

저작권 침해와 온라인 서비스 제공자의 기술적 조치

— 저작권법 개정안을 중심으로* —

정 연 덕**

목 차

I. 서 론	4. 소리바다 사이트의 기술적 보호조치
II. 온라인 서비스 제공자의 책임과 기술적 보호조치의 의의	IV. 저작권법 개정안
1. 온라인 서비스 제공자의 책임	1. 법안의 제안 경과
2. 기술적 보호조치	2. 최초 개정안의 내용
III. 온라인 서비스 제공자 책임과 관련한 사례	3. 개정된 내용
1. 카테일 사건	4. 법안에 대한 입장
2. 인터넷 제국 사건	5. 법안 내용의 쟁점별 논의
3. 소리바다 사건의 개요	6. 제 언
	V. 결 론

I. 서 론

한국에서는 정보통신기술의 발달에 힘입어 관련 산업이 비약적으로 발전하고 있다. 정부에서도 이를 미래의 성장 동력으로 적극 지원하고 있다. 한국에서는 또한 문화산업을 새로운 성장 동력으로 삼아 이를 적극적으로 보호 육성하고 있다. 기술의 발전과 문화 산업의 발전은 양자가 함께 조화를 이루어야 함에도 불구하고, 현재 저작권법의 개정과

* 이 글은 건국대학교 주최 제6회 한·일 지적재산권·국제사법 심포지엄(2006년 9월 2일)에 발표된 원고를 수정한 것임.

** 건국대학교 법과대학 조교수

관련하여 문화산업계의 저작권자들과 기술을 기반으로 하는 인터넷 산업계 사이에서 커다란 의견 차이를 보이고 있다.

2005년에 10월에 우상호 의원은 저작권법 개정안을 제안하였다. 개인 간의 파일 공유를 목적으로 하는 서비스의 유형에 대하여 저작권 침해를 막기 위하여 온라인 서비스 제공자(OSP: Online Service Provider)가 기술 보호조치¹⁾를 의무화하도록 하는 것이 주요 내용이다.

개정안이 제안되자 산업계와 시민단체의 격렬한 찬반토론과 저작권자의 입장을 대변하는 문화관광부와 인터넷업계를 대변하는 정보통신부 사이에 의견 대립이 있었다. 대체로 저작권자들은 이러한 개정안에 대해 찬성을 하는 입장이고, 기술을 기반으로 하는 인터넷 관련 산업계는 이를 반대하고 있다. 기술과 문화산업의 대립을 조화롭게 해결하기 위하여 이 글에서는 저작권 침해와 온라인 서비스 제공자의 기술적 보호조치와 관련된 현재의 한국의 입법 상황과 법안의 내용을 주로 검토한다. 먼저 온라인 서비스 제공자와 기술적 보호조치 입법 내용을 검토하고, 관련된 한국의 판례를 소개한 후 저작권법 개정안의 내용과 이에 대한 찬반의견을 검토하고, 이에 대한 필자의 의견을 제시한다.

- 1) 현재 저작권법에서 규정하고 있는 ‘기술적 보호조치’(저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리에 대한 침해 행위를 효과적으로 방지 또는 억제하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 얻은 자가 적용하는 기술적 조치)와 개정 저작권법의 제104조의 특수한 유형의 온라인 서비스 제공자는 권리자의 요청이 있는 경우 당해 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 ‘기술적인 조치’는 용어상의 차이가 있다. 기술적인 조치는 주로 필터링의 의미로 사용될 수 있으나, 기술의 발전에 따라 법규정으로 명확히 규정하기 어려우므로 이하에서는 대체로 동일한 것으로 본다.

II. 온라인 서비스 제공자의 책임과 기술적 보호조치의 의의

1. 온라인 서비스 제공자의 책임

가. 온라인 서비스 제공자의 개념

온라인 서비스 제공자의 개념을 일의적으로 정의하기는 어렵다. 기술의 발전에 따라 새로운 서비스가 계속 출현하고 있기 때문이다. 대체적으로 인터넷 서비스 제공자(ISP: Internet Service Provider)는 인터넷상에서 이용자들에게 인터넷 접속, 웹사이트 호스팅(Website Hosting), 검색엔진, 게시판 제공 등의 각종 서비스를 제공하는 자를 지칭한다.²⁾ 온라인 서비스 제공자는 기업 내에만 연결된 폐쇄적 BBS(Bulletin Board System) 서비스 등 모든 네트워크상에서 활동하는 서비스 제공자까지 포함하는 개념이다.

한국 저작권법 제77조는 온라인 서비스 제공자의 책임이라는 표현을 사용하고 있다. 우리 저작권법은 2003년 5월의 개정법에서 온라인 서비스 제공자를 ‘다른 사람이 저작물이나 실연·음반·방송 또는 데이터베이스를 정보통신망을 통하여 복제 또는 전송할 수 있도록 하는 서비스를 제공하는 자’로 정하고 있다.³⁾ ISP와 OSP는 대체적으로 큰 차이는 없지만 법문의 용어에 따라 온라인 서비스 제공자로 용어를 사용한다.

나. 온라인 서비스 제공자의 책임

현행 저작권법⁴⁾ 제77조는 온라인 서비스 제공자의 책임을 다음과 같이 규정한다. 온라인 서비스 제공자가 저작물이나 실연·음반·방송

2) 박준석, “이용자의 저작권침해에 따른 인터넷서비스 제공자의 민사책임 : P2P복제기술을 중심으로”, 서울대학교 박사학위논문, 2005, 4면.

3) 저작권법 제2조 제22호.

4) 일부 개정 2004.10.16 법률 제7233호.

또는 데이터베이스의 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 경우에는 다른 사람에 의한 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해에 관한 온라인 서비스 제공자의 책임을 감경 또는 면제할 수 있다.⁵⁾ 그리고 온라인 서비스 제공자가 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 중단시키고자 하였으나 기술적으로 불가능한 경우에는 그 다른 사람에 의한 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해에 관한 온라인 서비스 제공자의 책임은 면제된다.⁶⁾ 저작권법 제77조의2에서는 온라인 서비스 제공자가 저작권 침해를 이유로 한 서비스 중지 요청과 재개 요청에 대하여 어떻게 대응하여야 할 것인지에 대하여 자세히 규정하고 있다.

일본의 경우는 저작권법이나 컴퓨터 프로그램 보호법에서 각각 면책 조항을 따로 규정한 우리와 달리 저작권 침해 혹은 컴퓨터 프로그램 저작권 침해, 명예훼손 행위 등 일체의 권리침해 행위를 대상으로 ‘특정 전기통신 역무제공자의 손해배상책임 제한 및 발신자 정보개시에 관한 법률’⁷⁾을 2001년 11월 30일에 제정하여 2002년 5월 27일부터 시행하고 있다. 동법은 온라인 서비스 제공자는 온라인 서비스로 의한 정보의 유통으로 타인의 정보가 침해되고 있다는 사실을 알았거나 알 수 있었다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 이로 인한 손해에 대하여 권리를 침해한 정보의 불특정 다수인에 대한 송신을 방지할

5) 저작권법 제77조 제1항.

6) 저작권법 제77조 제2항.

7) 特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律.

조치를 강구하는 것이 기술적으로 가능함에도 이를 이행하지 아니한 때에만 배상책임을 지는 것을 원칙으로 한다(동법 제3조 제1항). 온라인 서비스 제공자가 정보의 유통으로 타인의 권리가 부당하게 침해되고 있다고 믿을 만한 상당한 이유가 있거나 온라인 서비스 제공자에 대하여 침해정보의 송신을 방지하는 조치를 요구하는 사람이 있을 때 당해 정보의 발신자에게 이를 통보하였으나 7일 이내에 이의신청을 하지 아니한 경우에는 동 정보에 대하여 송신을 차단하였더라도 동 조치가 당해 정보의 불특정 다수인에 대한 송신을 방지하기 위해 필요한 한도 내에서 행하였다면 배상책임이 없다(동법 제3조 제2항).

2. 기술적 보호조치

가. 미국의 DMCA

미국의 DMCA(디지털 밀레니엄 저작권법: Digital Millennium Copyright Act)는 1998년에 제정되어 2000년도부터 시행되었다. Universal City Studios, Inc. v. Corley⁸⁾ 사건에서 처음으로 DMCA가 언급된 이후 많은 사례에서 법원은 DMCA를 적용하고 있다. 현행 DMCA는 디지털 콘텐츠 보호를 위해 기술적 보호조치를 우회하는 행위를 불법으로 규정한다.⁹⁾ 기술적으로 보호되는 저작물에 접근(access)할 수 있도록 하는 도구를 개발하거나 제공하는 행위도 불법으로 규정한다.¹⁰⁾ 타인이 기술적 보호 조치를 우회할 수 있도록 하는 도구를 제조, 수입, 제공, 불법 거래(traffic in)하여서도 안 된다.¹¹⁾

DMCA가 보호하는 기술적 보호조치는 저작물への 접근(access)을 제

8) 273 F.3d 429 (2d Cir. 2001). DVD 복제방지 기술인 CSS 보안기술을 해킹하는 DeCSS를 인터넷에 링크하거나 배포하지 못하도록 한 판결.

9) 17 USC §1201(a)(1).

10) 17 USC §1201(a)(2).

11) 17 USC §1201(b)(1)(A).

한하는 것, 접근을 제한하는 보호조치를 회피(circumvention)하는 수단을 거래하는 것, 저작권법이 보호하는 권리를 보호하는 조치를 회피할 수 있는 수단을 제공하는 것으로 분류된다.¹²⁾ 그러나 이러한 보호에 대하여는 공정이용을 비롯하여 저작권 침해에 대한 항변에 아무런 영향을 주지 않는다고 규정한다.¹³⁾ 즉, 기술적 보호조치 회피에 대해 (i) 비영리 도서관, 기록보존소, 교육기관, (ii) 역공학(reverse engineering), (iii) 암호화 연구, (iv) 미성년자의 보호를 증대시키는 경우, (v) 사적인 정보의 배포를 용이하게 하는 경우, (vi) 컴퓨터, 컴퓨터 시스템, 네트워크의 안전성을 시험하는 경우의 예외가 인정되고 있다.¹⁴⁾

한편, DMCA는 민사적 구제 조항을 포함하고 있다.¹⁵⁾ 형사적 제재 조항은 초범에 대하여 최대 5년의 징역과 50만 불의 벌금, 누범에 대하여는 최대 10년의 징역과 100만 불의 벌금을 규정한다.¹⁶⁾ DMCA는 도입 당시 규제범위가 지나치게 포괄적이라는 이유로 많은 비판을 받았다. 이후 DMCA의 제1201조의 문제점을 보완하기 위하여 두 가지의 법률이 제안되었다. 하나는 2003년 1월 7일에 제안된 DMCRA(the Digital Media Consumers' Rights Act)이다.¹⁷⁾ DMCRA는 저작권자의 이익을 보호함과 동시에 저작권으로 보호되는 제품을 합법적으로 구매한 소비자를 균형적으로 보호하기 위한 것이다. 또 다른 입법안은 2003년 3월 4일에 제안된 BALANCE(the Benefit Authors without Limiting Advancement or Net Consumer Expectations)이다.¹⁸⁾ 이 법안들은 문제를 어느 정도 해결하였지만 그래도 여전히 많은 문제점을 가지고 있다.¹⁹⁾

12) 17 USC §1201(a)(1)(2),(b)(1).

13) 17 USC §1202(c)(1).

14) 17 USC §1201(d)(f)(g)(h)(i)(j).

15) 17 USC §1203.

16) 17 USC §1204.

17) Digital Media Consumers' Rights Act of 2003, H.R. 107, 108th Congress.

18) Benefit Authors without Limiting Advancement or Net Consumer Expectations (BALANCE) Act of 2003, H.R. 1066, 108th Congress.

최근 ‘2006 지적재산권 보호법안(Intellectual Property Protection Act of 2006)’은 복제방지를 위한 규제범위가 기존 DMCA보다 훨씬 광범위하다. 미국 의회는 현행 DMCA를 대폭 강화하여 저작권법을 개정하려 한다.²⁰⁾ ‘2006 지적재산권 보호법안’은 기술적 보호조치를 해킹하는 하드웨어나 소프트웨어의 제작, 수입, 수출, 관리, 소유하는 행위까지 전면 금지한다.²¹⁾ 또 이러한 행위를 적발하기 위해 FBI에 포괄적인 도청 권한을 부여하도록 규정한다.²²⁾ 법안은 RIAA(미국 레코드 산업 협회: Record Industrial Association of America)와 MPAA(미국 영화 협회: Motion Picture Association of America)가 지적해 온 현행법상의 결함(Loopholes)을 제거하기 위해 법을 더 강화하려 한다.²³⁾

나. 프랑스의 DADVSI

프랑스에서 DADVSI(Loi sur le Droit d’Auteur et des Droits Voisins dans la Société de l’Information, 정보화 사회에 있어서의 저작권 및 관련 제 권리)법이 2006년 6월 30일에 프랑스 상원의회를 통과했다. DADVSI의 실행에 의해 프랑스의 저작권법의 내용은 큰 폭으로 바뀌게 된다. 처음 프랑스 저작권법의 개정 의도는 2001/29/CE European Copyright Directive from 2001 (EUCD) 규정에 따른 단순한 개정이었으나, 2005년에 법안에 많은 법안의 내용의 수정이 이루어져 현재는 많은 논란이 되고

19) Thomas A. Mitchell, “Copyright, Congress, and Constitutionality : How The Digital Millennium Copyright Act Goes Too Far”, October, 2004, 79 *Notre Dame Law Review* 2115, 2171면.

20) Declan McCullagh, “Congress readies broad new digital copyright bill”, CNET News.com, 2006년 4월 23일, http://news.com.com/2100-1028_3-6064016.html[2006년 5월 1일 접속].

21) <http://static.publicknowledge.org/pdf/ip-protection-act-2006-20060413.pdf>[2006년 5월 1일 접속].

22) <http://www.publicknowledge.org/issues/hr2391>[2006년 5월 1일 접속].

23) Eric Bangeman, New tougher copyright legislation in the works, 2006년 4월 24일, <http://arstechnica.com/news.ars/post/20060424-6660.html>[2006년 5월 1일 접속].

있다.

DADVSI의 주된 논의는 DRM(Digital Right Management)과 P2P방식에 대한 내용이다. P2P를 불법화하고 DRM에 대한 법률적 보호를 보장한다. DRM을 우회하는 행위를 처벌하는 등 저작권에 대한 보호를 강화하는 대신 상호운용성(Interopérabilité)을 보장하는 규정을 두어 소비자들의 접근성과 선택권을 제한하는 폐쇄형 DRM을 금지시키고 있다. 이외에도 교육 목적에 있어서의 저작권 적용의 예외가 규정되어 있으며, Web Caches와 같은 일시적 기술적 복제를 허용하며, 장애인을 위한 음성책자와 같은 저작물은 자료로 복제할 수 있도록 허용한다.²⁴⁾

그러나 많은 반대론자가 염려하고 있는 것은 P2P 소프트웨어에 의한 저작물의 교환을 금지하거나, DRM 기술의 회피수단을 범죄로 하는 부분이다. P2P 사용자에게 대한 벌금의 경우 저작권화되어 있는 파일을 다운로드 받을 경우 38 EUR의 벌금이 부과된다. 앞으로는 저작권자가 허용한 합법적인 사이트에서의 다운로드만이 합법적으로 인정된다. 파일 크기나 다운로드한 저작물의 개수 등에 대한 결정과 벌금에 대한 투표가 시행되어 결정될 것이다.²⁵⁾

이 법은 소프트웨어 방식으로 DRM의 기술적 조치를 우회하는 것도 명백하게 금지한다. 법 제12조 2항에서는 명백히 저작권으로 보호되는 데이터를 교환하도록 하는 소프트웨어를 제작하거나 공개하거나 사용을 고무하는 자는 최고 3년의 징역 또는 300,000 EUR의 벌금을 병과할 수 있도록 하고 있다. 법 제13조와 제14조에서는 저작물을 통제하는 기술적 조치를 무력화하거나 무력화하는 수단을 공개, 적법한 저작물을

24) French Parliament approves the worst copyright law in Europe, Paris, 30 june 2006, <http://www.eucd.info/index.php?2006/06/30/333-french-parliament-approves-the-worst-copyright-law-in-europe>[2006년 7월 20일 접속].

25) La loi sur le droit d'auteur effraie Apple, lefigaro.fr, 21 mars, 2006, http://www.lefigaro.fr/france/20060321.WWW000000289_droit_d_auteur_la_loi_change.html[2006년 7월 20일 접속].

침해하는 기술적 조치를 포함하는 것을 금지하며, 승인되지 않은 프로그램을 이용하여 단순히 해킹하는 것은 최고 3750 EUR의 벌금을, 타인에게 이러한 소프트웨어를 제공하는 행위는 6개월의 징역과 최고 30,000 EUR의 벌금을 병과할 수 있도록 하고 있다.²⁶⁾

다. 일본의 저작권법

일본 저작권법에서는 저작권을 보호하기 위한 기술적 보호 수단을 회피하는 것을 유일한 기능으로 하는 장치 또는 기술적 보호수단을 회피하는 것을 유일한 기능으로 하는 프로그램의 복제물을 공중에 대여하거나 그 같은 목적으로 제조하거나 공중에 송신하는 행위 등에 대하여 형사제재를 가하고 있다.²⁷⁾ 일본 저작권법은 사적 이용을 목적으로 하더라도 기술적 보호수단을 회피에 의하여 가능하게 된 복제를 하는 행위는 사적 이용에 대한 권리제한으로부터 제외시키고 있다.²⁸⁾

라. 우리나라

저작권법 제2조 20호에서 기술적 보호조치를 ‘저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리에 대한 침해 행위를 효과적으로 방지하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 얻은 자가 적용하는 기술적 조치’라고 정의하고 있으며, 온라인 디지털 콘텐츠보호법 제18조 제2항과 컴퓨터 프로그램 보호법 제2조 9호에서도 규정을 두고 있다. 우리 저작권법²⁹⁾, 온라인 디지털 콘텐츠보호법³⁰⁾, 컴퓨터 프로그램 보호법³¹⁾에서는

26) What does the new French copyright bill do?, <http://eucd.info/index.php?2006/06/30/335-what-does-the-new-french-copyright-bill-do>[2006년 7월 20일 접속].

27) 일본 저작권법 제120조의2.

28) 일본 저작권법 제30조.

29) 저작권법 제92조.

30) 온라인 디지털 콘텐츠법 제18조 제2항.

31) 컴퓨터 프로그램 보호법 제30조.

기술적 보호조치의 무력화 행위에 대하여 규정하고 이를 위반할 경우에 형법적 제재를 부과할 수 있음을 명시하고 있다.³²⁾

Ⅲ. 온라인 서비스 제공자 책임과 관련한 사례

1. 카테일 사건

카테일 사건은 전자게시판의 이용자가 대학의 전자게시판 자료실에 카테일이라는 멀티미디어 제작 소프트웨어를 업로드하여 1개월 이상 불특정 다수인이 다운로드를 받아 저작권자가 항의하자 대학측이 자료실을 폐쇄한 사건이다.³³⁾

법원은 “온라인을 통하여 다수의 이용자로 하여금 자료의 전송 등을 수행할 수 있도록 이른바 사이버 공간이라는 장소와 시설을 제공하고 이용자의 요구에 의하여 이용자의 행위를 매개하여 주는 과정에서 타인의 저작권 기타 권리를 침해하는 자료의 전송 등이 이루어진 경우에 있어서도 그와 같은 자료의 전송 등을 통한 타인의 권리침해에 관한 1차적 책임은 여전히 이를 직접적으로 수행한 이용자에게 있다 할 것이고, 인터넷 등 온라인의 속성상 컴퓨터 사용의 보편화로 불특정다수의 이용자에게 의한 침해행위가 비교적 간단한 조작으로 용이하게 수행될 수 있는 반면 그 침해행위로 인한 파급효과는 순식간에 걸쳐 광범위하게 확대될 수 있다는 점을 감안하더라도 그와 같은 전송 등이 가능하도록 장소나 시설을 제공한 것에 불과한 자는 이를 통하여 발생하는 불법행위에 관하여 자신이 직접적인 고의를 가지고 있지 아니한 이상 원칙적으로는 그러한 장소나 시설의 제공사실만을 가지고 곧바로 침해에 대한

32) 저작권법 제98조.

33) 서울지방법원 1999.12.3 선고, 98가합111554호 판결.

직접적인 책임을 부담하는 것은 아니”라고 하였다.

“다만, 예외적으로 이들이 이용자의 침해행위를 적극적으로 야기하였거나 우연한 기회 또는 관리자의 고지를 통하여 이용자의 침해물 또는 침해행위의 존재를 인식하고도 이를 방치한 경우 또는 이들이 침해행위를 통제할 권한과 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 경우가 있을 수 있으며 그러한 경우에 해당하는지 여부는 결국 당해 사건에서 제공되는 서비스의 구조나 형태, 범위, 침해행위의 정도 및 태양 등 제반 사정들을 종합하여 구체적으로 판단할 수밖에 없다.”고 판시하였다.

2. 인터넷 제국 사건

인터넷 제국 사건은 음악관련 웹사이트를 운영하는 사람이 피해자가 저작권을 가지는 음반을 컴퓨터파일로 변환하여 서버에 저장하고 이용자들이 뮤직비디오 등에 대한 동영상 파일들을 업로드하여 다른 불특정 다수의 이용자들이 다운받을 수 있도록 한 사건이다.³⁴⁾

법원은 “비록 피고가 직접 위 동영상 파일들을 복제, 전송하여 원고 월드뮤직의 저작권을 침해하지는 않았다고 하더라도, 위 웹사이트를 운영, 관리함에 있어서 위와 같은 이용자들의 저작권 침해행위를 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 저작권 침해행위를 용이하게 하기까지 한 이상 이용자들의 저작권 침해행위에 대하여

34) 서울지방법원 2001.8.24 선고, 2000가합83171호 판결.

온라인 서비스 제공자로서 책임을 지게 된다고 할 것이므로, 피고는 위 원고에게 위 저작권 침해행위로 인한 손해를 배상할 의무가 있다.”라고 판시하여 이용자들의 저작권 침해행위에 대하여 온라인 서비스 제공자로서 책임을 진다고 판시하였다.

3. 소리바다 사건의 개요

저작권자들은 소리바다와 같은 P2P 사이트에 대해 많은 우려를 하고 있다. 소리바다는 무료로 음악파일을 전송할 수 있는 P2P 사이트로 한국 판 Napster라고 할 정도의 구동원리나 대중적 인기도가 유사하다.³⁵⁾ 저작권자들과 소리바다 사이의 분쟁을 민사사건과 형사사건으로 나누어 소송의 경과만을 검토하여 본다.

먼저 민사사건에서 하급심 법원들은 소리바다의 저작권 침해책임을 긍정하고 있다. 시간의 순서에 따라 사건을 검토하면 음반산업협회 산하의 음반제작자 16명은 소리바다 운영자들을 상대로 가처분 신청사건³⁶⁾을 제기하였고, 성남지원은 신청인들이 음반제작자로 되어 있는 노래에 관한 MP3파일의 업로드 또는 다운로드를 금지하는 가처분 인용결정을 내렸다. 이의 가처분 인용결정의 당부를 다투며 소리바다측이 2002년 7월 19일에 이의를 신청한 가처분 이의사건³⁷⁾에 대하여 한국 법원 최초로 P2P 서비스 제공자의 책임문제를 심도 있게 거론하면서 소리바다측이 제기한 가처분 이의신청을 기각하는 판결을 내렸다. 이러한 1심판결에 대하여 피고들이 항소하자 서울고등법원 항소심 판결³⁸⁾에서는 1심판결

35) 박준석, “인터넷서비스 제공자의 책임에 관한 국내 판례의 동향-소리바다 항소심 판결을 중심으로”, 서울대학교 기술과 법센터 2005년 제7회 워크숍, 2005년 7월 25일, 8면

36) 수원지방법원 성남지원 2002.7.9. 2002카합77 결정(음반복제등금지가처분).

37) 수원지방법원 성남지원 2003.2.14. 선고 2002카합284 판결(가처분이의).

38) 서울고등법원 2005.1.12. 선고 2003나21140호 판결.

과 부분 의견을 달리하면서도 결론적으로는 항소를 사실상 기각하였다.

한편 한국음악저작권협회가 소리바다의 운영자를 상대로 음반복제권 등의 침해로 인한 손해배상을 구한 사건에서는 수원지방법원 성남지원이 이를 인용한 판결³⁹⁾을 하였고, 서울고등법원의 항소심 판결⁴⁰⁾도 피고의 책임을 긍정하였다. 가처분 사건의 항소심에 대하여는 피고측의 상고로 그 최종심⁴¹⁾이, 손해배상 사건의 항소심⁴²⁾에 대하여 피고측의 상고하여 현재 대법원에 계류 중이다.

형사사건에 관하여는 1심에서는 공소기각 판결⁴³⁾이 있었고, 항소심⁴⁴⁾에서는 소리바다의 저작권 침해책임을 부정하여 무죄를 선고한 바 있다. 형사사건의 항소심에 대하여는 검사가 상고하여 그 최종심⁴⁵⁾이 대법원에 계류 중이다. 현재 소리바다는 2006년 7월부터 유료화를 시작하였고, 저작권자들과 소리바다 사이에서는 유료화 서비스와 관련된 저작권 협상이 진행 중이다.⁴⁶⁾

4. 소리바다 사이트의 기술적 보호조치

소리바다 사이트가 기술적 보호조치를 한 경우 저작권 침해의 면책 가능성이 있는지 여부에 관한 지방법원 판결이 나왔다.⁴⁷⁾ 저작인접권자들인 예전미디어·툰프로덕션·트라이팩타엔터테인먼트 등 3개 음반·음원제작사 등은 소리바다 사이트가 저작인접권을 침해하거나 이

39) 수원지방법원 성남지원 2003.10.24. 선고 2003가합857 판결.

40) 서울고등법원 2005.1.25. 선고 2003나80798호 판결.

41) 대법원 2005다11626호 사건.

42) 대법원 2005다13899호 사건.

43) 서울지방법원 2003.5.15. 선고 2001고단8336 판결(저작권법 위반 방조).

44) 서울중앙지방법원 2005.1.12. 선고 2003노4296 판결.

45) 대법원 2005도872호 사건.

46) 조선일보 2006년 8월 16일.

47) 연합뉴스 2006년 8월 23일.

용자들의 침해를 방조한다는 이유로 소리바다 사이트를 상대로 낸 음반 복제금지 등 가처분 신청을 하였다. 이에 서울중앙지법 민사합의50부(부장판사 송진현)는 2006년 8월 23일 이를 기각했다.

재판부는 결정문에서 소리바다 측은 서비스 이용자들이 P2P방식으로 음원 파일을 공유할 수 있도록 하는 것에 불과해 저작권접권 침해를 방조했다고 볼 수 없고 필터링 기술을 개발, 음원이 공유될 수 없도록 하는 등 저작권접권 침해를 방지하기 위한 기술적 조치를 마쳤으므로 책임이 면책된다고 하였다. 소리바다 측은 ‘디지털 워터마크 제도’를 채택해 저작권접권을 침해하는 음원 파일에 대해 추후 유통경로를 추적할 수 있도록 했고 ‘그린파일’ 제도로 저작권을 침해하는 음원 파일의 유통금지를 요청할 수 있도록 조치한 점을 보면 소리바다 측은 예방을 위한 가능한 조치를 다한 것으로 저작권접권을 침해하더라도 면책되는 경우에 해당한다고 판결하였다.

IV. 저작권법 개정안

1. 법안의 제안 경과

우상호 의원이 대표 발의한 저작권법 개정안은 2005년 10월 31일 발의되었다.⁴⁸⁾ 이 법안에 대하여 많은 반대 의견이 있었다. 인터넷 기업,

48) 2004년 9월 4일 정성호 의원, 2004년 12월 27일 윤원호 의원, 2005년 10월 31일 우상호 의원이 각각 대표 발의하여 회부된 저작권법 일부 개정법률안과 2005년 6월 13일 이광철 의원이 대표 발의하여 회부된 저작권법 전부 개정법률안을 제250회 국회(정기회) 제11차 문화관광위원회(2004. 11. 25), 제252회 국회(임시회) 제1차 문화관광위원회(2005. 2. 18) 및 제256회 국회(정기회) 제13차 문화관광위원회(2005. 11. 17)에 각각 상정하여 대체토론을 거친 후 법안심사소위원회에 회부하였다. 제256회 국회(정기회) 제19차 문화관광위원회(2005. 12. 6)는 법안심사소위원회의 심사보고대로 상기 4건의 개정법률안 중 일부 내용을 수정·통합하여 위원회 대안을 제안

시민단체들은 본 법안이 인터넷상의 저작물 이용을 위축시키고 인터넷 기술의 발전을 가로막는 독소조항도 포함하고 있다고 지적하였다. 이후 우상호 의원이 수정된 법안을 내면서 저작권에 대한 기술적 보호조치를 해야 하는 특수 유형의 온라인 서비스 사업자에 이메일이나 메신저, 포털의 게시판 등을 포함시키지 않기 위해 기존 ‘복제·전송’을 ‘전송’으로 바꾸고, 기술적인 보호조치도 대다수 업계가 이미 하고 있는 ‘필터링’ 수준으로 명확히 하는 수정안을 제안하였다.⁴⁹⁾ 그러나, 우 의원이 낸 수정의견에 대해서도 논란이 끊이지 않아 2006년 2월 28일 법사위 법안 심사 제2소위원회에서 계류되었고, 2006년 4월 임시국회 법사위에서 논의되지 못하였다. 그 후, 2006년 12월 1일 국회 본회의에서 저작권법이 개정되었다.⁵⁰⁾

2. 최초 개정안의 내용

가. 입법 목적

법안의 입법 목적은 개인 간 파일공유 등을 목적으로 하는 특수한 서비스 유형의 경우 저작권자가 요청할 때에는 대통령령이 정한 기술적 보호조치 등을 의무화하고, 영리를 위하여 반복적으로 저작권 침해행위를 한 경우에는 비친고죄화하는 동시에 문화관광부 장관에게 불법복제물 수거, 폐기 및 삭제 권한을 부여하여 불법복제로부터 우리 문화산업을 보호하고자 하는 취지로 개정안이 제안되었다.

나. 주요한 내용

(1) 다른 사람들 상호간에 저작물 등을 복제·전송하도록 하는 것을

하고, 4건의 법률안을 각각 본회의에 부의하지 아니하기로 의결하였다.

49) 아이뉴스 2006년 4월 2일.

50) 저작권법[전부개정 2006.12.28 법률 제8101호], 시행일 2007.6.29.

주된 목적으로 하는 온라인 서비스 제공자는 그 상호간에 저작물 등이 불법적으로 복제·전송되는 것을 방지하기 위하여 기술적 보호조치 등 대통령령이 정하는 필요한 조치를 취하도록 하고, 해당 서비스가 불법임을 알고서 이에 접근하도록 설비, 장치 또는 서비스를 제공하는 온라인 서비스 제공자는 저작권, 그밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리를 침해한 것으로 봄(안 제77조의3 신설).

(2) 문화관광부 장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장에게 불법 복제물을 수거·폐기할 수 있도록 하고 온라인상 불법 복제물을 삭제 명령할 수 있는 권한을 갖도록 하되, 온라인상 삭제명령을 이행하지 않는 자에 대해서는 5천만원 이하의 과태료를 부과할 수 있도록 함(안 제97조의5 및 제104조 신설).

(3) 문화관광부 장관이 저작물 등의 권리관리정보 및 기술적 보호조치의 표준화 정책을 수립·시행할 수 있도록 함(안 제97조의6 신설).

(4) 영리를 위하여 반복적으로 저작재산권 등을 침해한 행위 등을 권리자의 고소 없이도 형사처벌이 가능하도록 비친고죄로 변경함(안 제102조).

3. 개정된 내용

가. 입법 목적

개인 간 파일공유 등을 목적으로 하는 온라인 서비스 제공자에 대하여 권리자의 요청이 있는 경우에는 당해 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치를 취하도록 하고, 영리를 위하여 상습적으로 저작권 침해행위를 한 경우에는 비친고죄화하는 동시에 문화관광부장관에게 불법복제물 수거, 폐기 및 삭제 권한을 부여하여 불법복제로부터 우리 문화산업을 보호하고자 하는 입법 목적을 갖는다.⁵¹⁾

나. 개정된 내용

(1) 특수한 유형의 온라인 서비스 제공자의 의무 등

특수한 유형의 온라인 서비스 제공자의 의무 등을 규정하여 다른 사람들 상호 간에 컴퓨터 등을 이용하여 저작물 등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인 서비스 제공자(이하 “특수한 유형의 온라인 서비스 제공자”라 한다)는 권리자의 요청이 있는 경우 당해 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 하여야 한다.⁵²⁾ 이 경우 권리자의 요청 및 필요한 조치에 관한 사항은 대통령령으로 정한다고 규정한다.⁵³⁾ 제104조를 위반한 경우에는 3천만원 이하의 과태료⁵⁴⁾를 부과할 수 있도록 규정한다.⁵⁵⁾ 또한, 문화관광부

51) “저작권자”의 요청이 아닌 “권리자”의 요청이 있는 경우와 영리를 위하여 “반복적으로”가 아닌 “상습적으로” 수정되어 법이 개정되었음.

52) 국회저작권법 개정 법률안 검토보고 55면. “안 제104조제1항에서는 특수한 유형의 온라인 서비스 제공자에게 불법적으로 복제·전송되는 것을 방지하기 위하여 기술적 보호조치를 하도록 하고 있는데, 이 규정은 P2P사업자 등과 같이 직접 저작물을 복제하거나 전송하지 않지만 다른 사람들 간의 전송이 가능하도록 매개하는 온라인 서비스 제공자가 불법 복제·전송을 조장하므로 이를 통제하여 서비스 이용자를 보호할 필요가 있어 신설하고자 하는 규정임. 이 규정에 대하여 안 제103조에 규정된 일반 온라인 서비스 제공자의 책임 규정과 비교하여 특수한 유형의 온라인 서비스 제공자에게 지나치게 무거운 책임을 지우고 있어 형평에 어긋나고, ‘다른 사람들 상호간에 컴퓨터 등을 이용하여 저작물 등을 복제·전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인 서비스 제공자’가 P2P서비스 사업자뿐 아니라 미니홈피, 블로그, 게시판 서비스 제공자까지 포함되게 해석될 여지가 있어 과도한 규제가 될 수 있다는 의견이 있으며, 특히 이 규정을 위반한 특수한 유형의 온라인 서비스 제공자는 3년 이하의 징역이나 3천만원 이하의 벌금에 처해질 수 있으므로 심도 있는 검토가 요구됨.”

53) 저작권법 [전부개정 2006.12.28 법률 제8101호], 시행일 2007.6.29(이하 신저작권법), 제104조 제1항.

54) 국회저작권법 개정 법률안 검토보고 55, 72면. “안 제104조 제2항에서는 불법이라는 사실을 알면서 개인들이 불법 온라인 서비스에 접근하도록 설비, 장치 또는 서비스를 제공하는 온라인 서비스 제공자는 저작권을 침해한 것으로 의제하고 안 제136조 제2항 제4호에서 3년 이하의 징역이나 3천만원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 하고 있으나, 안 제104조 제1항에서 이미 기술적 보호조치를 의무화하여 제2항의 입법

장관은 제1항의 규정에 따른 특수한 유형의 온라인 서비스 제공자의 범위를 정하여 고시할 수 있다.⁵⁶⁾ 또한, 권리주장자의 서비스 중단 요구가 있을 때 온라인 서비스 제공자가 저작물 등의 복제·전송 중단해야 할 시간을 ‘지체없이’에서 ‘즉시’로 변경하였다.⁵⁷⁾

(2) 불법 복제물의 수거·폐기 및 삭제

문화관광부 장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장에게 불법 복제물을 수거·폐기할 수 있도록 하고 온라인상 불법 복제물을 삭제 명령할 수 있는 권한을 갖도록 하되,⁵⁸⁾ 온라인상 삭제명령을 이행하지 않는 자에 대해서는 1천만원 이하의 과태료를 부과할 수 있도록 하였다.⁵⁹⁾ 이에 따라 문화관광부 장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 침해하는 복제물(정보

취지를 대부분 반영하고 있고, 안 제103조의 규정에 따라 저작권 침해 범죄에 대하여 형사상 방조책임 등을 지을 수 있으며, 설비·장치 또는 서비스 제공에 대하여 저작권 침해의 책임을 묻는 것은 책임의 지나친 확장이므로 이를 삭제함.”

55) 신저작권법 제142조 (과태료) ① 제104조의 규정에 따른 필요한 조치를 하지 아니하는 자는 3천만원 이하의 과태료에 처하며, 제106조의 규정에 따른 의무를 이행하지 아니하거나 제133조 제4항의 규정에 따른 문화관광부 장관의 명령을 이행하지 아니하는 자는 1천만원 이하의 과태료에 처한다.

56) 신저작권법 제104조 제2항.

57) 신저작권법 제103조 제2항.

58) 국회저작권법 개정 법률안 검토보고 69면, “안 제133조 제4항은 온라인상 불법저작물에 대한 삭제·전송중단 명령을 문화관광부 장관이 저작권위원회의 심의를 거쳐 명할 수 있도록 하는 규정으로 권리자가 고소 등을 통한 사법적인 방법으로 권리를 구제받는 데 많은 시간이 소요되어 권리구제의 실효성이 떨어지는 문제를 해결하기 위하여 신설하는 규정인데, 이 규정에 대하여 저작권위원회의 심의만으로 삭제·중단 명령을 내릴 수 있도록 하는 것은 당사자의 절차적 권리가 보장되어 있지 않은 저작권위원회의 준사법적 기능을 강화하는 것으로 부적당하고 온라인 서비스 제공자가 불법저작물에 대한 삭제·전송중단을 위하여 해당 서비스를 일일이 모니터링 해야 하기 때문에 사실상 삭제·중단명령을 이행하기 어려운 경우가 생길 수 있다는 의견이 있으며, 특히, 명령을 이행하지 않는 경우에 5천만원 이하의 과태료에 처할 수 있도록 한 것은 과도한 제재가 될 수 있으므로 신중한 검토를 요함.”

59) 저작권법 제133조, 제142조.

통신망을 통하여 전송되는 복제물은 제외한다) 또는 저작물 등의 기술적 보호조치를 무력하게 하기 위하여 제작된 기기·장치 및 프로그램을 발견한 때에는 대통령령이 정한 절차 및 방법에 따라 관계공무원으로 하여금 이를 수거하여 폐기하게 할 수 있다.⁶⁰⁾ 문화관광부 장관은 정보통신망을 통하여 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 침해하는 복제물의 전송 등으로 인하여 저작권 등의 이용질서를 심각하게 훼손한다고 판단되는 경우 제112조의 규정에 따른 위원회의 심의를 거쳐 대통령령이 정하는 바에 따라 복제·전송자 또는 온라인 서비스 제공자에게 이를 삭제 또는 중단하도록 명할 수 있도록 규정하였다.⁶¹⁾ 이를 위반하는 경우 1천만원 이하의 과태료를 부과한다.⁶²⁾

(3) 건전한 저작물 이용 환경 조성 등

문화관광부 장관은 저작물 등의 권리관리정보 및 기술적 보호조치에 관한 정책⁶³⁾을 수립·시행할 수 있다.⁶⁴⁾

(4) 고 소

영리를 위하여 상습적⁶⁵⁾으로 저작재산권 등을 침해한 행위 등을 권리

60) 신저작권법 제133조 제1항.

61) 신저작권법 제133조 제4항.

62) 신저작권법 제142조 제1항.

63) 국회저작권법 개정 법률안 검토보고 70면. “안 제134조 제2항에서는 문화관광부장관이 저작물 등의 권리관리정보 및 기술적 보호조치의 표준화 정책을 수립·시행할 수 있도록 규정하고 있는데, 기술적 보호조치는 온라인상의 디지털 저작물을 포함한 디지털 콘텐츠 전반에 공통적으로 적용되는 기술이므로 별도로 문화관광부가 이를 추진하는 것은 부처 간 중복 투자의 우려가 있다는 정보통신부의 의견이 있고 문화관광부는 저작물의 보호는 온라인뿐 아니라 오프라인까지 통괄하는 표준화 정책이 필요하므로 문화관광부가 이를 담당하는 것이 타당하다는 입장이므로, 정보통신부와 문화관광부가 협의하여 업무를 조정할 필요가 있음.”

64) 신저작권법 제134조 제2항.

65) 국회저작권법 개정 법률안 검토보고 73면. “안 제140조는 저작권 침해 범죄에 대하여 현행 저작권법보다 비친고죄의 범위를 확대하려는 규정인데, 저작권자가

자의 고소 없이도 형사처벌이 가능하도록 비친고죄로 변경하였다.⁶⁶⁾

4. 법안에 대한 입장

가. 반대하는 입장

(1) 인터넷 기업협회의 반응

인터넷 기업협회 측에서는 저작권법 개정안의 핵심 사안에 대해 제대로 공청회도 열지 않고 처리된 만큼 법안을 재검토할 필요가 있으며, 저작권법 개정안이 발효되면 속지주의에 따라 국내 업체만 제재받고 외국 업체는 배제되므로 국내 업체를 규제하는 역차별 법안이라고 보고 있다.⁶⁷⁾ 또한 수정안에서 특수한 유형의 온라인 서비스 사업자를 P2P, 웹하드 업체에 한해 적용한다고 하더라도 기술이 발전하고 정부쪽 담당자가 바뀌면 법적용이 명확하지 않을 수 있는 위험이 있으므로 기술보호 조치를 의무화하지 않으면 처벌받기보다는 노력의무로 법에 명시해야 한다고 주장한다. 저작권자들과 온라인 서비스 사업자들 간에 신뢰가 아직 쌓여 있지 않은 상황에서 저작권자가 직접 고소하지 않아도 처벌할 수 있는 비친고제 조항은 호혜적인 협력관계를 통한 시장의 자율 정화 의지를 약화시키고 파파라치만 양성할 수 있다고 우려한다.

문제 삼지 않는 경우에도 형사처벌될 수 있도록 되어 있어 인터넷을 통한 정보의 전달이나 공유가 위축될 우려가 있고, 특히 안 제140조 제1항에서 ‘영리를 위하여 반복적으로’라는 제한을 두고 있으나 ‘반복적으로’의 의미가 2회 이상인 경우로도 해석될 수 있어 비친고죄의 범위가 지나치게 확대될 우려가 있으므로 해당조항을 삭제하거나 ‘반복적으로’를 ‘상습적으로’라고 수정하여야 한다는 법무부의 의견이 있음.”

66) 신저작권법 제140조 제1호 제140조 (고소) 이 장의 죄에 대한 공소는 고소가 있어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 영리를 위하여 상습적으로 제136조 제1항 및 제136조 제2항 제3호에 해당하는 행위를 한 경우.

67) 한국경제 2006년 1월 23일.

(2) 정보통신부의 입장

정통부는 저작권법 개정안에 대해 관계부처, 업계, 시민단체 등의 적절한 의견수렴 절차가 없었으므로 개정안을 재검토해 업계와 관계부처의 의견을 반영해야 하고, 저작권 보호를 위해 인터넷 기업에 과도한 의무를 부여하고 있다고 지적했다.⁶⁸⁾

나. 찬성하는 입장

(1) 저작권자 입장

예술, 학술출판 분야 권리자단체 및 음반사, 영화제작사, 출판사 등 총 418개 관련 단체 및 사업자는 우상호 의원의 저작권법 개정안을 적극 지지하면서 저작권법 개정을 원안대로 조속히 통과시켜줄 것을 요청했다. 이들은 최근 초고속 광통신망과 인터넷 및 IT 발달의 부작용으로 저작재산권에 대한 무분별한 침해로 인하여 문화산업이 존폐 위기에 놓여 있다고 주장한다. 저작권법 개정안(특수한 유형의 온라인 사업자의 기술조치 및 영리를 목적으로 상습적으로 침해를 하는 자에 대한 비친고죄 적용)은 저작권을 보호하기 위한 세계적인 흐름에 따른 시대적 요청이라고 주장했다.⁶⁹⁾

(2) 문화관광부의 입장

복제와 전송이 자유로운 디지털 네트워크 시대에 저작권자들의 권리가 침해당하고 있으니, P2P나 웹하드 같은 특수한 서비스 기업들에게는 저작권 보호를 위한 기술적인 조치들을 의무화하자는 것이다. 또 이를 지키지 않을 경우 저작권자가 신고하지 않아도 정부당국이 처벌할 수 있도록 해서 규제의 실효성을 높이자는 입장이다.

68) 한국경제 2006년 1월 23일.

69) 아이뉴스24 2006년 4월 26일.

다. 정통부와 문화부의 내용에 대한 협의

문화부는 정통부 등 관계부처와 의견을 조율하여 다음과 같은 사항을 합의했다. “문화부 장관이 저작물 등의 기술적 보호조치와 권리관리정보의 표준화 정책을 수립하고 저작권위원회 업무에 표준화 업무를 추가한다.”는 조항에서는 ‘표준화’라는 용어를 삭제하기로 했다. 또한 “문화부 장관에게 불법복제물 수거, 폐기, 삭제 권한을 부여하고 타 법률과 경합시 저작권법을 우선 적용한다.”는 조항에는 ‘컴퓨터 프로그램 보호법은 제외한다’는 단서를 추가하기로 했다. 이밖에도 문화부는 온라인 서비스 업체들이 저작권 권리 침해시 3년 이하 징역이나 3천만원 이하의 벌금을 받게 되는 조항을 문화부소관인 과태료 수준으로 낮추는 작업도 검토 중이다.⁷⁰⁾

5. 법안 내용의 쟁점별 논의

저작권법의 개정과 관련된 주요 쟁점은 문화산업을 우선할 것인지 IT산업을 우선할 것인지를 대립으로 보인다. 저작권법 개정 문제는 권리의 보호와 자유로운 정보의 이용이라는 상충되는 것처럼 보이는 이념을 합리적으로 조정하여 문화산업과 IT산업 모두를 조화롭게 발전시킬 것인지에 대한 문제이다.⁷¹⁾

가. 대상 규정의 명확성 여부

‘다른 사람들 상호간에 저작물 등을 복제·전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인 서비스 제공자는 그 상호간에 저작물 등이 불법적으로 복제·전송되는 것을 방지하기 위하여 기술적 보호조치

70) 아이뉴스 2006년 4월 2일.

71) 이하의 논의는 법이 개정되기 이전에 개정안에 대한 논의이다.

등 대통령령이 정하는 필요한 조치'를 하게 하는 것으로 규정한 법안의 내용이 규제의 대상을 명확하게 하였는지에 대한 논란이다.

(1) 개정안 반대 입장

‘저작물 등을 복제·전송하도록 하는 것을 주된 목적’으로 하는 온라인 서비스 제공자에 대한 대상을 모호하게 규정함으로써 P2P나 웹하드는 물론 이메일, 메신저, 게시판 등 거의 모든 인터넷에 대하여 국가적 감시와 규제의 가능성을 열어두고 있다. ‘복제·전송’은 인터넷의 ‘주된 목적’이며, ‘저작물 등’의 복제·전송 여부는 단순히 매체를 제공하는 온라인 서비스 제공자가 아니라 그 이용자들이 결정한다. 사실상 개정안은 모든 유형의 온라인 서비스 제공자들을 규제대상으로 만들어 사이버 공간 자체를 불법으로 만들 위험이 존재한다.⁷²⁾

(2) 개정안 찬성 입장

반대론자들은 이메일, 메신저 등을 포함한 온라인상의 모든 서비스도 동일하게 기술적 보호 조치의 대상이 된다고 주장한다. 하지만 개정안은 기술적 보호조치의 의무자를 ‘다른 사람들 상호간에 컴퓨터 등을 이용하여 저작물 등을 복제·전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인 서비스 제공자’로 한정하고 있다. 위 조항의 규율대상은 저작물의 공유를 ‘주된 목적’으로 하는 P2P업체나 일부 웹하드 업체 등 저작권 침해가 대규모·반복적으로 이뤄지고 있는 특수한 유형의 온라인 서비스 제공자이다. 즉, 이메일이나 메신저 등은 ‘저작물 등의 교환을 주된 목적으로 하는’ 서비스가 아니기 때문에 포털사이트 등 일반적인 인터넷 서비스업체는 위 조항의 규율 대상이 아니다.⁷³⁾

개정안은 e메일이나 메신저 서비스를 규제하는 것이 아니다. 현행법

72) 한상희, “인권 짓밟는 저작권법 개정안”, 한겨레 2006년 1월 2일 칼럼.

73) 강창문, “늦었지만 필요한 저작권법 개정”, 디지털타임스 2005년 12월 19일 칼럼.

이든 개정안이든 ‘전송’에 대해서만 권리를 부여하고 있다. 전송이란 이용자(공중의 구성원)가 ‘언제, 어디서나’ 원하기만 하면 접근해서 보거나 들을 수 있는 상태에 놓는 것이다. 따라서 이용자가 ‘주문’하지 않으면 성립되지 않는 개념이다. 이메일이나 메신저는 이러한 요건을 충족하지 못한다.⁷⁴⁾

나. IT산업에 대한 과도한 규제 여부

인터넷 이용자들 사이에 이루어지는 불법 복제·전송에 접근할 수 있도록 설비, 장치 또는 서비스를 제공하는 온라인 서비스 제공자를 저작권의 침해자로 간주하는 개정안이 IT산업에 대한 과도한 규제인지의 여부이다.

(1) 개정안 반대 입장

인터넷 이용자들 간에 불법적인 파일 교환이 이루어질 경우 이런 서비스를 제공하는 온라인 사업자가 저작권을 침해하는 것으로 간주하는 것은 마치 칼로 사람을 찌르는 사건이 벌어지면 그 칼을 판매한 사람까지 범죄자로 처벌하겠다는 것이며, 음주운전이 적발되면 그 차를 판매한 업체에게도 책임을 묻겠다는 것과 다름없는 발상이다.⁷⁵⁾

(2) 개정안 찬성 입장

반대론자들은 음주운전을 처벌하면서 그 차를 제조·판매한 업체까지 처벌하겠다는 규정이나 다름없다는 주장을 편다. 하지만 이 같은 비유는 지나친 논리의 비약이다. 개정법의 조항은 “고객이 도박을 할 것이라는 사실을 알면서 도박장 장소를 빌려준 사람을 처벌하여야 하는가?”라는 것과 유사한 문제로 보아 고객이 도박을 하리라는 사실을

74) 최경수, “저작권법 개정안 오해와 진실”, 전자신문 2006년 1월 11일 칼럼.

75) 민경배, “시대를 거스르는 저작권법”, 디지털타임스 2005년 12월 14일 칼럼.

알면서도 도박장소를 빌려준 행위 즉, 도박장 개설행위에 관하여는 현행 형법도 이를 형사처벌하고 있다. 개정안은 불법적인 저작권 침해를 알면서 이를 조장하는 온라인 서비스제공사를 그 적용대상으로 하고 있다고 보아야 하므로, 반대론자들이 주장하는 논거는 타당하지 않다.⁷⁶⁾

개정안이 온라인 사업자를 불필요하게 규제한다는 논의와 관련하여 개정안은 ‘특수한 유형의 온라인 서비스 제공자’에게 일정한 기술적 보호조치를 의무화하고 있다. 개정안은 만연하고 있는 불법적인 유통을 제어하기 위해 특정 비즈니스 모델(주로 P2P 서비스 사업자)을 규제하려는 목적이 있는 것으로 대부분의 온라인 서비스 사업자와는 관련이 없다.⁷⁷⁾

다. 표현의 자유와 검열의 위험성

개정안에 따라 정부가 저작권법상 불법복제물의 전송을 중단하도록 명령할 수 있는 권한을 가진 것에 대해서 표현의 자유를 억압하거나 검열을 정당화하는지에 대한 논란이다.

(1) 개정안 반대 입장

인터넷이란 본래 디지털 정보의 복제와 전송을 근간으로 이루어지는 공간이다. P2P뿐 아니라 이메일, 메신저, 웹하드, 게시판, 블로그 등 인터넷 공간에서 제공되는 모든 서비스들은 파일을 첨부하거나 전송할 수 있는 기능을 갖고 있다. 결국 이 모든 서비스가 개정 저작권법에서 말하는 기술적 보호조치의 대상이 될 수밖에 없다. 더욱이 합법적인 파일과 불법 복제 파일을 식별할 수 있는 기술이 존재하지 않으므로 법을 적용하려면 결국엔 인터넷 상에서 교환되는 모든 파일을 일일이 검열해야 할 것이므로 이런 일은 현실적으로 가능하지도 않고 설령 가능한 기술이

76) 강창문, 앞의 글.

77) 최경수, 앞의 글.

개발된다고 해도 또다시 프라이버시 침해라는 문제를 불러일으키게 될 뿐이다.⁷⁸⁾

(2) 개정안 찬성 입장

개정안은 표현의 자유 또는 검열의 문제와 아무런 관련이 없다. 검열은 표현의 내용이 불법인지 확인해야 하고 그 결과 정부의 자의적인 판단이 작용해야 하지만, 파일의 불법 여부는 내용을 확인한다고 해서 알 수 있는 것이 아니다. 내용은 적법물이든 불법물이든 똑같기 때문이다. 불법물 판단은 해당 파일이 권리자의 허락을 받았는지, 아니면 법에서 허용하는 범주에서 제작된 것인지 등에 따라 결정된다. 또 중단 명령은 침해행위가 만연하고 현저한 경우에 내려지며, 그것도 저작권위원회의 심의라는 절차가 요구된다.⁷⁹⁾

라. 행정관청의 삭제 명령이 법치주의에 위배되는지 여부

개정안은 온라인상의 불법 복제물에 대해 법원의 판결 절차를 거치지 않고 문광부 장관 및 자치단체장에게 삭제 명령을 내릴 수 있는 권한을 부여하고 있다. 이것이 법치주의의 원리에 반한 것인지의 여부에 관한 논의가 있다.

(1) 개정안 반대 입장

개정안은 온라인상의 불법 복제물에 대해 법원의 판결 절차를 거치지 않고 곧바로 문광부 장관 및 자치단체장에게 불법복제물에 대하여 수거·폐기 혹은 삭제·중단이라는 강력한 권한을 부여한다. 그러나 그 전제가 되는 불법성 여부가 오로지 행정관청의 일방적 판단에만 일임되어 있고, 그 판단만으로 곧장 수거·폐기 등의 물리적 강제조치를 가능하

78) 민경배, 앞의 글.

79) 최경수, 앞의 글.

게 하므로 법치주의의 이념에 정면으로 반한다. 사법적 절차를 통해 당사자에게 소명의 기회조차 주지 않은 채 행정부의 일방적 판단만으로 온라인상의 정보에 대한 삭제 권한이 행사된다면 인터넷 공간이 표현의 자유가 없는 검열과 통제의 공간으로 전락하지나 않을까 우려된다.⁸⁰⁾ 사법부가 아닌 행정관청의 행정적 판단만으로 그 유통을 차단하는 것 자체를 검열로 보는 것은 이미 우리 헌법재판소의 확고한 견해이다.⁸¹⁾

(2) 개정안 찬성 입장

어느 국가이든 공적 안전과 질서를 위협하는 위험으로부터 개인이나 공중을 보호하고 그러한 위험을 방지 또는 제거하는 기능을 가지고 있다. 이것이 ‘경찰’ 기능이고, 이러한 경찰 기능은 사법부가 아닌 행정부가 행사한다. 많은 시간이 소요되는 사법부의 판단을 기다릴 때까지 현존하는 위험을 방지할 수 없으므로 이러한 위험방지 기능이 사법부의 판단이 내려진 이후에 비로소 발동돼야 한다는 주장은 수용하기 어렵다.

개정안의 수거·폐기조항은 기존의 ‘음반 및 비디오게임물에 관한 법률’, ‘출판 및 인쇄진흥법’ 등에 흩어져 있던 불법저작물 수거·폐기조항을 모범인 저작권법에 통합한 것으로서 새로 신설되는 조항이 아니고, 같은 조 제4항의 불법복제에 대한 삭제명령은 문화부장관이 준사법기관인 저작권위원회의 심의를 거친 후 할 수 있도록 요건을 엄격히 규정하고 있으므로, 새로운 침해 또는 과잉침해라고 하기도 어렵다.⁸²⁾

마. 친고죄 폐지에 따른 처벌의 용이성

개정안이 영리적 목적의 반복적인 저작권 침해행위를 비친고죄로 규정하여 지나치게 형사처벌을 용이하게 해서 대부분의 이용자를 잠재

80) 민경배, 앞의 글.

81) 한상희, 앞의 글.

82) 강창문, 앞의 글.

적 처벌대상으로 만들고 있는지 여부이다.

(1) 개정안 반대 입장

중전의 저작권법은 저작권 침해의 범죄가 저작권자의 고소가 있어야만 형사처벌할 수 있는 소위 친고죄로 규정하고 있었다. 개정안은 ‘영리를 위하여 반복적으로’ 저작권을 침해하는 자에 한해서 저작권자의 고소 없이도 처벌할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 이론적으로는 제한된 범위의 침해사범에 한해서 친고죄의 요건이 없어졌지만, 현실적으로는 개정안에 의해서 대부분의 이용자들이 형사피고인으로 될 수 있다. 특히, 우리 법원이 ‘소리바다’의 민형사 책임을 다루면서 이용자들이 소리바다를 통해서 음악파일을 공유함으로써 결과적으로 음반구입에 들어가는 비용을 절약할 수 있기 때문에 그 공유행위에 영리성이 있다고 판시한 바 있기 때문이다.⁸³⁾

그뿐 아니라, 모든 저작물은 문화적 공동생활의 산물이라는 점에서 어디까지가 저작권의 보호대상인지 판단하기가 상당히 어렵다. 더구나 저작권은 개인적 권리로서 그 행사와 보호는 일차적으로는 개인의 문제이므로 그 침해 문제는 그때그때 당사자들의 주장과 입증을 통해 형사적 처벌의 가부를 판단하는 것이 일반적이다. 그럼에도 개정안은 문화산업의 육성이라는 명분만으로 친고죄 규정을 삭제함으로써 국가가 직접 사적 영역에 개입하게 하고, 문화가 경제에 종속되게 한다.⁸⁴⁾

(2) 개정안 찬성 입장

개정안은 ‘영리를 위해 반복적으로’ 침해행위를 하는 사람들에 대해서만 친고죄 규정을 적용하지 않겠다는 것이다. 대부분의 이용자들은 이 개정안으로 인해 영향을 받지 않는다. 만약 개인이 반복적으로 침해행

83) 정상조, “개정 저작권법 : 아무도 찾지 않는 정원”, 법률신문 2006년 1월 3일 칼럼.

84) 한상희, 앞의 글.

위를 하더라도 거의 대부분은 영리를 목적으로 하지 않기 때문에 아무런 관련이 없다. 오히려 이 조항은 특수한 유형의 온라인 사업자에 대해 필터링(기술적 보호조치) 의무를 부과하므로 일반 이용자를 저작권 파괴자로부터 보호해 주는 역할을 한다.⁸⁵⁾

저작권 침해행위는 갈수록 조직화·반복화·영리화돼 가는 경향을 보이고 있고, 이러한 조직적 침해행위는 그 위법성 또는 비난 가능성이 클 뿐 아니라 저작권 및 문화산업에 관한 공공질서 및 경제질서를 현저하게 위태롭게 하고 있어, 비친고죄로 규정해 신속하게 형사책임을 물음으로써 저작권 질서를 바로잡을 필요가 있다.⁸⁶⁾

바. 죄형법정주의의 취지

개정안이 온라인 사업자 중 특수 유형을 특정하고 그에 대해 대통령령이 정하는 기술적 보호조치 등을 의무화해 이를 위반할 경우 처벌할 수 있도록 규정한 것이 포괄위임 금지의 원칙 또는 죄형법정주의에 반하는지 여부이다.

(1) 개정안 반대 입장

개정안은 죄형법정주의라고 하는 기본원칙에 반한다. 개정안은 이용자뿐만 아니라 온라인 서비스 제공자들도 형사처벌의 대상으로 규정하면서, 소리바다나 웹하드와 같은 온라인 서비스 제공자가 대통령령이 정한 일정한 기술적 보호조치를 취하지 않은 경우에도 저작권자의 고소 없이 처벌할 수 있는 것으로 규정하고 있기 때문이다. 어떠한 기술적 조치를 취해야 형사처벌을 받지 않고 안심하고 사업을 수행할 수 있는 것인지 알 수 없고, 대통령령의 규정에 따라서 비로소 범죄의 요건이 확정될 수 있도록 규정한 것은 범죄와 형벌의 내용을 법률로서 정해야

85) 최경수, 앞의 글.

86) 강창문, 앞의 글.

한다고 하는 죄형법정주의에 반한다. 따라서, 온라인 서비스 제공자들이 문화관광부가 정한 기술적 조치의 내용을 따르지 않으면 형사처벌된다는 공포에 떨어야 할 운명에 놓이게 되었다. 기술적 조치의 표준화를 위해서 행정부가 지원정책을 펴거나 행정지도를 하는 것까지는 모르겠으나 행정제재를 넘어서 형사처벌까지 하는 것은 지나치다.⁸⁷⁾

(2) 개정안 찬성 입장

이러한 규정 방식이 포괄위임 금지의 원칙에 어긋난다고 단정지어 말하기는 곤란할 것이다. 대법원 판례에 의하더라도 미리 법률로 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우 처벌 대상을 구체적으로 정하고, 또 형벌의 종류와 그 범위를 명확히 한다면 위임입법의 한계를 벗어나지 않아 죄형법정주의에 반하지 않는다고 해석하고 있다.⁸⁸⁾

6. 제 언

이와 같이 저작권법의 개정에 대하여 이해당사자들은 대답하고 있다. 저작권자와 IT업계는 서로가 상대방을 바라보는 관점이 다르고, 논의의 당사자는 저작권자, 온라인 서비스 제공자업계, 그리고 일반 사용자이다. 저작권자는 저작권을 침해하는 사용자와 온라인 서비스 제공자를 동일시하는 것처럼 보인다. 앞서 살펴본 인터넷 제국사건의 웹사이트처럼 온라인 서비스 제공자가 저작권 침해를 조장 또는 방조하는 것처럼 보고 있다. 온라인 서비스 제공자 입장에서 보면 앞에서 살펴본 각테일 사건과 같이 온라인 서비스 제공자는 저작권을 침해하는 사용자와는 무관함을 주장한다.

이해를 돕기 위하여 도표를 통하여 현재 문제를 분석하여 체계화한 후, 어떠한 점에서 이해당사자들이 대답하고 있는지를 검토한다.

87) 정상조, 앞의 글.

88) 최경수, 앞의 글.

경 우	개별사용자의 책임	온라인 서비스 제공자의 책임 유무
1의 영역	저작권 침해가 명백한 경우	저작권법의 책임 감면 규정
		온라인 서비스 제공자의 책임(ex. 인터넷 제국)
		공동불법행위 또는 방조(ex. 소리바다)
2의 영역	저작권 침해가 모호한 경우 (공정사용, 패러디, 법령의 규정)	논의의 여지가 있음
3의 영역	저작권 침해가 없는 경우	온라인 서비스 제공자의 책임 없음

이를 단계적으로 나누어 보기 위한 전제는 먼저 저작권 침해가 전제되어야 한다. 저작권 침해가 명백한 경우(1의 경우), 저작권 침해가 없는 경우(3의 경우), 저작권 침해가 확실치 않은 회색영역의 경우(2의 경우)를 나누고, 이에 대해 온라인 서비스 제공자의 책임을 나눈다.

3의 경우는 저작권 침해가 되지 않는 저작물은 온라인 서비스 제공자가 서비스를 제공하더라도 온라인 서비스 제공자에게는 책임이 없다. 합법적인 저작물이나 저작권자와 온라인 서비스 제공자가 협의하에 제공하는 저작물, 저작권자가 저작권을 포기하거나 공공의 영역에 있는 저작물을 온라인 서비스 제공자를 통하여 배포한 것은 저작권 침해가 되지도 않고, 오히려 정보의 자유로운 이용과 복지를 증진한다.

1의 경우는 저작권 침해의 불법이 명백한 경우이다. 이와 같은 경우는 온라인 서비스 제공자의 책임에 대해서는 지금까지 많은 논의와 학설, 판례 법규정이 나오고 있다. 온라인 서비스 제공자가 주도적으로 저작권 침해를 실행하거나 방조하면 온라인 서비스 제공자가 직접 책임을 지게 하거나, 복제 전송을 방지하거나 중단시키는 경우는 책임을 감경하거나 면제할 수 있는 규정을 두거나, 온라인 서비스 제공자가 공동 불법행위 책임이나 방조로 저작권 침해에 대한 책임을 지는 경우 등의 많은 논의가 있다.

온라인 서비스 제공자에게 기술적 보호조치를 의무화하는 것이 문제가 되는 영역이 바로 중간영역 상태라고 본다. 여기에 대해 저작권자와 온라인 서비스 제공자의 관점이 다른 것으로 보인다.

저작권자의 입장에서는 1의 경우와 같이 저작권이 침해되는 저작물이 온라인 서비스 제공자를 통해서 유통되는 것을 기술적 보호조치 장치를 통하여 보다 쉽게 방지하고 싶어 한다. 더불어 온라인 서비스 제공자에게 기술적 보호조치를 강제하여 2의 영역까지도 규제하고자 하는 것처럼 보인다. 저작권자 입장에서는 이러한 중간영역까지 미리 선점하여 규제하려는 것이다.

온라인 서비스 제공자 입장에서도 불법적인 저작권 침해를 목적으로만 하는 온라인 서비스 제공자에 대한 기술적 보호조치를 반대하지는 않을 것이다. 다만 그들의 온라인 서비스 제공자에 대한 기술적 보호조치의 의무화가 2의 영역에 대한 저작권자의 침해인 것으로 보는 것 같다.

이상적인 상황을 가정하여 저작권 침해가 없으려면 3의 영역만이 있고 1과 2의 영역은 없어야 한다. 이를 위해서는 모든 사용자가 저작권을 준수하거나, 심지어는 모든 온라인 서비스 제공자를 폐쇄하면 된다. 하지만 이는 비현실적이다. 3의 영역을 확정하는 것도 쉽지는 않지만, 2의 영역을 확정하는 것도 어려운 일이다. 저작권 침해를 판단하는 것은 어려운 일이다. 법전문가나 법원에서조차 저작권 침해인지 여부를 판단하기가 어려운 경우가 많다.

온라인 서비스 제공자의 기술적 보호조치의 강제적인 실시는 2의 영역을 인정치 않는 것과 다름없다. 그렇다고 기술적 보호조치를 배제하는 것은 아니다. 이상적으로는 공유영역의 확장을 위하여 점진적으로 2의 영역을 줄이고 3의 영역을 늘리는 것이 필요하다. 기술적 보호조치는 저작권의 보호와 동시에 저작물 이용의 활성화를 실현할 수 있는 중요한 수단이다. 하지만 이를 강제로 법규정에 의해 획일적으로 의무화하는 것은 타당하지 못하다. 어떠한 기술적 조치를 취하는지 어떻게 기술적 조치를 표준화할 것인지는 인터넷, 통신, 단말기 시장의 발전방향에 절대적인 영향을 미치게 된다. 따라서 기술적 조치의 구체적인 내용과 그 표준화 방안은 그 기술과 관련 시장을 잘 아는 사업자들이 자율적으로

판단해 나가는 것이 가장 효율적인 것이다.⁸⁹⁾

3의 영역을 확장하기 위해서는 저작권자와 온라인 서비스 제공자의 상호협력도 중요하다. 현재와 같은 대립적인 구도보다는 상호협력이 필요하다. 저작권으로 보호되는 양질의 저작물이 보급되기 위해서는 기술적 보호조치가 필요하지만, 의무와 강제가 아닌 양 당사자의 협력과 조화에서 최선의 결과가 나올 수 있을 것이다. 단순히 법규만을 제정하여 시장을 규제하는 것이 산업계를 돕는 일이 아니다. 시장에서의 경쟁을 통하여 보다 나은 기술이 채택되고, 복지가 증진되도록 하는 것이 필요하다.

V. 결 론

온라인 서비스 제공자의 기술적 보호조치 의무화는 단순한 법조문의 개정이 아니라 관련된 이해당사자와 산업계의 이익뿐만 아니라 한국의 미래 산업에 대한 크나큰 변화가 될 수 있다. 저작권자와 IT업계의 이익을 조화하는 것이 필요하고, 점차 3의 영역을 넓히고 1, 2의 영역을 좁히도록 하여야 한다. 잘못된 법제도와 관료주의가 기술의 발전을 가로막는 대표적인 사례로 영국의 적기조례를 들 수 있다.⁹⁰⁾ 이처럼 법개정에 있어서는 모든 이해당사자의 요구와 업계의 실정을 반영하도록 하여야 할 것이다. 현재 한국과 미국은 FTA 협상이 진행 중이다. 지적재산권 분야의 협상결과에 따라 한국의 저작권법도 개정될 것이다. 향후 저작권법이 이해당사자의 이익보다는 문화 산업 전체의 발전을 위한 역할을 하였으면 한다.

(투고일 2006년 12월 11일, 심사일 2006년 12월 21일, 게재확정일 2007년 1월 8일)

주제어 : 온라인 서비스 제공자, 기술적 보호조치, 권리관리 정보

89) 정상조, 앞의 글.

90) 정상조, 앞의 글.

[Abstract]

The Responsibility of OSP(Online Service Provider) and TPM(Technical Management Measures)

Yeun Dek Chung*

This study will briefly touch the responsibility of OSP(online service provider) and TPM(technical management measures) being used to facilitate CT(Cultural technology). The purpose of this study is to develop proper guidance with which to deal with legal standards in the field of emerging technology and culture. To confront the potential disputes posed by emerging technologies, I believe that proper guidance could balance between the existing interested parties. According to current Copyright Act, OSP should adapt TPM or DRM(digital right management) to prevent from copyright infringement. Mandatory adaption of this TPM might harm to IT(information Technology) industry and development of culture. Thus, this understanding should be reflected to the revision of copyright act.

Key Words : OSP(online service provider), TPM(technical management measures), DRM(digital right management)

* Assistant Professor, College of Law, Konkuk University