

# 디지털 저작물의 이용활성화 방안 연구용역

2006.

한국저작권법학회

# 제1장 서론

## I. 연구의 목적과 범위

### 1. 연구의 목적과 필요성

저작권법은 문화·예술 분야의 독창적 표현물인 저작물을 보호대상으로 한다. 저작권법은 저작자의 창작 의욕을 자극하고 나아가 문화발전을 꾀하기 위해 저작자에게 저작물의 이용을 통제할 수 있도록 일정한 권리를 부여하고 있다. 즉 저작권법은 저작물의 창작자와 전달 매개자에게 각각 저작권(copyright)과 저작인접권(neighboring right)을 인정하고 있다. 동시에 저작물의 원활한 유통과 이용을 도모하기 위해 정당한 범위 내에서 일정한 자유사용과 공정이용(fair use)을 담보하기 위한 여러 가지 제도적 장치도 두고 있다. 공정이용이란 저작자와 경쟁을 하지 않는 한 저작물을 자유롭게 이용할 수 있다는 원칙을 말한다. 저작권법의 목적은 권리보호 뿐만 아니라 저작물의 공정한 이용의 도모라는 양 축의 균형이 유지되어야 제대로 달성될 수 있다.

그런데 디지털 인터넷 환경은 디지털저작물의 보호와 이용의 균형유지에 위협적인 요인을 다수 제공하고 있다. 특히 최근 출판, 음악, 방송등 주요 저작물들의 제작, 유통, 이용 환경이 디지털로 전환됨에 따라 P2P, 스트리밍 음악서비스 분쟁에서 나타나듯이 기존의 아날로그 환경을 바탕으로 만들어진 저작권법 체계의 전반적인 재검토가 불가피해 졌다. 이러한 상황과 관련하여 국내에서의 대부분의 논의는 디지털 인터넷 환경이 저작권자에게 가져오는 위험을 분석하고 이를 극복할 수 있는 저작권강화정책에 초점을 맞춘 결과, 인터넷시대를 맞이하여 추진된 일련의 저작권법 개정은 저작물의 공정 이용 측면보다는 저작자의 권리 보호 측면에 무게가 실려 있다는 사실을 부인 할 수 없다. 따라서 디지털저작물의 보호강화를 위해 신설된 전송권과 디지털 복제권에 대한 권리 역시 '공정한 이용'을 통한 문화의 향상 발전을 위하여 제한될 필요가 있다는 반론도 만만치 않다. 전송권을 배타적 권리로 하지 말고 채권적인 보상청구권으로 전환하여야 한다는 반론도 제기되고 있다. 중립적 입장에서 시민운동화 하고 있는 크리에이티브 코먼(creative common)도 디지털딜레마를 극복하여 새로운 균형을 이루어내어야 한다는 지상의 과제달성의 유효한 수단이 될 수 있다는 측면에서 주목받고 있다.

한편 최근 한-미 자유무역협정(FTA; Free Trade Agreement)의 체결과정에서 저작권 분야에 대처하기 위한 기존의 제도 연구는 주로 미국의 예상 요구에 대한 개별 사안별 대응책 마련에 집중되어 있어 권리 강화 이후 기울어진 축을 바로 세워 디지털저작물의 이용활성화를 위한 대책에 관한 연구가 거의 부재한 실정에 있다. 따라서 한-미 FTA가 체결되면 우리나라의 (디지털) 저작권 보호수준이 현행 우리 저작권법 수준보다 강화가 예상되는 만큼, 이에 대비 일반 국민, 네티즌 등 저작물 이용자들의 정보 접근 및 이용 활성화를 위한 대책 강구에 필요한 쟁점들을 구체적으로 검토해 볼 필요가 있다.

또한 저작권 문화산업(Copyright Industry)은 21세기 IT 산업과 더불어 우리나라의 양대 국가 성장 동력이 될 것으로 전망되고 있어, 저작권 산업의 발전을 위해 저작물 이용을 보다 원활하게 해줄 정책 개발이 필요하다. 아울러 사용자손수제작물(UCC; User Created Contents)이 증가하고, 블로그 환경, 와이브로 등 새롭

게 등장한 웹2.0 이용 환경 속에서 디지털저작물의 창출과 이용활성화 정책의 틀을 재구축해야 할 필요성도 높아가고 있다. 이로써 디지털 시대의 저작권자, 저작인접권자들과 저작물 이용자들 간의 권리보호와 이용활성화의 균형을 통해 저작물 창작 환경을 개선하여 우리나라의 21세기 문화 콘텐츠 강국 도약에 기여할 수 있는 방안에 대한 방향성제시와 구체적인 마련을 본 연구의 목적으로 한다.

## 2. 연구의 범위와 접근방법

### 가. 연구의 범위

상술한 목적을 달성하기 위하여 우선 디지털 저작물의 정의와 그 본질적 특성에 대한 고찰을 통하여 정보자원으로서 디지털저작물에 대한 법적규율의 어려움과 디지털딜레마를 고찰해 본다.

이를 위해 저작권의 보호객체로서 재화적 가치 있는 정보가 지닌 고유한 2가지 속성(비경합성과 비배제성) 고찰 및 정보의 존재가치 실현 관련 갈등과 딜레마적인 상황 결과를 분석해 본다. 아울러 이용통제를 강화하게 된 저작권환경변화와 판매보다는 라이선스에 의존하게 된 현실 등의 검토 및 점차 플랫폼화 되어가고 있는 디지털저작물에의 접근환경과 이용자 참여가 활발한 환경 변화속의 저작물 이용활성화 방안 강구를 위한 기본적인 방향성을 제시해 본다.

**제2장에서는** 최근 한미 FTA 체결 등 저작권 환경변화와 디지털 저작물의 이용활성화 필요성에 관하여 종합정리를 시도해 본다. 이를 위해 첫째, 그간 저작물의 디지털 이슈를 반영한 국제조약의 체결현황과 국내법예의 수용과정을 정리해 본다. 둘째, 한미 FTA 체결과 그 이행으로 악화된 저작물 이용환경의 회복이란 관점에서 한미 FTA 체결과 저작권법상 쟁점은 무엇이며, 향후 이행을 위한 저작권법 개정을 통해 예상되는 변화 및 강화된 저작권 보호환경으로부터 균형추 회복의 필요성을 고찰하되 통합협정문상의 미국의 주요 요구사항(예 : 일시적 복제, 기술조치 보호, 온라인서비스제공자의 책임강화, 보호기간 연장, 병행수입금지) 인정 시, 저작권 강화로 인한 개별 쟁점 별 대책 방안을 강구해 본다. 아울러 한미 FTA 통과 시, 자칫 저작물 이용환경이 악화로 인한 창작 동기 감퇴 우려를 바탕으로, 이미 미국과 FTA를 체결한 국가 등을 비교 분석하여 이용환경 변화 양상, 우리나라 저작물 창작 환경 악화 가능성을 검토해 본다.

셋째, UCC(User Created Contents), 블로그 환경, 위키피디아 등 이른바, 웹2.0으로 대표 되는 신이용 환경 속에서 디지털저작물의 이용활성화 정책 틀 재구축 필요성 검토해 본다. 아울러 이러한 제반 여건 변화속에서 디지털저작물의 이용활성화의 방향성과 주요과제를 1) 저작물에의 접근의 효율성 보장 2) 저작물 이용의 편의성 도모 3) 공정이용도모 및 권리의 불합리한 제한 금지라는 관점에서 과제를 정리해 본다.

**제3장에서는** 미국과의 FTA 이행 또는 이용활성화를 위한 해외 입법 동향에 관한 고찰을 통하여 향후 우리 국내 저작권법 개정 등예의 시사점을 도출, 정리해 본다. 이를 위해서 먼저 미국과의 FTA 이행을 위하여 호주가 취해온 저작권법 개정과정을 그 대표적인 FTA 이행사례로 자세히 살펴본다. 이용활성화를 위한 해외 입법 동향에 관해서는 미국을 중심으로 살펴본다. 최근 입안된 저작권자 불명의 저작물(

Orphan Works)과 관련한 법령, Digital Choice and Freedom Act of 2002 및 "TECHA"로 약칭되는 “기술, 교육 및 저작권 조화법”에 대해서도 자세히 살펴본다. 아울러 DRM 호환성을 담보한 2006년 프랑스 저작권법 개정내용도 고찰해 본다.

**제4장에서는** 국제적견지에서 저작권 예외와 제한 및 권리제한 입법의 국제법적 한계를 검토해 본다. 이는 이용활성화를 위한 권리제한 입법을 시도할 경우 최소한도로 지켜야 할 국제규범의 원칙이 상존하고 있기 때문이다. 즉 앞서 이용활성화 필요성에 기초하여 향후 저작권이나 저작인접권에 대한 제한입법은 국제적인 룰에 따라야 하는 바, 베른협약과 TRIPs협정상 저작권의 일반적 제한 3단계론에 분명한 토대를 두고 이루어져야 한다. 이를 위해 저작권 예외와 제한 일반론을 간략히 살펴본 후 국제조약상 권리제한을 위한 “3단계 테스트 원칙”에 대하여 집중 조명 한다. 아울러 실재 특정 국가의 저작권제한 규정이 이 원칙 위배로 WTO 분쟁해결절차에 회부된 사례도 고찰해 봄으로써 국내 저작권법에 수용시에 재검토되어야 할 사항에 대해서도 정리해 본다.

**제5장에서는** 영미 법상 공정이용(Fair Use) 개념 법리 도입을 통한 디지털 저작물 이용 활성화 방안에 대하여 고찰해 본다.

미국에서는 판례법으로 저작권에 대한 일반적 제한의 법리로 공정이용(Fair Use) 해당 여부를 그 기준으로 하여 왔던 바, 일반적으로 저작물 이용의 목적, 상업적인 성격이 있는지의 여부, 저작물 전체에서 이용되는 부분의 비중, 저작물의 잠재적 시장에 미치는 영향 등을 그 해당여부 기준으로 사용해 왔고 미국 저작권법은 이를 명문화(17 U.S.C. § 107)하고 있다. 이에 비해 대륙법계 저작권법을 계수한 우리나라는 공정이용에 관한 일반조항을 두고 있지는 않다. 다만 우리 저작권법은 특정 목적이 있는 경우(저작권법 제22조 내지 제25조), 상업성이 없는 경우(저작권법 제26조, 제27조) 등에 한하여 저작권의 제한사항을 한정열거하고 있다. 디지털 시대 공정이용(Fair Use) 조항의 역할을 조명해 본 후 영미법상 공정이용(Fair Use)의 법리와 그 적용영역을 상세히 고찰해 본다. 이를 토대로 이 법리를 저작권제한의 일반법리로 국내 저작권법에 수용을 위한 제반 법률적 검토하되 특히 디지털 환경하에서 공정이용 여부가 재검토되어야 할 사항들을 구체적으로 점검해 본다.

**제6장에서는** 디지털저작물에의 용이한 접근 및 권리처리를 통한 이용활성화 방안들에 대하여 다각적으로 살펴본다. 먼저 이용자의 권리로서 ‘접근권’의 인정여부에 대하여 고찰해 보고 저작물 판매 후 유통의 활성화법리에 작용할 수 있는 ‘디지털 권리소진의 원칙’에 관한 논의를 통하여 디지털저작물에 대한 권리소진에 대해서도 함의를 도출해 본다. 나아가 현행 법정허락제도의 위상을 재검토해 본다. 즉 현재 저작 재산권자가 불명인 경우, 공표된 저작물을 공익상 필요에 의하여 방송하는 경우, 우리나라에서 판매되어 3년이 경과된 음반의 경우(각각 제 47조, 48조, 50조)만을 법정 허락대상으로 하고 있으며 활용도란 측면에서 거의 死文化되어 있는 법정허락제도의 개선을 통하여 디지털저작물의 이용활성화를 꾀할 수 있는 방안을 비교법적 관점에서 시도해 본다. 아울러 공유적 표시제도의 활성화 방안을 점검해 본다. 디지털저작물과 CCL 및 정보공유 라이선스 2.0의 활성화와 나아가 온라인콘텐츠산업발전법상의 표시제도 개선방안에 대해서 고찰해 본다. 마지막으로 디지털저작물 보호를 위한 기술적보

호조치의 예외와 DRM 상호호환성 확보를 통한 이용활성화 방안을 검토해 본다.

제7장에서는 이상의 제반 논의를 종합하여 기본방향성을 정리한 후, 향후 디지털저작물 이용활성화를 위하여 고려하거나 취하여야 할 제반 조치들을 종합 정리하면서 결론에 가늠하고자 한다.

## 나. 연구 접근방법 및 활용방안

### (1) 연구의 접근방법

본 연구는 제한된 연구기간으로 인해 실태조사를 통한 실증적인 고찰을 시도할 수 없는 한계가 있어 주로 문헌적 연구에 의존할 수밖에 없다. 따라서 최근 디지털저작권의 이용활성화와 관련한 국내·외 입법 사례 조사를 통하여 비교법적 시각에서 시사점을 도출해 보는 방향으로 접근해 본다.

한-미FTA 체결후 후속 입법례는 호주가 가장 비슷한 처지에 있으므로 호주의 시행법과 저작권법 개정내용을 자세히 고찰해 본다. 이 밖에 디지털 시대 Fair Use 조항의 역할 분석과 각종 디지털저작물 이용활성화 방안에 대한 심층적 논의에 있어서는 미국, 프랑스 등 이미 관련 사항들을 입법화한 국가들의 입법 배경과 내용 등을 조사해 본다. 특히 미국의 경우에는 저작자 미확인 저작물법안(Orphan Works Act of 2006, H.R. 5439) 및 기술,교육 및 저작권조화법안(Technology, Education, and Copyright Harmonization Act) 등을 중심으로 최근 입법 논의가 비교적 활발하였던 몇 가지 추가 법안을 대상으로 고찰한다.

### (2) 연구결과의 활용 방안

첫째, 한-미 FTA 체결시 일반 국민, 네티즌 등 저작물 이용자들의 정보 접근 및 이용활성화를 위한 대책 마련에 참고할 수 있도록 한다.

둘째, 디지털 시대 저작권자, 저작인접권자들과 저작물 이용자들의 권리 균형을 통해 저작물 창작 환경 개선 기회로 활용할 수 있도록 한다.

## II. 디지털 저작물의 본질적 특성과 디지털딜레마 극복 방향성

### 1. 디지털저작물의 정의와 구분

저작물이라 함은 “문학 예술 학술 분야에 속하는 지적 창작물로서 인간의 사상과 감정의 표현물”이라고 정의해 볼 수 있다.<sup>1)</sup> 이러한 저작물의 종류는 어문, 음악, 미술, 연극, 영화, 건축, 컴퓨터프로그램 등 그 표현방식에 따라 다양하다. 디지털저작물이란 그 가운데 디지털화 된 저작물만을 지칭한다. 미국의 일부 법안에서는<sup>2)</sup> '디지털 저작물(digital work)'이란 전체 혹은 부분이 디지털 형식이나 기타 비아날

1) 저작권법 규정 및 대법원 판례의 입장을 종합

2) 제3장의 II-3 참조

로그(nonanalog) 형식으로 된 문학적 저작물(literary work)(컴퓨터프로그램을 제외한), 녹음 또는 음악 저작물, 연극 저작물, 영화 또는 다른 시청각 저작물을 말한다고 정의 하고 있다. 최근 디지털 기술의 발전에 따라 인터넷 등 컴퓨터 네트워크를 통하여 교환, 전송될 수 있는 사진, 음악, 방송콘텐츠는 물론 교육용 소프트웨어, 게임소프트웨어, 영화, 전자책 등 디지털화 된 저작물이 급격하게 증가하고 있다<sup>3)</sup>. 이러한 디지털저작물보다 보다 일반적이고 포괄적인 용어로 “디지털콘텐츠”라는 용어가 사용되고 있으나 디지털콘텐츠가 모두 저작물성이 인정되는 것은 아니므로 이에 포함관계에 있다.

디지털콘텐츠	컴퓨터 프로그램(소프트웨어 포함)	컴포넌트		컴퓨터프로그램보호법
		컴포넌트		
	일반콘텐츠	각종 디지털 저작물 (창작성 있는 데이터베이스 포함)		저작권법
		비저작물	창작성 없는 데이터베이스 비데이터베이스	온라인 디지털콘텐츠산업 발전법

온라인 디지털콘텐츠산업 발전법 제2조 제1호에 따르면, “디지털콘텐츠”란 부호, 문자, 음성, 음향, 이미지 또는 영상 등으로 표현된 자료 또는 정보로서 그 보존 및 이용에 있어서 효용을 높일 수 있도록 전자적 형태로 제작 또는 처리된 것이라고 규정하고 있고, 같은 법 제2조 제2호에서는 “온라인디지털콘텐츠”란 정보통신망에서 사용되는 디지털콘텐츠라고 규정하고 있다.

문화산업진흥기본법 제2조 제4호에서는 “디지털콘텐츠”란 부호, 문자, 음성, 음향 및 영상 등의 자료 또는 정보로서 그 보존 및 이용에 효용을 높일 수 있도록 디지털형태로 제작 또는 처리한 것이라고 정의하고 있다. 이런 정의로부터 디지털저작물은 창작성이 있다는 점에서 비저작물인 디지털콘텐츠와 비교된다. 한편 디지털저작물은 저작물로서 재화적 가치를 가짐과 동시에 디지털 처리된 정보로서 매체에 고정되지 않고도 정보통신망을 통해 사용되는 것이라는 점에서 전통적인 아날로그 저작물과 구별된다고 볼 수 있다.

## 2. 정보의 본질적 특성

### 가. 정보의 은유적 특성

존페리 발로우는 아이디어의 경제<sup>4)</sup>에서 디지털시대 지적재산권 보호에 대한 문제점을 제기하면서 정보의 특징들에 대해 다음과 같이 은유적으로 소개한 바 있다.

3) 한국디지털재산법학회(연구수행자: 이상정·오승중), 「멀티미디어콘텐츠, 소프트웨어, 컴포넌트 등 신지식재산권의 보호방안 연구(연구보고서 2002-1)」, 프로그램심의조정위원회, 2002년 3월, 7면.

4) John Perry Barlow, The Economy of Ideas: A Framework for Rethinking Patents and Copyrights in the Digital Age; [www.unesco.or.kr](http://www.unesco.or.kr); [www.siteofthesentient.com/barlow.html](http://www.siteofthesentient.com/barlow.html)

첫째, 정보는 동사다. 정보는 야구가 아니라 던지기이고 무용수가 아니라 춤이다. 또한 이동하지 않는 정보는 단지 잠재적으로만 존재할 뿐이다.

둘째, 정보는 생명의 형식이다. 다른 생명형식과 마찬가지로 그들의 국지환경 즉 우리 인간들의 주변신념체계와 문화들의 가능 공간들을 채우기 위하여 진화하며, 끊임없이 변화하기를 원한다. 그러나 정보의 품질은 시간이 지날수록 급속하게 가치가 하락한다. 여기에서의 가치는 주관적이며 조건적이다. 예를 들어 과거의 신문은 그것이 오래될수록 역사가들에게는 더욱더 가치 있는 것일 것이나 상품브로커들은 한 시간 전에 일어난 사건의 뉴스를 일고의 가치도 없는 것으로 간주할 것이다.

셋째, 정보는 관계이다. 물질적 상품들에서 희소성과 가치는 직접적인 상관관계가 있지만 정보의 경우는 더 보편적인 것이 될수록 가치가 증대한다.

정보와 물질적 재화사이의 가장 핵심적인 경제적 차이는 정보가 원래 소유주의 소유에서 떠나지 않고도 전이될 수 있다는 점이다.

## 나. 공공재로서 정보의 본질적 2가지 특성<sup>5)</sup>

### (1) 비경합성(nonrivalrous)

公共財(public goods)<sup>6)</sup>로서 정보의 가장 두드러진 특징 중 하나는 비경합성(nonrivalrous)이다. 재화에 대한 한 사람의 ‘이용’이 다른 사람의 ‘이용’에 영향을 미치지 않는 특성이다. 예를 들어 누군가 내 휴대폰을 사용하기 위해서는 나로부터 휴대폰을 가져가야 한다. 다른 사람이 내 휴대폰을 가지고 있다는 것은 내가 그 휴대폰을 더 이상 가지고 있지 않다는 것과 같은 말이다. 즉 ‘이용의 경합’이 일어난다는 의미이다. 그러나 정보는 이와 다르다. 내가 가지고 있던 정보를 다른 사람에게 넘겼어도 나에게는 여전히 그 정보가 남아 있고 내가 그 정보를 즐기는 데는 아무런 영향을 받지 않는다. 동일한 정보를 한 사람이 사용하던 열 사람이 사용하던 백만 명이 사용하던 간에 그 독점적 가치는 떨어질지언정 최소한 각자의 이용에는 별다른 지장이 없다. 다른 재화와 달리 원본 자체의 물리적 위치가 바뀌는 것이 아니라 원본은 그대로 남아있고 새로운 사본이 만들어지는 형태로 그 점유의 이전이 발생하기 때문이다.

최근 저작권 분야의 화두였던 P2P 프로그램은 정보의 비경합성이 가능하게 하는 ‘긍정적 효과’를 잘 나타내고 있다. 사실 잘못 쓰여서 그렇지 P2P 프로그램 자체는 정보공유를 위해서 인류가 만들어낸 것들 중 최고의 작품이다. 인터넷이라는 새로운 네트워크를 가장 효율적으로 이용하는 플랫폼으로서 미디어의 한계를 뛰어 넘는 걸작이라 할 수 있다. P2P 플랫폼에 들어오는 이용자들은 타인의 정보를 공유하고자 한다. 미디어에 담겨 돌아다니는 정보를 입수하는 것이 아니라 타인이 갖고 있는 정보 그 자체에 직접적으로 접근하게 된다. 가장 흥미 있는 부분은 정보제공자가 제공행위 자체를 의식하지 않음에도 정보의 제공과 공유가 자연스럽게 이루어진다는 점이다. 타인의 정보에 접근하고자 하는 자는 자신도 모르게 다른 사람한테 자신의 정보를 제공하게 된다. 물론 공유폴더에 정보를 옮겨놓는 전제가 필요하

5) 윤종수, 저작물의 공유와 과제, 저작권의날 기념 세미나 자료집 (2006. 4. 26)

6) 다른 영역에서의 공공재의 대표적인 예로는 국방, 경찰의보호, TV시그널등을 들 수 있다.

지만 타인의 정보를 받아온 경우에는 이러한 사소한 절차도 필요 없이 그 순간 그 정보를 타인에게 제공하기 시작한다. 즉 어느 누구도 정보를 누가 가져가는지 개의치 않는다는 점이다. 이것이 정보의 비경합성이 가능하게 하는 ‘긍정적 효과’이다.

## (2) 비배제성(nonexcludable)

정보가 다른 재화와 구별되는 또 하나의 특징은 비배제성(nonexcludable)이다. 일단 정보가 한사람에게라도 이용되어진 후에는 다른 사람들의 접근을 막기가 불가능하거나 최소한 어렵게 된다는 의미이다. 이것은 비경합성의 또 다른 측면이라 할 수 있다. 재산권자가 자신의 재화를 컨트롤하는 가장 기본적인 방법은 그 재화의 점유를 컨트롤하는 것이다. 스스로 재화의 물리적 점유를 확보하거나 다른 사람에게 점유를 허락한 경우에도 최소한 누가 물리적으로 이를 점유하고 있는지를 파악함으로써 재화에 대한 점유를 통제한다. 그러나 정보의 경우는 상황이 다르다. 다른 사람의 이용이 자신의 이용에 영향을 미치지 않는다는 의미는 역으로 말하면 다른 사람의 이용 사실 자체를 모르고 있거나 알고 있어도 누가 이용하고 있는지 파악하기가 어렵다는 뜻이다. 따라서 정보에 대한 소유자의 컨트롤이 실질적으로 불가능해진다. 결국 정보를 완벽하게 독점적으로 이용하기 위해서는 애초에 정보의 존재 자체를 다른 사람들에게 알리지 않아야 한다. 즉 정보가 외부로 공표되지 말아야 하는 것이다. 그러나 이는 정보의 본질과 어긋난다. 정보라는 것은 수용자에게 수용될 때 비로소 존재가치가 실현되는 것이며 그 과정에서 수익이 발생할 수 있는 것이기 때문이다. 따라서 재화로서의 정보를 활용하려면 제한된 범위라도 다른 사람들의 접근을 허용하여야 한다. 즉 일단 공표가 되어야 한다. 문제는 아무리 엄격한 조건하에 일정한 제한을 달아 소수에게만 정보에 대한 접근을 허용했다고 하더라도 일단 타인에게 정보가 넘어간 이상 그 이후부터는 그 타인에 의한 독자적인 처분이 가능해진다는 점이다. 그는 원소유자의 의사와는 상관없이 독자적으로 정보에 대한 다른 사람의 이용을 허락할 수 있는데 반해 원소유자는 이를 파악하거나 통제하는 것이 사실상 불가능해진다.

이러한 위험성은 정보의 비경합성 때문에 더 심각해진다. 그 타인은 자신이 취득한 정보를 다른 사람과 나누는데 별 주저함이 없다. 특히 이해관계의 차이는 이러한 경향을 더욱더 두드러지게 한다. 정보에 접근이 허용된 이용자는 통상적으로 정보의 소유자에게 일정한 대가를 지급한다. 그러나 특별한 사정이 없는 한, 이용자가 그 정보에 대한 또 다른 타인의 접근을 허락하면서 원소유자가 했던 것처럼 대가를 받을 수는 없다. 더구나 그가 원소유자에게 지급하였던 대가는 소유의 이전이 아니라 이용의 대가로서 정해진 액수이니 만큼 이를 회복하기 위하여 불법을 감수할 만큼 영리행위에 대한 유인이 있는 것도 아니다. 따라서 그는 자신이 비용을 지불하고 취득한 정보를 타인이 이용하는 것에 대하여 별다른 이해관계를 가지지 않는다. 물론 자신은 비용을 지불하였는데 어떤 사람은 공짜로 그 정보를 이용할 수 있다면 배가 아플 수는 있다. 그러나 그로 인해 직접적인 손해를 입는 것은 아니므로 크게 문제 삼지 않는다. 그러한 상황이 계속 반복되는 경우에는 결국 대가를 지불하고 정보를 이용하는 것이 억울하게 생각되어 더 이상 대가를 지불하지 않으려고 할 수는 있어도 일단 지불한 대가에 대해서는 이를 굳이 회복하려고 시도하지 않는다. 따라서 이용자는 자신이 취득한 정보에 다른 사람들이 접근하는 것을 굳이 막으려고 할 이유가 없다. 오히려 선의를 베푸는 차원에서 그 접근을 기꺼이 허락하고자 하는 경향이 있



다. 다른 사람이 이용하여도 자신에게 미치는 영향이 거의 없으니 선심 쓰기에 아주 적당한 재화이다. 애가 타는 것은 대가를 받고 그 접근을 허락할 권한을 지닌 정보의 재산권자일 뿐이다. 정보에의 접근을 컨트롤하여 막대한 수익을 올릴 기회를 상실하기 때문이다. 결국 한사람, 혹은 소수의 정보재산권자만이 타인의 이용에 관하여 이해관계를 가질 뿐이다. 이러한 이해관계의 불균형성이 일단 정보가 한 사람에게라도 넘어간 후에는 그 밖에 다른 사람들의 접근을 막거나 제어하는 것이 불가능하거나 최소한 어렵게 되는 이유이다.

### 3. 정보자원으로서 디지털저작물에 대한 법적규율의 기본체계

가. 재화이지만 정보로서의 속성이 한층 강해진 디지털저작물은 일종의 문화정보로써 公共財(public goods)적 속성<sup>7)</sup>을 가지므로 마찬가지로 비경합적(nonrival)이고 비배타적(nonexclusive)인 특성이 있다<sup>8)</sup>. 즉 디지털 저작물을 저작자가 사용 중이라고 해서 제3자가 사용 불가한 것이 아니어서 타인의 사용을 물리적으로 배제시킬 수 없으므로 저작자가 특히 비밀리에 이를 관리(비공개)하지 않는 한 쉽게 전신되어 다수에게 공유되어진다는 점이다. 특히 디지털저작물은 네트워크를 타고 신속하게 전달되어 공유될 수 있다. 따라서 창작자가 비밀리에 이를 관리하거나 인위적으로 이용자의 접근을 통제하는 장치가 마련되지 않는 한 저작물은 희소성이 있는 경제재로서 특정인의 사유재산권으로 머물 수 없게 된다. 또한 이와 같이 비배타적, 비경합적 속성을 갖는 정보를 사적독점화 하는 권리를 부여한다면 이에 대한 정당화 근거가 반드시 있어야 한다는 요구도 이러한 특성에서 비롯된다고 할 수 있다.

나. 전술한 (디지털) 저작물의 공공재(Public Goods)<sup>9)</sup>로서의 특성만 고려한다면 저작권 보호를 위해 법이 관여하지 않고 이를 공공의 영역으로 두어 누구나 이용가능 하도록 하는 것이 그 본질에 일응 부합된다고 볼 수 있다. 그러나 문제는 공공재로서의 저작물(정보)의 특성은 필히 시장실패(market failure)를 초래하게 된다는 점이다. 예컨대 만약 저작물에 대한 특별한 보호가 주어지지 않는다면 아무런 투자 없이 후발주자로 동종제품시장에 진입하는 모방행위자보다 유리할 것이 별로 없으며, 오히려 가격 경쟁력 면에 있어서는 창작에 투자한 비용만큼 모방업자보다 뒤처질 수 있다. 이러한 상황하에서는 저작자는 일부러 시간과 비용을 들여 힘든 저작물을 창출하려고 노력하지 않을 것이며 이는 문화발전에는 치명적인 것이 된다. 따라서 저작물의 창작고취를 위해서는 저작자의 노력과 투자에 대한 보상이 어떤 방식으로든지 반드시 주어져야 한다. 최소한 저작자가 모방자보다 저작물시장을 일정기간 선도

7) 비경합적 속성 때문에 공유의 가능성이 두드러지는 저작물이, 모든 사회구성원에게 공개되고 그들 사이에 기꺼이 공유되는 공공재와 그 특성을 같이 하기 때문이다. 게다가 사회간접시설과 같은 공공재의 경우에는 그나마 물리적으로 이용 가능한 인원수에 한계가 있으니, 이런 한계조차 없는 저작물은 그야말로 공공재의 가장 이상적인 모습으로 보이기도 한다.

8) 미연방헌법을 기초한 토마스 제퍼슨(T. Jefferson)이 맥퍼슨(I. McPherson)에게 보낸 편지에서 “나에게서 어떤 아이디어를 받은 사람은—마치 내 초에서 불을 붙여 가는 사람이 내 초의 불빛을 조금도 어두워지게 하지 않고서도 자신의 초에 불을 밝힐 수 있는 것과 마찬가지로—나의 아이디어를 하나도 해치지 않으면서 그 자신이 가르침을 받을 수 있다”는 말은 정보의 공공재로서의 성격을 잘 부각시키고 있다.

9) 공공재는 시장실패의 대표적 예로 자주 인용되는 재화이다. 도로, 공원과 같은 사회간접시설과 국방, 치안 등의 서비스 재화가 공공재에 포함되는데 바로 이러한 비경합성과 비배제성 때문에 자원의 효율적인 배분이 일어나지 못하고 소위 무임승차가 보편화됨으로써 시장의 실패가 발생한다. 따라서 공공재는 민간 기업에 의해서는 제대로 제공되지 못하고 결국 정부가 개입해서 시장을 회복하고자 하는데 그 대표적인 수단이 세금이다. 세금을 걷어 공공재를 공급하고 유지하는데 사용한다.

(leading period)할 수 있도록 보장되어야 하며, 투자한 금액에 대한 자금회수가 가능하도록 하는 제도적 뒷받침이 필요한 것이다.

#### 다. 보호 장치인 저작권법의 성격

디지털저작물도 정보라는 관점에서 보면 저작권법 등 지적재산권법은 전술한 보호의 필요성 때문에 본질적으로는 희소성이 없는 정보에 대해 제도적 수단을 동원하여 자유로운 접근을 통제함으로써 희소성이 있는 사유재와 같은 성격을 부여한 “인센티브(Incentive)<sup>10)</sup> 보장 수단”으로 생성된 법제라고 볼 수 있다. 그러나 저작권제도는 성격상 자유이용의 대상이던 정보에 대하여 문화발전을 도모하기 위해 인위적인 제한을 가한 것이므로 사회가 필요한 한도로 권리의 기간과 보호범위 등을 제한되는 측면이 내포되어 있다고 볼 수 있다. 이 때문에 저작권에는 公益性에 의한 제약이 큰 바, 저작권의 권리행사에 일정한 제한이 반드시 수반된다<sup>11)</sup>. 즉, 저작권법은 그 목적조항에서 선언하고 있듯이 저작권자의 권리보호라는 측면과 저작물 정보의 원활한 이용과 유통이라는 2가지 목적을 동시에 추구하는 법이다.

### 4. 디지털저작물과 법적보호의 한계와 딜레마 극복의 방향성

#### 가. 법에 의한 보호와 한계와 기술적 보호조치

##### (1) 저작권법에 의한 보호의 한계

저작물은 일단 한사람에게라도 이용되어진 후에는 다른 사람들의 접근을 막기가 불가능하거나 최소한 어렵게 되므로 언제든지 타인의 의사에 따라 자신의 저작권이 침해될 위험성이 크다. 그것도 배포, 전송이 용이한 디지털저작물은 순식간에 기하급수적으로 침해의 결과가 발생하여 이를 회복하는 것은 사실상 불가능하고 한번 침해가 시작되면 건잡을 수 없이 확대되는 경향이 있으므로 사실상 사법적인 책임 추궁이 힘들어지는 어려움이 있다. 이런 점 때문에 책임을 지어야 할 이용자들조차 자신들의 행위에 대한 문제점을 제대로 인식하지 못한다. 결국 당초에 의도하였던 저작권법의 예방적인 효과마저 거두지 못하게 되었다. 이렇게 디지털 기술의 발달로 가뜩이나 보장되지 못하였던 재산권이 더욱더 큰 위협에 직면하게 되자 재산권을 보호를 위한 모종의 결단이 요구되었다.

##### (2) 기술적 보호조치와 그 한계

결국 저작권자들이 자구책으로 새로이 고안된 것이 DRM(Digital Rights Management)<sup>12)</sup>과 같은 기술적

---

10) 인센티브(incentive)의 종류에는 1)사회적 사실로서 존재하는 인센티브(비밀관리된 코카콜라 제조비법), 2) 법의 지원이 필요한 인센티브 3)인공적으로 창설된 인센티브로 구분하여 특허법에 의한 발명의 보호는 3)에 속하는 범주로 설명하기도 한다. 田村善之, 知的財産法(第2版) (有斐閣 2000/10), 5-7 面 참조.

11) 예를 들면 i) 보호기간의 유한성, ii) 저작권의 효력 제한, iii) 보호받지 못하는 저작물 iv) 강제허락제도 등은 권리의 이면에 내재하는 사회적·공익적 성격과 저작물의 유통 및 이용촉진을 고려한 것이라 할 수 있다.

장치이다. 법의 한계를 기술로 보완하려 한 것이다. DRM은 정보에 대한 재산권자의 통제가 가능하도록 기능한다. 특별히 허가된 자에 한해서 정보에 대한 접근을 허락하도록 하는 프로그램을 정보에 부착시킴으로써 공표된 저작물에 대한 의도하지 않은 접근을 제한한다. 또한 정보가 타인에게 넘어간 경우에도 DRM이 계속 작동됨으로써 타인의 임의적인 처분을 제어한다. 사본을 타인에게 이전함으로써 가능했던 처분이 DRM에 의하여 불가능해지고 따라서 제3자로 하여금 자신이 갖고 있는 정보를 이용하게 하려면 원본 자체를 넘겨야 하는 것이다. 게다가 DRM은 재산권자로 하여금 정보의 소재를 추적할 수 있게 해준다. 결국 정보에 대한 통제와 추적을 가능하게 함으로써 재산권자들에게는 치명적 결함인 정보의 ‘비배제성’을 극복하려 한 것이다. 여기에 만족하지 않고 더 나아간 것이 WIPO 저작권조약 및 WIPO 실연·음반조약에 포함된 후 DMCA<sup>13)</sup>에 의해서 본격적으로 도입된 ‘기술적 보호조치’<sup>14)</sup> 관련 규정이다. 이는 DRM과 같은 저작물에 대한 접근과 복제 등 불법이용을 통제할 수 있는 이른바 기술적 보호조치를 무력화 시키는 행위를 법으로 금지시키고 이를 위반할 경우 법적 책임을 묻는 것이다<sup>15)</sup>. 기술에 의한 보호를 법으로 다시 보장하는 셈이다. 이러한 규정으로 소위 해킹이라 하는 DRM에 대한 공격을 사전에 막음으로써 DRM의 실효성을 확보하고자 하였다.

DRM 및 기술적 보호조치 관련법의 등장은 디지털 시대의 정보재산권자들로부터 큰 환영을 받았다. 전통적인 법이 해주지 못했던 보호를 기술이 가능하게 해 주었기 때문이다. 그것도 과거에 똑같은 효과를 얻으려면 쏟아 부어야 했던 비용과는 상대가 안 되는 적은 비용과 간단한 조치로 실현할 수 있었으니 더욱더 반길 만한 것이었다. 그러나 이는 다른 쪽의 심한 반발을 불러 일으켰는데 가장 큰 논거는 DRM과 같은 기술적 보호조치는 법이 허락했던 이용을 기술이 막아버렸다는 것이다. 우리나라 저작권법에 규정된 저작권이 제한되는 이용, 미국의 fair use에 해당하는 이용이 모두 기술적 보호조치 때문에 원천적으로 불가능해졌기 때문이다. 결국 법이 허용한 권리를 기술이 방해하는 것으로 법의 지배가 아닌 기술의 지배로 변질되었다는 것이 반론의 주 내용이다. 이 문제는 지금까지도 계속 논란의 대상이 되고 있으나 서로의 입장 차이가 워낙 커 쉽사리 결론이 나지 않을 전망이다.

## 나. (음악) 저작물의 혁신적인 이용, 보상 시스템

정보의 비배제성은 정보의 재화로서의 의미를 심각하게 위협한다. 그로부터 독점적인 수익을 얻기가 힘들고 정보를 생산하기 위하여 투자한 자본의 회수가 어려워지므로 시장의 실패가 일어난다. 공공재가 민간에 의하여 제공되지 않고 국가에 의하여 제공되는 경우와 같은 상황이다. 결국 국가의 개입이 요구

12) DRM에 대한 자세한 내용은 『이대회, “기술적 보호조치와 접근권의 문제점”, 정보법학 2003 7권 제2호』 참조

13) 1998년에 제정된 미국의 「디지털 밀레니엄 저작권법(Digital Millennium Copyright Act)」을 말한다.

14) 기술적 보호조치는 복사방지장치 등 ‘권리의 침해를 통제하는 장치’와 아예 저작물에 대한 ‘접근을 통제하는 장치’로 분류된다. 국내법은 저작권법과 그 특별법이라 할 수 있는 컴퓨터프로그램보호법에서 각 2003년과 2000년에 기술적 보호조치를 도입하였다. 두 법은 모두 권리침해통제장치를 보호대상으로 하여, 그에 대한 무력화 도구의 제작이나 거래 등 간접적인 공격을 금하고 있다. 컴퓨터프로그램보호법은 더 나아가 기술적 보호조치에 대한 직접적인 무력화 행위도 금지하고 있다. 논란이 있긴 하나 해석상으로는 두법 모두 접근통제장치는 규정하고 있지 않은 것으로 봄이 타당하다.

15) 최근에 나온 대법원 2006.2.24. 선고 2004도2743 판결에 잘 실시되어 있다.

되는데 정보 또는 저작물은 그 본질상 다른 공공재와는 달리 국가가 대신 생산하여 제공할 수는 없으므로 다른 방법으로 개입이 이루어져야 한다.

이러한 원리를 잘 정리한 것이 Harvard Law School의 William W. Fisher III 교수가 제시하고 있는 음악저작물의 혁신적인 이용, 보상 시스템이다.<sup>16)</sup> 그는 음악저작물을 공공재(Public Goods)로 파악함으로써 음악저작물의 이용 및 보호에 관한 문제를 근본적으로 해결하고자 한다. 즉 음악저작물을 공공재로 취급하여 모든 이가 자유롭게 이용하도록 하고 대신 정부가 개입하여 사회로부터 재원을 걷어 들인 후 이를 각 음악저작물의 이용횟수를 측정(현재의 디지털 기술과 네트워크로 충분히 가능하다고 주장한다)한 결과에 따라 저작권자들에게 배분하자는 것이다. 재원의 충당방법은 결국 세금의 형식인데 개인의 소득세에 포함시키는 방안과 음악저작물의 이용과 관련한 디바이스 및 네트워크서비스 제공자에 대하여 부과하는 방안을 제시하면서 그중 수익자부담원칙에 가장 가깝고 조세저항이 제일 적을 것으로 예상되는 초고속 인터넷(Wide Broadband Internet) 서비스 제공자인 ISP에 부과하는 방법을 추천하고 있다.

#### 다. 디지털 딜레마의 해소 방향

최근에 음악과 영화 저작물을 둘러싸고 벌어지고 있는 갈등으로 소요되는 사회적 비용은 엄청나다. 그것은 단지 재산권자인 저작권자 등의 손해뿐만 아니라 이용자들을 포함한 모든 사회가 입는 손해이다. “냅스터는 죽었다. 리눅스 머신으로는 DVD를 볼 수 없다. 당신 소유의 CD를 서버를 통해서 들을 수도 없다. 레이블 음반사에 돈을 지불하고 그들의 서비스로부터 음악을 다운받을 수는 있지만, 그렇게 구매한 제품을 특정 재생장치에서는 들을 수가 없다. 케이블TV 회사들은 우리가 인터넷을 어떻게 이용할지를 정할 수 있어, 이를테면 그들의 독점적 사업과 경쟁하는 스트리밍 비디오의 이용을 제한할 수 있다”라고 레식이 「관념의 미래」에서 들려주는 이 모든 슬픈 이야기에 속에서 디지털딜레마의 고충이 엿보인다.

그렇다면 현 단계에서 우선적으로 시도해 볼 수 있는 방안은, 정보의 비경합성, 비배제성의 특징을 살리면서 그 부작용과 결함을 최대한 억제하는 현실적인 방법의 모색이다. 지금까지의 저작권체계의 기본 방향은 정보의 비경합성, 비배제성을 애써 외면하고 최대한 이를 억제하는 것으로 대부분의 초점이 맞추어져 있음을 부인할 수 없다. 그 결과는 지금 우리가 겪고 있는 것은 혼란과 무질서이다. 인터넷, 디지털로 대표되는 기술적 환경과 웹2.0 환경으로 정보의 비경합성, 비배제성이 더욱 더 확대되고 두드러지는 방향으로 전개되고 있음에도 현 저작권체계의 논의는 계속 전통적인 방법론의 테두리를 벗어나지 못하고 있다. 공공재로서의 정보(디지털저작물)의 부정적인 측면인 ‘침해의 위험성’을 최대한 억제하면서 긍정적인 측면인 ‘진정한 공유의 가능성’을 살릴 수 있는 여러 가지 방법을 모색하는 것이 딜레마를 해결할 수 있는 기본 방향이고 우리가 함께 생각해봐야 하는 발상의 전환이다.

---

16) William W. Fisher III, 「Promises to Keep」, Stanford University Press, 2004

## 제2장 저작권 환경변화와 디지털 저작물의 이용활성화 필요성

### I. 디지털 이슈를 반영한 국제조약의 체결과 국내법에의 수용

#### 1. 디지털저작물의 특성과 저작권의 디지털 의제

##### 가. 디지털저작물의 특성

디지털정보화 된 디지털 저작물은 매체(medium)에 고정된 아날로그 저작물과 달리 여러 가지 상이한 특성을 갖는다.

첫째, 디지털 저작물은 무한복제가 가능하며 무한 복제를 하더라도 복제본의 질이 전혀 저하되지 않는다. 둘째, 디지털 저작물의 경우에는 복제 및 전송에 비용이 거의 들지 않기 때문에 거래 비용(transaction cost)도 그다지 필요 없어 한계생산비용이 0에 수렴하여 공공재의 성격이 두드러지게 된다. 셋째, 디지털 저작물의 배포 및 그 이용을 위한 접근이 시간과 공간을 초월하여 자유자재로 가능하다. 넷째, 디지털 저작물은 그 변형이 용이하며 네트워크를 통한 전달과 전심이 용이하다.

##### 나. 주요 저작권 디지털의제

이와 같이 디지털화된 저작물이나 처음부터 디지털 형태로 제작된 저작물은 그 본질적 특성상 매체에 고정된 저작물과 동일하게 취급하기 어려운 점이 분명히 내재하고 있다. 디지털환경하에 있어서 권리자의 이용허락의 활성화를 도모함과 동시에, 이용자의 편의를 위하여서도 새로운 저작권관리제도의 구축이 요구되었다. 이러한 인식을 토대로 그동안 국제회의를 통하여 제기된 주요 디지털 의제(digital agenda)로서는 (i) 공중전달권(right of communication)의 인정여부, (ii) RAM(Read Access Memory)이나 캐시(cache)에의 저장과 같이 일시적인 디지털 복제를 포함할 수 있도록 복제권을 확장할 것인지 여부, (iii) 가상공간에서 저작권의 제한 및 예외의 적용을 달리할 것인지 여부, (iv) 네트워크 환경에서 저작권을 보호하기 위한 기술적 보호조치(technical measures)를 무력화시키기 위한 기술의 제작 및 판매를 금지할 것인지 여부, (v) 저작권 관리정보(copyright management information, CMI)를 제거하거나 변경하는 것을 규제할 것인지 여부, (vi) 데이터베이스를 보호하기 위한 독자적인 보호체제를 갖출 것인지 등을 들 수 있다.

#### 2. WIPO 신조약 체결배경

WIPO 신조약이란 디지털 혁명이 가져온 지식과 문화의 생산, 공유, 그리고 상호 소통이 가능하게 됨으로써 초래된 지적재산권에 대한 위협의 국제적인 차원의 대응으로 세계지적재산권기구(WIPO)에서 체결된 두개의 조약, WIPO 저작권조약(WCT : WIPO Copyright Treaty)과 WIPO 실연·음반조약(WPPT: WIPO Performances and Phonograms Treaty)을 이른다. 인터넷환경 하에서 디지털 저작물의 이용과 유통이 국제적으로 문제되자 인터넷상에서 저작물을 어떻게 보호할 것인가 하는 문제가 중요한 현안으로 떠오르게 되었다. 이 문제를 두고 미국, EU, 일본, 캐나다, 호주 등 모든 나라들이 1995년 및 1996년에 대책을 모색하고 이에 대한 보고서를 작성한 바 있다. WIPO는 1996년 12월 2일에서 20일까지 스위스 제네바에서 세계 120개국이 참여한 가운데 그간 논란이 되어왔던 “디지털 의제”를 가지고 외교회의를 진행하

였고 그 결과 양 조약을 체결하게 되었다. 양 조약은 디지털 저작물의 보호에 대한 초석을 쌓은 것으로서, 이후 지금까지 주요 국가들은 이 조약내용의 국내 이행을 위한 입법을 마련하여 오고 있다.

### 3. WIPO 신조약의 주요내용

#### 가. WIPO 저작권조약(WCT)

WIPO 저작권조약은 저작권을 디지털환경에 적용하는 것에 관한 여러 규범을 확립하였다고 할 수 있다. 곧 첫째, 저작권자가 디지털형태로 된 자신의 저작물의 복제물을 제작하는 것을 통제할 배타적 권리를 가진다는 것,<sup>17)</sup> 둘째, 저작권자가 자신의 저작물을 일반인에게 전달하는 것에 대한 배타적인 권리를 가진다는 것(조약 제8조), 셋째, 공정이용과 같은 저작권에 대한 예외 및 제한에 관한 규정을 디지털환경에서 계속 적용할 수 있으며, 디지털 환경에 적절한 새로운 예외 및 제한규정을 만들 수 있다는 것, 넷째, OSP의 책임에서와 같이 저작물을 통신에 의하여 전달하는 시설만을 제공하는 것은 저작권침해의 책임이 될 수 없다는 것 다섯째, 저작권관리정보를 부당하게 변경하는 것은, 디지털환경에서 저작권의 침해로 용이하게 하거나 침해를 은닉하게 하는 한, 불법이라는 것(제12조), 마지막으로 저작권자가 침해로부터 자신의 저작물을 보호하기 위하여 사용하는 기술적 보호조치를 좌절시키는 것에 대하여 각 국가는 적절한 법적 보호와 효과적인 법적 구제수단을 제공해야한다는 것(제11조) 등이다. 디지털 시대에 나타난 쌍방향 송신 등의 문제를 해결하기 위하여 공중전달권 및 공중의 이용에 제공할 권리를 신설 도입하여 공중전달권이 모든 유형의 저작물에 확대 되었다. 저작권자가 저작물 보호를 위해 설정한 기술조치를 우회하려는 장치를 수입, 제조, 배포하는 것을 금지한다는 내용과, 저작자의 식별이나 이용 조건에 관계된 정보를 보호하여 권리관리정보가 권한 없이 제거 혹은 변경해서는 안 된다는 것이다. 또한, 디지털 형태도 복제로 인정하였으며 디지털 환경에서 저작물의 보호를 위하여 탑재한 기술 조치에 대한 보호 및 저작권관리정보에 대하여 보호하는 규정을 도입 신설하였다. WIPO 저작권조약은 창작성 없는 데이터베이스의 보호 내용도 담으려고 하였으나 각국의 견해 차이로 실현되지 못했다.

#### 나. WIPO 실연음반조약(WPPT)

WIPO 실연·음반조약은 디지털시대의 실연자의 권리를 인정한 것으로서, 디지털방법에 의하여 전송되는 음악의 실연자 및 제작자의 권리를 보호하기 위한 표준을 현대화하고 최신화하기 위한 것이다. 이 조약이 체결되기 이전에는 복제권 이외의 권리를 부여하는 주요 국제조약이 존재하지 않았었다. WIPO 실연·음반조약에 의하여 보호되는 권리는 배포권(제8조), 대여권(제9조), 공중전달권(제10조)까지 확대되었으며, 이외에도 실연자의 저작인격권(제5조), 고정되지 않은 실연에 대한 경제적인 권리(제6조), 고정된 실연의 공중전달권(제10조)등이 추가되었다. 특히, WIPO 실연음반조약은 그 동안 저작자에게만 부여되었던 인격권을 실연자에게까지 부여함으로써 저작인접권의 보호에 가장 커다란 변화를 보였다.

### 4. 가입 및 발효현황

1996년 12월 20일 채택된 WIPO 저작권조약 (WCT)은 2002년 3월 6일 발효되었고, WIPO실연·음반조약 (WPPT)도 발효 요건인 30개국 비준을 충족하여 2002년 5월 20일 발효되었다. WCT 가입국은 2004

17) Agreed Statements Concerning the WIPO Copyright Treaty, adopted by the Diplomatic Conference on Dec. 20, 1996, WIPO Doc. CRNR/DC/96 at 1 (Dec. 23, 1996).

년 12월 31일 현재 우리나라, 미국, 일본을 포함한 전세계 50개국이 가입한 상태이며, WPPT는 동일자 기준으로 48개국이 가입한 상태이다.

## 5. 국내 저작권법 등의 개정 동향

WIPO 신조약은 국내법에도 TRIPs 협정만큼이나 큰 영향을 미쳤다. 디지털화에 따른 환경의 변화와 WIPO 신조약 등의 세계적인 추세를 반영하기 위해 1999년에 개정된 컴퓨터프로그램보호법에는 기술적 보호조치 및 저작권관리정보를 보호하기 위한 규정(제30조, 제29조 제4항 제3호, 제2조 제8호·제9호)을 두고 있으며, 온라인서비스 제공자(OSP)의 책임제한에 관한 입법도 행하여 졌다. 2000년 개정 저작권법은 WIPO 신조약의 ‘공중 전달권’ 과 비슷한 ‘전송권’ 을 신설하였으며 저작권에 기반한 저작물 유통의 합리화를 위하여 법정허락 및 등록의 효과를 다양화함과 동시에 동 업무를 저작권심의조정위원회에 이양하도록 하였다. 그 후 디지털도서관 구축을 위한 권리제한과 관련하여 합의점 모색에 난항을 겪던 저작권법 개정안은 2003년 5월에 확정되어 온라인서비스제공자(OSP)의 책임제한, 데이터베이스의 저작권접권적 보호, 기술적 보호조치, 권리관리정보 등 디지털 의제에 관한 사항을 신설하였다. 저작권법은 2004년 10월에 일부 다시 개정되어 저작권접권자 중 음반제작자와 실연자에게도 전송권을 인정하게 되었다. 2005년 12월 6일 현재 파일공유서비스업체의 필터링 의무강화를 골자로 하는 개정안이 국회 문화관광위원회 심의를 통과한 후 2006년에 입법이 완료되었다.

## II. 한미 FTA 체결과 그 이행으로 악화된 저작물 이용환경의 회복

### 1. 한미 FTA 체결과 저작권법상 쟁점

#### 가. 쟁점

한미 FTA(KORUS FTA) 협상에서 지적재산권에 관하여 한미간에 논의될 쟁점은 지금까지 미국 측이 한국에 대하여 요구한 사항이나 미국이 호주, 싱가포르, 칠레, 요르단 등과 체결한 FTA를 통하여 도출할 수 있다. 미국은 최근 몇 년간에 걸쳐서 국가별무역장벽보고서(NTE 보고서)나 스페셜 301조 보고서에 의하여 일시적 복제 내지 일시적 저장개념의 인정, 접근통제를 위한 기술적 보호조치의 보호 및 이에 대한 예외규정의 축소, OSP(온라인서비스제공자)의 책임과 책임의 제한 및 면제 범위의 불명확, 그리고 저작물의 복제·전송을 중단시키기 위하여 저작권에 대한 입증책임의 부담성 지적 등 OSP 책임규정의 강화, 저작권의 존속기간 및 음반에 대한 권리의 존속기간의 확대, DVD, 소프트웨어, 대학교재 등의 불법복제 억제노력의 강화, 데이터베이스의 보호에 관한 상호주의의 폐기, 저작물에 대한 소급적 보호의 결여 지적, IPR 침해에 대한 형사적 제재의 강화, 기술적 보호조치의 좌절 행위 자체의 금지 결여, 당사자 일방에 의한 절차(ex parte)에 따른 구제수단의 제공 등 많은 쟁점을 제기하면서 한국 측의 조치를 요구해 왔다. 또한 미국이 미-호주(2004.5), 미-싱가포르(2003.1), 미-바레인(2004.9), 미-칠레 등과 체결한 FTA에서 인정된 것으로는 (i) 일시적 복제 개념의 인정, (ii) 저작권 및 저작권접권 보호기간의 연장, (iii) 기술적 보호조치에 의한 접근통제의 인정, (iv) 법정손해배상제도(statutory damages)의 인정, (v) 일방적 구제절차의 인정, (vi) 저작권 침해죄의 비친고죄화, (vii) OSP의 저작권 침해자에 대한

정보제공의무, (vii) 저작권과 기술적 보호조치의 연관관계의 부정 등인데, 한미간 FTA에서도 이러한 내용들이 주요한 쟁점이 될 것으로 보인다. 이들 쟁점은 한국의 법체제상 수용 자체가 곤란한 것도 포함되어 있는데, 일시적 복제, 보호기간의 연장, 접근통제, OSP의 침해자 정보제공, 특허와 관련되는 쟁점을 살펴보기로 한다.

## 나. 일시적 복제

### (1) 일시적 복제의 의미

저작물의 일시적 복제는 보통 컴퓨터의 RAM에서 행하여지는 복제를 의미하며 RAM에서 만들어진 복제물이 일시적 복제물(temporary copy)이 된다. 저작권법적인 용어가 아니라 행위적인 측면에서 일시적 저장(temporary storage)이라고 불리기도 한다. RAM에 저장되어 있는 자료는 새로운 자료로 신속하게 대체되거나 RAM에 공급되는 전원이 끊어지는 경우 사라지기 때문에[이를 휘발성(volatile)이라고 함], RAM에 저장된 것은 보통 일시적인(temporary) 것이 된다.

현재의 기술에 의한다면 RAM 복제물 내지 일시적 복제물이 만들어지는 것은 컴퓨터가 작동하는 과정에서 필수적으로 요구될 수밖에 없다. 우선 컴퓨터를 이용하는 과정에서 일시적 복제물이 만들어질 수밖에 없다. 예컨대 컴퓨터 이용자가 하드 드라이브나 CD ROM에 저장되어 있는 이미지 파일을 열거나 워드 프로세서와 같은 컴퓨터 프로그램을 이용하는 경우, 파일에 포함되어 있는 이미지가 컴퓨터 화면에 나타나도록 하기 위하여 컴퓨터는 파일 콘텐츠이나 프로그램을 RAM에 저장하거나 복제한다. 또한 인터넷 환경에서도 일시적 복제물이 무수히 많이 만들어지는데, 원거리에 존재하는 정보를 이용하도록 하는 방식인 웹(web)에 의하여 인터넷을 이용하는 것은 기본적으로 일시적 복제에 의한다. 웹은 하이퍼텍스트 시스템에 의하여 원거리에 있는 텍스트, 정지화상이나 동화상, 음향 등을 포함한 HTML 문서를 화면상에 나타나게 하는데, 이 경우 RAM에 일시적으로 복제 또는 저장된다.

### (2) 정보화사회와 일시적 복제

일시적 복제의 인정여부가 논란이 되고 있는 것은 디지털화된 네트워크 환경에서 저작물을 이용함에 있어서 영구적인 복제물이 아니라 일시적 복제물만에 의하여서도 저작물을 완전히 이용할 수 있는데 일시적 복제가 디지털시대 내지 디지털경제에서 저작물 이용의 주된 행태가 될 수 있다는데 기인한다. 저작물을 담고 있는 유형의 매체(medium), 곧 서적과 같은 복제물이나 음반 등을 소유하여 저작물을 이용하는 행태에서 이러한 매체를 소유하지 않고서도 저작물을 일시적으로 복제하여 이용하는 것이 광범위하게 증가하고 있으며 앞으로 보편화될 수 있다. 영화와 같은 영상저작물, 음악저작물, 어문저작물 등 모든 디지털 저작물은 스트리밍 등 일시적 복제의 방법으로 이미 상당히 많이 이용되고 있으며, 인터넷, PDA, 핸드폰, 휴대가능한 DTV, DMB, 휴대인터넷(WiBro) 등 기기 및 기술의 발전에 의하여 더욱 많이 이용될 수 있다.



### (3) 일시적 복제에 대한 국제동향

일시적 복제개념은 미국이나 유럽연합 등 지적재산권에 관한 한 선진국과 다른 여러 국가에서도 채택되어 있다. 미국은 이미 MAI 케이스<sup>18)</sup>에 의하여 일시적 복제가 복제의 범위에 해당한다고 한 이후, 일시적 복제가 복제권의 범위에 포함된다는 것이 미국 행정부의 확고한 입장이 되어 있는 것으로 보이며 일시적 복제를 성문법에 의하여 간접적으로 인정하고 있는 것으로 보인다. 유럽연합의 경우 1991년의 테이터베이스 지침 및 컴퓨터 프로그램의 법적 보호에 관한 지침(소프트웨어 지침), 그리고 2001년의 정보사회에서의 저작권 및 저작인접권에 관한 일정한 측면의 조화에 관한 지침(저작권지침)은 각각 일시적 복제를 보호하고 있다.<sup>19)</sup> 일본에서의 일시적 복제에 관한 논의는 역시 미국과의 관계에서 비롯되는 것으로 보인다. 2001년 6월에 시작된 ‘미일 규제개혁 및 경쟁정책 이니셔티브(U.S.-Japan Regulatory Reform and Competition Policy Initiative)’<sup>20)</sup>를 통하여 미국은 일본에 대하여 통상과 관계된 것을 일본 측에 주문하고 있다. 이와 관련하여 일본 정부는 2001년 12월 문화심의회 저작권분과회의 보고를 받아 이른바 일시적 축적은 “경제적 의의를 가지지 않는” 음악 CD 플레이어 내부에서 자동적으로 행해지는 기계적 축적 등 재판소에 의하여 제외되는 경우를 빼고는 복제가 될 수 있다는 입장을 표명한 바 있다. 그 외에도 일시적 복제는 비교적 많은 국가에서 보호되고 있는 것으로 보인다. 2004년 4월 현재 약 86개국 정도가 일시적 복제를 (i) 명시적으로 보호하거나, (ii) 해석(또는 정부의 방침)에 의하여 보호하거나, (iii) 미국과의 자유무역협정(FTA)에 따라 일시적 복제를 보호하기 위한 입법을 하거나 입법할 의무가 있는 것으로 파악되고 있다.<sup>21)</sup> 미국이 체결한 FTA에는 거의 표준적인 형태로 저작자, 실연자, 음반제작자가 일시적 복제를 통제할 수 있는 배타적인 권리를 가진다고 규정되어 있다.

### (4) 일시적 복제의 쟁점

디지털시대에서는 일시적 복제물의 이용에 의한 저작물이 이용되고 있는 상황이며, 일시적 복제가 저작물 이용의 주된 행태가 될 가능성은 매우 높을 뿐만 아니라 일정한 저작물의 경우에는 일시적 복제물에 의하여서만 이용이 가능할 수도 있다. 또한 일시적 복제 개념과 접근권의 인정에 따른 낙관론적인 모델에 의하면 일시적 복제는 더욱 더 중요한 역할을 할 수 있을 것이다. 미국이 NTE Report나 Special 301 Report에서 한국으로 하여금 일시적 복제개념을 인정할 것을 요구하고, 다른 국가들과 체결한 무역자유협정에서 일시적 복제를 인정토록 한 것은, 일시적 복제가 저작물 이용의 주된 행태가 될 것이라는 것을 예측하고 저작권자의 입장에 있는 미국의 국익을 보호하기 위한 것으로 보인다. 따라서 영구적 복제가 아니라 일시적 복제가 저작물을 이용하는 주된 행태가 되었거나 되어가고 있다면 저작권자들의

18) MAI Sys. Corp. v. Peak Computer, 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993), *cert denied* 510 U.S. 1033; 114 S. Ct. 671 (1994).

19) 예컨대 Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society OJ L 167/10 §2.

20) Annual Reform Recommendations from the Government of the United States to the Government of Japan under the U.S.-Japan Regulatory Reform and Competition Policy Initiative (Oct. 23, 2002).

21) Mihaly Ficsor & Michael Schlesinger, WIPO TREATIES IMPLEMENTATION GLOBALLY: THE KEY ISSUES, presented before the Fordham University of School of Law (Apr. 15, 2004)

경제적 이익이 손상될 수밖에 없고, 저작권 제도의 근본원리에 의하여(저작권자에게 저작물을 창작하기 위한 동기를 부여하고 이에 의하여 일반인들이 창작된 저작물을 광범위하게 이용하여 제2의 창작을 하게 되어 사회에 공급되는 저작물의 양은 증가하게 되어 사회의 문화가 향상·발전된다는 것) 저작권자가 일시적 복제를 통제할 수 있어야 한다는 결론에 이르게 된다. 이러한 근거가 일시적 복제개념을 인정하는 근거 중에서 가장 강력한 근거가 될 것으로 보인다.

다만 이같은 근거에 의하여 일시적 복제개념의 인정이 정당화될 수 있다고 하더라도 첫째, 아직 일시적 복제가 저작물 이용의 주된 행태는 아니며, 둘째, 현재 한국에서 많이 행하여지는 일시적 복제 서비스는 거의 모두 유료에 의하여 제공되고 있으며 일시적 복제 개념이 인정되지 않는다고 하여 큰 문제점이 발생하는 것이 아니며, 셋째, 현행법 체제에 의하여 얼마든지 권리자의 보호가 가능할 수 있으며, 넷째, 일시적 복제행위에 의하여 저작권자가 경제적인 이익을 손상받을 수 있는 분야가 특정된 것이 아니라 앞으로 기술의 발전에 의하여 새로이 등장될 수 있다는 것 등이 고려되어야 할 것이다.

요컨대 디지털환경하에서는 일시적 복제개념의 인정이 상당히 정당화될 수 있으며 많은 국가들이 이를 인정하고 있다는 것을 인정하여 한국에서도 이를 인정하더라도 장래의 기술발전 가능성 및 현행법 체제에 의한 보호 등을 고려한다면, 일시적 복제에 대한 예외를 적절하게 설정하여야 할 것이다. 이에 의하여 한편으로는 저작권자를 보호할 수 있으며 다른 한편으로는 저작물 이용자에 의한 공정한 이용도 보장할 수 있을 것이다. 일시적 복제도 복제이므로 복제에 대한 기존의 예외규정이 적용될 뿐만 아니라 일시적 복제 자체에 대한 예외도 적용되게 된다. 그렇다면 일시적 복제 자체에 대한 예외를 어떻게 설정할 것인가가 문제인데, 미국 저작권법과 같이 컴퓨터 수리 등의 과정에서의 개별적인 예외가 아니라 유럽연합의 저작권지침이나 미국-칠레 간 체결된 FTA의 포괄적인 예외가 도입되는 것이 바람직한 것으로 보인다.

## 다. 접근통제

### (1) 기술적 보호조치와 접근통제

기술적 보호조치(technological measure)는 암호화, SCMS(serial copy management systems), 디지털 워터마크(digital watermark), 디지털 서명, 비밀번호, 비밀번호가 정확한 것인지 확인하기 위한 프로그램 등과 같이 저작권자가 디지털환경에서 저작권의 침해를 방지하거나, 저작권을 용이하고 저렴하게 집행하거나, 저작물에 접근하는 것을 제한하기 위하여 사용하는 도구이다. 기술적 보호조치는 ① 저작권을 보호하기 위한 것(권리통제 또는 이용통제, copy control, use control)과 ② 접근을 통제하기 위한 것(접근통제, access control)으로 분류되는데, 기술적 보호조치도 어디까지나 기술이고 따라서 이러한 기술을 좌절(회피, 우회, 제거, 손상, 변경, 무력화 등 포함)시키는 것이 가능하다. 따라서 디지털환경에서 저작물을 보호하기 위하여 기술적 보호조치를 좌절시키는 것을 금지시키는 입법이 필요하게 된다.<sup>22)</sup> 기술적 보호조치에 관한 입법은 저작권을 보호하거나 접근을 통제하기 위한 기술적 보호조치를 좌절시키는 것 자체를 불법화시키거나 이러한 좌절행위의 예비적 행위로서 좌절행위를 가능하게 하는 도구 등

22) WIPO 저작권조약(WCT) §11; WIPO 실연음반조약(WPPT) §18.

의 거래를 불법화시키는 것을 내용으로 한다. 한국의 저작권법은 저작권을 보호하기 위한 기술적 보호 조치를 좌절시킬 수 있는 도구의 거래만을 금지하고 있다.<sup>23)</sup>

## (2) 접근권 내지 접근통제의 역할

저작권법이나 FTA와 관련하여 논의되는 접근통제는 저작물에 대한 접근을 통제하는 기술적 보호조치를 좌절시키는 것을 불법화시키는 것을 의미한다. 따라서 접근통제를 인정함으로써 저작권자는 일종의 접근권(access right, right to access)을 간접적으로 가지게 되는데, 접근권은 일반 공중이 저작물을 파악하는(comprehend) 방법을 통제할 권리 또는 보호되는 저작물에 대한 이용자의 접근을 통제할 저작권자의 배타적인 권리로 정의된다. 이러한 접근권은 복제권 등과 같이 저작권자에게 일반적으로 인정되는 것이 아니라 기술적 보호조치와 관련하여서만 인정되는 것이다. 이러한 접근권 내지 접근통제의 인정은 저작권을 확대시키는 것으로서 기존의 배타적인 권리와 차원을 달리하는 것으로서 저작물에 접근하는 것 자체를 저작권자가 통제할 수 있다는 것을 의미한다. 따라서 인터넷상에서 정보에 대한 접근을 그 정보 소유자가 기술적 보호조치에 의하여 통제할 수 있고, 이러한 기술적 보호조치를 좌절시키는 것을 불법화시키게 된다.

접근통제의 대표적인 예는 인터넷상의 웹사이트에 접속할 경우 아이디(ID) 및 패스워드(password)를 입력하는 것을 들 수 있는데, 접근통제는 저작권자의 보호, 가격차별화의 가능, 거래비용의 감소, 자동화된 권리관리체계의 실행, 저작물 이용행위의 통제 등 디지털환경에서 중요한 역할을 수행한다. 이에 반하여 접근통제는 정보에 대한 독점적 권리의 창조(정보의 독점화), 저작권 제한규정의 무력화, 경쟁 및 혁신의 억제 등의 문제점이 제기되고 있다. 따라서 접근통제를 인정할 것인지 여부는 접근통제의 이같은 역할이 필수적으로 고려되어야 하며, 그 긍정적인 역할로 인하여 접근통제를 인정하더라도 접근통제의 문제점을 방지할 수 있는 대응책이 마련되어야 할 것이다.

## (3) 접근통제에 대한 대응방안

미국 저작권법과 유럽연합의 저작권지침은 기술적 보호조치와 관련하여 접근통제를 인정하고 있다. 미국이 체결한 FTA는 저작물, 실연, 음반 등에 대한 접근을 통제하는 기술적 보호조치를 좌절시키는 자에 대하여 민·형사상의 책임을 부과할 것을 규정함으로써 저작자 등에게 기술적 보호조치의 입법을 통하여 소위 접근권을 인정하고 있다.<sup>24)</sup> 따라서 IT 강국이라고 하는 한국도 접근통제의 인정을 마냥 미룰 수만은 없는 입장이라 할 수 있다. 접근통제에 관한 입법을 하는 경우, 다음의 사항들이 반드시 고려되어야 할 것이다. 첫째, 디지털환경에서는 저작권이 침해되기가 매우 용이하므로 저작권자를 보호할 필요성이 매우 높으며, 비밀번호나 암호화 등 이미 접근통제를 위한 많은 기술적 보호조치들이 사용되고 있으며 앞으로 이에 관한 기술은 끊임없이 발전할 것으로 예상된다는 것이다. 둘째, 디지털 경제하에서 접근권 내지 접근통제를 인정하는 경우 여러 가지 혜택을 가져다준다는 점, 오늘날의 급격히 발전된 기술

23) 한국의 저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법, 미국의 DMCA의 기술적 보호조치에 관한 입법은 다음과 같이 도표로 나타낼 수 있다.

24) 미-호 FTA §17.3.7; 미-바 §14.4.7; 미-싱 §16.4.7; 미-칠레 §17.7.5.

수준, 이에 따른 저작물 이용의 태양의 변화, 저작물 이용에 대한 시장 및 시장의 실패 등을 고려한다면, 접근을 통제할 수 있는 권리가 일정한 의미에서 필요할 수 있다. 셋째, 정보화사회 내지 디지털시대가 완전히 도래된다면, 물리적인 복제물보다는 디지털 복제물이 더욱 중요한 역할을 하게 된다. 넷째, 디지털경제하에서 접근을 통제하는 기술적 보호조치는 DRM, 자동화된 권리관리체계(automated rights system), 포장수축계약(shrink-wrap license) 등과 함께 사용되어 저작물의 효율적인 배포를 가능하게 한다. 다섯째, 접근통제를 위한 기술적 조치를 이용할 수 없다면, shrink-wrap license 등 계약에 의하여(비록 그 계약의 유효성은 매우 논란이 될 수 있지만) 접근통제의 효과를 획득하려 할 것이다. 저작물에 대한 접근을 권리로서 보호하는 것은 디지털적으로 표현된 저작물에 있어서 가장 중요한 권리가 될 것이고, 접근통제의 좌절금지라는 우회적인 방법으로 이를 인정하건 아니면 명시적으로 저작권의 배타적인 권리로서 보호하건, 그 인정이 불가피할 수 있다. 그러나 위에서 언급한 바와 같이 접근통제가 인정됨으로써 이로 인한 부작용이 고려되어야 할 것이다. 따라서 이같은 부작용을 방지하기 위하여서는 한미 FTA 협상과정이나 접근통제에 관한 입법과정에서 첫째, 접근통제에 대한 예외를 적절하게 규정하여야 할 것이다. 미국이 싱가포르 등과 체결한 FTA상의 접근통제에 대한 예외는 미국 저작권법의 예외와 비슷한데, 미국 저작권법상의 예외에 대해서는 예외자체가 너무 협소하며 불명확하다는 비판을 받아왔다. 둘째, 기술적 보호조치 규정의 위반과 저작권 침해의 연관관계는 반드시 인정되어야 할 것이다. 미국 저작권법상의 해석이나 미국이 체결한 FTA를 보면 기술적 보호조치 규정의 위반을 저작권 침해와는 별개로 함으로써, 저작권 침해에 대한 예외가 기술적 보호조치 규정의 위반에는 적용되지 않게 된다. 만약 이러한 입장이 견지될 경우, 저작권의 보호와는 무관한 목적을 위하여 기술적 보호조치 규정이 남용될 수 있으며, 저작권 침해에 대한 예외규정이 기술적 보호조치 규정의 위반에 대해서도 적용되지 않게 된다. 따라서 저작권 침해와 기술적 보호조치 규정의 연관성이 반드시 인정되어야 할 것이다. 이같은 안전장치를 마련한다면 접근통제를 인정하는 경우, 한편으로는 저작권법이 디지털환경을 적절히 반영하는 동시에 저작권자와 저작물 이용자 간의 이해관계를 균형시키게 될 것이다.

## 라. 저작권 존속기간의 연장

### (1) 존속기간 및 의의

다른 유형의 지적재산권과 마찬가지로 저작권도 일정한 기간동안에만 존속한다. 저작권에 관한 가장 중요한 조약인 베른협약과 TRIPs 협정은 기본적으로 저작자 사후 50년까지(life+ 50 years)를 규정하고 있고(베 §7 I, TRIPs §12), 한국의 저작권법도 마찬가지이다(§36 I). 지적재산권의 존속기간을 어떻게 설정할 것인가는 정책적인 문제이므로, 입법에 따라 국제조약을 위반하지 않는 한도에서 존속기간을 설정할 수 있다. 예컨대 세계 최초의 성문저작권법인 앤 여왕법(Statute of Anne)은 14년간의 존속기간을 인정하였고 이 기간이 경과한 후 저작자가 생존하고 있으면 추가적으로 14년을 부여하였으며, 미국의 1909년 저작권법은 28년간의 기간을 부여한 후 28년의 기간을 위하여 갱신할 수 있도록 하였다.

존속기간을 정하는 것이 정책적인 문제라고 한다면, 저작권의 존속기간을 정하는 주된 정책적 근거는, 저작권에 대한 제한규정과 마찬가지로, 독점적인 권리의 폐해를 제한하고 경쟁을 촉진시킴으로써 저작

물의 공정이용을 도모하기 위한 것이라 할 수 있다. 곧 존속기간 동안에는 독점적인 권리를 부여하지만, 그 기간이 종료하는 경우에는 그 저작물은 일반인의 공유영역(public domain)으로 들어가게 되어 누구든지 자유롭게 이용할 수 있게 됨으로써 2차적인 창작을 유도하기 위한 것이라고 할 수 있다. 그렇다면 얼마간의 존속기간을 정하는 것이 이러한 목적을 달성하기 위하여 적절한 기간이 되는가가 궁극적인 문제점이 된다.

## (2) 저작권 존속기간의 연장

국제적으로 가장 많이 채택되었던 ‘저작자 사후 50년(life + 50 years)’이라는 기간은 유럽연합이 1993년의 지침에 의하여<sup>25)</sup> 저작권의 존속기간을 저작자 사후 70년까지로 20년을 추가함으로써 새로운 전기를 맞게 된다. 베른협약상의 저작자 사후 50년이라는 기간은 원래 저작자 및 저작자의 2세대까지를 보호하기 위한 것인데, 평균수명의 연장으로 인하여 2세대까지 보호하기에 충분하지 않다는 것이 그 근거였다. 유럽연합의 저작권 존속기간 연장에 자극을 받은 미국은 1998년 Sony Bono Copyright Term Extension Act에 의하여 저작권의 존속기간을 저작자 사후 70년까지 연장하였다. 미국이 존속기간을 연장한 것은 존속기간에 관한 유럽연합과의 조화(미국 저작물의 유럽시장 점유율은 상당히 높으며, 따라서 유럽연합 저작물보다 더 빨리 공유영역에 들어가게 됨으로써 유럽연합 시장에서 추가적인 이익을 얻을 기회 상실), 20년간의 추가수입으로 인한 지적재산권 무역수지 증가, 평균수명의 연장, 저작물을 창작하기 위한 인센티브를 증가시킬 필요성 등이 제기되었다. 저작권에 관한 다른 쟁점과 마찬가지로 존속기간과 관련하여서도 미국은 존속기간 연장을 위한 국제적인 합의를 기다리는 것이 아니라 자국이 존속기간을 연장함으로써 다른 국가들을 위한 모델을 정해야 한다는 것을 제시하였다.

## (3) FTA에 의한 저작권 존속기간의 연장

미국이 존속기간을 연장하려는 이유 중의 하나는 ‘저작자 사후 50년’을 채택하고 있는 국가에서 자국의 저작물이 일반인의 공유영역에 들어가게 되고 이러한 저작물이 인터넷에 의하여 광범위하게 유포되는 것을 두려워한다는 점이다. 따라서 인터넷이 발달한 한국에 대하여서도 미국이 FTA에 의하여 존속기간을 연장하려는 시도는 명확하다. 미국이 여러 국가와 체결하고 있는 FTA는 저작권과 저작인접권의 존속기간을 모두 연장하는 것을 포함하고 있다. 예컨대 미-호 FTA는 저작물, 실연, 음반을 보호하는 기간이 자연인의 경우 저작자 사후 70년까지라고 규정하고 있다.<sup>26)</sup> 이것은 현행 저작권법이 기본적으로 저작권의 경우 저작자 사후 50년간, 저작인접권의 경우 ‘실연을 한 때’ 또는 ‘음을 맨처음 음반에 고정한 때’로부터 50년간이라고 한 것보다 기본적으로 20년을 연장하는 것이다.

25) Council Directive 93/98/EEC of 29 October 1993 harmonizing the term of protection of copyright and certain related rights, 1919 OJ L 290/ DOCUMENT DATE: October 29, 1993.

26) 미-호 FTA §17.4.4(a). 미-바 FTA 및 미-싱 FTA도 이와 동일. 미-바 §14.4.4; 미-싱 §16.4.4. 이에 반하여 미-칠레 FTA는 저작권에 대해서는 동일하게 규정하고 있지만, 실연과 음반이 처음 적법하게 공표된 다음 해부터 70년까지라고 규정하고 있다. 미-칠레 §§17.5.4, 17.6.7.

#### (4) 존속기간 연장과 대응방안

저작권의 존속기간을 20년 연장하는 경우, 한국은 저작권자의 입장이 아니라 저작물 이용자의 입장에 있고 미국은 이와 반대의 입장에 있으므로, 한국에게는 경제적으로 부(負)의 효과가 날 가능성이 매우 높다. 또한 저작권의 존속기간 연장은 디지털형태로 자원을 축적하는 서비스와 같이 일반 공중의 자원의 개발이나 발전을 저해할 것이다. 왜냐하면 디지털형태의 자원축적이나 공중의 자원은 일반인의 공유 영역에 쌓이는 저작물이 자연적으로 증가하는 것에 기초하기 때문이다. 따라서 존속기간의 연장은 디지털환경의 등장에 오히려 역행하는 것이 될 수 있을 것이다. 그러나 저작권의 존속기간의 연장은 저작권 자체의 측면에서만 보더라도 긍정적인 효과를 불러올 수도 있을 것으로 보인다. 왜냐하면 존속기간의 연장이 결국 저작물을 창작하기 위한 인센티브를 높이는데 일정한 역할을 한다는 것을 부정할 수는 없기 때문이다. 특히 한국은 조만간 1인당 국민소득 2만 불을 초과할 것으로 예상되는데, 2만 불을 초과하는 국가의 경우 저작물을 이용하는 입장이 아니라 저작권을 가지는 입장으로 바뀌므로, 존속기간의 연장은 장기적으로는 한국에 유리할 수도 있다. 따라서 존속기간 연장의 부정적인 측면만을 고려하여 기간연장을 거부하는 것은 적절하지 않으며, 연장을 하는 경우 역시 부작용 발생을 방지하기 위한 조치가 이루어져야 할 것이다. 첫째, 20년의 존속기간을 연장하는 것이 한국에 일정한 경제적인 충격을 줄 수 있으므로 한국의 입장에서는 이행을 위한 유예기간을 최대한 확보하여야 할 것이다. 예컨대 기술적 보호조치에 대하여 호주에 2년(미-호 FTA), PCT 가입에 대하여 칠레에 4년의 유예기간을 인정하였듯이(미-칠레 FTA), FTA에 의한 의무에 대해서는 유예기간이 주어질 수 있는데, 한국은 최대의 유예기간을 확보하는데 노력하여야 할 것이다.

둘째, 존속기간이 70년으로 연장되는 경우, 이와 관련한 경과규정을 마련하여야 할 것이다. 예컨대 경제적 충격을 완화하기 위한 회복저작물에 대한 1995년 개정법에서 부칙규정(§§3, 4)을 둔 것과 같이, 70년으로 개정된 법이 시행되기 전에 창작된 것에 대해서는 한국법에 의하여 보호받았을 기간 동안만 보호하는 등의 경과규정을 두어야 할 것이다.

셋째, 존속기간의 연장은 현재의 입장에서 저작권의 지나친 확장이 될 가능성이 있으므로 저작권을 제한하기 위한 조약상의 제한을 위반하지 않는 한도 내에서 법정허락(저작재산권자 불명인 저작물의 이용 등)의 요건을 완화하는 조치를 취하여야 할 것이다.

넷째, 존속기간을 연장하더라도 저작권과 저작인접권의 존속기간에 대하여 접근방법을 달리하여야 할 것이다. 미국 저작권법은 저작권에 의하여 음반제작자(실연자 포함)를 저작권으로 보호하지만, 한국 및 국제조약은 창작자가 아닌 저작인접권자에게 저작자보다 단기간의 존속기간을 인정하고 있기 때문이다. 따라서 미-호 FTA와 같이 실연자 및 음반제작자에게도 모두 사후 70년을 인정하는 것은 극구 회피하여야 할 것이다. 만약 미국식대로 실연자 및 음반제작자의 권리를 저작권으로 보호하여 이를 사후 70년까지 확장한다면, 현행법보다 단순히 20년을 추가하는 것이 아니라 몇 십년을 추가하는 결과가 될 것이다.

마지막으로 존속기간 연장이 회피할 수 없는 쟁점이라면, 장기적인 측면에서 한국이 지적재산권에 관한 선진국으로 도약하기 위한 저작권의 정책방향을 변화시킬 것이 요구된다. 곧 저작권 산업을 보다 더 발달시키거나 저작물을 창작하기 위한 동기를 제공하는 등의 정책을 마련하고, 존속기간의 연장에 따른

혜택을 받기 위한 장기적인 대책이 필요할 것이다.

## 마. 온라인서비스제공자의 책임강화

### (1) 미국 저작권법상의 유형화된 OSP 책임제한

미국이 호주나 싱가포르 등과 체결한 FTA는 미국 저작권법의 내용과 사실상 동일하게 OSP의 책임제한 유형을 다음과 같이 네 가지로 유형화하고 있는데, 미국의 저작권법은 다음과 같이 유형화하고 있다.

#### (i) 네트워크상에서의 수동적인 디지털통신[512(a)]

● (i) OSP의 시스템이나 네트워크(법문상으로는 OSP에 의하여 통제·운영되거나 OSP를 위하여 통제·운영되는 시스템이나 네트워크)를 통하여 자료를 전송(transmitting), 전송연결(routing), 연결시켜 주거나, (ii) 이러한 전송, 전송연결, 연결 과정에서 자료를 즉각적이며 일시적으로(immediate and transient) 저장하는 것에 대해서는 책임이 면제

#### (ii) 네트워크상에서의 임시적이며 중간과정의 저장[512(b)]

● 책임이 제한되기 위하여서 서비스 제공자는 ① 자신의 시스템이나 네트워크에 저장되어 있는 자료를 수정해서는 안되며, ② 일반적으로 채택된 산업계의 데이터 통신규약에 따라 자료를 타인에게 이용하도록 하는 자가 특정한 경우에는 자료를 다시 올리거나 기타 최신화하는 것에 관한 규칙을 준수하여야 하며, ③ 자료를 온라인상 이용하도록 한 자가 자료를 다시 회수하는 기술의 능력에 개입하여서는 안되며, ④ 자료를 제공하는 자가 그 자료에 대하여 접속의 조건으로서 사용료나 비밀번호 등을 부과한 경우, 그러한 조건을 충족한 자에게만 접속을 허용할 수 있어야 하며, ⑤ OSP의 가입자가 저작권자의 허락없이 자료를 온라인상 이용가능하게 한 경우, 저작권 침해에 대한 통지를 받는 즉시 저작권을 침해하는 것으로 주장된 자료를 신속하게 제거하거나 이에 대한 접속을 불가능하게 하여야 함.

#### (iii) 이용자의 지시에 의한 자료의 저장[512(c)]

● 책임이 제한되기 위하여서는 첫째, ① OSP의 시스템이나 네트워크에 있는 자료나 자료를 사용하는 행위가 저작권을 침해한다는 것을 실제로 알고 있어서는 안되거나, ② 실제로 알고 있지 않은 경우에는 침해행위를 명확하게 나타내는 사실이나 상황을 알고 있어서는 안되거나, ③ ① 및 ②에 해당하는 것을 알게 되는 즉시, 신속하게 자료를 제거하거나 그 자료에 대한 접속을 불가능하게 하여야 함. 둘째, OSP가 침해행위를 통제할 수 있는 권리와 능력을 가지는 경우, 침해행위에 직접 기인하는 금전적인 이익을 받아서는 안 됨. 셋째, 저작권자에 의한 침해통지를 받으면 침해자료를 제거 또는 접속불능토록 하기 위하여 즉시 대처하여야 함[512(c)(1)].

#### (iv) 정보검색의 제공에 대한 면제[512(d)]

● 서비스 제공자가 ‘정보발견도구(information location tool)’를 사용하여 저작물을 침해하는 자료나 침해하는 행위를 포함하고 있는 온라인상의 위치로 이용자를 전송시키거나 연결시키는 것에 대한 책임을 면제. 정보발견도구에는 목록(directory), 색인(index), 포인터(pointer) 또는 하이퍼텍스트 링크(hypertext link) 등이 포함되므로[512(d)], 링크뿐만 아니라 검색엔진(search engines), 목록나열(directory listings) 등도 포함.

가입자(이용자)의 저작권 침해에 대한 OSP의 책임, 특히 OSP가 가입자의 침해행위에 대하여 공동의 침해책임, 또는 교사나 방조에 의한 침해책임을 부담할 것인가, 곧 2차적 내지 간접침해책임을 부담할 것인가 여부는 매우 모호하다. 따라서 OSP가 하는 역할 중 가장 전형적인 4가지 행위를 유형화하고 이러한 유형화된 행위에 대하여 OSP가 책임을 감면받기 위한 요건을 규정함으로써 OSP는 일정한 행위규범을 가지게 되고 침해에 대한 책임을 부담하는 것을 명백히 하게 된다. 또한 4가지 유형 중에는 캐싱과 같이 일시적 복제에 해당하는 것이 포함되어 있는데, 이것은 OSP에 의한 캐싱에 대하여 책임을 감면하고자 하는 것은 일시적 복제의 인정을 전제로 하는 것이다. 따라서 일시적 복제를 인정할 경우에는, OSP의 책임감면의 유형화와 관계없이 OSP의 책임을 면책하는 것이 필요한데, 4가지 유형 중에 캐싱에 대하여 OSP의 책임을 감면하는 것은 타당한 면도 있다. 그러나 미국의 DMCA는 4가지 유형의 행위가 저작권을 침해한다는 것을 전제로 한 후, OSP가 일정한 요건을 충족한다면 타인(OSP 가입자)에 의한 이러한 저작권 침해행위로부터 책임을 감면하는 것이다. 따라서 침해를 먼저 인정하고 책임을 감면받기 위하여 일정한 요건을 충족하도록 함으로써 OSP의 책임을 확대할 가능성이 있게 된다. OSP는 이러한 책임을 감면받기 위하여 상당한 비용을 투입할 것이므로, 침해행위의 유형화는 OSP에게 부담이 될 가능성이 있다. 또한 4가지 유형의 행위가 저작권을 침해한다는 것을 전제로 하는 것 자체가 문제가 될 수 있다. 예컨대 캐싱이나 링크는 인터넷을 이용함에 있어서 필수적으로 요구되는 것이고, OSP가 이러한 행위를 수행하지 않는다면 인터넷이 운용될 수 없다. 따라서 이러한 행위들은 오히려 저작권을 침해하지 않는다는 것을 전제로 하여야 함에도 불구하고 침해하는 것을 전제로 하고 있는데, 오히려 입법적으로 침해되지 않는다는 것을 전제로 하고, 일정한 경우에는 침해가 될 수도 있다고 하여야 한다.

OSP의 책임감면을 4가지 행위로 유형화하는 것에 대하여 가장 많이 가하여질 수 있는 비판은 이러한 4가지 외의 OSP가 존재할 수 있다는 것이다. 곧 기술의 발전에 의하여 4가지 유형의 행위 외에도 OSP는 여러 행위를 수행할 수 있는데, 4가지 행위로 유형화함으로써 장래에 기술의 발전에 의하여 OSP가 새로운 역할 내지 기능을 수행하고, 이러한 역할 내지 기능을 수행하는 행위로 인하여 가입자가 저작권을 침해하는 경우에는 또 다시 책임을 감면하기 위한 규정을 두어야 하는 단점이 있을 수 있다. 따라서 4가지 행위로 유형화하는 입법은 기술의 발전을 따라가지 못할 가능성을 내포하고 있다.

## (2) 침해자 신원정보 제공

미국이 싱가포르 등과 체결한 FTA에는 저작권자가 OSP(온라인서비스제공자)에게 침해자의 신원에 관한 정보를 획득하기 위하여 침해를 통지할 수 있도록 하는 절차를 마련할 것을 규정하고 있다. 저작권자가 OSP의 가입자들을 상대로 책임을 묻기 위하여서는 가입자들에 관한 정보가 필요한데 이러한 정보를 가지고 있는 것이 바로 OSP이다. 미국의 저작권법은 저작권자가 저작권을 침해하였다고 믿어지는 OSP 가입자에 관한 정보를 획득하기 위하여 OSP에게 일종의 문서제출장[subpoena, 증인 등에게 법원에 소환하도록 하거나(소환장), 일정한 서류나 기록을 제출하도록 명령하는 법원의 서류]을 법원서기



(clerk)가 청구할 수 있도록 하고 있으며, 이러한 문서제출장을 발하는 요건이 충족된 경우 법원 서기는 이를 신속하게 발하도록 하고 있다[§512(h)].

저작권자가 OSP로부터 침해자에 관한 정보를 획득하기 위하여 법원이 문서제출장을 발행하게 하기 위하여서는 첫째, 자신이 권리자임을 소명하여야 하며, 둘째, 획득된 정보사용에 관한 제한을 밝혀야 한다. 첫째, 권리자임을 밝히기 위하여 저작권자는 (i) 저작물, (ii) 저작권을 침해하고 따라서 제거되어야 하는 자료, (iii) 권리자를 접촉하기 위한 정보, (iv) 사용되고 있는 자료가 저작권자가 허락하지 않았다고 진정으로 믿는다는 선언, (v) OSP에게 통지하는 내용이 정확하고 자신이 권리자이며 그렇지 않을 경우 위증죄의 처벌을 받는다는 것 등을 통지받아야 한다. 둘째, 문서제출장의 목적은 침해자의 신원에 관한 정보를 획득하고 이러한 정보는 자신의 권리를 보호하기 위한 목적만을 위하여 사용될 것이라는 것을 선언서식으로 선언하여야 한다. 따라서 OSP의 가입자에 의하여 자신의 권리가 침해되었다고 주장하는 자는 자신이 권리자임을 밝혀야 할 뿐만 아니라, 자신의 주장이 진실이 아닌 경우 위증죄나 법원모독죄 등의 처벌을 각오하고 OSP 가입자의 신원에 관한 정보를 획득하기 위한 문서제출장을 청구하여야 한다.

우선 판사가 아닌 법원 서기로 하여금 문서제출장을 발하도록 하는 미국의 제도는 우리 법제상 수용하기 어려운 것이다. 미국이 싱가포르 등과 체결한 FTA에서 침해자의 신원에 관한 정보를 획득하도록 하기 위한 사법·행정적인 절차를 마련토록 하는 것도 바로 이러한 사실에 기인하는 것이다. 대부분 저작권 침해가 민사적으로 해결되는 미국에서는 권리자가 침해자의 신원을 확인하는 것이 긴요할 수 있지만, 형사적인 구제수단이 주어지고 있는 한국에서는 권리자의 고소에 의하여 침해자의 신원이 확인될 수 있기 때문에 신원을 확인할 필요성이 미국보다는 약하다고 할 수 있다. 저작권자가 침해자를 형사적으로 고소를 하기 전에 경고장을 보내기 위한 경우와 같이 일정한 경우에는 침해자의 신원에 관한 정보를 필요로 하는 경우가 있을 수 있는데, 한국에서도 권리주장자의 허위주장에 대하여 미국과 같은 형사적 제재가 가하여진다면 진정한 권리주장만이 이루어질 것이다. 또한 OSP에 의한 침해자의 신원에 관한 정보의 제공은 사생활 내지 비밀의 자유나 표현의 자유가 침해될 수 있는 문제점이 발생하는데, 신원에 관한 정보를 제공하면서 정보제공을 엄격하게 제한하면 해결될 수 있을 것이다. 요컨대 OSP의 신원에 관한 정보의 제공과 관련하여 미국법과 같이 법원의 서기에 의한 문서제출장은 한국의 법제상 불가능한 것이며(수용불가능하며 미국이 체결한 FTA에 이러한 사항이 나타나지도 않음), 저작권 침해에 대하여 형사적인 구제수단이 부여되는 한국에서 침해자의 신원에 관한 정보획득의 필요성은 미국보다 훨씬 더 약하며, 만약 사법·행정적인 절차에 의하여 이를 인정하더라도 저작권자 등 권리주장자가 자신의 저작권을 전혀 입증하지 않은 채 정보제공을 요청할 수 있는 것은 아니며, 사생활의 자유나 비밀의 자유는 충분히 보호하는 식으로 정보의 사용을 제한할 수 있을 것이다.

## **바. 친고죄 폐지**

### **(1) 저작권침해와 비친고죄화 논란**

현행 저작권법은 저작재산권 기타 저작권법이 보호하는 재산적 권리를 복제, 공연, 방송, 전시, 전송, 배포, 2차적 저작물 작성의 방법으로 침해한 죄에 대한 공소는 고소가 있어야 한다고 함으로써 저작권 침

해죄를 친고죄로 규정하고 있다(저 §102). 그런데 저작권의 침해, 특히 온라인상에서의 저작권 침해와 컴퓨터프로그램저작권의 침해와 관련하여서 친고죄의 폐지 여부가 상당히 논란이 되고 있다. 2006년 문광위 통과 저작권법 개정안은 “영리를 위하여 반복적으로” 저작재산권을 침해한 경우를 비친고죄로 규정하고 있었으며(안 §137 i), 지적재산권 범죄를 모두 비친고죄화하는 의원법안(2004년)이 발의되기도 하였다.

한국에서는 민사적인 구제수단보다는 형사적인 구제수단에 의하여 지적재산권의 집행이 이루어져 왔는데, 이것은 손해배상과 같은 민사적 구제수단의 효용성이 약하다는 것(예컨대 손해배상액수가 매우 미미하다는 것)에도 기인한다. 사권의 침해에 대해서는 민사적인 해결방안이 바람직한데, 비친고죄화에 의한 형사처벌 가능성의 확대는 이같은 선진적인 해결방안에 역행하는 것이다. 따라서 증거수집을 용이하게 하거나 손해배상액의 현실화 등을 통하여 민사적인 해결방법이 우선시되어야 하며, 이러한 민사적인 해결방법이 충분치 못한 경우에는 형사적 구제수단을 제공하여야 할 것이다.

## (2) 평가

친고죄의 폐지 여부에 대해서는 우열을 가리기 힘들 정도로 논란이 되고 있다. 친고죄 폐지 여부는 다음과 같은 원칙이 고려되어야 할 것이다. 첫째, 한편으로는 저작권을 보호함으로써 저작물을 창작하기 위한 동기를 제공하고, 다른 한편으로는 사회에 공급되는 저작물에 대하여 일반인들이 공정하게 이용할 수 있음으로써 저작물의 재창조를 촉진하고자 하는 저작권법의 정책목표를 고려하여야 할 것이다. 둘째, 저작권과 같은 사권의 침해에 대해서는 형사적인 제재보다는 민사적인 구제수단에 의한 것이 선진적인 해결수단이 된다는 것이다. 셋째, 저작권 침해로 인한 공익의 침해가 심대하다고 인정되는 경우에는 이에 한정하여 비친고죄로 하는 것도 고려하여야 한다는 것이다. 넷째, 형사적인 제재나 이에 한 발 더 나아가 비친고죄에 의한 처벌은 예외적인 것이 되어야 하므로, 공익 침해의 방지라는 목적을 달성하기 위한 “특정의 경우에 한정하여” “매우 엄격한 요건”에 의하여서만 인정하여야 할 것이다.

친고죄 폐지여부에 대하여 결론을 내리기 전에 미국과 독일의 형사적 제재수단을 살펴보기로 하자. 미국의 경우 피해자인 저작권자의 고소가 없이도 공소를 제기할 수 있으나 수사기관이나 공소기관들이 피해자들의 협조를 얻는 것이 대부분인 것으로 보인다. 미국 저작권법은 (1) (i) 상업적으로 이용하거나 개인적인 금융이익(private financial gain)을 얻거나[미 저 §506(a)(1)], (ii) 총 소매가가 1,000 달러를 초과하는 저작물을 180일 동안, 또는 1개 이상의 복제물이나 음반을, 복제나 배포에 의하여(전자적인 수단을 포함)[미 저 §506(a)(2)], (2) 저작권을 고의로 침해한 자에 대하여, 형사적인 제재수단(18 USC § 2319)을 가하고 있다[미 저 §506(a)]. 또한 이러한 형사적인 제재는 미국 저작권법이 인정하고 있는 저작인격권[시각저작물(visual works)의 저작권자에 대한 성명표시권 및 동일성 유지권, 미 저 §106(A)]에 대해서는 인정되지 않는다[미 저 §506(f)]. 독일의 경우 저작권 침해죄에 대해서는 고소가 있어야 벌할 수 있지만, 형사소추관청이 형사처벌에의 특수한 공공이익을 이유로 직권에 의한 개입이 명해지는 경우에는 예외로 하고 있다(독일 저작권법 § 109). 미국과 독일의 입법에 의하면 대규모적인 침해나 공익적인 침해의 경우에 고소가 없이도 형사적으로 처벌한다는 것을 알 수 있다. 따라서 비교법적으로 본다면 저작권 침해죄에 대한 처벌에 대해서는 반드시 고소가 요구되는 것은 아니라는 것을 알

수 있다.

위에서 논의한 바와 같이 친고죄에 대한 찬성론·반대론, 친고죄 폐지를 위한 고려 요소, 비교법적인 분석 등에 의하면 저작권 침해죄를 친고죄로 하여야 하는가, 비친고죄로 하여야 하는가는 사실상 정답이 존재하지 않는다. 사실상 최소한 대규모 내지 기업적이거나 영리를 목적으로 하는 저작권 침해는 공익의 침해와 연관되므로 비친고죄로 하더라도 문제점은 발생하지 않을 것이다. 어느 체제를 택하건 한 국가의 바람직한 저작권 산업의 발전에 도움이 되는 방향으로 나아가야 할 것이다. 이것은 미국이 비친고죄를 택하고 있다고 하더라도 권리자의 협조를 얻는 경우가 대부분인 것에서 잘 나타나고 있다.

## 사. 집행에 관한 쟁점

FTA는 저작권에 대한 실체법적인 쟁점뿐만 아니라 집행과 관련된 쟁점을 많이 포함하고 있다. 미국이 싱가포르나 호주와 체결한 FTA를 살펴보면 KORUS FTA에서의 집행에 관한 쟁점을 알 수 있는데, 이들 국가들이 체결한 FTA는 집행에 관한 다음과 같은 쟁점들이 포함되어 있다.

### (1) 법정손해배상

저작권자와 상표권자가 실손해(actual damages)와 사전 설정된 손해배상(pre-established damages)을 선택하여 배상받을 수 있도록 하고, 사전 설정된 손해배상은 장래 발생할 수 있는 침해에 대한 억제가 되고 침해로 인한 손해를 완전하게(fully) 배상하기에 충분한 액수일 것을 내용으로 하고 있다. 이러한 법정손해배상제도는 미국의 저작권법에 바탕을 두고 있는데, 미국 저작권법은 법정손해배상액을 \$750 ~ \$30,000의 범위로 정하고 법원이 재량에 의하여 정하도록 하고 있다[§504(c)(1)]. 저작권 침해가 고의에 의한 것이라는 것이 입증되는 경우, 법원은 법정손해배액액을 \$150,000까지 인상시킬 수 있으며, 침해자가 자신의 행위가 저작권 침해가 된다는 것을 알지 못하였거나 알만한 이유가 없다는 것이 입증된 경우, 법원은 법정손해배상액을 \$200까지 인하시킬 수 있다[§504(c)(2)].

### (2) 일방적 구제절차

미국이 호주 등과 체결한 FTA는 임시적인 일방적 구제조치 요청에 대해 신속하게 처리하할 것을 규정하고 있다. 일방적(inaudita altera parte)이라는 것은 상대방을 심문하지 않는다는 것(without hearing the other party), 곧 상대방에게 통지를 하지 않거나 또는 상대방의 주장없이 한 당사자의 청구에 의한다는 것을 의미. 따라서 임시적인 일방적 구제조치(provisional measures *inaudita altera parte*)라는 것은 상대방이 출석하지 않거나 상대방에게 통지하지 않고서 법원이 신청인의 신청을 인용하는 구제조치를 의미한다.

## 2. 향후 이행을 위한 저작권법 개정을 통해 예상되는 변화

## 가. 정보이용에 대한 일시적 복제의 영향

디지털시대에서는 일시적 복제물의 이용에 의한 저작물이 많이 이용되고 있는 상황이며, 일시적 복제가 저작물 이용의 주된 행태가 될 가능성은 매우 높을 뿐만 아니라 일정한 저작물의 경우에는 일시적 복제물에 의하여서만 이용이 가능할 수도 있다. 또한 일시적 복제 개념과 접근권의 인정에 따른 낙관론적인 모델에 의하면 일시적 복제는 더욱 더 중요한 역할을 할 수 있을 것이다. 미국이 NTE Report나 Special 301 Report에서 한국으로 하여금 일시적 복제개념을 인정할 것을 요구하고, 다른 국가들과 체결한 무역자유협정에서 일시적 복제를 인정토록 한 것은, 일시적 복제가 저작물 이용의 주된 행태가 될 것이라는 것을 예측하고 저작권자의 입장에 있는 미국의 국익을 보호하기 위한 것으로 보인다. 따라서 영구적 복제가 아니라 일시적 복제가 저작물을 이용하는 주된 행태가 되었거나 되어가고 있다면 저작권자들의 경제적 이익이 손상될 수밖에 없고, 저작권 제도의 근본원리에 의하여(저작권자에게 저작물을 창작하기 위한 동기를 부여하고 이에 의하여 일반인들이 창작된 저작물을 광범위하게 이용하여 제2의 창작을 하게 되어 사회에 공급되는 저작물의 양은 증가하게 되어 사회의 문화가 향상·발전된다는 것) 저작권자가 일시적 복제를 통제할 수 있어야 한다는 결론에 이르게 된다. 이러한 근거가 일시적 복제개념을 인정하는 근거 중에서 가장 강력한 근거가 될 것으로 보인다.

저작권자가 일시적 복제에 대해서도 통제할 수 있다고 해서 일반 이용자들의 정보 이용행위가 급격히 제한될 것으로 보이지는 않는다. 예컨대 인터넷을 이용하는 과정에서 수반될 수밖에 없는 브라우징(browsing) 행위는 사적복제 등에 의하여 침해책임으로부터 면제될 것이다. OSP의 일시적 저장행위도 OSP를 위한 면책규정에 의하여 역시 책임이 면제되어야 할 것이다. 또한 전송에 대하여 이미 이용료를 지급한 경우라면 전송 이후에 행하여지는 일시적 복제에 대하여 더 이상의 이용료를 지급하지 않게 될 것이다. 다만 일시적 복제개념이 인정됨으로써 일시적 복제에 의하여 서비스를 제공하는 업체들이 책임을 부담할 가능성이 매우 높게 된다. 또한 일시적 복제개념이 인정되는 경우, 소프트웨어 등 일시적 복제에 바탕을 둔 비즈니스 모델이 상당히 많이 개발되고 이용될 것으로 보인다.

## 나. 접근통제와 정보이용

디지털경제에서의 접근통제의 역할에도 불구하고 접근통제에 대해서는 많은 비판이 제기되고 있는데, 이러한 비판은 1998년 미국이 DMCA에 의하여 접근통제를 인정함으로써 제기되어 온 것이고 사실상 모두 콘텐츠 이용의 억제와 관련되는 것이다. 접근통제에 대해서는 우선 정보에 대한 공정이용이 억제됨으로써 정보이용이 억제되어 결국 정보의 재창조가 억제된다는 비판이 가하여지고 있다.

공정이용을 비롯한 저작권에 대한 제한은 저작물 이용시장에 있어서의 시장의 실패(market failure)를 치유할 뿐만 아니라 저작물을 광범위하게 배포하게 함으로써 저작물의 재창조를 위한 중요한 기능을 행한다. 그런데 공정이용이 허용되지 않는다면 저작물 이용의 전단계인 저작물에 대한 접근 자체가 불가능해지고, 결국 접근통제에 의하여 저작물 등 정보의 이용은 상당한 제한을 받을 수밖에 없으며 그만큼 정보이용을 위한 비용이 증가하거나 정보를 이용하지 못하게 됨으로써 정보의 재창조도 그만큼 억제될 수밖에 없다. 또한 접근통제에 대하여 공정이용의 예외가 적용되지 않는다는 것은 정보에 대하여 일

반공중의 접근(public access)이 제한되거나 박탈된다는 것을 의미한다. 공표된 저작물에 대한 일반인의 접근 보장은 저작권법에 명시적으로 규정되어 있지는 않지만 저작권법의 전통적인 목적이 되어 왔으나, 접근통제를 인정하고 이에 대하여 공정이용 예외의 적용을 부인한다면 정보에 대한 일반인의 접근이 상당한 타격을 받게 된다. 결국 접근통제에 대하여 공정이용의 예외가 인정되지 않음으로써 저작권을 영구적인 권리로 만들지는 않을지라도 사실상 더욱 더 강력한 특허권과 같은 권리가 되도록 할 수 있다. 또한 접근통제의 인정에 대해서는 접근통제와 저작물이나 콘텐츠, 정보의 보호와는 사실상 아무런 관계가 없는 목적을 위하여 사용됨으로써 기술에 대한 진보나 혁신을 억제한다는 비판이 제기되어 왔다. 이러한 비판은 미국에서 실제로 현실화되었는데, 대표적인 예가 Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc. 케이스<sup>27)</sup>와 Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technologies, Inc. 케이스<sup>28)</sup>이다. 이들 케이스에서는 프린터의 잉크 카트리지가 리모콘 시장에서의 경쟁을 억압하고 따라서 기술의 진보를 억제하기 위하여 접근통제에 관한 입법을 이용하려는 시도가 나타난 사례들이다.

## 다. 저작권의 존속기간 연장

저작권의 존속기간을 연장하는 경우 일정한 이점이 따르게 된다는 것은 부정할 수 없다. 그러나 저작권의 존속기간을 연장하는 경우 정보나 콘텐츠의 이용 내지 이용가능성을 억제하게 될 것이며, 한국의 경우에는 그 정도가 보다 더 심할 것으로 보인다. 첫째, CTEA(Copyright Term Extension Act)가 CTEA 시행 이후 창작된 저작물뿐만 아니라 그 당시 이미 존재하고 있었던 저작물의 존속기간도 연장시킨 것과 같이,<sup>29)</sup> 일반인의 공유영역에 있었어야 하는 저작물이 20년동안 추가적으로 저작자의 통제대상에 머물러 있게 된다. 따라서 일반인의 공유영역의 확대가 20년간 지연되는 셈이 되어 저작물 이용이 그만큼 제한을 받을 수밖에 없으며, 일반인의 공유영역에 있는 저작물에 바탕을 두어 재창조를 하는 것도 그만큼 억제될 수밖에 없다.

둘째, 한국은 미국이나 유럽연합의 선진국들과 달리 저작물에 관한 한 평균적으로 ‘저작권자’가 아니라 ‘저작물 이용자’의 입장에 있다는 것이다. 따라서 존속기간의 연장은 저작물의 무역수지에 관한 한 한국에게 손해로 작용할 것으로 예상된다. 존속기간의 연장으로 인하여 저작물을 창작할 동기가 더 많아지게 되므로 장기적으로는 한국에게 이익이 될 수도 있겠지만, 장기적으로도 미국 등 선진국과 관련하여서는 저작물 수지를 역전시킬 수 없으므로 마찬가지로 된다.

셋째, 저작권의 존속기간 연장은 디지털 도서관이나 디지털 기록보존소(digital archive)의 발전을 저해할 것이며, 일반 공중의 자원의 개발이나 발전을 저해할 것으로 예상된다. 저작권에 대하여 존속기간을 정하는 것은 일반인의 공유영역을 확대하기 위한 것인데, 디지털 기록보존소와 공중의 자원개발은 일반인의 공유영역에 축적되는 저작물이 자연적으로 증가하는 것에 기초할 수밖에 없기 때문이다. 따라서 존속기간의 연장은 디지털환경의 등장에 오히려 역행할 수 있다.

27) 387 F.3d 552(6th Cir. 2004).

28) 381 F.3d 1178 (Fed Cir. 2004).

29) 존속기간을 연장한 입법인 CTEA가 위헌이라는 것을 이유로 제기된 Eldred v. Ashcroft 케이스[537 U.S. 186, 123 S.Ct. 769, 154 L.Ed. 2d 683 (2003)]에서도 쟁점은 이미 존재하는 것에 대하여 존속기간을 연장한 것을 대상으로 하였다.

### 3. 강화된 저작권 보호환경으로부터 균형추 회복의 필요성

디지털환경의 전면적 등장 및 한미 FTA는 모두 지적재산권을 확대 내지 강화하는 것에 초점이 맞추어져 있다. 예컨대 전송권의 인정, 사적복제의 축소, 디지털환경에서의 저작권 집행의 강화, 일시적 복제 및 접근통제의 인정, 저작권 존속기간의 연장, 저작권 침해죄에 대한 친고죄 범위의 축소, 법정손해나 일방적 구제조치와 같은 저작권 집행의 강화 등 거의 대부분 저작권의 확대 내지 강화를 그 내용으로 하고 있다. 이러한 권리 내지 제도들은 디지털환경하에서 저작권자를 적절하게 보호하기 위하여 필요하다는 것을 인정할 수 있는 측면이 있지만, 이러한 저작권의 확대 내지 강화에 비하여 저작물을 이용할 수 있는 법적 제도는 거의 마련되지 않고 있다. 곧 저작자의 배타적인 권리 및 집행은 강화되었지만 저작물을 공정하게 이용할 수 있는 여지는 축소되고 있다. 저작자에게 배타적인 권리를 부여하고 이를 집행함으로써 저작물을 창작하도록 할 동기를 제공하는 것은 매우 중요하다. 그러나 이러한 동기를 부여하는 것보다 더욱 중요한 것이 저작물을 공정하게 이용할 수 있는 환경이 마련되어야 한다는 것이다. 배타적인 권리의 부여에 의하여 동기가 제공됨으로써 저작물이 창작되어 사회에 저작물이 공급되기도 하지만, 사회에 공급되어 있는 저작물을 타인이 이용하여 제2의 창작을 유도하는 것이 더욱 중요하기 때문이다. 곧 한편으로는 배타적인 권리를 부여함으로써 창작의 동기를 제공하여 저작물을 창작하도록 하고, 다른 한편으로는 이용자들이 저작물을 이용하여 제2의 창작을 유도함으로써 사회의 문화발전이 이루어지게 된다. 곧 권리의 부여에 의한 동기의 부여와 저작물의 공정한 이용은 저작권 제도 내지 정책에 있어서 필수적인 것이고, 양자 간에는 정교한 균형(delicate balance)이 이루어져야 한다. 그러나 앞서 지적한 바와 같이 디지털환경이나 한미 FTA는 전자에 치우치는 것을 내용으로 함으로써 양자간의 정교한 균형이 깨질 수 있게 하고 있다. 그렇다면 이를 어떻게 해결할 것인가가 문제된다.

이에 대해서는 첫째, 강화 내지 확대되는 개별적인 권리 내지 제도에 있어서의 적절한 균형이 확보되도록 할 필요성이 있다. 예컨대 일시적 복제가 인정됨으로써 저작권이 확대되는 경우, 일시적 복제에 대한 적절한 예외(예컨대 부수적인 일시적 복제에 대한 저작권 침해의 불인정과 같은 예외)를 마련하는 것을 들 수 있다. 접근통제를 인정하는 경우에도 마찬가지이다.

둘째, 미국 저작권법 제107조의 공정이용과 같이 한국의 저작권법 체제가 저작권 침해에 대한 전반적인 예외규정을 마련하는 것이다. 한국의 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법은 저작권을 제한하는 개별적인 예외규정들을 두고 있으나 미국의 공정이용의 원리와 같은 저작권 제한에 대한 일반적인 규정을 두고 있지 않고 있다. 미국 저작권법상의 공정이용의 원리가 판례법을 통하여 발전되어 온 원리이므로 이를 우리 법제도에 받아들이는데 있어서는 어려움에 봉착할 수 있으나, 분명한 것은 저작권을 제한할 수 있는 일반원리 내지 일반규정이 존재하여야 한다는 것이다. 공정이용의 원리와 같은 일반적인 저작권 제한규정에 의하여, 예컨대 패러디와 같이 개별적인 저작권 제한규정들이 적용될 수 없는 경우에도 적용될 수 있으며, 일시적 복제나 접근통제의 인정에서와 같이 저작권이 확대되는 경우에도 적용될 수 있으므로 저작권자와 저작물 이용자 간에 적절한 균형이 이루어질 수 있게 된다. 따라서 한국의 저작권법은 미국 저작권법상의 공정이용과 같은 일반적인 저작권 제한원리의 수용여부를 고려하고, 미국법상의 제도가 한국의 법체제에 어떻게 수용될 수 있도록 할 것인지를 고려할 필요성이 있다.

### Ⅲ. 디지털저작물 창작과 유통 환경변화 수용의 필요성

#### 1. Web 2.0의 정의 및 특징

##### 가. Web 2.0의 연혁 및 정의

###### (1) 연혁과 신개념의 발전

전통적 웹은 월드와이드웹(WWW)이라고도 하며, 팀 버너스 리(Berners-Lee, Tim)에 의해 시작 되었고, 하이퍼링크 구조를 기반으로 하는 문서의 집합체이다. 이는 정적인 HTML 문서로 구성되고, 링크를 통해 단순히 클릭을 하는 것만으로 자신이 읽을 문서 페이지로 이동하는 정도의 상호작용을 하는 수준에서 이용되어 왔다. 이러한 기존의 웹은 상호작용성이 낮고 업데이트가 드물게 되거나, 아예 되지 않으며 모든 일련의 활동이 웹 브라우저만을 통해서 이루어지는 한계점이 있었고, 이러한 정적인 환경과 기능의 한계로 자바애플릿, 자바스크립트 등을 사용해 운동성을 삽입하려는 노력의 증가와 함께, ActiveX를 사용해 풍부한 사용자 경험과 기능을 제공하고자 하는 과도기적 노력이 있어 왔다.

그러나 ActiveX는 보안에 매우 취약하고 사용자가 자신의 PC에 설치해야 한다는 불편함이 있었고, 윈도우에 대한 종속성 때문에 윈도우즈 외의 다른 OS나 인터넷 익스플로러가 아닌 웹브라우저는 사용할 수 없는 한계점을 여전히 지니고 있었다. 이러한 배경에서 기존의 웹을 Web 1.0이라 칭하며 과도기적 동적 운동성 Web 1.5라 칭하면서 각각이 지닌 한계점을 극복할 수 있는 웹 환경을 지칭하는 새로운 용어의 등장이 요구되고 있었다.

Web 2.0이란 용어는 O'Reilly와 MediaLive International의 컨퍼런스 브레인스토밍 세션에서 O'Reilly의 부사장인 Dale Dougherty에 의해 최초로 사용되기 시작하였다. 웹 2.0이라는 용어는 현재 구글에서만 950만건 이상 인용되고 있으며, 경제적 측면으로는 “새로운 닷컴의 봄”이라고도 일컬어질 정도로 각광의 대상이 되고 있다. 이는 기존의 클라이언트-서버 모델에 기반을 둔 정적인 웹, 그리고 주류미디어에 의해 잠식되며 매스커뮤니케이션과 매스광고에 의해 지배 되던 웹이 근본적으로 변화하고 진화한 차세대 웹을 뜻하는 용어로 정착되어가고 있음을 보여주고 있는 것이다. 이 개념을 주장한 사람들은 웹 2.0이 기존의 웹과 충돌하는 것이 아니고, 웹은 지속적으로 지금보다 더 중요해질 것이며, 웹은 놀랄만한 규칙성을 가지고 등장 하는 새로운 응용프로그램과 사이트를 가지게 될 것으로 내다보면서 궁극적으로 웹 2.0 서비스가 데스크톱 컴퓨터의 응용 프로그램마저 대체할 것으로 전망하고 있다. “웹 2.0을 통해 탈(脫)권위주의와 인터넷 민주주의라는 거대한 흐름이 진행되고 있다”는 평가도 있다.

###### (2) 정의

아직까지 웹 2.0 정의에 대해서 많은 논의가 진행 중에 있으며, 학자나 관계자들 간에도 논란이 있지만 보통은 “최종사용자에게 웹 애플리케이션을 제공하는 컴퓨팅 플랫폼”으로 정의되고 있다. 즉, 서비스 업체가 블로그, 검색, 지도, 꼬리표달기(Tagging)<sup>30)</sup>등 다양한 기능을 제공하고 사용자(고객)가 이를 직

30) 꼬리표 달기란 정보를 찾거나 표시, 분류하기 위해서 사용하는 방식으로, 기존에 사용되던 디렉토리(directory) 구조와 차이가 있음.

- 꼬리표(태그)를 추가할 수 있는 웹페이지 등을 하나의 노드(테 이터 노드)로 간주, 각 태그 자체를 다른 종류의 노드로 보고 두 종류의 노드에 특정 관계를 맺어주는 정보 분류 방법임

- 꼬리표는 사용자들로부터 지능적으로 부여되고, 이를 통해 정보 가 분류되고 재정리됨

접 활용하는 ‘사용자 지향’ 웹 플랫폼 자체를 지칭하는 용어로 사용되고 있다.

또 다른 정의로서, 웹 2.0은 웹사이트에 접근하는 방식을 말하기도 한다. 불특정 다수의 사용자가 만들어가는 인터넷의 새로운 흐름을 일컫는 말로도 사용되고 있는 것이다. 참여·공유·개방을 내세운 웹2.0은 2000년 전후의 인터넷 열풍과 처절한 붕괴 과정을 딛고, 새롭게 떠오르는 인터넷 기업의 공통된 특징을 지칭하기도 한다. 여기서 의미하는 웹은 직접적이고, 정직하며, 열린 의사소통 공간이고, 사용자는 커뮤니티에 의존하고 분산되는 특징을 가진다. 그리고 웹사이트를 구성하는 콘텐츠는 라이선싱(licensing), 리믹싱(remixing)이 주를 이루고, 공유는 인터넷은 무료라는 인식이 강하게 나타나는 경향을 보이고 있다. 이러한 Web 2.0의 대표적인 예는 블로그, 위키, Bit Torrents, Creative Commons, Google IPO, RSS<sup>31)</sup>, Social Software, Web APIs 등을 들 수 있다.

## 나. 웹 2.0의 본질과 특징

### (1) 참여와 개방, 공유를 본질로 하는 웹2.0

웹 2.0은 기술보다는 사람 중심에서 웹을 보는 관점을 지니고 있다. 웹은 사용자의 참여를 극대화 분산화하며, 진화하지만 새로운 기술도 아니고, 이를 기술 관점에서 볼 필요도 없다.

웹 2.0은 인터넷 사용 환경이 상호작용과 기초적인 사회적 네트워크에 중점을 두고 있으며 시각적, 상호작용적인 웹페이지를 만들어 네트워크 효과를 발생시킬 수 있음을 가시적으로 보여주고 있다. 따라서 웹2.0사이트는 기존의 웹사이트 보다 더 많은 사회적 실재감(Social Presence)을 느낄 수 있고, 사용자의 의존적인 웹 포털처럼 작용하게 되며 나아가 웹을 플랫폼<sup>32)</sup>으로서 간주하는데, 이때 플랫폼 환경의 장점은 서비스 제공자들이 아무것도 할 필요 없이 사용자들의 참여로 콘텐츠와 서비스가 창조된다. 웹2.0의 지향점은 참여의 아키텍처에 의한 이용자들 자신의 개인적이고 이기적인 활동의 부산물로서 구축된 DB를 이용한 비즈니스로 이어지고 있다.

### (2) Web 2.0의 주요특징

#### (가) 개방성

‘웹의 플랫폼화’ 영향으로 예전보다 웹에 있는 정보를 이용하기가 더 용이해졌으며 그런 정보는 거의 공개되고, 수정이 가능하므로 이를 개인 사용자가 자신의 편의에 따라 수정, 보완할 수 있다.

#### (나) 사회적 상호작용과 개인 참여가 핵심

웹2.0에서는 웹에 존재하는 정보가 개인의 참여를 통하여 생성되기 때문에 개인의 참여가 장 핵심적인 역할을 한다. 웹2.0의 대표적 사례인 블로그는 개인의 참여를 기초로 하고, 사용자간에는 누구나 RSS를

---

- 꼬리표가 붙으면 웹상에서 과거에 누적된 자료를 재활용하는 것이 훨씬 용이해지며, 웹2.0이 추구하는 가장 기본적인 역할을 수행하게 됨

31) RSS는 Really Simple Syndication 또는 Rich Site Summary의 머리글자이며, XML기반의 표준통신포맷임. 다양한 콘텐츠를 요약하고, 상호공유 하고 주고받을 수 있도록 만든 표준.

32) 여기서 말하는 플랫폼이란 프레임워크의 한 종류로서 소프트웨어를 작동시킬 수 있는 하드웨어 소프트웨어를 이른다.



통해 그 정보의 위치와 내용을 알 수 있으며 의견을 교환하는 것 또한 가능하게 한다. 예컨대 후술하는 위키피디아(Wikipedia)는 서로 떨어져 있는 개인들의 참여로 서비스 및 콘텐츠가 생성되고 있다.

#### (다) 개발도구(API<sup>33</sup>)의 무료 제공

생성된 콘텐츠·정보를 언제나(whenever), 어디서나(wherever), 누구나(whoever) 쉽게 이용할 수 있도록 개방된 개발 도구(API ; application programming interface)를 제공해준다는 특징도 가지고 있다. 이로써 특정 기술이나 서비스를 한 기업이 독점하지 않고, 무료로 공개하는 흐름도 확산되고 있다. 구글의 지도 서비스, 이베이의 상품정보 등은 기본 프로그램(API)이 공개돼 있어 이를 바탕으로 많은 응용 서비스가 나타나고 있다.

#### (라) 집단지성의 활용

여러 사람이 자신의 지식을 조금씩 모아 거대한 데이터베이스를 이루는 ‘집단 지성 (Collective Intelligence)’은 웹2.0의 또 다른 특징 중의 하나이다. 집단지성이란 개별 인간들이 만나 정보와 인식을 공유하고, 나아가 새로운 지식을 생산해 내는 것을 뜻한다. 집단지성의 개념은 원래 미디어학자인 ‘마셜 맥루한’의 ‘지구촌’, 하이퍼텍스트 개발자인 ‘더그 앵겔바트’의 지능 확장(Augment Intellect) 개념에서 유래한다. 사이버 공간에서 개개의 인간은 집단지성으로서 하나의 회로 또는 입출력 단위처럼 기능한다. 마치 개미 한 마리 한 마리가 낮은 차원의 지능을 갖지만, 더듬이를 병렬로 연결해 집단별로 최적의 행위를 찾아내는 것처럼 집단지성으로서의 인류는 이전보다 강력해진 문제 해결능력을 갖는다. 개별 네티즌들이 참여해 완성시켜 가고 있는 OS인 ‘리눅스’는 오늘날 집단지성이 이룬 대표적 지적 산물로 꼽힌다. Web 2.0은 이러한 다양한 경험과 노하우, 지식을 가진 이용자 다수의 참여를 통한 집단 지성의 가치를 중요시한다.

## 2. 국내·외 Web 2.0의 대표적 서비스 현황과 인터넷 환경변화

### 가. 개요

최근 미국에서 높은 인기를 누리는 웹2.0 사이트는 유튜브(동영상 공유), 마이스페이스(인맥관리), 플리커(사진 공유) 등이다. 국내에서도 웹2.0에 대한 관심이 높다. 싸이월드 미니홈피나 네이버 지식검색 같은 국내 사이트의 서비스도 전형적인 웹2.0 서비스로 평가된다.

이들 사이트는 사이버 공간과 도구만 제공하고, 그 속을 채우는 것은 모두 사용자들의 몫이다. 개인의 일상사와 취미, 의견을 일기 쓰듯이 올리는 블로그 사이트도 급속히 확산되고 있다. 이와 같은 UCC(User-Created Contents; 사용자제작콘텐츠), 블로그(개인홈페이지), 위키피디아(공개 백과사전)등이 대표적인 웹2.0 서비스다. 사용자들은 다른 사람이 만든 콘텐츠를 단순히 감상하는 데 그치지 않고, 별점이나 댓글을 붙여 적극적으로 평가까지 한다. 인기를 끄는 콘텐츠는 여러 사이트에 옮겨지면서 더욱 확산된다. 참여와 공유의 시스템이 저절로 이뤄지는 것이다.

### 나. 사용자제작콘텐츠(User-Created Contents)

33) API는 XML, RDF, Web service등 공개된 표준 스펙을 기반으로 하고 있으며, 구글, 야후 검색API를 비롯 아마존, 플리커, 블로그라인스, 딜리셔스 등 다양한 사이트에서 XML로 데이터를 주고받을 수 있는 API를 제공하고 있다.

## (1) 현황

웹 2.0 시대에서는 사용자가 제작하는 콘텐츠(User-Created Contents, 이하 UCC)가 활발하게 제작되어 이를 일반인들이 광범위하게 이용하는 것은 당연한 귀결이라 할 수 있다. 현재 일반인들로부터 많은 관심을 끌고 있는 UCC는 동영상이지만, UCC는 동영상뿐만 아니라 어문저작물이나 음악저작물 등 디지털로 표현될 수 있는 모든 것을 포함한다. UCC는 컴퓨터에 한정되어 사용되는 것이 아니라 핸드폰이나 PDA 등 우리 일상에서 광범위하게 이용되고 있으며, UCC의 광범위한 공급에 의하여 정보의 바다는 더욱 넓어지게 된다.

정보를 수집하고 생산하는 주체의 측면에서 고려한다면, UCC는 서버-클라이언트 모델과 비교될 수 있다. 서버-클라이언트 모델에서 클라이언트(사용자)는 서버가 수집하거나 생산한 정보를 단순히 이용하는 수동적인 주체에 머무르게 되지만, UCC의 경우 사용자가 이제 정보의 생산자의 지위로 올라서게 된다. 곧 이제는 정보의 소비자 내지 이용자도 매우 용이하게 정보를 생산하는 지위에 있을 수 있고 결국 누구든지 정보의 이용자와 정보의 생산자의 지위를 용이하게 겸할 수 있는 시대가 도래한 셈이다.

## (2) UCC 이용활성화와 관련된 저작권 문제

UCC의 제작 및 이용의 활성화를 달성하기 위하여서는 수익성(유료화, 광고시장 등) 등 여러 장애를 극복하여야 하겠지만, 극복할 필요성이 가장 높은 것은 UCC와 관련된 주체간의 상호관계에서 파생하는 저작권 등의 법률적인 문제이다. UCC와 관련된 저작권법적 문제는 제작단계로부터 이용단계까지 여러 주체들<sup>34)</sup> 간의 상호관계의 측면에서 고찰할 수 있다.

첫째, UCC가 제작자에 의하여 직접 제작되는 경우와 타인의 저작물 등에 바탕을 두어 제작되는 경우로 분류하여 쟁점을 고찰할 수 있다. 먼저 UCC가 제작자에 의하여 직접 제작되는 경우에는 제작자가 저작권자가 되며 제작자 외의 별도의 저작권자가 존재하지 않는다. 이 경우 저작권자인 제작자와 OSP가 UCC에 대하여 각각 어떠한 권리를 가지는가, 양자간의 관계를 어떻게 설정할 것인가의 문제가 존재한다. 타인의 저작물에 바탕을 두어 UCC가 제작된 경우 저작권자와 UCC 제작자 간의 저작권 침해 문제 및 OSP의 책임문제가 발생한다. 현재 UCC와 관련된 저작권 문제가 존재한다면 이러한 문제가 가장 핵심적인 문제가 될 것이다.

둘째, UCC는 단순한 인터넷의 이용, VOD, 다운로드 등의 형태로 이용되므로, UCC를 이용하는 단계에서 전송이나 복제 등의 문제가 발생한다.

셋째, 동영상 UCC의 경우 UCC에 등장하는 인물 등의 초상권, 퍼블리시티권(right of publicity), 실연자로서의 권리 등의 침해문제가 발생한다.

넷째, UCC, 특히 UCC로 구성된 데이터베이스는 매우 소중한 자산이 되므로 어떠한 OSP가 구축한 UCC를 다른 OSP가 부당하게 이용할 수 있는데, 개별적인 UCC가 OSP에 의하여 제작되는 아닌 것이 일반적이므로 OSP 상호간에 분쟁이 발생할 수 있다. 이 문제는 제작자들이 OSP에 제공한 UCC에 대하여 누가, 어느 부분에 대하여 권리를 가지는가의 문제와 연관되는 것이다.

34)UCC의 작성 및 이용과 관련하여서는 (i) UCC를 제작하는 자(제작자), (ii) 포털이나 일정한 웹사이트의 운영자와 같이 일반 이용자들이 UCC를 제작하거나 이를 이용할 수 있는 장을 마련해주는 자, (iii) UCC를 이용하는 자(이용자), (iv) UCC를 제작하는 기초 자료가 되는 저작물의 저작권자, (v) 동영상 또는 음악으로 이루어진 UCC에 등장하는 실연자 등의 주체가 존재한다. UCC는 단순히 제작되는 것에 그치지 않고 인터넷상에서 이용되는 것이 기본이므로 제작된 UCC를 정보통신망에서 이용가능하게 하는 주체가 필요한데, 이러한 주체가 바로 위의 (ii)에 해당하는 자로서 저작권법상 온라인서비스제공자(SOP)라 할 수 있다.

## 다. 위키피디아(wikipedia)

(1) 세상의 지식을 지구상의 모든 사람들과 공유하자 ‘라는 취지로 전세계 네티즌에 의해 미국의 비영리단체가 운영하는 위키피디아는 490만개 이상의 항목을 200여 가지 언어로 설명해주는 온라인 공개 백과사전이다. 그러나 위키피디아에는 전문 편집자가 한 명도 없다. 일반인이 누구나 참여해 사전 항목을 입력하고 수정할 수 있는 개방형 체제이기 때문이다. 아무런 보상이 없어도 사람들은 자발적으로 참여해 백과사전의 용량을 무한대로 늘려가고 있다. 2001년 영어판부터 집필을 시작, 2004년 7월 항목 수가 브리태니커의 3배(30만건 이상), 하루 평균 870만 회 조회수를 보이고 있다. 미국의 저명 과학 잡지 네이처는 “위키피디아의 정확도가 브리태니커 백과사전과 거의 동등하다”는 조사결과를 발표하기도 했다.

## (2) 위키의 개방성과 효율적인 협동 작업

위키(wikis)의 작성은 단순히 노드를 노드에 연결하는 작업뿐만 아니라 본래 존재하던 노드를 변형하는 작업까지 포함한다. 위키를 작성하면서 뒤에 작성하는 사람이 단순히 전에 있던 내용에 추가만 하는 것이 아니라 삭제/변형 등 여러 가지 작업을 하면서 위키 본문 내의 기본요소들을 변형시키기 때문이다. 논리적으로, 그리고 문맥에 맞게 자신의 아이디어를 본문으로 추가하여 많은 사람이 협업으로 완성시켜가는 것이다. 다수가 참여함에도 마치 한사람이 움직이는 것처럼 작업이 이루어진다. 결과물은 항상 최신버전으로 업그레이드되어 있고 이전 것으로 복원도 쉽다.

이렇듯 위키는 개방적이고 자율적인 협동 작업을 가능하게 한다. 특정인에 의한 관리나 간섭이 필요 없이 모두가 관리자로서 자율적으로 기여한다. 위키는 개방된 공간에서 보기 드문 정리된 데이터베이스를 가능하게 한다. 통상의 인터넷의 개방성은 다양하고 풍부한 정보의 축적을 가능하게 하였지만, 한편 불필요하고 중복된 콘텐츠의 난무로 실질적인 정보 활용을 어렵게 하고 있다. 위키는 이에 대한 좋은 해결방안이다.

## 라. 블로그 세상(Blogosphere)

블로그란 Web+log의 조합어로 ‘상호작용성을 강화한 개인 홈 페이지’를 의미한다. 누구나 손쉽게 글이나 그림 등을 올리거나 편집하는 것이 가능 하므로 정보를 축적하고 공유하는데 유리한 구조를 가지고 있다. 특히 자신의 글을 참조하여 다른 사람이 글을 쓰면 그 사실이 자신의 블로그에 자동 통보되는 트랙백 기능은 수정, 보완을 통한 지식의 진화 촉진에 기여하게 된다. 또한 자동연동기능 RSS(Really Simple Syndication)을 이용하여 새로운 콘텐츠가 생성되는 즉시 자신의 블로그에서 받아볼 수 있게 함으로써 업데이트 속도가 크게 증가하였다. 나아가 블로그에서는 어떤 내용이라도 받아들여지고, 정보의 신뢰성과 최신성이 비약적으로 제고되며 정보소통 범위나 파급효과 면에서 타의 추종을 불허하기 때문에 정보의 양, 질, 역동성에 혁신을 가져왔다고 평가되고 있다. 비즈니스 업계에서도 주목을 받아 미디어, 제조업체 등에서 활발히 이용하여 지식경영을 활성화하고자 노력하고 있다. 예컨대 IBM의 경우 2003년 사내 블로그를 개설하여 지식경영 시스템을 강화했고, BBC 방송 또한 사내 블로그를 통해 직원간의 정보를 공유하고 있다. 지식 아웃소싱과 사외정보 공유 수단으로도 블로그가 유용하게 사용되고 있다.

### 3. 웹2.0 환경과 저작권제도의 상호작용과 관계

#### 가. 웹2.0 환경이 저작권제도에 위협이 되는 요소

UCC(User Created Contents)를 UCC(User Copied Contents)라고 비아냥 거릴 정도로 진정한 UCC가 드문 편이다. 어느 국내 포털의 경우 “동영상 콘텐츠의 80% 이상이 외국의 애니메이션, 국내외 CF, 해외 홈비디오, 드라마/쇼프로/스포츠 하이라이트 등의 편집물로 이루어져 있고, 16% 정도만 사용자 자신이 직접 제작한 콘텐츠”에 불과하다는 보도가 있었다.<sup>35)</sup> 또한 UCC작성에는 원본 저작물을 변형하는 행위가 수반되는 경우가 많다. 저작권법은 원본인 저작물을 변형하는 행위를 두 가지로 나누어 규정하고 있다. 변형한 결과 새로운 창작성이 더해져서 사회통념상 원저작물과는 다른 독자적인 저작물이 된 경우 이를 ‘2차적저작물’이라 한다. 이와는 달리 그 창작성의 정도가 낮아 수정, 가감이 이루어진 것에 불과한 경우는 저작물의 단순한 ‘변경’에 해당한다. 즉 원저작물에 가미된 창작성의 수준에 따라 구별되는데, 변형물이 2차적저작물로 인정되면 원저작물과는 독립하여 새로운 저작물로서 보호를 받게 된다는 점이 단순한 변경의 경우와 제일 큰 차이점이다.

저작권법은 저작권자에게 위 두 경우를 모두 컨트롤 할 수 있는 배타적 권리를 부여하고 있다. UCC가 새로운 2차적저작물로서 보호받게 된다고 하더라도 원저작자의 허락을 안 받았다면 그의 2차적저작물 작성권을 침해한 사실은 변함이 없으며 동일성유지권 침해도 문제될 수 있다. 따라서 UCC 제작자와 UCC의 기초가 되는 저작물의 저작권자 간의 법률적인 문제가 해결되어야 한다. 진정한 UCC는 제작자 자신이 자신의 창작성을 가미하여 작성하는 것이고 타인의 저작권을 침해하는 UCC는 UCC로서의 의미가 전혀 없다.

한편 UCC 열풍과 위키 환경은 1980년대 앨빈 토플러가 간파한 ‘프로슈머’(Prosumer; Producer+ Consumer)개념을 개화시켰다. 위키는 정보, 지식의 공유를 가능하게 한다. 위키에 의한 작업결과물은 각 참여자의 기여분을 구분해 내기 힘들다. 따라서 각 창작자에게 주어지는 배타적 지배권으로서의 저작권의 객체가 아니라 참가자 모두의 공유물로 자연스럽게 귀결된다. 사용자들은 다른 사람이 만든 콘텐츠를 단순히 감상하는 데 그치지 않고 누구나 손쉽게 자신을 표현하고, 정보를 공유하는 시대가 현실로 다가온 것이다. 이러한 현실은 현재 저작권법 제9조의 단체명의저작물을 제외하고 창작자가 저작자이고 저작자가 저작권자가 된다는 일반원칙에 혼란을 가져올 수 있으며 전통적 저작권 공유(共有)제도의 수정을 요구하고 있다.

#### 나. 저작권제도가 웹2.0 발전에 방해가 되는 점

‘웹 2.0’ 시대는 전문 창작자가 아닌 일반인들이 만드는 개방된 인터넷 세상이다. 물론 저작권제도가 전문 창작자만을 의식하고 만들어지지 않았고 창작자를 차별함이 없이 자신의 저작물에 대한 권리는 모두에게 동등하게 주어지며 UCC자체도 (2차적)저작물로서 보호를 해주는 것이 저작권법의 체계이다. 그런데 문제는 그 유래를 보더라도 알 수 있듯이 저작권법이라는 시스템은 UCC가 아닌 전문창작자의 경제적, 독점적 권리를 보호하기에 적합한 시스템이라는 점이다. 모든 창작자 만인에게 동등하게 적용되는 저작권법의 원칙은 오히려 UCC의 부활과 발전을 방해하는 부작용을 낳고 있는 셈이다. 저작권을 침해하려는 의사가 없이 UCC를 제작하고자 하는 자가 저작권자의 허락을 받으려 하였으나 받는 것이 어려운 경우의 문제, UCC 제작에는 대개 원저작물의 변형이 불가피하다는 점에서 저작인격권, 특히 동일

35) 인터넷 동영상 80% 불법복제(2006. 11. 17, 내일신문)

성유지권의 보호는 상당한 걸림돌이 될 수 있다.

UCC 등 웹2.0 시대를 대표하는 위 서비스들은 많은 유용한 기능을 제공 하고 있으므로 향후 그 특징과 본질이 더욱 활성화 될 수 있도록 제도적 뒷받침이 요구된다고 하겠다. 최소한 저작권법이 이러한 서비스/콘텐츠의 광범위한 생성 및 이용을 위한 장애요소가 되지 않아야 할 것이다. 동시에 웹2.0을 빌미로 저작권제도에 위협이 되는 요소들을 그대로 간과하여 저작권제도의 근간을 흔드는 쪽으로 흘러서도 곤란하다.

#### 4. 변화된 환경하의 이용활성화를 위한 향후 과제

##### 가. 저작물에의 접근의 효율성 보장

웹 2.0은 개인의 참여와 개방, 공유를 그 본질과 특징으로 한다. 이를 위해서는 인터넷상의 정보(디지털 저작물)에 대한 접근이 가장 기본적인 출발점이 된다. 그런데 인터넷에서의 정보(디지털저작물)에 대한 접근은 통상 전송권 또는 복제권이라는 저작권의 권리와 관계된다. 인터넷의 핵심은 네트워크에서의 접근가능성에 있다. 이용자의 입장에서 보면 아무리 자료가 디지털화 되어 있고 검색으로 자신이 찾고자 하는 자료의 존재를 파악하고 있더라도 이를 네트워크를 통해 접근할 수 없다면 소용이 없다. 이와 같이 참여와 개방, 공유를 본질로 하는 웹2.0은 해당 사이트에서 서비스제공 이나 콘텐츠를 만든 자가 누구나가 핵심이 아니다. 서비스와 콘텐츠에 누구나 접근 가능하고, 이를 누구나 가져갈 수 있으며, 제일 중요한 것은 그것을 이용하여 누구나 새로운 것을 만들 수 있다는 것이 본질이다.

통상 지식이라는 정보는 음악이나 미술 등 독창적인 예술적 표현물로서의 다른 저작물과는 다르다. 즉 표현 그 자체가 중요한 것이 아니라 그 안에 있는 아이디어(저작권의 보호대상이 아니다)가 의미를 갖기 때문이다. 또한 지금의 세상은 지식 자체를 가지고 있는 것이 밀천이 아니라 그것을 종합 활용하여 새로운 가치를 만들어 낼 수 있는 능력이 밀천이기 때문에 정보로서의 지식 자체를 나누는 것은 충분히 가능하다. 지식이 디지털화되고 검색이라는 강력한 무기가 모든 이에게 주어진 이상 지식 자체를 애써 지키기 보다는 액세스(access)할 수 있는 지식의 양을 늘리는 것이 서로에게 유리하다. 이미 저작권법은 복제를 하지 않는 한 저작물에의 자유로운 접근을 허용하고 있고 아이디어표현 이분법을 통하여 표현의 자유를 담보해 주고 있다.

그런데 디지털 저작물의 특성상 ‘접근 = 복제’의 위험이 현실화됨으로써 저작물을 효율적으로 보호하기 위해 복제 통제를 강화한다는 것이 곧 저작자에게 접근통제권 (access control)까지 인정하여야 하는가? 하는 문제로 이어지게 되었다. 또 인터넷상에서 정보에 대한 접근을 그 정보 소유자가 기술적 보호조치에 의하여 통제할 수 있고, 이러한 기술적 보호조치를 좌절시키는 것을 불법화시키고 있다. 접근통제의 대표적인 예는 인터넷상의 웹사이트에 접속할 경우 아이디(ID) 및 패스워드(password)를 입력하는 것을 들 수 있는데, 접근통제는 저작권자의 보호, 가격차별화의 가능, 거래비용의 감소, 자동화된 권리관리체계의 실행, 저작물 이용행위의 통제 등 디지털환경에서 중요한 역할을 수행한다. 이에 반하여 접근통제는 정보에 대한 독점적 권리의 창조(정보의 독점화), 저작권 제한규정의 무력화, 경쟁 및 혁신의 억제 등의 문제점이 제기되고 있다. 따라서 접근통제의 문제점을 방지할 수 있는 대응책이 마련되어야 할 것이다.

##### 나. 합법적 디지털저작물 이용의 편의성 도모

디지털저작물의 제작과 이용이 저작권법의 규제를 받을 수밖에 없더라도 가능하다면 보다 용이하게 저

작권자로부터 이용허락을 받을 수 있도록 하는 제도적 장치가 필요하다. 저작권을 침해하려는 의사가 없이 UCC를 제작하고자 하는 자가 저작권자의 허락을 받으려 하였으나 받는 것이 어려운 경우가 문제이다. 저작권법 규정에 의거하여 법정허락과 공정이용의 경우를 제외하고 저작물의 합법적 이용은 주로 계약에 의존 할 수밖에 없다. 그런데 디지털저작물의 유통에 있어 자주 제기되어지는 저작권법과 계약법의 충돌이 문제가 되는 상황이 자주 발생하고 있다. 이 경우 어떠한 대상이 저작권법에 의해 보호되어지는 것인지, 어떠한 내용의 계약인지, 계약 체결을 둘러싼 시장 여건이 당사자의 사적자치를 허용하고 있는지 등을 구체적으로 고려하여 문제 해결을 하는 것이 필요하다.<sup>36)</sup>

그러나 이러한 방법도 비용적인 측면에서나 효율적인 측면에서 어려움이 많다. 저작권자와의 접촉과 계약의 성사에 많은 시간과 비용이 소요될 것이기 때문이다. 원활한 이용허락시스템의 구축을 위해서는 이미 (i) 디지털 저작물의 권리관리정보시스템의 보호와 (ii) 전자적 저작권 집중관리 시스템구축 (iii) 저작권등록활성화 방안 등을 통하여 저작물이용을 활성화하고자 하는 대책들<sup>37)</sup>이 시행 된지는 한참이었다.

이제 좀더 효율적이고 손쉬운 방법을 강구해 보아야 할 시점에 있다. 이와 관련하여 UCC시대의 저작권 문제는 크리에이티브 커먼스( CCL; Creative Commons License, creativecommons.or.kr)로 풀자는 견해가 있다.<sup>38)</sup> 이는 저작자가 정보의 생성단계에서나 그 후에 위와 같은 작업을 염두에 두고 자신의 저작물에 대한 복제와 접근이 가능할 수 있도록 저작물 자체에 표시를 하여 저작물에 대한 자신의 권리를 스스로 축소시켜주는 것이다. 저작권자들이 자신의 저작물을 공표하면서 내세우는 이용허락조건을 자발적으로 제시하는 것이다. 크리에이티브 커먼스의 이용허락 조건은 상표와 같이 간단한 표시에 의하여 이용허락조건을 표시하고 타인이 그 이용허락조건에 따라 저작물을 이용하게 함으로써 저작물을 광범위하게 배포하는 것을 목적으로 한다. 예컨대 저작자는 이용자가 저작자 자신의 이름을 표시하고, 저작물을 비영리적으로 이용하는 것을 조건으로 하여 타인으로 하여금 저작자 자신의 저작물을 이용할 수 있게 할 수 있다. 크리에이티브 커먼스 이용허락 조건은 저작자의 자발적인 노력이 요구되지만, 이같은 이용허락조건의 광범위한 이용은 UCC와 관련된 분쟁을 미연에 방지할 뿐만 아니라 UCC의 광범위한 제작에 상당히 기여할 것으로 보인다.<sup>39)</sup>

#### 다. 저작물의 공정이용 도모 및 권리의 불합리한 제한 금지

디지털 네트워크 기술이 저작물의 생산 및 이용 배포의 전 과정에 큰 변화를 가지고 왔다. 불법적인 복제의 가능성을 높여 저작권자의 권리가 침해될 수 있는 상황을 초래할 수도 있고, 반대로 기술적 보호 조치에 의해 접근과 이용을 완벽하게 통제함으로써 이용자들이 향유해야할 공정한 이용을 완전히 봉쇄할 수도 있다. 디지털 저작물의 배포와 이용에서 특히 종래의 first-sale doctrine이 원칙적으로 적용되어지지 않는다고 보면 저작자 입장에서는 이용허락계약 (licensing contract)을 더욱 넓게 사용할 수 있게 되었다. Intellectual Property and the National Information Infrastructure (IITF), 1995의 白書

36). European Commission DGIII Espirit Project, Consensus Forum 1998, Contracts & Copyright: The Legal Framework for Future Electronic Copyright Management, July 2-3, 1998도 비슷한 결론을 제시하고 있다.

37) 원활한 이용허락시스템의 구축을 위한 (i) 디지털 저작물의 권리관리정보시스템의 보호와 (ii) 전자적 저작권 집중관리 시스템 등에 대해서는 이미 상당한 연구결과들이 축적되어 있으므로 디지털저작물의 이용활성화를 위해 중요하지만 본 연구의 대상에서 배제하기로 한다.

38) 정제호, UCC시대의 저작권문제 ; Creative Commons License, SW Insight 정책리포트(한국소프트웨어 진흥원 2006년 9월 호) 6-25면.

39) CCL에 대해서는 제6장의 IV에서 보다 상세하게 고찰한다.

는 이미 이용허락 계약 (licensing contract)이 더욱 넓게 활용되어지면서 ‘공정한 이용’ (fair use)은 사장(死藏)되어질 것으로 예견한 바 있다. 이러한 상황 모두는 디지털정보의 이용과 창작을 통한 문화의 향상발전을 저해하는 것임은 너무도 자명하다.

현행법상 공정이용을 담보하는 저작권 제한사유는 망라적인(exhaustive) 것이어서 제한규정이 해당되지 않는 사유에 대해서는 저작권이 제한될 수 없으므로, 일반인의 저작물 이용이 허용되어야 하는 상황에서도 제한될 수밖에 없다. 이에 일반규정으로서 공정이용의 원리는 기존의 저작권에 대한 제한규정에 대하여 보충적으로 적용될 수도 있으므로, 저작권자와 저작물 이용자간의 권리관계의 균형을 꾀할 수 있는 장점이 있게 된다. 따라서 임시적 복제나 접근권이 인정되는 등 저작권자의 권리가 강화되고 저작물 이용자의 권리가 상대적으로 약화되는 상황이 아닌 경우에도, 공정이용의 원리는 그 역할 내지 기능을 발휘할 수 있는 여지가 얼마든지 있게 된다.

디지털이슈 해결을 위한 일련의 저작권법 개정은 모두 이러한 상호적 이익을 얻을 수 있는 차원의 입법이라기보다는 저작권자에 대한 잠재적 이익의 침해의 가능성을 염두에 두고 이루어진 입법이라는 평가가 지배적이다. 예컨대 저작권법은 제28조에서 도서관에 있어서 도서 등의 자체보존을 위하여 필요한 경우의 디지털 복제 외에 인터넷도 아닌 도서관에서의 열람을 위한 디지털 형태의 복제 및 도서관간의 전송에 관하여 규정하면서 그 이용자수 및 대상을 제한하고 있다. 원래 2000. 1. 12. 개정법에서는 도서관에서의 열람을 위한 디지털 형태의 복제와 도서관간의 전송은 무제한 허용했었다. 그러나 이에 대한 저작권침해의 우려가 제기되고 온라인디지털콘텐츠산업발전법이 제정, 시행됨에 따라 이에 대한 보호가 요구되면서 2003. 5. 27. 개정시 위와 같이 범위가 축소된 것이다. 공공성을 인정받는 도서관도 이 정도이니 개인이나 단체가 디지털 정보의 컬렉션과 접근을 제공하면서 저작권으로부터 벗어날 수 있는 공정이용을 주장하기도 쉽지 않다.

따라서 이제 역으로 공정한 이용이라는 이용자의 권리(이기도 하지만 저작자에게 주어진 또 하나의 권리)를 잠재적으로 침해할 수 있는 기술을 염두에 둔 입법이 필요한 시점이라 할 수 있다.

한편 공정이용의 확대를 위한 저작권 제한 및 예외를 규정할 경우 이것이 권리의 불합리한 제한에 해당하여서는 아니 된다. 이와 관련하여 저작권의 제한 및 예외에 대한 국제조약상 제 규정들과 해석원칙들에 유의하여야 할 필요가 있다. 특히 저작권 제한 및 예외의 기본원칙으로 자리매김하고 있는 베른협약 및 TRIPs협정사의 3단계 테스트의 내용에 대해서는 자세히 고찰하여 국제법적 한계를 분명히 인식하여야 할 것이다

#### (4) 자연스러운 콘텐츠 순환과정 형성<sup>40)</sup>

대부분의 UCC 플랫폼들이 UCC의 본질을 실현할 수 있는 여건을 만들지 못하고 있는 것이 사정을 더욱 악화시키고 있다.

UCC 플랫폼들이 가지고 있는 상당수의 UCC가 출발부터 진정한 UCC가 아닌 사이버 UCC(User Copied Contents)라는 점도 문제지만 그나마 이용자가 만들어낸 콘텐츠로서의 UCC임에도 이마저 제대로 구현되지 못하고 있는 것이 현실이다. 대부분의 UCC 플랫폼들이 집중하고 있는 것은 UCC의 확보, 확보된 UCC로부터의 수익, 그리고 창작자와의 수익분배이다. 물론 중요한 사항이다. 그러나 콘텐츠를 확보하여 수익을 내고 이를 창작자와 나눠 가진다는 개념은 그 콘텐츠가 아마추어에 의한 것이든 프로에 의한 것이든 큰 의미는 없다. 그걸 굳이 웹2.0이라고 부를만한 혁신적인 것이라 할 수 있겠는가. 스크랩 기능을 더하여 자유롭게 스크랩해 갈 수 있는 여건을 마련한다고 하더라도 크게 사정이 달라지는 것도 아니다.

진정한 웹2.0로서의 UCC를 추구한다면 원래의 모습대로 누구나 접근가능하고 누구나 가져갈 수 있으며

40)윤종수, '진정한 웹2.0으로서의 UCC가 되려면', 2006/10/26자 zdnet웹진 (<http://www.zdnet.co.kr/itbiz/column/anchor/iwillbe/0,39033556,39152182,00.htm>)

누구나 변형시킬 수 있는 콘텐츠의 장을 마련하여 참여와 개방과 공유를 실현시켜야 한다. 즉 UCC에 적합하지 않은 저작권을 해결할 수 있도록 플랫폼 자체에서 지원을 해 주어야 한다. 정체불명의 개념인 스크랩 허용만 달랑 달아놓을게 아니라 콘텐츠의 개방과 공유를 계몽, 유도하면서 CCL이나 정보공유라이선스처럼 자신의 저작물을 남들이 어떻게 이용할 수 있는지, 새로운 2차적저작물의 작성을 허용할 것인지 나타내 줄 수 있는 간편한 방법을 마련해 주어야 한다. 기술적인 면에서도 수정, 변환이 어려운 포맷으로 UCC를 보관할 것이 아니라 좀 더 유연하고 다양한 포맷을 지원하여 제3자에 의한 접근과 수정이 가능하도록 배려할 필요가 있다.

그래서 웹2.0에서 추구하는 콘텐츠의 순환과정이 자연스럽게 이루어지게 하여야 한다. UCC 제공자에게 정당한 수익을 나누어 주는 것도 좋지만, 그게 전부는 아니다. 어느 누구는 단지 자유롭게 즐길 수 있는 놀이터와 친구들이 생겼다는 것만으로 만족할 것이기 때문이다. 오히려 그것이 UCC 플랫폼이 우선적으로 접근해야 할 기본적인 방향이다.



## 제3장 FTA 이행 또는 이용활성화를 위한 해외 입법 동향

### I. 호주의 FTA 이행을 위한 저작권법 개정

#### 1. 서론

미국과 호주는 2003년 11월 FTA 체결을 위한 협상에 착수하여 2004년 5월 18일 FTA를 체결하였으며, 2005년 1월 1일 동 협정이 발효되었다. 미국과 호주 간의 자유무역협정 (이하 AUSFTA) 중 제17장(Chapter 17)이 지적재산권 보호를 규정하고 있는데, 이들 규정 중 일부가 저작권 문제에 관한 당사국의 의무에 대해 규정하고 있다. 조약 체결 이후 양 정부간 3차례에 걸쳐 당사국의 저작권 관련 의무에 관한 서신교환이 이루어진 바 있으며, 이러한 합의는 추후의 합의의 형태로 역시 조약과 불가분의 관계를 이뤄 당사국에게 의무를 발생시키게 된다.<sup>41)</sup>

특히 AUSFTA에는 WIPO 저작권조약(WCT) 및 WIPO 실연 및 음반조약(WPPT)에 대한 가입의무를 포함하고 있는데, 호주는 이른바 디지털 의제 개정을 통해 WCT상의 대부분의 의무사항을 이행하여 국제적 기준을 충족하였음은 물론, AUSFTA상의 일부 의무를 이미 이행한 상황이었다. 그리고 AUSFTA 체결 이후 세 차례의 개정을 통하여 FTA상 규정된 호주의 의무를 국내법적으로 수용하고 있다. 이하에서는 그 이행과정과 각 개정에서 구체적으로 어떤 내용의 입법을 하였는지를 살펴보고자 한다.

#### 2. 미국-호주 FTA에 따른 호주 저작권법 개정

AUSFTA에 따른 호주 저작권법의 개정 경과를 요약하면 다음 표와 같이 정리할 수 있다.

개정 차수	법 률 명	공표일	발효일
FTA 대비 개정	저작권 디지털 의제 개정법 Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000	2000년 9월 4일	대부분 2001년 3월 4일
1차 개정	미국자유무역협정 이행법 US Free Trade Agreement Implementation Act 2004, AUSFTA	2004년 8월 16일	대부분 2005년 1월 1일
2차 개정	저작권입법 수정법 Copyright Legislation Amendment Act 2004	2004년 12월 15일	대부분 2005년 1월 1일
3차 개정	2006년 저작권 개정법 Copyright Amendment Act 2006	2006년 12월 11일	대부분 2007년 1월 1일

41) 김현철, 박덕영, 「한미FTA 저작권 분야 대응방안 연구」 (저작권심의조정위원회, 2005.12), 47면

호주는 FTA 체결 이전 이미 디지털시대의 저작권 환경변화에 부응하기 위해 지금까지 간헐적으로 있어 왔던 저작권법 개정의 태도와는 달리 광범위한 저작권법 개혁을 시도하고 나섰다. 그 결과 이른바 2000년 저작권(디지털 의제) 개정법에 의해 호주 저작권법에 대폭 수정이 가해지게 된다.

호주는 FTA 협정에 따른 의무를 이행하기 위하여 2004년 8월 16일 미국자유무역협정 이행법이라는 종합적인 성격의 법률을 제정하였다. 저작권법 개정에 관한 내용은 이 법 제9장에 포함되어 있다.

제1차 개정 이후 2004년 12월 15일 저작권법입법 수정법을 다시 통과시켜 미국자유무역협정 이행법에 있었던 기술적인 문제와 표현상의 문제들을 바로 잡았다. 위의 두 법률에 의하여 호주는 저작권 분야에 관한 한, 기술적 보호조치 부분을 제외한 모든 FTA 협정상 의무를 이행하였다.<sup>42)</sup>

기술적 보호조치와 관련하여서는 2006년 저작권 개정법에서 FTA상 의무의 이행에 대하여 규정하고 있는데, 이는 AUSFTA에서 2년간의 유예기간을 부여한 것에 따른 것이다.<sup>43)</sup> 이하에서는 각 개정에 따른 저작권제도 변화에 대해 살펴기로 한다.

### 3. FTA 대비 개정의 주요내용<sup>44)</sup>

#### 가. 공중송신권의 적용범위 확대

공중송신권(Right of Communication to the Public)은 베른협약에서부터 이용되던 개념으로 우리 저작권법상 공연권 및 전송권 등을 포괄하는 권리유형으로 이해되고 있다. 호주는 본 법에 의한 개정 이전에는 전통적 공중송신권 개념만을 가지고 있었다.

공중송신권의 범위가 적극적 송신뿐 아니라 "소극적" 송신행위(가령 보이거나 다운로드 받을 수 있도록 해두는 행위)까지 확대되었다. 수신인의 요구에 따라 적극적으로 전송행위를 하지 않더라도 P2P에 자신의 복제물이 공중에 의해 접근될 수 있도록 하는 것만으로 저작권 침해가 될 수 있도록 하였다.<sup>45)</sup>

#### 나. 교육기관 및 도서관을 위한 저작권 제한

교육기관 및 도서관을 위한 예외가 새롭게 도입되었다. 교육기관에서 수업을 위하여 저작물을 이용하는 예가 많았지만, 본 법이 제정되기 이전에는 저작자에게 일일이 허락을 구해야만 했고, 현실적으로 저작자의 동의 없이 복제가 이루어져 침해를 조장할 가능성이 제기되어 왔다. 따라서 교육기관에서 10% 혹은 하나의 장(chapter)을 복제하는 것을 허용하게 되었다.

---

42) 김현철, 박덕영, 62면.

43) AUSFTA, Art. 17.12.

44) 개정의 주요내용은 Austrian Copyright Council, *Digital Agenda Amendments: An Overview*, Information Sheet G65 <http://www.copyright.org.au/reform> 참조.

45) 이는 WCT 제8조 및 WPPT 제10조에서 언급된 이용제공권에 해당하는 내용으로 보인다. 따라서 AUSFTA 상 의무로서 공중송신권의 범위를 확대시키는 것은 위 양 조약가입 준비로 받아들여진다.

한편 전자도서관의 발전에 따른 도서관의 공공성과 이용자 편의를 도모하기 위하여 도서관에서 인쇄된 저작물을 디지털화하는 것을 허용하는 한편, 교육기관에서 10% 혹은 하나의 장(chapter)과 같은 조건에서 공중송신 역시 허용하게 되었다.

#### 다. 기술적 보호조치 및 전자권리관리정보에 대한 보호

기술적 보호조치(Technological Protection Measures, TPMs)를 우회하는 장치의 제조, 수입 및 상업적 거래에 대한 형사적 제재 및 민사적 구제수단이 도입되었다. 단, 서면으로 제한된 목적으로 이용될 것을 명시함을 조건으로, 교육기관 및 도서관에 대한 예외 및 프로그램 역분석, 호환 프로그램의 제작, 오류의 수정 등을 위하여 허용되도록 하였다.

한편 암호화된 방송신호에서 암호를 해제해주는 장치의 생산 및 거래에 대한 형사적 제재가 도입되었다. 이른바 Pay TV의 신호를 권리자에게 시청료를 지불함이 없이 볼 수 있도록 해주는 장치가 나와 있는데, 이러한 장치는 암호화된 유료 방송의 신호에서 암호를 해독하여 TV에서 시청 가능한 상태로 만들어주는 기능을 한다. 당해 장치의 생산 및 거래에 대하여 처벌할 수 있다고 하더라도 개인이 이를 이용하는 것을 막을 방법은 없다.

권리관리정보(Electronic Right Management Information, ERMI)에 대한 보호도 도입되었다. 즉, 저작자가 저작물에 부여해놓은, 디지털 자료 자체나 그 저작자, 저작권 소유자를 식별 혹은 확인시켜주거나, 자료의 이용약관과 관련하여 디지털 자료에 첨부되거나 통합된 정보로서의 권리관리정보<sup>46)</sup>를 권한 없이 삭제·변경하거나 자료를 배포 및 상업적 이용에 대한 민사적 구제수단 및 형사적 제재수단에 대한 규정을 마련하였다. 다만, 배포는 오로지 거래를 위한 경우에만 제재를 가할 수 있다고 정하고 있다.

#### 라. 컴퓨터 프로그램의 새로운 정의 및 프로그램 저작권의 제한

호주 저작권법은 2000년 개정법에 컴퓨터프로그램에 대한 새로운 정의를 도입하였는데, 그 정의는 다음과 같다.

“특정한 결과물을 도출하기 위해 컴퓨터에서 직접적으로나 간접적으로 사용되는 서술(statement) 혹은 명령(instruction)의 집합”<sup>47)</sup>

이에 대한 호주 저작권법검토위원회의 권고가 있었는데, 그 내용을 요약하면 다음과 같다.

“컴퓨터 프로그램”에 대한 정의는 프로그램 언어의 향후 발전을 부당하게 저해하지 말아야 하며, 그 범위가 명확하고 포괄적이어야 한다는 것이 본 위원회의 입장이다. 본 위원회는 컴퓨터 프로그램을 위해 마련된 보호의 정도에 대해 호주가 취하는 태도는 가능한 한 주요 교역 국가가 취하는 태도와 일치해야

46) Libby Baulch, “호주의 주요 저작권 개정 및 소프트웨어 IPR 보호”, 제6회 PDMC 국제 학술 세미나 발표자료집, 133면.

47) “a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result” 호주저작권법 제10조 1항.

한다고 본다. 본 위원회는 “컴퓨터에서 직접적으로나 간접적으로 사용될”이라는 표현을 쓰는 미국 정의가 소스코드, 목적코드 및 마이크로코드로 쓰인 프로그램을 모두 포괄한다고 확신한다. . . . ‘서술’(statement)이라는 단어를 포함시켜 선언형 프로그래밍 언어로 쓰인 프로그램도 포괄하도록 정의의 범위를 확장시키고 있다. . . . 법 제32조 1항의 저작물에 내재하는 저작권의 창작성(originality)에 대한 요건이 다른 저작물에 적용되는 것과 마찬가지로 위와 같이 정의된 컴퓨터프로그램에도 적용되는 표현-아이디어 이분법을 나타내는 것이라고 본다.<sup>48)</sup>

한편 컴퓨터프로그램 저작물에 대한 새로운 예외가 도입되었는데, 이른바 "통상적 이용"을 위한 저작물 이용에 대해 저작권 보호를 배제시키는 취지이다.

컴퓨터프로그램의 근저에 존재하는 아이디어의 연구, 호환제품의 제작, 오류의 수정, 안전성 검사, 백업본의 제작을 위한 저작물의 이용은 저작권 침해로 구성하지 않는다. 주목할 점은 컴퓨터프로그램 저작권의 제한에 해당되는 이용목적이 기술적 보호조치 보호가 제한되는 이용목적과 상당 부분 중복되어 있다는 점이다. 따라서 기술적 보호조치가 부가된 컴퓨터프로그램에 대해서도 당해 이용목적으로 위해 컴퓨터프로그램을 이용할 수 있다는 것을 알 수 있다.

#### 마. 공중과 방송신호의 재방송에 대한 법정허락

케이블을 통한 방송 송신의 법적 성격에 대해서는 논란이 적지 않지만, 공중과 방송의 공공성에 대한 공감대는 널리 형성되어 있는 것으로 보인다. 이에 호주에서도 무료로 제공되는 공중과 방송에 대한 법정허락제도를 도입하여 저작권자의 배타적 권리에 대한 제한이 시도되었다. 규정에 따라 유료 케이블방송사업자는 적절한 보상을 전제로 공중과 방송을 재전송할 수 있게 되었다.<sup>49)</sup>

#### 바. 복제개념의 재정립

비디지털 저작물의 디지털화 및 디지털 저작물의 비디지털화가 복제개념에 포섭되었다. 즉, 디지털이나 그밖에 기계에 의해 판독 가능한 형식으로 혹은 그 역으로 저작을 변환하는 것은 저작물의 복제에 해당한다는 새로운 정의가 도입된 것이다. 이와 관련된 개정사항들은 또 소스코드에 원래 표현되어 있는 컴퓨터프로그램의 목적코드 버전은 프로그램 저작물의 복제이며, 반대의 경우에도 프로그램의 복제라는 것을 확인하는 조항들이 도입되었다.<sup>50)</sup>

이 개정사항들은 저작권법검토위원회(Copyright Law Review Committee, CLRC)의 1996년 컴퓨터 소프트웨어에 대한 보고서에 포함된 권고를 따르고 있다. CLRC는 이러한 개정사항 없이는 변환된 버전이 원본과 “객관적으로 유사”하지 않기 때문에 위의 변환 행위가 복제행위가 아님을 법정이 인정할 수 있다는 점에 대해 우려를 표했고, 그 결과가 저작권법 각 규정에 반영된 것이다.

48) Copyright Law Review Committee, Report on Computer Software Protection, 1995, para. 6.32  
[http://www.ag.gov.au/agd/WWW/clrHome.nsf/Page/Overview\\_Reports\\_Computer\\_Software\\_Protection](http://www.ag.gov.au/agd/WWW/clrHome.nsf/Page/Overview_Reports_Computer_Software_Protection)

49) 공중과 방송의 법정허락제도는 우리나라의 의무재송신과는 그 기본적 속성을 달리 하는 것으로 보인다. 우리나라의 의무재송신은 난시청지역 해소를 위한 목적이 있으나, 호주의 경우 이러한 목적은 찾아보기 어렵다.

50) 음반이나 영화를 디지털화 혹은 기타 기계로 판독 가능한 형식으로 변환하는 것은 “복제”행위에 해당함은 마찬가지이다.

## 사. 기술에 의한 일시적 복제

다음의 조건 하에서 일시적 복제는 복제권을 침해하지 않는 것이 된다.<sup>51)</sup>

- 공중송신을 하는 과정 중
- 복제가 기술적 처리과정에서,
- 일시적으로 발생한 경우

여기서 기술적 처리과정이란 인간의 개입없이 컴퓨터 및 프로그램에 의한 과정을 말하며, 이러한 과정에서 일어나는 복제일 경우에만 면제를 인정할 수 있다는 것이다.

본 법의 입법취지(Explanatory Memorandum)에 의하면, 인터넷의 기반기술을 저해해서는 안 된다는 정책적 고려를 엿볼 수 있는데, 이용자 컴퓨터에서 일어나는 RAM에의 캐싱과 네트워크에서 일어나는 캐싱을 포괄하는 것으로 이해된다.<sup>52)</sup>

## 4. 제1차 저작권법 개정의 주요내용<sup>53)</sup>

### 가. 도입

다음은 본 개정안에서 예정한 저작권법 개정에 대한 호주 의회도서관의 평가이다.

의안에 의해 예정된 저작권법의 변화는 보다 저작권에 대해 보호지향적이고 침해행위에 대해 더욱 제재적인 체제를 도입할 것이다. 이러한 변화는 실연자의 녹음물에 대한 권리의 신설을 포함한 실연자의 권리 확대와 저작권의 보호기간 연장, 전자권리관리정보 및 방송신호의 암호해제장치에 대한 보다 강력한 보호체제의 도입, 침해행위 및 일부 비침해 행위에 대한 범죄화, 저작권의 범위에 모든 일시적 복제를 포섭 그리고 캐리지 서비스제공자의 책임을 판단하는 체계의 도입 등을 포함한다.

일부 영역에서는 예정된 이행이 AUSFTA에서 요구하는 것에서 더 나아갔으나, AUSFTA에서 허용하는 저작권의 예외와 제한을 향유케 하는 데는 실패했다. 더 일반적으로 말하면, 본 의안은 보다 보호지향적인 저작권 체제와 광범위한 공정이용과 같은 예외 및 더 강력한 경쟁법을 조화시키는 메커니즘을 도입하지는 못했다. 결과적으로 몇 가지 측면에서 이 의안은 호주에게 미국보다 강력한 저작권 보호체제를 부여하고 있는 것으로 보인다.

저작권은 법의 복잡한 영역이며, 변화는 예상할 수 없는 결과를 가져오기도 한다. 종국적으로 호주는 저

---

51) 호주 저작권법 제43A조.

52) 다만, 프록시 캐싱(Proxy Cashing)이나 포워드 캐싱(Forward Cashing)에 대해서는 논란이 있다. Baulch, 앞의 발표문, 127면.

53) 개정의 주요내용은 Austrian Copyright Council, *Free Trade Agreement Amendments*, Information Sheet G85, <http://www.copyright.org.au/reform> 참조.

저작권법의 개혁을 이해당사자 및 전문가와의 광범위한 공공협의를 의해 달성할 것을 의도하며, 특정 분야에서는 본 의안에 의해서 제안된 변화들은 Philips Fox 로펌의 디지털 의제 개정에 대한 최근 분석을 포함한 권고안들과 상충한다.

본 의안이 준비되는 과정에서 공공협약이 포함되지 않은 것으로 보인다. 저작권법 개혁의 복잡성과 관련 정책의 중요한 논점들에 대해서는 특별한 공공이익이 제안된 저작권법의 변화들에 반영되는 것이 확보되어야 할 것이다.<sup>54)</sup>

위 언급에서도 알 수 있듯이 본 법에 의해서 기술적 보호조치에 대한 부분을 제외한 대부분의 조치들을 일거에 이행하게 되었다. 이행에 주목한 나머지 예외인정이 세밀하게 이루어지지 못한 부분들이 많은데, 추후 제3차 개정을 통해 다수의 예외가 추가되었으며, 현재까지도 추가적 저작권 제한에 대해 논의가 계속되고 있다.

## 나. 저작권 보호기간의 연장

후술할 사진저작물의 보호기간은 별론으로 하고, 일반적 저작물의 보호기간이 저작자 생존기간과 사후 50년에서 사후 70년으로 연장되었다.<sup>55)</sup> 따라서 2005년 1월 1일을 기준으로 사후 50년에서 70년으로의 보호기간 연장이 이루어졌다. 또 저작물 중 발행 후 50년간 보호되던 것은 발행 후 70년간 보호되도록 하여 균형을 맞추었다. 하지만 기존의 50년의 보호기간이 2005년 1월 1일 이전에 만료된 경우, 즉 이미 공유영역(public domain)에 들어간 경우에는 저작권 보호기간 연장으로부터 배제되도록 하였다.

한편 사진저작물의 보호기간도 대폭 연장되었는데, 개정 이전 사진저작물에 대해서는 공표로부터 50년간의 보호만이 보장되었다. 다른 저작물의 경우 저작자 사후를 기준으로 한 데 대해, 상당히 단축된 보호기간이다. AUSFTA에서는 사진저작물에 대해서도 다른 저작물과 마찬가지로의 보호기간을 부여해야 한다고 정하고 있어서<sup>56)</sup> 일반 미술저작물과 마찬가지로 저작자 사후 70년의 보호기간을 향유하게 되었다.<sup>57)</sup>

아울러 보호기간 기산에 대한 혼란을 방지하기 위해 사진저작물을 작성하는 데 사용된 카메라의 소유권자가 사진저작물의 저작자로 추정된다는 내용의 규정도 도입되었다. 하지만 반증이 있다면 추정력은 언제든지 사라지게 된다.

## 다. 실연자에 대한 보호강화<sup>58)</sup>

---

54) Parliamentary Library, Information and Research Services, Jacob Varghese, *Guide to Copyright and Patent Law Changes in the US Free Trade Agreement Implementation Bill 2004*, Current Issues Brief No.3 (2004-05), p.1 ff.

55) AUSFTA, Art. 17.5.5.

56) AUSFTA, Art. 17.4.4.

57) 저작권 보호기간의 연장이 없었더라도 WCT 가입을 위해서라도 사후 50년간의 보호는 필수적이었다.

58) AUSFTA art. 17.1.3, 17.4.1-3, 17.6; 아직 미발효 상태인데, 호주가 WPPT에 가입에 의해 발효되도록 정하고 있다. Baulch, 앞의 발표문, 5면.

당해 개정 이전의 실연자의 보호에 대해 잠시 살펴보면, 호주에서 저작권법에 의해 실연자가 보호되기 시작한 것은 1989년 저작권법 개정에 의한 것이었다. 권리의 내용은 녹음 혹은 녹화를 통한 생실연의 고정 및 이러한 녹음·녹화물을 방송할 권리와 권한 없이 고정된 실연에 대한 악의의 복제, 배포 혹은 수입에 대한 구체책만을 부여하고 있었다.<sup>59)</sup>

따라서 일단 허용한 고정의 이용, 즉, 녹음·녹화물의 이용에 대한 통제권은 존재하지 않았다. 또한 실연자는 녹음물(sound recordings)에 대해 타 권리자가 있는 경우, 권리를 가질 수 없도록 하는 한편, 실연자 권리의 보호기간에 있어서도 일부 녹음물에 대해서 50년의 기간 동안 보호를 해준 것을 제외하고는 실연으로부터 20년에 지나지 않았다.

다만, 만약 실연자의 동의를 구하지 않고 실연을 고정하거나, 이러한 권한 없는 고정을 목적으로 또는 이러한 녹음·녹화물 등을 복제, 판매, 배포 및 수입의 목적으로 녹음·녹화장치를 소지하는 행위에 대해서는 형사적 제재가 가능하였다.

이러한 상황은 AUSFTA 및 호주-싱가포르 FTA에서 WPPT에 가입할 것을 강제하면서 변화될 수밖에 없었다. 다만, WPPT는 녹음물의 보호에 대한 합의만을 담고 있으므로 녹화물의 보호는 배제되어 있는데, 호주 역시 WPPT에서 강제하지 않는 녹화물에 대해서까지 강화된 보호를 부여하지는 않았다.

개정의 주요내용으로, 우선 실연자가 녹음물에 대한 저작권을 갖게 되었다. 따라서 기존 법에 의한 녹음물의 저작권자인 녹음물 마스터의 소유자와 실연자가 당해 녹음물에 대한 저작권을 공동소유하는 형식을 취하게 되었다.

하지만 실연자에게 저작자로서의 배타적 권리를 향유케 한다면, 여러 가지 문제가 발생할 수 있다. 일단 다수의 실연자에 의한 실연의 녹음물에 있어서 당해 녹음물을 이용하기 위해 실연자에게 일일이 동의를 구하는 것은 불합리할 뿐만 아니라 불가능한 경우도 많다. 따라서 대리인이 실연자들을 대표할 수 있게 하였으며, 공동실연자의 소재가 불명인 경우에 일정 이용료를 공탁한 후 당해 저작물을 이용할 수 있도록 했다. 또 이른바 묵시적 승낙(implicit license)이라는 개념을 동원해 녹음의 승낙은 정한 목적의 이용에 대한 묵시적 승낙으로 간주하게 되었다.<sup>60)</sup>

더 나아가 보호의 한계로서 특약이 없는 경우에 직무범위 내에서의 실연에 대해서는 저작권이 제작자에게 귀속되도록 규정하고 있다.<sup>61)</sup>

한편 실연자에 대해 인격권이 도입되었는데, WPPT 발효 이후의 생실연의 녹음물에 대해서만 적용된다. 그 내용은 성명표시권, 동일성유지권, 명예에 대한 일반인격권으로 각 실연자는 이들 권리를 향유한다. 다만, 성명표시권에 있어서 단체 실연자는 단체명칭의 표시에 대해 성명표시권을 주장할 수 없다.

## 라. 전자권리관리정보의 보호강화<sup>62)</sup>

59) 이른바 non-copyright rights; 대개의 영미법계 국가들의 저작권법은 실연자를 녹음물(sound recordings)이나 영상물(audio-visual works)의 저작자로 보고 있다.

60) 가령 공표될 것으로 양해된 실연의 녹음물을 작성에 대해 동의를 받은 스튜디오에서 당해 녹음물을 공표하는 경우, 묵시적 승낙에 의해 공표까지 동의한 것으로 보려는 취지이다. Parliamentary Library *et al. supra*, p.5.

61) 이행법 Item 2 & 호주 저작권법 제22.3B조.

62) AUSFTA, Art. 17.4.8.

권리관리정보의 삭제 및 변경에 대한 보호는 디지털 의제 개정에 의해 2001년에 이미 시행되었다. 단, 권리관리정보의 개념은 "저작물에 연결된 저작물에 관한 정보"로 정의되어 있었다.

AUSFTA 개정에 의해 저작물의 이용제공(making available) 혹은 전송(communication)에 관한 정보가 저작물에 첨부되어(attach) 있지 않더라도, 권리가 표시된 경우 그 자체로서 권리관리정보의 범주에 포함되도록 하여 보호되는 정보의 범위를 넓혔으며,<sup>63)</sup> 거래를 목적으로 하는 배포(distribution for the purpose of trade)에서 거래의 목적이라는 요건이 삭제되어 여하한 형태의 배포행위가 제재의 대상이 되도록 하였다.

#### 마. 형사제재의 강화<sup>64)</sup>

디지털 의제 개정에서부터 가속화되고 있는 형사제재의 강화는 AUSFTA에 의해 더욱 탄력을 받게 된다. 특히 FTA의 이행이라는 측면과 새로운 권리 및 보호체제의 도입으로 형사법적 규율영역은 크게 확장되었다. 따라서 기존의 이용목적을 엄격하게 따지거나 요건을 협소하게 열거하던 태도에서 점점 벗어나고 있다고 판단된다.

비상업적 이용이지만, 상업적 규모(commercial scale)로 이루어지는 경우에는 형사적 제재의 대상이 된다. 요건을 자세하게 살펴보면 다음과 같다.

- 하나 또는 그 이상의 저작권 침해를 야기하는 행위
- 저작권 소유자에게 상당히 불리한 영향을 주는 행위
- 상업적 규모에서 이루어지는 행위

여기서 침해가 상업적 규모에서 이루어진 것인지를 결정하는 요소에 대해 다시 다음의 요소들이 고려된다고 정하고 있다.

- 침해 품목의 양
- 침해 품목의 가치
- 연관된 다른 모든 문제

한편 ‘거래 목적’(for the purpose of trade) 및 ‘거래에 의한’(by way of trade)의 요구를 삭제하고, ‘상업적 이익 혹은 이윤’(commercial advantage or profit)을 얻을 목적으로 대체하여 제재대상의 범위를 넓혔다.

#### 바. 복제개념의 제2차 재정립<sup>65)</sup>

---

63) 예컨대, 정품인증표시와 같은 권리관리 정보 그 자체의 유통도 금지하고 있다.

64) AUSFTA, Art. 17.11.26(a).

65) 디지털 아젠다 개정에서의 복제개념 확대 이후에 이루어진 복제개념의 새로운 정비라는 점에서 “제2차”라고 표현하였다;



기존의 호주 저작권법은 유형물로의(in material form) 복제만이 저작자의 허락을 받아야 한다고 정하고 있어 문제가 되어 왔다.<sup>66)</sup> 개정법에 의하면 스토리지로부터 재복제가 일어나지 않은 경우에도 복제가 성립하여 저작자의 동의를 요하게 되었다.<sup>67)</sup>

앞서 살펴본 바와 같이 저작자의 동의하에 제작된 복제물의 ‘통상적 이용’(normal use)은 기술에 의한 일시적 복제로서 면책된다.<sup>68)</sup> 따라서 불법복제물 및 저작자의 동의 없이 수입된 복제물의 이용은 저작권법 위반이 된다.

#### 사. 캐리지 서비스제공자에 대한 책임제한<sup>69)</sup>

캐리지 서비스제공자(Carriage Service Providers)는 인터넷서비스의 발전과 저작권 침해가능성의 증대로 인하여 저작권 침해에 대해 직·간접적으로 개입될 수 있다. 특히 정보전달의 빈도나 규모가 늘어나면서 저작권을 침해하는 이용자에 대한 통제가능성이 줄어들었으며, 자칫 기술발전이나 이용자 편의를 해할 수 있다는 가능성이 제기되어 왔다.

호주에서도 AUSFTA를 계기로 인터넷서비스제공자의 책임에 대해 보다 구체적인 규정을 두기에 이르렀는데, 미국 저작권법 "Safe Harbor" 조항<sup>70)</sup>이 그 모델이 되는데, 단지 타인의 침해에 이용된 시설을 제공한 것만으로는 책임을 부담하지 않도록 하는 것이 골자이다.<sup>71)</sup>

책임제한은 다음의 행위유형에 한한다.

- 유형 A: 전송, 라우팅 혹은 연결 제공을 위해 제공되는 시설
- 유형 B: 자동 처리에 의한 캐싱(시스템 캐싱)
- 유형 C: 이용자 지시에 따라 CSP 시스템에 자료를 저장하는 행위
- 유형 D: 사용자들이 온라인 위치를 추적토록 하는 행위

각 행위유형에 대한 책임제한의 요건이 각각 규정되어 있으나, 대체로 지속적 침해자의 계정 삭제, 보호를 위해 필요한 기술의 도입, 존재하는 관련 규약의 준수 등을 요건으로 하고 있다. 서비스제공자들은 특히 마지막 요건과 관련하여 책임을 면제받기 위해 자발적으로 규약을 제정할 가능성이 크다.<sup>72)</sup>

---

AUSFTA, Art. 17.4.1

66) 실제로 법원의 판결을 통해 이용자 컴퓨터의 RAM에 저장되는 것은 유형물에 복제하는 것에 해당하지 않는다고 판결을 내린 바 있다. See *Stevens v Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment* [2005] HCA 58.

67) 예컨대, ASP, Webcasting의 경우.

68) 이행법 Item 186, 호주 저작권법 제143B조.

69) AUSFTA, Art. 17.11.29.

70) 17 U.S.C Sec. 512.

71) 입법취지는 다음과 같이 설명된다. “이 법이 말하는 범죄에서 ‘상업적 이익’이라는 표현이 상업적 이익을 위해 저작권 침해인 것을 알면서 침해를 한 업체에도 적용되도록 하는 것이 취지이다. 또 이 법이 말하는 범죄에서 ‘이윤’이라는 표현은 (업체이든 아니든) 행위자가 알면서도 저작권 자료를 판매함으로써 침해를 저지르는 상황에도 적용될 수 있도록 하는 것도 취지이다.” Baulch, 앞의 발표문, 8면.

#### 아. 암호화된 방송신호의 보호<sup>73)</sup>

비영리적 목적으로 암호화된 방송신호를 암호해제장치를 이용하여 암호화되지 않은 방송신호를 수신토록 하는 행위에 대하여 민사적 구제가 가능하도록 하였다. 주목할 점은 상업적 이용목적 등을 요구하지 않는다는 점인데, 이는 AUSFTA 이행에 따른 당연한 결과로 이해된다.

### 5. 제2차 저작권법 개정의 주요내용<sup>74)</sup>

#### 가. 일시적 복제와 3단계 테스트<sup>75)</sup>

복제권의 제한으로서의 “일시적 복제에 대한 예외”와 3단계 테스트와의 관계가 문제되었다. 이른바 예외에 대한 예외(exception to the exception)의 문제로, 제1차 개정에서 일시적 복제에 대한 예외가 성립하기 위한 요건으로서 원본 매체가 적법하게 취득되었는지 여부를 묻는 내용이 포함되지 않았다. 본 개정을 통해 적법하게 취득한 원본 혹은 복제본에 대해서만 일시적 복제에 의한 저작물 이용을 인정하도록 했다.

한편 오랜 기간 동안 혹은 불필요한 정보를 저장하는 경우를 일시적 복제에 포섭시키지 않도록 함으로써 일시적 복제의 범위를 다시 한 번 축소시켰다.

#### 나. 실연자 추정에 대한 명확화

앞서 살펴본 바와 같이 실연자에게 저작권을 부여하는 내용이 제1차 개정에 포함되었는데, 녹음물 혹은 녹화물에 기재된 실연자를 진정한 실연자로 추정하는 규정이 있었다. 본 개정에서는 추정규정은 추정에 불과한 것이므로 민사소송이나 형사소송의 과정에서 반증으로 진정한 실연자가 밝혀질 수 있음을 분명히 하였다.

#### 다. 형사적 제재에 있어 구성요건의 보완

AUSFTA의 더욱 정확한 이행이 개정의 목적이다. "거래의 방법 및 상업적 이익이나 이득을 얻을 의도로"라는 요건에서 AND 요건을 OR 요건으로 변경하여 "거래의 방법 혹은 상업적 이익이나 이득을 얻을

72) 가령 RFCs(Request for Comments), Robot Exclusion Standard가 규약으로 인정가능성에 대해서는 LG Bielefeld vom 8.11.2005, CR 2006, 350 - Bildsuchmaschine 참조.

73) AUSFTA, Art. 17.6.3(b).

74) 본 개정은 미국에서 호주의 AUSFTA 이행에 관하여 검토에 따라 지적된 사항들을 수정한 것으로 큰 변화보다는 오해를 일으킬 수 있는 문언의 수정이 주요 내용이다. 개정의 주요내용은 Parliamentary Library, Information Analysis and Advice for the Parliament, *Copyright Legislation Amendment Bill 2004*, Bills Digest, 2004 참조.

75) 저작권의 제한에 관한 규정은 AUSFTA 제17.4.10조이다.

의도"로 변경하여 법원에 의해 상업적 이윤이나 이득을 취득할 목적은 있으나 거래의 방법에 의하지 않을 경우 처벌할 수 없다고 해석되는 것을 방지하였다. 이는 처음부터 사실은 OR의 의미로 입법한 것이나, 달리 해석될 여지가 있어서 법문을 명확히 한 것이라 볼 수 있다.

#### 라. 암호화된 방송신호에 대한 보호의 보완

암호화된 방송신호에서 암호를 해제하여 수신하는 행위와 관련하여 방송신호의 암호를 해제하는 행위를 한 자와 그 신호를 이용한 자가 다를 수 있는 점에 착안한 개정이다. 따라서 방송신호에서 암호를 해제한 사람뿐만 아니라 당해 신호를 상업적으로 이용한 자 역시 형사적 제재를 받을 수 있도록 하였다.

#### 마. 캐리지 서비스제공자의 책임요건의 보완

상업적 이윤 테스트(commercial benefit test)의 수정과 인식 테스트(awareness test)의 도입이 골자이다.

캐리지 서비스제공자의 책임제한에 있어서 책임제한의 요건으로서의 행위유형 C 및 D와 관련하여 기존의 '상업적 이윤'(commercial benefit)의 개념정의를 삭제하였다. 즉, 기존 상업적 이윤의 판단에 있어서 "단지 서비스제공자의 시스템이나 네트워크 하에서의 행위에 대한 결과로서는 만족될 수 없다."고 되어 있어 침해자에 대해 단지 이용료를 받는 것만으로는 상업적 이윤요건을 충족시킬 수 없다는 해석이 가능했다. 이를 "산업적 관행(industrial practices)"을 기준으로 판단하도록 개정·개선하였다.

인식 테스트를 도입하여, 역시 행위유형 C 및 D와 관련하여 침해의 존재 및 존재의 개연성에 대해 인식하고 있었음에도 조치를 취하지 않은 경우에 책임을 인정할 수 있다는 취지의 문언을 추가시켰다.

### 6. 제3차 저작권법 개정의 주요내용<sup>76)</sup>

#### 가. 기술적 보호조치에 대한 보호강화<sup>77)</sup>

AUSFTA에 기술적 보호조치에 관한 이행에 대하여 2년간의 유예기간이 설정되어 있던 결과, 2007년 1월 1일에 시행될 수 있도록 법정비가 이루어졌다.

우선 AUSFTA에 기술적 보호조치와 관련된 규정은 미국 저작권법 제1201조를 그대로 답습하고 있다. 즉, 접근통제적 기술적 보호조치를 직접 우회하는 행위와 접근통제적 기술적 보호조치 및 복제통제적 기술적 보호조치를 우회하는데 이용될 수 있는 장치나 서비스 등을 제조·제공하는 행위 등을 금지하여야 한다고 정하고 있다. 이러한 행위에 대하여는 고의 또는 과실이 있는 경우에는 민사적 책임을 물을 수 있도록 해야 하고, 특히 이러한 위반행위가 고의에 의하여 영리 목적으로 행해진 경우에는 형사 책

76) 개정의 주요내용은 Austrian Copyright Council, *Copyright Amendment Act 2006*, Information Sheet G096 <http://www.copyright.org.au/reform> 참조.

77) AUSFTA, Art 17.4.7.

임을 물을 수 있도록 해야 한다고 규정하고 있다.<sup>78)</sup>

본 법 시행 이전의 저작권법상에서는 기술적 보호조치를 우회하는 장치를 생산, 배포, 수입하는 행위에 대한 통제만 가능하였다. 하지만 실제로 당해 조치를 우회하는 사람에 대한 제재는 부재했으며, 더욱이 허용되는 목적을 위한 우회장치의 생산 및 배포 역시 허용되었다.

AUSFTA에 따라 다음 사항들이 개정에 포함되었다.

- 접근통제에 관한 우회장치의 제조, 공급에 대한 제재
- 저작물에 접근하기 위한 우회장치의 이용에 대한 제재
- 우회승인절차의 도입

한편 AUSFTA에서 인정되는 예외들은 다음과 같다.

- 비영리 도서관 등의 행위
- 법집행·정보수집과 같은 정부활동
- 리버스 엔지니어링
- 암호연구
- 미성년자 보호
- 개인정보보호
- 안전성 검사
- 특정 유형의 저작물, 실연 음반의 비침해적 이용을 위한 경우

우회책임에 대한 세부적인 조건 및 마지막 제8번째 예외에 대한 것은 저작권법 시행령에서 규정되도록 했는데, 과거 열거적으로 광범위한 예외를 인정한 것보다 훨씬 제한적인 조건이 부여될 것이라고 한다. 또한 시행령에 명시한 경우에만 면책되도록 함으로써 면책범위를 명확화, 축소화하였다고 볼 수 있다. AUSFTA는 적어도 4년마다 시행령상의 면책에 대한 적용을 위해 신뢰할만한 입법적 혹은 행정적인 검토과정을 요구한다.<sup>79)</sup> 미국 저작권청(Copyright Office)은 매 3년마다 질의조사를 행한다. 2000년, 2003년, 2006년에 조사를 하였으며, 그러한 조사 결과 매우 제한적으로 면책이 부여되었다.

DVD 지역코드는 일반적으로 시장분리를 위한 기술적 보호조치로 이해되고 있다. 미-호주 FTA는 지역 코드를 저작권법상의 기술적 보호조치로 인정하지 않고 있는데, 미국은 이에 대해 불만적인 입장을 갖고 있는 것으로 알려져 있다.

#### 나. 타임 쉬프팅, 스페이스 쉬프팅 및 포맷 쉬프팅의 허용

이른바 타임 쉬프팅의 허용이 규정되었다. 이에 따라 VCR 등을 이용하여 차후의 사적 이용을 위한 TV

---

78) 김현철, 박덕영, 앞의 책, 52면.

79) AUSFTA, Art. 17.4.7(d).

나 라디오를 녹음·녹화 등의 방법으로 기록하는 행위가 저작권 침해를 구성하지 않게 된 것이다. 다만, 다음의 행위유형은 제외된다.

- 포드캐스팅 (PodCasting)
- 웹캐스팅 (단, 공영방송 및 무료 지상파 민영방송의 재전송은 제외됨)
- 녹음/녹화물이 판매, 대여 혹은 배포되는 경우 (단, 가정에 준하는 범위에서는 허용)
- 녹음/녹화물이 공중에 재생되거나 보여지는 경우

한편 스페이스 쉬프팅이 허용되어 다음의 행위유형을 제외한 복제본 제작에는 저작자의 허락을 요하지 않는다.

- 복제본의 원본이 CD 등이 해적판이거나 불법 다운로드된 경우
- 복제본이 판매, 대여, 배포되는 경우 (단, 가정에 준하는 범위에서 이루어지는 경우는 제외)<sup>80)</sup>
- 복제본이 공중에 재생되거나 보여지는 경우

마지막으로 포맷 쉬프팅이 허용되어 스페이스 쉬프팅과 마찬가지로 사적 이용을 위한 포맷의 변경이 가능해졌다. 허용요건은 다음과 같다.

- 복제본의 원본이 침해제품이 아닐 것
- 사본이 사적 이용을 위한 것일 것
- 사본은 다른 포맷일 것
- 사본은 원본 대신 사용할 것일 것

역으로 다음의 경우에는 예외가 적용되지 않는다.

- 그 포맷으로 이미 복제된 경우
- 판매, 대여 혹은 배포되는 경우 (단, 가족에 준하는 범위에서는 제외)
- 다른 사람의 복제본을 이용하여 복제하는 경우
- 원본을 다른 사람에게 처분하는 경우

위의 적극적 요건 및 소극적 요건에 따르면 포맷 변경은 단 1회에 한하므로 iPod 등 MP3플레이어의 이용행위가 저작권 침해를 구성할 수 있다. 즉, CD를 디지털 오디오 파일 형태로 한 번 변환한 것을 다시 플레이어를 위한 포맷으로 변경하는 경우가 발생할 수 있으며, 컴퓨터의 오디오 파일을 그대로 이용하더라도 컴퓨터에 복제된 파일을 남긴 채로 플레이어에 전송이 되기 때문에 논란이 있을 수 있을 수 있다. 추후 논의가 계속 진행될 것으로 보인다. 이러한 변경에도 불구하고, 사적 복제에 대한 보상금으로서의 기기보상금제도는 도입되지 않았다.

---

80) 하지만 복제가 반드시 가정 내에서 이루어질 필요는 없으며, 촉탁에 의해 제작되는 것 역시 허용된다.

[ 포맷 변경의 의미<sup>81)</sup> ]

목적물	원본의 포맷	사본의 포맷
서적, 신문 정기간행물	모든 포맷	원본에서 표현된 저작물의 형태와는 다른 형태로 저작물을 표현하는 사본
사진	하드카피	전자적 형태
	전자적 형태	하드카피
음반	음반을 구현하는 레코드. 현재 "레코드"에 대한 정의는 "사운 드가 구현되는 디스크, 테이프, 문 서, 또는 기타 장치"로 내려진다. 법안은 새로운 정의를 소개하는데, "레코드는 사운드가 구현되는 디스 크, 테이프, 문서, <b>전자파일</b> , 또는 기타장치를 <b>포함한다</b> ." (부칙3, 2항)	원본과는 다른 포맷으로 사운드가 구현되는 사본
영화	아날로그 형태의 영화를 담은 비디오테이프	전자적 형태

#### 다. 그 밖의 변화들

Pay-TV 등 암호화된 방송신호에 대한 보호가 강화되어 형사적 제재수위가 높아졌으며, 2007년 1월 1일 및 1월 8일에 나누어 시행될 예정이다.

또 도서관, 교육기관 등에 대한 특별예외 및 패러디 및 풍자를 위한 저작권 제한이 명문화되었으며, 장애인에 의한 혹은 장애인을 위한 복제 등도 포함되었다. 이러한 저작권 제한에 대한 강화는 저작권 강화에 따른 후속조치로 이해될 수 있을 것이다. 한편 호주에서도 “공정이용(fair use)”의 도입필요성에 대한 논의가 이루어지고 있어<sup>82)</sup> 입법적 결과가 도출될 것인지 주목된다.

#### 7. 이행에 대한 평가 및 시사점

호주는 AUSFTA 협정의 결과를 사실상 저작권법에 그대로 받아들였다고 평가할 수 있을 것이다. FTA의 충실한 이행이란 측면에서는 긍정적인 평가를 내릴 수 있을 것이나, 앞에서 Jacob Varghese가 지적한 바와 같이 AUSFTA에서 허용하는 저작권의 예외와 제한에 대한 검토 없이 입법이 이루어지고 차후 개정을 통해 제한조항을 신설하는 태도에 대해서는 비판할 여지가 있어 보인다.

우리나라와 미국 간의 FTA가 체결되는 경우 앞으로 남은 마지막 조율 과정에서 농업 등 우리나라의 취약분야 보호를 고려한다면 지적재산권 분야는 상당 부분 미국에 양보할 수밖에 없는 상황이다. 지적재

81) Baulch, 앞의 발표문, 138면.

82) 우선 국내적으로 호주 내의 저작권자들이 이 제도의 도입에 강하게 반대하는 것으로 알려져 있다.

산권 분야 중에서도 특히 저작권 분야는 보호기간 연장 등 저작권을 대폭 강화하는 방향으로 흐름이 잡혀갈 수밖에 없는 실정이고, 이에 따라 우리나라도 호주와 마찬가지로 저작권 보호 강화를 위한 국내법의 개정이 필수적이다.

세계적으로 지적재산권 보호를 강화하는 추세로 가는 것은 전 지구적인 현상이며, 우리도 이 대세를 거역하기는 어렵고, 특히 FTA가 무역자유화라는 속성을 갖고 있는 이상, FTA 협상에서 무조건 이용자보호만을 고집하기는 어려울 것으로 보인다. 우리 정부도 이번 기회를 지적재산권 보호 선진화의 기회로 활용할 필요가 있다고 하겠다. 한미 FTA 체결 이후 우리 국내법적 이행에 있어서 규정상 현행제도의 개정이 필요 없는 경우, 해석에 따라 이행이 가능한 경우, 새로운 조항을 신설하거나 기존 규정을 변경해야 하는 경우, 어느 법을 개정해야 할지 불분명한 경우 등을 잘 구분하여 신중하게 대응하여야 할 것이다.

그렇지만, 기본적으로 저작권법은 저작권자와 이용자의 균형적인 보호를 요한다. 한미 FTA 협정을 통하여 저작권 보호가 강화된다면, 우리 국내법도 저작권 보호가 강화되는 방향으로 갈 수밖에 없고, 이 경우 이용자 보호가 문제가 될 것이다. 앞으로 미국의 공정이용에 대한 연구를 통하여 강화된 저작권 보호에 상응하는 이용자 보호를 위한 안전장치를 마련하여야 할 것이다. 무엇보다 저작권의 제한에 대한 선행연구가 절실하며, FTA를 체결한 대륙법계 국가들의 저작권법 변화상에 주목할 필요가 있다. 아울러 새롭게 도입되는 제한 규정들이 국제적 기준에 합치하는지 여부도 면밀히 검토되어야 할 것이다. 나아가 이행 과정에서 국민들의 공감대를 형성할 수 있도록 진지하고 투명한 공공협의를 거쳐 상호 합의에 기초한 이행이 될 수 있도록 노력하여야 할 것이다.

## II. 디지털저작물 이용활성화 관련 미국의 법개정 동향

### 1. Orphan Works Act of 2006, H.R. 5439

#### 가. 입법취지

하원 IP 분과위원회 회장 Lamar Smith 의원은 "2006년 저작권 미확인 저작물법"(H.R. 5439, the "Orphan Works Act of 2006")안을 제출했다. 이는 저작권 침해가 시작되기 전에 사용자가 합당한 조사를 통해 저작권소유자를 찾지 못하였으나, 그 후에 저작권 소유자가 나타나 침해에 대한 소송을 제기한 경우 저작권소유자의 구제수단을 제한하기 위한 것이다. 이 법안은 저작권청(Copyright Office)의 '저작권 미확인 저작물 보고서'<sup>83)</sup>가 제안하는 법규와 구조적으로 유사하지만 세부적으로는 몇 가지 중요한 차이가 있다.

구제수단의 제한 조항에 더하여 이 법안은 두 가지를 검토하기 위한 규정을 포함하고 있다. 그 하나는 법률의 시행에 관한 것이고 다른 하나는 작은 저작권 소송에 대한 구제수단에 관한 것이다. 두 번째는 연방지방법원에서의 소송비용이 매우 비싸기 때문에 저작권법이 이미 효과적으로 작은 저작권 소유자의 구제를 거부하고 있다고 주장하는 이법안의 반대자들의 요청에 따라 삽입된 것으로 보인다.

#### 나. 새로운 514조의 항별 분석:

---

83) US Copyright Office, 'Report on the Orphan Works' (Jan. 2006)

(a)항. 이 항은 구제수단의 제한에 대한 요건을 다루고 있다. 침해자는 그러한 제한을 할 자격이 있다는 것을 증명해야하는 부담을 지닌다. 자신의 적격성을 입증하기 위해서 침해자는 침해를 시작하기 전에 아래의 사항을 실시했다는 것을 증명해야 한다.

- (1. 합리적이고 성실한 조사를 실행했다.)
- (2. 소유자 또는 유효한 이용허락을 부여할 수 있는 사람을 찾지 못했다.)
- (3. 부정복제물의 진짜 소유자에게 적합한 권리를 제공했다.)

조사는 저작자나 저작권 소유자를 알 수 없는 저작물의 복사본을 찾아내고 조사를 포기하는 것 이상이 되어야만 한다. 514조 (a)항(2)(B)(i)(11). 일반적으로 이러한 조사는 조사 방식 및 소유권 기록을 포함하여 514조 (a)(2)(C)가 저작권청에 제공할 것을 요구하는 정보를 검토하는 일을 포함한다. 이와 관련해 편리한 점은 이 법이 저작권청에게 그러한 정보를 인터넷에서 얻는 일이 가능하도록 해둘 것을 요구한다는 것이다. 따라서 이전의 저작권청 초안(Copyright Office draft)에 따를 경우처럼 워싱턴으로 날아가거나 이러한 조사를 모두 조사 기관에 맡겨야 할 필요가 없게 될 것이다.

“적합성(reasonableness)은 모든 것의 기준이 되며 법원은 판결시에 이를 고려한다. 예를 들어, 침해자가 저작물의 원작자나 출처에 대해 어떠한 정보도 갖고 있지 않을 경우, 적합한 권리란 아무 권리가 없다는 것이 될 것이다. 또한 큰 규모의 영화 제작소에 의해 실행된 적절한 조사는 대학의 연구원 한 명이 실시한 적절한 조사와는 매우 다른 모습일 것이다. 비록 두 침해자가 같은 저작물의 저작권 소유자를 찾고 있었다고 해도 말이다.

(b)항. 이 항은 저작권 소유자가 다시 등장하여 (a)항의 요건을 충족하는 침해자에게 소송을 제기할 경우 저작권 소유자에게 부여되는 구제수단들에 대해 다룬다. 저작권 소유자는 보상 금액을 증명할 부담을 지닌다. 다시 등장한 저작권 소유자에게는 다음과 같은 자격이 주어진다.

- 침해자가 적당한 보상금을 지불할 것을 요구하는 명령. 514조 (b)항(1)(A).  
침해자는 "침해가 시작되기 바로 전에, 소유자와 침해자의 이장에 있는 구매하고자 하는 합당한 소비자와 판매하고자 하는 합당한 판매자가 해당 저작물의 침해적 사용에 대해동의한 금액"을 지불해야만 한다. 514조 (b)항(3).
- 소유자의 권리와 자신의 조사에 의존함으로써 인해 금지명령이 침해자에게 가할 수 있는 손해를 고려한 계속되는 침해를 막는 금지명령(injunction). 514조 (b)항(2)(A).  
침해자가 소유자에게 적당한 보상금을 지급하고 권리를 제공한다면, 침해자에 의해 만들어진 2차적 저작물의 사용을 계속하지 못하도록 하기 위한 어떠한 금지명령도 공포될 수 없다. 514조 (b)(2)(B). 보상에 대한 선의의 제안을 하였으나 거절당했고 법원이 결정한 적절한 보상금을 기꺼이 지불하고자 하지 않는 한, 피해소송의 대상이 되지 않는 당사자(주정부(state government)와 같은)는 금지명령구제(injunctive relief)에 대해 이러한 제한을 할 자격을 갖지 못한다. 514조 (b)항(2)(C).

(c)항. 이 항은 새로운 저작권미확인 저작물 규정들이 현존하는 저작권 제한이나 방어에 영향을 주지 않는다는 점을 명확히 한다. 따라서 저작권 미확인 필름의 보존, 도서관의 저작권 미확인 저작물의 복제, 저작권 미확인 노래에 대한 새로운 음반제작에 관해 다루고 있는 현존하는 규정들과 마찬가지로



로 공정 이용은 영향을 받지 않는다.

(d)항. 이 항은 저작권 미확인 저작물의 일부분을 취합하여 2차적 저작물을 만든 사람에게 그 2차적 저작물에 대한 저작권 보호를 받을 수 있도록 허락한다. 이 항은 저작권을 침해하는 2차적 저작물은 저작권 보호를 받지 못한다는 일반 규정에 대한 예외를 두는 것이다. 그러나 그러한 보호는 단지 2차적 저작물의 창작자가 기여한 새로운 대상(부분)에 대해서만 발휘된다. 그러므로 2차적 저작물의 창작자는 다른 사람이 그들이 사용한 것과 같은 저작자 미확인 저작물을 사용하는 것을 막을 수 없다.

## 다. 법안에 대한 평가와 전망

이 법안은 최상의 저작권 법률을 제시한다. 저작자의 소유권을 존중하며, 부적절한 정보와 높은 거래 비용으로 인해 이용허락 시장이 가끔 실패를 면치 못한다는 사실을 인식하고 있다. 이 법안이 통과된다면 개인은 새로운 사용자 중심에 서며, 정책에 기반 하는 저작권 법률의 시대가 열린 것이다. 이 법안은 저작권 소유자와 사용자의 권리에 대해 적절한 균형을 유지 하며, 법원으로 하여금 적절하게 힘들고 사실에 한정된 조사를 하도록 한다는 평가가 있다. 이 법안에 대한 심의도 이미 최종 심의를 통과하여 비교적 빠르게 진행되고 있다. 이 법안은 대체로 합리적이지만 몇 가지 점에 대한 작은 수정을 요구하는 목소리도 있다. 예컨대, (a)항과 (b)항은 사실상 동일한 이름을 가지고 있으며, 이 법안은 2년의 "유예(sunrise)"기간을 두어 2008년 6월 1일 이전에 시작된 침해에는 적용되지 않는다는 점이다. 특히 2년의 유예기간을 두는 이유는 저작권청이 제안한 10년 "일몰(sunset)"조항 보다 나은 것이나 여전히 설득력이 떨어진다는 것이다.

## 2. 미국의 Digital Choice and Freedom Act of 2002

### 가. 법안의 개요 및 입법 취지

미 하원에서 2002. 10. 2 Lofgren(과 Honda)의원은 Digital Choice and Freedom Act of 2002 (HR 5522 IH 107차 의회 ) 법안을 소개했다. 이 법안은 하원법사위(Committee on the Judiciary)로 회부되었다. 이 법안의 공식명칭은 “합법적으로 디지털 엔터테인먼트(digital entertainment)를 구입한 소비자의 권리와 기대를 보호하기 위한 미국법령(United States Code) 17장을 개정하기 위한 법안”이며 이 법은 'Digital Choice and Freedom Act of 2002'로 약칭하여 인용되는 것이다. 이 법안의 입법취지에 대해 내린 의회의 결론은 다음과 같다.

1) 저작권법은 "자신의 작품의 통제와 이용으로 얻는....저자의 이익과, 아이디어, 정보, 상업의 자유로운 흐름으로 얻는 사회의 상충되는 이익 사이의 균형을 잡기 힘든 것"으로 묘사되곤 한다<sup>84)</sup>. 2) 저작권은 작가의 노력에 대한 정당한 보상을 보증함으로써 창조적인 노력을 장려하고 이에 대한 보답을 하고자 한다<sup>85)</sup>. 동시에 '저작권 보호의 초기 단계에서부터, 저작권의 목적을 달성하고 과학과 유용한 기술의 발전을 증진시키기 위해 저작권으로 보호되는 대상에 대한 공정 이용(fair use)의 기회가 주어질 필요가 있다고 생각되었다.<sup>86)</sup> 3) '사적인 동기는 궁극적으로 문학, 음악, 기타 예술에 대한 대중의 접근성을 높이는 것이 되어야만 한다. 기술적 변화로 인해 문자 그대로의 해석이 모호해질 경우 저작권법

84) Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 429 (1984).

85) Twentieth Century Music Corp. u. Aiken, 422 U.S. 151, 156 (1975)

(Copyright Act)은 그 근본 목적에 근거하여 해석되어야만 한다.<sup>87)</sup> 4) 기술의 발전은 균형을 유지하기 위해 저작권법의 변화를 불러일으키기도 한다. 예를 들어, 자동 피아노(player piano)의 발달로 1909년 저작권법(Copyright Act of 1909)이 제정되었다. 케이블 텔레비전의 발달은 미국법령 17장 111조를 복잡하게 재편성하도록 하였다. 5) 디지털 기술의 발달과 인터넷의 출현은 다시 한번 균형에 변화를 불러왔다. 한편으로, 디지털 기술은 저작권 소유자의 권리를 위협한다. 노래나 영화의 완벽한 디지털 복사물은 허가 없이 적은 비용, 혹은 무료로 수천 명의 사람들에게 전송될 수 있기 때문이다. 그러나 다른 한편으로, 기술적 통제 조치는 저작권 소유자에게 미공개 실연(nonpublic performance)을 제한할 능력을 주게 되며, 아이디어, 정보, 상업의 자유로운 흐름으로 인해 얻게 되는 사회의 이익을 위협한다. 6) 디지털 밀레니엄 저작권법(DMCA)은 이와 같은 새로운 요구에 직면하여 기존의 균형을 보호하기 위한 시도로 제정되었다. 이 법은 불법적 접근과 복제를 막는 기술적 제한 규정을 둠으로써 저작권 소유자에게 디지털 지적재산권 침해에 대항할 수 있는 능력을 주었다. 그러나 이 법은 적법한 소비자의 권리와 기대를 위태롭게 만들기도 했다.

그런데 7) 국회의 의도와는 달리 미국법령 17장 1201조는 모든 사용자(심지어는 적법한 사용자들도)에 대하여 어떠한 이유에서도 기술적 제한을 우회(circumvent)하는 것을 허용하지 않는 것으로 해석되어 왔다. 결과적으로, 적법한 소비자는 공정 이용, 또는 다른 디지털 미디어장치에서 그 저작물을 사용하려고 시도하는 경우에도 합법적으로 기술적 제한을 우회할 수 없게 되었다<sup>88)</sup>. 곧 DMCA는 소비자가 암호화된 저작물을 정당하게 사용할 수 있는 기술적 수단을 마련하는데 실패했다. 8) DMCA의 입안자들은 결코 균형에 극적인 변화를 주고자 의도했던 것은 아니었다. DMCA에 대한 하원 사법위원회의 보고서에 따르면 '개인은 저작물에 대한 허가받지 않은 사용을 위해 우회할 수 없으나, 적법한 권리를 얻은 저작물의 공정 이용을 위해서는 우회할 수 있다'고 밝히고 있다<sup>89)</sup>. 9) 105차 의회가 의도한 것처럼, 이제 저작권 소유자와 사회 간의 전통적 균형을 회복해야 한다. 디지털 시대의 저작권법은 모든 소비자를 똑같이 다루지 않으면서 디지털 지적재산권 침해를 방지하고 이를 처벌해야만 한다.

## 나. 법안의 주요 내용

### (1) 디지털 세계에서의 정당한 사용과 소비자의 기대에 대한 보호

이 법안은 저작물에 대한 공정 이용을 규정하고 있는 미국법령 17장 107조의 첫 번째 본문에 '...또는 그 조항에 규정된 기타 방식에 의해서(or by any other means specified in that section)'라는 문장 뒤에 '그리고 아날로그나 디지털 전송에 의해서(and by analog or digital transmissions)'를 삽입하여 디지털 환경에서도 사용자들의 공정이용에 대한 권리가 보장됨을 명문화하고 있다. 아울러 '디지털 저작물(digital work)'이란 전체 혹은 부분이 디지털 형식이나 기타 비아날로그(nonanalog) 형식으로 된 문학적 저작물(literary work)(컴퓨터프로그램을 제외한), 녹음 또는 음악 저작물, 연극 저작물, 영화 또는 다른 시청각 저작물을 말한다고 정의하고, '디지털 미디어 장치(digital media device)'는 디지털 형식으로 된 저작권으로 보호되는 저작물을 이미지와 소리가 보이거나 들리는 형식으로 변환하는 하드웨어나 소프트웨어, 또는 디지털 형식의 저작권으로 보호되는 저작물을 검색하거나 이에 접속하고 그

86) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 575 (1994).

87) Twentieth Century Music Corp., 422 U.S. at 156

88) Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes, 111 F. Supp. 2d 294, 321-24 (S.D.N.Y. 2000)의 예 참조

89) House Report 105-551, Part I, Section-by-Section Analysis of section 1201(a)(1) (강조 첨부)

저작물을 그러한 하드웨어나 소프트웨어로 이동시키거나 이를 가능하게 만드는 하드웨어나 소프트웨어를 말한다고 정의하고 있다.

또한 17장 1절의 마지막에 123조를 추가하여 배타적 권리에 대한 제한 디지털 저작물의 허락 가능한 사용의 범위를 명시하고 있다.

(a) 적법하게 획득한 디지털 저작물의 사용

106조의 규정에도 불구하고, 디지털 저작물의 복사본이나 음반을 적법하게 획득한 사람, 또는 디지털 저작물을 적법하게 전송받은 사람은 다음의 경우에 이 디지털 저작물을 재생, 저장, 개조(adapt), 또는 접근하는 것은 저작권 침해가 아니다.

1) 보전을 목적으로 하는 경우이며, 그 저작물을 계속 소유하는 것이 정당하지 않게 되면 그러한 보전을 위한 복제물이 모두 폐기되거나 그에 대한 접근이 영구적으로 불가능하게 될 경우

2) 미공개 실연 또는 전시의 경우에 한해 디지털 미디어 장치에 저작물을 전시하거나 장치에 맞게 개조하기 위한 경우

(b) 이용허락(license)의 효력

디지털 저작물이 협상 불가능한 이용허락 조항(nonnegotiable license terms)을 조건으로 대중에게 배포될 경우, 그러한 조항은 보통법이나 어떠한 국가의 법규에 따라서도 이장에 따른 배타적권리의 제한을 한정하는 정도까지 강제될 수 없다.

이 조항의 어떠한 것도 107조과 108조에 따른 도서관이나 기록 보관소의 보전 활동과 관련된 모든 제한과 이 장에 포함되어 있는 배타적 권리에 대한 제한들을 확대하거나 축소할 수 없다.

**(2) 디지털 권리소진(Digital First Sale)**

디지털 권리소진(Digital First Sale)을 규정하고 있는 미국저작권법 제 109조를 개정하여 끝부분에 다음을 추가하는 것으로 수정하였다.

(f) (a)항과 (b)항에 규정된 특권은 디지털 저작물 혹은 기타 비아날로그 형식의 저작물의 특정 복사본 또는 음반 소유자나 그러한 소유자의 허가를 얻은 사람이 전송을 통해 그 저작물을 다른 한 명에게 판매하거나 처분하였으나, 소유자는 복구할 수 있는 형태의 복사본이나 음반을 보유하고 있지 않으며 그 저작물이 원래의 형태대로 팔리거나 처분된 경우에 적용된다.

**(3) 공정 이용과 소비자의 기대를 가능하게 하기 위해 기술적 보호조치에 대한 일정한 우회(circumvention)허용**

기술적 보호조치에 대한 우회(circumvention)를 금지하는 미국저작권법 1201조 (c)항에서 (k)항을 (d)항에서 (l)항으로 한 단계씩 뒤로 미루면서 (b)항 뒤에 다음 내용의 (c)항을 삽입하여 이 조건에 부합하는 기술적 보호조치에 대한 일정한 우회(circumvention)허용하는 것을 골자로 하고 있다.

(c) 비침해사용(noninfringing uses)을 위한 우회

(1) 이 장의 다른 규정에도 불구하고, 저작물의 복사본 또는 음반을 합법적으로 획득한 사람이나 합법적으로 저작물을 전송받은 사람은 다음의 경우에 한하여 이 장에 따라 그 저작물로의 접근을 효과적으로 통제하거나 저작권 소유자의 권리를 보호하는 기술적 조치를 우회할 수 있다.

(A) 그러한 행동이 이 장에 따른 저작물의 비침해사용을 위해 필요한 경우

(B) 저작권 소유자가 사용자에게 추가 비용이나 부담을 지우지 않고 비침해사용이 가능하도록 하는 공

개적인 수단을 마련하는데 실패한 경우

(2) (a)항(2)와 (b)항의 규정에도 불구하고, 다음의 경우에 한하여, 이 장에 따라 보호되는 저작물로의 접근을 효과적으로 통제하거나 이 장에 따라 저작권 소유자의 권리를 보호하는 기술적 조치를 우회하는 기술적 수단을 제작, 수입, 대중에 제공, 공급, 사용가능하게 할 수 있다.

(A) (c)항 (1)(A)에 따른 비침해사용에 필요한 수단인 경우

(B) (c)항 (1)(A)에 따른 비침해사용을 위해 설계되고 생산되었으며 판매된수단인 경우

(C) 저작권 소유자가 (c)항 (1)(B)에 명시된 필요한 방법을 마련하는데 실패한 경우

## 다. 법안에 대한 평가와 시사점

디지털 기술의 발달과 인터넷의 출현은 다시 한번 저작권 목적 달성 균형에 변화를 불러왔다. 디지털 기술이 저작권 소유자의 권리를 위협하고 기술적 통제 조치는 저작권 소유자에게 미공개 실연(nonpublic performance)을 제한할 능력을 주게 되며, 아이디어, 정보, 상업의 자유로운 흐름으로 인해 얻게 되는 사회의 이익을 위협한다. 디지털 밀레니엄 저작권법(DMCA)은 이와 같은 새로운 요구에 직면하여 기존의 균형을 보호하기 위한 시도로 제정되었으나 불법적 접근과 복제를 막는 기술적 제한 규정을 둠으로서 저작권 소유자에게 디지털 지적재산권 침해에 대항할 수 있는 능력을 준 반면 적법한 소비자의 권리와 기대를 위태롭게 만들기도 했다는 평가가 일반적이다. 결과적으로, 적법한 소비자는 공정 이용, 또는 다른 디지털 미디어장치에서 그 저작물을 사용하려고 시도하는 경우에도 합법적으로 기술적 제한을 우회할 수 없게 되었다. 이 법안은 이러한 상황에서 저작권 소유자와 사회 간의 전통적 균형을 다시 회복하기 위해 필요한 적절한 조치들을 규정하였다는 점에서 매우 의의 있는 입법이라 볼 수 있다. 아울러 디지털 시대의 저작권법을 이용자의 입장에서 재검토가 필요한 우리나라도 여러 가지 시사하는 바가 있어 중요한 입법참고자료가 될 수 있을 것으로 보인다.

## 3. 미국의 공유영역 증진법안 ( “The Public Domain Enhancement Act (PDEA) of 2003” )

### 가. 법안의 개요 및 입법취지

이 법안은 2003. 6.25 제108차 의회에 하원법안 2601호로 제출되었다가 2005. 5.17 자 제109차 의회에서 다시 하원법안 2408호 상정된 후 심의가 진행중에 있는 법안으로 법안의 공식명칭은 “포기 된 저작권 있는 저작물(Abandoned copyrighted works)을 50년 후 공공재산으로 하기 위해 USC title 17을 수정하는 법안 ”이며 약칭(SHORT TITLE)하여 이 법을 “공유영역 증진법”이라고 한다.

이 법안의 취지는 1) Unites States Constitution Article I section8에 명시되어 있는 저작권 조항은 의회에게 저작자에게 제한된 시간동안 그들의 존경할만한 작품들에 대한 독점적인 권리를 확보하게 함으로써 과학과 실용적인 예술의 진보를 증진시키기 위한 권한을 수여하고 있다. 2) 저작권 조항은 두 가지 목적이 있는데 첫 번째는, 저작자들에게 새로운 저작물을 창조하기 위한 경제적인 유인을 하는 것이다. “누군가의 표현의 사용에 대한 시장성이 높은 권리를 확립함으로써 저작권은 창조를 위한 경제적인 유인을 제공하고 사상을 퍼트린다.”<sup>90)</sup> 두 번째는, “사상, 정보, 거래(commerce)의 자유로운 흐름 속에서” 공익을 증진하는 것이다.<sup>91)</sup> “저작권 기간은 제한적이기 때문에 공중은 저작자의 노동의 이익을

90) Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539, 558.(1985).

91) Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 429 (1984).

영원히 인정하지 않을 것이다.”<sup>92)</sup> 3) 상업적, 비상업적 저작자들 모두 건전한 공공재산에 의지한다. 예를 들면, 출판업자는 공공재산으로부터 출판물을 출판하고 그것들은 공중에게 낮은 가격으로 이용가능하게 한다.<sup>93)</sup> 다른 사람들은 공공재산을 오래된 책에 기초한 영화나 오래된 음악 편곡에 기초한 테마송 같은 새로운 작품의 원료의 출처로서 의지한다.<sup>94)</sup> 학교, 박물관, 도서관은 공공재산으로서의 저작물을 교육적 문화적 목적을 위한 시각적, 문헌적 자료를 만들기 위해 사용한다.<sup>95)</sup> 또한, World Wide Web 같은 미디어 출처는 국회 도서관 웹사이트에 있는 역사적 자료 같은 public domain content의 자유(사용)으로 이익을 얻는다.<sup>96)</sup> 4) 현행법은 이미 1923년에 공표된 저작물에 대한 저작권 보호를 계속하고 있다.<sup>97)</sup> 그러나 오래된 저작물들 중 대다수는 더 이상 상업적으로 이용가능하지 않다. 어떤 연구는 55년에서 75년 된 저작물들 중 단지 2퍼센트만이 상업적 가치를 계속 가지고 있다고 나타났다.<sup>98)</sup> 그럼에도 불구하고, 현행법에 따르면, 이러한 포기된 저작물은 수년 동안 공공재산으로 되지 않을 것이다. 이것은 상업적, 비 상업적 실체가 포기된 저작물에 의지하고, 장려하고 유지하는 것을 금지한다. 실제로, 오래된 저작물은 상업적 가치를 가질 가능성이 더 적은 반면, 그것들은 역사가, 예술가, 교사들에게 유용한 것으로 입증 될 가능성이 더 많다.<sup>99)</sup> 5) 따라서, 존재하는 저작권 체제는 저작권 조항을 규정한 헌법 제정자의 의도와 저작권법을 제정한 의회의 의도와 반대로 기능하고 있다. 저작물의 계속적인 보호 이면에 상업적 저작권적 목적이 없는 경우 어느 것도 공중에게서 저작물을 허용하지 않게 의도 된 것은 아니다. 결국 포기된 미국 저작권이 공공재산으로 되는 메커니즘을 확립하는 것이 필요하다.

## 나. 법안의 주요 내용

### (1) 기본정의 수정

#### (가) 미국저작물의 정의 수정

미국 저작물의 정의는 United States Code 17장 101조에 포함되어 있는데 “제411조의 목적을 위하여”를 삭제하고 “제306조와 제411조의 목적을 위하여”를 삽입하는 것으로 수정되었다.

#### (나) 저작권의 기간

- (i) 1978년 1월 1일 또는 이후에 창작된 저작물-17 USC 제302조는 수정되었다.
- (A)는 subsection (a)로, "저작권"을 삭제하고 306조의 대상, 저작권으로 삽입했다.

92) Stewart v. Abend, 495 U.S. 207, 228 (1990).

93) See Edward Rappaport, CRS Report for Congress, Copyright Term Extension: Estimating the Economic values, 3 (May 11, 1998).

94) Id.

95) Id. at 4.

96) Id.

97) See 17 U.S.C. 304.

98) Eldred v. Ashcroft, 123 S. Ct. 769, 804 (2003)(Breyer, J., Dissenting).

99) Eldred v. Ashcroft, 123 S. Ct. 769, 805 (2003)(Breyer, J., Dissenting).

(B)는 subsection (b)로, "In"을 삭제하고 "Subject to section 306, in"을 삽입하고  
(C)는 subsection (c)로, "In"을 삭제하고 "Subject to section 306, in"을 삽입했다.

(ii) 1978년 1월 1일 이전에 저작권이 있거나 창조된 저작물이지만 공표되지 않은 저작물-17 USC 제 303조 (a)항은 수정되었다.

## **(2) 공표된 미국 저작물 권리 유지비제도 신설**

### **(가) 권리 유지비의 납부**

저작권청은 공표된 모든 미국 저작물의 유효한 저작권의 유지를 위하여 1달러의 비용을 청구할 수 있도록 하고 납기기한과 방법을 정하고 불납의 효과를 규정하고 있다. 예컨대 비용은 저작권 기간이 끝날 때 까지 공표일 후 또는 2004년 12월 31일 이후 발생한 모든 것은 50년, 그 후 매년 10년마다 지불일이 되어야 한다. 저작권청이 비용 지불일이나 그 전에 또는 그 후 6개월의 유예기간 내에 적절한 등록비용의 지불을 받지 못한다면 저작권은 유예기간이 끝나는 날 만료가 되어야 한다.

### **(나) 부수적 홍보물(ancillary and promotional works)의 특례**

저작물의 저작권이 (a)에 따라 유효하게 유지되고 저작물과 관련되어 사용되는 ancillary and promotional 저작물이 영화에 대한 광고같이 그렇게 유지되고 있다면 (a)에 따라 유효하게 유지되고 있는 것으로 간주되어야 한다.

### **(다) 납부 형식**

(a)에 따라 요구되는 유지비는 제409조에 따라 저작권청이 규정한 형식을 따라야 한다. 규정된 공탁금과 비용과 저작권청이 규정에 의해 요구할 수 있는 추가적인 확인 자료들이 제출 되었다면 형식은 제 408조와 제409조의 등록 규정을 만족하기 위해 사용되어진다.

## **(3) 법안에 대한 평가와 전망**

이 법안은 저작권보호기간이 70년으로 연장된 이후 공표된 저작물에 대해 공표후 50년이 경과한 시점부터 매년 1달러의 권리유지료를 납부하도록 함으로써 조기에 저작권 포기를 종용함으로써 공유영역을 확대하고자 하는 것이다. 그러나 이러한 그럴듯한 취지에도 불구하고 이 법안은 MPAA등의 반대에 부딪혀 입법의 진척을 보지 못하고 있다.

반대의 이유를 예를 들자면 1) 저작물당 1달러의 유지료납부가 저작권자에게 부담이 될 수 있다는 점 2) 자연적 포기 저작물에 대해서도 오히려 권리회복을 시도할 수 있다. 3)정부로서는 저작권 등록시스템을 재구축하는데 막대한 비용과 시간이 소요된다는 점등에서 현실적으로 실현함에 있어 문제가 있는 법안으로 평가되고 있다.

## **III. 미국 Technology, Education and Copyright Harmonization Act<sup>100)</sup>**

100) "[Technology, Education, and Copyright Harmonization Act](#)," Public Law 107-273 (11/2/01)

공식명칭	An ACT to amend chapter 1 of title 17, United States Code, relating to the exemption of certain performances or displays for educational uses from copyright infringement provisions, to provide that the making of copies or phonorecords of such performances or displays is not an infringement under certain circumstances, and for other purposes
축약명칭(short title)	Technology, Education and Copyright Harmonization Act of 2002
보통명칭(popular name)	TEACH Act

## 1. 도입배경

1997년 디지털 밀레니엄 저작권법(Digital Millennium Copyright Act of 1997, DMCA)가 논의되던 제 105대 미국 의회에서 디지털 원격교육에 대한 법개정 논의가 전개된 바 있다. 그러한 논의에도 불구하고, 여러 이해당사자의 의견차이로 인해 관련 법률조항의 개정이 성사되지는 못하였다. 다만, 의회는 저작권청(US Copyright Office)로 하여금 각 이해당사자의 의견수렴을 포함하는 입법방향에 대한 보고서를 제출할 것을 요구한다. 이러한 요구에 대한 답으로서 1999년 디지털 원격교육에 대한 보고서가 나왔고, 그 안에는 다음과 같은 기본원칙들이 천명되어 있다.<sup>101)</sup>

## 2. 기본원칙

위 저작권청 보고서는 다음에 열거하는 원칙들을 준수하면서 법개정이 이루어져야 할 것이라는 권고안을 내놓았다.

- 전송(transmission)의 의미를 명확하게 할 것
- 매개된 교육(mediated instruction)의 개념
- 물리적인 교실의 요건을 삭제
- 새로운 위험을 중화하기 위한 새로운 안전장치의 추가
- 현재의 적격성의 기준을 유지
- 저작물의 범위를 확대<sup>102)</sup>

주요한 변화점은 원격교육에 이용될 수 있는 저작물의 종류와 그 저작물의 이용형태에 대한 제약을 완화하는 것과 특정한 장소뿐 아니라 개인이 교육 콘텐츠에 접근할 수 있도록 한 점 등을 들 수 있다. 하지만 이렇듯 저작권 제한의 범위가 확대됨에 따라 디지털화된 저작물이 유통되는 것을 방지할 수는 없

101) 김현철, 디지털 원격교육과 관련한 저작권 문제: 저작권산권 제한을 중심으로, 저작권심의조정위원회, 2004, 57면.

102) U.S. Copyright Office, *Report on the Copyright and Digital Distance Education*, 1999, p. 144.

을 것이므로 기술적 보호조치 및 교육자의 감독의무 등을 도입하게 되었다.

### 3. 개정의 주요내용

#### 가. 개정 이전 저작권법의 한계

앞서 언급한 바와 같이 기존 저작권의 예외에 대해 규정한 1976년 저작권법 제110조를 개정하는 내용이 본 TEACH법의 형식적 내용이 된다.

본 법에 의한 개정이 있기 전의 저작권법 제110조 1항은 저작자의 동의 없는 경우에도 실제 교실에서 일어나는 면대면(face to face) 수업 저작물의 재현을 허락하고 있는데, 제2항은 더욱 제한된 요건하에서만 원격교육에 대한 예외를 인정하고 있었다. 제112조는 제110조 제2항의 원격교육을 위한 저작물의 일시적 복제를 허용한다는 내용을 담고 있다.

이렇듯 개정 이전의 저작권법에서도 원격교육에 대한 저작권 제한규정을 두고 있기는 하였으나, 그 요건을 까다롭게 설정해놓아서 실제 교실에서 이루어지는 수업에 비해 저작물 활용에 많은 제약이 따를 수밖에 없었다.

#### 나. 개정법에 따른 주요한 변화

개정법으로 인한 변화의 전후의 모습을 살펴본다.

우선 저작권법 제110조 제2항에 포섭되는 저작물 및 그 이용유형은 다음의 표와 같이 정리될 수 있다.

법시행 이전 제110조 제2항	법에 의해 허용되는 저작물	법에 의해 허용되지 않는 저작물
<ul style="list-style-type: none"> <li>- 비연극적 어문저작물 및 음악저작물의 동적재현(performance)<sup>103)</sup></li> <li>- 여하한 저작물의 정적재현(display)<sup>104)</sup></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 비연극적 어문저작물 및 음악저작물의 동적재현</li> <li>- 기타 저작물의 합리적으로 제한된 범위 내에서의 동적재현</li> <li>- 현장수업 과정에서 일반적으로 정적재현되는 것과 비교될 수 있는 범위 내에서의 여하한 저작물의 정적재현</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 저작물이 원격교육의 일부로서 정적·정적재현될 것을 1차적 목적으로 하여 작성되거나 판매되고 디지털 네트워크를 통해 전달되는 경우</li> <li>- 합법적이지 못한 복제본을 이용한 동적·정적재현 및 전달하는 정부기관 및 공인 비영리 교육기관이 비합법적 복제본임을 알거나 알았어야 할 이유가 있는 경우</li> </ul>

다음은 허용되는 이용의 구체적 요건을 도식화한 것이다.

구 제110조 제2항	현행 제110조 제2항
-------------	--------------

103) 동적재현이란 저작물을 움직이는 형태로 공중에 재현하는 것을 말한다.

104) 정적재현이란 저작물을 정지된 형태로 공중에 재현하는 것을 말한다. 유형물에 의한 재현을 요건으로 하지 않는다는 점에서 우리 저작권법상의 전시와는 다른 개념이다. 미국 저작권법 제101조 참조.



정부기관및 비영리 교육기관	정부기관 및 공인 비영리 교육기관
A: 저작물의 정적·동적재현이 기관의 교육과정체계에서 정규과정을 이루는 경우 B: 정적·동적재현이 수업내용과 직접 관련이 있고 중요한 도움을 가져다주는 경우	A: 정적·동적재현이 교육자에 의하거나, 그의 지시에 의해 이루어지거나, 그의 실질적인 통제하에서 이루어진 경우 - 수업과 불가분의 요소로서 - 원격교육체계의 일부로서 제공되는 경우 B: 정적·동적재현이 수업내용과 직접 관련이 있고 중요한 도움을 가져다주는 경우
수업이 일반적으로 제공되는 교실이나 이와 유사한 장소 혹은 장애인 및 특수상황에 의해 교실에 출석할 수 없는 자를 위한 여하한 장소	여하한 장소(단, 기술적 조건을 충족시켜야 함)
학생 공직자 및 종업원이 공적 의무로서 원격교육을 수신하는 경우	정식으로 등록된 학생 공직자 및 종업원이 공적 의무로서 원격교육을 수신하는 경우

#### 다. 인증의 의미

개정된 주요내용 중에는 원격교육의 주체로서 비영리교육기관일 것이라는 요건에 더해 인증에 의해 공인된 기관일 것을 요구하고 있다.

여기서 인증(accreditation)제도는 미국의 교육제도에서 1세기 이상 의 역사적 과정을 통하여 형성되어 온 교육기관에 대한 교육의 품질을 검증하기 위한 산물을 의미한다고 하는데, 다음의 설명은 인증기관의 구성이나 인증체제에 대한 유용한 정보를 제공한다.

인증기관은 교육의 품질을 측정하기 위한 일반정책과 기준을 개발하고 실행하기 위해서 교육자들에 의해 자발적으로 조직된 기관을 말한다. 이러한 인증기관에는 지역적인 것과 전국적인 것(regional and national accrediting agencies)으로 나눌 수 있는데, 전국적 인증기관은 기술학교, 보건 또는 컴퓨터 관련 교육기관과 같이 적어도 준학사(associate degree)를 제공하는 특별한 교육기관에 수여하는 것이고, 원격교육과 관련해서는 원격교육과 훈련협의회(Distance Education and Training Council: DETC)가 있다. 지역적 인증기관은 6개가 현재 연방교육부장관의 허가를 받아 운영되고 있다. 이러한 인증제도를 통해서 주 정부들은 고등교육기관이 일정한 교육과정을 이수하는 경우 학위를 수여할 수 있는 면허를 수여하는 판단의 기준으로 삼는다. 그리고 어떤 고등교육기관이 공신력 있는 인증기관으로부터 교육 과정에 대한 인증을 받은 경우 그 교육과정은 다른 교육기관에서도 쉽게 학점 등 교류를 허용하는 기준이 되고 있다.

이러한 미국의 고유한 교육품질을 보장하기 위한 제도인 인증절차를 바탕으로 하여 중등과정 후 교육(post - secondary education)을 담당하는 교육기관들 중 인증을 받은 고등교육기관에 대하여 원격교육을 위한 송신을 할 수 있도록 하고 있고, 초등과정과 중등과정에 대해서는 개개의 주마다 정해진 자격 또는 면허절차에 의해 승인을 받은 교육기관으로 하여금 원격교육을 위한 송신을 가능하도록 명문화한 것이다. 따라서 이러한 인증이나 자격 내지 면허절차의 조건을 갖추고 있는 대부분의 교육기관들은 모두 원격교육의 송신주체의 범위에 포함될 수 있다.<sup>105)</sup>

#### 라. 기술적 조치의 의무

105) 이광진, 미국에 있어서 원격교육을 위한 새로운 저작권법에 관한 연구, 법조 제53권 제10호 (2004), 235-236면.

정해진 요건에 의해 교육 콘텐츠를 전송하는 자는 기술적 보호조치를 당해 콘텐츠에 부착시킬 의무를 부담한다. 다만, "기술적으로 가능한 범위(to the extent technologically feasible)"라는 술어를 사용하여 교육기관에 있어 가능한 범위 내에서 노력을 다할 것을 요구하고 있어 노력을 다했음에도 책임이 발생하는 경우라면 그에 대한 책임을 부담하지는 않는 것으로 보인다.

#### 4. 원격교육에 대한 국제규범

Sam Ricketson 교수는 국제조약상 인정되는 원격교육을 위한 저작권 제한에 대해 다음과 같은 의견을 피력했다.

이용은 “설명의 방법으로”, “수업을 목적으로” 이루어져야 한다. 스톡홀름 회의의 위원회 보고서(Committee’s Report of the Stockholm Conference)에서는 “수업(teaching)”의 범위를 다음과 같이 정하고 있다.

“‘수업’이라는 문언은 모든 단계에서의 수업-교육기관 및 대학, 시립학교 및 국립학교들 그리고 사립학교들에 적용된다는 것이 이 보고서에서 명확하게 되어야 한다는 요구가 피력되었다. 위에서 제시된 범주에 속하지 않는다면, 일반 대중에게 제공되는 일반적 수업 등은 포함되어서는 안 된다.”

“수업”이란 개념이 가상교육환경을 배제시키는 것으로 해석되어야 하는 것으로 의도되었다고 볼 근거는 없다.

이용이 “공정한 관행과 합치”되어야 한다는 요구는 상황의 객관적 판단을 의미하며, (베른협약) 제9조 2항에 제시된 기준들이 유용한 가이드가 될 것이다.

제10조 2항에 따라 허용되는 이용의 범위에는 방송이 포함될 수 있지만, 이것은 저작물이 원프로그램의 일부로든 케이블망을 통한 방송의 일부로든 배포되는 것을 포함하지는 않는다.

수업목적으로 의도된 방송에 접근할 수 있는 공중과 관련하여 어떠한 제한도 강제되지 않는다. 마찬가지로 같은 목적으로 만들어지는 복제본의 수에 대한 제한 역시 없다.<sup>106)</sup>

Ricketson의 분석을 정리해보면, 교육의 수단으로서 활용되는 원격교육은 그것이 대중을 위해 개방된 경우를 제외하고는 허용되며, 다만, 이러한 베른협약 제9조 2항에서의 3단계 테스트가 허용되는 저작물 이용범위 설정에 가이드라인을 제공해준다는 것이다.

#### 5. 우리 저작권법에의 시사점

2006년 12월 13일에 공표된 개정 저작권법은 구저작권법 제23조에서 규율되었던 원격교육과 관련된 규정을 다소 수정하여 제25조에서 규율하게 되었다. 본 법의 의안에서 소개하는 개정의 주요내용 바목은 다음과 같다.

학교 수업 목적을 위하여 필요한 경우 복제방지장치 등의 조치를 전제로 교사 및 학생들이 저작물의 일부분을 ‘전송’할 수 있도록 하되, 그러한 전송이 고등학교 이하의 학교 수업을 위하여 이루어지는 때에는 보상금을 지급하지 않도록 함.

106) Sam Ricketson, *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment*, WIPO Doc. SCCR/9/7, 2003, pp. 14-15.

법 제25조 2항은 고등학교 이하의 학교에서 보상금 없이, 그 외의 경우에는 문화관광부 장관이정한 대가를 지불하고 수업목적을 위해 저작물을 복제, 공연, 방송 또는 전송을 할수 있도록 했으며, 저작물의 성질이나 이용목적에 따라 저작물의 전부를 이용할 수 있는 가능성도 명시하였다. 또 같은 조 제3항은 교육제공자뿐 아니라 교육을 받는 학생들도 자료를 복제하거나 전송할 수 있도록 했다. 다만, 제10항에 따라 교육기관은 기술적 보호조치나 대통령령이 정하는 필요한 조치를 해야 할 의무를 부담한다.<sup>107)</sup>

구저작권법에 제23조 2항은 개정 저작권법 제25조 2항에서의 “학습목적”이 아닌 “교육목적”을 저작물 이용의 요건으로 상정하고 있었다. 따라서 수업에서의 이용은 아니지만, 교육적 목적으로 이루어지는 각종 행사나 활동에서의 저작물 이용을 정당화할 수 있었다.<sup>108)</sup> 현행법은 오로지 “학습목적”을 위한 이용만을 허락하고 있으므로 수업을 벗어나는 범위 내에서의 교육목적의 공연 및 방송에 대해서는 제29조의 비영리 공연 및 방송에 대한 저작권 제한에 호소할 수밖에 없다.

원격교육에 있어서는 저작물의 전송이 허용됨에 따라 학생이 원하는 시간에 학습 콘텐츠에 접근할 수 있게 되었다는 이점과 함께, 수업에 필요한 자료를 학생 스스로 업로드할 수 있고, 저작물을 이용한 프로젝트를 온라인상에서 수행할 수 있게 되었다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있을 것이다. 다만, 교육 목적을 수업목적으로 대체함으로써 원격교육을 통한 교양교육 등에는 어려움이 생겼다는 부정적 효과도 무시할 수 없다.

하지만 학습자의 이익뿐 아니라 저작자의 이익을 존중해야 한다는 점과 국제적 저작권 제한의 기준인 3단계 테스트에 부합해야 한다는 견지에서 이용목적의 축소는 올바른 선택이었다고 생각된다.

개정법의 내용은 미국 TEACH법의 내용을 상당 부분 벤치마킹했다는 점을 알 수 있는데, 콘텐츠 전송과 기술적 보호조치를 연계시킨 점이나 미국의 이른바 매개된 교육(mediated instruction) 개념을 수용해 “수업목적”을 명시한 점 등은 그것이다. 미국의 법시행 이후의 현황 등을 고려하면서 우리 법을 계속 정비해나갈 필요가 있을 것이다.

## IV. DRM 호완성을 담보한 2006년 프랑스저작권법 개정

### 1. 프랑스 의회의 온라인 저작권법 통과

저작권 침해행위와 상호운용성(Interopérabilité)에 대한 새로운 가이드라인을 담고 있는 온라인 저작권 법안이 2006년 3월 21일 프랑스 하원(Assemblée Nationale)에서 찬성 296표, 반대 193표로 통과된 바 있다. 이 법안은 프랑스 내의 모든 디지털음악 플레이어와 온라인 음악서비스는 기술표준을 준수하여 서로 간에 완전한 상호운용성(Interopérabilité)을 보장해야 한다고 규정하고 있다. 프랑스 상원은 2006년 5월 10일 저녁 찬성 164표, 반대 128표로 하원에서 올라온 이 저작권법 개정안을 수정, 통과시켰다. 통과된 법안은 하원에서 통과된 법안의 내용 중 일부를 수정한 것으로 6월 22일 상원과 하원의원 각각 7명으로 구성되는 양원합동위원회(commission mixte paritaire)에 제출될 것이며, 이 위원회는 논의를 통해 최종합의안을 도출하게 된다. 이렇게 도출된 합의안은 다시 양원에 제출되어 최종승인을 받게 되고, 의회에서 최종승인을 받으면 마지막으로 대통령의 비준을 요청하는 절차를 거칠 예정이다. 그러나 많은 의원들이 이 법안에 대해 위헌법률심사를 요구할 것으로 공연하고 있기 때문에 대통령 비준 이전에 헌법재판소(Conseil Constitutionnel)<sup>109)</sup>의 심사를 거치게 될 가능성이 높은 것으로 알려졌다.

107) 개정안에 따른 새로운 대통령령은 아직 시행되지 않고 있다.

108) 김현철, 앞의 책, 43-44면.

다.

## 2. 이 법안의 영향력과 국내외적 반향

이 법안이 확정된다면, 합법적으로 다운로드 받은 음악은 모든 플레이어에서 들을 수 있어야 한다. 따라서 온라인 음악서비스 업체들은 앞으로 포맷 변경이 가능하도록 DRM<sup>110)</sup>기술을 수정해야 한다. 애플 또한 페어플레이(FairPlay)와 같은 자사의 DRM기술을 공개해야 한다. 현재 애플의 아이튠즈에서 판매되는 음악은 애플사의 폐쇄형 DRM정책에 따라 자사의 MP3플레이어인 아이포드에서만 들을 수 있다.

이 법안은 국내외적으로 커다란 반향을 불러일으켰다. 프랑스의 입법화 움직임에 뒤이어 점점 더 많은 유럽 국가들이 애플사의 온라인음악 폐쇄형 DRM정책을 포기하도록 압력을 가하고 있다. 6월 초 노르웨이, 덴마크 및 스웨덴의 소비자 보호기관들은 공동으로 애플사에 서한을 보내 애플의 기기비호환정책이 계약 및 저작권법을 위반하고 있으며, 아이튠즈 뮤직스토어에서 다운로드 받은 음악을 다른 회사의 플레이어에서도 들을 수 있게 해야 한다고 요구했다. 노르웨이와 덴마크는 6월 21일까지, 스웨덴은 8월 1일까지 애플사의 공식답변을 요청한 상태이며, 이들은 애플사의 답변이 만족스럽지 못할 경우에는 이 문제를 법정으로 끌고 갈 계획인 것으로 알려졌다. 핀란드를 비롯한 다른 유럽국가들도 이에 동참할 태세를 보이고 있다. 한편, 영국의 음반산업협회(BPI)는 하원에서 애플의 온라인음악에 대한 폐쇄적인 저작권 보호장치를 제거할 필요가 있다는 입장을 밝히기도 한 바 있다.

특히 대다수의 미국 언론들은 여러 이익단체들의 논평을 빌어 이 법안이 애플의 아이튠즈 플랫폼과 아이포드를 겨냥한 것이라고 주장했다. 몇몇 분석가들은 애플의 비즈니스모델이 DRM기술을 이용하여 아이튠즈의 콘텐츠와 아이포드 플레이어를 결합시키는 데 있기 때문에 만일 이 법안이 최종적으로 통과된다면 애플은 프랑스에서 철수할 수도 있다고 주장한다.

당연히 애플도 이 법안에 대해 강력하게 반발하고 나섰다. 애플은 자사의 대변인을 통해 프랑스가 통과시킨 법안은 국가가 지원하는 불법복제를 부추기는 것으로 이 법안이 통과되면 합법적인 음악판매는 격감하고, 소비자들은 불법복제라는 대안을 선택함으로써 온라인음악 산업이 붕괴될 것이라고 비판했다. 급기야 미국의 상무장관은 이 법안을 주의 깊게 살펴볼 것이고 지적재산권을 옹호할 것이라고 언급하기에 이르렀으며, 이 논평은 대체로 애플의 입장을 지지하는 것으로 이해되고 있다.

미국과 애플의 이러한 반응은 프랑스에서 다시 다양한 반발을 불러일으키고 있다. 일례로 프랑스의 시민운동단체인 Odebi 리그는 애플이 프랑스에서 사업을 계속 하고 싶다면, 프랑스인들이 즐길 권리를 존중해야 한다고 지적하기도 했다. 프랑스 정부 측에서도 이 법안이 애플에게만 특별히 더 불공정하다는 견해에는 동의할 수 없으며, 특정한 업체를 표적으로 한 것은 결코 아니라는 입장을 밝혔다.<sup>111)</sup>

## 3. 포괄적 허락과 상호운용성 관련 규정의 제정과정과 주요 쟁점

### 가. 제정과정

109) 프랑스의 헌법재판소는 사전적·예방적 위헌법률심사 기능을 가지고 있다.

110) DRM(Digital Rights Management)은 디지털 콘텐츠의 저작권을 관리하는 소프트웨어 솔루션이다. 이에 대한 정의는 다양할 수 있지만 디지털 콘텐츠의 무단복제, 배포 및 사용을 방지하여 저작권 관련 당사자들의 이익과 권리를 보호해 주는 기술과 서비스로 요약된다. 그러나 DRM은 단순 보안기술보다는 좀 더 포괄적인 개념으로 저작권 승인과 집행을 위한 소프트웨어와 보안기술, 지불, 결제기능 등을 모두 포함한다.

111) 정중호, DRM 호완성과 관련한 프랑스 저작권법 개정에 관한 조명, 저작권포럼 2006.6.26

디지털 저작물의 저작권 침해에 대한 가이드라인을 제공하는 게 목적이었던 이 법안은 입법과정에서 포괄적 허가규정과 상호운용성이라는 두 가지 쟁점을 부각시켰다. 프랑스 정부가 의회에 제출한 저작권법 개정 초안에서 핵심적인 조항은 디지털 저작물을 보호하도록 하는 복제방지기술을 훼손하거나 그러한 수단을 제공하는 행위까지도 저작권 침해로 간주한다는 것이다. 또한 기존에 불법 다운로드로 인해 ‘저작권 침해’로 고소당하는 경우에 최고 3년의 징역형과 30만 유로의 벌금형에 처해질 수 있었던, 저작권 침해에 대한 처벌의 범위를 더욱 확대시켜 디지털 저작물을 보호하기 위한 복제방지 기술을 훼손하거나 그것을 가능케 하는 수단을 제공할 경우에도 동일한 형에 처하도록 하는 규정을 마련하였다. 즉 이 초안은 기술적 보호장치의 일종인 DRM기술을 합법화함과 동시에 P2P망을 통한 콘텐츠의 복제와 유통을 불법화하고, P2P사용자들에 대한 처벌 강화 조항을 담고 있었을 뿐 아니라 이전에는 공정이용(fair use)으로 간주되던 사적 복제(copy for private use) 역시 제한하는 내용을 담고 있었다.

그러나 이러한 정부의 법안은 저작권 침해의 범위를 지나치게 확대하여 디지털콘텐츠에 대한 이용자들의 권리를 부당하게 제약한다는 비판과 함께 여러 정당과 사회단체로부터 강한 반대에 부딪혔다. 그리하여 사회당(PS), 공산당(PCF) 그리고 여당인 대중운동연합(UMP)의 일부 의원은 이상과 같은 정부 초안을 거부하고, 정부의 입장과 반대되는 ‘포괄적 허가(license globale)’ 규정을 담은 수정안을 제출했다.

포괄적 허가란 이미 광범위하게 확산된 P2P망 사용자들의 현실을 인정하자는 취지에서, 저작자에 대한 보상을 전제로 인터넷 다운로드를 허용하는 개념이다. 즉 인터넷 사용자들은 인터넷상에서 자유롭게 다운로드할 수 있는 대신에 매달 추가로 일정한 요금을 내야하며, 이를 저작권자들에게 분배하는 방식이다.<sup>112)</sup> 이처럼 포괄적 허락 규정을 포함한 수정안이 12월 22일 의회에서 논의되었으나, 격렬한 논란 끝에 디지털 저작권법 개정은 일단 보류되었다. 그리고 총리의 중재를 거쳐, 르노 돈디유 드 바브르(Renaud Donnedieu de Vabres) 문화부 장관은 기존 법안을 수정하여 새로운 입법안을 마련하여 의회에 다시 제출하게 되었다.

결국 2006년 3월 21일 저작권법 개정안이 하원을 통과하였으며, 이 법안은 DRM에 기술적 보호장치라는 법률적 보호 근거를 제공했다. 즉 DRM의 우회를 처벌하는 조항을 포함하고 있다. 또한 의회가 정부의 초안에 반대하여 제출하였던 수정안에 포함되었던 P2P 합법화 즉 포괄적 허락규정은 폐기되는 대신에 12월에 제출되었던 정부 초안에서는 빠져있던 상호운용성(Interopérabilité)개념이 최종적으로 채택되었다. 이에 따르면, DRM시스템의 제공자 즉 디지털콘텐츠 제공업자는 상호운용성을 보장하기 위해 필요로 하는 누구에게나 해당 기술정보를 제공해야 한다. 이 두 이슈는 저작권 보호와 이용자 권익 간 충돌 가능성과 이에 대한 입법 기준의 문제와 함께 기술적 보호조치의 필요성과 한계, 공정경쟁 저해행위 여부 및 방지의 문제를 제기했다. 이 법안에서 한 가지 중요한 수정사항은 상호운용성의 원칙이 상당히 완화되었다는 점이다. 상원의 새 법안에 따르면, 자신들의 소스코드를 제공하는데 동의한 기업은 이에 대한 보상으로 라이선싱 수수료를 받을 수 있으며, 이러한 정보의 전달로 인해 저작권 보호조치를 약화시키지 않는다는 보장을 받을 수 있도록 했다. 또한 저작권 보유자가 승인한 경우에 한해서는 특정 회사의 폐쇄형 시스템, 이를테면 애플이 아이팟과 아이튠즈 서비스를 배타적으로 연계할 수 있도록 허용했다.

## 나. 상호운용성 담보

통과 법안에서 새로이 쟁점으로 부각된 문제는 바로 상호운용성이다. 이번에 통과된 법안은 P2P를 불

112) 이 제안은 개인사용자에게 매달 8 - 12유로 가량의 수수료를 부과하는 조건으로 P2P망을 통한 개인적 용도의 복제를 허용한다는 구상을 담고 있었다.

법화 하고, DRM에 대한 법률적 보호를 보장함으로써 DRM을 우회·무력화하는 행위를 처벌하는 등 저작권에 대한 보호를 강화하는 대신에 상호운용성을 보장하는 규정을 통해 이용자들의 접근성과 선택권을 제한하는 폐쇄형 DRM을 금지시킴으로써 이용자들의 편익을 보호하는 조항을 포함시켰다. 이 조항은 정부 초안에는 포함되지 않았으나, 의회의 논의 과정에서 몇몇 의원들이 수정안에 포함시킨 것으로 최종안에서 채택된 것이다.

애초에 정부 초안은 DRM의 우회금지 규정이 지닌 모호함과 그 범위의 포괄성 때문에 비판을 받았다. 우선, 이 조항은 특정 DRM의 설계자로 하여금 경쟁자의 시스템이 DRM의 우회를 조장한다는 명분하에 경쟁자를 기소할 수 있는 근거로 이용될 수도 있다. 그러나 DRM을 합법화한 저작권법의 목적은 작곡가, 예술가, 영화제작자 등의 저작권을 보호하기 위한 것이지 DRM기술 및 회사에게 새로운 법률적 보호를 제공하기 위한 것이 아니다. 그렇게 되면 이 조항은 사실상 저작권이나 특허 이외에 새로운 유형의 지적재산권을 창조하는 셈이다. 또한, 음악제공자의 DRM체계가 이 제공자의 플레이어에서만 작동하는 경우에 이 조항은 이용자들을 음악제공자에게 결박시키게 된다. 콘텐츠가 한 가지 기기에서만 실행 가능하기 때문에 이것은 소비자에게 불편을 초래한다. 한편, 이 조항은 소니사의 Extended Copy Protection시스템의 사례<sup>113)</sup>에서 나타난 바와 같이 DRM시스템에서 발생할 수 있는 보안상의 오류에 대한 진단과 검사를 가로막는다.

하지만 통과 법안에서 상호운용성을 보장하는 규정이 채택된 데에는 이상과 같은 비판 이외에도 디지털 미디어 시장, 특히 최근에 급속하게 성장하고 있는 온라인음악 시장에서의 경쟁구조에 대한 고려 또한 크게 작용했다고 할 수 있다. 프랑스의 PC용 소프트웨어산업은 DRM시스템을 제공하는 마이크로소프트나 애플과 같은 소수의 기업에 의해 지배되고 있다. 그래서 정부 초안이 통과되면 이러한 지배적 지위를 강화시키고 자유소프트웨어와의 경쟁을 봉쇄할 것이라는 우려가 팽배해 있었다. 정파를 막론한 프랑스의 많은 정치인들은 자유소프트웨어가 프랑스를 위해 매우 중요하다고 선언한 바 있다. 이러한 이유로 몇몇 정당의 정치인들은 DRM시스템의 상호운용성을 보장하는 수정안을 제출했으며, 이 수정안이 의회에 의해 받아들여진 것이다.

상호운용성 보장을 찬성하는 입장에서는 온라인음악 시장에서 독점적 지위를 차지하고 있는 애플이 자사의 폐쇄형DRM인 페어플레이를 이용해서 온라인 뮤직스토어에서 구매한 음악파일을 자사의 아이포드에서만 들을 수 있게 함으로써 MP3 player 시장의 경쟁을 방해한다고 주장한다. 또한 이는 소비자로서 하여금 한 개의 기기와 한 개의 온라인 음악 사이트만을 사용하도록 강제함으로써 소비자의 선택 기회를 박탈하고 있으며 이는 명백히 소비자의 편익을 감소시켜 사회후생을 감소시킨다고 주장한다. 따라서 찬성론자들은 폐쇄형 DRM이 경쟁을 가로막는 수단으로 이용되거나 소비자의 선택권을 저해할 수 있으므로 디지털 콘텐츠 제공업자의 DRM 호환을 통하여 온라인 음악시장 및 기기시장에서 경쟁체제를 구축하고 소비자에게 좀 더 많은 선택의 기회를 제공할 수 있으며, 온라인음악 시장을 활성화하는데 기여할 것이라고 주장한다.

반면에 이 법안을 반대하는 이들이 제시하는 반론은 크게 두 가지이다. 우선, DRM 소스코드 및 기술정보의 공개가 불법 복제를 용이하게 만들며, 이렇게 불법 복제된 음악파일이 쉽게 교환될 수 있는 개인 P2P 사이트들이 번성하게 될 것이라고 주장한다. 이들은 온라인 음악시장의 성장은 아이팟과 아이

---

113) 소니 BMG는 작년 초부터 퍼스트포인트넷이 디지털저작권 보호를 위해 개발한 복사방지기술을 자사의 49개 CD 타이틀에 사용했다. 하지만 미국의 한 프로그래머는 소니의 DRM 소프트웨어가 해커들에 의해 악용될 소지가 있다는 지적을 제기했으며, 이후 몇몇 보안회사들은 소니 DRM 소프트웨어가 데이터 충돌과 손실을 유발, 시스템 완결성과 보안에 위협이 될 수 있다고 지적하면서 소니 DRM을 일종의 스파이웨어로 분류하기도 했다. 이런 가운데 이 프로그램의 약점을 이용한 트로이목마까지 등장하면서 소니 측이 궁지에 몰리기 시작했다. 이에 따라 11월부터 미국 각지에서 소니를 상대로 한 소송이 제기되기 시작했으며, 결국 집단소송으로 발전하기에 이르렀다. 소니 BMG가 일정한 보상을 전제로 집단소송 원고들과 합의를 하는 것으로 사태는 일단락되었다.

튼스로 통합된 애플의 비즈니스 모델이 있었기에 가능했던 것이라고 주장한다. 따라서 DRM의 호환으로 인해 불법 음악사이트들이 활성화되면 저작권 및 저작권접권자의 권리를 충분히 보호할 수 없으며 이는 다시 온라인음악 시장의 성장에 걸림돌로 작용할 수 있다고 본다.

두 번째로 반대론자들은 이 법안이 기업으로부터 기술개발과 혁신의 유인을 빼앗아갈 것이라고 비판한다. 이들의 관점에서는 기술이 빠르게 진보하는 산업에서 지적재산권을 보호하고 시장원리에 맡기는 것은 혁신기업들의 동기를 유발하고 혁신을 촉진시키는 방법이다. 따라서 지적재산권이 적절하게 보호되지 않는다면, 기업의 기술개발활동에 대한 인센티브는 줄어들 것이며 생산성은 저하되고 시장의 경쟁은 약화되어 기존 시장의 지배적 사업자가 지속적으로 영향력을 행사하는 정태적 시장 구조를 가지게 될 것이라는 것이다.

이는 우리가 저작권 강화와 폐쇄형 DRM정책을 둘러싼 쟁점들을 고찰하고, 이로 인해 초래될 수 있는 문제를 해소하기 위한 방안을 모색함에 있어서 한편으로는 저작권을 강화하면서, 다른 한편으로는 그 부작용을 완화시키기 위해 상호운용성의 보장을 채택한 프랑스의 선택은 우리에게 시사하는 바가 적지 않다.

## 제4장 저작권의 예외와 제한 및 권리제한 입법의 국제법적 한계

### I. 저작권 예외와 제한 일반론

#### 1. 서설

저작권을 바라보는 시각에 따라 그 제한과 예외에 대한 논거도 달라질 것이다. 전통적으로 영미법계 국가들에서는 저작권의 사회기속성을 천명하고 나선 데 반해,<sup>114)</sup> 대륙법계는 유체물에 대한 소유권과 같은 맥락에서 저작권을 이해하려 하였다.<sup>115)</sup> 어떤 법계가 저작권을 더 강하게 보호하며, 저작권의 제한과 예외를 좁게 인정하는지는 쉽게 단정할 수 없지만, 적어도 대륙법계 저작권법이 저작권의 제한인정에 있어 훨씬 어려운 과정을 거쳐야 함은 당연한 것으로 생각된다.

하지만 저작물의 국제적 유통이 활발해지고, 저작자들의 국제적 교류 및 이동이 늘면서 저작물 이용이 광범위하게 이루어지고 있으며, 저작권 관련 국제조약 및 우호통상항해조약이나 지역경제협정 등의 체결은 저작권제도의 일원화를 요구하고 있다. 결과적으로 대륙과 영미 저작권법이 하나의 체계로 수렴되어 가는 것이다.

저작권의 제한 및 예외에 있어서도 마찬가지로, 국제조약상 전통적으로 인정되던 저작권의 제한 및 예외에 대한 열거적 규정들에도 불구하고, 브뤼셀 개정과 스톡홀름 개정을 통해 이른바 사소한 예외의 법리(minor exception doctrine)와 3단계 테스트(three-step test)가 도입되었는데, 혹자는 이를 영미와 대륙 저작권법의 조화 내지 융합이라고 표현하기도 한다.<sup>116)</sup> 이들은 여타조약의 다른 제한 및 예외들과는 달리, 그 자체가 구체적으로 허용되는 행위에 대해서 규정하고 있는 것이 아니라 회원국에 의한 제한 및 예외의 도입 및 해석에 대한 가이드라인만을 제공한다.

한편, 새로운 매체의 개발 및 복제·유통기술의 발전은 저작자에게나 저작물 이용자들에게 큰 변화를 가져다주고 있다. 이러한 상황에서 위 두 원칙이 어떠한 기능을 수행할 것인지에 대한 논의가 활발하게 이루어지고 있다. 아울러 내국민대우원칙의 한계<sup>117)</sup>를 극복하려는 노력과 저작권의 통상문제화는 강화된 저작권 보호하에서의 공공정책의 수행이라는 견지에서 새로운 저작권 제한 및 예외에 대한 필요성을 강하게 요구하고 있다.

이러한 상황에서, 특히 우리나라는 저작권법에 있어 대륙법적 성격을 가지고 있으면서도 재산권의 공공성에 강조하는 법규정과 법문화를 가지고 있고, 미국으로부터 통상압력으로서 저작권법 개선을 요구받고 있는 특수상황에 놓여 있다. IT기술의 발전과 한류의 전파가 저작권에 미칠 영향에 대해서는 더 말

114) 세계최초의 근대 저작권법이라고 평가 받는 영국 앤여왕법(Statute of Anne)의 정식명칭은 “An act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors, or purchasers, of such copies, during the times therein mentioned”이다. 법령에서 알 수 있듯이 학문·학습의 장려가 저작권보호의 이유가 되었다. 한편 미국 연방헌법 제1조 8항(“To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries”)도 학문과 기예의 발전에의 기여라는 면을 강조하고 있다.

115) 재산권의 성격에 관하여는 여러 가지 견해가 존재하지만, 재산권을 자연권으로 이해하는 입장에서는 저작권 역시 자연권의 일부가 된다고 본다. Gerhard Schricker, Einleitung para. 11, in *Urheberrecht Kommentar* (Gerhard Schricker ed., 3rd ed., C.H. Beck, 2006).

116) Martin Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law* (Kluwer Law International, 2004), p. 63.

117) 가령 A국이 B국에 비해 강한 저작권 보호를 인정하는 경우, B국의 저작자는 A에서 A국 국내법에 따라 강한 보호를 향유할 수 있으나, A국의 저작자는 B국에서 더 낮은 수준의 보호를 향유할 수밖에 없다.



할 나위도 없을 것이다.

이하에서는 우선 저작권 제한 및 예외에 대한 국제조약상 제 규정들과 해석원칙들을 살펴볼 것이고, 특히 저작권 제한 및 예외의 기본원칙으로 자리매김하고 있는 3단계 테스트의 내용에 대해 자세히 고찰해 볼 것이다. 한편 WTO 분쟁해결절차에 회부된 사례들을 살펴볼 것이고, 마지막으로 이러한 국제적 원칙들의 우리나라 저작권법에 어떻게 반영되어야 할 것인지 생각해보기로 한다.

## 2. 저작권 제한 및 예외의 의의 및 유형

특정한 경우에 저작권이 제한될 수 있음은 오랜 기간 동안 승인되어 왔다. 따라서 베른협약의 체결을 위한 1884년 회합에서 스위스 대표 Numa Droz는 저작권에 예외를 설정함에 있어서는 공익적 고려가 정당하게 이루어져야 한다고 언급한 바 있다. 그 결과 1886년 베른협약은 특정 상황에서 회원국에 저작권에 대한 제한을 설정할 수 있도록 허락하는 규정을 포함하게 되었다. 이러한 견지에서 저작권 및 관련 권리들에 대해 다루는 국제조약에서는 국내법에서 채택할 수 있는 저작권의 제한과 예외들에 대해 정하고 있다. 이들은 개략적으로 다음의 유형으로 분류해볼 수 있다.

**명시적으로 특정 유형의 저작물 혹은 유/무형물(material)을 보호의 범위에서 제외시키는 경우(저작권의 제한)**

특정 저작물 및 유형물에 대한 보호를 제외시키는 규정들이 존재한다. 중요한 예들은 베른협약의 파리 개정에서 나타나는데, 입법, 사법 및 행정적 성격을 갖는 공문서(제2조 4항), 사실의 보도(제2조 8항), 법정에서의 진술(제2조의2 제1항) 등이다. 특정대상에 대해 보호를 부여할 필요가 없다는 점에서 저작권에 대한 “제한”으로 설명되는 경우가 많다.

**저작물의 보호는 인정되지만 행위자가 당해 행위와 대하여 저작권 침해에 대한 어떠한 책임을 부담함이 없이 특정 행위를 허용하는 저작권보호의 제한인 경우(저작권의 예외)**

저작권침해에 대하여 특정 사안에서 면제를 부여하는 규정들이 존재한다. 가령 시사보도 및 교육의 목적이나 특정요건의 만족을 요구하는 경우 등이 있다. 이들은 “허용되는 행위” 혹은 “보호에서의 제외”라고 표현되는데, 다른 경우에 침해를 구성할 수 있는 행위에 대한 책임을 면제시켜주는 특징을 갖는다. 베른협약상 합법적인 인용에 대한 권리(제10조 1항), 수업목적의 이용(제10조 2항), 언론의 이익을 위해 부여되는 예외(제2조 8항), 복제권에 대한 일반적 제한(제9조 2항), 영상저작물 제작에의 기여(제14조의2 제2항 b) 등이 있다.

**몇 유형의 보상금이 당해 이용에 대한 대가로 지불되는 경우, 보호되는 저작물에 대해 제한되는 행위를 실행할 수 있도록 허락하는 것을 보장하는 강제허락체계인 경우**

특정 저작물의 이용을 허락해주지만, 보상의 지급의무를 남기는 규정들이 존재한다. 이들은 주로 “강제허락(compulsory licenses)”이나 “의무허락(obligatory licenses)”으로 표현된다. 베른협약상 음반제작에 관한 강제허락, 저작물의 방송에 대한 강제허락(제11조의2 제2항), 방송되는 저작물의 일시적 기록(제11조의2 제3항), 개발도상국에 대한 강제허락(파리 개정의 부속서) 등이 인정된다.

각 유형의 규정들에 대한 법적·정책적 기초는 다양하다. 첫 번째 경우는 창작물에 저작권을 성립시켜서는 안 된다는 공공정책적 판단에 기인한다. 두 번째 경우는 다른 방식에 의해 보호되는 저작물의 특정 이용형태를 제한해야 한다고 보아 첫 번째 경우보다 제한적인 면제를 표명하는 것이다. 여기서의 공공의 이익은 저작자의 자신의 저작물에 대한 사권을 침해하는 것을 정당화시킨다. 세 번째 경우에는 저작자의 권리가 유지되기는 하지만, 상당부분 축소된다. 공공의 이익은 이용의 계속성을 정당화시키고, 저작자의 동의가 필요치 않지만, 당해 행위는 정당한 보상의 지급대상이 된다. 이들 유형의 예들은 국제조약의 규정들에서 발견하게 되는데, 이들 중 대부분은 베른협약의 파리 개정을 통해 도입된 것이다. 대부분의 경우, 제한과 예외의 범위에 대해서는 그것이 조약의 당해 규정에서 정한 엄격한 범위에 포섭되는지 여부가 문제되기는 하지만, 회원국 입법에 의해 판단되어야 하는 것으로 되어 있다.<sup>118)</sup>

### 3. 사소한 예외의 법리와 3단계 테스트

앞서 언급한 바와 같이 베른협약 등에서 인정하는 저작권의 제한 및 예외에 대한 다양한 예외규정이 존재하긴 하지만, 각 회원국은 고유의 정책목표를 실현할 필요가 있고, 현실적으로도 다양한 저작권의 제한과 예외를 국내법에 규정하고 있다. 그러나 이러한 제한을 무한정 인정할 수는 없으므로 그 한계가 설정되어야 하는데, 국내법적으로는 헌법을 비롯한 다양한 규범들이 그 한계에 대한 근거가 될 것이다. 또 다른 한편으로 제한의 국제법적 한계 역시 존재하는데, 크게 두 가지로 원칙이 존재한다고 이야기할 수 있다.

우선 사소한 예외의 법리는 베른협약의 제11조 이하에 규정되어 있는 공중전달권(right of communication to the public)의 제한을 위해 도입된 법리로서 예외의 열거적 제시의 한계에 따른 결과이다. 하지만 공중전달권 도입취지가 곡해될 우려<sup>119)</sup>로 인해 조약상 명문규정에는 반영되지 않았다.<sup>120)</sup> 다만, 브뤼셀에서의 베른협약 개정회의에 대한 일반보고서에 관련 내용이 포함되어 있는 정도이다. 뒤에서 소개할 3단계 테스트가 복제권에 대해 도입된 스톡홀름 개정회의에서도 공중전달권에 대해서는 이에 상응하는 원칙이나 적어도 브뤼셀 일반보고서에 나타난 예외의 범위 혹은 한계에 대한 언급이 없다.

이러한 상황에 대한 판단은 다양할 수 있겠지만, 자주 인용되는 일반보고서의 내용은 그렇게 확정적인 것은 아닌데, 그 내용은 다음과 같다.

노르웨이, 스웨덴, 덴마크, 핀란드, 스위스 및 헝가리 대표는 종교적 행사, 군악대, 어린이와 성인을 위한 교육을 위한 필요를 위해 허용되는 제한된 예외를 갖는다. 이 예외는 베른협약 제11조, 제11조의2, 제11조의3, 제13조 및 제14조에 적용된다. 당신은 본 권리의 원칙에 손상이 가는 것을 막기 위해 이것이 단지 연필로 부기되어 있다는 점을 주목해야 한다.<sup>121)</sup>

위의 언급만으로 위 법리를 비엔나 조약법협약 제31조에서 말하는 합의(agreement)로 이해할 수는 없다. 하지만 현실적으로 베른협약상 공중전달에 해당하는 각국의 공연권이나 공중재현권(Recht der

118) WIPO, Standing Committee on Copyright and Related Rights (SCCR) and Sam Ricketson, *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment*, WIPO doc. SCCR/9/7, pp. 3-4.

119) 브뤼셀 개정을 통해 베른협약에 공중전달권이 최초로 도입되었다.

120) Senftleben, *supra*, p. 43.

121) Senftleben, *supra*, p. 46에서 재인용.

öffentlichen Wiedergabe), 동적재현권(performance right), 공중에게 보여줄 권리(right to public showing) 등에, 그 이름에 관계없이, 제한을 전혀 가하지 않은 입법례는 발견되지 않는다. 따라서 사소한 예외의 법리는 합의는 아니지만 “이후에 형성된 합의” 혹은 “관행”으로서 조약해석에서 문맥(context)으로 기능할 수 있을 것이다.

3단계 테스트에 대해서는 뒤에서 더 자세하게 다룰 것이고, 사소한 예외의 법리와의 관계만을 본다. 사소한 예외의 법리는 3단계 테스트가 등장했던 1967년 스톡홀름 개정 이전에 도입된 것으로서 3단계 테스트가 요구하는 명시적 3단계와 같은 기준이 예정되었다고 할 근거는 없다. 하지만 3단계 테스트가 저작권 제한의 표준으로 자리매김하고 있는 현재 상황에서 사소한 예외의 법리가 3단계 테스트에 수렴해 간다는 것을 부정할 수는 없을 것이다.

## II. 국제조약상 권리제한을 위한 3단계 테스트 원칙

### 1. TRIPs 협정과 3단계 테스트

#### 가. 저작권보호에 있어 TRIPs 협정의 의미

기본적으로 TRIPs 협정은 WTO 설립협정의 여러 부속서 중의 하나이며, 각 부속서는 WTO의 불가분의 일부를 형성하여 WTO 모든 회원국을 구속하게 되고, 이에 따라 각 회원국은 자국의 지적재산권 관련 국내법령을 TRIPs 협정에 일치하도록 개정할 의무를 부담한다.<sup>122)</sup> TRIPs 협정은 그동안 WIPO가 개별 지적재산권 조약에 의해 규율하여 오던 지적재산권 보호의 문제를 이제는 WTO가 범세계적 차원에서 무역과 관련한 지적재산권 보호의 통일된 기준을 정하여 규율하게 되었다고 말할 수 있을 것이다.

뿐만 아니라, 현재 WTO의 모든 회원국은 예외 없이 TRIPs 협정의 적용을 받게 되어, 회원국의 확대 현상을 가져오게 되었으며, 또한 WTO 출범과 함께 새로이 발효한 분쟁해결제도는 교차보복이라는 강력한 제재를 지적재산권의 집행수단으로 제공하게 되었다.<sup>123)</sup> 또한 협정 제3부는 집행(enforcement)<sup>124)</sup>이라는 별도의 장을 두어 지적재산권보호의 보장을 위한 기본적 절차를 규정하고 각 회원국이 이를 각국의 법령에 수용할 것을 요구하고 있으며, 무역정책검토제도<sup>125)</sup> 및 각종 통보제도를 이용하여 각 회원국들의 지적재산권 보호정도를 감시하고 있다. WTO TRIPs 협정은 전문과 총7부 73개 조항으로 지적재산권의 거의 모든 분야를 망라하고 있으며, 제1부에서 총론적 규정으로 일반원칙을 다루고, 전통적 의미에서의 지적재산권 자체의 보호에 관한 규정은 제2부에서 다루고 있으며, 그 밖에 지적재산권 보호의 집행과 그와 관련한 절차적 규정들을 두고 있다.

#### 나. TRIPs 협정상 제 관련규정

##### (1) 이른바 “국제협약 플러스” 규정

122) WTO 설립협정 제16조 4항. 우리나라는 2000년 6월 개발도상국으로서는 처음으로 WTO의 지적재산권 법령심사를 받은 바 있다: 저작권심의조정위원회, 『저작권관계자료집34: 세계무역기구 무역관련지적재산권협정 법령심사』(서울: 저작권심의조정위원회, 2001). 2001년 12월 WTO에 가입한 중국과 대만은 2002년 9월말에 WTO로부터 지적재산권 관련 각종 법령심사를 받았다.

123) WTO 분쟁해결양해(DSU) 제21조와 제22조 참조.

124) TRIPs 협정상의 enforcement라는 용어를 집행, 시행, 이행 등으로 번역된다.

125) WTO 설립협정 Annex 3: Trade Policy Review Mechanism.

TRIPs 협정은 지적재산권 관련 8개 분야를 단지 32개 조항(제9조-제40조)에서 모두 규율하고 있다. 이는 협정이 기존 국제협약 플러스 방식을 취하고 있기 때문에 가능하다. 즉 협정은 제2조 2항에서 “본 협정상의 어떠한 규정도 파리협약, 베른협약, 로마협약, 집적회로에 관한 지적재산권 협약상의 회원국의 의무에 영향을 끼치지 않는다.”라고 규정하고 있다. 구체적으로는 베른협약 제1조에서 제21조까지<sup>126)</sup>와 부속서, 파리협약 제1조에서 제12조까지와 제19조, 실연자, 음반제작자, 방송사업자의 보호에 관한 로마 협약, 집적회로에 관한 지적재산권조약 등은 TRIPs 협정상의 관련 규정에 따라서 법적 효력을 부여하고 있다. 따라서 TRIPs 협정 그 자체는 73개 조항에 불과하지만, 실제로는 지적재산권에 관한 광범위한 내용을 포괄적으로 다루고 있다고 하겠다. 더욱이 WIPO의 지적재산권 조약이 다루지 않았던 지리적 표시<sup>127)</sup>, 영업비밀, 반경쟁 관행의 통제 등의 분야까지를 포함하여 그 관할범위를 확대하고 있다. TRIPs 협정 제9조 1항은 당해 국가가 베른협약의 회원국인지 여부와 관계없이 회원국들이 베른협약 제1조에서 제21조까지의 규정에 따를 것을 요구하고 있다. 따라서 회원국들은 베른협약 제10조 1항의 인용에 대한 예외에 대해서는 반드시 규정해야 한다. 다른 것과 관련해서는 인정되어야 하는 제한과 예외에 대한 강제는 없다. 다만 국내법에 제한규정이 존재하는 경우에는 관련 베른협약 규정들에 포함된 조건들이 고려되어야 한다.

## (2) TRIPs 협정상의 3단계 테스트 규정

TRIPs 협정 제13조는 다음과 같이 규정되어 있다.

### 제13조 (제한과 예외)

회원국은 배타적 권리에 대한 제한 또는 예외를 저작물의 통상적 이용과 충돌하지 아니하고, 권리자의 정당한 이익을 불합리하게 해치지 아니하는 특정하고 특별한 경우로 한정한다.<sup>128)</sup>

당해 규정은 베른협약에서 복제권에 대한 예외를 정한 제9조 2항을 답습하고 있지만, 이는 베른협약의 일부로서가 수용된 것이 아니므로 제13조는 복제권을 포함한 베른협약에 열거된 모든 배타적 권리 및 TRIPs 협정의 대여권에도 적용된다. 이 규정은 베른협약이 아닌 TRIPs 협정의 일부로 해석되어야 한다.

TRIPs 협정하에서는 회원국에게 로마협약의 규정을 실연자, 음반제작자 및 방송사업자에게 적용할 것을 강제하는 의무를 담고 있지는 않다. 회원국은 제3조 1항에 의해 TRIPs 협정 자체에 담긴 권리들만을 적용할 것을 요구 받는다. 이러한 권리들은 제14조의 1항 내지 5항에 규정되어 있는데, 이들은 로마 협약하의 요구들과 상응하거나 일부 영역에서는 그보다 더 강한 보호를 부여하고 있다. 이들에 대하여 회원국은 오직 로마협약 제15조 1,2항에 열거된 범주 내의 제한과 예외만을 규정할 수 있다.

#### 126) TRIPs 협정 제9조 2항

회원국은 베른협약(1971년)의 제1조에서 제21조까지 및 그 부속서를 준수한다. 그러나 회원국은 동 협약의 제6조의 2에 의하여 하여진 또는 그 규정으로부터 발생한 권리와 관련하여 어떠한 권리나 의무를 가지지 아니한다.

단, 베른협약 제6조의 2에서 다루고 있는 저작인격권에 관한 내용은 제외.

127) 주로 포도주와 위스키의 저명한 산지명 보호를 위한 규정으로 프랑스와 스코틀랜드의 강력한 주장으로 삽입되었으며 앞으로 그 보호가 더욱 강화될 전망이다, DDA 협상의제 중의 하나이다. 협정 제22-24조 참조.

128) “Members shall confine limitations and exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right-holder.”

## 2. WCT 및 WPPT에서의 3단계 테스트

WIPO 저작권조약(이하 WCT) 제1조 4항은 회원국에게 베른협약 제1조에서 제21조까지의 규정과 협약 부속서의 규정을 이행할 것을 요구하고 있다. 따라서 회원국이 베른협약의 회원국인지 여부와 관계없이 베른협약 제9조 2항에 규정된 3단계 테스트가 복제권에 적용된다.

한편, WCT 제10조 1항과 2항은 각각 다음과 같이 규정되어 있다.

- (1) 계약당사국은 저작물의 통상적인 이용과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 불합리하게 해치지 아니하는 특별한 경우에, 이 조약에서 문학/예술 저작물의 저작자에게 부여한 권리에 대한 제한과 예외를 국내법으로 규정할 수 있다.”
- (2) 계약당사국은 베른협약을 적용할 경우에, 동조약에서 규정한 권리에 대한 제한과 예외를 저작물의 통상적인 이용과 충돌하거나 저작자의 정당한 이익을 불합리하게 해치지 아니하는 특별한 경우로 한정하여야 한다.

제10조 1항은 WCT에 규정된 권리, 즉 배포권(제6조), 대여권(제7조), 공중송신권(제8조)들에 적용된다. 1996년 외교회의에서 채택된 일치된 진술(Agreed Statement)에 의하면, “제10조의 규정은 회원국이 베른협약하에서 인정될 수 있는 디지털 환경에서의 국내법상 제한과 예외에 대해서까지 적절한 규정을 둘 수 있도록 허락하는 것으로 이해한다. 같은 맥락에서 본 규정은 회원국이 디지털 네트워크 환경에 적합한 새로운 예외와 제한을 고안해내는 데 대해 허락하는 것으로 이해되어야 한다. 아울러 제10조 2항은 베른협약에 의해 허용된 제한과 예외의 적용영역을 축소시키거나 확대시키지 않는 것으로 이해한다.”라고 정하고 있다. 뒤에서도 설명되겠지만, 이러한 일치된 진술은 1차적으로는 조약의 문맥으로서 조약해석에 원용되며, 2차적으로 비엔나협약 제32조에 따라 타협약과 조화적인 해석을 가함에 있어 활용될 수 있음을 명심해야 한다.

한편, WIPO 실연 및 음반조약(이하 WPPT) 제16조는 다음과 같이 규정되어 있다.

- (1) 계약당사자는 실연자와 음반제작자의 보호에 관하여 문학/예술 저작물에 대한 저작권 보호와 관련하여 규정한 바와 같은 종류의 제한이나 예외를 국내법으로 규정할 수 있다.
- (2) 계약당사자는 이 조약에서 규정한 권리에 대한 제한이나 예외를 실연이나 음반의 통상적인 이용과 충돌하거나 실연자나 음반제작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 특별한 경우로 한정하여야 한다.

본 규정들은 1996년 회의에서 채택된 다음의 일치된 진술에 의거하여 이해되어야 한다. 첫 번째 부분은 제7조(실연자의 복제권), 제11조(음반제작자의 복제권) 및 제16조에 관한 것이다.

제7조와 제11조에 규정된 복제권과 제16조에 따라 이들 권리에 대해 허용되는 예외는 디지털 환경에서 완전하게 적용되어야 하며, 특별히 디지털 형식의 실연이나 음반을 사용함에 대해 적용되어야 한다. 이는 보호되는 실연 혹은 음반의 디지털 형식에 의한, 전자매체로의 저장에 규정들에서 의미하는 복제를 성립시키는 것으로 이해되어야 한다.

일치된 진술의 두 번째 부분은 오직 제16조와 관련이 있으며, 본 진술에 의하면, WIPO 저작권 조약(제한과 예외에 관한) 제10조에 대한 일치된 진술은 필요한 경우 변경하여(*mutatis mutandis*) WIPO 실연 및 음반 조약의 (제한과 예외에 관한) 제16조에 역시 적용될 수 있다.

### 3. 3단계 테스트의 내용

가. 국제규범에서의 본 테스트의 일반적 적용 및 이에 포섭되는 권리의 범위에 대하여 테스트의 구조는 중요한 의미를 갖는다. 하지만 그 해석에 관한 판례는 매우 적다.

리딩 케이스로서 2000년 6월 세계무역기구(WTO) 분쟁해결기구에 의해 소집된 패널은 아일랜드 공연·실연권 단체를 대신한, 유럽연합(EU)에 의해 제기된 분쟁에 대해 판단하였다. 신청인은 미국이 TRIPs 협정 제13조의 의무를 위반하고 있다고 주장했다. 신청의 대상은 1998년 미국 음악라이선스공정화에 관한 법률(Fairness in Music Licensing Act of 1998)에 의해 개정된 미국 1976년 저작권법 제110조 5항이었다. 본조는 라디오나 텔레비전을 통해 음악저작물을 점포 내에서 공개재현하고자 할 때, 필요한 권한을 획득해야 하는 것으로부터 광범위한 소매점과 음식점이 면제를 향유할 수 있도록 할 목적을 갖고 있었다. 유럽연합은 제110조 5상의 예외가 (TRIPs 협정 제9조 1항에 의해 TRIPs 협정의 일부가 된) 베른협약 제11조 1항 2문과 제11조의2 제1항 3문에 위배되므로 미국이 TRIPs상 의무를 위반하였다고 주장하여 벌어진 분쟁이었다. 자세한 내용은 WTO의 관련분쟁에 대한 부분에서 다루어질 것이다. 사안에서의 패널의 해석이 절대적인 것은 아니지만, 패널의 판단을 중심으로 3단계 테스트의 각 요소를 분석하는 것은 유용한 길잡이가 될 것이다.

#### 나. 특정되고 특별한 경우

패널은 예외가 잘 정의되어 있어야 하고(특정성 요건, certainty), 협소하게 제한되어야 한다고 판단했다(특별성 요건, speciality). 패널은 특별성이 예외가 몇몇의 가치 있는 공적 의도와 관련되어야 하는지 여부와 관련하여 개별 공공정책에 대해 평가하지는 않았다.

패널은 문제된 예외가 협소하다고 여겨질 수 없다고 판단하는 근거로 특정 영업통계를 언급한다. 가령 미국에서 전 음식업소의 73%, 음료업소의 70% 그리고 소매점의 45%가 제110조 5항의 B의 제한되는 규모 아래 포섭되고, 예외로 됨으로써 이익을 얻고 있다고 한다.

이에 대해 다음과 같은 반론도 제기된다.

베른협약에 관한 핵심적 저서에서 Sam Ricketson 교수는 예외가 목적을 가지며 공공정책에 의해 정당화될 수 있어야 한다는 의견을 피력했다. 이러한 목적론적 해석은 베른협약에서 수업 및 인용을 위한 이용을 인정하는 제10조의 1항과 2항에서 “목적에 의해 정당화될 수 있는 범위까지(to the extent justified by the purpose)”라는 표현을 담고 있다는 데 그 기반을 두고 있다. 특히 교육을 위한 목적이거나 공문서의 제외는 공공의 이익을 고려한 결과로 이해된다.

... 패널의 입장은 Ricketson의 의견을 배제하고 옥스포드 영어사전에 주목한다.<sup>129)</sup>

이 견해에 의하면, 이 요건은 대부분의 예외가 만족하고 있는 부분이고, 두 번째와 세 번째 요건이 이것보다 훨씬 좁은 범위의 요건에 대해 정하고 있어 결국 이 첫 요건이 큰 의미를 갖지 못하는 것으로 해석된다고 한다.<sup>130)</sup>

하지만 패널의 입장이나 위에서 인용된 견해 모두에 약점은 존재한다. 패널이 제시한 견해에 의한다면,

129) Daniel Gervais, *Toward a New Core International Copyright Norm: The Reverse Three-Step Test*, 9 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 1, 14 (2005).

130) *Id.* at p. 5.

제한규정에 의해 면제를 향유하는 이용자의 범위가 좁아야 한다. 패널은 이른바 사업장 예외와 가정용 예외를 분석함에 있어서 모두 그 점포수를 판단에 대한 중요한 요소로 고려하였다. 만약 패널에게 사적 이용(private use)에 대해 판단이 맡겨졌을 경우에도 패널은 양적 접근을 시도할 것인지 의문시된다. 물론 여러 가지 판단의 근거 중 양적 요소가 고려될 수 있음은 인정할 수 있다. 하지만 양적 비율만으로 특정·특별성을 쉽게 추단해내는 데는 문제가 있다고 본다.

또, 인용된 견해에 따르면 되더라도 경우에 따라 문제가 발생할 개연성이 크다. 가령 한 국가가 3단계 테스트를 국내법에 그대로 도입하여 3가지 요건을 만족하는 여하한 행위에 대하여 면제를 부여한다고 하자. 3단계 테스트 자체에서 정책목표 등을 찾아내는 것은 불가능하거나 목표설정이 너무 광범위하여 3단계 테스트를 만족시킬 수 없게 될 것이다. 회원국이 이와 같은 입법을 행하는 것이 베른협약 및 TRIPs 협정을 위반하는 것인지에 대해서는 의문이 생긴다. 3단계 테스트의 3가지 조건은 충분히 특정되고 특별한 것으로 생각되기 때문에 3단계 테스트는 3단계 테스트의 첫 요건을 만족하고 있다고 보아야 할 것이다.

결국 3단계 테스트의 첫 번째 요건으로서의 특정·특별성은 규정상의 문언이나 해석 등과 관련하여 규범적 의미에서 특정되고 특별한 경우일 것을 요구하는 것으로 받아들여야 할 것이다. 실제로 수범자가 매우 광범위해지더라도 면제의 범위가 제한적이고 저작자에 대한 영향도 미미하다면 이는 특정하고 특별한 경우로 보아야 할 것이다.

#### 다. 저작물의 통상적인 이용에 저촉되지 않을 것

먼저 이용(exploitation)의 의미부터 파악해야 한다. 이에 대해 권리자가 자신의 권리로부터 경제적 가치를 얻는 것이라는 패널의 해석이 있었다.<sup>131)</sup> 이러한 해석이 적절한지 여부를 떠나서 이용의 대상이 되는 것은 권리자의 저작물이 되는데, 경제생활상의 저작물의 이용이란 권리의 처분 및 라이선스에 의해 이루어진다는 점에서 저작물의 이용이 “저작권의 행사”와 유의어 관계에 있다거나 당해 개념에 점점 수렴한다는 생각을 전제로 논의를 진행할 것이다.

패널은 “통상”이라는 문언을 현실적 이용과 잠재적 이용 모두의 관점에서 다루었다. 현실적 이용에 관하여 패널은 저작물에 대한 권리의 총합을 개별 권리를 독립적으로 살피는 것이 아닌, 전체로서 다루어야 한다는 미국 측 주장을 배척하였다. 패널은 “개별 배타적 권리에 대해 발생할 수 있는 통상적 이용은 다른 배타적 권리의 통상적 이용과의 저촉이 없다는 단순한 사실만으로 정당화될 수는 없고, 이는 후자의 권리가 더 많은 수익을 가져다 준다고 해도 마찬가지다.”라고 실시했다.

“통상적 이용”과 잠재적 이용과의 관계에 대하여 패널은 베른협약 제9조 2항이 도입되었던 1967년 스톡홀름 개정회의(Stockholm Revision Conference)의 준비서면을 언급한다. 여기서 문제된 예외가 권리자와의 “경제적 경쟁에 진입하는 것이어서는 안 된다.”는 논리적 근거를 찾아낸다. 스웨덴 정부 및 BIRPI(WIPO의 전신)의 보고서에 의하면, “주목할 만한 경제적 혹은 현실적 중요성을 획득하거나 획득할 개연성이 있는 모든 유형의 저작물의 이용은 이용자에게 유보되어야 한다.” 패널은 더 나아가 “따라서 통상적 이용에 규범적 의미를 측정하는 방법이 고려되어야 하는데, 현재 현저하거나 유형적인 대가를 가져다 주는 이용형태에 더해 주목할 만한 경제적 혹은 현실적 중요성을 획득할 개연성과 가능성이 특정 정도에 이르는 이용형태 역시 고려되어야 하는 것으로 보인다.”라고 실시했다.

패널은 그리고 나서 이 부분에 대한 결론을 다음과 같이 내린다. “만약 원칙적으로 권리의 범위에 속하지만, 제한과 예외에 의해 예외가 되는 이용이 권리자가 일반적으로 저작물에 대한 권리로부터의 경제

131) WTO, DSB, *United States - Section 110(5) of the US Copyright Act*, Report of the Panel, WTO doc. WT/DS160/R, para. 6.165.

적 가치를 얻는 방법과 경제적 경쟁관계를 유발하고, 그로 인해 상당한 혹은 유형적인 영업적 수익을 박탈하는 경우, 우리는 국내 입법에서의 배타적 권리의 예외와 제한이 저작물의 통상적 이용과 충돌하는 수준에 이르렀다고 믿는다.”

종합해보면, 관행이나 권리자의 기대가능성<sup>132)</sup>에 따라 저작자가 저작물을 통해 얻을 수 있는 경제적 가치를 추구하는 일반적인 경우 및 잠재적 이용가능성과 시장의 형성될 가능성을 합리적으로 예견되는 경우에 권리자의 저작권 행사가 방해되어서는 안 된다는 것이다.

Jane Ginsburg 교수는 이 결정에 대해 다음과 같은 의견을 제시한다.

패널은 현행 라이선스 관행이 경제적 가치의 통상적 획득을 필수적으로 정의하지는 않는다고 설명한다. 만약, 예를 들어 문제된 국가가 특정 이용에 대해 배타적 권리를 부여하지 않거나 “효과적이거나 가능한 강제수단이 결여되어” 권리자가 권리행사를 위해 어떠한 관행이 가치 있거나 실용적인 것이라고 여기지 않는 경우, 이러한 관행은 “충분한 기준”이 될 수 없을 것이다. 이러한 점은 “통상적 이용”은 이상화된 것으로 생각하게 한다. 만약 이용이 저작권의 적용범위 내에 속하고, 어떠한 저작권이나 관련 문화정책이 권리자의 권리행사 불능에 기여하지 않는다면, 규범적인 관점에서 이용은 “통상적”인 것이 된다.<sup>133)</sup>

Ginsburg의 우려는 규범적 측면에서는 일응 타당해 보인다. 하지만 그녀가 상정한 권리의 부존재나 부정적인 관행형성의 가능성은 매우 특수한 것으로 받아들여진다. 즉, 개도국이나 후진국의 저작권법을 제외하고는 특정 저작물을 권리에서 배제하는 경우를 상상하기 어렵고, 권리의 행사가 관행적으로 제약 받는 경우 역시 매우 드문 일이다. 더욱이 권리행사의 기대가능성에 대해서 국내기준에 의할 것인지 국제기준에 의할 것인지 등에 대해서도 아울러 규명되지 않은 상황에서 이러한 평가를 내리기는 어렵다.

## 라. 권리자의 정당한 이익을 불합리하게 침해하지 않을 것

### (1) 두 번째 요건과의 관계

J. Bornkamm에 따르면, 세 번째 요건에 의해 두 번째 요건을 충족시키지 못한 저작권 제한이 승인될 수 있을 것이라고 한다.<sup>134)</sup> 다시 말해 두 번째 요건을 만족하지 못하더라도 적절한 보상의 지급 등을 통하여 저작권 제한이 허용될 수 있다는 것이다. 이러한 견해는 자칫 3단계 테스트를 2단계 테스트로 오해토록 할 수 있다. 즉, 모든 요건이 충족되어야만 제한과 예외가 인정되는 규정의 구조상 이 같은 해석이 불가능한 것은 물론, 통상적 권리행사와 충돌하더라도 보상금 지급을 통해 그것이 치유된다는 것은 예외를 제한적으로 인정하려는 배타적 권리의 취지와도 맞지 않게 될 것이기 때문이다. 이러한 점에 주목하면서 논의를 진행하겠다.

### (2) 저작자의 이익 대 권리자의 이익

패널에 따르면, 세 가지 개념정의가 중요하다. 즉, “이익(interest)”, “정당성(legitimate)” 그리고 “불합

132) “Right holders of musical works would expect to be in a position to authorize the use of broadcasts of radio and television music by many of the establishments covered by the exemption [...]” WT/DS160/R para. 6.210.

133) Jane Ginsburg, *Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three-Step Test” for Copyright Exceptions*, RIDA 187 (2001).

134) J. Bornkamm, *Der dreistufentest als urheberrechtliche Schrankenbestimmung: Karriere eines Begriffs*, in *Festschrift für Willi Erdmann* (H.-J. Ahrens et al. eds., Carl Heymanns, 2003), p. 34.



리성(unreasonable)”이 그것인데, 패널은 “이익”은 현실적 혹은 잠재적 경제적 이득 혹은 손실이라고 판단했다.<sup>135)</sup>

당해 이익의 귀속주체에 대해서는 TRIPs 협정의 문언과 베른협약 및 WCT의 문헌 사이에 차이가 있다. 즉, TRIPs 협정 제13조에서는 권리자(right holder)로 표현하고 있지만, 베른협약 제9조 2항에는 저작자(author)로 서술되어 있다. 더욱이 대여권에 대해 다루는 TRIPs 협정 제11조 1문은 “적어도 컴퓨터 프로그램과 영상저작물에 관하여, 회원국은 저작자나 권리승계인에게 그들이 저작권 보호 저작물의 원본 또는 복제물의 공중에 대한 상업적 대여를 허락 또는 금지할 수 있는 권리를 부여한다. (밑줄은 저자에 의한 것임)”고 되어 있어 협정상 저작자와 권리자를 구별하고 있음을 알 수 있다.

이러한 문언상의 차이는 두 가지 점에서 의미가 있는데, 첫째로 TRIPs 협정에서의 권리자에는 저작자뿐 아니라 실연자, 음반제작자 및 방송사업자가 포함된다. 이는 WPPT 제16조 2항에서 실연자와 음반제작자 보호에 있어서도 3단계 테스트를 도입한 것으로 미루어보아도 짐작할 수 있는 부분이다.

둘째로 저작자는 베른협약과 WCT에 의해 저작권자를 갖고, 실연자 역시 WPPT에 의해 인정되는 인격권을 향유하는데, 저작자 혹은 권리자의 이익에 인격권에서 기원한 이익이 포함되는지 문제된다. 여기서의 이익을 반드시 경제적 이익으로 한정할 필요는 없을 것으로 생각된다. 이러한 비경제적 이익이 어느 범위까지 보호되어야 하는지에 대한 의문이 제기되는데, 저작권자가 제한되는 상황에서 당해 인격권에서 보장되는 인격적 이익의 침해정도가 고려되어야 할 것이다.<sup>136)</sup> 단, 인격의 침해정도를 판단이나 입증은 매우 곤란한 일이 될 것이다.

### (3) 정당성의 개념정의

패널은 “정당성(legitimate)”에 대하여 법실증주의적 관점(법에 의한 승인 혹은 보호) 및 보다 규범적인 관점이라는 두 가지 입장을 제시한다. 법실증주의적 관점에 의하면 정당한 이익은 법익(legal interest)을 의미하는 것이 되어 결국 합법적 이익이라는 정의에 도달할 수 있고, 규범적 관점에 의하면 “정당화될 수 있는(justificable)”으로 해석된다고 한다.

영국은 “legitimate”라는 문언의 의미를 법에 의한 강제라고 이해하는 것으로 보인다. 베른협약의 스톡홀름 개정회의에서 타회원국들이 legitimate를 “정당화될 수 있는(justificable)”으로 이해한 반면, 영국은 “법에 의한 강제(sanctioned by the law)”로 새긴 것으로 전해진다.

법실증주의적 관점에 의하면 “합법적 이익”에서 법은 헌법을 근간으로 한 현재의 법질서 전반을 의미하는 것이 될 것이고, 따라서 실정법에 의해 부여된 이익은 헌법에서 보장한 기본권에서 파생되는 법익으로 판단할 수 있을 것이다. 영국에 있어서는 성문헌법이 존재하지 않고, 법률의 정당성을 판단해줄 상위 규범이 없다는 점으로 미루어 보았을 때, 기존 저작권법상 존재하던 저작권의 제한 및 예외 조항은 모두 합법적인 것으로 해석될 수 있다.

### (4) 불합리성과 침해의 의미

허용되는 “침해”의 수준에 대하여 패널은 문언의 구성을 주목하는데, “불합리하게 침해하지 않을 것(... not reasonably prejudice)”은 “불합리성” 보다 “약간 더 엄격한 기준을 내포하는 것(... connotes a slightly stricter standard)”이라고 한다. 패널은 조약 문언이 저작권자에게 다소의 침해를 받도록 하는 것을 인정한다고 하더라도 예외와 제한이 저작자의 수입에 대한 불합리한 상실을 초래하거나 초래할 가

135) WT/DS160/R para. 6.223.

136) Senftleben, *supra*, p. 219-220.

능성이 있다면, 침해가 “불합리한” 수준에 이른 것이라고 판단했다. 패널은 침해보다는 불합리성이 더 중요한 요소로 생각한 것으로 보인다.

한편 Gervais는 베른협약 프랑스어 텍스트에 의하면 “불합리성(unreasonable)”에 대응되는 표현으로 “정당화될 수 없는(injustifié)”이라는 술어가 사용하고 있다는 점을 강조한다. 즉, 불합리성 보다는 정당화 가능성이라고 해석기준을 적용하는 것이 문맥에 비추어 더욱 정확한 표현이라는 것이다.<sup>137)</sup>

“prejudice”는 라틴어 *praejudicium*에서 기원한다. *praejudicium*은 ‘앞 선’이란 의미를 갖는 *prae*와 ‘판단·평가’이란 뜻을 갖는 *judicium*의 합성어로서 미리 판단하는 것을 의미하는데, 메리엄-웹스터 사전에 의하면 동사적으로 “어떤 판단이나 행위로 침해하거나 손해를 끼치다”<sup>138)</sup>를, 명사적으로는 “어떤 사람이 다른 사람의 권리를 고려하지 않은 결과로 발생한 침해 혹은 손해”<sup>139)</sup>를 의미한다.

위 prejudice에 설명을 저작권의 제한과 예외에 대해 적용해보면, “저작자의 법익에 대해 고려하지 않고 판단한 결과로 발생할 수 있는 침해”로 정리해볼 수 있을 것이다. 즉, 재산권으로서의 저작권이 부여하는 법익이 타기본권과의 잘못된 형량에 의해 내려진 판단으로 인해 침해되는 경우, 3단계 테스트에서 말하는 “침해”가 성립되는 것으로 보아야 한다고 생각된다. 마찬가지로 Gervais의 언급에서의 “정당화 가능성”이든 패널이 말하는 “불합리성”이든 간에 그 평가의 척도는 헌법에서 인정되는 법익형량의 도구인 과잉금지원칙에 대한 준수여부로 판단되어야 할 것으로 생각된다.

### III. WTO 분쟁해결절차에 회부된 사례

#### 1. 서설

미국은 저작권 제한에 관한 포괄규정인 공정이용조항(fair use clause)을 가지고 있고, 미국 내에서의 저작권 관련 소송에서 피고는 거의 예외 없이 원고의 침해주장에 대하여 공정이용의 항변을 원용하고 있다. 국가 사이의 저작권 분쟁에 있어서도 마찬가지로의 결과가 초래될 것으로 본다. 문제가 된 당해 입법이 3단계 테스트에 의해 정당화될 수 있는지 여부는 사안에 따라 그 중요성에 차이가 있을 뿐, 반드시 검토되는 요소로 자리매김할 것이다. 하지만 현재까지 WTO 분쟁해결기구(DSB)에 협의가 신청된 사례가 적었던 것은 물론, 패널 보고서가 채택된 사건도 세 번째 사례로 소개될 미국 저작권법 사건 하나 뿐이었다.

이하에서는 실제로 WTO 분쟁해결절차에 신청된 사례들에 대해 살핀다.

#### 2. 일본 - 음반에 관한 조치 사건<sup>140)</sup>

##### 가. 분쟁의 개요 및 합의사항

TRIPs 협정 제14조 제5항은 음반제작자에 대한 저작인접권의 보호기간은 고정이 된 역년의 말로부터 50년 기간의 말까지로 되어 있고, 동조 제6항은 기존 저작물에 소급 적용된다고 규정하고 있다. 그런데

---

137) Gervais, *supra*, p. 18.

138) “to injure or damage by some judgment or action”

139) “injury or damage resulting from some judgment or action of another in disregard of one's rights”

140) WT/DS28, - Japan - Measures Concerning Sound Recordings; WT/DS42 - Japan - Measures Concerning Sound Recordings (EC에 의한 신청)

당시의 일본저작권법은 그 부칙에서 1971년 1월 1일 이전에 고정된 레코드는 소급적용되지 않는다고 규정되어 있었다.<sup>141)</sup> 미국 및 EC는 일본 저작권법 저작권접권 규정의 TRIPs 협정과의 합치성 여부를 다투었다.

일본은 미국과 EC 각각 합의에 도달하여, 1996년 12월 26일 일본정부는 일본저작권법을 개정하여 과거의 공연물(실연) 및 현존하는 음악녹음물에 대해서 50년의 보호를 부여하는 저작권법 개정<sup>142)</sup>을 단행하였다.

## 나. 분쟁의 법적 쟁점

TRIPs 협정 제14조 제5항은 실연자 및 음반제작자에 대한 가능한 보호기간을 적어도 고정된 것이 되거나 또는 실연이 이루어진 역년의 말로부터 50년 기간의 말까지 보장하고 있으며, 동조 제6항 단서는 베른협약(1971년) 제18조의 규정(기존 저작물에 소급적 적용을 하는 것을 규정)도 음반에 있어서의 실연자 및 음반제작자의 권리에 준용된다고 규정하고 있다. TRIPs 협정 제70조는 기존 음반상의 음반제작자 및 실연자의 권리에 관한 의무는 이 협정 제14조 제6항에 의해 적용되는 베른협약(1971년) 제18조에 의해서만 결정된다고 규정하고 있다.

미국은 일본의 저작권법이 음반 저작물에 관하여 실연자, 음반제작자, 방송사업자의 보호를 규정한 TRIPs 협정 제14조 등을 위반하였으며,<sup>143)</sup> 베른협약 제18조의 완전한 소급적 적용을 주장하였다. 또한 EC도 같은 쟁점에 관하여 WT/DS28 사건에 제3국으로서 참가하였고,<sup>144)</sup> 동시에 일본에 대하여 TRIPs 협정 제14조 제6항 및 제70조 제2항 등의 위반을 주장하였다.<sup>145)</sup> 양국의 주장은 실연 및 레코드녹음물에 관한 보호기간은 50년의 보호기간이 만료하지 않은 기존 음악녹음물에 관하여, 구 저작물의 권리가 발생한 국가 또는 보호가 요구되는 국가에서, 보호기간의 만료까지 연장되어야 한다는 것이었다. 한편 일본은 소급적용에 대하여는, 회원국의 합리적인 재량의 여지가 있다는 취지를 주장하였다.

## 다. 분석 및 평가

WTO 분쟁해결기구의 해석이 내려지기 전에, 일본정부는“TRIPs 협정의 해석을 변경하는 것은 아니지만 다른 선진국과의 협조를 도모한다고 하는 새로운 정책판단”에 따라 일본 저작권법을 개정하였다.

일본은 조약 발효 전에 고정된 음반에 대해 불소급원칙을 규정한 로마조약(1979년 가입) 제73조 제3항에 따라서 소급적용을 하지 않았다. 일본정부의 해석은 1971년 베른조약 제18조는 동맹국이 합리적인 재량을 행하는 정도의 유연성을 부여한 것이라는 견해에 기초하고 있는 것으로 보인다.<sup>146)</sup> TRIPs 협정 제14조 제6항은 1971년 베른조약 제18조의 준용을 규정한 것이고, 본 사건에서는 상술한 유연한 해석이 가능한 것인지가 논점이었지만 패널은 이에 대하여 판단하지 않았다.

141) 부칙 제2조 제3항에 의하면, 1971년 1월 1일에 시행된 일본 저작권법중의 저작권접권에 관한 규정은 동법 시행전에 행한 실연, 동법 시행전에 그 음이 최초로 고정된 레코드는 적용되지 아니한다.

142) 1996년 법률 제117호(1996년 12월 26일 공포, 1997년 3월 25일 시행).

143) WT/DS28/1.

144) WT/DS28/3.

145) WT/DS42/1.

146) Ojima Akira/Ohtsuka Masahiro, WTOにおけるTRIPS關聯紛争の概要[第一回], 「지재연フォーラム」 Vol. 58(2004), 32면.

### 3. EC (그리스) - 영화 및 TV프로그램에 대한 지적재산권의 집행 사건<sup>147)</sup>

#### 가. 분쟁의 개요 및 합의사항

TRIPs 협정상 WTO의 회원국 중 선진국들은 1996년 1월 1일부터 지적재산권의 집행에 관한 TRIPs 협정 제3부의 규정을 준수할 의무를 부담한다. 미국의 주장에 따르면, 상당수의 그리스 방송국들은 저작권자의 허락 없이 저작권에 의해 보호받는 영화나 TV 프로그램을 정기적으로 방송하고 있었지만, 이에 대한 효과적인 구제수단이 제공 또는 집행되고 있지 않았다. 미국 저작권자들은 이러한 침해를 방지하기 위하여 노력을 하였으나, 미국의 저작권이 반복적으로 침해받았으며 또한 계속 침해가 이루어지고 있다고 주장하였다. 미국은 그리스의 방송국들이 저작권자의 허락 없이 영상저작물을 정기적으로 방송하는 것을 금지할 수 있는 규정이 없는 것은 TRIPs 협정 제41조와 제61조를 위반한 것이라며 그리스(WT/DS125)와 EC(WT/DS124)에 대하여 협의를 요청하였으며,<sup>148)</sup> 2001년 3월 20일에 상호 만족할 수 있는 합의에 도달하였다고 DSB에 통지하였다.<sup>149)</sup>

그리스는 1998년 10월 13일 1998년 법률 제2644호를 제정하였는데, 동법 제17조는 그리스 국내 TV방송국에 의하여 저작권이 침해된 저작권자를 위한 추가적인 구제수단을 규정하고 있다. 즉, 동법은 저작권을 침해한 TV방송국의 즉시 폐쇄를 규정하고 있으며, 그리스 정부는 동법 제17조에 기초하여 미국저작물을 위법하게 방송한 것으로 밝혀진 4개의 방송국을 폐쇄하였다. 1998년 이후 그리스의 TV에 의한 저작권 침해행위는 현저하게 감소하였으며 TV로 인한 해적행위에 대한 유죄판결도 내려졌다. 이러한 그리스의 법집행을 감안하여 미국, 그리스 및 EC는 다음과 같이 합의하였다.

- (i) 미국, 그리스 및 EC는 음성·영상(audio visual)저작물에 관한 저작권 및 관련권리의 보호 및 효과적인 행사를 위하여 적절한 입법이 필요하다는 것을 합의한다.
- (ii) 그리스는 그 법집행제도가 TV방송국이 행한 저작권침해에 대하여 효과적이고 즉각적인 조치를 인정하고 추가적인 침해에 대한 효과적인 억제책을 한다는 것을 재확인한다.
- (iii) 그리스는 국내에서의 TV 해적행위의 증가에 대한 효과적인 억제수단을 강구하고 그 목적을 달성하기 위하여 미국은 미국의 저작권자와 그리스 당국이 저작권 및 관련 권리에 관한 특정 청구의 정당성에 대하여 접촉할 것을 장려한다.
- (iv) 그리스는 해적행위를 효과적으로 억제하기 위하여 1998년 법률 제2644호의 제17조, 1995년 법률 제2328호의 제4조 및 저작권법 기타 그리스법의 관련규정을 집행하는 것을 계속한다.
- (v) 그리스는 TV방송국이 음성·영상(audio visual)저작물에 관한 저작권 및 관련권리를 준수하는 것과 관련하여 효과적인 행정감독을 달성하기 위하여 가능한 한 노력한다.
- (vi) 미국, 그리스 및 EC는 국제적 의무 및 국내법의 효과적인 집행에 대한 정보와 견해를 교환하는 것을 목적으로 하는 접촉을 계속한다.
- (vii) 이러한 발전을 전제로 미국, 그리스 및 EC는 본건에 대한 협의를 종료시키고, 미국은 DSU 규정에 의거하여 본건을 정식으로 취하한다.
- (viii) 이 합의는 미국, 그리스 및 EC의 TRIPs 협정상의 권리의무에 영향을 미치지 않는다.

147) WT/DS124(WT/DS125) - EC(Greece) - Enforcement of Intellectual Property Rights for Motion Pictures and Television Programs

148) WT/DS124/1; WT/DS125/1.

149) WT/DS124/2; WT/DS125/2.

## 나. 분쟁의 법적 쟁점

TRIPs 협정 제41조는 각 회원국이 침해에 대한 효과적인 권리행사절차(침해방지를 위한 신속한 구제조치 및 추가적 침해를 억제하기 위한 구제조치를 포함)를 확보할 것과 그 절차는 합법적인 무역에 장애가 되지 아니하고 남용에 대한 보호 장치를 제공하는 방법으로 적용되어야 한다고 규정하고 있다. TRIPs 협정 제61조는 회원국은 적어도, 고의로 상표 또는 저작권을 상업적 규모로 침해한 경우에 적용될 형사절차와 처벌을 규정하여야 한다고 규정하고 있다. 그리스의 제도가 TRIPs 협정의 전술한 규정에 위반하는지의 여부가 쟁점이었다.

## 다. 분석 및 평가

협의단계에 있어서 미국은 그리스제도의 어떤 점이 어떻게 TRIPs 협정상의 의무에 위반하는가를 구체적으로 지적하는 것이 아니라, 그리스 텔레비전 방송국에 의한 저작권침해에 대해서는 TRIPs 협정 제41조 및 제61조가 규정하고 있는 민사절차 및 형사절차와 함께 구제수단 및 억제가 불충분하다는 것을 주장하였다. 그리스 정부가 미국의 협의를 받고 즉시 법개정을 함에 따라 미국은 그 법개정과 집행상황을 보고 구제 및 억제수단이 타당하다고 인정하여 화해한 것으로 보인다.

또 EC를 협의 당사국에 추가하는 것에 대해서는 ① 회원국의 협정위반이 즉시 EC의 협정위반이 되는 것인가, ② 만약 EC가 그리스제도에 대해서 그것을 개정하는 권한을 갖고 있지 않는 경우, 협의 당사국으로서의 적격을 인정할 수 있을 것인가, ③ 만일 본 건이 패널절차에 들어가 미국의 주장이 인정된 경우, 미국은 그리스뿐만 아니라 기타 EC회원국의 수입품에 대해서 제재를 가할 수 있을 것인가 등은 통상법적 측면에서는 매우 흥미 있는 사항이다.

## 4. 미국 - 저작권법 제110조 제5항 사건<sup>150)</sup>

### 가. 분쟁의 개요

EC는 1998년 10월 27일에 'Fairness in Music Licensing Act'에 의하여 개정된 미국 저작권법 제110조 5항이 TRIPs 협정에 위반된다고 하여 EC가 WTO에 문제를 제기한 것이다. EC는 동조항은 일정한 요건을 충족하는 경우 술집, 가게, 식당 등의 공공장소에서 로열티의 지급 없이도 라디오와 텔레비전 음악을 트는 것을 허용하고 있는데,<sup>151)</sup> 이는 본 규정이 TRIPs 협정 제9조 1항<sup>152)</sup>에 의해 TRIPs 협정의 일부가 된 베른협약 제11조bis(1)(iii)와 제11조(1)(ii)상의 의무를 위반한 것이므로, 이를 TRIPs 협정상의 의무에 합치되도록 수정해야 한다고 주장하였다.<sup>153)</sup>

EC는 1999년 1월 26일에 미국에 대하여 상기와 저작권법에 대하여 협의를 요청하였으며 호주, 캐나다, 스위스 등이 협의 참가를 요청하였다. 1999년 3월 2일 EC와 미국간의 협의가 있었으나 결렬되었다.

150) WT/DS160 - US - Section 110(5) of the US Copyright Act

151) 아일랜드의 음악저작권기구인 IMRO에 의해 처음 제기되었으며, IMRO는 미국 저작권법의 동 조항으로 인한 피해액이 2650만 달러에 이른다고 주장하였다.

152) TRIPs 제9조 제1항(베른협약의 준용) "회원국은 베른협약(1971) 제1조 내지 제21조 및 부속서를 준수하여야 한다..." Article 9 [Relation to Berne Convention] (1) Members shall comply with Articles 1-21 and the Appendix of the Berne Convention(1971).

153) WT/DS160/5.

EC는 미국의 저작권법 제110조 제5항은 미국이 부담하는 TRIPs 협정 제9조를 비롯한 동 협정상의 의무와 합치하지 않는다고 주장하면서 1999년 4월 15일 DSB에 패널설치를 요청하였고 DSB는 1999년 5월 26일 단일 패널을 설치하였다.

## 나. 분쟁의 법적 쟁점

TRIPs 협정 제13조는 회원국이 저작권에 대한 제한과 예외를 규정할 수 있도록 하고 있는데, 그 세 요건에 대해서는 앞 장에서 이미 살펴본 바 있다. 이 세 가지 요건은 누적적(cumulative)으로 적용되며, 각각의 조건은 개별적으로 독립해서 모두 만족되어야 한다.<sup>154)</sup>

미국 저작권법 제110조 제5항은 “영업용 예외(business exemption.)”와 “가정용 예외(homestyle exemption)”를 규정하고 있었다. ‘영업용 예외’ 규정은 요식업자, 유흥업자 또는 소매상들이 저작권자의 허락이나 로열티의 지급 없이 음악방송을 트는 것을 허용하고 있다. 다만 이 규정은 일정 규모 이하의 영업소에만 적용된다. ‘가정용 예외’ 규정은 소규모 식당과 소매상들이 저작권자의 허락이나 로열티의 지급 없이 ‘가정용 기기’로 음악방송을 트는 것을 허용하고 있다. 결국 문제의 미국 저작권법 규정이 TRIPs 협정의 제13조에서 규정하고 있는 위의 세 조건을 충족하였는가가 주요 쟁점이 되었다.

## 다. 패널보고서의 주요 내용<sup>155)</sup>

이 사건에서 패널은 다음과 같은 이유로 ‘영업용 예외’ 규정은 TRIPs 협정의 위반이나, ‘가정용 예외’ 규정은 동 협정의 위반이 아니라고 판정하였다.<sup>156)</sup> ‘영업용 예외’ 규정은 TRIPs 협정 제13조의 요건을 충족하지 못하였으므로 TRIPs 협정 제9조 제1항에 의하여 준용되는 베른협약 11bis(1)(iii)과 11(1)(ii)를 위반하였지만, ‘가정용 예외’ 규정은 TRIPs 협정 제13조의 요건을 충족하였으므로 위반이 아니다. 특히 패널은 전반에 가까운 요식업자와 소매상들이 ‘영업용 예외’ 규정의 적용을 받는다는 것과 ‘가정용 예외’ 규정과 관련하여서는 그 적용대상, 허용되는 기기, 저작물의 종류, 미국 법원의 관행 등을 강조하였다.<sup>157)</sup>

### (1) 패널에 의한 TRIPs 협정 제13조의 해석

#### (가) 사소한 예외 원칙 (minor exception doctrine)

##### ① 사소한 예외 원칙의 내용 및 쟁점

사소한 예외의 원칙(minor exception doctrine)이라 함은 종교적인 행사, 군악대, 아동 및 성인의 교육상 필요한 경우와 같이 비영리적인 저작물의 공중 실연의 경우에는 저작권자의 배타적인 권리가 제한될

154) WT/DS160/R para. 6.97.

155) 이하의 내용은 박덕영, WTO 저작권분쟁사례 -미국저작권법 사건- (저작권심의조정위원회, 2003.12)에 수록된 “WTO 미국 저작권법 사건 개요”의 내용을 요약, 재분석하고 이해를 돕기 위하여 몇 개의 도표를 추가하였다. 상세한 분석은 G.M. Grossman and P. Mavroidis, "US - Section 110(5) Copyright Act," in H. Horn and P. Mavroidis, *The WTO Case Law of 2001* (Cambridge University Press, 2003), pp. 281-299 참조.

156) WT/DS160/R.

157) Id.

수 있다는 원칙으로 1948년 브뤼셀 회의에서 논의되기 시작하였다.<sup>158)</sup> 미국은 TRIPs 협정 제13조는 기존의 사소한 예외의 원칙을 구체화하고 확실하게 하는 역할을 하고 있다고 주장하였고 패널은 일단 사소한 예외의 원칙이 TRIPs 협정 하에서도 인정이 될 수 있는지 여부를 판단하였다. 이를 살펴보기 위해 첫째 이 원칙이 베른협약의 어떤 부분을 구성하고 있는지를 살펴보고, 둘째 이 원칙이 베른협약 하에서 유효하게 인정되는 것이라면, 베른협약이 TRIPs 협정 제9조 1항에 의해 당 협정의 일부가 되어 있는 제1조-제21조에 속하는 것인지 여부를 살펴보았다.<sup>159)</sup> 이는 조약의 해석문제에 관한 검토 작업이라고 할 수 있을 것이다.

## ② 베른협약상 사소한 예외원칙의 법적 지위

(legal status of the minor exception under the Berne Convention)

베른협약은 협약에서 규정된 배타적인 권리에 대해 제한과 예외를 허용하는 명시적인 규정뿐만 아니라 회원국으로 하여금 특정 권리에 대해 제한과 예외를 둘 수 있게 하는 “내재적 예외(implied exception)”에 대해서도 언급하고 있다. 이는 소위 “사소한 유보” 혹은 “사소한 예외” 원칙으로 공중 실연(public performance)이나 다른 특정 배타적 권리와 관련해서 논의가 되었다.<sup>160)</sup> 이렇게 특정 배타적 권리에 대해 예외를 둘 수 있는 것은 “사소한 유보” 원칙으로 논의되었지만, 여기에서의 유보는 비엔나 협약상의 유보와는 다르기 때문에 이러한 용어를 쓰는 것은 오해를 불러일으킬 수가 있다. 또한, TRIPs 협정 제72조는 체약국은 다른 모든 체약국의 동의가 없는 한 유보를 할 수 없도록 하고 있어, 이 또한 염두에 두어야 한다.<sup>161)</sup>

문제가 된 베른협약 제11조는 1948년 브뤼셀에서 개정될 때 추가된 것이고, 베른협약의 내용 자체에는 어떤 구체적인 예외 규정도 존재하지 않았다. 그러나 브뤼셀에서 처음으로 일반적인 공중 실연에 관한 권리가 생겼을 때, 브뤼셀회의의 일반보고서(General Report of the Brussels Conference)에는 사소한 예외에 관한 언급이 있었다.<sup>162)</sup> 베른협약 제11조 2의 1항 2호와 3호를 설명하면서, 사소한 예외의 원칙은 협약 제11조의 2에 의해 인정되는 배타적인 권리에도 적용되어야 한다고 하고 있다.<sup>163)</sup>

다음과 같은 이유로 패널은 사소한 예외의 원칙은 비엔나협약 제31조<sup>164)</sup>상의 “합의(agreement)”를 의미하는 것이며 각 국가의 법령을 통해 이 사소한 예외를 둘 수 있게 되었다고 결론지었다. 첫째, 협약 제11조 2의 1항 3호와 제11조 1항 2호는 일반보고서에서 명시적으로 사소한 예외의 원칙을 설명하고 있는 것과 동시에 신설되었다. 둘째, 이 원칙은 베른협약을 개정하면서 새롭게 신설된 배타적인 권리의 범위를 제한하는 것과 밀접한 관련이 있다. 셋째, 모든 당사국간의 “합의(agreement)”가 존재한다. 따라서 사소한 예외의 원칙은 조약을 해석하는데 있어 비엔나협약 제31조에서 규정하고 있는 “합의(agreement)”에 해당하는 것으로, 해석의 일반원칙의 기준이 되는 문맥(context)으로 인정된다.<sup>165)</sup> 뿐

158) 한꿈통상법연구회, WTO 분쟁사례연구 II, “미국저작권법” 639-640면 각주 274 재인용.

159) WT/DS160/R para. 6.42.

160) WT/DS160/R para. 6.48.

161) WT/DS160/R para. 6.49.

162) WT/DS160/R para. 6.50.

163) WT/DS160/R para. 6.51.

164) 조약법에 관한 비엔나협약 제31조는 조약해석의 기본원칙에 관한 규정으로 조약문의 문맥 및 조약의 대상, 그 조약의 목적을 고려하여 그 조약의 문맥에 부여되는 통상적 의미에 따라 성실하게 조약이 해석되어야 한다고 규정하고 있다.

165) WT/DS160/R para. 6.53.

만 아니라, 다른 여러 나라에서 이 사소한 예외의 원칙에 근거해서 배타적인 권리에 예외를 두고 있는 점 또한 사소한 예외의 원칙이 베른협약에서 인정되는 것이라는 것을 뒷받침해 준다.<sup>166)</sup>

#### ③ 사소한 예외원칙의 범위 (scope of the minor exception doctrine)

패널은 브뤼셀과 스톡홀름 회의의 목적을 고려해 볼 때, 그 보고서 상의 예시들은 모두 예시적인 것이며, 브뤼셀과 스톡홀름 회의 각각의 보고서에서 나타나는 예시들이 동일한 의미를 가지는 것은 아니라고 한다. 나아가, 그 예시들은 베른협약 제11조의 1항의 문맥과 관련해서 제시되었고, 이는 다른 세부 규정 없이도 제11조의 2, 제11조의 3, 제13조, 제14조에 사소한 예외의 원칙에 근거해서 예외를 둘 수 있다는 것을 명확하게 하고 있다고 한다. 현존하고 있는 예외의 원칙은 각 나라 별로 매우 다양하고, 패널에 보고된 바에 따르면 사소한 예외의 원칙에 근거해서 각 국가별로 시행되고 있는 예외는 매우 다양하다고 한다. 또한 학술적인 견해도 이러한 예시의 모습들은 열거적인 것이 아니라고 하고 있으며<sup>167)</sup> 또 예외가 되기 위해 배타적 권리를 사용하려는 목적이 반드시 전적으로 비영리적이어야 할 필요도 없다고 한다.<sup>168)</sup> 즉, 패널은 EC의 주장을 받아들이지 않았다.

#### ④ TRIPs 협정상 사소한 예외원칙의 법적 지위

(legal status of the minor exception under the TRIPs Agreement)

사소한 예외의 원칙이 베른협약을 해석하는데 있어 문맥(context)이 된다면 다음으로 베른협약상의 이 원칙이 TRIPs 협정에서는 어떠한 의미를 갖는지를 살펴보아야 할 것이다.<sup>169)</sup> 즉, 이 원칙이 TRIPs 협정 제9조에 의해 그 일부가 된 베른협약 제1조-제21조와 함께 TRIPs 협정에 포함되었는지 여부를 살펴보아야 한다. TRIPs 협정 제9조는 명시적으로 사소한 예외의 원칙을 동 협정에 포함시키지도 제외시키지도 않았다.

베른협약 제11조와 제11조의 2가 TRIPs 협정의 규정으로 편입됨에 있어서, 베른협약의 세부 조항에 존재하던 사소한 예외의 원칙은 배제해야 한다고 해석할 근거는 없다. 만약, 베른협약의 제1조-제21조에 기술된 내용 그 자체만을 규정과 관련된 전체 내용은 배제한 채 TRIPs 협정에 포함시킬 의도였다면, TRIPs 협정 자체에 명시적으로 언급을 했을 것이다. 따라서 예외를 배제한다는 명시적인 내용이 없으므로 베른협약 제11조와 제11조의 2가 편입되면서 이와 관련된 사소한 예외의 원칙 역시 TRIPs 협정의 일부가 된 것으로 보아야 할 것이다. 또한 TRIPs 협정 준비 문건에서 이 사소한 예외의 원칙을 설명하는 내용을 찾아볼 수도 있어, 이 원칙이 TRIPs 협정의 일부가 된다는 패널의 판정을 뒷받침해 주고 있다.

그리고 베른협약과 TRIPs 협정은 다자간 저작권 보호의 기초가 되는 협정으로 대부분의 WTO 회원국은 동시에 베른협약의 체약국이기도 하다. 따라서 TRIPs 협정을 베른협약과 다르게 해석하려는 시도는 지양되어야 하며, 이는 WTO 패널들과 항소기구가 다양한 사건의 해결과정에서 밝힌 바와 같이 국제법의 해석은 협정간의 충돌을 피하고 조화를 이루는 방향으로 행하여져야 한다는 원칙과도 일맥상통한다.

166) WT/DS160/R para. 6.55.

167) WT/DS160/R para. 6.57

168) WT/DS160/R para. 6.58

169) WT/DS160/R paras. 6.60 - 6.66



## (나) TRIPs 협정 제13조의 세 가지 기준

TRIPs 협정 제13조는 저작권자의 배타적 권리의 제한과 예외를 인정받기 위해서는 세 가지 요건을 충족시켜야 한다고 규정하고 있다는 것과 그 요건들에 대해서는 이미 살펴본 바 있다. 이 세 가지 요건은 누적적(cumulative)으로 적용되며, 각각의 조건은 개별적으로 독립해서 모두 만족되어야 한다.<sup>170)</sup> 이를 고찰함에 있어 미국은 이 제한과 예외가 적용되는 데 있어 저작권자에게 가해지는 즉각적이고 직접적인 영향에 중점을 두고, EC는 저작권자가 그들의 배타적인 권리를 행사하는 데 있어서 어떠한 영향을 끼치게 되는지를 중요시한다.<sup>171)</sup>

### ① 첫 번째 기준 - 일부 특별한 경우 (certain special cases)

배타적인 권리에 대한 제한과 예외는 일부 특별한 경우로 한정되어야 한다는 첫 번째 기준에 관해 미국은 미국 저작권법 제110조 5항의 (A)호와 (B)호는 이 기준을 충족시킨다고 주장하였다. 이에 반해 EC는 예외규정은 정확하게 정의되어야 하며, 첫 번째 기준을 만족시키는 범위를 좁게 해석하여야 한다고 주장하였다.

패널은 일부 혹은 특정한(certain)이라는 용어의 해석과 관련해서, 동 사안에서는 각 국가내의 법규에 의한 예외나 제한은 명확하게 정의되어야 한다는 것을 의미한다고 보았다. 그러나 각각의 모든 가능한 상황을 정해둘 필요는 없으며, 법적인 명확함(legal certainty)정도의 수준이면 족하다고 하였다. 또, 특별한(special)이라는 요건과 관련해서는 certain의 의미보다 더욱 명확한 정의를 필요로 함을 뜻한다고 보고 나아가, 제한이나 예외의 범위는 그 목적을 고려해서 좁혀지는 것이 적절하다고 한다. 달리 말하면, 첫 번째 기준을 만족시키기 위해 각 국가에서 정한 제한이나 예외는 첫째 명확하게 정의되어야 하고, 둘째 그 범위가 좁아야 한다는 것이다.

패널은 미국이 주장한 것처럼 비록 실질적으로는 사업상 면제의 적용을 받을 사업장의 수가 줄어들 수도 있지만, 일단은 EC의 주장을 받아들여서 잠재적으로 이 혜택을 받을 수 있는 사업장의 수를 판단의 대상으로 하였다. 또, 미국이 실질적으로 사업상 면제의 적용을 받을 사업장의 수가 줄어들 것이라면서 그 이유로 제시한 주장들도 설득력을 갖지 못하였다. 그리고 미국은 이 면제를 누릴 수 있는 대상을 사업장의 물리적인 크기에 의해 선정하는데 (법조항의 내용을 살펴보면 일정 규모 이상의 사업장은 같은 종류의 영업을 하는 곳, 즉 음식점 등일지라도 저작권 이용료를 내도록 하고 있다) 왜 그런 차별을 두는지가 분명하지 않다. 따라서 패널은 해당 내용이 TRIPs 협정 제13조의 첫 번째 조건 즉, “일부 특별한 경우” 요건을 만족시키지 못한다고 결정하였다.

또한 패널은 가정용(homestyle)이라는 말은 국가에 따라 서로 다른 의미로 사용될 수 있는 것일 뿐 아니라, 기술의 발전과도 관계가 있는 것이라고 하였다. 나아가, 패널은 “일부 특별한 경우”의 의미는 “알려지고 특정되어야 하지만 명백히 지정될 필요는 없다”(known and particularized, but not explicitly identified)고 하였다. 따라서 이는 TRIPs 협정이 요구하는 요건을 만족하는 것이라는 결론을 내렸다. 덧붙여, (B)호의 사업용 면제가 비실연적 음악 저작물에만 적용되는 것과 달리, (A)호의 가정용 면제는 이러한 제한을 가지지 않는 것에 대해서도 별다른 문제가 없다고 하였다.

한편 EC는 인터넷송신(internet transmission)의 방법으로 이루어지는 전달이 당 면제의 적용을 받을 여지가 있고, 이는 앞으로 더욱 큰 문제를 불러일으킬 수 있다고 주장하였다. 이에 대해, 패널은 EC의 지적에 대해서는 일단 동의를 하지만, 이러한 방법으로 이루어지는 저작물의 전송이 앞으로 어느 정도

170) WT/DS160/R para. 6.97.

171) WT/DS160/R paras. 6.100 - 6.101.

의 영향력을 가질지 확신할 수 없고, 그것이 당 면제의 적용을 받을 수 있는 요건을 충족시킬 가능성도 배제할 수 없다고 결정하였다.

② 두 번째 기준 - 저작물의 통상적인 사용에 저촉되지 않을 것  
(not conflict with a normal exploitation of the work)

TRIPs 협정 제13조가 요구하는 저작권 제한의 두 번째 요건은 그 저작물의 통상적인 사용에 저촉되지 않아야 한다는 것이다. 패넬의 설명에 따르면 여기서 말하는 사용(exploitation)이란 “배타적인 권리를 가지는 저작권자가 그 저작물을 통해 경제적인 이익을 획득하는 것”을 의미한다.<sup>172)</sup> 다음, 정상적인 사용의 통상적(normal)이라 함은 경험적(empirical), 그리고 어느 정도 더욱 규범적(normative) 이라는 두 가지 의미를 내포하는데, 패넬은 이를 해석함에 있어 조약법에 관한 비엔나협약 제31조에 입각해 조화로운 해석을 해야 한다고 보았다.<sup>173)</sup> 통상적인 사용이라는 것이 배타적인 권리에 대한 면제를 주는 것으로 사용되는 것이라는 점에서 예외 조항인 TRIPs 협정 제13조의 “통상적인” 사용의 범위는 “배타적인” 사용보다 좁아야 할 것이다.<sup>174)</sup>

이러한 점을 고려해서 패넬은 통상적인 사용이라는 것의 의미를 배타적인 사용과 관련이 되어있는 모든 것들을 의미하지만 그 범위는 더 좁다는 결론을 내리고 있다. 또, 배타적인 사용의 구체적인 내용에 대해서는 각 권리별로 다양하게 고찰될 수 있다고 한다.<sup>175)</sup> 이와 관련하여 패넬은 스위스정부와 지적재산권보호를 위한 국제기구(BIRPI)의 대표자로 구성된 전문가 그룹의 의견을 소개하고 있는데, “배타적 권리의 예외로 인정되는 통상적인 사용이 되기 위해서는 그 목적이 그 저작물을 통해 경제적 이익을 얻고자 하는 원저작자의 이익을 침해하지 않아야 한다.”고 밝히고 있다.<sup>176)</sup>

EC는 미국 저작권법 제110조 5항의 (B)호에서 말하는 사업상 면제가 저작물의 통상적인 사용에 저촉되는 것이라고 주장하였고, 미국은 이에 대해 반박하였다. 패넬은 음식점 사업자 중 절대다수, 그리고, 소매업자의 절반 정도가 사업상 면제 혜택을 받을 수 있는데, 이는 베른협약 제11조의 2 제1항이 규정하고 있는 배타적 권리를 행사하여 저작권료를 받을 수 있는 경우이므로 이것이 저작물의 통상적인 사용에 저촉되는 것이라는 결정을 한다고 밝혔다.<sup>177)</sup>

미국은 미국 저작권법 110조 5항 (A)호의 가정용에 대한 면제는 영리를 목적으로 하지 않는 저작물 실연에 대하여 저작권료를 지급하지 않도록 한 것이기 때문에, 경제적인 가치를 얻고자 하는 저작물의 사용에 반하는 것이 아니라고 하였다. 패넬은 미국이나 다른 나라에서는 음식점이나 소매업소에서 오페라, 오페레타, 뮤지컬과 같은 드라마적 작품실연의 공중전달과 관련하여 허가를 주는 경우는 거의 없기 때문에 가정용 면제조항으로 인하여 저작재산권자에게 커다란 경제적 영향을 끼치지 않는다고 보고, 미국 저작권법 제110조 5항 (A)호의 가정용 면제에 대한 규정은 TRIPs 협정 제13조의 두 번째 요건과 충돌하지 않는다고 결론지었다.

③ 세 번째 기준 - 저작권자의 정당한 이익을 불합리하게 침해하지 않을 것

---

172) WT/DS160/R para. 6.165.

173) WT/DS160/R para. 6.166.

174) WT/DS160/R para. 6.167.

175) WT/DS160/R paras. 6.171 - 6.173.

176) WT/DS160/R para. 6.179.

177) WT/DS160/R paras. 6.206 - 6.211.

(not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder)

TRIPs 협정상의 세 번째 요건은 저작권의 제한과 예외가 저작권자의 정당한 이익을 불합리하게 해하지 않아야 한다는 것이다. 이를 고찰함에 있어서, “이익(interest)”이나 “정당한(legitimate)”의 용어는 비교적 명확하다. 즉, “이익”은 “재산권 또는 그 사용, 수익권(a legal right or title to a property or to use or benefit of a property)”을 의미한다.<sup>178)</sup> 다음, “정당한”은 법실증주의적인 관점에서 완전히 적법한 것을 의미한다.<sup>179)</sup> 여기서 문제가 되는 것은 과연 어느 정도가 불합리하게(unreasonably) 저작권자의 적법한 이익을 저해하는 것인지 그 정도를 결정하는 것인데, 패널은 이를 고찰함에 있어 각 당사국이 제출한 시장의 상황 등을 고려해서 판단을 할 것임을 밝혔다.<sup>180)</sup>

이들은 사업상 면제가 적용됨으로 인해서 저작권자의 수입이 어느 정도 감소했는지 구체적인 조사를 하여 그 결과를 패널에 제출하였다. 패널은 이를 고찰함에 있어 잠재적인 피해를 줄이려는 의도로 미국이 제시한 여러 가지 사실들을 완전히 받아들이지는 않았고, 한편, 이로 인한 잠재적인 피해를 조사하는 것이 상당히 어려운 것이라는 점을 감안해서 다양한 측면에서 이를 검토하였다.<sup>181)</sup> 피해액을 계산할 때에도 미국과 EC는 서로 다른 방법을 사용하였는데, 미국은 미국의 가장 큰 음반 회사와 두 번째로 큰 음반회사의 1996년부터 1998년까지의 평균 수입을 기준으로 하는 “탑다운(top-down)”방식을 취해 그 손실액을 연간 \$294,133에서 \$586,332사이로 추정하였다. 반면 EC는 처음부터 모든 권리자에게 사업상 면제 조항이 어느 정도 영향을 끼치는지를 조사하였고, “bottom-up”방식을 사용하였다. 패널은 이렇게 다양한 손해 산출 방법에 대해 어느 것이 옳다는 결정을 내리지는 않았다. 다만, 궁극적인 입증책임에 있어서, 사업상의 면제로 인해 저작권자들의 정당한 이익이 불합리하게 침해되지 않았다는 것을 전적으로 미국이 입증해야 하는데, 미국은 제대로 입증을 하지 못하였다고 밝혔다.<sup>182)</sup> 따라서, 미국 저작권법 110조 5항 (B)호의 사업상 면제는 TRIPs 협정 제13조의 세 번째 요건을 충족시키지 못한다고 판정하였다.<sup>183)</sup>

가정용 면제와 관련하여 미국은 가정용 면제 조항은 권리자의 정당한 이익을 전혀 침해하지 않는다고 주장하였고, EC는 가정용 면제로 인한 저작권자의 손해가 두 배로 늘었다는 보고서를 인용하면서 이에 대해 반박하였다.<sup>184)</sup> 패널은 가정용 장비를 이용해서 음악을 실연하는 것은 저작권자에게 큰 손해를 끼치지 않고, 이를 입증할 만한 어떠한 실체적인 증거도 없다는 이유로 미국 저작권법 110조 5항 (A)호의 가정용 면제는 TRIPs 협정 제13조의 세 번째 요건에 반하지 않는다는 판정을 내렸다.<sup>185)</sup>

#### 라. 사안의 분석과 패널 판정의 이행

1967년 미국저작권법 제110조 제5항의 개정은 직전의 에이켄 사건에서의 연방대법원판례를 반영하여 “가정용 수신장치를” 통한 “공연”을 침해하지 아니한다는 권리제한규정이지만 개정 후에도 그 해석을

178) WT/DS160/R para. 6.223

179) WT/DS160/R para. 6.224

180) WT/DS160/R para. 6.236

181) WT/DS160/R para. 6.251

182) WT/DS160/R para. 6.265

183) WT/DS160/R para. 6.266

184) WT/DS160/R paras. 6.267 - 6.268.

185) WT/DS160/R paras. 6.271 - 6.272.

둘러싸고 여러 가지 판례가 나왔고 그 애매함과 불안정성이 문제가 되고 있다. 미국에서는 약 25년간 40건의 사건 중에서 예외적용이 인정된 것은 3건 뿐이며 미국법원은 예외를 좁게 적용하여 왔었다. 전반적인 판례경향은 세련된 음향시스템을 갖추고 에이켄 사건에서 인정된 620평방피트를 크게 상회하는 규모시설에서의 공연은 예외적용을 인정하지 아니하며 또 하원보고서(1976년)에서도 에이켄 사건의 실무관계가 본 예외적용의 최대한도라고 설명되어 있었다.

1998년 개정은 미국에서의 라이선스실무를 반영한 권리관리단체(PROs)와의 타협산물이었다. 미국 제1 제출서면에 의하면 1990년대 소규모사업자로부터 권리단체들의 비합리적 라이선스 활동에 대하여 대응하기 위하여 사업자단체 연합(Coalition)이 제창한 가정예외를 의회가 고려했다고 한다. 1995년에 사업자단체연합의 유력멤버인 NLBA가 PROs와 화해하고 개별그룹라이선스계약을 체결하였다. 이러한 권리자단체와 소매업자, 레스토랑업자와의 타협에 따라 저작권법 제110조 제5항이 개정되고 가정예외와 비즈니스예외가 신설되었다.

하지만 본 패널판정은 이러한 국내법판례축적 및 이해관계자간 타협결과인 입법을 부정한 결과로 되었다. 이것은 바로 TRIPs 협정에 편입한 베른조약의 분쟁해결시스템에 따라 국내법을 규율하는 국면이라고 볼 수도 있다. 여전히 미국 내에서도 본 개정이 베른조약상의 의무위반 및 TRIPs 협정위반의 의심이 있다는 견해가 일찍부터 표시되어 있었다.

WTO 패널은 저작권제한이론으로 자국의 저작권법을 합리화하려던 미국의 주장을 받아들이지 않았으며, 미국은 패널의 판정에 따라 저작권법 제110조 5항을 개정할 의무를 지게 되었다. DSU 규정에 의하면 패널 판정의 이행과 관련하여 분쟁의 양당사자는 합리적인 이행기간을 합의할 수 있으며, 양 당사자가 이행기간에 관한 합의를 못 이루는 경우 패널의 판정이 채택된 날로부터 90일 이내에 지속적인 중재를 통하여 확정적인 이행기간을 부여받을 수 있다고 규정하고 있다.<sup>186)</sup>

본 사건에서 미국과 EC는 합리적인 이행기간에 관한 합의를 이루지 못하여 이를 중재에 부탁하였는데 중재인 Julio Lacarte-Muro는 합리적인 기간을 12개월로 제시하였다. 그 후 2001년 7월 24일자 회의에서 DSB는 12개월 또는 미국의회의 회기가 끝나는 2001년 12월 31일까지 중 먼저 도래하는 기간을 합리적인 기간의 종료로 본다고 합의하였다. 따라서 미국은 궁극적으로 자국의 저작권법 제110조 5항을 WTO TRIPs 규정에 합치하도록 개정할 의무를 지고 있으며, 실제 개정이 이루어질 때까지 미국은 잠정적으로 EC와의 협의 하에 보상조치를 할 수 있다.<sup>187)</sup> 또한 EC는 미국이 패널 결정의 이행을 완료할 때까지 잠정적으로 DSB의 승인 하에 미국에 대하여 비례의 원칙에 따라 상응하는 WTO 협정상 의무나 양허의 정지를 할 권한을 보유한다.

미국은 이 사건의 이행문제와 관련하여 기본적으로는 자국의 저작권법은 개정할 의무를 부담하나, 국내적 사정으로 인하여 저작권법의 개정보다는 잠정적 구제조치로서 EC와의 보상(compensation) 합의를 통하여 매년 일정액수의 저작권료를 지급하기로 하였다. 2002년 6월 23일 양국은 보상 문제에 대한 잠정합의에 도달하였는데 첫째, 미국은 EU의 음악공연권단체들이 설립하는 기금에 총액 330만 달러를 기부하며, 둘째, 이 출연금은 2001.12.21일부터 3년간의 보상금이며, 셋째, 이 기간 종료 후에도 분쟁을 완전히 해결하지 못하면 DSU 제22조 6항에 따른 중재에 부탁하기로 합의한 것이다.<sup>188)</sup>

한편, 패널보고서가 채택된 지 오랜 시간이 흘렀지만 미국 저작권법의 개정은 실현되지 않고 일시적 조정에 의한 미봉책만을 보여 주고 있다. 이러한 현실은 이러한 국제분쟁해결의 어려움과 WTO집행의 실효성에 의문을 제시할 수도 있어 향후 미국의 저작권법 개정여부에 주목할 필요가 있다.

---

186) DSU 제21조 3항.

187) DSU 제22조 1항.

188) 저작권문화 (저작권심의조정위원회) 2003년 10월호, 26면.

## IV. 국내저작권법에 수용, 재검토되어야 할 사항

### 1. 서설

이하에서는 국내 저작권법에 국제조약상 존재하는 3단계 테스트의 반영실태에 대해 살펴보기로 한다. 우선 저작권의 제한에 대한 입법형식을 세 가지 유형으로 분류해 살펴볼 것이고, 이들 유형이 3단계 테스트에 부합하기 여부에 대해 고찰해볼 것이다. 그리고 국내법에 의한 3단계 테스트에 대한 입법태도에 대해 분석해보고자 한다. 마지막으로 3단계 테스트의 바람직한 수용방안에 대해 다소의 제언을 하고자 한다.

### 2. 저작권의 제한입법의 유형과 3단계 테스트

각국의 저작권법은 대개 다음 유형의 저작권제한 규정을 갖는다.

- Fair Dealing형
- 엄격한 열거형
- Fair Use형

우선 공정취급(fair dealing) 형 국가는 영국과 캐나다가 대표적인데, 허용되는 저작물의 이용목적은 열거해놓고 있고 있다. 즉, 학술연구 및 조사, 비평 등이 이에 해당한다. 행위요건보다는 목적요건의 충족이 더 큰 의미를 가지기 때문에<sup>189)</sup> 대륙법에서의 엄격한 열거형과 차이가 있다고 알려져 있다.

우리나라를 비롯한 대부분의 대륙법계 국가들은 저작권 제한을 위한 행위유형과 목적유형을 자세하게 서술해놓고 있다. 이러한 요건들은 엄격해석에 의해 더욱 제한적으로 해석되는 경향을 보인다.

마지막으로 공정이용(fair use) 형의 저작권 제한의 규정을 갖는 경우인데, 미국이 이에 해당한다. 미국 저작권법 제107조에 제시된 4가지 요건과 법원에 의해 추가적으로 고려되는 요건을 만족하는 경우에 저작권 침해로부터 면책된다. 다만 4가지 요건이 모두 만족될 필요는 없으며, 법원은 요건충족의 정도 등을 척도로 종합적인 결론에 이르고 있다.

공정취급의 경우에는 허용되는 저작물 이용의 목적이 분명하게 정해져 있다는 점에서, 엄격한 열거형에서는 그 목적뿐만 아니라 구체적인 이용행위 유형까지 정해놓고 있다는 점에서 3단계 테스트의 첫 번째 기준인 특정·특별성 기준을 충족시킬 개연성이 크다고 말할 수 있다.

공정이용에 의한 저작권 제한을 허용하는 태도에 대해서 3단계 테스트의 첫 번째 기준인 특정·특별성을 만족할 수 없을 것이라는 견해가 있다. 하지만 특정·특별성이 반드시 해당 행위유형이나 목적유형을 열거해야 하는 것으로 해석하기는 어려울 것이라고 생각된다.

### 3. 3단계 테스트의 국내법으로의 반영

#### 가. 유럽연합의 예

---

189) William Cornish & David Llewelyn, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, (5th ed., Sweet & Maxwell, 2003), pp. 40-41.

유럽연합의 정보화사회 저작권지침(European Union Copyright Directive of 2001)은 새로운 환경에서의 적합성이라는 견지에서 테스트를 해석해야 할 필요성에 대해 강조하고 있다. 전문의 입법취지 및 정책목표(Recital) 44번은 다음과 같다.

본 지침상의 예외와 제한을 적용함에 있어 국제적 의무들이 존중되어야 한다. 이러한 예외와 제한은 권리자의 정당한 이익을 침해하거나 저작물 혹은 다른 보호목적물의 통상적 이용을 해하지 않는 방법으로 적용되어야 한다. 회원국에 의해 정해진 예외 혹은 제한은 특히 이러한 예외 혹은 제한이 새로운 전자 환경에서 가질 수 있는 증대된 경제적 중요성을 반영해야 한다. 따라서 특정 예외 혹은 제한의 범위는 저작물 혹은 기타 보호대상의 새로운 이용형태가 나타나는 경우에 더욱 제한적이어야 한다.

다수의 EU 회원국들은 지침을 이행함에 있어 현행 국내법상 예외규정과 3단계 테스트 간의 특별한 연결관계를 형성시키거나 국내법에서 허용하는 경우, 열거되지 않은 예외를 3단계 테스트 하에서 인정하고 있다고 한다. 영국은 다른 접근방식을 취하는데, 이행에 관한 자문서면에는 다음과 같은 내용이 포함된다.

### 제5조 5항

이 규정은 모든 예외와 국제조약(예를 들어 TRIPs 협정 제13조 및 WIPO 저작권 조약 제10조를 보라)에서 발견되는 이른바 3단계 테스트의 영향 하에 있다는 것을 분명히 한다. 입법취지 및 정책목표 44번은 중요한데, 이는 테스트 자체를 예외에 관한 일반적 구속으로서 영국법에 도입할 것으로 의도된 것은 아니고, 테스트를 권리에 대한 예외를 구성하는 기준으로 사용하면서 저작권법상 현존하는 관행은 유지되는 것으로 의도된 것이다. 따라서 저작권 및 저작인접권에 대한 제안된 대로의 추가된 예외와 다른 현존의 예외는 3단계 테스트와 합치하는 것으로 취급되어야 한다.<sup>190)</sup>

어쨌든 분명한 사실은 기술발전에 따라 저작권 제한의 모습도 변화될 수밖에 없으며, 회원국은 이러한 상황을 고려해야 한다는 것이다.

### 나. 국내법 반영의 유형 및 평가

TRIPs 협정, WCT, WPPT 및 EU 저작권 지침 등에서 천명하고 있는 3단계 테스트는 저작권 제한을 위한 국제적인 표준으로 자리매김하고 있다. 하지만 3단계 테스트 자체가 각국에 어떠한 입법이나 조치를 취해야 하는지에 대해서 가이드라인을 제공해주는 것은 아니다. 결국 각국은 3단계 테스트를 준수할 의무만을 가질 뿐, 이를 준수하기 위한 구체적인 방법은 스스로 정해야 한다. 다음은 3단계 테스트의 이행태양을 몇 가지 경우로 나누어 본 것이다.

- 입법을 통해 3단계 테스트 자체를 새로운 저작권 제한 유형으로서 도입하는 경우
- 입법을 통해 3단계 테스트를 기존 저작권 제한을 위한 추가적 요건이나 구체적 기준으로 제시하는 경우
- 단지 입법적 조치 및 행정적 조치를 위한 가이드라인으로 활용하는 경우
- 사법적 판단에 있어 3단계 테스트를 만족하는지 여부를 근거로 삼는 경우

위의 경우들 다수를 동시에 채택하는 경우도 생각해볼 수 있다.

3단계 테스트 자체를 저작권 제한의 절대적 요건으로 설정하는 데 대해서는 앞서 이루어졌던 미국의 공

190) The Copyright Directive (2001/29/EC) - UK Implementation, Consultation Paper of the Patent Office, <http://www.patent.gov.uk/about/consultations/eccopyright/impact.htm>.

정이용규정이 3단계 테스트와 합치하는지 여부에 대한 것과 같은 맥락에서 허용된다고 볼 수 있을 것이다. 두 번째 경우는 3단계 테스트를 가장 엄격하게 이행하는 것으로 평가되지만, 세 번째 경우에는 입법화되는 내용이나 행정의 내용을 구체적으로 판단하여 준수여부를 따질 수밖에 없을 것이다. 사법부가 명문의 규정 없이 3단계 테스트를 원용할 수 있는지 여부는 국제법의 직접효력 문제와도 연결되는 것으로 당해 조약에 가입한 것만으로 사인간의 관계에서 직접 원용할 수 있는지에 대해서는 논란이 있을 수 있다.

어쨌든 입법부, 행정부 및 사법부 모두 저작권 관련 국제조약의 수범자라는 점에서 3단계 테스트를 적절한 방법으로 이행해야 함은 명백하다.

#### 4. 결어

이 장에서는 저작권의 제한과 예외에 대한 국제적 기준들에 대해서 살펴보았다. 베른협약 등에 명시적이고 열거적으로 규정되어 있는 특정 제한 및 예외도 있었지만, 이른바 “묵시적 예외”로 불리는 사소한 예외의 법리와 복제권 제한에 대한 표준에서 저작권 제한 전반에 대한 표준으로 자리매김한 3단계 테스트가 큰 의미를 갖게 되었다.

3단계 테스트는 TRIPs 협정을 비롯한 최근에 성립된 대부분의 저작권 관련 국제적 합의에서 채택되고 있으며, WTO 미국 저작권법 사례를 통해 국제적 차원에서의 사법적 판단도 이루어졌다. 이렇듯 3단계 테스트의 의미가 더해가는 상황에서 국내에서의 본 테스트의 이행이 문제될 수 있을 것이다. 어떻게 이행해야 할 것인지 여부에 대한 대응이 필요할 것이지만, 무엇보다 입법에서뿐 아니라 행정과 사법에 있어서도 당해 원칙이 존중되어야 함을 명심해야 할 것이다.

아울러 3단계 테스트가 새로운 매체와 기술발전에 따른 저작물 유통구조의 변화 속에서 어떻게 기능할 수 있는지, 이러한 상황의 변화가 저작권 제한에 미치는 영향은 무엇인지 생각해보아야 할 것이다.

## 제5장 공정이용의 법리도입을 통한 디지털 저작물 이용활성화 방안

### I. 디지털 시대 공정이용 조항의 역할

한국의 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법은 미국 저작권법 제107조와 같이 공정이용을 허용하는 일반적인 규정을 가지고 있지 않다. 그러나 공정이용의 원리는 인터넷에서 특별한 의미를 가질 수 있다. 예컨대 특정한 사이트에 대한 링크를 승낙을 받지 않고 삽입하거나 다운로드받은 저작물을 인쇄·저장·수정 등을 하면 저작권을 침해할 수 있다. 그러나 공정이용을 일반적으로 허용하는 규정이 존재한다면, 인터넷상에서의 이러한 행위는 공정이용으로서 저작권의 침해를 구성하지 않을 수 있다.

특히 P2P에 의하여 교환 내지 공유될 수 있는 파일의 대상에 소프트웨어가 포함되고 인터넷을 이용한 원격교육을 위하여 소프트웨어가 광범위하게 사용될 수 있다는 것을 고려한다면 공정이용의 원리는 한국에서 중요한 역할을 할 수도 있다. 왜냐하면 후에 결론을 내리는 바와 같이 현재의 법규정에 의하여서는 이러한 쟁점을 해결할 수 없기 때문이다.

오늘날 공정이용의 원리가 그 기능을 발휘할 수 있는 주된 영역은 인터넷상에서의 저작물의 이용이다. 인터넷상에서도 저작권은 적절하게 보호받아야 하는 것은 당연하지만, 저작권이 침해되었는지 여부를 판단하는 것은 쉬운 일이 아니다. 그렇다고 하여 개별적인 경우마다 입법을 하는 경우, 그 입법은 기술의 발전을 따라잡지 못하게 될 가능성이 매우 높아서 개별적인 사안마다 입법에 의하여 개입하는 것은 한계에 직면하게 된다. 따라서 공정이용의 원리와 같은 일반적인 원리에 의하여 법이 미처 예정하지 못하였던 분야에 매우 융통적으로 적용될 수 있게 된다.

White House Information Infrastructure Task Force의 작업반인 Conference on Fair Use(CONFU)는 1996년 가을 디지털 이미지, 원거리상의 교육, 교육용의 멀티미디어 등에 대하여 공정이용에 관한 지침을 제안하였다. 이러한 지침들은 일정한 경우 학문이나 교육적인 이용, 원거리상의 교육에 저작물을 이용하는 행위, 교육적인 멀티미디어 프로젝트에 저작물을 이용하는 것을 공정이용으로 인정하고 있다. 이와 같이 제안된 지침들에 대하여 저작권자들은 지나치게 공정이용을 허용한다는 함에 반하여 온라인 이용자들은 오히려 지나치게 제한적이라는 입장을 취하였다. 이에 따라 CONFU는 1997년 중반 온라인상의 공정이용에 관하여 합의에 도달하지 못하였다는 것을 인정하였고, 1998년 11월에 출판된 최종보고서는 제안된 지침들의 역사 및 지위를 설명하고 있다. 따라서 이러한 지침들은 과거의 지침과는 달리 온라인상에서의 공정이용에 관한 적절한 정책이나 절차로 인식되고 있지 않다.

인터넷 내지 온라인상에서의 저작권의 침해와 관련하여 대표적으로 논의될 수 있는 것으로는 P2P에 의한 파일교환, 원격교육, OSP 등을 들 수 있다.

공정이용의 원리를 한국의 저작권법 체제에 도입하였을 경우에는 일정한 장점이 생길 것으로 보인다. 첫째, 공정이용의 원리는 매우 융통성있게 적용될 수 있음으로써 저작권법이 새로운 기술의 개발이나 새로운 환경에서 적용될 수 있도록 한다. 사실상 공정이용의 원리는 미국 저작권법상으로도 가장 다루기 힘들다고 할 정도로 모순되거나 혼란스러운 원리이며 일정한 형태를 찾기 힘든 원리이다. 그러므로 일정한 저작물의 이용이 공정이용에 해당하는가를 예측하는 것은 불가능한 것이며, 따라서 각 사안별로 고찰하여야 한다. 따라서 공정이용의 원리는 오히려 혼란을 야기할 수도 있게 된다. 이러한 점이 공정이



용의 도입필요성을 고려하는데 있어서 가장 큰 단점이 될 것이다.

그러나 이같은 단점이 오히려 공정이용의 장점이 되기도 한다. 공정이용의 바로 이러한 성격으로 인하여 공정이용의 원리는 융통성을 가질 뿐만 아니라 어떠한 상황에서도 적용될 수 있는 것이다. 따라서 저작권법이 미처 규정하고 있지 않은 분야에 대해서도 대처할 수 있게 된다. 예컨대 저작권법은 개별적으로 저작권을 제한하여 침해로 인한 책임을 면제하고 있는데, 저작권법이 허용한 면제를 초과하는 행위에 대해서도 저작권침해가 아니라고 할 수 있다. 저작권법이 개별적으로 책임을 면제시키지 않은 분야, 예컨대 한국의 저작권법이 적용되어 저작권법상 허용될 수 있는지 여부가 모호한 패러디의 경우에도 공정이용의 요건을 갖추었다면 역시 저작권의 침해를 부인할 수 있다. 특히 현재의 저작권법이 기초하고 있는 인쇄술에 버금가는 것이라고 할 만한 인터넷과 같이 새로운 기술에 대하여서도 공정이용의 원리를 융통성 있게 적용함으로써 법이 기술을 따라 잡지 못하는 것을 어느 정도 완화시킬 수 있다. 예컨대 미국의 Napster 케이스와 Sony 케이스에 적용된 것은 모두 공정이용의 원리였는데, 전자의 경우에는 공정이용으로 인정되지 않았지만 후자의 경우에는 공정이용으로 인정되었다. 한국에 있어서는 P2P 파일교환을 하게 되는 인터넷 이용자에 대하여 적용될 수 있는 저작권법상의 규정은 사적이용(private use)에 불과하다. 아날로그기술에 바탕을 둔 사적이용에 관한 규정이 인터넷을 기반으로 하는 P2P와 관련된 분쟁에 적용되어 분쟁을 해결할 수 있다고 기대하는 것은 불가능한 것이다. 그러나 공정이용의 원리는 새로운 기술이나 환경에서도 적용될 수 있다. 따라서 공정이용의 원리는 그 적용하는 점에 있어서만 그 결과를 예측할 수 없는 것에 불과하며, 법의 전반적인 역할과 관련하여서는 오히려 예견가능성을 높여준다고 할 수 있다.

둘째, 공정이용의 원리는 저작물의 이용에 관한 거래비용을 상당히 감소시키고 저작물의 이용에 관한 혼란을 해결시켜 줄 것으로 기대된다. 현행 한국의 저작권법은 법정허락에 관한 규정을 두고 있으며 학교교육목적이거나 도서관에서의 복제 등 저작물의 이용에 관한 면제규정을 두고 있다. 그러나 이러한 규정들은 개별적인 사안에 적용되는 것으로서 매우 한정적이며 또한 융통성이 결여되어 있다. 따라서 이러한 개별적인 사안에 해당하지 않아서 일견 저작권의 침해라고 보여지지만, 여기에 해당하지 않을지라도 저작권의 침해라고 해서는 안되는 저작물의 이용을 인정할 필요성은 매우 크다. 현재 이러한 영역에 해당하는 저작물의 이용에 대해서는 상당한 혼란이 존재하며, 저작자의 승낙을 얻기 위하여 소요되는 거래비용은 정당화되지 않는 것이 일반적이다. 바로 이같은 점에 있어서 경제적인 분석에 의하면 공정이용이 거래비용을 감소시키는 것이 되며, 공정이용의 원리에 의하여 저작자의 경제적인 이해를 손상시키지 않으면서 이용자는 저작물을 합법적으로 이용할 수 있을 것이다. 그러므로 저작물의 이용에 대한 혼란을 제거하거나 거래비용을 감소시키기 위해서는 공정이용을 일반적으로 인정하는 규정과 공정이용에 대한 기준을 고려할 필요성이 있게 된다.

셋째, 공정이용의 원리는 성문법의 흠결을 보완할 수 있는 융통성을 법원에게 제공할 수 있다. 예컨대 현존하는 성문법상의 규정이 적용될 수 없게 됨으로써 저작권법이 저작권자와 저작물 이용자간에 정책적으로 취하여 놓고 있는 정치한 균형(delicate balance)을 깨질 수가 있는데, 공정이용의 원리는 바로 이러한 성문법의 흠결을 법원이 보완할 수 있도록 할 수 있으며 저작물에 대한 일반인의 접근을 보장할 수도 있다. 또한 이와 같은 법원의 성문법의 흠결보완은 성문법에 흠결이 있다는 것을 입법기관에게 알려주는 신호로서 파악될 수도 있다. 1800년대 초·중반부터 판례법상 발전해 온 저작권법상의 공정이용

의 원리가 1976년 저작권법에 수용된 것이 좋은 예다.

넷째, 공정이용의 원리는 저작권의 제한의 측면에서 작용할 수 있는 것이므로 저작물 이용자의 입장에서 보면 매우 유리한 것이다. 따라서 한국과 같은 국가는 저작물 이용자의 입장에 있는 국가이므로 공정이용의 원리는 한국에게 유리하게 작용할 수도 있다.

## II. 영미법상 공정이용의 법리와 그 적용영역

### 1. 제107조의 전문

제107조 전문은 배타적인 저작권에도 불구하고 저작권의 침해가 되지 않는 저작물의 이용을 위한 목적을 열거하고 있다. 제107조가 열거하고 있는 저작물의 이용목적은 비판, 비평, 뉴스 보도, 강의, 학문 또는 연구 등이다. 이러한 예들은 광범위하고 중복된다고 할 수 있는데, 예시적인 것에 불과한 것이지만 공정이용이 되는 모든 것들을 망라한 것이 아니다. 이러한 예들이 가지는 공통점은 저작물을 생산적으로 사용한다는 것이며, 생산적인 사용(productive use)은 사회적으로 가치 있는 창작적인 요소를 추가함으로써 타인의 저작물에 기초하는 사용을 말한다.

### 2. 공정이용을 판단하기 위한 요소

미국 저작권법 제107조가 공정이용을 정의하는 것은 아니다. 다만 특정한 경우에 저작물의 이용이 공정이용이 되느냐를 결정하는데 있어서 고려하여야 할 요소로서 네 가지를 규정하고 있을 뿐이다. 곧 타인의 저작물을 이용하는 것이 전문에 열거된 예에 해당하느냐에 관계없이 그 이용이 공정이용이 되느냐를 결정하기 위해서 제107조에 열거된 네 가지를 적용하여야 한다. 이러한 네 가지 요소는 공정이용을 결정하기 위한 핵심적인 사항으로서, Folsom 케이스에 기초하고 있는 것이다. 1800년대 중반의 공정이용의 원리의 기원자들은 추가적인 창의적 저작을 하기 위하여 저작권에 의하여 보호되는 저작물을 사용함으로써 지적재산의 보고(storehouse of knowledge)에 기여하는 이용자가 보호될 수 있다는 것을 인식하였다. 공정이용의 초기 케이스에 나타난 공정이용의 원리의 여러 측면들은 그 이후 좀 더 세련되었다. 공정이용의 원리의 현대적인 해석은 미국의 1976년 저작권법에 수용되었다. 미국 저작권법 제107조에 의한 입법에도 불구하고 미국의 의회는 판례법을 수정하지 않고서 사법부가 해석해 온 공정이용의 원리를 단순히 법령화하고자 의도하였을 뿐이었다.<sup>191)</sup> 이에 따라 미국에서 공정이용의 원리는 1880년대 중반 이후 판례를 통하여 발전해 왔으며 판례법에 의하여 계속 발전할 것으로 예상된다.

제107조에 열거된 네 가지 요소도 예시적인 것에 불과한 것이므로, 네 가지 요소 이외에 다른 요소도 공정이용의 여부를 결정하는 것과 일정한 관계가 있을 수 있다. 사실상 이같은 네 가지 요소는 매우 추상적인 것으로서 공정이용의 원리를 가장 어려운 저작권법상의 원리로 만들뿐만 아니라 혼란을 야기할 수도 있다. 또한 제107조의 요소가 개별적으로 어떠한 경우에 공정이용이 방어수단으로 사용될 수 있는지에 관한 구체적인 지침을 제공하지 못한다. 따라서 제107조의 네 가지 요소를 실제로 적용하는 경우

191) H.R. Rep. No. 94-1476 p. 66 (1976).

에 그 결과를 예측할 수 있는 것이 아니며, 동일한 케이스에서조차도 각 요소를 해석하고 적용하는데 있어서 다수의견과 소수의견이 달라지는 것도 여기에 기인한다. 그러나 바로 이같은 추상적인 성격이 미국 저작권법상 공정이용의 법리가 존재하는 이유가 되는 것으로 보인다. 왜냐하면, 제107조는 법원으로 하여금 개별적인 사안의 특별한 상황에 공정이용의 법리를 적용할 것을 요구함으로써 공정이용의 원리가 저작권법상의 법리로서 계속 발전해나가는 것을 허용하고 있는 것이며, 개별적인 상황에 융통적으로 적용될 수 있도록 함으로써 미래의 새로운 기술이나 환경에도 공정이용의 법리가 쉽게 적응하는 것을 가능하게 한다. 공정이용의 원리가 추상적이어서 개별적인 사실관계에 있어서 그 결과를 예측할 수 없음에도 불구하고 바로 이러한 점에 대하여 강점을 가지게 된다.

제107조의 요소들은 서로 분리되어서 고려되어서는 안되며 저작권법의 목적을 고려하여 모든 요소들의 고려결과를 종합하여야 한다.

### 3. 저작물 이용의 목적과 성격

제107조는 공정이용의 여부를 결정하기 위한 첫 번째 요소로서 저작물 이용의 성격과 목적(purpose and character of the use)을 제시하고 있다. 이러한 성격과 목적의 예로서 저작물의 이용이 상업적인지 여부와 비영리적인 교육상의 목적을 위한 것인지 여부가 포함된다. 따라서 저작물의 이용목적이 상업적이거나 아니면 비영리적이고 교육적이라면 공정이용이 될 가능성은 각각 낮아지거나 높아진다. 그러나 상업적이라고 해서 공정이용이 배제되는 것은 아니며, 또한 비영리적 교육목적이라고 해서 항상 공정이용이 되는 것은 아니다. 전문에 열거된 비판, 비평, 뉴스 보도, 강의 또는 연구 등의 목적도 주로 비영리 교육목적에 해당되어 공정이용이 될 수 있다.

이러한 예에서 볼 수 있는 바와 같이 공정이용은 2차적 저작물이나 별도의 저작물을 창작하는 행위와 관계된다. 따라서 저작물 이용의 목적과 성격은 원저작물의 이용자가 그 이용을 정당화시킬 수 있는가, 곧 저작물의 이용이 ‘일반인을 계몽하기 위한 창작성을 자극시키기 위한 저작권법의 목적’을 달성할 수 있는가의 문제이다.

### 4. 저작물의 성격

공정이용을 결정하기 위한 두 번째 요소로서 저작물의 성격(nature of the copyrighted work)을 요구하는 것은 공익을 위하여 일정한 저작물에 대해서는 다른 종류의 저작물보다 더 많이 접근될 수 있어야 한다는 것에 기인한다. 저작물의 성격이라는 요소와 관련하여 주로 논의되는 것은 저작물이 사실적인 것인가 아니면 창조적인 것인가, 그리고 출판되지 않은 저작물의 이용에 대하여 공정이용의 범위가 협소해지는가 여부에 관한 것이다. 이외에도 저작물의 성격과 관련하여 시전집(anthology) 기타의 집합저작물, 건축저작물, 시청각저작물, 전기, 편집저작물과 데이터베이스, 형식, 지도, 작곡, 뉴스 레터, 회화, 도형, 조각저작물, 연설 등이 논의될 수 있다.

### 5. 전체적인 저작물과 이용된 저작물의 양과 상당성

피고가 원고 저작물의 상당부분을 복제한 경우, 원고의 손실은 피고의 이익에 접근할 가능성이 높아진다. 또한 소량의 발췌부분만을 이용하는 것과 달리 상당부분을 이용한다면, 원고의 저작물을 이용하기 위하여 원·피고간에 사용허락을 협상하는데 소요되는 비용을 정당화시킨다. 따라서 이러한 비용을 감소시키기 위하여 허용되는 공정이용이 적용될 여지는 그만큼 적어지게 된다. 이러한 이론적인 기초에 근거하여 제107조는 공정이용을 결정하기 위한 요소로서 전체 저작물과 관련하여 피고가 이용한 부분의 양과 상당성(amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole)을 규정하고 있다. 저작물의 보호되는 표현을 복제하였다면 일반적으로 침해가 인정된다. 또한 공정이용의 여부를 결정하기 위하여 고려되는 피고에 의하여 이용된 부분의 상당성에 관한 문제는 침해가 일단 입증된 후에 결정되는 것이다. 그러므로 최소한의 복제가 침해가 되지 않는다는 것을 제외하고는, 피고에 의하여 이용된 저작물의 양은 저작권이 침해되었는지에 관한 상당한 유사성의 문제와는 관계가 없다. 그러므로 이용된 저작물의 양이 많으면 많을수록 공정이용이 될 가능성은 낮아지게 된다.

이용된 저작물의 양과 상당성의 요소는 패러디의 공정여부를 판단하는데 많이 이용되어 왔다. 저작물을 풍자하기 위해서는 피고가 원고 저작물을 이용함으로써 독자나 청중들이 원고 저작물을 추측할 수 있어야 하고, 따라서 원고 저작물을 추측하게 하기 위하여 필요한 양 이상을 피고가 이용하였느냐의 문제로 귀착된다. 패러디에 의하여 독자들이 원고의 저작물을 추측하도록 하기 위해서는 다른 분야에서와는 달리 원고의 저작물을 비교적 많이 이용될 수밖에 없다.

## 6. 사용으로 인한 저작물의 잠재적인 시장이나 가치에 대한 영향

원고의 저작물이 판매되는 시장이 피고의 이용으로 인하여 손상을 받는다면 저작권이라는 독점을 부여함으로써 장려하고자 하는 창작성의 동기는 그 기능을 발휘할 수 없다. 그러므로 피고의 저작물 이용으로 인하여 원고의 저작물 시장이나 저작물의 가치가 손상을 받는다면 공정이용을 허용하는 것이 약화될 수밖에 없다. 피고의 이용으로 손해가 발생하는 가장 대표적인 것은 원·피고간에 서로 직접 경쟁을 하는 경우이다. 예컨대 투자에 관한 원고의 연구보고서를 피고가 발췌한 후 피고의 신문에 이를 게재하고 이를 신문의 가장 중요한 것으로서 광고를 한 경우를 들 수 있다.

시장에 대한 손해는 실제의 손해가 아니라 잠재적인 손해이다. 계약을 체결할 수 없었다고 하는 것과 같은 양적인 손해에 관한 증거가 저작물의 시장에 대한 손해의 증거로서 충분하지만 실제로 손해를 입었다는 입증은 필요하지 않다. 또한 저작권자가 저작물을 실제로 판매하지 않았다는 사실도 중요치 않으며, 잠재적인 시장에 대한 영향을 입증하기 위하여 원고는 장래에 손해가 발생할 수 있다는 가능성을 의미있게 입증함으로써 족한 것으로 해석되고 있다.

## 7. 소결론

공정이용의 원리는 저작권법이 융통성 있게 적용될 수 있도록 해주기 위한 법리이다. 공정이용이 인정되는 기본적인 근거는 저작권에 의하여 보호되는 표현을 창조적인 방법으로 사용하는 경우에는 저작권

을 침해하는 것이 아니라 진보를 가능하게 한다는데 있다. 인류역사상 모든 지적 창조활동이 최소한 다른 지적 창조에 기초한다는 것은 부정할 수 없는 사실이다. 즉 진보라고 하는 것은 이전에 행해진 다른 지적 창조의 바탕위에서 더 나아간 것이므로 완전히 독창적인 사고와 발명은 있을 수 없다. 예컨대 셰익스피어의 작품도 그리스·로마 신화 등 과거의 작품이 존재하지 않았다면 탄생하지 않았을 것이다. 따라서 철학, 비평, 역사 그리고 심지어 자연과학 분야에서조차도 창조를 위해서는 과거의 것을 계속 고찰할 수밖에 없다. 그런데 과거의 것에 대한 저작권을 엄격하게 집행한다면 과거의 것을 참조하기 위하여 인용하는 것은 불가능하며 과거의 것에 기초하여 새로운 아이디어를 발전시키는 것도 불가능해진다. 그러므로 제2의 창조를 위해서는 기존의 저작물을 일정한 한도에서 이용하는 것을 인정할 수밖에 없는데, 바로 이를 위한 것이 공정이용의 법원리이다.

또한 저작자가 저작물의 이용을 절대로 허락하지 않을 것이 예상되는 경우, 공정이용의 법리는 저작자의 허락 없이도 저작물의 이용을 가능하게 한다. 예컨대 비평이나 패러디는 우리 사회에서는 없어서는 안되는 중요한 역할을 수행한다. 그러나 어느 저작자라도 자신의 저작물이 비평이나 패러디의 대상이 되는 것을 허락할 리가 없다. 따라서 저작자의 허락 없이 공정이용의 법리에 의하여 저작물을 비평이나 패러디하는 것이 가능해지게 된다.

### III. 국내 저작권법에서의 수용을 위한 법률적 검토

#### 1. 수용을 위한 검토요소

미국 저작권법 제107조의 공정이용 규정과 같이 공정이용에 관한 일반규정을 저작권법에 도입하는 경우의 가장 큰 단점 내지 문제점은 법원의 역할과 관련된다. 미국 저작권법 제107조가 적용되는 광범위성 내지 융통성은 다른 판례법 국가의 공정거래에 관한 규정이나 대륙법 국가의 저작권의 제한에 대한 규정에서는 전혀 유례를 찾아 볼 수 없을 정도이다. 제107조에 규정된 네 가지 요소는 매우 추상적인 것으로서 이를 적용하는데 있어서 혼란을 야기할 수도 있다. 또한 제107조의 요소가 개별적으로 어떠한 경우에 공정이용이 방어수단으로 사용될 수 있는지에 관한 구체적인 지침을 제공하지 못한다. 제107조의 네 가지 요소를 실제로 적용하는 경우에 그 결과를 예측할 수 있는 것이 아니며, 동일한 케이스에서조차도 각 요소를 해석하고 적용하는데 있어서 다수의견과 소수의견이 달라지는 것도 여기에 기인한다. 그러나 바로 이같은 추상적인 성격이 공정이용의 원리가 존재하는 이유가 될 뿐만 아니라, 법이 존재하고 이를 법원이 적용하는데 있어서의 특성이라고 할 수 있다. 이러한 추상적인 요소를 법원으로 하여금 개별적인 사안의 특별한 상황에 적용시킴으로써, 공정이용의 원리는 저작권법상의 원리로서 계속 발전해 나갈 수 있다. 또한 공정이용의 원리가 개별적인 상황에 융통적으로 적용될 수 있게 됨으로써 저작권법이 미래의 새로운 기술이나 환경에도 쉽게 적응하는 것을 가능하게 하고, 따라서 법이 기술을 미처 따라 잡지 못하는 점을 극복할 수 있을 것이다. 그러나 이같은 공정이용의 원리의 유익한 기능을 수행할 수 있도록 하기 위하여서는 법원의 역할이 필수적으로 수반되어야 한다. 미국법상 공정이용의 원리는 저작권의 침해자가 가지는 여러 종류의 방어수단, 예컨대 권리태만(laches), 저작권남용(copyright misuse), 금반언(estoppel) 등과 함께 공평법(law of equity)에 속하는 것이다. 공평법의 영역에 속하는

것이기 때문에 법원의 역할은 매우 크다. 현재 공정이용의 원리가 미국 저작권법 제107조에 성문법으로 명문화되어 있지만, 이 조항은 1800년대 초중반부터 발전되어왔던 판례법을 그대로 반영한 것이다. 또한 이 조항이 명문으로 인정되었다고 해서 법원에 의한 해석이 제한된다거나 판례에 의한 지속적인 발전이 저해되는 것이 아니라고 1977년 저작권법의 입법역사가 분명히 밝히고 있다. 따라서 판례에 의하여 발전되어 왔고 앞으로도 계속 발전될 미국 저작권법상의 공정이용의 원리를 도입하는 경우, 대륙법에 바탕을 두고 있는 한국의 법원에 의하여 어떻게 적용될지가 가장 큰 문제점이다. 이러한 문제점이 해결되지 않는다면 공정이용의 원리를 도입하는 취지는 그만큼 감소될 것이다. 곧 미국과 같은 판례법 국가가 아닌 한국에서 한국의 법원이 과연 미국의 법원만큼 역할을 할 수 있을 것인가, 곧 비록 형식은 성문법이지만 판례법인 미국 저작권법 제107조를 수용할 수 있을 것인가가 문제된다. 미국 저작권법 제107조와 같은 일반적인 조항을 한국의 저작권법 체제에 도입한다는 것은 단순히 하나의 공정이용에 관한 조항을 도입하는 것이 아니라 공정이용에 관한 미국의 판례법 전반을 수용한다는 것을 의미한다. 따라서 한국에서의 사안을 판단함에 있어서 미국의 판례를 선례와 같이 참고하여야 하는 사태가 발생할 수도 있다. 따라서 공정이용의 원리를 도입하는데 있어서 과연 한국의 법원이 미국의 법원과 같은 역할을 할 수 있을 것인가, 곧 한국이 판례법국가의 성격을 얼마나 가질 수 있는가가 가장 큰 걸림돌이 될 것이다.

공정이용의 원리를 한국의 저작권법 체제에 도입하는 경우 저작인격권과 충돌할 가능성이 있다. 입법하는데 있어서 주의할 것은 공정이용과 저작인격권간의 관계를 설정하여야 한다는 점이다. 미국의 공정이용의 원리는 현재 미국의 저작권법상 제한적으로 인정되고 있는 저작인격권에 대해서도 다른 유형의 배타적인 저작재산권과 마찬가지로 적용되고 있다. 그러나 공정이용에 관한 일반규정의 입법을 고려하는데 있어서 저작인격권에 대해서는 공정이용의 원리를 제한적으로 적용하는 것이 고려되어야 한다. 왜냐하면 공정이용과 저작인격권은 본질적으로 서로 공존하지 못할 가능성이 있기 때문이다. 곧 첫째, 공정이용은 지적재산권법상의 원리이지만, 저작인격권은 지적재산과는 거의 관계가 없으며 저작자와 유형의 재산과의 관계를 규율하는 것이다. 둘째, 공정이용은 배타적인 저작재산권에 우선하는 이용을 허용하는 원리지만, 저작인격권은 배타적인 저작재산권보다 더 많은 보호, 따라서 공정이용에 의한 더 적은 제한을 받을 가치가 있는 일신전속적 권리 또는 일신전속적 재산권이다. 셋째, 공정이용은 저작권법의 기본적인 목적, 곧 새로운 저작물의 창조를 증진하기 위한 목적에 의하여 인정되는 것이지만, 저작인격권은 예술적인 존중 또는 보존을 위하여 인정되는 것이기 때문에, 전자의 목적을 추구하기 위하여 공정이용을 적용하게 되면 후자의 목적이 무시될 가능성이 있다. 넷째, 저작권의 경제적인 목적을 증진시키고자 하는 공정이용의 분석 요소는 저작인격권에 의하여 보호되는 유형의 재산을 이용하는 것에 적용되는 경우 아무런 역할을 하지 못한다.

미국의 저작권법이 추구하는 제1차적인 목적은 저작물의 창작을 위한 동기를 제공함으로써 일반인이 저작물을 많이 이용할 수 있게 하는 것이며, 저작자의 이익을 보호하는 것은 본질적으로 악(evil)인 독점권을 인정함으로써 저작권법상의 제1차적인 목적을 달성하기 위한 인센티브를 부여하기 위한 것이라는 데 기초하고 있다. 미국의 저작권법은 대륙법상의 저작권법과 달리 그만큼 실용적인 것에 바탕을 두고 있으며, 저작인격권이 인정되고 있지만 인정되고 있는 분야는 시각예술저작물(works of visual art, 미국 저작권법 제106A조)에 한정된다. 따라서 공정이용의 원리와 저작인격권이 충돌하는 범위가 축소되

지만, 저작권권을 광범위하게 인정하는 대륙법에 바탕을 둔 한국의 저작권법 체제에 있어서는 양자가 충돌하게 될 범위는 확대된다. 만약 공정이용의 원리를 도입한다면 이러한 측면이 고려되어야 할 것이다.

## 2. 수용 필요성의 고려

공정이용의 원리는 저작권법 체제에서 매우 중요한 역할을 수행하며 이를 도입하는 경우 많은 장점들을 수반할 수 있다. 그러나 미국 저작권법상의 공정이용의 원리는 하나의 조항에 불과한 것이 아니라 판례법 그 자체라고 할 수 있고 공정이용의 원리가 그 기능을 잘 수행하기 위하여서는 판례법과 이를 만드는 법원의 역할이 매우 중요한데, 과연 한국의 법문화 내지 대륙법체제가 이를 수용할 수 있을까라는 의문이 제기된다. 이러한 고려사항이 전제되지 않고 입법을 하는 경우, 공정이용의 원리에 대하여 예상되는 역할 내지 기능은 상당히 감소될 것이어서 미국과 같이 훌륭하게 운영될 것이라고 기대할 수는 없을 것으로 보인다.

그렇다면 미국 저작권법상의 공정이용의 원리를 미국에서와 같은 법원의 역할을 할 수 없는 비판례법 국가인 한국에 도입하더라도 공정이용에 대하여 기대할 수 있는, 즉 미국에서와 같은 역할을 할 수 없을 것은 확실하다. 다만 공정이용의 원리가 도입되는 경우 위에서 논의한 바와 같이 일정한 역할, 특히 인터넷상에서의 역할을 기대할 수 있기 때문에, 기대만큼 미흡하더라도 도입을 적극적으로 고려할 가치는 있는 것으로 보인다.

## 3. 공정이용을 판단하기 위한 요소의 고려

공정이용의 원리를 한국의 저작권법에 도입하는 경우 이를 어떠한 방식으로 입법할 것인가, 저작권을 제한하거나 저작권에 대한 침해책임을 면제하는 규정과 어떠한 관계를 설정할 것인가가 문제된다. 공정이용의 원리는 저작권법이 저작권침해를 면제하는 개별적인 경우 이외의 전반적인 분야에 적용되는 일반적인 원리이다. 따라서 공정이용 여부를 판단할 수 있는 요소를 망라적(exhaustive)이지 않은 예시적(illustrative) 요소로서 규정하여야 할 것이다. 이를 위하여서는 미국 저작권법상의 네 가지 요소가 좋은 참고가 될 수 있다고 여겨진다. 물론 공정이용에 해당하는지 여부를 판단하기 위한 요소는 물론 이러한 네 가지에 한정할 필요는 없을 것이며, 저작권자와 저작물의 이용자간의 이해관계를 균형시킬 수 있는 기타 요소를 법원이 고려하도록 하는 것이 바람직할 것이다. 예컨대 공정이용은 선의나 공정한 거래를 전제로 하는 것이므로 저작물의 이용에 대한 선의(good faith)의 존재여부를 법원이 고려하게 하거나 산업계의 관행이나 관습 등과 같은 여러 요소를 법원이 고려할 수 있는 재량을 부여하는 것이 합당할 것으로 보인다. 따라서 법원이 공정이용을 판단하기 위한 예시적인 요소 이외의 요소도 판단할 수 있도록 하는 재량권을 법원에게 부여하여야 할 것이다.

다만 미국 저작권법상의 요소를 그대로 받아들일 필요는 없을 것으로 보인다. 위에서 논의한 바와 같이 저작물의 성격만 하더라도 미국의 법원마다 미묘한 차이점을 보이고 있으며 저작물의 성격을 비롯한 여러 요소들이 시대가 변함에 따라 약간 달라지고 있는 점을 고려한다면, 현행 미국의 저작권법 규정과

미국의 판례를 종합적으로 고려하여 공정이용 여부를 판단하기 위한 요소로서 규정하여야 할 것이다.

#### 4. 다른 제한 규정과의 관계

공정이용에 관한 일반조항을 도입하는 경우, 저작권을 제한하거나 저작권에 대한 침해책임을 면제하는 규정과의 관계를 어떻게 설정할 것이냐가 문제이다. 우선 공정이용에 관한 일반규정과 저작권을 제한하는 규정과의 관계는 아무런 문제점이 없다는 것이 지적되어야 한다. 왜냐하면 공정이용의 원리에 관한 일반 규정은 저작권의 제한 내지 면제를 위한 개별적인 규정이 적용될 수 없는 경우에 적용될 수 있는 것을 전제로 하기 때문이다. 이에 대해서는 미국의 저작권법이 매우 논리적으로 설명해줄 수 있는 것으로 보인다.

미국의 저작권법은 배타적인 권리의 다발(bundle of rights)을 제106조와 제106A조(시각예술저작물에 대한 저작권인격권)에서 부여한 후, 제107조 내지 제122조까지 저작권에 대한 제한을 가하고 있다. 따라서 공정이용의 원리의 일반적인 규정과 그 이외의 저작권에 대한 제한규정들은 병립하여 존재하고 있다. 이와 같이 병립하여 존재할 수 있는 것은 개별적인 저작권에 대한 제한규정이 적용될 수 없는 경우에 공정이용에 관한 규정이 적용될 수 있는 것이기 때문에 가능한 것이다.

공정이용의 원리가 한국의 저작권법 체제에 수용되는 경우 다음과 같은 두 가지를 예측할 수 있을 것으로 보인다. 첫째, 공정이용에 관한 규정이 현행의 망라적인 저작권 제한에 대한 규정이 적용될 수 없는 상황에 적용된다는 것이다. 바로 여기에 공정이용의 원리의 주된 장점이 있게 된다. 둘째, 공정이용에 관한 규정이 현재의 저작권 제한과 관련되는 규정에 대하여 보충적으로 적용되는 경우이다. 현재의 저작권 제한에 관한 규정은 그 규정이 적용될 수 있는 개별적인 경우에도 모든 쟁점을 해결할 수 없는 경우가 얼마든지 발생할 수 있다. 바로 이러한 경우에 공정이용에 관한 규정이 적용될 수 있는데, 대표적인 예로서 역분석을 들 수 있다.

따라서 한국의 저작권법에 도입하는 경우에도 저작권에 대한 개별적인 제한규정과 얼마든지 병립하여 존재할 수 있을 것이다. 곧 공정이용에 관한 일반규정은 저작권을 제한하는 기타의 규정이 적용될 수 없는 경우에 적용되거나 적용될 수 있는 경우에도 적용됨으로써, 양자는 조화롭게 적용될 수 있을 것으로 보인다.

#### 5. 통상마찰의 문제

공정이용에 관한 일반조항을 도입하는 경우 국제조약과의 관계 내지 통상마찰의 가능성을 고려할 필요가 있다. 공정이용에 관한 규정은 저작권법의 궁극적인 목적을 달성하거나 중요한 기능을 수행하지만, 저작권자의 배타적인 권리를 공정이용의 부분에 한하여 인정하지 않는 것과 마찬가지로이다. 따라서 공정이용의 원리는 저작권자에게 불리하고 오히려 저작물 이용자에게 유리한 것이다. 따라서 공정이용의 원리를 도입한다는 것은 저작권자의 권리가 강화되거나 그 범위가 확대되어가고 있는 현재의 인터넷 환경 내지 디지털 환경에서 오히려 저작권을 제한하는 측면을 반영하는 것이 될 것이다. 그러므로 저작권자의 입장에 있는 미국과 같은 선진국에게는 불리하고 저작물 이용자의 입장에 있는 한국과 같은 국가에



게는 유리한 입법이 될 것이다. 따라서 국익적인 측면에서만 판단하더라도 공정이용의 원리는 그 본래의 기능 이외에도 한국에게 유리한 점을 제공할 수 있을 것으로 보인다. 앞서 언급한 바와 같이 미국 행정부의 입장을 대변하였던 1995년의 White Paper는 저작물의 이용에 대하여 허락을 얻을 수 있는 경우에는 공정이용(fair use)이 되지 못하도록 하는 입장을 취하였다는 것을 고려한다면, 공정이용의 도입이 한미간의 통상마찰을 불러올 가능성도 있다. 그러나 다음과 같은 이유에서 통상마찰의 문제는 발생하지 않을 것이다.

첫째, 미국의 저작권법 자체가 공정이용에 관한 규정을 두고 있으며 공정이용의 원리는 저작물의 이용에 있어서 미국에서 오랫동안 매우 중요한 역할을 수행하여 왔다. 또한 미국 저작권법 제108조 이하에 있는 개별적인 규정이 TRIPs 협정을 위반한 것은 있었지만, 공정이용에 관한 미국 저작권법 제107조가 TRIPs 협정을 비롯한 국제조약을 위반한 것이라는 주장이 전혀 없었다.

둘째, TRIPs 협정은 저작권을 제한함에 있어서 (i) 특정의 경우에 한정하여, (ii) 저작물의 정상적인 이용과 충돌하지 않고서, (iii) 저작권자의 권리를 부당하게 손상하지 않는 한도에서 허용하고 있다(제13조). 따라서 이와 같은 3단계 테스트를 고려하여 미국의 저작권법 규정과 유사하게 한다면 문제될 것은 없을 것으로 보인다.

셋째, 특히 현재의 인터넷 환경에서 개별적인 저작권에 대한 예외규정에 해당하지 않는 경우에도 공정이용이 적용될 수 있음으로써 법적 불안정에 기한 거래비용을 감소시킬 수 있을 것이고 따라서 오히려 통상마찰을 감소시킬 수도 있을 것이다.

## 6. 법체계상 일반조항으로 도입의 현실적인 어려움

한국의 저작권법 체계는 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법, 한발 더 나아가다면 온라인디지털콘텐츠보호육성법 등으로 구성되어 있다고 할 수 있다. 따라서 공정이용에 관한 일반규정을 도입한다면 한국의 저작권법 체계에 모두 도입하는 것을 고려하여야 할 것이다. 그러나 이러한 전반적인 분야에서의 일괄적인 공정이용법리의 도입은 현실적으로 저작권자 및 저작권자들 단체의 강력한 반대에 부딪힐 염려가 있다. 제3장에서 고찰해 본 바와 같이 호주가 일반조항으로 공정이용(Fair use)개념을 도입하려다가 실패한 이유도 공청회 과정에서 권리자들이 강력한 반대에 부딪혔기 때문이다. 그래서 호주는 fair use를 도입하는 대신에 time-shifting, formation-shifting에 관한 추가적인 예외를 도입하여 비슷한 효과를 최소한 이나마 확보하고자 하였다. 호주가 영연방에 속하는 국가임에도 공정이용의 일반조항 도입이 좌절된 실례를 볼 때, 대륙법 체계를 가진 우리나라가 이용활성화를 위해 fair use 개념을 저작권법에 도입하려고 할 시에 권리자들의 반발은 호주보다 더 심각할 것임이 자명해 보인다. 따라서 이러한 예상되는 반발을 잠재울 수 있는 보다 엄밀한 논리와 법리의 정리가 요구된다고 하겠으며 도입시기의 선택에도 매우 신중을 기하여야 할 것으로 보인다.

## IV. 디지털 환경에서 공정이용 여부가 재검토되어야 할 사항

### 1. 서론

한국의 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법은 미국 저작권법 제107조와 같이 공정이용을 허용하는 일반적인 규정을 가지고 있지 않다. 그러나 공정이용의 원리는 인터넷에서 특별한 의미를 가질 수 있다. 예컨대 특정한 사이트에 대한 링크를 승낙을 받지 않고 삽입하거나 다운로드받은 저작물을 인쇄·저장·수정 등을 하면 저작권을 침해할 수 있다. 그러나 공정이용을 일반적으로 허용하는 규정이 존재한다면, 인터넷상에서의 이러한 행위는 공정이용으로서 저작권의 침해를 구성하지 않을 수 있다.

특히 P2P에 의하여 교환 내지 공유될 수 있는 파일의 대상에 소프트웨어가 포함되고 인터넷을 이용한 원격교육을 위하여 소프트웨어가 광범위하게 사용될 수 있다는 것을 고려한다면 공정이용의 원리는 한국에서 중요한 역할을 할 수도 있다. 왜냐하면 현재의 법규정에 의하여서는 이러한 쟁점을 해결할 수 없기 때문이다.

오늘날 공정이용의 원리가 그 기능을 발휘할 수 있는 주된 영역은 인터넷상에서의 저작물의 이용이다. 인터넷상에서도 저작권은 적절하게 보호받아야 하는 것은 당연하지만, 저작권이 침해되었는지 여부를 판단하는 것은 쉬운 일이 아니다. 그렇다고 하여 개별적인 경우마다 입법을 하는 경우, 그 입법은 기술의 발전을 따라잡지 못하게 될 가능성이 매우 높아서 개별적인 사안마다 입법에 의하여 개입하는 것은 한계에 직면하게 된다. 따라서 공정이용의 원리와 같은 일반적인 원리에 의하여 법이 미처 예정하지 못하였던 분야에 매우 융통적으로 적용될 수 있게 된다.

White House Information Infrastructure Task Force의 작업반인 Conference on Fair Use(CONFU)는 1996년 가을 디지털 이미지, 원거리상의 교육, 교육용의 멀티미디어 등에 대하여 공정이용에 관한 지침을 제안하였다. 이러한 지침들은 일정한 경우 학문이나 교육적인 이용, 원거리상의 교육에 저작물을 이용하는 행위, 교육적인 멀티미디어 프로젝트에 저작물을 이용하는 것을 공정이용으로 인정하고 있다. 이와 같이 제안된 지침들에 대하여 저작권자들은 지나치게 공정이용을 허용한다는 함에 반하여 온라인 이용자들은 오히려 지나치게 제한적이라는 입장을 취하였다. 이에 따라 CONFU는 1997년 중반 온라인상의 공정이용에 관하여 합의에 도달하지 못하였다는 것을 인정하였고, 1998년 11월에 출판된 최종보고서는 제안된 지침들의 역사 및 지위를 설명하고 있다. 따라서 이러한 지침들은 과거의 지침과는 달리 온라인상에서의 공정이용에 관한 적절한 정책이나 절차로 인식되고 있지 않다.

인터넷 내지 온라인상에서의 저작권의 침해와 관련하여 대표적으로 논의될 수 있는 것으로는 P2P에 의한 파일교환 및 기술적보호조치 등을 들 수 있다.

## 2. P2P와 공정이용

미국의 넵스터 케이스의 논리에 의하면, P2P에 의한 파일공유는 공정이용이 될 수 없다. 또한 소리바다에 대한 가처분에 의한다면, 비록 사안에 관한 논의에 나타나 있지는 않지만 그 결론만을 고려한다면, 저작권법이 컴퓨터프로그램보호법상 사적이용이 되거나 기타 저작권에 대한 제한 내지 저작권침해에 대한 면제사유가 되지 않는 것으로 보인다. 넵스터나 소리바다(1 및 2)는 모두 중앙서버가 일정한 역할을 하는 것을 전제로 한 판단이다. 넵스터 케이스에 의한 논리에 의한다면, 뉴텔라나 프리넷과 같이 중앙서버가 없는 경우에도 그대로 적용될 수 있을 것으로 보인다.

소리바다에 관한 한국 법원의 판단에 의하면, P2P 파일교환은 복제권 및 전송권 침해를 구성하게 된다. 법원은 P2P 파일교환이 사적복제에 해당하지 않는다는 것을 분명히 하였다. 그러나 P2P에 의한 파일교환에 적용될 수 있는 저작권에 대한 제한으로서는 사적이용에 관한 규정인데, 사적이용에 관한 규정을 P2P에 의한 파일교환에 적용시키게 되면 파일교환이 사적이용이 될 가능성이 매우 높다. 따라서 법원의 판단은 아날로그 입법의 산물인 사적복제에 관한 규정을 디지털환경에 정책적인 측면에서 적용하였다고 할 수 있고, 사실상 P2P파일교환에 대해서는 아날로그를 전제로 하는 사적이용에 관한 규정이 적용되기에는 부적합하다는 것을 인정할 수밖에 없다.

P2P 파일교환을 불법화하는 입법이나 법원의 판단은 근본적인 해결책이 될 수 없다. 왜냐하면, 첫째, 외국에 서버를 두고 P2P 서비스를 제공하는 것에 대해서는 입법에 의하여서도 전혀 통제할 수도 없으며, 둘째, P2P에 의한 파일공유를 전면적으로 봉쇄하기 위하여서는 인터넷 전체를 감시할 수밖에 없고, 그러면 개인의 프라이버시를 전면적으로 침해하는 결과를 야기할 것이며, 셋째, 입법에 의하여 인터넷 자체를 봉쇄하지 않고서 P2P 시스템을 전면적으로 봉쇄하는 것이 현재의 기술로서 가능한가에 대해서는 의문이 제기될 수밖에 없으며, 넷째, 입법에 의한 해결책도 법원에 의한 해결책과 마찬가지로 그 해결책이 기술의 발전을 따라 잡지 못하는 문제점에 접하게 되기 때문이다. 요컨대 P2P에 대한 입법적인 해결책도 법원과 마찬가지로 기술적인 변화에 대하여 신속하게 대처하는 것은 사실상 불가능에 가깝게 된다.

이와 같이 입법 및 법원에 의한 해결은 한계에 직면할 수밖에 없다. 그러나 P2P 문제에 대한 해결을 아예 불가능하게 하기보다는 일정한 입법에 의하여 해결할 수 있는 가능성이 모색될 수 있는데, 바로 이것이 공정이용의 원리이다. 물론 공정이용의 원리가 모든 문제를 명확하게 해결해 주는 것은 아니다. 그러나 현재 사적이용정도의 규정만이 적용될 수 있는 한국의 상황에서는, 공정이용의 원리는 P2P 문제를 해결하는데 일정한 역할을 할 수 있을 것이다. 순수하게 개인과 개인이 1:1로 파일을 교환하고 교환된 파일이 제3자에게 유포될 가능성이 없다면(예컨대 소리바다에서 받는 파일과 주는 파일을 달리 설정하여 주는 파일을 공란으로 남겨놓는 경우), 사적이용의 규정이나 공정이용의 원리에 의하여 모두 허용되는 행위가 될 것이다. 또한 파일을 받은 자가 이를 제3자와 다시 공유하는 경우, 사적이용이 될 수 있다고 판단할 수 있을 뿐만 아니라 될 수 없다고 판단내리는 것도 가능하다. 그러나 공정이용의 원리에 의한다면, 제3자에 대한 유포가능성이 매우 높은 경우에는 공정이용이 될 수 없다고 판단하여 저작권이 침해된다고 할 수 있을 것이다. 따라서 공정이용의 원리는 이러한 한도에서 일정한 역할을 할 수 있을 것으로 보인다.

### 3. 기술적 보호조치

저작권에 대한 제한 내지 침해책임의 면제와 관련하여서는 두 가지 시점, 곧 현재와 같이 기술적 보호조치에 의하여 접근권이 간접적으로 인정되지 않고 있으며 임시적 복제개념도 인정되지 않는 경우와 이러한 권리들이 인정되는 경우로 나누어 판단하여야 할 것으로 보인다. 또한 내용적인 측면에서 판단한다면, 저작권에 대한 제한 내지 침해책임의 면제에 관하여 좀 더 상세하게 규정하는 것과 새로운 제한 내지 면제사유를 추가하는 것으로 나누어볼 수 있을 것이다. 우선 후자와 관련하여서는 저작권에 대한

제한의 일반적인 논의와 마찬가지로 개별적인 제한 내지 면제 사유를 계속하여 세밀하고 명확하게 규정하는 작업이 필요할 것이다.

새로운 제한 사유의 추가나 일반인의 접근보장을 위해서는 공정이용의 원리에 대한 논의를 할 수밖에 없는 것으로 보인다. 물론 임시적 복제에 대해서는 현행법상의 사적이용에 관한 규정에 의하여 대부분 침해책임이 면책될 것이다. 그러나 사적이용에 관한 규정은 아날로그기술을 전제로 한 것이어서 공정이용의 원리만큼의 역할을 기대할 수 없다. 따라서 공정이용의 원리가 필연적으로 논의될 수밖에 없다. 우선 첫째로, 현행법상 프로그램저작권에 대한 제한사유는 망라적인(exhaustive) 것이어서 제한규정이 해당되지 않는 사유에 대해서는 저작권이 제한될 수 없으므로, 일반인의 저작물 이용이 허용되어야 하는 상황에서도 제한될 수밖에 없다. 공정이용의 원리는 기존의 저작권에 대한 제한규정에 대하여 보충적으로 적용될 수도 있으므로, 저작권자와 저작물 이용자간의 권리관계의 균형을 꾀할 수 있는 장점이 있게 된다. 따라서 임시적 복제나 접근권이 인정되는 등 저작권자의 권리가 강화되고 저작물 이용자의 권리가 상대적으로 약화되는 상황이 아닌 경우에도, 공정이용의 원리는 그 역할 내지 기능을 발휘할 수 있는 여지가 얼마든지 있게 된다.

둘째, 접근권이 인정된다면, 그 방법론은 미국의 DMCA나 유럽연합의 저작권지침에서와 같이 직접적으로 배타적인 권리로서 인정되는 것이 아니라 기술적 보호조치의 보호를 수반하는 방법을 따르게 될 것이다. 이 경우에는 저작물 이용자의 권리, 곧 저작물에 대하여 일반인이 접근할 수 있는 것이 상당히 제한될 수 있다는 것은 논의하였다. 이 경우에 발생하는 쟁점은 과연 저작물을 공정이용하는 것과 같이 저작물을 공정이용하거나 기타 현행법상 허용되어 있는 이용을 하기 위하여 저작물에 대하여 공정하게 접근하는 것이 일반인에게 허용되어야 하느냐 여부이다. 저작권법 체제에 의하여 보호되지 않는 저작물이나 저작물을 적법하게 사용할 수 있는 경우임에도 불구하고 이러한 저작물에 대하여 기술적 보호조치를 적용시킴으로써 저작물에 대한 접근자체를 불가능하게 하여 저작물을 이용할 수 없게 된 경우, 일반인들은 과거에 저작권법 체제에 의하여 보호될 수 없는 저작물을 접근권이 인정됨으로써 이제는 이용할 수 없는 결과가 된다. 따라서 저작물이 보호되는 범위는 확대되는 반면에 저작물 이용자의 권리는 그만큼 축소되는 결과가 된다. 이러한 상황의 도래는 분명 방지하여야 할 것이다.

미국 저작권법 제1201조 (c)항은 “이 조항에서의 어떠한 것도 연방 저작권법상의 권리, 구제수단, 제한, 저작권 침해에 적용될 수 있는 공정이용을 포함한 방어에 영향을 주어서는 안된다”고 규정하고 있는데, 이 규정의 해석에 대해서는 미국에서도 매우 애매한 상황이 전개되고 있는 것으로 보인다. 먼저 이에 대해서는 저작물에 대한 접근을 봉쇄할 수 있는 권리는 저작권과는 별개의 것이고, 따라서 저작권에 대한 제한원리로서 기능하는 공정이용의 원리가 접근권에 대해서는 적용되지 않는다는 것이 일반적인 입장인 것으로 보인다. 만약 이러한 논지가 견지된다면, 위에서 논한 바와 같이 일반인이 저작물을 이용할 수 있는 권리는 접근권이 인정되지 않았던 시대보다 훨씬 더 제한될 것이다.

이러한 입장과는 반대로, 접근권을 강력하게 주장하는 Ginsburg 교수는 공정이용의 원리가 접근권에 대해서도 인정되어야 한다는 입장을 취하고 있다. 매우 타당한 입장이다. 다만 이를 어떻게 실현시킬 수 있을지가 문제이다. 왜냐하면, 저작물의 이용이 허용되는지 여부는 일단 저작물에 접근한 후나 결정될 수 있는 일이고 따라서 저작물에 접근하기 전에는 저작물에 대한 공정이용이 되는지 여부를 확인할 수 없기 때문이다. 다만 앞으로 임시적 복제개념이나 접근권의 인정을 위한 한국에 대한 압력은 있을 수밖에

에 없을 것이고, 만약 접근권이 인정된다면 공정이용을 위하여 저작물에 접근할 수 있다는 것은 분명히 인정되어야 할 것이다.

## 제6장 디지털저작물에의 용이한 접근 및 권리처리를 통한 이용활성화 방안

### I. 이용자의 권리로서 접근권

미국의 연방헌법상의 저작권에 관한 수권규정[U.S. Const. art. I, § 8]은 학문의 증진, 일반인의 공유영역의 보존, 저작자의 보호라는 세 가지의 정책목표를 추구하고 있는데, 이러한 정책목표 외에도 목시적인 접근권(implied right of access)이 제4의 정책목표로서 추구되고 있다고 주장되고 있다.<sup>192)</sup> 이러한 목시적인 접근권에 의하여 저작자는 배타적인 권리를 부여받는 대가로 일반인이 자신의 저작물을 이용할 수 있도록 하는 것에 동의하게 되고 학문의 증진은 이러한 접근권에 의존하게 된다는 것이다. 따라서 저작권에는 저작권자가 법적으로 독점적인 권리를 부여받음으로써 얻게 되는 이익에 필수적인 조건으로서 일반인의 접근권(right of public access)이 수반된다.

공표된 저작물에 대한 일반인의 접근(public access)의 보장은 저작권법의 전통적인 목적이 되어 왔다. 인쇄된 공표물은 도서관에 의하거나 그 복제물을 개인적으로 구입함으로써 일반인들이 저작물에 접근하는 것이 보장되었다. 뿐만 아니라 저작물에 담겨있는 사회적·문화적인 기록은 계속하여 보존된다고 여겨지는 것이 일반적이었다. 그러나 점점 더 많은 출판자나 저작물 제작자들이 디지털환경으로 인하여 자신의 경제적 이익이 손상될 수 있다고 하여 저작물에 대한 접근허용을 꺼려하게 됨으로써, 저작물에 대한 일반인의 접근이나 저작물이 언제든지 이용될 수 있다는 일반인의 관념은 기술적 보호조치에 의한 접근권의 인정으로 인하여 위협받고 있다.

사실상 접근권이라는 관념은 기술적 보호조치에 관한 입법이 행하여지기 전에는, 기술적 보호조치에 의하여 저작권자가 적법하게 획득된 복제물에 접근을 통제하고 제한하고 금지하는 권리가 아니라, 저작권에 의하여 보호되는 저작물을 일반인이 이용할 수 있다는 것을 의미하는 것이었다.

이러한 공중의 접근권은 기술적 보호조치와 관련된 접근권의 인정에 의하여 심각하게 손상될 위기에 처해 있다. 사실상 기술적 보호조치를 통하여 인정되는 저작권자의 접근권은 일반인이 저작물에 접근하는 것과 구별되는 것으로서, 저작자의 접근권과 저작물에 대한 일반인의 접근은 사실상 서로 대립되는 관계에 있다. 왜냐하면 저작자의 접근권이 강력하게 인정될수록 저작물이 일반인이 접근하는 것을 그만큼 제한되기 때문이다. 현재 미국의 법원은 저작물에 대한 접근을 통제하는 기술적 보호조치를 무력화하는 것에 대해서는 저작권의 침해에 대하여 인정되는 공정이용이 적용되지 않는다는 입장을 취하고 있다. 저작권자에게 접근권이 인정되는 것에 대응하여 공정이용이 적용되지 않는다면, 그동안 일반인들이 자유로이 이용할 수 있었던 저작물도 이용할 수 없게 되어 저작물에 대한 일반인의 접근이 심각하게 손상받을 것이다.

### II. 디지털 권리소진의 원칙에 관한 합의 도출

---

192) L. Ray Patterson & Stanley W. Lindberg, The Nature of Copyright: A Law of Users' Rights 52-55 (1991).

## 1. 서론

저작권과 관련된 인터넷상 쟁점 중에 그 해결이 시급하게 요구되고 있는 쟁점이 바로 디지털환경에서 최초판매의 원리(first sale doctrine)가 어떻게 적용되어야 하는가이다. 최초판매의 원칙은 저작권자가 저작물의 복제물을 최초로 배포하고 이에 대하여 보상을 받은 경우 저작권자가 그 복제물을 처분하는 것에 대하여 통제할 수 있는 권리를 종료시키는 원칙이다. 곧 그 복제물이 최초로 판매되어 구매자가 소유권을 획득한 경우, 그 복제물에 대한 저작권자의 권리는 완전히 행사된 것이며 따라서 그 복제물이 추가적으로 판매되는 것을 통제할 저작권자의 권리는 중지된다. 추가적인 판매에 대하여 저작자가 통제할 수 있도록 한다면 양도 및 거래를 위한 권리 등 사유재산권을 부당하게 침해하게 되므로 이를 방지하기 위한 것이다. 만약 최초판매원칙에 의한 저작권의 제한이 존재하지 않는 경우, 저작물의 복제물을 소유한 자는, 저작권자의 동의없이, 복제물을 전시하거나 판매할 수 없게 될 것이다. 또한 일단 판매된 저작물의 복제물의 시장(aftermarket)은 최초판매원칙에 의하여 저작권자로부터 저작물의 복제물을 직접 구입할 수단이나 기회를 가지지 못한 일반인들도 복제물을 구입할 수 있게 된다.

그런데 디지털환경하에서는 최초판매의 원칙이 적용되지 못할 가능성이 발생하고 있다. 곧 첫째, 디지털 저작물에 대하여 최초판매의 원칙이 적용되는 것에 대해서는 논란이 되고 있으며, 둘째, 저작물의 복제물에 대한 거래를 판매(sale)가 아닌 사용허락(licensing)에 의하여 소유권을 저작자에게 유보시켜 최초판매의 원칙을 회피할 수 있으며, 셋째, 기술적 보호조치에 의한 접근권(access right)에 의하여 최초판매의 원칙이 적용되지 못할 수 있게 되었다. 디지털환경하에서의 최초판매의 원칙에 관한 문제는 Shrink-wrap 라이선스의 유효성과 접근권의 인정 등에 관한 쟁점과 더불어 그 해결책이 모색되지 않는다면, 인터넷상에서의 디지털콘텐츠의 유통은 상당히 저해될 것이고 따라서 전자상거래의 활성화에 큰 걸림돌이 될 뿐만 아니라 저작권법이 추구하는 저작권자와 저작물 이용자간의 이해관계의 정교한 균형(delicate balance)이 와해될 것이다.

## 2. 디지털 송신에 대한 최초판매의 원칙의 적용여부

### 가. 적용불가능론

디지털 저작물이나 인터넷상 저작물의 복제물을 송부하는 것에 대해서는 최초판매의 원칙이 적용될 수 없다는 근거로서 다음과 같은 세 가지가 제기되고 있다.<sup>193)</sup>

#### (1) 복제권 및 최초판매이론

인터넷상에서 저작물의 복제물을 송부함에 있어서는 수신자 컴퓨터의 하드 드라이브에 저장되거나 최소한 RAM에 저작물이 복제되고 따라서 저작권자의 복제권이 관련되므로 최초판매의 원칙이 적용되지 않

---

193) Keith Kupferschmid, Lost in Cyberspace: the Digital Demise of the First-Sale Doctrine, 16 J. MARSHALL J. COMPUTER & INFO. L. 825, 832-853 (1998).

는다는 주장이다. 이러한 주장은 하드 드라이브에 저장되는 경우에는 당연히 저작물이 복제되는 것이며 미국이나 유럽연합의 경우 RAM에서 행하여지는 복제도 저작물이 복제되는 것으로 인정되므로, 따라서 모두 복제권이 관계되며 배포권을 침해하는 것에 대해서만 적용되는 저작권 제한사유인 최초판매의 원칙은 항변사유가 될 수 없다는 것에 기초한다. 따라서 수신자 컴퓨터에서 저작물이 복제되는 경우에는 최초판매의 원칙은 적용되지 않으며 저작권의 침해를 주장하게 된다.

## (2) 특정의 복제물 및 최초판매이론

컴퓨터간에 저작물을 송·수신하는 것이 복제권을 침해하는 것과 관련되지 않는다고 할지라도 수신자의 컴퓨터에 존재하게 되는 복제물은 송신자가 소유하고 있었던 ‘특정의 복제물’이 아니기 때문에 최초판매의 원칙이 적용될 수 없다고 주장되고 있다.<sup>194)</sup> 저작물의 복제물이 어느 컴퓨터에서 다른 컴퓨터로 송부되는 경우, ‘원복제물(original copy, source copy)’은 송부자의 컴퓨터에 여전히 남아 있음에 반하여 ‘원복제물의 복제물(duplicate copy)’이 수신자의 컴퓨터에 송부된다. 이러한 ‘제2세대 복제물(second-generation copy)’은 송부자의 컴퓨터에 남아 있는 원복제물과는 구별되는 별도의 복제물이며, 최초판매의 원칙은 특정의 복제물에 대하여 적용되는 것이지 특정의 복제물에 기초하여 다시 만들어진 제2세대의 복제물에 대하여 적용되는 것은 아니다. 최초판매의 원칙은 복제물의 소유자가 그 복제물을 배포할 수 있는 무한한 권리를 부여하는 것이 아니라 그 소유자가 보유하고 있는 특정의 복제물을 배포하는 것에 대해서만 적용되기 때문이다. 따라서 전송되는 복제물이 이용자가 보유하고 있는 특정의 복제물이어야 한다는 최초판매의 원칙의 요건은 충족되지 않으며, 이 경우에 최초판매의 원칙이 적용되기 위해서는 송부자가 보유하고 있는 특정의 복제물이 수신자에게 송부되고 송신자의 컴퓨터에는 그 특정의 복제물이 더 이상 남아 있어서는 안된다. 결국 디지털 저작물이 인터넷상에서 송부되는 경우에는 최초판매의 원칙이 적용되지 않는다는 결과가 된다. 수신자의 컴퓨터에서 제2세대 복제물이 만들어지지 않으면서 송신자가 보유하고 있는 특정의 복제물이 바로 수신자의 컴퓨터로 송부되는 기술이 존재한다면 최초판매의 원칙이 적용될 수도 있겠지만, 현재에는 디지털 저작물의 송부와 관련하여 최초판매의 원칙이 적용될 수 있는 기술적인 수단이 존재하지 않는다.

## (3) 디지털송신과 최초판매원칙의 목적

디지털송신에 대하여 최초판매의 원칙을 적용시키는 경우에는 최초판매의 원칙이 추구하고자 하는 목적이 손상된다거나 최초판매의 원칙과 인터넷상에서의 송신은 양립할 수 없다고 주장되는데, 이러한 주장은 다음과 같은 두 가지의 정책목표와 관련하여 논의되고 있다. 첫째, 최초판매원칙의 목적은 판매된 저작물의 복제물을 양도하거나 기타 거래하는 것을 증진시키기 위한 것인데, 최초판매원칙의 이러한 목적과 저작권자의 상업적인 이익을 보장하려는 목적간에는 균형이 잡혀져 있다고 할 수 있다. 예컨대 최초판매의 원칙에 의하여 저작권자의 이익이 손상받는 경우에는 음반이나 프로그램에 대하여 최초판매원칙이 적용되는 것이 제한된다.<sup>195)</sup> 그런데 저작물의 복제물을 소유하고 있는 인터넷 이용자는 그 복제물을

194) Keith Kupferschmid, Lost in Cyberspace: the Digital Demise of the First-Sale Doctrine, 16 J. MARSHALL J. COMPUTER & INFO. L. 825, 844-45 (1998).



매우 용이하고 저렴하며 신속하게 복제할 수 있게 되어 디지털 송신에 대하여 최초판매의 원칙이 적용된다면 해적행위의 위험성은 매우 커지게 되고 따라서 저작권자가 자신의 저작물을 상업적으로 이용하는 것을 손상시킬 수 있다. 따라서 디지털 송신에 대하여 최초판매의 원칙을 적용한다면 지금까지 최초판매원칙이 유지시키고자 하였던 저작권자와 저작물 이용자간의 균형이 파괴된다는 것이다.

둘째, 최초판매의 원칙이 추구하는 목적은 일단 판매된 저작물의 복제물에 대한 양도나 거래를 증진시킴으로써 저작물이 많이 이용되도록 하기 위한 것인데, 디지털 송신에 대하여 최초판매의 원칙을 적용시킨다면 오히려 이같은 목적이 좌절될 수 있다는 것이다. 곧 최초판매의 원칙이 적용되는 경우, 해적행위의 만연을 우려하는 저작자들은 인터넷상에서 저작물을 제공하기보다는 전통적인 방법에 의하여 저작물을 배포하고자 할 것이고 따라서 저작물 이용자들이 특정의 저작물을 획득함에 있어서는 더 어려워지거나 더 많은 시간이 소요되거나 더 많은 비용이 소요될 수 있게 된다.

#### 나. 적용불필요성: 디지털 송신은 배포가 아니라는 견해

인터넷상에서의 송신은 배포가 아니며 따라서 최초판매의 원칙이 적용될 여지가 없다고 주장되고 있다. 곧 배포가 이루어지기 위하여서는 물리적인 객체(material object)가 어느 위치에서 다른 위치로 이동하여야 하는데, 인터넷을 이용하여 어느 컴퓨터에서 다른 컴퓨터로 저작물의 복제물을 송신하는 행위는 물리적인 객체를 어느 위치에서 다른 위치로 이동시키는 것이 아니라 저작물의 복제물 자체가 송부하는 컴퓨터와 수신하는 컴퓨터에 존재하는 결과에 불과하다는 것이다.<sup>196)</sup> 이러한 주장은 미국 연방저작권법 제106조의 배포권에서 언급되는 물리적인 객체, 제101조의 복제물 및 음반의 정의에 기초하는 것이다. 인터넷상에서의 송신이 배포가 아니라는 주장에 대해서는 물리적인 객체 자체가 어느 위치에서 다른 위치로 이동하는 경우에만 배포가 된다는 주장은 잘못되었다는 반론이 강력하게 제기되고 있다. 곧 저작권법은 배포가 이루어지지 위하여 물리적인 객체가 어느 컴퓨터로부터 다른 컴퓨터로 이동할 것을 요구하지 않으며, 저작물을 나타나게 하는 물리적인 객체가 다른 자에게 전달되는 경우에는 언제든지 배포권이 침해될 수 있다는 것이다. 또한 배포가 이루어졌는지를 결정함에 있어서 고려하여야 할 사항은 ‘저작물’이 어느 위치에서 다른 위치로 전송되었는가지지 물리적인 객체가 어느 위치에서 다른 위치로 전송되었는가가 아니며, 따라서 전송된 저작물의 수신자가 저작물을 나타나게 하는 물리적인 객체를 소유하고 있는 한 배포가 행하여졌다는 것이다. 인터넷상에서의 송신이 배포에 해당한다는 것에 대해서는 디지털의제에 대하여 미국 행정부의 입장을 나타내는 White Paper<sup>197)</sup>와 여러 판례들<sup>198)</sup>이 제시되고 있다. 인터넷상에서의 송신이 배포에 해당한다면 최초판매의 원칙이 적용되는지 여부가 문제될 수 있으며, 위에서 논의한 바와 같이 인터넷상의 송신은 최초판매의 원칙의 요건을 충족하지 않는다고 할 수 있다.

195) 저작권법 제43조 제2항, 컴법 제19조 2항, 미국 연방저작권법 제109조 (b)항.

196) Timothy Bliss, Computer Bulletin Boards and the Green Paper, 2 J. INTEL. PROP. L. L. 537, 546 fn.56 (1995).

197) Information Infrastructure Task Force Working Group on Intellectual Property Rights, Intellectual Property Rights and the National Information Infrastructure, app. (Sep. 1995).

198) 예컨대 Playboy Enterprises, Inc. v. Frena, 839 F. Supp. 1552, 1554 (M.D. Fla. 1993).

## 다. 적용가능론

### (1) 복제물에 대한 소유권 이전

디지털 송신에 대하여서도 최초판매원칙이 적용될 수 있다는 근거로서 디지털 송신에 의하여 유형의 복제물이 고정된다는 것이 제시되고 있다.<sup>199)</sup> 곧 수신자의 컴퓨터에 유형의 복제물이 만들어진다는 것을 인식하면서 의도적으로 디지털 송신에 종사하는 저작권자는 그 복제물의 소유권을 수신자에게 합법적으로 이전시킨다는 것이다.

### (2) 최초판매원칙의 정책목표

저작권법과 최초판매의 원칙을 형식적으로 적용하지 않고 그 기본원리에 따라서 적용하는 경우 디지털 전송에 최초판매의 원칙이 적용된다고 주장되고 있다.<sup>200)</sup> 곧 디지털기술이 개발되었다고 하여 저작권법상의 원리가 변경되어야 하는 것은 아니며 따라서 최초판매의 원칙도 그 기본원칙에 따라 디지털환경에서 적용되어야 한다는 것이다. 최초판매의 원칙은 저작권자에 대하여 보상을 제공하자는 것과 재산권의 무제한적인 양도를 보장하는 것을 균형시키고자 하는 것으로서, 디지털저작물을 전송시키는 현대적인 기술을 사용함으로써 이전되는 저작물이 이용자의 특정의 복제물이 아니며 이러한 전송에 의하여 저작권자의 복제권이 관련될지라도 최초판매의 원칙을 무시할 정도로 저작권법을 협소하게 해석해서는 안된다는 것이다.

### (3) 재산적 이해관계의 대상과 최초판매의 원칙

최초판매의 원칙은 이전되는 재산적 이해관계의 범위에 초점을 맞추는 것이지 재산적 이해관계의 대상이 되는 동산이나 부동산의 성격에 초점을 맞추는 것이 아니라는 것에 기초하여 최초판매의 원칙이 디지털전송에 적용된다고 주장되고 있다.<sup>201)</sup> 저작물이 디지털적인 대상으로서 나타난다는 이유만에 의하여 적법하게 소유된 저작물에 대하여 최초판매의 원칙을 적용하지 않는 것은 최초판매의 원칙의 정신과 모순된다는 것이다. 저작물의 복제물을 처분하여 보상을 받은 경우 저작권자가 최초판매에 의하여 배포권을 행사하는 것은 단순히 물리적인 객체를 처분하는 것이 아니라 그 물리적인 객체에 고정되어 있는 저작물에 대하여 접근할 수 있는 권리를 처분하는 것이고, 따라서 최초판매에 의하여 처분하는 것은 바로 저작물에 대하여 접근할 수 있는 권리이며 처분하는 것이 유형적 수단에 의하는가 아니면 무형적 수

---

199) Reply Comments of the Library Associations Before the Library of Congress, The United States Copyright Office and The Department of Commerce, National Telecommunications and Information Administration, Washington, D.C., Inquiry Regarding Sections 109 and 117 (Sept. 5, 2000).

200) *Id.*

201) Reply Comments of the Library Associations Before the Library of Congress, The United States Copyright Office and The Department of Commerce, National Telecommunications and Information Administration, Washington, D.C., Inquiry Regarding Sections 109 and 117 (Sept. 5, 2000).

단에 의하는가는 관계없다는 것이다.

#### (4) 최초판매의 원칙과 저작자의 권리

저작물이 사회에서 계속 배포될 수 있도록 하기 위한 최초판매원칙의 목적은 지적재산권을 보호하는 것에 대하여 우선하여야 하는 것에 기초하여 최초판매의 원칙이 디지털 저작물에도 적용되어야 한다고 주장될 수 있다.<sup>202)</sup> 곧 저작물의 복제물을 양도할 수 있게 됨으로써 일반인들이 받는 이익은 저작물에 대한 영구적인 통제권을 부여함으로써 저작권자가 가지게 되는 동기보다 중요하며 따라서 디지털 저작물에 대해서도 최초판매의 원칙이 적용되어야 한다는 것이다.

### 3. 디지털 최초판매원칙의 제안

미국에서는 DMCA 이후 DMCA의 영향과 관련된 논의에서 디지털 최초판매의 원칙(digital first sale doctrine)이 제안되었다.<sup>203)</sup> 디지털 최초판매의 원칙은, 송부자의 복제물이 자발적으로 또는 기술적 수단에 의하여 자동적으로 제거하거나 무력하게 하는 것을 조건으로 하여, 일반적으로 인터넷을 통한 저작물의 송부를 허용하는, 곧 최초판매의 원칙이 디지털 전송의 경우에도 적용되는 저작권에 대한 예외를 의미한다. 따라서 디지털 최초판매의 원칙이 적용되기 위하여서는 복제물의 송신자가 그 복제물을 송신하는 동시에 자신이 보유하고 있던 원복제물을 제거하거나 무력화하는 것(simultaneous destruction or disablement)을 전제로 한다.

디지털 최초판매원칙이 인정되는 근거에 대하여 이 원칙을 옹호하는 대표적인 단체인 Digital Media Association(DiMA)의 주장을 중심으로 하여 살펴보기로 하자.<sup>204)</sup> 첫째, 최초판매의 원칙은 적법하게 획득된 저작물에 대한 양도나 거래를 제한하는 것을 억제하고자 하는 정책에 바탕을 두는 것으로서, 저작자가 복제물을 최초로 판매함으로써 저작물을 창작할 경제적인 동기는 충족된 것이고 따라서 그러한 동기를 제공하기 위하여 복제물의 양도에 대하여 제한을 가하는 것은 불필요한 것이 된다. 저작권법이 추구하는 정책목표는 저작권자의 경제적 이익을 확보하는 것도 포함하지만 주된 정책목표는 공공의 이익에 봉사하는 것이다. 따라서 전자상거래를 촉진하기 위하여 디지털 전송에 의하여 저작물을 구매하는 소비자들도 실제세계에서 책이나 CD를 구입하는 것과 같이 자신이 투자하는 것에 대하여 동일한 가치(디지털 복제물의 재판매)를 받을 수 있다는 것이 보장되어야 한다.

둘째, 최초판매의 원칙은 저작물의 유포를 촉진하므로 디지털 전송의 경우에도 인정되어야 한다. 디지털 최초판매의 원칙이 인정되지 않는다면, 도서관 등이 저작물을 구할 자원이나 기회를 가지고 있지 않은

202) Victor F. Calaba, *Quibbles 'N Bits" Making A Digital First Sale Doctrine Feasible*, 9 MICH. TELECOM. & TECH. L. REV. 1, 17-18 (2002).

203) 제안자와 제안내용에 대하여 상세한 것은 Digital Millennium Copyright Act Study, Report Volume 2 (Public Comments) 참조. [http://www.copyright.gov/reports/studies/dmca/dmca\\_study.html](http://www.copyright.gov/reports/studies/dmca/dmca_study.html)에서 이용가능.

204) Reply Comments of the Library Associations Before the Library of Congress, The United States Copyright Office and The Department of Commerce, National Telecommunications and Information Administration, Washington, D.C., Inquiry Regarding Sections 109 and 117 (Sept. 5, 2000).

자들에게 디지털 저작물에 대한 접근을 제공하는 것이 감소하는 것과 같이, 정보의 자유로운 흐름을 방해한다. 또한 디지털 저작물에 최초판매의 원칙을 적용한다면 소비자들이 디지털 저작물을 도서관 등에 기부하거나 자원이나 기회를 더 적게 가진 자들에게 저렴한 가격을 판매하는 것을 가능하게 하므로, 가진 자와 가지지 않은 자간의 간격을 좁힐 수 있다.

셋째, 디지털 전송에 의하여 다운로드받은 디지털 저작물(digital copy)은 저작자가 제작하여 소비자에게 제공한 복제물과 개념적으로 다르지 않다. 따라서 저작권자의 동의에 의하여 컴퓨터에 만들어진 디지털 파일에 대하여 소비자가 소유권을 가지는 것은 당연하다.

넷째, 디지털 최초판매의 원칙이 인정되는 경우 디지털 파일을 전송한 후 원복제물을 삭제함으로써 디지털 전송과 물리적인 복제물(physical copy)을 배포하는 전통적인 배포가 모두 결과적으로 하나의 복제물만 남아 있게 되므로 양자는 유사하다.

다섯째, 디지털 최초판매의 원칙에 대한 반대의 핵심적인 내용은 이 원칙이 디지털 전송에 적용된다면 해적행위가 증가할 것이라는 것이다. 이에 대하여 옹호론자들은 소비자들이 적법하게 획득한 디지털 저작물을 재판매할 수 있는 권리에 의하여 저작물을 무제한적으로 복제하거나 배포하게 되는 것은 아니라고 하면서, 그 근거로서 수신자에게 데이터를 전송하는 즉시 전송자의 컴퓨터로부터 특정의 디지털 복제물이 기술적으로 삭제될 수 있으며, DRM과 함께 이러한 기술은 해적행위의 위험성을 감소시킨다고 주장하고 있다.

여섯째, 저작물의 이용이나 거래에 대하여 최초판매의 원칙을 적용하지 않고 제한을 가한다면 DeCSS나 DivX가 등장하는 것과 같이 디지털 방식으로 전송되는 매체에서의 전자상거래에 대한 제한으로 작용하게 된다.

#### 4. 디지털 최초판매원칙에 대한 비판

디지털 최초판매원칙에 대해서는 다음과 같은 여러 가지의 비판이 제기되고 있으며 아래에서 살펴보는 바와 같이 미국의 저작권법에 의하여 거부되었다. 첫째, 복제물의 전송자가 자신의 특정의 복제물을 실제로 제거하였는지를 저작권자나 법원이 확인하는 것이 불가능하거나 비현실적이다.

둘째, 복제물의 제거가 확인될지라도 복제물의 전송과 동시에 제거되었다는 것을 확인하는 것이 역시 불가능하거나 비현실적이다. 왜냐하면 전송자가 전송한 후에도 복제물을 보유하는 것은 매우 용이하며 최초판매의 원칙을 이용할 필요성이 있는 경우에 그때에 비로소 제거시킬 수 있기 때문이다.

셋째, 디지털 최초판매원칙이 수용된다면 저작권자들은 자신의 저작물을 해적행위로부터 보호하기 위하여 전송과 동시에 복제물이 제거되는가를 감시하여야 하는데, 이렇게 감시를 하게 된다면 프라이버시에 상반되는 결과가 야기될 뿐만 아니라 저작물의 양도를 촉진시키려는 최초판매원칙의 목적을 억제할 수도 있을 것이다.

넷째, 전송과 동시에 복제물이 제거되거나 무력화되도록 하기 위하여 저작권자는 기술(simultaneous destruction technology 또는 forward and delete technology라고 지칭)<sup>205)</sup>을 사용할 수 있는데, 디지털 최초판매원칙을 제안하는 측에서는 이러한 기술이 현재 존재한다고 주장되기도 하지만 존재하지 않

---

205) 이러한 기술은 복제물이 수신자의 컴퓨터에 성공적으로 전송된 경우 전송자의 컴퓨터로 하여금 복제물의 전송을 자동적으로 탐지하여 복제물을 삭제시키도록 한다.

는다고 비판받고 있다. 또한 이것이 가능할지라도 전송자는 이러한 기술을 무시하여 복제물을 보유할 수 있다.

다섯째, 복제물을 전송과 함께 제거하는 기술이 사용되는 경우, 도서관에 의한 복제(저작권법 제28조)와 같이 전송자가 복제물을 합법적으로 보유할 수 있는 경우를 고려하지 못하게 된다.

여섯째, 최초판매의 원칙이 적용되기 위하여서는 전송자가 보유하고 있는 ‘특정의 복제물(particular copy, 저작권법은 원작품이나 그 복제물, 컴법은 원프로그램 또는 그 복제물이라는 용어를 사용하고 있다)’이어야 하는데, 전송자가 소유하고 있었던 특정의 복제물은 제거되고 수신자의 컴퓨터에는 제2세대 복제물이 새로이 만들어지게 되므로 따라서 제2세대 복제물은 특정의 복제물이 아니다.

일곱째, 디지털 최초판매의 원칙이 적용되는 경우 전통적인 배포와 같이 하나의 복제물만 남아 있게 되므로 그 결과는 동일하지만 최초판매의 원칙이 추구하고자 하는 목적을 달성하지 못한다. 최초판매원칙이 추구하는 목적은 일반인이 저작물을 자유로이 양도하고 거래할 수 있도록 하는 것이지만 음반 및 컴퓨터프로그램에서와 같이[저작권법 제43조 제2항, 컴법 제19조 제2항 미국 연방저작권법 제109조 (b)항] 저작물을 정상적으로 이용하고자 하는 저작자의 이해관계와 충돌되는 경우에는 최초판매의 원칙이 제한된다. 따라서 최초판매의 원칙에 의한 일반인의 권능이 무제한적인 것은 아닌데, 디지털 최초판매의 원칙은 저작물의 정상적인 이용과 충돌하고 따라서 저작자의 적법한 이익에 부정적인 영향을 주게 되어 최초판매의 원칙의 목적을 좌절시키게 된다. 곧 디지털 저작물의 복제물은 아무리 복제되더라도 그 질적인 차이가 없게 되고 따라서 이러한 복제물들은 저작권자의 원복제물 시장에 부정적인 영향을 주게 된다.

## 5. 미국 저작권국의 입장

미국 의회도서관(library of congress)의 저작권국(Copyright Office)은 디지털 최초판매의 원칙의 수용을 거부하면서 최초판매의 원칙에 관한 연방 저작권법 제109조가 저작물을 디지털 송신하는 것에 대하여 적용되지 않는다는 입장을 취하고 있다.<sup>206)</sup> 디지털 송신과정에서의 최초판매의 원칙과 관련하여, 저작물의 복제물에 대한 합법적인 소유자가 디지털송신을 하는 경우, 저작물의 복제물이 제거되는 한도에서, 그 복제물을 디지털전송할 수 있도록 필요한 정도로 복제권, 공연권, 전시권에 명시적으로 적용될 수 있도록 연방저작권법 제109조(최초판매의 원칙)가 확대될 것이 제안되었었다. 저작권국은 이러한 제안을 다음과 같은 이유에서 거부하였다.

### 가. 디지털송신과 물리적인 복제물 이전의 유사성

첫째, 디지털 최초판매의 원칙의 근거로서 저작물의 디지털송신과 물리적인 객체를 이전하는 것이 유사하다는 것이 제시되었는데, 저작권국은 다음과 같은 이유에 의하여 설득력이 없다고 판단하고 있다.

(i) 디지털 송신과 물리적인 복제물의 이전이 유사하다는 것은 사실상 양자가 동일하다는 것(복제물이 하나만이 남게 된다는 것)이고, 디지털송신에 의하여 두 개의 복제물이 만들어지는 것을 방지하기 위하

206) U.S. Copyright Office, A Report of the Register of Copyrights Pursuant to § 104 of the Digital Millennium Copyright Act, 79, fn. 272 (2001).

여서는 송부자의 복제물이 자발적이거나 기술적 수단에 의하여 자동적으로 제거되어야 하는데, 현재의 시점에서 이것은 불가능하다는 것이다.

(ii) 디지털 송신과 물리적인 복제물의 이전간에는 많은 차이가 있는데, 디지털 송신은 저작권자가 제공하는 복제물 시장에 훨씬 많은 영향을 미치며 해적행위의 위험성을 증가시킨다는 것이다. 곧 디지털 최초판매의 원칙에 의하여 이용자들은 저작물의 복제물을 송부한 후에도 그 복제물을 보유할 수 있다고 오해하거나 의도적으로 이를 주장할 수 있으므로 복제권의 침해를 오히려 증가시킨다. 또한 중심서버(centralized server)가 없이 전송이 이루어지기 때문에 침해행위 및 침해에 대한 증거를 추적하거나 이에 대하여 구제수단을 제공하는 것은 매우 어렵게 된다.

#### 나. 디지털 최초판매의 원칙의 경쟁촉진적 효과

디지털 최초판매의 원칙이 허용되지 않음으로써 복제물의 전송(재판매)이 허용되지 않는 한도에서, 저작권자는 저작물의 전송을 제한하거나 금지할 수 있는 배타적 권리를 가지게 되고 따라서 새로운 복제물과 경쟁을 하게 되는 복제물의 재판매가 방해된다. 따라서 디지털 최초판매의 원칙은 경쟁촉진적 효과를 가진다고 주장되는데, 저작권국은 최초판매원칙에 의한 복제권의 제한에 따른 저작권자의 염려, 배포가 용이해짐으로써 야기되는 시장에 대한 손해, 법에 의하여 해적행위를 억제하는 것이 감소된다는 것 등이 디지털 최초판매원칙에 의하여 제공되는 경쟁촉진적인 이익에 우선한다고 판단하고 있다.

#### 다. 전자상거래의 발전

디지털 최초판매의 원칙을 제안하는 배경으로서 디지털 송신과 복제물의 물리적인 이전이 유사하여 다운로드받은 자료를 양도할 수 있다는 소비자의 기대가 매우 깊은 것이고 따라서 저작권법이 디지털 최초판매의 원칙을 인정하여 이러한 기대를 반영하지 않는다면 그러한 자료에 대한 거래에 손상을 줄 수 있다는 것이다. 이에 대하여 저작권국은 이러한 가정에 대한 경험적인 증거가 없으며 실제로 그렇다는 증거가 존재하지 않으며, 따라서 복제물의 양도에 대한 소비자의 기대나 전자상거래에 대한 영향을 주장하는 것은 추측일 수밖에 없다고 하고 있다.

### 6. 한국 법원의 입장

소리바다 사건에서 한국의 법원(항소심)은 파일을 다운로드받도록 하는 것이 배포에 해당하지 않는다는 것을 분명히 하였다. 소리바다 형사사건에서 검찰 측은 이용자가 피고의 서버에 접속하여 다른 이용자들이 하여금 다운로드받을 수 있는 상태에 두었을 때 배포행위가 시작되고 실제로 다운로드받았을 때 배포가 이루어졌다고 주장하였다. 그러나 법원은 저작권법상 ‘배포’의 개념(저 §2 xv)이 저작물의 원작품이나 그 복제물의 ‘양도 또는 대여’를 포함하는 것이고 양도 또는 대여는 저작물의 원작품이나 그 복제물의 점유이전을 수반하는 것이라는 것을 지적하면서, 파일교환 행위에 의하여 유형물의 점유이전을 수반하는 것이 아니므로 배포가 되지 않는다고 하였다. 가치분이의 항소법원도 이와 마찬가지로

배포권의 침해를 부인함으로써, 배포권의 침해를 인정한 1심판결의 결론을 뒤집었다. 1심법원은 채무자들의 파일공유 프로그램에 의한 이용자들의 파일공유 행위는 결과적으로 음을 유형물에 고정하여 양도하는 결과가 되어 배포권이 침해된다고 판시하였었다.

소리바다 사건의 판결들은 음반제작자 및 실연자에게 전송권을 인정하는 저작권법 개정안(저 § § 64조의 2, 67조의 3)의 발효일(2005년 1월 17일) 이전에 판시된 것으로서 전송권과 직접적으로 연관되는 것은 아니지만, 이용자들의 파일교환행위가 전송에 해당될 것이라는 것을 밝혔다. 곧 이용자들의 업로드 행위는 많은 다른 이용자들이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 수신하거나 이용할 수 있도록 저작물을 유선통신의 방법에 의하여 이용에 제공하는 것에 해당하여 전송행위로 볼 수 있다고 하였다.

## 7. 디지털 최초판매의 원리와 저작물 이용

인터넷을 바탕으로 하는 디지털환경의 등장으로 인하여 저작자가 저작물을 제공하는 방식은 상당히 바뀌었고 이에 따라 저작물 이용자의 저작물 이용행태도 마찬가지로 바뀌었다. 이 과정에서 최초판매의 원칙이 실제세계에서와 마찬가지로 디지털환경에서도 적용될 수 있는가가 문제되는데, 이 쟁점에 대하여 결론을 내리기에는 시기상조인 듯하다. 왜냐하면 디지털환경하에서 저작물, 특히 소프트웨어의 배포는 기술의 변화에 따라 급격히 변화·발전하고 있기 때문이다. 다만 디지털환경하에서 최초판매의 원칙과 관련하여 다음의 사항이 고려되어야 할 것으로 보인다. 첫째, 디지털환경하에서 최초판매원칙의 적용을 관철할 것인가 아니면 부정할 것인가를 판단함에 있어서 디지털환경하에서도 한편으로는 저작자에게 적절한 경제적인 이익을 제공하고 다른 한편으로는 판매된 저작물의 복제물이 광범위하게 배포될 수 있도록 함으로써 재창조의 기반을 제공할 수 있도록 하는 것이 쟁점을 해결하는 근본적인 목적이 되어야 할 것이다. 디지털환경에 최초판매원칙의 적용에 관한 쟁점이 적절히 해결되는 이상적인 모델에 의하면, 저작권자가 디지털 사회에 따른 복제 및 배포비용이 크게 감소된 것에 상응하는 저렴한 이용료에 따라서 저작물을 이용할 수 있어서 저작물 이용자들은 저작물(일시적 복제에 의한건 아니면 영구적 복제에 의한건)을 디지털시대 이전보다 보다 용이하고 저렴하게 더 많이 이용할 수 있게 되고, 저작권자는 투자에 상응하거나 그 이상의 수익에 의하여 비용을 회수할 수 있을 것이다. 그러나 비판론적인 모델에 의하면, 정보는 완전히 상품화되고 저작물에 접근할 때마다 많은 비용을 지급하게 되어 저작물에 기초한 추가적인 저작물의 창작은 크게 위축될 뿐만 아니라 저작권자도 자신의 저작물로 투자에 상응하는 수익을 회수할 수 없을 것이다. 이같은 낙관적, 비판적 예상 중에서 어느 쪽으로 흘러갈 것인지는 저작물 이용에 대한 시장, 접근을 통제시키는 기술발달의 정도, 저작물 이용에 대한 이용자들의 저작권에 대한 인식의 정도 등 여러 가지 요소에 의하여 결정될 것으로 보인다.

둘째, 디지털환경에 의하여 저작물의 복제하고 배포하는 방법이 근본적으로 바뀌었고 따라서 저작자가 경제적인 보상을 받을 수 있는 환경도 근본적으로 바뀌었다는 것을 고려하여야 할 것이다. 디지털환경에 따른 해적행위를 방지하기 위하여 일조할 수 있는 저작권자측의 방법으로서의 최초판매원칙의 적용을 제한하거나 배제하고 기술적 보호조치에 의하여 저작물에 대하여 접근을 통제하는 것이다. 최초판매의 원칙은 저작권자와 일반인의 이해관계를 균형시킨 것이고 소프트웨어나 판매용음반의 대여에 대하여 최초판매의 원칙의 예외가 인정되듯이 최초판매의 원칙이 관철되는 경우에 저작권자의 이익이 크게 손

상되는 경우에는 원칙의 적용이 제한될 수 있으므로, 인하여 저작물 이용자의 이익이 손상되지 않도록 하는 것을 전제로 하여 최초판매원칙의 제한가능성도 고려되어야 할 것이다. 다만 저작권자는 자신의 저작물을 보호하기 위하여 사용허락의 구조에 의하여 거래를 하거나 기술적 보호조치를 적용할 수 있고 한 발 더 나아가 사용허락을 기술적 보호조치에 의하여 관철시킬 수 있는 위치에 있어서 저작권자가 과도하게 보호될 수 있는데, 최초판매의 원칙이 제한된다면 저작권자의 지위는 더욱 강력해질 수 있으므로 이용자의 권리가 부당하게 제한될 수 있지 않도록 하여야 할 것이다.

셋째, 저작물 이용행태의 변화를 고려하여야 할 것이다. 유형적 복제물(tangible copy)의 경우에는 그 복제물을 ‘소유’하는 것이 일정한 의미를 가질 수 있었으나 무형적 복제물(intangible copy), 곧 디지털 복제물의 경우에는 소유보다는 저작물의 ‘이용’이 더 중요한 의미를 가질 수 있다. 미래의 디지털시대에는 어문·음악·미술저작물 등을 이용함에 있어서 그 복제물을 구입한 후 이용하기보다는 이용할 때마다 이용한 것에 대하여 지급하는 방식이 저작물이용의 주된 행태가 될 수 있다. 소유보다는 이용이 주된 행태인 경우에는 최초판매원칙의 존재의의, 곧 복제물의 재판매에 의한 저작물의 보급은 그 역할이 상당히 약해질 수 있다.

넷째, 디지털전송에 대한 최초판매원칙의 쟁점과 관련하여 형식에 얽매일 필요는 없는 것으로 보인다. 곧 최초판매의 원칙은 저작권자의 배포권에 대한 제한인데 디지털 송신은 배포가 아니므로 최초판매의 원칙이 적용되지 않는다는가, 디지털 전송에 의하여 수신자의 컴퓨터에 만들어지는 복제물은 ‘특정의 복제물’이나 원작품 또는 그 복제물이 아니므로 최초판매의 원칙이 적용되지 않는다는 주장은 형식에 얽매인 것으로 보인다. 인터넷상에서 행하여지는 송신은 사실상 실제세계에서의 배포와 마찬가지로 다만 무형적 복제물이 배포되며 디지털 저작물의 일반적인 특성을 가진다는 점이다. 또한 디지털 저작물을 수신자에게 전송함으로써 저작권자가 자신의 저작물의 복제물로부터 경제적 보상을 받았는지 여부나 수령자가 자신이 전송받은 복제물에 대하여 해적행위를 할 수 있는가 여부가 쟁점 해결의 요소가 되어야 할 것으로 보인다.

다섯째, 디지털환경에서 최초판매의 원칙을 관철할 것인가 아니면 배제할 것인가에 있어서 가장 고려하여야 할 사항은 이용자의 이익이다. 기술적 보호조치, 저작권관리정보, 송신권의 인정 등 인터넷의 등장 이후 저작권자의 권리는 확대 내지 강화일로에 있으며, 현재 쟁점이 되고 있는 기술적 보호조치에 의한 접근권 및 일시적 복제개념의 인정 등도 마찬가지이다. 물론 최초판매의 원칙을 배제한다는 것도 예외가 아니다. 이와 같은 저작권자의 권리확대 내지 강화는 디지털환경에서 저작권이 매우 용이하게 침해될 수 있다는 것을 반영하는 것이지만, 이로 인하여 저작물 이용자의 권리가 어떻게 제한 내지 축소되는지가 고려되어야 한다. 곧 최초판매의 원칙은 저작권자와 일반 이용자간의 이해관계의 균형을 위한 것이지만, 저작권자가 이익을 누릴 수 있는 적극적인 내용이 아니라 저작권자의 배포권이 제한된다는 소극적인 것이고, 따라서 일반인의 이익을 위한 것에 초점이 맞추어져 있다. 따라서 최초판매의 원칙의 적용이 배제된다면 이용자의 이익이 어떻게 영향을 받는지 고려하여야 할 것이며 이를 고려하는데 있어서는 현재 이용되고 있거나 앞으로 개발될 기술에 의하여 상당한 영향을 받을 것으로 보인다.

최초판매의 원칙은 저작권법상의 원칙이지만 저작물의 복제물에 대한 재판매 시장에 영향을 줄 수 있고, 따라서 이 원칙이 디지털환경에 적용된다면 전자상거래에 상당한 영향을 줄 수 있다. 전자상거래를 촉진하고자 하는 목적과 최초판매원칙이 추구하는 정책목표를 동시에 달성하는 것이 가장 중요한 과제



가 될 것이며, 이러한 과제는 기술에 의하여 영향을 받게 되므로 현재로서는 그 결론을 내리기가 어려울 것으로 보인다.

### Ⅲ. 법정허락제도의 재검토

#### 1. 법정허락제도의 의의

저작권자가 아니면서 타인의 저작물을 이용할 수 있는 경우는 i) 저작권자와의 계약에 의하여 이용하는 경우(계약허락), 저작권자와의 계약에 의하지 않고 ii) 법률에 의하여 이용할 수 있는 경우(법정허락)와 iii) 정부기관이나 특정단체의 허락을 받고 이용하는 경우(강제허락)로 나누어 볼 수 있다.<sup>207)</sup>

이용허락이란 저작물을 이용하고자 하는 자에 대하여 일정한 범위 내지 방법으로의 저작물의 이용을 인정하는 저작권자의 의사표시를 말한다. 보호기간이 끝나지 않은 타인의 저작물을 이용하려는 자는 저작물의 자유이용이 허용되는 경우를 제외하고는 저작권자로부터 저작물의 이용허락을 받지 않으면 아니 된다.<sup>208)</sup>

저작권자의 허락을 받지 못한 경우라도 저작물의 이용이 공중입장에서 필요불가결한 경우에 적절한 대가를 지급하거나 공탁하고 이를 이용케 할 수 있도록 한 제도가 법정허락 또는 강제허락제도이다.<sup>209)</sup> 저작물이 어떠한 이유에서인지 사용되고 있지 않다는가, 저작권자와의 협의가 잘 성립되지 아니하여 허락을 받을 수 없는 경우에라도 그 저작물의 사회적 이용을 가능하게 함으로써 저작물의 문화적 가치를 일반국민이 향유하도록 하는 것에 이 제도의 취지가 있다.<sup>210)</sup>

법에서 정한 사유가 있으면 저작권자와의 협의를 거치지 아니하고 소정의 보상금을 지급 또는 공탁하고 그대로 이용할 수 있는 경우를 법정허락제도라고 하고, 저작권자에게 이용조건을 협상할 수 있도록 보장하고 그것이 잘 안 되는 경우에는 권한 있는 기관의 승인을 얻고, 소정의 보상금을 지급 또는 공탁함을 조건으로 저작물을 이용할 수 있는 경우를 강제허락제도라고 하나 우리 법은 이를 구별치 아니하고 법정허락이라는 용어를 사용하고 있다. 법정허락은 법에서 정한 사유에 해당하면 일정한 요금을 권한 있는 기관이 지정한 단체에 지급 또는 공탁하고 저작물을 사용할 수 있는 제도로서 법으로부터 직접 사용권한이 부여되는 점에서 다음의 강제허락과 다르다.<sup>211)</sup>

강제허락(compulsory licensing)은 저작권자나 그 대리인과 저작물 사용희망자 사이에 저작물 사용교섭이 결렬된 경우, 저작권자의 사용조건을 교섭할 권한을 박탈함이 없이, 권한 있는 행정 또는 사법기관이 보상금을 결정한다는 조건으로 저작권자의 저작물사용 허락을 강제하는 제도로서 반드시 저작권자 또는 그 대리인과 협상하되, 다만 법적 절차를 밟아 적정한 보상금을 지급 또는 공탁하고 강제적으로 이용할 수 있는 점이 법정허락과 다르다. 이러한 강제허락제도는 실제로는 저작권자의 교섭력을 약화하는 결과

207) 윤선희, 지적재산권법, 세창출판사, 2006, 446면

208) 상계서, 446면

209) 송영식·이상정, 지적재산법, 세창출판사, 2005, 258면

210) 이해완·오승중, 저작권법, 박영사, 2005, 382면

211) 송영식·이상정, 전계서, 258~259면

가 된다는 비판이 있으나 새로운 기술의 발달로 새로운 문제 상황을 야기할 때마다 이를 해결하기 위한 부득이한 방법으로 채택되었다.<sup>212)</sup>

이러한 법정허락이 갖는 의의는 저작물의 사회성과 공공성을 감안해서 어떤 원인 때문에 저작물이 이용되지 않을 때에는 저작권자 개인의 의사를 무시하더라도 저작물의 사회적 가치를 재생시키려는 의도에 있으며, 저작재산권자의 의사에 관계없이 다른 사람으로 하여금 저작물을 이용할 수 있게 한다는 점에서 저작재산권자에게는 일종의 권리 제한이라고 할 수 있다. 아울러 저작물의 이용을 활성화하려는 목적과 저작권 보호라는 목적 사이에 조화를 이루어야 하는 것이 곧 저작물에 대한 법정허락제도이다.<sup>213)</sup>

## 2. 법정허락제도의 국제조약 및 비교법적 고찰

### 가. 국제조약상 법정허락제도

법정허락제도는 세계적으로 인정되고 있는 제도로써, 예컨대 세계저작권협약(UCC) 제5조 제2항은 어문 저작물의 최초발행일로부터 7년이 경과한 후에도 동 저작물이 당해 체약국의언어로 번역되어 있지 아니한 경우, 체약국의 국민은 일정한 절차를 거쳐 자국기관으로부터 비배타적인 번역권을 부여받을 수 있다고 규정하고 있고 제5조의 4에서 복제권의 강제허락에 대한 구체적인 규정을 두고 있다. 또한 베른협약도 제11조의 2 제2항에서 방송권의, 그리고 제13조 제1항에서 음악저작물의 녹음권의 각 법정허락제도를 규정하고 있다.<sup>214)</sup>

베른조약 제11조의 2 제2항은 「제1항에서 정한 권리(방송권)를 행사할 조건은 동맹국의 법령이 정하는 바에 의한다. 다만 그 조건은 이것을 정한 국가에 있어서만 효력이 있다. 그 조건은 저작자의 인격권을 해치는 것이어서는 안되며 또한 협의가 성립하지 않을 때에 권한 있는 기관이 정하는 공정한 보상금을 받을 저작자의 권리를 해하는 것이어서도 안된다」고 규정하며, 제13조 제1항은 「각 동맹국은 자국에 관한 한 음악저작물의 저작자 또는 음악저작물과 함께 그 가사를 녹음하는 것을 허락할 배타적 권리에 관한 유보 및 조건은 이를 정하는 국가에 있어서만이 효력을 가진다. 그 유보 및 조건은 협의가 성립되지 않을 때에 권한 있는 기관이 정하는 공정한 보상금을 받을 저작자의 권리를 해하지 않아야 한다」고 규정하여 베른조약은 방송권과 음악저작물의 녹음권에 대해서 강제허락제도를 인정하고 있다. 또한 동 조약은 개발도상국에 관한 부속서 제1조에서 강제허락에 관한 전반적인 규정을 두고 제2조 내지 제4조에 걸쳐 번역권과 복제권의 강제허락 및 절차에 관한 규정을 두고 있다.<sup>215)</sup>

### 나. 비교법적 고찰

(1) 미국저작권법은 케이블 TV에 의한 방송의 재방송(§111), 非劇的 음악저작물의 음반제작 및 배포

---

212) 상계서, 259면

213) 김기태, 한국저작권법개설, 이채, 2005, 126~127면

214) 이해완·오승중, 저작권법, 박영사, 2005, 382면

215) 송영식·이상정·황종환, 지적소유권법, 육법사, 2005, 631면

(§115), 非劇的 음악저작물의 주크박스에서의 이용(§116), 비상업적 방송자의 非劇的 음악저작물 및 공개된 미술저작물의 이용(§118) 등에 관한 법정허락제도를 두고 있다.<sup>216)</sup> 이와 같이 현재 미국 저작권법에 규정되어 있는 강제허락은 4가지로서<sup>217)</sup> ① 111조: 케이블 텔레비전의 2차적 재전송 (secondary retransmission)<sup>218)</sup>, ② 115조: 非드라마용 음악저작물의 음반 제작과 배포, ③ 118조: 비상업용 교육 방송에서의 저작물 사용, ④ 119조: 위성방송을 私的 용도로 시청할 경우의 2차적 재전송 (한시적 규정임<sup>219)</sup>)이 그것이다. 이 가운데 특히 케이블과 위성과 같은 방송 매체의 경우 지상파 방송사가 가지고 있는 저작자로서의 ‘공연권’ (right of performance)을 강제허락을 통해 제한하고 있다. 미국에서도 강제허락제도는 저작권법에서 시장 원리에 따른 저작물 이용이 이루어지기 어려운 구조적 이유 등으로 비록 제한적으로 사용되어지고는 있지만 지상파, 케이블 TV, 그리고 위성에 이르기까지 주로 방송 매체를 통한 영상 저작물의 유통에 대해 인정되고 있으며 매체간 경쟁 정책의 중요한 수단으로 자리잡고 있는 점<sup>220)</sup>은 부정할 수 없다. 특히 이점에서 사실상 死文化 되어버린 우리의 법정허락 제도와는 너무 큰 거리가 있다.

한편 최근의 입법경향은 현대적 기술이 저작물사용의 새로운 형태를 만들어 냄으로써 새로운 형태의 저작권이 생긴 경우(예; 방송권, 녹음권)에 이에 대한 저작물의 효율적 보호 및 공중이용을 위해서 포괄적 사용허락이 필요한 경우에는 대체로 강제허락제도를 이용하고 있다. 다만 강제허락제도가 오로지 개개 사용자의 경제적 이익만을 위하여 이용되는 것은 허용될 수 없다는 것이 독일 최고법원(17 BGHZ 766, 278. Stewart, 75면)의 견해이며, 선진국에서는 이러한 하한선이 적용되는 것으로 보인다.<sup>221)</sup>

216) 이해완·오승종, 전거서, 382~383면

217). 非드라마용 음악 저작물의 jukebox에서의 이용 (종래 1976년 저작권법 116조에 있었음)은 1993년 개정시 삭제되었다.

218). 소위 ‘同時再送信’은 미국의 경우 같은 서비스 구역의 지역 민방으로부터 정보를 수신할 수밖에 없는 케이블 TV의 未가입자에 대해서 수신자측의 표현의 자유인 ‘의견의 다양성’ (pluralism)을 내세워 1992년의 케이블 TV법 (The Cable Television Consumer Protection and Competition Act of 1992)에서 의무재송신 (must-carry)의 형태로 규정하고 있다. 그러나 우리는 그러한 의무재송신의 대상이 되는 채널은 난시청 해소 등의 목적을 위해 KBS 1, 2, EBS로 규정하고 있을 뿐이다. (방송법 제 78조와 시행령 61조) 또한 먼 거리의 지역민방 프로그램을 케이블 TV가 異時재송신하는 경우를 위해 미국의 저작권법이 특별히 강제허락제도를 규정하였던 것과 달리 우리는 저작권법이 아닌 방송법에서 (제 78조 제 2항) 정책적 이유로 특정 채널을 同時再送信하는 경우만을 언급하고 있을 뿐이다.

219). 위성방송사업자는 네트워크 방송사와 계약을 맺고 있지 않는 독립 방송사의 프로그램을 미국 전역으로 同時再送信할 수 있지만, 네트워크 방송사의 프로그램은 오직 ‘難視聽 가구’ (unserved households)를 대상으로만 同時再送信할 수 있도록 되었다. 또한 1988년의 Satellite Home Viewer Act ("SHVA")에 규정된 강제허락제도는 한시적인 것이어서 1994년에 만료되도록 됨에 따라 의회는 위성방송사업자가 프로그램 시장에서 프로그램을 산다는 것이 아직도 실현 가능하지 않음을 들어 5년을 연장, 1999년에 만료되도록 하였고 케이블 TV의 강제허락과는 달리 저작권료의 결정에 있어 ‘공정한 시장가액’ (fair market value)을 채택하도록 함으로써 매체간 경쟁력의 균형을 도모하였다. 한편, 의회는 1999년에 Satellite Home Viewer Improvement Act를 통해 위성방송사업자로 하여금 지역 민방의 프로그램까지도 同時再送信할 수 있도록 조치하였다.

220). 케이블 TV가 지상파 방송사에 비해 시장 경쟁력이 떨어질 수밖에 없는 구조적 이유 때문에 1976년에 케이블 TV를 지원하기 위한 필요에서 저작권법 개정을 통해 강제허락제도를 도입하였고, 지상파 방송사, 그리고 당시 이미 자리를 잡은 케이블 TV사와의 공정한 경쟁을 위해 정책적 지원책으로 역시 1988년에 위성 방송사업자를 위한 강제허락제도가 도입된 바 있다.

### 3. 현행 저작권법상 법정허락의 대상

구 저작권법(1987)은 저작물이 발행되어 7년이 경과한 저작물로서 그 번역물이 공표되지 아니하였거나 공표되었더라도 절판된 경우에 법정허락을 인정하는 규정을 두고 있었으나, 현행법은 이 규정을 삭제하였다.<sup>222)</sup>

현행 저작권법은 저작재산권자 불명인 저작물의 이용(저작권법 47조), 공표된 저작물의 방송(저작권법 48조) 및 판매용음반의 제작(저작권법 50조)의 경우에 광의의 강제허락을 인정하고 있다.<sup>223)</sup> 이러한 법률을 근거로 법정허락의 유형을 구분하여 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

#### 가. 저작재산권자 불명인 저작물의 이용

누구든지 대통령이 정하는 기준에 해당하는 상당한 노력을 기울였어도 공표된 저작물의 저작재산권자나 그의 居所를 알 수 없어 그 저작물의 이용허락을 받을 수 없는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 문화관광부장관의 승인을 얻은 후, 문화관광부장관이 정하는 기준에 의한 보상금을 공탁하고 이를 이용할 수 있다. 이 때 저작물을 이용하는 자는 그 뜻과 승인연월일을 표시하여야 한다(저작권법 47조).<sup>224)</sup> 구 저작권법은 미공표저작물도 법정허락을 인정하고 있었으나 현행법은 공표된 저작물에 한정하고 있는데, 이는 저작자의 저작인격권인 공표권을 고려한 것이다.<sup>225)</sup>

#### 나. 공표된 저작물의 방송

공표된 저작물을 공익상 필요에 의하여 방송하고자 하는 방송사업자가 그 저작재산권자와 협의하였으나 협의가 성립되지 아니하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 문화관광부장관의 승인을 얻고, 문화관광부장관이 정하는 기준에 의한 보상금을 저작재산권자에게 지급하거나 공탁하고 이를 방송할 수 있다(저작권법 제48조). 우리 나라 저작권법은 방송사업자의 성격에 관하여 아무런 제한을 두고 있지 않으나, 미국저작권법은 비상업적 공공방송에 한정하고 있다(17 U.S.C §118).<sup>226)</sup>

#### 다. 판매용 음반의 제작

판매용 음반이 우리나라에서 처음으로 판매되어 3년이 경과한 경우 그 음반에 녹음된 저작물을 녹음해

---

221) 송영식·이상정·황종환, 전게서 632면.

222) 상게서, 383면

223) 송영식·이상정, 전게서, 259면

224) 윤선희, 전게서, 447면

225) 이해완·오승중, 전게서, 383면

226) 상게서, 383면

서 다른 판매용 음반을 제작하고자 하는 자가 그 저작재산권자와 협의했으나 협의가 성립되지 않을 때에는 법정허락을 이용할 수 있다. 즉, 판매된 지 3년이 지난 음반에 녹음된 저작물을 녹음하여 다른 판매용 음반을 만들고자 하는 사람은 그 저작재산권자와 협의할 수 있으며, 협의가 성립되지 않을 경우에는 법정허락을 신청할 수 있다. 이는 어느 특정의 음반회사가 우수한 음악저작물을 독점하여 음반제작에 이용하는 것을 제한함으로써 음반에 의한 음악저작물의 유통을 촉진하고 음악 분야의 질적 향상을 도모하기 위한 취지로 해석된다. 따라서 3년이란 기간을 정한 것은 나름대로 음반을 제작하기 위해 투자한 노력을 감안한 것이며, 이후에는 법정허락의 절차를 거쳐 누구든지 똑같은 판매용 음반을 제작할 수 있다. 아울러 여기서 법정허락이 가능한 저작물은 판매용 음반에 수록된 저작물을 말하므로 판매용이 아닌 홍보용 또는 대여용의 비매품 음반은 해당되지 않으며, 음악저작물인 동시에 연극저작물 또는 어문저작물이 될 수 있는 오페라, 창극 등도 해당되지 않는다.<sup>227)</sup>

악극적 저작물은 음악저작물인 동시에 어문저작물의 성질을 가지고 있기 때문이며, 국제적인 관례도 악극적 저작물은 법정허락의 대상에서 제외하고 있다. 단, 우리나라 판소리의 경우에는 의문이 있다. 그리고 악극적 저작물이라고 하더라도 아리아·간주곡 등과 같이 그 일부분만을 떼어 놓은 것은 음악저작물로서 본 조의 법정허락의 대상이 될 수 있다. 본 조의 음반에는 디스크·테이프·컴팩트·디스크·쥬크박스 등이 포함된다.<sup>228)</sup>

#### 라. 실연·음반 및 방송이용의 법정허락

2000년의 개정 저작권법은 제72조의 2 규정을 신설하여, “제47조·제48조 및 제50조의 규정은 실연·음반 및 방송의 이용에 관하여 이를 준용한다. 이 경우 제47조·제48조 및 제50조 중 ‘저작물’은 ‘실연’·‘음반’ 또는 ‘방송’으로, ‘저작재산권자’는 ‘저작인접권자’로 본다”라고 하였다. 즉, 종래의 저작물뿐만 아니라 실연·음반 및 방송 등의 저작인접물 역시 법정허락의 대상이 되는 것으로 하였다.<sup>229)</sup>

#### 4. 법정허락제도의 재검토

현재 법정(강제)허락제도는 전술한 바와같이 저작 재산권자가不明인 경우, 우리나라에서 판매되어 3년이 경과된 음반에 수록된 저작물 이용을 협의하였지만 협의가 안 되는 경우 등 오히려 온라인 시장에서 외면 받고 있는 저작물에 대해서만 적용 가능한 실정에 있다. 그러다보니 이 제도의 사실상 이용실적이 극히 저조한 것으로 알려지고 있다. 그런데 의외로 법정허락제도의 기능이나 역할이 요구되는 바는 크다. 법정허락제도는 미국 저작권법 제114조와 KMOCA의 예에서 보듯이 새로운 유통 시장에서 저작물을 보호하고 이용을 활성화하는 양 측면의 균형점을 잡아주는 역할 외에 온라인 시장에서 음반제작사 등에 쏠린 힘의 균형을 유통 촉진을 통해 잡아줌으로써 여러 사업자들간의 공정경쟁을 확보하여 주는 역할도 수행하는 다기능적인 측면이 있다. 아울러 지상파 방송사업자의 경우 이미 디지털 저작물에 대한 권리를 충분히 확보할 수 있는 지위를 가지고 있지만 케이블 TV, 특히 위성방송처럼 저작권 권리처리에 대

227) 김기태, 전게서, 130면

228) 이해완·오승중, 전게서, 384면

229) 상게서, 384면

한 문제를 해결하여야 하고 동시에 다량의 프로그램을 확보하여야만 하는 매체의 경우에는 경쟁 정책(competition policy)의 산물인 법정허락 제도의 의의가 크기 때문이다. 특히 미국의 경우 소위 ‘신디케이터’(syndicator)는 거대한 유통 시장을 배경으로 교섭력을 내세워 저작물 이용 계약을 어렵지 않게 체결할 수 있지만 모든 관련 계약이 항상 시장 원리에 따라서만 이루어질 수만은 없다. 유럽의 경우에도 뉴미디어에 대해서는 특별한 저작권 집중관리 단체(collecting society)에 의해 일종의 단체 협약의 형태로만 이용 계약을 체결하도록 하는 방식이 존재하고 있다.

한편 변화된 웹환경을 고려하면 디지털저작물에 대한 집단적 라이선스가 가능하도록 하는 법정허락제도 정비하는 방안도 검토의 대상이 된다. 즉 디지털저작물에 대한 법정(강제)허락제도를 다시 정비하여 네티즌들이나 P2P 이용자가 간편한 방법으로 비용을 지불하고 합법적 이용의 길을 열어 줌으로써 불법 이용자들이 대량 양산되는 불합리를 방지 할 필요가 있다. 다만 법정허락제도의 대상을 확대하고 절차를 간소화하는 법개정을 시도함에 있어서는 신중을 기해야 하는 요소도 다수 존재한다. 법정허락제도가 시장에 의한 계약 자유의 원칙을 제한하는 제도임이 분명하고 그렇기 때문에 국제조약상 권리제한의 기본 법리를 규정한 3단계테스트에 부합하여야 하기 때문이다. 그러므로 권리의 보호와 활용을 접목시키고자 하는 노력의 일환으로서 법정허락제도를 성공적으로 안착시키기 위해서는 구체적인 요금 책정 방식과 요율 등에 대해서 보다 저작권자 및 이들 권리의 집중관리단체 등 업계의 광범위한 의견 수렴이 필요할 것으로 보인다.

## IV. 공유적 표시제도의 활성화

### 1. 서론

저작물을 작성한 저작자는 저작물을 창작한 즉시 자동적으로 저작권을 향유할 수 있다. 저작권자는 저작권을 포기하여 이를 일반인의 공유영역(public domain)에 두거나 이용허락을 함으로써, 타인이 저작물을 이용하도록 할 수 있다. 그러나 저작권의 포기나 이용허락은 포기나 이용허락이라는 일정한 행위를 저작권자에게 요구할 수밖에 없게 되고, 타인에 의한 저작물의 이용으로부터 아무런 이익을 얻지 않으려는 저작권자는 포기나 이용허락을 적극적으로 할 여지가 없다. 저작물을 이용하려는 자는 저작권을 침해하지 않기 위하여 저작권자의 이용허락을 얻어야만 저작물을 이용할 수 있다. 이와 같이 저작권자와 저작물 이용자 간에 저작물에 대한 이용이 이루어지기 위하여서는 이용자의 요청 내지 요구와 이에 따른 저작권자의 허락이 수반되어야 한다. 이론적으로 양자를 연결하는 것은 간단한 것이지만, 실제로 이용허락이 이루어지기 위하여서는 일정한 간격이 존재하게 된다. 요컨대 이용하려는 자는 이용허락을 받는데 현실적인 어려움이 있게 되고, 저작권자는 얼마든지 이용허락하고자 하는 의도가 있지만 이용자로부터의 요청이 있지 않으면 이용허락을 할 수 없게 된다. 곧 양자간에는 저작권법이 존재함으로써 이용허락을 요구하게 되고, 실제로 이용허락을 받음에 있어서는 거래비용(transaction cost)이 수반됨으로써 저작물 이용은 활성화되지 못하게 된다. 이런 문제점을 해결하는 방법 중의 하나가 저작권자가 저작물을 공표할 때 이용허락에 관한 일정한 표시를 함으로써 이용자들이 이러한 표시에 따라 저작물을 이용할 수 있도록 하는 것이다. 여기에 해당하는 것이 크리에이티브 커먼스(Creative Commons, 이하 CC, [creativecommons.or.kr](http://creativecommons.or.kr))와 정보공유 라이선스인데, 활발하게 이용되고 있는 Creative Commons에 대하여 살펴보기로 하자.

## 2. CC의 의의

CC의 이용허락 조건은 상표와 같이 간단한 표시에 의하여 이용허락조건을 표시하고 타인이 그 이용허락조건에 따라 저작물을 이용하게 함으로써 저작물을 광범위하게 배포하는 것을 목적으로 한다. 예컨대 저작자는 이용자가 저작자 자신의 이름을 표시하고, 저작물을 비영리적으로 이용하는 것을 조건으로 하여 타인으로 하여금 저작자 자신의 저작물을 이용할 수 있게 할 수 있다. CC는 2001년 스탠포드 로스쿨의 교수인 Lawrence Lessig에 의하여 설립되었으며, 여러 단체와 개인이 내는 기부금과 정보보조금 등에 의하여 운영되고 있으며 Stanford Law School Center for Internet and Society로부터 물적·인적 설비의 지원을 받아 Creative Commons License의 배포와 이와 관련된 사회문화운동을 적극적으로 추진하고 있다.

첫째, CC에 있어서는 여러 유형의 이용허락의 조건 중에서 저작자가 적당한 것을 선택하여 자신들의 저작물에 적용하고 이용자들은 그 저작물에 첨부된 이용허락계약서를 확인한 후 저작물을 이용함으로써 저작자와 이용자 사이에 그와 같은 내용의 이용허락계약이 체결된 것으로 간주되게 된다.

둘째, CC의 이용허락조건은 모든 권리를 유보하는 'all right reserved'가 아닌 일부 권리만을 유보하는 'some rights reserved'의 형태를 취하고 있다. 따라서 저작권에 포함된 모든 권리들을 행사하고자 하는 저작자들을 위한 것이 아니라 자신의 저작물을 다른 사람들과 함께 나누길 원하는 저작자들을 위한 라이선스 시스템이라 할 수 있다.

셋째, CC 이용허락의 근간을 이루고 있는 기본 요소는 '저작권'과 '계약'으로서, CC 이용허락은 저작권법 제42조의 '이용허락(License)'을 위한 일종의 표준 계약서로서 현행 저작권법 체계 안에서 저작물의 이용을 규율한다. 이용자가 CC 이용허락에 포함된 조건을 위반할 경우는 저작권의 침해에 해당하고 저작권자는 저작권법에서 규정하고 있는 권리구제방법을 행사할 수 있고, CC 이용허락조건은 이 경우 이용관계의 법적 해석을 위한 중요한 자료가 된다. CC 이용허락의 확산은 자유롭게 이용할 수 있는 저작물과 그렇지 않은 저작물에 대한 확실한 구분을 가능하게 하여, 저작자의 아무런 의사표시가 없는 저작물의 경우에는 원칙적으로 모든 권리가 유보되어 있다는 점을 인식하게 도와줌으로써, 이용자들이 하여금 올바른 정보 공유의 이해와 함께 저작권에 대한 확고한 인식을 갖도록 하는 부수적인 교육적 효과를 갖는다.

## 3. CC의 이용허락조건

CC 이용허락(Creative Commons License, CCL)의 구성요소는 저작물의 자유로운 이용을 허락하면서 이용자들에게 부과하는 최소한도의 '이용방법 내지 조건'이다. Creative Commons Korea의 이용허락조건에는 다음과 같은 4가지 구성요소가 있다.

① **원저작자표시(attribution)** - 저작물을 이용할 경우, 저작자를 표시하라는 것으로서, 사실상 저작권법상 저작물의 원작품이나 그 복제물에 또는 저작물의 공표에 있어서 그의 실명 또는 이명을 표시할 권

리인 성명표시권(제12조 제1항)의 행사에 해당한다.



② 비영리(noncommercial) - 저작물의 영리적 이용을 금지한다는 의미이다. 영리 조건은 이용자가 비영리적으로 이용할 것을 의미하는 것이지 저작권자가 비영리적으로 이용할 것을 금지하는 것이 아니다.



③ 변경금지(nonderivation) - 2차적 저작물 작성을 허용하지 않는다는 것을 의미한다.



④ 동일조건변경허락(sharealike) - 2차적 저작물 작성을 허용하되, 작성된 2차적 저작물은 원 저작물과 동일한 내용의 Creative Commons License가 적용되어야 한다는 것을 의미한다.



저작권자는 이러한 4가지 요소를 자신이 희망하는 바에 따라 표시함으로써 저작물 이용에 대한 허락을 하게 된다. 그런데 변경금지(nonderivation)와 동일조건변경허락(sharealike)은 양립할 수 없으므로 11가지의 이용허락의 유형이 논리적으로 가능해지게 된다. Creative Commons Korea의 이용허락조건은 미국이나 일본의 경우와 같이 원저작자표시(attribution) 조건은 항상 포함하고 있어 실제 운용되는 라이선스는 위의 ①, ①②, ①③, ①④, ①②③, ①②④ 각 조합의 6종류이다.

#### 4. CCL의 의미



CC의 이용허락(CCL)은 저작권자와 저작물 이용자를 연결시켜주는 고리 역할을 한다. 곧 양자 간에 존재하는 저작권법 내지 배타적 저작권의 존재를 극복하게 하여 저작물 이용을 활성화시키는 역할을 하는 것이다. CCL은 GNU GPL 등과 같이 비배타적이고 공동체적인 가치를 추구하고 있으나 이는 어디까지나 자발적인 의사에 의하도록 하고 있으며, 또한 일률적인 저작권의 포기가 아니라 저작물의 자유로운 이용을 장려함과 동시에 저작권자의 권리를 보호하는 것을 목표로 하고 있다. 저작권법에 의한 저작물의 보호가 기본적으로 저작자에게 배타적인 모든 권리를 부여하되 특정 범위 내에서 제3자에게 이용을 허락하는 구조를 취하는 반면, CCL은 기본적으로 저작물에 대한 이용자의 자유로운 이용을 허용하되 저작자의 의사에 따라 일정 범위의 권리를 유보하는 방식을 채택하고 있어 기존 저작권의 방식인 ‘all rights reserved’와 모든 권리의 포기에 따른 완전한 정보공유를 내용으로 하는 public domain의 ‘no rights reserved’ 사이에 위치하는 ‘some rights reserved’를 통한 저작물의 이용관계의 설정을 꾀하고 있다.

CCL에 의한 저작물 이용활성화는 최근에 많은 논란이 되고 있는 UCC(user created contents)에 의하여 예시될 수 있다. UCC 제작자는 타인 저작물의 전부 또는 일부를 저작권자의 허락을 받지 않고 있는 그대로 복제하거나 2차적 저작물이나 편집저작물을 작성해서는 안 될 것이다. 진정한 UCC는 제작자 자신이 자신의 창작성을 가미하여 작성하는 것이고 타인의 저작권을 침해하는 UCC는 UCC로서의 의미가 전혀 없다. 그렇다면 저작권을 침해하려는 의사가 없이 UCC를 제작하고자 하는 자가 저작권자의 허락을 받으려 하였으나 받는 것이 어려운 경우가 문제이다. 이를 해결하는 방법 중의 하나가 CCL이 내세우는 이용허락조건이다. CCL이 적용됨에 있어서는 저작자의 자발적인 노력이 요구되지만, 이같은 이용허락조건의 광범위한 이용은 UCC와 관련된 분쟁을 미연에 방지할 뿐만 아니라 UCC의 광범위한 제작에 상당히 기여할 것으로 보인다.

## V. 기술적 보호조치의 예외와 DRM 상호호환성 확보

### 1. 접근통제형 기술적 보호조치

#### 가. 기술적 보호조치에 대한 주요 국가의 입법

##### (1) 미국의 DMCA<sup>230)</sup>

미국에서의 기술적 보호조치에 관한 규정인 연방 저작권법 제1201조는 기본적으로 금지를 시키는 것으로서, (i) 접근을 통제하는 기술적 보호조치의 우회금지[§1201(a)(1)], (ii) 접근을 통제하는 기술적 보호조치를 우회시키도록 하는 도구 등의 거래금지[§1201(a)(2)], (iii) 저작권을 보호하는 기술적 보호조치를 우회시키도록 하는 도구 등의 거래금지[§1201(b)] 등과 이러한 금지에 대한 예외[§1201(d)-(j)]로 구성되어 있다.

230) 미국과 유럽연합의 기술적 보호조치에 관한 상세한 사항은 이 대회, 인터넷과 지적재산권법 (2002) 제4장 제9절 제6관 내지 제7관 참조.

금지내용은 한편으로는 (i) 접근통제[access control, §1201(a)(1) & (2)]와 (ii) 이용통제[use control, §1201(b)]<sup>231)</sup>로 구분되며, 다른 한편으로는 (i) 행위금지[1201(a)(1)]와 (ii) 거래행위의 금지[1201(a)(2) & (b)]로 구분된다. 기술적 보호조치에 관한 미국입법의 주된 특징으로는 저작권자에게 새로운 형태의 배타적인 권리인 접근권(access right, right to access)이 인정된다는 점이다.<sup>232)</sup> 이러한 접근권의 가장 큰 문제점은 접근권이 기존의 저작권법과는 전혀 별개의 것이라는 입장에서 야기된다. 곧 기술적 보호조치에 관한 규정은, (i) DMCA의 일부분으로 입법되었고, (ii) 미국의 연방저작권법상의 저작권과 함께 규정되었으며, (iii) 종종 저작권과 연관하여 언급되고 있지만, 기술적 보호조치의 우회를 금지시키는 규정은 저작권의 배타적인 권리와는 완전히 별개의 것이라는 것이다. 곧 첫째, 기술적 보호조치에 관한 규정을 위반하는 것은 배타적인 권리의 침해와는 구별되는 것이고, 따라서 기술적 보호조치를 위반함에 있어서는 배타적인 권리의 침해행위를 할 필요성이 없다. 둘째, 저작권에 대한 예외 및 침해에 대한 면제규정이 기술적 보호조치의 경우에는 적용되지 않는다.

기본규정(X)	거래의 금지(Y)
접근을 통제하는 기술조치를 좌절시키는 행위의 금지[1201(a)(1)]	접근을 통제하는 기술조치를 좌절시키기 위한 기술 등의 거래금지[1201(a)(2)]
예외: §1201(d)-(j)	예외: §1201(e), (f), (g), (h) & (j)
N/A (기존의 저작권 체제에 해당)	추가적인 위반: 저작권을 보호하기 위한 기술조치를 좌절시키기 위한 기술 등의 거래금지[1201(b)]
	예외: §1201(e), (f) & (h)

## (2) EC의 저작권지침

유럽연합은 ‘정보사회에서의 저작권 및 저작인접권에 관한 일정한 측면의 조화에 관한 지침(저작권 지침)’<sup>233)</sup> 제6조에서 기술적 보호조치에 관하여 규정하고 있다. 유럽연합도 기술조치는, 저작물 또는 기타 보호대상의 암호화, 스크램블링, 기타 변환시키는 것(transformation) 또는 복제통제 메커니즘과 같이, 접근통제 또는 보호방법을 적용함으로써, 보호되는 저작물이나 기타 보호대상을 이용하는 것이 권리자에 의하여 통제되는 경우에 효과적인 것으로 간주한다고 함으로써 역시 접근권을 인정하고 있다.

## (3) 한국의 저작권법 체제

### (가) 개념: 권리통제에 한정

231) 이용통제에 대해서는 권리통제(권리통제, rights control) 또는 복제통제(copy control) 등의 용어가 사용되기도 한다.

232) Jane C. Ginsburg, Copyright Legislation for the Digital Millennium, 23 COLUM-VLA J.L. & ARTS 137, 140-43 (1999).

233) Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society OJ L 167/10.

한국의 컴퓨터프로그램보호법은 이미 2000년의 입법과 그 이후의 개정을 통하여 기술적 보호조치에 관한 입법체제를 갖추고 있으며, 저작권법도 2003년 4월 29일의 개정을 통하여 기술적 보호조치에 관한 규정을 신설하게 되었다. 컴법은 기술적 보호조치를 “프로그램에 관한 식별번호, 고유번호 입력, 암호화 기타 이 법에 의한 권리를 보호하는 핵심기술 또는 장치 등을 통하여 프로그램저작권을 보호하는 조치(제2조 제9호),” 저작권법은 “저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리에 대한 침해행위를 효과적으로 방지하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 얻은 자가 적용하는 기술적 조치(제2조 제20호)”라고 정의하고 있다. 이러한 개념규정에 의하면 한국의 저작권법 체제는 다소 모호한 측면이 있으나, 모두 권리통제(right control)를 위한 기술적 보호조치만을 보호 대상으로 하며 접근통제(access control)를 위한 기술적 보호조치는 그 보호대상에서 제외하고 있다고 할 수 있다.

#### (나) 금지의 대상

금지시키는 대상과 관련하여 컴법은 “누구든지 정당한 권원없이 기술적보호조치를 회피, 제거, 손괴 등의 방법으로 무력화하는 것”을 금지하고(제30조 제1항), “누구든지 상당히 기술적 보호조치를 무력화하는 기기, 장치, 부품 등을 제조, 수입하거나 공중에 대여 또는 유통하여서는 아니되며, 기술적보호조치를 무력화하는 프로그램을 전송, 배포하거나 기술적 보호조치를 무력화하는 기술을 제공하여서는 안된다”고 규정하고 있다(제30조 제2항). 이에 대하여 저작권법은 “정당한 권리없이 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리의 기술적 보호조치를 제거·변경·우회하는 등 무력화하는 것을 주된 목적으로 하는 기술·서비스·제품·장치 또는 그 주요부품을 제공·제조·수입·양도·대여 또는 전송하는 행위는 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해로 본다”고 규정하고 있다(제92조 제2항). 따라서 저작권법이나 컴법이나 기술적 보호조치를 무력화하는 등을 목적으로 하는 기기나 도구 등의 거래를 금지시킴으로써 모두 예비적 행위를 규제하고 있다.

접근통제	N/A		
권리통제	행위통제	컴법	예외 없음
	거래금지(예비적 행위의 금지)	컴법/저작권법	컴법: 예외 저작권법: 예외없음

#### 나. 접근통제

접근권(access right, right to access)은 일반인이 저작물을 파악하는 방법을 통제할 권리<sup>234)</sup> 또는 보

234) Jane Ginsburg, From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law, in U.S. INTELLECTUAL PROPERTY: LAW AND POLICY 3, 7-8 (Hugh Hansen, ed.).

호되는 저작물에 대한 이용자의 접근을 통제할 저작권자의 배타적인 권리<sup>235)</sup>로 정의된다. 접근권은 기술적 보호조치와 관련하여 등장한 개념이고 복제권 등과 같이 저작권자에게 일반적으로 인정되는 것이 아니라 기술적 보호조치와 관련하여서만 인정되는 것이므로, 접근권은 저작권자가 기술적 보호조치를 사용하여 저작물에 대한 일반인의 접근을 통제할 수 있는 배타적인 권리 내지 배타적인 권리에 유사한 권리라고 정의할 수 있다. 접근권을 인정하고 있는 입법은 저작권자에게 직접적으로 접근권을 인정하고 있지는 않으며 접근을 통제하는 기술적 보호조치의 좌절을 금지시키는 것이 일반적이다. 그러나 이러한 좌절금지규정을 위반한 것에 대해서는 민·형사적 구제수단을 제공함으로써 비록 간접적이지만 결국 저작권자에게 접근통제와 관련된 일종의 배타적인 권리를 부여한 결과가 된다.

접근권은 기술적 보호조치 이외에도 일시적 복제(temporary copying)와 관련하여서도 논의될 수 있다. 곧 컴퓨터의 기억장치나 디지털 전송되는 과정에서의 일시적 복제개념을 인정한다면 접근에 대한 통제가 가능해질 수 있다. 곧 컴퓨터를 이용하여 저작물에 접근하기 위하여서는 저작권자의 허락을 받거나 법률에 의하여 허용되어야 하는 것을 전제로 하는 일시적인 복제가 이루어져야 한다. 따라서 일시적 복제개념을 인정한다면 저작권자의 허락이 없거나 법률에 의하여 허용되지 않으면 일시적 복제를 할 수 없고 결국 접근권을 인정하는 결과가 된다.

저작권자 접근권은 저작물에 대한 일반인의 접근권(right of public access)과 밀접하게 관련되지만 이와는 구별되는 별개의 개념이다. 저작권법의 정책목표(copyright policy)와 관련하여 저작권자는 배타적인 권리를 부여받는 대가로 일반인이 자신의 저작물을 이용할 수 있도록 하는 것에 동의한다고 논의된다. 저작권자의 배타적인 권리 부여에 대한 조건 내지 저작권법의 정책목표에 대한 반사이익으로서 일반인들은 저작물에 접근하여 이를 이용할 권리가 보장된다는 것이다.<sup>236)</sup> 저작물에 대한 일반인의 접근권은 저작권법의 전통적인 정책목표가 되어 왔으나 저작권법에 배타적인 권리의 형태로 보장된 것은 아니었다. 따라서 일반인의 접근권과 저작권자의 접근권은 구별되며 다만 저작권자의 접근권이 인정되거나 강화되는 경우에는 일반인의 접근권은 인정되지 않게 되므로, 양자는 반비례적인 관계에 있다고 할 수 있다. 따라서 기술적 보호조치의 입법에 의하여 접근권이 인정되는 경우에는 저작물에 대한 일반인의 접근은 위협받을 수밖에 없게 된다.

접근권의 인정여부는 디지털경제(digital economy)에서 나타난 쟁점으로서, 일시적 복제개념과 같이 저작물(주로 저작물의 복제물)의 소유에 의한 이용으로부터 소유에 의하지 않는 이용으로 저작물의 이용행태가 급격하게 변하면서 그 인정여부가 문제되고 있다. 국제적으로는 WIPO 저작권조약(WCT)이나 실연·음반조약(WPPT)은 기술적 보호조치를 규정하면서 접근권에 대하여 명확하게 언급하지 않았지만, 미국의 DMCA나 유럽연합의 저작권지침이 저작권자에게 접근권을 인정함으로써 접근권이 쟁점으로 떠오르게 되었다. 그러나 접근권의 인정은 저작권법의 역사에 있어서 혁명적인 것에 해당하는 것이다.

## 다. 접근권 인정의 문제점

기술적 보호조치를 통한 접근권의 인정은 다음과 같은 많은 문제점을 파생시키고 있다. 첫째, 접근권의

235) Thomas Heide, Copyright in the EU and U.S.: What "Access-Right"?, 48 J. COPY. SOC'Y 363, 365 (2001).

236) L. Ray Patterson & Stanley W. Lindberg, The Nature of Copyright: A Law of Users' Rights 52-55 (1991).

인정에 의하여 정보에 대한 독점적 권리가 창조(정보의 독점화)된다는 가장 큰 폐단이 발생한다. 곧 접근권에 의하여 (i) 일반인의 공유영역(public domain)의 축소, (ii) 저작권 존속기간을 무제한 연장할 가능성, (iii) 저작물 이용에 바탕을 둔 일반 공중에 의한 저작물의 재창조 억제, (iv) 저작권에 의하여 보호될 수 없는 저작물의 보호 가능성이 있게 된다. 기본적으로 접근통제 기술을 사용하는 저작권자는 저작권이 포기되거나 저작권의 보호범위를 벗어나거나 저작권의 존속기간이 만료된 자료 등 일반인의 공유영역에 있는 자료의 이용을 봉쇄하거나, (미국에서와 같이 접근통제에 대하여 공정이용의 예외가 허용되지 않는 경우에서와 같이) 저작물의 공정이용이 축소되어 일반 공중에 의한 저작물 이용이 축소되고 결국 저작물 이용에 바탕을 둔 새로운 창작이 제한받게 될 것이다.

둘째, 접근권의 인정에 의하여 공정이용 등 저작권 제한규정이 무력화될 수 있다. 예컨대 저작물을 컴퓨터상으로 읽거나 볼 수 있게 하지만 인쇄할 수 없도록 기술적 보호조치가 적용된 경우, 이용자는 사적 복제에 기한 저작물 이용을 할 수 없을 것이다.

셋째, 접근권의 인정에 의하여 경쟁이 및 혁신이 억제될 가능성, 곧 저작물에 접근이 감소함으로써 혁신 및 진보가 저해될 가능성이 있다. 무력화도구의 거래금지에 관한 규정에 의하여 좌절시키는 것이 주된 목적인 도구만이 거래가 금지되지만, 도구를 제작하는 자는 불법적인 목적을 위하여 제작하는 것이 아님에도 불구하고 자신의 제작물이 불법적으로 사용됨으로써 부담할 수 있는 민·형사적 책임을 고려할 수 밖에 없게 되므로, 기술적 보호조치에 관한 규정은 혁신을 억제할 수 있는 것이다.

넷째, 접근권의 인정에 의하여 적법한 복제물 소유자가 이용하는 것도 제한될 수 있다. 저작권자는 기술적 보호조치에 의하여 합법적으로 구입된 제품을 소비자가 이용하는 것을 통제할 가능성이 있는데, 예컨대 지역 코드가 적용된 DVD에 있어서 적법한 DVD 소유자는 지역 코드에 맞는 DVD 플레이어에서만 이용 가능함으로써 적법한 복제물의 소유자도 저작물을 이용할 수 없게 될 수도 있다.

다섯째, 접근권의 인정은 예컨대 전자책의 구입자가 인쇄는 하지 못하고 컴퓨터상으로만 읽어야 하는 경우와 같이 저작물에 대한 접근방법 뿐만 아니라 이미 저작물에 적법하게 접근한 자가 저작물을 이용하는 방법까지도 통제할 수 있다. 저작권자는 자신의 저작물이 타인에 의하여 적법하게 구매된 후에 이를 어떻게 이용할 것인가를 특정할 수 있으므로, 기술적 보호조치에 관한 규정은 표현의 자유를 부당하게 제한할 수도 있다.

## 2. 기술적 보호조치의 예외 재검토

기술적 보호조치에 대한 예외는 저작권과 기술적 보호조치 입법 간의 연관성에 의하여 논의될 수 있다. 기술적 보호조치와 관련된 가장 중요한 쟁점 중의 하나는 기술적 보호조치와 저작권의 관계를 어떻게 설정할 것이냐이다. 미국에서는 기술적 보호조치에 관한 규정이 기존의 저작권과는 별개의 권리 또는 저작권에 유사한 권리(paracopyright)라는 것이 판례에 의하여 인정되고 있는 것으로 보이며, 판례에 의하면 이러한 해석이 DMCA를 입법한 미국 의회의 입장이라는 것이다. 또한 저작권과 구별되는 권리로서 DMCA에 의하여 입법된 것이 그 옳고 그름을 떠나서 학자들에 의하여 대체로 인정되고 있는 것으로 보인다.<sup>237)</sup>

237) Nimmer & Nimmer on Copyright, §§12A.18 (2001 Supp.). 미국의 하원도 저작권법과는 전혀 관계없다고 하였다.

기술적 보호조치를 기존의 저작권과 연관시켜 파악하는가, 아니면 별개의 것으로 파악하는가는 매우 중요한 의미를 가진다. 곧 기술적 보호조치의 침해로 저작권의 침해로 판단하는가 아니면 기술적 보호조치 자체에 대한 침해로 판단하는가의 여부, 침해에 대한 구제수단으로서 기존의 저작권 침해에 대한 구제수단에 제공되는가 아니면 새로운 독자적인 구제수단이 제공되는가, 공정이용과 같은 저작권에 대한 예외규정이 기술적 보호조치에도 적용되는가의 여부 등이 모두 기술적 보호조치에 관한 규정이 기존의 저작권과 연관되어 있는가 아니면 전혀 별개의 것으로 파악하는가 여부에 의하여 좌우될 수 있다.

한국의 경우, 저작권법은 권리통제에 관한 거래행위만을 금지하고 있으나, 이러한 거래행위의 위반을 ‘저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해로 본다’고 규정함으로써(제92조 제2항) 기술적 보호조치를 저작권과 연관시키고 있는 것으로 보인다. 컴퓨터프로그램보호법은 권리통제를 위한 기술적 보호조치를 회피하는 것을 금지하고(제30조 제1항) 권리통제와 관련된 거래행위를 금지하고 있다(제30조 제2항). 그러나 저작권법과 달리 기술적 보호조치에 관한 규정을 위반한 것이 저작권의 침해가 된다는 것을 밝히지 않고 형사적인 구제수단만을 제공함으로써, 기술적 보호조치와 저작권과의 연관관계가 저작권법보다는 낮은 것으로 보인다.

그렇다면 기술적 보호조치에 관한 규정을 저작권과 연관하여 파악하여야 할 것인가, 아니면 미국의 DMCA와 같이 전혀 별개의 것으로 파악할 것인가가 문제이다. 저작권과는 별개의 것으로 파악하는 경우, 기술적 보호조치에 관한 규정이 저작권의 보호와는 전혀 상관없거나 오히려 경쟁을 억제하기 위하여 사용될 수 있는 단점이 있게 된다. 곧 기술적 보호조치에 관한 규정이 저작자로 하여금 창작을 위한 동기를 제공하여 저작물이 사회에 많이 공급되도록 하기 위한 저작권법의 목적을 수행하는 것이 아니라, 오히려 경쟁자를 억압하기 위한 것으로 사용될 수 있다. 이것은 기술적 보호조치에 관한 규정이 콘텐츠를 보호하는 것과 전혀 관계없이 사용되거나 콘텐츠 소유자가 전혀 사실관계에 나타나지도 않은 미국의 케이스에 의하여 잘 예증되고 있다.

또한 접근권의 예에서와 같이 저작권의 침해와 관계없이 침해를 인정한다면 기존의 저작권과는 별개의 배타적인 권리를 사실상 인정하는 것이 되는데, 이에 의하여 기존의 저작권법 체제에서 일반공중이 저작물에 접근하는 것(public access)이 제한될 수 있다는 가장 큰 문제점이 나타난다. 미국의 DMCA가 WIPO 저작권조약이나 WIPO 실연·음반조약을 초과하여 입법되었다는 비판이 행하여지는 것은 바로 이러한 사실에 기초하는 것이다. 따라서 접근권을 인정하기 위하여서는 접근권의 이러한 단점을 능가하는 디지털 경제에서의 정당성이 있어야 할 것이며, 접근권이 인정되는 경우에도 일반공중이 기존에 향유하였던 저작물에 대한 접근권이 축소되지 않도록 함으로써 저작권자와 일반공중의 이해관계간에 균형이 맞추어지도록 해야 할 것이다.

한국의 저작권법 체제가 접근권을 인정하는 것에 관해서는 별론으로 하더라도, 가능한 한 기술적 보호조치는 저작권과 연관되어 논의되어야 할 것으로 보인다. 왜냐하면 미국의 케이스에서 나타난 바와 같이 기술적 보호조치에 관한 규정이 저작물이나 콘텐츠의 보호와 관계없이 경쟁을 억제하기 위하여 사용되는 것은 방지하여야 할 것이며, 만약 이러한 콘텐츠의 보호와 관계없이 경쟁을 희생하면서까지 기술적 보호조치를 보호할 필요성이 있다면 그 보호를 특허법 등 다른 지적재산권법에 위임하거나 아니면 저작권법과 그 목적을 달리하는 별개의 입법에 의하여 보호하여야 할 것이기 때문이다. 또한 저작권법은 배타적인 권리의 부여에 의한 저작물 창작의 동기를 제공하고 이렇게 창작된 저작물을 일반인들이

이용할 수 있게 함으로써 문화의 향상·발전을 목표로 하는 것이지, 경쟁을 억제하기 위한 입법이 아니기 때문이다.

기술적 보호조치의 남용가능성으로 인하여 미국에서는 기술적 보호조치에 대해서는 저작권 남용원리가 적용되어야 한다는 주장이 제기되는가 하면, 기술적 보호조치가 진정으로 저작권법에 규정될 필요성이 있는가라는 회의적인 시각이 제기되기도 한다. 후자의 견해와 관련하여, WIPO 저작권조약이나 WIPO 실연음반조약과 같은 저작권에 관한 조약이 기술적 보호조치에 관하여 규정하고 있지만, 기술적 보호조치를 좌절시키는 것에 대하여 보호하는 것이 과연 진정으로 저작권법의 일부로서 필요하거나 적절한지 문제된다는 것이다. 또한 이러한 문제를 해결하는 것은 시장의 기능에 맡겨야 하는 것이며, 기술적 보호조치를 법적으로 보호하는 것은 실재에 있어서는 저작권을 보호하는 것에 대하여 아무런 효용이 없거나 관계를 가지지 않을 수 있다는 것이다. 이러한 사실은 이미 미국의 케이스에서 잘 나타나고 있다. 만약에 이를 법적으로 보호하여야 한다면 그것은 저작권법의 범위에 속하지 않을 수 있다고 주장되고 있다. 기술적 보호조치가 이미 한국의 저작권법 체제에 입법된 이상 이에 대한 입법이 저작권 범위의 밖이라는 것은 이제 무의미한 논의가 될 것이다. 다만 이러한 주장은 기술적 보호조치에 관한 규정이 이미 한국의 저작권법 체제에 입법되었더라도, 이를 가능한 한 저작권과 연관시켜 운영하거나 해석하여야 한다는 것을 뒷받침할 수 있는 중요한 논거가 된다. 따라서 현재의 권리통제에 관한 거래금지의 규정도 마찬가지이겠지만, 권리통제와 관련된 미비한 규정을 입법하거나 한국의 저작권법 체제가 접근권을 인정한다면 기술적 보호조치와 저작권의 연관관계는 충실히 반영되어야 할 것으로 보인다.

만약 기술적 보호조치가 저작권과 연관되는 것을 전제로 한다면, 저작물에 접근하려는 자가 저작권을 침해하려는 목적을 가지고 있거나 저작권을 침해하는 효과를 가지는 경우에만, 기술적 보호조치를 좌절시키는 것이 금지되어야 할 것이다. 권리통제를 위한 기술적 보호조치는 저작권을 전제로 하는 것으로 저작권과 연관되어 있는 것으로 보인다. 왜냐하면 권리통제 그 자체가 저작권을 보호하기 위한 것이며, 권리통제에 관한 거래금지규정은, 기존의 저작권의 침해와 비교한다면, 간접침해에 가까운 것으로서 저작권 침해에 대한 예비적 행위를 금지하는 것이기 때문이다. 한국의 저작권법은 권리통제에 관한 거래금지규정만을 입법하고 있으나, 이를 위반한 것을 저작권 침해라고 하여 저작권과의 연관관계를 분명히 하였고 따라서 이 점에서는 매우 타당한 것으로 보인다. 뿐만 아니라 이러한 입법하에서는 저작권에 대한 예외규정도 기술적 보호조치에 관한 규정에도 그대로 적용된다고 해석함으로써, 미국에서와 같이 저작권에 대한 가장 중요한 예외인 공정이용이 기술적 보호조치에 적용되느냐 여부에 대한 논란을 제거할 수 있을 것으로 보인다.

컴퓨터프로그램보호법의 경우, 권리통제에 관하여 규제하고 이를 컴퓨터프로그램보호법이 입법함으로써 프로그램저작권과의 연관성을 나타내고 있으나, 기술적 보호조치에 관한 규정을 위반한 것에 대하여 형사적 구제수단만을 제공한다고만 함으로써 저작권과 어떠한 관계를 가지는가를 언급하지 않고 있다. 만약 기술적 보호조치와 저작권과의 연관관계를 인정한다면, 저작권법과 같이 이에 관한 규정을 위반하는 것도 프로그램저작권의 침해라고 파악하는 것이 타당한 것으로 보인다. 컴퓨터프로그램보호법이 권리관리정보에 관한 규정을 위반한 것을 저작권의 침해라고 규정한 것과는 매우 대조적이다.

### 3. DRM 상호 호환성 확보

## 가. DRM 기술표준과 상호 호환성의 의미

아직까지 국내에는 DRM의 통일된 표준은 존재하지 않으며, 또 표준이 채택됨으로써 기술적 우회를 시도하는 이들의 부담을 덜어주는 것도 바람직하지 않을 것이기 때문에, 현실적으로 국가나 기업마다 다양한 DRM 기술을 채택하고 있다. 따라서 iPod 용으로 다운로드한 파일의 경우는 iPod을 떠나서는 재생이 불가능하게 되는 결과를 초래한다. 이러한 호환불가능성이 소비자들에게는 디지털저작물의 이용가치를 떨어지게 하고 제품의 매력도를 떨어뜨리는 요소로 작용하게 된다.

## 나. 국내의 폐쇄형 DRM정책<sup>238)</sup>현황

우리가 프랑스의 저작권법 개정안 통과와 그것이 애플의 폐쇄형 DRM정책에 미치는 영향 등에 주목하는 이유는 우리나라에서도 프랑스와 유사한 상황이 벌어지고 있기 때문이다.

최근 공정거래위원회는 맥스MP3, 벅스 등 인터넷음악서비스업체들이 SK텔레콤의 폐쇄형 DRM정책에 대해 제소한 지 7개월 만에 실질적인 조사를 시작했다. 이들은 지난 해 8월 공정거래위원회에 SK텔레콤의 폐쇄적인 DRM정책 때문에 이용자들이 벅스, 맥스MP3 등의 사이트에서 정당한 금액을 지불하고 구입한 음악파일을 SK텔레콤용 휴대폰에서는 들을 수 없다며 SK텔레콤을 공정거래법 위반혐의로 제소했다. 이들은 디지털콘텐츠 유통에 있어 통신서비스 사업자인 SK텔레콤이 콘텐츠시장에서까지 지배력을 남용하고 있으므로 공정거래법을 위반하고 있다고 주장한다.

반면에, SK텔레콤 측은 DRM기술은 지적재산권 문제이기 때문에 다른 회사에서 관련정보를 요구한다고 해서 제공할 수는 없다는 입장이다. 자체적으로 큰 비용을 들여서 만든 DRM과 유무선통합망의 부가가치를 떨어뜨릴 우려가 있어 DRM호환기술을 적용하거나 자체 관련 정보를 타사에 공개하기는 어렵다는 것이다. 그러나 SKT가 폐쇄형DRM을 고집하는 가장 중요한 이유는 독자 DRM을 통한 폐쇄적 콘텐츠정책이 바로 자사의 수익과 직결된다는 점에 있다. 독자 DRM을 고수할 경우 SKT는 콘텐츠에서 시작해 각종 디지털기기에 이르는 콘텐츠 유통과정을 독점할 수 있는 강력한 수단을 보유하게 된다. 이는 온라인 음악 사이트인 아이튠즈를 서비스하고 있는 애플이 폐쇄정책을 통해 수익을 극대화하고 있는 것과 일맥상통한다.

## 다. 상호 호환성 확보의 필요성

한편, 공급자간 경쟁구조라는 측면에서 볼 때 애플이 폐쇄형 DRM정책을 통해 온라인 음악서비스인 아이튠즈와 디지털 음악플레이어인 아이포드를 하나의 패키지로 묶어서 판매하거나 우리나라의 SKT나 KTF가 폐쇄형 DRM을 고수함으로써 자사의 이동통신서비스와 온라인 음악서비스를 하나로 묶어 제공하는 방식 모두 소비자를 자사의 서비스에 고착화시킴으로써 안정적인 수익을 창출하고자 하는 전략으로 볼 수 있다.<sup>239)</sup>

238) 국내에서는 저작권법, 프로그램보호법, 온라인디지털콘텐츠산업발전법 등을 통해 디지털콘텐츠의 지적재산권을 보호하기 위하여 DRM과 같은 기술적 보호조치의 사용에 대한 법적 근거를 마련하였으며, 기술적 보호조치는 법으로 정해진 경우가 아닐 때에는 기술적 보호조치의 회피, 제거 등을 위한 기술개발, 서비스 제공 등은 금지행위로 규정되어 있다.

239) 반면에 두 사례 사이에는 차이점이 존재한다. 무엇보다도 애플의 경우에는 DRM기술을 통해 온라인음악 서비스와 디지털 기기를 묶는 비즈니스모델을 가지고 있지만, 이 두 시장 모두 다수의 사업자들이 존재하는 경쟁시장이라는 특성을 가지고 있기 때문에 이들의 폐쇄형 DRM정책이 직접적으로 시장봉쇄나 경쟁제한 행위로 평가되기는 어렵다. 반면에 SKT의 경우에는 이미 보유하고 있던 이동통신 네트워크와 자사의 단말기 가입자들을 안정적인 수요기반으로 삼아 폐쇄형 DRM시스템을 활용



이러한 전략은 다른 온라인음악 서비스업체 또는 기기제조업체의 시장진입을 제한하거나 불가능하게 함으로써 공정한 경쟁을 저해할 수도 있다. 또한 비이동통신사 계열의 음악포털 사업자들의 진입을 제한함으로써 온라인음악 시장의 발전 및 다양성 저해 요인으로 작용할 가능성이 높다.

따라서 온라인음악 서비스시장의 발전과 독과점화 방지를 위해서는 원칙적으로 DRM의 상호운용성을 개선하는 방향으로 나아가는 것이 바람직하며, 장기적으로 업체 간 서비스 경쟁 위주의 공정경쟁이 이루어지도록 유도하는 정책 및 법제도가 필요하다. 그러나 DRM은 불법복제로부터 콘텐츠 제공자의 권리와 이익을 보호하기 위한 기술적 보호장치이기도 하지만, 저작권 승인과 권리의 집행, 지불 및 결제를 포함하는 과금체계까지 포괄하는 것이기 때문에 기업의 비즈니스모델과 긴밀하게 연동되어 있는 특징 또한 지니고 있다. 더구나 우리나라의 경우에 유료 온라인음악 시장이 최근에야 비로소 정착되기 시작하였으며, 향후 전망이 유망한 것으로 평가되기는 하지만 아직은 시장의 발전이 초기 단계이기 때문에 자칫 산업의 발전을 지체시키지 않도록 유의해야 할 것이다. 따라서 기본적으로 상호운용성을 보장하는 방향으로 나아간다고 하더라도 그 상호운용성의 내용, 즉 그 수준과 범위에 대해서는 지속적인 논의와 분석이 필요하다.<sup>240)</sup>

---

하여 온라인 음악서비스 시장에 진출함으로써 고객기반 서비스효과를 극대화하고, 기존 이동통신 가입자들의 서비스 전환을 방지하는 효과를 얻을 수 있다. 이는 DRM의 개방 문제가 프랑스에서는 저작권과 이용자 권익 간 갈등 문제로 제기된 측면이 강한 반면에 우리나라의 경우 기업 간 경쟁구조와 독과점 문제의 형태로 제기되는 배경의 일부이기도 하다.

240) DRM의 상호호환성을 지원하는 방안으로는 크게 다음과 같은 세 가지 방안이 있다. 우선 기술규격 통일 방안으로 이는 하나의 DRM 기술규격을 표준화하고 이를 준수해 디지털 기기간 상호호환이 이루어지게 하는 방법이다. 또 한 가지 방법은 복수의 DRM 툴(Tool)을 기기에 설치하는 방안인데, 엔드유저(End-user)의 디바이스단에서 모든 DRM 툴을 다운로드 함으로써 모든 DRM의 DRM 콘텐츠를 처리할 수 있는 구조를 만드는 방안이다. 끝으로 상호연동 방안이 있으며, 이는 상이한 DRM간 상호연동을 통해 상호호환을 가능케 하는 방안이다.

프랑스의 하원 법안에서 제시된 상호운용성 원칙은 소스코드의 공개를 포함하는 것이었기 때문에 기업의 입장에서는 그대로 받아들이기 힘들 뿐 아니라 불법복제의 재발가능성 문제로부터 자유롭지도 못한 면이 있었던 게 사실이다. 상원 법안에 나타난 수정사항은 바로 이러한 단점을 보완하려는 의도가 담겨있는 것으로 보인다.

## 제7장 결론

### I. 변화된 환경속에서 저작권제도의 역할과 제도정립의 방향성

저작권 제도의 근간은 정보생산과 그 이용간의 균형을 유지함으로써 정보 및 지식의 확산과 그 사회적 이용을 촉진하고 사회적 편익 또는 소비자의 후생을 증진시키는 데에 있다. 이러한 원칙은 공급자간 경쟁구조에 대해서도 일정한 함의를 갖게 되는데, 경제학에서는 경쟁적 시장이야말로 소비자의 후생을 극대화시키는 것으로 여겨지기 때문이다. 따라서 법제도 및 공공정책은 저작권 보호와 경쟁시장 유지라는 양면을 조화시켜야 하는 과제를 안고 있다. 앞서 제1장의 고찰을 통하여 변화된 지식기반 디지털경제사회에서, 정보의 본질과 역할을 규명해 봄으로써 저작권제도를 통해 디지털정보의 보호와 이용을 적절히 조화시키기 어려운 딜레마적 상황을 고찰해 보았다. 이어 제2장에서는 디지털이슈를 반영한 최근 일련의 저작권법 개정은 저작권 보호강화에 치중된 입법이었다고 평가되고 있으며 더욱이 한-미 FTA체결을 앞두고 합의사항을 이행하여야 하는 우리로서는 저작권보호기간 연장, 일시적복제의 인정 등 한층 저작권보호를 강화하여야 할 입장에 놓여 있다는 점을 살펴보았다. 특히 한미 FTA 체결과 그 이행으로 악화된 저작물 이용환경의 회복이란 관점에서 한미 FTA 체결과 저작권법상 쟁점은 무엇이며 향후 이행을 위한 저작권법 개정을 통해 예상되는 변화를 통합협정문상의 미국의 주요 요구사항 인정 시, 저작권 강화로 인한 개별 쟁점 별 대책 방안을 강구해 보았다. 그 결과 예상되는 우리나라 저작물 이용과 유통 환경의 악화 가능성을 검토해 보았듯이 저작권의 과잉보호는 오히려 지식의 활용과 확산에 방해가 될 수도 있다. 따라서 기울어진 균형추를 회복하기 위하여 저작물이용활성화가 필요하다는 사실에 주목하였다. 결국 저작권 보호강화는 생산자로 하여금 생산비용의 회수가능성을 증대시킴으로써 생산을 촉진시켜 사회후생의 증가를 가져올 수 있는 반면에 저작물에 대한 소비자의 접근가능성(accessability)을 감소시켜 저이용을 초래, 사회후생을 감소시킬 수도 있기 때문이다.

특히 지식정보사회에서는 단순한 정보의 생산 뿐 아니라 정보 사이의 가치지향적 결합, 정보의 전달과 공유 등에 의해서 발전할 뿐 아니라 기존 정보와 지식을 활용해서 새로운 정보와 지식을 창조할 수 있는 가능성이 더욱 커진다. 이 때문에 기존 정보에 대한 지나친 보호는 새로운 정보의 창조를 통한 사회적 편익의 증대를 저해할 수도 있는 것이다. 따라서 저작권 제도의 전체 효과는 불충분한 저작권 보호 때문에 발생할 수 있는 정보 및 지식의 저생산으로 인한 후생손실효과와 과도한 저작권 보호 때문에 나타나는 소비자들의 저이용으로 인한 후생손실효과 두 가지 측면에서 평가되어야 한다. 저작권을 무조건 강화하는 것이 사회후생을 최적화하는 것이 아니며, 이용측면과 생산측면의 상대적 비중을 고려한 적절한 보호제도가 필요한 것이다. 특히 지적재산의 생산자들이 다양한 판매방식을 이용해서 이윤을 창출할 수 있는 경우에는 사회적 비용이 크고 독점적 지위로 인한 부작용의 소지가 있는 저작권제도의 강화가 효율적이지 않을 수 있다. 물론 저작권이 전혀 보호되지 않는다면 새로운 지식 및 기술의 생산이 과소 생산되거나 결국에는 멈출 것이다. 따라서 새로운 정보/지식의 창출과 문화산업의 발전을 위해서는 적절한 수준의 균형을 이룬 정책이 필요한 것이다. 이를 위해서는 해당 기술 및 지식의 저작권보호제도가 혁신자의 사적 편익만 과도하게 옹호하지 않도록 설계하는 것이 관건인 것이다. 이러한 지식의 확산과

사회적 이용을 촉진함으로써 사회적 편익을 극대화하고, 이용자의 후생을 증진시키는 것이 저작권 제도의 기본 방향이어야 한다는 것이다.

UCC(User-Created Contents; 사용자제작콘텐츠), 블로그(개인홈페이지), 위키피디아(공개 백과사전)등으로 대변되는 웹2.0이라는 새로운 인터넷 서비스 환경은 이러한 방향성의 정립을 더욱 요구하고 있음도 살펴보았다. 과거 산업사회에선 재화가 곧 자산이었다. 자산은 쌓아 놓은 양(stock)과 부의 크기가 비례했다. 그 크기를 일정시점에서 측정한 것이 스톡이다. 하지만 지식기반경제사회에서 새로운 부의 원천인 정보와 지식은 축적이나 보유만으론 아무런 힘이 못된다. 정지된 상태에선 정보의 가치는 제로(0)다. 가치는 "활용(flow)"하는 순간부터야 만들어 진다. 그래서 일정기간 동안 움직인 양을 쟀다. 그것이 플로(flow)다. 물리학으로 치면 스톡은 힘의 단순한 크기인 스칼라(scalar)이고 플로는 힘과 방향이 조합된 벡터(vector)다. 플로(flow)의 경쟁력은 활용도에서 나온다. 쓰지 않고 모아두는 것은 무용지물이다. 회전력과 유통속도를 높일수록 힘이 증폭된다. 이러한 정보 흐름의 효율성을 극대화시킨 현대문명이 인터넷이다. 인터넷에 스톡은 하나도 없다. 그 자체가 정보들로 연결된 망(network)일 뿐이다.

그런데 이러한 본질의 정보가 재화로 인식되고 보호가 강화되어 진다는 것은 동적인 정보가 점차 정적인 정보로 바뀐다는 것을 의미한다. 항상 이동되면서 재생산되던 정보가 어느 단계에서 더 이상 자유롭게 이동되지 않고 특정인에게 머물러 있게 된다. 이러한 변화는 긍정적 효과와 부정적 효과를 모두 수반한다. 긍정적 효과는 재생산의 인센티브가 증대되는 측면이다. 자신에 의하여 재생산된 정보가 더 이상 자신의 품을 떠나지 않고 독점적인 그 이익을 제공할 때 재생산의 유인이 증대되는 것은 인간의 본성에 그대로 들어맞는 일이다. 그러나 이처럼 의미 있는 긍정적 효과가 있음에도 불구하고 정적 정보로의 변화는 근본적인 비판을 받는다. 정보의 순환과정을 어긋나게 함으로써 사회 구성원의 일부를 정보로부터 차단하고 새로운 재생산의 기회를 박탈하여 사회 전체의 문화발전을 어렵게 한다는 것이 그 이유이다.

참여와 개방과 공유를 본질로 하는 웹2.0 환경하의 인터넷은 디지털저작물의 회전력과 유통속도를 배가할 수 있는 환경을 제공하고 있다. 이에 당분간이라도 우리 저작권제도의 관심의 초점이 이러한 시대변화를 뒷받침하여 지식의 확산과 사회적 이용을 촉진함으로써 사회적 편익을 극대화하고, 이용자의 후생을 증진시키는 방향에 맞추어 저야 할 것이다.

## II. 디지털저작물 이용활성화 방안의 정리

UCC(User Created Contents), 블로그, 와이브로 등 이른바, 웹2.0으로 대표 되는 새롭게 등장한 디지털저작물과 새로운 이용 환경 속에서 이용활성화 정책 틀의 재구축 필요성 검토해 보았다. 아울러 이러한 제반 여건 변화속에서 디지털저작물의 이용활성화의 방향성과 주요과제를 1) 저작물에의 접근의 효율성 보장 2) 저작물 이용의 편의성 도모 3) 공정이용의 도모 4) 권리의 불합리한 제한 금지라는 관점에서 각 장을 할당하고 대응책을 고찰해 보았다.

첫째, 디지털저작물에 대한 접근의 효율성이 보장되어야 한다.

특히 웹 2.0은 개인의 참여와 개방, 공유를 그 본질과 특징으로 한다. 이를 위해서는 인터넷상의 정보

(디지털저작물)에 대한 접근이 가장 기본적인 출발점이 된다. 그런데 인터넷에서의 정보(디지털저작물)에 대한 접근은 여러 가지 저작권의 권리와 관계되며 기술조치는 접근자체를 통제하게 된다. 인터넷의 핵심은 네트워크에서의 접근가능성에 있다. 이용자의 입장에서 보면 아무리 자료가 디지털화 되어 있고 검색으로 자신이 찾고자 하는 자료의 존재를 파악하고 있더라도 이를 네트워크를 통해 접근할 수 없다면 소용이 없다. 접근통제는 저작권자의 보호, 가격차별화의 가능, 거래비용의 감소, 자동화된 권리관리 체계의 실행, 저작물 이용행위의 통제 등 디지털환경에서 중요한 역할을 수행한다. 이에 반하여 접근통제는 정보에 대한 독점적 권리의 창조(정보의 독점화), 저작권 제한규정의 무력화, 경쟁 및 혁신의 억제 등의 문제점이 제기되고 있다. 따라서 접근통제의 문제점을 방지할 수 있는 대응책이 마련되어야 할 것이다. 더 나아가서 미국에서는 연방헌법상의 저작권에 관한 수권규정의 제4의 정책목표로서 묵시적인 접근권(implied right of access)이 추구하고 있다는 점에서 우리도 이용자의 권리로서 ‘접근권’의 인정여부에 대한 심층적인 연구도 더 필요하다.

둘째, 합법적 디지털저작물 이용의 편의성을 도모하는 방향으로 권리처리방식 및 이용허락시스템을 재구축하고 필요한 제도개선을 강구해 나가야 한다.

디지털저작물의 제작과 이용이 저작권법의 규제를 받을 수밖에 없더라도 가능하다면 보다 용이하게 저작권자로부터 이용허락을 받을 수 있도록 하는 제도적 장치가 필요하다. 비용적인 측면에서나 효율적인 측면에서 원활한 이용허락시스템의 구축을 위해서는 이미 (i) 디지털 저작물의 권리관리정보시스템의 보호와 (ii) 전자적 저작권 집중관리 시스템구축 (iii)저작권등록활성화 방안 등을 통하여 저작물이용의 편의성을 도모하고자 하는 대책들이 연구되고 시행되어오고 있다.

이제 좀더 효율적이고 손쉬운 방법을 강구해 보아야 할 시점에 있다. 이와 관련하여 UCC시대의 저작권 문제는 크리에이티브 커먼스(CCL; Creative Commons License)와 같은 공유적 표시제도를 통해 상당부분 해결될 수 있다. CCL은 자신의 저작물에 대한 복제와 접근이 가능할 수 있도록 이용허락조건을 자발적으로 저작물자체에 표시를 하여 저작물에 대한 자신의 권리를 스스로 축소시켜주는 것이다. 이는 이용자의 입장에서 보면 제시된 조건준수만하면 번거로운 허락절차 없이 합법적으로 저작물을 이용하게 되는 셈이 된다. 따라서 향후 CCL을 홍보하고 적극 장려하는 정책적 뒷받침이 요구된다.

아울러 저작물 판매 후 유통의 활성화 법리에 작용할 수 있는 ‘디지털 권리소진의 원칙’에 관한 분명한 입장정리가 필요하다. 최초판매의 원칙은 저작권법상의 원칙이지만 저작물의 복제물에 대한 재판매 시장에 영향을 줄 수 있고, 따라서 이 원칙이 디지털환경에 적용된다면 전자상거래에 상당한 영향을 줄 수 있다. 그런데 디지털환경하에서는 최초판매의 원칙이 적용되지 못할 가능성이 발생하고 있다. 예컨대 디지털 저작물에 대하여 최초판매의 원칙이 적용되는 것에 대해서는 논란이 되고 있으며, 저작물의 복제물에 대한 거래를 판매(sale)가 아닌 사용허락(licensing)에 의하여 소유권을 저작자에게 유보시켜 최초판매의 원칙을 회피할 수 있다. 나아가 기술적 보호조치에 의한 접근권(access right)에 의하여 최초판매의 원칙이 적용되지 못할 수 있게 되었다. 디지털환경하에서의 최초판매의 원칙에 관한 문제는 Shrink-wrap 라이선스의 유효성과 접근권의 인정 등에 관한 쟁점과 더불어 그 해결책이 모색되지 않는다면, 인터넷상에서의 디지털콘텐츠의 유통은 상당히 저해될 것이고 따라서 전자상거래의 활성화에 큰 걸림돌이 될 뿐만 아니라 저작권법이 추구하는 저작권자와 저작물 이용자간의 이해관계의 정교한 균형(delicate balance)이 와해될 것이다. 현재 적용가능론과 불가론이 각각의 논거를 가지고 팽팽하게 맞서고 있으나 미국 의회도서관(library of congress)의 저작권국(Copyright Office)은 디지털 최초판매의 원칙의 수용을 거부하면서 최초판매의 원칙에 관한 연방 저작권법 제109조가 저작물을 디지털 송신하는 것에 대하여 적용되지 않는다는 입장을 취하고 있다. 디지털환경하에서 최초판매의 원칙의 적용가능여부와 관련하여 고려되어야 5가지 참고사항들을 자세히 살펴보았듯이 이를 판단함에 있어서 디지털환

경하에서도 한편으로는 저작자에게 적절한 경제적인 이익을 제공하고 다른 한편으로는 판매된 저작물의 복제물이 광범위하게 배포될 수 있도록 함으로써 재창조의 기반을 제공할 수 있도록 하여야 한다. 또 디지털환경에 의하여 저작물의 복제하고 배포하는 방법이 근본적으로 바뀌었고 따라서 저작자가 경제적 보상받을 수 있는 환경도 근본적으로 바뀌었다는 것을 고려하여야 할 것이다. 좀더 거시적으로는 전자상거래를 촉진하고자 하는 목적과 최초판매원칙이 추구하는 정책목표를 동시에 달성하는 것이 가장 중요한 과제가 될 것이며, 이러한 과제는 기술에 의하여 영향을 받게 되므로 현재로서는 그 결론을 내리기가 어려울 것으로 보인다.

나아가 현행 법정허락제도의 위상을 재검토해 보아야 할 필요성이 있다. 현재 법정(강제)허락제도는 앞서 살펴본 바와 같이 저작 재산권자가 불명인 경우, 우리나라에서 판매되어 3년이 경과된 음반에 수록된 저작물 이용을 협의하였지만 협의가 안 되는 경우 등 오히려 온라인 시장에서 외면 받고 있는 저작물에 대해서만 적용 가능한 실정에 있다. 그러다보니 이 제도의 사실상 이용실적이 극히 저조한 것으로 알려지고 있다. 그런데 의외로 법정허락제도의 기능이나 역할이 요구되는 바는 크다. 법정허락제도는 저작권법 목적의 양 측면의 균형점을 잡아주는 역할 외에 온라인 시장에서 음반제작사 등에 쏠린 힘의 균형을 유통 촉진을 통해 잡아줌으로써 여러 사업자들간의 공정경쟁을 확보하여 주는 역할도 수행하는 다기능적인 측면이 있다. 아울러 변화된 웹환경을 고려하면 디지털저작물에 대한 집단적 라이선스가 가능하도록 하는 법정허락제도 정비하는 방안도 검토의 대상이 된다. 즉 디지털저작물에 대한 법정(강제)허락제도를 다시 정비하여 네티즌들이나 P2P 이용자가 간편한 방법으로 비용을 지불하고 합법적 이용의 길을 열어 줌으로써 불법 이용자들이 대량 양산되는 불합리를 방지 할 필요가 있다. 다만 법정허락제도의 대상을 확대하고 절차를 간소화하는 법개정을 시도함에 있어서는 신중을 기해야 하는 요소도 다수 존재한다. 법정허락제도가 시장에 의한 계약 자유의 원칙을 제한하는 제도임이 분명하고 그렇기 때문에 국제조약상 권리제한의 기본법리를 규정한 3단계테스트에 부합하여야 하기 때문이다. 법정허락제도를 성공적으로 안착시키기 위해서는 구체적인 요금 책정 방식과 요율 등에 대해서 보다 저작권자 및 이들 권리의 집중관리단체 등 업계의 광범위한 의견 수렴이 필요할 것으로 보인다.

마지막으로 디지털저작물 보호를 위한 기술적보호조치의 예외에 대한 보완입법과 DRM 상호호환성 확보를 통한 이용활성화 방안을 수립되어야 한다.

견해의 대립이 있지만 만약 기술적 보호조치가 저작권과 연관되는 것을 전제로 한다면, 저작물에 접근하려는 자가 저작권을 침해하려는 목적을 가지고 있거나 저작권을 침해하는 효과를 가지는 경우에만, 기술적 보호조치를 좌절시키는 것이 금지되어야 할 것이다. 한국의 저작권법은 권리통제에 관한 거래금지규정만을 입법하고 있으나, 이를 위반한 것을 저작권 침해라고 하여 저작권과의 연관관계를 분명히 하였고 따라서 이 점에서는 매우 타당한 것으로 보인다. 뿐만 아니라 이러한 입법하에서는 저작권에 대한 예외규정도 기술적 보호조치에 관한 규정에도 그대로 적용된다고 해석함으로써, 미국에서와 같이 저작권에 대한 가장 중요한 예외인 공정이용이 기술적 보호조치에 적용되느냐 여부에 대한 논란을 제거할 수 있을 것으로 보인다.

온라인음악 서비스시장의 발전과 독과점화 방지를 위해서는 원칙적으로 DRM의 상호운용성을 개선하는 방향으로 나아가는 것이 바람직하며, 장기적으로 업체 간 서비스 경쟁 위주의 공정경쟁이 이루어지도록 유도하는 정책 및 법제도가 필요하다. 그러나 DRM은 불법복제로부터 콘텐츠 제공자의 권리와 이익을 보호하기 위한 기술적 보호장치이기도 하지만, 저작권 승인과 권리의 집행, 지불 및 결제를 포함하는 과금체계까지 포괄하는 것이기 때문에 기업의 비즈니스모델과 긴밀하게 연동되어 있는 특징 또한 지니고 있다. 더구나 우리나라의 경우에 유료 온라인음악 시장이 최근에야 비로소 정착되기 시작하였으며, 향후 전망이 유망한 것으로 평가되기는 하지만 아직은 시장의 발전이 초기 단계이기 때문에 자칫 산업의 발

전을 지체시키지 않도록 유의해야 할 것이다. 따라서 개정 프랑스저작권법의 방향과 같이 기본적으로 상호운용성을 보장하는 방향으로 나아간다고 하더라도 그 상호운용성의 수준과 범위에 대해서는 지속적인 논의와 분석이 필요하다.

셋째, 디지털저작물의 공정이용 도모 환경의 재구축과 일반 조항으로서 영미법상 공정이용(Fair Use) 개념 법리 도입을 통한 디지털 저작물 이용 활성화 방안도 적극 검토되어야 한다.

디지털 네트워크 기술은 디지털저작물의 생산 및 이용 배포의 전 과정에 큰 변화를 가지고 왔다. 불법적인 복제의 가능성을 높여 저작권자의 권리가 침해될 수 있는 상황을 초래할 수도 있는 반면, 반대로 기술적 보호조치와 우월적 지위를 이용한 계약에 의한 저작권법의 우회하여 접근과 이용을 완벽하게 통제함으로써 이용자들이 향유해야 할 공정한 이용이 상당부분 봉쇄 될 수도 있다. 아울러 현행법상 공정이용을 담보하는 저작권 제한사유는 망라적인(exhaustive) 것이어서 제한규정이 해당되지 않는 사유에 대해서는 저작권이 제한될 수 없어 다양한 상황변수에 탄력적으로 대응하여 구체적 타당성 있는 결론을 도출하지 못하게 한다. 이에 미국 저작권법 제107조와 같이 일반규정으로서 공정이용의 원리 도입을 적극적으로 검토해 볼 필요가 있다. 공정이용의 원리는 개별적인 상황에 융통적으로 적용될 수 있게 됨으로써 저작권법이 미래의 새로운 기술이나 환경에도 쉽게 적응하는 것을 가능하게 하고, 따라서 법이 기술을 미처 따라 잡지 못하는 점을 극복할 수 있는 장점이 있다. 나아가 임시적 복제나 접근권이 인정되는 등 저작권자의 권리가 강화되고 저작물 이용자의 권리가 상대적으로 약화되는 상황에서, 공정이용의 원리는 그 역할 내지 기능을 발휘할 수 있는 여지가 더욱 크다. 그러나 이 같은 공정이용의 원리의 유익한 기능을 수행할 수 있도록 하기 위하여서는 법원의 역할이 필수적으로 수반되어야 한다. 뿐만 아니라 이의 도입에 있어서는 법체계의 상이 등 여러 가지 극복하여야 할 현실적 애로사항이 많다. 제3장에서 고찰해 본 바와 같이 호주가 일반조항으로 공정이용(Fair use)개념을 도입하려다가 실패한 이유도 공청회 과정에서 권리자들이 강력한 반대에 부딪혔기 때문이다. 그래서 호주는 fair use를 도입하는 대신에 time-shifting, formation-shifting에 관한 추가적인 예외를 도입하여 비슷한 효과를 최소한이나마 확보하고자 하였다. 호주가 영연방에 속하는 국가임에도 공정이용의 일반조항 도입이 좌절된 실례를 볼 때, 대륙법 체계를 가진 우리나라가 이용활성화를 위해 fair use 개념을 저작권법에 도입하려고 할 시에 권리자들의 반발은 호주보다 더 심각할 것임이 자명해 보인다. 따라서 이러한 예상되는 반발을 잠재울 수 있는 보다 엄밀한 논리와 법리의 정리가 요구된다고 하겠으며 도입시기의 선택에도 매우 신중을 기하여야 할 것으로 보인다.

넷째, 한편 공정이용의 확대를 위한 저작권 제한 및 예외를 규정할 경우 이것이 권리의 불합리한 제한에 해당하여서는 아니 된다. 이용활성화를 위한 권리제한 입법을 시도할 경우 최소한도로 지켜야 할 국제규범의 원칙이 상존하고 있기 때문이다. 즉 앞서 이용활성화 필요성에 기초하여 향후 저작권이나 저작권접권에 대한 제한입법은 국제적인 룰에 따라야 하는 바, 이와 관련하여 저작권의 제한 및 예외에 대한 국제조약상 제 규정들과 해석원칙들에 유의하여야 할 필요가 있다. 특히 베른협약 및 TRIPs협정, WCT, WPPT 및 EU 저작권 지침 등에서 천명하고 있는 3단계 테스트는 저작권 제한을 위한 국제적인 표준으로 자리매김하고 있다. 하지만 3단계 테스트 자체가 각국에 어떠한 입법이나 조치를 취해야 하는지에 대해서 가이드라인을 제공해주는 것은 아니다. 결국 각국은 3단계 테스트를 준수할 의무만을 가질 뿐, 이를 준수하기 위한 구체적인 방법은 스스로 정해야 한다. 다음은 3단계 테스트의 이행태양을 몇 가지 경우로 나누어 본 것이다.

- 입법을 통해 3단계 테스트 자체를 새로운 저작권 제한 유형으로서 도입하는 경우
- 입법을 통해 3단계 테스트를 기존 저작권 제한을 위한 추가적 요건이나 구체적 기준으로 제시하는 경우

- 단지 입법적 조치 및 행정적 조치를 위한 가이드라인으로 활용하는 경우
- 사법적 판단에 있어 3단계 테스트를 만족하는지 여부를 근거로 삼는 경우

위의 경우들 다수를 동시에 채택하는 경우도 생각해볼 수 있다.

3단계 테스트 자체를 저작권 제한의 절대적 요건으로 설정하는 데 대해서는 앞서 이루어졌던 미국의 공정이용규정이 3단계 테스트와 합치하는지 여부에 대한 것과 같은 맥락에서 허용된다고 볼 수 있을 것이다. 두 번째 경우는 3단계 테스트를 가장 엄격하게 이행하는 것으로 평가되지만, 세 번째 경우에는 입법화되는 내용이나 행정의 내용을 구체적으로 판단하여 준수여부를 따질 수밖에 없을 것이다. 사법부가 명문의 규정 없이 3단계 테스트를 원용할 수 있는지 여부는 국제법의 직접효력 문제와도 연결되는 것으로 당해 조약에 가입한 것만으로 사인간의 관계에서 직접 원용할 수 있는지에 대해서는 논란이 있을 수 있다. 어쨌든 입법부, 행정부 및 사법부 모두 저작권 관련 국제조약의 수범자라는 점에서 3단계 테스트를 적절한 방법으로 이행해야 함은 명백하다.

다섯째 이상의 이용활성화를 위한 개선정책의 강구에 있어 해외 입법례에 대한 비교법적 고찰을 통해 시행착오를 줄일 수 있다.

먼저 미국과의 FTA 이행을 위하여 호주가 취해온 저작권법 개정과정은 호주와의 FTA가 우리나라의 상황과 가장 근접해 있다는 점에서 많은 시사점들을 제공할 수 있음은 제3장의 I에서 자세히 살펴본 바와 같다. 디지털이슈를 DMCA를 통한 권리보호 강화의 방법으로 해결하고 저작권보호기간을 연장한 미국에서도 저작권 보호 강화에 따른 여러 가지 부작용과 문제점을 이용활성화 통해 해결하려는 추가 입법들이 다수 제출되고 있다. 제3장에서 고찰한 바와 같이 최근 입안된 저작권자 불명의 저작물(Orphan Works)과 관련한 법령, Digital Choice and Freedom Act of 2002 및 “TECHA”로 약칭되는 “기술, 교육 및 저작권 조화법”은 향후 우리 국내 저작권법 개정에도 여러 가지 시사점을 제공하여 주고 있다. 아울러 DRM 호완성을 담보한 2006년 프랑스저작권법 개정도 시사하는 바가 크다.

## 참고문헌

### <국내문헌>

#### 1. 단행본 및 보고서

오승중, 이해완, 저작권법(제3판), 박영사, 2004.  
이영록, 기술조치의 보호입법에 관한 연구, 저작권심의조정위원회, 2001.  
장주영, 미국 저작권 판례, 육법사, 2003  
Lessig, Lawrence. 2002. 코드 : 사이버 공간의 법이론. 김정오 역. 서울 : 나남출판.  
제러미 리프킨, 이희재 옮김, '소유의 종말', 민음사, 2000  
남효순.정상조, 인터넷과 법률, 법문사, 2002.  
이대희, 인터넷과 지적재산권법, 법문사, 2002.  
이해완, “전자거래와 지적재산권”, 전자거래법, 사법연수원, 2001  
한승헌. 1994. 정보화시대의 저작권. 서울 : 나남출판.

#### 2 . 논문

이순이. 문화창작물의 공적영역과 저작권법 : 공적영역 지형의 변화를 중심으로. 서강대학교 대학원. 석사학위논문 1997.  
남희섭, “저작물의 공정이용과 저작권 제도의 균형”, 저작물의 공정이용과 디지털도서관 활성화 모색을 위한 저작권법 토론회, 2006.  
박익환, “미국저작권법상 fair use doctrine에 관한 소고”, 서울대학교 대학원 석사학위논문, 1989.  
이기식, “디지털시대 저작권 정책의 재조명” 한국정책학회, 2001년도 하계학술대회발표논문집, 2001.  
이대희, “저작권법상의 공정이용의 법리에 관한 비교법적 연구”, 한국경영법률학회, 2000.  
이상정, “디지털 시대의 저작권제도의 갈등”, 지적소유권법연구 제4집, 한국지적소유권학회, 2000.  
이대희, S/W 지적재산권의 남용방지와 공정이용 활성화 방안에 관한 연구, 프로그램조정심의위원회, 2002.  
이호열, “WTO체제하의 저작권 대책-미국 저작권법상 공정사용을 중심으로”, 고려대학교대학원 박사학위논문, 1997.  
정경희, “디지털 복제권과 전송권 제한에 관한 연구, 정보관리학회지 제18권 제4호, 2001.  
정찬모, “국제협정상 저작권 예외의 요건으로서 3단계 테스트와 그 시사점”, 디지털 저작물과 이용자의 권리에 관한 정책토론회, 2003.  
함석천, “새로운 매체의 발전과 법의 대응”, 법조, Vol. 589, 2005, 88면.  
홍재현, “네트워크 환경에서의 디지털복제와 공정사용 법리 적용의 문제점”, 한국문헌정보학회지, 제31권 제4호, 1997.  
윤종수, '진정한 웹2.0으로서의 UCC가 되려면', 2006/10/26자 zdnet웹진 (<http://www.zdnet.co.kr/itbiz/column/anchor/iwillbe/0,39033556,39152182,00.htm>)

### <외국 문헌>



## 1. 단행본

Committee on Intellectual Property Rights and the Emerging Information Infrastructure. The Digital Dilemma : Intellectual Property in the Information Age. (Washington D.C. : National Academy Press 2000)

.

Harris, L.E. Digital Property: Currency 21st Century, McGraw-Hill Ryerson Ltd. 2000.

Lawrence Lessig, 「Free Culture」, 2004

William W. Fisher III, 「Promises to Keep」, Stanford University Press, 2004

## 2. ARTICLE

Lawrence Lessig, "The Architecture of Innovation", 51, Duke Law. Law Journal, 2002

John Perry Barlow, The Economy of Ideas: A Framework for Rethinking Patents and Copyrights in the Digital Age; www.unesco.or.kr; [www.siteofthesentient.com/barlow.html](http://www.siteofthesentient.com/barlow.html)

Lawrence Lessig, "The Architecture of Innovation", 51, Duke Law. Law Journal, 2002

Glenn Otis Brown, "Some Rights Reserved : the Creative Commons and Building a Layer of Reasonable Copyrights". 정보법학 제7권 제1호, 2003,

G. Harper, "Fair Use of Copyright Materials",

([http://utsystem.edu/OGG/Intellectual Property/copypol2.html](http://utsystem.edu/OGG/Intellectual_Property/copypol2.html)).

## 1. 호주

김현철, 박덕영, 「한미FTA 저작권 분야 대응방안 연구」, 2005.12.

Austrian Copyright Council, *Digital Agenda Amendments: An Overview*, Information Sheet G65.

<http://www.copyright.org.au/reform>

\_\_\_\_\_, *Free Trade Agreement Amendments*, Information Sheet G85.

<http://www.copyright.org.au/reform>

\_\_\_\_\_, *Copyright Amendment Act 2006*, Information Sheet G096.

<http://www.copyright.org.au/reform>

Baulch, Libby, "호주의 주요 저작권 개정 및 소프트웨어 IPR 보호", 제6회 PDMC 국제 학술 세미나 발표자료집, 127면.

Copyright Law Review Committee, *Report on Computer Software Protection*, 1999.

[http://www.ag.gov.au/agd/WWW/clrHome.nsf/Page/Overview\\_Reports\\_Computer\\_Software\\_Protection](http://www.ag.gov.au/agd/WWW/clrHome.nsf/Page/Overview_Reports_Computer_Software_Protection)

Parliamentary Library, Information Analysis and Advice for the Parliament, *Copyright Legislation Amendment Bill 2004*, Bills Digest, 2004.

Parliamentary Library, Information and Research Services & Jacob Varghese, *Guide to Copyright and Patent Law Changes in the US Free Trade Agreement Implementation Bill 2004*, Current Issues Brief No.3 (2004-05).

## 2. 저작권 제한

- 저작권심의조정위원회, 저작권관계자료집34: 세계무역기구 무역관련지적재산권협정 법령심사, 2001.
- Bornkamm, J, "Der dreistufentest als urheberrechtliche Schrankenbestimmung: Karriere eines Begriffs", in H.-J. Ahrens et al. eds., Festschrift für Willi Erdmann, Carl Heymanns, 2003, p. 29.
- Cornish, William & Llewelyn, David, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 5th ed., Sweet & Maxwell, 2003.
- Gervais, Daniel, "Toward a New Core International Copyright Norm: The Reverse Three-Step Test", 9 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 1 (2005).
- Ginsburg, Jane, "Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the "Three-Step Test" for Copyright Exceptions", RIDA 187 (2001).
- Patent Office, *The Copyright Directive (2001/29/EC) - UK Implementation, Consultation Paper of the Patent Office*.  
<http://www.patent.gov.uk/about/consultations/eccopyright/impact.htm>
- Senftleben, Martin, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law International, 2004.
- WIPO, Standing Committee on Copyright and Related Rights (SCCR) & Ricketson, Sam, *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment*, WIPO doc. SCCR/9/7, 2003.

### 3. TEACH법

- 김현철, 「디지털 원격교육과 관련한 저작권 문제: 저작재산권 제한을 중심으로」, 저작권심의조정위원회, 2004.
- 이광진, "미국에 있어서 원격교육을 위한 새로운 저작권법에 관한 연구", 법조 제53권 제10호 (2004), 220면.
- Ricketson, Sam, *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment*, WIPO Doc. SCCR/9/7, 2003.
- U.S. Copyright Office, *Report on the Copyright and Digital Distance Education*, 1999.