

가처분이의

[서울고등법원 2005. 1. 12. 2003나21140]



【전문】

【채권자, 피항소인】 주식회사 신촌뮤직외 10(소송대리인 법무법인 두우 담당변호사 손석봉외 1인)

【채무자, 항소인】

【제1심판결】 수원지방법원 성남지원 2003. 2. 14. 선고 2002카합284 판결

【변론종결】 2004. 12. 1.

【주문】

】

1. 제1심 판결을 다음과 같이 변경한다.

가. 채권자들과 채무자들 사이의 수원지방법원 성남지원 2002카합77 음반복제등금지가처분 신청사건에 관하여 위 지원이 2002. 7. 9.에 한 가처분결정은, 아래 제2항에서 인용하는 범위 내에서 이를 인가하고, 그 범위를 초과하는 부분은 이를 취소한다.

나. 위 가.항의 취소부분에 해당하는 채권자들의 가처분신청을 기각한다.

다. 위 가.항의 취소부분은 가집행할 수 있다.

2. 채권자들이 이 결정을 고지받은 날로부터 7일 이내에 보증으로 채무자들을 위하여 200,000,000원을 공탁하거나 위 금액을 보험금액으로 하는 지급보증위탁계약 체결문서를 제출하는 것을 조건으로,

가. 채무자들은 채무자들이 개발한 "소리바다" 프로그램과 아래 나.항 기재 서버를 통하여 운영하고 있는 "소리바다" 서비스의 이용자들이 위 서비스를 이용하여 별지 노래 목록 기재 각 노래가 들어 있는 MP3파일을 다운로드(다른 이용자의 공유폴더에 저장된 위 MP3파일의 복제물을 받아 자신의 컴퓨터에 저장하는 행위) 받도록 방조하여서는 아니 된다.

나. 채무자들은 "소리바다" 서비스를 위하여 사용 중인 서울 강남구 (상세번지 및 건물명 생략) 빌딩 내에 설치된 IP주소 (각 생략) 등 서버 3대를 "소리바다" 서비스 또는 같은 방식의 서비스를 위하여 사용하여서는 아니 된다.

다. 집행관은 위 가, 나항의 취지를 공시하기 위하여 적당한 방법을 취하여야 한다.

3. 소송총비용 중 1/5은 채권자들이, 나머지 4/5는 채무자들이 각 부담한다.

【신청취지 및 항소취지】1. 신청취지 채권자들 : 채권자들과 채무자들 사이의 수원지방법원 성남지원 2002카합77 음반복제등금지가처분 신청사건에 관하여 위 지원이 2002. 7. 9.에 한 가처분결정을 인가한다(채권자들은 위 가처분결정 후 제1심에서 신청취지를 감축하였다). 채무자들 : 위 가처분결정을 취소하고, 채권자들의 가처분신청을 기각한다.2. 항소취지 제1심 판결을 취소한다. 채권자들의 신청취지 기재 가처분 신청을 기각한다.

【신청취지 및 항소취지】1. 신청취지 채권자들 : 채권자들과 채무자들 사이의 수원지방법원 성남지원 2002카합77 음반복제등금지가처분 신청사건에 관하여 위 지원이 2002. 7. 9.에 한 가처분결정을 인가한다(채권자들은 위 가처분결정 후 제1심에서 신청취지를 감축하였다). 채무자들 : 위 가처분결정을 취소하고, 채권자들의 가처분신청을 기각한다.2. 항소취지 제1심 판결을 취소한다. 채권자들의 신청취지 기재 가처분 신청을 기각한다.

【신청취지 및 항소취지】1. 신청취지 채권자들 : 채권자들과 채무자들 사이의 수원지방법원 성남지원 2002카합77 음반복제등금지가처분 신청사건에 관하여 위 지원이 2002. 7. 9.에 한 가처분결정을 인가한다(채권자들은 위 가처분결정 후

제1심에서 신청취지를 감축하였다). 채무자들 : 위 가처분결정을 취소하고, 채권자들의 가처분신청을 기각한다.2. 항소취지 제1심 판결을 취소한다. 채권자들의 신청취지 기재 가처분 신청을 기각한다.

【신청취지 및 항소취지】1. 신청취지 채권자들 : 채권자들과 채무자들 사이의 수원지방법원 성남지원 2002카합77 음반 복제등금지가처분 신청사건에 관하여 위 지원이 2002. 7. 9.에 한 가처분결정을 인가한다(채권자들은 위 가처분결정 후 제1심에서 신청취지를 감축하였다). 채무자들 : 위 가처분결정을 취소하고, 채권자들의 가처분신청을 기각한다.2. 항소취지 제1심 판결을 취소한다. 채권자들의 신청취지 기재 가처분 신청을 기각한다.

【신청취지 및 항소취지】1. 신청취지 채권자들 : 채권자들과 채무자들 사이의 수원지방법원 성남지원 2002카합77 음반 복제등금지가처분 신청사건에 관하여 위 지원이 2002. 7. 9.에 한 가처분결정을 인가한다(채권자들은 위 가처분결정 후 제1심에서 신청취지를 감축하였다). 채무자들 : 위 가처분결정을 취소하고, 채권자들의 가처분신청을 기각한다.2. 항소취지 제1심 판결을 취소한다. 채권자들의 신청취지 기재 가처분 신청을 기각한다.

【이유】

】1. 이 사건 가처분결정

- 채권자들이 채무자들에 대하여 음반 복제권 및 배포권 침해로 인한 침해정지청구권이 있다고 주장하면서 이를 피보전 권리로 하여 채무자들을 상대로 한 수원지방법원 성남지원 2002카합77 음반복제등금지가처분 신청사건에 관하여 위 지원이 2002. 7. 9. "채권자들이 이 결정을 고지받은 날로부터 7일 이내에 보증으로 채무자들을 위하여 200,000,000원을 공탁하거나 위 금액을 보험금액으로 하는 지급보증위탁계약 체결문서를 제출하는 것을 조건으로,
1. 채무자들은 채무자들이 개발, 제공하고 있는 '소리바다' 프로그램의 이용자들이 위 프로그램을 이용하여 채권자들이 음반제작자로 되어 있는 별지 노래 목록 기재 각 노래(이하 '이 사건 노래 목록' 또는 '이 사건 노래'라고 한다)가 들어 있는 MP3파일을 업로드 또는 다운로드 받도록 하여서는 아니 된다.
 2. 채무자들은 '소리바다' 서비스를 위하여 사용중인 서울 강남구 (상세번지 및 건물명 생략) 빌딩 내에 설치된 서버 3대를 '소리바다' 서비스 또는 같은 방식의 서비스를 위하여 사용하여서는 아니 된다.
 3. 집행관은 위 취지를 공시하기 위하여 적당한 방법을 취하여야 한다.
 4. 채권자들의 나머지 신청을 기각한다.

"라는 내용의 가처분결정을 한 사실, 그 후 채권자들의 신청에 따라, 위 지원은 2002. 7. 20. 위 주문 제2항 중 "한국인터넷데이터센터 빌딩 내에 설치된 서버 3대"를 "한국인터넷데이터센터 빌딩 내에 설치된 IP주소 (각 생략) 등 서버 3대"로 특정하는 내용의 경정결정(위 지원 2002카기771)을 한 사실은 기록상 명백하다.

2. 인정사실

다음 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 소갑 1호증의 1, 2, 소갑 2호증, 소갑 3호증의 1 내지 5, 소갑 4호증, 소갑 5호증의 1 내지 3, 소갑 6 내지 10호증, 소갑 11호증의 1, 2, 소갑 12, 13호증, 소갑 14호증의 1, 2, 소갑 15호증의 1, 2, 소갑 16 내지 19호증, 소갑 20호증의 1 내지 51, 소갑 21호증의 1 내지 5, 소갑 22호증의 1 내지 7, 소갑 23호증의 1 내지 4, 소갑 24호증의 1, 2, 소갑 25호증의 1 내지 8, 소을 1 내지 8호증, 소을 9호증의 1 내지 16, 소을 10, 11호증, 소을 12호증의 1 내지 6, 소을 13 내지 15호증, 소을 16호증의 1, 2, 소을 17호증의 1 내지 7, 소을 18, 19호증, 소을 20호증의 1, 2, 소을 21호증의 1 내지 4, 소을 22, 23호증, 소을 24호증의 1, 2, 소을 25호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

가. 당사자들의 지위

- (1) 채권자들은 음반의 제조 또는 판매를 목적으로 하는 음반회사들로서, 별지 노래 목록 중 순번 1 내지 11 기재 각 음반 중 각 해당 순번에 상응하는 음반을 제작 또는 판매하고 있다.
- 위 목록 순번 1 내지 3, 5 내지 10에 해당하는 채권자들은 위 노래 목록 순번 1 내지 3, 5 내지 10 기재 각 노래에 관하여 음을 음반에 맨 처음 고정한 음반제작자이고(이하 '음반제작자인 채권자들'이라 한다), 순번 4, 11에 해당하는 채권자들은 위 목록 순번 4, 11 기재 각 노래에 관한 음반제작자인 영국 법인 이엠아이뮤직인터내셔널서비스사(EMI Music International Services Limited)와 미국 법인 비엠지엔터테인먼트사(BMG Entertainment)로부터 대한민국 내에서 독점적 또는 비독점적 음반제조권과 독점적 음반 판매 및 배포권을 각 허락받은 독점적 실시권자들이다(이하 '실시권자인 채권자들'이라 한다).
- (2) 채무자들은 2000. 3.경, 중앙 서버를 거치지 아니하고 이용자(접속자)들의 개인 컴퓨터들이 서로 연결되어 직접 파일을 주고받는 통신방식(이른바 'peer to peer' 로 불리워지는데, 이하 'P2P 방식'라 한다)을 사용하여 MP3(MPEG 1 layer 3, 일반 웨이브 형식의 오디오 파일을 약 1/10 크기로 압축하면서도 CD 수준의 음질을 구현할 수 있도록 하는 오디오 파일 압축기술) 형식의 음악파일을 공유할 수 있도록 하는 프로그램 개발에 착수하여, 2000. 5. 중순경 프로그램 제작을 완료하고, 2000. 5. 18.부터 "소리바다"라는 명칭으로 웹사이트(www.soribada.com)에서 위 프로그램을 배포하면서 이를 이용한 음악파일 공유 서비스를 제공하기 시작하였는데(이하 위 프로그램 및 서비스를 각각 '소리바다 프로그램', '소리바다 서비스'라고 한다), 당초 소리바다 서비스는 MP3 형식의 음악파일(이하 'MP3파일'이라고 한다)만 공유하도록 설계되었다(채무자들은 초기에는 파일 확장자만 검사하도록 하였으나, 이후 파일 중 파일 정보를 담고 있는 부분까지 조사하도록 프로그램을 변경하였다).

나. 소리바다 서비스의 이용방법

- (1) 이용자는 채무자들이 무료로 배포하는 소리바다 프로그램을 다운로드 받아 자신의 컴퓨터에 이를 설치한 후, 사용자식별부호(ID, identification ; 이하 '아이디'라 한다)와 비밀번호를 입력하여 "소리바다"의 회원으로 등록하고, 다른 소리바다 이용자들이 자신의 컴퓨터에 접근하여 MP3파일을 다운로드 받아갈 수 있도록 MP3파일을 보관하는 "공유폴더(라이브러리 폴더)" 및 다른 이용자로부터 다운로드 받은 MP3파일을 저장할 "다운로드폴더"를 지정한다(위 프로그램의 기본설정에 의하면 다운로드폴더는 공유폴더와 일치하도록 되어 있으므로, 이를 이용자가 별도로 변경하지 아니하는 이상 다운로드폴더로 다운로드된 MP3파일은 동시에 공유폴더에도 저장된 셈이 되어, 그 즉시 다른 소리바다 이용자들이 다운로드 받을 수 있는 상태에 놓이게 된다). 즉 MP3파일을 다른 이용자가 다운로드받을 수 있는 상태에 두기 위하여는 공유폴더에 MP3파일을 저장하고 소리바다 프로그램을 이용하여 소리바다 서버에 접속하는 것으로 족하고(이런 점에서 서버나 전자게시판 등에 업로드 하는 경우와 차이가 있으나, 이하에서는 이를 '업로드 행위'라고 부른다), 별도의 송신행위가 필요하지 아니하다.
- (2) 이용자가 소리바다 프로그램 설치를 마치고 프로그램을 실행하면 자동적으로 소리바다 서버에 접속되고, 이때 이용자 컴퓨터의 소리바다 프로그램은 그 컴퓨터의 IP(Internet Protocol) 주소 등 이용자들 컴퓨터 사이의 직접 연결에 필요한 정보를 자동적으로 소리바다 서버로 송신하며, 소리바다 서버는 이와 같이 접속한 이용자의 아이디 및 비밀번호를 확인한 후 자신이 보관하고 있는 5,000명의 직전(直前) 접속 이용자들의 연결 정보를 자동적으로 송신하여

주고, 이용자로부터 송신받은 그의 IP주소 등 연결 정보를 이용자가 등록 당시에 입력한 아이디 및 비밀번호 등과 함께 데이터베이스에 저장하여 이용자목록으로 관리한다.

(3) 이용자가 소리바다 프로그램의 검색창에 노래의 제목 또는 가수 등 임의어를 입력하고 검색을 요청하면, 소리바다 프로그램은 위와 같이 서버로부터 제공받은 IP주소를 통해 다른 소리바다 이용자들에게 직접 개별적으로 해당 검색어를 송신하고, 위 검색어를 송신받은 다른 이용자들의 소리바다 프로그램은 자신의 컴퓨터 하드디스크의 공유폴더를 검색하여 위와 같이 요청받은 검색어와 일치하는 파일을 발견하면 해당 파일의 정보를 검색 요청 이용자의 컴퓨터로 송신한다.

(4) 검색 요청 이용자의 소리바다 프로그램은 이와 같이 다른 이용자들로부터 응답받은 파일정보를 재구성하여, 검색을 지시한 때로부터 2, 3초 정도 후에 바로 검색결과 목록을 보여주는데, 이에는 파일이름, 노래제목, 가수명, 파일크기, 이용자(사용자) 아이디, 음질, 노래시간, 속도(응답소요시간, Ping Time) 등이 표시되고, 검색 요청 이용자는 자동정렬 기능을 사용하여 속도, 크기, 음질 등 원하는 방식으로 검색결과 리스트를 순서대로 정렬하여 볼 수도 있다.

(5) 검색 요청 이용자가 위 검색결과 리스트 중에서 다운로드 받기를 원하는 MP3파일을 선택하여(보통 속도 및 음질이 주요 고려대상이다) 더블클릭 등을 하면, 그 이용자의 컴퓨터는 소리바다 서버가 제공한 IP주소를 이용하여 당해 파일이 보관되어 있는 이용자의 컴퓨터와 1:1로 직접 연결을 하고, 제공자 컴퓨터의 공유폴더에 위치한 해당 파일의 복제물을 검색 요청 이용자의 컴퓨터로 다운로드하여 다운로드폴더에 저장하게 된다(이를 '다운로드 행위'라 한다).
라. 소리바다 서비스의 특징 및 이용상황

(1) 소리바다 서비스를 제공하는 시스템(이하 '소리바다 시스템'이라 한다)은 중앙 서버가 존재하기는 하되 IP주소 등과 같은 컴퓨터 직접 연결에 필요한 정보만 관리함으로써, 기존의 P2P방식에서의 문제점, 즉 비대한 중앙 서버 운영에 따른 재정적 부담(Napster 방식으로 대표된다) 또는 파일전송과정에서의 기술적인 병목현상(Gnutella 방식으로 대표된다)을 동시에 해결한 것으로 평가받고 있는데, 이와 같은 시스템의 특성상 소리바다의 중앙 서버에서는 이용자들의 IP주소와 같은 연결정보만 보관하고 있고, 공유의 대상이 되는 MP3파일 자체나 MP3파일의 목록 및 파일정보는 보관하고 있지 아니하다.

(2) 위와 같은 소리바다 서비스의 특성에 비추어 소리바다 서버에 접속해 있는 이용자의 수가 많으면 많을수록 검색할 수 있는 MP3파일의 종류와 수도 증가하게 되는데, 이 사건 가처분결정에 의하여 서비스가 중지되기 이전에 소리바다 서비스 등록 회원은 약 450만 명 이상, 하루 평균 접속자는 약 30만 명 이상, 동시 접속 이용자는 약 5,000명 이상이었다.

(3) 소리바다 프로그램의 설치 화면에는 다음과 같은 내용의 경고문이 고지되어 있다.

"소리나라는 소리바다 사용자들이 소유하고 있는 MP3파일에 대해 어떠한 책임도 없음을 밝힙니다.

인터넷을 통해 유포되는 MP3파일 중 많은 파일들이 합법적이기는 하나, 저작권자의 허락 없이 불법적으로 유통되는 MP3파일도 있습니다.

소리나라는 특정 MP3파일의 합법 여부에 대해 알 수 없음을 밝힙니다.

불법 MP3파일을 복제 또는 배포하는 것은 국내 또는 국외 저작권법에 위배될 수 있으며, 이 저작권법을 준수하는 것은 사용자의 몫임을 알려드립니다.

”

(4) 채무자들이 저작권접권 또는 독점적 실시권을 보유하고 있는 이 사건 노래도 대부분 소리바다 서비스를 통하여 업로드 또는 다운로드 되고 있다.

(5) 우리나라 국내 음반시장은 IMF이후 1998년에는 3,530억 원, 1999년에는 3,800억 원의 시장규모에서 2000년에는 4,104억 원의 시장규모로 성장하였으나 2001년에는 3,733억 원으로 감소하였다.

3. 채권자들의 이 사건 신청원인

소리바다 프로그램은 그 자체가 광고료 등 영리를 목적으로 음반을 무단으로 복제·배포하는 것을 목적으로 개발된 것이고 소리바다 서비스도 그와 같은 목적으로 운영되고 있는데, 소리바다 서비스를 통하여 이 사건 노래에 관한 음반의 MP3파일을 주고받은 이용자들은 음반제작자인 채권자들과 비엠지엔터테인먼트사, 이엠아이뮤직인터내셔널서비스사(이하 통칭하여 ‘이 사건 음반제작자들’이라 한다)의 배포권(업로드 행위), 복제권(다운로드 행위)을 침해하고 있다

한편, 채무자들은 소리바다 프로그램을 개발, 배포하고 소리바다 서비스를 운영함으로써 위 이용자와 공동하여 이 사건 음반제작자들의 저작권접권을 직접적으로 침해하고 있거나, 이용자들의 저작권접권 침해를 방조하였다.

따라서, 이 사건 음반제작자들은 채무자들에 대하여 저작권법 제91조 제1항에 기한 침해정지청구권이 있고, 채무자들의 행위로 인하여 채권자들은 음반판매량이 급격히 감소하는 등 현저한 손해가 발생할 개연성이 있어 그 보전의 필요성이 있으므로, 채권자들은 저작권접권자로서 직접 또는 저작권접권자인 음반제작자를 대위하여 이 사건 가처분 결정의 인가를 구한다.

4. 개별 이용자들의 저작권접권 침해 여부에 대한 판단

가. 채무자들 책임과의 관련성

채권자들은, 소리바다 이용자들의 업로드 및 다운로드 행위가 이 사건 음반제작자들의 저작권접권을 침해하고 있음을 전제로 하여, 채무자들이 이용자와 공동으로 또는 방조의 방법으로 저작권접권을 침해하고 있다고 주장하고 있으므로, 먼저 소리바다 이용자들이 저작권접권을 침해하는지 여부에 관하여 살펴본다.

나. 배포권 침해 여부

채권자들은 소리바다 이용자들의 앞서 본 업로드 행위가 이 사건 음반제작자들의 배포권을 침해한다고 주장하므로 살피건대, “배포”란 저작물의 원작품 또는 그 복제물을 일반공중에게 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여하는 것으로(저작권법 제2조 제15호), 이용자가 특정 MP3파일을 공유폴더에 저장한 채로 소리바다 서버에 접속하였다 하더라도 그 자체만으로 그 MP3파일의 양도나 대여가 있었다고 볼 수는 없으므로(저작권법상 ‘배포’는 ‘전송’의 개념에 대비되어, 유체물의 형태로서 저작물이나 복제물이 이동하는 것을 의미하는 것으로, 이 사건에 있어서와 같

이 어떤 이용자가 자신의 컴퓨터의 공유폴더에 MP3파일을 저장하여 소리바다 서버에 접속함으로써 다른 이용자가 이를 다운로드 받을 수 있도록 하는 행위는 다음에서 보는 바와 같이 전송에 해당함은 별론으로 하고, 이와 별도로 배포에도 해당한다고 보기는 어렵다), 배포권 침해 주장은 이유 없다.

다.

복제권 침해 여부

(1) 앞서 본 바와 같이 소리바다 서비스의 이용자들이 다른 이용자의 컴퓨터에 접속하여 이 사건 노래의 복제물(MP3파일)을 자신의 컴퓨터에 다운로드받아 하드디스크 등에 저장하는 행위는 음원 유형물에 고정하는 것으로서, 당해 음반제작자의 복제권을 침해하는 행위가 된다(채권자들은, 이용자가 CD에 고정된 이 사건 노래의 음원을 변형하는 방식으로 MP3파일을 생성하여 자신의 컴퓨터의 하드디스크 등에 저장하는 행위도 복제권을 침해하는 것이라 주장하므로 살피건대, 이와 같이 개인적 목적으로 MP3파일을 생성, 저장하는 행위도 CD에 고정된 음원 사이에 실질적인 동일성이 인정되는 이상 복제행위에 해당할 수 있으나, 이러한 MP3파일 생성 및 저장은 사적이용을 위한 복제에 해당할 여지가 있으므로, 위 부분 주장은 이유 없다).

(2) 사적이용을 위한 복제 항변

채무자들은, 소리바다 이용자들의 다운로드 행위는 사적이용(私的利用)을 위한 복제에 해당하므로 이 사건 음반제작자들의 복제권을 침해하는 것이 아니라고 주장한다.

저작권법 제27조에서 규정하는 사적이용을 위한 복제에 해당하기 위하여는, 그 복제행위가 ① 영리를 목적으로 하지 아니하고(주관적 요건), ② 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 것이어야 한다(객관적 요건)는 요건을 모두 충족하여야 할 것인바, 먼저 객관적 요건에 관하여 살펴본다.

개인, 가정 또는 이에 준하는 한정된 범위 안에서의 이용에 해당하기 위하여는, 복제를 하는 이용자들이 다수집단이 아니어야 하고, 그 이용자들 서로간에 어느 정도의 긴밀한 인적결합이 존재할 것이 요구된다고 할 것인바, 앞서 본 인정사실에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 소리바다 서비스는 아이디, 비밀번호를 등록하면 누구라도 자유롭게 이용할 수 있는 점, 이용자가 MP3파일을 공유폴더에 저장하고 소리바다 서버에 접속하기만 하면 최대 5,000명에 이르는 다른 이용자들이 해당 파일에 접근하여 별다른 절차를 거침이 없이 자유로이 다운로드 받을 수 있는 상태에 놓이는 점, 소리바다 프로그램의 기본설정에 의하면 다운로드폴더는 공유폴더와 일치하도록 되어 있으므로 원칙적으로 다운로드폴더로 다운로드된 MP3파일은 그 즉시 다른 이용자들이 다운로드 받을 수 있게 되는 점, 이용자들 사이에는 MP3파일을 공유한다는 공통의 목적 외에 별다른 인적 유대관계가 없고, 아이디만을 확인할 수 있을 뿐 아무런 개인적인 정보도 공유되고 있지 아니한 점, 이 사건 가처분결정에 의해 소리바다 서비스가 중단되기 이전 등록 회원의 수 및 접속규모가 막대한 점 등에 비추어 보면, 소리바다 이용자들의 이 사건 MP3파일 복제행위는 개인, 가정 또는 이에 준하는 한정된 범위에서의 이용이라고는 볼 수 없다 할 것이므로, 채무자들의 사적이용을 위한 복제 항변은 더 살필 필요가 없이 이유 없다.

한편, 채무자들은, 소리바다 이용자들이 MP3파일을 다운로드 받는 것은 종래 라디오, 텔레비전이나 판매점포에 비치된 샘플 CD 등을 통해 구매하고자 하는 음반을 미리 들어보는 것에 대응되는 행위에 불과하므로 복제권 침해에 해당하지 않는다고 주장하나(이른바 '샘플링의 항변'이다), 설사 소리바다 이용자들이 구매하고자 하는 음반을 미리 들어볼 목적으로 MP3파일을 다운로드 받았다 하더라도, 소리바다 이용자들의 이와 같은 상호 파일 다운로드 행위는 CD의 대체물로서의 영구적인 복제물에 해당하는 MP3파일을 서로 주고받는 행위로서, 임시로 몇 회 정도 판매점포 등에 비치된 샘플 CD를 통해 구매하고자 하는 음반을 미리 들어보는 것과 동일하다고 평가될 수는 없는 것이므로, 위 주장도 이유 없다.

라. 전송권과 관련된 주장

채무자들은, 이 사건에 있어서와 같이 MP3파일을 공유폴더에 두어 다른 이용자로 하여금 다운로드 받을 수 있게 하거나 또는 다른 이용자의 공유폴더에 있는 MP3파일을 다운로드 받는 행위는 인터넷을 통한 전송에 필연적으로 수반되는 복제행위로서 저작권법상 전송의 개념에 포함되어 복제권이 아니라 전송권으로써만 보호받아야 되는데, 현행 저작권법에 있어서는 저작인접권자에게 별도로 전송권을 부여하지 아니하고 있으므로, 위와 같은 복제행위가 있다 하더라도 음반제작자인 채권자들이 전송권으로써 보호받지 못하는 이상 별도로 복제권 침해가 되는 것은 아니라고 주장한다(채무자들은 소리바다 이용자들의 업로드 행위도 저작권법상 전송에 해당하고 배포에는 해당하지 아니하여 배포권 침해가 인정될 여지가 없다고 주장하나, 앞서 본 바와 같이 배포권 침해를 인정하지 아니하고 있으므로, 복제권 침해에 관하여만 판단한다).

살피건대, 전송이란 일반공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 수신하거나 이용할 수 있도록 저작물을 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것인바(저작권법 제2조 제9호의2), 이용자들의 업로드 행위는 접속시마다 변경되는 최대 5,000명에 이르는 다른 이용자들이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 수신하거나 이용할 수 있도록 저작물을 유선통신의 방법에 의하여 이용에 제공하는 것에 해당하여 전송행위로 볼 수 있으나 {따라서, 음반제작자들에게도 전송권을 인정하는 개정 저작권법(2004. 10. 16. 법률 제7233호로 개정된 것)이 시행되는 2005. 1. 17. 이후에는 위 행위가 음반제작자들의 전송권을 침해할 여지가 있다}, 이러한 방법을 이용하여 다운로드 받은 MP3파일을 개인의 하드디스크 등에 저장하는 행위는 전송의 개념을 넘어 복제에 해당한다 할 것이므로 (이러한 복제행위는 전송행위에 필연적으로 수반되는 것이라고 볼 수도 없다), 채무자들의 위 주장은 이유 없다.

5. 채무자들의 저작인접권 침해 여부에 대한 판단

가. 협의의 공동불법행위 성립 여부

민법 제760조 제1항의 공동불법행위가 성립하려면 행위자 사이에 의사(의사)의 공통이나 행위공동의 인식까지 필요한 것은 아니지만 객관적으로 보아 피해자에 대한 권리침해가 공동으로 행하여지고 그 행위가 손해발생에 대하여 공통의 원인이 되었다고 인정되는 경우라야 할 것이고, 또한 그 각 행위는 독립적으로 불법행위에 해당하여야 할 것인바(대법원 1989. 5. 23. 선고 87다카2723 판결, 대법원 1996. 5. 14. 선고 95다45767 판결 등 참조), 앞서 본 바와 같이 채무자들이 소리바다 서버를 운영하면서 아이디 등 접속에 관한 정보만을 관리하고 있기 때문에 개별 이용자들의 구체적인 불법 MP3파일 공유 및 다운로드 행위를 확정적으로 인식하기는 어려웠던 점, 노래 검색 및 검색결과의 전송 그리고 다운로드 과정에는 소리바다 서버가 전혀 관여하지 않고 있는 점 등 채무자들이 서버를 운영하면서 이

용자들에 의한 복제권 침해행위에 관여한 정도에 비추어 볼 때, 비록 소리바다 서버에의 접속이 필수적이기는 하나, 이것만으로 채무자들이 독립적으로 이 사건 음반제작자들의 복제권을 침해하였다거나 협의의 공동불법행위가 성립할 정도로 직접적이고 밀접하게 그 침해행위에 관여하였다고 평가하기는 어렵다고 할 것이므로(채무자들이 소리바다 프로그램을 제작하거나 배포하여 제3자들로 하여금 이용하도록 한 행위 자체를 가지고 바로 저작권접권 침해 책임을 지우기는 어렵다), 채권자들의 위 주장은 이유 없다.

나. 방조행위 성립 여부

- (1) 민법 제760조 제3항의 "방조"라 함은 불법행위를 용이하게 하는 직접·간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 형법과 달리 손해의 전보를 목적으로 하여 과실을 원칙적으로 고의와 동일시하는 민법의 해석으로서는 과실에 의한 방조도 가능하다고 할 것이며, 이 경우의 과실의 내용은 불법행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음을 전제로 하여 이 의무에 위반하는 것을 말한다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2002다35850 판결 등 참조).

일반적으로 P2P 방식에 의한 파일공유 시스템(이하 'P2P 시스템'이라 한다)에서는 이용자들에 의한 디지털 형태의 저작 복제물 무단 유통이 발생할 개연성이 있다고 할 것이나, 그렇다 하더라도 모든 형태의 P2P 시스템 운영자들이 획일적으로 이용자들의 저작권접권 등 침해행위에 대하여 방조책임을 부담한다고 단정할 수는 없고, 운영자가 서버를 운영하면서 그 서버를 통하여 이용자들의 파일공유 및 교환 행위에 관여하고 있는 정도, 운영자의 개입이 없이도 이용자들이 자체적으로 파일공유 등 행위를 할 수 있는지 여부, 저작권접권 등 침해행위를 하는 이용자가 있는 경우 운영자가 이를 발견하고 그에 대하여 서비스 이용을 제한할 수 있는지 여부, P2P 시스템이 파일공유 기능 자체 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 살펴보고, 운영자가 이용자들의 파일공유 등으로 인한 저작권접권 등 침해행위를 미필적이나마 인식하고서도 이를 용이하게 할 수 있도록 도와주거나, 이러한 침해행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음에도 이를 위반하는 경우라고 평가되는 경우에만 방조책임을 인정하여야 할 것이다.

- (2) 앞서 든 각 증거에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 채무자들은 처음부터 프로그램 및 서비스 이름을 "소리바다"라고 명명하고 MP3파일만 공유되도록 설계하여 개발한 점, 채무자들이 소리바다 프로그램을 개발할 당시에는 외국에서는 이미 냅스터(Napster) 등 다른 P2P 방식 서비스를 통한 저작권접권 등 침해가 문제되어 법적 분쟁으로까지 비화되고 있었던 점, 채무자들은 아이디, 비밀번호, IP주소 등이 담긴 이용자 목록을 작성, 관리하고 있었고 매일 1, 2회 가량 다른 일반 사용자와 같은 방법으로 접속하여 서비스 운영상태를 점검하였으므로 이용자들의 저작권접권 침해를 미필적이나마 알았거나 알 수 있었던 점, 이용자들은 소리바다 서버에 접속하여야만 파일공유를 할 수 있으므로 아이디를 판별하여 접속을 거부함으로써 침해행위를 하는 이용자들의 파일공유를 제한할 수도 있었던 것으로 보이는 점, 소리바다 서비스에는 이용자가 검색된 MP3파일 중 가장 다운로드 속도가 빠르면서도 음질이 양호한 것을 선택하여 다운로드 받을 수 있도록 지원하는 정렬 기능과 다운로드 중에 실시간으로 해당 파일을 들어 볼 수 있는 기능 및 이용자들 상호간 MP3파일을 공유할 수 있는 채팅 기능 등 이용자들의 MP3파일 다운로드를 촉진시키는 다양한 기능이 있는 점, 채무자들은 소리바다 서비스 개시 당시 향후 수익성을 높이 평가 받아 서버를 무료로 제공받기도 하고 소리바다 서비스 운영을 통하여 얻은 인지도를 이용하여 수익을 얻을

계획이었던 점, MP3파일 공유 서비스를 통하여 공유되는 파일은 대부분 저작권접권 침해가 문제되는 것임을 경험
 직상 충분히 예상할 수 있었던 점 등을 종합하여 보면, P2P 방식에 의한 MP3파일 공유 및 교환 기능을 수행하는 소
 리바다 프로그램을 개발하고 이를 이용한 소리바다 서비스를 운영하는 채무자들로서는, 소리바다 서비스를 통하여
 이용자에게 의한 이 사건 음반제작자들을 포함한 다수의 음반제작자들의 저작권접권 침해행위가 발생하리라는 사
 정을 미필적으로 인식하였거나 충분히 예견할 수 있었다고 볼 것임에도, 채무자들은 소리바다 프로그램 설치 화면
 상에 경고문을 고지하는 이외에는 이용자들의 저작권접권 침해행위를 방지할 만한 아무런 조치를 취하지 아니한
 채 소리바다 프로그램을 개발하고 MP3파일 공유 및 교환을 하는데 필수적인 서버를 운영하여 MP3파일 공유 서비
 스를 제공함으로써 이용자들의 저작권접권 침해행위를 용이하게 하였으므로, 이용자들의 이 사건 음반제작자들 저
 작인접권 침해행위에 대한 방조책임을 부담한다고 할 것이다.

- (3) 채무자들은, 소리바다 서비스의 경우 이용자들의 검색, 다운로드 행위 등은 소리바다 서버를 경유하지 않고 개별적
 으로 이루어지는 것이어서 채무자들은 이용자들의 파일공유행위에 실제로 관여한 바가 없고, 또한 채무자들은 소리
 바다 이용자들에게 저작권 등 침해에 대한 경고를 하였을 뿐 아니라, 소리바다 서비스를 이용하여 적법한 파일들도
 많이 공유되고 있으므로, 이용자들의 위법한 파일 공유 및 교환 행위에 대하여 방조 책임을 부담하지 아니한다고 주
 장한다.

살피건대, 이용자들이 위법하게 MP3파일을 현실적으로 복제하는 과정에 있어서는 소리바다 서버가 관여하지 아니하고
 , 프로그램 설치 화면을 통하여 이용자들에게 저작권 침해에 대한 경고를 하였다 하더라도, 앞서 본 바와 같이, 채무
 자들이 소리바다 서비스를 통한 저작권접권 침해행위를 충분히 예견하거나 예견할 수 있었음에도 소리바다 프로그
 램 및 서버를 이용한 MP3파일 공유 서비스를 제공한 이상 이용자들의 저작권접권 침해행위에 대한 방조 책임을 벗
 어날 수 없다고 할 것이고, 이는 소리바다 서비스를 통하여 적법한 파일들이 다수 공유되고 있다고 하여 달리 볼 것
 은 아니라고 할 것이므로, 채무자들의 위 주장은 이유 없다.

- (4) 채무자들은, 온라인서비스제공자인 채무자들이 소리바다 서비스 이용자들의 침해행위를 방지하고 중단시킬 수 있
 는 기술적 수단이 없으므로 저작권법상 온라인서비스제공자의 책임제한 규정에 의하여 책임이 면제된다는 취지로
 주장하므로 살피건대, 앞서 든 증거들에 의하면, 채무자들은 소리바다 서비스를 통하여 동영상 등 MP3파일이 아닌
 파일들이 공유되자 파일 중 파일 정보를 담고 있는 부분(파일헤드)까지 조사하여 MP3파일이 아닌 다른 형식의 파
 일은 공유되지 못하도록 한 사실, 2001. 11.경에는 소리바다 서비스를 통해 음란물이 유통되는 것을 차단하는 기능
 을 부가한 사실이 소명되는바, 이러한 사실에 비추어 보면, 저작권접권 침해가 문제되는 MP3파일의 소리바다 서비
 스를 통한 복제를 일부라도 방지할 기술적 수단마저 전혀 없는지는 의문이고, 채무자들이 이와 같이 소리바다 서비
 스의 기능 향상을 위한 조치는 적극적으로 취하면서도 저작권접권 침해에 관하여는 경고문을 게시하는 이외에는
 아무런 방지 노력을 하지 아니한 이상 자신들의 방조 행위에 대한 면책을 주장할 수는 없다고 할 것이므로, 위 주장
 은 이유 없다.

6. 정지청구권 행사 가능 여부에 대한 판단

가. 정지 등 청구의 주체

- (1) 저작권법 제91조 제1항은 "저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리를 가진 자"는 침해의 정지를 청구할 수 있다고 규정하고 있는데, 앞서 본 바와 같이 음반제작자인 채권자들은 해당 음반에 대한 저작권법 제2조 제7호의 음반제작자에 해당하므로, 저작인접권자로서 이 사건 정지청구를 할 수 있음은 당연하다.
- (2) 한편, 이엠아이뮤직인터내셔널서비스사와 비엠지엔터테인먼트사가 음반제작자로 되어 있는 음반들의 경우에는 우리 나라가 1987. 10. 10., 미국이 1974. 3. 10., 영국이 1973. 4. 18. 각 가입하여 당사국이 된 "음반의 무단복제로부터 음반제작자를 보호하기 위한 협약(Convention for the Protection of Producers of Phonograms against Unauthorized Duplication of Their Phonograms)" 및 저작권법 제61조 제2호 다목(대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호되는 음반으로서 체약국내에서 최초로 고정된 음반)에 의하여 저작인접권이 보호되고, 실시권자인 채권자들은 위 음반제작자들과의 실시권 계약에 기하여 위 음반제작자들에게 국내에서의 저작인접권 침해에 대한 보호조치를 취할 것을 청구할 수 있다.

그런데, 위 음반제작자들이 스스로 국내에서 음반제작자로서의 저작인접권을 행사하지 아니하고 있는 사실은 당사자 사이에 다툼이 없고, 실시권자인 채권자들의 위 음반들에 대한 국내에서의 실시권에 대한 보전의 필요성도 인정되므로(국내에서의 실시권을 보호하기 위하여 정지청구를 구할 독자적인 이익도 있다고 판단된다), 실시권자인 채권자들은 위 음반제작자들의 저작인접권을 대위행사하여 이 사건 정지청구를 할 수 있다고 할 것이다.

채무자들은, 실시권자인 채권자들과 위 외국 음반제작자들의 계약상 채권자들의 저작인접권 등 대위행사가 금지되어 있다고 주장하므로 살피건대, 소갑 24호증의 1의 기재에 의하면 채권자 이엠아이뮤직코리아 주식회사와 이엠아이뮤직인터내셔널서비스사 사이에 체결된 실시권 계약에 "각 당사자는 상대방을 위한 대리인으로 활동하거나 상대방 이름으로 또는 상대방을 대표하여 계약을 체결할 수 없다"(제26조), "채권자 이엠아이뮤직코리아 주식회사는 계약 대상 상표와 유사한 상표 등의 부정한 사용을 알게 된 경우 이를 통지할 의무가 있다"(제18조 (E)항)는 내용의 규정이 있는 사실은 인정되나, 위 인정사실만으로는 위 채권자들의 이 사건 정지청구권의 대위행사가 금지되어 있다고 볼 수 없고, 달리 위 외국 음반제작자들과 채권자 이엠아이뮤직코리아 주식회사, 주식회사 한국비엠지뮤직 사이의 실시권 계약상 저작인접권 침해행위를 방지하기 위한 저작인접권 대위행사를 금지하는 내용이 포함되어 있다는 점을 인정할 증거가 없으므로{오히려 위 실시권 계약에는 채권자 이엠아이뮤직코리아 주식회사가 계약 대상 음반의 저작권을 보호하기 위하여 법률적 조치를 취할 의무를 부담한다는 취지의 규정(제11조)이 포함되어 있다}, 위 주장은 이유 없다.

나. 정지 등 청구의 상대방

채무자들은, 저작권법 제91조 제1항은 정지 등 청구의 상대방을 "그 권리를 침해하는 자"라고 규정하고 있는바, 방조행위에 해당하는 일정한 행위 유형을 저작권 등 권리의 침해로 본다고 규정하고 있는 저작권법 제92조의 취지에 비추어 볼 때(특허법 제127조, 실용신안법 제43조, 상표법 제66조의 규정도 마찬가지이다), 저작권법 제91조의 정지 등 청구권은 저작권 등 권리의 직접 침해자 및 위 제92조에 의하여 직접 침해를 한 것으로 간주되는 자에 대하여만 행사할 수 있을 뿐 일반 방조자에 대하여는 행사할 수 없다고 주장한다.

살피건대, 저작권법 제92조 등에서 일정한 행위를 침해로 본다는 규정을 두고 있다 하더라도 이것으로써 이에 해당하지 아니한 방조행위를 한 자를 정지 등 청구의 대상에서 제외할 수 없다고(위 규정에서 규정하고 있는 행위 유형들이 저작권 등 침해의 방조행위를 제한적으로 열거하고 있는 것으로 보기 어렵고, 오히려 침해의 방조행위에 포섭되기 어려운 행위들도 포함하여 청구의 대상을 넓히고 있다), 한편 저작권법 제91조 제1항에서는 구제의 실효성 확보를 위하여 손해배상청구권 이외에 별도로 정지 등 청구권을 인정하고 있는 점, 민법 제760조 제3항에는 방조자도 공동불법행위자로 보고 책임을 지우고 있는 점, 이 사건에 있어서와 같이 이용자들이 저작권법 제91조 제1항에서 정지 등 청구의 상대방을 "그 권리를 침해하는 자"라고 규정하여 획일적으로 방조자를 제외하고 있지 아니한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 정지 등 청구의 상대방이 이 사건 음반제작자들의 저작권을 침해하고 있는 소리바다 이용자들이 국한된다고 볼 수 없고, 이러한 침해행위를 방조하고 있는 채무자들도 정지 등 청구의 상대방이 될 수 있다고 할 것이므로, 위 주장은 이유 없다.

다.

정지 등 청구의 대상

(1) 채권자들은 직접 또는 대위하여 소리바다 이용자들의 저작권법 제91조 제1항에서 정지 등 청구의 상대방을 "그 권리를 침해하는 자"라고 규정하여 획일적으로 방조자를 제외하고 있지 아니한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 정지 등 청구의 상대방이 이 사건 음반제작자들의 저작권을 침해하고 있는 소리바다 이용자들이 국한된다고 볼 수 없고, 이러한 침해행위를 방조하고 있는 채무자들도 정지 등 청구의 상대방이 될 수 있다고 할 것이므로, 위 주장은 이유 없다.

(2) 채무자들은, 자신들에게는 이용자들의 다운로드를 막을 수 있는 수단이 없으므로 이러한 의무는 채무자들이 통제할 수 없는 제3자의 행위를 대상으로 한 것이어서 부당하고, 소리바다 서비스 운영 자체의 금지를 구하는 것은 저작권의 보호범위를 넘는 것으로 온라인서비스제공자의 책임제한 규정 및 과잉금지 원칙 등에 비추어 허용될 수 없다고 주장한다.

살피건대, 앞서 본 바와 같이 이용자들이 다운로드를 함에 있어 소리바다 서버에의 접속은 필수적인 전제 요소로 되어 있으므로, 위와 같은 이용자들의 다운로드 행위로 인하여 저작권법 제91조 제1항에서 정지 등 청구의 상대방을 "그 권리를 침해하는 자"라고 규정하여 획일적으로 방조자를 제외하고 있지 아니한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 정지 등 청구의 상대방이 이 사건 음반제작자들의 저작권을 침해하고 있는 소리바다 이용자들이 국한된다고 볼 수 없고, 이러한 침해행위를 방조하고 있는 채무자들도 정지 등 청구의 상대방이 될 수 있다고 할 것이므로, 위 주장은 이유 없다.

MP3파일을 다운로드 받는 것을 선별하여 정지시킬 수 없다는 것이고, 그렇다면 소리바다 서비스에 제공되는 서버의 사용정지를 통하여만 침해행위 정지의 결과를 효과적으로 달성할 수 있다고 보여지므로, 채무자들의 위 주장은 이유 없다(앞서 본 바와 같이 채무자들은 경고문을 게시하는 이외에는 이용자들의 다운로드 등 권리 침해행위를 방지하기 위한 아무런 조치도 취하지 아니하고 있으므로, 저작권법상 온라인서비스제공자의 책임면제 등을 주장할 수도 없다).

7. 보전의 필요성에 대한 판단

이 사건 가처분결정으로 서비스가 중단되기 직전의 소리바다 서비스의 이용자 규모, 소리바다 서비스 개시를 전후한 음반 판매량의 감소 상황 등 앞서 본 사실에 비추어 보면, 소리바다 서비스가 계속되어 서비스 이용자들에 의하여 이 사건 노래에 관한 저작권접권이 침해될 경우에는 채권자들에게는 회복하기 어려운 현저한 손해가 발생하게 되고, 장래에도 이러한 손해발생 가능성이 있다고 보이므로, 이 사건 가처분 결정은 그 보전의 필요성이 소명된다고 할 것이다(비록 이 사건 가처분결정으로 인하여 현재 기존의 소리바다 서비스가 중단되고 채무자들이 이를 대체할 "소리바다2", "소리바다3" 등의 프로그램을 순차 개발하여 새로운 서비스를 제공하고 있다 할지라도, 이러한 서비스와 기존의 소리바다 서비스와의 기술적 차별성에 관하여는 당사자들 사이에 다툼이 있을 뿐 아니라, 서비스의 효율성이나 운영에 있어서의 경제성, 관리가능성 확보 측면에서 기존의 소리바다 서비스 방식이 다시 이용될 수 있는 가능성도 전혀 배제하기 어려우므로, 장래를 향한 보전의 필요성이 확정적으로 소멸하였다고 보기는 어렵다).

한편, 채무자들은 이 사건 가처분신청이 인용되더라도 채권자들에게는 별다른 영향이 없는 반면 이러한 가처분으로 인하여 향후 소리바다 서비스를 비롯한 P2P 시스템 등 인터넷 기술의 발전에 결정적 장애가 초래되므로, 그 보전의 필요성을 부정하여야 한다는 취지로 주장하나, 이 사건 가처분신청이 받아들여진다고 하더라도 채무자들이나 소리바다 서비스 제공 관련자들이 입을 수 있는 경제적 피해를 넘어서 그들에게 회복할 수 없는 손해가 발생할 것이라는 점이 소명되지 아니하는 점, 이 사건 가처분이 인용됨으로써 소리바다 서비스 이용자들이 감수하여야 할 일시적인 경제적 피해는 채권자들이 저작권접권 침해로부터 보호받아야 하는 이익에 비하여 현저하게 중요하다고 볼 수는 없는 점, 이 사건 가처분 결정을 전후하여 우리나라를 비롯한 각 국가에서는 저작권접권자 등과의 협의를 거쳐 그들에게 정당한 대가를 지급하고 권리를 침해함이 없이 MP3파일 공유 등의 서비스를 제공하는 방향으로 나아가고 있는 추세인 점 등에 비추어 보면, 채무자들의 저작권접권 침해가 인정되는 이 사건에 있어 그 보전의 필요성이 부정된다고 보기는 어렵다.

8. 결론

그렇다면, 채권자들의 이 사건 가처분 신청은 위 인정 범위 내에서 그 피보전권리의 소명이 있고 보전의 필요성도 인정되므로 그 범위 내에서 이를 인가하며, 그 범위를 초과하는 부분은 취소하고, 그 취소부분에 해당하는 가처분신청은 기각할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을 달리 하여 부당하므로, 채무자들의 항소를 일부 받아들여 제1심 판결을 위와 같이 변경한다.

판사 박일환(재판장) 강영수 이상윤