



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

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

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



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

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

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

중국 뉴스 애그리게이터 법률문제에
관한 연구

2017년 8월

서울대학교 대학원
법학과 지식재산전공
이 령

중국 뉴스 애그리게이터 법률문제에 관한 연구

지도교수 정상조

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2017년 7월

서울대학교 대학원
법학과 지식재산전공
이 령

이령의 석사 학위논문을 인준함

2017년 7월

위 원 장 _____ (인)
부 위 원 장 _____ (인)
위 원 _____ (인)

국문초록

정보산업의 고속적인 발전추세의 직접적인 표현중의 하나가 뉴스 애그리게이터의 출현인데 이는 뉴스를 매개체로 수익을 창출하는 산업(이하, 뉴스 산업)의 이익적인 균형에 큰 영향을 주었다. 이와 같은 변화는 중국에서 발생한 2014년 6월 광주일보와 搜狐 (SOHU)가 연달아 뉴스 애그리게이터 서비스 제공자인 금일뉴스(今日头条)를 상대로 저작권 침해 및 부정경쟁책임 관련 소송을 제기한 사건에서 반영되었다.

뉴스 애그리게이터의 메커니즘을 살펴보면 주로 웹 크롤링, 트랜스 코딩, 프레임 링크 등과 같은 기술에 의하여 운행되고 있다. 따라서 본 논문에서는 이러한 운행방식에 대한 법률적인 분석을 통하여 뉴스 애그리게이터의 복제권 침해 여부와 정보통신망전송권 침해 여부, 부정경쟁행위 해당 여부를 검토하여 아래와 같은 결론을 내렸다.

① ‘제목+요약문’을 노출하는 방식에서 뉴스의 해당 문구가 창작성을 띠지 않는 경우에는 복제권 침해로 볼 수 없지만 해당 문구가 창작성을 띠는 경우에는 복제권 침해로 인정해야 한다.

② 현행 중국 저작권법법상 임시복제에 대한 규정이 미비한 상황에서 ‘트랜스 코딩’행위의 적법성을 인정하여도 무방하다.

③ 프레임 링크의 경우, 법률규정과 사법해석이 불명확하고 학설상 ‘서버기준’, ‘이용자 감지기준’, ‘실질적 표현기준’ 등으로 정보통신망전송권 침해판단 기준에 대한 견해가 나누어져 있고 판례에서도 서로 다른 기준을 적용한 경우가 많으므로 프레임 링크의 위법성 판단에 있어서 많은 어려움이 존재한다. 그러나 저작권법의 목적인 저작권자를 보호

하여 저작권자에게 창작적 인센티브를 부여함으로써 문화, 과학, 예술의 발전을 이룩한다는 논리에 가장 부합되는 것은 ‘실질적 표현기준’을 채택하여 프레임 링크의 정보통신망전송권 침해 책임을 인정하는 것이다.

④뉴스 애그리게이터는 뉴스 저작물이라는 공익성을 띤 정보를 전파하는 플랫폼으로서 국민의 정보자유를 보장하고 정보의 유통을 더욱 활성화시킨다는 점에서 긍정적인 역할을 하고 있다. 따라서 뉴스 애그리게이터에 관련 된 저작재산권제한 규정인 법정허락제도, 정보통신망전송권보호조례 제21조와 제23조, 공정이용 조항 등의 적용 여부를 검토한 결과 현행법상 이러한 재산권제한 조항은 적용될 수 없었다. 이에 필자는 미국의 공정이용 판단기준 논리인 ‘변형적 이용’기준을 도입하여 뉴스 애그리게이터의 공정이용 항변가능성도 인정해야 한다고 제안한다.

또한 사법실무에서 중국법원은 인터넷 관련 사건을 반부정당경쟁법의 논리에 의하여 규제를 진행하는 상황이기에 반부정당경쟁법에 의한 뉴스 애그리게이터의 규제가능성도 검토했으나 ①제2조 원칙성 규정의 모호성과 ‘불공정성’에 대한 인정의 어려움 및 실무적으로 손해배상액의 충분하지 않다는 점 ②저작권법에 의하여 해결될 수 있는 문제는 반부정당경쟁법을 차선으로 채택해야 한다는 점을 고려했을 때 현행법상 반부정당경쟁법에 의한 규제방식은 적합하지 않다고 본다.

그리고 외국의 규제방식과 비교법적인 검토를 진행하여 중국 실정에 가장 적합한 규제방식을 제시하기 위하여 저작인접권의 신설과 저작권 허락제도의 실행가능성 등에 대한 분석도 진행하였다.

결론적으로 중국의 실정을 고려했을 때, 정보의 자유로운 유통과 이용을 보장함과 동시에 사회에 질 높은 뉴스 저작물을 제공하기 위해서는 입법

론에 의한 해결보다 해석론으로 ‘실질적 표현기준’에 따라 프레임 링크의 침해 책임을 인정함으로써 저작권자를 보호하는 목적을 실현하고 동시에 미국의 ‘변형적 이용’기준을 도입하여 뉴스 애그리게이터의 공정 이용 항변가능성도 충분히 인정해야 한다. 끝으로 본 연구가 뉴스 애그리게이터 관련 규제방식을 연구하는데 조그마한 보탬이 되기를 희망한다.

주요어: 뉴스 애그리게이터, 복제권, 정보통신망전송권, 부정경쟁행위, 프레임 링크, 공정이용, 변형적 이용, 저작권 허락제도

학번:2015-22336

목 차

제 1 장 서론	1
제 1 절 연구의 배경과 범위	1
제 2 절 연구의 방법	6
제 2 장 뉴스 애그리게이터 일반론	8
제 1 절 뉴스 애그리게이터의 메커니즘	8
I. 뉴스 애그리게이터의 유형	8
II. 링크의 유형	11
III. 소결	12
제 2 절 뉴스 산업에 대한 영향	14
제 3 장 뉴스 애그리게이터의 법적 성질	17
제 1 절 저작권 침해책임	17
I. 복제권 침해 여부	17
II. 정보통신망전송권 침해 여부	23
III. 저작권의 제한 또는 예외의 적용에 대한 분석	39
제 2 절 반부정당경쟁법 위반책임	48
I. 반부정당경쟁법에 의한 규제현황	48
II. 반부정당경쟁법에 의한 규제의 문제점	52
제 4 장 외국의 규제방식에 대한 검토	62
제 1 절 EU 및 유럽의 개별 국가	62

I.구글 뉴스에 대한 대응	62
II.링크 관련한 대표적 판례	69
제 2 절 일본 및 한국	72
I.일본	72
II.한국	73
제 5 장 뉴스 애그리게이터 규제방식에 대한 논의	79
제 1 절 저작권법에 의한 규제의 필요성	79
제 2 절 새로운 규제방식	82
I.저작인접권의 신설	82
II.저작권허락제도에 의한 규제	83
III.해석론에 의한 규제방식	91
제 6 장 결론	95
참고문헌	99
Abstract	105

표 목 차

[표 1]	29
[표 2]	34
[표 3]	62
[표 4]	69

그림 목 차

[그림 1]	15
[그림 2]	37
[그림 3]	59

제1장 서론

제1절 연구의 배경과 범위

1. 연구배경

문명사(文明史)적인 각도에서 오늘날의 사회를 보았을 때, 인류문명은 여태껏 실체가 있는 물질중심의 문명에서 인간의 지적 노동을 수단으로 하는 무형의 정보중심의 문명으로 전환하고 있는 시기라고 할 수 있다. 미국의 사회학자 D.리스먼의 표현에 따르면 현재 우리는 탈공업화사회(post industrial society)를 겪고 있다. 공업혁명을 거쳐 공업문명에 이행했듯이 오늘 날 우리도 정보혁명을 거쳐 정보사회로 이행하는 역사의 소용돌이 속에 있다. 정보에 대한 수요량이 증가함과 동시에 정보생산에 참여하는 주체도 더욱 많아졌고 구체적으로 뉴스를 매개체로 수익을 창출하는 산업(이하 뉴스 산업)을 예로 들면 신문사와 같은 전통언론사, 인터넷 포털 사이트, 뉴스 애그리게이터(agggregator)¹⁾와 같은 신형 미디어 기업 등 서로 다른 이익주체들이 이러한 뉴스 생산조직을 이루고 있다.

그러나 상업화가 심화되고 특히 신형 미디어 기업의 대표로서 미국의 허핑턴 포스트, 구글 뉴스 그리고 중국의 今日头条(이하 금일뉴스) 등과 같은 뉴스 애그리게이터는 시장에서 급속한 성장을 이루고 있는 가운데 상술한 뉴스 산업의 각 주체들 사이의 이익적인 충돌도 끊임없이 야기되고 있다.

¹⁾ 뉴스 애그리게이터는 웹사이트 소유자가 헤드라인을 직접 모아놓은 웹 사이트를 가리킨다. 뉴스 헤드라인, 블로그, 팟캐스트, 비디오 블로그와 같은 신디케이트 웹 콘텐츠를 한 곳에 모아놓는 일종의 클라이언트 소프트웨어 또는 웹 애플리케이션이다.
https://ko.wikipedia.org/wiki/뉴스_애그리게이터

중국의 경우, 최근 4년 동안 신문사, 방송국, 포털 사이트 등 주요 뉴스 매체가 인터넷 시장에 연이어 진입하였고 서로 앞장서서 뉴스 애그리게이터 앱을 개발하고 있다. 2014년 각종 앱 뉴스의 시장점유율 중 종합 1위는 금일뉴스이고 2위는 봉황뉴스, 3위는 왕이뉴스, 4위는 텐센트 뉴스, 5위는 sohu뉴스로 조사되었다.²⁾ 앞으로도 디지털시대에서 뉴스 유통은 생산자 중심에서 뉴스를 구입하여 배포하는 애그리게이터가 선도하는 상황이 지속될 것으로 예측되고 있다.³⁾ 중국에서 큰 성공을 이룬 금일뉴스를 예로 들면, 2012년 시장에 투입된 이래 2014년까지 누적 이용자수가 9000만 이상에 달하였고, 하루 당 이용자수는 1300만 명이며 어플 다운로드 횟수는 1.2억을 초과하였고 광고수익 또한 매달 1000만 위안을 초과한 것으로 나타났다.⁴⁾ 그러나 금일뉴스가 1억 달러의 펀드 투자와 5억 달러의 시장가치 평가를 받은 후, 전통 미디어들의 불만은 더욱 커졌고 공개항의, 법적 소송 등 방식으로 이익손실에 대한 배상을 요구하였다.

이러한 불만의 초점은 주로 금일뉴스의 저작권 침해행위 즉 프레임 링크와 트랜스 코딩행위에 맞춰졌다. 포털 사이트 sohu(온라인 콘텐츠 제공자)가 금일뉴스를 상대로 제기한 소송에서, 원고는 “트랜스 코딩은 sohu 뉴스의 문자 및 이미지에 대한 복제에 해당될 뿐만 아니라 타인의 콘텐츠를 이용하여 광고수익을 증가하는 ‘무임승차’행위에 해당하므로 복제권 침해 및 부정경쟁책임 위반”이라고 주장하였다. 동시에 “심층링크⁵⁾의 방식으로 이용자에게 콘텐츠를 노출하는 것은 정보통신망전송권⁶⁾ 침해에 해당된다”고 지적하면서 자신의 경제적 손실 1100만 위안

2) 중국 시장 리서치업체 ENFODESK(易观智库)의 《2014년 뉴스 앱 시장 연구보고서》

3) 고종원, 「미디어의 진화가 경제지도를 바꾼다」, 2010, 76-77면 참조.

4) 马冉冉, 《“今日头条”引发的网络版权之争》, 人民网, <http://media.people.com.cn/n/2014/0825/c192370-25534421.html>

5) 여기서 원고는 금일뉴스의 심층링크방식에 대한 저작권 침해주장을 제기하였지만 중국에서는 심층링크를 프레임 링크를 포함하는 광의의 개념으로서 취급하고 있다는 점을 유의해야 한다. 필자의 견해에 의하면 링크기술의 차이점을 고려했을 때, 더욱 정확하게 분류하면 금일뉴스가 사용한 링크기술은 프레임 링크에 해당한다고 본다. 이에 대한 분석은 제3장 제3절 정보통신망전송권에서 진행한다.

을 배상할 것을 요구하였다.⁷⁾ 이에 금일뉴스는 자신은 온라인서비스 제공자(OSP)로서 정보통신망전송권보호조례 제21조⁸⁾와 제23조⁹⁾의 면책조항을 적용할 수 있다고 항변하였다.

이와 같이 뉴스 저작권자, 온라인 콘텐츠 제공자인 포털 사이트, 새로운 미디어인 뉴스 애그리게이터, 이용자 사이의 이익적인 균형은 기술의 발전에 따라 상응하게 변화되었다. 따라서 저작권자의 권리를 충분히 보호하여 대가성을 보장하는 한편 새로운 기술의 발전에 안정적인 법적 환경을 마련하여 이용자가 최대로 저작물을 활용하여 뉴스 산업의 발전을 이룩하도록 하는 것이 오늘날 우리가 직면한 법률적 과제라고 본다.

2. 연구범위

이러한 배경에서 본 논문은 뉴스 애그리게이터의 기술적 메커니즘과 법률적 문제점을 제시하고 뉴스 저작권자에 대한 창작 인센티브로서의 경제적 대가를 보장해주는 한편 뉴스 저작물에 대한 이용을 최대한 확대시켜줄 수 있는 새로운 규제방식을 모색하기 위하여 다음과 같은 내용으로 논의를 진행한다.

우선 제2장에서는 뉴스 애그리게이터의 기술적인 메커니즘을 분석하고 뉴스 산업에 대한 영향을 검토한다.

6) 중국 저작권법의 정보통신망전송권(信息网络传播权)은 한국 저작권법상 전송권에 해당한다.

7) <http://www.zgswcn.com/2014/0711/439297.shtml>

8) 《信息网络传播权保护条例》第21条：网络服务提供者为提高网络传输效率，有权自动存储从其他网络服务提供者获得的作品表演，录音录像制品，根据技术安排自动向服务对象提供。

9) 《信息网络传播保护条例》第23条：网络服务提供者服务对象提供搜索或者链接服务，在接到权利人的通知书后，根据本条例规定断开与侵权的作品，表演，录音录像制品的链接的，不承担赔偿责任；但是，明知或者应知所链接的作品，表演，录音录像制品侵权的，应当承担共同侵权责任。

다음으로 제3장에서는 뉴스 애그리게이터의 법적 성질을 검토한다. 본 논문의 연구대상은 RSS기술과 검색엔진기능을 함께 소유하고 있는 뉴스 애그리게이터¹⁰⁾로서 중국의 현행 법률 체계에서 이에 대한 저작권책임 및 부정경쟁책임관련 이슈를 검토한 결과 아래와 같은 결론을 도출하였다.

①‘제목+요약문’을 노출하는 방식에서 뉴스의 해당 문구가 창작성을 띠지 않은 경우 복제권 침해가 아니지만 창작성을 띤 경우는 복제권 침해로 인정해야 하고 ②현행법상 임시복제에 대한 규정이 미비한 상황에서 트랜스 코딩행위의 적법성을 인정하여도 무방하며 ③프레임 링크의 경우, 법률규정과 사법해석의 불명확하고 학설상 침해 판단기준은 ‘서버기준’, ‘이용자 감지기준’, ‘실질적 표현기준’등 견해가 나누어져 있고 판례에서도 서로 다른 기준을 적용한 경우가 많기에 위법성 판단에 있어서 어려움이 있다. 그러나 저작권법의 목적인 저작권을 보호하여 창작적 인센티브를 부여함으로써 문화, 과학, 예술의 발전을 이룩한다는 논리에 가장 부합되는 것으로서 ‘실질적 표현기준’을 채택하여 프레임 링크의 정보통신망전송권 침해책임을 인정하는 것이 타당하다.

그러나 저작권법의 목적인 저작권을 보호하여 저작권자에게 창작적 인센티브를 부여함으로써 문화, 과학, 예술의 발전을 이룩한다는 논리에 가장 부합되는 것은 ‘실질적 표현기준’을 채택하여 프레임 링크의 정보통신망전송권 침해책임을 인정하는 것이다. ④뉴스 애그리게이터는 뉴스 저작물이라는 공익성을 띤 정보를 전파하는 것으로서 정보자유를 보장하기 위하여 중국에서 뉴스 애그리게이터에 관련 된 저작재산권제한 규정인 법정허락제도, 정보통신망전송권보호조례 제21조와 제23조, 공정 이용조항 등의 적용 여부를 검토한 결과 현행법상 이러한 저작재산권 제

10) 뉴스 애그리게이터 기술적 패커니즘에 대한 소개는 이하 제2장에서 진행한다.

한 조항을 적용할 수 없었다. 이에 필자는 미국의 ‘변형적 이용’기준을 도입하여 공정이용 항변가능성도 인정해야 한다고 제안한다.

또한 사법실무에서 중국법원은 인터넷 관련 사건을 반부정당경쟁법의 논리에 의한 규제를 많이 진행하는 편이어서 그에 의한 규제가능성도 검토했으나 ①제2조 원칙성 규정의 모호성과 ‘불공정성’에 대한 인정의 어려움 및 실무적으로 손해배상액의 충분하지 않다는 점 ②저작권법에 의하여 해결될 수 있는 문제는 반부정당경쟁법에 의한 규제방식을 차선으로 채택해야한다는 점을 고려했을 때 이러한 규제방식은 적합하지 않다고 보았다.

이어서 제4장에서는 비교법적인 고찰을 통하여 미국, 유럽, 한국, 일본 등이 뉴스 애그리게이터에 관한 직접적 또는 간접적인 입법과 판례들을 참조하였다. 제5장에서는 중국 실정에 적합한 뉴스 애그리게이터 규제방식을 검토한 후 결론으로 현 단계에서 뉴스 애그리게이터에 대하여 입법론적인 해결보다는 ‘실질적 표현기준’으로 침해판단 기준을 정립함과 동시에 공정이용 판단기준에 있어서 미국의 ‘변형적 이용’기준을 도입함으로써 뉴스 애그리게이터의 법률문제를 해결할 것을 제안하였다.

본 논문은 뉴스 애그리게이터의 저작재산권 침해책임 관련 이슈와 반부정당경쟁법 위반책임 문제를 주요대상으로 논의하고 있어 저작자의 완전성보호권(保护作品完整权), 수정권(修改权), 개편권(改编权) 등과 같은 저작인격권에 대한 논의는 제외하였다. 동시에 본 논문은 뉴스 애그리게이터가 합법적인 뉴스 저작물을 노출한 경우에 한한 침해책임을 논의하는 것이므로 뉴스 애그리게이터가 침해저작물을 송신한 행위의 간접책임 관련 이슈는 배제하였다.

제2절 연구의 방법

I. 국내의 판례에 대한 분석과 정리

뉴스 애그리게이터 서비스에 관한 중국법원의 판결은 존재하지 않지만 뉴스 애그리게이터의 부분적인 기술적 메커니즘의 법적 성질을 판단하기 위하여 중국 각급 법원이 내린 프레임 링크의 정보통신망전송권 침해 판정기준에 관련된 판례를 정리 및 분석하였고 외국의 뉴스 애그리게이터에 관한 동향을 참조하기 위하여 유럽연합의 NLA v. PRCA & Meltwater 판례, 독일의 Paperboy 판례, 유럽연합의 Svensson v. Sverige 판례, 그리고 구글 뉴스 관련한 사건, 일본 요미우리신문 판례와 한국의 링크 관련한 대법원의 판례 등을 살펴보았다. 이외에 공정이용에 관한 판례 Cambell v. Acuff-Rose Music판례, Kelly v. Arriba Soft판례, Perfect 10 v. Google판례 및 부정경쟁법리에 관한 미국의 International News Service(INS) v. Associated Press 판례에 대해서도 검토하였다.

II. 비교연구를 통한 새로운 규제방식의 도출

중국의 Zaker, 鲜果(xianguo), 금일뉴스 등 뉴스 애그리게이터와 비슷한 양태를 갖춘 미국의 구글 뉴스에 대한 유럽연합 및 유럽 각국의 정책, 그리고 뉴스 애그리게이터의 중요한 기술인 링크에 대한 한국, 일본 등 지역의 판례, 입법론, 학설에 대한 고찰을 통하여 비교법적인 시각에서 외국의 논의에 대한 적용가능성을 면밀히 검토한다. 국내외의 논의를 적극적으로 고려하면서 뉴스 저작권자의 창작에 대한 정당한 대가의 보장과 새로운 기술에 대한 격려라는 두 가지 가치를 조화할 수 있는 새로운 규제방식의 구축을 시도하였다.

Ⅲ. 전문가 문의

뉴스 애그리게이터의 기술적인 메커니즘을 정확히 파악하기 위하여 인터넷 검색을 진행하였다. 또한 법학논문에 기재된 기술적 메커니즘에 관한 정보가 충분하지 않다고 판단되어 IT업계의 전문가에게 기술적인 용어와 웹 크롤링, 링크 및 트랜스 코딩 등 기술의 원리를 문의하고 그 이해에 기초하여 본문의 기술적인 부분을 완성하였다.

제2장 뉴스 애그리게이터 일반론

제1절 뉴스 애그리게이터의 메커니즘

인터넷의 빠른 성장과 함께 이용자에게 도움과 편리를 제공하는 뉴스 애그리게이터는 다양한 기술적 메커니즘과 마케팅 수단으로 시장에서 큰 존재감을 보여주고 있다. 중국의 리서치업체인 iMedia Research(艾媒咨询)에 따르면, 2015년 상반기까지 중국 모바일 뉴스 애그리게이터 앱(application)은 4.89억명의 이용자 규모에 이르렀고 전년 대비 9.2% 성장하였으며, 향후에도 성장가능성이 매우 클 것으로 예측되었다.¹¹⁾

이러한 상업적인 성공을 이룰 수 있게 된 것은 뉴스 애그리게이터의 아래와 같은 특징과 관련됨을 알 수 있다. 첫째, 스마트 미디어의 등장에 의하여 뉴스 전파가 더욱 신속하고 편리하며 강한 활용성을 띠게 되었다. 둘째, 인터넷 이용자와의 상호성이 증강되어 뉴스 정보를 전파할 뿐만 아니라 이용자들도 실시간으로 평론과 뉴스를 전파할 수 있다. 셋째, 문자, 이미지, 동영상을 랜덤으로 조합하는 등 멀티미디어와의 융합을 통해 다양한 방식으로 뉴스 콘텐츠를 보여준다.¹²⁾ 그리하여 아래 부분에서 이러한 특징을 가능하게 해준 뉴스 애그리게이터의 기술적 메커니즘을 구체적으로 논의한다.

I. 뉴스 애그리게이터의 유형

뉴스 애그리게이터(news aggregator)는 웹 크롤링(Crawling),¹³⁾ 트랜스 코

11) <http://www.iimedia.cn/39537.html> <http://www.tuicool.com/articles/e2MN7rm>

12) 전우·김희현, 모바일 뉴스 애플리케이션 인터페이스 디자인의 사용성 평가 연구:중국의 모바일 뉴스 애플리케이션을 중심으로, 한국디자인문화학회지 22(3), 2016.9, 419면

13) 무수히 많은 컴퓨터에 분산 저장되어 있는 문서를 수집하여 검색 대상의 색인으로 포함시키는 기술.

당(Transcoding)¹⁴⁾, 링크(Link), 검색엔진(Search engine) 등 다양한 기술과 소프트웨어를 이용하여 인터넷 웹 사이트에 게재된 콘텐츠를 모아주고 자신의 인터페이스에서 뉴스 브라우징을 제공하는 서비스이다.

현재의 뉴스 애그리게이터를 기술적으로 분류하면 주요하게 두 가지 메커니즘이 존재한다. 첫째, RSS(Really Simple Syndication 또는 Rich Site Summary) 기술을 통하여 이용자가 선택한 웹 주소에 등록되는 최신 정보를 하나의 허브로 모아주어 뉴스 콘텐츠를 제공하는 메커니즘이다. 이는 뉴스와 블로그 포스트와 같이 자주 업데이트되는 콘텐츠를 이용자에게 쉽게 제공하기 위해 만들어진 XML기반 콘텐츠를 배급하는 식으로 작동되는데 RSS는 개방적이고 표준화된 채널의 프레임을 구축함으로써 각 사이트를 일련의 채널로 보여주는 기술이다.¹⁵⁾ 채널의 정보가 업데이트 되면 뉴스 애그리게이터는 실시간으로 해당 정보를 이용자에게 제공한다.

1997년 최초의 뉴스 애그리게이터 서비스 제공자인 Netscape회사에 의하여 개발되었고 메커니즘은 이용자가 자주적으로 뉴스의 콘텐츠의 출처를 선택할 수 있고 이용자의 정보접근에 대한 효율성을 제고하였으며 광고 및 복잡한 웹페이지 배열구조에 의하여 정보 브라우징에 가져다주는 불편을 줄여주었다. 이와 같은 특징들을 종합해보면, RSS기술의 뉴스 애그리게이터는 이용자가 자신의 선호하는 웹 사이트의 피드(RSS Feeds)에 가입하고 뉴스 애그리게이터 제공자는 해당 콘텐츠를 일정한 포맷에 의

<http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=862349&cid=50376&categoryId=50376>

14) 단일 환경을 목표로 제작된 음성, 데이터, 영상 등 멀티미디어 콘텐츠를 다른 환경에서도 이용할 수 있도록 가공, 선별, 변환하는 기술을 의미한다. 하나의 콘텐츠를 상이한 네트워크, 해상도, 프로세서 성능, 사용자 인터페이스 등에서 공통으로 사용될 수 있도록 변환 기능을 제공하여 “one source multi use”의 개념을 구현하는 것이며, 이를 위해 원래의 콘텐츠를 각 네트워크 대역폭, 단말기 특성 및 성능에 적합하도록 가공, 변환, 선별하는 과정이 멀티미디어 트랜스코딩이다.(IT용어사전, 한국정보통신기술협회) <http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=857586&cid=42346&categoryId=42346>

15) 陈力·刘明政, “RSS技术与信息媒体聚合”, 载《情报杂志》, 2006年,第9期

하여 이용자의 인터페이스 또는 RSS Reader에 구현함으로써 이용자가 원 스톱(one-stop)식으로 뉴스를 접속할 수 있게 해주었다. RSS기술을 이용한 뉴스 애그리게이터로는 Feedly, 중국의 鲜果 (xianguo)등이 있다.

두 번째 메커니즘은 검색서비스 제공자가 웹 크롤링을 통하여 확보한 뉴스 콘텐츠를 주제별, 이슈별로 선별 한 후 뉴스 앱을 통하여 이용자에게 노출시키는 것이다. 한 마디로 검색엔진식의 뉴스 애그리게이터 방식이다. 중국의 바이두 뉴스, 금일뉴스, Zaker과 미국의 구글 뉴스 등이 대표적이다. 검색엔진식의 뉴스 애그리게이터는 두 가지 유형으로 구분할 수 있는데 첫 번째는 뉴스의 헤드라인과 요약문을 노출하고 링크에 의하여 뉴스 콘텐츠 또는 이미지 등을 볼 수 있는 유형이고 가장 선명한 특징은 해당 뉴스 애그리게이터 앱의 프레임에서 콘텐츠가 구현된다는 것이다.

중국의 Zaker을 예로 들면, 링크를 클릭하여 나타난 콘텐츠의 마지막 부분에는 “본 웹페이지는 휴대용 단말기에서의 최적화 브라우징을 실현하기 위하여 Zaker에 의하여 코드가 전환되었다”라는 성명(statement)과 함께 뒤 부분에는 파란색 글씨로 “원문읽기”라고 적혀있고 “원문읽기”를 클릭하면 기사의 출처인 웹페이지로 이동된다. 뉴스제목 아래 부분에는 작고 열은 글씨체로 콘텐츠의 출처를 밝혀놓았다. Zaker은 필요에 따라 일부 뉴스에 기재된 이미지도 헤드라인과 함께 노출시키는 경우도 있다. 즉 Zaker은 해당 앱에서 뉴스 콘텐츠를 검색할 수 있음은 물론이고 뉴스 헤드라인을 클릭하면 웹 사이트에서 제공한 콘텐츠를 볼 수 있다. 그러나 이용자가 링크에 의하여 뉴스 웹 사이트로 유입되는 것이 아니라 Zaker에 의하여 트랜스코딩을 거친 인터페이스로 이동하게 된다. Zaker의 경우 저작권자와 이용허락계약을 체결하여 이용료를 지불하는 형식으로 콘텐츠를 수집하고 전송하기에 저작권 침해 분쟁에 휘말리지 않았다.

그러나 두 번째 유형의 검색엔진식의 뉴스 애그리게이터인 금일뉴스의 경우 단일한 메커니즘에 의하여 운행되는 것이 아니라 RSS의 기술과 검색엔진식의 메커니즘을 혼용하였다. 즉 이용자가 자신의 관심 분야를 키워드 입력으로 직접 설정하거나 금일뉴스 앱을 설치한 다음 자신의 SNS 계정과 연동시켜 개인데이터가 자동적으로 수집되는데 이때 뉴스 애그리게이터는 자신의 알고리즘을 통해 뉴스를 선별하고 상응한 콘텐츠들을 링크로써 이용자에게 제공해준다.

II. 링크의 유형

위에서 살펴본 바와 같이 검색엔진식의 뉴스 애그리게이터는 링크를 통하여 다양한 웹 페이지로 이동하는 것을 용이하게 해주었다. 링크란 일반적으로 하이퍼텍스트를 사용하여 연관된 정보를 연결하는 것을 의미한다.¹⁶⁾ 링크는 구체적으로 사용된 기술과 링크된 정보의 주소에 따라 네 가지 종류로 나눌 수 있다. 기술적 기준에 의하면 단순링크(simple link), 심층링크(direct link or deep link), 프레임 링크(frame link), 인라인 링크(inline link)로 나눌 수 있다.

단순링크는 특정 웹 사이트의 홈페이지로 이동시키는 가장 간단한 형태의 링크인데 이용자가 목표 콘텐츠에 접근하려면 먼저 해당 웹 사이트의 홈 페이지로부터 목표 사이트로 이동하여야 한다. 따라서 단순링크는 처음부터 링크 된 홈페이지에 접속하는 것과 다를 바가 없기 때문에 특별한 사정이 없는 한 법률적으로 문제가 생기지 않을 것이다.¹⁷⁾

심층링크(또는 직접링크)는 최초 웹 페이지의 홈페이지를 거치지 않고 직접 목표 웹페이지로 유입하는 방식인데 흔히 검색엔진에서 검색결과를

¹⁶⁾ 컴퓨터용어대사전, 정보문화사, 1998, 419면 참조

¹⁷⁾ 최정열, “인터넷상의 디지털 정보에 관한 권리 보호” CYBER LAW의 諸問題[上], 2003, 305면.

제시할 때 쓰인다.

프레임 링크는 링크 제공자가 브라우징 프레임에 자신의 URL주소와 웹 디자인 및 메뉴를 유지하면서 동시에 타깃 프레임에는 다른 웹 사이트 정보가 나타나게 하는 것이다.¹⁸⁾ 인라인 링크라 함은 타인의 웹 사이트에 있는 그림이나 기타 정보를 자신의 홈페이지에서 직접 표시하는 링크를 말한다.¹⁹⁾ 즉 인라인 링크는 이용자가 해당 웹페이지를 방문했을 경우, 콘텐츠가 자동 실행되는 링크라고 할 수 있다.²⁰⁾

현재 중국의 뉴스 애그리게이터는 자신의 윤곽, 메뉴형식과 URL표시가 변하지 않는 상황에서 링크로 연결된 웹 페이지의 부분적 또는 전부의 콘텐츠를 이용자에게 노출하는데 이러한 콘텐츠 노출방식은 단순링크처럼 화면 전부가 최초 웹페이지로 이동되는 것도, 인라인 링크처럼 클릭할 필요 없이 자동 실행되는 것도 아니다. 상술한 링크의 기술표준에 따르면 중국의 뉴스 애그리게이터는 프레임 링크 기술에 의하여 콘텐츠를 노출시킨다고 판단할 수 있다.

그러나 일부 중국학자의 견해와 판례의 입장을 살펴보면, 프레임 링크와 인라인 링크를 모두 심층링크의 일종으로 인정하고 있고 링크의 기술적인 차이에 주목하지 않고 일괄적으로 취급하는 경우도 존재한다.

III. 소결

뉴스 애그리게이터 유형과 링크의 유형에 대한 분석을 통하여 뉴스 애그리게이터 기술적 메커니즘을 아래와 같이 정리해본다.

18) 김현철, 링크제공자의 저작권법상 책임에 관한 소고, 2002년 여름호, 40면

19) 이형정, 링크(Link)와 프레이밍(Framing)의 저작권, 법학연구 11(3), 8면

20) 배성호, 링크의 저작권침해 여부, 사법행정 43(10), 2002년, 5면

첫째, 웹 크롤링. 뉴스 애그리게이터는 뉴스의 제목과 요약문으로 구성된 콘텐츠를 이용자에게 노출하는데 이는 뉴스 애그리게이터가 웹 크롤링을 통하여 수집한 콘텐츠를 서버에 저장한 후 알고리즘에 의하여 뉴스의 제목과 요약문을 링크로써 노출시킨다.

둘째, 프레임 링크. 뉴스 애그리게이터 제공자의 URL이 변하지 않은 상황에서 링크를 통하여 저작물 출처인 목표 웹 사이트(second site)로 연결된다. 이러한 방식을 프레임(frame link) 라고 하는데²¹⁾ 이는 링크에 의하여 연결된 사이트의 접속횟수(hit)를 증가시켜 주지만 이용자는 연결된 웹 사이트의 콘텐츠를 보고 있으면서도 여전히 뉴스 애그리게이터 제공자의 URL에 머물러 있게 된다. 만약 프레임 링크에 의하여 연결된 것은 저작물 웹 사이트의 URL인 경우, 최초 웹 사이트의 콘텐츠와 광고 전부가 이용자에게 노출된다. 그러나 프레임 링크에 의하여 웹 사이트(home site, initial site)의 부분적인 콘텐츠에 직접 연결된 경우, 해당 콘텐츠만 노출할 뿐 주위의 광고는 크기가 축소되거나²²⁾ 차단되어 최초 웹 사이트의 광고효과가 위축될 우려가 있다.

셋째, 트랜스 코딩. 뉴스 애그리게이터 제공자는 이용자에게 이동 단말기에서 더욱 편리한 브라우저를 제공하기 위하여 최초 웹 사이트의 콘텐츠에 대하여 트랜스코딩을 진행한다.²³⁾

이러한 뉴스 애그리게이터의 메커니즘으로부터 보았을 때, 본 논문에서 연구하는 뉴스 애그리게이터는 자체로 뉴스를 제작하지 않고 뉴스 저작

21) 프레이밍은 웹 사이트를 운영하는 자가 프레이밍에 의하여 틀 또는 경계선을 만들어서 다른 사이트의 페이지를 이러한 틀에 집어넣어 콘텐츠를 노출시키나 URL은 연결된 웹 사이트가 아닌 운영자의 URL로 나타나는 기술을 말한다. 이에 대한 상세한 분석은 제3장에서 진행한다.

22) 프레이밍 하는 사이트의 광고와 함께 나타날 경우, 광고의 시각적인 효과는 떨어질 수 밖에 없다. 그것은 프레이밍에 의하여 광고의 크기는 축소되고 프레임이 사용됨으로써 화면이 혼란스러워지기 때문이다. 이대회, 인터넷과 지적재산권법, 박명사, 2002, 235면

23) 이에 대한 상세한 설명은 3장에서 진행한다.

물을 상대로 인터넷 이용자에게 유입, 전송, 저장, 검색, 링크 등 서비스를 제공하는 중국법상의 광의의 온라인 서비스 제공자라고 정의할 수 있다.²⁴⁾

제2절 뉴스 산업에 대한 영향

19세기 중반 이후 전신의 보급과 함께 뉴스의 전파가 빨라지고 수많은 신문사의 출현과 함께 산업화가 실현되었고 제일 먼저 보도한 신문사가 경쟁사의 뉴스를 활용을 제한하고자 하는 이익적인 수요가 강해지면서 뉴스 저작물에 대한 저작권법의 보호를 요구하게 되었다.²⁵⁾ 인터넷의 발전과 함께 뉴스의 유통은 시간과 공간의 제한을 뛰어넘어 온라인을 통하여 배포, 소비되고 있고 뉴스의 창작자와 배포자는 최초 뉴스 산업의 주체였던 신문사가 아닌 뉴스를 집계하여 헤드라인과 중요한 내용만 전달하거나 최종 이용자가 관심을 가진 뉴스를 선별하여 이용자에게 공급하는 뉴스 애그리게이터로 변화하고 있으며²⁶⁾ 이로 인하여 뉴스 산업에서 뉴스를 직접 생산하는 창작자의 지위가 점차 위축되는 현상이 나타났다.²⁷⁾

비록 전통언론사든 신홍 미디어 기업이든 모두 뉴스를 매개체로 수익을 창출하고 있으나 신문사와 같은 전통 언론사는 뉴스 자체를 상품으로 이용자에게 제공하는 것을 생산비용으로 충당하고 인터넷 포털 사이트와 뉴스 애그리게이터와 같은 신홍 미디어 기업은 뉴스를 통하여 생성된 ‘소비자의 주목’을 상품으로 광고주에게 제공하면서 자신의 비용을 충

24) 崔国斌, “著作权法: 原理与案例” 北京大学出版社 2014 年, 第753页。

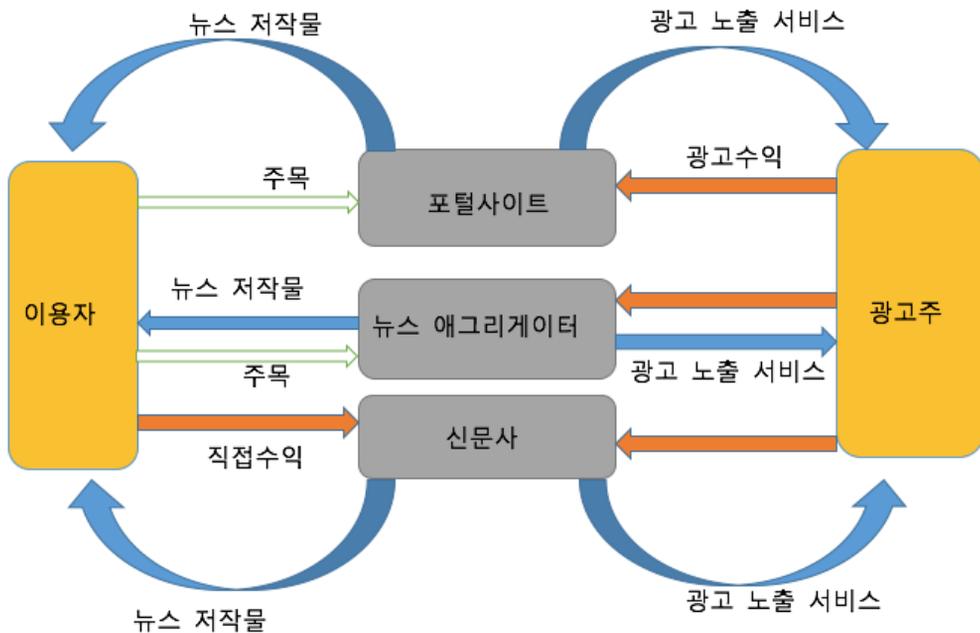
25) Robert Brauneis, “The Transformation of Originality in the Progressive-Era Debate Over Copyright in News”, 27Cardozo Arts & Ent. L.J. 321(2009), p.346~350.

26) Brad A. Greenberg, “Tollbooths and Newstands on the Information Superhighway”, 20 Mich. Telecomm. & Tech. L.Rev. 171(2013), pp.173-4.

27) Brad A. Greenberg, op. cit. p.174.

당한다는 구조적인 차이점²⁸⁾이 존재한다. 또한 수익구조 측면에서 신문사의 경우, 그 수익원천은 이용자가 지불하는 구독비용과 광고주가 지불하는 광고비용에서 기인된 것이고 포털 사이트와 뉴스 애그리게이터인 경우, 대부분 수익은 이용자의 주목에 의하여 형성된 상업경쟁력으로 벌어드리는 광고수익이다. 도표로 표현하면 아래와 같다.

[그림 1] 뉴스 산업 구조도



바로 뉴스 산업의 이러한 구조적인 차이점 때문에 뉴스의 자유로운 유통과 이용을 촉진해주는 뉴스 애그리게이터와 저작권법에 의하여 상업적

²⁸⁾ Croteau, David/Hoynes, William(2001),The business of Media. Corporate Media and the public Interest ,Thousands Oaks, California ,Sage, p.25

이익을 보장받고 있는 신문사, 포털 사이트 등 사이에 법적인 분쟁이 빈번히 출현한다고 본다. 뉴스 애그리게이터와 같은 신홍 미디어 기업의 상업모델은 이용자의 열독에 많은 편리함을 가져다 주었고 정보의 유통을 촉진한다는 측면에서 산업발전에 긍정적인 역할을 한다.

그러나 대부분의 질 높은 뉴스 저작물은 사실의 선택과 배열, 사실을 바라보는 프레임 등이 포함되어 있고 사실에 대한 해석을 담고 있는 상황이기 때문에 뉴스를 직접 생산하는 창작자에게 상응한 경제적 보상이 이루어져야만 질 높은 뉴스가 지속적으로 생산될 수 있다.²⁹⁾ 또한 현재 일부 포털 사이트는 뉴스 저작권자와 독점적 이용허락계약을 체결하여 신문사 및 뉴스 창작자와 같은 저작권자의 권리를 행사한다. 따라서 전통 언론사와 포털 사이트 그리고 뉴스 애그리게이터 사이의 법률적인 문제는 이러한 이익에 대한 고려를 내포하여야 한다.

29) 김정우·김영욱, “뉴스 저작물의 저작권”, 한국언론재단, 2005, 30면 참조 .

제3장 뉴스 애그리게이터의 법적 성질

제1절 저작재산권 침해책임

제2장에서 살펴본 바와 같이 뉴스 애그리게이터는 여러 가지 기술을 혼용하여 작동되는 것으로서 이러한 메커니즘의 법적 성질을 토론함에 있어서 매개 기술적인 행위가 가지는 법적 의미를 각각 살펴볼 필요가 있다고 본다. 물론 뉴스 애그리게이터의 복제권 및 정보통신망전송권 등 저작권 침해 여부의 문제는 각각의 기술적인 논리에 대응하는 법률적인 성질을 분석하는 것만으로 정확한 결론을 도출할 수 없으나 아래와 같은 단계별적인 고찰은 불가피한 것이라고 본다. 우선 뉴스의 ‘제목+요약문’ 노출방식의 복제권 침해 여부와 트랜스 코딩행위의 복제권 침해 여부를 논의하고 이어서 프레임 링크 행위의 정보통신망전송권 침해를 검토한다.

I. 복제권 침해 여부

1. 복제권의 정의

중국에서 복제권은 인쇄, 복사, 탐본(拓印), 녹음, 녹화, 음반영상 제작물로의 복제(翻录), 사진으로의 복제(翻拍) 등의 방법으로 저작물을 1부 또는 여러 부로 제작할 수 있는 권리”를 말한다(중국 저작권법 제10조 제5호). 한국 저작권법은 “복제란 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 포함한다고”고 규정하여(한국 저작권법 제2조 제22호) ‘복제’의 개념을 명시적으로 밝히고 있으나 중국저작권법은 이와

달리 복제행위의 일부 양태를 한정적으로 나열하고 있을 뿐이다. 특히 ‘유형물에 고정되어야 한다’는 개념요소는 한국저작권법에 명시되어 있지만 중국 법에는 명문화되지 않고 있으나 해석상 기본적으로 받아드려 지는 개념이기도 하다.³⁰⁾

2. 뉴스의 ‘제목+요약문’ 노출방식의 복제권 침해 여부

뉴스 애그리게이터는 웹 크롤링을 통하여 수집한 기타 웹사이트에서 구현된 뉴스 콘텐츠의 제목 또는 ‘제목+요약문’을 이용자에게 노출한다. 이러한 노출방식의 복제권 침해 여부를 판단하려면 먼저 뉴스의 제목과 요약문을 각각 저작권법의 보호대상으로 취급할 수 있는지 논의하고 이어서 ‘제목+요약문’을 함께 노출하는 방식의 복제권 침해 여부를 논의한다.

중국 저작권법에 의하면 저작권법의 보호를 받는 대상은 문학, 예술, 과학의 범위에 속하는 독창성(originality)³¹⁾이 있고 유형물로 복제가능한 지적인 성과이다.³²⁾ 저작물의 독창성은 창작과정에 투자한 지적 노동을 가리킨다. 중국 저작권법에서 ‘독창성’에 대한 기준은 저작자 본인이 독립적으로 완성하고 표절한 결과물이 아닐 것을 요구한다.³³⁾ 또한 최고인민법원의 사법해석 제15조에서는 독창성을 “독자적으로 완성하고 창작성이 있는 것”이라고 표현하였다.³⁴⁾ 중국 저작권법에 있어서 독창성은 타인의 저작물을 베끼지 아니하고 자신의 개성적인 사상이나 감정을 표현하는 것을 의미한다고 볼 수 있다.³⁵⁾

30) 김정현·한매화, 『중국저작권법(상)』, 법영사, 2008, 181면

31) 비록 중국에서 저작물 성립요건으로서 독창성이라는 용어를 사용하고 있지만 여러 교과서에서는 originality에 해당하는 용어로 표현하고 있으므로 한국 저작권법상의 창작성으로 이해해도 무방하다.

32) 中华人民共和国著作权法实施条例 第2条 (作品的定义)

33) 张广良, “作品的原创性在司法实践中的认定”, 人民司法, 1996年第2期.

34) 《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第15条

35) 김정현·한매화, 위의 책, 24면 참조.

만약 뉴스의 제목 자체가 사실적인 서술이 대부분이고 표현에서 독창성을 나타낼 수 없다면 저작권법의 보호대상이 아니다. 미국의 경우, 표제부 자체는 저작권법의 보호를 받지 않는데다가 미국 법원은 정보의 접근을 보조하는 검색엔진과 같은 도구에 저작권 침해 주장을 제기하는 것에 부정적인 태도를 보였다.³⁶⁾ 따라서 저작물에서 분리된 제목은 단독으로 저작권법의 보호를 받을 필요가 없고³⁷⁾ 뉴스 제목의 복제행위는 복제권을 침해하였다고 볼 수 없다.

그러나 ‘제목+요약문’을 함께 노출시키는 경우, 요약문 복제행위가 복제권 침해행위로 인정될 수 있다. 뉴스 애그리게이터 “鮮果”를 예로 들면 기계가 뉴스의 첫 구절 또는 첫 두 구절을 임의로 수집하여 4행 내지 5행정도 복제를 진행하는데 이러한 요약문은 충분히 저작자의 독창적인 표현을 담을 수 있어 저작물로서 보호받는 것이 마땅하다. 따라서 뉴스 저작물에서 가장 독창적인 부분이 제목과 요약문에 포함되었을 경우, 뉴스 애그리게이터의 ‘제목+요약문’ 노출방식은 저작자의 복제권을 침해하였다고 인정할 수 있다. 그러나 뉴스저작물의 요약문에 포함된 내용인 시간, 지점, 인물 및 사건을 포함한 간략한 내용이라면 이는 작자의 독창성을 띤 표현이라고 볼 수 없으므로 저작권법의 보호를 받을 수 없다. 즉 뉴스 애그리게이터에 제공되는 요약문이 사건에 대한 사실적인 서술일 경우, ‘제목+요약문’의 노출방식은 복제권을 침해로 인정하기 어렵다.

3. 트랜스 코딩 행위의 복제권 침해 여부

중국에서 ‘트랜스 코딩’의 법률적 개념을 직접적으로 언급한 판결은 없으나 트랜스 코딩의 기술원리를 설명하고 트랜스 코딩 과정에 행하여

36) Kelly V. Arriba Soft Corp., 336 F.3d 811, 818~819(9th Cir. 2003)(검색엔진이 섬네일 이미지를 사용하는 경우를 공정이용으로 판시)

37)[英] 萨莉·斯皮尔伯利著, 「媒体法」,周文译, 武汉大学出版社,2004年版, 第213 页

진 영구복제의 위법성을 판단한 상해법원의 판례를 참조할 수 있다. “2011년 상해 지식재산권 10대 보호사건”으로 선정된 상해시 현정엔터테인먼트회사(玄霆娱乐公司)가 바이두 회사(Baidu, 검색엔진)를 상대로 제기한 사건³⁸⁾의 판결에서 법원은 “현재 휴대폰 이동 단말기 브라우저의 대부분은 단지 WAP 포맷만 지원되고 PC에서 사용되는 웹 페이지의 콘텐츠를 직접 읽을 수 없기에 휴대폰 이동 단말기(PDA)에서 웹 페이지 내용을 읽으려면 반드시 검색결과를 서버에 복제하여 WAP 포맷으로 전환해야 한다”고 서술하였다. 이로부터 알 수 있듯이 법원은 트랜스코딩 행위를 이동 단말기의 브라우저를 만족시키기 위한 필요한 기술이라고 인정하고 있으나 본 사건에서 검색엔진 바이두는 트랜스코딩 과정에서 데이터를 서버에 영구적으로 복제하였기에 이는 복제권의 침해에 해당한다고 판시하였다.

그러나 모든 트랜스 코딩행위가 영구복제에 해당하는 것은 아니다. 즉 PC단말기의 웹페이지 콘텐츠를 휴대폰 단말기에 적합한 내용으로 전환하기 위한 기술적인 경로는 두 가지가 있는데 하나는 영구복제이고 다른 하나는 임시복제(temporary reproduction)이다. 영구복제는 트랜스 코딩을 거친 후 콘텐츠가 서버에 영구적으로 저장되고 이용자가 요청을 보내면 서버의 문서를 직접 이용자에게 제공하는 것을 말한다.³⁹⁾ 임시복제는 트랜스 코딩을 거친 문서가 임시적으로 서버에 저장되고 이용자의 요청에 의한 프로그램 실행이 끝나면 서버에서 자동적으로 문서가 삭제되는 것을 가리킨다.

뉴스 애그리게이터의 경우, 이용자가 휴대폰 단말기에서 더욱 편리하게 브라우징 할 수 있도록 WAP페이지가 존재하지 않는 목표 웹 사이트에 대하여 트랜스 코딩 기술을 이용하고 있는데⁴⁰⁾ 뉴스 애그리게이터의 트

38) 上海市卢湾区人民法院民事判决书(2010)卢民三(知)初字第61号。

39) 张力, 위의 논문, 32면 참조

40) 孙健, “澎湃新闻与今日头条, 何者可以言新-从两款风格迥异的新闻客户端看媒体融合之

랜스코딩은 서버에 잠깐 저장한 후 이용자의 브라우저가 끝남과 동시에 복제된 파일을 삭제하는 과정으로서 이는 임시복제에 해당된다.

그렇다면 ‘트랜스 코딩’의 기술적인 경로가 임시복제인 뉴스 애그리게이터에 대하여 본 판례의 논리를 준용하여 복제권 침해라고 인정할 수 있는지는 의문이다. 중국 저작권법은 임시복제의 복제권 침해 여부에 대한 명확한 규정을 두지 않고 있고 이에 대한 학계의 태도 역시 긍정설, 부정설, 절충설 등이 존재한다.⁴¹⁾ 임시복제의 복제권 침해를 부정하는 학자의 견해에 따르면 기술적인 각도에서 트랜스 코딩은 복제에 해당되나 이용자가 브라우저를 완성한 후 트랜스코딩을 거친 웹페이지는 자동적으로 삭제되기에 결론적으로는 아무런 내용도 저장되지 않고 서버에 임시적으로 저장된 복제물은 독립적인 경제적 가치를 가지고 있지 않으므로 복제물로 볼 수 없다고 주장한다.⁴²⁾

반대로 임시복제가 복제권 침해라고 인정하는 학자의 견해에 따르면 임시복제와 영구복제는 기술적인 차이만 갖고 있고 트랜스 코딩의 과정에서 서버에 어떤 형식으로 복제되었는지는 저작권자 및 이용자에게 있어서 본질적인 구별이 존재하지 않으므로 임시복제와 영구복제의 법률적인 차이를 인정할 수 없다고 주장한다.⁴³⁾

이러한 임시복제가 복제행위에 해당하는지를 고찰하기 위해서 WIPO의 저작권조약에서 임시복제에 대한 각 국의 입장을 정리한 결과 1996년 WIPO 외교회의에서 임시복제를 복제권의 범위에 포함시키는(저작권자를 강력하게 보호하는)조항⁴⁴⁾은 미국 및 유럽연합의 대표의 지지를 받았으

道” 2014年, 第11期。

41)陶丽娜,“网络服务信息服务著作权相关案例研究”, 6면-10면 참조

42)王迁,“今日头条’著作权侵权问题研究”,2014年 第4期。

43)崔国斌,“著作权法下移动网络内容聚合服务的重新定性”, 2014年 第8期。

44) WIPO 저작권 조약 제7조 제2하은 “임시복제를 하기 위한 유일한 목적이 저작물을 인식할 수 (preceptible) 있도록 하기 위한 것이거나 복제가 일시적이거나(transient) 부수

나 호주⁴⁵⁾ 및 싱가포르⁴⁶⁾의 반발을 받았다.

결국 임시복제에 대한 국제적인 합의는 이루어 지지 않았고 그에 관한 문제는 베른협약의 복제권의 개념에 관한 각국의 해석론에 의존하기로 했다.⁴⁷⁾ 현재 미국은 컴퓨터의 RAM에서 행하여진 임시복제를 연방저작권법과 판례⁴⁸⁾에 따라 복제물(copy)로 인정하고 있고 유럽연합은 소프트웨어 지침, 데이터베이스 지침 및 저작권 지침은 임시복제개념을 인정하고 있으나 상응한 면제 또는 예외를 허용하고 있다.⁴⁹⁾ 한국의 경우, 개정 전 저작권법에서는 임시복제에 관한 명시적인 규정을 두지 않았지만 지배적인 학설은 임시복제가 한국법상 복제의 개념에 해당하지 않는 것으로 풀이하였으나 2011.12.2. 개정된 저작권법은 한미자유무역협정의 합의에 따라 임시복제를 복제의 개념에 포함시키는 한편, 임시복제가 위축되지 않도록 복제권에 제한도 신설하였다.⁵⁰⁾

적인(incidental)정격을 가진 경우”에는 각 국이 복제권에 대한 제한을 할 수 있도록 하고 있다. 이대회, 「인터넷과 저작권」, 박영사, 445-450면

45) 호주대표는 복제권이 명시적으로 포함되었던 1971년에는 많은 수의 컴퓨터가 존재하지 않았고 네트워크의 작동을 상상할 수 없었기에 베른협약 제9조 제1항이 임시복제를 포함하기 어렵다고 주장하였다. 이대회, 위의 책, 박영사, 445-450면

46) 싱가포르 대표는 경제적으로 중요하지 않은 임시복제에 관한 규정을 제거하고 공정이용에 관하여 규정하는 것을 선호하였다. 이대회, 위의 책, 445- 450면

47) 이대회, 위의 책, 450면

48) MAI Systems v. Peak computer, 991 F.2d 511. 미국 제9순회항소법원은 피고가 그 고객이 보유하고 있는 컴퓨터프로그램을 수선하는 과정에서 원고의 컴퓨터프로그램을 작동하였는데 이는 컴퓨터 RAM에서의 임시복제행위를 수반하기 때문에 그러한 복제를 원고의 허락 없이 진행한 것은 저작권침해에 해당한다고 판시한 사례.

49) 면제요건 -제5조 제1항 (A) (i)일시적이거나 부수적이며 기술적인 과정의 필수적인 부분이며 (ii)그 유일한 목적이 (a) 중간과정에 있는 자 (intermediary)에 의하여 제3자간에 네트워크상에서 송신하게 하거나 (b)저작물이나 기타 대상을 합법적으로 이용하게 하는 것을 가능하게 하고 (B)독립적인 경제적 중요성을 가지지 않는, 제2항에서 언급된 복제의 임시적인 행위는 제2항에 규정된 복제권으로 면제되어야 한다고 규정되어 있다.

50) 한국 저작권법 제2조 22호 복제의 개념에 “일시적 저장”을 명시적으로 포함. 저작권 제한 조항들 중 하나인 제35조의 2에 “컴퓨터에서 저작물을 이용하는 경우에는 원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요하다고 인정되는 범위 안에서 그 저작물을 그 컴퓨터에 일시적으로 복제할 수 있다. 다만, 그 저작물의 이용이 저작권을 침해하는 경우에는 그러하지 아니하다”라고 규정하고 있다. 정상조·박준석, 「지식재산권법」, 홍문사, 374면

저작물에 대한 영구적인 복제는 복제물의 독자적으로 원 저작물의 추가적인 이용을 가능하게 할 수 있기에 복제물로서 인정되는 것이지만 임시 복제에 의한 복제물은 순간적으로 존재하는 것이고 중간 과정의 복제(interim reproduction)에 불과하므로 복제물과 동일시 할 필요가 없다고 본다. 따라서 뉴스 애그리게이터의 트랜스 코딩에 의하여 행하여진 임시 복제는 유럽연합의 저작권 지침의 임시복제 규정에 따르면 임시복제가 제5조의 면제요건을 만족시킬 수 있으므로 복제권 침해라고 보기도 어렵다. 동시에 임시복제의 문제는 자국의 저작권 산업의 발달정도, 저작권자와 이용자 간의 이해관계를 어떻게 조절할 것이냐 라는 정책적인 고려에 의하여 결정되는 문제이므로⁵¹⁾ 발전도상국가인 중국은 유럽연합보다 더 엄격한 표준을 적용하여 모든 임시복제를 복제권 침해로 규제할 필요가 없다고 본다. 따라서 현재 임시복제 관련 입법이 되어 있지 않은 중국법상으로 뉴스 애그리게이터의 복제권 침해책임을 묻지 않는 것이 타당하다.

II. 정보통신망전송권 침해 여부

1. 정보통신망전송권 관련 법률규정 및 해석

가. 정보통신망전송권의 정의

뉴스 애그리게이터의 프레임 링크행위가 정보통신망전송권 침해에 해당되는지를 분석하기 위하여 우선 중국 현행 저작권법의 정보통신망전송권 관련 규정을 살펴본다. 중국 저작권법 제10조 제12호⁵²⁾는 정보통신망전

51) 김정현·한매화, 위의 책 191면

52) 《中华人民共和国著作权法》第十条:著作权包括下列人身权和财产权:(12)信息网络传播权,即以有线或者无线方式向公众提供作品,使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利

송권을 아래와 같이 규정하고 있다.

저작권법 제10조

(12) 정보통신망전송권: 유선 또는 무선통신의 방법으로 공중에게 저작물을 제공하여 공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 저작물을 취득하도록 할 수 있는 권리를 의미한다.

이는 1996년 “세계지적소유권기구 저작권조약”(WIPO Copyright Treaty, 이하 WCT) 제8조⁵³⁾의 내용을 이어받은 것이다. 그러나 중국의 저작권법이 규정한 정보통신망전송권은 WCT조약의 그것과 비교하였을 때, 법문헌상 미세한 차이가 존재한다. WCT조약은 “개별적으로 장소와 시간을 선택하여 저작물에 접근할 수 있는 방법”을 단지 디지털 환경에서 출현하는 전송행위의 특징을 열거함으로써 보충설명을 진행한 것이 본뜻으로 보이나 중국 저작권법상의 정보통신망전송권은 그러한 행위를 특징으로서 ‘포함’하였다는 합의보다 개별적으로 선택한 장소와 시간에 저작물을 접근가능하게 한 ‘저작물을 제공’하는 행위만 전송행위로 규정하고 있다.

이러한 규정 하에서 PC방은 개방된 범위가 아닌 제한적인 랜(LAN)에 저작물을 업로드 하였기에 정보통신망전송권 침해의 요건인 “개별적으로 장소와 시간을 선택” 한다는 요건을 만족할 수 없기에 단지 복제권 또는 상영권의 침해이고 정보통신망전송권의 침해가 아니라고 인정한 판례가 존재한다.⁵⁴⁾ 이에 일부 학자는 정보통신망전송권의 실질은 쌍방향적

53) 제8조 “저작자는 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 저작물에 접근할 수 있는 방법으로 공중의 이용에 제공하는 것을 포함하여 유선 또는 무선의 수단에 의하여 저작물을 공중에 전송하는 것을 허락할 배타적인 권리를 향유한다”고 규정하고 있다.

54) 북경시 조양구인민법원 민사판결(2008) (복제권 침해를 인정).北京朝阳区人民法院民事判决书(2008)东民初字第07065号 북경시 동성구 인민법원 민사판결(2008) (복제권 및 상영권 침해를 인정).北京市东城区人民法院民事判决书(2008)东民出字第1503号 (认定网吧侵权“复制权”和“放映权”)

인 전송행위에 대하여 공제하기 위함이라고 지적하면서 “개별적으로 시간과 장소를 선택할 수 있다”는 것은 단지 쌍방향적인 정보의 전달과 일방적인 전달을 구분하기 위하여 보충적으로 설명한 것에 불과하다고 비판하였다.⁵⁵⁾ 따라서 판례의 입장과 다르게 정보통신망전송권의 함의를 저작자가 쌍방향적인 전달을 통제하는 권리로 이해하고 특정된 장소에서 랜(LAN)을 통하여 저작물을 게시한 경우에도 전송행위에 해당하는 것으로 해석하는 것이 합리적이라고 생각된다.

나. “저작물 제공행위”에 대한 분석

뉴스 애그리게이터의 프레임 링크가 정보통신망전송권에 대한 침해 여부를 판단하기 위하여 ‘저작물 제공’ (즉 전송)행위에 대한 사법해석을 살펴볼 필요가 있다. 2012년 정보통신망전송권 관련하여 최고인민법원은 새로운 사법해석⁵⁶⁾을 출범하였는데 온라인 서비스 제공자의 ‘저작물 제공’행위에 대한 규정은 아래와 같다.

저작물 제공 행위에 대한 사법해석

제3조 인터넷 이용자, 온라인 서비스 제공자가 권리자의 허락을 받지 않고 정보네트워크를 통하여 전송권자의 작품, 실연, 녹음녹화제작물을 제공한 자는 법률 및 행정법규에서 별도로 규정하는 경우를 제외하고 정보통신망전송권 침해행위에 해당한다. 인터넷 서버에 작품을 업로드하거나, 공유파일을 설정 또는 파일을 공유하는 소프트웨어를 이용하는 방식으로 작품, 실연, 녹음녹화제작물을 정보네트워크에 올려놓아(置于) 공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에 따라 다운로드, 브라우징을 실시하거나 다른 방식으로 취득이 가능하도록 하였을 때, 인민법원은 이를 전 항이 규정한 저작물 제공행위로 인정할 수

55) 王迁, 知识产权教程, 中国人民大学出版社, 158页

56) 《최고인민법원이 정보통신망전송권 민사분쟁 사건 적용에 관한 약간의 법률규정》 (《最高人民法院审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》)

57) 网络用户、网络服务提供者未经许可, 通过信息网络提供权利人享有信息网络传播权的

있다.⁵⁷⁾

제4조 온라인 서비스 제공자가 타인과 분공, 합작 하여 작품, 실연, 녹음녹화제작물을 제공할 경우, 공동침해행위로서 연대책임을 부담한다. 그러나 온라인 서비스 제공자가 단지 자동접속, 자동전송, 정보저장공간, 검색 서비스, 링크, 파일공유 등 온라인 서비스만 제공하였다는 증거를 제시하고 공동 침해행위가 아님을 주장할 경우, 인민법원은 이러한 주장을 인용해야 한다.⁵⁸⁾

제5조 온라인 서비스 제공자가 캐시, 썸네일 이미지 등 방식으로 실질적으로 기타 온라인 서비스 제공자를 대체하여 저작물을 제공할 경우, 인민법원은 동 행위를 저작물 제공행위로 인정한다. 그러나 상술한 저작물 제공행위가 저작물의 정상적인 사용에 영향을 끼치지 않고 저작자의 합법적인 권익을 불합리하게 손해하지 않았을 경우, 온라인 서비스 제공자는 정보통신망전송권의 비침해를 주장할 수 있고 법원은 이를 인용하여야 한다.⁵⁹⁾

이외 저작물 제공행위에 대한 판단의 증명책임의 분배에 있어서 원고는 온라인 서비스 제공자가 직접 공중에게 저작물을 제공하였다는 초보적인 증명을 제시해야 하고 만약 온라인 서비스 제공자가 무과실에 대한 입증 책임을 못했을 경우 저작물 제공행위라고 인정한다고 규정하였다.⁶⁰⁾

作品、表演、录音录像制品，除法律、行政法规另有规定外，人民法院应当认定其构成侵害信息网络传播权行为。通过上传到网络服务器、设置共享文件或者利用文件分享软件等方式，将作品、表演、录音录像制品置于信息网络中，使公众能够在个人选定的时间和地点以下载、浏览或者其他方式获得的，人民法院应当认定其实施了前款规定的提供行为。

58) 有证据证明网络服务提供者与他人以分工合作等方式共同提供作品、表演、录音录像制品，构成共同侵权行为的，人民法院应当判令其承担连带责任。网络服务提供者能够证明其仅提供自动接入、自动传输、信息存储空间、搜索、链接、文件分享技术等网络服务，主张其不构成共同侵权行为的，人民法院应予支持。

59) 网络服务提供者以提供网页快照、缩略图等方式实质替代其他网络服务提供者向公众提供相关作品的，人民法院应当认定其构成提供行为。前款规定的提供行为不影响相关作品的正常使用，且未不合理损害权利人对该作品的合法权益，网络服务提供者主张其未侵害信息网络传播权的，人民法院应予支持。

동 사법해석에서 주목해야할 점은 제3조 내지 제5조에 출현한 “온라인 서비스 제공자”는 광의의 의미로서 흔히 말하는 온라인 콘텐츠 제공자(OCP)와 온라인 서비스 제공자(OSP)을 모두 포함한 것을 뜻한다.⁶¹⁾ 동 사법해석 제3조는 권리자의 허락 없이 작품을 서버에 업로드하거나 공유 파일을 설치 또는 공유 소프트웨어 설치 등 방법을 이용하여 저작물을 정보네트워크에 올려놓는 행위를 저작물 제공행위로 인정하고 있다. 환언하면 제3조는 온라인 서비스 제공자의 ‘최초 업로드 행위’는 저작물 제공행위에 해당되지만 이미 인터넷에 업로드 된 내용을 ‘재전송’하는 행위는 ‘저작물 제공’행위에 해당하지 않는다고 해석될 수 있다. 그러나 동 규정은 온라인 서비스 제공자의 모든 재전송 행위의 위법성을 배제한 것은 아니다.

동 사법해석 제4조와 제5조는 제3조에 대한 예외로서 재전송행위에 해당하더라도 온라인 서비스 제공자가 직접 침해를 실시한 제3자와 분공·합작하거나 썸네일 이미지, 캐시 등 실질적으로 기타 온라인 서비스 제공자를 대체하여 저작물을 제공한 경우 ‘저작물 제공행위’에 해당한다고 판단할 수 있다고 규정하였다. 또한 제4조와 제5조의 단서에 의하면 검색서비스, 링크 등 단순한 온라인 서비스를 제공하거나 저작물의 정상적인 사용에 영향을 끼치지 않고 저작자의 합법적인 권익을 불합리하게 손해하지 않았을 경우에는 ‘저작물 제공’행위에 해당되지 않는다.

사법해석 제4조는 ‘링크’를 명확하게 온라인 서비스 제공행위로 간주하고 있어 프레임 링크도 링크의 일종으로서 동 조문의 ‘링크’범위에 해당하므로 온라인 서비스 제공행위라고 주장하는 견해도 있으나⁶²⁾ 동

60)第六条:原告有初步证据证明网络服务提供者提供了相关作品、表演、录音录像制品,但网络服务提供者能够证明其仅提供网络服务,且无过错的,人民法院不应认定为构成侵权。

61) 孔祥俊,「网络著作权保护法律理念与裁判方法」,中国法制出版社,55页

62)余俊缘,“内容聚合与深度链接相关版权问题探究—第二届中国互联网新型版权问题研讨会

조문의 ‘링크’는 직접 침해행위의 존재를 전제로만 적용될 수 있다는 점, 본 논문의 연구대상인 합법적인 저작물을 링크로 노출시킨 뉴스 애그리게이터의 저작권 침해분쟁은 직접 침해를 실시한 제3자가 존재하지 않는다는 점 등을 고려하였을 경우, 사법해석 제4조는 뉴스 애그리게이터의 프레임 링크에 대하여 적용되지 않는다는 결론을 내릴 수 있다. 따라서 사법해석 제3조와 제4조는 모두 뉴스 애그리게이터 행위를 규제할 수 없을 것이다.

다. 사법해석 제5조의 “실질적 대체효과”에 관한 분석

광의의 온라인 서비스 제공자로서 뉴스 애그리게이터가 실시한 프레임 링크 행위가 제5조의 규제대상인지를 분석해야 한다. 동 사법해석 제5조는 썸네일 이미지와 캐시만을 열거하고 있고 프레임 링크를 직접적으로 언급하지 않고 있기에 뉴스 애그리게이터의 프레임 링크행위가 사법해석 제5조를 적용할 수 있는지가 의문으로 제기된다. 즉 사법해석 제5조는 캐시, 썸네일 이미지 등을 규제대상으로 “실질적 대체효과”는 그러한 규제대상을 설명하기 위한 용어로 해석해야 하는지 아니면 반대로 ‘실질적인 대체효과’를 규제목적으로 하고 캐시, 썸네일 이미지 등이 그러한 대상을 설명하는 기술적 예시인지는 분명하지 않다.

따라서 프레임 링크가 제5조의 규제대상인지 여부는 학설상 프레임 링크의 침해판단 기준으로 논의 중인 ‘서버기준’, ‘이용자 감지기준’, ‘실질적 표현기준’등에서 어떠한 기준을 적용하여야 하는지의 문제이므로 아래 부분에서는 각 기준에 대하여 구체적으로 분석한다.

2. 학설상 프레임 링크의 침해판단 기준

综述”,中国版权,2014年 第6期

중국 학계에서 프레임 링크의 침해 판단기준에 대하여 오랫동안 논의하였다. 상술한 바와 같이 사법해석에서 ‘저작물 제공’행위에 대한 상세한 설명을 두고 있지만 프레임 링크는 그 기술적 특징상 사법해석의 기준에 의하여 명확한 결론을 내릴 수 없다. 따라서 사법해석에 대한 이해는 이러한 기준의 적용을 토대로 한다. 중국 학계에서 현재 논의 중인 프레임 링크의 침해 판단기준은 주로 세 가지가 있는데 뉴스 애그리게이터가 프레임 링크에 의하여 합법적인 저작물로 연결되었을 경우, 각 판단 기준에 따른 저작권 침해책임은 아래와 같이 요약한다.

[표 1]뉴스 애그리게이터 프레임 링크의 정보통신망전송권 침해책임

판단기준	저작물 제공행위 해당여부	저작권 침해책임
서버 기준	저작물 제공행위 아님	비(非) 침해
이용자 감지 기준	저작물 제공행위 해당	직접책임
실질적 표현 기준	저작물 제공행위 해당	직접책임

가. 서버기준

이른바 ‘서버기준(server test)’이란 저작물이 서버에 저장되었는지 여부가 ‘저작물 제공행위’를 판단하는 유일한 요소로 고려되는 것으로서 저작물을 업로드 또는 기타 방식으로 서버에 저장하는 행위를 침해요건으로 요구하고 있다. 중국학계에서 논의하고 있는 ‘서버기준’은 미국의 Perfect 10 v. Google사건⁶³⁾에서 인라인 링크의 전시권(right of display) 침해를 판단하는 기준으로도 적용된바가 있다. 동 기준에 의하여 미국법원은 “구글의 링크행위는 이용자의 브라우저를 출처 웹 사이트 서버에 저장된 원본 이미지로 유인하는 지시를 제공한 것이고 원본 이미지가 구글의 서버에 저장된 것이 아니다”라고 인정하면서 전시권

63) 1심판결: Perfect 10 v. Google, Inc., et al., 416 F.Supp. 2d 828(C.D. Cal. 2006). 2번째 항소심판결 : Perfect 10, Inc v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146(9th cir., December 03, 2007) 1심피고 Google과 Amazon.com 관련 사건이 병합되어 선고됨.

침해의 직접책임을 인정하지 않았다. 미국의 전시권과 중국의 정보통신망전송권은 직접적인 대응관계라고 인정하기 어려우나⁶⁴⁾ 중국 학계에서는 미국에서 적용한 인라인 링크의 전시권 침해 판단기준을 프레임 링크의 정보통신망전송권 침해판단 기준으로 토론하고 있다.

한편 서버기준을 지지하는 학자의 관점에 의하면, ‘저작물의 제공’이란 용어는 WCT 제8조의 공중전달권(right of communication to the public)의 규정 중의 “making available”로부터 변형된 것으로서 공중이 저작물에 대한 접근가능성을 뜻한다고 주장한다.⁶⁵⁾ 프레임 링크에 의하여 연결된 웹 사이트가 서버의 저작물을 삭제하거나 기술적 조치로서 방문을 제한한 경우, 프레임 링크에 의한 공중의 저작물에 대한 접근가능성은 차단되지만 공중은 여전히 최초의 웹 사이트를 직접 방문하는 방법으로 저작물을 접근할 수 있기에 공중의 저작물에 대한 접근가능성은 손해되지 않았고 최종적인 접근 가능성의 통제권은 여전히 최초 웹 사이트에 귀속⁶⁶⁾되므로 저작물 제공행위로 해석할 수 없다는 것이다.

따라서 프레임 링크는 단지 저작물의 전송범위를 확대한 단순통로에 불과하다는 결론이 도출되고 서버기준에 의하여 프레임 링크를 판단하면 이는 중국의 사법해석상 ‘저작물의 제공’에 해당되지 않으므로 저작권법상 그 어떤 침해책임도 부담하지 않게 된다. 그러나 이러한 기준은 인터넷 환경의 변화에 적응하지 못한 채 ‘서버’에만 집착한다는 결함이 있다고 본다. 즉 ‘서버기준’은 서버가 전송을 실행하는 유일한 경로인 기술적 시대배경에서 나타난 판단기준으로서 기술의 발전에 따라 서버를

64) 한국의 전송권과 직접 대응하는 개념은 미국의 전시권(right of display)이 아닌 배포권(right of distribution)을 확장하여 처리하는 것으로 인정하는 것이 한국 학계의 주류의 견이다. (박준석, “이미지 검색엔진의 인라인 링크 등에 따른 복제, 전시 전송 관련 저작권 침해의 책임”, 41면 각주111참조)같은 논리로서 한국의 전송권 개념과 대응하는 중국의 정보통신망전송권은 미국의 전시권과 직접 대응하지 않은 것으로 판단된다.

65) 张细英, “深度链接中的侵权行为”, 暨南大学硕士学位论文, 2016. 6 第21页

66) 王迁, 「知识产权法教程」, 2007, 167页

통하지 않은 전송행위의 규제가능성을 크게 약화시킨다는 점에서 문제가 된다. 따라서 이러한 문제점을 극복하고자 학자들은 ‘이용자 감지기준’을 제기하였는데 구체적인 주장은 아래와 같다.

나. 이용자 감지기준

‘이용자 감지기준’을 주장하는 학자들은 상술한 ‘서버기준’은 과거의 기술표준에 의하여 제정된 것으로서 인터넷의 발달과 함께 도태되어야 한다고 본다. 즉 ‘서버기준’은 서버에 저장되는 절차 없이도 저작물을 제공하는 행위를 효과적으로 규제할 수 없기에⁶⁷⁾ 저작물 제공행위에 대한 인정범위가 축소되어 저작권자의 권리를 충분히 보호할 수 없다고 주장한다. ‘이용자 감지 기준’에 따르면 링크 제공자가 서버에 저작물을 복제하지 않더라도 이용자가 링크 제공자를 저작물의 제공자로 오인을 일으킨 경우, 링크 제공자를 정보전달의 주체로 인정하고 저작권자의 허락을 받지 않은 링크 제공행위는 저작권 침해책임을 져야한다.

이러한 기준은 ‘저작물 제공’행위는 최초 업로드 후에 재전송하는 행위를 포함할 뿐만 아니라 업로드 행위를 거치지 않은 재전송행위도 포함한다.⁶⁸⁾ 따라서 이러한 ‘이용자 감지기준’을 적용하면 링크 된 웹 사이트가 이용자의 오인, 혼동에 의한 경제적 이익의 침해를 방지할 수 있다는 점에서 긍정적인 작용이 존재한다. 그러나 ‘이용자 감지기준’은 저작물 제공행위에 대한 객관적인 판단기준이 아닌 인터넷 이용자의 ‘오인’이라는 요건만 만족하면 침해책임을 부과할 수 있어 지나치게 주관적이고 심지어 ‘저작물 제공행위’의 주체를 판단하는 것도 어렵게 된다는 폐단이 존재하므로 사법실무에서 보편화 될 수 있는 기준이 아니라고 생각된다.

67) 张细英, 上述论文, 第24页

68) 杨伯勇, 「网络知识产权案件审判实务」, 法律出版社, 2012, 39页

다. 실질적 표현 기준

세 번째 논의되는 기준은 ‘실질적 표현 기준’이다.⁶⁹⁾ 이는 사법해석 제5조에 언급된 “실질적 대체효과”가 규제대상임을 주장하는 기준으로서 만약 링크 제공자가 자신이 통제하고 있는 인터페이스를 통하여 실질적으로 저작물을 표현하여 이용자에게 브라우징을 실현하면 저작물 제공 행위 라고 인정한다는 것이다.

즉 ‘실질적 표현 기준’에 따르면 링크 제공자가 프레임 링크를 통하여 타인의 저작물을 자신의 웹 페이지로 유입시켜 최초 웹 페이지를 방문하는 필요성을 제거하고 실질적으로 최초 웹 사이트를 대체하여 공중에게 저작물을 구현하면 저작물 제공행위로 간주한다. 이때 링크행위자는 단순한 서비스 제공자(OSP)가 아닌 온라인 콘텐츠 제공자(OCP)로 인정해야 되고 링크 제공행위는 저작권법상 저작물 제공행위에 해당할 뿐만 아니라 실질적으로 이익을 취득한 경우, 정보통신망전송권 침해로 간주된다.⁷⁰⁾ 따라서 ‘실질적 표현 기준’은 인터넷 전송과정에서 생성되는 경제적 이익을 저작권자가 직접 향유하도록 하기에 저작권자를 보호해주는 데 유리하다.

사건에 의하면 프레임 링크 제공행위는 기타 온라인 서비스 제공자의 저작물 제공에 대한 “실질적인 대체효과”가 나타나기 마련이고 타인이 적지 않은 노력과 비용으로 제작한 콘텐츠를 가로채어 손쉽게 경제적 이익을 취할 수 있고 그로 인해 링크로 연결된 웹페이지의 이익을 훼손할 수 있다는 점에서 당연히 규제대상이 되어야 한다고 생각한다. 물론 사법해석 제5조는 캐시 및 썸네일의 침해행위 규제를 목표로 했다는 점⁷¹⁾,

69) 实质呈现标准, 칭화대학의 최국빈 교수에 의하여 최초로 제기된 “실질적 표현 기준”.崔国斌,“加框链接的著作权法规制”,政治与法律, 2014年 05期

70) 崔国斌,上述论文, 23页

프레임 링크와 캐시 및 썸네일은 기술적으로 구별된다는 점을 고려했을 때, 뉴스 애그리게이터의 프레임 링크행위가 사법해석 제5조에 의하여 규제하기 어렵다는 견해가 있을 수 있다.

그들은 사법해석 제5조를 제정한 정책적인 배경은 당시 캐시와 썸네일 이미지 등과 같은 기술이 저작자의 저작물에 대한 통제권을 약화시켜 이에 대한 규제의 필요성이 제기되었고 프레임 링크가 정보의 효율적인 전송을 추진하는데 긍정적인 역할을 하므로 저작권자와 검색엔진 서비스 제공자, 이용자의 이익적인 균형을 위하여 동 조문에서 “실질적 대체효과”는 단지 정도에 대한 요건으로서 캐시와 썸네일 이미지에 대한 규제를 진행하였다는 것이다.⁷²⁾ 다시 말하면 동 견해의 주요근거는 캐시 및 썸네일 이미지는 검색엔진 서비스 제공자가 저작물을 자신의 서버에 업로드 및 저장한 후, 다시 공개된 네트워크에 전송하였으나 프레임 링크는 자신의 서버에 직접 업로드 한 것이 아닌 타인의 웹 사이트로 유입되는 경로를 제공하는 것이므로 제5조의 캐시, 썸네일 이미지 기술적으로 본질적인 구별을 가지고 있다는 것이다.

그러나 이러한 견해는 상술하는 학설상 ‘서버기준’에 의해 도출된 해석론으로서 위에서 지적한바와 같이 시대적인 결함이 존재한다. 따라서 필자는 제5조에 대한 해석은 ‘실질적 표현 기준’을 채택하여 비록 프레임 링크를 캐시, 썸네일 이미지와 함께 열거하지 않았으나 이는 단지 기술에 대한 예견성이 부족한 문제이지 프레임 링크와 기술적인 차이가 존재한다고 저작권법 상의 적법성 판단 논리도 달리해야 하는 것은 아니라고 본다. 즉 사법해석 제5조는 캐시, 썸네일 이미지를 기술적인 예시로 이해하고 “실질적 대체효과”를 나타내는 프레임 링크도 제5조의 규제대상에 포함시켜 정보통신망전송권의 침해로 인정하는 것이 바람직하

71) 王迁, “今日头条”著作权侵权问题研究, 中国版权, 2014.4, 第6页

72) 王迁, 搜索引擎提供“快照”服务的著作权侵权问题研究, 载于《东方法学》, 2010 年第3期

다고 본다.

3. 프레임 링크에 관한 법원의 판단

기술의 발전에 따라 프레임 링크 관련한 사건은 증가되고 있지만 정보통신망전송권 관련된 법률규정 및 사법해석의 불분명함은 중국 각급 법원에서 프레임 링크에 관하여 서로 상충되는 판결들이 속출했을 뿐만 아니라 저작권법 내부에서 해결하는 것이 아닌 반부정당경쟁법의 논리로 판단한 사례도 나타나게 되었다. 현재 중국에서 뉴스 애그리게이터의 프레임 링크 행위를 직접 판결대상으로 한 판례는 존재하지 않으나 프레임 링크를 통하여 동영상을 제공한 사례들에 대하여 법원은 아래와 같이 서로 다른 기준을 적용하여 판단을 진행하였다.

[표 2] 프레임 링크에 의하여 동영상을 제공한 사건에 대한 판례 정리

적용기준	사 례	법원의 판단
서버기준	원고는 모 드라마의 정보통신망전송권자이고 피고는 포털 사이트 sina에서 제공하는 sina cloud 서비스의 사용자로서 클라우드에 포함된 원고의 드라마를 프레임 링크의 형식으로 인터넷 이용자에게 제공함. 그러나 원고는 sina에게 부여한 정보통신망전송권 이용허락범위에는 본 사건의 드라마가 포함되지 않기에 피고	피고의 프레임 링크 행위는 저작물을 서버에 업로드 한 것이 아니므로 저작물 제공행위에 해당되지 않는다. 피고는 온라인 서비스 제공자로서 sina cloud의 저작물에 대한 통제권을 가지고 있지 않고 해당 저작물이 이용허락범위에 해당되는지에 대한 심사능력을 가지고 있지 않으므로 피고에게 과도한 주의의무를 부과하는 것은 적합하지 않다. 따라서 피고의 프레임 링크행위는 정보통신망전송권 침

	의 프레임 링크는 정보통신망전송권을 침해했다고 주장하였다. ⁷³⁾	해에 해당되지 않는다.
입증 책임에 의한 판단 (서버기준-이용자감지 기준의 과도단계)	원고는 영화 <칠검>의 저작권자이다. 피고는 자신의 웹 페이지에 프레임 링크의 방식으로 원고의 영화를 제공하였는데 해당 웹 페이지에는 해당 영화의 출처인 제3자의 명칭("영화천지") 이 표기되어 있다. 그러나 출처의 URL주소 또는 웹 페이지 명칭 등은 포함되지 않았다. ⁷⁴⁾	프레임 링크에 의하여 연결된 제3자 웹 사이트의 진실한 URL 주소 또는 웹 사이트 명칭을 입증하는 책임은 피고에게 있다. 그러나 논란되고 있는 영화가 직접 저장된 웹 페이지의 URL, 웹 사이트의 명칭, 웹 페이지의 실제적 경영주체 등 정보를 확정할 수 없는 것은 피고가 주의 의무를 충분히 수행하였다고 판단할 수 없기에 피고는 원고의 정보통신망 전송권을 침해하였다.
이용자 감지기준	원고는 영화<엽문>의 정보통신망전송권자이고 피고는 자신의 웹 사이트의 콘텐츠를 이슈별로 정리한 후, 영화<엽문>을 프레임 링크를 통하여 제공하였다. ⁷⁵⁾	피고는 자신의 웹 페이지에 저작물의 출처를 명시하지 않았기에 이는 이용자의 오인을 초래하는 저작물 제공행위에 해당되므로 프레임 링크에 의한 영화 제공행위는 원고의 정보통신망 전송권을 침해하였다.

위 도표와 같이 서버기준을 적용하여 프레임 링크를 온라인 서비스 제공행위로만 인정한 판례도 존재하거나와 증거제출 과정에서 피고에게 ‘주

73)上海聚力传媒技术有限公司诉天津报传媒网络发展有限公司、北京若博佰思咨询有限公司等侵犯作品信息网络传播权纠纷案, (2012)二中民三知初字第382号

74) 北京慈文影视制作有限公司诉中国网络通信集团公司海南省分公司案, 最高法院(2009)民提字第17号

75)宁波成功多媒体通信有限公司与宁波日报报业集团侵犯著作权财产权纠纷二审民事判决书, (2012)浙甬知字第 18 号.

의 의무'를 이행하였음을 입증하도록 요구하는 방식으로 프레임 링크의 위법성을 인정하는 판례 및 이용자 감지 기준을 적용하여 저작물의 출처에 대한 표시가 부족한 것은 저작권자의 정보통신망전송권에 대한 손해를 끼쳤다고 판단한 법원의 판례도 존재한다.

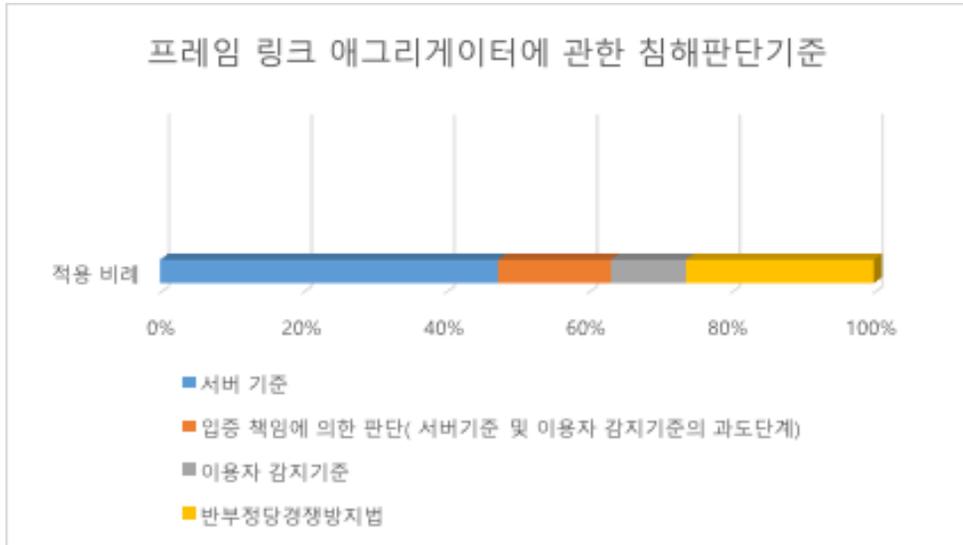
중국 재판문서왕 (<http://wenshu.court.gov.cn>)에서 “심층링크”, “정보통신망전송권”을 키워드로 검색하여 추출한 링크의 애그리게이터 관련 판례에서 적용한 침해판단 기준의 비례(횃수)를 아래와 같은 도표로 요약할 수 있다.⁷⁶⁾

76) 가. 서머기준에 의한 판단사례 9개 (1)宁波成功多媒体通信有限公司与广州市星影电子科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷上诉案, (2014)穗中法知民终字第778号(2)上海市浦东新区人民法院(2014)浦民三(知)初字第1137号 (3)上海知识产权法院(2015)沪知民终字第213号(4)深圳市迅雷网络技术有限公司与北京华录北方电子有限责任公司侵害作品信息网络传播权纠纷二审民事判决书(2014)一中民终字第4870号(5)深圳市迅雷网络技术有限公司与北京华录北方电子有限责任公司侵害作品信息网络传播权纠纷一审民事判决书(2013)石民初字第4563号 (6)深圳市迅雷网络技术有限公司与北京华录北方电子有限责任公司侵害作品信息网络传播权纠纷一审民事判决书(2013)石民初字第4564号(7)上海激动网络股份有限公司与北京时越网络技术有限公司著作权权属、侵权纠纷二审民事判决书(2014)二中民终字第02304号(8)北京优朋普乐科技有限公司等侵害作品信息网络传播权纠纷二审民事判决书(2014)一中民终字第3284号(9)北京优朋普乐科技有限公司等与辽宁东北网络台等侵害作品信息网络传播权纠纷二审民事判决书(2014)一中民终字第3297号

나. 입증책임에 의한 판단사례 3개 (1)北京风行在线技术有限公司诉北京华录百纳影视有限公司案, 北京一中院(2010)一中民终字第15896号(2)广东中凯文化发展有限公司诉北京中搜在线软件有限公司案(3)西安信利软件科技有限公司与杭州锋线文化信息咨询有限公司等侵害作品信息网络传播权纠纷二审民事判决书(2015)京知民终字第296号 참조

다. 이용자 감지기준에 의한 판단사례 2개 (1)乐视网信息技术(北京)股份有限公司与宁波日报报业集团有限公司侵犯著作财产权纠纷一审民事判决书(2014)甬海知初字第2号 (2)杭州锋线文化信息咨询有限公司与西安信利软件科技有限公司等侵害作品信息网络传播权纠纷一审民事判决书(2014)西民初字第13443号

[그림 2]프레임 링크 관련 침해판단기준 적용비례 77)



이로부터 알 수 있듯이 법원의 사법해석에 대한 이해는 여전히 서버기준을 적용하는 경우가 대부분이고 이용자 감지기준을 적용한 사례가 가장 적으며 이외에도 반부정당경쟁법⁷⁸⁾ 논리에 근거하여 침해책임을 부과한 사례도 일정한 비례를 차지하고 있다.⁷⁹⁾ 여기서 문제점은 비록 정보통신망전송권 관련하여 아주 상세한 사법해석을 두고 있지만 실무적으로 이

77) 상술한 도표는 张力, “新闻搜索平台的著作权问题研究”의 글에서 나타난 통계와 필자가 보충을 통하여 정리한 데이터이다. 이는 언론에 보도되거나 이슈화된 판례를 중심으로 정리된 것이고 근년래 모든 판례 데이터를 정확하게 포섭한 통계는 아니지만 전체적인 추세를 파악하는데 별다른 문제가 없다.

78) 반부정당경쟁법 법리에 의하여 판단한 사례 5개 (1)北京我爱聊网络科技有限公司与央视国际网络有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷二审民事判决书(2014)一中民终字第3199号(2)飞狐信息技术(天津)有限公司等与北京华录天维科技有限公司等不正当竞争纠纷一审民事判决书(2014)石民(知)初字第9291号(3)北京搜狐互联网信息服务有限公司等诉北京华录天维科技有限公司等公司不正当竞争纠纷案, (2014)石民(知)初字第9291号(4)北京鸿宇吴天科技有限公司诉沈丽不正当竞争纠纷案, 北京市海淀区法院 (2004)海民初字第19号(5)上海幻电信息科技有限公司诉北京奇艺世纪科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案,上海知识产权法院,(2016)沪73民终135号

79) 이에 대한 상세한 설명은 아래 반부정당경쟁법에 의한 규제가능성에 대한 검토에서 보충한다.

러한 해석은 법률기준으로서의 역할이 제대로 수행되지 않고 있다는 것이다.

따라서 직접 뉴스 애그리게이터의 프레임 링크에 대하여 위법성을 판단한 사례는 찾아볼 수 없지만 위와 같은 분석으로부터 추측해보면 뉴스 애그리게이터의 프레임 링크에 대한 각 법원의 판단도 서로 다른 기준과 서로 다른 법리의 적용에 의하여 그 판결결과가 엇갈릴 것으로 예상된다. 이에 필자는 “뉴스 애그리게이터에서 프레임 링크에 대한 침해판단에 있어서 어떠한 기준을 적용하는지 여부는 뉴스를 매개체로 수익을 창출하는 산업의 이익균형의 문제이고 온라인 서비스 제공자의 책임을 가중할 것인지 여부의 문제이며 어떠한 기준이 해당 산업의 이익과 공중의 이익을 최대화 할 수 있는지가 핵심으로 고려되어야 한다”⁸⁰⁾는 주장에 전적으로 동의한다.

그러나 저작권법에서 재산권 설정의 논리는 저작권자의 사익에 대한 보호로 저작자에게 인센티브를 부여하는 것이고 사회적 공익에 대한 고려는 저작재산권 제한 규정부분에서 논의해야 하는 것으로서 침해판단기준은 저작권자의 보호를 먼저 고려하여야 한다고 본다. 따라서 프레임 링크의 애그리게이터에 대하여는 ‘실질적 표현 기준’을 적용하여 저작권자의 정보통신망의 침해임을 인정하는 것이 저작권법 본래의 목적과 논리에 부합된다고 생각한다.

하지만 본 논문에서 연구하는 뉴스 애그리게이터는 뉴스라는 강한 사회적 기속성을 띤 저작물을 제공하는 플랫폼으로서 그 판단에 있어서 상술한 프레임 링크 침해판단의 기준만으로 최종적인 결론을 내릴 수 없으며 아래 부분에서는 뉴스의 공익적인 특성을 고려하여 저작재산권 제한의

80) 孔祥俊(최고인민법원 지식재산권 부장판사),“论信息网络传播行为”, 载于《人民司法》, 2012年 第7期

적용에 대한 검토를 진행한다.

III. 저작권의 제한 또는 예외의 적용에 대한 분석

문화와 과학은 특정인의 뛰어난 독창성이나 천재성에 의해서 발전하기도 하지만 선조들의 문화유산 또는 발명을 토대로 해서 그 위에 누적적으로 약간의 창작을 보태어서 발전을 이룩한 경우가 더욱 많다. 저작권을 보호하는 방식으로 창작을 유인함으로써 문화 및 관련 산업의 발전을 도모할 필요가 있지만 다른 한편으로는 저작재산권의 제한에 의해서 저작물을 널리 이용할 수 있도록 허용함으로써 문화 산물의 양적 증가와 누적적 창작의 기반을 제공하고 궁극적으로 문화산업의 발전을 도모할 수 있다.⁸¹⁾

대부분의 저작물은 사회적 맥락(social context)에서 형성된 것이지만⁸²⁾ 소설이나 영화와 달리 뉴스는 존재 자체가 사회적인 정보전달을 위한 것을 목적으로 하기에 더욱 강한 사회적 기속성을 가지고 있다고 판단된다. 환언하면 뉴스는 다른 내용의 저작물보다 언론 자유와 더욱 밀접히 연관되고 뉴스 저작물의 자유로운 유통이 띠는 공익성은 일반 저작물의 그것보다 더욱 강하므로 뉴스에 관한 저작재산권의 제한에 대한 검토도 달리 되어야 한다고 본다. 중국에서 뉴스 애그리게이터가 적용할 수 있는 저작재산권 제한규정으로는 구체적으로 특정된 조건의 법정허락(法定許可), 온라인 서비스 제공자의 책임제한 규정, 합리적 사용(合理使用, 이하 공정이용)⁸³⁾ 등이 있는데 아래 부분에서는 그 적용가능성에 관하여 논의한다.

81) 정상조·박준석, 위의 책, 422면

82) 김현경, 위의 논문, 875면

83) 한국과 미국에서 사용하고 있는 '공정이용'이라는 용어와 동등한 의미를 가진다.

1. 법정허락(法定許可) 적용 여부

중국의 저작권법 제33조 2항의 규정에 의하면 “저작물이 게재된 후 저작자가 전제 또는 발췌 편집을 불허한다고 발표한 경우를 제외하고 기타 신문사나 정기 간행물사는 전제 또는 요약문, 자료 등 방식으로 게재할 수 있다. 단, 규정에 따라 저작자에게 보수를 지급하여야 한다.” 신문에 게재되는 뉴스는 강한 시효성을 띠고 있기 때문에 저작권자의 허락을 받고 다시 게재한다면 뉴스의 고유적인 시효성을 상실한다는 점을 고려하여 뉴스에 대한 기타 신문사 또는 간행물사의 전제를 허락하였다.⁸⁴⁾ 그러나 인터넷 기술의 발전과 더불어 본 규정의 주체에 대한 의문이 제기되기 시작하였다.

즉 뉴스 저작물에 대하여 신문사 또는 간행물사의 전제만 허용되는 법정허락제도가 인터넷 매체와 신문사 사이의 전제 및 인터넷 매체 사이의 전제도 허락하는지가 문제되었는데 이 문제에 대한 중국의 입법태도는 여러 차례 반복되었다. 2000년부터 시행된 최고인민법원의 컴퓨터인터넷 저작권 분쟁안건 관련 사법해석⁸⁵⁾에서는 이러한 법정허락을 인터넷 매체의 적용까지 확대한다고 규정했었지만 2001년 발표된 새로운 <저작권법>의 수정과 함께 위 사법해석의 해당 규정은 삭제되었다. 그러나 이어서 2004년의 사법해석 수정 관련 결정(1)⁸⁶⁾에서 인터넷 전제를 법정허락의 범위에 포함시켰다가 2006년 사법해석 수정 관련 결정(2)⁸⁷⁾에서는 뉴스

84) 林跃, 上述论文, 43页

85) 最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第3条：已在报刊上刊登或者网络上传播的作品，除著作权人声明或者报社、期刊社、网络服务提供者受著作权人委托声明不得转载、摘编的以外，在网络进行转载、摘编并按有关规定支付报酬、注明出处的，不构成侵权。但转载、摘编作品超过有关报刊转载作品范围的，应当认定为侵权。

86) 修改《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》的决定(一)

87) 修改《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》的决定(二)

저작물을 신문사 및 간행물사 사이의 전재만 허용하였고⁸⁸⁾ 인터넷 매체에 대한 전재를 배제하였다. 따라서 현 단계에서 새로운 인터넷 매체인 뉴스 애그리게이터는 법정허락제도의 규제범위를 벗어난 주체이므로 적용될 수 없다.

2. 정보통신망전송권보호조례 제21조⁸⁹⁾와 제23조⁹⁰⁾ 적용 여부

「정보통신망전송권보호조례 제21조」는 “온라인 서비스 제공자가 인터넷 전송효율을 제고하기 위하여 다른 온라인 서비스 제공자의 작품, 실연, 녹음녹화물(이하 저작물로 약칭) 등을 자동저장하고 기술적인 조정에 의하여 자동적으로 서비스 대상에게 제공하고 동시에 아래의 세 가지 요건을 만족한 경우 배상책임을 부담하지 않는다. (1)자동 저장한 저작물을 개정하지 않을 것 (2)저작물을 제공한 최초의 온라인 서비스 제공자가 서비스 대상의 저작물을 취득하는 상황을 통제하는 것에 영향주지 않을 것 (3)최초 온라인 서비스 제공자가 해당 저작물을 수정, 삭제, 차단한 경우 자동적으로 수정, 삭제, 차단되어야 할 것”이라고 규정하였다.

온라인 서비스 제공자인 뉴스 애그리게이터가 최초 웹 사이트의 광고를 차단했다는 면에서 “저작물을 개정하지 않을 것” 이라는 첫 번째 요건에 부합되지 않고 동시에 ‘최초 웹사이트의 트래픽 수를 감소시켰다’

88)李明德、许超著：《著作权法》，法律出版社 2009年版，第103页。

89) “网络服务提供者为提高网络传输效率，自动存储从其他网络服务提供者获得的作品、表演、录音录像制品，根据技术安排自动向服务对象提供，并具备下列条件的，不承担赔偿责任：

(一)未改变自动存储的作品、表演、录音录像制品；
(二)不影响提供作品、表演、录音录像制品的原网络服务提供者掌握服务对象获取该作品、表演、录音录像制品的情况；
(三)在原网络服务提供者修改、删除或者屏蔽该作品、表演、录音录像制品时，根据技术安排自动予以修改、删除或者屏蔽。”

90) 第二十三条 网络服务提供者服务对象提供搜索或者链接服务，在接到权利人的通知书后，根据本条例规定断开与侵权的作品、表演、录音录像制品的链接的，不承担赔偿责任；但是，明知或者应知所链接的作品、表演、录音录像制品侵权的，应当承担共同侵权责任。

는 측면에서 “최초 온라인 서비스 제공자의 통제력에 영향을 주지 않을 것”이라는 두 번째 요건에도 부합되지 않으므로 제21조를 적용할 수 없다고 본다.

제23조의 책임제한 조항(Safe harbor)은 미국의 1998년 디지털밀레니엄저작권법 (DMCA)에서 확립한 온라인 서비스 제공자의 책임판단 규정⁹¹⁾을 참조하여 도입한 것인데 제23조에 의하면 “온라인 서비스 제공자가 검색 또는 링크 서비스를 제공했을 경우 권리자의 통지를 받은 후, 침해물에 대한 링크를 중단하면 배상책임을 면제할 수 있다. 단, 침해가 명백하다는 사실을 인지하거나 인지할 수 있다고 판단되면 공동침해책임을 부담한다”고 규정하였다.

이 규정에 따르면 온라인 서비스 제공자의 주관적인 인지상태가 침해책임을 판단하는 핵심임을 알 수 있다. sohu가 금일뉴스를 상대로 제기한 소송에서, 금일뉴스의 답변에 의하면 피고는 원고 sohu로부터 사전에 침해물에 대한 링크서비스 중단요청을 받은 적이 없으므로 금일뉴스는 침해 사실을 인지하지 못했다고 항변하면서 제23조의 적용을 주장하였다.

그러나 필자는 금일뉴스의 제23조에 의한 항변은 인정될 수 없다고 생각된다. 그것은 제23조의 규정은 제3자에 의한 직접침해가 발생했을 경우, 온라인 서비스 제공자가 제3자의 침해사실을 인지하지 못한 정황을 전제로 책임을 면책하는 규정이기 때문에 비록 뉴스 애그리게이터가 검색, 프레임 링크 등을 제공하는 온라인 서비스 제공자로 인정되더라도 제23조는 제3자가 저작물을 업로드한 행위에 대하여 인터넷 서비스를 제공하는 경우에만 적용된다는 점과 제3자에 의한 직접침해 사실이 존재하지 않는다는 점을 고려했을 때, 본 규정은 적용되기 어렵다고 본다.

91) 17.U.S.C § 512(a)-(d)

3. 공정이용 조항의 적용 여부

중국 저작권법은 대륙법계의 전통을 적용하여 제22조에서 저작권자의 허락 없이 무상으로 저작물을 이용할 수 있는 경우로 12가지를 제한적으로 열거하고 있다.⁹²⁾ 뉴스 애그리게이터의 경우, 이용자에게 제공하는 콘텐츠가 뉴스 관련된 것이므로 제22조의 제3호 및 제4호의 요건을 만족시켜야 합리적 사용에 관한 조항을 적용할 수 있다.

92) 《著作权法》第 22 条: 제22조 아래 각 1호의 하나에 해당하는 경우에는 저작자의 허락을 받지 아니하거나 보상하지 아니하고 저작물을 사용할 수 있다. 단, 저작자의 성명, 저작물의 명칭을 명시하여야 하며, 저작자가 이 법에 따라 향유하는 기타 권리를 침해하여서는 아니 된다. ① 개인 학습, 연구 또는 감상을 위하여 타인이 이미 공표한 저작물을 사용하는 것 ② 어떤 저작물을 소개, 평론 또는 어떤 문제를 설명하기 위하여 저작물에 타인이 이미 공표한 저작물을 적절하게 인용하는 것 ③ 시사뉴스를 보도하기 위하여 신문, 정기간행물, 라디오, TV방송 등 매체가 이미 공표한 저작물을 불가피하게 재현 또는 인용하는 것 ④ 신문, 정기간행물, 라디오, TV 등 매체가 다른 신문, 정기간행물, 라디오, TV 등 매체가 이미 공표한 정치, 경제, 종교 문제의 시사성 기사를 게재하거나 또는 방송하는 것. 단, 저작자가 게재 또는 방송을 불허한다고 발표한 경우에는 그러하지 아니하다. ⑤ 신문, 정기간행물, 라디오, TV 등 매체가 공중집회에서 공표한 강연을 게재 또는 방송하는 것 단, 저작자가 게재 또는 방송을 불허한다고 발표한 경우는 그러하지 아니하다. ⑥ 학교 수업 또는 과학 연구를 위하여 타인이 이미 공표한 저작물을 번역 또는 소량을 복제하여 수업 또는 과학연구 당사자들에게 사용하도록 제공하는 것. 단, 출판 발행하여서는 아니된다. ⑦ 국가기관이 공무를 집행하기 위하여 이미 공표한 저작물을 합리적인 범위 내에서 사용하는 것 ⑧ 도서관, 문서보관서, 기념관, 박물관, 미술관 등에서 진열 또는 판본의 보전을 위하여 당해 시설에 소장된 저작물을 복제하는 것 ⑨ 공중으로부터 비용을 받지 아니하며 실연자에게 보수도 지급하지 아니하고 이미 공표된 저작물을 무상으로 실연하는 것 ⑩ 옥외 공공장소에 설치 또는 진열된 예술 저작물을 그리거나 또는 모사하거나 사진 또는 동영상으로 촬영하는 것 ⑪ 중국 자연인, 법인 또는 기타 조직이 이미 공표된 중국어 문자로 창작된 저작물을 소수민족의 언어 문자 저작물로 번역하여 국내에서 출판, 발행하는 것 ⑫ 이미 공표된 저작물을 시각장애인용 점자로 바꾸어 출판하는 것. 전항의 규정은 출판자, 실연자, 음반영상 제작자, 라디오 방송사, TV 방송사의 권리제한에도 준용한다. 제23조 9년제 의무교육과 국가 교육계획을 시행하기 위하여 교과서를 편찬, 출판하는 경우에는 저작자가 사전에 사용을 불허한다고 발표한 경우를 제외하고는 저작자의 허락을 받지 아니하고 이미 발표된 저작물의 일부분 또는 단편의 문자 저작물, 음악저작물 또는 단편의 미술저작물, 사진저작물을 교과서 내에 편집할 수 있다. 단, 규정에 따라 보상하여야 하고, 저작자의 성명과 저작물의 명칭을 명시하여야 하며, 저작자가 이 법에 따라 향유하는 기타 권리를 침해하여서는 아니 된다. 전항의 규정은 출판자, 실연자, 음반영상 제작자, 라디오 방송사, TV 방송사의 권리제한에도 준용한다.

저작권법 제22조

제3호 시사뉴스(时事新闻)를 보도하기 위하여 이미 공표한 저작물을 신문, 정기간행물, 라디오, TV방송 등 언론매체에 불가피하게 재현 또는 인용하는 것.

제4호 신문, 정기간행물, 라디오, TV 등 언론매체가 다른 신문, 정기간행물, 라디오, TV 등 매체가 이미 공표한 정치, 경제, 종교 문제의 시사성 기사를 게재하거나 또는 방송하는 경우. 단, 저작자가 게재 또는 방송을 불허한다고 발표한 경우에는 그러하지 아니하다.

동 조문의 제3호에서 공정이용의 목적을 “시사뉴스의 보도를 위하여”로 한정하고 있는데 수단을 “불가피하게 저작물을 이용 또는 재현”하는 지로 한정된 외에도 신문, 정기간행물, 라디오, TV 방송국 등 언론매체에 해당할 것을 요구한다.⁹³⁾ 즉 상업적인 목적에서 타인의 저작물을 재현 또는 인용하는 것은 본 호의 적용대상이 아니다.⁹⁴⁾ 따라서 뉴스 애그리게이터가 뉴스 콘텐츠를 제공하는 목적은 이용자의 주목을 이용하여 광고수익을 얻으려는데 있다는 점을 고려했을 때, 뉴스 애그리게이터는 제3호의 항변을 적용할 수 없다. 또한 제4호의 적용대상도 신문, 정기간행물, 라디오, TV 방송국 등 언론매체를 말하며 언론 비준 수속을 정당하게 거친 단체를 지칭한다.⁹⁵⁾ 그러므로 온라인 서비스 제공자로 지칭하는 신홍 미디어인 뉴스 애그리게이터는 제4호의 적용대상에도 포함되지 않는다.

위에서 살펴본 바와 같이 중국의 공정이용 조항은 일반원칙을 두고 있지 않고 한정적인 열거방식을 채택하였기에 규정 자체가 경직적인 측면이 있다. 한정적 열거방식은 공정이용에 대한 인정범위가 지나치게 좁아 저

93) 김정현, 한매화, 위의 책, 2383면

94) 张革新, 「现代著作权法」, 中国法制出版社(2006), 第161页

95) 张革新, 上述书籍, 第162页

작재산권자의 경제적 권리와 공정이용에 따른 공중의 이익을 충분하게 조절할 수 없다는 문제점이 존재한다.

이에 대해 일부 학자들은 비록 저작권법 규정에 명확하게 규정되지 않았으나 저작권법실시조례 제21조로 입법화된 TRIPs 3단계 테스트를 적용하여 보충원칙으로 공정이용법리의 효과를 얻을 수 있다고 주장한다.⁹⁶⁾ 또한 반대의견으로서 저작재산권에 대한 일반적인 제한조항은 명문화되어 있지 않으므로 해석론으로 TRIPs 3단계 원칙을 공정이용 항변을 허용할 수 없다는 견해도 있다.⁹⁷⁾

그러나 사실상 중국 법원에서는 공정이용 관련 사건을 저작권법 제22조에 의해서만 판단할 수 없기에 미국의 공정이용을 판단하는 4개 기준도 추가적으로 검토하고 있는 상황이다.⁹⁸⁾

미국은 연방저작권법 107조에 의하면 공정이용으로 인정되기 위해서는 (1)저작물 이용의 목적 및 성격(2)저작물의 성질 (3)이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 양적 비준 및 본질적 부분인지 여부 (4)저작물의 잠재적 시장 또는 가격에 대하여 미치는 영향 등과 같은 4가지 기준을 고려해야 한다. 여기서 네 번째 판단기준은 원래 가장 중요한 것으로서 공정이용 판단의 핵심에 놓여져 있었으나⁹⁹⁾ Leval판사는 “다른 공정이용 판단기준을 검토하지 않고서는 시장에 대한 효과를 독립적으로 해석할 수 없다”고 하였다.¹⁰⁰⁾ 동시에 법원은 네 번째 기준이 가장 최고의 지위를 향유하는 것이 아닌 종합적으로 4개의 기준을 고려해야 한다고 입

96) 吴汉东, 「知识产权法」, 中国人民大学, 北京大学出版社, 2006, p107-108

97) 韩松, 「知识产权法」, 中国人民大学出版社, 2006. P129

98) 北影录音录像公司诉北京电影学院侵犯作品专有使用权纠纷案.北京市第一中级人民法院民事判决书二审—出自张革新, 现代著作权法, 166页—167页

99) Robinson v. Random House, Inc., 877 F.Supp. 830, 842(S.D.N.Y)1995 네 개의 판단기준에서 가장 중요한 것(most important of the four)과 같이 표현함. 이에 동조하는 견해로는 NIMMER ON COPYRIGHT § 13.05 [A]4

100) Leval, Fair Use Recused, 44 UCLA L Rev.1449,1460(1997)

장을 정리한 바가 있다.¹⁰¹⁾

여기서 유의해야 할 점은 첫 번째 기준인 이용목적 및 특성을 고려함에 있어서 미국은 ‘변형적 이용(transformative use)’이라는 개념에 의하여 영리성을 띤 이용행위더라도 공정이용 항변을 받아들인 판례가 존재한다. ‘변형적 이용’은 이용자가 아니라 이용행위에 초점을 맞추는 기준으로서 법원은 피고 저작물의 일반적 성질보다 이용의 실질적인 성질을 심사해야 한다는 것인데¹⁰²⁾ 이러한 변형적 이용의 법리는 *Cambell V. Acuff-Rose Music* 판결¹⁰³⁾에서 제시되어 *Kelly V. Arriva Soft* 판결¹⁰⁴⁾과 *Perfect 10 V. Google* 사건¹⁰⁵⁾의 항소심¹⁰⁶⁾에서 썸네일 이미지가 변형적인 이용에 해당한다는 점을 고려하여 공정이용 항변을 받아들였다.

중국에서도 상술한 미국의 ‘변형적 이용’의 기준과 비슷한 논리로 2012년에 판시한 도서검색 서비스 관련 판례¹⁰⁷⁾가 처음으로 나타났다. 동 사건에서 법원은 “저작물을 이용하는 행위는 예술적 가치 또는 내재적인 의사전달의 기능을 수행하기 위한 것이 아니라 인터넷 이용자에게 더욱 다양한 도서검색서비스를 제공하기 위한 것이고 사회적 공익성을 띠고 있기에 공정이용에 해당한다”고 판시하면서 피고의 주장을 인용하였다. 이는 사법실무에서 현행 저작권법의 공정이용 조항에 국한되지 않고 법원에서 공정이용에 대한 재량권을 실시하였음을 보여준다. 즉 해당

101) *Leibovitz V. Paramount Pictures Corp.*, 137 F.3d 109,113(2d Cir.1998)

102) 민경재, 저작권법상 공정이용(Fair Use)에 대한 아시사의 대응, 법학논고 제31집 제2호, 500면 참조

103) 510 U.S. 569 (1994).

104) 280 F.3d 934 (9th Cir. 2002) 동 판결에서는 피고의 공정이용 주장에 대하여 검색엔진의 이용목적은 인터넷 검색엔진에서 정보접근 자체를 개선하기 위한 것으로서 예술적 용도를 목적으로 한 것이 아니기에 이용목적이 다르고 이는 변형적인 이용에 해당한다고 판시함.

105) 16 F.Supp.2d 828 (C.D.Cal., 2006).

106) *Perfect 10 v. Amazon.com*, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007)

107) 王莘诉北京谷翔信息技术有限公司等侵犯著作权纠纷案. 2012, <http://www.netmvp.cn/static/article/2013/11/6054.html>

이용의 성질이 영리성을 띠는지를 불문하고 사회 공익을 고려했을 때 공중의 이익에 꼭 필요한 경우에 공정이용에 해당한다고 판시하는 논리가 이론적으로 앞서 실무에서 진행되고 있다. 또한 학술적인 측면에서 여전히 미국의 그것과 엄밀한 비교법적인 검토를 진행한 연구를 찾아보기 어렵다는 점을 감안했을 때, 이에 대한 중국 학계의 중시가 아직 미흡함을 알 수 있다.¹⁰⁸⁾

뉴스 애그리게이터인 경우, 이용목적과 특성의 측면에서 충분히 변형적 이용에 해당할 가능성이 있고 공정이용 항변을 주장할 수 있다. 비록 ‘변형적 이용’기준은 아직 입법론 및 해석론상 논의가 활발히 이루어지지 않았지만 이러한 기준의 도입은 실질적으로 혁신적인 이용방식과 창작을 격려해주고 영리성을 띤 이유만으로 공정이용의 가능성을 부인하는 논리에 대한 보충으로서 저작권법의 목적을 더욱 잘 실현하여 다원화적인 상업에 의한 창작의 추진에도 유리하다고 본다.

그러나 모든 뉴스가 공익적인 성격을 갖추고 따라서 모든 뉴스 애그리게이터가 ‘변형적 이용’에 해당하는 것은 아니라고 본다. 정치, 경제 등과 같은 사회 구성원으로서 필요한 뉴스정보를 집계한 경우와 이용자의 ‘주목’을 끌기 위하여 지속적이거나 오락화된 뉴스를 집계한 경우는 달리 구분되어야 하는바, 후자의 사회적 가치가 전자보다 낮으므로 공정이용 항변에 대한 허용가능성도 낮다고 본다.

비록 “저작권법 제3차 수정초안”¹⁰⁹⁾에 공정이용조항인 제43조 제13호에 “기타 상황”이라는 문구를 추가함으로써 기존의 한정적인 열거방식보다는 조금 널리 공정이용을 인정할 가능성이 있으나 여전히 ‘기타 상

108) 祁温瑶, “转换性使用”原则的分析及在我国法律体系重点生存空间探索, 法制与社会, 2017.2 (上); 周玲玲·马晴晴·陈扬, 基于转换性使用的著作权例外记起对图书馆界的启示, 图书馆建设, 34页

109) 中华人民共和国著作权法(修订草案送审稿), 国务院法制办

황'이라는 용어에 대한 구체적인 해석을 진행하지 않았다. 따라서 현 단계에서 뉴스 애그리게이터와 같은 신흥 미디어 기업에게 있어서, 비록 프레임 링크 자체는 정보통신망전송권 침해에 해당되나 이러한 '변형적 이용'기준에 의하여 그 이용목적과 특성이 공익성을 띠고 사회공중에게 유리할 경우, 공정이용에 해당한다고 인정할 수 있는 가능성을 충분히 열어두어야 한다. 이는 새로운 상업모델을 존중하고 사회적 공익성을 최대한화 할 수 있는 선택이다.

제2절 반부정당경쟁법 위반책임

I. 반부정당경쟁법에 의한 규제현황

위 도표2에서 살펴본 바와 같이 프레임 링크의 애그리게이터 행위에 대하여 중국 법원에서는 저작권법상의 '서버기준' 적용횟수 다음으로 반부정당경쟁법에 의한 침해판단 횟수가 많다는 것을 알 수 있다. 중국의 반부정당경쟁법은 경영자가 시장에서 거래를 함에 있어 공정한 거래관행에 위반하는 행위를 금지하고 공평한 경쟁을 보호하여야 한다는 법리에 기초하여 제정한 것이다. 경영자가 시장에서 행한 어떤 행위가 경쟁행위에 위반하는지에 대해서는 각국의 경제와 정치상황에 따라서 상이한데 중국의 반부정당경쟁법 제5조는 아래와 같이 부정경쟁행위를 상세하게 열거하고 있다.

반부정당경쟁법 제5조¹¹⁰⁾

- (1) 타인의 등록상표를 사용하는 행위
- (2) 저명상품 특유의 명칭.포장.표장을 무단으로 사용하거나, 저명상품과 근사한 명칭.포장.표장을 사용하여 타인의 저명상품과 혼동을 초래하여 구매자로 하여금 타인의 저명상품으로 오인을 일으키는 행위.
- (3) 타인의 기업명칭 또는 성명을 무단으로 사용하여 타인의 상품으로

오인을 일으키는 행위.

(4)경영자가 상품의 품질표지를 위조 및 사칭하거나 또는 원산지를 위조하여 상품의 품질에 대하여 오인을 유발하는 허위 표시행위.

제5조에 열거된 부정당경쟁행위는 타인의 상품인 것처럼 혼동을 초래하거나 오인시키는 행위를 의미한다. 그러나 링크와 같은 새로운 인터넷 기술은 본 조의 적용대상에 포함되지 않으므로 법원에서는 링크행위에 대한 규제를 흔히 제2조 원칙적인 규정에 따라 진행한다.

반부정당경쟁법 제2조(원칙성 규정)¹¹¹⁾

경영자는 자원(自願), 평등, 공평, 성실신용 등 원칙을 준수하고 사회가 공인한 상업도덕을 따라야한다. 본 규정을 위반하고 기타 경영자의 합법적인 권익을 침해하며 사회경제질서를 혼란시키는 행위는 부정경쟁행위로 인정된다.

그러나 제2조의 “성실신용”, “상업도덕”, “사회경제질서를 혼란시키는 행위” 등 개념은 아주 추상적이고 명확한 적용규칙이 부족한바 구체적인 사건에서의 판단논리도 다소 상이함을 알 수 있다.

[판례1]

링크에 관련한 부정경쟁책임 위반의 첫 번째 사건은 북경홍우오천과학기술유한회사(北京鴻宇吳天科技有限公司)가 심려(沈麗, 피고인 성명)를 상대로 제기한 부정경쟁책임 위반 소송¹¹²⁾인데, 본 사건에서 피고는 원

110) 第五条:经营者不得采用下列不正当手段从事市场交易, 损害竞争对手: (一) 假冒他人的注册商标; (二) 擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢, 或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢, 造成和他人的知名商品相混淆, 使购买者误认为是该知名商品; (三) 擅自使用他人的企业名称或者姓名, 引人误认为是他人的商品; (四) 在商品上伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志, 伪造产地, 对商品质量作引人误解的虚假表示。

111) 第二条 经营者在市场交易中, 应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则, 遵守公认的商业道德。本法所称的不正当竞争, 是指经营者违反本法规定, 损害其他经营者的合法权益, 扰乱社会经济秩序的行为。本法所称的经营者, 是指从事商品经营或者营利性服务(以下所称商品包括服务)的法人、其他经济组织和个人。

고의 웹 사이트에 게재된 4편의 IT기술 관련 문장(원고의 저작물)을 원고의 허락 없이 자신의 IT기술 전문 웹 사이트에 링크를 통하여 게시하였는데 이에 대하여 북경시 인민법원은 “피고의 링크행위가 이용자들이 저작자에 대한 오인을 일으키고 원고의 저작물을 이용하여 자신의 웹 페이지의 트래픽 및 인지도를 제고하여 거래기회를 증가시킴으로써 상업이익을 얻었기에 부정경쟁에 해당한다”고 판시하였다.

[판례 2]

2014년 북경 sohu유한회사가 북경화녹천비과학기술유한회사(北京华录天维科技有限公司)를 상대로 제기한 부정경쟁책임 위반 소송¹¹³⁾에서도 사례 1과 같은 판결논리를 적용하였다. 동 사건에서 피고는 웹 사이트(www.morefun.tv, 이하 morefun)의 운영자로서 휴대폰, 테블릿 pc 등 기기에 적용되는 소프트웨어를 제공하여 원고 웹 사이트의 드라마 등 동영상 대량으로 집계하여 링크에 의하여 콘텐츠를 노출하였을 뿐만 아니라 원고 웹 사이트의 광고와 평론을 차단하고 대신 자신의 광고를 삽입하였다. 이에 법원은 “광고수익은 동영상 웹 사이트가 정상적인 경영을 유지하는 수익원천으로서 원고의 광고를 차단하는 것은 웹 사이트의 경영이익의 손실을 초래하고 피고가 morefun.tv소프트웨어를 개발한 후 인터넷 이용자에게 제공하는 것은 객관적으로 원고의 정상적인 경영활동을 저해하였으며 원고의 합법적인 이익을 부당하게 이용한 행위에 해당한다. 동시에 피고는 이러한 사실에 대한 주관적인 과실(主观过错)¹¹⁴⁾이

112) 北京鸿宇昊天科技有限公司诉沈丽不正当竞争纠纷案, 北京市海淀区法院 (2004) 海民初字第 19号

113) 北京搜狐互联网信息服务有限公司等诉北京华录天维科技有限公司等公司不正当竞争纠纷案, (2014)石民(知)初字第 9291号

114) 중국법상의 주관적 과실(过错)은 일반 불법행위의 과실책임 인정에 있어서 행위자의 주관적인 측면을 고려했을 때, 고의 또는 과실의 존재를 요건으로 요구하는 것을 뜻한다. 이는 중국에서 귀책원칙에 있어서 ‘주관적 과실설’을 채택하고 있고 과실이 행위자가 비난받아야 마땅한 주관적인 상태에 의한 것임을 밝힘으로써 책임의 기초를 다졌다. 그러나 피해자의 입증책임을 증가시킨다는 측면에서 피해자의 이익을 보호하기 어렵다.

존재하므로 반부정당경쟁법의 성실신용원칙을 위반하여 반부정당경쟁법 제2조의 부정당경쟁행위에 해당한다”고 판시하였다.

상기 두 판례에서 법원은 모두 링크기술을 통하여 시장에서 경제적 가치가 있는 타인의 무체재산을 이용하여 이익을 취득한 행위를 제2조의 부정경쟁행위 원칙성 규정을 위반한 것으로 인정하였다. 그러나 사례 1에서는 저작자 신분에 대한 오인과 오인행위에 의한 거래기회 및 상응한 이익의 취득만으로 부정경쟁행위에 해당됨을 인정하였고 사례 2에서는 원고의 정상적인 경영활동에 대한 저애와 무단이용행위에 대한 주관적 과실¹¹⁵⁾도 언급함으로써 부정경쟁행위의 인정요건에 대한 요구가 서로 다르다는 것을 알 수 있다.

즉 부정경쟁책임을 인정함에 있어서 제2조의 원칙성 규정의 위반은 경쟁자의 주관적인 과실을 요구하는 지 여부가 명확하지 않다. 사례 1의 판단 논리는 ‘저작자에 대한 오인’ 과 ‘피고의 이익취득’의 인과관계만 입증하고 피고의 주관적인 과실에 대한 검토를 하지 않은 채 부정경쟁책임을 인정한 반면에 사례 2에서는 피고의 주관적 과실에 대해서도 검토하였다. 이와 같이 반부정당경쟁법을 적용함에 있어서 ‘주관적 과실’에 대한 고려가 필요한지 여부에 대하여 학술계 및 사법실무계에 많은 논쟁이 존재한다.¹¹⁶⁾

장제한 내용은 강평, 중국 민법, 역자 :노정환, 중국정법학회, 사법연수원 중국법학회, 2007.10 .1057-1058면 참조

115) 王利明, 「侵權行爲法研究(上卷)」, 中國人民大學出版社(2004), 143면 중국 민법총칙에 규정된 불법행위책임의 내용은 과실책임원칙, 무과실책임원칙(엄격책임원칙), 공평원칙 등 다양한 귀책원칙을 천명하고 있다. 원칙에 의한 공평책임이란 당사자 모두에게 과실없이 손해가 발생한 경우에는 실제 상황을 참작하여 당사자가 민사책임을 분담한다(민법총칙 제132조)는 규정을 근거로 하는 듯하다.

116) 余晖, 《反不正当竞争法》第二条适用的考量因素, 电子知识产权 <http://www.chinaiprlaw.cn/index.php?id=4422>

II. 반부정당경쟁법에 의한 규제 의 문제점

단편적인 통계에 의하면 근년이래 인터넷 관련된 부정당경쟁사건 예를 들면 광고차단(ad-block), 불법 트래픽납치(Traffic hijack)¹¹⁷⁾등 종류의 사건들은 모두 본 조에 의하여 규제를 진행하였는바 반부정당경쟁법 제2조는 인터넷 지식재산권 관련 분쟁을 해결하는 보편적인 조항으로 인식되고 있다.¹¹⁸⁾그러나 이러한 규제방식은 인터넷 기업의 상업활동에 큰 영향을 끼칠 수 있다. 즉 제2조와 같은 추상적이고 모호한 용어로 구성된 규정은 법률의 예견가능성을 손상하기 쉽다. 나아가서 이러한 예견가능성의 감소는 상업 활동이 불확정적인 상태에 놓이게 되므로 양호한 경쟁 질서의 수립에도 불리하다.

필자는 “법률이 금지하지 않은 것은 허용되어야 한다”는 홉스(Hobbes)의 명제를 지지하는바 구체적인 행위규칙이 입법화 되지 않은 이상 원칙성 규정에 대한 적용도 신중히 진행해야 한다고 생각된다. 변화가 빠른 인터넷 환경에서 기존의 법질서에 의한 규제가 어려운 새로운 부정경쟁 행위가 출현하는 현실에서 빈번한 입법을 통한 경쟁질서의 확립은 현실적으로 불가능하므로 보편적으로 적용되는 원칙성 규정에 의하여 일부 법률관계를 조정하는 것은 어느 정도 필요하다. 그러나 이러한 원칙적 규정에 대한 구체적 적용요건을 정립하지 않으면 법원의 지나친 재량권에 의하여 자유로운 경쟁이 저해를 받게 된다는 위험도 있다. 따라서 그 구체적인 적용요건을 고찰함으로써 인터넷 환경에서의 새로운 경쟁 질서를 구축하는 것이 필요하다.

117) A사이트의 트래픽수를 B사이트로 전이하는 방식으로 상업이익을 획득하는 수단

118)余晖, 上述文章, <http://www.chinaiprlaw.cn/index.php?id=4422>

1. 제2조의 구체적 적용요건에 대한 고찰

가. 주관적 과실에 대한 이해

비록 반부정당경쟁법의 제2조의 원칙성 규정의 적용규칙은 명문화 되지 않았으나 최고인민법원의 판례에서 언급된 바가 있다. 최고법원의 판결에 따르면 ‘상업기회’역시 반부정당경쟁법의 보호대상으로서 아래 조건을 만족할 경우 보호할 수 있다고 하였다.¹¹⁹⁾ 또한 아래와 같은 네 가지 요건 즉 “첫째, 이러한 경쟁행위에 대하여 특별법적인 규정이 존재하지 말아야 한다. 둘째, 기타 경영자의 합법적인 이익은 경쟁행위로 인하여 실질적인 손해를 보았어야 한다. 셋째, 이러한 행위가 성실신용원칙과 널리 인정된 상업도덕에 어긋나 부정당성을 띤다”는 등을 만족시켜야 하며 동시에 “성실신용원칙은 주요하게 널리 인정된 ‘상업도덕’의 정의에 따라 체현되고 상업도덕은 시장참여자가 공동으로 인정하는 행위기준으로서 특정된 상업영역에서 시장참여자와 상업윤리에 의하여 평가되어야 한다.”고 강조하였다. 이러한 판결은 모호한 “성실신용의 원칙” 및 “상업도덕”이라는 용어를 진일보로 해석함으로써 제2조의 적용에 일정한 규칙을 제공하였다.

이에 일부 학자들은 동 판결에서 “성실신용의 원칙과 널리 인정된 상업도덕을 준수하지 않았다는 것을 귀책사유로 인정”한 것은 부정경쟁책임의 인정에 있어서 행위자의 주관적 과실을 요건으로 설정했다고 주장하고 있다.¹²⁰⁾ 필자도 이러한 견해에 동의하는바, 반부정당경쟁법은 중국의 침권책임법(불법행위법)관련 조항¹²¹⁾의 제약을 받고 그의 귀책논리와 일

119) 最高人民法院民事判决书 (2009) 民申字第1065号。

120) 余晖, 上述文章, <http://www.chinaiprlaw.cn/index.php?id=4422>

121) 침권책임법 제6조: 일반 불법행위의 성립요건으로 주관적 과실의 존재, 불법행위의 발생, 손해사실, 그리고 인과관계의 존재가 필요함을 명시하고 있다. 이는 법률에 특별규

치해야 한다고 본다. 그것은 반부정당경쟁법은 저작권법, 특허법, 상표법과 같은 권리설정 특성을 가진 특별법이 아니라 일반적으로 시장참여자 사이의 경쟁관계를 조절하기 위하여 제정한 법으로서 민법통칙 특히 침권책임법의 귀책논리를 따라야 한다고 본다. 즉 중국 침권책임법은 일반 불법행위 성립요건으로서 ‘주관적 과실’을 요구하고 있는데 122) 반부정당경쟁법 역시 행위자의 ‘주관적인 과실’을 부정경쟁책임의 요건으로 인정하는 것이 타당하다.

나. 기타 적용요건에 대한 이해

또한, 사례 1에서 보았듯이 일부 중국법원은 단순히 손해사실의 존재만으로 제2조 원칙성 규정을 적용하여 링크행위에 의한 경제적 이익을 취득행위를 부정경쟁책임위반으로 인정하였다. 그러나 엄밀히 말하면 경쟁 상대방의 손해사실 자체가 가지는 의미보다는 해당 경쟁행위가 산업의 발전이나 소비자 후생에 미치는 영향을 고려해야 하는바 중국법원의 판결은 지나치게 부정경쟁행위를 쉽게 인정하는 경향이 있고 자유로운 경쟁을 억압한다는 우려가 있을 수 있다.¹²³⁾

이와 같이 현행 반부정당경쟁법의 일반 조항에 대한 구체적 적용요건이 제대로 구비되어 있지 않고 학술적으로도 충분한 논의가 진행되지 않은 상황에서 뉴스 애그리게이터의 부정경쟁행위 여부를 판단하기 어려우므

정이 없다면 행위자의 과실은 피해자가 입증해야 함을 전제로 한 것이다. 강평, 중국 민법, 역자 :노정환, 중국정법학회, 사법연수원 중국법학회, 2007.10 .1058면 참조

122) 王文志, 刘婧 “‘侵权责任法’第六条 : 过错责任原则”

<http://www.haiyaolaw.com/html/view/case/2011-12/6036.html>

123) 이와 같은 견해로는 한국 대법원의 부정경쟁관련 판례 (대법원 2014. 5. 29. 선고 2011다31225 판결)에 대한 한계점을 지적한 논문 :유영운, “부정경쟁방지법 일반조항의 적용범위에 관한 고찰”, 서울대학교 법학석사 논문, 2015, 26면”과 위법성 판단기준이 모호하고 지나치게 쉽게 부정경쟁행위로 인정하여 우선적으로 고려되어야 하는 관련 산업의 발전이나 소비자 후생에 미치는 영향 등에 대한 검토가 선행되지 않아 적절하지 않다고 지적한 논문 :정상조, “경제적 불법행위 시론: 아이디어 유통의 민사법적 문제를 중심으로”, 민사판례연구 (XXXIV), 민사판례연구회, 2012, 857-858면 참조

로 아래 부분에서는 미국의 뉴스산업에서의 부정경쟁 관련 사건을 분석하고 그러한 법리에 따른 뉴스 애그리게이터의 적법성 여부를 판단하고자 한다.

2. 미국의 최신뉴스 법리 및 그 적용가능성에 대한 검토

가. 미국의 최신뉴스 법리에 대한 검토

미국에서 처음으로 뉴스의 재산적 가치를 인정하고 공정경쟁의 관점에서 다룬 미국대법원의 판례는 뉴스 수집 및 보도를 기업적 시각에서 인식하고, 그 뉴스 수집에 혜택을 줄 필요성을 인정하였다.¹²⁴⁾ 미국법원에서 저작권법이 뉴스제품에 대한 확실한 보호를 가할 수 없는 상황에서 적용한 최신 뉴스 법리(The “Hot News” Doctrine)는 뉴스 애그리게이터 관련 분쟁을 해결함에 있어서 반부정당경쟁법 제2조에 구체적인 판단원칙을 제공할 수 있다. 최신 뉴스 법리의 구성요건은 첫째, 원고는 해당 정보를 수집하는 과정에 상당한 노력과 시간을 투입하였어야 하고 피고는 그러한 비용이 거의 존재하지 않는다. 둘째, 피고의 상업적인 활동은 무임승차행위로서 원고에게 상업적인 피해를 주었어야 한다. 셋째, 원고와 피고는 직접적인 경쟁관계가 존재함과 동시에 피고가 불공정하게 사용한 경우에 한한다. 넷째, 해당 정보는 시간적으로 민감/긴박(time-sensitive)¹²⁵⁾해야 한다는 것이다.

미국의 뉴스에 대한 경쟁관점에서의 판례에서 알 수 있듯이 부정경쟁 논리에 의한 판단은 대체적으로 세 가지 요건에 의하여 진행되고 있다. 즉 (1)경쟁관계에 대한 인정 (2)불공정한 방법을 통하여 타인의 노력이나 투자의 성과물을 무단 이용하는 것 (3)타인의 경제적 이익에 대한 침해의

¹²⁴⁾ 김현경, 위의 논문, 883면

¹²⁵⁾ 248 U.S 215(1918). International News Service(INS) v. Associated Press 뉴스를 공정경쟁의 관점에서 판시한 사건. 이는 뉴스의 재산적가치를 인정하였다

존재 등으로 정리할 수 있다.

나. 최신 뉴스 법리에 의한 규제 타당성에 대한 검토

현재 중국 반부정당경쟁법 규정의 불완전성 및 용어상의 모호성 등 문제점이 존재한다. 따라서 미국에서 뉴스의 부정경쟁 법리로 인정받는 최신 뉴스 법리의 세 가지 요건에 의하여 중국의 뉴스 애그리게이터의 부정경쟁행위의 판단을 진행하는 것이 타당한지 여부 즉 그 규제의 타당성에 대하여 구체적으로 검토한다.

(1) 경쟁관계에 대한 인정

우선 뉴스 애그리게이터와 포털 사이트의 경쟁관계 인정에 있어서, 인터넷 환경속의 경영자의 특징을 파악하여야 한다. 인터넷 경영자들은 다양한 서비스 또는 상품을 제공하고 있는데 그들의 제공하는 서비스와 상품은 기술적인 차이점은 존재하지만 그 상업적인 목적에 있어서는 모두 인터넷 이용자의 “주목”을 간접목적으로 광고상과의 거래기회를 직접목적으로 하는 것이므로 상업적인 경쟁관계를 구성한다고 인정할 수 있다.¹²⁶⁾ 뉴스 애그리게이터 플랫폼은 자신은 온라인 서비스를 제공하였을 뿐 콘텐츠를 직접 제공하는 웹 사이트 운영자와 시장기능이 다르다는 식의 항변으로 경쟁관계를 부정할 수 있지만 그러한 서비스를 구현하는 방식, 상업목적, 타깃고객 등이 모두 동일하므로 뉴스 애그리게이터와 포털 사이트 사이에 직접적인 경쟁관계가 존재한다고 볼 수 있다.

(2) 불공정한 방법을 통하여 타인의 노력이나 투자의 성과물을 무단 이용하는 것

¹²⁶⁾合一信息技术(北京)有限公司诉广州市动景计算机科技有限公司不正当竞争纠纷案(2013)海民初字第24365号

뉴스 애그리게이터가 저작권 사용료를 지불한 포털 사이트의 뉴스를 이용하여 수익을 얻는 행위는 타인의 투자의 결과물에 대한 “무임승차” 행위로 해석될 수 있다. 최고인민법원의 Tencent 와 치호(奇虎)360의 “쿠쿠보보”사건¹²⁷⁾의 판결에서도 타인의 시장성과에 대한 무임승차행위를 부정경쟁행위로 확인한바가 있다. 법원에 의하면 합법적인 시장경쟁참여자는 반드시 정당한 투자에 의하여 성실하게 경쟁에 임해야 하고 아무런 노동과 대가를 치르지 않고 부정하게 타인의 시장성과를 이용하는 것은 반부정당경쟁법의 사적자치, 평등, 공평, 성실신용 등 원칙을 위반하는 것으로서 부정경쟁행위에 해당된다고 판시하였다. 이러한 논리에 의하면 정당한 저작권 사용료를 지불한 포털 사이트의 뉴스를 허락을 받지 않고 수집하는 뉴스 애그리게이터 행위는 타인의 성과물에 대한 무단 이용행위로 인정될 수 있다.

그러나 뉴스 애그리게이터의 프레임 링크 방식이 불공정한 방법에 의한 무단이용행위에 해당하는지는 논란의 여지가 있다. 왜냐하면 프레임 링크는 인터넷의 정보유통수단으로서 뉴스 애그리게이터 제공자도 자신의 인력과 물력을 이용하여 타인의 저작물을 간편하고 신속하게 이용할 수 있는 기술효과로서 상업경쟁에 임한 것인데 이러한 방식을 “불공정한 방법”으로 인정할 수 있는지 의문이다.

상업경쟁이 날로 심화되고 있는 지금 경쟁자 사이에 윈-윈(win-win)의 결과를 실현할 수 있는 것이 비교적 이상적인 상황이기는 하나 현실적으로 많은 어려움이 존재한다. 이익을 추구하는 것은 경영자의 본능이고 이익 추구를 위한 경영수단이 경쟁 상대방의 이익을 해치게 되는 것은 “경쟁”의 자연적인 결과로서 이러한 경쟁행위에 까지 위법성을 인정하

¹²⁷⁾北京奇虎科技有限公司等与腾讯科技(深圳)有限公司等不正当竞争纠纷上诉案(2013)民三终字第5号。

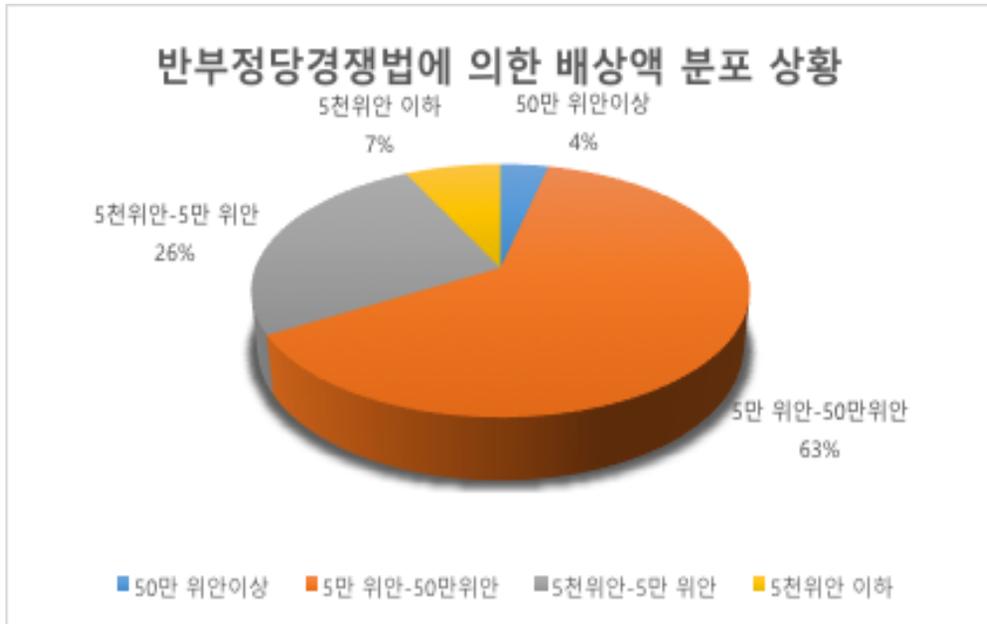
여 규제하는 것은 타당하지 않다고 본다. 따라서 반부정당경쟁방지법의 제2조의 “상업도덕”과 같은 추상적인 용어는 결국 구체적 산업의 발전과 소비자 이익에 대한 고려가 충분히 내포되어야만 그 판단이 합리적인 결과를 낳을 수 있다고 본다.

(3)타인의 경제적 이익에 대한 침해의 존재

인터넷 환경에서 시장참여자의 경제적 이익에 대한 침해의 존재를 판단함에 있어서 이론적으로는 권리자의 손실이 쉽게 인정되지만 실무적으로는 많은 어려움이 존재한다. 뉴스 애그리게이터 관련 사건에서 원고는 보통 전통 언론사거나 포털 사이트인데 이러한 권리자가 경제적 손실에 대한 입증을 진행하여야 한다. 중국 반부정당경쟁법 제20조는 손해를 원고의 실제적 손실로 한정했지만 포털 사이트의 실제적인 손실이라 함은 사이트 이용자 트래픽의 감소, 상업명성의 하락 및 광고수익의 감소 등을 가리키는데 이는 구체적인 화폐단위로 형량하기 어려울 뿐만 아니라 그러한 손해와 경쟁 상대방인 뉴스 애그리게이터 행위와의 인과관계에 대한 입증도 어렵다. 또한 중국의 반부정당경쟁방지법 손해배상액 산정은 대부분 법원의 재량에 의하여 진행되는 경우가 많으므로 최종적인 배상액은 피해를 받은 기업의 실제손해를 충분히 보상할 수 없는 경우가 많다.¹²⁸⁾

128) 张钦坤：《中国互联网不正当竞争案件发展实证分析》，载于《电子知识产权》，2014年第10期。

[그림 3]중국 인터넷상 반부정당경쟁사건 관련 사건의 손해배상액
통계¹²⁹⁾



최근 몇 년 동안 인터넷에서 발생된 부정경쟁사건에 관련한 손해배상액 통계를 보면, 현재까지 중국법원의 최고 손해배상액은 500만 위안¹³⁰⁾인데 손해배상액이 5천 위안부터 5만 위안까지 구간의 손해배상액의 비중이 가장 많음을 알 수 있다. 그러나 이러한 배상액은 원고가 요구한 배상액보다 훨씬 낮은 것으로서 법원의 손해배상액은 원고의 실제손실을 충분히 보상할 수 없다.

3. 반부정당경쟁방지법에 의한 뉴스 애그리게이터 규제 의 문제점

129) http://www.iprcn.com//L_Lwxc_Show.aspx?News_PI=2553

130) 广东省高级人民法院民事判决书(2011)粤高法民三初字第1号, 腾讯科技(深圳)有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司诉被告北京奇虎科技有限公司、奇智软件(北京)有限公司不正当竞争纠纷案。

정리해보면 중국의 현행 반부정당경쟁법은 뉴스 애그리게이터를 직접 규제할 수 있는 구체적인 조항을 가지고 있지 않으므로 이러한 규제는 제2조의 원칙성 규정에 의하여 진행하게 된다. 그러나 “상업도덕”과 같은 모호하고 추상적인 용어를 사용하고 있는데 이는 시장참여자의 법에 대한 예견가능성을 훼손하고 법원의 재량권이 지나치게 크며 자유경쟁을 억압할 수 있다는 위험이 존재한다. 따라서 뉴스 분야의 부정경쟁법리인 미국의 최신 뉴스 법리를 검토하였고 해당 법리에 의한 뉴스 애그리게이터 규제 가능성을 검토해 보았으나 여전히 “불공정한 방법”에 대한 판단이 현실적으로 어렵다는 점, 또한 실무적으로 반부정당경쟁법에 의한 피해자에 대한 손해배상액은 불충분하다는 현실을 감안하면 뉴스 애그리게이터 관련 법적 분쟁은 반부정당경쟁법으로 규제하는 것이 이상적이지 않다고 판단된다.

사실 중국 최고인민법원의 판례에서도 지적했듯이 “반부정당경쟁방지법은 기타 특수법률의 적용을 배제한 상황에서 적용해야 한다”는 점을 고려했을 때, 뉴스 애그리게이터 관련 법적분쟁에서 저작권법에 의한 해결이 논리적으로 타당하다고 본다. 현실적으로 중국 저작권법의 공정이용 조항과 정보통신망전송권 관련 조항들의 법률규정 및 사법해석이 불완전하기에 법원에서는 저작물 관련 사안임에도 불구하고 반부정당경쟁법을 이용하여 판시를 하는 것으로 보이나, 반부정당경쟁법에도 법률적인 결합이 존재하는 바 현행법상 모두 뉴스 애그리게이터에 대한 규제를 합리적으로 진행하기 어렵다고 판단된다.

그러나 뉴스 애그리게이터의 경우, 링크를 둘러싼 쟁점이 침해판단의 핵심이고 그 중에서도 가장 문제되는 침해의 대양은 상대방 저작물을 함부로 활용한 사실에 관한 것이고 이는 저작권법상의 문제로서 저작권법상의 논리를 우선으로 하여 권리관계를 정리하여야 한다. 따라서 뉴스 애

그리게이터 관련 법적 분쟁에 있어서 반부정당경쟁법에 의한 해결은 부수적인 것¹³¹⁾으로 보충적으로 검토되어야 한다.

¹³¹⁾ 박준석, 앞의 논문, 60면 같은 취지의 견해로는 정상조·박준석, 「지식재산권법」 제3판, 홍문사, 2013, 참조 한국의 부정경쟁행위 일반조항과 다른 지식재산권 법률과 동시에 적용될 수 있는 경우, 다른 지식재산권 논의가 우선적으로 적용되고 그 법률의 논리로 해결되지 않는 경우에 한하여 부정경쟁행위 일반조항이 적용된다고 함.

제4장 외국의 규제방식에 대한 검토

제1절 EU 및 유럽의 개별 국가

I. 구글 뉴스에 대한 대응

최근 20년 사이에서 외국 뉴스 애그리게이터 관련 대표적인 사건들로는, 유럽의 구글 뉴스 사건, 독일의 Paperboy사건, 영국의 NLA v. PRCA& Meltwater 사건, Svensson v. Sverigean 사건 등이 있다. 우선 뉴스 애그리게이터를 직접 대상으로 판단한 유럽의 구글 뉴스 사건을 아래와 같이 정리한다.

[표 3] 구글 뉴스 관련 사건

사건 명칭	시간	국가 /재판기관	쟁점 및 재판 결과
2011년-2014년 구글뉴스와 구글 세	2011년	벨기에 브루셀법원	2011년 5월, 벨기에 브르셀 법원은 Copiepresse v Google .Inc 사건에 대한 최종판결을 내렸고 구글의 패소로 종결함. 법원의 판결에 의하면 구글 뉴스가 제공한 표제와 요약은 저작물로서 구글의 캐시(cache) 기능은 저작자의 이용허락을 받지 않은 저작권 침해행위라고 인정.
	2013년	프랑스	프랑스 대표적인 뉴스매체 AFP가 구글을 상대로 제기한 저작권 침해소송을 시작으로 개별 신문사의 유사 소송과 프랑스 언론협회(IPG)의 집단대응이 이어졌고 결국 구글과 AFP의 합의로 2012년부터 구글에

관련 사건			콘텐츠 이용료 및 사이트 접속료 지불계약을 요구하였다. 이에 구글은 프랑스에서의 구글세 신설을 막기 위해 6000만 유로의 “디지털 출판 혁신 펀드”(Digital Publishing Innovation Fund)조성에 합의함.
	2013년	독일	2013년 8월, 독일 <저작권법>은 언론출판사의 저작인접권을 설정하여 검색엔진이 자신의 사이트에 언론사의 뉴스, 기사 등을 일부 이용하는 경우 저작권료를 지불하도록 규정하였고 이에 구글 뉴스는 독일에서 옵트인(opt-in)방식을 채택하게 되었다. 즉 언론출판사의 허락을 받아야만 웹 크롤링을 통하여 웹 페이지 내용을 이용자에게 제공할 수 있음.
	2014년	스페인	스페인 정부는 2014년 11월 1일 저작권법 개정을 통해 앞으로 구글이 검색으로 제공하는 뉴스에 대해 언론사가 사용료를 받게 되었다. 스페인 신문사들은 구글 뉴스나 야후 뉴스와 같은 포털 사이트에서 기사의 제목이나 원문과 연결된 링크, 발췌된 기사가 게시될 때 월 사용료를 청구할 수 있게 되었다. 스페인 정부는 자국의 신문 산업 보호를 위해 이 법을 개정했으며, 이를 어길 경우 최대 60만 유로에 이르는 벌금을 부과 할 것으로 공지함.

1. 뉴스 애그리게이터에 대한 사법적 판단

유럽의 뉴스 애그리게이터에 관한 규제는 구글 뉴스사건을 중심으로 전개되었다. 구글 뉴스는 구글이 제공하고 운영하는 무료 뉴스 애그리게이터로서 자동 집계 알고리즘에 의해 수천 곳의 발행사로부터 최신정보를 선별한다. 2006년 벨기에 언론협회인 Copiepresse(저작권위탁관리업체)가 구글을 상대로 한 저작권 침해 관련 소송에서 브뤼셀 법원은 구글의 링크는 이용허락계약을 통하여 허락받은 것이 아니고 신문사가 뉴스의 접근권을 제한한 후에도 이용자들은 여전히 구글 데이터 베이스를 통하여 문장을 접근할 수 있도록 한 구글의 캐시 기능은 저작권법 위반이라고 판결하였다.¹³²⁾ 비록 구글은 원고가 “robot.txt”를 통하여 기술적 방법으로 구글의 링크를 거부할 수 있다고 항변하였지만, 재판부는 저작권법이 규정하는 이용허락은 옵트인(opt-in)방식에 의한 것이므로 구글이 주장하는 옵트 아웃(opt-out)방식은 인정될 수 없고 이를 이유로 면책될 수 없음을 확인하였다.

프랑스의 대표적인 언론매체인 AFP(Agence France-Presse)는 2005년 3월에 구글이 허락 없이 자신의 뉴스 제목, 요약문, 사진 등 4500여개의 뉴스를 무단 사용하고 링크서비스를 제공하는 것은 복제권 침해이며, 사용 중지 요구에도 불구하고 서비스를 계속 진행한 것은 저작권침해라고 주장하면서 구글에 대해 1750만 달러 이상의 배상금을 요구했다.¹³³⁾ 한편 구글은 AFP 뉴스의 표제는 저작권법의 보호를 받을 만큼 독창적이지 않고 단순한 사실만 명시하고 있어 법률에 의해서 보호되는 것이 아니라고 주장하였다.¹³⁴⁾ AFP는 “제목과 2~3줄의 요약문은 그 기사내용 중 가

¹³²⁾Thomans Crampton, 'Googel Said to Violate Copyright Laws', New York Times, 2007. 2. 14

¹³³⁾ AFP Suit Vs. Google , case no. 1:05-cv-00546-GK, U.S. District Court for the District of Columbia.

¹³⁴⁾ 구글 뉴스는 저작권 침해인가? <http://blog.naver.com/mobicell/26605418>

장 핵심적으로 중요한 부분이며 창작에 가장 큰 노력이 들어가는 부분에 해당되고 특히 독자의 주의를 끌어드리고 기사의 나머지 부분의 내용이 무엇인지 설명하는 기사의 핵심이다”¹³⁵⁾고 반박하였다. 결국 본 사건은 2007년 구글과 AFP의 합의로 종결되어 법원은 뉴스 애그리게이터의 적법성에 관한 판단을 내리지 않았다.

2. 뉴스 애그리게이터에 대한 입법론적 규제

가. 독일 및 스페인

독일과 스페인은 저작권 관련 법령의 개정을 통해 구글이 저작권료를 지불하도록 시도하였다. 독일은 2013년 8월 “인접저작권법(Ancillary Copyright Law)을 발표하여 검색엔진이 자신의 사이트에 언론사의 뉴스, 기사 등을 일부 이용하는 경우 저작권료를 지불하도록 규정하였다. 2009년부터 독일은 구글과 같은 검색엔진이나 뉴스 애그리게이터 사이트에서 허락을 받지 않거나 보상을 지불하지 않는 링크를 통한 뉴스저작물의 이용을 불법화 하자는 주장이 제기되어 왔다. 신문기사 등의 콘텐츠는 발행 후 1년 동안은 별도의 로열티 계약이 없는 한 인터넷에서 전송을 할 수 없다.¹³⁶⁾ 하지만, 초기 제안된 강력한 저작권 보호 규정에서 크게 후퇴하면서 최소한의 발취와 뉴스 링크에 대해서는 사용료가 면제된다고 규정하였다. 1년 이내라도 원문 사이트 링크를 포함하며 간단한 문구나 최소한의 문단¹³⁷⁾의 발취문만 노출시킬 경우에는 로열티 지급 의무를 적용하지 않도록 규정하고 있다.¹³⁸⁾

¹³⁵⁾<http://www.law360.com/articles/3191/afp-suit-vs-google-tests-fair-use-doctrine> 2017.3.20

¹³⁶⁾颜晶晶：《德国〈著作权法〉第八修正案评介—报刊出版者权：互联网时代的立法倒退？》，载《科技与法律》，2015年第2期

¹³⁷⁾그럼에도 불구하고 ‘간단한 문구’ 혹은 ‘최소한의 문단’이 구체적으로 어느 정도의 분량인지에 대해서는 전혀 규정돼 있지 않다.

¹³⁸⁾독일의 저작권법 개정은 ‘저작권 및 인접보호권에 관한 법률(Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrecht: Urheberrechtsgesetz)의 파트 2, 제 7장(Teil 2,

즉 독일에서는 언론출판사의 저작권접권을 도입함으로써 검색엔진 제공자나 뉴스 애그리게이터 제공자와 같이 언론출판물을 이용하여 경제적 수입을 창출하는 경우에 언론출판사에 보상금을 지불해야 한다는 입장을 보여낼 수 있다.

2014년 7월 31일, 야후(Yahoo)는 독일 연방헌법재판소에 검색엔진이 검색 결과에 기사를 노출시킨 경우 보상금을 지불해야 한다는 저작권법 관련 규정에 대하여 헌법소원을 제기하였다. 즉 독일 저작법의 제87f조와 제87g조는 상위법인 기본법(Grundgesetz, 독일 헌법)의 제5조 언론의 자유, 제12조 직업의 자유 그리고 제3조 평등권 침해에 위반됨을 주장하였다.¹³⁹⁾

그러나 2016년 10월 10일 헌법재판소는 보충성 원칙을 갖추지 않았다는 이유로 이를 각하하였다.¹⁴⁰⁾ 독일의 이러한 “구글 세” 법안은 실효성이 없을 뿐만 아니라 구글을 대체할 디지털 유통 플랫폼의 부재로 인한 정보교류에 대한 저해 가능성과 후발 온라인 사업자들의 성장을 막는 부작용

Abschnitt 7)에서 제87f조, 제87g조, 제87h조로 총 3개 조항을 통하여 언론출판사의 보호(Schutz des Presseverlegers)를 위한 규정이다. 제87f조 언론출판사(Presseverleger)- 1항. 언론출판물의 제작자(언론사; 신문사, 잡지사)는 언론출판물 또는 그 일부를 영업적 목적으로 공중이 접근 할 수 있도록 하는 배타적 권리(언론출판사를 위한 저작권접권)를 부여한다. 2항. 언론출판물은 저널리스트의 기고가 편집을 통해 기술적으로 고정된 것을 말하며, 이러한 출판물은 특정 매체에 특정한 제호로 정기적으로 간행되어 축적되어 있어야 한다. 제87g조 양도, 기간 그리고 법적 제한(Übertragbarkeit, Dauer und Schranken des Rechts)- 1항. 언론출판사의 권리는 양도가 가능하다. 2항. 언론출판물은 발행 후 1년이 경과하면 소멸한다. 3항. 언론출판사의 권리는 저작물이나 저작권법에 의해 보호되고 있는 대상에 대하여 저작자나 다른 저작권접권자에게 불리하게 주장되어서는 안 된다. 4항. 언론출판물이나 그 일부가 상업적 검색엔진 제공자나 상업적 서비스 제공자에 의해서 공중에게 접근되는 것이 아닌 경우에는 허용된다. 제87h조 저작자의 청구권(Beteiligungsanspruch des Urhebers)- 저작자의 적절한 보상금 청구권이 인정된다. <http://blog.daum.net/wastun/16396025>

139) 윤장렬, 독일 저작권법의 개정에 대하여, 한국신문협회, 2014

140)

<http://www.copyright.or.kr/mobile/information-materials/trend/the-copyright/view.do?brdctso=40002>

용의 가능성을 무시할 수 없기에 이에 대한 비판도 여전히 존재하고 있다.¹⁴¹⁾

스페인의 경우, 독일의 영향을 받아 스페인의 언론산업을 보호하는 취지로 2014년 10월28일에 저작권법 개정을 통하여 “스니펫세”¹⁴²⁾를 도입하였다. 개정된 법안에 따르면 검색엔진은 스페인 내의 자신의 사이트에서 뉴스, 기사 등을 이용하는 경우 해당 저작권을 보유한 언론사에게 저작권료를 지불하게 된다.¹⁴³⁾

그러나 독일에서 저작인접권에 따른 보상금 청구권을 인정한 것과는 달리 개정된 스페인 저작권법은 저작재산권 제한조항으로서, 제32조 2항에 따르면 콘텐츠 수집 사이트에서 신문이나 기사가 정기적으로 업데이트되는 웹 사이트의 콘텐츠를 링크하거나 제목 혹은 요약문으로 이용하는 경우 출판자의 허락을 사전에 받을 필요 없지만, 출판권자(언론사) 또는 기타 권리자에게 저작권료를 지불해야 하고 출판권자의 저작권료에 대한 권리는 양도할 수 없다고 규정하였다.¹⁴⁴⁾ 동시에 이러한 보상금은 저작권집체관리조직에 의하여 징수 및 관리한다고 규정하였다.¹⁴⁵⁾ 하지만 본 법안의 “콘텐츠 수집 사이트”에 대한 정의가 불확실하여 검색엔진과

141) 구글 제와 뉴스 저작권 문제 <http://blog.naver.com/lovelyson3014/220883102329>

142) 스니펫은 사전적으로 적은 양의 정보 혹은 정보의 일부를 의미한다. 이는 기사의 앞 두 세문장 등과 같은 기사 내용의 일부를 칭하는 것으로 이해된다.

143) 유현우, 손승우, EU의 새로운 저작권법, 구글에 대해 “snippet tax” 도입 검토. <http://cpcstory.blog.me/220612641124>

144) 스페인 저작권법 32조 2항 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. 그러나 콘텐츠 수집 사이트에 대한 확실한 정의를 내리지 않았기에 블로그나 소셜 네트워크에도 적용 가능하다.

145) 西班牙《知识产权法》第32条第2款规定“电子服务提供者将期刊或定期更新的网页上发表的, 且以信息提供、舆论形成或休闲娱乐为目的的内容中的非实质性片断的内容聚合向公众提供的, 无需取得许可, 但不得损害出版者或特定情况下其他权利人获得公平补偿的权利。权利人不得放弃获得补偿的权利, 而该补偿费通过知识产权集体管理组织统一收取。在任何情况下, 第三方将发表在期刊或定期更新的网页上的任何图像、摄影作品或普通照片, 向公众提供的, 需经许可。”

같은 포털 사이트 외에 개인 블로거 또는 SNS사용자에게도 적용될 가능성이 있어 소셜 미디어를 통한 링크에도 스니펫세 부과의 우려도¹⁴⁶⁾ 있다.

나. EU의 경우

스니펫세의 핵심은 두 세 문장의 기사 내용에 대한 저작권료를 부여하려는 것인데 구글세(Google Tax)¹⁴⁷⁾가 다국적 IT기업의 독과점 및 조세회피 문제를 해결하기 위해 부과하는 세금 및 이들이 사용하는 콘텐츠에 대해 부과하는 사용료를 통틀어 일컫는 말로 스니펫세는 구글세의 일부라고 할 수 있다. 이에 대하여 구글은 자신들의 뉴스 서비스는 영리적 광고와 연계되지 않아 수익이 발생하지 않으므로 저작권료를 부과하면 구글 뉴스의 서비스를 지속할 수 없다고 주장하며, 2014년 12월 16일부터 스페인에서 구글 뉴스 서비스를 중단하기로 결정하였다¹⁴⁸⁾. 그러나 최근 EU 집행위원회가 EU차원에서 스니펫세의 도입을 검토하고 있다고 공식적으로 밝히면서 개별 국가 단위의 논의와는 또 다른 양상으로 논의가 진행될 가능성이 있음을 보여주고 있다.¹⁴⁹⁾

146) 스페인의 온라인 출판사 “웹 블로그 SL”의 창업CEO인 훌리오 알론소가 공개 인터뷰를 통하여 표한 의견.

147) 뉴스 등 콘텐츠에 대한 저작권 보호 및 사용료 부과를 위한 저작권 관점의 구글 세와 소득을 세율이 상대적으로 낮은 나라에 비용 명목으로 이전하면서 회피하게 되는 법인세를 징수하기 위한 조세 회피 관점의 구글세 등을 총칭한다. 특히 조세 회피 관점의 구글세는 구글 등 다국적 디지털 기업들이 글로벌 시장에서 벌어들인 막대한 소득을 특허 사용료나 이자 등의 명목으로 세율이 낮은 나라로 이전시켜 비용 공제를 함으로써 세금을 절감하는 것을 규제하기 위하여 도입되었다.

<http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=2724046&cid=43667&categoryId=43667>

148) 결국 구글이 스페인에서 ‘구글뉴스’ 서비스를 중지시킨 후 스페인 언론사들의 평균 웹 트래픽이 대폭 감소했다. 웹 분석 전문 조사업체 차트비트(Chartbeat)에 따르면 구글이 뉴스 서비스를 폐쇄시킨 후 50개의 언론사를 추려 트래픽을 조사한 결과, 평균 50%씩 웹트래픽 수치가 떨어졌다. 조쉬 슈워츠 차트비트 애널리스트는 “큰 규모의 언론부 터 군소 언론까지 골고루 선정해 웹트래픽을 계산해 보니 구글뉴스가 있었던 때와는 확연하게 다른 트래픽 양을 볼 수 있었다”고 말했다(전자신문, 2014년 12월 17일자).

149) <https://next.ft.com/content/634c7e72-9e7f-11e5-b45d-4812f209f861>

II. 링크 관련한 대표적 판례

[표 4] 유럽 및 유럽개별국가의 링크 관련 사례

사건 명칭	시간	국가 /재판기관	쟁점 및 재판 결과
Paperboy사 건 ¹⁵⁰⁾	2003 년	독일 대법원	인터넷 검색서비스 제공자 “paperboy”는 자신의 홈페이지에 신문 기사를 무료로 제공하고 심층링크 방식으로 기사 내용을 제공하였는데 대법원 판결에서는 피고의 행위는 저작권법 또는 데이터베이스 법 위반으로 보기 어렵고 하이퍼 링크는 인터넷 사용자에게 편의를 제공하는 수단이고 기소인은 심층링크를 제한하는 기술상 조치를 고려하지 않았고 피고도 경쟁적 과실에 반하는 결과를 보이지 않았기에 인터넷상의 기사에 대한 검색서비스는 위법이 아니라고 판결 ¹⁵¹⁾
NLA v. PRCA ¹⁵²⁾ &Meltwater	2014 년	EU사법재 판소	뉴스 저작권 집중관리단체인 뉴스 라이선싱 에이전트(News Licensing Agent)는 멜트 워터의 프리미엄 서비스 이용자였던 PRCA을 상대로 저작권(복제권) 침해의 소를 제기함. 사법재판소는 인터넷을 보기 위한 일시적 복제는 저작권 침해가 아니라고 판결함. 이 판결은 일시적 복제에 대한 예외로

			인정받기 위한 구체적인 요건에 대해서 명시하였으며, 특히 스크린 복제와 캐시에 의한 복제의 경우 일시적 복제의 예외로 인정되는 이유를 구체적으로 설명함.
Svensson v. Sverige ¹⁵³⁾	2014년	EU사법재판소	2014년 2월, EU사법재판소는 Svensson 사건에서 애그리게이터 플랫폼의 직접링크 행위에 대하여, 이러한 송신행위는 공중송신에 해당될 수 있다고 판단하였지만 SAGE 판례 ¹⁵⁴⁾ 에서 인정된 “새로운 공중”의 기준에 따르면 피고의 콘텐츠는 저작권자가 최초 송신을 허락한 시점에 이미 고려했던 공중에게 제공된 것으로서 저작권 침해가 아니라고 판정하였다.

독일의 paperboy사건에서 대법원은 뉴스 기사를 심층링크 방식으로 제공하는 행위는 저작권법의 침해도 경쟁적 과실도 존재하지 않는다고 판시하였고 NLA v. PRCA 사건은 저작권자의 허락을 받지 않고 뉴스 요약문을 이용자에게 노출하는 방식은 일시적 복제행위로서 저작권 침해에 해당하지 않는다고 인정하였다. 이어서 Svensson v. Sverige에 대한 유럽 재판소의 판결에서 피고가 인터넷에 공개된 기사를 링크 묶음으로 제공

150) BGH, Urt. v. 17. 07. 2003—TZR 259/00—OLG Köln, LG Köln, S. 2.

151) 翟巍, 「网络时代德国著作权法研究」, 2013, 法律图书馆, 2页

152) Public Relations Consultants Association v. Newspaper Licensing Agency C-360/13 비슷한 사건으로는 미국의 Associated Press v. Meltwater U.S. Holdings, Inc.인데, 피고가 원고의 저작물을 허락없이 클리핑 및 공유한 행위를 공정이용이라고 주장했으나 뉴욕법원은 피고의 항변을 거부하고 저작권 침해로 인정함. 이는 PRCA v.NLA 사건에 관한 영국 대법원 및 유럽사법재판소의 판단논리와 상이하다.

153) Svensson v. Retriever Sverige AB, C-466/12 (13 Feb. 2014)

154) Case C-306/05 (2006) ECR I-11519.

한 행위를 전송행위로 인정하였으나 이른바 “새로운 공중(New public)”의 침해판단 기준을 도입하면서 문제된 뉴스 애그리게이터 행위는 최초 송신범위에 포함된 공중의 범위를 초과하지 않았기에 새로운 공중에 해당되지 않으므로 저작권법 위반행위가 아니라고 판시하였다.

여기서 의문되는 점은 독일 Paperboy 사건에서 독일 대법원은 피고가 심층링크 방식으로 기사를 제공하는 행위를 저작권법에 위반하지 않는다고 판단한 것은 “전송행위에 해당하지 않기에 저작권법 위반이 아니라는”논리에 의하여 진행된 것으로 짐작이 되나 Svensson 사건에서 유럽연합의 판단은 링크 묶음을 제공하는 행위는 유럽연합 관련 지침 제3조 제1항¹⁵⁵⁾에 해당된다고 판시한 점을 고려했을 때 링크에 대한 시각이 일관적이지 않음을 보아낼 수 있다. 그러나 필자는 독일 paperboy 사건과 Svensson 사건에서 제공된 링크에 기술적 차이가 존재한다는 점을 고려했을 때, Svensson 사건에서 문제된 전송행위는 유럽연합의 정보사회화 지침에 규정된 공중송신행위로 취급하기 어렵다는 의견에 동의한다.¹⁵⁶⁾

위 사례로부터 알 수 있듯이 유럽 각국 및 유럽 연합이 구글 뉴스 및 기타 뉴스 애그리게이터에 대한 입법 및 사법적인 판단은 다소 엇갈리는 입장을 보여주고 있는바 뉴스 애그리게이터 관련된 문제는 결국 뉴스 저작권자의 수익구조 악화, 뉴스저작물에 대한 합리적 경제적 대가에 대한 갈등과 관련된 문제로서¹⁵⁷⁾ 뉴스 산업에서의 이러한 경제적 이익의 균형을 도모할 수 있는 규제방식을 고안해내는 것이 뉴스 애그리게이터 관련 분쟁을 근본적으로 해결하는 것이라고 생각된다.

155) Information Society Directive 2001/29/EC 저작권법 및 저작인접권을 통일하기 위한 지침. 제1항 제3조 유무선 통신의 방법으로 공중의 구성원에게 개별적으로 저작물을 이용가능하게 하는 공중송신권을 규정하고 있다.

156) 박준석, 인터넷 링크행위자는 이제 정법은 물론 방조범조차 아닌 것인가? 한국지식재산학회, 산업재산권, 48. 2015.12 ,44면

157) 김현경, 위의 논문, 4면

제2절 일본 및 한국

I. 일본

일본의 경우, 뉴스 애그리게이터와 관련한 직접적인 사례는 찾아보기 어렵다. 뿐만 아니라 심층링크 또는 프레임 링크, 인라인 링크 등으로 인하여 저작권 침해문제가 제기된 사례도 찾기 어렵다.¹⁵⁸⁾ 그러나 일본의 학계에서 심층링크가 복제권 침해가 아니라는 입장이 통설로 인정되고 있다.¹⁵⁹⁾ 그러나 이와 달리 심층링크 자체는 복제, 전송행위에 해당하는 것은 긍정하나 일본 저작권법 제32조 정당한 인용에 해당한다고 보는 입장도 존재하고 있다.¹⁶⁰⁾

다만 뉴스 관련한 링크의 사건으로서 ‘뉴스의 무단이용행위에 대한 민사적 불법행위책임을 인정한 사건’이 존재한다.

원고 요미우리 (读卖新闻) 신문사와 피고 디지털 얼라이언스 사이에 발생한 사건으로 피고가 Yahoo! Japan의 뉴스기사 웹페이지에 링크를 제공하였다. 본 사건의 쟁점은 원고의 뉴스기자 제목을 피고가 한 줄 뉴스 형식으로 무단 이용한 것이 저작권 침해인지 여부였다. 이에 일본의 항소심법원은 뉴스기사의 제목 자체는 저작물이 아니기에 저작권 침해가 성립되지 않지만 원고가 인력, 재력의 대량적으로 투입한 독립적인 가치를 가지고 있으므로 법률의 보호를 받을 수 있는 “이익”¹⁶¹⁾으로서 이

158) 박준석, 위의 논문, 28면 참조

159) 일본의 학설 동향은 박준석 “이미지 검색엔진의 인라인 링크 등에 따른 복제, 전 시, 전송 관련 저작권 침해의 책임” 각주 67,28면 참조

160) 이러한 입장은 岩崎一生, “国際電子商取引の基本問題 (2)”, 国際商事法務 8号, (2006) 참조.

161) 중국학자의 견해에 따르면 이는 반부정당경쟁법의 측면에서 원고의 이익을 보호한 것으로서 이는 반부정당경쟁법상의 규제에 의한 침해판정이라고 주장한다.

러한 이익을 침해한 행위는 민사상 불법행위에 해당한다고 판단하여 손해배상책임을 인정하였다.¹⁶²⁾

즉 일본에서는 뉴스 기사의 제목에 대한 저작물 특성을 부인함과 동시에 이러한 링크행위를 민법상 일반불법행위로 인정하여 손해배상을 인정하였다. 따라서 일본법원의 이러한 논리는 현재 중국학자 중에서 민법상 부당이득에 의하여 링크행위를 규제하여야 한다는 주장과 맞물린다고 볼 수 있다.

II. 한국

한국의 경우, 뉴스 애그리게이터에 관한 직접적인 저작권법 판결은 존재하지 않으나 인라인 링크행위에 관한 침해판단 판례가 존재한다.

[판례 1]

최초로 인라인 링크행위를 저작권법 범위내에서 규제한 사건으로서 동 사건의 원고는 사진작가로서 저작물인 풍경사진을 웹사이트에 게시하였는데 주요 인터넷 포털들은 이미지 검색서비스를 제공하면서 원고의 사진저작물의 썸네일 이미지(thumbnail image) 혹은 그보다 큰 이미지를 자신의 서버에 저장한 뒤 링크 및 상세보기 방식으로 저작물을 이용자에게 제공하였다. 이에 원고는 저작권 침해소송을 제기하였는바, 복제권 및 공중송신권 관련한 1심법원 및 항소심 법원의 판단과 대법원의 판단은 각각 아래와 같은 논리로 전개되었다.

1심법원¹⁶³⁾은 상술한 행위는 원래의 사진 또는 그 복제물을 유형물에 고정하거나 이를 송신, 이용에 제공하는 행위가 아니라고 판단하였으나 항

¹⁶²⁾ 知財高裁判決2005(平成17年).10. 6. 宣告平成 17(ネ) 第10049號.

¹⁶³⁾ 서울중앙지방법원 2008. 2. 15. 선고 2006가합106779 판결.

소심 법원¹⁶⁴)에서는 썸네일 이미지로 축소, 변환하여 게시한 것이 복제, 전송행위에 해당한다고 하더라도 구 저작권법 제25조의 ‘정당한 인용’ 행위에 해당하여 복제권이나 전송권 침해가 아니라고 판단하였으나 외부 이미지에 대한 상세보기 방식에 대해서는 원고의 사진에 대한 대체효과를 원인으로 정당한 인용을 거부하여 복제권, 전송권의 침해로 인정하였고 외부 이미지 링크 방식¹⁶⁵)에 대하여는 링크가 원본 이미지의 위치로 연결하는 행위이므로 복제 및 전송행위가 아니라고 판단했다.

대법원¹⁶⁶)은 외부 이미지에 링크한 행위를 “링크는 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지나, 웹 사이트 등의 서버에 저장된 저작물의 웹 위치 정보 또는 경로를 나타낸 것에 불과한 것으로 저작권법상 ‘유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것’으로 정의된 복제행위 및 ‘송신하거나 이용에 제공하는 것’으로 정의된 전송행위에 해당하지 아니한다”고 보았다. 동 사건은 링크행위의 저작권법상의 적법성을 판단하는 중요한 판결로서 향후에 발생할 링크 관련 저작권침해문제에 있어서도 큰 영향을 끼칠 것으로 보인다. 그러나 동 판결에서는 링크에 대한 기술적인 분류를 진행하지 않은 채 일괄 취급하였다는 점에서 아쉬운 점이 있다.

[판례2]

링크에 대한 이러한 입장은 2015년 “츄잉 사건”¹⁶⁷)에 관한 대법원의 판례에서 재차 확인된 바가 있는데 동 사건은 비록 피고의 저작권법위반 방조죄 성립여부에 관한 형사사건이지만 그 판단논리로서 링크의 저작권법 적법성을 전제로 하고 있기에 참조할만한 가치가 있다. 이 사건은 일

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

165) 박준석, 이미지 검색엔진의 인라인 링크 등에 따른 복제, 전시, 전송 관련 저작권 침해의 책임. 8면 ,이용자가 클릭한 썸네일 이미지의 원본이미지가 저장된 인터넷 주소에 연결(link)하여 원래의 웹페이지의 모습을 각각 보여준다.

166) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결

167) 대법원 2015. 3. 12. 선고 2012도 13748 판결

본 만화 출판사로부터 권리를 부여받은 한국의 출판사가 한국의 대표적인 만화정보 교류사이트인 츠잉¹⁶⁸⁾의 운영자를 저작권법 위반으로 고발한 것으로부터 시작하였다. 피고는 일본 만화 및 그 번역본에 대한 인터넷 위치정보를 직접 또는 심층링크 방식으로 제공함과 동시에 만화의 등장 캐릭터에 대한 분석, 만화 리뷰 등을 기재한 게시글을 읽을 수 있는 커뮤니티 기능도 제공하였다.¹⁶⁹⁾ 그러나 피고가 제공한 링크는 해외 블로그 등으로 연결된 경우가 많고 그러한 저작물은 권리자들의 허락을 받지 않고 업로드 된 침해저작물로 인정되었다.

이에 1심법원¹⁷⁰⁾은 피고가 링크를 통하여 “저작재산권의 침해를 용이하게 하여 이를 방조하였다”고 인정하면서 “복제, 배포 등을 하는 행위”에 대한 링크의 간접책임(방조행위에 해당)을 긍정하였으나 항소심법원¹⁷¹⁾은 피고인과 링크행위 주체의 관계를 증명하는 증거부족으로 원심의 사실 인정을 부정하고 따라서 복제, 배포의 방조책임에 한하여 무죄판결을 내렸고 대법원¹⁷²⁾도 항소심의 판결을 지지하였다. 복제권 및 공중송신권에 대한 침해판단에 있어서 대법원은 피고의 링크행위가 침해저작물로 직접 연결되게 하더라도 “침해행위 실행 자체를 용이하게 한다고 할 수 없다”고 보아 침해행위의 방조행위가 아니라고 인정하였는데 그 전제적인 논리는 링크의 복제, 전송행위 여부를 부정한 것으로서 “링크행위가 저작권법상 복제, 전송행위가 아니다”는 종전판례¹⁷³⁾의 입장을 원용하였다.

168) [http:// www.chuing.net](http://www.chuing.net)

169) 박준석, 위의 논문, 12면

170) 청주지방법원 영동지원 2012. 6. 21. 선고 2012 고단 131 판결.

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

172) 대법원 2015. 3. 12. 선고 2012도 13748 판결

173) 대법원 2009. 11. 26. 선고 2008다77405 판결 -휴대폰 벨소리 사건 :피고는 스트리밍 방식으로 음악을 이용자에게 서비스하는 업체인데 직접링크의 방식으로 원고의 음악저작물을 이용자에게 제공한 행위. 그러나 엄밀히 말하면 직접링크 행위자체가 아니고 태그제공행위라고 인정하는 것이 타당한 사례 ;대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다 80637 ;대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결(상술한 판례인 이미지 검색엔진 사건)

그러나 일부 학자들은 이와 같은 대법원의 판례에 대하여 비판적인 입장을 취하고 있는바 (1)링크의 기술적 종류를 불문하고 그 저작권 침해 판단을 확일적으로 취급했고 (2)링크행위가 복제권 침해가 아니라는 입장은 동의하나 전송권 침해책임도 완전히 부정했다는 점에 대하여 주로 논의가 되고 있다.¹⁷⁴⁾ 한국 저작권법 제102조 제1항 제4호에서 “정보검색 도구를 통하여 이용자에게 정보통신망상 저작물 등의 위치를 알 수 있게 하거나 연결하는 행위”를 온라인 서비스 제공자의 책임제한조항으로 명시하고 있는데 이는 “링크행위”자체가 이런 조항에 포함된다는 것은 명확하다고 판단된다.¹⁷⁵⁾ 따라서 동 조항은 링크행위의 방조책임을 부담시킬 것을 전제로 하고 있는 것으로서 링크행위가 “전송행위”에 해당될 가능성이 있음을 알 수 있다.¹⁷⁶⁾

또한 프레임 링크나 인라인 링크는 직접링크 또는 심층링크와 달리 권리가 저작물에 대한 통제권이 약화되고 전송에 주요한 작용을 하고 있으며 인터넷 환경상 인라인 링크를 한 경우 아예 그 콘텐츠를 다운로드 받아 저장한 경우와 큰 차이를 논하기 어렵게 되었다는 점¹⁷⁷⁾을 보았을 때 전송행위로 인정되어야 한다는 비판도 일리가 있다.

[판례 3]

모바일 애플리케이션 (Mobile application)에서 인터넷 링크와 유사하게 제3자가 관리, 운영하는 모바일 웹 페이지로 연결되는 방식으로 구동되는 경우 저작권 법 위반이 아니라는 대법원 판례¹⁷⁸⁾가 등장하면서 인터넷 링크에 관한 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 의 판결¹⁷⁹⁾을 원용

174) 박준석, 앞의 논문, 120면 참조.

175) 이해완, 저작권법(제3판), 박영사, 2015, 1073면

176) 김현경, 위의 논문, 889면

177) 박준석, 위의 논문, 57면

178) 대법원 2016. 05. 26선고, 2015도16701판결

179) “링크는 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지나, 웹 사이트 등의 서버에 저장된

하면서 “인터넷 링크(Internet link)는 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지나, 웹사이트 등의 서버에 저장된 개개의 저작물 등의 웹위치 정보 내지 경로를 나타낸 것에 불과하여, 인터넷 이용자가 링크부분을 클릭함으로써 링크된 웹페이지나 개개의 저작물에 직접 연결하더라도, 이는 저작권 제2조 제22호에 규정된 ‘유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것’과 같은 법 제19조에서 말하는 ‘유형물을 진열하거나 게시하는 것’에 해당하지 않는다”고 하면서 복제권 및 전시권의 침해가 아니라고 인정하였다. 동시에 “인터넷 링크의 성질에 비추어 보면 인터넷 링크는 링크된 웹페이지나 개개의 저작물에 새로운 창작성을 인정할 수 있을 정도로 수정, 증감을 가하는 것에 해당하지 아니하므로 2차 저작물 작성에도 해당하지 않는다”고 판시하였다. 따라서 이는 대법원의 링크에 대한 일관적인 태도를 보아낼 수 있고 동시에 인터넷 PC뿐만 아니라 모바일 애플리케이션에서도 상술한 법리가 적용이 가능하다고 인정한 판례라고 볼 수 있다.

[판례 4]

최근에는 대법원 판례는 아니지만 서울고등법원에서 임베디드 링크(Embedded Link)의 저작권 침해 여부에 대하여 판시한 사건¹⁸⁰⁾에서 대법원이 2015년 “츄잉 사건”에서 링크행위는 저작권 침해방조죄가 성립되지 않는다고 방조책임을 부정했던 입장과는 달리 “인터넷 사이트 운영자가 임베디드 링크를 이용자에게 제공함으로써 공중과 방송 프로그램을 무제한 재생하게 한 행위는 해외 동영상 공유 사이트 게시자의 공중송신권 침해행위에 대한 방조행위로서 손해배상 책임을 져야한다”고 판시하였다. 아직 동 사건에 대한 대법원의 판결은 나타나지 않아 검토하기 힘들으나 종전의 링크 관련 판례와는 달리 링크를 기술적으로 분류하여 판결

저작물의 웹 위치 정보 또는 경로를 나타낸 것에 불과한 것으로 저작권법상 ‘유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것’으로 정의된 복제행위에 해당하지 아니한다”는 복제권 침해 부정판 부분을 원용.

180) 서울고법 2017. 3. 30. 선고 2016나2087313 판결

하였다는 점, 공중송신권 침해에 대한 방조책임을 인정하였다는 점에서 시사점을 가진다.

[판례 5]

한국의 링크 관련 판례에서 상술한 저작권법에 의한 규제 외에, 프레임 링크를 불법행위에 의하여 규제한 사례도 존재하는 바 저작권자가 저작물의 이용에 대한 묵시적인 허락을 배제하면서 프레임 링크행위자의 부정경쟁책임을 물었다. 동 사건에서 피고는 전자지도를 검색할 수 있는 웹 사이트를 프레임 링크 방식으로 연결해서 전자지도를 볼 수 있게 하는 서비스를 제공하는 것은 전자지도 개발업자인데 법원은 “프레임 링크를 허락하면 원고가 전자지도 판매할 수 있는 기회를 상실하는 손해를 입게 하는 점 등에 비추어 보아 묵시적으로 허락하였다고 인정하기 어렵다”고 판시하면서 피고의 프레임 링크를 위법한 행위로 판정하고 손해배상을 명하였다.¹⁸¹⁾ 따라서 링크에 의한 무단이용을 방지하고 창의와 혁신을 위한 상당한 투자와 노력의 결과물을 보호하고 그러한 시장에서의 창작과 혁신을 촉진하도록 확인했다는 점¹⁸²⁾에서 동 판례가 의미가 있다.

181) 서울지방법원 2001.12.7. 선고 2000가합54067 판결.

182) 정상조·박준석 저, 위의 책, 724면

제5장 뉴스 애그리게이터 규제방식에 대한 논의

제1절 저작권법에 의한 규제의 필요성

최근 뉴스 애그리게이터의 출현은 뉴스를 매개체로 수익을 창출하는 산업에 새로운 도전으로 인식되고 있다. 뉴스 애그리게이터를 통하여 대량적인 뉴스 정보를 신속하게 접근할 수 있지만 공중들에게 제공되고 있는 전문적인 뉴스는 여전히 전통 언론사에 의하여 형성되고 있고 이는 사회 발전에 필요한 정보로서 이러한 정보의 창작에 충분한 보호를 부여할 필요성이 있다.¹⁸³⁾ 뉴스 산업이 현재 직면하고 있는 문제는 바로 이러한 전통 언론사의 뉴스가 시장가치를 소유하고 있음에도 불구하고 사람들은 해당 제품에 대한 지불 의사가 거의 없게 된 데 있다. 따라서 뉴스 애그리게이터에 대한 적절한 규제방식을 취하여야만 이러한 뉴스 산업의 내재적인 모순을 해결할 수 있다.

따라서 새로운 규제방식으로서 저작권법 이외의 법률로서 뉴스 애그리게이터를 규제해야 한다는 입장이 제기될 수 있다. 그러나 제3장에서 논의한바와 같이 반부정당경쟁법에 의한 해결은 현 시점에서 법률자체의 모호성 때문에 적합한 규제방식으로 보급될 수 없다.

이외에 상표법상의 혼동이거나 민사상 부당이득의 법리로서 뉴스 애그리게이터를 규제할 수 있다는 견해가 등장할 여지도 있다. 상표법에 의한 규제방식을 주장하는 자는 이용자가 링크된 상품이나 서비스로부터 간접적으로 그 출처를 식별하여 링크행위자와 링크된 웹 사이트를 혼동하였

183) Fair Use, Aggregation, and the Future of News, A Columbia Law School Kernochan Center Discussion Considers Copyright Reforms that May Boost Media Profits.http://www.law.columbia.edu/media_inquiries/news_events/2015/march2015/news-aggregation

다면 링크에 의하여 제공된 상품이나 서비스(어문 저작물, 동영상 등)는 결국 표지와 같은 역할을 한 것이라고 설명할 수 있다.¹⁸⁴⁾ 그러나 이는 링크행위자가 제공한 기타 콘텐츠를 간과한 채 권리자의 콘텐츠가 아닌 부분조차도 권리자의 것으로 혼동할 여지가 있으므로 상표법상 위반 가능성은 존재해도 이러한 규제방식은 논리적으로 무리가 있다고 본다. 동시에 필자는 민사상의 부당이득논리에 의한 규제는 응당 지적재산권 분야에서 적합한 관련 규정을 발견하지 못했을 경우에 제한적으로 사용되어야 하는바 “침해태양이 저작물을 핵심으로 한 것이므로 민법 규정에 의지하는 것은 삼가야 한다”는 주장에 공감한다.¹⁸⁵⁾

따라서 다른 법률보다 사전(事前)의 예측가능성 및 저작권자에게 배타적 권리를 법에 의하여 부여하여 창작적인 인센티브를 격려하는 저작권법은 뉴스 애그리게이터를 규제할 수 있는 가장 적합한 규범이라고 생각된다. 그렇다면 저작권법에 의한 규제방식 중에서도 가장 효율적이고 뉴스 저작물의 창작과 이용을 활성화 할 수 있는 방법이 무엇인가?

뉴스 산업의 발전을 이룩하기 위해서는 저작권법의 논리에 의하여 뉴스 저작물을 취급함에 있어서 저작권자와 언론사에 대한 적절한 보상체계와 뉴스 저작물의 활용을 증대할 수 있는 시스템이 함께 고려되어야 한다. 뉴스는 사회공중이 진실에 접근할 수 있도록 하는 공익적인 기능을 소유하고 있으므로 모든 국민에게 신속하게 차별 없이 배포되어야 한다. 금일뉴스, 구글뉴스 등과 같은 뉴스 애그리게이터가 짧은 시간동안에 뉴스를 공중에게 전파해주는 뉴스 매개자의 역할은 훌륭하나 만약 저작권제도가 뉴스 저작자에게 충분한 보호를 부여할 수 없을 경우, 저작자는 기술보호조치와 같은 자아구제를 선택하여 뉴스 애그리게이터의 콘텐츠 수집을 방지할 것이다.

184) 장현진, 온라인 뉴스에 대한 링크설정행위의 법적 문제점, LAW&TECHNOLOGY 제3권 제1호, 서울대 기술과 법센터, 2007.1, 72면 참조

185) 박준석, 앞의 논문, 687면.

이러한 기술보호조치는 웹 사이트의 운영비용을 증가시킬 뿐만 아니라 인터넷에 무형의 벽을 만들어 놓는 것으로서 정보의 자유로운 유통을 억압하는 우려가 있다. 또한 현재의 기술보호조치는 링크를 종류에 따라 단계별 대응방식을 취하는 것이 아니라 링크의 구체적인 기술차이를 불문하고 일괄 취급을 하고 있기 때문에 인터넷 이용자의 뉴스 콘텐츠 접근권이 더욱 약화될 수도 있다.

따라서 뉴스 애그리게이터에 대한 적절한 규제방식을 취하는 것은 뉴스 저작자에 대한 법률적인 보호와 뉴스 활용을 극대화하는 것을 통하여 뉴스 산업의 이익적인 균형점을 찾고 뉴스의 공익적인 기능을 실현하도록 하는 것이라고 생각된다.

제4장에서 논술한 바와 같이 독일과 스페인에서는 뉴스 산업의 이익적 균형을 도모하는 규제방식으로서 입법론적인 해결방식을 취하고 있고 한국의 경우, 대법원 판례의 입장은 링크의 적법성을 인정하는 경향을 유지하고 있으나 서울고등법원에서는 링크행위도 공중송신권 침해에 대한 방조책임을 질 수 있다고 인정하여 해석론 적으로 링크를 규제하는 가능성을 보여주고 있다.

따라서 아래 부분에서는 뉴스 애그리게이터에 문제에 대한 입법론적인 해결방식으로서 ‘저작권 신설에 의한 규제방식’과 ‘저작권 허락제도에 의한 규제방식’을 검토하고 동시에 해석론에 의한 규제방식을 분석한 후 중국 실정에 가장 적합한 규제방식을 제안하고자 한다.

제2절 새로운 규제방식

I. 저작인접권의 신설

전통 언론사는 대량적인 인력, 물력을 투자하여 뉴스 저작물의 편집, 보도를 완성하는데 법률적으로 이러한 뉴스 생산방식에 대하여 충분히 보호해야만 뉴스 저작권자의 창작 인센티브를 보장함으로써 독자들이 접촉하는 뉴스의 품질도 제고될 수 있다. 그러나 현행 법률은 신홍의 뉴스 애그리게이터에 대하여 유효하고 명확한 규제방식을 제공할 수 없고 뉴스저작물에 대해서도 확실하고 강한 보호를 부여할 수 없다.

이러한 상황에서 독일이 새롭게 저작인접권을 신설하여 전통언론사의 이익을 보호해주는 규제방식의 도입가능성을 검토해볼 필요가 있다. 독일의 저작권법 제87조 g항의 규정에 따르면 검색엔진은 자신의 사이트에 언론사의 뉴스, 기사 등을 이용할 경우 사전적으로 언론사와 이용허락계약을 맺어야 한다. 그러나 1년 이내에 원문 사이트 링크를 포함하여 간단한 문구나 매우 적은 분량의 발췌문만 노출시킬 경우에는 로열티 지급 의무를 적용하지 않도록 규정하고 있다. 즉 뉴스 애그리게이터가 신문사 또는 포털 사이트의 뉴스 저작물을 이용하려면 사전적으로 이용허락계약을 체결하고 이용료를 지불해야 해야 한다.

이러한 저작인접권 제도에 대한 도입은 언론사에게 일정기간 동안의 배타적 독점권을 부여하여 뉴스 창작에 충분한 인센티브가 부여된다는 점에서 긍정적으로 평가될 수 있지만 다른 한 면에서 인터넷 이용자의 자유로운 정보취득에 엄격한 제한이 가해질 뿐만 아니라 저작권의 보호를 받을 수 없는 뉴스 기사에 대해서도 그 보호범위가 확장되므로 독일식의 저작인접권 신설은 신중하게 고려되어야 한다. 그리고 저작인접권 신설에 있어서 창작성이 없는 짧은 기사에 대해서도 언론사의 인력, 물력의

결과물로서 인접권의 보호범위로 인정할 것인지에 대하여서도 아직 논의의 여지가 있다. 또한 저작권접권의 신설은 뉴스 애그리게이터 제공자가 여러 개의 언론사와 직접 연결하여 이용허락계약을 맺어야 한다는 것을 의미하는데 다양한 언론사가 존재하는 중국 시장의 상황을 고려했을 때, 뉴스 애그리게이터의 운영비용을 증가하여 새로운 상업모델인 뉴스 애그리게이터의 성장에 불리하고 나아가서 뉴스의 활용과 전파에 오히려 부담된다는 점과 현실적으로도 실행가능성이 낮다는 문제점이 존재한다.

II. 저작권허락제도에 의한 규제

전통 미디어와 새로운 미디어의 복잡한 관계 속에서 소송관계는 단지 산업이익의 재분배 과정에서 나타난 모순¹⁸⁶⁾의 표현임을 파악할 필요가 있다. 중국의 [정보통신망전송권규정 제1조]에 의하면 “인민법원은 정보통신망전송권 관련한 민사분쟁 사건을 심리함에 있어서 법에 의한 재량권을 실시하여야 하고 권리자, 인터넷 서비스 제공자, 사회공중의 이익을 모두 고려하여야 한다”고 규정하였는데 저작권법의 허락제도가 바로 “사적권리에 대한 제한”을 통하여 사회공중의 이익을 고려하는 제도이고 산업적인 균형을 형성함으로써 뉴스 산업전체의 건강한 발전을 도모할 수 있도록 도와주는 제도이다. 따라서 저작권 침해나 반부정당경쟁법에 의한 규제방식으로 사후적인 침해구제를 하는 것보다 분쟁 발생 전(前) 부터 권리를 보호할 수 있는 효과적인 경로를 법률적으로 제공하는 점에서 저작권 허락제도는 실효성을 가진다.

미국의 경우, 20세기 말부터 뉴스 애그리게이터의 합법성 문제를 토론했다. 이러한 토론은 이미 구글 뉴스 및 Associated Press v. Meltwater 사건¹⁸⁷⁾을 통하여 재조명 되었는데 초기에 뉴스 애그리게이터 행위가 공정

¹⁸⁶⁾ (美) 保罗·戈斯汀. 「著作权之道: 从谷登堡到数字点播机」 金海军, 译. 2008.

¹⁸⁷⁾ Associated Press v. Meltwater U.S. Holdings, Inc. (S.D.N.Y. Mar. 21, 2013)

이용이라는 항변을 받아들여던 데로부터 현재의 연구초점은 저작권 허락 제도의 완전화로 전환되었다.¹⁸⁸⁾ 이러한 방향성의 변화는 이미 국내외 학계에서의 인정을 받았을 뿐만 아니라 저작권 허락제도의 개선을 통하여 뉴스 애그리게이터 행위를 규제해야 한다는 공통된 인식도 형성되었다. 그러나 구체적으로 어떠한 저작권 허락제도를 적용할 것인지에 대하여 의견이 엇갈리고 있다. 저작권 허락제도에는 개별허락, 강제실시허락 제도, 법정허락제도(Statutory license) 묵시적 허락제도 (Implied license)등이 존재하고 있는데 아래 부분에서 각 저작권 허락제도의 중국내 실행가능성을 상세하게 검토한다.

1. 법정허락제도

중국 저작권법의 법정허락은 저작권자의 허락을 받지 않고 타인의 저작물을 이용한 후 상응한 보상금을 지불하는 제도로서 일종의 묵시적 이용 허락에 해당된다. 저작권법 제32조 제2항¹⁸⁹⁾에 의하면 신문사, 간행물사의 전재행위에 대한 법정허락을 규정하였는데 이러한 오프라인에서의 법정허락제도는 제3장에서도 설명하였듯이 현행 2006년의 사법해석¹⁹⁰⁾에 의하면 인터넷 미디어 사이에 적용되지 않는다. 여기서 신문사와 간행물사 사이의 “전재”라 함은 신문이나 잡지에 공표되었던 기사 등을 그대로 옮겨 실는 것을 말하고 “게재”라 함은 다른 곳에 공표되었던 글을 그대로 인용하는 것을 뜻하고 “요약게재”라 함은 피인용저작물을 그대로 인용하지 않고 그 내용을 요약하여 인용하는 것으로 실제로 신문이나

188) What's the law around aggregating news online? A Harvard Law report on the risks and the best practices.
<http://www.niemanlab.org/2010/09/whats-the-law-around-aggregating-news-online-a-harvard-law-report-on-the-risks-and-the-best-practices/>

189) 저작권법 제32조 제2항: 저작물이 신문이나 잡지에 게재된 후 다른 신문사나 정기 간행물사는 이를 전재하거나 요약게재 또는 자료로 게재할 수 있다. 다만 저작권자가 전재 또는 편집을 허용하지 않는다고 표명한 경우에는 그러하지 아니하다.

190)2006年 修改《最高人民法院于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》的决定(二)

잡지의 기사를 작성할 때 널리 사용하고 있는 방법이다.¹⁹¹⁾

특히 요약게재의 경우, 저작물의 완전성 보호권¹⁹²⁾, 수정권 또는 개편권 등의 권리침해소지가 있다. 즉 원 저작물의 취지를 왜곡 또는 원저작자의 관점을 곡해하여 원 저작자의 명성에 해를 가하는 것은 허용되지 않으나¹⁹³⁾ 핵심적인 표현에 대한 동일성을 유지한 경우에는 문제가 되지 않는다.¹⁹⁴⁾ 동시에 본 조항에 의하여 저작물을 이용하는 자는 저작물을 이용한 때로부터 2개월 이내에 저작재산권자에게 적정한 보상금을 지급해야 한다.¹⁹⁵⁾ 따라서 이와 같은 법정허락제도는 ‘중국특색’의 법률 규정으로서 글로벌 의미에서의 법정허락제도와 다르다. 필자의 소견에 의하면 이러한 법정허락제도는 저작권자의 보상금 청구권을 보호하고 제3자가 저작물의 보상금을 징수 및 관리한다는 면에서 스페인식의 규제방식과 유사하다.

일부 학자의 견해에 따르면 인터넷 미디어, 신문사, 간행물사 등은 모두 정보를 전송하는 매개체로서 저작권법상 동등한 법률적 지위를 향유하여야 하고 동시에 법정허락제도는 인터넷 이용허락에 관한 저작권분쟁을 감소할 수 있으며 대량적인 이용허락계약에 의한 거래비용도 절감할 수 있기에¹⁹⁶⁾ 모든 공표된 저작물의 인터넷 전송에 대하여 법정허락제도를 적용해야 한다고 주장한다.

그러나 필자는 이러한 법정허락제도를 입법론적 방법으로 인터넷 미디어

191) 김정현·한매화, 위의 책, 306면 참조

192) 保护作品完整权: 한국 저작권법상 동일성 유지권으로 이해할 수 있다.

193) 李雨峰, 等「著作权法」, 厦门大学出版社(2006), 第127页

194) 김정현·한매화, 위의 책, 306면

195) 저작권법실시조례 제19조 제32조 참조 著作权实施条例, 第三十二条:依照著作权法第二十三条、第三十三条第二款、第四十条第三款的规定, 使用他人作品的, 应当自使用该作品之日起2个月内向著作权人支付报酬。

196) 杨力, “网络转载可否适用法定许可?”, 国家知识产权战略网, 2014
<http://www.nipso.cn/oneas.asp?id=22160>

에 적용하는 방식은 타당하지 않다고 본다. 첫째, 이러한 중국의 신문사 및 간행물사에 대한 법정허락제도는 글로벌 스탠다드인 베른협약 제9조와 TRIPs협정의 3단계 테스트인 복제권 침해의 예외규정과 부합되지 않는다. 비록 국무원의 국제저작권조약의 실시규정¹⁹⁷⁾에 따르면 “신문사가 외국 저작물을 전재할 경우, 저작권자의 허락을 받아야 한다”고 규정함으로써 중국의 저작권법과 국제조약의 충돌을 완화하였으나 이러한 법정허락제도는 결국 외국 저작물에 적용되지 않기에 외국 저작물에 대한 ‘초(超) 국민대우’(super-national treatment)의 효과를 불러일으켜¹⁹⁸⁾ 권리보호의 불평등을 초래할 수 있다. 따라서 오프라인의 전재행위와 인터넷의 전재행위를 모두 법정허락의 범위에 포함시키는 것은 국내 저작권자에 불공정한 대우를 확대하는 것이므로 뉴스 애그리게이터 행위를 인터넷 전재행위의 합법화로 규제하는 것은 적합하지 않다.

둘째, 법정허락제도가 전통 언론사와 신홍 미디어인 뉴스 애그리게이터에 모두 적용될 경우, 이론적으로 정보의 전송속도와 전송범위를 확대하는 긍정적인 역할을 수행할 수 있으나 실무적으로 권리자의 보상금 청구권을 확실하게 보호하지 못하여 저작권법의 목적에 반하게 된다는 문제점이 존재한다. 또한, 정보전송의 관점에서 뉴스 애그리게이터와 신문사는 모두 동일한 기능을 수행하지만 뉴스 애그리게이터는 신홍 기업으로서 전통 신문사의 인쇄술에 비하여 트랜스 코딩, 프레임 링크등과 같은 시간적, 공간적으로서 훨씬 우세를 가지고 있는 기술을 사용하고 있기에 양자의 기술적인 기초는 확연히 다르다. 전통 언론사의 전재행위는 유형물의 유통을 통하여 저작물의 복사본을 공중에 제공하여 제공하는 것인데, 이는 제작비용이 높고 유통범위가 제한적이기에 권리자의 잠재적인 시장이익

197) 国务院《实施国际著作权条约的规定》第13条规定：“报刊转载外国作品，应当事先取得著作权人的授权；但是，转载有关政治、经济等社会问题的时事文章除外”

198) 丛立先“转载摘编法定许可制度的困境与出路”法学，2010年第1期，第28页。

此外，一些学者还从报酬机制、付费义务执行、权利人知情权等层面，提出了报刊转载法定许可制度运行不力，从而应予废除的多项理由。参见索来军，“关于取消著作权法中报刊转载规定的建议”

에 대한 위협은 크지 않다.

반면에 인터넷 미디어의 전재행위는 디지털 정보를 전송하는 것으로서 복제비용이 낮고 유통범위가 더욱 넓기 때문에 저작권자의 통제권을 약화시킨다. 이러한 실질적인 차이점을 고려했을 때, 인터넷 미디어는 신문사와 동등한 법률지위를 향유할 수 없고 인터넷 미디어 기업에게 법정허락제도의 적용대상으로 포섭할 필요가 없다.¹⁹⁹⁾ 또한 2006년 개정된 법정이용허락제도는 인터넷 매체가 직접 인터뷰를 진행하지 않았기에 독창적인 뉴스 저작물을 생성하지 않는다는 점, 인터넷 매체가 창작한 뉴스 저작물의 질량 또한 높지 못하다는 점, 뉴스의 이용은 활성화 된 반면에 현실적인 운행에 있어서 보상금 지불경로가 제대로 구비되어 있지 않아 저작권자의 이익에 대한 보상을 충분히 할 수 없었다는 점을 종합적으로 고려하여 인터넷에서 뉴스의 전재행위를 배제한 것인데 시간이 흐른 지금 이러한 현실적인 문제들은 여전히 존재하기 때문에 법정허락제도는 새로운 규제방식으로서 적합하지 않다.

2. 개별허락 및 강제실시허락제도

개별허락의 경우, 최대한도의 계약자유를 부여할 수 있고 저작권자의 자주결정권을 보호하는 긍정적인 역할을 수행할 수 있지만 인터넷 환경에는 대량의 저작물에 대한 이용허락수요는 개별허락의 방식으로 전부 충

¹⁹⁹⁾ 일부 학자는 신문사, 간행물사 사이의 법정허락제도의 폐지를 주장하는 바, 이러한 운행체제 대신 저작권 집체관리조직에 의하여 보상금을 징수하고 이용허락을 부여할 것을 동시에 요구하고 있다. 그러나 일부 학자는 여전히 법정허락제도를 보류하고도 충분히 저작권 집체관리조직을 운행할 수 있으므로 법정허락을 완전히 폐지하지 않아도 된다고 주장하고 있다. 이러한 견해는 아래와 같은 논문에서 확인될 수 있다. 丛立先, “论网络版权中的法定许可”, 《辽宁大学学报(哲学社会科学版)》2006年第6期, 第159页。

이외, 현행제도의 보상금지급제도에 대한 완전화 방안에 대해서도 학계에는 연구가 진행되었고 저작권법의 제3차수정에 대하여 도 일정한 영향을 줄 수 있다. 马明飞·周华伟, “报刊转载法定许可的困境与出路—以著作权法第三次修改为视角”; 武志怡, “论报刊转载法定许可付酬机制的制度选择”; 付琼, “完善我国法定许可使用付酬制度的思考”

족될 수 없고 현재 뉴스 산업의 이익적 충돌을 어느 정도 완화할 수 있는지 의문스럽다. 일부 학자들은 강제허락제도를 도입해야 한다고 주장하지만 중국은 저작권 강제실시허락제도를 실행할 수 있는 상응한 집행 기구가 부족하고 상세한 집행절차를 포함한 법적 시스템이 미비한 상태이므로 현실적으로 불가능하다고 생각된다. 이미 실행되고 있는 현행 특허법의 강제실시허락제도를 살펴보아도 허락요건을 지나치게 높게 설정한 원인으로²⁰⁰⁾ 실행가능성이 비교적 낮고 그에 따른 효율도 높지 못하다는 문제점이 있는데 저작권법에서의 강제실시허락제도의 실행에서도 비슷한 문제점이 생길 수 있다.

3. 온라인 뉴스 저작물의 집중관리

저작권법은 독점하려는 개인적인 욕구와 공유를 향하는 사회적인 욕구간의 절충선을 찾음으로써 사회적인 선을 지향한다.²⁰¹⁾ 저작권 집중관리제도는 바로 이러한 욕구를 적당히 조절하기 위하여 마련된 제도로서 저작권 보호체계의 중요한 부분으로 작용되고 있다. 현재 중국의 저작권 집중관리조직은 중국 음악저작권협회, 중국 음향저작권 집중관리협회, 중국 어문저작권협회와 중국 촬영저작권협회가 있다.²⁰²⁾

뉴스 저작물의 관리에 있어서, 온라인 뉴스 저작물을 한곳에 모아 아카이브 또는 데이터베이스 방식으로 관리해야 한다는 견해가 있다.²⁰³⁾ 이는 일종 저작권에 대한 신탁관리형태로서 저작물 이용에 대한 모니터링과 저작권자의 협상력을 강화하고 이용자들이 소수 당사자와 거래를 통하여 다량의 저작물을 이용할 수 있도록 이용을 편리화 할 수 있다는 장

200) 林秀芹, 中国专利强制许可制度的完善, 法学研究, 2006, (6) : 33 - 36.

201) 정운경, 디지털 영상저작물의 집중관리제도 개선방안에 관한 연구, 한국 언론학회 심포지움 및 세미나, 2006.4, 43면 참조.

202) 호개충, 중국 음악저작물 저작권 집중관리제도의 현재와 미래, 2면 참조

203) 杨力, 上述论文, 国家知识产权战略网, 2014

<http://www.nipso.cn/oneas.asp?id=22160>

점이 있다.²⁰⁴⁾ 또한 이용허락을 받지 않고 이용하는 자들을 대상으로 권리집행 가능성이 더욱 높아졌고 징수한 이용료를 저작권자에게 분배하는 식으로 진행되는 것이므로 저작권자에게도 유리하다. 장기적인 관점에서 볼 때 저작권자는 창작활동에 의한 경제적 이익이 보장받을 수 있고 따라서 뉴스 저작물의 품질도 향상되고 뉴스 저작물을 소비하는 이용자도 더욱 좋은 작품을 접근할 수 있다는 점에서 긍정적으로 평가된다.

그러나 뉴스 저작물에 대한 집중관리제도를 실행하려면 현실적으로 많은 어려움이 존재한다. 이 부분의 논의는 현재 중국에서 가장 활발한 집중관리단체인 음악저작물 관련한 집중관리제도의 실시 현황을 참고로 할 수 있다.

중국 저작권법은 20세기 70년대에서 부터야 건립되기 시작하였고 그 법률체계가 아직 초보적인 단계에 처해있다는 점을 고려했을 때, 저작권 집중관리 사업자체가 많은 어려움에 봉착하고 있다.²⁰⁵⁾ 비록 중국 음악 저작물에 대한 집중관리제도가 일정한 성과를 거둔 것은 인정해야 하나 개선해야 할 문제점을 잊어서는 아니된다.

간단한 예를 들면 중국의 음악저작권협회가 관리하고 있는 음악저작물의 수량이 4000여만 개인데 매년 획득하는 저작물사용료는 4000만 위안밖에 되지 않은 것으로서 이는 발달국가의 사정과는 현저한 차이를 가지고 있다.²⁰⁶⁾ 이러한 현상을 초래한 원인으로는 아래와 같다.

첫째, 제도적인 측면에서 저작권 수수료 기준에 대한 구체적인 규정이 결핍되어 있다. 실무적으로 집중관리조직이 사용자로부터 수금할 때 사

204) 지정우·김영옥, 뉴스 저작물의 저작권. 한국언론재단, 2005, 191면

205) 호개충, 앞의 문장, 9면 참조

206) 프랑스의 경우, 음악저작물 저작권협회가 수수하는 연간 음악저작물 사용비는 10억 유로에 달한다. 호개충, 앞의 문장, 10면

용자는 종종 법률규정이 없다는 핑계로 사용료 지불을 거절하고 있어 분쟁이 나타난다.

둘째, 분쟁해결 제도에 대한 규정이 결핍되어 있다. 사용료 지불기준에 관한 분쟁과 집중관리조직 및 사용자사이의 분쟁 등이 다발하고 있으나 현행 법률이 이에 대한 분쟁해결능력이 빈약하다는 지적도 제기되고 있다.

셋째, 인터넷 환경에 대한 대응능력이 부족하다. 복제, 전송기술의 발전과 함께 저작물 사용에 대한 분배는 새로운 도전에 맞이하게 되었으나 상술한 법제도적인 장비의 결핍에 의하여 집중관리제도의 우세를 극대화할 수 없게 되었다.

이와 같은 집중관리제도 고유의 문제점 외에도 현실적으로 직면해야 할 문제는 만약 뉴스 저작물에 대한 집중관리를 실행한다면 그 신탁관리단체를 누구로 선정할 것인가의 문제²⁰⁷⁾도 존재한다. 설령 이러한 법적 제도적인 문제를 입법론적인 해결방식으로 완벽하게 정비하였다 하더라도 대중들의 지적재산권보호에 대한 의식자체는 단기간 동안에 변화되는 것이 아니므로 그 집행효과가 어떠할지는 여전히 의문스럽다.

다만 이러한 제도의 확립을 통하여 문제를 해결하는 데는 많은 사회적 비용이 필요하고 중국 국내에서 집중관리제도의 도입에 대한 수요는 증가되고 있지만 이론적인 연구가 아직 성숙되지 못했다는 점을 보았을 때, 시간적으로도 장기간 동안의 연구, 준비단계를 거쳐야 할 것으로 예상된다. 또한 지금까지 이러한 온라인 뉴스 저작물에 대한 집중관리를 선도적으로 진행한 국가가 거의 없으므로 운행에서의 문제점과 대응방안을 충분히 검토하기 어렵다는 점에서도 선뜻 온라인 뉴스 저작물에 대한

207) 지성우·김영욱, 위의 책,191면

집중관리제도를 실행하기에 힘들다.

Ⅲ. 해석론에 의한 규제방식

1. 저작권 침해판단 기준의 정립

현실적으로 뉴스 애그리게이터는 검색, 링크 등 서비스를 동시에 제공하는 주체로서 그 성질을 정확히 판단하기 위해서는 온라인 서비스 제공자의 책임이라는 넓은 틀에서 어떠한 위치를 차지하는지 파악하여야 한다. 중국은 개혁개방이래 물질적 재부가 신속하게 생산되었고 이와 함께 대중들의 정신적 재부에 대한 수요도 급증하였다. 따라서 정신적 재부의 생산과 재생산을 촉진하기 위해서는 창작자의 권리의 보호와 저작물 이용의 활성화를 극대화 하는 방법을 고안해야 한다.

저작권 보호의 필요성에 대한 인식이 확산되고 또 인터넷이 가져다주는 편리함을 최대한 누리기 위하여 인터넷 업계에서는 직접적인 복제가 아닌 링크를 설정하는 것처럼 가급적으로 저작권 침해의 소지가 낮은 경로로 정보를 유통하려고 한다.²⁰⁸⁾ 그러나 뉴스 정보의 자유로운 유통과 이용을 보장함과 동시에 사회에 질 높은 뉴스 저작물을 제공하기 위해서는 뉴스 저작권자의 보호가 우선 중시되어야 한다.

사실 링크행위 자체가 복제가 아니라는 점에서 큰 다툼이 없을 것으로 예상된다.²⁰⁹⁾ 현재 가장 문제되는 것은 바로 정보통신망전송권에 대한 침해판단이다. 이 부분에 대한 해석은 앞서 제2장과 제3장의 뉴스 애그리게이터 메커니즘과 그 법률적 성질에 대한 검토를 통하여도 알아낼 수 있다. 그러나 중국에서 프레임 링크의 저작권 침해판단이 어려운 법체계

208) 박준석, 앞의 논문, 16면

209) 이러한 입장들은 이대희, 앞의 책, 416면; 남효순·정상조 편저, 앞의 책 중 이해완 집필부분 참조.

상의 주요원인은 저작권법 관련 규정이 개괄적이고 사법해석의 용어가 명확하지 않아 학설 및 판례도 서로 다른 입장을 제시하는데 있다. 이는 법률의 예견가능성을 훼손시키고 법률의 분쟁해결 기능의 실현에도 불리하다. 따라서 프레임 링크행위의 전송권 침해 여부를 판단함에 있어서 우선 프레임 링크가 전송행위에 해당하는지와 전송행위의 정확한 의미를 파악하여야 한다.

프레임 링크가 전송행위에 해당하는지 관해 한국²¹⁰⁾ 학설은 부정설을 취하고 있는 것이 대다수이다. 그러나 우회적으로 전송행위에 해당하나 저작재산권의 제한조항에 의하여 전송에 해당한다는 소수설도 존재한다.²¹¹⁾ 이러한 입장의 차이는 미국도 마찬가지라고 판단된다.²¹²⁾

그러나 필자는 디지털 시대의 새로운 개념으로서 ‘전송’행위는 ‘복제’와 달리 유형물에서 분리된 송신과정에 대한 권리로서 ‘유형물’이라는 개념요소의 제한에서 비교적 자유롭다는 성질이 있다. 즉 송신 및 수신하는 대상물이 각각 유형물이어야 한다는 강행적인 요구가 없음을 의미하고 다시 말하면 전송행위자로 인정하는 요건에는 ‘유형물로의 저장행위’가 필연적으로 등장할 필요가 없다고 생각된다.²¹³⁾

따라서 전송행위자가 반드시 ‘최초 업로드’행위를 실시한 자여야만 한다는 입장을 고취할 필요가 없다. 또한 ‘서버기준’이 요구하는 유형물 ‘서버’는 디지털 시대의 송신의 특징을 홀시한 채로 구(舊) 기술형태

210) 프레임 링크가 상표법상의 문제가 된다는 주장으로서 이대회 앞의 책, 417면 참조. 일반 불법행위책임이나 부정경쟁방지법의 문제가 될 뿐이라는 입장을 취한 견해로는 김현철, 앞의 논문, 54면 참조.

211) 이해완, 앞의 책, 320면 참조.

212) 전송행위라고 주장하는 소수설적 문헌으로는 Jason J. Lunardi, “Guerrilla Video: Potential Copyright Liability for Websites that Index Links to Unauthorized Streaming Content”, 19 Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal 1077 (Summer 2009), p. 1095-1104.

213) 이와 같은 입장으로는 박준석, 앞의 논문, 55면 참조

의 시각에서 침해를 판단하는 기준이므로 현재 프레임 링크의 저작권 침해 판단 기준으로 확립하기 어렵다.

또한 ‘이용자 감지 기준’의 경우, ‘서버기준’의 기술적인 문제점을 극복한 측면에서 긍정적으로 평가될 수 있으나 ‘이용자의 감지’라는 지나친 주관성의 개입을 고려했을 때, 침해 판단 기준으로 적용되면 더욱 큰 불확실성을 자아낼 수 있다는 우려가 있다. 따라서 저작권자의 권리를 확실하게 보호해주며 실질적으로 권리자의 전송행위를 대체한 경우에 한하여 침해를 인정하는 ‘실질적 표현’기준으로서 링크의 적법성을 판단하는 것이 현 시점에서는 비교적 타당한 방법이라고 생각된다.

이에 필자는 뉴스 애그리게이터의 관련 법률문제를 해결할 수 있는 시간적, 경제적으로 타당한 규제방식으로는 ‘실질적 표현 기준’을 프레임 링크의 침해 판단 기준으로 확립해야 한다고 본다. ‘실질적 표현 기준’은 저작권자를 확실하게 보호할 수 있는 기준으로서 창작자에게 인센티브를 부여함으로써 문화와 창작을 격려하는 저작권법의 목적에 부합될 뿐만 아니라 질 높은 뉴스 저작물을 생산하도록 인도하는데 유리한 역할을 일으킬 수 있다.

2. 공정이용 판단기준의 정립

저작권 보호를 강화하는 한편 인터넷 효율성을 제고할 수 있는 링크의 사용을 저작권법으로 규제하면 인터넷상의 자유가 위축될 수 있다는 우려가 생길 수 있다. 즉 인위적으로 창작자에게 부여한 독점권과 인터넷의 효율향상과 언론자유라는 가치가 모순되는 경우가 비일비재하다. 따라서 이러한 모순을 완화하는 방법은 서로 상충되는 모순 중 하나를 포기하는 것이 아니라 양자 사이의 밸런스를 추구함으로써 어떠한 범위의 독점권을 부여할 것인지 어떠한 영역은 공익성을 고려하여 판단해야 할

것인지를 명확히 하는 것이 더욱 중요하다. 저작권법상 침해 여부를 판단하는 논리와 최종적인 책임부담을 결정짓는 논리는 별개의 문제라고 본다.

뉴스 애그리게이터의 경우, 그것의 기술적 메커니즘을 보았을 때 프레임 링크행위를 통하여 광고수익을 벌어드리는 행위가 ‘실질적 표현’기준에 의하여 정보통신망전송권 침해라고 인정될 수 있으나 최후의 책임성립여부에서 고려하여야 할 것은 저작재산권 제한규정도 함께 검토하여야 한다.

따라서 뉴스의 강한 사회기속성과 공익적인 특성을 고려했을 때, 미국의 ‘변형적 이용’기준을 도입하여 영리성을 띤 기업이더라도 이용목적 및 특성상 사회공익에 도움이 되는 뉴스 애그리게이터에 대하여서는 충분히 공정이용 항변²¹⁴⁾을 인정할 수 있도록 해야 한다. 공정이용 관련 조항의 입법추진과 함께 새로운 판단기준 논리를 도입하는 것은 앞으로 뉴스 애그리게이터뿐만 아니라 새로운 기술의 출현에 따른 기타 저작권 상의 침해문제도 보다 명확한 논리로 판단될 수 있다고 생각한다.

총적으로 저작권 침해판단 기준을 정립하고 공정이용에 대한 새로운 기준을 도입하여 관련 기준을 보완하는 것은 앞서 논의한 저작인접권 신설이거나 저작권허락제도의 실시보다 시간적으로든 경제적으로든 모두 여유가 있다는 측면에서 많은 우세가 있다. 또한 이러한 해석론적인 해결 방식은 저작권법의 논리를 가장 잘 구현한 것으로서 현실적으로 바람직한 선택이라고 본다.

214) 물론 공정이용 관련된 조항의 완비화도 함께 추진되어야 하지만 이에 대한 언급은 줄이도록 한다.

제6장 결 론

정보산업의 고속적인 발전추세의 직접적인 표현중의 하나가 뉴스 애그리게이터의 출현인데 이는 뉴스를 매개체로 수익을 창출하는 산업(이하, 뉴스 산업)의 이익적인 균형에 크게 영향을 주었다. 이와 같은 변화는 중국에서 발생한 2014년 6월 광주일보와 搜狐 (SOHU)가 연달아 뉴스 애그리게이터 서비스 제공자인 금일뉴스를 상대로 저작권 침해 및 부정경쟁책임 관련 소송을 제기한 사건에서 반영되었다.

뉴스 애그리게이터의 메커니즘을 살펴보면 주로 웹 크롤링, 트랜스 코딩, 프레임 링크 등과 같은 기술에 의하여 운행되고 있다. 따라서 본 논문에서는 이러한 운행방식에 대한 법률적인 분석을 통하여 뉴스 애그리게이터의 복제권 침해 여부와 정보통신망전송권 침해 여부, 부정경쟁행위 해당 여부를 검토하여 아래와 같은 결론을 내렸다.

①‘제목+요약문’을 노출하는 방식에서 뉴스의 해당 문구가 창작성을 띠지 않는 경우에는 복제권 침해로 볼 수 없지만 해당 문구가 창작성을 띠는 경우에는 복제권 침해로 인정해야 하고 ② 현행 중국 저작권법상 임시복제에 대한 규정이 미비한 상황에서 ‘트랜스 코딩’행위의 적법성을 인정하여도 무방하며 ③프레임 링크의 경우, 법률규정과 사법해석이 불명확하고 학설상 ‘서버기준’, ‘이용자 감지기준’, ‘실질적 표현기준’등으로 정보통신망전송권 침해판단 기준에 대한 견해가 나뉘어져 있고 각 급 법원의 판례에서도 서로 다른 기준을 적용한 경우가 많기에 위법성 판단에 있어서 어려움이 있다.

그러나 저작권법의 목적인 저작권자를 보호하여 창작적 인센티브를 부여함으로써 문화, 과학, 예술의 발전을 이룩한다는 논리에 가장 부합되는

것으로서 “실질적 표현기준”을 채택하여 프레임 링크의 정보통신망전송권 침해책임을 인정하는 것이 바람직하다. ④이어서 뉴스 애그리게이터는 뉴스 저작물이라는 공익성을 띤 정보를 전파하는 것으로서 정보자유를 보장하기 위하여 중국에서 뉴스 애그리게이터와 관련 된 저작재산권제한 규정인 법정허락제도, 정보통신망전송권보호조례 제21조와 제23조, 공정이용 조항 적용 여부를 검토한 결과 현행법상 이러한 재산권제한 조항을 적용할 수 없었다. 이에 필자는 미국의 ‘변형적 이용’원칙을 도입하여 공정이용 항변가능성도 인정해야 한다고 제안한다.

도표로 정리하면 아래와 같다.

‘제목+요약문’ 노출방식	복제권 침해 여부	요약문 자체가 창작성을 띤 경우-침해;대부분의 경우 요약문 자체는 사실적인 서술-비침해.
프레임 링크행위	정보통신망전송권 침해 여부	‘실질적 표현기준’에 따라 침해 인정.
뉴스 애그리게이터	공정이용 해당 여부	‘변형적 이용’기준을 도입하여 사회공익성을 띤 경우 공정이용을 인정.

또한 사법실무에서 중국법원은 인터넷 관련 사건을 반부정당경쟁법의 논리에 의하여 규제를 진행하는 상황이기에 반부정당경쟁법에 의한 뉴스 애그리게이터의 규제가능성도 검토했지만 ①제2조 원칙성 규정의 모호성과 ‘불공정성’에 대한 인정의 어려움 및 실무적으로 손해배상액의 불충분하다는 점 ②저작권법에 의하여 해결될 수 있는 문제는 반부정당경쟁법을 차선으로 채택해야 한다는 점을 고려했을 때 현행법상 반부정당경쟁법에 의한 규제방식은 적합하지 않다고 본다.

그리고 외국의 규제방식과 비교법적인 검토를 진행하여 중국 실정에 가장 맞는 규제방식을 실시하기 위하여 저작인접권제도의 신설과 저작권

허락제도의 실행가능성에 대한 분석을 진행하였다.

결론적으로 중국의 실정을 살펴보았을 때, 정보의 자유로운 유통과 이용을 보장함과 동시에 사회에 질 높은 뉴스 저작물을 제공하기 위해서는 반부정당경쟁법, 상표법, 민사적 부당이득 등 저작권 이외의 법률에 의한 해결보다는 저작권법의 논리에 의한 해결이 뉴스 애그리게이터 관련 분쟁해결에서 가장 효율적임을 알 수 있다. 또한 저작권법에 의한 규제 방식 중에서도 독일식의 저작인접권의 신설이거나 각종 저작권 허락제도를 검토한 결과 현실적으로 많은 어려움과 문제점들이 존재하는 것을 알 수 있었다. 따라서 뉴스 애그리게이터 관련 법적 분쟁은 입법론적인 해결보다 해석론적인 해결방식이 더욱 적합하다고 판단되었다.

이에 필자는 해석론적인 규제방식으로서 ‘실질적 표현기준’에 따른 프레임 링크의 침해를 인정함으로써 저작권자를 보호하는 목적을 실현하고 동시에 ‘변형적 이용’원칙을 도입하여 뉴스 애그리게이터의 공정이용 항변 가능성도 충분히 인정해야 한다고 제안한다.

끝으로 본 논문이 뉴스 애그리게이터 관련 규제방식을 완성화하는 연구에 조그마한 보탬이 되기를 희망한다.

참고문헌

[한국 단행본]

- 정상조·박준석 편저, 「지식재산권법」, 홍문사 (2013)
박준석, 「인터넷서비스제공자의 책임」, 박영사(2006)
이대희, 「인터넷과 지적재산권법」, 박영사(2002)
이해완, 「저작권법(제3판)」 (2015)
남효순·정상조 편저, 「인터넷과 법률II」, 박영사 (2005)
김정현·한매화, 「중국 저작권법 (상)」 (2006)
고종원, 「미디어의 진화가 경제지도를 바꾼다」 (2010)
지성우·김영욱, 「뉴스 저작물의 저작권」 한국언론재단, (2005)
강평, 「중국 민법」,역자 :노정환, 중국정법학회, 사법연수원 중국법학회, (2007)

[한국논문]

- 김현경, “구글의 뉴스저작물 정책에 대한 고찰”, 강원법학 49
이형정, “링크와 프레이밍의 저작권”, 법학연구
배성호, “링크의 저작권 침해 여부”, 사법행정 43(10),2002
박준석, “이미지 검색엔진의 인라인 링크 등에 따른 복제, 전시, 전송 관련 저작권 침해의 책임”, 민사판례연구, 2011
박준석, “인터넷 링크행위자는 이제 정범은 물론 방조범조차 아닌 것인가? -대법원 2012도 13748판결의 문제점과 저작권 형사범죄 처벌의 논리”, 산업재산권, (48), 2015. 12, 73-162
최정열, “인터넷상의 디지털 정보에 관한 권리 보호” CYBER LAW의 諸問題[上], 2003
유현우·손승우, “EU의 새로운 저작권법, 구글에 대해 ‘snippet tax’

도입 검토”, 해외 저작권보호동향, vol 24(146)

전우· 김희현, “모바일 뉴스 애플리케이션 인터페이스 디자인의 사용성의 평가 연구: 중국의 모바일 뉴스 애플리케이션을 중심으로”, 한국디자인문화학회지 22(3),2016.9

[중국 단행본]

王迁, 「知识产权法教程」, 中国人民大学出版社.2007

崔国斌, 「著作权法:原理与案」, 北京大学出版社 2014

[英]萨莉·斯皮尔伯利著:「媒体法」, 周文译, 武汉大学出版社 2004

孔祥俊, 「商标与反不正当竞争法 - 原理与判例」, 法律出版, 2009

[美] Jay Dratler, Jr. 「知识产权许可(上)」 [王春燕, 等译. 北京: 清华大学出版社, 2003

[美]保罗·戈斯汀. 「著作权之道:从谷登堡到数字点播机」. 金海军, 译. 北京: 北京大学出版社, 2008

张革新, 「现代著作权法」, 中国法制出版社, 2006

王利明, 「侵权行为法研究(上卷)」 中国人民大学出版社, 2004

韩松, 「知识产权法」, 中国人民大学出版社, 2006

杨伯勇, 「网络知识产权案件审判实务」, 法律出版社, 2012

孔祥俊, 「网络著作权保护法律理念与裁判方法」, 中国法制出版社, 2015

翟巍, 「网络时代德国著作权法研究」, 法律图书馆, 2013

[중국논문]

陈力·刘明政, “RSS技术与信息媒体聚合”, 情报杂志, 006年第9期

王迁, “搜索引擎提供‘快照’务的著作权侵权问题研究”, 东方法学, 2010年 第3期

崔国斌, “加框链接的著作权法规制”, 政治与法律, 2014年 第5期

张钦坤,“中国互联网不正当竞争案件发展实证分析”,电子知识产权,2014年 第10期

余俊缘,“内容聚合与深度链接相关版权问题探究—第二届中国互联网新型版权问题研讨会综述”,中国版权,2014年第6期

颜晶晶,“德国〈著作权法〉第八修正案评介—报刊出版者权:互联网时代的立法倒退?”,科技与法律,2015年第2期

江金凤,“网络转载,摘编行为的性质分析”,商,2013,(24):220

林秀芹,“中国专利强制许可制度的完善”,法学研究,2006,(6):33—36.

王国柱·李建华,“著作权法定许可与默示许可的功能比较与立法选择”,法学杂志,2012,151—152

孔祥俊,“论信息网络传播行为”,人民司法,2012年第7期

何敏,“新闻聚合搜索平台的著作权问题”,华东政法大学硕士论文,2016.4

朱智丹,“搜索类新闻聚合平台的著作权侵权问题研究”,清华大学,硕士论文,2015.6

林悦,“新闻聚合服务的版权侵权责任研究—以今日头条为视角”,清华大学,硕士论文,2015.6

陈加胜,“信息网络传播权与链接的关系”,电子知识产权,2010年 第2期

梅术文,“我国著作权法上的传播权整合”,法学,2010年第9期

张力,“新闻搜索平台的著作权问题研究”,华东政法大学,硕士学位论文,2016.4

王迁,“‘今日头条’著作权侵权问题研究”,中国版权,2014.4

崔国斌,“著作权法下移动网络内容聚合服务的重新定性”,电子知识产权,2014年 第8期

张广良,“作品的原创性在司法实践中的认定”,人民司法,1996年 第2期

陶丽娜,“网络服务信息服务著作权相关案例研究”,北京大学校长基金论文集,2003

丛立先,“论网络版权中的法定许可”,辽宁大学学报(哲学社会科学版),2006

年 第6期

马明飞·周华伟,“报刊转载法定许可的困境与出路-以著作权法第三次修改为视角“,中国版权,2014年 第2期

武志怡,“论报刊转载法定许可付酬机制的制度选择”,中国出版,2004年第8期

付琼,“完善我国法定许可使用付酬制度的思考”,商业经济,2012 年第1期

丛立先,“转载摘编法定许可制度的困境与出路”,法学,2010年第1期

索来军,“关于取消著作权法中报刊转载规定的建议”,中国版权,2011年第3期

祁温瑶,“‘转换性使用’原则的分析及在我国法律体系重点生存空间探索”,法制与社会,2017.2(上)

周玲玲·马晴晴·陈扬,“基于转换性使用的著作权例外记起对图书馆界的启示”,图书馆建设,2017年 第四期

张细英,“深度链接中的侵权行为”,暨南大学硕士学位论文,2016. 6

孙健,“澎湃新闻与今日头条,何者可以言新-从两款风格迥异的新闻客户端看媒体融合之道”,传媒评论,2014年,第11 期

[기타 문헌]

윤장렬, 독일 저작권법의 개정에 대하여, 한국신문협회,2014,
<http://blog.daum.net/wastun/16396025> (2017. 5.11.최종접속)

余晖,《反不正当竞争法》第二条适用的考量因素,电子知识产权,
<http://www.chinaiprlaw.cn/index.php?id=4422>(2017.4.23.최종접속)

万文志,刘婧《侵权责任法》第六条:过错责任原则
<http://www.haiyaolaw.com/html/view/case/2011-12/6036.htm>(2017.5.12.최종
접속)

구글 뉴스는 저작권 침해인가?

<http://blog.naver.com/mobicell/26605418>(2017.6.11.최종접속)

구글 세와 뉴스 저작권 문제

<http://blog.naver.com/lovelyson3014/220883102329>(2017.2.11.최종접속)

马冉冉, “今日头条”引发的网络版权之争, 人民网, <http://media.people.com.cn/n/2014/0825/c192370-25534421.html> (2017.5.3.최종접속)

杨力, 《网络转载是否适用法定许可?》, 国家知识产权战略网, <http://www.nipso.cn/oneas.asp?id=22161> , 2014(2017.4.15.최종접속)

중국 시장 리서치업체 ENFODESK(易观智库)의 《2014년 뉴스 앱 시장 연구보고서》 [표8]<http://www.iimedia.cn/39537.html>

<http://www.tuicool.com/articles/e2MN7rm>

뉴스 애그리게이터 정의 https://ko.wikipedia.org/wiki/뉴스_애그리게이터
트랜스 코딩의 정의 (IT용어사전, 한국정보통신기술협회)

<http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=857586&cid=42346&categoryId=42346>

[영미문헌]

Thomans Crampton, ‘Googel Said to Violate Copyright Laws’, New York Times, 2007.2.14.

David Nimmer, Nimmer on Copyright: Celebrating 50 Years , U.S. Copyright Office (2013).

Fair Use, Aggregation, and the Future of News, A Columbia Law School Kernochan Center Discussion Considers Copyright Reforms that May Boost Media Profits.

http://www.law.columbia.edu/media_inquiries/news_events/2015/march2015/news-aggregation

Croteau, David/Hoynes, William(2001), The business of Media. Corporate Media and the public Interest ,Thousands Oaks, California ,Sage,

Robert Brauneis, “The Transformation of Originality in the

Progressive-Era Debate Over Copyright in News”, 27 Cardozo Arts & Ent. L.J. 321(2009)

Brad A. Greenberg, “Tollbooths and Newstands on the Information Superhighway”, 20 Mich. Telecomm. & Tech. L.Rev. 171(2013)

What’s the law around aggregating news online? A Harvard Law report on the risks and the best practices.

<http://www.niemanlab.org/2010/09/whats-the-law-around-aggregating-news-online-a-harvard-law-report-on-the-risks-and-the-best-practices/>

Leval, Fair Use Recused, 44 ,UCLA.L Rev.1449,1460(1997)

Abstract

A Study on Chinese News Aggregator Legal Issues

LI LING

College of Law, Intellectual Property LL.M.

The Graduate School

Seoul National University

The emergence of news aggregator which is the direct expressions of the rapid development of the information industry has greatly influenced the profitable balance of the news industry. This change was reflected in a case that Chinese news aggregator service provider “Today’s headline” being sued by Guangzhou News and SOHU because of copyright infringement and unfair competition in June, 2014.

When we look at the mechanism of the news aggregator, it mainly operates through technologies such as web crawling, trans-coding, frame link and so on. Through the legal analysis of this mode of operation, we examined whether the news aggregator infringes the reproductive rights and information network propagating rights , and whether there is any unfair competition behavior.

As a result, we find that ① In the way of exposing “title + abstract”, if the phrase does not become creative, it is not infringement of reproduction rights, but if it is creative, it should be recognized as infringement of reproduction right.

② Under the current Chinese Copyright Act, there is no provision for temporary reproduction, and the “trans-coding” should be considered legal

③ In the case of the frame link, the criteria of judging the infringement of the legal regulations and judicial interpretation are unclear and there is also different standard in theoretical such as “server standard”, “user detection standard”, “substantial presentation standard” so it is difficult to judge news aggregator’s illegality.

However, to comply with the logic of achieving the development of culture, science, and art by protecting copyright holders for the purpose of copyright law, and by giving creative incentives, it is necessary to adopt the “substantial expression standards”.

④Subsequently, news Aggregator is a news propaganda that propagates information with the public interest that it is a news work, and in order to guarantee freedom of information, it has a legal permission system which is a restriction of author’s property right related to news aggregator in China. As a result of reviewing the application of Article 21 and Article 23, it was not possible to apply these restrictions on

property rights under the current law. I suggest that we should adopt the “ transformational use ” principle as the fair use standard and recognize the possibility of fair use.

In addition, in the case of the judicial practice, the Chinese courts proceeded to regulate Internet-related cases by the logic of the anti-corruption competition law, and examined the possibility of regulating the Internet-related cases, but when considering that ① It is difficult to recognize the ambiguity of the unfairness of the regulations through the Article 2 and the insufficient of the damage compensation in practice. ②And if the problem that can be solved by the Copyright Act , the method of using Anti-Fair Competition Act should be the considered as a next choice followed by the Copyright law.

After conducting a comparative legal review with foreign regulatory methods, we analyzed the possibility of establishing neighboring rights and the possibility of copyright licensing system in order to present the most appropriate regulatory method in China.

In conclusion, considering the reality of China, in order to guarantee the free circulation and use of information, and to provide high-quality news works to society, it is necessary to recognize the infringement of the frame link by “substantial presentation standard” and at the same time we should adopt the “transformation use” as a standard to provide the possibility that a good news aggregator can be acknowledged as fair use . Finally, I hope that this thesis will provide a small contribution to the study of enforcing the regulation on news

aggregator.

Key words : News aggregator, Reproduction rights, Information network transmission rights, Unfair competition, Frame link, Fair use, Transformational use, Copyright permission system.

Student Number : 2015-22336