

法學博士學位論文

利用者の 著作權侵害에 따른
인터넷서비스제공자의 民事責任

- P2P 복제기술을 중심으로 -

2005年 8月

서울大學校 大學院

法 學 科

朴 俊 錫

利用者의 著作權侵害에 따른
인터넷서비스제공자의 民事責任
— P2P복제기술을 중심으로 —

指導教授 丁 相 朝

이 論文을 法學博士 學位論文으로 제출함.

2005년 4월

서울大學校 大學院

法 學 科

朴 俊 錫

朴俊錫의 博士 學位論文을 認准함.

2005년 6월

위 원 장 _____

부위원장 _____

위 원 _____

위 원 _____

위 원 _____

國文 抄錄

인터넷서비스제공자란, 이용자들에게 인터넷접속 자체를 제공하거나, 게시판제공 혹은 호스팅이나 검색엔진과 같은 각종 서비스를 제공하는 자를 가리킨다. 이러한 인터넷서비스제공자가 공급한 서비스를 통하여 이용자들이 가령 MP3 파일의 교환행위와 같은 저작권침해행위를 범하였을 때 과연 인터넷서비스제공자는 어떤 책임을 부담할 것인가의 문제는 이미 미국의 Napster 사건이나 한국의 소리바다 사건 등을 통하여 치열한 사회적 이슈가 되어 왔다.

이 논문의 第1章에서는 이러한 인터넷서비스제공자의 책임문제에 관한 올바른 판단을 위하여서는, 寄與責任과 代位責任이라는 미국 판례법상 법리의 검토에서 출발하여 미국 연방대법원의 Sony 判決이 제시한 이른바 “Sony 原則”에까지 도달하는 통합적인 고찰이 필요하다는 점, 아울러 최근의 P2P 기술에 대한 技術的 理解가 법적 이해의 토대가 된다는 점을 지적하였다.

第2章에서는 우선 미국의 경우, 종전 BBS 서비스제공자의 책임이 문제되었던 Maphia 事件이나 Netcom 事件에서 저작권침해행위에 대한 認識을 가지고 그 행위를 誘發, 惹起하거나 그 행위에 實質的으로 關與한 때 인정되는 寄與責任과, 저작권침해행위를 監督·統制할 權利와 能力이 있고 그 행위로부터 經濟的 利益을 받은 때 인정되는 代位責任이라는 미국 판례법의 전통적인 법리가 그대로 피고의 책임기준으로 응용되었음을 설명하였다. 한편 한국의 경우는 이러한 판례법 대신 어떤 成文法規가 인터넷서비스제공자의 책임기준이 될 것인지 찾아야 하는데, 그 탐색결과 教唆·幫助에 의한 共同不法行爲 規定인 민법 제760조 제3항과 전기통신사업법 제33조의2 및 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제44조가 그 법규들임을 밝혔다.

第3章에서는 인터넷서비스제공자의 책임을 제한하고자 새롭게 입법된 각국 법률들, 즉 미국의 디지털밀레니엄저작권법의 일부인 온라인저작권침해책임제한법, 유럽연합의 전자상거래지침, 독일의 온라인서비스법, 일본의 “특정전기통신역무제공자의 손해배상 책임의 제한 및 발신자정보의 개시에 관한 법률”, 한국의 2003년 개정 저작권법 관련 규정을 비교설명한 다음, 解釋論으로는 개정 저작권법상 “온라인서비스제공자”의 범위를 지극히 넓게 해석하여야 한다는 점, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률과의 충돌을 조화롭게 해석할 필요가 있다는 점을, 立法論으로는 책임의 감면은 任意的

이 아니라 必要的으로 감면하도록 개정하여야 한다는 점, 명예훼손행위 등 여타 영역에 대하여도 동일한 내용의 책임제한입법이 필요하다는 점을 각 개진하였다.

第4章에서는 최근 침해수단으로 가장 문제되는 P2P 복제기술의 개요를 설명한 다음, 이러한 P2P 복제의 경우 技術的, 法的, 事實的인 각 측면에서 왜 P2P 개별이용자에게 책임을 추궁하는 것이 어려운지 밝힘으로써, 인터넷서비스제공자에게 책임추궁이 집중될 수밖에 없는 현실을 우회적으로 드러내었다.

第5章에서는 P2P 기술 중 초기형태인 하이브리드 P2P 기술에 대한 저작권자의 법적 반격이 미국의 Napster 事件, Aimster 事件이나 한국의 소리바다 민사사건에서 모두 성공하였음을 고찰하였다. 먼저 Napster 事件에서 법원은 앞서 寄與責任과 代位責任을 피고에게 모두 인정하였는데, 피고는 항변으로 Sony 原則을 원용하였다. 그러나 항소심법원은 종래 寄與責任의 요건 중 “認識”은 推定的 認識으로 충분하지만 피고 상품의 用途 相當部分이 非侵害的 用途를 가진 경우를 다룬 Sony 判決에 설령 따르더라도 피고 Napster에서와 같이 實際 認識이 존재하면 여전히 寄與責任을 면할 수 없다면서 위 항변을 배척하였다. 다음, Aimster 事件에서 항소심법원은 Sony 原則에 따른 항변을 단순히 寄與責任의 認識 要件에 국한된 종속적 요소로 격하시킨 Napster 항소심법원의 위 입장에 반대하였고, 아울러 피고가 이용자들의 침해행위를 고의적으로 외면한 것 자체가 寄與責任의 推定的 認識에 해당된다는 점, 현실에서는 오로지 侵害的 用途로만 쓰이는 상품 등에는 Sony 原則의 혜택이 적용되지 않는다는 점을 지적하였다. 여기서, 이 논문은 Napster 항소심법원에 의한 Sony 判決의 해석이 부당함을 비판한 다음, Aimster 항소심법원의 지적들에 대체로 찬동하였다.

한편 소리바다 분쟁의 경우 민사사건의 1심이나 형사사건의 항소심은 법제도가 상이한 미국 Napster 판결을 지나치게 추종하였거나 Sony 原則을 제대로 이해하지 못한 결함이 있음을 비판하였다. 그리고 향후 대법원의 판단에서는 기본적으로 Sony 原則을 응용할 것을 요구하면서도 미국의 그것과 구별되는 소리바다 특유의 사업형태에 주목할 것을 주문하였다.

第6章에서는 이른바 Pure P2P 기술의 등장배경이 위와 같은 저작권자의 법적 반격을 회피하기 위한 것이었음을 언급한 다음, 네델란드에서의 KaZaA 判決이나 미국에서의 Grokster 1심과 2심의 判決에서 알 수 있듯이 이용자에게 대한 지속적인 서비스를 제외하고 단순한 Pure P2P 프로그램제공자로서만 피고의 책임을 다룰 경우 종래의 寄與責任과 代位責任 법리로 포섭하는 데 한계가 있음을 고찰하였다. 다만, Grokster의

경우 그 事業의 實態까지 살펴볼 때는 Pure P2P의 원형인 Gnutella와 달리 단순한 프로그램제공자로 파악하기에 다소 무리가 있음을 지적하였다.

第7章에서 이 논문은 종래의 Sony 판결 자체뿐 아니라 이후 Aimster 법원의 풀이, 아울러 Napster나 Grokster 법원 등의 모순된 해석까지 통합하여 그 전체를 합리적으로 정리하고 일부는 세밀화하여 이른바 “Sony 判決에서 도출할 수 있는 大原則과 小原則”을 새롭게 도출하였다. 그 요지는, 당해 기술의 非侵害的 用途部分, 즉 社會的 利益이 著作權侵害的 用途部分, 즉 社會的 損失보다 법관의 概略的 判斷으로 일견 더 크거나 적어도 社會的 利益이 相當部分에 이를 때는 일단 복제기술의 유통을 허용한다는 것이다. 그리고 그로 인하여 저작권자들만이 홀로 떠안게 되는 社會的 損失에 대하여는 입법부가 적극적으로 부과금제도 도입 등 보완책을 고민하는 것이 바람직하다는 것이다.

이러한 Sony 원칙은 당해 기술공급자가 不法의 주된 目的을 가지고 있는 경우에는 적용되지 않는다는 한계가 있다. 반면, Sony 판결은 특정 조문이나 법리에 국한되지 않는 巨視的, 歷史的인 視覺으로 “기존의 저작권자 보호” 對 “새로운 복제기술공급의 장려”라는 問題를 해결하고 있다. 그런 까닭에, 법제가 다소 상이한 한국에서도 P2P복제기술에 의한 저작권침해 문제를 해결하고자, 가령 민법상 방조에 의한 공동불법행위에 해당하는지 판단하여야 할 때, 어떤 경우를 “幫助”라고 볼지 그 들의 구체적인 내용을 채워주는 역할을 할 수 있을 것이다.

主要語 : 인터넷서비스제공자, 온라인서비스제공자, 소리바다, 냅스터, 그록스터

學 番 : 98275-813

目 次

第1章 序 論	1
第1節 問題의 提起	1
第2節 研究의 目的	3
第3節 인터넷서비스제공자의 定義	4
第4節 研究의 範圍와 方法	5
1. 研究의 範圍	5
(1) 研究對象	5
(2) 인터넷서비스제공자의 責任이 문제되는 그 밖의 경우들과의 比較	6
1) 인터넷서비스제공자의 음란물 링크	6
2) 이용자들의 명예훼손행위	8
3) 그 밖의 경우들	10
2. 研究의 方法	11
第2章 BBS 技術에서의 著作權者와 인터넷서비스제공자의 關係	12
第1節 인터넷서비스제공자에게 責任을 負擔시키는 理論上的 根據	12
第2節 美國의 判例	15
1. 判例上 寄與責任, 代位責任의 法理	15
(1) 概要	15
(2) 寄與責任	16
1) 寄與責任의 淵源과 概要	16
2) 寄與責任 中 認識 要件의 원칙과 예외	16
3) 寄與責任 中 實質的寄與 要件	17
4) 寄與責任에 대응하는 한국법상의 規定	18
(3) 代位責任	18
1) 代位責任의 淵源과 概要	18
2) 代位責任의 두 가지 要件에 대한 Fonovisa 항소심법원의 느슨한 해석	19

3) 代位責任의 두 가지 要件에 대한 正當한 기준	21
2. 具體的인 事例들	22
(1) Playboy Enterprises, Inc. v. Frena 事件	22
1) 事實關係	22
2) 法院의 判斷	23
(2) Sega Enterprises v. Maphia 事件	23
1) 事實關係	23
2) 法院의 判斷	24
(3) Religious Technology Center v. Netcom, Inc. 事件	24
1) 事實關係	24
2) 法院의 判斷	25
(A) 直接侵害의 否定	25
(B) 寄與責任과 代位責任	26
a) 寄與責任 部分	26
b) 代位責任 部分	28
(4) 이상의 判例分析	28
第3節 韓國의 成文法과 判例	31
1. 인터넷서비스제공자의 責任과 關聯된 規定들	31
(1) 인터넷서비스제공자의 注意義務 負擔의 根據에 관한 論議	31
1) 인터넷서비스제공자와 이용자 사이의 約款에 근거를 두는 說	32
2) 刑法 18條가 關聯된다는 說	32
3) 전기통신사업법, 정보통신망이용촉진및정보보호등에 관한 법률 등 公法根據說	32
4) 民法 750條의 變容된 運用으로 축하다는 說	34
5) 民法上 共同不法行爲責任說(民法 第760條 第1項 根據說)	35
6) 民法上 教唆·幫助에 의한 共同不法行爲責任說(民法 第760條 第3項 根據說)	36
7) 小結	36
(2) 不法行爲責任의 負擔	39
(3) 侵害除去責任의 負擔	41
2. 判例	42
(1) 序	42

(2) 각테일98 事件	42
1) 事實關係	42
2) 法院의 判斷	42
3) 判例分析	43
(3) 인터넷제국 事件	45
1) 事實關係	45
2) 法院의 判斷	45
3) 判例分析	46
第3章 인터넷서비스제공자의 責任을 制限한 새로운 立法들	48
第1節 序	48
第2節 美國의 DMCA 중 OCILLA	49
1. 成立經緯	49
(1) IITF가 제출한 White Paper에서의 提案	49
(2) 聯邦議會에 제출된 수많은 責任制限 法案들	50
(3) DMCA가 미친 영향	51
(4) DMCA가 부여하는 면책의 성격	51
2. Service Provider의 概念	52
3. 一般的 免責要件	53
4. 個別的 免責要件	54
(1) 일시적인 디지털-네트워크 통신의 경우	54
(2) 시스템 캐싱의 경우	54
(3) 시스템이나 네트워크상에 이용자의 명령으로 저장된 정보의 경우	56
(4) 검색엔진의 경우	58
5. 免責의 效果	58
6. 免責과 관련된 其他 規定들	58
7. DMCA의 解釋과 適用事例	59
(1) 一般的 免責要件 중 침해제거정책의 적절한 수용 여부와 관련된 解釋	59
(2) 節次的인 問題와 관련된 事例들	59
第3節 EU, 獨逸과 日本의 立法	63

1. EU의 立法	63
(1) 序說	63
(2) 정보화사회지침	64
(3) 전자상거래지침	64
1) 개요	64
2) 책임제한의 구체적 내용	66
2. 獨逸의 立法	67
(1) 온라인서비스법의 成立經緯 및 內容	67
1) 1997년 온라인서비스법의 성립경위	67
2) 1997년 온라인서비스법에 대한 해석	68
3) 2001년 개정 온라인서비스법의 적용범위	70
4) 2001년 개정 온라인서비스법의 내용	71
(2) 독일 온라인서비스법에 대한 평가	74
(3) 關聯 事例	74
3. 日本의 立法	77
(1) 責任制限을 위한 特別法の 新設	77
(2) 關聯 事例	79
(3) 評價	80
第4節 韓國의 2003年 改正 著作權法	81
1. 成立經緯	81
(1) 정보통신부가 입안한 정보통신이용촉진법개정안의 挫折	81
(2) 2001년 저작권법 개정안의 표류	83
(3) 法的 空白에 대한 關聯者들의 自救策 - 온라인서비스제공자 책임가이드라인	84
2. 內容	85
3. 評價	87
(1) 서비스제공자의 免責이 인정되는, 利用者들의 侵害行爲 領域의 問題	87
(2) 서비스제공자의 서비스 類型에 따라 免責要件을 달리할 지의 問題	88
(3) 온라인서비스제공자의 概念範圍와 관련한 問題	89
1) 과거 BBS 서비스제공자의 경우	89
2) P2P 서비스제공자의 경우	90
3) 인터넷접속서비스제공자, 캐싱서비스제공자, 호스팅서비스제공자, 검색엔진서	

비즈제공자의 경우	90
4) 인터넷경매서비스 등 기타의 경우	91
(4) 任意的減免이라는 免責效果의 差異 등과 相關한 검토	93
1) 任意的 減免이라는 效果의 問題點	93
2) 제77조 제2항 조문의 體系上 問題點	94
3) 제77조 제2항 조문과 원래의 改正案 조문의 比較	95
4) 온라인서비스제공자의 故意와 相關한 問題點	95
(5) 잘못된 侵害主張의 通知에 基한 除去措置 時의 서비스제공자의 責任 問題	96
(6) 잘못된 侵害主張의 通知를 받고, 除去措置를 하지 않은 서비스제공자의 責任 問題	99
(7) 침해주장에 대한, 複製·傳送者의 對應通知에 대한 著作權者의 救濟手段 問題	100
(8) 著作權法과 정보통신망이용촉진및정보보호등에關한법률의 衝突 問題	101
1) 정보통신망이용촉진및정보보호등에關한법률 相關규정의 內容과 문제點	101
2) 두 법의 충돌이 일어나는 部分	101
3) 충돌의 해결방법	102
4) 정보통신망이용촉진및정보보호등에關한법률의 獨自的 意味	104
(9) 韓國의 책임제한 相關입법의 향후 方向제시-名譽毀損 혹은 著作權侵害에 따른 別개의 責任論의 統合摸索 등	104
1) 利用者들의 名譽毀損 혹은 著作權侵害에 따른 각각의 責任態樣의 比較	104
(A) 利用者들의 主侵害手段이 BBS인지, P2P 네트워크인지의 差異點	104
(B) 事前統制可能性의 許容 與否에서 오는 差異點	107
2) ISP의 책임이 거론될 수 있는 名譽毀損 등 餘타영역에 對한 추가입법의 需 要성	107
3) 각각의 責任論을 하나의 理論으로 統合하기 위한 試論的 摸索	109

第4章 P2P 技術을 통한 인터넷서비스제공자의 著作權者에 對한 最初 挑戰

第1節 P2P 技術의 意義

第2節 P2P 技術의 分類

1. 世代別 分類	115
2. 중앙서버의 存否에 따른 分類	115
3. 그 외의 分類 및 變種 P2P	117
第3節 P2P 技術에 의한 著作權侵害의 對象物과 그 深刻性	118
1. 著作權侵害의 對象物	118
2. 著作權侵害의 深刻性	121
第4節 P2P 技術上 個別利用者들에 대한 責任追窮의 困難性	122
第5章 Hybrid P2P 技術에 대한 著作權者의 法的反擊	125
第1節 美國의 Napster 事件 등	125
1. Napster 事件	125
(1) 事實關係	125
1) Napster의 登場	125
2) Napster의 作動構造	125
3) Napster 利用의 實態	126
4) Napster가 原告측의 事業에 미친 影響	127
(2) 1審의 判斷	127
1) 利用者들의 直接責任 成立	127
2) 公正利用 抗辯과 非侵害的 用途가 相當部分이라는 抗辯	127
(A) 被告 Napster가 제출한 抗辯의 概要	127
(B) 公正利用 抗辯과 法院의 排斥	128
(C) 非侵害的 用途가 相當部分이라는 抗辯 등과 法院의 排斥	129
3) Napster의 責任	132
(A) 寄與責任 部分	132
(B) 代位責任 部分	133
(3) 抗訴審의 判斷	134
1) 利用者들의 直接責任 成立	134
2) 公正利用 抗辯과 空間移動 抗辯	134
3) Napster의 責任	135

(A) 寄與責任 部分	135
(B) 代位責任 部分	137
(C) 특별법에 의한 Napster의 면책주장	138
(4) 1審과 抗訴審이 내린 命令의 內容과 以後의 訴訟經過	139
1) 연방지방법원의 17U.S.C.§ 512(a)에 대한 決定 및 최초의 豫備的留止命令	139
2) 연방항소법원의 一部破棄還送 決定	139
3) 연방지방법원의 修正된 豫備的留止命令	139
4) 연방지방법원에서의 聽聞과 諒解覺書의 작성	140
5) 2001. 3. 5.자 修正된 豫備的留止命令에 대한 연방지방법원의 口頭修正 ..	140
6) 병합된 항소건에 대한 연방항소법원의 최종적인 판단	140
(5) 判例分析	141
1) Sony 判決에서 寄與責任의 要件으로 과연 實際認識을 요구하였는지 여부	141
2) 統制할 權限과 能力의 인정문제	142
3) 免責條項 중 § 512(a)의 適用範圍에 대한 原審의 잘못된 解釋	143
4) AHRA와 유사한 입법을 통한 타협의 여지	143
5) P2P 네트워크의 파일교환행위가 公正利用 판단에서 營利的利用인지 여부	144
2. Aimster 事件	145
(1) 事實關係	145
(2) 1審의 判斷	146
1) 利用者들에 의한 直接責任의 긍정	147
2) Aimster의 間接責任 與否	147
(A) 寄與責任의 긍정	147
(B) 代位責任의 긍정	148
(C) DMCA에 따른 면책항변 배척	149
(3) 抗訴審의 判斷	150
1) 被告의 直接責任 與否	150
2) 寄與責任과 관련한 Sony 判決의 의미에 대한 새로운 해석	150
(A) Sony 原則은 상품이 아닌 서비스에까지 미치는지 여부	150
(B) Sony 判決에서 寄與責任 要件으로 實際 認識을 요구하는 지 여부	151
(C) 현실에서는 오로지 侵害的 用途로만 쓰이는 상품이나 서비스와 Sony 原則	

.....	152
(D) Sony 判決의 적용과정에서 필요한 원, 피고의 입증범위와 구체적인 입증대상	153
3) 代位責任 관련부분	154
4) DCMA 免責條項에 따른 抗辯에 대한 판단	155
(4) 判例分析	155
第2節 日本의 파일로그 事件	157
1. 訴訟進行의 時間的 概要	157
2. 事實關係	158
3. 法院의 判斷	158
(1) 파일로그 利用者들의 侵害責任	158
(2) 파일로그의 責任	159
(3) 判決에서 命命한 內容	160
(4) 責任制限의 特別法에 기하여 追加로 提出된 抗辯에 관한 判斷	160
4. 判例分析	161
(1) P2P를 통한 파일교환이 私的複製라고 할 수 없는 근거를 잘못 제시함	161
(2) 複製權侵害行爲에 대한 피고 파일로그의 教唆·幫助責任 有無에 대한 판단누락	162
(3) 인터넷서비스제공자에 대한 直接責任 賦課의 不當性	163
第3節 韓國의 소리바다 事件	164
1. 訴訟進行의 時間的 概要	164
2. 소리바다 假處分異議事件	167
(1) 1審 判決	167
1) 事實關係	167
2) 法院의 判斷	168
(A) 피고들의 著作인접권 直接侵害 여부	168
(B) 소리바다 이용자들의 著作인접권 침해 여부	169
a) 이용자들의 복제권·배포권 침해인정	169
b) 저작권법 제27조의 私的複製의 항변 배척	170
(C) 피고들이 이용자들의 著作인접권 침해행위에 대하여 책임 있는지 여부	172
(D) 책임요건으로 技術的 統制可能性이 필요한지 여부	173

(E) 判決에서 명령한 내용	174
3) 判例分析	174
(A) 配布權의 侵害를 긍정한 것은 不當	174
(B) 私的複製에 있어 營利目的은 좁게 해석해야 함	176
(C) 私的複製와 관련한 그 밖의 쟁점 검토	178
(D) 著作權法上으로도 幫助의 경우까지 侵害停止責任을 부담시키는 解釋이 可能함	180
(E) 技術的 統制可能性 부분은 보다 신중히 판단해야함	183
(F) 美國 Napster 判決에 대한 잘못된 이해에서 출발	184
(2) 抗訴審 判決	187
1) 當事者의 主張	187
2) 法院의 判斷	188
(A) 소리바다 利用者들의 著作隣接權 侵害 여부	188
a) 이용자들의 配布權 侵害를 부정	188
b) 이용자들의 複製權 侵害를 일부만 긍정	188
c) 私的複製의 抗辯 등의 배척	188
(B) 被告가 利用者들의 著作隣接權 侵害行爲에 대하여 負擔하는 責任의 根 據	189
a) 狹義의 共同不法行爲 성립은 부정	189
b) 幫助에 의한 共同不法行爲의 성립은 긍정	190
(C) 幫助의 경우에도 著作權法上 侵害停止請求의 相對方이 된다고 인정 ..	192
(D) 判決에서 명령한 내용	192
3) 判例分析	193
3. 소리바다 損害賠償事件	195
(1) 1審 判決	195
1) 事實關係	195
2) 法院의 判斷	195
(A) 利用者들의 著作權侵害 責任의 成立	195
(B) 소리바다 운영자인 피고들의 손해배상 책임 여부	196
(2) 抗訴審 判決	197
1) 法院의 判斷	197
(A) 소리바다 利用者들의 著作權 侵害 여부	197
a) 이용자들의 複製權, 傳送權 侵害	197

b) 私的複製의 抗辯 등의 배척	197
(B) 被告가 利用者들의 著作隣接權 侵害行爲에 대하여 負擔하는 責任의 根據	198
a) 狹義의 共同不法行爲 성립은 부정	198
b) 幫助에 의한 共同不法行爲의 성립은 긍정	198
2) 判例分析	199
4. 소리바다에 대한 刑事裁判	200
(1) 概要	200
(2) 1審의 公訴棄却 判決	200
1) 法院의 判斷	200
2) 判例分析	201
(3) 抗訴審 判決	202
1) 法院의 判斷	202
(A) 公소사실의 특정 여부	202
(B) 正犯들이 피해자측의 複製權을 침해하였는지 여부	202
a) MP3파일을 다운로드 받는 행위가 複製인지 여부	202
b) MP3 파일의 복제행위가 私的複製인지 여부	203
(C) 正犯들이 피해자측의 配布權을 침해하였는지 여부	203
(D) 正犯들의 複製權 侵害行爲를 피고인들이 幫助하였는지 여부	203
a) 소리바다가 이른바 不法道具인지 여부	204
b) 不作爲에 의한 幫助犯의 성립 여부	206
2) 判例分析	208
(A) 假處分異議 事件 등과 同一한 事實認定, 그러나 상반된 結論	208
(B) 相異한 結論으로 이끈 爭點에 대한 抗訴審들의 상반된 이해	210
(C) 幫助가 不作爲에 의한 것이라고 볼 수 있는지 여부	214
(D) 具體的인 侵害行爲에 관한 通知의 의미를 잘못 이해함	216
(E) Napster 判決을 오해한 假處分異議 1審 判決의 잘못을 답습함	218
(F) 소리바다의 적법성 판단과 P2P技術 일반의 적법성 판단을 혼동함	218
5. 벅스뮤직 事件과의 比較	219
(1) 벅스뮤직 事件의 事實關係	219
(2) 벅스뮤직가처분 I 事件	220
(3) 벅스뮤직가처분 II 事件	221
(4) 소리바다 事件과 벅스뮤직 事件의 比較	222

1) 권리의 침해를 주장하며 소송을 제기한 권리자가 누구인가에서 오는 차이점	222
2) 각 서비스이용자들의 행위 자체가 권리침해자가 되는지의 여부에서 오는 차이점	223
3) 소리바다 判決과 벅스뮤직 決定 사이의 法的空白 - 著作隣接權者의 傳送權 부재	223
第6章 Pure P2P 技術로 迂廻한 P2P 技術의 새로운 挑戰	225
第1節 Pure P2P 技術의 登場背景	225
第2節 Pure P2P 등 이른바 Post P2P 技術의 現況	225
1. 美國 등 外國의 概況	225
2. 韓國의 特殊한 狀況	226
(1) eDonkey의 특별한 인기	226
(2) 파일공유의 動機를 강하게 부여하는 변종 P2P 네트워크의 활성화	229
(3) 인터넷스토리지 서비스의 활성화	229
第3節 Pure P2P 技術에 關聯된 인터넷서비스제공자에 대한 責任賦課의 困難性	230
1. Pure P2P 소프트웨어를 공급하는 인터넷서비스제공자의 경우	230
(1) 네델란드의 KaZaA 事件	230
1) 訴訟의 經過	230
2) 法院의 判斷	231
(2) 美國의 Grokster 事件	232
1) 事實關係	232
(A) 當事者	232
(B) Napster와의 差異點	232
(C) 當事者의 主張의 要旨	233
2) 下級審法院의 判斷	233
(A) 1審의 判斷	233
a) 이용자들의 직접침해책임	233

b) 피고들의 寄與責任 성립여부	233
c) 피고들의 代位責任 성립여부	235
(B) 抗訴審의 判斷	236
a) 1審 判決이후 學界의 動向	236
b) 피고들의 寄與責任 성립여부	236
c) 피고들의 代位責任 성립여부	238
d) Pure P2P의 侵害問題를 해결할 궁극적인 主體는 立法府임	239
(C) 下級審 判例分析	239
a) 2次的 責任論이 Pure P2P에게 가지는 限界를 분명히 제시함	239
b) Sony 判決의 의미를 Napster 抗訴審法院과 같이 축소하여 이해함 ..	240
c) Sony 判決을 적용함에 있어 相當部分 非侵害의 用途가 있는지 제대로 규명하지 아니함	240
d) Grokster가 단순히 소프트웨어공급자에 불과한지 제대로 살피지 아니함	242
e) 여전히 모호한 統制可能性의 기준	242
3) 聯邦大法院의 判斷	244
(A) 抗訴審 判決이후의 경과	244
(B) 聯邦大法院의 判決內容	245
a) Scouter 대법관이 작성한 全員一致意見	245
b) Ginsburg 대법관 등 3인의 別個意見	248
c) Breyer 대법관 등 3인의 別個意見	249
(C) 聯邦大法院判決에 대한 分析	252
a) 여전히 이 분야 問題解決의 核心은 Sony 判決임	252
b) 聯邦大法院의 Grokster 判決 나름의 意義	253
c) 聯邦大法院의 Grokster 判決의 여파에 대한 憂慮	254
2. Pure P2P 個別利用者들에게 인터넷 접속만을 제공하는 인터넷서비스제공자의 경우	255
(1) 著作權者가 個別利用者들의 責任까지 追窮하게 된 背景	255
(2) Verizon 事件	256
1) 意義	256
2) 1審의 判斷	257
(A) 事實關係	257
(B) 法院의 判斷	258

3) 抗訴審의 判斷	258
4) 判例分析	259
第7章 革新的 技術의 受容과 著作權者 保護를 위한 補完策提示	261
第1節 Verizon 判決의 餘波	261
1. 著作權侵害의 責任을 追窮만을 相對方이 事實上 縮小	261
2. P2P 技術의 受容을 拒否하는 極端的인 立場의 強化	261
第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며	265
1. Sony 判決의 意義	265
2. Sony 事件의 事實關係	267
3. 下級審法院의 判斷	268
(1) 1審法院의 判斷	268
(2) 抗訴法院의 判斷	270
4. 聯邦大法院의 判斷	271
(1) 多數意見	271
(2) 少數意見	278
5. Sony 原則의 올바른 適用	280
(1) Sony 原則에 대한 相異한 解釋들	280
1) Napster, Aimster, Grokster 判決들의 相異한 解釋	280
(A) 상품공급자 아닌 서비스제공자에 Sony 原則이 적용되는지 여부	280
(B) 非侵害的 用途에 潛在的 用途가 포함되는지 여부	282
(C) 寄與責任에서의 認識 要件에서 實際 認識이 필요한지 여부	283
2) Sony 原則의 근본취지	287
3) Sony 原則과 2次的 責任의 法理와의 關係	288
(2) 筆者의 解釋	289
1) 폭넓은 시각을 위한 歷史的 考察	289
(A) Sony 判決에서 도출할 수 있는 大原則	289
(B) 始初가 된 Sony 事件	291
(C) 소송도중 화해로 종결돼버린 Cahn v. Sony Corp. 事件	291
(D) 折衷的 立法인 Audio Home Recording Act의 성립	292

(E) 空間移動을 인정한 RIAA v. Diamond Multimedia Systems 事件	293
(F) 함의로 종결되어 아쉬움을 남긴 Paramount Pictures Corp. v. ReplayTV 事件	297
(G) 歷史的 考察에서 찾을 수 있는 示唆點	299
2) Sony 判決의 도출할 수 있는 小原則들과 韓國法에서의 意味	300
3) 小原則의 구체적 내용	306
(A) 社會的 損失이상의 利益을 가진 新技術은 허용한다는 原則	306
a) 社會的 利益과 社會的 損失을 비교하는 판단의 곤란성 여부	306
b) 보다 쉽게 판단할 수 있는 顧客吸入力 기준설	308
c) 經濟學的 視覺에서의 社會的 利益과 損失의 計量化	309
d) 市場의 關聯性만을 기준으로 Sony 判決을 해석하는 立場의 不當성	313
e) 공급자가 가진 不法의 주된 目的이 법원의 판단에 영향을 미치는 지 여부	315
f) Grokster 法院의 논리에 대한 批判	317
(B) 技術의 潛在的 用途까지 포함하여 損失과 利益을 판단한다는 原則	318
(C) 損益判斷의 對象은 특정 상품이나 서비스에 국한된다는 原則	319
(D) 損失을 초래할 部分만의 차단할 區別措置는 事實上 要求된다는 原則	321
a) 필터링의 장치 등 區別措置가 法的義務가 아니라 事實上으로만 要求된다 고 보는 根據	321
b) 필터링의 장치 등 區別措置를 이행하지 않은 경우에 대한 判斷原則	323
c) 區別措置에 대한 구 저작권법개정안에 대한 檢討	326
d) 필터링의 장치 등 區別措置가 容易하게 可能性이 明白한, 例外的 경우의 判斷	327
(E) 損失과 利益의 比較는 概略的 判斷으로 족하다는 原則	328
(F) 技術로 인한 著作權者의 損失은 立法으로 補填해 준다는 原則	329
第3節 著作權者 保護를 위한 補完策 檢討	332
1. 補完策이 필요한 이유	332
2. 補完策의 檢討	333
(1) 技術的保護措置와 權利管理情報 등 DRM	333
(2) 複製賦課金 賦課媒體의 擴大	333
1) 複製賦課金 制度의 意義	334
2) 各國의 現況	334

3) 複製賦課金の 徴收方法에 대한 論議	335
(A) Fisher 教授의 모델	335
(B) Noncommercial Use Levy 모델	336
第8章 結論	337

第1章 序論

第1節 問題의 提起

인터넷의 등장과 발전에 관한 略史는 지금까지 수많은 글들에서 반복, 재생산되어 왔으므로 이 논문에서는 그 설명을 줄인다. 다만, 초기의 원시적인 네트워크 형태에서 출발하여, 모뎀을 이용한 제한된 이용자들 사이에 주로 문자를 기반으로 한 PC통신을 거쳐, 사진과 그래픽, 동영상을 하이퍼텍스트(Hypertext)라는 편리한 방법으로 전송 검색할 수 있게 해주는 월드와이드웹 형태로 발전함에 따라 이용자들이 著作權을 侵害하는 방법도 변화하여 왔다는 사실과 현재 가장 유행을 타고 있는 진보적인 네트워크 기술은 Peer-to-Peer(이하, P2P라고 한다)¹⁾라는 사실, 이 두 가지가 이 논문에서 중요하다는 것을 지적하고 싶다.

PC통신시절에는 低速의 전송속도로 인한 물리적 제약으로 불법복제물을 직접 네트워크로 전송하는데 막대한 시간이 소요된 결과, 전자게시판(Bulletin Board System, 이하 BBS라고 한다)²⁾상에 著作權者의 눈을 피하여 주로 심야에 접속한 복제물 판매자가 자신의 연락처와 판매광고를 남기면 나중에 위 게시판에 접속한 구매자들이 오프라인에서 판매자와 직접 만나서 복제물을 전달받는 방법이 著作權侵害의 태양이었고 이때 “네트워크”는 著作權侵害에 있어 副次的인 위치만을 차지하였다. 그러다가 인터넷의 활성화와 전송속도의 향상으로 불법복제물 제공자는 이제 자기의 홈페이지나 인터넷서비스제공자(Internet Service Provider)가 제공하는 BBS 게시판에 프로그램을 업로드(upload)하고 나중에 다른 이용자들이 하여금 다운로드(download) 받을 수 있게 하는 방법이 일반화되었다. 그러나 인터넷을 이용한 위 방법은 著作權者도 접속할 수 있는 공개적인 전자게시판상에서 저작권을 침해하는 방법인 탓에 著作權者의 감시와 추적을 피하기 어려웠다. 그러다가 P2P 서비스가 보급되자, 이제 불법복제물 판매자와 수령자가 오프라인의 현실이 아닌 온라인상의 가상공간에서 만나 복제물을 전송받는 방법이 새롭게 등장하였다.

이렇게 네트워크와 관련된 技術의 발전에 따라 저작권침해의 방법도 변화하여 오던 중 2000년을 전후하여 이른바 P2P 서비스가 등장한 이후부터는 종전과는 비교도 할

1) P2P의 개념에 관하여 상세히는 “第4章 第1節 P2P 技術의 意義” 부분 참조.

2) 전자게시판은 불특정다수자 간의 정보교환이 가능한 게시판을 電子的으로 실현한 시스템을 말한다. 전자 메일에서는 전자박스에 저장된 정보를 계정의 소유자만 읽을 수 있지만, 전자게시판은 누구든지 메시지를 읽을 수 있는 점이 다르다.

第1節 問題의 提起

수 없을 정도로 저작권침해가 극심하여 졌다. 그리하여 저작권자와 P2P서비스제공자 사이에 발생한 잇따른 분쟁은 미국의 Napster 事件, Grokster 事件이나 한국의 소리바다 事件처럼 사회전체의 주목을 끌고 있다.

이러한 분쟁들을 올바르게 해결하기 위한 틀은 결국에는 인터넷서비스이용자들이 범한 著作權侵害行爲에 대하여 인터넷서비스제공자(이하, ISP라고만 한다)가 어떤 부수적인 책임을 부담하는 가의 問題, 즉 ISP責任論이 될 것이지만,³⁾ 그 정확한 法理의 정립은 한국은 물론 미국에서조차 아직 불완전한 상태에 있다고 할 수 있다.

먼저, 韓國에서 이미 저작권침해와 관련한 ISP責任論을 다루고자 시도한 글들은 많았고, 가령 90년대 초반까지의 BBS서비스제공자의 책임에 국한하여 다소 古典的인 ISP責任論만을 언급하는데 그친 글들이거나,⁴⁾ 반대로 현재의 P2P 서비스제공자의 책임을 寄與責任, 代位責任이나 이른바 Sony 原則과 결부지어 폭넓게 살피는 대신 극히 제한적인 시각에서 언급한 글들이라든지,⁵⁾ “MP3파일의 교환행위”와 같이 극히 제한된 현상만을 언급한 글들이⁶⁾ 그러한 예이다. 그렇지만, 이 글들은 대부분 저작권침해와 관련한 ISP責任論의 全體를 概觀하려는 시도 대신 각각의 著者들이 원하는 一部만을 언급하는데 그쳐, 통일적이고 체계적인 ISP責任論을 구축하지는 못한 것으로 여겨진다. 이러한 사정은 美國에서는 다소 나아보이지만, 美國에서의 논의가 그대로 韓國에도 유효한 것은 아닌 이상 적어도 韓國에 적합하게 응용된 설명이 필요한 상황이다. 특히 韓國에서는 정보통신기술의 相對的 優位로 인하여 경우에 따라서는 오히려 美國에서도 아직 논의되지 않아 세계최초로 그 법리를 고민하여야 하는 사례도 여럿 존재하는데,⁷⁾ 이러한 사례까지 눈을 돌리고 있는 글은 거의 없는 상황이다.

3) 知的財産權法을 21세기의 民法에 건줄 때, 종래 民法에서 使用者責任 내지 製造物責任의 논의에 대응하는 위치를 점하는 것이 다음아닌 ISP 責任論이 아닐까 한다. 民法에서의 使用者責任 내지 製造物責任의 이론도 세세한 논의로 나아가자면 로마법 이래 쌓여져온 수없이 많은 쟁점과 難題가 존재하듯이, 知的財産權法에서의 ISP責任論 역시 피상적 생각들과는 달리, 몇 문장의 글로 쉽게 정리, 압축할 수 있는 주제가 아니라고 사료된다. 그럼에도 지금까지의 글들 상당수에서 이러한 오해가 엿보인다.

4) 현재 저작권침해가 문제되는 실제사례의 대부분이 P2P 분야로 옮겨진 이상 종전의 BBS분야에만 국한된 논의는 그 법리의 응용가능성은 별론으로 하고, 적절한 대상을 다루고 있다고 보기 곤란하다.

5) Grokster 事件에 대한 미국법원의 판단에서 보듯이 ISP責任論에서 아직 寄與責任 등 2次的 責任의 해석이 중요한 쟁점을 차지하고 있으므로, 미국 판례법상 寄與責任, 代位責任의 沿革과 法理를 정확히 살피고 나아가 또 하나의 軸인 1984년의 Sony 判決의 자세한 의미를 제대로 이해하지 못하고서는 올바른 결론을 내리기 어렵다 하겠다.

6) 소리바다 事件이나 Napster 事件에서 MP3파일의 불법교환이 문제된 사실에 영향받은 것으로, 이러한 글들의 논제가 당장 주는 센세이션은 클 것이지만, ISP責任論은 앞서 언급한 대로 技術의 발전에 따라 MP3파일에만 국한되지 않고 AVI와 같은 동영상파일 등까지 그 대상을 계속 바꾸어 여전히 논의하여야 할 주제인 이상, 위 글들은 지나치게 좁은 시각에서 출발하는 것이다.

7) 가령, 후술하듯이 P2P와 스트리밍의 혼합서비스의 범용화, P2P를 이용한 實時間 전자상거래가 韓國에서 세계최초로 이루어져 있고, 그 외에도 온라인게임 서비스제공자의 특수한 책임이 독자적으로 언급되고 있다.

다음으로, 국내외를 막론하고 대개의 글들이 관련 입법이나 가령 寄與責任이나 代位責任의 법리를 추상적으로 설명하는 데 지면 대부분을 할애하고 여기에 소리바다 事件이나 Napster 事件 등에서 드러난 법원의 판시내용을 연결시키는데 급급한 결과, 技術的 측면의 설명을 도외시한 느낌이 없지 아니하다. 그러나 앞서 언급한 대로 ISP責任論은 근본적으로 관련 네트워크기술의 발전에 따라 변화하는 침해방법에 발맞추어 논의될 수밖에 없는 성질을 가진 이상, ISP의 서비스나 소프트웨어에 관하여 충분한 技術的 常識이나 說明 없이 나아가는 法的 論議는 空理空論이나 沙上樓閣으로 빠질 위험이 있다고 볼 수 있다.⁸⁾

第2節 研究의 目的

이 논문의 目的은 이상의 문제제기에서 살피본 대로 지금까지 나온 다른 글들이 가진 한계를 극복하여, 멀리는 寄與責任 등의 沿革에서 출발하여 가깝게는 최근의 Grokster나 소리바다에 관한 最新判例에 이르기까지 ISP責任論과 관련된 法的 論議의 全體를 概觀하는 한편 종래 다소 소홀하게 취급된 이 분야의 技術的 側面에 대한 합리적인 이해를 도모하여, 좁게는 “P2P서비스제공자의 責任”이라는 문제해결에 집중하면서도⁹⁾ 넓게는 “既存 著作權의 保護 對 새로운 複製技術供給의 獎勵라는 對立的 利害關係의 合理的인 調停”이라는 거시적 문제해결의 유용한 틀을 제공하는 데 있다.

이러한 主된 目的에 따라, 이 논문의 제2장에서는 종전 BBS 서비스제공자의 책임이 문제되었던 美國의 사례들을 고찰하여 寄與責任 등의 沿革과 정확한 의미를 드러내오자 하였고, 韓國의 경우 그 사례들과 아울러 ISP책임의 根據規定을 찾고자 하였다.

제3장에서는, ISP책임을 제한한 美國의 디지털밀레니엄저작권법 등을 비교하는 과정에서 韓國의 개정저작권법상 責任制限規定에 대한 解釋論과 立法論을 각 개진하고자 하였다.

8) 가령, P2P의 속성상 개별침해자들을 추적하는 것이 한층 어려워졌음에도 이런 특성을 무시하고 개별침해자들에 대하여도 저작권자의 손에는 ISP를 상대로 한 때와 균등한 효용을 가진 법적구제수단이 있다고 오히려 ISP책임론을 풀어나간다면, 혹은 불법파일교환만을 선별하는 필터링기술이 현재의 기술상으로는 상당한 한계가 있음에도 이를 도외시하고 필터링기술로 불법을 거의 완벽하게 선별가능하다는 전제에서 ISP에 의한 필터링 기술의 채택의무화를 논의한다면 하는 태도가 그것들이다.

9) 韓國의 경우 소리바다를 둘러싼 관련 민사사건들인 假處分異議 事件과 損害賠償 事件, 그리고 刑事事件이 2005. 1.경 抗訴審에서 서로 엇갈리는 판단을 받아, 2005. 4. 현재 우리 대법원의 최종판단을 남겨두고 있을 뿐만 아니라 美國의 경우는 韓國보다 한발 앞서, Grokster 事件에 관하여 2004. 8. 19. 연방제9 항소법원에서 같은 항소법원이 이미 2002년 내렸던 Napster 判決과는 상반되는 판단이 내려진 후 상고되어 聯邦大法院에서 2005. 3. 29. 첫심리가 열리는 등 各國에서의 ISP責任論은 최근 最高法院의 최종판단을 빌려, 급박하게 일용 法理의 完成段階로 진입하고 있는바, 이즈음에 ISP責任論을 규명함으로써 향후 우리 大法院의 最終判斷에 유용한 틀을 제공할 필요가 있다고 하겠다.

第3節 인터넷서비스제공자의 定義

제4장에서는, 최근 가장 문제되는 P2P 복제기술에 대한 기술적 접근을 시도하고, 아울러 개별이용자 대신 ISP에게 책임추궁이 집중되는지 모색하였다.

제5장에서는, 美國의 Napster 事件 등이나 韓國의 소리바다 民事事件에서 이른바 하이브리드 P2P서비스제공자의 책임이 긍정된 법원의 論據를 고찰하여 그 논리상 문제점을 규명하고자 하였고, 아울러 美國의 Aimster 事件에서 抗訴審이 취한 태도에 주목하였다.

제6장에서는, 이른바 Pure P2P의 경우 책임을 부정한 Grokster 하급심법원의 論據가 무엇인지 살펴 종전 寄與責任 등의 법리가 가진 한계를 드러내고자 하였고, 다만 Grokster 사안자체는 책임을 부정한 하급심법원의 논리에 결함이 있음을 지적하였다.

제7장에서는, P2P기술은 물론 전체 복제기술공급자의 책임문제를 해결하는 궁극적인 틀을 정립하고자 모색하는 과정에서, 다름아닌 미국연방대법원의 Sony 判決이 제시한 내용을 필자 나름대로 이른바 Sony 小原則으로 전개하였고, 덧붙여 이러한 법리가 韓國에서 가지는 의미도 언급하고자 하였다.

第3節 인터넷서비스제공자의 定義

인터넷서비스제공자(Internet Service Provider, ISP)를 쉽게 말한다면, 인터넷상에서 이용자들에게 인터넷접속, 웹사이트호스팅(Website Hosting), 검색엔진, 게시판 제공 등의 각종 서비스를 제공하는 자를 지칭한다고 할 수 있다.

이 用語에 대신하여 달리 자주 쓰이는 표현으로는 “온라인서비스제공자(OSP)”란 用語가 있다. 이는 韓國에서는 가장 흔하게 쓰이는 용어로, 기업내에만 연결된 폐쇄적인 형태의 BBS 서비스 등 모든 네트워크상에서 활동하는 서비스제공자까지 빠짐없이 포섭할 수 있어 적어도 理論上の 만족감을 주는데다가, 美國의 DMCA 중 “Online” Copyright Infringement Liability Limitation Act(따옴표는 筆者, OCILA)¹⁰와 같은 각종 外國 立法의 표현을 보거나 韓國 저작권법 제77조 등도 “온라인서비스제공자의 책임제한”이라는 표현을 사용하므로 일견 타당한 듯하지만, ISP의 책임론과 관련하여 가장 활발한 논의가 이루어진 美國에서 법원들의 용어사용례¹¹에서 보듯이 美國에서는

10) 즉, 기존 저작권법을 개정하는 과정에서 해당 부분의 개정법안을 “Online Copyright Infringement Liability Limitation Act”라고 명명한다고 정하고 있고, 17 U.S.C. § 512(k)(B)에서 “service provider”를 정의하면서 “a provider of online services...”라고 정의하고 있다.

11) 먼저 Napster 事件에 대해 2000. 8.경 내려진 聯邦地方法院의 판결에서는 어느 쪽 표현도 쓰지 않고 “Service Provider”라고만 표현하였고, 2001. 2.경 聯邦抗訴法院의 판결에서는 “Internet Service Provider”(239 F.3d at 1025)란 표현과 “Online Service Provider”(239 F.3d at 1021)란 표현이 1회씩 등장하고 있지만, 이후 판례들은 2002. 9.경 Aimster 1심판결이 여러 곳(252 F.Supp.2d at 641, 652, 656, 657, 658, 659)에서 “Internet Service Provider”라는 표현을 쓰고 있는 것을 비롯하여, 2003. 1.경 Verizon

OSP란 용어 대신 ISP란 용어를 압도적으로 더 선호하고 있다.

“ISP”나 “OSP” 용어 어느 쪽이나 크게 무리가 없다고 보이지만, 폐쇄적인 네트워크 상에서 빚어지는 저작권침해가 요즘은 거의 문제가 되지 아니하고 저작권자의 관심과 그에 따른 분쟁이 빚어지는 영역이 거의 모두 인터넷상의 문제라는 現實을 직시한다면, 지칭하고자 하는 실질적인 대상을 더 確實하게 드러내는 用語는 오히려 “ISP”라 할 것이다. 따라서 이 논문에서는 원칙적으로 ISP란 用語를 사용하되, 우리 저작권법을 설명해야 할 때와 같이 그 法文 자체가 OSP, 즉 “온라인서비스제공자”란 용어를 취하고 있는 경우 해당 부분에서는 그 용어도 병행하기로 한다.

第4節 研究의 範圍와 方法

1. 研究의 範圍

(1) 研究對象

첫째, 기술 진보에 따라 침해의 태양이 변하고 그에 맞추어 ISP責任論도 변할 수밖에 없는 이상 이 논문의 고찰순서를 가급적 BBS단계, Hybrid P2P단계, Pure P2P소프트웨어 단계라는 技術의 변모에 맞추어 각각의 단계에서 美國과 韓國에서의 논의와 사례 위주로 상세히 살피고자 한다. 그중에서도 이 논문 중 상당한 언급이 P2P에 집중되어 있는 것은 현실에서 저작권침해가 가장 문제되는 것이 P2P와 관련하여서이기 때문이다. 즉, 인터넷상 구현되는 다른 기술, 가령 웹호스팅과 관련한 링킹(Linking), 프레임(Framing) 등의 기술영역에서도 저작권침해는 발생할 수 있지만 P2P로 인한 침해의 強度와 頻度¹²⁾에 비하면 상대적으로 미비하다 할 것이다. 따라서 시급히 논의할 필요가 있는 주제로는 P2P와 관련한 그것이 우선이라고 할 수 있다.¹³⁾

둘째, “이용자들(users)의 直接的인 著作權 侵害行爲가 있다”는 것을 전제로, 이에

1심판결(240 F.Supp.2d at 26, 27, 35, 37, 38), 2003. 6경 Aimster 抗訴審 判決(334 F.3d at 655), 2003. 12.경 Verizon 抗訴審 判決(351 F.3d at 1231, 1233, 1236)이 모두 해당부분에서 “Online Service Provider”라는 용어대신 “Internet Service Provider”라는 용어를 선택하고 있다. 다만, Grokster 1審과 抗訴審 모두 “Online Service Provider”는 물론 “Internet Service Provider”, 심지어 “Service Provider”란 용어도 사용하고 있지 않은데, 이는 우연의 결과라기보다 법원이 이 사건의 피고인 Grokster나 Morpheus를 종전 사건의 피고들인 Napster나 Aimster와 같은 ISP로 파악하지 아니하고 단순히 소프트웨어공급자(프로그램공급자)로 판단하고 있음이 목시적으로 반영된 결과로 짐작된다.

12) “제4장 제3절 P2P 技術에 의한 著作權侵害의 對象物과 그 深刻性 2.”부분 참조.

13) 실제로 앞서 Framing, 나아가 아래 Linking, Caching 같은 경우는 민형사소송에 이른 경우가 드물다. 그 이유는 이러한 침해가 특정저작권자에 대한 단발적인 침해에 그친다는 점, 그렇지 않고 다수저작권자의 권리를 (이론상) 침해하더라도 저작권자의 경제적 이익에는 사실 그다지 큰 영향이 없어 저작권자가 시간과 비용을 들여 소송에 이르기에는 미흡한 점을 들 수 있다. 따라서 이러한 경우는 학술상 흥미롭기는 하나 나중의 연구과제로 미룬다.

第4節 研究의 範圍와 方法

대하여 ISP가 어떠한 법리에 따라 間接的인 責任¹⁴⁾을 負擔할 것인가 하는 점만을 규명하고자 한다. ISP 스스로가 직접 저작권을 침해하는 경우는, 원칙적으로 제외하기로 한다. 그 이유는 i) ISP가 직접 저작권을 침해하는 경우는 개개인이 저작권을 침해하는 경우와 대부분 동일한 법이론이 적용될 것이므로 굳이 따로 구별하여 논할 실익이 없기 때문이고,¹⁵⁾ ii) 저작권침해가 현실적으로 빈발하고 그에 따라 법적 규율의 필요가 당장 절실한 분야가, 가령 “소리바다”와 같은 P2P 서비스제공자의 책임과 같이 앞서 본 형태의 책임문제이기 때문이다.¹⁶⁾

셋째, ISP의 책임 중 民事上 責任을 주로 논의하고자 한다. 刑事上 責任이 이 논문에서 전혀 등장하지 않는 것은 아니지만 그것은 어디까지나 民事上 責任을 설명하는 과정에서 불가피한 경우에 국한된다.

(2) 인터넷서비스제공자의 責任이 문제되는 그 밖의 경우들과의 比較

1) 인터넷서비스제공자의 음란물 링크

최근 음란사이트를 링크한 인터넷서비스제공자에 대하여 그 형사책임을 인정한, 소위 “팬티신문” 事件에 관한 대법원 판결¹⁷⁾이 주목을 받아 이에 대한 다소간의 논의¹⁸⁾

-
- 14) 침해행위를 한 이용자들이 부담하는 (直接)責任과 달리 間接責任이란 美國에서는 寄與責任이나 代位責任을 가리키며, 韓國에서는 定說은 없으나 교사, 방조책임이 이에 해당한다.
- 15) 다소 논란의 여지가 있으나 ISP의 링크행위를 통하여 저작권이 침해된 경우 간접책임이 아니라 직접침해책임의 성립여부가 문제된다고 파악한 사례는 Kelly v. Arriba Soft 事件 등이 있는바, 만일 그러하다면 링크 등은 이러한 이유 때문이라도 이 논문에서 다루기 부적절하다. 다만, DMCA가 개별적 면책요건의 하나로 링크행위를 정하고 있음을 설명할 경우처럼 예외적으로 언급하는 경우가 있다.
- 16) 다만, 벽스뮤직 事件처럼 그 기술적 토대인 스트리밍 서비스(streaming service)의 사례를 이 논문의 직접적인 대상인 소리바다 事件의 P2P 技術과 비교하는 것이 소리바다의 기술적인 특징을 이해하는 데 필요한 경우와 같이 예외적인 때는, ISP가 直接 저작권을 침해한 사례까지 언급한다.
- 17) 이른바 “팬티신문”이라는 인터넷신문을 운영하는 피고인이 음란사진 등을 게재한 사이트를 링크한 行爲에 대하여, 原審(수원지법 2001. 2. 15. 선고 99노4573 판결)은 해당 사이트의 초기화면을 링크하여 두었음을 뿐이므로 [이른바 내부링크(deep link)가 아닌 단순링크를 말함; 筆者註], 해당사이트의 주소를 전시하거나 알린 것에 불과하여 죄형법정주의상 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 소정의 ‘공연히 전시’하는 행위에 해당하지 않는다고 판단하였지만, 대법원(2003. 7. 8. 선고 2001도1335 판결)은 이러한 행위를 단순한 幫助行爲가 아닌 위 법률 소정의 ‘공연히 전시’하는 행위에 해당한다고 하여 正犯이라고 판단하면서 그 근거로 링크는 실질적으로 링크된 웹페이지의 내용을 이용자에게 직접 전달하는 것과 마찬가지로 기능을 수행함을 들었다. 그러나 최근에 있었던 日本의 하급심판례 [大阪地方裁判所 平成9年(わ) 1619号 平成 12年 3月 30日 2 刑事部 判決, 피고의 항소포기로 확정]는 피고가 자신이 개발한 마스크(mask)의 설정·제거기능을 갖는 화상처리소프트웨어 ‘FLMASK’를 선전하기 위하여 자신의 웹사이트상에, 위 소프트웨어를 이용하여 화면 중 일부를 마스크 처리한 외설화상을 담고 있는 사이트로 링크를 한 事案에 대하여 “추행, 도화 공연진열죄”의 幫助罪로 처벌하고 있어 대조적이다.
- 18) 음란물링크에 대한 국내에서의 論議는 아직 많지 않으나, 정경석, “음란물의 링크에 따른 형사적 책임”, 서울대학교 기술과법센터 2004-제4회 워크샵(「Internet Service Provider의 책임」) 발표문, 2004. 5. 22. <www.clt.re.kr>[2004. 7. 7. 당해 사이트의 워크샵 자료실에서 다운로드를 받으려면 먼저 회원가입을 요함, 이하 같음] 혹은 박성호, “인터넷 링크 허용폐야”, 문화일보 2003. 7. 31.자 칼럼 등 참조. 다만 前者 발표문의 취지는 링크행위자의 의사 등 제반요소를 고려하여 경우에 따라서는 正犯性을 인정할 수도 있다는 취지이지만, 외부에서 피상적으로 관찰하면 링크(link)가 “클릭 한번 더 하는 것이 다를 뿐 음란물을 직접 게시한 자와 그것과 다를 바 없는 행위”처럼 보일지 몰라도, 기술적인 측면에서 실제로 그 클릭 한번은 WWW망을 통하여 경우에 따라서는 지구 반대편의 정보를 전달하는 엄청난 의미를 가진

가 있다.

ISP가 특정 콘텐츠에 대하여 링크행위(Linking)를 하였다고 할 때 그 콘텐츠가 음란물일 때는 통상적인 콘텐츠인 경우와 달리, 음란물제작자가 음란물의 저작권을 주장하기 곤란한 때가 대부분¹⁹⁾이어서 가령 美國 DMCA나 韓國 著作權法에 따른 침해주장의 통지절차에 따라 침해물의 제거를 요구한 음란물제작자의 요청에 ISP가 응하지 않았다고 하여 음란물제작자에게 民事責任을 부담할 가능성은 극히 희박하다. 따라서 실제로 문제되는 것은 음란물 링크행위를 한 ISP 자신의 刑事的 責任이 주이다.²⁰⁾ 美國에서는 종전의 CDA²¹⁾나 CPPA²²⁾ 또는 COPA²³⁾ 등에 의하거나 일부 州法²⁴⁾을 처벌규정으로 삼고 있고, 韓國에서는 刑法의 규정도 있으나 실무상으로는 위 팬티신문 事件에서처럼 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률²⁵⁾에 의하여 처벌하는 예가 압도적으로 많다.

다만, 음란물을 링크하는 사례에 국한하지 않고 널리 음란물을 유통하는 것과 관련한 사례들을 모두 고찰하자면, 비록 刑事責任에 관한 것이긴 하지만 利用者들의 責任을 前提로 ISP의 부수적인 責任을 언급한 사례들도 보인다. ISP와 콘텐츠공급계약을 체결한 정보제공자(Information Provider, IP)가 ISP의 BBS상에서 당초 공급대상이 아닌 불법음란물을 공급하는 경우 BBS운영자인 ISP에게 일반적인 감시(Monitoring)의 의무가 있는지 여부, 그러한 의무는 條理上의 作爲義務로 긍정될 수 있는지 여부를 판단한 소위 전기통신기본법위반 事件²⁶⁾, 개인이용자가 경매를 중개하는 ISP의 BBS를

행위라고 보아야 하므로 결국 後者 칼럼의 입장과 마찬가지로 링크행위만으로 正犯性을 인정하기는 곤란하다고 본다.

- 19) 음란물이라고 저작권법의 보호를 받든지 받지 못하는 것은 아니지만, 韓國의 팬티신문 事件에서 보듯이 대개는 그 음란성의 정도가 법적으로 용인되는 한도를 넘는 경우가 대부분으로 음란물제작자로 판명되면 형사처벌을 피할 수 없게 되어 저작권주장은 현실적으로 불가능하다.
- 20) 이러한 이유 때문에 음란물과 관련하여 ISP의 책임을 논한 국내의 문헌(가령, 정경석, 전계논문 및 엄동신, “온라인서비스제공자의 刑事上 責任”, 인터넷법률 5호, 법무부, 2001. 3. 및 이정원·류석준, “인터넷淫亂物에 대한 ISP의 刑事責任에 관한 研究”, 중앙법학 제6집 제2호, 2004 등)도 刑事責任에 국한한 연구가 대부분인 것이다. 이렇게 음란물과 관련한 연구문헌들이, 저작권침해를 다루고자 하는 이 글에서 갖는 가치는 저작권침해에 따른 ISP의 刑事責任을 규명함에 있어 위 연구문헌들의 刑事法的 논의를 상당히 참고할 수 있다는 점뿐이다.
- 21) Communications Decency Act.
- 22) Child Pornography Prevention Act.
- 23) Child Online Protection Act.
- 24) 가령, 펜실베니아 州의 Internet Child Pornography Act [18 Pennsylvania Statutes § 7330 (2002)]가 그 예로 그 법의 全文은 <www.cdt.org/speech/pennwebblock/030200penn7330.pdf>[2004. 9. 12.].
- 25) 위 팬티신문 事件의 경우뿐만 아니라, 2004. 6. 전국 수사당국에서 韓國의 변형된 P2P 관련 서비스제공자와 인터넷스토리지 서비스들에 대하여, 이용자들의 음란 동영상 공유행위에 관한 형사책임을 소추하고 있는 근거도 모두 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제65조 제1항 제2호가 “정보통신망을 통하여 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공연히 전시”하는 행위를 규제함에 의거하고 있다.
- 26) 수원지방법원 2001. 10. 23. 선고 99노3043판결. 이는 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001도6151 판결에서 무변론상고기각되어 확정되었다. 이 事件은 비록 公法인 전기통신기본법위반에 대한 형사사건이지만, ISP에게 네트워크상에서 제공되는 정보에 대한 일반적인 감시(Monitoring)의 의무가 있는지에 관하여 전기통신기본법, 전기통신사업법 등 관련 법령의 취지를 해석하고 있어 민사상 해석에도 참고가 된다. 이 사건의 事實은 피고 PC통신 “하이텔”과 정보제공업체 등록계약을 체결하여, 하이텔 통신망안에 개설된 “인

第4節 研究의 範圍와 方法

통하여 불법음란물을 광고하고 판매한 때 그 ISP는 어떤 책임을 부담할 것이냐의 문제를 판단한 “옥션음란CD판매”事件²⁷⁾ 등이 그것들이다.

2) 이용자들의 명예훼손행위

아울러 ISP의 책임을 다루는 판례의 또 하나의 줄기는 美國에서 다루어진 *Cubby, Inc. v. Compuserve Inc.* 事件²⁸⁾, *Stratton Oakmont Inc. v. Prodigy Service Co.* 事件²⁹⁾, 그리고 통신품위법(Communication Decency Act, 이하 CDA라고 한다)³⁰⁾ 법률시

포샵(Infoshop)”상에서 성인정보를 제공하는 BBS 운영업체들에 대하여 검찰이 음란정보 및 불법복제저작물 공급혐의로 起訴하며 그와 더불어 하이텔을 운영하는 피고 한국전기통신공사 및 그 직원으로서 위 업체들에게 임대한 인포샵 공간을 관리, 감독할 책임이 있던 피고 이OO까지 전기통신기본법위반방조 및 컴퓨터프로그램보호법위반방조 혐의로 起訴한 것이었다. 법원은 “전기통신기본법, 전기통신사업법 등 관련 법령을 살펴보다라도... 위 각 법조는 정보통신부 장관의 個別的인 處分 또는 命令이 있을 경우 전기통신사업자로 하여금 그 이용자의 통신을 거부·정지 또는 제한할 의무를 지우고 있을 뿐 전기통신사업자에게 스스로 그와 같은 행위를 할 의무를 一般的으로 賦課하고 있는 조항은 아니다...나아가 정보제공업자들이 통신망에 제공하는 정보들이 음란한 것인지에 대한 판단이 반드시 쉽고 명백한 것은 아닌 점, ...수많은 정보 제공업자들이 수시로 제공하였다가 다시 삭제하는 정보를 일일이 감시하여 제재 조치를 취한다는 것이 현실적으로 어려운 점 등을 고려할 때 전기통신사업자 등이 그와 같은 條理上의 作爲義務를 지고 있다고 할 수도 없다...”고 판시하였다.

- 27) 이 사건은 公法人 음반·비디오물및게임물에관한법률위반의 幫助罪에 대한 刑事事件으로, 컴퓨터프로그램으로 자동수행되도록 설계된, 인터넷상 상품판매대행 서비스를 운영하는 ISP에게 그 서비스를 통하여 거래된 불법음란물의 유통에 관한 방조책임을 긍정할 수 있는지 다루고 있다. 이 사건 피고들 중 피고 옥션(www.auction.co.kr)은 인터넷경매업체이고, 다른 피고 박OO는 위 경매사이트를 총괄관리하는 자이다. 옥션의 경매에서, 먼저 회원에 가입한 매도회망자가 당해 물품을 위 사이트에 판매등록하면서 상품의 “상세정보란”에 설명하고자 하는 내용까지 기입하면, 구매회망자들이 이를 보고 입찰금액을 기재하고 “입찰서 제출”버튼을 누르게 되고, 이런 과정으로 낙찰이 이루어지면 피고 회사는 이메일로 낙찰자에게 입금고지를 하게 된다. 실제 입금결제는 사이트를 통하여 이루어지고 입금을 확인한 피고 회사가 이번에는 판매자에게 물품을 낙찰자 앞으로 발송하라는 이메일을 보내고 이에 따라 물품이 발송되어 낙찰자가 수령한 다음 다시 위 사이트에 접속하여 “수령후 확인버튼”을 누르면 피고회사의 판매수수료를 공제한 나머지 금액이 판매자에게 지급된다. 이러한 순서의 경매는 대부분 위 박OO가 관리하는 컴퓨터프로그램이 자동적으로 수행하였다. 그런데 2000년 무렵 위 경매사이트를 통하여 소외인들이 “한국 몰카모음” 등의 제목을 가진 상품을 “상세정보란”에서 자세히 음란물을 설명하는 광고와 함께 판매등록한 다음 모두 1173장을 판매하였고, 피고회사와 피고 박OO는 위 소외인들이 음반비디오물 유통관련업 등록을 하지 않은 채 CD를 판매하는 것을 幫助하였다는 혐의로 공소가 제기되었다. 한편, 당시 위 경매사이트의 월평균 신규물품등록건수는 14만여건에서 27만여건에 이르렀다. 이에 대하여 有罪를 인정한 1審(서울지방법원 2001. 8. 21. 선고 2000고단5907 판결)과 달리 抗訴審(서울지방법원 2002. 4. 2. 선고 2001노7854 판결)은 경매과정에서 피고가 개발한 컴퓨터프로그램에 의하여 전산처리되므로 피고인 박OO가 직접적으로 개입하지 아니하였음을 주된 이유로 無罪를 선고하였다. 그러나 大法院(대법원 2003. 11. 13. 선고 2002도2108 판결)은 피고인 박OO이 평소 음란물이 거래된다는 것을 알고 있었고, 경매사이트상 “상세정보란”의 문구를 확인하는 방법으로 음란물인지를 쉽게 확인할 수 있었으며, 음란 CD 판매가 여러 회에 걸쳤고, 그런 자들이 유통관련업등록을 하는 것은 이례적이라는 사정을 들어 피고인은 범죄의 고의가 있다고 하면서, 프로그램에 의하여 위 피고인이 직접 중개행위를 하지 않았더라도 위 피고인이 경매사이트를 관리하면서 위와 같은 고의가 있었던 이상 컴퓨터프로그램의 실행은 피고인의 행위와 동일하게 평가하여야 할 것이라고 판시하여 有罪의 취지로 파기환송하였다. 결국 파기환송후 2심(서울지방법원 2004. 1. 9. 선고 2003노10608판결)에서 有罪가 확정되었다.
- 28) 776 F.Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991). 전자게시판 운영주체인 피고에게 編輯權을 가진 發行人(publisher)의 책임이 아니라 명예훼손의 표현이 있음을 알았거나 또는 알 수 있었을 경우에만 부과되는 配布者(distributor)의 책임만이 있다고 보아 피고에게 寄與責任 및 代位責任을 추궁하는 원고의 청구를 기각한 사안이다.
- 29) 1995 WL 323710 (NY Sup. Ct. May 24, 1995). 피고가 약관을 통하여 게시물을 검열하고 삭제하는 編輯權을 보유하고 있었고 실제로 이를 행사하였음을 들어 配布者가 아니라 發行人의 責任을 부담시킨 사안이다.
- 30) 위 Stratton판결의 입장에 충실한다면 자신이 운영하는 전자게시판의 게시물을 성실하게 관리, 감독하는

행이후의 Zeran v. American On-Line, Inc. 事件³¹⁾, Sidney Blumenthal and Jacqueline Jordan Blumenthal v. MattDrudge and America Online Inc. 事件³²⁾, 또 韓國에서의 하이텔(HITEL) 事件³³⁾, 청도郡 홈페이지 事件³⁴⁾과 같이, 名譽毀損行爲와 관련한 ISP의 責任을 다룬 事例들이다.

이러한 명예훼손책임에 相關한 ISP의 責任에 相關한 韓國에서의 논의들³⁵⁾은 대부분 기본적으로 민법상 불법행위관련규정에 따라 책임을 부담시키되 그 注意義務의 基準에

ISP만, 配布者가 아닌 發行人으로서 오히려 무거운 책임을 부담한다는 부당한 결론에 이르게 된다. 그런 모순을 立法的으로 解決하기 위하여 1996년 개정된 통신법 제230조(c)항에서는 ISP가 전달한 정보에 관하여 ISP를 發行人으로 보지 않는다는 규정을 신설함으로써, 성실히 게시물을 관리, 감독한 ISP를 보호하고자 하였다.

- 31) 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997) ; U.S. Supreme Court, Cert. Pet. 97-1488, denied. 이 사건 원고는 게시판 운영자인 피고가 통신법위법의 위와 같은 신설조항으로 면책되는 것을 피하기 위하여 피고에게 發行人의 책임이 아닌 配布者로서의 책임만 추궁하였지만, 법원은 통신법위법상 發行人에 대한 면책조항의 취지를 폭넓게 확장해석하여 그 조항의 취지상 면책효과가 피고와 같은 配布者에게도 적용된다고 보았다.
- 32) 992 F.Supp. 44 (D.D.C. 1998). Zeran 事件에서와 마찬가지로 CDA에 따른 면책효과를 확장하고자 하는 법원의 해석이 그대로 유지되었다.
- 33) 서울지방법원 2001. 4. 27. 선고 99나74113 판결. 여기에서 법원은 전기통신사업법상 규정과 정보서비스 이용약관에 따라 전기통신사업자인 피고에게는 타인의 명예를 훼손하는 글이 전자게시판에 올려진 것을 알았거나 알 수 있었던 경우에 이를 삭제하는 등의 적절한 조치를 취하여야 할 의무가 있다고 판시하면서, 피고가 이를 알았거나 알 수 있었음에도 무려 5, 6개월간 甲의 글을 방치한 이상 원고가 입은 정신적 고통에 대한 손해를 배상할 의무가 있다고 판단하였다.
- 1審인 서울지방법원 동부지원 1999. 8. 18. 선고 99가소83281 판결에서는 원고의 청구를 기각하였지만 위 抗訴審에서 이를 一部 認容하였고 上告審(대법원 2001. 9. 7. 선고 2001다36801 판결)에서 항소심의 판단을 그대로 원용, 지지하여 종결되었다. 다만 위 사건이 애당초 소액사건심판법에 따라 上告理由가 극히 제한될 수밖에 없었음을 감안할 때 대법원이 항소심을 유지한 판단만으로 최고법원의 입장이 명확히 정리되었다고는 볼 수 없었다(이 부분은 김재형, “인터넷에 의한 인격권침해”, 인터넷과 법률, 534면 참조). 이러한 하이텔 事件이후 하급심의 사례 [가령, 제주지방법원 2003. 1. 16. 선고 2000가단16380(본소), 2002가단3869(반소) 판결]가 더러 있으나, 大法院이 판단한 최근 사례로는 아래 청도郡 홈페이지 事件이 중요하다.
- 34) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2002다72194 판결. 원심(대구지방법원 2002. 11. 13. 선고 2002나9163 판결)은 피고가 원고의 삭제요구 이전에 이미 원고에 대한 명예훼손적인 글들이 게시판에 게시된 것을 알았거나 충분히 알 수 있었다고 보임에도 불구하고 피고가 적절한 조치를 취하지 아니하고 수십일동안 그대로 방치하여 두었음을 근거로 피고는 원고에게 전자게시판 관리의무위반 행위로 인한 손해배상책임을 진다고 판단하였다. 그러나 대법원은 이를 반복하면서 비영리 군정(郡政) 홍보사이트의 게시판에 익명의 이용자의 글이 게시된 것을 알게 될 때마다 원고가 반론까지 게시하였다가 그 후 원고가 그 게시물의 삭제를 공식 요청하자 즉시 피고측 담당자가 그 게시물을 삭제하기에 이르렀던 이상, 원고의 명예를 훼손하는 글이 게시되었고 그의 관리자인 피고로서는 그 게시사실을 알았거나 알 수 있었음에도 이를 삭제하지 아니하였다는 사정에만 치중하여 곧바로 전자게시판 관리자로서 게시물의 즉시삭제의무위반이 있다고 단정할 수 없다는 입장을 분명히 하였다. 이러한 원심과 대법원의 입장차이는 마치 위 事件보다 조금 앞선 日本의 “니프티서브(ニフティサーブ)” 事件에서 東京地方裁判所와 東京高等裁判所가 서로 취하였던 입장차이와 거의 동일한 것이어서 흥미롭다. 참고로, 청도郡 사건의 경우 게시판의 비영리성이 앞서 하이텔 사건과 다른 결론을 가져온 중요한 원인이라는 지적으로는 김재형, “人格權에 관한 判例의 動向”, 民事法學 第27號 別冊, 韓國民事法學會, 2005. 3, 387면.
- 35) 이러한 방향의 논의 중 주요한 것으로는 우선 김재형, “인터넷에 의한 명예훼손과 인터넷서비스제공자의 책임”, 서울대학교 기술과법센터 2004-제4회 워크샵(「Internet Service Provider의 책임」) 발표문, 2004. 5. 22. 및 “人格權에 관한 判例의 動向”, 民事法學 第27號 別冊, 韓國民事法學會, 2005. 3, 같은 著者の “인터넷에 의한 인격권침해”, 인터넷과 법률, 2002. 12. 및 “인터넷에 의한 인격권침해”, 二十一世紀 韓國民事法學的 課題와 展望 (心堂 宋相現教授華甲紀念論文集), 박영사, 2002. 등을 위시하여 장철익, “명예훼손에 대한 온라인서비스제공자의 손해배상책임” I, II, 언론중재(언론중재위원회 간행 웹진), 2004. 봄호 및 여름호 < pac.or.kr/press/webzine/2004_spring/index.asp > 및 < pac.or.kr/press/webzine/webzine_list/list_24_summer.asp>[2004. 9. 8.], 이인석, “명예훼손에 대한 온라인서비스제공자의 민사책임 -대법원 2001. 9. 7. 2001다36801 판결-”, 저스티스 제67호, 2002. 6. 등을 순차로 참조할 것.

第4節 研究의 範圍와 方法

있어서는 豫見可能性과 回避可能性을 기준으로 삼아야 한다는 취지로 논하고 있는데,³⁶⁾ 이러한 기본이해의 방향은 타당하다고 여겨진다. 다만, 덧붙이자면 이용자들의 명예훼손에 따른 ISP 책임에 관한 근거규정을 탐색하자면 저작권침해의 경우와는 달리 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제44조가 제시한 기준이 유력한 근거규정이 될 수 있을 것이다.³⁷⁾

3) 그 밖의 경우들

위에서 언급한 외에 ISP의 책임이 문제되는 유형으로, 가령 ISP의 서버가 다운됨으로써 이용자들의 메일박스가 모두 파괴되거나 인터넷불통으로 인한 상거래가 마비되었을 때의 손해를 구할 수 있겠느냐³⁸⁾와 같은 論點을 상정해 볼 수 있다. 하지만 이는 不可抗力³⁹⁾의 유무를 둘러싼 기술적, 법률적 규명 이외에는 그동안 이미 누적된 일반 법이론으로 충분히 해결할 수 있는 문제에 불과하다고 보인다.⁴⁰⁾ 아울러 韓國에서는 온라인게임 서비스제공자의 특수한 책임을 논하는 글들도 보이니⁴¹⁾ 이 역시 아직 상세히 논하기는 적절하지 않다.⁴²⁾

36) 김재형, “인터넷에 의한 명예훼손과 인터넷서비스제공자의 책임”, 89면 및 장철익, 전계논문(웹진이므로 면수 생략함, 이하 같음). 나아가 이인석, 전계논문, 13면이하, 심활섭, “온라인서비스제공자의 명예훼손에 대한 책임”, 고려대학교 석사학위논문, 2001. 8. 70면 등.

37) 이에 관하여 자세히는 “제3장 제4절 3. (8) 4) 부분” 등 참조.

38) 2003. 4. 30. 서울중앙지방법원 2003가단156431호로 제기되었다가 2003. 8. 20. 서울중앙지방법원 2003가합61486호로 이송된 사건은 원고 인터파크가 피고 MS를 상대로 이러한 손해를 구하는 소송으로, 2005. 5. 현재 변론준비기일 진행 중이다.

39) 전기통신사업법 제33조의2 중 표현 참조.

40) 박찬호, “통신망사업자의 책임”, 서울대학교 기술과법센터 2004-제4회 워크샵(「Internet Service Provider의 책임」) 발표문, 2004. 5. 22, 21면에 의하면, Earthlink, RCN 등 해외의 서비스제공자들은 모두 約款으로 책임을 제한하여 실제 쟁송사건에 이른 예가 없다고 한다.

41) 이에 관하여는 윤웅기, “온라인 게임 아이템의 권리관계와 현금거래 금지 약관의 적법 여부”, 백강진, “온라인게임사업자의 책임”, 황성기, “현행 온라인게임 심의제도의 문제점”, 류광현, “게임과 저작권” 등을 우선 참조할 것. 이 글들은 2004. 11. 13. 서울대학교 기술과법센터 2004-제9회 워크샵(「온라인게임의 법적 문제점」) 발표문이며, 그 외에 박성호, “온라인게임제공업의 법적 제문제”, 서울대학교 기술과법센터 2004-제4회 워크샵(「Internet Service Provider의 책임」) 발표문, 2004. 5. 22. 및 백강진, “온라인게임사업자의 책임”, 정보법학회 제23회 세미나 및 제3회 사례연구회 발표문, 2002. 9. <www.kafil.or.kr/old_kafil/main3.html>[2005. 4. 29.] 등의 글이 있음.

42) 속성상 다른 네트워크와 달리 게임운영자가 네트워크 전송내용을 대부분 장악하고 있는 상태이므로 게이머(이용자)가 네트워크상에서 독자적으로 저작권침해물을 전송할 여지가 없고, 접속게이머간 多者間 채팅 등을 제외하고는 게임진행 안에서는 별다른 게시판이 존재하지 않아 타인에게 전파될 수 있는 名譽毀損의 발언을 할 수 있는 가능성도 적다고 사료되므로 결국 ISP의 책임이 거론되는 가장 큰 두 줄기가 빠지게 되어 나머지는 공법적인 규제 및 이용자와의 약관해석 등 일반법이론에 돌아감에 불과하다. 최근 매출이 급증하여 사회적 중요도가 커지고 있음을 감안하여도 아직은 논의의 실익이 크다고 보이지 않는다. 다만, 온라인게임을 운영하는 ISP만의 독특한 責任論으로 과연 그 이용자들이 온라인게임상에서 획득한 “게임아이템”의 네트워크상 유지 및 관리, 나아가 다른 이용자들로의 임의 이전행위에 대한 수락 내지 수인의무가 있는지, 즉 이용자들간 현실적으로 아이템을 현금거래할 때 ISP에게 어떤 효력이 있는지까지 논의되는 것은 이 분야 선두주자인 韓國에서나 가능한 논쟁이어서 흥미롭다. 이용자들간 아이템 현금거래에 관하여 或者(윤웅기, “온라인 게임 아이템의 권리관계와 현금거래 금지 약관의 적법 여부”, 29면 이하)는, 상가임차인이 새 임차인에게서 權利金을 수수하는 것과 마찬가지로 하여 결국 ISP는 상가임대인의 지위와 같이 상가임차인간의 권리금 수수를 受忍할 의무가 있다는 見解이지만, 우리 법원이 권리금을 보호하는 근본취지는 상가임차인이 임차기간 중 고객관계 등 무형의 가치를 높게 쌓아 새로운 임차인에게도 그대로 移轉할 수 있도록 장려하고 법으로 보호하는 것이 社會全體的

2. 研究의 方法

이 논문의 주제를 연구하는 과정은 일반적인 법률논문의 경우와 구별되는 2가지의 특징이 있다.

첫째, 극히 最新의 爭點인 데다가 다름아닌 인터넷 관련 주제인 까닭에 국내외의 관련 판결, 문헌이 대부분 디지털문서로 작성되어 있다. 이러한 특징을 감안하여 데이터베이스나 인터넷을 통하여 이용하여 2005. 4.월까지의 최신문서는 그 대부분을 망라하였다. 이에 따라 判決의 경우, 먼저 韓國 判決의 입수범위는 외부공간 혹은 인터넷상 열람이 가능한 판례는 물론 법원의 판결문을 집적하는 “문헌관리시스템”⁴³⁾을 이용하였고, 日本 判例의 경우 “判例 MASTER”와 각종 웹자료를 사용하였으며, 美國의 判例는 주로 법률데이터베이스인 WESTLAW 혹은 관련 웹사이트에서 입수하였다. 국내문헌은 직접 입수해야 하는 교과서 및 극히 일부의 문헌 이외에는 국회전자도서관 등 인터넷을 통하여 입수할 수 있었으며, 외국 문헌은 WESTLAW를 주축으로 하되 필요한 경우 웹자료를 입수하였다. 이상의 웹자료 검색은 모두 검색엔진 Google을 이용하여 PDF 문서 등으로 된 일정수준 이상의 웹자료를 수집하였다.

둘째, ISP가 운용하는 BBS 技術이나 P2P 技術 등에 대한 충분한 技術的 常識이 있어야 실제로 실무에서도 의미를 가지는 구체적인 올바른 방향의 法的인 論議가 가능하다. 이러한 특징 때문에, 국내의 전자신문, 아이뉴스 등은 물론 韓國의 ZDNet News, 美國의 CNet News와 같이 ISP사업의 技術과 관련한 시사뉴스 수집은 물론 각종 기술 문헌을 참고하여 技術的 分析에 상당한 노력을 하였다. 특히, 본 주제의 경우는 앞서 설명한대로 韓國이 美國보다 앞서거나 다른 길로 발전해나가는 부분이 여럿 존재하므로 韓國의 상황을 美國과는 별개로 고찰하고자 하였다.

아울러, 이 논문에서는 궁극적으로는 韓國의 판례와 개정저작권법상 책임제한규정의 적절한 해석의 도구로 美國의 판례와 DMCA 등 입법은 물론 유럽, 일본의 논의도 비교하였고, 法解釋學的 方法을 온당히 진행하기 위한 수단으로 필요에 따라서는 法經濟學的 分析方法도 부수적으로 활용하였다.

으로도 이익이 된다는 판단에서라 할 것인데, 이와 달리 스포츠처럼 개인의 여가선용의 일종에 불과한 온라인게임상에서, 획득한 아이템에 관하여도 과연 그것을 획득하는데 시간과 비용이 들었다는 단순한 이유만으로 그것의 가치가 그대로 새로운 온라인게임이용자에게 이전되도록 법적, 사회적으로 뒷받침할 필요가 있는지는 극히 의문이라 할 것이어서, 결국 권리금 운용의 비유는 일견 아이템 거래와 상가권리금 수수의 두 현상이 일부 비슷한 면이 있다는 점에만 터잡은 비유로, 權利金 保護의 根本趣旨는 고려하지 못한 견해라고 사료된다.

43) 미공간 판결 등 모든 판결의 원본파일을 판결을 선고한 판사 본인이 내규에 따라 업로드하도록 한 시스템이다.

第2章 BBS 技術에서의 著作權者와 인터넷서비스제공자의 關係

第1節 인터넷서비스제공자에게 責任을 負擔시키는 理論上的 根據

ISP에게 이용자들의 저작권침해행위에 대한 부수적인 책임을 부담시킬지, 아니면 면책시킬지에 관한 종래의 논의에 따르면, 다음과 같이 설명된다.

먼저 商法에서 논의되어온 企業責任(enterprise liability)의 法理에 의탁하여 ISP에게 책임을 부과해야한다고 설명하는 입장이 있다. 즉, 위험을 창출하는 기업은 그 사업의 비용으로서 그러한 위험까지 인수(internalization)하여야 하는데, 이러한 위험의 인수는 단순히 正義에 부합하는 데 그치지 않고 나아가 위험창출자로 하여금 손실을 방지할 事前 注意를 촉구하고, 희생자를 위한 보상을 준비하도록 하며, 위험창출적인 사업으로부터 이익을 얻는 모든 수혜자에게 그 손실을 분산시키게 해준다는 것이다.⁴⁴⁾ 이러한 입장의 연장선상에서 이른바 “문지기 책임론(Gatekeeper Liability)”⁴⁵⁾을 주장하는 입장은 ISP에게 책임을 부담시키는 이유에 관하여, 이용자들의 침해를 사전에 방지하도록 ISP로 하여금 노력하게 촉구함으로써 사회전체적으로는 보다 쉽게 침해행위발생을 줄일 수 있다는 점을 들고 있다.⁴⁶⁾

ISP에 대하여 책임을 추궁할 수 있게 된다는 것은 저작권자 입장에서는 무수한 직접침해자를 상대로 제소하지 않고도 손쉽게 ISP만을 간접침해자로 삼아 구제를 얻을 수 있어 저작권을 강제하고 집행하는 데 소요되는 비용을 획기적으로 줄일 수 있게 해준다.⁴⁷⁾ 아울러 저작권자로서는 자력이 풍부한 ISP를 상대로 손해전보를 구할 수 있으

44) 企業責任(enterprise liability)의 法理에 관한 이러한 논의에 관해서는 Gregory C. Keating, “THE IDEA OF FAIRNESS IN THE LAW OF ENTERPRISE LIABILITY”, Michigan Law Review, March 1997, pp. 1266-70 및 Steven P. Croley & Jon D. Hanson, “WHAT LIABILITY CRISIS? AN ALTERNATIVE EXPLANATION FOR RECENT EVENTS IN PRODUCTS LIABILITY”, Yale Journal on Regulation, Winter 1991, pp. 3-10을 참조.

45) 국가사회가 일반 개개인 모두를 규제함에 있어 형사처벌이나 직접책임이라는 주된 강제수단(primary enforcement measure)으로 억제하는 것은 한계가 있는 일이다. 그 대신 특정한 상품이나 서비스를 제공하여 개개인의 비행에 도구를 제공하는 자에게 책임을 부과하는 보완적 강제수단(supplemental enforcement measure)을 채택함으로써 社會全體的 차원에서는 적은 제어수단으로 효과적으로 비행을 차단한다는 의미에서 위와 같은 제공자에게 부과되는 책임을 미국에서는 講學上 “Gatekeeper Liability”라고 한다. 이에 관한 예전 글로는 Reinier H. Kraakman, “Gatekeepers: The Anatomy of a Third-party Enforcement Strategy”, 2 J.L. Econ. & Org. 53, 53-54 (1986)가 있으나, 최근의 대표적인 글로는, Assaf Hamdani, “GATEKEEPER LIABILITY”, Forthcoming 77 S. CAL. L. REV. (2004). 및 같은 글이 실린 Harvard John M. Olin Discussion Paper Series No. 442. <www.law.harvard.edu/programs/olin_center/corporate_governance/papers.htm>[2005. 4. 14.].

46) 美國 클린턴행정부시절 IITF(Information Infrastructure Task Force)의 1995년 최종보고서인 일명 White Paper(정확한 명칭은 『INTELLECTUAL PROPERTY AND THE NATIONAL INFORMATION INFRASTRUCTURE: THE REPORT OF THE WORKING GROUP ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS』, pp. 114-24 <www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii>[2004. 9. 14.])도 이러한 견지에서 ISP의 책임을 긍정하는 입장이다.

47) Douglas Lichtman & William Landes, “INDIRECT LIABILITY FOR COPYRIGHT INFRINGEMENT: AN ECONOMIC PERSPECTIVE”, 16 Harvard Journal of Law & Technology 395, Spring 2003, pp.

므로 통상 무일푼일 개연성 있는 개별 이용자들, 가령 대학생 같은 직접침해자들을 상대로 제소하였다가 시간과 비용만 탕진하는 결과를 피할 수 있다.⁴⁸⁾

반면, ISP의 면책을 주장하는 입장에서는 그 근거로 i) 불법한 행위뿐만 아니라 ISP가 매개하는 적법한 행위도 함께 사장되고, ii) P2P와 같은 기술이 정보교환에서 가지는 장점을 잃게 되며, iii) 공급자에게 감시를 요구하는 것은 현명한 방법이 아니고, iv) 공급자가 책임을 면하기 위하여 침해행위를 저지하는 데 소요되는 비용이 만만치 않으며, 결국 이용자들에게 무차별적으로 전가되고, v) 궁극적으로 혁신적 기술의 도입을 지연시킨다는 이유를 들거나,⁴⁹⁾ 혹은 i) 서비스제공자로서는 자신의 네트워크를 통하여 전달되는 정보가 저작권을 침해하는 것인지 아닌지 여부를 사실상 법원의 종국판단을 받기 전까지는 판단하기 곤란한 경우가 많아, 지나친 부담을 지게 되며, ii) 이에 따라 서비스제공자는 침해책임을 추궁당하는 것을 모면하기 위하여 불명확한 경우까지 모든 정보의 전달을 거부함으로써 결과적으로 서비스제공자를 통한 정보화사회의 구현이 더디지는 점⁵⁰⁾ 등을 지적하고 있다.⁵¹⁾

ISP에게 부과되는 간접적 책임의 근거를 조금 더 經濟學的으로 설명하면 아래와 같을 것이다.

기술발전에 따라 저작물을 복제할 수 있는 기술도 이용자들로 하여금 더 쉽고, 더 빠르게 원하는 저작물을 복제할 수 있는 방향으로 아울러 진보하게 되는데, 이렇게 더 쉽고 빠르게 복제가 가능해지면 저작권자의 허락을 받지 않은 복제행위, 즉 저작권침해행위가 일어날 개연성은 더 커진다. 이때 이용자들은 자신들의 침해행위로 인한 저작권자의 損失을 직접 負擔하는 주체가 아니므로 이러한 침해를 줄이고자 하는 아무런 經濟的 動機(incentive)를 가질 수 없다.⁵²⁾ 따라서 이러한 개별 이용자들 대신 그들의 행동을 일정부분 管理, 監督할 수 있는 지위에 있는 복제기술공급자, 더 구체적으로는

396-99.

48) Douglas Lichtman & William Landes, op. cit., pp. 397-99.

49) Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, "REDUCING DIGITAL COPYRIGHT INFRINGEMENT WITHOUT RESTRICTING INNOVATION", Stanford Law Review, May 2004, pp. 1379-89.

50) 이렇게, 일반적인 表現의 自由와 결부지어 생각한다면 ISP의 무차별적인 삭제로 인터넷상 표현의 자유가 지나치게 위축될 염려가 있다고 볼 수 있다. 가령 Alfred C. Yen, op. cit., pp. 1890-93이 이런 視覺에서 ISP에게 責任을 부과하는 태도에 신중하자는 입장이다. 다만, 유의할 점은 이렇게 부작용에 주목하는 신중론에 맞서 少數說로는 다수의 ISP들이 이용자들을 유치하기 위하여 경쟁하는 데서 오는 市場의 보이지 않는 힘 때문에 이러한 부작용이 상당히 완화된다는 반론(Assaf Hamdani, "WHO'S LIABLE FOR CYBERWRONGS?", 87 Cornell Law Review 901, May 2002, p. 921에서 이런 반론을 소개하고 있음)도 존재한다는 점이다.

51) 비슷한 논의로 이영록, "온라인 서비스제공자의 저작권 침해 책임", 저작권심의조정위원회 저작권연구자료, 1999. 12, 22-25면. <www.copyright.or.kr/copy/main.asp?ht=/mat/xyengu/etc1_1.htm&ca=8&se=1>[2004. 6. 21.].

52) Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, op. cit., pp. 1350-51.

第1節 인터넷서비스제공자에게 責任을 負擔시키는 理論上的 根據

ISP에게 위와 같은 이용자들의 침해행위방지의무를 부과하고 이러한 의무를 해태한 경우 책임을 부과하는 장치를 상정할 수 있는 것이다.

나아가, ISP에게 책임을 부과할 경우 미국법상 嚴格責任(strict liability)⁵³⁾, 즉 無過失責任의 기준을 도입할 것인지,⁵⁴⁾ 過失責任의 기준을 도입할 것인지도⁵⁵⁾ 經濟學的 측면에서⁵⁶⁾ 논란의 여지가 있다. 일반적으로는 無過失責任의 원칙이 책임을 부담하는 자로 하여금 최대한 손해발생을 막고자하는 인센티브를 부여한다고 보아 바람직하다고 논의되고 있으나, 이렇게 되면 ISP가 손해발생방지에 소요되는 비용이 지나치게 급증하게 되고 그 결과 이러한 손해발생방지와 ISP의 손해배상 기대금액(손해발생비용 X 손해배상액)의 총합계는 결과적으로는 이전에 비하여 크게 감소하지 않게 되어 경제학적으로는 無過失責任이 도입된다고 하더라도 손해발생의 건수나 정도는 감소하지 않는다는 해석이 유력하다.⁵⁷⁾

아울러 주의할 점은, 앞서 이용자들의 입장과는 반대로 저작권자들은 복제기술공급 내지 ISP의 서비스로 인한 利益을 직접 수혜하는 주체가 아니므로 복제기술의 공급이나 ISP의 존재를 적극적으로 용인할 아무런 經濟的 動機가 없고,⁵⁸⁾ 오히려 기존의 저작물유통시장에서 충분히 권리를 실현하고 있었던 까닭에 복제기술공급자 등에게 적개심을 가지기 쉽다는 사실이다.⁵⁹⁾ 따라서, 저작권자의 입장에만 맞추는 경우 ISP가 적절한 수준에서 이용자들의 침해행위를 관리, 감독할 수 있는 한계를 넘어 ISP 자체의 존립 자체가 위태로운 수준까지 ISP의 의무가 지나치게 확장될 위험이 있다.⁶⁰⁾

53) 嚴格責任이란 특정인의 행위나 제조물에 기인한 손해에 대하여, 그의 어떤 잘못이 있는지를 묻지 아니하고 그에게 책임을 인정하는 법원칙이다. 엄격책임은 대개는 도시에서 폭발을 시키거나 서커스동물들을 간수하는 것과 같이, 본질적으로 위험한 활동에 종사하는 사람들에게 적용된다. 또한 엄격책임은 일정한 제조물의 경우에도 적용될 수 있다<law.freeadvice.com/general_practice/legal_remedies/strict_liabilty.htm>[2004. 9. 8].

54) 美國 클린턴행정부의 Information Infrastructure Task Force가 인터넷상에서 지적재산권보호에 관하여 엄격책임을 취할 것을 추천하였고, Jane C. Ginsburg, "Putting Cars on the Information Superhighway": Authors, Exploiters, and Copyright in Cyberspace, 95 Colum. L. Rev. 1466, 1493-94 (1995) 및 I. Trotter Hardy, "The Proper Legal Regime for Cyberspace", 55 U. Pitt. L. Rev. 993, 1044 (1994)가 이러한 嚴格責任을 지지한다고 한다(以上은 Assaf Hamdani, "WHO'S LIABLE FOR CYBERWRONGS?", p. 905에서 引用).

55) 이러한 견지의 주장으로는 Douglas Lichtman & William Landes, op. cit. 아울러 Assaf Hamdani, "WHO'S LIABLE FOR CYBERWRONGS?"도 널리 嚴格責任의 부작용을 지적하면서 過失責任을 기본으로 일부 嚴格責任을 혼용할 것을 주장하고 있다.

56) 반대로 法的 측면에서는, 美國에서는 저작권침해에 대한 통상의 책임은 嚴格責任에 비하여, ISP에게는 예외적으로 일종의 過失責任이 적용되고 있다고 할 수 있다.

57) 박세일, 『법경제학(개정판)』, 박영사, 2000, 300-1면 참조. 한편, Assaf Hamdani, "WHO'S LIABLE FOR CYBERWRONGS?", pp. 918-25에서는 다른 시각에서 법경제학적 분석을 시도한 끝에 過失責任의 채택을 지지하는 결론을 내리고 있는바, 분석과정에서 圖表와 計量化된 수단을 동원하고 있는 점에서 참고할 만하다.

58) Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, op. cit., p. 1350.

59) "기술혁신자는 구질서하에서 부족함이 없었던 모든 사람에게는 敵이고, 단지 새로운 기술로부터 이익을 보고자 하는 자들의 부류에 속한 피고들이 半信半疑로 바라볼 뿐이다" Niccolo Machiavelli, The Prince 17 (Robert M. Adams trans., W.W. Norton & Co. ed. 1992) (1513). 以上은 Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, op. cit., p. 1390 FN170에서 再引用.

60) 가령, 인터넷혁명시대에 저작권자가 여전히 인터넷상 저작물에 대한 통제권을 완전히 가져야 한다고

第2節 美國의 判例

미국에서는 종래의 아날로그 저작물 시대부터 判例法上 축적된 寄與責任이나 代位責任의 法理를 새로운 技術인 BBS技術을 둘러싼 저작권자와 ISP 사이의 關係에도 그대로 응용하여 적용하였다는 점이 특징이다.⁶¹⁾ 미국의 判例들에서는⁶²⁾ 寄與責任과 代位責任을 통틀어 2次的 責任(secondary liability)⁶³⁾ 혹은 附隨的 責任(derivative liability)⁶⁴⁾이라고도 일컫고 있다.

1. 判例上 寄與責任, 代位責任의 法理

(1) 概要

美國에서 저작권을 직접적으로 침해하는 자에게 인정되는 直接責任(direct liability)은 美國 著作權法 명문의 규정에 의한 책임이며 성질상 嚴格責任(strict liability)⁶⁵⁾으로, 이때 침해자의 故意, 過失을 요구하지 않는다는 점⁶⁶⁾에서 韓國法上 無過失責任과 유사하다.

반면, 이용자의 저작권침해에 따라 BBS운영자인 ISP가 間接的으로 부담하게 되는 책임에 관하여는 그 이전부터 美國의 判例에서 발전한 이론들이 그대로 응용되었다고

주장하는 見解 [Jane C. Ginsburg, "COPYRIGHT AND CONTROL OVER NEW TECHNOLOGIES OF DISSEMINATION", 101 Colum. L. Rev. 1613 (2001)]도 있으나, 이것은 저작권자의 창작의욕을 고취시킬 수는 있겠지만 기술혁신에 대한 통제가 가져오는 심각한 손해를 고려해야 한다. 같은 견지에서 실제 역사적 경험을 들어 위 見解를 반박하며 당초 저작권자들은 온라인콘텐츠 유통에 관하여 자신들이 원하는 권리를 얻게 되면 수년안에 온라인콘텐츠를 부양하겠다는 약속을 하였음에도 이것은 결코 실현되지 않았다는 주장 [Jessica Litman, "SHARING AND STEALING", 26 COMM/ENT 1, 2004. <www.law.wayne.edu/litman/papers/sharing&stealing.pdf> (2005. 4. 3.)]이 더 설득력 있다. 以上은 Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, op. cit., p. 1390 참조.

61) 다만 寄與責任과 달리 代位責任은 사이버공간의 ISP 책임을 묻는 범리로 부적절하다는 유력한 反論에 관하여는 아래 “제3장 제2절 4. (3) 시스템이나 네트워크상에 이용자의 명령으로 저장된 정보의 경우” 두 번째 脚註 참조.

62) Grokster 1심판결("The Court is not blind to the possibility that Defendants may have intentionally structured their businesses to avoid *secondary liability* for copyright infringement,...", 259 F.Supp.2d at 1045)이나, Napster 2심판결("Secondary liability for copyright infringement does not exist in the absence of direct infringement by a third party....", 239 F.3d at 1013) 등.

63) 더 나아가, 비교적 새로운 理論인 3차적책임론(tertiary liability theory)은 침해자를 조장하는 자를 돕는 자를 상대로 책임을 추궁하는 이론을 가리키며, 예를 들어 Napster에게 자금지원을 한 벤처캐피탈인 "Hummer Winblad"를 상대로 한 소송 [Universal v. Hummer Winblad (C.D. Cal. filed Apr. 21, 2003)] 등이 이에 의하고 있다.

64) "Although this *derivative liability* for third parties is not expressly stated in the statute, the Supreme Court has held that..." (Polygram Int'l Pub., Inc. v. Nevada/TIG, Inc., 855 F.Supp. 1314, 1320).

65) 嚴格責任이란 손해에 대한 실제 過失이나 故意를 요건으로 하지 않고, 특정대상의 안전에 관한 절대적 책임의 한 가지이다. 嚴格責任은 대부분 극도의 위험행위 혹은 제조물 사례에서 적용된다. 以上은 Black's Law Dictionary (8th ed. 2004) 참조.

66) 故意 등의 유무는 배상금액의 결정에서 참작할 수 있을 뿐이다.

第2節 美國의 判例

볼 수 있다. 그 이론들이란, 저작권에 대한 침해가 있을 때 그 侵害行爲에 대한 認識을 가지고 侵害行爲를 誘發, 惹起하거나 侵害行爲에 實質적으로 關與한 때 인정되는 寄與責任(contributory liability), 監督·統制의 權利와 能力이 있고 侵害行爲로부터 直接的으로 經濟的 利益을 받은 때 인정되는 代位責任(vicarious liability)을 가리킨다.

(2) 寄與責任

1) 寄與責任의 淵源과 概要

寄與責任의 가까운 출발점은 Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc. 事件⁶⁷⁾에서 “침해행위를 알고 타인의 침해행위를 권유하거나 유발하거나 현저하게 寄與한 자는 寄與侵害者로 책임을 질 수 있다”⁶⁸⁾라고 명확히 판시한 데서 찾을 수 있겠지만, 멀리 그 淵源은 “불법행위에 참가하거나 더 확장시킨 자는 주된 불법행위자와 마찬가지로 책임이 있다”라는 普通法上의 原則에서 발전하였다고 볼 수 있다.⁶⁹⁾ 환언하면, 寄與責任은 미국 저작권법의 명문에 규정된 원칙은 아니다. 寄與責任을 주장하는 자는 i) 상대방이 타인의 侵害行爲에 대한 認識을 가지고(認識要件),⁷⁰⁾ ii) 타인의 侵害行爲를 誘引, 惹起하거나 또는 侵害行爲에 實質적으로 關與하였음을(實質的 寄與要件)⁷¹⁾ 입증하여야 한다.

2) 寄與責任 중 認識要件의 원칙과 예외

그 중 첫 번째 “認識要件”에 관하여 자세히 설명하면, 이는 알았거나 알았다고 볼 이유가 있는 때(know, or have reason to know)⁷²⁾, 또는 알았거나 알았을 거라고 보

67) 443 F.2d 1159 (2d Cir. 1971) 이 사건 피고인 Columbia Artists Management 社는 콘서트 연주자들을 관리하고 연주자를 위한 콘서트를 개최하는 지역단체를 지원하는 사업을 하였다. 피고는 지역단체들을 조직하고, 예산을 감사하였고, 연주자들의 선임을 보조하였으며, 회원제 캠페인 및 입장권판매를 계획하고 수행하는 것을 돕고, 그러한 발전 보고서를 집적하였으며, 지역단체에 의해 후원되는 콘서트에 참가하는 연주자들이 계약을 준비하는 것을 도왔다. 그 대가로 피고는 수수료 및 연주자들로부터의 커미션, 그리고 지역단체가 거둔 이익의 일정비율을 지급받았다. 그런데 피고는 이 사건 연주를 위한 프로그램을 준비하면서 공연되는 음악에 관한 저작권동의를 얻는데 별다른 노력을 기울이지 않았다. 원고 Gershwin의 “베스, 당신은 이제 나의 여인입니다”라는 곡이 그러한 연주 콘서트에서 공연되자 이 사건 제소가 이루어졌고 聯邦地方法院과 聯邦抗訴法院은 피고가 지역단체의 결성과 운영, 그리고 연주곡 모음을 짜는데 주도적인 참여를 하였다는 사실은 바로 피고가 저작권침해에 寄與하였다는 것을 의미한다고 판시하였다. 특히 聯邦抗訴法院은 피고가 저작권침해적인 곡 이용을 방지하고 그 이용에 허락을 얻을 수 있는 지위에 있었음에도 피고 스스로 침해에 어떤 법적 책임도 없다고 믿고 위와 같은 방지조치나 저작권자로부터의 이용허락의 획득을 하지 않은 점을 중시하였다.

68) “one who, with knowledge of the infringing activity, induces, causes, or materially contributes to the infringing conduct of another, may be held liable as a contributory infringer.”

69) 이 부분은 Peter Katz, “COPYRIGHT INFRINGEMENT: THE PERILS OF INDIRECT LIABILITY”, 16 No. 6 Journal of Proprietary Rights 1, June, 2004, p. 2. 혹은 Jesse M. Feder, “IS BETAMAX OBSOLETE?: SONY CORP. OF AMERICA V. UNIVERSAL CITY STUDIOS, INC. IN THE AGE OF NAPSTER”, 37 Creighton Law Review 859, June 2004., pp. 871-72.

70) “knowledge requirement”.

71) 實質的 寄與要件(material contribution requirement) 또는 參與要件(participation requirement).

72) Cable/Home Communication Corp. Network Prods., Inc., 902 F.2d 829, 845 & 846 n.29 (11th Cir.

이는 때(know or should have known)⁷³⁾, 實際 認識했거나 推定的 認識이 있는 경우(actual knowledge or constructive knowledge)⁷⁴⁾ 등으로 다양하게 표현된다.

하지만, 實際 認識(actual knowledge)이 없더라도 推定的 認識(constructive knowledge)⁷⁵⁾만 존재하면 피고가 寄與責任을 부담함이 原則이다.

다만 例外로서, Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc. 事件⁷⁶⁾에서 聯邦大法院이 特許法上的의 이른바 “商業上 主要한 商品(staple article of commerce)”의 원칙을 차용하여, Sony가 생산하는 VTR의 用途 相當部分이 非侵害的인 경우(substantial noninfringing use)에 해당하는 경우 위 VTR을 이용하여 VTR이용자들이 Universal 등의 저작권을 침해하는 행위를 할 수도 있다는 推定的 認識(constructive knowledge)을 Sony가 가진 것만으로는 곧바로 VTR공급자인 Sony에게 寄與責任을 지우는 것은 先例에 반한다고 하여 Sony의 책임을 부인한 이래, Napster 事件의 2심판결⁷⁷⁾에서 위와 같이 공급자가 판매하는 상품 用途 相當部分이 非侵害的인 경우에는 공급자의 推定的 認識만으로는 寄與責任을 지우기에 부족하고 더 나아가 공급자는 이용자에 의한 구체적인 침해를 實際 認識(actual knowledge)하였어야 그러한 침해에 대한 2차적인 책임을 부담하게 된다고 Sony 判決의 취지를 새롭게 해석한 것을 시작으로 최근의 Grokster 事件의 抗訴審 判決에 이르기까지, 당해 상품의 用途 相當部分이 非侵害的인 경우, 寄與責任이 인정되려면 직접침해자의 침해행위에 대하여 서비스제공자가 實際 認識을 하였어야 한다는 해석이 따로 존재한다.⁷⁸⁾

3) 寄與責任 중 實質的寄與 要件

寄與責任의 두 번째 요건인 “타인의 侵害行爲를 誘引, 惹起하거나 또는 侵害行爲에 實質的으로 關與”하였을 것에 관하여 위 Gershwin 事件이 寄與行爲의 定型을 제시한 이래 이후 Napster 事件⁷⁹⁾에서 피고 Napster의 서비스가 없었더라면 사용자들의 불법

1990)에서 Gershwin, 443 F.2d at 1162를 인용하며 “knowledge”는 객관적으로 해석하여야 한다고 판시하면서 제시한 표현이다.

73) 아래 등장할 Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Communication Servs., Inc. 事件.

74) 이런 표현을 사용한 최근의 사례는 UMG Recordings, Inc. v. Sinnott 事件(300 F.Supp.2d 993 E.D.Cal., 2004) 등이다.

75) 더 설명하자면, 침해행위가 분명한 사실이나 상황에 대한 인식(awareness of facts or circumstances from which infringing activity is apparent)을 말한다.

76) 104 S.Ct. 774, 464 U.S. 417 (1984), 이 判決은 ISP의 책임을 다룬 것이 아님에도 이 논문의 주제와 관련하여, ISP의 책임을 크게 다룬 Napster 事件이나 Grokster 事件 등에 비금가는 중요한 의미를 가진다는 점에는 미국에서도 異論의 여지가 없다. 위 判決이 현재의 P2P기술과 같은 혁명적인 신기술에 대처하는 방법론으로서 가지는 의미에 대해서는 Peter K. Yu, “THE COPYRIGHT DIVIDE”, Cardozo Law Review, November, 2003, p. 377이하 참조.

77) A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

78) 다만 주의할 것은, 이러한 입장은 Sony 判決 자체만으로는 그 취지가 불분명한 것을 그 나중의 Napster 判決이나 Grokster 判決에서 위 Sony 判決의 취지를 해석하며 취한 입장이라는 점이며, 후술하듯이 이 논문은 이러한 입장에 반대한다.

79) 여기서 법원(Napster, 114 F.Supp.2d at 919)은 Napster의 주된, 아마도 유일한 목적은 음반의 불법복제

第2節 美國의 判例

파일교환이 불가능하였다는 점에 터잡아 寄與行爲의 존재를 긍정한 데에 이르기까지, 미국법원은 위 요건을 긍정함에 별다른 주저함을 보이지 않고 있다.

그러나 특정한 행위가 寄與行爲가 된다고 긍정하는 데는 일정한 한계가 있음을 주의하여야 한다. 즉, 개인PC, 인터넷브라우저, DSL 및 광대역 회선의 공급자의 경우 이러한 상품이나 서비스가 없었더라도 침해행위가 불가능하였다는 점은 마찬가지로, Napster의 책임을 긍정하는 쪽에서조차 이들을 기여책임자라고는 보지 않는 것이다.⁸⁰⁾ 實質的寄與要件(material contribution requirement)을 충족하기 위한 寄與行爲의 수준에 관하여, 위의 Gershwin 事件이 직접침해행위와의 상당한 참여(substantial participation)가 필요하다고 하여 이른바 “고양된 수준(higher standard)”을 요구함에 반하여, 아래에서 등장할 Fonovisa 抗訴審 判決에서는 직접침해자의 침해에 사용되는 침해장소 내지 시설을 제공하는 것(providing facilities)으로 족하다고 하여⁸¹⁾ 이른바 “최소의 조건(lowest threshold)”만을 요구하고 있다고 할 수 있다.⁸²⁾

4) 寄與責任에 대응하는 한국법상의 規定

이상과 같은 寄與責任의 法理에 대하여 우리 한국법의 성문법상 대응하는 규정에 관하여는 이견이 있을 수 있겠으나, 가장 무난하기로는 民法 제760조 제3항(教唆·幫助者의 共同不法行爲) 규정의 類推適用에서 미국에서의 寄與責任에 준하는 유형에 대응하는 사례들에 대한 법적 근거를 찾을 수 있을 것으로 보인다.⁸³⁾

(3) 代位責任

1) 代位責任의 淵源과 概要

Shapiro, Bernstein & Co. v. H.L. Green Co. 事件⁸⁴⁾에서 “분명하고 直接的인 利益

와 교환을 가능하게 하는 것이라고 보았고 Napster를 인터넷 물물교환시장(Internet swap meet)에 비유하였다.

80) Peter Katz, op. cit., p. 4.

81) 이러한 Fonovisa 抗訴審의 해석에 따르면 ISP는 자동적으로 이 부분 요건이 충족되게 되는 불합리가 있다는 비판으로는 Kenneth A. Walton, “IS A WEBSITE LIKE A FLEA MARKET STALL? HOW FONOVISA v. CHERRY AUCTION INCREASES THE RISK OF THIRD-PARTY COPYRIGHT INFRINGEMENT LIABILITY FOR ONLINE SERVICE PROVIDERS”, Hastings Communications and Entertainment Law Journal, Summer 1997, p. 944 등.

82) Nimmer, Raymond T., 『Law of Computer Technology: Rights, Licenses, Liabilities』 15.66, West Publishing (3d. ed. 1997) (Robyn Axberg, “FILE-SHARING TOOLS AND COPYRIGHT LAW: A STUDY OF IN RE AIMSTER COPYRIGHT LITIGATION AND MGM STUDIOS, INC. V. GROKSTER, LTD”, 35 Loyola University of Chicago Law Journal 389, 399, Fall 2003에서 再引用).

83) 寄與責任은 이른바 間接責任(secondary liability)인바, 이와 마찬가지로 한국법제상 直接 侵害行爲를 하지 않은 자에게 법적 책임을 지우기 위한 고려에서 나온 규정이 바로 民法 제760조 제3항인 것이다. 이러한 고려가 있었음은 독일과 일본의 민법상 동일한 규정의 연혁을 보면 알 수 있다(이러한 연혁에 관하여는 박성호, “幫助에 의한 共同不法行爲”, 인권과 정의 2001. 4., 111면 참조).

84) 316 F.2d 304, 307 (2d Cir.1963). 이 사건의 원고는 음악편곡의 권리자이고, 피고 Green 社는 백화점 체인의 소유주, 피고 Jalen社는 그 백화점체인에서 음반 부분의 매장운영자인데 Jalen社는 불법복제음반을 판매하였다. 피고 Jalen社는 일체의 음반을 주문하고 구입하며 판매하고, 각 음반매장의 모든 점원들은

과 결부되어, 監督할 權利와 能力을 가진 때는 저작독점권이 침해되고 있다는 實際 인식 없이 없더라도 그 이용으로 인한 이익에 대한 책임을 부과하는 것이 저작권법의 목적을 잘 살릴 수 있는 것이다”라고 판시한 이래 “統制할 權利와 能力(right and ability to control)”⁸⁵⁾이 있고, “침해행위로부터 直接的인 經濟的 利益(direct financial benefit)”을 얻어야 代位責任이 성립한다는 원칙이 거듭 확인되어 왔다.⁸⁶⁾

이러한 代位責任은 원래 普通法상으로 고용주는 그 피용자가 고용과 관련된 범위내에서 행한, 故意的 불법행위를 포함한 일체의 불법행위에 대하여 책임이 있다는 使用人 責任의 原則(doctrine of respondeat superior)에서 출발한 것이다.⁸⁷⁾ 代位責任은 使用人 責任의 경우와 달리 반드시 고용관계나 주종관계에 국한되지 않는다는 점에서 차이가 있지만, 널리 企業責任(enterprise liability)의 法理⁸⁸⁾에 근거를 두고 있다는 점에서 공통된다.

이러한 代位責任의 논리적 근거는, 특정한 침해행위로부터 이익을 얻는 기업이나 개인이, 잘못 없는 원고측이나 손해를 직접 유발한 침해자보다는 위와 같은 기업 등으로부터 이득을 얻는 자들에게 이러한 損害나 危險을 더 잘 分散(risk allocation)시킬 수 있다는 점과, 아울러 손해를 피할 수 있게 통제할 권리와 능력을 가진 자는 그러한 통제권을 적절히 행사하여야 한다는 점이다.⁸⁹⁾

2) 代位責任의 두 가지 要件에 대한 Fonovisa 抗訴審의 느슨한 해석

ISP와 관련된 판례는 아니나, 代位責任을 논함에 있어 빼놓을 수 없는 미국판례인 Fonovisa Inc. v. Cherry Auction Inc. 事件⁹⁰⁾에서 1996년 聯邦抗訴法院은, 물물교환시

Jalen의 일일 통제를 받도록 되어 있었지만, Jalen과 그 점원들은 Green이 제정한 모든 규정과 규칙을 준수하여야 했고 Green은 부적절한 행동을 한 Jalen의 점원 누구라도 해고할 권한을 가지고 있었다. Jalen의 이름은 어느 매장에서든 드러나지 않았고 음반 구매자들은 Green의 영수증을 지급받았고 자신들이 Green이 아닌 다른 누구와 거래하고 있다고는 생각하기 어려웠다. 아울러 Green은 매출현금을 관리하였고 Jalen의 총매출액에서 일정비율을 징수하였다. 이러한 사안에 대하여 1審(135 U.S.P.Q. 181, S.D.N.Y. Jul 30, 1962)은 피고 Green 社에 대한 청구부분을 기각하였지만, 抗訴審은 이러한 결론을 뒤집고 Green에게 代位責任이 있다고 판단하였다. 그렇게 판단함에 있어 법원은 代理(agency)에 관한 일반원칙 외에도, 콘서트홀 소유주가 밴드와 오케스트라의 공연으로 인한 저작권침해에 책임이 있다고 판단한 일련의 先例들에도 근거를 두었다.

85) 혹은 “監督할 權利와 能力(right and ability to supervise)”.

86) 최근의 인용례로는 Kingvision Pay-Per-View Ltd. v. Olivares 事件(Not Reported in F.Supp.2d, 2004 WL 744226, S.D.N.Y., Apr 05, 2004).

87) Jesse M. Feder, op. cit., p. 870 및 Alfred C. Yen, “INTERNET SERVICE PROVIDER LIABILITY FOR SUBSCRIBER COPYRIGHT INFRINGEMENT, ENTERPRISE LIABILITY, AND THE FIRST AMENDMENT”, Georgetown Law Journal, June 2000, p. 1843.

88) 그 法理에 관한 설명은 “제2장 제1절 인터넷서비스제공자에게 責任을 負擔시키는 理論上의 根據” 부분 참조.

89) Fonovisa, 76 F.3d 259, 261-62 (9th Cir. 1996) 및 Polygram Int'l Pub., Inc. v. Nevada/TIG, Inc., 855 F.Supp. 1314, 1325-1326 (D. Mass. 1994) 참조. 後者は “사업으로부터의 이익과 사업에 대한 통제에 초점을 맞추으로써 법원은 손실을 분산시키고 사업영역내의 행위를 감찰할 수 있는 피고의 능력을 평가할 수 있다”라고 설명하고 있다.

90) 76 F. 3d 259 (9th Cir. 1996) <www.law.cornell.edu/copyright/cases/76_F3d_259.htm>[2004. 5. 5.]에서

第2節 美國의 判例

장(swap-meet)의 운영자는 그 시장 안에서 특정 상인이 저작권을 침해하는 불법음반을 판매한 경우 이에 대한 代位責任을 부담한다고 판시하였다.

위 사안에서 물물교환시장의 운영자는 직접 광고판촉을 하여 손님을 끌어 모으고 있었고 아울러 규정을 어긴 임차상인을 축출할 권한을 보유하고 있었는데, 1審⁹¹⁾은 저작권자 스스로 침해조사자를 고용하여 관청의 단속까지 촉구한 점을 들어 저작권자가 저작권보호에 적합한 위치에 있었을뿐 그렇지 아니한 피고에게 책임을 추궁하여 損害를 分散시키려는 것은 단지 기업활동을 위축시킬 뿐이라고 보았다.

그러나 抗訴審인 聯邦第9抗訴法院은 이른바 “댄스홀 사건들(dance hall cases)”⁹²⁾과 “임대인-임차인 사건들(landlord-tenant cases)”⁹³⁾이라는 두 가지 대립되는 줄기의 先例들을 나열하면서, 前者의 事件들에서는 연예인을 관리하는 댄스홀 경영자가 i) 침해행위가 되는 공연을 통제할 수 있고, ii) 침해적 공연을 즐기기 위하여 대가를 지급하는 청중으로부터 직접 이익을 얻음에 반하여, 後者の 事件들에서는 임차인이 침해행위를 한다는 사정을 임대인으로서 인식하기 곤란하고 이미 임차된 객체에 대하여는 더 이상 통제할 수 없다는 차이가 있음을 지적하면서, 따라서 前者의 事件들에서는 後者와 달리 책임이 긍정되었다고 판시하였다.⁹⁴⁾ 그러한 기준에 비추어 보면 Fonovisa 事件에서는 중고품교환시장의 운영자와 개인판매자 사이에 契約關係가 존재하고 그 운영자가 임대차계약을 解止할 수 있었다면 그 통제권한은 충분히 있는 것으로 간주된다고 하였다.

나아가 代位責任의 또 다른 요건인 “침해행위로부터 직접적인 경제적 이익”을 해석함에 있어 운영자가 특정상인으로부터 징수하는 고정임차료뿐만 아니라 특히 위 시장을 찾는 자들로부터 주차료 등을 추가적으로 징수할 수 있던 사정에 터잡아, 1審의 판단과 달리 피고가 “침해행위로부터 직접적인 경제적 이익”을 얻은 경우에 해당한다고 그 요건을 넓게 해석하면서, 결국 이 사건 물물교환시장에서의 불법음반의 판매는 앞서 “댄스홀 사건들(dance hall cases)”에서 불법음악을 공연하는 것과 마찬가지로 손님들을 유인하는 역할(“draw”)⁹⁵⁾을 수행한다고 보았다.⁹⁶⁾

全文을 볼 수 있음.

91) Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc., 847 F. Supp. 1492, 1496 (E.D. Cal. 1994).

92) Buck v. Jewell-LaSalle Realty Co., 283 U.S. 191, 198-199, 51 S.Ct. 410, 411-12, 75 L.Ed. 971 (1931); Dreamland Ball Room, Inc. v. Shapiro, Bernstein & Co., 36 F.2d 354 (7th Cir.1929).

93) Deutsch v. Arnold, 98 F.2d 686 (2d Cir.1938); 이와 비교하여 Fromont v. Aeolian Co., 254 F. 592 (S.D.N.Y.1918).

94) Fonovisa, 76 F. 3d at 262. 이러한 “댄스홀 사건들(dance hall cases)”와 “임대인-임차인 사례들(landlord-tenant cases)”라는 두 가지 대립되는 줄기의 先例들로 구분하는 설시는 이후 代位責任의 인정여부에 관한 중요한 판결들마다 거듭 인용하였고, 가장 최근의 Grokster 抗訴審 判決(Grokster, 380 F.3d at 1164)에서도 이러한 구분에 따른 설시를 하고 있다.

95) Fonovisa와 비슷한 사안에 대하여 최근 사례인 UMG Recordings, Inc. v. Sinnott, 300 F.Supp. 2d 993 (E.D. Cal. 2004)도 불법음반의 판매를 誘因(draw)으로 판시하고 있는데, 왜 誘因인지 자세한 고찰은 하지 않고 있다.

96) Fonovisa, 76 F. 3d 263-264.

이러한 Fonovisa 抗訴審의 立場은, 나중에 Napster 判決, Aimster 判決 등에서 代位責任의 要件을 손쉽게 인정하는 데 거듭 濫用되었고, 지나치게 代位責任의 범위를 擴大한 것이라는 有力한 비판⁹⁷⁾을 받고 있다.

3) 代位責任의 두 가지 要件에 대한 正當한 기준

반대로, Adobe Systems, Inc. v. Canus Productions, Inc.⁹⁸⁾ 事件에서는, 소프트웨어 박람회 的인 主催자인 피고가, 그 박람회 的인 參加者인 원고의 Adobe 소프트웨어 불법복 제본을 판매한 行爲에 대하여 代位責任을 부담하지는 않는다고 보았는데, 이 事件의 구조는 매장임대, 利用者임장료, 廣告行爲, 參加者인을 축출한 권한, 그리고 기타 등등 的인 측면에서 위 Fonovisa 事件과 유사한 듯 보였다. 그러나 법원은 상인 을 축출한 권한을 理論上 보유하고⁹⁹⁾ 있었을지라도 實際的으로는 i) 피고가 거대한 박람회에서 그런 임무를 제대로 수행하기에는 너무 적은 인원을 거느리고 있었고 ii) 불법복제물인 지 判別하기가 불가능하였기 때문에, 그런 권한대로 행사하는 데 어려움이 있었다는 점에 서 위 Fonovisa 事件과 구별하여야 한다고 보았다. 여기서 법원은, Fonovisa 事件이 제시한 기준은 직접침해자와 2차적 침해자의 경제적 利害關係가 상당부분 混一化되었 거나(substantially intertwined), 소유주와 침해상인 사이에 公生적인 關係가 존재하여 소유주의 成功이 침해상인의 판매에 의존하게 되는 경우라고 해석하였다.¹⁰⁰⁾

이러한 판례들로부터 내릴 수 있는 결론은 첫째, 침해행위를 방지하거나 정지시킬 수 있는 일체의 능력은 대부분의 사례들에서 피고의 統制可能性의 要件을 충족한다는

97) Kenneth A. Walton, op. cit., pp. 942-46 등 多數.

98) 173 F.Supp. 2d 1044 (C.D. Cal. 2001).

99) legal control. 이에 대응하는 actual control의 개념이 있는데, legal control은 직접침해자를 통제할 권한을 단지 유보해둔 법적관계가 있으면 충족되지만, 반대로 actual control은 단순한 법적관계를 넘어서 母體가 실제로, 결정 및 이후의 진전, 직접침해자와 관련이 있다는 징표가 있어야 한다(이 문장은 Robert A. Gilmore, "PEER-TO-PEER: COPYRIGHT JURISPRUDENCE IN THE NEW FILE-SHARING WORLD, THE POST GROKSTER LANDSCAPE OF INDIRECT COPYRIGHT INFRINGEMENT AND THE DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT", Florida Coastal Law Journal, Spring 2004, p 92, 97). Fonovisa 抗訴審이 legal control의 느슨한 기준을 취하였음에 반하여, Adobe Systems, Inc. 事件의 법원은 actual control의 엄격한 기준을 취한 것이라고 할 수 있다. legal control 對 actual control의 발전과정, 차이점에 관하여는 Charles S. Wright, "ACTUAL VERSUS LEGAL CONTROL: READING VICARIOUS LIABILITY FOR COPYRIGHT INFRINGEMENT INTO THE DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT OF 1998", 75 Washington Law Review 1005, July 2000을 참조.

100) 판결 자체에서 명시적으로 드러나지는 않았지만 취지상 이 사건의 사안은 Fonovisa 事件과 달리 침해상인의 數가 450명 중 불과 몇몇에 불과하여 훨씬 적었다는 점, 불법복제물의 數도 약 100개로 훨씬 적었다는 점을 고려하여 위와 같은 기준을 충족하지 못한다고 본 것이라는 설명으로는 Peter Katz, op. cit., p. 2. 참조. 그러나 위 사건의 立場과는 달리 Ellison v. Robertson 事件 [357 F.3d 1072, 1079 (9th Cir. 2004)]에서는 이와 반대로, 접속서비스를 제공하는 AOL의 전체수익에서 침해로 인한 이득부분은 극히 경미하다는 피고 AOL의 주장에 대하여 법원은, AOL의 엄청난 영업규모 때문에 이런 경우 어떤 이득부분이라도 전체이득에 비하여서는 경미할 수밖에 없고, 직접적인 경제적 이익인지를 판단하는 것은 침해행위와 경제적 이익사이에 인과관계가 있는지가 기준일 뿐이라고 하였다. 다만, Ellison v. Robertson 事件의 결론도 代位責任 부분에 관하여 AOL이 유즈넷에 관하여 統制可能性은 가지고 있었지만, AOL의 가입자들이 침해행위결과물을 이용하기 위하여 접속서비스에 가입한 증거가 없으므로 결국 침해행위로부터 직접적인 이익을 얻은 바는 없다고 보아, 代位責任을 부정하였다.

第2節 美國의 判例

사실이다. 이는 피고의 그런 능력이 계약이나 법률상의 관계에 기인한 것인지, 아니면 실제 사업상 현실로부터 유래한 것인지는 대체로 관계없고,¹⁰¹⁾ 법원은 대개 직접침해자와의 계속 유지되는 관계가 있는 경우 統制可能性을 긍정하는 추세이다. 둘째, 이런 판례들에 불구하고 여전히 “직접적인 경제적 이익”의 개념은 혼란속에 있다는 점이다. 앞서 판례들의 입장은 침해행위의 이익으로부터 직접 유래한 ISP의 몫이라는 개념과는 동떨어져 있다. “유인(draw)”이라는 접근방식은 극히 主觀的이며, 이 때문에 지금으로서는 법원이 장차 무엇을 “침해행위로부터 직접적인 경제적 이익”에 해당한다고 볼지는 전혀 불투명하다. 특히 Napster 判決에서는 심지어 Napster가 침해행위를 하는 이용자들로부터 당시까지 어떤 수입도 올린 적이 없고 단지 장차 이용자의 수를 확충하여 장래의 수입을 올리려 하였다는 사실만으로도 곧바로 “침해행위로부터 직접적인 경제적 이익”에 해당한다고 보았다.¹⁰²⁾

2. 具體的인 事例들

(1) Playboy Enterprises, Inc. v. Frena 事件¹⁰³⁾

1) 事實關係

이 事件은 美國에서 이용자들의 저작권침해행위와 관련한 ISP의 책임이 문제된 最初의 사례이다. 원고 Playboy Enterprises는 누드사진 등을 담은 잡지를 간행하는 회사이고, 피고 Frena는 일정한 會費를 지불하고 파일을 자유롭게 업로드 또는 다운로드 받을 수 있는 전자게시판(BBS)을 운영하는 자인데 이러한 BBS에의 접속은 전화모뎀으로 이루어졌다.

그런데 피고의 회원 중 일부가 원고의 저작권 있는 누드사진들을 임의로 복제한 사진파일들을 피고의 전자게시판에 업로드하고, 다른 이용자들은 이 파일들을 다운로드 받는 방법으로 원고의 저작권이 침해되었다. 피고는 나중에 爭訟에서도 이렇게 이용자들 중 누군가가 파일을 올리고, 이를 다른 이용자가 다운로드하였다는 사실은 自認하였다. 피고는 원고의 통지를 받은 후 해당파일을 게시판에서 즉시 삭제하였다.

101) 다만, 주의할 것은 미국의 판례들 전체를 통틀어 볼 때 그 포섭범위가 위와 같다는 것일뿐, 만약 판례들을 굳이 나누자면 Fonovisa 抗訴審을 비롯하여 앞서 Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc. 법원, Polygram Int'l Pub., Inc. v. Nevada/TIG, Inc. 법원은 legal control로 충분하다는 느슨한 기준을, 반대로 Adobe Systems, Inc. 법원을 비롯하여 Demetriades v. Kaufmann 법원 [690 F. Supp. 289 (S.D.N.Y. 1988)] 및 Artists Music, Inc. v. Reed Publishing, Inc. 법원 [31 U.S.P.Q. 2d 1623 (S.D.N.Y. 1994)]은 actual control이 있어야 한다는 엄격한 기준을 각각 취함으로써 legal control 對 actual control의 基準이 並行되어 왔다고도 설명할 수 있다(이 부분은 Charles S. Wright, op. cit., p. 1012-20을 정리함).

102) 以上은 Peter Katz, op. cit., p. 1. 그 외에 이러한 확장해석이 결국 Sony 判決의 긍정적 보호막을 우회적으로 훼손하는 것이라는 주장으로는 Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, op. cit., p. 1368.

103) 839 F.Supp. 1552 (M.D.Fla. 1993).

2) 法院의 判斷

법원은, 피고가 가입자들로 하여금 피고의 게시판을 통하여 원고가 저작권을 가진 사진들의 복제파일을 배포, 전시하도록 허락하는 방법으로 원고의 배포권, 전시권¹⁰⁴⁾을 直接적으로 侵害하였다고 판시하여 소위 直接責任을 인정하였다. 즉, 미국저작권법 제 106조¹⁰⁵⁾는 저작권의 종류를 정하면서 “저작권자는 이 章에 의하여 다음의 행위를 하거나 許諾할 獨점적 권리를 갖는다”고 하여 마치 저작권자 자신이 직접 저작물을 이용하지 않고 타인에게 허락할 권리, 즉 소위 許諾權도 저작권자의 獨占的 權利의 하나라고 해석할 수 있는 다소 애매한 표현을 두고 있다. Frena 法院의 입장은, “著作權者는 저작물을 이용하거나 타인에게 이용을 許諾할 배타적인 權利”를 가지는데 Frena는 자신이 직접 게시판의 저작물을 이용하지는 아니하였지만 게시판을 운영하며 이용자들로 하여금 저작물을 이용할 수 있도록 許諾하였으므로 결국 Frena가 임의로 著作權者의 地位에서 著作權의 內容 중 하나인 許諾權을 행사한 것이어서 直接侵害가 성립된다는 논리라고 볼 수 있다. 이에 대하여, 피고가 위와 같은 가입자들의 저작권침해행위를 알지 못하였다고 반박한 점에 대하여는, 저작권침해의 直接責任을 부담하는데 침해자가 알았느냐의 여부는 문제가 되지 않는다고 하여 위 주장을 배척하였다.

(2) Sega Enterprises v. Maphia 事件¹⁰⁶⁾

1) 事實關係

이 사건의 원고인 Sega는 컴퓨터비디오게임 시스템의 제조 및 공급자였는데, Sega의 게임 시스템은 크게 게임제어장치와 소프트웨어로 구성되어 있었으며 그 중 소프트웨어는 게임카드리지 안의 ROM 칩에 저장된 형태였다. 이용자들의 입장에서 시판되는 게임제어장치만으로는 게임을 플레이할 수 있을 뿐 나아가 임의로 소프트웨어 복제까지는 할 수는 없었다.

한편 피고는 “Maphia”라고 불린 BBS를 운영하였는데 그 이용자들에 의하여 원고 Sega의 게임복제물들이 게시판에 업로드되어 다른 이용자들에게 다운로드되었다. 그런데 피고는 게임물을 게시판에 업로드하는 이용자들에게 그 대가로 다른 게임물을 다운

104) 복제권(reproduction right)침해를 문제삼지 않은 것은 게시판의 자료들이 이용자들에 의하여 실제 다운로드가 되었는지 입증되지 않았기 때문이라고 설명하는 論者(최재원, 전계학위논문, 42면)가 있으나, 이는 오해이다. 앞서 보았듯이 위 판결(839 F.Supp. at 1553)의 인정사실 중에는 문제되는 자료들이 다른 이용자에 의하여 다운로드되었음을 피고 Frena가 自認하고 있음이 분명히 포함되어 있다. 複製權의 침해를 인정하지 않은 이유를 추측컨대, BBS 운영자에게 무리하게 直接責任을 인정한 결론과 관련이 깊다고 보인다. 즉 아무리 直接責任을 넓게 인정하는 Frena 법원으로서도 완전히 이용자가 주도적으로 행하는 다운로드까지 피고 Frena가 행하였다고 擬制하기는 무리였을 것이다.

105) 17 U.S.C.A. § 106 (Exclusive rights in copyrighted works) “...저작권자는 이 장에 의하여 다음의 행위를 하거나 許諾할 獨점적 권리(exclusive rights to do and to authorize any of the following)를 갖는다: (1) 서적이거나 음반 저작물을 복제할 권리...(3) 서적이거나 음반저작물을 판매 기타 다른 양도방법으로 공중에게 배포하거나 임대 혹은 대여할 권리...”

106) 857 F.Supp. 679 (N.D. Cal. 1994).

第2節 美國의 判例

로드할 기회를 부여하는 등의 방법으로 위와 같은 이용자들의 복제행위를 조장하였을 뿐만 아니라, 플로피디스크 등에 원고의 게임을 복제하도록 고안된 이른바 “Copiers”를 판매하여 그 광고까지 게시판에 게재하였다.

2) 法院의 判斷

캘리포니아 북부지방법원은 피고가 저작권침해행위가 있다는 實際 認識(actual knowledge)을 가지고 있었지만, 법원은 그러한 고의가 존재하지 아니한다고 하더라도 이용자들의 침해행위에 대한 推定的 認識(constructive knowledge)만 가지고 있으면 寄與責任을 부담할 수 있다고 보았다. 법원은 BBS 운영자인 피고의 행위를 볼 때 寄與責任을 추정할 만한 證據(prima facie evidence)가 있다고 보았고 결론적으로 원고를 위하여 豫備的 留止命令(preliminary injunction)¹⁰⁷⁾을 발하였다.

(3) Religious Technology Center v. Netcom, Inc. 事件¹⁰⁸⁾

1) 事實關係

원고들¹⁰⁹⁾ 중 Religious Technology Center(RTC)는 종교단체인데, 사이언톨로지(Scientology) 교회¹¹⁰⁾의 창시자인 L. Ron Hubbard가 저술한, 간행되었거나 아직 간행되지 않은 저작물들의 저작권을 보유하고 있었다. 한편 Erlich라는 개인은 예전에는 사

107) 豫備的 留止命令이란, 당해 Case가 발생하여 법원으로부터 중국판단을 받을 때까지의 회복할 수 없는 손해(irreparable injury)를 방지하기 위하여 정식재판(trial) 이전 혹은 그 동안에 발하여지는 임시적인 留止命令을 말한다. 豫備的 留止命令은 피고측이 통지를 받고 진술의 기회를 부여받은 때에만 발하여진다 [以上은 Black's Law Dictionary (8th ed. 2004)]. 신청인은 本案에서의 승소가능성과 회복할 수 없는 손해의 개연성을 입증하거나, 심각한 문제점이 존재하고 양쪽 당사자의 손실 비교에서 우위에 있다는 점을 입증하여야 한다 [“... demonstrates either (1) a combination of probable success on the merits and the possibility of irreparable harm, or (2) that serious questions are raised and the balance of hardships tips in its favor.”(Napster, 114 F.Supp. 2d at 911)]. 이러한 豫備的 留止命令의 주된 목적은 本案에 관한 현상유지이다(Netcom, 907 F.Supp. at 1382). 이러한 豫備的 留止命令에 대한 최근의 해설로는 설민수, “디지털카피의 등장과 음악산업의 흥망, 그리고 그 과정에서 본 한국과 미국의 민사·형사 제도의 역할에 대한 비교 -Napster, Aimster, Grokster, 소리바다 사건을 중심으로-”, 사법부 내부통신망(CourtNet) 게시논문(미공간), 2005. 3. 16, 78면이하를 참조할 것.

위와 같은 豫備的 留止命令은 韓國의 민사소송체계에서 侵害禁止假處分申請에 대한 법원의 判決 내지 決定에 해당한다고 볼 수 있다. 韓國의 민사소송체계에서 침해금지가처분신청과 같은 이른바 보전처분(가압류, 가처분) 신청사건에 있어서는 법원이 심리함에 있어 辯論節次를 거친 경우에는 判決로, 그렇지 아니한 경우에는 決定으로 재판하도록 특칙(민사소송법 제301조, 281조 제1항)이 있는바, 앞서 Maphia 사건에 대한 미국법원의 豫備的 留止命令이 변론절차를 거친 경우라면 한국법체계상으로는 “Maphia 判決”이라는 표현이, 서면심리에만 의한 경우라면 “Maphia 決定”이라는 표현이 각각 더 정확할 것이지만 편의상 굳이 구별하지 않았음을 밝힌다.

108) Religious Technology Center v. Netcom On-line Communications Services, Inc., 907 F.Supp. 1361(N.D.Cal. 1995) 이를 Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Communication Servs., Inc. 923 F.Supp. 1231 (N.D. Cal. 1995) 事件(Netcom I 事件)과 구별하여 Netcom II 事件이라 칭하기도 한다. 이른바 Netcom I 판결은 원고와 피고 Erlich사이의, Netcom II 판결은 위 본문에서 보듯이 원고와 Klemesrud, Netcom사이의 豫備的 留止命令 등 각종 신청을 판단한 것이다.

109) 실제로는 L. Ron Hubbard의 저작물 일부에 대하여 RTC로부터 독점적 이용허락을 받은 Bridge Publications이라는 출판사도 이 사건 원고였지만, 편의상 RTC를 중심으로 설명한다.

110) 미국인 L. Ron Hubbard가 1965년 창설한 신흥종교로 자기수양을 통한 능력개발운동이다.

이언톨로지 교회의 목사였지만, 이후에는 변신하여 사이언톨로지에 대한 비평을 목적으로 한 “alt.religion.scientology”이라는 유즈넷 뉴스그룹(Usenet newsgroup)¹¹¹⁾에서 사이언톨로지 교회에 대한 비평을 하고 있었다. 그런데, 이러한 유즈넷 뉴스그룹은 이 사건의 被告 중 하나인 “Tom Klemesrud”라는 個人이 운영하는 전자게시판을 통하여 네트워크에 접속되는 방식이었고, 다시 Klemesrud의 전자게시판은 인터넷접속서비스 제공자인 被告 Netcom을 통하여 인터넷에 접속되고 있었다.

그런데, Erlich가 원고측이 저작권을 가진 저작물을 임의로 Klemesrud의 게시판에 게시하자, 원고는 Erlich에게 삭제를 요구하였다. 그러나 Erlich는 그 요구를 거절하였고 다시 원고측은 이 사건의 被告들인 Klemesrud와 Netcom에게 접촉하였다. Klemesrud는 즉각 삭제하는 대신 원고에게 위 글들에 대하여 원고측에게 적법한 저작권이 있다는 증명을 해줄 것을 요구하였고 피고 Netcom 역시 비슷한 요구를 하였지만, 원고는 이를 거부하였다. 원고는 저작권침해를 들어 전자게시판 운영주체인 Klemesrud는 물론 나아가 인터넷접속서비스업자인 피고 Netcom까지 제소하였다.

2) 法院의 判斷

(A) 直接侵害의 否定

피고 Netcom은 서버의 제공자로서 Erlich가 올린 저작물도 당연히 Netcom의 서버에 저장되었고 약 11일동안 다른 이용자들이 접속할 수 있었는데, 이때 Netcom이 그러한 저장을 인용한 행위만으로 원고의 저작권을 직접 침해하여 直接責任을 부담할 수 있는지가 먼저 다투어졌다.

법원은 서버에의 “일시적인 복제”도 1993년 MAI. System Corp. v. Peak Computer Inc. 判決의 입장에 따라 複製에 해당한다고 일단 인정하였다. 그렇지만 법원은, 피고

111) 위 판결에서는 Daniel P. Dern, “THE INTERNET GUIDE FOR NEW USERS 16”, 1994, pp. 196-7을 인용하며 각주에서, “Usenet”에 관하여 “유즈넷이라고 딱히 지정된 특별한 네트워크가 존재하는 것은 아니다. 유즈넷 트래픽은 인터넷과 전화연결 링크를 포함하여 광범위한 네트워크상에서 흐른다고 할 수 있다...”라는 등 상세히 설명하고 있다: 筆者가 더 설명하자면, 현재의 인터넷이 글뿐만 아니라 그림, 동영상 등의 멀티미디어를 전달하는 데 주안점을 둔 월드와이드웹(www)이라면 종래 유즈넷은 문자 위주의 토론과 의견 주고받기를 주로 하는 네트워크였다고 할 수 있다. 韓國에서는 대규모 포털 업체에서 제공하는 게시판과 자료실로 인하여 유즈넷 뉴스그룹에 대한 인지도가 거의 없었으며 곧바로 초고속 인터넷 환경으로 넘어가 월드와이드웹(www)을 주로 쓴 까닭에 인터넷 유저사이에서도 유즈넷 뉴스그룹은 다소 생소하지만, 전화 접속이 늦게까지 대세를 이루고 있던 미국·유럽권에선 상대적으로 데이터 전송 용량이 적은 유즈넷 뉴스그룹이 상당히 오랫동안 큰 인기를 끌었다. 아울러 유즈넷 뉴스그룹이 외견상 종래 韓國에서도 애용되던 각종 BBS게시판과 동일한 것처럼 보일 수도 있으나, i) BBS 게시판에 올린 글은 해당 BBS 운영자의 서버(가령 “하이텔”의 서버)에 접속한 경우에만 다시 볼 수 있음에 반하여 유즈넷 뉴스그룹에 게시된 글은 끊임없이 다른 서버로 확산, 전파되며, ii) BBS 게시판에 올린 글은 게시자가 원칙적으로 삭제할 수 있으나, 유즈넷 뉴스그룹에서는 최초 게시한 서버 이외의 다른 서버에 취소메세지가 전파된 범위가 실제로 처음 글이 전파된 범위와 일치하지 않는 경우가 많아, 사실상 일단 올린 글을 지우기 어렵고, iii) 일반적으로 종래 BBS 게시판이 로그인을 요구함에 반하여, 유즈넷 뉴스그룹은 로그인을 요구하지 않는다는 차이점이 있다(BBS과의 차이점 부분은 kmh.yeungnam-c.ac.kr/subdoc3/usenet/usenet21.html, 2005. 1. 11. 방문).

第2節 美國의 判例

Netcom의 경우 인간의 행위가 개입되지 아니하고 서버가 자동적으로 일정기간만 복제, 저장하는 것에 불과하기 때문에 위 피고가 이를 복제, 배포한 것으로 볼 수 없다는 이유로 피고 Netcom의 直接責任은 부인하면서, 유사한 사례에서 直接侵害를 긍정한 앞서 Frena 判決에 대하여는 의문을 표시하였다. 법원은 직접침해 책임을 지우기 위해서는 “침해의 決斷 내지 침해의 惹起 같은 요소”(some element of volition or causation)가 요구되는데, 피고의 시스템은 단지 제3자에 의한 복제가 가능하도록 하기 위하여 사용되었기 때문에 그 점이 결여되었다고 판시하였다. 피고 Netcom과 같이 통로로 이용되었을 뿐인 경우까지 직접 책임을 긍정할 경우 해당 정보가 관통하는, 인터넷 접속과 관련된 모든 서버를 운영하는 자가 책임을 부담한다는 결론에 이르게 되는 데 이는 부당하다고 본 것이다.¹¹²⁾

(B) 寄與責任과 代位責任

a) 寄與責任 부분

寄與責任의 認識 요건과 관련하여, 피고 Netcom은 부동산의 임대인이 임대차계약을 체결할 당시에 향후 임차인의 침해적 이용에 대한 인식을 하지 않은 이상 寄與責任을 부담하지 않는 것과 마찬가지로 Netcom 역시 책임이 없다고 다투었지만, 법원은 부동산 임대인의 경우와 달리 Netcom은 시스템의 이용에 대한 일정한 통제를 지속하고 있기 때문에 “認識”이 문제되는 순간은 Netcom의 주장대로 단지 Klemesrud와의 게시판 계약때가 아니라 Erlich가 실제 침해물을 게시하는 때가 된다고 보아 위 주장은 받아들이지 않았다.

그렇지만, Erlich의 이용행위가 一見 公正利用이라고 다투어볼 만한 사정이 있었으므로,¹¹³⁾ 원고가 피고측에게 삭제를 요구하며 위와 같은 사정에 불구하고 위 이용행위가 저작권침해행위에 해당한다는 점을 충분히 소명하는 자료를 피고측에게 제공하지 못한 이상, 원고의 단순한 삭제요구만으로는 그 요구시 곧바로 피고측이 저작권침해의 인식

112) Netcom II, 907 F.Supp. at 1369-70.

113) 이 판결을 내린 Whyte, J. 判事는 약 2개월전에 이 사건 원고들과 피고 Erlich사이의 Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Communication Servs., Inc. 923 F.Supp. 1231 (N.D. Cal. 1995) 事件, 즉 Netcom I 事件의 판결을 내리기도 하였는데, 두 판결을 대비하여 보면 각 사건 피고들의 행위가 公正利用에 해당하는지 판단한 부분에서 두 판결간 矛盾이 있다. 즉 17 U.S.C. §107에서 정한 公正利用의 4가지 요소 [4가지 요소가 무엇인지에 관해서는 아래 제5장 제1절 1. Napster 事件 (2) 2) (B) 부분 참조]를 차례로 분석하면서 Whyte, J. 判事는, Netcom I 事件의 판결에서는 4번째 요소가 피고 Erlich에게 유리하다고 단정하면서도 피고에게 불리한 3번째 요소를 더 중시하여 피고 Erlich의 행위가 公正利用에 해당하지 않는다고 하였음에 반하여, 위 Netcom II 事件에서는 4번째 요소가 피고 Netcom에게 유리한지 불리한지 명확하지 않아서 本案에서 심리할만한 쟁점(triable issue)에 해당하므로 豫備的留止 命을 구하는 본절차에서는 公正利用인지 판단할 수 없다고 판시하였다. 그렇지만, 公正利用의 성립이 문제되는 대상을 事件에 따라 피고 Erlich가 Netcom의 BBS에 글로 올린 행위와 이를 피고 Netcom이 자동적으로 전파한 행위로 각각 나누어 판단하고 公정이용의 성립여부도 달리 결론내리는 방식은 타당하다고 할 수 없고, 아래 Napster 법원의 판단방식대로 오로지 이용자(Erlich)가 네트워크(BBS)에 올려 서비스제공자(Netcom)를 통해 자동적으로 전파되는 單一한 대상이 公正利用에 해당되는 지만 판단하여야 옳을 것이다.

을 하였다고 단정할 수 없으므로¹¹⁴⁾ 결국 피고측의 認識 여부에 관하여 “重要한 事實 關係에 관한 다툼(genuine issue of material fact)”¹¹⁵⁾이 존재하는 이상 정식재판(trial) 을 거치지 않고 略式決定(summary judgement)¹¹⁶⁾으로 피고의 책임 유무를 판단하기 곤란하다고 하여¹¹⁷⁾ 결국 우회적으로 피고 Netcom의 寄與責任을 인정하지 아니하였다.¹¹⁸⁾

한편 寄與責任에서의 實質的 寄與 요건에 관하여 법원은, Netcom이 간단한 조치를 취함으로써 원고 저작물에 대한 추가적인 손해를 방지할 수 있다고 가정할 때, Netcom이 Erlich의 침해적 게시물을 인식하고서도 계속 그가 게시물을 유포할 수 있도록 도운 경우라면 Netcom에게 寄與責任을 부담시키는 것이 타당하다고 보았다.¹¹⁹⁾

-
- 114) Netcom II, at 1374. 주의할 것은, 侵害主張의 通知를 받은 이후는 ISP가 認識을 가지게 되고 그러한 認識을 가진 상태에서 계속하여 서비스를 제공한 때 “侵害主張의 通知 이후”의 침해행위에 대하여 ISP가 寄與責任을 부담하는 것이지, 그 통지 이전의 침해행위에는 책임이 없다는 점이다.
- 115) 민사소송에서 실질적인 증거에 의하여 뒷받침되는 事實에 대한, 실질적이고 진정하며 정식재판을 할 만한 의문이 존재하는 경우를 말하며, 이러한 경우는 略式決定(summary judgement)으로 이행할 수 없다 [Federal Civil Procedure 2470, 2470.1; Judgment 181(2), 185(6). C.J.S. Judgments § 260]. 위는 Black’s Law Dictionary (8th ed. 2004). 환언하여, summary judgement 판단을 구하는 일방당사자의 신청이 있더라도 반대편 당사자가 아직 fact에 관하여 당사자간 다툼이 있다는 점, 즉 a triable issue of fact가 존재한다는 점을 증명할 때는 summary judgement의 신청은 기각되게 된다.
- 116) 미국 민사소송의 일반적 절차는 Pleading(소장 및 답변서의 교환) → Discovery (증거개시절차; 기일전 증거확보 및 정보를 수집하고 당사자가 교환) → Pretrial conference (쟁점을 확정하고 재판일정을 협의하여 이를 기재한 Pre-trial Order, 즉 협의서가 작성됨) 順으로 진행되며, 대개의 경우 그 다음 단계로 Trial(정식재판)이 진행되는데, 예외적으로 Trial 이전까지의 절차가 끝난 상태에서 중요한 사실관계에 관하여 당사자 사이에 다툼이 없을 때(there is no genuine issue of material fact) 陪審에 의한 사실 판단이 필요 없는 경우, 정식재판(Trial)을 굳이 거치지 않고 곧바로 내려지는 법원의 판단을 summary judgement(略式決定)라 한다. 법원은 당사자들이 제출한 소장 및 답변서, 신청서 및 추가 증거들을 고려하여 당사자 사이에 단순한 법률적 다툼이 아닌, 중요한 사실관계에 관한 다툼의 존부를 판단하게 된다. 일방 당사자의 신청이 있더라도 반대편 당사자가 아직 중요한 사실관계에 관하여 당사자간 다툼이 있다는 점, 즉 “a triable issue of fact”가 존재한다는 점을 증명할 때는 summary judgement의 신청은 기각된다. summary judgement는 법원이 직권으로 할 수도 있고 당사자의 신청에 의하여 할 수도 있다. summary judgement 제도는 정식재판 없이 신속하게 분쟁을 처리할 수 있다는 장점이 있다 [위 Black’s Law Dictionary (8th ed. 2004) 등 참조].
- 117) 즉, 위 판결에서는 피고 Netcom에 의한 寄與責任이 존재한다는 略式決定(summary judgement)을 구하는 원고의 신청뿐만 아니라, 그 책임이 존재하지 아니한다는 취지의 법원의 略式決定을 구하는 피고 Netcom의 신청 역시 아울러 기각하였음을 유의할 필요가 있다.
- 118) 이 부분, 국내의 상당수 論者들이 혼동하고 있다. 정완, “온라인상의 저작권침해에 대한 OSP의 민사책임”, 인터넷법률 통권 제20호, 법무부, 2003. 11. <www.moj.go.kr/notice/noticeLst.php?code=073>[2004. 9. 26.]에서는 寄與責任을 인정하였다고 설명하고, 한편 이영록, 전계논문, 15면에서는 “서비스제공자들의 寄與責任을 다룰 수 있으나 침해사실을 알지 못했고, 침해행위로부터 직접 재정적 이익을 얻었다는 증거가 없으므로 寄與責任도 없다□□고 이와 다르게 설명하나 모두 부정확한 표현이다. 마찬가지로 손영화, “온라인서비스提供者(OSP)의 著作權侵害에 대한 責任”, 상사법연구 21권 1호, 한국상사법학회, 2003, 702면에서 “대위책임이 인정될 가능성만을 남겨두고 있다”고 한 것도 정확한 표현이라고 보기 어렵다. 위 판결에서는 寄與責任에 관하여 정식재판에서의 사실심리가 필요하다고 보아 그 존부를 확정짓지 않아 결과적으로 寄與責任을 전제로 한 원고의 豫備의 留止命令 신청을 배척함과 동시에, 기여 책임이 없다는 선언을 구하는 피고의 略式決定 신청 역시 배척하고 있을 뿐이다. 아울러 寄與責任과 관련하여서 위 論者의 표현처럼 “재정적 이익”이 언급된 바도 없다.
- 119) Netcom II at 1375. “it is fair, assuming Netcom is able to take simple measures to prevent further damage to plaintiffs’ copyrighted works, to hold Netcom liable for contributory infringement where Netcom has knowledge of Erlich’s infringing postings yet continues to aid in the accomplishment of Erlich’s purpose of publicly distributing the postings.”

第2節 美國의 判例

그런데 원고의 피고 Netcom에 대한 삭제요구시점 이후 Erlich가 게시한 행위에 대하여 Netcom이 寄與責任을 부담하는 지는 重要的 事實關係에 관한 다툼이 있다고 판시하였다.

b) 代位責任 부분

代位責任에 관하여, 법원은 피고가 그 가입자들을 통제할 권리와 능력이 있는지에 관하여는 다툼의 여지가 있다고 하면서도, 고정수수료만 받았던 피고가 침해게시물로부터 직접적으로 경제적 이익을 얻었다거나 그러한 게시물이 피고의 서비스 가치를 가입자들에게 높이거나 새로운 가입자를 창출하였다¹²⁰⁾는 점에 관하여 아무런 증거가 없는 이상 代位責任의 두 번째 요건을 충족하지 못하여 代位責任은 성립하지 않는다고 보았다.

위와 같은 聯邦地方法院(Federal District Court)의 판결이 있는 후 원고와 피고는, 피고가 이후 인터넷상 지적재산권을 준수하기 위한 규칙을 제정하고 이용자들에게 고지하기로 약정하면서 화해로 위 분쟁을 종결지었다.

(4) 이상의 判例分析

1993년경의 Frena 事件에서 이용자들의 침해대상이 이미지(사진)였다면, 그 다음해 및 1996년에 걸친 Maphia 사건의 침해대상이 게임프로그램이라는 것은 단순히 서로 침해대상이 相異하다는 점뿐만 아니라 그 사이 있었던 關聯 技術의 進歩를 드러내는 것이다. 즉 초기에는 파일용량이 대략 수백 kb에서 1MB 내외인 작은 이미지나 문자파일이 저작권침해의 대상물이다가, 네트워크전송속도의 향상에 따라 점차 파일용량도 MB이상으로 이르는 각종 프로그램이 대상이 된 歷史的 經驗이 반영되고 있다.¹²¹⁾

현재 美國에서의 判例의 主流과 學界의 多數說은 Frena 법원의 입장에 비판적이다. 실제 침해결과물인 사진들을 게시관에 업로드하거나 다운로드받은 主體는 利用者이지, 피고가 아니며 피고는 단지 전자게시판을 통하여 피고의 네트워크상에 수동적으로 침해결과물인 자료를 受容하였을 뿐인데, 그러한 정도만으로 곧바로 직접침해를 긍정한 위 법원의 태도는 부당하다는 것이다.¹²²⁾ 대개의 判例들도,¹²³⁾ 저작권법 제106조에서

120) 특히, 이 부분에서 법원은 “직접적인 금전상 이익”의 요건을 Fonovisa, Inc. V. Cherry Auction, Inc., 76 F.3d 259 (9th Cir. 1996)이 아니라 오히려 그것이 파기한 原審인 Fonovisa Inc. v. Cherry Auction, Inc., 847 F.Supp. 1492 (E.D. Cal. 1994)의 판단과 마찬가지로, 엄격하게 해석하였다.

121) 그로부터 얼마 지나지 않아 關聯 技術이 더욱 進歩하여 인터넷이 확실한 정착되자 이번에 네티즌들의 주목을 받아 불법복제의 대상이 된 것은 MP3 파일이었고, 이것이 아래 P2P 기술단계에서의 최초 분쟁인 Napster 事件에서의 침해대상물이었다.

122) 이러한 多數說적 입장으로는 아래 각주의 Alfred C. Yen 및 M. David Dobbins의 각 문헌 등. 반대로 Frena 事件의 결론을 지지하는 입장은 현재 美國에서 찾기 힘들다(다만, 예전 문헌 중에는 Joseph V. Myers III, “SPEAKING FRANKLY ABOUT COPYRIGHT INFRINGEMENT ON COMPUTER

“다음의 행위를 하거나 許諾할 獨점적 權利”라고 표현하였다고 하여 이 때문에 별도의 許諾權이 생겨나는 것은 아니라고 해석하여 Frena 법원의 해석에 반대하고 있다. 이 점에 관하여 미국의 學說¹²⁴⁾ 역시, 오히려 “허락할 수 있는”이란 뜻은 침해를 허락함으로써 이를 유발하는 자에게 寄與責任을 물을 수 있는 잠재적인 근거만 주고 있을 뿐이라고 해석하고 있다. 뿐만 아니라, 위 해당규정의 입법연혁에서 드러난 사정¹²⁵⁾에 비추어 보아도 이러한 판례와 학설의 해석이 타당하다.

Frena 法院의 논리는 직접침해 개념의 부당한 확장으로서, 이러한 판례에 의하면 경우에 따라 BBS 운영자가 이용자들의 침해행위에 대한 實際 認識(actual knowledge)이나 推定的 認識(constructive knowledge)도 없는 상태에서¹²⁶⁾ 단지 게시판을 통하여 이용자들로 하여금 저작물을 이용할 것을 許諾하였다는 이유만으로 侵害責任을 질 수 있다는 점에서, 일정한 수준의 認識까지 요구하는 寄與責任의 인정요건과의 균형면에서 볼 때도 형평상 지극히 부당하다.¹²⁷⁾ 아울러 타인에게 저작물에 대한 복제를 許諾할 權利를 행사하였다고 곧바로 직접침해책임이 성립한다고 한다면, 寄與責任 혹은 代位

BULLETIN BOARDS: LESSONS TO BE LEARNED FROM FRANK MUSIC, NETCOM, AND THE WHITE PAPER”, Vanderbilt Law Review, March 1996, pp. 471-78, 481이 그러한 입장인데, 이렇게 직접책임을 긍정함으로써 시삽에게 침해를 막을 강한 동기부여를 할 수 있다는 논거를 들고 있다).

- 123) 즉, Columbia Pictures Indus., Inc. v. Aveco, Inc., 800 F.2d 59 (3rd Cir. 1986) 및 ITSI T.V. Prods. v. California Auth. of Racing Fairs, 785 F. Supp. 854, 863 (E.D. Cal. 1992)은 Frena 법원의 입장을 따랐지만, 비교적 나중 판결인 Polygram Int'l Publishing, Inc., v. Nevada/TIG, Inc., 855 F. Supp. 1314, 1334, 32 (D. Mass. 1994) 및 Danjaq, S.A. v. MGM/UA Communications, Co., 773 F. Supp. 194, 200-02 (C.D. Cal. 1991), aff'd, Danjaq, S.A. v. Pathe Communications Corp., 979 F.2d 772 (9th Cir. 1992), 그리고 Subafilms, Ltd. v. MGM-Pathe Communications Co. 24 F.3d 1088 (C.A.9 Cal. 1994) 판결들은 Frena 법원의 입장에 反對하였다 [위의 판결동향은 Edward A. Cavazos & G. Chin Chao, “SYSTEM OPERATOR LIABILITY FOR A USER'S COPYRIGHT INFRINGEMENT”, Symposium “The Emerging Law of Computer Network”, Texas Intellectual Property Law Journal, Fall, 1995, FN11, 12에서 再引用]. 특히 후술하는 바와 같이 가장 늦은 시기이자 중요한 판결인 Netcom 判決이 Frena 법원의 입장을 비판함으로써 현재 미국 실무상으로도 Netcom의 그것이 기본입장이 되었다고 할 수 있겠다.
- 124) 이 부분은 David L. Hayes의 “Advanced Copyright Issues On The Internet”, Texas Intellectual Property Law Journal, Fall, 1998, 혹은 같은 저자의 “Application Of Copyright Rights To Specific Acts On The Internet”, Computer Lawyer [Copyright/Internet], August, 1998. 同旨로는 Dineen Pashoukos Wasylik, “MUSIC AND MOVIES ON THE INTERNET”, 787 Practising Law Institute / Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series (이하에서는 “PLI/Pat”) 669, May 2004, p. 680 등 多數.
- 125) H.R. Rep. No. 94-1476, p. 61 (1976). 동 보고서는 “허락할 수 있는”이라는 표현은 寄與侵害者의 책임에 관한 의문을 피하기 위한 의도이며, 예를 들어 영상물을 적법하게 소지한 자라도 이를 저작권자로부터 허락받지 않은 공연을 하려는 타인에게 고의로 빌려준 경우 침해자가 된다는 취지라고 명시하고 있다(以上은 Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, op. cit., p. 1354 FN33 및 Elizabeth Miles, “IN RE AIMSTER & MGM, INC. V. GROKSTER, LTD.: PEER-TO-PEER AND THE SONY DOCTRINE”, 19 Berkeley Tech. L.J. 21, 2004, p. 22 FN5에서 再引用).
- 126) 직접침해에는 고의, 과실이 필요 없기 때문이다.
- 127) 비슷한 취지의 비판으로는 Alfred C. Yen, op. cit. pp. 1842-43 및 M. David Dobbins, “COMPUTER BULLETIN BOARD OPERATOR LIABILITY FOR USERS' INFRINGING ACTS”, Michigan Law Review, October 1995, pp. 224-24, 240 및 Kelly Tickle, “THE VICARIOUS LIABILITY OF ELECTRONIC BULLETIN BOARD OPERATORS FOR THE COPYRIGHT INFRINGEMENT OCCURRING ON THEIR BULLETIN BOARDS”, Iowa Law Review, January 1995, p. 403.

第2節 美國의 判例

責任을 부담하는 자도 경우에 따라 直接侵害責任을 중첩적으로 부담할 수도 있다는 결과가 되어 寄與責任, 代位責任과 같은 이른바 “間接責任”과 달리 “直接責任”을 구별하고자 하는 기존 이론체계에 혼동을 초래할 수도 있게 된다.

결론적으로 Frena 法院은 피고에 대하여 直接責任의 추궁이 아니라 바로 아래 Maphia 事件에서와 같이¹²⁸⁾ 寄與責任이나 代位責任의 요건을 검토하였어야 더 타당하였을 것이다.¹²⁹⁾

반면, Netcom 事件은 오늘날 美國에서 BBS 서비스제공자의 저작권침해관련 책임이 문제된 사례들 중 가장 중요한 先例로 기억되고 있다. Netcom 법원의 입장은 이후 1997년에 내려졌던 Marobie-FL, Inc. v. National Ass'n of Fire Equip. Distribs. 判決¹³⁰⁾에서도 그대로 추종되었다.¹³¹⁾ 아울러, Netcom 법원의 판결이 있는 뒤에도 BBS 技術과 관련하여 발생한 저작권자측과 ISP 사이의 분쟁에 대한 법원의 판단들 중에는 ISP에게 直接侵害責任을 인정하고 있는 사례들, 가령 1997년의 Playboy Enterprises, Inc. v. Russ Hardenburgh, Inc. 事件¹³²⁾과 Playboy Enterprises, Inc. v. Webworld, Inc. 事件¹³³⁾이 있지만 이들의 경우는 앞서 Frena 事件의 ISP와 달리 적극적으로 이용자들의 침해행위에 가담한 사실을 중시한 결과이고 그 판단의 논리¹³⁴⁾는 오히려

128) 이 판결은 그 판시내용에서 直接責任과 寄與責任을 모두 언급함으로써 論者에 따라 앞서 Playboy Enterprises, Inc. v. Frena 事件과 마찬가지로 침해자의 直接責任을 인정하였다고 입장 [美國 IITF의 1995년 최종보고서인 일명 White Paper, p. 121 및 오승중·이해완 공저, 저작권법(개정판), 박영사, 2000, 481면], 혹은 寄與責任의 법리에 따른 것이라는 상이한 해석이 있었는데, 후술하는 Netcom 판결 이후에 내려진 Sega Enterprises v. Maphia, 948 F.Supp. 923 (1996) 판결에서 直接責任은 명백하게否認하고 寄與責任을 인정함으로써 前者와 같이 해석하는 입장에 따른다면 이 부분 책임에 관한 법원의 입장은 번복된 것이다(以上은 정상조, 지적재산권법, 홍문사, 2004, 426면에서 대부분 引用함). 즉, 나중의 Frena 法院은 나중의 판결에서 앞선 판결을 더 精緻하게 설명하면서 앞선 판결의 취지가 직접침해 책임을 지운다는 의도가 아니었음을 분명히 밝히고 있다. 앞선 판결과 나중의 판결 사이에 BBS 운영자의 책임과 관련하여서는 현재까지도 美國에서 가장 중요한 判決로 평가받는 Netcom 판결이 내려졌는데, Maphia 판결들 중 나중 것은 서비스제공자 스스로 원고의 저작물을 업로드하거나 다운로드한 것이 아닌 한 직접침해책임은 없다는 Netcom 판결의 영향을 강하게 받았다고 볼 수 있다.

129) 같은 취지로는 Kenneth A. Walton, op. cit., p. 930 등 多數.

130) 983 F. Supp. 1167 (N.D. Ill. 1997). 원고 Marobie-FL社가 피고 Northwest가 제공하는 인터넷접속서비스를 통하여 원고의 저작물이 저장되고 있음을 들어 침해책임을 추궁한 사안이었다.

131) 법원은 Netcom 법원의 판단과 유사하게, 우선 피고 Northwest가 침해행위 자체에 관여하지 않아 直接責任이 없고, 단지 고정적 수수료만을 징수하는 이상 直接的인 經濟的 利益이 없으므로 代位責任도 인정되지 않으며, 다만 寄與責任의 성립여부는 피고가 침해행위를 알았는지에 관하여 불분명하다고 하여 판단을 유보하였다.

132) 982 F. Supp. 503 (N.D. Ohio 1997).

133) 991 F. Supp. 543 (N.D. Tex. 1997).

134) Playboy Enters., Inc. v. Russ Hardenburgh 事件의 피고는 Netcom 判決을 인용하며 가입자들을 위한 파일다운로드 BBS를 운영하는 피고 자신의 면책을 시도하였지만, 법원은 피고가 가입자들로 하여금 원고의 저작권을 침해하는 파일을 올리는 댓글로 다른 파일을 다운로드받도록 하였고, 아울러 다운로드대상파일들을 다운로드 이전에 체크하고 있었다는 점은 Netcom과 달리 피고가 侵害의 決斷(volitional action, 이 용어는 앞서 Netcom 事件 직접침해책임 설명부분 참조)을 한 것에 해당한다고 판시하였다. 한편, Playboy Enterprises, Inc. v. Webworld 事件에서는 피고가 평균 월 11.95불의 이용료를 받고 도색적인 사진 등을 게시한 웹사이트를 운영하였는데, 원고가 저작권을 가진 사진을 피고 스스로 직접 게시한 것은 아니지만 피고측이 개발한 소프트웨어가 자동적으로 인터넷 뉴스판 등에 게

Netcom 事件의 그것에 부합하고 있는 것임을 주의하여야 한다.

Netcom 法院은 먼저 寄與責任에서의 認識 요건과 관련하여 BBS를 운영하는 ISP가 著作權者의 침해주장을 통지받아 그 當否를 판단한 다음 그에 대응하는 적절한 조치를 취하기 위하여 적극적으로 노력할 의무를 분명하게 ISP에게 부여하였고,¹³⁵⁾ 이러한 입장은 그보다 나중인 1998년 입법된 DMCA에 수용되어 著作權者의 ISP에 대한 著作權侵害의 通知와 그에 대응한 ISP의 措置義務를 정하는 입법으로 수용되었다는 점은 큰 의의가 있다.

寄與責任의 요건 중 實質的 寄與 요건에 대하여 Netcom 法院은, 피고 Netcom이 그 시스템에 대한 통제권을 완전히 포기한 것은 아니었으므로 침해물의 전파를 막기 위하여 일정한 조치를 취할 수 있었고, 저작권자로부터 侵害主張의 通知를 받아 구체적인 인식을 하고 있었음에도 그러한 접속을 계속 제공하여 다른 유즈넷서버들에게까지 자동적으로 전파시킨 행위는 實質的 寄與行爲에 해당한다는 입장을 취하였는데,¹³⁶⁾ 실제로 Netcom의 속성을 접속제공자(access provider)에 불과하다고 본다면 나중에 입법된 DMCA¹³⁷⁾에 따라 특별한 사정이 없는 한 免責을 부여받을 수 있을 것이다.

第3節 韓國의 成文法과 判例

1. 인터넷서비스제공자의 責任과 關聯된 規定들

(1) 인터넷서비스제공자의 注意義務 負擔의 根據에 관한 論議

미국에서는 앞서 보았듯이, 판례법상 축적된 寄與責任이나 代位責任을 그대로 BBS 技術을 둘러싼 저작권자와 ISP 관계에도 적용하는 것으로 족하였지만, 韓國은 사정이 동일하지 아니하다. 成文法上 ISP에게 他人, 즉 利用者들의 著作權侵害行爲를 防止하여야 할 注意義務를 인정할 수 있는지, 다시 말하면 ISP의 행위가 직접침해행위라고 보기는 미흡하고 단지 말하자면 미국에서의 2次的 責任이 거론될 수준으로서 의미가 있을 때 그 책임을 추궁할 법률상 근거가 무엇인지 아직 뚜렷한 多數說은 존재하지 않

시된 사진 등을 수집하여 피고의 게시판에는 “Thumbnail”이미지의 형식으로 약 4만에서 7만장의 사진을 게시한 사안에 대하여 직접침해책임이 긍정되었다.

135) 따라서 ISP 입장에서는 통지가 없는 한 책임을 면할 수 있다는 유리함이 있는 반면 저작권자입장에서는 ISP의 책임을 추궁함에 있어 DMCA 중 이른바 “통지 및 제거실패(notice and failure to remove)” 공식에 따라 寄與責任에서의 認識 요건을 보다 분명하게 입증할 수 있게 되었다는 유리함이 생겼다고 할 수 있다(Tim Wu, “WHEN CODE ISN'T LAW”, 89 Virginia Law Review 679, June 2003, p. 729).

136) Netcom II at 1375.

137) 17 U.S.C. § 512 (a).

第3節 韓國의 成文法과 判例

는다. 책임의 근거규정을 찾아야 가령 불법행위책임을 묻는 경우 ISP의 고의, 과실의 유무를 정하는 데 기준으로 삼을 수 있을 것이다. 저작권법 제77조 및 제77조의2가 비록 2003. 7. 1. 저작권법 개정을 통하여 신설되었지만, 이는 서비스제공자의 責任要件이 아니라 일정한 경우 그 責任을 減免할 수 있는 要件에 불과하여, 그 정한 바를 이행하지 않은 경우 ISP가 책임감면을 주장하지 못할 뿐이지 그 불이행 사실만으로 곧바로 ISP의 책임이 긍정되지는 않는다. 그러므로 ISP의 注意義務 負擔의 根據를 정확히 찾고자 하는 논의는 개정저작권법의 위 규정들에 불구하고 여전히 의미 있는 쟁점이다.

1) 인터넷서비스제공자와 이용자 사이의 約款에 근거를 두는 說

불법게시물의 삭제 등 注意義務의 根據에 관하여 ISP와 침해행위를 한 이용자 사이에서 미리 ISP에게 삭제권을 부여한 約款이 있을 경우, 이에 근거를 두자는 견해¹³⁸⁾도 있다. 그러나 이는 “삭제할 수 있다”는 權利일 뿐인 ISP의 削除權이 제3자에 불과한 被侵害者, 즉 著作權者 등에 대한 관계에서 갑자기 “삭제하여야 한다”는 ISP의 義務로 전환되는 지에 관한 아무런 합리적인 설명이 없으므로 부당하다.

2) 刑法 18條가 關聯된다는 說

민사법이 아닌 형사법까지 통틀어 보면, 우리 형법 제18조는 “危險의 發生을 防止할 義務가 있거나 자기의 행위로 인하여 危險發生을 惹起한 자가 그 위험발생을 방지하지 아니한 때에는 그 發生된 結果에 의하여 處罰한다”고 不作為犯의 처벌을 규정하고 있는바, 이를 미국관례법상 代位責任의 성립요건 중 統制可能性과 유사하다고 보는 입장이 있다.¹³⁹⁾ 이러한 해석이 잘못된 것은 아니지만, 위 형법상 규정은 민사상 주의의무를 정하는 데 참고가 될 수 있을 뿐 곧바로 寄與責任 등 여타의 경우에 주의의무를 정하는 기준이 될 수 없음은 분명하다.

3) 전기통신사업법, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 등 公法根據說

명시적으로 이러한 입장을 취하는 입장은 아직 국내에 없다. 하지만 해석에 따라서는 타인의 저작권을 침해하는 내용의 전기통신을 제4호 혹은 제9호 소정에 정한¹⁴⁰⁾ “불법전기통신”에 해당한다고 넓게 해석하여 이러한 전기통신에 대하여 정보통신부장

138) 이충훈, “전자거래 관여자의 민사법적 지위”, 연세대 박사학위논문, 2000. 8, 131면.

139) 김동진, “온라인서비스 제공자의 책임”, 裁判資料 99輯, 법원도서관, 2003. 7., 48-49면.

140) 전기통신사업법 제53조 제1항에서는 전기통신이용자들에게 음란한 화상 등을 배포하는 등의 전기통신(제1호), 타인의 명예를 훼손하는 내용의 전기통신(제2호), 정당한 사유 없이 정보통신시스템, 데이터 또는 프로그램을 변경하는 등의 전기통신(제4호), 범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내용의 전기통신(제9호) 등을 열거하여 금지한 다음, 제2항에서 제1항에 해당하는 전기통신에 대하여는 정보통신부장관이 전기통신사업자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있도록 정하고 있다.

관으로부터 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명을 받은 경우 전기통신사업자는 위 전기통신사업법에 根據한 作爲 혹은 不作爲 義務가 생기므로, 결국 위 전기통신사업법 제53조가 ISP의 주의의무 기준을 정하는 근거규정이 될 수 있다는 논리가 있을 수 있겠다. 마찬가지로 컴퓨터프로그램보호법 제34조 제5항은 정보통신부장관으로 하여금 온라인서비스제공자에 대한 불법복제물 등의 게시거부, 정지, 제한명령을 내릴 수 있게 규정하고 있는바,¹⁴¹⁾ 이러한 규정에 대하여도 같은 논리 전개가 있을 수 있다.

그러나 앞서 설명한¹⁴²⁾ 전기통신기본법위반 事件 내지 인포샵 事件¹⁴³⁾은, 전기통신사업법 제53조 제1항과 같은 公法상의 규정이 ISP 작위의무의 근거규정이 될 수 있을지에 관하여 위 조항들은 관계행정기관인 “長官의 개별적인 처분 또는 명령이 있을 경우 전기통신사업자로 하여금 그 이용자의 통신을 거부·정지 또는 제한할 의무를 지우고 있을 뿐 전기통신사업자에게 스스로 그와 같은 행위를 할 義務를 一般的으로 賦課하고 있는 조항은 아니다”라고 판시하고 있어 비록 이 판결이 형사사건에 관한 것이기는 하나, 민사적으로도 적어도 위 규정이 民事的인 注意義務의 법적근거가 되기는 곤란하다고 보인다.¹⁴⁴⁾ 다음 컴퓨터프로그램보호법 제34조 제5항 역시 그에 따른 명령을 받은 온라인서비스제공자에게 명령에 복종할 의무가 생김은 물론이지만 이러한 규정은 그 명령주체의 성격과 제재수단의 종류상¹⁴⁵⁾ 앞서 公法상의 각종 의무규정과 동일한 성질일뿐 민사상 주의의무의 법적근거가 될 수 없다.

다만, 전기통신사업법은 1996. 12. 30. 개정시 법 제33조의2에서 “電氣通信事業者는 電氣通信役務를 제공함에 있어 利用者에게 損害를 입힌 경우에는 賠償을 하여야 한다. 다만, 그 損害가 불가항력으로 인하여 발생한 경우¹⁴⁶⁾ 또는 그 損害의 발생이 利用者의 故意 또는 過失로 인한 경우에는 그 賠償責任이 輕減 또는 免除된다”고 하고 있는 바, 앞서 다른 공법상의 규정들과는 달리 위 손해배상 규정은 성질상 公法이라기보다

141) 컴퓨터프로그램보호법 제34조 제5항은 不正複製物등의 收去措置등에 관하여 “정보통신부장관은 정보통신망을 통하여 제1항 각호의 프로그램 또는 정보가 전송되거나 게시된 경우에 제35조의 규정에 의한 프로그램심의조정위원회의 심의를 거쳐 온라인서비스제공자에게 대통령령이 정하는 바에 따라 이를 거부·정지 또는 제한 등을 하도록 명할 수 있다”고 정하고 있고, 여기서 제1항의 프로그램 또는 정보란 “정당한 權原을 가지지 아니한 자가 정보통신망을 통하여 판매 또는 사용제공 등 영리를 목적으로 傳送하는 프로그램(제1항 제2호)” 등을 지칭한다.

142) “제1장 제4절 1. (2) 1) 인터넷서비스제공자의 음란물 링크”의 각주부분.

143) 참고로 엮동신, 전계논문, 157면은 刑事法上으로는 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률의 규정에 근거하여 ISP의 保證人 地位를 인정할 수 있다는 입장을 취하나, 이는 위 사건에서 검찰이 피력한 입장을 위 논자가 그대로 수용하고 있을 뿐이다.

144) 즉, 앞서 例로 든 전기통신사업법 제53조 소정의 공법상 의무를 위반한 경우는 역시 같은 공법상 처벌 규정(전기통신사업법 제71조 제8호)에 따라 처벌될 뿐, 이러한 公法上 義務와 民事上 注意義務를 동일하게 볼 수는 없다.

145) 명령불이행시 제재는 동법 제51조 제1항에 의한 과태료처분이다.

146) 不可抗力으로 인한 경우 책임이 면책됨은 민법상 불법행위 법리를 반영한 것으로 볼 수도 있겠으나, 후술하는 미국판례상 代位責任과 관련한 논의에서 統制可能性(control)이 결여된 경우 ISP의 책임이 면책된다는 특수법리와도 일응 관련이 있으므로 그 관계가 흥미로운 고찰대상이지만, 詳說은 생략한다.

第3節 韓國의 成文法과 判例

私법인 민법상 손해배상규정에 대한 特則이라고 할 것이어서, 이용자들의 저작권침해 행위와 관련한 ISP의 일정한 작위의무에 대한 근거규정이 될 수 있을 것이다.

아울러 2001. 1. 16. 전문개정된 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제44조는, 정보통신망을 이용하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 인하여 법률상 이익이 침해된 자는 해당 정보를 취급한 정보통신서비스제공자¹⁴⁷⁾에게 당해 정보의 삭제¹⁴⁸⁾를 요청할 수 있으며, 정보통신서비스제공자는 이러한 당해 정보의 삭제 등의 요청을 받은 때에는 지체없이 필요한 조치를 취하고 이를 즉시 신청인에게 통지하여야 하도록 규정하고 있는데, 정보통신서비스제공자가 이에 따른 義務를 이행하지 않은 경우에도 동법에서는 公法上的 處罰規定을 두고 있지는 않다. 따라서 정보삭제를 요청하였던 자로서는 민사소송으로 그 의무의 이행을 구하던지, 위와 같은 의무불이행이 불법행위의 요건 중 違法性을 충족함을 들어 私法上的 不法行爲責任을 추궁하던지 할 수밖에 없는 이치이므로 결국 위 조항상의 義務란 私法上的 義務에 속하여 이 규정 역시 전기통신사업법 제33조의2 규정과 마찬가지로 ISP의 의무에 대한 근거규정이 될 수 있을 것이다.¹⁴⁹⁾

4) 民法 750條의 變容된 運用으로 축하다는 說

민법상 불법행위이론 중 특히 민법 제750조¹⁵⁰⁾에만 의탁하여 인터넷서비스제공자의 책임이 문제되었을 때 그 서비스제공자가 구체적으로 어떠한 경우에 어떠한 注意義務를 부담하는지, 그에 따라 어떠한 경우에 過失이 있다고 볼 수 있는지가 실제 주된 논란의 대상일 뿐이라는 입장이 있을 수 있다.¹⁵¹⁾ 이는 환언하자면 ISP의 책임 문제에 관하여 별도의 法理 定立없이 기존의 불법행위 법리에 의하면 충분하되 주의의무위반으로 過失이 인정되는 具體的 類型만 미리 설정해 두면 위와 같은 책임문제를 충분히 처리할 수 있다는 취지로 보인다.

147) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률상 “정보통신서비스제공자”라는 용어는 ISP를 포함한 더 넓은 개념으로 풀이된다.

148) 정보의 삭제 또는 “반박내용의 게재”를 요청할 수 있다고 정하고 있는바, 명예훼손행위의 경우와 달리 저작권침해행위와 관련하여서 저작권자가 반박내용의 게재를 요청할 경우는 없을 것이다.

149) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제32조는 “이용자는 정보통신서비스제공자 등이 이 章(第4章 “個人情報의 保護”; 筆者註)의 규정을 위반한 행위로 손해를 입은 경우에는 그 정보통신서비스제공자 등에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다. 이 경우 당해 정보통신서비스제공자 등은 고의 또는 과실이 없음을 입증하지 아니하면 책임을 면할 수 없다”고 정하고 있는바, 이 규정은 언 듯 보아서는 전기통신사업법 제33조의2와 마찬가지로 이용자들의 저작권침해행위와 관련한 ISP의 일정한 작위의무에 대한 근거규정이 될 수 있을 듯 보이지만, 해당 법률의 체계상 그렇지 아니다. 즉 위 손해배상규정이 적용될 수 있는 ISP의 작위의무 대상은 法 第4章에서 열거한 대로, 개인정보의 수집시 제한(제1절), 개인정보의 이용 및 제공의 제한(제2절) 등에 국한될 뿐, 이용자들의 침해행위에 따른 서비스제공자의 의무를 직접 규정한 제44조는 第4章에 속해 있지 않으므로, 제44조의 의무를 해태한 서비스제공자에 대하여는 제32조 손해배상규정의 특칙이 아니라, 본문에서 설명한 대로 일반불법행위 법리에 따른 책임을 추궁할 수밖에 없게 된다.

150) “故意 또는 過失로 因한 違法行爲로 他人에게 損害를 加한 者는 그 損害를 賠償할 責任이 있다.”

151) 김동진, 전계논문, 脚註 64번에서 이런 견해를 소개하고 있다.

그러나 이러한 논리는 다음과 같은 이유로 부당하다고 본다.

첫째, 저작권과 관련하여 ISP의 책임을 추궁하는 가장 통상의 쟁송형태이자, 실제로도 중요한 것은 本案의 損害賠償請求訴訟이 아니라 侵害禁止假處分 爭訟인데 이러한 쟁송에서 침해금지청구권의 유무는 故意 내지 過失과는 무관하므로 결국 過失의 類型을 미리 설정해 둔다는 앞서 입장만으로는 해결할 수 없다.

둘째, 앞서의 입장은 너무 막연한 일반조항으로의 도피에 불과하다¹⁵²⁾. “인터넷을 사용하여 저작권침해물을 전송한 주체는 一見 개별 이용자로 보이는데, 인터넷 서비스를 제공한 ISP가 왜, 어느 경우에 책임을 부담하는가”라는 ISP의 책임에 관한 基本的인 疑問에 관하여 “과실이 있는 경우 책임이 있다”는 간단한 답은 틀린 대답은 아닐 수 있어도, 앞서 疑問에 오히려 더 큰 疑問으로 답하는 것에 불과한 것이다. 뿐만 아니라, 미국의 DMCA가 技術의 類型別로 ISP의 면책요건을 다르게 정한 사실이 시사하는 바와 같이, 미국뿐 아니라 IT기술에 의존하는 바가 큰 韓國에서 ISP의 책임문제는 더 이상 종래의 간단한 불법행위이론을 법원이 구체적인 사례에 맞추어 의의하면 손쉽게 해결가능한 영역이 아니라, 사전의 국가정책적인 판단에 의한 구체적인 입법이 절실한 영역이라고 볼 것이다. 따라서, ISP의 책임을 논하는 경우 여전히 민법상의 불법행위 법리가 일부 원용될 수 있다는 점은 별론으로 하더라도, 반드시 그것을 넘어선 더 세세한 고찰과 입법이 필요하다고 할 것이다.

5) 民法上 共同不法行爲責任說(民法 第760條 第1項 根據說)

ISP가 民法上 共同不法行爲責任을 부담하는 것이 원칙적으로 타당하다는 견해¹⁵³⁾가 있다. ISP는 자신의 정보매개서비스를 통하여 이용자가 타인의 저작권을 침해한 행위에 의해 순식간에 광범위한 피해를 낼 수 있는 危險을 만들었으며, 통상 이용자의 활동으로 직, 간접적인 경제적 이익을 얻고, 많은 경우 정보의 유통에 대한 모니터링이 가능하고, 특정인에 대한 접근 거부나 특정정보의 삭제 등이 가능하므로, 이러한 피해를 防止하거나 中斷시킬 수 있는 適任者로서 이용자의 침해행위에 대하여 이를 중단시키는 등의 적절한 조치를 취할 (조리상의) 作爲義務가 있다고 설명하면서, 특히 이용자와의 의사연락이 없더라도 行爲의 關聯·共同性이 인정된다는 입장이다.¹⁵⁴⁾ 이러한 견

152) 권영준, “저작권침해에 대한 온라인서비스제공자의 책임”, 서울대학교 석사학위논문, 2000. 2, 22면도 디지털환경의 특수성이나 ISP의 특수한 지위 등으로 말미암아 ISP의 책임론은 단순히 기존 법리를 형식적으로 적용하는 것만으로 쉽게 마무리될 수 있는 주제는 아니며, 궁극적으로는 기존의 법리를 적용하여 문제를 해결한다고 하더라도 그 책임의 요건과 내용을 해석, 적용함에 있어서는 특수한 정책적인 요소들이 충분히 참작되고 고려되어야 한다는 입장을 취한다.

153) 안기순, “저작권침해에 대한 온라인서비스제공자의 책임”, 정보법학회 2002. 4. 15. 제1회 사례세미나 발표문, 16면, 비록 형사법상 논의이기는 하지만, 염동신, 전계논문, 153면도 ISP는 자기의 컴퓨터 등 정보처리기기에 입력되어 있는 내용에 대하여는 타인이 그 내용에 접근하는 것을 스스로 저지할 수 있는 이상 行爲支配를 하고 있다는 입장이다.

154) 안기순, 전계논문, 16면.

第3節 韓國의 成文法과 判例

해는 아래¹⁵⁵⁾에서 등장할 파일로그(ファイルログ) 事件에서 日本의 法院이 내린 판단과 동일하다.

이러한 견해를 평가하자면 먼저, 파일로그(ファイルログ) 事件의 判決에 대한 비판이 동일하게 적용될 수 있을 것이다. 특히 ISP에게 비록 條理上 일정한 作為義務를 인정할 수 있다는 점만으로 곧바로 ISP가 직접 침해행위자와 대등한 수준으로 불법행위에 관련되었다고 인정하기는 무리라고 보며,¹⁵⁶⁾ 앞서의 설명만으로는 ISP의 행위가 왜 교사, 방조행위 수준을 넘어 곧바로 공동불법행위자로 판단되는 지에 관하여 명확한 설명을 하고 있다고 보기 어렵다.

6) 民法上 教唆·幫助에 의한 共同不法行爲責任說(民法 第760條 第3項 根據說)

민법 제760조 제3항을 ISP의 책임추궁의 근거규정으로 삼자는 입장이 종전에 존재하지 아니하였다고는 볼 수 없겠지만,¹⁵⁷⁾ 최근 이러한 입장을 깔끔하게 정리한 것이 바로 소리바다 假處分異議 事件의 抗訴審 判決이다. 이 판결에서는 민사상 불법행위에 도움을 주지 않아야 할 注意義務가 있는 상황하에서 그 注意義務에 위반한 경우 刑事와는 달리 民事的으로는 過失에 의한 幫助가 성립할 수 있고 이에 따라 ISP는 민사상 幫助責任을 부담한다고 하여 그 법적근거에 관하여 비교적 명확한 설명을 내리고 있다.¹⁵⁸⁾

7) 小結

155) 자세한 “제5장 제2절 日本의 파일로그 事件” 중 “4. 判例分析” 부분 참조.

156) 아래에 등장할 소리바다 1 가처분이의사건의 抗訴審 判決도 이러한 입장이다.

157) 안효질, “P2P環境하에서의 著作權侵害責任”, 한국법제연구원 연구보고서(현안분석 2001-12-31) 2001. 12. 91면(한국법제연구원 홈페이지인 www.klri.re.kr에서 검색하여 다운로드가능)에서는 Napster가 韓國에서 제소되었다라면 방조에 의한 공동불법행위자로 책임을 추궁당할 것이라고 하여 이러한 취지이다. 아울러 이규홍, “P2P방식에서의 디지털 저작물 보호 등 저작권법상의 몇몇 문제점에 대하여”, 司法論集 36輯, 법원도서관, 2003. 12. 211면도 비슷한 입장이며 그 외에, 최성준, “정보의 보호를 둘러싼 분쟁과 재판실무”, 서울대학교 기술과법센터 2003. 4. 25. 제3회 Workshop 발표문, 12면은 다소 오해의 소지가 있지만, 같은 글의 5면을 보건대 민법 제760조 제1항에 정한 통상의 공동불법행위자가 아닌 역시 제760조 제3항(교사, 방조에 의한 공동불법행위)로 의율하여야 한다는 취지로 보인다.

158) 이 논문의 출발은 2004. 5. 22.경 筆者의 拙著인 “著作權 侵害時 Internet Service provider의 책임”, 서울대학교 기술과법센터 2004-제4회 워크샵(「Internet Service Provider의 책임」) 발표문인바, 그 이후 2005. 1. 12. 내려진 소리바다 假處分異議 事件의 抗訴審 判決은 ① 이용자들에 의한 배포된 침해를 인정하지 아니하였고, ② 이용자들의 행위가 私的複製가 될 수 없는 이유를 주관적 요건(비영리목적) 때문이 아니라 객관적 요건(개인, 가정 또는 이에 준하는 한정된 범위 안에서의 이용)을 갖추지 못하였기 때문이라고 보았으며, ③ 저작권법에 기한 侵害停止請求權은 教唆, 幫助에 의한 침해자에 대하여도 인정된다고 명시한 점 등에서 위 拙稿가 제시한 입장과 일치하고 있다. 특히 위 抗訴審 判決과 소리바다 損害賠償 事件의 抗訴審 判決은 위 拙稿의 입장[같은 취지의 拙者의 글로는 “Intellectual property relating to on-line marketplace 討論文”, 서울대학교 기술과법센터 2004년 국제세미나(On-line Marketplace의 법적문제점), 2004. 11. 2.]과 같이, ISP의 책임에 대한 韓國 成文法상의 근거를 민법 제760조 제3항으로 처음 명시하고 있다는 점에서 종전의 판결들과 크게 구별되므로, 韓國의 종전 판결들이 ISP의 책임에 관한 근거규정을 제시하지 못하고 있다고 필자가 아래에서 비판함에 있어 위 抗訴審 判決은 당연히 예외이다.

앞서 民法 第760條 第1項 根據說의 논의 중 ISP의 책임의 근거를 조리상의 의무에서 도출하고자 하는 점에는 찬동하지만,¹⁵⁹⁾ 그것만으로 곧바로 구체적인 쟁송에서 ISP의 책임에 관한 명문규정이 도출되는 것은 아니므로¹⁶⁰⁾ 條理는 구체적인 解釋基準에 그치고, 그보다 앞선 成文法상의 根據로서 민법 제760조 제1항이 아닌¹⁶¹⁾ “教唆者나 幫助者는 共同行爲者로 본다”고 정한 민법 제760조 제3항, 그리고 앞서 살펴본 전기통신사업법 제33조의2 및 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제44조를 포괄적인 根據規定으로 삼는 것이 타당하다고 본다.

전기통신사업법 및 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률의 전체적 성격은 公法이지만 위 각 해당규정만큼은 私法的 성격의 규정이고, 韓國의 成文法上으로는 이들 규정이 가장 ISP의 책임요건에 관한 特殊規定, 즉 特別法¹⁶²⁾이라고 할 수 있을 것이다. 그 중 먼저 전기통신사업법 제33조의2는 그 실질적인 내용이 서비스제공자에게 손해배상책임이 있다는 원칙의 확인에 불과하다는 限界가 있어 ISP가 부담하는 작위의무에 관하여 구체적인 내용까지는 알려주고 있지 못하므로 실제사례에서 이러한 구체적 의무의 내용은 條理에 의한 해석에 따라 더 세밀하게 논의될 수밖에 없다.¹⁶³⁾ 다음으로 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제44조는 저작권법 제77조의2 규정과 내용은 실질적으로 동일하더라도 저작권법 규정처럼 消極的인 免責要件으로 정한 것이 아니라 불이행시 법적의무의 불이행으로 민사소송을 제기할 수도 있을 것이라는 점에서 責任要件으로서 積極的인 의미가 있다.

刑事에서는 물론 民事上으로도 條理에 의한 義務를 인정하는 것은 막연한 일반조항으로의 도피가 될 염려가 다분하기는 하나, 만약 이러한 條理의 내용으로 거론될 수 있는 내용을 보다 구체화하여 분쟁발생 이전에 立法的으로 受容¹⁶⁴⁾해 둔다면 이러한

159) 권영준, 전계학위논문, 87면을 필두로 하여, 정완, 전계논문 및 백강진, “전자계시판관리자(ISP)의 책임”, 사법정보연구 제5호, 2001. 10. 31.<web.scourt.go.kr/jiweb/06/2.HTM#note12>[2005. 1. 11.] 등 대개의 論者들이 인터넷서비스제공자의 작위의무의 근거를 條理에서 찾는 입장이다.

160) 즉, 條理는 아래에서 설명하는 니프티서브(ニフティサブ) 事件의 1심과 抗訴審 判決이 설명하는 바와 같이, 민법상 불법행위 관련규정이 이미 정한 주의의무 내지 작위의무를 구체적으로 도출하는 解釋基準이 될 뿐인 것이다.

161) 여기서 명백히 할 것은, 민법 제760조 제3항의 행위는 민법 제760조 제1항의 행위안에 이미 포함되지만 注意的으로 둔 규정에 불과하다는 입장(이은영, 『債權各論(제5판)』, 박영사, 2005, 833면)을 따른다면, 앞서 民法 第760條 第1項 根據說과 民法 第760條 第3項 根據說이 서로 근접하게 될 것이라는 점이 지만, 독일, 일본의 입법경위를 근거로 민법 제760조 제3항은 민법 제760조 제1항과 구별되는 특별한 의미를 제시하는 규정이라는 해석(박성호, “幫助에 의한 共同不法行爲”, 116-7면)에 찬동한다. 후자의 해석에 따르면 이른바 “客觀的 共同”을 요구하는 제760조 제1항과 달리, 제760조 제3항의 방조행위는 피방조자의 不法行爲와 상당인과관계가 있으면 족하고, 나아가 損害發生과의 인과관계까지는 요구하지 않는다는 해석도 가능하다고 한다.

162) 저작권법상 온라인서비스제공자의 책임제한 규정은 책임요건이 아니라 면책요건에 불과하며, 이러한 점은 “제3장 제4절 韓國의 2003年 改正 著作權法 3. (8)” 부분 참조.

163) 민법 제760조 제3항의 경우도 단순히 “教唆, 幫助”라고만 정하여 마찬가지로 구체적인 의무의 내용이 부족한 듯하지만, 위 민법규정의 적용에 있어서는 가깝게는 민법상 종래부터 축적된 논의를 이용하고, 멀리는 형법상 教唆, 幫助의 법리에 관한 심오하고 精緻한 논의를 원용할 수 있어 사정이 더 낫다.

第3節 韓國의 成文法과 判例

우회적인 방법은 묘안이 될 수 있다고도 보며 i) ISP가 통상의 注意만으로 제3자의 침해사실을 인식할 수 있다는 상황, 즉 ISP에 의한 일상적인 모니터링 의무는 부인하되 권리자로부터 침해의 통지를 받은 것과 같은 상황에서는 조치의무¹⁶⁵⁾를 긍정할 것, ii) ISP가 침해를 받는 자에 비하여 압도적으로 有效한 救濟手段을 그것도 거의 唯一하게 保有하고 있을 것, iii) 기술적으로 침해방지나 침해결과의 제거조치가 가능할 뿐만 아니라 ISP에게 과도한 시간과 비용을 소요케 하지 않을 것, iv) 손해의 발생이 ISP의 행동과 단순한 조건적 인과관계가 아니라 ISP의 직접적인 영업이익을 위한 행동에서 촉발되었다는 것과 같은 경우에 일정한 措置義務를 긍정하고 이러한 措置義務를 履行하지 않은 경우 협의의 공동불법행위자(제760조 제1항)가 아니라 利用者들의 不法行爲에 대한 教唆, 幫助行爲者(제760조 제3항)로서, 민법 제760조 제3항, 제760조 제1항의 순차적용에 의하여 손해배상책임을 부담함이 원칙이라고 논리를 구성하는 것이 바람직할 것이다.¹⁶⁶⁾

다만, 필자의 입장도 어쨌든 법적 구성이 다를 뿐 실제 불법행위책임을 효과(손해배상의 연대책임 등)면에서는 널리 共同不法行爲論의 일환이라고 할 수 있는데,¹⁶⁷⁾ 이러한 공동불법행위론에 대하여는 경미한 원인밖에 제공하지 않은 가해자가 전액배상의 책임을 부담하거나 혹은 자금이 충분한 가해자에게만 책임이 집중될 우려가 있어 불공평을 해결하는 것이 과제라는 지적이 있다.¹⁶⁸⁾ 경청할만한 반박이기는 하지만 첫째, 이는 비단 ISP의 책임에서만 발생하는 문제가 아니라 민법의 공동불법행위 제도의 운영상 불가피하게 발생하는 문제에 불과하다는 점, 둘째 가령 저작권법이나 컴퓨터프로그램보호법이 손해배상액에 관하여 법원이 推定하거나(저작권법 제93조 제1항 등), 裁量

164) 2000. 7.경 한국에서 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률(당시는 舊 정보통신망이용촉진등에관한법률)을 개정함에 있어, 정보통신부가 최초 제안한 法案(그 자세한 내용은 아래 “第3章 第4節 韓國의 2003年 改正 著作權法 1. 成立經緯” 부분을 참조할 것)에는 독일 연방정보통신서비스법의 내용까지 반영하여 ISP의 책임을 규정하는 한편 이를 일정범위에서는 제한하는 조항(위 法案 제53조)을 개정안에 삽입하였다가 입법과정에서 삭제된 적이 있다. 위에서 거론하는 이러한 條理로부터의 기준들은 위와 같은 법에 수용되어도 무방하고, 아니면 저작권법의 규정으로 삽입되어도 무방하다는 취지이다. 이러한 입법으로의 수용상황을 보면, 2003년 개정 저작권법 제5장의2 “온라인서비스제공자의 책임제한” 규정에서 위에서 거론한 내용들 중 i)과 iii)의 일부분이 이미 수용되었다.

165) ISP에게 적용되는 전기통신사업법 제3조 제1항은 ISP의 역무제공의무를 규정하면서, “전기통신사업자는 정당한 사유 없이 전기통신역무의 제공을 거부하여서는 아니된다”고 정하고 있는바, 침해가 존재하여 권리자로부터 그 통지를 받은 것과 같은 상황은 위 조문 중 “정당한 사유”있는 경우에 해당할 수 있을 것이다.

166) 이러한 경우 저작권법상 손해배상규정은 特別이 되고, 민사소송에 있어 저작권자는 민법상 위와 같은 규정에 의하거나, 저작권법상 손해배상규정에도 의할 수 있어 양법의 관계는 法條競合關係가 된다.

167) 국내의 論者(손영화, 전계논문, 715면) 중에는 가령 소리바다의 사례에서처럼 불법침해물이 ISP의 사이트에 게재되어 있지 않은 경우라면 교사나 방조의 공동불법행위책임을 추궁하기는 곤란하다는 반대가 있으나 이는 극소수설에 불과하다. 위 견해는 다분히 P2P가 아닌 종전의 BBS 기술단계에서의 통념을 기초로 한 것이지만 교사나 방조의 불법이 성립하는데 ISP의 행위가 일정수준 개입되면 족한 것이 아니라 ISP의 영업사이트에 불법게재물이 드러날 필요는 없는 것이라 할 것이다.

168) 민은주, “정보통신혁명에 따른 저작권관련 국제조약의 최근 동향과 우리의 과제”, 연세대학교 박사학위논문, 1998. 2, 118면.

으로 인정(저작권법 제94조)할 수 있도록 규정을 두고 있는 데서도 알 수 있듯이 지적 재산권의 침해, 특히 ISP책임이 문제되는 디지털네트워크상의 침해는 정확한 손해배상액을 산출하기 어렵고 설령 확인된 손해에 대하여도 그 기여주체나 기여정도를 정확히 판별하는 것은 불가능하므로 불가피하게 법원의 재량을 넓히는 방향으로 제도를 운영하여야 함을 감안하면, 교사, 방조에 관한 민법상 공동불법행위규정에 따라 책임을 확장하는 것조차 반대하는 것은 부당하다고 할 것이다.

(2) 不法行爲責任의 負擔

이상에서 설명한 대로 ISP가 損害賠償責任에 있어서는 民法上 教唆, 幫助에 의한 不法行爲責任을 부담하는 것이 원칙이다. 상술하자면, 특히 教唆나 幫助 중 어느 것이 더 적합한지가 문제될 수 있을 것인데,¹⁶⁹⁾ 民事分野에서 ISP의 責任을 논한 韓國의 각태 일98 事件, 인터넷제국 事件의 판례들은 그 실시내용상 우리 법의 어떤 법규정에 의한 것인지 구체적으로 특정하지 아니하여 알 길이 없지만, 刑事分野에서는 현재 소리바다 운영자에 대한 기소가 幫助로 이루어져 있고, 앞부분¹⁷⁰⁾에서 살핀 전기통신기본법위반 事件(인포삽 事件)이나 옥션 음란CD 판매 事件 등의 형사사례들¹⁷¹⁾도 모두 幫助로 법리구성이 이루어졌다는 사실은, 민사분야에서의 타당성은 계속 연구해 볼 여지가 있겠으나 일단 입증곤란 등의 현실적인 어려움을 고려할 때 民事에서도 適用이 일견 가장 용이한 法理가 바로 “幫助에 의한 不法行爲”라는 측면을 시사하고 있다고 보인다.

그 외에도, 드물게는 문제되는 ISP와 개별이용자들의 관계를 보아 극히 예외적으로 민법 제756조의 사용자책임을 부과하는 것이 타당할 수도 있다고 본다. 그런데, ISP를 사용자책임의 범리로 포섭하고자 하는 시도에 대하여는, 단순히 BBS를 이용하는 가입자, 나아가 외부에서 BBS를 방문, 이용하는 비가입자의 경우까지 민법상 사용자의 감독관계를 인정하기는 곤란하다는 비판¹⁷²⁾이 충분히 있을 수 있다. 그러나 이러한 비판

169) 가령 민은주, 전계논문, 124면은 교사인지 방조인지 단언하기는 참으로 어려우며 다만 ISP가 가입자들로 하여금 침해행위를 부추긴 것이 아니라면 教唆라기보다 幫助쪽에 가까울 것이라는 입장이다.
 170) “제1장 제4절 1. (2) 1) 인터넷서비스제공자의 음란물 링크” 부분 참조.
 171) 비단 韓國뿐 아니라 후술하는 獨逸에서의 1997년경 CompuServe 형사사건에서의 기소도 幫助罪로 이루어졌고, 그 抗訴審도 판결이유에서 피고인에게 行爲支配를 인정할 수 없고, 피고인의 행위는 기껏해야 從犯으로 평가될 수 있을 뿐이라고 보았다(아래 제3장 제3절 2. 獨逸의 立法 (3) 關聯 事例 중 CompuServe 형사사건 부분 참조).
 172) 그 외에도 다른 근거를 제시하면서 사용자책임의 범리가 ISP의 책임 근거로 적당하지 않다는 비판적인 입장으로는 정완, 전계논문 등. 다만 同 論者는 ISP가 이용자에 대하여 선임권을 가지지 않으므로 사용자책임을 적용하기 곤란하다는 이유 이외에도, 사용자책임을 부과받는 ISP로서는 입증책임이 전환되어 면책이 한층 곤란해지고 직접침해자에 대한 구상권청구도 제한받음을 근거로 삼고 있으나, 입증책임전환문제는 별론(韓國 판례는 이 경우 사실상 사용자의 무과실주장을 받아들이지 않고 있다)으로 하더라도 직접침해자에 대한 구상권청구가 제한되는 것은 국가배상법의 적용을 받는 國家와 같은 예외적 경우일뿐 ISP와는 관련 없으므로 이 부분 논거는 부당하다.
 아울러 민은주, 전계논문, 115면도 사용자책임은 代位責任과 달리 利益을 받았음을 요건으로 하지 않음에도 단지 ISP가 통제할 가능성이 있다는 이유만으로 사용자책임을 부담시킨다면 면책주장도 거의

第3節 韓國의 成文法과 判例

은 ISP와 그가 운영하는 BBS게시판 개별이용자나 P2P서비스 개별이용자와의 각 관계와 같은 일반적인 상황에는 타당할지 몰라도, 다음과 같은 특수한 경우라면 사용자책임을 인정하여도 무리가 없을 것이다. 그러한 예외적인 경우란 가령 종래 BBS게시판의 운영자가 선임한 시삽(Sysop)의 경우처럼 ISP에게 선임, 감독권이 존재하는 경우, 혹은 이른바 온라인쇼핑몰을 운영하는 ISP가 가상공간의 상점을 이용자들에게 임대하는 “쇼핑몰임대”서비스를 제공하는 경우¹⁷³⁾ 등이다.

그러한 경우들 중 특히 시삽(Sysop)의 경우를 상술하자면, 중간매개자인 시삽과 같은 존재가 없는 서비스, 가령 “소리바다”와 같은 P2P 서비스에서와 달리, 종전의 BBS게시판에서는 대부분 서비스제공자가 직간접적으로 선임한 시삽이 존재하였으므로 이러한 상황에서 시삽의 불법행위 자체가 이미 성립되었음이 전제된 경우에는 나아가 사용자로서 서비스제공자의 책임이 긍정될 여지가 충분히 있다고 보아야 한다. 비록 著作權이 아닌 名譽毀損에 관한 사례이기는 하지만, 日本의 니프티서브(ニフティサーブ)事件¹⁷⁴⁾에서 법원은 시삽에게 책임이 있음을 전제로, 나아가 서비스제공자는 시삽의 使用者로서 함께 책임이 있다고 하여 서비스제공자의 使用者責任을 긍정한 바 있다.

받아들여지지 않는 韓國의 사정상 ISP에게 지나치게 불리하게 된다고 하여 위 論者와 유사한 주장이다. 경정할 주장일 수 있겠으나, 사용자책임이 적용되는 경우 사용자에게 실제 가혹한 결과가 초래된다는 것은 비단 ISP에게만 국한되는 문제가 아니라 사용자책임의 규정취지상 전반적으로 발생하는 불가피한 결과라는 점에서 위 論者의 주장도 완전히 타당하다고는 보이지 않는다.

173) 2005. 상반기 현재 G마켓(www.gmarket.co.kr) 등이 성업 중으로 판매자가입을 받고 있다. 이렇게 가입한 판매자가 침해행위를 할 경우 그 공간을 임대한 서비스제공자의 책임논의는 사용자책임법리에 의지할 수도 있다는 것이다.

174) 위 사건의 피고 니프티서브(ニフティサーブ)는 BBS게시판을 운영하면서 그 관리자로서 시스템 오퍼레이터(“システム・オペレーター”, 이하 시삽이라고 한다)를 두고 있었다. 그런데 위 포럼의 게시판에 페미니스트를(feminist) 옹호하는 원고를 비방하는 게시물이 여러 차례 올려졌음에도 해당 포럼을 위탁관리하던 시삽이 별다른 조치를 취하지 아니하자(나중에 제소에 이르러서야 시삽은 게시물을 삭제하기 시작함), 원고는 게시물 게시자는 물론 해당 시삽과 BBS 운영자까지 피고로 삼아 손해배상을 청구하였다. 이에 대하여 原審[東京地裁 平成9. 5. 26. 判決 平6(ワ)7784号·平6(ワ)24828号]에서는 시삽의 경우 게시물을 항상 감시할 의무는 없을지라도, 타인의 명예를 훼손하는 발언이 일단 올려진 것을 구체적으로 알았다고 인정되는 경우에는 필요한 조치를 취할 條理上的 作爲義務가 있음에도, 이용자인 원고의 명예를 훼손하는 게시물을 상당기간 그대로 두고 삭제하지 아니한 이상 책임이 있고, 나아가 피고 니프티서브는 이러한 시삽의 使用者로서 責任이 있다고 판시하였다. 그러나 抗訴審[東京高裁 平成13. 9. 5. 判決 平9(ネ)2631号, 2633号, 2668号, 5633号]은 시삽의 삭제의무는 적절한 포럼운영과 관리라는 계약상 권한을 시삽이 행사하는 데 필요하고, 피해자가 삭제를 요구하며 해당 글을 지적하는 등 다른 대책을 강구하더라도 자기를 지키기 위한 유효한 구제수단을 가지고 있지 않는 등의 사정이 존재하는 때 條理上的 義務로서 인정되는 것인데 활발한 토론을 추구하는 포럼의 성격상 게시발언의 질을 높이기 위하여 일정범위내에서는 비방이 섞인 게시물에 대하여도 용인할 필요가 있었던 사실, 아울러 시삽은 삭제를 요구하는 피해자의 지적 또는 시삽 스스로의 판단에 따라 명예훼손적 글을 게시한 자에 대하여 주의를 환기한 바 있고 삭제를 요구하는 피해자에게는 『그 대상을 명시할 것, 그 대상에 대하여 피고 니프티서브가 상당하다고 판단한 때만 삭제한다는 것, 삭제가 피해자의 요구에 의함을 명기할 것』 등을 알리고 그 절차에 관하여 양해를 구하였지만 피해자가 이를 수용하지 않았던 사실, 나중에 소제기에 즈음하여 소송대리인의 통지를 받고는 즉시 삭제를 하였고 제소이후 새로 게시된 발언에 대하여는 삭제조치를 강구한 사실 등을 종합하여 보면 시삽이 앞서 포럼운영과 관리에 관한 시삽의 권한을 부당하게 행사하였거나 그 행사를 지체한 것이라고 인정되지 않는다고 하여 시삽의 책임은 물론 피고 니프티서브의 책임도 부정하였다.

나아가 사용자책임의 근거로 民法學에서 통상 거론되는 것으로는 報償責任說과 危險責任說 등이 있는바¹⁷⁵⁾ 報償責任說의 입장을 따르면 ISP가 이용자의 침해행위로부터 이익을 얻는다는 점을 책임의 근거로 삼게 될 것이나 우리 법이 美國의 代位責任 요건과는 다르게 利益을 要件으로 명문화하지는 않았고 著作權者가 ISP의 이익을 실제 입증하기도 곤란함을 고려할 때, 적어도 ISP의 이러한 책임 영역에서는 危險責任說이 더 타당할 듯한데,¹⁷⁶⁾ 이때는 “인터넷상 전송서비스”라는, 원저작물과 동질의 복제물이 대량으로 생겨날 수 있는 일종의 許容된 危險을 저작권자들에게 야기한 데 대한 책임이라고 표현하면 적절할 듯 하다.

(3) 侵害除去責任의 負擔

침해배제청구권에 관하여 저작권자가 민법 제214조의 소유권방해배제청구권을 행사할 수 있는 경우 앞서 손해배상청구권의 경우와 마찬가지로, 위 규정뿐만 아니라 저작권법 제91조에 정한 侵害停止請求權도 경합적으로 주장할 수 있을 것이다. 다만 침해금지청구의 구체적 범위에 있어서는, 침해행위와 비침해행위가 혼재하는 경우 ISP가 그것들 중 침해행위부분만을 선별하여 방지할 수 있는 때라면 아래의 벅스뮤직가처분 I 事件, 벅스뮤직가처분 II 事件에서의 법원의 태도¹⁷⁷⁾를 보자면 피침해자는 곧바로 ISP의 사업전체의 폐지를 요구할 수는 없으며 마찬가지로 법원도 침해행위부분만의 제거를 명하여야 한다.¹⁷⁸⁾

아울러, 침해제거책임의 근거규정이 될 수 있는 것이 민법 제214조, 저작권법 제93조에 그치는 것이 아니며, 저작권법 제91조 제3항은 刑事의 起訴가 있는 때 등에는 법원은 원고 또는 고소인의 신청에 의하여 보증을 세우거나 세우지 않게 하고, 임시로 침해행위의 정지 또는 침해행위에 의하여 만들어진 물건의 압류 기타 필요한 조치를 명할 수 있다고 규정하고 있는바, 이것은 기능적으로는 訴訟促進에관한特例法 중 賠償命命制度和 유사하게 형사절차안에서 민사적 분쟁까지 해결하고자 하는 제도로 저작권자가 상대방에게 침해제거책임을 구하는 하나의 방편이 될 수 있을 것이다.

그 외 침해제거책임과 관련하여, 보다 상세한 논의는 아래 소리바다 假處分異議 判

175) 권오승, “使用者責任에 대한 검토”, 商事法論叢(下), 제남 강위두 박사 화갑기념, 형설출판사, 1996, 632-634면 참조.

176) 오래된 사례이나 가령 大判 1961. 11. 23. 선고 60 民上 745 판결이 危險責任說에 입각하였다는 풀이로는 김상용, “使用者賠償責任에 관한 爭點과 問題點”, 法曹, 1984. 2., 54면. 하지만 우리 判例의 多數(대법원 1969. 7. 22. 선고 69다702 판결 등)는 補償責任說에 따르고 있다.

177) 두 事件 모두에서 법원의 입장은, 피신청인이 운영하는 사이트 전체를 폐쇄하는 것이 아니라 신청인이 저작인접권을 가지는 음반에 수록된 곡의 삭제를 구하는 것에 불과한 점 등을 참작하여 보면 신청인이 저작인접권을 가지는 음반의 복제 및 이를 이용한 서비스의 금지를 구할 보전의 필요성이 인정된다는 취지였다.

178) 이 부분과 관련하여서는 “제7장 제2절 5. Sony 原則의 올바른 適用 (2) 3) (D)”의 Sony 小原則 중 다섯 번째 “損失을 초래할 部分만을 차단할 區別措置는 事實上 要求된다는 原則” 참조.

決에 대한 부분에서 설명하기로 한다.

2. 判例

(1) 序

韓國에서 ISP가 민사상 책임추궁을 당하여 판결에까지 이른 첫 사례는 한국전기통신공사노조가 한국PC통신을 상대로 손해배상을 구한 事件이었다.¹⁷⁹⁾ 그러나 이 事件은 이용자의 저작권침해행위와 관련한 ISP의 간접적인 책임을 주로 논하고자 하는 이 논문의 대상은 아니므로, 1999년의 “각테일98” 事件부터 논한다.

(2) 각테일98 事件¹⁸⁰⁾

1) 事實關係

원고들은 1997. 8. 16. 멀티미디어 저작도구인 “각테일98”이라는 프로그램을 제작한 저작권자이다. 그런데, 피고 중O대학교는 1994. 12. 16.경부터 인터넷상에 학교홈페이지를 개설운영하였는데 그 메뉴 중 자료실게시판에 소의 김OO이 1998. 10. 18. 임의로 위 각테일98 프로그램을 압축파일로 복제한 “cocktail.zip”파일을 등록하였다. 1998. 11. 20.경 이를 알게 된 원고들이 피고에게 이를 항의하자 피고는 곧바로 위 자료실 게시판을 폐쇄하였지만, 그 때까지 위 각테일98 프로그램의 조회건수는 약 400회에 이르렀다. 한편, 위 자료실게시판은 위 중O대학교 학생은 물론 일반인 모두에게 개방되어 있어 누구라도 그 열람을 위한 비용을 따로 부담함이 없이 자유롭게 자료의 등록, 검색, 조회 및 다운로드를 할 수 있는 방식으로 운영되어 왔으며, 특히 자료의 등록과정은 게시판운영자에 의한 사전의 검토, 선별 또는 수정과정을 거침이 없이 미리 마련된 자동화된 기술적 과정을 통하여 수행되었다.

2) 法院의 判斷

여기서 법원은 “일반적으로 불법행위책임에 있어서 그 책임은 당해 침해행위의 직접적인 귀속자가 부담하는 것일 뿐 이로 인한 책임을 제3자에게 물을 수 없음이 원칙이라 할 것이고, 다만 교사·방조에 의한 공동불법행위책임이나 사용자책임의 법리에서

179) 대법원 1998. 2. 13. 선고 97다37210 판결, 原審은 서울고등법원 1997. 7. 10. 선고 96나33374 판결. ISP 스스로 원고들에게 이용을 허락하고 원고들이 관리하기로 정하였던 전자게시판상에 제3자에 대한 名譽毀損의 침해물이 올려졌음에도 원고들이 이를 제대로 관리하지 아니하자 피고 ISP가 원고들과의 이용허락시 약정을 들어 위 침해물을 직접 삭제하였고 나아가 위 게시판을 폐쇄하기까지 이르자 원고들이 피고 ISP에 대하여 손해배상을 구한 事實이었다. 法院은 위 삭제에 관한 約款이 원고들에게 부당하게 불리하여 무효가 아니며, 게시판을 폐쇄한 것도 전기통신사업법 제3조 제1항에 따라 “正當한 事由로 전기통신여무의 제공을 거부한 경우”에 해당한다고 하여, 원고들의 청구를 기각하였다.

180) 서울지방법원 1999. 12. 3. 선고 98가합111554 판결, 원고가 상소를 포기하여 그대로 확정되었다.

와 같이 침해행위를 직접적으로 행하지 아니한 제3자라 하더라도 침해행위 또는 침해행위자와의 관련성이 있는 것으로 평가되는 경우에 한하여 예외적으로 그 제3자를 상대로 그 책임을 물을 수 있다 할 것이다”라고 하면서, 사이버공간에서의 자료전송 등을 통한 타인의 권리침해에 관한 1차적인 책임은 여전히 이를 직접적으로 수행한 이용자에게 있고, 그 전송 등이 가능하도록 장소나 시설을 제공한 것에 불과한 자는 자신이 직접적인 고의를 가지고 있지 아니한 이상 원칙적으로는 그러한 장소나 시설의 제공사실만을 가지고 곧바로 침해에 대한 직접적인 책임을 부담하는 것으로 보아야 할 아무런 근거가 없는 것이며, 다만 예외적으로 이들이 이용자의 침해행위를 적극적으로 야기하였다거나 우연한 기회나 권리자로부터의 고지를 통하여 이용자의 침해물 또는 침해행위의 존재를 인식하고도 이를 방치한 경우 또는 이들이 침해행위를 통제할 권리와 능력이 있고 그 침해행위로부터 직접적인 재산상 이익을 얻는 경우 등과 같이 이용자의 직접적인 침해행위와 동일하게 평가할 수 있을 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 그 책임을 인정하여야 할 것이라고 보았다. 그런데,제반 사정을 종합하여 보면,181) 피고가 위 자료실게시판을 설치, 운영함에 있어서 불법복제물의 등록 여부를 수시로 확인하고 통제하여야 할 구체적인 주의의무가 발생하였다거나 나아가 침해행위의 직접적인 행위자가 아닌 제3자로서 이 사건 게시물의 등록 및 존속에 관하여 피고에게 그 책임을 부담시켜야 할 특별한 사정이 존재한다고 보기도 어렵다고 보아 결국 이용자의 직접적인 침해행위와 동일하게 평가할 수 있을 만한 특별한 사정이 있는 경우에 해당하지 않는다고 하여 원고의 청구를 모두 기각하였다.

3) 判例分析

“각테일98”事件은 BBS를 운용하는 ISP의 책임을 否定한 사례이다. 바로 아래에 설명할 “인터넷제국”事件의 ISP는 침해를 알고도 오히려 침해가 용이하도록 침해물을 주제별로 BBS에 분류하여 놓는 등 적극적인 寄與行爲를 한 것과 달리 각테일98事件의 피고는 단순히 BBS를 운영하다가 침해통지를 받은 즉시 게시물을 삭제하는 등의 일정한 노력을 하였다는 차이가 있다.

미국법상의 寄與責任이 인정되려면 認識이라는 주관적인 요건에 더하여 객관적으로 적극적인 寄與行爲가 있어야 책임이 성립된다. 그런데, Netcom 판결의 입장에 따르자

181) 위 자료실게시판은 이용자의 범위에 관하여 제한 없이 개방되어 있었던 관계로 피고가 불특정한 이용자에 의한 불법행위를 사전에 일일이 통제할 수 있었을 것으로 기대하기 어려웠고, 자료실게시판에의 자료 등록과정이 관리자에 의한 선별과정을 거침이 없이 자동화된 기술적 과정을 통하여 수행되는 체제로 운영됨에 따라 등록이 이루어질 게시물의 내용을 미리 검토할 수 없어 사전에 저작권침해사실의 존재를 인식할 수 없었던 점, 교육기관으로서의 피고의 지위 및 위 자료실게시판의 이용과 관련하여 이용자들에게 이용료를 부과하지 않는 무료 운영방식 등에 비추어 위 자료실게시판의 설치목적이 영리성의 추구에 있다고 보기 어려운 점, 피고가 권리자인 원고 회사의 항의를 받은 이후 이 사건 자료의 등록행위가 이루어진 위 자료실게시판 자체를 폐쇄하기에 이른 점 등을 열거하고 있다.

第3節 韓國의 成文法과 判例

면 일단 ISP가 이용자들의 침해행위가 있다는 점을 認識(Knowledge)한 후에도 계속 BBS상에서 침해게시물을 방치하는 행위 자체는 寄與責任의 요건을 충족하는 것으로 판단되고 있다.¹⁸²⁾ 이것과 비교하여 각테일98 事件의 法院은 “직접적인 고의를 가지고” “전송 등이 가능하도록 장소나 시설을 제공”한 자는 침해에 대한 직접적인 책임을 부담할 수 있다는 입장을 취하고 있는바, 이 역시 고의를 갖춘 시점 이후라면 계속 BBS상의 전송 등이 가능하도록 방치하는 행위에 대하여 책임이 있다는 입장으로서 미국 판례의 입장과 동일한 해석을 하고 있다고 할 수 있다.

다만, 각테일98 事件의 판례는 그 판시내용 곳곳에 미국의 寄與責任 내지 代位責任의 法理를 차용한 듯한 표현(위 판시내용 중 고덕채 부분)을 드러내고 있고, 이러한 자세는 이후의 韓國 판례에서 계속 이어진다. 미국에서의 寄與責任 내지 代位責任의 法理는 우수한 판례들을 거쳐 다듬어져 온 비교적 탁월한 判例法上 法理로서 이를 韓國 判例가 참고하는 것 자체는 오히려 타당한 태도라 할 수 있지만, 韓國의 成文法은 미국의 판례법과는 다르게 정하고 있는데 미국 판례법의 표현을 그대로 차용하여 실시한 다음 우리 법규의 해석결과로 옮겨버리는 태도는, 한국 성문법에 대한 解釋의 限界를 은연중에 넘을 수도 있어 위험할 수 있는 태도라고 보인다.

특히, 판시내용 중 이탤릭체 부분의 전반부는 미국 판례법상 寄與責任의 기준을 도입한 것으로 별다른 문제가 없으나, 후반부인 “이들이 침해행위를 통제할 권리와 능력이 있고 그 침해행위로부터 직접적인 재산상 이익을 얻는 경우”는 미국 판례법상 이른바 代位責任에 관한 것으로 우리 성문법과 충돌할 위험이 있다.

즉, 미국 판례법상의 代位責任의 법리와 가장 유사한 것은 民法上 使用者責任이라 할 것인데, 우리 민법상 사용자책임은 앞서 代位責任과는 달리 故意, 過失을 요구하고 있음에도¹⁸³⁾, 위 판례의 해석대로라면 위와 같이 통제할 권리와 능력을 구비하고, 직접적인 재산상 이익을 얻은 경우는 고의, 과실 요건과 관계없이 바로 책임을 긍정할 危險이 있는 것이다.¹⁸⁴⁾ 물론 판례의 취지를 善解하여, 통제할 권리와 능력, 직접적인 재산상 이익이 존재하는 경우 ISP의 고의, 과실은 당연히 추정되므로 우리 법제에도 어긋나지 않는다고 해석할 수도 있겠으나 판례가 이러한 취지로 판시하고 있는지는 극히 의문이다. 아울러 한국 민법상 使用者責任은 미국판례상 법리인 代位責任과 유사하나 그와 달리 “直接的인 利益을 얻을 것”을 요건으로 하지는 않음에도, 한국 법원이 民法

182) David L. Hayes, “COPYRIGHT LIABILITY OF ONLINE SERVICE PROVIDERS: PART I”, Computer and Internet Lawyer, October, 2002, p. 2 참조.

183) 다만, 입법기술상 제760조 단서에서 “使用者가 被用者의 選任 및 그 事務監督에 相當한 注意를 한 때 또는 相當한 注意를 하여도 損害가 있을 境遇”임을 입증하도록 부담을 지워, 실무상으로는 無過失責任에 가깝게 운영되고 있기는 하지만, 원칙상 過失責任에 속함은 변함이 없다.

184) 비슷한 지적으로는 최성준, “정보의 보호를 둘러싼 분쟁과 재판실무”, 10면 참조.

上 使用者責任에서 근거를 구하고도 그 요건을 나열하는 과정에서 은연중에 “침해행위로부터 직접적인 재산상 이익을 얻을 것”까지 요구할 가능성도 있으며, 각테일 98 판결의 판시문을 보아도 그러하다.¹⁸⁵⁾

(3) 인터넷제국 事件¹⁸⁶⁾

1) 事實關係

원고측 주식회사 월드뮤직엔터테인먼트는 영상 및 음반제작판매업자이다.

피고는 음악과 관련된 파일의 무상 공유를 목적으로 하는 웹사이트(www.vjzone.net)를 개설하여 운영하여 오던 회사인데, 1999. 10. 15.경부터 2000. 6. 23.경까지의 기간 동안 위 웹사이트의 자료게시판에서 그 이용자들이, 원고가 그와 전속계약을 체결한 국내외 가수들을 대상으로 제작한 “뮤직비디오”를 동영상 파일의 형태로 변환하여 업로드하거나 다운로드받아 왔고, 피고는 이들 음악파일을 장르별로 구분한 뒤 항목을 나누어 위 웹사이트 안에 서브디렉토리(sub directory)를 만들어 이용자들이 위 분류에 따라, 보다 쉽게 동영상 파일들을 업로드하거나 다운로드받을 수 있도록 하였다.

2) 法院의 判斷

법원은, 피고회사의 위 자료게시판에 접속한 이용자들의 책임에 대하여 먼저 언급하면서 원고 월드뮤직이 기획, 제작하여 著作權¹⁸⁷⁾을 가진 뮤직비디오들의 동영상 파일을 이용자들이 피고 운영의 vjzone 웹사이트 서버에 업로드하여 다른 불특정 다수의 이용자들이 각자 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 다운로드받을 수 있도록 이용제공하는 방법으로 複製, 傳送하여 위 원고의 저작재산권을 침해하였다고 전제하였다.

다음으로 BBS 관리자인 피고회사의 책임에 대하여 나아가서 법원은, 처음부터 이용자들 사이에 음악관련 파일을 무상으로 공유하게 할 목적으로 위 웹사이트를 개설하여 운영하였던 점, 약8개월의 장기간 동안 이용자들이 동영상 파일들에 대한 업로드 및 다운로드를 하였음에도 피고는 그 기간 동안 그 파일들이 저작권법에 위반되는가의 여

185) 그 외에도, 각테일98 法院이 적시한 “직접적인 책임”이란 표현은 한국의 불법행위법상 교사·방조와 같은 부차적인 책임에 대비되는 개념으로 보다 직접적인 책임, 즉 공동불법행위책임 등을 가리키고 있는 것으로도 해석할 수 있겠지만 판례가 이에 관한 추가적인 언급을 하기 있지 않아 확실히 알 수는 없으며, 오히려 미국 판례상 직접침해책임과 간접침해책임이 구별되는 것과 달리 한국 성문법상으로는 그러한 구별이 존재하지 아니함에도 별다른 부연설명 없이 미국 판례에서의 논의를 그대로 옮긴 것으로 비판받을 여지가 있다.

186) 서울지방법원 2001. 8. 24. 선고. 2000가합83171 판결.

187) 원고 월드뮤직엔터테인먼트는 이보다 나중인 제기된 빅스뮤직가처분 I 事件의 원고이기도 한데 後者の 事件에서는 음반제작자로서 著作隣接權侵害를 주장하였음에 비하여, 이 事件에서는 영상지작물제작자 지위에서 뮤직비디오에 관한 著作權侵害를 주장하고 있는바, 傳送權을 주장할 수 없으나, 있으나 여부의 중요한 법적 차이점이 있었다.

第3節 韓國의 成文法과 判例

부에 대하여 검토하거나 그 검토결과에 따른 필요한 조치를 취하지 아니하였고, 오히려 이용자들이 보다 편리하게 동영상 파일들을 업로드하거나 다운로드받을 수 있도록 각 음악장르별로 서브디렉토리(sub directory)를 만들어 주기까지 한 점 등을 종합하여 보면,¹⁸⁸⁾ 비록 피고가 직접 위 동영상 파일들을 복제·전송하여 원고의 저작권을 침해하지는 않았다고 하더라도, 위 웹사이트를 운영, 관리함에 있어서 위와 같은 이용자들의 저작권침해행위를 알거나 알 수 있었고, 그 동영상 파일들을 삭제하는 등의 필요한 조치를 취할 수 있었음에도 불구하고, 상당한 기간 동안 그러한 조치를 취하지 아니하였으며, 오히려 위와 같이 서브디렉토리의 분류 등을 통해 저작권침해행위를 용이하게 하기까지 한 이상 이용자들의 저작권침해행위에 대하여 온라인서비스제공자로서 책임을 지게 된다고 할 것이므로, 피고는 위 원고에게 위 저작권침해행위로 인한 손해를 배상할 의무가 있다고 판단하였다.

3) 判例分析

앞서 각테일98 事件이 韓國에서 ISP의 책임이 문제된 最初의 判例라고 한다면, 이 判決은 ISP의 責任을 처음으로 追窮한 判例인 점에서 큰 의미가 있다.

그런데 인터넷제국 判決文의 표현을 자세히 살펴보면, “이용자들의 저작권침해행위를 알거나 알 수 있었고.... 필요한 조치를 취할 수 있었음에도 불구하고 상당한 기간동안 그러한 조치를 취하지 아니하였고.... 오히려 저작권침해행위를 용이하게 하기까지 한” 것 때문에 피고에게 책임을 있다는 취지인바, 이러한 입장은 앞서 각테일98 判決과 마찬가지로 피고 ISP가 책임을 부담하기 위한 요건에 관하여 미국 판례상 寄與責任의 法理에 크게 영향을 받고 있다고 보인다.

또한, 인터넷제국 判決은 일단 利用者들의 行爲가 著作權에 대한 直接侵害行爲가 되느냐를 먼저 前提한 다음 서비스제공자인 피고의 책임을 판단하고 있다. 이러한 판단 순서는 극히 사소하게 보일 수도 있겠으나, 실은 寄與責任이나 代位責任에 관한 사례를 다루는 美國의 判決文이 취하고 있는 논리전개방식을 그대로 따른 것이다. 아래의 소리바다 判決은 인터넷제국 判決보다 더 분명하게 위와 같은 실시방식을 따르고 있다. 그러나 미국의 판례상으로는 직접침해자의 직접침해행위가 전제되어야 그에 따른 2차적 책임(secondary liability) 혹은 부수적 책임(derivative liability)으로 ISP의 寄與責任 내지 代位責任의 성립 여부를 검토할 수 있는 이치이지만,¹⁸⁹⁾ 먼저 이용자 A의 침해행위가 성립함을 전제로 서비스제공자 B의 행위가 침해행위가 되는지 여부를 검토하는 논리전개수준이 과연 우리의 法文에도 부합하는지는 의문이다. 우리의 법문상

188) 그 외에 피고 및 피고의 대표이사는 위 웹사이트에서 이용자들이 동영상파일에 대한 저작권침해행위를 용이하게 함으로써 이를 방조하였다는 내용으로 이미 약식명령을 고지받아 확정된 점도 열거되었다.

189) 앞서 寄與責任 등을 설명한 부분 이외에도 Peter Katz, op. cit., p. 1. 등 참조.

이러한 논리전개수순에 그래도 가장 적합한 경우로는 正犯의 不法行爲 成立을 전제로 幫助에 의한 不法行爲를 인정하는 경우일 것인데 실제로 위 판례가 이러한 취지에 의한 것인지는 알 길이 없다. 만일 幫助에 의한 不法行爲가 아니라 A와 B의 共同不法行爲였다하더라도 A와 B의 각 침해행위가 판결문에 모두 실시될 것이지만 이때는 同時에 실시되면 족한 것이지, 인터넷제국 判決에서처럼 다른 (공동)불법행위자의 위법을 前提할 필요는 없었을 것이다.

어쨌든, 인터넷제국 判決은 미국의 판례가 寄與責任을 인정하는 것과 같은 논리를 전개하다가 정작 우리 成文法上的 根據에 관하여서는 별다른 설명 없이 “이용자들의 저작권침해행위에 대하여 온라인서비스제공자로서 책임을 지게 된다.”고 간단히 끝맺고 말아, 위 판례만 보아서는 과연 피고 스스로의 저작권침해가 인정되어 著作權法上的 損害賠償責任(저작권법 제91조)을 부담하는 것인지, 아니면 이용자들의 저작권침해행위에 대하여 온라인서비스제공자로서 民法上的 不法行爲責任을 부담한다는 것인지, 나아가 民法上的 責任이라면 민법 제760조 제1항의 共同不法行爲責任을 인정한 것인지, 그렇지 아니하고 제760조 제3항 幫助에 의한 不法行爲責任을 인정한 것인지를 정확히 알기 어렵다. 비록 美國에서 출발한 寄與責任이나 代位責任의 법리는 비교적 탁월한 해석이 누적된 합리적인 기준으로 많은 나라가 자국법의 해석에 참고하고 있다고는 하지만, 위 判例는 이러한 寄與責任이나 代位責任의 법리를 韓國 成文法중 어느 規定에 대한 解釋을 통하여 반영하고 있는 것인지 정도는 분명히 밝혔어야 타당하였을 것이다. 참고로, 日本의 파일로그(ファイルログ) 事件을 보면, 그 판결의 진행논리나 결론에는 전혀 동의하는 바가 아니지만, 우리 판례가 미국판례상 寄與責任이나 代位責任의 법리를 의식하여, 상투적으로 언급하는 “침해 있음을 알거나 알았음에도 기여했다”, “통제할 권리와 능력이 있고 직접적으로 利益을 얻었다”는 식의 표현은 아예 존재하지 않으며, 무엇보다 日本 民法 제709조를 서비스제공자인 피고에 대한 책임근거로 명시하며 피고의 행위가 이용자들의 행위와 共同不法行爲가 된다는 결론하에 피고에게 不真正連帶債務를 인정하고 있다. 마찬가지로 成文法 國家인 韓國에서도 역시 특정한 成文規定이 인터넷서비스제공자의 책임근거로 이들 판례에서 반드시 제시되었어야 마땅한 것이다.

第3章 인터넷서비스제공자의 責任을 制限한 새로운 立法들

第1節 序

1996. 12. 20. 세계지적재산권기구의 주도로 저작권조약(WIPO Copyright Treaty, WCT)¹⁹⁰과 실연음반조약(WIPO Performance and Phonogram Treaty, WPPT)¹⁹¹이 채택되었다. 그 중 저작권조약에서는 저작권자에게 公衆傳達權(Right of Communication to the public)¹⁹²을 부여함으로써 제3자가 임의로 저작물을 디지털화하여 일반공중에 전달하는 행위를 금지하였고, 실연음반조약에서는 실연자와 음반제작자에게 利用提供權(Right of Making Available)¹⁹³을 부여함으로써 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 실연, 음반에 접근할 수 있는 방법으로 유선 또는 무선의 수단에 의하여 실연, 음반을 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 것을 허락할 배타적 권리를 실연자와 음반제작자가 향유하도록 정하고 있다. 그러나 이러한 입법은 보다 근본적인 문제인 네트워크상 전송이나 서버에의 저장 등과 관련하여서는 해석지침이 될 수 있을지 몰라도, ISP의 책임제한문제에 있어서는 구체적인 합의나 입법이라고 볼 수 없는 것이다.

다만 앞서 저작권조약에 부속된 합의록(Agreed Statement)에서는 제8조(공중전달권) 관련부분에서 “傳達(communication)을 가능하게 하거나 구현한 단순한 물리적 설비의 제공은 그것만으로 본 조약이나 베른협약의 해석상 傳達에는 해당하지 않는다.”고 정하고 있지만 이것만으로는 직접침해 책임은 면제될지 몰라도 나아가 간접침해 책임까지 배제되는 것인지는 명확히 규정되지 않은 것이었다.¹⁹⁴

그 외에도 세계지적재산권기구에서 ISP의 책임에 관한 논의¹⁹⁵가 일부 이루어진 적은 있으나, 결국 더 구체적인 합의를 도출하지는 못하였다.

190) 그 全文은 <www.wipo.org/eng/diplconf/distrib/94dc.htm>[2004. 10. 8.].

191) 그 全文은 <www.wipo.org/eng/diplconf/distrib/95dc.htm>[2004. 10. 8.].

192) WCT Article 8.

193) WPPT Article 10 & Article 14.

194) Kamiel Koelman & Bernt Hugenholtz, “ONLINE SERVICE PROVIDER LIABILITY FOR COPYRIGHT INFRINGEMENT”, WORKSHOP ON SERVICE PROVIDER LIABILITY(Geneva, 1999. 12. 9. - 10.), WIPO, 1999. 11. 12, p. 13 <www.wipo.org/documents/en/meetings/1999/osp/pdf/osp_lia1.pdf>[2005. 4. 14.]. 위 문구의 의미에 대해서, “인터넷 등 디지털 네트워크상의 서비스 및 접근 제공자의 책임 문제를 명확히 하기 위하여 채택된 것으로, 어떤 명백한 사실을 注意的으로 말하고 있는 것이므로 조약 등에 규정된 권리가 미치지 아니하는 행위를 한 자는 어떤 직접적인 책임도 없는 것이나, 寄與責任 또는 代位責任과 같은 다른 법률 원인을 기초로 한 책임을 질 수도 있는 것은 별개의 문제다”라는 해석으로는 Mihaly Ficsor, “WIPO 저작권 조약과 실연 음반조약”, 세계지적소유권기구 저작권국제세미나(서울) 발표문, 1997. 10. 27-28면. (이영록, 전계논문, 12면에서 再引用).

195) WIPO, “WORKSHOP ON SERVICE PROVIDER LIABILITY”, 1999. 12. 9. ~ 12. 10. <www.wipo.org/documents/en/meetings/1999/osp/pdf/osp_lia1.pdf>[2005. 4. 14.].

第2節 美國의 DMCA 중 OCILLA

1. 成立經緯

(1) IITF가 제출한 White Paper에서의 提案

1992년 대통령선거공약의 하나로 클린턴 대통령은 2015년까지 광섬유를 사용한 초고속정보통신망을 구축하는 것을 핵심목표로 한 국가정보인프라(National Information Infrastructure, NII) 계획을 제시하였고, 그 세부적인 연구를 특별팀인 정보인프라실무단(Information Infrastructure Task Force, 이하 IITF)에게 맡겼는데, IITF는 1994년 보고서(일명 Green paper)와 1995년 최종보고서(일명 White Paper)¹⁹⁶⁾를 통하여 디지털시대의 등장에 따른 저작권 전반의 제문제를 포함한 폭넓은 연구를 수행하였다. 저작권분야의 연구결과 중에는 ISP의 責任制限 문제도 당연히 포함되어 있었는데,¹⁹⁷⁾ 최종보고서에서 IITF는 첫째 국가정보인프라 환경하에서 모든 유형을 망라한 ISP의 책임을 선부르게 제한하는 것은 ISP로 하여금 그 서비스이용자들에 의한 침해행위를 저지시킬 동기를 말살하게 될 위험이 있어 부당하다는 점, 둘째, 정보의 방대한 양 때문에 불법정보만을 일일이 가려내는 것이 곤란하므로 ISP를 면책시키자는 반론이 있지만 이러한 곤란성은 비단 ISP뿐만 아니라 사진인화업자, 도서관매업자, 음반판매점, 신문자판업자, 컴퓨터프로그램판매업자 등에게도 공통적이지만 그들은 모두 嚴格責任(strict liability)¹⁹⁸⁾을 부담하고 있어 위 반론은 부당하다는 점,¹⁹⁹⁾ 셋째 비록 ISP의 책임이 감면될 수 있는 상황이 모호한 면이 없지 않지만 ISP와 저작권자, 정부관계자가 모여 그러한 모호성을 극복하고 법적 명확성과 안정성을 위한 조치를 강구할 필요가 꼭 있다는 점을 提案하였다.²⁰⁰⁾ 물론 ISP의 책임을 면제하는데 명시적으로 반대하고

196) 정확한 명칭은 『INTELLECTUAL PROPERTY AND THE NATIONAL INFORMATION INFRASTRUCTURE: THE REPORT OF THE WORKING GROUP ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS』 <www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii>[2004. 9. 14].

197) 위 White Paper pp. 114-24의 “I. A. COPYRIGHT 8. Copyright Infringement d. On-Line Service Provider Liability” 부분.

198) White Paper 자체에서는 명시적으로 ISP에게 嚴格責任이 적당하다는 선언을 하고 있지는 않으나 이러한 비유과정에서 ISP와 비슷한 처지의 다른 정보전달자들도 嚴格責任(strict liability)을 부담하고 있다는 설시를 함으로써, 이를 근거로 White Paper가 ISP에게 嚴格責任(strict liability)을 부과하는 입장이라는 해석이 유력하게 존재하며(가령, Joseph V. Myers III, op. cit. p. 475), 이와 달리 White Paper가 代位責任을 채택하였다는 해석(John Carmichael, “IN SUPPORT OF THE WHITE PAPER: WHY ONLINE SERVICE PROVIDERS SHOULD NOT RECEIVE IMMUNITY FROM TRADITIONAL NOTIONS OF VICARIOUS AND CONTRIBUTORY LIABILITY FOR COPYRIGHT INFRINGEMENT”, Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal, 1996, pp. 771-77)은 아마도 위에서 지칭하는 strict liability를 협의의 嚴格責任이 아니라 傳達者가 침해를 인식하지 않았어도 부담할 수 있는 책임, 즉 代位責任까지 포함한 개념으로 넓게 해석하고 있는 듯 하다.

199) 이 부분에서 White Paper는 “저작권법상 嚴格責任의 원칙은 자신이 창작한 것이라고 주장하며 책을 들이치는 자의 말을 믿을 수밖에 없는 傳達者에게는 특히 심각한 문제를 낳는다”는 Goldstein 교수의 일부 언급[P. GOLDSTEIN, COPYRIGHT, §1.15, at 45 (1989)]을 傳達者인 ISP에게 直接責任 부가가 부당하다는 논거가 아니라, 오히려 그러한 傳達者로는 ISP만 있는 것이 아니므로 이는 여러 유형의 傳達者에게 불가피한 지극히 일반적인 문제에 불과하다는 正反對의 논거로 원용하고 있다.

第2節 美國의 DMCA 중 OCILLA

현실공간에서의 기존 법리를 응용하여 사이버공간에서도 엄격한 책임추궁의 방향으로 나아가자는 이러한 White Paper의 제안은 論者들 사이의 贊²⁰¹⁾反²⁰²⁾論爭을 불러일으켰음은 물론이다.

(2) 聯邦議會에 제출된 수많은 責任制限 法案들

ISP 책임제한과 관련하여 법적 명확성, 안정성을 위한 (입법)조치가 필요하다는 취지의 IITF 提案 직후, 이른바 “1995년 NII 저작권보호법안”²⁰³⁾이 의회에 제출되었는데 ISP의 責任制限 문제도 논쟁의 핵심이었다. 위 법안은 결국 통과되지 못하였지만, IITF의 提案에서 시사한 것과 동일하게 실제로 ISP와 저작권관계자가 모여 이 무렵 협상을 벌였고 그 결과 기존의 저작권법규정인 法 17編 중 제511조²⁰⁴⁾에 덧붙여 제512조(이하, 17 U.S.C. 512 또는 간략히 § 512라고만 한다)를 新設하자는 제안이 등장하였다.²⁰⁵⁾

이후 聯邦議會의 上下院에는, ISP의 책임이 제한되는 상황과 요건을 구체적으로 규정한 입법들이 잇따라 제출되었다. 1997년경 下院에서는 H.R. 2180²⁰⁶⁾ 및 H.R. 2281²⁰⁷⁾의 두 法案이 거의 동시에 제출되어 비슷한 시기에 함께 검토되었고,²⁰⁸⁾ 한편 上院에서는 S. 1121²⁰⁹⁾ 및 S. 1146²¹⁰⁾ 및 이를 대체한 S. 2037²¹¹⁾이 순차로 검토되었다. 이러

200) 위 White Paper p. 122-23.

201) Joseph V. Myers III, op. cit. p. 475 및 John Carmichael, op. cit., pp. 771-77.

202) Ian C. Ballon, PINNING THE BLAME IN CYBERSPACE: TOWARDS A COHERENT THEORY FOR IMPOSING VICARIOUS COPYRIGHT, TRADEMARK AND TORT LIABILITY FOR CONDUCT OCCURRING OVER THE INTERNET, Hastings Communications and Entertainment Law Journal, Summer 1996, pp. pp. 764-65 등.

203) National Information Infrastructure Copyright Protection Act of 1995 (H.R. 2441 and S. 1284) 全文은 <www2.cddc.vt.edu/www.eff.org/pub/Intellectual_property/NII/copyright_bill>[2005. 4. 29.]

204) 美國의 성문법전인 USC 중 제17편(TITLE 17)은 한국의 「저작권법」에 대응하는 것으로, 제17편 중 제5장(CHAPTER 5)은 「저작권침해 및 구제」를 다룬 章으로 제501조부터 시작된다. USC의 구조 및 특정조문 검색은 <uscode.house.gov/search/criteria.php>[2005. 4. 20.]에서 쉽게 할 수 있다.

205) “House Panel Set to Consider Omnibus Copyright Measure”, 52 Patent, Trademark & Copyright Journal (BNA) No. 1279 at 120-21 (May 23, 1996). 다만 이 글은 Steven J. Davidson, Jerry S. Podkopacz and Laurie J. Dechery, “사이버스페이스 법: ISP 책임”, 대검찰청 홈페이지 자료실 게시문헌 <dcis.sppo.go.kr/board/read.php?no=7&t_name=tbl_board&j=3&code=1>[2005. 4. 20.]에서 再引用함.

206) On-Line Copyright Liability Limitation Act. 이는 1997. 7. 17. 제출되었다. 심리 도중 修正案으로 제출된 별도의 H.R. 3209의 내용을 1998. 4. 1. 흡수하는 과정을 거쳤다. H.R. 2180의 최초 내용과 H.R. 3209를 흡수하는 과정에 대하여 자세히는 Christian C.M. Beams, “THE COPYRIGHT DILEMMA INVOLVING ONLINE SERVICE PROVIDERS: PROBLEM SOLVED . . . FOR NOW”, Federal Communications Law Journal, May 1999, pp. 831-46.

207) Wipo Copyright Treaties Implementation Act. 이는 위와 비슷한 시점인 1997. 7. 29. 제출되었다.

208) 그 검토과정에 위 下院 法司委 산하의 “法院·知財權 小委員會”에서 이루어진 관련증언은 <www.aipla.org/Content/ContentGroups/Legislative_Action/105th_Congress1/Testimony3/Testimony_on_On-Line_Copyright_Liability_(H_R_2180)_and_WIPO_Copyright_Treaties_Implementation_(H_R_html)>[2005. 4. 20.].

209) WIPO Treaties Implementation Act.

210) Digital Copyright Clarification and Technology Act of 1997, 이는 S.1121에 대한 반동으로 등장한 법안으로 1997. 9. 3. 제출되었다.

211) Digital Millennium Copyright Act of 1998, 나중에 최종적으로 입안된 DMCA와 名稱이 같은 법안으로

第3章 인터넷서비스제공자의 責任을 制限한 새로운 立法들

한 많은 법안들 중 가장 有力한 법안은 하원의 H.R. 2281 법안과 상원의 S. 2037 법안으로서 이것들은 ISP의 책임제한에 관하여 실질적으로 거의 동일한 규정을 담은 것이었다. 1998. 9. 17. 上院에서는 최종적으로 S. 2037 법안을 버리고 H.R. 2281 법안의 骨格을 채택하는 대신 구체적인 표현은 S. 2037의 그것을 따른 새로운 입법인 디지털밀레니엄저작권법(Digital Millennium Copyright Act, DMCA)²¹²을 드디어 입법가결하게 되었다.

(3) DMCA가 미친 영향

이처럼 복잡한 입법과정을 거쳐 1998. 10. 12. 성립된 DMCA는 “Online Copyright Infringement Liability Limitation Act(OCILLA)”²¹³라는 題下에 기존의 저작권법규정인 法 17編 중 511條에 덧붙여 512條를 신설하도록 정하면서 서비스제공자²¹⁴의 책임을 제한하는 상세한 규정을 두고 있다.

이러한 DMCA의 내용은 2003년 5월 27일에 개정된 한국의 저작권법 제5장의2(온라인서비스제공자의 책임제한) 규정 등 다른 외국의 관련입법에 있어 큰 영향을 미쳤다. 가령, 다른 법분야에서는 독자적인 위치를 확실히 점하고 있는 獨逸을 위시한 유럽각국(EU)까지도 후술하는 바와 같이 ISP責任制限에 관한 자신들의 최초 입법을 DMCA의 규정을 일정부분 수용하는 방향으로 수정한 바 있다.

(4) DMCA가 부여하는 면책의 성격

DCMA에 의하여 창설된 免責은 서비스제공자가 다른 법률을 통하여 이미 가지고 있던 일체의 항변권에 追加적으로 부여되는 것이다.²¹⁵ 이처럼 DMCA에 의하여 ISP가 저작권침해소송에서 전통적으로 피고측이 원용해온 公正利用(fair use)의 법리 이외에 별도의 방어수단을 갖게 되었다는 점은 새로운 사실이다. 다만 DMCA와 관련하여 주의하여야 할 것은 DMCA는 언제 그리고 어떠한 조건하에서 ISP가 책임을 부담하는가, 환언하여 責任要件에 대해서는 규정하고 있지 않고 다만 ISP가 책임을 면하기 위한 요건, 즉 免責要件만을 정하고 있다는 점이다. 즉 DMCA가 정한 면책요건을 이행하지

상원의원 Hatch에 의하여 1998년 5월경 제출되었다.

212) 위 수정안 중 sec. 201은 “Online Copyright Infringement Liability Limitation Act”이라는 이 부분 개정내용의 제목을 정하고 있고, sec. 202는 “LIMITATIONS ON LIABILITY FOR COPYRIGHT INFRINGEMENT”이라는 제목하에 위와 같이 기왕의 저작권법에 붙여 신설되는 17 U.S.C. § 512의 내용이 무엇인지를 정하고 있다.

213) DMCA TITLE II sec 201.

214) 17 U.S.C. 512 (k)에서는 “Internet Service Provider”나 “Online Service Provider”라는 용어대신, 단순히 “Service Provider”라고 지칭하면서 다시 이를 § 512(a)의 경우와 그 이외의 경우 등 두 가지로 분류하고 있으므로 美國 DCMA의 법령을 언급하는 부분의 필요에 따라 “인터넷서비스제공자”라는 용어 대신 “서비스제공자”로도 번역한다.

215) 17 U.S.C. § 512(i)는, 이러한 규정에 의거한 면책항변이 실패하더라도 다른 항변에 영향이 없음을 명문으로 정하고 있다.

第2節 美國의 DMCA 중 OCILLA

않았다는 점은 DMCA의 면책조항(safe harbor²¹⁶)에 따른 면책을 불가능하게 하는데 그칠 뿐, 그러한 불이행이 곧바로 서비스제공자의 책임이 있다는 판단으로 이어지지는 않는다. 따라서 책임요건에 관한 한 기존의 저작권법원리가 여전히 적용되어야 하며, 저작권자는 ISP가 직접책임이론, 기여책임이론 또는 대위책임이론 중 어느 하나에 따라서 자신의 배타적 권리를 침해하였음을 입증하여야 한다.

2. Service Provider의 概念

DMCA에서는 “서비스제공자(service provider)”를 두 가지 경우로 나누어 定義하면서, 狹義²¹⁷로는 § 512(a)에서 지칭하는 서비스제공자란, 이용자가 선택한 자료를 송신, 수신시 그 자료에 수정을 가함이 없이, 이용자가 특정한 두 지점이나 여러 지점 사이의 전송, 라우팅²¹⁸을 제공하거나 혹은 디지털 온라인 통신을 위한 접속을 제공하는 자”라고 定義²¹⁹하고, 廣義²²⁰로는 § 512(a) 이외의 § 512의 다른 곳에서 지칭하는 서비스제공자란, “온라인 서비스 또는 네트워크 접속의 제공자 또는 그것을 위한 시설의 제공자”²²¹를 말하며, 위 § 512(a)에서 지칭하는 서비스제공자를 포함한다고 하고 있다.

美國 判例는 DMCA에 정한 서비스제공자 개념을 폭넓게 확장하는 경향을 보이고 있다. 즉, 정형적인 인터넷접속서비스업체인 Verizon²²²이나 AOL²²³은 물론 이용자에게 피고의 게시판상에 상업부동산광고를 게시, 열람할 수 있게 하는 업체,²²⁴ 정보를 직접 저장하지는 않더라도 전송을 매개하는 Napster²²⁵나 Aimster²²⁶ 같은 P2P관련 업체, 인터넷상에서 온라인경매서비스를 수행하는 업체²²⁷, 나아가 인터넷상에서 다른

216) DMCA 明文의 표현은 아니지만, 미국에서는 통상 DMCA가 정한 면책요건을 이렇게 칭한다.

217) 17 U.S.C. § 512(k) DEFINITION (A).

218) Routing, 컴퓨터간 네트워크를 통하여 자료를 전송함에 있어서는 자료의 각 부분을 일정 크기로 나누어 다음 각각 수신자의 위치정보 등을 가미한 덩어리, 즉 패킷(packet)을 순차 전달하는 방식을 취하는데 라우팅이란 이러한 패킷의 위치정보를 읽고 분류하여 두 컴퓨터 사이의 최적의 경로를 설정하는 과정을 가리킨다.

219) 국내 論者(윤용기, “소리마다가 온라인 서비스 제공자인가?”, 사법부 내부통신망(CourtNet) 지적재산권 연구회 계시문(未公刊), 2003. 5. 23.) 중에는 DMCA에서의 “ISP” 定義와 韓國 저작권법상의 “온라인서비스제공자” 定義간에 차이가 존재하며, “DMCA상에서 ISP이기 위해서는 네트워크망에 대한 “control” 이 전제되고 있는 데, 韓國 著作權法 제2조 온라인서비스제공자의 定義 중 “정보통신망을 통하여”를 네트워크망에 대한 control의 의미로 볼 것인지 아니면 access의 의미로 볼 것인지 그 해석상 논란이 있을 수 있다”는 취지의 설명이 있으나, 위 본문에서 보듯이 17 U.S.C. § 512(a)는 17 U.S.C. § 512(b) 내지 (d)와 달리 단순한 access provider를 의미하므로 DMCA가 ISP의 네트워크망에 대한 control을 전제하고 있다는 설명부분은 정확한 표현이 아니다.

220) 17 U.S.C. § 512(k) DEFINITION (B).

221) 이렇게 “시설의 제공자”까지 포함한 것에 대한 비판적 입장으로는 권영준, 전계학위논문, 2000. 2, 11면.

222) 아래의 제6장 제3절 2. (2)의 Verizon 事件 참조.

223) 아래 “7. (2) 節次의인 問題와 관련된 事例들”에 등장하는 Ellison v. Robertson 事件 참조.

224) 바로 아래 “4. (3) 시스템이나 네트워크상에 이용자의 명령으로 저장된 정보의 경우” 脚註에 등장하는 Costar Group Inc. v. Loopnet 事件 참조.

225) 아래 Napster 事件의 抗訴審 判決 참조.

226) 아래 Aimster 事件의 原審과 抗訴審 判決 각 참조.

서비스업체들을 이용할 이용자들의 나이를 인증해주는 보조서비스를 하는 업체²²⁸⁾에 DMCA 적용을 긍정하였고, 그 외에도 ISP의 被傭者들에 대하여도 이들에게 면책조항을 적용되지 않으면 저작권자측이 우회적으로 면책규정을 무력화시킬 수 있다는 근거를 들어 피용자들에 대한 면책까지 긍정한 사례²²⁹⁾가 있다.

3. 一般的 免責要件

서비스제공자가 17 U.S.C. § 512에 의하여 면책을 받기 위해서는 서비스제공형태에 따라 17 U.S.C. § 512의 (a), (b), (c), (d)에서 각각 개별적으로 정한 免責要件 이외에도 모든 서비스제공자가 일단 다음의 2가지 適格要件(conditions for eligibility)²³⁰⁾을 일단 충족시켜야 한다.

즉, 먼저 서비스제공자의 시스템이나 네트워크의 가입자이거나 계정보유자들 중 반복적인 침해자들은 적절한 조건하에서 제거해나가는 정책(침해제거정책, 일명 “Termination Policy”)을 채택하고 합리적으로 적용(reasonable implementation)하며, 서비스제공자의 시스템이나 네트워크의 가입자이거나 계정보유자들에게 위 정책을 알려야 한다.²³¹⁾ 따라서, 침해제거정책을 채택하고 적용하기 위해서는 반드시 그러한 정책을 담은 일정한 계약관계가 존재하여야 할 것이므로 결국 반드시 “이용자”가 있어야 한다.²³²⁾ 나아가 침해제거정책의 적용 수준에 관하여, 반드시 일단 제거된 이용자가 새로운 계정을 개설하거나 동일인의 다른 계정으로 접속하는 것을 확실히 차단할 극도의 技術的 措置까지 요구하는 것은 아닐 것이라는 해석이 있다.²³³⁾

227) 아래 “7. (2) 節次的인 問題와 관련된 事例들”에서 설명하는 Hendrickson v. eBay, Inc. 事件 참조.

228) Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc., 213 F.Supp. 2d 1146, 1175 n.19 (C.D. Cal. 2002). 이 事件에서 피고는 성인사이트들과 제휴하여 그들 사이트들에 접속하고자하는 이용자들의 나이를 인증하는 시스템(Adult Check System)을 운영하여 이용자들로 하여금 서비스이용이 가능하게 하는 일종의 보조 서비스를 제공하였는데, 피고와 제휴한 제3자의 사이트에 원고의 저작물이 임의로 게시되자 원고가 피고에게까지 代位責任과 寄與責任을 추궁한 事件이다. 법원은, 피고가 자신이 정한 정책에 부합하지 않는 사이트에 대해서는 임의로 삭제하여 서비스를 거부할 수 있었다는 사실을 볼 때 피고가 이들의 침해행위를 통제할 권리와 능력이 있다고 보이고, 위와 같은 서비스를 제공하는 대가로 성인사이트들로부터 일정한 수수료를 징수하여 온 사실로 침해행위로부터 직접적 이익을 취득하였다고 하여 결국 피고의 代位責任을 긍정하여 원고에게 豫備의 留止命令 신청을 인용하였다. 17 U.S.C. § 512 (c)나 (d)에 의하여 면책된다는 피고의 주장에 대하여는, 우선 피고가 DMCA에서 일반적 면책요건으로 정하여진 “반복적인 침해자들은 적절한 조건하에서 제거해나가는 정책(Termination Policy)”을 채택하지 않았으므로 면책을 인정받을 수 없고, 뿐만 아니라 구체적인 면책요건으로 나아가 살펴보아도 피고는 17 U.S.C. § 512 (k)에 정한 廣義의 서비스제공자에는 속하지만, 피고가 해당한다고 주장하는 § 512 (c)나 (d)에는 해당하지 않는다고 판단하여 배척하였다.

229) 위 Hendrickson v. eBay, Inc. 事件 참조.

230) 17 U.S.C. § 512(i), 동 조항은 하위조항인 § 512(i)(A)에서 “Accommodation Of Technology이라는 제목하에 이른바 “제거정책의 채택과 적용, 고지”와 “표준적인 기술적 조치의 수용과 방해금지”를 함께 규정하고 있다.

231) 17 U.S.C. § 512(i)(1)(A).

232) Bruce P. Keller & Jeffrey P. Cunard, “COPYRIGHT IN THE DIGITAL AGE”, 754 PLI/Pat 293, July 2003, p. 353.

233) 이러한 견해는 H.R. REP. 105-551(II), p. 61 (July 22, 1998)에서 서비스제공자에게 사전모니터링을 할 의무, 침해물인지 아닌지 어려운 결정을 내릴 의무 등을 요구하지는 않는다고 한 취지의 延長線에 있

第2節 美國의 DMCA 중 OCILLA

다음으로, 標準的인 技術的 措置(Standard Technical Measures)²³⁴⁾를 수용하고 이를 방해하여서는 안된다.²³⁵⁾ 여기서 표준적인 기술적 조치란 著作權者들이 저작물을 식별하고 보호하기 위하여 사용하는 것으로, (A) 공개되고 공정하며 자발적이고 범산업적인 표준공정에 관한 저작권자와 서비스제공자의 폭넓은 공감에 따라 개발되어 왔고, (B) 합리적이고 차별적이지 않은 조건으로 누구나 이용할 수 있고, (C) 서비스제공자들에게 추가비용을 부담시키거나 그들의 시스템이나 네트워크상의 추가부담을 주지 않는, 기술적 조치를 말한다.²³⁶⁾

4. 個別的 免責要件

(1) 일시적인 디지털-네트워크 통신의 경우²³⁷⁾

이른바 “일시적인 디지털 네트워크 통신(Transitory Digital Network Communications)”의 서비스제공자가 免責을 부여받기 위하여, 앞서 본 一般的 免責要件 외에 追加로 갖추어야 할 個別的인 免責要件은 아래와 같으며, 이를 동시에 모두 충족시켜야 한다.

- i) 정보의 전송이 서비스제공자가 아닌 다른 자에 의해서 시작되었을 것.
- ii) 정보의 전송, 라우팅, 연결이나 저장이 서비스제공자가 정보를 선택하지 않아도 자동적인 기술처리과정에 의해서 이루어질 것.
- iii) 다른 이용자의 요구에 따른 자동적인 반응에 의한 경우는 제외하고 서비스제공자가 그 정보의 수신자를 특정하지 않았을 것.
- iv) 그러한 중개를 위한 일시적인 저장과정에서 서비스제공자에 의해 작성된 복제물이 시스템이나 네트워크상에서 특정된 수신자 이외의 다른 자에게 일반적으로 접근가능한 방식에 있지 아니하고, 또 그 복제물이 시스템이나 네트워크상 전송, 라우팅, 접속을 위하여 상당하게 필요한 기간을 넘어 위 수신자가 일반적으로 접근가능한 방식에 있지 아니할 것.
- v) 그 정보는 내용의 수정 없이 시스템이나 네트워크상 전송될 것.

(2) 시스템 캐싱의 경우²³⁸⁾

는 해석이다. 以上은 Bruce P. Keller & Jeffrey P. Cunard, op. cit., p. 354.

234) 韓國 著作權法 제2조 20호에서는 “기술적 보호조치”로 표현한다.

235) 17 U.S.C. § 512(i)(1)(B).

236) 17 U.S.C. § 512(i)(2).

237) 17 U.S.C. § 512(a).

238) 17 U.S.C. § 512(b).

DMCA에서 규정한 시스템 캐싱(System Caching)은 여러 가지의 캐싱²³⁹⁾ 중 ISP의 서버에서 이루어지는 캐싱(proxy caching)를 가리킨다. 이러한 캐싱(proxy caching)은 이용자들이 자주 접속하는 특정사이트의 내용을 앞선 이용자의 이용시 ISP의 시스템 또는 네트워크에 잠정적으로 저장한 다음, 나중에 다른 이용자들이 접속할 때 바로 그 저장내용을 특정사이트의 내용에 같음하여 제공함으로써 네트워크상의 트래픽을 줄이는 방법이다. 그렇지만, 저작권법상 복제권의 침해여부 이외에도 원래의 웹사이트를 볼 수 없게 하는 점에서 원래 사이트의 운영자가 유지한 광고의 효과를 제한하는 문제, 원래의 웹사이트에 가한 일정한 제한, 가령 有料 Log-in의 요구 등을 회피할 수 있는 점 등에서 문제가 있는바,²⁴⁰⁾ 이러한 문제에 대하여 DMCA는 아래와 같이 정하고 있다.

이러한 서비스 제공자가 면책되려면, i) 정보가 서비스제공자가 아닌 다른 자에 의해서 온라인에서 이용가능하게 되었고, ii) 정보가 그러한 이용제공자로부터 서비스이용자의 시스템이나 네트워크를 통하여 다른 자의 요구에 따라 그 자에게 전송되었으며, iii) 나중에 그 정보를 요구하는 이용자들에게 이용제공할 목적으로, 자동적인 기술과정을 통하여 저장이 행하여진 경우라야 한다.²⁴¹⁾

나아가 i) 시스템이나 네트워크상 저장된 정보의 내용에 수정을 가하지 않고 그대로 전달하며, ii) 정보의 출처인 자가 일반적으로 받아들여진 산업표준 데이터 프로토콜에 맞추어 요구한 규칙에 따라 위 정보를 업데이트, 갱신하여야 하며, iii) 정보의 출처인 자에게 이용자들의 히트(hit) 회수와 같은 정보를 반송해주는 기술이 시스템이나 네트워크의 수행 및 캐싱에 현저히 장애가 되지 않고 산업표준 프로토콜에 부합하는 한 이를 방해하지 않고, iv) 정보의 출처인 자에 의하여 정해진 이용료지급 등 접속 조건에 맞추어 그 정보에 대한 이용자들의 접근을 제한하고, v) 著作権者의 승낙 없이 게시된 저작물은 어떤 것이라도 일단 그 저작물의 저장 출처인 자의 사이트에서 그것이 제거 또는 접속차단 되었거나, 제거 또는 접속차단이 요청되고 있음을 고지받은 때 즉시

239) 일반적으로 캐싱이란, 일시적 저장이라는 점에서는 RAM에 저장되는 경우와 본질이 같으나 전원차단 시 사라져 임시성을 갖는 RAM에의 저장과 달리 종국적으로는 일정 시간 후 자동 삭제된다고 하더라도 상당기간 하드디스크에 저장된다는 점에서 RAM에의 저장과 상이하다.

캐싱(caching)이라고 지칭되는 것 중에는, i) 시스템자체의 구동에 있어 CPU가 그때그때 필요한 명령어와 데이터를 매번 주기억장치 또는 디스크로부터 읽어오게 되면 처리속도차이로 전반적인 속도저하를 피할 수 없으므로, 이런 것들을 캐시 기억 장치(cache memory) 또는 디스크 캐시(disk cache)에 일시적으로 저장하여, 중앙 처리 장치(CPU)가 읽도록 함으로써 앞선 경우보다 몇배 빠른 속도 또는 CPU의 속도에 가깝게 단축시켜 컴퓨터의 성능을 향상시키는 방법을 말하기도 하고, ii) DMCA가 지칭하는 프락시 캐싱(proxy caching), 그리고 iii) 로컬캐싱(local caching, client caching) 등이 있다. 그 중 로컬캐싱(local caching, client caching)은 이용자가 인터넷을 이용할 때 웹브라우저에 설정하는 캐싱기능으로, 가령 인터넷익스플로러는 사용자가 임시인터넷파일 공간의 크기를 설정하게 하여 그 범위안에서는 한번 방문한 웹페이지의 내용을 사용자의 하드에 저장시키고 다음에 방문할 때는 웹페이지에 재차 접속하는 대신 자신의 컴퓨터에 이미 저장된 정보를 불러내어 빨리 열람할 수 있도록 하게 한다.

240) 로컬캐싱이 주로 목시적 동의, 공정이용으로 해결될 수 있는 것과 대비된다(이대희, 인터넷과 지적재산권법, 박영사, 2002, 438면).

241) 17 U.S.C. § 512(b)(1)(A)~(C).

第2節 美國의 DMCA 중 OCILLA

제거하거나 접속을 차단할 것을 요구한다.²⁴²⁾

특히, 위 § 512(a)의 경우와 달리 (b) 내지 (d)에 해당하는 서비스제공자는 저작권청에 저작권 침해행위의 통지를 수령할 대리인을 임명·신고해야 하고, 저작권자로부터 侵害主張의 通知가 있으면 그 통지에 따라 일정한 조치를 하여야 할 구속을 받는다.

참고로, 美國과 이웃한 캐나다에서는 DMCA와 달리 ISP의 서버에서 이루어지는 캐싱(caching)으로 인한 책임문제에 대하여 자세한 규정은 두고 있지 않다.²⁴³⁾ 하지만, 비교적 최근인 2004. 6. 30. 이른바 “賦課金基準 22(Tariff 22)”에 대한 캐나다저작권위원회의 일부승인처분의 當否를 둘러싼 爭訟에서 캐나다연방대법원이 단순히 技術的인 이유로 음악콘텐츠를 캐싱(Caching)하는 역할에 그치는 ISP는 캐나다저작권법의 해석상 저작권자의 公衆傳達權을 침해하는 자가 아니므로 부과금부과대상이 되지 않는다고 최종판단하였으므로²⁴⁴⁾ 향후 실질적으로는 美國에서와 마찬가지로 대부분 면책될 것으로 보인다.

(3) 시스템이나 네트워크상에 이용자의 명령으로 저장된 정보의 경우²⁴⁵⁾

242) 以上은 17 U.S.C. § 512(b)(2)(A)~(E).

243) 2004. 초순을 기준으로 아직 캐나다에서는 미국의 DMCA나 뒤이은 P2P규제법안 같은 입법적 조치가 이루어진 것이 없다는 사실 등 캐나다의 상황에 대한 글로는 Mark K.J. Rushton & Virginia H.L. Jones, “THE TORTOISE AND THE HARE: CANADIAN LEGISLATIVE COPYRIGHT REFORMS RACE AGAINST COPYRIGHT INFRINGEMENT OVER KAZAA AND OTHER NEW GENERATION PEER-TO-PEER NETWORKS”, AIPLA Quarterly Journal, Spring 2004를 참조할 것.

244) Society of Composers, Authors & Music Publishers of Canada v Canadian Assn. of Internet Providers, 2004 SCC 45 (S.C.C., Jun 30, 2004) 判決. 캐나다에서는 저작권위원회(Copyright Board of Canada)가 정한 賦課金基準(Tariff)에 따라 사적복제부과금 등 著作權者補償을 위한 賦課金の 부과대상이 결정된다. 일찍이 1995년 캐나다 작곡가, 작가 및 음악출판인협회(SOCAN, Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada)는 인터넷 네트워크를 통한 음악복제 서비스를 제공하는 ISP도 캐나다 저작권법 s. 3(1)(f)에 정한 저작권자의 公衆傳達權을 침해하는 자로서 이러한 부과금을 부과해야 한다며 새로운 “賦課金基準 22(Tariff 22)”를 승인해줄 것을 저작권위원회에 신청하였다. 그러나 1999년 10월 위 위원회는 캐나다 아닌 外國에 위치한 ISP의 서버에 저장된 불법복제음악에 대하여는 國際私法的으로 부과금이 적용될 수 없고, 아울러 캐나다에 위치한 서버의 경우라도 콘텐츠제공자가 아닌 단순히 인터넷접속제공이나 캐싱 역할에 그친 ISP에 대하여는 1988년 개정 캐나다 저작권법 s. 2.4(1)(b)가 “타인이 위와 같이 傳達하는데 필수적인 원격전달수단”을 단지 제공한 자는 공중전달권을 침해한 자로 보지 않는다고 규정하였음을 들어 부과금 대상이 아니라고 결정하였다[SOCAN Statement of Royalties, Public Performance of Musical Works 1996, 1997, 1998 (Tariff 22, Internet), Re (Copyright Bd. Oct 27, 1999)]. 작곡가, 작가 및 음악출판인협회는 이러한 처분의 當否를 다투는 爭訟을 聯邦抗訴法院(FCA)에 제기하였는데, 2002년 연방항소법원은 국제사법적인 관할에 관하여 위 위원회가 본 대로 “호스트서버 소재(host server location)”가 기준이 되는 것이 아니라 “眞正하고 實質的인 關聯性(real and substantial connection)”이 기준이 되어야 하며, 인터넷상에서 캐싱을 하는 ISP는 위 캐나다 저작권법에서 정한 傳達에 해당하여 저작권침해행위가 된다고 판단하였다 [2002 FCA 166, (2002) 4 F.C. 3 (Fed. C.A.)]. 그러나 캐나다 聯邦大法院은 위 본문에서 설명한 대로 최종판단하여 이 부분 연방항소법원의 판단을 뒤집었다.

245) 아래에서 설명할 eBay 事件이외에, Costar Group Inc. v. Loopnet, Inc., 164 F.Supp.2d 688 (D. Md. Sept. 28, 2001) 事件이 이 조항에 따른 면책이 다투어진 사례이다. 이 사건의 피고는 부동산중개업자들에게 임대용 부동산의 광고게시서비스를 제공하였는데, 피고의 서비스를 이용하는 부동산중개업자들은 피고의 인터넷사이트상에 원칙적으로 文字로만 게시할 수 있었지만 예외적으로 사진을 함께 게시하고자 할 때는 피고측 담당자가 먼저 그 사진이 피고와의 계약조건을 위반하지 않았는지를 확인한 다음

第3章 인터넷서비스제공자의 責任을 制限한 새로운 立法들

이때는 서비스제공자가 첫째, i) 시스템이나 네트워크상의 당해 자료나 그것을 이용하는 행위의 존재를 實際 認識(actual knowledge)하지 못하였고, ii) 그러한 實際 認識이 없는 때라면, 침해행위가 명백한 사실이나 상황을 인식하지 못하였거나 iii) 혹은 그러한 實際 認識이나 推定的 認識이 있는 때라면 신속하게 그 정보에 대한 접근을 차단하거나 그 자료를 제거하였으며, 둘째, 서비스제공자가 그러한 행위를 통제할 권리 및 능력이 있는 때는 침해행위로 인하여 직접적으로 경제적 이익을 얻지 않았고,²⁴⁶⁾ 셋째, 著作権者로부터 침해를 주장하는 통지[이하에서는 “侵害主張의 通知(notification of claimed infringement)”라 한다]를 받은 경우에는 신속하게 그 정보에 대한 접근을 차단하거나 그 자료를 제거한 때²⁴⁷⁾ 첫째부터 셋째까지 요건을 동시에 충족하면(단, 첫째 중 i), ii), iii)은 그 중 어느 하나만 충족하면 된다) 책임이 면제된다.²⁴⁸⁾ 다만, 侵害主張의 通知가 17 U.S.C. § 512(c)(3)(A)²⁴⁹⁾의 요건을 실질적으로 충족하지 못한 때, 이러한 不適法한 通知는 서비스제공자의 實際 認識이나 推定的 認識을 판단하는데 고려하여서는 안된다.²⁵⁰⁾

게시할 수 있었다. 원고는 상업부동산서비스의 전국적 공급자였는데 자신이 저작권을 가진 300개 이상의 사진들이 피고의 서비스를 이용하던 부동산중개업자에 의하여 피고의 인터넷사이트상에 게시되었음을 들어 피고에 대하여도 저작권에 대한 直接 혹은 寄與責任을 추궁하였다. 법원은 直接侵害 主張에 대하여는 Netcom 事件과 마찬가지로, 직접침해책임을 지우기 위해서는 “침해의 決斷 내지 침해의 惹起 같은 요소”(some element of volition or causation)가 요구되는데 피고에게는 이러한 요소가 결여되었으므로 直接侵害는 인정되지 않는다고 배척하였고, 寄與責任 主張에 대하여는 DMCA상 Service Provider의 개념은 광범위하다고 하여 “피고는 § 512 (c)의 ISP에 해당되지 않는다”는 원고의 주장을 배척하였다. 비록 피고측 담당자가 사진의 게시전에 확인하는 절차를 거쳤더라도 이는 사진이 상업적 인지를 가능할 목적에 불과하고 게시할지 여부는 여전히 이용자의 결단(volition)에 달려있으므로 이러한 사진들은 § 512 (c)에서 지칭하는 “시스템이나 네트워크상에 이용자의 명령으로 저장된 정보의 경우”에 해당한다고 보았다. 다만 결론에 있어서는 피고의 침해행위에 대한 인식(knowledge) 부분에 “事實關係에 관한 다툼”(그 개념에 관하여는 앞서 Netcom 事件 부분 참조)이 존재한다고 하여 양쪽의 summary judgement 신청을 모두 배척하여 결과적으로는 원고가 주장하는 피고의 침해책임을 긍정하지 아니하였다. 이러한 판단은 2004. 6. 21.의 抗訴審 決定 [373 F.3d 544, 2004 WL 1375732 (4th Cir.(Md.)]에서도 동일하게 유지되었다.

246) 위 첫째 요건과 둘째 요건은 후술하는 바와 같이, DMCA 입법이전의 중전 판례법상 寄與責任과 代位責任의 법리와 일응 그 표현이 동일하다. 결국 DMCA의 입법자는 ISP의 책임이 寄與責任뿐만 아니라 代位責任으로 문제될 수도 있음을 염두에 둔 것이다. 이와 反對로 DMCA 입법전까지 미국의 학설상으로는 寄與責任과 달리 代位責任은 ISP와 이용자들의 느슨한 관계상 적용되기 곤란하다는 유력한 주장이 존재하였었다. 대표적으로 David Nimmer, Brains and Other Paraphernalia of the Digital Age, 10 Harv. J. Law and Tec 1, 1996, p. 34 <cyber.law.harvard.edu/metaschool/fisher/ISP/ISP5.html>[2005. 4. 30.]의 “사이버공간에 대위책임을 적용하면, 그 내용을 전혀 모른 상태에서 단지 침해물을 전달한 ISP의 발목을 잡게 될 것이다. 특히 이런 현상은침해물을 재전달한 匿名人까지만 탐지할 수 있는 상황에서는 더 문제가 된다. 이때 직접침해자는 알 수 없고 그 자에 대한 두터운 보상의 길 대신 소송을 제기할 수 있는 유일한 資力을 가진 자는 ISP가 된다. 따라서 ISP에 대한 끊임없는 소송이 일어나 결국 현실공간의 원칙을 맹목적으로 사이버공간에 적용하는 과정에서 네트워크는 질식된다.”는 지적이 있고, 같은 입장으로는 Wendy M. Melone, “CONTRIBUTORY LIABILITY FOR ACCESS PROVIDERS: SOLVING THE CONUNDRUM DIGITALIZATION HAS PLACED ON COPYRIGHT LAWS”, Federal Communications Law Journal, February 1997, pp. 494, 499-501 및 M. David Dobbins, op. cit., p. 230 등.

247) 이 부분을 특히 “Notice and Take Down”규정이라고 부르며, Netcom 법원이 통지를 요구한데서 연혁을 찾을 수 있고, 나아가 아래 등장할 Verizon 사건의 쟁점과 관련된 등 DMCA全般을 통틀어 가장 중요한 부분 중 하나이다.

248) 17 U.S.C. § 512(c)(A)~(C).

249) 이 규정과 관련하여서는 제6장 제3절 2. (2) 2) (A) Verizon 事件의 事實關係 중 脚註 부분 참조.

(4) 검색엔진의 경우

디렉토리, 색인, 인용, 지시점, 혹은 하이퍼텍스트 링크를 포함하여 일체의 정보검색틀 및 그에 유사한 서비스 제공자²⁵¹⁾의 책임을 제한하고 있다. 검색엔진(information location tool)의 경우 個別的인 免責要件은 앞서 “시스템이나 네트워크상에 이용자의 명령으로 저장된 정보”의 경우와 동일하므로 구체적인 설명은 생략한다.

5. 免責의 效果

위에서 본 一般的인 免責要件을 일단 구비한 서비스제공자가, 17 U.S.C. § 512의 (a), (b), (c), (d)에서 그 서비스제공자가 속한 서비스의 기술적 유형에 따라 달리 정한 각 個別的인 免責要件을 아울러 구비하는 경우, 당해 서비스 제공자는, 서비스제공자가 통제하거나 운영하는 (a) 그 시스템이나 네트워크를 통하여(through), 서비스제공자가 정보의 전송, 라우팅, 혹은 접속제공하였음, 또는 (b) 그 시스템이나 네트워크상에 자료를 중개도중 일시적으로 저장하였음, (c) 그 시스템이나 네트워크상에 이용자의 명령으로 저장된 자료가 저작권을 침해하였음, (d) 디렉토리, 색인, 인용, 지시점, 혹은 하이퍼텍스트 링크를 포함하여 일체의 정보검색틀에 의하여 서비스제공자가 이용자에게 침해물이나 침해적 행위를 담고 있는 온라인상 위치를 알려주거나 링크해주었음을, 각각의 이유로 한 著作權侵害爭訟에서 金錢的 救濟(monetary relief)²⁵²⁾ 혹은 § 512(j)에서 정한 것을 제외한 일정한 假處分 혹은 다른 형평법상 救濟(for injunctive or other equitable relief)²⁵³⁾로부터 면책된다.

6. 免責과 관련된 其他 規定들

위에서 본 내용 이외에도 17 U.S.C. § 512에서는 구성원 개인의 행위에 대한 비영리 교육기관의 책임을 더욱 폭넓게 제한해 주는 것을 골격으로 한 조항²⁵⁴⁾, 서비스제공자가 선의로 침해를 막기 위하여 침해물이라고 주장되는 자료로의 접속차단이나 제거를 하였을 때 그것이 나중에 그것이 침해물인지 실제로 판명되었는지에 관계없이 면책을

250) 17 U.S.C. § 512 (c)(3)(B)(i).

251) 아래 “7. (2) 節次的인 問題와 관련된 事例들”에서 설명하는 *Hendrickson v. eBay, Inc.* 事件에서는 인터넷경매서비스업체인 피고 eBay를 17 U.S.C. § 512 (c)에 따라 면책된다고 판단하고 있다. 이에 대하여 17 U.S.C. § 512 (d)가 더 적절하다는 反論은 *Dineen Pashoukos Wasylik, op. cit., p. 710.*

252) 17 U.S.C. § 512(k)(2)의 定義에 따르면, 이는 손해, 비용, 변호사수임료, 그리고 일체의 형태의 금전적 지급을 말한다.

253) § 512(j)에서는 손해배상청구로부터 면책되는 서비스제공자라도 적용을 피할 수 없는 가처분의 범위를 규정하고 있는바, 이는 반대로 서비스제공자는 위 조항에서 정한 가처분을 제외하고는 가처분 등 구제로부터도 면책된다는 의미이다.

254) 17 U.S.C. § 512(e). 이는 대학교수 또는 대학생의 행위나 인식(knowledge)이 비영리 교육기관인 大學이 DMCA에 따른 면책을 받는데 부정적 영향을 미칠 가능성에 방지하기 위하여, § 512(a)나 § 512(b)의 경우에는 대학교수 또는 대학생의 행위나 인식을 서비스제공자 이외의 자로 간주하고, 그 이외의 경우에는 대학교수나 대학원생의 인식을 비영리교육기관의 인식으로 간주하지 아니한다는 내용이다.

부여하는 조항²⁵⁵), 침해자 식별을 위한 情報提出命令에 대한 서비스제공자의 협력의무 조항²⁵⁶), 서비스제공자에게 그 서비스를 모니터링할 의무, 혹은 앞서 표준적인 기술적 조치를 제외하고는 침해행위임을 드러내는 행위를 적극적으로 발견할 의무 등이 없음을 확인하는 조항²⁵⁷), 앞서 17 U.S.C. § 512의 (a), (b), (c), (d)의 각 조항은 독립적으로 적용되므로 서비스제공자가 그 중 한 조항에 해당되지 않는다는 사실이 다른 조항에 대한 해당여부와는 무관함을 확인하는 조항²⁵⁸)이 있다.

7. DMCA의 解釋과 適用事例

(1) 一般的 免責要件 중 침해제거정책의 적절한 수용의무와 관련된 解釋

17 U.S.C. § 512(m)에서 사전에 적극적으로 침해행위를 발견할 의무가 없다고 규정하고 있더라도, 사전에 적극적으로 침해행위를 발견하지 아니한 ISP가 17 U.S.C. § 512에 따른 免責을 부여받기 위해서는 § 512(i)에서 정한 일반적 면책요건을 충족시켜야 하는데 여기에는 陷穽이 있다. 즉 일반적 면책요건을 충족시키기 위하여 ISP는 침해제거정책(“Termination Policy”)을 채택하고 합리적으로 적용(reasonable implementation)하였어야 하는데, 법원이 만일 “합리적으로 적용”하였는지 여부를 판단함에 있어 이를 지나치게 엄격하게 해석하게 되면 사실상 ISP로 하여금 침해행위에 대하여 수시로 감시할 것을 요구하는 것과 같은 결과를 낼 수 있게 되어 사실상 § 512(m)의 규정취지를 空洞化시킬 위험이 있다. 실제로 미국법원의 판례 중에는 그런 태도를 보인 사례도 이미 존재한다.²⁵⁹)

(2) 節次的인 問題와 관련된 事例들

DMCA의 적용과 관련하여 대표적인 사례라고 할 수 있는 Napster事件 등은 이 논문 다른 章에서 상세히 언급하므로, 여기에서는 DMCA의 운용과 관련하여 節次法的인 問題들과 관련한 사례들을 간략히 살피기로 한다.

먼저, 17 U.S.C. § 512 (c)와 (d)에서는 앞서 보았듯이 면책요건의 하나로 “침해행위의 존재 및 성립 여부에 대하여 實際 認識(혹은 推定的 認識)하지 못하였을 것”, “자료

255) 17 U.S.C. § 512(g).

256) 17 U.S.C. § 512(h), 이는 후술하는 Verizon 事件에서 상세히 설명한다.

257) 17 U.S.C. § 512(m).

258) 17 U.S.C. § 512의 (n).

259) 以上은 Jennifer Bretan, “HARBORING DOUBTS ABOUT THE EFFICACY OF 512IMMUNITY UNDER THE DMCA”, 18 Berkeley Tech. L.J. 43, 2003, pp. 51-52. 이 글에서 이러한 판례로 예시하는 것은 위 “2. Service Provider의 概念” 脚註에서 설명한 Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc. 事件이다.

第2節 美國의 DMCA 중 OCILLA

를 統制할 權利 및 能力이 있는 때는 침해행위로 인하여 直接的으로 經濟的 利益을 얻지 않았을 것”을 요구하고 있고, 이러한 요건은 종래 寄與責任이나 代位責任의 요건과 표현상 일치하는 것이다. 그렇다면 종래 寄與責任이나 代位責任이 일단 긍정되는 경우에는 自動적으로 위 17 U.S.C. § 512 (c)와 (d)가 정한 요건은 구비하지 못한 것이 되어 § 512 (a)나 (d)는 몰라도 § 512 (c)와 (d)에 의거한 면책조항(safe harbor)의 혜택은 허용될 수 없는 것이 아닌가라는 당연한 의문이 제기될 수 있다. 이러한 의문에 관하여 최근까지도 美國 判例들의 입장은 다소 혼란스럽게 엇갈리고 있는 상황이다.

Napster판결의 1심에서는 寄與責任의 要件과 면책조항의 免責要件의 기준이 서로 동일선상에 있다고 보아, 寄與責任이 인정되는 이상 면책조항의 면책을 부여받을 여지는 없다고 보았으나,²⁶⁰⁾ 2심 판결은 이러한 판단에 반대하였다. 그 뒤에 벌어진 Aimster 2심판결에서는 “DMCA가 寄與責任의 原則을 폐기한 것은 아니다”라고 간략히 적고 있을 뿐,²⁶¹⁾ 앞서의 문제에 관하여 분명한 언급은 없었다. 다른 연방항소법원의 판단 중에는 寄與責任의 요건으로서의 認識(knowledge)이 인정되었을 경우라도 여전히 피고가 § 512 (c) 등의 면책을 받을 수 있을지 판단하는 것은 조금 상이한 문제라고 판시하고 있는 사례도 있다.²⁶²⁾

앞으로 이 부분에 관하여 분명한 입장정리를 한 미국의 판례가 조만간 등장할 것으로 보인다. 다만 현재까지의 더 유력한 학설상 해석은, DMCA의 위 관련규정의 문구상 표현이 종전부터 내려온 寄與責任, 代位責任 법리와외의 관계상 의문을 낳고 있는 것은 사실이라더라도 만약 DMCA § 512(c)(1)(B) 등에서 정한 “統制할 權利 및 能力” 등을 종전의 代位責任에서의 그것과 동일하다고 해석하게 되면 ISP 면책을 위하여 새롭게 입법된 DMCA의 입법취지가 완전히 몰각되어 부당할 뿐만 아니라²⁶³⁾ 美國의 法院은 이러한 DMCA를 해석함에 있어 면책조항을 그렇게 좁게 해석하지 않고 가급적 피고에게 우호적으로 적용하려는 기본적인 방향을 가지고 있음을 감안해야 한다는 입장²⁶⁴⁾

260) Napster, 114 F.Supp. 2d at 919. 이와 마찬가지로 국내의 일부 論者(김동진, 견해논문, 63-64면)도 17 U.S.C. § 512(c) 혹은 (d)의 규정은 그 요건이 寄與責任 및 代位責任의 반대상황을 규정한 것에 불과하므로, 실질적으로 寄與責任 내지 代位責任의 要件이 이미 성립한 가운데 제512조 (c), (d)항의 면책이 긍정될 가능성은 희박해 보인다는 해석을 하고 있다.

261) Aimster, 334 F.3d 643, 655 (7th Cir. 2003). 다만, Aimster 1審은 DMCA의 위 조항이 정한 요건들이 종래 寄與責任이나 代位責任 같은 2次的 責任의 성립요건과 동일한 것으로 보아 피고에게 2次的 責任이 긍정되는 이상 自動적으로 DMCA의 위 조항에 따른 免責은 주장할 수 없다고 본 입장이라고 解釋하는 學說로는 Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, op. cit., p. 1372 참조.

262) Costar Group Inc. v. Loopnet, Inc., 164 F.Supp.2d 688, 702-03 (D. Md. Sept. 28, 2001) 事件.

263) Charles S. Wright, op. cit., p. 1027. 이 論者의 주장을 요약하자면, 17 U.S.C. § 512 (d)에서 지칭하는 “control”은 “legal control”이 아닌 “actual control”에 국한된다고 해석하여야 종래의 代位責任의 법리와 모순없이 DMCA를 적용할 수 있다는 것이다. 즉, 統制可能性(control)을 ① 代位責任이 부정되는 완전한 통제결여상태, ② 代位責任이 인정되지만 여전히 면책조항의 적용을 받을 수 있는 수준의 통제가 능성, ③ 代位責任이 인정될 뿐만 아니라 § 512(c)(1)(B)의 요건도 충족하는 완전한 통제가능성 등 3가지 단계로 나누어 代位責任에서의 control과 § 512(c)(1)(B)에서의 control을 구별하자는 주장이다.

264) 이 부분 주장은 Peter Katz, op. cit., p. 5.

이다.

아울러, 판례들은 원고가 주장하는 責任要件이 미처 입증되지 않아 판단하기 곤란한 경우라도 피고측은 이미 별도의 免責要件을 구비하고 있다고 판단되는 경우 곧바로 피고를 免責시키는 입장으로 보인다.

가령, *Ellison v. Robertson* 事件²⁶⁵⁾의 1심²⁶⁶⁾과 2심 판결²⁶⁷⁾ 등에서는 피고에게 寄與責任이 인정되는 지에 관하여는 정식재판(Trial)에서 심리를 더 해보아야 할 事實關係에 관한 다툼이 존재함²⁶⁸⁾을 인정하여 당사자의 신청에 따른 약식결정(summary judgement) 단계에서는 판단하기 곤란하다고 유보하였으면서도, 곧바로 피고가 면책조항에 따라 免責될 수 있는지를²⁶⁹⁾ 검토하고 있다. 마찬가지로, *Costar Group Inc. v. Loopnet, Inc.* 事件²⁷⁰⁾에서도 법원은, 원고가 피고의 기여책임이 推定될 만한 주장사실을 먼저 입증한 다음 비로소 피고가 면책조항(safe harbor) 항변을 입증하는 순서로 진행하는 것이 理想的이었으나 면책조항에 의하여 책임이 면제되는 범주는 기여책임이 성립되는 영역에 연하여 위치하고 있는 것은 아니므로 앞서 순서와 달리 쟁점을 결정하는 것이 때로는 법원의 판단을 더 효율적으로 만들어 준다면서 피고 Loopnet이 면책조항의 요건을 구비하였는지를 곧장 판단하였다.

다음으로, 침해를 주장하는 자가 일단 ISP에게 침해정지를 구하면서 함께 통지하여야 할 내용에 관하여 § 512(c)(3)(A)는 “제거되거나 접속을 차단하여야 할 침해결과물의 특정 및 서비스제공자가 그 침해결과물을 찾는데 합리적으로 충분한 정보”를 포함하여 통지하여야 한다고 규정하고 있는데, 그 통지의 내용이 위 조항과 완전히 일치하지 않는 경우에 과연 ISP는 그 통지가 無效라고 보아 침해결과물을 제거하는 조치를 이행하지 않아도 DMCA에 의한 면책을 주장할 수 있을지 문제된다.

265) 이 사건의 事案은 원고가 저술한 短篇들이 피고 Robertson에 의하여 P2P 파일교환시스템인 USENET (이에 대하여 자세히는 앞서 Netcom 판결의 사실관계 중 脚註 참조) 뉴스그룹에 올려졌고 역시 이에 Peer로서 가입되어 있던 다른 공동 피고인 America Online, Inc.의 서버에도 자동적으로 옮겨 저장된 것에 대하여, 원고측이 저작권침해로 주장한 것이다.

266) 189 F.Supp.2d 1051 (C.D.Cal. Mar 13, 2002).

267) 357 F.3d 1072 (9th Cir. 2004).

268) 189 F.Supp.2d at 1058.

269) 1審은 寄與責任에서 AOL의 統制可能性에 대하여 사실심리를 더 해보아야 함을 인정하면서도 곧장 免責要件에 해당한다고 긍정하여 피고 America Online를 위한 summary judgement 신청을 인용하였지만 抗訴審(357 F.3d at 1080)은 피고측이 면책요건 중 § 512(a)에 해당함은 분명하지만 § 512(i)에 정한 이른바 “Termination policy”부분에 관하여 위 寄與責任과 마찬가지로 사실심리를 더 해볼 필요가 있음에도 聯邦地方法院이 피고의 신청대로 summary judgement를 한 것은 부당하다고 原審을 파기하였다. 聯邦抗訴法院이 이렇게 반대결론을 내린 근거는 피고 AOL이 자신의 웹사이트상에 잘못된 E-mail 주소를 공지한 결과 원고가 피고에게 발송한 侵害主張의 通知가 피고에게 제대로 도달될 수 없게 하였기 때문이었다.

270) 164 F.Supp.2d at 699. 그 事案의 상세한 설명은 앞서 “4. 個別的 免責要件 (3) 시스템이나 네트워크상에 이용자의 명령으로 저장된 정보의 경우”의 脚註 참조.

第2節 美國의 DMCA 중 OCILLA

이에 관하여 *ALS Scan, Inc. v. RemarQ Communities, Inc.* 事件의 抗訴審²⁷¹⁾에서는 原審과 달리 사소한 오류가 있는 통지²⁷²⁾라도 이를 수령한 피고가 그 통지에 더잡아 침해결과물인 사진들이 존재하고 있는 사이트를 특정할 수 있었던 경우에는 비록 통지에서 침해대상물인 “사진” 전체를 제시하지 않았더라도 적법한 통지이므로 피고가 면책될 수 없다고 보았다.²⁷³⁾ 반대로 *Hendrickson v. eBay, Inc.* 事件²⁷⁴⁾에서는 피고 eBay가 원고의 侵害主張의 通知를 받고 그 通知가 완전하지 못하다며 원고에게 추가정보를 요구하였을 뿐 스스로 침해물을 찾지는 않은 사안이었는데 법원은 通知의 내용만으로 침해결과물을 확실히 특정하기 곤란한 사정을 중시하여 결국 원고가 피고에게 적법한 통지를 하지 못해 피고에게 침해에 관한 認識이 없다고 판시하면서 결국 피고의 책임을 부정하였다.²⁷⁵⁾ 결국 이 두 관례만으로는, 侵害主張의 通知에 침부하는 내용으로 피고회사 스스로 침해결과물을 찾을 수 있으면 통지가 다소 불완전하더라도 이에 따르지 아니한 ISP는 DMCA에 따른 면책을 주장하지 못하고 반대로 통지의 내용만으로는 ISP 스스로가 침해결과물을 찾을 수 없는 수준이라면 그 통지는 무효이고 ISP가 면책을 주장할 수 있다는 점을 알 수 있을 뿐인바, 이는 이미 DMCA가 예정하고 있던 원

271) 239 F.3d 619 (4th Cir. 2001).

272) 이 사건 피고인 RemarQ이 그 가입자들에게 접속을 제공하고 있는 뉴스그룹은 약 3만개였는데, 그 중 2개가 원고 ALS Scan의 이름을 그대로 차용한 뉴스그룹명칭을 사용하며 원고의 저작권을 침해한 수백의 게시물을 포함하고 있었다. 이에 원고는 피고에게 侵害主張의 通知를 함에 있어 위 2개 뉴스그룹의 명칭과 사이트주소만을 지적하면서 피고에게 제거를 요구하였지만 피고는 보다 구체적인 특정을 요구하였다. 이를 거부하여 원고가 소송에 이르자, 原審은 원고가 DMCA § 512(c)(3)(A)에서 정한 통지의 요건을 구비하지 못하였다고 보아 피고승소의 略式決定(summary judgement)을 내렸다. 하지만, 聯邦抗訴法院은 원고가 피고에게 제공한 정보가 “특정한 2개의 사이트가 오로지 원고저작권을 침해할 목적으로 생겨난 것이고 실제 거의 모든 게시물이 원고의 저작권있는 사진의 복제물이며 피고로서는 위 사이트주소에서 원고소속의 모델과 원고의 저작권정보를 얻을 수 있음”을 담고 있는 이상 DMCA에서 정한 통지의 요건을 구비하였다고 판단하여 原審의 이 부분 결정을 번복하였다. 다만, 결론에서 위 2개의 사이트가 오로지 원고저작권을 침해할 목적에 의한 것인지는 원심에서 더 심리할 필요가 있다고 판단하여 원심으로 환송시킴으로써 결국 원고승소의 略式決定을 거부한 原審의 결론부분은 승인하였다.

273) 이러한 수준의 통지만으로도 DMCA가 정한대로 적절히 침해대상물을 특정하였다고 聯邦抗訴法院이 판단한 것은 ISP에게 지나친 부담을 준 것이라는 입장에는 Jennifer Bretan, op. cit., p. 55.

274) 165 F.Supp.2d 1082, C.D.Cal., 2001. 원고는 Charles Manson의 생애를 다룬 다큐멘타리의 저작권자인데, 피고 eBay의 인터넷경매를 통하여 원고 다큐멘타리의 불법복제 DVD가 유통되고 있다는 점을 들어 피고에게 2次的 責任을 추궁하는 소를 제기하였다. 소제기전 피고는 원고의 침해통지를 접수한 다음 원고에게 DMCA에 따른 정식의 “侵害主張의 通知”를 이행할 것, 피고가 마련한 “Verified Rights Owner”(VeRO) 프로그램을 이용할 것을 요구하였지만 원고는 이를 이행하지 않았다. 이러한 사안에 대하여 법원은 모든 상황마다 저작권자가 eBay상의 상품경매번호(auction number)를 특정해 알릴 필요는 없지만, 이 사건에서는 eBay상의 경매를 통하여 침해물이 경매되고 있었다는 비침해물인 眞品 DVD 역시 eBay에서 경매되고 있었으므로 eBay가 원고의 통지에 따라 침해물 경매를 막기 위해서는 상품경매번호를 원고가 피고에게 통지할 필요가 있다고 보았다. 따라서 원고가 피고에 대한 침해통지 시 침해혐의자 4인의 ID를 알린 것만으로는 17 U.S.C. § 512에서 정해진 적법한 侵害主張의 通知로 보기에 부족하다고 하여 “피고가 侵害主張의 通知에 따른 조치를 이행하지 않아 면책혜택을 받을 수 없다”는 요지의 원고주장을 배척하였다.

275) 또한, 代位責任에 있어 統制可能性과 관련하여서는, 피고가 자발적으로 모니터링을 실시한 사실을 피고에게 불리한 판단요소로 삼아 피고에게 침해행위에 대한 統制可能性이 있는 것으로 간주할 수는 없다는 입장을 취하였다. 이 사건에서 법원은 피고 eBay가 17 U.S.C. § 512 (c)에 해당한다고 보아 그에 따른 免責을 부여하였고, 따라서 검색엔진에 대한 면책규정인 17 U.S.C. § 512 (d)에 해당한다는 피고측의 항변은 판단되지 않았다.

론적인 수준에 불과하여 현재까지 판례를 통하여 더 자세히 확립된 기준은 없다고 보인다.

第3節 EU, 獨逸과 日本의 立法

1. EU의 立法

(1) 序說

ISP의 책임제한과 관련하여 유럽연합(EU)이 최초로 취한 두드러진 행보는 1997년 7월경 獨逸의 Bonn에서 “글로벌 정보 네트워크; 꿈의 현실화(Global Information Networks: Realising the Potential)”라는 주제로 개최된 “유럽長官會議 宣言(The Ministerial Declaration)”²⁷⁶⁾ 혹은 약칭하여 “Bonn 宣言”이라고 할 수 있다. 이러한 Bonn 宣言의 내용을 살펴보면 대부분 추상적인 원칙을 확인하는 데 그쳤지만,²⁷⁷⁾ 주목되는 부분은 첫째 접속제공자(access provider)는 책임을 면제받는 것이 기본적인 원칙이라는 점, 둘째 정보를 호스팅하는 ISP에게 사전통제의무(prior control), 즉 常時的 모니터링 의무가 존재하지 않는다는 점을 분명히 선언하고 있다는 점이다. 이러한 점들은 이후 美國에서 입법된 DMCA 등 세계 각국의 立法과 學說에서 줄곧 공통적으로 의견이 일치하는 부분이다.²⁷⁸⁾

Bonn 宣言 이후 EU 차원에서 저작권침해에 대한 ISP의 책임문제를 해결하기 위해 노력한 결실은 두 개의 EU지침에서 찾을 수 있다. 그 하나는 “정보화사회에서의 저작

276) 全文은 <europa.eu.int/ISPO/bonn/Min_declaration/i_finalen.html>[2004. 8. 3].

277) 이때의 유럽장관회의에는 獨逸을 비롯하여 EU의 각국은 물론, 널리 美國, 캐나다, 日本 등의 대표까지 참관인 자격으로 참가하였고, 위 선언중 제41조에서 “행위자의 책임(Responsibility of the actors)”이라는 제하에 “장관들은 콘텐츠의 생산에서 이용에 이르는 과정에 연관된 다양한 행위자들의 책임을 관계 법령에 의해 명확히 定義하는 것이 중요함을 이해한다. 장관들은 콘텐츠를 제작하고 위치시키는 자의 책임과 그것을 매개하는 자의 책임을 명확히 구별하는 것이 필요함을 인정한다.”라고 정하고, 제42조에서는 “장관들은 콘텐츠에 대한 책임 관련 규정은 공평한 경쟁의 장이 마련될 수 있도록, 보편적인 원칙으로 이루어져야 함을 주목한다. 따라서 네트워크 운영자와 접속제공자 같은 매개자들은 원칙적으로 콘텐츠에 대하여 책임이 없다. 이 원칙은 네트워크 운영자와 접속제공자 같은 매개자들이 부당하고, 부적절하거나 차별적인 규정에 종속되지 않는 방향으로 적용되어야 한다. 어떤 경우라도, 제3자 콘텐츠의 호스팅 서비스는 그 서비스제공자가 불법적이라고 믿을 만한 이유가 없는 콘텐츠에 대한 사전통제를 행하도록 요구받아서 안된다. 그러한 매개자가 알 만한 합리적인 이유가 있는지, 콘텐츠를 통제할 합리적인 가능성이 있는지에 관하여는 정당한 근거가 있어야 한다.”라고 규정하고, 제43조에서는 “장관들은 책임에 관한 규정들이 표현의 자유 원칙 및 私的利益을 실현할 수 있어야 하고 행위자들에게 부적절한 부담을 부과하여서는 안됨을 이해하고 있다.”라고 각 정하고 있다.

278) 다만 이례적으로 1999년 현재 스웨덴의 경우만은 Host Service Provider에게 적극적인 모니터링 의무를 부과하고 있다고 한다. Ulrich Sieber, “RESPONSIBILITY OF INTERNET PROVIDERS - A COMPARATIVE LEGAL STUDY WITH RECOMMENDATION FOR FUTURE LEGAL POLICY”, Computer Law & Security Report, vol. 15, 1999. <www.jura.uni-muenchen.de/einrichtungen/l/sieber/article/article_online_english.htm>[2004. 9. 10.] 아울러 위 사이트에서는 독일원어 논문 (“VERANTWORTLICHKEIT IM INTERNET - TECHNISCHE KONTROLLM?LICHKEITEN UND MULTIMEDIARECHTLICHE REGELUNGEN”, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM), vol. 3, 1999)도 아울러 다운로드 가능함.

第3節 EU, 獨逸과 日本의 立法

권 및 저작권접권의 특정분야를 통일하기 위한 지침²⁷⁹⁾ [略稱으로 정보화사회지침 (Information Society Directive)] 이고, 다른 하나는 “역내시장에서의 전자상거래를 포함한 정보화사회서비스의 특정분야에 대한 지침” [略稱으로 전자상거래지침 (E-Commerce Directive)] 이라고 함²⁸⁰⁾이다.

(2) 정보화사회지침

정보화사회지침은 EU의 회원국들로 하여금 1996년 WIPO의 저작권조약 및 실연음반조약을 회원국들의 자국법으로 수용하게 하고, 그 과정에서 회원국간의 법적규제의 통일을 기하기 위함이다. 동 지침은 저작권자뿐만 아니라 저작권접권자에게도 복제권을 인정하고 있으며, 어떤 형태나 어떤 방법으로든 복제행위는 그것이 영구적이 아니라 일시적인 것일지라도 금지하고 있다.²⁸¹⁾ 다만 일시적 복제라도 그것이 잠정적이며 기술적 과정의 불가피한 부분이고, 오로지 해당 저작물의 적법한 이용을 위하여나 중개자(intermediary)에 의한 제3자들간의 네트워크상 전송을위한 것으로 독자적인 경제적 가치가 없을 때는 복제권침해로 보지 아니한다.²⁸²⁾

정보화사회 지침에서 ISP의 책임과 관련하여 가장 중요한 규율은 동 지침의 前文 (whereas) 27조에서 정한 公衆傳達權에 대한 제한이다. 이에 따르면, 단순히 傳達를 가능하게 하거나 수행하기 위한 물리적 설비를 제공하는 행위는 본 지침이 가리키는 傳達(communication)이 아니라고 정하고 있다.

이처럼, 정보화사회지침도 특히 복제권과 공중전달권 혹은 전송권의 범위를 제한하고 있다는 점에서 ISP의 책임과 어느 정도 관련이 있는 것은 사실이지만, 특별히 ISP의 책임을 제한하기 위한 명시규정을 둔 것은 아니다. 따라서 이 논문에서 더 중요한 EU지침은 아래의 전자상거래지침이다.

(3) 전자상거래지침

1) 개요

EU에서 ISP의 책임제한에 관한 입법화노력은 2000년 이른바 전자상거래지침을 정하는 것으로 결실을 맺었다. 전자상거래지침은 제2장 제4절²⁸³⁾의 제12조부터 제15조까

279) Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. <europa.eu.int/information_society/topics/multi/digital_rights/doc/directive_copyright_en.pdf>[2005. 1. 14.].

280) Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market. 全文은 <europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=32000L0031&model=guichett>[2004. 9. 20.].

281) 以上은 information society directive Article 2.

282) 以上은 information society directive Article 5. clause 1.

지 ISP의 책임과 관련한 규정을 두어 ISP의 손해배상책임과 형사적 책임을 면제하기 위한 요건을 정하고 있다.

전자상거래지침은 서비스제공자(service provider)를 “정보화사회서비스(information society services)²⁸⁴⁾를 제공하는 일체의 自然人 혹은 法人”이라고 정의²⁸⁵⁾하여 위 지침에 포섭되는 ISP의 범위를 지극히 넓게 잡고 있으며, 책임을 제한하는 ISP의 서비스유형을 “단순한 導管역할”(Mere conduit)²⁸⁶⁾, 캐싱(Caching)²⁸⁷⁾ 및 호스팅(Hosting)²⁸⁸⁾으로 나누어 규정하고 있다. 덧붙여, ISP에게 일반적인 모니터링의 의무가 없음을 확인하고 있다.²⁸⁹⁾

ISP의 技術類型에 의거한 구분방식은 DMCA와 유사하고, 더구나 구체적인 표현들은 사실 DMCA와 거의 동일하다. 더구나 면책요건이 충족되는 경우, ISP는 경우에 따라서 침해금지 청구에 당할 수 있을 뿐이라는 효과면²⁹⁰⁾에서도 DMCA의 그것과 상당히 유사하다. 하지만, 다음 세 가지 면에서 전자상거래지침은 DMCA와 차이가 있다.

첫째 위 지침은 ISP의 링킹(linking)에 대하여는 ISP의 책임을 면제하기 위한 규정을 두고 있지 않다. 전자상거래지침 대로라면, 예컨대 ISP가 저작권침해결과의 제공자가 아니고 링킹하였을 뿐인 대상이 타인의 저작권을 침해하고 있다는 사실을 알지 못하는 경우에도, 지침의 해석여하에 따라서는 ISP가 책임을 부담할 가능성이 있게 된다.²⁹¹⁾

둘째, DMCA와 달리 저작권 같은 특정한 권리침해에 국한하지 않고, 獨逸의 온라인

283) CHAPTER II Section 4: Liability of intermediary service providers.

284) CHAPTER I Article 2 (a)에서 그 개념을 “98/48/EC 지침에 의해 수정된 98/34/EC 지침 제1조(2)에서 말하는 서비스”라고 정의하고 있는데, 여기서 98/34/EC 지침이란 “Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations”을, 98/48/EC 지침이란 “Directive 98/48/EC of the European Parliament and of the Council of 20 July 1998 amending Directive 98/34/EC laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations”을 가리킨다. 위 지침 제1조(2) 전반부에서는 앞서 “서비스”의 개념에 관하여 “정보화사회서비스, 즉 서비스수신자의 개별적인 요구에 따라, 隔地間에 電子의 方法에 의한 보상 수단으로 통상 제공되는 서비스”라고 定義하고 있다. 여기서 다시 “隔地間에”란 “당사자들이 동시에 존재하지 아니한 상태로 제공되는 서비스”를 가리키며, “電子의 方法에 의한”이란 “당해 서비스가 디지털 압축을 포함한 프로세싱 및 데이터저장을 위한 전자적 장비를 이용하여 발신되고 그 목적지에서 수신되었고, 전체적으로 유선, 무선, 광학수단 혹은 여타 전자자기네트 수단에 의하여 전송되고 이동되고 수신된 경우”를 가리키며, “서비스수신자의 개별적인 요구에 따라”란 당해 서비스가 개인의 요구에 의거한 데이터 전송을 통하여 제공되는 경우“를 말한다. 다만 위 지침은 라디오방송, 일정한 텔레비전방송에는 적용되지 않는다(以上은 위 지침 제1조(2) 후반부).

285) CHAPTER I Article 2 (b).

286) CHAPTER II Section 4 Article 12.

287) CHAPTER II Section 4 Article 13.

288) CHAPTER II Section 4 Article 14.

289) CHAPTER II Section 4 Article 15.

290) 동 지침의 前文(wheras) 제45조에서는 전자상거래지침에 의한 서비스제공자의 책임제한은 다양한 침해금지청구권의 행사에는 아무런 영향을 미치지 않는다는 점을 명확히 하고 있다.

291) 따라서 입법론적으로 ISP를 보호하기 위해 전자상거래지침에서도 상응하는 면책규정을 추가하는 것이 타당하게 보인다는 견해로는 안효질, “P2P環境하에서의 著作權侵害責任”, 51면.

第3節 EU, 獨逸과 日本의 立法

서비스법의 경우²⁹²⁾와 마찬가지로 명예훼손행위, 즉 인격권 침해 등을 비롯한 각종 온라인상 권리침해 전반에 관하여 지침이 적용될 수 있도록 하고 있다.

셋째, DMCA가 인정하는 教育機關에 대한 예외규정이 존재하지 아니하고, 아울러 ISP의 네트워크상에 존재하는 저작권침해물에 대한 저작권측의 侵害主張의 通知 및 이에 따른 ISP의 침해물제거절차에 관한 규정이 유럽 전체 차원에서는 따로 정하여져 있지 않다.

2) 책임제한의 구체적 내용

먼저, 제12조(Mere Conduit) 제1항에 의하여, 서비스이용자에 의해 제공된 정보의 통신네트워크상의 전송 또는 통신 네트워크에의 접속제공으로 구성되는 서비스가 제공되는 경우, 그 서비스제공자는 다음 조건을 모두 충족시킨 경우 단순한 導管(Mere Conduit)으로서, 책임이 없다.

- ① 서비스제공자가 그 전송을 최초로 시작하지 않을 것.
- ② 서비스제공자가 전송되는 정보의 수신자를 선택하지 않았을 것.
- ③ 서비스제공자가 그 전송되는 정보를 선택하거나 수정하지 않았을 것.

아울러 같은 조 2항에서는 “제1항에서 해당되는 전송 및 접속제공 행위는, 전송된 정보의 저장이 통신네트워크에서 전송을 수행하기 위한 유일한 목적으로 발생한 것이고, 그리고 그 정보가 전송에 합리적으로 필요한 기간 이상 저장되지 않은 경우에는, 전송된 정보의 자동적·매개적 및 순간적 저장을 포함한다.”고 정한다.

다음, 제13조는 캐싱(caching)에 있어 면책요건에 대하여 정하고 있으며, 정보에 변형을 가하지 않고 당해 정보의 접속에 원래의 정보소유자가 부과한 조건, 가령 로그인, 이용료지급 등과 같은 조건에 동일하게 따라야 하며, 서비스제공자는 그 정보의 업데이트에 관한 산업표준을 따라야 하고, 정보의 권리자가 이용자들의 정보이용에 관한 데이터를 얻을 수 있도록 서비스제공자가 허락해야 한다. 아울러 제13조는 i) 당해 전송의 최초 소스에 대한 정보가 통신네트워크에서 삭제되었거나, ii) 당해 정보에 대한 접속이 차단되었거나, iii) 관할행정관청이 제거나 차단을 명한 경우, 이러한 i) 내지 iii)의 사실을 서비스제공자가 인식하였을 때 서비스제공자가 즉시 그 정보를 제거하거나 그 정보에 대한 접속을 차단한 경우 책임을 면제하고 있다.

제14조는 호스팅(Hosting)의 경우를 정하고 있는바, 그 중 제1항은 호스팅 서비스제공자가 이용자의 침해행위를 實際 認識(actual knowledge)하였거나 침해행위가 이루어지고 있다고 볼 만한 사실이나 정황을 알고 있었을 때 책임을 부담하지만, 침해행위에 관한 인식이 있거나 그렇게 볼 만한 사실이나 정황을 알고 있었더라도, 그것을 제거하

292) 일본의 '特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及発信者情報の開示に関する法律'이라는 특별법도와 마찬가지로이다.

거나 그에 대한 접속을 방지하기 위하여 신속히 행동하였을 때에는 책임이 면제된다. 아울러 제2항에서는 서비스이용자가 서비스제공자의 통제나 권한 아래서 침해행위를 한 때는 위와 같은 면책이 적용되지 않는다고 정한다.

끝으로 제15조(No general obligation to monitor)에서는 서비스제공자에게 제3자가 제공하는 콘텐츠에 대하여 상시 감시하여야 할 일반적인 의무는 없음을 확인하고 있다.

이상의 각 규정을 살펴보면, 앞서 차이점에서 언급하였듯이 DMCA에 존재하는 일부 규정이 존재하지 않는 것을 제외하면, EU 전자상거래지침은 전반적으로 美國의 DMCA의 규정에서 상당한 영향을 받은 것임을 알 수 있다.²⁹³⁾

2. 獨逸의 立法

(1) 온라인서비스법의 成立經緯 및 內容

1) 1997년 온라인서비스법의 성립경위

獨逸에서는 1997. 7. 22. 연방정보통신서비스법²⁹⁴⁾을 발효시켰는데, 그 중 제1장인 온라인서비스법(Teledienstegesetz, TDG)에서 ISP의 책임제한요건에 관하여 규정하고 있다.

온라인서비스법은 미국 DMCA보다 시기적으로 오히려 앞서 전세계적으로 볼 때 최초의 입법 중에 속한다고 볼 수 있는 것으로, 그 특징은 DMCA와 달리 세세한 규율보다 抽象的 一般規定 몇 개만의 단출한 방식을 취하고 있는 점, 저작권법 등 특정한 권리침해에 대한 면책에 국한하지 아니하고 명예훼손행위 등 權利一般의 侵害에 대한 免責을 피한 統合免責法의 형태를 취하였다는 점 등이다. 1997년 온라인서비스법 제5조의 내용²⁹⁵⁾은 아래와 같다.

“第1項 서비스제공자는 자신이 이용가능하게 한 자신의 콘텐츠에 대하여는 일반법에 따라 책임을 진다.

第2項 서비스제공자는 제3자가 이용가능하게 한 제3자의 콘텐츠에 대하여는, 서비

293) DMCA와 유럽 전자상거래지침을 상세히 비교한 글로는 Kamiel Koelman & Bernt Hugenholtz, op. cit. 중 Section 6을 참조할 것.

294) Informations-und Kommunikationsdienste-Gesetz, 줄여서 IuKDG. 연방정보통신서비스법은 정보통신 기술의 발달에 따른 법적 괴리를 제거하는 데 그 입법목적이 있으며, 이 법의 3개의 장(Artikel)에 각각 완전히 별개의 3개 법률이 포함된 형태로 입법되었다. 그것들은 서비스제공자의 책임과 면책요건을 규정한 온라인서비스법, 정보통신상 수집된 개인정보의 남용을 막기 위한 통신서비스정보보호법(Teledienstedatenschutzgesetz, TDDSG), 디지털서명의 법적 근거에 관한 디지털서명법(Gesetz zur digitalen Signatur, SigG)이었다.

295) § 5(Verantwortlichkeit)의 全文은 <www.kanzlei.de/iukdg_1.htm>[2000. 9. 12.].

第3節 EU, 獨逸과 日本의 立法

스제공자가 이를 인식하였고 그 콘텐츠의 이용을 차단하는 것이 기술적으로 가능하고 합리적으로 기대할 수 있지 않는 한, 책임이 없다.

第3項 서비스제공자는 자신이 접속만을 제공한 제3자의 콘텐츠에 대하여는 책임이 없다. 이용자의 요구에 의한 자동적이고 일시적인 제3자 콘텐츠의 저장은, 접속의 제공으로 간주된다.

第4項 일반법에 따라 불법 콘텐츠의 이용을 차단할 의무는, 만일 서비스제공자가 전기통신법(Telekommunikationsgesetz) 제85조에 따라 통신비밀을 유지하면서도 당해 콘텐츠를 인식하였고 차단이 기술적으로 용이하고, 합리적으로 기대할 수 있는 한, 영향을 받지 않는다.”

2) 1997년 온라인서비스법에 대한 해석

제1항은 소위 content provider의 경우를, 제2항은 호스팅(hosting) 기능을 수행하는 경우를,²⁹⁶⁾ 제3항은 소위 access provider의 경우를 규율하고 있는 것이다. 온라인서비스법 제5조의 각항의 규정들의 적용여부를 판단함에 있어서는 원칙적으로 그 서비스제공자의 의사나 의도는 아무런 역할을 하지 않는다.²⁹⁷⁾ 이러한 점은 아래의 개정 온라인서비스법에서도 마찬가지이다.²⁹⁸⁾ 이렇게 입법자가 단지 技術的 特性에 의하여 각 규정들의 적용범위를 결정하였다는 것은 분명한 오류로 보아야 한다는 견해도 있다.²⁹⁹⁾

앞서 DMCA가 저작권법에 부수한 규정으로 입법되어 저작권침해에 대한 면책규정이 자명함에 반하여, 獨逸 온라인서비스법 제5조는 지극히 추상적인 규정 몇 개만을 독립한 입법형식으로 제정한 결과 애초부터 저작권법상의 불법행위에 대해서 과연 적용될 수 있는 지에 대해서도 많은 논란이 있었다.³⁰⁰⁾

296) 연방정부 입법이유서(BT-Drucksache 13/7385, S. 20.)에서는 불과 몇 시간 동안의 임시저장만을 예상하고 있다(박희영, “독일의 전자적 정보통신서비스법과 ISP의 형사책임에 관한 연구”, 법학연구 제44권 제1호, 부산대학교, 2003. 12, 268면에서 再引用).

297) 이러한 설명으로는 안효질, “P2P環境하에서의 著作權侵害責任”, 74면 참조.

298) Reber/Schorr, ZUM 2001, 672, 678. [김병일, “독일 연방 온라인서비스법(TDG)에서의 온라인서비스제공자의 책임 및 제한”, 서울대학교 기술과법센터 2004-제4회 워크샵(「Internet Service Provider의 책임」) 발표문, 2004. 5. 22, 122면에서 再引用].

299) 안효질, “P2P環境하에서의 著作權侵害責任”, 74면, 김병일, 전제논문, 123면 등은 인터넷이용의 현실에서는 항상 새로운 서비스방법이 창출되고 있는데, 법률이 단지 技術的인 특성에 의해서만 서비스제공자의 책임요건을 정하고 있다면, 이는 장래의 온라인서비스 및 그 기술의 발전현실을 충분히 반영할 수 없게 될 것이며, 온라인기술이 발전에 따라 법의 홈결은 더욱 명백해지고 커질 것이라는 취지이다. 법의 다른 규제영역에서라면 이러한 지적은 극히 타당할 수 있는 지적이지만, ISP 책임제한규정은 免責이라는 법적 효과를 확실히 부여하여 ISP로 하여금 법적불안 없이 안정적으로 서비스를 공급하게 하고자 하는 극히 政策的인 차원에서 거론되는 것임을 염두에 둘 때, ISP가 속한 技術的 特性에 따라 보다 분명한 법적 효과를 부여하지 아니하고 추상적인 규정을 두는 것은 부당하다고 본다. 아울러 추가적인 비판은 아래 脚註 참조.

300) 독일의 온라인서비스법은 美國 DMCA와 같이 기술유형에 따른 구체적인 입법형식을 취하는 대신 극

第3章 인터넷서비스제공자의 責任을 制限한 새로운 立法들

우선 立法經緯上 입법자는 온라인서비스법 제5조의 적용범위를 저작권법의 영역에 대해서는 전혀 확장시키려고 하지 않았다고 하는 主張이 있었다. 그러나 연방정보통신 서비스(IuKDG)의 입법이유서에는 민사 및 형사책임 전체에 대하여 적용하여야 한다고 언급하고 있다. 입법자가 저작권법영역을 동법의 적용으로부터 배제하려고 한 어떠한 근거도 입법이유서에서는 발견할 수 없다.³⁰¹⁾

다음으로 舊 온라인서비스법 제5조의 규정과 거의 같은 내용을 담고 있는 “대중매체 서비스에 관한 州間條約”(Mediendienstaatsvertrag: MD StV, 이하 “대중매체서비스조약”이라 한다)과의 관계, 나아가 獨逸 憲法の 규정을 들어 온라인서비스법 제5조가 저작권법의 영역에 대해서는 확장되지 않는다는 주장이 있었는데 그 논거는 다음과 같았다. 온라인서비스법이 적용되기 위해서는 서비스제공자의 행위가 온라인서비스(Teledienst)에 해당되어야 하는데, 이처럼 온라인서비스법은 주로 이용자들이 개별적으로 이용하는 일반적인 정보제공을 규율할 목적으로 제정된 것이다(동법 제2조). 온라인서비스와 성격을 함께 하지만, 국민대중의 여론형성에 영향을 미치는 대중매체서비스에 대해서는 대중매체서비스조약이 적용되며, 대중매체서비스조약(MDStV)은 일방적인 정보전달 또는 주문의 형태로 제공되어지는 전자언론매체에 대해서 적용됨을 그 목표로 하고 있다(동 조약 제2조). 그런데, 대중매체서비스조약은 獨逸의 각주들이 모여서 체결한 조약이며, 따라서 이는 연방법이 아니라 州法에 불과하다. 독일헌법 제73조 제9호에 따르면, 저작권법에 대해서는 獨逸聯邦만이 立法權을 갖고 있다. 결국 온라인서비스와 대중매체서비스는 그 속성이 동일한 서비스인데, 後者인 대중매체서비스에 관한 立法이 州法에 불과하여 獨逸聯邦憲法에 따라 저작권법 영역에는 적용될 수 없는 성질의 것이라면, 그와 마찬가지로 온라인서비스에 관한 立法도 저작권법 영역에는 적용될 수 없다는 것이다.³⁰²⁾

그러나 온라인서비스법과 대중매체서비스조약의 관계를 위와 같이 보아 온라인서비스법이 저작권법 분야에 적용되지 않는다고 해석하는 것은 부당하다는 입장이 현재의 통설이다. 즉 통설적인 설명에 따르면, 온라인서비스법 제5조나 대중매체서비스조약 제5조나 모두 一般的인 不法行爲責任에 대하여 규정하고 있는 것이며, 따라서 이는 독일헌법 제74조 제1항 제1호에 의하여 聯邦과 州가 각각 競合하여 立法權을 갖고 있는 분야로 결코 독일헌법 제73조 제9호의 연방의 입법권한에 속하지는 않는다. 이렇게 경합

히 추상적인 일반규정 몇 개만을 정하는 입법형식을 취한 결과, 온라인서비스제공자 보호라는 당초의 법취지가 무색하게 과연 저작권침해의 경우에도 적용될 수 있는지 자체부터 모호하였다. 그 결과 추상적인 규정의 해석을 둘러싸고 아래에서 설명하듯이 혼란스럽기까지 한 논쟁이 있어 왔다. 이러한 사실은 逆說의으로 ISP의 책임제한이라는 영역에 있어서는 왜 종래의 다른 법영역과 달리, 규제하고자 하는 대상의 技術的 特性을 입법자가 분명히 이해한 바탕위에서 가급적 DMCA와 같은 구체적인 내용을 담은 입법을 행할 필요가 있는 것인지를 잘 보여주는 예라고 본다.

301) BR-Dr. 966/96, S.22. (김병일, 전계논문, 111면에서 再引用).

302) 以上은 안효질, “P2P環境하에서의 著作權侵害責任”, 60-61면 참조.

第3節 EU, 獨逸과 日本의 立法

하여 입법권을 갖는 영역에서 聯邦은 유독 개별적으로 이용가능한 온라인서비스의 영역에 관한 법률을 제정하였을 뿐, 일반공중에 대한 대중매체서비스의 영역에서는 법률을 제정하지 않았는데, 州들이 後者의 영역에 입법권한을 행사하여 체결한 것이 대중매체서비스조약이라는 것이다.³⁰³⁾ 이렇게 본다면 결국 온라인서비스법 제5조나 대중매체서비스조약 제5조나 모두 一般的인 不法行爲責任의 한 유형에 불과한 저작권침해에 대해서 적용된다고 보게 된다.

3) 2001년 개정 온라인서비스법의 적용범위

이후 獨逸에서는 EU의 전자상거래지침을 국내입법하기 위한 절차를 진행하였으며, 그 결과로서 나온 것이 2001년 12월 14일 제정된(2001년 12월 21일부터 시행) 전자상거래법³⁰⁴⁾인데, 동법은 온라인서비스법(TDG), 민사소송법 및 온라인개인정보보호법(Gesetz über den Datenschutz bei Telediensten(TDDSG))의 개정을 포함하고 있다. 앞서, 舊 온라인서비스법뿐만 아니라 2001년 개정 온라인서비스법 제8조이하의 규정도 인터넷서비스제공자의 저작권침해책임에 대해서 적용된다는 점에 異論이 없다.³⁰⁵⁾

개정 온라인서비스법은 제3조 제1호에서 온라인서비스제공자란 자신 또는 타인의 온라인서비스를 이용할 수 있도록 제공하거나 그 이용에 대한 접속수단을 제공하는 모든 自然人 또는 법인을 말한다고 定義하여, 舊 온라인서비스법의 定義를 거의 그대로 수용하고 있다. 따라서 동 개정법 제8조 이하의 책임규정은 비영리목적의 온라인서비스제공자에 대해서도 적용된다.

Napster 또는 이에 유사한 서비스는 어떤 내용물을 편집하여 제공함으로써 국민대중의 여론형성에 영향을 미치는 대중매체서비스는 아니므로, 대중매체서비스조약의 적용범위에 속하지는 않는다. 아울러 Napster와 같은 서비스가 개정 온라인서비스법 제2조 제4항 제1호에 의하여 온라인서비스법의 적용범위에서 배제되는 독일 전기통신법(Telekommunikationsgesetz) 제3조 소정의 전기통신사업에 해당한다고도 보기 어려우므로 결국 Napster 또는 이에 유사한 서비스와 같이 하나 또는 여러 개의 서버를 이용하는 파일공유시스템의 경우에는 그 서비스는 개정 온라인서비스법 제2조의 온라인서

303) Freytag, Haftung im Netz, S.32f., 36; Freytag, Urheberrechtliche Haftung im Netz, ZUM 1999, 185, 186f.; Sieber, Die rechtliche Verantwortlichkeit im Internet. Ziele und Auslegung von §5 TDG und §5 MDSStV, MMR- Beilage 2/1999, 1, 4; 반대: Manz, Die Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet nach deutschem und amerikanischem Recht, S.122. 그는 연방은 이미 대중매체서비스조약의 체결 이전에 민사책임에 대하여 포괄적이고도 완전한 규정을 두고 있기 때문에, 각 州는 더 이상 이에 대하여 입법권한이 없다고 한다(以上은 안효질, "P2P環境하에서의 著作權侵害責任", 62면에서 再引用).

304) Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr(Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz(EGG)) vom 14. Dezember 2001, BGBl. I 2001, 3721, 그 全文은 <217.160.60.235/BGBl/bgb11f/b101070f.pdf>[2004. 10. 5.]에서 볼 수 있다.

305) 김병일, 전계논문, 111면 참조.

비스에 포함된다는 해석이 있다.³⁰⁶⁾

4) 2001년 개정 온라인서비스법의 내용

개정 온라인서비스법 제8조 내지 제12조는 원칙적으로 구법 제5조에 상응하는 것으로, 전자상거래지침 제12조 내지 제15조를 국내입법화하여 전자적 통신의 매개자의 책임제한을 규정하고 있다.³⁰⁷⁾

먼저 제8조 제1항은, 서비스제공자는 이용에 제공한 스스로의 정보에 관하여 일반법률에 따른 책임을 부담한다고 정한다.³⁰⁸⁾ 이는 소위 content provider와 같이 자기가 공급한 정보에 대한 자기책임의 원칙을 명확히 한 것이다. 여기서 정보(Information)는 구법의 “콘텐츠(Inhalt)”라는 표현을 대체한 것으로,³⁰⁹⁾ 자신이 스스로 제작한 정보뿐만 아니라 원래 제3자의 것을 자신의 것으로 공급하는 경우도 포함된다.³¹⁰⁾

다음으로, 서비스제공자는 제9조 내지 제11조의 의미에서 자신에 의해 전송되거나 저장된 정보를 감시하거나 위법여부에 대하여 조사할 의무가 없다(동법 제8조 제2항 전단). 이는 전자상거래지침 제15조 제1항³¹¹⁾을 수용한 것으로, 서비스제공자에게 監視義務(Uberwachungspflicht)와 調査義務(Nachforschungspflicht)가 없음을 규정한 것이다. 일반법률상 정보의 이용을 제거하거나 차단할 의무는 제9조 내지 제11조에 따라 서비스제공자가 책임지지 않는 경우에도 이로 인하여 영향받지 않는다(동법 제8조 제2항 중간).³¹²⁾ 다만, 전기통신법(Telekommunikationsgesetz) 제85조에 따른 통신비밀을 준수하여야 한다(동법 제8조 제2항 후단).

제9조³¹³⁾ 제1항에 따라, 서비스제공자는 i) 당해 전송이 서비스제공자 자신에 의한 것이 아니고, ii) 전송되는 정보의 수신자를 서비스제공자가 결정한 것도 아니며, iii) 전송되는 정보를 결정하지 않거나 변경하지 않은 한은, 통신망에서 서비스이용자에 의하여 전송되거나, 이용하기 위한 접근이 서비스이용자에 의하여 매개되는 타인의 정보에 관하여 책임이 없다(동법 제9조 제1항 전단). 이는 서비스가 당해 정보를 전달하는

306) 김병일, 전계논문, 110면.

307) EU 회원국은 전자상거래지침을 수용함에 있어 요건, 효과에 관하여 임의로 강화하거나 완화하는 규정은 둘 수 없다.

308) TDG §8 (1) “Diensteanbieter sind für eigene Informationen, die sie zur Nutzung bereithalten, nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich.”

309) 박희영, 전계논문, 270에 따르면 종래 해석상 논쟁이 있었던 “콘텐츠”의 개념과 달리 폭넓게 해석되어 정보통신서비스의 영역에서 전달되거나 저장되는 일체를 가리킨다고 한다.

310) 김병일, 전계논문, 116면.

311) “Member States shall not impose a general obligation....to monitor....nor....actively to seek....”

312) 이 부분은 전자상거래지침 제12조 제3항, 제13조 제2항 및 제14조 제3항을 수용한 것으로 舊 온라인서비스법 제5조 제4항에 상응한다.

313) 개정 온라인서비스법 제9조는 전자상거래지침 제12조 제1항 및 제2항을 수용한 것으로 舊 온라인서비스법 제5조 제3항에 상응한다.

第3節 EU, 獨逸과 日本의 立法

하나의 導管(conduit)에 불과한 경우, 즉 온라인서비스제공자가 단지 접속서비스만을 제공하는 경우를 전제한 규정이다. 그러나 서비스제공자가 불법행위를 범하기 위하여 자신의 서비스를 이용하는 자와, 그러한 정을 알고 공동행위를 한 때에 제1항은 적용이 없다(동법 제9조 제1항 후단). 또한 제1항에서의 정보의 전송 및 정보에의 접근매개는, 그것이 단지 통신망상의 전송을 위하여 수행되고, 당해 정보가 전송을 위하여 통상적으로 필요한 시간 이상으로는 저장되지 않는 한, 정보의 자동적이고 일시적인 중간저장을 포함한다(동 제9조 제2항).

위와 같은 개정 온라인서비스법 제9조의 해석과 관련하여 가장 문제되는 것은 Napster 등 P2P서비스제공자가 이에 해당할 수 있는 지 여부이다. 이에 관하여 전자상거래지침 제12조 제1항 및 개정 온라인서비스법 제9조(舊 온라인서비스법 제5조 제3항)에 따라서 손해배상 책임³¹⁴이 면제된다고 보아야 한다는 해석이 있다고 한다. 이러한 해석은 Napster는 서비스를 제공함에 있어서 그 이용자들의 하드디스크에 있는 음악파일들을 자신의 것으로 만들었다고는 볼 수 없고, Napster는 단지 검색기능을 제공하는 것으로, 특정 음악파일을 공유시킬 것인지 여부는 오로지 이용자들의 판단에 달려 있으므로 Napster는 타인의 내용물을 이용하도록 하는 것이며, 이 경우에도 Napster는 단지 그 내용물에 대한 접근수단만을 제공하여 이른바 접속제공자(access-provider)로서 기능하는 것이므로 개정 온라인서비스법 제9조에 따라, 혹은 舊 온라인서비스법에서는 제5조 제3항에 따라 면책된다는 해석으로,³¹⁵ 이러한 결론이 대부분 사람들의 생각으로는 바람직하지 않을 수도 있으나, 독일 온라인서비스법에서는 어쩔 수 없는 결론이라는 태도이다.³¹⁶ 아울러 이러한 해석을 옹호하는 입장에서는 부연하여, “Napster와 같은 파일공유서비스에서는 정보의 전송이 Napster의 중앙서버를 직접 통과하여 이루어지는 것이 아니며, 따라서 정보 자체가 전달되는 것이 아니어서 정보의 導管으로서의 기능을 하지 않으므로 전자상거래지침 제12조 및 개정 온라인서

314) 침해금지청구권에 있어서는, 앞서 본대로 개정 온라인서비스법 제8조 제2항 후단(舊 온라인서비스법 제5조 제4항)에서 다른 법률(예컨대 저작권법)에 의하여 불법내용물의 이용을 금지할 의무가 있는 경우 그 의무는 TDG의 면책규정에 의하여 아무런 영향을 받지 않음을 규정하므로, 저작권자는 Napster에 대하여 침해금지청구권은 행사할 수 있다.

315) 獨逸에서의 이러한 해석은 *Reber/Schorr, Peer-to-Peer-Kommunikationsplattformen und deren Freistellung von der urheberrechtlichen Verantwortlichkeit*, ZUM 2001, 672, 680. (안효질, “P2P環境하에서의 著作權侵害責任”, 83면에서 再引用).

316) 안효질, “P2P環境하에서의 著作權侵害責任”, 83면. 이와 관련하여 김병일, 전제논문, 122면에서는 적어도 저작권을 침해할 가능성이 매우 큰 P2P서비스의 운영자에 대하여 단지 그 技術的 特性이 법률상의 면책구성요건을 충족시킨다고 하여 면책을 인정하는 결론으로 나아가는 것은 분명 불합리하다는 반론을 펴고 있다. 筆者가 살피건대, 아래 설명하는 대로 Napster 항소심법원이 면책조항에 따른 Napster의 면책가능성에 대하여 일반적면책요건인 “침해제거정책의 채택과 적용”을 태만히 하였음을 들어 면책을 부정한 것과 유사하게, 독일법제에서도 침해제거정책에 관한 규정이 없는 대신 온라인서비스법 제9조 제1항 후단 규정이 있는 이상 불법행위를 범하기 위하여 자신의 서비스를 이용한다는 사정을 알고도 이용자들이 공동행위를 하였다고 보아 면책을 부정할 수 있는 여지도 있으리라 본다. 이 논문에서 다룬 독일법제연구는 극히 한정되므로 詳述은 나중의 연구자에게 맡긴다.

비스법 제9조는 이 경우 적용되지 않는다고 주장할 수 있겠지만, 전자상거래지침 제12조 제1항은 네트워크에 대한 접속가능성(access to a communication network)을 제공하는 경우에도 적용됨을 명시하고 있고 Napster는 이러한 경우에 해당하므로 전자상거래지침 제12조와 개정 온라인서비스법 제9조의 제목이 “정보의 전달”(Durchleitung von Informationen, 즉 mere conduit)이라고 하여 그와 같은 법조문의 제목에 오해를 불러일으켜서는 안된다”고 설명하고 있다.³¹⁷⁾

또한, 개정 온라인서비스법 제10조는 전자상거래지침 제13조 제1항을 수용하여 舊 온라인서비스법에서는 다루지 않았던 소위 ‘캐싱’(caching)에 대하여 면책요건을 정하고 있다. 즉, 서비스제공자는 단지 요구에 따라 다른 이용자에게 타인의 정보를 효과적으로 전송할 목적으로 이루어지는 자동적, 일시적 저장(Zwischenspeicherung)에 대하여는, 서비스제공자가 i) 정보를 변경하지 않고, ii) 정보에의 접근 조건을 준수하며, iii) 널리 인정되고 활용되는 산업표준에 맞추어진, 정보의 업데이트 관련 규정을 준수하고, iv) 널리 인정되고 활용되는 산업표준에 맞추어진, 정보이용에 대한 데이터 수집기술의 가능한 적용을 훼손하지 아니하고, v) 당해 정보가 네트워크상 전송의 최초 출처에서 제거되었거나 그 정보에의 접근이 차단되었거나 혹은 법원이나 행정관청이 제거 혹은 차단을 명하였음을 서비스제공자가 인식하자마자 지체 없이, 이 조항에서 말하는 저장된 정보를 제거하거나 정보에의 접근을 차단한 경우에는 책임이 없다.³¹⁸⁾

끝으로, 개정 온라인서비스법 제11조는 전자상거래지침 제14조 제1항 및 제2항을 수용하여 타인의 정보의 “저장(Hosting)”에 대하여 면책요건을 정하고 있다. 즉 서비스제공자는 자신이 이용자를 위하여 저장한 타인의 정보에 관하여, i) 서비스제공자가 위법 행위에 관하여 알지 못하거나 당해 정보에 관하여 알지 못하였으며 손해배상청구의 경우에도 서비스제공자에게 위법 행위 혹은 당해 정보가 나타내는 사실 혹은 상황이 알려지지 않은 경우이거나, ii) 서비스제공자가 이를 알게 되자 지체 없이 당해 정보를 제거하거나 그 정보에의 접근을 차단한 경우 책임을 지지 않는다.

317) 이러한 해석 스스로는 밝히고 있지 않으나, 이는 아래 美國 Napster 事件에서 자세히 설명하듯이, 피고 Napster가 17 U.S.C. § 512 (a)에서 정한 “일시적인 디지털-네트워크 통신” 서비스제공자로서 면책된다는 주장을 피자, Napster 1審은 정보가 서비스제공자의 서버를 통하여(Through) 전달되는 경우이어야 위 조항이 적용되는데 Napster에서는 정보가 서버를 통하지 않고 개인이용자들의 컴퓨터끼리 직접 전달되므로 위 조항이 적용되지 않는다는 이유로 피고의 주장을 배척한 입장을 염두에 두고 그러한 입장을 반박한 것으로 보인다.

318) 이와 관련하여, P2P서비스와 같은 파일공유서비스의 서버에는 어떠한 불법저작물도 항구적이든 일시적이든 저장되지 않기 때문에, 개정 온라인서비스법 제10조는 P2P서비스에 대하여 적용될 수 없다는 설명(안효질, “P2P環境하에서의 著作權侵害責任”, 81면)이 있는바, 이는 독일 온라인서비스법이 간접적으로 영향받은 미국 DMCA의 해석에 비추어서도 당연한 판단이다.

(2) 독일 온라인서비스법에 대한 평가

개정 온라인서비스법은 ISP의 책임과 관련하여 그 책임이 제한되는 요건을 개정전의 법에서보다 명확히 정하였다는 긍정적인 면이 있지만, EU의 전자상거래지침을 그대로 따른 결과 그 지침이 가졌던 결함 역시 그대로 옮겨졌다는 부정적 면도 가졌다.³¹⁹⁾ 가령, 앞서 EU의 전자상거래지침은 링킹(linking)의 경우 책임제한을 하는 규정을 따로 두고 있지 아니한데, 독일의 개정 온라인서비스법 역시 마찬가지로 서비스제공자가 링킹을 통하여 타인의 정보를 중개하는 경우 개정 온라인서비스법상 어떠한 규정에 따라 책임을 지는지의 문제가 여전히 남는다. 즉 자신의 정보와 타인의 정보에 대한 구분은 개정 온라인서비스법에 있어서도 여전히 모호하고, 이 점은 검색엔진의 경우도 마찬가지이다.³²⁰⁾

독일 온라인서비스법은 보다 구체적인 입법이 필요한 대상인 “인터넷서비스제공자의 책임제한” 문제에 관하여 美國 DMCA와 달리, 독창적이기는 하였으나 추상적인 일반 규정 몇 개만을 두었다가 이후 개정에서도 DMCA 규정을 일부 수용하는 데 그쳤다. 즉, 서비스제공자가 제공하는 技術의 類型에 따라 그 면책요건을 보다 세세하고 분명히 정함으로써 서비스제공자에게 법적안정성을 부여하여 궁극적으로 그러한 技術의 공급을 장려하고자하는 것이 “인터넷서비스제공자의 책임제한” 論議의 根本趣旨임을 고려할 때, 인터넷서비스제공자로서는 대다수의 爭點에서 여러 갈래인 學說들의 보완적 解釋만을 가지고는 과연 자신이 면책될 수 있는지 사전에 예측하는 것이 더 어렵다는 데 기본적인 결함이 있다고 보인다.³²¹⁾

그렇지만, 美國의 DMCA와 달리 저작권침해에 따른 책임에 국한하지 않고 널리 명예훼손행위 등 ISP의 책임이 거론되는 전체영역에 걸쳐 통일적으로 적용되는 입법형식을 취한 것은 상당히 의미를 두어 평가할 만한 것으로,³²²⁾ 한국의 향후 입법에서도 일정부분 참고할 점이 있다고 할 것이다.

(3) 關聯 事例

이용자들의 침해행위에 따른 ISP의 책임 문제와 관련하여, 독일에서 발생한 최초의 사건은 CompuServe- Fall 事件³²³⁾을 들 수 있는데, 다만 이것은 형사사건인데다가, 이

319) 김병일, 전계논문, 123면.

320) 김병일, 전계논문, 118면, 122-23면 참조.

321) 이에 관하여 자세히는, 아래 “제3장 제4절 3. 2)”의 脚註 부분 및 앞서 “제3장 제3절 2. 2) 1997년 온라인서비스법에 대한 해석”의 脚註 부분 각 참조.

322) 이에 관하여 자세히는, “제3장 제4절 3. (9) 3) 각각의 ISP責任論을 하나의 理論으로 統合하기 위한 試論的 摸索” 부분 참조.

323) 국내에서 위 사건을 설명한 글로는 염동신, 전계논문 및 김유형, “淫亂物 接續仲介에 대한 ISP의 刑事

용자의 저작권침해행위가 아니라 이용자들의 음란물 유포행위가 빛은 사건이었다.

이 사건에서 피고측인 CompuServe는 앞서 미국의 인터넷서비스업체 CompuServe의 獨逸 子會社이다.³²⁴⁾ 그런데, 1995년경부터 CompuServe가 서비스를 제공하는 뉴스그룹을 통하여 아동 포르노그래피가 배포되어 獨逸 각처에도 이르게 되자, 독일검찰은 위 子會社의 대표를 독일형법 제184조 제3항 제2호 소정의 음란문서 유포행위에 대한 幫助罪로 수사한 끝에 1997년 기소하기에 이르렀다.

피고인은 앞서 막 입법된 舊 온라인서비스법 제5조 제3항과 제2항을 들어 면책을 주장하였지만, 1심법원인 뮌헨 구법원(Amtsgericht)은 이를 받아들이지 아니하고 1998. 5. 28. 有罪로 처벌하였다.³²⁵⁾

뮌헨 구법원은 우선 舊 온라인서비스법 제5조 제3항에 따른 피고의 면책주장에 대하여, 위 조항에서 면책대상으로 삼고 있는 것은 접속매개자이고, 접속매개자라고 할 수 있기 위해서는 당해 업체의 固有한 顧客들이 존재하여야 하고, 그 고객들이 위 업체를 통하여 인터넷에 직접 접속할 수 있게 되어야 한다는 점을 전제로, 피고인이 대표이사로서 있는 獨逸 子會社의 경우 자신의 固有한 고객들이 존재하지 않고 앞에서 본 바와 같이 미국의 母會社를 대신하여 獨逸에서 가입자 유치 및 요금징수업무 등을 담당하고 있을 뿐이며, 또한 인터넷에 직접 접속기능을 수행하는 것도 아니고 가입자들을 미국 母會社에 연결시켜 주고, 母會社의 서버를 통하여 인터넷에 접속하게 되므로 接續媒介者라고 할 수 없어 위 법 제5조 제3항에 의하여 면책될 수 없다는 논리를 전개하였다.

다음으로 뮌헨 구법원은 위 법 제5조 제2항의 면책주장에 대하여, 獨逸의 子會社는 그 지분의 100%를 미국 母會社가 보유하고 있으므로, 獨逸의 子會社만 따로 떼어 판단할 것이 아니라 미국 母會社까지도 함께 연결하여 위 조항의 適用與否를 따져 보아야 한다고 하여 바로 앞서 법 제5조 제3항을 논할 때와는 전혀 反對의 前提에서 獨逸의 子會社는 미국의 母會社를 통하여 제3자가 제공한 음란물들을 이용가능한 상태에 놓아두었고, 또 미국의 母會社까지 함께 포함하여 볼 때 그러한 음란물들을 기술적으

責任 -關聯 獨逸 判例(LG München I, 20Ns465Js173158/95) 및 그 評釋-, 인터넷법률(다만 “인터넷법률”은 2002년 8월 통권 제13호 이후 법무부 홈페이지 www.moj.go.kr에서 전자책 형태로 발간되어, Viewer의 설정방법에 따라 해당페이지가 바뀌므로 面數 인용은 이하에서 모두 생략함, 다만 그 이전 號까지는 법무부 홈페이지 중 도서관행물 欄에서 다운로드 가능함) 5호, 법무부, 2001. 3. 각 참조.

324) 따라서, 미국 CompuServe社가 고객에게 외부로부터의 서비스 (예를 들면 자신들의 뉴스-서버를 통한 뉴스 서비스) 및 固有의 서비스를 제공하고 있으며, 특히 獨逸의 고객과 체결된 서비스이행계약의 계약 당사자는 전적으로 미국의 母會社이고, 따라서 獨逸의 子會社와 고객들 사이에는 어떠한 계약관계도 존재하지 않았다. 獨逸에서 가입한 이용자들이 인터넷에 접속을 시도하면 당해 신호는 獨逸의 자회사로부터 미국의 모회사로 고정회선을 통하여 송신되고, 미국의 母會社의 중앙서버에 의하여 그 신호의 발신자가 CompuServe의 회원임이 확인되면 모회사가 할당하는 회선을 통하여 인터넷에 접속되었다.

325) AG München, 8340Ds465Js173158/95.

第3節 EU, 獨逸과 日本의 立法

로 차단할 수 있고 그러한 조치를 합리적으로 기대할 수 있는 이상 역시 면책될 수 없다는 기이한 논리를 내세웠다.³²⁶⁾

이러한 牽強附會式 결론에 대하여는 학계 등으로부터 신랄한 비판³²⁷⁾이 뒤따랐으며, 결국 피고인뿐만 아니라 檢事까지도 이례적으로 피고인의 無罪를 주장하며 抗訴한 끝에 1999. 11.경 抗訴審인 뮌헨 地方法院의 판단에서는 無罪가 선고³²⁸⁾되었다.

抗訴審은, 미국 母會社의 子會社인 獨逸의 CompuServe사는 母會社에 대하여 완전히 종속되어 있고, 刑事上 正犯의 行爲에 대하여 獨逸의 CompuServe사의 行爲支配가 배제된다고 하여 無罪를 선고하였고, 그대로 위 판결은 확정되었다. 여기에서 법원은 피고인에게 行爲支配를 인정할 수 없고, 피고인의 행위는 기껏해야 從犯으로 평가될 수 있을 뿐이라고 보았다.³²⁹⁾

아울러 抗訴審은, 舊 온라인서비스법 제5조 제3항에 의하더라도 피고인은 無罪라고 설시하면서, 1심인 뮌헨 구법원의 판단에서 위 조항에서 면책대상으로 삼고 있는 접속매개자라고 할 수 있기 위해서는 당해 업체의 고유한 고객들이 존재하여야 하는데, 獨逸의 子會社가 이러한 고객을 가지고 있지 않다는 이유로 위 조항의 적용을 배제한 것은 부당하며, 獨逸支社인 CompuServe는 인터넷접속제공자(access-provider)에 해당한다고 판시하였다. 그 근거로 법률 어디에서도, 인터넷접속제공자가 그 고유의 고객을 가진 경우에만 온라인서비스법 제5조 제3항을 적용할 수 있다는 내용을 찾아볼 수 없고, 인터넷접속제공자가 그 고유의 고객을 가지고 있는지 여부가 어떠한 차이점으로 귀결하는 것은 아니며, 고객이 있든 없든 인터넷접속제공자는 동일한 행위를 하는 것이며, 따라서 이러한 여부에 법적 결론이 종속될 수는 없다는 점을 들었다.

CompuServe- Fall 事件 이후 독일내에서 다시, 이용자들의 침해행위와 관련하여 ISP의 책임이 문제된 사례로는 2000. 12. 12. 獨逸 BGH의 일명 “아우슈비츠루게 (Auschwitzlüge)” 事件³³⁰⁾이 있다. 이는 “나찌가 자행하였다는 유대인대학살은 실제로

326) 염동신, 전계논문, 144-45면 참조.

327) 이러한 비판적인 글에 관하여는 김유형, 전계논문, 165면이하에 첨부된 번역문 5개를 참조할 것.

328) LG München I, 20Ns465Js173158/95.

329) 법원은 온라인서비스법 제5조를 먼저 적용하지 않고, 형법의 적용을 통하여 무죄의 결론에 도달하였다. 학계의 통설과는 달리 법원은 客觀的 構成要件의 단계에서 온라인서비스법 제5조 3항을 적용하지 않고 責任의 단계에서 비로소 이에 따른 심사를 행하였다. 온라인서비스법 제5조가 형법의 적용가능성을 여과하는 특수한 기능을 수행하여야 한다는 주창자는, 이러한 (법원의) 판단과정을 방법론적 근거에서 허용할 수 없는 것으로 또 소송경제적인 측면에서 잘못된 것으로 보고 있다 (온라인서비스법 제5조의 도그마틱에 대하여는 Sieber, Verantwortlichkeit im Internet, München 1999, S.114-124; Spindler, MMR 1998, 639; Vassilaki, MMR 1998, 630; Moritz, CR 1998, 505[506] 참조). 以上은, 김유형, 전계논문 첨부 翻譯文 중 177면.

330) BGH, Urteil vom 12. Dezember 2000, 1 StR 184/00. NJW 2001, 624. 판결. 그 全文은 <www.internet-strafrecht.de/Aktuelles/Zustandigkeit/Urteil_des_BGH_vom_12_Dez_20/urteil_des_bgh_vom_12_dez_20.html>[2004. 9. 4].

존재하지 않는다”는 취지의 거짓을 인터넷에 유포시킨 이용자뿐만 아니라 이를 전파하는 역할을 한 ISP를 형법 제130조³³¹⁾위반의 범죄로 처벌한 사안이다.³³²⁾ 위 事件은 獨逸에서 刑事法이 적용된 事件인데다가, 인터넷상 행위의 犯罪地가 어디인가 하는 문제가 爭點이어서 더 이상의 언급은 줄인다.

3. 日本의 立法

(1) 責任制限을 위한 特別法の 新設

日本의 경우는 저작권법이나 컴퓨터프로그램보호법에서 각각 면책조항을 따로 규정한 우리와 달리 저작권침해 혹은 컴퓨터프로그램저작권침해, 나아가 명예훼손행위 등 일체의 권리침해행위를 대상으로 “특정전기통신역무제공자의 손해배상책임의 제한 및 발신자정보의 개시에 관한 법률”³³³⁾이라는 특별법을 입법하여 시행 중이다. 이는 모두 제4조로 이루어진 特別法으로, 2001. 11. 30. 제정되어, 2002. 5. 27.부터 시행되고 있다.

위 法, 즉 서비스提供者責任制限法³³⁴⁾에서 말하는 特定電氣通信이란, 日本 電氣通信事業法에 규정한 電氣通信으로, 불특정의 자에 의하여 수신되는 것을 목적으로 한 전기통신이며, 公衆에 의하여 直接 受信되는 것을 목적으로 한 電氣通信의 送信을 除外한다(法 第2條 1項). 日本에서 特定電氣通信의 구체적인 예로 거론되는 것으로는 인터넷상 채팅, 스트리밍, 메일 매거진, 웹페이지, 전자 게시판 등이 있다.³³⁵⁾

이러한 特定電氣通信에 의한 情報의 流通에 의하여 他人의 權利가 침해받았을 때, 당해 特定電氣通信으로 제공된 電氣通信事業法上 電氣通信設備를 사용한 特定電氣通信役務提供者(이하, 關係役務提供者)는 이에 의하여 생긴 손해에 관해서, 권리를 침해한 정보의 불특정의 자에 대한 送信을 防止하는 措置를 講究하는 것이 기술적으로 가능한 경우이고, i) 당해 關係役務提供者가 당해 特定電氣通信에 의한 정보의 유통에 의하여 타인의 권리가 침해받고 있는 것을 알고 있는 때, 혹은 ii) 당해 關係役務提供者가 당해 特定電氣通信에 의한 정보의 유통을 알고 있던 경우로, 당해 特定電氣通信에 의한 정보의 유통에 의하여 타인의 권리가 침해받고 있는 것을 알 수 있었다고 인정하기에 충분한, 상당한 이유가 있는 때가 아니라면 배상책임을 부담하지 않지만, 다만 당

331) 독일형법 제130조(§130 StGB)는 내란선동죄(Volksverhetzung)를 규율하고 있다.

332) 以上은 <lexikon.idgr.de/a_a_u/auschwitzluege/auschwitzluege.php> 및 <www.jura.uni-sb.de/Entscheidungen/Bundesgerichte/BGH/strafrecht/bgh95-00.html#top>[각 2004. 9. 3.] 참조.

333) “特定電氣通信役務提供者의 損害賠償責任의 制限及 発信者情報의 開示に關する法律”.

334) 日本에서는 약칭하여 프로바이더責任制限法, 즉 서비스提供者責任制限法이라고 칭하므로 이하에서는 이에 따른다.

335) 日本 總務省電氣通信利用環境整備室 刊行, “プロバイダ責任制限法—逐條解説とガイドライン—”(이는 東京地方裁判所 平14(ワ)28169号 平成15. 9. 12. 判決文 중 再引用).

第3節 EU, 獨逸과 日本의 立法

해 關係役務提供者가 당해 권리를 침해한 發信者인 경우는 책임이 있다(法 第3條 1項). 동시에, 特定電氣通信役務提供者가 권리를 침해한 情報의, 불특정의 자에 대한 送信을 防止하는 措置를 講究하는 데까지 나아간 경우, 그 措置가 위와 같이 送信을 防止하기 위하여 必要한 限度내이고 아울러, i) 당해 特定電氣通信役務提供者가 위와 같이 믿기에 충분한 상당한 이유가 있는 때이거나 ii) 자기의 권리를 침해받았다고 한 자로부터, 당해 권리를 침해하여 유통되고 있는 情報(侵害情報), 침해당했다고 한 권리 및 그 권리가 침해당하였다고 하는 이유(이를 “侵害情報等”이라고 한다)를 표시하여 당해 特定電氣通信役務提供者를 상대로 侵害情報の 송신을 방지하기 위한 조치를 강구하도록 요구하는 신청이 있었던 경우 위 特定電氣通信役務提供者가 당해 “侵害情報等”을 표시하여 당해 侵害情報の 發信者에게, 송신방지조치를 강구하는 것에 동의하는지 여부를 조회하였는데 發信者가 그 조회를 받은 날로부터 7일을 경과할 때까지 그 발신자로부터, 송신방지조치를 강구하는 것에 동의하지 않는다는 취지의, 신청이 없었던 때 앞서와 같이 송신방지조치를 당한 發信者에게 생긴 손해에 대하여 배상책임이 없다(法 第3條 2項).

나아가 위 法은 韓國 著作權法과는 달리, 미국 DMCA § 512(h)의 情報提出命令(subpoena)³³⁶에 대한 ISP의 협력의무제도를 모방한 듯한 규정을 두고 있는바, 法 第4條에서 “發信者情報の 開始請求等”이라는 제목하에 特定電氣通信에 의한 정보의 유통에 의하여 자기의 권리를 침해받았다고 하는 자는, i) 侵害情報の 유통으로 당해 명시청구(開始請求)를 한 자의 권리가 침해받았음이 분명할 것, ii) 당해 발신자정보가 해당 명시청구를 한 자의 손해배상청구권의 행사를 위하여 필요하다는 등 발신자정보를 명시받는데 정당한 이유가 있을 것이라는 각 요건에 모두 해당하는 경우에 한하여, 당해 特定電氣通信用으로 제공된 特定電氣通信設備를 사용한 特定電氣通信役務提供者가 보유한 당해 권리침해에 관련한 발신자정보(성명, 주소, 그 외 侵害情報の 발신자 특정에 이바지할 情報로 總務省습으로 정한 것)의 명시를 청구할 수 있다”고 정하고 있다(法 第4條 1項).

이때 명시와 관련된 役務提供者는 이러한 명시청구를 받았을 때는, 당해 명시청구와 관련된 侵害情報の 발신자와 연락할 수 없는 경우 기타 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 명시하는 것이 어떤지에 관한 당해 발신자의 의견을 들어야 한다(法 第4條 2項). 한편, 위 명시청구에 의하여 발신자정보의 명시를 받은 자는, 그 발신자 정보를 함부로 이용하거나 부당하게 당해 발신자의 명예 또는 사생활의 평온을 해치는 행위를 하여서는 안된다(法 第4條 3項). 끝으로, 명시와 관련된 役務提供者는 그 스스로가 侵

336) 자세한, 아래 Verizon 事件의 脚註 참조.

害情報의 발신자인 경우를 제외하고는, 위 1項의 규정에 의한 명시청구에 따르지 않음에 따라 당해 명시청구를 한 자에게 생긴 손해에 관해서는, 故意 또는 重大한 過失이 있는 경우가 아니면, 배상의 책임을 부담하지 않는다(法 第4條 4項).

(2) 關聯 事例

이용자들의 著作權侵害行爲와 관련되어 위 特別法이 부여한 면책이 다루어진 사례로는, 아래에서 설명하는 “파일로그(ファイルログ)” 事件이 있다. 이 事件에서 P2P 서비스를 통해 파일교환서비스를 제공하던 피고 회사는 원고의 가처분 등 청구에 대하여 위 특별법에 의하여 피고 회사가 면책된다고 항변하였지만,³³⁷⁾ 법원은 피고 회사의 서버가 이용자의 컴퓨터와 一體가 되어 음악파일에 대한 원고의 저작권을 침해하는 행위를 하였다고 하면서 피고 회사를 위 法 第3條 1項 단서에서 정한 “發信者”로 보아 면책을 부인하였다.

또한, 發信者情報의 開始義務와 관련한 사례로는, 먼저 “WinMX” 事件³³⁸⁾이 있다. 이 事件의 사안은 WinMX라는 P2P프로그램을 통하여 특정침해자 A로부터 특정수신자 B에게 전송된 파일에 의하여 原告가 자신의 프라이버시권이 침해되었다고 주장하면서 프로그램운영자인 피고를 상대로 침해발신자 A에 관한 정보의 明示를 청구하자, 被告는 위와 같이 특정인 A와 B사이에 P2P프로그램을 통하여 파일이 전송된 경우는 1:1 통신에 지나지 않아 위 服務提供者責任制限法 第2條 1項에서 정한 “特定電氣通信”이 아니므로 같은 法 第4條에 따른 明示義務도 없다고 주장한 것이었다. 이에 대하여 법원은, 服務提供者責任制限法 第2條 1項에서 정한 “特定電氣通信”에 해당하기 위하여 반드시 多數의 者에 의하여 수신될 것을 목적으로 할 필요는 없으므로, 비록 특정인 A와 B사이에만 파일전송이 이루어졌더라도 不特定の 者에 의하여 수신되는 것을 목적으로 한 전기통신이었던 이상, 위 조항에서 말하는 特定電氣通信에 해당되며 여기서 송신자 A가 일정기준에 의하여 수신자를 엄선하였다는 것만으로는 곧바로 不特定 아닌 特定の 者에 의하여 수신되는 경우라고 할 수 없고 더 나아가 특정한 수신자를 상대로 송신을 하였다고 할 만한 人的 關聯性이 존재하여야 하는데 WinMX와 같은 P2P프로그램의 속성상 이러한 人的 關聯性이 존재하지 않는다고 보아, 피고에게 원고의 청구에 따른 침해자정보의 明示를 명령³³⁹⁾하였다.

다음 사례로는 안과 병원을 운영하는 원고가, 소외인이 예전에 환자 3인을 실명시킨

337) 東京地方裁判所 平成14(ワ)4237號 平成 15. 12. 17. 判決과 東京地方裁判所 平成14(ワ)4249號 平成 15. 12. 17. 判決.

338) 東京地方裁判所 平14(ワ)28169号 平成15. 9. 12. 判決. 이에 피고가 항소하였으나 東京高等裁判所 平16(ネ)852号 平成16. 5. 26. 判決로 抗訴棄却되어 확정되었다.

339) 실제 판결 주문은 “1. 피고는, 원고들에 대하여, 平成 14년 12월 6일 22시 48분경 『61.204.152.48』인 한 인터넷 프로토콜 어드레스를 사용하여 인터넷에 접속하고 있던 자의 성명 및 주소를 개시하라. 2. 소송비용은 피고의 부담으로 한다.”라는 내용이였다.

第3節 EU, 獨逸과 日本의 立法

적이 있다는 허위의 사실을 적시하여 피고가 운영하는 BBS에 게시하여 병원운영에 타격을 주자 BBS게시판 운영자인 피고에게 발신자정보의 명시를 청구한 事件에서, 법원은 원고가 소외인의 인적사항을 이전에 다른 경로로 일부 알았다더라도 나머지 정보를 얻기 위하여 발신자정보의 명시를 구할 수 있다고 하면서 피고에게 해당정보의 명시를 主文으로 명한 사례³⁴⁰⁾등이 있다.

위 두 사례 이외에는 BBS를 통하여 名譽毀損이 이루어진 경우 BBS 운영자인 피고가 위 특별법에 터잡아 면책을 주장한 사례들³⁴¹⁾이 많으나, 자세한 언급은 생략한다.

(3) 評價

日本에서는 종래 通信役務說,³⁴²⁾ 附隨役務說³⁴³⁾이 대립하고 있었다고 하나³⁴⁴⁾, 이러한 논쟁은 실질적인 사례해결에는 별다른 도움을 주지 못하고 단지 종래의 일반법이론에만 의탁한 空論의인 측면이 너무 강하여 ISP의 책임제한에 관하여 명쾌한 해답을 주고 있지 못하다가, 앞서와 같이 특별법형식으로 ISP의 책임에 관한 立法이 성립됨으로써 그 입법 내용과 관련하여 구체적인 논의가 등장하고 있다.³⁴⁵⁾

韓國에서는 著作權法이나 컴퓨터프로그램법과 같이 기존의 법률들에 각각 추가하는 방식으로 ISP의 책임제한조항을 신설하였으므로, 그 결과 著作權者, 컴퓨터프로그램著作權者 등 개개 법률이 정한 권리의 보유자에 대한 관계에서만 ISP의 책임이 면책되지만, 日本에서는 앞서 본대로 서비스提供者責任制限法이라는 특별법을 별도로 신설하여 日本 電氣通信事業法에 규정한 電氣通信에 해당되기만 하면(法 第2條) 그것이 침해하는 권리가 著作權이든, 컴퓨터프로그램著作權이든, 나아가 商標權 내지 人格權(名譽毀損)이든³⁴⁶⁾ 모두 위 특별법에 의하여 면책될 수 있다는 중요한 차이점이 있다.

또한, 서비스提供者責任制限法은 미국의 DMCA가 정한 情報提出命令制度를 發信者 情報의 開始請求制度로 변형하여 수용함에 있어 i) DMCA의 경우 著作權者 등 권리자가 법원에 신청하여 법원의 명령으로 발령되는 것임에 반하여, 바로 ISP에게 정보를

340) 東京地方裁判所 2002(ワ)11665号 平成 15, 3, 31. 判決.

341) 東京地方裁判所 平14(ワ)8603号 平成15. 7. 17. 判決, 東京高裁 平14(ネ)4083号 平成14. 12. 25. 判決, 東京地方裁判所 平13(ワ)15125号 平成14. 6. 26. 判決.

342) 전기통신사업자로서 통신역무에 대하여 일반적인 제공의무를 부담하므로 반대로 이용자의 정보를 차단하지 않더라도 원칙적으로 책임이 없다는 논리이다.

343) 서비스제공자의 업무가 기본적으로 관계법령상 “통신역무”가 아닌 “부수역무”에 해당한다고 보아, 통신역무의 경우와는 달리 서비스를 통하여 전달되는 정보에 일정한 책임을 분담한다는 논리이다.

344) 김영삼, “電子去來에 있어서 네트워크 運營者의 民事責任”, 경희대학교 석사학위논문, 2000. 2. 30-44면 이하.

345) 山口 裕司, “インターネット・サービス・プロバイダーの法的責任”, IT法大全, 日經BP社, 2002, pp. 486-502. 등.

346) 위 특별법 입법전에 日本에서 BBS 이용자의 명예훼손행위와 관련하여 ISP의 책임이 논의된 대표적인 사례는, 앞서 다른 부분에서 본 “니프티서브(ニフティサブ)” 事件이다.

第3章 인터넷서비스제공자의 責任을 制限한 새로운 立法들

제공하도록 요청할 수 있도록 한 점에서는 신속히 침해자정보를 획득하여 침해자에 대한 소제기가 가능하다는 長點이 있는 반면에, ii) 미국과는 달리 이러한 정보의 명시청구가 법의 요건을 모두 구비하여 청구되더라도 이에 불응한 ISP에게 故意, 重過失이 없는 한 명시청구자에게 생긴 손해를 배상할 책임은 없다고 정하고 있어 실제로는 ISP가 항상 협력할 의무, 즉 경과실에 의한 불이행 때도 항상 책임이 따르는 엄격한 의미의 義務를 의미한다를 부담하는 것은 아니라는 점에서는 다소 불완전하다는 短點이 있다 할 것이다.

發信者情報의 開始請求의 상대방이 될 수 있는 ISP의 범위와 관련하여, 후술하듯이 미국에서는 DMCA § 512(a)에서 정한 ISP, 즉 일시적인 디지털-네트워크 통신만을 제공하는 서비스제공자도 情報提出命令에 협력할 의무가 있으나 여부가 2003년경 Verizon 判決에서 치열하게 다투어졌었는데, 이와 유사하게 단순히 인터넷접속제공만을 한 서비스제공자가 發信者情報의 開始請求의 상대방이 될 수 있느냐를 다룬 日本의 사례는 아직 존재하지 아니하는 것으로 보인다. DMCA의 법체계와는 달리 日本의 서비스提供者責任制限法은 상대방이 되는 特定電氣通信役務提供者의 서비스유형을 전혀 제한하고 있지 아니하므로 단순한 인터넷접속제공자까지도 명시청구의 상대방으로 삼을 수 있다고 볼 수도 있겠지만, 日本의 實務에서는 앞서 본 “WinMX” 事件에서처럼 P2P 서비스가 명시청구의 상대방이 될 수 있느냐 여부조차도 치열하게 다투어지고 있는 감안하면, 日本의 판례가 앞으로 반드시 위와 같이 解釋할 것이라고 단정하기는 이르다고 보인다.

第4節 韓國의 2003年 改正 著作權法

1. 成立經緯

(1) 정보통신부가 입안한 정보통신이용촉진법개정안의 挫折

韓國에서 ISP의 責任制限에 관한 立法이 最初로 시도된 것은 원래 2000. 7. 20. 당시 정보통신망이용촉진등에관한법률³⁴⁷⁾을 개정하기 위한 公聽會에서 情報通信部가 처음 공개한 改正案(이하, 정보통신이용촉진법개정안이라고 칭한다)³⁴⁸⁾에서부터이다. 즉, 정보통신이용촉진법개정안 제53조³⁴⁹⁾에서는 i) 단순한 접속서비스만을 제공하는 정보통신

347) 현행 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률이며, 위 법을 편의상 정보통신망이용촉진법이라고도 칭한다.

348) 정보통신이용촉진법개정안의 내용은 국회나 정보통신부의 홈페이지에서는 찾을 수 없고, 오직 <www.hani.co.kr/section-special/censor.html>[2005. 4. 29.]에서만 입수할 수 있다.

349) 제53조(정보통신서비스제공자의 책임)

① 정보통신서비스제공자는 정보통신망을 통하여 자신이 제공한 정보에 대하여 책임을 진다.

第4節 韓國의 2003年 改正 著作權法

서비스제공자는 이용자에 의하여 제공, 유통된 情報에 대하여 면책되고, ii) 반면 정보통신서비스제공자 자신이 情報를 제공, 유통한 경우라면 당연히 책임이 있으며, ii) 위의 두 가지 어디에도 해당되지 않는 일반적인 정보통신서비스제공자는 情報의 내용을 認知³⁵⁰⁾하였고, 그 情報의 제공, 유통을 방지하는 것이 技術的으로 가능하며 기대가능한 경우에만 책임을 부담하는 것으로 정하고 있었다.

形式的으로 볼 때는 위 i)은 접속제공자(Access Provider)를, ii)는 콘텐츠제공자(Content Provider)를, iii)은 호스팅제공자(Host Provider)의 경우를 상정하여 각각의 책임요건을 구분하여 정한 것이었는데, 이는 실질적으로는 獨逸의 1997년 온라인서비스법³⁵¹⁾의 1항 내지 3항을 문구만 바꾸어 그대로 번역하였다는 근본적인 문제점을 가지고 있었을 뿐만 아니라 나아가 많은 지역적인 문제점³⁵²⁾을 안고 있었다. 이러한 정보통신이용촉진법개정안 제53조는, 2000. 7. 20. 公聽會 무렵 民辯, 참여연대 등의 시민단체가 비단 위 제53조에 국한하지 않고 개정안 전체를 강력히 반대함으로써³⁵³⁾ 결국 제안자인 정보통신부에 의하여 개정안이 전반적으로 수정되어³⁵⁴⁾ 입법예고후 국회에 제출되는 과정에서, 결국 削除되었다.³⁵⁵⁾

- ② 정보통신서비스제공자는 타인이 제공하거나 유통시킨 정보에 대하여 다음 각 호의 모두에 해당하는 경우에만 책임을 진다.
 1. 당해 정보의 내용을 인지한 경우
 2. 당해 정보의 제공 또는 유통을 방지하는 것이 기술적으로 가능하며, 그것이 기대가능한 경우
- ③ 정보통신서비스제공자가 단순히 접속 서비스만을 제공하는 경우에는 타인이 제공하거나 유통시킨 정보에 대하여 책임을 지지 아니한다.

350) 제53조 ④ 정보통신서비스제공자가 제45조 제1항의 규정에 의한 고지를 받았을 때에는 제2항 제1호의 규정에 따른 당해 정보의 내용을 認知한 것으로 본다.

제45조(정보통신윤리위원회의 조치) ① 정보통신윤리위원회는 정보통신망을 이용하여 일반에게 공개할 것을 목적으로 유통되는 정보 중에서 불법정보라고 판단할 수 있는 상당한 이유가 있는 경우에 정보통신서비스제공자에게 문서(전자문서를 포함한다)로서 이를 고지하여야 한다.

351) 그 조문내용은 “第3章 2. 獨逸의 立法 (1) 1) 1997년 온라인서비스법의 성립경위” 부분 참조

352) ① 순수하게 민사법적 법리인 ISP책임제한규정을 공법인 정보통신이용촉진법에 移植시킨 결과, 제53조에서 지칭하는 “責任”의 성격이 과연 민사상 책임을 지칭하는지, 아니면 제46조 소정의 공법상 책임까지 포함하는 것인지 불분명하고(아래 脚註에서 언급하는 정보통신부 보도자료인 “정보통신이용촉진법 개정안 입법예고 -시민단체 의견 큰 폭 수용”의 첨부파일내용에 따르면 심지어 형사책임까지 위 “책임”에 포함하는 것이 최초입안자의 의도로 보인다), ② 제53조의 “認知”는 ISP가 책임을 부담하는 전제요건이므로 가령 DMCA와 같이 해당 情報에 대한 權利者에 의한 고지를 받았을 때 ISP가 그 情報의 내용을 認知한 것으로 보아야 함이 典型이므로 이에 대비한 상세한 규정을 두어야 할 것인데, 오히려 公的機關에 불과한 정보통신윤리위원회에 의한 고지가 原形인 것처럼 규정하고 權利者는 이러한 고지에 종속하여 정보통신윤리위원회에 불법정보의 신고(개정안 제44조) 및 관련자료의 제출(개정안 제45조 제2항)만을 수행할 수 있는 것처럼 규정하여, 주중이 뒤바뀐 입법이 되었다.

353) 시민사회단체 공동성명서 “정통부는 과도한 규제와 권한집중을 가져올 무리한 통신망법 개정안을 철회하라”, 2000. 7. 20. <freeonline.or.kr/declar.html>[2005. 4. 21.] 및 김기중(民辯 변호사), “온라인매체에 대한 과도한 규제와 권력집중현상을 경계한다”, 2000. 7. 20. <freeonline.or.kr/examin.html>[2005. 4. 21.] 그 반대의 주된 이유는 인터넷내용등급제 도입, 규제목적의 각종 위원회 신설 등이 정보의 자유로운 유통을 저해할 것이라는 점이었다.

354) 이러한 정통부 자체의 수정과정 및 구체적 내용에 관하여는 정보통신부 보도자료, “정보통신이용촉진법 개정안 입법예고 -시민단체 의견 큰 폭 수용”, 2000. 9. 19. ‘정보통신부<www.mic.go.kr>’ → ‘알림넷’ → ‘보도 및 언론해명’[2005. 4. 21. 방문] 및 그 첨부파일(a000919-7_01.hwp)을 각 참조.

355) 위 첨부파일(a000919-7_01.hwp)의 내용에 따르면 “윤리위원회가 사업자에게 불법정보를 고지하고 사업자가 인지한 불법정보에 대하여 형사책임을 지도록 하는 조항”, 즉 위 개정안의 제53조는 “사업자에게 불법정보에 대한 삭제를 강제(사적 검열)하는 효과를 가져올 수 있다는 시민단체의 비판을 수용하여

第3章 인터넷서비스제공자의 責任을 制限한 새로운 立法들

(2) 저작권법 개정안의 오랜 표류

그 직후인 2001. 4.경 이번에는 文化觀光部가 競爭³⁵⁶⁾으로 입안한 저작권법 개정안³⁵⁷⁾이 등장하였는데 이 역시 ISP의 책임면책에 관한 조항을 담고 있었다. 앞서 정보통신이용촉진법개정안이 獨逸의 1997년 온라인서비스법을 모방한 것과 대조적으로, 위 저작권법 개정안은 이번에는 美國의 DMCA, 더 구체적으로는 DMCA 중 OCILA(Online Copyright Infringement Liability Limitation Act)의 내용을 상당부분 借用하고 있는 형태였다.

그러나 위 저작권법 개정안은 2003. 5. 27. 실제 개정법률이 될 때까지 수많은 검토와 변화를 거치게 되었고, 따라서 그 사이 韓國에서 ISP의 책임제한규정이 法律로서 최초 규정된 것은 저작권법이 아닌 2002. 12. 30. 개정된 컴퓨터프로그램보호법³⁵⁸⁾이 되었는데, 이는 그것보다 나중에 개정법률로 성립된 저작권법의 내용과 완전히 동일한 내용이었다.

삭제”한다고 밝히고 있다.

356) 이에 관하여는 아래 “3. 評價 (9) 韓國의 책임제한 관련입법의 향후 방향제시”부분 참조.

357) 당시 입법예고된 저작권법 개정안은 아래와 같았었다(改正案은 ‘문화관광부 홈페이지’→‘법령자료’→‘입법예고’欄 참조, www.mct.go.kr/index.jsp, 2004. 10. 4. 방문).

『제5장의 2 온라인서비스제공자의 책임 제한

제77조의2(온라인서비스제공자의 책임 제한) 온라인서비스제공자는 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 저작물 또는 실연·음반·방송·편집물(이하 이 장에서 ‘저작물등’이라 한다)의 복제 또는 전송과 관련된 설비 또는 서비스를 제공한 것과 관련하여 저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해에 대한 책임을 지지 아니한다.

1. 다른 사람에 의한 저작물등의 복제 또는 전송이 저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리를 침해한다는 사실을 알지 못하고 알지 못한 데 대하여 과실이 없는 경우
2. 다른 사람에 의한 저작물등의 복제 또는 전송이 저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리를 침해한다는 사실을 알고 즉시 당해 복제 또는 전송을 중단시킨 경우. 다만, 중대한 과실로 인한 중단인 경우에는 그러하지 아니하다.
3. 다른 사람에 의한 저작물등의 복제 또는 전송을 방지하거나 중단시키는 것이 기술적으로 불가능하거나 현저한 시간적 또는 재정적 부담으로 사실상 기대할 수 없는 경우

제77조의3(복제 또는 전송의 중단) ①이 법에 의하여 보호되는 권리를 가지고 있다고 주장하는 자(이하 이 조에서는 ‘권리주장자’라 한다)는 온라인서비스제공자의 설비 또는 서비스를 이용하여 복제 또는 전송되는 저작물등에 대하여 당해 저작물등의 권리자임을 소명하여 온라인서비스제공자에게 당해 저작물등의 복제 또는 전송을 중단시킬 것을 요구할 수 있다.

② 온라인서비스제공자는 저작물 등을 복제 또는 전송하는 자에게 지체없이 제1항의 규정에 의한 요구 사실을 통보하여야 하며, 당해 저작물등을 복제 또는 전송하는 자가 즉시 이의 제기를 하지 아니하는 한 권리관계가 확정될 때까지 당해 저작물등의 복제 또는 전송을 중단시키는 조치를 하여야 한다. 온라인서비스제공자가 이러한 의무를 이행한 경우 저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해에 대한 책임을 지지 아니한다.

③ 온라인서비스제공자는 제2항의 규정에 의하여 당해 저작물등의 복제·전송을 중단시키는 것으로 인하여 저작물등을 복제·전송하는 자에게 발생하는 손해에 대하여 책임을 지지 아니한다.

④ 권리주장자 또는 복제·전송하는 자는 제2항의 규정에 의하여 저작물등의 복제·전송이 중단되거나 중단되지 아니하는 것으로 인하여 발생한 손해를 배상하여야 한다.

⑤ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 권리의 소명, 통보 및 이의제기에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.』

358) 2002. 12. 30. 개정된 컴퓨터프로그램보호법 제34조의2, 제34조의 3.

第4節 韓國의 2003年 改正 著作權法

(3) 法的空白에 대한 關聯者들의 自救策 -온라인서비스제공자 책임 가이드라인

그 무렵인 2002. 10.경 저작인접권자인 음반업계는 포털사이트를 운영하는 4개업체에 대하여 그들 업체들이 이용자들의 음악파일 불법교환 등을 조장하고 있다고 공개적으로 비난함으로써 종전부터 저작권자와 ISP 사이에 존재하던 미묘한 갈등³⁵⁹⁾이 증폭되었고, 그러한 갈등해결을 위하여 2003. 1. 29. 양측³⁶⁰⁾이 합의한 “온라인서비스제공자 책임 가이드라인”³⁶¹⁾의 내용³⁶²⁾은 실질적으로 향후 입법될 저작권법상의 책임면제요건

359) PC통신시절부터 하이텔, 천리안 등의 사업자는 이용자들의 게시물 중 타인의 권리를 침해하는 대상은 이용자들과의 개별약관에 터잡아 임의로 삭제하는 등 일정한 관리를 하여왔지만, 이러한 관리는 일정한 한계가 있었고, 이용자들의 침해행위가 있을 경우 ISP의 입장에서 어떤 요건을 갖추어야 책임을 면할 수 있을지에 관한 구체적인 기준에 관하여는 상당한 법적 공백 내지 법적불안정성이 존재했다.

360) Daum, Naver, 프리퀄, SK커뮤니케이션즈 등 4개 포털사이트와 한국음악저작권협회, 한국음반산업협회, 한국음원제작자협회, 한국연계제작자협회, 한국예술실연자단체연합회 등 5개 저작권관련단체이다.

361) 문화관광부 보도자료, “저작권관련 온라인서비스제공자의 책임에 관한 가이드라인합의”, 2003. 1. 30. <www.mct.go.kr/korea/office/notify/notify_view.jsp?menu=121&viewFlag=read&oid=@31706111&page=179&search=&keyWord=&part_no=>[2005. 4. 29.].

362) 1. 온라인서비스제공자가 다음에 정하는 기준에 따라 일정한 조치를 하는 경우에 저작권법상의 권리의 침해에 대한 책임이 감경 또는 면제되는 것으로 이해된다.

가. 온라인서비스제공자는 다음의 경우에 지체없이 게시물을 삭제하거나 그에의 접근을 봉쇄하기 위한 조치를 취하여야 한다.

(1) 다음 자료 또는 행위가 저작권 침해라는 사실을 알게 되거나, 침해를 알 수 있는 명백한 사실이나 그러한 정황을 알게 된 경우

- 자료실 또는 게시판의 경우, 그에 게시된 자료 또는 그 자료를 이용하는 행위
- 링크의 경우, 링크된 자료 또는 링크된 자료를 이용하는 행위

※ 저작권 침해물을 복제, 전송하는 것으로 알려진 특정한 사이트의 경우, 당해 사이트로부터의 링크 전체를 침해로 추정

(2) 유효한 침해주장 통지를 받은 경우

※ 유효한 침해주장의 통지의 구성요소

(이 부분 생략; 筆者註)

나. 온라인서비스제공자는 침해주장을 수신하고 처리하는 전담 창구를 개설하고 그 담당자를 지정하여 권리자나 이용자가 쉽게 확인 가능하도록 온라인상에 게시하여야 한다.

다. 온라인서비스제공자가 게시물을 삭제하거나 접근을 봉쇄한 경우, 그 사실을 게시자에게 직접 통보하거나 공지하고, 이에 대해 게시자가 유효한 대응통지로서 복제, 전송의 재개를 요청한 경우에 그 사실과 재개예정일(대응통지를 받은 날로부터 10 근무일 이후 14 근무일 이내)을 즉시 권리주장자에게 통보하고 그 재개예정일에 복제, 전송을 재개하여야 한다.

※ 유효한 대응통지의 구성요소

(이 부분 생략; 筆者註)

라. 온라인서비스제공자는 그 서비스 이용자가 반복적이거나 중대한 침해자인 경우에 서비스를 중단한다는 정책을 채택하고 이를 실행하며, 이러한 정책을 공지하여야 한다.

마. 온라인서비스제공자는 저작권 보호를 위한 표준적인 기술적 보호조치를 수용하고 이를 방해하지 않아야 한다.

바. 정부나 정부의 허가를 받은 저작권단체가 침해의 개연성에 대한 정황증거를 제시하여 특정 비공개동호회에서의 특정 저작물에 대한 저작권침해 가능성에 대하여 문서로 확인을 요청한 경우 온라인서비스제공자는 이에 응하여야 한다. 다만, 이러한 요청은 온라인서비스제공자에게 과도한 부담을 주어서는 아니된다.

2. 이 가이드라인은 온라인서비스제공자에게 저작권 침해와 관련하여 일반적인 모니터링 의무를 부과하는 것으로 이해되지 아니한다.

3. 이 가이드라인은 적절한 절차를 밝아 저작권법 시행령 등 관련 규정에 반영될 것으로 이해된다.

4. 이 가이드라인의 적용과 관련한 세부사항은 본 가이드라인의 마련 과정과 같은 과정을 통하여 마련한다.

5. 이 가이드라인은 참여자의 소속단체 및 회사가 적절한 절차를 밝아 이에 동의한 때에 발효한다.

을 상당부분 미리 담고 있는 것이었다. 위 가이드라인을 평가하자면, 이미 그보다 앞서 2001.경부터 개정이 논의되던 저작권법상 ISP의 책임제한 입법이 지연되는 동안 불가피하게 발생한 法的空白을 ISP들 스스로의 자구적 합의안도출로 일정부분 메꿀 수 있었다는 意義는 작지않다고 하겠다. 하지만, 그 내용 중에는 개정저작권법의 그것 이상으로 強하게 美國 DMCA의 영향을 받거나 심지어 DMCA의 해당규정을 무차별적으로 그대로 翻譯하는 정도에 그친 규정이 상당수 있음을 알 수 있다. 즉, 반복적이거나 중대한 침해자에 대한 서비스중단정책의 채택³⁶³⁾, 표준적인 기술적 보호조치의 수용,³⁶⁴⁾ 일반적인 모니터링의무의 부정³⁶⁵⁾ 등의 규정이 DMCA의 해당조항을 그대로 차용하였을 뿐만 아니라 심지어 자료게시자의 온라인서비스제공자에 대한 “대응통지”에 의한 온라인서비스제공자의 자료게시행위의 재개예정일에 관하여는 재개요구를 수령한 날로부터 “10일이상 14일이하”의 기간안에 한다고 하여 그 其間까지 DMCA의 그것³⁶⁶⁾과 동일하게 정하고 있다.

2. 內容

2003. 5. 27.에 이르러 이미 2001년부터 계속 검토되던 저작권법 개정안이 일부 수정을 거쳐 개정되면서 ISP의 책임면책에 관하여 마침내 著作權法에서도 “제5장의2 온라인서비스제공자의 책임 제한”이 신설되었는데, 그 내용은 아래와 같다.

먼저 온라인서비스제공자란, 다른 사람들이 저작물이나 실연·음반·방송 또는 데이터베이스(이하, “저작물등”이라 한다)를 정보통신망(정보통신망이용촉진및정보보호등에 관한법률 제2조 제1항 제1호의 정보통신망을 말한다)을 통하여 복제 또는 전송할 수 있도록 하는 서비스를 제공하는 자를 말한다.³⁶⁷⁾

다음, 온라인서비스제공자의 서비스를 이용한 저작물등의 복제·전송에 의하여 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 자신의 권리가 침해됨을 주장하는 자(이하 이 조에서 “권리주장자”라 한다)는 그 사실을 소명³⁶⁸⁾하여 온라인서비스제공자에게 그 저작

363) 17 U.S.C. § 512(i)(1)(A).

364) 17 U.S.C. § 512(i)(1)(B).

365) 17 U.S.C. § 512(m).

366) 17 U.S.C. § 512(g)(2)(C).

367) 저작권법 제2조 제22호.

368) 소명자료의 구체적인 내용은 저작권법 시행령 제28조의2에 정하고 있는바, 이 역시 17 U.S.C. § 512(c)(3)의 내용과 거의 동일하다. 즉, 먼저, 자신의 저작권 등이 침해됨을 주장하는 자(이하 “권리주장자”라 한다)는, 자신이 그 저작물의 권리자로 표시된 저작권등의 등록증 사본 또는 그에 상당하는 자료등을 온라인서비스제공자에게 제출하는 방법으로 소명해야 하고(시행령 제28조의2 제1항), 나아가 권리주장자가 그 저작물의 복제·전송의 중단을 요구하고자 하는 때에는 위와 같은 자료와 함께 “1. 그 복제·전송이 저작권등을 침해한다는 취지의 진술, 2. 그 복제·전송의 중단요구대상이 된 저작물의 제호 또는 그에 상당하는 문자나 부호, 3. 그 복제·전송의 중단요구대상이 된 저작물이 소재하는 온라인서비스상의 위치를 충분히 확인할 수 있는 정보, 4. 권리주장자의 성명등 및 주소·전화번호·전자우편주소 등 연락처, 5. 권리주장자나 그의 대리인의 서명 또는 날인, 6. 정당한 권리없이 복제·전송의 중단을 요구하는 경우 그로 인하여 발생하는 손해를 배상한다는 취지”가 기재된 문서를 온라인서비스제공

第4節 韓國의 2003年 改正 著作權法

물등의 복제·전송을 중단시킬 것을 요구할 수 있고(제77조의2 제1항, 이른바 著作權者등의 侵害主張의 通知),³⁶⁹⁾ 온라인서비스제공자는 위와 같은 권리주장자로부터의 복제·전송의 중단요구가 있는 경우에는 지체없이 그 저작물등의 복제·전송을 중단시키고 중단한 날부터 3일³⁷⁰⁾ 이내에 당해 저작물등을 복제·전송하는 자(이하 “복제·전송자”라 한다)에게 그 사실을 통보하여야 한다(제77조의2 제2항). 그러한 통보를 받은 복제·전송자가 자신의 복제·전송이 정당한 권리에 의한 것임을 소명³⁷¹⁾하여 그 복제·전송의 재개를 요구하는 경우(이른바, 複製·傳送者의 對應通知) 온라인서비스제공자는 재개요구사실 및 재개예정일³⁷²⁾을 권리주장자에게 지체없이 통보하고 그 예정일에 복제·전송을 재개시켜야 한다(제77조의2 제3항).

이때, 정당한 권리 없이 제1항 및 제3항의 규정에 의한 그 저작물등의 복제·전송의 중단이나 재개를 요구하는 자는 그로 인하여 발생하는 손해를 배상하여야 할 뿐만 아니라(제77조의2 제6항), 나아가 자신에게 정당한 권리가 없음을 알면서 고의로 복제·전송의 중단 또는 재개요구를 하여 온라인서비스제공자의 업무를 방해한 자는 저작권법 제99조에 따라 형사처벌을 받게 된다. 한편 온라인서비스제공자는 제1항 및 제3항의 규정에 의한 복제·전송의 중단 및 그 재개의 요구를 받을 자(이하 이 조에서 “수령인”이라 한다)를 지정하여 자신의 설비 또는 서비스를 이용하는 자들이 쉽게 알 수 있도록 공지하여야 한다(제77조의2 제4항).

온라인서비스제공자가 위와 같은 공지를 하고, 제2항 및 제3항의 규정에 의하여 그 저작물등의 복제·전송을 중단(이른바, 除去措置)시키거나 재개시킨 경우에는 다른 사람에게 의한 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해에 대한 온라인서비스제공자의 책임 및 복제·전송자에게 발생하는 손해에 대한 온라인서비스제공자의 책임을 감경 또는 면제할 수 있다(제77조의2 제5항). 다만, 이 항의 규정은 온라인서비스제공자가 다른 사람에게 의한 저작물등의 복제·전송으로 인하여 그 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 안 때부터 제1항의 규정에 의한 중단을 요구하기 전까지 발생한 책임에는 적용하지 아니한다(제77조의2 제5항 단서).

자에게 제출하여야 한다(시행령 제28조의2 제2항). 위 시행령을 저작권법 제77조의2 조문과 대조하여보면, 위 시행령은 “복제·전송의 중단요구”의 경우와 구별하여 “권리주장의 요구”를 굳이 따로 정하고 있다. 이는 아마도 “권리주장의 요구”만을 접수한 온라인서비스제공자가 제77조 제1항에 따라 자발적으로 침해를 제거하는 경우를 상정한 것일 수 있겠다.

369) 이러한 절차는 美國 Netcom 事件의 판례가 처음 요구하였고, 그 이후 DMCA에서 이를 명문으로 요건화하였던 것을 한국 저작권법에서도 수용한 것이다. 다만, 바로 위 脚註에서 설명하였듯이 우리 저작권법상 侵害主張의 通知는 침해저작물의 소재를 충분히 확인할 수 있는 정보 등까지 포함할 필요가 없다는 점에서 이러한 정보까지 모두 포함하여야 하는 미국 DMCA가 지칭하는 이른바 侵害主張의 通知(notification of claimed infringement)와는 다소 상이하다는 점은 注意하여야 한다.

370) 저작권법 시행령 제28조의3 제1항.

371) 저작권법 시행령 제28조의4.

372) 재개예정일에 관하여, 17 U.S.C. § 512(g)(2)(C)는 복제·전송행위자로부터의 재개요구를 수령한 날로부터 10일 이상 14일 이하 기간안에 하도록 정하고 있으나, 우리 저작권법은 재개요구를 수령한 날로부터 7일 이상 14일 이내로 다소 상이하게 정하고 있다.

한편, 온라인서비스제공자가 저작물이나 실연·음반·방송 또는 데이터베이스, 즉 저작물 등의 복제·전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여 다른 사람에 의한 저작물등의 복제·전송으로 인하여 그 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시킨 경우, 혹은 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시키고자 하였으나 기술적으로 불가능한 경우에 있어 다른 사람에 의한 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해에 관한 온라인서비스제공자의 책임에 관하여 저작권법은 前者의 경우에는 그 책임을 감경 또는 면제할 수 있도록 하고, 後者の 경우에는 책임을 면제하도록 구별하여 정하고 있다(제77조 제1항, 제2항).

이미 언급하였듯이, 2002. 12. 30. 개정 컴퓨터프로그램보호법도 위의 저작권법 규정들과 동일한 내용의 규정을 2003년 개정 저작권법보다 먼저 신설하고 있다.

3. 評價

(1) 서비스제공자의 免責이 인정되는, 利用者들의 侵害行爲 領域의 問題

韓國에서는 ISP에 대한 책임제한규정이 이용자들의 저작권법(혹은 컴퓨터프로그램보호법)상의 침해행위에만 적용됨에 반하여,³⁷³⁾ 앞서 설명한 대로 EU의 전자상거래지침, 獨逸의 온라인서비스법, 日本의 서비스提供者責任制限法은 저작권침해의 경우뿐만 아니라, 상표권침해 나아가 명예훼손행위에 대한 침해책임 등 ISP가 정보유통자로서 관여하여 책임이 거론될 수 있는 일체의 경우를 가리지 않고 일종의 統一法으로 규율하고 있다. 따라서 우리의 입법방식은 그 規制對象이 되는 침해행위면에서는 EU, 獨逸, 日本의 그것과는 다르며, 美國의 DMCA와 유사하다고 할 수 있다.

美國은 ISP의 責任制限을 논의함에 있어 전통적으로 저작권침해의 경우와 명예훼손의 경우를 구분하고 있고, 前者의 경우에 적용되는 DMCA에 대응하여 後者の 경우에는 CDA라는 별도입법을 통하여 면책을 부여하고 있어 앞으로도 그 법리가 상이할 수 밖에 없다. 그러나 EU, 獨逸, 日本과 같은 경우에는 위와 같은 統一法을 두고 있는 이상 위 두 가지 경우가 통일법으로 규율되는 과정에서 하나의 법리로 통합될 수 있을지 주목된다. 나아가, 韓國에서는 적어도 ISP의 責任制限 영역을 벗어나 일반법리로는 타인의 침해행위가 저작권침해행위인지, 아니면 명예훼손행위인지에 따라 이러한 침해행위를 가능하게 도운 자의 책임이 법리상 구별되어 왔다고 단정하기 어렵고 설령 그

373) 주의할 것은, 이용자들의 저작권법상 침해행위에만 적용된다고 하더라도 減免되는 온라인서비스제공자의 책임은 반드시 저작권법상의 責任은 아니라는 사실이다. 즉, 제77조의2 제5항 複製·전송자에게 발생하는 손해에 대한 온라인서비스제공자의 책임이 저작권침해에 대한 책임이 아니라 일반 민사상 손해배상책임임은 분명하고, 아울러 같은 항의 “다른 사람에 의한 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해에 대한 온라인서비스제공자의 책임”도 경우에 따라 “다른 사람에 의한 저작권침해행위에 대한 온라인서비스제공자의 민법상 방조책임”이 될 수 있는 것이다.

第4節 韓國의 2003年 改正 著作權法

렇더라도 美國에서처럼 명확하게 달리 규율되어 왔다고 보기는 무리라고 보인다. 따라서 이용자의 침해행위가 저작권침해행위인지, 아니면 명예훼손행위인지를 가리지 않고 統一的으로 규정하는 특별법 형식을 취하는 것이 일견 한국에서의 그간 논의방식에는 더 맞다고도 볼 수 있다.

(2) 서비스제공자의 서비스 類型에 따라 免責要件을 달리할 지의 問題

規制方式의 면에서, 美國 DMCA는 § 512(a)부터 § 512(d)까지 크게 네 가지 유형으로 ISP가 제공하는 네트워크관련 서비스의 技術類型을 구분하여 그 책임요건을 다르게 규율하였고, 이러한 입법방식을 앞서 설명한 대로 EU의 전자상거래지침, 獨逸의 온라인서비스법도 현재 따르고 있다. 그러나 韓國 著作權法은 온라인서비스제공자의 개개유형에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않아 美國 DMCA의 방식에 따르지 않았고, 이 점은 日本의 서비스提供者責任制限法의 방식과 동일하다고 하겠다.

이러한 우리의 입법방식이 항상 새로운 서비스방법이 창출되고 있는 인터넷이용의 현실에서 법의 흠결없이 법규의 적용에 탄력을 기할 수 있다는 이유에서 오히려 좋다고 입장³⁷⁴⁾도 눈에 띈다. 이러한 입장에 따르면, ISP의 책임기준은 전통적인 過失責任의 原則하에서 책임의 요건을 일부 강화하거나 책임의 정도를 완화하는 수준으로 족하며, ISP에게 注意義務를 어느 수준에서 부담시킬 것인가를 결정하고, ISP가 注意義務를 위반했는가를 어떤 기준에 의하여 판단할 것인가가 중요하며, 미국의 Napster 事件에서 미국의 법원이 전통적인 寄與責任과 代位責任을 갖고 해결하고 있는 것도 그러한 맥락에서라고 설명을 붙인다.

하지만, 技術的 특징(가령, 인터넷 네트워크에 있어 단순한 Access Provider는 이용자들끼리 전송하는 정보를 식별하거나 차단하기가 불가능하다는 특징)이 법률적 평가(代位責任에 있어 統制可能性 등이 없으므로 책임 없음)에 곧바로 영향을 미쳐 그 법적 효과를 달리할 수밖에 없다면, 기술적 특징에 따라 입법하는 태도가 가장 분명할 수밖에 없을 것이다. 인터넷이용의 현실이 비록 可變的일지라도 ISP의 책임문제에 대한 규율에서 지나치게 법규적용의 탄력성을 고집할 경우 法の 欠缺을 다소 피할 수 있을지 몰라도 극심한 法的 不安定性³⁷⁵⁾이 불가피하다.

374) 안효질, “P2P環境하에서의 著作權侵害責任”, 74, 93면 및 김병일, 전제논문, 123면.

375) 가령, 위 論者 중 안효질, “P2P環境하에서의 著作權侵害責任”, 71면 이하에서 보듯이 하이퍼링크 등이 독일 온라인서비스법의 규정 중 어느 규정에 의하여 규율하여야 할지 독일학계에서 혼란스러운 정도의 법리논쟁이 벌어지는 것도 미국의 DMCA에서와 달리 (결코 복잡하지 않은) 관련규정 하나가 없기 때문이다. 위 논문에서는 하이퍼링크 등의 예를 마치 독일온라인서비스법이 지나치게 기술유형에 따른 입법 규정을 둔 폐해의 사례로 설명하는 듯하나, 극단적인 입장을 취하여 기술유형에 따른 입법을 완전히 포기하고 “제2장 제3절 1. (1) ISP의 注意義務 負擔의 根據에 관한 論議 4)”에서 보듯이 民法法 一般의 注意義務를 해태한 때는 책임을 부담한다는 식의 규정만 두게 된다면 위의 하이퍼링크의 사례 뿐만 아니라 단순접속, 캐싱 등 ISP의 모든 기술유형 각각에 걸쳐 어떤 것이 구체적인 주의의무를 해태한 것인지에 관하여 학설상의 난삽하고 방만한 논란이 있을뿐, ISP로서는 과연 어떤 요건을 갖추어

第3章 인터넷서비스제공자의 責任을 制限한 새로운 立法들

韓國의 입법방식, 아울러 우리와 방식이 동일한 日本의 立法은 法的不安定性의 초래라는 이유 외에도 때문에 아래의 이유들을 보아도 법률적으로나 현실적으로 불완전한 입법에 불과하다고 본다. 첫째, 美國의 DMCA에서 유래한 규정(376)을 불완전하게 변형하여 수용한 것에 불과하여, 실제 사례에 적용함에 있어 법규의 공백(377)이 존재한다. 둘째, 독일온라인서비스법이 1997년 최초 입법당시에는 극히 단출한 규정, 즉 몇 개의 추상적인 규정만을 두고 있다가 EU 전자상거래지침의 수용을 위한 2000년의 개정에서 캐싱(Caching) 등에 관하여 사실상 1998년 DMCA의 규정과 동일한 규정을 두게 된 사실에서도 알 수 있다시피, 전세계적으로 미국의 DMCA가 가진 영향력이 더욱 커져가고 있음을 볼 때, 향후 韓國 역시 그런 영향에서 자유로울 수 없고 결국에는 DMCA의 입법방식과 상당부분 동일한 태도를 취할 필요가 있기 때문이다.

(3) 온라인서비스제공자의 概念範圍와 관련한 問題

改正 著作權法은 제2조 제22호에서 온라인서비스제공자를, “다른 사람들이 저작물등을 정보통신망을 통하여 복제 또는 전송할 수 있도록 하는 서비스를 제공하는 자”를 말한다고 정의하고 있다. 이러한 定義에 의거하여, 講學上 거론되는 온라인서비스제공자의 다양한 類型들이 과연 改正 著作權法上 온라인서비스제공자의 개념에 모두 포섭될 수 있는지 살핀다.

1) 과거 BBS 서비스제공자의 경우

BBS상에서 불특정다수 이용자 간의 정보교환은 電子的으로 구현된 게시판에서 서로 읽을 수 있는 메시지를 올리고 읽는 방법을 통하여 이루어지며, 이때 매개가 되는 메시지는 통상 그 작성자의 著作物에 해당하므로 결국 BBS 서비스제공자는 그 이용자들이 저작물등을 서비스제공자의 정보통신망을 통하여 복제 또는 전송할 수 있도록 하는 서비스를 제공하는 자이므로 改正 著作權法上 온라인서비스제공자의 개념에 속함이 분명하다.

야 면책되는지 예견하기 곤란하여 극심한 法的不安定을 피할 수 없을 것이다. 이는 일정한 조건하에 ISP의 책임을 미리 분명히 제한하여 줌으로써 ISP가 제공하는 네트워크기술을 보호, 장려하여 기술발전을 촉진하고자하는, ISP의 責任制限 諸立法의 근본취지를 망각한 태도이다.

376) 즉, 저작권법 제77조 및 제77조의2가 부여한 책임감면은 크게 서비스제공자에게 技術的 統制可能性이 없는 경우의 必要的 責任免除(제77조 제2항)과 技術的 統制可能性이 있는 경우 자발적이든(제77조 제1항), 통지에 의하여 수동적이든(제77조의2) 침해물제거를 한 때의 任意的 責任減免으로 대별할 수 있는바, 이중 前者는 멀리 미국관례법상 代位責任에서의 統制可能性 법리와 유사하고 직접적으로는 美國 17 U.S.C. § 512(a)의 영향을 받았다고 보이고, 後者는 책임면제가 아닌 임의적감면이라는 결과만 다를 뿐 나머지는 美國 17 U.S.C. § 512(b)내지 (d)에서 정해진 내용과 동일하다.

377) 가령, 아래에서 설명하듯이 韓國 著作權法은 최초 侵害主張의 通知와 이에 대응한 재개요구만이 규정되어 있을 뿐 재개요구사실을 통보받은 침해주장자가 재개를 막을 법적절차는 DMCA와 달리 규정하고 있지 않다.

第4節 韓國의 2003年 改正 著作權法

2) P2P 서비스제공자의 경우

나중에 상세히 설명하겠지만 “소리바다”와 같이 P2P 서비스에서는 P2P 서비스제공자의 정보통신망을 통하지 아니하고 이용자들의 개인컴퓨터끼리 直接 연결되어 MP3 파일과 같은 저작물이 복제·전송된다. 앞서 改正 著作權法の 규정을 “다른 사람들이 저작물등을 (서비스제공자의) 정보통신망을 통하여 복제 또는 전송할 수 있도록 하는 서비스를 제공하는 자”라고 해석하는 입장에서는, P2P 서비스제공자는 改正 著作權法上 온라인서비스제공자의 개념에 해당될 수 없을 것이다.

이러한 입장을 따른 외국의 실례로, 美國의 Napster 事件에서 피고 Napster가 17 U.S.C. § 512 (a)³⁷⁸⁾에서 정한 “일시적인 디지털-네트워크 통신” 서비스제공자로서 면책된다고 주장한 것에 대하여, Napster 1審³⁷⁹⁾은 정보가 서비스제공자의 서버를 통하여(through) 전달되는 경우이어야 위 면책조항이 적용되는데 Napster에서는 정보가 서버를 통하지 않고 개인이용자들의 컴퓨터끼리 직접 전달되므로 위 면책조항이 적용되지 않는다는 이유로 피고의 주장을 배척한 바 있다. 그러나 이러한 Napster 1審의 논리를 따르게 되면 서비스제공자가 자신의 서버를 통하여 불법저작물 자체를 전송하는 경우에는 면책을 받을 수 있지만, Napster와 같이 단지 전송을 매개만 하여 더 輕微한 수준의 가담을 한 서비스제공자는 오히려 면책되지 않는다는 결론에 이르게 되어 공평의 원칙에 반하게 되며, 美國에서도 통설적 입장은 이러한 논리에 반대하고 있다.³⁸⁰⁾

하물며, 미국의 DMCA § 512 (a)가 저작물등이 “서비스제공자를 위하여 통제되거나 운영되는 시스템이나 네트워크”를 통하였을 것을 명시적으로 요구하고 있는 것과 달리 韓國의 改正 著作權法 규정은 저작물등이 서비스제공자의 정보통신망을 통하여 복제 또는 전송되어야 한다고 규정한 것이 아니라, 단지 저작물등이 정보통신망을 통하여 복제 또는 전송되면 족하다고 정하고 있는 이상 P2P 서비스제공자 역시 改正 著作權法이 정한 온라인서비스제공자의 개념에 포함된다고 보아야 할 것이다.

3) 인터넷접속서비스제공자, 캐싱서비스제공자, 호스팅서비스제공자, 검색엔진서비스제공자의 경우

미국의 DMCA의 경우 서비스제공자의 서비스제공의 技術類型에 따라 각각 인터넷 접속서비스제공자 [17 U.S.C. § 512의 (a)], 캐싱서비스제공자 [17 U.S.C. § 512의 (b)], 호스팅서비스제공자 [17 U.S.C. § 512의 (c)], 검색엔진서비스제공자 [17 U.S.C. § 512의

378) 17 U.S.C. § 512(a)는 “서비스제공자는 서비스제공자에 의하거나, 서비스제공자를 위하여 통제되거나 운영되는 시스템이나 네트워크를 통하여 정보가 서비스제공자에 의해 전송, 라우팅, 접속되었음을 이유로 한 저작권 침해에 대한 책임을 부담하지 않는다”고 정하고 있다.

379) Opinion on Section 512(a), A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., No. Civ. 99-05183, 2000 WL 573136 (N.D. Cal. May 12, 2000).

380) 더 자세한 비판은 위 “제5장 제1절 1. (3) 3) (C) 특별법에 의한 Napster의 면책주장” 부분 참조.

第3章 인터넷서비스제공자의 責任을 制限한 새로운 立法들

(d)]에 대하여 개별적으로 免責要件을 정하고 있는데, 우리의 改正 著作權法의 해석에 의하여도 이들 서비스제공자들은 모두 이용자들이 저작물등을 정보통신망을 통하여 복제 또는 전송할 수 있도록 서비스를 제공하는 자라 할 것이어서,³⁸¹⁾ 모두 改正著作權法상의 온라인서비스제공자의 개념에 포함되므로 그 결과 면책규정이 적용된다.

4) 인터넷경매서비스 등 기타의 경우

옥션(Auction)과 같은 인터넷경매서비스제공자³⁸²⁾는 그 主目的이 이용자들간 저작물등의 복제·전송에 관한 것이 아닌 까닭에, 개정저작권법상 온라인서비스제공자의 개념에 포함되는지 쉽게 판단하기 곤란하다.

즉, 앞서 본 다른 유형의 서비스제공자들과는 달리 인터넷경매서비스제공자의 정보통신망을 통하여 이용자들은 자신들 사이의 상품매매를 성사시키는데 주된 관심이 있다. 改正著作權法상의 온라인서비스제공자의 定義를 극히 엄격하게 “다른 사람들이 저작물등을 정보통신망을 통하여 복제 또는 전송할 수 있도록 하는 서비스를 (주목적으로) 제공하는 자”로 풀이한다면, 이러한 입장에서 볼 때 인터넷경매서비스제공자에게는 改正著作權法이 정한 온라인서비스제공자 책임제한의 혜택이 적용될 여지가 없을 것이다.

그러나 이러한 결론은 다음과 같은 이유에서 부당하다.

첫째, ISP 責任制限 문제에 관하여 미국의 DMCA 규정이나 그에 대한 美國 法院의 해석, EU의 전자상거래지침이나 獨逸의 개정 온라인서비스법, 아울러 가까운 日本의 立法 등 諸外國의 입법, 해석이 보편적으로 취하고 있는 경향을 거슬리는 것이다. 즉, 앞서 본 대로, 미국의 DMCA에서는 “서비스제공자(Service Provider)”의 개념을 “온라인 서비스 또는 네트워크 접속의 제공자 또는 그것을 위한 시설의 제공자”까지 모두 포섭하도록 넓게 정하고 있고, 이에 발맞추어 美國 判例는 DMCA에 정한 서비스제공자의 개념을 폭넓게 확장하는 경향을 보이고 있는바 실제로 韓國의 옥션과 같은 서비스를 제공하는 美國 eBay社의 인터넷경매서비스에 대하여도 이미 DMCA 중 면책조항의 적용을 긍정하고 있다.³⁸³⁾ 마찬가지로 EU의 전자상거래지침은 서비스제공자(service provider)의 개념을 “정보화사회서비스(information society services), 즉 서비

381) 인터넷접속이나 캐싱, 호스팅 등이 모두 이용자들이 특정 콘텐츠에 접근하여 자신의 개인컴퓨터로 해당 내용을 전송, 복제(일시적 복제인지를 불문한다)받을 수 있도록 기능함은 분명하며, 검색엔진서비스의 경우도 특정 콘텐츠의 링크를 제공하여 그 전송, 복제를 매개하는 방법으로 위와 같은 기능을 한다. 검색엔진서비스제공자에게 개정저작권법의 책임제한규정이 적용된다는 同旨로는 김동진, 전계논문, 13-14면.

382) 인터넷경매서비스에 관한 본격적인 논의의 글로는, 정상조, “인터넷경매와 지적재산권” 및 남효순, “온라인마켓플레이스의 민사법적 쟁점 -인터넷경매를 중심으로-”, 각 서울대학교 기술과법센터 2004년도 국제세미나 「On-line Marketplace의 법적 문제점」 발표문. <www.clt.re.kr>[2004. 11. 30.].

383) 앞서 “제3장 제2절 7. (2) 節次的인 問題와 관련된 事例들”에서 설명하는 Hendrickson v. eBay, Inc. 事件 참조.

第4節 韓國의 2003年 改正 著作權法

스수신자의 개별적인 요구에 따라, 隔地間에 電子的 方法에 의한 補償手段으로 통상 제공되는 서비스를 제공하는 일체의 自然人 혹은 法人”이라고 정의³⁸⁴)하고, 독일의 개정온라인서비스법³⁸⁵)은 “온라인서비스제공자란 자신 또는 타인의 온라인서비스를 이용할 수 있도록 제공하거나 그 이용에 대한 접속수단을 제공하는 모든 자연인 또는 법인을 말한다”고 정의하고 있으며, 나아가 일본의 서비스提供者責任制限法 역시 이른바 特定電氣通信役務提供者의 개념에 관하여 “日本 電氣通信事業法에 규정한 電氣通信으로, 불특정의 자에 의하여 수신되는 것을 목적으로 한 전기통신이며, 公衆에 의하여 直接 受信되는 것을 목적으로 한 電氣通信의 送信을 除外한다”라고 하고 있어 EU, 獨逸, 日本 모두 공통적으로 關聯立法이 포섭하고자 하는 ISP의 폭을 지극히 넓게 잡고 있는 형편이다.

둘째, 설령 우리의 개정 온라인서비스법이 앞서 美國, EU, 獨逸, 日本의 각 立法들의 자세와는 달리 그 明文에서 온라인서비스제공자의 개념을 지극히 좁게 규정하고 있는 것처럼 보일지라도 이는 解釋論만으로도 충분히 확장할 수 있다. 즉, 改正著作權法上の 온라인서비스제공자의 定義를 앞서 본 대로 “다른 사람들이 저작물등을 정보통신망을 통하여 복제 또는 전송할 수 있도록 하는 서비스를 (주목적으로) 제공하는 자”로 엄격하게 풀이하지 않고 “다른 사람들이 저작물 등을 정보통신망을 통하여 복제 또는 전송할 수 있도록 하는 서비스를 (적어도 부수적 목적으로) 제공하는 자”라고 解釋한다면, 옥션과 같은 인터넷경매서비스제공자 역시 온라인서비스제공자의 개념에 포섭될 수 있다. 왜냐하면, 옥션이 제공하는 서비스가 이용자들의 상품거래를 중개하는 것을 주내용으로 함은 분명하지만 부수적으로 이용자들 사이에 저작물 등을 복제·전송하는 것도³⁸⁶) 서비스의 부수적인 내용으로 하고 있기 때문이다. 뿐만 아니라 앞서 설명한대로 검색엔진서비스제공자가 改正著作權法上の 온라인서비스제공자에 해당함에는 별다른 異見이 없다고 보이는데, 옥션은 이용자들 중 특히 구매자들로 하여금 옥션경매에 등록된 수많은 물품들 중에서 구매를 원하는 특정물품을 탐색할 수 있도록 검색기능을 제공함으로써 실제로 이 부분 기능에서는 검색엔진서비스와 크게 다를 것이 없다.³⁸⁷)

384) 더 상세한 내용은 “제3장 제3절 1. (3) 전자상거래지침” 부분 참조.

385) 더 상세한 내용은 “제3장 제3절 2. 獨逸의 立法” 부분 참조.

386) 그 서비스의 이용절차 등에 관하여는 “옥션음란CD판매” 事件을 상술한 제1장 제4절 1. (2) 1)의 脚註 부분 참조할 것. 부연하면, 옥션 서비스를 이용하려는 판매자는 먼저 “물품등록”을 온라인으로 작성하여 구매자들에게 공시하도록 되어 있는데, 그 “물품등록” 作成文의 일부는 판매자가 서비스제공자가 부여한 여러 옵션 중 특정한 내용을 선택하는 버튼의 조작만으로 자동적으로 작성된 것에 불과하지만(가령, “새제품”, “중고품” 옵션 중 “중고품”버튼을 클릭) 그 作成文의 나머지 일부는 “판매하려는 상품에 관한 400자이내의 상세정보” 등 판매자가 창작적으로 작성한 著作物인 부분이 존재한다.

387) 美國에서도 인터넷경매서비스업체인 eBay가 과연 DMCA에서 4종류로 나뉘어 규정된 서비스제공자의 유형 중 어느 것에 해당하는지가 다투어졌는데 Hendrickson v. eBay, Inc. 事件에서 法院은 17 U.S.C. § 512 (c)의 유형, 환언하여 일종의 호스팅 서비스에 속한다고 보았지만, 學說로는 17 U.S.C. § 512 (d)의 유형, 즉 검색엔진서비스로 보는 것이 타당하다는 입장이 존재한다. 이에 관하여 자세히는 제3장 제

이처럼 인터넷경매서비스의 경우 改正著作權法상의 “온라인서비스제공자”에 속한다고 보는 것이 타당하겠지만, 인터넷기술의 발전과 그에 따른 새로운 상거래형태의 등장을 감안하면 향후 전혀 새로운 방식의 서비스제공자가 과연 온라인서비스제공자에 해당하는지가 다투어질 여지가 충분히 있다. 이때 인터넷상에서 제공되는 정보전달과 관련한 일체의 서비스제공자이기만 하면 일단 이를 저작권법의 책임제한규정의 잠재적인 적용대상이 될 수 있다고 가급적 그 적용범위를 널리 해석할 필요가 있다고 보이지만,³⁸⁸⁾ 구체적인 범위는 향후의 학설과 판례가 정확히 잡아나갈 필요가 있을 것이다.

(4) 任意的減免이라는 免責效果의 差異 등과 관련한 검토

1) 任意的 減免이라는 效果의 問題點

改正著作權法은 法이 정한 “온라인서비스제공자”의 개념범위에 속하는 사업자라 할지라도 당연히 면책되는 것이 아니라, 제77조 제1항 혹은 제2항, 제77조의2 제5항 세가지 중 적어도 하나 이상의 要件을 충족하여야 “책임을 감경 또는 면제할 수 있다”고 정하고 있다. 따라서 법원이 그 법적 효과 중 減輕 또는 免除를 임의적으로 선택할 수 있을 뿐 아니라, “...할 수 있다”는 위 문구에 비추어 법원이 免除는 물론 전혀 減輕조차 하지 않아도 著作權法에 위배된다고 할 수 없다. 과연 어느 경우에 책임을 減輕할 것인지 혹은 免除할 것인지, 아니면 일체 減免을 하지 말 것인지에 관하여 명확한 구분기준이 없어³⁸⁹⁾ 法的 不安定을 초래한다는 비판을 면할 수 없다.³⁹⁰⁾

실제로 우리 저작권법에 따르면 온라인서비스제공자의 책임은 법원의 종국판단에 나아가서야 그 책임을 면제받을지, 감경받을지, 혹은 전부 부담할지 판가름날 것이므로, 그 책임을 추궁할 의사가 있는 원고로서는 資力이 풍부하다고 할 수 있는 온라인서비스제공자를 일단 책임추궁의 피고에 포함시키고자 하는 유혹을 느끼게 될 것이어서, 만약 온라인서비스제공자의 책임이 必要的으로 減免된다는 규정이 존재하였다면 지레 포기하였을 訟事에 온라인서비스제공자가 휘말리는 것은 피할 수 없게 된다. 이러한 결과는 비록 그 訟事의 끝에 온라인서비스제공자는 책임이 없다는 법원의 판단이 내려진다고 할지라도 온라인서비스제공자측을 충분히 위축시킴으로써 결국 온라인서비

2절 5. 중 脚註 부분 참조.

388) 앞서 인터넷경매서비스제공자의 경우에도 2003년 개정 저작권법의 책임제한규정이, 저작물등의 전송, 복제와 관련된 부분에 국한하지 아니하고 나머지 서비스영역 전체에 적용되는 것으로 해석할 필요가 있다. 즉, 판매자가 타인의 저작권을 침해한 불법복제CD를 옥션의 서비스로 판매하려는 경우 그 저작권자는, 위 판매자가 작성한 “물품등록”作成文 자체는 자신의 저작권을 침해한 것이 아니더라도 옥션이 이미 온라인서비스제공자의 책임제한규정을 적용받는 사업자임을 들어 옥션에 대하여 저작권법규정에 의거한 侵害主張의 通知를 적법하게 할 수 있다고 보아야 한다는 것이다.

389) 형사법상으로는 이렇게 법원이 任意로 減輕과 免除 중에서 그 法的 效果를 選擇할 수 있도록 할 예가 다수 존재(가령 中止犯에 대한 형을 감경 또는 면제할 수 있도록 한 형법 제26조, 不能犯에 대한 형을 감경 또는 면제할 수 있도록 한 형법 제27조를 비롯하여 형법 제7, 21, 23, 52, 90, 101, 111, 120, 153, 175, 213, 365조 등), 민사법상으로는 극히 드문 방식이다.

390) 同旨로는 박찬호, 전계논문, 25면.

第4節 韓國의 2003年 改正 著作權法

스제공자의 책임을 사전에 제한하는 입법이 가진 취지를 무색케 할 것이다. 원래의 改正案에서는 어느 경우나 모두 必要的으로 책임을 면제하도록 정하였다(改正案 제77조의2 제2호, 3호 및 제77조의3 제2항) 입법과정에서 아래 제77조 제2항의 경우를 제외하고는 任意的으로 책임을 감경 혹은 면제할 수 있는 것으로 바뀌었는바, 法的 安定性의 측면에서 改正案의 태도가 오히려 타당하였다고 본다.

2) 제77조 제2항 조문의 體系上 問題點

또한, 제77조 제2항은 온라인서비스제공자가 이용자들의 침해행위에 대하여 소위 統制可能性(Control)³⁹¹⁾을 가지고 있지 못할 때 必要的인 免除를 규정한 것인데, 이에 대하여 첫째, ISP는 매우 광범위한 개념인데 단지 技術的 統制可能性이 없다고 책임을 면제라는 동일한 법적효과만을 규정한 것은 지나치게 획일적이어서 구체적 타당성을 기할 수 없고, 둘째, 스스로 중단시킨 경우는 임의적 감면사유지만, 기술적 통제력이 없어 중단시키지 못한 경우는 필요적 면제사유로 한 것은 형평에 맞지 않는다고 비판하는 견해³⁹²⁾도 있다. 어쨌든, 위 조항은 제77조 제1항과 마찬가지로 제77조에 속하므로, 온라인서비스제공자가 自發的으로 조치하고자 하였으나 技術的으로 불가능하였던 경우만을 예정하고 있고, 제77조의2 제5항에서처럼 저작권자로부터 侵害主張의 通知를

391) “기술적으로 불가능한 경우”, 즉 강학상 “統制可能性”이라는 개념은, 그 뿌리를 굳이 찾자면, 피고가 저작권에 대한 침해행위를 통제(control)할 수 없는 경우라면 피고에게 저작권침해의 책임을 물을 수 없다는, 美國 判例法上 代位責任의 原則에서 찾을 수 있다. 이후 온라인서비스 기술이 등장하였고 이러한 기술공급자의 규제에 관하여 미국 DMCA 입법, 유럽 전자상거래지침, 獨逸의 온라인서비스법 등 모든 입법이, Access Provider처럼 침해행위를 매개하면서도 침해행위를 통제할 수는 없는 서비스 제공자를 그 침해책임으로부터 면책하고 있다.

하지만, 꼭 “統制可能性”개념에 의존하지 않더라도, 視覺을 달리하여 전통적인 민형사법 이론의 바탕에서도 이러한 결과도출이 어려운 것이 아니다. 가령 刑法에서 因果關係에 관하여는 條件說 아닌 相當因果關係說이 타당하게 받아들여지고 있고(즉, 위와 같은 Access Provider가 접속서비스를 제공하였다는 행위가 없었다면 침해자의 침해는 불가능하였다고 하여 곧바로 Access Provider에게 책임을 물을 수 있다는 思考方式은 條件說에만 충실할 뿐, 相當因果關係說의 기준으로는 부당하다), 民法에서도 비슷한 논의가 있음을 감안한다면, 국내의 다른 論者들이 모두 그리하듯이 위 統制可能性의 개념을 일률적으로 美國에서의 논의에 맞추어 가령 “소리바다의 기술상 통제가 가능하므로 저작권침해책인이 있다”, 아니면 “그렇지 않다”는 식의 고찰만 계속할 필요는 없다고 본다. 다만, 더 자세한 규명은 이 글의 限界를 벗어나므로 이 문제의 구체적인 연구는 뒤로 미룬다. 그렇지만 아래에서 Sony 原則을 설명하는 부분에서 상술하듯이, 美國이나 韓國에서 논의되는 統制可能性은 단지 침해행위를 어떤 방법을 동원하든지 차단할 수 있다는 의미가 아니다. 즉, 이러한 논리를 고집하면 마치 Sony 事件의 VTR 裝備처럼, 合法的 用途가 더 많은 裝備를 공급하는 자가 “그 裝備를 공급하지 않았으면” 불법적인 用途의 이용행위를 막을 수 있었다고 보아 그 공급자에게 불법이용행위에 대한 統制可能性이 있다고 잘못 판단할 위험이 있고, 실제로 Sony 事件에서 聯邦大法院 대법관 4인이 취한 少數說도 이러한 문제점이 있는 것이다. 결국 침해행위부분만을 분리, 區別하여 억제할 수 있는지의 의미라고 할 것이다. “統制可能性(control)”의 진정한 의미는 단순한 차단가능성이 아니라 구별가능한지(distinguishable) 여부를 의미한다고 할 것인데, 앞서 본 條件說은 여기서의 단순한 차단가능성에, 相當因果關係說은 구별가능성에 각각 대응하는 입장으로 보여 흥미롭다.

392) 오병철, “Super Peer 방식의 P2P시스템(소리바다2)의 저작권 침해문제”, 한국정보법학회 제5회 사례연구회 발표문, 2003. 4. 11면. 아울러 황찬현, “사이버 名譽毀損에 있어서 인터넷 事業者의 책임에 관한 立法試論”, 사법정보화연구(웹진) 제7호, 2002. 3. 31, <web.scourt.go.kr/jiweb/07/main.htm>[2004. 8. 23.] 脚註 27)에서는 위 규정대로라면, 사업자들이 방지기술 개발을 할 생각은 하지 아니하고 기술적으로 불가능하다고 주장하여 면책을 시도할 가능성이 높아지므로 이러한 규정은 부당하다고 한다.

받아 受動的으로 이를 제거하는 과정에서 技術적으로 불가능하였던 경우는 포섭하고 있지 않다고 오해될 소지도 있는 이상, 제77조 제2항을 독립한 條로 개정하는 등의 조치로 이러한 오해의 소지를 없앨 필요는 있다고 본다.

아울러 위와 같이 기술적 통제가능성이 없는 경우 ISP에게 면책을 부여하는 대신 향후 추가입법으로 ISP로 하여금 침해발생사실을 저작권자 및 침해자에게 통지하도록 보완하자는 주장이 있다.³⁹³⁾ 이는 ISP에게는 일견 수월하고 간단한 통지만으로 저작권자로 하여금 침해를 저지하기 위한 필요조치를 취할 수 있도록 해준다는 효용을 고려하면 타당한 주장으로 보이지만, 통제가능성이 없는 ISP에게 일정한 의무를 요구하는 입법례가 아직 존재하지 않음을 고려하면 신중할 필요가 있다. 실제로 위 주장에 따라 통지의무를 정한 규정이 입법되더라도 ISP로서는 그 통지를 수행하여야 할 저작권자가 누구인지, 그 통지할 住所가 어디인지 찾기가 무척 곤란한 때가 많을 것이어서³⁹⁴⁾ 과연 어떤 경우에 ISP로서는 통지의무를 제대로 이행한 것인지 판단하기 곤란해지고 그 결과 ISP의 免責 여부가 더 예측하기 곤란해질 위험이 있음을 감안하여야 한다.

3) 제77조 제2항 조문과 원래의 改正案 조문의 比較

改正案 제77조의2 제3호에서는 “다른 사람에 의한 저작물등의 복제 또는 전송을 방지하거나 중단시키는 것이 기술적으로 불가능하거나 현저한 시간적 또는 재정적 부담으로 사실상 기대할 수 없는 경우”라고 하여 기술적으로 불가능한 경우 외에도 저작물등의 복제 또는 전송을 방지하거나 중단시키는 것이 현저한 시간적 또는 재정적 부담으로 사실상 기대할 수 없는 경우를 또 다른 면책사유로 정하고 있었는데 입법과정에서 삭제되었다. “현저한 시간적 또는 재정적 부담으로 사실상 기대할 수 없는 경우”의 구체적인 해석과 적용에 있어 다소간 불명확성이 있어 법적불안이 초래될 수 있다는 短點이 있기는 하지만, 이러한 改正案의 규정이 개정저작권법보다 타당하였다고 본다.³⁹⁵⁾

4) 온라인서비스제공자의 故意와 관련한 問題點

著作權法이 부여하고 있는 면책의 효과와 관련하여 콘텐츠제공자(content provider), 호스팅제공자(host provider), 접속제공자(access provider) 책임요건을 모두 동일하게 규정하는 것은 바람직하다고 볼 수 없고, 온라인서비스제공자의 사업위험을 어느 정도

393) 손영화, 전계논문, 720면.

394) 이러한 어려움 때문에 각국의 입법에서, 저작권자측으로부터 ISP측으로의 侵害主張의 通知에 관하여 그 통지가 원활히 이루어지도록 ISP로 하여금 그 通知를 수행할 자를 미리 지정하여 공시하도록 정하고 있는 것인데 반대로 저작권자로 하여금 그러한 공시를 하게 하는 것은 어렵기 때문이다.

395) 이와 관련하여 상세히는 “제7장 제2절 5. Sony 原則의 올바른 適用” 중 “(2) 筆者의 解釋 3) (D) c)” 부분 참조.

第4節 韓國의 2003年 改正 著作權法

덜어주기 위하여 적어도 호스팅제공자(host provider)의 경우는 고의 또는 중과실의 경우에, 접속제공자(access provider)의 경우는 고의에 의한 경우에만 책임을 부담하도록 규정하는 것을 검토해야 한다는 意見³⁹⁶⁾이 있다. 그러나 호스팅제공자보다 접속제공자를 더 두텁게 보호해야한다는 방향에서는 위 의견이 틀린 것이 아니지만 접속제공자의 경우 비록 故意를 가지고 있더라도 責任을 부과하지 않는 것이 美國이나 獨逸 등 外國의 공통적인 태도임은 이미 여러 번 보았는데 위 意見은 이 점을 간과하고 있다.

저작권법 제77조의2 제5항 前段에서는 앞서 본대로 侵害主張의 通知에 따라 저작물 등의 복제·전송을 중지시킨 온라인서비스제공자의 책임을 제한하면서, 아울러 같은 항 後段은 “다만, 이 항의 규정은 온라인서비스제공자가 다른 사람에 의한 저작물 등의 복제·전송으로 인하여 그 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 안 때부터 제1항의 규정(侵害主張의 通知 및 복제·전송의 중단 요구; 筆者註)에 의한 중단을 요구하기 전까지 발생한 책임에는 적용하지 아니한다”고 정하고 있다. 그 취지가 반드시 분명하지는 아니하지만³⁹⁷⁾ 文句만을 잘 새겨보면, 다음과 같이 해석할 수 있다.

즉, 위 저작권법 규정에서는 “제1항의 규정에 의한 중단을 요구”한 이후의 책임에 대하여 같은 항 前段에서 정한 대로 責任의 任意的 減免이라는 혜택이 적용되도록 예정하고 있다. 미국 DMCA에서와 같이 侵害主張의 通知와 복제·전송의 中斷 要求가 동시에 이루어지는 경우라면 어느 표현이던지 상관이 없을 것이지만, 우리 저작권법상으로는,³⁹⁸⁾ 위 通知와 要求를 서로 구별하고 있다. 따라서 침해가 되는 저작물 등의 온라인서비스상에서의 정확한 위치를 알 수 있는 情報를 온라인서비스제공자가 침해주장의 통지자로부터 제공받는 시점은 侵害主張의 通知때가 아니라 복제·전송의 中斷 要求때이므로 단순한 침해주장이 있다는 사실만으로는 온라인서비스제공자에게 책임을 지우기 어렵고 위 情報까지 제공하였음에도 그 제거조치를 태만히 한 온라인서비스제공자에게 책임을 지우는 것이 타당하다. 결국 위 규정에서 “제1항의 규정에 의한 침해의 주장”이후라고 표현하는 대신 앞서와 같이 표현한 것은 지극히 옳다 하겠다.

(5) 잘못된 侵害主張의 通知에 기한 除去措置 때의 서비스제공자의 責任 問題

제77조의2 제5항은 온라인서비스제공자의 자발적인 모니터링에 의해서가 아니라 저작권자 등 권리자의 侵害主張의 通知에 의하여 침해사실을 알게 되었을 때 침해결과물

396) 안효길, “P2P環境하에서의 著作權侵害責任”, 93면.

397) 國會의 입법과정에서도 이 부분 문구에 관하여 전혀 별다른 언급이 없었다. 이는 국회문화관광위원회, “著作權法中改正法律案(代案)”, 국회홈페이지 중 “자료실” → “국회통과새법률”欄<search.assembly.go.kr:8080/bill/billview.jsp?target=billview.jsp&billid=024252>[2005. 1. 24.].

398) 앞서 “제3장 제4절 2. 內容” 중 脚註 참조.

第3章 인터넷서비스제공자의 責任을 制限한 새로운 立法들

의 제거의무를 규정한 것으로, 미국 17 U.S.C. § 512(c)(3)에서 정한 “侵害主張의 通知(notification of claimed infringement)”에 따른 제거절차를 그대로 수용한 것이다.

위 규정을 운영함에 있어 주의할 점은 이른바 包括的인 通知³⁹⁹⁾를 지나치게 넓게 인정하여서는 온라인서비스제공자에게 사실상 “事前 모니터링 의무”를 부과하는 결과가 된다는 점이다.⁴⁰⁰⁾ 아울러, 通知시 저작권법시행령 제28조의2에 정한 바에 따라 通知者는 자신이 저작권자임을 증명하기 위한 “저작권 등의 등록증 사본” 등 각종 법정사항을 아울러 갖춘 通知를 하여야 하는데, 通知書에 첨부할 이러한 사항 중 가장 문제될 수 있는 것은 “복제·전송의 중단요구대상이 된 저작물이 소재하는 온라인서비스상의 위치를 충분히 확인할 수 있는 정보”⁴⁰¹⁾부분이다. 유사한 규정을 둔 DMCA 규정의 해석에 대하여 ALS Scan, Inc. v. RemarQ Communities, Inc. 事件과 Hendrickson v. eBay, Inc. 事件에서 미국법원이 내린 결론이 달랐음은 이미 보았다. 특히, 後者인 eBay 事件에서의 법원판단을 韓國의 상황에 유추하여 생각할 때, 가령 eBay와 마찬가지로의 사업을 하는 “옥션”과 같은 피고에 대하여 원고가 그 권리 있는 CD나 DVD가 불법복제되었음을 주장하려면 옥션으로 하여금 어떤 경매에 관한 것인지를 알 수 있도록 관련 “경매번호”까지 통지할 필요가 있을 것이다.

저작권법 제77조의2 제1항에서 권리자가 侵害主張의 通知를 할 때 그 입증의 수준은 疎明에 의하도록 정하고 있는바, 이러한 규정자체가 잘못된 것은 아니다. 그렇지만 미국 DMCA에는 善意的 ISP를 보호하는 규정이 존재하지만,⁴⁰²⁾ 우리 저작권법에는 이에 대응하는 규정이 따로 존재하지 아니하기 때문에 實務의 적용에서 문제가 발생할 수 있다. 즉, 미국 DMCA는 위 보완적인 규정을 통하여 서비스제공자가 善意로, 침해를 막기 위하여 침해물이라고 주장되는 소재로의 접속차단이나 제거를 하였을 때 그것이 나중에 그것이 침해물인지 실제로 판명되었는지에 관계없이, 당해 접속차단이나 제거 조치로부터 생긴 일체의 책임⁴⁰³⁾에 대하여 면책을 부여하고 있다. 따라서 미국 DMCA에 따르면 서비스제공자가 免責을 부여받는 상대방의 범위는 비단 저작권자 등에 局限

399) 가령 인터넷스토리지서비스업체인 폴더플러스(www.folderplus.com), 네오폴더(www.filehunt.com/index.asp) 등의 공지사항 欄에는 특정영화의 저작권자가 폴더플러스 등에 대하여 그 이용자들이 해당 영화파일을 불법등록하는 것을 제거해 달라는 요청이 있었다는 취지의 公知가 자주 있다. 만약 이때 저작권자측에서 침해대상인 저작물의 목록만을 나열하는 방식으로 ISP에게 侵害主張의 通知를 하고 있는 것이라면 우선 저작권법 시행령 제28조의2에 정하고 있는 대로 “저작물이 소재하는 온라인서비스상의 위치를 충분히 확인할 수 있는 정보”를 제공하는 것으로 볼 수 있는 지는 의문이고, 아울러 그 통지상의 목록에 나열된 저작물이 장래에 침해된 경우까지 이미 최초의 통지가 있었던 이상 侵害主張의 通知가 있었다고 볼 수 있을지도 의문이다.

400) 美國의 경우 Hendrickson v. eBay, Inc. (165 F.Supp.2d 1082, C.D.Cal.,2001) 事件에서 이 점이 분명히 판시되고 있다.

401) 저작권법시행령 제28조의2 제2항 제3호.

402) 17 U.S.C. § 512 (g).

403) “...service provider shall not be liable to any person for any claim....”.

第4節 韓國의 2003年 改正 著作權法

되지 아니하고 서비스제공자가 善意를 가지고 행동한 이상 침해물이라고 잘못 판단되어 접속차단이나 제거를 당한 이용자까지 포괄하게 된다. 그러나 우리 著作權法에서는 일단 온라인서비스제공자가 권리자의 소위 “疎明”수준의 침해주장통지를 받고 이를 신뢰하여 善意로 침해물이라고 주장되는 소재로의 접속차단이나 제거를 하였다더라도 나중에 그것이 가령 저작권자와 그 소재의 게시자와의 法的爭訟을 통하여 그 소재가 침해물이 아님이 판명되었다면 그 소재의 게시자와의 관계에서는 그릇된 疎明을 신뢰한 잘못이 있다는 이유로, 혹은 疏明수준에 이르지 않은 자료를 疏明이라고 믿은 잘못이 있다는 이유로, 즉 온라인서비스제공자가 善意이더라도 過失은 있다는 이유로 責任을 추궁당할 수 있다. 왜냐하면, 우리 法은 DMCA에서처럼 善意의 ISP를 무조건 보호하는 것이 아니라, 소재로의 접속차단이나 제거행위가 법 소정의 요건(侵害主張의 通知가 소명에 의할 것, 그 통지를 받을 수령인을 공지하였을 것)을 구비한 때에 한하여 복제·전송자에 대한 책임을 감면하므로 그러한 요건의 이행에 過失이 있는 ISP는 해석상 보호하고 있지 않기 때문이다.⁴⁰⁴⁾

이와 관련하여 韓國 著作權法에서는 제77조의2 제6항⁴⁰⁵⁾을 따로 두고, 앞서와 같이 온라인서비스제공자가 권리자의 侵害主張의 通知를 받고 접속차단 등 조치를 하였는데 그 차단대상물이 침해물이 아니라고 나중에 판명된 경우, 이러한 잘못된 侵害主張의 通知로 손해를 야기한 자에게 배상책임을 부과하고 있다. 위 규정은 혹자가 생각하기에 따라서는 善意의 ISP를 보호하는 DMCA의 위 규정과 다른 각도에서, 잘못된 侵害主張의 通知를 신뢰한 善意의 온라인서비스제공자를 보호한다고 착각할 수도 있겠지만 실은 복잡한 해석 문제를 야기할 뿐이다. 즉, 잘못된 侵害主張의 通知로 직접 損害를 입은 主體는 온라인서비스제공자가 아니라⁴⁰⁶⁾ 그 侵害主張의 通知에 따라 자신의 복제·전송물이 제거된 복제·전송자가 될 것인데, 이러한 복제·전송자로서는 위 제77조의2 제6항에 따라 잘못된 侵害主張의 通知자에게 손해배상책임을 물을 수 있음은 별론, 여전히 온라인서비스제공자에게도 책임을 추궁할 수 있다. 온라인서비스제공자가 이러한 사태를 맞게 되면 위 제77조의2 제6항의 취지를 극도로 확장해석하여 “제77조의2 제6항은 정당한 권리없이 복제·전송의 중단 등을 요구한 자에게 그로 인하여 발생하는 모든⁴⁰⁷⁾ 손해를 배상할 책임이 있음을 선언하여, 反對解釋上 온라인서비스제공

404) 저작권법 제77조의2 제5항.

405) “정당한 권리없이 제1항(권리주장자의 복제·전송 중단요구, 筆者註) 및 제3항(복제전송자의 복제·전송 제거요구, 筆者註)의 규정에 의한 그 저작물등의 복제·전송의 중단이나 제거를 요구하는 자는 그로 인하여 발생하는 손해를 배상하여야 한다.”

406) 온라인서비스제공자라고 한다면, 미국 DMCA나 日本의 “特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及発信者情報の開示に関する法律”에서 利用者에 대한 관계에서 서비스제공자의 면책을 규정할 필요가 없었을 것이다.

407) 제77조의2 제6항의 규정과 비교해볼 것.

자를 면책하고자 한 것이다”라고 주장해볼 수도 있을 것 같으나, 이러한 주장은 그 논리자체의 극단성이나 옹색함뿐만 아니라 우리 著作權法이 위와 같은 경우 온라인서비스제공자에게 必要的 免責이 아니라 법원판단에 따른 任意的인 減免만을 부여하고 있다는 점과 충돌되므로 법원이 위 주장을 채용할 가능성은 거의 全無하다. 결국 제77조의2 제6항의 存在意味는 侵害主張의 通知를 잘못 행한 자에게 손해배상책임이 있다는 설령 위 규정이 없더라도 이미 자명한 원칙의 확인에 그치고 있을 뿐이다.

(6) 잘못된 侵害主張의 通知를 받고, 除去措置를 하지 않은 서비스제공자의 責任

著作權法 제77조의2 제5항은 저작권자의 侵害主張의 通知와 이에 따라 서비스제공자가 침해물을 제거하는 상황과 관련하여 “...저작물 등의 복제·전송을 중단...시킨 경우에는... 온라인서비스제공자의 책임을 감경 또는 면제할 수 있다”라고만 규정하여 그 文句만으로는 오로지 저작권자의 侵害主張의 通知에 따라 저작물 등의 복제·전송을 중단하는 제거조치를 취한 경우에만 온라인서비스제공자의 책임을 감면하는 것으로 잘못 해석될 여지가 있다.

侵害主張의 通知가 저작권법 제77조의2 제1항에 따른 일정사항의 疏明과 저작권법 시행령 제28조의2가 상세히 정한 구체적인 疏明方法에 관한 규정을 준수하지 아니하였다면 온라인서비스제공자는 당연히 이에 따른 제거조치를 거부할 수 있는 것이고, 또 거부하여야 함⁴⁰⁸⁾에는 異論이 있을 수 없다. 이처럼 잘못된 侵害主張의 通知에 대하여 이렇게 正當하게 拒否하였거나, 저작권법 제77조의2 제4항에 따라 침해주장통지의 수령인까지 공지하였지만 아예 侵害主張의 通知를 받지 못한 온라인서비스제공자의 경우를 적법한 侵害主張의 通知를 받고 제거조치까지 나아간 온라인서비스제공자의 경우와 차별할 합리적 근거는 없고 똑같이 책임을 감면해주는 것이 당연하다.

이에 관하여 美國 DMCA의 관련 규정은 “저작권자로부터 侵害主張의 通知를 받은 ‘경우에는’⁴⁰⁹⁾ 신속하게 그 정보에 대한 접근을 차단하거나 그 자료를 제거한 때” 책임을 면제하도록 정하고 있고, 앞서 Hendrickson v. eBay, Inc. 事件⁴¹⁰⁾의 사안에서도 알 수 있듯이 실무에서는 적법한 侵害主張의 通知가 아니라면 그러한 부적법한 침해주장을 받고서 그 요구에 따르지 않더라도, i) 침해행위에 대한 實際 認識이나 推定的 認識이 없고, ii) 침해행위에 대한 統制可能性이 없음과 아울러 침해행위로부터 직접 이익을 얻지 않았다는 요건만 함께 구비하면 서비스제공자가 DMCA에 따른 면책을 주장함에는 아무런 장애가 되지 않는다. 이때 침해행위에 대한 實際 認識이나 推定的 認識

408) 이때, 당연히 제거조치로 나아가면 위 (5)항에서 보았듯이, 오히려 제거된 대상을 게시한 자에 대한 손해배상책임을 부담하게 된다.

409) “upon notification of claimed infringement...”, 해당 규정 원문 및 자세한 내용은 제3장 제2절 4. (3) 脚註 참조. 여기서 “upon”은 “if”의 의미에 가깝게 해석하여야 한다.

410) 자세한 사실관계는 “제3장 제2절 7. (2)” 脚註 참조.

第3節 韓國의 2003年 改正 著作權法

을 법원이 판단함에 있어 부적법한 侵害主張의 通知가 있었다는 사실은 전혀 고려되지 않는 것이다.

韓國 著作權法은 이러한 DMCA 규정을 묵시적으로 수용하면서 위와 같은 i)과 ii)의 要件⁴¹¹⁾이 사실상 韓國의 경우와는 관련없는 美國判例上 寄與, 代位責任의 法理가 반영된 부분이라고 보아 이를 제외한 것은 좋았지만, 이러한 부분과 侵害主張의 通知에 따른 제거 규정이 17 U.S.C. § 512(c)(A)의 (i), (ii), (iii)으로서 서로 有機的으로 결합되어 있다는 점은 미처 고려하지 못하고 侵害主張의 通知에 따른 제거규정인 17 U.S.C. § 512(c)(1)(A)(iii) 부분만을 不完全하게 수용한 것으로 보인다. 더구나 (iii) 부분인 “저작권자로부터 침해를 주장하는 통지를 받은 경우에는...”의 眞正한 意味가 “만약 저작권자로부터 침해를 주장하는 통지를 받은 경우라면” 제거조치를 하여야 § 512(c)(A)의 (i), (ii) 부분을 이미 충족한 서비스제공자의 면책이 여전히 인정된다는 취지임에도, 우리의 改正 著作權法에는 마치 저작권자로부터 침해를 주장하는 통지를 필히 받아야 하고, 그에 따른 제거조치가 있는 경우에만 면책이 되는 것처럼 잘못해석될 수도 있게 규정한 것이다. 만약 입법자의 진정한 의도가 그런 해석에 국한된 것이었다면 모르겠으나 그렇지 않다면, 현재의 著作權法 제77조의2 제5항 중 “온라인서비스제공자가 제4항의 규정에 의한 공지를 하고, 제2항 및 제3항의 규정에 의하여 그 저작물등의 복제·전송을 중단시키거나 재개시킨 경우에는”이라는 文句는 보다 분명하게 개정되어야 할 것이다.

(7) 침해주장에 대한, 複製·傳送者의 對應通知에 대한 著作權者의 救濟手段 問題

원래, 改正案에서는 저작권자측이 侵害主張의 通知를 하더라도 이를 통지받은 온라인서비스제공자는 해당 침해결과물의 복제·전송 등을 즉각 중단하는 대신, 먼저 복제·전송 행위자에게 저작권자로부터 侵害主張의 通知가 있었음을 통보하고 그럼에도 복제·전송 행위자가 즉시 이의제기를 하지 아니할 때, 權利關係가 確定될 때까지 비로소 해당 침해결과물의 복제·전송 등을 중단시킬 수 있었지만(改正案 제77조의3 제2항), 2003년 개정 저작권법에서는 侵害主張의 通知가 있는 즉시 온라인서비스제공자는 복제·전송 등을 먼저 중단하고 그 다음에야 복제·전송을 하였던 자에게 그러한 중단 사실을 통보하도록 하였으며, 복제·전송을 하였던 자로부터 자신의 복제·전송이 정당한 권리에 의한 것이라는 소명과 재개요구가 있는 경우 다시 이런 사실을 침해주장자에게 통보하고 복제·전송을 재개하도록 새로 규정하였다.

위의 改正案과 실제 개정된 입법은 모두 DMCA와 유사한 절차를 도입한 것인데, DMCA에서는 여기에 그치지 않고 재개요구(counter notice)가 있었다는 사실을 통보받

411) 17 U.S.C. § 512(c)(A)(i), (ii).

은 침해주장자가 침해금지를 구하는 취지의 提訴를 하였음을 ISP에게 통보한 경우에는 서비스제공자가 복제·전송의 재개를 하지 못하도록 규정하고 있다.⁴¹²⁾ 이에 비하여, 2003년 개정 저작권법이 최초 侵害主張의 通知와 이에 대응한 再改要求만을 규정하고 재개요구사실을 통보받은 침해주장자가 재개를 막을 법적절차를 규정하고 있지 아니한 것은 입법적인 결함으로 보이므로 DMCA에서와 같이 침해주장자가 提訴하였다는 점을 들어 복제·전송의 재개를 막을 수 있는 절차를 보장하는 것이 타당할 것이다.⁴¹³⁾

(8) 著作權法과 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률의 衝突 問題

1) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 관련규정의 內容과 問題點

정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률은 2001. 1. 16. 전문개정시 제44조를 신설하여, 정보통신망을 이용하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 인하여 법률상 이익이 침해된 자는 해당 정보를 취급한 정보통신서비스제공자에게 당해 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재를 요청할 수 있으며(제1항), 정보통신서비스제공자는 이러한 당해 정보의 삭제 등의 요청을 받은 때에는 지체 없이 필요한 조치를 취하고 이를 즉시 申請人에게 통지하여야 하도록 규정하고 있는데(제2항), 이러한 규정들이 著作權法이 정한 온라인서비스제공자의 책임제한 규정과 서로 衝突하고 있어 문제이다. 즉, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률상 정보통신서비스제공자는 저작권법상 온라인서비스제공자의 개념을 포함한 더 包括的인 概念이므로,⁴¹⁴⁾ 온라인서비스제공자가 저작권자로부터 侵害主張의 通知를 받은 경우 서비스제공자가 免責을 받기 위해 취할 절차상 의무에 관하여는 著作權法뿐만 아니라 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률도 아울러 적용되게 되는데, 두 법률이 정한 내용이 달라 혼선이 불가피하다.

2) 두 法의 衝突이 일어나는 부분

첫째, 著作權法에서의 侵害主張의 通知와 달리 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률에 따른 “정보삭제요청”에서는 권리자라는 점이나 침해정보의 특징을 위한 자료 첨부 등이 별도로 요구되고 있지 않다.

412) 17 U.S.C. § 512(g)(2)(C).

413) 다만, 저작권법의 추가 개정이 어렵다면, 소명, 중단, 통보, 복제·전송의 재개, 수령인의 지정 및 공지 등에 관하여 필요한 사항은 大統領令으로 정하도록 한 저작권법 제77조의2 제7항에 따라 손쉽게 大統領令을 改正하여 사실상 위와 같은 절차의 도입도 가능하겠지만 委任立法의 한계상 궁여지책일 수 있다. 법률이 아닌 시행령에 포괄적으로 위임한 저작권법 제77조의2 제7항 자체를 비판하는 견해로는 대한변호사협회, “저작권법중개정법률(안)에 대한 의견”, 2001. 6. 11. [‘대한변호사협회 홈페이지’→‘자료실’→‘법률안에 대한 의견서’欄, <www.koreanbar.or.kr/data/index_read.asp?t_id=opinion&idx=122&Page=10&strSearchList=&strSearchWord=>(2004. 10. 4.)]이 있다.

414) 제1장 제3절 “인터넷서비스제공자의 定義” 참조.

第3節 韓國의 2003年 改正 著作權法

둘째, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률과 달리 著作權法에서는 사전에 侵害主張의 通知 등을 수령할 자를 지정하여 공지하여야 하고(저작권법 제77조의2 제4항), 침해를 막기 위하여 복제·전송의 중단조치를 취한 다음 복제·전송자에게 그 조치사실을 통보하여야 하므로(같은 법 제77조의2 제2항) 비록 서비스제공자가 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제44조 제2항에 따라 당해 정보의 삭제 등의 요청에 따라 조치를 하고 그 조치사실을 申請人에게 통지하였다고 하더라도 위와 같은 저작권법상의 별개요건, 즉 受領人 公知 및 被申請人에 대한 通知라는 각 절차까지 이행하지 않는 한 저작권법상 면책요건을 구비한 것은 아니게 된다.⁴¹⁵⁾

셋째, 온라인서비스제공자의 책임이 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률에서 같은 법 제32조⁴¹⁶⁾가 적용되는 것이 아니라 일반적인 不法行爲의 法理에 따라 판단됨에 반하여, 저작권법상에서는 任意的 減免 법리에 따르므로 서로 衝突이 있게 된다.

3) 충돌의 해결방법

아직 이 부분에 주목하고 있는 국내의 글은 존재하지 아니하지만, 或者에 따라서는 원고가 소송에서 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률에 기한 주장을 하면 그 법률에 따라, 반대로 저작권법에 기한 주장을 하면 저작권법에 따라 판단하면 쉽지 않느냐고 생각할지 모른다. 그러나 두 법의 衝突이 모든 경우에 그렇게 간단하게 해결될 수 있는 성질의 것이 아니다. 다음의 두 가지 假定的 例를 통하여 설명한다.

[事例 A]

저작권자 甲이 어느날, 온라인서비스이용자인 乙이 온라인서비스제공자 丙의 게시판에 甲의 저작물을 불법복제한 파일을 올린 행위를 발견하고 저작권법상 소정의 통지요건을 구비하여 丙에게 乙이 게시한 파일을 삭제할 것을 요청하였다. 그러나 丙은 아무런 이유 없이 이를 거부하고 다른 이용자들이 수차례 불법복제파일을 다운로드 받도록 방치하여 결국 저작권 甲은 무자력인 乙 대신 온라인서비스제공자 丙만을 상대로 손해배상소송을 제기하였다.

이때 丙이 저작권법상 온라인서비스제공자의 책임제한규정에 따른 의무를 이행하지 않았음은 분명하다. 그러나 저작권법상 면책규정에 따른 의무를 이행하지 아니하였다 고 하여 그러한 불이행사실만으로 곧바로 온라인서비스제공자의 책임이 긍정되는 것은

415) 아울러, 온라인서비스제공자가 사전에 侵害主張의 通知 등을 수령할 자를 지정하여 공지하지 않아, 저작권자가 그 통지를 하고자 하였으나 통지수령인을 제대로 찾을 수 없어 통지하지 못한 경우를 가정한다면, 저작권법상으로는 면책요건에 해당하지 아니하지만, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 상으로는 온라인서비스제공자가 “정보삭제요청”을 받지 아니하는 한 이는 아무런 문제가 되지 아니한다.

416) 제44조 “당해 정보의 삭제 등의 요청”에 응하여야 할 정보통신서비스제공자의 의무위반으로 손해를 입은 경우에는 위 제32조의 손해배상특칙규정이 적용되지 않음은 “제2장 제3절 1. (1) 3)”의 脚註 참조.

아니므로,⁴¹⁷⁾ 저작권자 甲은 乙에게 책임을 추궁하려면 일반불법행위의 법리에 따라 “온라인서비스제공자의 故意, 過失에 의하여 저작권이 침해되었다는 사실”을 먼저 입증하여야 한다. 그런데, 이때 저작권자는 “乙이 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한 법률 제44조 제2항에 따라 甲의 정보삭제요청에 따라 필요한 조치를 취하고 甲 자신에게 통지할 法的義務를 위반하였고, 이에 따라 저작권이 침해되었다”고 주장함으로써 “서비스제공자의 故意, 過失에 의하여 저작권이 침해되었다는 사실”을 충분히 입증할 수 있을 것이다.

결국, 저작권법에서는 꼭 이행할 필요는 없지만 이행할 경우 혜택을 받을 수 있다는 취지의 “免責要件”으로 정한 내용과 基本的인 骨格은 동일한 규정들이 그대로 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률에는 서비스제공자의 보편적인 義務로 규정된 결과, 위의 “免責要件”중 일부는 사실상 責任要件으로 轉換되는 효과가 있게 된다.

[事例 B]

저작권자 甲이 온라인서비스제공자 丙에게 온라인서비스이용자인 乙이 게시한 파일의 삭제를 요청하였는데, 丙은 甲에게 “정당한 권리없이 복제·전송의 중단을 요구하는 경우 그로 인하여 발생하는 손해를 배상한다는 취지”의 誓約까지 요구하였고⁴¹⁸⁾ 이를 甲이 거절하자 파일삭제요청에 응하지 아니하였고 그 결과 다른 이용자들이 수차례 불법복제파일을 다운로드 받을 수 있게 되었다.

이때 저작권자 甲은 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제44조 제1항에서 정해진 당해 정보의 삭제요청은 위의 誓約을 요구하지 아니함에도 정보통신서비스제공자인 丙이 誓約의 누락을 이유로 제44조 제2항에 따른 조치의무를 이행하지 아니한 故意, 過失에 의하여 저작권자 甲 자신의 저작권이 침해되었다고 주장함으로써 “온라인서비스제공자의 故意, 過失에 의하여 저작권이 침해되었다는 사실”을 입증할 수 있을 것이다. 그런데, 실제 소송에서 原告인 저작권자 甲이 위와 같은 請求原因의 要件事實을 입증하는데 성공하더라도, 被告인 온라인서비스제공자 丙은 자신이 甲의 부적법한 중단요구를 거절하였을 뿐 改正 著作權法 제77조의2에서 정한 免責要件은 모두 성실히 이행하였다는 抗辯을 입증할 수 있는 이상 原告의 청구는 인용될 수 없게 된다.

결국, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률상으로는 일응 責任이 있다고 여겨

417) 저작권법상 온라인서비스제공자의 책임을 임의적으로 감면하는 데 관한 규정들은 서비스제공자의 責任要件이 아니라 일정한 경우 그 責任을 減免할 수 있는 要件에 불과하여, 개정규정에서 정한 바를 이행하지 않은 경우 ISP가 책임감면을 주장하지 못할 뿐이지 그 불이행 사실만으로 곧바로 ISP의 책임이 긍정되지는 않는 것이다.

418) 저작권법 제77조의2 제1항 및 저작권법 시행령 제28조의2에서 侵害主張자가 당해 저작물 등의 복제·전송의 중단을 요구하기 위하여 온라인서비스제공자에게 제출하여야 할 것 중 하나이다.

第3節 韓國의 2003年 改正 著作權法

지는 정보통신서비스제공자의 違法한 행동이, 著作權法상으로는 정보통신서비스제공자(온라인서비스제공자)의 免責이 특별히 부여되는 適法한 행동에 다름아니게 된다. 이러한 현상은 가령, 저작권자 甲의 정보삭제요청에 따라 온라인서비스제공자 丙이 정보를 삭제하는 요청을 취하면서 삭제 신청인에게는 알리지 아니하고⁴¹⁹⁾ 당해 정보의 복제·전송자에게만 통지한⁴²⁰⁾ 경우에도 마찬가지로 발생한다.

이상과 같은 두 가지 事例에서 보았듯이 兩法 사이에서 발생할 충돌을 해결하려면, 적어도 당해 침해의 대상물이 著作物인 때는 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 중 해당 규정보다 현행 저작권법상 온라인서비스제공자의 책임제한 규정이 特別法이자, 新法인 점을 감안하여 著作權法이 優先適用되는 것으로 해석함으로써 상당부분 해결할 수 있을 것이다. 이처럼 저작권영역에서 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률이 저작권법과 충돌하게 된 것은, 온라인서비스제공자 내지 정보통신서비스제공자의 책임을 제한하는 입법은 상당한 難題이지, 결코 간단한 條文 한 개만으로 해결될 수 있는 수준의 문제가 아님에도 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률의 立法者가 이를 가볍게 본 결과이다.

4) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률의 獨自的 意味

권리자가 정보삭제요청을 하고 이에 따라 서비스제공자가 제거조치를 할 대상이 著作物인 경우에는 위와 같은 衝突을 피할 수 없고 이를 해결하여야 하겠으나, 그럼에도 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률의 관련 규정들은 독자적 의미를 가지는 영역이 있다 할 것이고, 그것은 다름아닌 名譽毀損行爲 등과 관련하여서이다. 이용자의 침해행위가 명예훼손행위인 경우에는 저작권법상 책임제한 규정은 당연히 적용될 수 없으므로, 이때는 온라인서비스제공자의 책임제한과 관련하여서 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제44조가 強力한 基準이 될 것임을 유의해야 한다.

(9) 韓國의 책임제한 관련입법의 향후 방향제시-名譽毀損 혹은 著作權侵害에 따른 별개의 責任論의 統合摸索 등

1) 利用者들의 名譽毀損 혹은 著作權侵害에 따른 각각의 責任態樣의 比較

(A) 利用者들의 主侵害手段이 BBS인지, P2P 네트워크인지의 差異點

이미 설명한 대로 인터넷 초기에는 BBS상의 게시를 통한 불법복제물의 업로드 및

419) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제44조 제2항의 위반행위가 된다.

420) 침해주장자가 아닌 복제·전송자에게만 통지하도록 요구한 저작권법 제77조의2 제2항 下에서는 적합한 행위이다.

다운로드를 통한 저작권의 침해가 주로 문제되었다. 그러나 이렇게 BBS를 통한 저작권침해의 사례는 불과 수년전과 달리 현실에서는 대부분 사라졌다고 보이고, 이러한 경향은 韓國에서 더욱 심한데, 그 이유는 아래와 같다.

첫째, 과거 PC통신으로 대표되는 BBS의 경우⁴²¹⁾ 會員을 전제로 한 서비스여서 이용자격의 제한이 있어 저작권자로서도 會員에 가입하지 아니하고는 게시판에 접근할 수 없어 자신의 저작권이 침해되는지를 확인할 길이 없었고, 아울러 특정 지역이나 국가의 이용자들만을 대상으로 한 서비스여서 외국의 저작권자로서는 타국 PC통신상에서 자신의 저작권이 침해되는지 알 수 있는 길이 사실상 봉쇄되어 있었다. 그러던 것이, World Wide Web으로 네트워크가 크게 확장된 현재의 상황에서는, 위와 같은 회원자격에 따른 게시판접근의 제한이나 국가간 장벽의 제한 없이 수시로 著作權者의 監視가 가능해졌다. 뿐만 아니라 불법복제물이 일정기간 BBS에 게시되어 있는 동안에는 다운로드 이용자의 다운로드뿐만 아니라 著作權者의 監視와 摘發 역시 “검색엔진” 등을 통하여 한결 쉬워져, 著作權者가 해당 게시판을 관리하는 ISP에게 침해사실을 통보하거나 ISP 스스로 평소 주기적인 모니터링을 통하여 이용자들의 불법게시물을 삭제하거나 아예 이용자의 홈페이지를 폐쇄하는 등의 방법으로 BBS상 저작권침해의 단속은 과거보다 한결 용이해졌다. 그에 반하여 새로 등장한 P2P 네트워크에서는 BBS에서와는 달리 침해행위의 은닉이 용이하다.

둘째, 복제물이 단순히 Kilo Byte나 Mega Byte 단위의 소용량이었던 과거와 달리 현재는 영화파일 등 불법복제대상물의 용량이 몇 Giga Byte 단위로 크게 늘어 단순히 해당 사이트의 업체가 이용자에게 개별적으로 허락한 BBS상의 저장공간만으로는⁴²²⁾ 불법복제물을 배포하기가 곤란해졌다.⁴²³⁾ 이에 반하여 P2P 상의 불법복제물의 배포는 이용자 자신의 컴퓨터 저장용량만 허용한다면 복제물의 용량에는 아무런 제약이 없다.

이상과 같은 이유로, P2P 네트워크 기술이 일찍 수용된 韓國의 현실을 기준으로 할 때, 이용자들의 著作權侵害行爲에 따른 ISP의 책임이 문제되는 대부분의 사례들은 과거와 달리 BBS가 아닌 P2P 네트워크상으로 옮겨졌다고 할 수 있다.

그에 반하여, 이용자들의 名譽毀損行爲에 따른 ISP의 책임이 문제되는 경우는 P2P의 등장에 불구하고 여전히 BBS가 名譽毀損行爲의 主要手段으로 기능하고 있다고 보

421) 하이텔, 천리안, 나우누리, 유니텔 등과 같은 이른바 “PC통신”하에서 하이텔 이용자는 하이텔 이용자끼리만 정보가 교환되고 천리안 이용자 등 다른 PC통신 이용자와는 정보를 공유하지 못하여, 개방그룹통신망이라 칭할 수 있는 인터넷과 달리 폐쇄그룹통신망에 해당하였다.

422) 사업자로부터 각 전자게시물에 허용된 공간이 점차 확장되었다는 점을 감안하여도 그러하다. 다만, 여기서는 공개적인 전자게시판에 한정된 설명이지, 인터넷스토리지 서비스와 같이 私金庫처럼 타인의 접근이 제한되는 유료서비스는 통상 GB 단위의 저장공간을 제공하고 있다.

423) 이런 이유로 예전에는 대용량의 파일을 여러 개로 분할한 다음 각기 다른 사업자로부터 각각 웹사이트 상 저장공간을 빌려 나누어 저장하여 두고, BBS에는 단순히 위 각 저장공간으로의 Link만을 게시하는 편법이, 대용량 복제물의 유포에 한동안 통용되었었다.

第3節 韓國의 2003年 改正 著作權法

이는데, 그 이유는 아래와 같다.

첫째, 표현의 자유를 보장한 헌법까지 굳이 원용하지 않더라도, 名譽毀損의 表現의 多樣性 때문에⁴²⁴⁾ 公的 監視機關⁴²⁵⁾ 혹은 ISP 자신에 의한 事前統制가 거의 불가능하므로 굳이 P2P와 같은 은밀한 방법을 택할 필요가 없다.

둘째, 아직은 이미지파일이 아닌 문자파일로만 이루어진 名譽毀損物이 많으므로,⁴²⁶⁾ BBS에서 제공되는 작은 저장공간에서도 名譽毀損物을 충분히 게시할 수 있다.

셋째, 명예훼손과 관련한 침해자의 의도는 대개는 一定範圍(가령, 같은 학교 재학생의 명예를 효과적으로 훼손하려면 다른 곳이 아닌 해당 학교의 BBS에 글을 게시하여야 될 것이다)의 다른 이용자들에게 자신의 名譽毀損의 表現을 직접적으로, 그것도 신속히 알리고자 하는데 있는데, 일정범위의 가입자만을 대상으로 하거나 적어도 운영목적과 부합하는 이용자들만 자주 찾아올 BBS에서와는 달리 P2P 시스템의 경우는 인터넷 네트워크가 연결된 거의 모든 불특정 다수인을 상대로 한 것이어서 그 게시범위가 지나치게 광범위하여 부적절하다. 또 P2P서비스의 경우 BBS에서와 달리 자신의 취향에 맞는 특정 게시판에 접속후 게시물을 클릭하는 것으로 그치는 것이 아니라 이용자들이 일단은 어느 정도 정확한 검색어를 스스로 입력하여야 해당내용을 찾을 수 있는 작동원리이므로 P2P상 이용자들이 아예 침해물이 P2P상에 올려져 있다는 사실 자체를 한동안 파악하지 못하여 침해자의 의도와 달리 게시문이 오히려 장기간 전파되지 못하고 死藏될 가능성이 있다.

넷째, P2P서비스는 BBS와 달리 다운로드(download)가 일단은 完成⁴²⁷⁾되어야 내용을

424) 반대로 BBS상에서 불법복제 저작물을 게시하는 자들은 불법복제물의 파일이름을 가령 게임물 “스타크래프트” 原名 그대로 “Starcraft.zip”등의 명칭으로 업로드하는 대신 “Star.zip”등의 변형된 이름으로 하는 편법을 사용하여 저작권단속을 회피하려고 시도하였다. 하지만 이런 방법은 다운로드받는 다른 이용자에게 의한 識別의 어려움으로 그 명칭변형에 일정한 한계가 있을 수밖에 없다.

425) 호주에는 국가기구인 Australian Broadcasting Authority에 의하여 인터넷 콘텐츠에 대한 감시망을 운영하면서 이른바 온라인서비스법 [Broadcasting Services Amendment(Online Services) Act 1999, 다만 그 명칭에 불구하고 ISP의 책임제한과는 무관한 법률임]에 의하여 뒷받침하고 있다. 이에 관하여 자세히는 정보통신윤리위원회, “호주 방송청(ABA)의 온라인 서비스 규제”, ‘정보통신윤리위원회 인터넷내용등급서비스’(www.safenet.ne.kr/global/trends_data.html, 2005. 4. 2. 방문) → ‘해외동향’ → ‘각국해외동향자료’欄 및 황승홍, “濠洲의 1999년 온라인서비스법 研究”, 인터넷법률 5호, 법무부, 2001. 3.을 참조할 것. 한편, 영국에도 Internet Watch Foundation(www.iwf.org.uk, 2004. 4. 20. 방문)과 같은 기관이 있다고 한다. 이에 관해 자세히는 정보통신윤리위원회, “영국의 인터넷 감시단체(Childnet international)”, 위 해외동향자료 부분을 참조할 것.

하지만, 아직 韓國에는 수사기관을 제외하면 공식적으로 인터넷상 통용되는 정보, 특히 표현을 감시하거나 모니터링하는 기관은 존재하지 아니한다.

426) 다만, 韓國에서도 오OO 여자연기자를 필두로, 백OO 여가수의 성생활을 담은 영상파일이 유통되어 피해자들이 형사고소에 이른 사건에서 보듯이, 용량이 큰 이미지파일(Image File)을 통하여 名譽毀損의 행위를 하는 경우에는 BBS가 아닌 P2P서비스가 이용되기도 하며, 최근 판례 중에도 P2P서비스를 이용하여 타인의 나체사진을 전송, 배포함으로써 타인의 명예를 훼손하였다 할 수 있는 사안을 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포등)죄의 차원에서 다른 사례(서울지방법원 2003. 7. 2. 선고 2003노1598 사건 및 그 원심인 서울지방법원 2003. 1. 29. 선고 2002고단8756 사건)가 있다.

427) 물론 초고속인터넷서비스하에서는 문자파일은 그 내용이 설령 수백페이지에 걸친 것이라도 수초안에 다운로드가 완성될 것이지만, BBS에서는 접속하여 해당 게시물을 클릭하는 순간 내용을 알 수 있다는 것과 비교하면 여전히 불편한 점이 있고 결국 그 전파의 효율성이 저해되는 것이다.

파악할 수 있다는 불편이 있다.

결론적으로, 名譽毀損行爲와 관련한 ISP의 책임추궁은 앞으로도 한동안 BBS와 관련 되어 발생할 것으로 예상되지만, 저작권침해와 관련한 ISP의 책임추궁의 實際 事例들과 저작권자들의 觀心은 이미 그 주축이 BBS를 떠나 P2P 영역으로 옮겨졌다는 차이 점이 존재한다.

(B) 事前統制可能性의 許容 與否에서 오는 差異點

종전에 저작물침해의 대상이 語文著作物이었던 시절에는 語文著作物의 表現의 多樣性, 그리고 創作性의 有無에 따라 당해 語文著作物이 보호받는 저작물인지 판단하기가 名譽毀損의 경우에 못지않게 곤란한 결과 ISP로서는 특정이용자의 게시물이 그러한 저작물의 저작권을 침해하는 것인지 여부를 스스로 판단하여 게시를 거부하거나 삭제하는 등 통제하기가 곤란하였다. 그러나 현재는 저작권침해의 주목적물이 보다 진보된 기술을 요하는 음악파일, 영화파일로 옮겨졌는데, 이들은 高度의 技術, 資本이 投入된 結果物로 創作性, 환언하여 保護받는 著作物인지 與否가 과거 어문저작물의 경우보다 한층 분명하고,⁴²⁸⁾ 이용자들의 이용행위에 공정이용항면이 성립할 여지도 상대적으로 적은 저작물이라 할 수 있다. 따라서 여전히 침해물 제거를 위한 ISP의 자발적인 판단에서 침해물인지 애매하거나 불분명한 상황이 빈발하는 영역은 대개는 名譽毀損에 의한 침해행위일 경우일 것이다.

2) ISP의 책임이 거론될 수 있는 名譽毀損 등 여타영역에 대한 추가입법의 필요성

情報通信技術을 주관하는 情報通信部와 著作權을 주관하는 文化觀光部가 이른바 정보통신기술(복제기술)과 저작권의 接點이라 할 수 있는 ISP에 대한 주관행정기관 자리를 두고 암묵적으로 善意의 競爭을 하고 있음은 관련종사자들사이에 주지의 사실이다. 그런 이유로 ISP에 관한 법규정을 韓國에 도입함에 있어서도 情報通信部에서는 가급적 실제 정보통신부에서 입안, 개정하는 “정보통신망이용촉진법”속에 ISP 책임제한 규정을 두려하였고 반대로 文化觀光部에서는 문화관광부에서 입안, 개정하는 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법안에 ISP 책임제한 규정을 두려는 경향⁴²⁹⁾을 보이는 것이다. 이러한 시각으로 改正案의 실무담당자가 諸外國의 입법례를 두루 살핀다면 情報通信部の 입장에서는 다분히 우리의 정보통신망이용촉진법이나 전기통신사업법의 地位에 유사한

428) 語文著作物의 경우 이용자가 타인의 보호받는 글 내용의 상당부분은 그대로 표절하고 제목과 등장인물의 성명, 일부 결말 등 극히 사소한 부분만 바꾸어 자신의 독창적인 글인 것처럼 게시하더라도 ISP가 과연 이용자의 게시물이 저작권침해물인지 확실히 판단하기 곤란하지만, 영화파일의 경우라면 이용자가 그 영화파일의 전부나 일부를 그대로 복제하여 게시할 수 있을 뿐 일부 수정을 가하여 마치 자신의 독창적인 영화인 것처럼 위장할 수 있는 여지가 상대적으로 적다.

429) 앞서 “1. 成立經緯 (1) 정보통신부가 입안한 정보통신이용촉진법개정안의 挫折, (2) 저작권법 개정안의 오랜 표류”부분 참조.

第3節 韓國의 2003年 改正 著作權法

“연방정보통신서비스법(IuKDG)”안의 독립된 章으로 “온라인서비스법”을 두고 있는 獨逸의 입법례(430)에 주목하기 쉬울 것이고, 반대로 文化觀光部의 입장에서는 우리의 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법을 포괄한 DMCA안에서 ISP책임제한을 다루고 있는 美國의 입법례에 흥미를 가지게 되었을 것이다. 바로 이러한 이유가 앞서 2000. 7. 20. 정보통신이용촉진법개정안은 獨逸의 입법을 수용하고, 2001년 저작권법 개정안은 美國의 입법을 수용하게 만든 강력한 背後의 動機가 되었을 것이라고 짐작된다. 따라서 2003년 개정저작권의 최초입안자의 의도나 그에 따라 실제 통과된 규정이 거의 DMCA의 그것만을 충실히 따랐다는 점을 염두에 둔다면, 獨逸法界에 주된 관심을 둔 국내의 상당수 論者들이 현행 저작권법에 수용된 美國 DMCA式 규율을 평가하면서 이를 독일식으로 해석하거나 입법적 보완을 할 것을 제안하는 데에는 상당한 限界가 있을 수밖에 없음을 알 수 있다.⁴³¹⁾

다만, 위와 같은 한계이외에도 이 논문의 해당부분⁴³²⁾에서 지적한대로 美國 DMCA가 ISP의 技術類型에 따라 세분하여 면책요건을 정한 褫奪함 때문에 전세계적으로 큰 영향을 끼치고 있다는 현실을 감안하더라도, 韓國 입법자들이 獨逸 온라인서비스법의 입법태도에서 본받을 부분도 여전히 있다. 그것은 앞서 설명한대로⁴³³⁾ 이용자의 침해행위가 저작권침해행위인지, 아니면 명예훼손행위인지를 가리지 않고 ISP 책임제한요건을 統一的으로 규정한 獨逸 온라인서비스법의 형식이 韓國에는 더 적합하다고 보인다는 점이다.

美國의 DMCA 자체가 아무리 褫奪한 입법이라 하더라도 만약 저작권침해행위가 아닌 여타 영역, 가령 명예훼손행위 영역에서 ISP책임제한입법으로 기능하는 CDA와 같은 대칭적인 입법이 존재하지 않았더라면,⁴³⁴⁾ DMCA는 법의 전체영역으로 보아서는 절름발이와 같은 입법으로 그쳤을 것이다. 마찬가지로 韓國에서 세계적 대세를 따라 DMCA의 책임제한규정을 한국 저작권법에 수용한 것 자체가 잘못된 행동이 아닐지라도, 여기에만 머물고 더 나아가 명예훼손행위 영역 등 ISP의 책임제한이 문제되는 많은 영역을 그대로 事前立法의 不在 狀態로 방치하는 것은 모처럼 도입한 저작권법상

430) 더 자세히는 “第3章 第2節 2. 獨逸의 立法 (1) 1) 1997년 온라인서비스법의 성립경위”부분 참조.

431) 앞서 언급하였듯이 이미 美國의 DMCA가 전세계적으로 큰 영향을 끼쳐 심지어 최초 독자적 입법이었던 獨逸의 온라인서비스법까지 EU지침의 국내입법형태로 상당부분 DMCA의 규정을 수용하였다는 사실까지 고려한다면 독일 온라인서비스법상의 논의를 韓國에 그대로 옮기는 데에는 신중할 필요가 있다고 본다.

432) “제3장 제4절 3. (2) 서비스제공자의 서비스 類型에 따라 免責要件을 달리할 지의 問題”부분 참조.

433) “제3장 제4절 3. (1) 서비스제공자의 免責이 인정되는, 利用者들의 侵害行爲 領域의 問題”부분 참조.

434) CDA 제230조(c)항은 “쌍방향 컴퓨터서비스의 제공자...는 다른 정보콘텐츠 제공자가 제공한 정보일체에 관하여 발행인이나 발원자(speaker)로 취급되어서는 안 된다”고 규정하여 일응 보아서는 CDA가 명예훼손적 발언에 국한되지 아니하고 저작권정보의 유통에도 적용될 것 같으나, CDA 제230조(e)(2)항에서 “이 조문의 어떤 내용도 지적재산권에 관한 법규를 제한하거나 확장하는 것으로 해석되어서는 안 된다”고 명시적으로 이용자에게 의한 저작권침해행위의 경우에는 적용되지 않음을 정하고 있다.

ISP책임제한규정의 의의를 외곽에서 훼손하는 길이 될 것이다. 앞서 여러 번 언급하였듯이 ISP에게 법적 안정성을 보장하는 한편 정보의 원활한 유통과 불법정보의 정당한 제거를 촉진하고자 하는 목적을 가진, ISP책임제한입법의 本質이자 精髓는 정보유통에 개입하는 ISP의 면책요건을 事前에 분명히 정하는데 있는 것이며, 다음아닌 DMCA가 이러한 점에 충실하여 탁월한 입법으로 평가받는 것임을 환기한다면, 명예훼손행위 영역 등 여타영역에 대하여 아직 이렇다할 책임제한입법이 존재하지 않는 韓國의 상황은 반드시 시정되어야 할 것이다. 韓國에서는 이미 저작권법상 규정으로 책임제한규정이 존재하므로 이를 삭제하는 등 무효로 돌리고 새로운 統合法을 제정할 필요까지는 없다고 하더라도, 중국적으로는 商標權侵害 등 여타 지적재산권침해책임, 나아가 名譽毀損行爲에 대한 侵害責任 등 ISP가 정보유통자로서 관여하여 책임이 거론될 수 있는 일체의 경우를 가급적 빠짐없이 향후 입법될 責任制限法습으로 포섭해나가야 한다.

더 나아가, 향후에 이렇게 ISP 책임제한입법이 추가로 입법되어 현재의 저작권법중 규정과 합하여 적어도 2개 이상의 관련입법이 존재하게 되는 상황이 되면 그 법들간의 矛盾이나 間隔을 매꾸기 위하여, ISP 책임제한법리의 통합시도도 본격적으로 시도될 것이다.

3) 각각의 責任論을 하나의 理論으로 統合하기 위한 試論的 摸索

ISP 責任制限의 법리는 이용자들이 범한 침해가 저작권에 대한 것이든, 명예훼손이든 아니면 상표권 등 여타의 경우이든 가리지 않고 統一的인 태도를 견지하는 것이 바람직하다.

원래 BBS를 주요 침해수단으로 삼아 名譽毀損行爲은 물론 著作權侵害行爲가 자주 행하여졌던 技術段階에서는 적어도 그 侵害手段에 있어서 양자가 동일하므로 이론상, 統一된 法理로 ISP의 책임론을 定立하는 것이 일견 가능하였었다. 그렇지만, 일단 가장 앞선 美國의 현실은 굳이 구분하여 각각 별개의 법리로 논하여지고 있다.⁴³⁵⁾

435) 미국의 사례들을 기준으로 하자면 1991년 *Cubby, Inc. v. CompuServe* 事件(명예훼손관련) → 1993년 *Playboy Enterprises, Inc. v. Frena* 事件(저작권관련) → 1994년 *Sega Enterprises v. Maphia* 事件(저작권 관련) → 1995년 *Stratton Oakmont Inc. v. Prodigy Service Co.* 事件(5월, 명예훼손관련) → 1995년 *Religious Technology Center v. Netcom, Inc.* 事件(11월, 저작권관련)의 판단이 차례로 내려졌는바, 이처럼 비슷한 시기에 동일한 BBS를 침해수단으로 하여 발생한 사안에 관하여, 명예훼손관련 사건들은 發行人과 配布者의 責任을 구분하는 논리로, 저작권관련 사건들은 직접침해에 대한 성문법과 寄與責任, 代位責任에 대한 판례법을 적용하여 각각 처리됨으로써 미국판례는 실제 별도의 취급을 하고 있다. 뿐만 아니라, 미국을 기준으로 할 때 名譽毀損行爲에 대하여는 비록 일부 위헌판결을 받기는 하였으나 *Communications Decency Act* 제230조(c)(1)에 의하여 ISP의 포괄적인 면책을 규정하고 있음에 반하여, 저작권침해행위에 있어 ISP가 면책을 받기 위해서는 DMCA가 정한 별개의 요건을 구비하여야 하므로 서로 상이하다. 더욱이 미국법원은 *Zeran v. American On-Line Inc* 事件의 판결 등을 통하여 위 CDA가 정한 포괄적인 면책을 더욱 확장시키고 있는데, 유력한 해석(김재형, “인터넷에 의한 인격권침해”, 인터넷과 법률, 529면)에 따르면 이러한 CDA의 취지와 판례의 입장을 볼 때 ISP의 책임유무를 판단할 때 명예훼손적인 메시지를 통제할 수 있는 권한이나 기회가 있었는지는 아무런 의미가 없다고 한다. 이러한 경향 역시 名譽毀損行爲에 대한 ISP의 책임과 저작권침해행위에 대한 ISP의 책임을 가급적 통일하여 논하려는 시도에 어려움을 가중시킬 수 있다.

第3節 韓國의 2003年 改正 著作權法

그렇지만, 名譽毀損行爲에 부수한 ISP의 책임을 發行人(Publisher)과 配布者(Distributor)로 구분하고, 著作權侵害行爲에 부수한 ISP의 책임은 代位責任者과 寄與責任者로 구분하여 상이하게 논의되는 美國의 책임론을 깊이 검토해보면 양자의 법리를 통합하는 것이 전혀 불가능한 것은 아님을 알 수 있다.⁴³⁶⁾

먼저 名譽毀損行爲에 있어 配布者는 그 침해사실을 알거나 알 수 있었을 때 責任을 부담함이 원칙인바, 이는 저작권침해에 있어 寄與責任의 要件을 열거할 때 “행위자(ISP)가 직접침해자의 침해행위를 알거나 알 수 있었을 것”을 요구하는 것과 일치한다. 다만 寄與責任의 요건으로는 그 외에도 “행위자가 직접침해자의 침해행위에 實質的인 寄與(material contribution)를 하였을 것”이라는 추가적인 요건이 더 필요한 듯 보이지만 앞서 名譽毀損行爲로 돌아가 配布者의 행위, 즉 侵害物을 配布하는 행위가 다름아닌 침해행위에 實質的인 寄與를 하는 행위에 해당함에 주목한다면 결국 名譽毀損의 法理와 著作權侵害의 法理가 각각 독자적인 법리로 발전해오며 생긴 세세한 표현상의 차이를 제거하고 비교할 때는 명예훼손행위에 대한 配布者의 책임요건과 저작권 침해에 대한 寄與行爲者의 책임요건이란 실질적으로는 同一한 要件을 각각 名譽權의 法域, 著作權의 法域에서 달리 지칭하고 해석하고 있음에 불과하지 않은가 한다.

더 나아가 發行人의 경우까지 고찰해보면, 名譽毀損行爲의 책임을 논함에 있어 發行人은 編輯權을 행사함을 근거로 엄격한 책임을 부담함이 원칙인바, 그 編輯權이란 사실은 직접침해자(口述에 의한 경우는 發言者, 出版物에 의한 경우는 著者가 이에 해당될 것이나 여기서는 특히 後者에 국한하여 설명한다)의 출판을 위한 편집과정에서 출판업자가 이를 統制할 수 있는 權利와 能力에 다름아니고 이는 代位責任의 要件 중 저작권을 직접침해하는 자를 統制할 수 있는 權利와 能力을 요구하는 것과 일치한다. 역시 앞서 寄與責任의 요건과 마찬가지로 代位責任의 요건에서도 그 외에 “침해행위로부터 직접적으로 금전상의 이익을 얻었을 것”이라는 추가적인 요건이 더 필요한 듯 보이지만 앞서 名譽毀損行爲로 돌아가 發行人인 出版業者는 출판물의 출판으로 직접적으로 경제적 이익을 얻는 자라는 점에 주목하면 결국 이때도 名譽毀損의 法理와 著作權侵害의 法理가 독자적인 법리로 분화하여⁴³⁷⁾ 발전해오며 생긴 세세한 표현상의 차이를 제

436) 국내의 論者중에는 명예훼손행위에 대한 *Cubby, Inc. v. Compuserve 事件*, *Stratton Oakmont Inc. v. Prodigy Service Co. 事件*의 상이한 결론에 맞추어 각각 編輯的 監督이 가능한 지 여부에 따라 명예훼손행위나 저작권침해행위를 막론하고 서비스제공자의 책임을 긍정하거나 부정하는 논리구성을 하는 예가 있으나(최재원, “온라인 서비스事業者의 著作權法上的 責任”, 경희대학교 국제법무대학원 석사학위논문, 1999. 2. 26면), 이는 이용자들의 침해행위유형이 명예훼손행위이거나 저작권침해행위인지를 막론하고 서비스제공자의 책임론을 하나로 통합하기 위한 시도라기보다는 美國에서 이용자들의 명예훼손행위와 저작권침해행위에 대한 서비스제공자의 책임이 다소 상이하게 논의된다는 사실을 간과한 결과로 보인다. 명예훼손행위에서의 ISP의 編輯的 監督에 대응한 개념을 저작권침해 영역에서 찾자면, 代位責任 중 통제(control)의 가능성 요건이라 하겠지만, 미국에서 저작권침해책임의 논리는 代位責任의 법리에 그치는 것이 아니라, 별도로 寄與責任의 軸이 있고, 이러한 寄與責任의 성립이 문제되는 사안에서는 결코 編輯的 監督이든 단순한 統制可能性이든 책임의 기준이 될 수 없다는 점을 위 견해는 간과하고 있는 것이다.

거하고 比較한다면 名譽毀損行爲에 대한 發行人(특히, 출판업자의 경우)의 책임요건과 著作權侵害에 대한 代位責任者の 책임요건이란 실질적으로는 同一한 요건을 각각 名譽權의 法域, 著作權의 法域에서 달리 표현하고 있다고도 할 수 있다.

요컨대, 名譽毀損行爲에 있어 배포자나 발행인의 책임 요건과 달리 著作權侵害에 있어 기여침해자와 대위책임부담자의 책임요건에서 별도로 요구되는 “행위자가 직접침해자의 침해행위에 實質的인 寄與를 하였을 것” 내지 “침해행위로부터 직접적으로 금전상의 이익을 얻었을 것”이라는 요건들은 名譽毀損行爲의 法域에서는 다른 표현으로 환언하여 指稱되고 있거나(즉, 배포자의 책임이 문제되는 경우, “책임을 부담할 자가 침해물을 배포하였을 것”), 아니면 언급할 필요 없이 당연히 前提(발행인의 책임이 문제되는 경우, “발행인인 출판업자는 출판물의 출판이 성공하면 당연히 직접적인 이익을 얻는다”는 經驗則)되어 있는 것에 불과하다. 아울러 가령, 저작권침해시 寄與責任의 원칙이, 그 淵源을 보건대 멀리 “불법행위에 참가하거나 더 확장시킨 자는 주된 불법행위자와 마찬가지로 책임이 있다”라는 普通法(common law)上的 原則에서 발전하였다고 해석함이 다수설⁴³⁸⁾인 점에서 보듯이, 名譽毀損行爲시 發行人과 配布者의 責任에 관한 法理, 혹은 著作權侵害行爲의 경우 代位責任과 寄與責任에 관한 法理가 궁극적으로 普通法上的 原則에 같은 뿌리를 두고 있다고 볼 때 결국 두 法理는 그 세세한 표현상에서는 다소간의 차이가 있더라도 기본적으로는 공통적인 하나의 法理로 충분히 포섭할 여지가 있는 것이다.⁴³⁹⁾

위와 같이 美國의 判例가 名譽毀損行爲와 著作權侵害行爲에 대한 ISP의 책임을 별개의 법리로 규율하여 왔음에도, 굳이 두 가지 법리의 통합을 모색하는 것은 被侵害者가 명예훼손피해자와 저작권자로 다소 우연한 사정에 따라 책임을 달리 정하기보다는 그 傳達者가 공통적으로 ISP라는 사실에 향후 더 초점을 두는 것이 법정안정성은 물

437) 다만, 이러한 분화가 완전한 것이 아님은, 가령 명예훼손행위에 관련된 *Cubby, Inc. v. Compuserve* 事件에서 원고가 피고의 책임을 추궁하며 代位責任(Vicarious Liability)을 주장한 예에서 찾을 수 있다.

438) Peter Katz, op. cit., p. 2 혹은 Jesse M. Feder, op. cit., pp. 871-72.

439) 가령, 私見과 다소 다른 視覺으로 위 두 가지 法理의 통일을 피하는 論者도 있는데 그 설명을 요약하면 다음과 같다. 즉, 『聯邦大法院이 *New York Times v. Sullivan* 事件(376 U.S. 254, Mar 09, 1964) 같은 사례에서 취한 태도를 유추해보면 ISP의 代位責任에 대하여 어떤 태도가 타당한지 짐작할 수 있는데, 그것은 명예훼손책임을 추궁당하는 것을 모면하기 위하여 출판자들이 과도하게 검열을 행하게 함으로써 더 소중한 表現의 自由가 억제당하도록 하는 부당한 결과를 피하여야 하는 것과 마찬가지로 피고 ISP에게 공정이용의 항변을 더 폭넓게 인정하는 등의 방법으로 ISP에게 대위책임을 묻는 것도 지극히 신중해야 한다. 그동안 법원은 주저해 왔지만, 表現의 自由의 가치가 저작권법의 기본적인 해석에서도 적극 반영되어야 한다』(Alfred C. Yen, op. cit., pp. 1837 FN16, 1871-72). 다만, 위 설명은 결국 表現의 自由라는 헌법상의 가치를 最上位에 두고 그 아래에 저작권법상 寄與, 代位責任의 법리를 종속시켜 해석한다는 점에서, 表現의 自由와 관련된 명예훼손행위와 寄與, 代位責任과 관련된 저작권침해행위에 대한 각 법리를 일단 대등하게 파악하는 이 논문과 차이가 있다고 할 수 있다. 위 論者의 설명은 일견 表現의 自由와 관련된 게시물에 대하여서는, 免責을 받고자 ISP가 과도하게 게시물을 검열, 삭제할 위험이 있다는 사실을 지적한 측면에서는 타당하지만, 실제 저작권침해와 관련된 게시물의 대부분이 헌법상 표현의 자유와는 별다른 관련이 없음을 감안할 때는 합당한 統合論이라고는 생각되지 않는다.

第3節 韓國의 2003年 改正 著作權法

론 ISP의 기술공급을 장려한다는 韓國의 국가적 입장에 더 부합한다고 보기 때문이다.

或者는 명예훼손 영역은 이른바 表現의 自由라는 헌법상 至高한 價値가 개입되어 있는 영역이어서 저작권침해영역과는 “반드시” 구별되는 법리가 존재한다고 반박할지 모르겠지만 정작 美國의 判例의 흐름을 보건대 表現의 自由라는 가치를 우선하여야 한다는 命題와 명예훼손적 발언의 傳達者에 대한 책임이 그러한 가치 때문에 著作權侵害의 경우와 다른 형태를 띠어야 하는가의 問題는 별개이지 않은가 한다. 가령 미국 연방대법원이 New York Times v. Sullivan 事件⁴⁴⁰⁾을 통하여, 명예훼손적 발언의 傳達者에게 嚴格責任(strict liability)을 부과하는 것은 그것이 가져올 표현의 자유에 대한 위축효과 때문에 違憲이라고 선언하기 이전까지, 미국 판례들은 종종 명예훼손적 발언의 傳達者에게 嚴格責任을 부과하였는데⁴⁴¹⁾ 이것은 著作權侵害者에게 원칙적으로 부과되었던 嚴格責任과 다를 바 없는 것이었다. 이후 명예훼손적 발언의 傳達者에 대한 책임은 편집인(publisher), 배포자(distributor)의 유형에 따른 넓은 의미의 過失責任(negligence liability)으로 판례상 고정되었고 CDA의 등장에 따라 ISP에게는 일정한 免責이 부여되는 발전과정을 거치게 되었다. 이처럼 명예훼손적 발언의 傳達者에 대한 책임이 表現의 自由라는 價値 때문에 엄격책임 혹은 과실책임이어야 할 當爲性은 존재하지 않으므로 (ISP의 보호를 우선시킬 수 있는 韓國의) 입법정책에 따라서는 著作權侵害의 傳達者의 책임과 동일하게 규정할 수 있는 것이며, 아울러 미국의 판례와 입법이 명예훼손과 저작권침해를 구별하는 방향으로 독자적으로 형성해온 방향을 韓國의 법적 논의가 반드시 따를 필요는 없는 것이다. 獨逸의 온라인서비스법이나 日本의 서비스提供者責任制限法은 별도의 특별법으로 저작권침해의 경우뿐만 아니라, 명예훼손 행위에 대한 침해책임 등 ISP가 정보유통자로서 관여하여 책임이 거론될 수 있는 일체의 경우를 규제하고 있는 實例이다. 이렇게 統一法을 두고 있는 이상 독일, 일본의 법원이 구체적인 사례들에 대하여 통일된 법리를 완성할 수 있을지 주목된다.

440) 376 U.S. 254, Mar 09, 1964.

441) 엄격책임론과 제3자책임론의 미국에서의 역사적 발전과정에 관하여는 Matt Jackson, “ONE STEP FORWARD, TWO STEPS BACK: AN HISTORICAL ANALYSIS OF COPYRIGHT LIABILITY”, Symposium Copyright Law as Communications Policy: 「Convergence of Paradigms and Cultures」, Cardozo Arts and Entertainment Law Journal, 2002 참조.

第4章 P2P 技術을 통한 인터넷서비스제공자의 著作權者에 대한 最初 挑戰

第1節 P2P 技術의 意義

앞 章에서 살핀 바와 같이 ISP의 책임을 제한하고자 하는 각국의 입법들 중 主導의 立法들, 즉 1997년 최초로 성립된 獨逸의 연방정보통신서비스법, 이어서 1998년 미국의 DMCA 등이 제정될 당시의 입법자들은 BBS의 이용자들이 범하는 저작권침해행위와 관련한 BBS 운영자의 책임을 주로 염두에 두고 입법을 하였었다.⁴⁴²⁾

그런데, 얼마 지나지 않아 등장한 Peer-to-Peer(P2P) 파일교환은 인터넷이 구사할 수 있는 효율적인 기술 가운데서도 가장 두드러진 것으로, 종래의 입법자들로서는 상상할 수도 없을 수준에서 저작권과 관련된 심각한 분쟁을 가져오게 되었다. 歌手의 최신곡을 MP3⁴⁴³⁾ 형태로 압축한 음악파일을 P2P 서비스⁴⁴⁴⁾를 통해 인터넷상 널리 유포 시킴으로써, 위 최신곡을 담은 音盤市場의 需要를 실질적으로 감소시키는 行爲에서 알 수 있는 것처럼, MP3파일의 유포는 인터넷을 중심으로 한 정보통신기술의 발전, 구체적으로 “P2P 네트워크기술”과 결합하여 음반저작권자들의 복제·배포권에 대한 새롭고 현저한 威脅으로 登場하였다고 하겠다.

P2P Network란 i) 네트워크에서 Peer(개별이용자)들 사이에 實時間으로 정보전송을 할 수 있고, ii) 각 Peer가 클라이언트와 서버로서 모두 기능할 수 있으며, iii) Peer가 당해 네트워크의 주된 정보를 제공하고, iv) 당해 네트워크의 통제가 중앙서버(central server)가 아닌 Peer 자체에 의하여 이루어지며, v) 당해 네트워크는 항상 접속하고 있는 많은 Peer까지 포섭할 수 있을 것(즉, 네트워크가 다양한 연결성을 수용할 수 있

442) 후술하는 Verizon 事件에 대한 2심판결 중 입법연혁을 실시한 부분 참조. 이대회, “P2P환경하의 저작권법의 대응방향”, 인터넷법률 14호, 법무부, 2002. 12.에서는 이 점을 들어 DMCA의 P2P에 대한 적용 가능성에 대해 부정적 입장이다.

443) ‘Moving Picture Experts Group Layer-3’의 略字로, 여기서 ‘Moving Picture Experts Group’은 주로 동영상 압축·해제 방식을 연구, 제정해온 일종의 국제적인 전문가 모임의 명칭이고 위 MPEG에서 소리(오디오)부분을 매우 탁월한 압축률로 압축할 수 있도록 개발한 표준기술이 바로 Layer-3라는 기술이다. 음향파일인 wav파일을 약 1/10크기로 압축할 수 있는데, 압축시 생략되는 음의 기록부분은 인간의 귀로는 거의 감지할 수 없는 미세한 변화 부분에 불과하므로 원음과 거의 동일한 수준을 유지할 수 있다<www.hyperdictionary.com/dictionary/MPEG-1+audio+layer+3>[2004. 10. 9.].

444) 이러한 P2P 서비스의 인기가 급상승하고 있는 이유를 간단히 정리하면, 첫째, 기존의 검색엔진 서비스의 경우 이용자들이 획득할 수 있는 정보가 웹사이트에 게재된 내용에 한정되지만, P2P는 그 순간 소프트웨어를 통하여 네트워크에 접속한 모든 이용자들의 개인컴퓨터를 검색해서 원하는 정보파일을 추출해 준다는 점, 둘째, 검색엔진 서비스의 경우 서비스주체의 자율적 규제 등으로 저작권침해자료가 주기적으로 삭제되는 등 통제되고 있음에 반하여 P2P 서비스의 경우는 개인컴퓨터간의 파일교환을 외부에서 통제하는 것이 사실상 불가능한 까닭에 접속자 개인의 익명성과 정보소통의 자유가 최대한 보장되고 있기 때문이라고 할 수 있다.

第1節 P2P 技術의 意義

을 것)과 같은 5가지 특성을 가진 네트워크라고 정의할 수 있다.⁴⁴⁵⁾

이전까지 인터넷에서 접속하는 이용자들은 정보를 검색하기 위해서 “야후(Yahoo)”나 “알타비스타(Altavista)”와 같이 중간에서 연결해 주는 서버를 구비한 검색엔진이 필요했다. 이렇게 종래의 인터넷이 사업자의 서버(server)를 중심으로 이용자들의 개별 클라이언트(client)컴퓨터가 오로지 그 서버를 향하여만 수직적으로 연결되어 있는 이른바 server to client 방식이었음에 반하여, P2P(Peer-to-Peer) 기술에서는, 서버와 클라이언트의 구분이 없이 네트워크에 연결된 컴퓨터이면 개인컴퓨터라도 서버가 될 수 있고, 클라이언트도 될 수 있다. 技術的 表現으로는⁴⁴⁶⁾ 리소스(resource, 자원)에 특정 규약 없이 접근할 수 있는 형태의 네트워크를 가리키는데, 이러한 시스템에서는 서버가 없거나, 서버가 있더라도 관리하는 정보가 종전의 방식보다 훨씬 적으므로 관리가 쉬울 뿐만 아니라 비싼 서버를 구입할 필요를 덜게 되어 구축비용도 저렴하다.

한마디로 P2P는 서버 중심의 垂直的 인터넷을 개인 단말기끼리의 水平的 인터넷으로 변화시킴으로써 정보공유패턴에 일대 변화를 일으킨 革命的 技術⁴⁴⁷⁾이고, 이에 따라 이러한 P2P네트워크를 제공하는 ISP의 책임에 관한 법률적 논의도 종전의 BBS 운영주체로서의 ISP에서와는 완전히 새로운 事實關係에 직면하였다고 하겠다.

445) John Alan Farmer, 'The Specter Of Crypto-Anarchy: Regulating Anonymity-Protecting Peer-To-peer Networks', 72 Fordham Law Review 725, December, 2003, p. 742 (위 P2P개념요소는 유명한 인터넷기술전문가 Michael Miller의 定義를 위 저자가 정리한 것임). 그 외 P2P에 관한 비교적 자세하면서도 쉬운 설명을 담은 웹자료로는 토론토대학 전기컴퓨터공학과 교수인 Arno Jacobsen의 홈페이지 게시물(www.eecg.toronto.edu/~jacobsen/mie456/slides/p2p-mie.pdf)을 참조할 것. 위 게시물은 P2P의 특징을 i) 클라이언트가 서버와 라우터(router)의 역할까지 하고, ii) 관리자가 없이 각 노드(node)가 자율적이며, iii) 노드가 수시로 네트워크에서 떠나거나 진입하므로 네트워크가 力動的이고, iv) 노드가 알려진 서버를 통하는 것이 아니라 다른 노드와 직접 협력하고, v) 노드가 폭넓은 능력변화치를 가진다고 정리하고 있다.

446) P2P는 파일전송을 위한 컴퓨터간의 연결이라는 점에서는 종래의 FTP 방식에 의한 전송과 공통적이지만, FTP의 연결은 본질적으로 서버의 존재가 필수적이어서 서버로부터 클라이언트 컴퓨터가 파일을 전송받는 종속관계를 형성함에 반하여, P2P는 서버의 매개가 필요 없이 파일을 전송한다는 차이가 있다.

447) 이렇게 추상적으로 설명하면 간단하지만, 技術的으로는 상당히 중요한 진보가 필요하였다. 종래 client-server 모델의 네트워크에서는 접속중인 개별 이용자들이 구하는 정보의 소스는 반드시 서버컴퓨터상에 존재하는 정보였고, 이때 서버는 필수적으로 Internet Protocol address, 즉 IP주소가 주어지고, 이에 상응하게 주어진 Domain Name을 가지고 있어 개별이용자들이 DNS(Domain Name System)의 규칙에 따라 가령 해당 Domain Name을 직접 입력하는 것과 같은 방법으로 정보에 접속할 수 있었다. 그러나 P2P에서는 server 역할을 수행하는 특정 컴퓨터가 존재하지 아니하므로 그 결과 원하는 정보가 Domain Name이 존재하는 컴퓨터상이 아니라 개개 無名의 컴퓨터상에 존재하므로 정보를 가진 개별 컴퓨터에 탐색하고 접속하기 위해서는 종래와는 다른 새로운 기술이 요구된다. 특히 극히 예외적으로 다운되어 접속불능인 상태를 제외하고 “서버”는 항상 접속가능한 상태였음에 반하여, P2P상에서 정보를 보유한 개별 컴퓨터는 매순간 접속, 비접속의 상태가 변할 수 있다는 技術的인 難題가 존재하였던 것이다(以上은 Jesse M. Feder, op. cit., pp. 862-65를 정리). 현재 이용되는 P2P 기술 관련 상품이나 서비스는 이러한 難題를 효과적으로 돌파한 혁신기술이라고 할 수 있다.

Peer to Peer 방식을 인터넷 초기부터 존재하던 것으로 보는 입장(이대희, “P2P환경하의 저작권법의 대응방향” 혹은 같은 저자, “P2P에 의한 파일공유와 그 해결책의 한계”, 계간저작권 2002년 겨울호, 40면)도 있으나 위 설명처럼 지금의 P2P는 인터넷 초기의 기술인 FTP나 Telnet과 구별된다고 볼 때 적당한 설명이 아니라고 본다.

第2節 P2P 技術의 分類

1. 世代別 分類

대체로 등장시기에 따른 분류이며, 1세대는 Napster, 소리바다⁴⁴⁸)이 속하고, 중앙서버가 일정범위의 정보를 수집하는 방식을 가리키고, 2세대는 Gnutella, KaZaA, 소리바다²와 같이 중앙서버의 관리가 존재하지 않는 방식, 3세대는 eDonkey와 같이 이른바 Clustering技術⁴⁴⁹)을 채택하여 파일전송을 받을 때 특정한 1인에게서만 받는 것이 아니라 목적파일을 각 조각으로 분할하여 해당 조각을⁴⁵⁰) 보유한 多數人으로부터 서로 다른 조각을 동시에 병행적으로 전송받는 방식이다.

2. 중앙서버의 存否에 따른 分類

Hybrid P2P와 Pure P2P⁴⁵¹)는 중앙서버⁴⁵²)의 존재 여부에 따른 구분으로, 실제로 중앙서버를 통하여 ISP가 이용자들의 정보교환에 관여하는 수준이 그 책임을 추궁받을 가능성과 직결된다는 점⁴⁵³)에서 이 논문에서는 가장 유용한 분류방법이다.

이와 달리, 중앙검색모델(centralized indexing model), 완전분산형 모델(decentralized indexing model) 혹은 완전분산형 구조(fully-distributed architecture), 슈퍼노드 모델(super-node⁴⁵⁴) model)로 분류하는 견해⁴⁵⁵)도 있는바, 특히 미국의 Grokster 抗訴審 判決의 서두에서⁴⁵⁶) 이러한 분류방법에 따라 P2P기술 일반을 설명하고 있는 까닭에 상

448) 2002. 7. 30. 수원지방법원 성남지원의 가처분결정직후 종전 소리바다의 운영주체가 새롭게 등장시킨 소리바다2의 작동원리는 법적쟁송의 우려 때문에 공개되지 않았다. 다만 운영주체는 소리바다2가 종전 소리바다와 달리 그 중앙서버를 없애고 새로운 슈퍼피어방식을 도입하여 문제가 없다는 입장만을 피력하였는데, 명확한 구별을 위하여 편의상 최초로 등장한 형태의 소리바다를 “소리바다1”이라 칭한다.

449) 이에 관한 상세한 설명은 “Clustering in Peer-to-Peer File Sharing Workloads” <https://www.cs.ucsd.edu/papers/le-fessant-clustering.pdf> [2004. 5. 8.]을 참조할 것.

450) 따라서, 다수인 중에는 역시 파일전송을 받고 있는 중이어서 목적파일의 全部, 소위 完成體를 가지고 있지 아니한 자도 포함될 수 있다.

451) 이 외에도 광의로는 “쪼개 프로그램” 혹은 “인터넷메신저”도 개인컴퓨터간의 직접연결이라는 점에서 P2P로 볼 수 있으나, 이 글의 주제와 동떨어져 있다.

452) 종래 client-server 모델에서 말하는 server와 달리 여기서 지칭되는 server는 정보교환의 과정에서 일정부분 매개자 역할을 할뿐, 情報가 저장되어 있는 장소가 아니라는 점에서 분명한 차이가 있다.

453) 이대회, “P2P 파일교환에 관한 판례의 분석 -Grokster 判決을 중심으로”, 디지털재산법연구 제3권 제1호, 2004.에서는 P2P에 의한 파일교환을 다룬 판결들을, 중앙서버가 있는 경우에 대한 판결과 중앙서버가 없는 경우에 대한 판결로 이분하고 있다.

454) Hybrid P2P 네트워크의 중앙서버가 존재하지 않는, 분산화된 P2P 네트워크에서 네트워크상의 일정 거점마다 중앙서버를 대신하여 이용자들이 다른 이용자에게 접속할 수 있도록 안내하고 경우에 따라 파일검색정보까지 전달해주는 역할을 맡은 개별컴퓨터를 슈퍼노드(super node) 내지 슈퍼피어(super peer)라 칭한다. 더 자세히는 아래 “3. 그 외의 분류 및 변종 P2P” 중 FastTrack 기술에 대한 설명 부분 참조.

455) Jesse M. Feder, op. cit., pp. 864-66, 이와 유사하게 Hisanari Harry Tanaka, “POST-NAPSTER: PEER-TO-PEER FILE SHARING SYSTEMS CURRENT AND FUTURE ISSUES ON SECONDARY LIABILITY UNDER COPYRIGHT LAWS IN THE UNITED STATES AND JAPAN”, Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review Vol. 22 num. 1, 2001, p. 50, 56등.

456) Grokster, 380 F.3d at 1158.

第2節 P2P 技術의 分類

당히 유력할 수 있는 입장이다. 다만, 이 글에서는 Hybrid P2P와 Pure P2P로 대별하는 표현에 따라 서술하고자 한다.⁴⁵⁷⁾

Hybrid P2P방식은 다른 이용자에 관한 접속 및 위치정보나, 교환대상인 파일들의 리스트를 중앙서버가 제공하는 방식이며, 소리바다¹과 Napster에 사용된 방식이다.⁴⁵⁸⁾ Hybrid P2P방식처럼 중앙서버가 있는 경우 이용자들에게 다른 이용자의 접속이나 파일리스트 정보를 제공하여 迅速하게 파일을 공유할 수 있다는 長點이 있는 반면에 중앙서버를 운영하려면 지나치게 많은 정보가 집중되게 되어 막대한 財政的 負擔이 따른다는 短點이 있다.

이에 반하여 Pure P2P방식은 최초 접속때조차 중앙서버를 거치지 않고 개인 컴퓨터들끼리 연결되는 방식으로, 그누텔라(Gnutella)⁴⁵⁹⁾ 프로그램이 그러한 네트워크를 제공하는 대표적 프로그램이다. 중앙서버를 없애 維持費가 적게 든다는 長點이 있는 반면에, 정보검색때 중앙서버가 없어 특정한 검색요구를 개개컴퓨터를 통하여 순차로 전파하여야 하므로 속도가 극히 느리고 전송과정에서의 병목현상이 나타나며,⁴⁶⁰⁾ 아직 네트워크의 안전성이 떨어진다는⁴⁶¹⁾ 短點이 있다.

457) 앞서 견해에서 중앙검색모델이란 위의 Hybrid P2P에, 완전분산형 구조는 Pure P2P에 대응될 것이고, 슈퍼노드 모델은 종전의 중앙서버는 존재하지 않고 개별컴퓨터끼리만 네트워크를 구성한다는 점에서 넓게 보아 Pure P2P의 일종이라 하겠다. 그러나 Grokster 抗訴審이 위와 같은 표현을 차용하고 있더라도 이는 “Hybrid P2P와 Pure P2P”라는 표현과 “Centralized Indexing Model과 Decentralized Indexing Model”이라는 표현 사이에서 어느 것이 적절한지 검토까지 행한 뒤 선택한 표현이라고는 도저히 보이지 아니할 뿐 아니라, P2P 등장이전의 모델이던 Client-Server 모델과 대조하여 볼 때 모든 P2P 모델의 기본적인 공통점은 분산화되었다(“decentralized”)는 점이므로 P2P끼리의 분류방법에서 다시 “분산화”운운의 표현을 동원하는 것은 비록 P2P 중에서도 그 분산화의 수준에 현실적인 차이가 존재하는 점을 지적하고자 한 취지이더라도 일종의 同語反覆으로서 혼란을 초래할 뿐 적절한 표현이라고 보기 어렵다.

458) “소리바다1”의 중앙서버는 접속자의 접속(로그인, log-in) 및 위치에 대한 정보만을 제공할 뿐 “Napster”와 달리 교환대상인 파일들을 검색하여 그 리스트를 제공하지는 않는다는 점에서 Hybrid P2P와 Pure P2P, 그 어느 것에도 완전히 속하지 않는 중간의 형태로 거론되기도 한다.

459) Gnutella의 “Gnu”는 “Gnu is Not Unix”의 略字로 유닉스와 완벽하게 호환되어 모든 사람들이 자유롭게 이용할 수 있도록 만들어진 소프트웨어 시스템을 추구하는 모임 내지 운동을 뜻한다. 여기서 다시 G는 아무런 의미없는 문자를 부러 첨부한 것으로 위 GNU Project를 처음 주도하며 1993년 GNU선언문을 작성하기도 한 Richard M. Stallman은 “Gnu”의 “G”발음이 생략되어 “new Project”와 혼동되지 않도록 “그누(Gnu)”라고 발음할 것을 주문한바 있으므로(www.gnu.org/gnu/manifesto.ko.html) 그 語源을 존중하여 “그누텔라”로 칭하기로 한다.

460) 특정한 검색요구가 Pure P2P 네트워크에서 무한히 전파되면 그 병목현상을 감당할 수 없으므로 부득이 주위 몇 개의 컴퓨터까지만 전파되는 방식으로 제한되어, 그 검색결과는 실제로는 해당 네트워크에 접속한 컴퓨터들 전체의 정보가 아니라 일부 컴퓨터들이 가진 정보만 나타나게 된다는 단점이 있는데, 이렇게 검색의 범위가 제한되는 현상은 scaling capability의 차이에서 오는 것이다(Jesse M. Feder, op. cit., p. 865 및 Tim Wu, op. cit., p. 733 FN178 참조).

461) 2000. 7.경 최초로 Gnutella의 네트워크가 마비되는 한달이상 사태가 일어났는데, Napster가 금지처분을 받은 직후 다수의 이용자들이 동시에 Gnutella로 이동하자, 이를 감당하지 못한 것으로 추측된다고 한다(Tim Wu, op. cit., p. 733).

더 쉽게 설명하자면, Hybrid 방식의 P2P란, 두 사람의 남녀(이용자)가 맞선(사이버 공간에서의 직접접속과 그에 연달은 파일교환)을 보는데 그 중간에서 대상자들에 대한 일정범위의 정보를 이미 수집한 중매인(ISP의 서버)이 나서서 한쪽이 원하는 조건을 갖춘 상대방을 위 정보에서 선정하여⁴⁶²⁾ 연락처를 알려주면 두 사람의 남녀가 중매인의 동석없이 직접 만나는 방식이라고 할 수 있다. 이에 반하여, Pure 방식의 P2P는 서로 떨어져 모르는 두 남녀가 맞선을 원하는데 있어 중매인이 존재하지 않는 상황⁴⁶³⁾에서 한쪽 A가 가까운 주변의 사람 B(정보를 구하는 이용자가 pure P2P 소프트웨어를 이용하여 최초로 접속하는 또 다른 이용자)에게 원하는 이상형을 제시하면서 맞선을 부탁하면, 그 B는 다시 자신과 가까운 또 다른 C에게 그런 요구를 알리고, C는 다시 D에게 알리는 방식으로 마치 물결처럼 A의 요구가 퍼지게 되어 결국 원하는 理想型 Z에게 연결되고, 직접 만나는⁴⁶⁴⁾ 방식이라고 할 수 있다.⁴⁶⁵⁾

Pure P2P의 경우는 최초 소프트웨어를 제공하는 자만 존재할 뿐 이용자가 파일교환을 하는 과정에서 Napster나 소리바다¹⁾에서와 같이 일정한 서비스를 제공하는 자, 즉 일용 “ISP가 존재하지 않는다”⁴⁶⁶⁾고도 볼 수 있으므로 혼동을 피하기 위하여 “Pure P2P”의 경우에는 “P2P서비스” 내지는 “P2P서비스제공자”라는 용어대신 가급적 “P2P 소프트웨어 제공자”라는 용어로 지칭하고자 한다.

3. 그 외의 분류 및 변종 P2P

462) 다만, 이러한 Napster와 달리 소리바다¹⁾의 경우는 중매인이 상대방의 연락처(로그인 정보) 리스트만을 가진 상태이고, 굳이 비유하자면 중매인이 이미 수집한 정보를 이용하여 상대방을 찾아주는 것이 아니라 본인 스스로에 의한 연락수단이 없는 一方이 중매인의 전화기를 이용하여(이용자의 검색명령이 반드시 소리바다¹⁾서버를 거쳐야 다른 이용자에게 도달) 위 리스트상 연락처들에 직접 일일이 연락하여 상대방을 찾는다고 할 수 있다.

463) 중매인이 존재하지 않는 대신, 맞선에 관한 노하우를 충분히 담은 메뉴얼(Pure P2P 소프트웨어)을 제공하는 자는 존재하는 상황이다.

464) A와 그 理想型 Z의 직접 만남(정보교환)을 위하여, A의 요구가 전달되는 과정에서 물결이 퍼지는 형태처럼 중간의 B, C, D, E, F 등 많은 단계를 거치는 대신, 가령 정보력이 탁월한 C가 자기주변인들에 대한 정보는 미리 보유하고 있다가 곧바로 그 중 원하는 상대방의 정보를 A에게 알려주는 형태, 즉 A의 요구가 전달되는 과정의 곳곳에 사실상 중매인의 역할을 하는 자(슈퍼노드 내지 슈퍼피어 컴퓨터)가 있는 형태를 취한다면 훨씬 검색이 용이해지게 된다.

465) 필자가 들고 있는 설명방식 이외에 최정열 판사의 2003. 4. 28.자 사법부 내부통신망(CourtNet) 지적재산권연구회 계시문(未公刊)은 이른바 “정보공유의 파티”를 벌임에 있어 참가자들이 지정된 테이블에 앉으면 사회자가 각 참가자가 요구하는 정보를 가진 다른 참가자를 알려주는 방식(Napster방식)과 사회자는 참가자들이 테이블에 앉도록 초대할뿐 참가자들 스스로 주위에 앉은 다른 참가자들에게 질문하여 원하는 정보를 찾는 방식(Grokster방식)으로 구분하여 예를 들고 있다. 위 論者의 부연설명은 없으나, 짐작컨대, Napster 등 P2P네트워크 개발자였던 Gene Kan이 Gnutella 네트워크를 마치 참가자들이 우연히 옆에 앉게 되었고, 누구하고라도 정보를 공유하고자 하는 일종의 각테일 파티에 比喩한 데서 영향을 받지 않았나 한다[이 부분은 Gene Kan, “Gnutella, in Peer-to-Peer”, 『Harnessing the Benefits of a Disruptive Technology』, Andy Oram edition, 2001, p. 94, 117 참조(Tim Wu, op. cit., pp. 731-32에서 再引用)].

466) Pure P2P와 관련된 ISP의 책임추궁 문제에서 이 점도 논란의 대상이다.

第3節 P2P 技術에 의한 著作權侵害의 對象物과 그 深刻性

그 외에 통용되는 P2P의 분류방법으로 그 사용하는 플랫폼(Platform)의 유형에 따라 KaZaA, Grokster와 같은 FastTrack 플랫폼의 P2P, Morpheus와 같은 Gnutella 플랫폼의 P2P, Overnet 같은 독자적인 방식의 P2P로 나누기도 한다. 이 중, FastTrack과 같은 기술은 중앙서버가 없으므로 생기는 난점을 이른바 super node(혹은 super peer)라는 개념을 도입하여 이용자의 컴퓨터 中 대역폭 등의 능력이 우수한 컴퓨터⁴⁶⁷⁾가 일정 연결점마다 다른 이용자들의 컴퓨터(node)의 접속이나 情報傳達의 接點 역할을 하게 함으로써, 다른 이용자들은 바로 위 super node 컴퓨터에 접속하여 그 컴퓨터가 가진 검색정보를 이용하거나 이를 통하여, 가까운 또 다른 super node에 검색명령을 전달하는 방식이다.

Gnutella 계열에 속하면서도 이용자보호의 保安面에서는 더 進一步한 것은 프리넷(Freenet)이라고 할 수 있다. Freenet은 Gnutella와 마찬가지로, 중앙서버 없이 이용자들을 직접 연결시켜 주는 것은 물론, 시스템을 통과하는 정보의 출처가 완전히 匿名化되어 있다. 아울러, 정보에 대한 요구를 최초로 한 자가 누구인지 추적할 수 없도록 人爲적으로 그 요구가 수많은 컴퓨터를 통과하게 하였다. Freenet의 P2P 네트워크에서 검색요구가 순차로 전달되는 연속적인 node들의 고리에서 중간에 위치한 특정 node는 그 검색요구가 최초로 시작된 出處인 node를 알 수 없는 구조로 설계되었고, 심지어 특정 node의 운영자도 자신의 컴퓨터에 어떤 파일이 저장되어 있는지를 알 수 없도록 되어 있다.⁴⁶⁸⁾ 이러한 Freenet은 가령 社會主義 壓制 體制인 中國에서 자유로운 토론을 보장하는 수단으로 논의되고 있을 정도이다.⁴⁶⁹⁾

第3節 P2P 技術에 의한 著作權侵害의 對象物과 그 深刻性

1. 著作權侵害의 對象物

467) 네트워크에 접속한 이용자 중 능력이 우수한 컴퓨터가 이 역할을 수행하며, 고정되어 있는 것이 아니라, 이용자들 컴퓨터의 日日 resource 등 컴퓨터의 능력에 따라 매번 supernode는 변동될 수 있다. 가령, 보통의 이용자들이 전화모뎀이용자에 불과하다면 대학의 네트워크를 이용하는 대학생, DSL을 이용하는 이용자, 케이블 이용자 등 대역폭이 우수한 회선을 사용하는 이용자의 컴퓨터 중에서 선정된다 (Tim Wu, op. cit., p. 734). supernode에 대한 더 자세한 내용은 “KazaA”의 홈페이지 가이드 중 super node에 대한 설명부분을 참조할 것. <www.kazaa.com/us/help/faq/supernodes.htm>[2005. 3. 30].

468) John Alan Farmer, op. cit., p. 755. 아울러 Freenet 개발자인 Ian Clarke의 박사학위논문(“A Distributed Decentralised Information Storage and Retrieval System”, University of Edinburgh, 1999, www.ovmj.org/GNUnet/papers/freenet.pdf, 2004. 9. 10. 방문) 및 Ryan Roemer, “THE DIGITAL EVOLUTION: FREENET AND THE FUTURE OF COPYRIGHT ON THE INTERNET”, 2002 UCLA J.L. & Tech. 5. <www.lawtechjournal.com/articles/2002/05_021229_roemer.php>[2004. 7. 19]. 특히 技術的 構造에 관한 상세한 설명은 후자의 2개 글들을 참조할 것.

469) <freenetproject.org>[2005. 4. 28].

P2P 기술은 종전의 Client-server 모델이 가진 限界를 技術的으로 突破하였다는 점에서 높게 평가받기에 충분하지만, 다음의 문제점도 아울러 가졌다.

첫째, 이용자의 입장에서 볼 때 특정정보를 저장한 안정된 서버가 항상 존재하는 것이 아니므로 그 불안정성을 무시할 수 없고,⁴⁷⁰⁾ 둘째, P2P에서는 정보의 전송이 대개는 실제 필요한 범위를 훨씬 초과하여 이루어지곤 하므로 결국 사회전체의 입장에서 한정된 네트워크 자원을 소비하는 방법에 있어 근본적인 비효율성을 가지고 있다. 셋째, 무엇보다도 著作權者의 입장에서 볼 때 종전의 그 어떤 手段과도 비교할 수 없는 극히 용이한 著作權侵害의 手段이다.

그럼 이용자들이 P2P 네트워크를 手段으로 삼아, 불법복제하는 著作物은 구체적으로 어떤 것들일까? 이는 초고속인터넷의 전송속도향상과 밀접한 관련이 있다.

“컴퓨터네트워크를 통하여 파일의 형태로 전송한다”는 P2P의 特徵을 고려해보면 우리 저작권법 제4조에서 예시된 저작물 중 語文著作物, 音樂著作物, 映像著作物을 파일화한 것들, 가령 어문저작물의 Text파일, 음악저작물의 MP3파일, 영상저작물의 MPEG 파일이나 AVI파일⁴⁷¹⁾이 P2P를 통한 침해의 대상임을 짐작할 수 있다.

먼저, 語文著作物의 경우 통상 단순한 문자파일로 구성된 것이어서⁴⁷²⁾ 그것이 비록 수백페이지에 달한다 하더라도 그 문자파일의 크기는 수백 KB에 불과할 정도로 비교적 작아, 초고속인터넷을 사용하는 P2P에서는 순식간에 전송이 완료되므로 극히 침해가 용이한 편이다.⁴⁷³⁾

470) 검색요구를 순차로 전파해야 하는 Pure P2P는 말할 것도 없이, Hybrid P2P에서도 가령 초기의 Napster에서는 특정파일을 전송 중이던 개별컴퓨터가 접속으로부터 이탈하면 그 순간까지 그 정보를 전송받던 다른 컴퓨터에 저장된 파일의 나머지 부분이 모두 무용지물이 되어 버렸다. 이런 단점은 나중의 진일보된 P2P 네트워크에서는 수정되어 위와 같은 경우라도 미처 전송받지 못한 부분부터 나중의 접속에서 계속 연결하여 전송받을 수 있게 되었다. 하지만, 만일 Client-server 모델에서처럼 안정된 서버가 존재하는 경우와 비교한다면 效率的이라고는 할 수 없다. 그럼에도, P2P 네트워크의 開發者와 利用者 모두는 자신의 것이 아니라 이미 他人이 설치, 제공한 네트워크의 밴드위치(bandwidth), 즉 帶域幅에 無償乘車하므로 위와 같은 비효율성을 줄이고자 하는 動機의 附與가 缺如되어 있다. 이 점은 Jesse M. Feder, op. cit., pp. 867-68 참조.

471) AVI는 Audio Video Interleaving의 略字로 마이크로소프트가 만든 동영상파일의 포맷방식이다. AVI는 고화질 DVD의 용량을 DivX(그 개념에 관해 상세히는 www.divx.com/support/what.php, 2005. 4. 27. 방문)라는 코덱으로 압축하는 포맷방식으로 이용된다. 쉽게 말하자면 AVI는 MPEG과 달리 코덱을 따로 설치하여야 비로소 영상을 볼 수 있는 대신, 더 좋은 화질을 감상할 수 있는 것이다.

472) 다만, 어문저작물이라 하더라도 요즘 韓國에서는 인기만화책 등을 구입한 이용자가 P2P를 이용하여 그 책의 내용을 스캔(scan)한 이미지파일을 올리는 경우도 많다. 이때는 그 이미지파일의 크기는 통상 권당 수십MB 정도에 이른다.

473) P2P서비스를 통하여 MP3파일이 불법으로 전송된 경우는 얼마 지나지 않아 저작권집권자 등으로부터 민형사적인 조치를 부르게 되어 소리바다 事件과 같이 커다란 사회이슈화 되었음에 반하여, 보다 용량이 작아 전송이 더 용이하므로 가장 일찍 침해의 대상이 되었을 문자(Text)파일의 경우는 오히려 지금까지 이슈가 되지 않았던 이유는 무엇일까? 첫째, P2P상에서 유통되는 문자파일이 대부분 속칭 “야설”과 같은 음란소설이거나 타인의 주민등록번호(가령 서울지방법원 남부지원 2004. 3. 31. 선고 2004 고단606등 판결의 사안은 피고인이 eDonkey를 이용하여 타인의 성명, 주민등록번호, 주소를 담은 문서정보를 획득한 다음 이를 악용하여 사문서를 위조한 事件이다) 등 人的事項을 불법적 용도에 제공할 의도로 공표하는 문서와 같이 대부분 그 문자파일의 著作權者가 著作權을 공개적으로 주장하기 곤란

第3節 P2P 技術에 의한 著作權侵害의 對象物과 그 深刻性

다음으로 音樂著作物의 경우는 曲당 3~5 MB의 용량이어서 특정 가수의 앨범 전체에 수록된 곡들을 모두 합하여도 수십 MB 수준이므로 통상의 트래픽(traffic)을 감안하더라도 빠르면 수 분안에 전송받을 수 있어 이 역시 침해자의 시간과 노력이 별로 들지 않아 침해가 빈발하고 있다.

끝으로, 映像著作物의 경우는 영화 등을 그대로 복제한 파일이 통상 적어도 수백 MB, 장편영화인 경우 2 GB에 가까운 파일 총용량을 가지는데 이러한 파일들을 P2P를 이용하여 전송하는데 초고속인터넷의 전송속도에도 불구하고 접속시 트래픽을 고려하면 2005. 상반기 현재 실제로는 수십 분에서 수 시간 내외의 상당한 시간이 소비된다. 뿐만 아니라 전송받은 이용자 개인의 하드드라이브 저장공간의 제약이 있는바, MP3 음악파일이라면 수백곡이 저장될 수 있는 공간안에 특정영화를 담은 MPEG, AVI 영상파일은 불과 1~2개 내외밖에 저장되지 못한다.⁴⁷⁴⁾

그러나 조만간 인터넷서비스의 전송속도가 더 향상되고 하드드라이브의 저장공간이 또 한번 비약적으로 증가하는 경우 영상파일도 그동안 가장 문제되어온 MP3 음악파일과 마찬가지로 P2P를 통하여 빠르게 유포되게 될 것이고, 아울러 MP3 음악파일을 이용자들이 시판된 MP3 Player에서 손쉽게 구동하였듯이 불법복제된 영상파일도 휴대용 멀티미디어 플레이어(PMP)⁴⁷⁵⁾의 보급에 따라 개인이 쉽게 시연할 수 있을 것이다. 요컨대, 마치 음악저작물에 있어 Napster 事件에서와 마찬가지로, 영상파일 분야의 저작권자, 특히 영상물 제작자가 자신의 권리보호를 위하여 P2P 서비스제공자나 이용자

한 저작물이라는 점, 둘째 일부 문자파일은 가령 “황석영의 장길산 1권”과 같이 타인의 적법한 語文著作物을 불법복제한 것이지만 이러한 어문저작물의 경우 한국문예학술저작권협회나 한국방송작가협회의 존재에 불구하고 음악저작물의 경우와 달리 저작권집중관리제도의 시행이나 그 신탁관리업체의 역량이 모두 미비된 상태여서 현실적으로 각 어문저작물의 적법한 권리자가 침해행위에 일일이 대응하기는 불가능하다는 점, 셋째, 국내에서 P2P서비스가 본격적으로 이용된 시점인 2000년 전후하여서는 이미 인터넷의 전송속도가 문자파일은 물론 數 MB에 달하는 음악파일까지도 극히 짧은 시간안에 다운로드받을 수 있는 수준이었으므로 자연스럽게 젊은 네티즌들의 관심은 고전적인 문자파일보다는 MP3로 대표되는 음악파일로 옮겨갔다는 점이 그 理由라고 사료된다.

474) <www.enuri.com>[2005. 3. 30.]에서 확인결과 2005. 3. 30. 현재 최신 데스크탑 컴퓨터의 모델들 중 가장 인기있는 모델의 하드드라이브 저장공간이 최대 160GB 수준으로, 이러한 공간에 통상 4 MB 내외인 MP3파일을 저장할 경우 OS 등 필수프로그램이 차지하는 저장공간을 논외로 한다면 算術적으로 4만개나 되는 방대한 곡을 저장할 수 있다. 이때 개인컴퓨터저장공간의 확충이라는 技術的 力量이 著作權者에게 실제로 어떠한 영향을 끼치는지 구체적으로 지적하자면 음악파일의 경우 P2P서비스에 접속한 이용자가 적어도 하드드라이브의 저장공간부족문제에서는 완전히 해방된 결과 P2P소프트웨어에서 얻은 검색결과를 신중하게 선별하지 않은 채 일단은 자신의 공유폴더에 모두 다운로드받고 이를 재차 전송하는 행태를 반복하게 되어 중국에는 보다 더 많은 저작권침해를 초래할 수도 있다. 반대로 영상파일의 경우 위 컴퓨터의 방대한 저장공간으로도 불과 백여 개의 영화만 자신의 컴퓨터에 보관할 수 있다.

475) MP3 Player가 음악파일의 휴대용 재생기에 그친 것에 반하여, PMP(Portable Multimedia Player)는 LCD화면을 탑재하고 20~40 GB 용량의 하드디스크를 내장하여, 동영상파일을 담아 들고 다니며 어디서든 영화나 뮤직비디오를 볼 수 있다. 현재 출시된 기기의 수준으로도 작은 영화 수십 편을 너끈히 담을 수 있고, 용량이 작은 뮤직비디오는 수백 편을 담을 수 있다. 가령 韓國에서는 삼성전자가 3.5인치 화면에 20기가 하드를 장착한 “YH-999”를 출시하여 2004. 8.경부터 국내 및 해외에서 시판하고 있다. 以上은 ZDNet 뉴스 2004. 8. 9.자<www.zdnet.co.kr/news/digital/0,39024418,39129600,00.htm>[2004. 8. 10.] 및 “아이뉴스24(inews24)” 2004. 9. 21.자 記事<www.inews24.com>[이하 아이뉴스24라고만 한다.]를 정리함.

들을 상대로 民刑事上의 제재수단을 강구하는 형태의 새로운 분쟁이 조만간 일어날 것이다.⁴⁷⁶⁾ 즉 미국음반산업협회(Recording Industry Association of America, 이하 RIAA)가 아닌 미국영화산업협회(Motion Picture Association of America, MPAA)가 치열한 P2P 관련 소송의 原告가 되어 등장할 날도 불과 얼마 남지 않은 것이다.⁴⁷⁷⁾ 마찬가지로 한국에서도 2003년 기준으로 아직 음악저작권자의 피해액에 비하여는 작지만, 이미 영상저작물 저작자들의 피해규모가 P2P를 중심으로 대략 1,200억원에 이르고 있다.⁴⁷⁸⁾

2. 著作權侵害의 深刻性

이러한 P2P를 위시한 인터넷네트워크상의 저작물불법거래는 종래에는 볼 수 없는 세롭고도 현저한 손해를 저작권 시장에 가져왔다.⁴⁷⁹⁾

먼저 美國의 경우 90년대 들어서 음악시장은 지속적으로 성장하였지만 이른바 Napster가 등장한 1999년경에서 2000년경까지 사이에 현저하게 성장세가 감소하다가 마침내 2001년에는 마이너스성장으로 돌아섰고 해마다 그 감소세가 증가하는 양상을 보이고 있다.⁴⁸⁰⁾ 매순간마다 5백만명이 1억개이상의 파일을 불법복제를 위하여 다양한 P2P 네트워크에 유포하고 있는 실정이다.⁴⁸¹⁾ 따라서 지금 미국 음악저작권자들의 초미의 관심은 그들의 음악시장을 급격히 잠식하고 있는 P2P 네트워크의 위협이다.⁴⁸²⁾

476) William Fisher & Christopher Yang, "PEER-TO-PEER COPYING", Berkman Center at Harvard Law School, last updated November 18, 2001 < cyber.law.harvard.edu/ilaw/P2P.html>[2005. 4. 20.] 중 "Introduction"부분 참조.

477) 이러한 사정은 韓國도 마찬가지여서, 한국영상협회는 이용자들 사이에 동영상파일의 교환을 조장한 대가로 수수료를 징수하고 있는, P2P 업체인 엔유닷컴(www.eyou.com)과 온파일(www.onfile.co.kr)에 대한 민형사 제소를 계획하고 있다고 한다 [주간동아, 2004. 6. 3.자 "동영상서비스(저작권 논쟁 속편)" 記事].

478) 국회 문화관광위원회, "저작권법 중 개정법률안검토보고", 2005. 2. 6면. 이는 '국회 홈페이지' → '법률' → '최근접수법률안'에서 검색가능.

479) 가령 Jeffrey L. Dodes, "BEYOND NAPSTER, BEYOND THE UNITED STATES: THE TECHNOLOGICAL AND INTERNATIONAL LEGAL BARRIERS TO ON-LINE COPYRIGHT ENFORCEMENT", 46 New York Law School Law Review 279, 2002-2003, p. 279.에 따르면, Napster의 경우 서비스개시로부터 얼마 지나지 않은 2001. 2.경 1690만명의 이용자가 6500만개의 소프트웨어를 다운로드하는 세계적 현상이 되었다고 한다.

480) 이러한 구체적인 통계수치는 RIAA의 연간보고서<www.riaa.com/news/newsletter/pdf/2003yearEnd.pdf>[2004. 9. 30.]에서 확인할 수 있다.

481) Cary H. Sherman(Chairman of the Recording Industry Association of America), "RIAA NARRATIVE RESPONSE TO SENATOR NORM COLEMAN'S FILE-SHARING INQUIRY", August 18, 2003. <coleman.senate.gov/index.cfm?FuseAction=PressReleases.Detail&PressRelease_id=198&Month=8&Year=2003>[2004. 6. 2.]. 이 글은, RIAA가 개개 이용자에게 대하여 대량으로 이른바 情報提出 命令(subpoena)을 신청하고 소송을 제기할 무렵 美 上院議員 Coleman이 질의한 사항에 대하여 RIAA의 會長이 응답한 회답문이다. 따로 p.가 존재하지 않으므로 이하에서 p.인용은 생략한다.

482) 가장 피부에 닿는 예를 들자면, 2004. 10. 1. 현재 미국음반산업협회(RIAA)의 사이트(www.riaa.com/default.asp)에 접속하면 가장 먼저 눈에 띄는 것이, RIAA가 eDonkey, Kazaa 그리고 LimeWire 등의 P2P

第4節 P2P 技術上 個別利用者들에 대한 責任追窮의 困難性

韓國의 경우 2002년 7월경 현재 세계에서 판매된 空CD 4억장 중 1억장을 소비한 국가였을 정도로⁴⁸³⁾ 네티즌들의 저작권에 대한 인식은 극히 낮은 편이다. P2P로 인한 음반시장의 위축은 美國보다 한층 극심하여, 2000년 4100억원에 이르렀던 韓國의 오프라인 음악시장은 매년 50% 가까운 감소세를 이어가 2003년 현재 1800억원으로 감소하였고, 음반을 판매하던 소매점 역시 10년전 12000개에 이르던 것이 2004. 5. 현재 700개로 대폭감소하였다.⁴⁸⁴⁾ 이에 반하여 韓國의 P2P 서비스업체인 “소리바다”는 전성기에는 회원으로 약 1천만명을, 스트리밍 서비스업체인 “벅스뮤직”은 회원으로 무려 1400만명을 확보하고 왕성하게 영업을 한 바 있다.

물론, 이렇게 P2P의 등장으로 기존 저작권시장이 감소세로 돌아섰다면 因果關係를 긍정하는 대개의 입장과는 반대로, 불법파일을 무료로 다운로드하려는 의사를 가진 자는 만약 더 이상 그 파일을 무료로 이용할 수 없는 경우라도 결코 동일한 파일을 유료로 구입하지 않는 것이 정상적이므로 그러한 불법의 의사가 반드시 市場의 감소와 因果關係 있을 수 없다는 반박도 있고⁴⁸⁵⁾ 이 견해에 따르면 시장에서 판매되는 음반의 가격에는 이미 그러한 불법복제의 존재와 그런 복제가 유발하는 손해까지 반영한 것이어서 현재의 시장가격으로 최소한 불법복제가 유발한 손해의 일부는 填補받을 수 있다고 한다.⁴⁸⁶⁾ 아직 위와 같은 논쟁에 대한 결론이 분명히 내려져 있는 것도 아니지만, 다만 분명한 것은 이러한 반박은 극히 소수설에 불과하다는 것이다.

第4節 P2P 技術上 個別利用者들에 대한 責任追窮의 困難性

P2P 네트워크를 통해 개별 이용자들이 MP3파일을 유포시키는 행위를 한 경우 이들

플랫폼을 이용한 전국 26개 대학의 대학생들을 포함하여 700명 이상의 개인을 상대로 2004. 9. 30. 저작권침해소송을 제기하였다는 소식일 정도이다.

483) 박경춘(한국음반산업협회회장), “한국대중음악의 현실과 과제-소리바다와 저작권 문제”, 「소리바다 등 P2P 통신기술의 발전에 따른 저작권 정책의 합리적 방향 모색을 위한 국회 정책토론회」 주제발표문, 2002. 7. 30, 4면(위 토론문 자체 면수 기준).

484) 韓國에서의 危機에 관하여 자세히는 박경춘, 위 주제발표문 및 금기훈, “디지털음악컨텐츠산업의 위기와 기회를 통해 본 지적재산권보호의 중요성”, 한국디지털재산법학회 정기학술세미나발표문, 2003. 6. 5, 119면 및 조선일보 2004. 5. 31.자 “mp3 충격, 중소음반店 실망 잃어” 기사 등. 특히, 박경춘의 발표문의 경우 공개롭게도, 앞서 美國에서의 危機를 설명하며 앞서 脚註에서 인용된 Cary H. Sherman의 위 回答文과 동일하게, 音盤業界의 利益을 代辯하는 組織의 長이 切迫한 危機感을 표출하며, 그 解決策을 내어줄 수 있는 立法府의 議員들에게 호소한 글이라는 점에서 서로 공통되므로 무척 흥미롭다.

485) 이는 비단 P2P에 국한하지 않고 디지털복제의 등장과 관련한 古典的인 논쟁거리로, 1991년경 DAT의 등장과 관련한 논쟁에서 위와 같이 저작권자의 논리를 반박한 글로는 Lewis Kurlantzick & Jacqueline E. Pennino, “The Audio Home Recording Act of 1992 and the Formation of Copyright Policy”, 45 J. Copyright Soc’y U.S.A. 497, 506 (1998).

486) Id. at 509-10.

이용자들을 상대로 소송을 제기하는 것은 다음과 같은 이유로 지극히 곤란하다.

첫째는 技術的 어려움으로, 저작권자측이 일단 침해행위의 존재를 알게 되었다라도 인터넷의 특성상 실제로 침해행위를 한 자를 추적, 발견하는 것이 技術的으로 어렵다.

技術的인 측면에서 볼 때, 저작권측이 침해행위자, 특히 파일을 다량으로 유포하는 자를 추적하기 위해서는 그 사람이 P2P 서비스에 접속한 實時間에 追跡을 실시하여야 함이 원칙이다. 왜냐하면, 종래 BBS 게시판에서 파일을 게시하여 유포하는 경우에는 저작권자가 해당 파일이 삭제되기 이전이면 언제라도 해당 BBS 게시판을 제공하는 서버에 기록된 접속기록⁴⁸⁷⁾을 통하여 해당 파일저장주소에 최초로 접속하여 파일을 업로드한 자와 이후 동일한 주소에 접속하여 파일을 다운로드한 자들을 파악하기 용이하지만, P2P 네트워크에서는 교환되는 파일이 中間의 서버에 저장되지 않고 곧바로 개인 컴퓨터사이에서 전송되므로 저작권자가 實時間에 追跡을 실시하여 그러한 전송상황을 탐지하지 않고서는 침해의 증거가 달리 남지 않기 때문이다. 실제로 美國에서도 RIAA가 파일유포행위를 한 개별 P2P이용자들을 탐색하는 과정은 P2P 네트워크를 實時間으로 감시하는 업체⁴⁸⁸⁾에 용역을 주는 방법에 의하고 있다. 나아가 實時間 추적을 통하여 어렵게 특정한 IP주소를 탐지해내더라도 최근에는 流動 IP⁴⁸⁹⁾도 많이 사용되므로 固定 IP만 사용되는 때와 달리 특정한 IP주소만으로는 더 이상 특정한 컴퓨터가 접속하였다는 確證이 될 수 없다는 난점⁴⁹⁰⁾도 존재한다. 韓國의 상황⁴⁹¹⁾도 크게 다르지 않다.

487) 이러한 기록이 “로그파일(Log File)”이며, 이는 방문자가 웹 서버에 접속할 때, 웹 서버가 웹 서비스에 대한 요청과 제공에 대한 기록을 저장하는 파일이다. 따라서 로그 파일을 읽어보면 누가, 언제, 무엇을 요청했고 가져갔는지를 알 수 있다. 이러한 로그 파일은 웹 서버가 지정하는 곳에 위치하며 웹 서버 관리자가 웹 서버를 설치할 때 로그 파일의 위치와 기록 방법 등을 지정하게 되어있다. 나아가 로그파일로부터 행위자를 역추적하는 데는 통상 IP Address, Mac Address, Host Name 등이 이용된다(로그파일을 분석하여 역추적하는 방법에 관하여 자세히는 양대일, 『정보 보안 개론과 실습: 시스템 해킹과 보안』, 한빛미디어, 2004, Chapter 12 및 13 각 참조할 것).

488) 후술하는 BayTSP 등이 대표적 업체이고, 韓國의 경우에도 이와 유사한 용역을 수행하는 업체가 존재한다 [가령, 주식회사 디펜더 시스템즈(www.defendersystems.com/join_us.htm, 2004. 6. 18. 방문)].

489) 고정IP와 달리, 접속서비스업체가 그때마다 접속요구자에게 새로 부여하는 IP를 말하여, 이러한 방법으로 한정된 IP주소만을 가지고도 더 많은 이에게 접속서비스를 제공할 수 있다.

490) 로그파일로부터 행위자를 역추적하는 데는 통상 IP Address, Mac Address, Host Name 등이 이용됨은 앞서 말한 바이고, 여기서 맥어드레스(Mac address)란 개개 사람이 주민등록번호를 가진 것처럼, 인터넷 네트워크에 사용되는 각종 네트워크 관련 장비, 가령 인터페이스 카드(NIC, 일명 랜 카드)와 같은 장비들이 가지고 있는 고유의 값을 말한다. 케이블모뎀이건 ADSL모뎀이건, LAN카드건 모든 네트워크 장비는 고유한 MAC Address를 가지고 있는바, 이러한 맥어드레스는 저작권자가 찾아낸 IP Address가 유동 IP일 때 추적에 활용된다.

491) 저작권자가 직접, 혹은 그 고소를 접수한 수사담당자는 ① 먼저 자신의 컴퓨터로 일단 해당 서비스에 實時間으로 접속한 다음 침해자가 제공하는 파일을 스스로 다운로드받는 상태를 구현한 뒤 이른바 “netstat”명령어(netstat명령어는 windows 계열에서 사용하는 명령어로 자신의 컴퓨터의 TCP/IP 네트워크 연결상태를 표시하는 명령어로, 즉 내 컴퓨터와 연결된 다른 컴퓨터의 IP리스트를 보는 명령어이다, 자세히는 publib.boulder.ibm.com/doc_link/ko_KR/a_doc_lib/cmds/aixcmds4/netstat.htm, 2004. 10. 6. 방문)를 사용하여 침해자 컴퓨터의 IP주소를 파악한 다음, ② 이른바 Whois 검색 [IP주소를 입력하면 그 IP를 사용한 지역과 해당 인터넷의 접속서비스를 제공한 사업자를 검색할 수 있는 시스템으로 韓國에서는 한국인터넷진흥원(whois.nic.or.kr, 2004. 10. 6. 방문)이 담당하고 있음]을 이용하여 침해자에게 인터넷 접속서비스를 제공한 사업자를 알아내는 방법을 취하고 있는데, 상당히 어려운 절차라 하겠다.

第4節 P2P 技術上 個別利用者들에 대한 責任追窮의 困難性

둘째는 法的인 어려움으로, 위와 같이 어렵게 침해자의 IP주소를 밝혀내더라도 IP주소에 따른 침해자의 인적사항을 확인하기 위해서는 해당 IP를 관할하는 인터넷접속서비스 업체⁴⁹²⁾로부터 이용자의 人的事項에 관한 情報를 제출받아야 하는데 이용자의 프라이버시 권리와 충돌문제로 그러한 정보획득이 法的으로 곤란하다. 그렇지만 美國에서는 특정한 유형의 ISP에게 저작권자가 직접 침해이용자의 인적사항에 관한 情報提出을 요구할 수 있는 법적근거가 이른바 情報提出命書(subpoena)이란 제도를 통하여 마련되어 있지만,⁴⁹³⁾ 韓國에서는 이러한 법적근거가 존재하지 않는다.⁴⁹⁴⁾ 이 때문에 韓國에서 실제로는 저작권자의 告訴에 의하여, 혹은 수사당국의 認知에 의하여 저작권법 위반 혐의가 포착될 때에 한하여, 수사당국이 보다 간편한 절차를 정한 관계법령⁴⁹⁵⁾에 의거하여 해당 ISP에게 가입자의 人的事項을 요구하여 제공받고 있다.

셋째는 事實的인 어려움으로, 특정컴퓨터이용자로 일견 보이는 자의 人的事項을 제공받았다 할지라도 침해에 동원된 컴퓨터가 가령 대학교에 놓인 공용컴퓨터와 같이⁴⁹⁶⁾ 실제이용자가 불특정다수라면 여전히 침해자를 특정할 수 없고, 최종적으로 어렵게 침해자를 특정하였다더라도 그러한 침해자가 통상 수백명에서 심지어 수십만명을 헤아릴 수도 있으므로 이들을 상대로 일일이 소송을 제기하여 저작권침해책임을 묻기는 곤란하다.

이상과 같이, P2P에서는 개별이용자들에게 저작권침해책임을 추궁하는데 따르는 어려움이, BBS기술단계에서보다 이처럼 한층 加重되었다고 할 수 있고, 그 결과 저작권자에게는 개별이용자들에 대한 책임추궁보다 우회적으로 ISP에게 책임을 추궁하는 것이 더 실효적인 수단이 되었다고 할 수 있다.

492) 만일, 實名의 “로그인방식”을 취하는 韓國의 변형된 P2P 서비스제공자, 가령, “V-share”운영자의 경우라면 이용자의 人的事項을 직접 파악하고 있으므로 그 운용자에게 요구해야 할 것이다.

493) 이용자 프라이버시 권리와 관계상, 美國에서 저작권자들은 우선 법원으로부터 해당 정보를 요구할 ISP에 대한 情報提出命書を 획득하여야 한다. 그런데, 미국 법원은 인터넷접속만을 제공하는 ISP에 대하여는 情報提出命書を 신청할 수 없다는 입장을 취하였다(아래 설명할 美國의 Verizon 判決 참조).

494) 다만, 韓國의 Daum 등 4개 포털업체가 2003. 1. 29. 한국음반산업협회 등 5개 저작권관련단체와의 사이에 약정한 “온라인서비스제공자 책임 가이드라인” 중 “1의 바”항에서는 “정부나 정부의 허가를 받은 저작권단체가 침해의 개연성에 대한 정황증거를 제시하여 특정 비공개동호회에서의 특정 저작물에 대한 저작권침해 가능성에 대하여 문서로 확인을 요청한 경우 온라인서비스제공자는 이에 응하여야 한다.”는 내용을 합의한바 있으므로, 이 규정의 활용이 논의될 수 있지만 실효성은 없을 것으로 보인다.

495) 원칙적으로는 형사소송법상 押收搜索令狀에 의하여야 할 것이지만, 법원의 허가를 받아야 하는 번거로움으로 인하여 實務에서는 예외적으로 이용될 뿐이다. 그 대신에 전기통신사업법 제54조 제3항에 의하여 전기통신사업자가 수사기관의 수사 등을 위하여 이용자 정보를 제출하거나, 통신비밀보호법 제13조에 의하여 전기통신사업자가 수사 등을 위하여 통신사실확인자료를 제공하는 경우가 압도적으로 많다.

496) 韓國의 경우에는 “PC방”이라는 특수한 문화가 존재하는데, 만약 PC방 컴퓨터가 침해자가 이용한 컴퓨터로 파악될 때라면 실제 침해자가 누구인지 특정하는 것이 불가능한 경우가 많다. 이러한 때 搜查機關은 궁여지책으로 해당 컴퓨터의 로그파일을 모두 분석하는 방법으로 저작권침해가 이루어진 특정한 接續時點 직전과 직후에 침해자가 부주의하게 자신의 실명을 드러내는 방식으로 로그인한 사이트를 찾아 그로부터 침해자의 성명을 확인하는 편법을 동원하기도 한다.

第5章 Hybrid P2P 技術에 대한 著作權者의 法的反擊

앞서 P2P를 분류하며 설명한 대로 P2P 기술의 가장 초기형태는 ISP의 중앙서버가 일정 역할을 수행하는 하이브리드P2P 방식이었고 이러한 방식의 서비스를 처음 제공한 ISP가 美國의 Napster와 韓國의 소리바다였다. 이들은 혁신적인 정보공유기술을 들고 나온 덕택에 일시적으로는 크나큰 성공을 거두게 되지만, 얼마 지나지 않아 著作權者측⁴⁹⁷⁾의 격렬한 법적 제동으로 이내 사라지게 되었다.

第1節 美國의 Napster 事件 등

1. Napster 事件

(1) 事實關係⁴⁹⁸⁾

1) Napster의 登場

P2P 서비스로 인한 저작권침해 여부가 다루어진 최초의 사례는 1999. 12. 6. 미국에서 제소된 Napster社와 RIAA측⁴⁹⁹⁾과의 분쟁이었다. 원래 Napster는 P2P 서비스의 개발자인 Shawn Fanning의 별명이었는데, Hybrid P2P 방식의 파일공유시스템을 개발한 Fanning은 Napster社를 설립하여 이러한 파일공유서비스를 1999. 6. 1. 일반공중에게 제공하였고 곧 폭발적인 인기를 얻게 되었다.

2) Napster의 作動構造

Napster 네트워크에서 파일교환이 이루어지는 구체적인 과정은 아래와 같다.⁵⁰⁰⁾

그 서비스를 이용하려는 자는 일단 위 회사의 사이트(www.napster.com)에 접속하여 그곳에서 무료로 제공하는 “MusicShare”⁵⁰¹⁾소프트웨어를 이용자의 컴퓨터에 설치한

497) 가령 소리바다 事件의 원고는 음반제작자들, 즉 著作隣接權者이므로 위 본문에서 정확한 표현은 “著作權者 및 著作隣接權者”이지만 편의상 “著作權者” 혹은 “著作權者측”이라고 칭한다.

498) 以上の 本文 내용은 Napster 1심(114 F.Supp. 2d at 900-11), 抗訴審(239 F.3d at 1011-13)의 설시를 基礎로 정리한 것이다.

499) RIAA(Recording Industry Association of America)는 900개이상의 음반제작자를 회원으로 보유한 미국음반산업 최대의 저작권보호단체이다<www.riaa.com/default.asp>[2005. 3. 30.]. “Napster”를 상대로 한 제소에서는 RIAA가 스스로 나선 것이 아니라 RIAA가 지원하는 A&M Records, Inc. 등 음반사들이 原告가 되었다.

500) Napster 소프트웨어의 인터페이스나 작동원리는 後述하는 韓國의 소리바다가 대부분 그대로 모방하고 있다. 자세한는 소리바다 判決에 대한 설명 참조.

501) 이 사건에서 문제된 파일공유프로그램의 정확한 명칭은 이처럼 “MusicShare”이지만, 이후부터는 편의상 널리 호칭하는 대로 Napster라고 칭한다.

第1節 美國의 Napster 事件 등

후 로그인(log-in)하게 된다. 로그인하기위하여 이용자 A는 이용자명(user name)과 암호를 등록하여야 하지만 實名登錄은 필요 없다. 이용자 A가 이용자명과 암호를 입력하여 소프트웨어를 구동하는 순간 소프트웨어는 이용자 A가 지정한 공유디렉토리(Napster 소프트웨어상 “user library”)내의 모든 MP3 파일을 검색하여⁵⁰²⁾ 그 목록을 회사의 중앙서버에 발송하고 중앙서버는 이를 받아 각 파일의 位置情報(“location”)등을 저장하게 된다. 다만, 파일 자체가 중앙서버에 저장되는 것은 아니다.

이후 A의 파일을 전송받으려는 이용자 B의 검색요구가 있게 되면 회사의 중앙서버는 이미 저장해둔 A의 파일목록을 제공한다. 그런 목록 중에서 이용자 B는 자신이 원하는 콘텐츠를 지닌 파일을 선택하여 다운로드를 개시한다.

이러한 검색을 통한 다운로드 외에, 이용자 B는 A 등 다른 이용자의 아이디를 미리 저장해두고, 그렇게 저장된 다른 이용자들 중 현재 접속하고 있는 특정 이용자를 알려주는 이른바 “Hotlist”도구로 A를 선택한 다음 A의 공유디렉토리에 있는 일체의 파일들을 다운로드받을 수도 있다.

3) Napster 利用의 實態

2000년말경 Napster의 이용자수는 기하급수적으로 늘어 매초당 약1만개의 곡이 교환되고 매초당 100명 이상의 이용자들이 Napster에 새로 접속하였다. 그럼에도 Napster는 앞서와 같이 프로그램의 최초다운로드는 물론 이용자들에게 어떠한 이용료를 부과하지 않았는데, 우선은 보다 더 많은 이용자들을 불러 모은 뒤 유료화함으로써 이윤을 달성하도록 계획되어 있었다.

원고측 주장에 의하면 Napster 네트워크에서 교환되는 파일들 중 약 87%이상이 원고나 제3의 저작권자가 시판한 음악CD로부터 이용허락없이 임의로 MP3파일로 변형된 파일들이었다. Napster 스스로도 이용자들의 이러한 불법파일교환에 대하여 원고나 제3의 저작권자측으로부터 어떠한 이용허락도 받은 바 없다. Napster 내부분건에 의하면 그 경영진은 이러한 이용자들의 파일교환 대부분이 저작권을 침해하는 것임을 이미 알고 있었다.

한편, Napster 네트워크에서는 위와 같은 불법의 MP3파일뿐만 아니라 Napster社의 이른바 “New Artist Program”이라는 계획을 통하여 無名의 가수들이 그들의 곡을 Napster를 통하여 유포시키는 합법적 MP3파일도 존재하였다. 그렇지만 이 사건 소송이 있기 전까지는 그러한 “New Artist Program”은 Napster 네트워크의 극히 일부분에 불과하였다.

502) 이때 소프트웨어의 역할은 단순히 파일명만을 목록화하는 것이 아니라 그 파일이 진짜 MP3파일인지 확인하고, 만일 그것이 규격에 따른 포맷파일이 아니면 당해 파일명은 Napster 중앙서버에 전송하지 않는다.

4) Napster가 原告측의 事業에 미친 影響

원고들인 美國 음반업체 중 BMG Music은 일찍이 1996년 음악의 디지털다운로드 유료서비스를 개시한 바 있고, 나머지 원고들 중 일부 음반업체들도 이러한 사업을 계획하고 있었다. 원고들은 판매를 촉진하기 위하여 샘플을 이용자들에게 제공하였지만, 이들 샘플 파일은 Napster에서 교환되는 음악파일과는 달리 어디까지나 그 목적에 부합하게 양과 존속시간의 제한이 있었다.

Napster를 통한 불법파일교환이 원고들의 음반시장에 미치는 영향에 관하여 원고와 피고측이 각각 專門家들의 調查報告書 형태로 통하여 상반된 의견을 진술하였는데⁵⁰³⁾ 原審은 “Napster를 통한 파일교환이 오히려 주된 이용자인 대학생들에게 원고들의 음반을 구입하도록 촉진하는 효과가 조사되었다”는 요지의 피고측 의견은 신뢰하기 어렵고 “Napster를 통한 파일교환이 이루어짐으로써 주된 이용자인 대학생들 사이에 원고들의 음반시장이 축소되었다”는 요지의 원고측의 의견이 타당하다고 보았다.

(2) 1審의 判斷⁵⁰⁴⁾

세기의 이목을 집중시켰던 美國의 Napster 事件의 1심은 미국 캘리포니아 북부지방법원⁵⁰⁵⁾이 담당하였다.

1) 利用者들의 直接責任 成立

聯邦地方法院은 가장 먼저, Sony 判決을 원용하면서 피고 Napster에게 寄與責任이나 代位責任을 추궁하기 위해서 원고측이 제3자에 의한 直接侵害를 입증하여야 한다고 전제하였다. 그런데, 이 사건 이용자들이 원고들의 이용허락 없이 음악파일을 Napster 네트워크상에 업로드하고 다운로드하였고, Napster에서 교환된 음악파일의 약 87% 이상이 저작권 있는 파일들이었으며, 약 70% 이상이 원고들이 저작권있는⁵⁰⁶⁾ 대상이었다는 사실을 통하여, 저작권 직접침해가 넉넉히 推定될 만한 사안(a prima facie case of direct copyright infringement)임을 원고들이 입증하는데 성공하였다고 聯邦地方法院은 인정하였다.

2) 公正利用 抗辯과 非侵害的 用途가 相當部分이라는 抗辯

(A) 被告 Napster가 제출한 抗辯의 概要

503) 원고들은 E. Deborah Jay 博士의 Report(“Jay Report”)를 비롯하여 “Teece Report”, “Fine Report”를 제출하였고, 피고 Napster는 “Fader Report”, “Hall Report”를 제출하였다.

504) A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 114 F.Supp. 2d 896 (N.D. Cal. 2000).

505) 이는 다름아니라 BBS 기술단계에서 ISP의 책임제한에 관한 중요한 선례인 1994년 Maphia 判決과 1995년의 Netcom 判決을 내렸던 법원이다.

506) 미국에서는 저작인접권의 개념이 따로 구별되지 않고, 음반제작자는 스스로 음을 음반에 고정시킨 저작권자로 보호된다고 할 수 있다.

第1節 美國의 Napster 事件 등

그러자, 피고 Napster측은 이용자들의 행위가 저작권 직접침해가 아니라며, 이들의 이용행위가 公正利用(fair use)이라는 抗辯 혹은 非侵害的 用途가 相當部分(substantial non-infringing use)이라는 抗辯을 제출하였다. 즉, Napster 이용자들의 행위가 공정이용이어서 피고의 2次的 責任을 논할 전제인 이용자들의 直接侵害責任 자체가 없거나 일부 侵害的 用途가 있더라도 전반적으로는 非侵害的 用途가 相當部分(substantial noninfringing use)이어서 聯邦大法院이 Sony 判決에서 제시한 원칙에 따라 그러한 用途의 상품 내지 서비스공급자인 피고에게는 이용자들의 직접침해행위에 따른 2차적 침해책임이 없다는 것이었다. 後者의 抗辯은 “商業上 主要한 商品의 原則(staple article of commerce doctrine)”으로도 알려진 원칙인데, 이것은 “商業上 主要한 商品”이 “商業上으로 重要한 非侵害的 用途(commercially significant noninfringing uses)”를 가졌다면 그 商品을 공급한 자에게 일부 侵害的 用途로의 이용에 대한 責任을 지울 수 없다는 原則이다.⁵⁰⁷⁾ 1984년 Sony 事件에서 연방대법원의 判決이 제시한 이러한 原則을 이른바 “Sony 原則(Sony doctrine)”이라 한다.

(B) 公正利用 抗辯과 法院의 排斥

公正利用(fair use)의 抗辯은 미국 저작권법 제107조에 명문으로 규정되어 있는데, “제106조(저작자의 독점적 권리)의 규정에 불구하고, 비평, 주석, 뉴스보도, (수업을 위한 다수의 복제를 포함하여) 교육, 학술, 혹은 연구 같은 목적으로 서적이거나 음반을 복제하거나 혹은 제106조에 정해진 다른 수단에 의하여 이용하는 것을 포함하여 저작물의 公正利用(fair use)은 저작권의 침해행위가 아니다. 특정한 사안에서 저작물을 포함한 이용행위가 公正利用인지 여부는 아래사항을 고려하여야 한다. (1) 당해 이용이 영리적 성격의 이용(use of a commercial nature)인지 아니면 비영리적 교육 목적인지를 포함하여, 저작물 이용의 목적 및 성격, (2) 저작물의 성격, (3) 이용된 부분이 특정한 저작물 전체에서 차지하는 量과 質, (4) 이러한 이용이 저작물의 잠재적 시장 또는 가치에 대하여 미치는 영향”이라고 규정되어 있다.⁵⁰⁸⁾

Napster 이용자들의 행위가 公正利用이라는 피고의 抗辯에 대하여 聯邦地方法院은, 公正利用에 해당하는 지 여부를 위 네 가지 요소를 기준으로 분석하면서 ㄱ) Napster 이용자들이 불특정 다수인을 상대로 파일을 배포하고 있고 통상 구입하여야 할 음악저작물을 무료로 취득하는 점 등을 볼 때 營利的 利用(commercial use)이고, ㄴ) 문제되

507) Napster, 114 F.Supp. 2d at 912.

508) 17 U.S.C. §107. 특히 이들 요소 중 (1)의 요소를 고려할 때는 아울러서 그 이용이 원저작물을 반복하고 있을 따름인지, 아니면 새로운 의미나 이해방식을 삽입하여 변형시켰는지(transform) 고려하여야함이 원칙이다. 즉 저작물의 이용결과 그 결과물이 원저작물을 “변형한(transformative)” 것이라면, 비록 영리적 성격의 이용이라도 Fair Use에 해당한다는 聯邦大法院의 判例 [Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994)]가 있다.

는 저작물의 성격이 創作性이 있는 것일수록 더 보호받기 용이한 것인데 이 사건 원고들의 음악편집물은 창작적이어서 公正利用이 성립하기 어렵고, ㄷ) 음악저작물의 大部分이 복제되고 있는데다가, ㄹ) 이러한 행태가 원고들에게 市場에서의 損失을 가져온다는⁵⁰⁹⁾ 이유를 들어 피고의 위와 같은 주장을 배척하였다.⁵¹⁰⁾

(C) 非侵害의 用途가 相當部分이라는 抗辯 등과 法院의 排斥

앞서 公正利用의 抗辯과 관련하여 피고측은, 이용자들의 행위가 상품을 선별하여 구매하기 전의 감상행위로서 “샘플링(sampling)”행위이므로 公正利用이라거나,⁵¹¹⁾ 이용자들의 행위는 이미 적법하게 구입한 음악CD에 담긴 곡을 공간에 구애받지 않고 이용하려고 MP3파일 형태로 전환하는 이른바 “空間移動(space-shifting)”⁵¹²⁾이므로 公正利用이라거나, 신진 예술가들의 작품을 그들의 허락하에 유포하는 것이어서 公正利用이라는 주장을 하였다.⁵¹³⁾

먼저, “샘플링(sampling)”이므로 公正利用이라는 抗辯에 대하여는 Napster 이용자들은 샘플링의 경우와는 달리 영구적인 파일을 획득하는데 이것은 원래 구매했어야 할 대상이고, Napster를 통한 샘플링으로 원고들 음반의 판매가 오히려 진작된다는 요지로 피고가 제출한 調查報告書(Fader Report)는 신뢰할 수 없다고 보았다. 아울러 법원은 Sony 判決⁵¹⁴⁾을 인용하여, 설령 Napster를 통한 샘플링이 營利的 利用이 아니더라도 원고들의 장래 온라인 음악에 관한 市場에 부정적 영향을 끼칠 개연성이 있는 이상 公正利用의 요건을 구비하였다고 보기 어렵다고 하여 항변을 배척하였다.⁵¹⁵⁾

다음, “空間移動(space-shifting)”의 抗辯에 대하여 原審은 公正利用으로서의 空間移動이 성립하려면 가령 이용자 A가 직장에서 들길 원하는 특정 CD의 곡을 이미 압축⁵¹⁶⁾한 MP3파일이 현재 “집 컴퓨터”에 저장되어 있다고 할 때, 집 컴퓨터로부터 “직장 컴퓨터”로 이를 空間移動시키기 위하여 일단 집 컴퓨터를 Napster 네트워크에 로그

509) 원고들은 이 부분 주장을 뒷받침하기 위하여 법원에 제출한 “Fine Report”, “Teece Report” 등의 각 조 사보고서를 통하여, MP3파일의 온라인상 교환행위가 대학시장에서 앨범 판매의 손실 등을 가져왔음을 밝혔다.

510) Napster, 114 F.Supp. 2d at 912-13.

511) 이 부분 피고의 주장과 법원의 배척은 각 내용 그대로 韓國의 소리바다 事件에서 반복된다.

512) 이러한 抗辯에 관하여 자세히는 “第7章 第2節 5. (2) 1) (E) 空間移動을 인정한 RIAA v. Diamond Multimedia Systems 事件” 부분 참조.

513) Napster, 114 F.Supp. 2d at 913.

514) Sony, 464 U.S. at 451.

515) Napster, 114 F.Supp. 2d at 913-15.

516) 일반 이용자들이 MP3파일을 얻는 경로는 이미 제작되어 Napster와 같은 네트워크에 유포된 MP3파일을 다운로드받는 방법과 직접 “ripping 소프트웨어”를 사용하여 음악CD에 수록된 곡을 MP3포맷으로 압축하는 방법, 두 가지가 존재한다.

第1節 美國의 Napster 事件 등

은 시켜둔 상태에서 다시 직장컴퓨터로 Napster 네트워크에 로그인하여 전송받는 형태를 취하여야 하는데, 상식적으로 이런 空間移動 측면에서는 극히 불편한 Napster를 이용하려고 이용자들이 접속한다고 보기는 어렵다고 하였다.⁵¹⁷⁾

또한, 피고는 先例인 Recording Indus. Ass'n of Am. v. Diamond Multimedia Sys., Inc. 事件⁵¹⁸⁾에서 이미 이용자의 개인컴퓨터에 저장된 MP3파일을 피고가 생산한 휴대용 MP3 플레이어인 “Rio”에 옮기는 이용자의 행위는, 이용자들이 어디서나 편리하게 MP3파일을 이용하기 위한 이른바 空間移動으로서 公正利用에 해당한다고 보았음을 근거로, Napster 이용자들의 행위 역시 이와 마찬가지로 空間移動을 위한 공정한 이용행위라고 다루었지만, 위의 RIAA v. Diamond Multimedia 法院은 이용자들이 MP3파일을 “Rio”에 옮기는 행위가 이른바 空間移動으로서 公正利用에 해당하여 Audio Home Recording Act(AHRA)⁵¹⁹⁾의 범취지에 반하는 행위가 아니라고 판단하였을 뿐 더 나아가 Napster 사안에서처럼 MP3 파일을 다운로드받는 행위까지 空間移動으로서 公正利用이라고 판시한 것은 아님을, 原審은 지적하면서 피고의 위 주장은 이 점을 혼동하고 있다고 비판하였다.⁵²⁰⁾

아울러 피고가 제출한 위 調查報告書의 내용과 달리 더 신뢰할 만한 것으로 원고가 제출한 調查報告書(Jay Report)에 의하면 조사응답자 중 약 49%는 그들이 Napster에서 전송받은 곡을 적법하게 이미 보유하고 있었던 비율이 10퍼센트 미만이었고 약 69%이하는 그 비율이 25%미만이었음을 지적하면서, 따라서 聯邦大法院이 VTR의 從된 用途가 아닌 主된 用途가 “時間移動(Time-shifting)”이므로 時間移動이라는 非侵害的 用途가 相當部分인 경우라 하여 공급자의 책임을 부정하였던 Sony 判決의 사안과 Napster 事件의 사안은 분명히 다르다고 배척하였다.⁵²¹⁾

다음으로, 空間移動이 公正利用에 속하는 이상 Sony 判決이 인정한 “商業上 主要한

517) Napster, 114 F.Supp. 2d at 904.

518) 180 F.3d 1072, 1079 (9th Cir. 1999). 이 事件에 관해 자세히는 “第7章 第2節 5. (2) 1) (E)” 부분 참조.

519) AHRA에 대하여 자세히는 “제7장 제2절 5. Sony 原則의 올바른 適用 중 (2) 筆者의 解釋 1)” 참조.

520) Napster, 114 F.Supp. 2d at 916.

521) Id. at. 916. 주의할 것은 原審의 앞 부분 판시에서는 피고의 항변 중 公正利用의 抗辯과 非侵害的 用途가 相當部分(substantial non-infringing use)이라는 抗辯을 분명히 구별하고 있다가 이 부분 판시에서는 이 둘의 구분을 모호하게 하고 있다는 점이다. 그러나 公正利用의 抗辯이 Napster 이용자들의 利用行爲 全體가 空間移動으로 公正利用에 해당하여 直接侵害가 성립되지 아니하므로 피고 Napster의 2차적인 침해책임은 더 나아가 살피볼 필요가 없다는 취지의 주장이라고 한다면, 非侵害的 用途가 相當部分이라는 抗辯은 Napster 이용자들의 이용행위가 모두 空間移動으로 公正利用은 아닐지라도 Napster 用途의 相當部分이 空間移動이라는 非侵害的 用途이어서 실령 나머지 一部分이 侵害的 用途이더라도 Sony 判決의 입장에 따라 피고 Napster의 2차적인 침해책임을 추궁할 수는 없다는 주장이어서 서로 구별하여야 할 항변이다. 결국 原審의 판시 중 이 문장 부분은 공정이용의 항변을 배척한 이유부분과 기보다는 바로 아래 문장과 마찬가지로 非侵害的 用途가 相當部分이라는 抗辯을 배척한 이유부분으로 보아야 한다.

商品의 原則(staple article of commerce doctrine)”에 따라 피고 Napster는 寄與責任이나 代位責任이 없다는 피고측 주장에 대하여 聯邦地方法院은 다음 두 가지 이유 때문에 피고 Napster에게 Sony 原則이 적용될 수 없다고 보았다.

첫째, 空間移動이 Napster 서비스의 商業的으로 重要한 用途(commercially significant use)⁵²²⁾를 이루고 있다는 증거가 부족하고, 실제로 Napster 서비스가 부담하는 네트워크 트래픽의 대부분은 이미 적법하게 MP3파일을 보유한 자의 空間移動때문이 아니라 불법적인 MP3파일의 획득을 위한 교환행위 때문이다.

둘째, Sony 原則은 Napster와 같이 서비스를 통하여 계속적인 통제를 행사하고 있는 사안에는 적용될 수 없다. 즉 Sony 事件에서는 피고의 參與가 단지 VTR을 제조하고 판매하는 시점까지이므로 Sony社와 VTR이용자들 사이의 유일한 접촉은 販賣의 순간에만 일어나게 되지만,⁵²³⁾ 이와 대조적으로 Napster 事件에서 피고 Napster는 이용자들이 파일을 업로드, 다운로드하려면 반드시 접속해야 하는 통합시스템을 계속적으로 유지, 감독하고 있다는 것이다. 이 점에서 聯邦地方法院은 道具(device)의 제조, 공급자에게 Sony 判決이 부여한 보호는 만일 그 제조, 공급자가 그 도구의 이용행위에 대하여 계속 통제(control)를 할 경우에는 적용되지 않는다고 보았다. 즉 상품의 공급에 그치지 않고 이용자들에게 service가 계속되는 경우, 즉 통제가 있는 경우는 Sony 原則이 적용되지 않는다고 보았다.⁵²⁴⁾

끝으로, 聯邦地方法院은 이른바 “New Artist Program”을 통하여 피고 Napster가 독립예술가들을 공식후원하는데 이들 중 98%가 음반회사들을 통해 음반을 내지 못하는 자들로 Napster가 장차 이들을 위한 非侵害的 用途에 이용될 것이라는 주장도 배척하면서, 증거를 볼 때 Napster는 무수한 무명예술가들이 아니라 메이저 가수들의 노래를 이용하라고 주로 광고하고 있으므로 위와 같은 New Artist Program은 Napster의 非侵害的 用途를 나타낸다고 볼 수 없다고 하였다.⁵²⁵⁾

요컨대, Napster의 모든 非侵害的 用途가 사소하거나(minimal) 侵害的 用途와 관련

522) “commercially significant noninfringing uses”는 “substantial noninfringing use”와 同義語로 쓰인다(아래 Sony 判決에 대한 설명 부분 참조).

523) Sony, 464 U.S. at 438, 104 S.Ct. 774.

524) 이러한 유형으로 Napster, 114 F.Supp.2d at 917에서 인용하고 있는 先例는 다음과 같다. General Audio Video, 948 F.Supp. at 1456-57, RCA Records v. All-Fast Sys., Inc., 594 F.Supp. 335, 339 (S.D.N.Y.1984), Columbia Pictures Indus., Inc. v. Aveco, Inc., 800 F.2d 59, 62 & n. 3 (3d Cir.1986).

525) 이 부분 判示의 취지가 service가 계속되는 경우 Sony 判決의 적용자체를 부정한 직전 실시내용에 비추어, 가사 Sony 原則이 service의 경우에만 적용되더라도 피고의 非侵害的 用途가 相當部分이거나 商業的으로 重要하지 않아 어느모로 보나 면책되지 않는다는 취지라는 해석으로는 Stacey L. Dogan, “IS NAPSTER A VCR? THE IMPLICATIONS OF SONY FOR NAPSTER AND OTHER INTERNET TECHNOLOGIES”, 52 Hastings Law Journal 939, April 2001, at 947-48 등.

第1節 美國의 Napster 事件 등

있는 것일 뿐, Napster에 있어 相當하거나 商業上 主要한 用途는 과거부터 저작권자의 허락없이 인기음악파일을 올리고 다운로드받는 것이라는 사실을 들어 非侵害的 用途가 相當部分이라는 抗辯을 배척하였다.

3) Napster의 責任

原審은 위와 같이 이용자들의 直接侵害責任이 성립된 이상, Napster가 미국 판례상 寄與侵害(Contributory Infringement)와 代位侵害(Vicarious Infringement)의 법리에 따라 2차적, 부수적 책임을 부담할지 여부를 이제 논의할 수 있다고 하면서, 피고의 행위를 代位責任과 寄與責任의 각각의 要件, 즉 寄與責任에서의 認識(knowledge), 實質的 寄與(material contribution), 代位責任에서의 經濟的 利益(financial benefit), 監督(supervision) 요건을 구비하였는지 차례대로 분석한 다음 두 가지 책임을 모두 긍정하였다.⁵²⁶⁾

(A) 寄與責任 部分

첫 번째 요건인 認識에 관하여, 聯邦地方法院은 종래 전통적인 판례의 입장과 마찬가지로 Napster가 침해행위의 존재를 實際 認識(actual knowledge)하였음은 요건이 아니라고 하여 推定的 認識만으로 충분하다고 보면서도,⁵²⁷⁾ 원고가 제출한 증거들⁵²⁸⁾에 의하면 Napster의 임원들이 불법적 MP3파일의 거래를 實際 認識하였고 그런 행태의 이용을 보호하고자 하였음을 알 수 있다고 하였고, 적어도 推定的 認識은 분명히 인정된다고 하였다.⁵²⁹⁾

법원은 더 나아가 위와 같이 Napster에게 적어도 推定的 認識이 존재하는 이상, DMCA의 면책조항, 구체적으로 17 U.S.C. § 512(d)에서 정한 검색엔진사업자로서 면책을 부여받을 수 있다는 피고 주장에 대하여도, 판례법상 寄與責任의 要件과 위 면책조항⁵³⁰⁾의 要件이 모두 동일하게 “침해에 대한 實際 認識 혹은 推定的 認識이 있는 때 신속하게 그 정보에 대한 접근을 차단하거나 그 자료를 제거할 것”을 요구하고 있으므로 서로 같은 내용이어서 推定的 認識이 존재하는 寄與侵害者는 면책조항의 면책을 부여받을 여지가 없다고 판단하였다.⁵³¹⁾

526) 실제로는 원고측 訴因에는 캘리포니아 민법 제980조 (a)(2) 위반, 부정경쟁행위 주장도 포함되어 있으나, 이 부분은 생략한다.

527) 즉, 原審은, Sony 判決을 재해석하여 actual knowledge가 있어야 피고에게 寄與責任이 긍정된다는 논리를 세운 抗訴審과 입장이 달랐다는 점을 주의해야 한다.

528) 공동창업자인 Sean Parker가 서명한 이들 文件은, 이용자들이 불법파일교환행위를 하기 때문에 회사는 그들의 실명과 IP주소에 대해 모르고 있을 필요가 있다고 말하고 있다.

529) Napster, 114 F.Supp.2d at 916, 917-18.

530) 17 U.S.C. § 512(d)(1)(A), (B).

531) 114 F.Supp. 2d at 919.

다만, DMCA의 면책조항 중 § 512(a)에 대하여는 피고가 이 조항에 따라 면책받을 수 있다고 주장하면서 一部 略式決定(summary adjudication)⁵³²⁾을 청구한 적이 있었지만, § 512(a)의 “일시적인 디지털 네트워크 통신(Transitory Digital Network Communications)”을 제공하는 서비스제공자로서 면책되려면 위 § 512(a)의 규정에 따라 정보의 전송, 라우팅, 접속제공이 그 서비스제공자의 시스템이나 네트워크를 통하여 (*through*)⁵³³⁾ 일어나는 서비스제공자라야 하는데 Napster 서비스의 경우는 음악파일을 찾는 이용자와 그 파일을 이미 보유한 다른 이용자의 위치정보, 이미 보유한 파일의 정보 등을 알려줄 뿐, 이용자들간의 파일교환을 위한 연결 그 자체는 Napster의 시스템을 거치지 않고, 파일을 찾는 이용자와 파일보유 이용자사이의 직접적인 인터넷망으로 이루어지므로 Napster의 시스템이나 네트워크를 통하여 일어나는 경우가 아니어서 위 면책조항이 정한 서비스제공자가 아니므로 결국 면책받을 수 없다고 하여, 원심법원은 2000. 5. 12.자 별도의 決定⁵³⁴⁾으로 이를 배척한 바 있었다.

두 번째 요건인 타인의 侵害行爲에 實質的으로 寄與하였는지에 관하여, 법원은 Napster가 Fonovisa 事件의 抗訴審 사안에서와 달리 침해물인 음악을 무료로 제공하였지만 소프트웨어, 검색엔진, 서버, 이용자들간 접속수단을 공급하였고, Napster 이용자들은 Napster의 서비스 없이 음악파일을 찾거나 다운로드 할 수 없었던 사실관계는 마치 Fonovisa 事件에서 물물교환시장의 주인이 주차, 상점공간, 광고 및 고객센터를 제공한 것과 유사하다고 하여 Fonovisa 事件의 抗訴審이 제시한 기준에 따라 “實質的 寄與”에 해당한다고 보았다.⁵³⁵⁾

(B) 代位責任 部分

代位責任의 要件인 監督, 즉 통제할 권한과 능력에 관하여 피고 Napster는, 합법적 이용과 불법적 이용간의 구별은 技術的으로 극히 곤란하고 아마 不可能할 것이라고 주장하였다.

그러나 原審은, 증거⁵³⁶⁾로 볼 때 저작권자들이 비난하고 있는 이용자들을 차단하기 위한, 향상된 수단들을 법원에 설명하는 데 피고측이 상당한 노력을 한 적이 있는데, 이것은 피고측이 자신의 서비스를 감찰할 수 있고 때때로 감찰하였다는 것에 다름아니

532) partial summary judgment.

533) 17 U.S.C. § 512(a) 중 明文이다. “A service provider shall not be liable.... for infringement of copyright by reason of the provider’s transmitting, routing, or providing connections for, *material through a system or network* controlled or operated by or for the service provider....”.

534) Opinion on Section 512(a), A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., No. Civ. 99-05183, 2000 WL 573136 (N.D. Cal. May 12, 2000), 편의에 따라 17 U.S.C. § 512(a)에 대한 決定 [Opinion on Section 512(a)]이라고만 한다.

535) Id. at 919-20.

536) Edward Kessler의 법정진술(Edward Kessler Declaration 23-24).

第1節 美國의 Napster 事件 등

라고 보았다. 나아가 피고측이 행할 수 있는 감독권한을 실제로 행사하였을 필요는 없는 이상 결국 피고측에게 감독할 권한과 능력을 인정할 수 있다고 판시하였다.⁵³⁷⁾

經濟的 利益에 관하여 原審은, Napster가 이용자들로부터 加入料 등 일체의 수입을 올린 적이 없었다는 사실은 인정하면서도, Napster의 내부문건을 볼 때 불법파일을 제공하는 방법으로 장차 이용자의 수를 더 확충하는 데서 직접 장래의 수입을 창출하고자 한 사실이 인정되고 이러한 事實構造는 불법음반을 싸게 제공하는 데 끌려 증가하게 된 내방객들로부터 직접 수입을 올렸던 Fonovisa 事件과 유사하므로 Fonovisa 事件 抗訴審 判決의 입장과 마찬가지로 代位責任의 요건 중 하나인 “침해행위로부터 직접적인 경제적 이익(financial benefit)” 요건은 충족된다고 보아, Fonovisa 事件의 抗訴審이 이미 느슨하게 인정하였던 위 요건을 더욱 느슨하게 하였다.⁵³⁸⁾

(3) 抗訴審의 判斷⁵³⁹⁾

1) 利用者들의 直接責任 成立

抗訴審도 原審과 마찬가지로, 증거를 통하여 이용자들의 저작권 直接侵害가 넉넉히 推認되는 사안임을 원고들이 입증하였다고 보았다. 抗訴審은 Napster 이용자의 MP3 파일 업로드 행위는 원고 음반회사들의 복제권을, 다운로드 행위는 配布權⁵⁴⁰⁾을 각각 침해한다고 판시하였다.

2) 公正利用 抗辯과 空間移動 抗辯⁵⁴¹⁾

公正利用 抗辯을 판단함에 있어서 抗訴審도 미국 저작권법 제107조에 명문으로 규정된 4가지 판단요소를 순차로 검토하는 방식을 취하였다. 구체적인 검토 내용은 크게 다른 것이 없지만, 抗訴審은 첫 번째 요소에 있어 통상은 구입하여야 할 것을 무료로 얻는 것뿐만 아니라, 나아가 판매목적으로 제공하려고 복제하는 것이 굳이 아니라도 반복적이고 착취적인(exploitative) 복제행위는 영리적 성격의 이용이 될 수 있다고 밝히며 그 예로 Worldwide Church of God v. Philadelphia Church of God 事件⁵⁴²⁾ 등을 先例로 인용하였다.⁵⁴³⁾ 나아가 복제저작물을 제공하고 그 대가로 그와 다른 종류의 복

537) Id. at 920-21.

538) Id. at 921-22.

539) A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

540) 미국 저작권법은 한국 저작권법과는 다르게, 配布權으로부터 독립된 傳送權을 규정하고 있지 않다.

541) 原審과 달리 公正利用과 관련된 그 외의 주장, 가령 신진 예술가들의 작품을 그들의 허락하에 유통하는 것이어서 公正利用이라는 주장 등은 抗訴審에서 피고가 거론하지 않았다.

542) 227 F.3d 1110, 1118 (9th Cir. 2000).

543) Napster, 239 F.3d at 1015. 소리바다 判決은 이러한 입장을 충실히 翻譯하고 있는바, 이러한 입장에 대

제저작물을 획득하는 거래는 저작권을 침해할 목적을 가진 이윤 목적의 거래행위라고 보았다.⁵⁴⁴⁾

피고 Napster는 샘플링(sampling)이나 空間移動(space-shifting)을 1審이 公正利用의 범주에서 제외한 것은 부당하다고 다투었다.

먼저 샘플링 관련 주장에 대하여, 抗訴審은 샘플링 자체는 영리목적은 가진 이용행위임이 분명하다고 단정하면서, 업계의 현실은 판촉용 샘플다운로드조차 원고들이 엄격하게 규제하면서 인터넷소매사이트로부터 이용료를 징수하고 있는 사정, 원고들이 제공하는 무료다운로드 음악파일은 구매자들의 컴퓨터에서 짧은 시간만 존속하다가 자동으로 “타임아웃”되도록 설계된 것임에 반하여 이 事件 이용자들의 경우는 완벽한 음악파일을 무료로 항구적인 형태로 다운로드받는 사정에 비추어, Napster 이용자들의 행위는 原審과 마찬가지로 샘플링에 해당하지 않는다고 보았다.⁵⁴⁵⁾

다음으로 空間移動의 항변에 대하여, 抗訴審은 空間移動의 경우는 空間移動된 복제물이 오로지 정당한 권리를 가진 원래 이용자에게만 노출됨에 반하여 Napster의 경우는 수백만의 타인에게 그 복제물이 노출되어 접근될 수 있음을 이유로 UMG Recordings, Inc. v. MP3.com, Inc. 判決⁵⁴⁶⁾과 같이 空間移動 抗辯을 배척하였다.⁵⁴⁷⁾

3) Napster의 責任

(A) 寄與責任 部分

寄與責任의 요건 중 認識(knowledge)에 관하여 抗訴審은 原審과 큰 견해차이를 보았다. 원래 피고 Napster는, 1984년 Sony 判決에서 聯邦大法院이 미국 특허법상의 이른바 “商業上 主要한 商品(staple article of commerce)”의 원칙을 저작권법 영역에도 차용하여 Sony가 생산하는 VTR의 用途의 相當部分이 非侵害的이므로, VTR구입자들이 위 VTR을 사용하여 침해행위를 할 수도 있다는 推定的 認識을 Sony가 가진 것만으로는 VTR을 공급한 피고에게 寄與責任을 부담시킬 수 없다고 판시한 것을 先例로 원용하면서, i) Napster 서비스 역시 用途의 相當部分이 非侵害的인 경우이므로 ii) 그 서비스를 이용하여 이용자들이 저작권침해행위를 할지도 모른다는 推定的 認識을 피고

한 필자의 비판은 소리바다 가처분이의 1심판결 평석부분에서 상세히 언급한다.

544) Id. at 1015.

545) Id. at 1018-19.

546) 92 F.Supp.2d 349, 351 (S.D.N.Y. 2000), 이 事件 MP3.com은 가입자들이 피고의 서비스에 접속하여 그들이 원하는 특정 MP3파일의 적법한 소지자임을 먼저 증명하면 다른 장소에서도 동일한 MP3파일을 전송받아 볼 수 있게 하는 서비스를 제공하였는데 이러한 행위에 대하여 법원은 이러한 행위가 ‘space-shifting’이어서 정당하다는 피고의 항변을 배척하고 저작권의 침해를 긍정하였다.

547) Napster, 239 F.3d at 1019.

第1節 美國의 Napster 事件 등

가 가진 것만으로는 위 Sony 原則에 따라 피고 Napster가 책임을 추궁당할 근거가 될 수 없다고 다투었다.

먼저 ii)부분과 관련하여 原審이 이에 관하여 침해행위를 할 수도 있다는 推定的 認識만으로도 피고 Napster가 寄與責任을 면할 수 없다는 입장을 취하였음에 비하여, 抗訴審은 先例 중 Netcom 判決에서 피고 Netcom에게 寄與責任을 지우려면 피고의 實際 認識을 요건으로 한다고 판시한 것이라고 위 判決의 취지를 풀이하고⁵⁴⁸⁾ 나아가 또 하나의 先例인 Sony 判決의 취지 역시 피고 상품의 用途 중 相當部分이 非侵害의인 경우 상품을 공급한 피고에게 상품이용자들이 상품을 수단으로 범한 저작권침해에 대한 2次的 責任을 추궁하려면 피고가 상품공급시점에 장차 이용자들의 침해행위가 있으리라는 推定的 認識(constructive knowledge)을 가진 것으로는 부족하고 더 나아가 구체적인 침해에 대한 實際 認識(actual knowledge)을 가지고 있을 것을 요구한 것이라고 새롭게 解釋하였다.⁵⁴⁹⁾

그 다음 i)부분과 관련하여 原審은 Napster가 내세우는 用途들만으로는 그 用途의 相當部分이 非侵害의인 경우에 해당하지 않는다고 단정하였지만, 抗訴審은 Napster의 用途가 侵害의인지, 아니면 用途 相當部分이 非侵害의인지 판단함에 있어 原審이 지나치게 Napster 서비스의 現在 用途만 중시하고 潛在的 用途를 간과하였다고 비판하였다.⁵⁵⁰⁾

이상과 같이 抗訴審은 피고의 이 부분 주장 중 i), ii) 부분을 각각 原審과 전혀 다르게 판단하면서도 피고가 작성하였던 文件으로 보아 피고에게 침해에 대한 實際 認識이 존재하는 사실을 인정할 수 있고, 그렇다면 피고 Napster는 先例 Netcom 事件에서의 피고 Netcom과 마찬가지로 침해가 존재한다는 認識을 가졌음에도 계속 서비스를 제공한 것이어서 寄與責任의 요건을 충족한다고 보아 결국 결론에서는 原審과 동일하게 피고의 책임을 긍정하였다.⁵⁵¹⁾

아울러, 寄與責任의 요건 중 2번째 요건인 侵害行爲에 대한 實質的 寄與 要件에 관하여는 이용자들은 피고 Napster의 서비스 없이 음악파일을 찾거나 다운로드 할 수 없

548) “이러한 분석은 온라인환경하에서 특정한 침해행위에 대한 實際 認識의 증거가 컴퓨터시스템운영자에게 기여책임을 추궁하는데 요구된다고 한 Netcom 事件에서의 분석과 유사하다(Id. at 1021).

549) “뒤집어서, 침해행위를 관별할 수 있는 특정한 정보가 결여된 경우 컴퓨터시스템운영자는 단지 그 시스템의 구조가 저작물의 교환을 가능하게 하였다는 이유만으로 기여책임을 추궁당하여서는 안된다(Id. at 1021).

후술하듯이, 이렇게 寄與責任에서의 認識 요건에 관하여 Sony 判決이 고양된 인식 수준(heightened knowledge standard)을 요구하고 있다는 Napster 抗訴審의 해석을, Napster 事件과 달리 ISP의 침해책임이 부정된 Grokster 事件의 1審과 抗訴審조차 그대로 따르고 있다. 반대로 Aimster 抗訴審(334 F.3d at 649)에서는 이러한 解釋에 반대하였다.

550) Napster, 239 F.3d at 1021.

551) Id.

있다는 사실은 Fonovisa 事件의 抗訴審이 제시한 기준에 따라 “實質的 寄與”에 해당한다고 본 原審의 판단이 타당하다고 하였다.⁵⁵²⁾

(B) 代位責任 部分

原審과 마찬가지로 抗訴審도 모두 代位責任의 要件인 監督, 즉 統制할 權限과 能力이 있을 것이라는 要件과 侵害行爲로부터의 直接的 利益을 얻었을 것이라는 要件을 모두 Napster가 충족하여 代位責任을 부담한다고 판시하였다. 특히 抗訴審은 Sony 原則에 따라 代位責任도 없다는 피고의 주장을 배척하면서, 代位責任의 영역에는 Sony 原則이 적용될 수 없다고 명시적으로 실시하였다.⁵⁵³⁾

代位責任의 요건 중 하나인 監督할 權限과 能力(right and ability to supervise, 즉 統制할 權限과 能力)이라는 監督(supervision)의 문제에 관하여 聯邦抗訴法院은, “어떤 이유이든지 침해자의 특정 환경에 대한 接近을 遮斷할 수 있는 能力은 감독할 수 있는 권리와 능력이 있다는 증거가 되며, 원고는 이것에 터잡아 Napster가 그 시스템으로의 접속을 통제할 수 있는 권리를 가지고 있다고 일관되게 주장해온 것이다. Napster는 서비스를 거부하고 계정을 말소할 권리를 유보하고 있음을 웹사이트상에 명백히 밝히는 한편 확실한 권리보호 정책을 가지고 있었다.이렇게 Napster에게 유보된 감찰(police)의 권한은 최대한까지 실행되어야 代位責任을 면할 수 있다. 단지 이윤을 위하여 침해행위를 알 수 있음에도 눈감는 행동은 책임부담을 불러올 뿐이다”라고 하면서⁵⁵⁴⁾ “피고와 그 운영자는 가입자들이 물물교환장터에서 복제음반을 판매하는 것을 알고 있었다는 점에는 의문의 여지가 없다”고 판시한 *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.* 事件의 抗訴審 判決⁵⁵⁵⁾을 인용하였다.

다만 抗訴審은, Napster가 그 시스템을 감찰할 권한과 능력을 가지고 있었지만 파일 교환을 막기 위하여 그러한 권한을 행사하지 않았다고 지적한 原審의 판단에는 동조하면서도, Napster가 통제(control)하고 순찰(patrol)하였다는 전제가 인정되는 범위를 原審이 잘못 인정하였다고 보았다. 즉 Napster는 색인화된 파일이, 적합한 MP3파일 포맷인지를 점검할 수 있을 뿐 파일의 내용까지는 읽을 수 없었으므로, Napster가 감찰할 수 있는 권리와 능력은 그 시스템의 현행 구조(current architecture)에 의하여 제약받고 있다고 抗訴審은 인정하였다. 그러나 抗訴審은 Napster가 그 검색 색인상에 목록화된 침해물을 찾을 수 있는 능력을 가지고 있었고, 이용자의 그 시스템으로의 접속을

552) Id. at 1022.

553) Id. at 1022-23.

554) Id. at 1023.

555) 76 F.3d 259, 264 (9th Cir. 1996).

第1節 美國의 Napster 事件 등

차단할 권리는 가지고 있었으므로, 이러한 “파일명 색인”은 Napster가 감찰할 권한을 가졌다는 증거가 된다고 하였다. 抗訴審은 통상 파일명의 작명은 이용자가 하는데, 예술가 성명이나 노래명에서 오타가 날 수도 있어 정확히 저작물 명칭과 일치하지 않을 수는 있겠지만 Napster가 효과적으로 서비스를 하기 위해서라도 파일명은 반드시 합리적인 범위내에서 혹은 대강이라도 파일이 담고있는 저작물 내용과 일치할 수밖에 없다고 보았다. 그렇지 않으면 어떤 이용자도 원하는 음악파일을 찾을 수 없을 것이기 때문이다. 실제로도 Napster, 그 이용자들, 그리고 음반회사인 원고들은 모두 동일하게 Napster의 “검색 기능”을 사용하여 침해물에 접속하고 있었음을 抗訴審은 지적하였다.⁵⁵⁶⁾

한편, 侵害行爲로부터의 直接的 利益을 얻었을 것이라는 要件에 있어서는 原審이 Fonovisa 事件의 抗訴審이 이미 느슨하게 인정하였던 위 요건을 더욱 느슨하게 하였었는데, 이 점에서는 抗訴審도 동일하였다.⁵⁵⁷⁾

(C) 특별법에 의한 Napster의 면책주장

피고는, Napster 이용자들이 접속해 사용하는 컴퓨터가 Audio Home Recording Act⁵⁵⁸⁾에서 일정한 저작권침해소송으로부터 면책을 부여받은 “디지털 오디오 레코딩 장치(Digital Audio Recording Device)”에 해당하여 이 사건 저작권침해소송에서도 면책된다는 주장을 전개하였다. 그러나 抗訴審은 RIAA v. Diamond Multimedia 法院에서 이미 해석한대로 AHRA가 규정한 i) “디지털오디오 레코딩 장치”와는 다르게 컴퓨터는 “디지털오디오식 복제녹음(digital audio copied recording)”을 만드는 것을 主된 目的으로 한 장치가 아니고, ii) “디지털오디오 레코딩 장치”와는 달리 “디지털음악녹음(digital musical recording)”을 만들지 못한다는 理由⁵⁵⁹⁾를 들어, PC가 위 법에서 정한 “디지털오디오 레코딩 장치”가 아니어서 결국 Napster서비스의 경우 AHRA가 적용되는 대상이 아니라고 판단하였다.⁵⁶⁰⁾

피고는 그 다음으로, DMCA의 면책조항에 따른 면책을 주장한 것에 대하여, 原審은 寄與責任이나 代位責任이 성립되면 그러한 2次的 責任의 성립이 곧바로 DMCA의 면

556) Napster, 239 F.3d at 1023-24.

557) Id. at 1023.

558) AHRA는 “디지털오디오 레코딩 장치”의 제조자 등에게 저작권자측에 대한 보상금 지급과 연속복제제어시스템 장착을 의무화하는 대신, 위 장치의 제조, 판매행위 등을 원인으로 한 저작권침해소송으로부터 면책을 부여하고 있다. AHRA에 대하여 자세히는 “제7장 제2절 5. (2) 1) (D) 折衷的 立法인 Audio Home Recording Act의 성립” 참조.

559) 자세히는 “第7章 第2節 5. (2) 1) (E) 空間移動을 인정한 RIAA v. Diamond Multimedia Systems 事件” 부분 참조.

560) Napster, 239 F.3d at 1024-25.

책향변을 불가능하게 한다는 입장이었음에 반하여, 抗訴審은 이러한 입장에는 동의하지 않음을 분명히 하면서도 이 문제는 장래의 正式裁判(trial)에서 더 충분히 심리되어야 할 事實爭點이 있다고 유보적인 입장을 취하였다.⁵⁶¹⁾

다만, 抗訴審은 현재까지의 상황으로 볼 때, 피고 Napster가 Safe Harbor의 적용을 받을 수 있는지에 관하여 Napster는 이른바 침해제거정책의 채택과 적용 등을 대만히 하여 17 U.S.C. § 512(i)에서 요구하는 適格要件(Conditions For Eligibility)을 갖추지 못하고 있다는 원고측 주장이 있는 등 원고측이 수긍할만한 의문을 제기하고 있고, 아울러 양쪽 당사자의 손실 비교(balance of hardship)에서 원고측이 우위에 있다고 하여 결국 聯邦地方法院과 마찬가지로 留止命令을 내리는 것이 타당하다고 결론을 지었다.

(4) 1審과 抗訴審이 내린 命令의 內容과 以後의 訴訟經過

1) 연방지방법원의 17 U.S.C. § 512(a)에 대한 決定 및 최초의 豫備的留止命令

연방지방법원은 2000. 5. 12.자로, 17 U.S.C. § 512(a)에 대한 決定⁵⁶²⁾으로 DMCA § 512(a)의 면책을 받을 수 있다는 Napster의 주장을 우선 배척하였다.

나아가 연방지방법원은 2000. 8. 10.자 豫備的留止命令⁵⁶³⁾을 통하여 피고 Napster에게, 원고측의 명백한 허락이 없는 한, 원고가 저작권을 가진 일체의 음반 등에 관하여 복제, 다운로드, 업로드, 전송, 혹은 배포하는 것을 일률적으로 금지하였다.

2) 연방항소법원의 一部破棄還送 決定

연방항소법원⁵⁶⁴⁾은 2001. 2. 12. 이러한 1審의 판단 중 대부분을 수용하였으나, 다만 先例로 Netcom 判決⁵⁶⁵⁾을 인용하면서 i) Napster가 원고들로부터 권리있는 음악저작물과 관련된 파일의 목록을 通知받았고, ii) Napster가 그러한 파일들이 자신의 시스템에서 이용될 수 있음을 알았거나 알 수 있었으며, ii) 그런 저작물의 배포를 방지할 조치를 취하지 아니한 경우에 한하여 Napster에게 寄與責任을 인정하는 것이 타당함에도, 원고들이 이러한 通知를 이행하지 않았음에도 발령된 연방지방법원의 豫備的留止命令은 지나치게 넓다고 하여 원심일부를 破棄還送하여 원심으로 하여금 豫備的留止命令의 범위를 조정하도록 명하였다.

3) 연방지방법원의 修正된 豫備的留止命令

一部 破棄還送을 받은 연방지방법원⁵⁶⁶⁾은 Napster 서버의 중단을 명한 종전의 豫備

561) Id. at 1025.

562) Opinion on Section 512(a).

563) A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 114 F.Supp. 2d 896 (N.D. Cal. 2000).

564) A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

565) Netcom, 907 F.Supp. at 1374-75.

第1節 美國의 Napster 事件 등

의 留止命令을 수정하여 2001. 3. 5. 원고 음반회사들에게는 개개 침해파일명을 Napster가 식별할 수 있도록 Napster에게 반드시 통지하도록 명령함과 피고 Napster에게는 아울러 이렇게 통지받은 파일명에 대하여 정해진 기간안에 그 시스템상에서 적극적으로 검색하여 차단할 것을 각각 命令(이를, 편의상 2001. 3. 5.자 修正된 豫備的留止命令이라 한다)하였고, 명령내용을 당사자들이 이행함에 있어 Napster의 능력에 다툼이 있을 때에는 연방지방법원에서의 聽聞(hearing)으로 해결하고 아울러 Napster의 능력을 평가할 독립된 기술전문가를 임명할 수 있다고 정하였는데, 위 命令에 따른 의무의 存否를 다투며 원고와 피고 모두가 항소하였다.

4) 연방지방법원에서의 聽聞과 諒解覺書의 작성

2001. 4. 10.에 있었던 연방지방법원의 聽聞에서 연방지방법원은 Napster가 그 무렵 자발적으로 채용한 필터링시스템에 의한 노력만으로는 책임을 모면하기 부족하다면서 모든 저작권침해를 차단하지 못하는 이상 서버 자체를 중단시킬 수 있다고 판단하였다. 2001. 4. 26.자 연방지방법원에 의하여 작성된 諒解覺書(memorandum)⁵⁶⁷⁾는 2001. 3. 5.자 修正된 豫備的留止命令을 보다 구체화하였다.

5) 2001. 3. 5.자 修正된 豫備的留止命令에 대한 연방지방법원의 口頭修正

諒解覺書가 작성된 이후 몇 달 지나지 않아 Napster는 파일명 검색과 같은 Text 기반의 필터링시스템 대신 “fileID”라는 새로운 필터링기술을 채용하였다.⁵⁶⁸⁾ 그러나 이내 fileID의 指紋 방식에 결함이 발견되자 2001. 7. 1. Napster는 자발적으로 파일교환을 일단 중지한 다음 위 기술의 점검에 돌입하였다.

2001. 7. 11. 연방지방법원에서의 聽聞에서 Napster측은 “fileID” 기술로 침해물의 전송을 99.4%까지 식별하여 막을 수 있다고 주장하며 이미 중단된 파일교환을 재개하는 것을 허용해 주도록 요청하였지만, 연방지방법원의 대답은 99.4%로는 여전히 충분하지 않으므로 Napster는 침해저작물을 0%의 오차(“zero tolerance”)에 도달할 때까지 차단하기 전에는 파일교환을 중단한 채로 남아있도록 口頭로 명령하였다.⁵⁶⁹⁾

6) 병합된 항소건에 대한 연방항소법원의 최종적인 판단

566) A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 2001 WL 227083, 2001 Copr.L.Dec. P 28,213 (N.D.Cal. Mar 05, 2001).

567) Memorandum, In re Napster, Inc. Copyright Litigation, MDL No. C 00-1369 MHP (N.D. Cal. Apr. 26, 2001).

568) 이는 파일안에 포함된 음악요소를 분석하는 新技術로서 음향파동을 인식하여 이른바 指紋(fingerprint)까지 부여하는 것이었다.

569) “Napster Asks 9th Circuit to Modify 1 Order, Vacate Another,” Mealey’s Cyber Tech & E-Commerce Litigation Reporter (Aug. 2001) 4-5 [David L. Hayes, “COPYRIGHT LIABILITY OF ONLINE SERVICE PROVIDERS: PART I”, p. 18 FN151에서 再引用].

2002. 3. 25. 연방항소법원은 2001. 7. 11.자 口頭修正에 대한 당사자들의 항소와 앞서 2001. 3. 5.자 修正된 豫備의 留止命令에 대한 항소를 併合하여 판단한 결정⁵⁷⁰⁾을 내렸는데, 그 내용의 핵심은 修正된 豫備의 留止命令에서 원, 피고에게 각각 부과한 의무의 정당성을 긍정함과 아울러 나중의 口頭修正에서 Napster에게 침해물을 0%의 오차 (“zero tolerance”)까지 식별할 것을 요구한 조치의 타당성을 인정한 것이었다. 이로써 Napster의 서비스는 분쟁이 本案(Trial)에 이르기도 전에 완전히 消滅⁵⁷¹⁾하게 되었다.

(5) 判例分析

1) Sony 判決에서 寄與責任의 要件으로 과연 實際 認識을 요구하였는지 여부

寄與責任에 관하여 Napster 抗訴審은 Sony 判決을 해석함에 있어 당해 상품의 用途相當部分이 非侵害의인 경우 그 상품공급자에게 寄與責任을 인정하기 위해서는 상품공급자가 침해행위에 대한 推定的 認識을 가진 것으로는 부족하고 더 나아가 침해행위를 實際 認識을 가지고 있어야 한다고 해석하였다.

그러나 Sony 事件에서 聯邦大法院이 侵害의 用途뿐만 아니라 合法的 用途를 아울러 가진 VTR을 피고가 판매한 경우 “... 2次的 責任을 피고에게 부과하려면, 그 논리는 소비자들이 VTR을 이용하여 저작물을 불법복제하기 위하여 당해 장비를 사용할 수도 있다는 推定的 認識(constructive knowledge)을 가진 채 VTR을 판매하였다는 사실에 의존한 것이다. 그러나 그러한 논리에 의거하여 2次的 責任(vicarious liability)을 인정할 先例는 찾아볼 수 없다”⁵⁷²⁾고 판시한 것만으로 곧바로 實際 認識이 있으면 寄與責任을 부과할 수 있다고 해석하는 것은 부당하다.

Napster 抗訴審이 先例인 Sony 事件에서의 聯邦大法院의 판시를 제대로 이해하고 해석하였는지에 대하여 美國에서도 비판적인 의견⁵⁷³⁾이 지배적 입장이다. 이에 의하면 심지어 Sony 事件에서 聯邦大法院조차 VTR이 時間移動 아닌 불법복제, 즉 個人選集 用 TV프로그램 수집행위에 이용되었음을 인정하였으므로 이때 원고측이 Sony社에게 쉽게 할 수 있었던 侵害의 通知를 만약 실제로 하였었다라면 결국 Sony는 구체적인 침해를 實際 認識하였다고 볼 수밖에 없어 Sony에게도 寄與責任이 인정될 수밖에 없고, 이러한 결과를 가져오는 Napster 抗訴審의 기준은 Sony 判決이 이룩한 업적을 크게 후퇴시킨 것이 된다고 한다.⁵⁷⁴⁾ 뿐만 아니라, Sony 判決이 수립한 원칙을 단지 寄與責任에서의 認識 요건 중 하나로 격하시켜 억지로 융합시킨 것은 Sony 判決의 목적

570) A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 284 F.3d 1091, (9th Cir.(Cal.) Mar 25, 2002).

571) 다만 루시오라는 소프트웨어업체가 Napster를 인수하여, 2003. 10. 29. 유료화를 전제로 “Napster”라는 명칭하에 다시 서비스를 개시하였지만 이는 P2P 파일공유가 아닌 유료 회원제 다운로드 시스템이다.

572) Sony, 104 S.Ct. at 787.

573) Paul Goldstein의 아래 견해 외에도 Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, op. cit., pp. 1357-58, Peter Katz, op. cit., p. 4 등.

574) Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, op. cit., pp. 1357-58.

第1節 美國의 Napster 事件 등

을 훼손하는 것이며 Sony 判決이 세운 원칙은 寄與責任에서의 認識 요건으로부터 완전히 별개의 것이라는 학설⁵⁷⁵⁾이 유력하다.

살피건대, 첫째 실제 Sony 事件에 대한 聯邦大法院의 判示에서 “實際 認識(actual knowledge)”란 문구는 判例 全文에서 3곳에 등장할 뿐, 實際 認識이 있으면 VTR공급자인 피고에게 寄與責任을 추궁할 수 있다고 명백히 판시한 부분이 없는 점, 둘째 Sony 判決의 근본적인 취지는 복제기기 제조자가 가진 認識의 수준이 推定的 認識이나, 實際 認識이나와 무관하게 그 복제기술이 가져오는 社會的 利益이 損失보다 더 크다면 복제기술을 용인한다는 것인 이상 설령 피고에게 實際 認識이 있더라도 복제기기가 가져오는 社會的 損失보다 利益이 더 크다면 피고에게 寄與責任을 묻기는 곤란한 점에 비추어 앞서의 비관적 학설이 타당하다고 본다.⁵⁷⁶⁾

2) 統制할 權限과 能力의 인정문제

Napster와 같은 P2P 서비스에서는 技術的 統制可能性을 인정하기 곤란한 면이 없지 않으므로 종래 BBS시절의 ISP에 비하여 代位責任의 인정은 조금 더 어려워진 면이 없지 않다. 그런데 Napster 原審은 물론, 抗訴審도 Napster가 이용자들이 교환하는 파일의 내용까지는 읽을 수 없었더라도 적어도 검색색인상에 목록화된 침해물은 찾을 수 있고, 그것으로의 접속을 차단할 권리는 가지고 있었다고 하여 代位責任의 통제할 권한과 능력이 인정된다고 하였다.

특히 抗訴審에서는 “Napster는 서비스를 거부하고 계정을 抹消할 권리를 유보하고 있음을 웹사이트상에 명백히 밝히는 한편 확실한 권리보호 정책을 가지고 있었다.... 이렇게 Napster에게 유보된 監査(police)의 권한은 최대한까지 실행되어야 代位責任을 면할 수 있다. 단지 이윤을 위하여 침해행위를 알 수 있음에도 눈감는 행동은 책임부담을 불러올 뿐이다”라고 판시하여⁵⁷⁷⁾ 代位責任의 부과를 합리화하였는데, 위 부분은 상당한 論難을 불러 일으켰다. 왜냐하면 첫째 이미 시행중이던 DMCA § 512(i)(1)(A)는 앞서 보았듯이 서비스제공자가 면책을 부여받기 위한 一般的 免責要件의 하나로 이른바 침해제거정책(Termination Policy)를 채택하고 적용할 것을 요구하고 있는데 이러한 정책을 채택하였다는 사실이 Napster에게는 도리어 代位責任을 충족시키는 요건으로 불리하게 판단되는 矛盾이 생겼고, 둘째 DMCA § 512(m)에 따라 서비스제공자에게는 자신이 제공하는 서비스상에서 침해행위를 적극적으로 모니터링할 의무는 없음이 분명한데 Napster 抗訴審은 이와 반대로 Napster에게 적극적으로 監査권한을 행사하

575) Paul Goldstein, 『Copyright』 §6.1.2-1 (2nd ed.), New York, 2004 (Elizabeth Miles, op. cit., p. 28 FN38에서 再引用).

576) 이에 대하여 상세히는 “제7장 제2절 5. Sony 原則의 올바른 適用 (2) 筆者의 解釋 3) (A)”부분 참조.

577) Napster, 239 F.3d at 1023.

여 침해행위를 발견할 것을 요구하는 취지였기 때문이다.⁵⁷⁸⁾

3) 免責條項 § 512(a)의 適用範圍에 대한 原審의 잘못된 解釋

17 U.S.C. § 512(a)에 따라 免責되어야 한다는 Napster의 주장을 배척하면서 聯邦地方法院이 들고 있는 논리는 부당한 것이다. 법원은 § 512(a) Napster의 서버를 통해서 (through) 정보가 전달되어야 위 조항에 접속서비스제공자에 해당하는데, Napster의 경우 정보가 이용자들의 컴퓨터사이에서 직접 전송되는 것이지 Napster의 서버를 통해서 전송되는 것이 아님을 위 근거로 들었다. 그러나 이러한 논리대로이면 Napster가 MP3파일의 파일정보만을 제공하는 서비스에 일부러 더하여 MP3파일 자체를 잠시라도 Napster 자신의 서버에 저장하는 경우에는 오히려 § 512(a)에 따라 면책된다는 어처구니없는 결과가 나오게 된다. 서비스가 서버를 통하여 불법저작물 자체를 전송하는 형태여야 면책을 받을 수 있고, Napster와 같이 단지 매개만 하여 불법저작물의 전송에 더 輕微한 水準의 관여를 한 서비스제공자가 면책되지 않는다는 것은 공평의 원칙에 반함이 명백하다.

설령, 聯邦地方法院이 Napster의 경우를 설령 § 512(a)에 정한 ISP의 개념안에 속하는 것으로 인정하더라도, DMCA의 면책조항은 그 점만으로 곧바로 면책을 부여하지는 않는다. 즉, 위 판결에서는 언급되지 않았지만 ISP가 면책받으려면 一般的 免責要件으로서, 이용자들 중 반복적인 침해자들은 적절한 조건하에서 제거해나가는 정책(“Termination Policy”)을 채택하고 이를 시행해나가는 해야 하는데⁵⁷⁹⁾ Napster는 이러한 정책을 제대로 시행하지 않았으므로 어차피 면책을 받을 수 없었을 것이다.⁵⁸⁰⁾ 결국, 聯邦地方法院의 판단은 Napster에게 § 512(a)에 의한 면책을 부여하지 않은 결론은 타당하더라도 그 논리를 잘못 구성하였다고 본다.

4) AHRA와 유사한 입법을 통한 타협의 여지

피고 Napster측은 식별된 침해물의 전송을 99.4%까지 막을 수 있는 기술을 개발하였으므로 이를 적용하겠다고 하였지만, 그에 대한 聯邦地方法院의 대답은 앞서 보았듯이 99.4%로는 충분하지 않다는 것이었다. 그러나 99.4%가 충분하지 않다면, 이것은 파일교환기술을 말살하려는 것일뿐 순수하게 저작권침해를 없애려는 수준이라고는 보기 어렵다. 침해행위가 0%인 경우만이 인정될 수 있다는 것은 결국 사실상 P2P 네트워크 자체가 0% 존재한다는 말일뿐이다. 聯邦地方法院의 논리에 따르자면 단지 P2P에 의한

578) Napster抗訴審의 판단과 DMCA 조항사이의 이러한 충돌을 지적한 글로는 David L. Hayes, “COPYRIGHT LIABILITY OF ONLINE SERVICE PROVIDERS: PART I”, pp. 12-13.

579) 17 U.S.C. § 512(i)(1)(A).

580) 안효철, “P2P環境하에서의 著作權侵害責任”, 66면도 동일한 설명이다.

第1節 美國의 Napster 事件 등

저작권침해를 0%까지 없애기 위하여 P2P가 社會全體에 가져다주는 법적, 경제적 유용성에 불과하고 그 利點까지 모두 포기해야 한다는 말에 다름 아닌 것이다. 이처럼 P2P 파일교환에 대하여 “도적질”이라고 하여 그 존재를 부인하기 전에 P2P 파일교환은 “컨텐츠를 배포하는 새로운 방법”일 뿐이고, 또 “산업에 대한 기존의 통제력을 거부”하는 것으로 기왕의 “도적질”과는 차이가 있음을 인정하고 이러한 파일교환기술을 수용하면서도 아울러 저작자들도 보호할 수 있는 방법을 찾자는 유력한 반박이 있다.⁵⁸¹⁾

이러한 측면에서 볼 때, 피고 Napster가 Audio Home Recording Act(AHRA)를 적용해 줄 것을 전제로 면책 주장을 하였다는 사실은 시사하는 바가 크다. AHRA의 면책규정 적용을 주장한 Napster의 앞서 항변이 기술공급자와 저작권사이의 모범적인 타협결과인 AHRA에 따라, Napster 서비스도 위 법에 따라 저작권자로부터의 소송제기로부터 면제되는 대신 반대로 저작권자에게 위 법에 정해진 대로 일정한 보상금을 지급하는 방향으로 折衷하겠다는 취지의 抗辯이라고 善解할 때, 만일 법원의 판단대로 法에 정한 디지털오디오 장비나 매체가 아니었다 하더라도 이후 P2P서비스와 관련한 추가입법을 통하여서라도 Napster의 서비스는 일단 허용하고 대신에 저작권자들에게 보상금을 지급하는 방안도 입법론적으로는 거론될 수 있었다고 보여 위 주장은 충분히 의미할 가치 있는 주장이었다. 하지만, Napster 法院은 일단 AHRA의 법규해석에 따라 간단히 배척하고 말았다.

5) P2P 네트워크의 파일교환행위가 公正利用 판단에서 營利的 利用인지 여부

Napster 判決에서 原審과 聯邦抗訴法院이 冒頭 부분에서 이용자들의 행위가 공정이용행위에 해당되지 않는다면, 파일을 서로 교환한 행위도 營利的 利用(commercial use)이라고 판단하고 있고 韓國의 소리바다 민사사건의 1審 判決들도 이를 그대로 추종하고 있다. 그러나 적어도, 美國과 법규정이 다른 韓國에서는 이렇게 직접 금전적 이익을 취득할 목적 없이 파일을 전송하는 대가로 다른 파일을 받는 행위가 營利的 利用이라고는 보지 않는다.

美國의 Napster 判決에서 위와 같은 해석이 나오게 된 데는 1997년 입법된 “電子竊盜禁止法(No Electronic Theft Act)”⁵⁸²⁾의 영향도 있다. 위 법은 미국 저작권법(U.S.C. TITLE 17)에 속한 처벌규정 중 故意的 著作權侵害에 대한 처벌요건으로 정해진 “經濟

581) 이 부분은 Lawrence Lessig, 『FREE CULTURE』, Penguin Press, 2004, p. 66, 67, 73-74 참조(www.free-culture.cc/freeculture.pdf, 2005. 4. 29.에서 책전체를 다운로드받을 수 있음). 換言하자면, 오로지 침해적 용도부분에만 주목하여 저작권침해책임을 추궁해버리면 전체 서비스가 종료되어 나머지 비침해적 용도는 당연히 死藏되는 결과를 가져오므로 그러한 책임의 공정 이전에 침해적 용도(위 본문에서의 “저작권침해”)와 비침해적 용도(위 본문에서의 “법적, 경제적 유용성”)를 상호 비교형량하는 절차를 거칠 필요가 있다. 이 점은 나중에 Sony 事件에서의 聯邦大法院의 입장을 설명하는 부분에서 더 상세히 언급하기로 한다.

582) 法全文은 <www.gseis.ucla.edu/iclp/hr2265.html>[2004. 10. 1.].

의 利益(financial gain)”의 定義를 종래의 “利得할 目的(for profit)”에서 명시적으로 “다른 저작물의 수수를 포함하여 가치있는 일체의 것을 수수하거나 수수할 목적”⁵⁸³⁾으로 변경하여, 금전적인 이득의 의도가 없이 대량으로 파일을 서로 교환하는 행위도 저작권침해죄로 처벌할 수 있게 하였다.⁵⁸⁴⁾ 이는 종전까지 美國에서도 파일만을 서로 교환행위에 대하여는 마땅한 처벌규정이 없었던 것을 RIAA 등 著作權業界가 법적 공백(loop-hole)에 불과하다며 강력히 위 특별법의 입법을 추진하여 성공한 것이다.⁵⁸⁵⁾

따라서 Napster 法院이 公正利用의 요소와 관련하여 “영리목적”을 해석함에 있어 위와 같이 다른 판결례를 인용하고 있더라도 실제로는 이러한 저작권법의 수정보정에 강력한 영향을 받은 것이라 할 수 있고, 특히 Napster 抗訴審⁵⁸⁶⁾은 앞서와 같이 “영리목적”으로 해석하는 根據의 하나로 위와 같은 電子竊盜禁止法을 나열하고 있다.⁵⁸⁷⁾ 따라서 公正利用에 관한 종전의 해석에 영향을 미칠 목적으로 입법된 電子竊盜禁止法과 같은 특별입법이 없었던 韓國에서 美國에서의 解釋을 그대로 따를 필요는 없다.

2. Aimster 事件

(1) 事實關係

Aimster란 이름 중 “AIM”은 “AOL Instant Message”⁵⁸⁸⁾를 의미한다.⁵⁸⁹⁾ 피고가 배포하는 소프트웨어인 “Aimster”는 Napster의 파일공유기능과 AOL의 인스턴트 메시징 기능을 하나로 묶은 소프트웨어라고 할 수 있으며, 접속한 이용자간의 채팅이 가능하

583) “The term ‘financial gain’ includes receipt, or expectation of receipt, of anything of value, including the receipt of other copyrighted works.”

584) 즉, 위 법 제2조 (a)에서는 저작권법상 각종 용어를 定義한 규정인 17 U.S.C. 101 규정 중에 “經濟的 利益”의 定義를 삽입함과 아울러, 저작권법상 처벌규정인 17 U.S.C. 506도 일부 수정하고 있다.

585) 以上은 Neil Weinstock Netanel, “IMPOSE A NONCOMMERCIAL USE LEVY TO ALLOW FREE P2P FILE SHARING”, Harvard Journal of Law & Technology, December 2003, p. 13, 32 FN136. <jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v17/17HarvJLTech001.pdf> (2005. 4. 4.).

586) Napster, 239 F.3d at 1015.

587) Napster 抗訴審이 보강논거로 인용한 電子竊盜禁止法(No Electronic Theft Act)의 “경제적 이익(financial gain)” 개념과, Napster 事件에서 이용자들의 행위가 公正利用인지 여부와 관련하여 적용된 “영리적 성격의 이용(use of a commercial nature)” 내지 영리적 이용(commercial use)이란 개념은 적어도 美國의 著作權法에서는 엄밀히는 서로 동일한 概念이나 用語는 아니지만, 두 用語는 실질적으로 실무에서 크게 구별되지 아니하고 사용되는 것이라고 할 수 있다. 그렇게 때문에 Napster 抗訴審이 公正利用의 요건 중 영리적 이용(commercial use) 여부를 해석하며 저작권법상 “경제적 이익(financial gain)” 개념이 No Electronic Theft Act에 의하여 “파일교환” 같은 경우까지 포함하는 것으로 변화한 사실을 논거로 인용한 것이다.

588) Instant Message(IM)이란 당해 프로그램을 개인컴퓨터에 설치한 후 연결된 네트워크상에서 동일한 프로그램을 설치한 다른 이용자를 특정한 다음, 이후부터 특정한 이용자(buddies)가 메시지를 자신에게 발송하면 實時間으로 자신의 컴퓨터상 팝업 형태로 그 메시지 도착사실이 알려지고 이에 응하여 자신과 최초 메시지발송자 사이에 메시지형태로 채팅을 해나가는 방식이며, E-mail과 마찬가지로 문서를 통한 의사연락수단이라는 공통점을 가지지만 E-mail보다 빠르다는 장점이 있다 [以上은 In re Aimster Copyright Litigation, 252 F.Supp. 2d 634, 640 (N.D. Ill. 2002)].

589) Aimster는 나중에 AOL과의 분쟁으로 이름을 “Madster”(www.madster.com, 2004. 10. 10. 방문)로 변경한 후 현재까지 성업 중이다(Robyn Axberg, op. cit., p. 416. FN212).

第1節 美國의 Napster 事件 등

고, 자신의 대화방을 만들 수도 있으며, 다른 이용자를 “buddy”리스트에 등록하면 언제든지 메시지를 주고받을 수 있다. 피고는 가입자들을 상대로 인터넷 웹사이트상에서 이러한 소프트웨어를 배포하였는데, 이는 무료로 다운로드받을 수 있었고 익명가입이 허용되었다.

아울러 위 웹사이트에서는 어떻게 파일을 교환하는 지를 안내해주었다. Aimster를 통하여 파일을 전송하는 방법은 크게 “파일전송(file transfer)”기능을 이용하는 방법, “파일얻기(get file)”기능을 이용하는 방법으로 나뉜다. 前者는 전송자가 수신자와 전송 파일을 특정하여 전달하는 평범한 방법이다. 後者는 전송자가 미리 다른 이용자들이 자유롭게 전송받을 수 있는 파일을 지정하고 아울러 그렇게 전송받을 수 있는 이용자까지 특정해 놓으면, 그 시점이후부터 특정된 이용자가 해당파일을 자유롭게 수신할 수 있는 기능이지만, 앞서 Napster의 경우와는 달리 i) 파일수신자는 이미 자신이 正體(아이디)를 알고있는 상대방부터만 파일을 수신할 수 있고, ii) 파일을 자유롭게 검색하여 수신하는 것이 아니라 특정파일명을 알고 있어야 수신이 가능하다는 명백한 한계가 존재한다.

가입자들의 검색명령은 피고의 중앙서버(central server)⁵⁹⁰를 통하여 전달되었지만, 중앙서버는 그러한 정보를 저장하지는 않았다. Aimster의 소유자인 John Deep은 나중에 Aimster 서비스를 업그레이드하여 “Club Aimster”를 운영하였는데, 여기에서는 Aimster 소프트웨어의 이용자들이 月定期 有料會員으로 가입하면 “Top 40 인기음악파일”기능을 통하여 굳이 검색하지 않고도 인기음악파일의 순위와 평석까지 쉽게 보고 다운로드 받을 수 있게 해주었다.

중전의 Napster와는 다르게, Aimster에서의 파일전송때 발신형태는 암호화되도록 설계되었고 이러한 암호화과정은 피고의 웹사이트에서 무료로 다운받는 소프트웨어로 수행되는 것이었다. 이렇게 암호화과정을 거치는 결과 피고로서도 그 중앙서버상의 정보를 검사하더라도 침해가 있는지를 전혀 알 수 없게 되었다.

원고인 BMG Music 등 음반회사, 작곡가, 음악출판사들은 피고인 Aimster社와 그 운영자인 개인(John Deep)이 원고의 저작권있는 대중음악의 디지털복제파일의 교환을 가능하게 하였다는 이유로 이들을 共同被告⁵⁹¹로 寄與責任과 代位責任을 추궁하였다.

(2) 1審⁵⁹²의 判斷

590) 抗訴審 判決에서는 여기서의 “서버”란 Aimster 운영자들의 개인컴퓨터로 네트워크를 통하여 접속한 이용자들에게 서비스를 제공하는 컴퓨터를 말한다고 확인설명하고 있다. 즉, 종래 Client-server 모델과 같이 이용자들에게 전송되는 정보까지 저장되는 장소가 아니라 단순히 Aimster의 다운로드 등 서비스만을 제공하는 웹사이트이다.

591) 다만, 편의상 굳이 공동피고됨을 명시하지 않고 이하에서는 ‘피고 Aimster’에 국한하여 설명한다.

592) In re Aimster Copyright Litigation, 252 F.Supp. 2d 634 (N.D. Ill. 2002).

1) 利用者들에 의한 直接責任의 肯定

원고측이 피고의 책임을 추궁하기 위한 전제로 Aimster 이용자들의 행위가 원고 저작권에 대한 직접침해행위라고 주장함에 대하여, 피고들은 이를 직접 반박하는 대신 AHRA(Audio Home Recording Act)⁵⁹³에 의하여 이용자들의 사적이용행위는 저작권자의 提訴로부터 보호된다는 항변을 제출하면서, AHRA는 디지털이나 아날로그 음악 녹음을 녹음하는 기기의 비상업적 이용에 대하여는 제소를 금지하고 있는 법률이라고 解釋한 Recording Indus. Ass'n of Am. v. Diamond Multimedia Sys., Inc. 事件⁵⁹⁴을 피고는 원용하였다.

그러나 Aimster 原審은 “Rio”의 경우 컴퓨터로부터 휴대를 위한 空間移動(space-shifting) 목적으로 다른 기구에 음악파일을 복제하는 것이지만 “Aimster”의 경우 컴퓨터로부터 다른 컴퓨터로 무한하게 복제하는 것이라고 하면서, 마치 前者가 CD의 음악을 휴대를 위해 테이프에 옮기는 것임에 반하여 後者は CD를 수전장 복제하는 행위와 마찬가지로 “Rio”와 “Aimster”는 완전히 상이하다고 하여, 결국 Diamond Multimedia 事件의 사안과 Aimster 事件의 사안은 완전히 다르다고 보아⁵⁹⁵ 결국 Diamond Multimedia 事件을 원용한 피고의 주장은 잘못된 원용이라고 배척하였다.⁵⁹⁶

2) Aimster의 間接責任 與否

(A) 寄與責任의 肯定

나아가, 원고가 위와 같은 이용자들의 直接責任이 인정되었음을 전제로 피고 Aimster에게 寄與責任을 추궁한 데 대하여, 1審은 원고가 피고에게 보낸 書信, 完벽가이드, Aimster의 채팅룸과 게시판에서의 행위, Club Aimster의 운영 등이 모두 피고가 이용자들의 침해행위를 實際 認識하고 있다는 증거라고 판단하였다.

아울러 實質的 寄與行爲가 있었는지에 관하여는, Fonovisa 事件을 先例로 원용하면

593) 이에 관하여 자세히는 제7장 제2절의 “5. Sony 原則의 올바른 適用 (2) 筆者의 解釋 1) 폭넓은 시각을 위한 歷史的 考察” 중 AHRA의 입법과정 부분 및 이후 Rio 事件(혹은 Diamond Multimedia 事件)에 대한 판결 부분을 참조할 것.

594) 180 F.3d 1072, 1079 (9th Cir. 1999). 자세히는 “第7章 第2節 5. (2) 1) (E) 空間移動을 인정한 RIAA v. Diamond Multimedia Systems 事件” 부분 참조.

595) 그러나 살펴건대 이 부분 판결의 논리에 疑問이 크다. Diamond Multimedia 事件은 문제되었던 “Rio”가 연속복제제어시스템의 장착을 강제한 AHRA의 적용대상에 속하지 않는다고 하여 원고의 AHRA에 의거한 주장을 배척하고 있는 사안임에 반하여, Aimster 事件은 피고측에서 먼저 문제된 “Aimster”가 AHRA의 적용대상임을 전제로 AHRA가 혜택으로 부여한 “提訴로부터의 免責”을 주장하고 있는 사안이다. 따라서, 판결의 논리처럼 “Rio”와 “Aimster”가 전혀 相異하다는 점을 부각시키는 것은 적어도 AHRA의 적용여부에 관하여는 Diamond Multimedia 先例와 반대 결론을 구하고 있는 피고의 주장을 오히려 뒷받침하는 것이어서 논리적인 오류가 보인다. 아울러 피고측이 Diamond Multimedia 事件을 원용한 것도 그 사안과 유사하므로 동일한 결론을 구한다는 취지라기보다, 위 先例가 AHRA의 취지를 해석한 대로 피고 Aimster 이용자들의 행위가 사적, 비영리적 이용, 복제행위라면 저작권자로부터의 提訴로부터 보호되어야 한다는 점일 뿐이다.

596) Aimster, 252 F.Supp. 2d at 649.

第1節 美國의 Napster 事件 등

서 이를 긍정하였다.

피고측은 寄與責任의 요건을 직접 다투기보다는 Sony 判決을 원용하여, Aimster 서비스에 相當部分 非侵害的 用途가 존재하므로 일부 이용자들이 이를 侵害的 用途로 악용하더라도 피고에게 그 침해에 대한 부수적인 책임을 추궁하여서는 안된다는 요지의 제출하였는데, 이에 대하여 법원은 다음과 같은 이유들을 들어 Sony 原則이 Aimster 事件에는 적용될 수 없다고 판시하였다.⁵⁹⁷⁾

첫째, Sony 事件의 VTR에는 時間移動(time-shifting)과 같은 相當部分 非侵害的 用途가 입증되었지만, 이 사건 피고들은 Aimster가 실제로(actually) 非侵害的 用途에 사용되었다는 점에 대한 일체의 증거를 제출한 적이 없다고 하여, 현실에서 Aimster의 주된 用途가 다른 이용자들에게 非侵害的인 파일을 전송하거나 유사한 취미를 가진 이용자들을 찾아 정보를 교환하는 점을 인정할 아무런 자료가 없다”고 보았다.

둘째, Sony 原則은 복제기기의 판매행위와 같이 “商業的으로 重要的 商品”의 공급에만 적용될 뿐이라고 하면서, 반대로 Sony 判決에서도 드러났듯이 직접침해자와 기여침해자 사이에 직접침해가 발생할 때까지 계속적인 연락이 있는 경우에는 寄與責任이 부여될 수 있는 것이라고 하였다. Aimster는 독립된 상품으로 판매된 이후부터 이용자들이 그들 나름대로 사용하는 상품이 아니어서 Sony 判決에서 지칭한 商業的으로 重要的 商品이라기보다 Fonovisa 事件의 물물교환시장에 유사한 “서비스”이고, Fonovisa 事件에서처럼 피고는 이용자들에게 계속적인 연락을 가지며 서비스를 제공하면서 “Club Aimster”에서처럼 지속적인 통제를 행사하였다고 보아 결국 직접침해자와 기여침해자 사이에 직접침해가 발생할 때까지 계속적인 연락이 있는 경우로 판단하였다.

셋째, 당해 상품이 侵害行爲의 目的으로 제작된 것이라면 설령 그 상품이 相當部分 非侵害的 用途를 가지고 있더라도 Sony 原則을 적용할 근거는 없다고 하였다.⁵⁹⁸⁾

(B) 代位責任의 긍정

원고의 代位責任 추궁에 대하여도 聯邦地方法院은 이를 긍정하였다.

먼저 감독할 권한과 능력(right and ability to supervise)에 관하여, 암호화과정을 거쳐 피고로서는 서비스전체를 폐쇄하기 전에는 이러한 권한과 능력이 없었다는 피고측 주장에 대하여 법원은 그러한 주장을 믿지 아니하며 가사 사실이더라도 적어도 이용자가 로그인과정은 거치므로 피고로서는 이들 이용자가 누구인지 알 수 있었던 이상 위와 같은 권한과 능력이 없다고 할 수 없다고 간단히 배척하였다. 피고 Aimster는 이에 대하여 정확하게 이용자의 IP주소 등을 추적할 구조가 결여되어 있다고 반박하였지만,

597) Id. at 653-654.

598) 이 부분에 관하여 더 자세히는 “제7장 제2절 5. Sony 原則의 올바른 適用 중 (2) 筆者의 解釋 3) (A) e)”부분 참조.

법원은 위의 권한과 능력은 그렇게까지 정확한 IP주소를 식별할 능력을 지칭하는 것은 아니라고 재반박하였다.

다음으로 直接的인 經濟的 利益을 얻었을 것이라는 要件에 관하여, 비록 Aimster가 무료이더라도 Napster 判決에서 先例인 Fonovisa 판결을 원용하며 실시하였듯이 침해행위가 誘因(draw)이 되어 이익을 취하게 되는 때에는 위 요건이 긍정된다고 판시하였다.⁵⁹⁹⁾

(C) DMCA에 따른 면책항변 배척

DMCA의 면책조항에 따라 면책된다는 피고의 항변에 관하여, 原審은 일단 DMCA에 따른 ISP의 定義는 넓게 해석된다고 전제하면서도, 위 면책의 혜택을 받기위한 일반면책요건으로서 침해제거정책⁶⁰⁰⁾의 채택 및 적용에 있어서 피고 Aimster가 이를 채택하기는 하였지만 합리적으로 적용하지는 않았다고 보았다.

Aimster가 17 U.S.C. § 512 (a)의 일시적인 디지털-네트워크 통신(Transitory Communications) 면책조항에 해당하는 지에 관하여는, Napster 1審의 입장과 마찬가지로 위 조항의 면책은 정보가 ISP의 시스템을 통하여(through) 교환될 때 적용될 수 있을 뿐이라는 입장을 취하면서, 위 조항의 ISP 개념을 넓게 해석하는 것은 입법의 연혁에 비추어도 맞지 않는다고 배척하였다.

다음으로 17 U.S.C. § 512 (b)의 시스템 캐싱(System Caching) 면책조항에 해당할 수 있는지에 관하여, 피고측은 위 조항의 뜻이 서비스제공자가 문제되는 정보를 “시스템내에 캐싱하는 범주를 넘어서지 않는 한” 서비스제공자에게 면책을 부여하여야 한다는 취지라고 다투었지만, 법원은 위 조항은 시스템내의 캐싱 자체로 인한 책임에 관한 것이어서 캐싱이 이루어지지 않는 Aimster의 경우에 적용이 없다고 하였다.

끝으로 17 U.S.C. § 512 (d)의 검색엔진(Information Location Tools) 면책조항에 해당하는 지에 관하여 이러한 면책을 부여받기 위해서 위 조항에서 아울러 정한 “침해행위의 존재 및 성립 여부에 대하여 實際 認識하지 못하였을 것”, “자료를 통제할 권리 및 능력이 있는 때는 침해행위로 인하여 직접적으로 재정적 이익을 얻지 않았을 것” 등의 요건을 구비하여야 하는데 이러한 요건들을 피고가 구비하지 못하였다고 하여 법원은 이 부분 면책주장도 배척하였다.⁶⁰¹⁾

결국 1심판결은 피고의 DMCA의 면책조항(Safe Harbor) 항변을 순차로 배척하고

599) Aimster, 252 F.Supp. 2d at 654-655.

600) 17 U.S.C. § 512(i)(1)(A).

601) 특히, 17 U.S.C. § 512 (d)의 Information Location Tools Safe Harbor에 해당하는 지에 관하여 Aimster 1審이 위 조항이 정한 요건들을 종래 寄與責任이나 代位責任 같은 2次的 責任의 성립요건과 동일한 것으로 보아 피고에게 2次的 責任이 긍정되는 이상 自動的으로 DMCA의 위 조항에 따른 免責은 주장할 수 없다고 본 것이라는 일부 學者(Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, op. cit., p. 1372.)의 풀이도 있으나, 실제 판시문상에는 그러한 취지가 명백히 드러나 있지 않다.

第1節 美國의 Napster 事件 등

원고를 위하여 豫備的留止命수를 발하였다.

(3) 抗訴審⁶⁰²의 判斷

聯邦第7抗訴法院(재판장 Posner 판사⁶⁰³)이 그 당부를 가리게 되었는데 결론적으로 위 豫備的留止命수를 유지하였다.

1) 被告의 直接責任 與否

항소심은, 마치 증권거래소가 증권매도인과 매수인을 중개하는 것처럼 피고가 파일 교환을 중개하지만, 증권거래소와는 다르게 피고의 서버를 거쳐 파일교환이 이루어지고 저장되는 것이 아니므로 이러한 파일교환에 대하여 피고는 直接侵害責任은 없다고 보았다.

2) 寄與責任과 관련한 Sony 判決의 의미에 대한 새로운 해석

(A) Sony 原則은 상품이 아닌 서비스에까지 미치는지 여부

Aimster 항소심은, 先例인 Sony 事件에서 VTR은 侵害的 利用과 非侵害的 利用으로 모두 이용되었고 Sony가 VTR을 일단 판매하면 VTR의 이용에 대한 일체의 통제를 할 수 없었으므로 위와 같은 두 가지 이용을 分離할 수 없었다⁶⁰⁴고 하였다. 즉 Sony 事件에서 당해 상품이 널리 합법적이고, 불가결한 목적에 이용된다면 복제기기라는 상품의 판매는 다른 상업상 물품의 판매와 마찬가지로 寄與侵害를 구성하지 않는다고 Sony 法院이 보았다는 것이다.⁶⁰⁵

여기서 Aimster 事件의 원고는, Sony 事件의 先例에서와 달리 피고 Aimster의 서비스에서는 피고가 소비자들과 계속적으로 관계를 유지하고 그에 따라 소비자들의 侵害行爲를 防止하거나 적어도 制限할 수 있는 이상 Sony 判決이 수립한 위와 같은 원칙, 즉 “相當部分 非侵害的 用途”라는 基準은 서비스 영역에는 적용되지 않으며,⁶⁰⁶ 대신에

602) In re Aimster Copyright Litigation, 334 F.3d 643 (June 30, 2003).

603) 후술하듯이, Sony 判決에 관한 제각각의 해석 중 Aimster 항소심판결에서 드러난 Posner 判事의 해석에 이 논문도 많은 부분 동조하고 있다. Posner 判事가 원래 시카고大에서 강의하였던 法經濟學의 大家라는 사실(www.law.uchicago.edu/faculty/posner-r, 2005. 6. 10. 방문)을 염두에 두면, 법률문구의 해석이 아니라 社會的 損益을 比較하는 방법으로 문제를 해결한 Sony 判決의 의미를 그가 가장 잘 분석할 수 있으리라는 기대는 결코 무리가 아니다.

604) “...Sony could not demix them...” 이 부분 판시는 이른바 區別可能性을 언급한 것이 아닌가 한다. 區別可能性에 관하여는 “제7장 제2절 5. Sony 原則의 올바른 適用 (2) 3) (D) 損失을 초래할 部分만을 차단할 區別措置는 事實上 要求된다는 原則” 부분 참조.

605) Id. at 648.

606) 원고측은 Sony 케이스가 제시한 기준이 寄與責任의 요건을 까다롭게 해석한 것이어서 확장적용에 반대한다. 國內에서도 이와 같은 입장을 취하는 경우가 있는 듯하다(김동진, 전계논문, 脚註 78에서 소개하고 있음). 이에 대하여 筆者가 반대함은 아래해당부분에서 상술하겠지만 다른 論者(김동진, 전계논문) 역시 반대하는 입장을 취하면서 그 논거로, Sony 判決은 새로운 과학기술이 등장하여 저작권 침해

피고가 자신이 제공하는 서비스를 이용한 이용자들의 침해행위를 認識하였느냐 여부만이 寄與侵害의 유일한 基準이라고 다투었다.

이러한 원고측 주장에 대하여 Aimster 抗訴審은, Sony 事件에서 聯邦大法院의 少數意見이 지적하였듯이 VTR 공급자인 Sony가 VTR의 고속전진기능을 삭제한 제품설계를 하는 등의 조치로 소비자들의 侵害行爲를 制限할 수 있었을 것임에도 多數意見은 이러한 조치의 가능성을 전혀 논의하지 않았다고 지적하였다. 그러면서도, 서비스 이용자들의 침해행위를 방지할 수 있는 서비스제공자의 능력은 寄與責任을 결정하는데 한 요소라는 점에서는 원고의 위 주장이 타당하다고 하였다. 그러나 항소심은, 원고의 주장과는 달리 서비스제공자의 그러한 능력이 반드시 결정적인 요소는 아니라면서, 만일 서비스가 侵害的 利用과 非侵害的 利用으로 모두 이용되고 侵害的 利用만을 탐지하여 막는 것이 상당히 곤란한 경우 원고 주장에 그대로 따르자면, 그 서비스제공자로서는 저작권자에 대한 잠재적 침해책임을 예측할 수 없고 언제라도 이용자와 함께 책임을 추궁당할 수 있으므로 그 서비스는 폐지되거나 저작권자들의 손에 떨어질 수밖에 없는데 이러한 결론은 Sony 判決의 취지에 분명히 모순된다고 지적하였다. 결국 VTR 같은 상품공급뿐만 아니라 Aimster 서비스와 같이 서비스를 공급하는 경우까지 Sony 原則이 적용된다는 입장을 취하였다.⁶⁰⁷⁾

(B) Sony 判決에서 寄與責任 要件으로 實際 認識을 요구하는 지 여부

원고는, 피고가 제공하는 서비스에 의하여 이용자들이 침해행위를 할 수 있다는 사실이상을 원고가 입증한 경우⁶⁰⁸⁾ Sony 判決에 따르더라도 피고로서는 寄與責任을 부담할 수밖에 없다고 주장하였지만, Aimster 抗訴審은 Sony 事件에서 多數意見 역시 Sony VTR의 이용자 25%가 광고를 건너뛰기 위하여 VTR의 고속전진기능을 이용하는 등 침해행위에 이용하고 있다는 사실을 명백히 인정하고서도 여전히 피고 Sony에게 寄與責任을 지우지 않았는데, 이는 技術에 의하여 著作權에 대한 침해가 발생하는 것을 방지하려다가 非侵害的 用途로 사용하는 소비자들이 그 기술로부터 받는 이익을 희생하는 것을 막기 위한 취지였을 뿐이라고 하였다. 따라서 Sony 判決의 취지에 관하여 “문제되는 상품 등의 用途가 相當部分 非侵害的인 경우에는 寄與責任의 요건 중 認識 요건에 있어 예외적으로 推定的 認識이 아니라 이른바 高揚된 認識의 水準 (heightened knowledge standard), 즉 實際 認識(actual knowledge)을 요구한다는 취지

의 양상을 보이고 있을 때 그 기술을 법적으로 어떻게 평가할 것인가라는 굵직한 疑問에 대한 답을 한 것이므로 새로운 과학기술의 구체적인 내용이 장비 내지 하드웨어가 아니라, 설비 내지 편의라고 하여 Sony 케이스의 적용 가능성이 배제되는 것은 아니라고 설명한다.

607) In re Aimster Copyright Litigation, 334 F.3d 643 at 648-49.

608) 原文은 “...there is anything more than a mere showing that a product may be used for infringing purposes.” (문맥상 피고의 actual knowledge를 원고가 입증하는 것을 지칭함; 筆者註).

第1節 美國의 Napster 事件 등

다”라고 풀이한 Napster 抗訴審의 해석을, 學者 Goldstein의 유력한 견해를 인용하며⁶⁰⁹⁾ 명백히 반대하였다.⁶¹⁰⁾

나아가, 법원은 Sony 判決의 진정한 의미에 관하여, 공급자가 侵害의 用途뿐만 아니라 非侵害의 用途를 아울러 가진 상품을 공급할 경우 공급자의 寄與責任 여부를 결정하기 위해서는 이러한 두 가지 用途간의 相對的 比率을 대략 측정하는 것(some estimate of the respective magnitudes of these uses)이 필수적이라고 보았다. Sony 判決은 費用-利益(cost-benefit) 조율에서 피고 Sony에게 유리한 판단을 하였는데 이러한 판단은, VTR의 주된 용도가 현실에서는 이용자들이 하여금 텔레비전 프로그램을 녹화하여 時間移動할 수 있게 하는 것보다 이용자들이 구입하거나 빌린 가정용 영화를 보는 것이라는 사실이 나중에 밝혀졌을 때조차도, 그로 인한 원고측의 새로운 VTR 판매시장 내지 대여시장의 확보라는 점이 이미 현실의 非侵害의 用途(時間移動; 筆者註)뿐만 아니라 潛在的인 非侵害의 用途(구입하거나 빌린 가정용 영화 시청; 筆者註)까지 Sony 判決에서 강조하였던 타당성을 뒷받침하게 됨으로써 Sony 判決이 선견지명의 판단으로 남을 수 있었다는 것이다.⁶¹¹⁾

아울러 피고는 이용자들의 파일전송시 Aimster 프로그램의 암호화과정을 거쳐 피고로서는 그 파일내용을 전혀 알 수 없어 책임이 없다는 취지의 주장을 하였지만, 법원은 그렇더라도 앞서와 같이 피고가 위와 같이 암호화과정을 일부러 거치게 하여 스스로 교환되는 파일정보를 알 수 없게 한 것은 “고의적인 외면(willful blindness)”이어서 寄與責任者의 主觀的 要件에 관하여 侵害에 대한 推定的 認識이라는 요건을 오히려 충족하는 행동이라고 보았다.⁶¹²⁾

(C) 현실에서는 오로지 侵害의 用途로만 쓰이는 상품이나 서비스와 Sony 原則

피고는 Sony 判決에서 實際의 非侵害의 用途와 潛在的인 非侵害의 用途를 명확히 구분하는 입장을 취하고 있기 때문에 피고 Aimster로서는 그 입장에 따라 자신의 파일교환서비스가 非侵害의 用途로 장차 이용될 수 있다는 점만 입증하면 寄與責任을 면할 수 있다고 주장하였다. 그러나 법원은 만약 그러한 주장에 따르자면 비록 非侵害의 用途로 이용될 수는 있지만 오로지 侵害를 조장하는데 이용되고 있는 상품이나 서비스의 공급자가 寄與責任을 부담하지 않는다는 극단적인 결론에 이르게 되며 이는 Sony 判

609) Paul Goldstein, Copyright §6.1.2, P 6:12-1 (2d ed. 2003).

610) Aimster, 334 F.3d at 649.

611) Id. at 649-50.

612) Id. at 650.

決의 多數意見이 예상하고 있는 바가 아니라고 보았다.⁶¹³⁾ 즉 Sony 判決의 多數意見이 피고 Sony가 실제로 광고에서 이용자들로 하여금 베타맥스VTR를 저작권침해의 用途로 이용하도록 권한 적이 없다는 점, 위 VTR이 주로 時間移動에 사용된다는 점을 굳이 판결문에서 적시한 취지상 그러하다는 것이다. ⁶¹⁴⁾

여기서, 법원은 先例인 Sony 事件의 事案이 Aimster 事件의 그것과 왜 다른지 쉽게 비유하여, Sony 事件에서 피고 Sony를 그 고객 중 일부는 자신이 판매하는 옷을 입고 매춘을 할 수 있음을 인식하고도 야한 옷을 파는 소매업자에, Aimster 事件의 피고 Aimster를 비록 자신의 피용자가 적법한 안마를 施術할 수도 있지만 실제로는 오직 매춘만 일삼는다는 사정을 아는 안마시술소 경영자에 비유하였다. 야한 옷을 파는 小賣業者의 경우 그가 매춘을 돕는 해악의 정도가 그에게 형사소추의 위험⁶¹⁵⁾을 부과할 때 발생하는 社會的 損失(social cost)보다 작다고 볼 수 있지만, 안마시술소 경영자는 “안마”라는 적법한 영업을 할 수도 있었지만 실제로는 오로지 불법의 매춘 영업을 하는 것이어서 용인될 수 없다고 하였다. 즉 Aimster는 오로지 侵害를 조장하는데 이용되고 있으므로 Sony 判決에 따르면 相當部分 非侵害的 用途(substantial noninfringing use)를 가졌다고 보기 어렵다는 취지였다.

(D) Sony 判決의 적용과정에서 필요한 원, 피고의 입증범위와 구체적인 입증대상

원고측의 주장은 Aimster가 자신이 제공하는 서비스의 실제 侵害的 用途를 하나라도 인식하고 있으면 Sony 判決에 대한 Napster 抗訴審의 先例的인 解釋에 따라 침해 행위에 대한 實際 認識이 있는 것이므로 寄與責任이 있는 것이라는 취지였고, 이와 정반대로 피고측의 주장은 피고 서비스의 (潛在的인) 非侵害的 用途를 피고가 단 하나라도 입증하면 곧바로 책임이 없다는 것이라는 주장이었지만, 抗訴審의 Posner 판사는 이러한 兩極端의 주장을 모두 배척하여, 결국 당해 상품이나 서비스의 侵害的 用途와 非侵害的 用途 전반을 발견하고 그 비중을 비교할 것을 요구하고 있다고 할 수 있으며, 그에 따라 법원은 일정부분 위 당사자의 立證負擔을 轉換하여 균형있는 접근방법을 취하였다.

그 결과 最初의 立證負擔은 원고가 부담하여, Aimster의 가이드가 오로지 음반업체가 저작권침해사실을 통지한 음반을 비롯한 저작물파일을 교환하는 실례를 설명하고

613) “Were that the law, the seller of a product or service used *solely to facilitate copyright infringement*, though it was capable in principle of noninfringing uses, would be immune from liability for contributory infringement. That would be an extreme result, and one not envisaged by the Sony majority.”(Id. at 651).

614) Id.

615) 나아가 Posner 판사는 항소판결문에서 United States v. Giovannetti, 919 F.2d 1223, 1227 (7th Cir.1990), People v. Lauria, 251 Cal.App.2d 471, 59 Cal.Rptr. 628 (1967) 등 실제 형사소추의 사례를 예시하고 있다.

第1節 美國의 Napster 事件 등

있는 점,⁶¹⁶⁾ Aimster의 유일한 수입원인 “Club Aimster”의 경우 일정한 비용을 댓가로 원고들의 저작물을 비롯한 거의 모든 음악파일을 클릭한번으로 교환할 수 있게 해 준 점 등 당해 서비스의 用途가 侵害的이라는 점을 밝혀야 한다. 일단 그렇게 되면, 그 다음의 立證責任은 전환되는데,⁶¹⁷⁾ Posner 판사는 더 나아가 被告가 위와 같은 입증책임에 따라 밝혀야 할 것들의 종류까지 제시하여 주었다.⁶¹⁸⁾ 이러한 유형의 피고의 立證은 외형상 非侵害的일 수 있다는 것만으로는 부족하고, Aimster는 자신의 서비스가 非侵害的으로 이용된 사실이 있다는 어떠한 증거도 제출하지 못하였다고 하면서 “이 사건 피고들은 Aimster가 실제로(actually) 非侵害的 用途에 사용되었다는 점에 대한 일체의 증거를 제출한 적이 없다”는 1심설시를 지지하였다.⁶¹⁹⁾

피고인 서비스제공자는 그러한 立證을 통하여서만, 혹은 侵害的 用途가 相當部分(substantial)인 경우⁶²⁰⁾에는 네트워크로부터 그러한 侵害的 用途의 이용을 없게 하거나 실질적으로 줄이는 것이, 현저히 균형을 잃을 정도로 費用이 소요된다는 점의 立證을 통하여서만 각각 責任을 면할 수 있게 된다고 하였다. 그러나 Posner 판사는 이 사건 피고인 Aimster측은 오로지 Sony事件의 혜택만을 볼 의도로 “고의적인 외면”에만 노력한 결과 소송에서 충분한 입증을 수행하지 않았고 결과적으로 피고의 입증실패로 寄與責任이 인정된다고 하였다.⁶²¹⁾

3) 代位責任 관련부분

聯邦抗訴法院은 代位責任에 관하여는 이를 다루지 않고서도 寄與責任이 이미 인정된 이상 결론을 내릴 수 있으며 아울러 代位責任이 피고에게 존재하는지도 原審과 달리 확신할 수 없다는 취지로 명확한 결론을 내리지는 않았다.

다만 聯邦抗訴法院은 代位責任의 전형적인 사례로인 “댄스홀 事件들(dance hall cases)”⁶²²⁾을 언급하면서 이러한 代位責任이 그러한 전형을 넘어서 어느 범위까지 적

616) Posner 판사는 이러한 가이드(tutorial)가 Sony 사건에서는 없었던 침해로의 誘引(invitation)이라고 보았다.

617) “burden-shifting in preliminary-injunction proceedings”.

618) 가령 i) 모든 대중음악이 저작권있는 저작물은 아니다, ii) 단지 한번 다운로드받고는 정작 구입하지 않는 자들은 그렇게 많지 않은 까닭에, 음악파일교환 서비스는 음반을 음악파일교환 동호회에서 유행되게 함으로써 오히려 그 음반의 가치를 높인다, iii) 대중음악에 대하여 저작권없는 정보를 교환하기 위하여 피고 소프트웨어의 이용자들은, 누구나 가입할 수 있는 것이 아닌 선택된 소프트웨어상 잠정적인 인적그룹인 Buddy를 형성하는 것이다 등등의 立證이 그것들이다.

619) 요컨대, 단순히 가능하다고거나 이론상 수준에 그치지 않는, “실제” 用途가 相當部分 非侵害的이라는 점을 입증할 것을 요구하는 것이어서 Sony 판결이 제시한 원칙을 상당히 嚴格하게 해석하는 입장이다.

620) 아래에서 설명하는 Sony 判決에서 도출할 수 있는 小原則 두 번째(社會的 損失이상의 利益을 가진 新技術은 허용한다는 原則)에 비추어 생각하면, 侵害的 用途가 相當部分을 넘어 과반수(primary) 부분이 되면 위와 같은 입증에 나아갈 필요 없이 당해 서비스는 정지시켜야 할 것이다.

621) Aimster, 334 F.3d at 651-653.

622) Dreamland Ball Room v. Shapiro, Bernstein & Co. 事件 [36 F.2d 354, 355 (7th Cir.1929)]을 예로 들고 있다.

용되는지는 명확하지 않으며, Sony 事件에서 원고 저작권자들이 개별이용자들을 상대로 Sony의 VTR의 고속전진버튼(fast-forward button)을 사용하여 광고를 삭제함으로써 저작권자의 수입을 감소시킨 행위에 대하여 일일이 제소하기는 불가능하겠지만 Sony 스스로 그러한 침해가능성을 VTR의 디자인변경으로 쉽게 감소시킬 수 있을 것이라고 본다면, 앞서 代位責任이 Sony 事件에도 적용될 수 있었을 것이라고 보았다. 그러나 실제 Sony 判決에서는 代位責任과 寄與責任은 서로 혼용할 수 있는 것이라고 보았고 (寄與)責任이 인정되지 않은 결론에 미루어 볼 때 代位責任도 인정되지 않은 것이라고 해석하였다.

Aimster 事件에 있어서도 정보전송시 암호화과정을 거치는 기능과 모니터링 기능과 관련한 디자인 변경으로 침해가능성을 줄일 수 있을 것이라고 하면서도, 그와 관련하여 이러한 변경행위를 하지 않은 것이 Sony 判決의 결론과는 무관하게 代位責任을 부과할 근거가 될지는 상당히 흥미로운 연구과제라고 보면서도, 앞서 언급했듯이 자신의 시스템이 侵害의 用途로 이용되는 범위에 대하여 막무가내로 부정하려는 행위는 Aimster가 寄與侵害者라는 또 다른 증거라고 첨언하였다.⁶²³⁾

4) DCMA 免責條項에 따른 항변에 대한 판단

聯邦抗訴法院은 피고가 제기한 DCMA의 면책항변에 대하여 그보다 앞선 Napster 事件의 1심이 이러한 유형의 서비스는 그 정보교환이 실제 피고의 서비스를 통하여 (through) 일어나는 것이 아니어서 DMCA이 정한 면책조항⁶²⁴⁾이 적용되지 않는다는 입장을 취한 것에 대하여, “그 법이 Napster와 같은 유형의 서비스까지 염두에 두고 통과된 것은 아니라도 原審이 실시한 대로 ISP의 定義는 넓게 해석되며, Aimster는 이에 해당된다”고 판시하여⁶²⁵⁾ 우회적으로 반대하면서 그 적용가능성은 긍정하였다.

그렇지만, 다만 이러한 면책은 ISP가 위 법규에 따른 일반적인 면책요건, 특히 침해 제거정책에 따라 반복침해를 배제하기 위하여 ISP가 노력할 때라야 인정되는 것인데, 피고가 앞서와 같이 웹사이트상 이용자들에게 파일교환방법을 상세히 지도하였다는 등의 사정을 들어 면책을 인정할 수 없다고 하여 原審이 17 U.S.C. § 512 (a)부터 (d)까지 각각의 해당여부를 검토한 것과 달리 일률적으로 간단히 배척하였다.⁶²⁶⁾

(4) 判例分析

1심판결은 상품 아닌 서비스제공자에게는 Sony 판결이 적용되지 않는다고 보았고,

623) Aimster, 334 F.3d at 654-655.

624) 17 U.S.C. § 512(a).

625) Aimster, 334 F.3d at 655.

626) Id.

第1節 美國의 Napster 事件 등

이는 Napster 1심판결과 동일한 해석이었지만, 항소심판결의 Posner 판사는 Sony 판결의 眞意는 서비스제공자에게도 Sony 원칙을 적용하는 것이라고 풀이하고 있다. 특히, Napster 抗訴審과는 달리, 寄與責任의 부과기준에 관하여 Sony 判決의 多數意見이 제시한 원칙을 풀이함에 있어 기술공급자가 이용자들의 침해행위에 대한 推定的 認識을 가졌느냐, 아니면 實際 認識을 가졌느냐에 관계 없이, 당해 기술을 이용한 침해로 발생하는 損害와 당해 기술로 인한 利益을 比較衡量하는 것이 핵심임을 간과하고 있는바, 지극히 탁월한 지적이라고 할 수 있다. 아울러 자신이 제공하는 서비스에서 발생하는 침해행위를 식별하고 정지시키는 것이 그 침해행위로 인한 손해에 비하여 과대하게 서비스제공자에게 부담이 될 때는 그러한 침해행위로 따른 책임을 추궁할 수 없다고 판단한 것은, 사회적 이익과 손실을 형량한 결과 사회적 이익이 더 큰 경우 공급자에게 책임을 묻지 않는다는 Sony 原則을 다른 表現으로 옮긴 것이다.⁶²⁷⁾

항소심은 ISP가 고의로 자신의 서비스가 이용되는 불법 목적을 숨기거나 외면하기 위하여 그 서비스내용에 대한 암호화방법을 사용하는 것은 “고의적인 외면(willful blindness)”에 불과하여 면책이 되지 않는다고 판시하고 있는데, 寄與責任의 認識과 관련하여 이런 입장이 처음은 아니다.⁶²⁸⁾ 그러나 Sony 事件에서 피고가 생산하는 상품이 相當部分 非侵害的 用途를 가진 경우에는 피고에게 寄與責任을 추궁하려면 단순히 推定的 認識(constructive knowledge)만으로는 부족하다고 법원이 인정하였다는 Napster 抗訴審의 Sony 判決에 대한 解釋을 빌미로, 實際認識을 회피하기 위한 피고 ISP의 노력은 오히려 認識 요건을 충족함을 분명히 한 것은 의의가 크다.

다만, 기술공급자인 피고가 用途가 相當部分 非侵害的이라는 점을 입증하여 Sony 原則에 터잡은 면책을 받으려면, 그것이 非侵害的일 수 있다는 것만으로는 부족하고, Aimster는 자신의 서비스가 非侵害的으로 이용된 사실이 있다는 현실적인 입증을 할 것을 요구하여 Sony 判決을 상당히 엄격히 해석한 것은 異論의 여지가 있다.

627) Aimster 抗訴審의 위 판단이 최소비용으로 손해를 막을 수 있는 당사자에게 손해회피의무를 부담시킨다는 불법행위 법리와 유사하다는 평가로는 Lewis R. Clayton, “THE AIMSTER DECISION”, National Law Journal Vol. 25, Num. 49, 2003. 8. 4.]

628) 다만, P2P 서비스제공자를 다룬 위 판결 이전에도 종전 BBS 서비스제공자의 책임과 관련하여 비슷한 취지로 주장한 글들이 일찍부터 있는 것으로 보아, Aimster 판결의 Posner 판사가 처음 제창한 이론이라고는 보기 어렵다. 즉, 시습은 알았거나 알 수 있었던 복제침해물을 제거하여야 책임을 추궁당하지 아니하는 것으로, 그 책임을 피하려고 현실을 도피하는 것은 허용되지 않는다(...SYSOP could not hide his or her head in the sand to avoid liability....)는 취지인 David J. Loundy, “E-LAW: LEGAL ISSUES AFFECTING COMPUTER INFORMATION SYSTEMS AND SYSTEMS OPERATOR LIABILITY”, Albany Law Journal of Science and Technology, 1993, p. 137 및 만일 BBS운영자가 일부러 눈감는다면(“blind eye”) 이것이 바로 운영자가 사실 불법행위를 알 수 있었다는 증거가 되어야 한다는 Scott K. Pomeroy, “PROMOTING THE PROGRESS OF SCIENCE AND THE USEFUL ARTS IN THE DIGITAL DOMAIN: COPYRIGHT, COMPUTER BULLETIN BOARDS, AND LIABILITY FOR INFRINGEMENT BY OTHERS”, The Randolph W. Thrower Symposium 「Legal Issues in Cyberspace: Hazards on the Information Superhighway」, Emory Law Journal, Summer 1996, p. 1069-71 및 FN208 각 참조.

그렇지만, Aimster 항소심판결은 위와 같은 일부 문제점에 불구하고, Napster 판결이나 이를 추종한 Grokster 판결과 달리, Sony 原則의 적용범위나 寄與責任과의 관계에 관하여 타당한 결론을 내린 점은 높이 평가할 만한 것으로 이 점에서는 이 논문도 그 결론을 따르고 있다.

第2節 日本의 파일로그 事件

1. 訴訟進行의 時間的 概要

日本에서 P2P서비스제공자의 저작권침해책임을 문제되어 제소된 거의 유일한 사례로 보이는 파일로그(ファイルログ, File Rogue) 관련분쟁이 법정에서 처음 판단을 받은 것은 日本 콜롬비아 주식회사 등 음반회사 19개사가 피고회사를 상대로 著作隣接權侵害禁止請求 假處分命令을 申請⁶²⁹⁾하여 2002. 4. 9. 동경지방법재판소가 이를 인용⁶³⁰⁾하면서부터이다. 그 며칠 뒤인 2002. 4. 11.에는 위 음반회사들보다 앞서 사단법인 일본음악저작권협회가 피고회사⁶³¹⁾ 및 그 理事인 피고 O를 상대로 신청한 著作權侵害禁止請求 假處分命令 申請이 인용⁶³²⁾되었다.

그 뒤 사단법인 일본음악저작권협회가 먼저 위 가처분의 본안으로, 침해금지에 더하여 손해배상까지 구하는 本案訴訟을 제기하였고, 이어 음반회사 19개사 역시 유사한 내용의 본안소송을 제기하였으며, 이들에 대한 각 소송을 담당한 東京地方裁判所는 原告 일본음악저작권협회인 事件⁶³³⁾과 原告 음반회사 19개사인 事件⁶³⁴⁾에 대하여 2003. 1. 29. 동시에 中間判決을 선고하였는데, 그 내용은 각 원고들의 주장과 같이, 원고들이 저작권 혹은 저작인접권을 침해당한 행위에 있어 피고회사가 그 침해행위의 주체라고 선언함(각 中間判決主文의 1項)과 동시에 피고회사 및 피고 O에게 그 손해배상책임이 있음(각 中間判決主文의 2項)을 확인하는 것이었다.

그 뒤, 위 본안소송들은 함께 진행되다가 2003. 10. 15. 변론종결후 1심판결은 2003. 12. 17.에 동시에 내려졌고⁶³⁵⁾, 피고 회사 등이 2003. 12. 26. 항소하여 2005. 4. 29. 현재까지 아직 抗訴審 계류 중이다.⁶³⁶⁾

629) 신청서전문은 <www.law.co.jp/cases/filerogue1.htm>[2004. 5. 4.].

630) 東京地方裁判所 平成14(㉮)22011号 平成14. 4. 9. 決定.

631) 日本의 법제도에서도 우리와 마찬가지로 假處分事件에서의 당사자 호칭은 “채권자”, “채무자”로, 본안 소송에서는 “원고”, “피고”로 호칭하나 편의상 원, 피고로 통일하여 칭한다.

632) 東京地方裁判所 平成14(㉮)22010号 平成14. 4. 11. 決定.

633) 東京地方裁判所 平成14(㉮)4237号 平成 15. 1. 29.(中間判決).

634) 東京地方裁判所 平成14(㉮)4249号 平成 15. 1. 29.(中間判決).

635) 東京地方裁判所 平成14(㉮)4237号 平成 15. 12. 17.과 東京地方裁判所 平成14(㉮)4249号 平成 15. 12. 17.로 사건번호는 위 각 中間判決과 동일하다.

636) P2P서비스이용자의 數(파일로그의 가입자수가 수만명에 불과하였던 것과 달리 全盛期 소리바다1의 가

2. 事實關係

원고 사단법인 일본음악저작권협회는 著作權等管理事業法(2000년 제정)에 의하여 著作權을 관리위탁 혹은 신탁받아 관리하는 사업자이고, 또 다른 원고 日本 콜롬비아 주식회사 등은 음반에 대한 著作隣接權을 가진 자들이다. 한편 피고 有限會社 MMO는 소프트웨어 개발회사로 캐나다에 피고회사의 중앙서버를 설치한 다음 2001. 11. 1. 부터 파일로그(ファイルログ, File Rogue)란 명칭으로 P2P기술을 이용하여 파일 교환서비스를 제공하는 회사이고, 또 다른 피고 O는 피고 MMO의 理事다.

피고회사가 피고회사의 홈페이지⁶³⁷⁾를 통하여 위 소프트웨어(client soft)를 배포하고 이를 다운받은 개인 이용자들이 소프트웨어를 구동하여 파일교환을 하는 일련의 구조는 앞서 Napster 등 다른 P2P에서와 다르지 않다.⁶³⁸⁾

한편, 피고 MMO는 다른 P2P와 마찬가지로 개별적으로 다운로드하여 재생하여 보지 않는 한 전송되는 파일의 내용을 알 수 없다. 피고는 권리침해주장자를 위하여 이른바 “Notice and Take down”節次를 마련하여 두고 있었지만, 送信可能한 상태⁶³⁹⁾에 놓여진 MP3파일 중에서 저작권, 저작인접권 침해에 해당하는 것을 선별하거나 그 파일의 송신을 차단하는 기술은 가지고 있지 못하였다.

피고회사 서비스의 사업현황에 관하여, 日本 音盤協會가 2001. 11. 1.부터 2002. 1. 23.까지 매일 일정한 시각에 샘플링방식을 취하여 파일의 저작권침해 여부를 조사한 결과 그 중 96.7%가 시판되는 음반을 복제한 것으로 판단되었다. 한편 피고 MMO는 위 소프트웨어와 서비스를 무료로 하고 있지만, 피고사이트의 화면상 광고로 약간의 수입을 얻고 있는 상황이다.

3. 法院의 判斷⁶⁴⁰⁾

(1) 파일로그 利用者들의 侵害責任

입자는 무려 1000만명 내외, 박스뮤직은 1400만명 내외), 그에 따른 관련쟁송의 발생과 법원판단의 전 반적인 진행상태, 나아가 법적판단의 논리에 있어 다른 제외국의 판단경향과 일정부분 모조를 맞추고 있는지 여부를 종합하여 보면, 日本의 그것은 국가경제력에 비하여서는 오히려 韓國보다 상당히 뒤쳐져 있음을 알 수 있다.

637) 홈페이지는 <www.filerogue.net>[2005. 2. 17].

638) 판결문상의 표현으로 보아, 파일로그의 서비스방식은 중앙서버가 이용자의 접속뿐만 아니라 파일정보까지 보관하였다가 검색요구시 전달하는 Napster 방식을 따른 것으로 소리바다¹과는 차이가 있어 보인다.

639) 日本 저작권법 96조의2 “送信可能化權”을 염두에 둔 표현이다.

640) 앞서 언급한 2건의 가치분인용결정, 2건의 중간판결, 그리고 2건의 종국판결이 모두 동경지방법재판소의 동일한 재판부에 의하여 이루어졌다는 점은 마치 우리의 소리바다 事件의 사정과 동일하므로 무척 흥미롭다. 동일한 法官에 의한 판단이어서 판시내용도 대부분 그대로 중복되므로, 이하에서는 편의상 가장 처음 내려진 東京地方裁判所 平成14(ㄱ)22011号 平成14. 4. 9. 決定에 나타난 법원의 판단을 中心으로 하되, 나머지 결정, 판결에서 추가된 부분을 따로 明記하는 방식으로 설명한다.

파일로그의 이용자들이 음반의 음악을 MP3파일로 변환하는 행위(수신자가 공유폴더에 저장하는 행위)는 兩者 사이에 實質的인 同一性이 인정되므로 日本 著作權法上 複製行爲에 해당한다.

이에 대하여, 피고는 위 이용자들의 행위가 日本 著作權法上 제30조 1항의 私的使用에 해당한다고 항변하였지만, 법원은 日本 著作權法 제102조 1항(641)이 준용하는 위 제30조 1항은 개인적으로 또는 家庭 안에서, 그 밖에 이에 준한 한정된 범위내에 있어 사용을 목적으로 한 때 사용자가 복제할 수 있다는 취지를 정하고 있는데, i) 처음부터 공중에 송신할 목적으로 음반의 음악을 MP3파일로 변환하는 행위는 위 제102조 1항이 準用하는 私的使用에 당연히 해당할 수 없고, ii) 그와 달리 처음에는 私的使用의 목적으로 복제하였다가 나중에 공중이 당해 MP3파일을 수신하여 음을 재생할 수 있게 하는 행위는 당해 음반에 관계된 음을 공중에 제시한 것으로서 日本 著作權法 제102조 4항 1호(642)에 의하여 複製權의 侵害가 된다고 판시하였다.

(2) 파일로그의 責任

이용자가 파일을 공유폴더에 위치시킨 채 피고회사의 서버에 접속하여 자동적으로 동시에 접속한 다른 이용자들에게 위 파일을 송신하는 상태에 이른 이용자의 개인컴퓨터는, 피고회사의 서버와 一體가 되어 정보가 기록된 自動公衆送信裝置에 해당된다고 할 수 있고, 그 접속한 시점에서 공중용으로 제공되고 있는 電氣通信回線에의 接續이 되어, 해당 파일의 送信可能化(643)가 이루어지므로 결국 送信可能化權(644)의 侵害에 해당한다고 보았다.

따라서 이용자들의 행위는 원고 저작인접권자들의 복제권, 송신가능화권의 침해를 구성하며, 나아가 피고 회사 스스로는 개인컴퓨터에 저장된 MP3파일을 피고회사의 서버에 위와 같이 접속시키는 物理的인 行爲를 하고 있는 것이 아님에도 다음과 같은 이유를 종합하여 피고회사의 행위가 “직접” 음반의 송신가능화를 행하고 있는 것이라 평

641) “제30조 1항...의 규정은 저작인접권의 목적으로 되고 있는...음반..의 이용에 관하여 준용..한다.”

642) “다음에 언급한 자는...제 9 6 조(음반제작자의 복제권 ; 筆者註)...의.... 복제를 행한 것으로 간주한다.

1項 위 제1항에 있어 준용한 제30조 제1항...에 정한 목적 이외의 목적을 위해, 이러한 규정의 적용을 받고 작성된 실연 등의 복제물을 배포하거나, 해당 복제물에 의하여 해당...음반에 관계된 음...을 公衆에 提示한 자”.

643) 日本 著作權法 제2조 9의5는 “送信可能化”를 定義함에 있어, “다음 어느 경우에 정한 행위에 의하여 자동공중송신이 이루어지도록 하는 것”을 말한다고 하면서, 그 중 1에서 “공중용으로 제공되고 있는 電氣通信 回線에 接續하고 있는 自動公衆送信裝置 [공중용으로 제공한 전기통신 회선에 접속한 것에 의하여, 그 기록 매체 중 자동 공중 송신용으로 제공한 부분(公衆送信用 記錄媒體)에 기록되고, 또는 해당 장치에 입력된 정보를 자동 공중 송신하는 기능을 갖는 장치를 말한다]의 公衆送信用 記錄媒體에 정보를 기록하고, 정보가 기록된 기록 매체를 해당 自動公衆送信裝置의 公衆送信用 記錄媒體로서 덧붙이고, 또는 정보가 기록된 기록 매체를 해당 自動公衆送信裝置의 公衆送信用 記錄媒體에서 변환하고, 또는 해당 自動公衆送信裝置에 정보를 입력하는 것”이라고 정하고 있다.

644) 日本 著作權法上 음반제작자의 권리는 복제권, 양도권, 상업용음반의 2차사용권, 대여권 등 이외에도 우리법상 傳送權에 대응하는 送信可能化權(日本 著作權法 제96조의2)까지 부여되고 있다.

第2節 日本의 파일로그 事件

가할 수 있고 결국 원고 저작인접권자들의 送信可能化權을 直接 侵害하고 있다고 보았다.

피고회사 서비스의 내용과 성질 측면을 볼 때, 소수의 이용자가 피고회사의 서비스를 통하여 무료로 파일을 제공하고 아울러 그러한 적법한 파일을 얻고자 하는 다른 이용자가 있더라도 위 소프트웨어의 검색기능의 부족으로 그러한 파일이 제대로 획득될 수 없는 반면, 유명한 시판 음반은 무료로 용이하게 획득할 수 있는 특성이 있고 실제로 앞서 원고측 표본조사에 의하여도 그런 특성이 드러났는데, 이러한 실제현황을 피고회사는 서비스개시이후 충분히 예상하고 있었으리라는 점, 송신가능화 상태에 대한 피고회사의 관리, 지배의 정도 측면을 볼 때 이용자는 피고회사의 소프트웨어를 반드시 설치한 다음 반드시 피고회사의 서버에 접속하여야 하며, 상대이용자의 소재 및 파일내용도 피고회사의 서버가 일체 제공하고 있고, 피고회사는 이러한 이용방법을 웹사이트에서 상세히 설명하고 있어 결국 이용자가 파일을 송신가능화상태에 두는 행위는 被告 會社의 管理아래 이루어진다는 점, 서비스에 의해 피고회사에게 생기는 이익의 측면은 피고웹사이트의 게재광고의 가치는 이용자의 접속이 많을수록 높아지는 관계에 있고, 장치 이용자의 증가가 예상되고 있으며, 피고 회사는 조만간 광고수입을 확대하고 유료화의 예정을 하고 있었던 점 등을 볼 때 이용자에게 파일을 송신가능화하도록 하는 것은 피고회사의 영업상 이익을 증대시킨다는 점이 그것들이다.

(3) 判決에서 命命한 內容

법원은 결론으로서 앞서 설명한 P2P서비스의 특성상 어떤 파일이 이용자간에 송수신되는지 피고회사로서는 판별할 수 없어 MP3파일 자체의 송신 또는 수신 금지 명령하는 것으로는 가처분신청의 목적을 달성할 수 없게 되므로, 서비스에서 파일정보를 이용자에게 송신하는 행위의 금지를 명하는 것이 상당하다고 하면서, 파일정보 중 파일명, 폴더명의 어느 한쪽에 원고들이 권리를 가진 음반의 타이틀명과 가수명을 표시한 일체의 문자(漢子, 日語 히라가나, 日語 카타카나, 英文 대소문자를 묻지 않는다)가 표시된 파일정보에 속하는 경우 그 수신자로의 송신을 금지하였다.

특히, 나중의 손해배상청구의 본안소송에서 법원은 日本 民法 709조에 따라 서비스 제공자인 피고는 共同不法行爲者인 이용자와 함께 원고에게 손해배상을 할 不眞正連帶債務가 있다고 인정하였다.

(4) 責任制限의 特別法에 基하여 追加로 提出된 抗辯에 關한 判斷

앞서 설명한 대로 가처분결정이 인용된 후 본안소송이 제기되어 심리도중 中間判決

이 내려질 무렵,⁶⁴⁵⁾ 피고는 “특정전기통신역무제공자의 손해배상책임의 제한 및 발신자정보의 개시에 관한 법률”,⁶⁴⁶⁾ 일명 서비스提供者責任制限法에 기한 새로운 항변을 제출하였다. 그것은, 이 사건 피고는 송신을 방지하는 조치를 강구하는 것이 불가능하였을 뿐만 아니라, 권리가 침해받고 있음을 알지 못하였거나 알 수 있다고 인정하기에 충분한, 상당한 이유가 없으므로 위 특별법에 의하여 당해 特定電氣通信役務提供者가 당해 권리를 침해한 發信者⁶⁴⁷⁾가 아닌 한, 면책된다는 주장이었다. 그렇지만, 법원은 發信者를 定義한 위 법 제2조 4호의 문구 중 “記錄媒體”에 해당하는 것은 파일을 공유 폴더에 장치 한 상태인 송신자의 개인컴퓨터와 일체가 된 피고의 서버라고 해석해야 하며 “記錄媒體”에 파일을 장치한 주체에 해당하는 자는 피고회사라고 해야 하므로 피고 회사가 책임제한의 예외인 發信者에 해당한다는 이유로 위 특별법의 책임제한규정은 적용되지 않는다고 간단히 배척하였다.

4. 判例分析

(1) P2P를 통한 파일교환이 私的複製라고 할 수 없는 근거를 잘못 제시함

P2P 네트워크서비스인 파일로그 이용자들이 서로 파일을 교환하는 행위가 日本 著作權法上 私的使用에 해당하지 않는 근거에 관한 법원의 위 說明 중 ii)부분은 論理的인 虛點이 있다.

日本 著作權法の 법문상 분명히, 私的使用으로 복제하였던 것을 나중에 공중에 제시한 행위라 하여, 복제권침해가 성립되려면 “해당 복제물에 의하여” 해당 음반에 관계된 음을 公衆에 提示한 자이어야 하는 것으로, 즉 파일전송자 A가 전송하려는 당해 음악파일에 의하여 음을 바로 제시하여야 한다. 그러나 파일전송자 A의 행위는 음악파일에 의하여 음을 공중에 제시⁶⁴⁸⁾하는 것이 아니라 다른 B, C에게 음악파일을 傳送⁶⁴⁹⁾하는 행위에 불과하며, B, C가 나중에 음악파일을 재생하는 행위는 A가 아닌 B, C에 의한 (私的)使用일 뿐이다.

日本 판례의 논리대로라면, 파일로그 서비스에 의하여 이용자 A가 파일을 다운로드 받더라도 더 이상 다른 이용자에게 再複製를 허용치 아니하고 A만 사용할 목적으로 다운로드받는 경우라면 일단 私的使用에 해당될 수 있다는 결론에 이르게 될 것이지만

645) 피고의 이 부분 항변이 뒤늦게 추가된 이유는, 앞서 가처분결정이 각 2002. 4. 9.과 같은 달 10.에 내려진 이후인 2002. 5. 27.에야 위 특별법이 시행되었기 때문으로 보인다.

646) 特定電氣通信役務提供者の損害賠償責任の制限及發信者情報の開示に関する法律.

647) 위 법 제2조 4호에서는 “發信者”를 “特定電氣通信役務 提供者가 사용하는 特定電氣通信設備의 記錄媒体(당해 기록 매체에 기록된 정보가 불특정의 자에게 송신되는 경우에 한한다)에 情報を 기록하고, 또는 당해 特定電氣通信設備의 送信装置(당해 送信装置에 入力된 情報が 불특정의 자에게 송신되는 경우에 한한다)에 情報を 입력한 자”라고 정의하고 있다.

648) 日本 著作權法 제4조를 참작해볼 때 “공중에 제시”한다는 의미는 우리 저작권법상 “公表”(저작권법 제2조 제17호)에 대응한다고 볼 수 있다.

649) 日本 著作權法은 傳送이라는 표현 대신 送信可能化라는 용어를 사용하고 있음은 이미 既述하였다.

第2節 日本의 파일로그 事件

이는 불특정다수 사이에서 서로 파일을 교환하는 것을 전제로 한 P2P 서비스의 속성을 제대로 이해하지 못한 것이다. 이용자 A가 특정음악파일을 다운받아 혼자 음악파일을 재생함에 그치는 상황에서 일견 私的使用에 해당하는 것처럼 보이더라도 P2P 서비스의 특성상 그 음악파일이 “공유폴더”에 있는 한 A의 의사에 기하지 않고도 불특정다수의 다른 P2P이용자들에게 자동적으로 전송되어 재배포되는 것이 보통이다.⁶⁵⁰⁾

따라서 파일로그 서비스를 통한 파일교환이 私的複製라고 할 수 없는 근거는 日本 법원이 내세운 위와 같은 조문상의 설명이 아니라, 전송받은 음악파일을 공유폴더에 위치시켜 파일로그 네트워크에 접속하고 있는 이상 파일로그 이용자들의 내심의 의사에 관계없이 불특정다수의 다른 이용자들에게 송신가능한 상태에 있게 되므로 그 성질상 私的使用이라고 할 수 없다는 식의 설명이 되어야 옳다.

(2) 複製權侵害行爲에 대한 피고 파일로그의 教唆·幫助責任 有無에 대한 판단누락이어서 日本의 법원은 피고 파일로그의 責任 부분으로 넘어가서, 파일로그에게 日本 著作權法上 送信可能化權의 침해만 긍정하고 있는바, 여기서 또 다시 논리전개의 虛點이 드러난다. 즉 위 판결은 파일로그 이용자들의 복제권, 송신가능화권 침해를 모두 인정하였으면서도, 정작 문제되는 부분 중 피고회사의 複製權에 대한 침해여부는 언급하지 아니한 채 送信可能化權의 침해만을 긍정하고 곧바로 금지명령을 내리고 있다. 분명한 언급이 없으나 짐작컨대, 가처분을 인용하며 가처분에서 명하는 부작위의 범위에 설치⁶⁵¹⁾ 중에 “보존장소로 설정한 수신자의 개인컴퓨터의 폴더안에 복제하는 행위는 오로지 수신자가 행하고 있다”⁶⁵²⁾는 문구에 비추어 복제행위는 수신자가 행하지, 피고회사는 복제행위와 직접 관련이 없다는 취지인 듯하다.

그러나 판결문 스스로 당사자의 주장을 열거하는 부분에서 실시하였듯이 원고는 그 주장내용 중에 日本 著作權法 제112조 1항(禁止請求權)에서 정한 “저작인접권을 침해한 자 또는 침해한 우려가 있는 자”에는, 著作隣接權 侵害의 教唆者 및 幫助者도 포함된다는 주장까지 분명히 하고 있고, 이에 대하여 피고도 위 禁止請求權은 상대방의 故意, 過失을 묻지 않는 강력한 권리인데, 원고의 주장과 같이 해석하여 教唆, 幫助까지 전부 금지청구의 대상으로 하면 과도한 금지가 될 우려가 있고, 日本 著作權法상으로는 日本 特許法과 달리 間接侵害의 규정도 마련되어 있지 아니하고 美國 判例法上 寄與侵害와 같은 法理도 마련되어 있지 않은 것 등에서 볼 때⁶⁵³⁾ 教唆, 幫助의 경우는

650) 특히나 앞서 설명한 대로, 파일 전체의 전송이 완성되기 이전이라도 이미 전송받은 파일 일부분이 제3자에게 재전송될 수 있는 eDonkey 프로그램에서는, 설령 이용자가 혼자만 사용할 생각으로 전송을 받고 있더라도 그 전송의 개시순간부터 이미 불특정다수인에게 재전송될 여지가 있는 이상 私的複製라고 보기는 더욱 어렵다 [자세히는 아래 제3절 2. (1)의 소리바다 假處分異議 事件의 1심판결에 대한 설명 중 2) (B) b) 사적복제항변 판단부분의 脚註 참조].

651) “3. 仮處分において命ずる不作爲の範圍について” 부분.

652) “...保存先として設定した受信者のパソコンのフォルダ内に複製する物理的行爲は、専ら受信者が行っている”.

위 禁止請求權의 規定이 적용되지 않는다는 반박을 개진하고 있다. 따라서 만약 피고 파일로그에 의한 複製權의 直接 侵害가 肯定되지 않을 경우 마땅히 教唆, 幫助에 의한 複製權의 침해 여부를 검토하여야 옳을 것이다.

이에 반하여 送信可能化權의 침해가 肯定되었으므로 가처분신청인용이라는 결론에서는 어차피 동일하지 않겠느냐는 反論도 있을 수 있겠으나, 판결 내용에서 드러나듯이 위 판결이 가처분에서 설정한 부작위의 범위는 어디까지나 송신가능화권 침해만을 염두에 두고 설정한 것에 불과하므로 위와 같은 반론은 타당할 수 없다.

(3) 인터넷서비스제공자에 대한 直接責任 賦課의 不當性

日本 법원의 입장에서 가장 문제삼을 수 있는 것은 위 판결이 중국에 ISP의 직접적인 권리침해를 인정한 결론부분, 나아가 피고 회사를 앞서 특별법상의 發信者에 해당한다고 판단한 부분이라고 할 수 있다. 위 판결이 피고 ISP에게 직접적인 권리 침해를 인정한 이유들 중 가장 중점을 두고 있는 논거는, 送信可能化의 상태에 대한 피고회사의 管理, 支配의 정도 측면에서 피고회사의 서버 없이는 이용자들이 파일을 송신가능한 상태에 두는 것이 불가능하다는 점이다.

그러나 이러한 입장은 송신가능화라는 侵害의 結果와 피고회사의 行爲 사이에 相當 因果關係가 아닌 條件的인 因果關係를 적용한 것이어서 부당하다.⁶⁵⁴⁾ 相當因果關係의 입장에서 살필 때는 직접 저작권이나 저작권집권을 침해한 자는 어디까지나 P2P 서비스를 이용하는 利用者들로서 그들이 파일을 스스로 선택하고 송신가능한 상태로 공유폴더에 그냥 둘지 여부까지 결정하는 것이다. 따라서, P2P서비스제공자를 형사상 共同正犯이라고 인정하기 어려움은 물론이고⁶⁵⁵⁾ 민사상으로도 狹義의 共同不法行爲를 인정하기 위한 요건인 이른바 “客觀的 共同關係”가 존재한다고 보기는 어렵다.⁶⁵⁶⁾

653) 그러나 판결원문은 “米國著作權法上の寄与侵害のような規定も設けられていないこと等からすれば”이라고 하여 마치 미국저작권법상 명문으로 寄與侵害의 規定이 있는 것처럼 피고주장을 그대로 옮기고 있는바, 위 판결의 충실도에 더욱 의심을 가지게 하는 단서가 아닐 수 없다.

654) 즉, 아래 脚註의 소리바다 1 假處分異議 事件의 抗訴審 判決의 판시에서 보듯이, 소리바다 抗訴審도 개별 이용자들이 불법 MP3파일을 공유하려면 비록 소리바다 서버에의 접속이 必須的이라는 사실을 인정하면서도 그것만으로 혐의의 공동불법행위 책임을 긍정할 수는 없다는 입장임을 비교해볼 것.

655) 공동정범이 성립하기 위한 주관적 요건으로서의 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고, 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 하는 것으로(대법원 2000. 4. 7. 선고 2000도576 판결 등), P2P방식 제공자를 저작권법위반죄의 공동정범으로 처벌하기 위하여서는 그들이 이용자들의 저작권침해를 미리 알고 이를 용인하였다는 것만으로는 부족하고 적어도 P2P방식 제공자가 이용자와 특정한 범죄행위를 하기 위한 공동의 의사로 일체가 되어야 하는 것인데 P2P방식 제공자의 공유프로그램 제공 및 웹사이트 운영행위를 그 정도로까지 평가할 수 있을지는 의문으로, 특별한 경우 외에는 P2P방식 제공자를 공동정범으로 처벌하는 것은 곤란하다는 해석이 있고(이규홍, “P2P방식에서의 디지털 저작물 보호 등 저작권법상의 몇몇 문제점에 대하여”, 220면. 등), 이러한 다수설적 입장에 필자도 공감한다.

656) 즉, 아래 脚註의 소리바다 1 假處分異議 事件의 抗訴審 判決의 판시에서 보듯이, 소리바다 抗訴審도 개

第3節 韓國의 소리바다 事件

파일로그 판결의 내용 중 피고의 주장부분에서 드러나듯이 직접침해를 긍정하는 이러한 입장은 1988년 “가라오케”저작권소송事件⁶⁵⁷⁾에서 最高裁判所가 가라오케 반주에 의하여 손님이 저작권침해의 불법가창을 한 행위에 대하여 가라오케장치를 설치한 업소의 경영주가 자신의營業을 위하여 종업원들을 통하여 가라오케기계를 管理하였다⁶⁵⁸⁾는 등의 이유로 저작권자의 연주권을 直接 侵害하였다고 보아 저작권침해의 불법행위책임을 인정한 사례를 기준으로 삼고 있는 것이지만, 이는 피고의 주장처럼 당시 가라오케의 급증이라는 시대상황에 대처하기 위하여 다소 무리하게 법리를 확장한 사례에 불과하다고 보아야 할 것이고 이런 논리를 함부로 확장하여서는 안 될 것이다.

뿐만 아니라, P2P 서비스를 제공하는 자를 이처럼 저작권침해의 直接當事者로 해석하는 것은 다른 나라에서는 전혀 유래를 찾기 어려우며,⁶⁵⁹⁾ 지나친 의제에 불과하므로 항소심재판에서 수정되어야 할 것으로 사료된다.

第3節 韓國의 소리바다 事件

1. 訴訟進行의 時間的 概要

2000. 5.경 등장한 韓國의 소리바다는 마치 “한국판 Napster”라고 할 정도로 그 대중적 인기도에서 유사하고, 이용방법 역시 Napster 등 다른 P2P소프트웨어의 경우와 거의 동일하다.⁶⁶⁰⁾ 그렇지만, 美國의 Napster 서비스가 회사의 중앙서버에 이용자들 보유

별 이용자들이 불법 MP3파일을 공유하려면 비록 소리바다 서버에의 접속이 必須的이라는 사실을 인정하면서도 그것만으로 협의의 공동불법행위 책임을 긍정할 수는 없다는 입장을 비교해볼 것.

657) 最高裁判所 昭59(オ)1204号 昭和 63. 3. 15. 判決.

658) 이른바 管理性을 인정한 근거에 관하여, 위 최고재판소 판결은 가라오케업소 경영주의 종업원에 의하여 손님에게 가창을 권유하였고, 경영주가 구비하여 두었던 가라오케 테이프의 범위내에서 選曲이 이루어졌으며, 경영주가 설치한 가라오케 장치를 종업원이 조작하는 점 등을 들었다.

659) 미국의 Frena 사건이 直接責任을 인정한 것은, 이른바 “許諾權”을 따로 인정하고 있는 듯한 저작권법의 한 해석에 따른 결과이다.

660) 이 부분은 수원지방법원 성남지원 2003. 2. 14. 선고 2002카합284 판결(가처분이의)이 상세히 설명하고 있으므로 중요부분을 옮긴다.

(1) 이용자는 먼저 소리바다의 웹사이트인 www.soribada.com이나 기타 쉐어웨어 및 프리웨어의 다운로드 서비스를 제공하는 웹사이트에 접속하여 소리바다 프로그램을 다운받아 자신의 컴퓨터에 이를 설치한다. 위 소리바다 프로그램은 피고들에 의하여 무료로 배포되고 있다.

(2) 소리바다 프로그램 설치를 위해서는 등록절차 및 공유폴더의 지정절차가 필수적이다. 즉 ID와 패스워드를 입력하여 소리바다의 회원으로 등록한 후, 다른 소리바다 이용자들이 자신의 컴퓨터에 접근하여 MP3파일을 다운로드 받아갈 수 있는 “공유폴더”(라이브러리 폴더로 지칭되고 있다)를 지정하여야 한다. 이때 자신의 컴퓨터 하드디스크상에 다른 이용자로부터 다운로드 받은 MP3파일을 저장할 “다운로드폴더”도 함께 지정하게 되는데, 소리바다 프로그램의 설치상 기본설정값으로 위 공유폴더와 다운로드폴더는 서로 일치하도록 되어 있다.

(3) 공유폴더를 지정하면 그 지정된 폴더 안의 파일들은 물론 그 서브폴더 안에 있는 파일들도 모두 다른 소리바다 프로그램 이용자들이 다운로드 받을 수 있는 상태에 놓이게 된다. 그런데 위와 같이 프로그램 기본설정값상 공유폴더와 다운로드폴더가 서로 동일하므로, 이를 따로 설정창에서 바꾸어주지 않는 이상, 다운로드폴더로 다운로드된 MP3파일은 동시에 공유폴더에도 저장된 셈이 되어 그 즉시 다른 소리바다 이용자들이 다운로드 받을 수 있는 상태에 놓이게 된다.

의 음악파일에 대한 각종 정보, 가령 파일명, 파일크기 등을 리스트로 저장하고 있다가 이용자의 검색요구가 있을 때 중앙서버가 검색을 수행하여 그 결과를 검색요구자에게 전송하는 방식을 취함에 반하여 “소리바다1”의 방식은 중앙서버가 존재하는 Hybrid P2P의 일종이기는 하나, 그 중앙서버에는 이용자들의 IP주소와 같이 연결에 필요한 정보만 보관하다가 다른 이용자들의 로그인 상태를 알려줄 뿐이며, 파일교환의 대상이 되는 MP3파일 자체뿐만 아니라 그 파일들의 목록 등 정보는 보관되지 않는다. 따라서 검색을 원하는 이용자의 명령이 중앙서버를 통하기는 하지만 서버가 이를 수행하는 것이 아니라 서버를 통하여 검색요청을 전달받은 다른 이용자의 컴퓨터에 설치된 소리바다1 소프트웨어가 검색기능을 수행하여 다시 중앙서버를 통하여 전달하는 방법으로 검색을 수행한다는 차이⁶⁶¹⁾가 존재한다.

-
- (4) 이용자가 설치를 마치고 소리바다 프로그램을 실행하면 자동적으로 소리바다 서버에 접속되고, 이때 이용자 컴퓨터의 소리바다 프로그램은 그 컴퓨터의 IP주소 등의 정보를 자동적으로 소리바다 서버로 송신한다.
 - (5) 소리바다 서버는 이와 같이 접속한 이용자의 ID 및 패스워드를 확인한 후 그 이용자에게 중앙서버에 보관하고 있던 다른 이용자들의 연결정보를 자동적으로 송신하여 준다. 즉, 이용자의 접속 직전에 접속하였던 다른 이용자들 5,000명의 컴퓨터 IP주소를 그 이용자에게 제공하여 준다.
 - (6) 이와 같이 소리바다 서버는 이용자들로부터 송신받은 IP주소를 이용자들이 등록 당시에 입력한 ID 및 패스워드 등과 함께 데이터베이스에 저장하여 이용자목록으로 관리하고 있다. 이용자들은 등록 당시의 컴퓨터가 아닌 다른 컴퓨터로도 소리바다에 접속하여 소리바다 서비스를 이용할 수 있는데, 이와 같이 이용자의 IP주소가 바뀌는 경우 소리바다 서버는 이용자의 가장 최근에 업데이트된 IP주소를 보관하게 된다.
 - (7) 이용자가 소리바다 프로그램의 “검색” 메뉴를 열고 검색창에 자신이 원하는 노래의 제목 또는 가수 등의 임의어를 입력하고 검색을 요청하면, 소리바다 프로그램은 위와 같이 서버로부터 제공받은 IP주소를 통해 다른 소리바다 이용자들에게 개별적으로 해당 검색어를 송신한다.
 - (8) 위 검색어를 송신받은 다른 이용자들의 소리바다 프로그램은 자신의 컴퓨터 하드디스크의 공유폴더를 검색하여 위와 같이 요청받은 검색어와 일치하는 파일을 발견하면 해당 파일의 정보를 요청자의 컴퓨터로 송신하게 된다.
 - (9) 요청자의 소리바다 프로그램은 이와 같은 응답받은 파일정보를 재구성하여 검색결과 리스트를 보여주는데, 이에 는 노래제목, 가수명, 파일이름, 파일크기, 사용자 ID, 음질, 노래시간, Ping Time(응답소요시간) 등이 표시된다.
 - (10) 이용자는 “자동정렬” 기능을 사용하여 속도, 크기, 음질 등 이용자가 원하는 방식으로 검색결과 리스트를 순서대로 정렬하여 볼 수 있고, 이용자가 검색을 지시하고 위와 같은 리스트를 받는데 걸리는 시간은 단 2, 3초면 족하다.
 - (11) 요청자가 위 검색결과 리스트 중에서 원하는 파일을 선택하여(이용자들은 보통 위 자동정렬 기능을 사용하여 그 중 가장 다운로드 속도가 빠르면서도 음질이 양호한 MP3파일을 선택한다) 이를 더블 클릭하거나 “내려받기” 버튼을 누르면 요청자의 컴퓨터는 당해 파일이 보관되어 있는 제공자의 컴퓨터와 1:1로 연결되고(앞에서 본 바와 같이 이는 소리바다 서버가 제공자 컴퓨터의 IP주소를 주었기 때문이다), 해당파일의 복제물이 제공자 컴퓨터의 공유폴더로부터 요청자 컴퓨터의 다운로드폴더로 다운로드되어 저장된다. 요청자는 여러 개의 파일을 선택하여 동시에 다운로드 받을 수도 있고, 다운로드 중에 實時間으로 해당 파일을 실행하여 미리 들어 볼 수도 있다.
 - (12) 다운로드 받은 MP3 파일은 등록 당시에 설정해놓은 바에 따라 컴퓨터 하드디스크의 다운로드폴더에 저장된다. 이용자는 다운로드 받은 MP3파일을 소리바다 프로그램에 내장된 음악재생프로그램인 “과도” 프로그램을 통해 재생하여 들을 수 있다. 또한 이용자들은 다운로드 받은 MP3파일을 휴대용 MP3 Player 칩에 저장하여 이동 중에 들을 수도 있고, CD로 구워(burning) 가정 또는 차량의 CD Player를 통해 들을 수도 있다.
 - (13) 위에서 본 바와 같이 소리바다 서비스에 있어서 MP3파일의 업로드에는 이용자들의 별도의 송신행위가 필요하지 않다. 즉, 공유폴더에 MP3파일을 저장하고 소리바다 프로그램을 이용하여 소리바다 서버에 접속하기만 하면, 이용자 컴퓨터의 IP주소가 소리바다 서버로 자동적으로 전송되고 소리바다 서버가 그 IP 주소를 다른 소리바다 이용자들에게 송신함으로써, 결국 다른 모든 소리바다 이용자들이 위 MP3파일을 다운로드 받아 갈 수 있는 상태에 놓이게 된다. (이하 생략; 筆者註)

第3節 韓國의 소리바다 事件

미국의 경우와 달리 韓國에서의 분쟁은 한국음반산업협회⁶⁶²⁾에서 위 사이트의 공동 운영자 2인을 2001. 1. 18. 刑事告訴하는데서 출발하였지만, 실제로 법원의 최초 판단이 내려진 것은 한국음반산업협회 산하의 음반제작자 16명이 위 소리바다 운영자들인 양 OO, 양△△을 상대로 제출한 假處分 申請事件⁶⁶³⁾에 대하여 2002. 7. 9. 수원지방법원 성남지원에서 신청인들이 음반제작자로 되어 있는 노래에 관한 MP3 파일의 업로드 또는 다운로드를 금지하는 가처분인용결정을 내린 것이었다.⁶⁶⁴⁾ 하지만, 위 가처분인용 결정은 주문이외는 별다른 이유설시가 없어 큰 의미가 있다고 할 수 없었다.

그러던 중 위 決定의 當否를 다투며 피고들이 2002. 7. 19. 異議를 申請한 假處分異議 事件에 대하여, 2003. 2. 14. 위 같은 법원이 한국 법원으로는 최초로 P2P 서비스제공자의 책임문제를 심도있게 거론하면서 소리바다운영자인 피고 양씨형제들이 제기한 假處分異議申請을 棄却하는 판결⁶⁶⁵⁾을 내렸다. 이후에도, 民事事件의 범주에서는 소리바다에 의한 著作權侵害責任을 肯定하는 立場이 지속되어 위 假處分異議에 대한 서울고등법원의 抗訴審 判決⁶⁶⁶⁾이, 韓國音樂著作權協會가 위 운영자들을 상대로 음반복제권 등의 침해로 인한 손해배상을 구하는 것을 인용한 수원지방법원 성남지원의 1審判決⁶⁶⁷⁾ 및 서울고등법원에 의한 抗訴審 判決⁶⁶⁸⁾에 의해 소리바다의 책임을 긍정하는 입장이 계속 유지되어 오고 있다.

다만, 刑事事件에서는 공소기각판결에 그친 1審⁶⁶⁹⁾과는 달리 최근 抗訴審⁶⁷⁰⁾에서는 無罪의 판단이 내려진바 있다.

假處分異議 事件의 抗訴審에 대하여는 피고측의 上告로 그 最終審이,⁶⁷¹⁾ 마찬가지로

661) 이러한 소리바다1의 시스템은 중앙서버가 존재하지는 하되 IP주소와 같이 이용자들간 접속에 필수적인 정보만 관리함으로써, Napster 방식에서 검색대상인 방대한 파일들의 리스트 정보까지 중앙서버에 저장함으로써 늘어나게 되는 서버 운영비를 크게 줄이면서도 Gnutella방식에서 문제되던 기술적인 병목현상도 동시에 해결한 進一步된 折衷型이라고 할 수 있다.

662) 대외적으로는 한국음악산업협회(구 한국음반협회)가 더 알려져 있으나, 한국음악저작권협회나 한국예술실연자단체연합회처럼 집중관리단체의 기능을 수행하는 것은 한국음반협회가 아니라 한국음원제작자협회이다.

663) 수원지방법원 성남지원 2002. 7. 9.자 2002카합77 결정(음반복제등금지가처분), 그 결정은 소리바다1에 대한 최초의 법원의 판단이었지만 구체적인 법리의 실시없이 결정이유에서는 “이 사건 신청은 인정범위 내에서 이유 있다”고만 간단히 기재(통상의 가압류가처분 인용시 법원이 채택하고 있는 정형적인 문구임)하여 가처분신청을 인용하였다.

664) 원래 원고들이 2002. 2. 8. 서울지방법원 2002카합395호로 가처분신청서를 제출하였으나 피고들의 주거지관할인 수원지방법원 성남지원에 2002카합77호로 가처분신청사건이 이송된 일시는 2002. 3. 11.이었고 위 성남지원에서 2002. 7. 9. 위 신청을 인용한다는 지극히 짙막한 假處分決定을 내린 것이다.

665) 수원지방법원 성남지원 2003. 2. 14. 선고 2002카합284 판결(가처분이의).

666) 서울고등법원 2005. 1. 12. 선고 2003나21140호 판결.

667) 수원지방법원 성남지원 2003. 10. 24. 선고 2003가합857 판결.

668) 서울고등법원 2005. 1. 25. 선고 2003나80798호 판결.

669) 서울지방법원 2003. 5. 15. 선고 2001고단8336 판결(저작권법위반방조).

670) 서울중앙지방법원 2005. 1. 12. 선고 2003노4296 판결.

671) 대법원 2005다11626호 사건.

損害賠償 事件의 抗訴審에 대하여도 피고측이 上告하여 그 最終審이,⁶⁷²⁾ 刑事事件의 抗訴審에 대하여는 檢事가 上告하여 그 最終審이⁶⁷³⁾ 2005. 2. 28. 현재 大法院에 각각 裁류 중인바, 일견 서로 소리바다운영자의 책임 유무에 관하여 엇갈리는 결론을 내린 抗訴審들의 각 판단에 대하여 우리 大法院이 어떻게 입장정리를 할지는 극히 주목되는 일이 아닐 수 없겠다. 후술하듯이 美國에서도 Grokster 事件의 抗訴審의 결론에 불복한 원고측이 신청한 上告許可申請이 받아들여져 聯邦大法院의 審理에서 Grokster 事件의 최종결론이 내리지는 상황이므로, 韓國의 소리바다 事件과 美國의 Grokster 事件에 관하여 각국의 最高法院이 취하는 입장에 따라 이 논문의 주제, 즉 인터넷서비스제공자의 법적책임, 특히 P2P 네트워크 제공자의 법적책임에 관하여는 상당부분의 論難이 최고법원의 판단을 빌린 형태로 自然的으로 정리단계에 들어서는 것이다.

2. 소리바다 假處分異議事件

(1) 1審 判決⁶⁷⁴⁾

1) 事實關係

원고⁶⁷⁵⁾측은 모두 음반회사들로 직접 음반을 제작 또는 판매하였거나, 외국의 음반 회사로부터 음반에 관한 許諾을 받은 독점적 권리자⁶⁷⁶⁾이다.

피고 양 OO, 양△△ 형제⁶⁷⁷⁾는 당시 Napster가 선풍적인 인기를 끌고 있는 것에 착안하여, 2000. 5. 18.부터 “소리바다”의 명칭으로 www.soribada.com의 웹사이트에서 P2P방식의 MP3 음악파일 공유서비스를 제공하였다. 소리바다 서비스의 P2P로서의 특성 때문에 소리바다 서버에 접속해 있는 이용자의 수가 많으면 많을수록 검색할 수 있는 MP3파일의 종류와 수도 증가하게 된다. 소리바다 서비스에 등록된 회원수는 약

672) 대법원 2005다13899호 사건.

673) 대법원 2005도872호 사건.

674) 수원지방법원 성남지원 2003. 2. 14. 선고 2002카합284 판결(가처분이의).

675) 실무상 가압류·가처분 신청사건에서 적극적 당사자의 호칭은 “채권자”, 소극적 당사자의 호칭을 “채무자”로 하고, 가처분 신청사건 중 임시의 지위를 정하기 위한 가처분에서는 “신청인”, “피신청인”으로 호칭하기도 한다. 나아가 일단 인용된 가압류나 가처분에 대한 異議申請事件에서도 이의신청인, 이의 피신청인이라고 하지 않고 위와 같이 “채권자”, “채무자”로 표시한다. 그러나 가압류나 가처분에 대한 取消申請事件에서는 취소를 신청한 당사자(위의 채무자)를 “신청인”, 그 상대방을 “피신청인”이라고 반드시 표시한다. 다만 이 글에서는 이러한 생소함과 복잡함으로 인한 혼동을 피하기 위하여 법률용어로는 적절치 못하나 통념적으로 쉽게 쓰이는 “原告”, “被告”라는 용어를 주로 사용하니 양해바란다.

676) 이 부분과 관련하여 1審 判決에서 “대한민국 내에서 독점적 또는 비독점적 음반제조권과 독점적 음반 판매 및 배포권을 허여받은 독점적 실시권자”라고 표현하고 抗訴審 判決에서도 “독점적 실시권자”라고 표기하고 있으나, 이는 모두 잘못된 것으로 “허여(許與)” 및 “실시(實施)”와 같은 용어는 우리 특허법상에서 쓰이는 용어일뿐 저작권법상으로는 “허락(許諾)” 및 “이용(利用)”으로 각 표현하여야 타당함은 두 말할 나위 없다.

677) 假處分異議 事件, 損害賠償 事件, 그리고 刑事 事件들의 被告는 “소리바다”자체가 아니라 정확히 소리바다의 운영자 양 OO, 양△△ 형제들이다. 소리바다가 法人으로 전환한 것은 2003. 11. 5.에 이르러서이지만(www.soribada.com/info/info_intro.html, 2005. 2. 28. 방문), 편의상 “소리바다”로 지칭하더라도 오해없기 바란다.

第3節 韓國의 소리바다 事件

450만 명 이상이고, 하루 평균 소리바다 서비스를 이용하는 접속자의 수는 약 30만 명 이상이며, 동시에 접속하고 있는 이용자의 수도 5,000명 이상이었다. 소리바다에서 공유되는 파일은 MP3형식의 오디오 파일인데, 그 대부분은 시중에서 판매되는 음반을 복제한 것이고, 신청인들에게 저작권접권 또는 독점적 이용허락권이 있는 각 곡들도 거의 소리바다를 통하여 업로드⁶⁷⁸⁾ 또는 다운로드되고 있었다.

피고들은 소리바다 소프트웨어의 설치 화면에 “소리바다는 특정 MP3파일의 합법 여부에 대해 알 수 없고, 불법 MP3파일을 복제 또는 배포하여 저작권법에 위배되지 않도록 법을 준수하는 것은 사용자의 몫”이라는 취지의 경고문을 고지하고 있었다. 그러나 원고들이 2001. 1.경 피고들을 저작권법 위반으로 고소하면서, 특정 곡들이 특정 ID를 가진 소리바다 이용자들에 의하여 공유되고 있다는 점을 서면으로 적시한 바 있으나, 피고들은 해당 ID를 가진 소리바다 이용자들에 대하여 서버에의 접속을 차단시키는 등의 제재조치를 취한 적은 없다.

피고들은 매일 한두 번 정도 다른 일반 사용자와 마찬가지로의 방법으로 소리바다에 접속하여 서비스 운영상태를 점검하였다. 처음과 달리 이용자들이 동영상 등 다른 형식의 파일을 공유하기 위하여 그 파일의 확장자를 “.MP3”로 바꾸어 주고 받는 편법을 동원하자 피고들은 파일확장자 뿐만 아니라 파일헤드(파일 내에 파일에 관한 정보를 담고 있는 부분)까지 검색하여 MP3파일 등 음악파일 외에 다른 파일은 공유되지 못하도록 하는 조치를 취한 바 있고, 2001. 11. 26.에는 소리바다 서비스를 통해 음란물이 유통되는 것을 차단하는 기능을 부가시켰다.

피고들은 소리바다 서비스 개시 당시 소리바다 서비스의 향후 수익성을 높이 평가한 성명불상의 투자자로부터 서비스 운영에 필요한 서버를 無料로 제공받은 바 있는 한편, 소리바다 소프트웨어 배포와 소리바다 서비스 이용을 모두 無料로 제공하고 있었으나, 2001년 초부터는 배너광고 등으로 인한 사이트 운영수입을 얻고 있고 나아가 향후 소리바다 서비스를 有料化하여 수익을 얻는 방식도 고려하고 있었다.

2) 法院의 判斷

(A) 피고들의 저작권접권 直接侵害 여부

원고들은, 소리바다 소프트웨어 자체가 광고료 등 영리를 목적으로 음반을 무단으로 복제·배포하는 것을 목적으로 개발된 것이고 소리바다 서비스도 그와 같은 목적으로 운영되고 있는바, 피고들은 이용자와 共同으로 원고들의 음반 복제권·배포권을 直接的으로 侵害하였다고 주장하였지만,⁶⁷⁹⁾ 법원은 피고들이 시판되는 음반의 무단 복

678) 抗訴審 判決도 지적하는 바와 같이, P2P 네트워크에서의 업로드는 이용자 자신의 컴퓨터에 전송할 파일을 저장해 둘뿐 ISP의 특정 서버에 송신, 저장시킬 필요가 없다는 점에서 종전의 전자게시판 등에서의 업로드와 차이가 있다.

제·배포를 목적으로 소리바다 소프트웨어를 개발하여 운영하고 있음을 인정할 증거가 없다고 하여 피고가 直接 저작인접권을 침해하고 있다는 원고측 주장을 배척하였다.

(B) 소리바다 이용자들의 저작인접권 침해 여부

a) 이용자들의 복제권·배포권 침해인정

원고들은 “피고가 소리바다 서비스를 제공하여 이용자들의 위와 같은 침해행위를 가능하게 하거나 용이하게 함으로써 원고들의 권리를 침해하였다”는 주장도 하였다.

이에 관하여 1審은 먼저 이용자들의 복제권 침해부분에 관하여, 원고측인 음반제작자가 가지는 음반에 대한 複製權이란 원반 및 그 복제물을 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것에 대한 배타적인 권리를 말하는 것인데 여기서 有形物에 固定한다 함은 MP3파일을 컴퓨터 하드디스크와 같은 전자적 기록매체에 저장하는 것을 포함하는 것이므로 소리바다에 접속하고 있는 다른 이용자 컴퓨터의 공유폴더를 검색하여 원하는 MP3파일을 다운로드 받아 자신의 컴퓨터 하드디스크에 저장하는 행위는 複製權을 侵害하는 행위라고 판시하였다.⁶⁸⁰⁾ 뿐만 아니라 1審은 부분적으로 다소의 변경이 가해졌다고 하더라도 사회관념적으로 보아 실질적인 동일성이 인정되는 경우에는 복제이므로 소리바다 이용자들이 음반제작자의 동의 없이 음반CD에 고정된 음원으로 부터 일반인이 듣기에 그 음질에 거의 차이가 없는 MP3파일을 추출하여 자신의 컴퓨터의 하드디스크에 저장하는 행위⁶⁸¹⁾ 역시 複製權의 侵害가 된다고 판단하였다.

다음으로 이용자들의 배포권 침해부분에 관하여 피고들은, 인터넷을 통한 傳送은 저작물의 점유이전을 수반하지 않아 讓渡나 貸與에 해당하지 아니하여 저작권법상 “配布”에 포함되지 아니하므로 配布權 侵害가 성립하지 아니한다고 주장하였다. 그러나 법원은, “이용자들이 공유폴더에 그 MP3파일을 저장한 채 소리바다 서버에 접속하여 자동적으로 다른 이용자들이 다운로드 받을 수 있는 상태에 놓이게 하는 행위는,.... 다른 이용자들이.... MP3파일에 대한 다운로드를 요청하고, 위 요청에 따라 컴퓨터가....

679) 공동불법행위에 의한 침해도 개념상 “직접침해”라 할 수 있으므로 위 판결 중 “채권자들의 음반 복제권·배포권을 직접 침해하였다고 할 수 없다”는 취지의 부분은 적절한 표현이라고 할 수 없고 “직접” 대신 “단독으로”라고 표현하는 것이 바람직하였다는 견해(오병철, 전개논문, 11면)가 있다. “직접”이라는 표현이 우리 법문에는 맞지 않는다는 지적은 일면 타당한 지적이라고 생각되지만, 美國의 Napster 判決 등과 韓國의 소리바다 判決을 비교하는 과정 등에서 이해의 편의를 위하여 “직접침해”라는 표현을 굳이 피하지 않았음을 밝혀둔다.

680) 여기서, MP3파일을 수신하여 직접 자신의 컴퓨터에 저장한 자뿐만 아니라, 이를 송신한 자 역시 복제를 간접적으로 야기한 자로서 수신자의 컴퓨터에 복제가 이루어지도록 한 점에 대하여 그 책임을 인정할 수 있다고 하여 결국 수신자만 복제행위를 하는 것이 아니라, 제공자도 소위 “隔地複製”를 하고 있는 것이라고 해석하는 이가 있다(안효질, “P2P環境하에서의 著作權侵害責任”, 22면). 위 論者의 취지는 수신자와 송신자가 共同不法行爲의 責任이 있다는 것으로 보는 듯하다.

681) 앞서 MP3파일을 다운로드 받아 자신의 컴퓨터 하드디스크에 저장하는 행위와 달리 위 행위에 대해 抗訴審 判決에서는 複製權의 侵害로 단정하지 않았다.

第3節 韓國의 소리바다 事件

MP3파일에 대하여 새로이 재복제물을 생성하고 이를 자동적으로 요청자에게 송신하는 전기적 신호과정을 통해 요청자가 MP3파일을 다운로드 받게 되고,.... 다운로드폴더에 자동적으로 저장됨으로써 재복제물이 생성되는 일련의 행위 과정과 결합됨으로써, 결과적으로 음을 유형물(음이 고정되기 전의 유형물은 요청자가 이미 가지고 있는 하드디스크이므로 요청자가 스스로 제공하는 것이 된다)에 고정하여 양도하는 결과가 되어 음반제작자의 배포권을 침해하는 것”이라고 하여 配布權 侵害를 긍정하였다.

피고들은, MP3파일을 공유폴더에 두어 다른 이용자로 하여금 다운로드 받을 수 있게 하거나 또는 다른 이용자의 공유폴더에 있는 MP3파일을 다운로드 받는 행위는 모두 저작권법상 “傳送”에 해당하고, 한편 인터넷을 통한 複製는 傳送到에 수반되는 행위일 뿐이므로 傳送權의 문제로 보아야 하는데 이 사건 원고는 著作權자가 아닌 著作隣接權者에 불과하여 舊 著作權法⁶⁸²⁾상에서는 傳送權이 부여되지 아니하여 결국 원고로서는 자신의 권리침해를 주장할 수 없다는 취지로 다투었다. 그러나 법원은, 저작인접권자에게 傳送權이 부여되지 않고 있었다 하더라도 저작인접권자의 複製權, 配布權이 傳送到의 방법에 의하여 침해될 수 있었다는 것까지 부정되는 것은 아니라고 판단하면서 위 주장을 배척하였다.

b) 저작권법 제27조의 私的複製의 항변 배척

다시, 피고는 소리바다 이용자들의 파일공유행위가 저작권법상 복제·배포에 해당하더라도 이용자들은 대부분 개인적인 감상을 목적으로 MP3파일을 다운로드 받고, MP3파일에 대한 복제는 1회적으로 이루어질 뿐이며, 저장된 MP3파일은 단지 개인용 PC에서 재생을 위하여 사용될 뿐이므로, 이는 저작권법 제27조 본문⁶⁸³⁾의 私的複製에 해당하여 허용된다고 주장하였다.

이에 대하여 법원은, 私的複製에 해당하여 복제가 허용되기 위해서는, i) 營利의 目的이 없어야 하고, ii) 이용범위가 개인적 이용이나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위로 국한되어야 할 것이라고 전제하였다. 그 중 먼저 i)요건에 관하여 소극적으로 저작물의 구입비용을 절감하는 정도만으로는 營利의 目的을 인정하기에 부족하고 시판되는 게임프로그램 등을 다른 사람이 구입한 게임CD로부터 복제하는 경우와 마찬가지로 통

682) 소리바다에 적용된 2003. 5. 27. 개정 저작권법은 舊 著作權法이라 칭한다. 2004. 10. 16. 법률 제7233호로 개정되어 2005. 1. 17. 시행된 현행 저작권법은 저작인접권자 중 실연자(제64의2), 음반제작자(제67조의3)에게 각각 傳送權을 새로 부여하였는데, 입법자의 의사는 인터넷 등을 활용한 이용행태를 著作隣接權의 침해행위로 규제하고자 함을 분명히 하고 있다(국회 문화관광위원회, “저작권법중개정법률안 검토보고서”, 2004. 9., 국회 홈페이지 중 “자료실”→“국회통과새법률”欄, search.assembly.go.kr:8080/bill/billview.jsp?target=billview.jsp&billid=027999, 2005. 1. 24. 방문).

683) 第27條 (私的利用을 위한 複製) 公表된 著作物을 營利를 目的으로 하지 아니하고 個人的으로 이용하거나 家庭 및 이에 準하는 限定된 범위 안에서 이용하는 경우에는 그 이용자는 이를 複製할 수 있다....

상 對價를 支給하고 구입해야 하는 것을 無償으로 얻는 행위에는 營利의 目的이 인정된다고 하면서, 피고들이 소리바다 서비스를 시작한 후에도 음반제작자 등은 곡당 900 원에 인터넷을 통하여 MP3파일을 판매하여 왔으므로 음반제작자 등으로부터 이용자들이 MP3파일을 구입하는 대신 무상으로 다운로드 받는 행위에는 營利의 目的이 인정되고, 이용자들이 상호간에 원하는 MP3파일을 무료로 다운로드 받기 위하여 자신의 MP3파일도 무상으로 제공하는 것으로서 일종의 물물교환의 형태를 띠고 있어 다른 MP3파일을 계속 다운로드 받는 경제적 이익을 취득하는 것이라고 보았다. 다음으로 ii)요건에 대하여도 법원은 “한정된 범위에서의 이용”이라면 이용인원이 소수이고, 이용인원들 사이에 강한 인적결합이 존재할 것이 요구된다면서, 소리바다 서비스는 ID, 패스워드를 등록하면 누구라도 이용할 수 있는 점, 소리바다 서비스에 등록된 회원수는 약 450만 명 이상이고, 하루 평균 소리바다 서비스를 이용하는 접속자의 수는 약 30만 명 이상이며, 동시에 접속하고 있는 이용자의 수도 5,000명 이상인 점, 이용자가 MP3파일을 공유폴더에 저장하고 소리바다 서버에 접속하기만 하면 다른 모든 이용자가 해당 파일에 접근하여 다운로드 가능한 상태에 놓이는 점⁶⁸⁴⁾, 이와 같이 파일 교환자 상호간에는 MP3파일을 공유하였다는 공통의 목적 외에 익명의 ID만을 확인할 수 있을 뿐 아무런 개인적인 정보도 공유되고 있지 않고 별다른 유대관계도 없는 점, 다운로드 받은 MP3파일이 기본설정값으로 공유폴더에 저장됨으로 인하여 다시 수백만 명의 다른 이용자가 다운로드 받을 수 있는 상태에 놓이게 됨으로써 결국 불특정다수의 소리바다 이용자들 사이에 MP3파일의 교환행위가 연쇄적이고 동시다발적으로 이루어지는 점 등에 비추어 보면, 이를 두고 저작권법 제27조의 私的複製에 해당하는 개인, 가정 또는 이에 준하는 한정된 범위에서의 이용이라고는 볼 수 없다고 보았다.

아울러 피고들은, 이용자들이 MP3파일을 다운로드 받는 것은 종래 라디오, TV 등을 통해 또는 판매점에 비치된 샘플 CD를 통해 구매하고자 하는 음반을 미리 들어보는 정도에 불과하므로, 사적복제에 해당한다는 요지로 주장하였다.⁶⁸⁵⁾

684) 소리바다¹ 뿐만 아니라 대부분의 P2P 소프트웨어는 인스톨시 통상 “공유폴더”를 생성하고, 공유폴더안의 파일은 자동적으로 P2P로 접속한 다른 이용자들에게 전송가능한 상태에 놓이게 되고, 아울러 이용자가 P2P를 통하여 다른 이용자들로부터 전송받은 파일을 저장할 폴더 역시 별도의 지정이 없는 한 위 공유폴더를 그 폴더로 정하게 된다. 소리바다의 이용자 A가 처음부터 타인에게 재차 傳送할 의도 없이 P2P 접속으로 파일을 傳送받은 후 원칙적으로 위 “공유폴더”에 위치를 정하여 저장된 그 파일을 곧바로 다른 폴더로 옮기게 되면 P2P가 동작하고 있더라도 다른 이용자들은 위 파일을 傳送받을 수 없게 되므로, 이러한 경우는 위 판례의 입장에 의하더라도 私的複製에 해당한다고 볼 여지가 있게 된다. 다만, 후술하는 새로운 P2P 소프트웨어인 eDonkey의 경우 특정파일의 전송이 완성되어야 그것을 다른 이용자들이 재차 전송받을 수 있는 구조가 아니라, 전송중인 파일이라도 이미 전송이 끝난 파일의 일부는 재차 다른 이용자들에게 재차 전송되는 구조이므로 이러한 구조의 eDonkey에 접속한 이용자 B에게는 소리바다의 이용자와는 달리 설령 전송이 완성되기 이전일지라도 다른 이용자에게 재차 傳送될 수 있다는 미필적인 의사가 있다고 할 것이다.

685) 비단 이 부분뿐만 아니라 소리바다 사건의 당사자 주장과 법원 판단 중 상당부분이 美國 Napster 事件의 爭論과정을 그대로 반복하고 있음을 알 수 있다.

第3節 韓國의 소리바다 事件

이러한 샘플링의 항변에 대하여 법원은, 이용자들이 설령 구매하고자 하는 음반을 미리 들어볼 목적으로 MP3파일을 다운로드 받았다 하더라도, 소리바다 이용자들의 파일 공유행위는 CD의 영구적인 대체물로서의 영구적인 복제물에 해당하는 MP3파일을 서로 교환하는 행위라 할 것이어서, 라디오나 TV 등을 통해 또는 판매점에 비치된 샘플 CD를 통해 구매하고자 하는 음반을 미리 들어보는 것이 1회적, 임시적인 것에 그치는 것과는 동일하다고 할 수 없다 할 것이므로, 私의複製에 해당한다고 볼 수 없다고 하였다.

(C) 피고들이 이용자들의 저작권접권 침해행위에 대하여 책임 있는지 여부

법원은 소리바다 이용자들의 위와 같은 複製權·配布權 侵害行爲에 대하여 소리바다 서비스 제공자인 피고들의 책임을 인정하기 위해서는, i) 피고들이 소리바다 서비스를 제공하게 된 경위 및 상황,⁶⁸⁶⁾ ii) 소리바다 서버의 구조 및 소리바다 소프트웨어가 제공하는 서비스 중 이용자들의 위 행위와 관련되는 서비스의 내용, 태양 및 그 성질⁶⁸⁷⁾, iii) 서비스 제공 이후의 소리바다의 운영 상황⁶⁸⁸⁾ 등을 전체적, 종합적으로 참작하여 피고들이 이용자의 침해행위를 적극적으로 야기하였거나, 침해행위를 認識하고도 이를 방지하면서 實質적으로 침해행위에 寄與하였는지, 피고들이 침해행위를 管理·支配하고 그 침해행위로부터 直接的인 財産上의 利益을 얻었는지 등을 따져 이용자의 직접적인 침해행위와 동일하게 평가할 수 있을 만한 사정이 있는 경우에는 그 책임을 인정하여야 할 것이라면서 피고들은 이용자들의 침해행위를 알면서, 소프트웨어 공급과 서버 운영을 통하여 그와 같은 침해행위가 가능하도록 계속적으로 관여하였고, 피고들의 관리하에서 그와 같은 침해행위가 행하여지고 있으며, 또한 그와 같은 침해

686) 소리바다 소프트웨어가 개발될 당시 이미 미국에서 Napster의 저작권 침해에 관하여 소송이 계속되고 있었고 피고들도 이를 알고 있었던 사정 등이 거론되었다.

687) 소리바다 서버는 공유되는 MP3파일 자체나 파일목록, 파일정보는 보관하고 있지 않으나, 이는 중앙서버에 의존하는 미국의 Napster에 비하여 적은 설치비용으로 동일한 효과를 창출하고자 하는 경제적 필요에 기인한 것일 뿐이라는 점, 그러나 소리바다 서버는 이용자들의 파일공유를 위하여 가장 필수적인 이용자들의 IP주소를 관리하고 있는 사실, 소리바다 서비스를 이용하기 위해서는 소리바다 소프트웨어를 다운로드 받아 자신의 컴퓨터에 설치하는 것이 필수적이고, 소리바다 서비스를 이용하여 파일을 공유하기 위해서는 소리바다 소프트웨어를 실행하여 접속하는 것이 불가결하다는 점, 이른바 인디앨범 등 자기가 만든 합법적 음악을 MP3파일을 통해 불특정다수에게 무상으로 제공하려고 하는 음악가나 그와 같은 MP3파일을 취득하려고 하는 사람들에게 있어서, 소리바다 서비스에 있어서의 검색기능은 해당 작품에 대한 정보를 충분히 제공하기에 미흡하고 결국 실제로 소리바다 서비스를 이용하여 공유되고 있는 MP3파일의 대다수는 시장에서 판매되는 대중가요나 팝송 등 인기있는 음반들을 복제한 파일이라는 점 등이 열거되었다.

688) 원고들은 피고들을 고소하면서 이용자들의 저작권접권 침해에 관하여 이용자 ID, 해당곡명 등을 구체적으로 제시하여 고지한 바 있었고, 피고들도 정기적으로 소리바다에 접속하여 점검하면서 소리바다 이용자들에 의하여 저작권 등 침해행위가 일어나고 있음을 충분히 인식하고 있었음에도 소리바다 소프트웨어의 설치 화면에 경고문을 고지하는 외에는 원고들로부터 통지받은 소리바다 이용자들에 대하여 서버에의 접속을 차단시키는 등 이에 대응하는 조치를 취한 바 없는 점, 그런데 피고들은 동영상 파일 등 일정한 경우에는 이용자들의 파일 공유를 제한하는 조치를 취한 바 있었던 점, 2001. 초부터 배너광고 등으로 인한 사이트 운영수입을 얻고 있고 나아가 향후 소리바다 서비스를 유료화하여 수익을 얻는 방식도 고려하고 있었던 점 등을 언급하였다.

행위를 이용하여 이익을 얻고 있었다 할 것이고, 나아가 그 규모와 기간에 비추어 이용자의 침해행위는 피고들에 의하여 야기되고 유인되었다 할 것이므로, 피고들은 소리바다 이용자와 一體가 되어 원고들의 複製權·配布權의 침해행위를 하고 있는 것으로 평가할 수 있다고 판시하였다.

나아가 법원은 가사 이용자의 파일공유행위에 대한 책임이 있었다고 하더라도 이는 教唆·幫助 責任에 불과하여, 저작권법 제91조의 侵害停止請求權은 저작권 등의 직접침해자에게만 행사할 수 있을 뿐 교사·방조자 등 공동불법행위자에게는 행사할 수 없는 것이라는 피고의 주장에 대하여는, 저작법상의 侵害停止請求權은 저작권 등을 침해하는 자에 대하여 그 침해의 태양을 묻지 않고 침해의 정지를 청구할 수 있는 배타적 권리라 할 것이므로, 피고들의 서비스 제공을 이용자의 직접적 침해행위와 동일하게 평가할 수 있는 이상 원고들은 피고들에 대하여 저작권법 제91조 제1항 전단의 侵害停止請求權을 행사할 수 있다고 보았다.

(D) 책임요건으로 技術的 統制可能性이 필요한지 여부

끝으로 피고들은, 소리바다 서버는 이용자의 검색이나 다운로드에 개입하지 않고 있고, 신호가 소리바다 서버를 통해 전달되는 것도 아니어서 피고들로서는 이용자의 검색이나 다운로드의 내용을 확인할 수 없으며, 그에 대한 技術的 統制可能性 또한 갖고 있지 않은바, Napster, KaZaA, File Rogue 등의 外國判決들이 모두 統制可能性을 전제로 침해를 인정하고 있음에 비추어 피고들의 저작권접권 침해는 인정될 수 없다고 주장하였다.

그러나 법원은 위 주장에 대하여도 피고들이 저작권 침해가 문제되는 MP3파일들을 가려내어 다운로드를 막는 것이 기술적으로 불가능하다 하더라도 위에서 인정한 여러 사정들만으로도 피고들이 저작권접권을 침해하고 있었다고 보아야 할 것이므로, 피고들의 위 주장은 技術的 統制可能性 與否에 나아가 판단할 필요 없이 이유 없다고 하였다. 그러면서도, 미국의 Napster 事件에서 미국법원은 Napster가 그 검색목록에서 침해 내용을 찾아낼 수 있는 능력과 이용자의 시스템 접근을 종료시킬 권리를 가지고 있음을 근거로 代位責任을 인정하였으나 Napster가 구체적으로 통지받은 파일목록에 의한 저작물에 대하여 실제로 접속을 완전히 배제하지 못하자 결국 사이트 폐쇄를 명하였고, 네덜란드의 KaZaA 事件에서 네덜란드법원은 이용자의 파일교환에 있어 KaZaA 서버에의 접속이 필수적이 아니고, KaZaA 서비스가 중단된다고 하여 저작물의 불법적인 교환을 막을 수 없다는 점 등을 고려하였으며, 日本의 File Rogue 事件에서도 日本 법원은 File Rogue가 저작권침해에 해당하는 MP3파일을 선별하거나 그 파일정보를

第3節 韓國의 소리바다 事件

차단하는 등의 기술은 보유하고 있지 않음을 인정하고, 이용자들의 침해행위가 File Rogue의 관리하에 행해지고 있는가 하는 점을 중시하여 File Rogue의 책임을 인정하였을 뿐이라고 판시하였다.

(E) 判決에서 명령한 내용

피고들은 소리바다 소프트웨어의 이용자들이 위 소프트웨어를 이용하여 원고들이 저작권집권자 또는 독점적 판매·배포권자인 각 노래가 들어 있는 MP3파일을 업로드 또는 다운로드 받도록 하여서는 아니 된다고 하고, 피고들은 스스로 특정한 MP3파일을 가려내어 업로드 또는 다운로드를 통제하는 것은 技術的으로 불가능하다고 진술하고 있으므로, 침해의 정지를 위해서는 피고들이 소리바다 서비스를 운영하기 위하여 사용중인 서버 3대를 소리바다 서비스 또는 같은 방식의 서비스를 위하여 사용하는 것을 중지하여야 할 것이라고 하였다.⁶⁸⁹⁾

3) 判例分析

이른바 假處分異議에 대한 判決인 위 법원의 판단은 그보다 앞서 내려진 假處分決定⁶⁹⁰⁾이 保全處分決定의 속성상 극히 간단히 설시에 그쳤음에 반하여, 외국판례까지 인용한 38페이지나 되는 長文의 判示를 통해 ISP의 침해책임을 긍정한 사례이다. 특히 P2P 서비스를 제공하는 ISP의 침해책임을 관하여는 韓國 最初の 判決이다. 주의할 것은 소리바다에 대한 假處分決定과 위 판결, 그리고 아래의 손해배상판결, 더 나아가 박스뮤직가처분 I 事件이 모두 동일한 재판부에 이루어졌다는 사실이고, 이러한 사실때문에 각 판단의 세세한 부분까지 완전히 동일하다는 것을 이들 판례의 해석상 유의하여야 한다.

(A) 配布權의 侵害를 긍정한 것은 不當

우선, 위 판결은 소리바다 이용자들이 행위가 配布權을 침해한다고 보면서, i) MP3 복제파일을 이미 가지고 있는 이용자들이 소리바다 서버에 접속하여 다른 이용자들이 위 파일을 다운로드받을 수 있게 두는 행위, ii) 그리고 접속한 다른 이용자들의 요청에 의한 자동적인 송신의 전기적 신호과정, 그리고 iii) 다른 이용자들의 컴퓨터에 위 MP3의 재복제파일이 자동적으로 생성되는 과정, 이렇게 3개의 과정이 서로 결합되어, 결과적으로 다른 이용자로 하여금 복제대상인 음을 고정할 유형물을 스스로 제공하는 방법으로 최초 이용자가 음을 有形物에 固定하여 讓渡하는 것이어서 “配布”에 해당하는

689) 앞서 미국의 예비적유지명령과 달리 한국의 이러한 가처분결정이 미치는 효력은 손쉽게 우회할 수 있다는 비판적 견해로는 설민수, 전계논문, 106면.

690) 수원지방법원 성남지원 2002. 7. 9.자 2002카합77 결정.

다고 보고 있으나, 이는 잘못된 이해이다.⁶⁹¹⁾

위에서 i)부분의 행위는 굳이 포섭하자면 “一般公衆이 個別的으로 選擇한 時間과 場所에서 受信 하거나 이용할 수 있도록 著作物을 無線 또는 有線通信의 方法에 의하여 送信하거나 이용에 제공하는 것”(저작권법 제2조 9의2)이므로 바로 “傳送”에 해당할 수 있는 것이지 “配布”의 개념과는 아무런 관계가 없고, ii)에서 송신의 전기적 신호과정은 다른아닌 “著作物을...有線通信의 方法에 의하여 送信”하는 것으로 명백한 “傳送”행위에 해당하는 단계이며, iii)은 최초 MP3파일 소지자의 配布行爲의 일부에 속하는 것이 아니라 다른 이용자들 각각의 複製行爲에 불과하다. 우리 저작권법상 配布란 “著作物의 原作品 또는 그 複製物을 一般公衆에게 對價를 받거나 받지 아니하고 讓渡 또는 貸與하는 것”(저작권법 제2조 15호)을 말하는 것인데, 이 事件과 같이 MP3복제파일을 가진 이용자가 원본파일은 자신의 컴퓨터에 여전히 보관한 상태로 파일을 전송하여 다른 이용자들의 컴퓨터에 각각 복제되게 송신하는 행위에서는 讓渡 또는 貸與에서와 달리 占有의 移轉이 없기 때문에 配布라고 보기 어렵다.⁶⁹²⁾

물론 2000. 1. 12. 저작권법 개정전에는 傳送이 과연 配布에 속하는지, 放送에 속하는지 논란이 분분하여 불분명한 형편이었고 대법원의 입장 중에는 放送으로 보는 사례⁶⁹³⁾가 존재하였기는 하였다. 그렇지만, 분명한 것은 2000. 1. 12. 저작권법 개정으로 일단 著作權者에게는 傳送權이 신설된 이상 傳送權의 독자적인 영역⁶⁹⁴⁾이 존재하게 되었다는 것이다.

위 판례는 이렇게 새로 傳送權이 신설되었음을 간과하고 그 이전의 해석태도에 따라 配布權의 개념을 지나치게 확장하고 있는 것이라고 보인다. 美國에서는 傳送權을 따로 규정하지 않고 配布權(right to distribute)의 범위를 확장(“distribution by transmission”)⁶⁹⁵⁾하여 이를 포섭하고 있는데 미국 Napster 事件에서의 논의를 참고하

691) 최성준, “온라인음악서비스에 대한 법적 검토”, 한국지적재산권학회 국제학술세미나 「디지털 콘텐츠와 저작권」 중 「온라인 음악서비스에 대한 법적 검토 및 토론」 토론문, 2003. 11. 14, 6-7면에서도 “타인이 그 파일을 전송받아 갈 수 있는 상태에 두는 것”만으로 과연 배포에 해당한다고 할 수 있을지는 의문이라고 한다.

692) 정상조, 前掲書, 2004, 327면이하 참조. 同旨로는 박익환, “인터넷상 방송 및 전송을 통하여 본 저작권문제”, 디지털재산법연구 제1권 제2호, 한국디지털재산법학회 편, 세창출판사, 2002, 135면 및 김현철, “음악파일의 공유는 사적이용을 위한 복제 아니다”, 저작권문화 102호, 저작권심의조정위원회, 2003. 4. <www.copyright.or.kr/copy/index.asp>[2003. 6. 1.] 및 이규홍, “P2P방식에서의 디지털 저작물 보호 등 저작권법상의 몇몇 문제점에 대하여”, 2005면 등.

693) 아래 벽스뮤직가처분II 事件의 각주에서 설명하는 대법원 2003. 3. 25. 선고 2002다66946 판결.

694) 다만, 신설된 전송권의 범위가 디지털방송 등 새로운 형태의 서비스를 포섭할 수 있을지에 관하여는 다소 불분명하다는 점에 관하여는 정상조, “개정 저작권법의 내용과 쟁점”, 인터넷과 법률, 현암사, 2000, 111면.

695) 이러한 입장에 대하여 1995년 IITF(Information Infrastructure Task Force)는 최종보고서인 일명 “White Paper”에서 저작물이 傳送到에 의하여 일반공중에 配布될 수 있으며, 美國 저작권법상 저작권자의 配布權 안에 이미 그러한 전송행위가 포함되어 있음을 분명히 하면서 다만 이를 명확히 입법할 것을 권고한바 있지만, 받아들여지지 않았다(위 보고서 p. 213 “Recommendations 1. a. THE

第3節 韓國의 소리바다 事件

는 과정에서 우리 법제와의 차이를 혼동하였다⁶⁹⁶)고도 추측해볼 수 있다. 설령 그렇지 않고 위 판례의 취지가 2000. 1. 12. 저작권법 개정에서도 여전히 傳送權이 인정되지 아니하였던 著作隣接權者의 보호를 위하여 配布權을 확장해석하고자 한 선의의 시도라고 하더라도 이는 法 解釋의 限界를 넘어 立法의 領域을 침범한 것에 불과하다.

위 판례의 입장에 따르면, A가 저작권의 허락없이 다른 사람들인 B, C로 하여금 그들 소유의 오디오와 테이프를 이용하여 A 자신의 오디오를 이용한 음악저작물의 재생을 녹음케 하는 방법을 취하여도 A의 配布가 될 수 있다는 결과인데, 이렇게 되면 A의 配布行爲에 B, C가 저작권침해의 공동불법행위자가 되는 것인지, 아니면 “테이프”라는 수단을 제공하여 A의 配布行爲를 가능하게 한 幫助에 의한 不法行爲責任을 부담하는 것인지 모호해지고, 만일 後者라고 한다면 配布에 가장 결정적인 행위, 즉 테이프에의 녹음을 직접 한 것은 B, C인데 왜 A가 배포의 주범이 되는가의 복잡한 법리문제가 발생하여, 결국 “複製”-“傳送”-“配布” 등 각 개념에 일정 영역을 할당하여 비교적 명확히 구분하고자 한 저작권법 체계를 뿌리 채 뒤흔드는 결과가 될 것이다. 위와 같은 사례는 A의 公演行爲와 B, C의 각 複製行爲로 의율하는 것이 가장 간명한 방법인 것이다.

그 뿐만 아니라 配布라고 볼 경우 最初販賣理論의 적용 문제와 관련하여 이용자가 최초 적법한 음악파일을 가지고 있다고 한다면, 소리바다를 통하여 다른 이용자에게 음악파일을 다량 전송하는 행위의 위법성을 논하는 데 어려움이 생긴다.⁶⁹⁷)

(B) 私의複製에 있어 營利目的은 좁게 해석해야 함

위 판결은 소리바다 이용자들의 행위가 私의複製라는 例外에 해당한다는 피고측 주장을 배척하면서 私의複製에 관하여 저작권법 제27조에서 정한 요건 중 “영리를 목적으로 하지 아니하고”를 해석하면서 “...소극적으로 저작물의 구입비용을 절감하는 정도만으로는 營利의 目的을 인정하기에 부족하고 시판되는 게임프로그램 등을 다른 사람

DISTRIBUTION RIGHT”부분, 보고서 전문은 미국특허청홈페이지에서 다운로드가능 <www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii>[2004. 9. 14.].

696) 전송행위가 당연히 配布權의 범주에 속하는 것으로 보는 미국법제에서 논의된 Napster와 달리 저작권 집권자에게 전송권이 없는 韓國에서의 소리바다는 근본적으로 달리 이해하여야 한다는 취지로는 정상 조, “소리바다는 저작권을 침해했을까?”, 인터넷 KAIST TIMES 232호 학술면 참조. 이는 P2P에서는 복제권이 아닌 전송권이 본질이라는 면을 환기시키고 있다.

697) 종래 配布權은 有形의 저작물을 전제로 한 권리개념으로, 配布權의 制限으로서 最初販賣의 原則(first sale doctrine)이 인정될 수 있었다. 하지만, 디지털형태의 무형저작물의 등장에 따라 새로 등장한 傳送權에서는 最初販賣의 原則이 인정되지 아니한다고 해석함이 대개의 입장이다. 傳送權의 변형이라고 여겨지는 WCT 제8조의 公衆傳達權(Right of Communication to the public)은 같은 조약 제6조의 配布權(Right of Distribution)과 달리 아무런 제한을 받지 않는다는 점이 그 근거로 제시되고 있다. 즉, 제6조 제2항에서만 “이 조약의 어떠한 규정도 계약 당사자가 저작물의 원본이나 복제물이 저작자의 허락하에 최초 판매되거나, 또는 기타 소유권이 이전된 후에 제1항 상의 권리의 소진이 적용될 조건을 결정할 자유에 영향을 미치지 아니한다”고 하여 계약당사자에게 配布權에 관하여는 권리소진, 즉 最初販賣의 原則을 인정할 수 있는 재량을 부여하고 있다.

이 구입한 게임CD로부터 복제하는 경우와 마찬가지로 통상 대가를 지급하고 구입해야 하는 것을 무상으로 얻는 행위에는 營利의 目的이 인정된다”고 判示하고 있다. 그러나 “시판되는 게임프로그램 등을 다른 사람이 구입한 게임CD로부터 복제하는 경우”란 바꾸어 표현하자면 “구입 대신 복제로 구입비용을 소극적으로 절감하는 경우”에 다름 아니므로 위 判示는 사실 同語反覆에 불과한 두 가지 표현을 마치 서로 相異한 것처럼 대비시키고 있는 誤謬에 불과하다.

이에 관한 有力한 反對立場⁶⁹⁸⁾에 따르면 私的複製를 성립할 수 없게 하는 “營利의 目的”이란 “소극적으로 저작물의 구입비용을 절감한다는 의미가 아니라, 복제물을 타인에게 판매하거나 타인으로부터 복제의 의뢰를 받아 유상으로 복제를 대행하는 등 복제행위를 통하여 직접 이득을 취할 목적”을 가리킬 뿐이며, 따라서 소리바다의 이용자들이 MP3파일을 구입하는 대신 소리바다 서비스상 파일교환의 방법으로 획득하는 행위는 도덕적 비난대상이 될지는 몰라도 적어도 저작권법상 私的複製에 해당하는지를 검토함에 있어서는 그러한 이용자에게 위와 같은 營利의 目的은 없다고 보아야 할 것이다.

그렇지 아니하고 판례의 입장대로 “통상 대가를 지급하고 구입해야 하는 것을 무상으로 얻는 행위는 영리의 목적이 있는 것이다”라고 해석해 버리면, “著作權法에 의하여 著作權者의 著作權이 보호된다”고 논할 때 資本主義 社會에서의 의미는 “당해 著作物이 有料이다”라는 뜻에 다름 아닌데,⁶⁹⁹⁾ 이렇게 著作財產權이 보호된 결과 사실상 언제나 有料인⁷⁰⁰⁾ 著作物에 대하여 그 대가를 지급하여 구입하지 않고 무상으로 얻는다면 언제나 私的複製가 될 수 없다는 결과가 되어 결국 著作財產權 制限의 한 형태로서 私的複製라는 제도의 존재 자체를 부정하는 것이 된다.⁷⁰¹⁾

營利目的에 대한 위 판결의 느슨한 해석은 판결 스스로는 밝히고 있지 아니하지만, 위 판결이 크게 의지하여 경우에 따라 해석만 하여 채용하다시피 한 美國 Napster 法院의 입장을 추종한 것이라고도 짐작된다. 그러나 Napster 法院이 소리바다 이용자들의 행위와 거의 동일한 Napster 이용자들의 행위에 대하여 “營利目的”이 있다고 판단한 것을 營利目的(commercial use)이라는 문구해석에만 완전히 의거한 결과로 보아서는 곤란하다. Napster 法院이 “營利目的”을 해석함에 있어 그보다 앞선 다른 판결례들

698) 오승중, 이해완의 前揭書가 이러한 입장이다.

699) 즉, 私的複製라는 例外는 著作財產權의 일종인 複製權의 제한이지, 재산 혹은 금전과 관계없는 著作人格權 영역의 문제가 아닌 것이다.

700) 著作權者가 스스로 有料이기를 포기하고 無料로 제공한 저작물이라면 아예 著作權者가 複製權의 침해를 운운하여 애당초 쟁송을 제기할 일도 없을 것이어서 이용자가 私的複製의 抗辯을 제출할 필요조차 없을 것이다.

701) 김현철, 전게논문, 6면에서도 대부분의 사적이용을 위한 복제는 무료로 제공되는 저작물의 복제물을 이용하는 것이 아니라 유료로 제공되는 저작물의 복제물을 구입하는 대신 복제하는 것이므로 법원의 논리에 의하면 私的複製가 성립될 여지가 없어지게 된다는 입장이다.

第3節 韓國의 소리바다 事件

도 先例로 인용하고 있지만 1997년 電子竊盜禁止法(No Electronic Theft Act)를 통하여 기존 저작권법상 “經濟的 利益(financial gain)”의 개념이 확장된 것에 실제로는 강한 영향을 받았고, 특히 Napster 抗訴審이 營利目的의 解釋의 根據 중 하나로 이러한 電子竊盜禁止法을 나열하고 있음은 이미 Napster 判決을 설명한 부분에서 상술하였다. 따라서 電子竊盜禁止法과 같은 특별법을 통한 관련용어의 定義가 확대되는 등 입법적 사정이 달랐던 美國의 해석에 韓國의 그것을 꼭 맞출 이유는 없는 것이다.⁷⁰²⁾

결론적으로, 판례가 실시한 바와 같이 소리바다 이용자들의 행태는 MP3복제파일을 자신의 컴퓨터에 저장하는데 그치지 아니하고 특별한 사정이 없는 한 바로 전혀 친분 관계가 없는 불특정 다수의 다른 이용자에게 재전송하는 것을, 이용자 상호간에 서로 양해하고 있는 관계이므로 이들 사이의 관계는 私的複製의 두 가지 요건 중 “ii) 이용 범위가 개인적 이용이나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위”에 해당하지 아니한다고 보 이고⁷⁰³⁾ 결국 私的複製에 해당한다고 할 수 없다고 판단한 結論에는 공감하지만, 다만 그러한 결론에 이르기 위하여 다른 요건, 즉 營利目的이 아닐 것이라는 요건에도 해당 하지 않는다고 판단한 것은 부당하다.

(C) 私的複製와 관련한 그 밖의 쟁점 검토

제3자가 소유한 저작물을 이용하여 복제하는 경우에 私的複製가 되기 위해서는 그 제3자는 그 저작물을 이용할 권리를 저작권자로부터 허락받았어야 함을 전제하여, 소리바다에서 MP3파일을 전송하는 이용자들이 이러한 허락을 받지 않은 점만으로도 소리바다에서의 MP3파일교환행위가 私的複製에 해당하기는 어렵다는 견해⁷⁰⁴⁾가 있으나, 이는 의문이다. 이러한 견해는 저작권법 입법당시 디지털복제를 예상하기 어려웠고 특히 우리 법은 복제보상금제도도 갖추고 있지 않으므로 위와 같이 해석하지 아니하면 다량의 디지털복제가 합법적으로 이루어져 저작권자의 이익을 심대하게 침해하는 것을 막을 수 없음을 근거로 한다.⁷⁰⁵⁾ 사실 저작권법에서 종래부터 私的複製가 허용된 가장 큰 이유는, 아날로그시대의 저작물은 이를 개인이 복제하는 것을 허용하더라도 복제행위에 상당한 시간과 노력이 수반될 뿐만 아니라 그 복제물의 품질이 통상 원본보다 粗

702) 심지어 위와 같이 電子竊盜禁止法의 등장이 있음에도, 여전히 P2P 파일교환은 “영리적(commercial)” 이용이 아니라는 견해(Neil Weinstock Netanel, op. cit., p. 32)도 있는 것이다.

703) 같은 취지로는 김문환, “MP3과 저작권법상의 문제점”, 인터넷과 법률, 법문사, 2002, 365면.

704) 안효질, “P2P環境하에서의 著作權侵害責任”, 22-23면.

705) 아울러, 위 견해가 주장하는 바는 아니지만, 연혁적으로 미국 判例 중 가령, Sega Enterprises v. Maphia 事件(857 F.Supp. at 687)은 Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc. 事件(975 F.2d 832, 843)을 인용하면서 公正利用이라는 예외를 주장하려면 반드시 저작물의 정당한 사본을 보유하고 있어야 한다고 판시하고 있어 미국 판례상 公正利用으로 인정받으려면 위 견해와 같은 요건을 갖추어야 한다. 그러나 우리법상 私的複製의 요건을 미국의 포괄적인 公正利用(Fair Use) 제도의 해석과 일치 시켜야 할 필요는 없다.

惡하여 실제로 저작권자에게 미치는 저작물 시장에서의 손실이 크지 않기 때문이었는데, 디지털시대에서는 私的複製를 허용한 위와 같은 기본 전제가 파괴되었으므로 韓國 뿐 아니라 전세계적으로 디지털시대에서도 아날로그시대와 마찬가지로 私的複製라는 예외를 허용할 지에 관하여 아직도 활발한 논의가 있고⁷⁰⁶⁾ 위 견해는 이러한 문제점을 지적하는 점에서는 의미가 있다.

그러나 우선, 디지털저작물은 아날로그 저작물과 달리 원본인지, 복사본인지 판별이 용이하지 않고, 인터넷상으로 저작물을 전송받는 자에게 당해 전송자가 적법한 권리자인지 확인할 것을 요구하는 것은 사실상 인터넷상에서는 私的複製를 허용하지 않는 결과가 될 위험이 있다.⁷⁰⁷⁾

뿐만 아니라, 현행 저작권법은 아날로그시대에 입법제정된 뒤 그대로 고쳐지지 않고 시행되고 있는 법률이 아니라 디지털시대에 맞추어 수차례 개정된 결과물임에도 사적 복제규정을 손질⁷⁰⁸⁾하거나 복제부과금제도를 아직 도입하지 아니한 것은 이 역시 일종의 立法者의 決斷이라고 볼 수 있다. 그렇다면 아날로그시절의 私的複製의 요건을 논의함에 있어서는 거의 요건으로 거론된 적이 없던 “私的複製의 목적물에 관하여 원점유자가 저작권자로부터 이용허락을 받았을 것”이라는 사실상 새로운 要件을 追加하는 것은 法解釋의 범위를 넘어선 것이다. 그러한 방향의 규율은 디지털 전송형태의 복제에서는 私的複製를 대폭 제한하거나, 복제부과금을 도입하는 방향과 같은 立法者의 새로운 決斷을 요구하는 領域⁷⁰⁹⁾이라고 보는 것이 현재까지는 더 타당할 것이다.

아울러, 저작권법이 傳送權을 저작재산권의 일종으로 규정한 이상 私的複製의 규정은 적용될 여지가 없어, 저작권자의 동의없는 저작물의 전송은 항상 저작권침해를 구성한다는 설명⁷¹⁰⁾도 있으나, 수신자의 복제행위가 公正利用(혹은 私的複製)을 구성한다면 전송자의 전송행위는 그것이 일견 저작권자의 전송권을 침해하는 외양을 가졌더라도 위와 같은 公正利用을 위하여 불가피하게 수반되는 행위라고 반박할 여지가 없지

706) 가령 국내에서의 논의로는 민은주, 전계논문, 38면 등.

707) 다만, 독일의 저작권법 제53조는 사적복제를 위해 사용된 복제원본이 불법적으로 생성된 것이 아님이 명백한 경우에 한하여 사적복제의 성립을 인정하는 엄격한 입장이라고 한다 [국회 문화관광위원회, “저작권법중개정법률안검토보고”, 2005. 2, 8면].

708) 2000. 1. 12. 개정시 但書 條項으로 “一般公衆의 사용에 제공하기 위하여 設置된 複寫器機에 의한 複製”를 私的複製에서 제외하고 있을 뿐이다.

709) 그런데, 2004년 말 다시 발의된 저작권법 전면개정안에서는 私的複製를 정한 저작권법 제27조 중 종전 但書(공중용 복사기기에 의한 복제)에 더하여, 새로운 但書로 “저작권을 침해하여 만들어진 복제물 또는 정당한 권리없이 배포, 방송, 전송된 복제물을 그 사실을 알면서 복제하는 경우”를 정하고 있었고, 만약 이러한 원안대로 입법되었다면 당연히 향후에는 P2P상의 복제가 私的複製에 해당하기 곤란하였을 것이다. 그렇지만, 2005. 3. 8. 공청회에 제출된 개정안에서는 위와 같은 새로운 但書는 삭제되어 있다. 공청회의 개정안은 <www.wantandhope.net/bbs/view.php?id=act5&page=1&sn1=&divpage=1&sn=of&ss=on&sc=on&select_arrange=headnum&desc=asc&no=10>[2005. 6. 7.].

710) 안효철, “P2P環境하에서의 著作權侵害責任”, 28면.

第3節 韓國의 소리바다 事件

않으므로 위 설명처럼 손쉽게 단정할 수는 없는 것이다.

(D) 著作權法上으로도 幫助의 경우까지 侵害停止責任을 부담시키는 解釋이 可能함

위 판례는 그보다 앞서 ISP의 저작권침해관련 책임을 논한 “각테일98” 事件이나 “인터넷제국” 事件과 마찬가지로 판시내용에서 美國에서의 寄與責任⁷¹¹⁾이나 代位責任⁷¹²⁾에 관한 설명을 상당부분 차용하고 있음을 알 수 있다. 그렇지만 위 판례는 미국에서의 그런 논의들이 우리 성문법 중 어느 조문과 관계있느냐의 문제, 즉 소리바다가 民法 제760조 1항의 共同不法行爲의 責任을 지는가, 아니면 제760조 3항의 教唆, 幫助에 의한 不法行爲責任을 부담하는 지에 관하여 명시적으로 언급하고 있지 않다.⁷¹³⁾

판례가 前者에 의한 책임을 지운 것으로 보는 해석도 있는데,⁷¹⁴⁾ 어쨌든 學說의 多數⁷¹⁵⁾는 後者에 의한 책임을 묻는 것이 타당하다는 입장으로 보인다.

비록 教唆, 幫助에 의한 不法行爲도 제760조 3항의 규정이 제760조 1항을 準用하므로 民法領域에서는 제760조 1항에 따른 共同不法行爲와 법률효과에서 차이가 없겠지만, 著作權法의 領域으로 넘어오면 공동침해자의 경우와 달리 教唆, 幫助에 의한 침해자는 저작권법 제91조에 侵害停止請求權의 상대방이 되지 않는다는 상당히 유력한 解釋論⁷¹⁶⁾이 있어, 이에 따른다면 법률효과의 차이가 크게 된다. 이러한 解釋論은 “著作權 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 權利....를 가진 者는 그 權利를 침해하는 者에 대

711) 위 판례 중 “피고들이 이용자의 침해행위를 적극적으로 야기하였거나, 침해행위를 인식하고도 이를 방치하면서 실질적으로 침해행위에 기여하였는지...” 실시부분.

712) 위 판례 중 “피고들이 침해행위를 관리·지배하고 그 침해행위로부터 직접적인 재산상의 이익을 얻었는지...”부분.

713) 原審 判決의 실시 중 “4. 나. 채무자들의 저작인접권 직접침해 여부”에서 “이용자들과 공동으로 채권자들의 음반 복제권·배포권을 직접적으로 침해”하였다는 원고의 주장을 법원이 배척한 것이 다름아니라 狹義의 共同不法行爲를 부정한 것이고, 반대로 “4. 다. 소리바다 이용자의 저작인접권 침해에 따른 채무자들의 책임 여부”에서 “이용자들의 침해행위를 가능하게 하거나 용이하게 함으로써 채권자들의 위 권리를 침해하였다”는 원고 주장을 인정한 것은 教唆, 幫助에 의한 共同不法行爲를 인정한 것이라고 善解할 수도 있지만, 原審의 判決은 모호한 표현을 사용하였다. 앞선 주장을 배척한 것은 협의의 공동불법행위 전반이 아니라 단지 침해의 목적으로 소리바다프로그램 개발 및 소리바다서비스가 유지된다는 주장부분만을 배척한 것이라고도 볼 수 있고, 나중의 주장을 인용한 것은 과연 教唆, 幫助 責任으로 인정한 것인지, 그 중 教唆인지 幫助인지 명기하지 않았던 것이다. 다만, 같은 事件의 抗訴審에 이르러 전자의 주장은 狹義의 共同不法行爲의 責任 주장으로, 나중의 주장은 분명히 幫助에 의한 責任 주장으로 정리된 듯하고 抗訴審 역시 그러한 각 주장으로 當否를 판단하고 있다.

714) 최성준, “정보의 보호를 둘러싼 분쟁과 재판실무”, 4-5면, 및 같은 저자의 “온라인음악서비스에 대한 법적 검토”, 한국지적재산권학회 국제학술세미나 『디지털 콘텐츠와 저작권』 중 『온라인 음악서비스에 대한 법적 검토 및 토론』 토론문, 2003. 11. 14., 2면.

715) 최성준 “온라인음악서비스에 대한 법적 검토” 및 “정보의 보호를 둘러싼 분쟁과 재판실무”, 이규홍, “P2P방식에서의 디지털 저작물 보호 등 저작권법상의 몇몇 문제점에 대하여”, 210-211면 등.

716) 최성준, “정보의 보호를 둘러싼 분쟁과 재판실무”, 6면, 그 외에 박성호, “소리바다를 둘러싼 저작권 쟁점”, 경찰청사이버수사대 법률칼럼 <www.cybercrime.go.kr/column/columnt_02_2.htm?id=11&cpage=1> [2004. 6. 18.] 및 “온라인서비스제공자의 불법행위책임”, 계간 저작권 2001년 겨울호, 44면도 “저작권법상의 저작권 침해는 인정되기 어렵다 하더라도 저작권 침해를 방조한 경우에 해당하여 공동불법행위책임이 성립한다는 것을 인정하고, 인격권 침해나 환경권 침해에 준하여 일정한 요건 아래에서 제한적으로 금지청구권이 인정된다고 판단한 것”이라고 하여 앞선 論者의 해석과 같은 듯하다.

하여 침해의 정지를 請求할 수 있으며, 그 權利를 침해할 우려가 있는 者에 대하여 침해의 豫防 또는 損害賠償의 擔保를 請求할 수 있다”는 저작권법 제91조 중 “그 權利를 침해하는 者”란 원칙적으로 자신이 直接 權利를 침해하는 자에 국한되며, 예외적으로 특허법 제127조, 실용신안법 제43조, 의장법 제63조, 상표법 제66조 등에서도 같이 지적재산권 침해의 幫助行爲까지 당해 權利의 침해행위로 간주하는 규정, 즉 間接侵害 規定을 두고 있을 때만 침해행위의 幫助者까지 “그 權利를 침해하는 者”에 포함될 수 있을 뿐임을 전제한다. 그런데 저작권법은 이런 間接侵害 規定을 두고 있지 아니하므로 결국 저작권침해의 방조행위는 著作權法上 權利를 침해하는 행위라고 볼 수 없음을 근거로 내세운다.⁷¹⁷⁾

이와 대립하여 判例는 “저작권 등을 침해하는 자에 대하여 그 침해의 태양을 묻지 않고 침해의 정지를 청구할 수 있는 배타적 권리라 할 것이므로, 피고들의 서비스 제공을 이용자들의 직접적 침해행위와 동일하게 평가할 수 있는 이상 원고들은 피고들에 대하여 저작권법 제91조 제1항 전단의 침해정지청구권을 행사할 수 있다”고 하였으므로 위 解釋論과는 정면으로 대립된다.

살피건대 著作權法이 特許法 등 다른 법들과 달리 間接侵害의 規定을 두고 있지 않고 있다라도 이 점에 터잡아 곧바로 幫助에 의한 저작권침해자가 저작권법상 침해금지 청구의 상대방이 아니라고 단정하는 것은 다음과 같은 이유들 때문에 부당하다.

첫째, 우리 특허법 등에서 정한 間接侵害는 바로 미국특허법상 “寄與侵害 (Contributory Infringement)”⁷¹⁸⁾를 도입한 것으로 그 어휘가 ISP의 책임을 논함에 있어 거론되는 寄與責任(Contributory Liability)과 유사할 뿐만 아니라, 실제로도 寄與責任이 위 특허법규정에서 출발하였다고 보는 것이 대개의 해석이다. 그리고, 특허법 등이 間接侵害로 실제 규제하고 있는 태양도 가령 “特許가 방법의 發明인 경우에는 그 방법의 실시에만 사용하는 물건을 生産·讓渡·貸與 또는 輸入하거나 그 물건의 讓渡 또는 貸與의 請約을 하는 행위(특허법 제127조 제2호)”와 같이 위 ISP의 寄與責任이 거론될만한 태양(가령 오로지 저작권침해를 목적으로 한 ISP의 서비스나 그 시설의 生産 및 이용자에 대한 貸與등 일련의 準備行爲)과 일견 유사하다. 그러므로 우리 저작권법이 위 間接侵害를 규율하지 아니한 결과 그와 “동일한” ISP의 幫助行爲에 대하여 침해금지청구를 구하기 곤란한 것으로 보일 수도 있겠다.

그러나 미국법의 해석이 아닌 우리 특허법 등에 국한⁷¹⁹⁾한다면 위 특허법 제127조 1

717) 앞서 日本의 파일로그 事件을 설명하며 보았듯이, 한국의 이러한 해석론은 피고 파일로그가 내세웠던 주장과 그대로 일치한다. 피고 파일로그는 그 외에도 저작권법상의 禁止請求權은 상대방의 故意, 過失을 묻지 않는 강력한 권리인데, 教唆, 幫助까지 전부 금지청구의 대상으로 하면 과도한 금지가 될 우려가 있다는 주장도 덧붙인바 있다.

718) 35 U.S.C. 271 (Infringement of patent).

第3節 韓國의 소리바다 事件

호는 侵害를 準備하는 段階의 行爲를 미리 準備段階에서 차단하여 침해를 막고자 하는 취지로 보이는바, 이러한 行爲는 幫助行爲의 일부에 속한다고 할 수는 있을지 몰라도 逆으로 ISP의 책임론에서 문제되는 ISP의 幫助行爲 등이 언제나 위 間接侵害에 해당한다고 볼 필요는 없을 것이다. 즉 ISP의 幫助行爲 중에는 事前 준비단계가 본질이라 할 위 間接侵害과 같이 “저작권침해를 목적으로 한 ISP의 서비스나 그 시설의 준비행위”가 아니라 위 시설을 가동하여 서비스를 함으로써 침해를 現在 ㅅ고 있는 행위를 제지하는 것이 문제되는 것인바, 이러한 행위는 저작권법이 간접침해행위를 규제하고 있느냐와 관계없이 저작권법 제91조의 政策的인 解釋으로 충분히 ㅅ해금지를 구할 수 있다고 보아야 ㅅ론적으로는 더 타당할 것이다.

둘째, 앞서의 解釋論에 따르면 幫助責任을 부담하는 ISP에게 侵害禁止가 아닌 損害賠償을 청구하는 경우에도 저작권법상로는 ㅅ해배상을 구할 수 없고 民法의 不法行爲 規定에 의하여야 한다는 입장으로 ㅅ결되는데,⁷²⁰⁾ (幫助에 의한) 著作權法 關聯責任을 거론하면서 ㅅ작 근거규정은 著作權法으로 擬律되지 못하고 ㅅ이 民法規定에 依支하여 책임을 지우는 해석은 구조적으로도 어색하고 문제가 있다. 뿐만 아니라 이러한 ISP나 그 대표자들에게 刑事責任을 추궁한 實務例⁷²¹⁾와 비교하여도 刑事로는 著作權法에 ㅅ을하면서도 民事로는 民法에 의하여야 한다는 ㅅ론도 비록 형사와 민사의 차이를 감안하더라도 상당히 어색하다.

이상과 같은 私見이나 그 반대인 위 解釋論과는 다소 출발점을 달리하여, 민법상 소유권에 의한 ㅅ해배제청구권에 기하여 ㅅ해상태를 직접 야기하지 않았더라도 그 권리 ㅅ해상태를 지배하는 지위에 있다고 인정되면 그 상대방이 될 수 있는 것과 마찬가지로⁷²²⁾ ISP가 그 ㅅ해상태를 야기하지 않았다고 하더라도 그 권리방해상태를 지배하는 지위에 있다고 인정된다면 저작권법 제91조 소정의 ㅅ해배제책임을 부담시키는 데에는

719) 미국 특허법상 간접침해가 당해 물품이 주로 특허권침해에 쓰일 것을 요구하는 것과 달리 우리 특허법은 가령 제127조 제1호 중 “그 물건의 生産에만 사용하는 물건을 生産”하는 행위처럼 오로지 특허권침해에 쓰일 것을 요건으로 하는 점에 차이가 있다.

720) ㅅ해배상에 관한 저작권법 제93조는 “權利를 ㅅ해하는 자”만이 ㅅ해배상의무가 있다고 규정하고 있는데, 이는 저작권법 제91조에서 ㅅ해정지청구의 상대방을 “權利를 ㅅ해하는 자”로 규정하고 있는 것과 文句가 완전히 동일하므로, 後者の 규정에 의하여 상대방이 되지 않는 이상 前者의 경우만 상대방에 된다고 보기는 곤란하기 때문이다.

721) 가령, 아래에서 설명하듯이 소리바다 대표자들에 대한 검찰기소시 의거한 법리가 “방조에 의한 저작권법위반”일뿐 아니라 앞서 인터넷제국 사건에서 주식회사 인터넷제국 및 그 대표자인 최 O에 대하여 이미 서울지방법원 2000고약58241호 약식사건으로 2002. 2. 15. “방조에 의한 저작권법위반”의 죄가 확정된바 있음.

722) 더 상술하면, 이 견해의 근거는 ㅅ해배제청구권에 관한 민법 제214조의 해석상 소유권방해배제청구권의 상대방은 그 방해하는 사정을 지배하는 지위에 있는 자로 그 상대방이 될지의 인정여부는 그 방해를 발생시켰다는 사실과는 무관한 것이고, 그 논리가 준물권적 성격을 갖는 저작권에도 적용된다고 보면 권리침해상태를 지배하는 지위에 있는가 여부의 문제로 ㅅ결되며 이는 사안별로 판단되어야 하여야 할 것이라는 입장이다.

이론적으로 별 무리가 없다고 하여 결국 侵害停止請求權의 근거를 이 논문과 마찬가지로 저작권법에서 찾는 견해⁷²³⁾도 있다.

다만, 어쨌거나 2003년 개정 저작권법 제77조의2 제1항에 따라 著作權者 등은 온라인서비스제공자에 대한 侵害主張의 通知 節次를 통하여 당해 저작물의 복제·전송을 중지할 것을 요구할 수 있게 되었으므로 그러한 中止請求權의 도입으로 상당부분 위와 같은 논란을 불식할 수 있게 되었지만 여전히 일정부분⁷²⁴⁾에서는 위와 같은 論爭이 유효하다.

덧붙여, 이 논문은 앞서 인터넷서비스제공자가 注意義務를 부담하는 근거가 될 조문으로는 民法 제760조 제3항이 원칙이라는 입장을 취하였는바,⁷²⁵⁾ 이는 저작권자가 저작권법에 의하여 침해정지책임을 추궁하거나 나아가 저작권법 제93조에 따라 손해배상을 구할 수 있다는 사실과 모순되는 것이 아니다. 즉, 저작권법상 책임규정은 민법상 책임규정의 특칙으로서의 지위가 있는바, 저작권자측은 民法上 教唆·幫助에 의한 不法行爲責任을 구하거나, 著作權法上 責任을 選擇的으로 追窮할 수 있을 것인데 양자의 법적 효과가 구체적인 점에서 상이하므로 이런 경합을 인정할 실익이 있다.

(E) 技術的 統制可能性 부분은 보다 신중히 판단해야함

위 판례는 技術的 統制可能性을 ISP의 책임요건으로 삼지 않는다는 입장인데, 이것은 물론 소리바다¹⁾이 앞서 본대로 Napster보다 중앙서버의 역할이 더욱 제한적이라는 특성 등을 고려한 결과이기도 하다. 이러한 판례의 입장에 비교적 손쉽게 찬동하는 입장⁷²⁶⁾도 있으나, 技術的 統制可能性은 아래의 KaZaA 판결 등에서 보듯이 그것이 Hybrid 방식의 P2P이든 Pure 방식의 P2P이던지 간에 ISP에게 책임을 지우기 위한 중요한 基準으로서 의미가 있는데 그러한 基準을 위 판결에서 왜 채용하지 않았는지에 대하여 보다 치밀한 설명이 필요하였다고 할 것이다. 뿐만 아니라, 향후의 분쟁에서는 統制可能性의 유무 판단이라는 어려운 난제를 위 판례처럼 손쉽게 벗어날 수 없는데,

723) 권영준, “인터넷상에서 행해진 제3자의 불법행위에 대한 온라인서비스제공자의 책임”, 인터넷과 법률, 법문사, 2002, 572면 이하 및 전개학위논문, 81면 이하 각 참조. 그러나 위 論者는 침해제거책임에 관하여는 저작권법에 의한 책임을 긍정하면서, 손해배상책임에 관하여는 저작권법에 의할 수 없고 민법 제760조 공동불법행위의 요건에 의할 수밖에 없다는 입장을 취하고 있는 것으로 보이는 바, 앞서 보았듯이 저작권법상 침해제거책임과 불법행위책임에 관한 명문이 완전히 동일함에 비추어 볼 때 이 부분은 타당하지 않다고 여겨진다.

724) 論者(이규홍, “P2P방식에서의 디지털 저작물 보호 등 저작권법상의 몇몇 문제점에 대하여”, 213면)에 따라서는 입법적으로 문제가 해결되었다는 설명도 있으나, 새로운 제77조의2에 의하면 복제·전송의 중단을 요구할 수 있을 뿐임에 반하여, 幫助에 의한 著作權侵害者는 만일 저작권법상 侵害停止請求權이 인정된다면 저작권법 제91조에 정한 권리(침해의 豫防 또는 損害賠償의 擔保를 請求 등)를 더 享有할 수 있다는 차이가 여전히 존재한다.

725) 제2장 제3절 1. (1) “인터넷서비스제공자의 注意義務 負擔의 根據에 관한 論議” 참조.

726) 오병철, 전개논문, 15면 및 최성준, “정보의 보호를 둘러싼 분쟁과 재판실무”, 6면. 가령 오병철, 전개논문에서는 이용자의 저작권침해에 기여하는 정도가 상이하므로 統制可能性 등 일반적인 ISP책임에서 논하여 지는 이론을 P2P방식 제공자에게 그대로 적용하는 것은 구체적 타당성을 무시한 것이라고 주장하고, 그런 한도에서 구체적 統制可能性을 요건을 삼지 않은 소리바다 判決은 타당하다고 한다.

第3節 韓國의 소리바다 事件

그 이유는 2003년 개정 저작권법 제77조 제2항⁷²⁷⁾에서 統制可能性을 면책요건으로 명문화하였기 때문이다.

統制可能性을 인정함에 가장 느슨한 기준은 소리바다1이 적어도 침해를 막기 위하여 스스로 “P2P방식 자체의 방지나 중단”은 할 수 있으니 統制可能性이 긍정된다는 해석, 혹은 소리바다1의 중앙서버가 없는 한 이용자들의 파일교환이 불가능한 이상 곧바로 統制可能性을 긍정할 수 있다는 해석으로 요컨대 침해행위를 제지할 수 있는 制止可能性으로 보는 입장일 것이다. 반대로 엄격한 기준은 특정파일교환이 침해행위를 알고 이를 區別하여 制止할 수 있었을 때만이 統制可能性이 있다고 보는 입장이 된다. 아래에서 Sony 原則과 관련하여 상술하겠지만 이러한 해석 중 正答은 없다고 생각하며, 다만 침해부분만의 區別可能性으로 해석하는 後者에 좀 더 찬동한다.

소리바다1의 서버역할이 Napster의 그것보다 더 제한이라고 하더라도 막바로 區別可能性이 없다고 쉽게 단정할 것은 아닐 것이다. 왜냐하면 소리바다1의 경우에도 다른 유사서비스와 마찬가지로 이른바 “검색 금지어”를 설정할 경우 앞서 Napster 事件과 거의 마찬가지로 일정범위의 침해파일만을 구별하여 검색불가능하게 하는 능력⁷²⁸⁾이 있다고 볼 수도 있기 때문이다.

결론적으로, 統制可能性이 ISP책임의 기준으로서 중요하다 하더라도 전적으로 이에 의지하는 태도는 바람직할 수 없다. 이와 관련하여 비록 統制可能性의 판단차원에서는 피고가 통제가능하므로 책임이 있다고 볼 여지가 있더라도 피고의 서비스로 인한 사회적 이익이 손실보다 큰 경우라면 그 서비스가 정지되어서는 안되고, 반대로 피고가 통제할 수 없더라도 피고가 제공하는 서비스로 인한 사회적 손실이 이익을 상회할 때에는 피고에게 책임을 추궁하여 그 서비스 공급을 정지시킬수 있다고 판단함이 타당할 것인데, 이것은 다름아닌 Sony 原則의 일부이므로 후술하기로 한다.

(F) 美國 Napster 判決에 대한 잘못된 이해에서 출발

소리바다 假處分異議 1심판결은 명시적으로 판결문 말미에 참고한 외국사례로 Napster 事件을 소개한 요약문을 첨부하고 있고, 그렇지 않았더라도 위 판결이 Napster 法院의 판단으로부터 지대한 영향을 받고 있음은 다음 여러 가지 점으로 알

727) “...당해 복제·전송을 방지하거나 중단시키고자 하였으나 기술적으로 불가능한 경우에는... 온라인서비스제공자의 책임은 면제된다.”

728) 실제로, 2005년 상반기 현재 韓國에서 영업중인 P2P 서비스제공자(가령, “온파일”, “광파일” 등)나 인터넷스토리지 서비스제공자들(가령, “네오폴더”, “폴더플러스” 등)은 저작권자측으로부터 侵害主張의 通知가 있는 경우 신속하게 서비스상에서 침해결과물을 삭제하고 해당 侵害主張의 通知를 게시한 다음 당해 저작물의 명칭 등을 소위 檢索 禁則語로 설정하는 등의 조치를 하여 이용자들이 더 이상 파일을 교환하지 못하도록 어느정도 막고 있다. 다만 Napster의 경우와 마찬가지로 이러한 금지어 역시 迂廻가 불가능하지 않아, 금지어설정이 가능하다고 하여 항상 統制可能性을 긍정하게 되는 것은 아니다.

수 있다. ① Napster에 대한 책임추궁은 이용자들의 직접침해(direct infringement)에 대한 2次的 責任 내지 간접침해 책임을 묻는 것이었으므로 Napster의 책임유무를 가리기 위하여는 먼저 이용자들의 직접침해가 성립하는 지를 검토하는 것이 당연할 것이지만, 韓國의 성문법상으로는 幫助의 책임을 묻는 경우가 아닌 한 이용자들의 책임을 먼저 검토할 필요는 없는 것임에도 소리바다 法院은 굳이 Napster 判決의 실시순서와 같이 판시하고 있고, 아울러 우리의 법제와는 어울리지 않는 “직접침해”라는 표현도 사용하고 있는 점, ② 미국 저작권법상으로는 傳送을 配布權(distribution right)의 범주에 속한다고 해석하므로 Napster 法院은 당연히 이용자들에 의한 전송행위가 配布權을 침해한 것이라고 판단한 것이지만, 당시 한국 저작권법은 이미 傳送을 配布의 개념으로부터 분리하여 傳送權을 따로 신설하고 있었음에도 이용자들의 傳送을 傳送權의 문제가 아닌 配布權의 침해로 무리하게 판단하고 있는 점, ③ Napster 法院이 美國의 公正利用에 관한 규정 중 “영리적 이용(commercial use)”의 의미를 해석하며 Napster 이용자들이 금전적 이득의 목적이 없이 파일끼리 교환한 행위도 영리적 이용에 해당한다고 엄격하게 해석한 것은 1997년 입법된 電子竊盜禁止法 등의 영향이 있었던 것이었음에도, 이러한 특별한 사정이 없었던 韓國의 소리바다 法院에서 私的複製의 요건과 관련한 “營利 目的”의 의미를 Napster 法院과 마찬가지로 해석하고 있는 점, ④ 한국 성문법은 전혀 다른 규정임에도 소리바다 法院이 책임의 요건을 실시하면서 “이용자의 침해행위를 적극적으로 야기하였거나, 침해행위를 인식하고도 이를 방치하면서 실질적으로 침해행위에 기여하였는지” 등을 따져야 한다고 하여 실제로는 Napster 法院이 검토하였던 미국 판례법상 寄與責任과 代位責任의 法理를 그대로 우리 법의 해석으로 옮기고 있는 점 등이 그러하다.

요컨대, 소리바다 가처분이의 판결의 논리는 Napster 判決의 논리를 대부분 차용한 것이므로 적어도 Napster 判決의 취지에 대한 진지하고 올바른 이해는 基本的인 前提라 할 수 있다. 그러나 소리바다 假處分異議 1심판결 말미에 첨부된 Napster 判決의 要約文을 살펴보면 소리바다 法院이 Napster 判決이 실시한 내용을 오해하고 있음을 알 수 있다.

즉, 위 요약문은 원고가 Napster에게 이용자들의 침해행위에 대한 “불법도구”의 제공자로서의 寄與責任 및 代位責任을 추궁하였고 이에 반하여 Napster측은 자신들의 서비스가 “불법도구”가 아니므로 寄與責任 및 代位責任을 지지 않는다고 다투었다면서 Napster 1審은 Napster가 제공하는 P2P서비스는 불법도구에 해당한다고 하여 豫備的 留止命을 내렸지만, 抗訴審은 寄與責任 부분에서 Napster가 불법도구에 해당한다고 보기 어렵다고 보아 이 부분을 과기하였다는 요지를 적고 있어, 마치 Napster 事件에

第3節 韓國의 소리바다 事件

서 당사자들의 주장 및 법원 판단의 核心이 Napster가 “불법도구”이나 아니냐에 관하여 이루어진 것처럼 설명하고 있다.

우선 소리바다 가처분이의 판결에 첨부된 要約文에서 지칭하는 “불법도구”라는 표현이 과연 무엇을 지칭하는 것인지는 명백한 설명이 없어 다소의 모호함이 있다. 따라서 그 표현의 출처를 정확히 찾기는 어려우나 법원내부의 논의에서는 가장 먼저 등장한 것으로 보이는 문헌⁷²⁹⁾의 설명과 표현이⁷³⁰⁾ 법원에서 나온 이후 문헌들에서도 원용되는 것으로 보아,⁷³¹⁾ 소리바다 가처분이의 판결도 앞서의 문헌을 참작하지 않았을까 짐작해볼 수 있을 뿐이다.

그런데 가장 앞서의 論者의 설명에 따르면 “道具理論”은 美國 特許法 규정의 유추적용에서 유래한 것으로 侵害의 道具를 제공한 자는 직접침해행위의 존재에 대하여 개연성 정도만 인식하면 역시 직접 침해자와 마찬가지로 책임을 부담함이 원칙이지만(위 論者는 이를 道具理論의 本文이라고 지칭함), 그 道具가 實質적으로⁷³²⁾ 非侵害의 用途로 사용되는 경우에는 도구제공자의 직접침해행위의 존재에 대하여 고도의 인식을 요한다(위 論者는 道具理論의 但書라고 지칭함)는 이론이라고 설명하고 있다.⁷³³⁾ 그러나 Sony 判決이 특허법규정에서 도입한 것은 위 論者가 道具理論의 本文이라고 지칭하는 부분이 아니라, 오로지 위 論者가 道具理論의 但書라고 지칭하는 부분이다. 즉 문제되는 商品의 用途 相當部分이 非侵害的인 경우에 해당할 때 특허법에서 “商業上 主要한 商品의 原則(staple article of commerce doctrine)”을 통하여 침해 책임을 부정하고 있는 것과 마찬가지로, 당장 Sony의 사안과 관련된 저작권법에서는 명문규정이 없으나 Sony의 사안에서도 상품공급자의 저작권침해 책임은 부정하는 것이 타당하다는 논리부

729) 김동진, “온라인서비스 제공자의 책임”, 2002년 전문분야법관세미나(II) 발표문(未公刊)이 그것으로 보인다(이는 나중에 김동진, “온라인서비스 제공자의 책임”, 裁判資料 99輯, 법원도서관, 2003. 7.로 공간됨).

730) 김동진, 전계공간논문, 39-40면 및 脚註 77면 등.

731) 가령 강성훈, “P2P 시스템과 저작권법”(未公刊), 12-13면 혹은 배형원, “기술의 발전에 대한 저작권법의 대응 - 미국의 판례를 중심으로 -”, 사법부 내부통신망(CourtNet) 게시논문(미공간), 2005. 6. 24, 16면 등에서 “staple article of commerce” 理論을 “道具理論”이라고 번역하면서 35 U.S.C. §271 (c) 규정의 구조를 소위 도구이론의 本文과 但書로 나눈 설명을 대부분 그대로 따르고 있다.

732) substantial noninfringing use라는 基準 중 “substantial”을 “實質的”이라고 번역한 것이 완전히 틀렸다고는 할 수 없지만, 위 基準의 의미는 특정 상품이 形式的으로 침해적 용도로 이용되더라도 實質적으로는 비침해적 용도로 이용되는 경우(즉, 외견은 침해적인데, 실제 내용은 비침해적 용도로 이용되는 경우)를 가리키는 것이 아니라 침해적 용도로 이용되는 부분이 있더라도 그와 “比較”하여 더 많은 부분이 비침해적 용도로 이용될 수 있는 상품의 공급을 법원은 허용하겠다는 基準이므로 “相當部分”이라는 번역이 더 어울린다.

733) 아울러, 위 論者는 특허법규정인 35 U.S.C. §271 (c)가 마치 “누구든지 특허등록된 기계, 생산방법, 부품의 구성 부분, 또는 특허등록된 방법의 실현에 이용되는 물건 내지 장비 등을 판매하였고, 그러한 물건 내지 장비[40]등이 특허권 침해행위에 사용되리라는 점을 잘 알면서 그와 같은 제조·판매를 한 경우에는 기여침해자로서의 책임을 진다. 다만, 그러한 물건 내지 장비 등이 실질적으로 비침해적 용도로 사용되는 경우에는 책임을 지지 아니한다.”라고 하여 위와 같은 “本文”과 “但書”라는 구분에 부합하게 규정되어 있는 것처럼 설명하고 있으나, 이는 오류이다. 위 특허법 규정의 정확한 내용은 “제7장 제2절 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며 4. 聯邦大法院의 判斷 (1) 多數意見”의 각주부분 참조.

분인 것이다.⁷³⁴⁾

우리 법원에서의 이해와 달리, 원래 “道具理論”이라는 표현에 가장 어울리는 英美에서의 법리를 찾자면, “타인의 침해행위의 道具를 제공한 자는 그 침해행위에 대한 책임이 있다”는 이른바 “supplying means theory”라고 할 수 있으며, Sony 判決에서도 이러한 “supplying means theory”가 다루어진 적은 있다. 하지만, 이는 위 論者의 설명과는 달리 특허법과 관련하여 “staple article of commerce”원칙을 실시한 부분⁷³⁵⁾에서가 아니라, Sony 事件의 원고인 저작권자측이 저작권 관련 先例를 원용하며 주장한 법리에 불과함을 유의하여야 한다. 즉, Sony 事件에서 저작권자는 Kalem Co. v. Harper Bros. 事件을 원용하여 이른바 “supplying means theory”를 내세워 피고 Sony가 침해의 도구를 제공한 이상 책임이 있다고 다투었지만, 법원은 위 Kalem 事件에서는 道具(means)가 아닌, 도구를 이용한 侵害結果物(the work itself) 자체를 공급한 것이어서 Sony 사안에 원용할 수 없으므로, 위 Kalem 사건은 “침해행위를 수행하기 위한 道具(means)를 제공하고 그런 침해행위를 광고로서 助長한 행동만으로도 저작권침해에 대한 책임을 지울 수 있다”는 원고의 전혀 새로운 이론에 근거가 될 수 없다며 원고의 주장을 바로 배척하였다.⁷³⁶⁾

요컨대, “불법도구”라는 표현에서 막바로 연상되는 英美에서의 道具理論(위의 “supplying means theory”)은 Napster 事件이나 Sony 事件의 爭點이었다기보다는 법원이 배척한 원고측의 다른 주장이었고, 진정한 爭點이었던 “substantial non-infringing use” 여부나 특허법에 근거한 “staple article of commerce doctrine”에의 해당여부는 아직 國內에서는 정확한 翻譯이 없으나 “相當部分의 非侵害的 用途(substantial non-infringing use)” 및 “商業上 主要한 商品의 原則(staple article of commerce doctrine)”으로 표현하는 것이 더 정확하다.

끝으로, 이른바 “불법도구”라는 표현과 관련된 오해는 우리 법원내에서 계속되고 있는 것으로 보이는데, 가령 소리바다 刑事抗訴審도 “불법도구”라는 표현을 그대로 차용하여 중요한 항목으로 판단하고 있어 문제이다.⁷³⁷⁾

(2) 抗訴審 判決⁷³⁸⁾

1) 當事者의 主張

원고는, 피고의 소리바다 프로그램이 음반을 무단으로 복제·배포하는 것을 목적으

734) 아울러, 위 論者의 설명 중 “실질적으로 非侵害的 用途로 사용되는 경우에는 도구제공자의 직접침해행위의 존재에 대하여 고도의 인식을 요한다”는 부분도 Napster 抗訴審이 先例인 Sony 判決의 취지를 임의로 해석한 것에 불과하고 상당한 비판을 받고 있음은 이미 여러 번 언급하였다.

735) Sony, 104 S.Ct. at 787, 464 U.S. at 440.

736) Sony, 104 S.Ct. 786, 464 U.S. at 436.

737) 판결문에서 VI. “1. 소리바다 시스템이 이른바 불법도구인지 여부” 항목.

738) 서울고등법원 2005. 1. 12. 선고 2003나21140호 판결.

第3節 韓國의 소리바다 事件

로 개발된 것이고 소리바다 서비스도 그와 같은 목적으로 운영되고 있는데 이러한 소리바다 프로그램을 개발하고 소리바다 서비스를 제공한 피고들은 이용자와 공동하여 이 사건 음반제작자들의 저작권접권을 直接的으로 侵害하고 있거나,⁷³⁹⁾ 이용자들의 저작권접권 침해를 幫助한 책임이 있다고 주장하였다.

2) 法院의 判斷

(A) 소리바다 利用者들의 著作隣接權 侵害 여부

a) 利用者들의 配布權 侵害를 부정

抗訴審은, 저작권법 제2조 제15호에 정한 대로 “배포”란 저작물의 원작품 또는 그 복제물을 일반공중에게 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여하는 것으로 “전송”의 개념에 대비되어, 유체물의 형태로서 저작물이나 복제물이 이동하는 것을 의미하는 것인데, 이용자가 특정 MP3파일을 공유폴더에 저장한 채로 소리바다 서버에 접속함으로써 다른 이용자가 이를 다운로드 받을 수 있도록 하였다 하더라도 “전송”에 해당함은 별론으로 하고, 그 자체만으로 그 MP3파일의 양도나 대여가 있었다고 볼 수는 없어 “배포”에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다. 결론적으로 原審이 利用者들의 배포권 침해를 긍정한 것에 반대하였다.

b) 利用者들의 複製權 侵害를 일부만 긍정

나아가 抗訴審은, 소리바다 서비스의 利用者들이 다른 利用者의 컴퓨터에 접속하여 이 사건 노래의 복제물(MP3파일)을 자신의 컴퓨터에 다운로드받아 하드디스크 등에 저장하는 행위는 음을 유형물에 고정하는 것으로서, 당해 음반제작자의 복제권을 침해하는 행위가 된다고 판단하면서도, 한편 이용자가 CD에 고정된 노래의 음원을 변형하는 방식으로 MP3파일을 생성하여 자신의 컴퓨터의 하드디스크 등에 저장하는 행위도 복제권을 침해하는 것이라는 원고측 주장에 대하여는 그와 같이 개인적 목적으로 MP3파일을 생성, 저장하는 행위도 CD에 고정된 음원 사이에 實質的인 同一性이 인정되는 이상 복제행위에 해당할 수 있으나 이러한 MP3파일 생성 및 저장은 私的利用을 위한 복제에 해당할 여지가 있음을 내세워 이 부분은 복제권의 침해로 보기 어렵다고 하였다.⁷⁴⁰⁾

c) 私的複製의 抗辯 등의 배척

739) 抗訴審 判決문의 이하부분에서는 이 부분 주장을 狹義의 共同不法行爲로 보고 있다.

740) 그 외에도 피고는 原審에서의 주장처럼, 利用者들이 MP3파일을 다운받는 행위는 傳送에 필연적으로 수반되는 복제행위로서 複製權이 아니라 傳送權으로 보호받아야 하는데 著作隣接權者에 불과한 원고들에게는 傳送權이 없어 결국 금지청구권이 없다고 다투었지만, 抗訴審은 原審 法院과 동일한 입장을 취하면서 배척하였다.

이상과 같은 원고측의 복제권 등 침해주장에 대하여, 피고가 그 이용자들의 행위는 저작권법 제27조에서 규정하는 사적이용을 위한 복제에 해당하므로 적법하다고 항변함에 대하여 抗訴審은 일단 저작권법 제27조의 규정을 주관적 요건(“영리를 목적으로 하지 아니하고”)과 객관적 요건(“개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용”)으로 구분한 것은 原審과 마찬가지로 옳다.

그러나 原審이 이러한 주관적 요건과 객관적 요건을 모두 검토하여 소리바다 이용자들의 행태가 이러한 두 가지 요건 모두를 구비하지 못하였다고 단정한 것과 대조적으로 抗訴審은 먼저 객관적 요건에 대한 검토를 시행하여 그 요건이 구비되지 아니한 이상 주관적 요건에 대하여는 더 살펴볼 필요 없이⁷⁴¹⁾ 이유 없다고 판시하였다. 즉, 객관적 요건에 있어 “개인, 가정 또는 이에 준하는 한정된 범위 안에서의 이용”이라면, 복제를 하는 이용자들이 다수집단이 아니어야 하고, 그 이용자들 서로간에 어느 정도의 긴밀한 인적결합이 존재할 것이 요구됨에도, 제반사정에 비추어 보면, 소리바다 이용자들의 MP3파일 복제행위는 이에 해당하지 아니한다고 판시하였다.

(B) 被告가 利用者들의 著作隣接權 侵害行爲에 대하여 負擔하는 責任의 根據

이상과 같은 이용자들의 복제권 침해에 따라 그 서비스를 제공한 피고가 부담할 책임이 구체적으로 어느 법조문에 의한 것인지에 관하여 原審 法院이 앞서 보았듯이 명기하지 못하였음에 반하여⁷⁴²⁾ 抗訴審은 아래와 같이 민법 제760조 제3항에 幫助責任임을 분명히 명시하고 있다.

a) 狹義의 共同不法行爲 성립은 부정

抗訴審法院은 먼저 피고측이 원고들의 저작권접권을 直接的으로 侵害하고 있다는 원고주장에 대하여는, 민법 제760조 제1항의 공동불법행위가 성립하려면 행위자 사이에 의사의 공통이나 행위공동의 인식까지 필요한 것은 아니지만 객관적으로 보아 피해자에 대한 권리침해가 공동으로 행하여지고 그 행위가 손해발생에 대하여 공통의 원인

741) 한국법원의 이런 판결문 방식은 특정한 법률효과를 주장하기 위하여 원고측이 複數의 要件을 입증할 필요가 있을 경우 원고측의 입증노력에 불구하고 법원이 要件들 중 분명히 인정되지 않는 要件을 먼저 지적하고 나머지 要件들에 관하여는 명확한 언급 없이 원고측의 주장전체를 배척하는 방식이다(이러한 판결문 작성방식에 관해 자세히는 사법연수원, 민사재판실무, 1999, 200면 등 참조). 따라서 이러한 방식에서 명확히 언급되지 않은 나머지 要件들에 관하여 만약 법원에서 판단하였을 경우 마찬가지로 인정하지 않았을 것이라고는 단정할 수 없다. 다만, 앞서 私的複製의 요건을 나열할 때는 주관적 요건을 먼저 적시하였으면서도 정작 검토하면서도 객관적 요건부터 그 해당성을 검토하고 있는 것으로 미루어 原審 法院과 달리 抗訴審은 주관적 요건, 즉 영리 목적의 유무에 대하여 疑問을 가지고 있었음은 분명하다.

742) 原審의 판시 중 “당사자의 주장” 부분을 보면 원고 스스로도 복제·배포권침해에 기한 침해정지청구권을 주장하고 있을 뿐 그 침해에 따른 피고의 책임이 저작권법 혹은 민법상 책임상 어느 규정에 의한 책임인지는 특정하지 아니하고 있는 듯하다. 반대로 抗訴審에서는 분명히 민법상 공동불법행위책임으로 특정하고 있다.

第3節 韓國의 소리바다 事件

이 되었다고 인정되는 경우라야 할 것이고, 또한 그 각 행위는 독립적으로 불법행위에 해당하여야 할 것인데 채무자들이 소리바다 서버를 운영하면서 아이디 등 접속에 관한 정보만을 관리하고 있기 때문에 개별 이용자들의 구체적인 불법 MP3파일 공유 및 다운로드 행위를 확정적으로 인식하기는 어려웠던 점, 노래 검색 및 검색결과의 전송 그리고 다운로드 과정에는 소리바다 서버가 전혀 관여하지 않고 있는 점 등 채무자들이 서버를 운영하면서 이용자에게 의한 복제권 침해행위에 관여한 정도에 비추어 볼 때, 비록 소리바다 서버에의 접속이 필수적이기는 하나, 이것만으로 채무자들이 獨立의으로 이 사건 음반제작자들의 복제권을 침해하였다거나 狹義의 共同不法行爲가 성립할 정도로 직접적이고 밀접하게 그 침해행위에 관여하였다고 평가하기는 어려워 채무자들이 소리바다 프로그램을 제작하거나 배포하여 제3자들로 하여금 이용하도록 한 행위 자체를 가지고 바로 저작권접권 침해 책임을 지우기는 어렵다고 판단하였다.

b) 幫助에 의한 共同不法行爲의 성립은 긍정

한편 민법 제760조 제3항의 幫助에 의한 共同不法行爲는 성립한다는 원고 주장에 대하여 抗訴審은, 먼저 형법과 달리 손해의 전보를 목적으로 하여 과실을 원칙적으로 고의와 동일시하는 민법의 해석으로서는 過失에 의한 幫助도 가능하다면서 이때 過失의 내용은 不法行爲에 도움을 주지 않아야 할 注意義務가 있음을 전제로 하여 이 義務에 위반하는 것이라고 보았다. 따라서 일반적으로 P2P 방식에 의한 파일공유 시스템에서는 이용자에게 의한 디지털 형태의 저작복제물 무단 유통이 발생할 개연성이 있다고 할 것이나, 그렇다 하더라도 모든 형태의 P2P 시스템 운영자들이 확일적으로 이용자들의 저작권접권 등 침해행위에 대하여 幫助責任을 부담한다고 단정할 수는 없고, 운영자가 서버를 운영하면서 그 서버를 통하여 이용자들의 파일공유 및 교환 행위에 관여하고 있는 정도, 운영자의 개입이 없이도 이용자들이 자체적으로 파일공유 등 행위를 할 수 있는지 여부, 저작권접권 등 침해행위를 하는 이용자가 있는 경우 운영자가 이를 발견하고 그에 대하여 서비스 이용을 제한할 수 있는지 여부, P2P 시스템이 파일공유 기능 자체 외에 이용자들의 저작권접권 등 침해행위를 용이하게 할 수 있는 다른 기능을 제공하고 있는지 여부, 운영자가 이용자들의 저작권접권 침해행위로부터 이익을 얻을 목적이 있거나 향후 이익을 얻을 가능성의 정도 등 구체적 사정을 살펴보면, 운영자가 이용자들의 파일공유 등으로 인한 저작권접권 등 침해행위를 미필적이로나마 인식하고서도 이를 용이하게 할 수 있도록 도와주거나, 이러한 침해행위에 도움을 주지 않아야 할 注意義務가 있음에도 이를 위반하는 경우라고 평가되는 경우에만 幫助責任을 인정하여야 할 것이라고 판시하였다.

이상과 같은 基準에 비추어 인정된 여러 事實⁷⁴³⁾을 종합하여 보면, P2P 방식에 의한 MP3파일 공유 및 교환 기능을 수행하는 소리바다 프로그램을 개발하고 이를 이용한 소리바다 서비스를 운영하는 피고들로서는, 소리바다 서비스를 통하여 이용자에게 의한 이 사건 음반제작자들을 포함한 다수의 음반제작자들의 저작권접권 침해행위가 발생하리라는 사정을 미필적으로 인식하였거나 충분히 예견할 수 있었다고 볼 것임에도, 피고들은 소리바다 프로그램 설치 화면상에 경고문을 고지하는 이외에는 이용자들의 저작권접권 침해행위를 방지할 만한 아무런 조치를 취하지 아니한 채 소리바다 프로그램을 개발하고 MP3파일 공유 및 교환을 하는데 필수적인 서버를 운영하여 MP3파일 공유 서비스를 제공함으로써 이용자들의 저작권접권 침해행위를 용이하게 하였으므로, 이용자들의 著作隣接權 侵害行爲에 대한 幫助責任을 부담한다고 抗訴審은 판단하였다.⁷⁴⁴⁾

또한 피고들은 온라인서비스제공자인 피고들이 소리바다 서비스 이용자들의 침해행위를 방지하고 중단시킬 수 있는 기술적 수단이 없으므로 저작권법상 온라인서비스제공자의 책임제한 규정에 의하여 책임이 면제된다는 취지로 주장하였지만, 抗訴審은 피고들이 소리바다 서비스를 통하여 동영상 등 MP3파일이 아닌 파일들이 공유되자 파일 중 파일 정보를 담고 있는 부분(파일헤드)까지 조사하여 MP3파일이 아닌 다른 형식의 파일은 공유되지 못하도록 한 사실, 2001. 11.경에는 소리바다 서비스를 통해 음란물이 유통되는 것을 차단하는 기능을 부가한 사실에 비추어 보면, 저작권접권 침해

743) 법원이 여기서 인정한 事實은, 피고들은 처음부터 프로그램 및 서비스 이름을 “소리바다”라고 명명하고 MP3파일만 공유되도록 설계하여 개발한 점, 피고들이 소리바다 프로그램을 개발할 당시에는 외국에서 이미 냅스터(Napster) 등 다른 P2P 방식 서비스를 통한 저작권접권 등 침해가 문제되어 법적 분쟁으로까지 비화되고 있었던 점, 피고들은 아이디, 비밀번호, IP주소 등이 담긴 이용자 목록을 작성, 관리하고 있었고 매일 1, 2회 가량 다른 일반 사용자와 같은 방법으로 접속하여 서비스 운영상태를 점검하였으므로 이용자들의 저작권접권 침해를 미필적으로나마 알았거나 알 수 있었던 점, 이용자들은 소리바다 서버에 접속하여야만 파일공유를 할 수 있으므로 아이디를 판별하여 접속을 거부함으로써 침해행위를 하는 이용자들의 파일공유를 제한할 수도 있었던 것으로 보이는 점, 소리바다 서비스에는 이용자가 검색된 MP3파일 중 가장 다운로드 속도가 빠르면서도 음질이 양호한 것을 선택하여 다운로드 받을 수 있도록 지원하는 정렬 기능과 다운로드 중에 實時間으로 해당 파일을 들어 볼 수 있는 기능 및 이용자들 상호간 MP3파일을 공유할 수 있는 채팅 기능 등 이용자들의 MP3파일 다운로드를 촉진시키는 다양한 기능이 있는 점, 피고들은 소리바다 서비스 개시 당시 향후 수익성을 높이 평가 받아 서버를 무료로 제공받기도 하고 소리바다 서비스를 통하여 얻은 인지도를 이용하여 수익을 얻을 계획이었던 점, MP3파일 공유 서비스를 통하여 공유되는 파일은 대부분 저작권접권 침해가 문제되는 것임을 경험적상 충분히 예상할 수 있었던 점 등이었다.

744) 이에 대하여 피고들은, 소리바다 서비스의 경우 이용자들의 검색, 다운로드 행위 등은 소리바다 서버를 경유하지 않고 개별적으로 이루어지는 것이어서 피고들은 이용자들의 파일공유행위에 실제로 관여한 바가 없고, 또한 피고들은 소리바다 이용자들에게 저작권 등 침해에 대한 경고를 하였을 뿐 아니라, 소리바다 서비스를 이용하여 적법한 파일들도 많이 공유되고 있다는 事情을 들어 이용자들의 위법한 파일 공유 및 교환 행위에 대하여 방조 책임을 부담하지 아니한다고 다투었지만, 抗訴審은 피고들이 내세운 事情은 그대로 인정되지만 그럼에도 불구하고 피고들이 소리바다 서비스를 통한 저작권접권 침해행위를 충분히 예견하거나 예견할 수 있었음에도 소리바다 프로그램 및 서버를 이용한 MP3파일 공유 서비스를 제공한 이상 이용자들의 저작권접권 침해행위에 대한 방조 책임을 벗어날 수 없다고 단정하였다.

第3節 韓國의 소리바다 事件

가 문제되는 MP3파일의 소리바다 서비스를 통한 복제를 일부라도 방지할 기술적 수단마저 전혀 없는지는 의문이라면서, 피고들이 이와 같이 소리바다 서비스의 기능 향상을 위한 조치는 적극적으로 취하면서도 저작권법 제91조 제1항에 의거하여 침해행위를 방지할 수 없다고 하였다.

(C) 幫助의 경우에도 著作權法上 侵害停止請求의 相對方이 된다고 인정

피고들은 설령 자신들에게 방조책임이 인정된다고 하더라도, 침해정지청구권에 관한 저작권법 제91조 제1항은 정지 등 청구의 상대방을 “그 권리를 침해하는 자”라고만 규정하고 있고 저작권법 제92조에서는 일정한 행위유형만을 권리의 침해로 본다고 정하고 있으므로 결국 위 침해정지청구는 권리를 직접 침해하거나 위 제92조에 의하여 侵害로 看做되는 자에 의하여만 가능하고 일반의 幫助者에 대하여는 침해정지청구를 할 수 없다고 다투었다.⁷⁴⁵⁾

그러나 법원은 저작권법 제92조 등에서 일정한 행위를 침해로 본다는 규정을 두고 있다 하더라도 이것만으로 이에 해당하지 아니한 방조행위를 한 자를 정지 등 청구의 대상에서 제외할 것이라고 단정할 수는 없는 점, 개별 이용자들의 저작권법 제92조 제1항에 정지 등 청구의 대상에서 제외할 것이라고 단정할 수는 없는 점, 개별 이용자들의 저작권법 제92조 제1항에 정지 등 청구의 대상에서 제외할 것이라고 단정할 수는 없는 점, 개별 이용자들의 저작권법 제92조 제1항에 정지 등 청구의 대상에서 제외할 것이라고 단정할 수는 없는 점, 개별 이용자들의 저작권법 제92조 제1항에 정지 등 청구의 대상에서 제외할 것이라고 단정할 수는 없는 점 등을 들어 정지 등 청구의 상대방이 저작권법을 직접 침해하고 있는 소리바다 이용자들이 국한되지 않고 이러한 침해행위를 방조하고 있는 피고들도 상대방이 될 수 있다고 하여 피고의 위 주장을 배척하였다.

(D) 判決에서 명령한 내용

항소심은 원심에서와 달리 업로드 행위, 즉 傳送行爲⁷⁴⁶⁾를 傳送權이 아니라 配布權의 침해로 보는 것은 부당하다는 입장을 취하였던 결과 그러한 傳送行爲는 아직 저작권법 제92조 제1항에 정지 등 청구의 대상에서 제외할 것이라고 단정할 수는 없는 점, 개별 이용자들의 저작권법 제92조 제1항에 정지 등 청구의 대상에서 제외할 것이라고 단정할 수는 없는 점, 개별 이용자들의 저작권법 제92조 제1항에 정지 등 청구의 대상에서 제외할 것이라고 단정할 수는 없는 점, 개별 이용자들의 저작권법 제92조 제1항에 정지 등 청구의 대상에서 제외할 것이라고 단정할 수는 없는 점 등을 들어 정지 등 청구의 상대방이 저작권법을 직접 침해하고 있는 소리바다 이용자들이 국한되지 않고 이러한 침해행위를 방조하고 있는 피고들도 상대방이 될 수 있다고 하여 피고의 위 주장을 배척하였다.

나아가 抗訴審은 소리바다 서비스로 인하여 이용자들의 침해행위가 야기된 측면 등

745) 이러한 주장은 법조문이 유사한 日本에서 파일로그 사건의 피고가 주장한 바 있음은 이미 설명하였다. 國內에서 단순한 幫助者에게도 저작권법 제91조 제1항에 의거하여 침해정지청구가 가능하다는 입장을 취한 글로는 筆者의 拙著인 “著作權 侵害時 Internet Service provider의 책임”, 33면 참조. 아울러 제5장 제3절 2. (1) 3) (D) “著作權法上으로도 幫助의 경우까지 侵害停止責任을 부담시키는 解釋이 可能함”부분 참조. 소리바다 假處分異議 抗訴審은 이 부분 筆者의 주장과 궤를 같이 하고 있다.

746) 혼동하지 말아야 할 것은 여기서 전송행위란 저작권법 제2조 9의2에서 정의된대로 송신자의 업로드 행위를 가리킬뿐, 전송받는 행위는 포함되지 않는다는 점이다.

이 있는 이상 침해행위를 선별하여 서비스 제공을 중지하여야 하는 것은 피고들의 책임영역에 속하는데 피고들 스스로도 저작권접권을 침해한다고 주장되는 노래의 MP3 파일을 다운로드 받는 것을 선별하여 정지시킬 수 없는 이상 소리바다 서비스에 제공되는 서버의 사용정지를 통하여만 침해행위 정지의 결과를 효과적으로 달성할 수 있으므로 原審과 마찬가지로 서버 3대 자체의 사용을 금지하는 것은 타당하다고 보았다.

3) 判例分析

P2P 서비스제공자뿐만 아니라 널리 인터넷서비스제공자에 관한 사례를 통틀어 보아도⁷⁴⁷⁾ 韓國의 판례들은 그 동안 서비스제공자에게 책임을 부과할지 문제에 관하여 직접 적용되는 根據規定에 관하여 명시적인 언급을 하여 못하고 있었다. 그런데, 위 抗訴審 判決에 이르러 민법 제760조 제3항의 幫助에 의한 共同不法行爲 責任을 그 근거로 분명히 언급하고 있으며, 이 점이 위 抗訴審 判決이 가진 가장 큰 意義일 것이다. 幫助에 의한 共同不法行爲 責任이 ISP 責任의 주된 근거가 된다는 주장은 抗訴審 判決 이전에도 學說상으로는 존재하였고⁷⁴⁸⁾ 私見 역시 이러한 입장이었지만,⁷⁴⁹⁾ 논란이 분분하여 압도적인 다수의 위치를 점하고 있는 것은 아니었다. 그렇지만 향후에는 위 抗訴審 判決의 가담과 더불어 韓國에서의 논의는 幫助에 의한 共同不法行爲 責任論이 분명히 주류를 이룰 것으로 보인다.⁷⁵⁰⁾

뿐만 아니라, 앞서 原審 判決을 분석하며 筆者가 비판하였던 부분을⁷⁵¹⁾ 抗訴審 判決은 대부분 수정하여 진일보된 자세를 취하고 있다. 즉, 위 抗訴審 判決은 ① 이용자에 의한 配布權의 침해를 인정하지 아니하였고, ② 이용자들의 행위가 私的複製가 될 수 없는 이유를 주관적 요건(비영리목적) 때문이 아니라 객관적 요건(개인, 가정 또는 이에 준하는 한정된 범위 안에서의 이용)을 갖추지 못하였기 때문이라고 보았으며, ③ 저작권법에 기한 侵害停止請求權은 教唆, 幫助에 의한 침해자에 대하여도 인정된다고 명시하고 있다.

아래에서 설명할 소리바다 損害賠償 事件의 抗訴審 判決도 민법 제760조 제3항의 幫

747) 앞서 보았던 각테일 事件, 인터넷제국 事件, 소리바다 假處分異議 1심 및 損害賠償 1심 등이다.

748) 안효질, “P2P環境하에서의 著作權侵害責任”, 91년 및 최성준, “정보의 보호를 둘러싼 분쟁과 재판실무”, 12면.

749) 筆者의 拙著인 “著作權 侵害時 Internet Service provider의 책임”, p 8-9 참조.

750) 주의할 점은, 이 논문 제3장 제4절 3. (9) 2)에서 사실 美國의 DMCA를 모델로 한 韓國 저작권법상 온라인서비스제공자의 책임제한규정을 독일에서의 논의에 따라 해석하는데 限界가 있음을 지적한 바인데, 위 민법상 규정의 해석에 있어서는 그와 반대로 美國의 寄與責任 등 間接責任 논의에만 맞추어서는 곤란하다. 왜냐하면 위 민법상 규정은 독일 민법 제830조 제2항, 일본 민법 제719조 제2항을 그대로 따른 것이기 때문이다(이러한 연혁은 박성호, “幫助에 의한 共同不法行爲”, 107-8면 참조).

751) 이러한 비판의 출발은 2004. 5. 22.경 筆者의 위 발표문을 참조할 것.

第3節 韓國의 소리바다 事件

助에 의한 共同不法行爲 責任을 피고책임추궁의 근거로 삼았다는 점, 이용자들의 행위가 私的複製가 될 수 없는 이유를 객관적 요건의 불비에서 찾았다는 점에서 假處分異議 事件의 抗訴審 判決과 공통되지만 시기적으로 나중에 이루어진 判決인 이상, 假處分異議 事件의 抗訴審 判決이 한국에서의 향후 ISP 책임론에서도 당분간 가장 중요한 판례의 위치를 점할 것으로 예견된다. 물론 이러한 抗訴審에 대하여 피고가 상고하여 大法院에서⁷⁵²⁾ 최종판단이 내려지기 전까지 해당되는 말이다.

위 抗訴審 判決의 실시내용은 이처럼 대부분 큰 손색이 없으나 다만, 만약 피고들이 이용자들의 복제 등 행위를 방지할 技術的 手段을 최대한으로 동원하였더라도 여전히 침해행위가 이루어졌을 경우 이에 대하여 피고들에게 幫助責任을 부과할지 여부에 관하여는 疑問을 남기고 있다. 우선 抗訴審은 “...소리바다 서비스를 통한 복제를 일부라도 방지할 技術的 手段마저 전혀 없는지는 의문이고, 채무자들이 ...소리바다 서비스의 기능 향상을 위한 조치는 적극적으로 취하면서도 저작권집권 침해에 관하여는 경고문을 제시하는 이외에는 아무런 방지 노력을 하지 아니한 이상 자신들의 방조 행위에 대한 면책을 주장할 수는 없다”고 하고 있는바, 복제를 방지할 수 있는 技術的 手段을 적극적으로 동원할 필요가 있음을 지적한 것은 지극히 타당하다.

하지만 만약 피고들이 복제를 “일부라도” 방지할 技術的 手段을 가진 상태에서 적어도 그 수단에 의한 방지노력을 모두 한 이상 위 법원의 판시에 의하면, 그러한 노력으로 일부의 복제는 방지되는 한편 나머지 일부의 복제는 여전히 이루어졌다고 하더라도 후자의 侵害的 복제에 대하여 피고들에게 방조책임을 묻기는 어렵다고 볼 여지가 있다. 이는 서비스제공자가 가진 技術的 手段을 모두 하였다 해도 侵害的 복제가 방지되지 못한 경우, 換言하자면 技術的 統制可能性이 없는 경우⁷⁵³⁾는 위 抗訴審 역시 2003. 7. 1. 시행 개정저작권법 제77조 제2항과 마찬가지로 서비스제공자에게 책임을 묻기 어렵다는 입장을 취한 것으로 짐작된다.

일견 타당할 입장이라는 옹호도 충분히 있을 수 있겠지만, 위 抗訴審에서도 그러한 技術的 手段으로 구체적으로 유형이 존재하는지, 나아가 각 技術的 手段을 채택하여 시행할 경우 侵害的 복제행위를 어느 정도나 방지할 수 있을 지에 관하여는 별다른 통계적 조사가 없었으므로 정확히 알 수 없겠으나, 위 법원이 열거한 피고 소리바다의 파일헤드 검사능력이나 음란물 등의 유통차단기능 부여능력 등이 실제로 侵害的 복제를 방지하기 위하여 남김없이 동원되었더라도 소리바다를 통한 파일교환의 빈도나 회수가 방대함에 비추어 침해행위 중 극히 일부분만이 방지되고 나머지 대부분은 여전히

752) 대법원 2005다11626호로 계류 중이다.

753) 아울러 위 抗訴審의 판시로 볼 때, 적어도 소리바다 네트워크 전체를 폐쇄하면 더 이상의 침해행위를 방지할 수 있다는 점만으로 技術的 統制可能性을 긍정하는 입장을 따르지는 않았다고 보인다.

이루어졌을 가능성이 농후하다. 만약 그러하다면, 단순히 기술적 통제가능성이 없다는 이유만으로 社會全體的으로는 利益보다는 損失이 더 크다고 보여지는 P2P 서비스를 폐쇄하지 못하고 계속 그 존재를 긍정하여야 할 것인가? 따라서 技術的 手段이 모두 동원되더라도 여전히 侵害的 복제가 주로 이루어지는 P2P 네트워크의 존재를 법원에서 수용할지, 아니면 부정할 지에 관하여는 위 抗訴審도 실시하지 못한 새로운 기준이 필요하지 않은가 하는 검토가 필요하다고 하겠다. 이 새로운 기준이 다름아닌, 이 논문에서 美國 聯邦大法院의 Sony 判決이 제시한 원칙의 진정한 의미를 해석하면서 제시하고자 하는 부분이다.

3. 소리바다 損害賠償事件

(1) 1審 判決⁷⁵⁴⁾

1) 事實關係

이 事件은 당사자 중 원고만 著作隣接權者인 음반제작자들에서 著作權者인 사단법인 한국음악저작권협회로 바뀌었을뿐, 앞서 假處分異議 事件과 대부분 동일한 주장⁷⁵⁵⁾과 판단이 반복되었다. 소제기 전 원고는 자신이 관리하는 국내곡 106,618곡 중 7,106곡을 선정한 후 이에 대하여 2002. 6. 28.부터 2002. 7. 7.까지 피고들의 소리바다 서비스를 통하여 MP3 파일 복제·전송이 이루어지는지 확인한 결과 원고가 선정한 7,106곡의 70%인 5,002곡에 대하여 소리바다 서비스를 통하여 MP3 파일의 복제, 전송이 있음을 확인하였다.

2) 法院의 判斷

(A) 利用者들의 著作權侵害 責任의 成立

피고는 손해배상 사건에서의 독특한 주장으로, 소리바다가 저작권 침해를 목적으로 만들어졌다거나 저작권 침해를 위해서만 사용될 수 있는 소프트웨어가 아니며 가치중립적인 도구에 불과하다고 주장하였지만, 법원은 피고들이 소리바다 서비스를 통하여

754) 수원지방법원 성남지원 2003. 10. 24. 선고 2003가합857 판결.

위 판결이 선고된 시점에서 피고측은 이미 소리바다1 대신 소리바다2의 영업을 하고 있는 상황이었으므로, 論者에 따라서는 위 손해배상판결이 소리바다2에 대한 것이라고 오해할 수도 있겠다. 그러나 위 판결이나 항소심판결이 최초 가처분결정으로 중단된 소리바다1만을 대상으로 하였음은 認定事實 부분을 보아도 분명하다.

755) 앞서 假處分異議 事件의 原審 法院이 정리한 당사자의 주장이 과연 실정 법규상 어느 조문에 구체적으로 근거하는 지 불명확하였던 것처럼, 同一한 재판부에 의한 이 損害賠償 事件 原審에서의 당사자의 주장 역시, “유인, 교사, 방조”(교사, 방조만이라면 민법 제760조 제3항에 의한 표현이지만 “유인”을 덧붙여 법적근거가 모호하게 됨을 자초하였다)라든지, “유인, 교사, 방조함으로써...공동으로 침해하였다”(狹義의 共同不法行爲인지, 教唆, 幫助에 의한 共同不法行爲인지 역시 모호하다) 등으로 애매하게 정리되었다. 抗訴審에 이르러 이 역시 직접침해의 주장 및 “이용자들의 저작권 침해행위를 教唆, 幫助함으로써 원고들의 권리를 침해하였다”는 주장으로 정리되었다.

第3節 韓國의 소리바다 事件

현실적으로 대부분 불법적인 MP3 파일 교환이 있었음을 알고 있었음에도 경고문을 고지하는 이외에는 불법적인 MP3 파일 교환을 막기 위하여 별다른 합리적인 조치가 없었고, 소리바다 서비스는 중앙서버의 존재가 필수적인 사실 등에 비추어 가치중립적인 P2P 소프트웨어라고 보기에 부족하다고 위 항변을 배척하였다.

(B) 소리바다 운영자인 피고들의 손해배상 책임 여부

여기에 이르러 법원은 “불법행위책임에 있어서 그 책임은 당해 침해행위의 직접적인 귀속자가 부담하는 것일 뿐 이로 인한 책임을 제3자에게 물을 수 없음이 원칙이라 할 것이고 다만 教唆, 幫助에 의한 공동불법행위책임(민법 제760조 제3항)이나 사용자책임(민법 제756조)의 법리에서와 같이 침해행위를 직접적으로 행하지 아니한 제3자라 하더라도 침해행위 또는 침해행위자와의 관련성이 있는 것으로 평가되는 경우에 한하여 예외적으로 그 제3자를 상대로 하여 그 책임을 물을 수 있다고 할 것”이라고 한 다음, “컴퓨터를 사용한 PC 통신이나 인터넷 등 온라인을 통하여 다수의 이용자로 하여금 자료의 전송 등을 수행할 수 있도록 이용자의 행위를 매개하여 주는 과정에서 타인의 저작권 기타 권리를 침해하는 자료의 전송 등이 이루어진 경우에 있어서도 그와 같은 자료의 전송 등을 통한 타인의 권리 침해에 관한 1차적인 책임은 여전히 이를 직접적으로 수행한 이용자에게 있다 할 것이나, 인터넷 등 온라인의 속성상 컴퓨터 사용의 보편화로 불특정 다수의 이용자에게 의한 침해행위가 비교적 간단한 조작으로 용이하게 수행될 수 있는 반면 그 침해행위로 인한 파급효과는 순식간에 걸쳐 광범위하게 확대될 수 있다는 점을 감안할 때 이용자의 침해행위를 적극적으로 야기하였다거나 우연한 기회에 권리자로부터의 고지를 통하여 이용자의 침해물 또는 침해행위의 존재를 인식하고도 이를 방치한 경우 또는 침해행위를 통제할 권리와 능력이 있고 그 침해행위로부터 직접적인 재산상 이익을 얻는 경우 등과 같이 이용자의 직접적인 침해행위와 동일하게 평가할 수 있을 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 그 책임을 인정하여야 한다”⁷⁵⁶⁾고 실시하였다. 그 다음, 1) 피고들이 소리바다 서비스를 제공하게 된 경위 및 상황, 2) 소리바다 서버의 구조 및 소리바다 프로그램이 제공하는 서비스 중 이용자들의 위 행위와 관련되는 서비스의 내용, 태양 및 그 성질, 3) 서비스 제공 이후의 소리바다의 운영 상황 등을 소리바다 가처분이의 판결에서와 마찬가지로 상세히 설명하고 나서, 판례는 “피고들은 이용자들의 침해행위를 알면서, 프로그램 공급과 서버 운영을 통하여 그와 같은 침해행위가 가능하도록 계속적으로 관여하였고, 피고들의 관리하에서 그와 같은 침해행위가 행하여지고 있으며, 또한 그와 같은 침해행위를 이용하여 이익을 얻고 있다 할 것이고, 나아가 그 규모와 기간에 비추어 이용자들의 침해행위는

756) 이 부분은 앞서 각테일98 事件의 실시내용을 대부분 차용한 것이다. 따라서 각테일98 事件을 비판할 때와 같은 문제점이 위 손해배상사건 原審 判決에도 그대로 존재한다.

피고들에 의하여 야기되고 유인되었다 할 것이므로, 피고들은 소리바다 이용자와 一體가 되어 원고가 신탁관리하는 음악저작권자들의 복제권·전송권의 침해행위를 하고 있는 것으로 평가할 수 있다”고 결론을 내렸다.

(2) 抗訴審 判決⁷⁵⁷⁾

1) 法院의 判斷

(A) 소리바다 利用者들의 著作權 侵害 여부

a) 利用者들의 複製權, 傳送權 侵害

법원은, 먼저 2000. 1. 12. 개정 저작권법에서 디지털복제의 개념과 傳送權을 도입한 입법배경을 설명하였다. 그 다음, 소리바다 서비스의 개별 사용자들은 소리바다 프로그램을 이용하여 소리바다 서버에 접속한 후 다른 사용자들의 공유폴더에서 원고가 신탁 관리하고 있는 음악저작물을 비롯한 가요 음반이나 CD를 기초로 만들어진 MP3 파일을 검색한 후 이를 다운로드 받아 자신들의 각 컴퓨터 내 하드디스크, MP3 플레이어 칩, CD 등에 저장함으로써 유형물에 음원을 고정하는 複製行爲를 함과 동시에, MP3 파일을 자신의 컴퓨터 내 공유폴더에 저장한 채로 소리바다 서버에 접속하여 자신의 IP 주소 등 사용자들 컴퓨터의 연결에 필요한 정보를 제공해 주는 소리바다 서버와 일체를 이루어 디지털 형태의 저작물을 컴퓨터 통신을 통해서 서로 주고받거나 그 이용에 제공하는 傳送行爲를 한 것이고, 사용자들의 이러한 행위는 원고의 複製權과 傳送權을 침해한 것이라고 보았다. 다만 원고는 2000. 6. 1.부터 2002. 7. 30.까지 사이에 이루어진 사용자들의 복제권 및 전송권 침해행위에 따른 손해배상을 구하였지만, 법원은 위와 같은 내용의 2000. 7. 1. 개정 저작권법이 시행되기 전까지는 이용자들이 소리바다 프로그램을 이용해서 MP3 파일을 다운로드 및 업로드 하거나 MP3 파일을 주고받았다 하여도, 이를 가리켜 구 저작권법상의 저작권 침해행위인 복제 및 배포행위에 해당한다고⁷⁵⁸⁾ 할 수 없다고 보아 이 부분 원고 청구는 배척하였다.

b) 私的複製의 抗辯 등의 배척

피고들이 이 사건에서도 私的複製의 抗辯을 하였지만, 법원은 앞서 假處分異議 事件의 抗訴審과 마찬가지로의 입장을 취하여, 사용자들의 복제행위가 인적결합 관계가 없는 불특정 다수인사이에서 연쇄적이고 동시다발적으로 광범위하게 이루어지는 이상 “개인

757) 서울고등법원 2005. 1. 25. 선고 2003나80798호 판결.

758) 이러한 판결문의 표현은 다소 부적절하다. 원고가 配布權이 아닌 傳送權의 침해를 주장하고 있는 이상, 원고가 傳送權의 침해를 주장하는 시점은 아직 傳送權이 新設되기 전이었다는 사실을 지적하는 것으로 족하다고 볼 것이다.

第3節 韓國의 소리바다 事件

적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용”하기 위한 복제행위라 할 수 없는 이상 그 복제행위가 營利를 目的으로 하는지에 관하여는 더 나아가 따져볼 필요 없이 피고들의 위 抗辯은 받아들일 수 없다고 하였다.

(B) 被告가 利用者들의 著作隣接權 侵害行爲에 대하여 負擔하는 責任의 根據

a) 狹義의 共同不法行爲 성립은 부정

법원은 앞서 假處分異議 事件의 抗訴審이 취한 입장을 그대로 추종하여 이용자들의 파일교환행위를 위하여 소리바다 서버에의 접속이 필수적이라는 사정만으로는 피고들이 독립적으로 원고의 복제권 및 전송권을 침해하였다거나 협의의 공동불법행위가 성립할 정도로 직접적이고 밀접하게 그 침해행위에 관여하였다고 평가하기는 어렵다고 판단하였다.

b) 幫助에 의한 共同不法行爲의 성립은 긍정

이 부분 역시 법원은 앞서 假處分異議 事件의 抗訴審이 취한 입장을 그대로 따랐다. 즉, 요컨대 민법상으로는 過失에 의한 幫助도 가능하지만 P2P 시스템운영자들에게 일률적으로 방조책임이 있다고 할 수 없고 파일교환행위에 대한 운영자의 관여정도, 침해행위에 대하여 운영자가 즉각 조치를 취할 수 있는지 여부 등 구체적 사정들을 살필 때 침해행위를 직접 확인하거나 적어도 미필적으로 이를 인식하였음에도 불구하고, 이를 용이하게 할 수 있도록 도와주거나, 이러한 침해행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음에도 이를 위반하는 경우라고 평가되는 경우에만 방조책임을 인정하여야 할 것인데 소리바다 운영자인 피고들의 경우 소리바다 프로그램 설치화면에다가 형식적인 경고문을 게재하는 외에는 별달리 침해행위를 방지할 만한 아무런 합리적인 조치를 취하지 아니한 채, 소리바다 프로그램의 무상 공급과 MP3 파일 공유 및 교환에 필수적인 소리바다 서버를 운영한 이상 원고들의 복제권, 전송권에 대한 이용자들의 침해행위에 대하여 幫助責任을 부담한다는 것이다.

다만, 損害賠償 事件의 抗訴審은 여기에서 소리바다 운영자에게 “教唆責任”을 추궁하기 어려운 근거에 대하여 韓國 判例로서는 최초로 설명하고 있는바, 소리바다 서비스의 사용방법과 그 특징 및 이용현황, MP3 파일의 공유·교환행위에 대한 피고들의 관여정도 등에 비추어 볼 때, 개별 사용자들은 기본적으로 소리바다 서비스의 회원 등록과 구체적인 다운로드 및 업로드 행위를 결정함에 있어 자신들의 자발적인 선택과 의사에 따랐다고 봄이 상당하고, 따라서 피고들이 소리바다 서비스를 이용한 원고의 복제권 및 전송권 침해의 의사가 없는 개별 사용자들로 하여금 그것을 決意하게 하였다고 볼 수 없다는 것이었다.

피고들은 “침해행위를 방지하고 중단시킬 수 있는 기술적 수단이 피고들에게 없으므로 책임이 없다”는 주장을 다시 반복하면서, 아울러 이 사건 피고들은 기술적 통제 가능성이 없는 경우 온라인서비스제공자의 책임이 면제된다고 정한 2003. 5. 27. 개정 저작권법 제77조 제2항도 그 근거로 내세웠다. 그러나 법원은 앞서 주장에 대하여는 假處分異議 事件의 抗訴審과 마찬가지로의 이유를 들어 배척하였고 아울러 위 책임면제 규정을 근거로 내세운 것에 대하여는 이는 피고들의 소리바다 서비스로 인한 저작권 침해행위가 있는 후에 비로소 신설된 것으로서, 이 사건에 직접 적용되는 것이 아니라고 판시하였다.

2) 判例分析

소리바다 損害賠償 事件의 抗訴審 判決은 전반적인 논리의 흐름은 물론이고 자세히 살펴보면 앞서 소리바다 假處分異議 事件의 抗訴審 判決과 상당부분에서 세부적인 표현과 문구까지 일치하고 있음을 알 수 있다.⁷⁵⁹⁾ 각 原審 判決인 假處分異議 1심판결과 損害賠償 1심판결이 동일한 재판부에 의하여 선고되어 심지어 판결문 중 오류부분까지 공통될 수밖에 없었던 것과 달리, 각 抗訴審을 담당한 재판부는 서로 달랐으므로 나름대로 독창적인 검토와 논리전개를 비교해보고자 기대하였던 研究者의 입장에서는 다소 실망스러울 수도 있겠으나, 損害賠償 事件의 抗訴審이 그대로 추종한 假處分異議 事件의 抗訴審 判決의 論理가 상당히 수긍할만한 것임을 반증해 준다고도 할 수 있다.

아울러 假處分異議 抗訴審과 달리 왜 敎唆에 의한 責任이 아니라 幫助에 의한 責任인지를 확정적으로 설명하였다는 점에 損害賠償 事件의 抗訴審 나름의 의미가 있다.

抗訴審法院의 판단뿐 아니라 原審 判決이 선고될 무렵조차 이미 2003년 개정 저작권법이 시행된 이후였으므로 원고측이 그 법률 시행이후 시점의 피해까지 손해배상을 청구하였다면 저작권법에 새로 정해진 “온라인서비스제공자의 책임 제한”규정에 따라 일응 온라인서비스제공자에 해당하는 피고의 책임도 제한될 수 있는지 충분히 문제될 수 있었을 것이다.⁷⁶⁰⁾ 이에 관하여 論者⁷⁶¹⁾에 따라서는 미국 Napster 判決⁷⁶²⁾에서도 DMCA상 ISP의 책임제한규정을 원용한 Napster의 주장이 Napster를 ISP로 볼 수 없다는 이유로 배척되었음을 들어 우리의 2003년 개정 저작권법 규정에 의하더라도 “소

759) 이 점으로부터 損害賠償 事件의 抗訴審을 담당한 재판부는 假處分異議 事件의 抗訴審을 담당한 재판부와 물론 서로 달랐지만, 바로 며칠사이에 잇따라 같은 서울고등법원의 재판부들에 의하여 선고되는 과정에서 담당재판부들 사이에 긴밀한 의견교환이 있었음을 짐작해 볼 수 있겠다.

760) 박성수, “P2P 기술과 디지털 저작권 -Napster 및 소리바다 사건을 중심으로-”, 서울대학교 지적재산권 법교실 2003년 2학기 강좌발표문, 12면. 이는 ‘서울대학교 지적재산권 법 교실’ <jus.snu.ac.kr/~sjjong>[2005. 4. 29.] → ‘자료실’ → ‘정보재산권연구’에서 다운로드 가능함.

761) 위와 같음.

762) 위 論者의 명시적인 언급은 없으나 1심인 聯邦地方法院의 판결을 가리키는 듯이다.

第3節 韓國의 소리바다 事件

리바다”는 온라인서비스제공자에 해당한다고 볼 수 없지 않느냐는 의문을 제기한다. Napster 1심판결만을 살핀다면 나름의 설득력이 있을 수 있겠으나, 2심판결의 태도까지 모두 아우른다면 적극적으로 해석하여야 함은 물론이다.⁷⁶³⁾

이용자들이 비록 소리바다의 정보통신망을 통하는 것은 아닐지라도 그 서비스를 이용하여야 원하는 저작물 등을 정보통신망인 P2P 네트워크를 통하여 복제할 수 있는 이상 소리바다는 개정저작권법 제2조 제22호에서 정한 온라인서비스제공자에 속한다고 볼 것이다. 다만, 앞서 언급하였듯이 일견 온라인서비스제공자에 속한다고 하더라도 실제로 온라인서비스제공자로서 2003년 개정 저작권법에서 부여하는 책임의 감경 또는 면제를 부여받으려면 그에 관련한 규정인 제77조 제1항 혹은 제2항, 제77조의2 제5항 세 가지 중 적어도 하나이상의 要件을 충족하여야 함은 물론이다.

4. 소리바다에 대한 刑事裁判

(1) 概要

檢事は 위 공동운영자들이 소리바다 이용자들에게 위와 같은 P2P 서비스를 제공함으로써 著作隣接權者인 音盤製作者의 音盤에 대한 複製·配布權을 이용자들이 침해하는데 幫助行爲를 하였다는 취지로 2001. 8. 11. 公訴를 제기하였으나, 지리한 다툼 끝에 2003. 5. 15.에야 1審은 위 공소사실의 기제가 正犯인 이용자들이 누구인지, 그들이 언제, 누구에게, 어떻게 음반의 複製·配布權을 침해하였는지에 관하여 特定할 수 있을 정도로 구체적인 사실의 기제가 없다는 이유로 공소기각결정(형사소송법 제327조 2항)을 내림으로써 위 분쟁에 관한 실제적인 판단은 유보되었다.

이에 檢사가 항소하여 抗訴審에서는 소리바다의 회원 4~5명을 正犯으로 特定한 공소장변경신청서를 제출하였고, 抗訴審 判決에서는 정범들의 행위가 구체적으로 특정되어 있다고 인정한 다음 더 나아가 피고인들에게 無罪를 선고하였다. 위 형사재판 중 특히 抗訴審判決은 앞서 假處分異議나 損害賠償 判決의 내용과 비교하여 볼, 충분한 필요성이 있다.

(2) 1審의 公訴棄却 判決

1) 法院의 判斷⁷⁶⁴⁾

763) 위 論者는 2003년 개정 저작권법 제2조 제22호 “온라인서비스제공자”의 定義에 관하여 “다른 사람들이 저작물이나 실연·음반·방송 또는 데이터베이스를 정보통신망(정보통신망이용촉진및정보보호등에관한 법률 제2조 제1항 제1호의 정보통신망을 말한다)을 통하여 복제 또는 전송할 수 있도록 하는 서비스를 제공하는 자를 말한다”라는 文句를 “저작물 등을 (자신의) 정보통신망을 통하여 복제 등을 할 수 있도록 서비스를 제공하는 자”라고 해석하는듯한데, 역시 Napster 1심의 판단태도와 같다.

764) 서울지방법원 2003. 5. 15. 선고 2001고단8336 판결(저작권법위반방조).

검찰은 2001. 8. 11. 소리바다1의 운영자인 양 OO, 양 △△ 형제에 대하여, 이용자들이 저작인접권자인 피해자들의 음반에 대한 複製·配布權을 침해하도록 도와주어 이를 幫助하였다는 취지로 공소를 제기하였으나, 765) 1審은 성명불상인 正犯인 공소외인들이 언제, 누구에게, 어떻게 고소인들이 제작한 음반을 복제·배포하는 등의 방법으로 고소인들의 저작인접권을 침해하였는지에 관하여 아무런 기재도 없이 막연히 공소외인들이 고소인들의 음반에 대한 複製·配布權을 침해하도록 도와주어 이를 방조하였다고만 공소사실을 기재한 것으로는 부족하고 무릇 幫助犯의 공소사실을 기재함에 있어서는 그 전제요건이 되는 正犯의 범죄구성요건을 충족하는 구체적 사실을 기재하지 아니한 이상 “공소사실의 기재는 범죄의 시일, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 한다.”고 정한 형사소송법 제254조의 요건을 충족시키지 못하였다고 하여 형사소송법 제327조 제2호에 의하여 위 공소를 기각하였다.

2) 判例分析

소리바다 분쟁이 직접적으로 ISP나 저작권 업계는 물론이고, 소리바다나 유사서비스의 회원인 적어도 수백만의 가입자들, 나아가 “인터넷강국”을 운운하는 韓國의 현실에서 세계적으로도 유례없는 P2P소프트웨어의 급속한 침투와 그에 따라 사회생활에서 차지하는 비중 등을 감안하였다면, 비록 민사재판이 아닌 형사재판이라고 하여도 오랫동안 공판기일을 진행하는 동안 공소사실의 불특정에 관하여는 별다른 거론이 없다가 766) 이미 공소가 제기된 지 2년이 다 된 시점에 바로 公訴棄却의 形式裁判에 그친 것에는 아쉬움이 크다. 767) 특히나, 앞서 언급하였듯이 幫助에 의한 不法行爲(형사적으로는 “幫助

765) 공소사실은 피고들은 소리바다1 프로그램 및 “인터넷 서비스 제공자”로서 공소외 성명불상자(ID bagazi19)가 위 프로그램을 내려받아 컴퓨터에 설치한 다음 공유디렉토리에 저작인접권자인 피해자측에서 제작한 가수 클론의 “초련” 등 곡들의 음악파일(MP3)을 저장하고 소리바다 서버에 접속하자, 위 서버에 접속한 다수의 회원들이 위 음악파일을 傳送받아 이용할 수 있도록 소위 P2P 방식으로 상호 연결하여 줌으로써 피해자의 권리침해를 도와주어 이를 幫助한 것을 비롯하여 아이디(ID)가 bagazi19, shparkkhu, tenae, tkfkd15, comelf, daphne90인 이용자들이 위와 같은 방법으로 피해자들의 음반에 대한 복제, 배포권을 침해하도록 도와주어 이를 방조하였다는 요지였다.

766) 이러한 형사재판에 대한 검찰 시각의 비판으로는 정진섭, “소리바다 사건 공소기각 판결에 대한 평석”, 서울대학교 기술과법센터 2003-제4회 워크샵(「디지털 유통기술의 발전과 법적 대응」) 발표문, 2003. 5. 24. 참조. 이에 따르면 공소사실의 특정, 불특정에 관한 거론은 공판기일 22회 동안 한차례도 없었다고 한다.

767) 앞서 글 외에 비판적 시각의 글로는 권영준, “P2P 방식에 대한 저작권법적 고찰”, 서울대학교 기술과법센터 2003-제4회 워크샵(「디지털 유통기술의 발전과 법적 대응」) 발표문, 2003. 5. 24, 34면 및 최순용, “소리바다 공소기각 판결, 침해책임 없다는 뜻 아니다”, 저작권문화 107호, 저작권심의조정위원회, 2003. 7. 등이 모두 같은 취지로 비판하고 있다. 특히 前者는 “이 사건은 현실적으로 정범들이 수백만 명에 이르고 있는데다가 다른 방조사건과는 달리 오히려 정범보다 방조범의 행위가 사건의 핵심을 이루고 있고, 실제 심리과정에서도 정범의 행위 자체에 관하여는 거의 다툼이 없고 주로 방조책임 여부에 관한 법리적인 논쟁이 이루어져 왔다는 점에 비추어 보면, 일반적인 사건과 같은 정도의 공소사실 특정을 요구할 수는 없다고 할 것이다”고 평하고 있는바, 전적으로 이러한 지적이 타당하다고 본다. 실제로 검찰은 1심판결에 항소하면서 불과 正犯 몇 명의 행위를 특정하는 방법으로 공소장변경을 하였던바, 이렇게 하여 결국 抗訴審에서 위 특정된 극히 일부의 正犯에 대한 방조의 책임이 논하여질 수 있음은 별론으로 하고 1審의 논리대로라면, 소리바다의 형사책임의 전반을 제대로 다루기 위하여서는 正

第3節 韓國의 소리바다 事件

犯”)의 法理가 韓國에서 소리바다와 같은 유형의 ISP에 대한 책임추궁의 근거로 가장 유력하다고 보이는바,⁷⁶⁸⁾ 적어도 위 형사판결이 내려질 때까지 이루어진 소리바다에 대한 민사재판들에서는 과연 우리 법문의 어느 법조문에 의하여 판단되었는지 모호한 상황이었으므로 형사재판장으로서의 사전에 공소사실의 특징을 요구함은 물론 나아가 검찰이 구한 幫助犯의 논리에 대해서도 좀 더 적극적인 當否判斷을 하였어야 타당할 것이다.

(3) 抗訴審 判決⁷⁶⁹⁾

1) 法院의 判斷

(A) 공소사실의 특정 여부

檢사는 抗訴審에 이르러 정범들 5명의 성명, 각 소리바다 프로그램의 설치 및 MP3 파일을 다운로드 받은 시기와 장소, 구체적인 행위태양, 공유폴더에 위와 같이 다운로드 받은 MP3 파일을 저장한 채 다시 소리바다 서버에 접속함으로써 다수의 회원들이 위 파일을 다운로드 받아갈 수 있도록 제공한 시기 등을 구체적으로 특정하여⁷⁷⁰⁾ 公訴狀을 變更하였고, 법원은 이로써 公訴事實이 구체적으로 特定되었다고 인정하였다.

(B) 正犯들이 피해자측의 複製權을 침해하였는지 여부

a) MP3파일을 다운로드 받는 행위가 複製인지 여부

법원은 소리바다의 이용자들이 소리바다 네트워크에 접속한 다른 이용자들의 개인 컴퓨터 공유폴더에 저장되어 있는 MP3 파일을 다운로드받아 자신의 컴퓨터에 저장하는 행위가 複製行爲에 해당한다고 판단하였다. 여기에서 법원은 이 행위는 단지 전송에 수반되는 행위일 뿐이므로, 이는 著作隣接權者인 피해자들에게 인정되지 아니한 傳送權의 영역일뿐, 複製權이 침해될 여지가 없다는 피고인들 주장을 배척하는 과정에서,

犯 약 1천만명(후술하는 바대로, 전성기 소리바다1의 실제 회원수이다)을 어느 정도까지는 특정하여야 한다는 부당한 결과가 된다.

768) 이규홍, “P2P방식에서의 디지털 저작물 보호 등 저작권법상의 몇몇 문제점에 대하여”, 220-21면 및 구태언, “P2P서비스의 현황과 형사책임”, 정보법학회 제4회 사례연구회 발표문, 2003. 2. 11. 혹은 “P2P서비스의 현황과 형사책임”, 정보법학, 한국정보법학회, 2003. 등(다만 이들 학설들은 不作爲에 의한 幫助犯으로 “당연히” 파악하고 있으나, 당연히 不作爲라고는 할 수 없으며 이 점은 抗訴審 判決을 평하며 다시 논하기로 한다). 반대로 이러한 방조범의 범리구성에 대한 前提가 잘못되었다며, 그 이유로 正犯이 확정되지도 않았고 正犯의 故意 인정 여부가 불분명한 상태에서 幫助犯을 곧바로 인정할 수 있는지에 대하여 의문을 표시하는 견해 [조훈, “인터넷상 파일공유와 형법상 *Regressvervol*”, 디지털재산법연구 1권 1호, 2001. 11, 181면]도 있다.

769) 서울중앙지방법원 2005. 1. 12. 선고 2003노4296 사건.

770) 가령 “조OO은 2000. 7.경 인터넷상에서 소리바다 프로그램을 다운로드 받아 자신의 컴퓨터에 이를 설치하고 ‘bagazi19’라는 ID로 회원가입을 한 다음, 그 무렵부터 2001. 8. 4.경까지 사이에 위 프로그램을 실행하여 소리바다 서버에 접속한 상태에서 앞서 본 바와 같은 이용방법에 따라 위 서버에 접속하고 있던 성명불상자들의 공유폴더에 저장되어 있던 가수 “클론”의 위 4집 음반에 수록된 곡들과 같은 곡명의 MP3 파일을 다운로드 받아 자신의 컴퓨터 내 공유폴더에 이를 저장”하였다는 事實을 법원이 인정하였다.

디지털복제의 개념과 傳送權을 도입한 2000. 1. 12. 개정 저작권법의 입법배경을 앞서 손해배상 2심판결과 마찬가지로 설명하였다.

b) MP3 파일의 복제행위가 私的複製인지 여부

더 나아가 위와 같이 복제에 해당한다고 하더라도 이용자들의 복제행위가 私的複製에 해당하여 허용된다는 피고인들의 항변에 대하여는 법원이 앞서 假處分異議 事件이나 損害賠償 事件의 각 抗訴審과 마찬가지로 불특정 다수인들, 특히 동시접속자 5,000명 사이에서 광범위하게 이루어지는 파일공유행위가 저작권법 제27조에서 複製權의 制限事由로 정한 “개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 경우”라고는 볼 수 없으므로 더 나아가 營利目的의 유무에 관하여 판단할 것 없이 正犯들의 행위는 私的複製에 해당하는 않는다고 보았다.

(C) 正犯들이 피해자측의 配布權을 침해하였는지 여부

正犯들이 피해자들의 配布權을 침해하였다는 요지의 公訴를 뒷받침하기 위하여 본 抗訴審에서 檢事가 내세운 논리는 무척 눈길을 끄는바, 그 이유는 다름 아니라 앞서 假處分異議 事件의 原審이 소리바다이용자들에 의한 配布權 侵害를 긍정하며 내세운 논리를 그대로 차용하고 있기 때문이다.

그러나 법원은 이러한 주장을 배척하면서, 저작권법 제2조 제15호에 정의된 “配布”는 점유이전을 수반하는 개념으로서, 통신망을 통하여 무형적으로 디지털저작물을 제공하는 행위를 포섭하기는 어려운 점, 2000. 1. 12. 개정 저작권법에서 이미 配布權 등과 구별되는 ‘傳送權’이라는 개념을 새로이 도입하고 있는 점 등을 들어, 소리바다 이용자들이 파일을 받아갈 수 있는 상태에 두는 행위는 配布가 아니라 傳送到에 해당한다고 하여 이 부분 원고 주장을 배척하였다.

(D) 正犯들의 複製權 侵害行爲를 피고인들이 幫助하였는지 여부

여기서 檢事는 피고인들이 正犯들의 複製權 侵害行爲에 대하여 幫助의 責任이 있다는 근거로 두 가지 주장을 하였다.

첫째, 피고인들이 “처음부터” 복제권 침해행위에 제공하기 위하여 소리바다 시스템을 개발·배포하였다고 하여, 즉 소리바다 시스템이 이른바 “불법도구”이므로 피고인들에게 幫助責任이 있다.

둘째, 그렇지 않더라도 소리바다 시스템을 통하여 저작권 침해행위가 이루어진다는 점을 인식하고서도 경고문 고지 외에는 별다른 조치 없이 소리바다 서비스를 제공한 것은 正犯의 故意와 幫助의 故意를 모두 갖춘 不作為에 의한 幫助에 해당한다.

第3節 韓國의 소리바다 事件

a) 소리바다가 이른바 不法道具인지 여부⁷⁷¹⁾

檢事의 첫번째 주장을 상술하자면, 소리바다의 P2P 서비스는 공유폴더 설정, 음악파일 찾기(검색) 및 내려받기, 파일전달의 각 기능을 보유하고 있으므로, 처음부터 음악파일의 무단 복제·배포를 목적으로 개발된 불법적인 기술이고, 인터넷 음악의 편리한 공유라는 미명하에 사용자들 스스로 그들 전체로 구성되는 저작권법위반 공동체를 구성한 후 불법적인 음악파일의 공급자로서 역할을 분담하도록 프로그램화되어 있고 음악파일의 복제·배포가 소리바다 프로그램에 의하여 이루어지고 있는바, 그렇다면 피고인들은 처음부터 불법적인 의도를 갖고 사업을 영위하기 위하여 인터넷 사용자간 음악파일의 불법복제 및 배포를 목적으로 프로그램을 개발하여 이를 인터넷서비스로서 제공하였다 할 것이므로, 사용자들의 MP3 파일 복제행위에 대하여 幫助犯으로서 형사책임이 있다는 것이었다.

이에 대하여 피고인들은 美國에서의 Napster가 제소당한 사례를 알고 피고인들의 被訴 可能性도 다소 예상했으나 당시로서는 Napster가 불법이라고 판정되기 이전이었고 Napster보다 진일보한 방식을 취한 소리바다를 통하여 단기적으로는 음반판매량이 감소하더라도 장기적으로는 홍보효과로 음반판매량이 늘어날 수 있으리라 생각하였으며, 나아가 소리바다의 운영방식인 P2P 서비스에 의한 파일공유 방식은 고속 인터넷망의 보편화 등에 따라 필연적으로 등장한 새로운 기술의 진보인 만큼, 이를 不法道具로 보아 전면적으로 부정하는 것은 기술발전을 결정적으로 가로막고 퇴보시키는 것으로 저작권법의 기본 이념에도 부합하지 않는다고 반박하였다.⁷⁷²⁾

이러한 엇갈리는 당사자들의 다툼에 대하여 법원은 먼저, “어떤 사람이 일반인들에게 물건 또는 장비를 제조·판매하였는데, 그 물건 등의 ‘핵심적인 용도’가 타인의 저작권을 침해하는 것에 맞추어져 있거나 또는 그 물건 등의 ‘유일한 용도’가 위와 같은 목적하에 제조된 경우에는, 그와 같은 물건 또는 장비가 타인에 의한 1차적 침해행위의 중요한 도구 또는 유일한 도구로 사용될 수 있다는 상당한 개연성이 있는 한, 제조

771) 아래 (B)의 不作爲에 의한 幫助犯 주장과 대비하여 볼 때, 이 부분 당사자 주장을 소리바다 刑事抗訴 審은 作爲에 의한 幫助犯 주장으로 이해하고 있다고 볼 수 있다. 이러한 사실은 “...mp3 파일의 교환 등 불법적인 유통이 일상적으로 이루어질 수 있는 자동화된 시스템의 제공행위 자체에 형사상 방조책 임의 본질이 있다”, 즉 시스템 제공행위 자체가 幫助犯의 作爲에 해당한다는 취지의 주장을 (A) 부분에서 아울러 배척하고 있다는 점에서 확인할 수 있다.

772) P2P가 필연적으로 등장한 새로운 기술 운용의 주장은 일견 설득력이 없다고 할 수 없으나, 엄밀히 검토하면 무리한 논리비약이 있다. 즉 이 사건 법원의 판단은 P2P서비스 중 (가령 불법파일교환을 우회적으로 조장한 혐의를 받은) 특정한 영업행태를 보이는 소리바다만을 존속시킬지, 중단시킬지 여부에 관한 것이지 P2P기술 전체를 韓國社會에서 수용할지, 없앨지에 관한 것은 아니다. P2P서비스라 하여도 수많은 변종이 있으므로 개개 업체의 서비스행태에 따라 사회로부터 배척당하거나 받아들여지는 법적 판단이 달라질 수 있다고 본다(이에 관하여 상세히는 “제7장 제2절 5. Sony 原則의 올바른 適用(2) 3) (C) 損益判斷의 對象은 특정 상품이나 서비스에 국한된다는 原則”을 참조).

자의 저작권 침해행위에 대한 인식여부와는 상관없이 위와 같은 도구의 판매 행위 자체로서 다른 사람의 저작권 침해행위를 도와준 것이 되어 방조범으로서 형사책임을 부담한다 할 것이나,⁷⁷³⁾ 물건 또는 장비가 실질적으로 비침해적·合法的 用途로 사용되고 있거나,⁷⁷⁴⁾ 장치 그와 같이 사용될 개연성이 높은 경우에는 그 물건 등의 일부 用途가 현재 侵害의 用途로 사용되고 있다는 사정만으로 곧바로 그것을 가리켜 1차적 침해행위를 위한 不法道具⁷⁷⁵⁾라고 단정지을 수는 없다 할 것”이라고 하였다.

나아가 법원은 위와 같은 기준으로 소리바다를 판단하건대, 소리바다 시스템을 통하여 유통되는 MP3 파일의 30%는 합법적 파일인 점, 인터넷상에서 P2P 방식에 따른 서비스가 현재 및 장래에 非侵害的 用途로 사용될 개연성이 상당히 높다는 점,⁷⁷⁶⁾ 피고인들의 소리바다 프로그램 개발경위, 위에서 본 경고문구가 설치된 위치와 그 내용 등 제반 사정을 종합해 볼 때, 피고인들이 처음부터 복제권 침해행위를 방조할 목적으로 소리바다 프로그램을 개발하였다거나, 또는 P2P 방식의 소리바다 서비스 자체를 저작권 침해의 用途로만 사용될 목적으로 제작된 不法道具라고 단정지을 수는 없고, 나아가, 현재 소리바다 서비스의 이용실태만을 근거로⁷⁷⁷⁾ 불법 MP3 파일의 유통이 소리바

773) 여기서 항소심은 「다음 각호의 1에 해당하는 행위를 업으로 하는 경우에는 특허권 또는 전용실시권을 침해한 것으로 본다. 1. 특허가 물건의 발명인 경우에는 “그 물건의 생산에만 사용하는” 물건을 생산, 양도, 대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위, 2. 특허가 방법의 발명인 경우에는 “그 방법의 실시에만 사용하는” 물건을 생산, 양도, 대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위」라고 규정한 특허법 제127조를 그대로 적시하며 특허법상으로는 물건 또는 장비의 ‘유일한 용도’가 침해적인 경우에 한해 간접침해를 인정하고 있다고 덧붙였다.

774) 이 부분은 분명히 刑事抗訴審은 특히 “핵심적인”, “중요한”, “실질적으로” 등으로 그때 그때 다른 용어를 사용하고 있으나, 공통적으로 앞서 “substantial”에 상응하는 번역이라고 보인다).

왜냐하면 소리바다 刑事抗訴審이 논거로 인용하고 있는 韓國의 特許法 제127조는 “유일한 용도”를 요구할 뿐이므로, 그 조문의 해석만으로는 도저히 “물건 또는 장비를 제조·판매하였는데, 그 물건 등의 ‘핵심적인 용도’가 타인의 저작권을 침해”하는 경우까지 침해책임을 물을 수 있다는 刑事抗訴審의 결론을 도출할 수 없기 때문이다. 韓國의 特許法과는 달리 美國의 特許法은 “특허받은 기계, 기구, 조합 혹은 결합품의 부품, 혹은 특허받은 과정을 實施하는 데 사용되는 물질 혹은 도구를 판매하는 자로서, 그러한 것들이 당해 특허의 침해가 되는 用途(use)를 위하여 특별히 제작되었거나 특별히 개량되었음을 알고 있고, 아울러 그러한 것들이 相當部分 非侵害的 用途에 적합한 商業上 主要한 商品이나 物品(a staple article or commodity of commerce suitable for substantial noninfringing use)이 아닌 경우는 寄與侵害者로서 책임을 진다” [35 U.S.C. §271 (c)] 라고 규정함으로써 侵害的 用途가 유일한 用途인 때 뿐만 아니라 侵害的 用途가 오히려 核心的인 用途이거나 더 重要하거나 혹은 實質的인 부분인 경우에도 공급자에게 寄與責任을 지우고 있다 (이와 관련하여 더 자세히는 제7장 제2절 “聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며” 중 4. (1) 脚註 부분 참조).

775) 不法道具라는 표현이 韓國 判例가 처음 등장한 것은 소리바다 假處分異議 判決의 말미에 첨부된 외국 관례해설부분으로 그 해설에서는 마치 Napster 事件에서 不法道具 여부가 쟁점이었던 것처럼 논하고 있으나 이는 오해이며, 그 해설의 취지를 설령 善解하여 상품이나 서비스의 用途 相當部分이 非侵害的 이지 못한 경우, 즉 相當部分이 侵害的인 경우를 지칭하고자 한 표현이더라도 이 역시 “substantial (non)infringing use”의 뜻을 제대로 살리지 못한 번역임은 既述하였다.

776) 刑事抗訴審은 이 점과 관련하여 소리바다 시스템이 채택한 P2P 운영방식은 중앙서버의 개입 없이 인터넷 사용자들 사이에 자유롭게 정보교환 등이 이루어질 수 있다는 장점 때문에 차세대의 인터넷 이용 방식으로 각광을 받고 있으며, 현재에도 MSN 메신저 등 다양한 인터넷 통신 프로그램에서 합법적으로 이용되고 있는 사실을 들고 있다.

777) 현재 소리바다 서비스의 이용실태만을 근거로 하여서는 안되고 장래 “차세대의 인터넷 이용방식”으로

第3節 韓國의 소리바다 事件

다 서비스의 핵심적인 用途 또는 유일한 用途라고 보기도 어렵다고 판시하였다.

b) 不作爲에 의한 幫助犯의 성립 여부

檢事は, 피고인들이 미국의 넵스터 소송사태 때문에 이미 소리바다로 인한 저작권 침해행위가 빈번하리라는 사정을 인식하였고, 소리바다 운영 중에도 회원자격으로 접속하여 이용자들의 침해행위를 실제 인식한 바 있으며, 피해자들로부터 저작권 침해행위를 이유로 서비스의 중단 내지는 그 개선을 수차례 요청받았음에도 불구하고, 프로그램의 설치시 불법 MP3 파일의 저작권법 위배 가능성에 대한 경고문을 고지하는 것 외에는 달리 저작권 침해행위를 방지하기 위한 적절한 조치를 취하지 아니한 채 계속해서 서비스를 제공해 왔으므로, 不作爲에 의한 幫助犯이 성립하며, 正犯의 故意와 幫助의 故意 또한 있다고⁷⁷⁸⁾ 주장하였다.

법원은 먼저 대법원판례⁷⁷⁹⁾를 원용하면서 不作爲犯에게 요구되는 作爲義務는 ‘법적인 의무’이어야 하므로 단순한 도덕상 또는 종교상의 의무는 포함되지 않으나 作爲義務가 법적인 의무인 한 성문법이건 불문법이건 상관없이 없고 또 공법이건 사법이건 불문하므로, 法令, 法律行爲, 先行行爲, 기타 신의성실의 원칙이나 사회상규 또는 條理上 作爲義務가 기대되는 경우라야 비로소 法的인 作爲義務가 있다고 전제하였다.

먼저, 法令에 의한 作爲義務의 발생여부에 관하여, 正犯들의 복제행위 당시의 저작권법 등 관련 법령을 살펴보다라도⁷⁸⁰⁾ 피고인들에게 그들이 개발한 소리바다 프로그램을

서의 이용가능성도 고려한다는 의미로 보인다. 특정P2P 기술의 적법성을 판단하면서 법원이 당해 기술의 현재 用途에 국한하지 않고 장래 用途까지 살펴야한다고 한 취지는 지극히 타당하다. 이미 설명하였듯이 Napster 抗訴審도 이러한 점을 명시하고 있다. 나아가 후술하듯이 이러한 취지는 다름 아니라 聯邦大法院의 Sony 判決에서 제시하고 있는 원칙중의 하나이다[제7장 제2절 5. Sony 原則의 올바른 適用 (2) 3) (B)]를 참조]. 그러나 소리바다 서비스의 현재 用途가 전체이용대비 70%나 불법적 파일교환에 이용되고 있음에도 위와 같은 장래 用途를 고려하여 소리바다 서비스의 적법성을 긍정하려면 위 刑事抗訴審과 같이 지극히 간단히 고찰만으로는 부족할 것이다. 위 판결은 현재의 侵害의 用途에 불구하고 소리바다 서비스의 존재를 적법하다고 긍정하게 만드는 장래의 潛在的 用途가 무엇이 있는지 구체적으로 제시하고 있지 못하다.

778) 刑法學의 논의를 요약하면, 幫助犯과 같은 從犯에게는 正犯의 實行을 幫助한다는 인식, 즉 幫助行爲에 대한 故意에 더하여 正犯의 행위가 構成要件에 해당한다는 인식, 환언하여 正犯의 故意가 있어야 한다. 따라서, 過失에 의한 幫助는 형사상으로는 있을 수 없다(이재상, 형법총론, 박영사, 2003, 490면 및 박상기, 형법총론, 박영사, 2004, 464-65면).

779) 대법원 1996. 9. 6. 선고 95도2551 판결.

780) 여기에서 刑事抗訴審은 2003. 5. 27. 개정 저작권법은 正犯들의 복제행위 이후에 시행되는 점을 자세히 부언하고 있어, 마치 위 개정저작권법이 만약 正犯들의 복제행위 당시 시행된 법이었다면 이 부분 결론이 달라졌을 것 같은 여지를 두고 있으나, 이는 오해이다. 왜냐하면, 위 개정 저작권법 제77조 이하의 규정은 온라인서비스제공자를 위한 免責要件을 규정한 것이지, 責任要件을 규정한 것이 아니다 [이와 관련하여서는 제3장 제4절 3. (8) 著作權法과 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률의 衝突問題 3) 참조]. 따라서 이러한 개정법에서 정한 바를 이행하지 않은 경우 온라인서비스제공자가 개정법에 의거하여 책임감면을 주장하지 못할 뿐이지 그 불이행 사실만으로 거꾸로 곧바로 온라인서비스제공자 책임주장의 근거가 되지는 않는다. 앞서 보았듯이 美國의 DMCA에서 정한 면책조항에서는 이러한

인터넷상에서 무료로 불특정 다수인들에게 제공한 행위로 인하여 초래된 복제권 침해 행위의 발생을 방지해야 할 법적인 의무를 부과하고 있는 근거를 찾을 수는 없다고 하였다.

다음, 法律行爲에 의한 作爲義務 역시 피고인들과 피해자들 사이에 어떠한 법률행위도 존재하지 아니하는 이상, 이로부터 법익침해의 결과발생을 방지할 작위의무를 도출할 수는 없다고 보았다.

아울러, 先行行爲에 의한 作爲義務 역시 피고인들이 개발한 소리바다 프로그램이 앞서 본 바와 같이 복제권 침해행위에 이용될 목적만으로 개발된 不法道具에 해당하지 않는 이상, 피고인들이 위 프로그램을 인터넷상에서 불특정 다수인들에게 무료로 배포하였다는 이유만으로 피고인들에게 당연히 복제권 침해행위를 방지할 작위의무가 발생한다고도 할 수 없다고 판시하였다.

끝으로, 條理781) 등에 의한 作爲義務 유무에 관하여 법원은, 통상 온라인서비스제공자로서는 저작권자 등으로부터 저작권을 침해하였다는 음악파일 등의 목록을 구체적으로 통지받기 전까지는 통신망에서 유통되는 음악파일 등이 실제로 타인의 저작권을 침해하였는지 여부를 알 수 없다는 점에 비추어 볼 때, 원칙적으로 온라인서비스제공자는 자신이 운영하고 있는 시스템에서 벌어지고 있는 구체적인 저작권 침해행위를 일일이 점검(search)해서 통제해야 할 作爲義務까지 있는 것은 아니고, 적어도 저작권자로부터 侵害行爲의 내용이 特定된 具體的인 通知782)를 받아 실제로 이를 알게 되었을 경우에만 비로소 저작권 침해행위를 방지할 條理上의 作爲義務가 발생한다고 판단하였다. 덧붙여 법원은 P2P 방식에 의한 서비스의 등장으로 MP3 파일에 대한 저작권 침해의 양상이 기존의 온라인서비스제공자의 경우보다 훨씬 더 가중되는 상황에 직면하게 된다 하더라도, 조리상 작위의무의 발생여부는 기존의 온라인서비스제공자의 경우와 동일함을 전제로, 기존의 온라인서비스제공자의 책임을 다룬 종전 大法院 判例들783)이 “온라인서비스제공자 또는 전자게시판을 설치, 운영하는 전기통신사업자 등이 자신이 관리하는 전자게시판에 타인의 명예를 훼손하는 내용이 게재된 것을 방지하였을 때 명예훼손으로 인한 손해배상책임을 지게 하기 위해서는, 온라인서비스제공자 등

해석에 아무런 논란이 없다(제3장 제2절 “美國의 DMCA 중 OCILLA”의 “1. 成立經緯” 부분 참조).

781) 條理에 의하여는 罪刑法定主義와 관련하여 형법상 보증인지위는 인정되지 않는다고 입장(박상기, 前揭書, 318면 등)과 반대로 긍정하는 입장(다만 이재상, 前揭書, 127면은 제한적 긍정설이다)이 학설상 대립되어 있지만, 대법원의 판례는 소리바다 刑事抗訴審이 원용하는 바와 같이 긍정설의 입장이다.

782) 구체적인 통지가 과연 무엇인지 그 의미에 관하여 刑事抗訴審의 다른 부분에서 은연중 제시한 바에 따르면 “...피고인들이 소리바다에서 교환되거나 다운로드 되는 mp3 파일 중 어떤 것이 피해자들이 제작한 음반 등을 기초로 만들어진 mp3 파일에 해당하는지 구체적으로 파악할 수 있는 수준의 통지를 지칭하고 있다.

783) 청도권 홈페이지 事件인 대법원 2003. 6. 27. 선고 2002다72194 판결, 하이텔(HITEL) 事件인 대법원 2001. 9. 7. 선고 2001다36801 판결이다.

第3節 韓國의 소리바다 事件

이 명예훼손적인 글이 인터넷 게시판 등에 게재됨으로써 피해를 입었다고 주장하는 피해자로부터 위 글에 대한 삭제 또는 시정조치 요구를 받아 이를 삭제할 의무가 발생하였음에도 불구하고 장기간 이를 방치한 경우에 손해배상책임을 진다”는 취지여서 앞서와 같이 侵害行爲의 내용이 特定된 具體的인 通知를 요구하고 있다고 보았다.

따라서, 소리바다의 사안에서도, 피해자들이 피고인들에게 소리바다 회원들의 著作權 侵害行爲를 具體的으로 特定하여 通知하였음에도 불구하고, 피고인들이 해당 회원들에 대하여 그 접근을 차단하거나, ID를 폐쇄하는 등 방지조치를 전혀 취하지 아니하는 경우에 저작권법위반의 방조책임을 추궁할 수 있을 뿐이고, 만약 피해자들이 著作權 侵害行爲를 具體的으로 特定하지 않고, 단순히 소리바다 서비스를 통하여 저작권 침해행위가 벌어지고 있으니 서비스를 중단하거나 폐쇄하라는 내용의 통지서만을 보냈다면, 이로써 당연히 피고인들에게 방조책임을 성립된다고는 할 수 없다고 하였다.

그런데, 소리바다를 운영하는 피고인들이 소리바다 시스템을 통하여 불법적인 파일 공유가 이루어진다는 사실을 抽象的으로나마 認識⁷⁸⁴⁾하고 있었다는 점은 인정되지만,⁷⁸⁵⁾ 피해자들이 피고인들에게 이용자들의 침해행위를 具體的으로 通知하였다는 사실을 인정할 별다른 증거가 없는 이상⁷⁸⁶⁾ 결국 피고인들에게는 피해자들이 저작권접권을 갖고 있는 저작물에 대한 복제권 침해행위를 방지해야 할 법적인 작위의무가 발생하지 않아 피고인들이 正犯의 複製行爲를 不作爲에 의하여 幫助하였다고 할 수 없다고 결론지었다.

2) 判例分析

(A) 假處分異議 事件 등과 同一한 事實認定, 그러나 상반된 結論

앞서 소리바다 분쟁에 대한 民事抗訴審 判決들과 구별되는 특색은, 判決의 結論이다. 소리바다 운영자들의 責任을 肯定하였던 前者의 抗訴審들과 반대로 소리바다 刑事抗訴審은 無罪로 소리바다 운영자들의 責任을 부정하고 있다.

784) “추상적...인식”이라는 표현이 미국 판례법상 寄與責任의 요건으로서 認識에 관한 이른바 “推定的 認識 (constructive knowledge)”과 “實際 認識(actual knowledge)”이라는 표현과 맥락을 같이함은 물론이다.

785) 법원은 그 근거로 소리바다 시스템을 통하여 공유되는 MP3 파일의 약 70%가 불법파일인 점 외에도 앞서 검사의 주장과 같이 미국의 넵스터 소송사태 때문에 이미 소리바다로 인한 저작권침해행위가 빈번하리라는 사정을 인식하였고, 소리바다 운영 중에도 회원자격으로 접속하여 이용자들의 침해행위를 점검하여 온 사정을 들었다.

786) 刑事抗訴審은 ① 피해자들이 회원으로 가입된 한국음반산업협회의 법제이사가 2회에 걸쳐 피고인들을 만나 소리바다 서비스가 저작권법에 위반되는 것임을 경고하며 서비스 자체의 중단 등을 요청한 것만으로는 저작권 침해행위를 구체적으로 통지한 것으로는 볼 수 없고, ② 피해자들이 이 사건 형사고소 및 이후 고소인진술과 자료제출 등을 통하여, 소리바다 서비스를 통해 검색한 검색결과 화면자료와 침해당한 음반의 구체적인 명세서를 제출한 것은 어디까지나 수사기관에 제출한 것에 불과하지 피고인들에게 구체적인 통지를 할 것은 아니며, ③ 최고서는 피해자들이 회원으로 가입한 한국음반산업협회 명의로 발송된 것이 아니고, 내용상 구체적인 침해목록을 적시하지 않고 피고인들의 서비스를 즉각 중지할 것을 요청하는 것일 뿐이어서 결국 어느 것이나 구체적인 침해목록의 통지가 아니라고 하였다.

이처럼 同一한 事件의 民事와 刑事事件의 結論이 상이한 경우가 법원의 판결에서 전혀 없다고는 할 수 없지만,⁷⁸⁷⁾ 그렇게 상이한 경우는 특별한 사정으로 다른 법원의 認定事實과 달리 事實을 認定하는 때가 대부분이다.⁷⁸⁸⁾

하지만 소리바다 事件에서는 민사와 형사 법원의 認定事實이 실질적으로 동일하다. 즉 소리바다 분쟁에서 최초의 判決이었던 소리바다 假處分異議 1審에서 비교적 상세하게 실시한 소리바다의 개발경위, 작동원리, 이용실태, 사업현황 등에 관한 抗訴審法院들의 事實認定은 비록 아주 세밀한 부분에서 표현의 차이나 판시내용의 자세한 수준에 차이가 있을 뿐⁷⁸⁹⁾ 실질적으로 동일한 사실을 인정하고 있다. 결국 소리바다 刑事抗訴審의 결론이 소리바다 假處分異議 事件이나 損害賠償 事件의 각 抗訴審들의 그것과 상이한 것은 “민사적으로는 사실인정이 되었다더라도 증거법상 더 엄격한 형사상으로는 그러한 사실인정이 되지 않아 無罪가 되었다”는 식의 설명이 들어맞게 事實認定에서가 아니라, 그에 관한 法律의 解釋이나 그 適用의 차이에 기인함을 알 수 있다.

그럼 구체적으로 어떤 부분의 법률판단에서 차이를 보이고 있는 것일까? 법논리상으로 民事抗訴審들과 刑事抗訴審의 結論이 다른 이유를 가장 간명하게 설명할 수 있는 방법은 다음과 같다. 즉 假處分異議나 損害賠償 事件의 각 抗訴審이 소리바다 운영자들의 (민사)책임에 관하여 각각 故意에 의한 幫助가 아닌 “過失에 의한 幫助 責任”을 인정하고 있음에 그쳤고, 民事적으로는 過失에 의한 幫助가 인정되지만⁷⁹⁰⁾ 刑事적으로는 그렇지 않으므로 위와 같은 抗訴審들의 입장을 추종하더라도 당연히 刑事 抗訴審에서는 無罪가 불가피하여 외형상 서로 다른 結論이 나온 것이라고 풀이해 보는 것이다. 이렇게 풀이함으로써 “판결들의 결론상 차이에 불구하고 민, 형사 抗訴審들은 실질적으로는 동일한 사실인정과 동일한 법적 견해를 가졌을 뿐 서로 모순되는 판단을 내린 것은 아니다”라고 옹호하려는 시도가 있을 수도 있겠지만 위 판결들의 표현을 자세히 보면 위와 같은 풀이는 잘못된 것임을 금방 알 수 있다. 왜냐하면, 假處分異議 事件의 抗訴審은 소리바다운영자가 故意 혹은 過失에 의한 幫助 責任이 있다고 하여⁷⁹¹⁾ 과연

787) 가령, 교통사고로 인한 피해자의 사망결과에 대한 자동차운전자의 책임을 추궁하는 형사사건에 있어, 형사상 주의의무위반을 인정하기 어렵다고 하여 무죄판결이 내려지더라도 민사사건에서는 여러 가지 사정을 감안하여 피해자 유족의 손해배상청구를 일부라도 인용하는 사례들은, 비록 흔한 것은 아니지만 종종 있다.

788) 대법원 2004. 4. 28. 선고 2004다4386 판결(관련 형사판결에서 인정된 사실은 달리 특별한 사정이 없는 한 민사재판에서도 유력한 증거자료가 되지만, 민사재판에 제출된 다른 증거 내용에 비추어 형사판결의 사실 판단을 그대로 채용하기 어렵다고 인정되는 경우에는 법원이 이를 배척할 수 있다) 등.

789) 예를 들어, 損害賠償 事件의 1심과 2심에서는 원고들이 假處分異議 事件에서와 달리 사전에 조사한 결과 소리바다를 통한 파일교환의 약 70%가 불법이고, 나머지 30% 정도만이 적법하다는 사실이 추가로 인정되었고, 刑事抗訴審에서는 여기에 덧붙여 위 30%의 실례로 대중가수 싸이가 스스로 자기의 곡들을 인터넷상 무료다운로드에 제공한 사실 등을 인정하고 있는 정도에 불과하다.

790) 우리 법원은 대법원 1998. 12. 23. 선고 98다31264 판결을 비롯하여 대법원 2003. 1. 10. 선고 2002다 35850 판결 등에서 명백히 이를 긍정하고 있다. 이러한 태도는 일본의 하급심판례도 같으나, 독일의 학설, 판례는 이를 부정하고 있다고 한다(이 부분은 박성호, “幫助에 의한 共同不法行爲”, 113-4면 참조).

第3節 韓國의 소리바다 事件

그 幫助行爲가 故意에 의한 것인지, 過失에 의한 것인지까지는 특정하지 않고 있을 뿐만 아니라, 損害賠償 事件의 抗訴審은 過失이 아니라 오히려 故意에 의한 幫助責任을 피고들에게 인정하고 있다고 보이기 때문이다.⁷⁹²⁾

따라서 刑事抗訴審과 損害賠償 事件 등 民事抗訴審은 事實認定이 서로 달라 결론이 달라졌거나, 民事와 刑事의 法理가 달라 부득이 결론을 달리할 수밖에 없었던 것이 아니라 認定事實이 동일하고 나아가 적용되는 法理도 같으므로 원칙적으로는 민형사사건을 막론하고 동일한 결론이 내려졌어야 할 爭點에서 법원간의 법적 견해차가 존재하여 서로 다른 결론에 이르렀다고 볼 수 있다. 항소심법원이 법적견해를 달리한 그 爭點이 무엇인지는 바로 아래에서 설명한다.

어쨌든, 신문지상에 보도될 정도로 사회적인 주목을 끈 사건에서 이렇게 서로 상반된 결론이 내려짐으로써⁷⁹³⁾ 중국적으로 2005. 3. 현재 大法院에 각 계류중인 最終審 判決에서는 이러한 하급법원들간의 법적 견해차를 분명히 극복하여야 할 것이다.

(B) 相異한 結論으로 이끈 爭點에 대한 抗訴審들의 상반된 이해

刑事抗訴審이 앞서 假處分異議나 損害賠償의 民事抗訴審들과는 법적으로 다른 의견을 취하여 결국 상이한 결론에 이르도록 한 爭點은 “장차 이용자들이에 의한 저작권 등 침해행위가 발생하리라는 사정을 소리바다공급자들이 알았거나 알 수 있었음에도 소리바다를 공급한 경우 그 공급행위만으로 나중에 실제로 발생한 이용자들의 침해행위에 대하여 책임을 부담하게 되는가”의 문제이다. 이 문제에 관하여 이미 앞에서 본 바와 같이 假處分異議나 損害賠償의 民事抗訴審에서는 저작권 등 침해행위가 발생하리라는

791) “...구체적 사정을 살펴보면, 운영자가 이용자들의 파일공유 등으로 인한 저작권접권 등 침해행위를 미필적으로나마 인식하고서도 이를 용이하게 할 수 있도록 도와주거나(이 부분은 故意에 의한 幫助와 관련됨; 筆者註, 이하 같음), 이러한 침해행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음에도 이를 위반하는 경우(過失에 의한 幫助와 관련됨)라고 평가되는 경우에만 방조책임을 인정하여야 할 것이다....(‘그런데, 여러 인정사실들에 비추어 보건대’; 원문을 압축하여 筆者가 添加) 소리바다 서비스를 통하여 이용자들이에 의한 ...침해행위가 발생하리라는 사정을 미필적으로 인식하였거나(故意에 의한 幫助와 관련됨) 충분히 예견할 수 있었다고 볼 것(過失에 의한 幫助와 관련됨)임에도, 채무자들은 소리바다 프로그램 설치 화면상에 경고문을 고지하는 이외에는 이용자들의 저작권접권 침해행위를 방지할 만한 아무런 조치를 취하지 아니한 채(분명하지 아니하나 過失에 의한 幫助와 관련됨) 소리바다 프로그램을 개발하고 MP3파일 공유 및 교환을 하는데 필수적인 서버를 운영하여 MP3파일 공유 서비스를 제공함으로써(분명하지 아니하나 故意에 의한 幫助와 관련됨) 이용자들의 저작권접권 침해행위를 용이하게 하였으므로....방조책임을 부담한다”.

792) 바로 위에서 실시한 假處分異議 抗訴審과 판시내용과 대부분 동일하지만, 다만 “...침해행위가 발생하리라는 사정을 미필적으로 인식하였거나 충분히 예견할 수 있었다고 볼 것임에도”라는 假處分異議에서의 판시부분을 “침해행위가 발생하리라는 사정을 미필적으로나마 인식하고 있었다고 봄이 상당하고, 이러한 사정하에서...”라는 표현으로 代置하고 있다.

793) 공교롭게도 서울고등법원에 계류 중이던 假處分異議 事件의 抗訴審 判決과 서울중앙지법에 의한 위 소리바다 刑事抗訴審의 선고일이 같았음에도 그 결론은 상이하여 신문과 TV 매체에서는 “소리바다 운영자, 刑事에서는 無罪, 民事에서는 有罪”식의 수많은 보도가 있었다(연합뉴스, 2005. 1. 12.자 “소리바다 운영자, 형사면책·민사유책”, 조선일보, 2005. 1. 13.자 종합 A2 면 “소리바다 서비스 무죄, 이용자 유죄; 법원 ‘운영자 혐의 없지만 서버운영은 중단하라’” 등).

사정을 소리바다공급자들이 미필적으로 인식하였거나 충분히 예견할 수 있었음에도 소리바다 프로그램을 개발하고 서비스를 제공한 이상 소리바다운영자들에게 幫助責任이 있다고 하여 피고들의 責任肯定이라는 결론에 이르렀음에 반하여, 刑事抗訴審은 “오늘날 온라인서비스는 물론 P2P 서비스라고 하는 새로운 과학기술이 등장하여 일반인으로 하여금 저작권 침해의 양상을 더욱 가중시키는 상황에 직면하여, MP3 파일의 교환 등 불법적인 유통이 일상적으로 이루어질 수 있는 자동화된 시스템의 제공행위 자체에 형사상 방조책임의 본질이 있다는 주장이 제기되기도 하나, 인터넷상에서 행해지는 저작권 침해행위라 하여 이를 일반적인 경우와 달리 볼 것은 아니라 할 것”이라고 하여 위와 같이 소리바다 프로그램을 개발하고 서비스를 제공한 행위만으로는 막바로 소리바다운영자들에게 幫助責任을 인정할 수 없고 더 나아가 추가적인 요건⁷⁹⁴⁾이 필요하다는 正反對의 立場을 취하고 있다.⁷⁹⁵⁾

그런데, 위와 같이 抗訴審들의 의견이 일치되지 아니한 위 爭點은 다름아니라 후술할 美國 聯邦大法院이 내린 역사적인 판결인 Sony 判決⁷⁹⁶⁾에서 연방대법관들조차 최후까지 多數意見과 少數意見이 뒤바뀌었을 정도로 치열하게 다투어졌던 難題, 환언하여 “장차 VTR 이용자에게 의한 원고측 저작권 등 침해행위가 발생하리라는 사정을 VTR 제조공급자인 피고 Sony가 알았거나 알 수 있었음에도 VTR을 공급한 경우 그 공급행위만으로 나중에 실제로 발생한 이용자들의 침해행위에 대하여 책임을 부담하게 되는가”라는 難題와 실질적으로⁷⁹⁷⁾ 완전히 동일하다. 굳이 비유하자면, 앞서 假處分異議나 損害賠償의 民事抗訴審의 태도는 위 難題에 대한 聯邦大法院의 少數意見과 유사하고, 刑事抗訴審의 태도는 聯邦大法院의 多數意見과 유사하다고도 할 수 있겠다. Sony 判決에 대한 자세한 설명은 후술할 것이지만⁷⁹⁸⁾ 요컨대, 연방대법관들의 합의과정에서 원래 多數意見이었다가 최종적으로는 少數意見이 된 입장은 “VTR 이용자에게 의하여 원고의 저작권에 대한 침해행위가 발생하리라는 사정을 VTR공급자인 피고 Sony가 충분히 알았거나 알 수 있었음에도 베타맥스라는 피고의 VTR을 제조, 공급한 이상 피고 Sony는 미국 판례법상 寄與責任의 법리에 따라 책임이 있다”는 것이었다. 반면 多數意見은 美國 特許法上의 이른바 “商業上 主要한 商品(staple article of

794) 앞서 보았듯이, 侵害行爲의 내용이 特定된 具體的인 通知가 있었음에도 피고인들이 침해방지조치를 취하지 아니한 채 서비스를 계속 제공하였을 것을 더 요구하고 있다.

795) 학설도 엇갈린다. 가령 Napster나 소리바다가 서비스를 중단하는 것이 技術的으로 불가능하다고 볼 수 없고, Napster나 소리바다는 교환되는 음악파일의 대부분이 저작권을 침해한다는 사실을 알고 있다고 보아야 하고, 개정법에 따르면 소리바다는 저작권침해의 책임을 면할 수 없다”는 식의 설명은 안효질, “P2P環境하에서의 著作權侵害責任”, 92면 등.

796) Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc. 事件 [104 S.Ct. 774, 464 U.S. 417 (1984)].

797) 소리바다프로그램과 서비스가 베타맥스 VTR이라는 상품으로, 피고측이 추궁당하는 책임이 한국성문법상 민형사상 幫助責任에서 미국 판례법상 寄與責任으로 치환되었을 뿐이다.

798) 제7장 제2절 “聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며” 참조.

第3節 韓國의 소리바다 事件

commerce)”의 원리를 차용하여, Sony가 생산하는 VTR의 用途 相當部分이 非侵害의 인 경우(substantial noninfringing use)에 해당하는 경우 위 VTR을 이용하여 VTR이용자들이 Universal 등의 저작권을 침해하는 행위를 할 수도 있음을 알았거나 알 수 있었다는 사정, 환언하여 침해행위에 대한 推定的 認識(constructive knowledge)을 Sony가 가진 것만으로는 곧바로 VTR공급자인 Sony에게 寄與責任을 지우는 것은 부당하다고 하여 Sony의 책임을 부인하였다. 이처럼 多數意見에서도 침해행위에 제공될 수도 있는 상품을 공급한 자의 책임이 항상 부정되는 것이 아니라 적어도 문제되는 상품의 “用途 相當部分이 非侵害의인 경우(substantial noninfringing use)”일 것, 환언하여 그 상품의 用途가 오로지 侵害의이거나 핵심적인 用途가 侵害的인 것은 아닐 것을 요구한다.

따라서 Sony 判決이래 적어도 미국에서는, 이용자에게 의하여 저작권침해에 이용될 수도 있는 상품이나 서비스를 공급한 자가 이용자들의 실제 침해에 대하여 저작권자에게 부담하는 책임이 있는지 문제에 관하여 “당해 상품이 相當部分 非侵害的 用途를 가지고 있는지 여부”가 핵심적인 基準으로 되어 있다. 결국 이러한 基準에 대한 모색은 美國의 Sony 事件에서와 실질적으로 동일한 問題의 올바른 답을 찾아야 할 韓國의 소리바다 事件에서 우리 법원들이 충분히 참고할 만한 가치가 있음은 물론이다.

앞서 假處分異議나 損害賠償의 民事抗訴審은 美國의 Sony 事件에서 위와 같이 제시된 해결기준에 관하여 명시적인 언급은 물론 묵시적인 원용조차 하지 않은 것으로 보이며 오로지 한국 成文法에 정해진 相關규정에 따라 幫助責任의 解釋에 집중하였다고 보인다. 반면 刑事抗訴審은 i) 물건이나 장비의 唯一한 用途뿐만 아니라 核心的인 用途가 저작권을 침해하는 것이라면 그러한 물건이나 장비의 판매행위 자체가 책임의 근거가 된다고 하여 反對解釋으로 위 Sony 判決에서와 같이 물건이나 장비의 用途가 相當部分 非侵害的이라면 책임이 없다는 입장을 취한 점, ii) 특히 刑事抗訴審이 원용하고 있는 우리 特許法 規定은 오로지 “유일한 용도”에 관하여서일뿐 “핵심적인 용도”에 관하여는 규정하고 있지 아니함에도 위 법원이 그러한 해석을 내린 점, iii) 피고인들의 책임을 부정하는 근거 중의 하나로 “...P2P 방식에 따른 서비스가 현재 및 장래에 非侵害的 用途로 사용될 개연성이 상당히 높다...”는 사정을 들어 현재뿐만 아니라 장래의 用途까지 포괄하여 非侵害的 用途를 판단하고자 하는 점에서 美國의 Sony 判決이 제시한 입장과 일치하는 점 등에 비추어, 비록 명시적인 언급은 없을지라도 실질적으로는 Sony 判決로부터 지대한 영향을 받고 있다고 보인다.

그러나 여기서 주의할 것은, 이 논문은 Sony 判決의 탁월함에 주목하고자 하는 입장이지만 그렇다고 Sony 判決과 일부나마 기본적인 궤도를 같이 한 刑事抗訴審의 태

도가 앞서 假處分異議나 損害賠償의 民事抗訴審의 태도보다 반드시 더 우수하다는 취지는 아니라는 것이다. 그 이유는 民事抗訴審은 비록 幫助責任의 규정을 해석함에 있어 (그 해석결과가 정당한지는 검토여지가 있을지라도) 일단은 나름대로 우리 성문법에 입각한 해석을 내리고 있음에 반하여, 刑事抗訴審은 앞서 보았듯이 關聯條文으로는 “유일한 용도”가 侵害的인 물건이나 장비의 경우에 한하여 간접침해를 인정한 우리 特許法 規定을 들면서도 그 解釋은 “유일한 용도”뿐만 아니라 “핵심적인 용도”가 侵害的인, 물건이나 장비의 경우까지 형사상 침해를 인정하거나,⁷⁹⁹⁾ 마찬가지로 위와 같이 침해행위의 유일한 도구이거나 중요한 도구이기만 하면 “저작권 침해행위에 대한 인식여부와는 상관없이”, 도구의 판매행위 자체로 방조범의 형사책임을 부담한다고 하여 즉 보기에 따라서는 방조범 역시 가져야 할 正犯의 故意 여부와 상관없이 책임을 지운다는 오해를 부를 수 있는 등⁸⁰⁰⁾ 美國 Sony 判決에서 제시한 기준을 무비판적으로 도입한 결과 우리 성문법의 근거제시로부터는 다소 遊離된 측면이 있다.⁸⁰¹⁾

어쨌든, 假處分異議나 損害賠償의 民事抗訴審의 결론과 刑事抗訴審의 결론이 서로 상반된 것처럼, “침해행위가 발생하리라는 사정을 인식하였거나 예견할 수 있었음에도, 장비 내지 서비스를 제공함으로써 이용자들의 침해행위를 용이하게 하였으므로 책임이 있다”(民事抗訴審의 입장)는 답과 “장비 내지 서비스가 실질적으로 비침해적·합법적 용도로 사용되고 있거나, 장차 그러할 개연성이 있는 이상 그 일부 用途가 현재 침해행위에 이용된다는 사정만으로 이용자들의 침해행위를 용이하게 하였다고 보기 어려워

799) 類推解釋의 禁止와 관련하여, 소리바다 刑事抗訴審은 판시내용으로 볼 때 물건이나 장비의 “유일한 용도”가 侵害的인 경우에 책임을 긍정한 우리 특허법 제127조를 근거로 “핵심적인 용도”에까지 이를 유추하고 있는 듯 보인다. 형법 제32조에 정한 “幫助”라는 문구의 독자적인 해석에 기해서가 아니라 앞서와 같이 특허법 제127조 등을 근거로 해석한다는 취지라면 위 법원의 해석은 방조범의 성립범위를 “핵심적인 용도”에까지 확장하는 것으로 결과적으로 피고인에게 불리한 유추해석에 해당될 수도 있다.

후술하듯이 이 논문도 美國의 Sony 判決이 제시하고 있는 원칙을 가급적 우리 성문법의 해석으로 수용하고자 하는 입장으로, 물건이나 장비의 “유일한 용도”뿐만 아니라 “핵심적인 용도”가 侵害的인 경우까지도 모두 위 Sony 判決의 기준에 비추어 공급을 허용하여서는 안된다는 입장이다. 그러나 이러한 입장과 해석은 어디까지나 위 특허법 규정외에도 저작권법 제92조 등을 망라한 해석이고 특히 民事法 영역에서 그러하다는 것이다.

800) 刑事抗訴審의 취지가 침해행위의 유일한 도구이거나 중요한 도구를 판매하는 것만으로 막바로 幫助犯에게 正犯의 故意가 없다고 볼 수 없다는 취지라고 善解할 수 있겠지만, 判示文은 오히려 반대의 해석에 어울리는 표현이다.

801) 그러한 예는 앞서 “(B) 不作爲에 의한 幫助犯의 성립 여부”에서 刑事抗訴審이 우리 대법원의 청도郡 홈페이지 사건 등을 先例로 인용하면서 [이것이 잘못된 원용임은 아래 (D)부분에서 설명하겠다] 侵害行爲의 내용이 特定된 具體的인 通知가 있어야 소리바다 운영자는 침해행위를 실제 알 수 있고, 이렇게 실제 알았을 경우에 한하여 (부작위에 의한 방조범에 있어 조리상 작위의무가 긍정되어) 책임이 있다고 판단한 것에서도 찾을 수 있다. 사실 이러한 해석은 美國 Napster 抗訴審이 Sony 判決을 先例로서 해석하는 과정에서 (공급자가 판매하는 상품 用途 相當部分이 非侵害的인 경우에는 공급자의 推定的 認識만으로는 寄與責任을 기우기에 부족하고 더 나아가) 공급자는 이용자에 의한 구체적인 침해를 實際 認識하였어야 그러한 침해에 대한 2차적인 책임을 부담하는 法理라고 Sony 判決의 취지를 새롭게 해석하면서 원고로 하여금 공급자인 피고에게 침해파일의 목록을 구체적으로 통지할 것을 요구한 것과 동일한 입장임을 알 수 있다. 그렇지만, Sony 判決을 위와 같이 해석한 Napster 抗訴審의 입장이 가진 문제점에 대하여는 해당 부분에서 既述하였다.

第3節 韓國의 소리바다 事件

책임이 없다”(刑事抗訴審의 입장)는 답을 순수한 法論理 次元에서만 비교하여 優劣을 매기는 것은 지극히 곤란할 뿐만 아니라 아울러 무의미하다고 하겠다.⁸⁰²⁾ 따라서 향후에 民事抗訴審들과 刑事抗訴審사이의 모순을 정리해야 할 大法院의 최종판단에서는 법리상의 精緻한 설명이 아니라 다소 法經濟學的인 根據⁸⁰³⁾를 들어 소리바다의 허용여부를 판단하는 것이 타당하리라 본다.

한편, 후술하듯이 2005. 6. 27. 미국 연방대법원은 Grokster 事件에 관하여 이른바 誘發理論이라는 다소 기발한 법리를 동원하여 피고 ISP의 책임을 긍정하였다. 그 논리에 따르면 여전히 Sony 판결의 의의를 긍정하면서도 피고가 침해를 誘發한 때에는 Sony 원칙의 검토에 들어갈 필요없이 막바로 책임을 긍정할 수 있다는 것이다. 이러한 논리 역시 우리 대법원이 參酌할 수 있을 것이지만, 주의할 점은 i) 위 논리는 미국특허법상 규정을 저작권분쟁에 응용한 것이므로, 특허법규정이 상이한 한국법제에 바로 도입하기 곤란하고, ii) 그렇지 않더라도 다분히 Grokster 분쟁의 구체적 사실분석에 의지한 것이므로⁸⁰⁴⁾ 우리 대법원도 소리바다1 분쟁의 구체적 사실이 위 논리기준이 제시한 誘發에 해당하는지를 충분히 검토할 필요가 있다는 것이다.

(C) 幫助가 不作爲에 의한 것이라고 볼 수 있는지 여부

앞서 假處分異議나 損害賠償 事件과 같은 民事에서의 抗訴審들이 소리바다운영자들이 범한 幫助行爲의 실질이 피고들의 作爲에 의한것인지, 不作爲에 의한 것인지 특정하지 않았음에 비하여, 刑事抗訴審은 앞서 作爲에 의한 幫助責任과⁸⁰⁵⁾ 不作爲에 의한 幫助責任⁸⁰⁶⁾으로 나누어 침해행위방지를 위한 조치 없이 서비스만 계속 제공한 상황에서는 오로지 不作爲에 의한 幫助責任이 문제될 뿐이라고 보고 있다.⁸⁰⁷⁾

802) 이러한 우열 다툼은 마치 소리바다 서비스나 Napster 서비스의 책임을 가리며 이용자들간에 교환되는 파일의 내용을 서비스제공자가 알거나 차단하는 것이 불가능하므로 統制可能性이 없다는 주장과 적어도 당해 서비스 전체를 폐지하면 불법파일교환이 이루어질 수 없는 이상 統制可能性이 있다는 주장 사이에 法論理 次元의 優劣을 판단하기 곤란한 것과 마찬가지로이다. 이와 관련하여서는 “제7장 제2절 5. Sony 原則의 올바른 適用 (2) 3) (A) f) Grokster 法院의 논리에 대한 批判”부분뿐만 아니라 “제6장 제3절 1. (2) 4)의 (E) 여전히 모호한 統制可能性의 기준”도 참고할 것.

803) “제7장 第2節 5. Sony 原則의 올바른 適用 (2) 筆者의 解釋”에서 자세히 다룬다.

804) 誘發理論의 함정은 후술하듯이, 무엇이 誘發인지 모호하다는 점이다.

805) “(A) 소리바다가 이른바 불법도구인지 여부”가 그러한 책임을 검토한 것임은 해당 부분의 각주에서 기술하였음.

806) 不作爲에 의한 刑事責任, 환언하여 不作爲犯에 관하여 刑事抗訴審이 원용한 위 대법원 판례들의 판시를 빌려 설명하자면, 不作爲犯은 형법 제18조가 “위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가 그 위험발생을 방지하지 아니한 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌한다.”고 하여 규정한데 근거한 것으로, 형법이 금지하고 있는 법익침해의 결과발생을 방지할 법적인 작위의무를 지고 있는 자가 그 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었음에도 불구하고, 그 결과의 발생을 용인하고 이를 방관한 채 그 의무를 이행하지 아니한 경우에, 그 부작위가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이 라면, 작위에 의한 실행행위와 동일하게 부작위범으로 처벌할 수 있다는 논리이다.

807) 반대로 소리바다 형사사건의 1심판결문에 드러난 검찰의 공소사실은 적극적 行爲(作爲)으로 소리바다

나아가 刑事抗訴審이 비록 그 판시부분(808)에서 더 친절히 설명하지는 않았으나, 법원은 소리바다의 소치가 일단 不作爲犯의 不作爲에 해당된다는 前提하에서, 強學上 眞正不作爲犯이 아닌 不眞正不作爲犯에서 거론되는 保證人 地位와 관련된 “作爲義務”의 발생근거들을 나열하고 있는 것이다.

學說중에서도 이러한 법원의 해석과 마찬가지로 소리바다의 幫助責任을 당연히 不作爲에 의한 것으로 파악한 입장이 있다. 가령 P2P방식 제공자의 책임은 서비스를 개시한 이후 이용자들의 침해행위가 발생하는 상황을 용인하는 것이므로 그 책임은 부작용에 의한 방조에 의한 것이라는 입장(809) 혹은 일반적으로 ISP가 정보의 이동을 충분히 감시하지 않았고, 불법통신의 저지 가능성을 충분히 기대할 수 있음에도 이를 저지하지 아니한 경우라야 하는데, 첫째 법적으로 구성요건적 결과가 발생하지 않도록 보증할 수 있어야 하고(保證人的 地位), 둘째로, 구성요건적 결과가 행위자에게 가능하고 기대될 수 있는 행위를 통하여 저지될 수 있어야 하며(沮止可能性) 셋째로, 주관적 요건으로 고의성을 갖추어야 한다고(故意性) 분석하는 입장(810) 등이 그러한 것들이다.

그러나 위와 같은 刑事抗訴審의 태도나 이와 같은 학설들과 달리 소리바다 운영자의 책임은 作爲에 의한 幫助로 파악하는 것이 타당하다고 본다. 刑法學에서 作爲와 不作爲의 區別은 不作爲犯과도 관련된 쉽지 않은 문제다. 하지만 不作爲는 作爲에 대해 補充關係에 있다고 보아 우선 고찰대상이 되는 作爲가 構成要件에 해당하고 위법·유책한가를 검토하여 일단 그러한 요건을 충족하는 作爲가 발견되는지를 살펴거나(811) 혹은 構成要件 結果發生이 작위적인 방법으로 야기된 것인지를 살펴(812) 각각 그러한 作爲만을 형법적 평가의 대상으로 하고 그렇지 않은 경우에 한하여 不作爲가 문제된다는 것이 가장 유력한 解釋이다.

그런데, 이런 解釋에 따라 刑事抗訴審이 不作爲犯의 不作爲로 문제삼고 있는 “저작권 침해행위를 방지하기 위한 적절한 조치를 취하지 아니한 채 계속해서 서비스를 제공”하는 행위를 살펴건대, 소리바다운영자가 침해행위방지를 위한 조치를 이행하지 않은 것은 不作爲라고 할 수 있을지 몰라도 그와 동시에 소리바다 서비스를 계속 제공한

의 행위를 파악하고 있다.

808) 위 “(B) 不作爲에 의한 幫助犯의 성립 여부”부분.

809) 이규홍, “P2P방식에서의 디지털 저작물 보호 등 저작권법상의 몇몇 문제점에 대하여”, 220-21면.

810) 구태언, 전제논문, 16면.

811) 이재상, 전제서, 118-119면.

812) 박상기, 전제서, 313-14면. 구성요건 결과발생이 작위적인 방법으로 야기된 경우에는 作爲로, 그러한 인과관계가 결여되었을 경우에는 不作爲로 본다는 입장이며, 만일 作爲犯과 不作爲犯의 성격을 모두 면행위에 대하여 作爲 부분보다 不作爲 부분을 우선하여 不作爲犯으로 잘못 본다면 (과실있는 행위를 적극적으로 하였다는 면보다 그와 동시에 주의의무를 이행하지 않았다는 면만이 항상 부각되어; 필자주) 過失의 作爲犯은 이론상 언제나 성립할 수 없는 모순에 이르게 된다고 한다.

第3節 韓國의 소리바다 事件

것은 作爲임이 분명하다. 왜냐하면 소리바다운영자들은 이용자들에게 소리바다 프로그램을 처음 배포하고 난 이후 전혀 개입하지 않는 것이 아니라 소리바다네트워크의 과일공유에서 불가결한 소리바다 중앙서버를 지속적으로 운영하고 있고, 이러한 중앙서버의 도움을 통하여서만 소리바다 이용자들이 불법파일을 공유하는 것이 가능하므로 이러한 중앙서버의 지속적인 운영행위는 앞서 解釋에서 말한 “構成要件에 해당하는 作爲”라고 보아야 하기 때문이다.⁸¹³⁾

이와는 반대로, 향후 만일 韓國에서도 네델란드 법원에서의 KaZaA 事件이나 美國 법원에서의 Grokster 事件에서와 같이 이른바 Pure P2P 프로그램의 사례가 문제된다면, 이 때야말로 先行行爲(Pure P2P 프로그램의 최초 제공행위)로 인한 保證人地位(作爲義務)가 인정되는 不作爲犯, 즉 不作爲에 의한 幫助責任이 논의될 수 있을 것이다.⁸¹⁴⁾

(D) 具體的인 侵害行爲에 관한 通知의 의미를 잘못 이해함

앞서 보았듯이 소리바다 刑事抗訴審은, i) ISP가 자신의 시스템에서 벌어지는 침해행위를 일일이 점검해서 저지할 의무까지 있는 것은 아니며, ii) 저작권자로부터 具體的인 侵害行爲의 내용이 특정된 通知를 받아, iii) 실제로 이를 알게 되었을 경우에만 비로소 저작권 침해행위를 방지할 條理上의 作爲義務가 발생한다고 해석함이 타당하며, iv) 이런 해석은 온라인서비스제공자의 책임을 다룬 종전 판례와도 부합한다는 입장을 취하고 있다.

813) 유력한 입장이라고는 할 수 없지만, 일부 論者(이호중, “위험정보의 유통과 인터넷서비스제공자(ISP)에 대한 형법적 규제”, 비교형사법연구 제5권 제2호, 215-18면)는 刑法學에서 作爲와 不作爲의 區別에 관한 위와 같은 논의를 감안하더라도 여전히 소리바다와 같은 ISP의 형사책임은 作爲가 아닌 不作爲에서 문제될 뿐이라는 입장을 취한다. Sieber 등 독일학자들의 설명을 대부분 차용한 위 論者의 설명을 요약하자면, ① ISP의 行爲 중 “서비스제공”이라는 작위적 요소들은 대개 합법적 영역에 속하므로 “위험정보유통의 방지”라는 不作爲와 달리 형법상 構成要件該當性이 결여되어 있고 ② ISP를 作爲犯으로 파악하는 경우 이용자들이 서비스를 남용할 것이라는 막연한 인식만으로 ISP의 故意를 인정하는데 어려움이 있으며, ③ 작위적 요소와 부작위적 요소의 성격을 모두 가진 ISP의 行爲에서 비난의 초점은 어디까지나 “서비스제공”이 아니라 “위험정보유통의 방지”에 있다는 것이다.

그러나 ① Napster나 소리바다 서비스의 70%이상이 불법적 파일교환이었던 事實에서 알 수 있듯이 문제된 특정ISP의 행위 중 작위적 요소가 부작위적 요소보다 구성요건해당성이 결여된 합법적 영역에 속할 가능성이 크다는 것은 성급한 단정이고, ② ISP를 不作爲犯으로 파악하는 경우라도 과실범이 아니라 여전히 故意犯이므로, 保證人地位 내지 構成要件의 狀況에 대한 認識의 정도가 앞서 作爲犯으로 파악하는 경우의 그것보다 낮아도 무방하다는 것은 선 듯 수긍이 가지 아니하며, ③ ISP의 行爲에서 비난의 초점이 “서비스제공”이 아니라 “위험정보유통의 방지”에 있다는 설명이 설령 獨逸學者들 사이에서는 多數일지 몰라도, 적어도 ISP책임에 관하여 판례, 관련입법 및 학설에서 世界를 선도하고 있는 美國에서의 대개의 논의방향은 寄與·代位責任이라는 틀(이는 굳이 분류하자면 전자는 독일형법학상 작위범, 후자는 부작위범의 범리에 가까울 것이다)에 따라 作爲, 不作爲 그 어느것에 치우친 논의라고는 도저히 보이지 아니함을 볼 때 앞서 論者의 설명은 어느면을 보더라도 부당하다고 보인다.

814) 이러한 사례에서는 P2P제공자가 최초로 이용자들에게 프로그램을 제공하지만 할뿐 중앙서버를 따로 운영하지 않더라도 이후의 불법파일 공유행위는 이용자들이 프로그램만을 이용하여 실행할 수 있기 때문이다.

i) ISP가 자신의 시스템에서 벌어지는 침해행위를 일일이 점검, 저지할 의무가 없다고 본 태도는, DMCA나 EU지침에서 명시적으로 입법화하고 있는 내용일 뿐만 아니라 전세계적으로 이미 공감대가 형성된 부분임을 고려할 때 지극히 타당한 입장이다.

ii) 저작권자로부터 具體的인 侵害行爲의 내용이 특정된 通知, 환언하여 侵害主張의 通知를 받을 것을 요구한 것은 韓國의 判例 중 최초라는 意義는 있다. 그런데, 주의할 점은 소리바다 형사항소심의 판결 당시인 2005. 1.경에는 이미 온라인서비스제공자의 책임제한을 정한 개정저작권법이 시행중이었지만 위 판결의 판단은 개정저작권법이 정한 侵害主張의 通知 관련규정에 근거한 것이 아니라는 사실이다.⁸¹⁵⁾ 결국 형사항소심은 개정저작권법이 아닌 다른 법규정들을 조합한 단순한 해석론만으로 위와 같은 侵害主張의 通知가 필요하다는 결론을 내렸다고 볼 수 있다. 이러한 결론의 배경을 추론해보자면, 美國 Napster 事件의 抗訴審에서 원고들이 침해파일에 대한 구체적인 통지를 Napster에게 먼저 할 것을 요구한 결론을 상당히 참고할 것이라 여겨진다.

그런데 앞서 설명하였듯이 Napster 抗訴審은 이러한 통지를 최초로 요구한 것이 아니라 先例인 Netcom 判決의 입장을 따른 것에 불과하였고 Netcom 법원은 寄與責任에 관한 종래 판례법상 법리를 ISP의 책임론으로 다듬는 과정에서 새롭게 判例法을 정립한 것이었다. 그러나 成文法國家에 속하는 韓國에서 개정 저작권법의 침해주장의 통지 관련규정에 의거하지도 아니한 채 마치 不文法國家의 법원이 판례법을 정립하듯이 전혀 새로운 법리를 정립할 수 있는지는 지극히 의문이라 하겠다. 형사항소심이 侵害主張의 通知를 요구한 것은 기존 법규정의 해석을 넘어 立法者의 決斷을 요하는 영역에 속한다고 보인다.

iii) 서비스제공자가 침해행위를 “알 수 있었던 경우”는 제외하고 “실제로 이를 알게 되었을 경우”에만 조리에 의한 작위의무가 발생한다고 판단한 부분은, 刑事에서는 過失에 의한 幫助가 인정되지 아니함에 비추어 타당한 해석이다.

iv) 형사항소심은 온라인서비스제공자의 책임을 다룬 종전 판례들을 해석해보더라도, 침해주장의 통지를 받아 서비스제공자가 실제 알게 되었을 경우에만 삭제의무가 발생

815) 이미 설명하였듯이 2002. 7. 30. 가처분결정의 집행으로 이미 소리바다1의 서버가 중단되어 이후에 이루어진 가처분이거나 손해배상 판결들, 형사판결들은 모두 이미 침해행위가 중단된 소리바다1 부분의 過去의 행위만 판단하였지, 소리바다2나 소리바다3를 판단대상으로 삼지는 않았다. 형사항소심도 변경된 공소사실에 따라 “2001. 7. 말경에서 2001. 8. 4.경까지”를 대상으로 하고 있을 뿐이어서, 원칙적으로 行爲時法인 개정전의 저작권법만이 관련될 것이다(다만, 개정저작권법이 새로 정한 침해주장의 통지 관련규정이 범죄의 성립요건에 대한 이른바 法的評價의 변화라고 보아 行爲時法主義의 예외로서 裁判時法인 개정 저작권법을 적용한 것이라고 옹색한 해석을 내릴 여지도 있으나 형사항소심의 문구 어디에도 그러한 취지는 보이지 아니한다).

第3節 韓國의 소리바다 事件

한다는 입장이라고 풀이하고 있으나 이러한 해석은 위 판례들의 本意와는 동떨어진 해석이다. 청도郡 홈페이지 事件의 대법원판결은 게시판운영자가 특별한 사정이 없는 한 이용자들의 침해를 알았거나 알 수 있었다는 사정만으로는 게시판운영자에게 삭제의무가 있다고 할 수 없다는 것이 핵심이지, 게시판운영자가 침해를 알고 있었지만 원고의 침해물 삭제요구가 없었으므로 책임이 없다는 취지는 아니다. 오히려 위 대법원 판례는 “온라인서비스제공자가 침해를 실제로 알게 되었을 경우에만 작위의무가 있다”는 취지인 소리바다 刑事抗訴審의 입장과는 달리 온라인서비스제공자가 침해를 실제 알지 못하고 단지 알 수 있었던 경우에 불과할지라도 “게시의 목적, 내용, 게시기간과 방법, 그로 인한 피해의 정도, 게시자와 피해자의 관계, 반론 또는 삭제 요구의 유무 등 게시에 관련한 쌍방의 대응태도, 당해 사이트의 성격 및 규모·영리 목적의 유무, 개방정도, 운영자가 게시물의 내용을 알았거나 알 수 있었던 시점, 삭제의 기술적·경제적 난이도 등”을 종합하여 판단한 결과에 따라서는 게시판운영자의 책임, 즉 삭제의무가 긍정될 수도 있음을 명시하고 있다. 아울러 하이텔 事件의 위 대법원판례 역시 적어도 소리바다 刑事抗訴審의 입장과 달리 “알았거나 알 수 있었던 경우” 모두 삭제의무를 부담할 수 있다는 취지임이 분명하다.

(E) Napster 判決을 오해한 假處分異議 1審 判決의 잘못을 답습함

소리바다 刑事抗訴審 역시 앞서 소리바다 假處分異議 1審과 마찬가지로, 실제로는 美國의 Napster 判決로부터 지대한 영향을 받아 그 법적 논리를 차용하고 있음에도 판시내용 중 “소리바다가 이른바 不法道具인지 여부”에 대한 검토 부분에서 보았듯이 Sony 判決이 제시한 “substantial noninfringing use”의 의미를 “불법도구”라는 전혀 다른 표현과 의미로 받아들인 것에 오류가 있음은 소리바다 假處分異議 1심판결을 평석하면서⁸¹⁶⁾ 논하였으므로 여기서는 줄인다.

(F) 소리바다의 적법성 판단과 P2P技術 일반의 적법성 판단을 혼동함

형사항소심은 MSN 메신저 등 다양한 인터넷 통신 프로그램에서 합법적으로 이용되고 있는 사례를, 인터넷상에서 P2P 방식에 따른 서비스가 현재 및 장래에 非侵害的 用途로 사용될 개연성이 상당히 높다는 점을 소리바다가 위법하다는 주장배척의 근거 중 하나로 들고 있으나, 이는 다분히 오해의 소지가 있다.

즉, 이러한 설명자체는 타당하더라도 그것을 소리바다가 적법하다는 논거로까지 인용한 것은 논리비약일 수 있다. 왜냐하면 첫째, MSN 메신저에서 채용하고 있는 P2P 기능에도 문자메시지의 직접 전송과 대화기능에 국한하지 않고 파일보내기 기능 등이

816) “제3절 2. 소리바다 假處分異議事件 (1) 3) (F) 美國 Napster 判決에 대한 잘못된 이해에서 출발”부분 참조.

첨가되어 있다.⁸¹⁷⁾ 다만 이러한 파일공유기능은 소리바다와 같은 P2P와 달리 불특정 다수인간에 이루어지는 것이 아니라 이용자가 미리 알고 그 이메일주소를 입력해둔 “대화상대”끼리만 가능하다는 제약이 있어, 아직 MSN 메신저의 파일공유기능을 이용한 저작권침해가 널리 이루어지지 않아 저작권자측이 문제삼지 않고 있을 뿐이다. 현재 메신저를 수단으로 한 침해사례가 전체저작권침해에서 차지하는 비율이 점차 증가하고 있는 추세이므로 MSN 메신저를 마치 전부 합법적인 P2P의 사례로 이해하기는 곤란하다. 둘째, 설령 MSN 메신저에서 구현된 P2P 기능이 법원의 판단으로 현재 적법하더라도, 그러한 사실이 막바로 소리바다 네트워크와 같이 불특정다수인 간의 파일 교환을 가능하게 한 시스템의 적법성까지 지지하는 근거가 될 수는 없다. 앞서, “P2P가 필연적으로 등장한 새로운 기술이어서 이를 불법도구로 보아서는 안된다”는 피고주장을 비판한 것과 마찬가지로,⁸¹⁸⁾ P2P 技術 자체가 사회적으로 수용되어야 할 불가피성이 있고 따라서 적법하다고 용인하는 것과 P2P技術의 한 유형(중앙서버형 P2P파일 교환서비스)에 속한 특정서비스에 불과한 소리바다가 적법한 것이냐는 분명히 구별되어야 한다.⁸¹⁹⁾

5. 벅스뮤직 事件과의 比較

(1) 벅스뮤직 事件의 事實關係⁸²⁰⁾

벅스뮤직 事件에서 전송에 이용된 기술방식은 소리바다에서의 P2P방식이 아니라 이른바 스트리밍(streaming)방식⁸²¹⁾이라는 점이 특색이다.⁸²²⁾

원고들 중 벅스뮤직가처분 I 事件의 신청인은 주식회사 월드뮤직엔터테인먼트 등 5개의 음반회사이고, 벅스뮤직가처분 II 事件의 원고는 사단법인 한국음원제작자협회가

817) 2005. 3. 현재 공급된 MSN Messenger 7.0 베타를 기준으로 한다.

818) 위 “1) (D) a) 소리바다가 이른바 不法道具인지 여부” 각주부분 참조.

819) 이에 관하여 상세히는 제7장 제2절 5. Sony 原則의 올바른 適用 (2) 3) (C) “損益判斷의 對象은 특정 상품이나 서비스에 국한된다는 原則”을 참조.

820) 여기서는 수원지방법원 성남지원 2003. 6. 25.자 2002카합280 가처분 결정과 서울지방법원 2003. 9. 30. 자 2003카합2151 가처분결정에서 실시한 事實關係를 정리하였다. 모두 동일한 음반복제등금지가처분 사건이고 시기상으로도 유사하므로 편의상 일자순에 따라 前者를 벅스뮤직가처분 I 事件, 후자를 벅스뮤직가처분 II 事件으로 칭한다.

821) 인터넷에서 동영상이나 음악 등을 實時間 전송, 구현할 수 있게 하는 기술로, 동영상 파일 등은 용량이 크기 때문에 한꺼번에 파일 전체를 보내주기란 힘들어 이를 해결하기 위해서 조금씩 파일의 일부만(실제로 영상 등이 플레이 되는 분량만큼만) 實時間으로 전송해 주는 것이 ‘스트리밍’이다. 이를 전송받은 컴퓨터에서는 이 조각파일들을 전송받음과 동시에 압축을 풀어 재생되도록 하는 전송방식이며 다운로드(download)의 방식과 구별된다(以上은 위 결정들의 표현을 편집함).

822) 이러한 특색상 소리바다 事件이 한국판 Napster 事件이라고 한다면, 벅스뮤직 事件은 한국판 MP3.com 事件이라고 지칭할 수 있겠다 [MP3.com 事件의 사안은 “제5장 제1절 1. (3) 2)”의 脚註 부분 참조, 다만 그 서비스방식이 무엇인지 판결에서조차 명확하지 않으나 Jessica Litman “Sharing and Stealing”, op. cit., p. 16 및 Fisher 教授의 하버드대사이버강의자료 <cyber.law.harvard.edu/property00/MP3/main.html>에 의하면 streaming방식으로 보인다).

第3節 韓國의 소리바다 事件

다. 피고는 2000. 2. 17.부터 인터넷사이트를 운영하면서, 원고들이 저작권접권을 가지는 음반을 비롯한 약 150,000개의 음반을 ASF⁸²³⁾ 등의 컴퓨터압축파일형태로 변환하여 위 사이트 서버의 보조기억장치에 저장하는 방법으로 고정시킨 다음, 사이트에 접속한 인터넷 이용자들에게 위와 같이 변환시킨 컴퓨터압축파일들을 스트리밍 방식⁸²⁴⁾에 의하여 전송함으로써 이용자들이 실시간으로 음악을 청취할 수 있도록 하는 무료서비스를 제공하였다. 이용자들은 피고의 사이트에 접속하여 회원으로 가입하거나 손님으로 입장한 후 자신이 원하는 곡을 검색하여 클릭하면 이를 청취할 수 있는데, 이때 實時間으로 음악을 들을 수는 있지만 이를 다운로드 받거나 복사할 수는 없었다.

피고는 무료서비스를 제공하는 대신 선풍적인 인기를⁸²⁵⁾ 바탕으로 쇼핑물 연계서비스나 광고수입, 혹은 벨소리 다운로드 등의 다양한 유료 콘텐츠를 통한 수익으로 사이트를 운영하고 있었다. 그러나 피고는 이러한 스트리밍서비스의 대상음원에 대하여 저작권접권자인 원고들로부터 어떠한 양해나 동의를 받은 바 없었다.

(2) 벅스뮤직가처분 I 事件⁸²⁶⁾

법원은, 2000. 1. 12. 개정 저작권법에서는 “유형물에 고정”하는 경우까지 복제의 범위를 확장하여 이른바 저작물의 디지털화, 즉 음을 컴퓨터칩에 입력하는 등 디지털 복제도 저작권법상의 복제에 해당함이 명확한데, 피고 벅스뮤직이 웹사이트의 컴퓨터 서버에 원고들의 음반에 수록된 가요를 컴퓨터 압축 파일 형태로 변환하여 저장한 행위는 음반제작자인 원고들의 저작권접권 중 複製權을 侵害한 것이라고 하였다.

이에 반하여 피고는 ① 자신의 서비스는 인터넷 방송 서비스로 실제로 공중과 방송과 같아 음반제작자인 원고는 방송사업자인 피고에게 방송의 금지를 청구할 수는 없고 단지 보상청구권만 가지므로⁸²⁷⁾ 인터넷 방송 서비스를 중단시킬 수 없으며, ② 저작권법(여기서는 2005. 1. 17. 개정 저작권법 시행이전의 구법; 筆者註)은 저작권접권자에게 傳送權을 부여하지 않고 있는데, 저작권접권자인 음반제작자가 복제권에 기하여 방송 또는 전송 목적으로 제작되는 음악파일의 제작을 금지할 수 있다고 하면 이는 저작권접권자에게 방송권 또는 傳送權을 부여하는 것과 같은 부당한 결과를 가져오고, ③ 다

823) Advanced Streaming Format의 약자로, 마이크로소프트사가 인터넷상에서 스트리밍서비스를 하기 위해서 지원하고 있는 파일압축의 포맷이다.

824) 다만, 2003. 5. 1.이후에는 이용자의 접속증가에 따라 위 사이트의 인터넷 트래픽이 증가하여 감당할 수 없게 되자, 서비스 방식을 다운로드 서비스 방식(Downloading Service, HTTP방식)으로 변경하였다고 한다(벅스뮤직 대표인 박OO에 대한 아래 형사1심판결 참조).

825) 저작권접권자측으로부터 민사소송이나 형사고소가 본격화되기 이전이라 할 2002년을 기준으로 매출 99억원, 회원수 1400여만명을 기록하여 한국국민 4명중 1명은 벅스뮤직의 회원이었다(오마이뉴스, 2003. 7. 8.자).

826) 수원지방법원 성남지원 2003. 6. 25.자 2002카합280 결정.

827) 저작권법 제91조 제1항 및 제68조.

시 저작권법 제62조는 “이 장 각 조의 규정(저작인접권에 관한 규정을 말한다)은 저작권에 영향을 미치는 것으로 해석되어서는 아니 된다.”고 규정하고 있는데, 저작인접권자인 원고들의 신청이 인용되면, 저작권법 제62조의 정신을 침해하여 저작자의 放送權 및 傳送權을 침해하는 결과가 된다고 다투었다.

그러나 법원은 ① 2000. 1. 12. 개정 저작권법은 放送과 구별되는 傳送의 개념을 새롭게 규정하면서 아울러 傳送과 구별하기 위하여, 放送의 定義에 同時性의 要素를 새롭게 설정하였는바, 피고의 인터넷 서비스는 수신자가 선택한 시간과 장소에서 수신 또는 시청할 수 있도록 송신하는 것으로 異時性을 특징으로 하므로 저작권법상의 放送과 다르므로 피고가 방송사업자임을 전제로 한 주장은 이유없고, ② 저작인접권자에게 방송권 또는 傳送權이 없다 하더라도 원고는 복제권에 기하여 피고에 대하여 복제권 침해의 정지 및 침해행위에 의하여 만들어진 물건의 폐기나 기타 필요한 조치를 청구할 수 있어 이 사건 스트리밍 서비스의 금지를 구할 수 있고, 그 결과 원고에게 傳送權을 부여한 것과 같은 결과가 된다고 하여도 저작권법에 어긋나는 것은 아니며, ③ 저작권법 제62조는 실연, 음반, 방송의 이용은 필연적으로 저작물의 이용을 수반하므로 이때 著作隣接權者의 허락뿐만 아니라 著作權者의 허락도 필요하다는 것을 注意的으로 규정한 것으로 불과하므로 원고의 신청이 인용된다 하여도 著作權者의 放送權, 傳送權을 침해한다고 볼 수 없다면서 피고의 세 가지 주장을 각각 배척하였다.

(3) 벅스뮤직가처분 II 事件⁸²⁸⁾

법원은 음반을 컴퓨터압축파일로 변환하는 것은 변환 프로그램에 의하여 기계적으로 이루어지므로 창작성이 포함된다고 볼 여지가 없고, 변환된 컴퓨터압축파일이 컴퓨터의 보조기억장치에 저장되면 인위적인 삭제 등 특별한 사정이 없는 한 유형물에 고정되었다고 볼만한 영속성을 지니게 되므로 피고 벅스뮤직의 파일저장행위는 음반의 복제에 해당하므로 원고가 신탁관리하는 저작인접권인 복제권을 침해한 것이라고 판단하였다.

이에 반하여 피고는, i) 벅스뮤직가처분 I 事件에서의 주장내용 ①을 반복하면서 아울러 피고가 서비스를 제공할 당시에는 저작권법에 傳送權 규정이 없었고 당시 대법원 판례도 “인터넷 방송”을 저작권법상의 放送으로 판시⁸²⁹⁾하여 피고 자신이 저작권법상 放送事業者인 것으로 믿고 서비스를 제공한 것이어서 이러한 정당한 신뢰는 보호할 가치가 있고, ii) 벅스뮤직가처분 I 事件에서의 주장내용 ②를 반복하면서 아울러 피고의

828) 서울지방법원 2003. 9. 30.자 2003카합2151 결정.

829) 본 판결문상 언급은 없으나, 구 저작권법(2000. 1. 12. 법률 제6134호로 개정되기 전의 것) 제2조 제8호의 放送에 인터넷방송이 포함된다고 판시한 대법원 2003. 3. 25. 선고 2002다66946 판결을 지칭하는 것으로 사료된다.

第3節 韓國의 소리바다 事件

파일저장행위는 스트리밍 방식으로 파일을 放送하거나 傳送하는 서비스를 제공하기 위하여 필수적으로 수반되는 행위이므로 放送이나 傳送到에 해당할 뿐 複製에는 해당하지 않는다고 다투었다.

그러나 법원은, i) 同時性에 관하여 앞서 벅스뮤직가처분 I 事件의 판시와 같은 이유 외에도 피고의 서비스는 개별적인 이용자들이 서로 다른 시간에 동일한 내용의 음악청취 서비스를 이용할 수 있음을 특징으로 하므로 설령 다수의 이용자가 같은 시간에 동일한 내용의 음악청취 서비스를 받을 가능성이 있다 하더라도 그 이유만으로 同時性의 요건을 충족하지는 못하므로 여전히 방송에 해당하지는 않으며, 아울러 피고는 애초부터 음반제작자들의 반대에 불구하고 서비스를 무료로 제공하여 온 점 등에 비추어 보면 피고가 방송사업자라고 믿은 신뢰에 정당한 이유가 있다고 볼 수 없고, ii) 벅스뮤직가처분 I 事件의 판시와 같은 이유 외에도 피고의 파일저장행위가 음악청취 서비스를 위한 필수적인 전제일 수는 있으나 放送이나 傳送到을 위하여 서버의 보조기억장치에 파일을 저장하는 행위가 반드시 수반되는 것은 아니므로 파일저장행위가 저작권법의 放送이나 傳送到에 흡수된다고 볼 수 없다고 배척하였다.⁸³⁰⁾

다만, 법원은 配布權을 침해하였다는 원고의 주장에 대하여, 이용자들이 선택한 곡에 해당하는 컴퓨터압축파일을 스트리밍 방식에 의하여 이용자의 컴퓨터에 전송하고 실시간으로 재생되도록 하는 것이 “저작물의 원작품이나 그 복제물을 일반공중에게 양도 또는 대여하는 것에 해당한다고 볼 수 없다”며 배척하였다.

(4) 소리바다 事件과 벅스뮤직 事件의 比較

1) 권리의 침해를 주장하며 소송을 제기한 권리자가 누구인가에서 오는 차이점

소리바다 事件 중 특히 損害賠償 事件에서는 著作權者⁸³¹⁾인 사단법인 한국음악저작권협회가, 벅스뮤직 事件에서는 著作隣接權者인 음반제작자가 각각의 원고로서 권리침해를 주장하였는데, 여기서 발생하는 중요한 차이는 2003년 개정 저작권법하에서 “傳送到權”을 주장할 수 있느냐, 없느냐 여부에 있다.

소리바다 損害賠償 事件에서는 이용자들이 자신이 소지한 파일을 다른 이용자들에게 다운로드받을 수 있게 한 행위가 傳送到 侵害行爲가 됨을 前提로, 소리바다 운영자에게 공동불법행위책임이나 사용자책임을 추궁할 수 있는지 검토하는데 나아갔다.

이에 반하여, 벅스뮤직 事件에서는 스트리밍 서비스의 특징上 이용자들이 자신의 컴

830) 아울러, 이 사건에서도 마찬가지로 벅스뮤직가처분 I 事件에서의 주장내용 ③과 같은 주장과, 권리남용의 주장이 각각 있었지만, 앞서 사건에서와 같은 이유로 배척되었다.

831) 정확히는 저작권법 제78조 제1항에 의거하여 著作權者들로부터 이를 집중적으로 신탁, 관리하는 업자이다.

퓨터로 일단 전송된 스트리밍 파일을 다시 제3자에게 전송한다는 것은 원칙적으로 불가능하므로, 오직 ISP인 벅스뮤직의 서버상에서 개개이용자의 컴퓨터상으로 음악파일이 전송되는 측면만이 傳送權과 관련하여 문제되었는데 원고에게 傳送權이 보장되지 아니한 결과 피고 스스로에 의한 複製權 침해만 문제되었다.⁸³²⁾

2) 각 서비스이용자들의 행위 자체가 권리침해자가 되는지의 여부에서 오는 차이점 소리바다 事件의 경우 이용자들이 타인의 음악파일을 자신의 컴퓨터에 複製하는 행위는 私的複製 내지는 英美法상의 이른바 公正利用에 해당하지 않는다는 것이 判例와 學說이 지지하는 입장이다.

이에 반하여, 벅스뮤직 事件의 경우 스트리밍서비스를 청취하는 과정에서 이용자들의 컴퓨터상에 각각 일시적으로 음악파일의 일부가 각 순차적으로 저장되는 것과 같은 '일시적 저장'이 실령 複製에 해당한다고 하더라도 당해 이용자의 이용에 그치므로 私的複製에 해당한다고 볼 여지가 크다. 즉, 소리바다의 이용자들에게 私的複製 규정이 적용될 수 없다고 보는 입장의 가장 주된 근거는 위 이용자들이 친분관계가 없는 다른 이용자로부터 음악파일을 다운받아 다시 이를 또 다른 불특정 이용자에게 재전송하므로 저작권법 제27조에 정한 “개인적인 이용” 내지 “가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용”에 해당할 수 없다는 측면인데, 벅스뮤직 이용자들의 경우는 위와 같은 불특정이용자로서의 재전송이 原則上⁸³³⁾ 있을 수 없다.

3) 소리바다 判決과 벅스뮤직 決定 사이의 法的空白 -著作隣接權者의 傳送權 부재

2000. 1. 12. 저작권법 개정시 제2조 9의2에서 傳送의 독자적인 개념영역을 종래의 配布나 放送 개념으로부터 분리하여 설정한 다음 일단 著作權者에게는 傳送權을 인정하면서도 著作隣接權者에게는 傳送權을 부여하지 아니하였다. 그러나 이것은 일부 論者들의 주장과는 달리⁸³⁴⁾ 합리적인 이유가 없는 불완전한 개정이었다.⁸³⁵⁾

832) 이러한 차이는 마치, 美國에서 직접침해와 간접침해(2차적침해)의 관계를 설명할 때, 서비스제공자의 간접침해는 직접침해가 성립함을 前提로 하여서야 논의될 수 있는 것이지만(위 소리바다 사건의 구조와 유사함), 반대로 서비스제공자가 직접 침해행위를 하였을 때는 그 이용자들의 행위가 公正利用에 해당한다고 하더라도 서비스제공자 자신의 서비스제공행위가 公正利用에 해당하지 않는 한 책임을 면할 수 없다(벅스뮤직 事件의 구조와 유사함)는 식의 논의(Bruce P. Keller & Jeffrey P. Cunard, op. cit., p. 336 참조)와 동일함을 알 수 있다.

833) 기술의 발전으로 스트리밍 파일로 이루어진 동영상이나 음악도 간단한 조작으로 이용자가 영구적이고 안정적인 형태로 저장할 수 있는 프로그램이 속속 등장하고 있는데, 2005년 3월 현재 가장 흔하게 쓰이는 프로그램으로는 “하이넷레코더(Hi-net Recorder)”, “아드레날린(Adrenalin)” 등이 있다.

834) 이규홍, “디지털음악저작권을 둘러싼 최근 분쟁에 관한 소고 -소리바다 사건, 벅스뮤직 사건 그리고 MP3폰 분쟁의 개요-”, 사법부 내부통신망(CourtNet) 지적재산권연구회 계시문(未公刊), 2004. 6. 29, 10면]. 아울러 금기훈, “음악컨텐츠제공업의 현황과 법적문제점”, 서울대학교 기술과법센터 2004-제4회 워크샵(「Internet Service Provider의 책임」) 발표문, 10면에서는 디지털상에서 복제를 수반하지 않는 전송은 의미 없으므로 전송권이 부여되더라도 실질적인 의미가 없다고 한다.

835) 第3章 “ISP의 責任을 制限한 새로운 立法들”의 序頭에서 설명한대로, 세계지적재산권기구(WIPO)는 저작권조약(WIPO Copyright Treaty, WCT)을 통하여 저작권자에게 傳送權과 유사한 公衆傳達權을 부여

第3節 韓國의 소리바다 事件

우선, 著作隣接權者들은 만일 위와 같은 개정이 없었다면 새롭게 등장한 “傳送”의 영역을 어찌면 종래의 “配布權” 개념의 확장해석으로 配布權의 영역으로 인정받았을 수도 있을 것인데, 이러한 주장 자체를 우회적으로 봉쇄당하였다고도 볼 수 있다.⁸³⁶⁾

뿐만 아니라, 著作隣接權者가 傳送權을 가지지 못함을 노려, ISP가 다음과 같이 변칙적인 영업을 하는 경우 著作隣接權者를 보호할 수단이 없게 된다. 즉, 앞서 스트리밍 서비스 이용자들의 복제가 일단 私的複製에 해당된다고 할 때, ISP가 직접 자신의 중앙서버에 음원과파일을 일단 저장하는 방식 대신, i) 중앙서버는 그대로 존치시키되 그 서버를 통하여 “소리바다”의 방식과 같이 이용자간의 접속서비스까지만 제공하고 ii) 이용자 A가 이용자 B의 음악파일을 전송받을 때 고정파일로 다운로드받는 것이 아니라 “스트리밍(streaming)” 형태로 감상할 수만 있도록 중간에서 매개하는 방식으로 영업을 하는 경우가 그것이다.⁸³⁷⁾ 이런 방식의 ISP가 빚어내는 저작권 등 침해에 대하여는, 소리바다 判決과는 달리 이용자에게 의한 복제권침해가 있다는 전제가 성립할 수 없고, 한편 韓國의 音樂저작권 決定에서와는 다르게 피고 ISP 스스로의 복제권 침해가 있지 아니하므로 적어도 저작인접권자에게 傳送權을 부여하고 있지 아니한 舊 저작권법하에서는 著作隣接權者가 어떠한 방법으로도 보호받을 길이 없게 된다. 나아가, 위와 같은 영업방식은 韓國에서는 단순한 가정적인 사례에 그치지 않고, 일부 ISP에 의하여⁸³⁸⁾ 이미 상용화되고 있다.

한 것과 마찬가지로, 실연자와 음반제작자와 같은 저작인접권자에게는 利用提供權을 인정하였다. 2000. 1. 12. 개정 저작권법은 이러한 균형을 갖추지 못한 것이었고, 특히 P2P 기술 등의 발달에 비추어 저작인접권자에게도 傳送權을 보장할 필요가 점차 커졌다(뒷부분 주장은 임원선, “온라인음악서비스와 관련된 제문제 검토”, 한국지적재산권학회 국제학술 세미나 『디지털 콘텐츠와 저작권』 발표문, 2003. 11. 14, 4면 등). 현행 저작권법이 늦게나마 실연자의 실연전송권(제64조 2항)과 음반제작자의 음반전송권(제64조 3항)을 부여한 것은 이런 점에서 타당하다.

836) 傳送의 개념과 傳送權이 명문으로 정하여지지 않는 한, 종래의 配布權이나 放送權의 개념의 신축적인 해석으로 이를 충분히 포섭할 여지가 있었으며, 실제로 대법원 2003. 3. 25. 선고 2002다66946 판결과 같은 사례에서는 傳送을 放送의 범주에 속하는 것으로 보고 있었다. 아울러 傳送權을 따로 정하지 아니한 미국에서는 配布權의 확장으로 전송까지 포섭하고 있음은 이미 설명한 바와 같다.

그런데 2000. 1. 12. 개정법이 종래 配布權 등에서 분리하여 傳送權이라는 개념을 설정하면서도 정작 저작인접권자에게만 傳送權을 부여함으로써, 저작인접권자에게 부여된 配布權의 실질적인 범위는 오히려 해석상 축소된 느낌이 없지 아니하였다.

837) 동영상스트리밍서비스를 위한 한 국내 웹호스팅서비스제공회사의 홈페이지 설명에 의하면 개인도 몇 개의 장비만 구비하면 스트리밍서비스가 가능하다고 한다. <www.hostinghouse.co.kr/d_streamming.htm>[2005. 4. 29] 이때 전송되는 원본음악파일은 韓國의 사례와 달리 ISP의 중앙서버가 아니라 이용자를 개개의 하드디스크에 저장된다.

838) 아이멤스(www.imeps.com), 뮤직램프(www.musiclamp.co.kr) 등. 다만, 음악파일의 저장공간이 개인컴퓨터가 아니라 사업자가 제공하는 저장공간이라는 점에서 다소 상이하다. 그 중 아이멤스에 대하여 음계협이 2004. 12. 16. 음반복제등금지가처분신청을 하였다는 소식은 아이뉴스24, 2005. 1. 17.자 記事 참조.

第6章 Pure P2P 技術로 迂廻한 P2P 技術의 새로운 挑戰

第1節 Pure P2P 技術의 登場背景

앞서 살핀 대로, Napster나 소리바다와 같은 Hybrid P2P서비스 형태를 취한 ISP가 법원의 금지처분에 의하여 서비스가 사실상 폐지되는 타격을 입은 상황을 목도한 P2P 개발자들은⁸³⁹⁾ 이후에는 법원의 규제로부터 더 자유로울 수 있는 네트워크구조를 의도적으로 모색하게 되었다. 美國의 Napster 判決에서 法院이 ISP에게까지 책임을 추궁하는 주된 근거가 지속적으로 이용자들에게 서비스를 제공하는, ISP 운영의 중앙서버(central server)의 존재였으므로 이후 P2P네트워크는 의도적으로 중앙서버의 역할을 완전히 없애거나 대폭 축소한 P2P 프로그램으로 변화를 모색하였다.⁸⁴⁰⁾

Napster나 소리바다¹⁾의 경우 운영자가 P2P프로그램 공급에 그치지 않고 이후 중앙서버를 통하여 이용자들의 로그인 정보나 파일에 관한 정보를 지속적으로 제공하는 서비스를 하므로 이른바 “P2P서비스제공자”라고 말할 수 있었다. 하지만, 새롭게 등장한 KaZaA, Grokster, Morpheus나 韓國에서 특히 인기를 끌고 있는 eDonkey 혹은 그 업그레이드형인 Overnet 같은 경우는 중앙서버에 의한 지속적인 서비스가 존재하지 않고 이용자들은 단순히 해당사업자의 홈페이지에서 P2P프로그램을 다운로드받을 뿐이므로 언뜻 “P2P프로그램제공자”에 불과할 뿐이고 나아가 “P2P서비스제공자”라고 쉽게 말하기는 곤란하다.⁸⁴¹⁾

第2節 Pure P2P 등 이른바 Post P2P 技術의 現況

1. 美國 등 外國의 概況

2005년 상반기 현재 eDonkey 등의 추격과 저작권자의 집중건제로 다소 위축된 상태

839) 후반기 Napster의 개발자였던 Gene Kan의 말을 빌리자면 다음과 같다. “음반업계...는 소프트웨어 개발자 및 기술자들에게 자신들의 발명의 법적 영향까지도 민감하게 생각하게 만들었다. Napster는 1년 전에는 참신한 아이디어였을지 몰라도, 지금은 그누텔라와 프리넷(freenet)이 더 좋은 아이디어가 되었다” Gene Kan, “Gnutella, in Peer-to-Peer”, 『Harnessing the Benefits of a Disruptive Technology』, Andy Oram edition, 2001, p. 94, 117(Tim Wu, op. cit., p. 730에서 再引用).

840) 이러한 지적으로는 Ronald S. Katz, Robert D. Becker, Steven M. Hayes, & Shawn G. Hansen, “A NEW STRATEGY TO DEAL WITH GROKSTER”, Andrews Intellectual Property Litigation Reporter, March 15, 2005. 및 Ian C. Ballon & Robert R. Begland, “NINTH CIRCUIT GROKSTER CASE CHALLENGES THE APPLICABILITY OF TRADITIONAL COPYRIGHT PRINCIPLES TO DIGITAL MEDIA AND THE INTERNET”, 780 PLI/Pat 87, March 2004, p. 93 각 참조.

841) Grokster 1審과 抗訴審 모두 “Online Service Provider”는 물론 “Internet Service Provider”, 심지어 “Service Provider”란 용어도 사용하고 있지 않은데, 이는 법원이 피고인 Grokster나 Morpheus를 중견 피고들인 Napster나 Aimster와 같은 ISP로 파악하지 아니하고 단순히 소프트웨어공급자(프로그램공급자)로 판단하고 있음이 묵시적으로 반영된 결과로 짐작된다. 다만, Grokster에 대한 聯邦大法院의 판단은 이와 달랐다.

第2節 Pure P2P 등 이른바 Post P2P 技術의 現況

이지만 여전히 미국 등 해외에서 파일공유 프로그램의 대명사라면 KaZaA를⁸⁴²⁾ 들 수 있다. 2002년 7월 25일 등장한 FastTrack 플랫폼을 기반의 P2P소프트웨어로 포스트 냅스터 시대의 대표적인 공유 프로그램으로 지위를 확고히 하고 있다. KaZaA의 경우는 Napster를 Hybrid P2P형, Gnutella를 Pure P2P형이라고 대별할 때 엄밀히는 그 어느 쪽에도 완전히 속하지 아니하는 變種이지만 널리 Pure P2P형이라고 할 수 있다. 그 특징은 서버를 없앤 대신 이용자들의 컴퓨터 중 대역폭이 큰, 슈퍼피어(super-peer) 내지 슈퍼노드(super-node) 컴퓨터가 일반이용자들의 접속과 정보검색을 돕는 형태임은 앞서 P2P 기술의 특징을 설명하는 부분에서 이미 보았다. KaZaA 이외에 美國에서 인기있는 P2P 프로그램으로는 2005년 상반기 현재 BitTorrent⁸⁴³⁾, Gnutella, iMesh, Grokster, eDonkey 등을 꼽을 수 있다.

2. 韓國의 特殊한 狀況

韓國의 이 부분 기술이나 분쟁은 美國을 따라가는 측면도 전혀 없지는 아니하나, 상당부분 그 진행양상이 독특하다.

(1) eDonkey의 특별한 인기

P2P로 가장 먼저 사회적인 주목을 받았던 “소리바다”가 법원의 금지처분에 의하여 서비스가 중단될 무렵, 이미 동일한 개발자들에 의하여 이른바 “소리바다2”가 등장하였는데 그 네트워킹 방식에 대하여는 개발자측이 또 다른 법적 쟁송을 우려한 탓인지 구체적 내용을 공개하지 않고 있어 논란⁸⁴⁴⁾이 분분하였다. 이후 소리바다는 2004. 7.경에 이르러 일부 유료서비스를 채택한⁸⁴⁵⁾ 형태로 변경된 “소리바다3”로 변모하였다.

소리바다1 폐쇄이후 이를 대체할 프로그램을 찾아 나선 국내 이용자들 사이에서 각종 P2P 프로그램이 각축하다가 2003년을 전후하여 eDonkey, 일명 “당나귀”가 폭발적인 인기를 얻게 되었다. 이는 유독 韓國에서 주목을 받아 가령 2004. 1.경을 기준으로

842) <www.kazaa.com>[2005. 4. 30.]

843) 英國에서의 분석에 따르면 BitTorrent를 이용한 파일교환이 인터넷망 대역폭(bandwidth)의 무려 35%를 소비하여 다른 P2P 프로그램을 모두 합친 것보다 많았다고 한다(Reuters, “File-Sharing Thrives Under Radar”, Wired News, 2004. 11. 6. <www.wired.com/news/digiwood/0,1412,65625,00.html>[2005. 4. 4.].

844) 한국음반산업협회의 분석은 소리바다가 슈퍼피어(super peer)라 불리는 복수의 특정 회원들의 하드디스크에 음악파일을 대량 저장하고 이를 교환하는 방식을 취하고 있다고 보고 있으며(전자신문 2003. 11. 28.자 記事), 더 나아가 중앙서버 대신 운영자가 자신의 서버들을 이용자의 슈퍼피어를 가장하여 운영함으로써 ISP책임추궁을 피하기 위한 가장을 하고 있음에 불과할 것이라는 취지의 추측도 있다.

845) 종래의 P2P를 통한 파일교환은 무료이지만, 새로이 웹하드 서비스(인터넷 스토리지 서비스)인 이른바 “파일바다”를 추가하여 앞서 P2P 파일교환으로 찾을 수 없는 최신 MP3파일 등을 소리바다3의 웹하드 서비스로 다운받는데는 비용을 징수하는 방식이다. 아울러 소리바다3의 파일공유방식도 계속 변화하여 2005. 3. 현재는 이용자가 공유를 위하여 제공한 파일개수나 소리바다3사이트의 방문회수에 따라 누적된 소위 “MP”라는 포인트가 있어야 다른 이용자로부터 원하는 파일을 전송받을 수 있는 방식을 취하고 있다.

전세계 약 400여만명의 이용자들 중 무려 150여만명이 韓國의 이용자들일 정도이고,⁸⁴⁶⁾ 이에 따라 eDonkey와 같은 특정 P2P 트래픽이 한국 인터넷 해외망 연결 회선 Outbound 대역폭의 40% 이상을 차지하는 기현상마저 발생하는 등⁸⁴⁷⁾ 전반적으로 빠르게 확산된 초고속 인터넷망 덕택에 이제는 eDonkey 네트워크에서 韓國의 Peer(개별 이용자)들이 외국 이용자들을 위한 정보 제공자로서의 역할을 수행하는 수준에 이르렀다.

이처럼 당나귀가 인기를 끌게 된 이유, 환언하여 기존의 다른 P2P 프로그램에 비하여 가지는 長點을 요약하면 아래와 같다.

첫째, eDonkey는 중앙서버가 존재하나 개인의 PC일지라도 일정한 서버용 프로그램만 따로 다운받아 설치하면 위와 같이 서버로 기능할 수 있는 까닭에 실제로는 著作權者가 각 개인서버의 실체를 일일이 추적하기는 불가능하다.

둘째, 전송받고자 하는 특정파일 전체를 각 부분으로 나누어 並行的으로⁸⁴⁸⁾ 그 파일의 完全體를 가진 다른 이용자뿐만 아니라 그 파일의 불완전한 一部만 가지고 있는 이용자들로부터도 동시에 함께 다운로드 받을 수 있어, 동영상파일 등 대용량파일의 전송에 유리하다.

셋째, 다른 P2P 서비스에서는 타인으로부터 유용한 파일만을 전부 전송받는 즉시 P2P 네트워크 접속을 종료해버려 자신의 파일은 타인에게 공유시키지 않는 利己的 行爲⁸⁴⁹⁾가 만연하지만 eDonkey 네트워크에서는 특정파일을 전송받는 이용자 A가 다운로드 받는 도중임에도 그 이용자가 이미 전송받은 파일의 일부 조각들을 같은 파일을 원하는 다른 이용자 B, C에게 동시에 전송시키도록 강제한 결과, 결과적으로 eDonkey

846) 주간동아 2004. 1. 13.자 “무적의 당나귀, 모르면 간첩” 記事<www.donga.com/docs/magazine/viewer.php?mgz_part=weekly&n=200401080500011>[2005. 3. 30].

847) 위 <www.aratech.co.kr/products/pptm_01.html>[2004. 5. 3.]에서 인용.

848) 이러한 방식을 MFTP, 즉 Multisource File Transmission Protocol이라고 한다 [자세한 내용은 eDonkey 홈페이지 중 해당부분(www.edonkey2000.com/documentation/mftp.html) 참조할 것].

849) 이런 행위를 소위 “leeching”이라고 한다<www.wordiq.com/definition/Leeching>[2004. 10. 8.]. P2P 파일교환 네트워크에서의 파일교환은 대부분 반대급부 없이 정보공유에 대한 이용자들의 자발적인 참여 내지 利他的인 파일기부로 이루어지고 있는데 가령 “A 2000 Xerox/PARC” 조사에 의하면 Gnutella 이용자의 70%이상이 단지 파일을 전송받을 뿐 결코 제공한 적이 없으며, 상위 1%의 이용자들이 검색결과된 파일의 50%이상을 제공하고 있다고 한다 [Eytan Adar & Bernardo A. Huberman, “Free Riding on Gnutella”, 5 First Monday 10 (Oct. 2000), 이는 Tim Wu, op. cit., p. 733에서 再引用]. 그런데 이런 상황하에서 leeching은 결국에는 P2P 파일교환의 전체 자체를 파괴하는 것이어서, ISP들로서는 이를 규제할 필요가 있고 실제로 P2P프로그램 중 BitTorrent(bitconjurer.org/BitTorrent, 2004. 10. 8. 방문)와 같은 것은 이용자가 파일을 제공할 경우 특정 追跡子를 부여하여 그러한 추적자가 나중에 그 이용자가 다른 파일을 다운로드받으려 할 때 다운로드를 허용받을 수 있다는 認識票로 작용하도록 하는 시스템을 구축하고 있다고 한다<userpages.umbc.edu/~hamilton/btclientconfig.html>[2004. 8. 13.]. 이와 유사하게, BearShare와 Limewire는 Gnutella 계열에 속하면서도 네트워크에 파일을 전혀 제공하지 않는 이용자는 파일요구를 하지 못하도록 차단할 수 있다고 한다(Tim Wu, op. cit., pp. 736-37).

나아가, 韓國의 대표적인 P2P 서비스인 “소리바다3”도 먼저 파일 2개를 공유시켜야 원하는 파일1개를 다운로드받을 수 있는 시스템을 2005. 3. 현재 채택하고 있음은 이미 설명하였다.

第2節 Pure P2P 등 이른바 Post P2P 技術의 現況

에서 실시간으로 구할 수 있는 파일들의 質과 量을 크게 증가시켰다.

더 나아가 2002년 7월 19일 출시된 Overnet은 eDonkey의 업그레이드버전이라 할 프로그램으로 eDonkey와 달리 서버가 필요 없는 Pure P2P이다.⁸⁵⁰⁾ 나아가 Overnet은 2004. 8. 현재 eDonkey2000과 통합되어 새로운 “eDonkey 1.0”으로 등장한 상황이다.

이러한 eDonkey나 그 업그레이드 버전인 Overnet은 비슷한 파일을 원하는 접속자가 많을수록 속도가 오히려 빨라진다는 특징과 빠른 속도를 이용하여 수백MB에 달하는 대용량파일의 전송에 유리하다는 특징을 가지기 때문에, 韓國에서도 그동안 음반업계에 비해 P2P의 영향에서 상대적으로 자유로웠던 영화업계가 바짝 긴장하고 있다. 바꾸어 말하자면, 종전의 소리바다는 MP3 파일을 공유했지만 당나귀는 MP3 파일뿐 아니라 영상·프로그램까지 공유가능하다는 점에서 eDonkey가 소리바다보다 한 단계 업그레이드된 著作權侵害手段이라고 볼 수 있다.

다만, eDonkey 등이 韓國에서 끌고 있는 인기에 비하여 볼 때 앞서 長點을 설명하며 본 특징 때문에 저작권자의 제소가 쉽지 않아 법원에서 실제 다룬 사례는 극히 희소한 편이다.⁸⁵¹⁾ eDonkey 프로그램을 개발, 제공한 자는 외국인이므로 論外로 하더라도, 그때 인터넷접속서비스를 제공하는 사업자가 만약 이용자들이 그 서비스를 이용하여 eDonkey의 특정 서버에 접속하는 것을 막지 않은 책임을 부담하여야 할지, 특히 침해의 통지를 받고도 아무런 조치를 취하지 않은 경우는 책임을 부담하여야 하는 것인지 등은 향후 문제가 될 만한 사안인데, 이러한 검토는 미리 해 볼 필요가 있을 것이다.⁸⁵²⁾

850) Overnet은 Gnutella와 마찬가지로 분산형 네트워크라는 점에서는 동일하지만 Overnet은 찾는 데이터를 조합하기 위해 분산 해싱 기술을 사용하여 각 노드(nod, 혹은 peer)들이 다른 노드가 어떤 것을 찾고 있는가를 서로 알고 있으므로, 검색과 공유 과정이 Overnet에 비해 훨씬 더 무작위로 이루어지기 때문에 네트워크 효율이 떨어지는 Gnutella보다 우월하다.

851) P2P를 이용한 名譽毀損行爲와 관련하여 앞서 脚註에서 다룬 서울지방법원 2003. 7. 2. 선고 2003노1598 사건(確定) 및 그 原審인 서울지방법원 2003. 1. 29. 선고 2002고단8756 사건 이외에는 피고인이 eDonkey를 이용하여 게임물을 복제한 CD를 판매한 행위를 음반·비디오물및게임물에관한법률위반으로 처벌한 사례가 있는 정도이다.

852) 가령, 2004년까지 韓國의 이용자가 가장 자주 찾았던 유명 서버로는 “Korea Only(IP주소 211.233.41.235)”가 있었다(다만, 2005. 3. 현재 접속불능). 기업내의 네트워크인 경우 직원들이 위 프로그램으로 파일을 전송할 경우 발생하는 네트워크상의 트래픽을 줄이기 위하여 위와 같은 몇몇 유명한 eDonkey서버로의 접속을 아예 차단하고 있지만(다만 외국서버 등 서버가 다양하므로 모든 서버의 차단은 당연히 불가능하다), 가령 하나로통신이나 서울의 지역케이블방송이 자신들의 케이블방송과 함께 제공하는 인터넷접속서비스의 경우는 위 서버로의 접속이 현재 자유로운 상태이다. 여기서 문제는 같은 파일을 찾는 이용자들이 많이 만날수록 다운로드속도가 오히려 증가하는 eDonkey 프로그램의 특성상 한국인들이 자주 찾아 많이 모이는 몇몇 중요한 서버의 IP주소로의 접근을 차단하는 ISP의 쉬운 노력으로도, 실제로는 이용자들에게 외국서버에서의 低速 다운로드를 사실상 강요함으로써 그들로 하여금 아예 저작권침해행위를 포기하도록 유도할 수 있어 결국 상당수의 저작권침해를 줄일 수 있을 것이라는 점이다. 단순히 접속만을 제공하는 ISP에 대한 免責을 정하고 있는 미국 DMCA(즉, Verizon 事件의 抗訴審 입장에 따르면 미국 DMCA상으로는 이런 유형의 ISP는 情報提出命令과 같은 최소한의 협력의무로부터도 면제된다)와 달리 우리의 2003년 개정 저작권법상 ISP의 면책요건은 아직 해석의 여

(2) 파일공유의 動機를 강하게 부여하는 변종 P2P 네트워크의 활성화

일반적으로는 P2P망에서 교환되는 파일의 原本을 최초로 제공하는 자에게 파일제공이라는 희생에 대한 별다른 댓가가 없다.⁸⁵³⁾ eDonkey를 통하여 이러한 파일을 처음 유포하는 자들은 대개 저작권법 같은 實空間에서의 規則 등에는 무관심한 어린 학생들로서, 단지 “정보공유”라는 假想空間에서의 그들 나름대로의 規則에 자발적으로 순응하는 것일 뿐이어서 P2P네트워크에서 교환되는 파일들의 풍족한 정도는 전적으로 이들의 비영리적, 자발적 노력의 정도에 의지하게 되는 限界가 있다.⁸⁵⁴⁾

그런데, 최근 韓國에서 등장한 P2P공유프로그램, 가령 엔유(www.enyou.com), 온파일(www.onfile.co.kr), 팡파일(www.panfile.com) 같은 ISP들은 이용자들이 자신들의 P2P네트워크에 접속하려면 앞서 eDonkey 등에서와 달리 반드시 實名の “로그인(log-in)”방식을 취하도록 하여 파일을 제공하는 자와 파일을 다운로드받는 자의 인적사항을 ISP가 장악할 수 있도록 하는 한편, 파일을 다운로드받는 자로부터 개개파일의 다운로드마다 일정한 金錢을 징수하여 그 징수금액 중 일정액은 해당 파일을 제공한 자에게 인센티브로 제공하는 방식을 취하고 있다. 이러한 방식은 물론 P2P네트워크상에 앞서와 같이 최초로 파일을 제공하는 자들에게 일정한 經濟的 動機附與를 할 경우 파일제공을 크게 촉진할 수 있다는데 착안한 것인데, 韓國에서는 이러한 형태의 영업형태가 소리바다³ 등 P2P 서비스업체는 물론 인터넷스토리지 서비스업체들까지 경쟁적으로 퍼져나가 크게 활성화되어 있다.

(3) 인터넷스토리지 서비스의 활성화

P2P네트워크를 통하여서뿐만 아니라 韓國에서는 활성화된 인터넷 스토리지 서비스(Internet Storage Service)⁸⁵⁵⁾를 통하여도 다량의 저작권침해가 이루어지고 있다. 인

지가 분분하므로, 만일 저작권신탁관리업체들인 한국영상협회나 한국음원제작자협회가 eDonkey 서버 중 침해가 가장 활발히 일어나는 구체적인 IP주소(물론 합법적 파일교환이 상당비율 이루어지는 서버 주소까지 일부 침해가 있음을 이유로 포함시킨 방대한 리스트라면 ISP 등에게 지나친 제약이 될 것이다)를 몇 개만 특정하여 인터넷접속서비스업체에게 조치를 요구하였음에도 ISP가 앞서 본 바와 같은 비교적 수월한 노력조차 기울이지 않았을 경우 책임을 감경, 면제받는다고는 반드시 단정할 수 없을 것으로 보인다.

853) 가령 “한글2004.iso”같은 파일이 유포하려면 반드시 최초에 한글2004 정품CD를 구입하거나 적어도 정품CD로부터 CD이미지파일을 구워내는(cd-burning) 시간과 노력을 투입한 자가 존재하여야 하는데, 이런 시간과 노력에 대한 직접적인 댓가를 eDonkey와 같은 일반적인 P2P망에서 얻을 길은 없는 것이다.

854) 앞서 eDonkey의 장점 세 번째 내용 중 脚註의 “leeching” 부분 참조.

855) 웹 스토리지 서비스(Web Storage Service) 혹은 웹하드(Web Hard), 웹디스크서비스(Web-Disk Service)라고도 불린다. 이는 일정한 이용료를 가입자에게 징수하고 인터넷 가상공간상에 서비스제공자가 확보한 저장공간을 임대하여 주는 서비스를 가리키며, 이러한 서비스를 이용하는 경우 이용자는 개인 PC의 하드드라이브를 소지하고 다닐 필요없이 인터넷접속이 가능한 어디에서나 위 하드드라이브의 내용을 백업해놓은 위 저장공간을 대신 이용할 수 있다는 장점이 있다. 팝폴더(www.popdesk.co.kr), 피디박스(www.pdbox.co.kr), 폴더플러스(www.folderplus.com), 네오폴더(www.filehunt.com), 구루구루, 하드모아, 엔티카, 아이디스크, 웹클럽, 파일구리 등이 존재하며, 이러한 ISP의 서비스이용자들 사이를 仲介해주는 형태의 업체까지도 팡공유(jjang0u.com)와 같이 존재한다. 아울러, 포털사이트 역시 가령 한국통신이 운영하는 포털사이트 “파란”의 “아이디스크”서비스(idisk.paran.com, 2004. 8. 11. 방문)에서

第3節 Pure P2P 技術에 關聯된 인터넷서비스제공자에 대한 責任賦課의 困難性

인터넷 스토리지 서비스를 이용하는 침해는, 일단 불법복제물은 자신이 임차한 인터넷상 가상공간에 저장하여 두고, 그에 접근할 수 있는 자신의 암호를 BBS상에 다른 이용자들이 볼 수 있게 게시하는 방법으로 행하여지고 있는데, 여기에 그치지 않고 이러한 인터넷스토리지 서비스에 가입한 이용자들 간에 내부의 커뮤니티를 결성하여 위 저장 공간 중 일정부분을 서로 공유하곤 하여 점차 著作権者에게 P2P소프트웨어의 해악에 맞먹는⁸⁵⁶⁾ 威脅이 되고 있다.

第3節 Pure P2P 技術에 關聯된 인터넷서비스제공자에 대한 責任賦課의 困難性

1. Pure P2P 프로그램을 공급하는 인터넷서비스제공자의 경우

(1) 네델란드의 KaZaA 事件

1) 訴訟의 經過

이 事件 원고 Buma/Sterma는 네델란드에서 음악저작물의 복제권을 가진 단체이고, 피고는 음악파일 및 다른 파일의 P2P 파일교환을 가능하게 하는 프로그램("KaZaA")을 그 웹사이트를 통하여 배포하는 사업자이다.

원고는 네델란드법원에 KaZaA(회사본사가 네델란드에 있었음)에 대해 자신의 음악 파일을 위 프로그램을 이용한 P2P 이용자들이 교환하고 있음을 이유로 複製權侵害를 들어 소를 제기하였다.

1審인 암스테르담(Amsterdam) 地方法院은 2001. 11. 29. 원고의 청구를 인용하여 KaZaA에게 위와 같은 KaZaA 프로그램의 이용자들이 원고가 복제권을 가지는 파일교환을 하지 못하도록 KaZaA가 금지조치를 취할 것을 명하고 이를 이행하지 않을 경우 최고 200만 길더의 한도에서 1일 10만 길더의 벌금을 피고에게 부과한다고 명하였다. 별다른 수단이 없었던 KaZaA는 벌금을 피하기 위하여 서비스의 자진중단을 선언하였으나, 이미 배포된 KaZaA 프로그램의 이용은 피고의 서비스중단과는 관계없이 계속되었고 결국 피고는 서비스를 일단 속개하였다. 그 사이 KaZaA는 그 사업일체를 호주에

보듯이 사업영역의 확장과정에서 이러한 인터넷스토리지서비스를 포털서비스의 한 부분으로 제공하는 경우가 있다. 가상공간 임대 實例로 피디박스는 2004. 5. 2. 현재 개인별로 10GB의 저장공간을 임대하고 있다.

856) 가령, 2003년 韓國 영상저작물 시장을 기준으로 한국영상협회가 조사한 바에 의하면, P2P에 의한 침해는 총예상 다운로드수 3,976,100건에 총 손해액 168억원이었고, 인터넷스토리지에 의한 침해는 총예상 다운로드수 2,724,600건에 총 손해액 115억원이었다. 이는 국회 문화관광위원회, "저작권법중개정법률안 검토보고", 2005. 2., 6면 참조.

주소를 둔 Sharman Network's에 매각하였다.

그런데, 이후 抗訴審⁸⁵⁷⁾은 原審의 결정을 파기하고 피고의 책임을 부정하였다.

뒤이어, 2003. 12. 19. 最終審인 네덜란드 대법원(Dutch Supreme Court)은 위 抗訴審의 판단을 지지하면서, 공유프로그램 KaZaA에 의하여 음악파일이 교환되더라도 그것 때문에 피고가 책임을 부담하지는 않는다는 취지로 판시하였다.

2) 法院의 判斷

KaZaA의 주장은 일단 피고가 제공하는 클라이언트 소프트웨어(client software)가 이용자의 개인컴퓨터에 인스톨되면, 이용자들이 모든 행동을 정하며, 피고로서는 이를 막을 방법이 없다고 다투었다. 抗訴審 도중에 KaZaA는 E. Huzier박사라는 전문가의 의견을 통하여 P2P 시스템을 중앙서버가 필요한 형태와 완전히 P2P 프로그램에만 의존하는 형태로 나누고, 피고의 소프트웨어는 後者의 것이라고 하였다. 이때 이용자들의 파일 교환은 슈퍼노드(super node)로의 접속에 의한 것이지 KaZaA의 중앙서버에의 접속이 필요하지 않다는 점, 피고로서는 현재 저작물의 불법교환을 막을 수 있는 기술적인 수단은 가지고 있지 못하다는 점, 설사 그러한 기술이 존재하더라도 이용자들이 파일명을 변경하는 등의 간단한 방법으로 이를 회피할 수 있다는 점 등의 의견을 개진하였다.

抗訴審은 이를 수용하면서 판결문⁸⁵⁸⁾에서 KaZaA의 프로그램을 복사기 등에 비유하면서 그 소프트웨어에 KaZaA가 간섭하는 바가 없고, KaZaA의 서비스가 파일의 위치를 찾고 교환하는데 필수적이지 않다는 점을 들었다. 아울러 “KaZaA”는 음악파일 외에도 다른 파일의 교환에도 사용될 수 있고, 아울러 현재의 기술로는 어떤 파일이 저작권 있는 것인지 판명하는 것은 불가능하다고 하여 결국 1審의 금지명령은 부당하다고 결론지었다.

나아가 네덜란드의 大法院은 抗訴審의 입장을 유지하면서, 美國 Sony 事件에서 美國 聯邦大法院이 Sony가 생산하는 VTR인 BetaMax의 用途 相當部分이 非侵害의인 경우(substantial noninfringing use)에 해당하므로 VTR 기기 자체가 위법한 물건은 아니라고 한 判決을 언급하였다. 그리고 일정한 P2P상의 파일교환시 이용자의 행위에 대하여 ISP의 책임을 부정한 Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd 判決도 인용하였지만, 다만 개인이용자의 행위가 저작권법을 침해하는지에 대하여는 언급하지 않았다.⁸⁵⁹⁾

857) Buma & Stemra v. Kazaa (Amsterdam Court of Appeal, Mar. 28, 2002).

858) <www.eff.org/IP/P2P/BUMA_v_Kazaa/20020328_kazaa_appeal_judgment.html>[2004. 4. 20.]에서 2심판결원문 및 비공식 영문번역문을 볼 수 있다.

859) 이에 관한 기사는 <www.theregister.co.uk/2003/12/19/dutch_supreme_court_rules_kazaa>[2004. 5. 7.].

(2) 美國의 Grokster 事件

앞서 Napster 事件과 마찬가지로 연방제9항소법원의 관내에서 爭송이 進行되었다. 1심은 캘리포니아 중앙지방법원이, 抗訴審은 연방제9항소법원이 判단하였고, 최종적으로 聯邦大法院에서 다루었다.

1) 事實關係

(A) 當事者

원고들은 영화제작자, 음반업자 등이고, 피고 Grokster와 StreamCast, Kazaa BV⁸⁶⁰는 P2P프로그램을 배포하는 제공자들이다. 원고가 소를 제기한 이후 피고들 중 Kazaa BV는 그 사업을 Sherman Networks에게 양도한 후 소송에서 방어를 포기하여 피고 Kazaa BV에 대하여는 判決상태의 패소결정(default judgement)이 내려졌다. 다만 Sherman Networks 社 역시 이 사건의 피고는 아니었다. 따라서 법원이 실제 判단한 피고는 Grokster와 StreamCast社만이었고 문제되었던 P2P 소프트웨어는 Grokster社가 공급하는 “Grokster”, 그리고 StreamCast社의 “Morpheus”였다.

(B) Napster와의 差異點

당초 이들은 각 사이트⁸⁶¹에서 독자적으로 무료 P2P프로그램을 배포하고, 사업을 하지만 피고들 3자 모두 共同被告인 네덜란드인들⁸⁶²에 의하여 개발된 FastTrack이라는 기술을 사용하여, 동일한 기술을 채용한 결과 위 3자의 P2P프로그램간 이용자들이 서로 네트워킹을 할 수 있었다. 그런데 나중에 StreamCast 社는 KaZaa측과 FastTrack 기술을 둘러싼 라이선스 분쟁때문에, FastTrack 기술 대신 公開技術인 Gnutella 기술을 채용한 방식의 Morpheus 소프트웨어로 전환하였다. 반면에, Grokster는 여전히 동일한 FastTrack이라는 기술을 사용하여 사업하였다.

작동원리를 보면 Grokster 社의 FastTrack 방식 소프트웨어인 “Grokster”⁸⁶³나 StreamCast 社의 소프트웨어 “Morpheus” 모두 이용자가 버튼을 누르면 자동적으로 P2P 네트워크에 접속되는 방식이었고, 검색어를 입력하면 실시간으로 검색대상파일을 교환하는 다른 자들의 파일교환상황이 나타나는 등 대부분의 작동원리는 앞서 존재하였던 Napster 등 다른 P2P프로그램과 대동소이한 듯 보였다.

그렇지만 ISP의 중앙서버가 존재하지 않고 그 대신 이용자들의 컴퓨터 중 대역폭 등이 우수한 컴퓨터가 슈퍼노드(super node)⁸⁶⁴가 되어 중앙서버와 같은 역할을 일정

860) Consumer Empowerment BV라는 공식명칭 대신 사용한다.

861) 각각 www.grokster.com, www.kazaa.com, www.morpheus.com (2005. 3. 30. 현재 영업중임)이고, 이 중 MusicCity는 Screamcast의 자회사의 명칭이다.

862) Niklas Zennström와 Janus Friis(Kazaa BV의 설립자).

863) Sherman의 KaZaA와 동일한 기술을 사용한다.

부분 나누어서 대신한다는 점에서 Napster와 결정적으로 달랐다.

(C) 當事者의 主張의 要旨

앞서와 마찬가지로 이 事件에서도 원고들은 프로그램사용자들의 저작권침해에 대하여 피고들이 寄與責任과 代位責任을 져야 한다고 주장하였고, 피고들은 단지 사용자들에게 소프트웨어를 제공하였을 뿐이고 그 이용자들을 피고들이 통제할 방법이 없으므로 책임이 없다고 주장하면서, 양쪽 당사자 모두 법원에 略式決定⁸⁶⁵⁾을 구하였다.

2) 下級審法院의 判斷⁸⁶⁶⁾

(A) 1審의 判斷

a) 이용자들의 직접침해책임

법원은 먼저, 피고 ISP들의 間接責任 추궁의 전제로, 이용자들의 直接侵害가 성립함에는 의문이 없다고 보았다.

b) 피고들의 寄與責任 성립여부

1심법원은 Napster 抗訴審이 Sony 事件⁸⁶⁷⁾을 해석함에 있어 당해 상품의 用途 相當部分이 非侵害의인 경우(substantial noninfringing use)에는 이용자들이 그 상품을 이용하여 침해행위를 할 수도 있다는 推定的 認識(constructive knowledge)을 상품공급자가 가진 것만으로는 책임을 지우기에 부족하고 더 나아가 상품공급자가 구체적인 침해를 實際 認識(actual knowledge)하였어야 책임을 부담할 수 있다고 판단한 입장을 그대로 따랐다.⁸⁶⁸⁾ 즉 Sony 判決에 대한 Napster 抗訴審의 해석을 Grokster 法院은 비판없이 수용함으로써, 앞서 Aimster 抗訴審의 해석과는 대조를 이루었다.

법원은 이러한 Napster 抗訴審의 해석기준을 전제로 認識 요건에 관하여, 이 사건 P2P프로그램이 예를 들자면 영화선전편이나 無料曲 또는 기타 저작권없는 객체의 배포나 셰익스피어 작품의 공유와 같은 用途가 있어, Sony 事件에서처럼 用途의 相當部分이 非侵害의인 경우에 해당함에는 다툼이 없다고 보아,⁸⁶⁹⁾ 피고를 Sony와 같은

864) Grokster 1심판결 중 슈퍼노드에 대한 설명을 빌리자면 “...FastTrack 기반 소프트웨어가 다른 P2P 기술과 구별되는 중요한 특징은 ‘슈퍼노드’의 적극적이고 다양한 용도이다. ‘노드(node)’란 인터넷의 종결, 즉 통상 개별이용자의 컴퓨터를 가리킨다. 다른 수많은 노드들로부터 정보를 집적하는데 이용되는 개별 노드, 즉 슈퍼노드는 더 우월한 능력을 가진 노드로 FastTrack 기반 소프트웨어가 자동적으로 슈퍼노드를 선별한다. 따라서 이용자의 노드는 오늘은 슈퍼노드였다가 내일은 그렇지 않을 수 있는데, 이는 네트워크의 자원수요와 가용성에 따라 정해진다...” (Grokster, 259 F.Supp.2d at 1040).

865) 자세한 것은 제2장 제2절 2. (3) 2) (B) 각주 부분 참조.

866) Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd, 259 F.Supp. 2d 1029 (April 25, 2003).

867) 104 S.Ct. 774, 464 U.S. 417 (1984).

868) Grokster, 259 F.Supp. 2d at 1036.

869) “Plaintiffs do not dispute that Defendants’ software is being used, and could be used, for substantial noninfringing purposes.” Grokster, 259 F.Supp. 2d at 1035.

第3節 Pure P2P 技術에 關聯된 인터넷서비스제공자에 대한 責任賦課의 困難性

VTR 공급자나 Xerox와 같은 복사기 공급자에 비유하였다. 따라서 자신들의 P2P 프로그램들이 이용자들이 의한 저작권침해파일교환에 이용될 수 있다는 사정을 피고들이 認識한 것만으로는 곧바로 책임을 지울 수 없다고 판시하였다.

그런데, 더 나아가 피고에게 위와 같은 推定的 認識을 넘어 實際 認識까지 있었는지에 관하여는 “피고 스스로 피고측 이용자들의 多數가 피고 소프트웨어를 저작권침해에 사용하는 사실을 대부분 알고 있었다.”고 하여 實際 認識의 존재는 긍정하는 듯 하였지만, 이렇게 피고들이 實際 認識한다는 要件은 피고가 자신이 寄與하고 있는 침해행위를 중지시키기 위하여 행동할 수 있었을 時間에 갖추었어야 認識要件이 충족되는 것인데,⁸⁷⁰⁾ 이 사건에서는 원고의 침해주장통지에 따라 피고들이 설령 구체적인 침해행위를 實際 認識하였다더라도 (이미 피고측이 상품을 공급하고 난 뒤라) 이를 막기 위하여 피고들이 달리 조치를 취할 방법이 없었으므로 결국 위와 같은 實際 認識이 있음에도 불구하고 위 寄與責任의 첫 번째 요건인 認識은 성립되지 않는다고 판시하였다.⁸⁷¹⁾

다음으로, 寄與責任의 두 번째 요건인 實質的 寄與行爲에 있어서 법원은, Napster의 경우는 P2P프로그램을 배포한 것 이외에도 그 중앙서버에 파일리스트를 보유하면서 이를 이용자에게 제공하였고, 중앙서버가 없는 경우 이용자들은 파일교환이 불가능해짐에 반하여, 이 事件의 소프트웨어의 경우 피고들이 자신들의 서버를 중단하여도 여전히 이용자들은 파일교환이 가능하다고 보았다.⁸⁷²⁾ 실제로 Grokster의 이용자가 다운로드파일이 바이러스에 감염되었다고 보낸 Email에 피고가 답하며 Grokster는 교환되는 파일에 대하여 일체의 통제를 할 수 없다고 한 사실이 있으며, 피고 StreamCast의 소프트웨어(Morpheus)는 Gnutella 방식임에 비추어 피고들은 마치 홈비디오녹화기 혹은 복사기를 판매하는 자와 같이 각자의 P2P프로그램을 배포한 자에 그친다고 하였다. 따라서 피고가 Sony나 Xerox 업자와 마찬가지로 자신의 기기가 이용자들이 의하여 저작권침해행위에 사용될 수 있음을 알았다 하더라도 단지 그러한 사실만으로 곧바로 寄與行爲를 하였다고는 볼 수 없어 결국 이 점에서 피고들의 寄與責任을 인정할 수 없다고 판단하였다.⁸⁷³⁾

870) 이른바 寄與責任에서의 認識 요건의 “timing”문제로서, 이미 Sony 判決에서도 명확하지는 않으나 이용자들의 불법복제행위시 공급자가 그러한 침해행위가 있었다는 것을 인식하기 어렵다는 사정을 언급한 부분은 있다.

871) Grokster, 259 F.Supp. 2d at 1038.

872) Id. at 1041. 抗訴審도 그대로 이를 지지하고 있으나(Grokster, 380 F.3d at 1163), 이 부분은 법원이 인정한 “사실”과 實際의 事實과는 다소 차이를 밝힌다. 2002. 2.경 Screencast가 운영하는 P2P 네트워크가 다운(shut down)되어 버린 적이 있었고, 님아니라 그 원인은 당시 Screencast가 FastTrack System을 이용허락받아 사용하고 있었는데, 이용허락자측이 이용료지급이 지체되었다며 Screencast측 서비스에 대하여 말하자면 전기플러그를 뽑아 버렸던 것(pull the plug) 때문이었다. Screencast측은 이에 신속하게 Gnutella 네트워크기반의 Morpheus로 사업형태를 변경하였다. Roger Parloff, “The Real War over Piracy”, Fortune, Oct. 27, 2003, p. 148(Jesse M. Feder, op. cit., p. 884. FN125에서 再引用).

c) 피고들의 代位責任 성립여부

代位責任에 있어 법원은 피고들이 광고 등으로 수입을 얻은 것은 인정하였다.

하지만 앞서 본 바와 같은 이유로 피고들이 이용자들의 직접침해행위에 대한 統制할 權利나 能力⁸⁷⁴⁾을 갖고 있었다고 볼 수 없다며 피고들의 代位責任도 모두 부정하였다.⁸⁷⁵⁾ 덧붙여 Grokster 소프트웨어의 경우 FastTrack 플랫폼을 사용하는데, FastTrack은 앞서 이 사건의 사실관계에서 보았듯이 Grokster 社가 아닌 제3자가 제어하는 기술로서 Grokster 社가 임의로 改變할 수 없다는 점에서도 統制할 能力이 없다고 보았다.⁸⁷⁶⁾

원고들은 統制할 權利나 能力에 관하여, 피고들의 소프트웨어가 이미 포르노, 외설 파일명에 대한 선택적인 스크린을 포함하고 있고 따라서 피고들이 쉽게 저작물인 曲名도 스크린할 수 있다고 주장하였다. 그 소프트웨어는 파일명을 넘어서 작곡자, 곡명, 앨범 기타 등등과 같이 파일 그 자체에 담겨진 정보인 메타데이터(meta data)를 스크린하고 있고 효과적인 메타데이터 스크린은 마찬가지로 쉽게 피고들이 채택할 수 있으며 디지털 지문(digital fingerprinting)과 같은 최신기술을 용이하게 도입할 수도 있다는 것이었다. 하지만, 법원은 이용자들의 직접침해행위를 統制할 權利나 能力이 있는 경우에 한하여 피고에게 그러한 조치들을 수용할 의무가 생길뿐이므로 결국 그러한 조치들이 실제 가능한가를 따지기도 전에 원고들의 주장은 받아들일 수 없다고 배척하였다.⁸⁷⁷⁾

결국 이 사건에서는 피고가 DMCA 면책조항의 요건을 구비하였는지 판단에 나아갈 필요 없이, 피고의 寄與責任 혹은 代位責任 단계에서 원고의 청구가 인정되지 아니하였고, 법원은 원피고 쌍방의 신청 중 원고들의 略式決定 신청을 기각하고 피고들의 略式決定 신청은 인용하였다. 법원은 이와 같이 피고의 손을 들어주면서도, 판결문 말미

873) Id. at 1043.

874) 판결에서는 “Right and Ability to Supervise”이라고 표현하고 있다.

875) 위 판결이 나아가 DMCA의 Safe Harbor 면책조항을 언급하지 않고 있는 이유에 관하여, DMCA상 ISP의 개념이 네트워크에 대한 control을 가진 ISP를 규정하고 있음을 전제로, Grokster와 같은 경우는 ISP가 아닌 단순한 software provider에 불과하기 때문일 수 있다는 설명(윤용기, “소리바다가 온라인 서비스 제공자인가?” 및 최성준, “온라인음악서비스에 대한 법적 검토”, 5면)이 있으나, 이는 誤解이다. 寄與責任 내지 代位責任과 DMCA Safe Harbor의 관계에 대하여 아직 통일된 해석은 존재하지 아니하지만, 미국에서도 異論의 여지가 없는 점은 寄與責任 내지 代位責任이 인정되지 아니할 때는 더 나아가 DMCA Safe Harbor의 면책을 원용할 필요도 없이 ISP의 책임은 부인된다는 점은 이미 설명한 바와 같다. 따라서 앞서 판결은 寄與, 代位責任을 부인하였으므로 굳이 DMCA의 규정을 살필 필요가 없었을 뿐이다.

876) Grokster, 259 F.Supp. 2d at 1040. 살피건대, 피고가 책임추궁을 회피할 의도로 제3자와의 조작된 契約 등을 근거로 統制할 能力없다는 주장을 내세울 수도 있는 여지를 허용하였다고 생각된다. 제3자와의 계약을 준수할 의무와 저작권을 침해하여서는 안 될 의무는 별개의 것에 불과하므로, 위와 같은 논리에 지나치게 치중하여서는 곤란할 것이다.

877) Id. at 1045.

第3節 Pure P2P 技術에 關聯된 인터넷서비스제공자에 대한 責任賦課의 困難性

에 덧붙여 언급하기를, 피고들이 자신들의 소프트웨어의 불법적인 유희으로부터 나온 이익을 향유하면서도 고의적으로 저작권침해에 대한 2次的 責任을 회피하기 위하여 자신의 사업구조를 정하였을 가능성이 있음을 알고 있다고 하면서, 법원으로서 이러한 소프트웨어들이 불법적 이용에 취약한 면을 줄이기 위하여 어떤 措置가 가능한지에 관하여 결정할 필요는 없지만 이러한 措置가 가능하다고 한다면 향후 立法의 指針으로서 작용할 수 있을 것이라고 하여, 결국 입법부의 개입에 의하여 앞서와 같은 이러한 고의적인 회피를 억제할 수 있다고 보았다.

(B) 抗訴審의 判斷⁸⁷⁸⁾

a) 1審 判決 이후 學界의 動向

앞서와 같이 聯邦地方法院의 판결이 피고 승소로 끝나자, 원고가 항소하였고 연방항소법원에 抗訴審 계류 중 원, 피고 쌍방을 위하여 법률검토의견서(Brief Amici Curiae)가 여럿 제출되었다. 그 중 원고를 위한 법률검토의견서가 일부 實務家와 少數의 學者들이 참여한 문건임에 반하여, 2003. 9. 26.자 피고를 위한 법률검토의견서⁸⁷⁹⁾는 미국내 知的財産權 및 技術法 분야 전공교수들 중 有力한 40人⁸⁸⁰⁾이 대거 동참한 문건으로 대조적이어서, 적어도 學界에서는 1審을 파기하자는 입장보다는⁸⁸¹⁾ Grokster 事件의 피고들에게 寄與責任 등을 추궁하는 것은 부당하다는 입장이 이미 主流를 이루고 있었다. 이러한 學界의 주류적 입장은 저작권업계는 물론 저작권옹호의 입장에 선 立法府 의원들이나 行政府 관리들의 입장과는 대조적인 것이었는데,⁸⁸²⁾ 이후 2004. 8. 19. 내려진 聯邦抗訴法院의 抗訴審 判決은 어쨌든 1審의 판단내용을 대부분 그대로 지지하면서, 일단 피고의 손을 들어주고 있다.

b) 피고들의 寄與責任 성립여부

먼저 寄與責任의 인식(knowledge) 요건에 있어, 聯邦抗訴法院도 Sony 判決이 채택한 “商業上 主要한 商品(staple article of commerce)”의 原則에 따라 寄與責任의 추구를 배척하는 데는 피고가 자신의 상품이 相當部分 혹은 商業적으로 重要⁸⁸³⁾한 非侵害

878) Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster Ltd., 380 F.3d 1154 (9th Cir.(Cal.), Aug. 19, 2004).

879) <www.eff.org/Legal/Cases/MGM_v_Grokster>[2004. 5. 21.].

880) Yale大의 Yochai Benkler, Georgetown大의 Julie E. Cohen, Harvard大의 William W. Fisher III, University of California, Davis의 Leslie A. Kurtz, Cornell大의 Peter W. Martin, Stanford大의 Margaret Jane Radin, Boston大의 Alfred C. Yen 등(위 문서에 나열된 거명된 순서에 따름).

881) 이렇게 抗訴審에서 Grokster 1심판결이 번복되리라고 예측한 글의 드문 사례로는 Tim Wu, op. cit., p. 739가 있다. 그 논리는 i) Sony 判決의 취지가 VTR에 대한 저작권자의 통제를 인정하면 저작권자와 무관한 市場에서 市場의 失敗가 나타났을 사안이었지만, Grokster 네트워크를 통한 MP3 파일의 유통은 既存市場을 代替하는 효과가 있어 서로 상이하고, ii) Sony 原則이 적용됨에 있어서는 侵害의 用途와 非侵害의 用途의 비율이 결정적인데, Grokster 사안에서는 非侵害의 用途가 극히 제한적임을 내세우고 있었다.

882) 이와 관련하여서는 “제7장 제1절 2. P2P 技術의 受容을 拒否하는 極端的인 立場의 強化” 부분 참조.

의 用途(“capable of substantial” or “commercially significant noninfringing uses”)를 가지고 있으면 족하다고 하였다. 이렇게 非侵害的 用途가 인정되는 경우 商標公同자에게 商標 商標의 利用者가 商標를 사용하여 侵害行爲를 할 수 있다는 推定的 認識이 존재하는 것만으로는 책임을 지우기에 부족하므로 著作權자로서는 이러한 경우 商標公同자측의 “實際 認識”을 입증하여야 한다고 하면서, 寄與責任의 요건 중 認識 要件에 있어 이렇게 예외적으로 高揚된 水準을 요구하는 근거로 Napster 抗訴審 判決⁸⁸⁴⁾을 인용하였다.

그런데 被告들의 軟體웨어가 相當部分 非侵害的 用途를 가졌다는 사실은 당사자 사이에 다툼이 없으므로,⁸⁸⁵⁾ 그 결과 被告들의 寄與責任이 인정되려면 被告들이 侵害行爲에 대하여 實際 認識을 가졌음을 입증할 필요가 있게 되었다고 법원은 보았다. 나아가 이러한 實際 認識은 原告들의 해석과 달리 侵害行爲가 이루어질 때 존재하여야 하는데, 原告들이 侵害事實을 통지하였을 때는 비록 被告들이 實際 認識을 가지게 되었다 하더라도 이미 그때는 被告들로서는 특정 著作物의 侵害行爲에 대하여 어떠한 阻障行爲도 하거나 侵害行爲를 저지할 수도 없는 시점이므로 결국 被告들의 實際 認識 요건이 충족되지 못하였다고 보았다. 이렇게 被告들이 侵害行爲를 저지할 수 없었다는 인정을 함에 있어 聯邦抗訴法院은 被告들 軟體웨어의 디자인이 중대한 의미를 가지며 Napster의 경우와 달리 被告들의 軟體웨어는 설사 그 軟體웨어 公同자가 公同을 중단하고 手中의 모든 컴퓨터를 정지시킨다 하여도 利用者들은 여전히 파일교환行爲를 계속 할 수 있다는 사실을 근거로 들었다.⁸⁸⁶⁾

다음으로 寄與責任의 實質的 寄與(material contribution requirement) 요건에 관하여, 접속제공자(access provider)가 著作權자로부터 侵害主張의 通知를 받아 具體的인 認識을 하고도 그러한 접속을 계속 제공하는 행위는 實質的 寄與行爲에 해당한다는 Netcom 판결⁸⁸⁷⁾ 및 파일을 저장하거나 파일교환을 조장하였는데 侵害的 파일이나 侵害的 파일색인리스트를 삭제하지 아니하면 實質的 寄與行爲에 해당한다는 Napster 抗訴審 判決⁸⁸⁸⁾을 인용하면서 이러한 先例들과 달리 이 사건 軟體웨어 公同자들은 접속제공자이거나 파일저장 혹은 파일교환의 색인 보관자에 해당하지 않는다고 하였다. 아울러, 이미 他人의 컴퓨터상에 저장된 軟體웨어를 제거하지 못한 행위는 本人의

883) 아래 Sony 事件의 聯邦大法院의 판시 부분에서 언급할 내용대로, 商標의 非侵害的 部分만으로 독자적으로 市場에서 판매, 公同될 수 있는지 여부를 말한다.

884) Napster, 239 F.3d at 1027.

885) 여기서 항소심은, 1審이 인정한 대로 가령 수천의 음악그룹이 자신들의 음악을 인터넷을 통하여 유통하는 것을 허락하고 있는 점, “Gutenberg Project”를 통하여 被告 軟體웨어가 公同자산인 어문저작물을 公同하는데 이용되고 있다는 점 등을 열거하고 있다.

886) 以上은 Grokster, 380 F.3d at 1160-63.

887) Netcom, 907 F.Supp. at 1375.

888) Napster, 239 F.3d at 1022.

第3節 Pure P2P 技術에 關聯된 인터넷서비스제공자에 대한 責任賦課의 困難性

컴퓨터상 파일명색인을 제거하지 않은 행위나, 등록이용자명과 비밀번호를 제거하지 않거나 자신의 컴퓨터상에 위치한 소프트웨어를 침해할 막을 수 있도록 수정하지 아니한 행위와 전혀 다르다고 보았다.⁸⁸⁹⁾

c) 피고들의 代位責任 성립여부

代位責任에 관하여는 먼저 監督할 權利와 能力 요건에 있어, Morpheus가 그 소프트웨어를 다운로드한 이용자와의 사이에 이용허락계약을 가지지 못한 것과 달리 Grokster는 명목상으로는 접속을 차단할 권리를 보유하고 있지만 등록 및 로그인 절차⁸⁹⁰⁾의 부존재로 인하여⁸⁹¹⁾ Grokster조차 실제로는 파일교환기능으로의 접속을 차단한 능력을 가지고 있지 않고, 모든 이용자에 대한 강제적 소프트웨어 업그레이드나⁸⁹²⁾ IP주소 차단과 같은 수단이 결여되어 있다고 판단하였다.

아울러 침해파일이나 색인정보가 피고들의 컴퓨터를 통과하는 것이 아니므로 피고와 이용자 사이의 연결수단 어느 것도 침해파일을 필터링하거나 검색할 接點이 될 수 없다고 보았다. 또한 1審이 인정했듯이, Morpheus의 경우 스스로 폐쇄하더라도 이용자의 파일교환행위를 막을 수 없고, Grokster의 경우 KaZaA/Sherman 社로부터 기본 노드를 폐쇄하는 것과 같이 그 프로그램을 변경할 수 있는 권한을 계약상 얻지 못하고 있고, 이렇게 운영을 폐쇄하는 것은 개인을 축출하거나 로그인 시점에서 특정

889) Grokster, 380 F.3d at 1163-64.

890) 모든 FastTrack 플랫폼의 소프트웨어가 로그인절차가 결여된 것은 아니며, 오히려 FastTrack 특정 중의 하나가 업체의 중앙서버가 이용자가입등록과 로그인을 관장하며, 나아가 최초로 접속할 다른 이용자를 찾는데 돕는 방식이라고 한다(Tim Wu, op. cit., p. 735). 특히, Grokster의 경우도 당초에는 성명과 패스워드를 등록할 것을 요구하였는데, 나중에 이를 요구하지 않는 것으로 바꾸었다고 하는데(Shaney Crawford, "SUMMARY OF MGM STUDIOS V. GROKSTER", www.shaneycrawford.com/writing/p2p.pdf, 2005. 4. 4.) 이런 경우라면 Grokster의 책임이 없다는 법원의 결론에 대한 반론이 거셀 수밖에 없다.

891) Aimster 抗訴審 判決에서 피고 Aimster가 이용자들의 파일교환을 위한 전송행위때 파일의 암호화과정을 거치게 함으로써 그 파일의 내용이 침해파일인지를 피고가 알 수 없게 스스로 자초한 행위에 대하여 "고의적인 외면(willfully blindness)"이라고 하여 이러한 외면 자체가 寄與責任에서의 認識 요건을 충족한다고 판단한 것(Aimster, 334 F.3d at 650)과 마찬가지로, Grokster가 일부러 등록 및 로그인 절차를 구비하지 아니한 행위도 Aimster 抗訴審 判決의 입장에서는 고의적인 외면이라고 볼 여지가 다분하다. Grokster 原審 判決(259 F.Supp. 2d at 1045)에서는 파일내용의 스크린 기술이나 디지털지문 기술과 같은 침해방지조치를 피고가 쉽게 채택할 수 있다는 원고들의 주장과 달리 법원은 이러한 조치의 채택은 피고가 직접침해행위를 통제할 권리나 능력이 있는 경우에만 수용할 의무가 생길 뿐이거나 立法的 介入이 있어야 가능한 의무라고 보았었다. 그렇지만, 스크린 기술 등의 채택은 DRM에 속하는 기술을 수용하는 것이어서 피고에게 상당히 부담이 크다고 할 수 있지만, 간단히 수용할 수 있는 등록 및 로그인 절차조차 채택하지 않은 것은 寄與責任을 논하는데 피고에게 불리하게 작용하여야 할 것이다. 위와 같이 ISP 내지 단순한 provider가 이용자들의 침해행위를 막기 위하여 취할 수 있는 조치를 취하지 아니한 경우 과연 寄與責任의 인정 여부에 어떤 효과가 미치는 것인지는 앞서 Aimster 抗訴審 判決에서의 "고의적인 외면"이라는 논리밖에는 그 동안 별다른 합리적인 설명이 없었다. 이 점이 종래 ISP 책임론의 焦點 중의 하나라고 생각하며, 따라서 아래 Sony 判決에서 도출할 수 있는 小原則 중 "損失을 초래할 部分만을 차단할 區別措置는 事實上 要求된다는 原則"에 관한 설명에서 이를 더 상술한다.

892) 이와 반대로 KaZaA가 FastTrack 시스템의 모든 이용자들에게 자동적으로 적용되는 업데이트를 실시한 적이 있음을 들어 KaZaA에게 통제가능성이 있다는 취지의 주장으로는 Robert A. Gilmore, op. cit., p. 110.

개인을 차단하거나 자신의 컴퓨터에서 개인들의 파일명을 삭제하는 것보다는 차라리 전체 물물교환시장을 폐쇄하거나 소프트웨어의 공급을 중단하는 것과 더 유사하다고 보았다.

여기서 聯邦抗訴法院도 소프트웨어 자체를 侵害的 파일교환을 방지하기 위하여 변경할 수 있었다는 원고의 주장에 대해, 原審의 입장과 같이, 이런 주장은 監督할 權限과 能力을 이미 代位責任이 公定된 업체가 부담하는 강력한 義務와 혼동한 것이라고 보았다. 이러한 업체는 자신의 감독권을 최대한 행사할 의무를 부담하는데, 여기에는 Napster 事件에서처럼 필터링 매커니즘의 채용도 포함된다고 하였다. 그렇지만, 자신의 컴퓨터상의 소프트웨어와 파일을 변경할 의무는 타인의 컴퓨터상에 위치한 소프트웨어를 변경할 의무와는 전혀 다른 것이어서 이렇게 타인의 컴퓨터상에 위치한 소프트웨어를 업그레이드할 수 있는지의 가능성 문제는 代位責任의 유무를 정함에 있어서는 관련 없는 문제라고 보았다.⁸⁹³⁾

d) Pure P2P의 侵害問題를 해결할 궁극적인 主體는 立法府임

법원은, 원고들의 주장은 자신들이 적절한 정책이라고 믿는 견지에서 법을 재해석하여 寄與責任 및 代位責任 원칙의 外延을 확장하고자 하는 요구라고 보았다. 그렇지만, 이러한 요구는 先例에 반할 뿐만 아니라, 이러한 요구에 응하는 것이 일시적으로 저작권자의 경제적 목표를 만족시킬 수는 있어도 현재로서는 알 길이 없는 未知의 최종 결과와 관련하여 저작권법 일반을 엄청나게 변경하는 것이므로 현명한 요구가 아니라고 보았다. 나아가 작금의 인터넷 혁명의 흐름을 적절히 교정하는데 법원은 부적절한 기관이라면서, 새로운 기술의 등장은 항상 과거의 시장, 특히 이미 잘 정비된 배포망을 통하여 저작물을 판매하여 온 저작권자들에게는 害惡이었지만 歷史에서 時間과 “市場의 힘”은 그 새로운 기술이 Player Piano이던지 복사기, 테이프레코더, 비디오레코더, 개인컴퓨터, 카라오케 기계 혹은 MP3 Player이던지 간에 衝突하는 利益의 均衡을 곧잘 맞추어 왔으며, 따라서 법원으로서 특정 시장에서의 濫用이 비록 분명히 막대하게 현존하더라도, 이를 조절하기 위해 責任理論을 再構成하려는 태도는 극히 조심하여야 한다고 하면서 끝으로 Sony 事件의 판시를⁸⁹⁴⁾ 그대로 인용하였다.

(C) 下級審 判例分析

a) 2次的 責任論이 Pure P2P에게 가지는 限界를 분명히 제시함

네델란드에서 3심까지 끝난 위 KaZaA 判決과, 미국 하급심법원에서의 Grokster 判

893) 以上은 Grokster, 380 F.3d at 1164-66.

894) 聯邦議會가 과학과 유용한 예술의 발전을 장려할 권한을 가지고 있으며, 연방헌법이 수권한 범위내에서 오로지 聯邦議會만이 어느 정도까지 이를 행할지 정할 수 있다는 부분이다.

第3節 Pure P2P 技術에 關聯된 인터넷서비스제공자에 대한 責任賦課의 困難性

決은 Napster와 같은 하이브리드 방식이 아니라 새롭계⁸⁹⁵⁾ 등장한 Pure P2P 프로그램에 관한 것이다. 이들 프로그램들은 다분히 저작권자로부터의 법적 쟁송에 따른 책임을 피하기 위하여 중앙서버(central server)를 없앴 것으로서, 이러한 Pure P2P에 이르러서는 寄與責任 및 代位責任의 법리는 위기를 맞게 되었다. 즉 이들 법리는 종래 고전적인 아날로그시대의 判例에서 출발하여 BBS시절까지는 ISP의 책임을 추궁하는 법리로 아무런 손색이 없었다. 하지만 초기 P2P인 하이브리드 방식의 Napster에 이르러 그 법리 그대로의 적용가능성이 의문시되다가 결국 Pure P2P 단계에 이르러서는 그 限界를 드러내고 말았다고 할 수 있다.⁸⁹⁶⁾ 따라서 향후에는 새로운 기준이 모색될 필요가 있다고 하겠다.⁸⁹⁷⁾

b) Sony 判決의 의미를 Napster 抗訴審의 해석과 같이 축소하여 이해함

Grokster 判決은 그 명시적인 판시로 보아서도 Sony 原則에 크게 의존함이 없이 저작권법 종래의 寄與責任과 代位責任의 법리 차원에서 법적 책임을 판단하고 있는 듯하지만, 판시내용 중 피고를 홈비디오녹화기 판매업자(Sony)에 비유하여 결론적으로 책임을 부정하는 논리를 전개한 사실에서도 알 수 있듯이 Grokster 判決의 논리에서 Sony 判決에 대한 의존도는 그야말로 결정적이다.

그런데, Grokster 判決은 Sony 判決이 寄與責任의 요건과 관련하여 非侵害的 用途를 가진 상품의 공급자에게는 高揚된 수준의 認識 요건, 즉 推定的 認識이 아니라 實際 認識을 요구한다고 해석하여 Aimster 抗訴審 등의 입장과는 대조적인 풀이를 하고 있다. 이러한 태도는 앞서 Napster 抗訴審 判決의 오류를 그대로 반복한 것으로서,⁸⁹⁸⁾ 동일한 비판⁸⁹⁹⁾을 받아야 마땅할 것이다.

c) Sony 判決을 적용함에 있어 相當部分 非侵害的 用途가 있는지 제대로 규명하지 아니함

Sony 判決이 세운 가장 큰 原則은 저작권법은 불법복제와 같은 侵害的 用途뿐만 아

895) Napster가 1999년, Gnutella는 1999년, KaZaA는 2000년에 등장하였다. 여기서 “새롭계”의 정확한 의미는 당해 P2P의 서비스개시일이 나중이라기보다 이용자들의 인기를 나중에 얻었다는 취지이다.

896) Michael Albert, “From Sony To Napster--And Back?”, Boston Bar Journal, January/February, 2004, p. 12. 다만, 聯邦大法院의 Grokster 判決이 誘發理論의 도입으로 궁극적으로 寄與責任을 추궁하고 있는 이상 寄與責任이 일정범위에서는 여전히 생명력을 가진다.

897) 반대로, 인터넷상 침해에 대한 代位責任에는 종래의 統制可能性과 直接的 利益이라는 요건을 굳이 엄격하게 요구할 필요가 없어 여전히 代位責任의 효용을 긍정하는 다소 이색적이고 극단적인 주장(Jeffrey L. Dodes, op. cit., p. 310-11)도 있다.

898) 이는 Grokster 事件을 다룬 抗訴審이 다름아닌 Napster 事件을 다루었던 연방제9항소법원이라는 사실에서도 기인한다. 국내의 論者 중 함석천, “새로운 메체의 발전과 법의 대응 -미국 판례를 중심으로”, 2005. 2. 18. 사법부 내부통신망(CourtNet) 게시문(未公刊), 23, 26면은 Grokster 법원이 Sony 판결을 위와 같이 처음 해석한 것처럼 설명하고 있는데, 이는 오해이다.

899) “제5장 제1절 1. Napster 事件 (5) 判例分析 1) Sony 判決에서 寄與責任의 要件으로 과연 實際 認識을 요구하였는지 여부”부분 참조.

나라 많은 非侵害的 用途를 추가로 더 가지고 있는 특정 복제기술의 발전과 배포를 막는데 부당하게 남용되어서는 안된다는 점이다.

그런데 Grokster 判決에서 법원은 Grokster가 그러한 추가적인 非侵害的 用途를 많이 가지고 있다는 소결론에 이르는 과정에 있어서 Sony 判決의 비교적 치밀한 자세와는 대조적으로 그 소결론을 지지할 구체적 근거를 거의 제시하지 않은 채 성급하게 단정하고 있다. Grokster 1審⁹⁰⁰은 원고측이 피고의 소프트웨어가 相當部分 非侵害的 목적으로 이용되고 있고 또한 그렇게 이용될 수 있다는 사실을 다투지 아니하였다고 간단히 판단하고 있고, 抗訴審 역시 Grokster 소프트웨어의 用途 相當部分이 非侵害的인 경우에 해당하는데 다툼이 없다는 原審의 위와 같은 인정을 그대로 원용하고,⁹⁰¹ 다만 파일교환을 허락한 저작권자들이나 공유자산을 교환하는데 소프트웨어를 사용한 이용자들의 선서 등을 추가로 보강하고 있을 뿐이다. 따라서 이러한 Grokster 判決文만 읽어서는, 마치 원고들이 위와 같이 피고 Grokster 소프트웨어가 그 用途 相當部分이 非侵害的인 경우에 해당한다는 사실에는 다투지 않아, 우리 민사소송법상 自白事實과 같이 처리된 것으로⁹⁰² 오해할 수 있겠다.

그러나 Grokster 判決文을 벗어나 원고측이 제출한 서류 등⁹⁰³을 살펴보면, 抗訴를 하면서 원고측은 자신들이 1審에서 위와 같이 自白한 적이 없고 오히려 수차례 서면을 통하여 이를 다투었음에도 法院이 마치 다툼이 없는 양 판결문상 사실인정을 한 것에 대하여 강한 불만을 토로하고 있다.⁹⁰⁴ 마찬가지로 上告許可申請에서도 원고측은 단지 “Grokster의 실제이용 90%가 침해적 용도임이 분명하다”고 주장하였을 뿐 나머지 10%는 침해적인지 비침해적인지 확실히 분류할 수 없어 제외하였을 뿐인데도 抗訴審은 마치 원고가 그 나머지 10%는 비침해적이라고 주장⁹⁰⁵하여 거꾸로 비침해적 용도의 존재를 自白한 것처럼 정리한 것은 오류라고 지적하고 있다.

결국 原審과 抗訴審 判決 모두 Sony 判決이 제시한 原則을 Grokster의 사안에 적용

900) Grokster, 259 F.Supp. 2d at 1035. 덧붙여, 非侵害的 用途의 사례로 영화선전편이나 무료곡 혹은 다른 저작권없는 대상의 배포나 세익스피어작품의 공유와 같은 用途 등을 적시하고 있을 뿐이다.

901) Grokster, 380 F.3d at 1161.

902) 美國에서도 당사자간 중요한 사실관계에 대하여 다툼이 없는 경우 정식재판인 Trial 없이 곧바로 약식결정인 summary judgement를 내릴 수 있는 등 당사자의 다툼 여부가 중요함은 이미 설명하였다. 이에 관해 자세히는 제2장 제2절 2. (3)의 Netcom 판결에 대한 설명 중 脚註의 “genuine issue of material fact”와 “summary judgement” 부분 참조.

903) Grokster 事件에서 당사자나 이를 지지하는 제3자가 抗訴와 관련하여 제출한 각종 신청서(Appellate Petition)나 법률의견서는 무려 70종이나 되는데, 그 중 가령 Appellate Brief, Mgm Plaintiffs-Appellants’ Opening Brief, 2003 WL 22794496 (C.A.9, Aug. 18, 2003). 아울러 上告許可申請에 대하여서는 Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd., 2004 WL 2289200 (Appellate Petition, Motion and Filing) (U.S. Oct. 08, 2004) Petition for a Writ of Certiorari (NO. 04-480).

904) Appellate Brief, Mgm Plaintiffs-Appellants’ Opening Brief, 2003 WL 22794496, at 23.

905) 상고허가신청에서 지목하고 있지는 않으나, 이는 항소심판결 중 “Indeed, even at a 10% level of legitimate use, as contended by the Copyright Owners, the volume of use would indicate a minimum of hundreds of thousands of legitimate file exchanges.”부분(Grokster, 380 F.3d at 1162 FN10)을 가리키는 듯하다.

第3節 Pure P2P 技術에 關聯된 인터넷서비스제공자에 대한 責任賦課의 困難性

하려면 먼저 Sony 사안에서와 같이 문제되는 Grokster 소프트웨어가 非侵害的 用途를 가졌는지, 그 用途部分이 相當(substantial)한지에 대한 자세한 규명을 선행하였어야 할 것인데, 원고가 이 점을 자백한다고 잘못 보아 간단히 결론에 이르고 만 것에 오류가 있다고⁹⁰⁶⁾ 하지 않을 수 없겠다. 이 부분에 대한 추가적인 批判은 Sony 原則을 다루는 해당부분⁹⁰⁷⁾에서 더 언급한다.

d) Grokster가 단순히 소프트웨어공급자에 불과한지 제대로 살피지 아니함

위와 같이 Grokster가 相當部分 非侵害的 用途를 가졌는지 제대로 살피지 아니하였을 뿐만 아니라, 아울러 항소심판결은 Grokster가 단순히 소프트웨어공급자에 해당하는지, 그에 따라 “Grokster 소프트웨어”라는 상품공급자로서 Sony 原則을 적용받을 수 있는지 여부에 관하여도 엄밀한 事實 검토를 하지 않았다. 즉, 피고측이 서버를 중단하여도 여전히 이용자들은 파일교환이 가능한지 여부,⁹⁰⁸⁾ 피고측이 등록 및 로그인 절차를 통하여 접속을 차단할 여지가 있었는지 여부,⁹⁰⁹⁾ 혹은 이용자들에게 업그레이드를 강요하는 것과 같이 강제수단이 있었는지 여부⁹¹⁰⁾에 관하여, 더 꼼꼼히 심리하였어야 함에도 그러하지 못함으로써 법원이 認定한 事實이 진짜 현실에 부합하는 것인지 의문을 자초하였다. 이 점에 대한 비판은 편의상 앞서 해당 脚註 부분에서 이미 하였다.

e) 여전히 모호한 統制可能性의 기준

Grokster 抗訴審 判決에서 보듯이 법원은 “자신의 컴퓨터상의 소프트웨어와 파일을 변경할 의무는 타인의 컴퓨터상에 위치한 소프트웨어를 변경할 의무와는 전혀 다른 것이어서 代位責任의 有無를 정함에 있어서는 이렇게 타인의 컴퓨터상에 위치한 소프트웨어를 업그레이드할 가능성 문제는 관련없는 문제”라고 판시하고 있다.

이러한 사례에서 統制可能性이 있는지 여부의 문제는 視覺⁹¹¹⁾에 따라서는 正답이 있을 수 없는 문제로서, 끝나지 않는 논란을 부를 수 있다.

906) 위와 같은 피고의 自白 문제는 언급하지 않았지만, 비슷한 방향의 비판을 하는 글로는 Jesse M. Feder, op. cit., p. 882, Bruce P. Keller & Jeffrey P. Cunard, 『PRACTISING LAW INSTITUTE COPYRIGHT LAW』 s 14:4.2, Practising Law Institute, November 2003, p. 14(-51).

907) “5. Sony 原則의 올바른 適用” 중 “(2) 筆者의 解釋”부분.

908) “제6장 제3절 1. (2) 2) (A) b) 피고들의 寄與責任 성립여부” 각주부분 참조.

909) “제6장 제3절 1. (2) 2) (B) c) 피고들의 代位責任 성립여부” 각주부분 참조.

910) 위와 같음.

911) 가령, 호주 저작권법에서는 타인의 침해행위를 허락한 자에게 책임이 있는 지를 판단함에 있어 법원은 그 자가 관련산업계의 공인된 관행에 맞추어 행동하였는 지와 함께 침해행위를 방지하거나 막기 위하여 합리적인 조치를 취하였는지 여부를 반드시 고려하도록 법으로 정하고 있다. 따라서 이러한 규정에 따라 호주에서 Grokster와 동일한 피고의 책임이 문제되었다면 美國 법원과는 다른 결론이 내려졌을 것이라고 한다(Jo Oliver, “MGM V. GROKSTER: SECOND GENERATION NAPSTERS NOT LIABLE FOR COPYRIGHT INFRINGEMENT UNDER US LAW”, 6 No. 2 Internet Law Bulletin 13, June 2003, p. 16).

일단 미국의 論者들도 統制可能性의 기준에서 Grokster 抗訴審의 입장과 Aimster 抗訴審의 입장이 서로 일치하지 않음은 인정하고 있다.⁹¹²⁾ Aimster 抗訴審 判決에서 Posner 판사가 인정한 “고의적인 외면(willful blindness)” 理論을 Grokster 事件에 응용해본다면, “비록 타인의 컴퓨터상에 위치한 소프트웨어를 변경할 의무까지는 없다 하더라도 이렇게 위치하기까지 최초에는 피고가 그 홈페이지를 통하여 이용자들에게 다운로드케 한 것으로서, 피고가 지금이라도 필터링 메카니즘의 채용 등 가능한 감독권을 행사하여 프로그램을 업그레이드시킨다면 적어도 이후 다운로드부터는 침해가 이루어질 수 없으므로 이러한 범위내에서는 Aimster 判決이 제시한 고의적인 외면 理論에 따라 오히려 統制可能性이 긍정된다고 보아야 한다”고 주장 못할 바도 아닐 것이고, 따라서 Grokster 事件을 연방제9항소법원이 아니라 Aimster 事件을 다루었던 연방제7항소법원이 담당하였다면 상이한 결론이 나왔을 수도 있는 것이다.

이렇게 統制可能性의 有無 問題에 관하여 Grokster 法院과 Aimster 法院의 기준이 미묘하게 다른 사실에서도 알 수 있듯이, “공급, 판매되어 공급자의 수중을 떠나 이용자의 수중으로 이동한 상품”에 대하여 “이미 공급자의 손을 떠났으므로 공급자로서는 統制可能性이 있을 수 없다”⁹¹³⁾고 할 지, “지금은 공급자의 수중을 떠났더라도 공급자가 당초 공급하지 않을 수 있었거나, 적어도 侵害的 用途부분은 변경한 다음 공급할 수 있었으므로⁹¹⁴⁾ 이 점에서 통제할 수 있었다”고 할지, 마찬가지로 寄與責任에서의 寄與行爲에 있어서도 “이용자의 침해행위 때는 상품판매자의 손을 떠난 후라 寄與行爲 자체를 할 수 없다”,⁹¹⁵⁾ 아니면 “상품판매자가 침해수단인 상품을 공급한 행위 자체가 寄與行爲다”⁹¹⁶⁾라고 할지는, 그야말로 어느 쪽도 相對의 論理를 決定的으로 反駁하기 어려운, 正答없는 問題라고 하겠다.

결국 이렇게 미묘한, 공급자의 책임문제를 적절히 해결하기 위해서는 Sony 判決의 多數意見이 채용하고 있는 논리, 즉 寄與責任이나 代位責任의 형식적 요건대당성에 구애받지 않고 巨視的인 視覺에서 社會全體에 당해 상품이나 서비스가 가져다주는 利益과 不利益을 比較衡量하여 공급의 허용 여부를 결정하는 방식을 취할 필요가 있게 된다. 실제로 아래에서 매우 상세히 설명할 Sony 判決의 多數意見에서는 원고가 寄與責

912) Robyn Axberg, op. cit., p. 435.

913) Grokster 判決의 입장.

914) Aimster 抗訴審은 Sony 原則이 代位責任에는 적용되지 않는다는 입장을 비판하면서, “Sony 事件에서 원고 저작권자들이 개별이용자들을 상대로 Sony의 VTR의 고속전진버튼(fast-forward button)을 사용하여 광고를 삭제함으로써 저작권자의 수입을 감소시킨 행위에 대하여 일일이 제소하기는 불가능하겠지만 Sony 스스로 그러한 침해가능성을 VTR의 디자인변경으로 쉽게 감소시킬 수 있을 것이라고 본다면 앞서 代位責任이 Sony 事件에도 적용될 수 있었을 것”이라고 하고 있다(Aimster, 334 F.3d at 654). 이는 결국 Sony가 상품판매자이기 때문에 상품판매 이후의 침해행위에 대하여는 항상 代位責任에서의 統制可能性을 가질 수 없는 것이 아니라 “디자인변경”이라는 手段으로 統制可能性을 가지고 있다고 주장할 여지가 있음을 전제로 한 논리인 것이다.

915) 역시 Grokster 法院의 입장이다.

916) 후술하는 Sony 事件의 聯邦抗訴法院의 입장이 이에 해당한다(Sony, 659 F.2d at 976).

第3節 Pure P2P 技術에 關聯된 인터넷서비스제공자에 대한 責任賦課의 困難性

任의 법논리를 근거로 피고 책임을 추궁한 주장을 판단하면서도, Frena 판결, Netcom 판결, Napster 판결, Aimster 判決, Grokster 判決 등이 모두 거의 機械的으로 “1. 이용자들의 직접침해책임의 成否 2. 공급자의 寄與責任의 成否”식의 判示를 하는 것과 대조적으로⁹¹⁷⁾ 著作權法은 물론 일견 관련없어 보이는 特許法의 법문까지 자유롭게 원용 참고하며, 아울러 과거의 비슷한 관련분쟁들에 대한 고찰을 더잡고, 당해 사건의 사실 관계에 대한 原審의 세세한 統計的, 計量的 資料 등을 풍부하게 검토하여 결론에 이르고 있을 뿐이다.

3) 聯邦大法院의 判斷

(A) 抗訴審 判決이후의 경과

Grokster 抗訴審의 판단에 불복한 원고측은 聯邦大法院에 上告許可申請(Petition for Writ of Certiorari)⁹¹⁸⁾을 제출하였다.⁹¹⁹⁾ 그런데 2004. 12. 10. 聯邦大法院은 이러한 신청을 인용하여 Grokster 事件을 심리하기로 결정하고,⁹²⁰⁾ 2005. 3. 29. 첫 심리를 개시하였다.

複製技術과 著作權의 衝突이라는 根本的 問題에 관하여 과거 20여년동안 가장 중요한 역할을 하여 왔던 先例가 Sony 判決이었다면, Grokster 사건에 대한 聯邦大法院의 판결은 이른바 “P2P 이용자들이 의한 저작권침해에 따른 ISP의 責任”문제를 직접 다룬 聯邦大法院의 先例가 된다.⁹²¹⁾ 그 판단의 방향이 직접적으로는 P2P 네트워크사업자의 향후 사업에 막대한 영향을 끼칠 것임은 물론, 더 나아가 Sony 判決에서 이미 제시된 일련의 원칙들이 디지털시대의 저작권침해에 대하여서는 어느 범위까지 여전히 효력을 가지게 되는지도 분명히 판가름지어질 것이라고 예상되었다.

그런데, 연방대법원은 과거 Sony 사건을 무려 약 3년동안 심리하였었던 것과 달리 이번의 Grokster 사건은 上告를 許可한 뒤 불과 수개월만인 2005. 6. 27. 연방지방법원

917) 물론 이러한 하급심판결들이 Sony 判決과 달리 인터넷등장이후 ISP에 대한 쟁송에 관한 것이기는 하나, 그것이 원고의 寄與責任 주장을 판단하는 방식에 결정적인 차이를 가져다 준 원인이라고는 할 수 없고, Sony 判決이 寄與責任인지 代位責任인지 관계없이 책임을 포괄하여 넓은 시각에서 판단하고자한 점이 차이가 생긴 원인이다.

918) 통상 미국에서의 소송절차상 上告許可申請에는 패소당사자가 聯邦大法院에 대하여 하급법원의 결정을 재심사해줄 것을 신청하는 것으로 당사자명, 사실관계, 재심사할 법적 쟁점 및 법원이 왜 재심사를 허가해야 하는지에 대한 논거를 담아야 한다. 以上은 <www.techlawjournal.com/glossary/legal/certiorari.htm>[2004. 10. 17.].

919) Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd., 2004 WL 2289200 (Appellate Petition, Motion and Filing) (U.S. Oct. 08, 2004) Petition for a Writ of Certiorari (NO. 04-480). 다만 그 全文을 <www.goldsteinhowe.com/blog/files/GroksterPetition.pdf>[2005. 1. 12.]에서도 찾을 수 있다.

920) Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd., 125 S.Ct. 686, cert. granted Dec 10, 2004).

921) Sony 사건이후 연방대법원앞에 놓인 가장 중요한 저작권사건이라는 것이 미국 논자들 다수의 입장이며, 가령 피고 Grokster를 변호하고 있는 EFF 소속변호사인 Cindy Cohn의 말을 빌리면 “Grokster사건은 저작권자와 기술혁신자 사이의 이해다툼의 경계를 수십년동안 확정짓게 될 것”이 분명하다. 以上은 David G. Savage, “THE NET EFFECT -High Court Enters the Digital Age with Cases on File-Sharing, Cable Competition”, ABA Journal, March 2005, p. 18.

과 연방제9항소법원의 판단을 뒤집고 Grokster에게 寄與責任을 인정하는 취지의 판단을 내렸다. 다만, Sony 先例의 해석에 관하여서는 치열한 논쟁을 반영하듯, 서로 상이한 의견들이 全員一致意見과 2개의 別個意見에 그대로 반영되었다.

(B) 聯邦大法院의 判決內容

a) Scouter 대법관이 작성한 全員一致意見

『명백한 증거들에 의하면, 피고들은 소프트웨어를 처음 공급하였을 때 자신들의 그것을 Napster의 대체물로 광고하면서, 이용자들이 하여금 저작물을 다운받는 데 소프트웨어를 활용하게 함이 목적임을 분명히 하였던 事實, 피고들의 소프트웨어는 성질상으로는 어떤 형태의 파일도 교환할 수 있지만, 대부분 저작물인 음악파일, 영상파일을 무단공유하는데 이용되어온 事實, 피고들은 비록 분산화된 소프트웨어의 특징 때문에 교환되는 파일의 내용이나 교환시점을 알 수는 없었지만, 이용자들이 주로 저작권있는 파일들을 다운받는데 소프트웨어가 활용됨을 알고 있었던 事實, 피고들은 소프트웨어를 무료로 배포하는 대신 소프트웨어가 이용될 때 구동되는 광고공간을 판매하는 방법으로 이윤을 올렸던 事實, 피고들이 저작권있는 파일을 필터링하기 위한 노력이나 여타 저작권있는 파일 교환을 막기위한 노력을 하였다고는 보이지 않는 事實이 인정된다.⁹²²⁾

저작권보호를 통한 창작의 장려와 침해책임제한에 의한 기술발전의 촉진이라는 대립되는 이해사이의 긴장이 이 사건의 主題이다. 다만 피고들의 소프트웨어를 이용하여 매일 이루어지는 침해적 다운로드의 숫자를 볼 때는 그 반대의 이해관계에 불구하고 간접책임을 부과하는 주장이 이 사건에서는 더 설득력이 있다.

널리 공급된 상품이 침해행위에 이용될 때 모든 개별침해자에 대하여 저작권을 강제하는 것은 불가능하므로 부득이 寄與責任이나 代位責任과 같은 間接責任을 그 상품 공급자에게 부과하는 것이 현실적인 대안일 수밖에 없다. 특정인이 다른 이의 침해에 대하여 책임을 부담하는 근거가 저작권법에는 명시적으로 정해져 있지 않지만 이러한 間接責任의 법리는 보통법상의 원칙에서 출발하여 이미 확고한 법이 되었음은 Sony 先例에서 판시한 대로이다.⁹²³⁾

그런데, Sony 사건에서는 문제된 상품인 VCR의 주된 용도가 時間移動이었다는 점, 피고 Sony는 저작권을 침해하는데 자신의 VCR을 이용하도록 만들거나, 불법복제의

922) Grokster, 2005 WL 1499402 (U.S.) at 4-7.

923) 以上은, Id. at 9. 덧붙여, 법원은 후술할 誘發理論에 근거하여 판결하기 때문에 代位責任 부분은 판단하지 않는다고 판시하고 있다.

第3節 Pure P2P 技術에 關聯된 인터넷서비스제공자에 대한 責任賦課의 困難性

결과로 피고의 이득을 증가시키기 위한 적극적 조치를 취한 적이 없다는 점 때문에 결국 피고에게 寄與責任을 추궁할 근거는 오로지 상품을 공급한 행위 자체에 국한되었다. 이러한 Sony 사건에서 聯邦大法院은 特許法 규정인 35 U.S.C. §271(c)의 이른바 “商業上 主要한 商品(staple-article doctrine)”의 원리를 차용하여, Sony가 생산하는 VCR의 用途 相當部分이 非侵害的인 경우(substantial noninfringing use)에 해당하므로 그러한 상품을 공급하였다는 것만으로는 책임을 지을 수 없다고 판단한 바 있다.⁹²⁴⁾

이 사건 Grokster 抗訴審은 商品의 用途 相當部分이 非侵害的인 경우라면 그 상품공급자가 침해에 기여하는 時點에서 침해에 대한 具體的 認識(specific knowledge)을 가졌고 아울러 그러한 인식에 따라 행동할 수 없었던 한은, 설령 그 상품공급자에게 침해적 이용을 유도하려는 현실적인 의도가 존재하였다도 상품이용자의 침해에 대하여 寄與責任을 부담할 수 없다는 뜻으로 Sony 判決을 해석하고 있지만, 이는 오류이다.⁹²⁵⁾ 왜냐하면, Sony 判決은 다른 間接責任理論을 대체하는 것이 아니기 때문이다. 즉 상품이 침해에 이용될 수도 있다는 특정상품의 성질이나 그에 대한 인식을 넘어, 침해를 조장하기 위한 언급이나 행동이 입증되었을 경우, Sony 判決에서의 “商業上 主要한 商品”의 원리만으로는 책임을 배제하지 못한다.

보통법에서 저작권이나 특허권에 대한 침해적 이용을 예측하였을 뿐만 아니라 나아가 誘發한 자는 침해에 대한 책임이 있다는 것은 법의 모든 분야에서 인정된 원칙이고,⁹²⁶⁾ 이는 Kalem Co. v. Harper Bros. 事件⁹²⁷⁾ 등과 같은 先例에서 인정되어 왔으며, 이러한 侵害誘發(inducement of infringement)의 法理는 오늘날에도 여전히 같다. 특허법에서도 “商業上 主要한 商品”을 공급한 자에 대한 35 U.S.C. §271(c)의 면책과 달리, 35 U.S.C. §271(b)에서 특허침해를 유발한 자에게는 책임을 지우고 있는 것이다.⁹²⁸⁾ 침해적 이용을 광고하는 행위나 어떻게 침해적 이용을 하는 지를 지도하는 행위와 같이,

924) Id. at 10. 이러한 Sony 판결의 자세한 내용은 “제7장 제2절 4. 聯邦大法院의 判斷 (1) 多數意見” 부분.

925) Id. at 11.

926) “...at common law a copyright or patent defendant who not only expected but invoked infringing use by advertisement was liable for infringement on principles recognized in every part of the law.”

927) 사안의 내용에 관하여는 “제7장 제2절 4. 聯邦大法院의 判斷 (1) 多數意見”의 각주부분 참조. 1984년 Sony 事件에서의 聯邦大法院은 원고가 주로 Kalem 事件에 관한 연방대법원 판결에 터잡아 이른바 “도구이론”을 주장한 것을 Kalem 事件에서는 도구를 판매한 것이 아니라 침해결과물 자체를 판매한 것이어서 원고 주장에 부합하는 先例가 아니라는 이유로 비교적 간단히 배척하였다. 그렇게 배척된 Kalem 事件이 2005년 Grokster 事件을 다루는 聯邦大法院에게는 오히려 誘發理論에 관한 중요한 先例로 인용되고 있음은 주의를 요한다.

이런 차이를 보더라도 Sony 事件의 聯邦大法院은 상품의 침해적, 비침해적 용도의 비교분석에 중점을 두었지 상품공급자의 침해목적이나 침해의 고의는 별다르게 고려하지 않았음을 짐작할 수 있다(이와 관련해서는 “제7장 제2절 5. Sony 原則의 올바른 適用 (2) 3) (A) e) 공급자가 가진 不法의 주된 목적이 법원의 판단에 영향을 미치는 지 여부”부분 참조).

928) 35 U.S.C. §271 (b)와 (c)의 내용 및 원문은 “제7장 제2절 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며 4. (1)”의 각주부분 참조.

직접침해를 야기하기위해 취해진 적극적 조치들(active steps)이 존재하는 때라면 당해 상품의 침해적 이용을 용인하는 의사(affirmative intent)가 입증된 것이고, 이러한 경우라면 피고가 단지 일부 합법적 이용에 적합한 상품을 공급한 사안에는 함부로 책임을 긍정하지 않는다는 법원칙이 적용되지 않는다.⁹²⁹⁾

중전 연방대법원의 Sony 판결이 특허법상의 “商業上 主要한 商品”원칙을 저작권법상의 면책법리로 차용하였듯이, 작금의 연방대법원은 “誘發 原則(inducement rule)”⁹³⁰⁾ 역시 저작권법에 응용될 수 있다고 본다. 요건대, 저작권을 침해하는데 자신의 道具(device)⁹³¹⁾를 이용함을 권장할 의도가 있었음이, 명백한 언동이나 여타 침해를 조장하기위해 취해진 적극적인 조치를 통하여 입증된 경우 그 도구를 공급한 자는, 단지 제3자의 행위를 인식하고 도구를 공급한 자라고 볼 수 없고, 제3자가 그 도구를 이용하여 범한 침해의 결과에 책임이 있다.⁹³²⁾

기록상 증거들에 의하면 세 가지 점에서, 피고들의 不法 目的(unlawful objective)이 분명히 인정된다. 첫째 피고들은 스스로 중전 Napster 이용자들로 이루어진 市場의 저작권침해수요를 충족시키는 것이 목적임을 분명히 한 바 있고,⁹³³⁾ 둘째 피고회사들 모두 자신들의 소프트웨어를 이용한 침해행위를 감소시키기 위한 필터링 수단이나 여타 메카니즘을 개발하고자 시도한 적이 없으며,⁹³⁴⁾ 셋째 피고회사들은 피고들의 소프트웨어를 이용하는 개별컴퓨터 화면상에 띄워지는 광고공간을 팔아 수입을 얻었는데 더 많은 수입을 얻기 위하여 더 많은 자신들의 소프트웨어가 침해적으로 이용되도록 자극한 점이 그것들이다.⁹³⁵⁾

929) Id. at 12-13.

930) 판시 다른 부분에서는 誘發 理論(inducement theory)라고도 칭하고 있다.

931) 소리바다 가처분이의판결의 “불법도구”나 국내의 논자들의 “도구이론” 운운은 앞서 설명한 대로, 미국 특허법상 기여침해 규정인 35 U.S.C. §271 (c)와 관련된 誤解임에 비하여, 여기서의 “도구”는 35 U.S.C. §271 (b)와 관련하여 등장하고 있다.

932) Id. at 13.

933) Id. at 15. 구체적으로, 먼저 “Morpheus”를 공급한 StreamCast社의 경우 그 회사내부문서가 줄곧 “Napster”를 언급하였고, “Morpheus” 소프트웨어의 최초배포 루트가 “Napster”와 호환되는 오픈넷(OpenNap이란 Napster의 네트워크기술을 바탕으로 Napster 소멸직후 등장한 여러 가지 아류의 P2P네트워크를 가리킴; 筆者註)을 통하여 이루어졌으며, “Morpheus”가 저작물인 영상파일이나 소프트웨어프로그램을 포함하여 더 많은 종류의 파일을 교환할 수 있다는 점을 제외하고 “Napster”와 동일한 기능을 가졌음을 광고하였음을 지적하였다. 다음으로 “Grokster”를 공급한 Grokster社의 경우 “Grokster”의 이름이 Napster에서 파생된 것이고, Grokster社 역시 처음에는 Napster와 호환되는 오픈넷을 운영하였고, Napster를 찾는 검색요구를 자신의 웹사이트로 전환하고자 노력한 사실을 지적하였다. 불법복제행위가 대부분이던 중전 Napster 이용자들에게 피고 회사들이 서비스를 제공하려한 사실은, 유일한 목적은 아닐지라도 주된 목적(principal intent)이 침해를 야기하는 것임을 나타낸다고 연방대법원은 보았다.

934) Id.

935) Id. 여기서 법원은 특히, 하급심에서 피고들의 책임은 침해를 야기하였다는 “행위들”이 아니라 “소프트웨어”와 관련되어서만 논의되었으므로 피고들의 행위에 더잡은 책임주장은 부당하다는 피고측 반박에 대하여, 誘發 責任(Inducement Liability)하에서는 그 상품이 침해적으로 이용될 것을 공급자가 의도하고 야기하였다는 입증이 있는 경우 상품의 공급 자체만으로도 책임이 부과될 수 있다고 판시하면서 그

第3節 Pure P2P 技術에 關聯된 인터넷서비스제공자에 대한 責任賦課의 困難性

따라서 항소심판결을 파기하고 연방대법원의 위 의견에 따라 추가심리하기 위하여 환송하기로 한다.』

b) Ginsburg 대법관 등 3인의 別個意見

『誘發 理論에 따라 책임이 긍정된다는 위 全員一致意見에 동의하지만, 그 理論과 아울러, 혹은 그 理論이 아니라도 피고들의 소프트웨어 배포에만 근거해 寄與責任을 인정할 수 있다는 重要的 事實關係에 관한 다툼(genuine issue of material fact)⁹³⁶이 존재한다.⁹³⁷

우선, 미국법상 책임은 특정한 행위를 통하여 침해를 적극적으로 惹起(encouraging) 혹은 誘發(inducing)하는 상황이나, 用途의 相當部分 혹은 商業적으로 重要的 部分이 非侵害的이라고 볼 수 없는 상품인 경우 이용자가 저작권침해에 이용할 상품을 공급하는 상황에서 인정된다. 이러한 두 가지 상황은 오늘날 특허법에 35 U.S.C. §271(b)와 35 U.S.C. §271(c)로 각각 수용되어 있다.⁹³⁸

Sony 先例에서는 연방대법원이 정식재판을 통한 증거들을 샅샅이 살펴 다음처럼 피고의 책임을 판단하였다. 연방대법원은 특허법상의 “商業上 主要한 商品”원칙을 문제된 저작권법관련 사건에도 도입한 다음, 이용자들이 대부분 時間移動이라는 용도로 VCR을 이용하는 데 비록 저작권자로부터 허락을 받지 않은 경우라도 분석상 公正利用에 해당하여 결국 피고가 공급한 VCR의 用途 相當部分이 非侵害的인 경우에 해당하므로 앞서의 원칙에 따라 책임이 없다고 판시한 바 있다. 아래 Breyer 대법관 등의 別個意見은 이러한 Sony 先例가 당해 상품이 거의 전적으로(*almost exclusively*) 저작권침해에 이용될 경우에만 그러한 상품의 공급에 기여책임이 부과됨을 명확히 하였고 해석하고 있지만, 이는 부당하다.⁹³⁹

그러나 이 사건은 Sony 사건의 사안과는 크게 다르다. 여기서는 어떠한 公正利用도 존재하지 않고 用途 相當部分이 非侵害的이라는 점에 대하여는 신뢰하기 힘든 주관적 증거(anecdotal evidence) 이외에는 별다른 증거가 없다. 1심과 항소심은 “피고들의 소프트웨어가 相當部分 非侵害的 用途를 가졌다는 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다”고 하여 더 이상의 심리를 생략하였지만 이는 피고들이 제출한 진술서들⁹⁴⁰에만 크게 의

선례로 Kalem 事件을 다시 인용하였다.

936) “제2장 제2절 2. (3) 2) (B) a)”의 각주부분 참조.

937) Id. at 16.

938) Id. at 17.

939) Id. 여기서 위 別個意見은 반박의 근거로, Aimster 抗訴審 등의 태도를 열거한 이외에도, Breyer 대법관 등의 위 해석이, 중견 寄與責任과 같은 2차적책임론이 적용되어야 할 상황에서 Sony 원칙때문에 적용이 제한받지 않는다고 해석한, Grokster 사건에서의 연방대법관 전원의 태도와 모순된다고 주장하였다.

940) 이 부분에서 위 別個意見은 피고에게 유리한 내용인 8인의 진술서와 1인의 所廷外 證言(Deposition)을

지하고 있을 뿐이다. 이러한 진술서들만으로는 피고들 소프트웨어가 압도적으로 침해적으로 이용되고 있다는 점에 관한 원고들 제출의 증거들에 비추어⁹⁴¹⁾ 원심과 같이 피고를 위한 略式決定에 이르기 어렵다. 비록 피고들 소프트웨어를 이용하여 복제되는 비침해적 파일의 절대수치는 크다고 하더라도, 전체 파일교환의 방대한 수치에 비한다면 相當部分이 非侵害的이라고 할 수 없을 것이다.⁹⁴²⁾

아울러 1심과 항소심은 이 사건의 쟁점인 피고들 소프트웨어의 용도와 이 사건 쟁점이 아닌 P2P 기술 일반의 용도를 명확히 구별하지 않았다.⁹⁴³⁾

요컨대, 이 사건의 증거들을 엄밀히 살핀다면 피고들 소프트웨어는 압도적으로 침해적 용도로 이용되었다는 증거가 있는 이상 피고들 소프트웨어 用途의 相當部分이 非侵害的이라는 점에는 重要な 事實關係에 관한 다툼이 있을 뿐이며 적어도, 원고들이 줄곧 다투어 왔음에도 用途의 相當部分이 非侵害的인 경우에 해당함에는 다툼이 없다고 판단해버린 1심과 이를 승인한 항소심의 판단에는 의문이 있는 것이다. 만일 환송된 항소심에서 피고들이 적극적으로 침해를 유발하였다고 하여 원고 승소의 약식결정이 내려지지 않는 경우라면, 환송된 항소심은 Sony 원칙을 해석함에 있어서 반드시 정식 재판을 통한 증거들을 엄밀히 고려하여 판단하여야 할 것이다.⁹⁴⁴⁾』

c) Breyer 대법관⁹⁴⁵⁾ 등 3인의 別個意見

『침해, 비침해 용도를 모두 가진, 기술 공급자라도 만일 그가 적극적으로 침해를 발생시키려고 노력하였을 때는 제3자의 침해행위에 대한 책임이 있다는 위 全員一致意見에 동의한다. 나아가 이러한 입장에서 볼 때 이 사건에서는 Sony 판결에 따라 해결할 필요가 없다는 데도 동의한다. 그러나 일부 연방대법관들은 Grokster 소프트웨어 用途의 相當部分 혹은 商業的으로 重要な 部分이 非侵害的인지에 관하여 의문을 제기하고 있지만, 이러한 의문에는 반대한다.⁹⁴⁶⁾

Sony 사건에서 피고는 많은 이용자들이 무단복제 등에 VCR을 이용하리라는 사정을

열거하면서도 진술서 중 2인의 것은 동일인들의 所延外 證言과 모순되는 점도 아울러 지적하고 있다.

941) 여기서, 위 別個意見은 단지 피고들 소프트웨어를 통해 교환된 파일의 75%가 원고들의 저작물이고 15%는 저작물일 것으로 보인다는 원고측의 통계조사결과를 기초로 Breyer 대법관 등의 別個意見이 그 나머지 10%는 비침해적 이용이고 이 정도만으로도 用途 相當部分이 非侵害的인 경우에 해당한다고 해석한 것에 반대하였다. 그 반대논거로는 Sony 先例에서는 원고들의 저작물 비율이 불과 10%이하였음에 비하여 이 사건 원고들이 보유한 저작물 비율은 무려 약 75%에 달하고 있음을 들었다.

942) Id. at 18.

943) Id. 이 쟁점에 관하여는, “제5장 제3절 4. (3) 1) (D) a) 소리바다가 이른바 不法道具인지 여부” 脚註 부분 및 제7장 제2절 5. (2) 3) (C) “損益判斷의 對象은 특정 상품이나 서비스에 국한된다는 原則” 부분 각 참조.

944) Id. at 19.

945) 앞서 Ginsburg 대법관의 견해처럼 Sony 원칙의 적용을 엄격히 하여 사실상 축소하는데 반대한, 위 見解에 가담한 Stevens 대법관, O’conner 대법관은 다름 아니라 20여년전 Sony 판결의 多數意見에 가담한 대법관들이었음은 “제7장 제2절 4. 聯邦大法院의 判斷 (1) 多數意見” 각주부분 참조.

946) Id. at 19.

第3節 Pure P2P 技術에 關聯된 인터넷서비스제공자에 대한 責任賦課의 困難性

인식한 상태임에도 VCR을 공급하였는데, 이러한 사안에서 피고를 면책시키기 위하여 연방대법원은 종래 2次的 責任論을 정비할 필요가 있었다. 연방대법원은 특허법상 “상업상 주요한 상품” 원칙에 주목하여 이를 차용하여 Sony 사건에서도 단지 VCR이 단지 상당부분의 비침해적 용도를 가질 수 있다는 기준에 합당하면⁹⁴⁷⁾ 책임을 부과할 수 없어 결국 사건의 핵심은 VCR의 용도에서 상업적으로 重要한 부분이 비침해적일 수 있는지 여부라고 판시하였다.⁹⁴⁸⁾

이러한 기준을 실제 적용함에 있어, 연방대법원은 단지 VCR 이용 중 9%만이 저작권자로부터 적법한 허락을 얻은 것이었음에도 이러한 수치가 “重要”하며, 장래의 적법한 이용에 대한 重要한 토대가 된다고 하였다.⁹⁴⁹⁾ 그런데, 이 사건 Grokster의 사안에서도 원고측 통계조사에 의하면 피고들 소프트웨어 이용 중 10%가 비침해적 이용이라는 결과여서 그 수치가 앞서 Sony 사안에서의 수치와 유사한 점을 보더라도 이 사건 Grokster 역시 위 Sony 기준은 일단 통과하였다고 보아야 한다. Sony 판결에서도 “... 수 있다(capable)”이라는 용어를 사용하였던 것처럼, 만일 비침해적 이용이 줄곧 10%에 고정되어 있다면 결코 위 기준을 충족할 수 없을 것이지만 장래 시간이 갈수록 적법한 이용이 증가하리라고 합리적으로 예상할 수 있는 경우는 그 수치만으로도 근거가 될 수 있는 것이다.⁹⁵⁰⁾

결국 이 사건의 진정한 쟁점은 원고들은 요구한 대로 Sony 원칙을 연방대법원이 修正할 것인지 여부, 그렇지 않더라도 Sony 판결을 좀더 엄격하게 解釋할지 여부라 할 것인데 앞서 Ginsburg 대법관의 의견은 실제로 위와 같이 解釋하는 것으로 여겨진다.

Sony 先例는 효과적인 법정 독점권의 보호에 대한 저작권자의 합법적 요구와 실질적으로 관련없는 상업에 자유로이 종사할 다른 자들의 권리의 均衡을 맞추려고 노력한 결과이므로, Sony 원칙을 만일 연방대법원이 수정할 것인지 여부를 결정하려면 우선 Sony 先例가 그러한 均衡을 제대로 맞추지 못하였음을 원고측이 입증할 필요가 있다. 구체적으로 ① 본 별개의견의 해석에 따른 Sony 원칙이 새로운 기술을 보호하느냐?, ② 그렇다면, 수정이나 엄격한 해석이 그런 보호를 심각하게 약화시키느냐?, ③ 그렇다면, 새로운 혹은 필수적인 저작권자측 이익이 그러한 약화보다 더 가치있느냐를 차례로 살펴야 한다.⁹⁵¹⁾

각각을 살펴건대, ① Sony 판결에서는 새로운 상품이 단지 相當部分의 非侵害的 用

947) Sony, 104 S.Ct. at 789. “Indeed, it need merely be *capable* of substantial noninfringing uses.” 이 문구의 의미에 대해 더 자세히는 아래 Sony 판결 多數意見의 해당부분 각주 참조.

948) Id. at 20.

949) Sony, 464 U.S. at 444.

950) Id. at 21-22.

951) Id. at 23-24.

途를 가질 수 있기만 하면 책임을 면하게 함으로써 당해 상품이 “거의 전적으로 (almost *exclusively*)” 저작권침해에 이용된 경우(혹은 이 법원이 설명하고 있듯이 상품공급자가 적극적으로 침해를 誘發한 경우)가 아닌 한 兩面的 用途를 가진 상품의 공급 자체에 침해책임을 부과하지 못하도록 막아 강력하게 기술공급자를 보호하고 있고,⁹⁵²⁾ ② 앞서 Ginsburg 대법관 등의 의견은 Sony 원칙의 혜택을 받으려면 이 사건에서 상당히 더 신뢰할만한 증거를 피고가 제시할 것을 요구하고 있으나, 그 요구에 따르게 되면 피고에게 입증책임이 가중됨은 물론 도대체 법원이 당해 상품의 침해적 용도와 비침해적 용도의 상대적 가치를 형량할지 예측하기 곤란하여 피고에게 현저한 법적불안정을 초래하여 부당하며, ③ 더 까다로운 Sony 기준이 저작권자에게 더 많은 소득을 보장할 것은 분명하지만 그러한 소득증가가 技術쪽의 損失 이상이라고 단정하기 곤란하며, 오히려 法은 두 가지 상이한 所得(gain)과 損失(loss)을 균등하게 보지 않고 다시 技術保護에 치우친 태도를 취하고 있다고 볼 수 있다.⁹⁵³⁾ 요컨대, Sony 판결로 이루어진 法을 수정하려면 원고측이 그 수정의 필요성에 대한 충분한 증거를 제출하여야 하는데, 이 사건에서는 다음의 여러 사실을 감안해본다면 그렇게 하지 못했다.⁹⁵⁴⁾

Sony 원칙을 수정하지 않더라도, 우선 저작권자의 소득감소가 상당한 수준에 이르리라고는 보이지 않으며, 적어도 저작권자는 이 법원이 설명한대로 침해에 대한 구체적인 고의를 입증하기만 하면 기술공급자에게 誘發理論에 터잡아 책임을 추궁할 수 있는 길이 열려있고,⁹⁵⁵⁾ 저작권자들은 디지털 워터마킹(digital watermarking)이나 디지털 지문(digital fingerprint)을 개발하여 침해를 방지할 수단으로 채택할 수 있으며,⁹⁵⁶⁾ 끝으로 새로운 기술 때문에 불가피하게 대립되는 이해관계를 조정하는 데 法院보다 聯邦議會가 적합하다고 Sony 판결이 인정하였듯이⁹⁵⁷⁾ 立法的 조치를 취할 수도 있는 것이다.』

952) Id. at 24. 아울러 이 부분에서 위 別個意見은 Sony 判決에서 “...수 있다(capable)”이라는 용어를 사용함으로써 당해 상품의 현재 용도라는 고정된 상황에 국한하지 않고 널리 시간에 따라 극적으로 발전할 수 있는 장래의 용도까지 포섭하고 있다는 점과, 이 사건 Grokster 소프트웨어에 관하여도 침해적 파일교환을 필터링하는 것이 손쉽게 가능하다는 원고측 主張과 필터링은 결코 쉽지 않으며 효율적인 해결책일 수 없다는 피고측 主張(아울러, 이 주장을 객관적 입장의 몇몇 컴퓨터학 교수가 지지함을 적시함으로써 사실상 피고측 주장에 더 힘을 실어주고 있음; 筆者註)을 법원이 판단하기 곤란한 例에서 알 수 있듯이 Sony 판결에서 이미 技術이 관련된 사안을 판단하는 법관 앞에 놓인 限界를 염두에 두고 있다는 점을 적시하고 있다.

953) 그 근거로 “연방의회가 명확하게 법원이 다루고자 하는 상황을 언급하지 않고 있다면 법원으로서, 그러한 利益衡量을 전혀 예견하지 않은 입법작용에 의해 창설되는 권리의 범위를 추단함에 있어 신중하여야만 한다.”는 Sony 판결의 판시를 들고 있다(Sony, 464 U.S. at 431, 104 S.Ct. at 783).

954) Id. at 24-26.

955) 아울러, RIAA가 실제로 그러하듯이 개별침해자들을 상대로 침해소송을 제기할 권한을 가지고 있음도 지적하고 있다.

956) 아울러, 합법적 P2P를 개발하여 편의성과 가격경쟁력으로 불법파일교환이 점차 축소되었음을 지적하고 있다.

957) Sony, 464 U.S. at 431.

(C) 聯邦大法院 判決에 대한 分析

a) 여전히 이 분야 問題解決의 核心은 Sony 判決임

Grokster 사건의 연방대법원 판결에서 全員一致意見은 일단 Sony 判決의 존재를 언급하면서도, 실제 사건의 해결은 이른바 “誘發理論”의 개념을 도입한 다음 전통적인 寄與責任의 法理에 의하고 있어 일견, Sony 判決의 意義를 인정하지 아니하였거나 적어도 ISP의 책임문제에 관하여는 Sony 原則의 제한을 새롭게 인정한 것이 아닌가⁹⁵⁸) 하는 의문이 제기될 수 있다. 그러나 이는 誤解이다.

미국 聯邦大法院은 Grokster 사건에서 마치 “판도라의 상자”와 같은 “디지털시대에 있어 종전 Sony 原則의 修正問題”를論하는 險難한 길을 택하는 대신, 비교적 논란의 여지가 없는 安全한 길을 택하였다.⁹⁵⁹) 즉, 마치 Sony 判決이 저작권법분쟁을 해결하는 과정에서 특허법 규정인 35 U.S.C. §271(c)에서 정한 “商業上 主要한 商品”原則을 저작권법상의 면책법리로 차용하였듯이, 법원은 역시 특허법 규정인 35 U.S.C. §271(b)의 이른바 “誘發 理論(inducement theory)”의 법리를 도입하여 다소 기발하게⁹⁶⁰) 문제를 해결하고 있다. Sony 判決의 재구성은 피하는 대신, Grokster 사안의 特殊狀況에서 책임을 물을 수 있는 단서를 찾는데 집중하고 있다.

이는 바꾸어 말하면, 聯邦大法院의 위 판결을 그대로 따르더라도 위와 같은 特殊狀況을 벗어난 보다 一般的인 狀況, 즉 Pure P2P(정확히는, supernode를 채용한 변종 P2P) 技術 자체의 적법성, 혹은 침해를 적극적으로 의도하고 유발하지 않은 사업의 책

958) 물론 別個意見 중 Ginsburg 대법관 등의 견해는 Sony 原則의 해택을 보기 위하여 피고가 상당히 고도의 입증할 것을 요구함으로써, Breyer 대법관 등의 別個意見이 지적하는 바와 같이 Sony 判決을 (새롭게) 엄격히 적용한 것이라고 해석할 수도 있지만, 이는 어디까지나 종전의 Sony 判決의 의미를 Breyer 대법관 등의 別個意見처럼 가급적 느슨하게 풀이하는 前提에서 가능한 해석일 뿐이다. 즉, Sony 判決의 의미에 관하여는 오늘날까지도 통일적인 해석이 존재하지 않음은 이 논문의 아래에서도 누누이 지적하는 바이고, Sony 判決의 원래 眞意가 Ginsburg 대법관 등의 엄격한 해석과 같다고 본 사례도 Aimster 사건의 1심과 항소심의 예처럼 이미 존재한다. 요컨대 이러한 엄격한 해석이 결코 연방대법원의 Grokster 판결에서 비로소 처음 등장하였거나 이런 해석이 기존의 Sony 원칙을 修正하는 것이라고 단정할 수도 없는 것이다.

959) 당장의 반응을 찾자면, “연방대법원이 Sony 판결의 해석에 대한 광범위한 언급을 슬쩍 피한 것이 인상적이다. 연방제9항소법원의 판단을 파기하여야 함에는 전원일치로 의견이 모아졌지만, Sony 原則의 의미와 적용에 관하여는 심각하게 분열된 모습을 보였다”는 Eric Goldmann 教授의 지적이나, Sony 原則의 修正 대신 故意 基準(“intent standard”)을 내세웠다는 취지의 Lessig 教授의 지적 등이 있다. 전자의 지적은 <blog.ericgoldman.org>[2005. 6. 30.], 후자의 지적은 <www.businessweek.com/technology/content/jun2005/tc20050629_2928_tc057.htm>[2005. 6. 30.]

960) 연방대법원의 Grokster 판결에서도 “이 사건의 당사자와 (법률검토의견서를 제출한) 참가인 다수가 문제해결의 핵심은 Sony 원칙, 특히 당해 상품이 상업적으로 중요한 용도를 가질 수 있는지의 의미라고 생각한다.”(Grokster, 2005 WL 1499402 (U.S.) at 11)고 인정할 정도로, 미국 학계나 관련 실무계가 Sony 판결의 해석에 초점을 두었음은 물론 심지어 위 사건 원고측조차 聯邦大法院에 의한 Sony 原則의 修正에 주된 관심을 두었다(이 부분은 Id. at 23 및 Lessig의 위 대담내용 각 참조). 연방대법원이 Grokster 분쟁을 해결하는 틀로 특허법상의 誘發 理論의 법리에 의지할 것이라고 정확히 예상한 논자는 筆者가 아는 한, 존재하지 않았다. 다만 Eric Goldmann 教授 등만이 “연방대법원은 Sony 판결을 기여책임과 관련하여 폭넓게 수정하는 대신 Grokster 사건의 특수사실 자체에 국한된 좁은 해결책을 제시할 것이다” 수준의 예상을 판결직전에 한 바 있을 뿐이다(위 blog 참조).

임여부는 아직 판단되지 않은 것으로써, 이 점이 연방대법원의 Grokster 判決이 가진 가장 큰 限界라고 할 수 있다.⁹⁶¹⁾ 이러한 한계를 벗어난 분쟁의 해결에 관하여는, Grokster 判決 중 연방대법관들의 全員一致 意見 역시 Sony 判決에 의하여야 할 것임을 그 반대해석상 인정하고 있고, 나아가 부가된 別個意見들은 Sony 判決의 진정한 의미와 그 수정여부에 관하여 서로 다투고 있으므로, Sony 判決이 차지하는 중요성은 사실 크게 달라지지 않았다고 하겠다.⁹⁶²⁾

b) 聯邦大法院의 Grokster 判決 나름의 意義

위와 같은 限界에 불구하고, 연방대법원의 Grokster 판결은 그 나름의 의미가 있음은 물론이다. 우선은 現實인 측면에서, 연방대법원이 그 판사에서 드러냈듯이 Grokster 등으로 인한 저작권침해의 폐해가 극도로 심각함을 외면하지 않고⁹⁶³⁾ 그 나름의 해결책을 제시하였다는 점을 들 수도 있다.

그러나 무엇보다도, 종전 Sony 判決이 특허법에서 “商業上 主要한 商品”原則을 도입하여 위 原則이 지난 수십 년간 저작권관련 분쟁해결의 중요한 틀로 품미하였듯이 향후에는 그것과 더불어 Grokster 判決이 추가로 도입한, 이른바 특허법에서 출발한 “誘發 理論(inducement theory)”의 법리가 P2P 관련 저작권분쟁, 그중에서도 사업자가 고의적으로 침해를 유발한다고 의심되는 사안에 관한 책임추궁의 틀로 분명히 자리잡게 되었다는 점을 들어야 할 것이다. 종래 ISP의 책임을 거론함에 있어 과거 BBS 서비스 제공자의 경우와는 달리 P2P 서비스제공자, 그 중에서도 Gorkster와 같은 P2P 소프트웨어공급자의 책임에 관하여는 寄與責任과 같은 2차적책임이론에 터잡은 침해책임추궁은 상당히 곤란해졌다는 해석이 지배적이었지만, 위와 같이 새롭게 등장한 “誘發 理論”의 도움으로 寄與責任은 일정영역에서 다시 생명력을 얻었다고 볼 것이다.

아울러, Grokster 判決은 필터링 등 침해를 줄이기 위한 기술적조치의 수용이 法的義務인지 여부에 관하여도 언급하고 있다.

961) 연방대법원의 종전 Sony 判決은 이 논문에서 누누이 설명하는 대로, 넓은 시각에서 문제를 해결하고 있는 까닭에 수십 년이나 지난 지금까지 미국은 물론 韓國의 유사한 분쟁해결에 응용가능한 것임에 반하여, Grokster 判決은 위와 같은 한계가 있음을 차후 소리바다 사건이나 유사한 분쟁을 심리하는 韓國의 法官은 유의하여야 한다.

962) 가령, 이미 Grokster 판결이 내려지기 전 피고 Grokster를 지지하는 법률검토의견서를 제출한 바 있는 미국 도서관 저작권 협회(Library Copyright Alliance, LCA)도 聯邦大法院의 Grokster 판결을 환영하면서, 법원이 단지 相當部分의 非侵害的 用途를 가진 기술 자체는 불법이 아니라고 선언한 Sony 判決을 다시 확인한 것에 긍정적 의미를 부여하였다. 이는 <72.14.207.104/search?q=cache:M2zz7jRaSnUJ:www....ter+supreme+court+library+association&hl=ko target=nw>[2005. 6. 29].

963) 미국의 저작권업계의 강력한 로비에 따라, 잇따라 P2P기술에 대해 다소 극단적인 입법이 등장하고 있고 특히 Grokster의 책임을 부정한 하급심법원의 판결에 대응하여 아예 입법으로 그 판결결과를 뒤집으려는 시도가 등장하고 있는 상황임은 “제7장 제1절 2. P2P 技術의 受容을 拒否하는 極端的인 立場의 強化” 부분 참조.

第3節 Pure P2P 技術에 關聯된 인터넷서비스제공자에 대한 責任賦課의 困難性

이에 관하여 앞서 韓國의 소리바다 가처분이의 항소심판결은 이러한 “방지 노력을 하지 아니한 이상 ...방조 행위에 대한 면책을 주장할 수는 없다”고 하여 개정 저작권법상 온라인서비스제공자의 책임제한규정에 근거한 피고의 항변을 배척하고 있을 뿐이어서, 그 反對로 만일 방지 노력을 하지 아니하면 막바로 그 점만으로는 책임추궁의 근거가 되는 지에 관하여는 명백히 판단하고 있지 않다.

그러나 Grokster 사건에서 美國 聯邦大法院은 앞서 본대로 필터링 등 조치를 수용하기 위하여 노력하지 아니한 점을 피고들의 不法 目的을 인정하기 위한 증거사실의 하나로 나열하고 있지만, 만일 다른 증거사실들이 없는 때라면 당해 상품이 相當部分 非侵害의인 用途를 가진 경우 단지 이러한 조치를 적극적으로 수용하지 않았다는 점만으로는 寄與責任을 부과할 수는 없음을 분명히 하고 있다. 즉 그러한 경우까지 책임을 부과하는 것은 Sony 原則을 너무 가까워서 훼손한다는 것이다.⁹⁶⁴⁾

韓國에서 필터링 등 기술적 조치의 수용을 명시적으로 요구하는 法律⁹⁶⁵⁾이 존재하지 아니한 이상 단지 민법상 방조에 의한 불법행위책임규정과 같은 일반규정의 해석만으로 위 조치의 수용을 법적의무로 인정하려는 것은 무리라는 전제에서 이러한 조치의 수용은 기술공급자에게 法的 義務가 아니라 事實上 요구된다는 해석을 내리는 것이 타당하다고 본다.⁹⁶⁶⁾

덧붙여, Sony 判決의 진의와 그 새로운 해석에 관하여도 Grokster 判決은 완전히 외면하고 있지는 않지만, 이미 앞서 본 別個意見들의 대립에서 보듯이 Grokster 사건에서 연방대법관은 이 점에 관하여 심각하게 분열된 모습을 보이고 있으므로⁹⁶⁷⁾ Sony 判決의 해석에 관하여 뚜렷한 지침을 새로 내리고 있다고는 보기 어렵다.

c) 聯邦大法院의 Grokster 判決의 여파에 대한 憂慮

이상과 같이 설명한 Grokster 判決 나름의 의의에 불구하고, 이 判決이 내려진 직후 주로 복제기술공급자⁹⁶⁸⁾나, 이를 옹호하는 측⁹⁶⁹⁾으로부터는 그 부정적 영향에 대하여 심

964) Grokster, 2005 WL 1499402 (U.S.) at 15.

965) 입법적인 의무부과의 사례로 가령, 美國에서는 2003. 11. 4. 연방통신위원회가 디지털 방송과 관련하여 TV와 PC 제조업체들에게 “Broadcast Flag”이라는 표준장치를 반드시 장착하도록 규정하였다.

966) 자세히는 “제7장 제2절 5. Sony 原則의 올바른 適用 (2) 3) (D) a) 필터링의 장착 등 區別措置가 法的 義務가 아니라 事實上으로만 要求된다고 보는 根據”부분 참조.

967) 결국 Breyer 대법관 등의 別個意見은 요컨대 기술이 가질 미래의 용도 등을 보다 긍정적으로 감안하여 당장의 현실적 용도 중 비침해적 용도가 10%에 불과하더라도 그것만으로 相當部分에 이른다고 보아 일단 기술의 공급을 허용하자는 적극적인 입장임에 비하여, Ginsburg 대법관 등의 別個意見은 마치 Aimster 법원의 입장과 마찬가지로 현실의 용도를 보다 중시하여 그 75%가 분명히 침해적 용도인 이상 이러한 기술은 법원이 허용할 수 없다는 다소 소극적인 입장이라고 할 수 있다. 이에 관하여 통일된 해석이 존재하지 않으며 이 논문의 입장 역시 위 두 가지 입장 모두와 다소 상이하다.

968) 이에 관하여는, <news.com.com/File-swap+fallout+in+Supreme+Court+ruling/2009-1030_3-5751805.html?tag=nefd.top>[2005. 6. 28.]의 記事들을 참조할 것.

969) Lessig 教授의 위 대담에서의 지적을 참조할 것.

각한 우려가 있는 것이 사실이다. 이제 저작권자측으로서는 당해 복제기술이 相當部分 非侵害의 用途를 가진 경우일지라도 그 복제기술공급자의 사업행태에 주목하였다가 침해를 유발한다는 端緒를 잡아 제소할 수 있고, 이러한 소송에서 기술공급자로서는 법원이 여러 가지 제반사정을 참작하여 내리는 “침해유발의 고의” 여부에 따라 책임을 추궁당할 수 있게 됨으로써 책임유무에 관하여 종전보다 더 예측이 곤란한 법적불안정에 빠지게 되었고, 그 결과 (미국의) 복제기술분야의 발전에 큰 장애물이 생겼다고 볼 수도 있기 때문이다.

2. Pure P2P 個別利用者들에게 인터넷 접속만을 제공하는 인터넷서비스제공자의 경우

(1) 著作權者가 個別利用者들의 責任까지 追窮하게 된 背景

Grokster 등 P2P사업에 대한 미국법원의 입장은 적어도 2005. 6. 연방대법원의 판결 이전까지는, KaZaA 事件에서의 네델란드 법원의 그것과 마찬가지로, VTR나 복사기 공급업체들과 크게 다르지 않으므로 저작권 침해책임이 없다는 것이었다. Grokster를 둘러싼 분쟁에 관하여 2003. 4. 25. 연방지방법원이, 2004. 8. 19. 연방제9항소법원이 피고의 손을 들어줌으로써 일견 Pure P2P방식인 ISP를 상대로 원고가 寄與責任이나 代位責任을 추궁할 길은 한동안 봉쇄되었고, 대신 저작권자들은 개별이용자들을 상대로 일일이 제소하는 상당히 힘든 과정을 거쳐야 하게 되었다.⁹⁷⁰⁾ 이처럼 이 시기 RIAA측은 책임추궁의 대상을 ISP에서 ISP의 서비스를 이용하는 個人으로 옮겨, 이들을 상대로 직접 저작권을 강제하는데 주력하였다.

가장 먼저 RIAA 측은 2003. 4. 3. 학내전산망으로 교내 P2P를 운영한 대학생⁹⁷¹⁾ 4명을 상대로 소송을 제기하였다가, 금전을 지급받고 화해한 바 있다.⁹⁷²⁾ 이어 2003. 6월경 저작권의 직접침해자인 개별 이용자들을 상대로 소송을 제기할 것이라고 공개적으로 선언하였고 2003. 9월부터 2003. 12월까지 모두 3회에 걸쳐 총 382건의 소를 제기하여 그중 220건에 대하여는 평균 3000불의 피해배상금에 합의하였다. 2004. 12.무렵까지 RIAA가 개별이용자들을 상대로 제기한 소송은 무려 7000여건에 이르러 그야말로 이러한 소송이 홍수를 이루고 있다고 할 수 있다.⁹⁷³⁾

970) 이러한 지적으로는 Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, op. cit., p. 1366. 등 다수.

971) RIAA의 개별이용자들의 제소에서 상당부분 대학소속 직원이나 대학생들이 상대가 되고 있는 이유 중 하나에 대하여는 앞서 “제6장 제2절 Pure P2P 등 이른바 Post P2P 技術의 現況 2.” 중 脚註 중 “leeching”에 대한 설명 부분 참조.

972) Wired News 2003. 5. 6.자 <www.wired.com/news/digiwood/0,1412,58734,00.html>[2004. 4. 20.].

973) <www.pcworld.com/news/article/0,aid,118909,00.asp>[2005. 1. 12.].

第3節 Pure P2P 技術에 關聯된 인터넷서비스제공자에 대한 責任賦課의 困難性

이렇게 여러 P2P 네트워크 이용자들로부터 무차별적인 소송 공세⁹⁷⁴라는 반발을 감수하면서까지 RIAA가 개별이용자들에 대한 소송에 집착하는 이유로는 첫째 앞서 설명하였듯이 Grokster 하급심판결에 따라 P2P 네트워크를 조성한 자에게 간접책임을 추궁하기가 한동안 곤란해졌었다는 점, 둘째 일부만을 상대로 제소하더라도 다른 잠재적 침해자들에게 威嚇的 效果가 있다는 점,⁹⁷⁵ 셋째 P2P 네트워크에서 교환되는 정보의 대부분은 실제로는 극소수의 이용자로부터 유래하므로 그 소수자들을 포착하여 저지할수 있다면 개별소송도 나름대로 효과적인 방법일 수 있는 점⁹⁷⁶ 등이 있겠다.

(2) Verizon 事件

1) 意義

중앙서버가 존재하지 않는 Pure P2P방식에서 만일 Grokster 하급심의 입장에 따라 Pure P2P 소프트웨어공급자가 면책된다면, 著作權者和 Pure P2P 소프트웨어 利用者 간의 個別的인 法的 紛爭이 주로 문제될 뿐으로 일견 보이므로, 더 이상 그 중간에서 “ISP의 責任”과 관련한 문제는 존재하지 않는 것처럼 보일 수도 있겠다.

그러나 이러한 경우에도 새로운 측면의 ISP책임이 문제되는데, 그것은 위와 같이 “중앙서버를 운영하는 ISP” 대신 “P2P 소프트웨어 공급자”만이 존재하는 Pure P2P 시스템에서도 여전히 인터넷네트워크로의 접속을 제공하는 인터넷접속서비스제공자는 존재하지 않을 수 없는데서 비롯된다. 이러한 ISP에게 著作權者 등이 침해행위를 한 개별이용자의 IP주소, 접속현황, 인적사항 등 情報를 要求하였음에도 ISP가 이용자의 사생활보호 등 일정한 이유를 들어 거절한 경우 이것이 정당한 사유 있는 거절인지, 아니면 정당하지 못하므로 정보를 제공할 책임을 부담하는지 여부가 문제된다고 할 수 있다. 이러한 새로운 차원의 책임은 환언하면, 著作權者의 侵害防止請求權에 직접 복종하는 종래의 侵害防止義務와 같은 것은 아니라하여도 ISP가 著作權者에 대한 著作權 侵害를 방지하거나 제거하기 위하여 일정도내에서 協力할 義務라는 점에서 “새로운 형태의 부차적인 義務”라고도 할 수 있다.

특히 미국에서는 DMCA의 조항을 근거로, 著作權者들을 대변한 RIAA가 광범위한 범위의 ISP업체들에게 개별침해자들의 정보공개를 너무 자주, 그리고 대량으로 요구하

974) 이에 반하여, RIAA의 회장 Cary H. Sherman이 美 上院議員 Coleman의 질의에 답한 回信文에서는 불법이 미미한 이용자들은 대상이 아니고, 오로지 수천 개의 불법침해물을 보유한 이용자들을 대상으로 할 뿐이라고 주장하고 있다(Cary H. Sherman, op. cit.).

975) Cnet.news <news.com.com/2100-1027-5113188.html>[2004. 5. 1.].에 따르면 RIAA가 제기한 소송 등의 여파로 KaZaA의 이용자가 2003. 6.경 700만에 달하던 것이 11월경에는 320만명으로 줄어들었다고 한다.

976) 가령 한 연구소가 그누텔라 이용자들을 분석한 연구결과 교환되는 정보의 90%가 상위 10% 이용자들에게서 나온 것이었다고 한다(John Borland, Record Labels Mull Suits Against File-Traders, CNET News, 2002. 7. 3.자, 이는 Stacey L. Dogan, “CODE VERSUS THE COMMON LAW”, p. 103에서 引用).

여 문제가 되었다. 이에 개별이용자의 사생활보호를 이유로 정보제공을 거부한 접속서비스제공자와 RIAA가 DMCA의 해석을 놓고 벌인 법정 분쟁이 아래의 Verizon 事件이다.

2) 1審의 判斷⁹⁷⁷⁾

(A) 事實關係

피고 Verizon은 미국 굴지의 인터넷접속서비스업체이다. 원고 RIAA는 DMCA에 따라 발부받은 법원의 情報提出命書(subpoena⁹⁷⁸⁾을 2002. 7. 24. 피고에게 제출하였다. 이는 피고의 인터넷접속서비스로 인터넷에 접속한 다음 P2P프로그램인 카자(KaZaA)를 이용해 단 하루에 600개나 되는 대량의 음악파일을 교환한 특정이용자의 상세한 인적사항을 요구하는 취지였다. 위 情報提出命書에는 피고가 침해가 벌어진 이용자의 컴퓨터가 위치한 곳을 찾을 수 있도록 위 이용자의 IP주소를 담고 있었고 아울러 위와 같이 대량의 음악파일이 공유에 제공되어 다운로드된 일자와 시각을 특정하고 있었다.

그러나 이러한 情報提出命書を 전달받은 피고 Verizon은, “§ 512(h)에 따른 情報提出命書는 § 512(c)(3)(A)에서 정한 侵害主張의 通知가 있을 것을 필수적인 조건으로 한다. 따라서 § 512(h)의 情報提出命書는 위와 같은 侵害主張의 通知를 받는 상대방인 § 512(c)의 서비스제공자에게만 적용된다. 그런데 Verizon의 경우는 이에 해당하지 않는다”는 이유로 RIAA의 요구를 거절하였다. 이에 RIAA는 법원에 情報提出命書の 강제 집행을 구하였다.

977) Recording Industry Association Of America, Inc. v. Verizon Internet Services, Inc., 240 F.Supp. 2d 24 (DDC 2003). 이를 아래 抗訴審判決에서는 Verizon I 事件이라 칭하고 있다. 이와 동일한 당사자 사이의 In re Verizon Internet Servs., Inc., 257 F.Supp.2d 244, 247, 275 (D.D.C.2003) 事件(Verizon II 事件)에서는 당사자의 주장 및 법원의 판단이 情報提出命書이 과연 연방헌법에 합치하느냐를 다루었을 뿐이므로 생략한다.

978) “영장” 혹은 “소환장”이라고도 번역하는 論者が 있다(가령 이규호, “이용자의 신상정보 개시의무를 부담하는 OSP의 범위”, 법학연구, 연세대학교 법학연구소, 2003, 132면 등). 그러나 訴狀이라는 말은 형사 절차에서 압수수색영장을 연상하게 되어 적절치 못하고, 소환장이라는 용어도 미국연방민사소송규칙 45. (b)(1)에서 정한 subpoena 제도가 증인 등의 소환명령까지 포함함에 반하여 저작권법에 별도로 규정된 subpoena는 (h)(6)에 정한 바에 따라 위 민사소송규칙상 subpoena의 준용을 받기는 하나 “(증인 소환) 등의 의미가 아니라 법원이 저작권법의 특별규정에 의하여 著作權者 등의 신청에 따라 ISP업체에게 침해자 식별을 위한 情報를 제공할 것을 명하는 문서라고 볼 때, 우리법상 가장 유사한 제도로는 민사소송법 제344조 제1항 제3호(신청자가 문서를 가지고 있는 사람에게 그것을 넘겨 달라고 하거나 보겠다고 요구할 수 있는 사법상의 권리를 가지고 있는 때에는 문서를 가지고 있는 사람은 그 제출을 거부하지 못한다)의 “문서제출명령”이라고 보이고, 다만 “문서제출명령”의 용어를 그대로 쓰기에는 양 제도가 동일하지 아니하고 제출대상이 우리법과 같이 證據物 자체가 되는 “文書”라기보다는 추후 著作權者의 소송을 위한 “정보”라고 함이 타당하고, 아울러 위 제도를 모방한 日本의 “特定電氣通信役務提供者の損害賠償責任の制限及発信者情報の開示に関する法律”에서도 “発信者情報の開示請求”라고 표현하고 있음까지 참작할 때 “情報提出命書”이라고 표현함이 가장 타당하다. 우리 법상 문서제출명령은 이미 민사소송이 제기된 이후에 신청할 수 있는 것이고, 문서를 가지고 있는 사람이 제출하지 아니하는 경우에도 이를 또다른 소송으로 강제할 방법은 없고 단지 위 민사소송에서 위 문서의 기재내용에 대한 신청인의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있을 뿐이라는 점에서 미국저작권법상 subpoena와 차이가 있다.

第3節 Pure P2P 技術에 關聯된 인터넷서비스제공자에 대한 責任賦課의 困難性

(B) 法院의 判斷

법원은 피고 Verizon의 주장을 배척하면서, 단순히 인터넷접속서비스만을 제공하여 DMCA § 512(a)의 ISP에 해당하기 때문에 免責을 부여받는 서비스제공자라 하여도 여전히 § 512(h)에 근거한 情報提出命令의 피신청인은 될 수 있다고 판시하였다. 그 근거로 법원은 § 512(h)에 근거한 情報提出命令에 관한 법문은 “서비스제공자(service provider)”를 피신청인으로 하여 발령될 수 있다고 정하여 실제 서비스제공자의 類型에 따른 차별은 두고 있지 아니하므로 情報提出命令의 피신청인이 될 수 있는 서비스제공자의 범위를 피고의 주장과 같이 제한할 수 없음을 들었다.⁹⁷⁹⁾

아울러 법원은, RIAA가 DMCA § 512(h)에 따른 情報提出命令을 이용할 수 없더라도 일단 연방법원에 “John Doe 訴訟”⁹⁸⁰⁾을 제기한 다음 연방민사소송규칙 제45조에 근거한 명령(subpoena)⁹⁸¹⁾을 받아 ISP에게 제출하는 방법을 활용할 수 있다는 피고의 주장을 배척하였다. 그 근거는 DCMA에 의한 情報提出命令節次가 연방민사소송규칙 제45조에 근거한 명령(subpoena)보다 ISP에게 부담을 더 주는 절차라고도 볼 수 없다고 하였다. 오히려 RIAA로 하여금 상대방 서비스제공자가 저작권법 § 512(a)의 적용을 받아 연방민사소송규칙에 따른 명령을 받아야 하는지 아니면 § 512(c)의 적용을 받아 같은 § 512(h)에 따른 情報提出命令을 받아야 하는지 여부를 미리 판단하도록 강요함은 부당하다고 하였다.

3) 抗訴審의 判斷⁹⁸²⁾

2003. 12. 19. 抗訴審은 § 512(a)의 규정에 § 512(b) 내지 § 512(d)와 달리 이른바 著作權者의 侵害主張의 通知와 이에 대응한 서비스제공자의 침해결과물 제거절차에 관한 규정부분이 없는 이상, 情報提出命令에 관한 § 512(h)의 적용으로부터도 해방된다고 보았다. 즉, 情報提出命令에 관한 § 512(h)는 그 § 512(h)(2)(A)에서 § 512(c)(3)(A)에서 정한 侵害主張의 通知書 寫本을 첨부할 것을 요구하고 있는 등 § 512(h)의 법문 중 세 곳⁹⁸³⁾에서 거듭 § 512(c)(3)(A)에서 정한 通知를 요건으로 하고 있음에 주목하였다. 그

979) Verizon I, 240 F.Supp. 2d at 30-31.

980) 불특정 상대방을 상대로 제기한 소송을 가리킨다.

981) Federal Rules of Civil Procedure for the United States District Courts 45. (b)(1)에 따르면, 위 규칙에 의한 제출명령은 당사자가 아닌 어느 누구라도 피신청인으로 삼을 수 있다.

982) Recording Industry Association Of America, Inc., Appellee, v. Verizon Internet Services, Inc., Appellant. 351 F.3d 1229. (Decided Dec. 19, 2003).

983) 첫째는 § 512(h)(2)(A)으로 著作權者가 情報提出命令을 신청할 때 § 512(c)(3)(A)에서 정한 通知를 첨부할 것을 요구하고 있고, 둘째는 § 512(h)(4)으로 법원의 Clerk이 情報提出命令을 발할 때 위 通知가 앞서 § 512(c)(3)(A)의 요건을 구비하였는지 심사하도록 정하였고, 셋째는 § 512(h)(5)으로 § 512(c)(3)(A)에 정한 通知의 수령을 전제로 情報提出命令을 송달받은 ISP가 침해자를 식별할 의무를 규정하고 있다.

렇기 때문에 § 512(c)가 아닌 § 512(a)의 적용을 받을 뿐인 자, 즉 P2P 네트워크에서 단지 導管의 역할을 하였을 뿐인 ISP를 대상으로 법원이 情報提出命을 발령하는 것은 허용하지 않는다는 Verizon측의 주장을 받아들였다.

다만, 법원은 Verizon의 주장이 § 512(h)에서 등장하는 § 512(c)(3)(A)에만 집중함으로써 오로지 § 512(c)(3)의 ISP만 § 512(h)의 적용을 받는다는 결론에 나아간 것은 잘못되었다고 보았다. 이 부분은 오히려 상대방인 RIAA의 입장을 지지하여, ISP의 유형이 § 512(a)의 적용을 받는 ISP처럼 단순한 導管역할을 하는 것이 아닌 한, § 512(b)에서와 같이 일시적인 웹사이트의 캐싱이던지, § 512(c)에서와 같이 ISP의 서버에 웹사이트를 저장하는 것이던지, 아니면 § 512(d)에서와 같이 ISP가 검색엔진으로 활동하던지 간에 침해결과물을 어떤 방법으로라도 자신의 서버에 저장하는 일체의 ISP들에게 위 § 512(h)가 적용된다고 해석하였다.

법원은 더 나아가 立法沿革에 관하여도 살펴면서, § 512(h)를 포함하여 § 512을 입법할 당시 P2P 소프트웨어가 어느 누구의 눈에도 제대로 들어오지 않았던 시절이었던 이상 § 512(h)이 P2P 소프트웨어에도 적용될 의도를 가졌다는 RIAA의 주장은 잘못되었다고 보았다.

끝으로, 법원은 만일 Verizon의 입장과 같이 법을 해석한다면 P2P 영역에서 수많은 침해행위가 빚어지고 있는 현실에서 “법의 精髓”가 말살될 것이라는 RIAA의 司法政策的 호소에 대한 답변으로, 새롭고 예상하기 힘든 인터넷 세상에 부응할 수 있도록 DMCA를 다시 作成하는 것은 설령 그 때까지는 그 진보가 음악산업에 막대한 손해를 끼치고 영화나 소프트웨어 산업을 위협하더라도 사법부의 임무는 아니라고 하였다. 여기서 그 유명한 先例인 Sony 事件⁹⁸⁴⁾의 판시를 인용하여 “聯邦議會가 새로운 기술 때문에 불가피하게 서로 엉키게 되어 대립되는 이해관계의 다양한 변화를 충분히 수용할 수 있는 헌법상의 권한 및 기관으로서의 능력을 가지고 있다”고 실시하였다.⁹⁸⁵⁾

4) 判例分析

Verizon事件의 抗訴審의 판단에 불복한 원고측은 聯邦大法院에 上告許可申請(Petition for Writ of Certiorari)⁹⁸⁶⁾을 제출하였지만, 2004. 10. 12. 위 신청이 기각됨으로써 위 抗訴審의 判斷이 그대로 確定되었다.

위 抗訴審의 판단은 § 512(a)와 같이 단순히 정보전달에 있어 導管의 역할을 함에 그치는 ISP들은 최초의 협력의무로부터도 완전히 면책시키려는 것으로, 법조문의 문

984) Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 431, 104 S.Ct. 774, 783, 78 L.Ed.2d 574 (1984).

985) Verizon, 351 F.3d at 1238.

986) 全文은 <www.eff.org/legal/cases/RIAA_v_Verizon>[2004. 10. 17].

第3節 Pure P2P 技術에 關聯된 인터넷서비스제공자에 대한 責任賦課의 困難性

리해석에 충실한 결과일 뿐 아니라 현실에서도 RIAA의 신청에 의한 情報提出命令이 극히 濫發⁹⁸⁷⁾ 혹은 濫用⁹⁸⁸⁾되어온 경향이 있었음을 고려할 때는 타당하다고 할 수 있다. 하지만 반대시각으로 본다면, 위 § 512中 (b), (c), (d)와 같은 ISP에게는 굳이 협력 의무를 부담시키지 않아도 著作權者가 § 512(c)(3)에 정한 “侵害主張의 通知”를 하면 당해 ISP는 그 침해주장의 대상인 저장물이나 침해행위의 대상을 신속하게 제거하거나 접속을 차단하는 대응을 할 의무가 발생하므로 情報提出命令과 같은 수단이 없더라도 큰 문제가 없음에 반하여, § 512(a)에 속한 ISP의 접속서비스를 통하여 침해가 발생한 경우 著作權者로서는 당해 ISP에게 침해물의 제거 등을 구할 수 없고 달리 개별 침해자를 찾기 위한 다른 방법도 마땅치 않은 상황에서 情報提出命令을 통한 개별침해자의 인적정보획득까지 차단당하면 가혹⁹⁸⁹⁾한 면이 없지는 않을 것이다.

韓國의 저작권법에서는 미국의 DMCA와 달리 침해혐의자의 인적사항확인을 위하여 著作權者가 ISP에게 정보공개를 요구할 권리를 정한 특별규정은 없다. 결국 통상의 민형사 소송을 제기한 후 재판과정에서 민사재판에서의 사실조회촉탁이나 형사절차에서의 수사기관의 요구⁹⁹⁰⁾나 검사의 압수수색영장청구의 절차 등을 이용하여 침해자의 인적사항을 밝힐 수밖에 없을 것이다.⁹⁹¹⁾ 日本의 서비스提供者責任制限法에서는 美國의 DMCA 규정 중 情報提出命令을 모방한 듯 이른바 “發信者情報 明示請求”라는 制度를 두고 있다. 韓國에서도 향후에는 일정부분 그런 입법적 수용도 검토해 볼만하다.

987) 가령, RIAA는 인터넷서비스업체인 Pacific Bell을 상대로 한 情報提出命令을 1년동안 무려 16,700개나 받았다고 한다 [Pacific Bell Internet Servs. v. RIAA (No. C 03 3560 JL) 事件의 Complaint for Declaratory Relief P. 46]. 아울러 소년, 소녀, 부녀자, 고령자 등과 같이 범죄와는 실제 연관이 없을 것 같은 사용자라도 가리지 않고 情報提出命令이 발급되어 사생활침해가 문제되었다.

以上은 Alice Kao, RIAA V. Verizon: “APPLYING THE SUBPOENA PROVISION OF THE DMCA”, 19 Berkeley Technology Law Journal 405, 2004, p. 419 FN105에서 再引用.

988) 대표적인 사례는 Wal-Mart가 인터넷 비교쇼핑 사이트를 통하여 자사의 할인행사계획을 공표해버린 특정이용자의 신원을 파악하기 위하여 (저작권법위반행위와는 상관없음에도) 위 사이트운영자에 대한 情報提出命令을 신청, 발급받은 사건이었다. 이에 대하여는 “Megan E. Gray, FatWallet Challenges Abusive DMCA Claims and Protects Users’ Privacy Rights”, FatWallet.com (Dec. 2, 2002), Declan McCullagh, “Wal-Mart Backs Away from DMCA Claim”, CNET News.com, 2002. 12. 5.자. 以上은 Alice Kao, op. cit., pp. 422-23에서 再引用.

989) 참고로, RIAA의 회장 Cary H. Sherman이 美 上院議員 Coleman의 질의에 답한 회신문에서도 “DMCA의 목적 중 하나는 저작권자측으로 하여금 ISP 대신 개별이용자들을 상대로 저작권을 강제하도록 하는데 있으며, DMCA가 Verizon을 포함한 ISP에게 면책을 부여한 것은 무조건이 아니라 저작권자가 침해이용자들의 인적사항 등 정보를 획득하는데 신속하게 도와줄 것을 조건으로 면책을 부여한 것이다”라고 하고 풀이하고 있다(Cary H. Sherman, op. cit.).

990) 전기통신사업법 제54조 제3항에 의하여, 전기통신사업자가 수사기관의 수사 등을 위하여 이용자 정보를 제출하는 경우, 통신비밀보호법 제13조에 의하여, 전기통신사업자가 수사 등을 위하여 통신사실확인 자료를 제공하는 경우.

991) 한국음반산업협회도 2003. 12. 23. 현재 P2P 서비스 소리바다 이용자 50명에 대한 고소장을 접수하며 이들의 ID를 법원에 제출한 바 있는데, 한국음반산업협회는 “한국에선 음반협회에 P2P 사용자의 인적사항 공개를 강제하는 특혜를 주지 않았으므로 인적사항 확인을 위해 처음부터 법원 허가가 필요했다”고 밝힌바 있다(전자신문 2003. 12. 23.자 記事).

第7章 革新的 技術의 受容과 著作權者 保護를 위한 補完策提示

第1節 Verizon 判決의 餘波

1. 著作權侵害의 責任을 追窮받을 相對方이 事實上 縮小

Verizon 抗訴審이, 일정한 ISP에 대해서는 음반업체가 음악파일을 불법 교환하는 이용자들의 인적사항 공개를 요구할 수 없다는 결론을 내림에 따라 이후 RIAA가 P2P 이용자들을 직접 상대로 소송을 제기하려면 문제가 된 이용자에게 대해, 이른바 성명 불상자를 상대로 한 John Doe 소송을 제기한 다음 재판 과정에서 연방민사소송규칙에 따라 신청한 통상의 명령(subpoena)에 따라서만 침해자의 구체적인 인적사항을 확인 가능하게 되었다. 이는 저작권자가 침해책임 추궁할 수 있는 상대방의 범위가 사실상 축소되는 결과를 가져왔다. 왜냐하면 RIAA 등 저작권자들로서는 개별침해자들의 인적사항을 파악하는데 종전과 같이 DMCA가 특별히 정한 情報提出命令(subpoena)의 절차를 거치는 경우보다 훨씬 복잡한 절차를 거치며 오랜 시간과 자금을 투자해야 하기 때문이다.⁹⁹²⁾

2. P2P 技術의 受容을 拒否하는 極端的인 立場의 強化

앞서 Grokster 事件에 대한 下級審法院들의 판단에 따른다면, 저작권자로서는 P2P네트워크제공자에게 책임을 추궁하는 것이 일용 불가능하다. 저작권자가 개별침해자를 상대로 직접 소송하는 길을 택한다고 하여도 Verizon 判決에 따라, ISP로부터 人的事項 획득절차에 협력받기도 곤란해졌다. 그리하여 2003년에서 2004년경까지 美國에서 著作權者들은 저작권책임추궁하는 데 심한 어려움을 겪게 되었다. 그러자 著作權者나 그 입장을 대변하는 쪽에서는 아래에서 설명하는 바와 같이 P2P 기술에 대하여 否定的 태도는 물론, 나아가 그 존재를 거부하려는 極端的 태도가 등장하게 된다.

i) 먼저, P2P 관련 불법복제행위에 대하여는 특별입법으로, 著作權法上 犯罪의 構成要件⁹⁹³⁾을 보다 완화하는 한편 刑事法上 處罰의 基準은 반대로 높이는 방향으로⁹⁹⁴⁾ 법

992) 다만, RIAA는 위 판결직후 오히려 더 강경한 자세를 표명하면서 2004. 1. 및 2.경 존도(John Doe) 소송의 번거로움을 무릅쓰고 연달아 P2P를 통해 음악파일을 공유한 네티즌 수백명에 대해 필라델피아, 아틀란타, 올랜도, 트렌튼, 뉴저지 등 5개주 연방법원에 소송을 제기하였다. 이러한 John Doe 소송의 개황에 대하여는 <eff.org/IP/P2P/riaa-v-thepeople.php>[2004. 7. 15.] 및 <www.muddlawoffices.com/laws/RIAA/RIAA.htm>[2004. 7. 23.].

993) 2004. 10. 현재 미국 저작권법상 침해행위 처벌규정인 17 U.S.C. § 506(a)에서는 다음과 같이 처벌규정을 두고 있다. “故意的으로 (1) 상업적 이득 혹은 개인의 經濟的 利益을 위하여서나, (2) 전자적 도구에 의한 경우를 포함하여 특정한 180일동안, 1개 이상의 저작물에 대하여 총 1000불이상의 가액으로 1개 이상의 복제서적(copies)이나 음반을 복제하거나 배포하는 방법으로, 저작권을 침해한 자는 18 U.S.C.

第1節 Verizon 判決의 餘波

이 바뀌고 있다.

먼저 2003. 7. 17. 미 하원에 제출된 ACCOPS(Author, Consumer, and Computer Owner Protection and Security Act of 2003)⁹⁹⁵⁾은 인터넷상에 저작권자의 허락없이 복제저작물을 접속할 수 있도록 놓은 행위에 관하여 종래 미국 저작권법이 불법배포물의 수량, 가액에 따라 형량을 달리 규정한 것⁹⁹⁶⁾과 달리, 그 수량, 가액 등의 실제 입증없이 위와 같은 행위의 존재만으로 가장 무거운 類型的 배포행위로 看做한다는 규정을 두고 있다.⁹⁹⁷⁾

아울러, 영화를 개인이 임의로 촬영하여 P2P네트워크상에 공개하는 행위를 원천봉쇄할 목적으로 캘리포니아에서는 2003. 12. 현재 극장안에서 캠코더를 사용하는 행위를 금지하는 법안을 통과시켰다.⁹⁹⁸⁾ 이러한 경향은 미국의 특정지역에 국한된 것이 아니라 얼마 안 있어 2004. 4. 29. 美 上院 法司委員會는 만장일치로 “Artist Rights and Theft Prevention Act(ART)” 법안을 통과시켰는데, 이 법안은 캠코더를 소지한 채로 영화관안에서 체포되었을 때는 저작권침해범의 故意가 있는 것으로 추정한다는 연방법 규를 신설하고 있을 뿐 아니라 인터넷 규정들을 강화하고 P2P 네트워크가 범람하고 있다는 관점에서 사전배포(pre-release) 해적행위에 대한 규정을 보강하고 있다.⁹⁹⁹⁾ 아

§2319에 정해진 바에 따라 처벌된다. (2)항의 경우 저작물의 복제 혹은 배포에 관한 증거 자체만으로는 故意的 侵害를 인정하여서는 안된다.” 그런데, 위 U.S.C.의 TITLE 18은 다름아닌 刑事法(형법 및 형사소송법)編이므로 결국 미국 저작권법은 우리 저작권법이 완전히 自足的인 처벌규정을 가지고 있는 것과는 차이가 있다. 나아가 18 U.S.C. §2319의 규정을 살펴보면, 아래와 같다.

“(a) 형사범죄에 대한 506조(a)를 위반한 자는 아래 (b)와 (c)에 규정한 대로 처벌하고 각 벌칙은 U.S.C. TITLE 17 著作權法 編 또는 다른 법률에 부가되어야 한다.

(b) 506조(a)(1)을 위반한 자는 (1) 만약 전자적 도구에 의한 경우를 포함하여 특정한 180일동안, 1개 이상의 저작물에 대하여 총 2500불이상의 가액으로 10개 이상의 복제서적(copies)이나 음반을 복제하거나 배포한 행위라면 5년이하의 징역 또는 이 編에 정해진 한도이하의 벌금 또는 兩者를 병과한다. (2) 만약 위 (1)항에 따른 再犯(second or subsequent offense)일 때는 10년이하의 징역 또는 이 編에 정해진 한도이하의 벌금 또는 兩者를 병과한다. (3) 기타의 경우에는 1년이하의 징역 또는 이 編에 정해진 한도이하의 벌금 또는 兩者를 병과한다.

(c) 506조(a)(2)를 위반한 자는 (1) 만약 범죄가 1개 이상의 저작물에 대하여 총 2500불이상의 가액으로 10개 이상의 복제서적(copies)이나 음반을 복제하거나 배포한 행위라면 3년이하의 징역 또는 이 編에 정해진 한도이하의 벌금 또는 兩者를 병과한다. (2) 만약 위 (1)항에 따른 再犯일 때는 6년이하의 징역 또는 이 編에 정해진 한도이하의 벌금 또는 兩者를 병과한다. (3) 만약 범죄가 1개 이상의 저작물에 대하여 총 1000불이상의 가액으로 1개 이상의 복제서적(copies)이나 음반을 복제하거나 배포한 행위라면 1년이하의 징역 또는 이 編에 정해진 한도이하의 벌금 또는 兩者를 병과한다.”

994) 경제학적 관점에서 이용자들이 침해행위를 하더라도 적발되지 않는다는 인식을 버리도록 刑事的으로 검거 및 처벌의 수위를 효과적으로 증가시키는 방법을 제시하는 견해(Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, op. cit., p. 1351 참조)도 당연히 존재하지만, 이러한 형사법적 검토는 이 논문의 주제를 벗어나므로 줄인다.

995) 법의 全文은 <www.eff.org/IP/P2P/CONYER_069.PDF>[2004. 5. 11.].

996) 앞서 각주의 17 U.S.C, § 506(a).

997) 즉, 위 법 제301조는 기존의 17 U.S.C, § 506(a) 말미에 “18 U.S.C.§2319(b)의 차원에서, 저작물을 저작권자의 허락없이 공중이 접속할 수 있는 컴퓨터네트워크상에 위치시켜, 그 접속을 통하여 공중으로 하여금 복제할 수 있도록 하는 행위는 특정한 180일동안, 총 2500불이상의 가액으로 10개 이상의 복제서적(copies)이나 음반을 배포한 행위로 간주한다”는 규정을 추가하도록 정하고 있다.

998) Newyork Times 2003. 12. 25.자 BUSINESS/FINANCIAL DESK欄.

올러 이 법은 기존의 다른 법에서와 달리 파일이 실제로 반복적으로 다운로드되었다는 사실을 수사당국이 증명할 필요없이 단지 불특정 다수가 당해 파일에 접근할 수 있었다는 점만 입증하면 족하도록 정하였다.

ii) 다음으로, 일찍이 2002. 7. 25.경 미국의회에서는 상원의원 Howard Berman에 의하여 “P2P 해적행위방지법(Peer-to-Peer Piracy Prevention Act, 일명 Berman Bill)”이 발의되어 심리된 적이 있었는데, 이는 해적행위에 대항하기 위하여 서비스 거부 공격, 도메인네임 해킹, 혹은 컴퓨터 바이러스의 살포와 같은 不法의인 手段까지 사용할 권리를 저작권자에게 부여한 법안으로, 연방법무부장관이 허가하고 250달러를 초과하는 경우가 아닌 한 그러한 수단의 사용결과에 대한 賠償責任으로부터 免責한다는 다소 극단적인 내용을 담고 있어서, 반대론자로부터는 미국 연방해킹방지법과의 충돌 문제, 兇狀이나 裁判없는 物理的 危害라는 문제 등 심각한 비판¹⁰⁰⁰⁾을 불러왔고 결국 일부 수정을 거쳤지만 2003. 2.경 Berman 의원 스스로 입법추진을 포기¹⁰⁰¹⁾한 바 있다. 그런데, 이러한 입법의 배경은 의회를 상대로 보다 적극적인 저작권보호입법을 로비하고 있는 저작권자측, 가령 RIAA 등의 입김에 의한 것이었기 때문에 단지 일회적인 해프닝으로 끝나는 것은 아니었다. 2003. 6. 17.에 이르러서도 美 上院 법사위원장인 Orrin G. Hatch는 저작권상 쟁점에 관한 上院聽聞會에서 향후 立法的인 免責을 전제로, 불법적으로 인터넷에서 음악을 다운받는 자들의 컴퓨터를 파괴할 수 있는 기술을 개발할 것을 관련 IT기술관계자들에게 요구하면서 “그들에게 저작권을 가르쳐 줄 수 있는 유일한 방법은 그들 자신의 컴퓨터를 통하여서 뿐일 것이다. 개발된 기술로 두 번 정도 컴퓨터이용자에게 불법적인 온라인상 행위에 대하여 경고를 한 다음 세 번째는 그들의 컴퓨터를 파괴하자”라는 취지의 극렬한 발언을 하여 큰 반발을 불러일으킨 바 있다.¹⁰⁰²⁾

iii) P2P기술이 초래한 상황을 타개하기 위한 위와 같은 여러 가지 대처를 넘어선 가장 극단적인 대처는 아마 P2P 기술 자체를 拒否하는 것일 것인데, 실제로 美國에서는 제한된 범위이지만 이런 기류도 나타나고 있다고 보인다. 즉, 下院의 Pitts와 John 議員이 발의하여 2003. 9. 현재 계류 중인 “P2P포르노로부터의 아동보호법(Protecting

999) Warren’s Consumer Electronics Daily, Friday, 2004 WL 64363616 (April 30, 2004).

1000) 위 법안내용 및 관련논쟁에 대한 자세한 내용은, James S. Humphrey, “RECENT DEVELOPMENT: DEBATING THE PROPOSED PEER-TO-PEER PIRACY PREVENTION ACT: SHOULD COPYRIGHT OWNERS BE PERMITTED TO DISRUPT ILLEGAL FILE TRADING OVER PEER-TO-PEER NETWORKS?”, North Carolina Journal of Law & Technology, Volume 4, Issue 2, Spring 2003 <www.jolt.unc.edu/Vol4I2/PDF/V4I2-Humphrey.pdf>[2004. 9. 4.].

1001) 이 부분은 Neil Weinstock Netanel, op. cit., 14.

1002) 그 발언내용과 이에 대한 비평은 <www.wired.com/news/politics/0,1283,59305,00.html>[2004. 4. 30.] 등을 참조할 것.

第1節 Verizon 判決의 餘波

Children from Peer to Peer Pornography)” 법안(HR 2885)은 부모의 동의를 얻고 나서야 연소자들에게 P2P프로그램을 배포할 것, 부모가 不設置를 원하는 標識(“do not install” beacon)¹⁰⁰³을 사용한 컴퓨터에는 P2P프로그램을 배포하지 말 것, P2P프로그램이 쉽게 제거될 수 있도록 보장할 것, 동의없이 개인의 컴퓨터를 이른바 “슈퍼노드(super node)” 혹은 분배 허브(distribution hub)로 이용하지 말 것과 같은 내용을 연방 통상위원회가 P2P 운영자에 대한 규정으로 정할 것을 명령하는 법안이다.¹⁰⁰⁴

또한, 앞서 등장한 Orrin G. Hatch 위원장은 2004. 7.경 이른바 “故意的으로 저작권법 위반을 誘發한 자”¹⁰⁰⁵에 대하여 이러한 위반행위에 대한 책임을 묻겠다는 소위 “著作權侵害誘引法(LLCA, The Inducing Infringement of Copyright Act)”을 추진하겠다는 의사를 밝히면서 “파일교환 네트워크를 시급히 禁止할 필요가 있다”고 강조하기도 하였는데, 음악산업계와 다수의 소프트웨어업계의 폭넓은 지지를 얻고 있는 위 법안의 실질적인 내용은 사실상 Morpheus와 Grokster의 책임을 부정한 Grokster 1審 判決의 입장을 번복하고자 하는 것이었다.¹⁰⁰⁶

이상과 같은 美國 聯邦議會의 동향들에서 알 수 있는 사실이 하나 있다. 그것은 현실에서 著作權者란 다름아니라 메이저 음반회사처럼 거대 미디어사업체이거나 RIAA와 같이 그 사업체들의 연합체 형태를 띠어 자신들의 著作權을 보호하기 위하여 활발하게 연방의회에 입법청원(로비)을 펼치고 있음에 비하여, P2P공급자나 개별이용자들은 이러한 로비에 무관심하거나 그렇지 않더라도 로비를 위한 자금력에서 상대가 되지 않는다는 것이다.¹⁰⁰⁷ 그 결과, 적어도 美國에서는 P2P기술의 존재를 말살하려는 등 극히 강경한 압박이 주로 聯邦議會에서 議員들에 의하여 발의되는 法案의 형태로 나타나고 있다. 앞서 본대로 聯邦議會가 이미 내려진 하급심법원의 특정판결(Grokster 判決)을 겨냥해 그 판결의 선언을 사실상 무효화하려는 立法을 시도하고 있다는 것 자체가 聯邦大法院이 Grokster 事件의 결론을 내림에 있어 큰 壓迫이 되었을 것이라고 짐작된다.

1003) 전자신문, 2003. 7. 28.자 記事에 의하면 이는 부모들이 PC에 P2P프로그램의 설치를 거부하는 프로그램을 가리키는 듯하다.

1004) Warren's Washington Internet Daily, Wednesday, 2003 WL 16118123 (September 3, 2003).

1005) 그 표현이나 내용을 보면 2005. 6. 27. 聯邦大法院이 Grokster 事件을 판단하며 도입한 誘發理論과 사실상 동일함을 알 수 있다.

1006) Hatch 스스로 “신중하게 작성되고 초당적인 이 법이 현행법하에서 저작자들이 타인의 저작권을 침해하도록 誘引하는 당사자들에 대하여 민사소송을 제기할 수 있음을 확인함으로써 잘못된 Grokster 判決을 수정할 것이다”라고 공언하고 있다고 한다. 以上은, CNET News 2004. 6. 23.자 <news.com.com/Senate+bill+bans+P2P+networks/2100-1027_3-5244796.html>[2004. 7. 13.] 및 2004. 7. 22.자 <news.com.com/Senator+wants+to+ban+P2P+networks/2100-1027_3-5280384.html>[2004. 8. 10.]

1007) 이를 지적한 글로는 Tim Wu, op. cit., p. 747 이하 참조.

끝으로, P2P 기술 자체를 拒否하는 태도로 또 하나의 사례는, 저작권자들이 P2P 네트워크의 혼란 내지 와해를 목적으로 이른바 “Spoofing”¹⁰⁰⁸⁾ 내지 “Interdiction”¹⁰⁰⁹⁾이라는 새로운 기술적 공격수단에서 찾을 수 있다. 특히 “Spoofing”의 경우 美國에서는 저작권자들이 직접 나서는 대신 저작권자측으로부터 의뢰를 받아 이러한 가짜파일을 P2P 네트워크에 유포하는 일을 도맡아 하는 전문용역업체¹⁰¹⁰⁾까지 등장해 있는 상황이다. 韓國에서도 저작권자들이 설립한 기관인 일명 디지털저작권보호연구소(DCP LAB)¹⁰¹¹⁾에서 소리바다2 네트워크상에 가짜 파일 수십만 개를 마치 인기 음악파일인 것처럼 전파한 사례가 있다.¹⁰¹²⁾

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

1. Sony 判決의 意義

이상에서 본 바와 같이 2005년 상반기 현재 네트워크 기술분야에서 초미의 관심사가 되고 있는 “P2P 네트워킹” 관련기술은 이를 이용하여 마음껏 인터넷상에서 디지털콘텐츠를 향유하는 個別利用者들이나 이들로부터 이익을 징수하는 P2P 서비스제공자 내지 P2P 소프트웨어 공급자에게는 “祝福”일지 몰라도, 著作權者에게는 자신의 저작권을

1008) P2P네트워크를 통한 파일전송은 보통 게시된 파일의 題目을 기준으로 이용자들이 파일검색 및 다운로드를 실행하고, 아울러 스트리밍의 경우와 달리 이용자의 컴퓨터에 파일이 전부 다운로드된 뒤에야 그 파일을 실행할 수 있고 그래서야 그 파일의 결함 여부나 실제 파일안에 담겨진 내용을 파악할 수 있다. 스푸핑(Spoofing)은 이러한 맹점을 이용하여 P2P 서비스망에 著作權者나 著作人접권자들, 특히 영화파일 著作權者 등이 최신영화파일 유포자를 假裝하여 접속한 다음 스스로 내건 “파일명”과는 달리, 전혀 엉뚱한 파일이나 오류있는 가짜파일(Fake File)을 대량 제공하는 방법이다. 그 결과 해당 영화파일을 P2P를 통하여 불법다운로드 받고자 하는 이용자들로 하여금 헛된 다운로드행위를 반복하게 하여 지레 지치게 함으로써 궁극적으로 불법다운로드를 단념하게 만들려는 수단이다.

1009) 불법복제에 제공된 소제에 다른 이용자들이 접근하지 못하도록 저작권자들이 스스로 인터넷 트래픽 잼(traffic jam)을 유발하여 네트워킹을 방해함으로써 다운로드를 막는 방해수단이다. 이는 Lawrence Iser & James Toma, “Battling Digital Piracy”, Nat’l L.J., Jan. 20, 2003. <www.ggfirm.com/articles/pdf/005-02-03-0008_Greenberg_pdf_1.PDF>[2005. 4. 4.] 및 Jeffrey L. Dodes, op. cit., p. 314 각 참조.

1010) 이러한 회사인 “Overpeer”는 미국내 가장 이용자가 많은 KaZaA를 주대상으로 하여 매달 250억개의 가짜파일을 유포시키고 있다고 한다. CNET News 2004. 6. 30.자<news.com.com/2100-1027-5253431.html>[2004. 7. 13.].

1011) 소리바다를 위시한 P2P 프로그램을 통한 파일유포에 대응하기 위하여 2003. 11.경 SM엔터테인먼트와 소니뮤직코리아 등 32개 음반사와 기획사가 모여 만든 기관이다.

1012) 쟁점토론 “정당한 권리행사인가, 개인의 기본권 제한인가?”, 저작권문화(저작권심의조정위원회 간행) 111호, 2003. 11. 글 중 최병범(DCP Lab 대표)의 진술 부분 참조. 더 구체적인 예로 설명하자면, 음반유통사인 예당엔터테인먼트는 2004. 1.경 “서태지 7집”을 발매하면서 이용자들이 소리바다 네트워크 등에서 해당파일을 검색했을 때 우선적으로 접근하는 소위 ‘슈퍼 피어(Super Peer)’에 ‘페이크 파일(fake file)’을 대량 살포하여 큰 효과를 봤다 [이상은 “페이크 파일을 아시나요”, 전자신문 2004. 12. 9. 자 記事 및 “억! 소리바다에 웬 귀신소리?”, E중앙인터넷신문, 2005. 2. 1.자, www.ejungang.com/bbs/view.php?id=board22&no=951, 2005. 2. 1. 방문 각 참조].

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

유명무실하게 만드는 거대한 “威脅”이라고 할 수 있겠다. 저작권자는 이러한 威脅에 맞서 P2P기술의 수용자체를 거부하는 태도까지 보이고 있는 상황이지만, 가장 묘책은 P2P 네트워크 기술이 가져다주는 利益은 모두 향유하면서도 여전히 저작권은 적절한 방법으로 보호되도록 하는 것임은 두말할 나위가 없다 하겠다.

돌이켜 보건대, 1970년대말 VTR이라는 새로운 복제기술이 Sony社에 의하여 시장에 등장하였을 때 Sony의 이용자들이 그 복제기술을 이용하여 행하는 저작권 침해행위에 대하여, 그러한 복제기술을 공급한 Sony가 책임을 부담하여야 한다는 주장이 저작권자 측으로부터 무척 거세었다. 그러한 저작권자들 중 TV방송물의 저작권자가 VTR제조업자인 Sony를 상대로 寄與責任을 추궁하며 聯邦地方法院에 제소하였는데 이것이 바로 그 유명한 Sony 事件이다. 1979년 연방지방법원은 원고패소판결을 내렸지만 원고가 항소한 결과 1981년 연방항소법원은 Sony 책임을 긍정하는 판결을 내림으로써 1심은 번복되었고, 이에 다시 피고가 상고하여 1984년에야 내려진 聯邦大法院의 최종 판단은 재차 원고의 패소를 선언한 것이다.

Sony 判決, 정확히는 Sony 事件에 대한 1984년 聯邦大法院의 判決은 “複製技術”과 “著作權”의 衝突이라는 難題, 구체적으로는 “새롭게 공급된 복제기술을 이용하여 이용자들이 저작권침해행위를 한 때 과연 그 복제기술을 공급하여 이용자들의 침해를 가능하게 만든 공급자는 그러한 침해의 결과에 어떤 책임을 지는가?”라는 問題를 푸는데 오늘날까지도 美國에서 가장 중요한 先例로 기억된다. 이용자들의 저작권침해에 따른 인터넷서비스공급자의 부수적 책임을 다루고자 한 이 논문의 주제 역시 이러한 問題의 변형에 불과하지 않다고 볼 수 있다.

따라서 Sony 判決은 이 논문에서도 아래와 같이 커다란 의미를 가진다.

첫째, Napster 判決이나 Grokster 判決 역시 나름대로 試金石으로서의 역사적 意義를 가진 先例들이지만 이들은 聯邦地方法院과 聯邦抗訴法院과 같은 下級審에 의한 判決이라는 限界가 있고, 이러한 限界는 앞에서 다루었던 Frena 判決, Maphia 判決, Netcom 判決, Aimster 判決, Verizon 判決¹⁰¹³⁾ 혹은 Fonovisa 判決 등에 공통되는 것임에 반하여, Sony 判決은 聯邦大法院에 의하여 최종적인 판단이 이루어졌다.

둘째, 앞서의 다른 하급심 先例들 대부분은 미국 민사소송절차에서 엄격한 正式節次(trial)를 거친 뒤의 판단, 즉 한국법상의 개념으로 “判決”이 아니라 정식절차에 이르기 전에 당사자의 신청이나 직권으로 내려진 略式決定(summary judgement)이거나 豫備的留止命令(preliminary injunction)일 뿐이다. 비록 실질적으로 당해분쟁이 대부분 그 決定의 영향으로 종료되었을지라도 형식상 정식절차를 거친 終局판단이 남아있었으며

1013) Verizon 事件에서 앞서 보았듯이 聯邦大法院이 상고허가신청을 기각하는 수준의 간단한 판단을 한 것은 아무런 법리설시나 입장표명이 없는 것이므로 논외로 한다.

로 위 決定은 中間的, 暫定的 判斷이라는 限界를 가짐에 반하여, Sony 判決은 제소이 후 무려 수년간의 시간을 지나며 정식절차를 거친 終局判決이라는 의의가 있다.¹⁰¹⁴⁾

셋째, 비록 VTR, 그 중에서도 베타맥스방식의 Sony VTR이라는 특정상품을 대상으로 한 것이지만, 그 판결이 채택하고 있는 問題解決方式은 널리, 역사에서 차례로 등장 하였던 革新的 複製器機들, 가령 복사기, 디지털오디오녹음기 등의 供給者와 기존 著作 權者 사이의 利害對立을 어떻게 해결할 것인가라는 巨視的이면서도 普遍的인 方式을 취하고 있으므로, 현재 시점의 혁신적 복제기기인 P2P 네트워킹을 둘러싼 問題를 해결 하는 데도 여전히 유용하다.

2. Sony 事件의 事實關係

Universal City Studio 社 등¹⁰¹⁵⁾은 텔레비전에서 방영되는 프로그램의 저작권을 가진 자이고, Sony社는 베타맥스(Betamax)방식¹⁰¹⁶⁾의 가정용 VTR을 제조판매하는 자이다. 이 VTR의 기능 중 두드러진 것은 VTR안에 “TV Tuner”를 내장하여 이용자들이 생방송을 시청하면서도 다른 방송을 나중에 볼 수 있도록 동시녹화할 수 있다는 점, 타이머기능을 이용해 소비자들이 미리 작동시간을 설정해두면 이용자 자신이 집에 없더라도 원하는 프로그램을 녹화할 수 있다는 점, VTR테이프는 일단 녹화하였다가 다른 것을 녹화하는데 다시 사용할 수 있었다는 점 등이었다. 아울러, “Pause”버튼을 통하여 녹화를 원하지 않는 광고를 건너뛸 수 있었고, “Fast-forward”버튼으로 통하여 녹화물 중 시청을 원하지 않는 부분도 건너뛸 수 있었다

1014) 1981. 10. 19. Sony 事件의 抗訴審에서 1심판결이 파기되면서 피고 패소판결이 내려지자, 피고측이 聯邦大法院에 상고허가신청을 하였고 聯邦大法院은 상고인용결정 [Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc., 457 U.S. 1116, 102 S.Ct. 2926 (U.S.Cal. Jun 14, 1982)]으로 이를 수용하였으며, 나아가 재변론(Rehearing) 신청에 대한 인용결정 [Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc., 457 U.S. 1116, 102 S.Ct. 2926 (U.S.Cal. Jun 14, 1982)]도 내려 심리하였다.

1015) 원래 Sony 사건의 소송은 Universal과 Walt Disney 社가 Sony 등을 상대로 留止命令과 손해배상을 구하며 제소함으로써 시작되었지만, 聯邦大法院의 決定에서는 Sony가 2심에 불복하여 상고허가신청을 하였으므로 오히려 적극적당사자인 신청인(petitioner)이 되었고 반대로 Universal 등은 피신청인(respondent)이 되었다. 이 논문에서는 심급간 적극적 당사자와 반대당사자가 바뀐 Sony 사건의 특성에서 오는 명칭상의 혼동을 방지하기 위하여 심급에 관계없이 Universal 등을 원고, Sony를 피고로 칭한다.

1016) VTR이 채용한 비디오테이프 리코더방식에는 크게 이 사건 Sony가 독자적으로 채용한 베타방식(Betamax)과 마쓰시다, JVC 등 여러 회사가 채용한 VHS(Video Home System) 방식이 존재하였는데 서로 호환성이 없어서 하나의 시스템에서 녹화된 카세트는 다른 시스템에서 재생할 수 없었다. 베타방식은 VHS방식보다 화질이 우수하고 카세트의 크기가 적어 技術的 側面에서는 한수 위라고 평가 받았다. 하지만, 市場에서는 VHS 제조사들이 가장 유력한 기업들과의 제휴를 통해 어마어마한 배급망에서 Sony의 베타방식 VTR을 압도하였으며 결국 최근 Sony가 베타방식의 포기를 선언하기에 이르렀다. 다만, 이렇게 가정용 VTR시장에서 사라진 베타 방식이지만 앞서 말한대로 화질이 선명하고 다른 방식에 비해 복사를 해도 좀처럼 화질이 떨어지지 않으며, 나아가 오디오도 2개의 채널로 나누어 기록할 수 있다는 장점때문에 “방송용 테이프”에서는 오히려 아직 선호되고 있다. 以上은 브리태니카 백과사전 <preview.britannica.co.kr/ bol/topic.asp?article_id=b10b2986a-9k>[2000. 8. 15, 이하 같음] 및 동아 현대시사용어사전 <www.donga.com/fbin/dict?n=sis&a=v&l=1466-13k>, 한국TV카메라 기자협회 記事 <www.news-cam.or.kr/board/view.php?id=17&bid=1&page=1&num=1> 등을 정리.

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

원고들은 VTR을 구매한 소비자들이 유료방송에 방영된 원고저작물의 일부를 복제하고 있으며 이는 복제권침해행위라고 주장하면서 나아가 피고측은 그러한 침해행위에 대하여 寄與責任이 있다고 주장하였다. 그 근거로는 피고가 VTR 제조판매자라는 점을 들었다. 이 사건 소송에서 Sony외에도 VTR을 판매하는 소매상들도 Sony와 함께 피고로서 당사자가 되었지만, VTR을 가정에서 이용한 소비자들은 피고가 되지 않았다.

1978년 조사대상시점에서 수백만 소비자들이 베타맥스 VTR을 어떤 방법으로 사용하는지에 관하여, 원고들과 피고 Sony 양자가 수행한 일련의 調査들에 따르면 다소간의 차이가 있었지만, 양자의 조사에서 모두, 그 보유자들에게 기기의 주된 목적은 時間移動(Time-shifting)임이 드러났다. 이것은 프로그램을 나중에 보기 위하여 녹화하고 본 뒤에는 삭제하는 慣行을 말한다. 그러나 양자의 調査에서 아울러 조사대상자 중 상당수가 녹화테이프를 집적인 個人選集(library)을 보유하고 있었다. 반면, Sony측의 조사에서는 조사대상자의 80%이상이 적어도 Betamax를 소유하기 이전에 비해 동일시간 이상을 TV 시청에 사용하고 있음을 나타내고 있었고, 원고들도 Betamax소유자들에게 의한 TV 시청이 감소하였다는 증거는 제출하지 못하였다.

아울러 聯邦地方法院이 인정한 사실관계에 따르면, 원고의 調査에 의하면 75.4%의 VTR 소유자가 이들 기기를 절반이나 대다수의 비중으로 時間移動을 위한 녹화에 사용하고, 피고의 調査에서는 96%의 소유자가 기기를 녹화하지 않으면 달리 놓치게 될 프로그램을 녹화하는데 사용하여 왔음을 드러내고 있었다. 원고들이 조사대상자들에게 얼마나 많은 녹화테이프를 個人選集으로 가지고 있느냐 질문하였을 때 55.8%가 10개以下라고 답하였다. 피고의 調査에서는 지난달에 조사대상자가 시청한 전체 프로그램 중 70.4%는 단지 한번 보는데 그쳤고, 57.9%에 대하여는 더 이상 시청할 계획이 없다고 하였다.

3. 下級審法院의 判斷

(1) 1審法院의 判斷¹⁰¹⁷⁾

聯邦地方法院은 소비자들이 家庭에서 비영리적으로 방송물을 녹화하는 행위는 저작물의 公正利用에 해당할 뿐 저작권침해에 해당하지 않으며, 나아가 피고측은 그러한 家庭에서의 VTR 이용행위가 침해행위를 구성하는 경우에 있어서도 寄與侵害者로서 볼 수 없다고 판시하면서, 원고의 손해배상 및 금지청구를 모두 기각하였다. 즉, 聯邦地方法院은 먼저, 일반공중은 대체로 VTR을 주로 그들이 볼 수 없는 시간에 방영되는

1017) Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America, 480 F.Supp. 429 (C.D.Cal. Oct 02, 1979).

프로그램을 녹화하여 나중에 보기 위하여 사용하는데, 時間移動(time-shifting)이라고 알려진 이러한 慣行은 오히려 TV를 보는 시청자의 수를 증가시킨다고 보았다. 나아가 이런 이유로 TV 프로그램의 대부분이 그 프로그램 저작권자로부터의 반대없이 위의 방식대로 사용될 수 있고, 역시 동일한 이유때문에 이 사건 원고들처럼 時間移動에 반대하는 프로그램저작권자일지라도 이런 慣行으로 그들 저작권의 가치를 손상당하였다거나 장래의 손해가능성이 야기되었다는 것을 증명하였다고 보기는 곤란하다고 하였다. 따라서 이러한 사실을 전제로 하면, 원고들은 피고에게 일반공중에게 VTR을 배포하는 행위에 대한 책임을 묻고 있으나 이는 저작권법상 근거가 없는 행위라고 판단하였다.

아울러, 寄與責任에서의 認識 요건을 검토함에 있어 법원은 Sony의 근로자가 침해 행위에 직접 관여하거나 소비자들과 직접 접촉한 적이 없는 이상 침해행위에 대한 實際 認識(actual knowledge)을 가지고 있지 않다고 판시하였다. 또한 법원은 소비자들이 VTR을 저작권침해에 사용할 수 있다는 것을 Sony가 인식하였다 하더라도 이는 寄與責任에서의 推定的 認識(constructive knowledge)으로는 불충분하다고 보았다. 왜냐하면 자신이 고용한 연예인이 저작권침해행위를 한다는 기획자의 경우와 달리, 이 사건의 경우 저작권침해가 되는 지, 아닌지의 문제를 법원이 판단하기 전에 Sony로서는 알 수 없었기 때문이라고 하였다.¹⁰¹⁸⁾

나아가 聯邦地方法院은 Sony 事件에서 단지 소매점에서 소비자들이 구입할 때 Sony의 寄與行爲는 끝나며 피고는 여기서 침해행위의 계획을 구상하고 지시하지는 않는다고 하면서, “타이프라이터, 녹음기, 카메라, 복사기와 같은 商業上 主要한 商品(staple article of commerce)을 판매하는 행위는 기술적으로는 그에 잇따른 侵害的 用途에 寄與하고 있지만, 이러한 寄與를 책임의 근거로 삼기에 충분한 寄與行爲로 간주하는 것은 先例에 반한 理論이고 법원의 역할을 초월하는 것이라고 판시하였다.¹⁰¹⁹⁾ 이는 “중요한 품목의 공급자가 寄與侵害者로 책임을 부담한다면, 商業은 크게 위협받게 될 것이다.”¹⁰²⁰⁾라는 것이었다.

1018) Sony, 480 F.Supp. at 460. 이 부분은 그 뒤 크게 고찰되지 않았기 때문에 알 수 없지만, Sony의 認識이 왜 寄與責任의 요건인 推定的 認識에 해당되지 않는다는 것인지 그 논리전개에 다소 의문이 있다.

“...그러나 원고들은 피고들이 이용자들이 베타맥스를 저작물 녹화에 이용할 것임을 알았고 이것은 추정적 인식에 해당한다고 다룬다. 그럴 가능성이 정확할 뿐 아니라, 저작물의 녹화에 대한 推定的 認識을 갖게한다고 가정해보더라도, 피고들은 이런 녹화가 침해행위인지를 알 수 없었던 것이다. 출연자들이 저작권이용허락을 얻지 않았음을 알고 있는 行事企劃者 혹은 음반이 법정허락 보상금을 지급하지 않은 채 연주됨을 알고 있는 廣告企劃者와 달리, 피고들은 저작권법이 무엇을 요구하는지를 알 수 없었다. 이 소송 이전에 이 문제는 판단된 적이 없었던 것이다. 위에서 본대로, 이 법원은 가정용 녹화가 침해가 아니라고 판단하고 있다. 심지어 이 판단이 옳지 않다고 할지라도 피고들은 달리 가질 수 있었던 認識에 대하여 책임을 부담하지 않는다.”

1019) Sony, 480 F.Supp. at 461.

1020) Id.

(2) 抗訴法院의 判斷¹⁰²¹⁾

위와 같은 聯邦地方法院의 입장과 달리 聯邦抗訴法院은, 寄與責任의 요건에 해당되는지 여부를 검토함에 있어 正反對의 결론에 도달하였다.

우선 聯邦抗訴法院은 이른바 가정용 비디오녹화가 과연 公正利用(fair use)¹⁰²²⁾이라고 볼 수 있는지를 公正利用의 네 가지 요소별로 상세하게 분석하였다.¹⁰²³⁾ 분석결과 聯邦抗訴法院은 포괄적인 가정용 비디오녹화의 예외를 법이 허용하고 있는 것이 아니며 가정용 비디오녹화는 공정이용이 아니라고 결론지었다.¹⁰²⁴⁾

나아가, 피고 Sony는 분명히 자신들의 VTR이 저작물을 복제하는데 이용되고 있다는 사실을 분명히 알았는데 이러한 用途가 그 VTR의 가장 주요한 用途이므로 認識要件은 “확실히 충족”된다고 보았다.¹⁰²⁵⁾ 聯邦地方法院은, 소비자들이 VTR을 저작물녹화에 사용하더라도 법원이 판단하기 전에는 그런 녹화가 저작권범위반인지를 알 수 없었다고 보았음에 반하여, 聯邦抗訴法院에서는 저작권침해책임을 추궁함에 있어 자신이 가능하게 하는 침해행위가 저작권침해행위라는 實際 認識을 가지고 있을 필요는 없으므로 聯邦地方法院이 들고 있는 사정은 損害賠償의 範圍를 결정할 데 참작할 사정이 될 뿐,¹⁰²⁶⁾ 責任 有無를 결정함에 있어서는 관련이 없는 것이라고 판시하였다.¹⁰²⁷⁾

나아가 寄與責任의 나머지 요건을 충족하는 지에 관하여도 Sony가 책임있는 기업활동에 폭넓게 종사한 이상, 침해행위에의 상당한 참여를 한 것임에 의문의 여지가 없다고 간단히 판단하였다.¹⁰²⁸⁾

1021) Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America, 659 F.2d 963 (9th Cir.(Cal.) Oct 19, 1981).

1022) 公正利用의 법리에 관하여 자세히는 “제5장 제1절 1. Napster 事件” 중 “(2) 2) (B) 公正利用(fair use) 抗辯과 法院의 排斥” 부분 참조.

1023) 즉, 公正利用의 첫째요소인 “이용의 목적과 성격”을 볼 때 위와 같은 녹화는 비영리 교육목적이 아니고, 둘째 요소인 “저작물의 성격”을 볼 때 原審은 녹화된 방송물이 원고들에 의하여 자발적으로 공중에 전파된 사실을 중시하였지만 抗訴審은 그렇더라도 전파된 방송물이 보상에 대한 저작권자의 합리적인 기대에 반하여 거듭 복제되는 이상 피고에게 불리한 요소로 고려되며, 셋째 요소인 “이용된 부분이 특정한 저작물 전체에서 차지하는 량과 質”을 보더라도 原審은 저작물 전체가 복제되고 있더라도 그것으로 인하여 원고들의 방송물 시장의 위축을 가져오지 않는 이상 공정이용이라고 하였지만 抗訴審은 저작권자의 허락 없이 저작물을 이용하는 것은 대부분의 先例들에서 용납되지 않는다는 점을 들어 위 요소 역시 피고에게 불리하다고 보았고, 넷째 요소인 “이용이 저작물의 잠재적 시장 또는 가치에 대하여 미치는 영향”에서도 抗訴審은 原審이 이와 관련하여 원고가 시장에서의 손해를 입증함에 있어 지나치게 엄격한 기준을 요구하였고 아울러 이 사건에서 원고가 피고의 구체적 행위로 인한 손해를 입증하는 것이 곤란하다는 사실을 간과하였다고 비판하면서 가정용 비디오녹화가 원고의 원저작물과 동일한 목적을 가지고 있는 이상 公正利用은 성립할 수 없다고 판시하였다.

1024) Sony, 659 F.2d at 969-74.

1025) Id. at 975.

1026) 미국 저작권법 § 504(c)(2)는 저작권침해행위자가 그의 행위가 침해행위라는 사실을 알지 못하였고, 알만한 이유가 없었을 때는 법정손해배상의 범위를 감면할 수 있다고 정하고 있다.

1027) Sony 659 F.2d at 975.

1028) Sony, 659 F.2d at 976. 다만, Sony와 같이 단순히 상품을 공급하는 데 그친 경우 寄與責任에 있어 寄與行爲라고 볼 수 있는지는 간단한 문제가 아님에도 聯邦抗訴法院은 이처럼 간단히 언급하고 관련문헌 몇 개를 인용하는데 그치고 있다.

특히 聯邦抗訴法院은 VTR에 “商業上 主要한 商品”의 原理를 적용한 聯邦地方法院의 판단을 부정하면서, VTR을 商業上 主要한 商品인 카메라나 복사기에 비유하는 것은 설득력이 없다고 보았다. 그 이유에 관하여 법원은 Nimmer 教授의 의견¹⁰²⁹⁾을 원용하면서, VTR은 TV프로그램의 복제를 主된 目的(primary purpose)¹⁰³⁰⁾으로 製造되고 廣告되며 販賣되는데, 사실상 모든 TV프로그램은 저작물이기 때문에, VTR은 用途 相當部分이 非侵害的(substantial noninfringing use)인 경우에 해당하지 않는다고 판시하였다.

다만 聯邦抗訴法院은 저작권자는 침해책임이 있는 자에게 영구적인 留止命令(permanent injury)을 구할 수 있음이 원칙이지만, 예외적으로 그러한 留止命令이 피고 뿐 아니라 일반공중의 이익에도 상당한 손해를 초래할 때에는 留止命令 대신 장래의 이용에 대한 이용료 징수를 구제수단으로 부여할 수 있다는 Nimmer의 견해를 원용하면서¹⁰³¹⁾ 이 사건에서도 VTR의 판매와 時間移動 행위를 계속 허용하기 위하여, 원고에게 禁止處分 대신 利用料(royalty) 지급을 구제수단으로 부여할 수 있을 것이라고 언급하였다.¹⁰³²⁾

4. 聯邦大法院의 判斷¹⁰³³⁾

(1) 多數意見

Sony 事件은 그 중요성이나 나중에 미칠 영향만큼이나 聯邦大法院에서 최종판단이 내려질 때까지의 우여곡절¹⁰³⁴⁾이 많았다. 이러한 역사적 과정은 복제기술과 저작권의

1029) Nimmer, “Nimmer on Copyright”, s 12.04(A) at 12-39, 12-40 (Sony, 659 F.2d at 975에서 再引用).

1030) Sony, 659 F.2d at 975. “Videotape recorders are manufactured, advertised, and sold for the *primary purpose* of reproducing television programming. Virtually all television programming is copyrighted material. Therefore, videotape recorders are not suitable for substantial noninfringing use.” 이 부분 판시를 근거로 聯邦抗訴法院이 聯邦大法院의 “substantial noninfringing uses” 기준과 구별되는, 이른바 “primary purpose” 기준을 제시하였다는 해석은 Ariel B. Taitz, “REMOVING ROAD BLOCKS ALONG THE INFORMATION SUPERHIGHWAY: FACILITATING THE DISSEMINATION OF NEW TECHNOLOGY BY CHANGING THE LAW OF CONTRIBUTORY COPYRIGHT INFRINGEMENT”, George Washington Law Review, November, 1995, pp. 166-67 참조.

1031) Nimmer, “Nimmer on Copyright”, s 13.05(E)(4)(e) at 13-91 (Sony 항소심판결에서 再引用)

1032) Sony, 659 F.2d at 976.

1033) Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 104 S.Ct. 774 (U.S.Cal. Jan 17, 1984).

1034) 처음에는 5명의 대법관이 聯邦抗訴法院의 입장을 그대로 따르자는 多數說의 입장이었다. 그런데 그러한 입장을 옮긴 Blackmun 대법관의 판결초안(draft opinion)은 세 번이나 거듭 多數의 승인을 받지 못하여 판결은 1982년 10월 會期까지 이루어지지 못했다. 그 대신에 1983년 10월 會期에는 재논의가 이루어졌고 그 무렵 Stevens 대법관이 대법원장 Warren Burger 및 대법관 Brennan, White, Powell, O’Conner가 공감하는 입장을 논리를 반영한 양해각서안(draft memorandum)을 회람시켰고, 이후 위 會期에서 또 한번의 투표가 있었을 때 Stevens 대법관의 위와 같은 입장이 聯邦抗訴法院의 입장을 과기하자는 새로운 다수설로서 등장하였고, 이들은 Stevens 대법관에게 판결을 작성하는 임무를 맡겼

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

대립을 법적으로 해결함에 있어, 특히 “侵害的 用途와 非侵害的 用途를 모두 가진 상품을 공급만 하는 경우”, 그 공급자에게 寄與責任에서의 寄與行爲가 있다고 볼 수 있을 지에 관하여 時空을 超越하는 明確한 基準이나 해결의 王道는 없음을 은연중에 암시하고 있다고 하겠다. Sony 判決의 判示要旨는 다음과 같다.

『“聯邦議會가 ...제한된 기간동안 저작자와 발명가에게 각자의 작품과 발견에 대한 독점권을 보장함으로써 과학과 유용한 예술의 발전을 장려할 권한을 가지고 있다”는 미국연방헌법 제1조 제8항의 규정에서 출발하여, 저작권에 주어지는 보호는 전적으로 법규에 의존하는 것이다. 만약 이렇게 명확한 입법적 제시가 없는 경우 저작권이 부여한 보호를 확장하는 것에 법원이 인색한 것은 반복되는 테마로서, 主要한 技術的 革新이 저작물 시장을 일변시켰을 때 역사적으로 뿐만 아니라 적절한 정책에 관하여 법원으로서의 聯邦議會에 의지할 수밖에 없으며,¹⁰³⁵⁾ 聯邦議會가 그러한 신기술에 의하여 불가피하게 영향받고 대립되는 이해관계의 다양한 배열을 완벽하게 수용할 憲法上 授權과 機關의 能力을 가지고 있다.¹⁰³⁶⁾

다만, 이 사건에서와 같이 연방의회가 명확하게 법원이 다루고자 하는 상황을 언급하지 않고 있다면 법원으로서, 그러한 利益衡量을 전혀 예견하지 않은 입법작용에 의해 창설되는 권리의 범위를 추단함에 있어 신중하여야만 한다.¹⁰³⁷⁾

피고 Sony에게 문제삼을 수 있는 책임이 무엇인지에 있어 저작권법은 타인이 범한 침해행위에 책임있는 자를 명확히 규정하지 않았다. 반대로 특허법은 “특허의 침해를

다. Blackmun 대법관의 입장은 결국 반대의견(dissent)으로 남게 되었는데, 그럼에도 Blackmun 대법관은 Brennan 대법관을 聯邦抗訴法院의 판결을 지지하는 입장으로 선회시킬 수 있다고 믿었지만 최종적으로는 그 실패하였다. 결국 Marshall, Rehnquist 대법관과 앞서 Powell 대법관까지 모두 4명이 반대의견을 취하였다. 以上은 Jesse M. Feder, op. cit., pp. 874-76. 이상의 우여곡절을 법원내부 각서안과 비공간초안 등을 원용하며 가장 상세하게 다루고 있는 글로는 Jessica Litman, “THE SONY PARADOX”, The Law, Technology, and the Arts Symposium 「Copyright and Personal Copying: Sony v. Universal City Studios Twenty-One Years Later」, Case Western Reserve University School of Law, February 25, 2005. <www.law.wayne.edu/litman>[2005. 4. 3.], p. 11-25를 꼽을 수 있다. 이에 따르면 이러한 대법관들 사이의 복잡한 시각차를 절충한 결과물인 多數意見이 결코 하나의 명확한 논리에 입각하지 않고 있는 것이 오히려 당연하다는 해석이다(Id. at 27).

1035) Sony 判決의 다수의견이 그 예로 원용하고 있는 것으로는 Teleprompter Corp. v. CBS, 415 U.S. 394, 94 S.Ct. 1129, 39 L.Ed.2d 415 (1974); Fortnightly Corp. v. United Artists, 392 U.S. 390, 88 S.Ct. 2084, 20 L.Ed.2d 1176 (1968); White-Smith Music Publishing Co. v. Apollo Co., 209 U.S. 1, 28 S.Ct. 319, 52 L.Ed. 655 (1908); Williams and Wilkins v. United States, 487 F.2d 1345, 203 Ct.Cl. 74 (1973), affirmed by an equally divided court, 420 U.S. 376, 95 S.Ct. 1344, 43 L.Ed.2d 264 (1975) 등의 事件들이다. 그 외에 Sony 判決이 내려진 이후 최근의 聯邦大法院이 같은 입장을 보인 사례를 들자면, 저작권법상 50년보호기간을 70년으로 연장한 특별입법의 정당성이 다투어진 Eldred v. Ashcroft 事件[537 U.S. 186, 188, 222 (2003)]에서 “聯邦議會가 전형적으로 결정하는 판단을 반영”하였을 뿐이라고 하여 특별입법의 정당성을 긍정한 사례가 있다.

1036) 이 부분 판시는 가령 Grokster 事件의 抗訴審 같이 새로운 복제기술과 저작권의 충돌을 직접 다룬 사건들뿐만 아니라 Verizon 事件의 原審과 抗訴審 判決에서도 거듭 인용되고 있다.

1037) 以上은 Sony, 104 S.Ct. at 782-85.

誘發한”자를 35 U.S.C. §271(b)에서 명확하게 포섭하고 있고 나아가 §271(c)에서 “寄與(contributory)”행위자라는 분류된 특정인에게 책임을 부과하고 있다. 그런 명시적 문구가 저작권법에 없다하여서 침해행위를 스스로 범하지 않은 특정한 당사자에 저작권 침해 책임을 부과할 수 없는 것은 아니다.¹⁰³⁸⁾ 그러나 直接侵害, 寄與侵害, 그리고 代位侵害 사이에 명확한 구별을 할 수 있는 것은 아님은 聯邦地方法院이 정확하게 고찰한 바와 같다. 당사자들의 서면진술을 볼 때 피고의 直接侵害와 代位責任은 明示的으로는 법원에 제기된 적이 없다. 그러나 예전에는 유래 없는 원고의 寄與侵害에 관한 주장을 합리적으로 분석하는 데는 반드시, 마찬가지로 다른 명칭으로 포장되어 있는 학설과 판례를 살펴야 하며, 당사자들이 실제 寄與責任의 쟁점에 있어 당사자 각자의 입장을 옹호하는데 다른 책임들의 학설과 논거까지 원용하고 있음을, 법원은 주지하고 있다.¹⁰³⁹⁾ 결국 원고가 피고에게 묻는 책임은 명목상으로는 寄與責任이지만, 寄與責任과 代位責任 등을 명확히 구별할 수 없는 데다가 명목상 代位責任 등 다른 법리의 논의처럼 보인다 하더라도 그 논의 속에서 예전에는 유래 없는 형태의 이 사건 寄與侵害主張을 제대로 분석할 수 있다.

원고들은 聯邦大法院에 의한 1911년 Kalem Co. v. Harper Brothers 判決¹⁰⁴⁰⁾에 주로 의지하여, 이용자들의 直接侵害行爲에 대한 피고의 間接的인 責任을 추궁하고 있다. Kalem 事件에서 연방대법원은, 저작권있는 책 “벤허”의 내용을 허락없이 필름 劇化한 製作者는, 그 필름을 번갈아 유료상영한 중간상인들에게 그 활동사진(motion picture)을 販賣하였기 때문에¹⁰⁴¹⁾ 책임을 부담한다고 하였다. 위 사건판결문을 작성한 Holmes 判事は “피고는 그 소설을 劇(劇)으로 복제하는 것을 단지 예상한데 그치지 않고 廣告를 통하여 야기하였다. 劇으로의 복제는 그 필름들이 이용될 수 있는 가장 현저한 목적이었고, 그 필름들이 특별히 제작된 목적이었다...”라고¹⁰⁴²⁾ 판시하였다.

하지만 위 사건은, 침해행위를 수행하기 위한 “道具(means)”를 제공하고 그런 침해행위를 廣告로 유발한 행동만으로도 저작권침해에 대한 책임을 지울 수 있다는 원고의 전혀 새로운 이론에 근거가 될 수 없다. 원고들은 소위 “道具理論(supplying means theory)”를 내세워 Sony가 침해의 도구를 제공한 이상 책임이 있다고 다투었지만, 위 Kalem 事件에서는 道具(means)가 아닌, 도구를 이용한 침해결과물(the work itself)

1038) Id. at 785.

1039) Id. at 785, FN17.

1040) 222 U.S. 55, 32 S.Ct. 20, 56 L.Ed. 92.

1041) 직접 활동사진을 상영하지는 않았을지라도 필름을 제공하여 상영을 가능하게 하였다는 이유로 상영으로 인한 저작권침해에 대한 책임을 긍정한다는 취지이다.

1042) 이 부분은 Sony 判決에서는 주목되지 않았지만, 나중의 Grokster 事件에 대한 연방대법원의 판결과 관련되어서는 무척 중요하다. “The defendant not only expected but *invoked by advertisement* the use of its films for dramatic reproduction of the story. That was the most conspicuous purpose for which they could be used, and the one for which especially they were made...”

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

자체를 공급한 것이어서 Sony 사안에 先例로서 원용할 수 없다. 이 事件 베타맥스 VTR은 저작물의 합법적 뿐만 아니라 불법적 복제에도 사용될 수 있기는 하지만, 베타맥스 VTR의 潛在的 用途(potential use)는 Kalem 事件에 등장한 “벤허” 필름과 같이 특정한 侵害的 用途에 국한되지 않고 훨씬 더 넓은 폭을 가지고 있는 것이다.¹⁰⁴³⁾

앞서 사건에서 Holmes 判事가 저작권침해에 필름製作者가 “寄與”하였다고 언급한 이래 “寄與侵害”는 하급심법원의 저작권 관련 사건들 중 直接侵害者와 寄與侵害者 사이에 直接侵害行爲가 발생할 당시에 繼續的인 關係(ongoing relationship)가 있는 사례들에 대하여 적용되어 왔다. 이러한 사례들에서는, 代位責任을 부과하는 것이 명백하게 타당한 다른 사례들에서처럼, 寄與侵害者가 타인들의 저작물이용을 統制할 수 있는 地位에 있었고 저작권자의 허락없는 이용행위를 허용한 사례들이었다.¹⁰⁴⁴⁾

그러나 Sony 事件은, 이러한 범주에 속하지 않는다.¹⁰⁴⁵⁾ 왜냐하면, 聯邦地方法院이 인정한 사실에 따르면 Sony측의 어떤 피용자도 침해행위라고 주장되는 행위들과 직접 관련을 가지거나, 저작물을 녹화한 VTR 구입자들과 직접 접촉을 한 바 없기 때문이다. 피고 Sony와 VTR 이용자간의 유일한 접촉은 VTR을 판매하는 시점에만 발생한다. 이러한 경우에 2次的 責任(vicarious liability)¹⁰⁴⁶⁾을 피고에게 부과하려면, 그 논리는 소비자들이 VTR을 이용하여 저작물을 불법복제하기 위하여 당해 장비를 사용할 수도 있다는 推定的 認識(constructive knowledge)을 가진 채 VTR을 販賣하였다는 사실에만 의존하게 된다.

그러나 그러한 논리에 의거하여 2次的 責任(vicarious liability)을 인정한 先例는 찾아볼 수 없다. 이러한 先例와 관련하여 가장 유사한 경우로는 저작권법과 역사적으로 밀접한 관계에 있어 여기서 언급하기에 적당한 特許法上 先例들에서 찾을 수 있겠다.¹⁰⁴⁷⁾ 美國 特許法은 著作權法과 달리 침해의 개념뿐만 아니라 寄與侵害(contributory infringement)의 개념까지 명확히 정의하고 있고 이때 寄與侵害는 특정한 특허와 관련

1043) Sony, 104 S.Ct. at 786.

1044) Id. “...the label ‘contributory infringement’ has been applied in a number of lower court copyright cases involving an ongoing relationship between the direct infringer and the contributory infringer at the time the infringing conduct occurred. In such cases, as in other situations in which the imposition of vicarious liability is manifestly just, the contributory infringer was in a position to control the use of copyrighted works by others and had authorized the use without permission from the copyright owner.” 이 부분을 보아도 聯邦大法院은 Sony 判決에서 법리상 寄與責任과 代位責任을 엄밀히 구별하지 않았음을 분명히 알 수 있다.

1045) Sony, 104 S.Ct. at 776-777.

1046) 이 부분 판사에서 聯邦大法院은 정확히는 “contributory liability”라는 용어를 사용하여야 할 위치에 연거푸 “vicarious liability”의 용어를 사용하고 있다. 따라서 문맥상, 여기서의 vicarious liability는 흔히 지칭하는 代位責任만을 의미하는 것이 아니라, 널리 직접침해책임에 대한 그 도구공급자의 2次的 責任(secondary liability) 내지 부차적 책임(derivative liability)을 의미한다(비슷한 취지의 해석으로는 Napster, 239 F.3d at 1022-23 참조).

1047) Sony, 104 S.Ct. at 787.

하여 사용하기 위해 만들어진 部品을 알면서 판매하는 행위에 국한하여 적용된다. 게다가 特許法은 “相當部分의 用途가 非侵害의인, 商業上 主要한 商品이나 物品(a staple article or commodity of commerce suitable for substantial noninfringing use)”의 판매는 寄與侵害가 아니라고 규정하고 있다.¹⁰⁴⁸⁾ 이런 까닭에 미국의 聯邦大法院은 特許權에 대한 寄與侵害의 事件들에서 특허권자가 법률상 인정범위를 넘어 그의 독점권을 부당하게 확장하지 못하도록 하는 측면의 중요성을 항상 인정해왔고, 이러한 事件들¹⁰⁴⁹⁾에서 그 商品이 商業的으로 非侵害的 用途에 적합하지 않는 경우가 아니라면 특허권자의 허락없는 상품의 배포일지라도 이를 통제할 수 있는 권한은 특허권자에게 없다고 부정해 왔던 것이다. 당해 물품이 특허된 方法의 實施를 통한 用途를 제외하고는 다른 用途를 가지고 있지 않는 경우가 아니라면, 特許權者는 그 물품의 배포가 寄與侵害에 해당한다고 주장할 권리는 없고, “寄與侵害의 근거가 되려면 그 아이템이 거의 전적으로 오로지 특허발명의 부품으로서만 적합하여야”¹⁰⁵⁰⁾ 한다. 따라서 비록 侵害的 用途에 적합할 뿐만 아니라 아울러 다른 用途로서 合法的 用途를 가진 商品의 판매행위만으로는 그 상품판매자를 寄與侵害者로 볼 수 없다. 그러한 규제는 商業의 원활한 유통(wheels of commerce)을 막을 것이고, 다른 합리적 근거에도 반하는 것이다.¹⁰⁵¹⁾

聯邦大法院은 特許法과 著作權法이 상당부분 차이가 있음을 고려하고 있다. 하지만, 양쪽 분야 모두에서 寄與侵害의 원칙은 獨占權에 대한 적절한 보호를 위하여 법원은 당해 도구나 서적의 실제 모방행위를 넘어 그러한 모방을 가능하게 한 商品이나 行爲에 주목하여야 한다는 이해에 바탕을 둔 것이고, 商業上 主要한 商品이라는 원칙은 단지 상징적이 아닌 효과적인 법정 독점권의 보호에 대한 著作權者의 합법적 요구와 實質的으로 그와는 關聯없는 商業分野(in substantially unrelated areas)에 자유로이 종사할 다른 자들의 權利 사이의 均衡을 맞추어야만 한다. 따라서 당해 商品이 널리 合法

1048) 35 U.S.C. §271 “(a) 이 節에 달리 규정된 경우를 제외하고는 특허의 존속기간동안 허락없이 특허발명을 美國內에서 제조, 사용 또는 판매하는 자는 특허권을 침해하는 것이다. (b) 특허의 침해를 적극적으로 유발한 자는 침해자로서 책임을 진다. (c) 특허받은 기계, 기구, 조합 혹은 결합품의 부품, 혹은 특허받은 과정을 實施하는 데 사용되는 물질 혹은 도구를 판매하는 자로서, 그러한 것들이 당해 특허의 침해가 되는 用途(use)를 위하여 특별히 제작되었거나 특별히 개량되었음을 알고 있고, 아울러 그러한 것들이 相當部分 非侵害的 用途에 적합한 商業上 主要한 商品이나 物品(a staple article or commodity of commerce suitable for substantial noninfringing use)이 아닌 경우는 寄與侵害者로서 책임을 진다. 原文은 “... (b) Whoever actively induces infringement of a patent shall be liable as an infringer. (c) Whoever offers to sell or sells within the United States or imports into the United States a component of a patented machine, manufacture, combination or composition, or a material or apparatus for use in practicing a patented process, constituting a material part of the invention, knowing the same to be especially made or especially adapted for use in an infringement of such patent, *and not* a staple article or commodity of commerce suitable for substantial noninfringing use, shall be liable as a contributory infringer.”

1049) Sony 判決文에서는 여기서 Dawson Chemical Co. v. Rohm & Hass Co. 事件 [448 U.S. 176, 198, 100 S.Ct. 2601, 2614, 65 L.Ed.2d 696 (1980)] 을 예로 들고 있다.

1050) P. Rosenberg, “Patent Law Fundamentals”, 17.02[2] (1982). (Sony, 104 S.Ct. at 788에서 再引用).

1051) Sony, 104 S.Ct. at 788.

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

의이고 용인될 수 있는 用途에 사용되는 때라면, 복제기기의 공급은 다른 상업상 상품의 공급과 마찬가지로 寄與侵害에 해당하지 않는다. 그 상품은 단지 相當部分의 非侵害的 用途(substantial noninfringing uses)를 가질 수 있으면 되는 것이다.¹⁰⁵²⁾

따라서, Sony가 商業적으로 重要な 非侵害的 用途(commercially significant noninfringing uses)¹⁰⁵³⁾를 갖추었는지를 살펴야 한다. 다만, 당해 기구의 일체의¹⁰⁵⁴⁾ 다양한 潛在的 用途(potential use)를 탐색하고 그러한 用途들이 침해에 해당하는지 아닌지를 법원이 결정할 필요는 없고, 聯邦大法院으로서는 단지 聯邦地方法院이 발견한 사실에 따라 그러한 用途들의 相當數가 非侵害的인지를 고려하면 족하다. 게다가, 이 사건을 해결하기 위하여 얼마나 많은 用途라야 商業적으로 重要하다고 할 수 있을지 정확한 내용을 정할 필요도 없는데, 家庭에서의 私的, 非營利的 時間移動이라는 베타맥스 VTR의 潛在的 用途가 분명하게 위의 用途에 관한 기준을 충족하고 있기 때문이다. 이하에서는 非侵害的 用途를 자세히 살펴에 있어, 크게 저작권자의 허락이 있는 時間移

1052) Id. at 788-789. “the sale of copying equipment, like the sale of other articles of commerce, does not constitute contributory infringement if the product is widely used for legitimate, unobjectionable purposes. Indeed, it need merely be capable of substantial noninfringing uses.”

이 부분 앞문장은 “널리 合法的이고 용인될 수 있는 用途에 사용”될 것까지 요구함에 반하여, 뒷문장은 “단지 相當部分의 非侵害的 用途(substantial noninfringing uses)를 가질 수 있으면 되는 것”이라고 완화된 요구를 하고 있어 그 해석을 둘러싸고 아직 다툼이 있다(Elizabeth Miles, op. cit., p. 24 FN18). 앞문장에 치중한 해석을 하면, 당해 상품은 合法的 用途에 있어, 現實에서 널리 合法的 用途에 사용되어야 한다. 반대로 뒷문장에 중점을 두고 해석하면, 단지 潛在的으로 合法的 用途에 相當部分만 사용될 수 있으면 족하다는 입장이 된다(예를 들어 Aimster 事件에서 피고의 주장이 그러하였다; Aimster, 334 F.3d at 651). 미국에서도 이 衝突에 대하여 명확한 교통정리는 이루어져 있지 않고 이를 해석하는 법원이나 論者の 입장에 따라 어느 한쪽을 취하여 설명하고 있을 뿐이다.

筆者가 아래 제7장 제2절 5. (2)에서 이른바 “損失과 利益의 比較는 概略的 判斷으로 족하다는 原則”으로 설명하듯이, Sony 判決이 지향하는 목적은 당해 상품이 가져오는 社會的 利益이 侵害的 用途로 인한 社會的 損失보다 더 크다면 그러한 상품의 공급을 侵害的 用途 때문에 막지 않겠다는 것이다. 즉 위 判示文 중 앞문장과 같이 “현실에서 널리, 즉 과반수이상의 合法的 用途로 사용”되는 상품을 그것이 수반한 일부 侵害的 用途에 불구하고 용인하고자 하는 것이다. 그러나 법원이 社會的 利益과 社會的 損失을 정확히 계량하여 판단하는 것은 곤란하기 때문에 법원으로서의 현실적으로 위 判示文 중 뒷문장과 같이 “潛在的으로 合法的 用途에 相當部分만이라도 사용”될 여지가 있다고 판단되면 일단 그 상품의 공급을 허용하는 것이 유용한 판단의 틀이 될 수 있다. 여기에 既存 著作權과 衝突하는 進歩된 技術이 가져올 中國적인 利益의 총량이 損害의 양보다 클지, 작을지 불명확하더라도 상당한 이익의 존재만 인정되면 進歩된 技術의 등장을 일단은 막지 않는다는 聯邦大法院의 역사적 고찰이 반영되어 있다고 본다. 결론적으로 위 判示文 중 앞문장은 Sony 判決이 궁극적으로 지향하는 내용을, 뒷문장은 Sony 判決이 향후 하급법원 등에게 현실적인 판단기준으로 제시하는 내용이라고 나누어 이해하는 것이 타당할 것이다.

1053) 非侵害的 부분만으로 독자적으로 市場에서 판매, 공급될 수 있는지 여부를 말한다 [Jesse M. Feder, op. cit., p. 914.는 “상품의 개발과 배분을 지탱할 만한 사업 모델을, 뒷받침할하기에 충분한 用途 (commercially significant noninfringing uses are uses that are sufficient to sustain the business model that supports the development and distribution of a product)”라고 정의하고 있다]. Sony가 창출한 “商業的인 重要性”기준은 技術 그 자체에 초점을 맞추는 대신 당해 商品이 제조, 판매, 소비되는 사업과정 속에서 技術을 파악할 것을 요구하고 있다고 하겠다(Jesse M. Feder, op. cit., p. 914). 그렇지만, 聯邦大法院의 관시에서도 알 수 있듯이 “相當部分이 非侵害的 用途”라는 표현과 실질적으로 같은 의미라고 하겠다(반대취지는 Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, op. cit., p. 1355. FN38). 참고로, Grokster 抗訴審 判決에서는 “commercial viability”라는 표현을 사용하고 있다.

1054) Sony 判決文에서 “all”을 실제로 강조하고 있다. “...we need not explore all the different potential uses of the machine and determine whether or not they would constitute infringement.”

動의 경우와 허락이 없는 時間移動의 두 가지로 나누어 그 해당여부를 살핀다.¹⁰⁵⁵⁾

먼저, 저작권자의 허락이 있는 時間移動의 경우를 보면 원고 Universal 등은 비록 이러한 허락을 한 바 없지만, 다른 저작권자들이 자신들의 프로그램에 대하여 그러한 時間移動을 허락하는 것을 막을 권리가 없다고 할 수 있다. 이렇게 방영을 허락한 저작권자들의 시청자들을 확충해주는 기기라 할 VTR 공급자인 피고의 2次的 責任은 아예 문제되지 않는다.¹⁰⁵⁶⁾ 프로그램의 저작권자들이 이용자들의 가정용 비디오녹화를 허락하는 한, 단지 그 기기가 일부 이용자에게 의하여 허락받지 않은 저작물 복제에 이용된다는 이유만으로 억제되어서는 안 된다.

다음으로, 허락없는 時間移動의 경우를 보건대, 허락없는 저작물의 이용이 반드시 침해행위가 되는 것은 아니고 公正利用(fair use)에 해당되어 허용될 수 있고¹⁰⁵⁷⁾ 公正利用을 판단하는 네 가지 요소들 중 첫 번째 판단요소인 “저작물 이용의 목적 및 성격”이 가장 중요한데, 이 사건의 경우 家庭에서의 사적이용을 위한 時間移動은 비상업적, 비영리적 목적의 이용임이 분명하다. 무료방송에서의 방영을 허락한 저작권들 중 상당수가 그러한 방영이 사적시청자에 의해 (가령 VTR 소유자들이 시청할 수 없는 시각에 방송을 녹화하여 나중에 볼 수 있도록 하는 것과 같이) 時間移動(Time-shifting)되는 것에 반대하지 않을 蓋然性이 있다. 時間移動이 원래 무료로 시청하기로 되어 있었던 TV 저작물을 나중에 볼 수 있게 해준다는 점을 볼 때 公正利用의 판단요소 중 “이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 量과 質”과 관련하여 전체저작물이 복제된다는 사실은 公正利用의 인정에 방해가 되지 않는다. 公正利用의 판단요소 중 “이용자의 이용이 저작물의 잠재적 시장 또는 가치에 대하여 미치는 영향”에 있어서는 聯邦地方法院이 증거에 따라 상세히 분석한 바에 따르면, 時間移動이 원고 저작물의 將來 市場이나 가치에 적지 않은 손해를 유발할 가능성은 없다. 결국 이러한 公正利用 요소를 종합하건대, 聯邦地方法院의 입장대로 이러한 경우의 時間移動은 公正利用에 해당한다.¹⁰⁵⁸⁾』

以上과 같은 聯邦大法院의 多數意見의 判旨를 압축하자면 다음과 같다.

『Sony 事件에서 원고는, 피고에 대하여 피고의 상품공급행위에 대하여 寄與責任을 주장하였다. 그런데, Sony 法院의 多數意見이 보기에, 著作權關聯 法院先例상 寄與責任

1055) Sony, 104 S.Ct. at 788-789.

1056) Id. at 789-791.

1057) 이에 반하여, Napster 事件에서는 이용자들의 행위가 公正利用이 아니므로 직접침해가 성립되고 그에 따라 더 나아가 ISP의 2次的 責任이 검토될 수 있어 그 검토결과에 따라 책임이 긍정된 것이며, 마찬가지로 Grokster 事件(259 F.Supp.2d at 1034-35)에서도 이용자들의 행위가 직접침해에는 해당됨을 전제로 서비스제공자의 2次的 責任이 검토되었지만 그 책임은 부정되었던 것이어서, Sony 判決에서와는 논리상 차이점이 있다.

1058) Sony, 104 S.Ct. at 796.

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

은 공급자와 이용자의 계속적인 관계(ongoing relationship)가 존재할 때만 인정되는 책임이다. 그러나 Sony VTR의 경우는 오로지 VTR 판매시점만 공급자와 이용자가 일시 접촉할 뿐이어서, 이러한 계속적인 관계는 존재하지 않는다. 이러한 경우에도 寄與責任을 그대로 확장적용할 수 있을까? 위에서 살핀 著作權關聯 法院先例에서는 이러한 확장적용을 인정한 사례는 없고, 저작권법에 인접한 特許法關聯 法規를 참고하자면 상품판매의 경우 그 상품 用途 相當部分이 非侵害的인 때는 상품판매만 한 행위에 대하여는 오히려 寄與責任을 부정하고 있다. 따라서 피고의 VTR 판매행위에 대하여 寄與責任을 인정할 수 있을지 여부는 당해 VTR 用途 相當部分이 非侵害的인지 여부에 따라야 맞다. 구체적으로 먼저, VTR의 녹화가 일부 저작권자들의 허락을 받은 경우는 당연히 非侵害的 用途의 이용에 해당하고, 다음으로 원고처럼 허락하지 않은 저작권자의 저작물을 VTR로 녹화한 경우라도 각종 통계조사 등 증거에 비추어 드러나는 사실은, 나중의 시청을 위하여 미리 녹화해두는 이른바 時間移動은 심지어 원고같은 저작권자에게도 해가 되지 않는 公正利用에 해당되어 역시 非侵害的 用途의 이용에 해당된다. 결론적으로 어느모로보나 이용자들의 VTR의 이용은 非侵害的 用途에 해당하며 설령 일부 侵害的 用途가 존재함이 인정되지만 非侵害的 用途가 相當部分인 이상 피고는 寄與責任이 없다』

聯邦大法院은 聯邦地方法院과 마찬가지로 미국 특허법상의 이른바 “商業上 主要한 商品(staple article of commerce)”의 원칙을 차용하고 있다. 즉 이러한 법리에 따르면 복제기기의 공급자는, 그 기기가 用途의 “相當部分 非侵害的 用途(substantial noninfringing use)”를 가지고 있거나, “商業적으로 重要한 非侵害的 用途(commercially significant noninfringing use)”를 가지고 있음만 증명하면 寄與責任의 주장을 물리칠 수 있다. 법원이 이렇게 특허법의 법리를 저작권법에 차용한 것은 이것이 처음이 아니며, 저작권침해에 대한 2次的 責任 중 하나인 寄與責任(Contributory Liability)의 원칙이 역시 미국 특허법상 “Contributory Infringement”¹⁰⁵⁹⁾에서 출발하였다고 보는 것이 대개의 해석이다. 이렇게 차용된 저작권법상의 “商業上 主要한 商品의 原則(staple article of commerce doctrine)”은, 寄與責任에 대한 항변 중 사실 가장 강력한 抗辯이라 할 수 있다.¹⁰⁶⁰⁾

(2) 少數意見¹⁰⁶¹⁾

연방대법관 4인이 취한 少數意見은 가정에서 행해지는 時間移動은 公正利用에 해당

1059) 35 U.S.C. 271 (Infringement of patent).

1060) 그런 까닭에 앞서 Napster 事件을 비롯한 거의 모든 유사사건들에서 被告가 된 기술공급자 내지는 서비스공급자들은 원고측의 寄與責任 추궁에 맞서, 예외 없이 Sony 原則을 방어수단으로 원용하였다.

1061) Sony, 104 S.Ct. at 796-818 (Blackmun, J., dissenting).

되지 않기 때문에 寄與責任에 관한 나머지 요건을 좀더 살펴보아야 한다는 입장을 밝혔다. 少數意見은 公正利用의 판단기준에 관한 네 가지 요소, 즉 (1) 당해 이용이 영리적 성격인지 아니면 비영리적 교육 목적인지를 포함하여, 저작물 이용의 목적 및 성격, (2) 저작물의 성격, (3) 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 량과 質, (4) 이러한 이용이 저작물의 잠재적 시장 또는 가치에 대하여 미치는 영향을 순차로 검토하면서, 時間移動(Time-shifting) 행위는 비판, 비평 등의 새로운 문화창달의 목적을 갖고 있는 것이 아니라 단순히 이용자의 욕구를 만족시키는 데 불과하여 법이 정한 創作的인 活動을 目的으로 해야 한다는 要件¹⁰⁶²⁾을 결여하고 있으므로, 時間移動 행위는 公正利用의 영역에 포함될 여지가 없다고 하였다.

특히 少數意見은 “商業上 主要한 商品(staple article of commerce)” 原則을 직접 도입한 多數意見의 입장을 완전히 반박하지는 않고, 商業上 主要한 商品 原則의 논리 상당부분은 저작권법안에도 이미 존재하며 聯邦地方法院이 관시한대로 만약 寄與責任이 타이프라이터, 카메라, 복사기 같이 침해에도 사용되는 상품의 제조자나 판매자에게 부과된다면 商業의 원활한 유통을 막을 것이라고 인정하면서, 당해 商品의 重要한 (significant) 部分이 非侵害的일때는 그러한 제조자나 판매자에게 그 상품의 侵害的 用途에 대한 寄與責任을 추궁할 수는 없음은 인정하였다. 그러나 만약 실제로 商品의 모든 用途가 侵害를 위한 것이라면 寄與責任이 부과되어야 하는 것이며, 아울러 만약 아무도 그 商品을 非侵害的 用途만으로는 구입하려 하지 않는다면 제조자가 商品의 侵害部分으로부터 이익을 얻고 있음이 추정되고 責任이 부과되는 것이 정당해지는 것이라고 보았다. 나아가 이 사건에서는 聯邦抗訴法院은 “당해 VTR이 주로 TV프로그램을 복제할 목적으로 제조, 광고, 판매되었다는 사실”, “모든 TV프로그램은 실제로 저작물이라는 사실”을 인정하였는데, 少數意見으로서 前者의 사실 인정은 타당하지만 後者의 사실 인정은 옳지 않다고 하면서, 쟁점은 “TV프로그램 중 얼마나 저작물이나”가 아니라 VTR의 侵害的 用途가 차지하는 량이라고 판단하였다. 聯邦地方法院은 “非侵害對 侵害的인 가정용 녹화의 比率(percentage of legal versus illegal home-use recording)”을 발견하는 것을 굳이 거부하였지만 少數意見의 입장으로는 이러한 比率의 발견이 必須的이어서 이러한 점에서 聯邦地方法院에서 이 점을 더 심리하도록 과거 하여야 한다는 입장을 나타내었다.¹⁰⁶³⁾

少數意見은 多數意見을 비판하면서, 多數意見이 寄與責任의 요건을 극히 좁게 해석하는 것은 多數意見이 責任의 有無 問題와 救濟策의 有無 問題를 혼동하고 있음을 반영하는 것이라고 보았다. 多數意見은 寄與責任을 좁게 해석하는 것이 “實質的으로 關聯없는 商業에 자유로이 종사할 다른 자들의 權利”를 보호하기 위하여 불가피하다는

1062) 이를 “productive theory”라고도 한다(筆者註).

1063) Sony, 104 S.Ct. at 814-816.

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

논리이지만, 寄與侵害를 긍정하는 것이 위와 같이 다른 자들의 權利에 방해가 되는 경우는 寄與責任에 따른 구제수단으로 공급자에 대한 留止處分(injuntion)이 내려질 때에 한정된다고 보았다. 留止處分 대신 이용료(royalty) 지급제도를 도입하는 것과 같이 다른 구제수단을 저작권자에게 부여하는 代案으로 Sony와 같은 상품공급자의 보호는 충분하다는 것이다.¹⁰⁶⁴⁾ 적절한 구제수단이 무엇인지의 문제는 법원이 지금 다루고 있지 않지만¹⁰⁶⁵⁾ 일견 광범위한 留止處分은 여기서 법원이 명할 구제수단은 되지 않는다고 보았다. 그러함에도 이처럼 多數意見이 구제수단의 문제까지 미리 근심하여 침해책임의 존재 자체를 부인한 것은 부당하다는 것이다. 나아가 설령 구제수단을 마련하는 것이 곤란하더라도 이런 점이 법규의 해석에 따른 책임 자체를 부인하여서는 안된다고 마무리하였다.¹⁰⁶⁶⁾

5. Sony 原則의 올바른 適用

(1) Sony 原則에 대한 相異한 解釋들

1) Napster, Aimster, Grokster 判決들의 相異한 解釋

(A) 상품공급자 아닌 서비스제공자에 Sony 原則이 적용되는지 여부

Sony 事件에서는 상품(VTR)만이 문제되었지만 나아가 ISP와 같은 서비스제공자의 경우 그 서비스에 있어서도 Sony 事件에서 聯邦大法院이 제시한 原則, 줄여서 Sony 原則을 원용할 수 있을지 論難이 있다. 이와 관련하여 Sony 判決의 多數意見은 "...寄與侵害는 하급심법원들의 저작권 관련 사건들 중 直接侵害者和 寄與侵害者 사이에 직접침해행위가 발생할 당시에 繼續的인 關係(ongoing relationship)가 있는 사례들에 대하여 적용되어 왔는데 이러한 사례들에서는, 代位責任을 부과하는 것이 명백하게 타당한 다른 사례들에서처럼, 寄與侵害자가 타인들의 저작물이용을 統制할 수 있는 地位에 있었고 저작권자의 허락없는 이용행위를 허용한 사례들이었다"라고 判示¹⁰⁶⁷⁾하고 있다.

1064) 여기서, 少數意見은 1984년 당시 이용료(royalty) 제도를 다루고 있던 獨逸, 오스트리아의 법령과 EC 위원회의 권고 등 다양한 참고사례를 원용하는 외에 美國에서도 그러한 로얄티지급은 친숙하다는 사례로 Broadcast Music, Inc. v. Columbia BroadcastingSystem, Inc. 事件 [441 U.S. 1, 4-5, 99 S.Ct. 1551, 1554, 60 L.Ed.2d 1 (1979)] 을 들었다. 다만 그러한 종류의 구제수단은 集團訴訟과 같은 수단을 통하여 다른 모든 저작권자들이 소송에 참가할 필요가 있음도 지적하였다.

1065) 多數意見도 royalty와 같은 구제수단의 차원을 전혀 생각하지 않은 것은 아니었지만, 그러한 구제수단은 立法府의 소관일뿐 법원이 그 보안을 하는 것은 허용되지 않는다고 보았다. 이에 관하여는 First Draft of Memorandum of Justice John Paul Stevens, at 20-22 (June 13, 1983)(On file at Box 336, Folder 2, Thurgood Marshall Papers, Manuscript Division, Library of Congress, Washington, D.C.) 참조(Jesse M. Feder, op. cit., p. 878. FN88에서 再引用).

1066) Sony, 104 S.Ct. at 818.

1067) Sony, 104 S.Ct. at 786. 해당 원문은 위 판결설명 부분 참조.

여기서 앞부분 문장에만 주목¹⁰⁶⁸⁾한다면 상품의 단순판매에 그치지 않고 상품공급자의 서비스까지 이어진 경우에는 상품을 사용하는 이용자(直接侵害者)와 서비스공급자(寄與侵害者)사이의 繼續的인 關係가 있는 사례에 해당함이 분명하므로, ISP와 같은 서비스제공자의 경우에는 Sony 原則을 적용하지 않겠다는 것이라고 해석할 수도 있겠다.

學說 중에도 그런 취지로 해석하는 입장¹⁰⁶⁹⁾이 있다.

判例를 보면 우선 Napster 1審¹⁰⁷⁰⁾이, 앞서 보았듯이 Sony 原則에 따라 면책되어야 한다는 Napster의 주장을 배척하는 이유 중의 하나로 Sony 原則은 Napster와 같이 서비스를 통하여 계속적인 통제를 행사하고 있는 사안에는 적용될 수 없음을 들었음은 이미 설명하였다. 즉 Sony 事件에서는 피고의 참여가 단지 VTR을 제조하고 판매하는 시점까지이므로 Sony社와 VTR이용자들 사이의 유일한 접촉은 판매의 순간에만 일어나게 되지만,¹⁰⁷¹⁾ 이와 대조적으로 Napster 事件에서 피고 Napster는 이용자들이 파일을 업로드, 다운로드하려면 반드시 접속해야 하는 통합시스템을 유지하고 감독하고 있다는 것이다. 마찬가지로 Aimster 1심판결¹⁰⁷²⁾도 Sony 原則이 Aimster 事件에는 적용될 수 없는 이유 중의 하나로 Aimster는 판매된 이후부터 이용자들이 그들 독자적으로 사용하는 상품이 아니고 Fonovisa 事件의 물물교환시장에 유사한 “서비스”로 피고가 이용자들에게 持續的인 統制를 행사하였음을 들고 있다.

반대로, Napster 抗訴審¹⁰⁷³⁾은 확실하지는 않았으나, 일단 Sony 原則이 Napster와 같이 서비스가 계속되는 경우에도 적용된다는 입장을 취한 것으로 보인다.¹⁰⁷⁴⁾ 나아가 Aimster 抗訴審¹⁰⁷⁵⁾에서는 service에도 Sony 原則이 적용된다고 명백히 선언하였다. 즉, 서비스의 경우 상품공급과는 달리 서비스제공자가 지속적으로 이용자와 연결이

1068) Sony 判決의 多數意見은 바로 이어지는 뒷부분 판시에서도 피고는 VTR 판매의 순간만 이용자와 접촉할 뿐이고, 이렇게 판매순간만 접촉하는 경우 寄與責任에 어떻게 변형되어 적용되는 지에 관하여 마칩내는 역사적으로 저작권법과 인접한 특허법 중, 寄與侵害의 규정에서 “用途 相當部分이 非侵害的” 상품의 공급행위는 寄與侵害가 아니라는 원칙을 수입하고 있다. 그러나, “繼續的인 關係”의 유무보다 더 중요한 것은 위 判示의 나머지 部分, 즉 “寄與侵害者가 타인들의 저작물이용을 統制할 수 있는 地位에 있었고 저작권자의 허락없는 이용행위를 허용한 사례”인지 여부라고 할 것이다. 왜냐하면 특허법상 寄與侵害의 예외규정의 취지도, “계속적인 관계”가 존재하지 아니하므로 당해 상품의 공급행위가 寄與侵害가 아니라는 형식적인 논리에서 비롯된 것이 아니라, 그러한 관계의 부재로 이용행위 중 일부의 침해를 공급자가 막을 수 없을지라도 나머지 더 큰 비침해적 부분 때문에 일단 책임을 추궁하지 않고 공급을 허용하겠다는 실질적인 논리에서 비롯된 것이라고 보아야 하기 때문이다.

1069) Jeffrey G. Knowles, “PEER-TO PEER FILE SHARING: THE SONY DECISION”, 801 PLI/PAT 597, September 2004, p. 599, 602, 615.

1070) Napster, 114 F.Supp.2d at 917.

1071) Sony, 464 U.S. at 438, 104 S.Ct. 774.

1072) Aimster, 252 F.Supp. 2d at 653.

1073) Napster, 239 F.3d at 1021.

1074) 다만 이러한 입장이 명시적으로 판시하고 있지는 않으나, 서비스부분을 寄與侵害로 볼 수 있는 이상 법원은 전반적으로는 Napster 소프트웨어의 공급자로서의 지위는 무시할 수 있다는 입장이라고 解釋한 글로는 Jesse M. Feder, op. cit., p. 881.

1075) Aimster, 334 F.3d at 648-649.

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

되어 그들의 침해행위를 방지하거나 제한할 수 있으므로 Sony 原則은, 技術의 공급자가 用途가 相當部分 非侵害的인 技術商品을 단순히 공급만 한 경우에 국한하여 적용된다”는 원고의 주장에 대하여, 서비스제공자가 持續적으로 이용자와 연결이 되어 그들의 침해행위를 방지하거나 제한할 여지가 있는 이상 이 점은 서비스제공자가 寄與責任을 부담할지를 결정함에 있어 고려되어야 하는 것은 사실이다. 그러나 나아가 서비스제공자에게 일률적으로 Sony 原則이 적용되지 않는다고 보는 것은 부당하며 技術商品에 덧붙여 서비스적 요소를 공급하는 경우까지 Sony 原則이 적용된다는 입장을 취하였다. 왜냐하면, Aimster 서비스처럼 侵害의 用途와 非侵害的 用途를 아울러 갖춘 서비스에 대하여 원고측의 주장처럼 Sony 原則이 적용되지 않아 寄與責任이 부과된다면 서비스 제공자로서는 원고들과 같은 권리자들에게 잠재적으로 부담할 책임의 범위를 예측하기 곤란하여 그러한 책임의 위험을 회피하려 할 것이고 그 결과 서비스 전체의 폐쇄 혹은 저작권자들과 관련없는 분야까지 저작권자들이 지배하는 현상이 나타날 것이기 때문이라고 하였다.

Sony 判決에서 다른 VCR 상품과 마찬가지로 서비스 부분에서도 Napster나 소리바다와 같은 ISP가 제공하는 서비스에 Sony 原則의 적용을 부인할 뚜렷한 이유는 없다고 본다. 이와 반대로, 앞서 Aimster 抗訴審이 서비스에 Sony 判決의 혜택이 미치지 않을 때 생길 부작용을 피하려고 모호한 Sony 原則을 가지고 서비스를 보호하려고 노력하지 않아도, 이미 더 명확하고 구체적인 美國 DMCA의 면책조항이 있는 이상 굳이 서비스에 Sony 原則을 적용할 필요가 없다는 反論¹⁰⁷⁶⁾이 존재하기는 한다. 그러나 서비스의 제공주체가 ISP가 아니어서 DMCA가 적용되지 않는 경우라도¹⁰⁷⁷⁾ 社會的 利益이 손실보다 더 큰 서비스라고 판단될 경우 그 서비스의 공급때문에 부수적으로 저작권침해현상이 따르더라도 위 서비스의 공급은 저작권침해를 이유로 부정되어서는 안 된다는 점을 고려한다면 위 反論은 타당하다고 할 수 없다.

(B) 非侵害的 用途에 潛在的 用途가 포함되는지 여부

Napster 1審은 Sony 判決의 先例에 따라 면책된다고 주장한 피고측 항변을 배척하는 이유 중 하나로 i) 피고 Napster는 商業的으로 重要的 非侵害的 用途의 實例를 법원에 제시하지 못하였고, ii) Napster의 주된 用途는 저작권침해를 조장하는 것이어서 어느모로 보나 Sony 原則이 적용되지 아니한다고 보아 결국 그 취지상 Napster 서비스가 쓰이는 現實의 用途에 局限하여 非侵害的 用途가 존재하는지 살폈다. 이와 유사하게, Aimster 1審¹⁰⁷⁸⁾도 이 문제와 관련하여 “피고들은 Aimster가 실제로(actually) 非

1076) Jesse M. Feder, op. cit., pp. 890-91.

1077) 가령 BM특허에 속하는 서비스 등을 상정해 볼 수 있다.

侵害의 用途에 사용되었다는 점에 대한 일체의 증거를 제출한 적이 없다. Aimster의 現實에서의(from real-life) 주된 用途가 다른 이용자들에게 非侵害의인 파일을 전송하거나 유사한 취미를 가진 이용자들을 찾아 정보를 교환하는 점이라는 사실을 인정할 아무런 자료가 없다”고 판시하여 암시적으로 潛在的 用途가 아닌 現實의 用途를 기준으로 非侵害의 用途를 판단하여야 함을 드러내고 있다.

반대로 Napster 抗訴審은 商業的으로 重要的 非侵害의 用途의 예를 原審이 Napster의 시스템의 능력(潛在的 用途)를 고려하지 않고 現實의 用途에만 국한하여 찾은 것은 잘못이라고 비판하여 潛在的 用途까지 포괄하여 살펴야 한다는 입장을 취하였다.

이러한 하급심법원의 논란에도 불구하고 Sony 判決에서는 명백하게 非侵害의 用途에 潛在的 用途를 반드시 포함시켜서 판단하도록 요구하고 있다. 즉, “이 사건 베타맥스 VTR은 저작물의 합법적 복제 뿐만 아니라 불법적 복제에도 사용될 수 있기는 하지만 VTR의 潛在的 用途(potential use)는 Kalem 事件에 등장한 “벤허” 필름과 같이 특정한 侵害의 用途에 국한되지 않고 훨씬 더 넓은 폭을 가지고 있는 것이다”는 판시 부분, “Sony가 商業的으로 重要的 非侵害의 用途를 갖추었는지를 살펴야 한다. 다만, 당해 器具의 일체의 다양한 潛在的 用途(potential use)를 탐색하고 그러한 用途들이 침해에 해당하는지 아닌지를 법원이 결정할 필요는 없고, 대법원으로서서는 단지 聯邦地方法院이 발견한 사실에 따라 그러한 用途들의 상당수가 非侵害의인지를 고려하면 족하다”고 실시한 부분은 모두 이러한 입장을 드러내고 있다. 특히 後者의 판시부분은 오해의 소지가 있을 수 있으나 潛在的 用途를 탐색할 필요가 없다는 설시가 아니라 社會的 利益과 損失의 크기를 비교하기 위하여 법원이 “일체의” 用途를 남김없이 비교하기는 곤란하며 그럴 필요도 없이 일응 발견할 수 있거나 위에서와 같이 이미 하급심법원이 발견한 사실에 터잡아 潛在的 用途를 판단하면 족하다는 취지인 것이다.

(C) 寄與責任에서의 認識 요건에서 實際 認識이 필요한지 여부

Napster 事件의 原審과 달리 Napster 事件의 抗訴審에서는 Sony 判決을 해석하며, 상품이나 서비스공급자가 판매하는 그 商品 등의 用途 相當部分이 非侵害의인 경우에는 推定的 認識만으로는 寄與責任을 지우기에 부족하고 더 나아가 구체적인 침해를 實際 認識(actual knowledge)하였어야 寄與責任을 부담함이 원칙이라는 결론을 도출하였다.¹⁰⁷⁹⁾ 이를 전제로 피고 Napster가 이용자들의 침해행위를 實際 認識하였음을 인정할 수 있다고 하여 책임을 긍정하였음은 이미 보았다.

Grokster 判決의 1심과 抗訴審 判決 역시 위 Napster 抗訴審의 해석을 그대로 따라

1078) Aimster, 252 F.Supp. 2d at 653.

1079) Napster, 239 F.3d 1004.

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

서, 商品 用途의 相當部分이 非侵害的인 경우에는 推定的 認識만으로는 寄與責任을 지우기에 부족하고 實際 認識이 필요하다고 하고 있다. 뿐만 아니라, Grokster 判決의 1심과 抗訴審 判決은 비록 피고가 침해행위에 대한 實際 認識을 하게 되었다더라도, 원고의 侵害主張의 通知에 따라 이러한 實際 認識을 갖게 된 시기가 이미 피고측이 상품을 공급하고 난 뒤라 더 이상 어떠한 조치도 할 수 없는 시점에 불과하다는 점(이른바 “timing”의 문제)까지 논리를 확장하였고 그 결과 앞서 Napster 判決들과는 상이하게 피고의 책임은 부정되었다.

그러나 앞서의 판결들과 달리 Aimster 抗訴審 判決¹⁰⁸⁰⁾에서 Posner 판사는, Sony 事件에서 多數意見 역시 Sony가 제조, 판매한 베타맥스 VTR의 이용자 25%가 광고를 건너뛰기 위하여 VTR의 고속전진기능을 이용하는 등 침해행위에 이용하고 있다는 사실을 명백히 인정하고서도 여전히 Sony에게 寄與責任을 지우지 않았는데, 이것은 技術에 의하여 저작권에 대한 침해가 발생하는 것을 방지하려고 非侵害的 用途로 VTR을 이용하는 소비자들이 技術로부터 받는 이익을 희생하는 것을 막기 위한 취지였을 뿐이라고 하였다. 이에 따라, 寄與責任 여부를 판단함에 있어 “Sony 判決의 취지는 寄與責任의 요건 중 認識 요건에 관하여 推定的 認識보다 더 고양된 인식 수준, 즉 實際 認識을 요구한다는 취지이다”는 원고의 주장을 배척하였다.

學說로는 Aimster 항소심과 마찬가지로 Napster나 Grokster 법원의 판시에 반대하는 입장이 유력하다. 즉 Sony 判決의 취지상 이미 聯邦大法院이 침해가 존재한다는 구체적인 사실에 대한 實際 認識이 피고에게 존재함을 인정하고서도 피고를 면책한 결론에 이르렀다는 해석¹⁰⁸¹⁾, “相當部分 非侵害的 用途(substantial noninfringing use) 원칙”을 Napster 抗訴審이 단지 寄與責任에서의 認識 요건의 從屬要素로 융합시키는 것은 Sony 原則의 목적을 훼손하는 것이라고 반박하면서, 相當部分 非侵害的 用途의 기준은 寄與責任에서의 認識으로부터는 전적으로 분리된 目的이며, 이는 소비자들이 특허능력 없는 혹은 여타 방법으로도 보호될 수 없는 상품이나 기구에 대하여 독점권 이용료를 지급하지 않도록 하기 위한 것이라는 해석¹⁰⁸²⁾이 그런 입장이다. Sony 판결의 眞意가 무엇인지는 이 글에서 수차 언급하는 바이므로, Sony 판결을 寄與責任에서의 認識 요건의 從屬要素로 융합시킴은 무리라는 비판이 타당하다고 본다.

1080) Aimster, 334 F.3d at 649.

1081) Robyn Axberg, op. cit., p. 444.

1082) Paul Goldstein, 『Copyright』 §6.1.2-1 (2nd ed.), New York, 2004 (Elizabeth Miles, op. cit., p. 28 FN38에서 再引用).

論者에 따라서는, 寄與責任에서의 認識 요건에서 實際 認識이 필요한지 여부에 관한 이러한 미국 법원의 해석이 미국에서의 논란에 그칠뿐 韓國에서의 문제해결에는 별다른 의미를 가지지 못한다고 생각할 수도 있겠다. 그렇지만, 美國에서의 논의가 韓國에 까지 대부분 그대로 수입되는 지적재산권분야의 특성을 굳이 거론하지 않더라도 이 논문에서 이미 설명한 각테일 98 사건이나 소리바다 사건의 판시가 다름아닌 미국의 寄與責任 등의 법리에 크게 영향받고 있음을 간과하지 말아야 한다. 특히 소리바다 사건의 경우 寄與責任에서의 認識 요건에서 實際 認識이 필요하다는 Napster 법원의 해석으로부터 직접적인 영향을 받고 있음¹⁰⁸³⁾을 유의해야 할 것이다.

2) Sony 原則의 근본취지

이상과 같이 Napster, Aimster, Grokster 事件의 1심과 항소심들이 구체적인 쟁점에서는 Sony 判決의 취지를 제각각으로 해석하고 있는 것이 현실이다. 이런 현실은 2005. 6. 27. 연방대법원이 Grokster 事件에 대한 판결을 내리면서 수습되기는커녕 그 판결안에서조차 Sony 판결의 원래 취지에 관한 해석을 서로 달리하고 있는 형국이다. 이것은 Sony 判決의 내용 자체가 세세한 표현에 있어 종전의 법리와 일치하지 않거나 심지어 判決 자체에서 矛盾있는 부분도 있기 때문이다.¹⁰⁸⁴⁾

우선, Sony 事件에서 연방대법원의 다수의견은 VTR의 이용행태에 관하여 설령 이용자들이 저작물을 임의로 복제하는 경우까지도 (公正利用에 해당되어 결과적으로) 합법적 時間移動일 뿐이라고 단언하였지만, 公正利用의 네 요소를 살펴건대 “해당 저작물의 성격”이 유료방송프로그램으로 營利的이고, “저작물이용의 목적” 역시 판결에서도 일부 언급하였듯이 영화라이브러리를 개인이 구축하는 경우 등 오히려 時間移動 이외의 侵害的 用途에 동원되는 경우도 많다는 반박이 가능하고, “인용된 저작물의 양과 질”은 프로그램 전부를 복제하였으므로 피고에게 불리하며, “장래의 市場에의 영향” 역시 Sony 判決에서는 합리적인 근거를 제시하지 아니한 채, 市場에의 영향이 없다고 판단하고 말았을 뿐이어서 결국 論者의 입장에 따라서는 Sony 判決이 피고에게 면책을 주기 위하여 實際와는 遊離된 무리한 事實確定(가령 “통계조사상으로도 時間移動이 주된 목적이다”는 식의 事實確定)과 법리구정으로 公正利用의 성립을 긍정하였다는 비판을 가해볼 수도 있다.

또한 公正利用에 해당하는 지를 검토함에 있어 베타맥스VTR의 구동원리였던 “아날로그” 환경하에서는 時間移動을 公正利用이라고 할 수 있었으나, 만약 오늘날 디지털

1083) “제5장 제3절 2. (1) 3) (F) 美國 Napster 判決에 대한 잘못된 이해에서 출발” 및 “제5장 제3절 4. (3) 2) (E) Napster 判決을 오해한 假處分異議 1審 判決의 잘못을 답습함”을 각 참조할 것.

1084) 이는 바로 위 4. (1) 腳註 부분에서 설명하였듯이, Sony 판결의 多數意見이 처음부터 다수의 지지력을 얻을 만큼 自명한 결론이 아니라 몇 년에 걸친 치열한 논란끝에 연방대법관들 사이의 복잡한 시각차를 절충한 결과물이었다는 연혁과 무관하지 않다.

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

환경하에서 유사한 사안이 문제되었다면 미국 聯邦大法院의 입장이 달라질 수 있을 것이다.¹⁰⁸⁵⁾ 왜냐하면, 아날로그 환경하에서는 이를 公正利用이라고 허용하더라도 복제에 소요되는 일정한 노력과 시간이 만만치 않고 아울러 원본과 달리 복제본은 그 再複製의 回數를 더할수록 품질이 저하되는 등 저작권자의 本質的인 利益을 보호해주는 “보이지 않는 障壁”이 존재하였음에 반하여, 디지털환경하에서의 복제는 단순한 클릭만으로 원본과 동일한 품질의 복제본을 무한하게 창출할 수 있다는 技術的인 差異가 있기 때문이다. 이는 베타맥스 VTR이 구현하는 기술(방송의 녹화)을 격상한 PVR 기술을 놓고 벌어진 Paramount Pictures Corp. v. ReplayTV 事件¹⁰⁸⁶⁾의 내용을 보면 더 자세히 이해할 수 있다. ReplayTV 事件에서 만약 실제 판결이 내려졌더라면 적어도 Sony 判決보다 쉽게는, 公正利用을 긍정할 수는 없음을 명백하다.

요컨대, 비판적으로 보자면 i) 위와 같이, 다른 사건에서 Sony 判決을 해석하고 있는 법원들의 입장이 제각각이고, ii) 심지어 Sony 判決 자체의 논리도 오늘날에는 일견 맞지 않는 듯 보이고, iii) Sony 判決이 제시하고 있는 해답이 단순히 Sony社의 베타맥스 VTR의 사용을 時間移動으로 보아 허용한다는 식으로 당해 사건의 특수사안에만 국한된 해답이었다면, Sony 判決을 20년이 더 지난 오늘 이 시점에 다시 상세히 고찰할 필요가 없을 것이다.

그러나 Sony 判決이 담고 있는 답은 보다 더 根本的인 質問에 관한 것이다. 美國에서의 昨今の 논의 역시 Sony 判決의 역사적 의의에 관하여 “저작권법은 불법복제뿐만 아니라 더 많은 추가적 用途를 가지고 있는 技術의 발전과 배포를 막는데 이용되어서는 아니됨을 분명히 했다”¹⁰⁸⁷⁾, 혹은 “새로운 技術에 대한 법원의 규제에 대한 일종의 障壁으로서의 기준을 제시하였다”¹⁰⁸⁸⁾, “侵害的, 非侵害的의 兩面的 用途(dual-use)를 가진, 저작물이용 관련 革新技術을 위한 중요한 보호의 틀을 제공하였다”¹⁰⁸⁹⁾, “새롭고, 아직 발전의 여지가 큰 技術에 대하여 저작권자가 저작권법상 間接責任의 명분으로 통제하는 것을 경계하였다”¹⁰⁹⁰⁾라는 사실을 지적하고 있다. 다만, 미국에서의 이러한 논의들도 부분적으로 Sony 判決이 가지는 거시적 의미를 거론할 뿐, 아직 구체적으로 적용하는데 유용한 小原則을 포괄적으로 제시하는 수준에까지 이르지 못하고 있다고 보이므로¹⁰⁹¹⁾ 이 논문에서는 그 수준에 달하고자, 이하 나름의 규명을 하기로 한다.

1085) 2005년 연방대법원이 Grokster 判決에서 다소 기발하게 誘發理論을 도입하여 침해를 긍정한 것을 이런 맥락에서 접근해 볼 수도 있다.

1086) 298 F.Supp.2d 921, 69 U.S.P.Q.2d 1657 (C.D.Cal. Jan 09, 2004). 자세한 것은 “제7장 제2절 5. (2) 1) (F) 합의로 종결되어 아쉬움을 남긴 Paramount Pictures Corp. v. ReplayTV 事件”부분 참조.

1087) 가령 Peter Katz, op. cit., p. 4.

1088) Jesse M. Feder, op. cit., p. 913 참조.

1089) Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, op. cit., p. 1356 참조.

1090) Douglas Lichtman & William Landes, op. cit., p. 401.

3) Sony 原則과 2次的責任의 法理와의 關係

Sony 原則과 2次的責任(secondary liability), 즉 寄與責任, 代位責任의 關係에서는 크게 두 가지가 문제된다. 첫째, Sony 原則이 寄與責任과 관련된 상황에 적용됨은 자명하지만, 나아가 代位責任과 관련된 상황에도 면책항변으로 주장될 수 있는 것인지의 문제, 둘째, Sony 原則은 2次的 責任의 法理에 부수하는 從屬概念인가 하는 문제가 그것이다.

첫째 問題에 관하여 Sony 原則은 寄與責任과 관련하여서만 문제되고 代位責任과는 관련없다는 입장¹⁰⁹²⁾이 국내외에 존재한다. 특히 Napster 抗訴審은 명시적으로 代位責任에는 Sony 原則이 적용될 수 없다고 배척한 다음, Sony 判決이 가지는 의미를 단지 寄與責任에 있어 認識 요건에만 관련지어 “推定的 認識”이 아닌 “實際 認識”을 요구하는 것이라고 해석하였고, 마찬가지로 Grokster 事件의 1심과 항소심도 이러한 Napster 抗訴審의 해석을 그대로 추종하고 있음은 이미 보았다.

반대로 Aimster 抗訴審은 Sony 原則이 代位責任에는 적용되지 않는다는 입장을 비판하면서, Sony 事件에서 원고 저작권자들이 개별이용자들을 상대로 Sony의 VTR의 고속전진버튼(fast-forward button)을 사용하여 광고를 삭제함으로써 저작권자의 수입을 감소시킨 행위에 대하여 일일이 제소하기는 불가능하겠지만 Sony 스스로 그러한 침해가능성을 VTR의 디자인변경으로 쉽게 감소시킬 수 있을 것이라고 본다면 앞서 Sony 事件에도 代位責任이 적용될 수 있었을 것이라고 하였다.¹⁰⁹³⁾ 美國의 학계에서도 이 문제는 아직 확실히 정리되어 있지 않지만,¹⁰⁹⁴⁾ 代位責任으로의 적용을 긍정하는 견해가 多數說로 보인다.

생각건대, i) Sony 事件에서 多數意見에서 寄與責任(contributory liability)과 代位責任(vicarious liability)의 용어를 구별하지 않고 혼용하고 있는 점, ii) Aimster 抗訴審의 지적처럼 상품공급자의 代位責任이 문제되는 상황에서도 여전히 “用途 相當部分이 非侵害的”이라면 그 상품의 공급은 代位責任의 추궁으로 금지되는 것이 아니라 Sony 原則에 따라 허용되는 것이 지극히 타당하다는 점에서, Sony 原則은 寄與責任뿐만 아니라 代位責任의 추궁이 문제되는 상황에서도 피고의 抗辯으로 기능할 수 있다고 본다.

1091) 비록 간략한 언급이지만 일찍이 BBS 서비스제공자의 책임이 문제되었을 무렵 Sony 판결이 도입한 특허법상의 기준을 위 책임문제를 해결하는 기준으로 고려하자는 간략한 주장(Scott K. Pomeroy, op. cit., p. 1061, 66 및 유사한 취지로 M. David Dobbins, op. cit., p. 233-35 등) 등은 있다.

1092) 美國의 이러한 논자로는 Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, op. cit., p. 1359. 국내에서는 김동진, 진계논문, pp. 56-57에서 ISP와 그 이용자사이의 관계가 종래 代位責任이 인정되던 유형과 相異하다는 점을 들어 적용에 난색을 표하는 입장이다.

1093) Aimster, 334 F.3d at 654.

1094) 가령, Elizabeth Miles, op. cit., p. 24 FN21은 유보적인 입장이지만, Robyn Axberg, op. cit., p. 441은 寄與責任에 국한시키는 것은 설득력이 떨어진다는 입장이다.

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

둘째 問題에 관하여, “用途 相當部分이 非侵害的인 경우”의 원칙이 기능하는 것은 단지 寄與責任의 법리를 補充하는 의미안에서 뿐이라고 하여 결국 Sony 原則이 寄與責任보다 下位의 보충적 해석원칙에 불과하다고 보는 견해¹⁰⁹⁵⁾가 있다. 이러한 견해가 아주 상세히 자신의 논리를 설명하고 있는 것은 아니지만, 요컨대, Sony 判決은 “저작권법상 寄與責任은 상품공급자에게도 추궁될 수 있지만, 예외적으로 그 상품의 用途 相當部分이 非侵害的일 때는 그 적용이 제한된다”는 식으로 완전히 寄與責任의 成否에만 관련지어 Sony 判決을 이해하는 시각으로 보인다.

그러나 Sony 原則을 寄與責任이나 代位責任 같은 2次的 責任論에 從屬한다고 보는 것은 부당하다. 즉, Sony 判決에서 제시한 이른바 Sony 原則이 외형상, 명목상으로는 2次的 責任의 법리에 의탁하여 관시되었으므로 앞서와 같은 시각으로 오해할 여지가 있다. 하지만, 이는 Sony 原則이 2次的 責任論의 假面을 차용하여 설명된 것에 불과하지,¹⁰⁹⁶⁾ 앞서 Sony 判決에 이르기까지 聯邦大法院의 多數意見과 少數意見의 지위가 서로 뒤바뀐 우여곡절에서도 알 수 있듯이 寄與責任 내지 代位責任을 부과할 것인지, 말 것인지의 궁극적인 결과는 2次的 責任論의 形式論理에 따른 것이 아니라 거의 전적으로 商品의 用途 相當部分이 非侵害的인지 여부에 따라 결정되었다. 즉, 어떤 책임이든 제조업자에게 부담시켜 VTR 공급을 금지하느냐 VTR공급을 허용하느냐의 결론이 실질적으로 중요하였지, 代位責任이나 寄與責任이나의 법리구성은 그다지 중요하였다고 볼 수 없다.¹⁰⁹⁷⁾ 요컨대, Sony 原則은 寄與責任이나 代位責任 같은 2次的 責任論과 對等하거나 경우에 따라서는 “기존의 저작권 대 새로운 복제기술의 조화”라는 주제에 있어서는 오히려 上位概念이라고 할 수 있는 것이지, 적어도 2次的 責任論에 종속하는 개념은 아닌 것이다.

거듭 말하거니와 代位責任의 요건인 統制可能性, 寄與責任의 요건인 實質的 寄與行

1095) Jeffrey G. Knowles, op. cit., p. 604. 이 뿐만 아니라 Sony 判決을 寄與責任의 요건 중 認識 요건에 관련지어서만, 그 인식의 수준이 推定的 認識이 아니라 實際 認識일 것을 요구하는 취지라고 해석하고 있는 Napster 抗訴審의 입장도 마찬가지로 Sony 原則을 寄與責任의 法理의 下位에 위치시킨다는 점에서 위 견해와 공통된다.

1096) 설명하는 對象이나 角度는 다소 상이하지만, 미국 일부 문헌에서도 종래부터 현재까지 ISP의 책임을 논의함에 있어, 寄與責任에서의 認識과 實質的 寄與, 代位責任에서의 統制可能性과 直接的 利益이라는 4가지 요소가 왜 계속 中心이어야 하는지에 관하여 분명한 整理가 없음을 비판하는 글은 보인다 (Douglas Lichtman & William Landes, op. cit., p. 405). 이 글에 따르면 가령 가장 원칙적 이론인 過失責任原則으로 돌아가 Sony 判決의 사안을 판단한다면, Sony가 合法的 用途뿐 아니라 侵害的 用途까지 염두에 두고 그로 인한 손해발생을 막기 위하여 충분히 취할 수 있었던 조치를 취하였는지의 관점에서 판단하게 될 것이라는 해설이다. 환언하자면, ISP 책임론의 궁극적인 核心은 저작권자에게 보상을 부여하는 모든 시스템의 종류마다 존재하는 비효율을 시정하고 각 시스템의 費用과 利益을 比較하여 가장 적절한 2次的 責任의 범위를 결정하는 것이 타당하다는 것이다(Id. at 410). 이러한 입장은 최종적인 기준은 費用 對比 利益의 極大化에 두면서, 구체적인 시스템의 선택에 있어서는 그 시스템의 形式은 크게 문제삼지 않겠다는 자세라는 점에서 筆者의 위 입장과 기본적 맥락은 함께 한다고도 볼 수 있다.

1097) 이 점은 위와 같이 聯邦大法院이 代位責任과 寄與責任을 용어상 구별조차 않고 혼용하고 있는 데서도 암시된다.

爲의 차원에서만 Sony 事件을 분석하고자 할 때는 우선 代位責任의 統制可能性의 有無 問題에 관하여 “공급, 판매되어 공급자의 손을 떠나 이용자의 손으로 이동한 상품”에 대하여 “이미 공급자의 손을 떠났으므로 공급자로서는 統制可能性이 있을 수 없다”고 할 지, 아니면 반대로 “지금은 공급자의 손을 떠났더라도 공급자가 당초 공급 자체를 하지 않을 수 있었거나, 적어도 침해부분은 변경한 다음 공급할 수 있었으므로 이 점에서 統制可能性이 있다”고 할지, 마찬가지로 寄與責任의 實質的 寄與行爲에 있어서 “이용자의 침해행위 때는 상품판매자의 손을 떠난 후라 기여행위 자체를 할 수 없다”라고 할지, 아니면 반대로 “상품판매자가 침해수단인 상품을 공급한 행위 자체가 기여행위다”라고 할지는, 그야말로 어느 쪽도 相對的 論理를 決定的으로 反駁하기 어려운 正答없는 다툼에 빠질 수밖에 없다.¹⁰⁹⁸⁾ 이러한 다툼을 피하고 중국적으로 누구나 수궁할 수 있는 결과를 가져올 수 있는 보편적인 원칙은 바로 Sony 原則에서 찾아야 할 것이다.

다만, 주의할 것은 聯邦大法院이 2005. 6. 27. 내린 Grokster 判決에서 이용자에 의한 침해를 誘發한 자는 寄與責任을 부담한다고 선언하고 있으므로, 그 상품의 用途 相當部分이 非侵害의 일지라도 일단 그 상품공급자에 의한 誘發行爲가 존재함이 입증된 경우에는 향후 美國에서는 위 判決의 태도에 따라 Sony 原則의 적용검토에 들어가기 전에 막바로 寄與責任이 인정될 것이라는 사실이다.¹⁰⁹⁹⁾

(2) 筆者의 解釋

1) 폭넓은 시각을 위한 歷史的 考察

(A) Sony 判決에서 도출할 수 있는 大原則

Sony 判決이 작금의 우리에게 제시하고 있는 여러 가지 가르침 중 가장 주된 가르침이자 출발점이 되는 원칙은, Sony 判決 스스로가 판결의 서두에 밝히고 있다. 다만 아니라 歷史의 흐름에 따라 등장하는 새로운 複製技術은 기존의 市場에 익숙하여 있던 著作權者의 保護와는 충돌하게 되고 이러한 충돌을 法院은 합리적으로 해결하여야 하는데, 특정 상품이나 서비스, 특히 새로운 복제기술의 저작권침해 측면이 문제되더라도

1098) 이와 관련하여서는 “제6장 제3절 1. (2) 4) (E) 여전히 모호한 統制可能性의 기준” 참조.

1099) 韓國에서의 논의에 응용하자면, 美國에서의 寄與責任에 대응하여 韓國에서는 民法上 幫助에 의한 共同不法行爲責任을 지우는 것이 타당하다는 입장이 소리마다 假處分異議 事件의 抗訴審判決 등을 통하여 더 힘을 얻었으므로, 일단 이용자에게 의한 침해를 적극적으로 조장할 故意를 가지고 유발하였음이 제반사실로 입증된 경우에는 당연히 “幫助”로 판단하여야 한다는 주장이 나올 수 있다. 이 주장에 따르면, 그런 입증이 없어 단순히 침해적, 비침해적 용도를 모두 가진 상품이나 서비스를 공급한 자로서의 부수적인 책임이 문제되는 때라야, 一般論으로 돌아가 과연 그러한 공급 자체가 초래하는 사회적 이익과 손실을 형량하는 Sony 原則의 (한국에서의) 응용단계로 넘어가게 될 것이다.

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

저작권법의 형식적 해석으로 곧바로 결론을 내려서는 안되고 “저작권법을 떠난 큰 틀”, 즉 당해 신기술을 사회가 수용하는 것이 타당한지, 그러하지 않은지를 기준으로 歷史的 考察까지 포함한 넓은 視覺에서 判斷할 필요가 있다는 것일 것이다.¹¹⁰⁰⁾ 이것은 Sony 原則의 상세한 내용, 즉 Sony 小原則들을 더 분석도출하는데 기본방향을 제시하고 있다는 점에서 이 논문에서는 이를 이른바 Sony 判決에서 도출할 수 있는 “大原則”이라고 명명하고자 한다. 이러한 大原則에 따라 Sony 전반을 제대로 이해하고 설명하기 위해서는 물론 Sony 判決에서 관시된 내용을 중심으로 하되, 그 문구상의 형식논리에 집착하기보다는 넓게 歷史적으로 새로운 복제기술이 등장함에 따라 기존 저작권의 보호와 충돌한 先例들에는 어떤 것들이 있으며, 그러한 先例들이 찾아온 해결책들이 무엇인지를 아울러 살펴볼 필요가 있다. 따라서 이러한 歷史的 考察을 먼저 先行하면 아래와 같다.

무릇 새로운 技術, 특히 複製와 관련한 技術의 進歩가 이루어질 때마다 그 복제기술로 인하여 利用者들의 편익은 크게 증진되었고, 폭발적인 반응에 힘입어 技術供給者들의 사업 역시 높은 이윤을 구가할 수 있었다. 하지만 그 반대면에는 복제기술의 등장으로 기왕에 정당하게 보장되던 複製權의 보호가 근본적으로 흔들리던 著作權者들의 苦衷이 함께 존재하여 왔으리라는 점은 충분히 짐작이 가는 일이다. 이에 저작권자들은 새로운 복제기술이 등장할 때마다 일정한 경우에는 정당한 법적 권리를 되찾기 위하여, 때로는 그 한도를 넘어서 혁신적 복제기술의 존재 자체를 어떻게든 봉쇄하기 위하여 연달아 기술공급자들을 상대로 법적 투쟁에 나서게 되었다.

이처럼 著作權者들이 연달아 제기한 爭訟들 중 가장 古典적인 예로는 美國에 국한하여 고찰할 때, 특정악보를 기계적인 陰刻으로 기록한 악보가 장착된 자동피아노연주가 과연 저작권자의 권리를 침해하는 것이 진지하게 검토되었던 1908년 “Player Piano”¹¹⁰¹⁾의 사례¹¹⁰²⁾가 될 것이다.

하지만 각종 혁신적인 복제기술이 잇따라 등장하고 이에 대응한 저작권자의 법정투쟁도 한층 격렬해 지게된 것은, i) 1970년대 초반경 VTR복제기술이 등장하자 그 VTR(구체적인 상품으로는 “Betamax”)의 공급자인 Sony를 상대로 提訴한 Sony 事件을 시작으로, ii) 1990년경 디지털오디오 레코딩기술이 등장하자 역시 공급자 Sony(구

1100) 관련부분은 Sony, 104 S.Ct. at 782-85.

1101) Player Piano(혹은 piano-roll)의 외형 및 그 작동원리에 관하여는 <www.pianola.demon.co.uk/ppworks.htm>[2004. 8. 10.].

1102) Grokster 判決文에서도 “Player Piano의 등장이래로 모든 새로운 음성재생수단은 음악저작권자와의 불협화음을 불러일으켰고 이는 종종 연방소송으로까지 비화되었다”라고 간단히 언급(380 F.3d at 1158)하고 있는바, 이는 1908년 2월 24일 연방대법원이 내렸던 White-Smith Music Publishing Co. v. Apollo Co. 判決 [209 U.S. 1, 28 S.Ct. 319 (1908)]에서 Player Piano(구체적인 상품명은 “Apollo”)를 제작하는 행위가 저작권침해가 아니라고 판단하였음을 지칭하는 것으로 보인다.

체적인 상품명으로는 “DAT”)를 상대로 제소한 Cahn v. Sony Corp. 事件¹¹⁰³⁾, iii) 1990년대 후반경 MP3압축 및 휴대형 재생기술이라는 또 하나의 혁신기술이 등장하자 그 Player의 공급자인 Diamond社(구체적인 상품명으로는 “Rio”)를 상대로 제소한 RIAA v. Diamond Multimedia Systems, Inc. 事件¹¹⁰⁴⁾ 등에서였다고 말할 수 있다.

(B) 始初가 된 Sony 事件

1980년 전후 등장한 피고 Sony의 Betamax VTR테이프레코더는 구매자들로 하여금 각자의 가정에서 원고인 Universal Studios가 저작권을 가진 유선방송 내용을 포함한 방송일체를 언제든지 복제할 수 있게 해 준 혁신기술이었다. 원고가 이러한 복제행위에 대하여 피고에게 寄與責任(contributory copyright infringement)을 추궁하였지만, 연방대법원은 이른바 家庭의 이용자가 “시간이동(Time-shifting)”을 위하여 유선방송을 녹화하는 행위는 “公正利用”에 해당한다고 하여 피고의 편을 들어 주었다.

(C) 소송도중 화해로 종결되버린 Cahn v. Sony Corp. 事件¹¹⁰⁵⁾

그런데, 얼마 지나지 않아 Sony社는 이번에는 이른바 디지털 오디오복제기술을 출현시켰다. 이 복제기술을 이용한 디지털오디오테이프 레코딩기기(구체적인 상품명 “DAT”)는 이용자들로 하여금 원래 음반에 담긴 음악을 동일한 품질로 복제할 수 있도록 해주었다.¹¹⁰⁶⁾ 이러한 혁신기술에 위협을 느낀 작곡가들과 음악출판인들이 이번에도 Sony를 상대로 寄與責任을 추궁하며 집단소송을 제기하였는데 이것이 바로 Cahn v. Sony Corp. 事件이다.¹¹⁰⁷⁾

원고 Cahn은 作詞家로 피고 Sony가 시판하는 디지털오디오테이프 레코딩기기(상품명 “DAT”)에 대하여 이용자들이 위 기기로 음악편집물을 녹음하는 것은 저작권법침해행위이고 따라서 피고 역시 위 “DAT”를 통하여 이러한 침해행위를 助長한 이상 寄與責任 혹은 代位責任을 부담한다는 주장을 하였다. 원고는 종래 家庭에서 개인이 아날로그테이프를 이용하여 행하는 음반의 복제행위가 실제로는 市販되는 음반의 구입을 대체하는 완벽한 음반 全集의 구축을 목적으로 하는 경우가 많으므로 복제권 침해에 해당되며, DAT는 디지털복제로 이러한 행위를 더욱 쉽게 가능하게 함에도 피고들은

1103) Gary S. Lutzker, “Dat’s All Folks: Cahn v. Sony and the Audio Home Recording Act of 1991--Merrie Melodies or Looney Tunes?”, 11 Cardozo Arts & Ent.L.J. 145, 164-74 (1992), p. 164 참조.

1104) 180 F.3d 1072 (9th Cir. 1999).

1105) No 90 Civ. 4537 (S.D.N.Y. filed July 9, 1990).

1106) 이러한 디지털 기술은 종전 아날로그 복제가 가졌던 불완전함을 없앤 것이었고 이 덕분에 이용자들은 주위의 친구들, 이웃들, 동호회를 통한 교환을 통하여 거의 모든 음반의 디지털카피를 두루 갖추게 되는 결과가 초래되었다.

1107) 以上은 Peter K. Yu, op. cit., p. 377.

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

이러한 사정을 알면서도 DAT를 공급하여 침해행위를 조장하는 이상 이용자들의 저작권 침해행위에 대한 寄與責任이 있다고 주장하였다.¹¹⁰⁸⁾

앞서 Sony 判決이 家庭에서의 아날로그 복제의 사안이었음에 비하여 이 사건으로 家庭에서의 디지털 복제가 과연 위법한 행위인지, 아니면 公正利用에 속하는 적법한 행위인지에 관한 첫 판례가 이루어질 뻔 하였지만, 1992년 AHRA(Audio Home Recording Act)라는 타협적인 법률이 성립될 때쯤 위 사건은 당사자간의 화해로 종료되어 버렸다.¹¹⁰⁹⁾

다만, 이러한 화해에 불구하고 이후 “DAT”는 당시 병행적으로 사용되던 CD보다 다소 불편하였을 뿐만 아니라, 저작물을 유통하는 저작권자측, 즉 레코딩 회사들이 불법 복제의 위험이 농후하다는 이유로 音源을 제공하지 않았기 때문에 市場에서 성공을 거두지 못하였다.¹¹¹⁰⁾ 이와 같이 저작권자측이 자신들의 저작권에 가해질 위험을 우려하여 아예 새로운 복제기술공급자에게 協力(음원공급)을 拒否한 사례로는 1992년경 벤처기업인 New Leaf 社가 시도했던, 즉석구이식 CD판매사업¹¹¹¹⁾의 실패에서도 찾을 수 있다.

(D) 折衷的 立法인 Audio Home Recording Act의 성립

앞서 Cahn v. Sony Corp. 事件의 분쟁이 진행될 무렵 원고를 포함한 전체저작권자들은 지난번 Sony 事件때의 前例가 반복되어 敗訴할 것을 두려워하였고, 반대로 피고나 다른 가전회사들은 향후 저작권자로부터의 또 다른 가치분이나 잠재적인 법적 책임으로부터 자유롭게 시장계획을 세웠으면 하는 희망을 가지게 되었다. 이렇게 대립하던 양쪽의 이해관계가 타협을 이룬 결실이 1992년 성립된 Audio Home Recording Act(AHRA)였다.

이 법률에서는 우선 비영리, 사적 녹음을 위한 디지털오디오 장비나 매체(media)의 제조, 수입, 판매행위에 대한 저작권침해소송을 금지하였고,¹¹¹²⁾ 이러한 금지는 家電會

1108) 이러한 제소 당시 피고 Sony는 아래에서 등장하는 AHRA(Audio Home Recording Act)가 입법되기 이전이었음에도 이미 연속복제제어시스템(Serial Copy Management System, SCMS)을 장착한 DAT를 판매하고 있었는데, 원고측은 이러한 SCMS가 장치되었다라든 SCMS 기술은 복제물로부터의 재복제를 허용하지 않을 뿐 원본으로부터 복제는 회수제한없이 무제한 허용하고 있는 이상 피고는 책임을 면할 수 없다고 주장하였다.

1109) 以上은 Gary S. Lutzker, op. cit., p. 164.

1110) 물론 CD의 음원도 나중에는 복제할 수 있게 되었지만 이는 1997년에 이르러 CD-RW이 유통되면서 부터였다(김기인, “디지털 하이테크의 현주소”, 『스테레오 음악』 제30호, 1995, p. 201<myhome.naver.com/ryan50/media_md.html>, [2005. 4. 30.] 및 <www.weiv.co.kr/view_detail.asp?code=guide&num=192>[2004. 9. 1.] 등 웹자료를 정리).

1111) New Leaf社는 블록버스터社와 IBM社의 합작기업으로, 그 사업은 소매점에 설치된 자판식 기계상에 전시된 여러 곡에서 개개소비자들이 자신의 취향에 따라 원하는 곡만을 선별하면 기계가 6분안에 즉석으로 음악CD를 굽고, 덧붙여 칼라레이저프린터가 음악CD의 결장을 인쇄해주는 방식이었다. 이는 사실 시장잠재력이 크다고 평가된 사업이었음에도 정작 음반회사들이 New Leaf社에 대한 음원공급을 거부함으로써 1995년에 이르러 New Leaf社는 해체되어 버린다. 以上은 Ariel B. Taitz, op. cit., pp. 149-50 참조.

社들을 고비용의 저작권침해소송으로부터 보호하였을 뿐만 아니라 이용자들에게는 종래 아날로그 방식 대신 디지털오디오레코딩장비를 사용할 권리를 부여하여 주었다. 한편 음반업체에 대한 補償으로서 AHRA는 디지털하드웨어와 空디지털매체의 제조자와 수입자에게 이러한 새로운 디지털 오디오 음반기술로 타격을 입게 될 음악생산자와 저작권자들에게 補償금을 지급할 것을 요구하였고, 아울러 디지털오디오녹음 기기(digital audio recording device)에 저작권과 생성 현황(generation status) 정보를 갖추고, 음반장비가 이른바 “연속복제”를 통하여 완벽한 디지털복제를 연달아 산출하는 것을 방지하는 연속복제제어시스템(Serial Copy Management System, SCMS)¹¹¹³⁾를 장치하도록 義務化했다. 그럼에도 불구하고 연속복제제어시스템은 家庭에서의 오디오 테이프녹음에서 이용되는 最初의 生成(first generation)은 무제한 허용함으로써 家庭에서 사적, 비영리 테이프녹음을 하고자 하는 이용자들의 이익도 여전히 충족시켰다.

요컨대, AHRA는 연속복제를 방지하고 저작권자에게는 “덜 위협적인 복제행위”에 대한 보상금을 부여하는 한편, 가전회사들, 수입사들, 판매사들에게는 소비자의 요구에 부응하는 상품을 과는데 집중할 수 있도록 해주어 저작권자와 가전회사들 兩者를 모두 보호하고 있다.¹¹¹⁴⁾ 그러므로, 작금에 이르기까지 이 AHRA야말로 저작권자와 더 진보된 복제기술 사이의 타협에 관한 훌륭한 모델이라고 찬사하는 입장¹¹¹⁵⁾이 유력하다.

(E) 空間移動을 인정한 RIAA v. Diamond Multimedia Systems 事件¹¹¹⁶⁾

이후 기술은 더 진보하여 1998년경 최초로 “Rio”라는 MP3 player가 등장하였다.¹¹¹⁷⁾ Rio의 등장이전에 MP3 이용자들은 단지 컴퓨터의 하드드라이브에 저장된 MP3 파일을 헤드폰이나 스피커를 통해 감상하는 방법 이외에는 MP3파일을 활용할 기회가 적었으며 따라서 MP3의 활용도도 제한되어 있었다. 그런데 Rio는 이용자로 하여금 일단 인터넷이나 CD와 같은 다른 소스로부터 컴퓨터 하드드라이브상으로 다운로드 받아둔

1112) 17 U.S.C. § 1008 (2000).

1113) SCMS 기술은 원본으로부터 복제, 즉 最初의 生成(first generation)은 무제한 허용하지만 그 복제물로부터의 복제는 허용하지 않는 기술방식을 말한다.

1114) 이 부분은 Peter K. Yu, *op. cit.*, p. 377. 위 글은 새로운 기술의 필요와 기존의 저작권자의 이익을 어떻게 절충할지에 관한 비교적 좋은 시각을 제공하고 있다.

1115) Indiana 대학의 Marshall Leaffer 教授가 이런 예찬을 펼치는 대표적인 학자이다. 동 教授의 著書 “Understanding Copyright Law (3d ed. 1999)”을 참조할 것. 아울러 Nimmer 教授 역시 그의 저서 (Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, 1998, 8B.01[D][3])에서 “법정허락(compulsory license)”을 규정하는 立法이 가장 타당한 해결책이 될 것으로 보인다. AHRA...는 기술적 진보가 더 나아갈 수 있게 허용하고 가정의 이용자들이 그런 디지털기술의 혜택을 누릴 수 있게 하면서도, 동시에 자신들의 저작물이 영향을 받는 저작권자들을 위한 로열티 지급조건을 의무화함으로써 저작권자들의 이익을 방어하고 있다.”는 好評을 내리고 있다(Nimmer 教授 관련부분은 Peter K. Yu, “*op. cit.*”, p. 379에서 再引用).

1116) 180 F.3d 1072 (9th Cir. 1999).

1117) 물론 피고 Diamond Multimedia Systems가 공급하였지만, 국내문헌(김문환, 전계논문, 352면)에 의하면 실제 Rio를 제작한 것은 韓國의 벤처기업인 디지털케스트라고 한다.

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

오디오파일을, 함께 제공되는 소프트웨어인 “Rio Manager”의 구동과 함께, 컴퓨터에 연결된 병렬포트케이블을 통하여 Rio안으로 다시 다운로드받을 수 있게 해주었다. 다만, Rio 기기 자체는 그러한 전송을 수행하거나,¹¹¹⁸⁾ Rio Manager가 장착된 컴퓨터가 아닌 다른 것으로부터 오디오 파일을 전송받을 수 없었다.¹¹¹⁹⁾

이 사건 원고 RIAA는 당시 이미 입법되어 시행중이던 AHRA에서, SCMS를 장착하지 아니한 디지털오디오녹음기기는 수입, 제조, 배포하지 못하도록 금지하고 있음에도,¹¹²⁰⁾ 위 디지털오디오녹음기기에 해당하는 Rio를 피고가 SCMS 장착없이 시판하는 것은 AHRA 위반행위라고 주장하며 豫備的留止命令을 신청하였다. 이 사건은 결국 Rio가 AHRA에서 정한 디지털오디오녹음기기(digital audio recording device)에 해당하는 지가 爭點이었고, 연방지방법원¹¹²¹⁾은 원고의 신청을 기각하였다.

이에 원고가 항소하였는데 연방제9항소법원은 위 사건에서 다루어진 Rio라는 새 器械는 불법이용이 아닌 “空間移動(space-shifting)”이라는 公正利用의 이용형태에 동원되는 기기이므로 허용한다고 결론 내렸다. 그런 과정에서 AHRA 범문의 세밀한 분석 과정을 거치고 있으므로, 제법 難解한 위 판결의 설시를 이해하기 위해서는 먼저 AHRA의 해당 조문을 알고 있어야 한다.

AHRA에서 정한 “디지털오디오녹음기기(digital audio recording device)”란 “다른 기기나 도구와 결합되거나 그 일부인지에 관계없이, 사적용도를 위한 “디지털오디오식 복제녹음(digital audio copied recording)”의 제조를 主된 目的으로 고안되거나 시판되었고, 이러한 제조를 할 수 있는 디지털오디오기능을 가진 것으로, 통상 개인의 사용을 위해 개인에게 배포된 형태의 기구나 도구”¹¹²²⁾를 말한다. 여기서 “디지털오디오식 복제녹음”이란, 그 복제가 직접적으로(directly) 다른 디지털음악녹음에서 유래되었거나 간접적으로 전송(transmission)에 의한 것인지는 불문하고, 디지털녹음방식으로 한 디지털음악녹음의 재생산¹¹²³⁾을 말한다.¹¹²⁴⁾ 다시, 디지털음악녹음(digital musical recording)이란 “(i) 오직¹¹²⁵⁾ 음향과 그 음향에 수반하는 소재, 진술 혹은 지시만이 디

1118) 실제로 저작권침해의 소지가 다분한 부분은 “Rio Manager”(위 판결에서는 이렇게 적고 있으나, 정확한 명칭은 “RioPort Audio Manager”임)란 소프트웨어의 여러 기능 중 CD파일을 MP3파일로 변환하는 인코딩 기능이며, 이러한 기능의 잠재적 위험 때문에 RIAA가 Rio의 실제 市販이전임에도 위와 같이 전송을 제기하였다. 나아가 Rio 기기가 아닌 함께 제공되어 PC에 로딩되는 소프트웨어인 RioPort Audio Manager가 다름아닌 MP3파일로의 변환 및 전송을 수행하는 주체라고 판단함이 위 聯邦抗訴法院의 입장으로 보이지만, 실제 판결문에서 이러한 점이 명확히 드러나 있지는 않다.

1119) 以上은 모두 RIAA v. Diamond Multimedia Systems, Inc. 事件의 2심판결 설시내용을 기준한 것이다 [180 F.3d 1072, 1074-5(9th Cir. 1999)].

1120) 17 U.S.C. § 1002(a)(1), (2).

1121) Recording Indus. Ass’n of America, Inc. v. Diamond Multimedia Sys., Inc., 29 F.Supp.2d 624 (C.D.Cal.1998).

1122) Id. 1001(3).

1123) reproduction, 여기서는 copied와 구별하기 위해 複製라고 번역하지 않는다.

1124) Id. § 1001(1).

지털녹음방식으로 고정되어 있고, (ii) 음향과 소재가 직접 혹은 기기나 도구의 도움하에 인식되고 재생산되거나 기타 이해될 수 있는 유형물(material object)을 가리킨다.¹¹²⁶⁾ 아울러 AHRA는 “(i) 고정된 녹음이 전부 연설로 구성되어 있거나 (ii) 하나 또는 그 이상의 컴퓨터 프로그램이 고정되어 있는 유형물”은 “디지털음악녹음”의 개념에서 의도적으로 제외하고 있다. ¹¹²⁷⁾

법원은 요컨대 위 법률상 Rio가 디지털오디오녹음기에 해당하려면 디지털음악녹음을 “직접” 또는 “전송으로부터” 재생산하여야 한다고 보고, 먼저 Rio가 “직접” 디지털음악녹음을 재생산하여야 하는 경우에 해당하는 지 검토하였다.¹¹²⁸⁾

Rio가 직접적으로 녹음할 수 있도록 소스를 공급하는 컴퓨터하드드라이브는 유형물(material object)이기는 하지만, 하드드라이브에는 보통 “오직 음향과 그 음향에 수반하는 소재, 진술 혹은 지시”이외의 것들¹¹²⁹⁾도 담겨져 있으므로 컴퓨터하드드라이브는 위 법에서 말하는 디지털음악녹음(digital musical recording)이라고 할 수 없고,¹¹³⁰⁾ 그 결과 Rio의 재생산이 직접적으로(directly) 컴퓨터하드드라이브에서 유래되었더라도 이런 점으로는 Rio를 디지털오디오녹음기에 해당한다고 볼 수 없고,¹¹³¹⁾ 그렇지 않더라도 법률이 하나 또는 그 이상의 컴퓨터 프로그램이 고정되어 있는 유형물을 디지털음악녹음에서 제외하고 있는 이상¹¹³²⁾ 컴퓨터하드드라이브는 디지털음악녹음의 定義에 해당하지 않아¹¹³³⁾ 그 결과 Rio는 디지털음악녹음으로부터 파일을 재생산하는 것이 아니라 디지털오디오녹음기에 해당할 수 없다고 보았다. 아울러 抗訴審은, 컴퓨터하드드라이브는 “디지털오디오식 복제녹음”의 제조를 主된 目的으로 하지 않으므로, 컴퓨터하드드라이브는 디지털오디오녹음기에도 해당될 수 없다고 하였다.

특히, 聯邦抗訴法院은 Rio는 단지 이미 이용자의 하드드라이브에 존재한 파일들을 휴대가능하게 할 뿐이라는 점, 또는 VTR을 이용한 텔레비전쇼 저작물의 “時間移

1125) 따라서, 비록 배경음악이 담겼더라도 그 음악이 추가 아닌 게임물, 영상물 등은 제외될 것이다.

1126) Id. § 1001(5)(A).

1127) Id. §1001(5)(B).

1128) 180 F.3d at 1076.

1129) 워드프로세스 프로그램, 스케줄 프로그램과 같은 수리적 프로그램 등이 그 예이다(Id.).

1130) 이 점에 관하여 聯邦地方法院은 AHRA의 입법과정과 입법자의 의도에 비추어 컴퓨터하드드라이브를 “디지털음악녹음”에서 제외하는 것은 부당하다고 하여 의견을 달리 하였었지만, 聯邦抗訴法院은 입법과정 등을 볼 것 없이 법문에 비추어 컴퓨터하드드라이브가 “디지털음악녹음”에 포함되지 않음은 명백하다고 판시하였다. 다만 1심법원과 당사자들이 이러한 입법과정 등을 상세히 논박하였음을 들어 마찬가지로 입법과정까지 살펴 위와 같은 결론을 유지하였다.

1131) Id. § 1001(1), (3) 참조.

1132) Id. §1001(5)(B) 참조.

1133) 聯邦地方法院은 이와 같이 해석하여 컴퓨터하드드라이브를 디지털음악녹음의 개념에서 제외하고 컴퓨터를 AHRA의 대상에서 제외하는 것은, 어떤 녹음기기라도 단순히 당해 음악을 컴퓨터에 통과시키고 MP3파일을 하드드라이브에 잠시 저장하는 행위로 규제를 피할 수 있게 되므로 AHRA의 실효성을 손상시키는 결과가 된다는 입장이었지만, 聯邦抗訴法院은 이러한 결과를 피할 수 없는 결함이 있더라도 AHRA는 분명히 이러한 결함을 포함하도록 입법되었다고 판단하였다.

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

動”(time-shifting)이 침해가 아니라 저작권법상 公正利用(fair use)에 해당한다는 Sony 判決을 인용하면서 Rio는 “空間移動(space-shifting)”을 위해 복제를 하고 있을 뿐이라는 점을 들어, Rio의 작동은 전적으로 AHRA의 주목적, 즉 사적이용의 촉진에 부합한다고 보았다.¹¹³⁴⁾

다음, Rio가 “전송으로부터” 디지털음악녹음을 재생산하여야 하는 경우에 해당하는지 검토함에 있어서 聯邦抗訴法院은, “전송”은 AHRA에 정의되어 있지 않지만 동법에서 “전송”개념이 쓰인 취지상 “공중예의 전달¹¹³⁵⁾”을 의미한다고 하였다. 이 부분에서 당사자들이 다툰 것은 “전송”개념이 아니라 디지털음악녹음의 전송이라 할 수 있는 放送을 “간접적으로” 재생산하는 경우도 AHRA에 해당되는지 여부였다.¹¹³⁶⁾ 법원은 이러한 다툼에 대하여 입법과정을 다시 고찰한 다음 그것이 시사하는 바를 볼 때, 디지털음악녹음의 전송(방송)으로부터 복제본을 만든 때 디지털음악녹음을 “간접적으로” 복제한 것이 되어 AHRA가 적용되는 반면, Rio는 전송(방송)으로부터 복제본을 만들 수 없고 대신 단지 컴퓨터하드드라이브로부터 복제본을 만들 수 있을 뿐이므로 디지털오디오녹음기에 해당하지 않는다고 보았다.¹¹³⁷⁾

결론적으로 이상에서 본 두 가지 측면에서 결국 Rio는 어느 면으로 보나 디지털오디오녹음기에 해당하지 않는다고 맺었다. 聯邦抗訴法院은 이러한 까닭에 原審과 달리 원피고의 손해의 비교나 회복할 수 없는 손해의 존재가능성까지 나아가 판단하지 않고

1134) 180 F.3d at 1079. 다만, Sony 사건에서 VTR을 통한 時間移動이 인정된 것처럼 Rio로의 복제가 空間移動(space-shifting)이라고 하였을 뿐 그것이 어떤 근거에서 公正利用인지에 관하여는 더 상세히 언급하였어야 할 것이다.

1135) 180 F.3d at 1079에서 聯邦抗訴法院은 放送을 그 예로 들고 있으므로, 이하에서는 이해하기 쉽게 방송이라고 병기한다. 다만, 聯邦抗訴法院의 해석을 보면, 명백한 설시는 없으나 Rio에 병렬포트케이블이 연결되어 컴퓨터하드드라이브로부터 파일이 이전되는 형태는 “공중예의 전달”에 해당하지 않는다고 전제하고 있으므로 주의할 필요가 있다.

1136) Id. § 1001(1) 참조. 원고 RIAA는 “a reproduction in a digital recording format of a digital musical recording, whether that reproduction is made directly from another digital musical recording or indirectly from a transmission” 중 “indirectly from a transmission”부분을 “전송으로부터 간접적으로”이라는 뜻이라고 하여 “간접적으로”를 “전송”과 호응시켜 解釋하였다. 반대로, 피고와 법원은 앞서 법규의 내용을 나열한 때 설명한 대로 위 문장 전체를 “그 재생산이 직접적으로 다른 디지털음악녹음에서 유래되었거나 간접적으로 전송(transmission)에 의한 것인지는 불문하고, 디지털녹음방식으로 한 디지털음악녹음의 재생산”이라는 뜻이라고 하여 결국 “직접적으로”와 “간접적으로”가 모두 “그 재생산”과 호응할 뿐이라고 解釋하였다(180 F.3d at 1080). 앞서 “전송”을 공중예의 전달, 즉 방송으로 보는 이상, “indirectly from a transmission”을 피고와 법원의 위의 해석과 같이 풀이하여서는 결국 Rio가 AHRA의 적용대상에 해당될 수 없기 때문에 RIAA의 위 해석은 이를 피하기 위한 부득이한 해석이었다. 그러나 이런 해석은 연방항소법원이 지적한 바와 같이 중대한 결함이 있다. 그것은 RIAA의 해석대로라면, 가령 디지털오디오녹음을 라디오방송한 것을 CD레코더 등에 의해 일단 녹음하였다가 컴퓨터하드드라이브에 저장하면 Rio가 하드드라이브로부터 복제본을 다운로드 받는 행위는 “전송으로부터 간접적으로” 디지털음악녹음을 재생산하는 경우에 해당한다고 할 수 있지만, 가령 라디오로부터 직접 카세트를 이용하여 녹음하는 행위는 위의 경우에 해당되지 않아 결과적으로 Rio를 AHRA의 규제대상이 삼을 수 있는 대신 카세트 등 명백히 AHRA가 규제하고자 한 대상이 누락되게 된다. 결국 RIAA의 해석은 “전송으로부터 간접적으로” 재생산하는 행위를 법의 규제대상에 포함시킴에 반하여 오히려 전송으로부터 직접적으로 재생산하는 행위는 포함하지 않는 결론이어서 부당하였다.

1137) 180 F.3d at 1081.

도 원고의 豫備의 留止命令 신청을 기각할 수 있다고 하여 결국 원고의 豫備의 留止命令을 기각한 原審의 結論은 유지하였다.

聯邦抗訴法院의 위 結論은 AHRA의 法文 자체의 해석으로는 타당할지 몰라도 AHRA가 가졌던 근본적인 결함, 즉 1992년 AHRA 입법당시로서는 조만간 컴퓨터하드 드라이브를 수단으로 MP3 압축파일의 형태를 이용한 불법복제가 주가 될 것임을 예측하기 어려웠다는 한계를 벗어날 수 없다. 즉, 법문의 해석상 부득이하였을지라도 컴퓨터하드드라이브가 위 법에서 말하는 디지털음악녹음(digital musical recording)에 해당하지 않는다는 입장은 결과적으로 AHRA의 포섭범위와 존재의의를 위축시켰다. 그러나 경위야 어쨌든 법원의 판단에 따라 “Rio”라는 상품에 담긴 휴대용 MP3 Player 關聯技術은 市場에 계속 공급될 수 있었다.

(F) 합의로 종결되어 아쉬움을 남긴 Paramount Pictures Corp. v. ReplayTV 事件¹¹³⁸⁾

이 사건에 등장하는 원고 저작권자들은 Paramount 영화사 등 TV 및 영화회사들이고, 피고인 기술공급자들은 PVR기기¹¹³⁹⁾인 “ReplayTV”를 제조공급하는 SONICblue 社 및 그 자회사 등이었다. PVR인 “RealTV”는 VTR과 마찬가지로 방송의 녹화에 이용되지만 TV신호를 셋탑박스에 장착된 하드드라이브에 “디지털형태”로 저장시키고 재생하므로 종래 아날로그 방식인 VTR과 달리, 재복제를 거듭하여도 화질저하가 없다. 뿐만 아니라 RealTV 공급자가 인터넷으로 따로 배포하는 방송일정표에 따라 이용자의 간단한 버튼조작만으로 번호만 입력하면 상업광고부분의 녹화없이 오로지 프로그램부분만 녹화할 수 있게 해주며 아울러 그 녹화물을 인터넷회선을 통하여 타인의 RealTV에 자유롭게 재전송할 수 있다.¹¹⁴⁰⁾

이에 원고들은 피고 ReplayTV측을 상대로, DVR(Digital Video Recorder)인 RePlayTV를 개발하고 판매하여 소비자들이 원고들의 저작물인 TV 프로그램의 디지털복제를 가능하게 하였다는 근거로 寄與責任 및 代位責任을 포함한 저작권침해책임을 구하여 제소하였다. 특히, 원고들은 피고 ReplayTV의 셋탑박스가 상업광고를 임의로

1138) 298 F.Supp.2d 921, 69 U.S.P.Q.2d 1657 (C.D.Cal. Jan 09, 2004).

1139) Personal Video Recorder(일명 Digital Video Recorder); 미국의 Tivo나 ReplayTV로부터 시작되었으며, 마그네틱 테이프에 영상신호를 저장하는 VTR과는 달리 셋탑박스나 TV에 내장된 하드디스크에 정보를 기록해 재생하는 신개념의 디지털 녹화기이다. 모뎀은 전화선에 연결되어 인터넷과 접속되고 여기서 각종 서비스를 제공받는다. 예를 들어 Tivo나 ReplayTV사는 웹사이트에 다음 일주일 동안 각종 채널의 프로그램을 제공하고 이용자가 여기에서 자신이 원하는 프로그램을 리모콘으로 선택하면 그 프로그램이 자동으로 녹화된다. 以上은 Angel James, “Target Audience: Advertisers Have You in Their Sights”, 2004 UCLA J.L. & Tech. Notes 5 <www.lawtechjournal.com/notes/2004/05_040809_james.php>[2004. 10. 14.] 및 ReplayTV 상품비교설명란 <www.digitalnetworksna.com/dvr/Comparison.asp>[2004. 8. 11.] 외에 기타 웹자료<www.google.co.kr/search?q=cache:VhWouLwNyd.../pages/2003/07/02/D1253325.html+replayTV+역사&hl=ko>[2004. 8. 11.] 등을 참조함.

1140) 298 F.Supp.2d at 923.

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

건네 댈 수 있게 하는 데, 이 기능은 소비자들이 on-demand 방식으로 원하는 프로그램만 시청하고 상업광고는 건너뛰게 해줌으로써 상업광고주가 지불하는 광고료수입에 의존하는 프로그램 방송의 사이클 자체를 파괴하는 행위여서 時間移動이라는 公正利用에 해당하지 않는다고 주장하였다.¹¹⁴¹⁾

이와 같은 事實關係에서도 알 수 있듯이 문제된 複製器機가 아날로그기술 녹화기인 “VTR”에서 디지털기술 녹화기인 “PVR”로 바뀌었을뿐, ReplayTV 事件에서 당사자들의 지위 및 주장은 Sony 事件의 그것과 대동소이하여, 1984년 Sony 判決이후 과연 20년이 지난 시점에서 해당 기술분야의 발전, 즉 아날로그 복제방식에서 디지털복제방식으로의 복제기술발전에 따른 事情變更을 반영하여 Sony 判決의 타당성까지 재검점해 볼 수 있는 중요한 의미를 가진 사건이었다.

그런데, 위 소송은 하나의 사건이 아니라 關聯訴訟 5件이 함께 併合되어 소송이었는데, 피고 ReplayTV측은 원고들의 요구에 따라 저작권침해 우려와 관련되어 가장 문제시되던 두 가지 기능, 즉 상업광고부분을 건너뛰고 프로그램부분만 녹화할 수 있게 해주는 기능과 RealTV 녹화물을 인터넷회선을 통하여 다른 RealTV에 전송할 수 있는 기능을 削除함으로써 위 소송 중 원고들과 피고 ReplayTV측의 분쟁부분(이른바 “ReplayTV action”)은 당사자들의 합의로 訴가 取下되었다. 그 나머지 부분 즉 RealTV의 보유자 5명이 EFF(Electronic Frontier Foundation)¹¹⁴²⁾의 지원을 받아 원고 저작권자들을 피고로 삼아 이용자들의 이용이 적법하다는 확인을 구하는 確認의 訴(declaratory judgement)¹¹⁴³⁾ 부분(이른바 “Newmark action”)만 남아서 법원의 판단을 받게 되었다. 원래 이 부분 소송이 별도로 제기되어 앞서 진행 중이던 이른바 ReplayTV action과 병합해줄 것을 이용자들이 신청하였을 때 법원은 저작권자들이

1141) 원고측 소장 및 이 부분 주장은 EFF의 홈페이지 <www.eff.org/IP/Video/Paramount_v_ReplayTV>[2004. 9. 23.].

1142) Electronic Frontier Foundation(EFF, www.eff.org)는 마치 인터넷을 비롯한 디지털분야에서 American Civil Liberty Union과 같은 역할을 하는 막강한 市民團體라고 할 수 있다. 앞서 Verizon 事件의 여파로 RIAA가 개별이용자들을 상대로 존도(John Doe) 소송을 대량으로 제기하자, 개별 이용자들을 대변하여 개개 쟁송을 후원하는 역할도 수행하고 있다<eff.org/IP/P2P/riaa-v-thepeople.php>[2004. 7. 15.].

1143) 韓國 민사소송의 법리상, 確認의 訴는 현재의 권리 또는 법률관계에 대하여 “즉시 확정적 법률상 이익”이 있을 것을 訴訟要件으로 하는바, 위의 利益이란 당사자가 법원의 판결로 확인을 구하는 것이, 원고의 법적 지위가 不安, 危險할 때 그 법률상의 불안, 위협을 제거하기 위한 가장 유효, 적절한 수단일 것을 요구한다[강현중, 민사소송법(제5판), 박영사, 2002. 8, 317-19면]. 이와 마찬가지로 declaratory judgement란 가령 계약을 체결한 당사자가 자신들의 권리를 정하기 위하여 계약의 해석을 구하거나 회사가 세금을 납입하기 전에 새로운 세법이 자신들의 사업에 실제로 적용되는지 판단을 구하는 경우와 같이, 법원이 당사자들에게 특정행위나 손해배상을 명령함이 없이 당사자의 권리를 판단하는 법원의 결정을 말한다. 이는 특정 계약에 대한 소송에서 자주 요구되며, 분쟁을 근본적으로 해결할 수 있다면 법적권리의 조기결정도 필요하다는 점을 근거로 하고 있다(dictionary.law.com에서 “declaratory judgement” 내지 “declaratory relief” 검색, 2004. 9. 9.). 아울러, 연방법원은 “Declaratory Judgement Act”(28 U.S.C. §2201)에 따라 “실제의 사건이나 분쟁(actual case or controversy)”에 대하여 당사자들의 권리나 다른 법적관계를 확인할 수 있을 따름이다(이 부분은 298 F.Supp.2d at 924).

ReplayTV에게 寄與責任이나 代位責任을 묻고 있는 이상 결국 이용자들의 直接責任을 판단할 필요가 있음을 들어 소를 제기한 5명의 이용자들에게 “合理的인 不安(reasonable apprehension)”¹¹⁴⁴⁾이 존재한다고 보아서 이를 허락하였었다.¹¹⁴⁵⁾ 그렇지만, 이후 소송진행과정에서 앞서 저작권자들이 RealTV측을 상대로 한 소를 취하하면서 아울러 위 이용자에게 대하여도 소를 제기하지 않기로 합의하였던 사실을 들어, 실제의 사건이나 분쟁(actual case or controversy)이 존재하지 않으므로 이 부분 소송은 가상적인 다툼(moot)이어서 法院은 이러한 이용자들의 확인청구에는 聯邦憲法에 따라 판단할 권한이 없다고 결론을 내리면서 법원은 이 부분 소송은 却下하였다.¹¹⁴⁶⁾

이처럼, 실제판단 없이 소송이 종료됨으로써 앞서와 같이 Sony 判決에서 다룬 사안과 유사한 사안에 대하여 법원이 그동안의 기술발전에 따른 事情變更을 어떻게 고려할지는 나중으로 미루어졌다. 하지만, ReplayTV를 둘러싼 PVR 기기공급자와 저작권자의 다툼에서 PVR 기기공급자가 PVR의 여러 기능 중 저작권을 직접적으로 침해하는 용도부분, 즉 광고를 건너뛰게 해주는 기능 등만을 자진하여 삭제함으로써 나머지 非侵害的 用途가 대부분인 PVR 기기의 공급 자체가 중단되지 아니하고 일단은 지속될 수 있었다는 경험은 우리에게 암시하는 바가 있다. 그것은 다름아니라 복제기술공급자와 저작권자의 이해대립은 서로의 일정부분 양보로서 충분히 절충될 수 있는 것이지, Napster사건에서 그러하였듯이 어느 한쪽의 전부 승리나 패배냐를 끝까지 가려야 하는 관계는 아니라는 점이다.

(G) 歷史的 考察에서 찾을 수 있는 시사점

Napster 判決이나 Grokster 判決, 나아가 Verizon 판결은 이미 다른부분에서 상세히 언급한 바 있고, 1984년 Sony 判決이 내려진 이후 2000년경 Napster 判決 직전에 이르기까지의 주된 사건이라 할 Cahn v. Sony Corp. 事件, AHRA의 성립경위, Rio 事件, ReplayTV 事件들을 위에서 요약해 보았다. 보건대, Sony 判決이후 현재에 이르기까지 著作權者 對 혁신적인 복제기술공급자의 이해가 대립하는 유형의 사건들에서 著作權者들의 입장은 적극적으로 기술을 수용하기보다는 複製技術이 著作權을 侵害하는데 대응할 制御手段이 마땅치 않다는 이유 등으로 技術의 進歩에 소극적인 입장을 지켜왔음을 알 수 있었다.¹¹⁴⁷⁾ 반면, 이에 대한 法院의 判決들은 그 논리전개야 어찌되었던 결과적으로는 대개는 技術을 금지하는 대신 그 存在를 肯定하였고, 다만 그러한 긍정의 결과 발생할 저작권자의 피해는 議會가 나서 해결하는 것이 타당하다는 입장¹¹⁴⁸⁾

1144) 위 脚註의 “법률상의 불안, 위협”에 상응한다.

1145) Cnet News 2002. 8. 16.자 “Judge hits rewind ReplayTV case” 기사 참조.

1146) 298 F.Supp.2d at 923-924.

1147) 비슷한 지적으로는 Jeremy Paul Sirota, “ANALOG TO DIGITAL: HARNESSING PEER COMPUTING”, Hastings Law Journal, February 2004, p. 763.

이었음을 알 수 있다.

시간이 더 흘러, 저작권자들은 2000년을 즈음하여 등장한 Peer-to-Peer 기술이라는 또 하나의 새로운 技術進歩에 대하여도 그 공급자인 Napster社를 상대로 일단 법적인 제동을 걸었다. 종전의 베타맥스 VTR(Sony 事件)이나 Rio(Diamond Multimedia 事件) 상품은 일단 기술공급자의 手中에서 떠나면 외관상 더 이상 기술공급자의 곁에 존재하는 것이 아님에 반하여 Napster 프로그램의 경우 프로그램뿐만 아니라 관련 서비스가 계속 제공되는 외관을 갖추므로써 技術供給者는 이용자들이 범하는 侵害行爲에 보다 한 걸음 더 가까이 위치하게 되었다. 바로 이 점이 Napster의 新技術이 法院에서 다른 技術의 경우와 달리 “侵害者”로 버림받은 근본적인 이유가 아닐까 한다.

Napster 사건의 교훈으로 기술공급의 주체들, 즉 ISP들은 저작권자들로부터의 법적 쟁송을 모면할 목적으로 이른바 Hybrid방식을 버리고 Pure 방식의 P2P로 우회하는 방법을 택하게 되었다. 이에 따라 적어도 技術의 직선적인 進歩라는 차원에서는 불필요한 굴곡이 생겼다.¹¹⁴⁹⁾ 이후 Grokster 事件에서 하급심법원이 P2P 기술공급자의 책임을 부정한 데는, 일견 被告가 이용자에 대한 서비스 부분을 버리고 Pure P2P 프로그램만을 공급하는 예전의 ‘상품공급자’로 되돌아갔다는 판단에 크게 기인하였다.

요컨대, 시간이 흐름에 따라 필연적으로 등장하는 각각의 進歩된 複製技術에 관하여 著作權者는 항상 필요이상의 소극적인 자세를 견지했지만,¹¹⁵⁰⁾ 법원의 태도는 그 논리야 어쨌든 결론적으로는 적극적으로 기술을 수용하고자 하였고, 저작권침해의 폐해가 더 큰 예외적인 경우에만 당해 기술의 공급을 금하였다고 볼 수 있다. 아울러 著作權과 複製技術의 대립은 때로는 서로 원만한 절충점을 찾기도 하였다.

이상의 사실이 進歩된 技術과 既存 著作權의 衝突이라는 問題를 해결하는 과정에서 등장한 여러 美國의 先例들에 나타난 흐름, 환언하여 역사적 교훈이 아닌가 한다.

2) Sony 判決에서 도출할 수 있는 小原則들과 韓國法에서의 意味

以上에서 이른바 Sony 判決에서 도출할 수 있는 大原則에 따라, 복제기술과 저작권의 충돌과 그 해결의 사례에 관한 역사적 고찰을 하여 그 방향을 살펴보았다. 그런데 연방대법원은 大原則에서 한발 더 나아가 Sony 판결의 판시에서 여러 가지 세부 원칙

1148) Sony 判決은 물론, Grokster 사건과 Verizon 사건의 각 항소심판결 말미 등 참조.

1149) 비슷한 취지로는 Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, op. cit., p. 1383. 그 취지 중에는 Pure P2P가 중앙서버에 의한 검색정보제공을 받았던 종전 Hybrid P2P보다 효율면에서 떨어진다는 점을 지적하고 있다.

1150) 가령, 작금에 Napster, Aimster, Grokster로 이어지는 P2P 기술에 의한 잇따른 저작권침해로 著作權者로서는 P2P자체에 敵對感을 보이고 있지만, 저작권자편이라고만 여겨지던 Microsoft조차 “farsite”라는 프로젝트명 아래 버클리 대학과 공동으로 초대형 P2P 프로젝트를 진행중인 것이다 <research.microsoft.com/sn/Farsite>[2004. 8. 30.].

들까지 제시하고 있다. 이 논문은 이러한 세부원칙들을 이른바 Sony 判決에서 도출할 수 있는 “小原則”이라고 명명하고자 한다. 주의할 것은, 이 논문에서 도출할 小原則들에는 Sony 判決이 직접 제시한 것과 적어도 암묵적으로 전제하였던 것을 포함하고 있음은 물론, Sony 판결이후 다른 법원들이 先例로서 Sony 判決을 해석하며 실질적으로는 새롭게 정립한 기준도 포함되어 있고, 더 나아가 그러한 기준들을 이 논문이 분석, 변형하여 처음 제시하고자 하는 패러다임(paradigm)도 일부 포함되어 있다는 것이다.

첫째, 大原則과 밀접하게 관련되는 小原則으로, 이는 革新的 技術의 저작권침해가 문제될 때 판단주체인 법원으로서의 당장 눈앞에 놓인 著作權法뿐만 아니라 아울러 技術을 규율하고 있는 特許法까지 참작할 수 있다.¹¹⁵¹⁾ 이는 Sony 判決에서 분쟁을 해결함에 있어 연방대법원이 美國 特許法 중 간접침해 규정의 반대해석에 의하여 문제되는 商品의 用途 相當部分이 非侵害的인 경우(substantial noninfringing use)는 그 상품이 일부 저작권침해를 빚는다하여도 여전히 공급을 허용하여야 한다는 원리를 도출한 점에서 알 수 있다.

둘째, 문제되는 상품이나 서비스에 侵害的 用途(infringing use)가 일부 있더라도 상품이나 서비스가 가지는 全體 用途를 기준으로, 社會全體的으로 社會的 損失(social cost)¹¹⁵²⁾을 넘은 社會的 利益(social benefit)을 가져오는 신기술은 법원이¹¹⁵³⁾ 허용하여야 한다.¹¹⁵⁴⁾ 이는 小原則들 중에서도 가장 核心的인 律이라 할 수 있다.

1151) 聯邦大法院의 Grokster 判決은 Sony 判決과 유사하게, 특허법 규정을 응용하여 誘發理論에 근거한 저작권법침해책임을 인정하고 있다.

1152) Jesse M. Feder, op. cit., p. 911에서도 간략히 이러한 관점을 언급하면서, 특별한 반증이 없는한 “侵害的 用途”의 가치가 그 침해가 초래한 “社會的 損失”과 같고, “非侵害的 用途”의 가치가 침해가 가져온 “社會的 利益”과 같다고 부연하고 있는바, 지극히 간명하면서도 타당한 분석이라고 본다.

1153) 이에 따라 ISP의 책임 유무를 올바르게 판단하기 위해서는 결국 문제되는 특정 技術의 효용과 비용을 정확히 판단하여야 하므로 抽象的인 法規定이나 法論理의 숙지보다 具體的인 技術의 特性 내지 屬性을 法官이 제대로 이해하고 있어야 할 필요가 있게 된다. 空論的인 법논의만으로는 가령 Gnutella 방식의 P2P 서비스가 어떤 사회적 이익을 가져오는지, 반대로 어떤 손실을 끼치는지, 나아가 프로그램공자가 침해행위를 막기 위해 사전에 어떤 措置(아래의 “損失을 초래할 部分만을 차단할 區別措置는 事實上 要求된다는 原則” 참조)가 가능한지 제대로 판단할 수 없는 것이다.

1154) 관련부분은 Sony, 104 S.Ct. at 788. 앞서 聯邦大法院의 판결 실시 중 “비록 侵害的 用途에 적합할뿐만 아니라 아울러 다른 用途로서 合法的 用途를 가진 상품의 판매행위만으로는 그 상품판매자를 寄與 侵害者로 볼 수 없다. 그러한 규제는 상업의 원활한 유통(wheels of commerce)을 막을 것...”부분이 있다. 그러나 이러한 小原則을 더 명확하게 드러낸 事件은 Sony 判決을 재해석한 Posner 판사의 Aimster 抗訴審 判決이었다. 먼저 공급자가 非侵害的 用途뿐만 아니라 侵害的 用途를 아울러 가진 상품이나 서비스를 공급할 때에 이들 用途의 각각의 총량을 대략 가늠하는 것이 寄與侵害를 인정함에 있어 필수적이다(What is true is that when a supplier is offering a product or service that has noninfringing as well as infringing uses, some estimate of the respective magnitudes of these uses is necessary for a finding of contributory infringement)라고 판시한 것을 비롯하여(334 F.3d at 651), Sony 判決의 사안을 고객 중 일부는 그 옷을 입고 매춘을 할 수 있음을 인식하고도 야한 옷을 파는 소매업자(retailer of slinky dress)에, Aimster 事件을 비록 자신의 피용자가 안마를 시술할 수도 있지만 실제로는 오직 매춘만 일삼는다는 사정을 아는 안마시술소(massage parlor)의 경영자에 비유하면서 前者의 경우 소매업자의 행위가 허용됨으로써 매춘이 용이해지는 정도가 그에게 형사소추의 위험을 부과하여 금지함으로서 생기는 “社會的 損失(social cost)”보다 작다고 볼 수 있다고 說示하고 있다(334 F.3d at 651). 이로써 Sony 判決의 토대가 社會全體的인 利益과 損害의 比較에 기초하고 있음을

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

세째, 그러한 全體 用途의 社會的 利益(非侵害的 用途, noninfringing use), 社會的 損失(侵害的 用途, infringing use)을 판단할 때에는 潛在的 用途(potential use)까지 포함하여 고려해야한다.¹¹⁵⁵⁾

넷째, 판단의 대상이 되는 상품이나 서비스는 被告로 提訴된 특정 상품이나 서비스(가령 Sony 事件에서 문제된 베타방식의 VTR 상품)를 기준으로 삼아야 한다. 따라서, 당해 기술이 응용되는 모든 派生分野(가령, 앞서 Sony 事件에서는, 家庭用 녹화VTR 시장이 아니라 베타방식이 적용된 放送用 테이프 시장¹¹⁵⁶⁾을 포함한 영역)까지 통털어 그 전체 상품이나 서비스까지¹¹⁵⁷⁾ 막연하게 대상으로 삼아서는 안 된다. 이와 마찬가지로, 상품이나 서비스가 외관상으로는 하나의 상품이나 서비스일지라도 技術의 機能의 同一性을 기준으로 하여서는 2개 이상의 상품이나 서비스가 결합되어 있을 수 있으므로 이때는 침해가 문제되는 상품이나 서비스 부분만을 대상으로 삼는다.

다섯째, 네 번째 기준과 관련하여 반대로 신기술 상품이나 서비스 공급자가 자신의 상품이나 서비스로 인하여 발생하는 침해적 용도 부분을 容易하게¹¹⁵⁸⁾ 비침해적 용도 부분으로부터 區別해 낼 수 있다면(distinguishable), 환언하여 침해적 용도 부분만을 遮斷하고 비침해적 용도 부분만을 공급할 수 있다면, 그러한 區別을 위한 措置¹¹⁵⁹⁾를 이행할 필요가 있다. 그러나 이러한 措置를 이행하는 것은 공급자 스스로 자신의 상품

간접적으로 암시하고 있다.

1155) Sony, 104 S.Ct. at 788-789. 여기서 1審이 발견한 사실에 따르면, Sony 判決에서는 時間移動이라는 “潛在的 用途”가 이미 명확하게 요구를 충족하므로 당해 器具의 일체의 다양한 “潛在的 用途”를 탐색할 필요가 없다고 하였는데, 이는 환언하자면 다른 사안에서는 당해 器具의 다양한 “潛在的 用途”를 탐색할 필요가 있음을 드러낸 것이다. 아울러 Sony 判決을 재해석함에 있어, Napster 事件 抗訴審 判決은 1審이 Sony 原則을 적용하면서 당해 서비스가 侵害的인지, 相當部分이 非侵害的인지 판단함에 있어 지나치게 현재의 用途만 중시하고 장래의 用途(future noninfringing use, 즉 潛在的 用途)를 간과하였다고 비판하고 있다(Napster, 239 F.3d at 1021). 뿐만 아니라 Aimster 抗訴審 사건에서는 Aimster가 실제 侵害的 用途를 하나라도 인식하고 있으면 Sony 判決에 대한 Napster 法院의 해석에 따라 침해행위에 대한 實際 認識이 있는 것이므로 寄與責任있다고 주장하였고, 이와 정반대로 피고는 단지 非侵害的 用途를 하나라도 입증하면 곧바로 책임이 없는 것이라는 주장을 하였지만, Posner 판사가 이러한 兩極端의 주장을 모두 배척한 것은, 결국 당해 상품이나 서비스의 侵害的 用途와 非侵害的 用途를 全般的으로 比較할 것을 요구하고 있는 것이다(Aimster, 334 F.3d at 651).

1156) 이에 관하여는 앞서 Sony 事件의 事實關係 부분 중 베타맥스(Betamax) 용어 설명한 脚註 참조.

1157) 만약 P2P 기술이 문제되는 때는 P2P 技術이 응용된 파일교환서비스뿐만 아니라 전자상거래서비스 등 일체의 P2P 관련 서비스나 상품이 이에 해당할 것이다.

1158) Aimster 항소심 Posner 판사의 표현을 차용하면 “侵害的 用途가 相當部分(substantial)인 경우에는 네트워크로부터 그러한 侵害的 用途의 이용을 없게 하거나 실질적으로 줄이는 것이, 현저히 均衡을 잃을 정도로 서비스제공자에게 費用이 소요된다는 점의 立證을 통하여서만 責任을 면할 수 있게 된다”고 판시한 부분(Aimster, 334 F.3d at 653.)은 侵害的 用途를 줄이기 위한 조치가 존재하는 경우 서비스제공자에게 그러한 조치를 요구하는 것이 타당하다는 점에서는 공감한다. 다만 그러한 조치를 이행하지 않은 경우 Posner 판사는 寄與責任을 긍정할 수 있다는 입장으로 보이고, 반대로 私인은 그러한 조치의 불이행만으로 바로 책임이 긍정된다고 볼 수는 없다는 입장이다.

1159) 대표적인 것은 Sony 事件에서 Sony의 VTR의 고속전진버튼(fast-forward button)을 리모델링으로 삭제하여 광고를 건너뛰지 못하게 하는 措置(다음 脚註의 Aimster 判決에서 Posner 판사의 의견 참조), 앞서 Replay 事件에서 PVR의 기능 중 광고를 건너뛰게 해주는 기능과 복제물을 타인에게 재전송하게 해주는 기능의 삭제 措置(Replay 事件에서 보듯이 공급자측이 이러한 措置를 자발적으로 취한 결과 당해 분쟁이 합의로 종료되었다), 나아가 일반적으로 가장 흔한 措置로 상정할 수 있는 것이 침해부분을 걸러낼 수 있는 필터링 기술의 수용 措置 등일 것이다.

이 침해적 용도로 이용되는 경우를 감소시킴으로써 나중에 법원이 당해 상품이 가진 침해적 용도(사회적 손실)와 비침해적 용도(사회적 이익)의 概括的인 量을 比較할 때 유리한 판단을 받기 위해서 사실상 필요하고 요구될 뿐이다. 별도의 특별입법이 없는 한 法的 義務라고는 할 수 없다. 이러한 措置가 가능하기는 하지만 지극히 곤란하여 공급자가 부득이 이행하지 못한 경우는 물론, 그 措置가 容易하게 可能에도 공급자가 이행하지 않은 경우라도 법적의무의 불이행은 아니므로 그 措置의 不履行으로부터 바로 공급자의 책임이 긍정되는 것은 아니다. 만일 이렇게 措置가 이행되지 않은 경우라면, 그에 따라 侵害的 用途와 非侵害的 用途가 區別되지 못하고 混在된 狀態, 바꾸어 말하면 상품이 비침해적 용도뿐만 아니라 침해적 용도까지 아울러 가진 상태로 공급되고 있을 것인바, 법원은 그렇게 混在된 狀態 그대로 당해 상품의 용도 전부를 앞서 小原則 두 번째, 세 번째에 따라 판단하면 족하다.¹¹⁶⁰⁾

다만, 이러한 판단 과정에서 법원이 판단하기에, 비록 이행되기 이전이지만 침해부분만을 容易하게 구분할 수 있는 措置가 존재함이 명백하다면 즉, i) 區別을 위한 措置가 容易하고, ii) 그러한 사실이 明白하다는 두 가지 요건이 충족될 때는 법원 스스로 판단결과에 이를 반영하여 侵害的 用途 부분만을 금지시킴이 타당하다.

여섯째, 社會全體的 視覺에서 非侵害的 用途와 侵害的 用途를 비교하는 판단이 법관에게 항상 가능한 것은 아니므로¹¹⁶¹⁾ 침해와 비침해 각 부분의 정확한 교량이 어렵더라도 일견 社會的 利益(非侵害的 用途)이 相當部分(substantial)이라고 예견될 때에는 법원으로서도 당해 技術의 공급을 일단 허용하는 것이 바람직하다.¹¹⁶²⁾ 즉, 극단적으로는 법원이 非侵害的 用途가 적어도 相當部分에 이른다고 하여 유통을 용인하였는데 나중에 시간이 흐름에 따라 당해 기술은 社會全體的으로 損失이 더 크다고 밝혀질 수도 있는 것이다.¹¹⁶³⁾ 저작권자에게는 다소 위협스러운 이러한 입장을 Sony 判決이 취한

1160) 이와 달리, 區別을 위한 조치를 代位責任의 統制可能性과 관련지어 해석하는 것이 다른 논자들 대부분의 입장이다. 대표적으로 Aimster 抗訴審에서, Sony 事件의 원고가 개별이용자들을 상대로 Sony VTR의 고속전진버튼(fast-forward button)을 사용하여 광고를 삭제함으로써 저작권자의 수입을 감소시킨 행위에 대하여 일일이 제소하기는 불가능하겠지만 Sony 스스로 그러한 침해가능성을 VTR의 디자인 변경으로 쉽게 감소시킬 수 있을 것이라고 본다면 앞서 代位責任이 Sony 事件에도 적용될 수 있었을 것이라고 본 해석이 그 예이다.

1161) 법관이 정확하게 사회적 이익과 社會的 損失을 가늠하는 것은 비록 불가능하지는 않더라도 상당히 어려운 작업이다(Jesse M. Feder, op. cit., p. 911).

1162) Sony 判決에서 多數意見의 판시 중 “...Sony가 商業的으로 重要한 非侵害的 用途(commercially significant noninfringing uses)를 갖추었는지를 살펴야 한다. 다만, 당해 기구의 일체의 다양한 潛在的 用途(potential use)를 탐색하고 그러한 用途들이 침해에 해당하는지 아닌지를 법원이 결정할 필요는 없고, 대법원으로서도 단지 聯邦地方法院이 발견한 사실에 따라 그러한 用途들의 상당수가 非侵害的인지를 고려하면 족하다”고 판시한 부분이 직접적인 언급부분이고, 그 외에도 “substantial noninfringing use” 혹은 “commercially significant noninfringing uses” 중 “substantial”이나 “commercially significant”의 辭典의 意味로 볼 때 社會的 利益과 損失의 比較는 일종의 개략적 판단에 불과하지, 완전히 數理計量的인 판단은 아님을 쉽게 짐작할 수 있다.

1163) 가령 現實의 用途만으로는 非侵害的 部分보다 侵害的 部分이 더 크더라도 다소 모호한 潛在的 用途까지 포함할 때는 일견 非侵害的 部分의 총량도 侵害的 部分의 총량보다 크다고 판단하여 법원이 일단 공급을 허용하였는데, 시간이 흐름에 따라 밝혀진 실제 (潛在的) 用途에서 非侵害的 部分의 비중이 작

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

이유가 판결문 자체에서 직접 언급된 바 없다. 하지만, 앞서 Sony 判決의 大原則에 따른 歷史的 考察을 마무리하며 적었듯이, 美國 法院은 技術의 進步와 著作權의 衝突이라는 問題를 해결하면서 결론적으로는 進步된 技術의 登장을 적극수용한다는 자세를 취하는 데서 이유를 찾을 수 있겠다.

일곱째, 이렇게 신기술이 사회에서 용인된 결과 그 총량으로는 사회가 받는 이익에 미치지지는 못할지라도 저작권자측이 집중적으로 받게 될 큰 損失을 보전해주는 것은 법원의 몫이 아니라, 궁극적으로 立法府가 나서서 해결해야 할 문제이다.¹¹⁶⁴⁾

요컨대, Sony 判決에서 도출할 수 있는 이른바 “Sony 小原則”을 나열하자면, 첫 번째, 複製技術과 著作權의 衝突을 特許法 應用으로도 풀 수 있다는 原則, 두 번째, 社會的 損失이상의 利益을 가진 新技術은 허용한다는 原則, 세 번째, 技術의 潛在的 用途까지 포함하여 損失과 利益을 판단한다는 原則, 네 번째, 損益判斷의 對象은 특정 상품이나 서비스에 국한된다는 原則, 다섯 번째, 損失을 초래할 部分만을 차단할 區別措置는 事實上 要求된다는 原則, 여섯 번째, 損失과 利益의 比較는 概略的 判斷으로 족하다는 原則, 일곱 번째, 技術로 인한 著作權者의 損失은 立法으로 補填해 준다는 原則으로 정리된다고 할 수 있다.

Sony 判決의 역사적인 의미는 혁신적 복제기술과 저작권의 충돌이라는 당대의 과제를 저작권법상의 좁은 법리안에서 미시적으로 해결하기보다, 社會全體의 利益과 損失이라는 큰 틀에서 거시적으로 해결하는 방식을 취하여, 말하자면 問題解決의 次元을 格上하였다는 데 있다. 이러한 의미가 있기 때문에 수십 년이 지난 오늘날까지도¹¹⁶⁵⁾ 비슷한 과제를 해결하고자하는 美國의 論者들, 즉 실무가와 학자를 막론하고 대부분의 이들이 Sony 原則을 거듭 음미하고 있는 것이다. 이렇듯 Sony 原則은 위와 같이 巨視的, 歷史的인 視覺의 문제해결을 하였다는 특징 내지 장점 때문에 구체적인 사안에서는 상이할 수밖에 없는 韓國의 향후 사례를 해결하는 데도 중요한 틀이 될 수 있다. Sony 判決의 問題解決方法이 美國의 寄與責任이나 代位責任의 形式에 얽매이지 않았던 것과 마찬가지로, 韓國 成文法, 가령 민법상 교사, 방조에 의한 공동불법행위규정 같은 形式에 얽매이지 않고도 韓國에서의 문제해결 틀을 제공해줄 수 있다는 것이다.

다고 판명된 경우이다.

1164) Sony, 104 S.Ct. at 782-85.

1165) 특히, VTR 등장시절에 내려진 Sony 判決은 비록 구체적인 판결의 표현에서는 당시 폄하하던 寄與責任의 옷을 입고 있었을 지라도, Sony 判決이 궁극적으로 제시하고자 했던 복제기술과 저작권갈등의 해결방법이라는 패러다임은, Pure P2P의 등장으로 寄與責任이나 代位責任의 법리가 향후에는 더 이상 통하게 되지않을 상황에서도 그누텔라류의 P2P 제제공자들에게 여전히 변형되어 여전히 응용될 수 있을 것이다.

특히 Sony 原則이 도출되는 데는 美國 特許法 중 §271(c) 규정¹¹⁶⁶⁾이 근거가 되어 주었듯이, 韓國 特許法에도 비록 미국 특허법과 동일한 규정은 아닐지라도 第127條¹¹⁶⁷⁾가 저작권법에도 응용될 수 있는 법리의 일정한 근거가 될 수 있다는 점이다. 다만 美國 特許法에서는 그 相當部分이 非侵害的 用途여야 기여책임을 면해줌에 비하여 韓國 特許法에서는 唯一한 用途가¹¹⁶⁸⁾ 侵害的일 때만 기여책임자로 보기 때문에 그 반대해석상 相當部分에 이르지 않는 극히 一部라도 非侵害的 用途이면 기여책임을 면제해 주고 있어 차이가 있다. 따라서 韓國 特許法의 위 규정만으로는 막바로 美國의 Sony 原則과 같이 用途의 “相當部分이 非侵害的”이면 기여책임이 없다는 식의 기준을 도입할 수는 없다.¹¹⁶⁹⁾

하지만, 韓國의 관련 규정을 널리 살펴보면, 特許法이 아니라 다름아닌 著作權法의 규정 중 “침해로 보는 행위”를 정한 第92條¹¹⁷⁰⁾에서 DMCA 규정¹¹⁷¹⁾과 마찬가지로 기술적보호조치를 제거·변경·우회하는 등 무력화하는 것을 主된 目的으로 하는 행위만을 금지함으로써 결과적으로 主된 目的이 (기술적보호조치에 대하여) 비침해적 용도인 기술의 공급에는 책임을 지우지 않음을 알 수 있다. 이 규정은 비록 저작물에 대한 침해가 아니라 기술적보호조치에 대한 침해를 다룬 것이기는 하지만 著作權法 안에 明示된 法理라는 점에서 의의가 크다. 왜냐하면 앞서 1984년 Sony 판결에서는 저작권법안에서 근거규정을 찾지 못하여¹¹⁷²⁾ 널리 특허법의 관련규정을 원용한 것이기 때문이다.

결국, 이상의 조문들을 조화롭게 해석하자면, 특허법분야가 아닌 적어도 저작권법 분야에서는 비침해적 용도가 主된 目的인 경우, 환언하여 비침해적 용도가 相當部分인 경우에는 당해 기술의 공급행위에 책임을 묻지 않는다는 법리를 수립하는 것이 가능하다 할 것이다.¹¹⁷³⁾ 즉, Sony 原則의 韓國에의 응용이 가능하다는 것이다.

1166) 그 규정의 내용은 앞서 제7장 제2절 4. (1) 脚註 부분 참조.

1167) “(침해로 보는 행위) 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 업으로서 하는 경우에는 특허권 또는 전용실시권을 침해한 것으로 본다. 1. 특허가 물건의 발명인 경우에는 그 물건의 생산에만 사용하는 물건을 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위, 2. 특허가 방법의 발명인 경우에는 그 방법의 실시에만 사용하는 물건을 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위”.

1168) “물건의 생산에만 사용” 혹은 “방법의 실시에만 사용”함에 限定하는 취지의 규정 부분은 1973. 2. 8. 특허법 전문개정시 간접침해규정이 최초 도입된 이래 지금까지 줄곧 유지되고 있는데, 이는 1959. 4. 13.부터 시행된 일본 특허법 제101조 제1호 및 제2호에서 동일한 규정이 등장한 이래 줄곧 유지되어 온 데서 영향을 받지 않았나 짐작된다.

1169) 이 점에서 앞서 소리바다 형사항소심이 오류를 범하고 있음은 지적하였다.

1170) “정당한 권리없이 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리의 기술적 보호조치를 제거·변경·우회하는 등 무력화하는 것을 주된 목적으로 하는 기술·서비스·제품·장치 또는 그 주요부품을 제공·제조·수입·양도·대여 또는 전송하는 행위는 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해로 본다.”

1171) 17 U.S.C. §1201(a)(2).

1172) 당연히 1984년 Sony 판결 때에는 기술적 보호조치에 관한 DMCA규정도 존재하지 아니하였다.

1173) 마치 Sony 법원이 특허법규정까지 응용하였듯이, 第92條의 법리를 기술적보호조치를 침해하는 기술 등의 공급에 국한하지 않고 널리 저작권 일반을 침해하는 기술 등의 공급에 관하여까지 확장한다는 것, 아울러 위 규정의 “주된 목적”의 문구가 過半數를 의미한다는 점에서 Sony 原則 중 “相當部分(substantial)”의 뜻과 공통된다는 것을 전제로 한다.

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

더 구체적으로, 가령 韓國에서 소리바다1의 책임을 판단한다고 할 때 일단 責任의 根據規定은 일견 민법상 방조에 의한 공동불법행위규정이 될 것이지만, 소리바다의 행위가 幫助에 해당하는지 판단의 구체적인 틀을 채워주는 것은 Sony 原則의 내용이 될 수 있다는 것이다.¹¹⁷⁴⁾

3) 小原則의 구체적 내용

앞서의 小原則들 중 첫 번째는 이미 상세히 살핀 大原則과 밀접하므로, 이하에서는 두 번째 小原則부터 살핀다.

(A) 社會的 損失이상의 利益을 가진 新技術은 허용한다는 原則

a) 社會的 利益과 社會的 損失을 비교하는 판단의 곤란성 여부

문제되는 상품이나 서비스에 侵害的 用途(infringing use)가 일부 있더라도 경우에 따라 더 큰 非侵害的 用途를 취하기 위하여 侵害的 用途를 사회가 용인하겠다는 것이 Sony 原則이다. 즉, Sony는 個人選集이라는 著作權 侵害的 用途로 VTR을 이용하는 實例가 상당수 있음을 인정하고도 결론적으로 이러한 侵害的 用途의 사용을 계속 허용하였다. 특히, Sony 法院이 공급을 허용한 VTR이 아날로그기술의 한계를 지닌 복제기술인 점에 주목하여, 만약 非侵害的 用途의 허용을 위하여 부득이 그에 수반하므로 허용되는 侵害的 用途가 당해 기술의 특징상 存續과 傳播性에 制限이 있는 경우라면 Sony 原則에 따라 판단하는 법원으로서의 더욱 용이하게 侵害的 用途를 수용하게 될 것이라는 지적이 있다.¹¹⁷⁵⁾ 단순히 用途의 가지수가 많아야 過半(primary) 내지 相當部分(substantial)이라고 할 수 없고, 실제 用途가 차지하는 비중을 實質적으로 판단하자는 취지이므로 타당한 지적이라고 본다.

아울러 Sony 判決에서 제시한 기준에서의 “substantial”의 의미가 “primary” 혹은 “predominant”와 같은 過半數를 의미하는 것은 아니라고 해석하는 예가 있다.¹¹⁷⁶⁾ 이해하기에 따라서는 이런 설명도 가능하다고도 보이지만, 위 해석이 타당하려면, “損益의

1174) 적극적으로 침해를 조장한 기술공급자라면, 마치 연방대법원의 Grokster 판결이 誘發理論을 도입하여 책임을 긍정한 것처럼, 한국 법원도 보다 쉽게 幫助에 해당한다고 판단할 수 있을 것이지만, 위에서 언급하는 상황은 기술공급자에게 그러한 적극적 침해조장의 행동이 없었고 단지 비침해적 용도의 技術 자체가 아울러 보유한 侵害的 用途 때문에 이용자에 의한 침해가 발생하였을 때 과연 기술공급행위만으로 韓國 民法上 幫助로 볼 수 있는지 판단하여야 할 때를 가리킨다.

1175) 베타맥스 VTR이 사용하는 아날로그 녹화테이프의 경우는 재복제를 거듭하는 경우의 화질저하가 두드러져 이러한 경우에 해당되었고 그에 따라 장래 전파가능성도 한계가 있었다. Mark R. Johnson, Amateur Recording, Part 3. Endemic Noise (1997) (paper by master's degree candidate in Information Design and Technology at Georgia Institute of Technology). 이는 Emily E. Larocque, “NO FREE MUSIC: EFFECT OF A & M RECORDS, INC. V. NAPSTER, INC. ON THE MUSIC INDUSTRY AND INTERNET COPYRIGHT LAW”, University of Hawaii Law Review 767, Summer 2001, p. 790에서 再引用.

1176) Jesse M. Feder, op. cit., p. 897 등.

비교가 概略的 判斷에 그치는 한계를 고려하여 現實의 用途에서는 過半數에 이르지 않는 수준이더라도 潛在的 用途까지 고려할 때는 일견 過半數에 이를 것이라고 보일 때는 책임을 지우지 않는다.”는 취지의 해석이어야 한다.¹¹⁷⁷⁾ 만약 현실적 용도, 잠재적 용도 등 일체의 용도를 고려할 때도 非侵害的 部分이 侵害的 部分보다 작아 過半數에 못 미친다고 할 때라면, 그와 같이 사회전체적으로는 결국 純損害만 되는 技術을 허용할 이유가 없음은 누가 보더라도 자명하기 때문이다.

두 번째 기준과 관련하여 社會的 利益과 社會的 損失을 평가하는 것이 쉽지 않음은 물론이다. 聯邦大法院이 Sony 事件을 풀어나감에 있어서는 비록 직접 조사한 것은 아니지만 당사자가 제출한 여러 번의 통계조사와 1심이 이미 발견한 사실에 의탁하여 이러한 과정을 거쳤다. 혹자는 이러한 과정은 지극히 抽象的인 수밖에 없어 실용적일 수 없다고 비판할지 모르나,¹¹⁷⁸⁾ 이는 법원의 司法的 判斷 자체가 抽象的인 過程임을 간과한 것이다. 아울러 위와 같은 판단과정의 抽象性은 그 정도에 있어서 寄與責任에서의 “認識”要件이나 “實質的 寄與”要件, 또는 代位責任에서의 “統制可能性”이나 “直接的인 利益”要件들을 판단하는 과정보다 더 곤란한 과정이라고 볼 수 없음을 유의하여야 한다.¹¹⁷⁹⁾

실제로 저작권자들은 통상 소송에서 원고가 되어 당해 상품의 侵害的 用途에 관한 증거를 제출할 것이고, 피고인 상품공급자는 非侵害的 用途의 예에 관하여 방대한 자료를 제출할 것이므로 韓國의 法官도 원고와 피고에 의하여 이들 증거들을 통하여 당

1177) 앞서 연방대법원의 Grokster 판결 중 Breyer 대법관 등의 別個意見에서 당해 기술이 당장의 현실적 용도에서는 비침해적 용도가 10%에 불과하다고 인정하였음에도 Sony 原則의 혜택을 인정한 것과 같은 맥락이다. 이와 대조적으로 Sony 原則을 엄격히 해석하는 입장, 가령 종전의 Aimster 법원이나 연방대법원의 Grokster 판결 중 Ginsburg 대법관 등의 의견은 당장의 현실적 용도를 더 중시하는 입장이라고 할 수 있다.

1178) 가령, Michael J. McCambridge, “CONTRIBUTORY INFRINGEMENT BY PROVIDING THE MEANS: THE STAPLE ARTICLE OF COMMERCE DOCTRINE AND AN ALTERNATIVE ANALYSIS FOR COPYRIGHT LAW”, 18 J. Marshall L. Rev. 703, 730 (1985)에서는 Sony 原則을 비판하면서 이를 대체할 기준으로 이른바 “4요소 형량 기준(four-part balancing test)”을 주장하고 있다. 이는 ① 문제되는 侵害의 道具를 이용하는 일반공중의 이익, ② 지속적 침해가 저작물에 접근할 일반공중의 이익에 가할 잠재적 손해, ③ 창작적 노력에 대한 지속적인 보상에 관한 저작권자의 이익, ④ 침해도구를 합법적으로 이용하는 데 관한 도구제공자의 이익 등 4요소를 형량하여 “침해의 도구에 접근을 금지하는 것이 타당하다”고 법원이 판단한 경우에 도구제공자를 기여침해자로 의율하는 것이 바람직하다는 논의를 전개한다. 하지만, 이러한 논의대로 따르는 것이 오히려 Sony 기준이 제시한 사회적 이익과 사회적 손실 사이의 1:1 비교보다 더 추상적이어서 恣意를 허용하게 될 것이다.

1179) 社會的 利益과 損失을 比較衡量하는 작업은 비록 어려운 작업이지만, 그 어려움이 가령 저작권 관련 사건에서 損害나 利益을 산정하는 어려움과 비교할 때 지나치게 어려운 수준이라고는 볼 수 없다. 이는 앞서의 比較衡量에서 潛在的 用途까지 감안하여 작업하는 경우라 하여도 마찬가지이며, 법관은 그 앞에 놓여진 증거에 따라 가능성 혹은 예측가능성을 평가하면 된다(Jesse M. Feder, op. cit., p. 911). 설령, 앞서의 작업이 결코 용이한 판단과정은 아닐지라도, 앞서 Sony 判決의 意義가 그러했듯이 혁신적 복제기술로 사회가 수용하느냐, 침해기술로 사장시킬 것이냐의 판단이 가져오는 크나큰 여파를 감안하면, 단순히 A와 B 특정 개인간의 권리관계에만 영향을 끼치는 데 그치는 여타 저작권분쟁에서와 달리, 이러한 어려움은 불가피하게 감수할 필요도 있는 것이다.

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

해 기술이 가진 社會全體的 利益과 損失을 대략적¹¹⁸⁰⁾으로는 평가할 수 있을 것이다. Aimster 抗訴審의 Posner 판사도 당사자의 立證負擔을 나누어 원고로 하여금 문제되는 상품의 用途가 相當部分 侵害的이라는 점을 立證하도록 하고, 피고로 하여금 商品用途 相當部分이 非侵害的이라는 것을 立證하도록 함이 타당하다는 취지로 판시하고 있다.¹¹⁸¹⁾

b) 보다 쉽게 판단할 수 있는 顧客吸入力 基準說

社會的 利益과 損失을 보다 손쉽게 평가하는 일종의 도구개념으로서 특정 상품이나 서비스의 제조, 배포가 어떤 측면에서 顧客吸入力을 갖추었는지 그 이유를 고찰하여, 만약 고객흡입력을 낡는 쪽이 주로 侵害的 用途에서 유래한 것이라면 법원으로서 보 다 쉽게 위 상품 등의 공급자를 寄與侵害者로 의율할 수 있다는 견해¹¹⁸²⁾가 있다.

이러한 견해는 완전히 독창적인 것이라고는 할 수 없고, 이미 Sony 判決의 少數意見이 그 판시에서 “만약 아무도 그 상품을 非侵害的 用途만으로는 구입하려 하지 않는다면 제조자가 상품의 침해부분으로부터 이익을 얻고 있음이 추정되고 책임이 부과되는 것이 정당”하다고 한 입장을 그대로 살린 것이다. 아울러 위 견해는 Sony 判決의 判示에서 “用途 相當部分이 非侵害的인 경우(substantial noninfringing use)”를 “商業的으로 重要的 非侵害的 用途(commercially significant noninfringing use)”와 동일하게 해석하여, 技術 그 자체에 초점을 맞추는 대신 당해 商品이 제조, 판매, 소비되는 사업 과정 속에서 技術을 파악하여 Sony 原則을 적용하도록 요구한 것과 맥락을 같이 한다.

이러한 기준에 따라 책임을 부정한 사례로는 가령 Vault Corp. v. Quaid Software, Ltd. 事件¹¹⁸³⁾이, 반대로 책임을 긍정한 사례로 볼 수 있는 것은 Atari, Inc. v. JS&A Group, Inc. 事件¹¹⁸⁴⁾이 있다. 이처럼 顧客吸入力을 기준으로 한 판단은 유용한 도구개

1180) 아울러 법원에 의한 평가의 결과가 개략적인 수준으로 족함은 아래 小原則 여섯 번째에서 설명한다.

1181) Aimster, 334 F.3d at 651-52. 필자가 평가건대, 앞서 Napster 抗訴審이 Sony 原則을 단지 寄與責任의 認識 수준에 국한시켜, Sony 判決의 의미를 축소시키버린 것과 달리 Posner 판사는 적어도 원, 피고에게 侵害的 用途와 非侵害的 用途를 각각 입증시키는 절차를 통하여 궁극적으로 양자의 크기를 比較 衡量하여 기술공급의 허용여부를 정하려 한다는 점에서 Sony 原則에 더 충실하였다 하겠다.

1182) Jesse M. Feder, op. cit., p. 911.

1183) 847 F.2d 255 (5th Cir. 1988). 원고 소프트웨어의 백업카피 제작을 가능하게 해주는 피고 제품의 침해 책임 여부가 문제된 사안이었다. 연방항소법원은 이용자들은 원고 소프트웨어에 쏟은 상당한 투자를 불시의 사고로부터 보호하기 위하여 백업카피를 만들 권리가 저작권법상 보장되고 따라서 피고 제품이 그러한 用途에 사용되는 한은 非侵害的 用途에 사용되는 것이라고 하였다. 그런데, 이용자들의 相當數가 그러한 用途에 사용할 목적으로 피고제품을 구입하고 있는 사실이 인정되는 이상 피고제품의 경우 非侵害的 用途만으로도 商業的으로 圓滑한 市場(viable commercial market for noninfringing use)이 존재하는 이상 Sony 原則에 따라 피고에게 책임이 없다고 판단하였다.

1184) 597 F.Supp. 5, 8 (N.D. Ill. 1983). Sony 事件에 대한 聯邦大法院의 판단이전의 사례이지만, “단지 피고의 기구와 아울러 제공된 9개 비디오게임만을 복제할 목적으로 그 기구에 거액을 지급하였다고 주장하는 것은 믿기 어렵다”고 피고에게 책임을 긍정하였다.

념으로 보이지만,¹¹⁸⁵⁾ 이 개념도 당해 상품이 시장에서 有料로 공급될 때 적용할 수 있는 것이지, Napster나 소리바다¹⁾과 같이 無料인 P2P 프로그램이나 서비스의 경우에는 적용하기 곤란하다는 한계가 있다.

c) 經濟學的 視覺에서의 社會的 利益과 損失의 計量化

顧客吸入力を 기준으로 하는 앞서의 견해 역시 다소 추상적 판단이 불가피한 것이 흠이다. 결국 Sony 判決의 眞意를 정확히 분석하기 위하여서는 法經濟學的 分析이 불가피하다. 왜냐하면, 社會的 利益과 社會的 損失을 비교하여 損失이상의 利益을 가진 新技術이라면 법원이 허용하겠다는 논리는 다름 아니라 經濟學에서 일컫는 이른바 “칼도- Hicks 效率(Kaldor-Hicks efficiency)”의 概念¹¹⁸⁶⁾을 달리 표현한 것이기 때문이다. 경제학측면에 치중한 보다 정확하고 엄밀한 분석은 向後의 研究者에게 맡기고, 여기서는 일단 試論的 考察만을 하기로 한다.

우선 社會的 利益은 당해 복제기술이 새롭게 창출한 이익을 뜻한다. “새롭게” 창출한 이익이므로 가령 복제기술 관련 상품이나 서비스공급자가 이용자들로부터 징수하는 金錢的 收益은 사회전체적인 시각에서는 단지 이용자들의 호주머니로부터 공급자의 호주머니로 금전이 이전된 것에 불과하므로 위에서 말하는 利益이 될 수 없다. 여기서 말하는 利益에 해당하는 것은 당해 복제기술이 도입됨으로써 종전에 이용자들이 저작물을 복제하는데 소요된 시간과 비용이 절감되었을 때 그 “節減된 만큼의¹¹⁸⁷⁾ 時間과

1185) 이와 달리, 침해적 용도를 제외한 나머지 非侵害的 用途만이 잔존한 당해 상품을 소비자들이 구입할지 여부를 판단하는 것은 지나치게 추상적이고 자의적인 판단이라는 批判(Ariel B. Taitz, op. cit., pp. 168)이 있으나, 위 Vault Corp. v. Quaid Software, Ltd. 事件에서 보듯이 구체적인 사례에서 위와 같은 판단은 오히려 비침해적 용도가 상당부분에 이르는 것인지의 판단보다 용이하다고 할 것이다.

1186) 사회전체의 복지를 목표로 한 配分的 效率性에 관한 대표적 개념으로 우선 “파레토 效率(Pareto-optimal)” 概念이 있다. 이러한 效率은 資源配分的 變化로 사회구성원 중 하나에게도 불이익을 주지 않고 다른 이들의 복지는 더 향상시키는 상황에 도달한 경우에 달성된다. 그러나 이러한 효율을 달성하는 자원배분의 변화는 현실에서 극히 예를 찾기 어렵다. 이에 비하여, 칼도- Hicks 效率은 어떤 자원배분의 변화로 인한 일부 사회구성원들의 損害가 다른 구성원들의 利益보다 작은 상황에 도달하면 달성된다. 이 때, 더 큰 利益으로 損害를 보전해 줄 수 있다는 면에서 “잠재적 파레토 效率”이라고도 불린다. 以上은 박세일, 전거서, 589-590면 참조.

1187) 새 복제기술이 없었던 경우의 시간과 비용보다 “節減”된 만큼만을 계량하여야 하므로, 언 듯 생각하면 “중전의 시간, 비용”에서 “새로운 시간, 비용”을 공제한 차감액을 구해야 하므로 복잡할 듯하지만, 가령 P2P와 같은 디지털복제기술의 경우 “새로운 시간, 비용”이 0에 가깝다고 볼 수 있으므로 결국에는 “절감”된 액수는 다름 아니라 “중전의 시간, 비용”과 동일하게 된다. 다만, 이것은 가령 Napster나 소리바다 서비스의 사례에서는 저작권자가 종전에 시판한 CD에 수록된 A曲의 效用과 새 복제기술을 이용해 CD의 A曲을 MP3형태로 만든 파일의 效用이 이용자에게 同一하다고 假定한 경우이다. 가령, 종전형태인 CD의 曲과 달리 MP3 파일은 휴대성이 더 높다든지, 반면 통상의 정각으로는 식별할 수 없지만 압축과정에서 原音의 변질이 불가피하다든지 하는 특징을 독자적 變數로 고려할만한, 두드러진 效用의 增減이라고 본다면 社會的 利益은 위 본문에서 “節減된 만큼의 時間과 效用”에다 위와 같이 增減된 效用을 더하거나 뺀 수치가 될 것이다. 그렇지만 이러한 경우라도, 아래처럼 이용자들이 복제기술공급자에게 대가로 지급하는 만큼의 금전액수가 社會的 利益임에는 변동이 없으므로 쉽게 생각하면 어쨌든 위 금전액수만 파악하면 족하다.

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

費用”이라고 할 것이다.¹¹⁸⁸⁾ 그런데 이러한 利益이 창출되었을 때 이를 최초로 수혜하는 주체는 개개이용자들이겠지만 이용자들은 복제기술공급자에게 그 대가로 그에 상응하는 만큼의 금전을 지급하므로¹¹⁸⁹⁾ 결국 “社會的 利益의 最終的인 受惠者”는 “복제기술공급자”라 할 수 있다.¹¹⁹⁰⁾

반면, 社會的 損失을 살펴보면 이 역시 社會的 利益과 마찬가지로 당해 복제기술로 인

1188) 국내외를 막론하고 P2P와 같은 복제기술의 사회적 이익, 손실을 본격적으로 규명한 연구는 아직 발견하기 어렵다. 다만, 김정호·이완재, “소리바다 사건에 대한 법경제학적 분석”, 比較私法 卷9권 제1호, 2002.4.(www.chunghokim.com/whkdb/main.php?DB=kch09&q=view&l=3&p=1&go=2, 2004. 12. 29. 방문, 비슷한 취지를 담은 동일저자들의 단행본으로는 『사이버공간의 법경제학』, 법문사, 2004.를 참조)에서 이 부분을 다소 언급하면서 불법이용되는 복제기술이 가져오는 社會的 利益은 다름아니라 일일이 저작권자의 허락을 얻지 않아도 되는 데서 오는 “去來費用의 節減”이라는 利益이라고 설명하고 있다. 나아가 위 글은 社會的 損失으로는 잠재적 신곡생산의 기회가 축소됨으로 인한 소비자 및 생산자 잉여의 減少分(이는 筆者가 社會的 損失으로 지적하는 것들 중, 증가된 著作權執行費用은 빠진 것이다)을 들고 있다. 하지만, 결론적으로 이러한 “거래비용의 절감”이라는 이익과 “소비자와 생산자잉여의 감소”라는 손실의 크기를 비교하는 판단은 불가능하다고 하고 있다. 그러나 이러한 결론에 이를 바에는 위와 같은 경제학적 분석의 틀이 법적 분석에 비하여 별다른 유용성을 가질 수 없을 것이다.

1189) 설명의 편의를 위하여 개개이용자들의 剩餘(margin), 즉 이용자들이 절감한 시간과 비용의 總價値가 공급자에게 지급하는 금전의 總價値를 초과하는 부분은 존재하지 않는다고 假定한다. 或者에 따라서는 필자의 이러한 假定을 반박하면서, 개개이용자들의 剩餘가 0이 아니라 기술공급자들의 剩餘가 0이라고 假定해버리면 필자의 논리 전개상 그 결과는 필자의 所見과 반대로 기술공급자가 아닌 개개이용자들이 社會的 利益의 最終的인 受惠者라는 결론이 나올 수 있다고 반박할 수도 있을 것이다. “소비자잉여=0”인 상태에서 거래가 일어날 동기가 없으므로 필자의 위 假定이 다소 불완전한 것은 사실이지만 이하에서 설명하듯이 논의의 간명화를 위하여 부득이한 반면, 위 반박에 따른 반대의 假定은 옳바르지 않다.

즉, 去來가 발생하려면, 당해 상품의 공급자와 수요자 모두가 去來를 통하여 최소한이라도 이익을 얻고 있는 상태, 즉 경제학적 표현으로는 生産者 剩餘와 需要者 剩餘가 모두 존재하는 상태가 되어야 하며, 가령 어떤 특정한 보통상품에서 需要者 剩餘가 존재하지 않는 상황에서는 수요자들이 굳이 그 상품을 더 구입할 이유가 없고, 잉여가 존재하는 다른 가까운 代替財들을 구입하면 족한 것이다. 그런데 복제기술과 관련된 상품의 경우는 이전에 전혀 존재하지 않던 革新的인 技術的 突破의 결과이므로, 理論上의 代替財는 존재할지 몰라도 앞서의 보통상품과 달리 현실에서는 代替財가 거의 존재하지 않는 때가 대부분이다. 가령, “複寫器”의 利用料가 아무리 비싸더라도 대개의 소비자들은 理論上으로는 代替가능한 “펜을 구입해 직접 手記하는 방식”을 여간하여서는 선택하지 않을 것이고, 이러한 상황을 표현하자면 “代替財가 존재하지 않는다.”고도 명명할 수도 있고, 아니면 더 정확하게 “代替財는 존재하지만 현실적인 대안은 못되는 결과 당해 市場에서 기술상품을 공급하는 생산자가 獨占的인 地位를 확보하게 되어, 生産者 剩餘가 消費者剩餘를 잠식하여 極大化되는 狀況”이라고 할 수 있다(經濟學에서는 이를 “獨占體制에서는 生産者剩餘는 증가할 수 있으나, 消費者剩餘의 量 혹은 消費者剩餘와 生産者 剩餘의 總量은 감소한다.”고 설명하는데, 그 외 經濟學的 用語와 論理構成에 더 적합한 표현은 向後의 研究者들에게 맡긴다). 결국 이 글에서 다루는 특정한 혁신적 복제기술들, 즉 앞서의 복사기를 비롯하여 작금에 가장 문제되는 P2P 소프트웨어 같은 상품이나 서비스들이 유통되는 市場에서는 그 상품의 獨占的인 특성으로 인하여 生産者 剩餘가 消費者 剩餘보다 더 클 수밖에 없고 獨占的인 地位가 강화될수록 消費者 剩餘는 실제로 0에 근접하게 될 것이다. 그런 까닭에, 이 글에서는 이하 간명한 논의를 위하여 부득이 消費者 剩餘를 0으로 假定하였음을 밝힌다.

여기서 다시 후자는 반드시 ISP가 獨占的인 地位에 있다고는 말할 수 없는 것이 아니냐는 반론을 제기할 수 있겠다. 그러나, Napster나 소리바다의 實例에서 알 수 있듯이 혁신적 복제기술을 처음 도입한 ISP는 적어도 일정기간 獨占的인 地位를 실제 향유한다. Napster나 소리바다 모두 법적쟁송으로 붕괴되었을뿐 그때까지 他競業者와의 이렇다할 경쟁은 존재하지 않았다. 여기서 알 수 있는 또 하나의 사실은, 중국적으로는 他競業者가 출현하는 상황이 될 수도 있겠지만, 적어도 법원이 법적쟁송에서 해당 ISP의 책임을 법경제학적 틀로 분석하게 되는 時點은 대체로 최초 기술도입자의 독점적 지위가 유지되는 상황일 때일 것이라는 점이다.

1190) 복제기술공급자에게 공급되는 각종 원료 내지 源泉技術을 공급한 제3자가 취득한 剩餘 역시 0이라고 假定한다.

하여 “새롭게” 생긴 損失이므로 가령 복제기술을 이용하여 허락없이 불법복제를 한 이용자들로부터 저작권자가 著作物利用料를 징수하지 못한 금전적 손실은 사회전체적 시각에서는 저작권자의 호주머니속으로 옮겨져야 할 것이 여전히 이용자들의 호주머니속에 남겨져 있는 것에 불과하므로 위에서 말하는 損失이 될 수 없다. 마찬가지로 이용자들이 불법파일을 획득한 결과 저작권자가 판매하는 적법한 음반 판매가 감소한 금액도 損失이 아니다. 반면 여기서 지칭하는 損失에 해당될 수 있는 것으로, 著作權者의 創作意慾 喪失로 減少된 著作物이 가졌을 價額¹¹⁹¹⁾과 문제된 복제기술이 등장하지 않았으면 이용자들의 복제도 존재하지 않았고 그에 따라 저작권자가 이 부분 복제를 막기 위하여 추가지출하지 않아도 되었을 著作權執行費用¹¹⁹²⁾ 혹은 自救의 保護費用¹¹⁹³⁾이 있겠다(이하 합하여, 著作權執行費用 등이라고 한다).

그런데, 여기서 주의할 것은 앞서 社會的 利益이 최초수혜자인 이용자들로부터 기술공급자에게 이전되는 현상과는 달리 社會的 費用은 대부분 이전되지 않고 여전히 著作權者가 계속 부담한다는 사실이다. 먼저 減少된 著作物 價額이라는 損失이 타인에게 이전될 여지가 없음은 분명하다.¹¹⁹⁴⁾ 다음으로 著作權執行費用 등의 경우, 혹자는 損害賠償訴訟이라는 법적구제를 통하여 理論上으로는 손해금액 내지 소송비용의 형태로 불법복제를 한 이용자들에게 중국적으로는 모두 轉嫁된다고 생각할 수 있겠지만, 만일 위 理論대로 불법복제를 한 이용자들에게 손해배상소송을 통하여 著作權執行費用 등이 모두 轉嫁되려면 그와 동시에, 앞서와 같이 불법복제 이용자들이 지급하지 않았던 著作物利用料도 모두 지급받는 상황이 불가피하게 전제되어야 한다. 쉽게 말하여 불법복제 이용자가 총 10인이고 저작권자가 사전 홍보광고비 등 著作權執行費用 등으로 1000을 지출하였다고 해보자. 이 때 저작권자는 각 불법복제 이용자당 100의 비용을 이미 부담한 셈이므로, 단 1인의 불법복제이용자라도 손해배상소송에서 누락시키면 1000의 총비용을 온전히 회수할 수 없다.¹¹⁹⁵⁾ 따라서 그들을 모두 손해배상소송의 피고로 삼아 1인당 각 100의 비용을 회수함과 동시에 앞서 각 저작권이용료도 손해로 지급받는 상

1191) 즉, 창작의욕 감소에 따른 저작물공급 감소로 인한 저작물 가격상승은, 편의상, 없다고 假定한다.

1192) 가령, 앞서 설명한 RIAA의 불법복제금지 TV홍보광고비 등 事前 費用, 앞서 설명한 情報提出命令(subpoena)을 발급받아 개별이용자의 신원을 파악한 뒤 John Doe 소송을 제기, 승소할 때까지의 事後 費用(Verizon 事件에 대한 判例分析 부분의 脚註에서 설명하듯이, 情報提出命令 발급비용을 RIAA가 부담하지 않고 ISP에게 부당하게 轉嫁하여 왔지만, 앞서 社會的 利益에서와 마찬가지로 이러한 轉嫁는 무시하여 역시 제3자의 損失은 0으로 假定한다)으로 이루어진다.

1193) 앞서 著作權執行費用이 이용자들의 복제가 불법일때 그에 대한 대처비용이라면, 自救의 保護費用은 이용자들의 복제가 적법할 때 기술적보호조치 등으로 그러한 복제를 차단하는데 소요된 비용을 말한다.

1194) 다만, 그 價額의 크기만이 아래 설명하는 손해배상소송이 얼마나 實效의이냐에 따라, 즉 비록 저작권 이용료 형태가 아니라도 손해배상금 형태로 創作의 對價를 징수할 수 있다면 價額의 크기가 감소하는 방향으로 변동할 뿐이다.

1195) 美國의 징벌적 손해배상 등 예외적인 상황은 고려하지 않고, 오로지 실손해만을 입증하여 그 범위내에서만 배상을 받는 통상적인 손해배상시스템을 전제한다. 아울러 형사처벌을 동원하여 이용자들로서는 더 큰 피해를 입게 할 수 있을지는 몰라도 형사절차에서는 민사와 달리 그러한 피해에 상응한 만큼의 수익이 저작권자에게 돌아가는 것도 아니므로 刑事節次는 여기서 고려하지 않는다.

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

황을 구현하여야 비로소 著作權執行費用 등이 이용자들에게 모두 轉嫁되는 상황이 된다. 그런데, 불법복제를 한 이용자 모두가 예외 없이 저작권자로부터 손해배상소송의 피고가 되어 저작권이용료 외에 100의 비용까지 지급하여야 한다면 결국 불법복제를 하지 않았을 경우보다 100의 비용만 추가 지출하는 것이어서 이용자들로서는 굳이 불법복제를 할 經濟的 動機(incentive)가 없게 되는 셈이고, 따라서 위와 같은狀況은 실제 침해가 빈발하고 있는 현실에서는 존재하지 않는 허구적인狀況에 불과하다. 따라서 그 反對論理로, 침해가 계속 발생하고 있는 현실의 상황은 저작권자로부터 불법복제이용자에게 예외 없이 著作權執行費用 등이 轉嫁되는 상황은 아님을 알 수 있다. 결론적으로, “減少된 著作物 價額이라는 費用”과 “著作權執行費用 등”이라는 전체 社會的 費用 중 “著作權執行費用 등”의 일부만이 적발된 불법복제 이용자들에게 轉嫁될뿐 나머지 대부분은 저작권자측이 그대로 負擔하게 된다.

위와 같이 社會的 利益과 社會的 費用이 구체적으로 무엇인지 經濟學的으로 살핀 것은, 法的이 아닌 經濟學的의 시각으로 바라볼 수 있다는 단순한 의미보다 이 글에서는 더 큰 활용가치가 있다. 다음 아니라 法官이 ISP의 책임이 문제되는 特定 事件에서 Sony 原則의 적용과 관련하여 “社會的 利益”이라는 다소 추상적인 요소를 판단하고자 할 때, 달리 마땅한 방법이 없을 때에는 “복제기술공급자가 이용자들로부터 지급받은 金錢的 收益을 社會的 利益과 等價로 볼 수도 있다”는 일종의 公式을 활용할 수 있다는 사실이다.¹¹⁹⁶⁾

마찬가지로 “社會的 費用”을 판단함에 있어서도 法官이 ISP의 책임과 관련한 特定 事件에서 Sony 原則을 적용하면서 “社會的 費用”이라는 추상적인 요소를 판단함에 있어, “당해 복제기술의 침해대상¹¹⁹⁷⁾이 되는 著作物 市場의 價額 減少額¹¹⁹⁸⁾에 著作權執行費用 등의 純增價額¹¹⁹⁹⁾의 합이 社會的 費用과 等價이다”라는 公式을, 더 간단히는

1196) 다만, i) 앞서 설명하며 가령 消費者剩餘를 0으로 가정하는 등 이론상의 제약이 있다는 점, ii) Napster나 소리바다¹⁾에서와 같이 공급자가 이용자들로부터 직접 지급하는 金錢이 존재하지 않는 경우에는 바로 적용할 수 없다는 점은 유의해야 한다. 그렇더라도 위 i)부분에 관하여는 향후 더 세밀한 경제학적 분석에 맡겨야 하겠지만, ii)의 한계에 대하여는 Napster나 소리바다가 이용자들에게 무료 정책을 취한 것은 이용자들을 더 유치하기 위한 잠정적인 정책에 불과하였으므로 중국적으로는 위의 公式이 적용될 수 있는 유료화 방식이 될 것이었고, 그렇지 않더라도 이용자들은 金錢 支給 대신 공급자가 내건 광고를 본다는 일종의 出捐行爲(예외적으로, 광고수주가 원활하지 못하던지 하는 공급자측의 사정이 있는 경우 소비자의 出捐 수준은 소비자들이 당해 서비스로부터 획득하는 이득에 훨씬 미치지 못하는 상황이 되어 결국 각각 利用者의 剩餘로 남고 앞서 설명과 달리 供給者에게 移轉되지 않는데, 이러한 경우 社會的 利益을 평가하기는 한층 어려운 노력이 필요할 것이다)를 하는 것이고 이것은 다시 광고주를 통하여 역시 廣告費 支給 형식으로 공급자에게 最終적으로 이전된다고도 볼 수 있다.

1197) 가령 P2P 복제기술의 침해대상이 무엇인지에 관하여는 앞서 “제4장 제3절 P2P 技術에 의한 著作權侵害의 對象物과 그 深刻性” 참조.

1198) 저작권자의 창작의욕에 따라 저술되는 저작물의 총가치는 매년 변함없는 것으로 전제하고, 아울러 복제기술의 등장으로 인하여 저작권자가 새롭게 얻은 市場(가령, 저작권자의 허락을 받아 운영하고 있는 적법한 온라인 음악시장)이 존재한다면 그 증가액은 제외하여야 할 것이다.

著作權執行費用 등의 純增價額은 著作物 市場의 價額 減少額에 비하여 상대적으로 작은 비율일 것이므로 이를 과감하게 무시한다면 “복제기술의 侵害對象이 되는 著作物 市場의 價額 減少額이 社會的 費用과 等價이다”라는 公式을 補完의인 基準으로 삼을 수 있는 것이다.¹²⁰⁰⁾

d) 市場의 關聯性만을 기준으로 Sony 判決을 해석하는 입장의 부당성

이상과 같은 法經濟的인 視覺과 論理를 기초로 할 때, Sony 判決을 순수하게 市場經濟的 視覺으로만 이를 해석하는 立場은 부당하다고 할 수 있다.

위 立場은 Sony 判決의 일부 표현¹²⁰¹⁾을 근거로 일부 문헌¹²⁰²⁾에서만 거론되는 것이어서 아직 미국에서도 전반적인 논리가 발전되어 있지 않아 완벽하게 설명하기에는 이

1199) 여기서는 복제기술의 등장으로 저작물 시장 자체가 이동한 경우(가령, 음악CD 시장에서 온라인 음악 시장으로 이동한 경우) 기존 저작물 시장의 축소로 이 부분 저작권집행비용 역시 절감되었다면 그 절감액을 비용에서 공제하여야 한다.

1200) 이 글을 읽는 讀者 상당수는 아마, 필자의 연구결과에 따르면 “그럼, 소리바다 운영자는 責任이 있다는 것인가 혹은 아니라는 것인가?”의 결론에 당연히 우선 관심이 있을 것이다. 그러나 누차 언급한 바와 같이 ISP의 책임 유무는 결코 간단한 법논리의 우월비교만으로 결론내릴 수 없으며, Sony 판결이 탁월하게 시사한 바와 같이 그 기술이 사회전체에 가져다주는 得과 實을 법원이 신중하게 따져야 하는 상당히 고된 작업을 먼저 필요로 한다. 그런 작업을 위한 “구조적인 틀”을 제공하는 것에 이 논문의 역할이 있을 뿐이며, 가령 (Sony 1심판결에서 등장한 것과 유사한) 소리바다 침해적 이용실태에 관한 여러 각도의 報告書, (Grokster 사건에서 원고가 간략히 제시한 것보다 상세한) 소리바다의 네트워킹기술이 채용할 수 있는 침해구별조치의 가능성과 그 구체적 내용 및 효과, 아울러 소리바다와 공통적인 형태의 P2P 파일교환서비스의 한국에서의 제반실태에서 유추되는 발전가능성 등을 미리 검토하지 않은 채 내리는 結論은 그야말로 昨今에 흔하디 흔한 文獻들과 마찬가지로 “침해행태가 압도적이며, 이를 막으려면 적어도 서버를 중지시키는 방법으로는 통제가능성 있으므로 침해책임 있다” 혹은 “침해가 다수이더라도 운영자는 그 파일전송을 일일이 식별, 제지할 수 없음을 자명하므로 침해책임을 인정하기 곤란하다”는 식의, 아니면 “소리바다 서비스 자체가 침해를 조장한 기여행위이므로 책임 있다”, “소리바다 서비스제공만으로 침해에 대한 기여행위라고 할 수 없어 책임 없다”는 식의 평범하면서도 별다른 도움이 안되는 결론일 수 밖에 없다. 다만, 위 本文에서 제시한 법경제학적 분석틀을 不正確하나마 과감하게 응용한다면, “소리바다가 이용자들(실제로는 광고유치 등 다른 주체)로부터 지급받았거나 지급받을 예정인 金錢의 收益”이 “著作物 市場의 價額 減少額”보다는 현저하게 적다고 한 見 전제된다면 볼 때는, 소리바다 운영자에게 侵害責任이 있다는 결론이 기본적으로는 옳은 방향이 아닌가 한다.

1201) Sony, 104 S.Ct. at 788-789. “商業上 主要한 商品의 원칙은 단지 상징적이 아닌 효과적인 법정 獨점 권의 보호에 대한 저작권자의 합법적 요구와 실질적으로 관련없는 상업에 자유로이 종사할 다른 자들의 권리의 均衡을 맞추어야만 한다(The staple article of commerce doctrine must strike a balance between a copyright holder’s legitimate demand for effective—not merely symbolic—protection of the statutory monopoly, and the rights of others freely to engage in substantially unrelated areas of commerce)”. 아울러, Aimster 抗訴審 判決에서도 앞서 보았듯이 “Aimster 서비스처럼 侵害의 用途와 非侵害의 用途를 아울러 갖춘 서비스에 대하여 원고측의 주장처럼 Sony 原則이 적용되지 않아 寄與責任이 부과된다면 서비스제공자로서는 원고들과 같은 권리자들에게 잠재적으로 부담할 책임의 범위를 예측하기 곤란하여 그러한 책임의 위험을 회피하려 할 것이고 그 결과 서비스 전체의 폐쇄 혹은 저작권자들과 관련없는 분야까지 저작권자들이 지배하는 현상이 나타날 것이기 때문”이라고 하여 맥락을 같이하고 있다.

1202) Sony 判決에서 時間移動은 저작물인 TV프로그램의 시청자 수요를 증가시켜서 오히려 저작권자의 기존시장에 긍정적 작용을 함에 반하여, Grokster 事件의 P2P 소프트웨어는 저작권자의 기존시장을 대체하는 것이므로 전혀 상반되므로 Grokster 1審의 결론은 잘못되었다는 입장을 취하며, 신기술이 既存市場을 代替하는지, 아니면 전혀 상관없는 市場에 대한 것이어서 저작권자로 하여금 새로운 市場까지 獨점권을 미치게 하는 것은 市場의 歪曲 내지 失敗가 불가피한지를 판단하여 後者의 경우에만 새로운 기술의 공급을 불허하여야 한다고 설명하는 입장(Tim Wu, op. cit., p. 739.)이 그러한 예이다.

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

르지만, 이를 요약해보면, 『Sony 判決에서 聯邦大法院은 저작권자가 TV프로그램에 부여받은 독점권이 미치는 市場과 VTR 이용자들이 時間移動을 통하여 TV프로그램을 복제하는 영역은 전혀 별개라고 보았다. 聯邦大法院이 時間移動이 公正利用에 해당한다는 점을 판단하면서 밝힌 바와 같이 時間移動은 저작권자측 市場의 현재 또는 장래에 아무런 영향을 미치지 않는다. 이러한 영역의 행위까지 저작자의 독점권 침해라고 하여 저작권자로 하여금 통제할 수 있도록 것은 저작권자에게 저작권과 전혀 關聯없는 市場(unrelated areas of commerce)에까지 독점권 확장을 인정하는 부당한 결과가 된다. 따라서 Sony 判決을 향후 적용함에 있어 기준은, 문제되는 당해 상품이 영향을 미치는 市場이 既存의 著作物 市場과 重複되는지, 關聯이 되는지에 따라 결정되어야 한다.』는 것이다. 결국 이러한 論理에 따르자면, 만약 당해 技術商品이 속하는 市場이 저작권자의 既存市場과 關聯된 市場일 때는 당연히 저작권자의 독점권이 보장되어 당해 상품의 공급은 저작권침해로 규제되어야 한다는 결론에 이르게 된다.

그러나 Sony 原則을 위와 같이 설명하는 것은, Sony 事件을 결정함에 있어 聯邦大法院이 당해 VTR을 통한 時間移動이 기존의 著作物 市場에 영향을 미치는 지를 고려 요소로 삼았다는 점과 既存 著作物 市場에 아무런 영향을 미치지 않는 영역으로까지 저작자의 독점권을 확장하여 통제할 수 있도록 하여서는 안된다는 점을 고려하였다는 지적에서는 타당할지 몰라도, 여기서 더 나아가 Sony 判決이 위 두 가지 점만을 전적인 기준으로 삼았다는 취지라면 잘못된 것이다.

Sony 判決이 제시하고 있는 원칙 중 “문제되는 상품이나 서비스에 侵害的 用途가 일부 있더라도 상품이나 서비스가 가지는 全體 用途를 기준으로, 社會全體的으로는 損失을 넘은 社會的 利益을 가져오는 신기술은 법원이 허용하여야 한다.”는 논리는 美國에서도 실무와 학계에서 공통적으로 받아들여지는 Sony 判決의 여러 내용 중에서도 核心이라고 할 수 있다. 여기서 社會全體的으로 유발되는 損失은 자못 추상적인 것 같으나, 이 損失은 앞서 이 글이 고안한 法經濟的인 視覺과 論理로 분석해보자면, “당해 상품의 侵害對象이 되는 著作物 市場의 價額 減少額과 著作權執行費用 등의 純增價額의 合計額”인 것이다. 그런데 여기서 著作物 市場의 價額 減少額は 다름아니라 “당해 상품의 공급이 결과적으로는 著作權者의 既存市場에 영향을 미쳐 關聯이 있다”는 말에 다름아닌 것이다. 결국 문제된 상품이 既存 著作物 市場에 일부 영향을 미치거나 심지어 既存 著作物 市場을 완전히 잠식하는 경우라도 社會的 利益(필자가 위에서 설명한 “공급자가 이용자들로부터 지급받은 金錢의 收益”)이 社會的 費用(“著作物 市場의 價額 減少額” 등)을 초과하는 경우라면 당해 상품의 공급을 허용하는 것이 Sony 判決의 근본취지에 부합한 결과일 것이다.¹²⁰³⁾

1203) 이러한 결과 저작권자로서는 극단적으로는 자신의 市場을 모두 침탈당하는 부당한 결과를 어떻게 해결할 수 있을지에 관하여는 “技術로 인한 著作權者의 損失은 立法으로 補填해 준다는 原則”부분 참조.

뿐만 아니라, Sony 判決 자체의 표현을 살펴도, 실제로 既存 著作物 市場과의 關聯性을 “all or nothing”의 차원에서 해석한 것이 아니라, 저작권과 “실질적으로 관련없는 상업분야(substantially unrelated areas of commerce)”에 종사할 타인의 권리를 보장할 필요가 있다고 판시하는 한편,¹²⁰⁴⁾ 公正利用 판단부분에서 “時間移動이 원고 저작물의 將來 市場이나 가치에 적지 않은 손해를 유발할 가능성은 없다”¹²⁰⁵⁾라고 판시하여 “실질적으로”, “적지 않은”과 같은 표현을 통하여, 既存 著作物 市場과 일부 關聯이 있는 경우에도 Sony 原則의 적용에 따라 상품공급이 허용될 수 있다는 태도를 취하고 있다.

e) 공급자가 가진 不法의 주된 目的이 법원의 판단에 영향을 미치는 지 여부

Sony 事件의 항소심은 피고가 TV프로그램의 복제를 주된 目的(primary purpose)으로 VTR을 제조하고 광고, 판매하는데 사실상 모든 TV프로그램이 저작물이기 때문에, VTR은 相當部分 非侵害의 用途를 가진 경우에 해당하지 않는다고 판시하여 이른바 “primary purpose”를 相當部分 非侵害的 用途의 유무를 판단하는 중요한 요소로 보았음은 앞서 보았다.¹²⁰⁶⁾ 아울러, Aimster 1審은 상품이 침해행위를 위하여 특별히 제작된 것이라면 설령 그 상품이 相當部分 非侵害的 用途를 가지고 있다라도 Sony 原則을 적용할 근거는 없다¹²⁰⁷⁾고 판단하고 있다.¹²⁰⁸⁾

위 법원들의 입장을 지지하는 見解¹²⁰⁹⁾는 侵害的 用途의 量은 이러한 공급자의 주된 의도(primary purpose)가 무엇인지를 판단함에 있어 考慮할 要素에 불과하다고 보아, 侵害的 用途와 非侵害的 用途의 相對的 總量 比較가 Sony가 제시한 결정적 기준임을 부인하고 있다. 나아가 이 견해에서는 공급자의 주된 의도가 무엇인지를 판단함에 있어 그 외에 고려할 요소로 공급자의 내부메모, 侵害的 用途를 위한 상품의 광고 및 선전 등의 존재 여부를 열거하고 있다.

1204) Sony, 104 S.Ct. at 788-789.

1205) “...respondents failed to demonstrate that time-shifting would cause any likelihood of nonminimal harm to the potential market for, or the value of, their copyrighted recorded programs.” (Sony, 104 S.Ct. at 796).

1206) Sony, 659 F.2d at 975.

1207) Aimster, 252 F.Supp. 2d at 654.

1208) 아울러, 그러한 先例로서 피고가 자신의 기구를 合法的, 非侵害的 用途가 아니라 주로 침해의 보조 도구로 이용하고 광고하였을 때 다른 用途가 존재함에도 침해책임을 긍정한 연방제2항소법원의 Cable/Home Communication Corp. v. Network Productions, Inc. 事件(902 F.2d 829, 846.)과 상품이 특별히 위조행위를 위하여 제작되었다면 그러한 상품에 相當部分 非侵害的 用途가 존재한다고 하더라도 Sony 原則은 적용되지 않는다는 캘리포니아 연방지방법원의 A & M Records, Inc. v. Abdallah 事件(948 F.Supp. 1449, 1456.)을 원용하고 있다.

1209) Jesse M. Feder, op. cit., pp. 912-14. 同旨로는 “GROKSTER RULING SPARKS REACTION; RIAA VOWS TO APPEAL”, 10 Andrews E-Business Law Bulletin 1, June 2003 記事에 실린 辯護士 Prager(Darby & Darby 소속변호사)의 “만일 주로 침해를 위해 쓰일 도구를 만들었다면, 사례마다 굳이 認識 여부를 따질 필요가 없다”는 입장도 이에 속한다.

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

반대로, 공급자가 가진 不法의 주된 目的은 법원의 판단에 영향을 미치지 않는다는 입장의 근거는 다음과 같을 수 있다.

첫째, Sony 原則에 비추어 위 법원의 예들에서 각각 문제된 상품들이 피고의 의사로는 침해행위를 돕기 위하여 공급되고 있는 것일지라도 그러한 상품이 가진 社會全體의 損失보다 利益이 크다면 굳이 이를 불허할 합리적인 이유가 없다.

둘째, 위 법원의 입장은, Sony 判決이 미국 특허법을 유추적용한 방식대로 미국 특허법 규정에 비추어 보아도 부당하다. 즉, 미국 특허법 제271조에 의하면 침해가 되는 用途를 위하여 특별히 제작, 개량되었을지라도 相當部分 非侵害的 用途에 적합한 상업상 주요 상품이나 물품인 경우에는 침해가 되지 않는다는 취지이고, Sony 判決은 이러한 규정의 취지를 저작권법에 옮긴 사례이므로 결국 당해 상품이 침해행위를 위하여 제작된 것이라도 그 상품이 相當部分 非侵害的 用途를 가지고 있다면 Sony 原則에 따라 허용된다고 보는 것이 더 합리적이다.

셋째, 무엇보다 Sony 判決에서 이러한 상품공급자의 침해목적이나 침해의 고의를 적어도 명시적으로는 고려하지 않았음을 앞서의 견해¹²¹⁰조차 인정하고 있다.

넷째, 앞서 Aimster 1審의 입장을 지지하는 견해¹²¹¹는 DMCA §1201(a)가 技術的保護措置를 불법적으로 우회하는 것을 “主된 目的”으로 하는 기술을 금지함을 들고 있으나, 技術的保護措置의 우회를 금지한 DMCA §1201 全般이 公正利用에 관한 종전의 권리까지 심각하게 위축시킴으로써 미국내에서도 현재 강력한 批判¹²¹²에 직면하고 있음을 감안한다면, 이를 Sony 判決의 해석과 결부짓는 것은 곤란하다.

이상에서 비교해 본, 두 가지 입장 중 공급자가 가진 不法의 주된 目的은 법원의 판단과 관련 없다는 입장이 논리적으로는 더 설득력이 있는 듯 보인다. 하지만, 美國 聯邦大法院이 全員一致로 피고 Grokster의 不法 目的(unlawful objective)을 責任 추궁의 근거로 지적함에 따라 향후 현실에서 더 지배적인 해석은 前者의 입장이 될 것으로 사료된다. 그 결과 그 상품의 用途 相當部分이 非侵害的일지라도 일단 그 상품공급자에 의한 誘發行爲가 존재함이 입증된 경우에는 美國에서는 향후 Sony 원칙의 검토에 들어가기 전에 막바로 寄與責任이 인정될 것이다.

1210) Jesse M. Feder, op. cit., p. 906.

1211) Id. at 909, 911-912.

1212) Dineen Pashoukos Wasylik, op. cit., p. 719 등 多數. Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes, 111 F.Supp.2d 294 (S.D.N.Y. 2000) 事件에서는 위 조항을 해석하며 DMCA는 기존 저작권법과는 달리 명시적으로 Fair Use를 인정하고 있지 않으므로 위 조항 위반행위에 대하여는 Fair Use의 적용이 없고, 심지어 Sony 判決의 staple article of commerce 원칙도 비슷한 이유로 적용되지 않는다는 입장이다. Sony 判決의 적용 여부에 대한 거부입장은 RealNetworks, Inc. v. Streambox, Inc., No. C99-2070P, 2000 WL 127311 (W.D. Wash., Jan. 18, 2000) 事件에서도 마찬가지이다.

이러한 동향을 韓國에서의 논의에 응용하자면, 다음과 같다.

美國에서의 寄與責任에 대응하여 韓國에서는 民法上 幫助에 의한 共同不法行爲責任을 지음이 타당하다는 입장이 소리바다 假處分異議 事件의 抗訴審判決 등을 통하여 힘을 얻은 상황이다. 그런데 일단 피고가 이용자들이 의한 침해를 적극적으로 조장할 故意, 즉 不法目的¹²¹³⁾을 가지고 유발하였음이 “소리바다”만의 特殊狀況에 관한 諸般事實로 立證된 경우에는 막바로 “幫助”로 판단하여야 한다고 주장할 여지가 있다.¹²¹⁴⁾ 이때, 不法目的이 있는 지의 판단은 결국 여러 客觀的인 事實들의 분석에 의하여 추단할 수밖에 없을 것이지만, 不法目的을 推斷케 하는 事實이란 어디까지나 피고가 不法만을 의도하였던 事實에 한정하여야지 그렇지 않고 적법과 불법적 목적을 모두 가지고 있는 事實 중 불법부분에만 주목하여 不法目的이 있다고 보아 책임을 긍정한다면¹²¹⁵⁾ Sony 原則을 유명무실하게 만들게 될 것이다.

f) Grokster 法院의 논리에 대한 批判

이러한 小原則으로, Grokster 하급심판결 등을 비판해본다.

2005. 5. 현재 많은 論者들의 입장은 P2P 기술과 관련한 ISP의 책임문제를 논하면서 예외없이 Grokster 하급심판결들의 취지대로 統制可能性을 화두로 삼고 있다. 즉, 美國의 Napster나 韓國 소리바다와 같은 서비스가 Grokster와 달리 이용자들의 저작권침해에 대한 2次的 責任을 부담하게 된 것은 프로그램 공급이후에도 이용자들이 대한 지속적인 서비스를 하는 까닭에 統制可能性이 있다는 차이 등에서 비롯된 것이라고 보고 있는 것이다.

그러나 Sony의 책임 유무를 판단한 聯邦大法院조차 多數意見과 少數意見이 뒤바뀐 歷史的 事實에서도 확인할 수 있듯이, 統制可能性의 유무 판단은 그야말로 뚜렷한 기준이 없는 것이라 하겠다. 統制可能性이 있으면 책임이 있고, 統制可能性이 없으면 책임이 없다는 식의 접근방법은 종래 저작권법상 寄與責任이나 代位責任의 법리를 여전히 고수하는 틀 안에서 마치 P2P와 같은 새로운 복제기술공급자의 책임문제도 쉽게 포섭할 수 있는 방법처럼 보일지라도, 統制可能性의 유무 판단이 사실상 곤란한 이상 根本的인 缺陷을 가진 접근방법이라고 할 수 있다. 이러한 缺陷을 피할 수 있는 접근방

1213) 소리바다 형사항소심 판시 등에서 언급한 이른바 “不法道具”의 개념과 구별해야 한다. “不法道具”의 개념은 소위 道具理論에 등장하는 것이다.

1214) “여지”라고 모호하게 표현한 것은 i) Grokster에서의 誘發理論 논리가 미국특허법 규정인 35 U.S.C. §271(b)를 저작권분쟁에 응용한 것이지만, 이에 상응하는 특허법규정이 없는 한국법제에 바로 도입하기 곤란하고, ii) 그렇지 않더라도 다분히 Grokster 분쟁의 구체적 사실분석에 의지한 것이므로 사안이 상이한 소리바다¹ 분쟁에서 선 듯 동일한 결론을 내릴 수 없기 때문이다.

1215) 가령, 소리바다 소프트웨어의 유통을 촉진시키는 통상적 관촉사실을, 이미 일부 불법이용이 있음을 소리바다측이 알았음에도 위와 같은 관촉을 함으로써 불법이용자를 더 증가시켰다는 점만 포착하여 不法目的을 추단할 수 있는 事實로 보는 경우이다.

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

법이 다름아니라 Sony 小原則 두 번째를 핵심으로 복제기술공급자의 책임문제를 파악하는 것이다.

그럼에도, Grokster 事件의 1심과 2심은 저작권법 종래의 寄與責任과 代位責任의 법리 차원에서 Grokster 소프트웨어공급자의 법적 책임을 판단하고 있다. 이러한 Grokster 法院의 논리가 가진 不當性을 보다 쉽게 설명하기 위하여 조금 극단적인 사례를 가정하여 본다. 어떤 상품이 社會全體에 가져오는 總利益이 40, 社會全體에 끼치는 總損失이 60임이 논란의 여지없이 자명한데, 그 상품공급자인 피고는 상품을 제조, 공급할 뿐 상품판매이후에는 그 구매이용자들과 아무런 접촉이 없다고 가정해보자. 이러한 사례에서 統制可能性만을 중시하고 있는 Grokster 法院의 論理대로라면 위와 같은 상품공급자에게는 상품판매후 이용자들의 침해행위에 대하여 상품판매자에게 統制可能性이 있다고 하기 어려우므로 2차적 책임을 추궁할 수 없다고 결론지을 것이다. 그러나 상품이 社會全體에 가져오는 利益과 損失을 較量한 결과 利益보다 損失이 더 크다는 사실이 분명한 때 그러한 상품은 결코 사회에 공급될 필요가 없음은 상식상 자명하다. 즉 Grokster 判決은 그런 점을 분명히 하지 못했지만, 가령 Pure P2P 프로그램이 가져다주는 사회적 해악이 이익보다 크다는 점이 명백하다면 그러한 기술공급은 어떤 명목으로든 차단되어야 하는 것이지, 統制可能性이 없다고 하여 사회에 공급될 수 것은 아닌 것이다.

위 가정적 사례에서 반대의 경우(사회전체 총이익 60 대 총손실 40인 경우), 종래 代位責任과 같은 古典的인 責任理論은 侵害의 用途뿐만 아니라 非侵害의 用途까지 양면성을 가진 상품 공급과 같은 경우에는 그대로 적용하기 곤란한 것으로, 이러한 상품의 공급행위에도 당연히 代位責任과 같은 責任理論을 적용하여 統制可能性 등의 요건이 충족되었다고 하여 곧바로 당해 상품의 공급을 금지하게 되면 상품의 非侵害의 用途까지 함께 금지되어 社會全體적으로는 오히려 得보다 失이 클 수 있다는 약점이 있다.

(B) 技術의 潛在的 用途까지 포함하여 損失과 利益을 판단한다는 原則

문제되는 상품이나 서비스의 侵害的, 非侵害的 用途를 비교할 때는 현재의 用途에 국한하여 비교하여서는 안되고, 潛在的 用途(potential use)까지 포괄하여 고찰하여야 한다. 이 점은 Sony 判決¹²¹⁶⁾에서 이미 드러나 있었고, Napster 抗訴審 判決¹²¹⁷⁾에서도 이를 확인하고 있다.

극단적인 해석으로는 非侵害的 用途가 실제로는 사용되지 않았더라도 명확히 존재하기만 하면¹²¹⁸⁾ 현실의 侵害的 用途를 극복하고 당해 상품의 공급이 허용되어야 한다

1216) Sony, 104 S.Ct. at 786, 789.

1217) Napster, 239 F.3d at 1021.

는 논의도 있을 수 있다. 潛在的 用途라 할지라도 “商業的으로도 원활하게 사업으로 구현될 수 있는 用途”가¹²¹⁹⁾ 고려되어야 할 것임은 물론이다.

潛在的 用途에 당시에는 社會的 與件 등으로 실제 구현되고 있지 않으나¹²²⁰⁾ 이미 당해 기술이 物理的, 工學的으로는 충분히 구현할 수 있는 用途가 포함됨은 대체로 논란이 없을 것이다. 하지만, 문제가 될 것으로는 i) 이미 당해 기술이 物理的, 工學的으로는 충분히 구현할 수 있지만 장래에 商業的으로 원활한 사업으로 구현될 수 없는 用途¹²²¹⁾ ii) 그 기술이 등장할 당시에는 구현할 수 있는 用途에 속하지 않았지만 제반사정으로 보아 그 기술이 더 발전되는 경우 구현하리라고 예상되는 용도가 포함될 수 있을지, iii) 국가마다 이용실태가 다르므로 다른 외국에서의 用途도 고려할 것인지이다. 우선 i)의 경우는 이미 앞에서¹²²²⁾ 설명한 대로 Sony 判決의 취지에 비추어 潛在的 用途에 포함시키기 곤란하고, ii) 장차 기술의 발전에 따른 구현의 범위까지 예상하여 그것까지 고려한다는 것은 法官에게 지나친 부담으로 사료되고, iii) 국가마다 이용실태가 달라 아직 국내에서는 예상하기 곤란한 用途라 할지라도 널리 潛在的 用途안에 諸外國의 실제 用途는 포함된다고 봄이 합리적일 것이다.

(C) 損益判斷의 對象은 특정 商品이나 서비스에 국한된다는 原則

P2P 技術이, 불법이 문제되는 “파일교환 네트워크”에 쓰이는 외에도 “P2P방식 전자상거래”와 같은 사례처럼 적법하고 중요한 用途에 다수 활용될 수 있을지라도 그것만으로 곧바로 가령 Napster나 소리바다의 운영자들이 자신들의 서비스가 적법하다면서

1218) 이 문구를 위와 같이 해석한 글로는 Jesse M. Feder, op. cit., p. 897. 다만, Aimster 법원의 해석이 現實의 용도를 증시한 결과 이와 반대임은 앞서 설명한 바와 같은데, 어느 것이 타당한지에 관하여는 연방대법원의 Grokster 판결에서 前者를 지지하는 Breyer 대법관 등과 後者를 지지하는 Ginsburg 대법관 등의 각 별개의견이 대립될 정도로 격론 중이다. 筆者는 Sony 判決에서 “...capable of substantial noninfringing use”라고 하고 판시한 취지상 前者가 더 타당하다고 본다.

1219) 가령 “P2P를 이용한 實時間 전자상거래”는, 종래 “Client-server 모델하의 전자상거래”가 인터넷물을 운용하는 사업자가 별도로 개별물품마다 공급업자와 공급계약을 체결한 다음 자신의 홈페이지상에 스스로 판매자가 되어 모든 물품을 포괄한 카탈로그를 게재하고 수요자가 사업자에게 주문하면 다시 사업자는 해당물품 공급업자에게 주문사항을 전달하여 수요자에게 배송하는 방식임에 반하여, 수요자가 개별물품의 공급자에게 직접 신속하게 연결된다는 장점이 있어 市場性을 가진 것으로 보인다. 이러한 경우는 당연히, 장래에 商業的으로 원활하게 사업으로 구현될 수 있는 用途(다만, 韓國에서는 將來가 아니라 이미 “OPEN4U”社가 이미 세계최초로 P2P를 이용한 實時間 전자상거래를 이미 구현하고 있다)로 판단될 것이다.

1220) 저작권 영역은 아니지만, 유전자복제기술에 있어 인간복제 용도에 대한 規制法습이 존재하는 경우를 들 수 있다.

1221) 위 脚註에서의 “P2P를 이용한 實時間 전자상거래”와는 반대로 가상적인 예를 들자면, “P2P를 이용한 전자광고의 살포사업”을 상정해볼 수 있다. 이미 “E-mail을 통한 스팸 형식의 전자광고 살포”라는 적어도 사업자에게는 유용한 방식이 존재하고 있는 점, P2P 네트워크상에 광고업자가 의뢰받은 광고를 파일형식으로 무수하게 공유시킬 수는 있겠지만, E-mail의 경우와 달리 P2P기술의 특성상 소비자들이 P2P 네트워크상에서 해당 광고들을 일부러 검색하고 다운로드하지 않는 한 제대로 전달될 수가 없으므로 이러한 방식의 사업은 物理的, 工學的으로는 충분히 구현할 수 있을지 몰라도 나아가 商業的으로 원활하게 사업으로 구현될 수 있는 用途에는 해당하지 않을 것이다.

1222) 앞서 (A) b) 보다 쉽게 판단할 수 있는 顧客吸入力 기준설¹⁾ 부분 참조.

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

Sony 原則의 적용을 받는다고 주장하는 것은 Sony 原則 중 단지 “侵害的 用途에 비하여 非侵害的 用途가 相當部分 존재하는 경우는 규제당하지 않는다.”는 골격만 피상적으로 암기한 것이다. 저작권자측이 P2P 기술과 관련된 모든 상품이나 서비스를 봉쇄하려고 시도하는 경우라면 Sony 原則에 따라 추측컨대 그러한 시도가 배척될 것이겠으나, 통상 法官이 다루고 있는 特定 事件에서 허용여부가 다투어지고 있는 대상은 P2P 技術 전체가 아니라 그 기술이 동원된 특정한 상품이나 서비스에 불과함을 잊지 말아야 한다.

P2P 技術은 이를 구현하는 구체적인 방법에 따라 파일교환목적의 중앙서버형 P2P 서비스나 프로그램, 파일교환목적이지만 Gnutella와 같이 완전분산형 프로그램, 혹은 實時間 전자상거래를 위한 P2P 서비스나 프로그램, 더 나아가 “SETI”프로젝트¹²²³와 같은 글로벌사업에 개인PC의 유희자원을 기부받기위한 P2P 솔루션 등 여러 類型으로 나뉜다. 그러한 특정유형의 프로그램이나 서비스들은 본래 P2P技術을 축으로 한다는 점에서는 공통되지만 이용자들에게 구현된 구체적인 유형에 따라 서로 식별되는 것이다. 따라서 Napster 事件에서와 같이 파일교환목적의 중앙서버형 P2P 서비스가 문제된 사안에서라면 Sony 原則을 적용함에 있어 Napster 서비스가 가진 侵害的 用途와 非侵害的 用途만을 판별하면 족한 것이지, 파일교환목적의 중앙서버형 P2P 서비스와는 명백히 식별되는 다른 유형, 가령 위 “SETI”프로젝트의 중요성을 Napster 소송에서 운운하면서 이와 관련된 非侵害的 用途까지 고려하도록 주장하는 것은 허용될 수 없다.

다만, 이러한 판별과정은 실제로 당해 상품이나 서비스가 가진 본질적인 기능과 실질적으로 동일한 기술 분야 전부¹²²⁴의 侵害的 用途와 非侵害的 用途를 판별하는 것과 거의 유사하게 진행될 것이므로, 만약 당해 상품이나 서비스가 속한 동일한 기능의 기술과 관련된 분쟁의 先例가 있었다면 이를 나중의 법원이 충분히 참조할 수 있다. 만일 그러한 先例와 차이가 있다면, 특정 서비스업체의 사업수행 방식이 侵害的 用途 혹은 非侵害的 用途를 보장하거나 삭제하는 특징을 가진 경우¹²²⁵일 것이다.

마찬가지로, 외관상으로는 하나의 상품이나 서비스일지라도 技術의 同一性を 기준으로

1223) SETI(Search for Extraterrestrial Intelligence)란 외계생명체의 탐사 Project로, 그 방법은 전파망원경을 이용하여 지구로 흘러들어온 신호를 분석한다. 지구로 흘러드는 신호는 1일 약 35기가바이트로 방대하므로 이를 분석하는데 슈퍼컴퓨터를 동원한다 하더라도 막대한 시일이 걸린다. 그 대신에 병렬컴퓨팅과 네트워크를 이용한 분산처리기술을 이용하여 전세계에서 자발적인 참여의사를 밝힌 네티즌들의 컴퓨터에 소량의 데이터를 나누어 보내준 다음 각 컴퓨터는 유희자원을 이용하여 이를 계산하고 그 결과는 다시 취합하는 방식의 프로젝트가 바로 SETI 프로젝트다. 美國 Berkeley 대학이 주된 연구를 수행하고 있다.

1224) 가령, Sony 事件에서라면 등장하는 베타맥스 방식뿐만 아니라 VHS 방식까지 통털어 시판되는 모든 가정용 녹화 VTR이 이에 해당되고, 소리바다 事件에서라면 소리바다1 뿐만 아니라 그와 동일한 태양에 속하는 “파일교환목적의 중앙서버형에 속하는 P2P 서비스” 모두가 해당된다.

1225) 가령, Sony 사건의 실제상황과 달리 Sony가 자신들의 베타맥스 VTR에서 침해기능으로 문제된 고속전진버튼(fast-forward button)을 삭제한 새 상품을 공급하는 경우.

로 하여서는 2개 이상의 상품이나 서비스가 결합되어 있을 수 있으므로¹²²⁶⁾ 이때 分離하여 판단할 수 있는 한, 침해가 문제되는 상품이나 서비스 部分만을 대상으로 삼는다.

Grokster 事件에서 다루어진 KaZaA류 프로그램의 경우 이론상으로는 중앙서버 없는 분산형 P2P 프로그램이지만, 실제로는 프로그램 업그레이드 등을 통하여 피고의 서비스가 지속되는데다가 가령 KaZaA사의 서버가 다운되자 KaZaA 프로그램 이용자들의 파일교환이 이에 따라 불가능하였다는 점을 들어 곧바로 KaZaA의 저작권침해 책임을 긍정하려는 논의가 美國에서 일부 있다. 그러나 KaZaA 소프트웨어가 구현하는 핵심적 기능은 일견 社會全體的으로 利益이 損失보다 더 커서 공급이 허용될 수 있는 것이라고 먼저 假定해 볼 때, 설령 그 장비의 공급주체가 서비스까지 추가로 제공하며 침해행위를 조장하는 서비스를 하였다라도 이러한 사안을 판단함에 있어서는 해당 서비스(즉, 피고 회사의 서버에 접속하게 한 다음 사실상 불법음악파일의 교환을 조장하는 廣告 등을 하기 위하여 이용자들로 하여금 주기적으로 소프트웨어 업그레이드를 할 것을 강요하는 부분 등)의 정지를 명하면 족하지 KaZaA류 프로그램의 핵심기술 자체인 분산형 파일교환기능 부분의 공급까지 막아서는 과잉금지일 수도 있다고 본다.¹²²⁷⁾

반대로 더 이상 分離할 수 없는 최소구성단위에 이른 상품이나 서비스단계에서는 그 상품이나 서비스가 구현하고 있는 用途 전부를 기준으로 侵害的 用途와 非侵害的 用途를 도출하여 비교하여야 할 것이다. 가령 Napster의 경우 Napster의 중앙서버가 제공하는 파일목록제공 서비스가 없는 한 Napster 프로그램은 독자적으로 기능할 수 없으므로 장비(“Napster소프트웨어”)와 서비스(“파일목록제공”)의 분리판단이 불가능하고, 그 결과 하나로서 Sony 原則을 적용하게 되는 것이다.

(D) 損失을 초래할 部分만을 차단할 區別措置는 事實上 要求된다는 原則

a) 필터링의 장치 등 區別措置가 法的義務가 아니라 事實上으로만 要求된다고 보

1226) 현재의 가장 근접한 예로는 중앙서버형 P2P서비스인 eDonkey를 제공하던 공급주체가 이를 버전업하여 완전분산형 P2P프로그램인 Overnet을 따로 출시하였는데 2004년 두 가지 서로 다른 P2P 기술을 통합하여 eDonkey 1.0을 출시, 운영하고 있는 것과 같은 경우이다. 나아가, BBS 게시판 서비스가 기술의 발전에 따라 오늘날 게시판, 이메일, 블로그나 홈페이지 제공, 영화 등 각종 콘텐츠제공, 전자상거래, 인터넷스토리지 서비스 등 일체를 포괄하는 포털사이트로 진일보하여 성업 중이듯이, P2P서비스 역시 장치 이용자들의 반응이 좋은 태양만을 통합한 서비스나 프로그램이 등장할 것이다. 이러한 포털 P2P 서비스의 저작권위반이 문제될 때 침해가 문제되는 특정 P2P 기술부분만을 용이하게 분리 내지 구별가능하다면, 법원은 당해 특정 P2P사업자의 전체서비스를 기준으로 판단하여서는 아니되고 해당 기술부분(가령, 파일전송 기능부분)만을 저작권법과의 조화상 공급을 허용할 지 여부를 고찰하여야 한다.

1227) 가령 연방대법원의 Grokster 판결에서 Grokster의 침해책임을 긍정하는 결론이 내려졌더라도 그것만으로는 아직 Grokster에게 무엇을 금지하고 요구할지 정하여진 바는 없고, 환송된 하급심에서 留止命 令 등을 내리는 과정에서 그 구체적 내용이 정하여질 것이다. 앞서 Napster 사건에서는 항소심의 판결을 받은 원심이 종전의 무조건적인 留止命 令을 수정하여 원고측의 침해통지를 조건으로 한 留止命 令을 내린 적이 있는데, Grokster의 사례도 이를테면 소프트웨어공급부분은 제외한 채 침해조장과 관련된 “서비스부분”만 留止를 명할 수도 있을 것이다.

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

는 根據

當代的 技術 水準에 비추어 비교적 용이하게 침해행위부분만을 區別할 수 있는 措置¹²²⁸⁾이 존재한다고 할 때, 가령 침해파일만을 골라 차단할 수 있는 필터링(filtering) 프로그램¹²²⁹⁾의 장착이 가능함에도 ISP 혹은 기술공급자가 일부러 필터링프로그램을 장착하지 아니하여 이러한 區別可能性을 回避할 때(이른바 고의적인 외면, willful blindness¹²³⁰⁾의 경우)는 원칙적으로 법원으로서 침해부분만을 따로 판단대상으로 삼기는 곤란하고 비침해부분까지 통털어 상품이나 서비스 전체가 판단대상이 될 수밖에 없다. 환언하여 “區別할 수 있는데 故意로 區別을 곤란하게 하였다”면 법원으로서 부득이 侵害의 用途와 非侵害의 用途가 混在된 당해 상품의 전부나 서비스 전체를 판단대상으로 삼을 수밖에 없고 또 그것으로 충분하다는 것이다. 이때 이용자들의 침해행위는 區別을 실행한 때(필터링 기술이 적용된 때)보다 극심할 것¹²³¹⁾이므로 그에 따라 당해 상품이나 서비스 전체 중 침해적 부분이 비침해적 부분보다 더 크다고 판단될 가능성이 더 커지고, 그 판단결과에 따라 상품이나 서비스 전체의 공급을 금지하는 결론이 내려지게 될 것이다.¹²³²⁾

이상과 같이 침해방지를 위한 措置義務를 法的義務로 보기는 곤란하지만¹²³³⁾ 그 조치를 이행하지 않은 경우 Sony 原則에 따른 판단과정에서 생기는 불이익을 피하려는

1228) 앞서 말한대로, 대표적인 것은 Sony 事件에서 VTR의 fast-forward button을 리모델링으로 삭제하여 광고를 건너뛰지 못하게 할 수 있었던 措置, Replay 事件에서 PVR의 기능 중 광고를 건너뛰게 해주는 기능과 복제물을 타인에게 재전송하게 해주는 기능을 실제로 삭제한 措置 등이 있다.

1229) 필터링 기술의 사회적 의미에 대하여, 명확히 침해물 또는 침해행위임이 가려질 수 있는 대상에 대해서는 커다란 역할을 하며, 서비스제공자가 이러한 필터링 소프트웨어를 개발하여 온라인상에 적용하는 경우 상당히 긍정적인 효과를 기대할 수 있고, 침해자는 자신의 침해행위에 대해 다시 한 번 재고하는 효과가 있을 수 있어 모니터링 내지 필터링 소프트웨어의 적용은 온라인상의 저작권 침해자에 대한 상징적인 또는 위화적인 효과도 기대할 수 있다는 설명이 있다(이영록, 전제논문, 30면). 특히 필터링 프로그램의 위화적 효과는 아래 각주에서 설명하듯이 Napster나 소리바다의 경우와 같은 사안에서 일정한 의미를 가진다.

1230) Aimster의 抗訴審 사건에서 Posner 판사는, 寄與責任 여부를 판단함에 있어 법원은 피고가 자신의 P2P 서비스에서 전송되는 정보에 대해 암호화과정을 거치게 하여 피고 스스로 교환되는 파일정보를 알 수 없게 한 것은 “고의적인 외면”이어서 Sony 判決에서 제시한 기준인, 寄與責任자의 주관적 요건인 實際 認識(actual knowledge)을 오히려 충족시킨다고 보았다(Aimster, 334 F.3d at 650).

1231) Napster나 소리바다의 경우를 보면 알 수 있다. 이들의 사안에서 검색금지어 설정을 포함한 넓은 의미의 필터링기술의 현실적 기술수준은 비록 침해물을 100% 걸러내는 것이 불가능하다는 것이었지만, 불충분한 필터링기술이라 하더라도 이를 채택함으로써 얻어지는 위화적 효과마저 피고들은 지레 포기함으로써 실제 불법파일교환의 폭증에 기여하였다고 할 수 있다.

1232) 한편, 고의로 회피하는데 그치지 않고, 아예 상품이나 서비스의 구조를 다른 상품이나 서비스의 형태로 일부러 전환하는 경우 [가령, 韓國에서 가장 잘 쓰이는 “eDonkey”(Hybrid P2P서비스)가 “Overnet”(Pure P2P프로그램)으로 변화한 것과 같은 경우] 법원은 그것이 의도적이든, 부득이하던지간에 공급자가 선택한 상품이나 서비스를 기준으로 社會全體의 利益과 損失을 比較衡量하면 족할 것이다.

1233) 침해방지를 위한 措置의 가능성은 사실 代位責任에서의 統制可能性과 거의 유사하다. 美國의 代位責任論에서도 단순히 統制可能性만이 있다고 하여 직접적인 경제적 이익이 없는 이상 책임을 묻지 않는 것을 감안한다면, 침해방지를 위한 措置를 이행하지 않았다는 것만으로 (법적무위반을 이유로) 막바로 책임을 묻기는 곤란한 것이다.

ISP에게 침해방지를 위한 措置를 사실상 강제할 수는 있다는 설명이 타당해 보인다. 아직 국내의를 막론하고 “필터링 프로그램”같은 措置가 ISP의 責任에 미치는 법적 영향을 논하는 문헌은 극히 드문데다가 그 문헌들도 위 措置를 완전히 代位責任에서의 統制可能性 요건에만 관련지어 해석하는 데 그치고 있는 상황에서,¹²³⁴⁾ 이 논문은 입장은 새로운 시각이 될 수 있다고 보며 이는 고의로 필터링 조치를 회피한 ISP에게 책임을 추궁할 수 있는 보다 합리적인 근거를 제공할 수 있다고 본다.¹²³⁵⁾

b) 필터링의 장착 등 區別措置를 이행하지 않은 경우에 대한 判斷原則

공급자가 필터링의 장착 등 區別措置를 임의로 이행하지 않은 경우 Sony 原則에 따라 구체적으로 어떻게 판단할 지를 도식화하면 다음과 같다.

우선 특정소송에서 문제되는 복제기술관련 상품을 “X”라 가정한다. 이때 X는 非侵害的 用途(“x+”)와 侵害的 用途(“x-”)를 모두 가지고 있는 상품이며, 侵害的 用途가 더 큰 상품은 어느 경우나 허용될 수 없음이 자명하므로 논의의 편의상, 일단 非侵害的 用途인 “x+”의 가치를 1, 侵害的 用途인 “x-”의 부정적 가치를 -0.5라고 전제한다.¹²³⁶⁾ 한편, X 공급자인 “甲”은 “y”라는 기술(필터링 기술 등이 대표적이며, 다만 편의상 100% 침해물식별이 가능하다고 전제한다)을 통하여 小原則 다섯 번째에서 말하는 “區別的 능력”을 이미 가지고 있다. 그런데, 저작권자 丙은 X 상품을 통하여 자신의 저작물이 불법복제되어 유통됨으로써 저작권이 침해되었다고 주장¹²³⁷⁾하면서 法院에 피고 甲을 상대로 X의 판매금지처분을 구하는 소송을 제기하였다. 이때 법원의 판단방법을 다음에서 살펴본다.

1234) 즉, 이러한 접근방법으로는 의도적으로라도 필터링 프로그램을 장착하지 않아 침해물을 필터링할 수 없다면 결국 책임을 묻기 위하여 다른 법리를 동원하는 것은 별론, 代位責任에서의 統制可能性은 인정하기 곤란하다고 볼 개연성이 크다. 아니면 逆의 論理로 피고에게 統制可能性이 있는 경우, 즉 代位責任이 발생할 수 있는 경우에 한하여 책임을 피하려면 이러한 필터링 프로그램 등 조치의무가 생긴다(Grokster 하급심법원의 입장)고 설명할 수밖에 없다.

1235) 만약, 이러한 필터링 프로그램 채택에 과도한 노력이나 비용이 소요되어 불가능하다면, 일반적인 경우로 돌아가 침해부분뿐만 아니라 비침해부분까지 모두 통틀어 당해 상품이나 서비스 전체를 기준으로 판단하게 될 것이다.

1236) 非侵害的 用途의 가치는 社會的 利益과, 侵害的 用途의 가치는 社會的 損失과 동일하다는 점, 나아가 社會的 利益과 社會的 損失이 구체적으로는 무엇을 의미하는 지는 이미 앞서 해당부분에서 보았다.

1237) 거듭 언급하자면, 그것이 美國에서라면 寄與責任 내지 代位責任의 判例法상 法理의 假面을 쓰고, 韓國에서라면 幫助에 의한 不法行爲에 관한 成文法에 의탁하여 提訴될 것이지만, Sony 事件에 대한 연방 대법관들의 多數意見과 少數意見의 형성과정에서 보듯이 이러한 법리나 규정의 해석결과는 正答이 있을 수 없는 論爭일뿐이므로, 아래에서 논하고자 하는 것은 그 해석결과가 X의 供給을 금지하는 것이든, 許容하는 것이든지간에 각각의 결과에 대한 正當性을 부여해 줄 수 있는 普遍的인 法的論理를 말하고자 한다.

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

X상품에 y 기술 적용여부(區別措置 여부)	법원이 판단할 대상	X의 用途	그 용도로 인한 社會的 損失	그 용도로 인한 社會的 利益	그 용도로 인한 社會的 純利益 (=社會的 損失 + 社會的 利益)	法院이 商品供給을 허용할지 與否	著作權者를 위한 補完策의 必要 與否
적용	x+만 가진 상품 X	x+	0	1	1	O	X
	x-만 가진 상품 X *	x-	-0.5	0	-0.5	X	X
비적용①	x+,x-을 포함한 X 全體	x+ x-	-0.5	1	0.5	O	O **
비적용② ***	x+,x-을 포함한 X 全體	x+ x-	-0.9 (= 위 수치“-0.5” + 추가 수치“-0.4”)	1	0.1	O	O ****
비적용③	x+,x-을 포함한 X 全體	x+ x-	-1.1 (= 위 수치“-0.5” + 추가 수치“-0.6”)	1	-0.1	X	X

* 侵害的 用途만 가진 경우는 불법적 商品임이 자명한 경우이므로 공급자체가 공법으로 금지될 것이어서 정상공급될 가능성은 극히 적음.

** 供給者는 위 도표상 社會的 純利益인 0.5가 아니라 社會的 利益 0.1을 모두 얻는 반면, 著作權者가 社會的 損失 -0.5의 大部分을 떠안게 된다(그 法經濟學的 根據에 대한 筆者의 獨自의인 說明은 이미 “3) 小原則의 구체적 내용 (A) c)”에서 詳述하였음. 따라서 供給者가 차지할 利益 중 일부를 著作權者의 損失만큼 著作權者에게 移轉시킴으로서, 兩者의 利害를 조정하거나 저작권의 부당한 손해를 填補하기 위한 補完策으로 供給者에 대한 賦課金制度 등 도입이 필요함.

*** 복제기술 상품인 X의 侵害的 用途(x-)란 다름 아니라 통상 저작권자의 허락을 요하여 有料(저작물 이용료)인 복제를 불법적으로 저럼 혹은 無料로 가능하게 하는 기능이므로, 가령 Napster나 소리바다의 사례에 보듯이, 供給者가 侵害的 用途를 y기술을 이용하여 이러한 용도만을 구별, 분리하지 않는 한 侵害的 用途의 매력에 끌린 소비자들의 數는 x-가 존재하는 한 일정수준까지 계속 增價하게 됨. 결국 x-에 따른 사회적 損失의 數値는 固定되지 않고 일정수치까지 계속 增價함. 위 도표 중 “비적용②”의 “그 용도로 인한 社會的 損失”란의 “-0.4”는 그러한 增價値를 의미하며, 이러한 증가치가 앞서 “x+, x-을 포함한 X 全體”의 “社會的 純利益”인 “0.5”를 초과하는 경우는 위 도표 중 “비적용③”과 같이 “法院이 商品供給을 허용할지 與否”에 있어 商品공급이 금지되어 X 전체의 공급이 이루어질 수 없음. 이때는 供給者가 없으므로 “著作權者를 위한 補完策의 必要 與否”에 있어 代案 자체도 필요 없게 됨.

**** 위 “***”의 경우와 대부분 동일하지만, 저작권자를 위한 代案을 強化(가령, 賦課金の 引上)할 필요성이 있음.

위와 같은 도면에 나타난 결과를 보면, 甲으로서는 “y”라는 기술을 상품 X에 적용하는 것이 꼭 특별법으로 요구받은 法的義務는 아니므로 이를 비적용하는 것을 선택할 수도 있다. 그러한 경우 법원이 Sony 原則에 따라 판단하는 한 위 도면상 “비적용②”의 상황과 같이 일정 시점까지는 저작권자가 제기한 X상품에 대한 판매금지처분을 구하는 소송에서 敗訴할 걱정은 없고, 非侵害的 用途인 “x+”은 물론 侵害的 用途 “x-”를

보유한 상품 X를 계속 공급할 수 있다. 그렇지만, 이때라도 복제부과금제도가 彈力的으로 운용되는 사회인 경우 侵害的 用途 “x-”로 인한 사회적 손실이 증가함에 따라 복제부과금도 인상될 것이므로 결과적으로 자신의 이익에서 더 많은 부분이 빠져나가 저작권자에게로 移轉되는 것은 감수하여야 한다.

그런데 侵害的 用途 “x-”에 끌린 이용자들이 계속 증가함에도 甲이 계속 태만하게 “y”기술의 적용을 선택하지 않는 경우, 일정시점을 지나 “비적용③”의 상황에 이르게 되면 법원은 侵害的 用途 “x-”로 인한 社會的 損失이 社會的 利益보다 더 크다고 하여 X상품의 판매금지를 명하게 될 것이다. 따라서 甲은 이를 미리 피하려면 侵害的 用途가 증가하는 도중의 적당한 시점에 “y”라는 기술을 채택하지 않을 수 없다.

여기서 위 도표에 따른 첫 번째 진단을 내리자면, 만약 당해 법원이 Sony 原則에 따라 침해책임의 추궁여부를 적절하게 판단내리는 시스템을 구비한 경우라면, 굳이 甲 같은 공급자에게 “y”의 채택을 法的義務로 강요하지 않고도 우회적으로 사실상 채택을 강제할 수 있게 된다는 점이다.

도표분석에 따른 두 번째 진단은, Sony 原則을 적용함에 있어 그 적용이 원활하기 위해서는 반드시 상품 혹은 서비스공급자로부터 저작권자에게 소득일부를 이전시키는 複製賦課金 制度, 그것도 가급적 탄력적인 제도의 도입이 필요하다는 사실이다. 종래 Sony 判決의 논리가 가진 缺陷 내지 短點으로 지적되는 것이, 侵害的 用途뿐만 아니라 相當部分 非侵害的 用途의 존재가 인정되어 해당 상품의 공급이 용인된다고 할 때(위 도표에서 “비적용①”과 “비적용②”의 상황), 상품공급자는 社會的인 純利益이 아니라 侵害的 用途로부터 생긴 利益까지 포함한 社會的 利益 全體를 부당하게 취하는 것을¹²³⁸⁾ 용인할 수밖에 없다는 점이었다. 이런 상황에서라면 일단 Sony 原則에 따라 상품의 공급이 용인된 공급자에게는 더 이상 侵害的 用途를 줄이거나 방지하여야 할 아무런 動機附與(incentive)가 존재하지 않게 된다.¹²³⁹⁾ 이런 缺陷을 시정하기 위하여서는 앞서 설명한 대로 彈力的인 복제부과금제도가 도입되어, 侵害的 用途 증가로 인한 社會的 損失 증가분에 대응하여 그 만큼 인상되는 복제부과금의 부담이 존재하여야 상품 공급자는 앞서의 動機附與(incentive)를 얻게 될 것이다. 즉, 法的인 視覺(“불법복제에 대하여 저작권자는 이를 규제하는 법제도에 따라 보상을 받는 것으로 보호될 수 있다”)이 아니라 위 도표에서 드러난 經濟學的 視覺을 가지고 볼 때 複製賦課金의 도입은 입법부가 반드시 관련입법을 하여야 하는 대상에 속하게 된다.

1238) 그 法經濟學的 根據에 대하여는 이미 “3) 小原則의 구체적 내용 (A) c)”에서 詳述하였다.

1239) 이 논문과 같은 경제적 분석을 한 것은 아니지만, Sony 판결의 이 부분 論理的인 弱點에 터잡은 비판으로는 Jesse M. Feder, op. cit., pp. 903-4, 906.

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

끝으로, X의 판매금지처분을 구하는 소송을 담당할 법원은, 더 뚜렷한 판단기준이 없는 경우 간단한 기준으로, 앞서 언급한 관련 公式¹²⁴⁰⁾을 적절히 활용하여, 甲이 이용자들로부터 직간접으로 거둔 總收益額(社會的 利益)과, X로 인한 著作物 市場의 價額 減少額(社會的 費用)을 직접 비교하는 방법으로, 문제되는 사실관계가 “비적용②”에 해당하는지, 아니면 저작권침해가 더 심해진 “비적용③”인지를 대강이나마 판단할 수 있을 것이다. 특히 앞서 설명하였듯이 논의의 간명화를 위한 몇몇 假定의 불완전성에서 오는 문제에 불구하고, 이러한 公式이 뚜렷하게 가지는 強點중의 하나를 지적하자면, 공급자인 甲 스스로 이러한 總收益額을, 다음아닌 자신의 상품 X가 가져다주는 社會的 利益과 等價의 의미를 가진 액수로 적극 입증할 필요와 동기부여가 있게 된다는 점, 아울러 이에 따라 판단자인 법관으로서도 마치 앞서 Aimster 抗訴審에서 Sony 判決의 적절한 적용을 위하여 원, 피고에게 입증책임을 나누었듯이¹²⁴¹⁾ 비교적 용이하게 판단 자료를 수집할 수 있게 된다는 점이다.¹²⁴²⁾

c) 區別措置에 대한 구 저작권법개정안에 대한 檢討

이러한 區別을 위한 ISP의 노력은 과도한 비용이나 노력이 소요되지 않는 범위내에서, 즉 합리적인 근거로서 기대될 때만 긍정되어야 한다는 지적이 있는바,¹²⁴³⁾ 이는 지극히 타당한 설명이다. 韓國에서도 2003년 저작권법 개정시 그 개정안 제77조의2 제3호는 “다른 사람에 의한 저작물등의 복제 또는 전송을 방지하거나 중단시키는 것이 기술적으로 불가능하거나 현저한 시간적 또는 재정적 부담으로 사실상 기대할 수 없는 경우”라고 하여 기술적으로 불가능한 경우 외에도 저작물 등의 복제 또는 전송을 방지하거나 중단시키는 것이 현저한 시간적 또는 재정적 부담으로 사실상 기대할 수 없는 경우를 면책사유로 정하고 있었던 것인데 입법과정에서 삭제된 바 있다. 위 규정의 反對解釋상으로, 현저한 시간적 또는 재정적 부담이 없이 복제·전송을 방지, 중단시킨다는 것은 널리 필터링 프로그램과 같이 효과적으로 저작권침해를 저지할 조치가 존재함에도 이를 채용하지 않는 경우라면 면책될 수 없다는 것을 입법으로 분명히 한 것이었다고 해석된다. 이러한 개정안이나 나중의 실제 입법이나 모두 오류가 있다고 보이지만,¹²⁴⁴⁾ 굳이 擇一을 하라면 차라리 개정안이 그대로 유지되었어야 더 타당하였으리라

1240) “3) (A) c) 經濟學的 視覺에서의 社會的 利益과 損失의 計量化”부분 참조.

1241) “제5장 제1절 2. Aimster 事件 (3) 2) (D) Sony 判決의 적용과정에서 필요한 원, 피고의 입증범위와 구체적인 입증대상” 참조.

1242) 통상의 저작권침해소송에서는 저작권자가 손해액산정자료로 기술공급자의 이득을 입증하여야 하나, 그 입증이 극히 곤란하다.

1243) 앞서 Aimster 抗訴審 判決의 지적이 같은 맥락이다.

1244) 과도한 비용이나 노력이 소요된다는 이유로 ISP가 침해적 복제, 전송만을 중지시키기 위한 區別措置를 포기하였을 때 막바로 그 사유만으로 區別措置의 履行이라는 法的義務를 태만히 한 것으로 보아 책임을 추궁하여서는 안된다는 범위내에서라면 위 개정안은 타당하다. 그러나 앞서 統制可能性이 설령 없더라도 온라인서비스제공자가 제공하는 서비스가 사회전체적으로 가져오는 손실이 이익보다 크

고 본다.

d) 필터링의 장착 등 區別措置가 容易하게 可能함이 明白한, 例外的 경우의 判斷

예외적으로, 법원은 區別措置와 相關한 판단하는 과정에서 침해부분을 容易하게 구분할 수 있는 措置가 이미 존재하고 있음이 明白한 경우라면 즉, i) 區別措置의 容易性, ii) 그러한 措置가 용이하게 적용 가능하다는 사실의 明白性이 충족되는 예외적인 경우에는 법원 스스로 그 판결에서 이를 반영, 침해부분만을 구분하여 금지시킴이 타당하다고 본다. 侵害의 用途와 非侵害의 用途가 결합된 특정서비스유형 안에서 비침해 부분으로부터 침해부분만을 과도한 努力이나 費用없이 구분해낼 수 있고, 이러한 사정이 법원에게 明白하다면,¹²⁴⁵⁾ 이러한 침해적 용도부분만을 따로 떼어 저작권위반이라고 금지하면 족하지 비침해 용도부분까지 금지하는 것은 우회적으로 Sony 原則을 훼손하는 것이기 때문이다.

보다 구체적으로 韓國에서 이러한 爭송이 침해금지가처분의 형태로 撤消되었을 때 법원이 어떻게 명령할지를 설명하자면, 문제된 상품이나 서비스에서 침해부분과 비침해부분의 區別이 당시 기술의 수준으로 보아 불가능하였다면 소리바다1이 그러했듯이 피고의 서비스 전체의 정지를 명하는 결정이 내려져야 하고,¹²⁴⁶⁾ 반대로 기술의 진보로 이러한 區別이 가능하게 되었다면 가령 “(필터링 장치 OO을 장치하여) 침해방지조치를 이행하지 아니하고서는 피고는 서비스를 하여서는 아니된다”는 명령이 내려져야 하는 것이다.¹²⁴⁷⁾ 이처럼, 區別이 가능한 이상 침해부분과 비침해부분은 Sony 原則에 따라 판단할 때 전혀 별개이므로 필터링장치를 장착하지 아니한 상태에서 韓國의 소리바다를 운영할 경우 실제로 99%이상이 불법복제파일의 교환임이 실증적으로 확인되었더라도 당시 기술상태에 따른 필터링에 의한 區別可能性을 제대로 살피지 아니한 채¹²⁴⁸⁾ 곧바로 피고서버의 전체 정지를 명하는 것은 투박한 논리에 불과하다.

이상의 小原則과 相關한 논의를 다른 표현으로 요약하자면, 美國이나 韓國에서 논의

다면 이러한 서비스를 허용할 수는 없다는 Sony 原則의 견지에서 볼 때는, 구별조치를 이행하지 아니한 것이 위와 같이 책임추궁의 빌미가 되지 않는데서 더 나아가 해당 서비스의 사회경제적인 損益은 따져보지도 않은 채 막바로 免責要件으로까지 작용하는 것은 부당하다고 볼 수 있겠다.

1245) 적용가능함이 명백하지 않거나, 만일 이러한 필터링 장치가 불법파일을 정확히 判別하는 비율이 완전하지 아니한 때라면 침해부분과 비침해부분이 그 범위내에서는 혼재하여 존재하므로 서비스전체를 하나로 판단하는 일반론으로 되돌아갈 것이다.

1246) 소리바다 가처분판결에 대한 설명 중 “E. 판결에서 명령한 내용” 참조.

1247) 실제로 원고의 무조건적인 신청을 그대로 인용하지 아니하고, 일정한 조건을 첨부하여 한정적으로 인용하는 금지처분주문례는 韓國의 法院에도 다수 쓰이는 형식이다.

1248) 소리바다 判決에서 비록 말미에 “피고들이 저작권 침해가 문제되는 MP3파일들을 가려내어 다운로드를 막는 것이 기술적으로 불가능하다”라는 판단을 하고 있었다라도 이는 피고가 統制可能性 없음에 착안하여 책임을 부정한 주장을 오히려 피고에게 불리한 방향으로 전용한 것에 불과하지, 법원 스스로 과연 소리바다1 전체 서버의 폐쇄 없이 侵害의 부분만을 가려 금지할 수 있는지 여부에 관하여는 당사자의 주장을 넘어 추가적인 고민이나 증거조사가 없었던 것으로 보인다.

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

되는 넓은 의미¹²⁴⁹)의 統制可能性(control)은 단지 침해행위를 어떤 방법으로든 차단할 수 있다는 차원이 아니라, 침해행위부분만을 분리하여 區別하여 억제할 수 있느냐가 진정한 기준이 되어야 할 것이므로, “統制可能性(control)”의 진정한 의미는 단순한 차단가능성이 아니라 구별가능한지(distinguishable), 즉 區別可能性(ability to distinguish between infringing and non-infringing conduct)이 핵심이라는 결론에 이른다하겠다.

(E) 損失과 利益의 比較는 概略的 判斷으로 족하다는 原則

Sony 事件에서 聯邦大法院의 少數意見은, 聯邦抗訴法院에서 “당해 VTR이 주로 TV프로그램을 복제할 목적으로 제조, 광고, 판매되었다”는 사실, “모든 TV프로그램은 실제로 저작물이다”라는 사실을 각각 인정한 다음 침해를 긍정한 것에 대하여 두 번째 사실인정은 의문이라면서 “TV프로그램 중 얼마나 저작물이나”가 아니라 VTR의 侵害的 用途가 차지하는 量이라고 비판하였다. 아울러 이 점에 대하여 聯邦地方法院이 “非侵害 對 侵害的인 가정용 녹화의 比率(percentage of legal versus illegal home-use recording)”을 발견하는 것을 굳이 거부한 것은 부당하며 위 比率의 발견이 必須的(essential)이라는 입장을 취하였다.¹²⁵⁰

그리고 이러한 취지에 공감하는 학설¹²⁵¹)도 있다. 종전의 “상당부분 비침해적 용도”라는 Sony 基準을 수정하자면서 새롭게 이른바 “상당부분 침해적 용도(substantial infringing uses)”라는 기준을 제시하는 Goldstein 教授의 견해¹²⁵²) 역시, 넓게는 比率의 발견이 必須的(essential)이라는 입장이라고 보인다.

그러나 私見¹²⁵³)으로는, 法官에게 당해 상품의 非侵害的 用途와 侵害的 用途에 대한 일응의 發見 및 比較, 愚劣判斷을 넘어 그 正確한 比率의 確定까지 요구하는 것은 무리이고¹²⁵⁴) 상품의 종류에 따라서는 비현실적일 수 있으므로 少數意見은 부당하고 결국 聯邦大法院의 多數意見이 여전히 합리적이라고 본다.

1249) 代位責任의 요건 중 하나로서가 아니라, 기술공급자에게 그 이용자들의 저작권침해행위에 대하여 책임을 돌릴 수 있을지, 환언하여 歸責事由 차원에서의 의미이다.

1250) Sony, 104 S.Ct. at 814-15.

1251) Douglas Lichtman & William Landes, op. cit., pp. 400-401 및 Jesse M. Feder, op. cit., pp. 910-11.

1252) Paul Goldstein, Copyright Law and Practice 713 (1989), at 716. (Ariel B. Taitz, op. cit., pp. 167-68에서 再引用). 마찬가지로 “substantial infringing uses”의 요건이 충족된 경우 ISP에게 책임을 추궁하는 입장으로는 Jeffrey L. Dodes, op. cit., p. 311이 있다.

1253) Elizabeth Miles, op. cit., p. 24에서는 Sony 判決에서 “당해 機器의 侵害的 用途...의 비율은 중요하지 않다”고 간략히 언급하였지만, 필자와 同旨로 보인다.

1254) 일부 문헌 [Harvard Law Review Association, “RECENT CASES: COPYRIGHT LAW -- NINTH CIRCUIT HOLDS THAT COMPUTER FILE-SHARING SOFTWARE VENDORS ARE NOT LIABLE FOR USERS’ COPYRIGHT INFRINGEMENT”, Harvard Law Review, March 2005]은 이러한 점에서는 공통되면서도, P2P가 가진 非侵害的 用途 중 설령 독재체제이라도 자유로운 정치적 의사소통을 보장하는 用途는 미국헌법이 보장하는 표현의 자유가 저작권자의 경제적 이익보다 上位의 것임을 감안할 때 극히 중요한 것이어서 P2P의 침해적 용도와 비침해적 용도를 정확히 확정할 필요 없이 당연히 비침해적 용도가 더 중요하다고 파악하는 입장이다.

다른 한편, 상품의 非侵害的 用途와 侵害的 用途에 대한 正確한 比率의 確定까지 요구하는 것은 무리라는 입장에는 공감하는 듯 하면서도 Sony 判決이 제시한 “相當部分 非侵害的 用途”라는 기준은 종래와 같이 非侵害的 用途와 侵害的 用途 사이의 較量으로 찾아지는 相對的인 基準이 아니라 絶對的 基準으로 變化되어야 한다고 주장하는 견해도 있다. 이 견해는 위와 같이 상대적 기준에 머물러서는 그 기준의 적용에서 불명확함을 벗어날 수 없고 따라서 예측가능성을 보장할 수 없다고 비판하면서 이를 피하기 위하여 수립할 絶對적 기준은 “사소하지 않은 침해적 용도(Non-Trivial Infringing Uses)”의 존재를 원고가 입증하면 다른 요소는 고려할 필요 없이 막바로 침해책임이 긍정되어야 한다고 설명한다.¹²⁵⁵⁾ 그러나 “사소”한지 여부의 판단 역시 침해적, 비침해적 용도의 교량에서와 마찬가지로 어느 정도의 불명확은 피할 수 없는 기준일 뿐만 아니라 위 견해에 따르면 침해적 용도와 비침해적 용도가 모두 일견 상당부분에 이르는 복제기술의 경우 기술공급자가 항상 책임을 부담하여야 한다는 결론에 이르게 될 것이어서 부당하다.¹²⁵⁶⁾

(F) 技術로 인한 著作權者의 損失은 立法으로 補填해 준다는 原則

침해적 용도와 비침해적 용도가 공존하는 새로운 복제기술이 반영된 상품이나 서비스가 법원에 의하여 공급이 허용되면 總量으로는 사회전체구성원이 받는 社會的 利益의 量에 미치지 못할지라도 그 복제기술의 이용자들에 의한 침해적 이용으로 인한 社會的 損失이 발생한다. 그리고 그 損失은 著作權者들이 대부분 보게 된다.¹²⁵⁷⁾ “피고 Sony의 기여책임은 일단 긍정하되, 그 책임추궁의 방법은 공급금지가 아니라 로얄티 지급과 같은 대안을 찾을 수 있다”는 것으로 요약되는 Sony 判決의 少數意見을 지지하는 입장¹²⁵⁸⁾이 지적하는 바와 같이, 논리상의 수많은 우월함에도 불구하고 多數意見이 가진 큰 短點은 바로 복제기술의 부작용이라고도 할 수 있는, 침해적 이용으로 인한 손해를 왜 저작권자가 홀로 감수하여야 하는지, 아울러 그 손해를 전보해주는 것이 형평상 정당한 것이 아닌지 하는 의문을 완전히 불식시키기 어렵다는 점이다.

1255) Ariel B. Taitz, op. cit., pp. 159-61.

1256) 가령, 디지털복제기술의 경우 이용자들의 이용행태상 침해적 용도가 결코 사소하다고 보기 어려운 때가 대부분인데, 앞서 견해에서는 이러한 부당한 결론을 의식하여서인지 위와 같은 絶對적 기준은 오로지 디지털기술장치의 공급자에게만 적용될뿐 아날로그기술장치의 공급자는 제외된다고 설명하지만 (Ariel B. Taitz, op. cit., p. 160) 왜 그렇게 이원적인 분류가 필요한지에 관하여 명쾌한 설명을 하지 못하고 있다.

1257) 著作權者들이 이러한 損失을 복제기술 공급자에게 轉嫁할 마땅한 수단이 없어 최종적으로 그러한 損失의 대부분을 떠안게 된다는 사실은 앞서 “(A) c) 經濟學的 視覺에서의 社會的 利益과 損失의 計量化”부분 참조.

1258) 가령 Ariel B. Taitz, op. cit., p. 170에서는 Sony 사건에서 聯邦大法院의 少數意見과 상통하는 聯邦抗訴法院의 판단에 기본적으로 찬동하면서 多數意見의 短點을 위와 같은 취지로 비판하고 있다.

第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며

그러나 少數意見의 입장은 多數意見이 비침해적 용도와 침해적 용도의 兩面을 모두 가진 복제기술의 공급을 허용한다는 대결론을 내리면서 (저작권자보상을 위한) 입법의 미비로 저작권자에게 별다른 보상책을 부여하지 않았다는 불가피한 短點을 지적하였다는 범위내에서만 의미가 있을 뿐이지, 만일 少數意見이나 그것과 상통하는 2심(聯邦抗訴法院)의 판단에 따른다면 저작권자는 복제기술공급자에게 손쉽게 책임을 추궁할 수 있고 아울러 그 추궁의 방법도 반드시 위 少數意見의 권고안과 같이 로얄티에 그친다는 아무런 보장이 없이 법관의 판단에 따라서는 (예비적) 留止命습이 발령되어 복제기술의 공급이 저지될 수 있다는 극히 부당한 결과가 됨을 유의하여야 할 것이다.

따라서 Sony 判決의 多數意見을 취하되, 著作權者들이 합리적 근거 없이 집중적으로 받게 되는 損失에 관해서는 위 多數意見의 입장을 보완하기 위하여 議會¹²⁵⁹⁾가 입법적인 수단을 동원하여 적극적으로 개입하여야 한다. 이 점과 관련하여, Sony 判決은 물론 Verizon 抗訴審判決¹²⁶⁰⁾ 및 Grokster 抗訴審判決¹²⁶¹⁾ 등은 저작권자들은 저작권보호의 정책차원에서 寄與責任 및 代位責任 원칙의 外延을 확장하고자 하는 요구를 하지만 이러한 요구에 응하는 것이 일시적으로 저작권자를 만족시킬 수는 있어도 이는 저작권법 일반을 엄청나게 변경하는 것이어서 결국 현재로서는 알 길이 없는 결과를 낳으므로 부당하고, 결국 인터넷 혁명의 흐름을 적절히 교정하여 저작권자의 이익을 보호할 수 있는 기관은 법원이 아닌 議會라는 입장을 취하고 있다.

이런 차원에서 현실적으로 議會에서 거론할 수 있는 조치로는 i) ISP의 상품이나 서비스, 나아가 PC에 대하여 複製賦課金 제도를 도입하거나 ii) 아예 저작권자의 손실을 막기위하여 ISP에게 필터링 소프트웨어기능 등 DRM 혹은 技術的保護措置의 채택을 의무화하는 방안 등을 생각해 볼 수 있다. 그런데, 앞서 Sony 小原則 중 “技術로 인한 著作權者의 損失은 立法으로 補填해 준다는 原則”에서 설명한 대로 複製賦課金の 도입은 입법부가 반드시 입법조치를 이행하여야 할 필요가 있는 사안임에 반하여, DRM의 채택의무화법률 등은 Sony 판결의 다른 小原則, 즉 “損失을 초래할 部分만을 차단할 區別措置는 事實上 要求된다는 原則”에서 설명한 대로 반드시 입법부가 나서지 않아도 자연스럽게 해결될 수 있는 사안이라는 차이가 있다. 따라서 아래 해당부분¹²⁶²⁾에서는 입법

1259) 이와는 다소 視覺이 다르지만, Sony 事件에 관해 1심을 파기하여 침해책임을 긍정하면서도 침해중지 대신 손해배상이나 로얄티 지급을 제시한 항소심의 판단까지만 내려졌던 1982년, Nimmer 教授는 별도 입법 없이 美國 著作權法의 유추해석만으로 이미 법원이 강제적 이용허락을 명할 수 있는 권한을 가지고 있다는 해석을 내놓은 바 있다. 이 주장(Melville B. Nimmer, “COPYRIGHT LIABILITY FOR AUDIO HOME RECORDING: DISPELLING THE BETAMAX MYTH”, Virginia Law Review, November 1982, pp. 1530-34)에 의하면, “저작권표시”가 누락된 저작물을 선의로 저작권 없다고 믿고 이용한 침해자에 대하여 법원으로 하여금 침해정지처분 대신 상당한 이용료지급 조건의 계속이용을 명할 수 있도록 정한 미국 저작권법 중 §405(b)을, Sony 사건과 같은 사례에서도 이를 응용할 수 있다는 취지이다. 어쨌든 침해정지처분을 부정하였던 실질적 이유는 다소 상이하지만 Nimmer教授 역시 로얄티 제도를 통한 저작권자 보호를 피하여야 한다는 입장으로 정리할 수 있다.

1260) Verizon, 351 F.3d at 1238.

1261) Grokster, 380 F.3d at 1166-67.

부의 개입이 반드시 필요한 前者를 중점적으로 논하고자 한다.

덧붙여, 이 부분 Sony 小原則에서 유의해야 할 것은 Sony 기준에 따라 일단 ISP의 책임이 없다고 보아 당해 복제기술의 공급을 허용할 경우 복제기술공급자가 그 복제기술에 관하여 가진 既得權때문에, 저작권자들은 자신들의 저작권과 關聯없는 部分의 市場은 물론 심지어 關聯되었던 市場에서조차 저작권자로서의 正當한 지분조차 보장받지 못하고 오히려 驅逐되는 結果가 빚어질 수도 있다는 사실이다. 여기서, ISP들이 신기술에 관하여 가진 既得權이란, 이미 당해 복제기술 市場에서 소비자에 대한 最中유통을 先占하고 있어 나중에 市場에 저작권자가 직접 유통업자로 진입하더라도 유형, 무형의 불리함이 있다는 사실상의 기득권도 있을 수 있겠으나 주된 것은 역시 新技術에 대한 特許權이다. 著作權의 경우는 기존의 저작물과 具體的인 表現만 다르면 역시 새로운 저작물로서 보호받을 수 있음에 반하여, 特許權의 경우는 기존의 특허권이 가진 기본적인 아이디어와 중복되지 않아야 하므로 그 보호기간을 제외한 獨占의 效力에서는 特許權이 더 강하다고 할 수 있는데, 이미 ISP가 해당 新技術에 대하여 이러한 특허권을 독점하고 있는 상태에서는, 저작권자들이 자신들의 저작물이 유통되는 關聯市場에 직접 저작물을 유통하는 사업을 뒤늦게 구상하더라도 복제기술공급자의 特許權에 저촉되어 그 동의 없이는 사실상 위와 같은 市場에 진입하기가 불가능해진다.

구체적인 예로 설명하자면, 가령, Napster, 소리바다¹⁾을 통하지 않고 저작권자 스스로 자신들의 음악파일을 P2P상에서 동일한 방식으로 유통시키되 다만 요금을 과금하는 사업, 혹은 한국 소프트온넷 회사의 소프트웨어 스트리밍(Software Streaming)과 동일한 방식을 이용하여 저작권자 자신이 스스로 소프트웨어를 스트리밍방식으로 유료 공급하는 사업을 구상하더라도 이미 해당 방식에 대한 特許權¹²⁶³⁾ 등을 가지고 있는 기술공급자의 사용허락을 받지 않는 한 이러한 기술을 사용할 수 없으므로 아예 시장에 진입할 수 없게 된다.

이 문제는 결코 가볍다고 볼 수 없는 쟁점임에도, 사실 국내외에서 이러한 차원에까지 이르러 언급하고 있는 글은 거의 찾지 못하였다. 기술공급자의 공급행위가 저작권자의 권리와 충돌되는 것은 저작권자의 권리에 속한 이용을 하는 것이 주된 목적이 아니라 다른 합법적 목적이 주된 것임에 반하여, 저작권자의 복제기술 사용행위가 기술

1262) “第7章 第3節 著作權者 保護를 위한 補完策檢討” 중 “2. (2) 複製賦課金 賦課媒體의 擴大”부분.

1263) 가령, 국내에서 Streaming과 관련하여 출원된 특허는 이미 수천 건을 초과하고 있을 뿐 아니라, Software Streaming과 관련하여서도 국내 유일의 Software Streaming 프로그램 공급업체인 소프트온넷社가 이미 보유하거나 출원중인 특허도 “본산컴퓨팅환경에서 임대소프트웨어 프로그램을 수행하기 위한 시스템 및 방법”에 관한 특허출원을 비롯하여 2004. 9.경 현재 모두 3건이라고 한다. 以上은 진용, “소프트웨어 스트리밍에 의한 저작권침해가능성”, 서울대학교 기술과법센터 2004-제7회 워크샵 (「SW Streaming의 법적 문제점」) 발표문, 2004. 9. 18, 15-16면.

第3節 著作權者 保護를 위한 補完策 檢討

공급자의 특허권과 충돌하는 것은 오로지 당해 특허권의 실시를 주된 목적으로 한 것이라는 本質인 差異가 있고, 특허법이 특허권을 저작권의 보호기간보다 짧게 보호하면서도 특허권이 예외적으로 제한되는 사유는 더 한정¹²⁶⁴하고 있는 취지는 비교적 짧은 보호기간이후에는 당해 기술을 사회전체에 귀속시키는 대신 보호기간동안에는 더 강력하게 보호하겠다는 것이므로, 결국 새로운 복제기술(가령, MP3압축파일의 인터넷 상 교환)이 등장하였음에도 여전히 고전적인 유통방법(가령, 레코드점포를 통한 음악 CD의 판매)으로 저작물을 유통하라고 하는 것은 작금의 추세상 경쟁이 성립되지 않는다는 논리만으로는 비록 형평상의 문제가 있더라도 위와 같이 극히 한정적으로 열거된 特許權의 制限事由에 해당된다고 보기 어려울 것이라고 본다.

第3節 著作權者 保護를 위한 補完策檢討

1. 補完策이 필요한 이유

각종 디지털복제기술에 편승한 불법복제의 기승에 대처하여 著作權者들이 종래 古典的인 著作權制度하에서와 달리 자신들의 著作權을 보호하는데 새롭게 어떠한 수단을 선택할 수 있을 지를 간단히 살펴보면 크게 네 가지의 선택이 존재한다고 할 수 있다.

첫 번째는 앞서 설명한대로¹²⁶⁵ 디지털복제기술을 활용한 불법복제의 경우 개별이용자들을 상대로 저작권을 강제하는 것은 사실상 곤란하므로 개별이용자들에게 복제수단인 상품이나 서비스를 공급할 뿐만 아니라, 통제하고 나아가 수익까지 거두는¹²⁶⁶ ISP 혹은 널리 기술공급자를 상대로 법적 쟁송을 벌이는 수단을 선택하는 것이다. 그런데, 이러한 수단을 선택한 경우, 현재 가장 문제되는 P2P 기술이 불법파일교환의 侵害의 用途 뿐만 아니라 더 많은 非侵害의 用途를 가진 특징 때문에 최근 Grokster 하급심판결과 연방대법원의 판결이 엇갈린 사실에서처럼 반드시 ISP에게 책임을 추궁할 수 있다고는 보기 어렵다. 오히려 침해를 조장한 사업부분이 배제된 채 Pure P2P 소프트웨어 자체에 대하여만 Sony 原則을 적용할 경우¹²⁶⁷는 중국적으로 著作權者에게 불리한 면이 많다고 볼 수 있다.

두 번째는, 이렇게 기술공급자에게 책임을 추궁하는 데는 法理上 難點이 있음을 감안하여, 現實的, 事實的 困難을 극복하고 아예 개별이용자들을 상대로 저작권을 강제하

1264) 저작권법 제6절(저작권재산권의 제한)에서 정한 사유와 특허법 제96조를 비교하면 알 수 있다.

1265) “第2章 第1節 인터넷서비스제공자에게 責任을 負擔시키는 理論上의 根據” 참조.

1266) “第2章 第2節 1. 중 (2) 寄與責任 및 (3) 代位責任” 참조.

1267) “第7章 第2節 聯邦大法院의 Sony 判決이 놓았던 1984년의 試金石으로 되돌아가며” 참조.

는 소송들을 수행하는 것을 선택할 수도 있다.¹²⁶⁸⁾ 그러나 이런 수단의 선택은 형사처벌수위를 높이는 방법과 결합되어 일시적으로는 개별이용자들에게 위혁적 인 효과는 있을지 몰라도 궁극적인 해결책이 되지 못함은 디지털복제기술을 통한 복제의 용이성과 은밀성 때문에 자명한 것이다. 실제로 RIAA가 이런 수단을 선택하여 강행하고 있는 美國의 상황을 볼 때, 일반국민의 거센 반발은 물론 법원조차 이에 대한 적극적 협조는 거부¹²⁶⁹⁾하고 있다고 할 수 있다. 결국 이렇게 “쫓쫓한” 자세는 디지털시대의 특성상 개별이용자에게 일일이 책임을 추궁하는 것은 거의 불가능하다는 現實의 壁에 부딪혀서는 좌절을 겪을 수밖에 없고 이러한 좌절은 디지털시대에 필연적으로 등장할 수밖에 없는 복제기술 자체를 아예 거부하려는 極端의인 反動¹²⁷⁰⁾으로 왜곡되기 쉽다.

결국 세 번째 및 네 번째 선택이, 제대로 진행만 된다면 보다 확실하게 저작권을 보호할 수 있는 주된 수단이라고도 할 수 있다. 그 선택들이란 다름 아니라 저작권자가 자신의 저작물에 디지털보호장치를 첨가하여 디지털저작물의 유통과정에서 능동적으로 저작물의 이용을 제어하고자 하는 방법, 즉 DRM 혹은 技術的保護措置를 강구하는 방법과, 디지털저작물의 복제행위가 존재함으로 간접적으로 이익을 얻는 CD제조판매업자나 ISP 등에 대하여 그들이 거둔 이익의 일부씩을 징수하여 이를 저작권자에게 골고루 배분하는 방법, 즉 複製賦課金制度를 도입하는 방법이라고 할 것이다. 이 논문에서는 이미 이러한 세 번째, 네 번째 수단의 선택이 가지는 의미를, Sony 小原則 다섯 번째, 일곱 번째와 관련지어 이미 각각 설명하였다.

2. 補完策의 檢討

(1) 技術的保護措置와 權利管理情報 등 DRM

주의할 것은, 技術的保護措置와 權利관리정보의 이용이 실효적으로 활성화된다는 것은 인터넷서비스제공자의 책임을 추궁하는 대신 그 代案으로 삼을 수 있다는 측면으로 문제되지만, 더 크게는 디지털시대의 저작권 침해행위를 근절한다는 “저작권법 일반의 基本的인 論點”에도 속하여 다른 문헌에서 활발하게 논의되어온 것이므로 이 논문에서는 자세한 언급¹²⁷¹⁾을 생략하기로 한다.

(2) 複製賦課金 賦課媒體의 擴大

1268) “第6章 第3節 2. (1) 著作權者가 個別利用者들의 責任까지 追窮하게 된 背景”참조.

1269) “第6章 第3節 2. (2) Verizon 事件 3) 抗訴審의 判斷” 참조.

1270) “第7章 第1節 2. P2P 技術의 受容을 拒否하는 極端의인 立場의 強化” 참조.

1271) 입법례로는 우리 저작권법 제2조 제20호 및 제92조를 위시하여 WIPO의 WCT 제11조, WPPT 제18조, 美國의 DMCA §1201 중 (a)(1)(A) 및 (b)(1) 및 (b)(2)(B), 日本 著作權法 제2조 제20호의 各 定義를 비교할 필요가 있고, 실제 응용된 사례로는 美國의 AHRA에 따른 연속복제제어시스템, 韓國에서 2004년 현재 문제된 MP3 Player 탑재 휴대폰의 경우 등을 고찰할 필요가 있겠다.

第3節 著作権者 保護를 위한 補完策 檢討

1) 複製賦課金 制度의 意義

複製賦課金制度라 할 때 대표적인 것은 韓國에서는 수용되지 않았지만 복사기에 대하여 부과되는 부과금¹²⁷²⁾이 대표적이겠으나, 이 논문에서 논하고자 하는 複製賦課金은 복제, 전송 혹은 배포 등 일체의 저작물의 이용을 저작권자의 허락 없이도 이용자들에게 용인하는 反對給付로 저작권자에게 지급할 금전을 당해 복제도구의 제조자 내지 복제서비스제공자에게 금전을 징수하는 일체의 형태를 통틀어 지칭하고자 한다.

2) 各國의 現況

美國에서는 AHRA(Audio Home Recording Act)를 통하여 디지털오디오레코딩 장치 혹은 디지털오디오레코딩 매체의 제조자와 수입자에게 이러한 새로운 디지털 오디오 음반기술로 타격을 입게 될 음악생산자와 저작권자들에게 補償金을 지급할 것을 요구하고 있다.¹²⁷³⁾

캐나다에서는 개개이용자들이 행하는 사적복제행위 중에서 캐나다저작권위원회(Copyright Board of Canada)가 선별한 일정 유형에 대하여는 위 위원회에서 정한 기준에 따라, 비영리, 비정부조직인 CPCC(Canadian Private Copying Collective)에서 해당 사적복제행위의 道具 등을 제공한 업자에게 사적복제부과금을 징수하여 이를 CPCC에서 저작권자에게 분배하는 방식을 수행하고 있다. 2004. 10. 현재, 이러한 道具에는 오디오 카세트테이프¹²⁷⁴⁾, CD-R 및 CD-RW, CD-R Audio, CD-RW Audio 및 미니디스크(MD), 디지털오디오레코드에 비탈착식으로 고정된 메모리¹²⁷⁵⁾ 등이 포함되어 있다. 나아가 이른바 “賦課金基準 22(Tariff 22)”事件¹²⁷⁶⁾을 둘러싸고 ISP를 새롭게 부과대상으로 포함시킬지가 여부가 2004. 6. 30. 캐나다 연방대법원에서 다루어진바 있다.

複製賦課金の 도입에 관하여는 비판적인 시각도 분명 존재하지만¹²⁷⁷⁾ 더 유용한 대안이 보이지 아니하는 이상, 종래의 발상을 전환하여 컴퓨터하드드라이브도¹²⁷⁸⁾ 복제부

1272) 복사기에 대한 부과금은 독일, 오스트리아, 노르웨이, 그리스 등이 도입하고 있으며, 이와 달리 美國과 日本은 민간자율에 맡기고 있다고 한다 [국회 문화관광위원회, “저작권법중개정법률안검토보고”, 2005. 2., 11면].

1273) 17 U.S.C.A. § 1003 (Obligation to make royalty payments).

1274) 가령 2004. 10. 현재 40분이상 분량인 때 한하여 29센트(캐나다貨 기준, 이하 같음)를 부과한다.

1275) 가령 저장용량에 따라 부과금이 기준이 상이한데, 1GB이하인 때 2불, 1GB 이상 10GB이하인 때는 15불, 10GB이상인 때는 25불을 각 과금한다.

1276) Society of Composers, Authors & Music Publishers of Canada v Canadian Assn. of Internet Providers, 2004 SCC 45 (S.C.C., Jun 30, 2004). 이에 관하여 자세히는 “제3장 제2절 美國의 DMCA 중 OCILLA 4. (2) 시스템 캐싱의 경우” 중 脚註를 참조할 것.

1277) Ariel B. Taitz, op. cit., pp. 165-66.

1278) Raymond Shih Ray Ku, “THE CREATIVE DESTRUCTION OF COPYRIGHT: NAPSTER AND THE NEW ECONOMICS OF DIGITAL TECHNOLOGY”, University of Chicago Law Review, Winter 2002, p. 313에서도 인터넷서비스와 하드드라이브, 오디오, 그리고 비디오 장치에 법정부과금을 매겨 그 재원으로 디지털환경에서 저작권을 포기한 저작권자에게 보상할 것을 제안하고 있다.

과금 부과 대상이 될지 고민해 볼 필요는 충분할 것이다.

3) 複製賦課金の 徵收方法에 대한 論議

(A) Fisher 教授의 모델¹²⁷⁹⁾

P2P 시스템운영자와 관련한 複製賦課金の 징수방법뿐만 아니라 전반적인 운영에 관하여 Fisher 教授는 독창적이면서도 구체적으로 설득력을 가진 방법을 제시하고 있다.

우선 『1단계』로, 음악 저작권자와 영화 저작권자들로 하여금 자신들의 저작물을 美國 著作權廳(Copyright Office)에 등록하도록 장려한다. 著作權廳은 이렇게 등록되는 저작물마다 固有登錄番號를 예를 들자면 “#4m8sp60wxi#”식으로 부여한다. 등록시 저작권자들은 자신의 저작물이 음악인지, 영화인지 그 종류와, 아울러 그 저작물의 길이를 기재할 것을 요구받게 되고,¹²⁸⁰⁾ 나중에 부과금의 공정한 배분을 위하여 자신이 창작한 부분을 자신의 창작물속에 포함된 타인 창작의 부분과 비율적으로 나누어 기재하여야 한다.¹²⁸¹⁾ 그 다음 『1-2단계』로 저작권자는 저작물을 담은 디지털파일의 파일명에 앞서와 같이 부여받은 고유등록번호를 포함시킨다.

『2단계』로 著作權廳은 디지털녹음장치, 디지털저장매체 및 인터넷접속서비스에 각각 부과금(tax)을 과하고 이를 징수하여 적립하는 역할도 수행한다. 이 단계에서 가장 중요한 쟁점은, 첫째 著作權廳이 징수하는 부과금의 총액으로 얼마가 적당한지의 문제와 둘째 著作權廳이 어떤 객체에 부과금을 매길 것인가이다. 특히, 첫 번째 문제에 관하여 Fisher는 상당히 경제학적인 측면의 논의과정¹²⁸²⁾을 거친 후 결국 타당한 부과금

1279) William W. Fisher III, 『PROMISES TO KEEP: TECHNOLOGY, LAW, AND THE FUTURE OF ENTERTAINMENT』, Stanford University Press, August 2004 (총352페이지의 단행본이나, “Chapter 6: An Alternative Compensation System”부분은 <http://tfisher.org/PTK.htm>에서 다운로드 가능하므로 p.는 이것만 기준으로 함, 2005. 4. 29. 방문).

1280) William W. Fisher III, op. cit., p. 5.

1281) 미리 著作權廳이 마련한 서식상 “극히 일부(5%미만)”, “일부(5-50%)”, “대부분(50-95%)”, “거의 전부(95-100%)” 중 해당란에 표기하는 간단한 방법으로 처리한다. 등록자가 정확한 비율을 산정하기 어렵다는 점과 이후의 업무편의를 고려한 것이다. 아울러 위와 같은 비율은 Fisher의 설명에 따르면 오로지 틀에 의하여 결정되지, 質은 무시한다고 한다.

1282) 부과금의 총액으로 얼마가 적당한지에 관하여, 첫 번째 입장은 저작권자들의 창작이 기여한 “사회적가치의 총체”만큼 부과금을 징수하여 배분하자는 입장이다. 예술저작물과 같은 것의 사회적가치의 총체에 관하여 경제학자들은 “소비자잉여”와 “생산자잉여”의 합계라고 말하고 있다. 이것은 환언하면 “한계생산비용 = 한계수익”인 시점까지 소비자들이 당해 예술저작물을 사용하는 대가로서 기꺼이 지불하고자 하는 금전의 총액에서, 그 시점까지 생산된 저작물의 총생산비용을 공제한 純額數을 의미한다. 쉽게 말해 총이익은 사회구성원들이 그 저작물로부터 얻을 수 있는 이익이다. Steven Shavell과 Tanguy van Ypersele은 이러한 기준을 가지고 지적재산권의 대안으로서의 “보상제도(reward system)” 분석의 틀로 사용하였다. 이들의 견해에서 최적의 보상은 예상수요곡선의 분포에서 얻어지는 예상잉여와 동일한 금액이다. 이들은 만약 발명가에게 이 금액보다 보상액이 적게 주어지면 動機의 減少가 일어나고, 이 금액보다 과다하면 과도한 動機가 附與된다고 연구결과를 발표하였다. 그러나 Fisher 教授는 이러한 지점을 따르지 말아야 할 두 가지 이유를 제시하였다. 첫째, 디지털저작물의 경우 생산비용은 극히 낮아져, 소비자들이 전체적으로 지급하고자 할 지출액은 막대하므로 이때의 생산비용과 지출액의 차액은 지나치게 크다는 점, 둘째, Arnold Plant와 Glynn Lunney가 발견한 대로 지적산물의 창작자들에게 그들의 산물이 가지는 사회적가치의 총체만큼 보상하는 것은 심각하게 사람들의 직업선택의 동기부여 시스템을 왜곡시킨다는 점이다. 둘째 이유에 대하여 부연하자면 가령,

第3節 著作権者 保護를 위한 補完策 檢討

총액은 저작권자들이 부과금제도의 도입 이전에 징수하고 있던 利用料收益에서, 부과금제도의 도입으로 이용자들이 일단 자유롭게 이용하게 됨으로써 저작권자들이 상실하였거나 가까운 미래에 상실할 것으로 보이는 減少分을 기준으로 징수총액을 결정하고자 주장하고 있는바, 그의 계산방법에 따르면¹²⁸³⁾ 21억 7000만불을 징수하게 된다.¹²⁸⁴⁾

마지막 『3단계』로 저작권청은 인터넷상에서 이용자들로부터 다운로드되는 파일명에 포함된 위 고유등록번호를 추적하는 방법과 오프라인상에서의 소비를 표본측정하는 방법을 통하여 저작물마다의 사용빈도를 확인한 다음 그 수치에 따라 앞서와 같이 징수하여 적립한 기금을 개개저작권자에게 골고루 분배한다.

(B) Noncommercial Use Levy 모델

複製賦課金の 徵收方法 등에 대한 理論的인 논의로는 앞서 Fisher 教授의 모델 외에, Netanel이 제시하는 이른바 Noncommercial Use Levy(NUL, 비영리적 이용 부과금) 모델이 또한 유력하다. NUL 모델은 저작권심의위원회(Copyright Office Tribunal)가 판단하여 P2P 파일교환이 실질적으로 가치를 증가시킨 상품이나 서비스의 판매에 부과되는 부과금으로, 그 대신 P2P를 통한 파일교환은 일체 자유롭게 허용하자는 구상이다.¹²⁸⁵⁾ NUL의 적용을 받는 상품이나 서비스에는 인터넷접속(internet access), P2P 소프트웨어와 서비스, 컴퓨터하드웨어, 복제, 저장, 전송 혹은 다운로드파일의 재생에 사용되는 (CD 버너, MP3 Player, 그리고 디지털비디오레코더 같은) 개인용전자기기들, 그리고 이들 기기와 더불어 사용되는 공CD 같은 저장매체가 포함될 것이라고 한다.

시민운동가나 대학소재 연구원같이 그들이 산출한 사회적 가치의 총체에 훨씬 못 미치는 급여를 받은 직종이 많은데 유독 예술저작물의 저작자만 두텁게 보상함은 부당하다는 것이다.

두 번째 입장은 적절한 동기를 부여한다는 목적은 과감히 포기하고 대신에 정부의 보상분배를 통하여 창작자들에게 그들에게 적당한 만큼만 지급하자(give creators what they deserve)는 입장이다. 그러나 이러한 입장에 대하여는 로크(Locke)나 노직(Nozick)이래 수많은 自然權 理論家가 인간의 노력과 그 인간이 받을 보상 사이의 정의로운 비율을 결정하기 위하여 수세기동안 노력했지만, 별다른 성과가 없었다는 비판을 내릴 수 있다.

세 번째 입장은 이론적으로는 투박하지만 보다 실용적인 논리로서 저작권자들에게 그들이 상실하였거나 가까운 미래에 상실할 것으로 보이는 손해에 대하여 보상하는 새로운 보상시스템을 운용하자는 입장이다. 만일 현재의 저작권제도를 정부운영의 보상시스템으로 대체하는 경우에도 이러한 견지에서 부과금기준의 상승, 하향이 미치는 영향을 잘 파악하여 부과금총액을 적절히 맞추면 될 것이다(以上은 William W. Fisher III, op. cit., pp. 7-9을 정리한 것임).

1283) Fisher 教授는 바로 위 脚註와 같은 논리에 잇따라, “음악산업”의 실례를 제시한 다음 현재 미국음악업계의 수입창출과 분배구조를 도표를 통하여 분석하고, 위에서 채택한 “세 번째 기준”의 응용을 위하여 이미 드러난 음악산업계의 통계적 수치에 따라 計量的인 판단과정을 거쳐 마침내는 저작권자에게 분배할 적절한 금액은 “17억 3600만불”이고 약 20%의 행정비용소진분까지 합하여 “21억 7000만불”을 이용자 등으로부터 징수하여야 하며, 2004년의 인플레이션을 감안하면 다음에는 “23억 8900만불”이 예상징수총액이 된다고 (그 정확성은 향후 연구자들이 검토할 일이겠지만) 다소 놀라운 정도로 具體的인 數値를 提示하고 있다(William W. Fisher III, op. cit., pp. 9-16). 평하건대, 複製賦課金 등과 관련한 法的인 論議라 하여도 지나치게 抽象的이어서 결국에는 空論에 불과한 論議만 반복하는 경향을 止揚하고 위와 같이 計量經濟學的인 思考를 도입하는 자세는 국내의 연구자들도 충분히 본받을 만한 것이라는 점만 언급하되, 위의 구체적인 도출과정의 설명은 줄이기로 한다.

1284) William W. Fisher III, op. cit., pp. 7-9.

1285) Neil Weinstock Netanel, op. cit., p. 3.

第8章 結論

인터넷기술의 발전에 따라 ISP의 사업형태도 조금씩 변화되어 왔고, 이에 따라 ISP의 책임, 구체적으로는 인터넷서비스이용자들에 의한 저작권침해행위와 관련된 ISP의 민사책임에 대한 법적규율도 시기적으로 변화하여왔다.

소수의 이용자만을 대상으로 하였던 네트워크에 그쳤던 초기의 전자게시판(BBS, Bulletin Board System)이후, 인터넷의 등장으로 월드 와이드 웹(World Wide Web)이 짜여짐에 따라 인터넷등장이후의 의 BBS는 전세계 누구나 언제라도 접속하여 업로드나 다운로드를 할 수 있게 됨으로써 ISP에 의한 게시물의 완벽한 관리는 중전보다 곤란하게 되었다. 이러한 시절, 불법복제물을 게시한 자는 인터넷접속의 특성상 익명으로 보호되는 경우가 많았기 때문에 부득이 저작권자들은 마치 “저작권침해라는 事故現場 주변에 서성거리고 있어 一見 사고의 책임이 있을 것 같은 자” 중에서 資力이 풍부한 ISP에게 시선을 집중하게 되었다. 시기적으로 1990년을 넘어 90년대 중반까지 美國에서 발생하였던 Frena 事件이나 Maphia 事件, 韓國에서는 90년대 중후반부터 2000년경까지 발생한 카테일98 事件이나 인터넷제국 事件 등이 인터넷상 BBS 구현이 최첨단 네트워크 技術이었던 시절에, 손해진보를 구하는 著作權者와 침해사고와의 관련성을 부인하는 ISP와의 다툼이었다. 이때 ISP의 責任에 관한 논의는 韓國에서조차 자국의 법해석기준으로 삼을 정도로 설득력을 가졌던, 美國의 종래 寄與責任이나 代位責任의 法理로 사실상 완벽하게 포섭할 수 있었고, 심지어는 Frena 事件에서처럼 그 法理조차 동원되지 않고 마치 아날로그시절의 기준대로 直接侵害者로 규율되기도 하였다.

이후 인터넷 네트워크기술의 수준이 더욱 발전한 2000년을 전후하여서부터는 이른바 P2P 기술에 의한 네트워크, 더 정확히는 중앙서버를 통한 ISP의 서비스가 존재하는 Hybrid P2P가 전세계적으로 초미의 관심사가 되었고 위 기술을 이용한 P2P 사용자들의 저작권침해가 폭발적으로 증가하였다. 이때는 그 침해의 빈도나 폭이 극심한 것만 큼이나 이에 대항한 저작권자들의 투쟁도 거의 결사적이어서 美國의 Napster 事件이나 韓國의 소리바다 事件으로 대표되는 일련의 치열한 법정쟁송이 사회적 이목을 끌게 되었다. 특히 중전의 BBS시절에 ISP의 책임을 추궁하는데 유용한 법이론이던 寄與責任이나 代位責任의 法理는 이때 일정부분 한계를 드러내게 되었는데, 근본적인 이유는 P2P 서비스제공자는 이용자들의 파일교환을 제대로 통제할 수단이 없다는 技術的特性 때문이었다. 중전의 BBS서비스제공자들보다 “저작권침해”라는 事故現場에서 더 멀리 떨어진 위치에 자리 잡은 P2P서비스제공자에게 위 法理에 기한 책임을 추궁한 고된 과정은 비록 美國과 韓國 모두에서 저작권자의 승리로 끝났다.

그런데 초기에 성행하던 하이브리드 P2P 서비스 방식이 저작권자의 격렬한 법적 공격으로 폐쇄되자 이에 技術은 變形을 일으켜 이번에는 이른바 Pure P2P 소프트웨어가 등장하였다. 여기서는 최초로 Pure P2P 프로그램을 공급한 주체만 존재할 뿐 앞서 Napster나 소리바다와 같이 중앙서버를 통해 지속적 서비스를 이용자들에게 제공하는 주체는 존재하지 않음이 원형이었다. 때문에 종전과 같이 “저작권침해”라는 事故現場 주변에서는 도저히 손해전보의 徵求를 일으킬 상대를 포착하기가 어렵게 되었다. 그리하여 이 단계 技術에 이르러서는 美國의 Grokster 下級審 判決들이나 네델란드의 KaZaA 判決에서의 저작권자 패소에서 보듯이, 종전의 寄與責任이나 代位責任의 法理는 큰 벽에 부딪혀 많은 기능을 상실한 것으로까지 보여 진다. 비록 연방대법원의 Grokster 판결을 통하여 새롭게 도입된 소위 誘發理論에 의지하여 종전의 寄與責任의 법리가 일시 힘을 얻은 듯하지만, 이는 Grokster와 같은 특수한 사안에 국한된 것이다. 만일 그러한 誘發을 하지 아니한 ISP에 대하여서는, Verizon 事件에서 알 수 있듯이 먼저 ISP의 도움을 받아 침해적 이용자들의 인적정보를 획득한 다음 이용자들을 상대로 직접침해 책임을 추궁하는 형태의 한층 어렵고도 절박한 싸움을 남겨 놓고 있다고 할 수 있다.

이처럼 현재까지 가장 문제되고 있는 P2P서비스나 P2P소프트웨어가 많은 사례에서 저작권침해를 위하여 이용되는 것이 현실이라 하더라도, 개별사례에서 해당사업자의 구체적인 P2P 구현형태에 책임을 추궁하는 것은 별론 P2P技術 自體는 네트워크기술에 있어 중요한 진보로서 저작권자보호의 명분으로 그 전체가 거부되거나 완전히 포기되어서는 안 되는 技術임은 어느 정도 분명하다. 그렇다고 革新的 技術의 도입으로 빚어질 저작권침해에 대하여 외면하자는 것이 이 글의 결론이 아님은 물론이다. 이처럼 革新的 複製技術의 獎勵와 既存 著作權의 保護라는 對立되는 利害關係를 합리적으로 조정하려면 어떤 기준과 수단을 동원할 것인가?

이에 대하여는 이른바 Sony 判決이 제시한 Sony 原則이 유용하게 사용될 수 있을 것이다. 이러한 Sony 原則은 요컨대, 복제기술과 저작권의 충돌시 그 기술의 공급을 허용할 것인지에 관하여, 저작권법이나 미국판례법상 寄與責任이나 代位責任의 형식적 법리에 국한하지 않고 보다 巨視的, 歷史的인 시각에서 바라볼 것을 前提로 요구하고 있다. 특정한 법조문이나 법리에 국한되지 않은 이러한 巨視的, 歷史的인 視覺 때문에 Sony 판결은 이후 구체적인 사안이나 적용법리가 상이하였음에도 20여년동안 Napster나 Grokster 등 중요한 관련판례들에서 빠짐없이 거론되어 왔다. 적용법리는 물론 구체적인 사안까지 상이할 수밖에 없는 韓國의 향후 사례를 해결하는 데도 마찬가지로, Sony 판결의 원칙은 위와 같은 특징 때문에 여전히 중요한 틀이 될 수 있으며 이는

한국 저작권법 제92조 등의 명문을 통하여서도 간접적 근거를 찾을 수 있다. 가령 한국에서 소리바다의 책임을 규명하고자 할 때 일단 根據規定은 一見 민법상 방조에 의한 공동불법행위규정이 되겠지만 소리바다의 행위가 幫助에 해당하는지 판단의 구체적인 틀을 채워주는 것은 앞서 Sony 原則의 구체적인 내용이 되는 것이 바람직하다.

이러한 취지로 이 논문은 종래의 Sony 판결 자체뿐 아니라 이후 이를 제각각 달리 풀이한 Napster나 Grokster 법원 등의 모순된 해석까지 통합하여 전체를 합리적으로 정리하고 일부는 세밀화하여, 이를 이른바 “Sony 判決에서 도출할 수 있는 大原則과 小原則”이라는 형태로 도출하였다. 요컨대 Sony 원칙은 潛在的 用途까지 포괄한 당해 기술의 非侵害的 用途部分, 즉 社會的 利益이 著作權侵害的 用途部分, 즉 社會的 損失보다 법관의 概略的 判斷으로 일견 더 크거나 적어도 社會的 利益이 相當部分에 이를 때는 일단 복제기술의 유통을 허용하되, 그로 인하여 저작권자들만이 홀로 떠안게 되는 社會的 損失에 대하여는 立法府가 적극적으로 複製賦課金 制度和 같은 補完策을 도입하는 것이 바람직하다는 내용이다. 이와 반대로, ISP의 責任論을 전개함에 있어 단순히 美國에서의 寄與責任 내지 代位責任 法理를 암송하는 방식으로 이용자들의 저작권침해행위에 대하여 ISP가 “알았거나 알 수 있었음에도 기여를 하였다”, 혹은 “이용자를 통제할 능력과 권리가 있었고 직접적으로 이득을 얻었다”는 기준을 암묵적으로 한국법상의 문구해석이나 소리바다 사례 등에 짜맞추는 논의만 반복하여서는 설득력있게 유용한 기준을 찾기가 어려울 것이다.

끝으로 덧붙여, Sony 原則을 韓國에 응용하면서도 우리 법원이 잊지 말아야 할 사실은 美國과 달리, 정보기술분야에서 상대적 우위를 가진 韓國의 國家的 立場은 향후 著作權者 對 技術供給者라는 분쟁의 큰 틀에서는 오히려 後者에 서있다는 사실이다.

參考 文獻

- * 국내외 판례 원문자료, 신문기사, P2P기술 등의 설명문, 기타 단순한 웹자료의 개별출처는 아래 참고문헌에서 일일이 포함시키지 아니함.
 - * 개별출처인 웹주소 맨앞의 “http://”부분은 입력하지 않아도 익스플로러(Explorer)와 같은 웹프라이저가 자동적으로 위 부분을 포함시켜 작동하므로, 本考에서 출처인용시 위 부분은 생략함.
 - * 영미판례 및 문헌의 인용은 혼동을 피하기 위하여 아래와 같이 가급적 영미문헌의 원래 표현을 그대로 따라 표기함.
 - ex) *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001) → 해당 事件名과 해당 判決의 出處 등을 인용하는 경우
 - ex) 239 F.3d at 1013 → 원칙적으로 해당 事件名과 해당 判決의 出處 등은 이미 앞에서 특정되었음을 전제로, 막바로 해당 判決文 중 本考에서 인용하는 판시부분의 특정페이지(1013페이지)만을 인용하는 경우
Netcom II at 1369-70 → 다만, 인용하는 판시부분의 특정페이지가 여러 페이지(1369페이지부터 1370페이지까지)여서, 반복되는 숫자 중 十單位이하만 표기한 경우
Sony, 104 S.Ct. at 785 FN 17. → 특정페이지 중 관련 脚註의 番號까지 표기하는 경우
 - ex) *Aimster*, 334 F.3d 643, 655 (7th Cir. 2003) → 해당 事件名과 해당 判決의 出處 등 뿐만 아니라, 해당 判決文 중 本考에서 인용하는 판시부분의 특정페이지(655페이지)까지 함께 인용하는 경우
 - ex) *Jesse M. Feder*, “IS BETAMAX OBSOLETE?: SONY CORP. OF AMERICA V. UNIVERSAL CITY STUDIOS, INC. IN THE AGE OF NAPSTER”, 37 *Creighton Law Review* 859, June 2004, pp. 871-872 → “37 *Creighton Law Review* 859, 871-872, June 2004.”라고 표기할 수도 있으나, 원칙상 위와 같이 관련 p.를 말미에 부기함
 - ex) *Jesse M. Feder*, *op. cit.*, pp. 871-72 → “*Jesse M. Feder*, *supra* note 59, at 871-72”라고 本考에서 최초 등장하는 각주의 번호(59번 각주)와 해당 문헌에서의 인용페이지를 함께 표기함이 通例이지만, 편 의상 각주번호는 생략함.
- *영미문헌의 경우 본문 각주의 인용부분과 달리 여기서는 Westlaw의 인용부호(citation)를 함께 병기하였음.

1. 國內 文獻

가. 單行本

곽윤직 編著, 『민법주해 V(物權2)』, 박영사, 2001.

김정호·이완재, 『P2P 기술과 음악 저작권 -소리바다 사건에 대한 법경제학적 분석-』, 자유기업원, 2001. 11.

남효순, 정상조 共編, 『인터넷과 법률』, 2002. 12. (수록된 개별논문은 아래 “論文”에서 다시 인용하였음)

박상기, 『형법총론』, 박영사, 2004.

박세일, 『법경제학(개정판)』, 박영사, 2000.

- 방석호, 정상조 編著, 『정보통신과 디지털법제-서울대학교 기술과법센터 워크샵 시리즈 I』, 커뮤니케이션북스, 2004 (수록된 개별논문은 아래 “論文”에서 다시 인용하였음)
- 양대일, 『정보 보안 개론과 실습: 시스템 해킹과 보안』, 한빛미디어, 2004
- 오승중·이해완 共著, 『저작권법(개정판)』, 박영사, 2000. 3.
- 이대희, 『인터넷과 지적재산권법』, 박영사, 2002. 9.
- 이재상, 『형법총론』, 박영사, 2003.
- 정상조, 『지적재산권법』, 홍문사, 2004. 3.
- 정상조, 양영준, 표호건, 『전자매체에 수록된 산업재산권 정보에 대한 저작권 문제』 (한국발명진흥회 지적재산권 연구센터 研究報告書), 1997. 12.
<www.kiprc.re.kr/result/b0.report.asp?CurrentPage=5&resrpt_odate=&resrpt_gubun=&resrpt_keyword=>[2005. 4. 20.]

나. 論文

- Steven J. Davidson, Jerry S. Podkopacz & Laurie J. Dechery, “사이버스페이스 법: ISP 책임”, 대검찰청 홈페이지 자료실 게시문헌 <dci.sppo.go.kr/board/read.php?no=7&t_name=tbl_board&j=3&code=1>[2005. 4. 20.]
- 강기중, “인터넷의 이용에 대한 美國著作權法の 적용”, 정보법학 제4권 제2호, 2000. 12.
- 강봉호, “DRM을 이용한 저작권 보호”, 한국데이터베이스진흥센터 주최 제6회 디지털도서관 컨퍼런스 및 전시회 발표문. <www.dlc.or.kr/lastshow.php>[2004. 10. 8.]
- 구태언, “P2P서비스의 현황과 형사책임”, 정보법학회 제4회 사례연구회 발표문, 2003. 2. 11. 혹은 “P2P서비스의 현황과 형사책임”, 정보법학, 한국정보법학회, 2003.
- 구회근, “독일사법제도”, 사법연수원 강의자료(非公刊), 2004.
- 국회 문화관광위원회, “저작권법 중 개정법률안검토보고”, 2005. 2. ‘국회 홈페이지’ → ‘법률’ → ‘최근접수법률안’에서 검색가능하며, 바로 아래의 개정안과는 상이함.
- 국회 문화관광위원회, “저작권법 중 개정법률안검토보고서”, 2004. 9. ‘국회 홈페이지’ → ‘자료실’ → ‘국회통과새법률’欄. <search.assembly.go.kr:8080/bill/billview.jsp?starget=billview.jsp&billid=027999>[2005. 1. 24.]
- 권영준, “인터넷상에서 행해진 제3자의 불법행위에 대한 온라인서비스제공자의 책임”, 인터넷과 법률, 법문사, 2002.
- _____, “저작권침해에 대한 온라인서비스제공자의 책임”, 서울대학교 석사학위논

- 문, 2000. 2.
- _____, “P2P 방식에 대한 저작권법적 고찰”, 서울대학교 기술과법센터 2003-제4회 워크샵(「디지털 유통기술의 발전과 법적 대응」) 발표문, 2003. 5. 24. (서울대학교 기술과법센터 워크샵의 발표문 등은 www.clt.re.kr에 회원가입후 다운로드가능, 이하 같음)
- 권오성, “인터넷 스트리밍의 著作權法上的 問題點”, 서울대학교 석사학위논문, 2004. 2.
- 권오승, “使用者責任에 대한 검토”, 제남 강위두 박사 화갑기념 商事法論叢(下), 형설출판사, 1996.
- 금기훈, “디지털음악컨텐츠산업의 위기와 기회를 통해 본 지적재산권보호의 중요성”, 한국디지털재산법학회 정기학술세미나발표문, 2003. 6. 5.
- _____, “음악컨텐츠제공업의 현황과 법적문제점”, 서울대학교 기술과법센터 2004-제4회 워크샵(「Internet Service Provider의 책임」) 발표문
- 김동근, “온라인서비스제공자의 法的 責任에 관한 研究”, 전북대학교 박사학위논문, 2000. 8.
- 김동진, “온라인서비스 제공자의 책임”, 裁判資料 99輯, 법원도서관, 2003. 7.
- 김문환, “MP3과 저작권법상의 문제점”, 인터넷과 법률, 법문사, 2002.
- 김병일, “독일 연방 온라인서비스법(TDG)에서의 온라인서비스제공자의 책임 및 제한”, 서울대학교 기술과법센터 2004-제4회 워크샵(「Internet Service Provider의 책임」) 발표문, 2004. 5. 22.
- 김수동, “소리바다 사건의 지적권법적 관점에서의 검토”, 지식재산21 Webzine 제74호, 2002. 9. <portal.kipo.go.kr:8581/home/portal/html/2depth_main.jsp>[2004. 8. 23.] 혹은 거의 동일한 글로는 “소리바다 사건의 지적권법적 관점에서의 검토”, 지적재산권법연구, 한국지적재산권학회, 2003.
- 김영래, “Peer to Peer 시스템의 GUI 구현 및 Protocol 분석”, 중앙대 국제경영대학원 석사학위논문, 2002. 2.
- 김영삼, “電子去來에 있어서 네트워크 運營者의 民事責任”, 경희대학교 석사학위논문, 2000. 2.
- 김영식, “독점적 특권을 보호하는 기술”, 「왼쪽에서 보는 지적재산권」, 정보공유연대 IPLeft 간행, 2003. 5.
- 김영철, “인터넷서비스제공자의 저작권침해에 대한 민사책임에 관한 연구”, 동의대학교 박사학위논문, 2001. 2.
- 김용희, “MP3 음악 파일 서비스를 둘러싼 저작권 보호 문제”, 연세대학교 법무대학원 석사학위논문, 2000. 2.
- 김유형, “淫亂物 接續仲介에 대한 ISP의 刑事責任 -關聯 獨逸 判例(LG Muchen I, 20Ns465Js173158/95) 및 그 評釋-”, 인터넷법률 5호, 법무부, 2001. 3.

- 김은정, “P2P서비스를 利用한 著作權 侵害行爲에 관한 研究 -소리바다와 넵스터 事件을 中心으로-”, 연세대학교 석사학위논문, 2003. 2.
- 김재광, “명예훼손에 관한 ISP의 법적 책임을 중심으로”, 한국법제연구원 「인터넷·언론·법」 워크숍 발표문, 2002. 5. 29.
- 김재성, “디지털저작물의 국제거래와 그 저작권 보호에 관한 연구”, 성균관대학교 무역학과 박사학위논문, 2002. 8.
- 김재형, “人格權에 관한 判例의 動向”, 民事法學 第27號 別冊, 韓國民事法學會, 2005. 3.
- _____, “인터넷에 의한 명예훼손과 인터넷서비스제공자의 책임”, 서울대학교 기술과 법센터 2004-제4회 워크숍(「Internet Service Provider의 책임」) 발표문, 2004. 5. 22.
- _____, “인터넷에 의한 인격권침해”, 인터넷과 법률, 2002. 12.
- 김재환, “인터넷 스트리밍의 기술적 개요와 전망”, 저작권문화(웹진) 111호, 저작권심의조정위원회, 2003. 11. <www.copyright.or.kr/copy/index.asp>[2005. 4. 12.]
- 김정호·이완재, “소리바다 사건에 대한 법경제학적 분석”, 比較私法 제9권 제1호, 2002. 4. <www.chunghokim.com/whkbd/main.php?DB=kch09&q=view&l=3&p=1&go=2>[2004. 12. 29.]
- 김현철, “음악파일의 공유는 사적이용을 위한 복제 아니다”, 저작권문화(웹진) 102호, 저작권심의조정위원회, 2003. 4. <www.copyright.or.kr/copy/index.asp>[2003. 6. 1.]
- 김혜창, “온라인 서비스 提供者의 著作權侵害責任”, 연세대학교 법무대학원 석사학위논문, 2001. 8.
- 남효순, “온라인마켓플레이스의 민사법적 쟁점 -인터넷경매를 중심으로-”, 서울대학교 기술과법센터 2004년도 국제세미나(「On-line Marketplace의 법적 문제점」) 발표문. <www.clt.re.kr>[2004. 11. 30.]
- 남희섭, “소리바다와 저작권 문제 -이용자의 권리와 서비스 제공자의 책임문제를 중심으로-”, 「소리바다 등 P2P 통신기술의 발전에 따른 저작권 정책의 합리적 방향 모색을 위한 국회 정책토론회」 주제발표문, 2002. 7. 30. <www.jinbo.net/maybbs/showview.php?db=ektjtqud&code=policy&n=979>[2005. 4. 13.]
- 대한변호사협회, “저작권법중개정법률(안)에 대한 의견”, 2001. 6. 11, ‘대한변호사협회 홈페이지’→ ‘자료실’ → ‘법률안에 대한 의견서’欄.

- <www.koreanbar.or.kr/data/index_read.asp?t_id=opinion&idx=122&Page=10&strSearchList=&strSearchWord=>[2004. 10. 4.]
- 문동호, “MP3파일과 저작권법적 보호”, 충남대학교 특허협동과정 석사학위논문, 2001. 2.
- 문용호, “디지털 저작물과 기술적 보호조치”, 정보법학회 제24회 정례세미나 발표문, 2002. 12. <www.kafil.or.kr>[2004. 8. 23.]
- 문화관광부 보도자료, “저작권관련 온라인서비스제공자의 책임에 관한 가이드라인 합의”, 2003. 1. 30. <www.mct.go.kr/korea/office/notify/notify_view.jsp?menu=121&viewFlag=read&oid=@31706|1|1&page=179&search=&keyWord=&part_no=>[2005. 4. 29.]
- 민은주, “정보통신혁명에 따른 저작권관련 국제조약의 최근 동향과 우리의 과제”, 연세대학교 박사학위논문, 1998. 2.
- 박경춘, “한국대중음악의 현실과 과제-소리바다와 저작권 문제”, 「소리바다 등 P2P 통신기술의 발전에 따른 저작권 정책의 합리적 방향 모색을 위한 국회 정책토론회」 주제발표문, 2002. 7. 30. <www.jinbo.net/maybbs/showview.php?db=ektjtqud&code=policy&n=979>[2005. 4. 13.]
- 박미숙, “통신서비스제공자의 법적책임”, 형사정책연구소식 제65호, 2001년 5/6월호.
- 박미양, “온라인서비스제공자의 法的責任: DMCA와 韓國 著作權法 體系의 比較 分析”, 서울대학교 통상협동전공 석사학위논문, 2000. 8.
- 박선미, “한국형 사이버문화 ‘커뮤니티’”, PC라인(통권129호), 2001. 7. <www.pcline.co.kr/old_magazine/internet/2001/2001_07/today/today.htm>[2004. 7. 1.]
- 박성수, “P2P 기술과 디지털 저작권 -Napster 및 소리바다 사건을 중심으로-”, 서울대학교 지적재산권법교실 2003년 2학기 강좌발표문, ‘서울대학교 지적재산권법 교실’<jus.snu.ac.kr/~sjjong>[2005. 4. 29.] → ‘자료실’ → ‘정보재산권연구’
- 박성호(한양대 교수), “온라인서비스제공자의 불법행위책임”, 계간 저작권 2001년 겨울호(통권 제56호), 저작권심의조정위원회.
- _____, “소리바다를 둘러싼 저작권 쟁점”, 경찰청사이버수사대 법률칼럼 <www.cybercrime.go.kr/column/columnt_02_2.htm?id=11&cpage=1>[2004. 6. 18.]
- _____, “인터넷 시대의 ‘著作權’ 문제”, ‘서울대학교 지적재산권법 교실’<jus.snu.ac.kr/~sjjong>[2005. 4. 29.] → ‘자료실’ → ‘인터넷법제연구’
- _____, “幫助에 의한 共同不法行爲”, 인권과 정의 2001. 4.

- 박성호(NHN 법무팀장), “온라인게임제공업의 법적 제문제”, 서울대학교 기술과법센터 2004-제4회 워크샵(Internet Service Provider의 책임) 발표문.
- 박익환, “인터넷상 방송 및 전송을 통하여 본 저작권문제”, 디지털재산법연구 제1권 제2호(한국디지털재산법학회 편), 세창출판사, 2002.
- 박준석, “著作權 侵害時 Internet Service provider의 책임”, 서울대학교 기술과법센터 2004-제4회 워크샵(「Internet Service Provider의 책임」) 발표문, 2004. 5. 22.
- _____, “Intellectual property relating to on-line marketplace 討論文”, 서울대학교 기술과법센터 2004년 국제세미나(「On-line Marketplace의 법적문제점」), 2004. 11. 2.
- 박찬호, “통신망사업자의 책임”, 서울대학교 기술과법센터 2004-제4회 워크샵(「Internet Service Provider의 책임」) 발표문, 2004. 5. 22.
- 박창희, “온라인서비스제공자의 民事責任”, 전북대학교 석사학위논문, 1999. 2.
- 박현중, “Internet 上에서의 著作權 侵害類型과 權利救濟 方案 研究”, 연세대학교 법무대학원 석사학위논문, 2004. 2.
- 박혜진, “인터넷 환경변화에 따른 디지털 콘텐츠 저작권에 관한 연구”, 중앙대학교 신문방송대학원 석사학위논문, 2001. 8.
- 박희영, “독일의 전자적 정보통신서비스법과 ISP의 형사책임에 관한 연구”, 법학연구 제44권 제1호, 부산대학교, 2003. 12.
- 배형원, “기술의 발전에 대한 저작권법의 대응 - 미국의 판례를 중심으로 -”, 사법부 내부통신망(CourtNet) 게시논문(미공간), 2005. 6. 24.
- 백강진, “온라인게임사업자(On-line Game Service Provider)의 책임”, 정보법학회 제23회 정례세미나 겸 제3회 사례연구회 발표문, 2002. 9.
- _____, “전자게시판관리자(ISP)의 책임”, 사법정보연구 제5호, 2001. 10. 31.
<web.scourt.go.kr/jiweb/06/2.HTM#note12>[2005. 1. 11.]
- 사법연수원, 민사재판실무, 사법연수원 간행, 1999.
- 서보학, “유해정보사이트에 링크해 놓은 경우의 형사책임 -대법원 2003. 7. 8. 선고 2001도1335판결-”, 법률신문 2003. 9. 25.자(제3205호) 판례평석.
- 설민수, “디지털카피의 등장과 음악산업의 흥망, 그리고 그 과정에서 본 한국과 미국의 민사·형사 제도의 역할에 대한 비교 -Napster, Aimster, Grokster, 소리바다 사건을 중심으로-”, 사법부 내부통신망(CourtNet) 게시논문(미공간), 2005. 3. 16..
- 손영화, “온라인서비스提供者(OSP)의 著作權侵害에 대한 責任”, 상사법연구 21권 1호, 한국상사법학회, 2003.

- _____, “디지털콘텐츠의 제작과 유통에 관한 연구”, 명지대학교 금융지식연구소 연구총서5 「기업의 지식경영 인프라 구축에 관한 기초연구」, 2003.
<www.ifk.re.kr/knowledge/pdsview.asp?menucode=&keyword=&pdsnum=22&gopage=1> [2004. 8. 24.]
- 신현준, “MP3 저작권침해와 공정한 사용”, 월간 문화예술 2001. 4월호.
<www.kcaf.or.kr/zine/artspaper2001_04/index200104.htm>[2004. 8. 23.]
- 심활섭, “온라인서비스제공자의 명예훼손에 대한 책임”, 고려대학교 석사학위논문, 2001. 8.
- 안국형, “사이버淫亂物의 刑事法的 規制에 관한 研究”, 한양대학교 석사학위논문, 2002. 2.
- 안기순, “저작권침해에 대한 온라인서비스제공자의 책임”, 정보법학회 제1회 사례 세미나 발표문, 2002. 4. 15. <www.kafil.or.kr/old_kafil/main3.html>[2004. 8. 23.]
- 안효질, “정보사회에서의 유럽저작권법의 변화”, 지적소유권법연구 제4집, 한국지적소유권학회, 2000. 6.
- _____, “P2P環境하에서의 著作權侵害責任”, 한국법제연구원 연구보고서(현안분석 2001-12-31) 2001. 12. <www.klri.re.kr>[2004. 9. 1.]
- 연치윤, “著作權의 視覺에서 본 멀티미디어 傳送”, 고려대학교 석사학위논문, 2002. 2.
- 염동신, “온라인서비스제공자의 刑事上 責任”, 인터넷법률 5호, 법무부, 2001. 3.
- 오병철, “Super Peer 방식의 P2P시스템(소리바다2)의 저작권 침해문제”, 한국정보법학회 제5회 사례연구회, 2003. 4.
- 오용찬, “PC통신사업자의 저작권침해에서의 책임에 관한 연구”, 홍익대학교 석사학위논문, 1998. 8.
- 유대중, “P2P(Peer-to-Peer)와 프로그램 저작권과의 관계”, 경찰청 사이버수사대 홈페이지 법률칼럼, <www.cybercrime.go.kr/data/data_04_2.htm?id=6&kind=모든논문&cpage=3>[2004. 6. 18.]
- 유지연, “일본의 인터넷 이용 동향”, 정보통신정책 제16권 제10호(통권 제348호), 2004. 6. ‘한국정보통신정책연구원<www.kisdi.re.kr>’ → ‘정보마당’ → ‘정보통신정책’에서 검색 후 다운로드가능
- 윤선희 등, “디지털콘텐츠의 기술보호조치 보호방안에 관한 연구”, 한국소프트웨어진흥원 정책연구보고서 01-03. <www.kipa.or.kr/kipahome/kipaweb/ICSFiles/afildfile/2004/05/11/P01_03.pdf>[2004. 10. 8.]
- 윤용기, “소리바다가 온라인 서비스 제공자인가?”, 사법부 내부통신망(CourtNet) 지적재산권연구회 기사문, 2003. 5. 23.

- _____, “온라인 게임 아이템의 권리관계와 현금거래 금지 약관의 적법 여부”, 서울대학교 기술과법센터 2004-제9회 워크샵(「온라인게임의 법적 문제점」) 발표문, 2004. 11. 13.
- 이규호, “이용자의 신상정보 개시의무를 부담하는 OSP의 범위”, 법학연구, 연세대학교 법학연구소, 2003.
- 이규홍, “디지털음악저작물을 둘러싼 최근 분쟁에 관한 소고 -소리바다 사건, 벅스뮤직 사건 그리고 MP3폰 분쟁의 개요-”, 사법부 내부통신망(CourtNet) 지적재산권연구회 게시논문, 2004. 6. 29. 혹은 정보법학회 홈페이지 게시논문 <www.kafil.or.kr>[2004. 8. 23.].
- _____, “P2P방식에서의 디지털 저작물 보호 등 저작권법상의 몇몇 문제점에 대하여”, 司法論集 36輯, 법원도서관, 2003. 12.
- 이대희, “P2P에 의한 파일공유와 그 해결책의 한계”, 계간 저작권 2002년 겨울호.
- _____, “P2P 파일교환에 관한 판례의 분석 -Grokster 判決을 중심으로”, 디지털재산법연구 제3권 제1호, 2004.
- _____, “P2P환경하의 저작권법의 대응방향”, 인터넷법률 14호, 법무부, 2002. 12.
- 이영록, “온라인 서비스제공자의 저작권 침해 책임”, 저작권심의조정위원회 저작권연구자료 제32권, 1999. 12. <ns.kcpi.or.kr/database/bogose/321555.pdf>[2004. 8. 23.]
- 이인석, “명예훼손에 대한 온라인서비스제공자의 민사책임 -대법원 2001. 9. 7. 2001다36801 판결-”, 저스티스 제67호, 2002. 6.
- 이정원·류석준, “인터넷 淫亂物에 대한 ISP의 刑事責任에 관한 研究”, 중앙법학 제6집 제2호, 2004.
- 이준, “사이버공간에서의 명예훼손에 관한 연구 -국내외 입법례 및 사례 검토를 중심으로-”, 연세대학교 석사학위논문, 2003. 2.
- 이진순, “Peer to Peer방식의 디지털콘텐츠유통과 저작권 분쟁에 관한 연구 -냅스터와 소리바다 사례를 중심으로-”, 연세대학교 언론홍보대학원 석사학위논문, 2002. 2.
- 이철남, “냅스터 소송, 그 이후”, 월간 「Center for Law and Information Society」, 정보통신정책연구원, 2002. No.2.
- 이충훈, “전자거래 관여자의 민사법적 지위”, 연세대 박사학위논문, 2000. 8.
- 이혜진, “온라인 음악서비스의 저작권 설정에 관한 정책 사례 연구”, 서울대학교 행정대학원 석사학위논문, 2003. 8.
- 이호중, “위험정보의 유통과 인터넷서비스제공자(ISP)에 대한 형법적 규제”, 비교형

- 사법연구 제5권 제2호, 2003. 12.
- 임원선, “온라인음악서비스와 관련된 재문제 검토”, 한국지적재산권학회 국제학술 세미나(「디지털 콘텐츠와 저작권」) 발표문, 2003. 11. 14.
- 장철익, “명예훼손에 대한 온라인서비스제공자의 손해배상책임” I, II, 언론중재(웹진) 2004년 봄호 및 여름호, 언론중재위원회. <pac.or.kr/press/webzine/2004_spring/index.asp> 및 <pac.or.kr/press/webzine/webzine_list/list_24_summer.asp>[2004. 9. 30.]
- 저작권심의조정위원회, “쟁점토론 - 정당한 권리행사인가, 개인의 기본권 제한인가?”, 저작권문화 111호, 2003. 11.
- 정경석, “음란물의 링크에 따른 형사적 책임”, 서울대학교 기술과법센터 2004-제4회 워크샵(「Internet Service Provider의 책임」) 발표문
- 정보통신윤리위원회, “호주 방송청(ABA)의 온라인 서비스 규제”, ‘정보통신윤리위원회 인터넷내용등급서비스’ → ‘해외동향’ → ‘각국해외동향자료’欄. <www.safenet.ne.kr/global/trends_data.html>[2005. 4. 29.]
- _____, “영국의 인터넷 감시단체(Childnet international)”, 위 각국해외동향자료欄
- 정상조, “소리바다는 저작권을 침해했을까?”, 인터넷 KAIST TIMES 232호.
- _____, “인터넷 링크의 법적 문제점”, 정보법학회 제22회 정례세미나 발표문, 2002. 3.
- _____, “著作權의 심리학: 정보화시대의 罪와 罰”, юри스트 2003. 6. <www.kolis.co.kr/D-Nlawinfo/LawColumn/read.html?num=116>[2004. 6. 19.]
- _____, “인터넷경매와 지적재산권”, 서울대학교 기술과법센터 2004년도 국제세미나(「On-line Marketplace의 법적 문제점」) 발표문. <www.clt.re.kr>[2004. 11. 30.]
- _____, “개정 저작권법의 내용과 쟁점”, 인터넷과 법률, 현암사, 2000,
- 정 완, “온라인상의 저작권침해에 대한 OSP의 민사책임”, 인터넷법률 제20호, 법무부, 2003. 11. <www.moj.go.kr/notice/noticeLst.php?code=073>[2004. 9. 26.]
- 정왕근, “디지털 著作物의 著作權侵害와 온라인 서비스 事業者의 責任”, 경희대학교 국제법무대학원 석사학위논문, 2001. 8.
- 정은영, “온라인서비스제공자의 저작권침해에 관한 민사책임”, 충남대학교 석사학위논문, 2001. 8.
- 정진섭, “소리바다 사건 공소기각 판결에 대한 평석”, 서울대학교 기술과법센터 2003-제4회 워크샵(「디지털 유통기술의 발전과 법적 대응」) 발표문, 2003. 5. 24.
- 정찬모, 권병규, 안준성, 안재홍, “디지털음악저작물 유통관련 쟁점 및 정책 대안

- MP3폰을 중심으로-, KISDI(한국정보통신정책연구원) 정책리포트 04-17, 2004. 6. 21. <www.kisdi.re.kr/imagdata/pdf/56/5620041701.pdf>[2004. 9. 23.]
- 조 훈, “인터넷상 파일공유와 형법상 *Regressvervot*”, 디지털재산법연구 1권 1호, 2001. 11.
- 조소연, “인터넷상에서의 저작권 침해 및 ISP 책임에 관한 연구”, 연세대학교 특허법 무대학원 석사학위논문, 1998. 8.
- 조용순, “디지털저작물의 이용과 보호에 관한 연구”, 한양대 석사학위논문, 2003. 2.
- 진 용, “소프트웨어 스트리밍에 의한 저작권침해가능성”, 서울대학교 기술과법센터 2004-제7회 워크샵(「SW Streaming의 법적 문제점」) 발표문, 2004. 9. 18.
- 최금진, “MP3 파일의 著作権法的 保護에 관한 研究”, 연세대학교 석사학위논문, 2002. 2.
- 최성준, “온라인음악서비스에 대한 법적 검토”, 한국지적재산권학회 국제학술세미나 「디지털 콘텐츠와 저작권」 중 「온라인 음악서비스에 대한 법적 검토 및 토론」 토론문, 2003. 11. 14.
- _____, “정보의 보호를 둘러싼 분쟁과 재판실무”, 서울대학교 기술과법센터 2003-제3회 Workshop(「정보의 보호와 공유」) 발표문, 2003. 4. 25.
- 최순용, “소리바다 공소기각 판결, 침해책임 없다는 뜻 아니다”, 저작권문화 107호, 저작권심의조정위원회, 2003. 7.
- 최재원, “온라인 서비스 事業者의 著作権法上的 責任”, 경희대학교 국제법무대학원 석사학위논문, 1999. 2.
- _____, “온라인서비스사업자의 저작권법상의 책임”, 오리진(OriZine) 1999. 3-4월 (2004. 8. 현재 추가발간 및 열람이 중단된 상태임)
- 최정렬, “인터넷상의 디지털 정보에 관한 권리 보호 -데이터베이스의 보호를 포함하여-”, 裁判資料 제99집, 법원도서관, 2003.
- 하 영, “MP3 파일의 저작권법적 문제점 연구”, 서울대학교 석사학위논문, 2001. 2.
- 한기정, “전기통신사업법상 이용약관의 규제에 대한 소고”, 정보법학 제4권 제2호, 한국정보법학회, 2000. 12. 혹은 정보법학회 제16회 정례세미나 발표문. <www.kafil.or.kr>[2004. 8. 23.]
- 합석천, “새로운 매체의 발전과 법의 대응 -미국 판례를 중심으로”, 2005. 2. 18. 사법부 내부통신망(CourtNet) 게시문(未公刊).
- 홍선영, “사이버공간에서의 표현의 자유와 명예훼손에 관한 연구 -한국의 사례를 중심으로”, 성균관대학교 신문방송학과 석사학위논문, 2002. 2.
- 황성기, “현행 온라인게임 심의제도의 문제점”, 서울대학교 기술과법센터 2004-제9회

위크샵(「온라인게임의 법적 문제점」) 발표문, 2004. 11. 13.
황승흠, “濠洲의 1999년 온라인서비스법 研究”, 인터넷법률 5호, 법무부, 2001. 3.
황찬현, “사이버 名譽毀損에 있어서 인터넷 事業者의 책임에 관한 立法試論”, 사법정
보화연구 제7호, 2002. 3. 31, <web.scourt.go.kr/jiweb/07/main.htm>[2004. 8.
23.]

2. 英文 文獻

가. 單行本 혹은 데이터베이스

Bruce P. Keller & Jeffrey P. Cunard, 『PRACTISING LAW INSTITUTE
COPYRIGHT LAW』, Practising Law Institute, November 2003.

Catherine Palo, 『CAUSE OF ACTION FOR COPYRIGHT INFRINGEMENT OF
INTERNET MATERIAL』, Causes of Action Second Series / Database
Updated November 2003.

Information Infrastructure Task Force, 『INTELLECTUAL PROPERTY AND THE
NATIONAL INFORMATION INFRASTRUCTURE: THE REPORT OF THE
WORKING GROUP ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS』
<www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii>[2004. 9. 14.]

Lawrence Lessig, 『FREE CULTURE』, The Penguin Press, 2004.
<www.free-culture.cc/freeculture.pdf>[2005. 4. 29.]

William W. Fisher III, 『PROMISES TO KEEP: TECHNOLOGY, LAW, AND THE
FUTURE OF ENTERTAINMENT』, Stanford University Press, August 2004.

나. 論文

Alfred C. Yen, “INTERNET SERVICE PROVIDER LIABILITY FOR SUBSCRIBER
COPYRIGHT INFRINGEMENT, ENTERPRISE LIABILITY, AND THE
FIRST AMENDMENT”, Georgetown Law Journal, June, 2000. (Cite as: 88

Geo. L.J. 1833)

Alice Kao, RIAA V. Verizon: "APPLYING THE SUBPOENA PROVISION OF THE DMCA", Berkeley Technology Law Journal 2004. (Cite as: 19 Berkeley Tech. L.J. 405)

Amy P. Bunk, "VALIDITY, CONSTRUCTION, AND APPLICATION OF DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT", American Law Reports Federal. (Cite as: 179 A.L.R. Fed. 319)

Andrew Sparkler, "SENATORS, CONGRESSMEN, PLEASE HEED THE CALL: ENSURING THE ADVANCEMENT OF DIGITAL TECHNOLOGY THROUGH THE TWENTY-FIRST CENTURY", Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, Spring 2004. (Cite as: 14 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 1137)

Andrews Publications, "GROKSTER RULING SPARKS REACTION; RIAA VOWS TO APPEAL", Andrews E-Business Law Bulletin, June 2003. (cited as: 4 No. 10 ANEBUSLB 1)

Angel James, "TARGET AUDIENCE: ADVERTISERS HAVE YOU IN THEIR SIGHTS", 2004 UCLA J.L. & Tech. Notes 5. <www.lawtechjournal.com/notes/2004/05_040809_james.php>[2005. 4. 3.]

Appellate Brief, "MGM PLAINTIFFS-APPELLANTS' OPENING BRIEF", C.A.9, Aug. 18, 2003. (Cite as: 2003 WL 22794496)

Ariel B. Taitz, "REMOVING ROAD BLOCKS ALONG THE INFORMATION SUPERHIGHWAY: FACILITATING THE DISSEMINATION OF NEW TECHNOLOGY BY CHANGING THE LAW OF CONTRIBUTORY COPYRIGHT INFRINGEMENT", George Washington Law Review, November, 1995. (Cite as: 64 Geo. Wash. L. Rev. 133)

Assaf Hamdani, "GATEKEEPER LIABILITY", Harvard John M. Olin Discussion Paper Series No. 442. <www.law.harvard.edu/programs/olin_center/corporate_governance/papers.htm> [2004. 8. 31.] & Southern California Law Review, November 2003. (Cite as: 77 S. CAL. L. REV. 53)

_____, "WHO'S LIABLE FOR CYBERWRONGS?", 87 Cornell Law Review 901, May 2002.

Austin Russ, "DIGITAL RIGHTS MANAGEMENT OVERVIEW", Security Essentials v1.2e, July 26, 2001.

Barry Slotnick, "COPYRIGHT INFRINGEMENT LITIGATION", Practising Law Institute / Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series March 2004. (Cite as: 783 PLI/Pat 183)

Baytsp.Com Incorporated, "IN CHASING MOVIE PIRATES, HOLLYWOOD TREADS LIGHTLY". <www.baytsp.com/press/2003_12_25.htm>[2005. 4. 3.]

Blaine C. Kimrey, "AMATEUR GUITAR PLAYER'S LAMENT II: A CRITIQUE OF A&M RECORDS, INC. V. NAPSTER, INC., AND A CLARION CALL FOR COPYRIGHT HARMONY IN CYBERSPACE", Review of Litigation, Spring 2001. (Cite as: 20 Rev. Litig. 309)

Bruce P. Keller & Jeffrey P. Cunard, "COPYRIGHT IN THE DIGITAL AGE", 754 PLI/Pat 293, July 2003.

Cary H. Sherman, "RIAA NARRATIVE RESPONSE TO SENATOR NORM COLEMAN'S FILE-SHARING INQUIRY", August 18, 2003. <coleman.senate.gov/index.cfm?FuseAction=PressReleases.Detail&PressReleaseId=198&Month=8&Year=2003>[2004. 6. 2.]

Charles S. Wright, "ACTUAL VERSUS LEGAL CONTROL: READING VICARIOUS LIABILITY FOR COPYRIGHT INFRINGEMENT INTO THE DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT OF 1998", 75 Washington Law Review 1005, July 2000.

Chris Palmer & Seth Schoen, "DEBUNKING AUDIBLE MAGIC - AGAIN", <www.eff.org/share/audible_magic2.php>[2005. 4. 3.]

Chris Palmer, "AUDIBLE MAGIC - NO SILVER BULLET FOR P2P INFRINGEMENT". <www.eff.org/share/audible_magic.php>[2005. 4. 3.]

Christian C.M. Beams, "THE COPYRIGHT DILEMMA INVOLVING ONLINE SERVICE PROVIDERS: PROBLEM SOLVED . . . FOR NOW", Federal Communications Law Journal, May 1999. (Cite as: 51 Fed. Comm. L.J. 823)

Constance Hawke, "THE P2P FILE SHARING CONTROVERSY: SHOULD COLLEGES BE INVOLVED?", West's Education Law Reporter, March 25, 2004. (Cite as: 184 Ed. Law Rep. 681)

Covington & Burling LLP, "SIGNIFICANT DEVELOPMENTS IN U.S. AND E.U. COPYRIGHT LAW, TOP TEN FOR 2003", <www.cov.com/download/content/brochures/Copyright_Top_Ten.pdf>[2005. 4. 3.]

Daniel R. Cahoy, "NEW LEGISLATION REGARDING ON-LINE SERVICE

- PROVIDER LIABILITY FOR COPYRIGHT INFRINGEMENT: A SOLUTION IN SEARCH OF A PROBLEM?”, *Idea: The Journal of Law and Technology*, Franklin Pierce Law Center, 1998. (cited as: 38 IDEA 335)
- David G. Savage, “THE NET EFFECT –High Court Enters the Digital Age with Cases on File-Sharing, Cable Competition”, *ABA Journal*, March 2005. (Cite as: 91-MAR A.B.A. J. 18)
- David J. Loundy, “E-LAW: LEGAL ISSUES AFFECTING COMPUTER INFORMATION SYSTEMS AND SYSTEMS OPERATOR LIABILITY”, *Albany Law Journal of Science and Technology*, 1993. (Cite as: 3 Alb. L.J. Sci. & Tech. 79)
- David L. Hayes, “COPYRIGHT LIABILITY OF ONLINE SERVICE PROVIDERS: PART I”, 19 No. 10 *Computer and Internet Lawyer* 1, October 2002.
- _____, “COPYRIGHT LIABILITY OF ONLINE SERVICE PROVIDERS: PART II”, 19 No. 11 *Computer and Internet Lawyer* 15, November 2002.
- _____, “COPYRIGHT LIABILITY OF ONLINE SERVICE PROVIDERS: PART III”, 19 No. 12 *Computer and Internet Lawyer* 12, December 2002.
- _____, “ADVANCED COPYRIGHT ISSUES ON THE INTERNET”, *Texas Intellectual Property Law Journal*, Fall 1998. (Cite as: 7 Tex. Intell. Prop. LJ 1)
- _____, “APPLICATION OF COPYRIGHT RIGHTS TO SPECIFIC ACTS ON THE INTERNET”, *Computer Lawyer [Copyright/Internet]*, August 1998.
- David Nimmer, “CODIFYING COPYRIGHT COMPREHENSIBLY”, 51 *UCLA Law Review* 1233, June 2004.
- Denis T. Rice etc, “CURRENT ISSUES IN ONLINE COPYRIGHT LIABILITY”, 765 *PLI/Pat* 335, 2003. 9.
- Dineen Pashoukos Wasylik, “MUSIC AND MOVIES ON THE INTERNET”, 787 *PLI/Pat* 669, May 2004.
- Doris Estelle Long, “E-BUSINESS SOLUTIONS TO P2P PIRACY: A PRACTICAL GUIDE”, 779 *PLI/Pat* 727, March-May, 2004.
- Dotcom Scoop Board Editor, “INTERNAL RIAA LEGAL MEMO REGARDING KAZAA, MUSICCITY & GROCKSTER”, 2001. 12. 25. <www.dotcomscoop.com/article.php?sid=39>[2004. 4. 20.]
- Douglas Lichtman & William Landes, “INDIRECT LIABILITY FOR COPYRIGHT

- INFRINGEMENT: AN ECONOMIC PERSPECTIVE”, 16 Harvard Journal of Law & Technology 395, Spring 2003.
- Edward A. Cavazos & G. Chin Chao, “SYSTEM OPERATOR LIABILITY FOR A USER’S COPYRIGHT INFRINGEMENT”, Symposium 「The Emerging Law of Computer Network」, Texas Intellectual Property Law Journal, Fall, 1995. (Cite as: 4 Tex. Intell. Prop. L.J. 13)
- Electronic Frontier Foundation, “A BETTER WAY FORWARD: VOLUNTARY COLLECTIVE LICENSING OF MUSIC FILE SHARING”, ‘Let the Music Play’ White Paper, February 2004. <www.eff.org/share/collective_lic_wp.pdf> [2004. 8. 29]
- Electronic Frontier Foundation, “THE BERMAN P2P BILL: VIGILANTISM UNBOUND”, August 2, 2002. <www.eff.org/IP/P2P/20020802_eff_berman_p2p_bill.html>[2005. 4. 3.]
- Elizabeth Miles, “IN RE AIMSTER & MGM, INC. V. GROKSTER, LTD.: PEER-TO-PEER AND THE SONY DOCTRINE”, 19 Berkeley Tech. L.J. 21, 2004.
- Emily E. Larocque, “NO FREE MUSIC: EFFECT OF A & M RECORDS, INC. V. NAPSTER, INC. ON THE MUSIC INDUSTRY AND INTERNET COPYRIGHT LAW”, University of Hawaii Law Review 767, Summer 2001.(Cite as: 23 UHILR 767)
- Fred Von Lohmann, “DIGITAL RIGHTS MANAGEMENT: THE SKEPTICS’ VIEW”. <www.eff.org/IP/DRM/20030401_drm_skeptics_view.php>[2005. 4. 3.]
- _____, “WHAT PEER-TO-PEER DEVELOPERS NEED TO KNOW ABOUT COPYRIGHT LAW”, December 2003. <http://www.eff.org/IP/P2P/p2p_copyright_wp.php>[2004. 4. 26.]
- GartnerG2 & Berkman Center at Harvard Law School, “COPYRIGHT AND DIGITAL MEDIA IN A POST-NAPSTER WORLD”, October 2003. <cyber.law.harvard.edu/publications>[2005. 4. 3.]
- Gary S. Lutzker, “DAT’S ALL FOLKS: CAHN V. SONY AND THE AUDIO HOME RECORDING ACT OF 1991 - MERRIE MELODIES OR LOONEY TUNES?”, 11 Cardozo Arts and Entertainment Law Journal 145, 1992.
- Gregory C. Keating, “THE IDEA OF FAIRNESS IN THE LAW OF ENTERPRISE LIABILITY”, Michigan Law Review, March 1997. (Cite as: 95 Mich. L. Rev.

- Harvard Law Review Association, "RECENT CASES: COPYRIGHT LAW -- NINTH CIRCUIT HOLDS THAT COMPUTER FILE-SHARING SOFTWARE VENDORS ARE NOT LIABLE FOR USERS' COPYRIGHT INFRINGEMENT", Harvard Law Review, March 2005. (Cite as: 118 Harv. L. Rev. 1761)
- Hisanari Harry Tanaka, "POST-NAPSTER: PEER-TO-PEER FILE SHARING SYSTEMS CURRENT AND FUTURE ISSUES ON SECONDARY LIABILITY UNDER COPYRIGHT LAWS IN THE UNITED STATES AND JAPAN", Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review Vol. 22 num. 1, 2001. <<http://elr.lls.edu/issues/v22-issue1>>[2004. 9. 3.]
- Ian C. Ballon & Robert R. Begland, "NINTH CIRCUIT GROKSTER CASE CHALLENGES THE APPLICABILITY OF TRADITIONAL COPYRIGHT PRINCIPLES TO DIGITAL MEDIA AND THE INTERNET", 780 PLI/Pat 87, March 2004.
- Ian C. Ballon, PINNING THE BLAME IN CYBERSPACE: TOWARDS A COHERENT THEORY FOR IMPOSING VICARIOUS COPYRIGHT, TRADEMARK AND TORT LIABILITY FOR CONDUCT OCCURRING OVER THE INTERNET, Hastings Communications and Entertainment Law Journal, Summer 1996. (Cite as: 18 Hastings Comm. & Ent. L.J. 729)
- _____, "INTELLECTUAL PROPERTY AND INTERNET LAW 2003: A PRIMER", New York State Bar Association Intellectual Property Section Fall Meeting, October 9-12, 2003. <www.ballononecommerce.com/ballononecommerce/cyber_document111003.DOC>[2004. 9. 10.]
- _____, "COPYRIGHT, DIGITAL ENTERTAINMENT AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW AND LITIGATION - 2003", 757 PLI/Pat 305, July 2003.
- Ian Clarke, "A DISTRIBUTED DECENTRALISED INFORMATION STORAGE AND RETRIEVAL SYSTEM", University of Edinburgh, 1999, <www.ovmj.org/GNUnet/papers/freenet.pdf>[2004. 9. 10.]
- James S. Humphrey, "RECENT DEVELOPMENT: DEBATING THE PROPOSED PEER-TO-PEER PIRACY PREVENTION ACT: SHOULD COPYRIGHT OWNERS BE PERMITTED TO DISRUPT ILLEGAL FILE TRADING

- OVER PEER-TO-PEER NETWORKS?”, North Carolina Journal of Law & Technology, Volume 4, Issue 2, Spring 2003
<www.jolt.unc.edu/Vol4I2/PDF/V4I2-Humphrey.pdf>[2004. 9. 4.]
- Jane C. Ginsburg, “COPYRIGHT AND CONTROL OVER NEW TECHNOLOGIES OF DISSEMINATION”, 101 Colum. L. Rev. 1613 (2001)
- Jason Schultz, “FILE SHARING MUST BE MADE LEGAL”. <www.eff.org/share/20030912_jason_salon.php>[2005. 4. 3.]
- Jay M. Zitter, “LIABILITY OF INTERNET SERVICE PROVIDER FOR INTERNET OR E-MAIL DEFAMATION”, 84 A.L.R.5th 169.
- Jeffrey G. Knowles, “PEER-TO PEER FILE SHARING: THE SONY DECISION”, 801 PLI/PAT 597, September 2004.
- Jeffrey L. Dodes, “BEYOND NAPSTER, BEYOND THE UNITED STATES: THE TECHNOLOGICAL AND INTERNATIONAL LEGAL BARRIERS TO ON-LINE COPYRIGHT ENFORCEMENT”, 46 New York Law School Law Review 279, 2002-2003.
- Jeffrey P. Cunard & Jennifer B. Coplan, “CYBERLIABILITY 2003: SELECT DEVELOPMENTS”, 769 PLI/Pat 481, November 2003.
-
- _____, “INTERNET AND E-COMMERCE: A SUMMARY OF LEGAL DEVELOPMENTS”, 727 PLI/Pat 159, November 14-15, 2002.
- Jeffrey R. Armstrong, “SONY, NAPSTER, AND AIMSTER: AN ANALYSIS OF DISSIMILAR APPLICATION OF THE COPYRIGHT LAW TO SIMILAR TECHNOLOGIES”, DePaul-LCA Journal of Art and Entertainment Law, Spring 2003. (Cite as: 13 DPLJAEL 1)
- Jennifer Bretan, “HARBORING DOUBTS ABOUT THE EFFICACY OF 512IMMUNITY UNDER THE DMCA”, 18 Berkeley Tech. L.J. 43, 2003.
- Jeremy Paul Sirota, “ANALOG TO DIGITAL: HARNESSING PEER COMPUTING”, Hastings Law Journal, February 2004. (Cite as: 55 Hastings L.J. 759)
- Jesse M. Feder, “IS BETAMAX OBSOLETE?: SONY CORP. OF AMERICA V. UNIVERSAL CITY STUDIOS, INC. IN THE AGE OF NAPSTER”, 37 Creighton Law Review 859, June 2004.
- Jessica Litman, “SHARING AND STEALING”, 26 COMM/ENT 1, 2004.
<www.law.wayne.edu/litman/papers/sharing&stealing.pdf>[2005. 4. 3.]

- _____, “THE SONY PARADOX”, The Law, Technology, and the Arts Symposium 「Copyright and Personal Copying: Sony v. Universal City Studios Twenty-One Years Later」, Case Western Reserve University School of Law, February 25, 2005. <www.law.wayne.edu/litman>[2005. 4. 3.]
- Jo Oliver, “MGM V. GROKSTER: SECOND GENERATION NAPSTERS NOT LIABLE FOR COPYRIGHT INFRINGEMENT UNDER US LAW”, 6 No. 2 Internet Law Bulletin 13, June 2003.
- John Carmichael, “IN SUPPORT OF THE WHITE PAPER: WHY ONLINE SERVICE PROVIDERS SHOULD NOT RECEIVE IMMUNITY FROM TRADITIONAL NOTIONS OF VICARIOUS AND CONTRIBUTORY LIABILITY FOR COPYRIGHT INFRINGEMENT”, Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal, 1996. (Cite as: 16 Loy. L.A. Ent. L.J. 759)
- John Alan Farmer, “THE SPECTER OF CRYPTO-ANARCHY: REGULATING ANONYMITY-PROTECTING PEER-TO PEER NETWORKS”, 72 Fordham Law Review 725, December 2003.
- Joseph V. Myers III, “SPEAKING FRANKLY ABOUT COPYRIGHT INFRINGEMENT ON COMPUTER BULLETIN BOARDS: LESSONS TO BE LEARNED FROM FRANK MUSIC, NETCOM, AND THE WHITE PAPER”, Vanderbilt Law Review, March 1996. (Cite as: 49 Vand. L. Rev. 439)
- Karen S. Frank, “ONLINE LIABILITY 2004: THE DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT REVISITED”, 778 PLI/Pat 403, March-April 2004.
- Kelly Tickle, “THE VICARIOUS LIABILITY OF ELECTRONIC BULLETIN BOARD OPERATORS FOR THE COPYRIGHT INFRINGEMENT OCCURRING ON THEIR BULLETIN BOARDS”, Iowa Law Review, January 1995. (Cite as: 80 Iowa L. Rev. 391)
- Kenneth A. Walton, “IS A WEBSITE LIKE A FLEA MARKET STALL? HOW FONOVISA v. CHERRY AUCTION INCREASES THE RISK OF THIRD-PARTY COPYRIGHT INFRINGEMENT LIABILITY FOR ONLINE SERVICE PROVIDERS”, Hastings Communications and Entertainment Law Journal, Summer 1997. (Cite as: 19 Hastings Comm. & Ent. L.J. 921)
- Lawrence Iser & James Toma, “BATTLING DIGITAL PIRACY”, The National Law Journal, January 20, 2003. <www.ggfir.com/articles/pdf/005-02-03-0008_Greenberg_pdf_1.PDF>[2005. 4. 4.]

- Lee S. Strickland, "COPYRIGHT'S DIGITAL DILEMMA TODAY: FAIR USE OR UNFAIR CONSTRAINTS? PART 1: THE BATTLE OVER FILE SHARING", *Bulletin of the American Society for Information Science and Technology*, October/November 2003. <www.asis.org/Bulletin/Oct-03/Strickland.pdf>[2005. 4. 4.]
- Lewis Kurlantzick & Jacqueline E. Pennino, "THE AUDIO HOME RECORDING ACT OF 1992 AND THE FORMATION OF COPYRIGHT POLICY", 45 *J. Copyright Soc'y U.S.A.* 497, 1998.
- Lewis R. Clayton, "THE AIMSTER DECISION", *National Law Journal* Vol. 25, Num. 49, 2003. 8. 4. [cited as: 8/4/03 NLJ 17, (Col. 1)]
- Lior Jacob Strahilevitz, "CHARISMATIC CODE, SOCIAL NORMS, AND THE EMERGENCE OF COOPERATION ON THE FILE-SWAPPING NETWORKS", 89 *Virginia Law Review* 505, May 2003.
- Lisa Rein, "THE RIAA SUBPOENAS AND AMNESTY PROGRAM: WHAT'S REAL AND WHAT'S MAKE BELIEVE", September 12, 2003. <www.onlisareinsradar.com/archives/001717.php>[2004. 9. 23.]
- M. David Dobbins, "COMPUTER BULLETIN BOARD OPERATOR LIABILITY FOR USERS' INFRINGING ACTS", *Michigan Law Review*, October 1995. (Cite as: 94 *Mich. L. Rev.* 217)
- Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, "REDUCING DIGITAL COPYRIGHT INFRINGEMENT WITHOUT RESTRICTING INNOVATION", *Stanford Law Review*, May 2004. (Cite as: 56 *Stan. L. Rev.* 1345)
- Mark K.J. Rushton & Virginia H.L. Jones, "THE TORTOISE AND THE HARE: CANADIAN LEGISLATIVE COPYRIGHT REFORMS RACE AGAINST COPYRIGHT INFRINGEMENT OVER KAZAA AND OTHER NEW GENERATION PEER-TO-PEER NETWORKS", *AIPLA Quarterly Journal*, Spring 2004. (Cite as: 32 *AIPLA Q.J.* 197)
- Matt Jackson, "ONE STEP FORWARD, TWO STEPS BACK: AN HISTORICAL ANALYSIS OF COPYRIGHT LIABILITY", *Symposium Copyright Law as Communications Policy: 「Convergence of Paradigms and Cultures」*, *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, 2002. (Cite as: 20 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 367)
- Matthew C. Mousley, "PEER-TO-PEER COMBAT: THE ENTERTAINMENT

- INDUSTRY'S ARSENAL IN ITS WAR ON DIGITAL PIRACY", 48 Villanova Law Review 667, 2003.
- Matthew Fagin & Frank Pasquale & Kim Weatherall, "BEYOND NAPSTER: USING ANTITRUST LAW TO ADVANCE AND ENHANCE ONLINE MUSIC DISTRIBUTION", 8 Boston University Journal of Science and Technology Law 451, Summer 2002.
- Matthew James Fantaci, "DIGITAL DILEMMA: COULD THE DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT HAVE INADVERTENTLY EXEMPTED NAPSTER AND ITS PROGENY FROM LIABILITY?", 62 Louisiana Law Review 643, Winter 2002.
- Megan E. Gray & Will Thomas DeVries, "THE LEGAL FALLOUT FROM DIGITAL RIGHTS MANAGEMENT TECHNOLOGY", 20 Computer and Internet Lawyer 20, April 2003.
- Melville B. Nimmer, "COPYRIGHT LIABILITY FOR AUDIO HOME RECORDING: DISPELLING THE BETAMAX MYTH", Virginia Law Review, November 1982. (Cite as: 68 Va. L. Rev. 1505)
- Michael Albert & Liza Vertinsky, "FROM SONY TO NAPSTER--AND BACK?", 48 Boston Bar Journal 10, January-February 2004.
- Michael J. McCambridge, "CONTRIBUTORY INFRINGEMENT BY PROVIDING THE MEANS: THE STAPLE ARTICLE OF COMMERCE DOCTRINE AND AN ALTERNATIVE ANALYSIS FOR COPYRIGHT LAW", 18 J. Marshall L. Rev. 703 (1985)
- Michael Landau, "DIGITAL MUSIC DOWNLOADS AND COPYRIGHT INFRINGEMENT", Understanding Basic Copyright Law 2003, 758 PLI/Pat 405, July 2003.
- Kamiel Koelman & Bernt Hugenholtz, "ONLINE SERVICE PROVIDER LIABILITY FOR COPYRIGHT INFRINGEMENT", WORKSHOP ON SERVICE PROVIDER LIABILITY(Geneva, 1999. 12. 9. - 10.), WIPO, 1999. 11. 12. <www.wipo.org/documents/en/meetings/1999/osp/pdf/osp_lial.pdf>[2005. 4. 14.]
- Naucua Notes on Copyright, "PEER-TO-PEER FILE SHARING AND DMCA SUBPOENAS", November 6, 2003. < www.calstate.edu/gc/OGC_Hot_Topics.shtml> [2004. 9. 3.]
- Neil Weinstock Netanel, "IMPOSE A NONCOMMERCIAL USE LEVY TO ALLOW

- FREE P2P FILE SHARING”, Harvard Journal of Law & Technology, December 2003. <jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v17/17HarvJLTech001.pdf> [2005. 4. 4.]
- Peter Biddle, Paul England, Marcus Peinado & Bryan Willman, “THE DARKNET AND THE FUTURE OF CONTENT DISTRIBUTION”. <crypto.stanford.edu/DRM2002/darknet5.doc>[2004. 8. 22.]
- Peter K. Yu, “THE COPYRIGHT DIVIDE”, 25 Cardozo Law Review 331, November, 2003.
- _____, “THE ESCALATING COPYRIGHT WARS”, 32 Hofstra Law Review 907, Spring 2004.
- Peter Katz, “COPYRIGHT INFRINGEMENT: THE PERILS OF INDIRECT LIABILITY”, 16 No. 6 Journal of Proprietary Rights 1, June, 2004.
- Peter S. Menell, “ENVISIONING COPYRIGHT LAW’S DIGITAL FUTURE”, 46 New York Law School Law Review 63, 2002-2003.
- Raymond Shih Ray Ku, “THE CREATIVE DESTRUCTION OF COPYRIGHT: NAPSTER AND THE NEW ECONOMICS OF DIGITAL TECHNOLOGY”, University of Chicago Law Review, Winter 2002. (Cite as: 69 U. Chi. L. Rev. 263)
- Rebecca Brackley, “CANADIAN COURT DENIES MOTIONS TO COMPEL ISPS TO DISCLOSE IDENTITIES OF PEER-TO-PEER FILE SWAPPERS”, Mondaq Business Briefing, Friday, May 14, 2004. <www.mondaq.com/article.asp?articleid=26019&searchresults=1>[2005. 4. 4.]
- Recording Industry Association of America, “RIAA NARRATIVE RESPONSE TO SENATOR NORM COLEMAN’S FILE-SHARING INQUIRY”, August 18, 2003. <coleman.senate.gov/index.cfm?FuseAction=PressReleases.Detail&PressRelease_id=198&Month=8&Year=2003>[2004. 8. 2.]
- Richard E. Wiley & Rosemary C. Harold, “COMMUNICATIONS LAW 2003: CHANGES AND CHALLENGES”, 773 PLI/Pat 275, December 2003.
- Richard Swope, “PEER-TO-PEER FILE SHARING AND COPYRIGHT INFRINGEMENT: DANGER AHEAD FOR INDIVIDUALS SHARING FILES ON THE INTERNET”, 44 Santa Clara Law Review 861, 2004.
- Rita Dunaway, “THE LAW ON DOWNLOADING AND SHARING MUSIC OVER THE INTERNET”. <www.rutherford.org/pdf/digitalmediasharing.pdf>[2005. 4.

4.]

Robert A. Gilmore, "PEER-TO-PEER: COPYRIGHT JURISPRUDENCE IN THE NEW FILE-SHARING WORLD, THE POST GROKSTER LANDSCAPE OF INDIRECT COPYRIGHT INFRINGEMENT AND THE DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT", Florida Coastal Law Journal, Spring 2004. (Cite as: 5 Fla. Coastal L.J. 85)

Robyn Axberg, "FILE-SHARING TOOLS AND COPYRIGHT LAW: A STUDY OF IN RE AIMSTER COPYRIGHT LITIGATION AND MGM STUDIOS, INC. V. GROKSTER, LTD", 35 Loyola University of Chicago Law Journal 389, Fall 2003.

Ronald S. Katz, Robert D. Becker, Steven M. Hayes, & Shawn G. Hansen, "A NEW STRATEGY TO DEAL WITH GROKSTER", Andrews Intellectual Property Litigation Reporter, March 15, 2005. (Cite as: 11 No. 24 Andrews Intell. Prop. Litig. Rep. 13)

Ryan Roemer, "THE DIGITAL EVOLUTION: FREENET AND THE FUTURE OF COPYRIGHT ON THE INTERNET", 2002 UCLA J.L. & Tech. 5. <www.lawtechjournal.com/articles/2002/05_021229_roemer.php>[2004. 7. 19.]

Scott K. Pomeroy, "PROMOTING THE PROGRESS OF SCIENCE AND THE USEFUL ARTS IN THE DIGITAL DOMAIN: COPYRIGHT, COMPUTER BULLETIN BOARDS, AND LIABILITY FOR INFRINGEMENT BY OTHERS", The Randolph W. Thrower Symposium 「Legal Issues in Cyberspace: Hazards on the Information Superhighway」, Emory Law Journal, Summer 1996. (Cite as: 45 Emory L.J. 1035)

Seagrump Smith, "FROM NAPSTER TO KAZAA: THE BATTLE OVER PEER-TO-PEER FILESHARING GOES INTERNATIONAL", 2003 Duke Law & Technology Review 8, March 28, 2003.

Shaney Crawford, "SUMMARY OF MGM STUDIOS V. GROKSTER", <www.shaneycrawford.com/writing/p2p.pdf>[2005. 4. 4.]

Stacey L. Dogan, "IS NAPSTER A VCR? THE IMPLICATIONS OF SONY FOR NAPSTER AND OTHER INTERNET TECHNOLOGIES", 52 Hastings Law Journal 939, April 2001.

_____, "CODE VERSUS THE COMMON LAW", Journal on Telecommunications & High Technology Law, Fall 2003. (Cite as: 2 J.

Telecomm. & High Tech. L. 73)

Steven P. Croley & Jon D. Hanson, "WHAT LIABILITY CRISIS? AN ALTERNATIVE EXPLANATION FOR RECENT EVENTS IN PRODUCTS LIABILITY", Yale Journal on Regulation, Winter 1991. (Cite as: 8 Yale J. on Reg. 1)

The Joint Committee of the Higher Education and Entertainment Communities at American Council On Education, "BACKGROUND DISCUSSION OF COPYRIGHT LAW AND POTENTIAL LIABILITY FOR STUDENTS ENGAGED IN P2P FILE SHARING ON UNIVERSITY NETWORKS", August 8, 2003. <www.acenet.edu/washington/legalupdate/2003/p2p.pdf>[2005. 4. 4.]

Tim Wu, "WHEN CODE ISN'T LAW", 89 Virginia Law Review 679, June 2003.

UCLA Online Institute For Cyberspace Law and Policy, "A&M RECORDS V. NAPSTER: MP3 FILE SHARING DISPUTES CONTINUE IN THE AFTERMATH OF RECENT COURT RULINGS". <www.gseis.ucla.edu/iclp/napster.htm>[2005. 4. 4.]

V.K. Unni, "INTERNET SERVICE PROVIDER'S LIABILITY FOR COPYRIGHT INFRINGEMENT- HOW TO CLEAR THE MISTY INDIAN PERSPECTIVE", Richmond Journal of Law and Technology Vol. VII Issue 2, Fall 2001. <law.richmond.edu/jolt/v8i2/letter.html>[2004. 9. 3.]

Wendy M. Melone, "CONTRIBUTORY LIABILITY FOR ACCESS PROVIDERS: SOLVING THE CONUNDRUM DIGITALIZATION HAS PLACED ON COPYRIGHT LAWS", Federal Communications Law Journal, February 1997. (Cite as: 49 Fed. Comm. L.J. 491)

William Fisher & Christopher Yang, "PEER-TO-PEER COPYING", Berkman Center at Harvard Law School, last updated November 18, 2001. <cyber.law.harvard.edu/ilaw/P2P.html>[2005. 4. 20.]

William M. Hart & Jenifer Dewolf Paine, "AN OVERVIEW OF THE COPYRIGHT LAW", 783 PLI/Pat 7, March 2004.

3. 其他

Ulrich Sieber, “DIE VERANTWORTLICHKEIT VON INTERNET-PROVIDERN IM RECHTSVERGLEICH”, ZEITSCHRIFT FÜR URHEBER- UND MEDIENRECHT (ZUM), vol. 3, 1999. <http://www.jura.uni-muenchen.de/einrichtungen/ls/sieber/article/rechtsvergleich/sie_prov_deutsch.pdf>[2005. 4. 10.] 英文本은 “RESPONSIBILITY OF INTERNET PROVIDERS - A COMPARATIVE LEGAL STUDY WITH RECOMMENDATION FOR FUTURE LEGAL POLICY”, Computer Law & Security Report, vol. 15, 1999. <www.jura.uni-muenchen.de/einrichtungen/ls/sieber/article/article_online_english.htm>[2004. 9. 10.]

山口 裕司, “インターネット・サービス・プロバイダ-の法的責任”, IT法大全, 日経BP社, 2002.
田中久也, “IT時代のコンテンツ保護”, IT法大全, 日経BP社, 2002.

Abstracts

An Internet Service Provider is a party that provides users internet access itself or other internet-related services such as a bulletin board, hosting and search engine. It has already become a heated social issue in the Napster case of the United States or the Sori-bada case of Korea what liability we should impose on an Internet Service Provider when users make a copyright infringing activity such as exchanging of recorded music in the form of MP3 files through services delivered by the Internet Service Provider.

Chapter one of this paper indicates that in order to make correct decision about the liability of the Internet Service Provider, one have to consider contributory liability, vicarious liability, principles under the United States case law, and the Sony doctrine provided in the Sony decision of the United States Supreme Court as a whole and also the technological understanding of the current P2P technology is the basis of the legal understanding.

Chapter two explains that, in case of the United States, both traditional principles under the United States case law, (i) principle of contributory liability applicable to one who, with knowledge of the infringing activity, induces, causes, or materially contributes to the infringing conduct of another and (ii) principle of vicarious liability applicable to one who has right and ability to control infringer's acts and receives direct financial benefit from the infringing activity, were applied as the standard of liability of the defendant in the Maphia case and the Netcom case where the liability of a BBS service provider was in issue. On the other hand, in case of Korea, I had to search for codified statutes, instead of the case law, eligible for a standard of the liability of the Internet Service Provider. Such search revealed that Article 760 Section 3 of the Civil Act, Article 33-2 of the Telecommunication Business Act, and Article 44 of the Act on Promotion of Utilization of Information and Communication Network and Data Protection are eligible for the standard.

In Chapter three, I compared and explained each of the Online Copyright Infringement Liability Limitation Act, Title II of the Digital Millennium Copyright

Act (DMCA) of the United States, the Telediensteegesetz of Germany, the Act related with a Limitation on a Service Provider's Compensation Liability and Disclosure of Sender's Identity of Japan, and related provisions in the Copyright Act 2003 of Korea. After that, I expressed my opinion, as an argument about the construction of law, that the scope of Online Service Provider in the amended Copyright Act should be construed very broadly and that a conflict with the Act on Promotion of Utilization of Information and Communication Network and Data Protection needs to be interpreted harmoniously. I also set forth, as an argument about the legislation of law, that the mitigation of liability should be granted not optionally but mandatorily and that the Liability Limitation Act with the same contents is also needed for other areas including the defamation activity.

In Chapter four, after explaining the outline of P2P copying technology which recently became the most serious issue as means of infringement, I indirectly revealed the reason why the Internet Service Providers are liable in most infringement cases, by showing how difficult it is to hold each user of P2P service liable in the infringement via this P2P copying in each technical, legal, and practical aspect.

In Chapter five, I examined that copyright holders' counterattack against the hybrid P2P technology, an earlier form of the P2P technologies, were all successful in the Napster case and the Aimster case in the United States as well as in the Sori-bada case in Korea. First, in the Napster case, the court concluded that the defendant was responsible for both the contributory liability and the vicarious liability while the defendant used the Sony doctrine as a defense. The court of appeals dismissed the defense, reasoning that, while constructive knowledge had been sufficient for the knowledge requirements for the conventional contributory liability, the contributory liability still had to be applied where the defendant had actual knowledge like in the Napster case even though it followed the Sony decision where defendant's product had substantial noninfringing use. Further, in the Aimster case, the court of appeals not only opposed the Napster opinion that had downgraded the Sony defense to a simple lower element subordinated and limited to the knowledge as a requirement for the contributory liability, but it also

pointed out that defendant's willful blindness for users' infringement was enough for constructive knowledge that contributory liability requires and that Sony doctrine was not applicable to a product or service that in fact was used only for an infringing use. By and large, this paper agrees with the reasoning the court of appeals made in the Aimster case after criticizing the interpretation of the Sony decision made by the court of appeals in the Napster case.

On the other hand, in the Sori-bada case, this paper criticizes the trial court decision in the civil action and the appellate court decision in the criminal action because they were too servile to the Napster decision or they did not fully understand the Sony doctrine. And this paper also requests to pay attention to the uniqueness in the form of Sori-bada business while demanding to fundamentally apply the Sony doctrine when Supreme Court of Korea will decide the Sori-bada case.

Chapter six introduces and elaborates, after mentioning that the so-called Pure P2P technology appeared to evade the foregoing legal counterattack by copyright holders, upon an idea that there is a limitation on imposing the conventional contributory liability and vicarious liability on defendants when they are considered simply as providers of the Pure P2P program except as providers of continuous service. However, it points out the fact that it is somewhat unreasonable to consider Grokster a simple program provider, considering the difference between the actual business of Grokster and that of Gnutella, an original form of the Pure P2P.

Chapter seven newly introduces "a broad doctrine and narrow doctrines derived from the Sony decision," by integrating the Sony decision itself with the subsequent Aimster decision and the contradictory interpretations in Napster or Grokster, readjusting all of them reasonably, and subdividing some of them in detail. One point of those doctrines is that it is desirable to first permit the distribution of a copying technology when, in a judge's own overall judgment, the noninfringing use of the technology, namely the social benefit, is generally greater than its copyright infringing use, namely the social cost, or when the social benefit reaches at least such a degree to occupy a substantial part of the effect of the technology. Another point is that it is desirable for the legislature, rather than the

judiciaries, to try to find supplementary method, e.g., introduction of the levy system, to compensate for the social cost the copyright holders have to bear because of the permission.

These Sony doctrines have the limitation that they are not applicable to a technology provider with primary purpose of illegality. However, Sony decision is solving the problem of balancing "protection of preexisting copyright holders" against "encouragement of the spread of new copying technology" in a broad and historic aspect that is not limited to a specific provision or principle of law. Accordingly, even though Korea has somewhat different legislative system from the United States, those doctrines may serve to shape a standard enabling us to judge which activity establishes an aiding and abetting under the Civil Act when we should determine, in order to solve the problem of a copyright infringement via the P2P technology, whether the activity falls under a joint tort by establishing an aiding and abetting or not.

Key Words: ISP, Internet Service Provider, OSP, Sori-bada, Napster, Grokster.

Student ID No.: 98275-813