
컴퓨터 프로그램에서의 전송권에 대한 소고

박인회*

목 차

- I. 들어가며
- II. 컴퓨터 프로그램의 특수성
 - 1. 컴퓨터 프로그램의 특징
 - 2. 컴퓨터 프로그램의 보호방법론
- III. 전송권의 의의
 - 1. 일반론
 - 2. 전송권의 개념
 - 3. 전송권에 대한 입법례
 - 4. 전송권에 대한 판례
- IV. 컴퓨터 프로그램에 있어서 전송권의 문제
 - 1. 들어가며
 - 2. '공중의 구성원' 문제
 - 3. 컴퓨터 프로그램에서 전송의 특수성
 - 4. 소결
- V. 결론

* 명지대학교 법과대학 조교수

초록

컴퓨터 프로그램은 많은 학자들이 지적하고 있는 것처럼 다른 일반저작물과는 다른 특성을 가진다. 무엇보다 컴퓨터 프로그램은 그 자체의 예술성보다 그 기능이 중요시된다는 점이 다른 일반 저작물과 다르다고 할 것이다. 예술성보다 컴퓨터 프로그램의 기능이 중요시되기 때문에 컴퓨터 프로그램에 대한 저작권법은, 저작권법으로 인하여 컴퓨터 프로그램의 기능을 제한하기보다 그 기능 개발에 창작성을 발휘할 수 있도록 규정되어야 할 것이다.

2006년 저작권법 전면개정을 통하여 공중에 대한 정의규정이 신설되었고, 2009년 4월 22일 개정을 통하여 컴퓨터프로그램보호법이 폐지되고 관련규정이 저작권법에 통합되었다. 이러한 저작권법의 변화는 다른 저작물보다 컴퓨터 프로그램에, 다른 저작권의 개별 권리보다 공중송신권과 전송권에 미치는 영향이 더 크다.

공중이라는 개념이 일정한 범위 내의 사용자에게 그 저작권 침해 책임을 면제시켜줄 수 있는 기준을 명확히 제시하고 있지 않은 현행 규정 하에서 ‘공중의 구성원’이라는 규정은 전혀 그러한 기능을 수행하지 못하고 있다.

모든 송신이나 이용제공행위가 전송권 침해로 귀결되는 상황은 비단 사용자의 이용행위를 위축시키는 문제뿐만 아니라 네트워크 관련 기술 개발의 장애로 작용한다는 문제가 있다.

이러한 문제를 해결하기 위해서는 공중 개념의 재정립과 함께 컴퓨터 프로그램의 특수성을 고려한 공중송신권 및 전송권 규정의 정비가 필요하다. 이러한 노력이 이루어져야 저작권법이 비로소 그 입법목적에 달성할 수 있을 것이다.

주제어

공중, 공중의 구성원, 공중송신권, 전송권, 클라우드 컴퓨팅

I. 들어가며

과학기술이 발전하고, 아날로그 형태의 저작물만큼이나 디지털 형태의 저작물들이 그 양이 많아지고 있다. 디지털 형태의 저작물은 그 이용방법이 아날로그 저작물과 다르기 때문에 기존의 저작권법으로는 저작권자에게 필요한 보호를 제공할 수 없었기 때문에 디지털 형태의 저작물이 필요한 보호를 받을 수 있도록 저작권법이 그 보호범위를 확대해왔다.

이러한 보호범위의 확장은 비단 우리나라의 저작권뿐만 아니라 국제협약이나 다른 나라의 입법례에도 공통적으로 나타나는 현상이다.

다른 디지털 형태의 저작물과 마찬가지로 컴퓨터 프로그램도 저작권법의 보호범위 내에 포섭되었는데, 컴퓨터 프로그램은 그 특수성으로 인하여 다른 디지털 형태의 저작물과는 달리 그 특수성을 고려한 적절한 보호가 필요하다.

최근 공중에 대한 정의 규정이 신설되고, 컴퓨터프로그램보호법이 폐지되면서 그 보호에 관한 규정이 저작권법에 포함되도록 하는 저작권법 개정이 이루어졌다. 기존에도 컴퓨터 프로그램을 보호하는 방식이 저작권법적인 방법에 의하고 있었다는 점에서 두 법률의 통합은 예견되었고, 또한 필요하였다고 할 수 있지만 컴퓨터 프로그램의 특수성을 충분히 고려하여 개정이 이루어지지 않았기 때문에 여러 문제가 예상되고 있다.

본 논문에서는 이러한 저작권법의 개정을 통하여 야기된 여러 가지 문제 중에서 컴퓨터 프로그램에서의 전송권과 관련된 문제를 중심으로 살펴보고 한다.

II. 컴퓨터 프로그램의 특수성

1. 컴퓨터 프로그램의 특징

컴퓨터 프로그램은 저작물의 일종으로 보호를 받고 있지만, 다른 저작물과 다른 특징을 가진다.

그 특징으로 첫째, 컴퓨터 프로그램에서 있어서 중요한 것은 텍스트뿐만 아

니라, 그 작동이라는 것이다.¹⁾ 즉 시장에서 상품가치를 가지는 것은 그 프로그램을 작성한 소스코드의 탁월함이나 아름다움 등이 아니라, 어떠한 기능을 구현하고 있는가와 이를 얼마나 효율적으로 구현하는가 하는 것이다.²⁾ 즉 컴퓨터 프로그램을 구매하는 사용자는 그 기능과 효율성에 대하여 비용을 지불하는 것이지, 작성된 코드의 창작성과 독창성에 대하여 비용을 지불하는 것이 아니다.³⁾

둘째, 컴퓨터 프로그램에 있어서 텍스트와 작동은 대개의 경우 서로 독립적이라는 특징을 가진다.⁴⁾ 물론 동일한 프로그래밍 언어로 동일한 코드로 작성을 하면, 컴파일과정에서 포함되는 라이브러리파일이 동일한 한 동일한 작동을 하게 되지만, 그러한 작동을 이끌어내기 위한 텍스트, 즉 원시코드는 하나가 아니라는 점이다.⁵⁾

셋째로 소프트웨어와 하드웨어는 상호호환가능하다는 특징을 가진다.⁶⁾ 몇 년 전까지 실제 판매되던 MPEG 재생처리카드도 현재 찾아볼 수 없고,⁷⁾ CPU와 관련 하드웨어가 발달함에 따라 이 기능을 현재는 프로그램을 통해서 구현하고 있다. 이러한 특성은 컴퓨터 프로그램이 특허로 보호받을 수 있는 좋은 근거가 된다. 즉 컴퓨터 프로그램은 저작물임과 동시에 특허로 보호되는 기능적 발명과 유사한 형태를 가지게 된다.⁸⁾

마지막으로 동일한 작동을 하는 프로그램은 시장에서 대체성을 가진다는 특성이 있다.⁹⁾ 컴퓨터 프로그램이 아닌 다른 저작물의 경우 우선 완전히 동일한

1) Lothar Determann, "Dangerous Liaisons - Software Combinations as Derivative Works? Distribution, Installation, and Execution of Linked Programs Under Copyright Law, Commercial Licenses, and the GPL", 21 *Berkeley Tech. L.J.*, p1421, p1439.

2) Pamela Samuelson et al., "A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs", 94 *Colum. L. Rev.*, 2308(Dec. 1994), p2316.

3) Lothar Determann, 앞의 논문, 1439면.

4) 구대환, "컴퓨터 프로그램의 기술적 특성과 특허 및 저작권 보호", 『정보법학』, 제9권 제2호(2005), 104면.

5) Pamela Samuelson et al., 앞의 논문, 2317면.

6) 위의 논문, 2319면.

7) 물론, MPEG Encoding card는 아직도 시장성을 가지고 있고 동영상 편집을 전문적으로 다루는 이들에게 사용되고 있다.

8) Jeffrey A. Andrews, "Comment: Reversing Copyright Misuse: Enforcing Contractual Prohibitions On Software Reverse Engineering", 41 *Hous. L. Rev.*, 975, pp976-977.

9) Pamela Samuelson et al., 앞의 논문, 2319면.

‘작동’을 하는 경우를 상정하기도 어렵고, 유사한 장르의 유사한 작품이라도 서로 완전한 대체재의 성격을 갖기 어렵지만, 동일한 작동을 하는 프로그램은 시장에서 완전 대체재로서 기능하게 된다.

시장에서의 컴퓨터 프로그램의 특징을 살펴보면 소프트웨어는 대량생산에 있어서 특별한 기술을 요하지 않고, 정보재이기 때문에, 대량 생산에 대한 노하우나 영업비밀 등이 존재하지 않는다.¹⁰⁾ 오히려 디자인 부문에 많은 노하우가 존재하게 되고,¹¹⁾ 이러한 노하우는 사용자가 쉽게 사용할 수 있게 하기 위하여 직관적이게 되고, 이러한 직관적인 성격은 그 노하우를 따라하기 쉽게 만들 수 밖에 없게 되는 결과를 가져온다.¹²⁾ 즉 일반 사용자가 사용하기 편하게 하기 위해서, 보다 직관적인 사용자 인터페이스를 개발하는 데 많은 역점을 두게 되고 이렇게 개발된 사용자 인터페이스는 다른 프로그램 개발사들이 쉽게 따라할 수 있게 되는 것이다.

프로그램에 관한 노하우가 프로그램의 표면 내지 표면 근처에 있기 때문에, 이는 후발업체가 쉽게 따라할 수 있게 되고, 보통 독창적인 제품을 출시하여 일정기간 향유할 수 있는, 창작물에 대한 선도기간을 제대로 향유하기 어렵게 된다.¹³⁾ 이렇게 동등한 제품을 쉽게 만들 수 있다는 사실이 시장파괴 효과의 원인이 된다.¹⁴⁾

저작물로서의 컴퓨터 프로그램의 특성을 살펴보면, 컴퓨터 프로그램은 인간이 읽을 수 있는 형태로 쓰여지지만, 실제로 판매될 때는 읽을 수 없는 형태로 판매되기 때문에¹⁵⁾ 여기에서는 저작권법의 요소인 “아이디어의 표현”을 인지할

10) 위의 논문, 2333-2334면.

11) 구대환, 앞의 논문, 102면.

12) Pamela Samuelson et al., 앞의 논문, 2335면.

13) 위의 논문, 2338-9면.

14) 위의 논문, 2339면.

15) 목적코드의 저작권으로서 보호가능성에 대해서 Apple Computer Inc. v. Franklin Computer, Inc., 714 F.2d 1240 (3rd Cir. 1983), cert. dismissed, 464 U.S. 1033(1984)사건에서 이를 어문저작물에 해당된다고 판시하였다. 이외에도 Johnson Controls, Inc. v. Phoenix Control Sys., Inc., 886 F.2d 1173, 1175 (9th Cir. 1989); Whelan Assocs., Inc. v. Jaslow Dental Lab., Inc., 797 F.2d 1222, 1233 (3d Cir. 1986); Williams Elecs., Inc. v. Artic Int'l, Inc., 685 F.2d 870, 876-77 (3d Cir. 1982) 등 참조.

수 없게 된다. 또한 저작권법으로 보호받을 수 없는 기능적인 부분까지 사실상 보호받게 된다. 저작권법으로 보호되지 않는 기능적인 부분을 알아보기 위해서는 “역공정”이 이루어져야 하는데, 이러한 역공정은 저작권을 침해하지 않는 경우가 매우 제한적이고,¹⁶⁾ 대부분의 소프트웨어 제작사들은 모든 역공정을 금지하는 약관을 두고 있기 때문에 문제가 발생한다.¹⁷⁾ 컴퓨터 프로그램이 다른 저작물과 비교할 때 가지는 마지막 특징으로, 보통의 저작물은 일정한 보호기간¹⁸⁾ 중에는 저작권자의 허락에 따른 이용으로 문화발전을 도모하고 이 보호기간 후에는 공공영역에 속하게 되어 공중이 이를 자유로이 이용할 수 있어서 저작권법상의 목적인 “문화의 향상발전”을 가져오게 되지만, 컴퓨터 프로그램의 경우에는 공공영역에 속하게 됨으로써 발생하는 사회적 효용이 극히 미미하다는 것이다.

저작권에서 부여한 보호기간이 만료한 후에는 컴퓨터 프로그램은, 다른 저작물과는 달리 사용가치가 거의 없다.¹⁹⁾

반면에 유용한 기능을 가지고 있어서 많은 사람들이 계속적으로 사용하는 컴퓨터 프로그램의 경우에는, 해당 프로그램 제작사에서 기능을 향상시켜 보통 계속적으로 업데이트가 이루어지기 때문에 실질적으로 보호기간이 만료되지 않는다는 결과를 야기한다. 물론 수정되는 프로그램들은 각각 공표 후 일정기간의 보호를 받게 되어 최초로 공표된 프로그램은 현재 저작권법하에서 50년 후에는 저작권의 보호를 받지 못하게 된다. 이 최초의 프로그램은 50년 후에도 그 사용가치를 인정받을 수 있을지는 몰라도 컴퓨터 프로그램이 갖는 네트워크 외부성²⁰⁾으로 인하여 이를 활용한다는 것이 무의미해진다.²¹⁾

16) 프로그램보호법 제2조의2에서 허용되는 역분석으로 호환성을 위한 경우만을 들고 있는데, 저작권법 보호 대상이 아닌 기능적인 부분을 살펴보는 것이 반드시 호환성을 위한 것으로 볼 수 없는 경우도 존재한다.

17) Jeffrey A. Andrews, 앞의 논문, 977면.

18) 우리나라의 경우 생존기간과 사후 50년, 미국은 70년.

19) 예를 들어 1985년에 공표된 MS-DOS 1.0을 2035년에 사용한다고 생각하면 그 사용가치는 거의 없다고 보아야 할 것이다.

20) Katz, Michael and Carl Shapiro, “Network Externalities, Competition, and Compatibility”, *American Economic Review*, vol.75(1985), pp424-440; 김일중, “프로그램 저작권 보호와 경쟁정책”, 권오승 편, 「공정거래법강의 II」, 법문사, 2000, 429면에서 재인용.

21) 예를 들어 한글 2007 버전이 사용되는 지금, 한글 1.0이 공공영역에 속하게 된다 할지라도 이 프로그램

결국, 일정한 보호기간 후에 공공영역에 속하게 됨으로써 “문화의 향상발전”을 이룰 가능성이 적고, 따라서 그 보호기간 중에 이루어지는 사용자의 사용으로만 문화의 향상발전을 기대할 수 있게 된다.

그럼에도 불구하고 컴퓨터 프로그램을 저작권으로 보호해야 하는 이유에 대해서 오랜 기간 많은 논의가 이루어졌지만, 이에 대하여 자세히 다루는 것은 본 논문의 범위를 넘어서는 것이기 때문에 간단히 정리해보면 영업비밀이나 특허 등의 다른 보호방법으로 보호하기가 적당하지 않고, 그나마 저작권에 의한 보호가 무난하다는 것이다. 이후에서 이에 대한 논의를 간단히 살펴본다.

2. 컴퓨터 프로그램의 보호방법론

컴퓨터 프로그램을 전적으로 특허로만 보호할 수 없는 이유는, 일반적으로 소스코드가 특허의 보호대상으로 받아들여지지 않았다는 것과, 특허는 일반적으로 결과 그 자체보다는 결과를 이끌어내는 방법을 보호하기 때문에, 동일한 결과를 여러 가지 방법으로 이끌어 낼 수 있는 컴퓨터 프로그램의 경우 특허로 보호하는 것이 적합하지 않다는 것, 그리고 컴퓨터 프로그램의 발전은 점진적이기 때문에 특허법상 진보성 요건을 충족하기가 쉽지 않다는 점²²⁾과 컴퓨터 프로그램은 그 특성상 잦은 업데이트가 이루어지는데, 일단 특허를 받은 이후에 이루어지는 업데이트는 이전의 특허로 보호될 수 없기 때문에 다시 특허를 신청하거나 혹은 특허를 통한 보호를 포기할 수밖에 없다는 점 등을 이유로 오로지 특허로만 보호하는 것은 그 한계를 가질 수밖에 없다. 이에 대해서 소프트웨어와 하드웨어는 서로 호환가능한 것으로 알려져 있는데, 만약 소프트웨어가 저작권으로 보호받을 수 있다면, 이를 하드웨어로 구현한 경우 똑같은 정도로 저작권으로 보호받을 수 있는지를 문제시하는 학설²³⁾도 있다.

또한 영업비밀로 보호받기 위해서는 “기밀성”이 유지되어야 하는데, 일반 대

을 사용하는 것 자체가 매우 어려울 뿐만 아니라, 이 프로그램을 이용한 작업의 결과물을 공유할 수 없기 때문에 공공영역에 속하게 되는 것이 무의미해지는 것이다.

22) Pamela Samuelson et al., 앞의 논문, 2345-2346면.

23) Merges, et. al., 앞의 책, 871면.

중에게 배포되는 컴퓨터 프로그램에 있어서 기밀성을 유지하는 것은 어렵다.

또한 영업비밀로서 보호할 수 없는 이유로, 컴퓨터 프로그램의 외부로 드러나는 노하우는, 숙련된 프로그래머가 쉽게 알아 차릴 수 있기 때문에 비밀일 수 없고, 영업비밀의 영역에서는 이런 노하우를 역공정을 통하여 알아내는 것이 일반적으로 합법적이라고 여겨지기 때문에 영업비밀로서 보호될 수 없다는 점,²⁴⁾ 프로그램 사용자의 입장에서 기밀유지비용이 컴퓨터 프로그램의 가격에 포함되어 가격이 상승할 개연성이 커지며, 저작권자와의 사이에서와 고용인과의 사이 등에서 기밀유지 계약을 맺어야 하는 등 불편함이 커질 수 있다는 점 등을 들어 영업비밀로서 보호하는 것 또한 문제가 있다고 한다.

이렇게 기존 보호방법으로 컴퓨터 프로그램을 보호하기에 적합하지 않기 때문에, 이를 실용신안제도를 이용하여 보호하자는 주장²⁵⁾도 있다. 보호방법론에 대한 자세한 논의는 앞서 이야기한 것처럼, 본 논문의 범위를 넘어서기 때문에 생략한다.

이러한 특성들 때문에 컴퓨터 프로그램의 법적 보호에 대하여 다양한 보호방법론이 제기된 바 있는데, 현재 세계 각국의 입법방식으로 가장 많이 채택된 것은 저작권법을 통한 보호방법이고,²⁶⁾ 미국²⁷⁾과 우리나라 역시 이러한 입법방식을 채택하고 있다. 물론 이는 컴퓨터 프로그램을 보호하는 데 있어서 주된 보호방법으로 저작권법을 채택하고 있다는 것으로 특허법 등 다른 법률의 적용을 배제하지 않고, 다른 법률의 보호 요건을 충족할 경우 경합적으로 다른 법률에 의한 보호도 받을 수 있다.²⁸⁾

바로 이러한 다양한 보호방법론이 제기되는 것이 컴퓨터 프로그램이 다른 일반 저작물과 차이를 가진다는 점을 역설하는 것이다.

1978년의 CONTU 보고서²⁹⁾를 미국 의회에서 채택하여 저작권적 보호방법을 선택하고, 이러한 방식이 다른 나라에 전파 혹은 강요된 이후에도 여전히 그

24) Pamela Samuelson et al., 앞의 글.

25) 구대환, "실용신안에 의한 컴퓨터프로그램 보호", 「창작과 권리」, 31(2003) 참조.

26) Lothar Determann, 앞의 논문, 1440면.

27) Lothar Determann, 앞의 논문, 1439면.

28) Merges, et. al., 앞의 책, 제634면.

29) National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, Final Report (1978).

보호방법론에 대한 논의는 계속되고 있다.

현재 TRIPs³⁰⁾나 WCT³¹⁾에서 소프트웨어는 어문저작물의 일종으로 보아, 저작권의 보호를 받고 있다.

마지막으로 컴퓨터 프로그램의 경제학적인 특성을 살펴보면, 소프트웨어 산업은 네트워크 구조를 가지고 있어서 개별 상품간의 경쟁보다 네트워크 상호간의 경쟁이 보다 중요한 의미를 가지게 되고, 소비자의 효용이 네트워크의 규모, 즉 동일한 재화나 서비스를 사용하고 있는 소비자들의 수에 따라 증가하는 현상, 즉 특정 제품의 소비로부터 도출되는 효용이 그 제품을 사용하는 다른 소비자들의 숫자가 커질수록 증가하는 네트워크 외부성(network externality)³²⁾을 가지며,³³⁾ 자연독점성이 강하고, 소비전환비용이 다른 상품에 비해서 크다는 특성을 가지고 있다.³⁴⁾

III. 전송권의 의의

1. 일반론

전송은 “공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함한다.”라고 정의되고 있으며,³⁵⁾ 이러한 전송은 저작권법 제18

30) Article 10. Computer Programs and Compilations of Data 1. Computer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention (1971).

31) Article 4. Computer Programs : Computer programs are protected as literary works within the meaning of Article 2 of the Berne Convention. Such protection applies to computer programs, whatever may be the mode or form of their expression.

32) Katz, Michael and Carl Shapiro, "Network Externalities, Competition, and Compatibility", *American Economic Review*, vol.75(1985), pp424-440; 김일중, 앞의 논문, 429면에서 재인용.

33) 구대환, 앞의 논문, 109면.

34) William M. Landes, Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003 참조.

35) 저작권법 제2조 제10호.

조에서 저작권자에게는 공중송신권의 형태로, 동법 제74조에서 실연자의 권리로, 동법 제81조에서 음반제작자의 권리로, 동법 제93조 제1항에서는 데이터베이스 제작자의 권리로 규정되어 있다.

일반적으로 전송권이란 일반공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 저작물을 수신하거나 이용할 수 있도록 하기 위하여 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 행위를 스스로 하거나 타인에게 이를 하도록 허락할 권리를 말한다.³⁶⁾

이러한 전송권은 인터넷이나 네트워크를 이용한 디지털 형태의 송신이 저작물의 주요한 전달 방법으로 형성됨에 따라, 저작권자의 정당한 권리와 이익을 보호하기 위하여 2001년 1월 개정된 저작권법에서 신설되어, 2006년 전면 개정된 저작권법에서는 공중송신의 한 형태로 전송을 규정하여 공중송신권에 포함되었다.

2. 전송권의 개념

2006년 개정 이전의 저작권법은 제2조 제9호의2에서 전송을 “一般公衆이 個別的으로 選擇한 時間과 場所에서 受信 하거나 이용할 수 있도록 著作物을 無線 또는 有線通信의 방법에 의하여 送信하거나 이용에 제공하는 것”이라고 정의하면서, 제18조의2에서 전송할 수 있는 권리를 저작권자에게 배타적으로 인정하고 있었다. 이러한 규정 하에서 전송권을 일반공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 저작물을 수신하거나 이용할 수 있도록 하기 위하여 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 행위를 스스로 하거나 타인에게 이를 하도록 허락할 권리로 설명할 수 있었다.³⁷⁾ 이러한 전송권은 개정 전의 저작권법상에서 저작권자(제18조의2), 실연자(제64조의2), 음반제작자(제67조의2), 데이터베이스제작자(제73조의4)에게 부여되어 있었다. 그런데, 개정 저작권법에서는 저작권자의 권리로 공중송신권(개정 저작권법 제18조)

36) 정상조, 「지적재산권법」, 홍문사, 2004, 326면; 강석구, “인터넷상의 音樂傳送行爲와 正當行爲”, 「인터넷 법률」, 제27호(2005. 1), 79면.

37) 정상조, 앞의 책, 326쪽; 강석구, 앞의 논문, 79면.

을 신설하면서 전송은 공중송신의 한 형태로 규정하면서, 실연자(동법 제73조), 음반제작자(동법 제81조), 데이터베이스제작자(동법 제93조)에게는 공중송신권이 아닌 전송권만을 인정하고 있다.³⁸⁾

2006년 개정 저작권법은 제18조에서 “저작자는 그의 저작물을 공중송신할 권리를 가진다.”라고 규정하여 저작권자에게 공중송신권을 부여하였다. 여기에서 공중송신의 개념에 대하여 다시 제2조 제7호에서 공중송신을 “저작물, 실연·음반·방송 또는 데이터베이스(이하 “저작물등”이라 한다)를 공중이 수신하거나 접근하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것”이라 정의하고, 공중송신에 속하는 것으로 방송,³⁹⁾ 전송,⁴⁰⁾ 디지털음성송신⁴¹⁾을 규정하고 있다. 즉 법률규정의 태도에 의하면 공중송신권이란 방송권+전송권+디지털음성송신권+α로 구성되어 있다고 할 것이다.⁴²⁾

3. 전송권에 대한 입법례

1) 국제 조약

(1) WIPO 저작권조약

WCT 제8조는 “베른협약 제11조 제1항 (ii), 제11조의 2 제1항 (i) 및 (ii), 제11조의 3 제1항 (ii), 제14조 제1항 (i) 그리고 제14조의 2 제1항의 규정에 영향을 미치지 아니하고, 문학·예술 저작물의 저작자는 공중의 구성원이 개별적

38) 2000. 1. 12 개정되었던 저작권법에서는 방송의 개념 속에 전송이 포함된다는 판례로, 대법원 2003. 3. 25. 선고 2002다66946 판결 (공2003.5.15,(178),1049).

39) 제2조 제8호, 공중송신 중 공중이 동시에 수신하게 할 목적으로 음·영상 또는 음과 영상 등을 송신하는 것.

40) 제2조 제10호, 공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함.

41) 제2조 제11호, 공중송신 중 공중으로 하여금 동시에 수신하게 할 목적으로 공중의 구성원의 요청에 의하여 개시되는 디지털 방식의 음의 송신을 말하며, 전송을 제외.

42) 공중송신이 방송, 전송 및 디지털음성송신을 포괄하는 최상위 개념이라는 견해로, 정성조 편, 「저작권법 주해」, 박영사, 2007, 48면 참조.

으로 선택한 장소와 시간에 저작물에 접근할 수 있는 방법으로 공중이 이용할 수 있도록 유선 또는 무선의 수단에 의하여 저작물을 공중에 전달하는 것을 허락할 배타적인 권리를 향유한다.”⁴³⁾라고 규정하여 이전에 문제시 되었던 ‘on-demand’ 방식의 이용자를 공중이라고 할 수 있는지 여부와 직접 전송하지 않고 다른 이용자가 접근이 가능하도록 uploading만 한 경우에도 공중전달에 해당하는지의 여부에 대하여 명시적으로 해결하였다.⁴⁴⁾ 즉, “개별적으로 선택한 장소와 시간에”라는 규정으로 동시적이 아니더라도 공중의 개념에 해당한다는 것과, “공중이 이용할 수 있도록”이라는 규정으로 uploading만으로도 공중전달에 해당한다는 것을 분명히 한 것이다.

여기서의 공중전달권이 우리나라의 전송권과 유사하지만, 우리나라의 경우 그 행위유형으로 송신과, 이용제공행위만을 특정하고 있다는 점에서 차이가 있다는 학설⁴⁵⁾도 있다.

(2) WPPT(WIPO Performances and Phonograms Treaty)

WPPT 제10조⁴⁶⁾ 및 제14조⁴⁷⁾에서는 실연자와 음반제작자에게 이와 유사한 권리를 인정하고 있다. 즉 WCT는 ‘공중의 이용에 제공하는 행위’가 포함된 ‘공중에 전달하는 행위’에 대하여 저작권자에게 배타적 권리를 인정하고 있음

43) Article 8. Right of Communication to the Public Without prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11bis (1)(i) and (ii), 11ter (1)(ii), 14(1)(ii) and 14bis (1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them.

44) 장상기, “소프트웨어의 일시적 복제와 전송권”, 『산업재산권』, 제17호, 265면.

45) 강석규, 앞의 논문, 83면.

46) 10조. 고정된 실연을 이용가능하게 할 권리 : 실연자는, 유선이나 무선에 의하여, 공중의 구성원이 각자 자신이 선택한 장소와 시간에서 접근할 수 있도록 음반에 고정된 실연을 공중에게 이용가능하게 하도록 허가할 수 있는 배타적 권리를 향유한다.

47) 14조. 음반을 이용가능하게 할 권리 : 음반 제작자는, 유선이나 무선에 의하여, 공중의 구성원이 각자 자신이 선택한 장소와 시간에서 접근할 수 있도록 음반을 공중에게 이용가능하게 하도록 허가할 수 있는 배타적 권리를 향유한다.

에 비하여, WPPT는 실연자 및 음반제작자에게 “공중의 이용에 제공하는 행위”에 대한 배타적 권리만을 인정하고 있다.⁴⁸⁾ 양자의 차이는 일단 공중의 이용에 제공한 후에 이루어지는 전송행위에 대하여 저작권자는 그 권리를 주장할 수 있지만, 실연자 및 음반제작자는 권리를 주장할 수 없다는 것과,⁴⁹⁾ WCT 상의 공중통신권은 WPPT상의 이용제공권을 포함하는 넓은 개념이라는 점이다.⁵⁰⁾

(3) EC

EC는 정보 사회에서의 저작권 및 관련 권리의 조정(調整)에 관한 EC 지침⁵¹⁾ 제3조에서 저작물의 공중전달권 공중의 이용에 제공할 권리로 전송권을 규정하고 있다. 공중전달권에 관하여 “공중의 구성원이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 저작물에 접근할 수 있도록 유선 또는 무선 통신에 의하여, 저작물을 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 것을 포함하여 저작물의 공중 전달을 허락하거나 금지할 배타적 권리⁵²⁾”라고 정의하고, 공중의 이용에 제공할 권리로 “공중의 구성원이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 저작물에 접근할 수 있도록 유선 또는 무선의 수단에 의하여, (저작물을) … 공중의 이용에 제공하는 것을 허락하거나 금지할 배타적 권리⁵³⁾”라고 정의하고 있다.

48) 정상기, 앞의 논문, 265면.

49) 위의 논문, 266면.

50) 강석구, 앞의 논문, 84면.

51) DIRECTIVE 2001/29/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

52) exclusive right to authorise or prohibit any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.

53) exclusive right to authorise or prohibit the making available to the public, 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.

2) 개별 국가들의 입법례

(1) 일본

가) 일반론

일본의 개정 전의 저작권법은 유선송신과 주문형 유선 송신을 포함하는 유선 송신의 개념과 무선송신과 무선 주문형 송신을 방송이라는 개념으로 통일하여 사용하였는데, 1997년 6월 저작권법 개정으로 방송(무선방송을 말한다)의 정의를 고쳐서 공중이 동시에 수신하는 경우를 방송이라 하고, 이보다 넓은 개념으로서(동시성을 묻지 아니하고) 송신의 개념을 법에 포함시켜 공중송신권을 신설하였다.⁵⁴⁾ 그래서 현재 일본은 저작권법 제23조에서 공중송신권에 대하여 “① 저작자는 그 저작물에 대하여 공중송신(자동공중송신의 경우에는 송신가능화를 포함)을 행할 권리를 전유한다. ② 저작자는 공중송신되는 그 저작물을 수신장치를 사용하여 공에게 전달할 권리를 전유한다.”라고 규정하고 있다.

나) 개별 규정

일본 저작권법 제2조 제1항 제7호의2⁵⁵⁾에서 공중송신을 “공중에 의해 직접 수신될 것을 목적으로 무선통신 또는 유선전기통신의 송신을 하는 것”으로 정의하면서 컴퓨터 프로그램을 제외하고는 동일한 구내에서 이루어지는 유선통신은 이에 해당하지 않는 것으로 규정하고 있다.

제8호⁵⁶⁾에서는 방송을 “공중송신 중 공중에 의하여 동일한 내용의 송신이 동시에 수신될 것을 목적으로 행하는 무선통신의 송신”으로 규정하면서, 이러한

54) 일본 저작권법 제2조 제7-2호 7-2. 공중송신이란 공중에 의해 직접 수신될 것을 목적으로 무선통신 또는 유선전기통신의 송신(유선전기통신설비로 그 한 부분의 설치장소가 타 부분의 설치장소와 동일한 구 내그 구내가 2 이상의 자의 점유에 속해 있는 경우에는 동일한 자의 점유에 속하는 구역 내)에 있는 것에 의한 송신(프로그램저작물의 송신을 제외)을 제외)을 하는 것을 말 한다.

55) 公衆送信 公衆によつて直接受信されることを目的として無線通信又は有線電気通信の送信(有線電気通信設備で、その一部分の設置の場所が他の部分の設置の場所と同一の構内(その構内が二以上の者の占有に属している場合には、同一の者の占有に属する区域内)にあるものによる送信(プログラムの著作物の送信を除く。)を除く。)を行うことをいう.

56) 放送 公衆送信のうち、公衆によつて同一の内容の送信が同時に受信されることを目的として行う無線通信の送信をいう.

방송이 유선으로 이루어질 경우 이를 유선방송으로 제9호의⁵⁷⁾에서 정의하였다.

또한 제9호의⁵⁸⁾에서는 방송에 해당하지 않는 공중송신 중 공중의 요구에 따라 자동적으로 행하여지는 것을 자동공중송신으로 개념 정의하고, 별도로 ‘송신가능화’라는 개념을 별도로 제9호의⁵⁹⁾에서 정의하여, 1. 전기통신회선에 접속되어 공중이 사용할 수 있는 자동공중송신장치의 자동송신용 기록매체에 정보의 기록, 정보가 기록된 매체의 추가, 매체의 변환, 정보의 입력 등의 행위와, 2. 정보가 기록되어 있는 자동공중송신장치를 전기통신회선으로 접속시키는 행위를 이에 해당하는 것으로 규정하고 있다. 즉 송신가능화란 통신망에 접속된 기기에 정보를 입력하거나 정보가 입력된 기기를 통신망에 접속하는 행위를 말한다.

이러한 개념 정의하에서 제23조⁶⁰⁾에서 저작권자에게 공중송신권을 인정하면서, 이러한 권리에는 자동공중송신의 경우의 송신가능화 및 공중송신되는 저작물을 수신장치를 이용하여 공중에게 전달할 권리를 포함하는 것으로 규정하고 있다.

우리나라 저작권법과 비교할 때, 일본 저작권법 규정의 특징으로 파악할 수 있는 것은 첫째 공중송신을 규정하고, 이에 포함되는 것으로 방송을 규정하면서

57) 有線放送 公衆送信のうち、公衆によつて同一の内容の送信が同時に受信されることを目的として行う有線電気通信の送信をいう。

58) 自動公衆送信 公衆送信のうち、公衆からの求めに応じ自動的に行うもの(放送又は有線放送に該当するものを除く。)をいう。

59) 送信可能化 次のいずれかに掲げる行為により自動公衆送信し得るようにすることをいう。イ 公衆の用に供されている電気通信回線に接続している自動公衆送信装置(公衆の用に供する電気通信回線に接続することにより、その記録媒体のうち自動公衆送信の用に供する部分(以下この号において「公衆送信用記録媒体」という。)に記録され、又は当該装置に入力される情報を自動公衆送信する機能を有する装置をいう。以下同じ。)の公衆送信用記録媒体に情報を記録し、情報が記録された記録媒体を当該自動公衆送信装置の公衆送信用記録媒体として加え、若しくは情報が記録された記録媒体を当該自動公衆送信装置の公衆送信用記録媒体に変換し、又は当該自動公衆送信装置に情報を入力すること。ロ その公衆送信用記録媒体に情報が記録され、又は当該自動公衆送信装置に情報が入力されている自動公衆送信装置について、公衆の用に供されている電気通信回線への接続(配線、自動公衆送信装置の始動、送受信プログラム の起動その他の一連の行為により行われる場合には、当該一連の行為のうち最後のものをいう。)を行うこと。

60) 第二十三條 著作権者は、その著作物について、公衆送信(自動公衆送信の場合にあつては、送信可能化を含む。)を行う權利を専有する。2 著作権者は、公衆送信されるその著作物を受信装置を用いて公に伝達する權利を専有する。

따로 “전송”이라는 것을 규정하지 않고 있다는 점이다. 둘째 방송을 굳이 음과 영상에 한정하지 않고 있다는 점이다. 셋째 흔히 AOD(Audio on-Demand)나 VOD(Video on-Demand)에 해당하는 것을 자동공중송신으로 개념을 규정하면서, 이를 보호할 때는 우리나라 저작권법에서는 “이용에 제공”에 해당하는 “송신 가능화”를 함께 보호하고 있다는 점이다.

(2) 독일

독일은 제15조 제2항에서 저작물의 무형적 이용에 관한 통칙을 두고 있다. 저작자는 자신의 저작물을 공개재현할 권리(*Recht der öffentlichen Wiedergabe*)를 가지는데, 이는 구술, 공연 및 상영권, 공중전달권, 방송권, 녹화물이나 녹음물을 통한 재현권, 방송 및 공중전달을 통한 재현권을 포함한다고 규정하고 있다.⁶¹⁾ 제15조 제3항에서는 재현이 공개적이 되는 경우에 대하여 규정하고 있는데, “저작물의 공개재현이란 그 재현이 다수의 공중을 위한 경우이다. 저작물을 이용하는 자, 혹은 저작물을 무형적인 형태로 감지하거나 접근하는 사람들과 개인적으로 상호간에 연결되지 않는 모든 자는 공중에 속한다.”라고 규정하고 있다.⁶²⁾

이러한 권리중에 우리나라 저작권법상 공중송신권에 해당하는 권리로는 제19조의a 공중전달권(*Recht der öffentlichen Zugänglichmachung*), 제20조의 방송권(*Senderecht*), 제22조의 방송 및 공중전달에 의한 재현권(*Recht der Wiedergabe von Funksendungen und von öffentlicher Zugänglichmachung*)이 있다.

규정을 자세하게 살펴보면 제19조a에서 “공중전달권이란 공중이 선택한 장소 및 시간에 접근할 수 있는 방법으로 유선이든 무선이든 저작물을 공중에게

61) 2008. 12. 7. 개정 독일 저작권 및 저작권접권에 관한 법률 제15조 제2항 Der Urheber hat ferner das ausschließliche Recht, sein Werk in unkörperlicher Form öffentlich wiederzugeben.

62) 동법 동조 제3항 Die Wiedergabe ist öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bestimmt ist. Zur Öffentlichkeit gehört jeder, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, oder mit den anderen Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden ist.

전달하는 권리이다.”⁶³⁾라고 공중전달권을 규정하고 있고, 제20조에서는 “방송 권이란 저작물을 라디오 및 텔레비전 방송, 위성방송, 유선방송 혹은 이에 유사한 기술장치를 통하여 일반공중이 접근하도록 하는 권리이다.”⁶⁴⁾라고 방송권을, 제22조에서는 “방송 및 공중전달에 의한 재현권이란, 저작물의 방송물 및 공개전달을 근거한 저작물의 재현물을 화면, 확성기 혹은 이에 유사한 기술장치를 통하여 감지하도록 하는 권리이다.”⁶⁵⁾라고 방송 및 공중전달에 의한 재현권을 규정하고 있다.

(3) 미국

가) 녹음물에 있어서 디지털공연권에 관한 법률(이하 ‘디지털공연권법’)

미국은 1995년 Digital Performance Right in Sound Recording Act(이하 ‘DPRA’)을 제정하여 음반제작자의 공연권을 인정하였다. 이 법률에 있어서의 특징은 우선 기존의 공중과 방송의 경우 이전과 같이 공연권을 인정하지 않되, 쌍방향 통신의 경우에는 공연권을 인정하는 이분적 태도를 가지고 있다는 것이다.

미국에서는, 미디어 스트리밍 서비스의 경우 스트리밍을 웹방송과 동일시하여⁶⁶⁾ 이러한 스트리밍 서비스로 인하여 공연권이 침해된다는 것과 주문형 스트리밍의 경우 실제로 해당 앨범을 구입하는 것과 대체관계에 있기 때문에 복제권이 침해된다는 것⁶⁷⁾으로 이론 구성을 한다.

63) 동법 제19조의a Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung ist das Recht, das Werk drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist.

64) 동법 제20조 Das Senderecht ist das Recht, das Werk durch Funk, wie Ton- und Fernseh Rundfunk, Satellitenrundfunk, Kabelfunk oder ähnliche technische Mittel, der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.

65) 동법 제22조 Das Recht der Wiedergabe von Funksendungen und der Wiedergabe von öffentlicher Zugänglichmachung ist das Recht, Funksendungen und auf öffentlicher Zugänglichmachung beruhende Wiedergaben des Werkes durch Bildschirm, Lautsprecher oder ähnliche technische Einrichtungen öffentlich wahrnehmbar zu machen. § 19 Abs. 3 gilt entsprechend.

66) 이대희, “기술적 보호조치와 접근권의 문제점”, 『정보법학』, 제7권 제2호(2003), 85면.

67) Matt Jackson, “From Broadcast To Webcast: Copyright Law And Streaming Media”, 11 *Tex. Intell. Prop. L.J.*, 447(Spring 2003), p.453.

(4) 영국

영국은 저작권, 디자인과 특허 법률(Copyright, Designs and Patents Act 1988; 이하 “CDPA”)을 2003년 개정하면서 공중전달권(making available to the public right)을 신설하였다. 16조에서 저작권 보유자는 그의 저작물을 공중에게 전달할 수 있는 배타적인 권리를 가지고 있다고 하면서, 20(2)조에서 그 범위에 대하여, 공중전달권은 자신의 저작물을 전자적송신에 의하여 공중에게 전달하는 것으로 이는 저작물을 방송하는 것과 공중의 구성원이 스스로 선택한 장소와 시간에 접근가능하게 방식으로 이루어지는, 전자적 송신에 의하여 공중이 저작물을 이용 가능하게 하는 것을 포함한다고 규정하고 있다. 이러한 규정은 정보사회에 있어서 저작권과 관련 권리들의 조정을 위한 유럽연합 지침(이하 “EU 정보사회 지침”) ⁶⁸⁾과 유사하다고 할 수 있고, ⁶⁹⁾ 이 EU 정보사회 지침 제3조 제1항은 세계 지식재산권 기구 저작권 협약(WIPO Copyright Treaty; 이하 “WCT”) 제8조와 아주 유사하다.

4. 전송권에 대한 판례

전송권이 우리 저작권법에 규정된 지가 얼마 되지 않아서⁷⁰⁾ 전송권 자체에 대한 판례는 많지 않다. 우선 뮤지컬 ‘지저스 크라이스타 슈퍼스타’를 녹화하여 저작권자 등의 동의 없이 이를 14개 부분으로 나누어 방송사 웹페이지에서 VOD방식으로 서비스한 사건⁷¹⁾(이른바 ‘지저스 크라이스타 사건’)에서, 법원은 “방송이란 일반 공중으로 하여금 수신하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신

68) DIRECTIVE 2001/29/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, OJ L 167/10, http://eur-lex.europa.eu/pri/en/oj/dat/2001/L_167/L_16720010622en00100019.pdf, 2009. 7. 21. 최종 방문

69) 차이점에 대해서 Hafliði Kristján Larusson, Uncertainty In The Scope Of Copyright: The Case Of Illegal File-Sharing In The UK, E.I.P.R. 2009, 31(3), 124-134, 125-126쪽 참조.

70) 2000. 1. 12 개정되어 2000. 7. 1일부터 시행되었다.

71) 대법원 2003. 3. 25 선고 2002다66946 판결 (공2003,5,15,(178),1049).

의 방법에 의하여 음성·음향 또는 영상 등을 송신하는 것(차단되지 아니한 동일구역 안에서 단순히 음을 증폭 송신하는 것을 제외한다.)을 말한다고 규정하고 있는바, 여기서 말하는 방송에는 일반 공중으로 하여금 동시에 수신하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 음성 등을 송신하는 것(저작권법 제2조 제8호 참조)뿐만 아니라 그와 달리 방송이 서버(Server)까지만 송신이 되고 일반 공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 인터넷을 통하여 그에 접속하여 비로소 서버로부터 개인용 단말기까지 송신이 이루어지는 인터넷방송과 같은 전송(저작권법 제2조 제9호의2 참조)도 포함된다고 해석함이 상당하다.”라고 판시하여 2000년 개정 후의 저작권법 상의 전송에 해당하지만, 이 개정 전에는 방송(인터넷방송과 같은 전송도 포함된다고 해석하였다.)에 해당하기 때문에 방송권을 침해하였다고 판시하였고, 동일한 뮤지컬을 개인이 녹화하여 마찬가지로 스트리밍 기술을 이용하여 VOD방식으로 웹페이지에 올린 사건⁷²⁾에서도 마찬가지로 판단하였다.

P2P 서비스를 이용하여 mp3파일의 공유를 방조하였다는 이유로 기소된 형사사건(이른바 ‘소리바다 사건’)에서는 제1심⁷³⁾에서는 정범의 범죄사실이 명백하지 않다는 이유로 P2P 서비스 제공자의 방조사실을 부인하였고, 항소심⁷⁴⁾에서는 정범(소리바다 서비스 이용자)들의 복제권 침해를 일단 인정하고, 이러한 정범의 침해행위에 대한 서비스 제공자의 방조여부에 대해서는 그 책임을 부정하였다. 그러나 대법원⁷⁵⁾에서는 저작권 침해 방조는 “정범에 의하여 실행되는 복제권 침해행위에 대한 미필적 고의가 있는 것으로 충분하고, 정범의 복제권 침해행위가 실행되는 일시, 장소, 객체 등을 구체적으로 인식할 필요가 없으며, 나아가 정범이 누구인지 확정적으로 인식할 필요도 없다”라고 하면서 방조책임을 인정하였다.

72) 서울지법 2003. 7. 9. 선고 2002노11814 판결 (저작권심의조정위원회, 한국 저작권 판례집(8), 저작권관계자료집 43 (2004), 298쪽 이하).

73) 서울지법 2003. 5. 15. 선고 2001고단8336 판결(저작권심의조정위원회, 한국 저작권 판례집(8), 저작권관계자료집 43 (2004), 103쪽 이하).

74) 서울중앙지법 2005. 1. 12. 선고 2003노4296 판결.

75) 대법원 2007.12.14. 선고, 2005도872 판결.

같은 사실관계에 기한 민사사건에서 제1심⁷⁶⁾은 이 소리바다 서비스를 이용하는 사용자의 전송권 침해를 인정한 후, 이러한 침해행위가 피고들에 의하여 야기되고 유인되었다 할 것이므로, 피고들은 소리바다 이용자와 일체가 되어 전송권을 침해하였다고 판단하였고, 항소심⁷⁷⁾에서는 이용자들의 복제권 및 전송권 침해를 인정하였으나, 이는 복제권의 개념에 ‘유형물에 고정하거나’라는 규정과 전송권 규정이 신설된 2000년 7월 1일 이후의 행위만이 위법한 것이라고 판단하였고, 이러한 서비스 제공자는 위 위법행위의 공동불법행위 책임은 부정하였으나, 방조 책임은 인정하였다. 대법원⁷⁸⁾에서도 마찬가지로 판단하였다.

P2P 기술을 이용하여, 이와 유사한 서비스를 제공한 프루나에 관한 사건⁷⁹⁾에서는 이용자들의 침해행위를 방조함으로써 저작권 침해의 책임을 인정하였다. 이 사건에서 이용자의 전체수는 명시되어 있지 않지만, 일일 사용자의 수가 69만명이라고 한 것을 볼 때, 전체 이용자는 이보다 훨씬 더 많을 것으로 추정할 수 있다.

음악파일을 자신의 서버에 저장하여 이를 스트리밍 형태로 사용자에게 청취가 가능하게 한 회사에 대하여 음반사 등이 이러한 서비스의 금지를 신청한 사건⁸⁰⁾(이른바 ‘박스뮤직 사건’)에서 당시 저작권접권자(음반사)에게는 전송권이 인정되지 않았으나, “채권자들은 복제권에 기하여 채무자에 대하여 복제권 침해의 정지 및 침해행위에 의하여 만들어진 물건의 폐기가 기타 필요한 조치를 청구할 수 있다고 할 것이므로 이 사건 스트리밍 서비스의 금지를 구할 수 있다고 할 것”이라고 판시하여 복제권 침해에 기한 청구가 결과적으로 전송권을 인정하는 것과 같은 결과를 낳을지라도 저작권법에 어긋나지 않는 것이라고 판시하였다.

위의 사례들을 살펴보면 전송권 침해를 판단하는 기준은 아주 간단하다. “유

76) 수원지법 2003. 10. 24. 선고 2003가합857 판결 (저작권심의조정위원회, 한국 저작권 판례집(8), 저작권 관계자료집 43 (2004), 331쪽 이하).

77) 서울고법 2005. 1. 25. 선고, 2003나80798 판결.

78) 대법원 2007. 1. 25. 선고, 2005다11626 판결.

79) 서울중앙지법 2006. 3. 13.자 2005카합4187 결정 (각공2006.4.10.(32),1057).

80) 수원지법 성남지원 2003. 6. 25.자 2002카합280결정, 저작권심의조정위원회, 한국 저작권 판례집(8), 저작권관계자료집 43 (2004), 287쪽 이하.

선통신의 방법에 의하여 다른 이용자들이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 이용할 수 있도록 제공”⁸¹⁾하면 바로 전송권이 침해된다고 판단하였다. 이렇게 전송권을 간단하게 판단하였기 때문에 해당 판결들을 상세하게 분석함으로써 얻을 수 있는 것이 많지 않다. 굳이 위 판결들의 공통점을 찾자면 다음과 같다.

우선 해당 저작물에 접근할 수 있는 사람의 수가 아주 많았다는 것을 들 수 있다. 인터넷 웹페이지상에 해당 저작물을 올린 사건⁸²⁾은 물론, 회원가입을 통하여 접근 가능자의 숫자가 제한된 것으로 볼 수 있는 소리바다 사건⁸³⁾도 그 회원수가 450만에 달하기 때문에 사실상 제한이 이루어진 것으로 보기 어렵다. 또한 벅스뮤직 사건에서의 이 사이트의 회원수는 1,400만명으로, 즉 법원이 이 사건들에서 인정한 ‘일반 공중’은 인터넷 접속을 통하여 해당 웹페이지에 접근 가능한 사람과 회원 가입을 통하여 소리바다 서비스를 이용할 수 있는 450만명,⁸⁴⁾ 벅스뮤직에 회원 가입하여 그 서비스를 이용할 수 있는 1,400만명을 가리킨다.

둘째는 인터넷방송의 경우인 위 지저스 크라이스타 사건은 물론이고, 소리바다나 벅스뮤직 사건에서도 전송을 통하여 해당 저작물을 획득한 사람들에게는 그 저작물을 이용할 수 있는 정당한 권리가 없었다는 사실을 발견할 수 있다. 즉 인터넷을 통하여 무단 복제가 이루어진 경우에 이에 대하여 복제권 침해 및 전송권 침해를 인정하였지만 저작물을 이용할 수 있는 정당한 권리가 있는 사람에게 이루어진 전송에 대하여 단독으로 전송권 침해의 책임을 인정한 예는 없다는 것이다.

웹사이트에서 제공하는 뮤직쉐어 프로그램을 다운받아 설치, 실행하면 접속

81) 서울중앙지법 2006. 3. 13.자 2005카합4187 결정 (각공2006.4.10.(32),1057).

82) 대법원 2003. 3. 25 선고 2002다66946 판결 (공2003.5.15.(178),1049); 서울지법 2003. 7. 9. 선고 2002노11814 판결 (저작권심의조정위원회, 한국 저작권 판례집(8), 저작권관계자료집 43 (2004), 298쪽 이하).

83) 서울지법 2003. 5. 15. 선고 2001고단8336 판결(저작권심의조정위원회, 한국 저작권 판례집(8), 저작권관계자료집 43 (2004), 103쪽 이하); 수원지법 2003. 10. 24. 선고 2003가합857 판결 (저작권심의조정위원회, 한국 저작권 판례집(8), 저작권관계자료집 43 (2004), 331쪽 이하).

84) 소리바다에 접속할 때 소리바다 서버에서 접속자에게 제공하는 정보는 동시접속자 5,000명에 대한 정보만을 제공하지만, 이는 접속시마다 바뀌기 때문에 결국 접근 가능한 사람은 총 회원수라고 볼 수 있을 것이다.

과 함께 자신의 mp3 파일 목록이 자동으로 업로드되어 데이터베이스에 추가되어 음악 파일을 검색하면 해당 컴퓨터와 연결시켜주는 서비스 제공자인 냅스터에 대하여 미국음반산업연합회(Recording Industry Associations America; RIAA)와 Metallica가 제소한 사건⁸⁵⁾에서 법원은 이용자가 행하는 저작권 침해에 대하여 Napster가 기여책임, 대위책임이 있다고 판단하였다.

위 사례와 달리 기본적으로 중앙서버가 없는 환경 아래에서 파일 교환이 가능하도록 하여, 해당 프로그램을 다운받아 설치하면, 음악파일, 비디오 파일, 프로그램, 전자책과 텍스트 등을 공유 가능케 하는 프로그램을 개발·배포한 회사에 대한 사건⁸⁶⁾에서 제1심과 항소심에서는 기여책임과 대위 책임을 부정하였으나, 연방대법원에서는 저작권 침해에 사용될 수 있는 장치를 배포하면서 침해행위를 유도하는 명백한 메시지 등 적극적 조치를 취한 경우 이용자의 직접침해행위에 책임이 있다는 유인이론(inducement theory)을 들어 저작권 침해 책임을 인정하였다.

IV. 컴퓨터 프로그램에 있어서 전송권의 문제

1. 들어가며

2009년 4월 22일의 컴퓨터프로그램보호법의 폐지 및 저작권법의 개정을 통하여 컴퓨터 프로그램의 보호에 관한 규정은 저작권법에 포함되었다. 이러한 개정 이전에는 보호에 관한 개별 규정들에서 저작권법과 미묘하게 다른 표현들을 사용함으로써 앞서 논의한 컴퓨터 프로그램의 특수성을 반영한 저작권적 보호가 가능하였지만, 이러한 개정 이후에는 저작권법 내의 정의규정이 일반 저작물 뿐만 아니라 컴퓨터 프로그램에도 동일하게 적용되기 때문에 다른 일반 저작물과 구분하여 컴퓨터 프로그램의 특수성을 고려한 보호가, 이를 달리 규정하고

85) A&M Records, et al. v. Napster Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

86) MGM Studios, Inc. v. Grokster Ltd., 545 U.S. 913.

있지 않은 한, 불가능하게 되었다.

그렇다면 컴퓨터 프로그램의 보호에 관한 규정이 저작권법으로 흡수되면서 어떠한 문제를 야기하는지 자세히 살펴보도록 하자.

2. ‘공중의 구성원’ 문제⁸⁷⁾

1) 들어가며

저작권법 제2조 제10호는 전송을 “공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함한다.”라고 정의하고 있다.

여기서 공중은 다시 동법 제2조 제32호에서 “불특정 다수인(특정 다수인을 포함한다)을 말한다.”라고 규정하고 있다.⁸⁸⁾ 2006년 개정 법률에서 이러한 정의 규정이 신설된 이유로 생활의 변화와 기술의 변화로 특정 다수인이라도 해당 저작권을 침해할 우려가 커졌기 때문에 특정 다수인도 공중에 포함시켜 공중의 범위에 대한 해석의 여지를 없앴으로써 그 의미를 분명히 한 것이라고 한다.⁸⁹⁾ 이 정의 조항이 가지는 논리적 모순은 논외로 하고, 공중은 불특정 혹은 특정 다수인으로 해석되고 따라서 이 정의조항에서 공중은 단순히 ‘다수인’을 의미하는 볼 수 있다.

그런데 전송에서는 그 행위의 상대방을 ‘공중의 구성원’으로 규정하고 있다. 이는 공중에 대한 기존 해석론이나 판례를 따를 때는 불특정한 다수인⁹⁰⁾을 공중으로 보고 있었기 때문에 자신과 특별한 연관관계가 존재하지 않는 사람이 해당 저작물에 접근가능하게 하는 행위가 전송이었으나, 공중에 대한 정의규정이 신설된 이후에는 특정 다수인 역시 공중으로 볼 수 있기 때문에 공중의 구성원은

87) 박인회, “저작권법상 공중의 개념에 관한 소고”, 『외법논집』, 제33권 제3호(2009) 참조

88) 개정 이전에 공중 개념에 대한 정의조항을 신설하는 것이 바람직하지 않다는 견해로, 하동철, “미국법과 저작권법상의 공개조항에 대한 고찰”, 『(계간)저작권』, 72호(2005), 14면.

89) 오승중, 『저작권법』, 박영사, 2008, 423-424면 참조.

90) 불특정다수인이라 함은 그 개성 또는 특성이나 상호간의 관계 등을 묻지 않은 2인 이상의 사람들”이라고 정의한 판결로 대법원 1985.3.26. 선고 85도109 판결.

가족의 구성원이나 제한된 범위의 동호회 회원 역시 이에 해당할 수 있게 되었다.⁹¹⁾

따라서 현재의 공중에 대한 정의규정 하에서는 가족 여부를 막론하고 타인에게 저작물을 이용제공하거나 송신하는 모든 행위가 공중에 해당하게 된다.

2) 공중의 개념 요소에 대한 고찰

(1) 특정성

2006년 개정에서 공중 개념에 대한 정의규정을 신설함으로써 이전의 논의에 가장 크게 영향을 미친 것은 바로 특정 다수인도 공중에 개념에 포함되었다는 것이다.

이전의 공중에 대한 논의에서 ‘특정’ 여부가 중요하게 논의되었던 것은 이 개념요소가 공중에 대한 범위를 아주 소수의 제한된 다수인에게 적용되지 않도록 제한할 수 있는 유일한 것이기 때문이었다.

여기서의 특정 여부는, 일반적인 의미인 그 구성원이 누구인지 밝힐 수 있는냐에 대한 논의가 아니라, 집단을 구성하는 구성원들 사이의 관계에 대한 것으로 해석되어 왔다. 그래서 구성원들간의 일정한 관계가 인정되는 경우에는 특정 다수로, 인정되지 않으면 불특정 다수로 판단하였다.⁹²⁾ 이러한 판단은 독일 저작권법 제12조 공표권(Veröffentlichungsrecht)과 제15조 제2항의 공중전달권(das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung)과 공개재현권(das Recht der Wiedergab) 규정 등에서 나타나는 공개성에 대하여 제15조 2항에서 “저작물을 이용하는 자, 혹은 저작물을 무형적인 형태로 감지하거나 접근하는 사람들과 개인적으로 상호간에 연결되지 않는 모든 자는 공중에 속한다.”라고 규정하고 있는 것과 그 입장이 같다고 할 것이다.

공중여부를 판단할 때, 집단 구성원의 관계보다 해당 행위가 이루어진 장소

91) 사적 복제의 예외에 해당하는 제30조에서는 비영리 목적의 개인적 이용이나 ‘가족 및 이에 준하는 한정된 범위’의 이용을 위한 복제는 복제권을 침해하지 않는다고 규정하고 있다.

92) “불특정다수인이라 함은 그 개성 또는 특성이나 상호간의 관계 등을 묻지 않은 2인 이상의 사람들”이라고 밝힌 판례로 대법원 1985.3.26. 선고 85도109 판결.

의 공개성 여부를 가지고 공중을 개념을 판단하기도 하는데, 행위가 이루어진 장소가 “불특정 다수인이 시청할 수 있는 장소”인 경우에 해당 장소에 있는 군중을 공중에 해당하는 것으로 판단하는 방법으로,⁹³⁾ 이는 주로 미국 저작권법의 판단 방법으로 볼 수 있다. 미국 저작권법 제101조에서 “작품을 ‘공개적으로 (publicly)’ 실현하거나 전시한다는 것”을 정의하면서,⁹⁴⁾ 공연권과 전시권의 전제개념으로서의 공중성을 “일반 공중에게 공개된 장소나 일반적인 가족이나 지인들(acquaintances)의 범위에 속하지 않은 상당한 수의 사람이 모인 장소에서’ 행하는 것”이라고 정의하고 있다.⁹⁵⁾

(2) 다수인

우리나라 저작권법은 기본적으로 ‘공중 = 불특정 다수인’이라는 등식을 바탕으로 하면서, 다시 ‘공중 ⊃ 특정 다수인’이라는 규정을 더하는 형태로 규정되었는데, 이를 정리할 때, ‘불특정 다수인 ⊃ 특정 다수인’ 즉, 불특정 다수인이 특정 다수인을 포함한다는 논리적 모순을 범하고 있다.

이러한 논리적 오류를 피하기 위해서는 이 조항은 “‘공중’은 특정되었거나 특정되지 않은 다수인을 말한다.”라고 이해할 수밖에 없고, 즉 저작권법 제2조 제32호에서 규정된 공중에 대한 정의는 ‘공중은 다수인을 말한다.’는 것 이상의 어떠한 의미를 가지지 못하게 된다.

우리나라 저작권법상의 공중에 대한 정의는 다시 동조 제3호의 ‘공연’, 동조 제7호의 ‘공중송신’, 동조 제8호의 ‘방송’, 동조 제10호의 ‘전송’, 동조 제11호의 ‘디지털음성송신’, 동조 제23호의 ‘배포’, 동조 제24호의 ‘발행’, 동조 제25호의 ‘공표’의 개념 정의에 사용되고 있는데, 이러한 저작권자의 권리가 입법 목적 이상으로 확대되는 것을 막을 수 있는 것은 이들 행위가 ‘다수인’에 대하여 이루어져 한다는 것이다.

93) 대법원 1990.7.24. 선고 90도1193 판결 참조.

94) 해당 조문에서는 3항으로 저작물의 송신과 관련된 규정을 두고 있으나, 이는 공중이 개념과 관련된 부분이 아니기 때문에 논하지 아니한다.

95) 17 U.S.C. §101.

3) 컴퓨터 프로그램에 있어서 공중 개념 적용의 문제점

우선 공중의 개념 요소로서 ‘다수인’을 살펴볼 때, 전송의 경우 ‘공중의 구성원’에 대하여 규정하고 있기 때문에 공중 개념의 ‘다수인’ 요소는 그 요소로서의 의미를 상실한다.

그렇다면 ‘전송권’의 권리범위를 확정하기 위해서는 ‘특정성’이라는 개념 요소를 사용할 수밖에 없는데, 우선 전송은 유·무선 통신을 이용한다는 점에서 ‘장소의 공개성’ 여부는 판단요소로 기능할 수 없게 된다. 마지막으로 사용할 수 있는 개념 요소로는 ‘집단의 구성원 간의 관계’가 있다. 즉, 독일 저작권법 규정대로 “저작물을 이용하는 자, 혹은 저작물을 무형적인 형태로 감지하거나 접근하는 사람들과 개인적으로 상호간에 연결되지 않는” 사람에게 송신하거나 이용한 경우에 전송권을 침해한다고 판단할 수 있다.

문제는 2006년 개정을 통하여 공중 개념 안에 불특정 다수인뿐만 아니라 특정 다수인을 포함시켰다는 점이다. 이러한 규정 하에서 ‘특정 여부’를 전송권 침해 여부를 판단하는 것은 실정법적 근거가 없다. 결국 전송권의 권리 범위를 특정하기 위하여 사용할 수 있고, 사용되어야만 하는 ‘공중’ 개념이 그 설 곳을 잃어버리게 되었다.

3. 컴퓨터 프로그램에서 전송의 특수성

1) 의의

아날로그 저작물을 전송의 대상으로 하기 위해서는 우선 이를 디지털화하고 디지털화한 저작물을 다시 이용에 제공(예를 들면 ‘업로드’)하거나 이를 송신하여야 한다. 이러한 과정에서 해당 저작물의 이용자는 충분히 자신이 타인의 저작물을 전송한다는 인식을 가질 수 있게 된다.

디지털 저작물을 전송의 대상으로 하는 경우에도 해당 저작물을 이용에 제공하거나 이를 송신하는 행위를 하기 때문에 전송행위에 대한 인식을 기대할 수 있다. P2P의 경우에는 특정 저작물을 다운로드받는 과정에서 다운로드와 동시

에 업로드가 이루어지기 때문에 자신이 지금 저작물을 이용에 제공하거나 송신하였다는 인식은 존재하지 않을 수 있다.

그러나 컴퓨터 프로그램에 있어서는 전송에 대한 인식이 전혀 존재하지 않을 수 있다. 근래 각광받고 있는 cloud computing의 예를 들어보자. 이는 자신의 연산능력만으로 특정 프로그램을 실행하는 대신 인터넷을 통하여 다른 컴퓨터들의 연산능력을 빌려서 자신이 수행하고자 하는 작업을 수행하는 것을 말한다.⁹⁶⁾ 워드나 엑셀과 같이 많은 컴퓨터 자원이 필요로 하는 프로그램을 실행하기 위하여 자신의 장치가 충분한 연산능력을 갖출 필요가 없기 때문에 이런 cloud computing의 환경이 제공된다면 스마트폰으로도 충분히 자신이 원하는 작업을 수행할 수 있다.

2) 특수성

cloud computing은 필연적으로 연산능력을 제공하는 컴퓨터와 연산능력을 제공받는 컴퓨터 간에 끊임없이 데이터를 주고받게 되고 이러한 과정에서 연산능력을 제공하는 컴퓨터와 연산능력을 제공받는 컴퓨터 모두 ‘전송행위’를 하게 된다. 이 cloud computing을 이용하는 이용자는 자신이 원하는 작업을 하고 있다는 인식 외에 전송에 대한 인식을 크지 않을 것이 분명하다.

우선 cloud computing의 본래 개념을 상정한다면, 특정 프로그램을 구동하는 과정에서 필요하게 되는 연산을 주변의 사용 가능한 전산자원에 맡기고 최소한의 연산만을 자신의 연산장치에서 수행하게 한다면 컴퓨터 간에 전송되는 것은 순수 데이터만일 것이다. 예를 들면 A 컴퓨터에서 B 컴퓨터로 전송하는 것은 “2¹⁰” 이고, 반대로 전송받는 것은 “1024”로 이렇게 주고받는 데이터는 저작권과는 무관하다.

그러나 현실적으로 볼 때, 이러한 방식의 cloud computing을 구현하는 컴퓨터 프로그램을 찾아보기 어렵다는 점과, 연산능력을 제공하는 컴퓨터의 보안 문제를 생각해볼 때 본래 의미의 cloud computing이 빠른 시일 내에 구현되기는 어려울 것으로 보인다. 부족한 연산장치로 필요로 하는 프로그램을 실행한다는

96) 위키피디아, http://en.wikipedia.org/wiki/Cloud_computing, 2010. 2. 20. 최종방문.

것에 중점을 둘 때, 현재에 있어서 사용가능한 방식은 웹 어플리케이션을 이용하거나 원격 데스크톱을 이용하는 것이다.

웹 어플리케이션 방식으로 워드 프로그램이나 엑셀 프로그램을 이용하는 경우에 보통은 이러한 서비스를 이용할 수 있게 하는 특정 컴포넌트를 사용자의 컴퓨터에 설치하도록 한다. PC의 경우 대다수의 이용자가 이용하는 웹 브라우저가 internet explorer이기 때문에 ActiveX 방식을 표준으로 하여 해당 컴포넌트를 개발하여 이용자가 이를 설치하여 사용하도록 할 수 있지만, PDA나 스마트폰의 경우 웹 브라우저 이전에 특정 운영체제를 표준으로 정하기 어렵고, 다양한 운영체제에서 다양한 웹 브라우저를 사용할 수 있도록 웹 어플리케이션이나 컴포넌트를 개발하는 것은 쉽지 않기 때문에 이러한 방식 역시 빠른 시일 내에 많은 사람들이 이용하기는 쉽지 않을 것이다.

마지막으로 Microsoft Windows 운영체제에서 제공하는 원격 데스크톱 기능을 이용하는 방법이 있다. 이러한 방식은 프로그램의 설치나 해당 프로그램의 구동은 연산기능을 제공하는 PC에서 이루어지고, PDA나 스마트폰은 프로그램의 이용에 필요한 입력과 출력만을 담당하게 된다. 보안문제나 표준화문제가 비교적 적다는 점에서 지금도 많이 이용되고 있는 방식이지만, 원격 데스크톱 기능을 이용할 경우 해당 프로그램의 구동의 결과 나타나게 되는 화면구성이 그대로 PDA나 스마트폰으로 전송되기 때문에 주고 받게 되는 것이 단순한 데이터가 아니라, 아이콘이나 user interface와 같이 저작물로서의 성격을 가질 수 있는 것이기 때문에 전송권 침해의 가능성을 가지게 된다는 점이다.

3) 소결

다른 일반 디지털 저작물과는 달리 컴퓨터 프로그램은 그 전부를 전송하지 않고 필요한 부분만을 전송하여 이용할 수 있다는 특수성이 존재한다.⁹⁷⁾ 이러한 특수성은 정보통신 기술의 발전과 함께 더욱더 두드러지게 된다.

97) 물론 음악파일이나 동영상파일의 경우에 스트리밍을 통하여 전부의 전송이 이루어지지 않은 상태에서도 이를 이용할 수 있으나, 작품 전체를 감상한 경우에는 해당 저작물이 전부 저장되어 있지는 않으나, 전송은 결과적으로 저작물 전부에 대하여 이루어진다.

자신의 PC에 자신의 스마트폰만으로 접속하여 필요한 작업을 하는 경우에 일반적으로 전송권 침해라고 보기 어렵다고 생각되지만, 공중에 대한 정의규정이 존재하기 이전에는 불특정 다수인에게 해당 cloud computing 서비스를 제공하지 않았다면 전송에 해당하지 않았으나 공중에 대한 정의규정이 존재하기 때문에 가족이나 특정 몇몇 사람에게만 제공되는 cloud computing 서비스 역시 전송에 해당하게 되고, 극단적으로 ‘공중의 구성원’으로 자신만이 이용할 때에도 결과적으로 전송권을 침해할 수 있게 된다.

이러한 행위에 대하여 전송권을 침해하지 않으려면 작업에 필요한 저작물이나 작업에 이용하고 있는 컴퓨터 프로그램의 저작권자에게 계약을 통하여 사용허락을 획득한다면 전송행위에 해당한다 하더라도 전송권을 침해하지 않을 수 있다. 그러나 우선 컴퓨터 프로그램의 사용허락에 원격 데스크톱 이용을 상정한 사용허락이 포함된 경우가 많지 않을 것이고, 계약은 기본적으로 계약 당사자에게만 유효한 것이 원칙이기 때문에, 예를 들어 다른 사람의 스마트폰을 빌려서 사용하는 것과 같은 경우에는 묵시적 사용허락(Implied license)⁹⁸⁾이 있었다고 보기 어렵게 된다.

4. 소결

저작권법의 2009. 4. 22. 개정 이전에는 컴퓨터프로그램보호법과 저작권법이 분리되어 있었기 때문에 저작권법상의 정의규정과 컴퓨터프로그램보호법상의 정의규정을 달리 해석하여 지금까지 살펴본 문제점을 해석할 수 있었다. 그러나 동 개정에서 컴퓨터프로그램보호법을 폐지하면서 몇몇 규정을 저작권법 안으로 흡수하였다. 따라서 현재에는 다른 저작물들과 컴퓨터 프로그램을 달리 취급할 수 있는 근거가 존재하지 않는다.

앞서 이야기한 cloud computing 서비스의 경우 관련 컴퓨터 프로그램 저작권자의 사용허락이 있으면 전송권의 침해가 되지 않지만, 우선 cloud computing 서비스를 허용할 경우 패키지 프로그램의 판매가 줄어들기 때문에

98) 묵시적 사용허락에 관하여 Orit Fischman Afori, "Implied License: An Emerging New Standard In Copyright Law", 25 Santa Clara Computer & High Tech. L. J., 275(2009) 참조.

이에 대한 사용허락이 쉽게 이루어질 것이라 기대하기 어렵고, 설사 사용허락이 이루어진다고 하더라도 이는 계약에 의하여 이루어지는 것이므로 계약 당사자가 아니면 해당 사용허락의 적용을 받을 수 없다.

따라서 인터넷을 통하여 컴퓨터 자원을 사회 전체적으로 보다 효율적으로 사용할 수 있게 할 수 있는 cloud computing 서비스는 컴퓨터 프로그램에 있어서 전송권에 대한 개념 재정립이 없이는 불가능하다 하겠다.

V. 결론

2006년 저작권법의 전면개정을 통하여 공중에 대한 정의규정이 신설되었다. 이러한 공중에 대한 정의규정은 다른 많은 저작권법 규정에도 많은 영향을 미치지만, 특히 공중송신권이나 전송권에 그 영향이 크다.

다른 규정에는 보통 ‘공중’이라는 개념이 그대로 사용되지만 공중송신권과 전송의 경우에는 ‘공중의 구성원’이라는 개념이 사용된다. 현행 저작권법의 공중의 정의개념에서는 공중이란 ‘다수인’ 이상의 의미를 가지지 못하기 때문에 공중의 구성원은 단순히 ‘개인’일 뿐, 여기에서 더 이상의 개념요소를 도출할 수 없다.

저작권법의 목적이 저작권자의 권리와 이용자의 이용의 균형을 도모하는 것이라 할 때, 공중송신권이나 전송권의 권리범위가 지나치게 확대되는 것을 막기 위해서는 그 권리범위를 확정할 필요가 있는데, 새로 개정된 공중의 정의 규정 하에서는 이러한 기능을 기대할 수 없다.

공중 개념이 그 한계로서 작용하지 못하는 개정 저작권법하에서는 타인(다수인이 아니라 개인이라 하더라도)에게 이루어지는 이용제공행위나 송신행위는 모두 전송에 해당하게 된다. 이러한 현상은 일반 저작물에서는 크게 문제를 야기하지 않을 수도 있지만 발전된 정보통신 기술을 이용하는 컴퓨터 프로그램의 경우에는 문제를 야기하게 된다. 이러한 문제는 과거나 현재의 컴퓨터 프로그램 사용에만 해당하는 것이 아니라 장래에 이용할 수 있는 다양한 기술에 대하여 장애로 작용할 수 있다는 점에서 그 문제가 심각하다.

이러한 문제를 해결하기 위해서는 우선 공중 정의규정의 개정이 필요하다. 공중을 그 개념요소로 포함하고 다른 규정들과 ‘공중의 구성원’이라는 규정까지 모두 고려하여 공중 개념을 다시 정할 필요가 있다. 그 방법으로는 첫째, 이전 저작권법과 같이 공중에 대한 정의 규정을 삭제하여 이에 대한 판단을 학설이나 판례에 맡겨, 비록 당장 그 개념이 명확하게 법정되지 않는다 하더라도, 다양한 기술 발전에 대하여 법률이 그 장애물로 작용하는 것은 막는 방법이 있다. 둘째, 공중 개념이 사용되고 있는 저작권법 규정을 모두 개별적으로 검토하여 논리적으로 문제가 있는 조항⁹⁹⁾이나 그 권리범위가 지나치게 확장되거나 지나치게 축소될 우려가 있는 경우에는 공중 개념 이외의 다른 개념을 개발하여 사용하는 방법이 있을 수 있다.

또한 저작권법이 컴퓨터 관련기술 발전의 장애가 되지 않도록 전송권 관련 규정을 정비할 필요가 있다. 이러한 규정 정비는 법학적으로 보다 정교하게 규정하는 것뿐만 아니라 과학기술계의 참여를 통하여 사회적 합의하에서 진행될 필요가 있다. 인터넷 메신저를 통하여 지인이 필요한 학술논문을 보내주는 것이 전송권 침해가 되어 형사적으로 처벌을 받게 되는 것은 사회 구성원의 법감정에 반할 뿐만 아니라, 네트워크를 통한 이루어질 수 있는 다양한 과학기술의 발전 역시 저해하게 되고 이는 저작권법 제1조에서 규정하고 있는 저작권법의 목적에 위배된다는 것은 분명하다.

갈수록 다양한 사회현상에 대하여 그 포섭범위를 넓혀가고 있는 저작권법이 그 목적을 제대로 달성할 수 있도록 작은 규정 하나까지 세심히 고찰하여 이를 규정하여야 할 것이다.

99) 예를 들어 제29조 제2항의 경우에는 ‘공중’이라는 단어와 ‘공연’이라는 단어를 함께 사용함으로써 결과적으로 ‘공중’이 반복되고 있다.

참고문헌

- 강석구, “인터넷상의 音樂傳送行爲와 正當行爲”, 「인터넷법률」, 제27호(2005. 1)
- 구대환, “컴퓨터 프로그램의 기술적 특성과 특허 및 저작권 보호”, 「정보법학」, 제9권 제2호(2005).
- 김일중, “프로그램 저작권 보호와 경쟁정책”, 권오승 편, 「공정거래법강의 II」, 법문사, 2000.
- 박인회, “저작권법상 공중의 개념에 관한 소고”, 「외법논집」, 제33권 제3호(2009).
- 오승중, 「저작권법」, 박영사, 2008.
- 이대희, “기술적 보호조치와 접근권의 문제점”, 「정보법학」, 제7권 제2호(2003).
- 정상기, “소프트웨어의 일시적 복제와 전송권”, 「산업재산권」, 제17호(2005).
- 정상조, 「지적재산권법」, 홍문사, 2004.
- 정상조 편, 「저작권법 주해」, 박영사, 2007.
- 하동철, “미국법과 저작권법상의 공개조항에 대한 고찰”, 「(계간)저작권」, 72호(2005).
- Haflidi Kristjan Larusson, “Uncertainty In The Scope Of Copyright: The Case Of Illegal File-Sharing In The Uk”, *E.I.P.R.*, 31(3)(2009).
- Jeffrey A. Andrews, “Comment: Reversing Copyright Misuse: Enforcing Contractual Prohibitions On Software Reverse Engineering,” *41 Hous. L. Rev.* 975.
- Katz, Michael and Carl Shapiro, “Network Externalities, Competition, and Compatibility”, *American Economic Review*, vol.75(1985).
- Lothar Determann, “Dangerous Liaisons - Software Combinations as Derivative Works? Distribution, Installation, and Execution of Linked Programs Under Copyright Law, Commercial Licenses, and the GPL”, *21 Berkeley Tech. L.J.*, 1421.
- Matt Jackson, “From Broadcast To Webcast: Copyright Law And Streaming Media”, *11 Tex. Intell. Prop. L.J.*, 447(Spring 2003).
- National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, Final Report (1978).
- Orit Fischman Afori, “Implied License: An Emerging New Standard In Copyright Law”, *25 Santa Clara Computer & High Tech. L. J.*, 275 (2009).

Pamela Samuelson et al., “A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs”, *94 Colum. L. Rev.*, 2308(Dec. 1994).

William M. Landes, Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.

Study on the problems of right of transfer about computer program

In-Hoi Park

Abstract

As many scholars' statements, a computer program has unique characters other than another works. Its most important character is that the value of a computer program is determined by its function, not by aesthetic aspect. The role of copyright is, therefore, to enhance the creative function of a computer program, not to be a obstacle.

Through revisions of copyright act in 2006, 2009, the definition of 'the public' has been made and the computer program protection act has been merged into the copyright act. These revisions have affected more the protection of computer programs, right of communication to the public including right of transfer than any other copyrightable works and any other rights.

It seems clear that existing copyright act cannot provide shelters to some fair users who deserve exemption from the infringement of copyright.

Copyright act should be amended to be able to carry out its purpose, and to facilitate the new technology, and the work of amendment is up to us.

Keywords

the public, a member of the public, right of communication to the public, right of transfer, cloud computing