

정보매개자책임의 국제적 흐름

이용자 권리 보호와 ICT 산업 발전을 위한 플랫폼사업자의 책임원칙

정보매개자책임의 국제적 흐름

Open Net - Harvard Berkman Center Seminar on Intermediary Liability



정보매개자책임의 국제적 흐름

이용자 권리 보호와 ICT 산업 발전을 위한 플랫폼사업자의 책임원칙

Open Net-Harvard Berkman Center Seminar on Intermediary Liability

일자 2015년 5월 28일 (목)

시간 09:30~18:00

장소 국회의원회관 제1소회의실

주최 국회의원 박주선, 염동열, 유승희 ※ 가나다 순



후원 방송통신위원회 KOREA COMMUNICATIONS COMMISSION 한국저작권위원회 KOREA COPYRIGHT COMMISSION

opennet.or.kr

T. 02-581-1643 E-mail. master@opennet.or.kr



이용자 권리 보호와 ICT 산업 발전을 위한 플랫폼사업자의 책임원칙

정보매개자책임의 국제적 흐름

International Trends on Intermediary Liability

Designing Intermediary Liability Regime for Promotion of
User Rights and ICT Industry



Session 3

Intermediary Liability and Copyright

정보매개자 책임과
저작권 제도

Main Speaker / 주제 발표



Eric Goldman
에릭 골드먼

- Professor of Law at Santa Clara University School of Law

Eric Goldman is a Professor of Law at Santa Clara University School of Law. He also directs the school's High Tech Law Institute. Before joining the SCU faculty in 2006, he was an Assistant Professor at Marquette University Law School, General Counsel of Epinions.com, and an Internet transactional attorney at Coley Godward LLP.

Eric teaches and publishes in the areas of Internet Law, Intellectual Property and Advertising & Marketing Law. He blogs on these topics at the Technology & Marketing Law Blog, which has been named to the ABA Journal Blawg 100 every year since 2009, and the Tertium Quid blog at Forbes. Since 2002, he has made over 280 public presentations and over 1,600 media appearances. In 2011, the California State Bar's IP Section named him the "IP Vanguard" award winner (in the academic/public policy category), and in 2012 and 2013, Managing IP magazine named him to a shortlist of "IP Thought Leaders" in North America.

Eric received his BA, summa cum laude and Phi Beta Kappa, in Economics/Business from UCLA in 1988. He received his JD from UCLA in 1994, where he was a member of the UCLA Law Review, and concurrently received his MBA from the Anderson School at UCLA.



Rebecca Giblin
레베카 킵린

▪ Senior Lecturer at Monash University Faculty of Law

Informed by her early career as an information technology consultant, Rebecca's research focuses primarily on copyright law and the regulation of the internet and emerging technologies. Her book *Code Wars* (Edward Elgar, 2011, www.codewarsbook.com) recounts the legal and technological history of the first decade of the P2P file sharing era, focusing on the innovative and anarchic ways in which P2P technologies evolved in response to decisions reached by courts with regard to their predecessors. Rebecca's recent major research paper 'Evaluating Graduated Response' critically evaluates the extent to which the big claims that are being made about the success and efficacy of global graduated responses are supported by the available evidence.

Current research interests include exploring the elusive notion of 'the public interest' in copyright, working towards a new flexible exceptions framework in Australia, further developing her work on anti-regulatory code and understanding the regulatory challenges posed to libraries as they shift to e-lending. Rebecca is a Senior Lecturer within Monash University's law faculty and sits on the Board of the Australian Digital Alliance. During 2011 Rebecca was the Kernochan Visiting International Intellectual Property Scholar at Columbia Law School in New York, and in 2013 a Senior Visiting Scholar in residence at Berkeley Law School. During 2013 and 2014 her work was partly funded by the Monash University Research Accelerator Program.

PROFILE | 프로필

Moderator / 좌장



Park, Deok-Young
박덕영

▪ -	LL.M. 법학석사	University of Cambridge 영국 캠브리지대학교
▪ -	Ph.D. 박사	Graduate School of Law, Yonsei University 연세대학교 대학원 법학
▪ -	M.A. 석사	Graduate School of Law, Yonsei University 연세대학교 대학원 법학
▪ Present	Associate Professor 부교수	Yonsei University Law School 연세대학교 법학전문대학원
▪ Present	Head 센터장	EU Law Center, Yonsei University 연세대학교 EU법센터
▪ 2012	President 회장	Korean Society of International Economic Law 한국국제경제법학회

Panelists / 토론자



Lee, Kyuhong
이규홍

▪ 2009	Ph.D 박사	Graduate School of Law, Yonsei University (copyright law) 연세대학교 일반대학원 (저작권법)
▪ Present	Presiding judge 부장판사	Seoul Central District Court, specialized at IP 서울중앙지방법원 지재전담
▪ 2013	Presiding Judge 부장판사	Uijeongbu District Court, Goyang branch 의정부지방법원 고양지원
▪ 2011	Professor 교수	Judicial Research and Training Institute 사법연수원
▪ 2010	Presiding Judge 부장판사	Daejeon District Court 대전지방법원
▪ 2009	Judge 판사	Seoul High Court, specialized at IP 서울고등법원 (지적재산권 전담부)

Panelists / 토론자



Jung, Pilwoon
정필운

▪ -	Ph.D. 박사	Graduate School of Law, Yonsei University 연세대학교 대학원 법학
▪ Present	Professor 교수	Korea National University of Education 한국교원대학교
▪ Present	Director of General Affairs 총무이사	Korea Internet Law Association 한국인터넷법학회
▪ Present	Director 이사	Korean Constitutional Law Association 한국헌법학회
▪ Present	Director of General Affairs 총무이사	Association of Korea Constitutional Case Law Studies 한국헌법판례연구학회
▪ Present	Director of Planning 기획이사	Korean Society of Media Law, Ethics and Policy Research 한국언론법학회

Panelists / 토론자



Choe, Kyong-Soo
최경수

▪ 1992	Ph.D. 박사	Graduate School of Law, Korea University (International Economic Law) 고려대학교 일반대학원 법학
▪ 1987	LL.M. 법학석사	School of Law, University of Dundee 영국 던디대학교 법과대학
▪ 1984	M.A. 석사	Graduate School of Law, Korea University 고려대학교 일반대학원 법학
▪ Present	Chief Senior Researcher 수석연구위원	Korea Copyright Commission 한국저작권위원회
▪ 2011 ~ 2015	Director General 실장	Copyright Research Office, Korea Copyright Commission 한국저작권위원회 정책연구실
▪ 2007	Vice President 부회장	Korea Copyright Law Association 한국저작권법학회
▪ 2006 ~ 2007	Government delegate 한국정부대표	Korea-U.S. and Korea-EU FTA IPR Negotiations 한미, 한EU FTA 지적재산권 분야

Main Speaker / 주제발표

ISP Liability under DMCA

Prof. **Eric Goldman**
(Santa Clara University School of Law)



미국 디지털밀레니엄저작권법(DMCA)상
ISP의 책임

에릭 골드먼 교수 (미 산타클라라대 로스쿨)

How the DMCA's Online Copyright Safe Harbor Failed

DOI: 10.6521/NTUTJIPLM.2014.3(2).10

Quick View

I . Introduction

In 1998, Congress enacted the Digital Millennium Copyright Act (“DMCA”). One of its provisions, 17 U.S.C. § 512, gave online service providers a safe harbor from liability for user-caused copyright infringements. The web hosting safe harbor’s structure was relatively simple: copyright owners assume the burden of notifying service providers when their users are committing copyright infringement, at which point the service providers are expected to intervene if they want to avoid being liable. This system, called “notice-and-takedown,” has served the Internet well enough to create many interesting and important user-generated content websites.

Unfortunately, 15 years of relentless litigation by the copyright industry has created a number of cracks in the notice-and-takedown system. As a result, the notice-and-takedown system is failing as a safe harbor, progressively undermining



the safe harbor's ability to foster entrepreneurship in the user-generated content industry. This Essay explains how cracks in the safe harbor are rendering it useless.

II. Background

Copyright law is a strict liability tort. That means a person is liable for copyright infringement if their actions violate a copyright owner's rights, even if they had no idea they were doing so. In the mid-1990s, a few cases suggested that online service providers could be strictly liable for user-caused copyright infringement, even if the service providers didn't know that its users were doing so.¹⁾

These cases prompted the DMCA safe harbor codified in 17 U.S.C. § 512(c), which created the notice-and-takedown system. Its key innovation is that online service providers aren't strictly liable for user-caused copyright infringement; service providers should be liable only if they get a takedown notice from copyright owners and then fail to respond quickly. Indeed, the statute spells out what information needs to be in a takedown notice before it creates the obligation for service providers to act.²⁾ Thus, it's clear Congress wanted to override copyright law's strict liability default rule for online service providers and require copyright owners to take affirmative steps outside the courtroom before they ran to the courtroom to sue user-generated content websites.

From the beginning, copyright owners quickly realized that sending takedown notices was a chore.³⁾ As a result, copyright owners have repeatedly sued service providers for user-caused copyright infringement even where the copyright owners

1) Professor of Law and Co-Director of the High Tech Law Institute, Santa Clara University School of Law; J.D./M.B.A., University of California, Los Angeles; B.A., University of California, Los Angeles. Contact email: egoldman@gmail.com. This article (without footnotes) was originally published at <http://blog.ericgoldman.org/archives/2014/06/how-the-dmcas-online-copyright-safe-harbor-failed.htm>.

2) See, e.g., *Playboy Enterprises, Inc. v. Frena*, 839 F. Supp. 1552 (M.D. Fla. 1993); *Playboy Enterprises, Inc. v. Russ Hardenburgh*, 982 F. Supp. 503 (N.D. Ohio 1997).

3) 17 U.S.C. § 512(c)(3).

haven't sent takedown notices.⁴⁾ Naturally, if copyright owners could establish service provider liability without the need to send takedown notices, it would effectively render Section 512(c)'s notice-and-takedown scheme moot.

IV. Undermining the Safe Harbor

Through aggressive litigation in court, copyright owners have made substantial progress in eviscerating the notice-and-takedown system, especially in the past two years or so. Some of the ways they have done so:

1 Pre-1972 Sound Recordings

In the *GrooveShark* case,⁵⁾ the court held that pre-1972 sound recordings—which are governed by state copyright law, not federal copyright law—are not covered by the notice-and-takedown scheme. Because a service provider allowing users to post sound recordings has no reliable automated way of distinguishing pre- and post-1972 works, service providers cannot rely on the notice-and-takedown for any sound recordings.⁶⁾

2 Knowledge Requirement

Courts have established two ways that service providers can “know” about their users' infringing behavior even if copyright owners don't send takedown notices.

4) See, e.g., *ALS Scan v. Remarq Communities, Inc.*, 239 F.3d 619 (4th Cir. 2001)

5) See, e.g., *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC*, 667 F.3d 1022 (9th Cir. 2011); *Viacom Int'l Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19 (2d Cir. 2012) (Viacom sued YouTube even though Viacom waited some time to send 100,000 takedown notices and YouTube immediately processed them).

6) *UMG Recordings, Inc. v. Escape Media Group, Inc.*, 107 A.D.3d 51, 964 N.Y.S.2d 106 (N.Y.A.D. 1 Dept. 2013).



First, courts have added a new safe harbor exclusion called “willful blindness.”⁷⁾ This exclusion doesn’t have a rigorous definition—courts are still trying to figure out what it means⁸⁾—and the courts created this exclusion even though the statute specifically described what types of information about user conduct could foreclose the safe harbor.

Second, the courts have said that “inducing” infringement also likely forecloses the safe harbor.⁹⁾ We have clearer definitions of what constitutes inducement, though inducement arguments have rarely succeeded outside the peer-to-peer file sharing context. Nevertheless, lawsuits against user-generated content websites routinely allege inducement, consuming substantial litigation expenses for both parties.

3 Investors’ Liability

Courts have indicated that investors in online service providers aren’t covered by Section 512¹⁰⁾—leading to the potentially anomalous conclusion that investors may be liable for copyright infringement even when the companies they’ve invested in aren’t. Naturally, exposing investors to personal risk for making investments in user-generated content websites is a pretty effective way of discouraging those investments.

* * *

These three exclusions undermine the safe harbor in two ways. First, they prevent user-generated content websites from relying on the notice-and-takedown system.

7) See Eric Goldman, More Evidence That Congress Misaligned the DMCA Online Copyright Safe Harbors (UMG v. Grooveshark), <http://www.forbes.com/sites/ericgoldman/2013/04/24/more-evidence-that-congress-misaligned-its-online-copyright-safe-harbors-umg-v-grooveshark/> (last visited Dec. 2, 2014).

8) See *Viacom Int’l Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19 (2d Cir. 2012); *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC*, 718 F.3d 1006 (9th Cir. 2013).

9) See, e.g., the Ninth Circuit’s baffling quadruple-negative articulation of the doctrine: “the DMCA recognizes that service providers who do not locate and remove infringing materials they do not specifically know of should not suffer the loss of safe harbor protection.” *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC*, 718 F.3d 1006 (9th Cir. 2013).

10) *Columbia Pictures Industries, Inc. v. Fung*, 710 F.3d 1020 (9th Cir. 2013).

Simply responding to copyright owner takedown notices isn't enough to keep a service provider out of court.

Second, more problematically, copyright owners can drain defendants' coffers of lots of money seeking evidence to support these exceptions,^{1 1)} even if the copyright owners ultimately lose in court. This ensures that well-funded copyright owners can drive entrepreneurs out of business simply through aggressive litigation, regardless of the merits;^{1 2)} and it substantially raises the amount of cash required to enter the user-generated content business, as a portion (effectively, the first funds raised) must be set aside for the seemingly inevitable and quite expensive litigation that will surely ensue.

IV. Implications

For all of the angst about SOPA's evisceration of notice-and-takedown,^{1 3)} it's clear that the notice-and-takedown system is dying without any legislative intervention. Congress attempted to articulate a pretty clear rule: users who upload infringing files are liable; their web hosts aren't unless they ignore takedown notices. Somehow, the courts have gotten far enough away from this basic proposition that now copyright owners have plenty of leverage over user-generated content websites without ever sending them takedown notices at all. Perhaps Section 512's failure isn't surprising; in retrospect, it's pretty clear Congress misarchitected Section 512.^{1 4)} Despite that, Congress isn't likely to consider meaningful defendant-favorable reform any time soon.

1 1) UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC, 718 F.3d 1006 (9th Cir. 2013).

1 2) For example, YouTube spent \$100M just to file its summary judgment motion in the Viacom case. Erick Schonfeld, Google Spent \$100 Million Defending Against Viacom's \$1 Billion Lawsuit, <http://techcrunch.com/2010/07/15/google-viacom-100-million-lawsuit/> (last visited Dec. 2, 2014).

1 3) The most obvious example is Veoh, which won its Ninth Circuit case after it had gone bankrupt. Eric Goldman, UMG v. Shelter Capital: A Cautionary Tale of Rightsowner Overzealousness, http://blog.ericgoldman.org/archives/2011/12/umg_v_shelter_c.htm (last visited Dec. 2, 2014).

1 4) See Eric Goldman, Celebrating (?) the Six-Month Anniversary of SOPA's Demise, <http://www.forbes.com/sites/ericgoldman/2012/07/18/celebrating-the-six-month-anniversary-of-sopa-demise/> (last visited Dec. 2, 2014).



Cited as

- Bluebook. Style: Eric Goldman, How the DMCA 's Online Copyright Safe Harbor Failed, 3 NTUT J. OF INTELL. PROP. L. & MGMT. 195 (2014).
- APA Style: Goldman, E. (2014). How the DMCA's online copyright safe harbor failed. *NTUT Journal of Intellectual Property Law & Management*, 3(2), 195-198.
- OSCOLA Style: E Goldman, 'How the DMCA's Online Copyright Safe Harbor Failed' (2014) 3 NTUT Journal of Intellectual Property Law & Management 195.

DMCA의 온라인 저작권 피난처는 어떻게 실패했나

DOI: 10.6521/NTUTJIPLM.2014.3(2).10

간략보기

I. 도입

1998년 미 의회는 디지털 밀레니엄 저작권법(이하 “DMCA”)을 제정했다. 이 중 17 U.S.C. §512 조항은 온라인 서비스 제공자들에 사용자가 유발하는 저작권 침해 책임으로부터 피난처(safe harbor)를 제공한다. 웹 호스팅 피난처 구조는 비교적 단순한데, 저작권자들은 사용자들이 저작권을 침해할 때 서비스 제공자들에 이를 알리는 책임을 맡게 되며, 이때 서비스 제공자들은 책임을 지지 않으려면 개입해야 한다. “통지 및 삭제(notice-and-takedown)”이라 불리는 이 제도는 여러 흥미롭고 중요한 UCC 웹사이트가 탄생될 수 있도록 인터넷의 성장에 기여해 왔다.

불행히도 지난 15년간 저작권 산업계의 끊임없는 소송은 이 통지삭제 제도에 많은 균열을 가져왔다. 그 결과 이 제도는 피난처로서의 역할을 하지 못하고 UCC 산업에서 기업가 정신을 촉진하는 피난처의 능력도 점차 줄어들게 되었다. 본 자료를 통해 균열로 인해 어떻게 피난처가 기능을 잃게 되었는지에 대해 설명하고자 한다.

II. 배경

저작권법은 불법행위에 대해 엄격책임을 묻는다. 이는 한 개인이 모른 채 저작권자의 권리를 침해하는 경우에도 저작권 침해에 대한 책임을 져야 한다는 의미이다. 1990년대 중반 몇 가지 사례를 보면 온라인 서비스 제공자들은 사용자들이 저지른 저작권 침해에 대해 몰랐다고 할지라도 엄격책임을 져야 했다.¹⁾

이러한 사례들로 인해 DMCA 피난처가 17 U.S.C. §512에 성문화되었고, 통지삭제 제도가 탄생했다. 가장 핵심적인 변화는 사용자들의 저작권 침해로 인해 온라인 서비스 제공자에게 엄격한 책임을 지우지 않는다는 점이다. 서비스 제공자들은 저작권자들로부터 통지를 받고도 즉각적인 조치를 취하지 않은 경우에만 책임을 지게 된다. 사실상 법률은 서비스 제공자가 취해야 할 조치를 명시하기 전에 어떠한 정보가 삭제통지서에 포함되어야 하는지 명시하고 있다.²⁾ 따라서 의회는 온라인 서비스 제공자들을 위해 저작권법의 엄격책임 기본규정을 무효화 하고, 저작권자들이 UCC 웹사이트에 대한 소송을 제기하고자 법원으로 달려가기 전에 법정 밖에서 시정 조치를 취하기를 원한 것이다.

처음부터 저작권자들은 삭제통지서를 보내는 것이 귀찮은 일이라는 사실을 즉시 깨달았다.³⁾ 그 결과 저작권자들은 사용자들의 저작권 침해에 대해 삭제통지서를 송부하지 않았을 때조차 서비스 제공자들을 상대로 계속 소송을 제기했다.⁴⁾ 저작권자들이 삭제통지서를 발송할 필요 없이 서비스 제공자의 법적 책임을 물을 수 있다면, 제512(c)절의 통지삭제 제도에 관한 논란은 야기될 수 밖에 없을 것이다.

1) 산타클라라대학교 법대, 법학과 교수 및 첨단법률협회 공동 소장; 로스엔젤레스 캘리포니아대학교 법학박사/M.B.A; 로스엔젤레스 캘리포니아대학교 학사. 연락처: egoldman@gmail.com. 본 논문(각주 제외)은 <http://blog.ericgoldman.org/archives/2014/06/how-the-dmca-online-copyright-safe-harbor-failed.htm>에 최초 게재됨.

2) Playboy Enterprise, Inc. v. Frena 사건 참조, 839 F. Supp. 1552 (M.D. Fla. 1993); Playboy Enterprise, Inc. v. Russ Hardenburgh, 982 F. Supp. 503 (N.D. Ohio 1997)

3) 17 U.S.C. §512(c)(3)

4) ALS Scan v. Remarq Communities, Inc. 참조, 239 F.3d 619 (제4순회재판소, 2001)

Ⅲ. 피난처 침해

특히 지난 2년여간 법정에서 공격적인 소송을 통해 저작권자들은 통지삭제 제도를 무효화하는데 상당한 진전을 거뒀다. 이들이 사용한 방식은 다음과 같다.

1 1972년 이전 음원

GrooveShark 사건⁵⁾의 경우 법원은 연방 저작권법이 아닌 주 저작권법의 지배를 받는 1972년 이전 음원은 통지삭제제도의 대상이 아니라고 판결했다. 사용자들이 음원을 게시하도록 허용하는 서비스 제공자들이 1972년 이전과 이후 창작물을 자동으로 구분할 수 있는 신뢰할만한 방법이 없기 때문에 서비스 제공자들은 모든 음원에 대해 통지삭제 방식을 신뢰할 수 없다.⁶⁾

2 인지 요건

법원은 저작권자들이 삭제통지서를 발송하지 않더라도 서비스 제공업체들이 사용자들의 침해 행위에 대해 “알 수”있는 두 가지 방식을 규정했다. 첫째, 법원이 피난처에서 배제한다고 새롭게 추가한 것은 “의도적인 간과(willful blindness)”⁷⁾라고 불리는 것이다. 이에 대한 명확한 정의가 없고 법원은 여전히 의미를 파악하고자 노력하고 있으며,⁸⁾ 법률이 사용자 행위에 대한 어떤 종류의 정보가 피난처를 박탈하는지 구체적으로 규정하고 있음에도 불구하고 법원은 이 같은 배제를 설정했다.

5) UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC, 667 F.3d 1022 (제9순회재판소, 2011); Viacom Int'l Inc. v. YouTube, Inc., 676 F.3d 19 (제2순회재판소, 2012) (바이어컴은 10만건의 삭제통지서를 발송하기 위해 기다리고 유튜브는 이들을 처리했지만 바이어컴은 유튜브를 상대로 소송을 제기했다)

6) UMG Recordings, Inc. v. Escape Media Group, Inc., 107 A.D.3d 51, 964 N.Y.S.2d 106 (N.Y.A.D. 1 Dept. 2013)

7) Eric Goldman, 『의회가 DMCA 온라인저작권 피난처를 잘못 설정했다는 추가 증거(UMG v. Grooveshark)』, <http://www.forbes.com/sites/ericgoldman/2013/04/24/more-evidence-that-congress-misaligned-online-copyright-safe-harvors-umg-v-grooveshark/> (최종 수정 2014.12.2)

8) Viacom Int'l Inc. v. YouTube, Inc., 676 F.3d 19 (제2순회재판소, 2012); UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC, 718 F.3d 1006 (제9순회재판소, 2013)



둘째, 법원은 침해를 “유도하는(inducing)” 것도 피난처에서 배제된다고 판결했다.⁹⁾ 유도(inducement)라는 주장은 P2P 파일 공유 이외에 거의 성립된 적은 없지만 어떤 것이 유도에 해당되는지에 대한 보다 명확한 정의는 있다. 그럼에도 불구하고 UCC 웹사이트에 대한 소송에서 유도의 주장이 꾸준히 제기되고 있으며, 양 당사자 모두 이로 인해 상당한 소송 비용을 낭비하고 있다.

3 투자자 책임

법원이 온라인서비스 제공업체에 대한 투자자들은 제512절에 해당되지 않는다고 선고함으로써,¹⁰⁾ 투자를 받은 기업들이 책임이 없는 경우에도 투자자들은 저작권 침해에 대한 책임이 있을 수 있다는 이례적인 결론으로 이어졌다. 자연히 UCC 웹사이트에 투자함으로써 개인적인 위험에 노출되는 것은 이들 투자자들의 투자를 크게 감소시킬 수 있다.

* * *

이상의 3가지 배제는 두 가지 측면에서 피난처를 저해한다. 첫째, UCC 웹사이트가 통지삭제제도를 신뢰하지 못하게 만든다. 저작권자의 삭제통지에 대응하는 것만으로는 서비스 제공자들이 소송을 피할 수 없기 때문이다.

둘째, 더 큰 문제는 저작권자들이 결국 패소한다 할지라도 이러한 배제를 뒷받침하는 증거를 찾기 위해 피고인으로 하여금 막대한 소송 비용을 지불하게 할 수 있다는 것이다.¹¹⁾ 이 경우 자금력이 좋은 저작권자들은 사건의 시시비비와 관계없이¹²⁾ 공격적인 소송을 통해 기업 파산도 야기할 수 있다. 또한, UCC 사업을 시작하는데 필요한 충분한 현금을 확보할 때 1차 모금액 등 일부는 반드시 발생하게 될 불가피하고 막대한 비용이 소요되는 소송을 위해 따로 비축해둬야 하는 상황이 발생된다.

9) 제9순회재판소의 이 정책에 대한 4중 부정 판결 참조: “DMCA는 서비스제공업체들이 구체적으로 알지 못하는 저작권 침해 자료의 위치를 파악하지 못하고 삭제하지 않은 경우 피난처 보호에서 배제되지 않는다고 인정한다”

1 0) Columbia Pictures Industries, Inc. v. Fung, 710 F.3d 1020 (제9순회재판소, 2013)

1 1) UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC, 718 F.3d 1006 (제9순회재판소, 2013)

1 2) 예를 들어 유튜브는 바이어컴과의 소송에서 약식판결 청구에만 1억을 사용했다. Google의 Erick Schonfeld는 바이어컴의 10억 달러 소송에서 변호에 1억 달러를 썼다. <http://techcrunch.com/2010/07/15/google-viacom-100millionlawsuit> (최종 수정 2014.12.2)

IV. 시사점

SOPA의 통지삭제 무효화에 대한 불안으로 인해¹³⁾ 통지삭제 제도가 입법부의 아무런 개입 없이 사장되어가고 있다는 점은 분명하다. 의회는 저작권 침해 파일을 올리는 사용자들에게 책임이 있고 삭제통지서에 대해 아무런 조치를 하지 않는 경우가 아닌 한 웹 호스트들은 책임이 없다는 상당히 분명한 규정을 만들고자 노력했다. 법원은 이러한 기본 명제로부터 크게 떨어져 이제 저작권자들이 삭제통지서를 발송하지 않고도 UCC 웹사이트에 대한 상당한 영향력을 발휘할 수 있게 됐다. 제512절의 실패는 그다지 놀랍지 않다. 돌이켜 보면 의회가 제512절을 잘못 구성한 것이 자명하기 때문이다.¹⁴⁾ 그럼에도 불구하고 의회는 가까운 시일 내에 피고인들에게 우호적인 의미있는 개정을 고려할 것 같지는 않다.

인용방식

- Bluebook 스타일: Eric Goldman, 『DMCA의 온라인 저작권 피난처는 어떻게 실패했나』, 3 NTUT J. INTELL. PROP. L. & MGMT. 195 (2014).
- APA 스타일: Goldman, E.. (2014). DMCA의 온라인 저작권 피난처는 어떻게 실패했나, 『NTUT 저작권법 & 관리 저널』, 3(2), 195-198
- OSCOLA 스타일: E Goldman, ‘DMCA의 온라인 저작권 피난처는 어떻게 실패했나’ (2014) 3 『NTUT 저작권법 & 관리 저널』 195

1 3) 가장 대표적인 사례가 베오(Veoh)로 파산 후 제9순회재판소 소송에서 승소했다. Eric Goldman, 『UMG v. Shelter Capital: 저작권자의 지나친 투기에 대한 경고 이야기』, [http://blog.ericgoldman.org/archives/2011/12/umg v shelter c.htm](http://blog.ericgoldman.org/archives/2011/12/umg-v-shelter-c.htm) (최종 수정 2014.12.2)

1 4) Eric Goldman, 『SOPA 서거 6개월 기념 축하(?)』, <http://www.forbes.com/sites/ericgoldman/2012/07/18/celebrating-the-six-month-anniversary-of-sopas-demise/> (최종 수정 2014.12.2)

Main Speaker / 주제발표

Evaluating Graduated Response

Dr. Rebecca Giblin

(Monash University Faculty of Law)



삼진아웃제에 대한
비교법적 평가


레베카 킴 교수 (호주 모나쉬대)

Precis of Research Findings - Evaluating Graduated Response

This is a précis of the research results and ideas that will be presented by Dr Rebecca Giblin on 28 May 2015. Full results and citations are available in the accompanying peer-reviewed research paper: “Evaluating Graduated Response” (2014) 37 Columbia Journal of Law & the Arts 147-209.

RESEARCH PROJECT AND METHODOLOGY

The research results discussed in this document are drawn from an extensive study, conducted over 18 months, and examining each international jurisdiction that had a ‘graduated response’ copyright enforcement arrangement in its public law as of September 2013. It also examined two jurisdictions featuring equivalent private arrangements. The study sought to ascertain the extent to which claims that had been made regarding the efficacy of these schemes were supported by the available evidence. Its methodology involved evaluating, for each jurisdiction, the extent to which such arrangements had been demonstrated to:

- 
- a reduce copyright infringement;
 - b increase legitimate markets, and
 - c encourage the creation and dissemination of a variety of creative and cultural content.

The analysis discovered serious problems with the evidence in support of these schemes. This précis explains the main deficiencies and makes some suggestions about what that data might mean for the future.

DEFICIENCIES IN THE EVIDENCE

‘Correlation’ does not equal ‘causation’

When two trends head in the same direction, people are sometimes confused into believing that one must cause the other. For example, when polio was endemic in the first half of the 20th century, children were widely warned against eating ice-cream. It had been observed that occurrence of polio increased in line with ice-cream sales, and that led to a belief that ice-cream was a cause of the disease. It was later established that, although there was indeed a correlation between polio outbreaks and ice-cream consumption, the one was not caused by the other. Instead, the correlation was explainable with reference to a third factor: polio outbreaks and icecream consumption both increased during warmer months. This story is a reminder that, just because there are two trends going in the same direction does not mean that one of them causes the other. At best, it means that one of them may cause the other. Further investigation is then required to confirm or disaffirm that connection.

Many of the claims about the efficacy of graduated response regimes suffer from the same confusion that created that fear of ice-cream, ie, they inaccurately equate correlation with causation. This is particularly apparent in claims that have been made internationally about the South Korean experience with graduated response.

South Korea has been commendably successful in reducing copyright infringement over the last few years. Lobbyists for additional copyright enforcement have sometimes made an argument that goes like this: ‘South Korea has reduced piracy. South Korea has graduated response. Therefore, graduated response reduces piracy.’ That is, they make the basic error of confusing correlation with causation. This simplistic analysis ignores the fact that there are a vast many other factors at play that might alternatively explain the reduction in infringement levels in South Korea, including increased education, the tremendous successes of local music, TV and movie industries, increased availability of legitimate access and regulatory enforcement measures other than graduated response. Despite exhaustive investigation, my research was unable to find any credible causal link between the introduction of a graduated response regime and reduced infringement in South Korea or any other jurisdiction. In a number of countries the picture is complicated further by considerable evidence of individuals switching to alternative sources of infringement in an attempt to avoid detection, rather than by forsaking infringement altogether. The most that can be said is that there may sometimes be a correlation, with further investigation necessary to determine any closer relationship.

The notice volume data fallacy

Graduated responses generally require several warnings to be issued before any punitive action is taken. Data regarding the relative number of first to second notices, and second to third notices, is commonly pointed to as evidence of the efficacy of such schemes. The reasoning goes that, if there are less second notices issued than first notices, and less third notices than second notices, that is evidence that the scheme is reducing infringement.

Such arguments are made particularly often in the case of the French law, which is known as Hadopi. Representatives of the recording industry have used the fact that ‘as many as 95% of first notices from Hadopi do not give rise to a second notice [and] 92% of second notices do not give rise to a third’ as evidence of reduced infringement. According to Hadopi, The International Federation of the Phonographic Industry (‘IFPI’) has similarly noted with approval that ‘Hadopi has now sent more



than one million notices, with only 8 per cent of infringers receiving a second warning.’ In the same vein, the President of the Commission in charge of the French scheme has said, ‘[t]he less third warnings we send . . . the more the law will have proven effective.’

Since notice volume data is used as evidence of the efficacy of graduated response so often and with such authority, it is worth specifically identifying the fallacies in the reasoning. In my analysis, I use the notice volume data from the French scheme as of July 2013 [inset below] to highlight three reasons why such claims are nonsense.

Hadopi notice volume data, July 2013:

2,004,847 first notices had been issued (the issuance of first notices is a largely automatic process)

201,288 second notices had been issued (the issuance of second notice is also a largely automatic process)

710 ‘délibérations’, or investigations, had been reported (during which human investigators consider whether subscribers who have received a third allegation should be referred to prosecutors)

Reason 1:

failure to account for factors arising from the design of the scheme

First, a higher number of earlier than later notices will always be reflected in published figures because, by definition, subsequent notices cannot be issued to subscribers until after they have been issued with earlier ones. This creates an unavoidable time lag. Some idea about the extent of that lag can be gleaned from the Hadopi Commission’s own figures, which show that no second notices were issued until five months after the issue of the earliest first notices, and no délibérations (ie, the human investigations which occur at the third stage) were undertaken until five months after the earliest second notices were sent. This suggests it is reasonable to

expect that users who have received an earlier notice will not receive a subsequent one for at least five months. This needs to be accounted for in comparing the number of notices issued at different stages. In the case of the French law, one way of doing so would be by comparing the number of first notices issued at any point in time with the number of second notices issued five months after that point.

Another explanation for the higher number of earlier notices than later ones is that, under the French scheme, a second notice can only be issued to any given subscriber if a second allegation is made within six months of the first. After that period expires, Hadopi can only respond to an allegation of infringement by issuing a new ‘first’ notice. Similarly, a third ‘strike’ can only arise within a year of the second. Thus it is entirely plausible that, over the thirty-four months of operation covered by the figures, some users received more than one ‘first’ or ‘second’ notice, causing an over-representation of those numbers without actually suggesting any reduction of infringement. As Hadopi has not released information detailing how many subscribers received more than one first or second notice on more than, this factor cannot be accounted for on the available data.

Reason 2: mathematical probability

The second reason why this notice volume data says nothing about the efficacy of graduated response is because, under the French system, not every allegation necessarily gives rise to any notice at all. Though Hadopi does not publicly report on the number of infringement allegations it receives, publicly available court documents confirm that it acts on only a small percentage of allegations. Consistent with the available information, I conservatively assume that 12% of allegations actually gave rise to notices being issued. If that is the case, a person who receives a first notice has an exponentially lower chance of receiving a second notice, and a correspondingly lower chance of receiving a third one, even if they do not change their behaviour at all. That’s because, if there is no behavioural change, the chance of an individual receiving a subsequent notice is entirely independent of whether or not he or she had



received one previously. Imagine a fisherman practising catch-and-release with 100 fish swimming in a pool. Given a 10% chance of being caught, 10 of those 100 fish will be captured and then thrown back into the water. In the next round, each fish has again the same 10% chance of being caught. The next 100 fish out of the water won't be exactly the same ones that were caught the first time: only a few will be unlucky enough to be hooked twice. On average, there should actually only be 1 fish being caught twice (being 10% of 10%). Similarly, if an infringing individual has a 12% chance of receiving a first notice, they have just a 12% of 12% (0.122, or 1.44%) chance of receiving a second notice. And they will have just a 12% of 12% of 12% (0.123, or 0.1728%) chance of proceeding to the third stage. As a result, based on the 2,004,847 first notices that were issued by July 2013, we could reasonably expect there to have been 240,581 second notices to be issued (or 191,982 if we also control for the estimated 5 month time lag between stages). In fact, 201,288 were actually issued. This suggests little correlation between receipt of notice and reduced infringement (or possibly even an inverse correlation, since more notices than we might expect were actually received once the time lag had been accounted for).

There is a much stronger correlation between the number of second notices issued and third stage investigations. Based on this probability calculus, we could have expected 24,155 third stage proceedings to have been initiated, or 16,674 if the time lag is controlled for. In fact, only 710 'délibérations' were reported. However, the relatively small number of enforcement actions cannot be taken in and of itself as saying anything meaningful about the effect of notices in impacting infringement. That would be like police claiming the fact of few arrests in and of itself as evidence that crime is low. In both scenarios we would need more information, such as: how many allegations are being made? How many are being acted upon? How many give rise to an investigation? How long is the backlog before the commencement of an investigation? In Hadopi's case, the circumstances suggest a number of factors which might explain the low number of investigations independent of changed user behavior, mostly relating to its lack of investigative resources. Recall that the third stage of the process requires significant human input. At the time of the study, Hadopi had never processed more than 64 third stage investigations in a single month. In August 2011 and 2012, the traditional French vacation month, it issued none at all (although it did

issue big numbers of automated first and second notices). In these circumstances, the number of *délibérations* cannot credibly be claimed to say anything about whether infringement was reduced.

Reason 3: correlation and causation again..!

Though claims are repeatedly made that notice volume data proves the efficacy of graduated response, they cannot be given credibility if they do not control for any of the above factors.

If those factors were taken into account, it is possible that the data might show a correlation between receipt of notices and a reduction of infringement. Alternatively, as we see from the above model, it may show a correlation between receipt of notices and increased infringement. No matter which way the correlation flows however, that would not be enough in and of itself to support a claim that the receipt of notices increases or decreases infringement, because of course, correlation \neq causation. Further investigation would be needed to ascertain whether there was any causal relationship between the issuance of notices and the achievement of any of graduated response's aims, using, for example, the methodology of a controlled experiment. My research was unable to discover any evidence of such a link.

Reliance on non-credible data

In addition to the scientific and logical fallacies that undermine the evidence in support of the efficacy of graduated responses, it is further damaged by a more general lack of scientific credibility. The vast majority of studies put forward as evidence of the efficacy of graduated responses worldwide:



- 1 have never been subject to peer review – the globally accepted measure of scientific rigour, accuracy and credibility; and/or
- 2 are funded by the same organisations lobbying for the wider global rollout of graduated response, or organisations with a strong vested interest in their widespread adoption (for example, companies whose business model is to issue the infringement allegations on which such systems are based); and/or
- 3 have non-transparent methodologies (ie only the ‘final numbers’ or ‘summary of results’ are provided, with no way of ascertaining how they were determined) and are not available to researchers or the public for review.

In fact, my research identified only two significant studies worldwide which had been submitted to peer review, had not been conducted or funded by graduated response lobbyists, and had transparent methodologies.

In the first, New Zealand researchers measured P2P traffic before and after the NZ graduated response law came into effect, observing a reduction of more than half. They also noticed that use of technologies which could be used to circumvent the scheme jumped significantly. A year later, a follow-up found some recovery in the amount of P2P traffic, though it was still less than before the scheme came into operation. They also found a further massive increase in the amount of HTTPs traffic. The researchers theorized that this was caused by a further shift to non-P2P infringement, which falls outside the NZ enforcement scheme. While this work is clearly of far greater scientific credibility than almost every other piece of ‘evidence’ used in support of the efficacy of graduated response, it still has significant limitations. It was based on very limited data points, and the researchers said they would need to examine the traffic mixes from all ISPs within and outside NZ before they could even consider claiming causation between the change and the new law. The study also did not control for the new services which started operating in NZ around the same time as the law came into operation, doubling the existing legal music offerings.

The second example, the Danaher study, is the only serious attempt to claim a link between graduated response and increased legitimate markets. It did this by graphing weekly iTunes sales data for France and a control group of other European countries against Google Trends data showing French searches for ‘HADOPI’ over the same period. Over this time period, French sales diverged from and remain above those of the control group. This study, known as the ‘Danaher study’, was another welcome addition to the evidence. Notably however, the effect it identified has never been replicated in the broader recorded music market. It was also contradicted by the Lescure Report, a comprehensive study commissioned by the French Government to evaluate Hadopi’s effects. After considering all relevant evidence, including the Danaher study, the Lescure Report concluded that, even if Hadopi had caused some reduction in P2P infringement, it had overwhelmingly caused traffic to be diverted to other infringing sources rather than to legitimate markets.

With the exception of these two limited studies, the general quality of evidence relied upon in support of claims that graduated responses were effective was extremely poor.

LESSONS THAT MIGHT BE DRAWN FROM THESE RESULTS

My study has demonstrated that, while the well-resourced organisations advocating for the adoption and continuance of graduated response schemes have made big claims about their efficacy, those claims are not supported by the evidence.

When the theory that ISP enforcement was the key to improving outcomes for copyright industries first started being made, there was no data to confirm or disprove it. Now that some countries have experimented with the introduction of such schemes however, we have a much clearer picture of how the theory matches up with results. After a number of years, there is no clear causal link in any jurisdiction between



graduated response and reduced infringement, increased legitimate markets or more widespread production and dissemination of content.

In these circumstances, it is no surprise that regulators around the world seem to be looking for solutions elsewhere. No graduated response scheme has been enacted in the public law of any nation since 2011, and France has partially repealed its own scheme. In the absence of any credible evidence of benefit, and given the sizeable investments required to maintain them, those who have already enacted graduated responses might take this opportunity to consider the desirability of retention. Governments might also consider asking stakeholders to do more to help demonstrate that they are indeed achieving their aims. For example, rightholders are often in possession of data that might enable more scientifically rigorous evaluation of the impacts of such laws; perhaps they may be required to provide it to independent researchers. If graduated response schemes really do work as well as is often claimed, surely their proponents would welcome such analysis. At the very least, it is time to ask lobbyists to do more to justify the big claims that they make in order to ensure that law and policy are in line with the evidence.

삼진아웃제 평가

본 자료는 레베카 길린(Rebecca Giblin) 박사가 2015년 5월 28일 발표할 연구 결과와 견해 개요이다. 전체 결과와 인용은 첨부된 상호 심사 연구 논문을 참조하면 된다: “Evaluating Graduated Response” (2014) 37 *Columbia Journal of Law & the Arts* 147-209.

연구 프로젝트 및 방법

본 자료는 18개월에 걸친 방대한 연구를 통해 도출한 결과물로 2013년 9월 기준 공법상 누적대응 방식인 저작권 “삼진아웃제(graded response)”를 갖춘 국제 관할권을 모두 연구했다. 또한, 이에 상응하는 사법 제도를 도입한 관할권 2곳도 검토했다. 연구 목적은 이러한 제도의 효율성이 기존 증거에 의해 어느 정도 뒷받침되는지 파악하는 것이었다. 이를 위해 각 관할권별로 다음과 같은 효과가 어느 정도 달성됐는지 평가하는 방법을 사용했다.

- a 저작권 침해 감소
- b 합법 시장 증가
- c 다양하고 창의적인 문화 콘텐츠 창작 및 보급 장려

이 같은 분석을 통해 삼진아웃제를 뒷받침하는 증거에 심각한 문제가 있음을 발견했다. 본 발췌문은 증거의 주요 결함을 설명하고 향후 시사점을 제시하고자 한다.

증거 부족

‘상호연관성’은 ‘인과관계’와 동일하지 않다.

두 개의 현상이 동일한 추세를 보이면 이들간에 인과관계가 성립된다고 종종 오인되기도 한다. 예를 들어 소아마비가 만연했던 20세기 전반 아동들의 아이스크림 섭취 위험성에 대해 대대적인 경고가 내려졌었다. 소아마비 발병건수와 아이스크림 판매가 함께 증가한다고 보고되자 아이스크림이 소아마비의 원인이라고 결론을 내린 것이다. 차후에 소아마비 발병과 아이스크림 섭취는 ‘상관관계’가 있지만 ‘인과관계’는 아니라고 규명되었다. 이들의 상관관계는 세 번째 요소로 설명이 가능했는데, 소아마비 발병 건수와 아이스크림 섭취는 모두 날씨가 더울 때 증가했다. 이는 두 가지 현상이 동일한 흐름으로 진행된다고 해도 반드시 인과관계에 있는 것은 아니라는 사실을 보여주는 사례이다. 이들 현상간에 인과관계가 존재할 가능성은 있지만, 원인과 결과를 확인하려면 추가적인 연구가 필요하다.

아이스크림에 대한 공포와 마찬가지로 누적대응 즉 삼진아웃제의 효과에 관한 대부분의 주장들도 오인에서 기인한다. 즉, 상관관계와 인과관계를 동일시하는 오류를 범하는 것이다. 이는 한국의 삼진아웃제 시행에 관한 국제적인 주장에서 특히 명확하게 드러난다. 한국은 지난 몇 년간 저작권 침해 건수를 줄이는데 성공했다. 저작권 집행 강화를 목표로 하는 로비스트들은 “한국은 불법 다운로드를 줄였다. 한국은 삼진아웃제를 두고 있다. 따라서 삼진아웃제는 불법 다운로드를 줄인다”라고 식의 주장을 한다. 이는 ‘상관관계’를 ‘인과관계’로 오인하는 기초적인 오류를 범한 것이다. 이 같이 지나치게 단순화된 분석 방식은 삼진아웃제 이외에 교육 확대, 국내 음악과 TV, 영화 산업의 대대적인 성공, 합법 다운로드 경로 증가, 규제집행 조치 등 여타 여러 요소들이 작용하고 있으며, 이러한 요소들이 저작권 침해 수준 감소도 설명할 수 있다는 사실을 간과한 것이다. 철저한 조사에도 불구하고 본 연구에서 삼진아웃제 도입과 한국 등 여러 사법 관할권의 저작권 침해 감소간에 신뢰할 수 있는 인과관계를 찾을 수는 없었다. 많은 국가에서 이들의 관계는 더 복잡하게 나타났는데, 개인들이 저작권 침해를 그만두기 보다 적발을 피할 수 있는 경로로 이동했다는 증거가 상당했기 때문이다. 따라서 상관관계가 일부 존재한다고 볼 수 있지만 보다 긴밀한 연관성을 파악하기 위해서는 추가 연구가 필요하다.

통지서 수량 자료 오류

삼진아웃제는 일반적으로 몇 차례 경고 후 처벌 조치를 취하도록 되어 있다. 1차와 2차, 2차와 3차 통지서 수량 차이에 관한 자료가 삼진아웃제의 효율성을 보여주는 증거로 주로 사용된다. 1차보다 2차 통지서 수량이, 2차보다 3차 통지서 수량이 적다면 해당 제도가 저작권 침해 건수를 줄인다는 증거라고 주장하는 것이다.

이 같은 주장은 아도피(Hadopi)라고 불리는 프랑스 법률 사례에서 특히 자주 볼 수 있다. 음반 산업 대표자들은 “Hadopi의 1차 경고 중 최대 95%가 2차 경고로 이어지지 않으며, 2차 경고의 92%가 3차 경고로 이어지지 않는다”는 사실을 저작권 위반 감소의 증거로 든다. 비슷하게는 국제음반산업협회(IFPI)가 “Hadopi가 발송하는 백만건 이상의 통지서 가운데 단지 8%만이 2차 통지서를 받는다”라고 언급했다. 이와 마찬가지로, Hadopi를 담당하는 위원회 의장은 “3차 통지서 발송수량이 적을수록 Hadopi 법의 효율성이 입증될 것”이라고 말한 바 있다.

통지서 수량 자료가 삼진아웃제 효과성의 증거라고 당국들이 빈번하게 인용하고 있기 때문에, 이 같은 논리의 오류를 구체적으로 살펴볼 가치가 있다. 2013년 7월 기준 프랑스 Hadopi 제도에 따른 통지서 발송 자료[아래 참조]를 분석해 앞서 주장이 허위인 3가지 이유를 제시하고자 한다.

Hadopi 통지서 수량 자료, 2013년 7월 기준

1차 통지서 2,004,847건 발송 (1차 통지서는 대부분 자동 발송)

2차 통지서 201,288건 발송 (2차 통지서도 대부분 자동 발송)

“심사” 또는 조사 710건 보고 (대인 조사관이 3차 혐의가 제기된 통지서 수령자가 검찰에 송부돼야 한다고 간주한 경우)

이유 1:

제도 설계상 발생하는 요인들을 설명하지 못함

첫째, 발표된 수치에 2, 3차 통지서 수보다 ‘항상’ 더 높은 1, 2차 통지서 수가 반영되는 이유는 2, 3차 통지서는 1, 2차 통지서가 발송된 이후에만 발송이 가능하기 때문이다. 이로 인해 불가피하게 시차가 발생한다. Hadopi 위원회 자체 자료를 통해 파악한 시차 정도를 살펴보면, 1차 통지서로부터 5개월 이후에 2차 통지서가 발송되고, 심사(3단계 대인 조사)는 앞서 2차 통지서 발송 5개월 후 시작된다. 즉, 통지서 수령자들은 적어도 5개월 이내에 추가 경고 통지를 받지 않는다고 기대하는 것이 합리적이라는 것이다. 따라서, 단계별 통지서 수량을 비교할 때 이점이 반영되어야 한다. 프랑스 Hadopi법의 경우, 1차 통지서 발송 수량과 그로부터 5개월 후 발송된 2차 통지서 수량과 비교하는 것이 한가지 방안이 될 수 있다.

Hadopi 제도에 따른 통지서 발송 수량이 단계가 지날수록 줄어드는 또 다른 이유는 2차 저작권 위반 혐의가 1차 혐의 시점으로부터 6개월 내 제기될 때만 2차 통지서가 해당 수령자에게 발송될 수 있다는 사실이다. 이 기간이 지나면, Hadopi제도는 위반 혐의에 대해 신규 ‘1차’ 통지서만 발송하도록 하고 있다. 이와 마찬가지로, 3단계 ‘처벌’은 2차 혐의로부터 1년 내에 발생될 때만 진행될 수 있다. 따라서 앞서 34개월 운영 기간을 다룬 수치에는 ‘1차’나 ‘2차’ 통지서를 2회 이상 수령한 경우도 포함돼 수치가 과도하게 반영됨에 따라 사실상 저작권 위반 감소로 볼 수 없다고 해석하는 것이 전적으로 타당하다. Hadopi는 1차나 2차 통지서 2회 이상 수령자 수에 관한 정보를 공개하지 않았기 때문에 이 요소는 기존 자료만으로는 설명이 불가능 하다.

이유2:

수학적 확률

앞서 통지서 발송 수량 자료가 삼진아웃제의 효과에 대해 어떠한 것도 말해주지 않는다는 두 번째 이유는 Hadopi 제도 하에서 모든 위반 혐의가 반드시 통지로 이어지지 않는 때문이다. Hadopi가 접수하는 저작권 위반 혐의수는 공개되지 않지만, 공개된 법정 자료를 보면 접수된 혐의 중 소수만 처리되는 것을 알 수 있다. 이 자료에 따라 접수된 혐의 중 12%만이 실제 통지서 발송으로 이어진다고 보수적으로 가정해 보면, 1차 통지서 수령자가

위반 행위를 시정하지 않더라도 2차 통지서를 받을 확률은 기하급수적으로 낮아지며, 3차 통지서를 받을 확률 또한 매우 낮다. 행위의 시정이 없다 해도 추가 통지서를 받을 확률은 사전에 통지서를 받았는지 여부와는 전혀 무관하기 때문이다. 예를 들어 물고기 100마리가 있는 낚시터에서 물고기를 잡고 놔주는 연습을 하는 어부가 있다고 생각해보자. 잡힐 확률이 10%라면, 100마리 중 10마리가 잡힌 후 물에 다시 돌아가게 된다. 다음 단계에서 각 물고기가 잡힐 확률은 모두 10%로 동일하다. 두 번째 잡힌 물고기들은 처음 잡혔던 물고기들과 똑같지는 않고, 운 없는 일부 물고기만 두 번 잡히게 될 것이다. 평균적으로 봤을 때 1마리는 두 번 잡히게 된다(10%의 10%). 이와 유사하게 저작권을 위반한 개인이 1차 통지서를 받을 확률이 12%라면, 2차 통지서를 받을 확률은 12%의 12% (0.122, or 1.44%)가 된다. 3차 통지서를 받을 확률은 12%의 12%의 12%(0.123, or 0.1728%)가 된다. 이를 2013년 7월에 발송된 2,004,847건의 1차 통지서에 대입해 보면, 2차 통지서는 240,581건(5개월 시차를 적용하면 191,982건)이 발송될 것이라고 합리적으로 예측할 수 있다. 실제로 201,288건이 발송됐다. 이는 통지서 수령과 위반 감소 사이에 상관관계가 거의 없다는 점을 보여준다(시차를 적용하면 기대치보다 더 많은 통지서가 실제로 발송됐기 때문에 역 상관관계 가능성조차 있음).

2차 통지서 발송수와 3단계 조사간에는 더 강한 상관관계가 있다. 확률 계산에 따라 24,155건, 혹은 시차 요인을 통제하면 16,674건의 3단계 조사건이 시작될 것으로 예측되었다. 그러나 실제로는 단지 710건의 “심사”만 보고됐다. 하지만, 비교적 소수인 법집행 조치가 통지서가 저작권 침해에 미치는 영향에 관한 유의미한 자료로서 고려되어야 한다고 볼 수는 없다. 이는 마치 낮은 체포 수가 낮은 범죄율의 증거라고 경찰이 주장하는 것과 같다. 두 가지 경우 모두 얼마나 많은 혐의가 제기됐는지, 얼마나 많은 조치가 취해졌는지, 얼마나 많은 사례가 조사로 이어졌는지, 조사 대기 건은 몇 건인지 등 더 많은 정보가 필요하다. Hadopi 사례를 보면 정황상 주로 조사자원 부족과 관련된 여러 요소들로 인해 사용자 행위 변화와 관계없이 조사건수가 줄어든 것으로 보인다. 3단계 절차는 상당한 인력 투입이 필요하다는 점을 생각하면 된다. 연구 당시 Hadopi가 한달 동안 진행한 3단계 조사는 최대 64건이었다. 프랑스인들의 통상적인 휴가철인 2011년과 2012년 8월에는 3단계 통지서가 전혀 발송되지 않았다(하지만 대량의 1차와 2차 통지서가 자동 발송됐다). 이러한 상황에서 조사건수와 저작권 위반 감소간에 어떠한 관계가 있다는 주장은 신뢰할 수 없다.

이유 3:

상관관계과 인과관계

통지서 발송 수량 자료가 삼진아웃제의 효과를 입증한다는 주장이 반복적으로 제기되지만, 상기 요인들이 통제되지 않는다면 이러한 주장은 신뢰성을 줄 수 없다.

이러한 요인들이 고려했을 때 통지서 자료가 통지서 수령과 저작권 위반 감소간에 상관관계를 보여줄 수도 있을 것이다. 역으로 상기 모델을 통해 제시했듯이 통지서 수령과 위반 증가간에 상관관계가 존재할 수도 있다. 하지만 어느 방향의 상관관계이던지 간에 해당 자료는 통지서 수령이 위반을 증가시키거나 감소시킨다는 주장을 뒷받침하기에는 충분하지 않는데 이는 당연히 상관관계와 인과관계가 동일하지 않기 때문이다. 통지서 발송과 삼진아웃제 목표 달성에 인과관계가 있는지 확인하기 위해서는 통제 실험 방법 등을 사용한 추가 조사가 필요하다. 본 연구에서는 이러한 인과관계가 있다는 증거를 전혀 발견하지 못했다.

신뢰할 수 없는 자료에 의존

삼진아웃제 효과를 뒷받침하는 증거는 이러한 과학적 논리적 오류뿐 아니라 과학적 신뢰성 자체가 결여되었다는 점에서 더욱 문제가 된다. 세계적으로 삼진아웃제 효과의 증거로서 제시된 연구 대부분은 다음 중 하나에 해당된다.

- 1 국제적으로 용인되는 과학적 엄격성, 정확성, 신뢰성을 갖춘 평가 방식인 상호 검토를 받은 적이 없음
- 2 삼진아웃제의 세계적인 확산을 위해 로비하는 기관이나 삼진아웃제의 광범위한 도입으로 인해 막강한 이권을 갖는 기관(예: 저작권 침해 의혹을 사업모델을 갖고 있는 기업)에게 자금을 지원 받음
- 3 불투명한 방법(예: ‘최종 수치’ 혹은 ‘결과 요약’만 제공돼 결론 도출을 확인할 방법이 없는 경우)을 사용하고 연구자들이나 대중의 검토를 위해 공개되지 않음

실제로 세계적으로 단지 2가지 주요 연구만이 상호 검토를 위해 제출되었고, 삼진아웃제 로비스트에 의해 실시되거나 자금을 지원받지 않았으며, 투명한 방법을 사용한 것으로 본 연구 결과 파악되었다.

첫번째 사례는 뉴질랜드 연구자들이 뉴질랜드 삼진아웃제 법안 발효 전후 P2P 트래픽을 측정하는 것으로, 50% 이상의 트래픽 감소가 관찰되었다. 또한, 삼진아웃제도를 우회할 수 있는 기술 사용도 크게 증가한 것을 발견했다. 1년 후 진행된 후속 연구에서 P2P 트래픽양이 일부 회복됐음을 발견했지만 여전히 삼진아웃제 시행 전보다는 낮은 수준이었다. 또한, HTTP 트래픽도 크게 증가했음을 발견했다. 연구자들은 뉴질랜드 법 제도에서 벗어난 P2P 이외의 저작권 위반형태로 사용자들이 이동함으로써 이 같은 현상이 발생했다는 이론을 제시했다. 이 연구가 삼진아웃제 효과를 뒷받침하는데 사용되는 다른 ‘증거’보다 과학적 신뢰성은 훨씬 높지만 여전히 주요한 한계가 있다. 제한된 자료에 기반하고 있으며, 연구자들은 트래픽 변화와 신규 법률간에 인과관계를 주장하기 전에 뉴질랜드 내외부 모든 ISP로부터 트래픽 믹스를 조사할 필요가 있다고 말했다. 또한 삼진아웃제 시행으로 기존의 합법적 음악 서비스가 2배로 증가했는데 이 연구는 당시 뉴질랜드에서 새롭게 운영되기 시작한 신규 서비스를 통제하지 않았다.

두 번째는 다나허(Danaher) 연구로 삼진아웃제와 합법적 시장 증가간 연관성을 주장하기 위해 진행된 유일하고 심도 깊은 사례이다. 프랑스와 다른 유럽 국가로 구성된 통제 집단간 아이튠스(iTunes) 주간 판매량 자료와 동기간 프랑스인들의 ‘아도피(HADOPI)’ 구글 검색 자료를 비교하는 방법을 사용했다. 이 기간 중 아이튠스 프랑스 판매량은 통제 집단과 다른 형태를 보이며 더 높은 수준을 유지했다. ‘Danaher 연구’로 알려진 이 연구는 삼진아웃제를 뒷받침하는 증거로서 환영받았다. 하지만 주목할 만한 사실은 이러한 효과가 더 넓은 음반 시장에서는 나타나지 않는다는 점이다. 또한 프랑스 정부가 Hadopi 효과를 평가하기 위해 의뢰한 종합 연구인 레스퀴르(Lescure) 보고서와도 상충된다. Danaher 연구 등 모든 관련 증거를 검토한 후 Lescure 보고서는 Hadopi가 P2P 저작권 침해 감소를 일부 야기했다고 할지라도, 트래픽이 합법적인 시장이 아닌 또 다른 저작권 위반 경로들로 이동하는 결과를 낳았다고 결론을 내렸다.

상기 두 가지 제한된 연구를 제외하고 삼진아웃제의 효과적이었다는 주장을 뒷받침한다고 인용되는 증거들의 전반적인 수준은 매우 낮다.

이러한 결과로부터 도출할 수 있는 교훈

본 연구는 삼진아웃제 도입과 유지를 지지하는 재원이 두둑한 기관들이 삼진아웃제 효과에 관해 강력한 주장을 하지만 뒷받침할 만한 증거가 없다는 사실을 증명했다.

ISP 실행이 저작권 산업 결과를 개선하는데 있어 핵심이라는 이론이 처음 제기됐을 때 이를 수긍하거나 반박할 수 있는 자료가 없었다. 하지만 일부 국가들이 삼진아웃제 도입을 실험해 옴으로써, 이 이론과 결과가 어떻게 연결되는지 더 잘 이해할 수 있게 되었다. 수년이 흘렀지만 삼진아웃제와 저작권 위반 감소, 합법적 시장 증가 혹은 보다 광범위한 콘텐츠 생산과 배포간의 명확한 인과관계를 어느 국가에서도 찾아볼 수 없었다.

이러한 상황에서 전세계 규제자들이 다른 곳에서 해결방안을 찾고 있는 것은 전혀 놀라운 일이 아니다. 2011년 이후 삼진아웃제가 공법으로 제정된 적이 없고, 프랑스는 자체 제도를 일부 무효화하기도 했다. 제도의 효과에 대한 신뢰할만한 증거가 전혀 없고, 유지에 필요한 대규모 투자를 고려할 때 기존에 삼진아웃제를 제정한 국가들은 이번 기회를 활용해 유지하는 것이 과연 바람직한 것인지 검토해볼 수도 있을 것이다. 정부 차원에서는 이해관계자들에게 삼진아웃제 목표가 달성되고 있음을 보여줄 수 있도록 더 많은 노력을 기울여달라고 요청하는 방안도 생각해 볼 수 있다. 예를 들어 저작권자들은 해당 법의 효과를 과학적으로 보다 엄격하게 평가할 수 있는 자료를 보유하고 있는 경우가 많다. 아마도 이러한 자료를 독립 연구자들에게 제공하도록 요청할 수 있을 것이다. 만약 삼진아웃제도가 주장처럼 효과가 있다면, 삼진아웃제 지지자들은 이 같은 분석을 환영할 것이 분명하다. 마지막으로 로비스트들에게 법과 정책이 증거와 일치하도록 자신들의 주장을 정당화할 수 있는 노력을 더 많이 기울여달라고 촉구해야 할 것이다.

Discussion / 토론

Dr. Kyuhong Lee

(Presiding judge, Seoul Central District)



이규홍 부장판사

(서울중앙지방법원 지재전담)

1 최근의 이슈이자 오래된 쟁점 중 하나인 온라인 정보매개자의 책임론 전반에 관하여 국제적 논의가 이루어지고, 그 자리에서 토론할 수 있게 된 것을 기쁘게 생각합니다. 특히 책임론 중 저작권과 관련된 부분을 논의하게 되어 최근의 동향을 이해하는데 많은 도움이 되었습니다.

정보매개자의 책임 중 민주주의와 직접적으로 관련되는 임시조치 등의 문제는 다른 섹션에서 다루어지지만, 저작권 문제 역시 표현의 자유 등과의 관계에서 깊은 관련이 있고, 나아가 재산권보호의 한계라는 측면에서 또 다른 중요 주제라고 생각된다.

2 Eric Goldman 교수님의 발제에 관하여

- 우선 OSP의 책임론에 관하여 본다. 발제자의 주장처럼 Notice & Takedown은 미국에서 많은 창작물이 업로드되도록 하여 웹사이트들을 활성화시켰으나, 15년이 지나면서 위 제도는 많은 도전을 받은 것 같다. 특히 권리자측은 번거로운 통지절차 없이 책임을 추궁하는 루트를 개척하여 위 제도를 잠식하였다고 보인다. 한국의 경우 미국과 달리 ‘의도적 외면(willful blindness)’ 혹은 ‘유발(inducing)’ 등의 책임법리로 해결한 사건은 아직 없는 것으로 알고 있고, 전체적으로 ‘방조(aiding and abetting)’의 법리로 해결하고 있다. 하지만 그 방조로 모든 것을 해결하기에는 그 개념이 너무 넓고 애매하다는 점 등과 후술하는 바와 같이 그 법리상에 비판이 있다. 그리고 한국의 경우 소송비용이 미국보다는 전반적으로 낮고, 또 패소자가 승소자 변호사비용의 일정부분을 부담하여야 하는 법제도 및 소송구조 등 보완책은 자금력에 의한 소송에서의 심한 불평등을 완화시키고 있다고 보인다.

다만, 한국법은 제102조에서 DMCA와 유사하게 서비스 유형별 면책요건을 명확화하고, 제103조에서는 미국의 요구에 의한 삭제(Notice & Takedown)규정과 유사한 것을 규정하여 OSP의 유형에 따라 복제·전송 중단절차에 대하여 차이를 두어 취급하고 있다.

■ 즉 한국의 대법원¹⁾은 방조법리에 관하여 다음과 같이 실시하고 있다. “인터넷 포털사이트를 운영하는 온라인서비스제공자가 제공한 인터넷 게시공간에 타인의 저작권을 침해하는 게시물이 게시되었고 그 검색 기능을 통하여 인터넷 이용자들이 위 게시물을 쉽게 찾을 수 있다 하더라도, 위와 같은 사정만으로 곧바로 위 서비스제공자에게 저작권 침해 게시물에 대한 불법행위책임을 지울 수는 없다. 다만 저작권 침해 게시물이 게시된 목적, 내용, 게시기간과 방법, 그로 인한 피해의 정도, 게시자와 피해자의 관계, 삭제 요구의 유무 등 게시에 관련한 쌍방의 대응태도, 관련 인터넷 기술의 발전 수준, 기술적 수단의 도입에 따른 경제적 비용 등에 비추어, 위 서비스제공자가 제공하는 인터넷 게시공간에 게시된 저작권 침해 게시물의 불법성이 명백하고, 위 서비스제공자가 위와 같은 게시물로 인하여 저작권을 침해당한 피해자로부터 구체적· 개별적인 게시물의 삭제 및 차단 요구를 받은 경우는 물론, 피해자로부터 직접적인 요구를 받지 않은 경우라 하더라도 그 게시물이 게시된 사정을 구체적으로 인식하고 있었거나 그 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러나며, 또한 기술적, 경제적으로 그 게시물에 대한 관리·통제가 가능한 경우에는, 위 서비스제공자에게 그 게시물을 삭제하고 향후 같은 인터넷 게시공간에 유사한 내용의 게시물이 게시되지 않도록 차단하는 등의 적절한 조치를 취하여야 할 의무가 있으므로(대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 전원합의체 판결 등 참조), 이를 위반하여 게시자의 저작권 침해를 용이하게 하는 경우에는 위 게시물을 직접 게시한 자의 행위에 대하여 부작위에 의한 방조자로서 공동불법행위책임을 성립한다고 할 것이다.”²⁾ 이에 대하여는 현실적으로는 ISP들에게 구체적인 행동지침이 되기는 한계가 있다고 비판하면서, OSP의 항시적 모니터링의무가 인정되는 것이 아닌가 하는 비판이 있고, 나아가

1) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결.

2) 아래는 위 2008다53812 판결의 인용문구이다 ‘명예훼손적 게시물’만 ‘저작권 침해 게시물’로 바꾸면 거의 동일하다(위 고딕체 부분만 상이) “In light of defamatory uploading purpose, contents, upload period, method, degree of damage, relation between uploader and victim and response of both parties related to uploaded material such as objection and deletion request, etc. in case where defamatory uploadings on the internet uploading space offered by internet information provider is clearly unlawful; the above provider receives specific and separate request for its deletion and blocking from the victim of invasion of reputation; without direct request, he knew the uploading circumstance in detail or the recognition of an existence of uploadings appears obvious; and its management and control is feasible technologically and financially, he has duty of care to delete the uploading and block the similar contents in the internet uploading space and if victims suffer losses by not taking proper measures beyond considerable periods necessary for action, tort liability by non-action is established.”

과연 명예훼손물과 저작권침해물을 동등하게 취급할 수 있는 것인지에 관하여 논의가 있다.

- 토론자가 추가하고자 싶은 하나의 한국에서의 SAFE HARBOR 침식과 관련하여 논의가 필요한 것은 제104조³⁾라고 생각한다. 유례가 없는 입법적 시도로 평가를 받고 있지만 책임요건으로 의무를 부과하는 내용인데다가 개념적으로 명확하지 못해 시행 초기부터 논란이 있어 왔다.⁴⁾

3) **Article 104 (Liability, Etc. of Special Types of Online Service Providers)** (1) Online service providers whose main purpose is to enable different people to interactively transmit works, etc. among themselves by computers (hereinafter referred as “special types of online service providers”) shall take necessary measures such as technical measures for blocking illegal interactive transmission of works, etc. upon the requests of rights holders. In such cases, matters related to requests of rights holders and necessary measures shall be set forth by Presidential Decree. (2) The Minister of Culture, Sports and Tourism may determine and notify the scope of special types of online service providers in accordance with Paragraph (1).

4) Copyright law article 104 and 142 are viewed as an unprecedented legislative attempt to resolve copyright infringement issues that have stemmed due to technological advances. However, such provisions impose a liability obligation upon alleged wrongdoers without possessing conceptual clearness. As a result, disputes have arisen related to these two provisions from the onset, which have or will be heard by the highest courts in South Korea. Specifically, the Constitutional Court of Korea has concluded that such articles are “constitutional.” Meanwhile, the Supreme Court of Korea is expected to render a decision on subordinate provisions related to articles 104 and 142. Following such decisions by both courts, a proper analysis and recommendations can be provided.

3 Rebecca Giblin 교수님의 발제에 관하여

- 점증적 대응제도(Graduated Response System, 삼진아웃제)의 실효성에 관한 방대한 조사에 감사드린다. 이러한 조사는 그에 관한 그 유지 여부를 결정하기 위한 헌법적 내지 정책적 판단의 기초자료로 될 수 있는 것인데, 조사결과를 그대로 수용한다면 향후 그 유지의 필요성에 관하여 상당한 논증이 필요할 것으로 보인다. 이는 보고서에서 주장하듯이 한국의 경우 다른 외부 영향이 저작권침해건수 감소에 기여한 것으로 보이고(예컨대 소위 ‘저파라치’ 등 민간의 역할⁵⁾) 한국의 경우는 그에 관한 대안적 고찰이 필요하다고 생각된다.

- 시정명령과 시정권고
 - 제133조의2에 의한 온라인상 불법복제물에 대한 경고, 삭제, 전송중단 및 계정정지 등 시정명령
 - 제133조의3에 의한 시정권고

시정권고(건수)	연도			
	2010	2011	2012	2013
경고	42,794	54,504	130,304	86,455
삭제/전송중단	42,200	53,106	119,560	84,412
계정정지	91	114	175	0
계	85,085	107,724	250,039	170,867

5) 그 외에 웹하드 등록제 등과 삼진아웃제가 침해감소에 긍정적 영향을 미친 점은 부인할 수 없다고 한다. 이대회, 저작권법상 단계적 침해대응제도의 역할, 저작권문화 2015. 5.(나아가 게시판정지명령 제도의 사용, 권리자에게 시행비용분담 등이 이루어져야 보라 억제효과 발생할 것이라고 한다); 게시판정지는 일종의 연좌제로 선량한 이용자들도 같이 피해를 본다는 점에서 문제이다.

우선 온라인상 불법복제물에 대한 시정명령과 시정권고에 대하여 보면, 제133조의2에 의한 온라인상 불법복제물에 대한 경고, 삭제, 전송중단 및 계정정지 등 시정명령 건수 중 특히 가장 강력한 계정정지의 경우는 많지 않으나(20건 내), 그 전단계인 시정권고 중 계정정지는 100건 내외로 5배에 이른다. 이는 행정부처에 의한 규제가 주된 방법으로 자리 잡은 것으로 볼 수 있는 부분이다.

- 그러므로 이제는 보다 법리적으로 한국 제도가 프랑스와 달리 특정 OSP 사이트의 계정만 정지한다고 하더라도 과연 큰 차이가 나는 것으로 볼 수 있는지 여부, 프랑스와 달리 게시판정지제도를 두고 있는 점 등에서 논의의 필요성이 있으며, 특히 프랑스의 일부위헌결정을 보고 개정된 법인데도 여전히 행정기관이 그 주된 권한 행사를 하게 하는 점은 문제가 아닐 수 없다.

Discussion / 토론

Prof. Pilwoon Jung

(Korea National University of Education)



정필운 교수

(한국교원대, 한국인터넷법학회 총무이사)

I am greatly honoured to take an opportunity to discuss in the international conference with researchers I admire. I also thank to organizers who make this opportunity, and those who prepared this conference.

I think speeches of Professor Eric Goldman and Professor Rebecca Giblin have special meaning because these analyze a so-called Safe Harbor rule and a 'graduated response' scheme as an issue of information intermediary liability in the copyright area, and suggest their alternatives. I learned a lot while preparing the debate. Thanks to the professors, and I would like to ask a few questions and mention my opinions.

1 I am a constitutional law scholar who is interested in ICT law. I wrote my thesis which criticized the Protection and Use of Intellectual Property in Information Society with a constitutional point of view. In this respect, the provision (17 USC § 512) of Digital Millennium Copyright Act (DMCA) of the United States has been evaluated as a desirable legislation. As Professor Goldman has pointed out properly in the presentation, strict liability was imposed on online service providers (OSP) excessively before the legislation.

However, it is told that this provision has been capacitated by the offenses of copyright holder groups (creators, copyright owners, owners of neighboring copyright, copyright trust managers, investors, etc.) and the court which admitted the offenses.

Professor Goldman mentioned "Perhaps Section 512's failure isn't surprising; in retrospect, it's pretty clear Congress misarchitected Section 512. Despite that, Congress isn't likely to consider meaningful defendant-favorable reform any time soon."(IV. Implications)



I am not sure what this phrase means exactly. In Korea, if the court encroaches the contents of law which is enacted by the National Assembly consisted of representatives of people in the process of resolving disputes, the act should be criticized and regulated because it is against the principle of separation of powers in the Constitution.

I think the decision of the court should be controlled by the higher court. Is there any reason that there was no request in the United States? Plus, why section 512's failure isn't surprising? What is wrong with section 512? How does professor Goldman think that section 512 should have been architected?

2 I totally agree with professor Rebecca Giblin's opinions. Professor Giblin's analysis on the issues of the current copyright a 'graduated response' scheme is very accurate. As you know about these issues, I would like to present the additional problems of the current copyright a 'graduated response' scheme in Korea (Copyright Act Article 133-2).

First, it is a problem that account suspension may be order by the Administration not by the judiciary. Second, board services of online service provider may be suspended as well as accounts for users.

My close acquaintance Professor who majored in copyright law said that he opposed the abolition of the current copyright a 'graduated response' scheme in Korea. Because the current copyright a 'graduated response' scheme in Korea which prefers criminal procedure contributes(?) the reduction of the number of criminals convicted in copyright infringement cases, contrary to other countries which prefer civil procedure rather than criminal procedure in copyright infringements. I think the current scheme needs to be repealed or revised.

3 I think copyright protection has been given to copyright owners excessively over the 'delicate balance' in Korea and all over the world. Thus I think that the Internet technology can not lead creativity and innovation for the change of our lives. I wish copyright law could protect the rights of authors and the rights neighboring on them and promote fair use of works in order to contribute to the improvement and development of culture.

Meanwhile, the protection of creators would be necessary to be designed faithfully to conform to the Constitution and copyright law by in-depth analysis on copyright owner groups,

4 The issues on provisions of online service provider liability in the existing Copyright Act (Article 102, Article 103, etc.) were already been explained enough in the purposes of the seminar, I will not mention them. I agree with professor Park in general, not totally.

I earnestly hope that these opinions can lead the change of policies and legislations beyond the academic discourse, if they have gained your agreements.

I learned a lot in reading articles of professor Eric Goldman and professor Rebecca Giblin. Thank you very much.

존경하는 국내외 연구자와 실무가가 함께 하는 국제 컨퍼런스에서 토론을 할 수 있는 기회를 얻어 대단히 영광스럽습니다. 이런 기회를 주신 여러 주최기관 여러분, 그리고 컨퍼런스 준비를 담당하신 분들께 감사의 인사를 드립니다.

에릭 골드먼(Eric Goldman) 교수님의 발표와 레베카 깁린(Rebecca Giblin) 교수님의 발표는 저작권 영역에서 정보매개자의 책임의 쟁점인 이른바 세이프 harbor(Safe Harbor) 규정과 저작권 삼진아웃제도에 관한 심도 있는 분석과 대안을 제시하고 있어 각별한 의미가 있다고 생각합니다. 토론을 준비하면서 많이 배웠습니다. 발표자에게 감사드리며, 발표문에 대한 몇 가지 의문과 제 생각을 말씀드립니다.

1 저는 정보통신법에 관심을 가진 헌법학자입니다. 제 학위논문도 저작권법을 헌법적인 관점에서 비판적으로 접근한 것이었습니다. 이런 관점에서 미국의 디지털 밀레니엄 저작권법(DMCA) 제512조 규정이 바람직한 입법이라는 평가를 하여 왔습니다. 골드먼 교수님께서 발표문에서 적절히 말씀해 주신 것처럼, 입법 이전에는 이에 대하여 엄격책임(strict liability)을 적용하여 온라인 서비스 제공자에게 과도한 책임을 부과하였기 때문입니다.

그런데 발표문은 이 규정이 저작권자 집단 (창작자, 저작권자, 저작인접권자, 저작권 위탁관리업자, 투자자 등)의 공세와 그 공세를 인정한 법원에 의하여 무력화되었다고 말하고 있습니다. 그런데 골드먼 교수님께서서는 “제512조의 실패는 놀라운 것이 아니다. 회고하면 의회가 제512조를 잘못 구성하였다. 그럼에도 의회는 가까운 시기에 온라인 서비스 제공자에게 유리한 개혁을 고려하지 않고 있다”(Ⅳ. 합의)고 말하고 있습니다.

이 문구가 정확히 어떤 의미인지 저는 잘 모르겠습니다. 한국식으로 이해하면 국민의 대표인 국회가 제정한 법률의 내용을 법원이 분쟁을 해결하는 과정에서 사실상 잠식하였다면 이것은 헌법의 권력분립원리에 반하는 행위를 한 것으로 비난받아야 하고 제동을 걸어야 합니다. 언급한 하급심의 판결은 상급심에서 통제되어야 할 것으로 생각합니다. 그런데 왜 미국에서는 이러한 통제가 되지 못하였는지요?

그리고 왜 제512조의 실패는 놀라운 것이 아닌지요? 제512조는 무엇이 잘못 구성되어 있는지요? 골드먼 교수님께서서는 어떻게 구성되었어야 한다고 생각하시는지요?

2 저는 레베카 키플 교수님의 발표와 주장에 전적으로 동의합니다. 키플 교수님은 현재 저작권 삼진아웃제의 문제점을 정확하게 분석하여 제시하고 있습니다. 이 자리에 모이신 많은 분들이 이미 충분히 알고 계시겠지만, 저는 현행 우리나라의 삼진아웃제(저작권법 제133조의2)의 추가적인 문제점을 요약하여 제시합니다.

첫째, 법원이 아닌 행정부가 계정 정지를 명할 수 있다는 점이 문제입니다. 저는 일부에서 주장하는 것처럼 이 제도가 위헌이라고 생각하지는 않습니다. 그러나 입법정책적으로 바람직하지 않다고 생각합니다. 물론 이론적으로 행정부가 행정명령을 하는 것이 불가능한 것은 아닙니다. 그러나 행정부에 대한 신뢰는 각 국의 역사와 전통에 따라 차이가 있습니다. 그리고 그 행정명령을 통하여 제한되는 권리가 무엇인지도 중요한 고려 요소입니다. 적어도 우리나라에서 행정부의 행정명령으로 인터넷 계정 정지를 명하는 것을 시민들이 받아들이는 데는 아직 시간이 필요하다고 생각합니다.

둘째, 이용자에게 계정 정지뿐 아니라 온라인 서비스 제공자의 게시판에 대해서 서비스 정지를 명할 수 있다는 점이 문제입니다. 나아가 이것을 법률이 정하는 대로 행정명령의 형식이 아니라 대부분 행정권고의 형식으로 집행하는 것이 한편으로 이 제도의 입법정책적 문제를 완화시키지만, 한편으로 이 제도의 문제를 키우고 있다고 생각합니다. 적어도 현행 대법원 판례에 의하면 행정권고는 행정소송의 대상이 아니기 때문입니다.

저와 친한 저작권법 교수님 한 분께서는 한국판 삼진아웃제의 폐지를 반대한다고 하십니다. 저작권 침해에 대하여 민사적 해결을 도모하고 좀처럼 형사처벌을 하지 않는 외국과 달리, 저작권 침해에 대하여 형사처벌을 동원하는 우리나라의 관행에서 삼진아웃제가 전과자를 줄이는 유용한(?) 역할을 하기 때문이라고 합니다.

요컨대, 저는 현행과 같은 삼진아웃제는 폐지나 개정이 필요하다고 생각합니다.

3 저는 전세계적으로, 우리나라에서 저작권의 보호와 이용이 ‘정교한 균형’을 상실하여 지나치게 저작권자 집단을 보호하고 있다고 생각합니다. 그래서 인터넷이라는 기술이 우리 삶을 변화시키는 창의와 혁신으로 이어지지 못하고 있다고 생각합니다. 저작권법이 저작자의 권리와 이용자의 공정한 이용을 조화하여 문화의 향상발전에 이바지하기를 바랍니다(한국 저작권법 제1조 참조).

한편, 저작권자 집단을 좀 더 분석적으로 접근하여 헌법과 저작권법의 정신에 부합하도록 창작자의 보호에 좀 더 충실하기를 바랍니다.

4 현행 저작권법에서 온라인 서비스 제공자의 책임 규정(제102조, 제103조 등)의 문제점에 관해서는 이미 세미나 취지에서 충분히 설명되었으므로 따로 말씀드리지 않겠습니다. 저도 박경신 교수님의 발표문과 대체로 뜻을 같이 합니다.

다만, 이러한 주장이 이 컨퍼런스에 참석한 분들의 공감을 얻었다면 학문적 담론을 넘어 정책의 변화와 법의 개정으로 나아가기를 간절히 바랍니다.

에릭 골드먼 교수님의 발표와 레베카 킷린 교수님의 발표문을 보고 토론을 준비하면서 많이 배웠습니다. 감사합니다.