

개정 저작권 하의 ISP 책임 (ISPs' liability under Korean Copyright Act 2006)

박준석(Jun-Seok Park) *

<목 차>

- I. ISP 책임에 관한 개정 저작권법의 성립과정
- II. ISP 책임에 관한 개정 저작권법의 내용
- III. ISP의 책임을 가중한 새로운 규정들에 대한 분석
- IV. 결 어

요 약

2006. 12. 개정된 저작권법은 온라인서비스제공자의 책임에 관하여 구법 제77조, 제77조의2에서 이미 정하였던 내용을 제102조, 제103조에 거의 그대로 승계시키고 있다. 아울러 신설된 개정 저작권법 제104조는, 저작물 전송을 주된 목적으로 하는 소위 특수한 유형의 온라인서비스제공자에게 대해 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 소위 기술적인 조치 의무를 부과하였고, 이를 불이행하면 제재를 과하고 있다. 그러나 다음과 같은 이유로 법 제104조는 향후 저작권법 재개정과정에서 삭제함이 더 합리적이다. 첫째, ISP의 책임의 제한요건

이 아니라 책임의 요건을 정한 제104조와 같은 입법방식은 외국에도 선례가 드물다. 둘째, 특수한 유형의 온라인서비스제공자 개념이 모호하여 거의 모든 유형의 ISP들에게 확장 남용될 우려가 있다. 셋째, 문광부의 고시에 따라 기술적 보호조치가 무엇인지 현실적으로 확정되는 것은 부적절하다. 넷째, 제104조와 같은 조항은 저작권보호를 극히 강조하여온 미국에서조차 아직 입법되지 않았다.

I. ISP 책임에 관한 개정 저작권법의 성립과정

1. 서

ISP¹⁾ 책임관련 부분에 국한하여 볼 때, 현재 우리 저작권법을 둘러싼 환경은 내·외적으로 그 어느 때보다 급격한 변화를 예고하고 있다. 우선 외적인 변화요인으로, 국력을 등에 업고 점차 위력을 더하고 있는 미국의 디지털 밀레니엄 저작권법(Digital Millenium Copyright Act)은 유럽연합 등에 이어서 한국까지도 조만간 저작권법 중 관련규정들을 미국의 그것들과 유사하게 수립시켜 나갈 기세이다. 미국은 현재 한국과의 FTA협상을 진행함에 있어 저작권분야 중 ISP 책임관련 규정들에 관하여는 자국의 규정, 즉 미국 디지털 밀레니엄 저작권법 중 해당 규정²⁾의 내용을 거의 그대로 한국 측이 수용할 것을 요구하고 있다고 한다. 다음 내적인 변화요인으로, 수많은 논란 끝에 성립되어

* 서울서부지방법원 판사(사법연수원 제25기)

jih6@scourt.go.kr

1) Internet Service Provider, 이하에서는 개정 저작권법의 조문을 언급하는 경우 등에서 편의상 온라인서비스제공자라고도 칭한다.

2007. 6. 29.부터 시행될 예정인 개정 저작권법은 ISP에 대한 기존 책임제한규정에 더하여 새롭게 책임을 부과하는 규정을 도입하고 있다.³⁾

이러한 내외의 환경변화 중 외적인 요인에 관하여는, FTA협상결과 등이 구체적으로 나오면 그때 나올 한국의 입법안을 보아가며 학자들이 논의할 시간적 여유가 있을 뿐만 아니라, 세련된 법적 논리의 우열보다 현실적인 국력의 우열이 우리 입법의 결과를 크게 좌우하는 영역이라고도 볼 수 있다. 하지만 내적인 요인에 있어서는, 이미 성립된 개정 저작권법이 조만간 시행될 예정어서 학자들의 검토가 시급할 뿐만 아니라, ‘개정 법률에 따라 초래될 수도 있는 ISP 책임영역의 큰 변화가 과연 우리의 현실에서 타당한 것인가’에 관한 연구 성과를 향후 저작권법의 수정에서 반영할 수 있는 여지가 충분하다고 본다.

따라서 이 글은 이하에서, 위에서 말한 내적인 변화요인에 관한 고찰에 치중하고자 한다.⁴⁾ 아울러 이 글은 말미에서, 특수한 유형의 온라인서비스제공자에게 부과하고 있는 기술적 조치의무를 부과하고 있는 개정 저작권법 제104조는, 저작권 보호라는 명제에만 지나치게 경도된 입법으로 특히 한국의 현실에서 미국보다 앞서 이런 입법을 도입할 합리적 이유가 없는 점, 아울러 법문 체계상으로도 많은 문제를 낳고 있는 점 등을 들어 중국적으로는 삭제되어야 한다는 결론을 내리고 있다.

2. 2003년 저작권법 개정이후 새로운 개정안의 등장과 변천과정⁵⁾

최초로 ISP 책임제한규정을 도입한 2003년 저작권법 이래로, 그 부분과 관련하여 큰 변화가 있는 현행 저작권법의 출발은 우선 2005. 10. 31. 열린 우리당 이상호 의원 등 국회의원 10인이 발의한 저작권법 일부개정 법률안에서 찾을 수 있다. 그 개정안의 주된 내용은 개인 간 파일공유 등을 목적으로 하는 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 경우 저작권자가 요청할 때에는 대통령이 정한 기술

적 조치 등을 의무화하고(제77조의3 제1항), 위와 같은 특수한 유형의 온라인서비스제공자는 해당 서비스가 불법이라는 사실을 알고도 서비스를 제공한 경우 권리침해를 한 것으로 간주한다는 것(제77조의3 제2항)이었다.⁶⁾ 아울러 위 개정안은 이러한 기술적 보호조치를 이행하지 아니하거나 위와 같이 권리침해를 한 것으로 간주된 특수한 유형의 온라인서비스제공자에게 형사처벌까지 과하도록 정하고 있어⁷⁾, 전반적으로 저작권자의 입장이 강하게 반영된 입법안이었다.

이상호 의원이 온라인서비스제공자의 책임과

- 2) 정확히는 17 U.S.C. 512. 미국의 성문법적인 U.S.C. 중 제17편(TITLE 17)은 한국의 「저작권법」에 대응하는 데, 디지털 밀레니엄 저작권법이 성립할 때 기존 저작권법규정인 법 17편 중 제511조에 덧붙여 제512조로 신설된 규정이 바로 온라인저작권침해 책임제한 법률(Online Copyright Infringement Liability Limitation Act, OCILA)이라고 명명된 온라인서비스제공자책임제한 규정이다.
- 3) 그 외에 꼽을 수 있는 ISP 책임관련 중요사항으로는, 최근 소리바다 가처분이의 상고심 사건(대법원 2005다11626호 사건)에 관하여 대법원이 2007. 1. 25. 피고 소리바다 측의 방조책임을 긍정하는 판단을 내린 것이다. 이것은 우리 법원이 앞으로 ISP의 책임중구의 근거규정을 원칙적으로 민법상(과실에 의한) 방조범리에 의할 것임을 분명히 한 데 의의가 있다. 하지만 이것은 기존 하급심 판결의 입장을 지지, 확인한 것이어서 새로운 변화(變化)의 원인이 라고는 볼 수 없다.
- 4) 아래에서 설명하듯이 개정 저작권법 중 제102조, 제103조는 구 저작권법의 기존규정을 대부분 승계한 것이므로 이들에 대한 분석은 구 저작권법의 기존 규정들에 대한 비판(이에 관해 자세히는 쫄자, 인터넷서비스제공자의 책임, 박영사, 2006, p. 146~179 참조)과 대동소이할 수밖에 없으므로 이 글의 대상에서 제외한다.
- 5) 이 부분과 아래 3. 항과 관련하여 현행 저작권법의 성립경위에 관하여 더 자세히는 정상호·박준석, 『저작권법상 온라인서비스제공자의 책임』, 한국인터넷기업협회 용역보고서, 2006 참조.
- 6) 그 구체적인 내용을 보자면, 먼저 구 저작권법 제77조, 제77조의2에 이어 다음과 같은 규정을 신설하도록 하고 있었다. ‘제77조의3(특수한 유형의 온라인 서비스제공자의 의무 등)
 - ① 다른 사람들 상호간에 컴퓨터 등을 이용하여 저작물등을 복제·전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제공자는 다른 사람들 상호간에 저작물등이 불법적으로 복제·전송되는 것을 방지하기 위하여 기술적 보호조치 등 대통령령이 정하는 필요한 조치를 취하여야한다.
 - ② 다른 사람들 상호간에 컴퓨터 등을 이용하여 저작물등을 복제·전송하는 것을 목적으로 하는 온라인 서비스에 대하여 해당 서비스가 불법이라는 사실을 알고서 이에 접근하도록 설비, 장치 또는 서비스를 제공하는 온라인서비스제공자는 저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 침해한 것으로 본다.
- 7) 위 개정안 제98조.

관련하여 제안한 위 최초 개정안은 국회 문화관광위원회의 심의과정에서 다른 저작권법 개정안들과 통합되는 과정을 거치게 되었다. 즉 국회 문화관광위원회는 위 개정안과 함께 2004년 9월 4일 정성호의원, 2004년 12월 27일 윤원호의원이 각각 대표발의하여 회부된 저작권법 일부개정 법률안과 2005년 6월 13일 이광철의원이 대표발의하여 회부된 저작권법 전부개정 법률안을 수정·통합하여, 이상의 4건의 개정안을 모두 대신하여 2005. 12. 6.자로 새로운 대안을 국회 법제사법위원회에 제출하였다. 국회 문화관광위원회에서 대안으로 제시된 새로운 통합개정안은 국회 법제사법위원회

에서 심의를 받게 되었고, 그 심의 도중인 2006. 2. 6. 제출된 이상호 의원의 수정의견⁸⁾에 따라 온라인서비스제공자의 책임 관련조항은 다시 일부 변경되었다.

3. 현행 저작권법 중 ISP책임규정들의 성립

이상과 같은 많은 논란에도 불구하고 전문개정된 저작권법은 2006. 12. 1.에 이르러 국회 본회의를 통과하여 2006. 12. 13. 정부에 이송되었다. 새로운 저작권법은 공포 후 6월이 지난 시점으로부터 시행될 예정이다. 우여곡절끝에 성립된 현행 저작권법은 2006.2. 6. 재수정된 改正案을 토대로 하고 있다. 이러한 입법과정에서 이상호 의원 대표발의의 개정안 중 핵심내용인 제77조의3 중 제2항은 삭제되었지만⁹⁾ 같은 제1항, 즉 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 기술적 조치의무 조항은 거의 변화를 겪지 않은 채¹⁰⁾ 개정 저작권법 제104조로 수용되었다.

개정 저작권법은 2003년 개정을 통하여 도입되어 저작권법 내에 이미 존재하고 있던 온라인서비스제공자의 책임제한 관련규정들인 제77조, 제77조의2를 거의 그대로 제102조, 제103조에 그대로 옮겼다. 변화가 있다면, 권리주장자로부터의 복제·전송의 중단요구가 있는 경우 종전에는 온라인서비스제공자가 '지체없이' 그 저작물등의 복제·전송을 중단시키도록 규정하였다가 '즉시' 중단시키도록 하여 실질적 내용의 변경 없이 표현만이 수정되었을 뿐이다.¹¹⁾

한편 대통령령으로 정할 특수한 유형의 온라인서비스제공자에게는 권리자의 요청이 있는 경우 기술적 조치의무를 부과한 제104조, 문화관광부장관에게 온라인 서비스제공자에 대한 불법 복제물의 삭제·중단 명령권을 부여한 제133조 제4항, 이들 기술적 조치의무나 삭제·중단명령을 위반한 경우 각각 과태료를 부과하도록 한 제142조를 신설하고 있다. 이렇게 신설된 조항들의 내용은 사실 법안의 통과직전까지도 이견(異見)이 있었던 부분

8) 2006. 2. 6.자 국회 법제사법위원회에서의 이상호 의원의 '저작권법 개정안 수정의견' 전문 참조.

9) 그 처벌의 범위가 P2P뿐만 아니라 포털 등 일반적인 검색서비스에까지 확장될 수 있다는 우려와 비판이 있자 입법자가 위 조항 자체를 삭제하였다. 이와 관련하여서는 개정 저작권법에 대하여 2006. 12. 1. 이루어진 국회 법사위 체계지구검토보고서 제3면 참조.

10) 다만 다음과 같은 2가지 극히 사소한 변화가 있었다. 첫째, 제77조의3 제1항은 소위 P2P, 웹하드 업체를 대상으로 하는 조항임에도 널리 이메일, 메신저, 포털의 게시판 등까지 위 규정의 대상이 될 수 있다는 비판이 강하게 일자, 이메일, 메신저 등은 규제대상에서 제외하고자 하는 시도로써 위 조항 중 '복제·전송하도록'이라는 표현을 '전송하도록'으로 수정하였다(이상은 위 각주 '수정의견'의 설명을 옮긴 것일뿐 과연 이러한 문구만으로 위 설명과 같은 규제대상의 변화가 일어나는지는 지극히 의문이다).

둘째, 최초의 개정안 제77조의3 제1항의 '다른 사람과 상호간에 저작물등이 불법적으로 복제·전송되는 것을 방지하기 위하여 기술적 보호조치 등 대통령령이 정하는 필요한 조치를 취하여야 한다'라는 표현이 2005. 12. 6.자 문화관광위 대안에서는 '대통령령이 정한 바에 따라 다른 사람과 상호간에 저작물 등이 불법적으로 복제·전송되는 것을 방지하기 위하여 기술적 보호조치 등 필요한 조치를 하여야 한다'로 바뀌었다가 최종 입법된 법률에서는 '...권리자의 요청이 있는 경우 당해 저작물등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 하여야 한다. 이 경우 권리자의 요청 및 필요한 조치에 관한 사항은 대통령령으로 정한다'로 그 문구의 순서만 바뀌었다. '기술적 보호조치'가 '기술적인 조치'로 변화된 것은, 개정 저작권법 제104조에 따라 요구되는 ISP 의무는 전송을 차단하기 위한 조치의무로, 이미 저작권법상 존재하던 개념인 '기술적 보호조치'(제2조 제28호 및 제124조 제2항)와 구별될 수 있음을 유념한 결과인지 모른다. 하지만 이 글 아래(III. 3. 다. 참조)에서 설명하듯이, 전송을 차단하기 위한 조치를 위해서는 저작물 등을 인지할 수 있는 기술적인 조치 가 그 전제로 요구되는데, 후자는 많은 경우 저작권자가 부착한 권리관리정보나 기술적 보호조치를 포함하게 될 것이므로 제104의 운용에서는 '기술적 보호조치' 및 '기술적인 조치'의 엄격한 구별이 큰 의미가 없을 것이다.

이었다.¹²⁾ 다만 현행 저작권법은 기술적 조치의무를 위반한 경우 형사처벌을 부과하자는 입장¹³⁾은 취하지 아니하고 위와 같이 과태료를 부과하도록 제재의 수준을 완화하고 있다.

II. ISP 책임에 관한 개정 저작권법의 내용

1. ISP 책임에 관한 구법의 규정들은 거의 그대로 유지함

가. 개요

우리 저작권법은 이미 2003. 5. 27. 개정시 “제5장의2 온라인서비스제공자의 책임 제한”에서 온라인서비스제공자가 서비스를 제공하는 행위와 관련하여 이용자들이 저작권 등을 침해한 경우 일정한 요건 하에서 서비스제공자의 책임을 감경·면제해주는 규정을 신설한 바 있다. 이들 규정들의 골격은 2006. 12. 1. 전문개정되어 공포후 6월이 지난 시점부터 시행될 새 저작권법(이하, 현행 저작권법이라고 한다)에서도 거의 그대로 유지되고 있다. 즉 구법 제77조가 현행 저작권법 제102조로, 구법 제77조의2가 현행 저작권법 제103조로 각각 승계되었다.

아울러 저작권법의 전면개정에 발맞추어 저작권법시행령과 시행규칙 또한 2007. 3. 9. 문화관광부 주도의 공청회가 개최되어 그 개정안¹⁴⁾이 공개되는 등 조만간 전면개정될 예정이다. 위와 같이 구법 제77조, 제77조의2에 부속되었던 현행 저작권법시행령 부분¹⁵⁾의 내용은 개정안에서도 거의¹⁶⁾ 변동이 없다.

나. 제102조, 제103조 규정의 내용

우선 현행 저작권법에서 온라인서비스제공자(OSP)란, 다른 사람들이 정보통신망(정보통신망 이용촉진 및 정보보호등에 관한 법률 제2조 제1항 제1호의 정보통신망을 말한다)을 통하여 저작물¹⁷⁾등을 복제 또는 전송할 수 있도록 하는 서비스를 제공하는 자를 말한다.¹⁸⁾ 온라인서비스제공자에

대한 이러한 정의규정은 구법에서도 거의 동일하였었다.¹⁹⁾

온라인서비스제공자의 서비스를 이용한 저작물 등의 복제·전송에 의하여 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 자신의 권리가 침해됨을 주장하는 자(이하 이 조에서 “권리주장자”라 한다)

- 11) 그러나 위 개정법률의 입법자의 설명은 전혀 다르다. 이 설명에 그대로 따르자면, ISP가 전송중단을 요청 받은 후 1주일 정도, 심지어는 한달이 지난 후에 전송 등을 뒤늦게 중단하는 사례가 빈발하여, 권리자 측과 분란을 야기하고 있으므로 이를 수정하기 위하여 위와 같이 ‘즉시’로 고친 것이라고 한다. ‘즉시’라는 문구는 ‘지체없이’보다 시간적 즉시성이 강한 것으로, ‘지체없이’ 역시 시간적 즉시성이 강하게 요구되지만 정당한 또는 합리적인 이유에 대한 지체는 허용된다고 해석하고, 다만 사정이 허락하는 한 가장 신속하게 하여야 한다는 것을 뜻한다는 설명이다. 이상은 문화관광부 저작권팀 신은향 사무관, ‘개정 저작권법 해설’, 사단법인 인터넷기업협회 주최 2007 인터넷산업 관련 법률/정책 설명회 (2007. 2. 2.) 발표자료, p. 17
<http://www.kinternet.org/bbs/bbs_View.asp?Page=1&Inx=1070&Table=KDB21>[2007. 3. 24.]
그러나 법문구를 ‘즉시’로 고쳤다고 하여, 향후에는 정당한 또는 합리적인 이유를 가진 지연에 대하여도 ISP가 그 위함을 새로 부담하게 되었다고 해석할 수도 없거나 그렇게 해석하는 것은 잘못된 것이므로, 위 설명은 부당하다.
- 12) 이 점에 관하여는 임중호(국회 전문위원), “저작권법 전부개정법률안(대안) 검토보고”, 4면 이하 참조.
- 13) 이상호 의원 등의 최초 개정안 제98조 참조.
- 14) 이 글에서는 개정저작권법을 그 중심에 놓고 있으므로 저작권법 시행령과 시행규칙 역시 현행의 그것들보다, 오히려 개정저작권법에 대응하고 있는 위 개정안을 중심으로 설명하고자 하며, 이하에서는 저작권법 시행령(혹은 시행규칙) 개정안이라고 칭한다.
- 15) 제28조의2(권리주장자의 소명), 제28조의3(복제·전송자에 대한 중단의 통보), 제28조의4(복제·전송자의 소명 등), 제28조의5(복제·전송의 재개통보 등), 제28조의6(수령인의 공지) 조항들이다.
- 16) 단지 권리주장자, ISP, 복제·전송자 간의 상호의사연락수단으로 ‘전자우편’에 의한 방법이 추가로 인정되었을 따름이다. 가령 현행 저작권법시행령과는 달리 개정안에서는, 저작권등의 침해를 주장하는 권리주장자는 그러한 사실을 소명하는 자료를 직접 또는 우편이나 팩시밀리에 의하거나 ‘전자우편’으로 ISP에게 전달할 수 있다.
- 17) 저작물, 실연·음반·방송 또는 데이터베이스를 말한다(저작권법 제2조 제7호 참조)
- 18) 저작권법 제2조 제30호
- 19) 구 저작권법 제2조 제22호에서는 이를 “다른 사람들이 저작물이나 실연·음반·방송 또는 데이터베이스를 정보통신망(정보통신망 이용촉진 및 정보보호등에 관한 법률 제2조 제1항 제1호의 정보통신망을 말한다)을 통하여 복제 또는 전송할 수 있도록 하는 서비스를 제공하는 자를 말한다”고 정의하고 있었다.

는 그 사실을 소명²⁰⁾하여 온라인서비스제공자에게 그 저작물 등의 복제·전송을 중단시킬 것을 요구할 수 있고(제103조 1항, 이른바 著作権者들의 侵害主張의 通知), 온라인서비스제공자는 위와 같은 권리주장자로부터의 복제·전송의 중단요구가 있는 경우에는 즉시²¹⁾ 그 저작물등의 복제·전송을 중단시키고 중단한 날부터 3일²²⁾ 이내에 당해 저작물 등을 복제·전송하는 자(이하 “복제·전송자”라 한다)에게 그 사실을 통보하여야 한다(제103조 2항).²³⁾ 그러한 통보를 받은 복제·전송자가 자신의 복제·전송이 정당한 권리에 의한 것임을 소명²⁴⁾하여 그 복제·전송의 재개를 요구하는 경우(이른바, 複製·傳送者の 對應通知) 온라인서비스제공자는 재개요구사실 및 재개예정일²⁵⁾을 권리주장자에게 지체없이 통보하고 그 예정일에 복제·전송을 재개시켜야 한다(제103조 3항). 이

때, 정당한 권리 없이 제1항 및 제3항의 규정에 의한 그 저작물 등의 복제·전송의 중단이나 재개를 요구하는 자는 그로 인하여 발생하는 손해를 배상하여야 할 뿐만 아니라, 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.

온라인서비스제공자가 위와 같은 공지를 하고, 제2항 및 제3항의 규정에 의하여 그 저작물 등의 복제·전송을 중단(이른바, 除去措置)시키거나 재개시킨 경우에는 다른 사람에 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. 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 규정에 의한 중단을 요구하기 전까지 발생한 책임에는 적용하지 아니한다.

한편, 온라인서비스제공자가 저작물이나 실연·음반·방송 또는 데이터베이스, 즉 저작물 등의 복제·전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여 다른 사람에 의한 저작물 등의 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 책임

20) 소명자료의 구체적인 내용은 저작권법 시행령 개정안 제47조에서 정하고 있다. 이는 저작권자가 소명자료를 제출할 수 있는 방법으로 새로 ‘전자우편’에 의한 방법을 추가하고 있는 외에는 현행 시행령 제28조의2의 내용과 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 자료 등을 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 날인이 기재된 문서를 온라인서비스제공자에게 제출하여야 한다. 이러한 구체적 내용은 17 U.S.C. §512(c)(3), 즉 DMCA 512조 (c)(3)의 내용과 거의 동일하다.

21) 구 저작권법에서는 “지체없이”라고 표현하고 있던 것을 2006. 12. 1. 개정시 “즉시”로 바꾸어 정하였다.

22) 저작권법 시행령 개정안 제48조 제1항

23) 이러한 입법의 실질적 내용은, 美國 Netcom 事件에서 법원이 피고 ISP의 책임을 인정하기위한 전제기준으로 언급한 데서 출발한 것으로 미국의 DMCA에서 정한 절차를 대부분 수용한 것이다.

24) 저작권법 시행령 개정안 제49조 제1항

25) 재개예정일에 관하여, DMCA 제512조 (g)(2)(C)는 복제, 전송행위자로부터의 재개요구를 수령한 날로부터 10일이상 14일이하 기간안에 하도록 정하고 있으나, 우리 저작권법은 재개요구를 수령한 날로부터 7일이상 14일 이내로 다소 상이하게 정하고 있다.

을 면제하도록 구별하여 정하고 있다(제102조 1항, 2항).²⁶⁾

다. 제102조, 제103조와 유사한 규정들이 존재하는 다른 법률들

컴퓨터프로그램보호법은 2003년 개정된 저작권법보다 오히려 앞선 시점에²⁷⁾ 구 저작권법 제77조, 제77조의2와 실질적으로 동일한 내용의 ISP 책임관련 규정을 이미 신설하고 있었다. 하지만 2006년 개정된 현행 저작권법은 아래에서 보듯이 제104조와 같은 새로운 조항을 추가하고 있음에도 이에 대응하는 컴퓨터프로그램보호법의 수정작업은 아직 이루어지지 않은 상태이다.

한편, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률에서는 이미 2000년경 개정안에서 미국 DMCA가 아닌 독일 온라인서비스법의 내용을 수용한 ISP 책임관련 규정을 도입하려 시도하였다가 좌절된 바 있었다.²⁸⁾ 이후 2001년 전문개정시 아주 간략한 제44조 규정²⁹⁾만이 도입되어 ISP의 책임관련 규정으로 기능하고 있었는데, 2007. 1. 26. 개정을 통하여 좀 더 상세한 규정인 제44조의2가 도입되었다.³⁰⁾

종래 한국에서는 ISP가 저작권이외의 권리를 침해한 경우(가령, 명예훼손행위)에는 침해물의 제거 등 일정한 노력을 하더라도 그에 따른 책임제한을 주장할 수 있는 근거법률이 존재하지 않았다. 즉 저작권침해의 경우에는 구 저작권법 제77조, 제77조의2에서 책임제한의 요건을 규정하고 있었지만 나머지 침해영역에 대하여는 미국, 유럽연합, 일본 등 대부분의 외국들과는 달리 ISP 책임제한법률이 결여되었던 것이다.³¹⁾ 그런데, 책임제한규정으로 입법되었음이 문구상 분명한³²⁾ 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의2는 그 적용범위를 '사생활의 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리가 침해된 경우'로 명시하고 있으므로 이제부터는 한국에서도 ISP가 저작권침해뿐만 아니라 명예훼손 등 여타의 권리침해 영역에서도 일정한 요건을 구비하면 책임제한을 주장할 수 있

게 되었다는데 위 규정의 의미가 크다.

2. ISP의 책임을 가중한 새로운 규정들

나아가 현행 저작권법은 아래에서 보듯이 특수한 유형의 온라인 서비스제공자에게 기술적 조치 의무를 부과한 제104조, 문화관광부장관에게 온라인 서비스제공자에 대한 불법 복제물의 삭제·중

26) 2003년 저작권법 개정시, 당초의 개정안 제77조 제3항에서는 다른 사람에 의한 저작물 등의 복제·전송으로 인하여 그 저작권 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시키거나 하였으나 시간적·재정적인 이유 등으로 보아 통상적·합리적으로 이를 기대하기 어려운 경우도 책임을 제한하도록 정하고 있었다고 한다.

27) 2002. 12. 30. 개정 컴퓨터프로그램보호법. 저작권보호에 관한 주법(主法)이라할 저작권법에서의 관련규정 도입보다 오히려 앞서 컴퓨터프로그램보호법에서 ISP 책임관련 규정의 도입이 이루어진 이유는, 의도된 것이라기보다 저작권법 개정에 2년 이상 소요되었다는 사정에 기인한 것으로 보인다. 이러한 ISP 책임관련 입법의 구체적 추진경위에 관하여는 위 쏘저, p. 138~141 참조.

28) 이에 관한 자세한 내용은 위 쏘저, p. 138~140 참조.

29) 여기에서는, 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 신청인에게 통지하여야 하도록 규정하고 있다(제2항). 즉 구법 제44조는 엄밀히 말하자면 ISP의 책임관련 규정이라고는 할 수 있어도, 책임을 제한하여 주는 규정은 아니었다.

30) 제44조의2(정보의 삭제요청 등) ① 정보통신망을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 인하여 사생활의 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리가 침해된 경우 그 침해를 받은 자는 해당 정보를 취급한 정보통신서비스제공자에게 침해사실을 소명하여 당해 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재(이하 "삭제등"이라 한다)를 요청할 수 있다.

② 정보통신서비스제공자는 제1항의 규정에 따른 당해 정보의 삭제등의 요청을 받은 때에는 지체 없이 삭제, 임시조치 등의 필요한 조치를 취하고 이를 즉시 신청인 및 정보 게재자에게 통지하여야 한다. 이 경우 정보통신서비스제공자는 필요한 조치를 한 사실을 해당 게시판에 공시하는 등의 방법으로 이용자가 알 수 있도록 하여야 한다....

③ 정보통신서비스제공자는 필요한 조치에 관하여 그 내용·절차 등을 포함하여 미리 약관에 명시하여야 한다.

④ 정보통신서비스제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 유통되는 정보에 대하여 제2항의 규정에 따른 필요한 조치를 한 경우에는 이로 인한 배상책임을 줄이거나 면제받을 수 있다.

31) 이러한 지적에 관하여 자세한 위 쏘저, p. 173~175 참조.

32) 같은 조 제6항에서 분명히 책임제한의 효과를 정하고 있다.

단 명령권을 부여한 제133조 제4항, 이들 의무나 명령을 위반한 경우 과태료를 부과하도록 한 제142조를 각각 신설하고 있다.

먼저, 제104조는 이른바 ‘특수한 유형의 온라인 서비스제공자의 의무 등’을 정한 규정으로, ‘다른 사람들 상호 간에 컴퓨터 등을 이용하여 저작물 등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제공자(이하 “특수한 유형의 온라인서비스제공자”라 한다)는 권리자의 요청이 있는 경우 당해 저작물등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 하여야 한다. 이 경우 권리자의 요청 및 필요한 조치에 관한 사항은 대통령령으로 정한다’고 규정하였다(제1항). 아울러 문화관광부장관으로 하여금 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 범위를 정하여 고시할 수 있도록 하고 있다(제2항).

다음으로, 문화관광부장관에게 불법 복제물의 수거·폐기 및 삭제 권한을 부여한 제133조 중 제4항은 ‘문화관광부장관은 정보통신망을 통하여 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 침해하는 복제물의 전송 등으로 인하여 저작권등의 이용질서를 심각하게 훼손한다고 판단되는 경우 제112조의 규정³³⁾에 따른 위원회의 심의를 거쳐 대통령령이 정하는 바에 따라 복제·전송자 또는 온라인서비스제공자에게 이를 삭제 또는 중단하도록

명할 수 있다’고 정하고 있다.

덧붙여, 위 제104조의 의무나 제133조 제4항에 따른 명령을 위반한 온라인서비스제공자에 대하여 제142조에서는 각각 과태료를 부과하도록 하고 있다.³⁴⁾

III. ISP의 책임을 가중한 새로운 규정들에 대한 분석

1. 제104조의 입법기술상의 특색

가. 책임제한요건이 아닌 책임요건을 규정함

제104조는 기존의 규정들을 승계한 제102조, 제103조와 마찬가지로 ISP의 책임에 관한 규정이라는 점에서는 공통되지만, 분명히 구별되는 특색이 있다. 그것은 제102조, 제103조가 ISP의 책임 제한규정임에 비하여, 제104조는 책임규정, 즉 책임을 지우는 근거규정이라는 점이다. 자세히 말하자면 아래와 같다.

저작권법상 온라인서비스제공자의 책임을 임의적으로 감면하는데 관한 기존 규정들인 제102조 및 제103조는 서비스제공자의 책임요건이 아니라 일정한 경우 그 책임을 감면할 수 있는 요건에 불과하다. 따라서 위 규정들이 정한 바를 이행하지 않았더라도 ISP가 그 규정에 따른 책임감면을 주장하지 못할 뿐이지, 그 불이행 사실만으로 곧바로 ISP의 책임이 긍정되지는 않는다. 앞서 보았듯이 우리 저작권법의 규정에 지대한 영향을 끼친 미국 디지털 밀레니엄 저작권법 중 온라인서비스제공자의 책임에 관한 조항에 있어서는 이러한 해석에 아무런 논란이 없다.³⁵⁾

따라서 책임요건, 즉 소송에서 원고 저작권자가 피고 ISP에게 책임을 추궁하기 위한 요건에 관하여는 한국이나 미국에서 모두 기존의 저작권법 원리가 여전히 적용된다. 미국에서라면 저작권자는 미국 저작권법상 성문규정에 근거한 직접책임(direct infringement) 이론, 혹은 판례법에 근거한 기여책임이론(contributory liability) 또는 대위책

33) 구법상의 저작권심의조정위원회 대신 새로 설치될 저작권위원회의 설치 및 구성에 관한 조항이다.

34) 제104조 위반의 경우 3천만원 이하의 과태료를, 제133조 제4항 위반의 경우 1천만원 이하의 과태료를 각각 부과 받게 된다.

35) 즉 미국 디지털 밀레니엄 저작권법 중 온라인저작권침해 책임제한 법률은 언제 그리고 어떠한 조건하에서 ISP가 책임을 부담하는가, 바꾸어 말하면 책임요건에 대해서는 규정하고 있지 않고, 다만 ISP가 책임을 면하기 위한 요건, 즉 면책요건만을 정하고 있다. 즉 미국 디지털 밀레니엄 저작권법이 정한 면책요건을 이행하지 않았다는 점은 미국 디지털 밀레니엄 저작권법의 면책조항(safe harbor)에 따른 면책을 불가능하게 하는데 그칠 뿐, 그러한 불이행이 곧바로 서비스제공자의 책임이 있다는 판단으로 이어지는 않는다.

DCMA에 의하여 창설된 면책은 서비스제공자가 다른 법률을 통하여 이미 가지고 있던 일체의 항변권에 추가적으로 부여되는 것으로, 17 U.S.C. § 512(i)에서는 이들 규정에 의거한 면책항변이 실패하더라도 다른 항변에 영향이 없음을 명문으로 정하고 있다.

임(vicarious liability) 이론 중 어느 하나에 따라서 ISP가 저작권자의 권리를 침해하였음을 입증하여야 한다. 마찬가지로 한국에서도 저작권자는 종래 저작권법 제102조, 제103조가 아닌 다른 규정으로부터 ISP 책임의 근거를 찾아 법원에 지적하여야 했다(전후 사정이 이러함에도 2006년 개정된 현행 저작권법의 입법자는 제103조가 저작권침해 책임을 추궁하기 위한 근거규정이 될 수 있다고 여전히 오해하고 있는 것으로 보인다).³⁶⁾

그러나 새로 도입되어 시행될 개정 저작권법 제104조는, 저작권법체계 안에 적극적으로, 온라인 서비스제공자의 특정한 조치의무와 그 불이행시 책임을 정한 규정을 도입함으로써, 종전 제102조 및 제103조와 달리 책임의 근거규정으로 기능할 수 있다. 다만 제104조는 그 적용범위에서 널리 모든 ISP가 아니라 대통령령이 정할 특수한 유형의 온라인 서비스제공자에 국한된다는 한계가 있다. 어쨌든 적어도 필터링 등 일정부분에서는 ISP 책임 추궁의 명확한 일차적(一次的) 근거가 되어 줌으로써, 저작권자 등의 소송상 편익에는 기여할 수 있을 것이다.³⁷⁾

나. ISP의 책임요건을 정하는 방식은 입법기술(立法技術)상의 문제 있음

그런데 문제는, 앞서 미국을 비롯하여 독일·영국 등의 유럽연합국가들, 일본 등 제외국(諸外國)이 ISP의 책임을 다룬 입법을 수립함에 있어서 한국 저작권법 제104조와 같이 책임요건을 정하는 방식을 취한 예가 없다는 사실이다. 이들 국가들은 모두 ISP의 책임을 제한하여 주는 요건만을 법률로 규정하는 방식을 취하였는데, 굳이 이러한 방식을 취한 이유는 분명한 입법기술상의 이유가 있다. 즉 입법부가 ISP의 일반적인 책임요건을 법률로서 정하는 것보다, 특수한 책임제한·감면의 요건을 법률에서 정하는 것이 보다 용이하고 아울러 더 구체적인 내용을 담을 수 있기 때문이다.³⁸⁾ 결국 ISP의 책임에 관한 규정을 입법하는 데 있어서는 積極的인 責任要件을 규정하려고 하기보다는 消極的

로 責任制限要件을 보다 가다듬고 구체적으로 규정하는 것이 더 타당하다.

2. 제104조의 적용범위가 확장·남용될 개연성

가. 제104조의 적용범위에 대한 개정법을 입안자들의 관측

개정 저작권법의 최초 입법추진자는 개정 저작권법이 규제하게 될 온라인서비스제공자의 범위에 관하여, 저작권법 제2조 정의규정에서 말하는 ‘전송’의 개념상 이메일과 메신저는 포함될 여지가 없고 전자계시판의 경우에도 당초 개정안이 지칭하는 ‘다른 사람들 상호간에 컴퓨터 등을 이용하여 저작물등을 (복제)전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 서비스’라고 볼 수 없으므로 적용대상이 아니라고 하여 결국 위 개정안은 불법복제를 조장하는 일부 P2P 서비스에만 적용될 것이라는 견해³⁹⁾를 밝히고 있다.

아울러 현행 저작권법의 입안에 관여한 것으로 보이는 문화관광부의 해석⁴⁰⁾도 저작권법상 전송

36) 즉 개정 저작권법에 대하여 2006. 12. 1. 이루어진 국회 법사위 체계자구검토보고서를 보면 ‘제103조의 규정에 따라 저작권 침해 범죄에 대하여 형사상 방조책임 등을 지을 수 있으며...’라고 설명하고 있다(위 보고서 3면).

37) 그러나 정작 이런 중요한 의의를 개정 저작권법의 입법추진자가 인식하고 있는 것으로는 보이지 않는다(국회 문화관광위원회 사이트에 실린 위 개정안 의안원문 및 문화관광위 전문위원 검토보고서 각 참조).

38) 가령 미국에서 2004년 제안되었던 이른바 저작권침해 유인법(Inducing Infringement of Copyright Act of 2004)은 책임제한요건을 입법하는 방식을 취한 디지털밀레니엄저작권법의 제512조와는 달리, 서비스제공자의 책임 요건을 적극적으로 정하고자 시도한 법률안이다. 그러나 입법의 접근방식이 달랐으므로 위 제512조가 책임을 제한받을 수 있는 요건을 상당히 구체적으로 표현한 반면, 위 유인법은 부득이 추상적인 일반조항들을 담게 되었다. 가령 위 유인 법률안 제501조 (g)(2)는 ‘...일체의 침해를 고의로 유발한 누구든지 침해자로 책임을 진다’고 정하고 있었다. 결국 위 유인 법률안은 그 적용범위가 모호하다는 반박 때문에 결국 법률로 성립되지 못하였다.

39) 2006. 2. 6.자 국회 법제사법위원회에서의 이상호 의원의 ‘저작권법 개정안 수정의견’ 전문 참조.

40) 문화관광부 저작권팀 신은향 사무관, ‘개정 저작권법 해설’, 사단법인 인터넷기업협회 주최 2007 인터넷산업 관련 법률/정책 설명회 (2007. 2. 2.) 발표자료, p. 19면.

은 '일반공중이...이용할 수 있도록 이용에 제공하는 것'인데,⁴¹⁾ 이메일이나 메신저 등 사적 커뮤니케이션은 '일반공중'의 이용에 제공하는 것이 아니므로 저작권법상 '전송' 서비스라 할 수 없어 개정법 제104조의 적용대상이라고 보기는 어렵다고 예상하고 있다. 다만, 웹하드서비스는 개인에게 일정한 가상의 저장 공간을 마련해주는 것이 주된 서비스이므로 동 규정의 적용대상이 아니지만, 최근에는 이를 악용하여 개인 간에 불법적으로 저작물 공유를 '주된' 목적으로 서비스를 제공하는 업체가 있으며 이를 통해 많은 수익을 얻고 있으므로 이러한 경우 서비스의 주된 목적이 무엇인가에 따라 달라질 수 있다고 설명하고 있다.

나. 위와 같은 관측에 대한 비판

그러나 이러한 견해들은 지나치게 낙관적인 견해일 뿐이다. 우선 ISP의 책임에 관한 규정을 도입하고 있는 제외국의 입법례, 즉 미국 디지털 밀레니엄 저작권법이나 유럽연합의 전자상거래지침, 독일의 신·구 온라인서비스법, 일본의 서비스제공자책임제한법 등은 모두 해당 법률의 적용을 받는 ISP의 범위를 지극히 넓게 예정하고 있고, 대표적으로 미국의 법원들은 미국 디지털 밀레니엄 저작

권법 상의 ISP의 개념을 실제 사례에의 적용에서 폭넓게 확장하는 경향을 보이고 있다. 이러한 보편적인 경향을 감안해볼 때 우리 저작권법상에 입법될 ISP에 관한 규정 역시 그 규정이 책임제한요건에 관한 것이든, 책임요건에 관한 것이든, 혹은 개정 저작권법의 추진자가 주장하는 바와 같이 특수 유형의 서비스만을 대상으로 삼고자 한 규정일지라도 실제 적용에서는 향후 ISP 일반에 폭넓게 확장·적용될 가능성이 크다.

뿐만 아니라 저작권법 개정안 제2조 제10호에서 '전송'을 '공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함한다'고 정의하고 있는데, 앞서 입법추진자나 문화관광부의 설명들과는 다르게, 이메일과 메신저를 통하여도 가령 어문저작물 등이 '전송'될 여지가 충분히 있다.⁴²⁾ 아울러 전자계시관 등 적법한 온라인서비스는 다른 사람들 상호간에 컴퓨터 등을 이용하여 저작물등을 (복제) 전송하도록 하는 것을 '주된 목적'으로 하지 않으므로 개정 저작권법이 규제하고자 하는 '특수한 유형의 온라인서비스제공자'의 定義에 해당되지 않는다고 주장하지만, '주된 목적'의 개념 자체가 다소 모호한 결과 거의 모든 온라인서비스제공자들이 개정 저작권법의 잠재적인 규제대상이 될 것이다.⁴³⁾

3. 제104조에 대응한 저작권법 시행령의 문제점

가. 저작권법 시행령 개정안 중 관련 내용

문화관광부는 저작권법이 전면개정된 것에 맞추어 저작권법시행령과 시행규칙 또한 개정하기 위하여 2007. 3. 9. 공청회를 개최하면서 그 개정안의 시안을 공개하였다. 그 중 ISP 책임규정인 법 제104조에 따른 시행령의 주된 내용은 다음과 같다.

우선 권리자가 법 제104조에 따라 ISP를 상대로 기술적인 조치 등 필요한 조치를 요청하는 경우 자신이 권리자임을 소명하는 자료 및 차단을 요청

41) 보다 정확히 하자면, 개정 저작권법은 '전송'의 개념 역시 '공중 송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물등을 이용에 제공하는 것' (개정 저작권법 제2조 제10호)으로 수정하고 있다.

42) 메신저에서 채용하고 있는 P2P 기능에도 문자메시지의 직접 전송과 대화기능에 국한하지 않고 파일보내기 기능 등이 이미 첨가되어 있다(현재 가장 널리 통용 중인 메신저프로그램인 Windows Live Messenger 버전을 기준으로 함). 아울러 메신저에서 정보를 교환할 수 있는 상대방(이른바 '버디')은 송신자와 사적 친분이 있는 자에 국한하지 않으며 실제로 불특정다수인 경우가 많다. 즉, 메신저의 '대화상대 찾기' 기능을 통하여 송신자는 '영화' 등 자신과 관심분야가 같은 불특정다수를 찾거나('관심분야로 찾기' 기능) 혹은 '성별', '연령대'의 옵션('MSN 회원정보에서 찾기' 기능)을 통하여 원하는 범위의 불특정상대방을 검색할 수도 있는 것이다.

이상은 <<http://im.msn.co.kr/new/guide/guide.asp>> [2005. 3. 24.] 등 참조.

43) 심지어, 입법과정에서 결국 삭제된 제104조 제2항에서는 제1항과 달리 '주된 목적'에도 국한하지 않았었다.

하는 대상을 ISP가 인식할 수 있게 해 주는 자료를 ISP에게 제출하게 하였다.⁴⁴⁾

다음으로 위 요청을 받은 ISP는 기술적으로 현저히 곤란한 경우를 제외하고는, 법 제104조가 정한 ‘당해 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 보호조치 등 필요한 조치’의 구체적인 내용으로서 ‘1. 저작물의 제호, 숫자 또는 부호, 저작물의 일부 비고 등을 통하여 저작물등을 인지할 수 있는 기술적인 조치’, ‘2. 제1호의 규정에 의해 인지한 저작물의 불법적인 전송을 차단하기 위한 검색제한 조치 및 전송제한 조치’, ‘3. 해당 저작물등의 불법적인 전송자를 확인할 수 있는 경우에는 해당 저작물의 전송자에게 저작권침해금지 등을 요청하는 경고문구의 발송’, ‘4. 기타 저작물의 불법적인 전송을 차단하기 위하여 문화관광부장관이 고시하는 기술적인 조치’를 하여야 한다고 정하고 있다.⁴⁵⁾

나. 저작권법 시행령 개정안의 문제점

만일 기술적 조치, 가령 대표적으로 거론되는 필터링 기술이 합법과 불법을 100% 정확하게 구별할 수 있고 그러한 기술의 채용이 ISP에게 용이함이 분명하다면, 이를 ISP가 일부러 회피하여 발생한 불법의 결과에 대하여는 ISP에게 책임을 추궁하는 것이 당연히 상식에 부합한다. 그러나 현실의 필터링 기술은 그러한 수준에 이르지 못하고 있기 때문에 ISP로서는 구체적으로 어느 수준까지 필터링을 채용할지 상당히 막연한 상태에 놓여있다.⁴⁶⁾ 아직 현실상으로, 저작물을 인식하거나(위 같은 항 제1호) 전송을 제한하기 위하여(위 같은 항 제2호) 가장 적절한 기술적인 조치에 어떠한 것이 존재하며, 과연 경제적 타당성 등이 있는지 관련 업계에서 합의나 충분한 공감대가 이루어지지 않은 상태로 볼 수 있다.

그런데 저작권법 시행령 개정안에 따르면 ISP는 스스로 판단하여 위와 같은 기술적 조치를 모두⁴⁷⁾ 이행하여야 하는 것으로 해석된다. 이러한 해석의 결과 ISP는 모호한 법규 하에서 판단하여 행동함

에 있어 실제로 막대한 부담⁴⁸⁾을 가지게 된다.

나아가 저작권법시행령 제53조 제1항 제4호는 더 문제가 많다. 이에 따르자면 궁극적으로 문화관광부가 ISP에게 어떤 기술적 조치를 더 요구할 것 인지를 특정하게 된다. 이것은 결국 저작권보호정책 수행을 명분으로 문화관광부에게 여러 침해방지기술의 기술적 가치까지 판단할 수 있게 한 것으로 문화관광부의 역량을 넘는 것일 수 있다. 기술적 조치는 저작권보호와 동시에 저작물이용활성화를 실현할 수 있는 중요한 수단인데, 어떠한 기술적 조치를 취하는지 그리고 어떻게 기술적 조치를 표준화할 것인지는 인터넷, 통신, 단말기 시장의 발전방향에 절대적인 영향을 미치게 된다. 따라서 기술적

44) 저작권시행령 개정안 제52조 (권리자의 요청) 법 제104조제1항의 규정에 의하여 권리자가 당해 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 요청하는 경우에는 다음 각호의 자료를 법 제104조제1항의 온라인서비스제공자에게 직접 또는 전자우편등의 방법으로 제출하여야 한다. 다만, 권리자가 법 제105조제1항의 규정에 의하여 저작권신탁관리업자인 경우에는 제1호의 권리자 소명자료를 제출하지 아니할 수 있다.

1. 다음 각목 중 어느 하나에 해당하는 권리자임을 소명할 수 있는 자료
 - 가. 자신이 그 저작물의 권리자로 표시된 저작권등의 등록증 사본 또는 그에 상당하는 자료
 - 나. 자신의 성명 등이나 이명으로서 널리 알려진 것이 표시되어 있는 저작물 등의 사본 또는 그에 상당하는 자료
2. 차단을 요청하는 저작물의 제호 또는 문자, 부호등 저작물등을 인식할 수 있는 차단요청 관련 자료
3. 해당 권리자의 성명 등 및 주소·전화번호·전자우편주소 등 연락처

45) 저작권시행령 개정안 제53조.

46) 가령 종래 가장 손쉬운 필터링 방법으로 이용된 키워드 필터링 시스템을 ISP가 법적의무로 반드시 채택하여야 한다고 해석하게 되면 다음과 같이 생각하지도 않은 문제가 발생할 수 있다. 즉 혹시 적법한 파일을 유포하고 싶은 일부 이용자라면 이제는 더 이상 자신의 파일명 안에 ‘연인’, ‘사랑’, ‘슬픔’, ‘우정’, ‘친구’ 등과 같이 저작권 있는 대중가요의 제목과 일치할 개연성이 있는 단어는 포함하지 않도록 주의하여야 하는 것이다. 새로운 음향지문 방식의 필터링 조치가 있다고 하나 이 역시 아직 완전하지 않다.

47) 물론 제53조 제1항 본문에서 ‘기술적으로 현저히 곤란한 경우를 제외한다’고 명시하고 있지만 그것이 기술적으로 현저히 곤란한 지 않은지의 판단은, ISP의 위험부담(즉, ISP는 기술적으로 현저히 곤란하다고 판단하여 채택하지 않은 조치가 나중에 법원에서는 반대로 판단될 수 있는 위험부담)으로 돌아간다.

48) 가령, 기술적으로 가능한 몇 개의 선택방법이 있을 때 ISP로서는 구체적으로 어떤 기술적 조치를 하여야 하는 것인지 모호한 상황이 많겠다.

조치의 구체적인 내용과 그 표준화방안은 그 기술과 관련 시장을 잘 아는 사업자들이 자율적으로 판단해 나가야 가장 효율적인 것이다.⁴⁹⁾ 나아가 침해방지기술들 중에는 이미 특정업체가 특허권 등 지적재산권을 보유하고 있는 경우가 많은데, 이러한 특정업체가 가진 침해방지기술의 市場에서의 死活은 시장원리에 따라 결정되거나, 불가피하다면 적어도 기술관련 전문부서의 주도 하에 결정되어야지 문화관광부가 결정하기에 적절한 성질의 것은 아니다.

다. 시행령이 법이 위임한 한계를 넘는 지 여부

논자에 따라서는, 개정 저작권법시행령 제53조 제1항이 개정 저작권법 제104조가 위임한 범위를 넘어서는 것이 아닌가 하는 의문도 제기될 수 있으나, 결론부터 말하자면 위 시행령 개정안 자체가 포괄위임입법의 범리에 반하는 것이라고는 보기 어려울 듯하다.

첫 번째, 저작권법시행령 개정안 제53조 제1항 제1호에서 요구하는 기술적 조치 (저작물의 제호, 숫자 또는 부호, 저작물의 일부 비교 등을 통하여 저작물 등을 인지할 수 있는 기술적인 조치)가 구체적으로 무엇인지에 관하여는 논란이 있을 수 있겠으나 그러한 조치가 아래 제2호에서 수행할 “전송제한조치”⁵⁰⁾를 위하여 불가피하게 전제되어야

한다면 법 제104조에서 명시적으로 “저작물 등을 인지할 수 있는 기술적인 조치”까지 추가하지 않았어도 당연히 위임의 범위에 속한다고 보인다. 특히 위 “인지”의 의미가 당해 저작물이 적법한 저작물인지, 아니면 전송을 차단할 위법한 저작물인지를 구별하는 것을 의미하는 한, 더욱 그러하다. 다만 위와 같은 적법·위법의 구별을 넘어서 보다 일반적인 의미의 저작권관리정보(개정 저작권법 제2조 제29호)⁵¹⁾까지 ISP가 의무적으로 수용할 것을 요구하는 것이라면 법이 위임한 범위를 넘는다고 의심받을 수 있겠다.

두 번째, 저작권법시행령 제53조 제1항 제2호에서 요구하는 조치 (제1호의 규정에 의해 인지한 저작물의 불법적인 전송을 차단하기 위한 검색제한 조치 및 전송제한 조치)는 두말할 나위도 없이 위임의 범위를 넘는다고 보기 어렵다.

세 번째, 저작권법시행령 제53조 제1항 제3호에서 요구하는 조치 (해당 저작물 등의 불법적인 전송자를 확인할 수 있는 경우에는 해당 저작물의 전송자에게 저작권침해금지 등을 요청하는 경고문구의 발송)는 비록 법 제104조가 명시하고 있지는 않더라도 전송을 전송자로 하여금 자발적으로 중지시킴으로써 결국 전송을 막는 또 다른 방법이므로 법 제104조가 시행령에 위임한 “전송을 차단하기 위한 조치”의 구체적 내용에 해당된다.

끝으로, 저작권법시행령 제53조 제1항 제4호에서 요구하는 조치 (기타 저작물의 불법적인 전송을 차단하기 위하여 문화관광부 장관이 고시하는 기술적인 조치)는 현실적으로는 시행령에서 다시 더 구체적인 기술적 조치의 내용을 문광부 장관의 고시에 재위임하는 것이어서 문제가 많으나, 이른 다른 행정입법에서도 흔히 볼 수 있는 입법형식으로 이 역시 포괄적인 (재)위임입법금지의 범리에 저촉된다고는 보이지 않는다. 하지만 위 4호는 위나.항에서 이미 설명한 다른 차원의 문제점이 있다.

49) 정상조, ‘저작권법; 아무도 찾지 않는 정원’, 중앙일보 2006. 1. 3. 자 칼럼 참조.

50) 다만, 검색제한조치는 법 제104조가 전송의 차단만을 요구하고 있을 뿐 나아가 검색까지 제한하고 있지는 않음에 비추어 위임의 범위를 넘은 것으로 볼 수 있지만 검색 및 전송 차단조치까지 하는 경우와 전송차단조치만을 하는 경우 ISP가 부담하게 될 부담의 크기는 실제 별다른 차이가 없을 것이다.

51) 가령 2004년 10월말경 한국문화콘텐츠진흥원은 ‘한국음악콘텐츠표준메타데이터 구축사업(가칭)’을 벌인다고 밝혔고, 이것은 가요 30만곡에 ‘표준 식별 번호’를 붙여 정확하게 저작권 정보를 입력하거나 검색할 수 있도록 하고자 한 방식이었다. 이렇게 저작권자가 만든 일반적인 권리관리정보는 저작권자의 입장에서 그 권리의 효율적인 관리를 목적으로 제작된 것이어서 ISP의 입장에서 적법·불법 저작물을 판단하는 데 필요최소한의 정보범위를 많은 경우 넘는 것일 수 있다.

4. 제104조와 유사한 규정이나 판례법상 연원(淵源)이 미국 등 외국에 있는지에 관하여

가. ISP가 표준적인 기술적 조치를 수용할 의무를 정한 미국 DMCA 규정 검토

DMCA 제512조 (i)⁵²⁾에서는 ISP가 면책을 주장하기 위하여 갖추어야 할 요건의 하나로, ISP가 저작권자들이 사용하는 표준적인 기술적 조치(standard technical measures)를 수용하고 이를 방해하지 아니할 것을 정하고 있다.⁵³⁾ 이러한 요건은 이른바 DMCA에서 기술적 유형을 불문하고 모든 ISP가 면책을 주장하기 위하여 공통적으로 갖추어야 할 요건, 즉 일반적 면책요건⁵⁴⁾으로 정한 2가지 중의 하나이다. 언뜻 보아서는 이러한 DMCA의 규정은 우리의 개정 저작권법 제104조와 유사하지 않은가, 따라서 미국은 이미 우리가 개정법으로 새로 도입하고자 하는 ISP의 기술적 조치의무를 이미 오래전에 도입하고 있는 것이 아닌가 하는 오해를 불러일으킬 수 있다. 그러나 DMCA의 위 조항의 내용과 현실의 의미를 살펴보면 전혀 그러하지 아니하다.

위 DMCA의 조항이 지칭하는 표준적인 기술적 조치란, 저작권자들이 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.⁵⁵⁾ 이러한 정의에서도 짐작할 수 있듯이, 위 조항에서 지칭하는 표준적 기술적 조치의 범위는 한국 저작권법 제104조와 달리 매우 느슨하게 풀이되므로 실제 미국에서 ISP 책임과 관련하여 벌어진 수많은 소송에서 피고가 위와 같은 표준적 기술적 조치를 이행하지 않았다는 잘못이 문제된 사례는 거의 없다.⁵⁶⁾

나. 연방대법원의 Grokster 판결에 드러난, ISP의 기술적 조치 수용의무에 관한 입장

2005. 6. 내려진 미국 연방대법원의 Grokster 판결은 그 논리야 어찌되었든 피고 ISP의 책임을 긍정함으로써 이후 세계 각국의 법원판결이나 입법에 강한 영향을 미치고 있는 것이 사실이다. 그러나 위 판결의 논리를 참작함에 있어 우리 법원이나 국회는 한국의 법제나 현실은 미국의 그것과 다르다는 점을 항상 유의해야 함은 물론이다.

어쨌든 위 Grokster 판결은 비교적 장문의 실시 중 일부를 할애하여 필터링 등 침해를 줄이기 위한 기술적조치의 수용이 미국법상 ISP의 법적 의무인지 여부에 관하여도 언급하고 있다. 연방대법원은 피고 ISP가 필터링 등의 조치를 수용하기 위하여 노력하지 아니한 점을 피고들의 불법 목적을 인정하기 위한 증거사실의 하나로 나열하면서도, 만일 문제된 피고의 서비스가 상당부분 비침해적인 용도를 가진 경우 피고의 불법 목적을 드러내는 다른 증거사실들이 없는 때라면 단지 필터링 등의 조치를 적극적으로 수용하지 않았다는 점만으로는 피고에게 책임을 부과할 수는 없다고 하고

52) 17 U.S.C. § 512(i), 동 조항은 하위조항인 § 512(i)(A)에서 '기술의 수용(Accommodation of Technology)' 이라는 제목 하에 이른바 '제거정책의 채택과 적용, 고지'와 '표준적인 기술적 조치의 수용과 방해금지'를 함께 규정하고 있다.

53) 17 U.S.C. § 512(i)(1)(B). 『(i) Conditions for Eligibility. - (1) Accommodation of technology. - The limitations on liability established by this section shall apply to a service provider only if the service provider (B) accommodates and does not interfere with standard technical measures.』

54) 서비스제공자가 17 U.S.C. § 512에 의하여 면책을 받기 위해서는 서비스제공 형태에 따라 17 U.S.C. § 512의 (a), (b), (c), (d)에서 각각 개별적으로 정한 면책요건 이외에도 모든 서비스제공자가 일단 다음의 2가지 적격요건(conditions for eligibility)을 일단 충족시켜야 한다.

55) 17 U.S.C. § 512(i)(2).

56) 이와 반대로, DMCA가 정한 일반적 면책요건 2가지 중 다른 하나인 이른바 침해제거정책의 채택과 관련하여서는 A&M Records, Inc. v. Napster, Inc. 사건[239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001)]이나 Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc. 사건[213 F.Supp. 2d 1146, 1175 n.19 (C.D. Cal. 2002)] 등에서 피고의 준수여부가 다투어졌다.

있다.⁵⁷⁾ 이런 연방대법원의 입장은 Grokster가 필터링을 포함한 기술적 디자인을 잘못 선택한 것만으로도 책임을 피할 수 없다는 원고 측의 주장만큼은 적어도 배척한 것이다.⁵⁸⁾ 이처럼 연방대법원의 Grokster 판결은 실질적인 내용을 볼 때는 100% 원고의 손을 들어준 것이 아닌 것이다.⁵⁹⁾ 따라서 선도국가인 미국에서 연방대법원의 Grokster 판결을 통하여 ISP의 책임을 보다 넓게 인정하였고 이를 따르는 것이 세계적 추세라고 보아 이에 발맞추어 한국에서도 ISP의 책임을 강화하는 입법을 해나가야 한다는 논리는, 적어도 기술적 보호조치의 무에 관한 제104조와 같은 조항에는 전혀 성립하지 않는다.

57) Grokster, 2005 WL 1499402 (U.S.) at 15.

58) 연방대법원에 원고를 위해 제출된 의견의 논리 중에는 기술공급자인 Grokster가 침해를 방지할 수 있도록 기술적 디자인을 설계해야 한다는 주장, ISP에게 이런 의무를 부담시키는 것이 그 결과 방지될 수 있는 침해방지의 효과를 고려할 때 비용-수익 분석에 부합한다는 주장들이 있었다. 연방대법원은 이러한 주장을 배척한 것이다. Pamela Samuelson, "Legally Speaking: Did MGM Really Win the Grokster Case?" <<http://www.ischool.berkeley.edu/~pam/papers/cacm%20sw%20pat%20extrater.pdf>>[2007. 3. 23. 방문]. 이러한 원고 측 주장들과 정반대로 Sony 기준의 유지를 최대한 옹호하는 입장에서는, Sony 판결의 취지는 이미 여러 가지 가능한 디자인 중 최종 결정되어 공급된 디자인 상태의 기술상품 그 자체만을 판단하는 것이지, 디자인 선택의 순간으로 거슬러 올라가 기술공급자의 선택을 비난할 의도는 없다고 주장하였다. 이런 입장으로는 디지털 미디어 협회(Digital Media Association), 미국 정보기술협회(Information Technology Association of America) 등이 2005. 1. 24. 연방대법원에 제출한 법률검토의견서의 의견(동 의견서 pp. 23~25) 등을 참조할 것. 결론적으로 이 쟁점에서 연방대법원은 이들 누구의 입장도 따르지 않고 절충적 입장을 취하였다고 볼 수 있다.

59) 가령 원고 측을 지지한 입장(가령 Peter S. Menell & David Nimmer, "Direct Analysis of Indirect Copyright Liability" 발표문 참조)으로부터, Grokster 판결은 디자이너가 침해를 유발할 의도가 없는 한 소프트웨어의 디자인 선택에는 책임이 없다고 시사함으로써 Sony 기준의 적용범위를 상당히 확장시켰다는 비판을 오히려 받기도 하는 것이다.

60) Consumer Broadband and Digital Television Protection Act, S. 2048, 107th Cong. (2d Sess. 2002).

61) 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, 455, Fall 2003.

다. 제104조와 다소 유사한 미국 입법안들은 좌절되었음

개정 저작권법 제104조의 출발점이 되었던 2005. 10. 31. 우상호 의원 등의 저작권법 개정안 중 제77조의3은 크게 두 부분으로 나뉘어 있었다. 제1항은 파일공유 등을 목적으로 하는 특수한 유형의 온라인서비스제공자에게 기술적 조치 등을 의무화함으로써 현행 저작권법 제104조와 대동소이한 내용이었으며, 제2항은 (개정과정에서 결국 삭제되기는 하였으나) 위와 같은 특수한 유형의 온라인서비스제공자는 해당 서비스가 불법이라는 사실을 알고도 서비스를 제공한 경우 권리침해를 한 것으로 간주한다는 내용이었다.

그런데, 미국의 입법례를 고찰해보면 위 제1항과 다소 유사하게 기술적 보호조치를 의무화하고자 한 법안으로, 개인컴퓨터와 TV 세트 등을 포함한 개인 전자기기 등에 대하여 특별입법⁶⁰⁾을 통하여 표준 DRM의 장착을 의무화하고자 시도된 예를 찾을 수 있다. 이것은 상원의원 Fritz Hollings가 발의한 법안으로 여기서는 직접 DRM 표준을 법이 정한 것이 아니라, 관련 행정당국의 주재 하에 이해당사자들의 협의를 거쳐 표준 DRM을 도출하는 과정을 예정하고 있었다. 하지만, 결국 이 법안은 통과되지 못했다.⁶¹⁾

마찬가지로 미국의 입법례 중에서는 위 제2항과 상당히 유사하게, ISP에게 저작권침해행위를 조장한데 대한 포괄적인 일반책임을 추궁하려는 저작권 침해 유인법(Inducing Infringement of Copyright Act of 2004)이 입법시도된 적이 있다. 이것은 2004. 6. 22. 미국 상원법사위 위원장이던 오리인 해치가 당시 내려졌던 Grokster 하급심의 입장(즉, ISP의 책임을 부정함)을 입법적으로 번복하고자 시도하는 과정에서⁶²⁾ 발의한 이른바 '저작권 침해 유인법(LLCA, Inducing Infringement of Copyright Act of 2004)'⁶³⁾을 가리킨다. 그 표면상의 입법취지는 '고의적으로 저작권법 위반을 유발한 자'에 대하여 그 위반행위에 대한 책임을 묻

겠다는 것이었다. 위 법안은 저작권법 중 저작권침해책임을 규정한 제501조⁶⁴⁾ 말미에 다음과 같이 (g)항을 신설하도록 정하고 있었다. 우선 (g) (1)에서는 “아래 세부 항에서, ‘고의로 유발(intentionally induces)’ 이라 함은 고의로 방조, 교사, 유발, 초래하는 것을 의미하며, 고의는 행위자에게 당시 합리적으로 가능하였던 행위들에 관한 일체의 관련 정보에 입각하여, 합리적인 평균인이 침해할 유발할 고의를 발견할 수 있는 행위들에 의하여 입증될 수 있는데, 관련 정보는 그 행위들이 상업적인 생존을 위해 침해에 의존하였는지 여부를 포함한다”고 정하였고 (g) (2)에서는 “위 (a)항⁶⁵⁾에 정해진 일체의 침해를 고의로 유발한 누구든지 침해자로 책임을 진다”고 정하였다.⁶⁶⁾ 이러한 내용을 가진 저작권침해 유인법은 기술업계와 소비자단체의 강력한 반발 때문에 지지부진한 논쟁 끝에 결국 법률로는 성립되지 못하였다.⁶⁷⁾

5. 제133조에 의한 과도한 행정규제의 우려

최초 제안된 저작권법 개정안 제97조의5는 문화관광부장관으로 하여금 ISP에 대한 불법 복제물의 수거·폐기 및 삭제 명령을 내릴 수 있도록 하여, 당초부터 비난에 직면하였다. 이에 관하여는 행정기관이 자의적으로 불법여부를 판단해 폐기나 삭제명령을 내릴 수 있기 때문에 사전검열적인 요소가 강하다는 시민단체나 민변 등의 비판이 이미 여러 차례에 걸쳐 이루어진 바 있다. 위 제97조의5는 대안 제133조에서 현행 저작권법과 마찬가지로 ‘문화관광부장관은 정보통신망을 통하여 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리를 침해하는 복제물의 전송 등으로 인하여 저작권등의 이용질서를 심각하게 훼손한다고 판단되는 경우 제112조의 규정에 의한 저작권위원회의 심의를 거쳐 대통령령이 정하는 바에 따라 복제·전송자 또는 온라인서비스제공자에게 이를 삭제 또는 중단하도록 명할 수 있다’로 보다 구체화되었지만 이러한 변신만으로는 위 비난을 잠재우기 어려웠다. 아울러 개

정 저작권법은 이러한 명령을 이행하지 않는 자에게 1천만원⁶⁸⁾ 이하의 과태료를 부과할 수 있도록 정하고 있다. 이 글에서는 이 규정에 관하여는 위와 같은 비판이 있다는 점만 지적해두기로 한다.

6. 향후 입법에서는 미국 등과는 다른 한국의 법제와 현실에 대한 고려가 더 필요할 듯함⁶⁹⁾

가. 총설

한국의 입법부가 ISP의 책임에 관련된 입법을

62) Hatch 스스로 “신중하게 작성되고 초당적인 이 법이 현행법 하에서 저작자들이 타인의 저작권을 침해하도록 유인하는 당사자들에 대하여 민사소송을 제기할 수 있음을 확인함으로써 잘못된 Grokster 판결을 수정할 것이다”라고 공언하고 있었다.

CNET News 2004. 6. 23.자

<news.com.com/Senate+bill+bans+P2P+networks/2100-1027_3-5244796.html> 및 2004. 7. 22.자

<news.com.com/Senator+wants+to+ban+P2P+networks/2100-1027_3-5280384.html> [각 2007. 3. 25. 방문].

63) S. 2560. 그 법안의 전문은

<www.govtrack.us/congress/bill.xpd?bill=s108-2560> [2007. 3. 25. 방문].

64) 501조 (Infringement of copyright)는 미국 저작권법(TITLE 17) 중 「저작권침해 및 구제」를 다룬 제5장(Chapter5)의 첫 조문으로 (a)부터 (f)항으로 이루어져 있다.

65) 제510조 (a)항은 제106조부터 제122조에 정해진 저작권자의 독점권을 침해하거나 제602조를 위반하여 미국 내로 복제본이나 음반을 수입하는 자 등을 저작권 침해자로 본다고 규정하고 있다.

66) 그 외에 “(3) 이 세부항의 어느 것도 저작권에 대한 대위책임과 기여책임을 확장하거나 축소시키거나 혹은 모든 범위로 하여금 부당하게 저작권에 대한 2차적 책임을 부정하거나 긍정하게 할 수 없다”는 규정도 두고 있다.

67) 우상호 의원 등의 최초 개정안 제77조의3 제2항은 비록 나중에 삭제되기는 하였지만, 이처럼 미국에서 입법추진된 적이 있는 저작권침해유인법의 내용과 대동소이하다. 위와 같은 개정안 중 ‘해당 서비스가 불법이라는 사실’을 안다는 것의 의미는 극히 모호하고 지나치게 광범위하여 사실상 해석에 따라서는 온라인서비스제공자에게 극도의 법적불안을 주는 자의적인 기준이 될 수 있다. 그렇지 않더라도 미국의 저작권침해유인법조차도 기술공급자에게 지나친 위험을 준다는 측면 때문에 좌초된 마당에, 한국에서 먼저 이런 강경한 입법을 시도할 필요가 있는지 의문이다.

68) 당초 우상호 의원 등이 제안한 개정안에서는 ‘5천만원이하’였지만 비판(가령, 개정 저작권법에 대하여 2006. 12. 1. 이루어진 국회 법사위 체계자구검토보고서 5, 6면 등)에 직면하자, 조항 자체를 삭제하는 대신 그 금액을 하향조정한 것이다.

69) 이 부분은 정상조·박준석, 위 보고서 중 3. 나. 부분의 많은 내용을 인용하였음.

추진함에 있어 염두에 두어야 할 사실은 이 분야에서 미국의 영향력이 지대하여 한국 저작권법에 도입된 기존의 책임제한 규정들도 그 영향을 받았다 는 점, 그에 따라 미국의 선례를 다소간 참작하려는 태도가 향후에도 불가피하지만 한국의 사정은 미국의 그것과는 상이하므로 입법자가 적정한 선에서 균형을 맞추어야 할 이해당사자들(저작권자, 온라인서비스제공자, 이용자들)의 이익의 크기 역시 미국의 그것들과는 다르다는 점이다. 환언하자면, 미국에서는 저작권산업이 타국보다 큰 비교우위에 있고 그 막강한 세력을 바탕으로 특히 연방의회에서 P2P 등 복제기술에 대하여 상당히 강경한 입법안들을 추진하게 된 것이므로 그 외양적 결과를 그대로 한국에 수용하려 하여서는 곤란하다는 점이다.

나. 미국 저작권산업이 가지는 비교우위와 그에 따른 연방의회의 강경입법 경향

미국에서 저작권보호는 단순히 '문화예술을 지키자'는 표어나 당위적인 명제에 관한 문제가 아니다. 미국 저작권산업은 가령 2005년 기준으로 순수분야만으로 GDP의 6.56%, 관련 산업까지 포함할 경우 GDP의 11.12%에 이를 정도로 미국 경제에 필수불가결한 요소이다.⁷⁰⁾ 아울러 미국 저작권업계는 국제적으로도 그 권리보호를 피하여 세계 각국이 미국과 유사한 저작권체계를 수립하는데 지대한 영향력을 미치고 있다. 가령 '국제 지적재산권 연맹(International Intellectual Property

Alliance)'은 미국 저작권업계가 1984년 국제적인 저작권 보호 및 강제를 위하여 설립한 조직으로, 광범위한 범위로 개발도상국들의 저작권보호 실태를 면밀하게 조사하고 있다.⁷¹⁾ 이러한 조사결과는 궁극적으로 미국 통상대표부에 의한 슈퍼 301조의 동원 여부(감시대상국 등재, 유지, 제외 등)를 결정하는 데 쓰이고 있다. 나아가 이런 바탕때문인지 미국의 입법은 음반제작자나 영화제작자의 권리를, 한국에서처럼 저작권보다 제한된 개념의 저작권접권(著作隣接權)으로 보호하는 것이 아니라, 저작권의 일종으로 동일하게 보호하고 있다.⁷²⁾

이러한 미국 저작권산업계는 강력한 로비력을 바탕으로 연방의회의 의원입법형태로 P2P 등 복제기술을 대상으로 한 강경입법안을 연달아 쏟아내게 되었다는 분석⁷³⁾이 유력하다. 이러한 경향은 2005년 연방대법원이 나서 P2P 공급업자의 책임을 긍정하자 다소 주춤한 상태에 있을 뿐이다. 이렇게 연방의회에서 시도된 강경입법안들로는 앞서 설명한 오린 해치 상원의원의 저작권 침해 유인법(Inducing Infringement of Copyright Act of 2004) 외에도 2002년경 추진되었던 이른바 베르만 법안이 대표적이다. 이는 상원의원 베르만(Howard Berman)이 2002. 7. 25.경 의회에 발의한 'P2P 해적행위 방지법(Peer-to-Peer Piracy Prevention Act, 일명 Berman Bill)'을 가리킨다. 이 법안은 해적행위에 대항하기 위하여 서비스 거부 공격, 도메인네임 해킹, 혹은 컴퓨터 바이러스의 살포와 같은 불법적인 수단까지 사용할 권리를 저작권자에게 부여한 법안이었다. 나아가 법안은 연방 법무부장관이 허가하고 250달러를 초과하는 경우가 아닌 한 그러한 수단의 사용결과에 대한 배상책임으로부터 면책한다는 다소 극단적인 내용을 담고 있었다. 이 때문에 미국 연방해킹방지법과의 충돌 문제, 영장이나 재판 없는 물리적 위해라는 문제 등 심각한 비판⁷⁴⁾을 불러왔다. 결국 일부 수정을 거치기도 하였으나 2003. 2.경 Berman 의원 스스로 입법추진을 포기⁷⁵⁾하였다.

70) Stephen E. Siwek, Copyright Industries in the U.S. Economy: The 2006 Report, prepared for the International Intellectual Property Alliance (IIPA), November 2006. <<http://www.ifpi.org/content/library/20070130-report.pdf>>[2007. 3. 22. 방문].

71) <<http://www.iipa.com/countryreports.html>>[2007. 3. 22. 방문]

72) 즉 미국 저작권법 제102조(17 U.S.C. §102)는 (a)항에서 문예저작물, 음악저작물 등 각종 저작물을 나열하면서 (6)항에서 영화를, (7)항에서 음반을 저작물의 하나로 나열하여 동일하게 보호하고 있는 것이다.

73) 이를 지적한 글로는 Tim Wu, "When Code Isn't Law," 89 Virginia Law Review 679, June 2003, p 747 이하 참조.

IV. 결어

최근 우리 대법원은 소리바다 가처분이의 상고 심 사건⁷⁶⁾에서 피고 소리바다 측의 방조책임을 긍정하는 판단을 내린 바 있다. 이 판결은 향후 우리 법원이 ISP의 책임추궁의 근거규정을 원칙적으로 민법상 (과실에 의한) 방조법리에 의할 것임을 분명히 한데 의의가 있다. 즉 바꾸어 말하면, ISP가 이용자들이에 의하여 '저작인접권 침해행위가 발생 하리라는 사정을 미필적으로 인식하였거나 적어도 충분히 예견할 수 있었다고 볼 것임에도 (...프로그램을 개발하여 무료로 나누어 주고 ...서버를 운영 하면서 ...이용자들에게 다른 이용자들의 접속정보를 제공함으로써) ...이용자들이 저작인접권의 침해행위를 실행함에 있어서 이를 용이하게 할 수 있도록' (이상은 위 대법원 판결의 판시에서 따옴) 해 준 것이 인정된다면 피고 ISP에게 침해책임을 긍정하겠다는 입장이다. 특히 위 대법원 판결에서는 명시되지 않았으나 그 하급심판결⁷⁷⁾의 더 상세한 판시 내용⁷⁸⁾으로 보충해 보면 '침해행위를 실행함에 있어서 이를 용이하게 할 수 있도록' 하였느냐를 판단함에 있어 중요한 요소의 하나가 피고가 기술적 보호조치를 위하여 노력하였느냐의 여부이다. 이처럼 이미 한국의 법원은 기존 저작권법상 책임제한규정의 해석을 통하여 기술적 보호조치를 일부러 피하였음이 명백한 경우 ISP에게 불이익을 가하고 있다.

따라서 굳이 한국의 국회가 개정 저작권법과 같은 입법을 하지 않더라도 현재 한국 법원의 기존입장에 의하여, ISP들은 필터링 등 기술적 보호조치를 무시할 수 없다. 다만 법원의 입장은 단순히 기술적 보호조치를 하지 않았다는 사실만 존재하면 곧바로 ISP의 책임을 긍정하려는 개정 저작권법의 태도와 달리, ISP가 스스로 면책을 주장하고자 할

때는 합리적으로 가능한 복제방지조치, 즉 필터링 등 기술적 보호조치를 이행하였어야 함을 요구하는 것이어서 ISP에게 다소 완화된 수준의 요구를 하고 있을 뿐이다. 기술적 조치에 관하여 ISP에게 그 이행을 요구하는 강도는 우리 법원의 이러한 완화된 수준이 적정한 것이라고 본다. 앞서 보았듯이 저작권업계의 비중이 큰 미국에서조차 지나치게 저작권보호에만 경도된 강경입법들은 좌절된 경향이 있는 점, 연방대법원의 Grokster 판결에서도 피고 책임을 인정하는 가운데 기술적 조치의무에 관하여는 오히려 느슨하게 해석하고 있는 점 등의 사정들까지 고려해 보면, 우리 국회가 저작권보호를 보다 강화한다는 명제 하에 제104조와 같은 규정을 앞장서서 도입한 판단의 타당성은 의문이라고 하겠다. 기술적 조치의 강제를 위해서 (당초 개정 안대로라면) 온라인서비스제공자의 형사처벌로 위협하고 대부분의 네티즌들을 범인으로 몰아부친다면, 아름다운 정원을 만든다고 하면서 높은 철벽을 쌓고 아무도 감상하지 못하게 하는 어리석음과 무엇이 다른가?⁷⁹⁾

74) 위 법안내용 및 관련 논쟁에 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>.

75) 이 부분은 Neil Weinstock Netanel, op. cit., 14.

76) 대법원 2007. 1. 25. 선고 2005다11626호 판결.

77) 서울고등법원 2005. 1. 12. 선고 2003나21140 판결.

78) 즉 항소심 법원은 피고의 책임을 인정하는 가운데, 저작인접권 침해가 문제되는 MP3 파일의 소리바다 서비스를 통한 복제를 일부라도 방지할 기술적 수단마저 피고에게 전혀 없는지는 의문이라면, 피고들이 이와 같이 소리바다 서비스의 기능 향상을 위한 조치는 적극적으로 취하면서도 저작인접권 침해에 관하여는 경고문을 게시하는 이외에는 아무런 방지 노력을 하지 아니한 이상 자신들의 방조 행위에 대한 면책을 주장할 수는 없다고 보았다.

79) 이 문장은 정상조, '저작권법; 아무도 찾지 않는 정원', 중앙일보 2006. 1. 3. 자 칼럼에서 인용함.

<ABSTRACT>

ISPs' liability under Korean Copyright Act 2006

Jun-Seok Park

The Korean Copyright Act amended in Dec. 2006 includes section 102 & 103 very similar to the preceding section 77 & 77-2 which were ISP's copyright infringement liability limitation provisions. The new section 104 in the Act also imposes the duty along with penalty upon so-called a specific type of ISP whose main purpose is distribution of works by transmission, to accommodate so-called technological measures for interrupting illegal distribution of copyrighted materials. However, it would be more reasonable to rescind the section 104 in the future amendment of the Act, because of the following reasons: First, there is rare precedents in the world for sec. 104 which is not ISP's liability limitation provision but ISP's liability creating provision. Second, the scope of sec. 104 may be improperly expanded to almost all ISPs owing to an ambiguous definition for a specific type of ISP. Third, it is unfair that just notification by Korean Ministry of Culture & Tourism actually will determine what the technological measures are to be. Fourth, even USA which has put great stress on the copyright protection has not yet similar provision to sec 104.

주제어(Key Words) : 온라인서비스제공자(OSP), 인터넷서비스제공자(ISP), 2006년 개정 저작권법(Korean Copyright Act 2006), 기술적인 조치(technological measures by ISP for anti-distribution)