

NFT 거래의 권리소진이론과 공정이용 적용 타당성에 관한 연구*

윤영진**, 배혜윤***

- | | |
|------------------------------|------------------------------|
| I. 서론 | 3. NFT 콘텐츠의 권리소진이론 적용
필요성 |
| II. NFT란 무엇인가 | 4. 해석론(대안 고찰) |
| 1. NFT 기술 개요 | IV. NFT 거래와 공정이용 |
| 2. NFT 거래란 무엇인가? | 1. 논의의 시작 |
| 3. NFT 거래의 문제점 | 2. 공정이용 개요 |
| III. NFT 거래와 권리소진이론 | 3. 공정이용 판단 기준 |
| 1. 논의의 시작 | 4. 합법적인 NFT 구매자의 공정이용 |
| 2. 디지털 저작물의 권리소진이론 적용
가능성 | V. 결론 |

* 이 논문은 2023년도 한국연구재단의 지역대학우수과학자지원사업의 지원을 받아 연구되었음(NRF-2021R1I1A3048615).

** 특허청 사무관/변리사, 서울대 법학박사 수료

*** 국립한국해양대학교 조교수(교신저자)

Copyright © 2023 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

NFT는 ‘디지털 재화의 원본증명’이라는 기술적 장점이 커 급성장하고 있으며, 급성장하는 NFT 거래 시장의 안정성을 보장하기 위해 NFT 관련 법적 환경에 대한 사전 검토가 필요하다. 이에 본 연구에서는 NFT의 기술적 특징과 NFT 거래의 정체성에 대한 법적 평가를 살펴보았다(제2장). NFT 거래는 거래 당사자들의 의도와 달리 ‘판매계약’이 아닌 ‘라이선스’로 취급되고, 디지털 재화의 양도를 목적으로 NFT 거래를 진행했다라도 권리소진이론의 해석 문제로 합법적인 NFT 구매자의 상업적 이용에 제약이 존재함을 확인하였다. 이런 법적 장애는 NFT 기술의 확장과 응용을 제한하여 NFT 관련 산업의 발전을 저해할 수 있다. 이에 본 연구에서는 NFT의 기술적 특징과 거래 현실을 고려해 NFT 거래에 권리소진이론을 확대·적용하는 것이 타당함을 논증하였다(제3장). 라이선스인 NFT 거래를 저작권법 제20조의 ‘판매등’에 포섭하는 해석론과 ‘배포’에 ‘전송’을 유추 적용 가능함을 논증하였다. 이러한 해석론을 보완하기 위한 대안으로 공정이용의 법리가 합법적인 NFT 거래에 적용될 수 있음을 논증하였다(제4장). 비영리성은 절대적인 기준이 아니고, NFT 거래는 새로운 유형의 저작물 거래 및 유통 방식으로 저작권자의 이익을 극대화할 뿐만 아니라 저작물에 대한 수요자를 대체하지도 않으며, 오히려 저작물에 대한 공중의 접근성을 늘려 저작물이 속한 시장과 가치를 확대해 관련 문화 산업의 발전을 촉진하는 공익적 가치가 커서 공정이용 법리가 적용 가능함을 논증하였다.

주제어

NFT, 권리소진이론, 공정이용, 배포, 전송, NFT 거래, NFT 콘텐츠

I. 서론

NFT(Non-fungible token)는 “대체 불가능한 코드와 메타데이터로 구성된 암호화된 블록체인상의 가상자산”으로 정의된다.¹⁾ 2021년 NFT는 170억 달러 매출액을 기록했고, 2023년에는 그 이상의 매출액을 기록할 것으로 추산된다.²⁾ 마케팅 영역의 시각에서 볼 때, NFT는 제품 디자인, 로고, 혹은 이미지와 같은 브랜드의 많은 기본적인 요소를 대표하고 있으며, 앞으로는 그 자체로도 기업 브랜드 자산 가치에 기여할 수 있는 잠재력을 가지고 있다고 할 수 있다³⁾. 또한 소비자의 제품 및 서비스 전반적인 구매 과정에서 비용 대비 혜택에 대한 지각을 높이는 역할을 할 것이라 예측된다. 예를 들면, NFT 제품 런칭 활동, 그리고 소비자의 NFT 커뮤니티 참여를 통해 브랜드 인지도를 높이는 것이다. 이뿐 아니라 실제 제품과 디지털 제품의 교차 판매라는 차별화로 소비자의 구매 의도 상승을 유도할 수 있고, 융통성 있는 소유권 시스템으로부터 강한 브랜드 충성도를 이끌어 낼 수가 있다. 오리지널리티(Originality)를 추구하는 기업과 남다른 경험을 체험하고자 하는 소비자의 니즈가 맞물려 NFT를 활용한 디지털 마케팅 전략은 새로운 가치를 창출하며 계속 발전할 것으로 예상된다.

그러나 NFT, 기업, 그리고 소비자라는 세 주체의 상호작용만으로는 기업의 브랜드 자산 가치와 소비자의 삶에 가치를 창출하는 것이 불가능하다. 기업은 외부 환경과 교류하며 상호작용하는 개방 시스템으로서, 기업의 존속과 성장을 위해 기업 환경의 변화에 적극적으로 대응해야 한다. 메타버스,

1) Peres, R., Schreier, M., Schweidel, D. A., & Sorescu, A., “Blockchain meets marketing: Opportunities, threats, and avenues for future research”, *International Journal of Research in Marketing*, Vol.40 No.1(2023), p. 1.

2) Rajat Kapur, “Monetization of non-fungible tokens”, Ernst & Young Global Limited, 2022, p. 1.

3) Colicev, Anatoli, “How can non-fungible tokens bring value to brands”, *International Journal of Research in Marketing*, Vol.40 No.1(2023), p. 30.

인공지능, 블록체인, VR/AR, 로봇공학, 사물인터넷, 클라우드 컴퓨팅 등의 기술 변화는 시장 환경을 변화시키는 가장 드라마틱한 요소라 할 수 있다.⁴⁾ NFT 거래가 기업과 소비자, 그리고 사회에 창출할 가치 또한 이러한 동태적 환경에 적절히 대응하느냐에 달려 있다. 특히 법적 환경은 기업들 사이의 공정한 경쟁을 유도해 나가고, 방만한 기업 행위로부터 사회의 이익을 보호하며 소비자들을 보호하기 위한 목적을 가지는 중요한 역할을 한다.⁵⁾ NFT 거래 시장의 경우는 누가 그 디지털 제품을 어떻게 소유하는가를 규정하는 법적인 환경 변화의 문제에 대비할 필요가 있다. 지식재산권법(Intellectual Property Laws), 라이선싱법(Licensing Laws), 계약법(Contract Laws), 자금세탁 방지법(Anti-Money-Laundering Laws), 정보보호법(Data protection Laws), 세법(Tax Laws) 등의 다양한 법적 환경의 변화가 NFT 거래 시장과 기업, 소비자의 가치 창출을 위해 필요한 시점이다.⁶⁾

이러한 NFT 거래 시장의 법적 환경 변화 중, 지식재산권법은 구체적인 문제점 지적과 해결책에 대한 검토가 시급한 부분이라 하겠다. NFT를 활용한 디지털 창작물 시장의 급격한 성장에는 유사 창작물 양산의 부작용도 따를 수 있다. 또한 NFT는 디지털 시장에서 소유권과 유사한 배타권을 주장할 수 있는 기반을 마련해줄 수 있으나 법적으로 보장하는 것은 아니며, NFT 기술에 의해 증명되는 권리가 무엇인지도 명확하지도 않은 상황이다.⁷⁾ 우리는 이러한 문제에 대해 NFT 거래의 권리소진이론과 공정이용 법리의 적용을 활용한 해결책을 제안하고 그 정당성을 논의해보고자 한다.

4) 김미경 외 8인, 『세븐테크』, 웅진지식하우스, 2022, 35-36면.

5) Tarek Elmasry, "Value creation in the metaverse", McKinsey, 2022, pp. 55-56.

6) EY, Ibid., p. 5.

7) 한재선·김원상, "지식재산 소유 증명에 NFT 기술 활용 고객에게 체험 기회 주되 혼란스럽지 않게", 동아비즈니스리뷰, <https://dbr.donga.com/article/view/1206/article_no/10078>, 검색일: 2023. 8. 25.(이하 국내외 신문 기사 및 인터넷 소스에 대한 마지막 검색 일자는 모두 동일하다).

II. NFT란 무엇인가

1. NFT 기술 개요

NFT의 기술개발 경과에 대하여 간략히 살펴보면 다음과 같다. 종래의 0과 1로 정의되는 디지털 세계는 복제가 쉽고 보안에 취약한 특징으로 인해 ‘가치’를 저장하거나 표현하기에 한계가 있었다. 그러나 2009년 블록체인 기술에 기반한 비트코인이 탄생하면서 디지털 세계는 본격적으로 시장 또는 상품의 ‘가치’를 저장하는 수단으로서 사회에서 통용되기 시작했다. 그리고 얼마 되지 않아 더 발전된 형태로 가치를 저장하는 기술인 ‘이더리움(Ethereum)⁸⁾’이 만들어지기 시작했고, 이를 바탕으로 더욱 안전하게 디지털 자산에 대한 재산권을 인정하고 거래하는 시스템인 NFT가 개발되었다.⁹⁾

이러한 기술개발 과정에서 만들어진 NFT는 블록체인 기술을 기반으로 통용되는 가상자산¹⁰⁾의 일종으로 이해된다. 한편, NFT에는 ‘Token’이라는

8) NFT는 이더리움 메인넷이 아닌 다른 블록체인 메인넷(아발란체, 솔라나, 클레이튼, 플로우, 테조스 등)에서도 개발 및 유통이 가능하다(유민호 외 3인, 『NFT 투자의 정석』, 한스미디어, 2022, 39면). 초기에는 개발 편의성 때문에 대부분의 NFT가 이더리움 메인넷 상에서 개발 및 유통되었으나, 최근에는 이더리움의 높은 수수료와 낮은 거래 속도로 바이낸스, 폴리곤, 솔라나 등 다른 메인넷 상에서 NFT의 개발 및 유통이 활발히 진행되고 있다. 한편, 우리나라에서 개발된 NFT 개발 플랫폼(메인넷)으로는, 카카오 블록체인 계열사 그라운드X가 개발한 클레이튼(Klaytn)이 있다. 가스비가 저렴하거나 없는 신규 메인넷들(예: 폴리곤)에 대한 선호도가 높아지고 있는 것이 현실이나 아직 이더리움 메인넷이 가장 큰 시장점유율을 유지하고 있는 점, 각 메인넷마다 운영 프로토콜이나 정책이 달라 모든 메인넷들을 포괄적으로 살펴보기 힘든 현실적인 한계가 있는 점을 이유로 본 연구에서는 이더리움 메인넷을 중심으로 설명한다.

9) 윤영진, “디지털 시장에서의 소유권 전쟁의 서막-NFT가 IP 산업에 미치는 영향을 중심으로”, 『Law & Technology』, 제17권 제4호(2021), 54면.

10) 비트코인, 이더리움 등을 총칭하는 용어와 관련하여 가상자산, 암호자산, 암호화폐, 가상화폐 등 다양한 용어들이 사용되고 있으나, 본 연구에서는 특정금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률(이하 ‘특정금융정보법’으로 약칭한다)상의 ‘가상자산’이란 용어로 통일하여 사용한다. 특정금융정보법상 가상자산은 경제적 가치를 지닌 것으로서 전자적으로 거래 또는 이전될 수 있는 전자적 증표 또는 그에 관한 모든 권리를 말한다(제2조 제3항).

단어가 포함되어 있어 ‘토큰(token)¹¹⁾’과 같은 화폐라고 이해함에 따라 많은 혼동이 발생하고 있으나, 엄밀히 말해 NFT는 ‘화폐’가 아니다. NFT로 커피나 음식을 바로 구매할 수 없다. NFT는 디지털적으로 생성된 자산이나 현물 자산의 디지털 버전의 소유정보 및 거래내역 등을 저장하는 원본 인증서와 같이 가상자산의 거래를 위한 수단이라고 이해하는 것이 적합하다. 즉 블록체인은 암호화 기술 플랫폼이고, 이 암호화 기술 플랫폼을 기반으로 다양한 응용 프로그램들이 만들어지는데, 만들어진 응용 프로그램들의 대표적인 예가 비트코인, 이더리움과 같은 가상자산이고, 가상자산의 대체성(Fungible)이라는 특징과 달리 대체 불가능한(non-fungible) 특징을 갖는 가상자산이 NFT인 것이다.

NFT는 토큰 ID와 같은 고유정보를 포함하고 있어 희소성을 띤다. 즉 발행된 모든 NFT는 고유한 정보로 인해 동일한 것이 없어 희소성을 띤 것이다.¹²⁾ 이러한 희소성¹³⁾으로 인해 NFT는 사용자의 디지털 자산에 대한 배타

11) 현재 블록체인 분야에서는 ‘토큰(token)’과 ‘코인(coin)’이라는 용어가 혼용되고 있는데, 두 용어의 표준화된 정의는 없으나, 대체로 코인은 자체 블록체인 네트워크(이더리움, 리플, 폴리곤 등)에 기반한 것이나, 토큰은 다른 블록체인 네트워크를 빌려 개발 및 유통된 가상자산의 개념으로 이해된다(전웅준, “NFT 플랫폼의 온라인서비스제공자 책임에 대한 검토 — IPFS의 특징을 고려하여 —”, 『경영법률』, 제32권 제4호(2022), 213-214면).

12) 예를 들어, NFT는 좌석이 지정된 콘서트 입장권과 같다. 좌석의 위치에 따라 콘서트 입장권의 가치가 달라, 같은 콘서트 입장권이라 하더라도 1:1로 교환이 어렵다. 콘서트 입장권에 기재된 좌석의 위치는 해당 입장권을 고유하고 희소하게 만든다.

13) NFT의 희소성과 관련하여, NFT는 통상의 디지털 재화와 달리 복제가 불가능하여 희소성을 갖는 것인가라는 의문이 든다. 일반적으로 희소성이라는 개념은 세상에 단 1개 또는 적은 수로 존재하는 경우에 성립하기 때문이다. 그러나 NFT는 통상의 디지털 제품과 같이 복제가 가능하다. 그렇다면 NFT는 희소성이라는 특징에 부합할 수 없지 않은가라는 의문이 또 제기된다. 이런 의문에 대하여 답을 하자면, 디지털 제품인 NFT의 원본은 누구나 온라인에서 보고 즐길 수 있지만, 디지털 제품의 소유권(또는 이용권)은 블록에 소유자로 기록된 사람만이 갖도록 구성됨에 따라 희소성을 갖는다는 것이다. 따라서 디지털 제품의 배포, 유통, 거래 등의 사업화는 소유권 또는 이용권을 갖는 사람만이 진행할 수 있으며, 권한이 없는 사람이 NFT 콘텐츠를 경제적으로 이용하는 것은 제한된다(Carroll, Rebecca, “NFTs: The Latest Technology Challenging Copyright Law’s Relevance Within a Decentralized System”, *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. Law Journal*, Vol.32(2021), pp. 1005-1006).

적 재산권을 보장하는 역할을 한다. 통상적인 가상자산과 달리 서비스 종료에 의해 NFT는 사라지지도 않고(탈중앙성), 블록체인을 기반으로 하고 있어 안전하게 보호되며(보안성), 통상적인 가상자산과 달리 블록에 고유정보를 담고 있어 사용자는 자신의 가상자산을 좀 더 온전히 소유하고 활용할 수 있는 것이다(원본증명).

2. NFT 거래란 무엇인가?

(1) ‘유체물의 판매’와 ‘디지털 재화의 판매’의 차이

부동산이나 동산과 같은 유체물의 판매는 소유권이 이전되어 계약이 완료된 이후에 양도인은 더 이상 권리를 주장할 수 없다. 이에 반하여 음악파일이나 소프트웨어와 같은 디지털 재화의 판매는 이용을 허락하는 라이선스로 보고 있어 양도인은 계약 완료 이후에도 일정한 권리를 주장할 수 있다.¹⁴⁾ 다만, 디지털 재화가 CD 등의 유체물에 담겨 유체물의 판매와 같이 처분권이 양도된 것으로 볼 수 있는 경우에는 라이선스가 아닌 판매계약으로 해석하여 계약 완료 이후에 양도인은 일정한 권리를 주장할 수 없도록 하고 있으며, 이를 가능하게 하는 원리가 ‘권리소진이론’이다. 다시 말해, 권리소진이론은 유체물로 볼 수 있는 경우에 한하여 적용되기 때문에¹⁵⁾, 디지털 재화의 거래는 권리소진이론이 적용되지 않아, 양도인과 양수인의 거래 의사가 소유권과 유사한 배타적 권리의 이전을 목적으로 한 경우라도 계약서 등에 특별히 이에 대한 조항이 삽입되어 있지 않은 한, 양도인은 계약 완료 이후에 일정한 권리를 주장할 수 있다고 보는 것이 유체물의 판매와 디지털 재화의 판매의 큰 차이점이다.

예를 들어, 유형물인 책을 구매한 사람이 이를 재판매하기 위해 책의 커버

14) Fairfield, Joshua AT, “Tokenized: The law of non-fungible tokens and unique digital property”, *Indiana Law Journal*, Vol.97(2022), pp. 1304-1305.

15) 유체물로 볼 수 있는 경우로 제한해석하는 이유는 ‘배포권’의 단서 조항으로 최초판매 원칙이 규정되어 있기 때문이다. 우리나라는 ‘배포’와 ‘전송’을 구분하고 있고, 무형물의 유통인 ‘전송’과 구분하여 ‘배포’는 유형물의 유통으로 해석하기 때문이다.

페이지 사진을 찍어 인터넷 공간에 책 판매 게시글을 올려 판매한 경우, 구매자에게 책을 배송하더라도 저작권이 소진되어 저작권 침해에 해당하지 않지만, 전자책(유형물인 책과 내용이 동일한 경우)이라면 사정이 달라질 수 있다. 동일하게 전자책의 커버페이지 사진을 이용해 판매 게시글을 올렸다 하더라도 저작권이 소진되지 않아 전자책을 구매할 사람에게 전송하는 순간 저작권자의 전송에 의한 공중송신권 침해를 구성하게 된다. 다른 예로, 화보집을 합법적으로 구매한 자가 화보집의 사진을 누구나 볼 수 있게 공원에 전시하는 경우와 화보집의 사진을 스캔하여 온라인에 게시하여 누구나 볼 수 있게 하는 경우의 차이점은 무엇인가? 이용자 입장에서는 동일한 사진을 감상할 수 있는 점에서 동일하겠지만, 전시 및 게시한 자의 입장에서 검토하면 공원에 전시하는 행위는 저작권 침해를 구성하지 않으나 인터넷에 게시하는 행위는 공중송신에 해당하여 저작권 침해를 구성한다. 다만, 유형물인 책이든 전자책이든 모든 내용을 사진으로 찍어 인터넷에 판매 게시글을 올린 행위는 모두 저작권 침해를 구성하게 된다는 점은 동일하다.

(2) ‘디지털 재화의 판매’와 ‘NFT 거래’의 차이

그렇다면, NFT에 링크된 NFT 콘텐츠도 디지털 재화이므로, 앞서 살핀 디지털 재화의 판매(라이선스)와 동일하게 취급하는 데 무리가 없는 것인지 의문이 제기된다. 이러한 의문이 제기되는 이유는 NFT가 그 기술의 특성상 통상의 디지털 재화와 달리 유체물에 더 가까운 속성, 즉 희소성, 배타적 지배 가능성, 독립거래 가능성을 나타내고 있기 때문이다. 이러한 특징을 기초로 NFT 거래는 ‘대체 불가능’, ‘원본증명’ 등을 통해 디지털 재화를 사적 재산과 유사하게 다룰 수 있는 속성을 부과하는 점이 디지털 재화의 판매와 NFT 거래의 차이점이다. 따라서 디지털 재화의 판매는 디지털 재화가 진본인지 불법적인 저작물인지 확인하기 어려우나, NFT 거래는 생성 이력, 소유 및 거래 이력의 추적을 통해 불법적인 거래를 제한하는 점에서 구별된다.

(3) ‘유체물의 판매’와 ‘NFT 거래’의 차이

NFT의 소유자라 하더라도 현실 세계에서 소유자나 창작자를 의미하지 않는다. 그러나 유체물은 그 자체로 희소성을 가지며, 유체물을 점유한 자는 소유자이거나 일정한 권한이 있는 것으로 추정된다. 한편, 유체물은 재생산이 어렵고, 재생산하더라도 동일한 품질을 보증할 수 없다. 그러나 NFT 콘텐츠는 기술에 의해 희소성을 가진다는 측면에서 유체물과 유사한 속성을 가지나, 재생산이 가능하고 재생산된 경우 그 품질도 동일한 점에서 차이가 있다. 따라서 NFT 자체의 거래는 링크된 디지털 콘텐츠의 원본임을 인증하는 인증서를 구매한 것일 뿐¹⁶⁾ 디지털 콘텐츠 자체(NFT 콘텐츠)의 거래는 아니다.¹⁷⁾ 그러나 유체물의 판매는 유체물 자체의 거래이다.

(4) NFT 거래는 ‘판매’인가 ‘라이선스’인가

앞에서 살펴보았듯이, NFT 거래는 통상의 디지털 재화보다 유체물의 판매계약에 가까운 속성을 가지고 있다.¹⁸⁾ 그러나 통상의 유체물과 달리 재생산이나 복제가 쉽다. NFT가 토큰 ID나 메타데이터에 의해 유체물과 유사한 희소성을 지닌다고 하더라도 유체물이 갖는 희소성과는 다른 개념이다. 이러한 공통점과 차이점은 NFT 거래의 속성에 어떤 영향을 미치는지 검토가 필요하다.

NFT와 같은 블록체인 데이터의 물건성을 인정하자는 주장이 제기되고 있

16) NFT가 원본 인증 수단인가? 이에 대한 답은 반은 맞고 반은 틀리다. NFT로 링크된 콘텐츠라는 점을 의미할 뿐, 그 자체가 원본임을 나타내지 않는다. NFT 콘텐츠는 무한 복제가 가능하기 때문이다. NFT는 합법적인 거래 또는 일정한 시스템을 통해 양도된 것을 의미할 뿐이다. NFT가 원본이라는 경우는 온체인상에 NFT 콘텐츠가 저장된 경우에는 타당한 설명이다. 자세한 설명은 ‘A Guadamuz, “Copyfraud and Copyright Infringement in NFTs”, TechnoLlama, <<https://www.technollama.co.uk/copyrfrand-and-copyright-infringement-in-nfts>>’를 참조하기를 바란다.

17) 본 논문에서 ‘NFT 거래’는 NFT 콘텐츠의 전송을 포함하는 개념으로 정의하고, NFT 콘텐츠가 이전되지 않는 상태는 ‘NFT 자체의 거래’로 표현하여 사용한다. 즉, ‘NFT 자체의 거래’는 NFT 콘텐츠에 대한 권한이 있음을 증명하는 NFT라는 토큰의 명의를 이전되는 것일 뿐, NFT 콘텐츠가 전송되지 않는다는 것으로 전제하여 설명한다.

18) Fairfield, Joshua AT, Ibid., p. 1306.

지만¹⁹⁾, 현행 민법상 소유권의 객체가 될 수 없다는 것이 현재의 민법 및 형법상 해석이다.²⁰⁾ NFT와 NFT 콘텐츠의 물건성은 부정될 것이므로 법 해석의 변경이나 법 개정이 이루어지지 않는 한 현행법상 NFT 거래는 라이선스로 보는 것이 타당하다. 그렇다면 통상의 디지털 재화와 다른 속성을 갖는 NFT가 NFT 거래 플랫폼상에서 거래가 완료되는 경우 NFT를 구매한 사람이 갖는 권리는 무엇이나는 의문이 남는다. NFT를 매도한 사람의 권리와 NFT를 구매한 사람의 권리는 NFT 거래의 법적 성질 및 계약내용에 따라 달라질 것이다. 한 가지 명확한 것은 NFT 거래를 통해 NFT 및 NFT 콘텐츠에 대한 일정한 권한이 매도자에게서 매수자로 이전된다는 것인데, 여기서 ‘일정한 권한’의 의미가 무엇인지 명확하지 않다. 단순히 NFT 콘텐츠를 이용할 수 있는 채권적 권한에 불과한 것인지²¹⁾, NFT 거래가 이용허락(라이선스)이라면 그 이용허락의 범위는 어디까지인지, 사용·수익·처분 권한만 이전되고 저작권 등의 지식재산권은 매도자 또는 NFT 콘텐츠의 저작권자에게 남아 있는 것인지 등 NFT 거래를 어떻게 볼 것인지 명확하지 않다.²²⁾ 예술작품의 매수자가 예술작품에 대한 소유권을 갖는 것과 유사하게 NFT 구매자도 디지털 소유권(Digital Ownership)²³⁾을 갖는 것으로 논리 구성하자는 견해도 있다.²⁴⁾ 그러나 유체물의 소유권 개념과 비교하여 디지털 소유권의 개념이

19) 백대열, “데이터 물권법 시론(試論)”, 『민사법학』, 90권(2020), 151면.; 최경진, “데이터와 사법상의 권리, 그리고 데이터 소유권(Data Ownership)”, 『정보법학』, 제23권 제1호(2019), 235면.

20) 박상철, “암호자산 등 암호키로 접근통제되는 데이터에 관한 법제의 토대: 재산권, 계약, 체화를 중심으로”, 『법경제학연구』, 제19권 제3호(2022), 456-457면.; 이동진, “데이터 소유권(Data Ownership), 개념과 그 실익”, 『정보법학』, 제22권 제3호(2018), 223-224면.; 최경진, 앞의 논문(주 19), 227-235면.

21) 예를 들어, NFT가 실물 자산에 기초하여 발행된 경우, NFT 거래를 통해 NFT를 매수한 자는 NFT에 의해 지정된 실물의 양도 청구권을 가진 것으로 볼 수 있다(민법 제449조에 따른 지명채권의 양도 또는 계약상 지위의 이전 및 계약양도).

22) Çağlayan Aksoy, Pınar, & Zehra Özkan Üner, “NFTs and copyright: challenges and opportunities”, *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, Vol.16 Issue.10(2021), p. 1124.

23) Perzanowski, Aaron, & Jason Schultz, *The end of ownership: Personal property in the digital economy*, MIT Press, 2016, p. 193.

불확정적이라 현재로서는 받아들이기 어렵다고 생각된다.

한편, 현행법의 해석과 같이 NFT 거래는 디지털 음원이나 소프트웨어와 같은 디지털 재화의 거래이므로 디지털 음원이나 소프트웨어를 구매한 사람과 같이 일정한 조건에서 NFT 및 NFT 콘텐츠를 이용할 권리만을 갖는다고 구성하는 것은 NFT가 표상하는 기술의 목표 및 NFT 거래의 취지에 부합하지 않아 타당하지 않다고 생각된다. 판매계약은 소유권을 이전하는데 선호되는 메커니즘이지만 라이선스는 다른 사람이 소유한 것을 사용하기 위한 제한된 권한을 부여한 것에 불과한데, NFT 거래의 현실은 판매계약에 가깝기 때문에 법과 거래 현실 사이의 괴리가 발생한다. 그렇다고 법 해석상 라이선스인 계약을 거래 당사자의 의사나 기술적 특징을 고려해 판매계약으로 인정하는 것은 법문에 반하는 것으로 타당하지 않다고 생각된다. 따라서 이러한 괴리를 매울 수 있는 탄력적인 법 적용, 예를 들어 CD에 담긴 디지털 재화의 거래를 거래 상황의 해석에 따라 처분권이 양도된 판매계약으로 해석할 수 있는 것과 같은 혁신적인 접근이 필요하다고 생각된다.

3. NFT 거래의 문제점

앞서 검토하였듯이, NFT 거래는 ‘판매계약’이 아닌 ‘라이선스’로 취급될 것으로 보인다. 그러나 이러한 법 해석은 디지털 재화의 거래 현실에 대한 소비자의 인식과 많은 차이가 있다. 디지털 재화를 구매하는 사람들의 인식은 소유권을 표상하는 재판매 등에 대한 권한까지 포함한 거래라고 인식하는 것이 현실이고,²⁵⁾ 일반 소비자는 법률적 소유권의 의미 및 라이선스와 판

24) Singh, Jaspreet, & Prashant Singh, Distributed Ownership Model for Non Fungible Tokens, In Namita Gupta(Ed.), *Smart and Sustainable Intelligent Systems*, Scrivener Publishing LLC, 2021, pp. 307-321.

25) 디지털 재화에 대한 소비자의 소유 인식(디지털 콘텐츠의 복사본을 소유하는 것으로 인식하는지 여부)을 조사한 결과, 전자책은 84.5%, 음악은 90.46%, 영화는 89.14%의 압도적인 비율로 디지털 복사본을 구입하면 소유하는 것으로 인식하고 있다고 응답했다(Zhu, Xiaohua, & Moonhee Cho, “The end of ownership?: An investigation of users’ preferences and perceptions of ownership configurations”, *Proceedings of the*

매계약의 차이를 구분하지 못하고 있다.²⁶⁾ 이러한 법 적용과 소비자 인식 사이의 괴리는 거래 당사자의 권리를 쉽게 침해할 수 있는 환경을 조성한다. 즉 NFT 거래는 합법적으로 NFT를 구매한 자를 보호하는 구제책과 같은 권리자 보호 안전장치가 없다.²⁷⁾ NFT는 일종의 증권 투자와 같이 가치가 상승할 것을 기대하고 NFT를 구매하는 경우가 거래 현실이고, 즉 NFT 구매자는 재판매(re-sale)를 염두에 두고 구매했으나, 라이선스로 취급되는 NFT 거래는 현행법상 구매자의 재판매권을 보장하지 않는 것으로 해석된다. 이런 법적 장애는 NFT 거래 계약서의 조항을 구체적이며 명확하게 작성하면 해결될 일이다. 그러나 NFT 거래가 양 당사자의 대면 없이 온라인상에서 이루어지는 점, 법률적 지식이 부족한 양 당사자가 모든 거래의 조건을 명확하게 규정하여 계약서를 작성하는 것은 한계가 있는 점, 모든 NFT 거래에 대하여 법률가의 조력을 받아 가며 계약서를 작성하도록 하는 것은 비용적으로 효율적이지 않은 점, 계약 당시의 사정과 다른 변동으로 당사자 일방이 계약 조항에 문제를 제기할 수 있는 점을 고려할 때 완벽한 계약서 작성에 기대어 대비책을 마련하지 않는 것은 바람직하지 않다. NFT 거래 양 당사자의 거래 취지를 고려하면 지식재산권의 제약 없이 구매자의 재판매권을 허용해 줘야 할 것이지만 현행법은 그렇지 못한 문제가 있다. 따라서 이하에서는 합법적인 NFT 구매자의 재판매 또는 NFT 콘텐츠 이용을 허용하는 방안과 관련된 쟁점으로 권리소진이론에 대하여 자세히 살펴본다.

Association for Information Science and Technology, Vol.55 Issue.1(2018), pp. 621-622.).

26) Helm, Sabrina V., et al., "Consumer interpretations of digital ownership in the book market", *Electronic Markets*, Vol.28 Issue.2(2018), pp. 178-180.

27) Carroll, Rebecca, *Ibid.*, p. 1000.

III. NFT 거래와 권리소진이론

1. 논의의 시작

권리소진이론²⁸⁾은 저작권법 제20조 단서, 반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률 제9조 제2항, 식물품종보호법 제58조에 규정되어 있으나, 특허법, 상표법 등에는 규정이 없다. 그러나 특허법²⁹⁾ 및 상표법³⁰⁾에도 권리소진이론이 적용된다는 점에는 다툼이 없고, 미국, 일본, 유럽도 동일한 입장이다. 즉, 권리소진이론은 법문의 규정이 없더라도 지식재산권 전반에 걸쳐 당연히 적용되는 원리로 인정되고 있으며,³¹⁾ 다른 권리제한 사유와 달리 비영리성 여부를 묻지 않는 점에서 탄력적인 법 적용이 가능하고, 합법적인 경로를 통해 구매한 경우에만 적용된다. 따라서 합법적으로 NFT를 영리적인 목적으로 구매한 자를 보호하는 방안으로 권리소진이론이 유력하게 검토되고 있다. 그러나 권리소진이론은 라이선스가 아닌 판매의 경우에만 적용된다고 보고 있어, 전통적인 시각에서의 판매의 개념을 확장하여 NFT 거래가 포함될 수만 있다면 NFT를 합법적으로 구매한 자의 재판매권을 보장하는 새로운 법리로 응용할 수 있을 것이다. 이하에서는 저작권법상의 권리소진

28) 저작권법에서는 배포권과 관련하여 최초판매원칙(First sale doctrine)이라고 부르나, 본 연구에서는 권리소진이론이라는 용어로 통일하여 사용한다.

29) 물건발명뿐만 아니라 방법발명, 결합발명, 발명의 핵심적 특징을 구현하는 부품이나 반제품이 판매된 경우, 라이선스 범위를 벗어난 사용의 경우에도 제한 없이 권리소진이론이 적용된다고 보고 있는 것이 우리나라와 미국 등 법원의 입장이다(United State v. Univis Lens Co., 316 U.S. 241(1942).; Quanta Computer, Inc. v. LG Electronics, Inc., 553 U.S. 617, 128 S.Ct. 2109(2008). 등 다수).

30) 병행수입과 관련하여, 수입국과 수출국의 상표권자가 동일인으로 볼 수 있고, 동일인에 의해 생산·유통되는 경우 상표권자는 제품의 판매로 경제적 이득을 취한 바 있고 그 이후의 재판매 또는 수입을 금지할 수 없다고 보더라도 상표권자의 경제적 인센티브를 부당히 해한다고 볼 수 없으며, 가격경쟁의 촉진 및 거래의 안정성 확보를 통해서 소비자 후생을 증진시킬 수 있어 병행수입을 금지할 수 없다고 보는 것이 타당하다.

31) 오승중, 『저작권법 강의』, 제2판, 박영사, 2020, 319면.

이론을 중심으로 살펴본다.

2. 디지털 저작물의 권리소진이론 적용 가능성

(1) 권리소진이론의 개요

저작권법 제20조에는 ‘저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물을 배포할 권리를 가진다’라고 규정하면서, 그 단서 규정으로 ‘다만, 저작물의 원본이나 그 복제물이 해당 저작재산권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 경우에는 그러하지 아니하다’라고 하여 “최초판매원칙(First Sale Doctrine)”을 규정하고 있다.³²⁾ 최초판매원칙은 병행수입과 관련하여 권리소진이론(Exhaustion theory)으로도 알려져 있다. 권리소진이론에 의해 합법적인 경로를 통해 저작물을 소유한 자는 해당 저작물을 양도하거나 대여하더라도 저작재산권의 ‘배포권’의 침해에 해당하지 않게 되어 소유권의 행사가 제한되지 않는 것이다. 즉, 권리소진이론은 저작물이 합법적으로 유통된 경우 저작물이 고정된 유형물에 대한 소유권을 저작물에 대한 저작권보다 우선시함으로써 두 권리 사이의 충돌을 조정하고, 저작물의 원활한 유통을 보장하여 소비자의 이익이 침해되는 것을 방지하기 위해 도입된 법리이다.

권리소진이론을 인정하는 이론적 근거를 살펴보면, 민법상 소유권 이전에서 그 근거를 찾는 소유권론, 저작자에게 저작물 창작에 대한 보상을 받을 수 있는 기회(배포권)를 부여했고 보상을 받았으면 그 배포권이 소진된다고 보는 보상설, 저작물 이용자와 공중의 이익을 위해 자유로운 거래를 보장해야 한다는 거래보호설 등이 있다. 권리소진이론이 지식재산권 전반에 걸쳐 당연히 적용되는 원리로 인정되는 주된 논거는 자유로운 거래의 보장과 권리자의 재산상 이익 보호이며, 권리자와 거래 참여자들 사이의 형평성 있는 이해관계 조정이 중요한 요소이다. 미국에서는 Bobbs-Merrill 판결³³⁾을 통

32) 미국 저작권법상 최초판매원칙은 17 U.S.C. §109에 규정되어 있다.

33) Bobbs-Merrill Company v. Straus 210 U.S. 339(1908).

해 권리소진이론이 인정되기 시작하였고, 이후 각국에서 권리소진이론(또는 최초판매원칙)이 입법화되면서 저작권법의 중요한 원칙으로 자리 잡았다. 이후 Vennor 판례³⁴⁾에서 CD에 담긴 소프트웨어의 판매를 라이선스 계약으로 해석하여 배포권이 소진되지 않는다고 판시하였으나, 소프트웨어와 같은 프로그램이라도 CD와 같은 유형물에 화체되어 거래된 경우라도 판매계약과 같이 처분권을 양도한 것으로 해석될 수 있다면 권리소진이론이 적용될 수 있음을 시사했다. 그리고 소진의 효과가 국내에만 제한되는 것인지 논의가 있었으나 권리가 어느 한 나라에서 판매하여 보상을 받은 이상 다른 나라에서 추가적인 보상을 허용하는 것은 불합리하다고 판단해 국제적으로 소진되는 것으로 보아 병행수입을 허용하고 있다.³⁵⁾

(2) 우리나라에서의 논의

이러한 권리소진이론은 유형적인 저작물의 권리 제한 법리로서 적용될 수 있음에는 이론의 여지가 없으나, 형태가 없는 디지털 저작물에 적용될 수 있는지 논란이 있다. 우리 저작권법은 복제물에 대한 유체물의 점유이전을 수반하는 ‘배포’³⁶⁾와 온라인상의 데이터 이동을 의미하는 ‘전송’을 구별하고 있고, 저작권법 제20조는 배포권에 관한 조문으로서 같은 조 단서에 규정되어 있다. 즉, 권리소진이론은 ‘배포권’의 예외로서 규정되어 있을 뿐 ‘공중송신권 등’의 예외로 해석하고 있지 않기 때문에, 인터넷을 통한 디지털 저작물 거래(전송)에는 권리소진이론이 적용되지 않는다고 해석된다.³⁷⁾ 또한, 배포는 그 개념상 유형물의 형태로 일반 공중에게 양도·대여하는 것을 말하므로,³⁸⁾ 디지털 저작물이 CD 등의 유형물에 담겨서 판매가 이루어지고 기술

34) Vernor v. Autodesk, Inc., 621 F. 3d 1102(9th Cir. 2010).

35) Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc. 133 S. Ct. 1351.

36) ‘배포’란 저작물의 원작품이나 그 복제물을 유형물의 형태로 일반 공중에게 양도·대여하는 것을 말하므로, 컴퓨터 하드디스크에 저장된 MP3 파일을 다른 P2P 프로그램 이용자들이 손쉽게 다운로드 받을 수 있도록 자신의 컴퓨터 내 공유폴더에 담아 둔 행위는 이에 해당하지 않는다고 판시하였다(대법원 2007. 12. 4. 선고 2005도872 판결.).

37) 박성호, 『저작권법』, 제2판, 박영사, 2017, 261면.

38) 대법원 2007. 12. 4. 선고 2005도872 판결.

적 보호조치를 통해 복제가 불가능한 경우 권리소진이론이 적용될 수 있음에는 논란의 여지가 없으나,³⁹⁾ 유형물이 없이 인터넷을 통한 전송 또는 다운로드 형식으로 디지털 저작물의 거래가 이루어진 경우 권리소진이론이 적용되지 않는다고 보는 것이 다수설이다. 이러한 해석의 근거에는 형태가 없는 전송을 통한 음원의 디지털 파일이나 컴퓨터프로그램의 양도는 ‘판매’가 아닌 ‘이용허락 또는 라이선스’로 보기 때문이다. 이에 따라 저작권자는 디지털 공간에서 디지털 자산에 대한 권한을 완전히 통제하게 되었고, 디지털 공간에서 소유의 개념을 제거해 버렸다는 비판이 있다.⁴⁰⁾ 이처럼 디지털 저작물의 ‘판매’를 인정하지 않는 해석이 나온 배경에는, 상업용 디지털 음반이나 상업용 컴퓨터프로그램의 경우 불법적 복제가 너무 쉬워 저작권자의 경제적 이익을 침해할 우려가 크므로 구매자의 재판매를 허용하지 않고 있는 것이다.⁴¹⁾

(3) 미국에서의 논의

미국 법원은 ReDigi 사건⁴²⁾에서 ‘보내고 삭제하기(forward-and-delete)’ 기술의 일종이라고 할 수 있는 ‘Data Migration’ 방식으로 음원 파일을 재판매한 사안에서 음악파일이 ReDigi의 서버에 업로드되는 순간 이미 복제가 이루어져 복제권이 침해되는 것이고 이용자의 컴퓨터에서 해당 파일이 삭제되는지 여부는 그러한 결론에 영향을 미치지 않으므로 불법 복제된 음악파일을 다시 판매하는 행위에 권리소진이론 적용을 배제하고 배포권 침해를 인정했다. 미국 저작권청이 2001년 발간한 제104조 보고서라든가 미국 상무성에서 2016년에 펴낸 저작권 백서 등에 따르면 디지털 저작권 소진이론을 수용할 수 없는 것으로 밝히고 있다.⁴³⁾ 또한, Disney Enterprises

39) 오승중, 앞의 책(주 31), 321면.

40) Karanasiou, Argyro P., *The End of Ownership: Personal Property in the Digital Economy*, Birmingham Law School, 2017, pp. 123-125.

41) 정상조·박준석, 『지식재산권법』, 제4판, 홍문사, 2020, 349면.

42) Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc., 910 F.3d 649(2d Cir. 2018).

43) 신창환, “디지털 저작권 소진이론에 관한 연구”, 서울대학교 대학원, 박사, 2018, 95-105면.

Inc. v. Redbox Automated Retail LLC 사건⁴⁴⁾에서 캘리포니아 연방 법원은 권리소진이론이 디지털 다운로드 코드에 적용되지 않는다고 판결했다.⁴⁵⁾ 디지털 다운로드 코드는 “저작물이 고정된 복제본”이 아니라 “미래의 어느 시점에 물리적 사본을 생성할 수 있는 옵션”에 불과하여 “복제”에 해당하지 않는다는 이유이다. 여기서, 디지털 다운로드 코드는 NFT 콘텐츠를 다운로드 할 수 있는 NFT 자체에 대응되는 것으로 평가할 수 있고, 따라서 NFT 자체의 거래에는 권리소진이론이 적용되지 않을 것으로 보인다. 해당 판례는 라이선스 범위를 넘어선 거래에 권리소진이론이 적용될 수 없다는 취지로 이해하는 것이 바람직하다.

(4) 유럽에서의 논의

유럽에서는 UsedSoft v. Oracle International 사건⁴⁶⁾에서, 유럽사법재판소(CJEU)는 컴퓨터프로그램지침(2009/24/EC) 제4조에 근거하여 권리가 최초 구매자의 프로그램 복제본의 다운로드에 동의하고 시간적 제한 없이 이용권을 허락한 경우에는 컴퓨터프로그램의 복제본의 배포권이 소진된다고 판단하여,⁴⁷⁾ 미국 및 우리나라와 상반된 입장을 보였다. 그러나 최근에

44) Disney Enterprises, Inc. et al v. Redbox Automated Retail, LLC, Case No 2:17-cv-08655 DDP (AGRx), Aug. 29, 2018, (C.D.Cal).

45) 디즈니는 자사의 영화를 ‘DVD와 같은 디스크’와 ‘다운로드 코드(종이에 적힌 코드로, 종이의 후면에 판매 또는 양도 불가로 기재됨)’를 포함하여 ‘콤보팩’으로 구성하여 판매하였는데, 구매자는 다운로드 사이트(DisneyMovieAnywhere.com)에 다운로드 코드를 입력하여 디스크에 포함된 동일한 영화를 스트리밍 또는 다운로드 할 수 있다. 한편, Redbox는 콤보팩을 구매한 후, 디스크와 다운로드 코드를 분리하여 각각 판매하자, 디즈니는 Redbox를 상대로 저작권 침해 소송을 제기하였다.

46) Case C-128/11 - UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp., 3 July 2012, ECLI:EU:C:2012:407.

47) 이 판결은 유럽연합 정보사회 지침(2001/29)의 특별법적 지위에 있는 소프트웨어 지침(2009/4) 제5조 제1항, 제4조 제2항 등의 적용에 관한 것으로, 해당 소프트웨어 지침에서 소진의 대상으로 무체 카피(intangible copy)를 포함한다고 판시한 것이다(박성호, 앞의 책(주 37), 365면 각주 379) 참조). 즉, 소프트웨어지침상 소프트웨어의 다운로드도 무체 카피의 형태로 볼 수 있어 소진의 대상으로 긍정한 것이며, 소프트웨어 이외의 다른 무형 대상의 전송(다운로드 등)까지 소진을 긍정한 것은 아니다.

중고 전자책의 거래와 관련하여, 유럽사법재판소(CJEU)는 인터넷상에서 중고 전자책을 제공하는 것은 정보사회저작권지침(2001/29/EC) 제4조 제1항의 ‘배포권’이 아니라 ‘공중송신권(전송권)’과 관련되므로 권리소진원칙이 적용되지 않는다고 판결하여 앞선 판례와 반대되는 입장을 보이기도 했다.⁴⁸⁾ 이러한 유럽사법재판소의 상반된 결정은 컴퓨터프로그램과 전자책이 각각 저작권자에게 미치는 경제적 영향과 기술적 차이점을 구체적으로 검토하여 내린 결정이긴 하나, 디지털 저작물이라는 공통된 디지털 재화에 서로 다른 결론을 도출하여 혼란을 초래했다는 비판이 있다.⁴⁹⁾

3. NFT 콘텐츠의 권리소진이론 적용 필요성

(1) 개요

앞서 살핀 유럽사법재판소의 최근 결정에 따라, 디지털 저작물에 대한 권리소진이론의 적용에 대한 국제적인 경향은 부정적인 것으로 이해된다. 이러한 경향의 근거에는 디지털 저작물의 전송이 저작권자에 미치는 경제적 영향을 우려한 것으로, 기술적인 조치에 의해 이러한 우려가 해소된다면 디지털 저작물에도 통일되게 권리소진이론이 적용될 수 있을 것으로 생각된다. NFT 거래의 목적 및 NFT 기술의 특성을 고려해 디지털 저작물에 권리소진이론을 긍정하는 의견이 늘어나고 있는 추세이다.⁵⁰⁾ NFT의 합법적인

48) Case C-263/18 - Nederlands Uitgeversverbond, Groep Algemene Uitgevers v. Tom Kabinet., 19 December 2019, ECLI:EU:C:2019:1111.

49) Mezei, Péter, “The Doctrine of Exhaustion in Limbo—Critical Remarks on the CJEU’s Tom Kabinet Ruling”, *Jagiellonian University Intellectual Property Law Review*, Issue.2(2020), pp. 4-17.

50) Lim, Chelsea, “The Digital First Sale Doctrine in a Blockchain World: NFTs and the Temporary Reproduction Exception”, *Fordham Law Review*, Vol.91 Issue.2(2022), pp. 747-749.; Parker, Jordan, “NEW KIDS ON THE BLOCKCHAIN: HOW NFTS MIGHT BRING ABOUT A DIGITAL FIRST SALE DOCTRINE”, *Houston Law Review*, Vol.60 Issue.2(2022), pp. 469, 484-490.; Durham, Joshua, “Creating True Digital Ownership with the “First Sale” Doctrine”, *Wake Forest Journal of Business and Intellectual Property Law*

거래자에게 재판매권을 보장하기 위한 방편으로 권리소진이론이 적용되어야 하는 구체적인 이유를 나열하면 다음과 같다.

(2) 합법적 구매자 판별 가능

NFT로 링크된 디지털 저작물은 합법적인 거래의 증명이 가능하고, ‘대체 불가능’ 및 ‘원본증명’ 등을 통해 디지털 콘텐츠를 사적 재산과 유사하게 다룰 수 있는 속성을 부과하며,⁵¹⁾ 이러한 정보의 위변조가 불가능하다. 따라서 디지털 저작물을 전송받아 이용하는 사람이 현재 합법적인 구매자인지 아닌지를 확인할 수 있다. 유형적 매체에 저장되어 거래되는 디지털 저작물의 판매 시 유형적 매체를 현재 점유한 사람이 합법적인 구매자로 추정되는 것처럼, 디지털 저작물을 전송받은 사람이 NFT를 통해 합법적인 구매자로 확인되면 유형적 매체에 저장되어 거래된 디지털 저작물과 동일하게 취급이 가능하다고 생각된다.⁵²⁾ NFT를 통해 진정한 구매자로 증명된 경우 합법적인 경로를 통한 판매 등으로 인정될 것이므로, 권리소진이론이 NFT로 링크된 디지털 저작물(NFT 콘텐츠)에도 적용되어야 합리적이다.

(3) 저작권자의 경제적 이익을 침해하지 않음

NFT에 의한 디지털 저작물의 거래는 저작권자의 경제적 이익에 경쟁하지도 않는다. 저작권자는 NFT로 링크된 디지털 저작물(NFT 콘텐츠)의 판매를 통해 일정한 보상을 이미 받았고, NFT를 통해 합법적 거래와 불법적 거래의 구분이 쉬워지므로⁵³⁾ 디지털 저작물의 불법복제를 오히려 제한하는 효과가

Journal, Vol.23 No.3(2023), pp. 155-162.; Fisher, Katya, “Once upon a time in nft: Blockchain, copyright, and the right of first sale doctrine”, *Cardozo Arts & Ent. Law Journal*, Vol.37(2019), p. 634.; Reis, Sarah, “Toward a Digital Transfer Doctrine-The First Sale Doctrine in the Digital Era”, *Northwestern University Law Review*, Vol.109 Issue.1(2014), pp. 202-207.; 윤영진, 앞의 논문(주 9), 51-75, 66-68면.; 윤종수·표시영, “디지털 저작물의 NFT가 갖는 합의와 법적 보호”, 『법조』, 제70권 제6호(2021), 234-236면.

51) Çağlayan Aksoy, P 1 nar, & Zehra Özkan Üner, *Ibid.*, p. 1125.

52) Fairfield, Joshua AT, *Ibid.*, pp. 1304-1306.

있을 것이기 때문이다.⁵⁴⁾ 또한, 스마트 계약을 통한 저작권의 통제는 복사본의 숫자나 로열티를 효과적으로 조절할 수 있게 하고, 블록체인을 통해 중간 수수료를 제거할 수 있어 오히려 저작권자에게 이익이 될 수 있다.⁵⁵⁾ NFT 거래의 취지와 현실을 고려할 때 거래 당사자 사이에는 디지털 콘텐츠의 원활한 이용을 전제하고 있는 점으로부터 살피건대 합법적인 NFT 구매자의 저작물 이용 행위는 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌된다고 해석되지 않는다.

(4) 디지털 저작물의 거래 현실 고려

법적 소유권과 디지털 재화를 구매하는 사람들의 인식 사이의 괴리가 커서 소비자들은 디지털 재화의 재판매 등에 제약이 있을 수 있다는 법적 장애를 이해하지 못하는 것이 현실이고,⁵⁶⁾ 이러한 인식에 따른 잘못을 모두 소비자에게 부담시키는 것은 오히려 디지털 저작물 시장을 위축시키는 점을 고려할 필요가 있다. 디지털 재화의 거래가 주류로 바뀐 시점에서 전통적인 물권법적 해석에만 집착하여 법을 적용하는 것은 거래 현실을 반영하지 못하고 있는 점, 유체물과 달리 디지털 재화에 대하여만 원권리자에게 유독 더 큰 이익 및 통제권을 주는 것은 공평의 원칙상 타당하지 않은 점,⁵⁷⁾ 및 NFT가 표상하는 기술의 목표 및 NFT 거래의 취지를 고려할 때 더 이상 배포권에만 권리소진이론을 인정할 근거가 약해졌다고 생각된다.

53) 정우성, “복제하면 대번에 들키는 증명서, NFT[정우성의 미래과학 엿보기]”, 동아일보, <<https://www.donga.com/news/article/all/20210412/106357520/1>>.

54) NFT 저작물이라고 해서 합법적인 유통 이외의 복제가 불가능한 것은 아니다. 그러나 복제물을 개인적 사용 등의 저작권 제한 범위를 벗어나 사용하는 경우 그 사용에 대한 합법적인 근거를 제시하지 못한다면 모두 불법적인 것으로 추정함으로써 저작권자의 경제적 이익에 영향을 최소화할 수 있을 것으로 판단된다.

55) Parker, Jordan, *Ibid.*, pp. 490-492.

56) Peck, Joann, & Andrea W. Luangrath, “A review and future avenues for psychological ownership in consumer research”, *Consumer psychology review*, Vol.6 No.1(2023), p. 61.

57) 오승중, 앞의 책(주 31), 323-324면.

(5) NFT의 권리소진이론 적용 부정 의견에 대한 반박

통상 NFT의 권리소진이론을 부정하는 주된 근거는 ‘판매’가 아닌 ‘라이선스’라고 해석하기 때문이다.⁵⁸⁾ 이런 해석의 근거에는 디지털 콘텐츠는 복제가 너무 쉽고 배포 및 전송이 빨라 저작권자의 경제적 이익을 해한다는 점⁵⁹⁾이 주된 논거이다(근거 1). 또한, 권리소진이론이 적용되는 것으로 해석하더라도 ‘배포권’의 예외로서 권리소진이론을 규정할 뿐 ‘공중송신권 등’에는 권리소진이론이 적용되지 않는다는 점도 권리소진이론을 NFT 거래에 적용할 수 없는 이유이다(근거 2). 따라서 합법적인 NFT 구매자라 하더라도 NFT 콘텐츠를 유형물에 고정, 전송, 복제, 재판매하는 경우 저작권자의 저작권 침해를 구성하게 된다.

근거 1에 대한 반박은, 앞서 살핀 바와 같이, 디지털 저작물 유통 과정에서 이미 저작권자가 일정한 수익을 얻었고, 병행수입과 관련하여 동일인에 의해 유통된 경우 제품의 판매로 일단 경제적 이득을 취한 바 있으므로 이후 권리자의 재판매를 제한한다고 하더라도 경제적 인센티브를 부당히 해한다고 볼 수 없으며, 오히려 가격경쟁의 촉진 및 거래의 안정성 확보를 통해서 소비자 후생을 증진시킬 수 있다고 보는 점이 국제적 추세이며, NFT 기술의 적용으로 불법적 거래가 제한되어 합법적 거래가 양산될 것이며, 통상의 디지털 콘텐츠 거래와 달리 NFT 기술에 의해 희소성, 배타적 지배가능성, 독립거래 가능성이 있는 NFT 콘텐츠는 사적 재산과 같은 속성이 부과되어 있어 라이선스인 NFT 거래를 ‘판매 등’으로 보더라도 무리가 없다고 판단된다.⁶⁰⁾

근거 2에 대한 반박으로, 앞서 살핀 디지털 저작물의 거래 현실을 반영할 필요성 이외에도, 저작권법에서 배포권에 한정하여 권리소진이론의 적용을

58) Desiree Moshayedi, “Does the First Sale Doctrine Apply to NFTs?”, COLUM. L.SCH. BLOG, <<https://clsbluesky.law.columbia.edu/2022/01/05/does-the-firstsale-doctrine-apply-to-nfts/>>.

59) Durham, Joshua, Ibid., p. 153.

60) Lisa M. Tittlemore & Bailey Davall, “NFTs—A Novel Challenge for Traders, Investors and Copyright Lawyers”, SUNSTEIN INSIGHTS, <<https://www.jdsupra.com/legalnews/nfts-a-novel-challenge-for-traders-1062295/>>.

공정하는 것은 특허법 또는 상표법에서 권리소진이론이 넓게 인정되는 사정과 균형적이지 않기 때문이다. 특허법에서는 발명의 핵심을 구현하는 부품의 판매만으로도 권리소진이 발생한다고 보고 있고, 우리나라를 비롯한 미국, 일본, 유럽에서도 디지털 재화인 컴퓨터프로그램 발명이나 방법발명을 온라인에서 유통하는 것도 특허법상 실시의 범주로 포함시키고 있으며, 2022년 개정 상표법에서는 디지털 상품의 온라인 유통행위를 상표의 사용행위로 포섭하고 있어, 특허나 상표 분야에서는 온라인 전송에 의한 권리소진이론이 적용될 개연성이 저작권 분야보다 더 높다. 또한, CD에 담긴 디지털 재화의 거래를 판매로 의제하는 것도 CD에 담긴 디지털 재화의 불법 복제가 불가능해서가 아닌 현실적인 거래 사정을 반영한 결과이고,⁶¹⁾ 동일한 디지털 저작물이 CD에 저장되었는지 온라인상에 존재하든지 그 이용에는 별다른 차이가 없음에도 법적 취급을 달리하는 것은 타당하지 않음을 참고할 필요가 있다.⁶²⁾

마지막으로, NFT로 링크된 디지털 콘텐츠는 그 이용과 이전에 있어 복제가 필수적으로 수반됨에 반하여, 유체물은 그 이용과 이전에 있어 복제가 수반되지 않는다는 차이점이 있고, 복제가 수반되지 않은 유체물에 대한 권리소진이론은 적용할 수 있으나, 복제가 수반되는 디지털 콘텐츠에 대한 권리소진이론의 적용이 불가능하다는 의견도 있다.⁶³⁾ 그러나 NFT로 링크된 디지털 콘텐츠의 이용 과정에서 복수의 복제 행위가 있더라도 NFT라는 토큰에 의해 하나의 복제본만이 진본으로 인정되므로 디지털 콘텐츠의 이용 과정에서 '유일성' 및 '희소성'이 유지되는 점,⁶⁴⁾ 디지털 콘텐츠의 복제본은 유체물의 복제본과 달리 그 품질이나 내용에 차이가 없는 점, 복수의 복제본이 존재한다고 하더라도 NFT라는 토큰을 통해 합법적 경로와 불법적인 경로의

61) 박성호, 앞의 책(주 37), 362-363면.

62) 박경신, "NFT 아트를 둘러싼 저작권 쟁점들에 대한 검토", 『계간 저작권』, 제34권 제3호(2021), 34면.

63) 김현경, "NFT 콘텐츠 거래의 법적 쟁점에 대한 고찰", 『성균관법학』, 제33권 제3호(2021), 416면.

64) Lim, Chelsea, Ibid., pp. 750-751.

구매를 구분하여 합법적인 구매자를 구분할 수 있는 점, 음악파일 등이 CD 등에 담겨 거래된 경우에 권리소진이론이 적용 가능하다는 취지는 CD에 담긴 음악파일의 불법복제가 불가능해서가 아닌 정당한 권리자로부터 합법적인 거래를 통한 구매한 것이라는 점을 고려한 결정인 점 등을 기초로 판단컨대, 이용 과정에서 ‘복제’가 수반된다고 하더라도 NFT로 링크된 디지털 콘텐츠에 대한 권리소진이론의 적용에 장애가 되지 않는다고 생각된다.

한편, 디지털 저작물의 권리소진이론에 대한 논의와 관련하여, NFT 자체의 거래만으로는 복제나 전송을 수반하지 않아 복제 또는 전송을 필수적으로 수반하는 디지털 저작물의 권리소진이론과 NFT 거래를 같은 선상에서 평가하기 곤란하다는 의견이 있다.⁶⁵⁾ NFT 자체의 거래는 결국 NFT 콘텐츠에 대한 교환권 거래와 같은 지명채권의 양도에 해당할 뿐이므로 NFT 자체의 거래를 디지털 저작물의 권리소진이론과 동일하게 평가할 수 없음은 당연하다. 다만, NFT 자체만의 거래를 별도로 분리하여 디지털 저작물의 권리소진이론과 비교하는 것은 NFT 거래의 취지를 고려할 때 타당하지 않으며,⁶⁶⁾ NFT 자체의 거래가 권리소진이론과 관련이 없다 하더라도⁶⁷⁾ NFT 거래가 NFT 콘텐츠의 이용 과정을 전제하고 이루어짐을 고려할 때 NFT 자체의 거래 전후의 과정에서 이루어질 개연성이 높은 다수의 복제 행위에도 권리소진이론이 아무런 관련이 없다고 해석하는 것은 아니라고 생각된다.⁶⁸⁾

65) 박정훈, “NFT를 통한 권리소진 원칙 확장에 대한 재검토”, 한국저작권위원회 이슈리포트 22-7, 2022, 5면.

66) NFT 자체의 거래와 복제(전송) 사이에 시간적 차이가 존재할 뿐 NFT 거래의 매수인이 NFT 콘텐츠를 이용(다운로드 또는 전송)하지 않을 것이라고 예상되지 않기 때문이다. 구체적으로, NFT 광풍의 원인은 디지털 재화의 소유권 증명에 따른 재산상 이익을 긍정한 것이라는 점을 고려할 때 NFT 거래에서 ‘NFT의 이용(복제, 전송)’을 배제하고 NFT 자체의 거래만을 상정하는 것은 NFT의 재산상 이익을 부정하는 것과 같다. 또한, NFT의 저작권 관련 이슈들(저작권 침해, 재판매 이익, 추급권 등)을 논의하는 공간에서는 NFT 콘텐츠 이용 과정을 필수적으로 고려하고 있음에도 권리소진이론의 검토 과정에서만 NFT 콘텐츠 이용을 배제하고 NFT 자체만의 거래를 비교해 논의하는 것은 타당하지 않다고 생각된다.

67) 이대희, “NFT의 저작권 쟁점에 관한 연구”, 『저스티스』, 통권 제193호(2022), 331-333면.; 박정훈, 앞의 논문(주 65), 5면.

68) 미국의 ReDigi 사건에서, ReDigi의 서버에 업로드 되는 순간 이미 복제가 이루어져 복

따라서 NFT의 거래에서의 권리소진이론은, 본 연구에서 논의한 바와 같이, 디지털 저작물의 권리소진이론의 일반화 또는 확장보다는 NFT 거래에서의 선의의 당사자를 보호하는 측면에서 권리소진이론의 적용을 검토하는 것이 타당하며,⁶⁹⁾ 권리소진이론은 합법적인 NFT 구매자의 재판매권을 보호하는 용도로서 NFT 거래 전반에 적용될 필요가 있다고 생각된다. 이러한 논지를 기초로, 이하에서는 NFT 거래에 권리소진이론을 적용하기 위한 해석론에 대하여 구체적으로 살펴본다.

4. 해석론(대안 고찰)

(1) 해석론 또는 법 개정 필요성

현행법 체계하에서 NFT 거래에 권리소진이론을 적용하는 것은 불가능하여 창의적인 접근과 도전적인 시각 전환이 요구된다. NFT 거래의 안전성 확보 및 복잡성 해소를 위한 혁신적인 접근이 필요하고, 혁신적인 접근 방법으로 권리소진이론의 적용 가능성을 검토하겠다.

권리소진이론 이외에 합법적인 NFT 구매자를 보호하는 다른 대안으로, NFT 거래 이후의 '복제' 행위를 NFT 거래와 같은 채권적 계약에 따른 부수적인 절차로 평가하고, 이후의 '복제' 행위에 '공정이용'⁷⁰⁾이나 '저작물 이용과정에서의 일시적 복제'⁷¹⁾와 같은 원리를 적용할 수 있다면 권리소진이론

제권이 침해되는 것이고 이용자의 컴퓨터에서 해당 파일이 삭제되는지 여부(거래 과정에서 유일성이 유지되는지 여부)는 그러한 결론에 영향을 미치지 않으므로 불법 복제된 음악파일을 다시 판매하는 행위에 권리소진이론의 적용을 배제하였는데, 이는 이후의 삭제행위가 앞선 복제행위에 영향을 미치지 않는다는 의미이지 이후의 삭제행위를 배제하고 권리소진이론을 판단해야 한다는 뜻은 아니다. 한편, 거래 과정에서 '유일성 유지'가 권리소진이론에 미치는 영향 측면에서 ReDigi 사건은 NFT 거래에 참고할 만한 선례이나, 'Data Migration(전송 및 삭제)'은 기술적으로 불안전하고 거래 과정이 투명하게 관리되지 못해 NFT 기술과 동일 선상으로 평가하기 곤란하다.

69) 박정훈, 앞의 논문(주 65), 5면.; 이대희, 앞의 논문(주 67), 332면.

70) NFT의 거래에 '공정이용'이 적용되어야 하는 논리나 근거는 본 연구의 「IV. NFT 거래와 공정이용」에서 자세히 설명한다.

71) NFT의 거래에 '저작물 이용과정에서의 일시적 복제'의 적용에 대한 논의는 'Lim,

이 적용된 경우와 동일한 효과가 발생할 것으로 생각된다. 그러나 NFT 거래 과정에서의 복제 행위는 일시적 복제에 해당하지 않고, 공정이용에 대하여는 후술하겠으나 이 또한 저작권 분야를 넘어서 다른 지식재산권법 영역까지 확장하기에 제약이 있다. NFT 거래의 안전 및 복잡성을 해소하기 위한 접근 방법으로 권리소진이론은 모든 지식재산권법 영역에 적용할 수 있고 미국에서는 배포를 전송의 개념까지 포함하고 있는 점(송신에 의한 배포)을 고려할 때 바람직한 대안으로서 적극적으로 검토할 필요가 있다고 생각된다.

(2) 저작권법 제20조의 ‘판매 등’의 해석

우리 저작권법 제20조에는 ‘판매 등의 방법으로 거래에 제공된 경우’라고 기재되어 있고, ‘판매 등’의 해석을 판매 및 이와 유사한 거래 수단으로 확장 해석할 경우, 디지털 저작물의 NFT 거래를 포함하는 것으로 해석할 여지도 있다고 생각된다.⁷²⁾ 즉, ‘판매 등’의 의미는 처분권이 양도된 경우로 볼 수 있는 경우로 해석되고, 앞서 검토한 바와 같이 NFT를 통한 디지털 재화의 거래는 라이선스보다 판매계약에 가까운 속성을 보이기 때문에, NFT 거래도 그 기술적 특성 및 NFT 거래 당사자의 의도를 고려할 때 ‘판매 등’으로 포섭될 수 있다고 생각된다.

(3) ‘배포권’의 유추적용을 통한 ‘전송 행위’의 포섭

‘배포’와 ‘전송’을 구분하는 견해는 기술발전에 의한 ‘전송 또는 다운로드’와 같은 거래가 더 일반화된 현실을 간과한 해석이며,⁷³⁾ ‘전송’이 거래의 주된 흐름으로 자리 잡은 현실에서 ‘공중송신권’에 대한 권리 제한 법리의 부존재는 저작권자에게 과도한 보상을 주는 것이 아닌지 검토할 필요가 있다. 또한 ‘전송’도 NFT와 같은 기술을 통해 합법적인 유통경로를 통한 거래임을 확인할 수 있어 ‘배포’와 구분하여 달리 취급하는 것은 더 이상 합리적이지

Chelsea, Ibid., pp. 753-754’를 참고하기를 바란다.

72) NFT 거래를 ‘판매 등’에 포섭한다고 하더라도, 우리 저작권법은 ‘배포권’에만 권리소진 이론을 긍정하고 있어 한계가 있다.

73) 신창환, 앞의 논문(주 43), 118-212면.

않다고 생각된다. 그리고 권리소진이론과 같은 권리 제한 법리가 배포권에만 적용된다는 좁은 해석에 의해 자칫 저작권법 때문에 다른 특정한 지식재산권법이 허용한 공익적 목적 달성이 우회적으로 부정되게 될 수 있음을 고려할 필요가 있다. 예를 들어, 권리소진이론이 적용되지 않아 디지털 재화에 대한 창작자의 권리는 디지털 재화의 반복적인 거래에도 불구하고 제한되지 않을 것이며, 이는 유체물에 대한 저작권자보다 디지털 재화에 대한 저작권자를 더욱 두텁게 보호하는 결과를 초래한다. 이에 따라, 디지털 저작물에 대한 공중의 이용이 제한되고, 디지털 재화와 관련된 지식재산권의 양도를 어렵게 하여 관련 산업의 발전을 저해할 수도 있으며, 결국 공중의 이익에 반하는 결과를 낳을 수 있다. 한편, 제품을 재포장했다 하더라도 그 사실을 대중에게 고지한 경우 혼동우려가 없어 상표권의 소진을 긍정한 미국의 선례⁷⁴⁾와 일정 요건이 충족된 경우 방법발명을 구현한 물건 또는 반제품의 판매만으로도 특허권이 소진될 수 있다는 선례⁷⁵⁾는 유형물의 배포 경우에만 저작권의 소진을 긍정하는 것과 비교하여 실제 거래 현실을 더 반영한 결과이고 동시에 권리자에게 부당한 이득을 더 이상 허용하지 않아야 한다는 대전제를 고려한 결과이다. 또한, 미국의 경우 ‘송신에 의한 배포(distribution by transmission)’를 배포의 유형으로 인정하고 있는 점도 고려할 필요가 있다⁷⁶⁾. 그러므로 ‘권리소진이론’은 배포권뿐만 아니라 공중송신권 등의 저작재산권에 모두 적용되어 소유권 또는 다른 지식재산권과 저작권의 충돌과 조화를 위한 수단으로 활용되어야 한다고 생각된다.⁷⁷⁾

74) Enesco Corp. v. Price/Costco Inc., 146 F.3d 1083(9th Cir. 1998).

75) 대법원 2019. 1. 31. 선고 2017다289903 판결.

76) 미국의 경우 ‘송신에 의한 배포(distribution by transmission)’를 배포의 유형으로 인정하고 있어(미국 저작권법 제106조(3) 및 제109조(a)), 유형물의 유통만을 배포권의 대상으로 하고 있는 우리나라를 비롯한 세계 각국과 상이한 입장을 취하고 있다(박성호, 앞의 책(주 37), 366면).

77) 이상정, “소유권과 저작권의 충돌과 조화에 관한 일고”, 『산업재산권』, 제33호(2010), 250-252면.

(4) 권리소진이론이 적용 가능한 경우와 그렇지 않은 경우

권리소진이론의 적용 필요성을 수긍한다고 하더라도, 유체물에 대한 권리소진이론이 일률적으로 NFT 거래에 적용된다고 할 수 없다. 따라서 권리소진이론의 적용 가능성 유무에 따라 구분할 필요가 있다.

먼저, NFT가 실물 저작물을 기초로 발행된 경우, NFT를 통한 거래가 이루어졌더라도 거래의 대상인 실물 저작물의 인도가 이루어지지 않으면 거래가 완료된 것으로 볼 수 없을 것이다. 즉, NFT 자체의 거래를 통해 NFT를 매수한 자는 민법 제449조에 따른 지명채권의 양도 또는 계약상 지위의 이전 등에 의해 NFT에 의해 지정된 실물의 양도 청구권을 가진 것으로 볼 수 있을 뿐이다.⁷⁸⁾ 따라서 합법적인 거래의 완성은 실물 저작물의 인도가 완료된 시점으로 봐야 할 것이며, 그때부터 권리소진이론의 적용이 가능하다고 보는 것이 타당하다. 결국 통상의 유형적인 저작물 거래와 동일하게 권리소진이론이 적용된다고 할 것이다.

다음으로, NFT의 원저작물이 디지털 저작물인 경우, 유형물의 이전이 수반되지 않으므로 어느 시점을 거래의 완성으로 볼 것인지 문제된다. NFT 자체만을 거래한 경우, NFT 콘텐츠의 복제나 전송은 이루어지지 않았기에 권리소진원리가 적용된다고 보기 어렵다. 그러나 이후 NFT를 매수한 사람이 NFT에 첨부된 URI를 통해 NFT 콘텐츠를 다운로드한 경우 권리소진이론이 적용된다고 봄이 타당하다. 즉, NFT 자체만의 거래는 NFT 콘텐츠의 합법적인 거래의 완성으로 보기 어렵다. 다만, NFT 거래의 기술적 특징을 고려해 유형물에 고정된 ‘배포’의 경우만이 아니라 전송, 복제 등 NFT 콘텐츠의 이용 행위가 있을 경우 NFT 거래가 완성된 것으로 보아 권리소진이론의 적용을 검토하는 것이 타당하다고 생각된다.

78) 저작권 이용권의 양도는 채권양도가 아니라 계약인수로 보는 것이 타당하다는 의견(오승중, 앞의 책(주 31), 343면)도 있다.

IV. NFT 거래와 공정이용

1. 논의의 시작

저작권자인 비플(Beeples)로부터 약 7만 달러를 지불하고 디지털 그림을 구매한 사람이 단지 수집의 목적으로 “〈Everydays : The First 5000 Days〉”를 구매한 것이라고 단정하는 사람들은 없을 것이다. 또한 디지털 콘텐츠를 구입하는 일반적인 사람들의 인식에 대한 연구⁷⁹⁾를 보더라도 단지 제한된 범위에서 디지털 콘텐츠를 이용하기 위해 NFT를 구매했다고 하기엔 소비자 보호에 무색한 변명에 불과하다. 특히 NFT를 통한 거래에서는 NFT가 표상하는 기술의 목표 및 NFT 거래의 취지를 고려할 때 적절한 NFT 구매자의 보호가 더욱 요구된다고 할 것이다. 다만 어떻게 규제하고 어떻게 보호할 것인지에 대한 방법론적인 논의가 남아 있을 뿐이다.

공정이용은 타인의 저작물 등을 허락 없이 사용한 경우 침해 위험에서 벗어나기 위한 좋은 항변이다. 다른 저작권 제한 사유와 달리 상업적인 이용이라 하더라도 효과적인 항변이 될 수 있기 때문이다. 허락을 받지 않고 타인의 것을 기초로 NFT로 발행한 경우에도 공정이용이 좋은 항변 사유이며, 상황에 따라 공정이용 항변은 허용될 수 있을 것이다.⁸⁰⁾

그러나 무권리자의 민팅 행위는 상업적이고, 원저작물의 이용 목적과 동일한 목적으로 거래하는 것이며, 변형적 이용으로도 보기 어렵고, 저작권자의 경제적 이익을 침해하기 때문에 공정이용이 적용될 여지가 낮다. 다만, 본 연구에서 검토하고자 하는 부분은 합법적인 NFT 거래를 통해 NFT 콘텐츠를 구매했더라도 디지털 저작물에 권리소진이론이 적용되지 않기 때문에

79) 본 연구의 각주 25), 26), 56) 참조.

80) Sullivan, Sean, ““NFTs: Future or Fad?” Excerpts from a Practical Discussion of NFT Use Cases and Copyright Concerns Raised by NFT Offerings”, Columbia. *Journal of Law & Arts*, Vol.45 No.3(2021), pp. 369-370.

정당한 거래자를 보호하기 어려운 현실을 고려하여 공정이용 법리를 확대하여 NFT를 합법적으로 구매한 자의 재판매권 및 이용권을 보호할 수 있는지 검토하고자 한다. 이러한 논의는 공정이용 법리를 저작권격권, 상표 및 특허 등으로 확대하려는 시도,⁸¹⁾ 부정경쟁방지법에서 보충적 일반 조항⁸²⁾을 신설한 취지, 및 미국에서 공정이용 법리⁸³⁾를 미국 수정헌법 제1조가 규정하고 있는 표현의 자유를 중재하는 안전장치로 보고 있는 점⁸⁴⁾과 맥이 닿아있다 할 것이다. 이하에서는 공정이용의 개념, 판단기준, 참고할 만한 판례에 대하여 살펴본 후, 합법적인 NFT 구매자의 저작물 이용 행위를 공정이용으로 포섭할 수 있는지 살펴보겠다.

2. 공정이용 개요

우리 저작권법 제1조는 “이 법은 저작자의 권리와 이에 인접한 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지함을 목적으로 한다.”라고 규정되어 있다. 이로부터 우리는 저작물의 공정한 이용의 경우에는 저작권자의 권리를 제한하여 저작물을 이용할 수 있도록 하는 것이 문화 및 관련 산업의 발전에 이바지한다고 본 것임을 쉽게 이해할 수 있다. 그래서 우리 저작권법은 저작재산권의 제한 관련 규정들을 나열하고 있으나,⁸⁵⁾ 이에 해당하지 않더라도 공정이용이 성립할 수 있는 여지를 폭넓게 인정하는 포괄적 공정이용 조항⁸⁶⁾을 두고 있다.

저작권법 제35조의5에 의한 공정이용이 인정된다면 저작권자의 허락 없이 저작물을 이용하더라도 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하

81) 박준석, “저작권법 제28조 인용조항 해석론의 변화 및 그에 대한 비평”, 『서울대학교 법학』, 제57권 제3호(2016), 210면.; 송선미, “지식재산권 효력제한 사유로서의 공정이용의 법리”, 『아주법학』, 제12권 제3호(2018), 88-97면.

82) 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률 제2조 제1호 파목.

83) 미국 저작권법 제107조.

84) Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539, 560(1985).

85) 저작권법 제23조부터 제35조의4, 제101조의3부터 제101조의5.

86) 제35조의5(저작물의 공정한 이용).

고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 않는 경우여야 한다. 저작물의 공정이용에 관한 규정은 데이터베이스 제작자의 권리에도 그대로 준용된다.⁸⁷⁾ 이러한 공정이용 법리는 기존의 개별적인 저작재산권 제한 사유만으로는 기술발전에 따른 새로운 저작물 이용 형태를 저작권법 목적에 부합하도록 해결할 수 없다는 한계를 인정하여 미국의 법리를 참고해 2011년 도입된 것으로, 다른 저작재산권 제한 사유와 비교하여 영리성 여부에서 더 자유로워⁸⁸⁾ 포괄적인 저작권 행사에 대한 방어논리로 활용되고 있다. 즉 공정이용 규정은 개별적인 저작권 제한 규정과 달리 탄력적으로 운용될 수 있는 장점이 있으나 구체적 판단기준이 너무 모호해 예측가능성이 낮아 법적 안정성을 해친다는 비판이 있다.

3. 공정이용 판단 기준

저작권법 제35조의5에 의한 저작물의 공정한 이용에 해당하기 위해서는, 허락 없이 저작물을 이용하는 행위가 i) 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고, ii) 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우로 한정된다. 이에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 a) 이용의 목적 및 성격, b) 저작물의 종류 및 용도, c) 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성, d) 저작물의 이용이 그 저작물의 현재 시장 또는 가치나 잠재적인 시장 또는 가치에 미치는 영향을 고려하여야 한다. 예를 들어, 이용 목적이나 성격이 상업적이거나 영리성을 추구하는 경우 공정이용의 적용에 부정적이다.⁸⁹⁾ 그리고 저작물의 성격이나 종류가 사실적 저작물(factual

87) 저작권법 제94조(데이터베이스 제작자의 권리 제한).

88) 공정이용의 적용에 있어 비영리성은 절대적인 기준이 아니다. 비영리적이면 공정이용의 성립에 긍정적인 요소가 되나, 다른 기준들과 함께 공정이용을 판단하는 하나의 척도에 불과하다.

89) 미국 연방대법원은 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 사건에서 비상업적이라고 해서 모두 공정이용에 해당할 수는 없으며, 미국에서의 거의 모든 저작물 이용 유형은 상업적일 가능성이 있다고 하였다(*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 584(1994).). 비영리적이거나 교육 목적은 공정이용을 결정하는 하나의 요소일 뿐 다른

works)에 해당할 경우 창작적 저작물(creative works)에 비하여 공정이용에 해당할 개연성이 높다.⁹⁰⁾ 그러나 영리적인 목적으로 창작적 저작물을 이용하였다 하더라도 그러한 이용이 공익적 가치가 크고 결과적으로 이용자들의 문화 및 관련 산업의 발전에 기여한다면 공정이용에 긍정적이다. 또한 저작물의 통상적인 이용 방법과 다른 방법으로 저작물을 활용하는 경우, 즉 변형적 이용(transformative use)의 경우에 공정이용에 긍정적이다. 공익적 가치가 크고 변형적 이용에 해당한다고 하더라도 결과적으로 저작권자의 정당한 이익을 부당하게 해치거나 저작물의 현재 또는 잠재적인 시장을 대체하는 경우에는 공정이용에 부정적이다. 한편 저작물의 이용된 부분이 전체에서 차지하는 비중이 작거나 그 중요성이 높지 않아 결과적으로 저작권자의 정당한 이익을 해치는 정도나 저작물에 대한 수요자를 대체하는 정도가 낮다면 다시 공정이용에 긍정적인 요인으로 평가될 수 있다.

위의 요소들은 개별적으로도 평가되나 그 특성상 서로 영향을 미치는 요소들이기 때문에 통합적으로도 평가된다. 예를 들어, 저작물 중 이용된 부분이 작거나 이용된 저작물의 양이 적은 경우 비영리적인 개인적 이용에 해당하거나 저작권자의 정당한 이익에 경쟁하지 않는 저작물 이용에 해당할 개연성이 높다. 그러나 저작물 중 이용된 부분이 크거나 이용된 저작물의 양이 많을수록 원저작물을 대체할 가능성이 커져 원저작물의 경쟁력은 시장에서 저하될 개연성이 높다. 또한 저작물의 통상적인 이용 방법과 달리 변형적으로 이용한 경우, 그 저작물의 현재 또는 잠재적 시장에 미치는 영향이 적을 뿐만 아니라 이용자의 독창적 이용에 의해 오히려 원저작물의 가치가 증진될 수 있다. 이처럼 위 고려사항들이 미치는 영향을 전체적으로 살펴서 공정이용의 성립 여부를 결정하는 것으로, 어느 하나의 고려사항이 결정적인 기

요소와 함께 고려되어야 한다는 공정이용 판단의 기본적인 입장을 밝힌 것이다.

90) 저작물은 사실적인 부분과 창작적인 부분이 공존하기 마련인데, 전체 저작물 중 사실적인 부분이 많은 저작물(법안 설명 자료, 판례 등)의 경우 그 이용에 있어서도 사실적인 부분의 이용이 많을 것이므로 저작권자를 두텁게 보호할 필요성이 낮아지고 그 이용을 장려하는 것이 저작물의 용도 및 성격상 바람직하다. 그러나 사실적 저작물이라 하더라도 이용자가 창작적인 부분만을 선택하여 이용한 경우 공정이용에 해당할 개연성은 낮아진다.

준이 될 수 없고, 각 고려사항의 가중치도 고정된 것이 아닌 사건별로 각 고려사항의 가중치를 개별적으로 판단해 공정이용 여부를 결정하는 것으로 이해된다.

한편, 타인의 저작물을 변형 또는 패러디한 경우 공정이용이 긍정되는 사례와 그렇지 않은 경우가 병존하는데, 이를 구분하는 중요한 기준은 변형적(transformative) 이용 여부이다. 미국 법원에 의하면 변형적 이용은 단순히 원저작물을 대체할 것으로 이용된 것인지 또는 원저작물의 표현(expression), 의미(meaning), 메시지(message)를 변경하는 것인지를 구분하여 판단한다고 한다. 즉 단순히 원저작물의 전달방식을 달리하거나 표현 방식을 변경한 경우에는 변형적 이용에 해당하지 않으나, 원저작물의 목적이거나 가치와 다른 새로운 목적이거나 가치를 추가하여 원저작물과 관련성이 인정되거나 이용자의 이용 방식에 독창적인 기여가 인정된 경우 변형적 이용에 해당할 여지가 높아진다. 비판, 비평, 또는 패러디 등의 목적으로 저작물을 이용한 경우 변형적 이용에 해당한다. 패러디는 하나의 비평 형식에 해당하며, 비평의 대상에 타깃이 된 원저작물이 포함되어 있으나, 단순히 원저작물을 비평하거나 논평하는 데 그쳐서는 안 되고 새로운 표현이나 의미 또는 주장을 포함하는 패러디의 경우 공정이용이 긍정될 수 있다. 이러한 기준은 패러디에 대한 중요 판결인 *Campbell v. Acuff-Rose Music Inc.* 사례⁹¹⁾에서 도출된 것이다. 예를 들어, NFT 콘텐츠가 충분히 “변형”되었거나 기존 작품의 패러디에 해당할 경우에, 즉 NFT 콘텐츠가 기존에 있던 만화 캐릭터를 바탕으로 만들어졌고 그 만화 캐릭터를 풍자할 목적으로 만들어졌으며 충분히 변형적이었다고 인정된다면 공정이용을 인정받을 수 있을 것이다.⁹²⁾

91) *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569(1994)., 기존 노래의 로맨틱한 가사가 “a bawdy demand for sex and a sigh of relief from paternal responsibility”로 바뀐 부분을 지적하면서 패러디로 분류하여 공정이용을 인정한 사례이다. 원작의 가사를 변경하고 악곡도 랩풍으로 변조한 것이 문제가 된 이 사건에서, 하급심은 상반된 판결을 보여주었는데 연방대법원은 상업적 패러디도 공정이용으로 인정될 수 있으며 상업성 여부나 저작권자에게 미치는 경제적 영향보다는 패러디의 특성을 종합적으로 고려하는 것이 중요하다고 판시하면서 피고작품이 패러디에 해당하며 공정이용에 해당한다고 보았다.

4. 합법적인 NFT 구매자의 공정이용

(1) 문제의 제기

합법적인 NFT 구매자의 저작물 이용 행위를 공정이용으로 포섭할 수 있는지 살펴보겠다. 앞서 구체적으로 살펴보았듯이, 디지털 저작물의 합법적인 거래는 ‘판매’가 아닌 ‘이용허락 또는 라이선스’로 보고 있어 권리소진이론이 적용될 수 없으며, 저작권법 제20조의 ‘판매 등’의 의미에 ‘라이선스’가 포섭되어 권리소진이론이 적용되는 것으로 해석하더라도 ‘배포권’의 예외로서 권리소진이론을 규정할 뿐 ‘공중송신권 등’에는 권리소진이론이 적용되지 않는다. 따라서 합법적인 NFT 구매자라 하더라도 NFT 콘텐츠를 유형물에 고정, 전송, 복제, 재판매하는 경우 저작권자의 저작권 침해를 구성하게 된다. 저작재산권까지 양도된다는 계약내용이 없으면 일단 저작재산권은 저작권자에게 유보되기 때문이다. 저작재산권을 양도한다는 계약이 있더라도 저작인격권은 양도될 수 없어 합법적인 NFT 콘텐츠 구매자의 이용 또는 재판매 행위는 큰 제약이 뒤따른다.

이러한 법 논리는 우리나라뿐만 아니라 미국, 유럽, 일본 등에서도 동일하게 적용될 것으로 보이며, 법 해석론의 변경이나 법을 개정하기 전까지는 합법적인 NFT 구매자의 저작물 이용 행위를 보호할 수 있는 방법이 없다. 이런 법률적 장애는 NFT의 응용과 확장을 제한하여 NFT 관련 산업을 위축시킬 것이고, NFT의 기술적 특징 및 NFT 거래의 취지와 현실에 부합하지 않는다. 따라서 현행법의 해석상 합법적인 NFT 구매자를 보호하는 방안을 생각해 낼 필요가 있다.

92) Conrad, Mark, “Non-Fungible Tokens, Sports, and Intellectual Property Law Issues: A Case Study Applying Copyright, Trademark, and Right of Publicity Law to a Non-Traditional Ownership Vehicle”, *Journal of Legal Aspects of Sport*, Vol.32(2022), p. 140.

(2) 공정이용 법리의 확대 적용 가능성 검토

1) 디지털 저작물과 공정이용에 대한 선행 연구

디지털 저작물에 대한 저작권자의 통제력은 실물 저작물에 대한 저작권자의 통제력보다 높아 타당하지 않다는 점은 앞의 권리소진이론을 논하는 단락에서 살펴보았다. 이러한 이유로 오래전부터 디지털 저작물에 대한 공정이용 법리를 적용해야 한다는 논의가 있어 왔다. 디지털 저작물에 대한 기술적 보호조치의 문제점을 지적하며, 디지털 저작물의 기술적 보호조치는 공중의 접근을 차단함으로써 기술적 보호조치에 공정이용 법리가 적용되어야 한다고 주장하는 의견이 있다.⁹³⁾ 즉, 저작권자가 기술적 보호조치에 의해 접근을 통제할 경우 보호기간이 도과하여 공공의 영역(public domain)이 된 저작물 또는 창작성이 없는 저작물 등 저작권으로 보호되지 않은 저작물 등이 기술적 보호조치를 통해 보호받게 되어 저작물의 거래와 유통이 차단되어 공중의 접근권이 제한되게 되는 문제가 있으며, 이러한 문제를 해결하기 위해 기술적 보호조치의 이용통제조치뿐만 아니라 접근통제조치에도 공정이용 법리가 적용되어 권리자와 이용자 사이의 적절한 이익 균형을 도모해야 한다고 한다.

NFT 기술도 선행 연구의 ‘기술적 보호조치’와 유사한 기능을 가지고 있다고 판단된다. 즉, 타인의 불법 NFT 민팅은 그 기술적 특징상 사적 재산과 같이 다루는 속성이 있어, 공중은 해당 NFT로 연결된 NFT 콘텐츠가 NFT 발행자(민터)의 소유에 해당하는 것이라고 오신할 수 있어, 실제로 공공의 영역(public domain)이나 저작권 보호 기간이 만료된 것임에도 공중의 이용이나 접근이 제한되는 문제점은 위 선행 연구와 동일하다. 따라서 디지털 저작물의 거래와 유통을 활성화시키고 공중의 접근성을 확보하고 합법적인 NFT 구매자의 NFT 콘텐츠의 이용과 재판매를 보장하기 위한 방편으로 공정이용 법리가 합법적인 NFT 거래에 적용되어야 한다고 생각한다. 이외에도, 앞서 검토한 선행 연구와 동일하게, 기술적 보호조치는 저작물의 공정한 이용을

93) 강신하, “디지털 저작물의 보호와 통제”, 『법제』, 통권 제660호(2013.6), 109-115면.

방해함으로써 저작권법의 궁극적인 목적인 ‘문화 및 관련 산업의 향상발전’을 저해할 우려가 있어 공정이용 법리를 확대 적용해야 한다는 논의,⁹⁴⁾ 디지털 도서관 등 디지털 저작물의 이용에 공정이용 법리가 확대 적용되어야 한다는 논의,⁹⁵⁾ 디지털기술과 정보통신기술의 발달로 인한 급격한 저작권 관련 환경 변화에 적절히 대응하기 위하여 현재의 저작권 제한의 규정 체계를 개선하고 공정이용의 저작권격권의 확대 적용을 위한 방안들을 제시하는 논의⁹⁶⁾ 등이 있다. 이와 같은 선행 연구를 기초로, NFT 거래에 대하여 저작권법 제35조의5에 의한 공정이용의 적용 가능성을 검토하면 다음과 같다.

2) 저작권법 제35조의5의 제1항에 따른 검토

법을 새로 제정하거나 수정함이 없이도 기존의 공정이용 법리를 탄력적으로 해석하는 것만으로도 합법적인 NFT 구매자의 저작물 이용 행위를 보호하는데 소기의 성과를 달성할 수 있을 것으로 생각된다. 합법적인 NFT 거래는 ‘대체 불가능’, ‘원본증명’ 등을 통해 디지털 콘텐츠를 사적 재산과 유사하게 다룰 수 있는 속성을 부과하는 점, NFT 거래의 취지와 현실을 고려할 때 거래 당사자 사이에는 디지털 콘텐츠의 원활한 이용을 전제하고 있는 점, 따라서 합법적인 NFT 구매자의 저작물 이용 행위는 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌된다고 해석되지 않은 점, 저작권자는 NFT로 링크된 디지털 저작물의 판매를 통해 일정한 보상을 이미 받았고 NFT를 통해 합법적 거래와 불법적 거래의 구분이 쉬워지므로 디지털 저작물의 불법복제를 오히려 제한하는 효과가 있어 저작권자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 않는 점 등을 고려할 때, 합법적인 NFT 구매자의 저작물 이용 행위는 저작권법 제35조의5의 제1항에 해당하는 것으로 판단된다.

94) 박주현, “저작권법상 기술적 보호조치와 공정이용에 관한 연구”, 『법학논총』, 제40권 제4호(2020), 300-302면.

95) 최원석, “디지털 저작물의 공정이용에 관한 소고”, 『동아법학』, 통권 제44호(2008), 309-310면.

96) 나강, “저작권 제한의 규정 체계 개선에 관한 소고 -저작권격권에 대한 공정이용의 확대 적용을 중심으로-”, 『인문사회과학연구』, 제60집(2018), 35-36면.

3) 저작권법 제35조의5의 제2항에 따른 검토

또한, 합법적인 NFT 구매자의 저작물 이용 행위는 상업적이나 공정이용의 적용에 있어 비영리성은 절대적인 기준이 아니고, 개별적인 저작재산권 제한 사유만으로는 기술발전에 따른 새로운 저작물 이용 형태를 저작권법 목적에 부합하도록 해결할 수 없다는 한계를 인정하여 포괄적인 공정이용 규정이 도입되었다는 점은 합법적인 NFT 구매자의 재판매권을 허용하자는 본 논의의 목적 및 취지 측면에서 부합된다. 그리고 NFT 거래는 저작권자의 이익을 극대화하는 새로운 유형의 저작물 거래 및 유통 방식이므로 결과적으로 저작권자의 정당한 이익을 해치지도 않고 저작물에 대한 수요자를 대체하지도 않으며, 합법적인 NFT 구매자의 저작물 이용 행위 또는 재판매 행위는 저작물의 유통과 이용을 촉진하여 관련 문화 산업의 발전을 촉진하는 공익적 가치가 크며, 저작물이 속한 현재 시장 또는 가치나 잠재적 시장 또는 가치를 확대하는 긍정적인 효과가 있다고 판단된다.⁹⁷⁾ 예를 들어, NFT로 민팅하는 실물 저작물이 늘어날수록 NFT를 기초로 디지털 저작물(NFT 콘텐츠)에 접근하기 쉬워진 일반 공중은 더 많은 저작물 향유 기회를 얻게 된다. 이런 저작물에 대한 접근성의 확대는 일반 공중이나 저작권자들에게 새로운 기회를 창출하는 기폭제가 될 것으로 기대되기 때문이다.

그리고 실물 저작물을 기초로 NFT가 발행된 경우 실물 저작물을 디지털 세계에서 이용할 수 있도록 하는 것은 단순히 표현 방식을 변경하는 것이 아닌 신기술을 적용하여 디지털 공간에서 누구나 실물 저작물에 접근할 수 있도록 함과 동시에 NFT 기술을 통해 구매자만이 저작물을 상업적으로 이용할 수 있도록 하기 때문에 원저작물의 목적이나 가치와 다른 새로운 목적이나 가치를 추가한 것으로 판단된다. 즉, 단순히 표현 형식 변경에 그치는 디지털 트윈과 달리 디지털 재화에 희소성과 고유성을 부과하였기에 저작물의 이용 방식에 독창적인 기여가 인정되며, 실물 저작물의 통상적인 이용 방법과 다른 방법으로 저작물을 활용할 수 있게 하는 것으로 변형적 이용이 긍정될 수 있다고 판단된다.

97) Carroll, Rebecca, Ibid., pp. 989-991.

마지막으로, 합법적인 NFT 구매자의 저작물 이용 행위가 제한되는 것은 저작권법 때문에 다른 특정한 지식재산권법(상표권, 부정경쟁방지법 등)이 허용한 공익적 목적 달성이 우회적으로 부정되게 될 수도 있다. 그러므로 권리소진이론의 적용이 불가능하다면, 공정이용의 법리를 확대 적용하여 배포권 뿐만 아니라 공중송신권 등의 저작재산권 및 저작인격권에 모두 적용될 수 있도록 하여 소유권 또는 다른 지식재산권과 저작권 사이의 충돌과 조화를 위한 원칙으로 일반화시켜야 한다고 생각한다. 다만, 전통적인 잣대로서는 어려움이 있고, 규제당국 및 법원의 혁신적이고 선제적인 시각과 접근 태도가 요구된다.

V. 결론

NFT의 확장과 응용이 빠르게 진행되고 있는 상황에서 NFT 관련 법적 쟁점들을 사전에 정비하여 법적 안정성을 구축할 필요성이 크다. NFT 관련 법적 쟁점들 중 NFT 거래의 정체성에 대한 문제는 NFT 거래의 법적 취급에 대한 논제로, NFT 거래는 거래 당사자들의 의도와 달리 ‘판매계약’이 아닌 ‘라이선스’로 취급됨에 따라 많은 문제점이 야기될 수 있음을 확인하였다. 구체적으로, 디지털 재화에 대한 소유권과 유사한 배타적 권리 이전을 목적으로 NFT 거래를 진행하였더라도 현행 권리소진이론의 해석상 문제로 합법적인 NFT 구매자의 재판매권 행사 또는 상업적 이용에 제약이 존재할 수 있다. 이런 법적 장애는 NFT 기술의 확장과 응용을 제한하여 NFT 관련 산업의 발전을 저해할 수 있다. 따라서 현행법상 NFT 거래의 안정성을 확보하는 방안에 대한 연구가 필요한 실정이다. 이에 본 연구에서는 NFT의 기술적 특징과 거래 현실을 고려해 NFT 거래에 권리소진이론을 확장·적용하는 것이 타당함을 논증하였다. 구체적으로, 라이선스인 NFT 거래를 저작권법 제20조의 ‘판매 등’에 포섭하는 해석론과 ‘배포’에 ‘전송’을 유추적용 가능함을 논증하였다. 이러한 해석론을 보완하고, 권리소진이론의 한계를 극복하기

위한 대안으로 공정이용의 법리가 합법적인 NFT 거래에 적용될 수 있음을 논증하였다. 상업적이나 비영리성은 절대적인 기준이 아니고, NFT 거래는 저작권자의 이익을 극대화하는 새로운 유형의 저작물 거래 및 유통 방식이므로 저작권자의 정당한 이익을 해치지도 않을 뿐만 아니라 저작물에 대한 수요자를 대체하지도 않으며, 오히려 저작물에 대한 공중의 접근성을 늘려 저작물이 속한 현재 시장 또는 가치나 잠재적 시장 또는 가치를 확대하여 관련 문화 산업의 발전을 촉진하는 공익적 가치가 커서 공정이용 법리의 확대 적용을 통해 합법적인 NFT 구매자의 재판매권 또는 상업적 이용을 보호할 수 있음을 논증하였다.

위 논의를 종합하면, 거래 현실과 당사자 의사에 부합하는 새로운 권리 보호 프레임을 구현함으로써 사회적 편익이 증가하고, 궁극적으로 지식재산권 제도의 목적인 “지식재산의 창출·보호 및 활용을 촉진하고 그 기반을 조성하기 위한 정부의 기본 정책과 추진 체계를 마련하여 우리 사회에서 지식재산의 가치가 최대한 발휘될 수 있도록 함으로써 국가의 경제·사회 및 문화 등의 발전과 국민의 삶의 질 향상에 이바지하는 것을 목적으로 한다.”라는 지식재산 기본법 제1조의 취지에 정확히 부합한다고 본다. 일반 소비자나 이용자의 상식에 부합하는 법률을 구현함으로써 법과 현실 사이의 괴리를 매울 수 있는 요긴한 방법론이라고 평가된다.

참고문헌

〈단행본(국내 및 동양)〉

- 김미경 외 8인, 『세븐테크』, 웅진지식하우스, 2022.
박성호, 『저작권법』, 제2판, 박영사, 2017.
오승중, 『저작권법 강의』, 제2판, 박영사, 2020.
유민호 외 3인, 『NFT 투자의 정석』, 한스미디어, 2022.
정상조·박준석, 『지식재산권법』, 제4판, 홍문사, 2020.

〈단행본(서양)〉

- Karanasiou, Argyro P., *The End of Ownership: Personal Property in the Digital Economy*, Birmingham Law School, 2017.
Perzanowski, Aaron, & Jason Schultz, *The end of ownership: Personal property in the digital economy*, MIT Press, 2016.
Singh, Jaspreet, & Prashant Singh, Distributed Ownership Model for Non Fungible Tokens, In Namita Gupta (Ed.), *Smart and Sustainable Intelligent Systems*, Scrivener Publishing LLC, 2021.

〈학술지(국내 및 동양)〉

- 강신하, “디지털 저작물의 보호와 통제”, 『법제』, 통권 제660호(2013.6).
김현경, “NFT 콘텐츠 거래의 법적 쟁점에 대한 고찰”, 『성균관법학』, 제33권 제3호(2021).
나강, “저작권 제한의 규정 체계 개선에 관한 소고 -저작권인격권에 대한 공정이용의 확대 적용을 중심으로-”, 『인문사회과학연구』, 제60집(2018).
박경신, “NFT 아트를 둘러싼 저작권 쟁점들에 대한 검토”, 『계간 저작권』, 제34권 제3호(2021).
박상철, “암호자산 등 암호키로 접근통제되는 데이터에 관한 법제의 토대: 재산권, 계약, 체화를 중심으로”, 『법경제학연구』, 제19권 제3호(2022).
박주현, “저작권법상 기술적 보호조치와 공정이용에 관한 연구”, 『법학논총』, 제40권 제4호(2020).
박준석, “저작권법 제28조 인용조항 해석론의 변화 및 그에 대한 비평”, 『서울대학교 법학』, 제57권 제3호(2016).

- 백대열, “데이터 물권법 시론 (試論)”, 『민사법학』, 90권(2020).
- 송선미, “지식재산권 효력제한 사유로서의 공정이용의 법리”, 『아주법학』, 제12권 제3호(2018).
- 윤영진, “디지털 시장에서의 소유권 전쟁의 서막-NFT가 IP 산업에 미치는 영향을 중심으로”, 『Law & Technology』, 제17권 제4호(2021).
- 윤중수·표시영, “디지털 저작물의 NFT가 갖는 함의와 법적 보호”, 『법조』, 제70권 제6호(2021).
- 이대희, “NFT의 저작권 쟁점에 관한 연구”, 『저스티스』, 통권 제193호(2022).
- 이동진, “데이터 소유권 (Data Ownership), 개념과 그 실익”, 『정보법학』, 제22권 제3호(2018).
- 이상정, “소유권과 저작권의 충돌과 조화에 관한 일고”, 『산업재산권』, 제33호(2010).
- 전응준, “NFT 플랫폼의 온라인서비스제공자 책임에 대한 검토 — IPFS의 특징을 고려하여 —”, 『경영법률』, 제32권 제4호(2022).
- 최경진, “데이터와 사법상의 권리, 그리고 데이터 소유권(Data Ownership)”, 『정보법학』, 제23권 제1호(2019).
- 최원석, “디지털 저작물의 공정이용에 관한 소고”, 『동아법학』, 통권 제44호(2008).

〈학술지(서양)〉

- Carroll, Rebecca, “NFTs: The Latest Technology Challenging Copyright Law’s Relevance Within a Decentralized System”, *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. Law Journal*, Vol.32(2021).
- Çağlayan Aksoy, Pinar, & Zehra Özkan Üner, “NFTs and copyright: challenges and opportunities”, *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, Vol.16 Issue.10(2021).
- Colicev, Anatoli, “How can non-fungible tokens bring value to brands”, *International Journal of Research in Marketing*, Vol.40 No.1(2023).
- Conrad, Mark, “Non-Fungible Tokens, Sports, and Intellectual Property Law Issues: A Case Study Applying Copyright, Trademark, and Right of Publicity Law to a Non-Traditional Ownership Vehicle”, *Journal of Legal Aspects of Sport*, Vol.32(2022).
- Durham, Joshua, “Creating True Digital Ownership with the “First Sale” Doctrine”, *Wake Forest Journal of Business and Intellectual Property*

- Law Journal*, Vol.23 No.3(2023).
- Fairfield, Joshua AT, “Tokenized: The law of non-fungible tokens and unique digital property”, *Indiana Law Journal*, Vol.97(2022).
- Fisher, Katya, “Once upon a time in nft: Blockchain, copyright, and the right of first sale doctrine”, *Cardozo Arts & Ent. Law Journal*, Vol.37(2019).
- Helm, Sabrina V., et al., “Consumer interpretations of digital ownership in the book market”, *Electronic Markets*, Vol.28 Issue.2(2018).
- Lim, Chelsea, “The Digital First Sale Doctrine in a Blockchain World: NFTs and the Temporary Reproduction Exception”, *Fordham Law Review*, Vol.91 Issue.2(2022).
- Mezei, Péter, “The Doctrine of Exhaustion in Limbo—Critical Remarks on the CJEU’s Tom Kabinet Ruling”, *Jagiellonian University Intellectual Property Law Review*, Issue.2(2020).
- Parker, Jordan, “NEW KIDS ON THE BLOCKCHAIN: HOW NFTS MIGHT BRING ABOUT A DIGITAL FIRST SALE DOCTRINE”, *Houston Law Review*, Vol.60 Issue.2(2022).
- Peck, Joann, & Andrea W. Luangrath, “A review and future avenues for psychological ownership in consumer research”, *Consumer psychology review*, Vol.6 No.1(2023).
- Peres, R., Schreier, M., Schweidel, D. A., & Sorescu, A., “Blockchain meets marketing: Opportunities, threats, and avenues for future research”, *International Journal of Research in Marketing*, Vol.40 No.1(2023), p. 1.
- Reis, Sarah, “Toward a Digital Transfer Doctrine—The First Sale Doctrine in the Digital Era”, *Northwestern University Law Review*, Vol.109 Issue.1(2014)
- Sullivan, Sean, ““NFTs: Future or Fad?” Excerpts from a Practical Discussion of NFT Use Cases and Copyright Concerns Raised by NFT Offerings”, *Columbia. Journal of Law & Arts*, Vol.45 No.3(2021).
- Zhu, Xiaohua, & Moonhee Cho, “The end of ownership?: An investigation of users’ preferences and perceptions of ownership configurations”, *Proceedings of the Association for Information Science and Technology*, Vol.55 Issue.1(2018).

〈학위논문(국내 및 동양)〉

신창환, “디지털 저작권 소진이론에 관한 연구”, 서울대학교 대학원, 박사, 2018.

〈국내외 신문기사 및 인터넷 자료〉

정우성, “복제하면 대변에 들키는 증명서, NFT[정우성의 미래과학 엿보기]”, 동아일보, <<https://www.donga.com/news/article/all/20210412/106357520/1>>, 검색일: 2023. 8. 25.

한재선·김원상, “지식재산 소유 증명에 NFT 기술 활용 고객에게 체험 기회 주되 혼란스럽지 않게”, 동아비즈니스리뷰, <https://dbr.donga.com/article/view/1206/article_no/10078>, 검색일: 2023. 8. 25.

A Guadamuz, “Copyfraud and Copyright Infringement in NFTs”, TechnoLlama, <<https://www.technollama.co.uk/copyfraud-and-copyright-infringement-in-nfts>>, 검색일: 2023. 8. 25.

Desiree Moshayedi, “Does the First Sale Doctrine Apply to NFTs?”, COLUM. L.SCH. BLOG, <<https://clsbluesky.law.columbia.edu/2022/01/05/does-the-firstsale-doctrine-apply-to-nfts>>, 검색일: 2023. 8. 25.

Lisa M. Tittmore & Bailey Davall, “NFTs—A Novel Challenge for Traders, Investors and Copyright Lawyers”, SUNSTEIN INSIGHTS, <<https://www.jdsupra.com/legalnews/nfts-a-novel-challenge-for-traders-1062295/>>, 검색일: 2023. 8. 25.

〈국내외 연구보고서〉

박정훈, “NFT를 통한 권리소진 원칙 확장에 대한 재검토”, 한국저작권위원회 이슈리포트 22-7, 2022.

Rajat Kapur, “Monetization of non-fungible tokens”, Ernst & Young Global Limited, 2022.

Tarek Elmasry, “Value creation in the metaverse”, McKinsey, 2022.

A Study on the Applicability of Exhaustion Theory and Fair Use in NFT Transactions

Yoon, Youngjin; Bae, Hyeyoon

This study examined the technical characteristics of NFT and the legal evaluation of what the NFT transactions are (Chapter 2). NFT transactions are treated as “licenses” rather than “sales contracts,” so even if NFT transactions were conducted for the purpose of transferring ownership, due to the exhaustion theory, there may be restrictions on the commercial use of legitimate NFT buyers. This legal obstacle can limit the expansion and application of NFT technology. Therefore, in this study, it was demonstrated that it is appropriate to expand and apply the exhaustion theory to NFT transaction with considerations of the technical characteristics and transaction reality of NFT (Chapter 3). As an alternative to securing the stability of NFT transactions, it was demonstrated that the law of fair use can be applied to legal NFT transactions (Chapter 4). Since NFT transactions are a new type of distribution method that maximize the interests of copyright holders, they do not replace the demand for the works. Moreover, They have great public good value that promote the development of related cultural industry by expanding the market or value. Thus, the resale right of legitimate NFT buyers can be protected through the Fair Use.

Keywords

NFT (Non-Fungible Token), Exhasustion theory, Fair Use, Distribution, Transfer, NFT Transaction, NFT Contents