

2. Grokster 판결의 의미

인터넷서비스제공자의 책임에 관한 국내 판례의 동향

-소리바다 항소심판결들을 중심으로-

박준석 (Jun Seok Park)*

< 목 차 >

- I. 序
- II. 전자게시판서비스제공자의 책임에 관한 先例들
- III. P2P서비스제공자의 책임에 관한 사례
- IV. 결론

요 약

이용자들의 저작권침해행위에 따른 인터넷서비스제공자의 부수적인 책임을 다룬 한국의 그간 판례들은 비록 명시적으로 선언하고 있지는 않으나, 내용상 많은 부분을 美國에서의 논의에 의지하고 있다. 종래 각테일 98 判決이나 인터넷제국 判決, 나아가 소리바다 1심판결들이 미국 판례법상의 寄與責任이나 代位責任의 법리를 충실하게 도입하고 있고, 최근 소리바다 형사항소심은 미 연방대

법원의 Sony 판결에서 제시된 Sony 원칙을 암묵적인 판단기준으로 채택하고 있다. 마찬가지로 향후 우리 대법원이 소리바다 사건을 해결함에 있어 미 연방대법원이 2005. 6. 27. 내린 그로스터(Grokster) 판결을 상당히 참고할 것으로 예상된다. 하지만 그로스터 판결은 미 특허법상 특유한 소위 “誘發理論”을 그로스터의 특수한 사실관계에 응용한 것에 불과하므로, 위와 같은 참고에는 분명한 한계가 있는 것이다.

I. 序

2005. 6. 27. 미국 연방대법원은 이른바 P2P복제기술과 저작권의 충돌에 관한 분쟁이었던 Grokster 사건에 관하여 전원일치의견으로 피고 ISP의 책임을 긍정하는 판결¹⁾을 내렸다. 여기서 연방대법원은 책임추구의 논리로 이른바 誘發理論(inducement theory)이라는 다소 기발한²⁾ 법리를 동원하고 있다. 그 논리는 이미 복제기술과 저작권의 충돌문제에서 큰 획을 그었던 1984년 Sony 판결³⁾의 의의를 긍정하면서도, 피고가 침해를 誘發한 때에는 Sony 판결이 제시한 원칙(Sony 原則, Sony doctrine)의 검토에 들어갈 필요도 없이 막바로 피고의 책임을 긍정할 수 있다는 것이다.

미국 Napster 사건에 관한 판결들이 한국의 소리바다 분쟁을 다룬 판결, 특히 1심판결의 내용에 지대한 영향을 끼쳤듯이, 앞서 Grokster 사건의 결

* 대구지방법원 판사 (hjh6@scoourt.go.kr)

1) Grokster, 2005 WL 1499402 (U.S.)

2) 종전 연방대법원의 Sony 판결이 특허법 §271(c)의 “商業上 主要한 商品 원칙(staple-article doctrine)”을 저작권침해에 관련된 피고 Sony를 면책시키는 법리로 차용하였듯이, 이번 판결에서는 특허법 §271(b)의 “誘發 原則(inducement rule)”을 역시 저작권침해에 관한 피고 Grokster의 책임을 긍정하는 논거로 차용하고 있다.

3) 104 S.Ct. 774, 464 U.S. 417 (1984), 特許法上の 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의인 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 사건이다.

론은 현재 上告審에 계류중인 한국의 “소리바다” 민형사 분쟁들에 관한 대법원의 판단에 큰 영향을 끼칠 것으로 보인다.

하지만, 미국의 판례법과 한국의 성문법은 서로 상이하다.⁴⁾ 아울러 연방대법원의 Grokster 판결은 Grokster 분쟁의 具體的인 事案에 관한 분석을 통하여 피고 Grokster가 이용자들의 침해를 誘發하였다고 볼 단서를 찾는데 집중하고 있을 뿐이므로, 具體的 事案이 다른 한국의 소리바다 분쟁에서 손쉽게(?) 소리바다도 침해를 誘發하였으니 책임이 있다는 식의 결론으로 나아가서는 안 된다.

앞으로 연방대법원의 Grokster 판결의 문제점에 대하여 학자들의 비평⁵⁾이 잇따를 것으로 예상되지만, 그 비평의 결과가 어찌하든지 간에 분명한 것은 한국의 소리바다 분쟁의 해결책은 소리바다의 구체적 사실관계를 바탕으로 한국의 성문법 해석의 틀 안에서⁶⁾ 이루어져야 한다는 사실이다. 이하에서는 한국에서, 利用者들의 著作權侵害에 따른 인터넷서비스제공자(Internet Service Provider, 이하 ISP라고만 한다)의 附隨的인 責任에 관한 그간의 判例들을 고찰하여 한국 성문법에 맞춘 적절한 ISP 責任論이 무엇인지 탐구해보기로 한다. 다만, 이 글의 중점은 비교적 근자인 2005. 1. 경 민사항소심들과 형사항소심간에 서로 엇갈린 판결이 내려진 소리바다 2심의 분석에 두고자 한다. 왜냐하면 이러한 엇갈린 항소심판결들에 관하여 모두 대법원에 상고가 이루어졌고 이에 관한 대법원의 태도가 향후 한국에서의 ISP 責任論에서 가장 큰 現實的 效力을 가질 것이기 때문이다.

II. 전자게시판서비스제공자의 책임에 관한 先例들

1. 개요

2005년 현재 미국이나 한국에서 ISP의 責任이 거론되고 있는 가장 핵심적인 분야는 이른바 P2P 네트워크기술과 관련한 것이지만, 원래 사용자들의 저작권침해에 따른 인터넷서비스제공자의 책임

이 최초로 문제되었던 분야는 다름아닌 전자게시판(Bulletin Board System, 이하 BBS라고 한다) 기술과 관련된 것이었다. 시기적으로 1990년을 넘어 90년대 중반까지 美國에서 발생하였던 Frena 事件⁷⁾ 이나 Maphia 事件,⁸⁾ Netcom 事件⁹⁾ 등이, 韓國에서는 90년대 중후반부터 2000년경까지 발생한 각테일98 事件이나 인터넷제국 事件 등이 그러한 사례에 해당한다. 이때 ISP의 責任에 관한 논의는 美國의 中래 寄與責任이나 代位責任의 法理로 사실상 완벽하게 포섭할 수 있었고, 심지어는 韓國의 법원들도 자국법의 해석기준으로 묵시적으로 원용할 정도였다.

2. 각테일98 事件¹⁰⁾

가. 事實關係

“각테일98”은 원고들이 개발한 멀티미디어 제

- 4) 가령, 침해를 誘發하였다다는 이유로 Grokster가 실제 부담하는 책임의 법리는 寄與責任(contributory liability)인데, 이는 미국 판례법상 독특한 법리이다. 아울러 이른바 간접침해규정인 35 U.S.C. §271(c)에 대응하는 한국 특허법규정은 있지만, 결정적으로 誘發理論의 근거인 미국 특허법 §271(b) “특허의 침해를 적극적으로 유발한 자는 침해자로서 책임을 진다.”에 대응하는 규정은 한국 특허법에는 없다.
- 5) 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 Goldman 教授의 지적이나, Sony 原則의 修正 대신 故意基準(“intent standard”)를 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.].
- 6) 필자가 종전의 각테일98 판결이나 인터넷제국 판결을 비판하는 논점이 여기에 있으며, 아울러 비록 Sony 原則의 응용에 관하여 상당히 고민한 노력에 불구하고 소리바다 형사항소심의 부족함을 지적하는 측면도 위와 같은 부분임은 아래와 같다. 물론, 한국 성문법해석의 틀 안에서라면 미국에서 논의된 寄與責任이나 代位責任의 법리, 나아가 이른바 Sony 原則을 일정부분 반영하는 것은 가능할 것이다.
- 7) 839 F.Supp. 1552 (M.D.Fla. 1993).
- 8) 857 F.Supp. 679 (N.D. Cal. 1994).
- 9) Religious Technology Center v. Netcom On-line Communications Services, Inc., 907 F.Supp. 1361 (N.D.Cal. 1995).
- 10) 서울지방법원 1999. 12. 3. 선고 98가합111554 판결, 원고가 상

작용 프로그램이다. 그런데, 피고 OO대학교 홈페이지 중 자료실게시판에 訴外人이 임의로 위 프로그램의 복제본을 등록하여 다른 이용자들이 다운로드받게 하였다. 뒤늦게 이를 알게 된 원고들이 피고는 곧바로 위 자료실 게시판 자체를 폐쇄하였다. 한편, 위 자료실게시판은 위 대학교 학생은 물론 일반인 모두에게 개방되어 있어 누구라도 자유롭게 자료의 등록, 검색, 조회 및 다운로드를 할 수 있는 방식으로 운영되어 왔다.

나. 法院의 判斷

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 법리에서와 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 하였다. 따라서 사이버공간에서의 자료전송 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 이

를 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, 이 사건의 제반 사정¹¹⁾을 종합하여 보면, 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. 인터넷제국 事件¹²⁾

가. 事實關係

원고는 영상 및 음반제작판매업자이다. 피고는 음악과 관련된 파일의 무상 공유를 목적으로 하는 웹사이트(www.vjzone.net)를 개설하여 운영하여 오던 회사인데, 1999. 10.경부터 위 웹사이트의 자료게시판에서 그 이용자들은, 원고가 제작한 “뮤직비디오”를 동영상 파일의 형태로 변환하여 업로드하거나 다운로드받아 왔다. 나아가, 피고는 이들 파일을 장르별로 구분한 뒤 항목을 나누어 위 웹사이트 안에 서브디렉토리를 만들어 덩으로써 이용자들이 보다 쉽게 동영상 파일들을 업로드나 다운로드받을 수 있도록 하였다.

나. 法院의 判斷

법원은, 이용자들의 책임에 대하여 먼저 언급하였다. 원고가 저작권을 가진 뮤직비디오들의 동영상 파일을 이용자들이 피고의 웹사이트에 업로드하여 다른 이용자들이 다운로드받을 수 있도록 이

11) 위 자료실게시판이 불특정한 이용자에게도 개방되어 불법행위를 사전에 일일이 통제할 수 있었을 것으로 기대하기 어려웠던 점, 게시판에의 자료 등록과정이 관리자에 의한 선별과정을 거침이 없이 자동화된 기술적 과정을 통하여 수행되므로 사전에 저작권 침해사실의 존재를 인식할 수 없었던 점, 교육기관으로서의 피고의 지위 및 위 자료실게시판의 이용과 관련하여 이용료를 부과하지 않아 영리성이 없는 점, 피고가 원고의 항의를 받은 이후 위 자료실게시판 자체를 폐쇄하기에 이른 점 등을 열거하고 있다.

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

용제공한 행위는 원고의 복제, 전송권을 침해한 행위라고 전제하였다.

다음으로 피고회사의 책임으로 나아가 법원은, 처음부터 이용자들 사이에 음악관련 파일을 무상으로 공유하게 할 목적으로 위 웹사이트를 개설하여 운영하였던 점, 여러 가지 사실들¹³⁾을 종합하여 보면, 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 원고에게 저작권침해행위로 인한 손해를 배상할 의무가 있다고 판단하였다.

4. 이상의 판례분석

각테일98 判決이 한국에서 ISP의 책임이 문제된 最初の 判例라고 한다면, 인터넷제국 判決은 ISP의 책임을 最初로 추궁한 判例인 점에서는 큰 의미가 있다.

그러나 위 판결들의 문제점은 공통적으로, 한국보다 시기적으로 앞서 BBS서비스제공자의 책임이 문제되었던 미국의 先例들이나 그것들이 터잡았던 法理¹⁴⁾를 참고하는 데 그치지 않고 무비판적으로 한국 성문법의 해석에 도입하고 있다는 데 있다.

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 한국 법원들이 참고하는 것 자체는 오히려 타당한 태도라 할 수 있지만, 앞서 韓國의 成文法은 미국의 판례법과는 다르게 정하고 있는데 각테일98 判決이나 인터넷제국 判決은 미국 판례법상 위 법리에 관한 표현을 그대로

차용하여 실시한 다음 그대로 한국성문법의 해석 결과로 옮겨버리고 있다.

먼저 각테일 98 判決의 위 판시 중 고덕채부분이 그러한 부분으로서 가령, “이들이 침해행위를 통제할 권리와 능력이 있고 그 침해행위로부터 직접적인 재산상 이익을 얻는 경우”는 미국 판례법상 이른바 代位責任에 관한 것으로 이러한 기준을 그대로 도입하는 것은 우리 성문법의 해석과 분명히 충돌할 위험이 있다. 代位責任의 법리와 가장 유사한 것은 위 판결의 앞부분에도 암시되었듯이 민법상 使用者責任이라 할 것인데, 사용자책임은 代位責任과는 달리 故意, 過失을 요구하고 있음에도,¹⁵⁾ 위 판례의 해석대로라면 위와 같이 통제할 권리와 능력을 구비하고 직접적인 재산상 이익을 얻은 경우는 고의, 과실 요건과 관계없이 바로 책임을 긍정할 위험이 있는 것이다.¹⁶⁾

다음으로 인터넷제국 判決은 이용자들의 행위

13) 약 8개월의 장기간 동안 이용자들이 동영상 파일들에 대한 업로드 및 다운로드를 하였음에도 피고는 그 파일들이 저작권법에 위반되는가의 여부에 대하여 검토하거나 필요한 조치를 취하지 아니한 점, 오히려 이용자들이 보다 편리하게 동영상 파일들을 업로드하거나 다운로드받을 수 있도록 각 음악장르별로 서브디렉토리를 만들어 주기까지 한 점, 그 외에 피고 및 피고의 대표이사 위 웹사이트에서 이용자들의 동영상파일에 대한 저작권침해행위를 용이하게 함으로써 이를 방조하였다는 내용으로 이미 약식명령을 고지받아 확정된 점이 열거되었다.

14) 원래, 미국에서 BBS서비스제공자의 책임과 관련한 논의를 요약하자면 다음과 같다. 먼저 BBS서비스이용자들과 같이 자신이 직접 저작권을 침해한 자에 대하여는 미국 저작권법상 명문의 규정, 17 U.S.C.A. § 106 위반으로 책임이 인정된다. 그렇지만, BBS서비스제공자와 같이 타인의 직접침해행위에 일정한 기여를 하거나 그 침해행위로부터 이익을 얻는 자에 대하여는 BBS 등장 이전에 존재하였던 判例法上의 法理에 의하게 된다. 그 法理란 저작권에 대한 침해가 있을 때 그 침해행위에 대한 認識을 가지고 침해행위를 유발, 야기하거나 침해행위에 실질적으로 기여한 때 인정되는 寄與責任(contributory liability), 감독·통제의 권리와 능력이 있고 침해행위로부터 직접적으로 경제적 이익을 받은 때 인정되는 代位責任(vicarious liability)을 가리킨다.

15) 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.

16) 비슷한 지적으로는 최성준, “정보의 보호를 둘러싼 분쟁과 재판 실무”, 서울대학교 기술과법센터 2003. 4. 25. 제3회 Workshop 발표문, 10면 참조.

가 직접침해행위가 되느냐를 먼저 前提한 이후에 서비스제공자인 피고의 책임을 판단하고 있다. 이러한 판단순서는 사실 寄與責任이나 代位責任에 관한 앞서 미국의 先例가 취한 논리전개방식을 그대로 따른 것이다(아래 소리바다 각 1심판결은 더 분명하게 이러한 방식을 따르고 있다). 그러나 미국의 판례상으로는 직접침해자의 직접침해행위가 前提되어야 그에 따른 2次的 責任(secondary liability) 혹은 附隨的 責任(derivative liability)으로 ISP의 寄與責任 내지 代位責任의 성립 여부를 검토할 수 있는 이치이지만, 먼저 이용자 A의 침해행위가 성립함을 전제로 서비스제공자 B의 행위가 침해행위가 되는지 여부를 검토하는 논리전개수준이 과연 우리의 法文에도 부합하는지는 의문이다. 우리의 法文에서 이러한 논리전개수준에 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. 위 判決은 미국의 판례가 寄與責任을 인정하는 것과 같은 논리를 전개하다가 정작 우리 成文法上의 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 제91조에 따른 損害賠償責任을 부담하는 것인지, 아니면 이용자의 저작권침해행위에 대하여 온라인서비스제공자로서 民法上의 不法行爲責任을 부담한다는 것인지, 나아가 民法上의 責任이라면 민법 제760조 제1항의 共同不法行爲責任인지, 아니면 제760조 제3항 幫助에 의한 不法行爲責任을 인지를 정확히 알기 어렵다. 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.

III. P2P서비스제공자의 책임에 관한 사례

1. 개요

종래의 BBS 네트워킹 기술보다 인터넷 네트워킹기술의 수준이 더욱 발전한 2000년을 전후하여서 이른바 P2P(Peer-to-Peer) 네트워킹¹⁷⁾가 등장하였다. 종전의 BBS시절에 ISP의 책임을 추궁하는데 유용한 법리이던 미국 판례법상 寄與責任이나 代位責任의 法理는 P2P서비스제공자의 책임에 관하여서는 일정부분 한계를 드러내게 되었는데, 근본적인 이유는 BBS의 경우와 달리 P2P 서비스제공자는 이용자들의 정보교환을 삭제하거나 제재로 통제할 수단이 없다는 技術的特性때문이었다.

P2P네트워킹은 중앙서버¹⁸⁾의 존재 여부에 따라 Hybrid P2P와 Pure P2P로 구분되는데, 중앙서버를 통하여 ISP가 이용자들의 정보교환에 관여하는 수준이 ISP의 책임을 추궁받을 가능성과 직결된다는 점¹⁹⁾에서 이러한 분류가 사실 가장 유용한 분류법이다. 이와 달리, 중앙검색모델(centralized indexing model), 완전분산형 모델(decentralized indexing model) 혹은 완전분산형 구조(fully-distributed architecture), 슈퍼노드 모델(supernode²⁰⁾ model)로 분류하는 견

17) 다양한 정의가 있지만, 요컨대 개별컴퓨터(peer 혹은 client)들이 사업자의 중앙서버에만 연결되어 중앙서버상에 저장된 정보만을 획득하던 방식과 달리, 개별컴퓨터끼리 연결되어 개별컴퓨터가 중앙서버와 클라이언트로 모두 가능하며 다른 개별컴퓨터에 저장된 정보를 직접 획득할 수 있는 방식이라고 할 수 있다.

18) 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.

19) 가령, 다른 발표자이신 이대희, “P2P 파일교환에 관한 판례의 분석 -Grokster 判決을 중심으로”, “디지털재산법연구”, 제3권 제1호, 2004에서는 P2P에 의한 파일교환을 다른 판결들을, 중앙서버가 있는 경우에 대한 판결과 중앙서버가 없는 경우에 대한 판결로 이분하고 있다.

20) Hybrid P2P 네트워킹의 중앙서버가 존재하지 않는, 분산화된 P2P 네트워킹에서 네트워크상의 일정 거점마다 중앙서버를 대신하여 이용자들이 다른 이용자에게 접속할 수 있도록 안내하고 경우에 따라 파일검색정보까지 전달해주는 역할을 맡은, 우수한 능력을 가진 개별컴퓨터를 슈퍼노드(super node) 내지 슈퍼피어(super peer)라 칭한다.

해²¹⁾도 있는바, 특히 미국의 Grokster 抗訴審 判決의 서두에서²²⁾ 이러한 분류방법에 따라 P2P기술 일반을 설명하고 있는 까닭에 상당히 유력할 수 있는 입장이다. 다만, 이 글에서는 Hybrid P2P와 Pure P2P로 대별하는 표현에 따라 서술하고자 한다.

P2P 기술의 가장 초기형태는 ISP가 운영하는 중앙서버가 일정 역할을 수행하는 하이브리드P2P 방식이었고 이러한 방식의 서비스를 처음 제공한 ISP가 美國의 Napster와 韓國의 소리바다¹²³⁾이었다. 이들은 혁신적인 정보공유기술을 들고 나온 덕택에 일시적으로는 크나큰 성공을 거두게 되지만, 얼마 지나지 않아 저작권자들의 격렬한 법적 제동으로 이내 시련을 맞게 되었다.

2. 소리바다 분쟁의 시간적 개요

원래 저작권자와의 법적쟁송은 한국음반산업협회에서 위 사이트의 공동운영자 양OO, 양△△ 2인을 2001. 1. 18. 刑事告訴하는데서 출발하였다.

하지만, 실제로 법원의 최초 판단이 내려진 것은 한국음반산업협회 산하의 음반제작자 16명이 위 소리바다 운영자들을 상대로 제출한 假處分 申請事件²⁴⁾에 대하여 2002. 7. 9. 수원지방법원 성남지원에서 신청인들이 음반제작자로 되어 있는 노래에 관한 MP3 파일의 업로드 또는 다운로드를 금지하는 가처분인용결정을 내린 것이었다. 하지만, 위 가처분인용결정은 主文외 그에 관한 상세한 理由의 설시는 없어 큰 의미가 있다고 할 수 없었다.

그러던 중 위 가처분인용결정의 當否를 다투며 피고들이 2002. 7. 19. 異議를 신청한 假處分異議事件에 대하여, 2003. 2. 14. 위 같은 법원이 한국 법원으로는 최초로 P2P 서비스제공자의 책임문제를 심도있게 거론하면서 소리바다측이 제기한 假處分異議申請을 棄却하는 判決²⁵⁾을 내렸고, 이러한 1심판결에 대하여 피고들이 항소하자 서울고등법원의 抗訴審 判決²⁶⁾에서는 1심판결과 많은 부

분 의견을 달리하면서도 결론적으로는 항소를 사실상 기각하였다.

한편, 한국음악저작권협회가 위 운영자들을 상대로 음반복제권 등의 침해로 인한 손해배상을 구한 사건에 대하여는 수원지방법원 성남지원이 이를 인용한 1심판결²⁷⁾을 내렸고, 이에 대하여도 서울고등법원의 抗訴審 判決²⁸⁾은 앞서와 동일하게 의견을 달리하는 부분에 불구하고 결론적으로는 피고의 책임을 긍정하였다.

이처럼 民事事件의 범주에서는 소리바다의 著作權侵害責任을 긍정하는 입장이 하급심법원들의 일관된 입장이다.

이와 달리, 刑事事件에서는 공소기각판결에 그친 1심²⁹⁾과 달리 抗訴審³⁰⁾에서는 소리바다의 著作權侵害責任을 부정하여 無罪를 선고한 바 있다.

假處分異議 事件의 抗訴審에 대하여는 피고측의 上告로 그 最終審이,³¹⁾ 마찬가지로 損害賠償 事件의 抗訴審에 대하여도 피고측이 上告하여 그 最終審이,³²⁾ 刑事事件의 抗訴審에 대하여는 檢事가 上告하여 그 最終審이³³⁾ 2005. 7. 현재 大法院에

21) 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. 864-66 등 다수.

22) Grokster, 380 F.3d at 1158.

23) 2002. 7. 30. 수원지방법원 성남지원의 가처분결정 직후 종전 소리바다의 운영주체가 새롭게 등장시킨 소리바다2의 작동원리는 법적쟁송의 우려 때문인지 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. 현재는 "소리바다3"으로 변모하였다.

24) 수원지방법원 성남지원 2002. 7. 9.자 2002카합77 결정(음반복제금지가처분).

25) 수원지방법원 성남지원 2003. 2. 14. 선고 2002카합284 판결(가처분이의).

26) 서울고등법원 2005. 1. 12. 선고 2003나21140호 판결.

27) 수원지방법원 성남지원 2003. 10. 24. 선고 2003가합857 판결.

28) 서울고등법원 2005. 1. 25. 선고 2003나80798호 판결.

29) 서울지방법원 2003. 5. 15. 선고 2001고단8336 판결(저작권법위반방조).

30) 서울중앙지방법원 2005. 1. 12. 선고 2003노4296 판결.

31) 대법원 2005다11626호 사건.

32) 대법원 2005다13899호 사건.

33) 대법원 2005도872호 사건.

각각 계류 중인바, 일견 서로 엇갈리는 결론을 내린 抗訴審들의 각 판단에 대하여 大法院이 어떻게 입 장정리를 할지는 극히 주목되는 일이 아닐 수 없겠다.³⁴⁾

3. 소리바다 분쟁의 事實關係

가. Napster와의 차이점 등

2000. 5.경 등장한 “소리바다”는 마치 “한국판

34) 美國의 Grokster 事件에서도 피고의 책임을 부정한 연방지방법원과 연방제9항소법원의 판단을 뒤집고 최근 연방대법원이 피고의 책임을 긍정한 것이나, 위와 같이 소리바다 항소심법원들이 민형사 정중간에 서로 다른 결론에 이른 사실에서 짐작할 수 있듯이 인터넷서비스제공자의 법적책임, 특히 P2P 네트워크 제공자의 법적책임을 규명하는 것은 상당한 難題이다. 그렇지만, 韓國의 소리바다 事件에 관하여 大法院이 취하는 입장에 따라 상당부분의 논란이 최고법원의 판단때문에 자연적으로 정리될 수 있을 것이다.

35) 가장 핵심적인 부분은 이용자들끼리의 파일교환의 대상이 되는 특정 MP3파일이 사업자의 중앙서버에 저장되어 있지 않다는 점이다.

36) 소리바다 事件에서는 민사와 형사를 막론하고 하급심법원들의 認定事實이 실질적으로 동일하다. 간략하게 공소기각에 그친 刑事1審을 논외로 할 때, 소리바다 분쟁에서 최초의 判決이었던 소리바다 가처분이의 1심에서 비교적 상세하게 실시한 소리바다의 개발 경위, 작동원리, 이용실태, 사업현황 등에 관하여 假處分異議 1審과 사실상 동일한 재판부가 판단한 소리바다 손해배상 1심 판결은 물론 다른 항소심법원들도 거의 그대로 인정하고 있다. 다만 세세한 내용상의 차이만이 있을 뿐인데, 그것은 損害賠償 事件의 1심과 2심에서는 가처분이의 사건에서와 달리 원고들이 사전에 조사한 결과 소리바다를 통한 파일교환의 약 70%가 불법이고, 나머지 30% 정도만이 적법하다는 事實이 추가로 인정되었고, 刑事 抗訴審에서는 위 事實에 덧붙여 위 30%의 실례로 대중가수 “싸이”가 스스로 자기의 곡들을 인터넷상 무료다운로드에 제공한 事實 등을 인정하고 있는 정도에 불과하다.

37) 가령 소리바다 假處分異議 事件의 원고는 음반제작자들, 즉 著作 隣接權者이고, 損害賠償 事件의 원고는 음악저작권자들, 즉 著作 權者라는 차이가 존재한다. 반면 형사소송에서는 당연히 원고가 존재하지 않고 피해자인 저작권자들을 대신하여 소추한 檢事가 있을 뿐이다. 나아가 假處分異議 事件에서 적극적 당사자의 호칭은 “채권자”, 소극적 당사자의 호칭을 “채무자”라고 한다. 하지만 생소함으로 인한 혼동을 피하기 위하여 법률용어로는 적절치 못하나 통념적으로 쉽게 쓰이는 “원고”, “피고”라는 용어를 주로 사용하니 양해바란다.

38) 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.

Napster”라고 할 정도로 그 구동원리³⁵⁾나 대중적 인기도에서 유사하였다.

다만, 미국의 Napster 서비스가 회사의 중앙서버에 이용자들이 가진 음악파일들에 관한 각종 정보, 가령 파일명, 파일크기 등을 리스트로 저장하고 있다가 다른 이용자의 검색요구가 있을 때 중앙서버가 검색을 수행하여 그 결과를 검색요구자에게 전송하는 방식을 취함에 반하여, 소리바다에서는 중앙서버가 이용자들의 IP주소와 같이 연결에 필요한 정보만 보관하여 다른 이용자들의 로그인 상태를 알려줄 뿐 파일명, 파일크기 등의 리스트가 보관되지 않는다는 차이점이 있다. 소리바다에서 다른 이용자의 검색요구가 있으면 그 명령이 중앙서버를 통하기는 하지만 중앙서버가 검색을 수행하는 것이 아니라, 중앙서버를 통하여 검색요청을 전달받은 다른 이용자의 컴퓨터에 설치된 소리바다 소프트웨어가 검색기능을 수행하여 다시 중앙서버를 통하여 전달하게 된다.

나. 하급심법원들이 인정한 事實關係³⁶⁾

원고³⁷⁾ 측은 음악저작권자이거나 음반제작자와 같은 저작권접권자들이다. 피고 양 OO, 양 △△ 형제³⁸⁾는 당시 Napster가 선풍적인 인기를 끌고 있는 것에 착안하여, 2000. 5. 18.부터 “소리바다”의 명칭으로 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 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 업로드³⁹⁾ 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 경고문은 고지하고 있었다. 그러나 원고들이 2001. 1.경 피고들을 저작권법 위반으로 고소하면서, 특정 곡들이 특정 ID를 가진 소리바다 이용자들이 의하여 공유되고 있다는 점을 서면으로 적시한 바 있으나, 피고들은 해당 ID를 가진 소리바다 이용자들이 대하여 서버에의 접속을 차단시키는 등의 제재조치를 취한 적은 없다. 피고들은 매일 한두 번 정도 다른 일반 사용자와 마찬가지로의 방법으로 소리바다에 접속하여 서비스 운영 상태를 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 무료로 제공받은 바 있는 한편, 소리바다 소프트웨어 배포와 소리바다 서비스 이용을 모두 무료로 제공하고 있었으나, 2001년 초부터는 배너광고 등으로 인한 사이트 운영수입을 얻고 있고 나아가 향후 소리바다 서비스를 유료화하여 수익을 얻는 방식도 고려하고 있었다.

4. 소리바다 假處分異議事件

가. 1審法院의 判斷

(1) 피고들에 의한 저작권법 直接侵害 여부

1심법원은 피고들이 시판되는 음반의 무단 복

제·배포를 목적으로 소리바다 소프트웨어를 개발하여 운영하고 있음을 인정할 증거가 없다고 하여 피고가 直接 저작권법권을 침해하고 있다는 원고측 주장은 배척하였다.

(2) 소리바다 이용자들이 의한 저작권법 침해 여부

(가) 이용자들이 의한 복제권·배포권 침해인정

1심법원은 소리바다에 접속하고 있는 다른 이용자 컴퓨터의 공유폴더를 검색하여 원하는 MP3파일을 다운로드 받아 자신의 컴퓨터 하드디스크에 저장하는 행위는 물론, 소리바다 이용자들이 MP3파일을 추출하여 자신의 컴퓨터의 하드디스크에 저장하는 행위 역시 複製權 侵害가 된다고 보았다.

나아가 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.... 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.

(나) 사적복제의 항변을 배척함에 있어 영리목적 이 있다고 봄

법원은, 저작권법 제27조에 정한 私的複製에 해당하여 복제가 허용되기 위해서는, i) 營利의 目的

39) 가처분이의 抗訴審 判決도 지적하는 바와 같이, P2P 네트워크에서의 업로드는 이용자 자신의 컴퓨터에 전송할 파일을 저장해 둘 뿐 ISP의 특정 서버에 송신, 저장시킬 필요가 없다는 점에서 종전의 전자계시판 등에서의 업로드와 차이가 있다.

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 통상 대가를 지급하고 구입해야 하는 것을 無償으로 얻는 행위에는營利의 目的이 인정된다고 하면서, 피고들이 소리바다 서비스를 시작한 후에도 음반제작자 등은 곡당 900원에 인터넷을 통하여 MP3파일을 판매하여 왔으므로 음반제작자 등으로부터 이용자들이 MP3파일을 구입하는 대신 무상으로 다운로드 받는 행위에는營利의 目的이 인정된다고 하였다.

다음으로 ii)요건에 대하여도 법원은 “한정된 범

위에서의 이용”이라면 이용인원이 소수이고, 이용인원들 사이에 강한 인적결합이 존재할 것이 요구된다면서, 소리바다 서비스는 약 450만 명 이상의 회원수, 5,000명 이상의 동시접속이용자 수, P2P네트워크의 특성상 공유폴더에 MP3파일이 위치하기만 하면 불특정다수의 소리바다 이용자들 사이에 MP3파일의 교환행위가 연쇄적이고 동시다발적으로 이루어지는 점 등에 비추어 보면, 이를 두고 개인, 가정 또는 이에 준하는 한정된 범위에서의 이용이라고는 볼 수 없다고 하였다.

(다) 피고들의 침해책임을 긍정하며 寄與責任 등의 내용은 도입하고서도 정작 한국법상 근거는 제시하지 않음

법원은 소리바다 이용자들의 위와 같은 복제권·배포권 침해행위에 대하여 소리바다 서비스 제공자인 피고들의 책임을 인정하기 위해서는, i) 피고들이 소리바다 서비스를 제공하게 된 경위 및 상황,⁴⁰⁾ ii) 소리바다 서버의 구조 및 소리바다 소프트웨어가 제공하는 서비스 중 이용자들의 위 행위와 관련되는 서비스의 내용, 태양 및 그 성질,⁴¹⁾ iii) 서비스 제공 이후의 소리바다의 운영 상황⁴²⁾ 등을 전체적, 종합적으로 참작하여 피고들이 이용자의 침해행위를 적극적으로 야기하였거나, 침해행위를 認識하고도 이를 방치하면서 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 침해행위를 이용하여 이익을 얻고 있었다 할 것이고, 나아가 그 규모와 기간에 비추어 이용자들의 침해행위는 피고들에 의하여 야기되고 유인되었다 할 것이므로, 피고들은 소리바다 이용자들과 一體가 되어 원고들의 複製權·配布權의 침해행위

40) 소리바다 소프트웨어가 개발될 당시 이미 미국에서 Napster의 저작권 침해에 관하여 소송이 계속되고 있었고 피고들도 이를 알고 있었던 사정 등이 거론되었다.

41) 소리바다 서버는 공유되는 MP3파일 자체나 파일목록, 파일정보는 보관하고 있지 않으나, 이는 중앙서버에 의존하는 미국의 Napster에 비하여 적은 설치비용으로 동일한 효과를 창출하고자 하는 재정적 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 시중에서 판매되는 대중가요나 팝송 등 인기있는 음반들을 복제한 파일이라는 점 등이 열거되었다.

42) 원고들은 피고들을 고소하면서 이용자들의 저작권 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 운영수익을 얻고 있고 나아가 향후 소리바다 서비스를 유료화하여 수익을 얻는 방식도 고려하고 있었던 점 등을 언급하였다.

를 하고 있는 것으로 평가할 수 있다고 판시하였다.

(라) 침해의 교사방조자에게도 저작권법 제91조의 침해정지청구권행사를 인정

피고는 가사 이용자들의 파일공유행위에 대한 책임이 있었다고 하더라도 이는 敎唆・幫助 責任에 불과하며 저작권법 제91조의 침해정지청구권은 저작권 등의 직접침해자에게만 행사할 수 있을 뿐 교사·방조자 등 공동불법행위자에게는 행사할 수 없는 것이라고 주장하였다. 이는 1심판결에서 더 상세히 설명하지 않았지만, 저작권법 제91조의 침해정지청구권은 저작권 등 “...權利를 침해하는者”에 대하여만 인정되는 것인데 한국 저작권법은 일정한 행위를 侵害로 看做하는 취지인 제92조 제1항에서 幫助行爲를 포함시키지 아니한 반대해석상 幫助는 저작권법상 침해로 간주되지 않아 침해정지청구권이 인정되지 아니한다는 논리였다.

그러나 1심법원은 이에 대하여, 저작법상의 침해정지청구권은 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 있다고 보았다.

나. 抗訴審 法院의 判斷

(1) 소리바다 이용자에게 의한 저작권침해 여부

(가) 이용자에게 의한 배포권침해는 부정하고 일부 복제권 침해만 인정

항소심법원은 이용자에게 의한 배포권침해 여부에 관하여, 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.

이용자에게 의한 복제권 침해 여부에 관하여는, 이용자들이 MP3파일을 자신의 컴퓨터에 다운로드받아 하드디스크 등에 저장하는 행위는 복제권 침해라고 판단하면서도, 이용자가 CD에 고정된 노래의 음원을 변형하는 방식으로 MP3파일을 생성하여 자신의 컴퓨터의 하드디스크 등에 저장하는 행위에 관하여는 私의利用을 위한 복제에 해당할 여지가 있음을 내세워 이 부분은 복제권의 침해로 보기 어렵다고 하였다.

(나) 영리목적의 충족은 판단하지 않고 사적복제의 항변을 배척

항소심은 일단 사적복제에 관한 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 1심과 마찬가지로였다. 하지만 먼저 객관적 요건에 대한 검토를 시행하여 1심과 마찬가지로의 이유로 객관적 요건이 구비되지 아니하였다고 보아, 주관적 요건에 대하여는 더 살펴볼 필요 없이⁴³⁾ 이유 없다고 판시하였다.

(2) 피고가 이용자의 저작권침해에 따라 부담할 책임의 한국성문법상 근거를 제시함

(가) 狹義의 共同不法行爲 성립은 부정

항소심법원은 피고측이 원고들의 저작권침해권을 直接的으로 侵害하고 있다는 원고주장⁴⁴⁾에 대해

43) 한국법원의 이런 판결문 방식은 특정한 범효과를 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 수는 없다. 다만, 앞서 사적복제의 요건을 나열할 때는 주관적 요건을 먼저 적시하였으면서도 정작 검토하면서도 객관적 요건부터 그 해당성을 검토하고 있는 것으로 미루어 1심법원과 달리 항소심은 주관적 요건, 즉 영리 목적의 유무에 대하여 疑問을 가지고 있었음은 분명하다.

44) 1심이 명확히 정리하지 않았으나 앞서 “피고들에 의한 저작권침해 直接侵害 여부”의 주장이 이에 대응한다.

여, 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 이용자에 의한 복제권 침해행위에 관련한 정도에 비추어 볼 때, 비록 소리바다 서버에의 접속이 필수적이기는 하나, 이것만으로 채무자들이 독립적으로 이 사건 음반제작자들의 복제권을 침해하였다거나 狹義의 共同不法行爲가 성립할 정도로 직접적이고 밀접하게 그 침해행위에 관여하였다고 평가하기는 어려워 민법 제760조 제1항의 공동불법행위의 책임을 지우기는 어렵다고 판단하였다.

(나) 幫助에 의한 共同不法行爲의 성립을 긍정

항소심은 민법 제760조 제3항의 幫助에 의한 共同不法行爲가 성립한다는 원고 주장에 대하여는, 형법과 달리 민법의 해석으로는 過失에 의한 幫助도 가능하다는 구체적 사정을 살펴본다, 운영자가 이용자들의 파일공유 등으로 인한 저작권접권 등 침해

행위를 미필적이로나마 인식하고서도 이를 용이하게 할 수 있도록 도와주거나, 이러한 침해행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 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⁴⁵⁾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 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 저작권접권 침해행위에 대한 幫助責任을 부담한다고 판단하였다.

또한 피고들은 온라인서비스제공자인 피고들이 소리바다 서비스 이용자들의 침해행위를 방지하고 중단시킬 수 있는 技術的手段이 없으므로 저작권법상 온라인서비스제공자의 책임제한 규정에 의하여 책임이 면제된다는 취지로 주장하였지만, 항소심은 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 침해가 문제되는 MP3파일의 소리바다 서비스를 통한 복제를 一部라도 방지할 技術的手段마저 전혀 없는지는 의문이라면서, 피고들이 이와 같이 소리바다 서비스의 기능 향상을 위한 조치는 적극적으로 취하면서도 저

45) 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 사용자들과 같은 방법으로 접속하여 서비스 운영상태를 점검하였으며 이용자들의 저작권접권 침해를 미필적이로나마 알았거나 알 수 있었던 점, 이용자들은 소리바다 서버에 접속하여야만 파일공유를 할 수 있으므로 아이디를 판매하여 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 서비스 운영을 통하여 얻은 인지도를 이용하여 수익을 얻을 계획이었던 점, MP3파일 공유 서비스를 통하여 공유되는 파일은 대부분 저작권접권 침해가 문제되는 것임을 경험칙상 충분히 예상할 수 있었던 점 등이었다.

작인접권 침해에 관하여는 경고문을 게시하는 이외에는 아무런 방지 노력을 하지 아니한 이상 자신들의 방조 행위에 대한 免責을 주장할 수는 없다고 하였다.

(다) 침해의 방조자에게 저작권법 제91조의 침해정지청구권이 인정되는 근거를 제시

항소심은 1심이 간략히 배척한 것과 달리, 저작권법 제92조 제1항 등에서 일정한 행위를 침해로 본다는 규정을 두고 있다 하더라도 이것만으로 이에 해당하지 아니한 방조행위를 한 자를 정지 등 청구의 대상에서 제외한 것이라고 단정할 수는 없는 점, 개별 이용자들의 저작권접권 침해행위를 정지시키는 것 보다 소리바다 서버의 운용에 의한 방조행위를 정지시킴으로써 보다 실효적으로 정지효과를 달성할 수 있다고 인정되는 점 등을 들어 정지 등 청구의 상대방이 저작권접권을 직접 침해하고 있는 소리바다 이용자들이 국한되지 않고 이러한 침해행위를 방조하고 있는 피고들도 상대방이 될 수 있다고 상세히 설명하면서 피고의 주장을 배척하였다.

다. 1심과 항소심판례의 分析

(1) 1심법원의 논리상 결함이 있는 부분

앞서 소리바다에 대한 假處分決定⁴⁶⁾이 保全處分決定의 속성상 극히 간단히 설시에 그쳤음에 반하여, 가처분의 1심판결은 외국판례까지 인용한 長文을 통하여 P2P 서비스를 제공하는 ISP의 침해 책임을 긍정한 최초사례라는 의미가 있다.

하지만 무엇보다도 피고들의 침해책임을 긍정하며 미국 판례법상 논의인 寄與責任 등의 법리는 관시내용 중에 포함시키고서도 정작 책임의 한국성 문법상 근거를 제시하지는 않았다는 결함⁴⁷⁾이 있는 외에, 다음과 같은 논리상의 결함이 있다.

(가) 配布權의 侵害를 긍정한 것은 부당함

1심법원은 소리바다를 통한 파일교환에 있어 파일제공자의 행위가 결과적으로 다른 이용자로 하여금 복제대상인 음을 고정할 유형물을 스스로 제공하는 방법으로 파일제공자가 음을 有形物에 固定하여 讓渡하는 것이어서 “配布”에 해당한다고

보고 있으나, 이는 잘못된 이해이다. 우리 저작권법 상 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, 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.⁴⁸⁾

뿐만 아니라, 2000. 1. 12. 저작권법 개정으로 이미 著作權者에게는 傳送權이 신설된 이상 傳送權의 독자적인 영역이 존재하게 되었으므로, 그 영역에 속하는 행위까지 함부로 중전의 配布權의 문제로 취급하여서는 안 된다. 참고로 美國에서는 傳送權을 따로 규정하지 않고 配布權(right to distribute)의 범위를 확장(“distribution by

46) 수원지방법원 성남지원 2002. 7. 9.자 2002카합77 결정.

47) 1심판결문 중 “4. 나. 채무자들의 저작권접권 직접침해 여부”에서 “이용자들과 공동으로 채권자들의 음반 복제권·배포권을 직접적으로 침해”하였다는 원고의 주장을 법원이 배척한 것이 다름 아니라 狹義의 共同不法行爲를 부정한 것이고, 반대로 “4. 다. 소리바다 이용자들의 저작권접권 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.

반면, 위 항소심 판결에 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 항소심 판결이 가진 가장 큰 意義일 것이다.

48) 정상조, 「지적재산권법」, 홍문사, 2004, 327면이하 참조. 同들로는 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”, 「司法論集 36輯」, 법원도서관, 2003. 12, 205면 등.

transmission”)⁴⁹⁾하여 이를 포섭하고 있는데 한국 소리바다 1심법원이 미국 Napster 事件에서의 논리에 상당히 의지하는 과정에서 한국법제와의 차이를 간과하였다고도⁵⁰⁾ 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 확장 해석하고자 한 선의의 시도라고 하더라도 이는 法 解釋의 限界를 넘어 立法의 領域을 침범한 것에 불과하다.

(나) 사적복제에 있어 營利目的은 좁게 해석해야 함

1심법원이 소리바다이용자들의 파일교환이 사적복제에 해당되지 않는다면, 영리목적 인정되는 경우로 예시한 “시판되는 게임프로그램 등을 다른 사람이 구입한 게임CD로부터 복제하는 경우”란 바

꾸어 표현하자면 위 법원이 영리목적 없는 원형으로 제시한 “구입 대신 복제로 구입비용을 소극적으로 절감하는 경우”에 다름 아니므로 이 부분 판결내용은 사실 同語反覆에 불과한 두 가지 경우를 표현만을 달리하여 마치 서로 相異한 것처럼 대비시킨 오류에 불과하다.

營利目的의 의미에 관한 有力한 反對立場⁵¹⁾에 따르면 사적복제를 성립할 수 없게 하는 “영리의 목적”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 뿐이다.

“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,⁵²⁾ 1심법원의 해석대로 “통상 대가를 지급하고 구입해야 하는 것을 무상으로 얻는 행위는 영리의 목적이 있는 것이다”라고 해석해 버리면, 이렇게 著作財產權이 보호된 결과 사실상 언제나 有料인⁵³⁾ 著作物에 대하여 그 대가를 지급하여 구입하지 않고 무상으로 얻는다면 언제나 私的複製가 될 수 없다는 결과가 된다. 이것은 결국 著作財產權 制限의 한 형태로서 私的複製라는 제도의 존재 자체를 부정하는 것일 뿐이다.⁵⁴⁾

營利目的에 대한 1심법원의 느슨한 해석은 판결 스스로는 밝히고 있지 아니하지만, 위 판결이 크게 의지한 美國 Napster 判決의 입장을 추종한 것이라고도 짐작된다. 그러나 Napster 법원이 소리바다 이용자들의 행위와 거의 동일한 Napster 이용자들의 행위에 대하여 “營利目的”이 있다고 판단한 根據는 한국의 사정과 다르다.

Napster 법원⁵⁵⁾의 이 부분 해석은 1997년 電子竊盜禁止法으로 기존 저작권법상의 “經濟的 利益 (financial gain)”의 개념이 “다른 저작물의 수수”까지 포함되도록 확장된 것에 강한 영향을 받았는데, 이는 Napster 항소심이 앞서와 같이 “영리목적”으로 해석하는 근거의 하나로 위 電子竊盜禁止法 (No

49) 이러한 입장에 대하여 1995년 IITF (Information Infrastructure Task Force)는 최종보고서인 일명 “White Paper”에서 저작물이 傳送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 권고한 바 있지만, 받아들여 지지는 않았다 (위 보고서 p. 213 “Recommendations 1. a. THE DISTRIBUTION RIGHT” 부분, 보고서 전문은 미국 특허청 홈페이지에서 다운로드 가능 <www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii>[2004. 9. 14.].

50) 전송행위가 당연히 配布權의 범주에 속하는 것으로 보는 미국법제에서 논의된 Napster와 달리 저작권자에게 전송권이 없는 韓國에서의 소리바다는 근본적으로 달리 이해하여야 한다는 취지는 정상조, “소리바다는 저작권을 침해했을까?”, 인터넷 KAIST TIMES 232호 학술면 참조. 이는 P2P에서는 복제권이 아닌 전송권이 본질이라는 면을 환기시키고 있다.

51) 오승중·이해완 공저, 「저작권법(개정판)」, 박영사, 2000. 등이 이러한 입장이다.

52) 즉, 私的複製라는 예외는 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.

53) 著作權者가 스스로 有料이기를 포기하고 無料로 제공한 저작물이라면 이에 著作權者가 複製權의 침해를 운운하여 애당초 侵害를 제기할 일도 없을 것이어서 이용자가 私的複製의 抗辯을 제출할 필요조차 없을 것이다.

54) 김현철, “음악파일의 공유는 사적이용을 위한 복제 아니다”, 「저작권문화」, 102호, 저작권심의조정위원회, 2003. 4., 6면 <www.copyright.or.kr/copy/index.asp>[2003. 6. 1.].에서도 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.

55) Napster, 239 F.3d at 1015.

Electronic Theft Act)⁵⁶⁾을 나열하고 있는데서 알 수 있다. 그런데 종전까지 美國에서도 파일만을 서로 교환행위에 대하여는 마땅한 처벌규정이 없었는데, RIAA 등 저작권업계가 이것이 법적 공백에 불과하다며 강력히 위 특별법의 입법을 추진하여 성공한 것이다.⁵⁷⁾ 따라서 사적복제(미국법상 공정이용)에 관한 종전의 해석을 바꾸기 위한 위와 같은 특별입법이 없었던 한국에서 미국에서의 해석을 그대로 따라서는 곤란하다.

(다) 美國 Napster 判決에 대한 잘못된 이해에서 출발하였음

1심판결은 명시적으로 판결문 말미에 참고한 외국사례로 Napster 事件을 소개한 要約文을 첨부하고 있고, 그렇지 않았더라도 위 판결이 Napster 法院의 판단으로부터 지대한 영향을 받고 있음은 여러 가지 점⁵⁸⁾으로 알 수 있다.

그런데, 위 要約文을 살펴보면 소리바다 법원이 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 1심은 Napster가 제공하는 P2P서비스는 불법도구에 해당한다고 하여 豫備的留止命令(preliminary injunction)을 내렸지만, Napster 항소심은 寄與責任 부분에서 Napster가 불법도구에 해당한다고 보기 어렵다고 보아 이 부분을 파기하였다는 요지를 적고 있어, 마치 Napster 事件에서 당사자들의 주장 및 법원 판단의 核心이 Napster가 “불법도구”이냐 아니냐에 관하여 이루어진 것처럼 설명하고 있다.

우선 위 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 문헌⁵⁹⁾의 설명과 표현이⁶⁰⁾ 법원에서 나온 이후 문헌들에서

도 인용되는 것으로 보아,⁶¹⁾ 소리바다 가처분이의 판결도 앞서의 문헌을 참작하지 않았을까 짐작해 볼 수는 있다. 그런데 가장 먼저 등장한 위 글의 설

56) 法全文은 <www.gseis.ucla.edu/iclp/hr2265.html>[2004. 10. 1.]. 위 법 제2조 (a)에서는 미국 저작권법(U.S.C. TITLE 17)에 속한 처벌규정 중 故意的 著作權侵害에 대한 처벌요건으로 정해진 “經濟的 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 目的”으로 변경하여, 금전적인 이득의 의도가 없이 대량으로 파일을 서로 교환하는 행위도 저작권침해죄로 처벌할 수 있게 하였다.

57) 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.).

58) 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 이용자의 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를 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를 配布의 개념으로부터 분리하여 傳送權을 따로 신설하고 있었음에도 이용자의 傳送를 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에서 私的複製의 요건과 관련한 “營利 目的”의 의미를 Napster 법원과 마찬가지로 해석하고 있는 점, ④ 한국 성문법은 전혀 다른 규정임에도 소리바다 법원이 책임의 요건을 실시하면서 “이용자의 침해행위를 적극적으로 야기하였거나, 침해행위를 인식하고도 이를 방지하면서 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.

59) 김동진, “온라인서비스 제공자의 책임”, 2002년 전문분야법판세미나(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).

60) 김동진, 전계공간논문, 39-40면 및 脚註 77면 등.

61) 가령 강성훈, “P2P 시스템과 저작권접권”(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 “道義理論”이라고 번역하면서 35 U.S.C. §271 (c) 규정의 구조를 소위 도구이론의 本文과 但書로 나눈 설명을 대부분 그대로 따르고 있다.

명에 따르면 “道具理論”은 美國 特許法 規정의 유추적용에서 유래한 것으로 侵害의 道具를 제공한 자는 직접침해행위의 존재에 대하여 개인성 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 實質的으로⁶²⁾ 非侵害的 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.⁶³⁾

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 침해책임을 부정하고 있는 것과 마찬가지로, 당장 Sony의 사안과 관련된 저작권법에서는 명문규정이 없으나 Sony의 사안에서도 상품공급자의 저작권침해책임을 부정하는 것이 타당하다는 논리부분인 것이다.

앞서 論者의 이해나 설명과 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 부분⁶⁴⁾에서가 아니라, Sony 事件의 원고인 저작권자측이 저작권 관련 先例를 인용하며 주장한 법리에 불과함을 유의하여야 한다. 즉, Sony 事件에서 저작권자는 Kalem Co. v. Harper Bros. 事件을 인용하여 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 인용할 수 없으므로, 위 Kalem 사건은 “침해행위를 수행하기 위한 道具(means)를 제공하고 그런 침해행위를 광고로서 助長한 행동만으로도 저작권침해에 대한 책임을 지을 수 있다”는 원고의 전혀 새로운 이론에 근거가 될 수 없다며 원고의 주장을 바로 배척하였다.⁶⁵⁾

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.⁶⁶⁾

62) 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 商品이 形式的으로 침해적 용도로 이용되더라도 實質的으로는 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 商品의 공급을 법원은 허용하겠다는 基準이므로 “相當部分”이라는 번역이 더 어울린다.

63) 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 착오이다.

64) Sony, 104 S.Ct. at 787, 464 U.S. at 440.

65) Sony, 104 S.Ct. 786, 464 U.S. at 436.

66) 판결문에서 VI. “1. 소리바다 시스템이 이른바 불법도구인지 여부” 항목.

(2) 幫助者도 저작권법상 침해정지청구권의 상대방이라는 1심과 항소심 해석은 타당함

민법과는 달리 저작권법의 영역으로 넘어오면 공동침해자의 경우와 달리 教唆, 幫助에 의한 침해자는 저작권법 제91조에 침해정지청구권의 상대방이 되지 않는다는 상당히 유력한 解釋論⁶⁷⁾이 있다. 이러한 解釋論은 “저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리....를 가진 자는 그 권리를 침해하는 자에 대하여 침해의 정지를 청구할 수 있으며, 그 권리를 침해할 우려가 있는 자에 대하여 침해의 예방 또는 손해배상의 담보를 청구할 수 있다”는 저작권법 제91조 중 “그 권리를 침해하는 자”란 원칙적으로 자신이 直接 권리를 침해하는 자에 국한되며, 예외적으로 특허법 제127조, 실용신안법 제43조, 의장법 제63조, 상표법 제66조 등에서와 같이 지적재산권 침해의 幫助行爲까지 당해 권리의 침해행위로 간주하는 규정, 즉 間接侵害 規定을 두고 있을 때만 침해행위의 幫助者까지 “그 권리를 침해하는 자”에 포함될 수 있을 뿐임을 전제로 한다. 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.

그러나, 著作權法이 特許法 등 다른 법들과 달리 間接侵害의 規定을 두고 있지 않고 있더라도 이점에 터잡아 곧바로 幫助에 의한 저작권침해자가 저작권법상 침해금지청구의 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)”⁶⁸⁾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. 그러나 미국법의 해석이 아닌 우리 특허법 등에 국한⁶⁹⁾한다면 위 특허법 제127조 1호는 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와 같이 “저작권침해를 목적으로 한 ISP의 서비스나 그 시설의 준비행위”가 아니라 위 시설을 가동하여 서비스를 함으로써 침해를 現在 돕고 있는 행위를 제지하는 것이 문제되는 것인바, 이러한 행위는 저작권법이 간접침해행위를 규제하고 있느냐와 관계없이 저작권법 제91조의 政策的인 解釋으로 충분히 침해금지를 구할 수 있다고 보아야 결론적으로는 더 타당할 것이다.

둘째, 앞서의 解釋論에 따른다면 幫助責任을 부담하는 ISP에게 侵害禁止가 아닌 損害賠償을 청구하는 경우에도 저작권법상로는 손해배상을 구할 수 없고 民法의 不法行爲 規定에 의하여야 한다는 입장으로 귀결되는데,⁷⁰⁾ (幫助에 의한) 著作權法 關聯責任을 거론하면서 정작 근거규정은 著作權法으로 의율되지 못하고 굳이 民法規定에 의지하여 책임을 지우는 해석은 구조적으로도 어색하고 문제가 있다. 뿐만 아니라 이러한 ISP나 그 대표자들에게 刑事責任을 추궁한 實務例⁷¹⁾와 비교하여도

67) 최성준, “정보의 보호를 둘러싼 분쟁과 재판실무”, 6면, 그 외에 박성호, “소리바다를 둘러싼 저작권 쟁점”, 경찰청사이버수사대 법률칼럼 <www.cybercrime.go.kr/column/column_t_02_2.htm?id=11&page=1> [2004. 6. 18.] 및 “온라인서비스제공자의 불법행위책임”, 기간 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 앞서 論者의 해석과 같은 듯하다.

68) 35 U.S.C. 271 (Infringement of patent).

69) 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.

70) 손해배상에 관한 저작권법 제93조는 “權利를 침해하는 자”만이 손해배상의무가 있다고 규정하고 있는데, 이는 저작권법 제91조에서 침해정지청구의 상대방을 “권리를 침해하는 자”로 규정하고 있는 것과 文句가 완전히 동일하므로, 後者의 규정에 의하여 상대방이 되지 않는 이상 前者의 경우만 상대방에 된다고 보기는 곤란하기 때문이다.

刑事로는 著作權法에 의욕하면서도 民事로는 民法에 의하여야 한다는 결론도 비록 형사와 민사의 차이를 감안하더라도 상당히 어색하다.

(3) 사적복제와 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 허락받아야 함을 전제하여, 소리바다에서 MP3파일을 전송하는 이용자들이 이러한 허락을 받지 않은 점만으로도 소리바다에서의 MP3파일교환행위가 私的複製에 해당하기는 어렵다는 견해⁷²⁾가 있으나, 이는 의문이다.

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.⁷³⁾ 뿐만 아니라, 현행 저작권법은 아날로그시대에 입법제정된 뒤 그대로 고쳐지지 않고 시행되고 있는 법률이 아니라 디지털 시대에 맞추어 수차례 개정된 결과물임에도 사적복제규정을 손질⁷⁴⁾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 요건을 추가하는 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⁷⁵⁾이라고 보는 것이 현재까지는 더 타당할 것이다.

(4) 1심과 항소심 모두 소위 技術的 統制可能性 부분에 관하여는 충분한 결론을 내리지 못함

1심판결은 技術的 統制可能性을 ISP의 책임요건으로 삼지 않는다는 입장인데, 이것은 물론 소리바다 1이 앞서 본대로 Napster보다 중앙서버의 역할이 더욱 제한적이라는 특성 등을 고려한 결과이기도 하다. 이러한 판례의 입장에 비교적 손쉽게 찬동하는 입장⁷⁶⁾도 있다. 그러나, 技術的 統制可能性은 미국의 Grokster 하급심판결들이나 네델란드의 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.⁷⁷⁾

한편 항소심판결은 “...소리바다 서비스를 통한 복제를 일부라도 방지할 技術的 手段마저 전혀 없는지는 의문이고, 채무자들이 ...소리바다 서비스의 기능 향상을 위한 조치는 적극적으로 취하면서도 저작인접권 침해에 관하여는 경고문을 게시하는 이외에는 아무런 방지 노력을 하지 아니한 이

71) 가령, 아래에서 설명하듯이 소리바다 대표자들에 대한 검찰기소 시 의거한 범리가 “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.
72) 안효질, “P2P環境하에서의 著作權侵害責任”, 『한국법제연구원 연구보고서(현안분석 2001-12-31)』, 2001. 12. 22-23면.
73) 다만, 독일의 저작권법 제53조는 사적복제를 위해 사용된 복제본이 불법적으로 생성된 것이 아님이 명백한 경우에 한하여 사적복제의 성립을 인정하는 엄격한 입장이라고 한다[국회 문화관광위원회, “저작권법중개정법률안검토보고”, 2005. 2. 8면].
74) 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.
75) 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.
76) 오병철, “Super Peer 방식의 P2P시스템(소리바다2)의 저작권 침해문제”, 한국정보보호학회 제5회 사례연구회 발표문, 2003. 4. 15면 및 최성준, “정보의 보호를 둘러싼 분쟁과 재판실무”, 6면.
77) 뿐만 아니라, 향후의 분쟁에서는 統制可能性의 유무 판단이라는 어려운 난제를 위 판례처럼 손쉽게 벗어날 수 없는데, 그 이유는 2003년 개정 저작권법 제77조 제2항¹⁾에서 統制可能性을 면책요건으로 명문화하였기 때문이다.

상 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 범위내에서는 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의 복제에 대하여 피고들에게 방조책임을 묻기는 어렵다고 볼 여지가 있다.

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 사용자들의 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 침해행위임을 알고 이를 區別하여 制止할 수 있었을 때만이 統制可能性이 있다고 보는 입장이 된다. 필자는 이러한 해석 중 正答은 없다고 생각한다.

환언하건대, 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 社會的 利益이 社會的 損失보다 큰 경우라면 그 서비스가 停止되어서는 안 되고, 반대로 피고가 통제할 수 없더라도 피고가 제공하는 서비스로 인한 社會的 損失이 社會的 利益을 상회할 때에는 피고에게 책임을 추궁하여 그 서비스 공급을 停止시킬 수 있다고 판단함이 타당할 것이다. 이것은 다름 아닌 1984년 연방대법원의 Sony 판결에서 제시한 Sony 原則(Sony doctrine)의 일부인데, 지면관계상 여기서는 줄인다.

5. 소리바다 損害賠償事件

주장과 판단 중 많은 부분이 앞서 가치분이의 사건과 겹치므로, 독특한 부분만 살핀다.

가. 1심법원의 판단

(1) 이용자들에 의한 저작권침해 책임의 성립

피고는 손해배상 사건에서의 독특한 주장으로, 소리바다가 저작권 침해를 목적으로 만들어졌다거나 저작권 침해를 위해서만 사용될 수 있는 소프트웨어가 아니며 가치중립적인 도구에 불과하다고 주장하였다. 그러나 법원은, 피고들이 소리바다 서비스를 통하여 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 보기에는 부족하다고 위 항변을 배척하였다.

(2) 소리바다운영자인 피고들의 손해배상책임 여부

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 것이라고 한 다음, 앞서 가치분이의 1심과 마찬가지로 만약 피고와 같은 서비스제공자가 이용자의 침해물 또는 침해행위의 존재를 인식하고도 이를 방지한 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”⁷⁸⁾고 설시하였다. 결론적으로 가

78) 앞서 각테일98 事件의 실시내용과도 동일하다.

처분이의 1심판결과 동일하게 피고의 책임근거규정은 명확히 제시하지 아니한 채, “피고들은 소리바다 이용자와 一體가 되어 원고가 신탁관리하는 음악저작권자들의 복제권·전송권의 침해행위를 하고 있는 것으로 평가할 수 있다”고 하였다.

나. 항소심법원의 판단

(1) 이용자들의 複製權, 傳送權 侵害

이용자들에 의한 복제권 침해는 물론, 손해배상사건의 원고는 가처분이의 사건(저작권인접권자가 원고)과 달리 저작권자이므로 傳送權의 침해도 긍정되었다.

(2) 私的複製의 抗辯 등의 배척

법원은 앞서 假處分異議 事件의 抗訴審과 마찬가지로 이용자들의 복제행위가 사적복제의 객관적 요건을 구비하지 못하였다는 입장을 취하여, 營利를 目的으로 하는지에 관하여는 더 나아가 따져볼 필요 없이 피고들의 위 抗辯은 받아들일 수 없다고 하였다.

(3) 가처분이의 항소심과 동일하게, 幫助에 의한 共同不法行爲의 성립을 증명

피고가 이용자들의 저작권인접권 침해행위에 대하여 부담하는 책임의 근거규정에 있어, 항소심법원은 앞서 가처분이의 항소심법원과 마찬가지로 幫助에 의한 共同不法行爲 책임을 인정하였다. 나아가 손해배상항소심법원은 소리바다 운영자에게 “教唆責任”을 추궁하기 어려운 근거에 대하여 한국 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 따라다고 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.

6. 소리바다 刑事裁判

가. 1심까지의 경과

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 기재가 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 기재가 없다는 이유로 공소기각결정(형사소송법 제327조 2항)을 내림으로써 위 분쟁에 관한 실제적인 판단은 유보되었다.

오랫동안 공판기일을 진행하는 동안 공소사실의 불특정에 관하여는 별다른 거론이 없다가⁷⁹⁾ 이미 공소가 제기된 지 2년이 다 된 시점에 바로 公訴棄却의 形式裁判에 그친 것에는 아쉬움이 크다.⁸⁰⁾

79) 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.

80) 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 수백만명에 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 正犯 약 1천만명(후술하는 바대로, 전성기 소리바다의 실제 회원수이다)을 어느 정도까지는 특정하여야 한다는 부당한 결과가 된다.

이에 檢事가 항소하여 抗訴審에서는 소리바다의 회원 4~5명을 正犯으로 特定한 公소장변경신청서를 제출하였고, 抗訴審 判決에서는 정범들의 행위가 구체적으로 특정되어 있다고 인정한 다음 더 나아가 피고인들에게 無罪를 선고하였다.

나. 항소심법원의 판단

(1) 正犯들이 피해자측의 複製權을 침해하였는지 여부

(가) MP3파일을 다운로드 받는 행위가 複製인지 여부

著作隣接權者인 피해자들에게 인정되지 아니한 傳送權의 영역일뿐, 複製權이 침해될 여지가 없다는 피고인들 주장을 배척하였다.

(나) MP3 파일의 복제행위가 私的複製인지 여부

법원이 앞서 假處分異議 事件이나 損害賠償 事件의 각 抗訴審과 마찬가지로 정범들의 복제행위가 사적복제의 객관적 요건을 구비하지 못한 이상 더 나아가 營利目的의 유무에 관하여 판단할 것 없이 正犯들의 행위는 私的複製에 해당하는 않는다고 보았다.

(다) 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 다음 아니라 앞서 假處分異議 事件의 1심법원이 소리바다 이용자들에 의한 配布權 侵害를 긍정하며 내세운 논리를 그대로 차용하였다.

그러나 형사항소심은 저작권법상 “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 위 주

장을 배척하였다.

(2) 피고인들이 正犯들의 複製權 侵害行爲를 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 不作爲에 의한 幫助에 해당한다.

(가) 소리바다가 이른바 不法道具인지 여부

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, 제조자의 저작권 침해행위에 대한 인식여부와는 상관없이 위와 같은 도구의 판매행위 자체로서 다른 사람의 저작권 침해행위를 도와준 것이 되어 방조범으로서 형사책임을 부담한다 할 것이나,⁸¹⁾ 물건 또는 장비가 실질적으

81) 여기서 항소심은 「다음 각호의 1에 해당하는 행위를 업으로 하는 경우에는 특허권 또는 전유실시권을 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.

로 비침해적·合法的 用途로 사용되고 있거나,⁸²⁾ 장차 그와 같이 사용될 개연성이 높은 경우에는 그 물건 등의 일부 用途가 현재 侵害的으로 사용되고 있다는 사정만으로 곧바로 그것을 가리켜 1차적 침해행위를 위한 不法道具라고 단정지를 수는 없다 할 것”이라고 하였다.

나아가 법원은 위와 같은 기준으로 소리바다를 판단하건대, 소리바다 시스템을 통하여 유통되는 MP3 파일의 30%는 합법적 파일인 점, 인터넷상에

서 P2P 방식에 따른 서비스가 현재 및 장래에 非侵害的 用途로 사용될 개연성이 상당히 높다는 점,⁸³⁾ 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 단정지를 수는 없고, 나아가, 현재 소리바다 서비스의 이용실태만을 근거로 불법 MP3 파일의 유통이 소리바다 서비스의 핵심적인 用途 또는 유일한 用途라고 보기도 어렵다고 판시하였다.

(나) 不作爲에 의한 幫助犯의 성립 여부

법원은 먼저 대법원판례⁸⁴⁾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 살펴보다라도⁸⁵⁾ 피고인들에게 그들이 개발한 소리바다 프로그램을 인터넷상에서 무료로 불특정 다수인들에게 제공한 행위로 인하여 초래된 복제권 침해행위의 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 프

82) 이 부분은 분명히 Sony 判決에서 제시한 “substantial noninfringing use”를 번역하고 있는 것이다(소리바다 刑事抗訴審은 특히 “핵심적인”, “중요한”, “실질적으로” 등으로 매번 다른 용어를 사용하고 있으나, 공통적으로 앞서 “substantial”에 상응하는 번역이라고 보인다. 그렇게 볼 根據는, 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 때뿐만 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.

83) 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 이용방식으로 각광을 받고 있으며, 현재에도 MSN 메신저 등 다양한 인터넷 통신 프로그램에서 합법적으로 이용되고 있는 사실을 들고 있다.

84) 대법원 1996. 9. 6. 선고 95도2551 판결.

85) 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. 따라서 이러한 개정법에서 정한 바를 이행하지 않은 경우 온라인서비스제공자가 개정법에 의거하여 책임감면을 주장하지 못할 뿐이지 그 불이행 사실만으로 거꾸로 곧바로 온라인서비스제공자 책임추궁의 근거가 되지는 않는다. 앞서 보았듯이 美國의 DMCA에서 정한 면책조항에서는 이러한 해석에 아무런 논란이 없다.

로그그램 인터넷상에서 불특정 다수인들에게 무료로 배포하였다는 이유만으로 피고인들에게 당연히 복제권 침해행위를 방지할 작위의무가 발생한다고 할 수 없다고 판시하였다.

끝으로, 條理⁸⁶⁾ 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⁸⁷⁾를 받아 실제로 이를 알게 되었을 경우에만 비로소 저작권 침해행위를 방지할 條理上的 作爲義務가 발생한다고 판단하였다. 덧붙여 기존의 온라인서비스제공자의 책임을 다룬 종전 大法院 判例들⁸⁸⁾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 등이 명예훼손적인 글이 인터넷 게시판 등에 게재됨으로써 피해를 입었다고 주장하는 피해자로부터 위 글에 대한 삭제 또는 시정 조치 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.

그런데, 소리바다를 운영하는 피고인들이 소리바다 시스템을 통하여 불법적인 파일공유가 이루어진다는 사실을 抽象的으로나마 認識⁸⁹⁾하고 있었다는 점은 인정되지만,⁹⁰⁾ 피해자들이 피고인들에게 이용자들의 침해행위를 具體的으로 通知하였다는 사실을 인정할 별다른 증거가 없는 이상⁹¹⁾

결국 피고인들에게는 피해자들이 저작권집권을 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.

다. 형사항소심판례의 분석

(1) 民事抗訴審들과 同一한 事實認定, 그러나 상반된 結論

앞서 소리바다 분쟁에 대한 民事抗訴審, 즉 가처분이의 사건이나 손해배상사건의 항소심판결들과 구별되는 가장 큰 특색은, 判決의 結論이다. 소

-
- 86) 條理에 의하여는 罪刑法定主義와 관련하여 형법상 보증인지위는 인정되지 않는다고 입장(박상기, 前掲書, 318면 등)과 반대로 긍정하는 입장(다만 이재상, 前掲書, 127면은 제한적 긍정설이다)이 학술상 대립되어 있지만, 대법원의 판례는 소리바다 刑事抗訴審이 원용하는 바와 같이 긍정설의 입장이다.
 - 87) 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 파악”할 수 있는 수준의 통지를 지칭하고 있다.
 - 88) 청도권 홈페이지 事件인 대법원 2003. 6. 27. 선고 2002다72194 판결, 하이텔(HITEL) 事件인 대법원 2001. 9. 7. 선고 2001다36801 판결이다.
 - 89) “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.
 - 90) 법원은 그 근거로 소리바다 시스템을 통하여 공유되는 MP3 파일의 약 70%가 불법파일인 점 외에도 앞서 검사의 주장과 같이 미국의 네티스터 소송사태 때문에 이미 소리바다로 인한 저작권침해행위가 빈번하리라는 사정을 인식하였고, 소리바다 운영 중에도 회원자격으로 접속하여 이용자들의 침해행위를 점검하여 온 사정을 들었다.
 - 91) 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 침해당할 음반의 구체적인 명세서를 제출한 것은 어디까지나 수사기관에 제출한 것에 불과하지 피고인들에게 구체적인 통지를 할 것은 아니며, ③ 최고서는 피해자들이 회원으로 가입된 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.

리바다 운영자들의 책임을 긍정하였던 前者의 抗訴審들과 반대로 소리바다 형사항소심은 無罪로 소리바다 운영자들의 책임을 부정하고 있다. 이처럼 同一한 事件의 民事와 刑事事件의 결론이 상이한 경우가 법원의 판결에서 전혀 없다고는 할 수 없지만,⁹²⁾ 그렇게 상이한 경우는 특별한 사정으로 다른 법원의 認定事實과 달리 事實을 認定하는 때가 대부분이다.

하지만 소리바다 事件에서 민사와 형사 법원의 認定事實은 앞서 “3. 소리바다 분쟁의 事實關係”에서 이미 설명하였듯이 실질적으로 동일하다. 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 그것

92) 가령, 교통사고로 인한 피해자의 사망결과에 대한 자동차운전자 책임의 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.

93) 우리 법원은 대법원 1998. 12. 23. 선고 98다31264 판결을 비롯하여 대법원 2003. 1. 10. 선고 2002다35850 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”, 인권과 정의 2001. 4., 113-4면 참조).

94) “...구체적 사정을 살펴보면, 운영자가 이용자들의 파일공유 등으로 인한 저작권법 등 침해행위를 미필적이거나 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 이용자들이 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 저작권법 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 저작권법 침해행위를 용이하게 하였으므로...방조책임을 부담한다”.

95) 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.

과 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.

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 인정되지만⁹³⁾ 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. 그러나 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 하여⁹⁴⁾ 과연 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 보이는 바,⁹⁵⁾ 위와 같은 풀이는 타당하지 않다.

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 내려져야 할 爭點에서 법원간의 법적 견해차가 존재하여 서로 다른 결론에 이르렀다고 볼 수 있다.

(2) 상반된 結論을 이끈 爭點은 다른 아닌 Sony 事件의 그것과 실질적으로 동일함

결국 상이한 결론에 이르도록 한 爭點은 “장치 이용자들이 의한 저작권 등 침해행위가 발생하리라는 사정을 소리바다공급자들이 알았거나 알 수 있었음에도 소리바다를 공급한 경우 그 공급행위

만으로 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 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 요건⁹⁶⁾이 필요하다는 正反對의 立場을 취하고 있다.⁹⁷⁾

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⁹⁸⁾에서 연방대법관들조차 최후까지 多數意見과 少數意見이 뒤바뀌었을 정도로 치열하게 다투어졌던 難題, 환언하여 “장차 VTR 이용자들의 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 실질적으로⁹⁹⁾ 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 유사하다

고도 할 수 있겠다.

연방대법관들의 합의과정에서 원래 多數意見이었다가 최종적으로는 少數意見이 된 입장은 “VTR 이용자들이 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상의 이른바 “商業上 主要한 商品(staple article of commerce)”의 원리를 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 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 非侵害的인 경우(substantial noninfringing use)”일 것, 환언하여 그 상품의 用途가 오로지 侵害的이거나 핵심적인 用途가 侵害的인 것은 아닐 것을 요구한다.

따라서 Sony 判決이래 적어도 미국에서는, 이

96) 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.

97) 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 따르면이라도 소리바다는 저작권 침해의 책임을 면할 수 없다”는 식의 설명은 안효질, “P2P環境 하에서의 著作權侵害責任”, 92면 등.

98) Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc. 事件[104 S.Ct. 774, 464 U.S. 417 (1984)].

99) 소리바다프로그램과 서비스가 베타맥스 VTR이라는 상품으로, 피고측이 추궁당하는 책임이 한국성문법상 민형사상 幫助責任에서 미국 판례법상 寄與責任으로 치환되었을 뿐이다.

용자들에게 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의 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 관련규정에 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의 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의 用途로 사용될 개연성이 상당히 높다...”는 사정을 들어 현재뿐만 아니라 장래의 用途까지 포괄하여 非侵害의 用途를 판단하고자 하는 점에서 美國의 Sony 判決이 제시한 입장과 일치하는 점 등에 비추어, 비록 명시적인 언급은 없을 지라도 실질적으로는 Sony 判決로부터 지대한 영향을 받고 있다고 보인다.

앞서 미국 연방대법원의 Sony 判決이 나올 때까지 다수의견과 소수의견이 뒤바뀌는 치열한 논쟁 과정을 거친 것과 마찬가지로, 우리의 刑事抗訴審 역시 Sony 판결에서 연방대법원이 고민하였던 것과 동일한 엄청난 難題에 관하여 고민한 흔적이 판결문 곳곳에 역력하다. 아울러 필자 역시 Sony 判決의 탁월함에 주목하고자 하는 입장이다.

그렇지만 Sony 判決과 일부나마 기본적인 궤도를 같이 한 刑事抗訴審의 태도가 앞서 假處分異議나 損害賠償의 民事抗訴審의 태도보다 반드시 더 우수하다고 단정하기는 곤란하다. 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,¹⁰⁰⁾ 마찬가지로 위와 같이 침해행위의 유일한 도구이거나 중요한 도구이지만 하면 “저작권 침해 행위에 대한 인식여부와는 상관없이, 도구의 판매 행위 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 등¹⁰¹⁾ 美國 Sony 判決에서 제시한 기준을 무비판적으로 도입한 결과 우리 성문법의

100) 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 규정한 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. 필자도 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 제2항 등을 망라한 해석이고 특히 民事法 영역에서 그러하다는 것이다.

101) 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.

근거제시로부터는 다소 遊離된 측면이 있다.

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, 장치 그러한 개연성이 있는 이상 그 일부 用途가 현재 침해행위에 이용된다는 사정만으로 이용자들의 침해행위를 용이하게 하였다고 보기 어려워 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.¹⁰²⁾ 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 이른바 社會的 利益과 損失을 비교형량하는 다소 法經濟學的인 根據를 들어 소리바다의 허용여부를 판단하는 것이 타당하리라 본다.

(3) 幫助가 不作爲에 의한 것이라고 볼 수 있는지 여부

刑事抗訴審은 앞서 作爲에 의한 幫助責任과 不作爲에 의한 幫助責任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.¹⁰³⁾ 나아가 刑事抗訴審이 비록 그 판시부분에서 더 친절히 설명하지는 않았으나, 법원은 소리바다의 소치가 일단 不作爲犯의 不作爲에 해당된다는 前提하에서, 強學上 真正不作爲犯이 아닌 不真正不作爲犯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 상당히 多數¹⁰⁴⁾ 이다.

그러나 위와 같은 刑事抗訴審의 태도나 이와 같

은 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 살펴되거나¹⁰⁵⁾ 혹은 構成要件 結果發生이 작위적인 방법으로 야기된 것인지를 살펴¹⁰⁶⁾ 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, 소리

102) 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 마찬가지이다.

103) 반대로 소리바다 형사사건의 1심판결문에 드러난 검찰의 공소사실은 적극적 행동(作爲)으로 소리바다의 행위를 파악하고 있다.

104) 가령 P2P방식 제공자의 책임은 서비스를 개시한 이후 이용자들의 침해행위가 발생하는 상황을 용인하는 것이므로 그 책임은 부작위에 의한 방조에 의한 것이라는 입장으로는 이규홍, “P2P 방식에서의 디지털 저작물 보호 등 저작권법상의 몇몇 문제점에 대하여”, 220-21면, 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(阻止可能性) 셋째로, 주관적 요건으로 고의성을 갖추어야 한다고(故意性) 분석하는 입장으로는 구태연, “P2P서비스의 현황과 형사책임”, 정보법학회 제4회 사례연구회 발표문, 2003. 2. 11., 16면.

105) 이재상, 이재상, 형법총론, 박영사, 2003, 118-119면.

106) 박상기, 「형법총론」, 박영사, 2004, 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 띤 행위에 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.

바다운영자가 침해행위방지를 위한 조치를 이행하지 않은 것은 不作爲라고 할 수 있을지 몰라도 그와 동시에 소리바다 서비스를 계속 제공한 것은 作爲임이 분명하다. 왜냐하면 소리바다운영자들은 이용자들에게 소리바다 프로그램을 처음 배포하고 난 이후 전혀 개입하지 않는 것이 아니라 소리바다 네트워크의 파일공유에서 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 때

문이다.¹⁰⁷⁾

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.¹⁰⁸⁾

(4) Napster 判決을 오해한 소리바다 假處分異議 1審 判決의 태도를 반복함

소리바다 형사항소심 역시 앞서 소리바다 假處分異議 1審과 마찬가지로, 실제로는 미국의 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 가처분이의 1심판결을 평석하면서 논하였으므로 여기서는 줄인다.

(5) 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의 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 원용한 것은 논리미약일 수 있다. 왜냐하면 첫째, MSN 메신저에서 채용하고 있는 P2P 기능에도 문자메시지의 직접 전송과 대화기능에 국한하지 않고 파일보내기 기능 등이 첨가되어 있다.¹⁰⁹⁾ 다만 이러한 파일공유기능은 소리바다와 같은 P2P와 달리 불특정 다

107) 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성이 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 법리에 가까울 것이다)에 따라 作爲, 不作爲 그 어느 것에 치우친 논의라고는 도저히 보이지 아니함을 볼 때 앞서 論者의 설명은 어느면을 보더라도 부당하다고 보인다.

108) 이러한 사례에서는 P2P제공자가 최초로 이용자들에게 프로그램을 제공하기만 할뿐 중앙서버를 따로 운영하지 않더라도 이후의 불법파일 공유행위는 이용자들이 프로그램만을 이용하여 실행할 수 있기 때문이다.

109) 2005. 3. 현재 공급된 MSN Messenger 7.0 베타를 기준으로 한다.

수인간에 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, 실령 MSN 메신저에서 구현된 P2P 기능이 법원의 판단으로 현재 적법하더라도, 그러한 사실이 막바로 소리바다 네트워크와 같이 불특정다수인 간의 파일교환을 가능하게 한 시스템의 적법성까지 지지하는 근거가 될 수는 없다. “P2P가 필연적으로 등장한 새로운 기술이어서 이를 불법도구로 보아서는 안된다”는 피고주장이 가진 문제점과 마찬가지로, P2P 技術 자체가 사회적으로 수용되어야 할 불가피성이 있고 따라서 적법하다고 용인하는 것과 P2P 技術의 한 유형(중앙서버형 P2P파일교환서비스)에 속한 특정서비스에 불과한 소리바다가 적법한 것이냐는 분명히 구별되어야 한다.

IV. 결론

이상에서 살펴본 대로, 적어도 저작권분야에 있어 이용자들의 침해에 따른 인터넷서비스제공자의 부수적인 책임을 다룬 한국의 판례는 비록 명시적으로 선언하고 있지는 않으나, 내용상 많은 부분을 美國에서의 논의에 의지하고 있음을 알 수 있다. 종래 각테일 98 判決이나 인터넷제국 判決, 나아가 소리바다 1심판결들이 미국에서 이미 오래전부터 판례상 확립된 寄與責任이나 代位責任의 법리를 충실하게 도입하고 있고, 최근에 내려진 소리바다 형사항소심은 寄與責任이나 代位責任의 법리에만 의지하여 P2P서비스제공자의 책임을 추궁할 때의 이론상 난점을 의식한 듯 Sony 판결이 제시한 이른바 Sony 원칙까지 묵시적으로 판단의 기준으로 채택하고 있다.

그러나 문제는 이 논문의 서두에서 지적하였듯이 寄與責任이나 代位責任에 관한 미국의 판례법과 한국의 성문법은 서로 상이하므로 그대로 번역하듯이 옮겨서는 한국 법규와의 충돌을 피할 수 없다는 점과 형사항소심과 같이 가급적 Sony 원칙을 복제기술과 저작권의 충돌문제해결에 관한 보편타당한 기준으로 도입하자는 시도 자체는 필자도 적극 찬성이지만 그 도입의 합리적인 근거설명이나 정확한 이해 없이 피상적으로 도입하는 것 역시 한국 성문법과의 모순을 초래하리라는 점이다.

나아가 2005. 6. 27. 미국 연방대법원이 전원일치로 Grokster 사건에 관하여 하급심들의 판단을 뒤집고 이른바 “誘發理論”에 터잡아 寄與責任을 인정하는 결론을 내렸다는 외형상의 결론에만 다시 치중하여, 국내의 논의가 앞서와 같은 오류를 반복하여서는 안 될 것이다. 즉, “소리바다 운영자의 OO하거나 XX한 행위들이 이른바 침해를 誘發한 것에 해당되고, 이는 우리 법상 幫助에 의한 불법행위가 성립된다.”는 손쉬운(?) 결론에 맞추어 소리바다사건의 事實들을 사후에 정리하는 수준의 판단이 내려져서는 곤란할 것이다.¹¹⁰⁾ 연방대법원의 Grokster 事件에서 학자들은 물론 당사자의 주장등을 통하여 예견된 爭點은 다르아니라,¹¹¹⁾ 앞서 연방대법원이 1984년 Sony 판결을 통하여 제시한

110) 물론, 필자가 여기서 강조하고자 하는 것은 소리바다 침해책임의 유무라는 결론이 아니라, 그 논리과정의 타당함을 밝혀준다.

111) 연방대법원의 Grokster 판결에서도 “이 사건의 당사자와 (법률 검토의견서를 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 아닌 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).

Sony 原則(요컨대, 복제기술의 용도에 일부 저작권 침해적인 이용, 즉 社會的 損失이 있더라도 비침해적 용도, 즉 社會的 利益이 상당부분에 이르면 일단 복제기술의 공급을 허용한다는 原則)을 디지털 시대의 복제에까지 확장할 것인가?, 아니면 수정할 것인가?의 거창한 難題였다. 하지만 2005년의 미국 연방대법원은 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. 이는 미국특허법 규정인 35 U.S.C. §271(b)의 이른바 “誘發 理論(inducement theory)”의 법리를 도입하는 기발¹¹²⁾한 방법으로 가능하였고, 그 결과 위 Grokster 사건의 판결문은 그 내용상 Sony 原則의 修正問題 대신, Grokster 사안의 特殊狀況에서 책임을 물을 수 있는 단서를 찾는데 집중하고 있다.

이는 바꾸어 말하면, 설령 聯邦大法院의 위 판결을 한국에 그대로 도입할 수 있다하더라도¹¹³⁾ 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 적법성이나 혹은 침해를 적극적으로 의도하고 유발하지 않은 사업의 책임여부는

아직 판단되지 않은 것으로써, 이 점이 연방대법원의 Grokster 判決이 가진 가장 큰 限界라고 할 수 있다.¹¹⁴⁾ 요컨대, 소리바다의 책임을 해결함에 있어서 연방대법원의 Grokster 판결을 참작할 수 있는 것은 (그러한 참작이 가능한지도 더 검토되어야겠지만) 만일 Grokster와 상이한 소리바다 나름대로의 사실관계를 면밀히 분석하여 볼 때 소리바다도 마찬가지로 이용자들의 침해를 적극적으로 유발하였다고 볼 만한 증거가 있을 때에 국한될 뿐이다. 그 점이 다소 모호하여 즉 앞서 소리바다 형사 항소심과 민사항소심이 엇갈린 판단을 내리며 고민한 “爭點”(Sony 原則이 적용될 수 있는 상황)에 대한 판단을 내려야한다면 Sony 原則의 한국에서의 應用¹¹⁵⁾으로 들어갈 수밖에 없을 것이다.¹¹⁶⁾

끝으로, 미국에서의 논의와 달리 한국에서 유의할 필요가 있다고 보는 사실은 가령 과거 MP3 플레이어의 세계최초로 출시한 국가가 다른아닌 韓國이었듯이 작금에도 P2P와 스트리밍의 혼합서비스의 범용화, P2P를 이용한 實時間 전자상거래가 韓國에서 최초로 이루어져 있는 상황을 볼 때, 韓國의 國家的 立場은 ISP責任論을 비롯하여 향후 著作權者 對 技術供給者라는 분쟁의 큰 틀에서는 오히려 後者의 입장에 가깝다는 사실이다.

112) 이 부분에 관하여는 앞서 이 글 서두의 Lessig教授나 Eric Goldmann 教授의 지적을 참조할 것.

113) 주의할 것은 Grokster 判決의 해석의 토대가 된 미국특허법과 같은 규정이 일견 한국특허법에는 존재하지 아니한 것으로 보인다.

114) 이러한 한계를 벗어난 분쟁의 해결에 관하여는, Grokster 判決 중 연방대법관들의 尙員一致 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 수정여부를 쟁점으로 서로 다투고 있으므로, Sony 判決이 차지하는 중요성은 사실 크게 달라지지 않았다고 하겠다.

115) 그러한 응용의 근거가 될 수 있는 것은 저작권법 제92조 제2항(기술적보호조치를 무력화할 것을 주된 목적으로 하는 기술 등의 제공 등 행위를 금지하는 조항)이나 특허법 제127조(특허침해에만 사용하는 물건의 양도 등을 금지하는 조항) 등으로 보지만, 지면관계상 상술은 생략한다.

116) 한국법제상 ISP의 책임근거규정이 일견 幫助에 의한 불법행위 규정이다하든, 과연 침해적 이용과 비침해적 이용 양면을 가진 상품이나 서비스의 공급행위 자체만으로 幫助에 해당하는지는 결국에는 사회적 이익과 손실을 비교하여 그 상품이나 서비스를 수용할 지를 결정하는 판단기준만이 보편타당한 기준일 것이다.

<ABSTRACT>

Jun Seok Park

Precedent decisions in Korea, whose issues were the Internet Service Provider's secondary liability derived from users' copyright infringement, depend on the United States decisions for their fundamental structures. Former "Cocktail 98" decision and "Internet Empire" decision, latter "Sora-bada" trial decisions faithfully imported the contributory liability and vicarious liability principles under the US case law into ISP's liability theory in Korea. Moreover, recent "Sora-bada" criminal appellate decision adopted the Sony doctrine, which had been presented in Sony decision by the US Supreme Court, as implied criteria. So, The Supreme Court of Korea in "Sora-bada" cases would be likely to substantially consult the Grokster decision of the US Supreme Court on June 27, 2005. But there is a definite limit to do so, because the Grokster decision is nothing but the application of the so-called "inducement theory", which has been codified only in US patent law, to Grokster's specific facts.

주제어(Key Words): 인터넷서비스제공자(ISP, Internet Service Provider), 온라인서비스제공자(OSP), 소리바다(Sori-bada), 그록스터(Grokster)