OPEN ACCESS

지식재산연구 제16권 제3호(2021. 9)
©한국지식재산연구원
The Journal of Intellectual Property
Vol.16 No.3 September 2021
https://doi.org/10.34122/jip.2021.16.3.217
Print ISSN 1975-5945 | Online ISSN 2733-8487

투고일자: 2021년 8월 11일
심사일자: 2021년 8월 26일(심사위원 1), 2021년 8월 15일(심사위원 2), 2021년 8월 13일(심사위원 3)
게재확정일자: 2021년 9월 3일

OTT 서비스와 관련된 저작권 쟁점에 대한 분석
—방송사업자, 인터넷동시송신, 집중관리단체 신탁약관을 중심으로—

박윤석*

I. 서 론
II. OTT 서비스 사업자는 방송사업자인가?
1. 방송법과 저작권법상의 방송사업자 구별
2. 방송사업자 개념의 이중성
3. 소 결
III. OTT 서비스로서 방송과 전송의 구별
1. Wavve 서비스 분석
2. 인터넷 네트워크를 통한 방송의 전송화
3. 방송과 전송 구별에 따른 분석
4. 소 결
IV. OTT 서비스와 저작권 이용허락
1. OTT 서비스 사업자가 지불하는 사용료
2. 한국음악저작권협회 신탁 범위에 대한 문제
3. 소 결
V. 결 론

* 한국저작권위원회 통상연구팀 선임, 법학박사.

Copyright ⓒ 2021 Korean Institute of Intellectual Property
This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-Non-Commercial-NoDerivatives 4.0 (https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided that the article is properly cited, the use is non-commercial and no modifications or adaptations are made.

초 록

OTT 서비스가 이제는 보편적인 콘텐츠 이용 서비스로 자리 잡아 가고 있다. 그러나 이와 반대로 OTT 서비스 유형이 저작권법상 어떠한 권리에 포함되는지와 관련하여 서비스 유형에 따라 명확하게 구별되는 측면도 있고 아닌 측면도 있다. 본 논문에서는 OTT 서비스와 관련된 저작권 쟁점을 몇 가지 분석해 보기로 한다. 우선 OTT 서비스가 저작권법상 방송사업자가 될 수 있는지와 관련해서 우리나라 저작권법 방송사업자 정의규정과 국제조약 및 해외입법례에서 언급하는 방송사업자의 개념을 비교해 본다. 국제조약상 방송사업자에 대한 개념정의 규정이 없지만 간접적 추론으로 방송에 대한 편성권 없이 단순히 중계방송만 하는 경우는 방송사업자에 포함될 수 없고 독립적인 편성권을 가지고 방송에 대한 조직적, 경제적 투자를 한 자를 방송사업자라고 볼 수 있다. 이러한 개념에 비추어 보면 OTT 서비스 사업자는 방송사업자가 될 수 없다고 판단된다. OTT 서비스 유형 중 제한적인 이시성을 부여하는 인터넷 동시송신서비스의 경우 개인이 선택할 수 있는 범위에 따라 방송과 전송으로 구별될 수 있을 것이다. 개인의 선택 범위가 넓어질수록 개인이 선택한 시간과 장소에서 저작물에 접근할 수 있는 이용제공행위에 가까워질 것이다. 집중관리단체가 OTT 사업자에게 권리를 행사하는 근거가 되는 신탁약관은 집중관리단체의 효율성과 권리자 선택의 자유권이 균형을 이루어야 한다. 그러나 장래에 만들어질 저작물까지 특별한 예외 없이 모두 신탁관리 대상으로 포함하는 약관조항은 과점시장인 음악집중관리단체 시장에서 부당한 경쟁 제한 행위로 평가될 가능성이 있다. OTT 서비스의 저작권 쟁점을 바라보는 관점에 관해서 산업 발전을 위한 규제 완화의 시각보다 OTT 서비스 사업자가 지불하는 저작권 사용료는 보호받아야 하는 권리라는 시각에서 접근해야한다.

주제어

OTT, 방송, 전송, 방송사업자, 집중관리단체

I. 서 론

OTT(over the top) 서비스 사업자[1]와 음악저작권을 집중관리하고 있는 한국음악저작권협회와의 분쟁이 갈수록 심화되고 있는 상황이다.[2] 우리나라는 한국음악저작권협회가 이용자들에게 징수할 금액 내지 요율을 문화체육관광부장관의 승인을 통해 확정하게 되어 있다.[3] 문체부는 지난해 12월 한국음악저작권협회가 제출한 음악저작권 사용료 징수규정 개정안을 수정 승인했다. 신설된 개정안 조항에 따라 기존 OTT 사업자들이 지급하던 음악 저작권 요율은 기존 0.625%에서 올해 1.5%로 적용된다. 요율은 매년 증가해 2026년까지 1.9995%로 올리도록 되어 있다.[4] 여기에 OTT 사업자들이 절차상 하자를 이유로 문화체육관광부 장관의 승인을 취소해 달라는 소송을 제기하였다. 형식상으로는 절차의 하자를 이유로 들었지만 결국 저작권 사용료 요율이 높아져서 OTT 사업자들이 부담해야 할 지출이 높아진다는 것에 대한 불만으로 생각된다.[5]

넷플릭스와 같은 OTT 서비스가 활성화되면서 OTT 서비스에 관한 관심은 계속 증대됐다. 코로나 팬데믹 이전에도 OTT 서비스 사업은 계속 확대되고 있었고 OTT 서비스를 저작권법에서 어떻게 분류할 것인지에 대해서도 학계와 실무에서 분명한 결론이 나고 있지 않았다. 따라서 여기서는 OTT 서비스

---

1) 우리나라의 대표적 서비스로 웨이브, 티빙, 왓챠 등이 있고 해외 서비스는 넷플릭스 등이 있다. OTT 서비스는 공개된 인터넷(폐쇄적 회선을 이용하는 IPTV와는 구별됨)을 통해 서비스 가입자에게 자체 제작한 저작물 또는 이용허락을 받은 다수의 저작물(주로 영상저작물)을 제공한다. 경우에 따라서 실시간 방송의 동시중계서비스를 함께 제공하기도 한다.

2) 관련 분쟁에 대한 자세한 설명은 김현숙 · 백승만, "OTT의 음악저작권 사용료 분쟁의 쟁점과 시사점", 『안암법학』, 제61호(2020), 275면 이하 참조.

3) 저작권법 제105조.

4) 서정민, "OTT 음악 저작권료 갈등, 핵심 쟁점은 바로 이것", 한겨레, 〈https://www.hani.co.kr/arti/culture/culture_general/983405.html〉, 검색일: 2021.08.01.

5) 이정현, "문체부 상대 소송낸 OTT들 음저협 권리남용 방조하며 차별", 연합뉴스, 〈https://www.yna.co.kr/view/AKR20210217067451005〉, 검색일: 2021.08.02.

와 관련된 저작권법적 쟁점 몇 가지를 분석해 보고자 한다.

첫 번째로 논의할 사항은 OTT 서비스 사업자가 방송사업자인지 여부이다. 이것은 OTT 서비스의 개념정의와 연결된 쟁점이다. 두 번째로 OTT 서비스가 저작권법상 방송인지 또는 전송인지 여부이다. 첫 번째 쟁점이 자격부여의 여부라면 두 번째는 영업방식의 구별이다. 세 번째 저작권 및 인접권의 이용허락이다. OTT 서비스는 자체 제작 콘텐츠도 있지만 주로 이미 제작된 영화나 방송물을 서비스하기에 영상물에 대한 2차적 사용단계에서 이용허락이 문제가 된다. 마지막으로 네 번째는 OTT 사업자에게 권리를 행사하는 집중관리단체의 신탁약관이 권리자 선택의 자유권과 집중관리단체의 효율성을 균형있게 반영하고 있는지 여부를 분석해본다. 이러한 쟁점에 대한 분석을 통해 OTT 서비스 사업과 관련된 저작권 분쟁의 원인을 확인해 보기로 한다.

논의에 앞서 전제할 것은 논의의 대상이 되는 OTT 서비스를 한정시킬 필요가 있다는 점이다. 우선 여기서 의미하는 OTT 서비스는 폐쇄적 회선을 사용하는 IPTV 서비스를 논의에서 제외한다. 여기서 논의하는 OTT서비스는 원칙적으로 개방된 인터넷을 통하여 방송 프로그램, 영화 등 미디어 콘텐츠를 제공하는 서비스라고 볼 수 있다. OTT 서비스는 초기에 주로 개봉한 영화나 지나간 TV 프로그램이 다시 서비스되는 보조적 수단으로 활용되었으나 최근에는 자체 제작한 콘텐츠와 원활한 스트리밍 환경 제공, 생방송으로 즐겼던 TV 프로그램에 대한 실시간 또는 다시 보기 기능을 제공함으로써 영상시청의 주된 수단으로 변모하고 있는 것으로 판단된다.

OTT 서비스를 우리나라의 상황에서 분류해 보자면 먼저 순수한 VOD 형식의 서비스로서 넷플릭스, 왓챠가 있다. 이들 서비스는 완전한 VOD 서비스로서 서비스 유형이 저작권법에서 의미하는 개인이 원하는 시간과 장소에서 접근할 수 있게 하는 전송유형이라는 점은 명백하다. 다음은 실시간 서비스와 VOD 서비스가 합쳐진 것으로 웨이브, 티빙 등이 있다. 방송과 전송의 구별에서 논의할 부분은 방송에 대한 인터넷 동시재송신 서비스 또는 인터넷 동시송신 서비스 유형만을 논의할 것이다. 그 외에 유튜브 내지 아프리카

TV 같은 서비스는 여기서 논의하는 OTT 서비스 범위에서 제외시킨다. 본 논문에서 의미하는 OTT서비스는 넷플릭스, 웨이브, 티빙, 왓챠와 같은 서비스 유형만을 한정해서 논의할 것이다.

II. OTT 서비스 사업자는 방송사업자인가?

우리나라 저작권법 제2조 제9호에서 "방송사업자"는 방송을 업으로 하는 자로 규정하고 있고 이것은 일본 저작권법의 내용과 동일하다. 방송사업자의 개념정의에서 기준은 "방송"과 "업으로" 단지 2가지만 존재한다. 그래서 지상파의 인터넷 동시송신 서비스 또는 방송물에 대한 재송신 서비스를 제공하는 OTT 사업자들은 우리나라 저작권법상 방송사업자에 해당될 수 있는지 의문이다. 이와 함께 소위 말하는 인터넷 개인방송 운영자가 방송사업자에 해당하는지 아니면 단순한 저작권자 또는 실연자가 되는지를 명확하게 규정할 수 없을 것이다.[6] 그러나 단순히 우리나라 법문에 대한 문언적 해석에만 집중하지 말고 방송사업자를 보호하게 된 역사적 배경 및 국제조약 내용을 살펴보면 인터넷 개인 방송 운영자는 단순한 실연자 또는 방송을 하는 자일 뿐 방송사업자로 보기 어렵다.

1. 방송법과 저작권법상 방송사업자 구별

(1) 방송법상 방송사업자

방송법에서 바라보는 방송은 저작권 제도에 도입된 방송의 보호와 도입 취지부터 다르다고 볼 수 있다. 최초 방송은 국가의 소통 채널로 가장 기본적인 정보 전달 수단으로 발전되어 왔고 방송을 하기 위한 설비 투자가 상당하여 초기 방송들은 거대 자본을 통해 운영되어 왔을 것이다. 또한 무선 방

6) 이와 관련된 자세한 내용은 최우령, "인터넷 개인방송에서 영화, 방송프로그램 영상저작물의 방송행위에 대한 고찰", 『경영법률』, 28권 제1호(2017), 348면 이하 참조.

송은 사회적 파급력과 영향력이 상당하고 전파는 무한정 사용할 수 있는 것이 아니라서 국가에서는 규제가 필요한 영역이기도 했다. 따라서 방송행위는 국가의 규제가 필요한 영역이었고 국가는 대부분 방송을 하기 위한 면허를 발급하여서 기준을 충족하는 자들에게만 방송을 허락하고 있다. 우리나라의 경우 방송법 제2조 제3호에서 방송사업자를 한정적으로만 열거하고 있다.[7)]

(2) 저작권법상 방송사업자

우리나라 저작권법은 방송사업자에 대한 개념정의를 가지고 있는데 해외 입법례를 비교해 보아도 저작권법상 방송사업자의 개념정의를 도입하고 있는 국가가 드물다. 앞서 언급하였지만 우리나라 저작권법상 방송사업자의 개념은 방송을 업으로 하는 자이다. 따라서 방송법과 달리 국가로부터 허가 내지 승인이 필요 없고 방송행위를 업으로 하면 방송사업자로 인정된다. 그러나 방송사업자를 이렇게 열린 개념으로 해석하는 것은 해외 입법례 및 국제조약 관련 내용을 참조하여 다시 판단해 봐야 할 문제이다.

1) 국제조약상 방송사업자 개념

현재 저작권관련 국제조약상 방송사업자의 권리를 규정하고 있는 조약은 로마협약이 유일하고 방송사업자를 위한 조약이 WIPO SCCR(Standing Committee on Copyright and Related Rights)에서 논의 중이다. 방송사업자 권

---

7) 제2조 3. “방송사업자”라 함은 다음 각목의 자를 말한다.
가. 지상파방송사업자: 지상파방송사업을 하기 위하여 제9조 제1항에 따라 허가를 받은 자
나. 종합유선방송사업자: 종합유선방송사업을 하기 위하여 제9조 제2항에 따라 허가를 받은 자
다. 위성방송사업자: 위성방송사업을 하기 위하여 제9조 제2항에 따라 허가를 받은 자
라. 방송채널사용사업자: 방송채널사용사업을 하기 위하여 제9조 제5항에 따라 등록을 하거나 승인을 얻은 자
마. 공동체라디오방송사업자: 안테나공급전력 10와트 이하로 공익목적으로 라디오방송을 하기 위하여 제9조 제11항에 따라 허가를 받은 자

리에 관한 유일한 국제협약인 로마협약에서도 방송사업자의 개념정의가 없고 로마협약은 제3조 (f) 및 (g)에서 방송과 재방송에 대한 정의만 규정하고 있을 뿐이다.[8] 또한 WIPO가 관장하는 저작권 관련 모든 조약에서 방송사업자와 관련된 정의규정은 존재하지 않는다. 따라서 직접적인 정의규정이 아닌 간접적 추론을 통해 방송사업자의 개념을 추론해 볼 수밖에 없다. 로마협약 제13조[9]에서 방송사업자는 자신의 방송을 재방송(rebroadcasting)할 배타적 권리를 가진다고 규정하여 방송하는 자가 방송사업자라는 간접적 추론이 가능하다.[10] 또한 방송사업자에 대한 로마협약 해설서 및 관련 문헌에 따르면 로마협약의 방송사업자 개념정의가 없다고 하더라도 다음과 같은 경우가 방송사업자라고 설명하고 있다. 먼저 방송사업자(broadcasting organization)라는 문언적 의미에서 "organization"라는 단어의 용례에 비추어 법인이어야 하고 무선방송을 하는 자이어야 한다는 것이다.[11] 그러나 이러한 설명은 로

8) Article 3
(f) "broadcasting" means the transmission by wireless means for public reception of sounds or of images and sounds;
(g) "rebroadcasting" means the simultaneous broadcasting by one broadcasting organisation of the broadcast of another broadcasting organisation.

9) Article 13
Broadcasting organisations shall enjoy the right to authorize or prohibit:
(a) the rebroadcasting of their broadcasts;
(b) the fixation of their broadcasts;
(c) the reproduction:
(i) of fixations, made without their consent, of their broadcasts;
(ii) of fixations, made in accordance with the provisions of Article 15, of their broadcasts, if the reproduction is made for purposes different from those referred to in those provisions;
(d) the communication to the public of their television broadcasts if such communication is made in places accessible to the public against payment of an entrance fee; it shall be a matter for the domestic law of the State where protection of this right is claimed to determine the conditions under which it may be exercised.

10) WIPO, "GUIDE TO THE COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS TREATIES ADMINISTERED BY WIPO AND GLOSSARY OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS TERMS", WIPO, 2003, p.271.

11) Sam Ricketson & Jane Ginsburg, International copyright and neighbouring rights

마협약 의사협의록에 따르면 미국이 정의 규정에서 제안한 방송사업자의 정의 내용과 일치하는 설명이다.[12] 그러나 결과적으로 미국의 제안은 철회되었다. 이외에 WIPO에서 발행한 조약 해설서의 용어해설(glossary)에서 간단한 설명을 하고 있는데 방송하는 자라는 의미는 방송할 프로그램을 편성하는 행위도 포함되나 단순한 재방송 행위만 하는 자는 방송사업자가 아니라고 설명하고 있고[13] 방송설비만 소유한 자도 방송사업자가 아니라고 설명하고 있다.[14]

2) 해외 입법례

독일 저작권법 제87조에서 방송사업자의 권리에 대해서 규정하고 있지만 여기서도 방송사업자에 대한 개념정의를 도입하고 있지 않다. 다만, 여러 주석서에서 저작권법상의 방송사업자는 소위 공영방송법(Öffentlich-rechtlichen Rundfunk- und Telekommunikationsrecht)에서 정의하는 방송사업자와는 다른 것이라고 설명하고 있다.[15] 독일 저작권법상 방송사업자의 개념도 간접적으로 추론이 가능한데 독일 저작권법 제87조에서 방송사업자의 무선전파(Funksendung)가 보호객체로 규정되어 있고 제20조와 제20a조에서 무선전파에 관한 권리를 규정하고 있다. 따라서 이것을 종합해 보면 독일 저작권법상 방송사업자란 제20조에 규정된 무선전파를 이용해서(특히 라디오, 텔레비전 전파, 위성전파, 케이블전파, 기타 이와 유사한 수단), 또는 제20a조 제3항에 규정된 위성통신을 이용해서 직접 공중이 동시에 수신할 수 있도록 실행하는 자를 의미한다.[16] 그리고 사업자(Unternehmen)라는 개념으로부터 방송하

---

vol.2, 2nd edition, oxford university press, 2006, 19.10.

12) Records of the Diplomatic Conference on the International Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations, 10 to 26 October 1961, p.209.

13) WIPO, "GUIDE TO THE COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS TREATIES", WIPO, 1996, p. 271.

14) Ibid.

15) Schricker & Loewenheim, *Urherberrecht*, 5. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 87 Rn. 50.

16) Ibid.

는 행위가 최소한 일정 기간 동안 이루어져야만 한다.[17] 결국 저작권법상 방송사업자의 개념 정의의 목적은 방송사업자가 방송 행위를 하기 위해서 투자한 조직적, 기술적 비용에 대한 대가 없이 방송사업자의 방송을 악용하는 행위를 방지하기 위한 것에 기초를 두고 있다.[18] 따라서 이러한 비용을 투자하지 않는 단순한 동시중계사업자(방송을 변경 없이 동시에 전달만 하는 자)는 독일 저작권법상 방송사업자에 포함되지 않는다. 예를 들어 케이블사업자, 자체 프로그램 없는 웹라디오 및 웹 TV 제공자들은 방송사업자가 아니라고 한다.[19] 또한 타인의 방송물 내지 저작물을 새로운 모음집(Bouquets) 형식으로 편집하여 방송하는 것도 방송사업자가 아니라고 한다.[20] 타인의 방송을 동시에 변경 없이 다른 사람들에게 전달만 하는 기술적 행위만을 전담하는 자는 편성권과 같은 방송사업자의 기본적 요건을 충족하지 못하고 있다. 또한 방송을 위한 기술적 설비만을 소유하고 있는 자 또한 방송사업자에 해당하지 않는다. 결국 독일 저작권법상 방송사업자란 편성권을 가지고 방송을 위해 조직적 기술적 투자를 한 자로서 법인과 자연인을 모두 포함하는 개념이라고 정리할 수 있다.

일본의 경우 저작권법 제2조 제9호에서 방송사업자에 대한 개념정의를 도입하고 있는데 우리나라와 동일하게 방송을 업으로 하는 자를 방송사업자라고 규정하고 있으며 일본 저작권법에서도 여기서 의미하는 “업으로”가 무엇을 의미하는지에 관해서는 규정하고 있지 않다. 다만, 엄격한 허가제를 통해 규제받는 방송법상의 방송사업자와 달리 저작권법상 방송사업자는 더 넓은 범위를 가지고 있다고 보고 있다. 또한 방송사업자란 방송을 반복적으로 계속 실행할 것으로 예상되는 사람으로 해석되어야 한다는 견해가 있다.[21]

---

17) Wandtke et al., *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 4. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 87 Rn. 8; Mohring & Nicolini, Urheberrecht, 4. Aufl., C.H.Beck, 2018, § 87 UrhG Rn. 1.

18) Wandtke et al., § 87 Rn. 9.

19) Schricker & Loewenheim, § 87 Rn. 56.

20) Ibid.

21) 半田正夫・松田政行,『著作権法コンメンタール 1』, 勁草書房, 2009, 151면.

2. 방송사업자 개념의 이중성

우리나라 방송사업자는 저작권법상 인접권자로서 배타적 권리자와 저작물의 이용자로서 보상금 지급에 대한 의무를 부담하는 의무자로서 이중적 지위를 가지게 된다. 우리나라 저작권법은 상업용 음반의 사용에 관해서 방송사업자를 보상금지급 의무자로 규정하고 있어 방송에 대해서 배타적인 권리를 가지는 동시에 상업용 음반을 방송에 사용하는 경우 실연자와 음반제작자에게 보상금을 지급할 의무를 부담하는 지위에 있다. 문제는 우리나라 방송사업자의 범위가 매우 넓어 그만큼 상업용 음반사용에 대한 보상금 지급 주체의 범위도 넓어진다는 점이다.[22] 또한 현행 우리나라 저작권법 제34조 제1항에 의하면 저작물을 방송할 권한을 가지는 방송사업자는 자신의 방송을 위하여 자체의 수단으로 저작물을 일시적으로 녹음하거나 녹화할 수 있게 되어 있다. 문화체육관광부 유권해석에 따르면 인터넷 개인방송도 방송 행위에 해당하므로[23] 이것을 업으로 하는 경우 논리적으로 인터넷 개인방송 운영자도 방송사업자에 포함된다. 그리고 이들은 방송을 위해 상업용 음반을 사용하는 경우 실연자와 음반제작자에게 보상금 지급 의무를 부담한다. 그리고 방송사업자로서 가지는 배타적 권리를 부여받게 된다. 우리나라 저작권법상 방송사업자의 개념이 방송과 업으로라는 것으로만 규정되다 보니 방송의 개념이 넓어질수록 방송사업자의 개념도 동시에 넓어지게 된다. 이러한 문제점에 대해서 권리자로서의 방송사업자와 보상금 지급 의무자로서 방송사업자를 구분하자는 의견이 있을 수 있는데 논리적으로는 가능하나 실질적으로는 개념상 혼선만을 가져오고 권리자로서 방송사업자와 보상금 지급 의무자로서 방송사업자를 구분해야 할 국제조약 근거 또는 해외 입법 사례를 찾아보기 어렵다. 결국 우리나라 저작권법상 방송사업자 개념을 해

22) 저작권법 제75조, 제82조.

23) 김현아, "문체부 '아프리카TV는 방송' … 음산협에 계약변경 행정지도", 이데일리, 〈https://www.edaily.co.kr/news/read?newsId=03020886612519688&mediaCodeNo=257〉, 검색일: 2021.08.08.

석을 통해 제한하거나 입법적인 해결이 필요하다.

그러나 여기서 중요한 점은 방송법상의 방송사업자와 같이 저작권법상의 방송사업자의 범위를 국가의 허가나 승인에 근거하는 경우 로마협약에 위반할 가능성이 존재한다. 앞서 살펴보았지만 로마협약상 방송사업자의 개념정의는 존재하지 않지만 방송에 대한 설비를 갖추고 프로그램을 편성하여 방송하는 자는 국가의 승인 여부와 관계없이 자신이 투자한 노력과 비용에 대한 보호를 받아야 한다. 따라서 방송사업자의 권리보호도 저작권의 성립과 행사에 대한 무방식주의와 같은 관점에서 바라보아야 한다. 따라서 방송법상의 방송면허를 부여받지 않은 자가 방송을 하는 무면허 방송사업자의 경우 방송법을 위반하였지만 자신들의 방송에 저작권법상 배타적 권리를 부여받는 방송사업자에 해당될 수 있다. 따라서 허가받지 않은 해적방송 같은 것도 저작권법상 보호받는 방송에 포함될 것이다.[24]

3. 소 결

방송사업자에 대한 국제조약상 개념정의는 존재하지 않고 다른 해외 입법례를 참조해 보았을 때 방송사업자란 법인과 자연인을 구별하지 않고 자신의 기획에 따라 프로그램을 편성하고 공중이 동시에 수신할 수 있도록 무선 또는 유선으로 송신하는 자로 정의할 수 있다.[25] 여기서 단순히 동시중계만 하는 자는 방송사업자에 해당하지 않고 단순히 방송설비만 소유한 자도 방송사업자에서 제외된다. 또한 인터넷 개인방송 운영자는 방송행위를 하는 자일 뿐 방송을 업으로서 하는 자로 인정해서는 안 될 것이다. 오히려 인터넷 개인방송 운영자 역할을 하는 사람들은 실연자에 가깝고 인터넷 개인방송은 운영자의 실연이 방송을 통해 전달되는 것에 불과하다. 따라서 방송사

24) Fromm & Nordemann, *Urheberrecht*, 12 Aufl., Kohlhammer, 2018, § 87 Rn. 14.

25) 로마협약 제3조 (f) 및 WPPT 제2조 (f)에서 방송을 무선 방송으로 규정하고 있으나 한국, 일본, 독일의 저작권법상 방송은 모두 유선 방송을 포함하고 있고 유선방송사업자도 방송사업자에 포함된다.

업자가 행하는 업으로서란 개념에 편성행위와 방송행위가 일정 기간 지속성 있게 유지되어야 한다는 정의가 포함되어야 한다.

결국 이와 같은 개념정의에서도 OTT의 실시간 방송 서비스는 방송에 대한 편성권이 없이 단순히 방송사업자의 방송을 동시방송해 주는 것에 불과하기에 OTT는 저작권법상 방송사업자에 해당될 수 없다.

III. OTT 서비스로서 방송과 전송의 구별

우리나라 저작권법 제2조 제8호에서 방송은 공중송신 중 공중이 동시에 수신하게 할 목적으로 음, 영상 또는 음과 영상 등을 송신하는 것이라고 규정하고 제10호에서 전송이란 공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물 등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함한다고 규정하고 있다. 따라서 저작권법상 방송과 전송은 명확하게 구별되는 개념이고 이 구별에 따라 저작권자와 인접권자의 권리행사에 차이가 발생한다. 현재 OTT 서비스는 다양한 유형으로 서비스되고 있고 방송과 전송의 경계가 다소 희석되고 있어서 OTT 서비스 유형을 하나의 모델을 삼아 분석해 보고 OTT 서비스의 유형을 현행 저작권법에 맞추어 분석해 보기로 한다.

1. Wavve 서비스 분석[26)]

Wavve의 서비스 카테고리를 보면 추천메뉴, 방송, 해외시리즈, 영화, LIVE 이렇게 5가지의 큰 카테고리로 구별되어 있다. 이 카테고리 중에서 LIVE를 제외한 서비스는 모두 VOD 서비스로서 우리나라 저작권법상 전송행위에 해당한다. 방송과 달리 전송은 이용자들이 개별적으로 선택한 시간

26) 분석 대상으로 Wavve 서비스를 선택한 별다른 이유는 없고 단지 2021.07.06.에 필자의 핸드폰에 설치되어 있는 애플리케이션 중 하나여서 선택하였다.

과 장소에서 저작물을 이용할 수 있는 이용방법으로서 VOD는 전형적인 전송행위에 포함되는 것으로 이것은 확립된 견해이다. LIVE 채널에 들어가 보면 정주행 채널, 지상파, 종편/보도, 홈쇼핑, 드라마/예능, 시사/교양, 영화/스포츠, 키즈/애니, 라디오/음악으로 구성되어 있다. 정주행 채널 서비스로 들어가 보면 유명한 예능 프로그램이 편성표에 따라 해당 프로그램만 지속적으로 서비스되고, 지상파 부분에 들어가면 지상파 방송과 동일한 프로그램이 동시중계로 서비스되고 있다. 영화/스포츠 채널에서도 편성표에 따라 영화와 스포츠 프로그램이 계속 서비스되고 있다. 여기 LIVE 채널의 큰 특징은 이용자가 서비스에 접속하여 수신하는 경우 현재 Wavve가 송출하고 있는 프로그램만 시청할 수 있다는 점이다. 수신자가 프로그램의 종류와 보고 싶은 부분을 선택할 수 없다는 의미해서 전송서비스와 비교되는 서비스이다. 그러나 이용자가 LIVE+VOD 서비스 요금을 지불하게 되면 일정한 범위 안에서 LIVE 채널에서 방송되는 프로그램을 처음부터 볼 수 있게 된다. 여기서부터 방송과 전송의 경계가 희석되기 시작한다.

2. 인터넷 네트워크를 통한 방송의 전송화

전통적인 방송환경은 방송을 송출하는 사람이 모든 결정권을 가지고 있고 수신자는 오로지 송출된 신호를 수신기를 통해 수신하는 것이 전부였다. 이런 의미에서 방송을 일방향성을 가지는 것이라고 설명한다.[27] 지상파 방송의 경우 이러한 설명이 적용된다. 하지만 방송이 인터넷을 통해 이루어지면서 컴퓨터 네트워크의 특성이 반영되어 전통적인 방송 서비스 범위 이외의 서비스가 가능해지기 시작했다. 앞서 살펴본 Wavve의 LIVE 카테고리 서비스의 경우 일반 공중이 동시에 동일한 프로그램을 수신한다는 점에서 그리고 인터넷을 통한 송출도 방송으로 본다는 문체부의 유권해석에 따라 방송에 해당될 수 있다.[28] 그러나 이것은 하나의 프로그램만을 서비스하는 것을

27) 오승종, 『저작권법』, 제5판, 박영사, 2017, 556면 이하 참조.
28) 오승종, 상게서, 555면 이하 참조.

생각한 것이고 서비스제공자의 설비 투자 범위에 따라서 상당히 많은 수의 채널이 만들어질 수 있다. 예를 들어 앞서 살펴본 정주행 채널의 경우 무한도전 시리즈를 포함한 총 25개의 프로그램이 서비스되고 있다. 만약 이 프로그램의 수를 서비스제공자가 상당한 양으로 늘릴 수 있다면 즉 200개 내지 무한대로 프로그램을 서비스하게 된다면 프로그램 1개의 서비스 유형은 방송에 해당될 수 있어도 200개 내지 무한대의 프로그램에 대한 선택권을 가지게 되는 이용자의 입장에서는 VOD 서비스 유형에 근접한 서비스를 받게 된다.[29] 그리고 앞서 살펴본 것처럼 LIVE+VOD 요금을 지불하여 일정 부분 뒤로가기 앞으로 가기가 가능하게 된다면 이 서비스는 이용자의 입장에서는 전송의 유형인 VOD 서비스와 유사한 서비스라고 생각할 수 있다.[30] 따라서 이용자의 입장에서 자신이 시청하고 싶은 프로그램의 선택 범위가 상당히 넓어지고 선택 프로그램 서비스 내에서 자신이 시청하고 싶은 부분을 일정 부분 선택해서 시청할 수 있다면 더욱더 VOD 서비스랑 유사한 성격을 가지게 된다.

3. 방송과 전송 구별에 따른 분석

로마협약이 성립되던 1965년에 현재 사용되는 전송[31]이란 개념이 존재하지 않았고 WCT, WPPT가 성립되던 1996년에서야 전송이라는 개념이 국제조약에 등장하게 된다. 로마협약, WCT, WPPT에 규정된 방송과 전송의 개념정의를 살펴보면 양자는 구별되는 개념이다. 특히 전송의 경우 WCT, WPPT에서 개인이 선택한 시간과 장소에서 공중이 이용하게 할 수 있는 권

29) 이와 관련하여 동시성을 가지는 서비스의 채널을 확대하여 소비자의 선택권을 확대함으로써 전송과 유사한 서비스 성격을 가질 수 있다는 점에서 이른바 “유사전송론”이라는 개념을 소개하고 있다. 오승종, 상게서, 562면 이하 참조.

30) 동시성을 가지는 스트리밍 서비스에서 제한적으로 20분 정도만 앞으로 가기 뒤로 가기가 가능한 경우를 상정할 수 있다. 가령, 스트리밍서비스가 오전 10시부터 11시까지 한 시간 동안 서비스 되고 있는데 그 한 시간 사이에서 시청자가 10분정도 뒤로 가기, 앞으로가기, 빨리가기 등 기능을 선택할 수 있는 경우이다.

31) 여기서의 전송은 개인이 선택한 시간과 장소에 접근할 수 있게 하는 행위를 포함한다.

리인 이용제공권(making available to the public)으로 도입되어 있다. 이 이용제공권은 방송과 구별되지만 동시에 공중전달권(communication to the public)에 속해있는 권리이다. 방송과 전송의 구별과 차이점에 대한 설명은 많은 선행 연구들[32]에서 설명하고 있어 여기서는 방송과 전송의 영역이 모호해지는 영역에 대해서 논의해 보고자 한다.

(1) 전송보상청구권의 가능성

전송보상청구권은 국제조약상 가능한 권리인가란 의문이 제기되기도 한다. 결론만 이야기하면 로마협약, WPPT, 베이징조약의 규정에 따라 전송보상청구권의 도입은 불가능하다. 보상청구권(remuneration right)이란 배타적인 권리와 달리 권리자에게 배타적인 이용허락권이 부여되지 않고 이용자들의 이용행위에 대해서 사후적으로 일정 금액을 요구만 할 수 있는 권리이다. 강학상 배타적인 권리를 물권에 준하는 절대권이라고 본다면 보상청구권은 일정한 급부만을 요구할 수 있는 상대적인 채권적 권리라고 볼 수 있다. WIPO 조약 및 TRIPS, 우리나라가 체결한 FTA에 도입되고 있는 저작권 및 저작인접권은 원칙적으로 배타적인 권리[33]이지만 실연자와 음반제작자의 인접권에서 상업용 음반이 방송과 공중전달(communication to the public)에 사용되는 경우에 한정해서 보상청구권을 도입하고 있다.[34] 여기서 상업용 음반이 공중전달에 이용되는 경우 공중전달이라는 포괄적 개념에 개인이 선택한 시간과 장소에서 접근하게 할 수 있는 전송 개념이 포함되어 상업용 음반을 사용한 전송에 대해서도 인접권자의 보상청구권이 적용된다고 해석해

32) 이대희, "방통융합에 따른 저작권 쟁점에 관한 연구", 『산업재산권』, 21호(2006), 193면; 박성호, "저작권법상 방송 · 전송 · 디지털음성송신 관련 쟁점의 재검토 — 키메라의 권리, 디지털음성송신권의 생성 및 전개에 관한 비판적 고찰을 중심으로", 『정보법학』, 21권 제1호(2017), 71면 외 다수.

33) 배타적인 권리를 표현하는 조약 및 FTA 용어는 매우 다양하게 활용되고 있다. WIPO가 관장하는 조약에서는 주로 "the exclusive right of authorizing"라고 표현되고 한국이 체결한 FTA에서는 "the exclusive right to authorize or prohibit" 등으로 표현되고 있다.

34) 여기에 더하여 WPPT 가입국들은 제15조 제3항에 근거한 유보선언을 통해 보상청구권을 규정하고 있는 제15조의 적용을 자국의 실정에 맞게 유연하게 적용할 수 있다.

서는 안 된다.

우선 공중전달에 대한 보상청구권을 최초 규정한 로마협약 내용을 살펴본다. 로마협약 제12조에서 규정된 보상청구권은 로마협약이 성안된 1965년이라는 시대적 상황을 생각해 보면 여기서 의미하는 공중전달은 공연장에서 음반을 틀어주는 행위가 전형적인 대상이 된다.[35] 인터넷 송신을 통한 전송 행위 개념이 이 당시에는 논의되지 않았다. 따라서 로마협약 제12조에 도입된 보상청구권의 대상이 되는 공중전달에 전송행위가 포함된다고 볼 수 없다.

로마협약 이후 1996년에 성안된 인접권자의 권리를 위한 WPPT는 제15조에서 상업용 음반이 공중전달에 이용된 경우 실연자와 음반제작자는 보상금을 받을 수 있는 권리를 향유할 수 있다고 규정한다. 이 부분에서 제15조에서 의미하는 공중전달의 개념을 저작권자의 권리를 규정한 WCT 규정과 비교할 필요가 있다. WCT 제8조에서 저작권자는 이용제공권(making available to the public)을 포함한 배타적인 공중전달권을 부여받는다. 따라서 저작권자의 공중전달권에는 이용제공권이라는 우리나라법상 전송권의 내용이 포함되어 있다. 이 점은 우리나라 저작권법 제18조에서 저작자는 공중송신권을 부여받고 공중송신권 개념에 전송개념이 포함된 것과 동일하다. 그러나 WPPT에서 실연자와 음반제작자는 제10조[36]와 제14조[37]에서 이용제공권이라는 배타적 권리를 부여받는다. 이 의미는 WPPT 제15조에 규정된 보상청

35) WIPO, "GUIDE to the ROME CONVENTION and to the PHONOGRAMS CONVENTION", WIPO, 1981, 12.10.

36) WPPT Article 10 Right of Making Available of Fixed Performances
Performers shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of their performances fixed in phonograms, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.

37) WPPT Article 14 Right of Making Available of Phonograms
Producers of phonograms shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of their phonograms, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.

구권의 대상이 되는 공중전달 행위 개념에 우리나라법상 전송과 같은 이용제공행위가 포함되지 않는다는 것이다. 그리고 WPPT와 관련된 문헌들에서도 동일하게 이용제공행위는 배타적 권리의 대상이지 보상청구권의 대상이 되는 행위가 아니라고 설명하고 있다.[38]

인접권자에게 없던 권리를 보상청구권으로 도입하는 경우에는 보호수준의 강화라고 할 수 있지만 배타적인 권리를 보상청구권화하는 것은 보호수준의 약화라고 평가할 수 있다. 따라서 국제조약상 최소수준 보호 원칙에 따라 WPPT에서 우리나라 전송권과 유사한 제10조, 제14조에서 규정하고 있는 배타적 이용제공권을 보상청구권화하는 것은 제15조 이외에 유보를 할 수 없도록 규정하고 있는 WPPT 기준에 위반된다.

(2) 방송과 전송의 블러링[39]

1) 구별 기준의 설정

인터넷이 도입되고 거기에 스트리밍 기술이 발전하면서 방송과 전송을 기술적, 개념적으로 구별하려는 논의가 많이 있어 왔다. 특히 방송과 전송 그리고 변태적 성향을 가지는 디지털음성송신까지 이 세 가지의 개념을 구별하기 위한 기준으로 동시성, 이시성, 일방향성, 쌍방향성, 주문형, 수신자의 요청, 다운로드, 스트리밍까지 다양한 기술적, 법학적 개념을 가지고 설명한다.[40] 저작권의 이용허락은 단계별로 행위유형별로 할 수 있고 집중관리단체는 사용유형에 따라 징수하는 사용료, 보상금이 달라 저작물 이용행위가 어떤 권리에 속하는지 여부는 권리자, 이용자, 집중관리단체 모두 관심을 가

---

38) Jörg Reinbothe & Silke von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996*, Butterworths LexisNexis, 2002, p.385.

39) 과거에서 방송과 통신의 융합이라는 의미에서 "convergence"란 용어를 일반적으로 사용하였다. 여기에서는 경계선이 모호해진다는 의미에서 블러링(blurring)이라는 용어를 차용해 보기로 한다.

40) 기술적 용어를 설명하는 선행문헌으로서 문화관광부, 『디지털방송과 저작권법』, 문화관광부, 2003, 11면 이하 참조; 박덕영 · 김승민, "웹캐스팅(Webcasting)의 저작권법상의 지위와 국제동향 및 디지털융합(Digital Convergence)시대의 법적 대응", 『정보법학』, 14권 제1호(2010), 115면 이하 참조.

지는 사항이다.[41] 본 논문에서는 기존의 자세한 기술적 설명을 포함한 기준보다 좀 더 포괄적인 기준인 “개인이 선택한 시간과 장소에서 접근 가능성”이라는 것을 기준으로 살펴보고자 한다.[42] 로마협약 제3조 정의규정에서 방송이란 “공중이 수신하도록 무선의 수단에 의하여 소리 또는 영상과 소리를 송신하는 것이라고 규정하고 이때 1965년도 방송에는 쌍방향성 내지 주문형이라는 개념이 없어 여기서의 방송은 동시성, 일방향성을 가지게 된다. 이후 WCT 제8조, WPPT 제10조, 제14조에서 이용제공권이라는 개념으로 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 이러한 저작물에 접근할 수 있게 이용제공하는 개념이 도입된다. 이때 도입된 이용제공권이 우리나라 저작권법상 전송에 대응되는 개념이다. 결국 방송과 전송의 구별은 개인이 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있는지 여부가 구별 기준이 될 것이고 본 논문에서는 방송과 전송의 기준을 이에 따라 구별해 본다.

2) 개인 선택의 의미

국제조약상 이용제공권은 개인이 선택한 시간과 장소에서 접근 가능성이 포함되어야 한다. 그렇다면 여기서 개인의 선택권은 무엇을 의미할까? 일단 시간과 장소라는 선택권이 전제되어 있다. 먼저 개인의 선택이라는 의미는 일반 공중의 수신자를 위해 특정한 시간에 특정된 프로그램을 제공하는 것을 제외한다. 개인이 선택한 시간대에 시청할 수 없는 대표적 미디어는 공중

41) 방송과 전송에 대한 징수 규정은 신탁관리단체별로 차별화가 되어 있어서 이용 상황에 따라 일괄적으로 설명할 수 없다. 다만, 기본적인 산출 방식에 있어서 한국음악저작권협회의 징수규정을 살펴보면 방송 사용료의 경우 “매출액 × 1.2%(음악사용료율) × 조정계수 × 음악저작물관리비율”이고 전송 사용료의 경우 매출액 × 10.5%(음악사용료율) × 음악저작물관리비율”이 될 수 있다. 이러한 간단한 비교는 실체적인 비교값을 구하는 경우에 적절하지 않지만 간단하게 방송 사용료의 음악사용료율이 1.2%이고 전송 사용료의 경우 10.5%라는 점만을 비교해 보았을 때 방송사용료가 전송사용료에 비해 낮다고 볼 수 있다.

42) 방송과 전송을 구별하는 다른 기준인 일방향, 쌍방향, 주문형, 이시성, 동시성과 관련된 논의는 개인이 선택한 시간과 장소에서 접근이 가능한지에 대한 판단기준에 포함되어 있다고 볼 수 있기에 현재의 논의에서는 제외하기로 한다. 일방향성과 쌍방향성과 관련하여 자세한 논의는 오승종, 전게서, 556면.

파 텔레비전 방송과 라디오 방송이 있다. 여기에 더해서 디지털 네트워크를 통해 전달하는 웹캐스팅, 사이멀캐스팅, 인터넷 라디오 등의 행위는 수신자들에게 선택권을 부여하지 않는다.[43] 반대로 수신자들에게 시간과 장소에 대한 선택권을 부여하는 이용제공권이 도입된 1996년도에 선진국에서는 이미 이와 관련된 사업화(VOD 서비스)가 진행되어 여러 가지 사업모델들이 존재했다고 한다. 예를 들어 이미 방송된 프로그램을 2주 후에 선택해서 볼 수 있다든지 방송된 이후 몇 시간 후에야 소비자가 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있는 서비스들이다. 이와 같은 서비스 유형에서 방송사업자들은 자신들의 프로그램에 접근할 소비자의 선택권을 제한하였지만 결국 소비자의 선택권을 완전히 제거하지 못하여 이러한 서비스 유형은 일부 선택권이 남아 있는 이용제공에 해당한다는 점이고 더 중요한 것은 소비자들이 개별 프로그램을 선택해서 볼 수 있었다는 점이다.[44]

중요한 것은 사람들에게 다른 장치를 통해 동시에 송신된다고 하더라도 서비스가 개인의 선택에 주로 의존하고 이용자가 이용할 저작물 내지 패키지를 선택할 수 있다면 이용제공행위에 포함된다는 것이다.[45] 여기서 이용제공행위의 선택이라는 개념이 이용자가 원하는 것에 대한 선택(on-demand)에만 해당되는 개념이 아니라 소위 제공된 것 중에서 선택하는 것(push-technology)에도 적용될 수 있는 개인의 모든 선택상황을 고려한 개념이라는 점이다.[46]

앞선 설명이 시간과 관련된 것이라면 장소의 선택은 물리적 장소를 포함한 물리적 장치까지 의미할 수 있다. 가장 중요한 점은 공중의 구성원이 저작물을 이용하기 위해 하나의 특정 장소에 모여 있을 필요가 없다는 점이다. 이러한 기준을 이후 방송과 전송의 판단기준에 대입해 볼 것이다.

---

43) Jörg Reinbothe & Silke von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996*, Butterworths LexisNexis, 2002, p.109.

44) Ibid., p. 110.

45) 대표적인 서비스가 유니캐스트 유형의 서비스이다. Ibid., p. 110.

46) Ibid., p. 110.

(3) OTT 서비스에서 제공되는 인터넷 동시송신 서비스 유형 검토

방송이 무선과 케이블을 통해서만 방송되는 전통적인 방송환경에서 방송과 전송은 인터넷 도입 초기만 하더라도 명확하게 구별되는 이용행위였다. 방송시청자들은 방송되는 그 시간대를 놓치면 흘러간 방송을 다시 볼 수 없었다. 즉 수신하는 개인들의 선택권은 상당한 제약을 받았고 이것이 방송과 전송의 질적인 차이였다. 그러나 방송이 인터넷 네트워크를 통해 그리고 컴퓨팅 기술과 서버 접속을 통해 이루어지면서 방송의 기술적 영역이 넓어지기 시작했다. 기존 공중파 텔레비전 방송의 경우 9시에 시작하는 KBS 9시 뉴스를 처음부터 시청하기 위해서는 9시에 텔레비전을 보고 있어야 했다. 그러나 인터넷 네트워크를 통해 9시 뉴스가 동시에 중계되는 경우 9시 10분쯤에 접속한 사람도 9시에 접속한 것처럼 처음부터 KBS 9시 뉴스를 시청할 수 있다. 간단히 이야기하면 방송이지만 9시 10분에 접속해서 10분 뒤로 가기 명령을 통해 9시부터 송출된 내용을 9시 10분부터 시청이 가능하다. 라디오 방송의 경우에도 기존의 주파수를 이용한 라디오 청취의 경우 1분이라도 놓친 방송은 다시 들을 수 없었다. 그러나 인터넷 라디오 방송을 스마트폰으로 청취하는 경우 7시에 시작하는 라디오 뉴스라도 7시 3분쯤 접속하면 선택에 의해서 7시부터 시작되는 라디오 방송을 들을 수 있다.

일반적으로 공중이 동시에 수신한다는 동시성이 방송의 가장 큰 특징으로 설명된다. 그러나 인터넷 네트워크를 통한 방송의 경우 제한적이지만 이용자에게 이시성을 부여하는 기능들은 전통적인 무선 방송 개념에는 포함되지 않는 것이라 로마협약, WCT, WPPT와 같은 국제조약에서 규정하고 있는 무선 방송과 동일시하기에는 질적인 차별성이 존재한다. 물론 인터넷 네트워크를 통해 완전한 동시성을 구현하여 뒤로 가기 앞으로 가기 기능이 없고 절대적 동시성만 존재한다면 방송과 동일한 개념으로 취급하는 것도 가능할 것이다.[47] 그러나 기술이 발전하고 있어 인터넷 방송에서 절대적 동시성을

47) 독일의 경우 수신의 동시성만이 적용되는 웹라디오(Web-Radio) 또는 인터넷 동시 중계와 같은 사이멀캐스팅(Simulcasting)은 방송행위로 규정하고 있다. Fromm & Nordemann, *Urheberrecht*, 12 Aufl., Kohlhammer, 2018, § 87 Rn. 13, 14.; 사이멀캐스팅을 방송으

가진 서비스만 인정하는 것은 인터넷 TV를 볼 수 있음에도 지상파 방송만 이용하는 것과 같아 서비스 사업자들은 받아들일 수 없을 것이다.

개인의 선택권과 관련하여 문제 삼고자 하는 서비스 유형은 인터넷 네트워크 방송으로서 인터넷을 통해 송출되어 공중에 동시에 전달되지만 제한적인 이시성이 주어지는 인터넷 방송이다.[48] 전통적인 방송과 기술적 차이 때문에 인터넷 네트워크를 기반으로 하는 또는 컴퓨팅 기술을 기반으로 하는 방송을 전통적인 방송 개념과 구별하는 견해가 존재한다.[49] 그러나 결국 인터넷 네트워크를 통한 방송은 현재 국제적인 기준에서든 우리나라 저작권법 기준에 따르더라도 결국 3가지의 카테고리 방송, 전송, 그 이외의 공중송신으로 구별될 수밖에 없다. 따라서 이러한 인터넷 방송이 여전히 방송에 포함된다는 견해,[50] 전송에 포함된다는 견해,[51] 방송도 전송도 아닌 제3의 공중송신이라는 견해[52]로 나누어 진다.

인터넷 동시방송에 대해서 쟁점이라고 생각되는 부분은 만약 10분 정도의 제한적인 되감기 기능이 제공되는 인터넷 동시방송이 동시성을 인정받아 방송이라고 한다면 11분 뒤로 가기 서비스를 제공하는 경우 이시성이 인정되어 전송으로 보아야 한다는 것인지 의문이 든다. 이와 달리 콘텐츠의 방송 러닝타임이 1시간이라면 이 한 시간 안에 접속한 사람은 러닝타임 시간 안에 접속하기만 한다면 뒤로 가기, 앞으로 가기 기능 없이 접속한 순간부터 콘텐츠의 앞부분부터 콘텐츠를 전부 시청할 수 있다면 이것은 방송인지 전송인지 의문이다. 결국 여기서의 구별 기준은 개인이 선택한 시간과 장소에서 저작물에 접근할 수 있는 가능성일 것이다. 우리법상 전송 그리고 국제조약상

로 볼 수 있다는 견해로서 오승종, 전게서, 577면.

48) 소위 주문형이라는 VOD 서비스 즉 넷플릭스와 같은 서비스 유형은 논의에서 제외한다. 넷플릭스 서비스 유형은 저작권법상 당연히 전송에 해당한다.

49) SCCR, “Protection of Broadcasting Organizations: Terms and Concepts”, SCCR/8/INF/1, August 16, 2002.

50) 임원선, 『실무자를 위한 저작권법』, 제4판, 한국저작권위원회, 2014, 148면; 문체부의 유권해석도 동일하다.

51) 여기서도 동시성을 가지는 인터넷 방송의 경우 전송에 해당된다는 견해는 찾기 어렵다.

52) 이해완, 『저작권법』, 박영사, 2013, 343면; 오승종, 전게서, 575면.

이용제공권이라는 개념의 특징이 개인의 선택에 따른 접근이라면 이러한 서비스는 개인의 선택권을 일부 제한한 전송이자 이용제공 또는 제한적 이시성을 부여한 확대된 방송이다.

결국 이용자가 원하는 시간과 장소에서 시청할 수 있는 범위를 시간적으로 제한하여 설정한 경우(예를 들어 인터넷을 통한 실시간 방송이지만 10분 뒤로 가기 앞으로 가기만 가능한 경우) 수신자들은 20분(앞뒤 포함)이라는 동시적인 시간 내에서 20분 정도의 이시성을 부여받게 된다. 즉 수신자들은 앞뒤 20분 정도에 한해서 이시성과 동시성을 동시에 가지는 완전한 방송도 아니고 완전한 전송도 아닌 서비스를 받게 된다. 그렇다고 하여 우리나라 저작권법상 제3의 공중송신이라고 한다면 생실연에 대한 방송권, 공연권, 고정된 실연에 대한 전송권, 상업용 음반에 대한 방송과 공연보상청구권을 가지고 있는 실연자에게 제3의 공중송신권이 부여되지 않아 권리 보호의 공백이 발생한다.[53] 공중송신이라는 포괄적 개념을 도입한 취지가 장래의 기술 발전을 통해 발생할 수 있는 저작물의 이용행위를 포섭하기 위함이라고 하지만 결국 인접권자의 입장에서는 제3의 공중송신에 대응하는 권리의 도입이 필요하게 된다.

이러한 전통적인 전송과 방송에 포함되지 않는 이용행위를 권리로서 도입하는 현상이 해외 입법례에서도 나타나는데 대표적인 것이 2021년 개정된 일본 저작권법[54]과 유럽연합의 인터넷 온라인 방송과 관련된 지침[55]이다. 2021년 일본은 저작권법 개정을 통해 따라가기 송신(追っかけ配信)이라는 개념을 도입했는데 사이멀캐스팅과 같은 인터넷 동시 중계이지만 제한적으로 이시성을 부여하여 실시간 방송 중에 늦게 접속한 자에게도 처음부터 방송

53) 박성호, 앞의 논문, 83, 84면.

54) 김주현, "일본, 방송프로그램의 인터넷 동시송신 관련 권리처리 원활화 등을 담은 저작권법 개정안 참의원 본회의에서 만장일치 통과", 한국저작권위원회 저작권동향, 2021.

55) OJ L 130, 17.5.2019, p. 82, Directive (EU) 2019/789 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 laying down rules on the exercise of copyright and related rights applicable to certain online transmissions of broadcasting organisations and retransmissions of television and radio programmes, and amending Council Directive 93/83/EEC.

을 시청할 수 있도록 해주는 방송서비스를 방송사업자가 유연하게 서비스할 수 있도록 저작권자의 권리를 제한하는 형식의 규정을 도입하였다.[56] 그리고 캐치업서비스는 제한된 기간 동안 전송서비스를 제공하는 서비스이다.[57] 무선 방송을 인터넷으로 동시 재송신하거나 일정 기간 동안 전송하는 서비스를 방송사업자의 권리에 포섭시키는 현상은 유럽연합에서도 이루어지고 있다.[58]

우리나라 OTT 서비스 사업자들도 인터넷 실시간 방송이지만 제한적인 이시성을 부여하는 서비스를 제공하고 있다. 이러한 이용행위를 기존 저작권법 체계에 녹여 낼 것인가 새로운 이용행위로 권리화할 것인가에 대한 논의가 필요한 시점이다. 이와 같은 논의는 공중송신권이 아닌 개별적인 방송권과 전송권을 부여받고 있는 실연자와 음반제작자와 같은 인접권자에게 의미 있는 논의이다.

(4) 방송과 전송의 블러링과 인접권자의 권리

앞서 언급한 방송과 전송의 경계가 모호해진 이용행위라고 하더라도 저작권자는 배타적 권리를 유지할 수 있다. WCT 제8조의 공중전달권은 베른조약에 규정된 공중전달권에 더해서 방송을 제외하고 저작물이 공중에 제공되는 모든 경우를 상정한 것이라서 저작권자는 방송과 전송이 아니더라도 저작물이 공중에 제공되는 것을 통제할 수 있는 배타적 권리를 가지게 된다. 우리나라 저작권법 제18조에 규정된 저작권자의 공중송신권도 WCT 제8조의 내용과 동일한 취지를 가지고 있다. 결국 OTT 서비스가 어떤 권리유형에

---

56) 김주현, "일본, 방송프로그램의 인터넷 동시송신 관련 권리처리 원활화 등을 담은 저작권법 개정안 참의원 본회의에서 만장일치 통과", 한국저작권위원회 저작권동향, 2021.

57) 방송사업자가 이미 송신한 방송 프로그램을 송신 후 제한된 기간 동안 다시 접근될 수 있도록 하는 서비스가 바로 Catch-up 서비스이다. 박희영, "유럽연합에서 방송사업자의 디지털 플랫폼 활용과 저작권 해결 방안 — 보조 온라인 서비스와 Catch-up 서비스", 『방송문화』, 2020년 가을호(2020), 130면 이하 참조.

58) 박윤석, "방송사업자의 온라인서비스 지침 이행을 위한 독일 저작권법 개정안 주요 내용 분석", 한국저작권위원회, 이슈리포트 2021-15, 2021.

포함되는지 관계없이 사업자들은 저작권자에게 사전 이용허락을 받아야 한다. 물론 어떤 이용행위에 해당되는지에 따라 OTT 서비스에 대한 실제적인 사용료의 차등은 있겠지만 사전 이용허락 대상이라는 점에는 변함이 없다.

그러나 인접권자인 실연자의 경우 실연의 공중전달에 대한 포괄적인 배타적 권리를 부여받지 않고 있다. WPPT에 의하면 실연자는 생실연에 대한 방송권과 공중전달권을 가지고 있다. 여기서 공중전달은 생실연에 대한 것이기 때문에 고정된 것을 전달하는 이용제공행위가 포함되지 않는다. 따라서 대표적으로 길거리 공연행위를 실시간으로 인터넷으로 전달하는 행위가 공중전달권에 포함된다. 또한 실연자는 고정된 실연에 대해서는 이용제공권을 부여받고 있다. 별도로 상업용 음반에 대해서는 방송과 공중전달에 대한 보상청구권을 가질 수 있다. 따라서 저작권자의 권리와 비교할 경우 인접권자는 배타적 권리를 가지거나 보상청구권을 가지거나 권리가 없을 수 있다.

OTT 서비스가 방송인지 전송인지 구별에 따라 실연자와 음반제작자는 상당한 권리행사의 차이가 발생한다. 만약 방송이라면 실연자의 경우 생실연에 대한 방송권을 행사할 수 있고 고정된 실연의 경우에는 상업용 음반에 해당하는 경우에만 방송보상청구권을 부여받을 뿐이다. 음반제작자의 경우 음반에 대한 방송보상청구권만 부여받는다.

앞서 살펴본 OTT 서비스 유형 중 LIVE 카테고리가 방송에 해당하고 OTT 서비스 사업자가 방송사업자에 해당한다면 실연자는 OTT 서비스 사업자에게 음반에 대한 보상청구권을 가지나 OTT가 방송사업자가 아니라면 우리나라 저작권법상 OTT는 방송보상금을 지급할 의무가 없다. 반대로 전송에 해당한다면 OTT 서비스는 실연자에게도 전송권에 근거한 사전허락을 받아야 한다. 이것은 고정된 실연인 음반에 대한 것이고 만약에 생실연에 대한 것이라면 내용은 더 복잡해진다.

A라는 가수가 B라는 노래를 부르면서 콘서트를 하고 있고 OTT 서비스가 이 콘서트 실황을 인터넷으로 동시에 생중계하고 있다는 사례를 가정해 본다. 가수가 B라는 노래를 부르고 이 노래가 OTT 서비스로 공중에게 전달되기 위해서는 우선 노래에 대한 저작권자인 작사가와 작곡자에게 이용허락을

받아야 한다. 이들 저작권자는 배타적 권리자들이기에 OTT 서비스가 방송이든 전송이든 그 무엇이든 간에 OTT 서비스 사업자는 저작권자의 공중송신권에 대한 이용허락을 받아야 한다. 그러나 인접권자인 실연자 가수 A는 자신의 콘서트를 OTT가 인터넷 동시중계하는 경우 해당 인터넷 동시 중계가 제한적 이시성을 부여받아 일부 뒤로 가기가 가능한 동시 중계인 경우 OTT 서비스는 실연자 가수 A에게 어떠한 권리에 근거하여 동시중계에 대한 이용허락을 받아야 하는가? 만약 제한적 이시성을 가지는 인터넷 동시중계가 방송이라면 A 가수의 방송권에 근거하여 이용허락을 받아야 한다. 위에서 언급한 사례 콘서트에서 누군가의 상업용 음반이 사용된다면 어떻게 되는가? 저작권자의 권리행사에는 변동이 없다. 상업용 음반이 콘서트에 사용되어 인터넷으로 동시중계 된다고 하더라도 OTT 서비스 사업자는 원칙적으로 저작권자에게 이용허락을 받아야 한다. 그러나 음반과 관련된 음반제작자와 실연자는 OTT 서비스 사업자에게 보상금을 청구할 권한밖에 없다. 이 상황을 우리나라 저작권법에 대입시키면 우리나라 저작권법상 보상금의 지급 의무는 방송사업자에게만 있기에 OTT 서비스 사업자가 방송사업자가 아니라면 보상금을 지급할 필요가 없고 인터넷 동시 중계가 방송이 아니라면 방송보상금을 지급할 필요가 없고 전송이라면 실연자와 음반제작자의 사전 이용허락이 필요하다.

이와 같이 생실연과 음반을 전달하는 행위가 제한된 이시성과 동시성을 가지고 있는 경우 이것을 방송, 전송, 제3의 공중전달행위 중 어디에 포함하는지에 따라서 인접권자의 권리행사가 달라진다.

4. 소 결

OTT 서비스는 인터넷을 기반으로 하는 서비스이기에 저작권 관련 국제조약 기준에서 공중파와 같은 전통적인 방송에 포함되는 서비스가 아닌 것은 명확하다. 다만 국내법으로 저작권법상 방송의 개념을 어디까지 확장할 것인지는 회원국의 입법재량에 달려 있다. 방송과 전송의 구별을

개인이 선택한 시간과 장소에서의 접근이라는 관점에서 본다면 인터넷 네트워크 기반의 OTT 실시간 서비스는 방송과 전송의 범위를 확대 시키는 영역이라고 할 수 있다. 그러나 이용방식에 따라 권리행사와 사용료가 달라지는 현재의 우리나라 저작권 제도의 상황에서 이러한 서비스가 어느 영역에 포함되는지 판단이 필요하다. 물론 이것은 법리적인 판단과 함께 정책적 판단이 개입될 수도 있다. 그러나 제한된 이시성이라는 제한적인 개인의 선택권을 부여하고 있는 OTT 서비스의 실시간 온라인 서비스(LIVE)는 방송에 가까운 영역이라고 생각된다.

저작권 제도를 역사적으로 살펴보면 경제적 가치를 가지는 저작물과 이용행위들은 계속 저작권 제도에 새로운 권리들로 편입되어 왔다. 컴퓨터프로그램의 저작물성, 데이터베이스제작자의 권리, 언론출판사의 권리 등 모두 기존에 없던 권리들이 저작권 제도에 도입되고 있는 경향을 보여주는 사례들이다. 인터넷 기반의 방송 서비스의 경제적 가치는 앞으로 계속 높아질 것이고 언젠가는 전통적인 무선방송을 대체하는 수준까지 갈 것으로 예상된다. 유럽연합의 경우 공중파 방송의 인터넷 동시 재송신에 대한 개념을 이미 방송사업자의 권리로서 도입하고 독일 저작권법은 2021년 개정을 통해 공중파 방송의 재송신에 대한 개념에 인터넷 재송신을 포함시켰다.

IV. OTT 서비스와 저작권 이용허락

OTT 사업자가 타인의 저작물을 서비스하기 위해서는 권리자의 이용허락을 받아야 한다. 이것과 관련하여 OTT 서비스와 관련된 쟁점은 이용허락이 사안마다, 주체마다 이용허락의 범위와 대상이 달라질 수 있다는 것이다.

1. OTT 서비스 사업자가 지불하는 사용료

사례를 하나 들어 보자. A라는 OTT 서비스 사업자가 B제작자가 제작한

방송용 C드라마를 E방송국에서 방송된 이후 OTT 서비스에 활용하고자 한다. OTT 서비스 사업자 A는 누구한테 어떠한 이용허락을 받아야 할까? 간단한 사례이지만 이와 관련된 권리자의 수가 너무 많아 실무적으로는 상당히 복잡할 수 있다.

사례를 설명하기 전에 몇 가지 기준을 정해 보면 첫 번째, 원칙적으로 저작권자 및 저작인접권자는 이용행위 단계별로 이용허락을 해줄 수 있다는 것이다. 영화가 극장에서 상영된 이후 방송사업자에 의해 방송되거나 방송된 이후에 VOD 서비스로 넘어가든지 상관없이 권리자는 이용행위 단계별로 이용허락 해줄 수 있고 이용자는 원칙적으로 이용행위마다 허락을 받아야 한다. 두 번째, 이용허락은 계약으로서 계약 상대방에게만 효력을 미치는 채권적 권리이다. 당사자 간의 계약이 제3자에게 효력을 미치기 위해서는 민법상 또는 신탁법상의 다른 요건이 필요하다. 세 번째, 저작권자는 모두 배타적 권리만을 보유하고 있기에 사전허락이 원칙이다. 권리자와 이용자 사이에 포괄이용계약(blank license)을 맺어 사용료 지불이 사후 정산 형식으로 이루어질 수 있지만 이것도 정산만 이렇게 되는 것이지 법리적인 측면에서는 사전 이용허락이다. 반면, 저작인접권자인 실연자와 음반제작자는 상업용 음반에 대한 방송보상청구권을 가지고 있고 이것은 사전 허락이 필요 없다. 여기서 저작권자와 인접권자의 차이가 발생한다.

사례로 돌아가서 B가 제작한 C 드라마의 경우 드라마에 필요한 모든 저작재산권 및 인접권은 특별한 사정이 없으면 제작자 B가 가지는 것으로 추정된다.[59] 여기서 예외는 C드라마에 삽입된 기성곡이다. 드라마 제작을 위해

---

59) 제100조(영상저작물에 대한 권리)
① 영상제작자와 영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 자가 그 영상저작물에 대하여 저작권을 취득한 경우 특약이 없는 한 그 영상저작물의 이용을 위하여 필요한 권리는 영상제작자가 이를 양도 받은 것으로 추정한다.
② 영상저작물의 제작에 사용되는 소설 · 각본 · 미술저작물 또는 음악저작물 등의 저작재산권은 제1항의 규정으로 인하여 영향을 받지 아니한다.
③ 영상제작자와 영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 실연자의 그 영상저작물의 이용에 관한 제69조의 규정에 따른 복제권, 제70조의 규정에 따른 배포권, 제73조의 규정에 따른 방송권 및 제74조의 규정에 따른 전송권은 특약이 없는 한 영상제작자가 이

창작된 음반의 경우 대부분 업무상 저작물 또는 저작권 양도를 통해 제작자 B가 가지게 될 것이다. 그리고 이 제작단계에서 삽입곡의 저작권자와 인접권자에게 권리양도에 대한 대가가 지불될 것이다. 그러나 이미 발행된 음반을 이용하는 경우에는 주로 저작권자와 실연자, 음반제작자의 이용허락을 받을 것이다. 일반적으로 음악 저작권자의 경우 집중관리단체인 한국음악저작권협회(이하 음저협)가 권리행사를 하므로 제작자 B는 음저협에 이용허락을 받으면 된다. 여기서 첫 번째 쟁점이 나올 수 있는데 제작자 B가 이용허락 받은 범위가 방송용 C 드라마 제작 및 포괄적인 사용이라면 방송이 끝난 드라마 C가 다시 다른 사업자에 의해 VOD 서비스 또는 OTT 서비스에 활용하기 위해 음저협에 다시 이용허락이 필요한지 여부이다. 앞에서 설명한 원칙에 따라 권리자는 이용행위 단계별로 이용허락을 할 수 있다. 그러나 여기서 문제는 제작자 B가 음저협과 체결한 이용허락 계약의 효과가 제3자인 OTT 서비스 사업자 A에게 효력이 있는지에 대해서는 원칙적으로 계약이므로 효력을 미치지 않는다. 따라서 OTT 서비스 사업자는 음저협에 음악저작물에 대한 이용허락을 받아야 할 것이다. 물론 이것도 OTT 서비스와 음저협이 포괄계약을 맺어 사후정산 내지 일괄지불 방식으로 계약이 이루어질 수 있다.

OTT 서비스와 관련하여 권리자의 이중수급이 문제가 되는 경우는 저작물의 제작단계, 사용 단계(방송 등)에서 누가 지급한 것인지와 관계없이 한 번이라도 저작물이 OTT 서비스에 사용되는 것에 대한 대가가 권리자에게 지급되었는지 여부로 판단해야 한다. 드라마 C에 기성 음반이 삽입되어 활용되는 경우 저작권자는 원칙적으로 삽입단계(복제권), 방송단계(방송권), OTT 서비스(전송권, 방송권 등)에 대한 이용대가를 받을 수 있다. 다만, 모든 단계에 대한 이용대가를 누군가에게 한 번에 받을 것인지 단계별로 개별적으로 받을 것인지는 계약관행에 달려 있는 문제이다. 따라서 만약 제작단계에서 저작권자 및 인접권자에게 OTT 서비스에 대한 대가가 지불되었다면 이후

를 양도 받은 것으로 추정한다.

OTT 서비스에 대해서 권리자가 사용료를 요구하는 것은 이중의 요구에 해당될 수 있다. 가정해 본다면 제작단계에서 제작자가 음저협 또는 저작권자와 사용료 협상을 하면서 OTT 서비스 활용에 대한 대가도 지불했다면 권리자 측은 이미 사용료를 받은 것으로 평가할 수 있다. 그렇다면 결국 제작자는 OTT 사업자가 부담해야할 저작권 사용료를 대신 지불한 것이고 이러한 상황이 제작자와 OTT 서비스 사업자 간의 이용허락 관계에서 반영되어야 한다. 영화 또는 드라마 같은 저작물의 경우 제작단계에서 제작 이후 이용에 대한 저작권 이용허락을 완료하는 것이 저작물 활용 측면에서 유리할 수 있다.[60]

2. 한국음악저작권협회 신탁 범위에 대한 문제

(1) 장래 저작물에 대한 신탁 관계

집중관리단체는 권리자들을 위한 단체로서 개별 권리자들의 정당한 권리행사를 위해 만들어진 단체이다. 그러나 집중관리단체는 독점적 지위를 활용하여 협상력을 높이는 단체이기에 집중관리단체의 권리행사는 때에 따라 남용적 행위로 비추어질 수 있다. 저작권 집중관리단체에 대한 특별한 법률을 가지고 있지 않은 우리나라의 경우 집중관리단체의 계약 관행에 많은 것이 집중되어 있다는 문제점이 있다. 또한 저작권신탁관리업자가 이용자로부터 받는 사용료의 요율 또는 금액은 저작권신탁관리업자가 문화체육관광부장관의 승인을 받아 이를 정한다. 여기서 문제로 삼고자 하는 부분은 한국음악저작권협회와 저작권자 사이에 체결되는 신탁계약 약관 제3조이다. 음저협 약관 제3조에 따르면 권리자는 장차 취득하게 되는 저작권을 본 계약기간 중 신탁재산으로 수탁자에게 저작권을 이전하는 것으로 규정하고 있다. 또

60) 영화 또는 드라마의 경우 제작단계에서 삽입되는 저작물에 대한 이용허락 관계가 처리되지 않는 경우 서비스 제공 단계에서 영화 또는 드라마에 삽입된 저작물의 권리자로부터 이용허락을 받지 못하면 영화와 드라마의 일부 장면이 삭제 또는 블라인드 처리되거나 배경음악이 다른 음악으로 대체되는 경우가 발생할 수 있다.

한 신탁 대상이 된 저작재산권에 대해서 수탁자에 대한 권리행사는 예외 없이 제한되고 있다. 이 조항의 취지는 음저협이 우리나라 음악 관련 신탁관리단체의 독점적 지위를 반영하여 대부분의 저작자들이 회원으로서 결국 음저협에 창작물을 신탁하고 음저협 관리의 편의성을 부여한 조항이라고 생각된다. 일본의 저작권 집중관리단체인 JASRAC의 신탁약관 제5조에도 신탁의 대상이 되는 재산의 범위를 저작자가 창작한 모든 저작물과 장래에 취득할 저작권까지 규정하고 있다.[61] 이러한 집중화에 대해서 독일의 경우 경비 절감과 효과적인 집중관리를 달성하기 위해 집중관리단체의 독점적 지위를 사실상 인정하고 또한 필요하다고 입법배경을 설명하고 있다.[62]

하지만 현재 우리나라 음악저작권 집중관리단체 시장은 과점시장이고 과점시장에서 음저협이 활용하는 신탁약관은 상대 경쟁자에 대한 경쟁을 제한하는 규정에 해당될 수 있고 권리자의 기본권으로서 재산권의 행사와 소비자로서 선택권을 상당히 제한하고 있다. 결과적으로 창작자로서 권리행사의 자율적인 선택권이 박탈당할 수 있다는 문제가 제기될 수 있다. 집중관리단체의 시작이 개별 권리자들이 메이저 이용자들에 대한 대항력 및 협상력을 높이기 위한 취지라는 점을 감안하더라도 집중관리단체 회원은 집중관리단체로부터 탈퇴할 자유를 보장받고 또한 자신의 어떠한 창작물이 신탁관리대상에 포함될 수 있는지를 결정할 자유를 보장받아야 한다. 이러한 자유가 집중관리단체의 비용절감과 효율성을 높이는 것과 균형점을 이루어야 한다. 그러나 장래에 창작된 저작물까지 모두 신탁의 대상이 되는 것으로 규정하고 이에 대한 예외적 사유를 규정하지 않고 있는 음저협의 신탁계약 약관은 창작자의 자율적인 결정권을 상당히 제약하게 된다.

---

61) 一般社団法人 日本音樂著作權協會 管理委託契約約款 第5條 委託者は、その有する全ての音樂著作權及び將來取得する全ての音樂著作權(第37條の規定により委託者に歸屬することとなったものを含む。)を受託者に移轉し、自らの個別信託の 信託著作權とする。

62) Dreier & Schultz, *Urheberrechtsgesetz*, 5. Aufl., C.H.Beck, 2015, UrhWG Vor § 1 Rn. 4, 5.

(2) OTT 서비스 사업자와의 관계

위에서 언급한 음저협의 남용적 조항과 관련된 OTT 서비스 사업자와 음저협의 분쟁은 제작자가 음악창작자와 개별적으로 체결한 저작권 관련 계약의 유효성과 관련이 깊다.[63] 하나의 가정적 사례를 들어 보면 음저협 회원인 A가 제작자 B가 제작하는 드라마에 삽입될 곡을 창작하여 제작자 B에게 양도하거나 업무상 저작물로 B에게 저작권이 귀속되는 경우 음저협은 저작권자인 A와 체결한 신탁관리계약에 근거하여 A가 창작한 저작물도 자신들의 신탁범위에 포함되어 회원 A가 제작자 B에게 드라마 삽입곡의 저작권을 양도한 것은 무효라고 주장한다. 만약 제작자 B에게 드라마 OST에 대한 저작권이 있다면 드라마가 방송된 후 또는 방송과 동시에 OTT로 서비스되는 경우 OTT 서비스 사업자는 제작자 B에게만 이용허락을 받으면 된다. 물론 이 경우에도 제작자 B가 음저협의 회원이라면 결국 OTT 서비스 사업자는 음저협으로부터 이용허락을 받아야 할 것이다. 결론적으로 OTT 서비스 사업자는 저작물 이용에 대해서 창작자, 제작자, 음저협으로 이루어진 삼각관계에서 이용허락권을 가진 자에게 OTT 서비스에 대한 한 번의 이용료만 지불하면 된다. 그리고 OTT 서비스 사업자는 저작권자인 제작자에게 이용허락을 받았기에 음저협에게 이용허락을 받을 필요가 없다는 입장이고, 음저협은 제작자가 자신의 회원과 체결한 계약은 신탁약관 제3조에 따라 무효이고 따라서 제작자는 저작권을 양도받지 않아서 이용허락 주체가 될 수 없어 OTT 서비스는 이용허락을 음저협에 받고 사용료를 지불해야 한다는 점이 충돌하게 된다.

---

63) 현재 한국음악저작권협회와 OTT사업자들 사이에서 빚어지고 있는 이중징수 문제는 창작자와 제작자 간의 개별계약을 인정할 것인가의 문제로서, 이는 곧 음악저작권 집중관리단체가 음악사용료를 징수하는 저작물의 이용형태가 무엇인지의 문제이다. 현재 협회는 영상물 제작자와 창작자 간의 계약을 부정하고 모든 저작물의 이용형태에서 협회가 저작물을 관리하고 사용료를 징수하여야 한다고 주장한다. 김경숙, "영상물에서의 음악 이용과 사용료 이중징수의 문제 — "OTT에 대한 음악저작권 징수규정"의 비판적 검토",『영상문화콘텐츠연구』, 22(2021), 214면.

(3) 음저협 신탁계약의 대항력 문제

여기서 살펴봐야 할 점은 음저협이 자신들의 회원과 체결한 신탁계약 약관이 제3자 즉 제작자에게도 효력이 미치는지 여부이다. 신탁법 제2조에서 신탁의 개념정의를 하면서 저작재산권을 신탁법이 적용되는 신탁의 범위에 규정하고 있어 집중관리단체의 신탁계약에 신탁법이 적용될 수 있다.[64] 음저협이 권리자와 체결한 신탁계약이 제3자에게 대항력을 가지는지 여부와 관련하여 대법원 판례가 존재한다.[65] 이 사건에서 영화제작자는 음악감독과 협상을 통해 음악감독은 영화에 사용되는 음악을 직접 제작하여 영화제작자에게 그 저작권을 양도하거나 이용허락을 하고, 직접 제작하지 아니한 음악에 대하여는 이용권한을 획득하는 등의 용역 업무를 포괄적으로 수행하고, 영화제작자는 그에 대한 보수를 지급하는 내용의 음악감독계약을 체결하였다. 즉 음저협 회원인 저작자가 직접 음악 계약을 체결하고 저작권을 계약 상대방(영화제작자)에게 양도한 경우에 음저협과 회원 간의 신탁계약을 근거로 음저협이 저작자의 계약 상대방(영화제작자)에게 양도의 무효 내지 계약의 무효를 주장할 수 있는지가 문제가 되었다. 대법원은 사실관계에 근거하여 이 사건 창작곡이 해당 영화에 사용될 목적으로 영화제작자 또는 음악감독 등의 위탁 및 보수 지급에 따라 새롭게 창작되었다는 그 본질적 특성에 비추어 볼 때 적어도 해당 영화에 이 사건 창작곡을 이용하는 데 대한 음악저작자의 허락은 있는 것으로 보아야 한다고 판단하였다. 또한 대법원은 원고(음저협)가 이 사건 창작곡의 저작자들로부터 그에 관한 저작재산권을 신탁받았더라도 그 이전등록을 마치지 아니한 이상 저작자들로부터 저작재산권을 이중 양수하거나 저작물의 이용허락을 받은 영화제작자들과 그

64) 제2조(신탁의 정의) 이 법에서 “신탁”이란 신탁을 설정하는 자(이하 “위탁자”라 한다)와 신탁을 인수하는 자(이하 “수탁자”라 한다) 간의 신임관계에 기하여 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산(영업이나 저작재산권의 일부를 포함한다)을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하고 수탁자로 하여금 일정한 자(이하 “수익자”라 한다)의 이익 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 그밖에 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계를 말한다.

65) 대법원 2016. 1. 14. 선고 2014다202110 판결.

들로부터 영화를 공급받아 상영한 피고에 대하여 저작재산권 신탁에 따른 양도로써 대항할 수 없다고 판단하였다. 그리고 기록을 살펴보아도 영화제작자가 이 사건 창작곡 저작자들의 배임행위를 유도하고 조장하여 저작권을 양도받거나 이용 허락받았다고 볼 만한 사정이 보이지 아니한다고 판단하였다.[66] 따라서 음저협이 신탁계약 관계를 한국저작권위원회에 등록하는 경우 제3자에 대한 대항력을 가질 것으로 판단된다. 그러나 여기서 문제는 논리적으로는 장래에 만들어질 저작물의 경우 신탁계약상 신탁대상에 포함될 수 있으나 실무적으로 장래에 만들어질 저작물을 등록할 수 없다는 점이다. 따라서 등록에 따라 신탁관계가 대항력을 가지는 경우 장래에 만들어질 저작물에 관해서는 대항력을 주장하기 어려울 것이다.

(4) 한국음악저작권협회의 사용료 징수에 관한 관리비율

위에서 논의한 것의 최종 결과는 음악 부분 집중관리단체인 음저협이 자신들의 신탁관리 범위를 확장하는 것으로 귀결된다고 보인다. 집중관리단체들이 자신들의 관리범위를 확대시키는 것에는 다양한 이유가 있을 수 있다. 집중관리단체라는 말의 의미처럼 집중도가 높아질수록 자신들의 협상력과 효율성의 향상 및 비용 절감 등의 여러 이유가 있을 것이다. 그러나 좀 더 직접적인 이유는 현재 음저협이 징수하는 징수 금액이 소위 말하는 관리비율에 연동되어 있는 것이라고 생각된다. 음저협 사용료 징수규정 제4조 제1호에서 관리비율이란 이용자가 이용하는 총 음악저작물 중 협회의 관리 저작물이 차지하는 비율이라고 규정하고 있다. 음저협이 징수하는 사용료 중 방송 사용료와 전송사용료 징수 절차에서 관리비율에 따라 사용료가 징수되고 있어 음저협의 경우 높은 금액의 사용료를 징수하기 위해서는 관리비율이 높아야 한다.

관리비율의 도입은 간단히 설명하면 방송사업자가 음저협과 방송사용에 대한 포괄계약을 체결하여 사용료를 산정함에 있어 방송사업자가 사용한 모

66) 대법원 2016. 1. 14. 선고 2014다202110 판결.

든 음원에 대한 대가 중에서 음저협의 관리대상인 음원의 비율정도만 사용료를 징수하기 위한 지표이다. 즉 방송사업자가 사용한 음원이 100% 음저협의 관리 대상에 포함되지 않는다는 전제하에 관리비율을 적용하는 것이다. 방송사업자가 사용한 음원에 대한 명확한 사용내역을 가지고 있고 사용내역 리스트와 음저협의 관리대상이 일치하면 관리비율이란 항목은 사실상 100%로서 의미가 없게 된다. 이러한 관리비율은 명확한 사용내역이 투명하게 집계되지 않고 권리자와 이용자 사이에 합의가 되지 않아 발생하는 것으로 판단된다. 일본 자스락의 경우도 사용료 징수에 있어서 관리비율을 도입하고 있었지만 현재는 삭제한 상태이다. 우리나라의 이러한 관리비율 개념은 해외사례에서도 찾기 어렵다. 현재 음저협의 관리비율에 대한 논쟁이 지속되고 있는 상황이다.[67]

3. 소 결

OTT 서비스는 오리지널 콘텐츠와 같이 OTT가 직접 제작하는 경우도 있고 권리자로부터 이용허락을 받아 서비스하는 경우로 나누어 볼 수 있다. OTT 사업자가 OTT 서비스를 위해 직접 제작하는 경우 제작에 필요한 저작권 처리의 책임은 OTT 사업자가 직접 부담하게 된다. 그러나 다른 유형의 서비스를 목적으로 제작된 저작물이 OTT 서비스로 이용되면서 이용허락의 범위에 대한 문제가 발생하게 된다.

결국 음저협의 신탁약관 제3조에서 신탁의 범위를 과도하게 장래에 발생할 저작물도 신탁의 대상으로 포함하고 있는 점과 이러한 신탁계약이 한국저작권위원회에 등록되어 있지 않아 대항력을 가지지 않는 다는 점에서 문제가 발생한다. 이와는 별개로 현재 과점시장의 음악 집중관리단체 시장에서 음저협의 신탁약관 제3조에 규정된 조항이 시장 지배적 지위를 가지고 있

67) 박종진, “법원 음저협 관리비율 80~5% … 중복, 비신탁곡 제외 판결”, etnew, 〈https://www.etnews.com/20210706000225〉, 검색일: 2021. 07. 06.

는 음저협의 남용적 행위인지 또는 상대 경쟁자의 경쟁을 부당하게 제한하는 행위는 아닌지 확인이 필요하다. 마지막으로 관리비율이라는 항목의 활용이 음저협으로 하여금 과도한 시장점유를 위한 행위를 유인하게 된다는 관점에서 관리비율 도입에 대한 재검토가 필요하다.

V. 결 론

이상과 같이 OTT 서비스와 관련된 저작권법상 쟁점을 몇 가지 살펴보았다. OTT 서비스 사업자가 방송사업자가 되기 위해서는 동시송신 프로그램에 대한 독립적인 편성권을 가져야 하고 현재 우리나라 저작권법상 규정된 방송사업자의 정의를 제한적으로 해석해야 한다. 현재 OTT에 서비스되고 있는 실시간 동시 송신 서비스에 제한적인 이시성을 부여하고 있는 서비스 유형을 판단하기 위한 기준은 국제조약에 따른 개인이 선택한 시간과 장소에 따른 접근성이 기준으로 활용될 필요가 있다. 마지막으로 OTT 서비스 사업자와 음저협의 관계에서 음저협의 신탁약관은 집중관리제도의 효율성과 회원들의 선택권 사이에서 균형을 이루어야 한다는 점이다.

한 소비자 설문에 따르면 국민 1인당 1.5개의 OTT 서비스를 이용한다고 한다.[68] 많은 사람이 복수의 OTT 서비스를 이용하고 있다는 점이다. 서비스별로 제공되는 콘텐츠나 서비스 유형이 달라 선호하는 프로그램을 보기 위해서 발생하는 현상이라고 판단된다. 과거의 공유경제, 현재의 메타버스에 대한 관심의 증가 등 새로운 서비스가 도입될 때마다 필요한 제도적 조력에 산업 발전을 위한 규제 완화를 뽑기도 한다. 그러나 저작권 제한 또는 저작권 사용료 절감이라는 대책은 규제 완화에 포함될 수 없다. 저작권 제도는 산업에 대한 규제가 아니라 사적 영역의 배타적 권리 보호에 대한 것이라는

68) 김현아, “국민 절반 유료OTT 봤고, 그 중 절반 넷플릭스 봤다”, 컨슈머인사이트 〈https://www.consumerinsight.co.kr/voc_view.aspx?no=3147&id=ins02_list&PageNo=1&schFlag=1〉, 검색일: 2021.08.08.

원칙은 변하지 않는다. 타인의 권리보호를 산업의 발전을 제한하는 규제로 바라봐서는 안 될 것이다.

참고문헌

〈단행본(국내)〉

오승종, 『저작권법』, 제5판, 박영사, 2017.

이해완, 『저작권법』, 박영사, 2013.

임원선, 『실무자를 위한 저작권법』, 제4판, 한국저작권위원회, 2014.

〈단행본(서양)〉

Dreier & Schultz, *Urheberrechtsgesetz*, 5. Aufl., C.H.Beck, 2015.

Fromm & Nordemann, *Urheberrecht*, 12 Aufl., Kohlhammer, 2018.

Mohring & Nicolini, Urheberrecht, 4. Aufl., C.H.Beck, 2018.

örg Reinbothe & Silke von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996*, Butterworths LexisNexis, 2002.

Sam Ricketson & Jane Ginsburg, *International copyright and neighbouring rights vol.2*, 2nd edition, oxford university press, 2006.

Schricker & Loewenheim, *Urherberrecht*, 5. Aufl., C.H.Beck, 2017.

Wandtke et al., *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 4. Aufl., C.H.Beck, 2019.

〈학술지(국내)〉

김경숙, "영상물에서의 음악 이용과 사용료 이중징수의 문제 — 'OTT에 대한 음악저작권 징수규정'의 비판적 검토", 『영상문화콘텐츠연구』, 22집(2021).

김현숙 · 백승만, "OTT의 음악저작권 사용료 분쟁의 쟁점과 시사점", 『안암법학』, 제61호(2020).

박덕영 · 김승민, "웹캐스팅(Webcasting)의 저작권법상의 지위와 국제동향 및 디지털 융합(Digital Convergence)시대의 법적 대응", 『정보법학』, 14권 제1호(2010).

박성호, "저작권법상 방송 · 전송 · 디지털음성송신 관련 쟁점의 재검토 — 키메라의 권리, 디지털음성송신권의 생성 및 전개에 관한 비판적 고찰을 중심으로", 『정보법학』, 21권 제1호(2017).

박희영, "유럽연합에서 방송사업자의 디지털 플랫폼 활용과 저작권 해결 방안 — 보조 온라인 서비스와 Catch-up 서비스", 『방송문화』, 2020년 가을호(2020).

이대희, "방통융합에 따른 저작권 쟁점에 관한 연구", 『산업재산권』, 21호(2006).

〈인터넷 자료〉

김현아, “문체부 ‘아프리카TV는 방송’ … 음산협에 계약변경 행정지도”, 이데일리, 〈https://www.edaily.co.kr/news/read?newsId=03020886612519688&mediaCodeNo=257〉, 검색일: 2021.08.08.

서정민, “OTT 음악 저작권료 갈등, 핵심 쟁점은 바로 이것”, 한겨레, 〈https://www.hani.co.kr/arti/culture/culture_general/983405.html〉, 검색일: 2021.08. 01.

이정현, “문체부 상대 소송낸 OTT들 ‘음저협 권리남용 방조하며 차별’, 연합뉴스, 〈https://www.yna.co.kr/view/AKR20210217067451005〉, 검색일: 2021.08. 02.

〈기타자료〉

김주현, “일본, 방송프로그램의 인터넷 동시송신 관련 권리처리 원활화 등을 담은 저작권법 개정안 참의원 본회의에서 만장일치 통과”, 저작권동향 한국저작권위원회, 2021.

문화관광부, “디지털방송과 저작권법”, 문화관광부, 2003.

박윤석, “방송사업자의 온라인서비스 지침 이행을 위한 독일 저작권법 개정안 주요 내용 분석”, 한국저작권위원회, 2021.

Records of the Diplomatic Conference on the International Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations, 10 to 26 October 1961, p.209.

SCCR, “Protection of Broadcasting Organizations: Terms and Concepts”, SCCR/8/INF/1, August 16, 2002.

WIPO, “GUIDE TO THE COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS TREATIES ADMINISTERED BY WIPO AND GLOSSARY OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS TERMS”, WIPO, 2003.

WIPO, “GUIDE TO THE COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS TREATIES”, WIPO, 1996.

WIPO, “GUIDE to the ROME CONVENTION and to the PHONOGRAMS CONVENTION”, WIPO, 1981.

An analysis of copyright issues related to OTT service —Focusing on the concept of broadcasting organization, simultaneous Internet transmission, and CMO contract—

Pak, Yunseok*

OTT(over the top) service has become a universal content service throughout the world. However, there are ambiguous aspects in the Korean Copyright system regarding what types of OTT services correspond to categories of copyright. First, only broadcasting organizations are obligated to pay remuneration for the use of phonograms published for commercial purposes for broadcasting in Korea. Although no definition exists of the concept of a broadcasting organization in international-treaties-related copyright, a person or a legal entity who has made an organizational and economic investment in broadcasting with independent programming rights can be regarded as a broadcasting organization under the Korean Copyright Act. Second, it is not clear that the simultaneous transmission service, which provides a limited selection of subscribers about program watching among OTT service types, could be regarded as a broadcasting service or a deffered tansmission service. The point is that the criterion for distinguishing between broadcasting and deffered transmission should be the range of consumer choice about time and place. Third, to settle equitable

* Ph.D, senior research fellow at Korea Copyright Commission.

adequate royalties problem between OTT service providers and right holders, the trust contract concluded by the collective management organization(CMO) with the proper holders of copyright should balance the efficiency of the CMO and the right to freedom of action or property.

Keyword

OTT, Broadcasting, Making available to the public, broadcasting organization, CMO