

## 음반복제금지등가처분

[서울고법 2007. 10. 10. 2006라1245]



### 【판시사항】

- [1] '소리바다 5 서비스'의 이용자들이 다른 이용자의 컴퓨터에 접속하여 음원 파일(MP3 파일)을 자신의 컴퓨터에 다운로드 받아 하드디스크에 저장하는 행위가 음반제작자의 복제권을 침해하는 행위에 해당한다고 한 사례
- [2] '소리바다 5 서비스'를 통해 개별 이용자들이 자신의 다운로드 폴더로 음원 파일을 다운로드 받거나 개인적으로 보유하고 있는 음원 파일을 공유 폴더를 겸하고 있는 다운로드 폴더에 저장하는 행위가 음반제작자의 전송권을 침해하는 행위에 해당한다고 한 사례
- [3] 민법 제760조 제1항의 공동불법행위가 성립하기 위한 요건
- [4] '소리바다'라는 인터넷 사이트를 운영하면서 '소리바다 5 프로그램'을 배포하여 그 이용자들이 하여금 P2P 방식으로 MP3 형식의 음악파일을 공유하도록 하는 서비스를 제공한 회사가 위 서비스 이용자들의 저작권접권 침해행위에 대하여 협의의 공동불법행위 책임을 지지는 않는다고 한 사례
- [5] 저작권법상 복제권 또는 전송권의 침해에 있어서 과실에 의한 방조가 가능한지 여부(적극) 및 방조자에게 필요한 인식의 정도
- [6] P2P 방식에 의한 파일공유 서비스의 운영자가 그 서비스 이용자들의 저작권접권 등 침해행위에 대하여 방조책임을 부담하는 경우
- [7] '소리바다 5 프로그램'의 개발 경위 등에 비추어 '소리바다 5 서비스'의 운영자도 그 서비스 이용자들에 의한 저작권접권 침해행위가 발생하고 있다는 사정을 적어도 미필적으로나마 인식하였다고 봄이 상당하므로 저작권접권 침해행위에 대한 방조책임을 면할 수 없다고 한 사례
- [8] 저작권법 제123조 제1항에 정한 '저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리를 침해하는 자'에 저작권 침해행위의 방조자도 포함되는지 여부(한정 적극)
- [9] 저작권접권을 침해받고 있는 음반제작자들이 그 침해행위에 대한 방조책임을 지는 '소리바다 5 프로그램'을 기반으로 한 소리바다 서비스 운영자에 대하여 저작권법 제123조 제1항에 따른 저작권접권의 침해금지 및 침해예방을 구할 수 있다고 한 사례
- [10] 저작권법 제102조 제1항이 필요적 면책사유로 정하고 있는 '기술적으로 불가능한 경우'의 의미 및 그 판단 기준
- [11] 이용자들의 컴퓨터끼리 직접 연결되어 파일공유, 즉 복제 또는 전송이 이루어지는 P2P 방식의 서비스를 제공하는 자도 저작권법 제102조에서 말하는 '온라인서비스제공자'에 해당하는지 여부(적극)
- [12] '소리바다 5 서비스'의 운영자가 취하고 있는 '소극적 필터링 방식' 및 그 보완책으로서의 '그린파일 시스템' 등 일련의 기술적 조치들에 의하여 저작권법 제102조 제2항에서 말하는 저작권접권의 침해방지를 위한 기술적 조치를 다하였거나, 더 이상의 저작권접권 침해를 방지·중단하는 것이 불가능하다고 볼 수 없다고 한 사례
- [13] P2P 서비스의 경우 저작권 등의 보호를 위한 기술적 조치가 '소극적 필터링 방식'을 전제로 하는지 여부(소극)
- [14] 저작권 등의 보호를 위한 기술적 조치로서의 적극적 필터링 방식이 이용자제작콘텐츠(UCC) 등 개인의 창작물이나 기타 저작권에서 자유로운 파일의 공유까지 금지시켜 과잉금지의 원칙에 반한다거나 저작권법 제103조 제3항에 정한 온라인서비스 이용자의 복제·전송 재개요구권을 배제하는 결과를 초래한다고 볼 수 없다고 한 사례

- [15] 저작권법 제103조에 정한 '복제·전송의 중단 요구'가 온라인서비스제공자에게 저작권 침해에 대한 책임을 묻기 위한 권리행사요건 내지 온라인서비스제공자의 복제·전송 중단의무의 발생요건인지 여부(소극)
- [16] '특수한 유형의 온라인서비스제공자'의 저작권 등의 보호를 위한 기술적 조치 의무 등을 정한 저작권법 제104조의 규정 취지

#### 【판결요지】

- [1] '소리바다 5 서비스'의 이용자들이 다른 이용자의 컴퓨터에 접속하여 음원 파일(MP3 파일)을 자신의 컴퓨터에 다운로드 받아 하드디스크에 저장하는 행위는 '음을 유형물에 고정하는 것'( 저작권법 제2조 제22호)이므로 음반제작자인 신청인의 복제권을 침해하는 행위에 해당한다고 한 사례
- [2] '소리바다 5 서비스'를 통해 개별 이용자가 자신의 다운로드 폴더로 음원 파일을 다운로드 받거나 개인적으로 보유하고 있는 음원 파일을 다운로드 폴더에 저장하는 행위는, '소리바다 5 프로그램'에서의 다운로드 폴더는 공유 폴더를 겸하고 있어 그 이용자가 '소리바다 5 서비스'의 접속을 유지하고 있는 한 다른 이용자들은 이미 해당 파일을 다운로드 받을 수 있는 상태에 놓이게 되므로, 위 서비스에 접속하고 있는 다른 이용자들이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물을 이용에 제공하는 것이어서( 저작권법 제2조 제10호) 음반제작자인 신청인들의 전송권을 침해하는 행위에 해당한다고 한 사례.
- [3] 민법 제760조 제1항의 공동불법행위가 성립하려면, 행위자 사이에 의사상의 공통이나 행위 공동의 인식까지 필요한 것은 아니지만, 객관적으로 보아 피해자에 대한 권리침해가 공동으로 행하여지고 그 행위가 손해발생에 공통의 원인이 되었다고 인정되는 경우라야 하고, 또한 그 각 행위는 독립적으로 불법행위에 해당하여야 한다.
- [4] '소리바다(www.soribada.com)'라는 인터넷 사이트를 운영하면서 그 이용자들이 하여금 P2P(peer to peer) 방식으로 MP3(MPEG-1 Audio Layer-3) 형식의 음악파일을 공유하도록 하는 소프트웨어인 '소리바다 5 프로그램'을 배포한 후, 이 프로그램을 다운로드 받아 개인 컴퓨터에 설치한 이용자들 사이에 P2P 방식으로 MP3 형식의 음악파일을 공유하도록 하는 서비스를 제공한 회사는, 그 서비스를 제공함에 있어 독자적으로 음반제작자들의 복제권 또는 전송권을 침해하였다거나 이용자와 함께 협의의 공동불법행위 책임을 질 정도로 이용자들의 저작권접권 침해행위에 직접적이고 밀접한 기여를 하였다고 평가하기 어려워, 위 서비스 이용자들의 저작권접권 침해행위에 대하여 협의의 공동불법행위 책임을 지지는 않는다고 한 사례.
- [5] 저작권법이 보호하는 복제권의 침해를 방조하는 행위는 타인의 복제권 침해를 용이하게 해 주는 직접·간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서, 복제권 침해행위를 미필적으로만 인식하는 방조도 가능함은 물론 과실에 의한 방조도 가능한데, 과실에 의한 방조에 있어서 그 과실의 내용은 복제권 침해행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음을 전제로 하여 이 의무에 위반하는 것을 말하는 것이고, 위와 같은 침해의 방조행위에 있어서 방조자는 실제 복제권 침해행위가 실행되는 일이나 장소, 복제의 객체 등을 구체적으로 인식할 필요가 없으며 실제 복제행위를 실행하는 자가 누구인지 확정적으로 인식할 필요도 없고, 이와 같은 법리는 전송권의 침해를 방조하는 행위에 대하여도 그대로 적용된다.
- [6] 일반적으로 P2P 방식에 의한 파일공유 시스템은 해당 P2P 서비스에 접속하고 있는 수천, 수만의 불특정 다수의 이용자들 전부를 그 대상으로 하고 있으며, 파일의 제공행위, 즉 파일의 업로드는 해당 파일을 보유하고 있는 이용자가 P2P 서비스에 접속하는 것만으로 자연스럽게 이루어지고, 파일의 수령행위, 즉 파일의 다운로드는 인터넷의

특성상 그 다운로드를 요청한 다수의 모든 이용자에게 순간적으로 동시에 이루어진다는 점에서, 이용자들이 디지털 형태의 저작복제물을 무단 유통함에 따른 저작권접권의 침해가능성은 항상 열려 있다고 할 것이나, 그렇다 하더라도 모든 형태의 P2P 시스템과 그 운영자들이 획일적으로 이용자들의 저작권접권 등 침해행위에 대한 방조책임을 부담한다고 할 수는 없고, 운영자가 P2P 서비스를 제공하는 과정에서 이용자들의 파일공유 및 교환 행위에 관여할 수 있는지의 여부와 그 방식 및 정도, 저작권접권 등의 침해행위에 대한 운영자의 인식 여부 및 그에 따른 P2P 시스템에서의 권리보호조치의 내용과 그 정책, P2P 시스템이 파일공유 기능 외에 이용자들의 저작권접권 등 침해행위를 용이하게 할 수 있는 다른 기능을 제공하고 있는지 여부, 운영자가 이용자들의 저작권접권 침해행위로부터 이익을 얻을 목적이 있거나 향후 이익을 얻을 가능성의 정도 등 구체적 사정을 살펴보아, 운영자가 이용자들의 파일공유 등으로 인한 저작권접권 등 침해행위를 미필적으로나마 인식하고 있으면서도 이를 용이하게 할 수 있도록 도와주거나, 이러한 침해행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음에도 이를 위반하는 경우라고 평가되는 경우에만 방조책임이 인정된다.

[7] 비록 '소리바다 5 프로그램'이 종전의 소리바다 1, 2, 3에 비하여 저작권접권자 등의 권리보호를 위한 기술적 조치와 시스템을 갖추고 있기는 하나, 현재 '소리바다 5 서비스' 운영자가 취하고 있는 '소극적 필터링 방식{저작권접권자 등 권리자들로부터 필터링(공유금지)을 요청받거나 이미 위 운영자가 공유금지로 설정하여 놓은 음원 파일들에 대하여만 필터링을 실시하는 방식}'의 내재적 한계상 음반제작자들의 음원에 대한 저작권접권의 침해행위는 계속되어 왔고, 앞으로도 그와 같은 침해행위의 발생은 불가피할 것으로 보이며, 나아가 위 운영자가 그 보완책으로 들고 있는 '그린파일 시스템(저작권접권자 등 권리자들이 위 서비스 운영자에게 자신들의 음원 정보를 제공하여 필터링을 요청한 후, 위 운영자의 승인절차를 거쳐 파일공유를 금지하는 시스템)'만으로는 그와 같은 권리침해를 제때 방지하거나 중단시킬 수 있을 것으로도 보기 어렵고, '소리바다 5 프로그램'의 개발 경위 등에 비추어 위 운영자 역시 음반제작자들의 음원에 대한 저작권접권의 침해행위가 발생하고 있다는 사정을 적어도 미필적으로나마 인식하였다고 봄이 상당하므로, '소리바다 5 서비스'의 운영자는 그 이용자들의 저작권접권 침해행위에 대한 방조책임을 면할 수 없다고 한 사례.

[8] 저작권법 제123조 제1항은 침해정지청구의 상대방을 '저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리를 침해하는 자'로 규정하고 있는데, 저작권 침해행위를 방조하는 경우에도 방조행위의 내용·성질, 방조자의 관리·지배의 정도, 방조자에게 발생하는 이익 등을 종합하여, 방조행위가 당해 저작권 침해행위에 밀접한 관련이 있고, 방조자가 저작권 침해행위를 미필적으로나마 인식하면서도 이를 용이하게 하거나 마땅히 취해야 할 금지조치를 취하지 아니하였으며, 방조행위를 중지시킴으로써 저작권 침해상태를 제거할 수 있는 경우에는 당해 방조자를 침해 주체에 준하여 '저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리를 침해하는 자'에 해당한다고 봄이 상당하다.

[9] '소리바다 5 프로그램'을 기반으로 한 소리바다 서비스의 내용과 이용자들의 저작권접권 침해행위에 대한 통제가능성 등 제반 사정에 비추어, 저작권접권을 침해받고 있는 음반제작자들이 그 침해행위에 대한 방조책임을 지는 위 서비스 운영자에 대하여 저작권법 제123조 제1항에 따른 저작권접권의 침해금지 및 침해예방을 구할 수 있다고 한 사례.

[10] 저작권법 제102조 제1항이 필요적 면책사유로 정하고 있는 '기술적으로 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 것이고, 따라서 비록 온라인서비스 이용자들이 해당

- 온라인서비스를 이용하여 저작물 등을 복제·전송함으로써 그 저작권 등을 침해하였다고 하더라도, 온라인서비스 제공자가 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 된다.
- [11] 저작권법 제102조에서 말하는 온라인서비스제공자는 '다른 사람들이 저작물이나 실연·음반·방송 또는 데이터베이스를 정보통신망을 통하여 복제 또는 전송할 수 있도록 하는 서비스를 제공하는 자'이며( 저작권법 제2조 제30호 ), 여기서 말하는 정보통신망은 해당 서비스제공자 '자신의' 정보통신망에 국한되지 않음이 그 문언상 명백하므로, 이용자들의 컴퓨터끼리 직접 연결되어 파일공유, 즉 복제 또는 전송이 이루어지는 P2P 방식의 서비스를 제공하는 경우에도 역시 위 규정에서 말하는 온라인서비스제공자에 해당한다.
- [12] '소리바다 5 서비스'의 운영자가 취하고 있는 '소극적 필터링 방식' 및 그 보완책으로서의 '그린파일 시스템' 등 일련의 기술적 조치들에 의하여 저작권법 제102조 제2항에서 말하는 저작인접권의 침해방지를 위한 기술적 조치를 다하였거나, 더 이상의 저작인접권 침해를 방지·중단하는 것이 불가능하다고 볼 수 없다고 한 사례.
- [13] P2P 서비스에 있어서 저작권 등의 보호를 위한 기술적 조치가 반드시 소극적 필터링 방식이어야 한다고는 보기 어렵다(실제로 적극적 필터링 방식(권리자로부터 이용허락을 받은 음원의 파일에 대하여만 파일공유를 허용하는 방식)에 의한 저작권 등 침해방지 조치를 취하고 있는 P2P 서비스가 이미 상용화되어 있다), 저작인접권 등을 침해하는 파일공유 행위가 서비스제공자의 관여 없이 이용자들 사이에 이루어진다는 사정을 고려하여 저작권법에서 정하고 있는 바와 같이 일정한 요건하에 P2P 서비스제공자들의 책임을 감면해 주는 것은 별론으로 하고, P2P 서비스에 있어서 저작인접권 등 법에서 정하는 권리에 대한 보호의 정도를 달리할 것은 아니므로, P2P 서비스에 있어서는 개념논리적으로 저작권 등의 보호를 위한 기술적 조치로는 '소극적 필터링 방식'을 전제로 한다고 볼 수 없다.
- [14] 저작권 등의 보호를 위한 기술적 조치로서의 적극적 필터링 방식이 이용자제작콘텐츠(UCC) 등 개인의 창작물이나 기타 저작권에서 자유로운 파일의 공유까지 금지시켜 과잉금지의 원칙에 반한다거나 저작권법 제103조 제3항에 정한 온라인서비스 이용자의 복제·전송 재개요구권을 배제하는 결과를 초래한다고 볼 수 없다고 한 사례.
- [15] 저작권법 제103조에서 말하는 '복제·전송의 중단 요구'는 온라인서비스를 이용한 저작물 등의 복사·전송으로 인하여 자신의 권리가 침해된 권리자가 위 제103조에서 정하고 있는, 재판을 거치지 않고 온라인서비스제공자에게 직접 저작물 등의 복제·중단을 요청하는 신속하고 간이한 권리구제절차를 이용하기 위한 요건일 뿐이지, 이와 같은 복제·전송의 중단 요구 즉 '권리보호요청'이 권리자가 온라인서비스제공자에 대하여 온라인서비스를 이용한 저작권 등의 침해에 대한 책임을 묻기 위하여 필요한 권리행사요건이나 온라인서비스제공자가 복제·전송을 중단하여야 할 의무의 발생요건은 아니다.
- [16] 저작권법 제104조 역시 제103조와 마찬가지로, '특수한 유형의 온라인서비스제공자'의 책임 제한이나 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 책임을 묻기 위한 권리행사요건을 정하고 있는 규정이 아님이 그 내용상 명백할 뿐 아니라, 온라인서비스제공자의 책임 제한을 규정하고 있는 제102조와의 관계나 저작권자 등의 권리침해방지를 강화하려 한 저작권법의 개정 취지에 비추어 보더라도, 특히 저작권 등에 대한 침해행위가 상대적으로 많이 발생할 가능성이 큰 '다른 사람들 상호간에 저작물 등의 전송을 주목적으로 하는 온라인서비스'를 별도로 분류하여, 그와 같은 특수한 유형의 온라인서비스제공자에 대하여 권리자들이 위 제104조 제1항과 이를 구체화한 저작권법 시행령 제45조에서 정한 요건을 갖춘 권리보호요청을 한 경우에는 법원의 재판을 거치지 아니하더라도 바로 같은 시

행령 제46조에서 정한 조치를 할 의무를 법정화하고, 나아가 이와 같은 조치를 취하지 아니할 경우에는 3,000만원 이하의 과태료에 처하도록 하여 그 이행을 담보함으로써 다른 온라인서비스제공자에 비하여 가중된 의무를 추가로 부과한 것으로 해석함이 상당하다( 저작권법 제142조).

#### 【참조조문】

- [1] 저작권법 제2조 제22호, 제78조
- [2] 저작권법 제2조 제10호, 제81조
- [3] 민법 제760조 제1항
- [4] 저작권법 제2조 제22호, 제10호, 제78조, 제81조, 민법 제760조 제1항
- [5] 저작권법 제2조 제10호, 제22호, 제78조, 제81조, 민법 제760조 제3항
- [6] 저작권법 제2조 제10호, 제22호, 제78조, 제81조, 민법 제760조 제3항
- [7] 저작권법 제2조 제10호, 제22호, 제78조, 제81조, 제760조 제3항
- [8] 저작권법 제123조 제1항
- [9] 저작권법 제123조 제1항
- [10] 저작권법 제102조 제1항
- [11] 저작권법 제2조 제30호, 제102조
- [12] 저작권법 제102조 제2항
- [13] 저작권법 제102조 제2항
- [14] 저작권법 제102조 제2항, 저작권법 제103조 제3항, 헌법 제37조 제2항
- [15] 저작권법 제103조
- [16] 저작권법 제102조, 제103조, 제104조 제1항, 제142조, 저작권법 시행령 제45조, 제46조

#### 【참조판례】

- [5] 대법원 2007. 1. 25. 선고 2005다11626 판결(공2007상, 333)

#### 【전문】

##### 【신청인, 항고인】

【피신청인, 피항고인】 주식회사 소리바다 (소송대리인 변호사 한강현외 5인)

【제1심결정】 서울중앙지법 2006. 8. 22.자 2006카합1535 결정

##### 【주문】

- 】
- 1. 제1심결정을 취소한다.
- 2. 신청인들이 이 결정을 고지받은 날로부터 7일 이내에 보증으로 피신청인을 위하여 일십억 원(1,000,000,000원)을 공탁하거나 위 금액을 보험금액으로 하는 지급보증위탁계약 체결문서를 제출하는 것을 조건으로,

가. 피신청인은 "www.soribada.com"이라는 도메인네임의 인터넷 사이트를 통해 제공하는 소리바다 5 프로그램의 이용자들이 위 프로그램을 이용하여 별지 목록 기재 각 음원이 들어 있는 MP3 파일을 업로드 하거나 다운로드 받도록 하여서는 아니 된다.

나. 피신청인은 위 가.항 기재 인터넷 사이트를 통해 위 소리바다 5 프로그램을 배포하거나 위 소리바다 5 프로그램의 실행을 통한 MP3파일의 공유 서비스를 제공하여서는 아니 된다.

다. 집행관은 위 각 명령의 취지를 적당한 방법으로 공시하여야 한다.

3. 소송총비용은 피신청인이 부담한다.

【신청취지 및 항고취지】주문과 같다.

【이유】

】 1. 기초 사실

다음 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 기록에 의하여 소명된다.

가. 당사자들의 지위

- (1) 신청인들은 별지 목록 기재 각 음원(이하 '이 사건 각 음원'이라고 한다)의 음반제작자로서 저작권접권자들이다.
- (2) 피신청인 회사는 2003. 11. 5. 소프트웨어 및 데이터베이스의 정보처리 및 기술제공업, 유·무선망을 통한 음악서비스 및 판매업 등을 목적으로 설립된 회사로서, 현재 '소리바다(www.soribada.com)'라는 인터넷 사이트(이하 '이 사건 인터넷 사이트'라고 한다)를 운영하면서 그 이용자로 하여금 P2P 방식(peer to peer, 중앙서버를 거치지 아니하고 이용자들의 개인 컴퓨터가 서로 연결되어 직접 파일을 주고받는 통신방식이다.

P2P 방식의 구체적 내용에 대하여는 아래 '나.'항에서 본다.

})으로 MP3{'MPEG(moving picture expert group)-1 Audio Layer-3'의 줄임말로써 동영상 전문가들이(moving picture expert) 모여 만든 오디오 신호의 압축 방식 중 하나의 표준형식을 지칭하는 것이다.

위 압축 방식을 사용하면 CD 수준의 음질을 유지하면서도 데이터 크기를 약 10분의 1로 축소할 수 있다.

} 형식의 음악파일을 공유하도록 하는 소프트웨어인 '소리바다 5 프로그램'(이하 '이 사건 프로그램'이라고 한다)을 배포한 후, 위 프로그램을 다운로드 받아 개인 컴퓨터에 설치한 이용자들 사이에 P2P 방식으로 MP3 형식의 음악파일을 공유하도록 하는 내용의 서비스(뒤에서 보는 바와 같이 2000년경 소리바다 1 프로그램이 개발된 이후 소리바다 2, 3 프로그램과 이 사건 프로그램이 순차로 개발되어 이를 각 기반으로 P2P 서비스가 제공되어 왔다.

이하에서는 위 각 소리바다 프로그램을 기반으로 한 P2P 방식에 의한 파일 공유 서비스를 '소리바다 서비스'라고 통칭한다.

)를 제공하고 있다.

나. P2P 방식의 개요

- (1) 일반적으로 인터넷은 정보를 제공하는 서버(server, 대부분 웹사이트 운영자)와 정보를 요청하는 클라이언트(client, 일반 인터넷 이용자)로 구성되는데, 종래의 네트워크 방식(서버 - 클라이언트 방식)은 인터넷 이용자가 서버에 접속하여 서버 안에 저장되어 있는 각종 정보를 제공받는 방식(서버 대 개인, server to client)임에 비하여, P2P 방식은 개별 인터넷 이용자들이 자신의 컴퓨터 내 하드디스크에 저장된 파일이나 자료 등을 인터넷 이용자들 상호간에 직접 정보를 주고받아 공유할 수 있도록 하는 네트워크 방식으로, 개별 인터넷 이용자들의 각 컴퓨터가 기존 서버의

역할을 겸하도록 함으로써 서버를 통하지 않고도 이용자들 사이에 직접 정보를 주고받을 수 있게 하는 방식(개인 대 개인, peer-to-peer)이다.

- (2) 기존 네트워크 방식이 송신자와 수신자가 명확히 구분되는 일방적 구조인 데 비하여{서버에 자료를 올리는 것을 업로드(Upload), 서버로부터 자료를 내려받는 것을 다운로드(Download)라고 한다}, P2P 방식에서는 인터넷 이용자들은 직접 이용자들끼리 쌍방향으로 정보를 주고받게 된다.

P2P 방식의 경우 파일 전송이 서버의 개입 없이 이용자들 사이에 직접 이루어지게 되므로 이용자의 개인 컴퓨터의 공유 폴더에 파일을 위치시키는 것만으로도 파일의 공유가 가능하게 되고 별도로 파일을 서버에 업로드할 필요가 없게 된다(즉, P2P 방식에서는 자신의 컴퓨터 공유 폴더에 파일을 이동시키는 것이 '업로드'에 해당한다).

- (3) P2P 방식은 서버의 역할에 따라, ① 인터넷상에서 개인 이용자들끼리의 상호연락을 원활하게 해주기 위하여 중앙서버가 개입하는 형태(이를 '혼합 P2P' 또는 'Hybrid P2P'라 한다)와 ② 비슷한 성능의 컴퓨터를 가진 이용자들끼리만 서로 연결된 형태로서 중개매개자(즉, 중앙서버)를 거치지 않고 이용자 상호간에 자체적으로 파일검색 등이 이루어지는 형태(이를 '순수 P2P' 또는 'Pure P2P'라 한다)로 크게 나눌 수 있다.

전자의 경우, 중앙서버에는 MP3 등의 음악파일이 저장되어 있지 않지만, 대신 이용자들 각자의 컴퓨터에 어떤 파일이 있는지 그 목록을 관리하면서 이를 검색할 수 있는 기능이 내장되어 있어, 이용자가 원하는 파일의 위치정보를 제공하는 과정에 중앙서버가 개입하는 방식이고(다만, 이용자가 실제로 원하는 파일을 찾아 다운로드 받을 때에는 중앙서버를 거치지 않고, 파일을 갖고 있는 이용자의 컴퓨터와 직접 1:1로 연결되어 파일을 다운로드 받게 된다), 후자의 경우에는 중앙서버로부터 일단 프로그램을 다운로드 받아 이용자 개인의 컴퓨터에 프로그램을 설치한 이후에는, 해당 프로그램을 실행할 경우, 프로그램 자체에 내장되어 있는 검색 엔진으로 자료를 찾고자 하는 상대방의 해당 컴퓨터에 직접 연결하여 자료를 검색하여 파일 등을 다운로드 받는 방식으로(즉, 중앙서버에는 파일 자체는 물론이고 파일의 목록 등 파일공유에 필요한 어떠한 정보도 보관되어 있지 않다), 이 방식은 어느 단일의 주체에 의하여 정보가 보급·관리되는 것이 아니라 이용자들이 위와 같이 설치한 프로그램을 통하여 직접 상호관계를 맺고 자신의 컴퓨터 내에 저장되어 있는 파일 등의 디렉토리 정보를 릴레이식으로 중개하는 방식을 취하고 있다.

후자의 방식은 다시 이용자의 파일검색시, ㉞ 이용자의 컴퓨터에서 네트워크상의 모든 컴퓨터에 검색요청을 발송하고 각 컴퓨터 내부에서 파일검색을 하여 검색을 요청한 이용자에게 그 결과를 제공하는 방식과 ㉟ 처리 속도나 대역폭 등의 기술적 측면에서 우월한 성능을 가진 일부 이용자들의 컴퓨터를 연결점으로 삼아{이와 같이 연결점이 되는 컴퓨터를 '슈퍼노드(Supernode)' 또는 '슈퍼피어(Superpeer)'라고 한다}, 파일검색을 개시한 이용자는 가장 용이하게 접근 가능한 슈퍼노드 컴퓨터에 접속하고, 접속된 슈퍼노드 컴퓨터가 가진 검색정보를 이용하거나 이를 통하여 가까운 또 다른 슈퍼노드 컴퓨터에 검색명령을 전달하여 검색을 수행한 후, 이용자에게 그 결과를 제공하는 방식으로 구분된다.

위 ①항에 속하는 대표적인 예가 미국의 '냅스터(Napster)' 방식이고, 위 ②의 ㉞항에 해당하는 예가 미국의 '스트림캐스트(Streamcast)'사가 채택한 '그누텔라(Gnutella)' 방식이며, 위 ②의 ㉟항에 해당하는 예가 네덜란드의 '카자(KaZaa)'사가 채택한 '패스트트랙(Fasttrack)' 방식이다.

다.

소리바다 서비스의 제공 경위 및 관련 분쟁의 개요

(1) 소리바다 1 프로그램의 개발 및 관련 민·형사 소송의 진행

(가) 1999. 5.경 미국에서 음악파일 공유 P2P 프로그램인 '냅스터(Napster)'가 개발되어 선풍적 인기를 끌자, 당시 미국에 있던 신청외 1, 신청외 2(이하 '신청외 1 등'이라고 한다)은 한국으로 귀국하여 음악공유 프로그램을 개발하기로 하였다.

(나) 2000. 5.경 신청외 1 등은 소리바다 프로그램의 개발을 마친 후, 같은 해 5. 18. "소리바다"라는 명칭으로 이 사건 인터넷 사이트(<http://www.soribada.com>)를 개설하고, '소리바다 프로그램'을 무료로 배포하면서 음악파일 공유 서비스를 제공하기 시작하였다(당시 개발된 소리바다 프로그램은 '소리바다 1'이라고 불렸다).

이하 '소리바다 1'이라고 한다).

소리바다 1을 기반으로 한 소리바다 서비스에서는, 소리바다의 중앙서버가 이용자의 최종 접속 IP(Internet Protocol) 주소 등과 같은 이용자 상호간의 연결에 필요한 정보를 직접 관리하여 이용자가 소리바다 서버에 접속하면, 곧바로 이용자에게 서버에서 보관하고 있는 직전 접속 이용자들의 연결 정보를 자동적으로 송신하여 주고, 이용자들은 위와 같이 중앙서버로부터 제공받은 IP 주소를 통해 다른 소리바다 이용자와 연결되어 자신이 원하는 MP3파일을 저장하고 있는 다른 이용자들의 컴퓨터로부터 당해 파일을 다운로드 받았다.

(다) 2001. 1. 18. 신청외 1 등은 소리바다 1을 기반으로 한 소리바다 서비스의 제공으로 인하여 저작권침해권을 침해하고 있다는 이유로 음반제작자들에 의하여 고소되었다가, 같은 해 8.경 저작권법위반 혐의로 기소되었다(서울중앙지방법원 2001고단8336).

그러나 ① 위 형사사건의 제1심법원은 2003. 5. 15. 신청외 1 등에 대한 공소사실이 특정되지 아니하였음을 이유로 공소기각 판결을 선고하였고, ② 그 항소심법원은 2005. 1. 12. 신청외 1 등에 대하여 무죄 판결을 선고하였는바(서울중앙지방법원 2003노4296), ③ 그 항소심판결에 대하여 검사가 불복, 상고하여, 현재 위 형사사건이 상고심 계속 중이다.

(라) 다른 한편, 신촌뮤직 주식회사를 비롯한 국내외 음반제작자들은 2002년경 신청외 1 등을 상대로 '음반복제 등 금지' 가처분신청(수원지방법원 성남지원 2002카합77호)을 하였고, ① 위 법원은 2002. 7. 9. 그 가처분신청을 받아들여 소리바다 1 이용자에게 의한 MP3파일의 업로드 및 다운로드의 금지, 소리바다 서비스를 위한 서버의 사용중지 등을 명하는 가처분결정을 내렸으며, 위 결정에 대하여 신청외 1 등이 이의신청을 하였으나(위 성남지원 2002카합284호 가처분이의 사건), 위 법원은 2003. 2. 14. 위 가처분결정의 인가판결을 선고하였다.

② 위 인가판결에 대하여 다시 신청외 1 등이 불복, 항소하였으나(서울고등법원 2003나21140호), 항소심법원은 2005. 1. 12. 신청외 1 등에게 소리바다 1 이용자들의 저작권침해행위에 대한 방조책임이 있음을 이유로, 이용자에게 의한 다운로드 행위의 방조 금지 및 서버의 사용중지를 명하는 취지의 일부 인가 판결을 선고하였고, ③ 신청외 1 등이 다시 위 항소심판결에 대하여 불복, 상고하였으나(대법원 2005다11626호), 대법원이 2007. 1. 25. 신청외 1 등



의 상고를 기각함에 따라 위 항소심판결이 그대로 확정되었다.

(2) 소리바다 2, 3 프로그램의 개발 및 관련 민사소송의 진행

(가) 신청외 1 등은 이와 같이 소리바다 1을 둘러싼 민·형사소송이 진행 중이던, 2003. 11. 5. 피신청인 회사를 설립하는 한편, 소리바다 1과는 달리 중앙서버가 개별 이용자에게 다른 이용자들의 IP 주소 등을 직접 제공하지 아니하고, 소리바다 이용자 중에서 인터넷 접속 상황이 좋은 이용자의 컴퓨터로 하여금 소리바다 사용과정에서 수집된 다른 이용자들의 IP 주소를 보관하게 한 뒤, 파일검색을 시도하는 이용자들에게 IP 주소를 배포하는 역할을 담당하는 '슈퍼 피어(Superpeer)'의 역할을 하도록 하는 방식의 소리바다 2 프로그램(위 나.의 (3)항에서 열거한 P2P 방식들 중 ②의 ㉔와 유사한 것으로 판단된다.

이하 '소리바다 2'라고 한다)을 개발하여 이용자들에게 배포하였고, 이어서 위 소리바다 2 프로그램을 기반으로 음원 검색화면에 음원을 제공하는 이용자의 ID(identification ; 이용자식별부호)가 표시되지 않도록 검색화면 일부를 변경하면서 다운로드시 끊김 현상의 개선, 실명 확인, 이용자들의 파일 업로드 및 메일기능 등을 추가한 소리바다 3 프로그램(이하 '소리바다 3'이라고 한다)을 개발, 배포하였다.

이로써 소리바다 1에 관한 위의 가처분결정 및 그 인가판결에도 불구하고, 이 사건 인터넷 사이트를 통한 소리바다 서비스는 계속 진행되게 되었다.

(나) 이에 사단법인 한국음원제작자협회( 구 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전문 개정되기 전의 것, 이하 '구 저작권법'이라고만 한다) 제78조 제1항에 의하여 문화관광부 장관으로부터 음반제작자의 저작권접권에 대한 신탁관리업 허가를 받은 단체로서 개별 음반제작자들로부터 저작권접권을 신탁받아 그 관리업무를 담당하고 있다.

이하 '제작자협회'라고 한다)는 2004년경 피신청인 회사를 상대로, 피신청인 회사가 소리바다 3의 배포자 겸 소리바다 서비스의 운영자로서 개별 이용자에게 의한 저작권접권 침해행위를 사실상 야기하였으면서도 이를 방조하고 있다고 주장하며 그 침해의 정지를 구하는 음반복제금지 가처분신청을 하였고( 서울중앙지방법원 2004카합3491호), 위 법원은 2005. 8. 29. 그 가처분신청을 받아들여, "피신청인 회사는 이 사건 인터넷 사이트에서 제공하는 소리바다 3(3.0 이상의 소수점 이하 표시로 구분되는 업그레이드 버전을 모두 포함)의 이용자들이 소리바다 3을 이용하여 제작자협회가 신탁받은 음원이 들어 있는 MP3 파일을 업로드 또는 다운로드 하도록 하여서는 아니 되고, 이 사건 인터넷 사이트를 통해 소리바다 3을 배포하거나 소리바다 3의 실행을 통한 MP3 파일의 공유 서비스를 제공하여서는 아니 된다"는 내용의 가처분결정을 내렸고, 피신청인 회사가 위 가처분결정에 대하여 이의신청을 제기하였으나( 서울중앙지방법원 2005카합3179호), 위 법원은 2005. 10. 26. 위 가처분의 인가결정을 내렸다.

피신청인 회사는 위 인가결정에 대하여 다시 불복, 항고하였으나, 이후 제작자협회와 사이에 합의가 이루어져 2006. 3. 6. 그 항고를 취하하였다.

한편, 피신청인 회사는 소리바다 3에 대한 가처분결정이 내려져 소리바다 서비스를 중단한 이후인 2005. 11.경 언론에 피신청인 회사가 관여하지 않는 P2P 서비스인 '오픈 소리바다'를 제공할겠다는 입장을 밝힌 바 있다.

라. 소리바다 서비스의 유료화의 진행과 이 사건 프로그램의 개발

(1) 2005. 12.경 관련 부서인 문화관광부(저작권과) 주관하에 피신청인 회사를 비롯한 P2P 업체 등 온라인 콘텐츠 공급 업체들과 사단법인 한국음악저작권협회(이하 '저작권협회'라고 한다), 예술실연자단체연합회(이하 '실연자연협회'라고 한다), 제작자협회 등 음악저작권 관련 단체 및 업체 등과 사이에 P2P 서비스 등으로 인한 저작권접권 등의 침해 대책과 이와 관련한 P2P 서비스의 유료화에 관한 논의가 시작되었고, 또한, 피신청인 회사는 그와 병행하여 2006. 2.경부터 제작자협회 소속 회원사들을 비롯한 음반제작사들과 사이에 음원 공급계약을 체결하기 시작하였다.

(2) 다른 한편, 피신청인 회사는 그동안 소리바다 서비스의 문제점으로 지적되어 왔던 음원 저작권접권 침해에 대한 대책으로, 종전 소리바다 3 프로그램에 ① '해쉬(Hash) 값 대조기술'과 '음악인식(Audio Finger Printing) 기술'을 이용하여, 유료 공유 파일의 권리자에 대한 금원정산과 권리자가 공유를 허용하지 아니한 파일에 대한 공유금지를 실현하는 이른바 '필터링 기술'을 추가하고, ② 필터링 기술로 거르지 못한 음원에 대하여 권리자의 보호요청이 있을 경우 이를 보호하기 위한 파일인증시스템인 '그린파일(Green File) 시스템'을 갖추며, 여기에 ③ 유통되는 음원 파일의 여유 프레임이나 V2 Tag에 향후 인증이 가능하도록 하는 정보를 삽입하는 이른바 '디지털 워터마크' 제도를 도입하는 것을 내용으로 하는, 소리바다 5 프로그램(이하 '이 사건 프로그램'이라고 한다)을 개발하기로 하였다.

이에 피신청인 회사는 2006. 2.경 이 사건 프로그램을 기반으로 한 소리바다 서비스의 베타테스트라는 명목으로 소리바다 3에 대한 가처분결정 이후 중단하였던 소리바다 서비스를 재개한 다음, 2개월간의 테스트 기간을 거쳐 정부출연 연구기관인 '한국전자통신연구원(ETRI)'이 개발한 음악인식기술을 최종 선택하고, 이어서 필터링을 위한 음원의 해쉬(Hash) 값 수집을 이유로 계속하여 소리바다 서비스를 제공하였다.

(3) 이와 같이 이 사건 프로그램을 기반으로 한 소리바다 서비스의 베타테스트를 시작한 이후, 피신청인 회사는 신청인들을 비롯한 음반제작자 등으로부터 음원들에 대한 공유금지 등 저작권접권 등의 침해방지를 위한 대책을 요구받았는바, 피신청인 회사는 당초에는 위와 같은 필터링 기술의 적용을 위한 해쉬(Hash) 값 수집 등의 준비기간을 거쳐 2006. 4.부터는 필터링을 실시하겠다고 하였으나, 이를 지키지 못함에 따라 계속하여 음반제작자들로부터 공유금지 등의 독촉을 받게 되었다.

그러던 중 2006. 7. 6. 문화관광부 저작권과 등의 주관하에 피신청인 회사를 비롯한 16개 P2P 서비스업체들과 저작권협회 등 저작권 관련 단체들 및 온라인 음악서비스업체 등이 참가한 가운데 'P2P 사이트 유료화(음악분야) 관련 전체 회의'가 개최되어 P2P 유료화(기술가이드라인, 저작사용료 징수방법, 유료화 시기 등) 및 P2P상에서의 불법음원의 단속방안 등이 논의되었는데, 당시 피신청인 회사는 같은 해 7. 10. 소리바다 서비스를 전면 유료화함과 동시에 필터링을 개시할 것을 밝혔고, 이후 실제로 같은 해 7. 10. 이 사건 프로그램을 기반으로 한 소리바다 서비스에 대한 유료화를 시행하여, 현재까지 이 사건 프로그램을 기반으로 한 소리바다 서비스를 제공하고 있다.

마. 이 사건 프로그램을 기반으로 한 소리바다 서비스의 이용방법 및 동작구조

(1) 이 사건 프로그램의 P2P 프로그램으로서의 이용방법과 동작구조는 소리바다 3과 그 기본적인 점에서는 같은바, 그 개략적 내용은 다음과 같다.

(가) 소리바다 서비스를 이용하고자 하는 사람은 이 사건 인터넷 사이트에 접속하여 피신청인 회사가 무료로 배포하는 이 사건 프로그램을 자신의 컴퓨터에 내려받아 설치하고, ID와 비밀번호, 기본적인 인적 사항 등을 입력하여 소리바다 회원으로 등록한 후, 다른 이용자들이 자신의 컴퓨터에 접근하여 MP3파일을 다운로드 받아갈 수 있도록 MP3파일을 보관하는 '공유 폴더(라이브러리 폴더)' 및 다른 이용자로부터 다운로드 받은 MP3파일을 저장할 '다운로드 폴더'를 지정한다(이 사건 프로그램의 기본설정에 의하면, 다운로드 폴더는 공유 폴더와 일치하도록 되어 있으므로, 이를 이용자가 별도로 변경하지 아니하는 이상 다운로드 폴더로 다운로드된 MP3파일은 동시에 공유 폴더에도 저장된 셈이 되어, 그 즉시 다른 소리바다 이용자들이 다운로드 받을 수 있는 상태에 놓이게 된다). 즉, MP3파일을 다른 이용자가 다운로드 받을 수 있는 상태에 두기 위해서는 공유 폴더에 MP3파일을 저장한 후 이 사건 프로그램을 이용하여 아래에서 보는 바와 같이 이 사건 인터넷 사이트에 접속하면 족하고(이런 점에서 서버나 전자게시판 등에 업로드 하는 경우와 차이가 있으나, 이하에서는 이를 '업로드 행위'라고 한다), 별도의 송신행위를 할 필요가 없다.

(나) 이 사건 프로그램의 설치를 마친 이용자가 프로그램을 실행하면 우선 소리바다 로그인 화면이 나타나는데, 여기에 자신의 ID와 비밀번호를 입력하여 로그인을 마치면, 즉시 이 사건 인터넷 사이트로 연결되는 동시에 가장 접근이 용이한, 슈퍼피어 역할을 하는 다른 이용자의 컴퓨터에 자동적으로 접속신호를 보내고, 위 신호를 수신한 슈퍼피어 컴퓨터는 IP 주소 등 다른 접속 이용자들의 연결 정보를 이용자의 컴퓨터에 자동적으로 송신한다.

(다) 이용자가 소리바다 사이트의 검색창에 노래 제목 또는 가수 이름 등 임의어를 입력하고 검색을 요청하면, 이용자의 컴퓨터에 설치된 이 사건 프로그램은 위와 같이 다른 이용자의 슈퍼피어 컴퓨터로부터 제공받은 IP 주소를 통해 다른 소리바다 이용자들에게 직접 개별적으로 해당 검색어를 송신한다.

이어서 위 검색어를 수신한 다른 이용자들의 이 사건 프로그램은 자신의 컴퓨터 하드디스크 내의 공유 폴더를 검색하여 위와 같이 요청받은 검색어와 일치하는 파일을 발견하면 해당 파일의 정보를 검색 요청 이용자의 컴퓨터로 송신하게 되는데, 다만 종전 소리바다 프로그램들과는 달리, 관리자가 공유를 원하지 아니한 음원 파일인지에 관한 필터링이 실시되어 그 결과가 같이 송신된다.

(라) 검색 요청 이용자의 이 사건 프로그램은 이와 같이 다른 이용자들로부터 응답받은 파일정보를 재구성하여, 검색을 지시한 때로부터 2, 3초 정도 후에 바로 검색결과 목록을 보여주는데, 여기에는 파일 이름, 노래 제목, 가수 이름, 파일크기, 음질, 노래시간, 속도(응답소요시간, Ping Time)가 표시되고, 검색 요청 이용자는 자동정렬 기능을 사용하여 속도, 크기, 음질 등 원하는 방식으로 검색결과 리스트를 순서대로 정렬하여 볼 수 있다.

(마) 검색 요청 이용자가 위 검색결과 리스트 중에서 다운로드 받기를 원하는 MP3파일을 지정하여 다운로드를 요청하면, 검색결과 목록 우측 창에 지정된 파일의 이름과 '상태'가 표시된다.

이때 ① 지정된 파일이 관리자가 공유금지(필터링)를 요청한 음원의 파일임이 확인된 경우에는, '상태'는 '필터링'이라고 표시되고(이 사건 프로그램이 개발된 초기에는 '저작권'이라고 표시되었다), 그 파일은 다운로드 받을 수 없으며, ② 지정 파일이 관리자가 피신청인 회사와 사이에 음원 공급계약을 체결한 음원의 파일임이 확인된 경우에는, '상태'는 '유료'라고 표시되고, 그 파일은 유료회원만 다운로드 받을 수 있고, ③ 그 이외의 음원 파일의 경우에는, '상태'란에

는 해당 곡의 시간 또는 전송된 비율이 표시되고, 유료회원이나 무료회원을 불문하고, 해당 파일을 다운로드 받을 수 있게 되는데, 이와 같이 다운로드 받을 수 있는 파일인 때에는, 검색 요청 이용자의 컴퓨터와 해당 파일이 보관되어 있는 이용자의 컴퓨터가 1:1로 직접 연결되어 파일 보관 컴퓨터의 공유 폴더에 위치한 해당 파일을 검색 요청 이용자의 컴퓨터로 다운로드하여 다운로드 폴더에 저장하게 된다(이를 '다운로드 행위'라고 한다).

(바) 피신청인 회사는 이와 같은 소리바다 서비스를 제공하면서, 이용자가 소리바다를 종료하기 위하여 검색창을 닫는 경우, 그 종료화면에 소리바다 서비스를 공유하는 이용자들 중에 일부를 선별하여 자유이용권을 지급한다면서 공유를 원하면 소리바다 서비스를 켜 놓으라는 문구가 나타나도록 하여 이용자들로 하여금 파일공유상태를 유지하도록 하기도 하였다.

(사) 이와 같이 피신청인 회사가 권리와 음원 공급계약을 체결한 음원의 파일('상태'란에 '유료'로 표시된다.

)을 다운로드 받기 위해서는 피신청인 회사의 유료회원으로 가입하여야 한다.

피신청인 회사는 현재 월 4,000원의 월정액제(당초 그 월정액은 3,000원이었으나 2007. 7.경 4,000원으로 인상되었다.

)로 유료회원 제도를 운영하고 있는데, 유료회원의 경우, 유료회원으로 있는 기간 동안은 무제한으로 '유료파일'을 다운로드 받을 수 있으며, 그와 같이 다운로드 받은 파일에 대하여는 권리보호장치(Digital Rights Management)가 부착되어 있지 아니하기에 그 이용자는 유료회원 기간이 경과하더라도 추가 과금 없이 이를 영구히 사용할 수 있다.

(2) 이 사건 프로그램에서 종전 소리바다 프로그램과 달리 추가하여 구비하고 있는 기술적 조치들의 내용은 다음과 같다.

(가) 필터링 기술

#### 1) 해쉬(Hash) 값 대조기술

대상 음원파일에 대하여 해쉬 함수(Hash function, 컴퓨터 암호화 기술의 일종으로 요약함수(要約函數)·메시지다이제스트함수(message digest function)라고도 한다.

주어진 원문(原文)에서 고정된 길이의 의사난수(擬似亂數)를 생성하는 연산기법으로서 해쉬 함수를 적용해서 생성된 값을 '해쉬값'이라고 한다.

를 적용하여 해쉬값들을 생성한 다음, 이를 소리바다 서버의 '해쉬값 데이터베이스'에 축적하고, 이용자로부터 음원 파일에 대한 다운로드 요청이 있을 때 요청된 음원의 해쉬값과 데이터베이스의 해쉬값을 비교하여 해당 음원의 동일 여부를 판별함으로써 다운로드의 허용 여부를 결정하는 기술이다.

#### 2) 음악인식(Audio Finger Printing) 기술

P2P에서 유통되는 음원파일들(음반제조사에서 제공하는 원본일 수도 있으나, 일반 이용자들이 원본CD, 방송, 인터넷으로부터 2차적으로 녹음한 것이 상당수 있는 것으로 알려져 있다.

)은 상이한 녹음환경 및 압축률 등으로 인하여 다양한 변형파일들이 존재하게 되는데, 계속해서 추가로 생성되는 변형파일을 발견하고 이들의 해쉬값을 추출하여 데이터베이스에 추가하는 것이 용이하지 않기 때문에, 해쉬값 대조기술만으로는 필터링에 한계가 있다.

이러한 해쉬값 대조기술의 한계점을 보완하기 위하여, 소리바다 서버에 저작권 보호가 필요한 음원의 음악지문(Audio Finger Print)이 축적된 '음악인식 데이터베이스'를 구축하고, 해쉬값 대조기술에서 걸러내지 못한 음원파일들에 대하여 추가로 음원분석을 하고 데이터베이스의 음악지문과 대조하여 최종적으로 다운로드의 허용 여부를 결

정하게 된다.

음악인식단계에서 음원의 동일성이 확인되면, 해당 음원파일에 대한 해쉬값을 생성하여 '해쉬값 데이터베이스'에 저장한 후, 이후 해당음원에 대한 필터링은 해쉬값 대조단계에서 이루어지도록 한다.

### 3) 소극적 필터링 방식

이 사건 프로그램을 기반으로 한 소리바다 서비스의 필터링 기술은 데이터베이스(해쉬값 DB 및 음악인식 DB)에 '이용허락을 받지 않은 음원정보'를 저장하고 있으면서, 이용자가 요청한 파일이 데이터베이스에 있는 경우에는 다운로드를 불허하고, 데이터베이스에 없는 경우에는 다운로드를 허용하는, 이른바 소극적 필터링 방식이다.

소극적 필터링 방식을 취할 경우, 음성인식기술의 신뢰도 또는 데이터베이스의 업데이트 주기에 의하여 필터링이 영향을 받게 되며, 특히 신규 음원과 변형 파일에 대하여는 해당 음원파일 정보에 대한 부재로 바로 대응할 수 없다는 문제가 있다.

#### (나) 그린파일(Green File) 시스템

그린파일 시스템은 피신청인 회사가 자체적으로 개발한 파일인증 시스템으로서, 피신청인 회사와 음원 공급계약을 하지 아니한 음반제작자 등 권리자 등이 피신청인 회사에게 온라인으로 음원 정보를 제공하여 해당 음원 파일의 필터링이 될 수 있도록 하는 것을 그 내용으로 한다.

저작권자들이 피신청인 회사의 그린파일 시스템을 이용하기 위해서는, ① 먼저, 온라인 회원으로 가입한 후, 인감도장을 날인한 신청서, 법인인감증명서, 사업자등록증 사본, 법인등기부등본, 저작물에 대한 권리를 인정할 수 있는 서류 등 피신청인 회사가 요구하는 서류들을 피신청인 회사에 제출하여 피신청인 회사로부터 승인을 얻어 피신청인 회사의 회원사로 가입한 다음, ② 이미 소리바다 서비스에서 검색되는 음원 파일에 대하여는 해당 파일을 바로 그린파일로 등록을 하고, 신규 발매되는 음원에 대하여는 권리자 스스로 해당 음원 파일을 온라인상으로 업로드하여 그린파일 등록을 하여, 피신청인 회사로부터 승인을 얻어야 한다.

#### (다) 디지털 워터마크(Digital Watermark) 기술

디지털 워터마크는 디지털 콘텐츠에 그 권리자만이 알 수 있는 아이디(ID) 또는 정보 등의 부호를 삽입하거나, 영상·음성 등의 신호에 특정한 코드나 유형 등을 삽입한 것 또는 그 기술을 지칭하는 것으로서, 디지털 콘텐츠 소유자의 권리를 보호하기 위한 기술의 하나로 분류할 수 있기는 하나, 아직까지는 해당 파일의 유통경로에 관한 정보를 확인할 수 있는 기능만을 할 수 있을 뿐, 파일의 불법 공유 내지는 복제 자체를 막는 기능은 하지 못하고 있는 것으로 보이는바, 현재 피신청인 회사가 채용하고 있는 '디지털 워터마크 기술'의 구체적 내용이나 실제 활용현황에 대하여는 알려져 있지 아니하다.

#### 바. 소리바다 서비스의 이용 실태와 국내 음반시장의 동향 등

- (1) P2P 방식에 의한 소리바다 서비스의 특성상, 이 사건 프로그램을 실행하여 네트워크에 접속하는 이용자의 수가 늘어날수록 검색할 수 있는 MP3 파일의 종류와 수도 증가하게 되는데, 소리바다 1에 대한 가처분 결정 당시 소리바다 서비스의 등록 회원은 약 450만 명 이상, 1일 평균 접속자는 약 30만 명 이상이었으나, 소리바다 3의 배포 이후 그 수가 더욱 증가하여 1일 평균 접속자는 40만 명 이상에 달하였으며, 이 사건 프로그램의 배포 이후에도 유료화 직전에는 1일 평균 접속자가 약 30만 명에 이르렀으나 2006. 7. 10. 유료화 이후에는 그 접속자 수가 다소 감소하여 1일

평균 접속자의 수가 약 27만 명 정도를 유지하고 있다.

2006. 10. 31. 현재 소리바다 서비스의 회원은 1,500만 명을 넘은 것으로 알려지고 있으며, 유료화 이후 그 무렵까지 약 130만 명이 소리바다 서비스를 유료로 이용하였다.

피신청인 회사는 소리바다 1을 기반으로 한 소리바다 서비스를 제공하였을 때에는 P2P 방식에 의한 음원 파일공유 서비스에 의존하였으나, 소리바다 3에 의한 소리바다 서비스를 제공하던 2004. 7.경부터는 이 사건 인터넷 사이트를 온라인 쇼핑몰, 영화·만화의 유료서비스, 벨소리 등 모바일서비스, 뉴스 등을 함께 제공하는 포털사이트의 형태로 확대 개편하여 운영하여 오고 있다.

현재 피신청인 회사는 이 사건 인터넷 사이트에서 이 사건 프로그램을 기반으로 한 파일공유 서비스 외에, '파일바다'라고 하는 웹하드 서비스(일정한 용량의 저장공간인 스토리지를 확보해 디스켓이 없이도 어느 곳에서나 인터넷 환경과 함께 자신이 작업한 문서나 파일을 저장·열람·편집하고, 다수의 사람과 파일을 공유할 수 있는 인터넷 파일 관리 시스템을 제공하는 서비스이다.

)와 '오르골'이라고 하는 MP3 파일의 저장 및 공유를 목적으로 하는 이용자별 홈페이지 서비스, '500원#'이라고 하는 복제방지기술(Digital Rights Management)을 적용한 MP3 파일의 판매서비스 등을 제공하고 있다.

(2) 국내 음반시장의 규모는 전체 매출액 기준으로 1998년 3,530억 원, 1999년 3,800억 원, 2000년 4,104억 원으로 꾸준한 성장세를 유지하였으나, 이후로는 2001년 3,733억 원, 2002년 2,861억 원, 2003년 1,833억 원, 2004년 1,338억 원, 2005년 1,087억 원으로 그 규모가 급격히 축소되고 있으며, 이에 비하여 국내 디지털 음악산업(벨소리/통화연결음/스트리밍/MP3 다운로드)시장은 2001년 911억 원에서 2002년 1,340억 원, 2003년 1,833억 원, 2004년 2,112억 원, 2005년 2,486억 원으로 그 규모가 점차 확대되고 있다.

사. 소리바다 서비스의 필터링 현황

(1) 신청인들이 제출한 자료들에 의하면, 피신청인 회사가 소리바다 서비스의 전면 유료화를 시행한 이후인 2006. 8. 1. 소리바다 서비스를 통하여 신청인 2가 저작권접권자인 별지 목록 '2. 신청인 2(스톰프뮤직)' 순번 제1621 내지 1630 기재 10곡(이루마 3집 앨범에 수록된 곡들이다.

)에 대한 다운로드를 시도한 결과, 소리바다 서비스를 통하여 검색되는 위 10곡에 관한 파일들 중 상당수 파일이 필터링 되기는 하였으나, 위 10곡 전부에 관하여 필터링되지 않는 파일이 검색됨으로써, 결과적으로는 위 10곡 전부를 무료로 다운로드 받을 수 있었다.

(2) 문화관광부 저작권심의조정위원회 산하 저작권보호센터(동 센터는 2007. 3.경 저작권심의조정위원회에서 한국저작권단체연합회로 이관되었다.

)는, ㉠ 2006. 7. 26.에는, 소리바다 서비스의 유료화 이후 지속적으로 시행한 모니터 결과 피신청인 회사가 유료화 선언과 동시에 24시간 무료 이벤트 등을 내세워 무료 다운로드가 가능하도록 하면서 정작 유료화를 위한 필터링에 대해서는 소홀히 하고 있으며, 이와 같은 피신청인 회사의 행동이 계속될 경우 등록된 콘텐츠만을 유통하거나 음원 파일 공유를 차단하고 있는 다른 업체는 상대적으로 손해를 볼 수밖에 없어 시장혼란이 우려된다는 분석결과를 발표하였고, 이어서 ㉡ 2007. 2.경에는, 같은 해 1. 24.부터 같은 해 2. 1.까지 7일간 3개 음원신탁단체의 공동관리저작물 902곡을 대상으로 하여 실시한 P2P 서비스의 모니터링 결과, 소리바다의 경우, 367건의 다운로드 시도 중 66건만이

필터링(필터링률 18%)되고, 나머지 301건이 다운로드가 가능하여 그 다운로드 성공률이 82%에 이르렀다고 발표하였고, © 2007. 3.경에는, 같은 해 2. 26.부터 같은 해 3. 9.까지 9일간 3개 음원신탁단체의 공동관리저작물 507곡을 대상으로 하여 실시한 P2P 서비스의 모니터링 결과, 소리바다의 경우, 필터링률(= 파일 검색시 필터링된 횟수/(파일 검색시 필터링된 횟수 + 파일검색시 무료로 다운로드된 횟수))은 19.77%에 그친 반면, 대상 곡을 기준으로 한 침해율(검색대상 곡들 중 무료로 다운로드 받을 수 있는 곡들의 비율)은 63.74%에 이르고 있다고 발표하였다.

## 2. 당사자들의 주장

### 가. 신청인들 주장의 요지

- (1) 이 사건 프로그램을 기반으로 한 피신청인 회사의 소리바다 서비스는 앞서 개발되었던 소리바다 1, 2, 3을 기반으로 하였던 소리바다 서비스들과는 달리 피신청인 회사가 운용하는 중앙서버가 파일공유에 적극적으로 개입하는 방식을 취하고 있으므로, 피신청인 회사는 소리바다 서비스를 이용한 파일공유로 인하여 신청인들의 저작권접권을 침해하는 이용자와 함께 협의의 공동불법행위자로서의 책임이 있다.
- (2) 설령 그렇지 않다고 하더라도, 이 사건 프로그램을 기반으로 한 소리바다 서비스는 그 이용자들이 신청인들의 저작권접권을 침해하는 행위를 방조하는 기능을 수행하고 있고, 소리바다 서비스를 제공하는 피신청인 회사로서는 그 방조책임을 면할 수 없는바, 이와 같은 저작권접권 침해행위에 대한 피신청인 회사의 방조행위는 저작권접권 침해행위와 밀접한 관련이 있고, 피신청인 회사가 그와 같은 침해행위를 미필적으로나마 인식하고 있으면서도 이를 용이하게 하는 조치를 취하였거나 마땅히 취하여야 할 금지조치를 취하지 아니하고 있는데, 이와 같은 방조행위를 중지시킴으로써 저작권접권의 침해상태를 제거할 수 있으므로, 신청인들은 피신청인 회사를 상대로 저작권법에서 정하는 침해금지청구를 구할 수 있다.
- (3) 비록 피신청인 회사가 이 사건 프로그램을 기반으로 하는 소리바다 서비스에서 필터링 기술 등 저작권 침해방지를 위한 기술적 조치들을 추가하였다고는 하나, 피신청인 회사가 취하고 있는 조치들만으로는 피신청인 회사가 현행 저작권법 제102조 제2항( 구 저작권법 제77조 제2항)에서 정하는 면책사유에 해당한다고 할 수 없다.
- (4) 나아가, 저작권접권 침해행위로 인하여 신청인들이 입고 있는 피해 및 이 사건 프로그램을 기반으로 한 소리바다 서비스의 제공 경위 등에 비추어 이 사건 가처분신청은 보전의 필요성도 있다고 할 것이고, 따라서 신청인들의 이 사건 각 음원에 관한 저작권접권에 터잡아 그 저작권접권의 침해금지 및 침해예방을 구하는 이 사건 신청에 따라 피신청인 회사에 대하여 신청취지 기재 가처분이 발령되어야 한다.

### 나. 피신청인 회사의 주장 요지

- (1) 피신청인 회사는 문화관광부 저작권과의 주관하에 2005. 12.부터 문화관광부 산하 음악저작권 관련 3개 단체인 저작권협회, 실연자연협회, 제작자협회와 피신청인 회사를 비롯한 P2P서비스를 제공하는 업체를 포함한 온라인음악서비스제공자가 모두 참석한 수차례의 연석회의를 거쳐 2006. 7. 10. 이 사건 프로그램에 의한 P2P서비스에 대한 유료화를 시행하였는바, 이와 같이 피신청인 회사가 정부를 위시한 관련 이해당사자들과의 장기간의 협의를 거쳐 양보하고 타협함으로써 유료화를 시행한 이상, 설령 신청인들에게 어떠한 손해가 발생한다고 하더라도 이는 그 손해의 전보가 가능한 것이므로, 향후 본안소송에서 손해배상 등을 청구하는 것은 별론으로 하고 이 사건 가처분신청을 구할 피보전권리는 없다.

- (2) 또한, 피신청인 회사는 이 사건 프로그램을 개발하여 이용자들의 저작권접권 침해가 용이하도록 도와준 것이 아니라 오히려 이 사건 프로그램을 통해 필터링을 통한 공유금지 내지 공유제한을 실현함으로써 저작권 침해를 방지하고 있으며, 실제로 유료화 과정에서 저작권협회 등이 제시한 '98% 가이드라인'을 준수하고 있고, 기술적으로도 전혀 문제없이 작동하고 있으며, 피신청인 회사가 마련한 보완책인 그린파일 시스템에 의하면, 100%의 필터링을 실현할 수 있는바, 이와 같은 필터링으로 인하여 유료화 및 필터링 이후 음원을 제공받지 못한 상당수의 이용자들이 피신청인 회사에게 항의하거나 환불을 요청하는 사례가 빈발하고 있는 것은 이와 같은 사정을 잘 보여 주고 있다고 할 것이어서, 결국 피신청인 회사가 소리바다 이용자들의 저작권접권 침해행위에 대하여 협의의 불법행위책임이나 방조 책임을 진다고는 할 수 없다.
- (3) 현행 저작권법 제102조 제2항( 구 저작권법 제77조 제2항)은 온라인서비스제공자가 저작물 등의 복제·전송을 방지하거나 중단시키고자 하였으나 기술적으로 불가능한 경우에는 면책되는데, 피신청인 회사가 취하고 있는 '소극적 필터링 방식' 등 권리보호조치는 P2P 서비스에서 요구되는 권리보호를 위한 기술적 조치를 다한 것으로서 설령 이 사건 프로그램을 기반으로 한 소리바다 서비스에 의하여 이 사건 음반제작자들의 저작권접권이 침해되었다고 하더라도 위 규정에 따라 면책된다(그 구체적 주장내용은 '3의 나. 피신청인 회사의 면책 항변에 관한 판단'에서 본다).
- (4) 설령 이 사건 프로그램에 의한 소리바다 서비스로 인하여 신청인들이 어떠한 손해를 입었다고 하더라도 이 사건 가처분신청은 그 보전의 필요성이 없으므로, 이 사건 가처분신청은 부당하다(그 구체적 주장내용은 '4. 보전의 필요성에 대한 판단'에서 본다).

### 3. 피보전권리에 관한 판단

가. 피신청인 회사의 저작권접권 침해금지의무의 발생 여부

#### (1) 이용자들의 저작권접권 침해 여부

신청인들은, 소리바다 서비스 이용자들의 파일공유로 인하여 신청인들의 저작권접권이 침해되고 있음을 전제로, 피신청인 회사가 이용자들의 저작권접권 침해행위에 대한 책임이 있다고 주장하므로, 먼저 소리바다 이용자들이 이 사건 음반제작자들의 저작권접권을 침해하고 있는지의 여부에 관하여 살펴본다.

##### (가) 복제권 침해

기초 사실에서 본 바와 같이 소리바다 서비스 이용자들이 다른 이용자의 컴퓨터에 접속하여 이 사건 각 음원 파일(MP3 파일)을 자신의 컴퓨터에 다운로드 받아 하드디스크 등에 저장하는 행위는, '음을 유형물에 고정하는 것'( 저작권법 제2조 제22호 참조)이므로 음반제작자인 신청인들의 복제권을 침해하는 행위에 해당한다.

##### (나) 전송권 침해

또한, 소리바다 서비스를 통해 개별 이용자들이 자신의 다운로드 폴더로 이 사건 각 음원 파일을 다운로드 받거나 개인적으로 보유하고 있는 음원 파일을 다운로드 폴더에 저장하게 되면, 이 사건 프로그램에서의 다운로드 폴더는 공유 폴더를 겸하고 있기 때문에, 그 이용자가 소리바다 서비스에서의 접속을 유지하고 있는 한, 다른 이용자들은 이미 해당 파일을 다운로드 받을 수 있는 상태에 놓이게 된다.

이것은 달리 말하면, 소리바다 서비스에 접속하고 있는 다른 이용자들이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물을 이용에 제공하는 것이어서( 저작권법 제2조 제10호 참조), 신청인들의 전송권을 침해하는 행위에



해당한다.

(2) 피신청인 회사의 소리바다 서비스에 대한 평가

이어서 위와 같이 소리바다 서비스의 개별 이용자들이 이 사건 프로그램을 통하여 신청인들의 이 사건 각 음원에 대한 저작권접권 중 복제권 및 전송권을 침해하고 있는 상황하에서, 피신청인 회사가 위 침해행위에 대하여, 신청인들 주장과 같은 책임을 지는지에 관하여 살펴본다.

(가) 협의의 공동불법행위 책임의 성립 여부

- 1) 먼저, 피신청인 회사가 소리바다 이용자들의 저작권접권 침해행위에 대하여 그 이용자들과 함께 민법 제760조 제1항에서 정하는 협의의 공동불법행위 책임을 진다는 주장에 관하여 본다.
- 2) 무릇, 민법 제760조 제1항의 공동불법행위가 성립하려면, 행위자 사이에 의사(의사)의 공통이나 행위 공동의 인식까지 필요한 것은 아니지만, 객관적으로 보아 피해자에 대한 권리침해가 공동으로 행하여지고 그 행위가 손해발생에 공통의 원인이 되었다고 인정되는 경우라야 할 것이고, 또한 그 각 행위는 독립적으로 불법행위에 해당하여야 한다고 할 것이다.

이 사건에 있어 보건대, 비록 이 사건 프로그램을 이용한 피신청인 회사의 소리바다 서비스는 본디 피신청인 회사가 무료로 배포하고 있는 이 사건 프로그램을 기반으로 하고 있고, 이용자들의 저작권접권 침해행위는 필수적으로 피신청인 회사가 운영하는 이 사건 인터넷 사이트에 접속한 후 피신청인 회사의 소리바다 서비스를 이용하여 이루어지는 것임은 앞서 본 바와 같으나, 실제 이 사건 각 음원에 대한 저작권접권의 침해행위인 해당 음원 파일의 공유 내지 전송, 즉 업로드와 다운로드 자체에는, 직접적으로는 피신청인 회사가 관리하는 중앙서버가 관여하지 않고, 이용자들의 선택에 의하여 이용자들의 컴퓨터 사이에서 이루어지는 점, 비록 이 사건 프로그램에서는 종전 버전인 소리바다 1, 2, 3의 경우와 달리 필터링 기술의 채용으로 인하여 해당 음원 파일 정보의 공유 내지 전송에 앞서 소리바다 중앙서버에 의하여 중앙서버 내에 구축된 음원 정보{해시값(Hash value)에 관한 데이터베이스와 음악지문(Audio finger print)에 관한 데이터베이스}와의 매칭 과정 등 필터링을 거치도록 하고 있으나, 이와 같은 중앙서버의 역할은 해당 음원 파일의 검색, 전송 자체를 용이하게 하기 위한 것이 아니라, 해당 음원 파일이 피신청인 회사와 음원 공급계약을 체결한 음원들인지의 여부 또는 권리자가 필터링을 요청한 파일들인지의 여부를 확인하는 작업에 그치는 것이라는 점 등 피신청인 회사가 소리바다 서비스를 제공하면서 이용자들의 저작권접권 침해행위에 실제로 관여하는 정도와 피신청인 회사가 이 사건 프로그램을 기반으로 한 소리바다 서비스를 재개한 이후 상당수의 음반제작자 등 저작권자들과 음원 공급계약을 체결하였고, 이용자들이 지급하는 이용료 중 일부를 음원 공급계약을 체결한 권리자들에게 지급하고 있는 사정 등을 종합하여 보면, 현재 피신청인 회사가 이 사건 프로그램을 기반으로 한 소리바다 서비스를 제공함에 있어 이용자들의 신청인들을 비롯한 음반제작자들의 저작권접권 침해행위에 관여하는 정도만으로는, 피신청인 회사가 독자적으로 신청인들의 복제권 또는 전송권을 침해하였다거나 그 이용자들과 함께 협의의 공동불법행위 책임을 질 정도로 이용자들의 저작권접권 침해행위에 직접적이고 밀접한 기여를 하였다거나 그 침해행위를 유발하였다고 평가하기는 어렵다고 할 것이므로, 결국 피신청인 회사가 소리바다 서비스를 이용한 이용

자들의 저작권접권 침해행위에 대하여 협의의 공동불법행위 책임이 있음을 전제로 한 신청인들의 주장은 그 이유 없다.

(나) 불법행위에 대한 방조책임의 성립 여부

1) 이어서 피신청인 회사가 이 사건 프로그램을 무료로 배포하고, 이를 기반으로 한 소리바다 서비스를 제공한 행위가 이용자들의 이 사건 음반제작자들인 신청인들의 저작권접권에 대한 침해행위를 용이하도록 하여 준 방조행위에 해당한다는 주장에 관하여 본다.

2) 저작권법이 보호하는 복제권의 침해를 방조하는 행위란 타인의 복제권 침해를 용이하게 해주는 직접·간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서, 복제권 침해행위를 미필적으로만 인식하는 방조도 가능함은 물론 과실에 의한 방조도 가능하다고 할 것인바, 과실에 의한 방조에 있어서 그 과실의 내용은 복제권 침해행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음을 전제로 하여 이 의무에 위반하는 것을 말하는 것이고, 위와 같은 침해의 방조행위에 있어서 방조자는 실제 복제권 침해행위가 실행되는 일시나 장소, 복제의 객체 등을 구체적으로 인식할 필요가 없으며 실제 복제행위를 실행하는 자가 누구인지 확정적으로 인식할 필요도 없다고 할 것이며( 대법원 2007. 1. 25. 선고 2005다11626 판결 등 참조), 이와 같은 법리는 전송권의 침해를 방조하는 행위에 대하여도 그대로 적용된다고 할 것이다.

그리고 일반적으로 P2P 방식에 의한 파일공유 시스템(이하 'P2P 시스템'이라고 한다)은 해당 P2P 서비스에 접속하고 있는 수천, 수만의 불특정 다수의 이용자들 전부를 그 대상으로 하고 있으며, 파일의 제공행위, 즉 파일의 업로드는 해당 파일을 보유하고 있는 이용자가 P2P 서비스에 접속하는 것만으로 자연스럽게 이루어지고, 파일의 수령행위, 즉 파일의 다운로드는 인터넷의 특성상 그 다운로드를 요청한 다수의 모든 이용자에게 순간적으로 동시에 이루어진다는 점에서, 이용자들이 디지털 형태의 저작복제물을 무단 유통함에 따른 저작권접권의 침해가능성은 항상 열려 있다고 할 것이나 그렇다 하더라도 모든 형태의 P2P 시스템과 그 운영자들이 획일적으로 이용자들의 저작권접권 등 침해행위에 대한 방조책임을 부담한다고 할 수는 없고, 운영자가 P2P 서비스를 제공하는 과정에서 이용자들의 파일 공유 및 교환 행위에 관여할 수 있는지의 여부와 그 방식 및 정도, 저작권접권 등의 침해행위에 대한 운영자의 인식 여부와 그에 따른 P2P 시스템에서의 권리보호조치의 내용과 그 정책, P2P 시스템이 파일공유 기능 외에 이용자들의 저작권접권 등 침해행위를 용이하게 할 수 있는 다른 기능을 제공하고 있는지의 여부, 운영자가 이용자들의 저작권접권 침해행위로부터 이익을 얻을 목적이 있거나 향후 이익을 얻을 가능성의 정도 등 구체적 사정을 살펴보아, 운영자가 이용자들의 파일공유 등으로 인한 저작권접권 등 침해행위를 미필적으로나마 인식하고 있으면서도 이를 용이하게 할 수 있도록 도와주거나, 이러한 침해행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음에도 이를 위반하는 경우라고 평가되는 경우에만 방조책임이 인정된다고 할 것이다.

3) 돌이켜 이 사건에 있어서, 피신청인 회사가 소리바다 서비스를 이용하는 개별 이용자들의 저작권접권 침해행위에 대한 방조책임을 부담하는지에 관하여 살피건대, 이 점과 관련한 이 사건 프로그램의 기능과 개발 경위, 이 사건 프로그램에 추가된 저작권접권 등 권리침해방지 기술의 내용과 소리바다 서비스의 유료화 정책의 내용 등의 주요 내용은 다음과 같다.

① 이 사건 프로그램의 목적과 기능

이 사건 프로그램은 종전의 소리바다 1, 2, 3과 마찬가지로 여전히 음악 파일(MP3파일)만의 공유를 목적으로 하여 개발된 P2P 프로그램으로서, 다운로드 속도가 빠르면서도 음질이 양호한 파일을 선택하는 기능 등, 공유 가능 파일들을 쉽게 검색하고, 공유할 수 있는 기능들을 갖추고 있다.

## ② 이 사건 프로그램의 개발 경위

신청외 1 등은 당초 소리바다 1을 기반으로 한 소리바다 서비스를 제공하다가, 저작권접권 침해행위에 대한 방조책임이 있음을 이유로 가처분결정이 내려지자(2002. 7.), 그 가처분결정에 대하여 이의신청과 항소, 상고 등으로 다투면서, 다른 한편으로 피신청인 회사를 설립하고(2003. 11.), 소리바다 3 프로그램을 개발하여 피신청인 회사가 소리바다 서비스를 계속하여 제공하여 왔다.

그러나 소리바다 3마저 저작권접권 침해행위에 대한 방조책임이 있음을 이유로 가처분결정이 내려지고(2005. 8.) 그 가처분결정에 대한 인가결정마저 내려지자(2005. 10.), 피신청인 회사는 일단 그 인가결정에 대하여 불복, 항고하면서, 피신청인 회사가 개입하지 않는 '오픈 소리바다'를 제공하겠다고 하다가, 결국 또다시 소리바다 3을 토대로 하고 저작권접권 등의 침해방지를 위한 기술들을 추가한 이 사건 프로그램을 개발하게 되었다.

## ③ 이 사건 프로그램에 추가된 저작권접권 침해 방지기술

이 사건 프로그램은 종전의 소리바다 1, 2, 3과는 저작권접권 침해에 대한 기술적 대책으로 필터링 기술과 그 필터링 기술을 보완하는 조치로서의 그린파일 시스템, 디지털 워터마크 제도를 갖추고 있다.

i) 먼저, 피신청인 회사가 채택하고 있는 필터링 기술은, 앞서 본 바와 같이 해쉬값 대조기술과 음악인식기술을 그 내용으로 하고 있는데, 기초 사실에서 본, 문화관광부 산하 저작권조정심의조정위원회의 저작권보호센터의 모니터링 결과나 이 사건 계속중 신청인들이 제출한 모니터링 자료들에 의하면, 이 사건 각 음원과 같이 저작권접권자들이 공유금지(필터링)를 요청한 음원들뿐만이 아니라 피신청인 회사와 사이에 음원 공급계약을 체결한 음원들에서도 필터링이 제대로 이루어지지 않고 있음이 확인되고 있으며, 이는 필터링으로 걸러지지 않는 변형 파일들이 존재하고, 피신청인 회사의 필터링 기술 자체도 아직까지 완벽하지 못한데다가, 근본적으로는 피신청인 회사가 채택하고 있는 필터링 방식이 권리자들이 음원의 공유를 허용하지 아니한 음원들(즉, 권리자들이 필터링을 요구한 음원들)의 정보를 데이터베이스로 구축한 후, 그 데이터베이스에 구축된 정보들에 한하여 공유를 제한하는 이른바 '소극적 필터링' 방식을 채택하고 있기 때문인 것으로 보이고, 이러한 사정으로 해당 음원에 대한 정보가 아직 구축되지 않았거나 상대적으로 덜 축적된 신곡에 있어서 필터링이 더욱 되지 않고 있으며, 한편 외국 곡의 경우에도 거의 필터링이 되지 않고 있다(피신청인 회사도 이 사건에 있어서 신청인 제이와이피가 저작권접권을 갖고 있는 음원들에 대한 필터링률만을 거론하고, 그에 관한 소명자료를 제출하고 있을 뿐, 일본국 법인인 신청인 제이디스크가 저작권접권을 갖는 음원들에 대하여는 그 구체적인 필터링률을 주장하거나 그 소명자료를 제출하지 아니하고 있는바, 신청인들이 제출한 신청인 제이디스크가 저작권접권을 갖고 있는 별지 제2목록 기재 각 음원 중 일부 음원에 관한 모니터링 결과에 의하면, 그 필터링률은 0%이고, 침해율이 100%였음은 앞서 본 바와 같다).

ii) 이어서 그린파일 시스템에 관하여 보면, 이는 피신청인 회사가 채택하고 있는 소극적 필터링 방식을 보완하기 위하여 피신청인 회사가 자체적으로 개발한 파일인증시스템으로서, 저작권접권자 등 권리자들이 먼저 적극적으로

피신청인 회사에 대하여 자신들의 음원 정보를 제공하여 파일공유의 금지, 즉 필터링을 요청한 후, 피신청인 회사의 승인절차를 거쳐 파일공유를 금지하도록 하는 것을 그 내용으로 하고 있다.

iii) 그리고 디지털 워터마크 기술은, 궁극적으로는 디지털 콘텐츠 소유자의 권리를 보호하는 기능을 담당하기는 하나, 현재까지는 직접적으로는 해당 파일의 유통경로에 관한 정보를 확인할 수 있는 기능만을 할 수 있을 뿐, 파일의 불법 공유 내지는 복제 자체를 막는 기능은 하지 못하고 있다.

#### ④ 이 사건 프로그램을 기반으로 한 소리바다 서비스의 유료화

이 사건 프로그램을 기반으로 한 소리바다 서비스는 종전 소리바다 프로그램들과는 달리 전면적인 유료화를 전제로 하여 제공되고 있다.

현재는 월 4,000원의 비율에 의한 '자유이용권'을 구입함으로써 소리바다 유료회원자격을 취득하게 되며, 유료회원이 된 경우에는, 무료 회원에 비하여, 소리바다가 음원 공급계약을 체결한 음원들을 추가로 다운로드 받을 수 있게 되는데, 이 경우 한번 다운로드 받은 음원 파일에 대하여는 별도의 권리보호장치(DRM)가 부착되지 아니한 관계로, 비록 그 자유이용권에서 정한 기간이 경과한 이후에도 계속하여 횡수에 관계없이 계속하여 재생할 수 있고, 유료회원으로 있는 기간 동안에는 '유료' 음원들은 제한 없이 다운로드 받을 수 있다.

4) 위에서 살펴 본 이 사건 프로그램의 목적과 기능, 개발 경위 및 피신청인 회사가 저작권접권 등의 권리보호를 위하여 갖추었다고 하는 기술적 조치와 그 필터링 등의 현황, 그리고 유료화를 비롯한 피신청인 회사의 소리바다 서비스의 운영상황 등 제반 사정들을 종합하여 보면, 비록 이 사건 프로그램이 종전의 소리바다 1, 2, 3에 비하여 저작권접권자 등의 권리보호를 위한 기술적 조치와 시스템을 갖추고 있기는 하나, 현재 피신청인 회사가 취하고 있는, 저작권접권자 등 권리자들로부터 필터링(공유금지)을 요청받거나 이미 피신청인 회사가 공유금지로 설정하여 놓은 음원 파일들에 대하여만 필터링을 실시하는, '소극적 필터링 방식'의 내재적 한계상, 신청인들의 이 사건 각 음원에 대한 저작권접권의 침해행위는 계속되어 왔고, 앞으로도 그와 같은 저작권접권에 대한 침해행위의 발생은 불가피할 것으로 보이며, 나아가 피신청인 회사가 그 보완책으로 들고 있는 '그린파일 시스템'만으로는 그와 같은 권리침해를 제때에 방지하거나 중단시킬 수 있을 것으로도 보기 어렵고(더욱이 뒤의 '피신청인 회사의 면책 주장에 관한 판단'에서 보는 바와 같이, 저작권접권자들에게 자신의 권리에 대한 침해방지를 위하여 미리 P2P 서비스 운영자인 피신청인 회사에게 자신들의 음원에 대한 정보를 제공하며 신고나 등록을 할 의무가 있다거나, 그와 같은 신고나 등록을 하여야만 피신청인 회사에 대하여 자신의 권리를 행사하거나 주장할 수 있다고 보기도 어렵다), 이 사건 프로그램의 개발 경위나 이 사건 신청의 진행 내역 등에 비추어 보면, 피신청인 회사 역시 이 사건 각 음원의 음반제작자들인 신청인들의 저작권접권에 대한 침해행위가 발생하고 있다는 사정을 적어도 미필적으로나마 인식하였다고 봄이 상당하므로, 다른 사정이 없는 한, 피신청인 회사는 소리바다 이용자들의 저작권접권 침해행위에 대한 방조책임을 면할 수 없다.

#### (3) 피신청인 회사에 대한 침해정지 등 청구권의 발생

나아가, 저작권법 제123조 제1항은 침해정지청구의 상대방을 '저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리를 침해하는 자'로 규정하고 있고, 저작권 침해행위를 방조하는 경우에도 방조행위의 내용·성질, 방조자의 관리·지배의 정도,

방조자에게 발생하는 이익 등을 종합하여, 방조행위가 당해 저작권 침해행위에 밀접한 관련이 있고, 방조자가 저작권 침해행위를 미필적으로나마 인식하면서도 이를 용이하게 하거나 마땅히 취해야 할 금지조치를 취하지 아니하였으며, 방조행위를 중지시킴으로써 저작권 침해상태를 제거할 수 있는 경우에는 당해 방조자를 침해 주체에 준하여, '저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리를 침해하는 자'에 해당한다고 봄이 상당한바, 앞서 인정한 사실관계에 의하여 인정되는, 이 사건 프로그램을 기반으로 한 피신청인 회사의 소리바다 서비스의 내용과 이용자들의 저작권 침해행위에 대한 통제가능성, 피신청인 회사가 이용자들의 소리바다 서비스를 이용한 저작권 침해행위를 적어도 미필적으로 인식하고 있었음에도 계속하여 소리바다 서비스를 제공하고 있으며, 그와 같은 방조행위를 중지시킴으로써 저작권 침해상태를 제거할 수 있을 것으로 보이는 사정 등을 종합하면, 비록 피신청인 회사가 들고 있는 기술적 조치들이나 유료화 과정 및 신청인들 외의 음반제작자들과 사이에 음원 공급계약을 체결하고 있는 등의 사정을 고려하더라도, 신청인들은 위 규정에 따라 저작인접권 침해행위에 대한 방조책임을 지는 피신청인 회사에 대하여 저작인접권의 침해금지 및 그 침해예방을 구할 수 있다고 할 것이다.

#### 나. 피신청인 회사의 면책 주장에 대한 판단

피신청인 회사는, 설령 위 소리바다 서비스를 이용한 개별 이용자들의 저작인접권 침해행위가 이루어지고 있으며, 피신청인 회사가 그에 대한 방조책임을 진다고 하더라도, 피신청인 회사가 이 사건 프로그램을 기반으로 한 소리바다 서비스를 제공함에 있어서 필터링 기술 등 저작인접권의 침해방지를 위한 가능한 기술적 조치들을 모두 이행하였으므로, 이와 같은 경우에 온라인서비스제공자의 면책을 규정하고 있는 저작권법 제102조 제2항에 의하여, 그 방조책임을 면제된다고 주장한다.

#### (1) 관련 법령의 개정 내용

(가) 2003년 저작권법 일부 개정 법률(2003. 5. 27. 법률 제6881호로 개정된 것, 2003. 7. 1.부터 시행)

▷ 위 개정 법률에서는 '온라인서비스제공자'의 정의규정을 두고, 인터넷을 통한 제3자의 저작권 침해시 온라인서비스 제공자가 일정한 요건을 갖춘 경우에는 면책받을 수 있도록 하는 등 그 책임범위를 명확히 하는 규정을 신설하였다 {온라인서비스제공자의 개념 규정은 컴퓨터프로그램보호법 개정 법률(2002. 12. 30. 법률 제6843호)에 의하여 도입된 개념 규정을 토대로 한 것이다}. 관련 규정의 내용은 다음과 같다.

제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

22. 온라인서비스제공자 : 다른 사람들이 저작물이나 실연·음반·방송 또는 데이터베이스를 정보통신망( 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제2조 제1항 제1호의 정보통신망을 말한다)을 통하여 복제 또는 전송할 수 있도록 하는 서비스를 제공하는 자를 말한다.

※ 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제2조(정의)

① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. '정보통신망'이라 함은 전기통신기본법 제2조 제2호의 규정에 따른 전기통신설비를 이용하거나 전기통신설비와 컴퓨터 및 컴퓨터의 이용기술을 활용하여 정보를 수집·가공·저장·검색·송신 또는 수신하는 정보통신체제를 말한다.

※ 전기통신기본법 제2조(정의)

2. '전기통신설비'라 함은 전기통신을 하기 위한 기계·기구·선로 기타 전기통신에 필요한 설비를 말한다.

제5장의2 온라인서비스제공자의 책임 제한

제77조 (온라인서비스제공자의 책임 제한)

① 온라인서비스제공자가 저작물이나 실연·음반·방송 또는 데이터베이스(이하 이 장에서 '저작물 등'이라 한다)의 복제·전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여 다른 사람에 의한 저작물등의 복제·전송으로 인하여 그 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시킨 경우에는 다른 사람에 의한 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 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 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 온라인서비스제공자의 책임은 면제된다.

제77조의2 (복제·전송의 중단)

① 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)는 그 사실을 소명하여 온라인서비스 제공자에게 그 저작물 등의 복제·전송을 중단시킬 것을 요구할 수 있다.

② 온라인서비스제공자는 제1항의 규정에 의한 복제·전송의 중단요구가 있는 경우에는 지체 없이 그 저작물 등의 복제·전송을 중단시키고 당해 저작물 등을 복제·전송하는 자(이하 '복제·전송자'라 한다)에게 그 사실을 통보하여야 한다.

③ 제2항의 규정에 의한 통보를 받은 복제·전송자가 자신의 복제·전송이 정당한 권리에 의한 것임을 소명하여 그 복제·전송의 재개를 요구하는 경우 온라인서비스제공자는 재개요구사실 및 재개예정일을 권리주장자에게 지체 없이 통보하고 그 예정일에 복제·전송을 재개시켜야 한다.

④ 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.

⑤ 온라인서비스제공자가 제4항의 규정에 의한 공지를 하고, 제2항 및 제3항의 규정에 의하여 그 저작물 등의 복제·전송을 중단시키거나 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.

- ⑥ 정당한 권리없이 제1항 및 제3항의 규정에 의한 그 저작물 등의 복제·전송의 중단이나 재개를 요구하는 자는 그로 인하여 발생하는 손해를 배상하여야 한다.

⑦ (생략)

(나) 현행 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전문 개정된 것, 2007. 6. 28. 시행)

▷ 위 전문 개정 법률은 권리주장자의 요구가 있는 경우에 온라인서비스제공자들이 보다 신속하게 저작물 등의 복제·전송을 중단하도록 그 복제·전송의 중단시기를 '지체 없이'에서 '즉시'로 개정하고, 온라인서비스제공자가 권리주장자의 요구에 따라 저작물 등의 복제·전송 중단사실을 권리주장자에게도 통보하도록 개정하는 등 온라인서비스제공자의 책임을 더욱 강화하는 한편, 다른 사람들 상호간에 컴퓨터 등을 이용하여 저작물 등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제공자를 별도로 '특수한 유형의 온라인서비스제공자'로 묶어 추가적 의무를 부과하는 내용의 규정을 신설하고( 제104조), 이를 위반할 경우에는 3,000만 원의 이하에 과태료에 처하도록 하고 있으며( 제142조 제1항), 영리를 위하여 상습적으로 저작권을 침해하는 경우를 종전의 친고죄에서 비친고죄로 변경하는 등( 제140조), 저작권 등의 침해방지를 강화하였다.

▷ 이와 같이 개정된 내용을 제외하고는 2003년 일부 개정 당시 신설된 규정들은 그 규정 내용을 그대로 유지하였으나 다만 그 규정들의 위치가 변경되었다( 구 저작권법 '제2조 제22호'는 현행 저작권법 '제2조 제30호'로, 구 저작권법 '제5장의2'는 현행 저작권법 '제6장'으로, 구 저작권법 '제77조'는 현행 저작권법 '제102조'로, 구 저작권법 '제77조의2'는 현행 저작권법 '제103조'로 각각 변경되었다). 주요 개정, 신설 규정은 다음과 같다.

제103조 (복제·전송의 중단)

① ( 구 저작권법 제77조의2 ①과 동일) <생략>

② 온라인서비스제공자는 제1항의 규정에 따른 복제·전송의 중단요구가 있는 경우에는 즉시 그 저작물 등의 복제·전송을 중단시키고 당해 저작물 등을 복제·전송하는 자(이하 '복제·전송자'라 한다) 및 권리주장자에게 그 사실을 통보하여야 한다.

③ 내지 ⑦ ( 구 저작권법 제77조의2 ③ 내지 ⑦과 동일) <각 생략>

제104조 (특수한 유형의 온라인서비스제공자의 의무 등)

① 다른 사람들 상호간에 컴퓨터 등을 이용하여 저작물 등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제공자(이하 '특수한 유형의 온라인서비스제공자'라 한다)는 권리자의 요청이 있는 경우 당해 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 하여야 한다.

이 경우 권리자의 요청 및 필요한 조치에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.

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

(다) 저작권법 시행령(2007. 6. 29. 대통령령 제20135호로 전문 개정된 것)

제40조 (복제·전송의 중단 요청) 법 제103조 제1항에 따라 온라인서비스제공자에게 복제·전송을 중단시킬 것을 요구하려는 자(이하 '권리주장자'라 한다)는 문화관광부령으로 정하는 요청서(전자문서로 된 요청서를 포함한다)에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 소명 자료(전자문서를 포함한다)를 첨부하여 온라인서비스제공자에게 제출하여야 한다.

다만, 권리주장자가 저작권신탁관리업자이거나 최근 1년 이내에 반복적인 침해행위에 대하여 권리자임을 소명할 수 있는 자료를 이미 제출한 사실이 있는 경우에는 요청서만 제출하여도 된다.

1. 자신이 그 저작물 등의 권리자로 표시된 저작권 등의 등록증 사본 또는 그에 상당하는 자료
2. 자신의 성명 등이나 이명으로서 널리 알려진 것이 표시되어 있는 저작물 등의 사본 또는 그에 상당하는 자료

제45조 (권리자의 요청) 법 제104조 제1항에 따라 권리자가 해당 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 요청하려면 문화관광부령으로 정하는 요청서(전자문서로 된 요청서를 포함한다)에 다음 각 호의 자료(전자문서를 포함한다)를 첨부하여 특수한 유형의 온라인서비스제공자에게 제출하여야 한다.

다만, 권리자가 저작권신탁관리업자이거나 최근 1년 이내에 반복적인 침해행위에 대하여 권리자임을 소명할 수 있는 자료를 이미 제출한 사실이 있는 경우에는 제1호의 자료를 제출하지 아니할 수 있다.

1. 권리자임을 소명할 수 있는 다음 각 목 중 어느 하나에 해당하는 자료
  - 가. 자신이 그 저작물 등의 권리자로 표시된 저작권 등의 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 저작물 등을 인식할 수 있는 저작물의 제호, 그에 상당하는 문자나 부호(이하 '제호 등'이라 한다) 또는 복제물 등의 자료

제46조 (불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치)

① 법 제104조 제1항에서 "당해 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치"란 다음 각 호의 모든 조치를 말한다.

1. 저작물 등의 제호 등과 특징을 비교하여 저작물 등을 인식할 수 있는 기술적인 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 저작권 침해금지 등을 요청하는 경고문구의 발송

② 제1항 제1호 및 제2호의 조치는 권리자가 요청하면 즉시 이행하여야 한다.

## (2) 판 단

(가) 저작권법상 온라인서비스제공자의 면책규정의 내용과 취지

저작권법 제102조( 구 저작권법 제77조)는 저작권 등의 침해행위가 되는 온라인서비스이용자들의 복제·전송행위에 대하여 일정한 경우에 '온라인서비스제공자'의 책임을 임의적 또는 필요적으로 감면하고 있다.



즉, 이용자들이 온라인서비스를 이용한 복제·전송으로 인하여 저작권 등을 침해한 경우라고 하더라도, 온라인서비스제공자가 그 침해사실을 알고 그 복제·전송을 방지하거나 중단시킨 경우에는, 온라인서비스제공자는 그 침해로 인한 책임을 감경 또는 면제받을 수 있으며( 저작권법 제102조 제1항), 만약 복제·전송을 방지하거나 중단시키고자 하였으나 그것이 기술적으로 불가능한 경우에는, 온라인서비스제공자는 그 침해로 인한 책임을 면제받게 된다( 같은 제102조 제2항). 여기서 저작권법이 필요적 면책사유로 정하고 있는 '기술적으로 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, 온라인서비스제공자가 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.

이하에서는 피신청인 회사 주장과 같이, 피신청인 회사가 저작권접권의 침해행위를 방지하거나 중단하는 기술적 조치를 다함에 따라 위 면책규정에 의하여 소리바다 이용자들의 저작권접권 침해행위에 대한 방조책임을 면하게 되는지에 관하여 살펴본다.

#### (나) 피신청인 회사의 온라인서비스제공자에의 해당 여부

먼저, 이 사건 프로그램을 기반으로 한 소리바다 서비스를 제공하는 피신청인 회사가 저작권법 제102조에서 말하는 '온라인서비스제공자'에 해당하는지에 관하여 본다.

위 규정에서 말하는 온라인서비스제공자는 '다른 사람들이 저작물이나 실연·음반·방송 또는 데이터베이스를 정보통신망을 통하여 복제 또는 전송할 수 있도록 하는 서비스를 제공하는 자'이며( 저작권법 제2조 제30호), 여기서 말하는 정보통신망은 해당 서비스제공자 '자신의' 정보통신망에 국한되지 않음이 그 문언상 명백하므로, 이용자들의 컴퓨터끼리 직접 연결되어 파일공유, 즉 복제 또는 전송이 이루어지는 P2P 방식의 서비스를 제공하는 경우에도 역시 위 규정에서 말하는 온라인서비스제공자에 해당한다고 할 것이며, 비록 이 사건 프로그램을 기반으로 한 소리바다 서비스에서는 종전 소리바다 1, 2, 3 때와는 달리 파일공유에 앞서 중앙서버에 의한 필터링이 이루어지기는 하나, 여전히 파일의 공유, 즉 복제, 전송 자체는 이 사건 프로그램을 통하여 이용자들의 컴퓨터들 사이에서 이루어지고 있으므로, 이 사건 프로그램을 기반으로 한 소리바다 서비스를 제공하는 피신청인 회사는 위 규정에서 말하는 '온라인서비스제공자'에 해당한다고 할 것이다.

#### (다) 이 사건 프로그램에서 추가된 기술적 조치들에 대한 평가

이어서 피신청인 회사가 이 사건 프로그램에서 추가한 기술적 조치들에 의하여 피신청인 회사가 신청인들의 이 사건 각 음원에 관한 저작권접권을 침해하는 복제·전송을 방지하거나 중단하기 위한 기술적 조치들을 다한 것으로 볼 수 있는지에 관하여 본다.

- 1) 우선, 피신청인 회사가 이 사건 프로그램을 개발하면서, 종전 소리바다 1, 2, 3 프로그램을 기반으로 한 소리바다 서비스를 이용한 이용자들의 저작권접권 등의 침해행위에 대한 대책으로, ① 해쉬값 대조기술과 음악인식기술을 그 내용으로 하는 필터링 기술을 도입하면서, 권리자가 파일공유를 원하지 아니하는 음원들에 관한 정보를 축적하여 그 음원 파일의 공유를 금지하는 이른바 소극적 필터링 방식을 취하고 있는 점과 ② 소극적 필터링 방식이 갖는 한계를 보완하기 위한 제도로써, 음원에 관한 권리자들이 파일공유를 희망하지 아니하는 파일정보를 피신청인 회사에 신청, 등록하도록 하는 내용의 그린파일 시스템, ③ 음원들의 유통경로의 파악 등을 위하여 활용될 수 있을 것으로 보이는 디지털 워터마크 제도를 갖추고 있는 사실은 앞서 본 바와 같다.
- 2) 그런데 피신청인 회사가 내세우는 위와 같은 기술적 조치들에도 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 본 바와 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 이용자들의 저작권접권 침해행위를 방지하거나 중단시킬 수 있는 더 이상의 기술적 조치가 불가능한지에 관하여 살피건대, 피신청인 회사가 제출한 소명자료들만으로는 이러한 사정을 인정하기에 부족하고, 달리 그와 같은 사정을 인정할만한 자료가 없는데다가, 오히려 ① 피신청인 회사가 취한 기술적 조치의 내용을 보면, 피신청인 회사가 취하고 있는 소극적 필터링 방식과는 정반대로, 권리자들과 사이에 음원 공급계약 등, 권리자들이 이용허락을 받은 음원들의 파일에 대하여만 파일공유를 허용하는 이른바 '적극적 필터링 방식'을 상정할 수 있는데, 이와 같은 적극적 필터링 방식은 피신청인 회사가 취하는 방식과는 반대로 이제는 중앙서버 데이터베이스에 이용허락을 받은 음원 정보를 저장하고 있다가 다운로드가 요청된 음원 파일이 데이터베이스에 저장되어 있는 음원 정보와 일치한 경우에만 다운로드를 허용하게 될 것이므로, 해킹 등에 의하여 필터링 기능 자체가 해제되는 등의 특단의 사정을 제외하고는, 소극적 필터링 방식에서 주로 발생하는 변형파일로 인한 기존 음원에 대한 저작권접권 침해나 신규 음원에 대한 저작권접권의 침해를 근본적으로 해결할 수 있을 것으로 보이고, ② 소극적 필터링 방식과 적극적 필터링 방식은 모두 음원의 특징을 추출하고 이를 데이터베이스화한 후 이용자가 다운로드를 요청할 경우 해당 음원 파일에 대한 필터링을 한다는 점에서 기술적인 차이가 없으며, 단지 양 방법은 이러한 공통된 기술을 어떠한 정책에 따라 적용할 것인지에 차이점이 있을 뿐이므로, 소극적 필터링 방식의 구현기술이 있다면 적극적 필터링 방식을 구현함에 있어 기술적으로 어려운 것으로는 보이지 아니하는데다가, ③ 더욱이 신청인들이 제출한 소명자료들에 의하면, 이미 국내에서 이와 같은 적극적 필터링 방식을 채택한 P2P 서비스가 실제로 상용화된 사실을 인정할 수 있는바, 위와 같은 사정들을 모아보면, 적극적 필터링 방식은 개념적으로나 현실적으로 충분히 실현 가능한 기술로 보이고, 사정이 이와 같다면, 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 불가능하다고는 볼 수 없다고 할 것이므로, 피신청인 회사의 위 면책주장은 이유 없다고 할 것이다.

(라) 적극적·소극적 필터링 방식에 대한 피신청인 회사의 그 밖의 주장에 대하여

1) 이에 대하여 피신청인 회사는 ① 이용자들 사이의 직접적 파일공유를 특징으로 하는 P2P 서비스의 특성상, 일반 웹 서비스와는 달리, 서비스제공자로서는 단지 음원을 업로드 및 다운로드 할 수 있는 공간만을 만들어 줄 뿐이고 음원을 서버에 저장해 두지 않기 때문에, 원칙적으로 파일공유를 허용하되, 저작권 등의 보호를 위해 예외적으로 '필터링'이라는 기술을 적용하여 공유를 제한하는 것이므로, P2P 서비스는 개념논리적으로 저작권접권 등의 보호를 위한 기술적 조치로 '소극적 필터링'을 그 전제로 하는 것이며, ② 이 사건 소리바다 서비스에서 유통되는 음원에는, i) 공급계약을 체결한 음원 및 ii) 공급계약을 체결하지 아니한 음원 외에도 iii) 저작권이 없거나 유효기간이 지난 음원, iv) 이용자제작콘텐츠(UCC, User Created Contents)에 해당하는 음원, v) 마케팅을 위한 무료 음원 등이 있는데 적극적 필터링 방식은, 공급계약을 체결하지 아니한 음원뿐만 아니라 UCC 콘텐츠를 비롯한 저작권에서 자유로운 음원 파일의 공유까지 금지하는, 지나치게 과도한 조치로 과잉금지의 원칙에 반하고, 나아가 UCC 이용자들의 복제·전송의 재개요구권(저작권법 제103조 제3항, 구 저작권법 제77조의2 제3항)을 박탈하는 결과를 초래하며, P2P 서비스에서는 무수한 이용자들의 공유파일 풀 자체가 살아 있는 생명체처럼 변화하고 성장하면서 유통이 허락된 파일과 유통이 불허된 파일이 혼재하고 있는 'P2P 서비스의 불가분성'을 간과한 것이고, ③ 피신청인 회사가 실시하고 있는 필터링 기술에 의하면, 유료화 과정에서 저작권협회 등이 제시한 '98% 가이드라인'을 준수하고 있으나 피신청인 회사에서는 여기서 더 나아가 그 보완책으로 '그린파일 시스템'을 자체 개발하여 무료로 배포하고 있는데, 저작권법 제103조(구 저작권법 제77조의2) 제1항과 그 시행령 등에서는, 온라인서비스제공자에 대한 권리보호요청절차를 규정하면서 온라인서비스제공자에 대한 '권리보호요청'을 권리행사의 요건으로 규정하면서 권리자라고 주장하는 자에게 권리보호절차의 비용과 소명책임을 부과하고 있으므로, 신청인들로서는 이와 같은 법정책임에 따라 자신들의 비용과 책임으로 피신청인 회사에 권리보호요청을 하여야 하나, 온라인 음악시장에서의 상생과 저작권 등의 보호를 위하여 피신청인 회사가 피신청인 회사의 비용과 인력으로 그린파일 시스템을 개발하여 배포하고 있는 것인바, 이와 같은 그린파일 시스템을 활용할 경우, 100% 필터링을 달성할 수 있으므로, 피신청인 회사로서는 '소극적 필터링 방식' 및 저작권법 제103조에서 정하고 있는 권리보호요청절차에 부합하는 그린파일 제도 등을 갖추으로써 저작권법 제102조 제2항에서 정한 면책요건을 갖추었으며, 현행 저작권법에서 새로이 규정된 '특수한 유형의 온라인서비스제공자의 의무'에 관한 규정(저작권법 제104조 제1항)에서도, 다른 사람들 상호간에 컴퓨터 등을 이용하여 저작물 등을 전송하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제공자는 '권리자의 요청이 있는 경우' 당해 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적 보호조치 등 필요한 조치를 하여야 한다고 함으로써 피신청인 회사의 소극적 필터링 방식과 같은 입장을 취하고 있다고 주장한다.

2) 피신청인 회사의 위 주장에 대하여 차례대로 살펴본다.

가) 먼저, P2P 서비스의 특성상, 이용자들의 파일공유에 의한 저작권접권 등의 침해를 방지하거나 중단하기 위한 기술적 조치는 '소극적 필터링 방식'이어야 한다는 주장(위 ① 주장)에 관하여 본다.

우선, P2P 서비스인 이 사건 소리바다 서비스에 있어서 서비스제공자인 피신청인 회사가 음원 파일(MP3파일)을 업로드 및 다운로드 할 수 있는 공간만을 만들어 줄 뿐이고 공유대상 파일을 피신청인 회사가 이를 서버에 보유하지 않으며, 해당 파일의 공유는 이용자들의 컴퓨터들 사이에서 직접 이루어지는 것을 특징으로 하고 있음은 앞서 본 바와 같다.

그러나 그렇다고 하여 피신청인 회사 주장과 같이, P2P 서비스에 있어서 저작권 등의 보호를 위한 기술적 조치가 반드시 소극적 필터링 방식이어야 한다고는 보기 어려운데다가(실제로 적극적 필터링 방식에 의한 저작권 등 침해방지 조치를 취하고 있는 P2P 서비스가 이미 상용화되어 있음은 앞서 본 바와 같다), 저작권접권 등을 침해하는 파일공유 행위가 서비스제공자의 관여 없이 이용자들 사이에 이루어진다는 사정을 고려하여 우리 저작권법에서 정하고 있는 바와 같이 일정한 요건하에 P2P 서비스제공자들의 책임을 감면해주는 것은 별론으로 하고, P2P 서비스에 있어서 저작권접권 등 우리 법에서 정하는 권리에 대한 보호의 정도를 달리할 것은 아니라고 할 것이므로, P2P 서비스에 있어서는 개념논리적으로 저작권 등의 보호를 위한 기술적 조치로는 '소극적 필터링 방식'을 전제로 한다는 피신청인 회사의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

나) 적극적 필터링 방식이 이용자제작콘텐츠(UCC) 등 개인의 창작물이나 기타 저작권에서 자유로운 파일의 공유까지 금지하는 조치로 과잉금지의 원칙에 반한다는 등의 피신청인 회사의 주장(위 ② 주장)에 관하여 본다.

i) 피신청인 회사가 들고 있는, P2P 서비스를 비롯한 인터넷 공간에서 유통되고 있는 이용자제작콘텐츠(UCC) 등 개인 창작물 등을 비롯하여 저작권에서 자유로운 콘텐츠들이란, 해당 콘텐츠를 창작한 제작자 등 권리자들이 자신의 창작물에 대한 저작권 등의 권리를 포기 내지는 그 권리의 행사를 유보한 콘텐츠들과 권리보호기간의 도과 등으로 인하여 권리자들이 해당 권리를 주장할 수 없는 상태에 있는 콘텐츠들로 구분될 수 있을 것인바, 먼저 전자의 경우에는 해당 콘텐츠의 제작자 등 권리자들이 권리를 포기하거나 그 권리 행사를 유보하고자 하는 콘텐츠를 P2P 서비스 내에서 업로드(공유)하기 위한 별도의 공간을 마련하거나 그 업로드에 앞서 그와 같은 권리자들의 의사를 확인할 수 있는 절차(그것은 성격상 이미 피신청인 회사가 실시하고 있는 그린파일 제도와 유사한 형태를 띠게 될 것으로 보이나, 이것은 권리를 포기하거나 권리행사를 유보하는 것으로서 권리를 주장하며 공유금지를 요구하는 것에 비해서는 간이한 절차가 될 것으로 보인다.

)를 됴으로써 해당 콘텐츠를 자유로이 유통 내지는 공유시킬 수 있을 것으로 보이며, 후자의 경우에는 피신청인 회사가 그와 같이 권리보호기간의 만료 등에 의하여 저작권에서 자유롭게 된 음원들에 대한 데이터베이스를 구축함으로써 자유로이 공유할 수 있도록 할 수 있으므로, 결국 적극적 필터링 방식을 선택한다고 하더라도 논리필연적으로 P2P 서비스에서 저작권 등에서 자유로운 콘텐츠의 유통까지 금지하게 되는 것은 아니고, 다만 그 서비스 제공자의 운영 정책에 의하여 결정되게 된다고 할 것이며, 따라서 나아가 그와 같은 권리보호조치가 과잉금지의 원칙에 반할 정도의 과도한 금지라거나 온라인서비스 이용자의 온라인서비스제공자에 대한 복제·전송 재개요구권을 규정하고 있는 저작권법 제103조 제3항을 배제하는 결과에 이른다고는 단정하기 어렵다.

ii) 더욱이 이미 앞서 본 사정들과 이 사건 소명자료들에 의하여 소명된 사정들을 종합하여 보면, 피신청인 회사 주장과 같이, 이 사건 소리바다 서비스에서는 종래 권리자에 의하여 유통이 허용된 파일들과 그렇지 않은 파일들이 혼재된 채 파일공유가 되어 왔으며, 그동안 이와 같이 저작권 등을 침해하는 내용의 파일들까지 공유할 수 있었던 점이 이

용자들이 소리바다 서비스를 찾은 장점으로 작용하여 왔던 것으로는 보이나, 피신청인 회사가 그 주장과 같이 위법한 파일공유가 계속되는 사정을 알면서도 계속하여 소리바다 서비스를 제공하여 온 것이 바로 이 사건에 있어서 개별 이용자들의 저작권 침해행위에 대한 방조책임을 지는 근거가 된다고 할 것인데다가, 일정한 요건을 갖추 경우 이용자 등의 저작권 등의 침해행위에 대하여 서비스제공자로서의 책임을 감면받을 수 있도록 하는 법률 개정까지 이루어진 상황에서, 종래 저작권 침해 등을 침해하는 파일공유가 이루어져 온 상황을 P2P 서비스의 당연한 속성을 전제로 그와 같은 상황에 맞는 기술적 조치만을 한 것을 들어 저작권법 제102조 제2항에서 규정한 면책사유에 해당한다고는 할 수 없다고 할 것이다.

iii) 따라서 피신청인 회사의 위 ② 주장 역시 그 어느 것이나 이유 없다.

다) 저작권법 등에서 온라인서비스제공자에 대한 권리침해방지를 요구하기 위한 전제조건으로 권리자로 주장하는 자에게 소명책임 등 일정한 책임을 부여하고 있음을 전제로, 피신청인 회사가 채택하고 있는 '소극적 필터링 방식' 및 '그린파일 시스템' 등의 기술적 조치들은 저작권법의 태도에 부합하며, 실제로 이와 같은 기술적 조치들로 인하여 100% 필터링을 달성할 수 있다는 취지의 주장(위 ③ 주장)에 관하여 본다.

i) 먼저, 온라인서비스제공자에 대한 권리자들의 복제·전송 요청에 관하여 규정하고 있는 저작권법 제103조 등에 관하여 보건대, 저작권법 제103조 제1항은 온라인서비스제공자의 서비스를 이용한 저작물 등의 복제·전송으로 인하여 자신의 권리가 침해됨을 주장하는 자가 그 사실을 소명하여 온라인서비스제공자에게 해당 저작물 등의 복제·전송을 중단시킬 것을 요구할 수 있다고 규정하고 있고, 그 제2항은 온라인서비스제공자는 제1항의 규정에 따른 복제·전송의 중단요구가 있는 경우에는 즉시 그 저작물 등의 복제·전송을 중단시키도록 규정하고 있으며, 그 제4항은 온라인서비스제공자는 제1항의 규정에 의한 복제·전송의 중단 등의 요구를 받을 자를 지정하여 자신의 설비 또는 서비스를 이용하는 자들이 쉽게 알 수 있도록 공지하여야 한다고 규정하고 있고, 저작권법 시행령 제40조는, 이 경우 그 권리주장자는 문화관광부령으로 정하는 요청서에 자신이 그 저작물 등의 권리자로 표시된 저작권 등의 등록증 사본 등의 소명자료를 첨부하여 온라인서비스제공자에게 제출하여야 한다고 규정하고 있음은 앞서 본 바와 같다.

그러나 위 규정들의 내용을 보면, 위 규정들은 온라인서비스를 이용한 저작물 등의 복제·전송에 의하여 자신의 권리가 침해된 저작권자 등을 위하여 저작권법상 마련된 신속하고 간이한 권리구제절차 및 그 절차를 이용하기 위한 요건 등을 정하고 있다고 보아야 할 것이다.

즉, 저작권법 제103조에서 말하는 '복제·전송의 중단 요구'는 온라인서비스를 이용한 저작물 등의 복사·전송으로 인하여 자신의 권리가 침해된 권리자가 위 제103조에서 정하고 있는, 재판을 거치지 않고 온라인서비스제공자에게 직접 저작물 등의 복제·중단을 요청하는 신속하고 간이한 권리구제절차를 이용하기 위한 요건일 뿐이지, 피신청인 회사가 주장하고 있는 바와 같이, 이와 같은 복제·전송의 중단요구 즉 '권리보호요청'이 권리자가 온라인서비스제공자에 대하여 온라인서비스를 이용한 저작권 등의 침해에 대한 책임을 묻기 위하여 필요한 권리행사요건이나 온라인서비스제공자가 복제·전송을 중단하여야 할 의무의 발생요건은 아니라고 할 것이며, 이는 위 제103조 제5항 본문에서, "온라인서비스제공자가 제103조 제4항에서 정한 조치를 취하고 제2항에서 정한 바와 같이 지체 없이 복제·전송을 중단한 경우에는 다른 사람의 저작권침해행위로 인한 온라인서비스제공자의 책임을 감경 또는 면제할 수

있다.

"고 규정하고, 그 단서에서, "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.

"고 규정하고 있는 점이나 온라인서비스제공자의 책임 제한에 관한 규정인 저작권법 제102조와의 관계에 비추어 보더라도 명백하다고 할 것인데다가(즉, 위 제103조는 미리 온라인서비스제공자 등에게 자신의 권리 등을 신고하지 아니하더라도 그 온라인서비스에 의한 저작물 등의 복제·전송으로 인하여 저작권 등이 침해된 경우에 온라인서비스제공자에게 그로 인한 책임을 물을 수 있음을 전제로 복제·전송의 중단 등을 통한 권리자의 권리침해방지에 관하여 규정하면서, 다만 온라인서비스제공자가 그 중단요청에 따라 즉시 저작물 등의 복제·전송을 중단한 경우 등 제103조 제5항에서 정한 요건을 갖춘 경우에는 그 책임을 감면할 수 있음을 규정하고 있다), 설령 피신청인 회사 주장과 같이 위 제103조 제1항에서 정하고 있는 권리보호요청이 온라인서비스제공자의 책임을 묻기 위한 권리행사요건이라고 보더라도, 앞서 본 바와 같이 소극적 필터링 방식을 취하고 있는 피신청인 회사로서는 적어도 미필적으로나마 신청인들의 이 사건 각 음원에 대한 저작권접권의 침해사실을 알고 있었다고 할 것이어서, 위 제103조 제5항 단서에 의하여 그 책임을 감면받을 수는 없다고 할 것이므로, 위 제103조에서 정하는 '복제·전송의 중단요청'이 온라인서비스제공자에 대한 권리행사요건인 것을 전제로 하는 피신청인 회사의 주장은 어느 모로 보나 그 이유 없다.

ii) 또한, 저작권법 제104조 제1항은, "다른 사람들 상호간에 컴퓨터 등을 이용하여 저작물 등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제공자는 권리자의 요청이 있는 경우 당해 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 하여야 한다.

"고 규정하고 있고, 그 제2항은, "이 경우 권리자의 요청 및 필요한 조치에 관한 사항은 대통령령으로 정한다"고 규정하고 있으며, 저작권법 시행령 제46조은 위 " 저작권법 제104조 제1항에서 규정하고 있는 '당해 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치'란 다음 각 호의 모든 조치를 말한다.

"고 하면서 '1. 저작물 등의 제호 등과 특징을 비교하여 저작물 등을 인식할 수 있는 기술적인 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 발송'을 그 조치 내용으로 규정하고 있으며, 이 사건 소리바다 서비스와 같은 P2P 서비스는 다른 사람들 상호간에 컴퓨터 등을 이용하여 저작물 등을 전송하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스로서 피신청인 회사는 위 저작권법 제104조에서 말하는 '특수한 유형의 온라인서비스제공자'에 해당한다고 할 것이나{ 위 제104조 제2항에서 정한 바에 따라 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 범위를 정한 2007. 7. 26.자 문화관광부 고시(제2007-24호)에서도 'P2P 기술을 기반으로 개인 또는 법인(단체 포함)의 컴퓨터 등에 저장된 저작물 등을 업로드 하거나 다운로드 받을 수 있는 기능을 제공하여 상업적 이익을 얻는 온라인서비스제공자'가 위 특수한 유형의 온라인서비스제공자에 해당함을 명시하고 있다}, 위 저작권법 제104조 역시 제103조와 마찬가지로, '특수한 유형의 온라인서비스제공자'의 책임 제한이나 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 책임을 묻기 위한 권리행사요건을 정하고 있는 규정이 아님이 그 내용상 명백할 뿐만 아니라, 더욱이 온라인서비스제공자의 책임 제한을 규정하고 있는 제102조와의 관계나 저작권자의 권리침해방지를 강화하려 한, 저작권법의 개정 취지에 비추어 보더라도, 특히 저작권 등에 대한 침해행위가 상

대적으로 많이 발생할 가능성이 큰 '다른 사람들 상호간에 저작물 등의 전송을 주목적으로 하는 온라인서비스'를 별도로 분류하여, 그와 같은 특수한 유형의 온라인서비스제공자에 대하여 권리자들이 위 제104조 제1항과 이를 구체화한 저작권법 시행령 제45조에서 정한 요건을 갖춘 권리보호요청을 한 경우에는, 법원의 재판을 거치지 아니하더라도 바로 같은 시행령 제46조에서 정한 조치를 할 의무를 법정화하고, 나아가 이와 같은 조치를 취하지 아니할 경우에는 3,000만 원 이하의 과태료에 처하도록 하여 그 이행을 담보함으로써, 다른 온라인서비스제공자에 비하여 가중된 의무를 추가로 부과한 것으로 해석함이 상당할 것인바( 저작권법 제142조), 사정이 이와 같다면, 위 저작권법 제104조가, 피신청인 회사가 주장하는 바와 같이 소극적 필터링 방식을 전제로 권리자들이 스스로 P2P 서비스제공자인 피신청인 회사에 자신의 음원 등을 등록 또는 신고하는 것을 내용으로 하는 피신청인 회사의 그린파일 시스템과 같은 입장을 취하고 있다고는 보기 어렵다고 할 것이므로, 이 점에 관한 피신청인 회사의 주장 역시 이유 없다.

- iii) 나아가 피신청인 회사의 '소극적 필터링 방식'과 '그린파일 시스템'을 전제로 한 필터링률에 관한 주장에 관하여 보건대, 먼저 이 사건에 있어서 피신청인 회사는 신청인들이 저작권접권을 갖는 이 사건 각 음원 파일에 관하여 그 주장과 같은 비율(98%) 상당의 필터링이 이루어지고 있는지에 관하여 보면, 그 주장에 부합하는 듯한 피신청인 회사가 제출한 소명자료들(소을18호증의 1, 2, 이 소명자료들은 신청인 제이와이피가 저작권접권을 갖고 있는 음원들만에 대한 필터링 자료들이며, 앞서 본 바와 같이, 신청인 제이디스크에 대하여는 피신청인 회사가 주장하는 바와 같은 필터링률을 인정할만한 아무런 구체적 소명자료가 없다)은, 앞서 본, 저작권심의조정위원회 저작권보호센터의 모니터링 결과 및 신청인들이 제출한 모니터링 자료들을 기초로 한 필터링 및 침해율 등에 비추어 이를 선뜻 믿기 어려운 데다가, 설령 피신청인 회사가 제출한 소명자료와 같은 정도의 필터링이 일시 이루어졌다고 하더라도 이 사건 진행 중에 해당 음원 정보들이 추가됨에 따라 비로소 그와 같은 결과가 나온 것으로 보이고, 앞으로 새로운 변형 파일의 출현이나 유통을 방지할 수 있는 기술적 대책이 마련되어 있음을 소명할 만한 자료도 없어, 피신청인 회사의 주장과 같은 필터링률이 앞으로도 지속된다고 단정하기도 어렵다.

더욱이 수천, 수만의 이용자에게 일시에 순간적으로 정보를 전달하는 인터넷의 특성상, 특정 음원에 대한 수많은 파일 중 어느 하나의 파일이라도 걸러지지 않는 경우, 그 걸러지지 않은 음원 파일이 다운로드를 요청한 모든 이용자들에게 공유되게 된다는 점에 비추어 볼 때, 완벽한 필터링이 이루어지지 않는 이상, 피신청인 회사가 주장하는 바와 같은, 필터링률의 제고가 저작권접권 등의 침해방지를 위한 기술적 조치를 다하였는지에 관한 법적 평가에 있어 어떠한 의미가 있다고는 하기 어렵다고 할 뿐만 아니라, 피신청인 회사가 자신의 소극적 필터링 방식에 대한 보완책으로 내세우고 있는 그린파일 시스템은 신청인들이 먼저 자신들이 저작권접권을 갖는 음원에 관한 정보들을 피신청인 회사에 제공하여 공유금지(필터링)를 신청 또는 등록하는 것을 그 내용으로 하는 제도이나, 앞서 본 바와 같이, 저작권접권자들인 신청인들이 온라인서비스제공자인 피신청인 회사에 대하여 자신들의 권리를 행사하기 위하여 그와 같은 신고 또는 등록을 미리 하여야 한다가거나 또는 신청인들 비롯한 권리자들에게 그와 같은 신고 또는 등록을 미리 하여야 할 의무가 있다고 볼 아무런 근거도 없으므로, 이 점에 관한 피신청인 회사의 주장 역시 더 나아가 살필 것도 없이 그 이유 없다.

- iv) 결국, 피신청인 회사가 채택하고 있는 필터링 기술 등 일련의 권리침해 방지 대책이 현행 저작권법에 부합하며, 실제로 저작권접권의 침해를 방지할 수 있는 기술적 조치들임을 전제로 하는 피신청인 회사의 위 주장 또한 그 어

는 것이나 이유 없다.

#### 4. 보전의 필요성에 대한 판단

가. 나아가 다음과 같은 앞서 인정한 사실들과 이 사건 소명자료에 의하여 추가로 인정되는 사정들, 즉 ① 2006. 10. 31. 현재 소리바다 서비스의 회원은, 피신청인 회사의 주장에 의하더라도, 1,500만 명 정도에 이르고 있고, 유료화 이후 위 무렵까지 위 회원들 중 약 130만 명이 소리바다 서비스를 유료로 이용하였는바, 소리바다 서비스의 이용자들 중 상당수는 음반을 구입하지 않고도 소리바다 서비스를 통하여 원하는 음원의 MP3파일을 얻고자 회원으로 가입한 것으로 보이고, 실제로 저작권접권자 등의 허락을 받지 아니한 이용자들의 파일공유로 인하여 신청인들을 비롯한 음반제작자들의 저작권접권에 대한 침해가 이루어져 왔으며, 피신청인 회사가 시행하고 있는 필터링 방식의 내재적 한계로 인하여 앞으로도 그와 같은 침해행위가 비록 정도의 차이는 있어도 상당한 정도로 계속될 것으로 보이는 점, ② 소리바다 서비스가 서비스 대상으로 삼고 있는 음원, 특히 그 중에서도 인터넷 이용자들이 주로 찾는 대중음악은 그 인기의 수명이 짧아 출시된 후 단기간 내에 대부분의 판매가 이루어지고 있는 경향을 띠고 있으며, 여기에 동일한 정보가 수많은 접속자에게 동시에 전파되는 인터넷의 특성이 보태어져, 소리바다 서비스를 통한 저작권접권의 침해로 인하여 신청인들은 회복하기 어려운 손해를 입고 있는 것으로 보이는 점, ③ 비록 이 사건에 있어 신청인들이 입은 구체적 손해액을 산출하는 것은 쉽지 않다고 하더라도 이 사건 각 음원에 관한 실질적인 음반 판매량의 감소가 뒤따랐던 것으로 보이며, 이와 같은 사정은, 음반시장의 매출규모는 급격히 감소하고 있는 반면, 디지털 음원 시장은 점차 확대되고 있는 등 전체적으로 디지털 음원으로 전환하고 있는 음악 저작권접권 업계의 동향에 비추어 볼 때, 앞으로 더욱 심화될 것으로 보이는 점, ④ 피신청인 회사의 설립자들인 신청외 1 등이 개발한 소리바다 1을 기반으로 하는 소리바다 서비스와 피신청인 회사의 소리바다 3을 기반으로 하는 소리바다 서비스, 그리고 이 사건 프로그램을 기반으로 한 소리바다 서비스는, 각각 전 단계의 프로그램을 기반으로 한 소리바다 서비스가 음반제작자들의 저작권접권에 대한 침해행위의 방조행위가 됨을 이유로 침해정지 가처분결정을 받았음에도 불구하고, 기본적으로는 여전히 종전과 같은 내용의 서비스를 계속하여 제공하려는 의도하에 연속된 시도들로 보이는 점, ⑤ 피신청인 회사가 인터넷 음악시장에서 차지하는 지배력과 특히 이 사건 프로그램을 기반으로 한 소리바다 서비스에서 새로이 도입된, 피신청인 회사 특유의 월정액제로 인한 경쟁력으로 인하여 이 사건 프로그램을 기반으로 한 피신청인 회사의 소리바다 서비스가 계속 유지될 경우, 음반제작자들인 신청인들로서는 피신청인 회사에 대하여 계속하여 자신들의 저작권접권 등을 주장하며 사업을 유지하는 데 상당한 어려움을 겪게 될 것으로 보이는 점, ⑥ 신청인들이 이 사건 가처분 신청을 통하여 피신청인 회사가 운영하는 이 사건 인터넷 사이트 자체의 폐쇄를 구하는 것이 아니라 저작권접권 침해에 이용되는 이 사건 프로그램의 배포 및 파일 교환 서비스의 중지를 구하고 있을 뿐인 점 등을 모아 보면, 피신청인 회사에 대하여 침해정지 가처분을 발령할만한 보전의 필요성은 충분히 소명되었다고 할 것이다.

나. 피신청인 회사는, ① 피신청인 회사가 정부를 위시한 저작권 관련 단체 등과의 합의를 거쳐 소리바다 서비스를 유료화하게 된 경위, ② 피신청인 회사가 그와 같은 유료화를 전제로 해쉬함수 및 음악인식기술의 적용과 그린파일 시스템의 자체개발을 통한 필터링을 실현하고 있고, 디지털 워터마크 기술을 적용하여 불법복제를 방지하는 등 현재까지 기술적으로 가능한 모든 방법을 동원하여 저작권 침해를 방지하기 위한 각종 기술을 추가하고 있는 점, ③ 피신청인 회사가 이미 저작권협회 등 저작권 관련 단체들과 합의를 하고, 대형 음반사, 제작사를 포함하여 144개의 제작



사와 콘텐츠공급계약을 체결하여 음반제작자 등 권리자들에게도 상당한 금액의 수익을 분배할 것으로 전망되고 있는데, 만약 신청인들의 이 사건 가처분신청이 받아들여진다면, 신청인들과 유사한 입장에 있으면서도 피신청인 회사와 합의 또는 계약을 맺고 인터넷을 통한 음악산업의 부흥을 도모하고자 하는 많은 제작자 등의 정당한 권리의 실현을 방해하게 된다는 점, ④ 피신청인 회사가 2006. 8. 7. 자체적으로 '소리바다 저작권보호센터'를 출범하여 지속적으로 체계적인 음원의 불법적 공유를 차단하고 있는 점 등을 고려할 때, 본안소송에서 해당 저작권침해에 대한 손해배상을 청구하는 것은 별론으로 하고, 이 사건 프로그램에 기반한 소리바다 서비스 자체의 금지를 구할 보전의 필요성은 없으며, ⑤ 피신청인 회사가 전 세계에서 전례가 없는 P2P 서비스의 유료화를 실시함으로써 대한민국의 디지털 강국으로서의 이미지를 제고하고 있다는 점도 보전의 필요성에 대한 판단에서 충분히 고려되어야 한다고 주장한다.

그러므로 살피건대, i) 앞서 기초 사실에서 살펴 본, P2P 서비스의 유료화 과정에서의 협의 내용과 같이, P2P 서비스의 유료화는 음원 공급을 허락한 음반제작자 등 권리자들에 대하여는 적정한 사용 대가를 지급할 수 있는 조건을 갖추고, 음원 공급을 허락하지 아니한 음반제작자 등 권리자들에 대하여는 필터링 등 권리침해를 방지하기 위한 조치들을 취하는 것을 그 내용으로 하는 것이라고 할 것인데, 피신청인 회사가 이 사건 프로그램을 기반으로 한 소리바다 서비스에서 채택하고 있는 저작권접권 등의 보호를 위한 각종 조치들이 실질적인 보호기능을 하지 못하고 있어 신청인들에게 피신청인 회사에 대하여 침해정지청구권이 인정되는 이 사건에 있어, 피신청인 회사가 들고 있는 유료화하게 된 경위나 피신청인 회사가 채택하고 있는 필터링 기술 등의 저작권 등의 침해방지를 위한 대책을 들어 이 사건 가처분을 발할 보전의 필요성이 없다고는 하기 어렵다고 할 것이고, ii) 설령 피신청인 회사 주장과 같이 저작권협회 등 음악 저작권 관련 단체들 및 신청인들을 제외한 상당한 수의 음반제작자 등과 사이에 음원 공급계약을 체결하였다고 하더라도(피신청인 회사는 이 점과 관련하여, 제1심에서는 저작권협회, 제작자협회, 실연자단체연합회 등 저작권 관련 단체들과 사이에 합의를 마치고, 340여 개의 제작사(제작자협회 준회원사를 포함할 경우에는 550여 개 이상)와 사이에서도 콘텐츠공급계약을 체결한 상태에서 유료서비스를 시작하였다고 주장하다가, 당시에 이르러서는, 저작권협회와는 2007. 1. 26.에, 실연자단체연합회와는 같은 해 2. 9.에 각 합의하였고, 제작자협회와는 같은 해 3. 2.에 콘텐츠공급계약에 관한 세부합의를 하였으며, 2007. 1. 2.을 기준으로 제작자협회의 회원사인 5개 업체를 포함하여 144개 음반제작사와 콘텐츠공급계약을 체결하였다고 주장하는 등, 그 주장 자체가 일관되지 않을 뿐만 아니라, 그 소명자료로 제출하고 있는 피신청인 회사의 주장을 담고 있는 언론보도와 일부 음반제작자들과 사이에 작성된 콘텐츠공급계약서들만으로는 그 주장사실 전체를 인정하기에 부족하고, 달리 그 주장사실을 인정할 소명자료가 부족하다.

} 역시 그와 같은 사정만으로 이 사건 가처분신청의 보전의 필요성이 없다고 하기 어려우며, iii) 피신청인 회사의 '소리바다 저작권보호센터'가 실제로 음반제작자들의 저작권접권 등의 권리 보호를 위하여 어떠한 구체적인 성과를 내고 있음을 인정할 아무런 소명자료도 없고, iv) 피신청인 회사가 이 사건 프로그램을 기반으로 한 소리바다 서비스를 제공함으로써 여전히 저작권접권 등의 침해가 이루어지고 있다고 인정되는 이상, 피신청인 회사가 들고 있는 다른 사정을 함께 고려하더라도, 이로써 이 사건 가처분신청의 보전의 필요성을 부인하기는 어렵다고 할 것이므로, 피신청인 회사의 위 주장들은 어느 것이나 그 이유 없다.

## 5. 가처분의 범위

따라서 신청인들은 저작권법 제123조 제1항에 의하여 피신청인 회사에 대하여 이 사건 각 음원의 저작권접권 침해행위의 정지를 구할 수 있으므로, 피신청인 회사는 소리바다 서비스의 이용자들이 이 사건 프로그램을 이용하여 채권자가 저작권접권을 보유하고 있는 이 사건 각 음원이 수록된 MP3 파일을 업로드 또는 다운로드 받도록 하여서는 아니 될 의무를 부담하고, 나아가 앞서 본 사실들에 비추어보면, 이 사건 소리바다 서비스에 의한 저작권접권의 침해를 근본적으로 막는 것이 필요하다고 판단되므로, 저작권법 제123조 제2항에서 정하고 있는 '침해정지 청구를 하는 경우에 필요한 조치'의 일환으로, 이 사건 프로그램의 배포 및 소리바다 서비스의 제공 중지를 함께 명하기로 한다.

## 6. 결 론

그렇다면 신청인들의 이 사건 가처분신청은 그 피보전권리에 대한 소명이 있고, 보전의 필요성도 있다고 인정되므로 이를 인용할 것인바, 제1심결정은 이와 결론을 달리하여 부당하므로, 신청인들의 항고를 받아들여 제1심결정을 취소하고, 주문 제2항 기재 담보제공을 조건으로 같은 항 기재 가처분을 명하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

[[별 지] 표 : 생략]

판사 주기동(재판장) 홍동기 김상채