

학술지 디지털 자료의 저작권 계약시 주의할 점

대한의학학술지편집인협의회 Workshop, 2001.7.6
〈안효길, 광운대학교 법과대학 전임강사·법학박사〉

제1. 인터넷과 저작권법

I. 서론

저작권법의 여러 규정들 중에서 특히 저작재산권에 관한 규정 및 저작인접권에 관한 규정을 살펴다 보면, 우리는 저작권법의 발전역사는 어느 면에서는 “기술의 도전”에 대한 법적 대응의 역사라고 볼 수 있는데, 현재 저작권법이 직면하고 있는 기술이 바로 여기서 다루게 될 “인터넷”이다. 인터넷(Internet)은 저작물이용과 배포에 대한 새로운 방법 내지 가능성을 제공하고 있다. 인터넷 이용자는 자신이나 타인의 자료를 인터넷상에 올릴 수 있고(upload), 이렇게 인터넷에 연결된 어느 컴퓨터상에 저장된 자료는 각 이용자가 접근할 수 있고 경우에 따라서는 이를 자신의 컴퓨터에 저장할 수 있다(download). 이 경우 그 자료가 저작권법상 보호가능한 저작물이거나 다른 방법에 의하여 보호가능한 어떤 성과에 해당하는 때에는, 인터넷의 이용은 저작권법 또는 방금 언급한 어떤 성과를 보호하기 위한 법, 즉 저작인접권법상 여러 문제를 야기할 수 있다. 지금까지 인터넷 및 저작권법과 관련하여 국내 외에서 이미 많은 글들이 발표되었고¹⁾ 이에 대한 판례도 점점 증가하고 있는 추세에 있다. 본 논문에서는 우선 인터넷을 통하여 이용되는 저작물에는 어떠한 것이 있으며, 그에 대한 권리는 누구에게 귀속하는가를 살펴보고(II), 저작물의 인터넷이용시 고려하여야 할 저작권법상의 권한에는 무엇이 있으며(III), 인터넷이용과 관련하여 저작권계약을 어떻게 해석하여야 하는가에 대하여(IV) 고찰한다. 다음으로 인터넷을 통한 저작물이용시 저작권침해가 발생한 경우 구체적으로 누가 책임을 부담하여야 하는가(V) 및 외국과 관련하여 저작권침해가 발생한 경우 어느 국가의 법이 준거법으로 되는가(VI)에 대하여 살펴보기로 한다. 그러나 본론으로 들어가기에 앞서서, 이 논문의 목적은 인터넷과 저작권에 관한 제문제를 상세하게 다루고자 하는 것은 아니며, 다만 인터넷과 관련하여 저작권법상 기본적으로 검토하여야 할 문제점은 무엇인가를 알리고자 하는데 중점을 두고 있음을 밝혀둔다.

II. 인터넷이용과 관련하여 보호받는 저작물 및 그 권리자

1) 예컨대 김행남/김홍수/정상기, 「정보통신망의 발달과 지적재산권법의 대응」, 『계간 저작권』 39 (1997), 4 이하; 윤선희, 「디지털 송신과 인터넷상의 저작권문제」, 『계간 저작권』 42 (1998), 2 이하; 이은용, 「저작권 환경 변화를 부추기는 인터넷」, 『계간 저작권』 38 (1997), 37 이하; *Bechtold*, *Multimedia und Urheberrecht - einige grundsätzliche Anmerkungen*, GRUR 1998, 18 이하; *Nordemann/Goddard/Tönhardt/Czychowski*, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht im Internet*, CR 1996, 645 이하; *Spindler*, *Deliktsrechtliche Haftung im Internet - nationale und internationale Rechtsprobleme*, ZUM 1996, 533 이하; *Schack*, *Neue Techniken und Geistiges Eigentum*, Vortrag auf dem deutsch-koreanischen Kolloquium in Wolfenbüttel am 23.7.1998 및 그 인용문헌; *Koch*, *Internet-Recht*, 1998, 373쪽 이하.

우선 인터넷이용과 관련하여 문제가 발생할 수 있는 저작물의 종류에는 어떤 것이 있는가를 살펴보자. 이 경우 소설, 음악, 그림, 사진 또는 영화와 같은 전통적인 저작물뿐만 아니라, 컴퓨터 프로그램, 데이터베이스 또는 소위 멀티미디어 저작물과 같은 새로운 유형의 저작물이 고려될 수 있다²⁾. 흔히 인터넷이용의 대상이 되는 데이터베이스와 멀티미디어 저작물의 경우에 특히, 구체적으로 해당 저작물을 어떤 종류의 저작물로 분류하여야 하는지의 문제와, 이와 밀접한 관련을 맺고 있는 것으로, 해당 저작물에 대한 저작권은 누구에게 귀속하는가의 문제는 대답하기가 쉽지 않다.

멀티미디어 저작물을 (예컨대 영상저작물에 유사한) 새로운 종류의 저작물로 보아야 하는가 및 만일 그렇다면 이러한 저작물을 효과적으로 보호하기 위하여 법개정이 필요한가에 대해서는 본 논문에서 다루지 않는다. 그러나 현행법에 따라서 멀티미디어 저작물을 보호하는 경우 다음과 같은 점을 구별하여야 한다: 첫째 멀티미디어 저작물이 예컨대 텍스트, 그림, 음향 등과 같은 그 소재의 선택 또는 배열에 있어서 그 자체로서 저작물성을 나타내는가 또는 그것이 다양한 소재들을 모아서 단순한 집합물에 불과한 것인가? 둘째로 멀티미디어 저작물에 포함된 소재들이 각각 독자적으로 저작권법상 보호받을 능력이 있는 것인가? 마지막으로 멀티미디어 저작물이 독자적으로 창작된 것인가 또는 어떤 고용관계하에서 창작된 것인가?

1. 편집저작물 또는 단순한 집합물

멀티미디어 저작물이 그 소재의 선택 또는 배열에 있어서 정신적 창작물을 나타내는 경우, 이는 저작권법 제6조에서 말하는 편집저작물에 해당하고, 그렇지 않은 경우에는 저작권법상으로 보호가능성이 없는 단순한 집합물에 해당할 뿐이다. 이와 관련하여 유럽연합은 다른 보호방법을 제시하고 있다. 즉 유럽연합의 소위 데이터베이스 지침 제7조 이하는 그 소재를 수집, 검토 및 표현하는데 있어서 질적 또는 양적인 측면에서 상당한 투자를 요하는 데이터베이스는, 설사 그 소재의 선택 또는 배열이 창작적이지 못하여 저작권법상 보호가능한 저작물로 볼 수 없다 하더라도, 이를 특별법에 의하여 보호할 수 있는 길을 열어 주었다³⁾. 텍스트, 그림, 음향 등 다양한 소재들의 결합인 멀티미디어 저작물도 일종의 데이터베이스로 볼 수 있어 데이터베이스 지침이 적용될 수 있다. 어떤 이들은 따라서 동 지침을 소위 “멀티미디어 지침”이라고까지 칭하고 있다. 동 지침을 준수하기 위하여 예컨대 독일에서는 1998년 1월 1일 동 지침의 국내입법에 의하여 저작권법 제87조 a 이하에서 위에서 언급한 유형의 데이터베이스를 저작인접권의 하나로서 보호하고 있다. 그러나 국내에서는 이에 상응하는 저작인접권에 의한 데이터베이스 보호는 아직 존재하지 않는다.

2. 멀티미디어 저작물에 포함된 개별 소재들에 대한 저작권

멀티미디어 저작물에 포함된 텍스트, 그림, 음향 기타 이와 유사한 것들이 그 자체가 저작권법상 보호가능한 저작물에 해당하는 경우에는, 각 개별 저작물에 대한 저작권은 멀티미

2) 인터넷으로 각종 저작물이 이용되는 방법 및 국내현황에 대해서는 이은용 (주 1), 41 이하 참조.

3) 동 지침내용의 분석 및 평가에 대해서는 안효질, 「데이터베이스의 보호에 관한 유럽공동체의 동향」, 『계간 저작권』 38 (1997), 27쪽 이하.

디어 저작물의 보호와는 아무런 상관없이 그 자체로서 저작권법의 보호를 받는다(저작권법 제6조 제2항). 따라서 이 경우 멀티미디어 저작물이 저작권법상 보호가능한 편집저작물에 해당하는지 또는 단순히 집합물에 해당하는지 아니면 유럽연합의 데이터베이스 지침 및 독일 저작권법에서 말하는 저작인접권의 보호대상에 해당하는지는 중요하지 않다. 어떤 자가 타인의 저작물을 그의 동의를 받지 않고 자신의 멀티미디어 저작물에 포함시킨 경우에는, 그는 그 포함된 저작물에 대한 저작권을 침해하는 것이다.

3. 창작자원칙 및 생산자원칙

독일 등 전통적인 대륙법계의 국가에서는 원칙적으로 창작자원칙(Schöpferprinzip)이 적용된다. 즉 고용관계에서 창작한 저작물의 경우 해당 저작물에 대한 저작권은 창작자 자신에게 귀속하고, 그 저작물에 대한 사용자의 이해관계는 고용계약 등 당사자의 자유로운 처분에 맡겨져 있다. 이와는 달리 한국법은 소위 생산자원칙(Produzentenprinzip)을 따르고 있다⁴⁾. 즉 저작물이 고용관계에서 창작된 경우, 사용자는 저작권법 제9조에 따라 원시적으로 저작물에 대한 저작자의 지위를 차지하게 된다. 그러나 이미 언급한 바와 같이 멀티미디어 저작물 자체와 그에 포함된 개별 저작물들은 원칙적으로 구별하여 각각의 저작권자를 판단하여야 한다.

III. 인터넷이용과 관련된 개별 저작권

아래에서는 인터넷이용과 관련하여 나타날 수 있는 저작권 및 저작인접권의 침해행위는 어떠한 것이 있으며, 이에 대응하여 각각의 개별 저작재산권과 저작인격권은 어떠한 보호를 줄 수 있는가에 대하여 살펴보기로 한다.

1. 저작재산권

인터넷에서는 저작물 내지 기타 보호가능한 자료들이 종래의 저작물이용방법과는 다른 방법, 예컨대 업로딩(uploading), 전송, 다운로드(downloading) 등의 행위에 의하여 이용된다. 여기서 중요한 것은 이러한 새로운 유형의 저작물이용행위가 저작권법상 규정된 이용형태, 예컨대 복제, 배포 또는 방송에 해당하는 것으로 볼 수 있느냐 또는 법에는 규정되어 있지 않은 새로운 이용형태로 보아야 하는가의 문제이다.

a) 저작물의 업로딩

저작물을 인터넷에 업로딩한다는 것은, 인터넷에 연결되어 모든 인터넷이용자 또는 일정한 집단의 이용자들이 접근할 수 있는 임의의 컴퓨터상에 존재하는 저장장치(예컨대 하드디스크)에 해당 저작물을 저장하는 것을 의미한다. 이 과정에서 컴퓨터의 저장장치에 저작물의 새로운 고정물이 생성되고, 이는 바로 저작권자의 복제권을 침해하는 것이다⁵⁾.

4) 고용관계에서 창작한 저작물에 대한 저작권귀속의 입법례에 대해서는 안효질, 「독일 저작권법상 업무상 창작한 컴퓨터 프로그램에 대한 권리관계(상)」, 『계간 저작권』 35 (1996), 28, 32 참조.

5) 이에 대해서는 다만 Vinck, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 8. Aufl. 1994, § 16 Rdn. 1;

b) 저작물의 전송

인터넷을 통하여 자료를 전송하는 행위⁶⁾는 우선 저작권법상 이미 규정되어 있는 이용방법인 배포 또는 방송의 개념으로 볼 수 있을 것이다. 그러나 인터넷을 통한 전송행위를 배포로서 분류한다면, 인터넷전송과정에 있어서는 전송자로부터 수신자에게 아무런 물리적 형태의 저작물(유체물)도 전달되지 않고, 다만 수신자의 컴퓨터상에 새로운 저작물의 복사본이 생성될 뿐이라는 점을 설명할 수 없다. 왜냐하면 한국법에 따른 배포권은 유체적인 형태의 저작물을 전달하는 경우에만 적용되기 때문이다.

인터넷전송은 다른 한편 방송과 유사하다. 저작권법 제2조 제8호의 정의규정에 따르면, 방송이란 “일반공중으로 하여금 수신하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 음성, 음향 또는 영상 등을 송신하는 것”을 말한다. 여기서 “일반공중”의 의미가 무엇인가에 대해서는 저작권법상 규정되어 있지 않으나, 문헌에서는 불특정 또는 특정의 다수인을 의미하는 것으로 해석하고 있다⁷⁾. 인터넷을 이용한 자료의 전송이 바로 이에 해당한다고 볼 수 있다. 방송을 인정할 수 있기 위해서는 그 외에 다수인이 동시에 수신할 수 있는 가능성이 전제되어 있어야 한다. 인터넷전송의 경우에도 만일 그 전송자가 자료를 동시에 또는 적어도 연속적으로 다수인에게 전달하는 경우에는, 이 요건도 충족되는 것으로 볼 수 있다⁸⁾. 그러나 인터넷을 이용한 자료의 전송은 원칙적으로 “전송자로부터 수신자에게”라는 방향으로 이루어지는 것이 아니라, 이와는 정반대의 방향으로 이루어진다. 즉 인터넷전송은 이용자의 요구에 의하여(on demand) 그리고 이에 대한 회답의 형식으로 이루어진다. 즉 이용자는 종래의 방송에서와는 달리 적극적이다. 인터넷전송을 방송으로 분류하게 되면, 권리자에게도 불리한 법적 결과를 가져온다: 우선 저작권법 제26조에 따르면 영리를 목적으로 하지 않는 경우에는, 권리자의 동의없이도 공표된 저작물을 방송할 수 있다. 즉 영리의 목적이 아닌 한 인터넷으로 타인의 공표된 저작물을 마음대로 전송할 수 있다. 한국법상항하에서 저작권자에게 더욱 불리한 점은, 이 경우 저작권자에게 아무런 보상청구권도 주어지지 않는다는 것이다. 만일 전송되는 것이 음반에 녹음된 실연일 경우에는, 그 실연자 또는 음반제작자는 저작권법 제64조 제2문에 따라서 그 전송 자체를 금지할 수는 없다. 다만 그들은 저작권법 제65조 및 제68조에 따라서 상당한 보상을 청구할 수 있을 뿐이다. 이 경우 권리자는 방송사업자(인터넷전송의 경우에는 Service Provider 또는 각 개인 인터넷이용자)에 대하여 복제권에 근거하여 자신의 저작물을 전송하는 행위를 애초에 금지할 수 있다고 주장할 수도 있겠으나, 사실은 그렇지 않다. 왜냐하면 방송사업자는 저작권법 제31조에 따라 스스로의 방송을 위하여 저작물을 자체수단으로 녹음 또는 녹화할 수 있기 때문이다.

인터넷을 통하여 컴퓨터 프로그램을 전송하는 경우에 대하여는, 컴퓨터 프로그램보호법

송영식/이상정, 『저작권법개설』, 1997, 311쪽 이하 참조.

6) 디지털 전송에 대한 저작권법상의 취급에 대해서는 이상정, 「디지털 시대의 저작권법 개정 방향에 관한 소고」, 『계간 저작권』 41 (1998), 14, 17 이하; 박성호, 「정보의 디지털화에 따른 저작권 재산권의 대응방향」, 『계간 저작권』 35 (1996), 65 이하; 윤선희 (주 1) 참조.

7) 장인숙, 『저작권법원론』, 1996, 78쪽.

8) 이에 대해서는 Nordemann/Goddar/Tönhardt/Czychowski (주 1), 648 이하; 송영식/이상정 (주 5), 313쪽.

상 매우 흥미있는 규정이 있다. 즉 동법 제26조 제3호에 따르면, “프로그램 저작권자의 허락 없이 그 프로그램을 통신망을 통하여 전송하거나 배포하는 행위”는 프로그램 저작권을 침해하는 것으로 본다. 동 규정은 1995년에 신설된 것이다. 컴퓨터 프로그램 등 타인의 저작물을 허락없이 인터넷으로 전송하는 행위에 대하여는, 이미 언급한 바와 같이 저작권법 제20조, 컴퓨터 프로그램보호법 제8조 제1항에 따른 배포권 내지 저작권법 제18조에 따른 방송권에 근거하여서는 이를 금지하기가 이론상 어려운 점이 있다. 게다가 문헌에서는 이러한 인터넷 전송행위를 복제권에 기하여 애초에 금지할 수 있는가의 여부에 대하여 논란이 있었다. 이에 대하여 입법자는 컴퓨터 프로그램보호법 제26조 제3호의 신규정에 따라서 이러한 전송행위도 만일 그것이 권리자의 동의없이 이루어진 경우에는 저작권침해가 된다는 점을 명백히 하고자 하였다⁹⁾. 그러나 여기서 이론적으로 규명되어야 할 문제는, (i) 동규정에 의하여 새로운 종류의, 적극적인 의미의 저작재산권, 즉 무형적 배포권이 신설되었는가, 또는 (ii) 동 규정은 컴퓨터 프로그램을 통신망을 통하여 배포하는 행위가 복제권, 기타 다른 개별 저작권에 의하여 금지될 수 있음을 입법적으로 해석한 규정인가라는 점이다. 국내 문헌이나 판례는 아직 이에 대해 명백한 답을 주고 있지 않다. 우선 통신망을 이용한 전송행위에 대한 법적 판단은 유보한 채, 통신망을 통하여 전송되는 저작물이 컴퓨터 프로그램에 해당하는 한, 프로그램저작권자는 컴퓨터 프로그램보호법 제26조 제3호에 따라서 하여튼 이러한 행위를 금지할 수 있고, 그 위반에 대해서는 컴퓨터 프로그램보호법 제25조 및 제27조에 따라서 소송상 금지청구권 및 손해배상청구권을 행사할 수 있다는 점은 명백하다. 주지하다시피 저작권법 제2장 제4절 제16조 이하의 개별 저작재산권에 관한 규정은 열거적인 것으로 해석하여야 한다. 따라서 입법자가 새로운 유형의 저작재산권을 신설하고자 한다면, 입법기술상 및 법체계상 저작권법 제2장 제4절에서 규정하는 것이 매끄러운 방법이다. 다음으로 통신망을 통한 컴퓨터 프로그램 전송행위도 복제권의 범위에 포함된다고 입법적으로 해석한 것이라고 보는 태도도 썩 흡족할 만한 해답을 주지 못한다. 타인의 컴퓨터 프로그램을 통신망을 통하여 전송하기 위해서는 우선 인터넷에 연결된 컴퓨터의 저장장치에 저장, 즉 업로딩을 하여야 하는데 이는 앞서 본 바와 같이 복제에 해당하고, 그러한 프로그램을 다운로드하는 것도, 나중에 언급하는 바와 같이 복제에 해당하는 것은 사실이다. 그러나 전송행위 자체는 복제가 아니며, 다만 전송 전후에 일어나는 과정이 복제에 해당할 뿐이다. 즉 이러한 해석방법은 전송행위 자체에 대한 설명은 하지 못하고 있으며, 구태여 입법적으로 이를 해결할 필요도 없을 것이다. 이 문제에 대한 가장 바람직한 해결방법은 저작권법 및 컴퓨터 프로그램보호법에 저작재산권으로서 무형의 배포권 내지 전통적인 의미의 방송개념을 포함 내지 초월하는 새로운 유형의 저작물전달권을 인정하는 것이다.

다행스럽게도 컴퓨터 프로그램에 관한 한 1998년 12월 30일 개정·공포되어 1999년 1월 1일부터 시행된 컴퓨터프로그램보호법 중 제2조 제9호와 제8조 제1항이 새로이 전송권을 신설하였다¹⁰⁾. 동법에 따르면 프로그램저작자는 공표권, 성명표시권 및 동일성유지권 등의 저작인격권 이외에 저작재산권으로서 프로그램을 복제, 개작, 번역, 배포, 발행 및 “전송”할 권리를 갖으며(컴퓨터프로그램보호법 제8조 제1항), 이 경우 “전송”이란 공중이 수신하거나 이용할 수 있도록 하기 위하여 무선 또는 유선 통신의 방법에 의하여 프로그램을 송신하거나

9) 이에 대해서는 송영식/이상정/황중환, 『지적소유권법』, 제4판, 1996, 1173쪽 참조.

10) 개정내용 및 그에 대한 평가에 대해서는 신각철, 「컴퓨터프로그램보호법 중 개정법률 해설」, 『계간 저작권』 45 (1999), 2쪽 이하.

이용에 제공하는 행위를 말한다(컴퓨터프로그램보호법 제2조 제9호). 아울러 컴퓨터 프로그램보호법은 제2조 제6호에서 현행 저작권법과는 달리 “공중”의 법적 정의에 대한 규정을 두고 있는데, 동법에서 의미하는 “공중”이란 “특정한 또는 불특정 다수인”을 말한다고 하여, 인터넷과 같은 통신망을 통하여 단 한 명의 개인에게 프로그램을 전송하는 행위도 프로그램 저작자의 권리가 미치지 못하도록 하고 있다. 2000년 1월 28일에는 이러한 전송권뿐만 아니라 기술적 보호조치의 침해 등을 규율하는 내용으로 컴퓨터프로그램보호법의 전문개정이 있었고, 일반 저작권법의 분야에서도 2000년 1월 12일 법개정을 통하여 전송권을 도입하였다. 양법은 각각 2000년 7월 29일과 21일1부터 시행될 예정이다. 특히 저작권법 제2조 제9의2호는 ‘전송’의 개념정의를 매우 구체적으로 하고 있는데, 그에 따르면 전송이란 ‘일반공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 수신 하거나 이용할 수 있도록 저작물을 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것을 말한다’. 이와 같은 저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법의 개정은 1996년말의 세계지적소유권기구 저작권조약(WCT)과 실연·음반조약(WPPT) 제8조(WCT)와 제10조, 제14조(WPPT)에 각각 규정된 소위 공중전달권 (*right of communication to the public*)과 이용제공권(*right of making available*)을 고려하여 이에 상응하는 권리를 신설한 것이다¹¹⁾. 앞으로 개정 규정들이 시행되는 7월부터는 저작물 및 컴퓨터 프로그램의 인터넷전송에 관한 법률관계가 명백해 질 것으로 예상된다.

컴퓨터 프로그램보호법 제26조 제3호에 상응하는 규정이 저작권법상 아직 존재하지 않는 현행법하에서 동 규정을 일반 저작물의 전송행위에 대해서도 확대적용할 필요가 있는가? 앞으로 개정 저작권법이 시행되면 이러한 행위는 전송권에 의하여 규제를 받겠지만, 그 시행 전인 현재에도 보통의 경우에는 컴퓨터 프로그램보호법 제26조 제3호를 확대적용할 필요는 없을 것이다. 왜냐하면 위에서 언급한 바와 같이 저작권자는 복제권에 기하여 인터넷전송 전후에 일어나는 과정을 통제함으로써 그의 경제적 및 인격적 이익을 충분히 보호할 수 있을 것이다. 물론 적법하게 취득한 저작물을 인터넷전송하는 행위는 위와 같은 방법에 의하여 규제할 수는 없을 것이다. 방금 언급한 바와 같이 이에 상응하는 전송권 내지 이용제공권을 도입하는 것이 필요하긴 하지만, 우리법 현실에서 더욱 바람직한 것은 이와 아울러 저작권법상 저작재산권을 열거적으로 규정할 것이 아니라 단지 예시적으로 규정하고, 저작물 이용권에 대한 하나의 포괄규정을 둬므로써 앞으로의 기술발전에 융통성있게 대처하는 것이다. 이렇게 함으로써 기술의 발전에 의한 새로운 저작물이용방법 내지 이용형태가 나타난다 하더라도, 이를 그때 그때마다 반드시 기존의 각 개별저작재산권의 개념으로 분류할 필요없이 우선 저작권자의 배타적 권리하에 둘 수 있을 것이다.

c) 저작물의 다운로드

인터넷을 이용한 저작물의 이용은 크게 두 가지 종류로 나누어 볼 수 있다: 첫째 인터넷 이용자는 원하는 자료를 자신의 컴퓨터의 영구기억장치(예컨대 하드디스크)에 다운로드하여 이를 그 즉시 또는 나중에 임의로 원하는 때에 원하는 방법으로 (예컨대 인쇄물의 형태로 또는 화면에 나타나게 함으로써) 이용할 수 있다. 둘째로 이용자는 저작물을 자신의 컴퓨터에 저장함이 없이 즉시 온라인으로 이용할 수 있다. 예컨대 인터넷이용자는 소위

11) 양 조약내용의 상세한 분석으로는 최경수, 「WIPO 저작권조약 및 실연·음반조약 해설 (上) (下)」, 『계간 저작권』 37-38 (1997), 각각 4쪽 이하 참조.

HTML(Hyper Text Markup Language)형태로 제공된 어문저작물을 화면에서 읽을 수 있고, 저작권법상 보호능력이 있는 유명한 그림을 컴퓨터화면을 통하여 감상할 수 있다. 두 번째 경우 해당 저작물이 컴퓨터의 영구기억장치에 저장됨이 없이 이용된다면, 그 저작물은 적어도 이용자의 컴퓨터의 RAM(random access memory: 임의추출기억장치)에 잠시 보관될 것이다. 저작물을 하드디스크와 같은 영구기억장치에 저장하는 것은 의심의 여지없이 복제라고 볼 수 있다. 왜냐하면 인터넷이용자의 컴퓨터상에 저작물의 새로운 고정물, 복사본이 생성되기 때문이다. 이에 반하여 저작물이 컴퓨터의 RAM에 읽혀지는 과정도 복제로 보아야 되는가에 대해서는 다툼이 있다. 일부문헌에서는 이러한 경우 설사 저작물의 사본이 생성된다 하더라도 그것은 영속적이지 못하고 대체가 불가능하기 때문에 아직 저작권법상의 복제는 아니라고 주장한다. 그러한 복제물은 배포할 수 없으며, 저작물이용자는 복제물에 대하여 아무런 지배력도 행사할 수 없게 된다는 것이다¹²⁾. 그러나 이에 대해서는 동의할 수 없다.

aa) 우선 복제권은 배포를 전제로 하고 있다든가 또는 배포권과 어떤 관련을 맺고 있다는 주장을 반박하고 싶다. 복제개념은 목적중립적(zweckneutral)이다. 따라서 저작물이 배포되기 위하여 복제되는지 여부는 중요하지 않다. 눈, 얼음, 케익과 같이 시간적으로 쉽게 사라지거나 또는 파괴되는 재료에 저작물을 고정하는 것도 복제라고 보아야 한다¹³⁾. 저작권법상 의미하는 복제개념은 그밖에 저작물이 장기간 고정되어 있을 것을 요하지도 않는다. 저작권법상 복제가 인정되기 위해서는 오직, 인간의 감각으로 저작물을 인식하기에 적당한 정도로 저작물이 유형적으로 고정되어 있으면 족하다. 많은 학자들은 특히 컴퓨터 프로그램과 관련하여 이 문제를 논하였는데, 논의의 대상은 바로 컴퓨터 프로그램이 RAM에 읽혀지는 과정이 저작권법상 복제에 해당하는가였다. 통설은 이러한 과정도 저작권법상의 복제라고 보았다¹⁴⁾. 왜냐하면 만일 복제라고 보지 않는 경우 프로그램 이용자는 라이선스 계약을 우회하여 프로그램을 동시에 여러 단말기(Terminal)에서 이용할 수 있기 때문이다. 참고로 유럽연합의 소프트웨어 지침 Art. 4 a) 및 독일 저작권법 제69조의 c 제1호는 RAM에서 이루어지는 일시적 복제과정도 저작권법상 복제로 볼 수 있음을 명시하고 있다. 만일 컴퓨터 프로그램이 RAM에 읽혀지는 과정을 복제라고 본다면, 컴퓨터 프로그램과 일반 저작물을 달리 취급할 필요가 없다.

bb) RAM은 단지 예전의 기술에 비하여 더 발전된 형태의 복제수단에 불과한 것이다. 이미 앞에서 업로딩과 관련하여 언급하였지만, 저작물을 하드디스크에 저장하는 행위는 다툼의 여지없이 저작권법상의 복제라고 보고 있다. 저작물을 저장기간이 영속적인 전자칩, 즉 ROM(read only memory)에 저장하는 것도 이와 마찬가지로 저작권법적인 의미에서의

12) 이에 대해서는 임준호, 「컴퓨터 프로그램의 법적 보호」, 『재판자료』 57집 (1992), 453, 501; 송영식/이상정 (주 5), 312쪽 참조; Spindler (주 1), 543 및 그 인용문헌; 또한 Hyo-Jil Ahn, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen im Recht der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Korea, 1999, 86쪽의 각주 243번 및 244번에 인용된 문헌 참조.

13) v. Gamm, Urheberrechtsgesetz, 1968, § 16 Rdn. 10.

14) 예컨대 이기수 외 6인공저, 『지적재산권법』, 1996, 1143쪽; 독일의 문헌으로는 특히 Haberstumpf, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerrprogrammen, 2. Aufl., 1993, Rdn. 117 ff. 및 그 인용문헌.

복제라고 보고 있다. 국내법원은 소위 가라오케사건이라는 일련의 판결에서 음악저작물을 가라오케기기에 장착된 ROM에 저장한 행위를 복제라고 판시하였다¹⁵⁾. RAM과 ROM이 본질적으로 차이나는 점은 단지 저장된 자료가 전원이 차단된 이후에 소멸되는지의 여부에 있다. 그러나 저작권법상 의미하는 복제개념은 저작물이 영속적으로 고정되어 있음을 요건으로 하는 것은 아니다. 저작물의 고정이 설사 일시적인 것이라도, 그것이 인간의 감각으로 직접 또는 간접적으로 인식되어질 수 있다면, 복제를 인정하여야 한다.

cc) 설령 반대견해가 주장하는 것처럼 저작권법상의 복제개념은 저작물이 장기간 고정되어 있을 것을 요건으로 한다면 치더라도, 반박의 여지는 있다. 왜냐하면 RAM상에 저작물이 저장된 상태가 항상 일시적인 것은 아니기 때문이다. 예컨대 서버 컴퓨터는 일반적으로 중단없이 상시 가동되며, 그러한 컴퓨터의 RAM상에 저장된 자료는, 해당 자료를 읽어들이 컴퓨터 프로그램을 끝내지 않는한 계속하여 RAM에 머물러 있게 된다. 그동안에는 컴퓨터사용자는, 해당 자료를 별도로 영구저장장치에 저장할 필요없이, 임의로 그 자료를 화면에 표시하거나 프린터출력을 통하여 다른 복제물을 만들 수도 있다¹⁶⁾.

d) 특수문제

aa) 저작물의 무형적 배포와 권리소진이론

인터넷은 다양한 목적으로 이용된다. 인터넷은 자료검색, 상품의 광고 및 기업의 홍보 등의 목적으로 또는 심지어는 법률행위를 하기 위하여도 이용된다. 이와는 전혀 다른, 저작권법의 관점에서 볼 때 중요한 인터넷의 용도는 바로, 저작권법상 보호가능한 저작물을 인터넷을 통하여 판매하는 것이다. 지금까지 이러한 판매형태는 주로 소프트웨어 부문에서만 볼 수 있었던 것이 사실이나, 반드시 이에 국한되는 것은 아니다. 즉 음악저작물, 영화저작물 또는 어문저작물도 디지털형태로 인터넷전송을 통하여 판매될 수 있다. 이러한 형태의 저작물판매도 저작권자의 허락없이 금지된다는 관점에서만 본다면, 그 법적 근거를 복제권, 배포권 또는 방송권에서 찾든, 아니면 법에 명시되어 있지 않는 제3의 저작재산권에서 찾든 중요하지 않다. 그러나 이러한 방법의 저작물판매를 권리소진이론(Erschöpfungsgrundsatz)과 관련하여 고찰한다면, 그 판매방법을 저작권법적으로 어떻게 분류하는가에 따라 각각 전혀 다른 결론에 이르게 된다. 저작권법 제43조 제1항과 컴퓨터 프로그램 보호법 제16조의 2 제1항에 규정된 권리소진이론 내지 원칙이란 저작물의 원작품이나 그 복제물이 배포권자의 허락을 받아 판매의 방법으로 거래에 제공된 경우에는 이를 계속하여 배포할 수 있다는 것으로, 권리소모이론 또는 “최초판매의 법리”(first sale doctrine)라고도 한다. 최초의 판매로 저작자가 가지는 배포권이 소진 내지 소모되었다는 뜻이다. 이는 비단 저작권법의 경우에만

15) 대법원 (1994.5.10, 94 도 690), 법원공보 970 (1994), 177 이하 - 가라오케 I; 서울민사지법 (1994.6.17, 93 나 42701), 지적재산권 민사·형사 판례집 하권, 2629쪽 이하. - 가라오케 II; 부산고등법원 (1994.12.15, 93 라 29), 지적재산권 민사·형사 판례집 하권, 2692쪽 이하 - 가라오케 III; 서울형사지법 (1995.2.14, 94 노 5710), 지적재산권 민사·형사 판례집 하권, 3006쪽 - 가라오케 IV.

16) RAM에의 복제에 대해서는 *Hyo-Jil Ahn* (주 12), 87쪽 이하; 이에 대해서는 또한 오기석, 「컴퓨터 환경에서의 일시적 저장문제에 대한 일고찰」, 『계간 저작권』 39 (1997), 32 이하 참조.

적용되는 원칙이 아니고, 특허법이나 상표법 등 지적소유권법 전영역에 걸쳐 인정되는 기본 원칙이다. 만일 인터넷전송을 통한 저작물판매를 저작권법상의 배포로 본다면, 해당 저작물이 저작자의 허락을 받아 판매의 방법으로 거래에 제공된 경우에는, 저작자는 저작물의 취득자가 이를 계속하여 배포하는 행위를 금지할 수 없다. 반면에 무형적 판매를 저작권법상 배포행위라고 보지 않는다면, 해당 저작물을 계속 판매하는 행위는 저작권침해를 구성할 것이다. 왜냐하면 이 경우 저작권법상으로는 저작물이 아직 거래에 제공된 것은 아니기 때문이다. 만일 저작물의 취득자가 이를 디스켓이나 CD-ROM과 같은 외부기억장치에 저장하여 이를 계속하여 판매한다면, 그는 복제권뿐만 아니라 (아직 소진되지 않은) 배포권도 침해하게 된다. 설령 그가 해당 저작물을 다시 무형적 방법으로 제3자에게 전달한다 하더라도, 그는 적어도 복제권은 침해하게 될 것이다. 여기서 우리는 다음과 같은 문제에 봉착하게 될 것이다: 저작권법상의 배포개념을 저작물의 무형적 전달에까지 확대하여야 할 것인가 또는 권리소진이론을 무형적 전달에 대해서도 확대적용하여야 할 것인가?

배포권의 소진은 크게 두 가지로 그 근거를 찾을 수 있다¹⁷⁾: 그 첫째는 저작자가 최초로 저작물을 판매할 당시 저작물의 거래제공에 대한 보상을 받을 가능성을 이미 활용하였다면, 그는 더 이상은 계속된 저작물의 판매에 대하여 아무런 보상도 청구할 수 없다는 것이고(소위 보상설: Belohnungstheorie), 그밖에 저작권자의 허락을 받아 이미 거래에 제공된 저작물을 계속하여 배포하는 행위를 과도하게 제한하는 것은 저작물이용자와 일반공중의 이익을 고려하여 볼 때 부당하다는 점이다(소위 거래보호설: Verkehrssicherungstheorie).

저작물을 무형적으로 판매하는 경우에도 저작물이라는 하나의 “무체재산”이 저작자로부터 취득자에게 판매되기는 마찬가지이며, 이 경우 유형적인 저작물의 이전은 단지 새로운 기술에 의하여 대체되는 것에 불과하다. 무형적 판매형태에 대하여 권리소진이론을 적용하여서는 안된다는 근거로, 만일 저작물이 무형적으로 판매되면, 불법복제물의 제작과 배포의 위험이 크기 때문에 저작자는 해당 저작물의 계속된 배포를 통제할 수 있어야 한다는 점을 들 수 있다. 그러나 이러한 위험은 저작물을 유형적으로 판매하는 경우에도 마찬가지로 크다. 예컨대 유형적으로(디스켓이나 CD-ROM) 판매된 컴퓨터 프로그램도 아무런 어려움없이 이를 임의로 복제하여 제3자에게 배포할 수 있다. 한편으로 저작물을 무형적으로 판매하는 경우에는 저작물거래가 과도하게 제한받지 말아야 한다는 일반공중의 이익이 아예 존재하지 않는다고 주장할 수도 있다. 즉 통신망을 통하여 컴퓨터 프로그램이나 일반 저작물을 판매하는 경우에는 디스켓, CD-ROM, 책과 같은 물리적인 형태의 저작물이 존재하지 않는다. 이는 바로 저작물원본과 불법복제물이 외형적으로는 전혀 구분되지 않는다는 것을 의미한다. 따라서 무형적으로 판매된 저작물은 애초부터 계속적인 판매거래에는 부적당하다는 반론이 제기될 수 있다.

그럼에도 불구하고 저작자가 저작물취득자에 대하여 각각 계속된 저작물판매에 대하여 보상을 청구한다는 것은 원칙적으로 정당치 못하다. 왜냐하면 그로 인하여 거래는 부당하게

17) 이에 대해서는 다만 *D. Reimer*, *Der Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht und gewerblichen Rechtsschutz unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs*, GRUR Int. 1972, 221, 225 이하; *Bappert/Maunz/Schricker*, *Verlagsrecht*, 2. Aufl., 1984, § 8 Rdn. 28 참조.

제한을 받기 때문이다. 데이터전송기술의 발달에 따라 특히 컴퓨터 프로그램은 점점 무형적인 방법으로 판매되고 있다. 현재 오로지 인터넷만을 통하여 판매되는 프로그램도 존재한다. 만일 이러한 판매형태에 권리소진이론이 적용되지 않는다면, 저작자는 다만 종래와는 다른 저작물판매방법, 즉 무형적인 판매방법을 채택하였다는 이유만으로 저작권법상 (원래는 인정되지 않았던) 통제수단을 가지게 될 것이다. 즉 저작자가 어떠한 판매방법을 채택하느냐에 따라 해당 저작물의 계속된 판매는 허용될 수도 있고, 허용되지 않을 수도 있다. 이러한 결론이 거래의 안전을 해하게 됨은 두말할 여지가 없다.

결론적으로 볼 때, 종래의 유형적인 저작물판매형태와 새로운 무형적 판매형태를 서로 달리 취급할 만한 정당한 근거가 없다. 따라서 입법론적으로 저작권법상의 배포개념에 있어 저작물이 유형적으로 전달되어야 한다는 요건을 포기하든지 또는 권리소진이론을 무형적 판매형태에도 확대적용할 필요가 있다. 그러나 저작물을 유형적으로 배포하는 것이 어느 정도 거래안전에 기여한다는 점은 부정할 수 없다. 그럼에도 불구하고 장래의 암호화기술의 발달과 더불어 무형적으로 판매된 저작물도 안전한 거래의 대상이 될 수 있기를 기대해 본다¹⁸⁾.

bb) 사적이용을 위한 복제

저작권자는 원칙적으로 저작물의 업로우딩을 금지할 수 있고, 그 결과 저작물의 인터넷 전송도 사전에 금지할 수 있음은 언급한 바와 같이 사실이다. 그러나 개인이용자의 입장에서 저작물을 다운로드하는 행위에 대해서는 저작자가 무조건 금지할 수 있는 것은 아니다. 왜냐하면 이용자는 저작권법 제27조, 컴퓨터 프로그램보호법 제12조 제4호에 따라서 공표된 저작물 또는 컴퓨터 프로그램을 사적인 사용목적으로 복제할 수 있기 때문이다. 현행 한국저작권법에 따르면 이 경우 이용자는 저작물의 일부뿐만 아니라, 원칙적으로 저작물 전체를 복제할 수도 있다¹⁹⁾. 국내 현실에서 저작권자에게 더욱 불리한 점으로 작용하는 것은, 이미 오래전부터 문헌과 실무에서 제안된 바 있는, 복사기기 등(프로그램을 복사하기 위한 컴퓨터기기)에 대한 보상금제도가 아직 존재하지 않는다는 것이다. 바로 이러한 측면에서도 앞으로 효과적인 보상금제도를 도입하여야 할 필요가 있다고 본다.

2. 저작인격권

디지털 형태로 존재하는 저작물은 비교적 쉽게 그리고 별로 큰 품질상의 손실없이도 변경가능하기 때문에, 인터넷에서 저작물을 이용하는 경우에는 저작물동일성에 대한 저작자의 이익이 침해될 위험이 특히 크다. 또한 특히 미술저작물과 사진저작물의 경우에 많은 저작물들이 아무런 출처표시없이 인터넷을 통하여 전시되고 있다. 물론 이러한 행위에 대해서도 저작자는 저작인격권침해를 이유로 금지청구권 내지 손해배상청구권을 행사할 수 있겠으나, 현실적으로 이를 실현하기란 쉽지 않다.

18) *Hyo-Jil Ahn* (주 12), 115쪽 이하.

19) 우리 저작권법상 사적이용을 위한 복제규정의 문제점에 대해서는 다만 안효질, 「사적 이용을 위한 복제 - 독일 연방보통법원 'CB-Infobank I'판결을 중심으로」, 『계간 저작권』 40 (1997), 39, 51쪽 이하 참조.

IV. 저작권계약법상의 문제점

오늘날 인터넷은 모든 사람에게 알려져 있고, 저작물이용자들에게도 이미 없어서는 안될 이용형태로 자리잡았다. 국내에서는 얼마나 실현되고 있는지 아직 정확히 모르지만, 예컨대 선진외국의 출판사들은 출판계약의 목적인 저작물을 종래의 인쇄물의 형태뿐만 아니라, 인터넷을 통하여 디지털 형태로 보급하고 있는 예가 적지 않다. 그러나 원칙적으로 종래의 저작물이용방법만을 예상하여 예전에 체결된 저작권계약에 기하여는 저작물이용자는 해당 저작물을 새로운 이용방법으로 이용할 수 없다. 이것이 바로 “아직 알려지지 않은 이용방법에 대한 저작물이용계약”(Nutzungsvertrag für noch nicht bekannte Nutzungsarten)의 문제이다. 이에 대하여 독일 저작권법은 제31조 제4항에서 아직 알려지지 않은 이용방법에 대한 저작물이용계약은 무효라고 하여 저작권자를 보호하기 위한 명시규정을 두고 있으나, 국내 저작권법상으로는 불행하게도 이에 상응하는 규정이 존재하지 않는다. 그러나 국내학설에서도 이러한 저작물이용계약은 무효로 해석하고 있다²⁰⁾.

예컨대 인터넷이 알려지기 전에 체결된 출판계약에 의해서는 출판사는 저작자의 별도의 허락없이 저작물을 인터넷을 통하여 배포할 수 없다는 것이다. 이는 출판권이 저작권법 제54조 이하에 규정된 출판권설정계약에 의한 준물권적·배타적 성질의 것이든 저작권법 제42조에 따른 출판허락계약에 의한 채권적 성질의 것이든 마찬가지이다²¹⁾. 특히 저작권법 제54조 제1항은 설정출판권의 내용을 “저작물을 인쇄 그밖의 이와 유사한 방법으로 문서 또는 도화로 발행”하는 것으로 규정하고 있어, 국내학설은 별도의 특약이 없는 한 출판자는 인터넷을 통하여 저작물을 복제 및 배포할 수 없는 것으로 해석하고 있다. 왜냐하면 인터넷상에 디지털 형태로 존재하는 것은 시각적으로 직접 보고 읽을 수 있는 형태의 복제물인 문서 또는 도화에 해당하지 않기 때문이라고 한다²²⁾. 출판권의 내용을 해석하는 것은 본 논문의 주제는 아니므로 여기서 이에 대한 상세한 분석은 하지 않겠지만, 구체적인 경우 출판권범위에 관한 분쟁을 피하기 위하여 출판계약에 인터넷이용에 대한 명시규정을 두는 것이 바람직하다고 본다.

V. 피고적격

저작권침해에 대해서 책임을 져야할 사람은 우선, 스스로 침해행위를 한 자, 즉 가해자이다. 그밖에 개개의 인터넷이용자들로 하여금 서버 컴퓨터를 이용하게 하고 인터넷 홈페이지를 개설하게 하여준 소위 서비스 프로바이더(Service-Provider)²³⁾도 경우에 따라서는 저작

20) 이에 대해서는 박익환, 「저작권계약의 해석에 관한 일고찰(2)」 - 독일에서의 이론전개를 중심으로, 『계간 저작권』 24 (1993), 29, 33 이하; 송영식/이상정 (주 5), 169쪽 참조.

21) 출판권설정계약과 출판허락계약의 의의 및 차이에 대해서는 다만 황적인/정순희/최현호, 『저작권법』, 1988, 329쪽 이하 참조.

22) 이에 대해서는 정상조, 「전자책의 출현과 저작권」, 『계간 저작권』 20 (1992), 79, 80 이하 및 동일인의 것으로 「전자출판물의 발전과 저작권법의 대응」, 『계간 저작권』 27 (1994), 40, 44 이하와 「정보통신의 발전과 저작권법적 문제점」, 『계간 저작권』 29 (1995), 55, 56 이하 참조.

23) 서비스 프로바이더의 책임에 대해서는 박익환, 「저작물의 온라인 전송에 따른 법적 책임문제」, 『계간 저작권』 36 (1996), 63 이하; 이영록, 「서비스 제공자의 저작권 침해 책임」, 『계간 저작권』 43 (1998), 31 이하 참조.

권침해의 공범으로 피고적격이 있을 수 있다. 물론 이 경우에는 예컨대 서비스 프로바이더가 업로딩된 자료가 위법한 행위에 의한 것임을 처음부터 알았다거나, 또는 나중에 그러한 사실을 알았음에도 불구하고 계속하여 해당 자료를 제3자가 이용할 수 있게 방치하여 두었다는 점 등 구체적인 사안에 따라 그 책임의 정도가 달라 질 수 있을 것이다. 그렇다면 구체적으로 어떠한 기준에 의하여 서비스 프로바이더의 책임을 물을 수 있을 것인가?

이 문제를 가장 단순히 해결하는 방법은 예컨대, 고객이 서버 컴퓨터에 업로딩한 모든 자료의 적법성에 대하여 서비스 프로바이더가 책임을 지도록 하는 것인데, 이는 그 실현이 불가능하기도 하려니와 서비스 프로바이더에게 가혹하다. 서비스 프로바이더는 현실적으로 일정한 자료가 타인의 저작권을 침해하는지 않는지 여부를 알지 못한다. 하루하루 업로딩되는 자료의 양이 방대하다는 점과 정보교환의 신속성 및 비통제성이라는 인터넷의 본질을 고려하여 볼 때, 서비스 프로바이더가 업로딩 전에 또는 그 후에 모든 자료의 적법성을 검토하기를 기대하기는 어렵다. 고객에게 단순히 서버 컴퓨터를 이용할 수 있게 하고 동 컴퓨터상에 인터넷 홈페이지를 개설할 수 있도록 한 행위만으로는 아직 저작권침해를 유발케 한 것으로 볼 수 없다. 외국에는 어떤 기계의 일반적인 용도가 제3자의 저작권을 침해하기 위한 것이라면, 동 기계의 생산자 및 거래자는 저작권침해의 공범으로 본다는 판례가 있는데²⁴⁾, 설사 이 판례를 국내법상 상황에서 인정한다 하더라도 이 논리를 여기서 문제되는 인터넷에 그대로 적용할 수는 없다. 왜냐하면 인터넷 내지 서버 컴퓨터의 일반적인 용도가 제3자의 저작권을 침해하기 위한 것으로는 볼 수 없기 때문이다.

VI. 준거법

마지막으로 인터넷의 성질상 저작권침해가 발생한 경우 이는 대개가 외국과 관련을 맺고 있는 경우가 많을 터인데, 침해행위 판단과 이에 대한 법적 구제의 준거법으로 어느 국가의 법을 적용하여야 하는가에 대하여 고찰해 보고자 한다. 섭외사법 제13조 제1항에 규정된 일반적인 국제사법원칙에 따르면, 불법행위로 인하여 생긴 채권의 성립 및 그 효력은 그 원인된 사실이 발생한 곳, 즉 불법행위지(Tatort, Begehungsort)의 법에 따른다(*lex loci delicti commissi*). 여기서 행위지란 가해행위지(Handlungsort)뿐만 아니라 결과발생지(Erfolgsort)를 포함한다. 그러나 주지하다시피 저작권법에는 소위 속지주의원칙(Territorialitätsprinzip)이 지배한다. 따라서 저작자의 모국에서 그에게 어떤 법적 보호가 주어진다 하여, 곧바로 이를 외국에서 주장할 수는 없다. 저작자가 어떤 특정 지역에서 자신의 저작물에 대한 법적 보호를 구하려 한다면, 그는 해당 지역에 적용되는 국가의 법에 호소하여야 한다. 이를 보호국가원칙(Schutzlandsprinzip)이라고 한다(*lex loci protectionis*). 결국 저작권이나 저작인접권의 침해가 발생한 경우 적용될 법은 그때그때마다 보호를 원하는 지역의 국가법이 된다. 국제불법행위법상의 일반적인 원칙과는 반대로 여기서는 가해행위지와 결과발생지를 구분하는 것이 중요하지 않다. 중요한 것은 오직, 권리자가 어떤 지역에 대해서 법적 보호를 받고자 하느냐이다. 한편 속지주의원칙에 따르면 어느 특정 국가에서 이루어진 행위가 권리침해를 구성하느냐의 문제와 그 법적 결과는 어떠한가의 문제는 오로지 해당 국가의 법에 따라 판단하여야 한다. 저작권자가 어느 특정국가내에서 저작권침해에 대한 법적 보호를 주장하기 위해서는, 따라서 침해행위가 해당 국가내에서 이루어졌어야 한다. 즉 위에서 언급한 보

24) 이에 대하여는 Nordemann, in: Fromm/Nordemann (주 5), § 97 Rdn. 16을 참조.

호국가란 바로 가해행위지를 말한다²⁵⁾.

따라서 어떤 자가 타인의 보호받는 저작물을 그의 허락없이 인터넷에 업로드한다면, 이 행위의 적법성은 그 행위가 이루어진 국가의 법에 의하여 판단하여야 한다. 그러나 인터넷에 업로드한 자와 해당 저작물이 저장된 컴퓨터가 저작권법이 존재하지 않는 국가나 또는 어떤 이유에서건 저작권이 보호받지 못하는(예컨대 해당 저작물에 대한 보호기간이 이미 경과하였기 때문에) 국가에 존재하는 경우에는, 결국 저작자는 이러한 행위에 대하여 법적 보호를 주장할 수 없다는 말이 된다. 이러한 모순을 해결하기 위하여 문헌에서는 소위 *Bogsch*이론을 주장하고 있다. 동 이론은 오랜동안 WIPO의 사무총장을 맡고 있었던 사람의 이름을 따서 명명한 것으로 원래 위성방송과 관련하여 제안된 것이다. 동 이론의 내용은, 저작물이용에 필요한 권리의 취득 및 저작권침해에 대한 문제에 대해서는 방송수신국의 법에 따라서 판단하여야 한다는 것이다²⁶⁾. 이에 동의한다: 저작자가 정말로 관심을 갖고 있는 점은, 저작물이 어디에 저장되어 있느냐가 아니라, 그의 의사에 반하는 저작물이용행위가 실제로 어디에서 행하여졌는가이다²⁷⁾. 이러한 *Bogsch*이론을 인터넷에 적용한다면, 인터넷을 통한 저작물이용행위가 저작권침해를 구성하는가의 문제와 만일 그렇다면 어떠한 법적 결과를 가져올 것인가의 문제는 인터넷 사이트에 접속하여 해당 저작물을 보거나 듣거나 읽을 수 있는 각 국가의 법에 따라서 판단하여야 할 것이다. 물론 *Bogsch*이론을 따르게 되면 저작물이용자는 각 이용국에서 모두 저작물사용허락계약을 맺어야 한다는 불편한 점이 있다. 그러나 서버가 위치한 국가의 법을 준거법으로 할 경우 언급한 바와 같이 저작권이 전혀 보호받지 못할 수도 있다는 점을 감안하면, 이러한 불편은 감수하여야 할 것이다²⁸⁾.

25) 이에 대해서는 다만 *Katzenberger*, in: *Schricker* (Hrsg.), *Urheberrecht*, 2. Aufl. 1999, vor §§ 120 ff. Rdn 120 ff. 참조.

26) 방송의 준거법과 *Bogsch*이론에 대해서는 *Katzenberger*, in: *Schricker* (주 25), vor §§ 120 ff. Rdn. 141 ff. 참조.

27) *Schack*, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 1997, Rdn. 929 ff. 참조.

28) *Schack* (주 1), 19쪽 이하.

제2. e-book과 저작권

I. 머리말

저작권법의 역사는 원칙적으로 기술의 발전에 대한 법적 대응의 역사로 볼 수 있다. 사본복사기가 등장하자 (국내에는 아직 없지만) 복제보상금이라는 제도를 마련하였고, 전자통신기술이 발달하자 전송권이라는 권리를 새로 신설하였다. 전자책 또는 전자출판의 전제조건인 디지털기술은 매우 괄목할 만한 기술발전으로서 저작물이용에 대하여 질적 및 양적 측면에서 상당한 영향을 끼치고 있다. 디지털기술은 종래 다양하게 분류되었던 저작물의 종류를 불문하고 또한 지금까지 저작물이 구체화되었던 매체의 차이를 불문하고 다양한 저작물을 동일한 자료형태로 변환이 가능하게 하였다. 즉 일반문서, 그림, 음악, 음성 등은 그 형태를 불문하고 보통의 컴퓨터자료나 정보와 마찬가지로 디지털화될 수 있다. 뿐만 아니라 이러한 모든 종류의 저작물들이 단 하나의 저장매체에 저장될 수 있고 동일한 통신망을 통하여 배포될 수 있다. 저작물이용자는 그 저작물을 임의로 변경하거나 변경하지 않고 다시 제3자에게 임의로 계속 배포할 수 있다.

요즘 쌍방향통신, 멀티미디어, Pay TV, Pay per View, Video on demand, Music on demand, e-mail, 전자책(e-book), 전자출판(electronic publishing) 등의 개념들을 흔히 접할 수 있는데, 이들은 바로 디지털기술을 둘러싸고 새롭게 만들어진 것이다. 디지털기술은 이러한 신개념들의 내용을 확정할 수 없을 정도로 빠르게 발전하고 있으며, 계속하여 새로운 기술 또는 개념들이 생겨난다. 그러나 분명한 것은 디지털기술의 발전은 현행법체계에 적지 않은 영향을 미치고 있으며, 법은 이로 인한 새로운 경제환경에 적응하여야 하며, 그러나 언제나 그러했던 것처럼 법은 기술의 발전을 제대로 따라가지 못하고 있다는 사실이다. 신기술이 출현하였다고 하여 물론 반드시 새로운 법률을 제정하거나 완전히 새로운 권리를 도입하여야 하는 것은 아니다. 적어도 CD-ROM이나 DVD 등 오프라인상품에 대하여는 그렇다. 통상 멀티미디어저작물이라고 하는 문서, 그림 및 음향 또는 영상이 혼합되어 하나의 저작물을 구성하는 것도 원칙적으로 새로운 현상이 아니다. 예컨대 오페라나 영화를 생각해 보라. 따라서 이러한 저작물영역에 있어서는 출판자 기타 저작물이용자들은 예나 지금이나 해당 저작물을 이용하기 위하여 필요한 이용권을 부여받아 이를 전통적인 방법(저작물이용허락계약)에 따라 이용할 수 있다. 따라서 오프라인의 영역에서는 라이선스계약을 적절하게 변경함으로써 전통적인 저작권법에 의해서도 문제해결이 가능하다. 물론 문제가 완전히 해결되는 것은 아니다. 예컨대 어떤 학술잡지의 출판사가 지금까지 발행된 잡지들을 CD-ROM으로 저장하여 발행하는 것이 가능한가? 대부분의 경우 저자들이 CD-ROM발행에 대해서도 명시적으로 허락한 경우는 거의 없었을 것이다.

온라인영역에서는 사정이 조금 다르다. 온라인기술의 발전은 특히 학술 및 기술분야의 출판시장에 미치는 영향이 크다. 이 분야는 점점 세분화 내지 특화되고 학술저서 및 잡지의 수도 점차 증가하고 있다. 이는 각 학술저서 및 잡지의 판매량감소와 함께 결과적으로 출판비용의 회수가능성을 적게 하고 있다. 따라서 특히 이 분야의 출판사들은 점차 경영합리화 또는 비용절감의 이유로 지금까지 종이로 출판된 간행물들을 디지털형태로 변환하여 이를 소비자들에게 제공하고 있다. 이러한 변화과정은 물론 점진적으로 진행되고 있으나, 이로 인

하여 발생한 법률문제는 지금 당장 해결하여야 한다. 그 법률문제는 비단 저자와 출판사 사이뿐만 아니라, 출판사와 도서관, 출판사와 데이터베이스제작자 또는 출판사와 최종소비자 사이의 관계에도 영향을 미치는 것으로 매우 광범위하다. 뿐만 아니라 온라인으로 배포되는 디지털저작물의 경우에는 제3자가 무단으로 이를 이용하는 것을 통제하기 어렵고, 저작물의 내용을 임의로 변경할 위험도 크기 때문에, 효과적인 저작권관리제도를 마련할 필요가 있다.

II. 개념정의

일반적인 언어감각에 따라 전자책(electronic book; e-book)의 개념을 정의하면, 전자적인 매체에 저장된 것으로서 컴퓨터나 기타 정보처리장치를 이용하여 이를 지각할 수 있는 것이라고 할 수 있다. 이에 CD-ROM이나 DVD 등 저장매체에 저장된 것뿐만 아니라 인터넷이나 기타 통신망을 통하여 컴퓨터나 전자책전용단말기(전자책판독기)를 통하여 읽을 수 있는 출판물이 포함된다. 이에 반하여 전자출판이란 컴퓨터를 이용한 출판(CAP: Computer Aided Publishing)을 의미하며, 이는 다시 최종출력물을 기준으로 종이책 전자출판(paper book CAP)과 비종이책 전자출판(non-paper book CAP)으로 나뉜다. 비종이책 전자출판은 다시 세분하여 디스크책 전자출판(disk book CAP)과 화면책 전자출판(network screen book CAP)로 나눌 수 있다. 전자책은 소프트웨어와 마찬가지로 책의 내용을 디스켓이나 CD-ROM 등의 저장매체에 저장하여 출판하는 것이고, 후자는 통신망을 통하여 이를 전달하는 것이다. 이러한 전자출판의 결과물이 전자출판물이며, 전자책은 그 중에서 비종이책 전자출판의 산물에 해당한다고 볼 수 있다.²⁹⁾

그밖에 실무에서는 electronic book 또는 e-book을 전자적인 형태로 존재하는 저작물 기타 정보가 아니라, 이를 읽을 수 있는 장치(reading device)를 의미하는 것으로 보기도 한다. 이 장치는 보통의 책 정도의 크기의 것으로 책처럼 휴대할 수 있으며, 읽고자 하는 책은 컴퓨터를 이용하거나 직접 이 장치를 통신망에 연결하여 출판사 또는 전자책상점으로부터 내려받기를 통하여 구입할 수 있다. 현재 미국에는 NuvoMedia사의 Rocket e-book, SoftBook Press사의 SoftBook Reader, Everybook사의 Everybook 또는 EB Journal 등의 전자책전용 단말기가 사용되고 있다. 국내에서도 이북스, 이키온 등 몇몇 기업들이 이미 전자책전용단말기를 개발했으며 가까운 시일내에 판매할 예정이다.³⁰⁾ 이러한 점을 고려하여 e-book을 정의하면, e-book이란 e-book전용단말기를 통하여 읽을 수 있는 전자적 형태의 저작물 기타의 정보를 말한다고 할 수 있다.

III. 전자책과 저작권법상의 문제점

전자책과 관련하여 발생할 수 있는 저작권법상의 중요문제점을 열거해 보자: ① 기술한 바와 같이 전자책 또는 전자출판물은 저작권법 제4조 제1항에 규정된 종래의 저작물분류기준을 초월하는 개념이다. 따라서 우선 전자출판물을 새로운 종류의 저작물로 보아야 하는가

29) 전자출판 및 전자책의 개념정의와 그 현황에 대해서는 이기성, 「전자출판과 e-book」, 『출판문화』 416 (2000.7), 18-27 참조.

30) 국내외 전자책시장의 현황에 대해서는 2000년 5월 17일과 2000년 6월 5일에 각각 문화관광부와 한국전자출판협회가 주최한 심포지엄자료를 참조(<<http://www.kepa.or.kr/htm/data.html>>). 아울러 한국경제신문, 2000.08.05, 11쪽 참조.

라는 의문이 생길 수 있다. ② 전자책의 창작과정과 관련해서는 특히 데이터베이스유형의 전자책에 대한 저작자의 결정이 문제될 수 있다. ③ 뿐만 아니라 전자출판물의 존재형태나 이용방법이 종래의 저작물과는 다르기 때문에, 이에 대하여 새로운 권리를 인정하여야 하는가, 아니면 종래의 복제권, 배포권 등의 개념범위를 확대할 필요가 있는가의 문제도 발생한다. ④ 그밖에 통신망을 통하여 판매되는 전자책에 대해서는 저작권법 제43조 제1항에 규정된 권리소진원칙이 적용되는가의 문제도 있다. 즉 전자책의 구매자가 이를 제3자에게 계속 배포하는 것이 저작권위반이 되는가의 여부이다. ⑤ 또한 전자책이 국경을 초월하여 통신망으로 판매되는 경우 저작물이용허락계약의 준거법 내지 저작권침해발생시의 준거법결정의 문제가 있을 수 있다. ⑥ 출판계약과 관련하여서는 기존의 저작권법상의 출판권규정이 종이책을 전제로 한 것이기 때문에, 전자출판물에 대하여 이를 개정할 필요가 있는지의 여부도 검토하여야 한다. ⑦ 출판사와 관련해서는 또한 출판사가 이미 발행된 저작물을 전자책으로 변환하는 과정에서 저작자의 동의를 얻어야 하는가에 대해서도 의문이 생길 수 있다. 아래에서는 위의 문제점들 중에서 중요한 몇 가지에 대하여 언급하기로 한다.³¹⁾

IV. 전자책의 저작권법상 분류 및 저작자의 결정

1. 싱글미디어 전자책

전자책이 단순히 종이책을 디지털화하였거나 그 내용이 문서, 음향, 영상 등이 혼합되어 멀티미디어의 형태로 구성된 것이 아니라 싱글미디어의 형태를 띠고 있는 한, 이를 새로운 유형의 저작물로 볼 필요는 없을 것이다. 각 전자책의 내용에 따라 현행저작권법 제4조 제1항의 저작물의 종류 중 하나로 보면 될 것이다.

2. 데이터베이스 또는 멀티미디어유형의 전자책

그러나 전자책이나 전자출판의 대상이 될 수 있는 것은 소설이나 각종 학술문헌에 국한되지 않는다. 그 외에도 백과사전이나 기타의 편집물도 전자책의 형태로 출판할 수 있다. 후자의 경우는 그 소재의 내용에 따라 데이터베이스 또는 멀티미디어저작물³²⁾의 형태로 나타날 수 있는데, 이 경우에는 특히 구체적으로 해당 저작물을 어떤 종류의 저작물로 분류하여야 하는지의 문제와, 이와 밀접한 관련을 맺고 있는 것으로, 해당 저작물에 대한 저작권은 누구에게 귀속하는가의 문제를 검토하여야 한다.

멀티미디어의 형태로 존재하는 저작물을 (예컨대 영상저작물에 유사한) 새로운 종류의 저작물로 보아야 하는가 및 만일 그렇다면 이러한 저작물을 효과적으로 보호하기 위하여 법

31) 전자출판과 관련한 최근의 논의로는 허희성, 「전자출판물의 이용에 따른 저작권법상의 제문제」, 『계간 저작권』 49 (2000), 35 이하 및 유일상, 「전자출판과 저작권」, 『(사)한국문예학술저작권협회. 저작권세미나. 디지털시대의 저작권』, 2000.11.17, 연세재단 세브란스빌딩 24층 국제회의실 참조.

32) 데이터베이스와 멀티미디어저작물을 동일시할 수는 없으나, 데이터베이스의 소재가 다양한 형태인 경우 이는 동시에 멀티미디어저작물로 볼 수 있고, 반대로 멀티미디어저작물이 여러 자료의 집합물로서 각각의 소재를 검색할 수 있도록 체계적으로 구성된 경우 이는 동시에 데이터베이스로 볼 수 있어, 양 개념은 부분적으로 중첩된다.

개정이 필요한가에 대해서는 본 논문에서 다루지 않는다. 그러나 현행법에 따라서 멀티미디어저작물을 보호하는 경우 다음과 같은 점을 구별하여야 한다: 첫째는 보호가능성의 문제로, 멀티미디어저작물이 예컨대 텍스트, 그림, 음향 등과 같은 그 소재의 선택 또는 배열에 있어서 그 자체로서 저작물성을 나타내는가 또는 그것이 다양한 소재들을 모아 놓은 단순한 집합물에 불과한 것인가? 둘째로 멀티미디어저작물에 포함된 소재들이 각각 독자적으로 저작권법상 보호받을 능력이 있는 것인가? 마지막으로 멀티미디어저작물이 독자적으로 창작된 것인가 또는 어떤 고용관계하에서 창작된 것인가?

a. 보호가능성 및 방법

데이터베이스 또는 멀티미디어저작물이 그 소재의 선택 또는 배열에 있어서 정신적 창작물을 나타내는 경우, 이는 저작권법 제6조 제1항에서 말하는 편집저작물에 해당하여 독자적인 저작물로서 보호되고, 그렇지 않은 경우에는 저작권법상 보호가능성이 없는 단순한 집합물에 불과하다. 전자책이 편집저작물로서 독자적으로 보호된다 하더라도 그 구성부분이 되는 저작물의 저작자의 권리에는 영향을 미치지 아니하므로(저작권법 제6조 제2항), 전자책을 작성 또는 이용함에 있어서는 각 저작자의 허락을 얻어야 한다.

이와 관련하여 추가로 언급하여야 할 사항은 데이터베이스의 소재가 저작물이 아니라 전화번호부, 인명록 등에서와 같이 단순한 수치나 사실정보에 해당하는 경우에도 그것이 편집저작물로서 저작권법의 보호를 받는가의 여부이다. 결론부터 말하면, 이는 긍정하여야 한다. 저작권법 제6조 제1항은 편집저작물의 일종으로 데이터베이스도 보호하고 있다. 1994년 1월 7일 동조가 개정되기 전에는 단순히 ‘편집물’이라고 규정되어 있었으나, 개정법은 ‘논문, 수치, 도형 기타 자료의 집합물로서 이를 정보처리장치를 이용하여 검색할 수 있도록 체계적으로 구성한 것을 포함한다’고 규정하여 전자적 데이터베이스의 보호를 명백히 하고 있다. 우리 저작권법 제6조 제1항의 개정이유는 크게 두 가지로 볼 수 있다. 하나는 종래 대륙법계의 저작권법하에서 ‘편집물’이라 함은 저작물 또는 저작물과 같은 정신적 활동의 산물이기는 하지만 일정한 이유에서 보호받지 못하는 것(예컨대 법령, 판결 등)을 의미하고 단순한 사실이나 숫자적 데이터는 이에 해당하지 않는다는 견해가 있었다.³³⁾ 즉 개정법은 단순한 사실적 데이터의 집합도 편집저작물로 볼 수 있음을 명백히 한 것이다. 다른 하나는 종래의 정보처리장치의 도움을 받지 않고도 검색이 가능한 데이터베이스는 그 소재의 선택 또는 배열에 창작성이 있는 것은 당연히 편집저작물로서 보호가 가능하나, 정보처리장치를 이용하여 검색이 가능한 데이터베이스는 자료의 저장과 검색이 정보처리장치의 도움을 받아 이루어진다는 점 때문에, 저작권법에 의한 보호에 대하여 논란이 있었다. 저작권법 제6조 제1항이 특히 정보처리장치를 이용하여 검색이 가능한 데이터베이스를 편집저작물에 포함시킨 것은 바로 이러한 의문을 방지하기 위하여 규정한 것이라고 해석할 수 있다.

소재의 선택 또는 배열이 창작적이지 못한 데이터베이스에 대하여는 현재 유럽연합³⁴⁾ 및 그 회원국³⁵⁾에서 별도의 보호방법을 제시하고 있고, WIPO 및 미국³⁶⁾에서도 이와 유사한

33) 이에 대해서는 *Loewenheim*, in: *Schricker* (Hrsg.), *Urheberrecht*, 2. Aufl., 1999, § 4 Rdn. 6.
34) 이에 대해서는 안효질, 「데이터베이스의 보호에 관한 유럽공동체의 동향」, 『계간 저작권』 38 (1997), 27쪽 이하 참조.

제도를 마련하려고 하고 있다.³⁷⁾ 유럽연합의 소위 데이터베이스지침 제7조 이하는 그 소재를 수집, 검토 및 표현하는데 있어서 질적 또는 양적인 측면에서 상당한 투자를 요하는 데이터베이스는, 설사 그 소재의 선택 또는 배열이 창작적이지 못하여 저작권법상 보호가능한 저작물로 볼 수 없다 하더라도, 이를 특별권에 의하여 보호할 수 있는 길을 열어 주었다. 텍스트, 그림, 음향 등 다양한 소재들의 결합인 멀티미디어저작물도 일종의 데이터베이스로 볼 수 있어 데이터베이스지침이 적용될 수 있다. 국내에서는 유럽연합의 지침에 상응하는 데이터베이스보호규정이 아직 존재하지 않는다.

b. 저작권자

전통적인 대륙법계의 국가에서는 원칙적으로 창작자원칙(Schöpferprinzip)이 지배한다. 즉 고용관계에서 창작한 저작물의 경우 해당 저작물에 대한 저작권은 창작자 자신에게 귀속하고, 그 저작물에 대한 사용자의 이해관계는 고용계약 등 당사자의 자유로운 처분에 맡겨져 있다. 이와는 달리 한국법은 소위 생산자원칙(Produzentenprinzip)을 따르고 있다.³⁸⁾ 즉 저작물이 고용관계에서 창작된 경우, 사용자는 저작권법 제9조에 따라 원시적으로 저작물에 대한 저작자의 지위를 차지하게 된다. 그러나 이미 언급한 바와 같이 멀티미디어 저작물 자체와 그에 포함된 개별 저작물들은 원칙적으로 구별하여 각각의 저작권자를 판단하여야 한다.

V. 전자책의 이용과 판매

1. 전자책의 이용과 복제권

전자책은 그것이 CD-ROM의 형태로 전달되든 아니면 온라인으로 내려받기한 것이든 모두 그 이용시에는 필연적으로 해당 저작물의 복제행위가 수반된다. 우선 CD-ROM형태의 전자책을 읽으려면, 이를 화면에 표시하여야 하며, 그 과정에는 저작물의 전부 또는 일부가 컴퓨터의 주기억장치에 일시적으로 복제되어야 한다. CD-ROM형태로 제공되는 전자책의 구매자는 필요한 경우에는(예컨대 CD-ROM 드라이브를 다른 목적으로 사용하려고 하는 경우, CD-ROM 드라이브를 통하여 전자책을 읽으면 그때마다 전자책을 CD-ROM 드라이브에 삽입하여야 하는데 이 과정이 번거롭다고 생각하는 경우 또는 일반적으로 CD-ROM 드라이브는 그 처리속도가 느리기 때문에 상대적으로 처리속도가 빠른 하드디스크에 저장하여 이용하려는 경우) 이를 하드디스크와 같은 다른 저장장치에 저장하여 이용하려고 할 것이다. 내려받기한 전자책을 읽는 과정에서도 적어도 컴퓨터의 주기억장치에 일시적인 복제가

35) 프랑스에 관하여는 최순용, 「프랑스에서의 데이터베이스의 법적보호」, 『계간 저작권』 51 (2000), 2 이하 참조.

36) 최근 미국에서의 데이터베이스보호법안과 관련하여 데이터베이스보호에 대한 배타적 접근방법과 부정경쟁방지적 접근방법의 비교에 대해서는 박준우, 「데이터베이스의 법적보호에 관한 법경제학적 분석」, 『상사법연구』 27 (2000), 389 이하 참조.

37) 데이터베이스에 대한 국제적 보호동향과 국내의 입법방향에 대해서는 이상정, 「데이터베이스의 보호」, 『(사)한국문예학술저작권협회. 저작권세미나. 디지털시대의 저작권』, 2000.11.17, 연세재단 세브란스빌딩 24층 국제회의실 및 안효질, 「데이터베이스의 국제적 보호동향과 입법방향」, 『계간 저작권』 50 (2000), 65 이하 참조.

38) 고용관계에서 창작한 저작물에 대한 저작권귀속의 입법례에 대해서는 안효질, 「독일 저작권법상 업무상 창작한 컴퓨터 프로그램에 대한 권리관계(상)」, 『계간 저작권』 35 (1996), 28, 32 참조.

이루어진다는 점은 마찬가지이다. 경우에 따라서는 전자책의 구매자가 자신이 소유하는 여러 컴퓨터에 전자책을 저장하여 집에서 읽고 휴대용컴퓨터를 이용하여 직장 등 다른 곳에서도 읽을 수 있을 것이다. 전자책의 저자나 판매자 어느 누구도 ‘이 전자책은 집이나 직장이나 어느 한 곳에서만 읽을 수 있습니다’라는 판매조건을 붙이려고 하지는 않을 것이다. 이와 같은 경우 CD-ROM이나 기타 전자책이 저장된 저장매체를 일일이 갖고 다니는 것보다 이를 각 컴퓨터에 저장하여 이용하는 것이 편리할 것이다. 어떤 경우에는 CD-ROM이나 기타 전자책이 저장된 매체 자체를 복제하여 하나는 집에서 사용하고, 다른 하나는 직장에서 사용하는 경우도 있을 것이다. 심지어는 전자책을 화면으로 보는 것을 싫어하여 이를 종이에 인쇄하여 보려는 자도 있을 것이다.

요컨대 전자책을 어떠한 방법으로 이용하는 복제행위를 수반하게 된다. 컴퓨터의 주기억 장치에서 일어나는 기술적 과정에 대해서는 그 동안 논란이 있었으나, 현재는 이를 복제로 보는 것이 일반적이다. 컴퓨터의 하드디스크나 그 밖의 저장매체에 저장하는 것은 종래에도 전형적인 복제행위의 일종으로 보아왔다. 이러한 행위를 모두 전자책의 판매조건에 일일이 나열할 수도 없고, 사실 그러한 경우도 없을 것이다. 그렇다고 이러한 행위가 복제권침해라고 생각하는 사람은 없을 것이며, 저작자도 이러한 행위를 금지하려고 하지 않을 것이다. 그러면 이를 저작권법적으로 어떻게 설명할 것인가? 두 가지 방법이 있을 수 있다. 하나는 저작권법 제27조의 사적이용을 위한 복제규정에 의하여 전자책의 구매자의 복제행위가 허용되는 것으로 보는 것이고, 다른 하나는 전자책의 저작자가 그 구매자에게 묵시적으로 위에서 언급한 형태의 복제행위를 허락하였다고 보는 것이다.³⁹⁾

2. 전자책의 판매와 권리소진원칙

우선 CD-ROM과 같은 오프라인전자책에 대해서는 저작권법 제43조 제1항의 전통적인 권리소진원칙이 그대로 적용될 수 있다. 그러나 온라인으로 판매되는 전자책에 대해서는 전통적인 권리소진원칙이 적용될 수 없다.

종래 온라인으로 판매된 저작물은 주로 소프트웨어저작물이었다. 그러나 통신망을 통한 저작물의 판매가 반드시 이에 국한되는 것은 아니다. 즉 음악저작물, 영화저작물 또는 어문저작물(e-book)도 디지털형태로 인터넷전송을 통하여 판매될 수 있다. 이러한 형태의 저작물 판매도 저작권자의 허락없이 금지된다는 관점에서만 본다면, 그 법적 근거를 복제권, 배포권 또는 방송권에서 찾든, 아니면 최근 개정저작권법 제18조의 2에서 신설된 전송권에서 찾든 중요하지 않다. 그러나 이러한 방법의 저작물판매를 권리소진원칙(Erschöpfungsgrundsatz)과 관련하여 고찰한다면, 그 판매방법을 저작권법적으로 어떻게 분류하는가에 따라 각각 전혀 다른 결론에 이르게 된다. 저작권법 제43조 제1항과 컴퓨터프로그램보호법 제19조 제1항에 규정된 권리소진원칙이란 저작물의 원작품이나 그 복제물이 배포권자의 허락을 받아 판매의 방법으로 거래에 제공된 경우에는 이를 계속하여 배포할 수 있다는 것으로, 권리소모이론 또는 “최초판매의 법리”(first sale doctrine)라고도 한다. 최초의 판매로 저작자가 가지는 배포권이 소진 내지 소모되었다는 뜻이다. 이는 비단 저작권법

39) 이와 같은 ‘묵시적인 허락’이 있었다고 보는 방법에는 저작권계약법상 어려운 문제가 내포되어 있으나, 이에 대해서는 여기서 다루지 않기로 한다.

의 경우에만 적용되는 원칙이 아니고, 특허법이나 상표법 등 지적소유권법 전영역에 걸쳐 인정되는 기본원칙이다. 만일 인터넷전송을 통한 저작물판매를 저작권법상의 배포로 본다면, 해당 저작물이 저작자의 허락을 받아 판매의 방법으로 거래에 제공된 경우에는, 저작자는 저작물의 취득자가 이를 계속하여 배포하는 행위를 금지할 수 없다. 반면에 무형적 판매를 저작권법상 배포행위라고 보지 않는다면, 해당 저작물을 계속 판매하는 행위는 저작권침해를 구성할 것이다. 왜냐하면 이 경우 저작권법상으로는 저작물이 아직 거래에 제공된 것은 아니기 때문이다. 만일 저작물의 취득자가 이를 디스켓이나 CD-ROM과 같은 외부기억장치에 저장하여 이를 계속하여 판매한다면, 그는 복제권뿐만 아니라 (아직 소진되지 않은) 배포권도 침해하게 된다. 설령 그가 해당 저작물을 다시 무형적 방법으로 제3자에게 전달한다 하더라도, 그는 적어도 복제권은 침해하게 될 것이다. 여기서 우리는 다음과 같은 문제에 봉착하게 될 것이다: 저작권법상의 배포개념을 저작물의 무형적 전달에까지 확대하여야 할 것인가 또는 권리소진이론을 무형적 전달에 대해서도 확대적용하여야 할 것인가?

배포권의 소진은 크게 두 가지로 그 근거를 찾을 수 있다⁴⁰⁾: 그 첫째는 저작자가 최초로 저작물을 판매할 당시 저작물의 거래제공에 대한 보상을 받을 가능성을 이미 활용하였다면, 그는 더 이상은 계속된 저작물의 판매에 대하여 아무런 보상도 청구할 수 없다는 것이고(소위 보상설: Belohnungstheorie), 그밖에 저작권자의 허락을 받아 이미 거래에 제공된 저작물을 계속하여 배포하는 행위를 과도하게 제한하는 것은 저작물이용자와 일반공중의 이익을 고려하여 볼 때 부당하다는 점이다(소위 거래보호설: Verkehrssicherungstheorie).

전자책의 경우처럼 저작물을 무형적으로 판매하는 경우에도 저작물이라는 하나의 “무체 재산”이 저작자로부터 취득자에게 판매되기는 마찬가지이며, 이 경우 유형적인 저작물의 이전은 단지 새로운 기술에 의하여 대체되는 것에 불과하다. 무형적 판매형태에 대하여 권리소진이론을 적용하여서는 안된다는 근거로, 만일 저작물이 무형적으로 판매되면, 불법복제물의 제작과 배포의 위험이 크기 때문에 저작자는 해당 저작물의 계속된 배포를 통제할 수 있어야 한다는 점을 들 수 있다. 그러나 이러한 위험은 저작물을 유형적으로 판매하는 경우에도 마찬가지로 크다. 예컨대 디스켓이나 CD-ROM의 매체에 저장하여 유형적으로 판매된 전자출판물은 아무런 어려움없이 이를 임의로 복제하여 제3자에게 배포할 수 있다. 한편으로 어떤 사람은 시장에서의 전자책가격이 전자책의 구매자가 앞으로 제3자에게 배포하는 것을 고려하여 책정되었다고는 볼 수 없다고 주장할 수도 있다. 실제로 전자책의 가격은 종이책가격보다 20% 내지 40% 정도 싸게 책정된다고 한다.⁴¹⁾ 이러한 점을 고려하면 저작권자가 전자책은 그 구매자만이 사용할 것을 예정하였다고 볼 수 있다. 그러나 전자책의 출판은 초기에는 설비투자를 요하지만, 그 이후에는 종이책의 제작비용과는 비교도 안될 정도로 제작비용이 적게 들고, 유통면에서도 출판사가 직접 또는 전자책상점을 통하여 온라인으로 하게 됨으로 비용이 상당히 절감된다. 따라서 온라인으로 판매되는 무형의 전자책에 대해서도 권리소진원칙을 인정하여도 저작권자나 출판사가 경제적으로 큰 손실을 본다고도 할 수 없다. 다른 한편으로 저작물을 무형적으로 판매하는 경우에는 저작물거래가 과도하게 제한받

40) 이에 대해서는 다만 *D. Reimer*, *Der Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht und gewerblichen Rechtsschutz unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs*, GRUR Int. 1972, 221, 225 이하; *Bappert/Maunz/Schricker*, *Verlagsrecht*, 2. Aufl., 1984, § 8 Rdn. 28 참조.

41) 이기성 (주 1) 참조.

지 말아야 한다는 일반공중의 이익이 아예 존재하지 않는다고 주장할 수도 있다. 즉 통신망을 통하여 전자출판물을 판매하는 경우에는 종이책이나 디스켓 또는 CD-ROM과 같은 물리적인 형태의 복제물이 존재하지 않는다. 이는 바로 적법하게 취득한 복제물과 불법복제물이 외형적으로는 전혀 구분되지 않는다는 것을 의미한다. 따라서 무형적으로 판매된 저작물은 애초부터 계속적인 판매거래에는 부적당하다는 반론이 제기될 수 있다.

그럼에도 불구하고 저작자가 각 저작물취득자에 대하여 계속된 저작물판매에 대하여 보상을 청구한다는 것은 원칙적으로 정당치 못하다. 왜냐하면 그로 인하여 거래는 부당하게 제한을 받기 때문이다. 전자출판 및 데이터전송기술의 발달에 따라 저작물은 점점 무형적인 방법으로 출판 및 판매되고 있다. 현재 오로지 통신망만을 통하여 판매되는 저작물도 존재한다. 가까운 시일내에 전자책이 종이책을 완전히 대체하지는 않는다 하더라도 앞으로 전자책의 비중이 상대적으로 증가하리라는 것은 명백하다. 만일 이러한 판매형태에 권리소진 이론이 적용되지 않는다면, 저작자는 다만 종래와는 다른 저작물판매방법, 즉 무형적인 판매방법을 채택하였다는 이유만으로 저작권법상 (원래는 인정되지 않았던) 통제수단을 가지게 될 것이다. 즉 저작자가 어떠한 판매방법을 채택하느냐에 따라 해당 저작물의 계속된 판매는 허용될 수도 있고, 허용되지 않을 수도 있다. 이러한 결론이 거래의 안전을 해하게 됨은 두 말할 여지가 없다.

결론적으로 볼 때, 종래의 유형적인 저작물판매형태와 새로운 무형적 판매형태를 서로 달리 취급할 만한 정당한 근거가 없다. 따라서 입법론적으로 저작권법상의 배포개념에 있어 저작물이 유형적으로 전달되어야 한다는 요건을 포기하든지 또는 권리소진이론을 무형적 판매형태에도 확대적용할 필요가 있다. 그러나 저작물을 유형적으로 배포하는 것이 어느 정도 거래안전에 기여한다는 점은 부정할 수 없다. 그럼에도 불구하고 장래의 저작권관리정보기술, 복제방지기술 내지는 암호화기술의 발달과 더불어 무형적으로 판매된 저작물도 안전한 거래의 대상이 될 수 있기를 기대해 본다⁴²⁾.

VI. 전자책의 출판

1. 출판권의 범위와 전자책

일반적으로 출판이란 광의로는 수단방법을 불문하고 저작물을 복제 및 배포하는 것을 말하고, 협의로는 저작물을 인쇄의 방법으로 문서 또는 도화로서 복제 및 배포하는 것을 말한다.⁴³⁾ 전자출판과 관련하여 한 가지 주의할 점은 현행저작권법상 설정출판권은 오프라인이나 온라인을 불문하고 전자적인 형태로 출판하는 것을 포함하지 않는다는 점이다. 즉 저작권법 제54조 제1항은 설정출판권의 내용을 “저작물을 인쇄 그 밖의 이와 유사한 방법으로 문서 또는 도화로 발행”하는 것으로 규정하고 있어, CD-ROM 등에 의한 오프라인 전자책이나 온라인 전자책의 보급은 ‘인쇄 그 밖의 이와 유사한 방법’도 아니고 전통적인 의미의 ‘문서 또는 도화’에 해당하지도 않기 때문이다.⁴⁴⁾ 일부문헌에서는 출판권설정계약에서 전자

42) *Hyo-Jil Ahn*, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen im Recht der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Korea, 1999, 115쪽 이하.

43) 하용득, 저작권법, 1988, 258쪽.

출판을 명시적으로 규정하고 있으면, 설정출판권의 범위가 전자출판까지도 포함하는 것으로 해석하여야 한다고 주장하고 있으나,⁴⁵⁾ 이에 동의할 수 없다. 동 견해는 저작권법이 설정출판권에 대하여 규정하고 있고 설정출판권의 내용을 법정하고 있으나, 출판권설정계약에 의하여 저작권법에 규정된 출판권보다 포괄적인 범위의 출판권을 허락하는 것이 금지되지 않는다고 한다. 이 견해에 따르면 결국 당사자의 계약에 의하여 설정출판권의 내용을 확대할 수 있다는 것이다. 그러나 소위 Numerus clausus원칙에 따라 상대권이 아닌 절대권을 당사자의 합의에 의하여 임의로 창설하거나 그 권리내용을 확대 또는 축소하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다. 민법 제185조에 의하면 '물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다'. 따라서 민법 기타 특별법에 의하지 않는 한 대세적 효력있는 절대권을 임의로 창설할 수 없다. 특허법, 상표법, 저작권법 등의 무체재산권의 영역에서도 각 무체재산권법이 규정하고 있는 요건을 충족하는 것만이 절대권으로 보호받을 수 있고, 그 외의 것은 지적활동의 산물이라도 부정경쟁방지법 또는 민법 제750조의 불법행위법에 의하여 보충적으로 보호될 수 있을 뿐이다. 이러한 Numerus clausus원칙을 관찰하다보면 무체재산권의 경우 특허권, 상표권, 저작권 등의 母權뿐만 아니라 제한물권에 비유될 수 있는 전용실시권, 전용사용권 및 설정출판권 등의 준물권적 라이선스도 개별 무체재산권법이 이를 허용하고 있기 때문에 인정된다고 할 수 있다. 민법상의 물권도 그렇고 각 지적소유권 및 그 子權의 내용은 법률에 의하여 정하여져 있다. 따라서 설정출판권의 내용을 당사자의 계약에 의하여 확대할 수 있다는 견해는 Numerus clausus원칙을 지나칠 정도로 충실하게 지키고 있는 현행법체계상 따르기는 어렵다고 볼 것이다. 어떤 사람은 무체재산권법의 영역에도 Numerus clausus원칙을 적용하여야 하는가에 대하여 의문을 제기할 수도 있을 것이다. 타당한 물음이다. 실제로 독일에서는 무체재산권법의 영역에는 Numerus clausus원칙이 적용되지 않는다고 보는 것이 지배적인 견해이다⁴⁶⁾. 따라서 독일에서는 Numerus clausus원칙이 당사자의 합의에 의한 대세적 라이선스(여기서는 설정출판권의 확대)를 인정하는데 걸림돌로 작용하지 않는다. 독일에서 이렇게 해석하는 중요한 이론적 근거는 민법의 많은 규정과 그 근거에 있는 법원칙은 원래 무체재산권을 염두에 두고 고안된 것은 아니기 때문에, 이를 무체재산권 또는 그 라이선스에 대해 그대로 적용하는 것은 바람직하지 않고, 오히려 무체재산권에 특유한 당사자들의 이해관계를 고려하여 독자적인 해결방안을 찾는 것이 바람직하다는 데에 있다. 그러나 독일과 우리나라의 무체재산권제도는 큰 차이가 있다. 독일의 경우 특허나 상표의 라이선스에 대하여는 물론 출판권에 대해서도 등록제도를 두고 있지 않고, 그러면서도 독점적 라이선스인수자에 대하여 대세적인 권리를 인정하고 있다. 그러나 우리법하에서는 특허법상의 전용실시권, 상표법상의 전용사용권은 물론 저작권법상의 출판권

44) 정상조, 「전자책의 출현과 저작권」, 『계간 저작권』 20 (1992), 79, 80 이하.

45) 정상조 (주 16), 『계간 저작권』 20 (1992), 79, 81.

46) *Kraßer*, Die Wirkung der einfachen Patentlizenz, GRUR Int. 1983, 537, 541 ff.; *ders.*, Verpflichtung und Verfügung im Immaterialgüterrecht, GRUR Int. 1973, 230, 231 f.; *Bernhardt/Kraßer*, Lehrbuch des Patentrechts, 4. Aufl., 1986, S. 688; *Forkel*, Zur dinglichen Wirkung einfacher Lizenzen, NJW 1983, 1764, 1767; *U. Krieger*, Die gemeinschaftliche Benutzung von Warenzeichen durch mehrere Unternehmen nach deutschem Recht, in: *Beier/Deutsch/Fikentscher* (Hrsg.), Die Warenzeichenlizenz, Rechtsvergleichende Untersuchungen über die gemeinschaftliche Benutzung von Warenzeichen, Professor Dr. Eugen Ulmer zum 60. Geburtstag gewidmet von Schülern und Assistenten, München/Köln/Berlin/Bonn 1963, S. 46; *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980, § 84 I 3, S. 362; 그러나 *Rosenberger*, Nochmals: Zur Frage des Fortbestandes der einfachen Lizenz bei Übertragung des Patents, GRUR 1983, 203, 205는 반대의 입장에 서있는 듯하다.

에 대해서도 등록⁴⁷⁾을 전제로 하여서만 그 준물권적 성질을 인정하고 있다. 즉 적어도 한국 법상으로는 준물권적 성질은 등록에 대한 대가로 볼 수 있다. 이러한 상황하에서는 등록을 하지 않은 출판허락계약에 의한 출판권에 대하여 준물권적 성질을 인정할 수도 없고, 그렇다고 등록된 설정출판권의 내용을 법정의 그것보다 임의로 확대할 수도 없다고 본다.⁴⁸⁾

대세적인 설정출판권과는 달리 채권적인 허락출판권은 원칙적으로 구체적인 출판허락계약에 의하여 그 권리내용을 정하여야 한다.⁴⁹⁾ 그러나 이 경우에도 국내학설은 별도의 특약이 없는 한 출판자는 CD-ROM이나 인터넷을 통하여 저작물을 복제 및 배포할 수 없는 것으로 해석하고 있다. 왜냐하면 허락출판권의 내용과 범위는 계약에 별도의 정함이 없는 한, 저작권법상의 설정출판권의 내용과 범위에 따르는 것으로 보아야 하며,⁵⁰⁾ 시각적으로 직접 지각할 수 없는 것은 저작권법 제54조 제1항에서 출판의 형태로 규정하고 있는 복제물인 문서 또는 도화에 해당하지 않기 때문이라고 한다.⁵¹⁾ 오늘날과 같이 저작물이용방법 또는 출판의 방법이나 형태 등이 다양해진 현실에서 당사자의 자유로운 계약에 의한 허락출판권의 내용을 아직 디지털기술이 적극적으로 활용되지 않았던 당시에 제정된 법률의 규정에 따라서 해석하는 것이 타당한지는 의문이다. 물론 그 내용에 있어 약간의 차이는 있지는 현행 저작권법 제54조 제1항의 출판권의 내용은 1957년 구저작권법의 제9조에 규정된 출판의 개념 정의를 이어 받은 것이며, 동 규정은 다시 1899년의 일본구저작권법을 본 딴 것이다. 따라서 당시의 저작권법규정을 기준으로 디지털시대에 체결되는 출판허락계약의 당사자의사를 해석한다는 것은 아무리 생각해도 무리라고 본다. 출판권의 내용을 해석하는 것은 본 논문의 주제는 아니므로 여기서 이에 대한 상세한 분석은 하지 않겠지만, 구체적인 경우 출판권범위에 관한 분쟁을 피하기 위하여 출판계약에 인터넷이용에 대한 명시규정을 두는 것이 바람직하다고 본다.

CD-ROM이나 인터넷을 통한 전자출판이 설정출판권의 범위에 속하지 않고 허락출판권의 경우에도 별도의 약정이 없는 한 출판자의 권리에 속하지 않는다고 해석한다면, 출판자는 전자출판을 위해 별도의 저작물이용계약을 체결하여야 한다. 뿐만 아니라 제3자가 기존의 인쇄물 이외에 별도로 전자책을 출판하기 원하는 경우에는, 출판자가 아니라 저작권자로부터 전자출판에 관한 이용권을 허락받아야 한다.⁵²⁾

오늘날 인터넷은 모든 사람에게 알려져 있고, 저작물이용자들에게도 이미 없어서는 안될 이용형태로 자리잡았다. 특히 학술잡지분야에서 국내에서는 얼마나 실현되고 있는지 아직

47) 2000년 7월 1일 개정저작권법이 시행되기 전에는 출판권의 설정 자체는 등록할 수 없고 그 권리 변동만을 등록할 수 있었으나, 그렇다고 하여 출판권의 준물권적 성질과 등록이 전혀 관련이 없다고는 말할 수 없다.

48) 무체재산권법상의 라이선스와 Numerus clausus원칙과의 관계에 대하여는 안효질, 「상호의 라이선스」, 『상사법연구』 26 (2000.6), 30 이하 참조.

49) 출판권설정계약과 출판허락계약의 의의 및 차이에 대해서는 다만 황적인/정순희/최현호, 『저작권법』, 1988, 329쪽 이하 참조.

50) 정상조 (주 16), 『계간 저작권』 20 (1992), 79, 81 및 동일인의 것으로 「전자출판물의 발전과 저작권법의 대응」, 『계간 저작권』 27 (1994), 40, 44 이하와 「정보통신의 발전과 저작권법적 문제점」, 『계간 저작권』 29 (1995), 55, 56 이하 참조.

51) 허희성, 『신저작권법측조개설』, 1988, 241쪽 및 (주 22)에서 언급된 문헌 참조.

52) 정상조 (주 16), 『계간 저작권』 20 (1992), 79, 82.

정확히 모르지만, 선진외국의 출판사들은 출판계약의 목적인 저작물을 종래의 인쇄물의 형태뿐만 아니라, CD-ROM 또는 인터넷을 통하여 보급하고 있는 예가 적지 않다. 그러나 원칙적으로 종래의 저작물이용방법만을 예상하여 예전에 체결된 저작권계약에 기하여는 저작물이용자는 해당 저작물을 새로운 이용방법으로 이용할 수 없다. 이것이 바로 “아직 알려지지 않은 이용방법에 대한 저작물이용계약”(Nutzungsvertrag für noch nicht bekannte Nutzungsarten)의 문제이다. 이에 대하여 독일 저작권법은 제31조 제4항에서 아직 알려지지 않은 이용방법에 대한 저작물이용계약은 무효라고 하여 저작권자를 보호하기 위한 명시규정을 두고 있으나, 국내저작권법상으로는 불행하게도 이에 상응하는 규정이 존재하지 않는다. 그러나 국내학설에서도 이러한 저작물이용계약은 무효로 해석하고 있다.⁵³⁾ 따라서 전자출판방법이 알려지기 전에 체결된 출판계약에 의해서는 출판사는 저작자의 별도의 허락없이 저작물을 디지털화하여 배포할 수 없다는 것이다. 이는 출판권이 저작권법 제54조 이하에 규정된 출판권설계계약에 의한 준물권적·배타적 성질의 것이든 저작권법 제42조에 따른 출판허락계약에 의한 채권적 성질의 것이든 마찬가지이다.

2. 전자책출판자에 대한 저작인접권 인정문제

출판은 저작물 자체를 창작하는 것은 아니고, 단지 저작물을 일반공중에게 전달하는 매개역할을 한다. 이와 같이 저작물매개행위를 하는 자를 저작권법에서는 원칙적으로 저작인접권자라 하여 협의의 저작권과는 별도로 규정하여 보호하고 있다. 출판자는 실연자와 같이 저작물창작 자체는 아니지만 어느 정도 창작적인 행위에 의하여 저작물을 공중에게 전달하는 자가 아니라, 일정한 투자를 요하는 설비에 의하여 저작물을 매개한다는 점에서 음반제작자에 유사한 점을 갖고 있다. 역사적으로 본다면 원래 음반제작자와 같은 저작인접권자들은 저작권법의 영역에서 보호하고 있지 않았고, 오히려 부정경쟁방지법적인 접근방법에 의하여 보호하고 있었다. 그러던 것이 저작권법의 영역을 점차 확대하여 저작인접권법에서 저작권보다는 약화된 권리지만 하나의 절대권으로 보호하기에 이르렀다. 이러한 음반제작이나 영화제작 기타의 저작인접권의 영역에서 다루고 있는 것에 비하면, 출판은 상당히 오랜 역사를 지니고 있으며, 저작권은 바로 출판자에 대한 보호로부터 시작되었다고 해도 과언이 아니다. 그러나 여기서 이상한 사실을 발견할 수 있는데, 나중에 등장한 저작물매개자들은 저작인접권이라는 절대권에 의하여 보호하고 있는데, 저작물매개에 있어 지금까지도 상당한 부분을 차지하고 있고 긴 역사를 지닌 출판자에 대해서는 저작인접권자로서의 권리를 인정하고 있지 않다는 점이다. 저작권법의 역사가 긴 유럽에서 그 이유를 찾아보자. 전술한 바와 같이 일찍이 저작권의식은 출판자를 보호하기 시작하면서 탄생하였고, 그 후 다른 정신활동에 의한 창작적 산물의 영역으로 확대되었다. 그러나 저작권발전역사의 초기부터 출판자들은 저작자는 아니지만 매우 강한 지위를 갖고 있었다. 즉 배타적인 저작물이용권을 갖고 있었고, 그 이용권의 성질은 저작자까지도 배척할 수 있는 강력한 것이었다. 따라서 저작자라 할 지라도 일단 출판자에게 출판권을 허락한 이상 다른 자에게 다시 출판을 허락할 수는 없었다. 그리고 이러한 배타적 저작물이용권은 절대권으로서 그 침해에 대하여 소의 방법으로 대응할 수 있었다. 이와 같이 출판자는 대부분 출판계약에 의하여 배타적 출판권을 취득하게 되고, 출판권의 침해에 대하여 독자적인 소제기권이 인정되므로, 애초에 저작인접권이라

53) 이에 대해서는 박익환, 「저작권계약의 해석에 관한 일고찰(2)」 - 독일에서의 이론전개를 중심으로, 『계간 저작권』 24 (1993), 29, 33 이하; 송영식/이상정, 『저작권법개설』, 1997, 169쪽 참조.

는 새로운 권리를 인정할 필요가 없었다.

그러나 역사적으로 일본저작권법의 발전을 답습한 우리 저작권법에서는 예나 지금이나 저작물이용권의 성질은 단순한 채권적인 성질의 것으로 이해하고 있다. 강학상으로는 현행 저작권법 제42조에 따른 저작물이용권을 독점적 이용권과 비독점적 이용권(단순이용권)으로 구분하고 있으나, 여기서도 독점적 이용권은 저작물이용계약의 직접적 당사자인 저작권자에 대하여 타인에게 동일한 내용으로 저작물이용을 허락하지 않을 채권법상의 의무를 지우는데 불과한 것으로 파악하고 있다.⁵⁴⁾ 그러나 단순한 채권적 권리를 갖고 있는 출판자는 그 지위의 취약함으로 인하여 안심하고 출판활동에 전념할 수 없으며, 이는 거시적으로 볼 때 창작자에게도 바람직하지 않았다. 따라서 일본은 1934년 구저작권법(1899.3.4 제정)을 개정하여 배타적 성질을 갖는 출판권제도를 신설하였으며, 현행일본저작권법(1970.5.6 제정)에서는 제 79조 이하에 이를 규정하고 있다. 일본저작권법은 이러한 배타적 성질의 출판권에 대하여 ‘출판권의 설정’이라는 용어를 사용하여 일반적인 저작물이용허락과는 다른 표현을 사용하고 있으며, 그 권리의 내용도 출판할 권리를 ‘독점한다’고 규정하여(일본저작권법 제80조 제1항 참조), 배타적 성질의 것임을 명시하고 있다. 일본구저작권법의 내용을 대부분 받아들인 우리 구저작권법(1957.1.28 제정, 법률 제432호)도 제47조 이하에서 대세적인 출판권의 설정에 대하여 규정하고 있었으며,⁵⁵⁾ 이는 현행저작권법 제54조 이하의 규정에 이어지고 있다. 일본 저작권법과는 달리 우리 저작권법은 출판권의 내용을 구법(제48조 제1항)이나 현행법(제54조 제2항)이나 모두 출판권자는 ‘출판할 권리를 가진다’고만 규정하고 있어, 그 권리가 배타적인 성질의 것인가에 대하여 의문이 있을 수 있으나, 저작권법이 제42조에 의한 일반적인 저작물이용권과는 달리 ‘출판권설정’⁵⁶⁾이라는 표현을 쓰고 있고, 위에서 언급한 바와 같이 일본법의 역사를 그대로 답습한 것이라는 점을 고려하면, 현행저작권법의 출판권의 성질도 배타적인 것으로 보아야 할 것이다.⁵⁷⁾

진술한 바와 같이 출판자는 저작물의 매개자로서 음반제작자와 유사한 성격을 갖고 있으나, 일찍이 출판자들이 배타적 이용권을 통하여 그들의 지위를 확고히 하였기 때문에, 별도로 저작권접권을 인정할 필요가 없었다. 출판권의 내용과 범위를 계약에 의하여 정할 수 있게 하고, 출판자에 대하여 배타적 이용권을 부여하는 한, 앞으로도 이들에게 저작권접권을 인정할 필요는 없을 것이다. 그러나 우리의 현실에서는 설정출판권의 범위가 한정되어 있고, 허락출판권자의 지위는 단순한 채권법적인 것으로 파악하고 있기 때문에, 특히 전자출판업체의 권리를 확고하게 할 필요가 있다. 출판자에게 저작권접권에 유사한 독자적인 권리를 인정한다면, 특히 국내외의 다양한 저작물을 광범위하게 포함하고 있는 데이터베이스나 기타 외국작가의 저서를 전자책의 형태로 출판하더라도 저작권자의 국적을 불문하고 출판자 스스로의 권리를 주장할 수 있기 때문에, 권리침해에 능동적으로 대응할 수 있다는 장점도 있다. 그러나 이 문제는 그렇게 간단하게 해결할 문제는 아니다. 우선 전자책제작자에 대해

54) 허희성 (주 23), 180쪽 이하.

55) 구저작권법하에서는 설정출판권 이외에 제59조 이하에서 대세적인 공연권을 인정하고 있었다.

56) 일반적으로 민법에서도 소유권의 내용을 제한하는 전세권, 저당권 등의 각종제한물권에 대하여도 ‘전세권설정계약’ 또는 ‘저당권설정’ 등의 표현을 쓰고 있어, 우리법체계상 ‘설정’이라는 표현은 절대권의 내용 중 일부를 타인에게 양도하여, 그 타인이 이를 모든 사람에게 주장할 수 있도록 하는 경우에 사용되고 있는 것으로 파악된다.

57) 이에 대해서는 다만 황적인/정순희/최현호 (주 21), 327쪽 이하 참조.

서만 저작권접권을 인정하고 전통적인 출판자에 대해서는 설정출판권 또는 허락출판권만을 인정하는 것은 형평상 맞지 않다. 뿐만 아니라 전자책 중 데이터베이스로 분류할 수 있는 것도 있을 터이고, 현재 국제적인 추세는 데이터베이스제작자에 대하여 저작권접권에 유사한 특별권을 인정하거나 이를 부정경쟁방지법적으로 보호하자는 것인데, 이러한 발전을 고려하지 않고 전자책제작자에게만 별도의 권리를 인정하는 것은 타당하지 않다.

앞으로 국내에서도 데이터베이스제작자에게 특별권을 인정하는 방향으로 저작권법이 발전될 것으로 예상되는데, 그렇게 되면 상당한 수의 전자출판물이 특별권에 의하여 보호될 것이다. 반면 데이터베이스로 분류되지 못하는 전자출판물의 제작자는 현행 저작권법의 상황하에서는 허락출판계약만에 의하여 보호되어 다시 형평에 어긋나는 결과가 된다. 따라서 앞으로 저작권계약법에 관한 부분을 적극적으로 입법하여 출판자를 포함한 독점적 저작물이 이용자의 권리에 대하여 대세적 효력을 인정하여 그 지위를 강화하거나 전자출판물의 제작자에 대하여는 모두 저작권접권에 유사한 권리를 부여하는 것이 적어도 국내법의 현실에서는 전자출판관련자들을 골고루 보호하는 방법이 될 것이다.

출판자가 저작권자로부터 배타적인 복제권과 배포권을 부여받는다 하더라도 이는 저작권으로부터 파생된 권리이고, 음반제작자 등 저작권접권자의 권리는 독자적인 권리라는 측면에서 양자는 구분하여야 한다. 시야를 밖으로 돌려보면, 출판자에게 독자적인 권리를 인정하는 것이 전혀 새로운 현상만은 아니다. 일찍부터 영국저작권법상으로는 출판물의 인쇄형태(typographical arrangement)에 대하여 그 출판자에게 독자적인 권리를 인정하고 있었다.⁵⁸⁾ 출판자에게 저작권접권에 유사한 권리를 인정하자는 논의는 국제적으로도 이미 여러 차례 있었으나, 각국이 상당한 견해의 차이를 보였고 출판자들의 의견도 일치되지 못하여 지금까지 별다른 결실을 거두지 못하고 있다.⁵⁹⁾ 우리 저작권법상으로도 이는 인정되고 있지 않다. 따라서 제3자가 출판물을 사진복제의 방법으로 복제한다 하더라도 출판자는 자신의 독자적인 권리에 기하여 이를 금지할 수는 없고, 저작권의 파생권이라 할 수 있는 출판권에 의하여 이를 금지할 수 있다. 경우에 따라서는 이러한 행위를 부정경쟁방지법의 영역에서 강학상 언급되는 ‘타인성과의 인수’(Leistungsübernahme) 또는 ‘영업방해’(Behinderungswettbewerb)로서 부정경쟁행위로 볼 수 있으나, 부정경쟁행위를 제한적으로 열거하고 있는 국내법에서는 불가능하다.⁶⁰⁾ 설령 우리가 이러한 부정경쟁행위를 제한할 수 있는 법규를 갖고 있다 하더라도, 그 적용가능성은 많지 않다. 특히 출판된지 매우 오래되어 절판된 책을 그 저작권보호기간이 만료되자마자 경쟁출판사가 사진복제하여 출판한다면, 원출판자는 이미 해당 출판물로 인하여 충분한 경제적 이익을 얻었기 때문에, 경쟁출판자의 복제출판이 부정경쟁이라고 나무랄 수는 없을 것이다.⁶¹⁾

출판물이 저작권에 의하여 보호되고 있는 동안에는 출판자는 위와 같은 출판물의 불법복제자에 대하여 저작권자로부터 부여받은 출판권에 의하여 자신의 이익을 충분히 지킬 수 있을 것이기 때문에, 그에게 별도로 독자적인 저작권접권 유사의 권리를 인정한다고 하여 그

58) 영국저작권법(1988년) § 1 (1) (c) 및 § 9 (2) (d) 참조.

59) 이에 대해서는 *Jehoram*, *Hybriden auf dem Grenzgebiet zwischen Urheberrecht und gewerblichem Rechtsschutz*, GRUR Int. 1991, 687, 690 f. 참조.

60) 그밖에 민법 제750조의 불법행위규정이 고려될 수 있으나, 여기서는 자세한 언급은 피한다.

61) *Schack*, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 1997, Rdn. 1007.

를 이 보다 더 잘 보호할 수는 없을 것이다. 이러한 경우에 출판자에게 독자적인 권리를 부여하는 것은 오히려 저자의 이익에 배치될 수도 있다. 예컨대 저자가 저작물의 신판의 내용을 변경하려고 하거나 출판자가 자신이 원하는 바대로 출판을 하지 않거나 혹은 가치관의 변화 등의 이유로 더 이상은 저작물을 출판하지 않으려고 하는 경우, 독자적인 권리를 갖고 있는 출판자의 이익이 저작자의 이익과 일치하지 않을 수도 있기 때문이다. 우리는 여기서 저자와 출판자는 매우 강한 신뢰관계를 바탕으로 하고 있음을 주의하여야 하며, 그 신뢰관계를 유지할 수 있도록 배려하여야 한다. 특히 저작자가 경제적인 측면에서 상대적으로 약자인 점을 고려하면, 출판자에게 저작인접권 유사의 독자적 권리를 인정하는 것은 강자에게 무기를 더하여주는 결과밖에 되지 않는다. 일부문헌에서는 전자출판의 경우 출판자에게 독자적인 권리를 인정할 필요가 있음을 강조하고 있으나,⁶²⁾ 종이출판과 전자출판을 원칙적으로 구분할 정당한 이유가 없다.⁶³⁾ 물론 전자출판의 대상이 저작권법상 보호능력이 없는 사실정보인 경우가 많고, 이러한 경우에는 저작권이 존재하지 않기 때문에, 출판자를 보호할 마땅한 법규가 없는 것이 사실이다. 이러한 경우에는 입법론적으로 유럽연합의 데이터베이스 지침과 마찬가지로 출판자에게 특별권을 부여하여 해결하는 것이 타당할 것이다.

3. 전자출판계약시 주의사항

전자출판계약에 있어서도 저자와 출판사는 출판계약의 내용을 상세히 하여 각 당사자의 권리의무를 명백히 할 필요가 있다. 전자책은 종이책과는 그 제작방법이 완전히 다르고, 출판물의 판매 및 이용방법도 완전히 다르다. 전자출판의 경우 출판사는 출판물의 제작자로서 보다는 그 배포자로서의 기능이 중시되며, 출판계약도 이를 고려하여야 한다. 따라서 종래의 종이출판을 전제로 한 출판계약으로는 전자출판에서 발생하는 문제를 해결하기 적당하지 않다. 뿐만 아니라 만일 전자출판을 저작권법상 설정출판권의 범위에 속하는 것으로 법개정을 할 경우에는, 종래의 종이출판을 예상하여 마련된 저작권법상의 규정(출판권자와 저작자의 권리의무)을 전자출판의 현실에 맞게 수정하거나 전자출판에 관한 별도의 규정을 신설할 필요가 있다.

전자출판계약을 체결할 때 특히 주의하여야 할 사항은 다음과 같다: ① 출판계약은 계약 당사자의 관계를 명백히 규정하여야 하며, 이 경우 특히 전자출판의 범위가 무엇인지 정확히 하여야 한다. ② 다음으로는 저작자가 출판사에게 어떤 권리를 부여하는가를 구체적으로 나열하여야 한다. 예컨대 ‘출판사는 저작물을 CD-ROM 또는 DVD 등의 매체로만 출판할 수 있다’, ‘출판사는 통신망을 통하여 저작물을 판매할 수 있다’, ‘출판사는 계약에서 정한 데이터베이스에 해당 저작물을 저장하여 공중에게 제공할 수 있다’, ‘출판사의 권리는 ○년 동안만 존속한다’, 또는 ‘저작자는 언제든지 저작물을 변경할 수 있다’ 등 구체적으로 규정하여 분쟁을 예방하여야 한다. ③ 계약상 반드시 규정하여야 할 사항으로는 또한 전자출판을 위하여 저작자가 원고를 출판사에게 전달하여야 하는데, 이를 인쇄물이나 디스켓 등의 저장매체로 인도하여야 하는지, 혹은 통신망을 통하여 전송하여야 하는지 등 저작자의 원고인도의 무가 있다. 이와 관련하여 나중에 분쟁발생시에 증거보존을 위하여 저작자는 디스켓 등을

62) *Heker*, Im Spannungsfeld von Urheberrecht und Wettbewerbsrecht: Der Verleger im elektronischen Zeitalter, ZUM 1995, 97, 100 참조.

63) *Schack* (주 33), Rdn. 1008.

복사해 둘 필요가 있다. ④ 출판자의 배포의무에 해당하는 것으로, 저작물을 판매하는 방법(오프라인상품 또는 온라인상품)을 규정하여야 하며, 특히 온라인상품으로 판매하는 경우 그 제작부수를 정하는 것이 의미가 없고 저작자가 판매부수를 통제하는 것도 쉽지 않기 때문에, 판매기간을 명시하여야 한다. ⑤ 마지막으로 소위 인세에 대해서도 구체적인 규정을 두어야 한다. 인세액의 차이는 있지만 오프라인상품의 경우는 종이책과 유사한 방법으로 인세를 결정할 수 있으나, 온라인상품의 경우에는 그 배포방법이 종이책과는 완전히 다르고 저작자가 판매부수를 알기가 어렵기 때문에, 인세결정이 쉽지 않을 것이다. 이와 관련하여 인세의 지급시기도 명백히 하여야 한다. ⑥ 그밖에 종이책출판에서 저자증정본에 해당하는 사항을 전자출판계약에서 명시하여야 한다.

4. 전자책에 대한 출판사의 대응

전자출판의 주체 및 방법은 여러 가지가 있을 수 있다. 우선 이미 발행된 출판물에 대하여 전자출판권이 출판사에 있거나 저자의 허락을 얻은 경우에는, 기존의 출판사가 스스로 전자출판하는 방법, 전자출판에 관한 설비나 노하우를 보유한 자와 공동으로 하는 방법 또는 전문전자출판업체에게 전자출판에 대한 라이선스를 설정하여 주는 방법 등이 있을 수 있다. 전술한 바와 같이 종이출판과 전자출판은 출판과정, 출판물배포 및 이용과정이 서로 상이하여 기존의 출판사들이 하루아침에 전자출판으로 그 영역을 확장할 수는 없다. 그러자면 필요한 하드웨어 및 소프트웨어의 구입, 전문인력의 확보, 온라인판매방법의 개발 및 판매망의 구축 등이 필요하고, 이는 중소기업의 출판사들이 감당할 수 없다. 따라서 국내에서 이루어지고 있는 바와 같이 여러 출판사들이 공동출자의 형식으로 전자출판전문기업을 설립하거나 이러한 기업에 라이선스를 설정하여 주는 것이 가장 현실적인 방법일 것이다.⁶⁴⁾ 이에 반하여 새로운 저작물을 전자책이나 기타 전자출판물의 형태로 배포하려고 하는 저작자는 처음부터 전자출판전문기업과 접촉하는 것이 타당할 것이나, 해당 전자출판물을 동시에 종이책으로도 출판하려고 계획하고 있는 경우에는 전자출판물과 종이책에 관한 법률관계가 복잡해지는 것을 방지한다는 측면에서는 종이 및 전자출판 양 영역에서 모두 활동하고 있는 출판사와 출판계약을 체결하는 것이 바람직할 것이다.

VII. 저작권관리

전자책과 관련하여 중요한 것이 권리를 어떻게 효과적으로 관리하는가의 문제이다. 전자책의 구매자는 이를 임의로 복제하여 다시 제3자에게 계속 배포할 수 있다. 저작자의 입장에서는 자신의 저작물을 되도록 많은 사람들이 읽는 것은 반대하지는 않을 것이다. 그의 주요관심사는 그 이용에 대하여 적절한 보상(저작물이용료)을 받을 수 있는가이다. 적절한 보상을 실현하기 위해서는 무엇보다도 저작권집중관리제도의 정비가 필요하고, 아울러 최근의 저작권법개정에서는 포함되지 않았던 저작권관리정보의 보호가 시급하다. 전자출판물의 배포 및 이용방법에 따라서 차이가 나겠지만, 보상제도의 핵심은 무엇보다도 전자출판물의 판매자(예컨대 전자출판사) 또는 그 이용제공자(예컨대 도서관이나 데이터베이스운영자)가 소비자의 저작물이용을 효과적으로 통제할 수 있는 기술적 조치를 마련하는 것이다. 이러한

64) 국내 전자책시장의 현황에 대해서는 『한경비즈니스』 제256호(2000.10.30), 「Cover Story: 출간가는 변신중/e-북시장 진출. '종이 대신 모니터로' 디지털화 바람」 참조.

점에서 볼 때, 아직 그 업무영역이 확실하지 않으나 얼마전 설립된 한국복사전송권관리센터의 운영이 기대된다.

전자출판물에 있어서는 권리자의 이익을 보호하는 것뿐만 아니라 모든 사람들이 이를 자유롭게 접근할 수 있는 이익도 보장하여야 한다. 종이출판물과는 달리 전자출판물의 경우에는 그 권리자, 출처 및 소재 등을 알아내기가 쉽지 않고, 특히 그 소재는 수시로 변경되기도 한다. 일반공중이 디지털정보에 자유롭게 접근할 수 있는 이익을 최대한 보장하기 위해서는 종이출판물의 ISBN에 상응하는 각 디지털정보에 고유한 식별표지를 붙이는 것이 바람직하다. 미국을 비롯한 선진국에서는 디지털정보에 대한 일반공중의 접근가능성을 보장하고 동시에 저작권보호에 기여하는 DOI(Digital Object Identifier), 즉 디지털콘텐츠식별자를 디지털문서 등에 부여하는 사업을 적극 추진하고 있으며, 국내에서도 준비중인 것으로 알고 있다.⁶⁵⁾

VIII. 결론

전자책이 CD-ROM이나 DVD 등의 매체에 저장되어 판매되는 경우에는 특히 출판권의 범위와 관련하여 법개정 또는 계약내용의 수정 내지 확대가 필요한 것 이외에는 원칙적으로 현행저작권법에 의해서도 이를 둘러싼 저작권문제를 충분히 해결할 수 있다고 본다. 그러나 아무런 매체없이 온라인으로 판매되는 협의의 전자책에 대해서는 출판권의 범위뿐만 아니라, 배포권 또는 전송권과 권리소진원칙, 외국저작물의 이용에 따르는 법률문제⁶⁶⁾ 등 아직 해결하여야 할 문제가 적지 않다.

오늘날 우리의 문화생활은 점점 디지털기술에 대한 의존도가 높아지고 있고 상당수의 저작물 또는 정보가 디지털화되어 가고 있다. 정보산업의 발전은 국가경제적인 측면에서뿐만 아니라 일반공중의 문화욕구충족이라는 측면에서도 매우 중요하다. 그러나 정보산업의 발전은 단순한 하드웨어만의 발전에 의하여 이룩되는 것이 아니라 그 내용(Contents)이 풍부하게 뒷받침되어야만 가능하다. 다양한 저작물 기타 정보의 창작자와 그 매개자인 출판자를 효과적으로 보호하지 않는 한, 이들은 그 지적산물을 더 이상 디지털상품으로 제공하려고 하지 않을 것이며, 이는 결국 정보산업의 내적 부실로 이어지게 된다. 저작물 기타 정보의 창작과 그 전달에 기여한 자들을 효과적으로 보호하는 것이 우리가 바라는 진정한 정보사회로의 발전에 대한 전제조건임을 명심하여야 한다.

65) 이에 대해서는 <<http://www.doicenter.or.kr/>> 참조.

66) 이에 대해서는 안효질, 「인터넷과 저작권」, 『계간 저작권』 46 (1999), 29, 40 이하 참조.