
온라인서비스제공자(OSP)의 법적 의무와 책임: 개정 저작권법 중심

문 일 환*

목 차

- I. 서론
- II. OSP에 의한 저작권 침해 문제
 - 1. 디지털 저작물의 권리침해 실태
 - 2. OSP 책임론의 대두
- III. OSP의 책임 성립
 - 1. 미국의 OSP 책임이론 논의
 - 2. 우리나라의 OSP 책임이론 논의
- IV. OSP의 면책
 - 1. 주요 국가의 OSP 면책입법
 - 2. 우리나라의 OSP 면책입법
- V. 특수한 유형의 OSP의 의무와 기술조치
 - 1. 특수한 유형의 OSP의 의의
 - 2. 기술조치(필터링)
 - 3. 제104조와 제102조의 관계
 - 4. 적극적 필터링 요구로 인한 파생문제
- VI. 결론

* 창원지방법원 국선전담 변호사(사시 46회), 부산대학교 대학원 석사 과정(지적재산권 전공).

초록

온라인 이용자들의 타인 저작물의 불법 전송, 복제를 막기 위해 OSP에게 일정한 법적 의무를 부여하고 OSP가 이를 위반하여 침해가 발생하는 경우 직접 침해자뿐만 아니라 OSP에게도 일정한 법적 책임을 물어야 한다는 논의가 오랫동안 진행되어 왔었고, 실무 역시 이에 동조하고 있다.

다만 단순한 법률구조로 인해 OSP의 책임 면책 범위가 불분명하였으나 FTA 이행을 위한 이번 저작권법 개정을 통해 OSP를 유형별로 분류하여 그 요건을 상세화하였다. OSP에게 높은 예측가능성을 부여하여 사업을 안정적으로 운영할 수 있도록 하고 저작권 침해에 능동적으로 대응할 수 있도록 한 점에 있어서 그 의의가 크다. 그러나 특수한 유형의 OSP는 구법과 동일하게 별도로 규율하고 있는바 개정법 하에서 그 실효성에 의문이 든다. 그리고 적극적 필터링을 요구하여 사실상 OSP가 기술적 불가능성에 의해 면책될 수 있는 여지를 봉쇄한 하급심의 태도는 문제라고 보이는 바 향후 대법원의 다른 해석이 요청된다.

온라인 세상에서 OSP의 위치와 영향력은 매우 크므로 저작권 보호를 위해 국가가 강제적으로 개입하기 이전에 OSP들이 자율적으로 질서를 형성해 나가는 환경이 조성되기를 기대해본다.

주제어

온라인서비스제공자, FTA, 저작권법, 책임면책, 기술조치, 필터링, P2P, 웹하드

I. 서론

정보통신망의 급속한 발전으로 인한 새로운 지식, 정보, 물류의 흐름과 여기에 따른 디지털 콘텐츠의 생산은 기존의 오프라인적이고 하드웨어적인 사회구조를 획기적으로 변화시켰다. 인터넷, 포털, 스마트폰, 트위터, 카톡, 유튜브 등 이러한 용어는 이제 흔한 일상이 되었고, 살아가는데 필수적인 요소가 되었다. 10여 년 전만 해도 지하철이나 길거리 등에서 영화나 애니메이션을 CD나 DVD 등의 판매체에 무단으로 복제하여 조잡한 케이스와 함께 파는 모습을 심심치 않게 구경할 수 있었으나 오늘날에는 그렇게 팔지도 않고 그렇게 사지도 않는다. 스마트폰이나 PC를 이용해 터치나 클릭 한 두 번이면 다운받아 바로 재생이 가능하기 때문에 번거롭게 판매체라는 유형물에 디지털 콘텐츠를 복제해서 거래할 필요가 없어져 버렸다. 대신 P2P와 웹하드를 통한 불법 전송, 복제는 갈수록 성행하고 있다.

정보의 자유로운 유통은 인류에게 새로운 가능성과 기회를 열어주었지만 동시에 익명성, 전파성, 신속성, 대중성 등으로 기존의 패러다임을 크게 변화시켰다. 관련 당사자들의 이해관계에도 크게 영향을 미치게 되었고, 이를 조율하여야 하는 새로운 질서가 불가피하게 되었다. 인터넷 공간에서 일어나는 저작권 침해행위의 일차적인 당사자들은 저작권자, 저작물의 이용자(네티즌)이지만 이런 행위가 발생하는 통로 역할을 하는 온라인 서비스 제공자(Online Service Provider: 이하 “OSP”라 함¹⁾)와 이러한 행위들을 규제하고 관련 법령을 정비해야 하는 국가는 이차적인 당사자들이다.

1) 온라인 서비스 제공자(OSP)라는 용어는 종종 인터넷 서비스 제공자(Internet Service Provider: ISP) 등으로 불리기도 한다. 서비스의 기능적 측면과 국가의 법제에 따라서 용어가 통일되지 못하는 부분이 있기는 하나 이들 용어의 개념은 대체로 “정보통신망을 통하여 저작물 등 정보를 제공 또는 상호 유통할 수 있도록 서비스를 제공하는 자”로 정의되고 있다. 우리나라 저작권법도 대동소이하다. 제2조 제30호 “온라인서비스제공자”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.

가. 이용자가 선택한 저작물 등을 그 내용의 수정 없이 이용자가 지정한 지점 사이에서 정보통신망(「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조 제1항 제1호의 정보통신망을 말한다. 이하 같다)을 통하여 전달하기 위하여 송신하거나 경로를 지정하거나 연결을 제공하는 자.

나. 이용자들이 정보통신망에 접속하거나 정보통신망을 통하여 저작물 등을 복제·전송할 수 있도록 서비스를 제공하거나 그를 위한 설비를 제공 또는 운영하는 자.

특히 OSP는 저작권을 직접 침해하는 자가 아닌 단지 환경을 제공해주는 역할에 그치긴 하지만 저작권 침해행위가 워낙 광범위하고 피해가 큰 만큼 과연 그에게도 일정한 법적 책임 및 의무를 부담시켜야 하는지 그동안 세계 각국에서 많은 논의가 전개되어 왔었다. 우리나라는 2003. 5. 27. 저작권법 개정 이래로 OSP에게 일정한 의무를 부과하고 이를 위반하였을 시에는 책임을 지도록 하고 있었다. OSP의 책임과 관련하여 가장 주목할 만한 입법으로는 FTA 협정 이행을 위한 2011. 6. 30. 및 2011. 12. 2. 두 차례 개정이다. 가장 최근의 두 차례 개정으로 인해 OSP의 의무와 책임이 매우 상세화 되었다.

본고에서는 온라인상의 불법유통 정보에 대한 OSP의 책임론이 대두된 경위 및 책임론과 면책에 대한 각국의 이론 및 입법현황을 살펴본다. 특히 우리나라의 경우 개정법에 따라서 OSP의 의무와 책임이 어떻게 변경되었는지 보면서 OSP의 면책과 관련된 기술적 조치의 입법적·해석적 문제점을 중심으로 살펴본다.

II. OSP에 의한 저작권 침해 문제

1. 디지털 저작물의 권리침해 실태

1) 개요

OSP는 인터넷 네트워크를 연결해주는 필수재²⁾가 되었다. 위와 같은 현실에서 OSP는 본인의 의도여부와 상관없이 디지털 저작물의 합법적인 유통 또는 불법적인 유통 모두에 관여하고 있다. 정보통신 인프라의 확대로 온라인을 통한 저작권 권리침해 비중이 월등히 높아지고 있으며,³⁾ 그 중심에 OSP가 위치하고

2) 대표적인 OSP인 네이버, 구글, 다음 등의 포털사이트는 이용자가 인터넷 세계에 들어가기 위한 실질적인 관문이 되었다.

3) 한국저작권위원회, 2010 저작권 백서, 2011, 59면. 2010년도 불법복제물로 인한 합법시장 침해의 83.3%가 온라인상의 불법복제물에 의해 발생한 것으로 나타났다.

있다.

한국저작권단체연합회에서 발간한 <2011 저작권 보호 연차 보고서>에 따르면 2010년 불법복제물 시장규모는 총 5,101억원이고, 불법복제물로 인해 침해 받는 합법저작물 시장의 침해규모는 총 2조 1,172억원으로 전년에 비해서는 다소 감소하였다. 하지만 그에 반해 2010년 불법복제물 수거·폐기 실적은 794,308점으로 전년 대비 85% 증가하였으며, 온라인 불법복제물 삭제중단 요청 실적은 34,395,367점으로 전년 대비 27% 증가하여 온라인을 통한 불법복제물 문제가 여전히 심각한 수준임을 보여주고 있다.⁴⁾

2) 음악, 영화, 방송, 출판, 게임 분야 침해 현황⁵⁾

합법저작물 시장 침해규모를 콘텐츠별로 살펴보면, ‘영화’가 약 6,933억원으로 가장 크고, 그 다음으로 ‘음악’이 약 5,453억원, ‘출판’ 약 3,589억 원, ‘방송’ 약 2,829억원, ‘게임’은 약 2,367억원의 순으로 나타났다. 또 2010년 잠재적 합법저작물 시장 침해율⁶⁾은 19.2%로 합법저작물 시장 침해율이 지난 2006년부터 꾸준히 감소하고 있는 것으로 나타났다. 그리고 전체 이용자들의 위 5개 콘텐츠 분야 중 불법복제물 이용경험은 39.5%로 나타났으며, 분야별 이용 경험을 온·오프라인으로 구분하여 살펴보면 음악, 영화, 방송 콘텐츠를 온라인에서 불법복제물로 이용한 경험이 가장 많았다.

3) 소프트웨어 분야 침해 현황⁷⁾

우리나라의 2010년도 소프트웨어 불법복제율은 전년 대비 1% 감소한 40%를 기록해, 세계 평균 42% 보다 2% 낮은 수치를 기록했다. 그러나 여전히 OECD 평균(36.26%)을 상회하고 있으며, 국내 소프트웨어 불법복제에 따른 피

4) 한국저작권위원회, 상게서, 2011, 68-69면.

5) 한국저작권위원회, 상게서, 2011, 58-60면.

6) ‘잠재적 합법저작물 시장 침해율’은 저작권 침해가 일어나지 않았을 경우 원래 형성되었어야 할 합법저작물 시장 규모에 대한 합법저작물 시장 침해규모의 비율을 의미한다.

7) 한국저작권위원회, 상게서, 2011, 60면.

해규모가 전년 대비 25% 급증(7억2천만 달러)하여 고가의 소프트웨어 불법복제가 증가한 것으로 나타났다.

4) 저작권 침해 경로⁸⁾

한국저작권 위원회가 2011년도 저작권 교육조건부 기소유예 처분자 2,657명을 대상으로 설문 조사한 결과 저작권 침해경로는 P2P 44.8%, 웹하드 43.4% 순으로 특수한 유형의 OSP에 의한 저작권 침해가 압도적이었고, 침해대상 저작물은 영상 저작물 73.9%, 어문 저작물 17.7%, 컴퓨터 프로그램 저작물 2.5% 순으로 나타났다. 이는 2010년에 비해 P2P·웹하드를 통한 저작권 침해는 10.4% 상승한 것이고, 침해저작물은 영상·어문 저작물이 각각 4.1%, 9.1% 상승한 수치이다.

2. OSP 책임론의 대두

1) OSP 책임론의 배경

온라인상에서 발생하는 디지털 저작물의 불법 복제 및 유통과 관련된 일차적 책임은 해당 행위를 직접 실행한 자가 부담하는 것은 너무나 당연하다. 그러나 온라인상에서 유통되는 개별 저작물들이 저작권자와 라이선스 계약을 체결하거나 이용 동의를 얻은 합법적인 것인지의 여부를 일일이 확인하는 것은 거의 불가능에 가까워 직접 행위를 한 자에게 책임을 묻는다는 것은 현실적으로 매우 어렵다. 따라서 각 콘텐츠들의 불법성은 해당 콘텐츠를 유통시킨 사이트 운영자가 저작권자와 콘텐츠 유통에 대한 정식 계약을 체결하였는지를 기준으로 판단할 수밖에 없게 되고 만일 관련 사이트 운영자가 저작권자와 해당 콘텐츠 이용에 관한 계약을 체결하지 않았다면 당해 콘텐츠는 불법적인 것으로 간주되고 OSP에게 책임추궁이 집중되게 된다. 그렇다면 이러한 현실적인 필요성으로 인해 인터넷 서비스를 매개해 주는 자, 즉 OSP에 대하여 인터넷 이용자가 제공 및

8) 한국저작권위원회, 보도자료, 2012. 2. 8. 배포

유포한 정보나 콘텐츠로 인하여 발생하는 법적 책임을 물을 수 있는가?

OSP의 책임론에 깔려있는 시각은 다음과 같다. 기본적으로 OSP는 정보서비스 매개자로서 정보서비스 매개에 따라 일정한 이익을 얻고 있으므로 그로 인하여 발생하는 불법행위에 대한 책임도 일정부분 부담 하는 것이 공평하다고 보는 ‘공정의 원리’가 전제되어 있고,⁹⁾ 두 번째는 정보매개서비스를 통제할 능력과 수단을 보유한 자에게 정보서비스 매개로부터 발생하는 문제에 대한 책임을 부과하는 것이 효율적이라고 하는 ‘효율의 원리’이다.¹⁰⁾ 그리고 마지막으로 OSP의 의도도 고려되어야 하는데 페이지뷰 내지 클릭수에 연동하는 광고로부터 서비스의 수익을 얻으므로 최대한 많은 방문자를 확보해야 하고, 이용자들의 방문을 유도할 수 있는 콘텐츠의 공급을 고민하게 되므로, 저작권 침해상황을 개선하는데 별다른 의욕 없이 이를 조장하거나 방조하고 있을 가능성이 높다는 것이다.

2) OSP 책임 규율방식

OSP 책임에 대한 규율방식은 여타의 법률규정처럼 효과 발생을 위한 요건규정을 두는 방식이 아니라 효과 발생을 배제하기 위한 면책규정을 두고 있다. 이는 기본적으로 위에서 살펴본 OSP의 책임론이 논리 필연적인 이유 보다는 현실적인 필요 내지는 정책적인 면에서 접근하였기 때문이며 동시에 급변하는 온라인 서비스 환경을 요건규정으로 제때 반영하는 것은 입법현실상 매우 어렵기 때문이다.

요건규정으로 규율하고자 할 경우 입법의 방식에 있어서 포섭하고자 하는 대상의 범위가 넓을수록 법의 형식은 점점 추상적이 되고 일반규정화하게 되며, 법 규정의 의미는 불가피하게 더 모호해지고 불명확해지는 결함을 항상 감수할 수밖에 없다. 그리고 요건규정을 두지 않더라도 일반적인 불법행위법리로 OSP

9) 윤종수, “UCC 저작권의 새로운 도전”, SW Insight 정책리포트, 제19호(2007.3), 31면. 기업책임 내지 위함이 현실화되어 타인에게 손해를 야기한 경우 그 위험원천의 점유자 또는 관리자는 그 손해에 대해 과실 여부를 불문하고 책임을 져야 한다는 위험책임과 유사하다.

10) 양재모, “온라인서비스제공업자의 불법행위책임과 저작권법개정의 문제점”, 한양법학, 제16집(2004.12), 8-9면.

에 대한 책임추궁이 가능하다. 하지만 OSP에게 모든 법적인 책임을 부과한다면 OSP에게 지나친 부담을 안겨주게 되어 정보통신의 발전을 저해하게 될 우려가 있고, 무엇보다 다수의 이용자를 가진 OSP가 방대한 양의 정보와 모든 자료를 항상 모니터링 하여 부적절한 내용을 검토·삭제하는 것은 현실적으로 불가능할 뿐만 아니라, 만일 OSP에게 이러한 모니터링 등의 주의의무를 부과하게 되면 인터넷 이용자의 통신의 자유와 비밀을 침해할 우려가 크기 때문에¹¹⁾ 그 책임을 일정한 범위내로 제한하는 면책입법이 필요하게 된 것이다.

현재 우리나라를 비롯한 미국, 유럽연합 등의 주요국가들 대부분이 OSP의 책임구조를 이렇게 요건규정이 아닌 면책규정으로 규율하고 있다.

Ⅲ. OSP의 책임 성립

1. 미국의 OSP 책임이론 논의

OSP 책임이론은 1990년대에 들어와 미국의 판례를 통해 형성·발전된 이론이다. 미국 법원은 1990년대 이후 인터넷 이용자의 다양한 저작권 침해 행위에 대하여 OSP의 책임을 사안에 따라 인정하기도 하고 부정하기도 하였다. 미국에서의 온라인상의 저작권 침해에 대하여는 일반적으로 직접책임, 기여책임, 대위책임의 세 가지 유형의 책임론이 정립되어 왔는데 여기에 더해 이후 유도이론이 생겨났다.

1) 직접책임, 기여책임, 대위책임¹²⁾

직접책임(Direct Liability)은 타인의 저작권에 대해 직접적인 침해행위를 한 자에게 부과하는 책임으로서, 유효한 저작권을 보유한 원고가 저작물을 무단으

11) 이기수·안효질, “인터넷과 저작권법”, 계간 저작권, 제46호(1999.8), 40면.; 권상로, “온라인서비스제공업자의 책임 제한에 관한 국제적 동향과 개선방안”, 민사법연구, 제12집 제2호(2004.12), 69면.

12) 윤종민, “디지털저작권보호와 온라인서비스제공자의 책임”, 창작과 권리, 제63호(2011.6), 145-147면.

로 침해한 자를 피고로 하여 책임을 제기하는 것이며, 이 경우 법원은 엄격책임 (Strict Liability)의 원칙을 적용한다. 직접책임을 인정한 최초의 판례는 1993년 Playboy 대 Frena 사건이다.¹³⁾ 피고 Frena가 운영하는 전자게시판에서 게시판 이용자들이 원고 Playboy사의 사전 허락 없이 원고가 발행하는 잡지에 게재된 사진을 디지털화하여 업로드·다운로드를 하고 있었는데 피고는 자신이 직접 업로드한 것도 아니고 그러한 사정도 알지 못하였다고 항변하였으나 법원은 자신의 전자게시판에 저작권을 위반한 자료가 있었다는 사실을 알지 못했다고 하더라도 피고가 원고의 배포권, 전시권을 침해한 것으로 저작권을 직접적으로 침해하였다고 판시하였다.

기여책임(Contributory Liability)은 타인의 저작권 침해행위를 알았거나 알 수 있었음에도 이를 유인·유발하거나 실질적으로 도와준 경우에 인정되는 책임을 말한다. 기여책임은 타인의 불법행위를 전제로 하여 발생하는 2차적 책임이다. 기여책임을 최초로 인정한 판례는 1994년 Sega 대 Maphia 사건이다¹⁴⁾ (그러나 기여책임을 최초로 거론한 판결은 저작권 판결의 리딩케이스 중 하나인 1984년의 Sony 판결이다¹⁵⁾). 피고 Maphia사가 자신의 전자게시판을 통해 교환을 권장하고 피고의 하드웨어를 구입하거나 특정 요금을 지불한 이용자에게만 이를 다운로드할 수 있는 기회를 제공하였다면, 비록 자신의 전자게시판에서 게임들이 업로드 되거나 다운로드 되는 것을 실제로는 알지 못했다고 하더라도 설비의 마련·관리, 지식·원조의 제공 등을 통해 이용자들의 불법행위에 실질적으로 기여한 것으로 판단하여 법원은 책임을 인정하였다. 법원은 미연방 특허법 제271조 (b), (c)항의 규정을 유추 적용하여 기여책임의 근거를 제시하였다.

13) Playboy Enterprise, Inc. v. George Frena, 839 F. Supp. 1522(M.D.Fla. 1993).

14) Sega Enterprises Ltd. v. Maphia, 857 F. Supp. 679 (N.D. Cal. 1994, 3, 28).

15) Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 104 S.Ct.774 (U.S.Cal. Jan 17, 1984). 이 사건은 유니버설 스튜디오 등 방송프로그램에 대한 저작권자가 베타맥스 VCR의 제조사인 소니를 상대로 VCR의 이용자에게 대한 저작권 침해행위에 대한 책임을 묻은 사건인데, 미 연방대법원은 5:4의 팽팽한 격론 끝에 다음과 같은 이유로 저작권 침해를 부정하였다. "비침해적인 용도와 침해적인 용도에 모두 쓰일 수 있는 도구를 공급하는 자에게, 이용자에 의한 불법 용도로의 일부 활용에 터잡은 기여책임을 함부로 추궁하여서는 당해 도구의 공급이 결국 중단되는 사회적 손실을 입게 될 것이므로, 일응 비침해적 용도가 당해 도구의 용도전체에서 상당한 수준을 차지하기만 한다면 그 도구 공급행위만으로는 기여책임을 부담시킬 수 없다."

대위책임(Vicarious Liability)은 타인의 저작권 침해행위를 통제할 권리와 능력을 가지고 있고, 그 침해행위로부터 직접적인 경제적 이익을 얻고 있는 경우에 인정되는 책임이다. 타인의 직접책임을 전제로 하는 2차적 책임이므로 그 근거가 문제되는데 법원은 일반적인 사용자 책임이론을 들고 있다. 대위책임과 관련하여 최근의 유명한 판결로는 2000년의 A&M Records 대 Napster 사건을 들 수 있다.¹⁶⁾ 이 판결에서 법원은 피고 Napster는 이용자들의 파일검색목록에 올라와 있는 침해자료를 찾아낼 수 있는 충분한 능력이 있고, 또한 이용자의 Napster 시스템에의 접근을 차단할 수 있는 권리가 있음에도 불법적인 파일교환을 방지하기 위한 권리행사를 태만히 하였으며, 한편 Napster가 얻는 경제적 이익은 이용자들이 증가함에 따라 커지게 되므로 결국은 불법적인 파일교환으로 인하여 직접적인 경제적 이익을 얻게 되어 대위책임의 요건을 충족한다고 하여 피고의 책임을 인정하였다.

2) 유도이론¹⁷⁾

미연방대법원은 지난 2005. 6. 27. 기존의 OSP의 책임이론인 기여책임과 대위책임이론보다 더 적극적으로 OSP에게 책임을 묻는 소위 유도이론(Inducement Theory)을 도입하였다. 이 사건은 기존의 Napster 방식이 아닌 Gnutella 방식의 P2P 프로그램¹⁸⁾을 사용하는 온라인 파일공유서비스체계에 있어서 OSP에게 책임을 물을 수 있느냐가 관건이었다. 하급심 판결은 기존의 기여책임과 대위책임 법리에 입각해 피고의 책임을 부정하였는데, 미연방대법원은 만장일치로 “제3자의 행위를 인식한 채 단순한 배포를 넘어서 저작권을 침해

16) A&M Records, Inc. v. Napster, Inc. 114 F. Supp. 2d 896 (N.D. Cal. 2000).

17) 최상필, “그록스터 사건에 대한 미 연방대법원의 최종 판단과 온라인서비스제공자의 불법행위책임”, 재산법연구, 제22권 제2호(2005.10), 325면.

18) Napster 방식(소리바다1의 방식)은 기존의 전자게시판 등에서 볼 수 있는 ‘서버-클라이언트’ 방식의 정보서비스와 달리 자료의 저장매체로서의 중앙 서버가 아닌 목록의 검색매체로서의 중앙서버가 존재하며, 따라서 이들은 정보수요자와 정보공급자를 연결해 주는 역할만 할 뿐, 정보 그 자체를 제공하는 기능은 가지지 않는다. 한편, Gnutella 방식(소리바다2의 방식)은 Napster 방식보다 진보된 기술로서 중앙서버도 존재하지 않는 순수한 P2P 방식으로, 각 사용자들의 컴퓨터는 상호 연결된 다른 컴퓨터들이 개별적으로 보유하고 있는 목록을 순차적으로 검색하여 필요한 정보를 찾게 된다. 따라서 OSP의 책임을 인정하기 어려운 기술적 특성을 가진다.

하는 이용을 조장할 목적으로 어떤 장치를 배포하는 자는 그 장치의 합법적인 이용에 관계없이 그 장치를 사용하는 제3자에 의한 결과적인 침해행위에 대하여 책임이 있다.”라고 하면서 원심의 판단을 파기·환송하였다.¹⁹⁾

법원은 ① 피고가 저작권침해의 원천이라고 알려진 이전의 Napster 이용자를 포함하는 시장을 만족시킬 의도를 가지고 서비스를 시작한 점, ② 피고의 소프트웨어를 사용하여 행하여지는 침해행위를 감소시키기 위한 필터링 도구나 다른 장치를 개발하기 위한 어떠한 시도도 하지 않은 점, ③ 광고공간을 판매하여 피고의 소프트웨어를 사용하는 컴퓨터의 스크린에 광고를 하게 함으로써 그들의 소프트웨어가 많이 사용될수록 더 많은 광고가 보내지고 그에 따라 광고수입 역시 증대된 점 등을 근거로 피고 Grokster가 저작권침해를 조장할 목적이 있었다고 판단하였다.

2. 우리나라의 OSP 책임이론 논의

우리나라도 미국을 포함한 다른 주요국가와 마찬가지로 OSP의 법적 책임을 직접 규정한 입법은 없다. 미국이 OSP의 책임근거가 판례에 의해서 형성·발전되어 온 것처럼 우리나라도 마찬가지로 다만 미국이 특허법상의 법리를 준용한 기여책임 또는 대위책임으로 구성한 것과 달리, 우리나라는 민법 제760조 제3항²⁰⁾의 방조에 의한 공동불법행위 책임으로 구성하고 있다.

1) 초기 판례

법원에서 OSP 책임론이 최초로 거론된 것은 1999년 각테일98 사건이다.²¹⁾ 이 판결에서 법원은 OSP의 책임을 인정하지는 않았으나 예외적으로 책임이 인

19) Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., No. 04-480(2005).

20) 민법 제760조(공동불법행위의 책임) ① 수인이 공동의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 때에는 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다.

② 공동 아닌 수인의 행위 중 어느 자의 행위가 그 손해를 가한 것인지를 알 수 없는 때에도 전항과 같다.

③ 교사자나 방조자는 공동행위자로 본다.

21) 서울지방법원 1999. 12. 3. 선고, 98가합 111554 판결.

정되는 요건을 제시하였다. 즉 “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 제공 사실만을 가지고 곧바로 침해에 대한 직접적인 책임을 부담하는 것으로 볼 수는 없다. 다만 예외적으로 ① 이들이 이용자의 침해행위를 적극적으로 야기하였다거나, ② 우연한 기회나 권리자로부터의 고지를 통하여 이용자의 침해물 또는 침해행위의 존재를 인식하고도 이를 방치한 경우, ③ 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 인정할 수 있다.”라고 실시하였다. 미국법원의 기여책임과 대위책임을 혼재한 방식이다.

이후 2001년 인터넷제국사건에서 법원은 최초로 OSP의 책임을 인정한다.²²⁾ 법원은 “비록 피고가 직접 위 동영상 파일들을 복제·전송하지는 않았다고 해도 웹사이트를 운영·관리함에 있어서 위와 같은 이용자들의 저작권침해행위를 알거나 알 수 있었고, 그 동영상 파일들을 삭제하는 등의 필요한 조치를 취하지 아니하였으며, 오히려 서버디렉토리의 분류 등을 통해 저작권 침해행위를 용이하게 하기까지 한 이상 이용자들의 저작권 침해행위에 대하여 OSP로서 책임을 지게 된다.”라고 판단하였다. 그런데 본 판결도 이전 각테일 98사건과 마찬가지로 미국의 기여책임과 유사한 책임요건을 제시하기는 하였지만 정작 피고가 책임을 지는 법적인 근거가 무엇인지에 대해서는 명확하게 판단을 하지 아니하였다는 비판을 받았다.²³⁾

2) 소리바다 사건²⁴⁾

법원은 소리바다 가처분이의 항소심에서 이용자의 저작권 침해행위에 대한

22) 서울지방법원 2001. 8. 24. 선고, 2000가합83171 판결.

23) 윤종수, “온라인서비스제공자의 책임제한과 특수한 유형의 온라인 서비스제공자의 기술조치의무”, 인권과 정의, 제395호(2009.7), 34면.

24) 서울고등법원 2005. 1. 12. 선고, 2003나21140 판결(가처분이의 항소심) 및 서울고등법원 2005. 1. 25. 선고, 2003나80798 판결(손배배상 항소심). 소리바다 관련 판결은 소리바다의 여러가지 버전에 따른 가

소리바다 측의 책임 여부를 판단하면서 민법 제760조 제1항에 의한 협의의 공동 불법행위가 성립할 정도로 직접적이고 밀접하게 이용자들의 침해행위에 관여하였다고 평가하기가 어렵다는 이유로 협의의 공동불법행위의 성립은 부정하는 한편, 형법과 달리 손해의 전보를 목적으로 하여 과실을 원칙적으로 고의와 동일시하는 민법의 해석으로는 과실에 의한 방조도 가능하다면서 이때 과실의 내용은 불법행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음을 전제로 한다고 설시한 후, “여러 사실을 종합하여 보면 이용자들에 의한 저작권점권 침해행위가 발생하리라는 사정을 미필적으로 인식하였거나 충분히 예견할 수 있었다고 볼 것임에도 소리바다 프로그램 설치화면에 경고문을 고지하는 것 외에는 이용자들의 저작권점권 침해행위를 방지할 아무런 조치를 취하지 아니한 채 소리바다 프로그램을 개발하고, MP3 파일 공유 및 교환을 하는 데 필수적인 서버를 운영하여 MP3 파일 공유서비스를 제공함으로써 이용자들의 저작권점권 침해행위를 용이하게 하였으므로 이용자들의 저작권점권 침해행위에 대한 방조책임을 부담한다.”고 판단하여 소리바다의 책임이 민법 제760조 제3항의 방조에 의한 불법행위임을 명백히 하였다.²⁵⁾ 이 판결 이후 온라인서비스제공자의 책임은 민법 제760조 제3항의 방조에 의한 불법행위책임으로 일관되게 인정되어 왔고 형사판결에서도 같은 맥락으로 방조범으로 규율되어 오고 있다.²⁶⁾

법원은 동시에 이러한 방조의 성립가능성을 넓게 열어 놓고 있는데 저작권법이 보호하는 복제권 침해를 방조하는 행위란 “타인의 복제권 침해를 용이하게 해주는 직·간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서, 복제권 침해행위를 미필적으로만 인식하는 방조도 가능함은 물론 과실에 의한 방조도 가능하다고 할 것인바, 과실에 의한 방조의 경우에 있어서 과실의 내용은 복제권 침해행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음을 전제로 하여 이 의무에 위반하는 것”을 말하며, “위와 같은 침해의 방조행위에 있어서 방조자는 실제 침해행위가 실행되는 일시나 장소, 복제의 객체 등을 구체적으로 인식할 필요가 없으며 실제 복제행위

처분이의, 손해배상, 형사 사건 등으로 매우 다양한데 민법 제760조의 제3항의 방조에 의한 공동불법행위책임을 명백히 하였다.

25) 오병철, “중앙서버가 일부 관여하는 P2P 프로그램 운영자가 저작권침해 방조책임을 지는지 여부”, 한국정보법학회(편), 정보법 판례백선, 박영사, 2006, 535면.

26) 대법원 2007. 12. 14. 선고, 2005도872 판결.

를 실행하는 자가 누구인지 확정적으로 인식할 필요도 없다.”고 하고 있다.²⁷⁾

3) 관련 문제²⁸⁾

우선 위에서 살펴본 것처럼 OSP 책임의 법적 근거를 민법상 공동불법행위법리로 구성하였기 때문에 채권에 불과한 손해배상청구권을 기초로 OSP에 대하여 물권과 같은 침해금지청구를 할 수 있는지가 문제된다. 물론 이용자인 직접 침해자에 대하여는 저작권법 제123조 제1항을 근거로 침해의 정지를 청구할 수 있다.²⁹⁾ 간접 침해자인 OSP에 대해서는 준물권인 저작권이 아닌 불법행위에 기한 손해배상청구권이 청구권원이기 때문에 법 논리상 침해금지청구권을 행사할 수는 없다. 그런데 법원은 처음부터 OSP도 저작권법 제123조에 의한 금지청구권 행사의 상대방이 된다고 일관되게 판단하여 오고 있다. 이론적인 이유보다는 정책적인 필요성을 기초로 한 것으로 보인다. 소리바다 가처분이의 항소심 사건에서 법원은 “개별 이용자들이 저작인접권 침해행위를 정지시키는 것보다 소리바다 서버의 운용에 의한 방조행위를 정지시킴으로써 보다 실효적으로 정지효과를 달성할 수 있다.”고 실시한 바 있다.³⁰⁾ 그런데 최근 대법원이 단순한 민법상 불법행위에 대하여서도 예외적으로 금지청구권을 행사할 수 있다고 판단³¹⁾하여 앞으로 이 부분에 대한 논란은 줄어들 것으로 보인다.

그리고 또 한 가지 살펴볼 것은 법원의 저작권에서의 방조책임 구성이 OSP의 저작권 침해영역에 그치지 않고 명예훼손행위나 프라이버시침해 등 인터넷

27) 대법원 2007. 1. 25. 선고, 2005다11626 판결, 대법원 2007. 12. 14. 선고, 2005도872 판결.

28) 박준석, “온라인서비스제공자의 저작권침해책임에 관한 한국에서의 입법 및 판례 분석”, 창작과 권리, 제63호(2011.6), 113-119면.

29) 제123조(침해의 정지 등 청구) ① 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리(제25조·제31조·제75조·제76조·제76조의2·제82조·제83조 및 제83조의2 규정에 따라 보상을 받을 권리를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)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.

30) 서울고등법원 2005. 1. 12. 선고, 2003나21140판결(가처분이의 항소심).

31) 대법원 2010. 8. 25. 선고, 2008마541 결정. 대법원은 “금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제의 실효성을 기대하기 어렵고 무단이용의 금지로 인하여 보호되는 피해자의 이익과 그로 인한 가해자의 불이익을 비교·교량할 때 피해자의 이익이 더 큰 경우에는 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다.”라고 하여 예외적인 경우에는 금지청구권이 행사될 수 있음을 밝혔다.

서비스 이용자들이 범할 수 있는 모든 불법행위들에 대해 OSP가 간접적인 책임을 추궁하게 되는 기본 구조가 되고 있다는 점이다. 지난 2009년 이례적으로 공개변론까지 거친 전원합의체 판결(세칭 미니홈피사건)³²⁾에서 다수의견이 제시한 명백성 기준³³⁾은 OSP의 저작권 간접침해에 대한 논거를 차용하고 있다. 그런데 이 판결에서 제시된 명백성 기준은 이후 저작권 침해사건의 판결³⁴⁾에서도 그대로 채택되어 다른 법률 영역에서 나중에 정립된 방조책임론의 구체적인 내용전개가 오히려 저작권 침해의 최근 사례에 다시 영향을 주고 있어 매우 흥미롭다. 법원은 위 명백성 기준을 마치 OSP 책임인정근거의 일반법리로 활용하는 듯 보이는데 저작권 침해이든 일반 불법행위이든 침해받는 권리만 다를 뿐 침해의 태양은 같으므로 OSP 책임에 대한 위와 같은 법원의 해석은 수긍할 만하다.

IV. OSP의 면책

1. 주요 국가의 OSP 면책입법

1) 미국

미국은 1998년에 디지털밀레니엄저작권법(DMCA)³⁵⁾을 제정하여 OSP의 면

32) 대법원 2009. 4. 16. 선고, 2008다53812(전합) 판결.

33) 명예훼손적 게시물이 게시된 목적, 내용, 게시 기간과 방법, 그로 인한 피해의 정도, 게시자와 피해자와의 관계, 반론 또는 삭제 요구의 유무 등 게시에 관련한 쌍방의 대응태도 등에 비추어, 인터넷 종합정보 제공 사업자가 제공하는 인터넷 게시공간에 게시된 인터넷상 명예훼손적 게시물의 '불법성이 명백'하고, 위 사업자가 위와 같은 게시물로 인하여 명예를 훼손당한 피해자로부터 구체적·개별적인 게시물의 삭제 및 차단요구를 받은 경우는 물론, 피해자로부터 직접적인 요구를 받지 않은 경우라 하더라도 그 게시물이 게시된 사정을 구체적으로 인식하고 있었거나 그 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 '외관상 명백히' 드러나며, 또한 기술적, 경제적으로 그 게시물에 대한 관리·통제가 가능한 경우에는, 위 사업자에게 그 게시물을 삭제하고 향후 같은 인터넷 게시공간에 유사한 내용의 게시물이 게시되지 않도록 차단할 주의의무가 있고, 그 게시물 삭제 등의 처리를 위하여 필요한 상당한 기간이 지나도록 그 처리를 하지 아니함으로써 타인에게 손해가 발생한 경우에는 부작위에 의한 불법행위책임이 성립한다.

34) 대법원 2010. 3. 11. 선고, 2009다4343판결.

35) The Digital Millennium Copyright Act of 1998, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860.

책규정을 정비하였다. OSP의 면책요건은 일반적인 면책요건과 개별적인 면책요건으로 나누어진다. 우선 일반적인 면책요건으로는 ① 저작권침해를 반복하는 이용자들에 대해서 적절한 상황하에 사용을 종료시키는 정책(Termination Policy)의 채택, 도입 및 이용자들에 대한 고지, ② 저작권자가 저작물을 식별하고 보고하기 위하여 사용하는 표준적인 기술방법(Standard Technical Measures)의 수용 및 방해금지이다.

다음으로 개별적인 서비스 유형에 따른 면책요건으로서는 4가지를 규정하였는데 ① 다른 사람이 송신한 정보를 그대로 전달하는 데 지나지 않는 도관으로서의 역할을 하는 경우, 즉 일시적인 디지털 네트워크 통신(Transitory Digital Network Communications),³⁶⁾ ② 다른 자로부터 송신된 정보를 후속 사용자의 이용에 제공하기 위해 일시적으로 캐싱하는 경우, 즉 시스템 캐싱(System Caching),³⁷⁾ ③ 이용자의 요청에 따른 서비스제공자의 시스템 또는 네트워크상의 정보 저장(Information Residing on Systems or Networks At Direction of Users),³⁸⁾ ④ OSP가 정보검색도구(Information Location Tools)를 사용하여 온

36) i) 내용물의 송신이 서비스 제공자 이외의 자에 의해 시작되어야 하며, ii) 내용물의 송신, 라우팅, 연결제공, 복제가 OSP가 선택한 것이 아닌 자동기술과정에서 이루어져야 하며, iii) OSP가 내용물의 수령자를 결정하지 않아야 하며, iv) 매개적인 복제물에 예정된 수령자 이외는 접근이 불가능해야 하며, 합리적으로 필요한 이상의 긴 기간 동안 보유해서는 안 되며, v) 내용물이 수정 없이 송신되어야 한다.

37) i) 보유하고 있는 내용물이 수정되어서는 안 되며, ii) 서비스 제공자는 원래의 위치에서 받은 내용물을 가지고 보유하고 있던 복사물을 대체하거나 업데이트 하는 것과 관련하여, 일반적으로 수용된 산업 표준 데이터 통신 프로토콜에 따라야 하며, iii) 내용물을 게재한 자에게 접속정보를 전달하는 기술이 일정 요구조건을 충족시키는 경우 서비스 제공자는 이를 방해해서는 안 되며, iv) 서비스 제공자는 내용물을 게재한 자가 부당한 접근조건에 따라 이용자가 내용물에 접근하는 것을 허용해야 하며, v) 저작권자의 허락 없이 게재된 내용물은 그 내용물이 원 사이트에서 제거 또는 접근이 폐쇄되었거나, 제거 또는 접근 폐쇄를 명령받았음을 서비스 제공자가 통지받은 경우 즉시 제거하거나 접근을 폐쇄해야 한다.

38) i) 서비스 제공자는 저작권 침해행위에 대한 인식이 없어야 하며, ii) 서비스 제공자가 저작권 침해행위를 통제할 권리와 능력이 있는 경우, 저작권 침해행위로 인해 직접적인 경제적 이익을 받아서는 안되며, iii) 저작권 침해라는 고지를 받으면, 서비스 제공자는 신속하게 그 내용물을 제거하거나 접근을 폐쇄해야 한다. 대위책임성립요건이 책임제한 요건의 일부인 것처럼 중복 규율하고 있어 그 해석을 둘러싼 논란이 있는데 판례에 의해 형성된 전통적인 간접책임론의 요건이 위 법문에 소극적 요건으로 반영되었다는 견해와 그렇지 않다는 견해의 대립이 있다. Jane C. Ginsburg, "Separating The Sony Sheep from The Grokster Goats: Reckoning The Future Business Plans of Copyright-Dependent Technology Entrepreneurs," 50 *Arizona Law Review*, 577(Summer 2008); Ian C. Ballon, "Dmca Liability Limitations for Social Networks, Blogs, Websites and Other Service Providers, Excerpted from Chapter 4 (Copyright Protection) of E-Commerce and Internet Law: A Legal

라인상의 자료에 대한 접근을 도와주는 경우³⁹⁾이다. 이렇게 유형을 분류한 이후에 각각의 면책요건을 두고 있다.

또한 통지 및 삭제(Notice & Takedown) 규정은 저작권 침해를 주장하는 자료부터 형식적 요건을 구비한 통지를 받은 OSP가 해당 정보가 저작권을 침해했는지 여부의 실체적 판단을 할 필요 없이 당해 저작물을 삭제하면 그 정보에 관한 책임을 지지 않는다는 것이다.⁴⁰⁾ 그러나 이 경우 침해통지가 남용될 가능성이 있어 삭제통지를 받은 이용자로부터의 반론을 받아 삭제당한 콘텐츠의 회복을 요구할 수 있는 대항통지절차도 규정하고 있다.

2) 유럽연합

유럽연합은 지난 2000년 전자상거래 지침(EU 역내 시장에서의 전자상거래에 관한 특정 법률문제에 대한 유럽회의 및 이사회 지침⁴¹⁾)을 통해 OSP가 일정 요건을 갖추면 이용자의 저작권 침해행위에 대한 책임을 지지 않는다고 규정하고 있다. 미국의 DMCA와 유사하게 세 가지 유형에 따른 개별적인 면책요건을 정하였다. 면책의 대상이 되는 행위는 ① 단순 도관(Mere Conduit)의 경우,⁴²⁾ ② 시스템 캐싱(Caching)의 경우,⁴³⁾ ③ 호스팅 서비스(Hosting)의 경우⁴⁴⁾이다.

Treatise with Forms, Second Edition", 978 PLI/Pat, 641(Sep. 2009) 등 참고.

39) i) 서비스 제공자는 내용이 저작권을 침해하고 있음을 몰라야 하며, ii) 만일 서비스 제공자가 저작권 침해행위를 통제할 권리와 능력을 가지고 있는 경우에는 침해행위로부터 직접적인 경제적 이익을 받아서는 안 되며, iii) 저작권 침해를 주장하는 고지를 받는 즉시 서비스 제공자는 문제의 내용을 삭제하거나 접근을 폐쇄해야 한다.

40) 이대희, "한·EU FTA의 지적재산권 주요 쟁점 분석", 고려법학, 제53호(2009.6), 258-259면. 다만 일시적인 디지털 네트워크 통신의 경우에는 OSP는 자료 전송을 위한 단순한 도구에 불과하여 저작권 침해 자료가 OSP서버에 저장되지 않기 때문에 침해 자료를 제거하거나 접속을 불가능하게 할 수가 없으며 따라서 위 규정에 따른 절차가 필요하지 않은 면책사유에 해당한다.

41) Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market(Directive on electronic commerce).

42) i) 전송을 시작하지 않아야 하며, ii) 송신의 수령자를 선택하지 않아야 하며, iii) 전송에 포함되어 있는 정보를 선택하거나 수정해서는 안 된다.

43) i) 정보를 수정하지 않아야 하며, ii) 정보에 접근하기 위한 요건을 준수하여야 하며, iii) 산업계에서 광범위하게 인정되어 있고 사용되고 있는 방식으로 상세하게 규정된 정보를 최신화하기 위한 규칙을 준수하

미국과 달리 정보검색서비스는 제외하고 있다. 이렇게 유형을 분류한 이후에 각각의 면책요건을 두고 있다.

또한 통지 및 삭제에 관해서는, 호스팅 서비스를 규정하는 제14조(1)에서 DMCA와 같은 내용의 절차가 규정되어 있다. 단, 그 절차의 상세, 특히 권리침해가 발생한 경우 권리자는 어떠한 방법으로 OSP에게 통지하여야 하는지, OSP는 그러한 통지에 대해 어떻게 대응하는지에 관한 상세한 내용은 규정되어 있지 않고, 가맹국의 국내법 또는 개별 사업자의 정책에 맡겨지고 있다.

3) 일본

일본은 2001년 「특정전기통신역무제공자의 손해배상책임의 제한 및 발신자 정보 개시에 관한 법률(일명 프로바이더 책임 제한법)」을 제정하여 OSP의 책임을 제한하고 있다. 동법은 호스팅 프로바이더, 전자게시판 관리자, 경유 프로바이더 등을 포함하는 특정전기통신역무제공자(제2조 제3호)를 규정하고 있다. OSP 면책 조건은 동법 제3조가 규정하고 있는데 제3조 제1항은 “OSP는 네트워크에 의한 정보의 유통에 의하여 타인의 권리가 침해된 경우 OSP가 권리침해를 알거나 알 수 있었던 것으로 인정할 만한 충분한 사유가 있을 때가 아닌 한 손해배상책임을 부담하지 않는다.”라고 하여 과실책임임을 명시하고 있고, 같은 제2항에서는 “OSP가 권리를 침해받았다고 주장하는 자로부터 송신을 중지할 것을 요구받는 사항을 발신자 측에 통지하여 7일이 경과하여도 답신이 없는 때에는 필요한 한도에서 정보의 송신을 중지할 수 있으며, 이 경우에는 발신자가 입은 손해에 대한 배상책임을 지지 않는다.”라고 되어 있다. 일본의 위 법률은 다른 나라와 달리 OSP의 책임제한만을 주된 목적으로 제정되어 저작권 침해에 그치

여야 하며, iv) 정보의 이용에 관한 데이터를 획득하기 위하여 산업계에서 광범위하게 인정되어 있고 사용되고 있는 기술을 합법적으로 사용하는 것을 방해하지 않아야 하며, v) 전송이 행하여진 지점으로부터 정보가 네트워크상에서 제거되었거나 그 정보에 대한 접속이 불가능하게 되었거나, 법원이나 행정당국이 정보의 제거 또는 접속 불능을 명령하였다는 사실을 실제로 알게 된 경우 저장되어 있는 정보를 신속하게 제거하거나 이에 대한 접속을 불가능하게 하여야 하는 등의 요건을 충족하여야 한다.

44) i) 불법적인 행위나 정보를 실제로 알지 못하였고 손해에 대한 주장과 관련하여 불법적인 행위나 정보가 명백하게 나타나는 사실관계나 정황을 알고 있지 않았어야 하며, ii) 이에 대하여 알게 되는 경우에는 신속하게 그 정보를 제거하거나 이에 대한 접속을 불가능하게 하여야 한다.

지 않고 OSP의 책임제한에 관한 일반법으로서 기능하고 있다. 그리고 포괄적인 면책기준을 제시하여 세부적인 면책요건을 정한 미국이나 유럽과는 다른 양상을 띠고 있다.

2. 우리나라의 OSP 면책입법

1) FTA 이행에 따른 기존 저작권법의 개정

우리나라는 지난 2011년 유럽연합 및 미국을 상대방으로 한 FTA를 잇달아 통과시켰다. 2011. 5. 4. 한·EU FTA 비준동의안이 국회를 통과하여 같은 해 7. 1. 발효되었고, 한·미 FTA 비준동의안은 2011. 11. 22. 국회를 통과하여 다음해 3. 15. 발효되었다. 이러한 FTA의 온전한 이행을 위해서 국내 저작권법의 개정이 필요하게 되었고, 두 차례 개정이 이루어졌다. 지난 2011. 6. 30. 공포된 개정 저작권법은 한·EU FTA를, 지난 2011. 12. 2. 공포된 개정 저작권법은 한·미 FTA를 반영한 것이다.

개정 전의 저작권 관련 면책규정은 일반적인 제3자의 저작권 침해에 대한 OSP 면책의 일반원칙과 기준을 포괄적으로 규정하면서⁴⁵⁾ 특수한 유형의 OSP 개념을 도입하여 일정한 기술적 조치의무를 부과하고 있었다.⁴⁶⁾ 내용상으로는

45) 구 저작권법 제102조(온라인서비스제공자의 책임제한) ① 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 따라 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시킨 경우에는 다른 사람에 의한 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해에 관한 온라인서비스제공자의 책임을 감경 또는 면제할 수 있다.

② 온라인서비스제공자가 저작물 등의 복제·전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여 다른 사람에 의한 저작물 등의 복제·전송으로 인하여 그 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시키고자 하였으나 기술적으로 불가능한 경우에는 그 다른 사람에 의한 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해에 관한 온라인서비스제공자의 책임은 면제된다.

46) 구 저작권법 제104조(특수한 유형의 온라인 서비스제공자의 의무) ① 다른 사람들 상호간에 컴퓨터를 이용하여 저작물 등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제공자(이하 "특수한 유형의 온라인서비스제공자"라 한다)는 권리자의 요청이 있는 경우 해당 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적 조치 등 필요한 조치를 하여야 한다. 이 경우 권리자의 요청 및 필요한 조치에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.

일본과 매우 유사한 형태였다. 그런데 두 차례 개정으로 기존의 일률적인 면책 규정은 폐기되고, OSP의 유형에 따른 매우 상세한 면책규정이 도입되게 되었다(다만 기존의 통지 및 삭제규정과 특수한 유형의 OSP에 대한 의무규정은 그대로 유지되었다).

위와 같은 개정이 이루어지기 전에 OSP의 책임범위와 내용에 관한 상당한 관련 법률개정안이 국회에 제출되었고 학자들이나 입법자들 간에 활발한 논의가 진행되었다. 크게 OSP의 책임을 종전보다 확대해야 한다는 주장과, 이에 반해 축소하여야 한다는 주장으로 대립되었다. 책임확대론자들은 온라인 이용자의 불법행위에 대한 OSP의 통제 및 감독의무를 명시하여 이를 소홀히 할 경우 그 책임을 지도록 주장하는데 반해, 책임축소론자들은 OSP의 통제·감독의무를 폐지함으로써 가능한 한 이용자들의 불법행위에 대한 책임에서 벗어나고자 하였다.⁴⁷⁾

결론적으로 개정법은 양자의 입장을 절충하였다. 미국의 DMCA를 상당 부분 수용하여 OSP의 유형을 세분화하고 그에 따른 면책 요건을 명확히 하였고, 일반적인 면책요건으로 “반복적 저작권 침해자 계정해지 정책 실시” 및 “표준적인 기술조치 수용”을 추가해 OSP가 안정적인 사업을 영위할 수 있도록 하였다.⁴⁸⁾ 또한 종전에는 일정한 요건을 갖추어도 감경 또는 면제할 수 있다(임의적 감면)는 효과부분에서 재량규정으로 되어 있었는데, 개정법에서는 책임을 지지 아니한다(필요적 면제)는 기속규정으로 변경되어 일정한 요건만 갖추면 OSP는 기본적으로 책임을 지지 않게 되었다. 자세한 내용은 별도 목차로 살펴보기로 한다.

2) 현행 면책규정의 구조 분석

② 문화체육부장관은 제1항의 규정에 따른 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 범위를 정하여 고시할 수 있다.

47) 윤종민, 전계논문, 창작과 권리, 제63호(2011.6), 164면.

48) 문화체육관광부·한국저작권위원회가 발간한 개정 저작권법 해설서(일부개정 2011. 6. 30. 법률 제 10807호, 일부개정 2011. 12. 2. 법률 제11110호), 2012, 55면. 인터넷을 통한 저작물등의 정보를 교환하는 데 있어 매개자 역할을 담당하는 OSP가 그 서비스를 통하여 발생할 수 있는 저작권 침해를 최소화할 수 있도록 하는 한편, 안정적으로 사업을 영위할 수 있도록 OSP의 유형을 세분화하고 그에 따른 면책요건을 명확히 하였다.

(1) OSP의 분류 및 면책요건 추가⁴⁹⁾

개정 저작권법은 첫 번째 개정에서 OSP 유형을 네 가지(단순도관, 캐싱, 호스팅, 정보검색)로 분류⁵⁰⁾하고 각각의 면책요건을 규정하였는데 다음과 같다.

제102조(온라인서비스제공자의 책임 제한) ① 온라인서비스제공자는 다음 각 호의 행위와 관련하여 저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리가 침해되더라도 그 호의 분류에 따라 각 목의 요건을 모두 갖춘 경우에는 그 침해에 대하여 책임을 지지 아니한다.

1. 내용의 수정 없이 저작물 등을 송신하거나 경로를 지정하거나 연결을 제공하는 행위 또는 그 과정에서 저작물 등을 그 송신을 위하여 합리적으로 필요한 기간 내에서 자동적·중개적·일시적으로 저장하는 행위
- 가. 온라인서비스제공자가 저작물 등의 송신을 시작하지 아니한 경우
- 나. 온라인서비스제공자가 저작물 등이나 그 수신자를 선택하지 아니한 경우

제102조 제1항 제1호는 인터넷 접속서비스단순도관(Mere Conduit) 즉, 네트워크와 네트워크 사이에 통신을 하기 위하여 서버까지 경로를 설정하고 이를 연결해 주는 서비스(KT, SK브로드밴드, LG 데이콤 등)를 가리킨다. 인터넷 운영의 기본원리 중의 하나인 패킷스위칭에 해당한다.⁵¹⁾ 가목 및 나목의 면책요건은 OSP가 저작물을 업로드하거나 다운로드하는 것에 전혀 관여하지 아니하고,

49) 문화체육관광부·한국저작권위원회, 상거서, 2012, 53-59면.

50) 원경주외 2인, "저작권 침해에 대한 온라인 서비스제공자의 책임에 관한 제언", 특허청·문화체육관광부(편), 제5회 전국대학원생 IP 우수논문공모 수상논문집, 2010, 16면. 개정 저작권법은 직접적으로 OSP의 유형을 구분하는 방식이 아닌 서비스의 형태에 따라 책임이 면제되는 경우를 유형화 시킨 것이다. 이에 대해 OSP 자체를 4가지로 유형화해서 그에 따른 면책요건을 개별화하지는 입법론이 있다. 이 견해는 OSP의 기능과 목적 및 서비스제공을 위해 사용되는 기술 및 이용자들의 온라인서비스에 대한 사용과 인식을 고려하여 정보검색서비스(Information Retrieval Service: IRS), 인터넷게시서비스(Bulletin Board Service: BBS), 사회네트워크서비스(Social Network Service: SNS), 파일공유서비스(File Sharing Service: FSS)로 분류한다.

51) 이대희, 전거논문, 고려법학, 제53호(2009.6), 258면. 패킷스위칭(Packet Switching)은 네트워크를 통하여 데이터가 작은 단위(Unit)나 다발(Packet)로 나누어 전달되고 다발이 네트워크를 통하여 전송되는 과정에서 다발을 전송하는 개별적인 라우터가 다발을 '일시적으로 복제' 하는 현상을 일컫는다.

단순히 업로드 및 다운로드 매개자 역할만을 하는 경우 면책한다는 취지이다.

다. 저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 반복적으로 침해하는 자의 계정(온라인서비스제공자가 이용자를 식별·관리하기 위하여 사용하는 이용권한 계좌를 말한다. 이하 이 조, 제103조의2, 제133조의2 및 제133조의3에서 같다)을 해지하는 방침을 채택하고 이를 합리적으로 이행한 경우

라. 저작물 등을 식별하고 보호하기 위한 기술조치로서 대통령령으로 정하는 조건을 충족하는 표준적인 기술조치를 권리자가 이용한 때에는 이를 수용하고 방해하지 아니한 경우

한·미 FTA 이행을 위해 한·미 FTA에서 규정하고 있는 면책요건을 추가적으로 반영할 필요가 생겨 신설된 규정이다. OSP의 면책요건에 반복적인 저작권 침해자에 대한 계정 해지 정책 및 표준적인 기술조치 수용 요건을 추가하였다. 라목의 표준적인 기술조치는 구체적으로 특정 기술을 지칭하는 것이 아니라, 시행령에서 정하는 조건을 충족하면 된다.⁵²⁾ 위 두 가지 면책요건은 각호에 공통적으로 적용되는 일반적인 면책요건이다.

2. 서비스이용자의 요청에 따라 송신된 저작물 등을 후속 이용자들이 효율적으로 접근하거나 수신할 수 있게 할 목적으로 그 저작물 등을 자동적·중개적·일시적으로 저장하는 행위

가. 제1호 각 목의 요건을 모두 갖춘 경우

나. 온라인서비스제공자가 그 저작물 등을 수정하지 아니한 경우

다. 제공되는 저작물 등에 접근하기 위한 조건이 있는 경우에는 그 조건을

52) 저작권법 시행령 제39조의3(표준적인 기술조치) 법 제102조 제1항의 제1항 라목에서 “대통령령으로 정하는 조건”이란 다음 각 호의 조건을 말한다.

1. 저작권권자와 온라인서비스제공자의 의견일치에 따라 개방적이고 자율적으로 정하여질 것
2. 합리적이고 비차별적인 이용이 가능할 것
3. 온라인서비스 제공자에게 상당한 비용을 부과하거나 온라인서비스 제공 관련 온라인서비스 제공자의 시스템 또는 정보통신망에 실질적인 부담을 주지 아니할 것

- 지킨 이용자에게만 임시 저장된 저작물 등의 접근을 허용한 경우
- 라. 저작물 등을 복제·전송하는 자(이하 “복제·전송자”라 한다)가 명시한 컴퓨터나 정보통신망에 대하여 그 업계에서 일반적으로 인정되는 데이터통신규약에 따른 저작물 등의 현행화에 관한 규칙을 지킨 경우. 다만, 복제·전송자가 그러한 저장을 불합리하게 제한할 목적으로 현행화에 관한 규칙을 정한 경우에는 그러하지 아니한다.
- 마. 저작물 등이 있는 본래의 사이트에서 그 저작물 등의 이용에 관한 정보를 얻기 위하여 적합한 그 업계에서 일반적으로 인정되는 기술의 사용을 방해하지 아니한 경우
- 바. 제103조 제1항에 따른 복제·전송의 중단요구를 받은 경우, 본래의 사이트에서 그 저작물 등이 삭제되었거나 접근할 수 없게 된 경우, 또는 법원, 관계 중앙행정기관의 장이 그 저작물 등을 삭제하거나 접근할 수 없게 하도록 명령을 내린 사실을 실제로 알게 된 경우에 그 저작물 등을 즉시 삭제하거나 접근할 수 없게 한 경우

제102조 제1항 제2호는 캐싱(Caching) 즉, OSP가 일정한 콘텐츠를 중앙서버와 별도로 구축한 캐시서버에 자동적으로 임시 저장하여 이용자가 캐시서버를 통해 해당 콘텐츠를 이용할 수 있도록 하는 서비스를 가리킨다.⁵³⁾ 면책되기 위해서는 우선 제1호의 모든 요건을 갖추어야 한다. 그리고 캐싱 서비스를 제공하는 OSP가 캐시 서버에 저장된 저작물을 수정하지 않아야 하고, 원래 사이트에 대한 서비스 이용이 제한되어 있어야 하며,⁵⁴⁾ 저작물 등의 현행화에 관한 ‘데이터통신규약’⁵⁵⁾을 지켜야 하고(다만 캐싱운영자에게 과도한 부담을 줄 수 있는 등의 현행화 규칙은 제외한다), 저작물 원소스 사이트에서 이용에 관한 정보를

53) 캐싱(caching)이란 정보처리의 효율성과 안정성을 높이기 위해 자주 이용되는 디지털 정보를 캐시(Cash)라 불리는 저장 공간에 임시적으로 저장한 후에 이를 다시 이용하고자 하는 경우 그 정보의 원래의 출처로 가지 않고 임시 저장된 정보를 활용하도록 하는 것을 말한다. OSP의 캐싱은 이용자가 자신의 컴퓨터에서 저작물을 이용하면서 행하게 되는 캐싱과 구별된다.

54) 즉, 원래 사이트에 이용료의 지불 또는 암호나 그 밖의 다른 정보의 입력에 기초한 조건 등을 지킨 이용자에게만 캐시 서버에 접근을 허용하여야 한다.

55) 예를 들면 HTTP 프로토콜, Internet Cash 프로토콜 등이 있다.

얻기 위하여 적용한 기술의 사용을 방해하지 않아야 하고,⁵⁶⁾ 복제·전송 중단요청 또는 법원의 판결이나 행정명령 등으로 원서버에서 자료가 삭제되었거나 접근할 수 없는 경우에 캐시서버에서도 이를 즉시 삭제하거나 접근할 수 없게 하여야 한다.

3. 복제·전송자의 요청에 따라 저작물 등을 온라인서비스제공자의 컴퓨터에 저장하는 행위

가. 제1호 각 목의 요건을 모두 갖춘 경우

나. 온라인서비스제공자가 침해행위를 통제할 권한과 능력이 있을 때에는 그 침해 행위로부터 직접적인 금전적 이익을 얻지 아니한 경우

다. 온라인서비스제공자가 침해를 실제로 알게 되거나 제103조 제1항에 따른 복제·전송의 중단요구 등을 통하여 침해가 명백하다는 사실 또는 정황을 알게 된 때에 즉시 그 저작물 등의 복제·전송을 중단시킨 경우

라. 제103조 제4항에 따라 복제·전송의 중단요구 등을 받을 자를 지정하여 공지한 경우

제102조 제1항 제3호는 저장서비스 즉, 카페, 블로그, 웹하드 등 일정한 자료를 하드디스크나 서버에 저장·사용할 수 있게 하는 서비스를 가리킨다. 역시 제1호의 모든 요건을 갖추어야 한다. 그리고 저작물에 대한 통제권한이 있는 저장서비스 제공자가 서비스 제공에 따른 사용료, 전송속도 상향, 전송속도에 따른 프리미엄 서비스 제공 등을 통해 직접적인 금전적 이익이나 혜택을 받지 않아야 하고, OSP가 침해사실을 직접 알게 되거나 복제·전송의 중단요구 등을 통하여 침해가 명백하다는 사실 또는 정황을 알게 된 때에 즉시 그 저작물 등의 복제·전송을 중단시켜야 하고, 불법복제물에 대한 복제·전송의 중단요구 등을 받는 자를 지정하여 공지하여야 면책된다.

4. 정보검색도구를 통하여 이용자에게 정보통신망상 저작물 등의 위치를 알

56) 예를 들면 광고수익을 위한 hit count를 원래 사이트로 돌리는 기술의 사용을 방해하지 않아야 한다.

- 수 있게 하거나 연결하는 행위
 가. 제1호 가목의 요건을 갖춘 경우
 나. 제3호 나목부터 라목까지의 요건을 갖춘 경우

제102조 제1항 제4호는 정보검색 도구 서비스 즉, 인터넷에서 정보를 검색하여 정보를 제공하여 주는 서비스(네이버, 다음, 구글 등의 검색 서비스)를 가리킨다. 면책되기 위해서는 OSP가 저작물의 송신을 개시하지 않아야 하고(제1항 제1호 나목이 제외된 것은 정보검색서비스는 본질적으로 이용자의 검색에 따른 결과를 OSP가 지정할 수밖에 없기 때문이다), 3호의 저장서비스와 마찬가지로 침해행위 통제 권한이 있는 경우 직접적인 금전적 이익이 없어야 하고, 침해행위 인지도 저작물 등의 복제·전송을 중단하여야 하고, 복제·전송 중단 요구 대상자를 지정 및 공지하여야 한다.⁵⁷⁾

(2) 기술적 불가능에 따른 면책 및 모니터링 의무 비부과

제102조(온라인서비스제공자의 책임 제한) ② 제1항에도 불구하고 온라인서비스제공자가 제1항에 따른 조치를 취하는 것이 기술적으로 불가능한 경우에는 다른 사람에 의한 저작물등의 복제·전송으로 인한 저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해에 대하여 책임을 지지 아니한다.

③ 제1항에 따른 책임 제한과 관련하여 온라인서비스제공자는 자신의 서비스 안에서 침해행위가 일어나는지를 모니터링하거나 그 침해행위에 관하여 적극적으로 조사할 의무를 지지 아니한다.

57) 다만 제1호 다, 라목의 저작권 침해자에 대한 계정 해지 정책 및 표준적인 기술조치의 수용이라는 면책 요건이 제외되어 있는데 특별히 검색서비스 OSP의 경우에만 다른 유형의 OSP와 다르게 다, 라목의 일반적인 면책요건을 제외할 이유는 특별히 없어 보인다. 개정법의 모태가 된 미국의 DMCA도 위 일반적인 면책요건을 모든 유형의 OSP에게 동일하게 적용시키고 있다. 제1호에 다, 라목을 신설하면서 제2호, 제3호의 경우에는 전과 같이 제1호 각목의 요건이라고 그대로 두더라도 바로 준용되므로 상관이 없는데, 제4호의 경우에는 제1호 가목이라고 이미 면책요건이 제한되어 있었기 때문에 다, 라목을 신설할 때 제4호 가목을 제1호 가목, 다목, 라목이라고 수정하였어야 하는데 그 부분을 간과한 것으로 보인다. 조속한 개정이 필요하다. 한국저작권위원회 법제연구팀에 문의 결과 제4호 가목에 제1호 다목과 라목을 추가하는 개정이 조만간 이루어질 것이라고 한다.

저작권법 제102조 제2항은 종전의 기술적 불가능에 따른 필요적 면책규정(구법 제102조 제2항)을 그대로 가져왔다.⁵⁸⁾ 기술적 불가능성을 독립적인 책임제한 사유로 정한 입법례는 보기 드물다. 미국의 DMCA는 일시적인 디지털 네트워크 통신(단순도관)과 같이 그 서비스 유형에 통제 가능성의 여부에 대한 고려가 포함되어 있거나 이용자에 의한 정보의 저장이 수반되는 서비스의 경우 책임제한을 위하여 요구되는 요건 중 하나인 이용자의 행위를 통제할 권리 및 능력이 있는 때에는 침해행위로부터 직접적으로 경제적 이익을 얻지 않아야 한다는 조항에 간접적으로 언급되어 있는 정도를 제외하면 독립적인 책임제한사유는 차치하고 다른 요건에 포함된 예도 찾아보기 어렵다. 독일과 일본도 마찬가지이다. 그런데 개정법에서도 위 조항은 그대로 남아 서비스제공자의 유형에 관계없이 모든 서비스제공자에게 적용되게 되었다. 여기서의 기술적 불가능성을 ‘제지 불가능성’의 의미로 파악하는 견해와 ‘침해부분만의 구별 불가능성’의 의미로 파악하는 견해가 대립되는데 기술적 불가능성을 ‘제지 불가능성’으로 이해하면 인과관계론에서의 조건설처럼 통제가능성이 무한하게 확대되어 사실상 기술적 불가능으로 인정되는 경우는 거의 없게 되어 버린다. 따라서 기술적 불가능성은 ‘침해부분만의 구별 불가능성’으로 이해하는 것이 타당하다.⁵⁹⁾ 법원 역시 소리바다5 사건에서 기술적 불가능성을 침해부분만의 구별 불가능성으로 보고 있다.⁶⁰⁾ 그런데 이 사건에서 법원은 이 규정으로 면책이 되기 위하여서는

58) 개정저작권법 제102조(온라인서비스제공자의 책임 제한) ② 제1항에도 불구하고 온라인서비스제공자가 제1항에 따른 조치를 취하는 것이 기술적으로 불가능한 경우에는 다른 사람에 의한 저작물 등의 복제·전송으로 인한 저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해에 대하여 책임을 지지 아니한다.

구 저작권법 제102조(온라인서비스제공자의 책임 제한) ② 온라인서비스제공자가 저작물 등의 복제·전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여 다른 사람에 의한 저작물 등의 복제·전송으로 인하여 그 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시키고자 하였으나 기술적으로 불가능한 경우에는 그 다른 사람에 의한 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해에 관한 온라인서비스제공자의 책임은 면제된다.

59) 윤종수, “온라인서비스제공자의 책임제한과 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 기술조치의무”, 인권과 정의, 제395호(2009.7), 42-43면.

60) 서울고등법원 2007. 10. 20. 선고, 2006라1245 결정. 여기서의 저작권법이 필요적 면책사유로 정하고 있는 ‘기술적 불가능한 경우’는 온라인서비스 자체는 이를 유지하는 것을 전제로 이용자들의 복제·전송행위 중 저작권 등의 침해행위가 되는 복제·전송을 선별하여 방지하거나 중단하는 것이 기술적으로 불가능한 경우를 말하는 것이라고 할 것이고, 따라서 비록 온라인서비스이용자들이 해당 온라인서비스를 이용하여 저작물 등을 복제·전송함으로써 그 저작권 등을 침해하였다고 하더라도, 온라인서비스제

당해 OSP가 소극적 필터링만으로는 부족하고 적극적 필터링 방식을 도입하여야만 가능한 것으로 보았는데 이는 법원의 일관된 태도이다.⁶¹⁾

또한 개정법에서는 OSP에게 별도의 모니터링 의무를 부과하지 않고 있는데 이는 EU전자상거래지침을 따른 것으로 보인다. 그러나 OSP가 면책되기 위해서는 제102조 제1항 제1호 라목의 저작물 등을 식별하고 보호하기 위한 기술조치를 취해야 가능하므로⁶²⁾ OSP는 사실상 모니터링 의무가 강제되는 것과 마찬가지이므로 위 규정은 선언적 규정에 불과하다고 보인다.

(3) 복제 · 전송의 중단 절차(Notice & Takedown)

저작권법 제103조는 권리주장자로부터 권리침해사실의 소명과 함께 중단을 요구받고 이를 중단시킨 경우 OSP는 책임이 면책된다는 것을 규정한 것으로서 (다만 권리주장자의 소명과 별도로 침해사실을 안 때부터 중단을 요구받기 전까지 발생한 책임은 제외) 구법과 기본적인 체계는 동일하다. 다만 제102조의 개정으로 인해 몇 가지 변경된 부분이 있다. 우선 제5항 본문은 구법의 임의적 감면규정을 필요적 면제규정으로 변경하였다. 이는 제102조와 궤를 같이 한다. 그리고 제1항의 OSP에서 단순도관 서비스제공자를 제외 하였다. 도관서비스는 단순히 인터넷 접속만을 제공하므로 침해 주장의 통지를 받아 처리할 수 있는 유형의 OSP가 아니기 때문이다. 또한 구법 제2항에서는 모든 OSP가 불법 복제물 중단사실을 권리 주장자 및 복제 · 전송자에게 통보하도록 되어 있었는데 개정법에서는 캐싱서비스의 경우에는 복제 · 전송자에 대한 통보를 삭제하였다. 이는 캐싱서비스의 경우 침해주장의 통지 내용이 원 서버에서 지워진 자료를 캐시 서버에서 그대로 올려져 있는 것을 내려달라는 것(삭제)이므로 복제 · 전송자에

공자가 그와 같은 침해사실을 알고 저작권 등의 침해가 되는 복제 · 전송을 선별하여 이를 방지하거나 중단하는 기술적 조치를 다하였다고 인정되는 경우에는, 온라인서비스제공자는 해당 침해행위에 대한 책임을 면하게 된다고 할 것이다.

61) 서울고등법원 2007. 10. 20. 자, 2006라1245 결정(소리바다5 사건), 인천지방법원 2011. 2. 11. 선고, 2010가합9524 판결(토토디스크 사건), 서울중앙지방법원 2008. 8. 5. 자, 2008카합968 결정(영화파일의 공유형 웹스토리지 사건) 등.

62) 특수한 유형의 OSP는 이와 별도로 제104조에 해당 저작물의 불법전송을 차단하는 기술적인 조치의무가 부과되어 있고 이를 위반하면 과태료 처분을 받게 된다.

게 이를 통보할 필요가 없기 때문이다.⁶³⁾

(4) 불법 침해자 정보제공 청구제도 도입⁶⁴⁾

권리주장자가 저작권 침해에 대한 구제를 받기 위하여 침해혐의자의 신원을 파악하는 수단으로 형사절차를 남용한다는 문제점이 제기되어서 이를 개선하기 위하여 새로이 도입된 규정이다(제103조의3). 권리주장자가 OSP로부터 저작권을 침해한 것으로 주장되는 가입자의 신원정보를 소송에 필요한 범위 내에서 획득할 수 있도록 하였다.

권리주장자가 민사상의 소제기 및 형사상의 고소를 위하여 필요한 최소한의 정보를 OSP에게 요청하였으나 OSP가 이를 거절하였을 경우 문화체육관광부장관에게 정보제공을 명령할 것을 청구할 수 있도록 하였고, 개인정보의 보호를 위하여 성명·주소 등 소제기를 위하여 필요한 최소한의 정보로 제한하고 목적 이외의 사용을 금지하였다(금지를 위반한 경우에 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 해당하는 벌칙을 규정함).⁶⁵⁾ 침해혐의자의 신원정보 파악에 관한 절차를 마련함으로써 권리가 온라인을 통한 저작권 침해에 보다 효율적으로 대처할 수 있도록 하였고, 권리 주장자가 문화체육관광부장관에게 정보의 청구를 하기 전에 OSP에게 정보제공을 요청하는 등의 자구노력을 하도록 추가함으로써 무분별한 정보제공의 청구를 방지하였다.

V. 특수한 유형의 OSP의 의무와 기술조치

1. 특수한 유형의 OSP의 의무

저작권법 제104조⁶⁶⁾는 특수한 유형의 OSP(다른 사람들 상호간에 컴퓨터 등

63) 문화체육관광부·한국저작권위원회, 전거서, 2012, 61면.

64) 문화체육관광부·한국저작권위원회, 전거서, 2012, 62-63면.

65) 제136조(벌칙) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과 할 수 있다. 3의2, 제103조의3 제4항을 위반한 자

66) 제104조(특수한 유형의 온라인 서비스제공자의 의무 등) ① 다른 사람들 상호간에 컴퓨터를 이용하여

을 이용하여 저작물 등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제공자)에게 권리자의 요청이 있는 경우 기술적인 조치를 하여야 한다는 의무를 부과하고 있다. 구법당시에도 일반적인 유형의 OSP에 대한 규정이 있음에도 이러한 새로운 유형의 OSP개념을 도입하고 법적 의무를 추가하는 규정을 두었는지 많은 의문이 제기 되었다.⁶⁷⁾ 관련 입법례에서 보기 드물게⁶⁸⁾ OSP의 책임 요건으로 의무를 부과하는 내용인데다가 개념적으로 명확하지 못했기 때문이다. 그럼에도 위 조항이 당시에 도입된 이유에 대해서 입법자는 “일반적인 OSP의 경우 합법적인 서비스를 하기 위해 필터링·DRM장착 등 저작권 보호를 위한 비용을 지불하고 있으며 관리자에게 저작물 전송에 따른 저작권사용료를 지불하고 있음에 반해, P2P나 웹하드 서비스제공자는 사실상 무료로 운영됨에도 불구하고(회비를 받거나 광고료 수입을 얻고 있음) 권리자에게는 저작권사용료를 지불하지 않고 있으며 필터링 등 저작권 보호를 위한 조치도 하고 있지 않은 실정이므로, 일반적인 OSP와 P2P업체를 동일한 방법으로 규율하는 것은 형평에 맞지 않으며, 불법이 관행화된 업계에 대해서는 특별한 의무를 부과함으로써 사회적 비용을 최소화할 필요가 있기 때문”⁶⁹⁾이라고 설명하고 있다. 즉 P2P나 웹하드 등의 OSP와 다른 일반적인 OSP를 동일선상에서 규율하는 것은 형평에 어긋난다는 것이다.

저작물등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제공자(이하 “특수한 유형의 온라인 서비스제공자”라 한다)는 권리자의 요청이 있는 경우 해당 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 하여야 한다. 이 경우 권리자의 요청 및 필요한 조치에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.

② 문화체육관광부장관은 제1항의 규정에 따른 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 범위를 정하여 고시할 수 있다.

67) 법사위의 개정법률안에 대한 체계자구검토보고서에서도 이 규정이 특수한 유형의 온라인서비스제공자에게 지나치게 무거운 책임을 지우고 있어 형평에 어긋나고 과도한 규제가 될 수 있다고 지적한 바 있다.

68) 박준석, “개정저작권법의 ISP책임”, Law & technology, 제3권 제2호(2007.3), 55면. DMCA의 면책 조항은 일반적 요건으로 표준적인 기술적 조치의 수용을 규정하고 있으나, 이는 저작권자들이 저작물을 식별하고 보호하기 위하여 사용하는 것으로 ① 공개되고 공정하며 자발적이고 법산업적인 표준공정에 관한 저작권자와 서비스제공자의 폭넓은 공감에 따라 개발되어 왔고, ② 합리적이고 차별적이지 않은 조건으로 누구나 이를 이용할 수 있고, ③ 서비스제공자들에게 추가비용을 부담시키거나 그들의 시스템이나 네트워크상의 추가부담을 주지 않는 기술적 조치로서 매우 느슨하게 해석되므로 실제 사건에서 이 부분이 문제된 적은 없다고 한다.

69) 문화관광부, 개정저작권법 해설서(일부개정 2007. 6. 29. 법률 제8101호), 2007, 40-41면.

특수한 유형의 OSP의 범위에 대해서는 법률에 규정하지 않고 제2항에서 문화체육관광부장관이 고시하도록 위임하고 있다. 위 고시에 따르면 저작권자의 이용허락 없이 개인, 가족 및 이에 준하는 한정된 범위가 아닌 공중이 저작물 등을 공유할 수 있도록 하는 웹사이트 또는 프로그램을 제공하는 자로서 ① 개인 또는 법인(단체포함)의 컴퓨터 등에 저장된 저작물 등을 공중이 이용할 수 있도록 업로드한 자에게 상업적 이익 또는 이용편의를 제공하는 OSP, ② 개인 또는 법인(단체 포함)의 컴퓨터 등에 저장된 저작물 등을 공중이 다운로드할 수 있도록 기능을 제공하고 다운로드 받는 자가 비용을 지불하는 형태로 사업을 하는 OSP, ③ P2P 기술을 기반으로 개인 또는 법인(단체포함)의 컴퓨터 등에 저장된 저작물 등을 업로드하거나 다운로드할 수 있는 기능을 제공하여 상업적 이익을 얻는 OSP, ④ 개인 또는 법인(단체 포함)의 컴퓨터 등에 저장된 저작물 등을 검색하여 전송할 수 있는 프로그램의 제공을 주된 목적으로 하는 OSP를 가리킨다. 여기서 ①, ②는 웹하드를, ③은 P2P를 의미한다. 다만 ④의 경우는 다소 포괄적인 의미를 갖고 있어 확대해석의 소지가 있어 논란이 있다.

2. 기술조치(필터링)

저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치의 내용은 시행령 제46조에 위임되었는데 다음과 같다. ① 저작물 등의 제호 등과 특징을 비교하여 저작물 등을 인식할 수 있는 기술적 조치, ② 제1호에 따라 인지한 저작물 등의 불법적인 송신을 차단하기 위한 검색제한 조치 및 송신제한 조치, ③ 해당 저작물 등의 불법적인 전송자를 확인할 수 있는 경우에는 그 저작물 등의 전송자에게 저작권침해금지 등을 요청하는 경고문구의 발송이다. 이 중 제1호 및 제2호의 조치는 권리자가 요청하면 즉시 이행하여야 한다. 여기에서 말하는 기술적인 조치는 일반적으로 필터링 기술을 의미한다.

1) 필터링

필터링(Filtering)은 어떤 적합한 기준에 따라 각 입력이나 출력요청을 시험하고 그것을 적절히 처리한 다음 이를 다음단계로 전달하기 위한 목적으로 설계된

프로그램으로, 입력된 데이터를 받아서 그것에 관하여 적절한 판단을 하고, 필요하다면 변환을 해서 다른 프로그램에 넘기는 일종의 ‘관문’과 같은 코드이다.⁷⁰⁾ 필터링의 핵심은 해당 파일이 저작권 침해물인지 판단하는 것이다.

필터링은 우선 적용하는 수준에 따라, 저작권자의 요청에 따라 일부 저작물의 검색을 제한하는 소극적 필터링(Exclusion Filtering)과 저작권자의 허락을 받은 저작물의 검색만 허용하는 적극적 필터링(Inclusion Filtering)으로 구분된다.

그리고 적용되는 기술수준에 따라 검색어 기반 필터링(제목 필터링, 문자열 비교방식, 특정 유형의 파일 필터링),⁷¹⁾ 해시기반 필터링(해시값 비교를 통한 필터링),⁷²⁾ 특징 기반 필터링(오디오/비디오 인식기술을 활용한 필터링)⁷³⁾으로 구별된다. 검색어 기반 필터링과 해시기반 필터링은 비용이 적게 드는 대신 기술 수준이 낮아서 이용자가 손쉽게 우회할 수 있다. 이러한 문제점을 해결하기 위해서 도입된 기술이 특징기반 필터링 방식인데 현재 활발히 적용되고 있다.

2) 기술적 조치 가이드라인⁷⁴⁾

70) 윤종수, 전제논문, 인권과 정의, 제395호(2009.7), 36면.

71) ① 제목 필터링: 금칙어 설정을 통한 검색 제한 조치로 비용이 소요되지 않으며 대부분의 P2P, 웹하드 업체에서 적용하고 있는 방식으로서 음악·영화 등 저작물 종류에 관계없이 쉽게 적용 가능하나, 파일의 제목을 조금 변경하는 방법으로 쉽게 필터링을 피해갈 수 있다는 단점이 있다.

② 문자열 비교방식: 제목 필터링과 유사한 방식으로서 제목을 이루는 단어의 조합 등 경우의 수를 미리 산정하여 제목 필터링을 피하는 경우를 차단하는 방법이다. 별다른 비용이 소요되지 않으며, 일부 업체에서 적용하고 있으나 차단의 수준이 완벽하지는 못하다는 단점이 있다.

③ 특정유형의 파일 필터링: 제목 필터링과 유사한 방식으로 파일의 확장자명(음악의 경우 mp3 또는 ogg파일, 영화의 경우 divx파일 등)을 차단하는 방법으로서 별다른 비용이 소요되지 않으나, 저작물 또는 저작권자 별로 개별적인 적용이 용의하지 않으며 파일의 확장자명을 변경할 경우 쉽게 필터링을 피해갈 수 있는 단점이 있다.

72) 파일마다 고유한 해시값이 존재하므로 해시값수를 이용하여 저작물을 인식·차단하는 방법으로 일부 업체에서 적용하고 있는 방식으로서 전문적인 기술 없이도 개별 P2P업체 등에서 쉽게 적용이 가능하나, 동일한 저작물이라도 파일이 다를 경우 해시값이 달라지므로 필터링을 피할 수 있다는 단점이 있다.

73) 음악, 영화의 원본파일이 가지고 있는 고유한 특성(음원DNA, 영상물DNA라고 함)을 이용하여 저작물을 인식·차단하는 첨단기법으로서 해시값에 의한 특징비교와는 달리 파일이 복제되더라도 쉽게 변하지 않으므로 거의 완벽하게 필터링되는 것으로 알려져 있다. 음악의 경우 오디오 인식기술을 활용하여 일부 P2P업체에 적용하고 있고, 영상물의 경우도 오디오 인식기술만으로도 필터링이 가능하며, 최근 ETRI에서 오디오/비디오 인식기술을 동시에 적용하여 필터링하는 기술이 개발·보급되고 있다.

74) 저작권상생협의체, 알기 쉬운 기술적 조치 가이드라인 및 해설서, 2011, 19~34면.

지난 2011. 12. 저작권상생협의체⁷⁵⁾는 저작권법 제104 및 동법 시행령 제46 조상의 기술적 조치에 대한 구체적인 기준을 정한 기술적 조치 가이드라인을 마련하였다. 이 가이드라인은 저작권법에서 요구하는 기술적 조치에 대한 구체적인 기준을 제시함으로써 권리자 및 특수한 유형의 온라인서비스제공자 등이 관련 법령을 해석·적용함에 있어 오해의 소지를 없애고 기술적 조치를 자발적으로 준수할 수 있도록 지원하기 위하여 이해 당사자들의 협의를 통하여 만들어졌다. 다만 이 가이드라인에 직접적인 법적 구속력이나 강제력이 있는 것은 아니나 이 가이드라인의 규정에 위반할 경우 기술적 조치의무를 이행하지 않았다는 것으로 강하게 추정되므로 당해 OSP가 법적 책임을 질수도 있다는 예고적 성격을 가지고 있다. 기술적 조치 가이드라인은 총 8조로 구성되어 있는데 가이드라인에서 특기할 만한 점은 다음과 같다.

모범과 시행령에는 기술적 조치에 의한 차단의 대상이 마치 전송에 한정하는 것처럼 규정되어 있는데 가이드라인 제2조 제7호에서는 차단의 대상에 전송뿐만 아니라 복제까지 포함하고 있다. 기술적 조치제도가 효과적으로 운영되기 위해서는 서비스제공자가 자신의 시스템이나 네트워크상에 있는 차단대상인 저작물을 확인한 후 그 저작물이 타인의 다운로드 등에 의하여 이용하는 행위(전송)뿐만 아니라 전송이 이루어지기 전의 단계에 이루어지는 복제행위(업로딩)도 차단하여야 하기 때문이다. 그리고 제3조는 가이드라인의 효력에 대해 규정하고 있는데 법적 효력은 없지만 저작권 침해 여부를 판단하는 정부나 법원,⁷⁶⁾ 그리고 저작권 침해 책임을 추궁하는 저작권자 역시 가이드라인의 준수여부를 사실상 고려할 수밖에 없기 때문에 가이드라인을 준수한 서비스제공자는 많은 이점을 제공받을 수 있다. 정보의 제공·차단과 관련하여서 제5조 제1항은 제공되는 정보를 인식정보에까지 확대하여 제4조 제1항에 따른 저작물 정보(저작물 정보로 서비스제공자가 차단할 수 있는 정보는 문자열이나 주제어 검색어 정도로 한정되어 회피가능성이 높음)의 한계를 벗어나 더 높은 수준의 차단이 가능하도록

75) 저작권 상생 협의체는 권리자, 사업자, 이용자 간의 소통의 장을 마련하여 저작권 주요 현안에 대해 상생의 해법을 모색하고 당사자 간의 협력방안을 마련하기 위하여 한국저작권위원회 주도로 2009. 9.에 발족된 가구이다.

76) 그러나 법원이 필터링을 적극적 필터링만으로 이해하고 있는 현 상황에서 법원의 판단에 위 가이드라인이 실제로도 도움이 될 수 있을지 의문이 드는데 이에 대한 논의는 아래에서 살핀다.

하였다. 또한 정보의 제공 및 차단 of 실효성을 제고하기 위해서 제4조 제3항은 서비스제공자가 수령인을 지정·게시하지 않은 경우 또는 서비스제공자가 즉시 차단을 위한 기술적 조치를 취하지 않은 경우에 저작권자가 “공인 웹사이트에 저작물 정보를 게시하는 방법에 의하여 차단요청을 갈음”할 수 있도록 하였다. 그리고 제7조는 저작권자가 서비스제공자뿐만 아니라 차단기술사업자에게도 저작물 정보나 인식정보를 제공할 수 있도록 하여⁷⁷⁾ 저작권자가 자유롭게 정보의 제공 대상을 선택할 수 있도록 하여 차단의 실효성을 높였다. 마지막으로 제8조는 저작권자가 서비스제공자에 의한 성실한 차단의무 이행을 확인할 수 있게 함으로써 차단의 실효성을 확보하고자 하였다. 저작권자의 요청이 있는 경우 서비스제공자는 차단상황에 대한 증빙자료⁷⁸⁾를 제출하는 것만으로 의무를 면한다. 그런데 이것만으로 저작권자가 만족을 하지 못한다면 저작권자가 차단이 이루어지지 않거나 불충분하게 이루어지고 있음에 대하여 합리적으로 의심할 수 있는 자료를 제시하여야 하고 만약 이러한 것이 제공되었다면 서비스제공자는 그러한 차단이 기술적으로 불가능함을 증명하는 자료를 제공하여야 한다. 서비스제공자가 이러한 증명자료를 제출할 수 없는 경우 저작권 침해가 이루어진 사유 등 관련 자료 및 저작권 침해 행위로 인한 피해 규모를 산정할 수 있는 자료를 대신 제출하여야 하고 이 자료를 제공받은 저작권자는 해당 정보의 차단을 수행토록 하는 목적 외의 용도로 사용하는 것은 금지된다.

3. 제104조와 제102조의 관계

1) 구법하에서의 논의

저작권법이 개정되기 전 구법하에서 제104조에 따라 저작권자의 요구에 의해 특수한 유형의 온라인 서비스제공자가 기술적 조치를 취하였음에도 침해가 발생하였다면 침해의 방지가 기술적으로 불가능한 것이어서 제102조 제2항에

77) 서비스제공자에게 저작물 정보나 인식정보가 제공된 경우 서비스제공자가 다시 이를 차단기술사업자에게 제공하는 번거로운 과정을 거쳐야 한다.

78) 원칙적으로 서비스제공자의 로그파일에 한정될 것이나 이것만으로 차단을 증빙할 수 없다면 차단기술사업자의 로그파일도 함께 제시하여야 한다.

의하여 책임이 면제되는지 여부에 대하여 많은 논의가 있었다. 법원은 앞서 살펴본 것처럼 제102조 제2항의 기술적 불가능성의 의미를 온라인 서비스 자체는 이를 유지하는 것을 전제로 이용자들의 복제·전송행위 중 저작권 등의 침해행위가 되는 복제·전송을 선별하여 방지하거나 중단하는 것이 기술적으로 불가능한 경우 즉 침해부분만의 불가능성으로 이해하면서도 면책되기 위한 기술적 조치로 적극적 필터링을 전제하고 있다. 소리바다5 사건에서 법원은 소리바다 측이 채택한 기술적 조치인 필터링, 디지털 워터마크만으로는 저작권의 침해방지를 위한 조치를 다하였거나 침해를 방지하거나 중단하는 것이 기술적으로 불가능하다고 볼 수 없다고 하였다.⁷⁹⁾ 제104조의 의무를 다했다고 하더라도 소극적 필터링인 이상 제102조 제2항의 면책이 불가능하다는 것이다. 이러한 법원의 입장은 다른 사건에서도 마찬가지이다.⁸⁰⁾

즉 구법하에서의 법원의 입장은 다음과 같이 정리된다(입법자의 제정취지도 법원과 유사하다).⁸¹⁾ 첫째, 제102조와 제104조의 입법취지 내지 입법목적은 전혀 다르다. 제104조는 저작권자의 요청에 따라 특수한 유형의 OSP가 기술적 조치를 취하도록 요구하는 것이고 이에 응하지 않을 경우 일정한 과태료 책임을 부담하도록 하는 것으로서, OSP의 책임을 감경하거나 면제하는 OSP 규정과는 관계가 없다. 둘째, 저작권자의 요청에 따른 기술적 조치의 적용이 실제로 침해

79) 서울고등법원 2007. 10. 20. 자, 2006라1245 결정. 피신청인 회사가 내세우는 위와 같은 기술적 조치에도 불구하고, 피신청인 회사가 필터링을 전제로 유료화를 개시한 이후에도 여전히 신청인들이 저작권접권을 갖고 있는 이 사건 각 음원에 대한 공유차단이 제대로 이루어지지 아니하고 있고, 이것은 근본적으로 피신청인 회사가 저작권 등의 침해방지를 위하여 선택하고 있는 필터링 방식이 음원의 권리자들이 파일 공유를 원하지 아니하는 경우에 한하여 해당 음원 파일의 공유를 금지하는 방식인 '소극적 필터링 방식'을 취하고 있기 때문임은 앞서 본바와 같으므로, 나아가 피신청인 회사가 취하고 있는, 위 '소극적 필터링 방식' 및 그 보완책으로서의 그린파일 시스템이나 디지털 워터마크 제도 등 일련의 기술적 조치들이 저작권법 제102조 제2항에서 말하는 기술적 조치를 다한 것으로써, 소리바다 이용자들이 저작권접권 침해행위를 방지하거나 중단시킬 수 있는 더 이상의 기술적 조치가 불가능한지에 관하여 살펴건대, 피신청인 회사가 제출한 소명자료만으로는 이러한 사정을 인정하기에 부족하고, 달리 그와 같은 사정을 인정할 만한 자료도 없는데다가 현재 피신청인 회사가 채택하고 있는 '소극적 필터링 방식'을 전제로 한 일련의 대책만으로는 저작권접권의 침해방지를 위한 기술적 조치를 다하였거나 더 이상의 저작권접권에 대한 침해를 방지하거나 중단하는 것이 기술적으로 불가능하다고 볼 수 없다.

80) 서울중앙 2008. 8. 5. 자, 2008카합968 결정(영화파일의 공유형 웹스토리지 사건), 서울중앙지방법원 2009. 2. 12. 선고, 2008고단3683 판결(영화파일 공유형 웹스토리 형사사건).

81) 문화관광부, 전거서, 2007, 39면.

를 방지하거나 중단시키거나 방지·중단이 기술적으로 불가능한 것을 충족시키는 것이 아니다. 즉, 제102조 제2항에 의한 OSP의 면책여부는 OSP가 저작권 침해를 인식하고 이를 방지하거나 중단시키는 것이 기술적으로 불가능한가 여부에 의하여 결정되는 것이지 저작권자의 요청에 의하여 기술적 조치를 적용시키는 것과는 아무런 관계가 없다. 저작권자의 요청에 따른 기술적 조치의 적용이 저작권 침해의 방지나 중단의 결과를 가져올 수는 있으나 침해를 방지하거나 중단시키기 위한 모든 기술적 조치가 될 수는 없는 것이다.⁸²⁾

이러한 법원의 태도에 대해 ‘권리자의 요청이 있는 경우’에 한하여 필터링 등 기술적인 조치의무를 부과하다고 정한 제104조의 취지를 우회적으로 부정하는 것일 뿐만 아니라 저작권법 제102조, 제103조의 책임제한 조항들은 ‘소극적 필터링’을 전제로 한 규정일 뿐이므로 아직 필터링 기술의 발전수준이 제104조에 의거해 특정 기술의 장작을 강제하기에는 여러모로 불충분하다는 비판론들이 존재하였다. 그런데 최근 제104조가 온라인서비스제공자의 직업수행의 자유를 침해한다는 이유로 제기된 헌법소원 사건에서 헌법재판소는 이 사건 법률조항이 합헌임을 분명히 하였다.⁸³⁾ 그러나 헌법재판소 판결은 단순히 위 제104조 자체의 특수한 유형의 OSP에 대한 의무부과와 과태료라는 강제수단이 과잉금지원칙에 반하지 않는다는 것을 확인해주었을 뿐이지, 필터링과 관련된 제104조와 제102조 제2항의 관계를 깊이 고민한 상태에서 내린 결론은 아니라고 보이므로 헌법재판소가 법원(하급심들)의 해석을 지지한 것으로 보기는 어렵다.

2) 개정법하에서의 논의

개정법에도 제104조와 제102조 제2항은 그대로 유지되고 있다(제102조 제2항의 표현이 일부 변경되었으나 제102조 제1항을 대폭 변경함에 따른 자구변경

82) 저작권상생협의체, 전거서, 2011, 52-53면.

83) 헌법재판소 2011. 1. 24. 2009헌바13등 결정. 이 사건 법률조항들은 저작물 등의 불법적인 전송을 차단함으로써 저작권 등을 보호하고, 문화 및 관련 사업을 향상·발전시키기 위한 것으로서 정당한 목적 달성에 기여한 적합한 수단에 해당하며, 권리자의 요청이 있는 경우에 해당 저작물에 대한 불법적인 전송을 차단하는 조치를 취할 것을 요구할 뿐인 점, 기술적으로 불가능한 조치를 요구하는 것은 아닌 점, 인터넷을 통한 저작권 등 침해의 현실 등을 고려할 때 입법목적 달성에 동일하게 기여하는 다른 덜 침해

정도로서 기본적인 내용은 동일하다). 따라서 종전과 기본적인 결론은 동일하다. 다만 개정법에서는 제102조 제1항 제1호 라목에 표준적인 기술조치 수용을 일반적인 OSP의 면책요건으로 신설하였다. 위 OSP에 특수한 유형의 OSP도 포함되므로⁸⁴⁾ 특수한 유형의 OSP도 표준적인 기술조치를 수용해야 면책이 가능하다. 그런데 라목의 표준적인 기술조치는 저작물 등을 식별하고 보호하기 위한 기술조치로서 제104조의 해당 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치와 유사하다. 더욱이 제104조의 기술조치의 구체적인 내용을 정한 시행령 제46조는 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치를 “저작물 등의 제호등과 특징을 비교하여 저작물 등을 인식할 수 있는 기술적 조치, 제1호에 따라 인정한 저작물 등의 불법적인 송신을 차단하기 위한 검색제한 조치 및 송신제한 조치” 등으로 규정하여 라목의 기술조치와 동일하다. 양자의 기술조치가 특정한 기술을 가리키는 것이 아닌 이상 기술적 불가능성을 판단하는 자료로 제104조의 기술조치이든 라목의 기술조치이든 차이는 없다. 따라서 사정이 이러하다면 제104조의 규정은 OSP에게 기술조치 불이행시 과태료를 부과한다는 즉, 행정벌을 전제로 기술조치를 강제하는 것 외에는 그 존재의의가 없다. 그리고 과태료 부과를 전제로 강제한다는 것도 기술조치를 하지 않으면 면책이 되지 않는 라목 규정으로 충분히 사실상 강제되는 것이기 때문에 상징적인 의미 외에는 실효성

적인 수단이 존재한다고 보기 어려우므로 침해의 최소성 원칙에 위배되지 않는다. 나아가 저작권 등 침해행위를 기술적으로 통제하고 감독할 수 있는 지위에 있다고 할 수 있는 특수한 유형의 온라인 서비스 제공자의 직업의 자유에 대한 중대한 제한이 된다고 보기는 어려운 반면, 달성되는 공익은 매우 중요하다는 점에서 법익균형성 원칙에도 위반되지 않는다. 따라서 이 사건 법률조항들은 과잉금지원칙에 위배하여 직업의 자유를 침해하지 않는다.

84) 김경숙, “특수한 유형의 OSP와 기술적 보호조치”, 산업재산권, 제35호(2011.8), 367면. 웹하드의 경우는 제102조 제1항 제3호 호스팅 서비스에 해당하는 것은 명백한데 과연 P2P가 어디에 해당하는지 의문이 있다. OSP를 정의하고 있는 저작권법 제2조 제30호 중 가목 “이용자가 선택한 저작물 등을 그 내용의 수정 없이 이용자가 지정한 지점 사이에서 정보통신망을 통하여 전달하기 위하여 송신하거나 경로를 지정하거나 연결을 제공하는 자”의 대표적인 유형이 P2P서비스 제공자라는 견해가 있으나 오히려 위 가목은 OSP의 면책요건을 규정한 동법 제102조 제1항 1호 “내용의 수정 없이 저작물 등을 송신하거나 경로를 지정하거나 연결을 제공하는 행위 또는 그 과정에서 저작물 등을 그 송신을 위하여 합리적으로 필요한 기간 내에서 자동적·중개적·일시적으로 저장하는 행위” 즉 단순도관행위 서비스 제공자(KT, SK 브로드밴드, LG데이콤 등)를 규율하기 위하여 개정법에서 새로 도입된 것으로 보는 것이 타당하다. 따라서 P2P 서비스제공자는 그 서비스제공 방식 형태에 따라 위 제3호 또는 제4호에 해당한다고 할 것이다 (하이브리드 방식의 경우에는 3호, 순수한 방식의 경우에는 4호).

도 크지 않다.

따라서 개정법하에서는 제104조는 상당부분 라목에 포섭되므로 삭제한다고 하더라도 특수한 유형의 OSP에 대한 규율은 제102조, 제103조 등으로 충분하다고 판단된다. 제104조가 삭제되어도 앞에서 살펴본 가이드라인은 라목의 면책을 위한 기술조치로 여전히 유용하다. 오히려 기존의 제104조에 대한 가이드라인 해석으로는 제104조가 면책이 아닌 의무부과규정에 불과하기 때문에 면책에 대한 예견가능성이 불확실함에 반해 바로 라목의 면책규정의 해석에 적용하면 가이드라인만 준수하면 필요적 면책이 되므로 서비스제공자가 훨씬 안정적으로 사업을 운영할 수 있다는 이점이 있다.

4. 적극적 필터링 요구로 인한 파생문제

1) 자유이용 저작물의 제한 가능성

법원은 특수한 유형의 온라인 서비스는 보통의 온라인 서비스에 비하여 저작권 침해의 위험성이 높고 OSP는 그로 인해 수익을 얻고 있으므로 그 서비스를 통해 이용자에게 의한 저작권 침해행위가 발생하거나 계속되지 않도록 하여야 할 법적인 작위의무가 있다고 본다. 따라서 이러한 작위의무가 존재하기 때문에 현재의 기술 수준 및 사회통념 등에 비추어 기대 가능한 수준에서 저작권 침해행위가 되는 복제·전송을 선별하여 방지하거나 중단할 수 있는 기술적 조치 등 필요한 조치로 적극적 필터링을 하여야 하고 이를 위반하면 OSP에게 책임이 인정된다는 구조이다.⁸⁵⁾

그런데 이러한 법원의 적극적 필터링 요청은 사실상 특수한 유형의 OSP의 면책을 불가능하게 만들어 이용자 제작 콘텐츠(UCC) 등 개인의 창작물이나 기타 저작권에서 자유로운 파일의 공유까지 금지할 수 있다는 문제점이 있다. 설사 제104조가 삭제된다고 하더라도 여전히 라목의 기술조치를 적극적 필터링으로 이해하여 적용할 여지는 충분하다.

법원은 적극적 필터링 방식을 도입한다고 하더라도 해당 콘텐츠의 제작자 등

85) 김경숙, 상계논문, 산업재산권, 제35호(2011.8), 382-383면.

권리자들이 권리를 포기하거나 그 권리행사를 유보하고자 하는 콘텐츠를 P2P 서비스 내에서 업로드(공유)하기 위한 별도의 공간을 마련하거나, 그 업로드에 앞서 그와 같은 권리자들의 의사를 확인할 수 있는 절차를 둠으로써 해당 콘텐츠를 자유로이 유통 내지는 공유시킬 수 있는 것으로 보이며, 기타 권리보호기간의 만료 등에 의하여 저작권에서 자유롭게 된 음원들에 대한 데이터베이스를 구축함으로써 자유로이 공유할 수 있도록 할 수 있으므로, 적극적 필터링 방식을 선택한다고 하더라도 논리 필연적으로 P2P서비스에서 저작권 등에서 자유로운 콘텐츠의 유통까지 금지하게 되는 것은 아니라고 한다.⁸⁶⁾

그러나 이용자가 자유롭게 올릴 수 있는 별도의 공간을 마련한다고 하여도 그 공간에서는 기존의 P2P서비스와 똑같은 문제가 반복될 수 있고, 권리자들의 의사에 반하여 업로드 된 저작물 여부를 확인하기 위해 필터링이 다시 요구된다. 권리자들의 의사를 확인할 수 있다는 것 역시 권리자들이 상업적이지 아닌 비상업적인 용도로 쓰이는 곳까지 수고스럽게 그와 같은 절차를 밟는다는 것을 기대하기는 어렵다고 본다.⁸⁷⁾

2) 사실상 면책의 불가능

필터링이란 본래적으로 원하지 않는 것을 제외한다는 의미로 불법 저작물을 인지하고 전송되지 않도록 걸러내는 기술이다. 따라서 권리자들로부터 허락을 받은 파일만 검색이 가능하도록 한다는 적극적 필터링이란 본래적 의미의 필터링이라고 보기는 어렵다. 이용자는 정식 허락을 받은 파일만 검색이 가능하기 때문에 불법 저작물이 검색될 여지 자체가 없다. 법원이 요구하는 적극적 필터링이라는 것은 특수한 유형의 OSP들의 서비스에 있어서는 사실상 필터링 자체를 부정하는 것이나 다름이 없다.⁸⁸⁾ 앞에서 살펴본 OSP가 면책되기 위하여 설

86) 서울고등법원 2007. 10. 20. 자, 2006라1245 결정.

87) 윤종수, 전계논문, 인권과 정의, 제395호(2009.7), 48면.

88) 김주엽, “디지털 환경에서의 지식재산의 보호와 유통에 관한 소고”, 콘텐츠재산연구, 창간호(2010.11), 122면. 적극적 필터링은 P2P, 웹하드와 같은 파일공유 서비스에서는 도입이 근본적으로 불가능한 방식이다. 보다 원칙적으로는 필터링이 있을 뿐이지, 적극적, 소극적이라는 개념은 소송을 위해 인위적으로 만들어진 용어에 불과하다.

치하도록 요청되는 가이드라인에서 예시를 들고 있는 필터링 기술(검색어 기반 필터링, 해시 기반 필터링, 특징 기반 필터링)은 모두 소극적 필터링이다.⁸⁹⁾

소리바다5 사건에서 소리바다측이 준비한 필터링 기술조치는 해시 기반 필터링과 특징 기반 필터링 중 음악인식 기술(Audio Finger Printing)이었다. 다만 이 두 가지 기술은 얼마나 많은 해시값과 음악지문 데이터베이스를 갖고 있느냐에 따라 필터링의 효과가 결정되는데 사업자에 의한 데이터베이스 구축에는 한계가 있으므로 결국 보호받고자 하는 음원의 정보에 대하여 제일 정확한 정보를 알고 있는 저작권자의 도움을 받아야 한다. 이를 위해 소리바다측이 도입한 시스템이 그런 파일 시스템인데 이는 소리바다 측이 자체적으로 개발한 파일 인증 시스템으로서 소리바다 측과 음원 공급계약을 하지 아니한 음반 제작자 등 권리자들이 소리바다 측에 온라인으로 음원정보를 제공하면 해당 음원 파일의 필터링이 될 수 있도록 이를 데이터베이스에 포함시키는 것을 그 내용으로 한다.⁹⁰⁾ 하지만 법원은 소극적 필터링을 전제로 한 일련의 대책만으로는 면책될 수 없다고 하였다.

법원이 앞으로도 이러한 태도를 계속 견지한다면 현존하는 필터링 기술로는 특수한 유형의 OSP는 면책이 될 수 없다. 동 해설서에서는 제3조를 설명하면서 “서비스제공자가 가이드라인을 준수하였다는 것은 저작물의 불법적인 복제 및 전송을 차단하기 위하여 적극적인 조치를 취하였다는 것이므로 법원이 서비스 제공자가 주의의무를 이행하였느냐 여부를 판단함에 있어서는 가이드라인의 준수여부를 고려할 수 밖에 없다.”라고 설시하고 있지만,⁹¹⁾ 법원은 주의의무위반이라는 책임발생요건과 항변사유로서의 책임제한요건을 명백하게 구별하지 않고 필터링이나 기술적인 수단을 취하였는지를 방조책임을 인정하기 위한 주요 고려 사항 중 하나로서만 취급해왔다. OSP가 기술조치로서 소극적 필터링을 사용하는 한 방조책임은 인정되고 면책은 부정된다. 다만 적극적 필터링을 전제로

89) 저작권상생협의체, 상게서, 2011, 12-13면. 가이드라인 제6조에서 기술조치 즉 차단기술을 상시 적용하여야 함을 규정하면서도 어떠한 차단기술을 사용하여야 하는지에 대해서는 상세하게 기술하지는 않았으나 동 해설서에는 여기에서의 기술조치는 일반적으로 필터링을 의미하고 검색어 기반 필터링, 해시 기반 필터링, 특징 기반 필터링을 열거하고 있다.

90) 윤종수, 전계논문, 인권과 정의, 제395호(2009.7), 37면.

91) 저작권상생협의체, 전게서, 2011, 25면.

소극적 필터링은 면책 불가라는 법원의 입장은 모두 하급심 판단이었고,⁹²⁾ 아직까지 최고 유권 해석기관인 대법원의 판단은 없다.⁹³⁾ 이용자들의 자유로운 참여라는 P2P나 웹하드의 본질적인 부분을 고려할 때 적극적 필터링을 통해 플랫폼 운영자가 통제하는 정보만 교환되도록 한다면 P2P나 웹하드의 존재의의가 사라진다. 또한 100% 필터링이 불가능하다면 마냥 불가능할 것을 요구하여 사실상 서비스 자체를 불허하게 할 것이 아니라 일단 허용하되 100% 필터링에 근접하도록 현실적인 의무를 부과하는 것이 타당하다고 생각된다. 향후 대법원의 하급심과 다른 해석을 기대해 본다.

Ⅵ. 결론

이용자인 직접 침해자가 아닌 간접 침해자에 불과한 OSP에게 이렇게 일정한 책임과 의무를 부과하는 것은 그만큼 인터넷 세계에서 OSP의 영향력이 막중하다는 반증이다. 개별이용자보다 OSP가 식별이 쉽고 외부에 크게 노출되었기 때문에 그들에게 책임을 묻는 것이 소송현실상 더 간편한 것은 사실이다. 하지만 그들의 영향력을 고려했을 때 단순히 책임을 묻기 위해서라기보다는 OSP를 통한 자율적인 질서를 기대하는 측면이 크다. 국가가 직접 나서서 개별 이용자들을 모니터링 하여 게시물을 삭제하고 인터넷 액세스를 통제하는 것은 오프라인보다 더 자유스러움을 추구하고 또 그것이 본질인 인터넷 세상에서 가장 좋지

92) 서울중앙지방법원 2011. 1. 11. 선고, 2009노723 판결. 하급심 판결 중에 일부 소극적 필터링 방식(제목 필터링, 해시 기반 필터링)을 취한 것만으로는 제102조 제2항의 기술적 불가능성 요건을 충족하지 못하여 면책되지 못한다는 판결이 있다. 보다 확실하게 방지할 수 있는 대안적 방법이 있었음에도 위 두가지 방식만으로는 부족하다는 취지이다. 그런데 이 판결에서 주목할 점은 보다 확실하게 방지할 수 있는 대안적 방법 즉 면책이 가능한 필터링 방법의 예시를 적극적 필터링(업로드 단계에서부터 이용자가 저작재산권을 보유한 것으로 확인되는 영화파일만 업로드할 수 있도록 통제하는 방식), 특징기반 필터링, 특정 유형의 파일 필터링으로서 병렬적으로 들었다는 점이다. 법원이 특수한 유형의 OSP 면책을 인정하지 않기 위해 당해 OSP가 적용하지 않은 기술들만 일부러 찾은 것처럼 보이기도 하는데 어찌되었든 적극적 필터링과 소극적 필터링을 같은 선상에서 별 차이를 두지 않고 보고 있는 판결도 있는 만큼 향후 다른 해석의 가능성도 보인다.

93) 기존의 대법원 판결에서의 OSP 사건은 OSP들이 기술조치를 취하지 않은 상태로 서비스를 했던 것을 문제삼았던 것으로 그들에게 법적인 책임을 물을 수 있는지 여부 및 그 근거가 무엇인가가 쟁점이었다.

않은 형태의 규율이다.

FTA 이행을 위한 최근 두 차례의 개정을 통해서 OSP의 면책범위가 매우 상세화되었고 요건을 충족하면 책임을 면제하도록 하였다. 이는 OSP가 사업을 안정적으로 수행하도록 하고 한편 자신의 서비스를 통하여 발생할 수 있는 저작권 침해에 대하여 보다 능동적으로 대응할 수 있도록 한 것이다. 다만 위와 같은 개정이 FTA 상대 국가들의 자국 내 법률을 거의 그대로 받아들여 우리나라 국내 특성을 제대로 반영하지 못하였다는 비판론이 있으나 OSP의 책임은 개별 국가의 특성보다는 전 세계적으로 일어나는 인터넷상의 저작권 침해행위에 대한 대처수단으로 오프라인적인 국경은 상당부분 무의미하다는 것을 고려하여야 한다. 그럼에도 본문에서 지적하였듯이 제102조 제1항 제4호의 면책요건에 제102조 제1항 제1호 다목, 라목의 면책요건 준용을 면밀한 검토 없이 빠뜨린 점은 비판받아야 하고, 특수한 유형의 OSP의 의무를 규정한 제104조의 내용은 개정법 제102조의 일반적인 OSP의 면책요건에 상당부분 포함되었기 때문에 그 기능의 의미가 상실되었으므로 입법체계상 삭제를 하였어야 했다고 본다.

그리고 OSP에게 계속해서 적극적 필터링을 요구하여 사실상 면책이 불가능하게 하고 있는 법원의 태도도 문제이다. 그동안 특수한 유형의 OSP가 법의 사각지대를 이용하여 타인의 저작물로 엄청난 부당이익을 챙겨왔음은 주지의 사실이나 그들의 인터넷 인프라를 활용하기 위해서라도 웹하드나 P2P를 계속해서 제도권 밖의 문제로 볼 수는 없는 노릇이고, 제도권 내로 끌어들이기 위해서는 제도권 내로 들어왔을 때의 사업의 안정성과 예측가능성이라는 실제적 이익을 보여줄 필요가 있다. 따라서 사실상 불가능한 것을 요구하는 하급심의 태도는 지양되어야 할 것이고 조속히 대법원에서 현재 기술이 허용하는 한에서 최대한의 비용을 들여 높은 수준의 소극적인 필터링을 통해 상당한 노력을 기울이고 있는 OSP는 책임을 면한다는 리딩케이스를 보여줄 필요가 있다고 생각한다.

저작권보호를 위해서 개별 이용자들의 저작권에 대한 의식전환 유도가 가장 바람직한 방법이었으나 현실적으로 쉽지 않다. 따라서 국가가 개입하기 전에 OSP들이 자율적으로 나서주어야 한다. 그동안 OSP들이 개별 이용자들의 파일 공유행위 방조자라는 비난을 받아왔지만 이제 제도의 개선과 함께 적극적인 이행을 위한 노력을 통해 인터넷 세상의 저작권 지킴이가 될 수 있기를 기대해 본다.

참고문헌

- 권상로, “온라인서비스제공업자의 책임 제한에 관한 국제적 동향과 개선방안”, 민사법연구, 제12권 제2호(2004.12).
- 김경숙, “특수한 유형의 OSP와 기술적 보호조치”, 산업재산권, 제35호(2011.8).
- 김주엽, “디지털 환경에서의 지적재산의 보호와 유통에 관한 소고”, 콘텐츠 재산연구, 창간호(2010.11).
- 문화관광부, 개정저작권법 해설서(일부개정 2007. 6. 29. 법률 제8101호), 2007.
- 문화체육관광부 · 한국저작권위원회, 개정 저작권법 해설서(일부개정 2011. 6. 30. 법률 제10807호, 일부개정 2011. 12. 2. 법률 제11110호), 2012.
- 박준석, “개정저작권법하의 ISP책임”, Law & technology, 제3권 제2호(2007.3).
- 박준석, “온라인서비스제공자의 저작권침해책임에 관한 한국에서의 입법 및 판례 분석”, 창작과 권리, 제63호(2011.6).
- 양재모, “온라인서비스제공업자의 불법행위책임과 저작권법개정의 문제점”, 한양법학, 제16권(2004.12).
- 오병철, “중앙서버가 일부 관여하는 P2P 프로그램 운영자가 저작권침해 방조책임을 지는지 여부”, 한국정보법학회(편), 정보법 판례백선, 박영사, 2006.
- 원경주 외 2인, “저작권 침해에 대한 온라인 서비스제공자의 책임에 관한 제언”, 특허청 · 문화체육관광부(편), 제5회 전국대학원생 IP 우수논문공모 수상논문집, 2010.
- 윤종민, “디지털저작권보호와 온라인서비스제공자의 책임”, 창작과 권리, 제63호(2011.6).
- 윤종수, “UCC 저작권의 새로운 도전”, SW Insight 정책리포트, 제19호(2007.3).
- 윤종수, “온라인서비스제공자의 책임제한과 특수한 유형의 온라인 서비스제공자의 기술조치의무”, 인권과 정의, 제395호(2009.7).
- 이기수 · 안효질, “인터넷과 저작권법”, 계간 저작권, 제46호(1999.8).
- 이대희, “한 · EU FTA의 지적재산권 주요 쟁점 분석”, 고려법학, 제53집(2009.6).
- 저작권상생협의체, 알기쉬운 기술적 조치 가이드라인 및 해설서, 2011.
- 최상필, “그록스터 사건에 대한 미 연방대법원의 최종 판단과 온라인서비스제공자의 불법행위책임”, 재산법연구, 제22권 제2호(2005.10).
- 한국저작권 위원회, 2010 저작권 백서, 2011.

- Ian C. Ballon, "Dmca Liability Limitations for Social Networks, Blogs, Websites and Other Service Providers, Excerpted from Chapter 4 (Copyright Protection) of E-Commerce and Internet Law: A Legal Treatise with Forms, Second Edition," *978 PLI/Pat*, 641(Sep. 2009).
- Jane C. Ginsburg, "Separating The Sony Sheep from The Grokster Goats: Reckoning The Future Business Plans of Copyright- Dependent Technology Entrepreneurs," *50 Arizona Law Review*, 577(Summer 2008).

The Legal Duties and Responsibilities of Online Service Provider: Focusing on Amended Copyright Act

IL-Hwan Moon

Abstract

It has been long discussed that the online service providers(OSP) are entitled to specific legal duties and so they, as well as the infringers themselves, shall be entitled to legal responsibilities when violating the duties. The legal practitioners are also in the same position.

However, under the prior legal framework the scope of indemnification of OSP was unclear. On the other hand, under the present copyright act amended to execute FTA, OSPs are classified by the type and the requirements for indemnification are enumerated. This is important in that OSP can operate their businesses without a risk by predicting their legal responsibilities and coping with the copyright infringement positively. However, because certain types of OSP are regulated separately and in the same manner as the prior copyright act, the same problem under prior law still remains. The lower court's holding demanding the active filtering which results in blocking the indemnification by technical impossibility is questionable, and so the different interpretation by the Supreme Court is expected.

In the online world, the power and influence of OSP are so huge that OSP are expected to voluntarily forge their own rules before the government intervenes.

Keywords

Online Service Provider(OSP), FTA, Copyright Act, indemnification, technical measures, filtering, P2P, webhard

