지함을 목적으로 한다.”는 저작권법 제1조에서 다시 확인할 수 있다. 인류가 쌓아온 다양한 상식들은 대부분 저작권이라는 재산적 가치의 대상이 되기도 하지만, 사회적 효용성이라는 보다 큰 틀에서 보면 공공적 재산이 되기도 한다는 점에서⁹⁵⁾ 저작권은 본질적으로 재산권 보호와 사회 공익의 보호라는 이중적 가치를 어떻게 균형 있게 보장할 것인가와 같은 필연적 문제를 안고 있다고 하겠다.

2. 저작권의 역사와 그 법적 성격

가. 저작권 제도의 전개 과정

사익과 공익의 균형을 통해 유지하게 되어 있는 저작권법이 ‘저작자의 보호와 공정이용을 위한 법률’이 아닌 ‘저작권’이라는 명칭을 부여받게 된 데에는 저작권 제도가 성립하고 전개되어 온 과정에서 그 이유를 찾아 볼 수 있다. 15세기 인쇄술의 발명과 보급으로 저작물의 대량 복제가 가능해졌고, 이에 대한 정치적·종교적 영향력을 인식한 통치자와 성직자들은 특정 출판업자에게만 ‘출판특권’(Printing privileges)을 부여하여 저작물을 통제, 검열하고 출판을 억압하였다. 이어 유럽 전역에 확산된 출판특권에 대해 존 로크를 비롯한 여러 사상가들은 독점권의 제한을 주장해 왔는데, 18세기에 제정된 앤 여왕법에 의해 비로소 저

94) 오승중, 저작권법, 박영사, 2007.

95) 한국방송진흥원, 디지털시대의 영상저작물과 저작권에 관한 연구, 2000, 7쪽.

작자의 권리를 강조하고 권리의 기간을 한정하도록 함으로써 출판업자의 독점권을 제한할 수 있게 되었다.⁹⁶⁾ 즉 저작권은 출판독점을 제한하기 위해 사회세력간의 투쟁과 타협의 산물로 탄생된 것이다. 이렇게 독립된 저자가 등장하면서 인쇄기술의 혁명과 더불어 ‘책’이라는 유형물을 통해 지식 자체의 상품화도 가능해졌다.

저작권으로 대표되는 지적재산권은 그 객체가 무체물이어서 유체물에 대한 소유권과는 달리 대상물의 점유가 불가능하다는 점 때문에 누구나 그것을 자유롭게 이용할 수 있고, 그 이용에 있어 타인의 이용을 불완전하게 만들지도 않는다는 특징을 갖는다. 이를 저작권을 통해 타인의 무체물 이용행위를 법적으로 금지시킴으로써 비로소 소유권의 실현이 가능하게 되었다고 평가된다.⁹⁷⁾

나. 저작권의 법적 성격

이러한 저작권은 그 법적 성격을 어떻게 파악하느냐에 따라 저작권의 내용은 크게 달라진다. 일반적으로 대륙법계 국가에서는 저작권을 ‘천부인권’(natural rights)이라고 보고, 영미법계에서는 ‘저작자가 문화·예술의 창달, 지식베이스의 확대, 교육의 증진에 기여한 대가’라고 이해하고 있다.⁹⁸⁾ 이 밖에도 사회주의 국가에서는 저작물도 하나의 공유재산이라고 보는 시각도 있으나 이러한 입장을 채택하고 있는 나라는 별로 없으므로, 여기에서는 특별히 언급하지 않겠다.

1) 대륙법계의 저작권 체계(자연권설)

먼저 프랑스와 독일로 대표되는 대륙법계 국가에서는 저작권을 ‘저작자의 권리’(author's right)로 보기 때문에 저작물은 저작자의 인격의 발현이라는 의식이

96) 앤 여왕 하에서 최초로 저작자의 배타적 복제권을 일정기간 동안 인정하는 저작권법이 제정되었고, 이로 말미암아 길드의 독점권은 무너졌으며, 저작물에 대한 보호기간은 14년으로 하고, 저작자가 생존해 있는 경우 14년 동안 갱신할 수 있도록 하였으며, 출판업자에게 넘어갔던 복제권도 14년이 경과하면 저작권자에게 자동적으로 복원되었다. 한국방송진흥원, 방송 통신 융합환경에서의 영상제작물 유통활성화를 위한 연구-저작권을 중심으로, 2001, 63쪽.

97) 황희철, Medium과 저작권, 정보법학, 창간호, 1997, 55-61쪽.

98) 방석호, 인터넷과 저작권법, 한림법학, 제8권, 1999, 103쪽.

강하게 나타난다. 다시 말하면 저작물은 저작자의 ‘두뇌의 자식’(brain child)이므로 저작물에는 언제나 저작자의 이름이 붙어야 하고(성명표시권, 저작권법 제12조), 저작물의 내용·형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리(동일성유지권, 저작권법 제13조)가 저작자에게 주어져야 한다는 것을 기본적인 내용으로 삼는다.⁹⁹⁾ 구체적으로 살펴보면, 저작권 일원론의 입장을 취하는 독일에서는 저작권을 재산권적 요소와 인격권적 요소가 융합된 단일·불가분의 권리로 파악한다. 저작행위란 인간의 지적인 노력을 독창적으로 표현하는 것으로 정의할 수 있는데, 지적인 노력이라는 점에서 인간의 정신세계가 나타나고, 독창적 표현이라는 점에서 인간의 개성이 나타난다고 보는 저작권 일원론은 이러한 인간의 정신과 개성은 바로 그 인간의 인격을 의미하며, 따라서 저작권에서 인격권을 따로 떼어서 생각하는 것은 상상할 수 없는 비논리적 사고가 된다고 주장한다.¹⁰⁰⁾

이에 반해 프랑스를 비롯한 대부분의 대륙법계 국가가 취하고 있는 저작권 일원론은 저작권을 저작재산권과 저작인격권이 합쳐진 복합적 권리로 파악한다. 이러한 이원론적 입장은 경제적 관점을 중요시하여 저작물의 물적 이용가능성을 보다 확실히 확보하기 위하여 저작권을 인격권과 재산권으로 구별한 다음, 재산권을 활용하여 경제적 목적을 달성하고자 하는 것을 그 이론적 배경으로 한다.¹⁰¹⁾ 즉 경제적 이익은 유통대상으로서의 저작물에 연관됨에 반해, 인격적 이익은 저작자와 작품 사이의 분리할 수 없는 관계라고 이해하는 것이다. 이 두 권리의 관계는 각국의 법질서에 따라 상이하게 묘사되는데, 프랑스의 경우는 저작인격권의 우위가 인정되는 반면, 네덜란드 저작권법은 ‘저작권의 제한’이라는 항목에 두어 저작재산권을 제한하도록 하고 있다.¹⁰²⁾

99) 황희철, 인터넷과 저작권, 정보화정책저널, 제4권 제1호, 한국정보문화진흥원, 1997, 91-92쪽.

100) 예를 들어 어떤 작품의 저작자가 그것을 공표하면, 그로써 자신의 사상을 세상에 알리는 것임과 동시에 이러한 행위는 저작자에게 그 작품의 경제적 이용을 위한 첫 단계로서도 작용하게 되므로, 저작재산권과 저작인격권은 전체 저작권의 양 측면이라는 것이다. 독일 저작권법상 저작권의 양도불가를 규정한 것이나(제29조 제1항)이나 일정한 기간의 경과에 따른 전체 저작권의 소멸을 규정하고 있는(제64조) 것 역시 일원론적 관념에 입각한 것이라고 한다. Reh binder, Urheberrecht, 13. Aufl, 2004, Rdnr. 75.

101) 최상필, 우리 저작권법 체계상 저작자와 저작권의 귀속문제, 재산법연구, 제24권 제1호, 2007, 359쪽.

2) 영미법계의 저작권 체계(대가설)

그러나 영국과 미국을 중심으로 하는 영미법계 국가에서는 저작권을 ‘복제를 금지하는 권리’(copyright)로 파악하여 저작자의 재산적 이익을 확보하는 것에 중점을 주는 경향을 보인다.¹⁰³⁾ 물론 영국, 미국의 저작권법의 정신이나 역사에서도 많은 자연권적인 요소가 발견되기는 하지만, 저작권이 저작자의 기여에 대한 대가, 창작을 독려하기 위한 인센티브라고 보기 때문에 저작권 보호의 요건도 상당히 완화되어 있다. 즉 영·미법에서는 원작성(originality)이 있거나 하면 저작권의 보호가 가능하고, 따라서 여기서의 원작성은 고도의 창작성이 아니라 다른 사람이 아닌 저작자 스스로가 저작하였다는 의미에 불과하다고 하게 된다. 영국 앤 여왕법에 그 기원을 두고 있는 common-Law 영역의 저작권은 그 목적이 저작자의 보호가 아니라, 사회 전체의 이익을 위해 학문과 예술 작품의 창작을 추구하고자 하는 데 있었기 때문에 저작재산권의 보호에 치중하였고, 저작자의 인격권은 원칙적으로 보호대상이 아니었기 때문이다.¹⁰⁴⁾

저작권을 ‘법률에 의해 만들어지는 권리’라고 보는 영·미의 경우, 창작자 개인의 권리에 초점을 맞추어 저작권을 이해하고 있는 프랑스, 독일과는 큰 차이점을 보인다. 특히 미국 저작권법은 1990년의 시각예술가권리보호법(Visual Artists Rights Act of 1990)을 통한 개정 이래 저작자임을 주장할 권리와 저작물의 완전성을 유지할 권리를 포함하고 있지만, 그 보호대상은 회화나 조각 같은 시각예술저작물에 한정되고 있고, 이 역시도 법규상의 여러 예외 사유에 의해 제약을 받는다.¹⁰⁵⁾ 뒤 이어 1909년에 미국 의회가 저작권법을 개정하면서 발표한 보고서(HR Rep. No.2222)에서도 저작권이 저작자의 이익이 아니라 창작을 장려함으로써 공중이 얻게 되는 이익을 보호하기 위해 주어졌다고 천명하고 있다.¹⁰⁶⁾

102) Skrzipek, Urheberpersönlichkeitsrecht und Vorfrage, 2005, S.18.

103) 방송통신위원회, 방송통신 콘텐츠 저작권의 효과적 보호에 관한 연구, 방송통신위원회/한국전파진흥원, 2009, 5-6쪽.

104) Ginsburg, Urheberpersönlichkeitsrecht im Rechtssystem des Common Law, GRUR Int., 1991, S.594.

105) Halpern/Nard/Port, Fundamentals of U.S. Intellectual Property Law, 1999, P.108.

3) 경제적인 분석

최근에 들어서는 저작권을 법이론적 측면에서가 아니라 경제학적인 측면에서 고찰하려는 경향이 두드러지고 있다. 이러한 시도는 법경제학에서부터 시도되었으나 이제는 저작권법 학자들까지 가세하여 유력한 위치를 점하고 있다. 경제학적인 접근은 기본적으로 저작물을 하나의 경제재로 보고 이러한 경제적인 성격을 가진 저작물을 어떻게 하면 효율적으로 분배할 수 있는가에 초점을 맞춘다. 이들의 주장에 따르면 저작권자와 이용자 간에 이루어진 기존의 권리 균형은 매우 의미 있는 것이라 평가할 수 있고, 따라서 인터넷상에서 저작권자의 권리를 확대하고 결과적으로 이용자의 권리를 축소하는 것은 저작권법의 이념에 배치되고 바람직하지도 않다고 하게 된다.¹⁰⁷⁾

가) 공공재설

저작물을 공공재(public goods)라고 보는 시각은 토머스 제퍼슨(Thomas Jefferson) 시대에서부터 주장된 것으로, 토머스 제퍼슨은 ‘아이디어’는 배타성이 없기 때문에 누구라도 다른 사람의 이용을 방해하지 않고 사용할 수 있다고 주장했다. 그는 저작물은 불과 같아서 다른 사람이 불씨를 얻어가더라도 원래 불을 가진 사람이 어두워지지 않는다고 하였다. 이러한 주장은 최근의 법경제학자들에 의해 발전되어, Stanley Besen 같은 학자는 저작물을 무형적인 표현과 유형적인 고정물로 분류한 다음, 전자를 공공재라고 하였다. 위와 같은 견해를 가진 논자들은 인터넷 상에서 유통되는 저작물이나 정보는 공공재적 성격이 강하고, 따라서 이에 대한 보호에 과다한 지출을 함으로써 사회적 비용(social cost)을 증가시키는 것을 경계한다. 같은 견지에서 인터넷 상에서의 저작권 보호는 기존의 저작권법 체제에 의하는 것이 타당하다고 하면서, 일정한 자유이용지역을 허용하자고 주장한다.¹⁰⁸⁾

106) 6HR Rep. No.2222, 60th Cong., 2d Sess., 7, 1909.

107) 황희철, 인터넷과 저작권, 정보화정책저널, 제4권 제1호, 한국정보문화진흥원, 1997, 93쪽.

108) 황희철, 인터넷과 저작권, 정보화정책저널, 제4권 제1호, 한국정보문화진흥원, 1997, 94쪽.

나) 저작물과 공공재

저작물과 공공재는 유사한 점이 많기 때문에 공공재로 보는 것도 낯설거나 이상하지는 않다. 특히 무형적인 아이디어나 디지털화된 저작물은 그 이용에 있어서 ‘배타성’(exclusivity)이 없어, 디지털화된 저작물은 수많은 사람이 동시에 이용할 수 있을 뿐만 아니라 거래비용(transaction cost)도 “0”에 가깝다는 점을 상고해 본다면 저작물 역시 공공재로 보기 충분하다.

그러나 저작물에는 공공재와 다른 특징이 있음에 간과해서는 안 되는데, 먼저 저작물은 생산에 상당한 비용이 소요된다. 즉 생산비용이 전혀 소요되지 않는 일반 공공재와는 달리 저작물은 거래비용이 소요되지 않을 뿐 생산비용은 여전히 필요하기 때문에 저작물에 대해서는 어떠한 형태로든 재산적인 보상이 이루어지지 않으면 안 된다. 과거에는 이러한 재산적인 보상은 귀족이나 종교단체가 맡았기 때문에 저작자들이 이들 귀족들이나 종교단체에 예속될 수밖에 없었으나 현재는 이러한 예속 관계를 벗어나 스스로 응당의 보상을 추구할 수 있다.

다음으로 저작물이 일반 공공재와 다른 점은 저작물의 경우, 그 종류와 효용이 다양하기 때문에 공급자와 소비자의 연결이 쉽지 않다는 점이다. 물론 이러한 공급자와 소비자 간의 연결 관계 구조는 정도에 따라 차이가 존재할 수 있다. 즉, 대중에게 친숙한 저작물, 인기 있는 영화나 음악의 경우에는 공급자와 소비자가 별다른 장치 없이 연결될 수 있다. 그러나 전문적인 학술논문이나 특정 장르의 음악인 경우, 소비자가 공급자를 찾거나, 공급자가 소비자를 찾는 데에 한계가 따를 수밖에 없다. 이러한 점에서 저작물은 공급과 소비를 연결하는 것이 필요하고, 따라서 용역의 매개가 어느 정도 요청된다고 할 것이다.¹⁰⁹⁾ 특히 디지털 기술의 발달로 인하여 가능해진 저작물의 대량생산은 기존의 저작물을 이용하여 새로운 저작물을 작성하려는 저작자와 기존 저작물의 저작자를 연결하거나 저작물의 공급자와 소비자를 연결하는 것이 얼마나 중요하고 또 어려운지를 새삼 확인시켜 준다. 이러한 점에서 저작물은 순수한 공공재로 보기는 어렵다고 할 것이다.

109) 황희철, 인터넷과 저작권, 정보화정책저널, 제4권 제1호, 한국정보문화진흥원, 1997, 94쪽.

다) 신고전학파(neo-classism)의 주장

신고전학파의 이론은 19세기 후반에 주창된 ‘한계효용의 법칙’에 근거하고 있다. 고전적인 재화개념은 투하된 자본과 노동이 체화된 것을 재화로 보고 있었지만, 한계효용의 법칙은 장래의 이익을 취득할 수 있는 가능성을 재화라고 보았다. 이러한 신고전학파 이론은 최근 30여 년간 그 세력을 확장해 왔다. 동시에 이 기간은 지적재산권이 비약적인 강화 내지성장을 보인 시기라는 점에서 주목할 만하다.¹¹⁰⁾ 신고전학파들은 저작권을 전 세계적으로 보호하고 확실하게 재산권으로 규정되어야지만 시장 경제의 효율성을 확보할 수 있다고 주장하는데, 그들에 의하면 저작권 등 지적재산권은 일반 유형적인 재화들과 다를 것이 하나도 없으며, 따라서 일반 재화와 동일하게 취급되어야 한다고 한다. 그리고 완전한 재산권으로서 저작권을 보호하는 것만이 저작물의 효율적 배분과 사회적 효용의 극대화를 꾀할 수 있다고 주장한다. 다시 말해 시장경제 메커니즘만이 저작물의 효율적 생산과 분배를 보장할 수 있고, 이러한 시장경제 메커니즘을 이용하려면 저작물이 일반적인 재화와 동일하게 취급되어야 한다는 것이다. 완전한 시장경제 하에서만 수요를 예측할 수 있고, 이러한 수요에 부응하여 저작자의 노력을 우선적으로 투하함으로써 사회에서 꼭 필요한 저작물을 생산해 낼 수 있다는 이들의 논의는 당연하게도 저작물의 원활한 유통을 위한 토대로서 시장경제 메커니즘을 요구한다. 즉 시장경제 메커니즘에 의할 경우에만 마진이 보장되고, 저작물의 보급에 많은 투자가 이루어질 수 있다는 것이다. 저작물의 경우에는 공급자와 수요자가 쉽게 연결될 수 없는 구조이므로 ‘전달자’(intermediary)의 매개가 필요하고, 이러한 전달자의 매개는 적정한 이윤의 보장이 제시될 때에만 가능하다는 것이다.

110) 황희철, 인터넷과 저작권, 정보화정책저널, 제4권 제1호, 한국정보문화진흥원, 1997, 95-96쪽.

3. 저작물의 성립요건

가. 의의

저작권의 보호대상인 저작물은 그 개념 정의에 따라 저작권의 범위 확정에도 영향을 미친다. 우리 대법원은 저작물을 “표현의 수단 또는 형식의 여하를 불문하고 학문과 예술에 관한 일체의 물건으로서, 사람의 정신적 노력에 의하여 얻어진 사상 또는 감정에 관한 창작적 표현물을 의미한다.”고 정의한 바 있다.¹¹¹⁾ 이 때 저작물은 그 표현매개체인 유체물과 구별되는, 인간의 사상과 감정을 창작적으로 표현해 낸 무형의 의미 형상 그 자체를 의미하기 때문에 소설이 담겨진 원고나 그림이 그려진 화폭과 같은 유형물은 대상이 되지 않고, 저작자의 사상 자체를 보호하는 것도 아니다.

나. 성립요건

1) 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 것일 것

문학·학술·예술의 범위란 베른조약 제2조에 규정된 인간의 지적·문화적 활동의 모든 영역에 속하는 것을 총체적으로 포괄하는 개념이다. 이는 단순히 고식적으로 해석할 것이 아니라 변화하는 사실관계에 기초하여 실질적으로 해석해야 한다. 예컨대 반도체칩 보호문제나 컴퓨터 프로그램 보호와 같이 기술의 발달과 정보화 사회로의 급속한 진전에 따른 저작물 개념의 확대 추세에 탄력적으로 대응해야 할 필요가 있기 때문이다.¹¹²⁾

2) 창작성이 있을 것

창작성이란 기존의 다른 저작물을 베끼지 않았다는 것 또는 저작물의 작성이 개인적인 정신활동의 결과라는 것을 의미하는데, 사상·감정 자체는 독창성이 없

111) 대법원 1979.12.28. 선고 79도1482 판결.

112) 김덕용, 저작권의 침해 및 구제에 관한 연구, 주성대학 논문집, 제9집, 2000, 184쪽.

다고 하여도 표현의 형식 또는 방법에 독창성이 있으면 된다. 따라서 저작물의 창작성은 기존의 기술사상으로부터 전혀 새로운 것을 요구하는 ‘발명의 신규성’(novelty)과는 다르며, 그것이 ‘실질적으로 모방하지 않고 창작된 것’(not substantiality copied, independently created)이라면 동일 권리의 병존이 인정되기 때문에 상대적인 개념이라고 할 것이다. 인간의 문화·창작활동은 절대적인 무에서 유를 창조하는 행위가 아니라 선인의 문화나 시대사조 또는 기존의 저작물에 구현된 아이디어 또는 소재·형식 등의 영향을 받아 창작하는 경우가 대부분이라는 점에서 전대미문의 감정표현일 수 없고, 따라서 동일·유사한 것이 다수 존재할 수 있다는 사실을 전제로 하고 있다.¹¹³⁾ 다만 기존 저작물이 저작권의 보호를 받고 있는 것이라면 침해를 벗어날 수는 없다.¹¹⁴⁾

3) 일정한 형식으로 객관화될 것

저작물이기 위해서는 사상이나 감정 등이 색채·음향·언어 등에 의하여 외부적으로 표현되어 객관화될 것이 요구된다. 따라서 단순한 착상이나 구상으로서 저작자의 내심의 영역에 단절되어 외부적 실체를 인식할 수 없는 경우라면 저작물이라고 할 수 없다. 다만, 표현의 완성까지는 요하지 않는다.

4) 사상이나 감정의 표현일 것

저작권법은 이러한 요건을 직접적으로 규정하고 있지는 않으나 판례는 저작물의 요건으로서 ‘사상이나 감정의 표현일 것’을 인정하고 있다. 즉 이러한 사상이나 감정은 철학적이거나 숭고할 정도의 것을 요구하는 것은 아니며, 지적 창작물로서 저작물에 정신적인 내용이 표출되면 족하다.¹¹⁵⁾

113) 대법원 1995.11.14. 선고 94도2238 판결.

114) P. Goldstein, Copyright, vol.1, 2nd ed., sec. 2.2.1, Little Brown Company, 1996, p.2

115) 오승중/이해완, 저작권법, 박영사, 1999, 37쪽.

4. 인터넷상 저작권 관련 제문제

기술의 발전에 따라서 저작물 제작방법이나 그 이용방법이 다양해짐에 따라 새로운 저작물 또는 보호대상이 등장하고 있고, 또 그에 따른 새로운 저작권 또는 저작권접권이 인정되어 왔으며, 그에 상응하는 법규정이 신설되는 일련의 과정은 각국의 국내법과 저작권 관련 국제협약에 공통된 현상이다. 국내 저작권법의 규정도 저작권의 법리에 따라서 권리의 다발인 총체적 권리로서 저작재산권을 규정하고, 여기에서 파생된 복제권, 배포권, 공연권, 방송권, 전시권, 2차 저작물 작성권 등을 열거하고 있다.¹¹⁶⁾ 이러한 저작 재산권은 전술한 바와 같이 유형물을 대상으로 생성된 권리 규정이며, 인터넷 시대의 온라인 송신 개념이 등장하면서 기존의 권리 규정 해석에 대한 문제 및 기존 저작권 체제와 조화로운 융합 여부에 대한 문제들이 발생하였다.

가. 법 해석상 등장한 문제점

1) 브라우징(browsing)

인터넷과 관련하여 제일 먼저 문제가 된 것은 브라우저를 통해 훑어보기를 하는 것이 저작권침해인가 하는 문제이다. 이에 대해 저작권 보호를 강화해야 한다는 논자들은 훑어보기도 저작권의 침해라고 주장한다. 이러한 견해는 미국의 일부 연방법원이 채택하고 있으며, 1995년에 발표된 미국의 NII 보고서도 이러한 입장을 취하고 있다. 브라우징을 저작권의 침해라고 보는 입장에서는 브라우징이 단지 보는 것만이 아니라 ROM에 일단 저장(caching)되는 것이고, 이렇게 저장되는 것은 갈무리를 해서 다시 볼 수도 있는 것이기 때문에 서적을 단순히 들춰보는 것과는 다르다고 한다. 반대로 브라우징이 저작권의 범위에 포함되지 않는다고 주장하는 논자들은 브라우징을 저작권자의 배타적인 권리내용으로 할 경우 이용자들이 정보에 접근하지 못하고, 따라서 이용자의 권리가 심각하게 제한될 것이라고 우려를 표하고 있다. 또한 이들은 이제껏 읽는 행위 자체가 저작

116) 도준호, 인터넷을 통한 콘텐츠 유통과 저작권 보호, 정보통신정책연구원, 2001, 9쪽.

권으로 문제시된 적은 없었다면서 저작권법의 역사를 거론하기도 한다.

이 문제가 이렇게 논쟁의 소지가 된 이유는 새로운 기술이 등장했기 때문이다. 컴퓨터 통신 하에서는 보는 것이 곧 기록하는 것이기 때문에 ‘본다는 것’만을 강조하게 되면 ‘훑어보기’는 당연히 이용자의 권리에 속한다고 볼 수 있고, 기록된다는 것만을 강조할 경우에는 ‘훑어보기’는 저작권자의 배타적 권리에 포함된다고 이해될 수 있다. 국내에서도 여러 가지 견해가 대립되고는 있으나 브라우징 자체를 저작권자의 배타적인 권리에 속한다고 보지는 않는 것 같다. 그러나 기술의 변화를 간과할 수는 없고, ‘dumb terminal’이 아닌 ‘intelligent terminal’의 경우에는 캐싱이 이루어지기 때문에 ‘훑어보기’ 자체도 저작권의 침해로 포함해야 할 필요성이 있다고 생각된다. 다만 모든 브라우징을 금지하는 것은 이용자의 권리의 제한을 넘어서는, 심각한 침해에 해당한다고 할 것이므로, 이에 대해 좀 더 심도 있는 논의가 요청된다고 할 것이다.

2) 전송의 문제점

저작물의 전송을 어떻게 평가하느냐 하는 것은 여러 가지 점에서 중요한 문제로 대두되고 있다. 기존의 저작권법은 ‘배포’라는 개념을 인정하고 있었으나 배포는 어디까지나 매체를 전제로 하는 것이었다.¹¹⁷⁾ 따라서 디지털화된 저작물의 경우, 매체는 고정되어 있고 저작물만이 이동하는 전송의 형태를 띠고 있기 때문에 배포의 개념을 적용할 수는 없다는 문제가 발생한다. 이러한 문제는 방송의 경우에도 똑같이 적용가능한데, 방송의 경우에는 그 자체가 하나의 저작물(저작인접물)로 인정될 수 있는 형태이기 때문에 별도의 법적 취급이 가능했지만 디지털화된 저작물의 경우는 접근의 통제가 가능하다는 점에서 ‘개별성’이 부각된다.¹¹⁸⁾ 그럼에도 불구하고 전송을 배포로 보는 것은 매체 위주의 저작권법 체

117) 2009년에 개정된 현행 저작권법 제2조 제23호에서는 “배포는 저작물 등의 원본 또는 그 복제물을 공중에게 대가를 받거나 받지 아니라고 양도 또는 대여하는 것을 말한다.”고 규정하고 있고, 같은 조 제10항에서는 “전송은 공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물 등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함한다.”고 실시함으로써, 양자를 구별하고 있다. 그러나 방송과 통신이 융합되고 있는 작금의 현실에서는 이 역시 명확한 구별이라 할 수 없다.

제를 완전히 부정하는 결과가 될 것이며, 사실상 모든 저작물의 유통이 통제될 위험을 내포한다고 한다.¹¹⁹⁾ 베른협정은 저작자에게 공중에의 전달권(right to communicate to the public)을 인정하고 있고, 우리의 경우는 저작권법 내에 ‘전송’에 대한 규정을 둬으로써 이에 대한 문제를 일단 해결했다.

3) 정당한 사용

저작물은 문화·예술의 창달, 인류 전체의 지식베이스의 증대 및 교육에 대한 기여로서 부여된 반대급부라고 보는 대가설의 입장에서는 저작자의 권리에 상응하는 권리를 이용자에게 부여하고 있다. 이것이 바로 이용자의 권리가 된다. 이러한 이용자의 권리는 저작권에 대한 제한으로 나타나는데, 이 때문에 영미 저작권법계에서는 예외 없이 ‘정당한(또는 공정) 이용권’(fair use, fair dealing, fair practice right)을 부여하고 있다. 정당한 이용은 저작권자와 경쟁을 하지 않는 한 저작물을 자유롭게 이용할 수 있다는 원칙을 말한다. 어떠한 범위 내에서 단순한 사용과 상업자적인 사용을 구분할 것인가에 대해서는 여러 가지 기준들이 제시되어 왔으나 일반적으로 저작물 전체에서 이용되는 부분의 비중, 이용의 목적, 저작물 시장에 대한 영향, 상업적인 성격이 있는지의 여부 등을 기준으로 하고 있고, 미국은 ‘17 U.S.C. §107’에서 이를 명문화하였다. 우리나라는 대륙법계 저작권법을 계수하였기 때문에, 이용자의 권리를 명문으로 규정하고 있지 않다.¹²⁰⁾

문제는 이러한 이용자의 권리가 디지털 환경에서도 유지될 수 있고, 유지되어도 무방한가 하는 점이다. 인터넷상에서 디지털화된 저작물은 일단 휘발성이 강하고, 무한복제가 될 수 있기 때문에 공정한 사용을 허용하는 경우, 저작물 시장에 미치는 영향이 상대적으로 매우 클 수밖에 없다. 이용의 목적이나 상업성의 유무도 공정한 사용 과정에서 변질될 수 있고, 때문에 비경쟁적인 이용의 가능

118) 황희철, 인터넷과 저작권, 정보화저널, 제4권 제1호, 한국정보화진흥원, 1997, 100-101쪽.

119) 방송·통신 융합환경에서의 영상저작물 유통 활성화를 위한 연구-저작권을 중심으로-, 한국방송진흥원, 2001, 68쪽.

120) 다만 우리 저작권법은 특정 목적이 있는 경우(제23조, 제24조, 제25조, 제26조, 제27조, 제28조)와 상업성이 없는 경우(제29조, 제30조, 제31조, 제32조, 제33조), 그리고 일시성을 갖거나 소유자의 동의를 전제로 한 경우(제34조, 제35조, 제36조) 등을 열거하여 규정하고 있기는 하다.

성보다 경쟁적인 이용이 될 가능성도 존재한다. 이러한 사실은 공정한 사용의 허용범위 확대에 대한 부정적인 시각을 갖게 한다.

나. 인터넷상에서의 저작권 침해의 유형

1) 저작물의 불법복제

인터넷상에서 발생하는 저작권 침해의 대표적인 유형은 불법복제라고 할 수 있다. 저작권자는 자신의 저작물을 복제하여 경제적으로 이용할 수 있는 배타적 권리인 복제권을 가진다. 복제권은 “copyright”는 영문에서도 알 수 있듯이 권리의 다발로 이루어진 저작권재산권의 가장 기본적인 권리이다. 그런데 디지털화된 저작물은 여러 가지 면에서 기존의 아날로그 기대의 저작물과 다르다. 디지털 저작물의 특성상 클릭 한번만으로 인터넷 이용자는 자신이나 타인의 자료를 인터넷상에 올릴 수 있고, 컴퓨터 디스켓이나 CD, DVD 등으로 인터넷상의 저작물을 짧은 시간에 복제할 수 있으며, 기존의 저작물을 이용하여 제2, 제3의 가공 저작물을 창작하는 것도 가능하다. 이러한 디지털의 특성으로 말미암아 불법복제가 성행하고 있고, 또한 소프트웨어, 음악파일, 그림영상, 동영상 자료 등 디지털화할 수 있는 것은 모두 그 대상이 되고 있다. 인터넷상 저작물의 불법복제는 자료실 등을 통한 업로드, 다운로드, 그리고 전자우편을 통한 파일 전송 등을 통해서 고속·대량으로 이루어지고 있다.¹²¹⁾ 우리나라 저작권법 제2조 제22호에서 “복제”는 ‘인쇄·사진촬영·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것을 말하며, 건축물의 경우에는 그 건축을 위한 모형 또는 설계도서에 따라 이를 시공하는 것을 포함한다.’고 규정하고 있다. 인터넷상에서 업로드, 다운로드, 파일 전송 등이 행해지는 과정에서는 일정 하드웨어 장치에 있던 파일이 다른 하드웨어를 기록매체로서의 유형물로 볼 수 있으면 업로드, 다운로드 등은 바로 복제행위가 될 수 있다는 것이다.¹²²⁾ 그러나 미국과 같은 저작물이용에 관한 일반조항¹²³⁾을 두고 있지 않은 채 개별적 제한

121) 한중훈, 인터넷상에서의 저작권 침해, 기업법연구, 제10집, 2002, 301쪽.

122) 송영식/이상정, 저작권법개설, 화산문화, 1997, 311쪽 이하 참조.

조항만을 두고 있는 현행 우리 저작권법하에서는 Aribba사건¹²⁴⁾에서와 같은 결론을 도출하기는 힘들 것이다.

2) 일시적 저장

디지털 저작물이 컴퓨터 RAM에서의 일시적 저장을 복제권의 범주로 다룰 수 있는지에 관한 논의도 문제된다. 컴퓨터 통신으로 각종의 저작물 또는 디지털 정보에 자유롭게 접근하여 저작물을 검색하거나 브라우징 할 수 있게 되었으므로, 이렇게 검색된 저작물이 서버에 일시적으로 저장되기도 하고 메모리 캐쉬(memory cache) 기능에 의하여 일시적으로 고정되기도 한다. RAM에의 일시적 저장이라 함은 데이터가 주기억장치에 전원이 공급되는 동안만 저장되고 전원공급이 차단되면 사라지게 되는 데이터의 저장 형태를 말한다. 이에 대하여 저작물의 사본이 생성된다고 하더라도 영속적이지 못하고 대체가 불가능하다는 점에서 저작권법상의 ‘복제’로 볼 수 없다는 주장이 있다.¹²⁵⁾ 저작권자에게 경제적 손실이 발생하지 않는다면 램에서의 일시적 저장을 복제 범위에 포함시키지 않는 것이 타당하다는 것이다.¹²⁶⁾ 한편 RAM에 일시적으로 저장하는 것을 복제권의 범위에 포함시켜야 한다는 입장에서는 기술의 발달로 일시적 저장의 경우도 언제든지 영속적인 복제가 가능하다는 점을 내세운다. 물론 EU의 데이터베이스 지침에서는 일시적 저장의 경우도 보호하고 있기는 하지만, 만약 일시적 저장을

123) 17 U.S.C. §101: “복제물”이란 현재 알려졌거나 또는 장래에 개발될 방법으로 저작물이 고정된 음반 이외의 유체물로서, 그로부터 저작물이 직접 또는 기계나 장치를 통하여 지각, 복제, 또는 달리 전달될 수 있는 것을 말한다. ‘복제물’이란 용어는 음반 이외에 저작물이 최초로 고정된 유체물을 포함한다.

124) Kelly Enterprises v. Arriba Soft Corporation. 280 F.3d 934; 2002 U.S. App. LEXIS 1786; 웹사이트에 존재하는 이미지 검색을 전문으로 하는 검색엔진을 운영하는 업체인 Arriba Soft가 전문 사진작가인 Kelly의 사진 35장을 웹사이트에 복제하여 thumbnail로 변환하여 서비스하던 중 Kelly의 삭제요청에 따라 서버에 보관되어 있는 사진저작물 thumbnail을 삭제하고 이후 검색엔진이 Kelly의 사이트를 검색하지 않도록 하였으나, 이후 검색엔진이 다른 사이트에 있던 Kelly의 사진을 다시 thumbnail로 변환하여 검색되도록 하자 저작권침해가 문제된 사건.

125) 임준호, 컴퓨터 프로그램의 법적 보호, 재판자료 제57집, 1992, 501쪽; 송영식/이상정, 저작권법 개설, 화산문화, 1997, 312쪽.

126) 한중훈, 인터넷상에서의 저작권 침해, 기업법연구, 제10집, 2002, 302쪽.

복제권의 범위에 포함한다면 급증하는 인터넷 접속자들을 묶어놓는 결과가 되고, 인터넷을 이용하여 자료를 검색하는 모든 이용자들이 타인의 저작권을 침해하는 것이 된다는 점에서 앞으로의 논의가 더 요청된다고 할 것이다.

3) 저작물의 전송

인터넷을 통한 자료의 전송행위는 “공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물 등을 이용에 제공하는 것과 그에 따라 이루어지는 송신”을 의미한다.¹²⁷⁾ 종래의 배포 또는 방송의 개념과는 확연히 구분되는 특징이라고 할 것이다. 이는 전송의 경우 무형의 행위이므로, 저작물의 점유의 이전 없이 배포행위로 볼 수 없고, 인터넷을 이용한 자료의 전송은 이용자의 요구에 따라 이루어진다는 점에서 “일반 공중으로 하여금 동시에 수신하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 음성 등을 송신하는 것”(저작권법 제2조 제8호)을 의미하는 “방송”과도 구별되는 행위라 할 수 있어 개정 저작권법이 새로 신설한 것이다. 개인 홈페이지나 블로그 게시판에 저작물을 게시하여 다른 사람들이 다운받아갈 수 있도록 하는 행위가 대표적인 전송행위로 보여진다.¹²⁸⁾ 한편 음악파일을 다운로드 형식이 아닌 스트리밍 형식(들려주기)¹²⁹⁾으로 개인홈페이지에 게시하여 홈페이지에 접속한 이용자들이 감상하도록 제공하는 행위 또한 인터넷 카페 등에서 흔히 볼 수 있는데, 스트리밍 방식의 서비스는 저작물을 복제하여 서버에 올려놓고 이를 일반인이 언제든지 들을 수 있도록 하는 것으로, “일반 공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 수신하거나 이용할 수 있도록 저작물을 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 이용에 제공하는 행위”. 즉 전송행위에 해당하고, 저작권자의 허락 없이 이루어지는 경우 전송권을 침해하는 것이 된다. 복제행위가 없는 스트리밍은 존재할 수 없다

127) 저작권법 제2조 제10호.

128) 우리 저작권법은 전시권의 적용대상을 미술저작물, 사진저작물, 건축저작물로 한정하고 있어, 그 외의 인터넷상에 존재하는 이미지들의 경우에는 전시권이 아닌 전송권의 대상이라고 할 것이다.

129) 1995년 리얼네트워트가 개발한 리얼오디언에서 처음으로 선보였다. 인터넷에서 영상이나 음향, 애니메이션 등의 파일을 하드디스크 드라이브에 다운로드받아 재생하던 것을 다운로드 없이 실시간으로 재생해 주는 기법이다.

는 점에서 복제권 침해 여부도 같이 문제될 수 있다고 할 것이다.¹³⁰⁾

4) 데이터베이스 침해

데이터베이스란 체계적이거나 조직적인 방법으로 배열되어, 전자적이거나 기타 다른 수단에 의하여 개별적으로 접근이 가능한 독립적인 저작물, 자료 또는 기타 소재의 수입물을 말한다.¹³¹⁾ 현대사회는 정보의 대량화 정보 전달에 있어서 과거와는 비교가 안 될 정도로 신속하게 발전하고 있다. 정보사회로 발전함에 따라 데이터베이스의 경제적 가치 및 사회적 효용은 증가하고 공용의 정보에 많은 자본과 시간이 투자되고 있음에 반해, 그 내용의 복제는 순식간에 이루어질 뿐만 아니라, 그 범위에 있어서도 제약을 받고 있지 않는다. 현재 저작권법상 편집저작물로서 인정받기 위해서는 데이터베이스에 있어서 “소재의 선택 또는 배열이나 구성이 창작성이 있는 것”이 요구되기 때문에, 만약 디지털콘텐츠의 창작성 있는 부분을 타인이 이용하는 경우에는 편집저작권의 침해행위가 되지만, 창작성이 없는 경우에는 상당한 인적·물적 장비가 투입된 데이터베이스를 보호할 수 없다는 결론에 이른다.

제3절 온라인 유통 영상저작물의 저작권적 보호

1. 인터넷 시대의 저작물의 패러다임 변화와 영상저작물

아날로그 시대에는 창작물(the creative work)과 저작물(copies of that work)이 분리되지 않았었다. 저작권 역시 미디어 중심으로 적용이 되었다. 그러나 디지털

130) 장재혁, 디지털 저작물 복제행위에 대한 형사책임, 국제법무연구, 제13권 제1호, 2009, 153쪽.

131) 저작권법 제2조 제17호는 "편집물"은 저작물이나 부호·문자·음·영상 그 밖의 형태의 자료(이하 "소재"라 한다)의 집합물을 말하며, 데이터베이스를 포함한다고 하고 제18호에서는 "편집저작물"은 편집물로서 그 소재의 선택·배열 또는 구성에 창작성이 있는 것을 말한다고 규정하고 있다. 그리고 "데이터베이스"는 소재를 체계적으로 배열 또는 구성한 편집물로서 개별적으로 그 소재에 접근하거나 그 소재를 검색할 수 있도록 한 것(제19호)을 말한다. 저작권법 제2조 제19호.

혁명에 의해 창작물이 미디어에 담겨지는 것이 아니라 네트워크를 통해 존재하기 때문에 저작권 역시 저작(내용) 중심의 저작권으로 바뀌어야 할 필요가 있다. 정보의 디지털화로 문자, 음성, 영상 등의 정보를 변형하는 것이 용이해졌으며, 정보를 첨가하고 빼거나 변용하는 것 역시 수월해졌다. 또한 세계가 하나의 네트워크로 연결되면서 정보의 유통 역시 원활해졌다. 이제 소수의 생산자, 다중의 소비자라는 이분화가 아니라, 다수가 지식과 문화에 생산할 수 있는 가능성, 참여와 협력에 기반하여 새로운 지적 생산물을 생산할 가능성이 높아졌다. 즉 생산의 주체와 방식 자체가 획기적으로 달라지고 있는 것이다.¹³²⁾

그러나 정보의 생성에 적극적인 측면과 달리 이면에서는 여러 가지 문제가 동시에 발생하고 있다. 인터넷 자체가 공유라는 측면에서 진화하고 있는 것도 하나의 특징이지만 의도하지 않는 공유나 저작권의 침해, 정보가 가지는 명예훼손이나 법률에서 금하고 있는 내용과 행위태양은 상당한 사회적 문제가 될 수 있다. 또한 인터넷을 통한 저작물 또는 정보의 공유 내지 유통은 링크를 기본으로 하고, 인터넷 산업은 웹 2.0이라는 공유와 개방의 패러다임을 반영하면서 저작물 또는 정보의 복제와 개변을 통한 새로운 저작물 내지 정보의 생성을 가속화시키고 있어 저작권 침해의 문제라든가 저작물 이용시장의 형성과 수익구조에도 변화를 가져오게 한다. 이 때 유통되는 영화나 영상 등의 경우는 영상물은 그것이 저작권법상의 저작물의 범위에 있는 한 저작권의 적용을 받게 된다. 특히 영상 저작물은 그 성격상 여타의 저작물과는 다른 특수성을 갖고 있을 뿐만 아니라, 그 침해 양상이나 판단기준도 다른 저작권법상의 보호대상과 차이가 있을 수밖에 없다. 그런데 우리가 논의하고자 하는 인터넷 포르노그래피는 영상물이 대부분을 차지하므로, 영상저작물에 대한 저작권적 보호와 쟁점들에 관한 논의는 그 하위 개념인 인터넷 포르노그래피를 논의할 때 유용하게 사용될 것이다.

132) 유대중/신재호/김형렬/김윤명, 인터넷서비스와 저작권법, 경인문화사, 2010, 190쪽.

2. 영상저작물의 진화: 디지털 콘텐츠와 저작권법

우리나라는 일반적으로 영상저작물을 연속적인 영상(음의 수반은 가리지 아니한다)이 수록된 창작물로서, 그 영상을 기계 또는 전자장치에 의해 재생하여 볼 수 있거나 보고 들을 수 있는 것으로 이해하고 있다(저작권법 제2조 제13호).¹³³⁾ 이는 과거 저작권법에서 볼 수 있는 것처럼, 비디오테이프, 레이저디스크, 비디오CD 등 유형물체의 고정을 영상저작물로 규정한 것과 비교해 볼 때, 일단 재생할 수 있는 것을 영상저작물에 포함시켰다는 점에서 그 범위를 상당히 넓혔다고 볼 수 있다. 그리고 이 때 파생되는 중요한 개념 중의 하나가 ‘영상화권’인데, 영상저작물은 본질적으로 원 저작물의 번역·편곡·변형·각색·영상제작, 그 밖의 방법으로 작성된 ‘2차적 저작물’이 대부분인 것으로서, 이것도 독자적인 저작물으로써 보호된다.¹³⁴⁾ 그런데 인터넷상에서는 예컨대, 영상물이 avi, mpg, dvd 등 다양한 형식으로 표현되는 것과 같이 특정 내용물이 다양한 형식으로 존재할 수 있어 그 존재형식과 관계없이 변하지 않는 내용물 자체를 매체로부터 분리하여 관념할 필요성이 생긴다는 특징이 있다.¹³⁵⁾ 원래 영상저작물의 경우에는 영화나 방송으로 이미 표현방식이 결정되어 있었고, 표현(존재)형식을 별도로 고민할 필요가 없었지만, 인터넷이라는 사이버공간에서 디지털 관련 기술이 발전하면서 ‘디지털 콘텐츠’라는 개념으로까지 진화하게 된 것이다.¹³⁶⁾

133) 현행 저작권법 제2조 제13호는 영상저작물을 “연속적인 영상이 수록된 창작물로서 그 영상을 기계 또는 전자장치에 의하여 재생하여 볼 수 있거나 보고 들을 수 있는 것을 말한다”고 규정하고 있는데, 이는 미국의 시청각저작물의 개념과 거의 유사하여 동일하게 이해하여도 무리가 없다고 한다. 홍준기, 저작권법상 영상저작물의 특례조항에 관한 고찰, 경희대학교 대학원 석사학위논문, 2002, 10쪽.

134) 한국방송진흥원, 디지털 시대의 영상저작물과 저작권에 관한 연구, 2000, 43-44쪽.

135) 유대중/신재호/김형렬/김윤명, 인터넷서비스와 저작권법, 2010, 경인문화사, 22-23쪽.

136) 저작권법에서도 저작물의 이용행위로서의 방송과 준물권인 저작인접권의 보호객체로서의 방송을 별도로 정의하지 않고 있다. 이용행위로서의 방송은 “매체”적 성격이 있고, 저작권 보호객체로서의 방송(영상저작물)은 “콘텐츠”라고 할 수 있다. 한편 저작인접권의 보호객체로서의 방송은 “디지털콘텐츠”와 유사한 개념이라고 할 수 있는데, 이러한 개념정립이 법학계에서는 아직 일반화되지 않고 있다고 지적하면서, 최근 기술발전에 따른 방통융합현상으로 방송의 개념을 재분류하고, 저작인접권의 부여대상을 재정립하고자 하는 논의가 있다고 소개하고 있는 글로는 유대중/신재호/김형렬/김윤명, 인터넷서비스와 저작권법, 2010, 경인문화사, 22쪽 각주 16)참조.

그런데 사실 우리가 사용하는 영상저작물이라는 용어는 세계적으로 통일된 용어라고 할 수는 없어서 각 국가마다 조금씩 다른 개념으로 이해되고 있는 실정이다.

가. 미국

미국 저작권법은 저작권의 보호를 받는 저작물의 범주 규정인 제102조에서 “영화 기타 시청각적 저작물”(motion pictures and other audio visual works)이라는 표현을 사용하여 시청각적 저작물(audio visual works)이라는 큰 범주에 영화(motion pictures)를 포함시키고 있다. 또 동법 제101조에서 “시청각 저작물”이란, ‘그 저작물이 구현되어 있는 필름이나 테이프와 같은 대상물의 속성과 관계 없이 근본적인 제작 목적이 영사기, 뷰어 또는 전자기기와 같은 기계 또는 장치를 사용하여 보이도록 한, 경우에 따라서는 음도 수반하는 일련의 관현 영상으로 구성된 저작물을 말한다’고 규정하고 있고, “영화”에 대해서는 ‘연속적으로 보여질 때 움직이는 모습을 나타내는 일련의 관련 영상으로 구성된 것으로서 경우에 따라서는 음을 수반하는 시청각 저작물’이라고 정의하고 있다.¹³⁷⁾

나. 일본

일본 저작권법 제10조 제1항 제7호는 보호받는 저작물로서 영화저작물을 예시하고 있고, 동법 제2조 제2항에서 “영화저작물”에는 ‘영화의 효과와 유사하게 시각적 또는 시청각적 효과를 발생시키는 방법으로 표현되고 또한 유형물에 고정되는 저작물을 포함하는 것으로 한다’고 서술하고 있다.

다. 독일

독일 저작권법 제2조 제1항 제6호는 보호받는 저작물로서 영상저작물을 예시하여 우리나라와 같이 영상저작물이라는 용어를 사용하고, 이에 덧붙여 영상저

137) 저작권위원회 외국법령번역자료....

작물에는 영상저작물과 유사하게 만들어지는 저작물이 포함된다고 실시하고 있다.

라. 영국

영국은 저작권법 제13조에서 영화저작물에 대해 규정하면서, 제10항에서 영화란 이를 사용함으로써 활동사진으로 보이거나 그와 같이 보이도록 기타 다른 재료(반투명 여부를 불문한다)에 기록된 시각적 영상의 물건을 말한다고 하고, 영화에는 그 영화필름에 결합된 녹음대에 수록된 음도 포함한다고 본다.¹³⁸⁾

마. 베른협약

베른협약(Berne convention)은 1908년 베를린 규정에서부터 영화에 관한 규정을 둔 이래, 1948년 브뤼셀 규정, 1967년 스톡홀름 규정에 이르기까지 동맹국의 여러 법제도와와의 타협을 거쳐 만들어졌다. 베른협약 제2조는 보호받는 저작물이라는 표제하에 “영화촬영술에 유사한 과정에 의해 표현되어진 저작물을 포함한 영화저작물”이라고 규정하고 있다.¹³⁹⁾

3. 영상저작물의 성립요건과 유형

가. 영상저작물의 성립요건

영상저작물도 저작물이다. 따라서 영상저작물 역시 문학, 학술, 예술의 범위에 속하는 창작물로서 사상과 감정을 표현한다면, 저작물로 성립된다. 이러한 일반적인 요건 외에 저작권법은 제2조 제13호에서 영상저작물의 성립요건으로서 특수한 요건 두 가지를 별도로 언급하고 있다. 그 하나는 영상저작물은 서로 관련된 연속적인 영상이 수록되어 있어야 한다는 점이다. 이를 미국 저작권법의 제101조 규정에 대입하여 구체적으로 분석하면, ① 영상이어야 하고, ② 이러한 영상

138) 영국 저작권법 제13조 제9항.

139) 한국방송진흥원 디지털 시대의 영상저작물과 저작권에 관한 연구, 2000, 23쪽.

들은 관련되어 있어서 연속으로 나타나야만 하고, ③ 기계나 장치에 의하여 보이는 것이 가능하여야만 한다. 이러한 영상은 서로 관련되어 있어야 하지만 반드시 정해진 순서에 따라서 나타나는 것일 필요는 없다.¹⁴⁰⁾ 다른 하나는 영상저작물이 본질적으로 그 영상을 기계 또는 전자장치에 의하여 재생할 수 있는 것이어야 한다는 것이다. 따라서 아무리 연속적인 관련성을 갖는다 하더라도 기계나 전자장치에 의해 재생될 수 없다면 영상저작물에 해당되지 않는다.

나. 인터넷상 영상저작물의 유형

1) 영화

고전적 또는 전통적인 의미에 있어서의 영화(film)가 영상저작물임은 의문의 여지가 없다. 먼저 음의 수반 여부는 불문하므로 무성영화나 음성영화는 모두 영상저작물에 속한다. 그리고 영화의 형태에 대하여도 제한이 없으므로 그 종류를 불문하고 영상저작물에 포함된다고 이해해야 할 것이다.¹⁴¹⁾

2) 비디오 그램

영상 또는 영상과 음의 기록물의 일종을 가리키는 비디오 그램은 필름이 광화학적 방법에 의한 것임에 대하여 전자적 방법에 의하여 기록하는 것을 말한다. 흔히 ‘비디오소프트(video soft)’라든가 ‘비디오패키지(video package)’로 일컬어지는 것들도 모두 여기에 속한다. 영상 또는 영상과 음이 디스크에 고정되면 비디오디스크이고, 테이프에 고정되면 비디오카세트가 된다. 영상이 나오는 레이저디스크, 콤팩트디스크도 이 범주에 포함된다.¹⁴²⁾

140) 송영식/이상정, 저작권법개설, 세창출판사, 2000, 34쪽.

141) 예컨대 기록영화(documentaries), 뉴스영화(newsreels), 보도영화(reports), 극영화(dramatic film), 전위영화(experimental film), 만화영화(animated cartoon film) 등을 불문한다.

142) 홍상현, 영상저작물의 저작권 침해 판단기준에 관한 연구, 인하대학교 대학원 석사학위논문, 2008, 26쪽.

3) 비디오 게임

동전으로 조작되는 비디오 게임의 시작영상(visual image)과 그에 수록된 소리가 영상저작물인가에 대해서 논의가 있는데, 미국 판례는 영상저작물로 인정하고 있다고 한다.¹⁴³⁾

4) 텔레비전 프로그램

텔레비전 방송 프로그램은 크게 생방송 프로그램과 일시적 녹화물의 방송프로그램 및 텔레비전 영상물, 극장용 영상 등 영상저작물인 방송프로그램으로 크게 구별할 수 있다. 이 중 방송프로그램은 영상저작물로 인정되고 있고, 일시적 녹화물의 경우는 외견상 영상저작물이지만 다른 법제와의 이해관계상 영상저작물로 보기 어렵다고 한다. 한편 film strip과 slid set과 같이 컴퓨터에 의한 연속적인 시각적 전시도 영상저작물로 포함된다.¹⁴⁴⁾

4. 인터넷상 영상저작물에 대한 저작권 문제

가. 영상저작물의 특수성과 저작권 귀속

1) 영상저작물의 특수성

인터넷상의 저작권의 쟁점사항들과 영상저작물의 쟁점사항들은 완전히 동일하지는 않다. 그것은 영상저작물의 특수성 때문이다. 일단 영상물은 종합예술로서 제작을 위하여 소설, 음악, 미술, 시나리오 등 다양한 장르의 저작물이 이용된다. 또한 실연자(배우, 단역 등), 감독 등 스태프, 편집자, 미술가, 프로듀서, 기술자 등 많은 인력이 동원되며, 제작에 필요한 각종의 시설도 갖추어야 하므로 막대한

143) 김문환, 미국법연구(I), 국민대학교 출판부, 1988, 352쪽.

144) 홍상현, 영상저작물의 저작권 침해 판단기준에 관한 연구, 인하대학교 대학원 석사학위논문, 2008, 26쪽.

투자비용이 투입되기도 한다. 독일, 일본, 우리 저작권법의 경우, 감독, 편집자, 의상디자이너, 영상건축디자이너, 촬영기사 등을 영상물의 공동저작자로 인정하고 있다.¹⁴⁵⁾ 그러나 재원조달이 용이한 것은 아니기 때문에 최근에는 영화제작을 위한 자금마련을 위해서 다양한 파이낸싱 기법 또는 창업투자조합을 통한 간접투자 등 위험부담을 덜 수 있는 새로운 투자기법이 개발되고 있을 뿐만 아니라, 소규모자본도 인터넷이나 핸드폰을 통해 끌어 모을 수 있는 낙지발식의 파이낸싱 기법도 개발되고 있다. 이렇게 하나의 영상저작물에는 다수의 관리자가 복잡하게 얽혀있는 까닭에 이를 이용하려는 사람에게는 이용허락과 관련하여 매우 복잡한 문제가 발생할 수 있다. 물론 영상저작물의 창작에 관여한 관리자들의 권리행사에도 많은 어려움이 뒤따른다. 이러한 문제점을 감안하여 영상저작물의 이용과 영상저작물에 관여한 각종 권리자들의 권리를 합리적으로 조화시키려는 노력이 필요하고, 저작권법에서 규정한 ‘영상저작물에 관한 특례’는 바로 이러한 취지에서 비롯된 것이다.¹⁴⁶⁾

2) 영상저작물 특례규정

가) 보호기간의 특례(저작권법 제42조)

공동저작권의 보호기간에 관하여는 제39조 제2항에서 규정하고 있다. 이 일반규정에 의하면 공동저작물의 저작재산권은 맨 마지막으로 사망한 저작자의 사망 후 50년 간 존속한다. 이 규정은 최후의 공동저작자가 누구인지 구체적으로 확정할 수 있는 경우를 전제하고 있는 것이라서, 공동저작자를 명확하게 확정하기 곤란한 경우 영상저작물의 보호기간의 경과 여부를 확정하는 것 역시 문제로 대두될 수 있다. 또한 나름대로 보호기간이 경과한 것으로 생각하고 이용하였는데 나중에 알고 보니 최후의 공동저작자를 확실히 파악하지 못한 결과 당초의 생각과 달리 다른 사람이 공동저작자로 판명되는 경우 저작권 침해에 대한 책임을 져야 한다. 이를 해결하기 위해 제42조에서는 영상저작물의 보호기간의 기산점

145) 홍상현, 영상저작물의 저작권 침해 판단기준에 대한 연구, 인하대학교 대학원 석사학위논문, 2008, 27쪽.

146) 오승중, 저작재산권침해의 판단 기준에 관한 연구, 서강대학교 대학원 박사학위 논문, 2005,

을 ‘영상물의 공표시’라고 규정하고 있다. 따라서 영상물의 이용자는 당해 공동 저작물의 최후의 공동저작자를 조사할 필요 없이 공표된 시점으로부터 50년이 만료되었는지 여부만을 확인하면 된다.

나) 영상화계약의 특례(저작권법 제99조)

저작권법 제99조의 영상화계약은 통상 원작사용계약이라고 한다. 이 규정은 원저작물의 작가, 각본가, 음악가, 미술가 등과 저작물을 영상화할 것을 내용으로 하는 원작사용계약서에서 그 저작물의 영상화를 위한 이용방법, 그 저작물을 이용하여 만든 영상물의 이용범위, 이용기간을 정하지 아니하였거나 명확하지 아니한 경우 등에 대비한 보충적 해석규정이다.¹⁴⁷⁾ 저작권자가 원작사용계약을 체결하면서 저작물의 이용범위에 대하여 합의한 사실이 없는 경우에는 반증이 없는 한 저작재산권자가 다음과 같은 권리를 포함해서 영상물의 이용을 허락한 것으로 추정된다.

- 첫째, 영상저작물을 제작하기 위하여 저작물을 각색하는 것
- 둘째, 공개상영을 목적으로 한 영상저작물을 공개상영하는 것
- 셋째, 방송을 목적으로 한 영상저작물을 방송하는 것
- 넷째, 전송을 목적으로 한 영상저작물을 전송하는 것
- 다섯째, 영상저작물을 그 본래의 목적으로 복제·배포하는 것
- 여섯째, 영상저작물의 번역물을 그 영상저작물과 같은 방법으로 이용하는 것

여기서 “저작물의 영상화를 다른 사람에게 허락한 경우”란 소설이나 각본 같은 어문저작물을 영상저작물로 제작하려는 사람에게 그 이용을 허락한 경우가 대표적이다. 이는 저작재산권의 일종인 2차적 저작물의 작성권에 해당하는 것인데, 2차적 저작물이란 “원저작물을 번역·편곡·변형·각색·영상제작, 그 밖의 방법으로 작성한 창작물”을 말하므로, 이 중 영상제작에 해당하는 2차적 저작물의

147) 홍상현, 영상저작물의 저작권 침해 판단기준에 대한 연구, 인하대학교 대학원 석사학위논문, 2008, 28쪽.

작성권을 영상제작자에게 행사하는 것이 된다. 이렇게 해서 작성된 영상저작물은 2차적 저작물으로써 그것을 제작한 사람은 원저작권과는 다른, 별도의 새로운 저작권을 갖게 된다.¹⁴⁸⁾ 이러한 저작권의 성격에 대해서는 2차적 저작물에 대한 저작권의 행사가 원저작권에 우선하는 것은 아니므로 영상저작권의 이용편의를 위해 영상제작자에게 일정한 권리를 부여한 것이라고 한다.¹⁴⁹⁾

다) 저작권에 관한 특례(제100조)

공동저작물의 저작재산권의 행사에 대한 일반 규정은 제48조에서 찾아 볼 수 있다. 이에 따르면 공동저작물의 저작재산권은 공동저작자 전원의 합의에 의하지 아니하고는 이를 행사할 수 없다고 규정되어 있고, 다른 공동저작자 전원의 동의가 없는 한 그 지분을 양도하거나 질권의 목적으로 할 수 없게 된다(저작권법 제48조 제1항). 그런데 이러한 일반 규정에 의하는 한 제작자가 영상저작물을 대외적으로 원활하게 거래하는 것을 방해하고 제작사나 투자사에 대하여 투자위험을 더 가중시키거나 영상물에 대한 투자의욕을 떨어뜨려 영상산업의 발전을 저해할 수 있다는 고려 하에 정책적 관점에서 특례조치로 제100조를 두게 되었다. 우리 저작권법은 영상물의 제작에 협력한 인력이 취득한 권리는 제작자에게 양도된 것으로 추정하는 특례규정을 두어 이러한 문제점을 해결하고 있다.

더불어 원작사용계약을 체결하고 영상물의 제작에 소설·각본·미술 또는 영상음악 등을 사용한 경우에는 그 계약에서 양도합의 등 특별히 합의한 사실이 없는 한 영상제작자에게 저작권이 양도되지 않기 때문에 영상저작물의 저작권과는 독립적이며, 그에 대한 저작재산권은 제1항의 규정으로 인하여 영향을 받지 않는 것이 당연하다고 할 것이다(제100조 제2항). 우리나라의 경우 특히 각본의 저작권은 대부분 제작사에 이전되고 있는 실정이지만, 입법례에 따라서는 이러한 작가들에게 영상물에 대한 공동저작자의 지위를 인정하는 나라도 있다고 한다.¹⁵⁰⁾

148) 홍상현, 영상저작물의 저작권 침해 판단기준에 대한 연구, 인하대학교 대학원 석사학위논문, 2008, 21쪽.

149) 김기태, 저작권 상담사례 연구 - 대한출판문화협회 저작권상담실 상담사례를 중심으로, 한국출판학회, 2006, 23쪽.

150) 홍상현, 영상저작물의 저작권 침해 판단기준에 대한 연구, 인하대학교 대학원 석사학위논문,

한편 영상저작물의 저작권은 다수의 저작자들이 공동으로 취득하기 때문에 그와 관련하여 복잡한 문제가 제기될 여지가 다분하다. 실연자의 권리는 공동으로 귀속하는 것은 아니지만 실연자도 다수의 자가 관여하기 때문에 제작자는 대외적 거래관계를 위해서는 일단 내부적으로는 다수의 실연자들로부터 각각 동의를 얻어야 함은 물론이다. 즉 배우·탤런트·단역배우 등 실연자들은 복제권, 방송권, 전송권, 대여권, 방송보상금청구권 등 저작인접권을 취득하므로, 제작자는 그 수많은 실연자들로부터 각종의 권리의 이용에 관하여 개별적으로 동의를 얻지 않는 한 원칙적으로 영상물을 복제, 방송, 전송, 대여할 수 없는 것이다. 그러나 이 역시 원활한 대외적 거래를 방해하고 투자를 회수할 수 없는 요인으로 작용할 수 있다는 점에서 제100조 제3항을 두어, 실연자의 제69조의 복제권, 제70조의 배포권, 제73조의 방송권, 제74조의 전송권이 제작자에게 이전되고, 영상물의 이용 계약을 체결할 때마다 실연자들로부터 이용허락을 받지 않아도 되게 함으로써 그에 대한 문제점을 해소하고 있다.

라) 영상물이용범위에 관한 특례(저작권법 제101조)

저작권법 제99조는 독일 저작권법 제88조를, 제100조는 독일 저작권법 제89조 제1항 및 제3항과 제92조 제1항을, 제101조는 독일 저작권법 제94조를 따른 것이라고 한다.¹⁵¹⁾ 그러나 독일과 우리나라는 저작권 양도제도가 서로 다를 뿐만 아니라 우리 저작권법 제100조에서는 저작권이나 실연자의 권리에 대해 ‘양도추정’ 규정을 두고 있어 문구를 그대로 베끼는 방식으로 계수할 수는 없다.¹⁵²⁾

2008, 30쪽.

151) 홍상현, 영상저작물의 저작권 침해 판단기준에 대한 연구, 인하대학교 대학원 석사학위논문, 2008, 31쪽.

152) 독일 저작권법에서는 제89조에 따라 ‘배타적 이용권’만 제작자에게 허락한 것으로 추정되기 때문에 저작권은 여전히 저작자들이 보유하는 형태가 된다. 따라서 저작권자와 이용자 간에 저작권을 어느 정도로 이용할 것인지에 대한 문제가 남게 되고, 이 때문에 제94조의 규정을 별도로 필요하게 된다.

독일 저작권법 제94조(영상제작자의 보호) ① 영상제작자는 영상저작물에 수록되어 있는 녹화물 또는 녹음, 녹화물을 복제, 배포, 상영, 방송 또는 공중전달을 위하여 이용하는 것에 관한 배타적 권리를 가진다. 영상제작자는 또한 그 녹화물 또는 녹음, 녹화물에 관하여 가지는 영상제작자의

오히려 우리 저작권법 제100조에서는 저작권 또는 실연자의 권리가 준물권적으로 ‘양도’되는 것으로 추정하기 때문에 특단의 사정이 없는 한 그 규정에 의하여 저작권은 종국적으로 제작자에서 이전되므로, 이용범위를 제103조에서 규정하거나 재양도나 질권의 설정을 위하여 동의를 저작자들로부터 구할 필요가 없다는 점에서 편리하다. 또한 실연의 경우에도 제100조 제3항에서 그 양도범위를 명시하고 있기 때문에 제101조에서 반복적으로 이용범위를 규정할 필요가 없고, 제100조에 의하여 준물권적으로 양도되므로 재양도나 질권의 설정을 위해 실연자의 동의를 구하는 노력을 하지 않아도 된다. 따라서 우리의 경우 독일 저작권법 제94조와 같은 규정은 필요치 않은 셈이다.¹⁵³⁾

나. 영상저작권 침해 판단 기준

1) 저작물의 일반적 보호범위

미국 저작권법은 제102조(b)에서 “어떠한 경우에 있어서도, 창작성 있는 저작물에 대한 저작권 보호는 그 형태 여하를 불문하고, 당해 저작물에 기술, 성명, 예시 또는 그것에 포함되는 아이디어, 절차, 공정, 체제, 조작방법, 개념, 원칙, 또는 발견에 대하여는 적용하지 아니한다.”고 규정하여, 아이디어, 절차 등은 저작권의 보호대상이 아님을 밝히고 있다. 우리 저작권법에서는 성립요건과는 달리 창작물의 보호범위에 관해서는 명문의 규정을 두고 있지 않다. 그로 인하여 저작물의 보호범위와 관련하여, 저작권법의 실무에 있어서나 판례에 있어서 주류를 이루고 있는 미국의 ‘아이디어·표현 이분법’이 저작물의 보호범위 기준으로 활용될 수 있다.

정당한 이익을 해칠 위험이 있는 녹화물 또는 녹음, 녹화물의 왜곡 또는 축약을 금지할 권리를 가진다.

- 153) 그러나 최근 방송과 통신의 융합 현상에 따라 이에 대하여도 문제제기가 이루어지고 있다. 즉 추정이 아닌 ‘간주’로 보아야 한다는 것이다. 안 그러면 수출할 때마다 일일이 허락을 받아야 하므로 “재방 이후 수출까지” 모든 권리를 포함하는 것으로 해야 한다는 주장, 권리자와 이용자 간 명확한 계약서 체결이 필요하다는 주장, 판매용 음반 징수 요건 및 영상저작물 특례규정에 관한 법리해석의 문제를 해결해야 한다는 주장 등이 제기되고 있다. 홍상현, 영상저작물의 저작권 침해 판단기준에 대한 연구, 인하대학교 대학원 석사학위논문, 2008, 57-58쪽.

‘아이디어, 표현 이분법’(idea expression dichotomy)이라 함은 보호받을 수 없는 없는 사상(idea)으로부터 비교적 보호받기 힘든 주제(theme), 보호받을 수 있는지 여부가 다투어질 수 있는 구성(plot), 비교적 보호받기 쉬운 사건(incident), 보호받을 것이 거의 확실시되는 대화나 어투(dialogue and language)로 구성되어 있는 것들 중 표현과 아이디어를 구분하여, 표현만을 대상으로 하여 침해 여부를 판단하는 것을 말한다.

저작자의 창작적 노력은 아이디어에 존재할 수도 있고, 그 표현에 존재할 수도 있다. 하지만 저작권법은 창작적 노력이 표현에 구현되었을 때 보호를 개시한다. 표현에 창작성이 없다든지, 창작성은 있지만 그것이 단지 아이디어에 불과하다면 타인의 창작기회를 부당하게 제한할 우려가 있기 때문에 보호의 대상에서 제외하는 것이다.¹⁵⁴⁾ 물론 어느 부분이 아이디어이고 어느 부분이 표현인지 여부를 최종적으로 밝히는 것은 법원의 몫인데, 법원은 법리적인 판단보다는 정책적인 판단을 하는 경향이 강하다. 즉 어떤 부분은 표현인지 여부를 밝히기 보다는 저작권의 보호를 줌으로써 창작의욕을 고취하여야 할 것으로 보이는 부분은 표현이라고 판단하는 것이 실무적인 관행이라고 한다.¹⁵⁵⁾

2) 저작물의 침해판단 기준

가) 저작물 침해 인정례

저작권은 새로운 저작물을 창작할 때 다른 사람의 저작물에서 그 사상이나 창작방법을 자유롭게 사용하는 것을 용인하고 있다. 따라서 보호받는 저작물을 저작권자의 허락 없이 또는 허락 범위를 넘어 무단 이용하게 되면 저작권 침해를 구성하게 된다. 이때 타인의 저작물을 이용하는 형태로는 타인의 저작물을 이용하여 새로운 작품을 만드는 것과 공연, 방송, 전시, 배포의 방법으로 이용하는 것으로 대별할 수 있다. 기존의 저작물을 이용하여 새로운 작품을 만드는 행위는 ① 기존의 저작물에 의거하여 그대로 배웠거나 다소 수정, 변경이 있지만 기

154) 편석환, 영상저작물의 저작권 침해에 관한 연구, 한국콘텐츠학회논문지, 제7권 제6호, 2007, 109쪽.

155) Paul Goldstein, Copyright, 2nd ed., Little Brown Co., Vol.1, 1995, pp.2-24.

존의 저작물과의 동일성을 인정할 수 있고 새로운 창작성이 부가되지 않는 경우, ② 기존의 저작물을 토대로 하여 만들어진 작품에 새로운 창작성이 인정되지만 한편으로 기존의 저작물에 대한 종속적 관계가 인정되는 경우, ③ 기존의 저작물을 이용하였지만, 단순히 시사 정도에 불과하거나 또는 그것을 완전히 소화하여 작품화함으로써 기존의 저작물과 사이에 동일성이나 종속적 관계를 인정할 수 없는 독립된 작품이 된 경우 등으로 분류할 수 있다.¹⁵⁶⁾

나) 저작물 침해기준

저작권 침해 여부에 관한 일반적인 판단기준에 관하여 미국의 판례나 학설을 통한 이론들이 우리나라에 영향을 끼친 바, Nimmer 교수의 견해를 따르면, 원고에 대한 저작권 침해를 인정하기 위해서는 첫째, 원고에게 저작권이 있어야 하고(ownership), 둘째 피고에 의한 베끼기의 요건으로 증인이나 증거가 필요하지만 일반적으로 직접증거에 의하여 입증하기는 곤란하므로 이를 추정할 수 있는 간접사실로 ㄱ) 피고가 원고의 저작물을 베낄 수 있는 ‘상당한 기회’를 가졌다는 의미에서 접근(access)이 확인되어야 하고, ㄴ) 원고의 저작물과 피고의 저작물 간에 실질적인 유사성(substantial similarity)이 존재해야 한다고 한다.¹⁵⁷⁾ 우리나라에서도 미국의 판단기준을 거의 그대로 적용하고 있는데, 저작권 침해 성립과 관련하여 우리 대법원 이하 법원은 주관적으로 침해저작물이 원저작물에 의거하여 그것을 이용했다고 하는 관계가 있어야 하고, 객관적 요건으로 양 작품 사이에 실질적 유사성이 있어야 한다고 판시하고 있다.¹⁵⁸⁾

156) 편석환, 영상저작물의 저작권 침해에 관한 연구, 한국콘텐츠학회논문지, 제7권 제6호, 2007, 110쪽.

157) N.B. Nimmer and D. Nimmer, Nimmer on Copyright IV, Matthew Beder&Co., 1995, pp.12-24.

158) 대법원 2000.10.24. 선고99다10813 판결(일명 까레이스키 사건); 서울 남부지방법원 2004.3.18. 선고 2002가합 4017 판결(일명 여우와 솜사탕 사건) 등.

제4절 인터넷상 영상저작물 저작권에 대한 법적 보호의 한계

1. 기본적 한계

저작권에 관한 가장 중요한 한계로는 저작권의 보호대상은 구체적으로 표현된 결과물에 한정되며, 사상이나 감정 또는 아이디어 그 자체는 보호하지 않고 있다는 것이다.¹⁵⁹⁾

특정한 경우에 있어서 일반 공중이 저작권자의 허락 없이 저작물을 자유롭게 이용하는 영미법상의 공정사용법리에 의해 발전되어 온 것으로서 이를 '자유사용'(Free Use)이라고 하거나 또는 영국처럼 'Fair dealing', 미국처럼 'Fair Use'로 사용하기도 한다. 우리 저작권법은 제107조에서 “제106조의 규정에도 불구하고 비평, 논평, 시사보도, 교수(학급용으로 다수복제의 경우를 포함), 학문 또는 연구 등과 같은 목적을 위하여 저작권이 있는 저작물은 복제물이나 음반의 제작 또는 기타 제106조에서 규정한 방법으로 사용하는 경우를 포함하여 공정사용하는 행위는 저작권 침해가 되지 아니한다”고 규정하고, 구체적인 경우에 저작물의 사용이 공정사용이냐의 여부를 결정함에 있어서는 ① 상업적 성질의 것인지 또는 비영리적인 교육목적의 것인지의 여부를 포함한 그 사용의 목적 및 성격, ② 저작권이 있는 저작물의 성격, ③ 저작권이 있는 저작물 전체에 대한 사용된 부분의 양과 정당성, ④ 그 사용이 저작권이 있는 저작물의 잠재적 시장이나 가치에 주는 영향 등을 참작하여야 한다고 하는, 구체적이고도 명확한 해석기준을 명시하고 있다. 또한 입법에 따라서는 ‘저작권의 제한(restriction)’ 또는 ‘예외(exceptions)’로 규정하기도 하는데, 우리나라의 경우 저작권법 제2장 제6절에서 ‘저작재산권의 제한’으로 명명하고 있다. 이러한 공정사용은 공공의 이익보호라는 명분하에 저작권법이 구체적으로 규정하여 저작권 침해의 예외로 인정하고 있다.¹⁶⁰⁾

한편, 저작권법 제39조 제1항은 원칙적으로 영상저작물의 저작재산권은 저작

159) 대법원 2000. 20. 24. 선고 99다10813 판결; 대법원 1999. 11.26. 선고 98다46259 판결.

160) 저작권법 제22조 내지 제33조 이와 관련한 개별 규정에 대한 분석과 문제점에 대해서는 조성종, 인터넷상의 저작권보호에 관한 연구, 비교사법, 제10권 제1호, 2003, 654쪽 이하 참조.

자가 생존하는 동안과 사망 후 50년까지는 보호받을 수 있고, 제42조에서는 다시 영상저작물의 보호기간을 공표한 때 또는 창작한 때로부터 50년간 존속한다고 명시하고 있다. 따라서 사실상 시간적으로 저작권은 전혀 제한을 받지 않는 것처럼 보인다.¹⁶¹⁾ 하지만 인터넷 포르노그래피의 특성을 고려할 때 이러한 일반 영상물과 동일하게 취급하여 50년이라는 보호기간을 적용하는 것이 과연 적정하다거나 합리적이라고 할 수 있는 것인지 여부, 또 장기 또는 단기의 보호기간이 저작권을 보호하는 데 어느 정도 기여를 기대할 수 있는지 등 대한 구체적인 논의는 없었다는 점에서 문제의 소지가 있다고 하겠다.

2. 인터넷 영상저작물의 저작권 보호 한계

인터넷 영상저작물의 저작권의 문제는 구체적으로 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 영상저작물의 복잡한 권리처리 문제를 생각해 볼 수 있다. 기존의 영상물처럼 제한된 수단들을 통해 일방적으로 제공될 때와는 달리 저작물への 접근이 용이하기 때문에 대량이용이 무한정으로 확산될 수 있다. 따라서 개별적인 수많은 사람들이 일일이 권리자의 허락을 얻어야 하는가가 문제되는데, 이는 실현가능성이 거의 희박하다고 할 것이다. 저작자의 허락유무에 따라 저작물의 사용 여부가 결정된다고 할 것이므로, 시간과 비용의 측면에서 볼 때 저작물 처리의 간소화는 영상저작물을 이용하는 측과 권리자 모두가 원하는 방향이라고 할 수 있다.

둘째, 많은 자본과 노력을 투입하게 되는 영상저작물은 인터넷상에서 무작위로 배포되고, 다운로드할 수 있을뿐더러 임의적 가공과 편집이 너무나 쉽게 이루어질 수 있기 때문에 저작권 및 동일성유지권에 심각한 피해를 줄 수 있다.

셋째, 단독으로 보다는 공동제작이나 외주제작이 흔한 영상물의 경우 공동저

161) 일각에서는 영구적으로 보호받을 수 있는 소유권 등에 비한다면 50년이라는 기간 자체가 이미 시간적 제한에 해당한다고 보기도 한다. 전일주/조성중, 인터넷상의 저작권 보호의 범위와 그 한계, 산업재산권법학회지, 제13호, 2003, 337쪽.

작자 등과 제작사 간에 영업 및 수익배분의 문제를 확인하고 또 조정할 절차적 문제점이 존재한다. 이러한 문제점은 영상물의 이용 및 유통에 있어서도 사업성의 저하로 이어질 우려가 있다.

넷째, 영상저작물의 공중전달과 관련한 문제점을 제기해 볼 수 있는데, 현재 각국은 저작물 이용의 새로운 현상을 둘러싸고 포괄적으로 이를 운용, 처리할 수 있는 공중전달권에 대해 관심을 표하고 있어, 이에 대한 세부적인 논의가 필요하다 할 것이다.

다섯째, 현재 지적재산권법의 체제는 어느 나라든 2원적(저작권법과 공업소유권법)으로 편성되어 있는데, 저작물이라는 것은 ‘사람의 정신적 창작물’ 그 가운데서도 특히 ‘문학, 학문 또는 예술분야’에 속하는 것을 말한다. 그런데 현행법은 저작권법 제2조 제1호에서 ‘문학, 학문 또는 예술의 범위’라는 문언을 삭제함으로써 보호저작물과 비보호저작물의 경계를 애매하게 만들어 놓고 있다. 이러한 불완전한 저작물 개념은 영상저작물의 저작권 보호를 어렵게 하는 요인으로 작용할 여지가 있다.

제4장

인터넷 포르노그래피 저작권에 대한 구체적 쟁점 및 형사책임 검토

인터넷 포르노그래피 저작권에 대한 구체적 쟁점 및 형사책임 검토

제1절 인터넷 포르노그래피 저작권에 대한 현실적 논의

1. 인터넷 포르노그래피의 태생적 딜레마

앞에서 2개의 장에 걸쳐 인터넷 포르노그래피의 개념에 대한 이해와 디지털시대에서의 저작권에 대한 개관을 했던 것은 인터넷 포르노그래피에 대한 저작권성 논의를 이끌어내기 위한 전제로서 유용한 토대가 될 것이라고 생각했기 때문이다. 이미 현대 생활에서 필수품이 되어버린 인터넷이 가지고 있는 여러 기능 및 긍정적·부정적 효과들은 기존에 당연시 되었던 저작권의 패러다임 또한 빠르게 바꾸어 놓았으며, 그로 인해 저작권의 내용과 범위 또한 과거의 그것과는 달리 복잡성을 띠게 되었음은 주지의 사실이다. 그 결과 인터넷과 디지털 기술의 결합으로 발생한 이른바 ‘디지털 딜레마’와 이로 말미암은 법적 문제를 어떻게 해결할 것인가에 대한 대안으로는 일반적으로 ‘저작권 강화 코스’ 또는 ‘저작권 약화 코스’가 대립하고 있다.¹⁶²⁾ 음란물의 개념과 판단기준 역시 단순히 회화나

162) 전자에 해당하는 소위 저작권 낙관론자들은 저작권자들이 디지털 정보의 배포와 이용을 통제할 수 있도록 저작권법이 확대, 변화되어야 한다고 주장하는 반면, 이에 대해 비판적 시각을 가지고 있는 사람들은 디지털 정보의 특정한 유형의 이용에 대해서는 공정이용의 법리에 따라 저작권의

문서 등에 그쳤던 과거와는 달리 인터넷 시대를 맞이하여 디지털화되면서 이전에 ‘음란물’로 불리던 것과는 전혀 새로운 형태와 성질의 것이 되었고, 그 종류와 범위 또한 다양할 뿐만 아니라, 경우에 따라서는 합법과 불법의 경계를 짓기가 점점 더 곤란한 상황이다. 이러한 상황에서 기존의 규제 일변도의 접근방법에서 벗어나 ‘바람직한 음란물의 제한방법론’의 하나로써 제시될 수 있는 인터넷 포르노그래피에 대한 저작권 연구는 태생적으로 음란물이 가지고 있는 여러 부정적인 시각과 저작권의 뜨거운 감자인 ‘저작권자의 권리보호와 이용자의 이용권’이라는 딜레마를 고스란히 안은 채, 인터넷이라는 수단이 가지고 있는 순기능과 역기능 또한 함께 고려하지 않으면 안된다는 ‘3중고’에 놓여 있는 셈이다.

2. 인터넷 포르노그래피의 저작권 논의 실익

인터넷 포르노그래피의 저작권성의 논의와 관련하여 가장 우선적으로 제기될 수 있는 부분은 현행법상 불법인 포르노그래피를 저작권법으로 보호하는 것이 과연 합당하냐 하는 것이다. 즉 현행 형법상 음란물은 제조, 소지 및 판매, 수입이 금지되고 있으므로, 이를 저작권법이 보호하는 것은 모순이 된다고 할 것이기 때문이다. 그러나 이미 살펴본 바와 같이 저작권법에 의해 보호되는 저작물의 조건은 완전한 의미의 독창성이 아닌 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있는 것이면 충분하다. 따라서 저작물의 조건에서 볼 때 시청자의 성욕을 자극하며 성적 흥분을 유발하는 행위 또한 포괄적으로 감정의 표현이라고 할 것이고, 이것이 다른 작품과 구별이 가능하다면 음란물도 하나의 창작물로 보아 저작권법의 보호를 받을 수 있다고 하게 된다. 둘째, 저작권의 세계에서 중요한 것은 저작물의 예술성·이념성·도덕성 등이 아니라 '타인의 저작물을 무단으로 복제·배포했는지' 여부이다. 사생활의 비밀을 보호할 때 도덕성 여부를 따

예외가 인정되어야 한다고 반박하면서 근본적이고 가장 중요한 공익에 근거하여 저작권을 확대하려는 시도에 대응한다. Raymond Shih Ray Ku, *The Creative Destruction of Copyright; Napster and The New Economics of Digital Technology*, 69 U. Chi. L. Rev. 263, 2002, pp.263-265.

저서 보호 여부를 결정하는 것이 아니라 사생활 자체를 보호하는 것과 같은 이치라고 할 수 있다. 인터넷 포르노그래피 역시 문제되는 것은 단순한 제작의 문제보다는 그것이 빠르고 은밀하게 유통되고 전파됨으로써 야기하는 유해성에 있다. 셋째, 저작권법의 목적은 저작자의 권리를 보호하는 것이지 저작물을 보호하는 것이 아니다. 따라서 저작권법상 합법·불법의 경계는 저작물 자체에 있는 것이 아니라 저작권자로부터 정당한 권한을 부여받았는지 여부에 달렸다. 이렇게 본다면 음란물과 같은 불법물이라 하더라도 남의 것을 무단으로 침해하는 행위는 허용되지 않는다고 볼 여지가 있고, 따라서 인터넷 포르노그래피에 대한 저작권성 논의는 충분히 실익이 있다고 하겠다. 따라서 이하에서는 인터넷 포르노그래피의 저작권이 어디까지 보호되어야 하고, 그 권리의 어느 부분에 있어서 제한을 받아야 하는지, 그리고 법적·제도적으로 바람직한 보호방법은 무엇인지 등에 관하여 구체적으로 살펴보고자 한다.

제2절 저작권법상 인터넷 포르노그래피의 저작권을 인정하기 위한 제요건

1. 저작권법상 보호 목적 달성 여부

저작권법 제1조는 ‘저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화의 향상발달에 이바지 하는 것’을 그 목적으로 규정하고 있다. 이는 저작권법이 저작자의 권리를 보호하면서 그 범위는 문화의 향상발전을 목적으로 하는 측면에서 공정한 이용에 대하여는 제한될 수 있다는 기본원칙을 규정한 것으로 해석된다. 이에 따라 저작자의 권리인 저작권과 이를 공정하게 이용하려는 이용자의 권리, 정보접근권 중 어느 것을 우선하여 보호할 것이냐 또는 이를 어떻게 조화시킬 것이냐 하는 것이 저작권법상 해결해야 할 중대한 문제이다.

그렇다면 인터넷 포르노그래피는 저작권법 제1조의 목적에 합당한 것인가? 다시 말해 인터넷 포르노그래피에 저작권을 부여하게 되면, 그 저작자의 권리를

보호할 수 있고, 저작물의 공정한 이용을 도모할 수 있으며, 문화의 향상발달에 과연 이바지 할 수 있는가? 인터넷 포르노그래피를 저작권의 대상으로 포섭하게 되면 적어도 그 저작권자의 권리는 보호될 수 있게 된다. 그리고 저작권이 인정되는 인터넷 포르노그래피에 대한 불법적인 이용을 방지하고 공정한 이용이 가능하게 될 것이다. 문제가 되는 부분은 과연 인터넷 포르노그래피가 ‘문화의 향상발달’에 이바지 할 수 있느냐 라고 할 것이다. 형법상 금지되고 있는 포르노그래피의 저작권을 인정한다는 것이 결국 ‘불법인 포르노산업의 진흥’을 국가권력이 보장한다는 것으로 오해될 소지도 다분하기 때문이다. 그러나 이 부분은 쉽게 판단하기 곤란하다. 일면에서는 포르노그래피가 인터넷을 포함한 새로운 미디어의 초기 정착에 기여한 바가 적지 않았다고 하면서 긍정적으로 평가하기도 한다. 즉 별다른 콘텐츠가 개발되지 않았던 90년대 중후반에 인간의 기본욕구를 충족시켜주는 각종 음란 영상물과 채팅이 인터넷 대중화의 일등공신이었던 것이다.¹⁶³⁾ 이렇게 본다면 인터넷 포르노그래피는 문화향상에 일정 부분 기여하고 있다고 볼 여지가 있다. 게다가 ‘음란성’ 개념은 지극히 감각적이거나 정서적인 것과 관련된 것으로서 매우 추상적이고 또 주관적 요소가 개입될 여지가 많다. 역사적으로도 음란물로 치부되어 금기시되었던 것들이 시류가 변하고, 사회적 인식이 달라지면서 오히려 새로운 문화의 조류로서 각광받았던 점들이라든지, 한 사회에서 음란물에 해당하는 것이 다른 사회에서는 전혀 그렇지 않은, 하나의 문화로써 수용되고 보편화된 경우들이 있기 때문이다. 또한 저작물의 종류에 따라서도 음란성의 판단 여부가 달라질 수도 있다. 보통 어문저작물, 청각저작물, 시각저작물 및 시청각저작물로 구분되는 저작물에 있어서, 각각의 저작물에 대한 음란성의 인정 여부 즉 음란성의 판단은 동일하지 않다. 즉 ‘과도하게 성욕을 자극하여 흥분케 할뿐만 아니라 보통 사람의 정상적인 성적 정서와 선량한 사회풍조를 해칠 가능성의 여부’는 (현재까지는) 저작물의 음란성을 판단하는 가장 보편적이고 합리적인 기준이라 할 수 있지만, 어문, 청각, 시각, 시청각 등의 저작물이 그 내용이 동일하다고 하여 모두 이 판단기준을 적용할 수 있는 것은 아니라고 할 것이다. 결국 윤리성이나 음란성 개념의 상대적이고 유동적인 성질

163) 임종수, 음란성과 저작권 UCC를 보는 두 가지 시선, 신문과 방송, 2007(5), 90-91쪽.

에 비추어 볼 때, 인터넷 포르노그래피의 ‘문화향상에의 이바지’에 집착하기보다는 후대에 재평가될 가능성을 두는 것으로 족하다.

2. 저작권법상 저작물성 획득 여부

우리 저작권법은 제2조 제1호에서 저작물에 대해 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물을 지칭한다고 규정하고 있다. 이때의 창작성은 남의 것은 단순히 모방한 것이 아니고, 작자 자신의 독자적 사상 또는 감정의 표현을 담고 있으면 충분하며, 다른 저작자의 기존 작품과 구별할 수 있을 정도면 인정된다.¹⁶⁴⁾ 결국 부도덕하거나 위법한 내용이 포함되어 있다고 하더라도 저작물로 보호된다고 할 것이므로,¹⁶⁵⁾ 인터넷 포르노그래피 역시 그 음란성에도 불구하고 저작물로 인정될 수 있게 된다. 상표법이나 특허법이 공서양속에 반하는 발명이나 상표를 권리보호에서 명시적으로 제외시키는 규정을 두고 있는 것과 달리, 저작권법에 공서양속에의 부합되지 않는 저작물에 대한 보호배제 규정을 두고 있지 않은 것 역시 윤리성이나 음란성 여부를 저작물의 보호요건으로 하고 있지 않기 때문이다.¹⁶⁶⁾ 게다가 공서양속의 기준은 시대와 상황에 따라 변화되는 특성을 가지고 있기 때문에 객관적인 기준으로 제시할 수 없다는 점 역시 인터넷 포르노그래피의 저작물성을 인정하는 데 일조한다고 하겠다. 나아가 외국인의 저작물은 대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호되므로(저작권법 제3조 제1항), 우리나라, 일본, 미국 등 대부분의 국가가 베른협약에 가입되어 있고, 베른협약은 가입국들에게 ‘내국민 대우의 원칙’을 천명하고 있다는 점에서 현행법상 유통이 금지된 외국의 음란물이라도 조약에 의거하여 저작물성을 인정받을 수 있는 여

164) 대법원 94도2238호 판결. 2007.6.28. 이전의 저작권법은 저작물에 대하여 “문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물”이라고 규정하여 “예술상”을 필요로 하였으나 현행법은 이러한 제한이 없다.

165) 대법원 1990. 10. 23. 선고 90다카8845 판결 참조

166) 특정 성과물에 대해 창작성 개념의 역할은 보호하여야 하는 것과 보호를 해서는 안되는 것과의 경계를 확정하는 점에 있다고 한다. 中山信弘(윤선희 번역), 저작권법, 법문사, 2008, 53쪽.

지가 있다.

3. 현행 법체계와 인터넷 포르노그래피 저작권의 충돌 우려

새로운 기술적 창작물, 즉 발명에 부여되는 특허권과는 달리 새로운 창작 저작물에 부여되는 저작권은 그 대상에 있어서 어떠한 제한도 받지 않는다. 그러나 이는 그 행사에 있어서도 제한을 받지 않는다는 뜻은 아니다. 새로운 발명에 주어진 특허권은 특허권자가 독점배타적으로 그 발명을 실시(제조, 판매, 사용 등) 할 수 있는 반면, 저작물에 저작권이 주어졌다고 해서 저작권자가 그 저작물을 아무런 제한 없이 사용, 수익할 수 있는 것은 아니기 때문이다. 예를 들어 그 저작물이 음란성이 있다고 판단되어 다른 법률에 위배되는 경우에는 비록 저작권이 주어졌다 하여도 저작권자가 제한 없이 복제, 판매, 공연 등을 할 수 없는 것이다. 적어도 현행 법 제도 하에서는 인터넷 포르노그래피의 저작권자는 저작권을 행사할 수 없는 구조이다. 그러나 헌법에서 규정하는 학문과 예술의 자유 및 표현의 자유에 대한 국민의 기본권을 존중한다면, 그리고 저작권법에서 규정하고 있는 제요건을 충족하는 인터넷 포르노그래피의 경우에는 그 저작권은 인정하되 대신 저작물의 판매, 상영, 또는 공연 과정에서 법률로 정한 제한을 가함으로써 음란물로 인한 사회적 피해를 최소화하는 방향으로 나아가야 할 것이다. 지식과 문화는 한 사람으로부터 다른 사람에게 전달된다고 하여 원래 소유자로부터 없어지는 것이 아니다. 또한, 어떠한 지적창작물도 과거의 다른 창작물을 기반으로 해서 만들어진다. 따라서 지식과 문화의 확산을 제한하는 것보다 오히려 자유롭게 이용할 수 있도록 하는 것이 사회 전체 복지의 증가와 함께 근본적으로 창작자에게도 도움이 된다. 이러한 지적창작물의 공공성 때문에 저작권은 다른 유체물에 대한 재산권과 달리 매우 제한적인 권리이다. 일단 보호기간이 한정적이며, 또한 권리의 보호기간 중이라도 그 사용이 제한되기도 한다. 다만 인터넷 포르노그래피의 저작자의 권리를 어디까지 할 것이며 또 어떤 경우에 제한할 것인가는 좀 더 사회적인 고민이 필요한 부분이다.

생각건대, 현행 법 체계와는 별도로, 저작권법상 인터넷 포르노그래피의 저작

권은 원칙적으로는 “데드카피”(dead copy)와 이를 전제한 이용행위만을 권리의 내용으로 하고, 보호기간도 투자를 회수할 수 있는 최소한의 기간으로 한정되어야 하지 않을까 한다.

제3절 인터넷 포르노그래피의 저작권 인정시 쟁점사항들

1. 전제조건

가. 인터넷 포르노그래피 저작권과 저작권 체제의 조화

저작권법은 저작권 및 저작인접권의 보호, 제2의 창조 및 저작물 유통확대를 위한 배타적인 권리의 제한 내지 확대, 침해에 대한 민·형사 구제수단의 제공에 따른 저작권의 집행 등을 내용으로 하는데, 이러한 저작권 규정 내지 제도 전체가 저작권 체제를 구성하는 것이라 할 수 있다. 저작권은 이러한 저작권 체제의 구성 부분에 해당하는데, 저작권 체제가 저작권 제도의 정책 목표를 달성하기 위해서는 저작권 체제의 개별적인 구성요소들이 상호간에 유기적으로 그 역할을 수행하여야 할 것이다.¹⁶⁷⁾ 따라서 그 일부분만의 운영에 의존하는 저작권 체제는 성공적이지 못한 것이 되므로, 인터넷 포르노그래피의 저작권 체제도 권리의 보호와 더불어 다른 구성요소들이 유기적으로 그 역할을 수행할 것이 요구된다. 지난 20여 년간 인터넷 등의 새로운 환경에 대응하기 위하여 저작권자의 권리가 확대 내지 강화되어 왔던 데 대하여 저작권 체제 유지 측면에서 이용자 측의 권리보호에 소홀했다는 비판 내지 자조의 목소리가 높은 바, 인터넷 포르노그래피의 경우 이러한 반성적 고려가 더욱 요청된다고 할 것이다.

167) 이대희, 권리보호, 디지털 환경에서의 저작권법의 새로운 과제(제1회 저작권 포럼 자료집), 2009, 11. 25., 108쪽.

나. 적법 유통시장의 확보

인터넷 포르노그래피의 저작권이 보호되기 위한 전제조건은 첫째, 적법한 유통 경로가 존재하여야 한다는 것이다. 인터넷은 새로운 미디어라기 보단 새로운 ‘세계’에 가깝다. 현실세 계에서의 불법, 탈법, 무질서는 인터넷이라는 새로운 저작물 유통경로를 통해 인터넷 내에서 현실화된다. 즉 이러한 유통시장에서는 불법 유통시장이 쉽게 적법 유통시장을 대체하거나 적법 유통시장과 대등한 지위에서 경쟁할 수 있는 것이다. 이러한 유통시장에서 적법 유통자는 저작권에 기대할 수 있으나, 적법 유통시장이 아예 존재하지 않는 경우에는 불법 유통시장이 존재할 수밖에 없다.¹⁶⁸⁾ 인터넷 포르노그래피라고 예외일 수는 없다. 인터넷 내에 적법한 유통시장이 존재하지 않는 상태에서의 저작권 인정 및 강화는 사실상 의미없는 메아리에 불과하게 될 것이다.

둘째, 적법한 유통시장도 인터넷 포르노그래피를 합리적인 조건에 의하여 공급하여야 할 것이다. 적법하게 유통되는 인터넷 포르노그래피의 이용이 불법 시장에서보다 번거롭거나 어렵다거나, 그 이용 가격이 이용자들에게 부담스럽게 여겨진다면, 그 유통시장은 실패할 수밖에 없기 때문이다.

다. 별도의 저작권 기준 및 범위 설정

인터넷 포르노그래피의 저작권성을 인정한다고 하더라도 모든 포르노그래피에 대해 무제한적으로, 또 영상저작물과 동일한 수준의 저작권을 인정할 수는 없다고 생각된다. 이 때 우리는 과연 어느 정도의 포르노그래피에 대해서 저작권을 인정할 것인지, 그 판단 근거는 어디서 찾을 것인지를 결정하지 않으면 안 된다. 사실상 어떠한 성 표현물이 음란인지 아닌지를 결정하는 기준은 지극히 주관적 이어서 사회적 통념, 판단자의 가치기준, 판단장소(국가)와 문화 등에 따라 다르게 나타난다. 한 국가에서 순수한 예술로 여겨지는 성적 표현물이 다른 나라에서는 사회의 성도덕과 건전한 문화를 해치는 음란물로서 금지되고 배척되는 경

168) 1990년대 말 이후 MP3 음악파일 다운로드 및 영화파일 다운로드 시장에서 그 예를 찾아 볼 수 있다.

우는 허다하다. 그럼에도 불구하고 어떤 국가가 자국에서는 불법이지만 다른 나라에서는 합법적인 표현물에 대해 국민들이 접근하는 것을 통제하고자 한다면 이를 위한 일정한 판단 기준이 마련되지 않으면 안 된다. 그런데 인터넷 포르노그래피의 경우, 제작에서부터 표현 방법, 노출 빈도수, 그리고 강도 등의 여러 면에 있어서도 다른 매체를 통하여 일반적으로 통용되는 음란물과 차이가 존재함을 인정해야 한다. 즉 시청각 저작물인 인터넷 포르노그래피의 경우 다른 저작물, 예컨대 어문저작물, 청각저작물 또는 시각 저작물에 비해 그 의미가 직접적이며, 즉각적으로 전달될 수 있다는 점으로 말미암아 현행까지 법률적으로 가장 강력한 규제를 받고 있다는 점을 간과해서는 안 된다.

결국 각각의 매체가 갖고 있는 기술적 특성이 표현의 자유의 범위를 결정한다고 할 것인데,¹⁶⁹⁾ 이러한 인터넷의 매체적 특성이 인터넷 포르노그래피의 성 표현의 범위를 결정하고, 그 결정된 범위는 다른 매체에서 허용된 범위에 비해 넓을 뿐만 아니라 낮은 정도의 규제를 받는 것을 정당화한다고 한다.¹⁷⁰⁾ 그렇다면, 인터넷 포르노그래피의 경우 인터넷이라는 매체적 특성을 고려하여 (상대적) 저작권 기준을 마련할 필요가 있다.

169) Kim, Gyoung Ho & Paddon, Anna. R, Cybercommunity versus geographical community standard for online pornography: A technological hierarchy in judging cyberspace obscenity, Rutgers Computer & Technology Law Journal, vol.26(1), 1999, pp.65-88.

170) 다른 매체에서와 달리 인터넷 이용자들은 수동적으로 인터넷 포르노그래피의 이미지들에 노출되는 것이 아니라 오히려 능동적이고 확정적인 행동을 취함으로써 그 이미지들을 즐기기 때문에, 만약 음란적인 내용으로부터 자녀들을 보호하기를 원하는 부모들은 필터링 프로그램을 설치함으로써 유해한 내용물을 차단할 수 있고, 대부분의 정보에는 제목이나 내용의 설명이 붙어 있어서 클릭을 함으로써 어떠한 정보를 보게 될 것인지 미리 알 수 있으며, 대부분의 성적 내용을 포함한 콘텐츠들은 사전 경고문을 포함하고 있기 때문에 이에 노출되기를 원하지 않는 사람들은 클릭하지 않으면 되므로, 방송, 신문, 영화, 통신 등 각각의 매체가 갖는 여러 가지 기술적 제약으로부터 자유로울 수 있다는 것을 이유로 들고 있다. 자세한 내용은 Wimmer, Kurt & Carter, Victoria, Let the Internet industry regulate itself, New Jersey Law Journal, vol.4, 1997, p.24.

2. 구체적 검토사항

가. 합법 또는 불법 인터넷 포르노그래피의 구별

특정 성 표현물의 음란성을 판단하는 기준은 지극히 주관적이고 관념적이어서 보편타당하게 받아들여지는 기준을 도출해내는 것은 불가능에 가깝다. 그럼에도 다수의 사람들이 합의를 이루고 있는 음란성이란 예술적, 과학적, 학문적인 가치를 내포하지 않고, 성행위를 현저하게 노골적인 방법으로 표현하는 것이라고 할 것이다.¹⁷¹⁾ 일단 음란하다고 판단된 성 표현물은 크게 하드코어 포르노그래피(hard-core pornography)와 소프트코어 포르노그래피(soft-core pornography)로 구분할 수 있다. 통상 하드코어에 속하는 음란물은 폭력적이고 새도매조키덤적(sadomasochistic)이며, 아동의 성행위, 근친상간, 동물과의 성행위 등의 인간을 비하하는 내용을 담고 있는 것으로, 제작과 배포가 절대적으로 금지된다. 이러한 성 표현물들은 형법적으로 성인과 청소년들 모두에게 금지하는 대상에 속한다.¹⁷²⁾ 한편 소프트코어에 속하는 음란물의 경우에는 단순 누드 또는 비폭력적 이면서 인간의 가치를 저하하지 않는 성행위를 묘사, 시술, 표현하는 것 등이 해당하는데, 제한된 장소에서 제한된 대상을 상대로 공개될 수 있다.¹⁷³⁾ 그러나 이렇게 하드와 소프트코어로 양분하는 판단기준은 절대성을 띠는 점에서 탄력적이지 못하다는 비판을 받는다.

이러한 절대성을 띠고 있는 음란기준과 대칭되는 개념이 짜여진 틀에 성 표현물을 끼워 넣는 것은 올바른 방법이 아니라고 보는 상대적 음란성의 입장에서는, 어떠한 성 표현에 대해 음란성 여부를 판단함에 있어서는 성이 표현된 내용뿐만 아니라 저자의 제작 의도를 비롯하여 표현과 유통의 방법, 그리고 독자에게 미치는 영향 등의 여러 가지 상대적 요인들을 판단의 기준에 포함시켜 상대적으로 평가해야 한다고 주장한다.¹⁷⁴⁾

171) 이경재, 성과 법, 자유와 규제: 성 표현물을 둘러싼 문제점, 형사정책연구소식, 제39권 제1호, 제2호, 1997, 16쪽.

172) 형사정책연구원 9쪽.

173) 김경호, 인터넷의 매체적 특성과 사이버 상에서의 성 표현의 허용범위, 한국 언론학보, 제46권 제2호, 2002, 56-57쪽; 이경재, 인터넷과 음란물죄, 형사정책연구 제11권 제1호, 2000, 7쪽.

그러나 음란성의 판단은 언급한 바와 같이 표현수단이 되는 매체의 성격에도 커다란 영향을 받는다. 즉 음란한 언어보다는 문자로 표현된 소설 등이, 문자보다는 사진이, 또 사진보다는 영화나 공연이 관객들에게 직접적인 영향을 미친다는 이유로 규제의 기준이 보다 엄격하다. 그렇다면 인터넷 포르노그래피의 경우는 그 파급효과가 더더욱 크므로 규제의 기준이 보다 세분화되어야 할 것으로 보인다.¹⁷⁵⁾ 그리고 그 기준에 따라 저작권이 인정될 수 있는 포르노그래피와 그렇지 않은 경우를 구별할 수 있어야 할 것이다. 동시에 인터넷 포르노그래피의 경우 일반 영상물과는 달리 비슷한 스토리를 취한다든가 전체 내용에서 성적 표현이 대부분을 차지하고 있다는 점 등을 고려해 볼 때, 일반 영화나 영상물의 기준을 인터넷 포르노그래피에 그대로 대입하는 것은 무리가 있다. 따라서 성표현물을 그 내용에 따라 유형별로 나누어 규제의 정도를 달리하는 전자의 주장이 보다 설득력이 있다. 즉 성인과 청소년에게 모두 금지되는 하드코어 포르노그래피(금지영역의 성표현물)와 원치 않는 성인과 청소년에게만 금지되는 소프트코어 포르노그래피(관리영역의 성표현물)로 구별하여 법적인 통제와 행정규제의 역량을 후자에 집중시킬 수 있도록 할 수 있어야한다고 생각된다.¹⁷⁶⁾

나. 음란성 판단 주체의 일원화

미국의 경우 3단계 음란물 판단기준이 있고, 이 세 가지를 모두 충족해야 음란물로 규정한다.¹⁷⁷⁾ 첫째 그 지역공동체의 평균인이 느끼기에 그 표현물이 ‘호색적 흥미에 호소’하는 것으로 받아들여지고, 둘째 그 표현물이 적용 가능한 법

174) 김병수, 영화영상물의 음란성 판단기준, 법학연구, 제46권 제1호(통권 제54호), 32쪽.

175) 그러나 매체에 따라 다른 음란기준을 적용할 필요성이 곧 음란기준의 강화를 의미하는 것은 아니라고 할 것이다. 인터넷의 경우에는 원하지 않는 음란물への 접촉가능성이 다른 매체에 비해 낮다고 볼 수 있기 때문이다. 같은 지적을 하고 있는 글로는 오영근, 시청환경에 따른 음란성 판단 기준의 차이 여부, 한국고시, 2008.7.24.(http://kgosi.co.kr/data/data_view.html?pds_num=5493&page=6&p_part=0&p_item=&...)

176) 박선영, 가상공간에서의 성표현의 자유와 법적 제한, 한국법제연구원, 2002, 26쪽.

177) Miller v. California, 413 U.S 15(1973). 자세한 내용은 박상진, 정보환경 변화에 따른 음란성 수용에 있어 형사처벌의 한계에 관한 연구, 비교형사법연구, 제9권 제1호, 2007, 267-268쪽 참조.

에 구체적으로 정의된 대로 성적 행위를 ‘명백히 공격적인 방법으로 묘사’하며, 셋째 전국적 기준에서 판단했을 때 그 표현물이 ‘중대한 문학적, 예술적, 정치적 혹은 과학적 가치를 결여한 것’이어야 한다. 미국에서는 이 세 가지 기준을 모두 만족시켜야 음란물이 되어 표현의 자유 보호 범위 밖으로 내몰리게 된다. 특히 중요한 점은 지역 공동체 주민들이 1단계와 2단계를 판단한다는 점이다. 즉 배심제를 전제로 하는데, 2단계에서 표현의 정도에 따라 하드코어와 소프트코어로 구분할 수 있고, 하드코어만 음란물로 규정된다. 하지만 3단계에서 중대한 예술적, 문학적 가치를 가지고 있다면 하드코어라 해도 음란물로 규정하지 않는데, 이를 위해 관련 전문가들의 자문을 구하는 시스템을 운영하고 있다. 그러나 우리의 경우는 일반인도 아니고 예술가나 과학자도 아닌 법관이 예술성, 과학성을 판단하고 전문가의 의견을 구하는 것도 아니라는 점에서 음란성 판단의 자의성 비판에서 자유로울 수 없다.¹⁷⁸⁾ 특히나 영화, 비디오물 등 영상물에 대한 ‘강제적’ 심의 및 등급분류제도를 채택하고 있는 우리의 경우, 그 업무를 담당하는 영상물등급위원회의 심의 및 등급분류기능에 영상물에 대한 ‘음란성’에 대한 판정 권한도 포함되어 있는지 여부가 문제된다. 즉 우리의 경우 어떠한 성 표현물의 음란성을 통제하는 장치로서 형사적 통제장치와 행정적 통제장치 두 가지가 동시에 작동하고 있기 때문이다. 따라서 음란성 판단 주체의 문제가 해결되지 않으면 안된다.

다. 인터넷 포르노그래피의 특징을 반영한 저작권 범위 설정

현대적 저작물의 특징은 i) 처음부터 영리목적으로 이용하고자 하는 의도에서 창작되기 때문에 저작물을 이용하여 사업화할 수 있도록 보다 안정적인 권리가 요구되며, ii) 유행성이 강하여 일정기간 경과 후 보호가치가 현저히 감소하는 경향이 있고, iii) 상당 부분 물개성적이어서 일반 인격권에 의하여 명예훼손적

178) 법원의 음란성 판단 주체성에 대해 비판하고 있는 글로는 천진호, 디지털콘텐츠 음란물에 대한 음란성 판단의 주체와 법률의 착오, 형사법연구, 제19권 제3호, 2007, 509-526쪽; 황성기, 인터넷에서의 음란기준과 음란물 통제메커니즘에 관한 연구-대법원 2008.3.13. 선고 2006도3558 판결, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포등)의 평석을 중심으로, 언론과 법, 제7권 제1호, 2008, 417-433쪽 참조.

이용만을 규제하여도 충분하며, iv) 공정한 거래관행에 합치되는 이용조건을 제시할 경우 저작물의 이용을 거절할 합리적인 명분을 찾기가 곤란하다는 점이다.¹⁷⁹⁾ 인터넷 포르노그래피의 저작권의 경우는 이러한 현대적 저작물의 특징이 모두 해당될 뿐만 아니라 인터넷으로 유통되는 포르노그래피 자체가 애초에 저작자의 인격적 이익보다는 시장 수요에만 관심을 가지는 순수 상업적 창작물 내지 합리적인 경제적 보상이 전제된다면 그 이용이나 개작에 제한을 가하지 않을 것으로 여겨지는 몰개성적 저작물이 대부분이라는 점에서 그 권리의 행사나 침해방법에 있어서도 일반적인 저작물에 비해 그 범위가 협소할 수밖에 없다. 이러한 사실을 고려한다면, 기존의 저작물과 같은 정도의 요건을 요구하는 것은 무리라고 생각된다. 더 나아가 기존의 저작권에 비해 보호기간의 단축과 보상금 청구권과 같은 채권적 권리에 준하는 방식으로 권리의 내용이나 범위를 약화시키고, 대신 이러한 권리가 저작권자에게 충분한 인센티브가 될 수 있도록 저작권을 안정적으로 확보할 수 있는 방안을 마련하는 것이 타당하리라고 본다.¹⁸⁰⁾

3. 인터넷 포르노그래피에 대한 저작권 보호의 한계

인터넷포르노그래피의 저작권을 인정한다고 하더라도 문제는 여전히 남는다. 음란물을 저작권법의 보호대상으로 보고 침해를 주장한다면 관련 조문이 있어야 하는데, 문제는 저작권법에 규정된 대부분의 권리들이 음란물의 경우에는 배제되기 때문에 현행 형법과 병존하기 위해서는 구체적인 보호를 위한 별도의 명문 규정이 있어야 한다는 점이다. 즉 저작권이 인정되는 인터넷 포르노그래피라도 현행법상 그 권리의 행사, 예컨대 배포, 판매, 전시 등의 행위가 금지되기 때문

179) 유대중/신재호/김형렬/김윤명, 인터넷서비스와 저작권법: IT와 법률의 형충과 조화, 경인문화사, 2010, 43-44쪽.

180) 최근 급변하는 기술 발달에 따른 저작권의 변화의 모색과 함께 현대적 저작물에 대한 새로운 보호방법을 제시하고 있는 몇몇 글들은 인터넷 포르노그래피의 저작권 문제에서도 유용하게 사용될 수 있을 것이다. 관련 논문으로는 신재호, 지적재산의 보호방법론에 관한 연구, 한양대학교 박사 학위논문, 2004, 259쪽 이하; 유대중/신재호/김형렬/김윤명, 인터넷서비스와 저작권법: IT와 법률의 형충과 조화, 경인문화사, 2010 참조.

이다. 이렇게 된다면 저작자의 배포행위는 형법에 의해 금지되지만 적어도 저작권법상의 배포권 또는 전송권에 의거하여 저작권자의 허락 없이 배포 또는 전송당하지 않을 권리는 인정한다는 기묘한 해석에 도달하게 된다. 결국 형법상의 보호법익과 저작권법상의 보호법익은 서로 다르므로 이용자는 형법상 음란물유포죄와 저작권침해죄의 경합범이 성립되고, 저작권자 역시 형법상 또는 정보통신망법에 의한 음란물죄가 성립하게 될 것이다. 이러한 태도가 법이론적·법정책적으로 문제가 되는 것은 아니지만 자칫 인터넷 포르노그래피의 저작권을 인정한 취지를 몰각할 수도 있음을 경계해야 할 것이다. 이러한 문제점을 해결하기 위해서라도 허용되는 음란물과 허용되지 않는 음란물을 명확히 구별하고, 저작권의 보호를 받지 못하는 포르노그래피에 대해서만 형법 및 정보통신망법의 음란물죄가 적용되는 것으로 입법화하거나 예외규정 등의 특별 규정을 두는 등의 있어야 할 것으로 보인다. 이에 대한 논의는 제6장결론에서 인터넷 포르노그래피의 저작권 인정 및 보호방안을 위한 방법론을 제시하면서 보다 구체화시켜 논의하고자 한다.

제4절 인터넷 포르노그래피와 저작권 침해 유형

1. 인터넷 포르노그래피 저작권의 침해대상(저작물성)

가. 순수 창작물

개인이나 법인에 의해 만들어진 인터넷 포르노그래피는 저작권 분쟁의 대상이 아니라 저작권 보호의 측면에서 고려해야 할 부분이다. 따라서 기존의 저작물과 다소 다른 양상을 보인다고 하여도 원칙적으로 현행 저작권법에서 규정하고 있는 모든 규정이 그대로 적용될 수 있다. 그러나 실제 어떠한 범위 내에서, 어떠한 부분에 중점을 두어 저작권이 적용되어야 하는지는 불명확하다. 이와 관련하여서는 그 경제적·문화적 의미에 따라 다음과 같은 접근이 가능하다.

첫째는 전문 포르노물 제작자들이 영리를 목적으로 만든 경우로서 그 인터넷

포르노그래피로부터 직접적인 경제적 이익을 얻는 것을 목적으로 하는 형태이다. 대부분의 인터넷 포르노그래피가 여기에 해당할 수 있을 텐데, 창작의 이유가 경제적 이익인 만큼 저작권자는 그에 대한 독점적인 이익을 확보하고 되도록 배타적인 관리를 하려고 할 것이므로, 저작권 시스템도 역시 기존의 방식과 별로 달라지지 않을 것이다. 따라서 기존 저작물과 동일한 저작권법적 대응이 가능하다고 할 것이다.

둘째는 경제적 이익을 직접적으로 도모하지는 않았지만 결과적으로는 새로운 시장에 진입하게 되는 경우가 있을 수 있다. 예컨대 Web2.0 비즈니스 모델¹⁸¹⁾이 여기에 해당된다. 즉 이용자들의 자발적인 참여로 콘텐츠가 축적되고, 축적된 콘텐츠는 모든 이가 자유로이 이용하는 구조에서 광고 등을 통하여 수익을 내는 모델이다. 이 경우 인터넷 포르노그래피에 대한 보호의 핵심은 콘텐츠 자체의 복제, 전송 등의 통제가 아니라 광고수익의 보장이라고 할 수 있으므로, 불법복제 등의 저작권의 문제보다는 공정경쟁 내지 일반 재산권의 침해라는 측면에서 접근할 필요가 있다.

셋째, 영리를 목적으로 만들어진 것도 아니고 시장에도 편입되지 않는 인터넷 포르노그래피의 형태를 생각해 볼 수 있다. 즉 화폐경제와는 상관없이 개인적인 취미나 흥미로, 또는 치료나 교육 목적 등을 이유로 만들어진 경우에는 저작권 측면에서 본다면 본질적으로 기존의 저작권 시스템에서 최대한 자유로울 필요가 있다. 결국 저작권 중 최소한의 내용, 즉 저작인격권에 해당하는 성명표시권 정도만 실질적인 권리로서 의미를 갖게 될 것이다. 그렇다고 해서 이러한 경우를 자유로운 이용 내지 공정이용의 경우와 동일시하기는 어렵다고 하겠지만, 적어도 저작권의 범주 내에서 가장 약화된 형태의 저작권을 허용해야 할 것이라고 본다.

181) 웹이 어플리케이션을 제공하는 하나의 완전한 플랫폼으로 발전한 것을 웹 2.0이라고 지칭한다. 이 용어는 'O'Reilly Media'에서 2004년부터 사용하기 시작하면서 대중화되었다. <http://ko.wikipedia.org/wiki/Web2.0> 참조

나. 기존 포르노그래피의 단순 복제물

기존 포르노그래피의 전부 또는 일부의 단순 복제물의 경우가 여기에 해당될 것이다. 대체로 흥미나 호기심에 의해 포르노그래피에 접근하게 된다는 점을 고려할 때 단순 복제 외에도 일부의 편집물의 경우도 많이 발생할 것으로 생각된다. 이 경우를 복제물로 볼 것인지 아니면 이하에서 언급하고 있는 변형물로 볼 것인지는 전체적 분량 또는 편집 정도에 따라 달리 판단될 수 있을 것이지만, 이러한 복제물의 경우 저작권자의 복제·전송권의 침해가 문제될 수 있다.

다. 기존 포르노그래피의 변형물

기존의 포르노그래피에 어느 정도의 변경을 가하여 새로운 창작성이 더해진 인터넷 포르노그래피를 만들어낸 경우에도 저작권자의 허락을 받지 않았다면 원칙적으로는 저작자의 2차적 저작물 작성권을 침해한 것이 될 것이다. 물론 원저작권자의 동의 없이 만들어진 2차적 저작물도 그 자체는 독자적인 저작물로 보호된다. 추가된 창작성을 별도로 보호할 필요성이 인정될 수 있기 때문이다. 이 경우 저작권자의 권리와 그러한 정책적·실질적 가치를 어떻게 조화시킬 것인가의 문제가 선결과제가 될 것으로 보인다. 왜냐하면 권리보호와 문화발전의 이념적 갈등이 가장 두드러지는 영역이 바로 이 유형이라고 할 것이기 때문이다. 2차적 저작물은 창작성을 가미하여 새로운 저작물을 만들어 낸다는 점에서 위에서 살펴 본 단순 복제물과는 그 가치나 의미를 달리한다고 할 것이고, 오히려 저작물의 창작을 유도하여 문화창달을 끌어낸다는 저작권법의 정책 목표에 부합하며, 디지털 시대에 있어서 리믹스(remix)라는 이용자들의 새로운 창작방식에 공헌한다고도 볼 수 있다.

라. 저작권을 인정할 수 없거나 제한된 포르노그래피

저작물이란 인간의 사상과 감정이 창작적으로 표현된 것이다. 따라서 저작권상의 제요건을 충족하지 못하여 저작권성을 인정받지 못하는 인터넷 포르노그래피의 경우에는 저작권의 문제는 발생하지 않는다고 할 것이다. 그러나 인터넷

포르노그래피의 경우에도 저작권이 소멸되거나 현행 법제도 하의 포르노그래피의 경우처럼 저작권법상 저작권이 인정되더라도 이를 법정책적으로 배제하고 있는 경우에는 어떻게 할 것인가의 문제를 고려해 볼 만하다. 이 경우 저작권법을 고려하여 생각해 볼 수 있는 방안은 이러한 인터넷 포르노그래피를 마치 저작권이 소멸된 것 또는 저작권이 제한된 경우로 보아 이용자에게 당해 저작물을 제한적인 형태라도 권리자의 이용허락 없이 사용할 수 있도록 할 것인지가 문제된다. 즉 저작권이 제한 또는 배제된 인터넷 포르노그래피를 공정하게 사용할 수 있는 저작물이나 정보인 '퍼블릭도메인(public domain)'¹⁸²⁾으로 파악할 수 있는가의 문제이다.

다른 하나는 민법상의 불법행위법리를 활용하는 방안을 고려해 볼 수 있다. 설사 저작권을 인정받을 수 없는 또는 그 권리가 배제되는 인터넷 포르노그래피라고 하더라도 이러한 생산물을 경쟁사업자나 이용자가 무단으로 복제하여 이용하는 것은 일종의 디지털 콘텐츠 생산자의 영업상의 이익을 침해하는 것이고, 영업이익도 불법행위법에서 보호되어야 할 법익으로 본다면, 현행 저작권법, 부정경쟁방지법 또는 독점규제법 등에 의하여 적절히 규제되지 못하는 경우에도 그 불공정 경쟁행위가 위법한 행위로서 불법행위에 해당할 수 있고, 민법상의 불법행위법리를 통해 이를 규제할 수 있다고 할만하다.¹⁸³⁾ 다만 그 적용에 있어서는 해당 행위가 권리침해 또는 그에 상응하는 보호할 만한 가치 있는 법익의 침해가 있거나 또는 상도덕이나 관습에 반하여 행위 태양 자체의 불공정성이 명백한 경우 등과 같이 제한된 경우에 한해야 할 것이다.¹⁸⁴⁾

182) 퍼블릭 도메인이라는 개념은 저작권 보호기간이 종료된 저작물뿐만 아니라 일반 공중이 저작물을 자유롭게 이용할 수 있는 저작권법상의 모든 사항들과 저작권의 보호 범위 밖에 존재하는 사항들을 포함하는 개념으로 이해될 수 있다고 한다. 퍼블릭도메인에 관한 일반적인 사항은 김운명, 저작권법상 퍼블릭도메인에 관한 연구, 경희대학교 대학원 박사학위논문, 2007 참조

183) 저작권법상 보호대상에 해당되지 않는 디지털정보의 경우 이러한 불법행위법리를 통해 보호가능하다는 주장으로는 양창수, 불법행위법의 변천과 가능성: 그 제도 목적과 관련하여, 민법연구(제3권), 박영사, 1995, 399쪽; 유대중/신재호/김형렬/김운명, 인터넷서비스와 저작권법-IT와 법률의 충돌과 조화, 경인문화사, 2010, 143쪽 이하 참조

184) 정상조, 혁신과 경쟁: 정보통신 기술과 시장의 변화에 따른 불공정경쟁행위의 규제, Law&Technology, 제2권 제1호, 2006, 52쪽.

2. 인터넷 포르노그래피 저작권의 침해 주체

인터넷 포르노그래피의 저작권 침해 문제는 크게 제작자 및 관련자에 의한 경우, 이용자 내지 최종 소비자에 의한 경우, OSP에 의한 경우 등 세 가지로 구분하여 개별적인 논의가 가능하다고 본다.

가. 제작자에 의한 경우

먼저 제작자에 의한 경우는 다시 두 가지로 나누어 볼 수 있는데, 하나는 제작자가 타인의 저작물이나 UCC를 임의로 이용하여 또 다른 인터넷 포르노그래피를 만들어 낸 경우이다. 이 경우는 2차적 저작물 작성권의 침해가 될 수 있고, 그것 자체가 편집물이나 데이터베이스라고 한다면 편집저작물이나 데이터베이스 제작자의 권리를 침해한 것이 될 수 있다. 또 다른 하나는 계약범위를 넘어서는 부정이용의 경우를 생각해 볼 수 있다. 예컨대 원 저작자와 공동으로 제작하거나 또는 저작권에 대한 제작 판매와 관련한 계약을 체결한 자가 계약 내용에 반하여 정해진 수량 이상의 배포행위를 하거나 인터넷 서비스를 제공하는 경우, 허락받은 이용방법 및 조건을 넘어서 저작물을 이용함으로써 저작권을 침해하였다고 하게 될 것이다.¹⁸⁵⁾

나. 이용자에 의한 경우

이용자에 의한 침해는 이용자가 직접 제작하지는 않고 이미 제작된 인터넷 포르노그래피를 자신의 홈페이지 등으로 복제하여 전송하고 그것을 다른 사람들이 다운로드받도록 하거나, 웹 하드에서 검색한 포르노그래피를 웹 하드의 공유폴더에 저장하여 공유되도록 하거나, 또는 P2P 사이트를 이용하여 인터넷 포르노그래피를 공유하는 경우가 주로 문제가 된다.¹⁸⁶⁾ 이때 복제된 포르노그래피의 제

185) 서울지법 2001.6.1. 선고 2000가합53637 판결(일명 ‘야후백과사전’ 사건)이 이러한 경우의 예시를 찾아 볼 수 있다.

186) 연령이 어릴수록 인터넷 카페에 저작물을 게시하였다가 고소당하는 경우가 많고, 연령이 많을수록 웹 하드에 저작물을 공유시켰다가 고소당하는 경우가 많다고 한다. 장재혁, 인터넷을 이용한

작자의 성명이나 내용을 임의로 변경하는 경우에는 별개의 성명표시권이나 동일성유지권의 침해가 된다. 더 나아가서 무단복제한 포르노그래피를 판매하거나 반복적으로 불법복제파일을 업로드해서 저작권자에게 심각한 손해를 가하는 행위 역시 문제가 된다. 그러나 무엇보다도 이용자와 관련하여 가장 많은 문제로 제기되고 있는 것은 인터넷상의 다운로드 행위라고 할 것이고, 침해 유형에 대한 분석에서 다시 자세히 다루고자 한다.

다. OSP에 의한 경우

대체로 OSP¹⁸⁷⁾의 경우는 인터넷 포르노그래피가 유통되는 인터넷 공간에서 이루어지는 저작권 침해행위에 대한 간접책임 내지 OSP 책임문제와 관련이 있다고 할 것이다. 즉 인터넷포르노그래피 사이트를 직접 홍보하거나(알선 또는 유인행위), 다른 이용자들에게 사이트의 불법적 접속을 가능케 한 경우, 자신이 관리하는 사이버 공간을 통해 불법 음란물이 저장·유포·전시됨에도 불구하고 이를 방치했을 경우(부작위 또는 방조행위) 등이 여기에 해당된다. 다만 OSP의 경우는 저작권법이나 판례의 일반적인 원칙이 주의의무를 다한 경우에는 그 책임을 면책하는 것이 일반적인 원칙 내지 경향이기 때문에 이에 따른 처리를 통하여 침해책임을 벗어날 수 있을 것이다.

3. 인터넷 포르노그래피 저작권 침해행위의 일반적 유형

인터넷 포르노그래피 저작권을 침해하는 형태는 그 침해 주체를 고려해 볼

디지털 저작물 복제행위에 대한 형사처벌의 문제점-이용자의 형사책임을 중심으로, 국제법무연구, 제13권 제1호, 2009, 147쪽.

187) Online Service Provider. 종종 ISP(Internet Service Provider)로 사용되기도 하는데, 말 그대로 인터넷에 대한 서비스 또는 온라인서비스를 제공하는 주체를 말한다. 여기에는 인터넷 접속, 메일, 웹호스팅 등의 서비스뿐만 아니라 콘텐츠가 직접 저장되고 관리될 수 있는 공간이나 전제계 시판을 제공하는 서비스도 포함된다. OSP와 ISP는 개념상 그리 차이가 없어 두 용어는 어느 것을 사용해도 큰 무리가 없다고 한다. 박준석, 인터넷서비스제공자의 책임, 박영사, 2006, 6쪽.

때, 크게 두 가지로 대별해 볼 수 있을 것 같다. 하나는 적극적, 소극적 작위행위에 의한 것이고, 다른 하나는 주변적, 간접적 작위행위 또는 부작위행위에 의한 경우이다. 전자의 경우는 일반 이용자와 저작자 및 관련자들에 의해 주로 행해질 것이고, 후자의 경우는 OSP 등의 책임이 문제되는 영역이라고 할 수 있다. 일반적으로 타인의 저작물을 임의로 이용하는 경우 인터넷 포르노그래피에 대한 저작권 침해행위는 대체로 불법 다운로드나 파일공유를 통해서 행해지고, 그 영리성 유무에 따라 처벌의 정도에 차이가 있다. 물론 단순히 개인적 감상을 위해 인터넷상의 포르노그래피를 다운받는 경우에는 사적이용을 위한 복제로서 형사제재의 대상이 될 수 없다고 할 것이다.¹⁸⁸⁾ 이하에서는 우선 인터넷 포르노그래피에 대한 침해행위 각각이 저작권자의 어떤 권리를 침해하는지를 검토해 보고자 한다.

가. 인터넷 포르노그래피의 불법복제

저작권자는 자신의 저작물을 복제하여 경제적으로 이용할 수 있는 배타적 권리인 복제권을 갖는다. 복제권은 "Copyright"라는 영문에서도 알 수 있듯이 권리의 다발로 이루어진 저작재산권의 가장 기본적인 권리이기도 하다. 원본뿐만 아니라 복제물을 복제하는 경우에도 복제에 포함되고, 그 복제의 양적 상당성 또는 실질적 유사성이 있다고 판단되는 경우에도 역시 복제에 해당된다. 따라서 인터넷상에서 포르노그래피를 단순히 복제하는 행위는 저작권자의 복제·전송권을 침해하는 것이 된다. 물론 저작물의 복제에 해당하더라도 “공표된 저작물을 영리를 목적으로 하지 아니하고 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 경우”에는 사적 복제에 해당하여 복제권의 침해가 되지 않으나¹⁸⁹⁾, ISP의 서버에 업로드하여 불특정 다수인의 이용에 제공하려는 목적인 경우는 ‘가정 및 이에 준하는 한정된 범위’ 안이라고 보기 힘들기 때문

188) 이와 관련하여 불법다운로드라는 표현 자체는 경제적 이익을 위해 대량으로 인터넷 포르노그래피를 다운로드받아 복제하는 복제사범들의 행위이나 해당하는 의미로 보아야 한다는 견해로는 장재혁, 디지털 저작물 복제행위에 대한 형사책임, 국제법무연구, 제13권 제1호, 2009, 161쪽.

189) 저작권법 제27조

에 사적복제 규정을 적용하기 어려울 뿐만 아니라 전송권 침해의 책임을 면하기 어렵다. 인터넷에서 업로드, 다운로드, 파일전송 등이 행해지는 과정에서는 일정 하드웨어 장치에 있던 파일이 다른 하드웨어를 기록매체로의 유형물로 볼 수 있으면 업로드, 다운로드 등의 행위도 바로 복제행위가 될 수 있다.¹⁹⁰⁾

나. 인터넷 포르노그래피 전송

인터넷을 통한 저작물의 전송행위는 ‘일반 공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 수신하거나 이용할 수 있도록 저작물을 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것’을 의미한다. 따라서 인터넷에 연결된 컴퓨터 서버에 올리는 것은 종래의 복제와 배포에 해당된다고 보았었다. 문제는 컴퓨터 서버에 올리는 것은 종래의 복제 개념을 새로운 환경에 확대 해석함으로써 가능했지만, 인터넷을 통한 공중에의 전달의 경우에는 개념의 포섭 여부가 불확실하다는 데에 있었다. 이를 위해 2000년 개정법에서는 전송이라는 개념을 도입하였고, 2006년 개정법에서는 방송, 전송 등의 상위개념으로 공중송신권을 인정하였다. 전송 및 공중전송의 경우 무형의 행위로서, 저작물의 점유의 이전 없이 배포행위로 볼 수 없고, 인터넷을 이용한 저작물의 전송은 이용자의 요구에 따라 이루어진다는 점에서 “일반 공중으로 하여금 동시에 수신하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 음성 등을 송신하는 것”(저작권법 제2조 제8호)을 의미하는 ‘방송’과도 구별되는 행위라고 할 것이어서 새로이 규정된 것이다.¹⁹¹⁾ 따라서 개인 홈페이지나 블로그 게시판에 인터넷 포르노그래피를

190) 한종훈, 인터넷상에서의 저작권 침해, 기업법연구, 제10집, 2002, 301쪽.

191) 저작권법(이하 “법”이라 한다) 제2조 제7호: 공중송신은 저작물, 실연·음반·방송 또는 데이터베이스(이하 “저작물등”이라 한다)를 공중이 수신하거나 접근하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것을 말한다.

법 제2조 제8호: 방송은 공중송신 중 공중이 동시에 수신하게 할 목적으로 음·영상 또는 음과 영상 등을 송신하는 것을 말한다.

법 제2조 제10호: 전송은 공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함한다.

법 제2조 제11호: 디지털음성송신은 공중송신 중 공중으로 하여금 동시에 수신하게 할 목적으로 공중의 구성원의 요청에 의하여 개시되는 디지털 방식의 음의 송신을 말하며, 전송을 제외한다.

게시하여 다른 사람들이 다운받아갈 수 있도록 하는 행위는 전송행위의 대표적 유형이라 할 수 있다.

다. 인터넷 포르노그래피의 업로딩 또는 다운로드

인터넷 포르노그래피를 자신의 컴퓨터 공유 폴더에 저장하여 P2P를 통해 다른 사람이 다운받아 갈 수 있게 하는 행위는 전송권을 침해한 것이 된다. 한편 인터넷상의 사이트나 데이터베이스로부터의 다운로드를 통해 인터넷 포르노그래피를 하드디스크에 영구히 저장하거나 램에 일시적으로 저장하는 행위는 그것이 설사 일시적으로 저장된 것일지라도 저작권 침해의 대상이 될 수 있다.¹⁹²⁾

라. 인터넷 포르노그래피의 판매 또는 임대

‘판매’는 인터넷 포르노그래피를 유상으로 양도하는 것을 말한다. 반드시 매매나 교환의 형태로 이루어질 필요는 없고, 채무 대신에 인터넷 포르노그래피를 저장 또는 전송해서 주거나, 회원 가입비 또는 월회비 등의 정보이용료를 받고 배포, 또는 전송한 경우에도 판매에 해당한다고 할 것이다. 또한 단순히 일회적 행위이든 계속적·반복적 행위이든 상관이 없고, 반드시 계속·반복의 의사가 있어야 하는 것도 아니다.¹⁹³⁾ 한편 ‘임대’는 인터넷 포르노그래피를 유상으로 대여하는 경우를 말한다. 판매의 경우와 마찬가지로 반드시 영업적으로 행하여야 하는 것은 아니며, 단 1회의 행위만으로도 저작권을 침해할 수 있다고 할 것이다.

192) 2000.1.12. 개정 저작권법에서 디지털 복제의 개념과 저작권자의 전송권을 도입하였다. 개정 저작권법 제2조 제14호는 복제를 ‘인쇄, 사진, 복사, 녹음, 녹화, 그 밖의 방법에 의하여 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것을 말한다’고 정의하여 복제의 개념에 유형물에 고정하는 것을 추가로 규정하였고, 이로 인하여 정보통신망을 통하여 송신되거나 검색된 디지털 저작물 등 정보를 디지털 형태로 다시 전자적 기록매체에 저장하는 행위 또한 비로소 복제의 개념에 포함시킬 수 있게 되었다. 판례는 개정 저작권법이 시행되기 전(2000.7.1.)까지는 이용자의 다운로드행위가 구 저작권상의 복제행위에 해당하지 않는다고 판시한 바 있다(서울고등법원 2005.1.25. 선고 2003나80798 판결 참조).

193) 최호진, 인터넷상의 음란물유포에 대한 범죄가담형태, 비교형사법연구, 제6권 제1호, 2004, 57-58쪽.

마. OSP의 주의의무 위반

저작권법상 OSP는 다른 사람이 저작물 또는 실연·음반·방송·편집물을 복제·전송할 수 있도록 무선 또는 유선통신을 위한 설비 또는 서비스를 제공하는 자를 말한다.¹⁹⁴⁾ 즉 OSP는 이용자가 직접 저작물 등을 복제하거나 전송하는 서비스로써 인터넷 게시판 서비스, P2P 서비스, 블로그, 개인 홈페이지, 온라인 카페 등의 서비스를 제공하는 사업자를 말하며, OSP로서 검색사업자는 정보검색서비스를 제공한다. 이러한 OSP는 편집권을 가지지 아니한 정보전달자의 지위에 있기 때문에 정보내용에 대한 책임을 묻는 것은 무리가 있고,¹⁹⁵⁾ 실질적으로 OSP가 직접적으로 침해행위를 하는 경우는 드물기 때문에 이에 대한 논의는 그리 많지 않다. 다만 간접침해에 대한 부분으로서 OSP가 정보나 자료를 직접 제공하지 않거나 또는 타인의 저작권 등을 침해하는 자료를 인터넷에 올리는 것을 권유하지 않고 단순히 이용자의 자료를 전달하는 매개자로서의 역할을 한다면 OSP가 자신의 서비스시스템에 저장된 것이 타인의 저작물이라는 것을 알고 있다고 보기 어려울 것이다.¹⁹⁶⁾ 이러한 경우에 저작물이나 실연·음반·방송 또는 데이터베이스 등 저작물의 복제·전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여 다른 사람에 의한 저작물의 복제·전송으로 인하여 그 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 알고도 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시키지 않은 경우에는 저작권을 침해한 것이 된다.

194) 저작권법 제2조 제22호

195) 이영록, 기술조치의 보호입법에 관한 연구, 저작권연구자료 38, 저작권심의조정위원회, 2001, 25쪽.

196) 안효질, 각국의 소프트웨어 불법복제 방지대책에 관한 연구, 프로그램심의조정위원회, 2002, 135쪽.

제5절 인터넷 포르노그래피 저작권 침해의 형사책임 관련 쟁점

1. 저작권법의 목적 고려

저작권은 일종의 재산권이지만 특수한 재산권이다. 그것은 정보와 지식을 대상으로 하기 때문에 일반적인 재산과는 구별된다. 만일 일반적 재산법이 재산권자에게 재산의 배타적 권리를 인정하고 있듯이, 저작권법도 그와 같이 해야 한다면 지식과 정보에 대한 독점으로 귀결된다. 그러나 저작자가 저작물을 창조하였다고 하더라도 이는 저작자 자신의 독창적인 창작의 결과가 아니라, 선인들이 쌓아 놓은 문화유산의 바탕 위에서 이루어진 것이다. 이 점에서 저작자는 저작물을 창작함에 있어서 어느 정도는 타인의 저작물을 이용하였다고 볼 수 있다. 그러므로 저작물의 이용을 오로지 저작자의 자의에만 맡겨 놓는 것은 불합리하고, 저작권의 보호에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다.¹⁹⁷⁾

우리나라 저작권법 제1조에서도 “이 법은 저작권자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화의 향상발전에 이바지함을 목적으로 한다.”고 규정하고 있듯이 저작권법은 재산법과는 달리 저작권자의 권리를 배타적으로 보호하기 위한 것이 아니라, 문화의 향상을 목적으로 하고 이를 실현하기 위해 저작물에 대한 공공의 접근과 이용을 인정하고 있는 것이다. 즉, 저작권법은 전통적으로 저작자에게 인정되는 보호와 다른 모두에게 인정되는 공적 사용과 접근 사이의 보호, 사적 이익과 공적 이익의 저육한 균형을 지향한다. 이러한 저작권법상의 원칙에 기반하여, 기술이 발달함에 따라 저작자의 권리에 대한 위협은 증가하였음에도 불구하고 저작권자에 대한 법적 보호는 저작자의 권리를 확대시키는 것이 아니라, 단순히 저작자가 이미 가지고 있던 힘을 되찾아 주면서, 다시 저작권자의 권리와 사적 이익 사이의 정교한 균형을 유지시키고자¹⁹⁸⁾ 저작권자의 권리로서 복제권, 개작권, 공연 및 실연권을 인정하면서도 동시에 공공의 이익을 위하여 저작권자의 권리에 관한 제한규정을 두고 있다. 따라서 저작권 침해에 대한 법적 대응도 이러한 원칙 속에서 결정되

197) 오승중/이해완, 저작권법, 박영사, 1999, 11쪽.

198) 이와 관련하여 특히 Sony Corp. v. Universal City Studios의 경우를 참조할 만하다.

어야 한다.¹⁹⁹⁾ 인터넷이라는 기술적 환경을 고려하지 않고, 오프라인 중심으로 되어 있는 저작권법을 통해 저작권자 보호에만 주력하게 되면, 결국 수백만에 이르는 일반 인터넷 이용자 전체를 저작권법 위반자로 몰아서 범법자를 양산하게 될 것이기 때문이다.²⁰⁰⁾

2. 고의의 판단 문제

가. 고의의 개념

원래 저작권 침해 범죄는 행위자에게 그 침해의 고의가 있는 경우에 한하여 처벌할 수 있고, 과실에 의한 저작권 침해는 처벌되지 아니한다. 즉 우리 저작권법에서 형사책임을 지우는 행위에는 언제나 고의책임이 적용된다.²⁰¹⁾ 그러나 저작권 침해의 죄로 처벌한 사례들을 보면, 저작권 침해 여부에 대해서는 상당히 정지한 논의를 하는데 반하여 피고인의 고의가 있었는지 여부에 대해서는 피상적인 검토에 그치거나 복제·전송 등의 행위가 있으면 고의가 있다고 해석하고 있는 듯하다.²⁰²⁾ 물론 정당한 권원 없이 타인의 저작물을 복제, 전송 등 방법으로 침해하는 경우 특단의 사정이 없는 한 행위자에게 고의가 있다고 추정할 수 있을 것이다. 그러나 당연히 그러한 추정은 사실상의 추정일 뿐 법률상의 추정은 아니다. 이러한 사실을 고려하여 저작권 침해의 죄로 공소가 제기된 피고인이 ‘복제나 배포 등의 행위’에 대한 인식뿐만 아니라 타인의 저작권을 침해한다는 사실 또는 최소한 복제나 배포의 대상이 저작권의 보호대상이라는 점과 저작권 침해의 높은 개연성에 대한 인식이 있었는지 여부에 대해서도 신중한 판단이

199) 신동룡, 인터넷상에서의 비영리적 저작권 침해에 관한 형사처벌 연구, 연세법학연구, 제8집 제1권, 2001, 398쪽.

200) 아이러니하게도 이러한 수많은 이용자들이 곧 저작권자의 수익대상자들이라는 점에서 이들을 대상으로 하는 법적 통제는 결국 저작권자 입장에서조차 바람직하지 않다고 할 것이다.

201) 정상조, 지적재산권법, 법문사, 2004, 458쪽 이하.

202) 대표적인 예를 들면 대법원 1996.3.22. 선고 95도1288 판결; 대법원 1992.6.23. 선고 91도2101 판결 등이 그러한 모습을 보인다.

요구된다는 주장이 있다.²⁰³⁾

이러한 저작권 침해범죄에 대한 고의 문제는 인터넷포르노그래피의 경우라고 해서 예외는 아니다. 예컨대, 인터넷 포르노그래피 원본 또는 그 복제본에 저작권의 표시가 있어서 문제된 포르노그래피가 저작권의 보호대상이라는 사실을 알면서도 그것을 복제 또는 배포한 경우에는 그 행위자에게 저작권 침해에 대한 인식 즉 저작권 침해죄의 고의를 인정할 수 있을 것이다. 그러나 상황을 바꿔서 생각해 보자. 이미 무수히 많은 인터넷 카페 등에 올라와 있는 포르노그래피를 다운로드해서 보거나 감상할 경우, 입장에 따라서는 공인된 포털에 올려진 자료를 본 것에 불과하고, 그런 자료들은 포털에서 합법적으로 제공하는 것이라고 생각할 수 있다. 한편 P2P 사이트를 통해 합법적인 포르노그래피를 다운받았는데, 자신의 컴퓨터 하드디스크에 자동으로 공유폴더가 지정되어 다운받은 저작물이 공유폴더에 저장되고, 공유폴더에 저장된 파일이 자동으로 업로드된다는 사실을 전혀 알지 못한 경우, 그 행위자에게 인터넷 포르노그래피 업로드 행위에 대한 저작권침해의 고의를 인정할 수는 없을 것이다.

나. 구성요건에 대한 인식과 위법성의 인식

사실상 권리침해에 대한 인식은 필연적으로 위법성에 대한 인식과 밀접히 관련되어 있고 구별하기 어려운 경우가 많다. 그러나 우리 대법원은 권리침해인지 아니면 사적복제로 허용되는 행위인지의 문제는 법령해석의 문제이고 법령해석의 오류로 인해서 위법성이 없는 것은 정당화될 수 없는 법령의 착오에 불과하다고 본 사례들이 있다.²⁰⁴⁾ 그러나 저작권법의 문리해석상 “복제 등의 방법으로 권리를 침해”하는 것을 범죄구성요건으로 규정하고 있으므로 구성요건적 사실에 대한 인식이 있으려면 권리침해에 대한 인식이 있어야 하는 것이고, 단순히 복제 등의 행위에 대한 인식만으로는 부족하다고 해석된다.²⁰⁵⁾ 또한 권리 침해 여

203) 정상조/권영준/박준석, 저작권 침해의 형사책임에 관한 비교법적 연구, 한국저작권위원회, 2009, 99쪽.

204) 대법원 1995.7.28. 선고 95도702 판결; 대법원 1997.10.10. 선고 96도2191 판결 등.

205) 정상조/권영준/박준석, 저작권 침해의 형사책임에 관한 비교법적 연구, 한국저작권위원회, 2009,

부의 판단에 대해서 많은 논란이 있는 경우에 권리침해를 모두 처벌하는 것은 오히려 저작물의 이용 및 기술의 발전을 불필요하게 위축시킬 우려가 있다.²⁰⁶⁾ 뿐만 아니라 정보화시대에 무엇이 침해에 해당하는지 여부가 법해석상 불분명하고 일반인이 알기 어려운 상황 속에서 ‘침해행위’의 존재만으로 언제나 고의범으로 처벌하는 것은 기본적으로 형법의 범죄예방기능에도 정면으로 반한다고 할 것이다.²⁰⁷⁾ 침해에 대한 인식이 없음에도 불구하고 일정한 행위를 처벌하거나 또는 일반인으로서 침해인지 여부를 알기 어려운 경우에도 일정한 행위를 처벌하게 되면, 처벌가능성을 피하기 위해서 적법한 행위 또는 사회적으로 바람직한 이용행위까지도 위축시키는 과잉규제의 위험이 있고, 이는 저작권법의 법 목적에도 반한다.²⁰⁸⁾ 따라서 형법이 정보화시대에 범죄예방의 행위규범으로서 제대로 기능하게 하기 위해서는 행위에 대한 인식뿐만 아니라 침해에 대한 인식이 있는 경우에 한해서 처벌하는 것이 바람직하다.²⁰⁹⁾

3. 사적복제 해당 여부

가. 불법 복제물 유통 구조

인터넷 포르노그래피의 저작권 침해행위 가운데 가장 빈번하게 이뤄지는 것이 ‘다운로딩’이라고 할 수 있다. 일단 인터넷상에서의 불법복제물은 정품 및 불법복제물 구매자 또는 비공식적으로 포르노그래피를 입수한 자가 이를 디지털화하여 인터넷 온라인 사이트에 업로드함으로써 발생하고, 한번 업로드된 불법복제

101쪽.

206) Note, The Criminalization of Copyright Infringement in the Digital Era, 112. harv. L. Rev., vol. 1705, 1999, p.1706.

207) 정상조/권영준/박준석, 저작권 침해의 형사책임에 관한 비교법적 연구, 한국저작권위원회, 2009, 102쪽.

208) Note, The Criminalization of Copyright Infringement in the Digital Era, 112. harv. L. Rev., vol. 1705, 1999, p.1706.

209) 조훈, 인터넷상의 파일공유와 형법상 Regressverbot, 디지털재산법연구, 제1권 제1호, 한국디지털재산법학회, 2001, 188쪽.

물은 다시 동시다발적으로 P2P, 웹 하드 등 타 온라인 사이트로 유포되는 구조를 갖는데, 인터넷포르노그래피의 유통 경로도 이와 별반 다르지 않을 것으로 보인다. 즉 최초의 업로더(uploader)가 한 사이트에 불법복제물을 업로드한 경우, 이를 다운로드받는 다운로드(downloader)가 다시 이 파일들을 다른 사이트에 업로드하면서 업로더가 되는 구조이다.²¹⁰⁾

표 1 2009년 온라인 불법 영상복제물 단속 성과²¹¹⁾

구분	유통 경로	2008년		2009년		전년대비증감			
		건	점	건	점	건	비율(%)	점	비율(%)
영상물	P2P	4,976	502,451	4,285	845,816	711	14	343,365	68
	웹하드	61,622	2,591,736	145,208	3,558,143	83,586	136	966,407	37
	포털	465	7,803	882	9,618	417	90	1,815	23
	소계	67,063	3,101,990	150,355	4,413,577	83,292	124	1,311,587	42

나. 사적복제의 의미와 취급

사적복제란 개인이나 한정된 범위의 사람이 개인적으로 저작물을 감상하거나 조사, 연구하기 위해 한정된 수량의 복제물을 만드는 것이다. 고전적 형태의 사적복제는 저작물을 손으로 필사하는 것인데, 복제기술이 발달하지 않았던 과거와는 달리 디지털 기술의 발달로 하루가 다르게 새로운 첨단 디지털 복제기와 매체가 등장하는 요즈음은 그 의미와 범위의 차원이 남다르다. 특히 문제가 되는 것이 저작권법 제30조의 사적 이용을 위한 복제의 허용이다. 아날로그 저작물에 적합한 이 규정을 디지털 저작물에 폭넓게 적용하는 경우 저작권자의 경제적 이익은 심각하게 손상될 것이고, 이는 필연적으로 정보사회의 유지, 발전을 위해 필수적인 자료의 디지털화를 위한 노력을 현저히 감소시킬 우려가 있다.

210) 한국저작권단체연합회, 저작권보호 연차보고서, 저작권보호센터, 2010, 159-160쪽.

211) 2009년 온라인 불법복제물 단속 성과 도표 중 일부를 발췌한 것이다. 불법복제물 단속 결과를 집계하는 단위인 ‘건’은 단속을 통해 적발한 해당 아이디(계정) 수를 의미하고, ‘점’은 적발한 불법 콘텐츠 수를 의미한다. 관련 내용은 한국저작권단체연합회, 저작권보호 연차보고서, 저작권보호센터, 2010, 95쪽 이하 참조.

그러나 디지털 저작물에서는 양도가 또 하나의 복제본 생성을 의미할 뿐 종전 점유자의 계속적 사용은 여전히 전제한다. 그리고 양도되는 것들 중 원본이나 불법원본은 결과적으로 차이를 발견하기 어렵다는 점에서 양도가 불법인 경우, 즉 권리자의 허락 없이 이루어지는 유통을 차단하는 데 초점을 맞출 필요가 있다. 왜냐하면 인터넷 공간에서도 ‘시장실패’(market failure)가 존재하고 신속함이나 정보교환의 편의성이 중요한 인터넷의 특징을 고려할 때 만일 사적복제를 허용하지 않게 되면 사회 전체적으로 심각한 문제가 될 수 있다.

4. 영리성 인정 여부

대부분의 이용자들은 저작권 침해행위의 동기가 영리적 목적에서가 아닌 감상이나 취미 등 개인적인 이용을 위한 것으로 나타나고 있다.²¹²⁾ 특히 인터넷상의 불법복제물의 경우, 정품 및 불법복제물 구매자 또는 비공식적으로 인터넷 저작물을 입수한 자가 이를 온라인상에 업로드함으로써 발생하는데, 한번 업로드된 불법 복제물은 동시 다발적으로 P2P, 웹 하드 등 타 온라인 사이트로 유포되는 과정을 거친다. 이렇게 온라인상에서 이루어지는 불법 복제물의 유통과정 상의 특징은 최초 업로더 중 일부만이 영리 목적이고, 그 이후의 업로더들은 영리 목적이라기 보다는 사이트 내에서의 명성을 위해 또는 다른 서비스를 이용할 목적으로 업로드를 하는 경우가 많다고 한다.²¹³⁾

212) 2007년 북부지방검찰청에서 처리된 저작권 위반 사건에 대한 분석에 따르면, 저작권침해에 대한 인식 여부나 동기에 있어서 대부분이 “카페 회원들과 나뉘보기 위해서”, “자신의 블로그에 다른 사람들이 많이 찾아오게 하기 위해서”, “블로그를 꾸미고 싶어서”, “다른 사람이 카페에 올려놓은 것을 다운 받아서 내 카페에 올려도 아무 문제가 안 되는 줄 알고”, “P2P에서 파일을 다운 받았을 뿐인데 나중에 보니 공유가 되어 있었다” 등으로 진술했다고 한다. 장재현, 디지털 저작물 복제행위에 대한 형사책임, 국제법무연구, 제13권 제1호, 2009, 150쪽.

213) 방송통신위원회, 방송콘텐츠 저작권의 효과적 보호에 관한 연구, 2009, 18쪽.

5. 저작권 보호기간

저작권 보호기간을 ‘저작권자 사후 70년’으로 하고 있는 현행 저작권법의 경우에도 저작권자의 권리보호에 너무 치중한 나머지 이용자들의 자유로운 정보 접근을 저해하고 저작권법의 목적에도 부합하지 않는다는 비판을 받고 있는 실정이다. 게다가 장기간의 저작권 보호기간의 존재 또는 연장을 모든 저작물에 획일적으로 인정하는 것이 타당한 것도 아니다. 보호기간이 늘어나면 늘어날수록 과거 저작물을 공중이 접할 수 있는 기회가 줄어들기 때문이다. 물론 대중에게 인기 있는 저작물에는 ‘혼잡의 외부 효과(dongestion externality)’가 발생하므로 저작권자가 원하는 한 무제한적인 보호기간의 연장이 필요하다는 주장도 제기될 수 있으나, 이에 대해서는 문화유산으로서의 공유 저작물이 표현의 자유에 미치는 공익적 효과와 문화 다양성의 의미를 도외시하고, 문화와 예술을 정태적이고 계량적으로만 파악한 주장이라는 비판이 가능하다.²¹⁴⁾ 보호기간의 장기화가 기존의 저작물 중에서 상업적 가치가 높은 일부 저작물의 저작권료 수익 증대에 기여할 것임은 자명할 듯 보이지만, 이는 창작 인센티브와는 무관한 일이다.²¹⁵⁾ 오히려 서적 출판의 경우만 하더라도 대다수의 저작물들이 최초 출판 후 10년 이내에 절판되고 있는 실정이다. 보호기간이 늘어난 만큼 공유 저작물에 포함되는 시점만 늦춰지게 되어 결과적으로 이용자가 해당 저작물을 이용하는데 법률상 혹은 사실상의 불편함만을 초래하게 된다. 이는 보호기간의 연장으로 인해 정보의 창작과 유통의 촉진이라는 저작권 제도 본래의 기능이 발휘되지 않고 오히려 역효과가 발생할 수 있다는 사실을 보여준다.²¹⁶⁾ 하물며 인터넷 포르노그래피의 경우 그 가치의 감가상각의 정도나 빠른 속도의 교체 및 소비 특성, 특히 저작권법의 취지상 저작권 유통 사업자들의 권리보호가 아닌 저작권자의 권리 보호에 치중해야 한다는 점 등을 고려한다면 그 보호기간의 정도는 일반 저작물에 비해서도 훨씬 낮을 수밖에 없다고 생각되며, 인터넷 포르노그래피에

214) Lawrence Lessig, *The Future of Ideas*, Random House, 2001, pp.251-252.

215) 독일의 저작권법 개정 논의에서도 현행 저작권법의 보호기간이 너무 길다는 점이 지적되었다.

216) 박성호, *저작권의 역설: 저작권법의 ‘오래된 미래를 생각한다’*, 계간 저작권 2010(여름호), 113쪽.

대한 일반인의 법감정을 고려한 경우에도 저작권의 보호기간은 기타 다른 창작물보다 단축되어야 할 것이다. 다만, 저작권의 보호기간은 불법적인 유통을 금지하여 종국적으로는 인터넷 포르노그래피의 보급 및 유통을 감소하는데 영향을 미치는 요인이므로 이에 대한 고려도 병행되어야 한다고 본다.

6. 보상 및 저작권 계약의 문제

통상적으로 인터넷상 저작권 침해에 대한 대응조치는 크게 민사적 조치²¹⁷⁾와 형사적 조치로 구분할 수 있다. 전자는 주로 개인 이용자들보다는 온라인 서비스공자에게 집중된 반면, 후자는 개인 이용자들에 대한 법적 조치로 유용하게 사용되었다. 개인 이용자들은 많은 경우 청소년과 같이 무자력자가 많아 권리가 민사소송에서 승소하더라도 피해변제를 받을 가능성이 적고, 아울러 개인 이용자의 침해행위로 인한 개별 피해금액이 금액상 그리 크지 않은 관계로 현실적으로 소송에 걸리는 시간과 비용을 고려할 때 실익이 없다고 판단되기 때문이다. 사실상 이용자나 권리자 모두에게 있어서 실무적으로 중요한 문제는 ‘얼마나 많은 이용료를 지불하느냐’하는 것이므로 저작물에 대한 이용료 부분의 문제가 해결된다면 이용자나 저작자 모두에게 “윈-윈(win-win) 전략이 될 수 있을 것이다. 다만 인터넷 포르노그래피의 가치에 대하여 정확하고 객관적인 평가를 내리는 자체는 어려운 일이라고 할 것이다. 그러나 음악저작물의 경우 오프라인에서의 음반 판매량을 참고로 하여 온라인에서 음악저작물에 대한 네티즌의 ‘조회수’를 가지고 사용료를 정하고 있는 것을 참고한다면, 인터넷 포르노그래피의 경우에도 각각의 파일별, 또는 영상별 가치에 따라 적정 이용료를 책정할 수 있을 것이라고 생각된다. 게다가 인터넷이라는 공간은 다수의 이용자가 이용하고 있기 때문에 이용자 각자가 이용료를 저렴하게 지불한다고 할지라도 그 총체적인 금액은 권리자가 침해소송을 통해 손해배상 등으로 얻을 수 있는 액수보다 더

217) 민사상 구제는 주로 침해정지청구권, 손해배상청구권 및 부당이득반환청구권 등이 활용되고 있다. 관련 내용은 한중훈, 인터넷상에서의 저작권 침해, 기업법연구, 제10집, 2002, 298-316쪽 참조

클 수도 있다. 따라서 소송으로 인하여 권리자나 이용자가 힘을 소진하기 보다는 인터넷에서 이용자와 권리자가 합리적이라고 판단되는 범위 안에서 사용료를 지불하고 저작물을 이용할 수 있도록 하는 방안을 강구해 봄이 바람직하다고 생각된다.

7. 합리적 양형기준

저작권법 전반에서 형사처벌은 점차적으로 강화되어 온 것이 사실이다. 그러나 이러한 형사처벌 강화가 과연 저작권법의 목적을 실현하는 데 효율적인가를 고려해 볼 필요가 있다. 기본적으로 형사처벌을 “범죄의 사회적 비용”을 극소화하기 위한 법적 수단이라고 이해할 때,²¹⁸⁾ 그와 같이 효율적인 수단인 경우에만 정당성은 인정된다고 할 것이다. 물론 인터넷 포르노그래피를 무단으로 복제해서 판매하거나 그 외의 수익을 창출하는 경우, 또는 반복적으로 불법복제 파일을 인터넷에 업로드함으로써 저작권자에게 돌아갈 이익을 저해하는 경우에는, 저작권이라고 하는 인센티브를 통해서 창작을 촉진하고자 하는 저작권법의 취지와 저작권을 인정함으로써 불법적인 유통의 증대를 방지하고자 하는 목적에 명백히 반하는 행위일 뿐만 아니라 사회적으로도 크나 큰 손실을 야기할 수 있다. 그러나 그 행위 자체가 일회성에 그치거나 또는 오히려 저작권자에게 이익이 되는 경우²¹⁹⁾에는 이에 대한 불법성이 매우 약하거나 또는 형사처벌할 실익이 없다고도 할 수 있다. 이러한 경우까지 형사처벌을 하게 된다면 저작권자의 권리를 국가 형벌권의 측면에서 보호하는 것이 저작권 전체를 볼 때 오히려 장기적인 안목에서는 계속적·잠재적 이용자들의 보호, 즉 공공의 이용과 접근이 위축될 우려가 있다.

218) 저작권위원회, 저작권 침해의 형사책임에 관한 비교법적 연구, 2009, 103쪽.

219) 예컨대 개인이 인터넷 사이트에 불법 다운로드한 인터넷 포르노그래피를 올렸는데, 이를 본 주변인 또는 방문자들의 입소문을 통해 전체적으로 이용자 내지 구입자들이 증가하게 되어 결과적으로 저작권자가 비용을 들이지 않고서도 홍보한 것과 같은 효과를 보게 된 경우 등을 생각해 볼 수 있을 것이다.

더구나 형사처벌의 저작권법 규정이 계속적으로 강화됨에도 불구하고, 저작권 침해에 관한 고소·고발 건수는 급증해서 지난해에는 7만 건을 넘어섰다고 한다.²²⁰⁾ 이러한 통계자료는 강력한 형사처벌이 저작권침해의 방지라고 하는 법목적의 실현에 과연 얼마나 실효성 있는 수단인지 다시 한 번 재고하게 만든다고 할 것이다. 결국 형사처벌을 부과할 수 있는 인터넷 포르노그래피 저작권 침해 행위는 전반적으로는 그로 인한 사회적 손실보다 형사처벌로 인한 사회적 이익이 큰 경우로 한정하면서 동시에 엄격하게 집행하고, 고의의 유무에 따른 차등적 처벌 및 침해행위에 따른 균형있는 양형 기준을 마련하는 등의 노력이 필요하다 할 것이다.

220) 2003년 1만4백29건, 2004년 1만2천5백68건, 2005년 1만4천9백15건, 2006년 1만8천3백10건, 2007년 2만5천89건, 2008년 7만7천7백38건으로 증가했다고 한다. 대검찰청, 범죄통계, 2009 참조.

제5장

음란물 저작권 및 저작권 위반에 대한 비교법적 검토

음란물 저작권 및 저작권 위반에 대한 비교법적 검토

제1절 음란물의 저작권성에 관한 일반적 입장

1. 미국

음란물의 저작권성에 대한 미국 법원의 입장은 크게 관습법적인 측면과 클린 헨즈 원칙에 의해 변천을 거듭해 왔다고 볼 수 있다. 저작권의 보호와 미국연방 헌법은 의회에게 창작자에 대한 독점적 권리 수여를 위한 법률 제정의 권한을 위임하고 있다.²²¹⁾ 일명 저작권 조항(Copyright Clause)이라고 불리는 헌법상의 권한위임을 통해 의회는 저작권에 관련한 입법권을 행사하고 있는데 음란성과 관련하여 명확하게 그 저작권성을 언급하지는 않았다. 따라서 저작권에 관하여 많은 경우 연방법률의 규정으로 규율하는 것에 비해 음란물에 대한 저작권성은 연방법원의 판례에 의해 판단된다는 점에서 관습법적인 측면이 강하다고 볼 수 있다. 초기 음란물의 저작권성에 대해 부정적인 판례의 경향은 1800년대 영국의 판결에서 유래된 것으로 보여진다.²²²⁾

221) U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 8.

“The Congress shall have power to promote the progress of science and useul arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries.”

222) Franklin J. Wallahan, Immorality, Obscenity and the Law of Copyright, 6 S.D.L.Rev. 109, 110-11 (1961); see also Jeremy Phillips, Copyright in Obscene Works: Some British and

1826년 영국의 스톡데일(*Stockdale v. Onwhyn*) 사건에서 원고는 자신의 작품이 무허가로 판매되자, 그로 인한 손실을 보상받기 소송을 제기했다.²²³⁾ 저작권성의 판단에 있어서 법원은 원고 작품에 대한 사실상의 음란성 판단을 선행하였다. 법원은 원고의 작품내용이 음탕하고 저속한 것으로 판단하여 만약 법원이 이러한 성격의 작품에 저작권성을 인정하여 저작권이 침해되는 경우 구제를 한다면 이는 관습법에 대한 불명예가 될 것으로 판결하였고,²²⁴⁾ 이는 이후 유사한 사례에 대하여 동일한 결정을 유도하는 판례에 의한 관습법으로 자리매김하게 되었다.

이러한 영국의 판례 경향에 따라 미국도 1867년의 마르티네티(*Martinetti v. Maguire*) 사건에서 동일한 판단의 방향과 결과를 도출하였다. 먼저 음란성의 판단에 있어서 법원은 본안의 심사대상이 되는 공연이 예술적인 의미를 지니지 않은 채 단지 정숙하지 못한 여자들의 음란한 전시일 뿐이라고 판단하였다. 따라서 연방헌법의 저작권 조항에서 예술적 진보를 촉진하기 위해 보호하는 대상에 해당하지 않는 것이며 저작권의 침해에 대해 법원이 구제하여 줄만한 가치가 없는 대상이라고 판단하였다.²²⁵⁾

이러한 판례의 경향은 클린핸즈 원칙에 대한 새로운 해석으로 인해 균열이 생기기 시작하였다. 음란물의 저작권성에 영향을 미치게 된 판결은 음란성과는 다소 거리가 먼 사기적인 시스템에 관련한 사건에서 내려졌다. 1973년에 발생한 벨처 사건(*Belcher v. Tarbox*)에서 원고는 경마와 관련한 시스템을 창작하여 독점적으로 받아야 하는 시스템 운영의 이익이 불법 복제로 판매수익을 올린 피고에 침해되었다고 주장하였다.²²⁶⁾ 이에 대해 피고는 원고가 창작한 시스템의 사기성을 주장하였고, 원고의 주장을 방어하기 위하여 클린 핸드즈의 원칙(*Doctrine of Clean Hands*)으로 호소하였다.²²⁷⁾ 즉, 법이 사기와 같이 규칙을 위반하는 행

American Problems, 6 ANGLOAM.L.REV. 138, 142 (1977).

223) *Stockdale v. Onwhyn*, (1826) 108 Eng. Rep. 65 (K.B).

224) Franklin J. Wallahan, *Immorality, Obscenity and the Law of Copyright*, 6 S.D.L.Rev. at 111 (1961)

225) *Martinetti v. Maguire*, 16 F. Cas. 920, 922 (D. Cal. 1867).

226) *Belcher v. Tarbox*, 486 F.2d 1087 (9th Cir. 1973).

227) *Belcher*, 486 F.2d 1087-88.

위에 가담한 자를 구제하는 판결을 내리는 것은 일반적인 법감정에 반하는 것이라는 주장이었다.²²⁸⁾ 이러한 피고의 주장에 대해 연방법원은 사기성과 상관없이 본안의 원고인 창작자는 자신의 저작물에 대해 저작권적인 보호를 받을 자격이 있다고 판단하였다.²²⁹⁾ 또한 법원은 저작권 조항을 인용하며 동 조항에서 저작물의 진실성과 허위성 및 건전성과 불건전성에 대한 판단의 책임을 법원에게 부과하는 법률이 없음을 제시하고,²³⁰⁾ 따라서 사기성 있는 내용은 더 이상 저작권에 있어서 문제가 되지 않는 것으로 보았다.²³¹⁾

관습적인 측면에서 음란물의 저작권을 인정하지 않던 판례의 경향이 존속하던 분위기에서 저작권의 판단에서 저작물의 내용이 문제가 되지 않는다는 벨처(Belcher) 사건은 심사의 내용이 음란물인 경우에도 저작권을 인정할 것인가에 대한 논의에 중요한 방향을 제시한 것으로 평가된다. 저작권 심사에 있어서 내용이 문제되지 않는다는 벨처판결은 그 내용에 있어서 음란성도 저작권심사에 있어서 영향을 미치지 않는 것으로 향후 판례들을 구체화하였다. 이런 의미에서 1979년 미첼 브라더스(Mitchell Brothers) 판결은 음란성이 저작권 침해에 대한 방어가 될 수 없는 것으로 판단한 최초의 의미있는 판결이라 할 수 있다.²³²⁾ 본 사건에서, 하드코어 성인영화의 저작권자는 원고인 자신의 승인 없이 영화를 상영한 극장 측에 대하여 저작권침해소송을 제기하였다. 피고 측은 원고에 대하여 클린헨즈의 원칙을 주장하면서, 음란성이 있는 영화에 대해서는 저작권을 인정할 수 없으며 따라서 자신의 상영행위에 저작권적인 보호를 주장할 권리가 원고에게 수여되어 있지 않다고 주장하였다.²³³⁾ 본 사안을 심사하면서 법원은 저작권이 의회의 독점적 영역이라는 점을 강조하였다. 즉, 법령에 의하여 명시적 또는 암시적으로 제한되는 경우를 제외한 모든 작품들은 내용에 상관없이 저작권

228) 30 C.J.S. Equity § 93 (1978).

229) Belcher, 486 F.2d 1087.

230) Id. at 1088.

231) Christopher Thomas McDavid, I know it when I see it: Obscenity, Copyright, and the Cautionary tale of the Lanham Act, University of Louisville Law Review [Vol. 47], 2008-2009. p.565.

232) Mitchell Bros. Film Group v. Cinema Adult Theater, 604 F.2d 854.

233) Id.

보호를 받아야한다는 것이다.²³⁴⁾ 또한 저작권에 대한 명시적 또는 암시적인 제한이 없었다는 주장에서 그치지 않고, 더 나아가 헌법 상의 저작권 조항이 창의력 촉진의 목적을 가진다는 사실을 강조하면서,²³⁵⁾ 도덕에 대한 사회의 관점은 유동적이기 때문에, 저작권 조항의 입법목적을 위하여 법원이 모든 작품에 대하여 내용 중립적인 태도를 취하여야 한다는 점을 피력하였다.²³⁶⁾ 이는 특정의 지역적 기준에 의해 음란물로 판정된 작품에 대하여 저작권보호를 부정하는 것은 이후에 음란물이 아닐 뿐만 아니라 문학적으로 큰 가치가 있다고 여겨질 수도 있는 작품의 저작권을 보호하지 못하게 되는 결과를 초래할 수도 있다는 우려에서 도출된 결정이라 해석된다.²³⁷⁾

본안의 판결에 있어서 연방법원은 몇 가지 추가적인 사안을 언급하였다. 첫째, 저작권에 대한 법률적 심사는 연방 관할로서 주(state) 및 지역의 저작권법을 대신하여 연방차원에서 결정되지만,²³⁸⁾ 음란성은 지역사회의 기준에 의하여 심사하고 개별적인 지역사회들에 의하여 정의된다는 것이다.²³⁹⁾ 따라서 창작물의 저작권을 음란성과 연계하여 결정하는 것은 연방조항에 대하여 지역사회의 기준을 적용하는 것이 되고 이는 저작권에 대한 통일된 국가적 기준을 분열시키는 결과가 초래된다.²⁴⁰⁾ 즉, 일정 작품이 특정 주에서는 저작권보호를 받지만, 어떤 지역의 풍습에 따라서 다른 주에서는 저작권의 보호를 누리지 못하는 결과가 도출되어 법적 안정성 및 평등성에 위배된다는 논리를 제시하였다. 둘째, 법원은 클린헨스 원칙의 경우, 피고가 원고에 의하여 개인적인 피해를 입었을 경우에만 방어로써 적용될 수 있음을 제시하였다.²⁴¹⁾ 즉, 음란성과 같이 개인적인 법익에 대한 침해가 아니고 사회적 법익에 대한 침해의 경우에는 피고가 클린헨스 원칙을 인용해서 원고의 주장을 방어할 수 없다는 것이다. 마지막으로 연방법원은

234) Id. at 856.

235) Id.

236) Mitchell Bros. Film Group, 604 F.2d 857.

237) Id.

238) U.S. CONST. art. VI, § 2.

239) Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973).

240) Mitchell Bros. Film Group, 604 F.2d 858.

241) Mitchell Bros. Film Group, 604 F.2d 863.

음란물에 저작권성이 있다고 판단하는 것은 저작권 조항을 통해 의회가 저작권 권한의 창조성에 관한 목적을 촉진시키는 것이라는 재차 강조하면서,²⁴²⁾ 수정헌법 제1조에서 규정하고 있는 표현의 자유와 저작권은 “상호지원적(mutually supportive)”인 관계라고 주장하였다.²⁴³⁾ 이와 같이 미첼 브러더스 판결에서 나타난 법원의 견해는 이후 유사한 사건에서 구속력 있는 판례로 자리매김하였다. 자테크(Jartech, Inc. v. Clancy) 사건에서도 미첼 판결을 인용하면서 음란성은 클린헨즈 원칙의 주장 내용으로 삼을 수 없다는 판결을 하여서 음란성의 저작권성을 인정하였다.²⁴⁴⁾

기존의 관습적인 측면에서 음란물의 저작권성을 부정하였으나 1970년에 위에서 살펴본 바와 같은 판례의 경향이 긍정적으로 변화한 것은 당시 일반인의 음란물에 대한 도덕의식 변화 및 음란물의 경제적 가치에 대한 인식이 주된 원인으로 파악되고 이런 경향은 더불어 1980년대까지 지속되었다.²⁴⁵⁾ 그러나, 음란물의 저작권성에 관하여 법원의 판결이 완벽하게 일치하는 것은 아니다.²⁴⁶⁾ 1990년대 말과 2000년대에는 판례의 경향이 혼재하고 있다.

법원이 기존에 저작권성을 인정하던 판례의 경향을 벗어난 논리로 판결을 내린 사건의 사실관계는 기존의 그것과 매우 유사하다. 데블스 필름사(Devils Films, Inc. v. Nectar Video) 사건에서 원고는 피고가 유통목적으로 원고의 저작권 있는 성인용 필름의 무허가 복제필름의 창고를 소유하였다고 주장하며 피고를 고소하였다.²⁴⁷⁾ 본 사안에서 법원은 음란성이 있다고 판단된 영상물에 대한 가치분 금지명령 및 공판 전의 압수·몰수명령 등에 의해 저작권 침해를 인정하는 판결을 내리기를 거부하였다.²⁴⁸⁾ 또한 “원고행위의 분명한 범죄적 성질을 고

242) Id. at 856-857.

243) Id. at 858 n.8.

244) Jartech, Inc. v. Clancy, 666 F.2d 403, 406 (9th Cir. 1982).

245) Timothy c. Brock, "Erotic Materials," 1 Technical Report of the Commission on Obscenity and Pornography 131, 136 (1971).

246) Ann Bartow, Pornography, Coercion, and Copyright Law 2.0, 8. 10 Vand. J. Ent. & Tech. L. 799 (2008).

247) Devils Films, Inc. v. Nectar Video, 29 F. Supp. 2d 174 (S.D.N.Y. 1998).

248) Id.

려할 때, 법원은 원고에게 유리하도록 하는 법원의 권한을 사용하여서는 아니 되며, 클린핸즈의 원칙(Doctrine of Clean Hands)을 적용하여야 한다”고 판시하였다.²⁴⁹⁾

반면, 데블스 필름사의 사건 관할지역의 또 다른 연방판사는 이와 유사한 사건인 노바사 대 키즈마 비디오사(Nova Products, Inc. v. Kisma Video, Inc.) 사건에서 정반대의 결론에 도달했다.²⁵⁰⁾ 법원은 앞서 검토한 미첼 브라더스 판결을 인용하여 저작권법의 규정은 저작권의 보호대상으로 모든 작품의 창작자를 언급하고 있으며, 저작권보호에 있어서 음란물의 제외를 시사하고 있지 않다”고 해석하며²⁵¹⁾ 음란물이 저작권보호에 포함되지 못하는 도덕적, 사회적 이유를 고려하는 것을 전적으로 거부하였다.²⁵²⁾

미국의 사례를 살펴보면, 음란물의 저작권성 인정은 아직 진행중인 것으로 보인다. 위에서 살펴본 바대로 판례의 경향은 아직 확립된 입장을 보이지 않고 있다. 미국의 판례 및 학계에서 논의된 저작권의 인정 및 부정의 이유들을 다시 간략히 살펴보면 다음과 같다. 부정적 견해의 논거들은 음란물의 저작권을 인정하는 것은 일반적인 법감정에 반하고 따라서 관습적으로 인정해 오지 않았다는 논리와, 음란물의 저작권에 대한 실무적 심사의 과정에서 보면 음란물의 창작자가 저작권을 통한 보호를 받겠다고 하는 것은 클린핸즈의 원칙에 반한다는 주장 등으로 정리해 볼 수 있다. 이와 같이 판례에서 논의되어 온 반대의 근거 이외에도 연방수정헌법 상 지적재산권 조항의 해석은 과학 및 유용한 예술의 진보를 촉진하는 범위에서 저작권보호의 권리를 부여할 수 있는 것으로 축소해서 해석해야 하며 저작권이 제공하는 인센티브를 고려할 때 음란물이 저작물권을 인정받게 되면, 더욱 많은 음란물의 창작을 유도하여 지금까지보다 더욱 문제가 되고 논쟁거리가 된다는 학계의 의견도 발견된다.²⁵³⁾

249) Devils Films, Inc., 29 F. Supp. 2d 175.

250) Nova Prods., Inc. v. Kisma Video, Inc., No. 02 Civ. 3850(HB), 2004 WL 2754685 (S.D.N.Y. Dec. 1, 2004).

251) Nova Prods., Inc., No. 02 Civ. 3850(HB), 2004 WL 2754685 at 3.

252) Ann Bartow, p.135.

253) Ann Bartow, p.136.

음란물의 저작권성을 인정하는 논거는 역시 저작권 부정의 가장 큰 논거인 클린 헨즈의 원칙에 대한 입장의 차이라고 볼 수 있다. 이는 미첼 브라더스 판결에서 이미 정리되어 제시된 논거로서, 피고가 원고의 주장을 방어할 때 원고의 불법행위를 선행적으로 판단하는 것이 클린헨즈의 원칙에서 요청되는 것이지만, 저작권은 입법부에서 제시된 사항에 대해서만 법원은 판단할 뿐이기에 음란성을 저작권과 연계하여 판단하는 것은 법원의 한계를 넘어서는 것이고, 또한 음란성의 판단이 지역적 기준의 차이로 인해 통일된 저작권성을 해치는 경우에 대한 우려가 있기에 저작권을 인정하여야 한다는 것이다.

2. 독일

독일 저작권법은 문학작품, 학문과 예술작품, 문화경제 분야에서 나타나는 정신, 예술적인 능력과 투자에 대한 보호를 하고 있다. 이 법을 토해 저작자가 법적인 소유자가 되고, 이용법으로 자신의 작품에 대한 권한을 제한받지 않고 자유롭게 이전시킬 수 있다. 저작권법 제11조를 통해 저작자와 저작물의 정신적·개인적 관계를 보호하는 독일 저작권법은 저작자에게 ‘저작자인격권’(Urheberpersönlichkeitsrecht)과 ‘가치창출권’(Verwertungsrecht)이라는 권리를 인정하고, 사후 70년까지 저작권을 보호해준다. 최근에는 저작권 유효기간에 대해 저작자 사후 95년까지로 연장하려는 움직임을 보이고 있다.²⁵⁴⁾ 독일의 경우 저작권법의 대상이 되기 위한 어떤 형식적인 전제조건도 존재하지 않고, 등록이나 신고도 필요치 않다.²⁵⁵⁾ 따라서 음란물이라 하더라도 그것이 학문, 예술적인 것인 한 저작권법의 보호대상에서 제외되지 않는다.

독일의 음란물 규정은 성인의 성적 자기결정권을 보호하는데서 출발한다. 성인의 성적 자기 결정권을 인정한다는 것은 포르노그래피를 보고자 하는 성인의 욕망을 법적으로 허용한다는 뜻이고, 또한 그와 동시에 당해 포르노그래피를 보

254) 한국방송영상산업진흥원, 독일의 저작권 정책, 통권 294호, 2009 참조

255) Clemens Tiele, Urheberrechte an rechtswidrigen Websites-Grenzen der virtuellen Welt?, S.10.

려 하지 않는 성인의 자기 결정권을 보호한다는 뜻이기도 하다. 이는 “결국 성인의 경우에는 자기가 원하는 한 성 문제에 대해 사회가 간섭할 여지가 없다는 판단에 따른 것이다.”²⁵⁶⁾ 다만 청소년의 경우에는 성적 자기 결정권의 미약 내지는 무능으로 말미암아 사회적으로 보호되어야 할 필요성이 있고, 따라서 독일에서 성 표현물 규정이 보호하고 있는 법익은 궁극적으로 판단능력이 미약한 청소년과 성표현물을 보기 싫어하는 성인을 보호하기 위한 것이라고 이해할 수 있다.²⁵⁷⁾ 따라서 저작권의 인정 범위에서 아동 및 청소년과 원치 않는 성인을 대상으로 하는 경우들은 배제된다.

독일은 음란성(Unzüchtigkeit) 개념을 파악함에 있어서 독일 제국법원판례에 따라 성관련 영역에서 일반인의 성적 수치심(Schamgefühl) 내지 성도덕감정(Sittlichkeitsempfinden)을 해치는 것으로 정의하고 있었다.²⁵⁸⁾ 그러다 1969년 독일 연방대법원은 소위 ‘파이 힐’ 사건으로 통하여 음란성의 개념에 변화를 보이게 된다. 즉 음란성을 인정하기 위해서는 ① 과장적 성묘사의 수반, ② 호색적 방법으로 일반 생활에 있어서의 표현체계와 관련이 없는 점, ③ 이로 인하여 사회생활의 장애, 괴롭힘에 이르러야 하는 점이 인정되어야 한다고 하였다. 형법의 임무가 성인의 도덕적 기준을 관철시킴에 있지 않고, 공동체의 질서에 대한 방해나 현저한 침해로부터의 보호에 있다는 점에 근거한 것으로서, 이 판결에 따라 포르노그래피의 개념 이 다음과 같은 내용으로 구성되게 되었다. 독일의 포르노그래피 개념은 ① 인간적 관계를 배제한 채, ② 노골적 그리고 천박한 방법으로 성행위묘사에 중점을 두어, ③ 전적 또는 우월적으로 호색적 의도를 묘사하는 경우로 설정되고 있다.²⁵⁹⁾

독일에서 아직까지 포르노그래피에 대한 저작권을 직접 다루는 판례는 없지만, 독일이 포르노그래피의 저작권성을 부정하지 않는 이유는 표현의 자유라는 기본권을 보호하는 데 근거한다고 할 수 있다. 독일 연방대법원이 ‘작가의 감흥과 경험, 그리고 상상을 표현한 자유로운 창작작업일 경우, 포르노소설도 예술의

256) 김동진, 영화와 법 II, 사법연수원 영화모임 빛소리같은 글, 89쪽

257) 김동진, 영화와 법 II, 사법연수원 영화모임 빛소리같은 글, 89쪽

258) BGHSt 3,295,297; BGHSt 11,67,72

259) BGHSt 37,57

자유 의 보호영역에 속한다'²⁶⁰⁾고 판단한 것에 비추어 판단하건대, 우리와 같이 음란물을 무조건 규제와 처벌의 대상으로 보는 것이 아니라 저작권적 보호대상으로 포섭하는 열린 자세를 가지고 있다고 할 것이다.

제2절 음란물 저작권위반에 대한 형사책임

1. 미국

앞서 살펴본 대로 미국의 경우 음란물의 저작권은 명문규정으로 인정되어 있지 않으며, 판례에 의하여 그 인정여부가 결정되고 있다. 다시 말하면, 음란물의 창작자 혹은 이해관계에 있는 자가 음란물을 통한 기대이익을 침해당한 경우에 법원에 피해구제의 소를 제기하고 피해구제의 여부를 결정하는 단계에서 저작권성에 대한 논의가 시작되는 것이다. 그러나 판례 또한 그 음란물의 저작권성에 있어서 입장이 일관적이지 않음을 이미 살펴보았고 그 논리적 결과로 미국의 경우 음란물의 저작권 침해에 대한 형사책임이 별도로 규정되어 있지 않으나, 판례에 의해서 저작권 침해의 결정이 내려지면 민사와 더불어 형사적 책임으로부터도 자유롭지 못하고 미연방 법률이 규정하는 일반 저작권 침해에 대한 형사책임 조항에 따르는 것으로 보인다.

미국의 저작권은 미연방 법률 중 제17편 저작권(Copyright) 부분에서 일괄적으로 언급하고 있으며, 형사책임은 제506장에서 규정하고 있다. 저작권에 관련한 미연방법률 제506조는 저작권과 관련하여 형사처벌의 대상이 되는 저작권 위반행위의 태양 및 관련 용어의 정의를 규정하고 있고²⁶¹⁾ 일반 조항²⁶²⁾에 의해 위반행위의 처벌은 “고의로 다음과 같은 경우의 저작권 침해행위를 하는 자는 누구든지 제18편 제2319조의 규정에 따라 처벌을 받게 된다”라는 일반조항의 규정에 따라 미연방법률 제18편 제2319장의 내용에 따라 형사책임이 부과된

260) BVerfGE 30, 173

261) 17 U.S.C. §506.

262) 17 U.S.C. §506(1).

다.²⁶³⁾ 관련된 두 가지 조항을 조합하여 미국 연방법 상 저작권 침해의 형사책임을 도표로 보면 다음과 같다.

표 2 미국 연방법률상 저작권 위반에 대한 벌칙규정

제17편 제506조(a)항	제18편 제2319조
(A) (고의로) 상업적 이득 또는 개인의 금전적 이득을 목적으로 하여 저작권을 침해하는 행위, 또는	(b) 제17편 제506조(a)(1)(A)의 규정을 위반한 자는 누구든지 (1) 180일 이내에 총 소매가액이 2,500달러를 초과하는 하나 이상의 저작물을 전자적 도구에 의한 경우를 포함하여 최소 10개 이상의 복제물이나 복제음반으로 복제 또는 배포하는 경우에는 5년 이하의 징역, 또는 본 편에서 정하는 금액의 벌금형에 처해지며, 이는 병과 할 수 있다. 또한 (2) 위반행위가 중죄에 속하며, 본 조 (a)의 규정 ²⁶⁴⁾ 을 두 번 이상 위반한 경우에는 1년 이하의 징역, 또는 본 편에서 정하는 금액의 벌금형에 처해지며, 이는 병과 할 수 있다. 그리고 (3) 그 이외의 경우에는 1년 이하의 징역 또는 본 편에서 정하는 금액의 벌금형에 처한다.
(B) (고의로) 180일 이내에 총 소매가액이 1,000달러를 초과하는 하나 이상의 저작물의 복제물이나 복제음반을 전자적 도구에 의한 경우를 포함하여 하나 이상 복제 또는 배포하여 저작권을 침해하는 행위	(c) 제17편 제506조(a)(1)(B)의 규정을 위반한 자는 누구든지 (1) 총 소매가액이 2,500달러를 초과하는 하나 이상의 저작물을 10개 이상의 복제물이나 복제음반으로 복제 또는 배포하는 경우에는 3년 이하의 징역 또는 본 편에서 정하는 금액의 벌금형에 처해지며, 이는 병과 할 수 있다. 또한 (2) 위반행위가 중죄에 속하며, 본 조 (a)의 규정을 두 번 이상 위반한 경우에는 6년 이상의 징역 또는 본 편에서 정하는 금액의 벌금형에 처해지며, 이는 병과 할 수 있다. 그리고 (3) 총 소매가액이 1,000달러를 초과하는 하나 이상의 저작물을 10개 이상의 복제물이나 복제음반으로 복제 또는 배포하는 경우에는 1년 이하의 징역 또는 본 편에서 정하는 금액의 벌금형에 처해지며, 이는 병과 할 수 있다.
(C) (고의로) 만일 상업적 배포가 예정된 저작물이라는 것을 알았거나 알 수 있었던 경우에, 대중이 접근할 수 있는 컴퓨터 네트워크 상에서 상업적 배포가 예정되어 있는 저작물을 이용가능하게 하거나,	(d) 제17편 제506조(a)(1)(C)의 규정을 위반한 자는 누구든지 (1) 3년 이하의 징역 또는 벌금형에 처해지며, 이는

263) 18 U.S.C. §2319.

제17편 제506조(a)항	제18편 제2319조
이를 배포함으로써 저작권을 침해하는 행위	병과 할 수 있다. 또한 (2) 상업적 이득이나 개인의 금전적 이득을 목적으로 범죄를 범한 경우에는 5년 이하의 징역 또는 본 편에서 정하는 금액의 벌금형에 처해지며, 이는 병과 할 수 있다. (3) 위반행위가 중죄에 속하며, 본 조(a)의 규정을 두 번 이상 위반한 경우에는 6년 이하의 징역 또는 본 편에서 정하는 벌금형에 처해지며, 이는 병과 할 수 있다. (4) 위반행위가 중죄에 속하며, 본 항(2)의 규정을 두 번 이상 위반한 경우에는 10년 이하의 징역 또는 본 편에서 정하는 벌금형에 처해지며, 이는 병과 할 수 있다.

이상의 규정을 살펴보면 저작권 침해에 대한 형사처벌의 내용의 가장 큰 특징은 저작권 침해행위의 구성요건 상에 침해의 행위 자체만을 규정한 것이 아니라 여러 요건들을 추가하여 구성하고 형사책임에 있어서 다양한 요소들을 고려하였다는 점이다. 좀 더 자세히 살펴본다면 첫째, 고의 이외에도 목적범적 성격을 주관적 요소로 추가하여 가중처벌하고 있다. 상업적 이득 혹은 개인의 금전적 이득을 목적으로 한 경우는 그렇지 않은 경우보다 무겁게 처벌한다. 즉, 침해 창작물의 소매가격 합계액이 동일하게 \$2,500을 초과하는 경우에 상업적 혹은 개인의 금전적 이득을 목적으로 한 경우는 5년 이하의 징역이나 벌금으로, 목적 없이 고의로 침해한 경우에는 3년 이하의 징역 또는 벌금으로 처벌된다. 또한 영리 목적 하에 침해행위를 한 경우에는 침해 창작물의 소매가격 합계액이 \$2,500에 미치지 못하더라도 1년 이하의 징역 또는 벌금이 부과될 수 있다. 그러나 영리적 목적없이 이루어진 저작권 침해에 대하여는 소매가격 합계액이 \$1,000 이하의 경우에는 형사적 책임을 지지 않는다.²⁶⁵⁾

또한 미연방 저작권 관련 형사책임 조문들은 침해가액을 합계액 \$2,500 및 \$1,000의 차등적 기준으로 차별적 처벌을 규정하고 있다. 영리의 목적하에 침해

264) 제18편 제2319조에서 언급하고 있는 "본 조의 (a)항"은 다음과 같다. "(형사적 범죄와 관련된) 제17편 제506조(a)를 위반한 자는 누구든지 이하의 (b), (c), (d)에 규정된 처벌을 받으며, 제17편의 기타 다른 조항이나 기타 다른 법률상의 처벌이 추가될 수 있다."

265) 18 U.S.C. §2319 (c)(3).

행위가 발생한 경우 소매가격이 \$2,500을 초과하는 침해는 중한 범죄로 보아 5년 이하의 징역 또는 벌금의 책임을 부과하고 있으나, \$2,500 이하의 경우에는 1년 이하의 징역 혹은 벌금을 부과할 수 있도록 하고 있다. 또한 영리의 목적이 없이 이루어진 침해행위에 대하여는 침해액의 합계가 \$1,000을 초과하는 경우에는 1년 이하의 징역 혹은 벌금은 부과할 수 있으나 \$1,000 이하의 경우에는 형사책임으로부터 자유롭다. 이와 같은 입법은 사소한 침해행위에 대하여 형사처벌을 배제하기 위한 최소한의 기준을 설정해 놓았음을 볼 수 있다.²⁶⁶⁾ 또한 침해액의 합계 기준과 더불어 침해 개수의 요건도 구성하여 놓았는데 형사책임을 부과하기 위하여는 최소 10개 이상의 복제물이나 복제음반으로 복제 및 배포할 것을 요건으로 정하고 있어 개인이 사적 복제의 목적으로 침해한 경우는 형사적으로 처벌할 수 없도록 규정하고 있다.

2. 독일

독일의 경우라고 해서 그다지 다르지 않음은 이미 살펴본 바와 같다. 독일은 음란물 저작권에 대한 별도의 규정이나 특별보호를 하고 있지는 않지만, 원칙적으로 저작권을 부정하지 않는 모습을 보이고 있다. 대체적으로 독일의 저작권법은 ‘민사법 우위의 원칙’(Primat des Zivilrechts) 및 ‘형법의 보충성 원칙’(Subsidiarität des Strafrechts)에 따라 원칙적으로 민사책임을 적용하고, 형사적 조치는 민사상 책임을 묻기 위한 정보수집의 일환으로 행해져 온 것이 사실이다.²⁶⁷⁾

독일 저작권법상 구성요건은 저작재산권 침해(제106조)와 저작인접권 침해(제108조)를 기본으로 하여, 부수적으로는 미술저작물에 관한 처벌조항(제107조), 영업법에 대한 가중처벌조항(제108조a), 기술적 보호조치 및 권리인식정보에 관

266) Geraldine Szott Moohr, “the Crime of Copyright Infringement: An Inquiry Based on Morality, Harm and Criminal Theory,” 83 B.U. L. Rev. 731; 저작권 침해의 형사책임에 대한 비교법적 연구, 한국저작권위원회, 30면 참조

267) Dreier/Schulz, Urheberrechtsgesetz, 2004, §106 Rndr.2.

한 처벌조항(제108조b)의 세 가지 구성요건들이 존재하고 있다. 이에 대해 민사적 권리구제방법으로는 저작권법 제97조 내지 105조에 규정된 침해정지청구와 손해배상청구권, 복제물 또는 복제장치의 폐기 내지 인도청구권, 양벌규정에 의한 기업주에 대한 손해배상청구권 등을 허용하고 있다.²⁶⁸⁾ 또한 저작권자는 권리침해자에 대하여 복제본의 출처 및 판매경로에 관하여 지체없이 정보를 청구할 수도 있다. 한편 저작권에 의해 보호되는 ‘저작물, 개작물 또는 변형물’을 ‘복제, 배포, 또는 공개재현’하는 행위는 형사처벌대상으로서, 3년 이하의 징역 또는 벌금에 처하도록 규정하고 있고, 동 행위의 미수까지 처벌하도록 하고 있다. 대신 제 106조에 열거되지 않은 행위유형은 처벌대상에서 제외된다.²⁶⁹⁾ 2008년 개정된 저작권법은 이용자의 권리를 보다 축소하고 저작자와 저작권 소유자의 권한을 유럽 저작권에 대한 지침서에서 요구하는 것 이상으로 강화시켰다.²⁷⁰⁾ 무엇이 저작권에 의하여 보호되는 저작물 등인지는 저작권법의 다른 조항들에 의하여 결정되는데, 독일 저작권법 제2조 제2항에서 언급하는 창작성의 존재, 및 제64조 이하에 규정된 저작권 보호기간의 미경과가 당연히 전제되어야 한다. 제106조가 저작재산권침해에 대한 기본적 구성요건에 해당한다면, 제108조에서는 저작인접권침해에 대한 기본적 내용을 제1호부터 제8호에 걸쳐 금지되는 행위태양을 열거함으로써 이용권의 침해에 대해 규율하고 있다. 죄형법정주의원칙상 이는 예시적 열거규정이 아닌, 한정적 열거에 해당한다.²⁷¹⁾

독일 저작권법에서 특히 문제되는 부분은 제108조a에서 규정하고 있는 영업적인 무단이용 부분인데, 1985년이 도입된 이 조항²⁷²⁾은 조직적이고 대규모로 행해지는 저작권침해행위에 대한 대응방안으로써 5년 이하의 징역 또는 벌금을 부과할 수 있도록 하고 있다.²⁷³⁾ 이 조항의 해석과 관련하여 일반적인 견해에 따르면 “상업적 규모의 행위”는 단지 일시적인 수입원의 범위를 넘어서서 반복

268) 탁희성, 저작권침해에 대한 형사적 보호의 현황과 개선방안, 2009, 90쪽.

269) Fromm/Nordemann/Vinck, Urheberrecht, 9. Aufl, 1998, §106 Rdnr. 2..

270) 최은희, 독일의 저작권정책, 한국방송영상산업진흥원 동향과 분석, 통권 제29호, 2009.4, 참조

271) 저작권위원회, 저작권 침해의 형사책임에 관한 비교법적 연구, 2009, 71쪽.

272) BGBL, I, S.1137.

273) Hildebrandt, Die Strafvorschriften des Urheberrechts, 2001, S. 232.

적으로 계속되는 행위를 통하여 수입을 올리는 것을 의미하고,²⁷⁴⁾ 반드시 주된 수입원이어야 할 필요는 없지만 그 비중이 매우 미미한 단순 부수입의 정도는 넘어설 것을 요구하고 있다.²⁷⁵⁾ 이 때 영업성(gewerbsmässigkeit)은 독일 형법 제28조 제2항에 따른 ‘인적 처벌가중사유’(persönliches strafschärfendes Merkmal)이므로, 다수의 공범자가 있는 경우 애초에 영업성을 가지고 침해행위를 한 자에 대해서만 적용되고, 그것이 상습적·반복적으로 행해질 것으로 요하는 것도 아니다.²⁷⁶⁾

독일의 저작권침해범죄는 원칙적으로 친고죄이지만 영업적인 경우에는 비친고죄로 의율하고 있다. 그 외에도 ‘특수한 공공이익’이 존재한다고 판단되는 경우에도 별다른 고소 없이 형사소추가 가능하다.²⁷⁷⁾

최근 독일의 저작권정책은 인터넷 이용자들의 형사책임과 인터넷서비스제공자의 형사책임에 대해 보다 엄격해진 경향을 보이고 있는데, 판례는 주로 후자에 대해 더 강경한 태도를 취하는 듯하다. 최근 독일 연방법원은 커피전문점이나 음식점, 호텔 등에서 제공되는 개방형 무선 인터넷을 이용하면서 저작권을 침해한 경우 해당 영업점의 운영자, 즉 인터넷 연결을 제공한 자에게 인터넷 서비스 제공회사를 위한 특별책임을 인정하는 판례를 내 놓은 바 있다.²⁷⁸⁾

274) BGHSt 49, 93, 111; BGHSt 1, 383f.

275) Dreier/Schlze, §108a Rdnr.5

276) Dreier/Schlze, §108a Rdnr.5

277) Hegmanns, Öffentliches und besonderes öffentliches Interesse an der Verfolgung von Softwarepiraterie, NStZ, 1991, S.112.

278) 그러나 저작권 침해를 인식하지 못한 개방형 무선 인터넷 운영자의 행위가 공항, 호텔 등에서 개방된 무선 인터넷을 사용하여 저작권 침해행위를 한 이용자의 행위보다 불법의 정도가 더 크다고 판단하기 어려운 점, 특별책임을 언급하면서도 이에 대한 적절한 이유를 언급하지 못한 점, 무선 인터넷의 사용자는 서버 제공자와는 유사성이 없는 점 등을 고려할 때 이 연방법원 판결은 논란의 여지가 있다고 할 것이고, 무조건적인 저작권 침해에 대한 책임부과보다는 기술적 조치의 필요성이 더 요청된다는 비판이 있었다. <http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=IZR121/08>

제6장

결론 : 저작권 보호를 통한 음란물의 새로운 규제방안에 대한 제언

결론 : 저작권 보호를 통한 음란물의 새로운 규제방안에 대한 제언

1. 인터넷 포르노그래피의 저작권 관리시스템 마련

저작물로서 성립하는 인터넷 포르노그래피는 저작권법에 의해 당연히 그 제작자에게 당연히 저작권이 인정된다. 따라서 순수 창작물의 경우, 인터넷상에서 침해의 문제를 일으킬 여지는 없고, 다만 저작권법상 보호의 대상이 될 뿐이다. 그러나 기존의 콘텐츠를 사용하여 인터넷 포르노그래피를 제작하는 경우에는 이차적 저작물 작성권이나 복제권 등, 원저작권자의 권리를 침해할 우려가 발생한다.

이처럼 인터넷 포르노그래피에 내재된 침해가능성은 현재 유통되는 인터넷 포르노그래피의 압도적인 양에 의해 그 위험성이 더욱 가중된다고 볼 수 있는데 대량으로 생산, 유통, 이용되는 인터넷 포르노그래피를 개별적으로 감시하고 단속하는 것은 현실적으로 불가능하다고 할 것이다. 한편 인터넷 포르노그래피 중에는 영리적 목적을 지니고 있지 않거나 사용한 원본 콘텐츠의 시장가치에는 영향을 미치지 않는 경우들도 있을 것이므로, 이들을 일괄적으로 단속하는 것 역시 쉬운 일은 아니라고 할 것이다.

다른 종류의 저작물과 비교하여 인터넷 포르노그래피의 저작권 침해가 특별히 문제되는 이유 또한 여기에 근거한다고 하겠다. 즉 기존의 아날로그적 저작물에 대해 적용해 온 단속과 규제 중심의 배타적인 저작권 관리 방식을 인터넷 포르

노그래피에 그대로 적용하는 것은 그 실효성이 의심스러울 뿐만 아니라, 저작권 법의 목적에도 부합하지 않는다. 따라서 저작물에 대한 저작권자의 이익을 보호하면서도 인터넷 포르노그래피에 대한 접근성과 활용도를 높이고 동시에 저작권의 보호를 통해서 인터넷 포르노그래피의 유통의 감소를 기대할 수 있는 새로운 저작권 관리 방안의 필요성이 제기된다고 할 것이다.

2. 인터넷 포르노그래피에 대한 법제도의 개선

가. 현행 음란물 관련 법과의 저촉 또는 충돌 방지

음란물은 현행 법제상 보호의 대상이 아니라 금지와 규제의 대상이다. 이러한 상황에서 음란물의 저작권을 인정하고 보호하는 것은 법 체제 간의 모순이자 법 적용에서의 충돌을 피할 수 없다. 따라서 저작권법에서 음란물의 보호를 논의하려면 앞서 제4장에서 이미 논의한 바와 같이 ① 기존의 규율 태도를 견지하면서도 예외적으로 저작권법상 음란물을 ‘특별 보호’하는 이중적 또는 병존적 시스템을 운용하는 방식을 취하거나, ② 저작물성을 인정받는 음란물과 형법 등의 규제를 받는 음란물의 범위를 확정할 필요가 있다. 정상적으로 음란물을 향유할 채널이 존재하지 않는다면 저작권 위반행위를 논하는 것은 어불성설이 되고 말 것이기 때문이다. 후자의 경우에는 다시 음란물에 대해 원칙적으로 자유주의적 입장을 취하면서 예외적으로 규제 범위를 확정하는 방법과 전체 음란물 가운데 저작권성이 인정되는 경우만 형법적 규율을 받는 대상과 그렇지 않은 대상을 이분화하고, 그 중 일부분에 대해서만 저작권성을 인정하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 생각건대 전자의 경우는 똑같은 대상에 대한 ‘차별적 취급’의 문제를 야기할 수 있다고 생각되므로, 후자의 방법을 택하는 것이 각 법의 독자성을 위해서 더 바람직하다고 생각된다.

나. 저작권법상 포르노그래피의 차별적 취급

우리 저작권법 체계를 관통하고 있는 가장 큰 특징은 모든 저작물을 같은 수

준에서 취급하고 있다는 점이다. 일단 우리 저작권법은 ‘문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물’이면 똑같은 저작물에 해당하는 것으로 보고, 그 저작물의 수준이나 질, 또는 목적, 형태, 이용 여부 등 여타의 부분에 대해서는 더 이상 논의대상으로 삼지 않고 있기 때문이다. 저작권법은 저작자가 원하던 원하지 않던 저작물에 대하여 일률적으로 배타적인 권리를 부여하고 있는 것이다. 그리고는 저작물의 구체적인 이용관계는 개별적인 저작권의 양도나 이용허락의 방법으로 정하도록 하면서,²⁷⁹⁾ 이에 대한 저작권의 보호는 주로 허락을 얻지 않은 이용행위를 단속하는 것에 집중되어 왔다.²⁸⁰⁾ 과연 이러한 일괄적·배타적 보호가 디지털 환경에서도 여전히 타당한지, 또 인터넷 포르노그래피 저작권의 보호에 얼마나 기여할 수 있을지는 의문이다.

언급한 바와 같이 현행법상 음란물은 특별한 경우를 제외하고는 그것의 수준, 질, 목적, 형태, 이용 여부 등을 가리지 않고 일체 금지의 대상으로 보고 있기 때문이다. 설사 인터넷 포르노그래피의 저작권이 인정되는 경우라고 하더라도 여전히 문제는 남는다. 먼저 저작권자의 입장에서 보면, 오늘날과 같이 누구나 인터넷에 접근이 가능하고, 또 쉽게 다운로드 또는 전송함으로써 인터넷 포르노그래피를 이용 내지 활용할 수 있는 환경 하에서 사실상 알게 모르게 유통되고 있는 인터넷 포르노그래피는 그 양을 상상할 수 없을 정도로 방대할 것임을 짐작할 수 있다. 이에 대해 저작권자가 개별적으로 저작권을 단속하기란 쉽지 않을 뿐만 아니라, 이용자와의 공식적인 커뮤니케이션 통로를 마련하기도 어렵다고 할 것이다.

이러한 문제점은 이용자라고 해서 다르지 않다. 이용자의 입장에서 인터넷 포르노그래피의 이용시 개별적으로 원 저작권자의 이용허락을 받는 것이 현실적으로 쉽지 않고, 또 가능하더라도 그로 인해 발생할 거래비용을 고려한다면 결코 효율적이라고 보기 어려울 것이다. 생각건대, 이러한 문제점은 이용자의 법적 부담 또는 개별적 이용자가 저작물의 사용 범위에 대한 저작권자의 의사를 확인하거나 저작물의 사용 허락을 받기 위한 현실적인 시스템의 부재에서 그 이유를

279) 윤종수, 저작물의 공유와 과제 Ver. 0.9, 세계 지적재산권의 날 기념 세미나, 2006, 14-16쪽.

280) 조여진, UCC의 저작권 보호에 관한 고찰, 국제법연구, 제13권 제2호, 2009, 126쪽.

찾아볼 수 있을 것으로 보인다. 즉 현행 저작권법 체계의 일괄적이고 배타적인 보호방식에 대해서 최소한 인터넷 포르노그래피와 관련한 영역에서는 변화 혹은 새로운 방안에 대한 모색이 필요하다고 하겠다.

3. 효율적인 저작권 관리를 위한 시스템의 개발

(1) 등록제도를 통한 법정허락체계 마련

현행 저작권법은 저작물성의 인정에 있어서 별 다른 요건을 두지 않고 있다. 이는 자유로운 창작활동을 원조하고, 저작물의 이용과 유통을 촉진하기 위한 것이기도 하다. 그러나 인터넷 포르노그래피의 경우는 일반적인 저작물과는 다른, 차별적 취급이 요구된다고 할 것이다. 특히 인터넷 포르노그래피에 있어서 문제 되는 것은 불법적인 포르노그래피의 유통을 방지하고, 저작권자의 권리를 보호하는 데 초점이 맞춰지게 된다. 따라서 유통구조를 명확하게 파악할 수 있고, 또 권리주체를 분명하여 권한과 책임의 명확화를 꾀할 수 있도록 ‘인터넷 포르노그래피 저작권 등록제도’를 시행할 필요가 있다고 생각된다. 온라인상의 저작권 문제가 가장 많이 발생하는 영역은 P2P 서비스 사이트와 웹하드 서비스 사이트이므로, 합법적인 이용관계를 맺지 않은 자들이 업로드와 다운로드를 통해 인터넷 포르노그래피 저작권자의 저작권을 침해하는 경우, 현재 행해지고 있는 금칙어를 통한 사후적 필터링 대신, 사전에 저작권 침해행위를 예방할 수 있는 시스템을 갖출 필요가 있다고 할 것이다. 이렇게 되면 등록되지 않은 인터넷 포르노그래피의 경우는 퍼블릭 도메인(public domain)으로 분류되어 보상 없이 자유로운 이용이 가능하게 된다.

등록제도의 강제성이 문제된다면, 인터넷 포르노그래피 저작권인증제도 내지 인증절차를 마련하여 저작권자들의 권리를 확보하고, 적법한 권리를 획득한 이용자들이 원활한 이용 및 교류할 수 있도록 하는 것도 하나의 방법이 될 수 있을 것이다.

(2) 특화된 저작권집중관리제도 시스템의 활용

저작권은 각 해당 저작권자에게 배타적으로 귀속된다. 따라서 저작물에 대한 이용의 허락이나 권리행사도 권리주체가 개별적으로 행사하고 관리하는 것이 원칙이다. 그러나 이와 같은 개별관리는 현실적으로 과다한 거래비용을 요구하고, 또 개개의 저작물에 대한 저작권자들이 복수 또는 공동인 경우에 모두의 허락을 받아야 하는지 아니면 그 중 한 사람의 허락만으로도 충분한지에 대해서도 의문스러울 수밖에 없어 비효율적이다. 이를 해결하기 위하여 저작권 관리목적으로 설립된 단체(collective society)²⁸¹⁾에 권리를 위탁하여 그 단체로 하여금 개별 권리자들에 갈음하여 집중적으로 저작권을 관리하도록 하는 제도가 고안되었는데, 이를 ‘저작권집중관리제도’라고 한다. 권리자들의 권리를 소수의 저작권집중관리 단체에 위탁하여 처리하게 함으로써 권리자와 이용자 간의 탐색과 교섭을 용이하게 하고, 전문화된 모니터링과 적절한 과금체계를 통해 효율적으로 이용료를 거두고 분배한다면, 저작권자의 입장에서든 또 이용자들에게도 수익확보와 거래비용경감이라는 측면에서 유용하다. 저작권집중관리제도는 저작권의 권리행사방식과 관련하여 이용허락을 전제로 그 이용료의 책정과 확보에 중점을 두게 됨으로써 저작물의 이용을 확대하는 효과를 야기한다는 데에 장점이 있다.²⁸²⁾ 특히 포괄적 이용허락, 즉 이용자에게 일정기간동안 집중관리단체에서 확보하고 있는 저작물의 제한없는 이용을 허락하는 경우, 그러한 효과는 극대화될 수 있다. 그런데 기존의 저작권집중제도 하에서는 집중관리단체가 필요한 저작물을 모두 확보하지 못한 경우, 이용 목적을 달성하기 위해 다시 확보되지 못한 나머지 저작물에 대한 개별적인 이용허락을 받아야 하는 문제가 생기게 된다는 비판이 있었다.²⁸³⁾ 이를 해결하기 위해 저작권 집중관리단체와 이용자 간의 계약을 저작권

281) 김기중, 저작권신탁관리업에 대한 규제제도와 개선방향, 계간 저작권, 제71호, 2005, 3쪽.

282) 이와 관련하여 저작권집중관리제도로 인하여 권리의 개별적 관리가 곤란하게 되었다고 해서 곧 법에 의한 계약체결이 정당화되는 것은 아니고, 따라서 저작권을 이용료의 징수를 청구할 수 있는 단순 채권으로 본질을 변화시키려는 태도는 성급한 것이라고 비판도 있다. 방석호, 저작권 신탁관리계약의 법적 의미와 분석, 민사판례연구, 제27권, 2002, 664쪽.

283) 오승중, 확대된 저작권 집중관리제도에 관한 연구, 홍익법학, 제8권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2007, 81쪽.

집중관리단체의 회원이 아닌 비회원에게도 적용하는 제도가 ‘확대된 저작권집중 관리제도’이다. 이 제도 역시 마치 특정 저작물의 모든 저작권자에게 가입을 강제하는 것과 같고, 이는 권리의 위탁단계에서 행사하던 저작권자의 처분권을 인정하지 않은 결과를 초래하여, 저작권자의 배타적 지배권을 침해한다는 비판에서 자유로울 수는 없었으나,²⁸⁴⁾ 인터넷 포르노그래피에 한정 내지 특화하여 적용한다면, 또 위에서 언급한 등록제도의 활용을 고려해 본다면 오히려 인터넷 포르노그래피에 적합한 운용수단이 되지 않을까 생각된다. 여타의 디지털 저작물에 비해 저작권 활용 가치나 유통에 따른 회전율이 급속도로 감가상각하는 인터넷 포르노그래피의 특성에도 부합한다고 할 것이다. 더불어 체계적인 관리시스템의 운용이라든지 사용료의 징수와 분배에 대한 투명한 운용 및 관리능력 등에 대한 노력이 있어야 할 것이다.

4. 저작권 위반 범죄의 구성요건 등에 대한 정비

인터넷 포르노그래피의 저작권을 인정하고 형사책임을 부과하는데 있어서 일반 저작권 침해의 구성요건을 고려하되 더욱 세밀화된 요건의 정비에 대한 노력이 수반되어야 한다. 인터넷이라는 환경의 특성상 수많은 이용자들이 손쉽게 포르노그래피를 입수할 수 있는데, 다운로드 및 업로드의 행위 모든 경우를 저작권의 침해로 인정한다면 현실적으로 법집행의 실효성을 이루기 어렵기 때문이다. 이와 같은 문제들로 인해 인터넷 포르노그래피를 일부에 대해 저작물성을 인정하였을 경우에 그 저작권의 침해에 대한 요건을 정비해야 할 필요가 있다고 본다. 예를 들면 저작권 침해라는 행위에 대한 고의 및 침해 결과의 인식, 침해의 결과가 발생한 경우라도 사적복제 등의 여하, 영리성의 목적 유무, 인터넷 포르노그래피의 저작권 보호 기간, 양형기준의 적절성 등에 대한 정비가 필요하다고 할 것이다.

284) 오승중, UCC 저작권의 차별적 취급과 보상체계: UCC 시대의 저작권 패러다임의 변화와 대안적 논의들을 중심으로, 저스티스, 통권 106호, 2008, 446쪽.

5. 범죄수익몰수제도 정비

위에서 언급한 바처럼 저작권의 보호대상을 기준으로 인터넷 포르노그래피를 구별하고 저작권 위반의 구성요건들을 정비하여 관련된 절차를 구비하는 것 이외에 음란물의 유통, 특히 인터넷 상에서 이루어지는 인터넷 포르노그래피의 경우는 영리를 목적으로 조직적이며 대량으로 이루어지는 점을 고려할 때, 이에 대한 효과적인 대응책으로 음란물의 유통으로 인해 벌어들인 범죄수익의 몰수를 생각해 볼 수 있다.

범죄수익에 대한 몰수는 범죄행위로 취득하거나 이로부터 유래한 일체의 재산적 이익을 영구적으로 박탈하는 것으로 범행에 사용된 도구 또는 범죄행위로 취득한 “물건”의 몰수와 대비되는 개념이다. 이는 조직·부패·마약 및 각종 경제범죄 등을 통해 단기간에 축적한 막대한 재산적 이익이 장래 범죄에 재투자되어 동종 혹은 이종 범죄의 확대 재생산을 위한 도구가 된다는 현실적 가능성과 이와 같은 수익의 획득을 목적으로 하는 특정범죄에 대한 억지는 구금형 및 벌금형으로는 그 효과를 기대하기 어렵다는 인식하에 발달된 제도이다. 다시 말하면 범죄수익에 대한 추적 및 환수를 통하여 범죄의 유발동기를 제거하는 것이 근본적 대책방안이며 효과적인 범죄억지책이라는 기대에서 비롯된 것이라 할 수 있다. 이는 서구를 중심으로 발달하였으나, 우리의 경우 “범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률” 제정하여 규율하고 있다. 본 법률은 그 대상 범죄로 중대범죄와 자금이나 재산이 범죄행위의 수단으로 제공되는 범죄의 일부를 그 대상으로 하고 있다.

동법률에 따르면 저작권 위반의 범죄 또한 범죄수익몰수의 대상이 된다. “범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률”은 대상이 되는 중대범죄로 저작권법 제136조 제1항의 죄를 포함하고 있으며, 이는 지적재산권 및 저작권법에 따라 보호되는 재산적 권리를 복제 및 공연 등등의 방법으로 침해하는 권리침해의 죄이므로 이와 같은 저작권의 침해로 얻은 범죄수익은 몰수의 대상이 된다.

그러나 현재 법체계상 음란물은 저작권의 보호를 받지 못하기 때문에 범죄수익규제법상의 규율 대상이 되지 못하고 있으며, 또한 형법상의 음란물의 유포 및 반포 등의 행위도 범죄수익규제법 상의 중대범죄에 포함되지 않기에 그 대상

이 아니다. 이와 관련하여 음란물의 유통 감소를 위해 두 가지 측면에서 범죄수익 은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률을 개정할 필요가 있다고 본다. 앞서 언급한 대로 저작권의 보호의 대상이 되는 음란물과 보호의 대상이 되지 못하는 음란물로 구별하여 볼 때, 먼저 저작권의 보호대상인 음란물은 그 재산적 권리를 인정하여 저작권 위반의 형사책임으로 범죄수익의 몰수가 가능하도록 구성되어야 한다. 또한 저작권의 보호대상이 될 수 없을 정도의 음란성을 지닌 성표현물은 별도로 형법 제243조 및 제244조에서 규정하고 있는 유통 및 반포로 취득한 수익을 몰수할 수 있도록 규정하는 등의 노력이 필요하다고 본다.

현대 인터넷이라는 도구를 통해서 주로 이루어지고 있는 성표현물은 많은 부분이 수익을 목적으로 이루어지고 있다. 따라서 성표현의 수준에 맞추어서 저작권을 인정하고 저작권을 위반하여 유통한 경우에 그 행위를 통해 취득한 불법적인 수익을 몰수할 수 있도록 규정하는 것은 성표현물의 무분별한 유통 및 그로 인한 피해에 대한 대책이 될 수 있을 것이다.

- 강대출, “음란물의 판단기준”, 법제와 입법, 제3호, 2008
- 김경호, 인터넷의 매체적 특성과 사이버 상에서의 성 표현의 허용범위, 한국 언론학보, 제46권 제2호, 2002
- 김기태, 저작권 상담사례 연구-대한출판문화협회 저작권상담실 상담사례를 중심으로, 한국출판학회, 2006
- 김기태, 저작권법의 해석과 적용, 누임, 1996
- 김덕용, 저작권의 침해 및 구제에 관한 연구, 주성대학 논문집, 제9집, 2000
- 김문환, 미국법연구(I), 국민대학교 출판부, 1988
- 김문환, 정보화 사회의 저작권법, 저작권심의조정위원회, 1999
- 김병수, 영화 영상물의 음란성 판단기준, 법학연구, 제46권 제1호(통권 제54호)
- 김영환, 이경재, “음란물의 법적 규제 및 대책에 관한 연구 - 포르노그래피에 대한 형사정책적 대책 -”, 형사정책연구원, 1992
- 김윤명, 저작권법상 퍼블릭도메인에 관한 연구, 경희대학교 대학원 박사학위논문, 2007
- 김재운, 현대형법의 위기와 과제, 17면. 전남대학교 출판부, 2009.
- 김희준, “사이버범죄의 개념과 대응방안”, 해외연수검사논문집, 제18집, 법무연수원, 2003
- 대검찰청, 범죄통계, 2009
- 도준호, 인터넷을 통한 콘텐츠 유통과 저작권 보호, 정토통신정책연구원, 2001
- 류전철, 이형일, “사이버음란물 유포행위의 형사법적 규제”, 조선대 법학논총 2007

- 박상진, 정보환경 변화에 따른 음란성 수용에 있어 형사처벌의 한계에 관한 연구, 비교형사법연구, 제9권 제1호, 2007
- 박선영, “가상공간에서의 성표현의 자유와 법적 제한”, 2002, 한국법제연구원
- 박성호, 저작권의 역설: 저작권법의 ‘오래된 미래를 생각한다’, 계간 저작권, 2010(여름호)
- 박용상, “표현의 자유와 음란규제 및 청소년 보호”, 헌법논총 제13집, 헌법재판소, 2002 136-139 참조
- 박준석, 인터넷서비스제공자의 책임, 박영사, 2006
- 박석호, 인터넷과 저작권법, 한림법학, 제8권, 1999
- 방송통신위원회, 방송통신 콘텐츠 저작권의 효과적 보호에 관한 연구, 방송통신위원회/한국전파진흥원, 2009
- 성동규/김왕석, 사이버포르노의 현실적 규제방안 연구, 한국언론학회, 1997
- 성동규/라도삼, 인터넷과 커뮤니케이션, 한울아카데미, 2000
- 송영식/이상정, 저작권법개설, 세창출판사, 2000
- 송영식/이상정, 저작권법개설, 화산문화, 1997
- 신동룡, 인터넷상에서의 비영리적 저작권 침해에 관한 형사처벌 연구, 연세법학연구, 제8집 제1권, 2001
- 신재호, 지적재산의 보호방법론에 관한 연구, 한양대학교 박사학위논문, 2004
- 안효질, 각국의 소프트웨어 불법복제 방지대책에 관한 연구, 프로그램심의조정위원회, 2002
- 양창수, 불법행위법의 변천과 가능성: 그 제도 목적과 관련하여, 민법연구(제3권), 박영사, 1995
- 오승중, 저작권법, 박영사, 2007.
- 오승중, 저작재산권침해의 판단 기준에 관한 연구, 서강대학교 대학원 박사학위논문, 2005
- 오승중/이해완, 저작권법, 박영사, 1999
- 오영근, 시청환경에 따른 음란성 판단 기준의 차이 여부, 한국고시, 2008.
- 유대중/신재호/김형렬/김윤명, 인터넷서비스와 저작권법, 경인문화사, 2010
- 윤종수, 저작물의 공유와 과제 Ver. 0.9, 세계 지적재산권의 날 기념 세미나,

2006

- 이건호, “성표현물의 음란성 판단기준에 관한 연구(II) - 영미의 논의를 중심으로 -,” 형사정책연구원, 2001.
- 이경재, 성과 법, 자유와 규제: 성 표현물을 둘러싼 문제점, 형사정책연구소식, 제39권 제1호, 제2호, 1997
- 이경재, 인터넷과 음란물죄, 형사정책연구 제11권 제1호, 2000
- 이대희, 권리보호, 디지털 환경에서의 저작권법의 새로운 과제(제1회 저작권 포럼 자료집), 2009
- 이영록, 기술조치의 보호입법에 관한 연구, 저작권연구자료 38, 저작권심의조정 위원회, 2001
- 이용식, 「성적 표현의 형법적 통제에 대한 비판적 고찰」, 『형사정책』 제18권 제1호, 한국형사정책학회, 2006년
- 임웅, “비범죄화의 이론”
- 임종수, 음란성과 저작권, UCC를 보는 두 가지 시선, 신문과 방송, 2007(5)
- 임준호, 컴퓨터 프로그램의 법적 보호, 재판자료 제57집, 1992
- 장재혁, 디지털 저작물 복제행위에 대한 형사책임, 국제법무연구, 제13권 제1호, 2009
- 장재혁, 인터넷을 이용한 디지털 저작물 복제행위에 대한 형사처벌의 문제점-이용자의 형사책임을 중심으로-, 국제법무연구, 제13권 제1호, 2009
- 저작권위원회, 저작권 침해의 형사책임에 관한 비교법적 연구, 2009
- 정상조, 지적재산권법, 법문사, 2004
- 정상조, 혁신과 경쟁: 정보통신 기술과 시장의 변화에 따른 불공정경쟁행위의 구제, Law&Technology, 제2권 제1호, 2006
- 정상조/권영준/박준석, 저작권 침해의 형사책임에 관한 비교법적 연구, 한국저작권위원회, 2009,
- 정진섭, 가상공간에서 좌충우돌하는 현실세계의 법, 인터넷, 제17호, 1995
- 조국 「형사법의 성편향」, 박영사, 제2판
- 조성중, 인터넷상의 저작권보호에 관한 연구, 비교사법, 제10권 제1호, 2003
- 조여진, UCC의 저작권 보호에 관한 고찰, 국제법연구, 제13권 제2호, 2009

- 조훈, 인터넷상의 파일공유와 형법상 Regressverbot, 디지털재산법연구, 제1권 제1호, 한국디지털재산법학회, 2001
- 조희진, 음란물(Pornography) 규제에 관한 여성주의적 접근과 비판, 사법연수원 논문집 제3집
- 中山信弘(윤선희 편역), 저작권법, 법문사, 2008
- 천진호, 디지털콘텐츠 음란물에 대한 음란성 판단의 주체와 법률의 착오, 형사법연구, 제19권 제3호, 2007
- 최상필, 우리 저작권법 체계상 저작자와 저작권의 귀속문제, 재산법연구, 제24권 제1호, 2007
- 최우정, “사회의 변화에 따른 음란개념의 변화와 향후의 입법형성의 방향”, 법과정책, (2010)
- 최호진, 인터넷상의 음란물유포에 대한 범죄가담형태, 비교형사법연구, 제6권 제1호, 2004
- 편석환, 영상저작물의 저작권 침해에 관한 연구, 한국콘텐츠학회논문지, 제7권 제6호, 2007
- 한국방송진흥원, 디지털 시대의 영상저작물과 저작권에 관한 연구, 2000
- 한국방송진흥원, 방송·통신 융합환경에서의 영상제작물 유통활성화를 위한 연구-저작권을 중심으로-, 2001
- 한국저작권단체연합회, 저작권보호 연차보고서, 저작권보호센터, 2010
- 한승현, 정보화시대의 저작권, 나남, 1992
- 한중훈, 인터넷상에서의 저작권 침해, 기업법연구, 제10집, 2002
- 홍상현, 영상저작물의 저작권 침해 판단기준에 관한 연구, 인하대학교 대학원 석사학위논문, 2008
- 홍준기, 저작권법상 영상저작물의 특례조항에 관한 고찰, 경희대학교 대학원 석사학위논문, 2002
- 황성기, 인터넷에서의 음란기준과 음란물 통제메커니즘에 관한 연구-대법원 2008.3.13. 선고 2006도3558 판결, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포등)의 평석을 중심으로, 언론과 법, 제7권 제1호, 2008

- 황희철, *Medium과 저작권, 정보법학*, 창간호, 1997
- 황희철, 인터넷과 저작권, 정보화정책저널, 제4권 제1호, 한국정보문화진흥원, 1997
- Ann Bartow, Pornography, Coercion, and Copyright Law 2.0, 8. 10 Vand. J. Ent. & Tech. L. 799 (2008)
- Anthony Lewis, Freedom for the Thought That We Hate, p.131-143. (2007).
- Berger, F., "Pornography, Sex and Censorship," in Pornography and Censorship, David Coop/Susan Wendell (1983)
- Bret Boyce, Obscenity and Community Standards, 33 Yale J. Int'l L. 299, 311 (2008)
- Christopher Thomas McDavid, I know it when I see it: Obscenity, Copyright, and the Cautionary tale of the Lanham Act, University of Louisville Law Review [Vol. 47], 2008-2009.
- Eric Handelman, Comment, Obscenity and the Internet: Does the Current Obscenity Standard Provide Individuals with the Proper Constitutional Safeguards?, 59 Alb. L. Rev. 709, 718 (1995)
- Eric Yun, Autonomy, Not Aesthetics: "Contemporary Community Standards" and Speech on the Internet, 2 Geo. J.L. & Pub. Pol'y 357, 358-59 (2004)
- Franklin J. Wallahan, Immorality, Obscenity and the Law of Copyright, 6 S.D.L.Rev. 109, 110-11 (1961)
- George M. Weaver, Handbook on the Prosecution of Obscenity Cases 73 (National Obscenity Law Ctr. ed., 1985)
- Geraldine Szott Moohr, "the Crime of Copyright Infringement: An Inquiry Based on Morality, Harm and Criminal Theory," 83 B.U. L. Rev. 731
- Ginsburg, Urheberpersönlichkeitsrecht im Rechtssystem des Common Law, GRUR Int., 1991, S.594.
- H. Franklin Robbins, Jr. & Steven G. Mason, The Law of Obscenity - or

- Absurdity?, 15 St. Thomas L. Rev. 517, 523
- Halpern/Nard/Port, Fundamentals of U.S. Intellectual Property Law, 1999
- Jan Samoriski, Issues in Cyberspace Communication, Technology, Law, and Society on the Internet Frontier, 2002
- Jeremy Phillips, Copyright in Obscene Works: Some British and American Problems, 6 ANGLOAM.L.REV. 138, 142 (1977)
- Kim, Gyoung Ho & Paddon, Anna. R, Cybercommunity versus geographical community standard for online pornography: A technological hierarchy in judging cyberspace obscenity, Rutgers Computer & Technology Law Journal, vol.26(1), 1999
- Lawrence Lessig, The Future of Ideas, Random House, 2001
- Margaret C. Jasper, The Law of Obscenity and Pornography 20 (2d ed. 2009)
- N.B. Nimmer and D. Nimmer, Nimmer on Copyright IV, Matthew Beder&Co., 1995
- P. Goldstein, Copyright, vol.1, 2nd ed., sec. 2.2.1, Little Brown Company, 1996
- Raymond Shih Ray Ku, The Creative Destruction of Copyright; Napster and The New Economics of Digital Technology, 69 U. Chi. L. Rev. 263, 2002
- Rehbinder, Urheberrecht, 13.Aufl, 2004, Rdnr.75.
- Richard S. Randall, 「Freedom and Taboo - Pornography and the Politics of a Self Divided,」 University of California Press, 1988.
- Skrzipek, Urheberpersönlichkeitsrecht und Vorfrage, 2005, S.18.
- Stewart, S. M., International Copyright and Neighbouring Rights, Butterworths, 1983
- The Criminalization of Copyright Infringement in the Digital Era, 112. harv. L. Rev., vol. 1705, 1999
- Timothy c. Brock, "Erotic Materials," 1 Technical Report of the Commission on Obscenity and Pornography 131, 136 (1971)
- W. overbeck, Major principles of media law, p. 392, (2003 ed.)

- William D. Deane, COPA and Community Standards on the Internet: Should the People of Maine and Mississippi Dictate the Obscenity Standard in Las Vegas and New York?, 51 Cath. Univ. L. Rev. 245, 252 (2001)
- Wimmer, Kurt & Carter, Victoria, Let the Internet industry regulate itself, New Jersey Law Journal, vol.4, 1997

Copyright of Internet Pornography and Criminal Responsibility for its infringement

Lee, Kwon cheol · Park, Hye Jin

The pornography's concept and standard of judgment have been continuously criticized. The Supreme Court's judicial precedent started from 'judgment of relative pornography' considering subjective will or intention of the one who produces, distributes or possesses pornographic materials, and the standard of judgment could not give objective judgment guideline of the pornography to be criticized because of risks of arbitrary law enforcement. Therefore, the Supreme Court made change standard of the judgment from relative pornography to objective pornography that judged description of the sex, art and thought from point of view of common adults: But, the standard has been continuously criticized because of abstract feature and uncertainty.

The Constitutional Court of Korea clarified and materialized the standard more than before. The citizens still made use of various kinds of terminologies of pornography including dirty, vulgar and suggestive because of absence of clear standards of pornographic materials. The regulation on the pornography exists at border between regulation and protection of freedom of expression of the Constitution that is well known. Not only conservative viewpoint but also liberalism viewpoint was inconsistent each other in the past: Then, feminism

viewpoint made appearance to diversify thought of regulation and protection on the pornography to be complicated.

As such, the pornography had various kinds of concepts and standards of judgment to distribute it more on Internet so that regulation on the pornography was given new and complicated challenge. A lot of the pornography video on Internet is supplied and distributed owing to easy distribution, anonymity and unlimited time of digital media.

The normative control can classify subject systematically without lessening of the scope and to be ineffective from point of view of the Criminal Act as well as the administrative law. New regulation on the pornography needs to be discussed considering supplementation and ultimate step of the Criminal Act from point of view of criminal regulations.

New control of the pornography can be based on copyright protection. To admit of copyright of the pornography and control it effectively, good harmony between Internet pornography and common copyright, legitimate distribution market, and standards and scope of independent copyright, etc are required. To identify legitimate Internet pornography, the organization that judges pornography shall be unified, and scope of copyright that has considered characteristics of Internet pornography shall be made.

The entity, subject and types that Internet pornography infringes upon copyright shall be similar to those of common copyright. The criminal responsibility of infringement of Internet pornography upon copyright needs to consider following factors deeply and carefully: At first, infringement of Internet pornography upon copyright can be mostly thought to be intentional and wilful and to be criminally responsible and punished when an infringement exists. The infringement shall be punished at cognition considering characteristics of Internet technology, and punishment can be done when cognition on the infringement exists at the same time. And, Internet pornography needs to inspect admission of profit from point of view of

criminal responsibility. The period that protects copyright needs to be shortened to protect copyright considering depreciation as well as short consumption of Internet pornographic materials that differs from common type of intellectual property protecting copyright for a long time. But, copyright protection time can lessen supply and distribution of illegal Internet pornography so that balanced protection time needs to be established.

The cases of not only the United States but also Germany did not admit of copyright of Internet pornography explicitly. The United States adopted two positions, that is to say, the one does not admit of copyright in accordance with the principle of Clean Hands, and the other does not follow exclusion of copyright of pornographic materials from protection. The German court has not judged copyright of the pornography yet. But, the court judged that pornographic novel should be protected considering freedom area of the art so that it was thought to protect copyright. Germany has no special regulation of infringement of Internet pornography upon copyright, and it seems to punish infringement of Internet pornography upon copyright same as criminal responsibility of common infringement even if each individual case admits of copyright.

In Korea, new regulation of criminal policy on Internet pornography is needed considering development of high speed Internet, nationwide IT distribution and wide use of Internet. The regulation and requirements that can protect copyright of Internet pornography to follow pornography related regulations of the Criminal Act shall be enacted. The current copyright exclusively protects all of the works in lump sum at same level: But, the pornography needs to be handled in differential way from point of view of norms considering social cognition on the pornography. The regulation on confiscation of crime related earnings and benefits needs to revise and to effectively regulate earnings and benefits made by infringement of Internet pornography upon copyright.

연구총서 10-16-04

음란물의 저작권 인정과 저작권 위반의 형사책임

발 행 / 2010년 12월

발행인 / 김일수

발행처 / 한국형사정책연구원

서울특별시 서초구 대봉로 114

(02)575-5285

등 록 / 1990. 3. 20. 제21-143호

인 쇄 / (주)피아앤피북스

(02)467-4545

보고서 내용의 무단복제를 금함

정가 7,000원

ISBN 978-89-7366-863-2 93360