



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

디지털 저작물의 재판매에 대한
권리소진이론의 적용에 관한 연구

2015년 8월

서울대학교 대학원
법학과 지식재산전공
박 정 하

디지털 저작물의 재판매에 대한
권리소진이론의 적용에 관한 연구

지도교수 정 상 조

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2015년 4월

서울대학교 대학원
법학과 지식재산전공
박 정 하

박정하의 석사학위논문을 인준함

2015년 6월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

디지털 저작물의 재판매에 대한 권리소진이론의 적용에 관한 연구

특히, 상표, 저작권 등 지적재산권 전반에서 인정되는 권리소진이론은 권리자의 배타적 권리 보장과 이용자의 공정한 활용 사이의 조화를 위하여 도입된 법리이다. 우리나라 저작권법에서는 명시적인 규정을 두어 저작물에 대한 저작권자의 배타적 권리에도 불구하고, 저작권자가 일단 판매에 동의한 저작물에 대하여는 더 이상 저작권자의 배포권이 미치지 않는다는 원칙을 인정하고 있다. 그런데 이러한 법리는 도입 당시의 상황에 비추어 볼 때, 유체물의 양도에 의한 거래를 전제로 하고 있어 인터넷 다운로드 등을 통한 디지털 저작물의 거래에 대하여도 그 적용을 인정할 수 있는지 문제된다.

디지털 저작물에 대하여, 유형적인 매체에 의한 권리이전방식에 대해서는 기존의 최초판매원칙을 그대로 적용하는 데에 대하여 이론의 여지가 없을 것이나, 비유형적인 매체에 의하는 경우 즉 인터넷상 전송 방식에 의한 거래에 대하여는 많은 논의가 있어왔다. 본 논문에서는 각국에서 인정되는 권리소진이론의 연혁과 적용요건 및 효과에 대하여 살펴보고 최신 판례를 통하여 디지털 저작물의 재판매에 대한 동 원칙의 적용 가능성과 재판매시장에 대한 글로벌 기업들의 모색에 대하여 살펴본다.

최초판매원칙의 적용여부에 대하여 미국에서는 먼저 “최초판매(first sale)”이 진정으로 발생한 것인지, 즉 저작권자로부터 권리양수인으로서 제1 양도행위가 판매인지 라이선스 계약에 의한 것인지를 검토한 후 전자에 대하여서만 최초판매원칙이 적용된다고 하였다. 그런데 거래의 성격을 판매로 볼 것인지, 라이선스에 의한 권리이전으로 볼 것인지에 대하여 명확한 기준이 확립되어 있지 않은 관계로 이를 판단하는 법원의 입장도 일관되어 있지 않다. 만일 거래의 성격을 판매로 보아 “first sale”이라는 점이 인정되더라도 소진되는 권리는 배포권 뿐이므로, 저작물을 복제하여 그 복제물을 배포하는 행위는 저작권자의 권리를 침해하는 것이라고 보았다. 그리하여 인터넷상 다운로드 방식으로 일어나는 디지털 저작물의 거래의 경우에는 다운로드 당시 복제를 필히 수반하게 되고, 양도된 저작물은 원본이 아닌 복제물이 되는 것이고 이에 따라 판매자와 구매자의 저장장치에 저작물이 병존하게 되어 저작권자의 복제권과 배포권을 침해하는 결과가 발생하게 되는 것이다.

그런데 유럽에서는 인터넷을 통한 다운로드의 방식으로 거래되는 소프트웨어의 경우에 무제한의 기간 동안 이용자에게 라이선스를 주는 점, 대가 관계에 있는 점, 일회성 지불이라는 점을 들어, 당해 거래에서는 라이선스가 아닌 “판매”가 일어난 것으로 판단하였다. 이에 따라 저작권자의 권리는 소진된 것이고, 그 이후의 재판매에 대하여는 저작권자가 관여할 수 없다고 판시하였다.

이러한 미국과 유럽의 논의를 국내에 적용할 경우 현행 저작권법의 규정상 미국 법원의 견해와 결론을 같이 할 것으로 예상된다. 국내 저작권법 규정에 의하면 유형의 매체로 거래되는 디지털 저작물의 거래에 대해

서는 배포의 개념을 적용하여 최초판매원칙을 적용할 수 있을 것이다. 이에 반해 유형의 매체 없이 온라인상 다운로드 방식으로만 거래되는 디지털 저작물의 경우는 전송에 해당되므로 최초판매원칙을 적용할 수 없게 된다. 그러나 이러한 기존의 최초판매원칙은 유형물에 고정된 형태로 거래되는 저작물을 대상으로 도입된 것이라는 연원에 매여, 디지털 전송 방식이 보편화되고 있는 거래환경을 외면한 채 원구매자가 합법적으로 구매한 디지털 저작물에 대한 동 원칙의 적용을 부정하여 재판매를 무조건 금지하는 것은 부당하다고 생각된다. 이는 유럽사법재판소의 결정과 배치되는 것으로 국제적인 조화와의 동떨어지는 결과를 초래할 것이다. 따라서 디지털 전송 방식으로 이루어지는 거래에도 최초판매원칙의 적용을 인정할 필요가 있다. 우리나라 현행 저작권법 제20조 단서 규정을 살펴볼 때, 디지털 전송에 의해 거래되는 저작물 파일이 해당 저작권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 저작물의 원본이나 그 복제물 자체에 해당한다고 보기는 어렵다. 그러므로 모든 형태의 디지털 저작물 거래에 대하여 최초판매원칙을 인정하는 방향으로 해석하여야 한다는 견해도 의미가 있다고 본다.

한편 법리적으로 최초판매원칙에서 더 나아가, 현실에 부합하는 최초 다운로드원칙을 인정할 필요성도 인정된다. 최초다운로드원칙은 디지털 환경의 기술적인 측면을 고려하며 다운로드 시점과 소유권의 관계를 명확히 하여 디지털 시대에 적합한 법리적 기준을 제시할 수 있다. 디지털 저작물에 최초다운로드원칙을 적용하는 것은 저작권자로부터 전송받은 자가 제3자에게 재전송하는 것은 허용하되, 저작물을 제3자에게 전송하는 동시에 저작권자로부터 처음 전송받은 자의 저장 장치로부터 디지털 저작물을 삭제하도록 하는 규정을 요한다고 할 것이다.

이러한 기술적, 법제적인 뒷받침과 더불어 저작권자와 이용자 모두의 조화로운 이익을 위하여 ReDigi의 비즈니스모델 뿐만 아니라 Amazon과 Apple의 재판매시장 구축을 위한 특허 등에 의한 새로운 시도를 적극 인정하고 이에 대한 규제를 도모하는 것이 바람직한 방향일 것이라 생각한다.

주요어 : 저작권, 디지털 저작물, 재판매, 권리소진이론, 최초판매원칙
학 번 : 2011-21452

목 차

| | |
|------------------------------------|----------|
| 제 1 장 서론 | 1 |
| 제 1 절 연구의 목적 | 1 |
| 제 2 절 연구의 범위 | 3 |
| | |
| 제 2 장 권리소진이론 | 4 |
| 제 1 절 권리소진이론의 개념 및 근거 | 4 |
| I. 개념 | 4 |
| II. 이론적 근거 | 6 |
| 1. 독일에서의 전통적 논의 | 6 |
| 2. 미국에서의 논의 및 검토 | 8 |
| 제 2 절 각국에서의 이론발전과정 | 8 |
| I. 독일의 권리소진이론 | 8 |
| 1. 입법의 배경 | 8 |
| 2. 적용 요건 | 9 |
| 3. 효과 | 11 |
| II. 미국의 최초판매원칙 | 11 |
| 1. 입법의 배경 | 11 |
| 2. 관련 주요 판례 | 12 |
| 3. 적용 요건 | 16 |
| 4. 효과 | 19 |

| | |
|---|-----------|
| III. 한국의 권리소진이론 | 24 |
| 1. 입법의 배경 | 24 |
| 2. 적용 요건 | 24 |
| 3. 효과 | 27 |
| IV. 소결 | 27 |
| 제 3 절 디지털 시대의 도래와 기존 이론의 문제점 | 28 |
| I. 디지털 저작물의 개념 및 특성 | 28 |
| 1. 디지털 저작물의 개념 | 28 |
| 2. 디지털 저작물의 특성 | 30 |
| 3. 디지털 환경에서의 저작권 보호방향 | 32 |
| II. 디지털 저작물의 재판매에 대한 기존 이론의 문제점 | 33 |
| 1. 유형의 매체로 거래되는 디지털 저작물의 경우 | 33 |
| 2. 유형의 매체로 거래되지 않는 디지털 저작물의 재판매 가능성 | 33 |
| | |
| 제 3 장 디지털 저작물에 대한 권리소진이론의 적용에 관한 유럽 및 미국의 입장 | 35 |
| 제 1 절 유럽의 지침과 최신 판례의 동향 | 36 |
| I. 유럽연합 2001년 저작권지침 및 2009년 컴퓨터프로그램 보호지침 | 36 |
| II. 유럽사법재판소의 Oracle 사건 판결 | 37 |
| 1. 사건의 개요 | 37 |
| 2. 법원의 판단 | 38 |

| | |
|--|-----------|
| 3. 본 판결의 의의 및 향후 전망 | 44 |
| 제 2 절 미국의 입법례와 최근 판결의 동향 | 46 |
| I. 미국의 1998 DMCA 및 디지털 최초판매원칙 도입에 대한 논의 | |
| 1. 디지털 밀레니엄 저작권법의 제정 | 46 |
| 2. 유형의 매체로 거래되는 디지털 저작물에 대한 최초판매원칙 의 인정 문제 | 47 |
| 3. 유형의 매체로 거래되지 않는 디지털 저작물에 대한 디지털 최초판매원칙 도입에 대한 논의 | 52 |
| II. Vernor 사건 판결 | 54 |
| 1. 사건의 개요 | 54 |
| 2. 법적 쟁점 | 55 |
| 3. 법원의 판단 | 55 |
| 4. 본 판결의 의의 | 56 |
| III. ReDigi 사건 판결 | 57 |
| 1. 사건의 개요 | 57 |
| 2. 법적 쟁점 | 59 |
| 3. 법원의 판단 | 60 |
| 4. 본 판결의 의의 | 62 |
| 제 3 절 유럽 법원 및 미국 법원의 판례 비교 | 64 |
| I. 유럽 법원의 태도 | 64 |
| II. 미국 법원의 태도 | 64 |
| III. 양자의 비교 | 65 |

| | |
|------------------------------------|-----------|
| 제 4 절 디지털 최초판매원칙의 국내 적용가능성 | 67 |
| I. 국내에서의 디지털저작물에 대한 최초판매원칙의 적용 가능성 | |
| 1. 저작권법상 배포 개념에 대한 연혁 | 68 |
| 2. 구별 개념 | 68 |
| 3. 배포의 개념 | 69 |
| 4. 제20조 단서에 의한 배포권의 소진 | 71 |
| 5. 디지털 저작물의 거래에 대한 현행 국내법규 적용의 한계 | 72 |
| II. 디지털 최초판매원칙과 새로운 해석의 필요성 | 73 |
| 1. 디지털 전송을 배포 개념에 포함하자는 해석론 | 74 |
| 2. 디지털 환경을 반영한 새로운 해석의 필요성 | 74 |
| 3. 검토 | 76 |

제 4 장 디지털 환경에서 권리소진이론 적용의 확장 및 발전방향 77

| | |
|-----------------------------------|-----------|
| 제 1 절 디지털 저작물 재판매 문제의 해결방안 | 77 |
| I. 법리적 검토 | 77 |
| 1. 최초다운로드원칙의 도입 | 77 |
| 2. 일시적 저장의 문제 | 78 |
| II. 경영상의 대안 | 79 |
| 1. 이익배분의 문제 | 79 |
| 2. 가격기준의 제공 및 차별화 | 81 |
| III. 기술적 보호조치의 강화 | 82 |
| 1. 디지털 저작권 관리 시스템 | 82 |

| | |
|---|------------|
| 2. 워터마킹 및 포렌식 워터마킹 기술 | 84 |
| 3. 동기화 기술에 의한 전송물의 삭제 조치의 가능성 | 85 |
| 4. 신뢰 컴퓨팅 환경 구축 | 86 |
| 제 2 절 디지털 저작물 재판매 시장을 대비한 각 기업의 새로운 시도 | 87 |
| I. 다운로드 방식에서 클라우드 스트리밍 방식으로 | 87 |
| 1. 새로운 플랫폼의 출현-디지털 음원 스트리밍 시장 경쟁 .. | 87 |
| 2. 클라우드 스트리밍 서비스의 장점 | 89 |
| II. 디지털 저작물의 재판매시장 구축을 위한 모색 | 90 |
| 1. 아마존의 특허출원 | 90 |
| 2. 애플의 특허출원 | 91 |
| 3. ReDigi 2.0 - 클라우드 기반의 재판매방식 도입 | 92 |
| 4. 소결 | 93 |
| 제 3 절 디지털 저작물 재판매 시장의 발전방향 | 95 |
| | |
| 제 5 장 결론 | 98 |
| | |
| 참고문헌 | 101 |
| Abstract | 106 |

제 1 장 서론

제 1 절 연구의 목적

우리가 접하는 도서, 음반 등 저작물에 대한 권리관계를 규율하는 기본 법은 저작권법이다. 저작권법은 저작자에게 저작권이라고 하는 권리를 부여하면서도 공중이 저작권자의 권리를 해하지 않는 범위 내에서는 그의 허락없이 저작물을 자유롭게 이용할 수 있도록 저작권자의 권리를 한계 짓는 제도이다. 저작물의 자유이용을 극도로 제한하여 저작권자의 권리를 과도하게 보호하게 되면, 저작물의 다양하고 공정한 이용이 불가능하게 되어 문화의 창달은 기대하기 어렵게 된다. 반면에 저작물의 자유이용을 넓게 인정하게 되면, 저작권 제도는 형해화되고 저작자의 창작의욕은 저하되어 문화의 발전은 요원하게 된다. 결국 저작권이라는 독점적 권리를 저작자에게 인정하는 것은 저작자 등에게 창작에 대한 경제적 이익을 일정기간 누리게 하여 창작을 촉진함과 동시에 일반 공중이 정당한 대가를 지불하고 저작물을 이용할 수 있도록 하기 위함이다. 따라서 저작자의 창작이익과 저작자의 문화적 기여를 향유할 공중의 이익은 적절하게 조정되어 조화를 이루어야 하는데, 이는 각 나라의 문화·기술 분야 법률 및 정책과 밀접한 관련을 맺고 있다. 웹과 모바일 디바이스의 진화와 다양한 융합미디어의 출현으로 디지털 정보통신기술이 나날이 발전하고 있는 현 시점에서 저작물의 이용을 둘러싼 법률관계에 대한 타당한 법리를 탐구하는 것은 저작권법이 직면하고 있는 중대한 과제 중 하나이다.

저작권자는 저작권법을 통하여 저작물에 관한 일련의 배타적인 권리를 보장받지만, 이러한 저작권자의 권리를 제한하는 몇 가지 예외의 하나로써 권리소진의 원칙(principle of exhaustion)을 들 수 있다. 최초판매원칙(first sale doctrine)이라고도 일컬어지는 동 원칙에 의하면, 저작물의 배포에 관하여 저작권자가 갖는 배타적인 권리는 저작물이 최초로 판매되는 시점에 소진된다. 최초판매원칙이 적용됨에 따라 도서, 음반 등 유형(有形)의 저작물에 대해서는 온라인·오프라인 중고시장이 광범위하게 형성되어 있고 그를 통한 재판매가 활성화 되어 있다. 그런데 컴퓨터 소프트웨어 프로그램, 음원 파일과 같은 디지털 형태, 즉 유형의 매체를 통하지 않고 거래되는 저작물에 대해서도 동일한 법리의 적용이 가능한지에 관하여 많은 논란이 있어 왔다.

종래 미국의 경우 디지털 저작물의 권리 양도의 성격이 매매인지 또는 라이선스인지에 따라 최초판매원칙의 적용여부를 결정해왔다. 즉, 저작물의 첫 양도가 매매로 인정되는 경우에만 저작권자의 권리 소진을 인정하여 이용자는 그 이후의 재판매를 자유롭게 할 수 있는 반면에, 라이선스 형식으로 양도가 이루어진 경우라면 최초판매원칙이 적용되지 않으므로 이용자의 재판매는 저작권자의 권리를 침해하는 것으로 본 것이다. 한편 유럽에서는 2012년 7월 유럽사법재판소에 의해 컴퓨터 소프트웨어 프로그램에 대해서도 최초판매원칙을 적용할 수 있다는 결정이 내려짐으로써 디지털 저작물에 대한 권리소진의 가능성을 확인하였다.

그런데 2013년 미국에서는 합법적으로 다운로드 받은 디지털 음원파일의 재판매를 위한 인터넷 사이트를 운영한 회사에 대하여 저작권 침해 판결이 내려졌다. 만일 동일한 사건이 유럽사법재판소에 의하여 판단되

었다면 2012년 판결에서처럼 디지털 음원파일에 대해서도 최초판매원칙이 적용된다고 보아 저작권 침해가 아닌 것으로 결론이 달라질 여지가 있다. 이렇듯 디지털 저작물의 재판매에 있어 권리소진이론의 실제적인 적용을 인정하여 저작권 침해 여부를 판단함에 대하여 유럽 법원과 미국 법원 간 인식에 큰 차이가 있는 것으로 보인다.

따라서 최초판매원칙의 의의와 그 근거 및 각 국에서의 이론발전과정, 관련 법제와 함께 유럽과 미국 법원에서 다루어진 주요 사건에 대하여 살펴보고 우리 법제에서도 디지털 저작물의 재판매와 관련하여 동 원칙이 적용될 수 있을 것인지 검토하고자 한다.

제 2 절 연구의 범위

나날이 발전하는 기술의 영향으로 저작 환경이 변화하는 오늘날, 저작물 관련 거래에서 법률관계의 태양 또한 다양한 모습으로 나타나고 있어 그만큼 분쟁의 소지가 증대되고 있다. 기존의 권리개념이나 법리로는 포섭하지 못하는 새로운 문제적 현상이 발생함에 따라 이를 규율해야 할 법률의 공백으로 인하여 혼란이 더욱 가중되고 있는 것이다. 최초판매원칙은 전통적으로 유체물의 양도를 통한 권리 이전에 대하여 적용되었는바, 저작물의 무형적 보급을 가능하게 하고 이러한 거래의 보편화를 선도하고 있는 디지털 환경에서 어떻게 적용될 수 있는 것인지에 대한 논의가 필요하다. 최근 디지털 형태의 저작물이 급속도로 확산되고 있고 따라서 종전의 유형물에 대해서 적용해오던 최초판매원칙을, 유럽사법재판소의 판결에서처럼 디지털 형태의 저작물에 대해서도 적용하여야 할 것인지는 디지털 저작물 및 온라인상의 저작권 관계에서 중요한 쟁점이라고 할 수 있다.

본 연구에서는 유형의 매체를 수반하는 디지털 저작물과 유형의 매체를 수반하지 않고 인터넷상 직접 다운로드 되는 디지털 저작물에 대해서도 기존의 유형의 저작물과 마찬가지로 최초판매원칙이 적용될 수 있는지를 살펴보고자 한다. 먼저, 최초판매원칙의 발달양상을 살펴보고, 최초판매원칙을 적용한 다수의 판례를 보유한 미국의 입장과 최근의 유럽사법재판소 판결에서의 최초판매원칙 적용 논의를 비교함으로써, 유형의 매체를 통하여 거래되는 디지털 저작물과 유형의 매체를 통하지 않고 온라인상 직접적인 다운로드를 통해 전송되는 디지털 저작물에 대한 최초판매원칙의 적용 가능성 여부를 고찰해 보고자 한다.

제 2 장 권리소진이론

제 1 절 권리소진이론의 개념 및 근거

1. 개념

우리나라 저작권법 제20조¹⁾는 저작재산권자의 배포권을 규정하면서 단서에 배포권의 소진을 명시하고 있다. 권리자의 권리가 소멸된다는 점에서 ‘권리소진(exhaustion of right)이론’이라고 하는데, 우리나라는 대체적으로 권리소진이론과 최초판매원칙을 동일시하고 있다.²⁾ 최초판매원칙

-
- 1) 저작권법 제20조 [배포권] 저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물을 배포할 권리를 가진다. 다만, 저작물의 원본이나 그 복제물이 해당 저작재산권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 경우에는 그러하지 아니하다.
 - 2) 대륙법계에서는 권리소진이론으로, 영미법계에서는 최초판매원칙으로 불린다. 최초판매원칙은 저작권의 권리소진이론을 지칭하는 용어로 보편적으로 사용되며 이는 최초판매라는 행위에, 권리소진은 법률효과에 중점을 두어 표현한 것이다.

(first sale doctrine)이란 ‘저작권자가 저작물을 담고 있는 매체를 양도한 이후에는 그 물건에 대한 배타적인 배포권을 상실하게 되어 양수인의 그 물건에 대한 판매 혹은 배포행위를 금지할 수 없다’³⁾는 원칙이다. 이러한 법리는 특허나 상표 등 다른 지적재산권 영역에서도 특별한 규정 없어도 당연히 인정되나 저작권의 경우에는 법률에 규정을 두는 것이 일반적인 입법례⁴⁾이다. 특허권자나 상표권자의 경우 최초판매원칙의 효과로 그 권리 전체를 잃게 되나, 저작권자는 배포권 이외의 저작재산권과 저작인격권을 잃지 않는다는 차이에 기인한 것이다.⁵⁾

배포권은 저작재산권의 일종으로, 저작권자가 독점적·배타적으로 자신의 저작물의 원본 또는 그 복제물을 공중에 제공할 권리로서 저작권자는 배포의 방식, 대가의 유무, 배포의 범위 등을 자유로이 결정할 수 있다. 그러나 저작권자의 배포권은 저작물 이용자의 입장에서는 사유재산의 자유로운 처분을 제한하고 저작물의 자유로운 유통을 저해하는 걸림돌이 된다. 예컨대 서점에서 책을 구입하여 다 읽고 난 후, 이것을 다른 사람에게 양도하고자 하여도 저작권자의 허락을 받지 아니하면 이를 양도할 수 없게 되고, 이에 반하여 양도하게 되면 저작권을 침해하는 것이 된다. 이러한 불합리를 시정하기 위하여 최초판매원칙은 저작권자가 충분한 보상을 받고 자신의 저작물의 원본 또는 복제물을 양도한 경우에는 그에 대한 저작권자의 배포권은 소진되며, 양수인이 이를 자유롭게 처분하고 유통할 수 있도록 보장하는 원칙인 것이다. 이는 재판매시장의 형성을 활성화하여 공중의 저작물에 대한 이용, 접근을 용이하게 할 뿐만 아니라, 해당 저작물의 적법한 유통과 보존을 유도하는 등 저작권자와 공중

3) BLACK'S LAW DICTIONARY, West Group, 1999.

4) 미국 저작권법의 규정은 저작권자의 처분행위에 의하였는지와 관계없이 제3자가 매체에 대한 소유권을 취득한 경우 저작권자의 배포권이 제한되는 것으로 하고 있다.

5) 저작권의 경우 왜 권리자의 배포권만 소멸하는지에 대하여 명쾌한 근거는 발견되지 않고 있다(정상조, 저작권법 주해, 박영사, 2007, 419면).

간의 조화로운 이익 보장을 가능하게 하는 중요한 역할을 한다.

요컨대, 최초판매원칙은 저작물에 대한 저작권(ownership of copyright)과 그 저작이 담긴 유형물에 대한 소유권(ownership of the physical copy)을 구별⁶⁾하면서 저작물이 화체된 물건에 대한 사유재산으로서의 처분가능성을 전제로, 저작권자의 배포권을 제한함으로써 그 저작물의 자유로운 거래를 보장하는 것이다.

II. 이론적 근거

1. 독일에서의 전통적 논의

최초판매원칙에 대한 이론적 근거로 독일에서는 전통적으로 소유권이론, 보상설, 거래보호설 등이 논의되고 있다.

(1) 소유권이론

권리소진의 근거를 민법상 소유권 이전에서 찾고 있다. 즉 판매된 복제물에 대하여 저작권자의 배포권이 소진되지 않는다면, 저작권자의 권리와 이를 양수한 자의 소유권 행사 간에 충돌이 발생할 것이므로 이러한 모순을 해결하기 위하여 권리소진이론을 인정하여 소유권 이전과 동시에 배포권의 소진되어야 한다는 것이다. 소유권이론에 대하여는 소유권과

6) 독일에서 지적재산권법의 총칭에 관한 유력한 입장인, '정신적 소유권(mental property)설'을 통하여 비로소 저작이 구현된 유형물과 그 저작권이 명확하게 구별되었다고 소개하고 있는, 박준석, "무체재산권·지적소유권·지적재산권·지식재산권 : 한국 지재법 총징변화의 연혁적·실증적 비판", 서울대학교 법학 제53권 제4호, 2012. 115면. 각주 18번에서 인용.

저작권의 관계를 오해하고 있다는 비판이 있다. 소유권은 그 행사에 관하여 법률에 위반되거나 제3자의 권리를 침해하지 않을 것이라는 한계를 지니는데, 배포권을 포함한 저작권은 소유권을 제한하는 권리 중 하나에 포함되기 때문이다.

(2) 보상설

이 견해는 배포권의 본질에서 권리소진의 근거를 찾고 있다. 배포권의 의의는 저작자가 저작물의 경제적 이용에 대하여 적절히 참여함으로써 창작에 대한 보상을 받는 기회를 부여하는 데 있으며, 저작자가 그 기회를 일회 누렸다면 배포권의 목적은 달성된 것이고 이에 따라 권리는 결국 소진된다는 것이다. 이에 대하여는 배포권의 제한에 대한 근거를 제시하지 못하고 있고, 최초판매원칙이 적용된 결과로부터 논거를 이끌어 내고 있을 뿐이라는 비판이 제기되고 있다.

(3) 거래보호설

유형의 저작물이 거래에 제공된 이후에도 저작권자의 허락 없이 유통될 수 없다면 저작권의 보호보다 그에 따른 사회적 비용이 증가하게 되므로 배포권을 소진시키는 것이 바람직하다는 견해이다.⁷⁾ 이에 대하여는 저작물이용자 및 일반 공중의 이익 보호에 치우쳐 있다는 비판이 있다.

7) 안효질, “저작물의 디지털거래와 권리소진원칙”, 산업재산권 통권 제16호, 한국산업재산권법학회, 2004, 64-66면.

2. 미국에서의 논의 및 검토

미국에서는 정당한 보상(just reward)과 보통법상의 동산의 양도제한 금지원칙에서 그 근거를 찾고 있다.⁸⁾ 저작권자에 대한 정당한 보상은 독일의 보상설과 유사하다고 볼 수 있다. 보통법상의 동산양도제한 금지원칙은 조건 없이 동산의 소유권이 양도된 경우, 양수인은 양도인의 허락 없이 그 동산을 양도할 수 있다는 원칙이다.⁹⁾

결국 최초판매원칙의 이론적 근거는 권리자가 지적재산권이 구현된 물건을 양도 등의 방법으로 권리 행사함으로써 당해 권리가 이미 사용되어 소멸되었다거나 권리자가 양도에 대한 대가로 적절한 보상을 지급받았기 때문에 계속하여 이익을 누리게 하는 것은 부당하다는 문제의식에서 출발한다. 이처럼 최초판매원칙은 저작권자에 대한 보상과 일반 공중의 이용권을 조화시키기 위하여 저작재산권에 일정한 제한을 가하는 기능을 한다.

제 2 절 각국에서의 이론 발전과정

1. 독일의 권리소진이론

1. 입법의 배경

8) 김인철, “미국 저작권법 하에서 권리소진의 원칙에 대한 소고”, 정보법학, 제14집 제3호, 2010, 112면.

9) 양도가능성은 동산의 핵심적인 요소로, 양도가능성을 제한하는 것은 거래에 대한 본질적인 제한이기 때문이다.

독일 저작권법의 권리소진이론은 독일의 한 출판사가 베를린에 소재한 백화점에 대하여 자신의 배포권에 기하여 스스로 확정한 가격 이하로 책을 판매하는 것을 금지하는 청구를 한 사건에서 그 논의가 시작되었다. 독일제국법원은 이 청구에 대하여, 저작물이 공중에 판매되었고 거래에 제공되었으므로 이를 통하여 이미 영업에 적합한 배포권을 행사하였다는 이유로 기각하였다. 이러한 판례를 통하여 1965년 독일 저작권법에 처음으로 배포권에 관한 규정(제17조 제1항) 및 권리소진이론의 원형이 되는 규정(동조 제2항)이 제정되었다.¹⁰⁾ 그 후 1992년 유럽연합에 가입하면서 컴퓨터 프로그램 보호에 관한 유럽입법지침을 강제적으로 이식해야 할 필요성으로 인하여 저작권법을 개정하고, 1994년 유럽의회의 대여권·대출권에 관한 지침에 따라 저작권법상 보호되는 모든 객체에 대한 대여권을 저작권자와 저작인접권자의 배포권의 일종으로 인정하도록 개정하였다. 이에 따라 현행 독일 저작권법 제17조¹¹⁾는 권리소진의 범위를 명확하게 규정하고 있다.

2. 적용 요건

(1) 저작물의 원본 또는 복제물일 것

독일 저작권법 제17조 제1항은 배포권을 정의하면서 저작물의 원본 또

10) 구 독일 저작권법 제17조 : 저작물의 원본 또는 복제물이 이 법의 효력이 미치는 지역 내에서 배포권자의 동의를 받아 양도의 방법으로 거래에 제공된 경우에는 계속되는 배포는 적법하다.

11) 독일 저작권법 제17조 (배포권) ① 배포권이란 저작물의 원본 또는 복제물을 공중에 제공하거나 거래하도록 하는 권리이다. ② 저작물의 원본 또는 복제물이 배포를 위한 권리자의 동의를 얻어 유럽공동체의 지역이나 유럽경제지역에 관한 가입국의 지역에서 양도의 방법으로 거래하도록 되었다면 해당 저작물의 재배포는 허용되는바, 대여는 예외이다.

는 복제물을 공중에게 제공하거나 거래하도록 하는 권리라고 규정하여 배포권의 대상을 유체물, 즉 저작물 원본이나 복제물임을 명백히 하고 있다.¹²⁾ 이는 유체물이 아닌 강연이나 공연, 방송 저작물과 같은 무형적인 형태의 저작물은 배포권의 대상범위에 포함되지 않는다는 것을 의미한다.

(2) 권리자의 동의를 얻을 것

권리소진이 발생하기 위해서는 배포권자가 양도를 통한 거래에의 제공을 동의하여야 한다. 이러한 동의는 거래의 제공이 일어난 지역에서 성립하여야 하는데 독일의 경우 유럽공동체, 유럽경제지역에 관한 가입국 지역으로 범위를 한정하고 있고,¹³⁾ 유럽공동체 외부와 내부에서 이루어지는 동의에 따라 권리소진의 여부를 결정하고 있다. 이에 따라 만일 독일어를 포함한 유럽공동체에서 동의를 받은 자가 제3국에서 거래에 제공한다면 그 지역에서의 배포권은 소진하지 않게 된다.

(3) 양도의 방법으로 거래될 것

매매, 교환, 증여 등에 한정하지 않고 저작권자가 저작물에 대해서 가지고 있는 처분가능성의 여부에 따라 거래의 실효여부를 판단하게 된다. 즉 저작물에 대한 처분가능성을 최종적으로 가지고 있는지를 결정적인 것으로 보는 것이다.

12) 계승균, “저작권법상 권리소진이론”, 『창작과권리』, 통권33호, 2003, 88면.

13) 원칙적 속지주의로, 공동체권리소진이라는 유럽법원의 판례의 태도를 따라 유럽지역을 포함한다; 안효질, “저작물의 디지털거래와 권리소진이론”, 『산업재산권』, 제15호, 2004, 70면.

3. 효과

권리소진이론의 적용요건을 충족하게 되면 저작물에 대한 저작권자의 배포권이 소진되어 적법하게 권리를 양도받은 자는 제3자에게 자유로이 재배포할 수 있다. 저작권자나 배포권자가 자신의 배포권을 더 이상 주장할 수 없는 것이다. 반면에 대여권은 예외이다. 배포권자가 양수인에게 대여권을 승인하지 않았다면 양수인이 제3자에게 대여하는 행위를 제한할 수 있다. 이것은 저작권자가 유효한 권리를 가지고 취득자 또는 점유자에게 대여를 할 것인지 여부를 결정할 수 있다는 것이다. 독일에서는 대여권을 하나의 배타적인 권리로 인정하기 보다는 배포권의 예외조항인 권리소진에 대한 예외로서의 역할을 한다고 볼 수 있다. 이는 불법적인 행위에 대한 규제에 초점을 두고 저작권자에게 배포에 대한 권리 뿐만 아니라 대여에 관한 권리 또한 행사할 수 있도록 하고 있다는 점에 그 특색이 있다.

II. 미국의 최초판매원칙

1. 입법의 배경

미국 저작권법(U.S.C. Title 17)은 영국의 앤 여왕법을 토대로 1909년과 1976년 두 차례에 걸친 전면개정과 그 사이의 수많은 개정을 거쳐 오늘날에 이르고 있는데, 초기에는 권리소진에 관한 규정을 두고 있지 않았다. 1908년 *Bobbs-Merrill Co. v. Straus* 사건에서 저작권자에게 자신의 저작물을 판매할 배타적인 권리가 인정되지만, 그 저작물이 일단 판매되거나 처분된 경우에는 더 이상 판매할 권리를 허락하지 않는다는 판결이

내려졌다. 이로 인하여 최초판매이론을 저작권 침해에 대한 항변으로 인정하여 저작권법 상에 권리소진이론의 입법을 통해 저작권자의 독점권을 제한할 필요가 있다는 인식을 가지게 되었고 이에 따라 1909년 저작권법 제27조¹⁴⁾에서 최초로 입법화 되었다. 이는 저작권의 보호대상에 대하여 저작권의 권리행사를 더 이상 허용하지 아니함으로써 복제물의 소유자의 이익을 보호하겠다는 취지이다. 그 후 1976년에는 배포권에 대한 제한 규정으로 제109조¹⁵⁾가 신설되어 현재까지 이어지고 있다.

2. 관련 주요 판례

(1) Bobbs-Merrill Co. v. Straus 판결¹⁶⁾의 의미

이 사건은 원고인 출판사 Bobbs-Merrill 사는 1908년 “The Castaway”라는 책을 발간하면서 모든 책의 표지에 재판매가격을 제한하는 문구¹⁷⁾를

14) 미국 구 저작권법 제27조 법적으로 정당하게 소유한 저작권 있는 복제물을 이전하는 것을 제한하거나 금지하는 것은 허용되지 아니한다.

15) 미국 저작권법 제106조(3)호는 배포권을 규정하고 있고, 제109조(a)항은 배포권의 예외로서의 최초판매원칙을 규정하고 있다.

-제106조 [저작물에 대한 배타적 권리] 제107조 내지 제122조의 규정에 따를 것을 조건으로, 본 장의 규정에 따라 저작권자는 다음의 어느 것을 하거나 이를 허락할 수 있는 배타적 권리를 가진다. (3) 보호되는 저작물의 복제물이나 음반을 판매 또는 그밖에 소유권의 이전, 대여, 리스, 대출에 의하여 공중에 배포:

-제109조 [배타적 권리에 대한 제한: 특정 복제물이나 음반 이전의 효력] (a) 제106조(3)호의 규정에도 불구하고, 이 장의 규정에 따라 합법적으로 제작된 특정 복제물이나 음반의 소유자 또는 그로부터 권한을 부여받은 자는 저작권자의 허락 없이 그 복제물이나 음반을 판매하거나 그 밖의 처분을 할 수 있다. (d) (a)항 및 (c)항에 규정된 특권은 저작권자의 허락이 없는 한 복제물이나 음반의 소유권을 취득함 없이 대여, 리스, 대출 또는 그 밖의 방법에 의하여 저작권자로부터 복제물이나 음반의 점유권을 취득한 자에게는 미치지 아니한다.

16) Bobbs-Merrill Co. v. Straus 210 U.S. 339 (1908) 유형물인 저작물의 양도에 관한 판결이다.

17) 저작물의 표지에 이 저작물을 재판매하는 경우 최소한 1달러 이상에 재판매해야하며 1달러 미만에 재판매하는 경우 저작권침해에 해당한다고 표시하였다

삽입하여 책의 재판매가격을 통제하려고 하였다. R. H. Macy & Company는 해당 책의 표지에 기록된 이러한 내용을 인지하면서 도서 도매업을 통해 합법적으로 그 저작물을 구입하였으나, 저작권자가 명시한 이러한 조건을 위반하여 저작물 한권 당 86센트에 재판매하였다. 이에 대해서 출판자인 Bobbs-Merrill 측은 재판매자인 R. H. Macy & Company가 출판자와 저작권자가 제시하는 저작권 조건을 위반함으로써 저작권을 침해하였으며 특히 출판자와 저작권자가 배타적으로 저작물을 판매할 권리를 침해하였다고 주장하였다.

이 사건 판결에서 대법원은 저작권 소유자는 자신의 저작물의 판매에 관한 배타적인 권리를 가지지만 이 사건의 저작물 표지에 쓰인 내용이 판매 이후의 재판매에까지 적용되지는 않는다고 판시하였다. 즉 Bobbs-Merrill 회사가“The Castaway”라는 저작물을 R. H. Macy & Company에게 판매함으로써, Bobbs-Merrill 사는 R. H. Macy & Company가 그 저작물을 재판매하거나 또는 얼마의 가격에 재판매 할 것인지를 제한할 권리를 더 이상 가지지 않는다고 판단하였다. 즉, 저작물이 유효하게 최초 판매되었다면 저작권자는 이후의 그 저작물의 배포를 금지할 수 없다고 한 것이다. 본 판결은 저작권자가 저작물을 최초로 판매한 후에는 저작권자의 배포권은 소멸된다는 기준을 제시함으로써 최초판매원칙이 등장하게 된 최초의 판결로서의 의의를 가진다.

다음으로 최초판매원칙의 논의에서 중요한 초석이 되는 United States v. Wise 사건 판결을 살펴보도록 한다.

(2) United States v. Wise (1977) 사건¹⁸⁾

본 판결은 영화필름에 관한 배포약정서의 해석을 통하여 이것이 판매인지 라이선스인지를 판단하여 구매자의 재배포에 최초판매원칙이 적용되는지 여부를 판단한 사건에 관한 것이다. 영화필름의 저작권자는 필름을 배포하였는데 이를 배포받은 피고 Wise가 그 이용 및 양도를 제한하는 합의에 반하여 영리적인 목적으로 영화필름을 재판매하였다. 이에 대해서 영화 스튜디오측은 자신들이 일반적으로 영화필름을 판매하는 것이 아니라 단지 일정 기간 라이선스 준다는 점을 들어 이 사건의 문제된 거래가 판매가 아닌 라이선스에 해당한다고 하면서 피고 Wise가 필름을 재판매한 것은 저작권을 침해한 것이라고 주장하였다.

이에 대해서 원심법원은 약정의 성격을 판단하는 데에 구매자가 일회적 지불을 통해 항구적인 점유권을 취득하면 구매자가 소유권을 취득한다는 점을 들어, 영화필름의 최종이용자가 필름을 무한정 보유한다면, 최종이용자가 영화필름 이용에 여러 제약을 받는다 해도 사실상 매매가 일어난 것이라고 판시하였다.

그러나 제9항소법원은 대부분의 영화 스튜디오들의 계약이 라이선스에 해당한다는 점에 주목하였다. 단순히 거래의 명칭보다는 그 본질을 분석함으로써 이 사건에서 행하여진 거래의 성격을 판단하자는 것이다. 필름 배포와 관련하여서는, 첫째, 거래에 라이선스라는 명칭이 사용되었는지, 둘째, 저작권자가 계속해서 필름에 대한 소유권을 보유하는지, 셋째, 필름의 반환 또는 폐기를 요구할 권한을 가지는지, 넷째, 필름의 복제를 금

18) United States v. Wise, 550 F.2d 1180 (9th Cir. 1977).

지하였는지, 다섯째, 라이선스 계약기간 동안 양수인이 필름에 대한 점유를 유지하는지 등을 종합적으로 고려하여야 한다고 설시하였다. 이 중 어떤 한 요소가 결정적인 판단기준이 될 수는 없고, 배포약정에 저작물에 대하여 저작권자가 상당한 보상을 제공하고 반환이나 폐기를 요구할 권한이 있는 경우 이는 ‘라이선스’에 가깝다고 보는 반면, 배포약정이 양수인에게 여러 가지 이용제한, 즉 점유를 유지하거나 판매, 대여 등을 할 수 없도록 규정함에도 불구하고 어떠한 반환의무도 지우지 않는 경우에는 ‘판매’에 가깝다고 판단하였다.

또한 저작물의 재판매를 금하는 명확한 계약 조건이 명시되어 있는 경우의 라이선스 계약은 유효하고 따라서 이에 대하여는 최초판매원칙이 적용되지 않으므로, Wise측이 라이선스 받은 영화 저작물을 판매한 것은 저작권 침해에 해당한다고 결론을 내렸다.

이 사건의 판시사항에서 보듯이 저작물에 대해서 최초판매원칙을 적용할 수 있는지를 결정하기 위해서는 해당 저작물의 양도방식이 판매인지 라이선스에 의한 것인지를 판단하는 것이 중요한 요소이다. 이 사건의 판결에서 제9 항소법원은 저작물이 판매가 아닌 라이선스의 형태로 이전된 것이라고 판단하여 최초판매원칙이 적용되지 않는다고 보았다. 따라서 저작물을 매매의 형태가 아닌 라이선스의 형태로 양도받은 자가 저작물을 재판매한 것은 권한 없는 자에 의한 판매에 해당하며, 저작권자의 권리를 침해한 것이 된다. 이러한 Wise사건에서의 법원 판단기준은 이후 판결에서도 저작물에 대해서 최초판매원칙을 적용할 수 있는지에 관한 기준으로 적용되어왔다.¹⁹⁾

19) 노현숙, 디지털 저작물에 대한 최초판매원칙 적용에 관한 고찰, 경희법학 제47권 제4호, 746면.

3. 적용 요건

미국에서는 저작권자의 배포권이 소진되는 최초판매원칙을 적용하기 위해서는 다음 세 가지 요건을 필요로 한다.

(1) 합법적으로 제작된 저작물일 것

저작권법 제109조(a)²⁰⁾는 배포권이 소진의 대상을 ‘a particular copy²¹⁾ or phonorecord lawfully made under this title’이라 규정하여, 해당 저작물이 적법하게 제작된 것일 것을 최초판매원칙의 적용요건으로 하고 있다. 이에 의하면 불법복제물에 대한 저작권자의 배포권은 소진되지 않으며, 만일 불법복제물이 전전 유통되어 복제물의 소유자가 고의나 과실 없이 제3자에게 양도하는 경우, 이는 저작권자의 배포권을 침해하는 것이 된다.

독일의 입법례와 달리 미국 저작권법에서는 오직 미국 저작권법에 의하여 합법적인 것으로 인정되는 특정한 저작물이나 그 복제물의 소유자만을 보호하기 때문에 저작권자의 처분행위에 의하였는지 여부와 상관없이 제3자가 매체에 대한 소유권을 취득한 경우에는 저작권자의 배포권이 제

20) 17 U.S.C. 109(a)_제106조 (3)의 규정에도 불구하고, 본 장의 규정에 따라 합법적으로 제작된 특정 저작물의 원본 또는 복제물이나 음반의 소유자 또는 그로부터 권한을 부여 받은 자는 저작권자의 허락 없이 그것을 판매하거나 그밖의 처분을 할 수 있다.

21) 여기서 ‘copy’는 원본(originals)에 반대되는 ‘복제물’의 개념이 아니라, 음반 이외의 모든 매체를 뜻하는 것으로서 저작물이 최초로 고정된 원본을 포함하는 개념이다. 따라서 이를 원본과 대치되는 복제물로 해석하는 것은 잘못된 것이다.(정상조 편, 이형주, 『저작권법 주해』, 박영사, 2007, 151면 각주 9번.) 그런데 대부분의 문헌에서는 복제물로 해석하고 있고, 마땅한 다른 용어로 대체하기 어려운 관계로 본 논문에서는 복제물로 통칭하고 있다.

한되는 것으로 된다. 이는 저작권의 귀속과 저작물을 담고 있는 매체에 대한 소유권의 귀속은 별개임을 선언하는 규정인 제 202조²²⁾에 의하여 뒷받침된다.

그런데 저작물의 보존을 위하여 일상적이고 반복적인 백업과정에서 발생한 복제물과 같이 적법하게 만들어진 복제물에 대하여 최초판매원칙이 적용되는지 문제된다. 미국 저작권청(Copyright Office)은 프로그램의 소유자가 적법한 복제물임을 이유로 최초판매원칙의 적용을 주장하는 행위는 근본적으로 부당하고 백업 이외의 목적으로 이용되어서는 안 된다고 하면서, 저작권법에 보존용 복제본을 만드는 행위는 허용하되 이에 대한 배포는 허용하지 않도록 하는 예외조항을 신설하든지, 저작권법 제109조의 최초판매원칙의 적용 대상에 대하여 그 복제물이 합법적으로 만들어졌을 경우뿐만 아니라 합법적으로 배포된 경우(lawfully made and lawfully distributed)에 적용되도록 개정되어야 한다고 권고한 바 있다.²³⁾

(2) 저작권자 또는 저작권자의 허락을 받은 자로서, 복제물에 대한 적법한 소유자인 이용자일 것

저작권자가 스스로 저작물을 거래에 제공하거나 적어도 거래의 제공에 대하여 허락을 하였어야 한다. 저작권자가 저작물이 거래에 제공되는 것

22) 17 U.S.C. 202 [저작권의 소유권과 구별되는 유체물의 소유권] 저작권 또는 저작권을 구성하는 배타적 권리의 소유권은 그 저작물이 수록된 유체물의 소유권과 구별된다. 저작물이 최초로 고정된 복제물이나 음반 등 유체물의 소유권의 이전은 그 자체로서 그에 수록된 저작권으로 보호되는 저작물에 대한 권리를 이전하는 것이 아니며, 합의가 없는 한 저작권 또는 저작물을 구성하는 배타적인 권리의 소유권의 이전은 유체물에 대한 재산권을 이전하는 것이 아니다.

23) Reese, R. Anthony, The First Sale Doctrine in the Era of Digital Networks. U of Texas Law, Public Law Research Paper No.57; and U of Texas Law, Law and Econ Research Paper No.004.

을 허락해야 하는데, 저작권재산권의 양수인뿐만 아니라 저작물이용허락을 받은 자도 이에 포함된다. 불법적으로 생성된 복제물의 경우에는 저작권자가 일반적으로 이를 허락하지 않은 것으로 보아야 할 것이다.

(3) 이용자가 그 복제물을 판매하거나 처분할 것

이용자가 소유권을 취득한 경우 저작권자의 배포권이 제한되므로, 이용자의 소유권 취득이 이론적으로 반드시 매매의 형태일 필요는 없으며, 이와 유사한 소유권 변동이 발생하면 충분할 것이다. 소유권을 이전하는 최초의 권능 있는 처분으로는 저작권자에 의한 매매, 증여 등이 있을 것이고, 법률에 의한 처분으로 압류경매신청을 통한 매각, 일정한 보상금의 지급 또는 공탁을 통한 법정허락 등이 인정될 것이다. 또한 저작권자와의 계약으로 복제물을 제작한 복제업자가 소유자 혹은 점유자로서의 처분도 생각해 볼 수 있다. 이 경우 대부분의 국가에서는 명시적으로 복제업자에게 배포의 자유를 부여하는 계약상의 규정이 없는 이상 이를 배포하는 것은 저작권자의 배포권을 침해하는 것으로 본다. 따라서 합법적인 제작만으로는 최초판매로 볼 수 없다고 하면서도, 복제업자는 자신이 제작한 복제물에 대한 소유권을 취득하고 이러한 복제가 저작권자와의 계약에 의한 것이어서 합법적으로 제작된 것이므로 저작권법상의 최초판매 원칙이 적용되어 복제업자가 이를 처분할 수 있고, 이는 저작권자의 배포권을 침해하는 것이 아니라고 한다. 즉 미국에서는 복제본의 생성에 합법성을 부여하는 행위에 대하여 최초판매와 유사한 저작권자의 처분이 있었다고 보는 것이다.²⁴⁾

24) 정상조, 저작권법 주해, 박영사, 2007, 425면

4. 효과

저작권자로부터 판매 등의 방법으로 저작물의 원본 또는 그 복제물을 양수한 자는 최초판매원칙에 따라 그 저작물을 저작권자의 허락 없이도 적법하게 양도하거나 대여, 즉 배포할 수 있게 된다. 최초판매원칙은 저작물의 2차 시장-재판매시장, 대여시장, 대출시장- 등을 형성할 수 있게 하고, 공중은 저작물에 저렴한 가격으로 쉽게 접근할 수 있게 된다.

영미의 학자들은 최초판매원칙이 저작물 시장에 미치는 효과를 대략 4 가지 측면에서 고찰하고 있는데, 첫째, 접근성(access), 둘째, 보존성(preservation), 셋째, 프라이버시(privacy), 마지막으로 거래의 투명성(transactional clarity)을 꼽고 있다.²⁵⁾

(1) 접근성

최초판매원칙은 저작물의 재판매시장과 그 밖의 저작권자가 통제할 수 없는 배포방식을 통하여 공중의 저작물에 대한 비용감당가능성(affordability)과 이용가능성(availability)을 향상시킨다. 저작자가 저작물을 만들고 이것을 시장에서 거래하고자 하는 경우, 도매상과의 거래단계를 거쳐 소매상에게 이전된 다음 소비자에게 판매되는 것이 일반적이다. 이 과정에서 도매상과 소매상간의 가격경쟁이 이루어지면서, 저작물의 시장 가격이 결정된다. 만약 최초판매원칙이 적용되지 않는다면, 저작자만이 자신의 저작물을 시장에서 거래할 수 있게 되고, 그에 의한 시장독점이 발생하게 되어 경쟁시장에 비해 높은 가격으로 저작물이 거래될 것이다.

25) Aaron Perzanowski and Jason Schultz, Digital Exhaustion. UCLA Law Review, Vol. 58 <http://ssrn.com/abstract=1669562>, pp.6-9.

한편, 최초판매원칙은 재판매시장을 형성시킨다. 소비자는 신상품보다 저렴한 가격으로 중고상품을 구입할 수 있을 뿐만 아니라, 신상품을 고가에 구입하더라도 이를 재판매시장에 되팔 수 있으므로 투자에 대한 이익을 회수할 수 있게 된다. 대여시장을 통한 접근도 가능해진다. 소비자가 저작물에 접근하여 이용하기를 희망하지만, 고가의 비용을 지불하여 이를 소유하기는 원하지 않는 경우, 대여시장을 통해 저렴한 가격으로 저작물을 이용할 수 있다.

대여시장과 관련하여 주의해야 할 점은 음반이나 컴퓨터 프로그램의 경우 영리적 목적으로 대여할 권리는 저작권자에게 귀속된다는 점이다. 미국 의회는 Record Rental Amendment of 1984, Computer Software Rental Amendment Act of 1990을 통과시켜 구매자의 영리 목적의 음반 및 컴퓨터 프로그램의 대여를 금지하여 최초판매원칙의 적용을 제한하고 있다. 그럼에도 불구하고 이는 영리적 대여만을 금지하고 있으므로, 비영리적 목적으로 대여하는 경우에는 여전히 저작권자의 허락 없이도 대여가 가능하다.

미국에서 최초판매원칙을 인정하면서, 다시 대여권을 통해 이 원칙을 제한하는 이유는 당시 음반 및 컴퓨터프로그램 시장을 살펴보면 이해할 수 있다. 공테이프, 씨디의 출현으로 음원이나 소프트웨어의 사적인 복제가 쉬워지면서, 소비자들이 음반이나 프로그램을 대여한 후 이를 불법복제하는 사례가 증가하였기 때문이다. 음반이나 프로그램의 경우 비용이 거의 들지 않는 매우 간편한 방법으로 복제가 가능해짐에 따라 저작권자는 자신의 저작물에 대한 정당한 보상을 받지 못하게 되었고, 이를 방지하기 위하여 대여권을 저작권자에게 부여하게 된 것이다.

그럼에도 불구하고, 저작재산권자가 대여시장을 통해 직접적으로 얻는 이익은 크지 않았다. 대여권이 적용되는 범위는 대여업이 성행할 수 있는 분야를 중심으로 음반, 컴퓨터프로그램, 비디오테이프 등 영상저작물에 한정되어있기 때문이다. 또한 저작권자의 대여권에도 불구하고, 여전히 소비자는 이러한 종류의 저작물에 대한 불법복제가 용이하다. 결국 저작권자는 스스로 기술적 보호조치 등을 통하여 개인의 불법복제를 기술적으로 차단하기 시작하였다. 만약 기술적 보호조치 등을 통하여 구매자를 포함한 소비자들의 불법복제의 문제가 해결된다면, 대여권에 의한 최초판매원칙의 제한은 큰 의미를 가지지 못하게 될 것으로 생각한다.²⁶⁾

마지막으로 최초판매원칙은 공공도서관 등이 저작물을 구입한 후에 이를 도서관 이용자들에게 합법적으로 대출해 줄 수 있도록 한다. 도서관 이용자들은 비용을 물지 않거나 일정한 자격 하에서 용이하게 저작물에 접근할 수 있게 된다.

(2) 보존성

최초판매원칙은 이미 유통되고 있는 저작물의 보존을 용이하게 함으로써, 일반 공중이 광범위하게, 오랜 기간 동안 저작물을 이용할 수 있게 해준다. 작품이 절판되었음에도 저작자가 계속적인 출간을 원하지 않는 경우, 저작자가 작품에 대한 불만족, 향후 업데이트 계획 등으로 인하여 작품을 회수하거나 발표를 금지하는 경우, 또 마케팅 전략으로서 일시적으로 작품을 회수하는 경우에도 이미 저작자의 손을 떠나 유통되고 있는 복제물은 저작자의 의도와 무관하게 보존, 유통된다.

26) Reese, R. Anthony, 전제논문, pp.619-620.

유통되고 있는 복제물의 소유자는 각자의 목적에 따라 이를 보존하게 되는데, 재판매시장은 이러한 복제물의 지속적인 거래를 가능하게 함으로써 저작물의 영구적 손실을 막아주는 역할을 하며, 특히 도서관은 적절하고도 체계적인 방법으로 이를 보존함으로써 오랜 기간 동안 저작물에 대한 공중의 이용을 가능하게 한다.

(3) 소비자의 프라이버시 보호

최초판매원칙은 소비자로 하여금 저작권자의 동의 없이도 자유롭게 익명으로 해당 복제물을 양도할 수 있게 함으로써, 소비자의 프라이버시를 보호하는 역할을 한다. 만약 동 원칙이 없다면, 소비자들은 복제물을 양도할 때마다 저작권자의 동의를 얻어야 하고, 저작권자는 자신의 저작물의 유통에 참가한 자들을 추적할 수 있는데, 특히 저작물이 논란이 되는 내용을 담고 있는 경우라면, 소비자는 스스로를 드러내면서까지 저작물에 접근하고자 시도하지 않을 것이다. 결국 최초판매원칙은 이용자, 즉 소비자에게 익명으로 저작물을 자유로이 이용하게 함으로써 소비자의 프라이버시를 보호하고 저작물에 대한 공중의 원활한 이용을 보장하는 역할을 한다.

(4) 거래의 투명성 확보

마지막으로 최초판매원칙은 저작물시장의 효율성과 거래의 명확성을 향상시킨다. 저작권에 의해 발생할 수 있는 위험에 대한 높은 정보비용이나 거래비용으로부터 소비자를 보호함으로써 거래의 투명성을 보장하고 시장에서 거래의 효율성을 향상시킨다.

(5) 기타 - 혁신(innovation)과 플랫폼 경쟁(platform competition)

최초판매원칙은 저작권자의 저작물에 대한 배포권을 제한함으로써, 저작권자는 재판매시장에서 자신의 저작물과 경쟁을 통하여 스스로 혁신을 이루게 되고, 해당 저작물에 대한 재판매시장의 출현 또는 유지를 통해 참여자들에게 새로운 비즈니스모델과 기술개발에 대한 동기를 유발시키며, 이용자들에게는 재판매거래시장을 통해 낮은 거래비용으로 저작물에 접근함으로써 스스로 실험하고 개발할 수 있는 기회를 갖게 됨으로써, 저작권자의 의도와 상관없이 혁신으로 이어진다고 주장한다.

한편 최초판매원칙은 소비자 고착화(lock-in)²⁷⁾를 감소시킴으로써 기술플랫폼 경쟁이나 새로운 시장진입자간의 경쟁을 향상시킨다고 보았다. 예컨대 최초판매원칙은 소비자가 기술 플랫폼을 변경하는 경우, 재판매시장을 통하여 과거의 구매품을 양도가능하게 할 뿐 만 아니라 이를 통해 이전의 투자를 회수할 수 있게 함으로써 고착효과를 감소시키고 플랫폼 시장에서의 경쟁을 촉진한다.

최초판매원칙은 저작권자의 권리의 제한, 저작물의 유통촉진 등을 넘어서, 시장 내에서의 저작물 거래를 원활하게 함으로써 사회 내의 혁신과 경쟁을 강화시키는 역할을 한다. 따라서 저작권 정책을 수립하는데 있어서 최초판매원칙은 단순히 저작권자와 구매자의 이익조정에만 한정되는 것이 아니라, 저작권에 대한 정책 수립에 있어서 고려해야 될 원칙이라 할 것이다.

27) 고착효과(lock-in effect)란 정보기술사업 분야에서 소비자가 하나의 기술·서비스에서 다른 기술·서비스로 전환 시 상당한 비용이 드는데, 이로 인하여 새로운 기술이나 서비스가 출현하더라도 현재 사용하는 기술과 서비스를 계속 사용할 수밖에 없는 상황을 의미한다.

III. 한국의 권리소진이론

1. 입법의 배경

우리나라 구 저작권법에서는 배포권을 독립된 권리로 인정하지 아니하고 발행과 출판의 개념 내에 배포를 포함시켜 규정하였다. 즉 발행 또는 출판에 대하여 저작물을 복제하여 배포하는 것이라고 정의함으로써 발행권과 출판권만 인정했던 것이다. 그러나 국제적인 입법추세에 맞추어 1986년 저작권법 전문을 개정하면서 제20조에서 배포권을 독립적인 권리로 인정하였다. 당시 권리소진이론에 대하여는 배포권 조항과 독립하여 별도로 제43조 제1항에 규정을 두었다가 조문의 체계를 위하여 2006년 개정된 저작권법에서는 이를 배포권의 예외조항으로서 제20조의 단서로 이전하였다.

우리나라의 입법은 독일의 저작권법에서의 배포권 정의규정과 권리소진이론 관련 조항을 토대로 한 것으로 볼 수 있고, “판매 등의 방법”이라 명시한 부분은 미국의 최초판매원칙의 영향을 받은 것으로 보인다.

2. 적용 요건

독일의 권리소진이론에 영향을 받은 우리나라는 그 적용요건에 대해서도 독일의 이론과 유사하다.

(1) 저작물의 원본이나 그 복제물일 것

저작물의 원본이나 그 복제물이 거래에 제공되어야 하는데 여기서 원본이나 복제물은 유형물을 의미한다. 따라서 전송, 공연 등의 방식을 통해 무형물의 형태로 거래에 제공되는 경우에는 권리소진이론이 적용되지 않는다. 음원이나 소프트웨어 프로그램을 인터넷을 통하여 스트리밍 받거나 다운로드하는 경우, 이는 전송에 해당하여 공중송신권의 대상이 된다. 이를 CD-ROM 등의 유형매체에 저장하여 거래에 제공하는 경우에는 유형물의 양도로 보아 최초판매원칙의 적용대상이 될 것인지 문제되는데, 판매용 음반이나 프로그램의 경우 저작권법 제21조 상의 대여권²⁸⁾으로 인하여 구매자는 이를 영리 목적으로 대여할 수 없다고 할 것이다.

한편 유형물에 저장된 프로그램의 경우 이를 실행할 때 컴퓨터의 하드디스크 등에 필수적으로 복제되는 것이 일반적인데, 이러한 복제는 저작물 이용 과정에서 본질적으로 발생하는 것이고 일시적이므로 저작권자의 복제권을 침해하지 않는 것으로 본다.²⁹⁾ 또한 저작물의 보존을 위하여 일상적이고 반복적인 백업과정에서 발생한 복제물에 대하여도 복제권을 침해하는 것으로 보지 아니한다.³⁰⁾

28) 저작권법 제21조 (대여권) 제20조 단서에도 불구하고 저작자는 판매용 음반이나 판매용 프로그램을 영리를 목적으로 대여할 권리를 가진다. 이는 최초판매원칙에 대한 예외적 조항으로 산업적 필요에 의해 2009년 개정을 통하여 추가된 것이다.

29) 저작권법 제35조의2 (저작물 이용과정에서의 일시적 복제) 컴퓨터에서 저작물을 이용하는 경우에는 원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요하다고 인정되는 범위 안에서 그 저작물을 그 컴퓨터에 일시적으로 복제할 수 있다. 다만, 그 저작물의 이용이 저작권을 침해하는 경우에는 그러하지 아니하다.

30) 저작권법 제101조의5 (정당한 이용자에 의한 보존을 위한 복제 등) ① 프로그램의 복제물을 정당한 권한에 의하여 소지·이용하는 자는 그 복제물의 멸실·훼손 또는 변질 등에 대비하기 위하여 필요한 범위에서 해당 복제물을 복제할 수 있다. ② 프로그램의 복제물을 소지·이용하는 자는 해당 프로그램의 복제물을 소지·이용할 권리를 상실한 때에는 그 프로그램의 저작재산권자의 특별한 의사표시가 없는 한 제1항에 따라 복제한 것을 폐기하여야 한다. 다만, 프로그램의 복제물을 소지·이용할 권리가 해당 복제물이 멸실됨으로 인하여 상실된 경우에는 그러하지 아니하다.

(2) 저작재산권자의 허락을 받을 것

권리소진이론이 적용되기 위해서는 저작물의 원본이나 그 복제물이 해당 저작재산권자의 허락을 받아 거래에 제공되어야 한다. 저작재산권자 스스로 거래에 제공하는 경우뿐만 아니라 저작재산권자로부터 복제 및 배포에 대한 허락을 받은 제3자가 거래에 제공하는 경우도 포함된다. 허락의 범위에 대하여 저작재산권자 스스로 이를 설정할 수 있고, 그 범위 내에서만 배포권이 소진된다.³¹⁾

저작재산권자의 허락 없이 거래에 제공되는 불법복제물에 대해서는 권리소진이론이 당연히 적용되지 않는다. 처음부터 불법적으로 제작된 저작물이 배포될 경우 이는 복제권을 침해하는 것뿐만 아니라 배포권도 침해하는 것이 된다. 우리 저작권법은 복제물의 적법성 여부에 관하여 따로 규정을 두고 있지 않지만, 불법복제물에 대한 저작권자의 배포권은 소진되지 않는다고 보아야 할 것이다.

(3) 판매 등의 방법으로 거래에 제공되었을 것

권리소진이론이 적용되기 위해서는 저작물의 원본 또는 그 복제물이 판매 등의 방법으로 거래에 제공될 것을 요한다. 여기서 판매 등의 방법이라 함은 판매 뿐 아니라 교환, 증여, 소유권의 포기 등에 의한 양도를 포함하며 유형의 원본 또는 그 복제물이 실질적으로 이전되어 저작권자의 해당 복제물에 대한 최종적인 처분권이 상실되는 것을 의미한다.³²⁾ 따라서 일시적으로 점유권이 이전되는 것일 뿐인 대여나, 일종의 이용허락에 불과한 라이선스의 경우, 처분권이 이전되지 않고 저작권자가 이를 최종

31) 계승균, 권리소진이론에 관한연구, 부산대학교 박사학위 논문(2003), 48-49면

32) 안효질, 전개논문, 67-68면

적으로 상실하지 아니하므로 최초판매원칙이 적용되지 않는다. 따라서 ‘판매 등의 방법으로 거래에 제공’을 독일법의 태도와 같이 실질적인 양도를 의미하는 것으로 보는 것이 타당하다.

3. 효과

권리소진이론이 적용되면 배포권은 소진되고, 저작물의 원본 또는 복제물의 배포는 저작재산권자의 허락을 받지 아니하여도 모두 적법하게 된다. 이 때 소진되는 권리는 배포권에 한하므로 복제권, 공중송신권, 공연권 등의 다른 저작재산권은 계속 유효하게 된다.³³⁾

한편 저작권법 제21조에서는 권리소진이론의 예외로 저작권자에게 상업적 혜택을 주면서 저작물의 이용을 활성화하기 위하여 대여권을 규정하고 있다. 대여권이란 상업적인 목적으로 저작물의 복제물을 대여하는 경우 저작권자가 이를 허락할 수 있는 권리이며, 현재 우리나라 저작권법에서는 음반과 컴퓨터프로그램에 대하여는 이를 인정하고 있다.

IV. 소결

우리나라 저작권법의 경우, 배포권과 전송권을 구별하고 있으며, 동법 제20조는 최초판매원칙의 대상을 배포권에 한정하고 있어서, 전송의 방식에 의한 거래에 대하여 최초판매원칙을 적용하는 것에는 우리가 따른다고 보는 입장과 충분히 적용할 수 있다고 보는 입장³⁴⁾이 대립하고 있

33) 이해완, 저작권법, 박영사(2012), 466면

34) 이대희, “디지털 환경 하에서의 최초판매원칙에 대한 연구”, 인터넷법 연구, 제3권 제1호, 2004, 104-105면

다. 그런데 소프트웨어와 같은 프로그램이 CD-ROM에 저장되어 있는 경우, 즉 유형의 매체를 통하여 거래되는 디지털 저작물에 대하여는 저작권법 제20조 상의 요건을 충족하여 최초판매원칙이 적용될 수 있다.

미국저작권법의 경우에는 우리와 달리 배포와 전송을 명백히 구별하고 있지 않다. 그럼에도 미국 저작권법 제109조(a)의 입법사를 살펴보면, 미국 역시 최초판매의 원칙이 “복제물”을 ‘고정을 요건으로 하는 유체물’에 한정하고, 이 유체물의 ‘물리적인 이전’을 전제로 하고 있다는 것을 고려할 때, 인터넷상으로 복제물이 배포되는 경우에 최초판매원칙의 적용 여부는 불명확하다 할 것이다. 그러나 CD-ROM에 저장된 소프트웨어의 배포와 같이 유형의 매체를 통하여 거래에 제공되는 경우는 최초판매원칙의 적용대상이 될 수 있을 것이다.

제 3 절 디지털 시대의 도래와 기존 이론 적용의 문제점

디지털 기술이 발전하면서 저작물도 디지털화된 정보로 만들어져 이것이 정보 자체로써, 또는 유형물에 고정되어 온라인-오프라인 상에서 거래되기 시작하였다. 저작권자는 수익의 극대화를 위하여 저작물의 형식과 배포방식을 결정하고 그에 맞는 비즈니스모델을 선택하게 된다. 시장 수요에 따라 자신의 저작물을 유형의 복제물로 생산하여 유통시킬 수도 있고, 이를 디지털화하여 전송을 통해 배포할 수 있게 된 것이다.

1. 디지털 저작물의 개념 및 특성

1. 디지털 저작물의 개념

저작권법 제2조 정의규정에 의하면, “저작물”이란 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물을 말한다. 같은 조에서 “음반”이란 음이 유형물에 고정된 것이라고 정하고 있는데 반하여 저작물의 경우에는 유·무형의 형식에 제한을 두지 않고 있는 것이다. 그렇다면 저작권법상 저작물에는 디지털 파일과 같은 무형의 저작물도 이미 전제하고 있는 것으로 보아 제20조 단서가 규정하고 있는 권리소진이론의 적용을 피할 수 있는 방향으로 해석할 수 있는 여지가 있다고 볼 수 있다.

일반적으로 저작물과 동일한 개념으로 쓰이는 “콘텐츠”라 함은 ‘문자·소리·영상·음향 등으로 인간의 사상과 감정의 표현물’ 또는 ‘인간이 관찰하거나 지각한 결과로서 문자·데이터·소리·이미지 또는 기타 기록물로 이루어진 정보의 내용물’로 정의된다. 이러한 콘텐츠가 통신기술과 첨단 IT 기술의 발달, 방송과 통신의 융합을 통해 디지털 기술로 구현되어 나타난 것이 바로 디지털 콘텐츠이다.

디지털 저작물이란 디지털 환경에서 디지털 형태로 이용할 수 있는 저작물로 텍스트, 그림, 사진, 영상, 소리 등을 통하여 표현된 자료 또는 정보로 사실상 인터넷상의 모든 저작물을 포괄하는 개념이다. 디지털 저작물은 새로운 유형의 지적재산 상품인 멀티미디어 저작물로서 기존 저작권법 하의 저작물들을 혼합하여 하나의 저작물로 구성되기도 하는데, 이로써 새로운 저작물의 형태로 나타나기 때문에 기존 저작권법 상의 저작물의 분류는 그 의미를 상실하고 있다. 기존 저작물의 분류는 저작물의 외관과 저작물을 나타내는 매체에 기초하는 것인데 디지털 형태의 저작물은 개별적으로 이를 구별하기 어렵다.³⁵⁾

온라인디지털콘텐츠산업발전법 제2조 제1호에 의하면, ‘부호, 음성, 음

35) 이대희, 인터넷과 저작권법, 박영사, 2002. 335-339면

향, 이미지 또는 영상 등으로 표현된 자료 또는 정보로서 그 보존 및 이용에 있어서 효용을 높일 수 있도록 전자적 형태로 제작 또는 처리된 것'을 온라인 디지털 콘텐츠라고 개념 정의하고 있다. 이는 무형의 지적 자원으로서 부가가치를 창출하는 정보재이므로 민법상 '물건'으로 볼 수는 없고, 지적재산권 관련 법률에 의하여 물권적인 보호가 이루어질 수 있을 뿐이다.³⁶⁾

2. 디지털 저작물의 특성

(1) 일반적 특성³⁷⁾

1) 항상성

기존의 아날로그 저작물에 비하여 마모나 질의 저하가 없는 비파괴적 속성으로 인하여 저장 매체에서 삭제되지 않는 한 고갈되거나 소모되지 않으며 아무리 복제하여도 제품의 품질에 무제한 유지된다.

2) 변형가능성

업데이트나 이용자의 요구에 의해 정보의 추가·삭제·변경 등을 거의 추가 비용 없이 자유롭게 할 수 있다.

3) 보관의 편의성

압축 등의 기술로 축소하여 원하는 여러 곳에 분산하여 저장할 수 있고 저장에 드는 비용은 거의 없다.

4) 재생가능성

보관된 정보나 타인으로부터 전송받은 디지털 정보는 원형의 변화없이 얼마든지 재생복원이 가능하다.

36) 이상아, 디지털 콘텐츠 중고시장 평성의 동향과 문제점 극복방안, 2013, 148면

37) 한국소프트웨어진흥원, 디지털 콘텐츠 보호강화를 위한 법령연구, 2004, 6-7면.

5) 비이전성

타인에게 이전하더라도 여전히 원정보가 소유주에게 남아있어 무한한 정보의 재전송이 가능하다.

6) 결합성

원거리 소유자의 정보라 하더라도 실시간 이전 결합이 가능하고, 소량의 정보를 데이터화하여 결합함으로써 가치극대화된 정보군을 형성할 수 있다. 기존의 콘텐츠들을 결합하거나 기존의 콘텐츠에 새로운 디지털 콘텐츠를 추가하여 2차적 디지털 콘텐츠를 쉽게 생산할 수 있다.

(2) 기술적 특성

각 매체별로 다른 기록과 변환방식을 가지는 아날로그 저작물에 비하여 디지털 저작물은 다양한 형태의 프로세싱에 친화적이며, 광대역 통신의 발달에 따라 그 확산의 종류 및 대상이 갈수록 확대되어 간다. 전달 속도가 획기적으로 빨라지고, 텍스트 외에 용량이 큰 사진·음악·동영상 형태의 파일의 전달이 수월해져 개별 이용자가 소장하고 전파할 수 있는 길이 다양해지고 있다.

소프트웨어와 같은 디지털 저작물은 산업성이 강하고 경쟁이 심한 분야로써, 많은 투자를 통해 소프트웨어를 개발하였을지라도, 복제의 용이성, 복제물과 원본의 동질성, 개발의 짧은 시차 등으로 투자에 대한 비용을 회수하기 어렵다.

(3) 경제적 특성

디지털 저작물은 경제학적인 용어로 정보재(information goods)에 포함된다.

다. 정보재는 비경합성과 비배제성의 특성을 지니는 공공재(public goods)의 성격을 지닌다. 뚜렷한 형제 없이 네트워크를 통해 무한한 배포가 가능하고, 트래픽 제한이나 기술적 잠금장치 등을 취하지 않은 상태에서는 자유로운 업로드와 다운로드를 막을 수 없다. 즉 저작물 이용자가 저작물 이용을 하는 그 자체로 다른 사람의 이용에 영향을 주지 않으며(비경합성), 정보를 배제적으로 만들기 위한 비용이 배제함으로써 얻을 수 있는 이익보다 크다고 할 수 없는 경우가 많다(비배제성)는 것이다.³⁸⁾ 또한 첫 번째 생산비용이 많이 들고, 두 번째 이후의 단위를 생산하기 위한 가변비용은 급격히 감소하기 때문에 공급량 증가에 따르는 재생산 비용이 거의 들지 않는다는 특성을 갖는다.

3. 디지털 환경에서의 저작권 보호방향

디지털 네트워크 기술은 저작물의 창작과 이용 환경에 많은 영향을 끼쳤는데, 이러한 변화는 곧 저작권 보호환경의 변화를 의미한다. 저작권의 역사는 저작자의 권리와 이용자의 이익을 정교하게 균형을 맞추는데 있다고 할 수 있는데, 이러한 균형을 깨뜨리는 것이 바로 과학기술의 발전이다. 과학기술의 발전에 대하여 저작권 보호에 관련된 법제가 따라가지 못함으로 인하여 오히려 기술 발전이 기존의 저작권으로 인하여 저해되는 위험을 내포하기도 한다. 디지털 환경에서는 디지털 저작물을 보호하여 창작과 유통을 원활히 하고 그 발전을 촉진시켜야 하지만, 그 보호로 말미암아 일반인의 이용이나 접근이 축소되어서는 안 될 것이다. 그러므로 디지털 저작물을 보호하는데 있어서는 저작물 제작자와 이용자의 상반되는 이해관계를 조화시켜 합리적인 균형을 유지할 수 있도록 하는 방

38) 탁희성, 디지털 콘텐츠 불법유통의 실태와 대책, 한국형사정책연구원, 2008년, 34면.

향에서 해법이 제시될 필요가 있다.³⁹⁾

II. 디지털 저작물의 재판매에 대한 기존이론 적용의 문제점

1. 유형의 매체(tangible medium)로 거래되는 디지털 저작물의 경우

물품의 재판매를 위한 시장(이른바 중고시장, secondary market)은 한국에서는 벼룩시장, 미국에서는 플리 마켓(flea market)이라 하여 옥내·외에서 정기·부정기로 열리며, 저소득층 및 특정 수요자를 고객으로 하는 시장이다. 중고 시장에서 판매자는 더 이상 사용하지 않는 물건을 처분하면서 수익을 얻을 수 있고 구매자는 보다 저렴한 가격에 원하는 물건을 얻을 수 있다는 장점을 가지고 있다. 우리나라에서는 IMF를 거치면서 중고물품에 대한 관심이 급격히 높아지게 되었고 이런 시장은 디지털 환경으로 옮겨와서 온라인 각종 사이트나 커뮤니티에 중고 시장이 형성되어 거래가 활발히 진행 중이다. 중고 시장에서 CD나 LP판 등 유형의 매체에 담겨진 디지털 음원은 현재도 판매가 가능하고 중고 서점 또한 굉장히 활성화 되어있다. 중고 거래를 통한 재판매에 의해 저작권자의 이익이 감소할 수 있으나, 이러한 재판매를 제한하는 것은 해당 지식재산을 보호하기 위해 요구되는 것 이상의 제한이며, 이는 권리소진이라는 법률적 근거에 의해 정당화 되고 있다.

2. 유형의 매체로 거래되지 않는 디지털 저작물의 재판매 가능성

그렇다면 유형의 매체를 지니지 않는 디지털 저작물의 경우에도 재판매

39) 탁희성, 전거서, 36면.

가 가능한가의 문제가 제기된다. 인터넷의 대중화와 모바일 디바이스의 발달로 디지털 미디어 채널이 급격히 증가하고 있다. 이와 함께 디지털 저작물의 이용 역시 빠르게 증가하고 있다. 콘텐츠 산업에서 디지털 콘텐츠가 차지하는 중요성이 커지고 있으며 관련 시장규모 역시 빠른 속도로 성장 중이다. 저작물 시장의 주요 판매 무대는 더 이상 실물 시장이 아닌 디지털 마켓이 될 것이라는 점은 자명해지고 있다.

디지털 마켓은 사용자의 수요 증가에 따라 유럽에서만 2017년 102억 유로에 달하는 규모를 형성할 것으로 예상되고 있다. 특히 세계 음악 시장 규모를 살펴보면 기록 음악 분야 중 물리적 유통은 159억 6,900만 달러(32%), 디지털 유통은 77억 3,100만 달러(15.50%)로 현재 디지털 음악시장은 전체 음악시장의 1/6을 차지하고 있다. 이는 물리적 유통의 절반에 불과하나 세계 음악시장에서 가장 큰 성장을 보였다. 반면 기록음악의 물리적 유통 분야는 점점 축소되고 있다. 앞으로 2016년까지 가장 크게 성장할 시장 역시 디지털 음악시장으로 12.6%의 연평균 성장을 보일 것으로 예상된다. 이와 같은 세계 음악시장의 변화에 따라 2015년 세계 음악시장에서 디지털 음악시장이 물리적 음악시장 규모를 추월할 것으로 전망되고, 디지털 음악시장으로의 변화와 지속적인 성장은 거스를 수 없는 흐름이 되고 있다. 이러한 콘텐츠의 디지털화 움직임은 디지털 음악 시장 뿐만 아니라 모든 콘텐츠 산업에 적용되고 있다.⁴⁰⁾

이렇듯 디지털 콘텐츠의 구입과 사용이 일상화되면서 아날로그 저작물에만 적용됐던 소유권에 대한 개념이 디지털 저작물에도 자연스럽게 확장되었다. 디지털 저작물도 재판매가 가능하다는 발상이 도입된 것이다. 이에 따라 디지털 저작물 시장의 틈새시장으로 디지털 저작물의 재판매

40) 이상아, 디지털 콘텐츠 중고 시장 형성의 동향과문제점 극복 방안, 한국저작권위원회, 2013, 142면

시장이 형성되기 시작했다. 시간이 지나도 동일한 품질을 유지하는 디지털 콘텐츠의 특성에 따라 신제품이나 다를 바 없는 저작물을 보다 저렴하게 구매할 수 있다는 점에서 소비자의 거래에 대한 요구가 증대되고 있기 때문이다. 또한 디지털 저작물 보호 관리 기술이 발달하면서 디지털 저작물의 적법한 재판매 실현 가능성이 확대되고 있다.

디지털 저작물의 재판매시장의 형성은 앞서 살펴본 바와 같이, 디지털 저작물의 특성 때문에 저작권 침해 문제의 가능성과 경제적 이익 배분의 문제점을 가지고 있다. 이러한 문제의 해결에 관하여 미국과 유럽 등에서는 의견이 합일되지 못하고 있다. 기술의 발전이 저작권의 보호방향의 변화를 불가피하게 유도하고 있는 것이다. 급속히 변화하는 기술은 새로운 입법을 요구하고 있고, 현실적으로 여러 가지 제도적 모순이나 결함을 파생시킴으로써 이른바 ‘법과 기술의 충돌과 그 괴리에 의한 잠재적 모호성’이 유발되고 있다. 기술 발전이 저작권 제도와 관련 법률의 전반적인 재검토를 요구하고 있는 양상인 것이다.

제 3 장 디지털 저작물에 대한 권리소진이론 적용에 관한 유럽 및 미국의 입장

종래에 도서, 음반 등 유형물의 형태인 저작물에 대해서 적용되어오던 최초판매원칙이 유형의 매체를 수반하지 않는 디지털 저작물에 대해서도 적용이 가능한지에 대하여 많은 논의가 있었다. 미국에서는 디지털 저작물에 대한 권리 양도의 성격에 따라 이를 매대로 보는 경우에는 최초판매원칙의 적용을 긍정하지만, 라이선스일 경우에는 그 적용을 부정하는

입장을 고수하고 있는 것으로 보인다. 유형의 매체를 수반하지 않는 디지털 저작물의 경우에도 재판매가 가능한가의 문제와 관련하여 유럽 및 미국의 입법과 최근 판례의 동향을 살펴본다.

제 1 절 유럽의 지침과 최신 판례의 동향

1. 유럽연합 2001년 저작권지침 및 2009년 컴퓨터프로그램 보호지침

유럽공동체를 중심으로 1988년 6월 7일 ‘The Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology - Copyright Issues Requiring Immediate Action (저작권과 기술의 도전에 관한 그린페이퍼 - 즉각적인 입법을 요구하는 저작권의 제문제)’를 발표하였는데, 여기에는 저작권 침해, 녹음 및 녹화물의 사적 복제, 녹음 및 녹화물의 배포권과 대여권, 컴퓨터 프로그램의 법적 보호, 데이터베이스의 문제 등을 다루었다. 그 후 ‘Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of Council of 22 May 2001 on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society (정보사회에서의 저작권 및 저작인접권의 특정분야를 통일하기 위한 지침. 이하 ‘2001/29 지침’이라 한다)’이 2001년 4월 EU 의회를 통과하였는데, 동 지침은 주로 저작권자의 권리 강화 및 EU 회원국들의 WIPO 조약 기준을 목적으로 한 것이었다. 또한 ‘Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs (컴퓨터프로그램에 대한 법적 보호에 관한 지침. 이하 ‘2009/24 지침’이라 한다)’

II. 유럽사법재판소의 Oracle 사건 판결⁴¹⁾

2012년 7월 유럽사법재판소(European Court of Justice, 이하 “ECJ”라 한다)는 소프트웨어 저작물을 온라인을 통해 전송하는 방식과 다운로드하는 방식의 거래에 대하여 최초판매원칙의 적용 조건을 실시하였다는 점에서 큰 의미가 있다.

1. 사건의 개요

이 사건의 원고인 Oracle International Corp.(이하 ‘Oracle’이라고 한다)는 컴퓨터 소프트웨어 개발하는 회사로, ‘databank’라 하는 클라이언트 서버 소프트웨어 프로그램을 공공기관과 기업 등에 제공하였다. Oracle은 CD-ROM 또는 DVD 형태로 소프트웨어를 판매할 뿐만 아니라 라이선스 계약을 통하여 Oracle 웹사이트로부터 Oracle의 소프트웨어를 다운로드하도록 하는 방식도 허용하고 있었는데, 이 소프트웨어는 판매량의 85%가 인터넷을 통한 다운로드 방식으로 이루어지고 있었다. 적법한 라이선스를 취득한 이용자는 Oracle 웹사이트에서 자신의 컴퓨터에 프로그램을 직접 다운로드 할 수 있는데, 라이선스 계약에 의하면 이용자는 다운로드 받은 프로그램을 제3자에게 양도할 수 없지만 그의 서버에 영구히 저장할 권리를 갖는다. 또한 작업장 컴퓨터 메모리에 소프트웨어를 다운로드하면 한 라이선스 당 최대 25명의 이용자가 프로그램에 접근할 수 있도록 허용되는 그룹라이선스로서, 라이선스 계약이 지속되는 한 이용자는 소프트웨어의 업데이트 버전과 프로그램의 오류를 수정하는 패치 프로그램(patch program)을 다운로드 받을 수 있었다.

41) UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp., Judgement of the European Court of Justice(GrandChamber), C-128/11,(July.3.2012)

한편, 피고 UsedSoft GmbH(이하 ‘UsedSoft’라 한다)는 중고 소프트웨어 라이선스를 판매하는 독일회사로 Oracle의 고객들로부터 라이선스를 매입하여 자신의 고객에게 재판매하고, Oracle 웹사이트를 통해 소프트웨어 프로그램을 다운로드 받게 하였다.

이에 Oracle은 UsedSoft가 Oracle의 허락 없이 자사의 소프트웨어 라이선스를 재판매하는 것은 독일 저작권법 제16조 제1항42) 및 제69조c 제1항43)에 근거한 복제권을 침해한 것이므로 이를 금지하는 청구를 독일 뮌헨 지방법원에 제기하였다. Oracle은 당해 사안은 컴퓨터 프로그램을 판매한 것이 아니고 라이선스에 의한 양도로 그에 따른 이전비용을 받은 것뿐이라고 하면서 유형물을 통한 소프트웨어의 판매에 적용되는 최초판매원칙은 2009/24/EC 지침 제4조 제2항에 따라 인터넷을 통해 다운로드 받은 소프트웨어와 관련한 이 사건에 적용될 수 없으므로, 소프트웨어에 대한 소유권 및 배포권은 여전히 Oracle이 보유한다고 주장하였다.

2. 법원의 판단

(1) 독일 법원에서의 판결경과

1) 뮌헨지방법원의 판시사항44)

42) 독일 저작권법 제16조 [복제권] ① 복제권이란, 그 절차 및 수량에 관계없이, 일시적이든 지속적이든, 저작물의 복제본을 제작하는 권리이다.

43) 독일 저작권법 제69조c [동의를 필요로 하는 행위] 권리보유자는 다음의 행위를 하거나 허락할 배타적인 권리를 가진다. 1. 전체 혹은 부분적인, 모든 수단, 형식으로 행해지는 컴퓨터프로그램의 계속적이거나 일시적인 복제. 컴퓨터프로그램의 설치, 표시, 작동, 전송, 또는 저장을 위하여 복제를 필요로 한다면, 이러한 행위에는 권리보유자의 승낙을 필요로 한다.

44) LG Munchen I, 15.03.2007 - 7 O 7061/06.

Oracle의 주장을 인용하여 웹사이트를 통하여 컴퓨터 프로그램을 다운로드 받는 형태의 라이선스 거래에 대해서는 최초판매원칙이 적용되지 않으므로 Oracle의 배포권은 소진되지 않는다고 판시하였다. 이에 따라 UsedSoft의 소프트웨어 재판매를 금지시켰는데 그 근거로 라이선스 재판매시 저작권자의 동의가 없었다는 점, UsedSoft의 고객이 소프트웨어를 다운로드 받음과 동시에 복제가 일어나므로 Oracle의 복제권이 침해되었다는 점을 들었다.

2) 뮌헨고등법원⁴⁵⁾의 판시사항

항소심에서는 제1심법원의 판결을 유지하면서도 다음과 같은 문제점을 제기하였다. 먼저 독일 저작권법에서 규정하고 있는 권리소진원칙은 배포권에 대한 것이고 복제권에 대해서는 어떠한 언급도 하지 않고 있는 점을 들어, 동 원칙을 복제권에도 확장 적용할 수 있는 것인지의 문제를 제기하고 있다. 특히나 소프트웨어의 이용은 일반적으로 인스톨이라는 복제과정을 전제로 하고 있기 때문에, 복제권의 소진을 인정하지 않는다면 최초취득자가 제3자에게 복제권을 유효하게 이전할 수 없게 되어 제3자는 소프트웨어를 온전하게 이용할 수 없게 되는 결론에 이를 것이다.

한편 독일 저작권법 제69조의c⁴⁶⁾는 컴퓨터 프로그램의 저작권자에게 당해 프로그램의 복제, 개작 및 배포와 공중전달을 할 수 있는 배타적인

45) OLG Munchen, 03.07.2008 - 6 U 2759/07.

46) 제69조의c [동의를 필요로 하는 행위]

권리보유자는 다음의 행위를 하거나 허락할 배타적인 권리를 가진다.

1. 전체 혹은 부분적인, 모든 수단, 형식으로 행해지는 컴퓨터프로그램의 계속적이거나 일시적인 복제. 컴퓨터프로그램의 설치, 표시, 작동, 전송, 또는 저장을 위하여 복제를 필요로 한다면, 이러한 행위에는 권리보유자의 승낙을 필요로 한다.

2. 컴퓨터프로그램의 번역, 편집, 각색 및 여타 변형 행위와 그 목표된 성과물의 복제. 프로그램을 편집한 자의 권리는 이로 인하여 영향 받지 않는다.

권리를 부여하고 있어, 저작권자의 동의 없이 이러한 행위를 하는 것은 원칙적으로 저작권침해행위가 된다. 그런데 제69조의d 제1항47)에 따르면, 계약상 다른 약정이 없는 이상 제69조의c 제1호 및 제2호에 규정된 행위는 그 행위가 프로그램의 복제물을 사용할 권한 있는 자에 의한 하자보완을 포함한 프로그램의 용법에 적합한 사용을 위하여 필요한 경우에는 해당 프로그램의 복제행위와 개작행위는 권리보유자의 동의를 요하지 않게 된다. 계약상 별도의 약정이 없을 것을 전제하고 있으므로, 권리자의 동의 없이 행하여진 이러한 행위들이 적법하려면 당사자들 간에 별도의 다른 합의가 없어야 한다. 이러한 동 규정의 법적 성질은 영미법상의 묵시적 라이선스원칙(doctrine of implied license)과 일치한다고 보는데, 이러한 특별한 합의가 없을 것에 대한 입증책임은 라이선서가 부담하게 될 것이라고 본다.⁴⁸⁾

3) 독일 연방대법원⁴⁹⁾의 판결

독일연방대법원은 재판매 계약 체결시 라이선스가 양도될 수 없다는 점을 들어 UsedSoft 고객은 적법한 라이선스를 취득할 수 없다고 보았다. 그러나 독일 저작권법 제69조의d 제1항에 근거하여 복제권은 주장할 수 있다고 판단하였는데 동법 제69조의c 제1항 제3호 및 EU 컴퓨터프로그램 보호지침(Directive 2009/24/EC)제4조 제2항⁵⁰⁾에 따른 최초판매원칙이

47) 제69조의d [동의를 필요로 하는 행위의 예외] ① 계약상 별도의 약정이 없는 한, 컴퓨터프로그램 복제본을 이용할 권한이 있는 자를 통하여 하자 보완을 포함한 프로그램의 용법에 따른 사용을 위하여 필요로 된다면 제69조c 제1, 2호에 거론된 행위에 권리자의 동의를 필요로 하지 않는다.

48) 김병일, “소프트웨어 중고거래에 관한 저작권법적 해석과 문제점”, 계간저작권 2013, 46-49면.

49) BGH, Beschluss vom 03.02.2011 - I ZR 129/08.

50) Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009

이용자의 권리를 부당하게 제한하는 것은 아닌지, 웹사이트에서 다운로드 받은 컴퓨터 프로그램에도 동 원칙이 적용되는지, 어떤 조건 하에서 적용될 수 있는지에 대한 판단을 유럽사법재판소에 요청하였다.

(2) 유럽사법재판소(ECJ)의 판시사항

ECJ는 컴퓨터 프로그램의 저작권 보호에 대해서는 EU 컴퓨터프로그램 보호지침(Directive 2009/24/EC)이 적용되며⁵¹⁾, 소프트웨어의 다운로드와 라이선스 계약은 본 거래를 구성하는 부분으로 서로 분리될 수 없는 동일한 것으로 보아야 한다⁵²⁾고 판시하였다. 또한 ECJ는 컴퓨터프로그램지침의 최초판매원칙이 무형의 재산에도 적용되는지에 관하여, “판매(sale)”란 지불에 대한 대가로서, 유형 또는 무형의 재산을 양도하는 것이라고 설시하면서⁵³⁾ 경제적 관점에서 볼 때 온라인 전송은 유형의 매체를 통한 저작물의 공급과 기능적으로 동일하기 때문에 CD-ROM이나 DVD 등의 유형의 매체에 의한 디지털 상품의 판매와 다운로드에 의한 상품의 판매

on the legal protection of computer programs

Article 4 (Restricted acts)

2. The first sale in the Community of a copy of a program by the rightholder or with his consent shall exhaust the distribution right within the Community of that copy, with the exception of the right to control further rental of the program or a copy thereof.

51) Case C-128/11, UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp., 2012 E.C.R. I-0000, para. 48. : Consequently, in a situation such as that at issue in the main proceedings, the transfer by the copyright holder to a customer of a copy of a computer program, accompanied by the conclusion between the same parties of a user licence agreement, constitutes a ‘first sale … of a copy of a program’ within the meaning of Article 4(2) of Directive 2009/24.

52) *Ibid.*, para. 67. : Even if the maintenance agreement is for a limited period, the functionalities corrected, altered or added on the basis of such an agreement form an integral part of the copy originally downloaded and can be used by the acquirer of the copy for an unlimited period, even in the event that the acquirer subsequently decides not to renew the maintenance agreement.

53) *Ibid.*, para. 2.

는 유사한 것이라고 판단하였다.⁵⁴⁾

한편 컴퓨터 프로그램의 양도는 판매가 아닌 라이선스에 따른 이전이므로, 유형물을 통한 소프트웨어의 판매에 적용되는 배포권 소멸의 원칙은 이 사건 소프트웨어의 라이선스에 의한 양도에는 적용될 수 없고, 따라서 Oracle은 소프트웨어에 대한 소유권 및 소프트웨어를 배포할 배타적인 권리를 여전히 보유한다고 Oracle은 주장하였다. 이에 대해 ECJ는 Oracle의 라이선스 계약을 면밀히 검토한 결과, 무제한의 기간 동안 이용자에게 라이선스를 주는 점, 대가 관계(consideration)에 있는 점, 일회성 지불이라는 점 등으로 보아, 이 거래에서는 라이선스가 아닌 “판매”가 일어난 것으로 판단하였다.⁵⁵⁾ 이와 관련하여, ECJ는 인터넷상의 다운로드 저작물에 대해서 최초판매원칙을 적용할 수 있기 위해서는, 저작권자가 이용자에게 다운로드 권한을 부여하고, 무한정 기간 동안 그 저작물을 사용할 권리를 부여하고, 다운로드 받은 저작물의 경제적 가치에 부합하는 대가를 저작권자가 받았어야 한다는 세가지 요건을 실시하였다.⁵⁶⁾ ECJ는 이 거래관계가 비록 라이선스 계약의 형태를 취하고는 있지만 실질적으로는 매매에 해당한다고 보아, 이 거래에서 소프트웨어 매매 이후까지 개발자가 소프트웨어 프로그램의 재판매를 제한할 수는 없다고 판단하였다. 따라서 UsedSoft가 Oracle의 소프트웨어를 다운로드 받는 순간에, 최초 판매 이후의 중고 소프트웨어의 배포를 금지할 Oracle의 배타적인 배포권은 소진된다고 ECJ는 판시하였다.⁵⁷⁾ 즉 ECJ는 EU법이 유형의 저작물과 무형의 저작물을 동일하게 취급한다고 보았고 따라서, 최초

54) *Ibid.*, para. 61.

55) *Ibid.*, para. 45.

56) *Ibid.*, para. 72.

57) *Ibid.*, para. 80.

판매원칙은 유형의 저작물뿐만 아니라 인터넷상으로 다운로드 되는 저작물에 대해서도 적용된다고 판단하였으며, Oracle 웹사이트로부터 이용자가 다운로드 받는 때로부터 개발자의 배포권은 소진된다고 보았다. 요컨대 최초판매원칙을 이 사건에 적용할 수 있다고 봄으로써 UsedSoft가 중고 소프트웨어 라이선스를 재판매할 수 있다고 판단하였다. 뿐만 아니라, 최초판매원칙은 개발자의 배포권에 관한 원칙으로서, 최초구매자가 소프트웨어를 재판매한 이후에는 최초 구매자, 즉 최초로 Oracle의 웹사이트로부터 소프트웨어를 다운로드 받은 자는 해당 소프트웨어를 제3자에게 다시 재판매한 이후에는 더 이상 소프트웨어 저작물을 사용할 수 없다. 또한 소프트웨어의 재판매 후에 최초로 다운받았던 구매자의 소프트웨어 사용 중단을 확실히 하기 위한 방안으로서, 개발자는 “기술적 보호 조치(technical protective measures)”를 소프트웨어에 적용할 수 있다고 ECJ는 판시하였다.⁵⁸⁾

(3) 유럽사법재판소의 판결 이후의 경과

독일 대법원은 유럽사법재판소의 결정을 토대로 이 사건을 항소법원으로 환송하였다. 이에 따라 항소법원은 사법재판소가 실시한 소프트웨어의 재판매 허용 요건, 특히 Oracle의 라이선스가 시간적으로 무제한이었는지, UsedSoft가 첫 번째 취득자로부터 소프트웨어를 취득한 후 그것이 실제로 삭제되었는지를 심사하여야 하게 되었다.

한편 유럽사법재판소의 판결 이후, 최초판매원칙이 컴퓨터 프로그램 이외의 디지털 저작물에 대하여도 적용될 것인지에 대하여 귀추가 주목되

58) *Ibid.*, para. 79.

고 있던 상황에서 2014년 5월 독일 함 고등법원⁵⁹⁾은 EU 컴퓨터프로그램 보호지침(2009/24/EC)은 컴퓨터 프로그램에만 적용되는 특별법으로 다른 디지털 저작물에 대하여는 EU 저작권 지침(2001/29/EC)만이 적용되나, 동 지침이 규정하고 있는 최초판매원칙은 유형의 저작물에 한정하여 적용되는 것이므로, 유형의 매체를 수반하지 않는 저작물의 온라인 거래에 대하여 최초판매원칙이 적용될 수 없다고 판시한 바 있다.⁶⁰⁾

3. 본 판결의 의의 및 향후 전망

이 사건에 대한 ECJ의 판결은 온라인을 통해 프로그램을 전송하는 방식으로 거래하는 것과 인터넷상 다운로드 저작물에 대해 최초판매 원칙의 적용 요건을 규정하였다는 점에서 큰 의미가 있다. 구체적으로 소프트웨어 저작물에 대한 판단이었다는 점을 고려할 때, 소프트웨어 저작물 외에 다운로드를 통해 저작물을 전달할 수 있는 다른 유형의 디지털 저작물에도 동일한 판단이 적용될 수 있을 것인지에 대한 판단의 단서를 제공한다. 소프트웨어 등의 디지털 저작물 및 최초판매원칙의 적용여부와 관련하여 두 가지 중요한 쟁점을 들 수 있다.

먼저, 유형의 매체를 수반하는 디지털 저작물의 판매와 유형의 매체 없이 온라인상으로 직접 다운로드 되는 디지털 저작물에 대한 최초판매원칙의 적용 간에 차이점이 있는지의 문제에 대하여 ECJ는 유형의 매체를 수반하는 디지털 저작물의 판매와 유형의 매체를 수반하지 않고 온라인상의 다운로드를 통한 디지털 저작물의 판매는 유사한 것으로서, 차이가

59) OLG Hamm, Urteil vom 15.05.2014, 22 U 60/13.

60) 박경신, “[독일] 함 고등법원, 컴퓨터 프로그램 이외의 디지털 콘텐츠에는 최초판매원칙이 적용되지 않는다”, 저작권 동향 제13호, 한국저작권위원회.

없다고 보았다. 경제학적 관점에서 볼 때, 온라인 전송은 유형의 매체에 의한 저작물의 전달과 동일한 효과를 가진다고 할 수 있기 때문이다.

다음으로, ECJ의 이번 판결은 구체적으로 소프트웨어 저작물에 대한 판단이었다는 점을 고려할 때, 소프트웨어 저작물 외에 다운로드를 통해 전달할 수 있는 다른 유형의 디지털 저작물에도 동일한 판단이 적용될 수 있을 것인지, 이번 UsedSoft 사건에 적용된 원리들이 디지털 내용물의 재판매에 관한 일반적인 법리로 인정될 수 있을지에 대한 문제가 제기될 수 있다. 다운로드 방식의 소프트웨어 재판매에도 권리 소진 원칙을 인정한 사법재판소의 기본 결정과 이를 수용한 대법원 판결에도 불구하고 디지털 내용물의 재판매에서 발생하는 문제가 해결된 것이 아니라 이제 시작이라는 평가가 지배적이다. 이에 대해서 ECJ는 구체적으로 언급하지는 않았지만, 양도 과정 및 저작권 관계에서 소프트웨어 저작물에서와 동일한 법리가 적용될 수 있는 경우라면, 영화, 음악, 스마트폰의 앱, 게임 등 이용자에 의한 직접 다운로드만으로 저작물이 전송되는 다른 유형의 디지털 저작물에 대해서도 동일하게 적용될 수 있을 것이라 예상된다.⁶¹⁾

유럽사법재판소의 판결은 EU회원국들에 대하여 구속력을 가진다. 유럽사법재판소의 판결은 EU회원국들의 저작권 정책과 관련 입법에 변화를 가져올 것이다. 이러한 움직임은 더 나아가 세계적으로 디지털 저작물에 대한 재판매 시장 형성의 움직임을 촉진할 것으로 기대된다.

61) 노현숙, 전제논문, 744면.

제 2 절 미국의 입법례와 최근 판결의 동향

1. 미국의 1998 DMCA 및 디지털 최초판매원칙 도입에 대한 논의

1. 디지털 밀레니엄 저작권법(DMCA)의 제정

디지털 환경에 따른 미국 법제의 변화는 기술과 법의 차이에서 생기는 사회적 이슈를 기반으로 한다. 클린턴 행정부는 1993년 Information Infrastructure Task Force(IITF)를 구성하였는데, 그 중 지적재산권에 관한 작업반(Working Group on Intellectual Property Rights)에서는 1994년 Green Paper⁶²⁾, 1995년에는 White Paper⁶³⁾라는 보고서를 제출하였다. 보고서에서 제안된 것은 디지털 네트워크상에서 저작물이 상업적으로 이용되는 경우를 대비하는, 저작권에 대한 강력한 보호였다. 디지털 전송(digital transmission)을 일반 공중에 대한 배포로 보아⁶⁴⁾ 디지털 형태로 된 저작물의 전송에 대하여 저작권자가 통제하도록 하고, 저작물을 전자적으로 전송하는 것(electronic forwarding)을 복제권과 배포권의 침해로 보아 일반인의 최초판매에 관한 권리(first sale rights)를 박탈한 것이다. 이는 1998년 디지털 밀레니엄 저작권법(Digital Millennium Copyright Act : DMCA)⁶⁵⁾의 입법과 현재 미국이 인터넷상에서의 저작권 침해와 관련하여

62) Information Infrastructure Task Force Working Group on Intellectual Property Rights, Intellectual Property Rights and the National Information Infrastructure(Preliminary Draft, 1994.7.)

63) Information Infrastructure Task Force Working Group on Intellectual Property Rights, Intellectual Property Rights and the National Information Infrastructure, app.(1995.9.)

64) 이는 기술적인 발전의 결과로서 전송에 의하여 배포권이 행사될 수 있음을 명확하게 인정한 것으로, 미국 저작권법상의 배포권은 전송권을 포함하는 것으로 해석된다.

65) DMCA는 WIPO 저작권 조약 및 실연·음반 조약을 이행하고 인터넷 시대의 디지털 기술의 발전에 대처하기 위하여 1976년 저작권법을 개정한 것이다.

여 취하고 있는 대외정책의 기초가 되고 있다.⁶⁶⁾

2. 유형의 매체로 거래되는 디지털 저작물에 대한 최초판매원칙의 인정 문제

(1) 종래 미국 법원의 입장

디지털 저작물에 대한 최초판매원칙의 적용과 관련하여 각 법원마다 상반된 견해를 보여 왔으며 판결의 명확한 기준이 존재한다고 보기는 어려우나 대체로 디지털 저작물의 양도가 판매에 해당하는 경우에는 최초판매원칙이 적용된다는 점에서는 견해가 일치하는 것으로 보인다. 즉 디지털 저작물의 양도행위가 판매에 해당하는지 라이선스 계약에 해당하는지에 따라 최초판매원칙의 적용 여부가 달라지며, 법원의 판단도 기본적으로 판매인지 라이선스인지를 검토하여 판단하는 것이다. 그러나 디지털 저작물의 양도행위의 성질이 무엇에 해당하는지를 구분하는 것은 쉽지 않기 때문에, 디지털 저작물의 거래에 대하여 최초판매원칙을 적용할 수 있는지 여부를 판단하기는 어렵다. 예를 들어, 디지털 저작물의 일종인 소프트웨어 저작물에 대해서 최초판매원칙을 적용할 것인지에 관하여 미국 법원들 사이에서 견해의 차이를 보여 왔다. 판례에 따라서는 소프트웨어의 양도를 라이선스로 보는가하면⁶⁷⁾, 판매로 보기도 하였고⁶⁸⁾, 동일한 법원에서조차도 소프트웨어 저작물의 양도가 판매인지 라이선스인지

66) 이대희, 인터넷과 지적재산권법, 박영사 2002, 전개서, 349면

67) Adobe Sys. Inc. v. Stargate Software Inc., 216 F. Supp. 2d 1051, 1059 (N.D. Cal. 2002); Adobe Sys. Inc. v. One Stop Micro, Inc., 84 F. Supp. 2d 1086, 1092 (N.D. Cal. 2000).

68) Krause v. Titleserv, Inc., 402 F.3d 119, 124 (2d Cir. 2005); Softman Prods. Co. v. Adobe Sys. Inc., 171 F. Supp. 2d 1075, 1085 (C.D. Cal. 2001);

에 관하여 상당한 이견을 보여 왔다.⁶⁹⁾

(2) 저작물의 이용허락과 저작재산권 양도의 구별 문제⁷⁰⁾

1) 양자의 공통점과 차이점

저작물 이용허락이나 저작재산권의 양도 모두 저작물을 타인에게 이용하게 하는 수단이 되나, 전자에 의하여서는 저작재산권이 준물권적·대세적으로는 저작재산권자에게 머물러 있으면서 채권적·대인적으로만 이용자가 그 지분권을 행사할 수 있는데 반하여 후자에 의하여서는 양도인으로부터 양수인에게로 준물권적·대세적인 권리의 이전이 이루어진다는 본질적인 차이점이 있다.

2) 실제 계약에서의 구별 문제

저작재산권 양도와 저작물 이용허락 사이에 위와 같은 성질의 차이로 말미암아 저작재산권자와 그 상대방 사이에 체결된 계약이 어느 것에 해당하는지가 중요한데, 양 당사자 사이에 불분명한 의사표시로 인하여 분쟁이 자주 발생한다. 이러한 경우 채권적 효력에 불과한 저작물 이용허락인지 준물권적 효력이 있는 저작재산권양도인지를 계약해석으로 해결하여야 한다.

미국에서는 저작권계약 해석기준으로 저작권 양도 또는 이용허락 되었음이 외부적으로 표현되지 아니한 경우에 저작자에게 권리가 유보된 것

69) 노현숙, 전계논문, 736면.

70) 정상조 편, 박범석, 『저작권법 주해』, 박영사, 639-641면.

으로 유리하게 추정(presumption for the author)하면서, 저작권 계약에서 모호한 부분은 계약문안 작성자에게 불리한 추정의 원칙(presumption against the drafter)을 도입하고 있으며, 저작자가 계약서 문안을 작성하여 양 원칙이 충돌하는 경우에는 저작자에게 유리한 추정을 보다 우월한 것으로 보고 있다.

한편 Wise 사건 이후, 제9 항소법원에서는 소프트웨어거래가 라이선스인지 소유권이전인지와 관련하여 세 사건⁷¹⁾을 다루면서 EULA의 표현과 의도에 관한 전체적인 견해를 바탕으로 새로운 기준인 3요소 테스트를 제시하였다. 소프트웨어 거래시 저작권자가 EULA를 통하여 ① 거래가 라이선스임을 명시적으로 표시하고 ② 이용자가 소프트웨어를 양도할 능력을 상당히 제한하며, ③ 소프트웨어 이용에 현저한 제한을 부과하고 있는 경우, 이 거래는 매매가 아닌 라이선스가 된다는 것이다.⁷²⁾

(3) 대량유통 이용허락계약(Mass-market License)⁷³⁾에 의한 최초판매원칙의 회피 시도

저작권자는 저작권법상 최초판매원칙을 우회함으로써 저작권을 강화하는 방안으로 라이선스 계약⁷⁴⁾을 선호하는 경향이 있는데, 이는 계약을

71) MAI Sys. Corp. v. Peak Computer, Inc., 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993); Triad Sys. Corp. v. Se. Express Co., 64 F.3d 1330 (9th Cir. 1995); Wall Data, Inc. v. Los Angeles County Sheriff's Dep't, 447 F.3d 769 (9th Cir. 2006).

72) 박현경, 전계논문, 499면.

73) 대량유통 이용허락계약이란 지적재산권의 이용에 있어 모든 이용자에게 동일하게 제시된 계약내용인 표준양식을 가지고 제공자와 최종이용자 사이에 체결하는 라이선스계약이다.

74) 저작권 라이선스 계약은 저작권자가 자신의 저작물을 제3자에게 이용할 수 있도록 허락하는 것으로서 저작권 양도와 저작물이용허락이 있다. 저작권 양도계약으로 양수인은 저작재산권이라는 준물권적 권리를 배타적으로 이용할 수 있는 반면, 저작물이용허락계약에서는 라이선스에게 배타적 또는 비배타적 권리가 부여된다.

통하여 저작물을 라이선시(licensee)가 어떻게 다루어야 할지에 관하여 제한을 두어 저작물에 관한 권리를 효과적으로 관리할 수 있기 때문이다. 즉 저작권법은 저작물을 보호하는 가장 강력한 방안이지만, 미국의 법원들은 저작물에 대한 저작권자의 배포권을 보호하기 위해 저작권법 외에 다른 수단을 적용할 수 있음을 인정하여 왔고, 저작권자는 저작권법 외에 계약법 등을 통해 저작물의 배포를 제한할 수 있다. 소프트웨어 등 디지털 저작물에 대한 라이선스가 처음 개발된 것은 대체로 미국 연방저작권법의 최초판매원칙을 회피하기 위한 의도가 있었다. 최초판매원칙에 의할 경우, 디지털 저작물을 구매한 자는 저작자에 대한 저작권침해 없이 제3자에게 자유롭게 디지털 저작물을 리스, 대여, 렌탈 등 소유권이 이전되지 않는 기타의 형태로 양도할 수 있었다. 그런데 저작물이 라이선스 계약에 의하여 양도된 경우라면 최초판매원칙은 적용되지 않으므로 저작권자로부터 타인에게 저작물이 양도된 후에도 배포권을 포함한 저작권자가 가지는 일련의 배타적인 권리는 양도 이전과 마찬가지로 그대로 유지된다. 저작권자는 이러한 사적인 라이선스를 통해 최초판매원칙의 적용을 부정함으로써 결과적으로 저작권자는 독점권이 계속해서 보유하는 것이다. 즉 라이선스를 통하여 저작권자는 저작물에 대해서 계속해서 지배력을 행사할 수 있고, 저작권법으로써 규제하기 어려운 경우에도 저작물의 처분에 관한 지배력을 행사할 수 있게 되었다. 이처럼, 저작권자는 여러 가지 형태의 양도를 시도하다가, 자신들의 저작권을 계속해서 옹호하고 양도 이후에도 양수인의 권리를 제한하기 위하여 저작물을 판매하기보다는 라이선스 주려는 경향이 있다. 미국의 저작권 분야에서는, 권리자가 소진원칙이 적용되는 불이익을 피하기 위하여 형식상 양도계약이 아닌 ‘대여’ 또는 ‘이용허락’과 같은 계약형식을 취하거나 양도의 효력발생에 계약상 조건을 부가하면 그런 계약상 합의가 분명하게 ‘제한적

인 허락(limited license)’을 한 경우라고 인정되는 때에는 거래 상대방이 나 이후의 제3자가 위와 같이 합의한 제한을 초과하였을 경우 여전히 저작권 침해책임을 추궁할 수 있다고 오래전부터 판례법이 인정하여 왔다.⁷⁵⁾

한편 라이선스는 저작권으로 보호하기 어려운 저작물을 보호하기 위해서 사용되기도 한다. 개발자들은 프로그램에 깔려있는 코드가 복제되는 것을 방지하고 소프트웨어의 영업 비밀을 보호하기 위하여 소프트웨어에 라이선스를 첨부하기 시작하였는데 그 전형적인 모습이 소프트웨어 거래에 있어서 최종이용자라이선스계약(End User License Agreement, 이하 ‘EULA’라 한다)이다. 저작권자는 소프트웨어 구매자가 이것을 이용하기 위하여 사전에 반드시 EULA에 동의하도록 하는데, 주로 clickwrap 라이선스나 shrinkwrap 라이선스⁷⁶⁾를 통하여 실행된다. EULA의 주된 내용은 소프트웨어 등 디지털 저작물의 구매자는 ‘라이선스’라는 점을 명백히 함으로써 최초판매원칙의 적용을 배제하는 것이다. 그 결과 유체물로서 책을 구매한 경우 그 책에 대한 소유권은 구매자에게 있지만, 동일한 내용의 전자책을 구매한 경우에는 그 소유권이 저작권자에게 여전히 유보된다는 차이점이 생긴다.

디지털저작물의 재판매에 있어서 EULA를 통한 최초판매원칙의 배제는 저작권자와 이용자 간의 법적 보호의 균형을 깨뜨리고 저작권자에게 과도한 통제력을 부여함으로써, 저작권법이 실현하고자 하는 입법목적

75) 박준석, “특허·상표·저작권에 걸친 소진원칙의 통합적 분석제안 : 미국의 최근 동향을 중심으로”, 지식재산연구 제9권 제1호, 2014, 32면 각주100번.

76) 이러한 라이선스 계약문은 소프트웨어 패키지와 함께 비닐랩으로 포장되어 있어서 그 포장을 뜯어야만 라이선스 계약서를 읽을 수 있고 구매자가 포장을 개봉함과 동시에 그 계약에 동의하는 것을 의미한다는 뜻에서 쉬링크랩(shrinkwrap) 라이선스라 한다.

저해할 우려가 있다. 미국에서는 ProCD v. Zeidenberg 사건⁷⁷⁾에서 쉬링크랩 라이선스 조항의 유효성을 인정하면서, 소프트웨어를 구입하는 자가 이용계약에 동의하는 것은 일반 전자제품의 사용설명서와 보증서를 읽는 것과 다르지 않다고 하여 대량유통 이용계약의 법리 논의가 시작된 후, UMG Recording, Inc. v. Augusto 사건⁷⁸⁾에서는 저작권자가 음반 CD를 판촉용으로 제작하여 배포하면서 그에 대한 소유권을 양도하는 것이 아니라 이용허락을 하는 것이라 명시하였음에도 이용허락 계약의 설정을 부정하고 최초판매원칙이 적용된다는 판시를 하였다. 또한 2009년에는 미국 인터넷 서점 Amazon이 조지오웰의 작품 “1984”와 “동물농장”의 전자책에 대한 저작권문제를 이유로, 이를 구매한 킨들 이용자의 전자단말장치 내의 파일을 원격으로 일괄 삭제한 사건이 있었는데,⁷⁹⁾ 라이선스 계약은 지식재산의 개발과 공유를 증진하는 방향으로 상충하는 이해관계 간의 균형을 유지하는 수단으로 사용되어야 할 것이라 지적되고 있다.⁸⁰⁾

3. 유형의 매체로 거래되지 않는 디지털 저작물에 대한 디지털 최초판매원칙 도입에 대한 논의

유형의 매체를 통하여 디지털 저작물이 판매 또는 라이선스되는 경우에는 거래 유형에 따라 최초판매원칙을 적용할 수 있을 것인지를 판단하였지만, 유형의 매체를 수반하지 않고 온라인상 다운로드를 통하여 직접 디지털 저작물을 전송하는 경우에 대해서도 최초판매원칙을 적용할 수 있을 것인지의 문제가 새로이 제기되었다.

77) ProCD v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447, 1499 (7th Cir. 1996)

78) UMG Recording, Inc. v. Augusto, 2011 WL 9399 (9th Cir. 2011)

79) 박현경, “디지털 저작물 거래에 있어 최초판매원칙의 적용여부에 관한 연구”, 경북대학교 법학연구원 법학논고, 제38집, 2012, 494면.

80) 노현숙, 전개논문, 739면.

디지털 최초판매원칙이란 복제물이 수신자의 컴퓨터에 전송된 것을 기술적으로 탐지하면 자동적으로 전송자의 컴퓨터상의 복제물을 삭제하도록 하여 디지털 저작물에 대한 최초판매원칙이 적용되어야 한다는 것으로, 이에 대한 찬반 논의가 존재한다. 우선 디지털 최초판매원칙의 도입을 찬성하는 견해는 정당한 대가를 주고 구입한 디지털 저작물에 대해서 유형의 저작물을 구입했을 때와 동일하게 그 가치를 보장받아야 하고, 전송 이후 자동적으로 전송자의 컴퓨터상의 복제물을 삭제시키는 기술적 조치가 가능하기 때문에 디지털 최초판매원칙은 실현되어야 한다고 본다.

그러나 반대하는 입장에서는 최초판매 원칙의 기원이 유형의 복제물과 관련하여 발전한 것이어서 디지털 저작물에 이를 적용하기 어렵고, 기술적으로 전송자의 컴퓨터상의 복제물을 삭제시키는 조치가 보편화되지 않았음을 이유로 디지털 최초판매원칙의 도입을 부정하였다.

이에 대하여 미국 저작권청은 미국 저작권법 제109조는 저작물을 디지털 방식으로 송신하는 거래에 대하여는 적용되지 않는다는 태도를 취하여 디지털 최초판매원칙을 부정하였다. 그 근거로 현재의 시점에서 전송자의 컴퓨터상 복제물을 자동으로 삭제시키는 기술이 불가능하고, 디지털 저작물의 특성상 신제품과 구제품의 구분이 없고, 그 이전 비용이 거의 들지 않는다는 점을 들고 있다.⁸¹⁾

81) 이상덕, “변화된 디지털 환경에서의 권리소진이론의 적용가능성”, 한국저작권위원회 2012, 44-45면.

II. Vernor 사건 판결⁸²⁾

1. 사건의 개요

이 사건의 피고 Vernor는 eBay에서 상품 판매를 주요 수입원으로 하고 있던 자로, Cardwell/Thomas & Associates (이하“CT&A”라고 한다)로부터 AutoCAD 소프트웨어를 구매하였고, CT&A로부터 구입한 저작물인 AutoCAD 소프트웨어가 내장된 콤팩트디스크를 eBay에서 판매하려고 하였다. 한편, AutoCAD 소프트웨어 외부에는 본 소프트웨어는 설치과정에 나타나는 라이선스 계약을 필요로 한다는 내용의 스티커가 부착되어 있었다. 또한 AutoCAD 소프트웨어를 사용하려는 이용자는 소프트웨어 라이선스 계약(Software License Agreement; 이하 “SLA”라고 한다)을 수용해야 하며, 이를 수용하지 않는다면 전액 환불을 받고 소프트웨어를 반품할 수 있었다. 따라서 AutoCAD 소프트웨어를 설치하려는 자는 반드시 구매자에게 상당한 조건을 강요하는 SLA에 동의해야만 했다. 또한 종전의 소프트웨어 소유자인 CT&A는 Vernor에게 판매하기 전에 최근 AutoCAD 소프트웨어를 업그레이드하였고 그 과정에서 이전 버전의 SLA를 삭제하지 않았는데, Vernor는 CT&A로부터 소프트웨어를 구입하였고, SLA에 동의해야 할 하는 것을 알고 있었으나 소프트웨어를 개봉하지 않았으므로 SAL에 동의하지 않았다.

Autodesk사는 Vernor가 eBay 사이트에 자사의 저작물인 소프트웨어를 판매하려는 것을 알고 eBay 측에 Vernor의 경매를 삭제해달라고 요청했고 결국 eBay는 Vernor의 계정을 한 달간 정지하였다. 이에 Vernor는 자신이 AutoCAD의 소프트웨어가 내장된 콤팩트디스크의 소유권자임을 주

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

장하며 Autodesk를 상대로 소송을 제기하였다.

2. 법적 쟁점

이 사건에서는 Autodesk가 당사의 저작물인 AutoCAD 소프트웨어의 소유권을 CT&A에게 이전한 것인지 여부, 즉 이 거래가 판매인지 라이선스인지의 문제가 주요 쟁점이라고 할 수 있다. 이 거래가 판매에 해당되는 경우, 최초판매원칙에 따라 재판매가 가능하고, 라이선스에 해당된다면 최초판매원칙이 적용되지 않으므로 저작재산권자의 허락 없이 소프트웨어를 재판매하는 것은 허용되지 않는다. 따라서 Autodesk가 단지 라이선스를 준 것이 아니라 소유권을 이전한 것이라면, 최초판매원칙에 따라 CT&A의 소프트웨어를 재구매한 Vernor의 eBay상에서의 판매는 보호를 받을 수 있게 된다.

3. 법원의 판단

원심법원은 Wise 사건 판결의 원칙을 원용하여, 대가를 지불하고 얻은 소프트웨어를 양수인이 한정되지 않은 기간 사용할 수 있도록 하였다면 CT&A가 AutoCAD 소프트웨어를 Vernor에게 양도한 것은 판매에 해당하고, 따라서 Vernor는 소프트웨어의 소유권을 가지며 최초판매원칙에 의하여 저작권 침해에 해당하지 않는다고 판시하였다.⁸³⁾

반면 제9항소법원은 Autodesk사가 AutoCAD 소프트웨어와 관련하여 CT&A와 체결한 것은 판매가 아닌 라이선스 계약이라는 용어를 사용하였으므로 재구매자인 Vernor는 AutoCAD 소프트웨어를 구매한 것이라고

83) Vernor v. Autodesk, Inc., 555 F. Supp. 2d 1164, 1170 (W.D. Wash. 2008).

할 수 없고 최초판매원칙이 적용될 수 없다고 판단하였다. 따라서 저작권 소유자가 아닌 Vernor가 저작물을 판매하려고 한 행위는 저작권침해에 해당한다고 판시하였다.⁸⁴⁾

4. 본 판결의 의의

이러한 제9항소법원의 판단에 대해서는, 계약의 성격 자체보다는 라이선스 계약이라는 표면적인 용어의 사용에 지나치게 집착하여 최초판매원칙을 매우 좁게 해석하였다는 비판이 제기된다.⁸⁵⁾ 동 판결을 통하여 EULA의 해석기준이 정립된 듯하였으나, 이후의 UMG 사건⁸⁶⁾ 판시를 보면 아직도 미국 법원의 태도는 일관되어 있지 않고 있음을 알 수 있다. Vernor 사건에서는 EULA의 해석을 통하여 거래의 법적 성질을 결정하였는데 비하여, UMG 사건에서는 거래의 경제적 실체를 나타내는 사실관계 자체에 주안을 두어 거래의 법적 성질을 판단하였다.

미국 법원은 라이선스 조항에 저촉됨을 이유로 물품에 대한 소유권 이전의 효과 발생이나 그 이전범위가 부정되거나 제한된 결과로, 당해 거래가 ‘양도’를 전제로 소진법리가 적용될 대상이 아닌 단순한 이용허락 계약에 불과하다고 취급하여 권리자에게 여전히 유보되어 있는 저작권을 제3자 등에게 주장할 수 있다는 논리 구성을 취하고 있다. 이는 미국이 아닌 외국에서라면 당연히 판매에 해당하는 것으로 취급하는 거래 상황에 대하여 조차 미국에서는 그 계약상의 합의를 잘 구성하기에 따라서는 단순한 라이선스 계약이라고 보아 소진이론의 적용을 피해나갈 수 있는

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

85) Lukas Feiler, Birth of the First-download Doctrine—The Application of of the First-Sale Doctrine to Internet Downloads Under EU and US Copyright Law, 16 No. 4 J. Internet L. 1 19-20 (2012) ; 노현숙, 전계논문, 748면.

86) UMG Recording, Inc.v. Augusto, 2011 WL 9399 (9th Cir. 2011)

여지를 판례가 넓게 허용한 것이라고 보는 견해가 있다.⁸⁷⁾ 거래의 실질이 소프트웨어의 재판매를 제한하고 있는 판매계약에 가까움에도 이를 단순한 ‘실시허락’이라고 파악하여 소진원칙의 적용을 배제하는 결론에 이른 동 사건이 바로 이러한 미국 법원의 견해를 대변하고 있는 것이다.

한편 Vernor 사건과 같은 해에 같은 법원에서, iTunes에서 음원 파일을 다운로드한 자와 Apple 사이의 거래의 성질에 관하여 이는 판매가 아니라 라이선스에 가깝다는 판시를 하여 큰 반향을 불러일으킨 바 있다.⁸⁸⁾ 이는 그로부터 3년 뒤에 다투어진 다음 ReDigi 사건의 판결에도 부분적으로 영향을 미친듯하다.

III. ReDigi 사건 판결⁸⁹⁾

미국에서의 최초판매원칙은 앞서 제2장 제2절에서 살펴본 바와 같이, 1908년 *Bobbs-Merrill v. Straus* 판결에서 처음으로 인정된 이래 수많은 판례에 의해 발전되어 오다가 1976년 연방저작권법에서 배포권의 예외로서 성문화되었다. 그러나 동 원칙이 오프라인이 아닌 온라인상의 디지털 저작물 거래에도 적용될 수 있는지는 명확하지 않다. 이하에서는 *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*(이하 ‘ReDigi 사건’이라 한다)에 대한 미국 남부지방법원의 최신 판례를 중심으로 미국에서의 디지털 콘텐츠에 대한 최초판매이론의 적용에 대해 살펴보고자 한다.

87) 박준석, “특허·상표·저작권에 걸친 소진원칙의 통합적 분석제안 : 미국의 최근 동향을 중심으로”, 지식재산연구 제9권 제1호, 2014, 33면, 각주 100번.

88) *F.B.T. Productions, LLC v. Aftermath Records*, 621 F.3d 958 (2010)

89) *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*, 2013 WL 1286134 (S.D.N.Y.Mar.30.2013)

1. 사건의 개요

2011년 10월, 공개 베타 버전으로 첫 선을 보인 ReDigi는 이용자가 하드 드라이브에 저장해놓은 디지털 음원을 ReDigi가 제공하는 무료 클라우드 서비스에 저장해 놓고 이를 언제 어디서든 청취할 수 있도록 하는 한편, 더 이상 보유하기를 원하지 않는 음원에 대해서는 다른 이용자를 대상으로 판매할 수 있도록 하는 서비스를 제공하였다. 이용자는 ReDigi 계정을 개설하기만 하면 자동으로 무제한 저장 공간을 제공하는 고유의 ReDigi 클라우드 저장 공간을 부여 받는 한편, 음원을 사고 팔 수 있는 음원 마켓플레이스에 접속할 수 있게 된다. ReDigi는 이용자가 보유한 음원 중 클라우드 저장 공간에 업로드하거나 판매할 수 있는 음원을 판별해 준다. 이용자가 보유한 음원이 ReDigi 클라우드 저장 공간에 업로드 되면, 이용자의 하드 드라이브에서는 자동으로 삭제된다. ReDigi는 자사 홈페이지를 통해 iTunes 및 ReDigi를 통해 합법적으로 구매한 음원만이 판매 가능한 음원으로 분류되며, CD 리핑을 통해 추출하거나 iTunes, ReDigi가 아닌 다른 유통 경로로 획득한 음원에 대해서는 ReDigi를 통한 판매가 불가능하다고 밝히고 있다.⁹⁰⁾ 통상적으로 iTunes에서 1.29달러에 판매되는 음원은 0.79달러, 0.99달러에 판매되는 음원은 0.69달러 수준으로 ReDigi를 통해 재판매 할 수 있었다. ReDigi는 음원 판매 금액의 60%를 수수료로 배분 받아 수익을 창출하는 구조를 가지고 있었다.

이에 대하여 영국 기반 글로벌 음반사 EMI 산하의 미국 메이저 음반사인 Capitol Records, LLC(이하 'Capitol Records'라 한다)는 2012년 자사가 저작권을 지닌 음원 100개 이상을 ReDigi가 허락 없이 재판매하여 저작

90) 업계 관계자들은 iTunes가 서비스 약관을 통해 Amazon 등 여타 디지털 음원 판매사 업자들 보다 명확하게 구매자의 음원 파일 소유권을 명시하고 있기 때문에 ReDigi가 iTunes의 음원을 주로 활용하고 있는 것으로 보았다.

권의 직접 침해, 침해방조, 기여침해 및 대위 침해하였음을 이유로 저작권법 위반을 주장하며 자사 보유 음원의 서비스 중단 및 손해배상청구의 소를 제기하였다.

원고 캐피털 레코드는 디지털 저작물은 그 속성상 복제를 통해서만 업로드 되고 전송되기 때문에 원본에 대한 중고 개념이 적용될 수 없다고 하면서 이용자가 ReDigi를 통해 재판매하는 음원은 원래 구매한 음원의 복사본으로서 그 복사본을 판매하는 행위는 저작권법을 위반한 것으로 불법행위라고 주장하였다. 따라서 피고 ReDigi가 권한 없이 음원을 재생산(Reproduction)하여 저작권을 침해하였기 때문에 각 침해당 150,000달러의 손해배상을 청구한 것이다. 미국 음반사업 협회 (RIAA: Recording Industry Association of America)도 ReDigi 측에 서비스 중지를 요구하였다. ReDigi는 이에 대해 일단 매매 등을 통해 타인의 저작물을 소유하게 되면 이를 제3자에게 양도 혹은 대여할 수 있다는 내용을 근거로 미국의 현행 저작권법상 ‘최초판매원칙’에 의하여 합법적인 서비스를 제공하고 있다며 반박하였다.

2. 법적 쟁점

본 사건에서 가장 핵심적인 문제가 된 것은 일단 적법한 경로로 디지털 음원파일을 구입하여 보유한 경우, ReDigi를 통하여 이를 재판매하는 것에 대하여 최초판매원칙이 적용되는지 여부이다. 만일 동 원칙이 적용된다면 음원파일의 재판매행위는 저작권자의 복제권, 배포권 등 저작권을 침해하는 것이 아니게 된다. 이에 대한 판단을 위하여는 먼저 저작권자의 허락 없이 인터넷을 통하여 음원파일을 ‘전송’한 것이 저작권법상의 ‘복제’개념에 포함되는지의 문제에 대하여 양 당사자의 치열한 법리 공

방이 있었다. Capitol Records 측은 이용자의 음원파일이 컴퓨터에서 클라우드 저장 공간으로 업로드 되는 과정에는 필연적으로 파일 자체의 복제가 일어난다고 주장한 반면, ReDigi 측은 파일이 업로드 될 때에는 패킷 단위로 이동되므로 양 공간에 온전한 한 파일이 동시에 존재하는 순간은 발생하지 않는다고 항변하였다.⁹¹⁾

3. 법원의 판단

(1) 복제권 및 배포권 침해 여부

뉴욕 남부 지방법원은 이번 사건의 가장 큰 쟁점인 ‘적법한 절차를 통하여 구매한 디지털 음원을 ReDigi를 통해 재판매 할 수 있는지’에 관하여 최초판매원칙이 적용되지 않으므로 이를 재판매하는 것은 저작권 침해라고 판단하였다. 디지털 음원이 전송 전후를 통틀어 하나의 파일 뿐인 경우라도 디지털 음원파일을 이용자의 컴퓨터에서 ReDigi의 클라우드 락커로 옮겨지는 행위 자체를 복제라고 본 것이다. 또한 ReDigi사이트에서 음원을 구입한 구매자의 컴퓨터로 다운로드가 이루어지는 경우에도 복제가 이루어진다고 보았다.⁹²⁾ 시간이 지나도 그 가치가 감소되지 않아 재판매 행위가 무한히 이루어질 수 있는 디지털 음원의 특성상 ReDigi는 음원 유통시장에 유해한 영향을 미칠 수 있으므로 기존 음원이 삭제되었

91) 기존에 미국 법원은 인터넷을 통한 디지털 음원 파일의 불법 복제는 저작권자의 복제권을 침해한다고 판단한 바 있으나, 전송 전후 과정을 통틀어 오직 한 개의 파일만이 존재하는 경우에 있어 저작권법상 복제에 해당하는지에 대하여는 ReDigi 사건에서 처음 문제가 된 것이다.

92) ReDigi stresses that it “migrates” a file from a user’s computer to its Cloud Locker, so that the same file is transferred to the ReDigi server and no copying occurs. However, even if that were the case, the fact that a file has moved from one material object - the user’s computer - to another - the ReDigi server - means that a reproduction has occurred.

는지 여부는 중요하지 않으며 저작권자의 허락 없이 새 음원이 생성되었다는 점에 주목하여 디지털 음원 파일의 재판매행위는 원고의 복제권과 배포권을 침해한 것이라 판시하였다.

(2) 공정이용법리와 최초판매원칙의 적용 여부

ReDigi 측은 음원 파일을 사적 이용을 위하여 간접적으로 저장하는 것임을 들어 공정이용 법리에 의하여 자사의 서비스가 보호된다고 항변하였는데, 공정이용 법리가 적용되기 위해서는 먼저 ReDigi 측의 저작물 이용의 성격이 비상업적인 것으로 인정되어야 한다.⁹³⁾ 이에 대한 법원의 판단은 ReDigi의 서비스는 명백히 상업적이라는 것으로 ReDigi 및 재판매자는 재판매행위에 의하여 직접적인 수익을 얻고, 구매자는 통상의 음원시장의 가격보다 저렴하게 음원을 구입하게 된다는 점을 이유로 들었다. ReDigi 이용자들이 재판매하기 위하여 저작물을 업로드 및 다운로드하는 과정에서 일어나는 저작물의 복제 및 배포행위는 공정이용 법리에 의하여 보호되지 않는다고 판시하였다.

한편, ReDigi 측은 합법적인 경로로 구입한 디지털 저작물을 재판매하는 서비스는 최초판매원칙에 의하여 보호된다고 항변하였으나, 최초판매원칙의 적용여부에 대하여 법원은 최초판매원칙은 저작물의 복제가 아닌 배포행위만을 그 적용대상으로 한다는 것을 분명히 밝히면서, 음악을 다운로드 하고 저장한 하드디스크나 레코드를 파는 것만이 현행법상 인정 가능한 재판매의 범위라고 판시하였다. 즉 현행법상 최초판매원칙은 저

93) 저작물의 이용이 공정이용법리에 의하여 저작권 침해를 구성하는지 여부를 판단하기 위해서는, 저작물 이용의 성격이 상업적인지 여부 외에 저작물의 성질, 침해한 것으로 의심되는 복제물의 양적 범위, 저작물의 시장가치를 저하시키는지 여부 등도 고려하게 된다.

작물이 고정된 유형의 배포에만 적용된다고 본 것이다. 그리고 ReDigi를 통해 음원을 재판매하는 자는 자신이 구입했던 디지털 음원 파일을 그 자체를 판매하는 것이 아니고 ReDigi의 클라우드 공간에 업로드 하는 과정에서 새로이 생성된 파일로서 합법적으로 생성된 복제물이 아닌 저작물을 판매하는 것이므로 이에 대하여 최초판매원칙이 적용될 여지가 없다고 보았다.⁹⁴⁾

4. 본 판결의 의의

ReDigi를 상대로 한 Capitol Records의 소송은 합법적으로 구매한 디지털 저작물에 대한 재판매를 허용해도 되는가를 둘러싼 미국 최초의 법정 공방이란 점에서 특히 디지털 콘텐츠 업계의 주목을 받았다. 기존저작권법 하의 최초판매원칙이 디지털 저작물에도 적용될 수 있는지 여부를 판가름하는 중요한 이정표가 될 것으로 전망되었기 때문이다. 이번 판결은 디지털 음원의 특수성을 고려하여 재판매는 배포가 아닌 복제라는 점과 최초판매원칙의 적용은 저작물이 고정된 유형물을 대상으로 한 것임을 명확히 밝힌 데에 그 의의가 있다.

ReDigi 사건과 같은 달 미국 연방대법원은, 권당 수백 달러에 달하는 대학 교과서를 해외에서 대량 구매하여 미국에 들여온 후 이를 되팔아 상당한 이득을 얻은 대학원생에 대한 부당이득반환소송에서 재판매자인

94) 이 같은 결과에 대해 ReDigi는 해당 판결의 기준이 된 서비스는 소위 'ReDigi 1.0' 버전의 초기 모델이므로, 특히 출원 중인 현재의 ReDigi 2.0 서비스는 이와는 다르므로 판결의 기준이 된 사안들이 문제가 되지 않는다는 공식 입장을 발표하였다. 실제로 2014년 ReDigi사는 5년여의 연구개발 끝에 "atomic transaction" 특허를 출원하였다. 이는 복제물을 형성하지 않고 즉각적인 음원파일 이동을 가능하게 하는 방식(copy-less digital transaction)이다.

피고는 일단 저작권자로부터 구매한 물품에 대해 최초판매원칙에 따라 그 이후의 처분에 관한 온전한 권리를 갖는 자이므로 그의 재판매행위는 저작권법 위반이 아니라고 판시한 바 있다.⁹⁵⁾ 이러한 연방 대법원의 판결과 달리 ReDigi 사건에서는 재생산(reproduction)과 재판매(resale)의 개념을 구분하여야 한다는 점을 강조하였다. 즉, 디지털 음원 트랙은 대학교과서와 같이 유형의 물품이 아니라서 최초로 판매된 제품이 애초에 존재하지 않고, 따라서 피고 ReDigi의 서버에 디지털 음원을 게시하는 순간 새롭게 ‘재생산’, 즉 복제된 것으로 본 것이다. 디지털 음원에 대한 인터넷 거래 과정에는 필연적으로 새로운 유형물인 하드디스크에 음원파일이 고정되며, 이는 저작권법을 위반하는 복제행위에 해당한다고 판단한 것이다. 이러한 법원의 판단은 미국 저작권법 제109조 (a)의 문언 자체에 충실한 해석으로 일응 평가할 수 있다. 앞으로 이러한 법원의 견해가 유지된다면 전자책, mp3파일, 디지털 영화파일 등을 iTunes나 Amazon과 같은 온라인서비스 제공자로부터 구매하는 경우, 이는 재판매를 할 수 없는 단순한 이용허락 내지 대여의 개념으로 거래의 성격을 파악할 수밖에 없을 것이고 이를 재판매하는 행위는 저작권 위반이 된다.

그러나 본 판결은 디지털 환경이라는 특수한 현실에 부합하는 결론이라고 보기는 어렵다는 비판을 면치 못하고 있다. 디지털 기반 상품의 재판매 가능성을 지나치게 제한하게 되기 때문이다. 과도한 저작권법의 적용으로 수요와 공급에 따른 온라인 마켓에서의 자유로운 상거래를 해치고 이로 인해 발전할 수 있는 새로운 시장 경제를 망칠 수 있다는 우려 때문이다. 이에 따라 진화된 디지털 환경에 적합한 미국법의 개정이 요구되고 있다.⁹⁶⁾

95) *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.*, No. 11-697 (U.S. Mar. 19, 2013)

96) 이상아, 전제논문, 151면.

제 3 절 유럽 법원 및 미국 법원의 판례 비교

I. 유럽 법원의 태도

유럽사법재판소는 디지털 저작물에 대해서도 전통적인 저작물과 마찬가지로 최초판매원칙이 적용될 수 있고 특히 인터넷을 통해 다운로드 받은 컴퓨터 소프트웨어 프로그램에 대해서도 최초판매원칙을 적용할 수 있다고 판시하여 디지털 저작물에 대한 유럽 각국의 판결에 영향력을 미칠 수 있는 견해를 제시하였다. 또한 유럽뿐만 아니라 디지털 저작물에 관한 많은 판례를 가진 미국을 비롯하여 디지털 산업이 특히 발달한 한국에서의 디지털 저작물에 대한 최초판매원칙 적용여부와 관련하여 큰 의미 있는 것으로 평가된다.⁹⁷⁾

II. 미국 법원의 태도

전통적으로 미국 법원은 저작물의 양도가 판매에 해당하는지 또는 라이선스에 해당하는지에 따라 최초판매원칙을 적용할 수 있는지를 판단하여 왔다. 저작물이 판매되어 저작물에 대한 소유권이 이전된 경우에는 최초판매원칙이 적용될 수 있고, 저작물이 다시 저작권자에게 반환될 예정이거나 판매로서의 요건을 충족하지 못한 경우에는 라이선스 계약으로 보아 최초판매원칙을 적용할 수 없다고 보았다. 이러한 미국 판례의 견해는 일견 일관성이 있고 합리적인 기준에 의하여 판단하고 있는 것으로 보이지만, 문제는 미국의 각 법원들이 저작물의 양도가 판매인지 아니면 라이선스인지를 판단하는 기준이 명확하게 정립되어 있지 않다는 것이

97) 노현숙, 전제논문, 749면.

다. 동일한 사건에 대해서도 하급심과 상급심의 견해가 극명하게 다르고 동일한 법원조차도 유사한 사안에 대해서 다른 판단을 내리기도 한다는 문제점이 있다. 즉 판매인지 라이선스인지를 구분하는 것 자체에 대한 명확한 기준이 확립되어 있다고 보기 어렵고, 법원에 따라 다른 해석이 가능할 뿐만 아니라, 디지털 저작물에 있어서는 판매와 라이선스의 구분이 더욱 모호하다는 문제가 내포되어 있다.⁹⁸⁾ 요컨대 최초판매원칙의 적용에 관하여 미국 법원에서는 아직 견해의 차이를 보이고 있지만, 판매가 아닌 많은 경우 라이선스 형태로 거래되는 디지털 저작물에 대해서 최초판매원칙을 적용하는 것에 대해서 부정적인 입장을 나타내고 있다.

III. 양자의 비교

저작물의 재판매행위의 적법성을 판단하기 위하여 우선 저작물의 최초양도가 판매에 의하여 이루어진 것인지 라이선스에 의한 것인지에 따라 최초판매원칙의 적용 여부를 결정한다는 점에서 유럽과 미국 법원의 견해는 일치하고 있다. 즉 판매일 경우에는 최초판매원칙이 적용되어 저작권자의 배포권은 소멸되므로 재판매행위는 저작권 위반이 아니게 된다. 반면에 라이선스일 경우에는 최초판매원칙이 적용되지 않아 저작권자의 배포권이 소멸되지 않으므로 재판매행위는 저작권자의 저작권을 침해하는 것이 된다. 또한 재판매가 배포에 의해 이루어지는 경우에 대하여만 최초판매원칙이 적용된다는 점도 일치하고 있다.

유럽과 미국의 판례에서 차이를 보이는 것은 디지털 저작물의 재판매 유형의 판단과 최초판매 원칙의 적용 대상의 차이이다.⁹⁹⁾ 유럽의 경우

98) 노현숙, 전계논문, 749면.

99) 이상아, 전계논문, 153면.

디지털 저작물의 재판매행위가 배포에 의해 이루어진 것으로 인정하였다. 반면 미국 법원은 음원의 재판매 과정에서 불법복제가 발생한다고 판단하여, 당해 사안에서의 디지털 저작물의 재판매 유형을 배포가 아닌 ‘복제에 의한 재생산’이라고 보았다. 이러한 판단의 근거는 미국의 경우 최초판매 원칙이 유형의 저작물의 거래에만 적용되고 무형의 저작물인 경우에는 적용되지 않는다고 보기 때문이다. 이에 반하여 유럽에서는 유형이든 무형이든 저작물의 유형을 구분하지 아니하고, 소프트웨어 프로그램을 비롯한 모든 디지털 저작물에 대하여 최초판매원칙이 모두 적용되어 배포권이 소진된다고 보았다.

미국 판례의 입장을 고려한다면 유럽의 획기적이라 할 수 있는 Oracle 사건 판결에도 불구하고, 전 세계적으로 최초판매원칙의 적용에 관한 명확한 기준이 확립되었다고 보기는 어려울 것이다. 이에 따라 동일한 사안이라도 미국 법원과 유럽 법원 중 어느 곳에 제소되는지에 따라 법원의 판단이 달라질 수 있을 것이고, 미국 내 법원에서도 어느 법원에 제소되느냐에 따라서 다른 결과가 도출될 수 있다. 예컨대 디지털 저작물, 특히 온라인 다운로드 방식으로 거래되는 디지털 저작물과 관련하여, 최초판매원칙을 적용의 인정 여부와 관련한 포럼쇼핑의 문제가 발생할 가능성이 있으며, 다국적 기업이나 한국기업이 당사자로 개입되는 상황도 예상할 수 있으므로,¹⁰⁰⁾ 국내에서도 유형의 저작물에 대한 거래와 무형의 저작물의 인터넷을 통한 거래와 관련한, 최초판매원칙 적용문제가 대두될 가능성이 크고 이에 따라 보다 분명한 기준의 정립이 요구될 것으로 생각된다.

100) 노현숙, 전제논문, 750면.

한편, 유럽사법재판소 판결 이후 최초 판매원칙이 컴퓨터 프로그램 이외의 디지털 저작물 전반에도 적용될지 여부에 대하여 귀추가 주목되던 상황에서 2014. 5. 15. 독일 함 고등법원은, 유럽사법재판소 판결의 법리는 컴퓨터 프로그램에 한정하여 적용된다고 보아, 컴퓨터 프로그램 이외의 디지털 저작물에 대하여는 최초판매원칙이 적용되지 않으므로 저작권자는 당해 디지털 저작물에 대한 재판매를 금지할 수 있다고 판시하였다.¹⁰¹⁾ 이러한 재판매 금지에는 디지털 저작물의 온라인 재판매뿐 아니라 디지털 저작물이 고정된 유형 매체의 오프라인 재판매도 포함한다고 보아, 컴퓨터 프로그램과 다른 디지털 저작물을 구분하여 최초판매원칙의 적용여부를 달리 판단하였다. 이러한 판시는 “2009/24/지침은 유형의 매체를 통한 소프트웨어 뿐 아니라 유형의 매체의 교부와 기능적으로 동일한, 온라인 전송을 통한 다운로드 방식의 디지털 파일에도 적용된다”고 판시한 기존 유럽사법재판소의 견해와 정면으로 배치되는 것으로, 추후 사법재판소의 판단이 따를 것으로 예상된다. 컴퓨터 프로그램과 다른 디지털 저작물 사이에 기술적 측면에서 큰 차이점이 없기 때문에 양자를 구별하여 최초판매원칙의 적용여부를 달리하는 것이 정당한 것인지에 대하여 향후 추가적인 논의를 요한다고 할 것이다.

제 4 절 디지털 최초판매원칙의 국내 적용가능성

1. 국내에서의 디지털저작물에 대한 최초판매원칙의 적용 가능성

우리나라 저작권법 제20조 단서 규정에서 소진되는 권리로 규정된 배포

101) OLG Hamm, Urteil vom 15.05.2014, 22U 60/13.

권과 관련하여 제2조 23호의 ‘배포’에 대한 정의 규정을 중심으로 살펴보기로 한다.

1. 저작권법상 배포 개념에 대한 연혁¹⁰²⁾

근세 저작권법이 태동하던 무렵 저작물 배포업이 성장하지 않아 저작물의 이용·유통 수단이 미비하던 때에는, 복제·출판업자가 복제권으로 유통을 관리하고, 이에서 일탈한 유통에 대해 물권법으로 규제하면 충분하다고 보아 배포권의 필요성은 인식되지 못하였다. 이러한 연원에서 1957년 우리 저작권법 제정 당시에도 배포에 대한 독립적인 정의 규정을 두거나 독립한 재산권으로 인정하지 아니하고, 발행 혹은 출판¹⁰³⁾의 한 내용으로 인정하는데 그쳤다. 그러다가 1986년 개정을 통하여 현재와 같이 독립된 정의, 권리 규정을 두게 되었다.

2. 구별 개념

(1) 대여

‘대여¹⁰⁴⁾’에 대해서는 우리나라 저작권법은 ‘배포¹⁰⁵⁾’의 한 유형으로 규정하고 있을 뿐 따로 정의규정을 두고 있지 아니하여, 대여권을 배포권에 포함시키고 있다. 그러나 이에 대해 배포권과 대여권은 엄연히 별도

102) 정상조 편, 이형주, 『저작권법 주해』, 박영사, 2007, 149면.

103) 1957년 제정 저작권법 제8조 제1항 “본법에서 발행이라 함은 저작물을 복제하여 발매 또는 배포하는 행위를 말한다.” 제9조 “본법에서 출판이라 함은 문서, 회화 등의 저작물을 인쇄술 기타의 기계적, 화학적 방법에 의하여 복제하여 발매 또는 배포함을 말한다.”

104) ‘rent(al)’, ‘lease’(미국 저작권법 제101조), ‘loan’(영국 저작권법 제18조(2)(a))

105) ‘distribute’, ‘issue’(영국 저작권법 제16조(1)(b))

의 독립된 권리로 보는 것이 국제적 추세이므로 권리 작용의 측면에서는 배포권에 대여권이 포함된 것으로 보기는 어렵다는 견해가 있다.¹⁰⁶⁾

(2) 전송 개념의 도입과 개념 재정립

저작권 환경이 급변함에 따라 새로운 저작물 이용형태의 등장으로 기존 저작권법은 중대한 국면을 맞게 되었다. 1990년대 후반 들어 광범위하게 사용되기 시작한 인터넷 등 온라인상의 저작물 송신을 고려한 결과, 2000년 개정 저작권법에서 새로운 개념으로서 ‘전송’개념을 신설한 것이다. “일반 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 수신하거나 이용할 수 있도록 저작물을 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것”이라 정의하였다가 2007년 전부 개정된 저작권법에서는 공중송신의 개념에 포함되어 “공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물 등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함한다.”¹⁰⁷⁾라 하여 재정립되었다.

3. 배포의 개념

(1) 대상 : 저작물 등의 원본 또는 복제물

저작물의 유형을 불문하고 원본과 복제물 모두에 대하여 배포권으로 보호된다.

106) 김기태, 『저작권법 총설』, 형설, 2013, 119면.

107) 저작권법 제2조 제10호.

(2) 상대방 : 공중

공중에 대하여는 ‘특정 다수인을 포함하는 불특정 다수인’ 이라 저작권법 제2조 제32호에 정의하고 있다. ‘불특정 다수’라 함은 그 개성 또는 특성이나 상호간의 관계 등을 묻지 않는 2인 이상의 사람을 말하며,¹⁰⁸⁾ 결국 ‘공중’이라 함은 불특정 다수 또는 통상적인 개인적 관계에 의하여 서로 연결되는 범위를 넘어서는 상당수의 사람들을 지칭한다고 본다.

(3) 행위 : 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여

양도인 경우 판매 또는 증여, 대여의 경우 사용대차 또는 임대차가 될 것인데, 양도는 소유권을 이전하는 것이고, 대여는 반환할 것을 전제로 사용권을 부여하는 행위로 정의할 수 있다. 양자의 공통점은 유체물의 점유 이전을 요건으로 한다는 것이다.¹⁰⁹⁾ 따라서 유체물의 점유 이전을 수반하지 않는 다운로드, 스트리밍 방식은 전송에 해당하는지는 별론으로 하고 배포로 포섭되지 않는다고 보는 것이 우리 법원의 태도이다.¹¹⁰⁾ 배포는 저작물을 시장에 유통시키는 일반적인 방법으로, 배포권을 가지

108) 대법원 1985. 3. 26. 선고, 85도109 판결

109) 정상조 편, 이형주, 『저작권법 주해』, 박영사, 2007, 153면

110) 구 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전문 개정되기 전의 것) 제2조 제15호 소정의 배포라 함은, 저작물의 원작품 또는 그 복제물을 일반공중에게 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여하는 것을 의미하는데, 이와 같은 ‘배포’의 개념은 ‘전송’의 개념과 대비되어, 무체물이 아닌 유체물의 형태로 저작물이나 복제물이 양도 또는 대여되는 것을 뜻한다. 그런데 스트리밍, 미리듣기, MP3 파일 다운로드, 통화연결음, 휴대폰 벨소리 등의 서비스는, 음악사이트의 서버에 저장된 음악저작물의 압축파일을 스트리밍 방식이나 음성통신회선 등을 통하여 송신하여 그 이용자로 하여금 들도록 하거나, 이용자의 개인 컴퓨터나 휴대폰 등에 다운로드받도록 하는 서비스를 말하는 것으로서, 이는 유체물의 형태로 된 저작물이나 복제물이 양도 또는 대여되는 것을 의미한다고 할 수 없으므로, 음악사이트의 운영자가 제공하는 위와 같은 서비스가 저작권법 제2조 9의2호의 전송에 해당하는지 여부는 별론으로 하고, 이를 가리켜 ‘배포’에 해당한다고 볼 수는 없다. (서울고등법원 2008.09.23. 선고 2007나70720 판결)

고 있는 저작재산권자의 허락을 받아야 한다. 저작권자 측에서는 복제권과 함께 배포권을 적절히 행사한다면 저작권의 관리는 물론 이익의 폭을 넓힐 수 있을 것이다. 예컨대 먼저 복제권을 행사하여 복제에 의한 이용을 허락함과 동시에 배포권을 행사하여 지역적 또는 시간적인 제한을 둘 수 있다.

4. 제20조 단서에 의한 배포권의 소진

배포권을 철저히 보호하게 되면 이용자들은 저작물을 어떠한 방법으로 이용하든지간에 이용할 때마다 배포에 따른 허락을 별도로 받아야 하므로 상당한 번거로움이 따르게 된다. 이러한 점을 감안하여 제20조 단서에서 저작권자가 특정 저작물의 판매에 동의한 경우에는 그에 대한 저작권자의 배포권 소진을 인정하고 있다. 본래 저작권자의 배포권은 불법복제물이나 도난 또는 기타 불법적인 복제물의 경우에 저작권자를 충분하게 보호하기 위하여 복제권에 보완적으로 부여된 권리이므로 저작권자가 일단 저작물의 배포에 동의한 경우에는 배포권이 적용될 여지가 없다는 것이 최초판매원칙의 논거이다.¹¹¹⁾

최초판매원칙에 대한 적용요건은 제2장 제2절에서 살펴본 바와 같다. 최초판매원칙이 적용되는 경우, 소멸되는 저작권자의 권리는 배포권에 한한다. 이에 따라 매체의 소유자는 아무런 제한 없이 다시 배포할 수는 있으나 그 외의 저작재산권 이용행위는 할 수 없다. 이러한 점에서 적법하게 제조, 판매되어 소모된 경우에는 이후의 전시, 대여, 수리 등이 모두 자유인 특허권 상표권 등의 소모와는 구별된다.¹¹²⁾

111) 임원선, 『실무자를 위한 저작권법』, 한국저작권위원회, 2012, 209면.

112) 정상조 편, 이형주, 『저작권법 주해』, 박영사, 2007, 435면

우리 저작권법은 대여를 포함하는 배포권을 최초판매원칙에 의하여 제한하고 다시 이에 대한 예외로 대여권을 두는 방식 즉 ‘원칙(제20조: 배포권) - 예외(제20조 단서: 배포권의 소진) - 재예외(제21조: 판매용 음반에 대한 대여권)’의 입법을 취하여, 대여권을 독립한 저작재산권으로 하지 않으면서 최초판매에 의하여 소진되지 않는 배포권의 한 내용으로 규정하고 있다.¹¹³⁾

5. 디지털 저작물의 거래에 대한 현행 국내법규 적용의 한계

mp3파일이나 컴퓨터프로그램을 이용자들이 인터넷을 통해 다운로드 받을 수 있도록 하는 행위는 배포가 아닌 전송에 해당되는 것이다. 따라서 우리나라 저작권법 상에서 최초판매의 원칙은 배포권의 예외로서만 인정하고 있으므로, 위와 같은 전송 행위에 대해서는 동 원칙이 적용되지 않는다. 이러한 국내 저작권법 규정에 의하면 전통적인 유형의 저작물과 유형의 매체를 수반하는 디지털 저작물의 거래에 대해서는 배포의 개념을 적용하여 최초판매원칙을 적용할 수 있을 것이다. 이에 반해 유형의 매체 없이 온라인상 다운로드 방식으로만 거래되는 디지털 저작물의 경우에 전송에 해당되므로 최초판매 원칙을 적용할 수 없게 된다.

이는 디지털 저작물에 대해 전송이라는 개념을 따로 인정하지 않은 채 배포가 아닌 복제행위로 판단하여 최초판매원칙의 적용을 부인한 미국 법원의 판단과 결과적으로 일치하게 된다. 요컨대 우리나라에서도 유형

113) 이러한 순환구조의 혼란을 피하기 위하여 배포 개념에서 대여를 제외하여 대여권을 별도로 규정하게 된다면 결국 배포에는 ‘양도’만이 남게 되어 배포권은 일본 저작권법에서의 양도권과 동일한 개념이 될 것이다.(정상조 편, 이형주, 『저작권법 주해』, 박영사, 2007, 151면).

의 매체 없이 온라인상으로 다운로드 되는 디지털 저작물의 경우, 이를 배포가 아닌 전송으로 볼 수밖에 없어 최초판매원칙이 적용되지 않을 것으로 예상된다.

II. 디지털 최초판매원칙과 새로운 해석의 필요성

최초판매의 원칙은 유형물이 아닌 저작물의 배포에는 원칙적으로 적용될 여지가 없다. 그러나 디지털 시대에 최초판매의 원칙이 적용될 수 있는 가능성이 축소되어 가고 있다는 사실은 당초 최초판매원칙이 가지고 있는 중요한 기능들, 즉 저작권의 경쟁 제한적 목적에의 남용 제한과 정보의 자유로운 유통 촉진 역시 그만큼 위축되고, 나아가 기존에 유형물의 배포와 최초판매원칙을 기반으로 형성된 제도와 관행이 위협받게 되었다는 것을 의미할 수 있다. 이러한 점에서 디지털 시대에도 최초판매원칙이 담당해온 기능과 역할은 마땅히 손상됨 없이 이어져야 한다는 주장이 설득력을 갖게 되는 것이다.¹¹⁴⁾

저작권법에서 최초판매원칙을 인정하는 주된 근거는 저작권자에 대한 중복보상금지에 있다는 점을 고려할 때, 저작재산권자가 해당 저작물 등의 배포로부터 그에 상응하는 대가를 징수하였거나 징수할 기회를 가졌는지는 최초판매원칙의 적용 여부를 결정하는 기준이 될 것이다.¹¹⁵⁾ 그러므로 저작물에 대한 소유권이전이라는 결과적으로 동일한 재판매행위에 대하여 그 거래 방법, 수단, 차이로 인하여 저작권 침해 여부를 결정짓는 것은 타당하지 않다. 유형적 매체에 의한 거래에 대하여는 권리소진을 인정하는 것과는 달리 비유형적 매체에 의한 거래에 대하여는 소

114) 임원선, 『실무자를 위한 저작권법』, 한국저작권위원회, 2012, 217면.

115) 박준석, “상표상품만의 병행수입론 논의를 넘어 특허-상표-저작권 전반의 권리소진 이론으로(하)”, 저스티스, 한국법학원, 제133호, 177면.

진을 부정하여 형사 처벌이 가능한 저작권 침해로 보는 것은 행위자에게 불리한 결과를 초래한다. 이는 디지털 저작물의 유통을 유형매체 보다는 온라인상 다운로드 방식에 의하여 이루어지는 것을 선호하는 거래 현실을 외면하고 있는 것이다.

1. 디지털 전송을 배포 개념에 포함하자는 해석론

저작물의 배포와 전송을 구별하고 있는 우리 법제 하에서도 전송을 넓은 의미의 배포 개념에 모두 포함된다고 보아 디지털 저작물의 거래에도 최초판매원칙의 적용을 기존 저작물의 거래에서와 동일하게 인정하자는 견해¹¹⁶⁾가 힘을 얻고 있다. 저작권법 제2조 제23호에 규정된 배포의 개념에 디지털 방식으로 양도하는 경우를 포함하여 해결할 수 있다는 것이다.

더욱이 우리나라의 권리소진이론은 독일 저작권법의 영향을 받아 그 이론과 거의 흡사하므로 Oracle사건에 대한 유럽사법재판소의 판결은 상이한 법체계의 미국보다는 우리나라의 법제 하에 더 적용가능성이 높다고 본다. 유형의 매체에 의하여 거래되는 디지털 저작물의 매매와 온라인상에서 다운로드 방식으로 이루어지는 디지털 저작물의 매매에 대하여 근본적으로 차이가 없다는 유럽사법재판소의 판단은 국내 저작권법 규정의 적용 시에도 동일하게 적용되어야 할 것이다.

2. 디지털 환경을 반영한 새로운 해석의 필요성

현행 저작권법 제20조 단서 규정을 문언에 충실하게 해석을 하더라도,

116) 노현숙, 전제논문, 757면.

디지털 전송 방식으로 거래되는 디지털 저작물을, 최초판매원칙의 적용 대상인 저작재산권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 ‘저작물의 원본이나 그 복제물’이라고 보기에는 무리가 따른다고 하기 어렵고, 디지털 저작물의 유통 현실을 반영할 필요가 있다. 저작물에 대하여 정의하고 있는 제2조 규정에 비추어 볼 때 제20조 단서 규정의 적용에 디지털 저작물도 포함되는 것으로 해석할 가능성이 열려있기 때문이다. 이러한 해석론은 재판매자인 원구매자가 사본을 남기지 않고 재판매하는 것¹¹⁷⁾이 전제된다면 충분히 수용 가능한 것이라 볼 수 있다.

이러한 제안은 1997년 미국에서 저작권법 제109조를 개정하려고 했던 시도를 떠오르게 한다. Digital Era Copyright Enhancement Act의 제4조에서 “저작권법 제109조는 다음의 새로운 항을 추가하는 것으로 개정한다. (f)항 : (a)항에서 규정한 이용에 관한 권리는 본 조에서 적법하게 디지털 형태로 제작된 특정 저작물의 소유자 또는 소유자로부터 권리를 수여받은 자는 그 상대방에게 전송의 방법으로 저작물을 공연, 전시 또는 배포할 수 있다. 이러한 경우 전송자는 해당 저작물을 동시에 본질적으로 삭제하거나 파괴하여야 한다. 공연, 전시, 배포를 위해 필요한 범위 내에서 행한 저작물의 재생산(복제)은 침해를 구성하지 아니한다.”¹¹⁸⁾라고 하여

117) 원구매자가 파일을 재판매하여 전송하는 즉시 원구매자의 파일은 그의 저장장소에서 삭제되도록 하는 기술적 조치가 뒷받침되어야 할 것이다. 이는 제4장 제1절 III. 3. 동기화 기술에 의한 전송물의 삭제조치의 가능성 중 '보내고 삭제하기' 기술에 해당한다.

118) Digital Era Copyright Enhancement Act SEC. 4. FIRST SALE

Section 109 of title 17, United States Code, is amended by adding the following new subsection at the end thereof: (f) The authorization for use set forth in subsection(a) applies where the owner of a particular copy or phonorecord in a digital format lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, performs, displays or distributes the work by means of transmission to a single recipient, if that person erases or destroys his or her copy or phonorecord at substantially the same time. The reproduction of the work, to the extent necessary for such performance, display, distribution, is not an infringement.

소비자가 인터넷 등을 통하여 저작물의 복제물을 전송하는 것을 허용하고자 하였다. 그러나 당시의 이러한 제안은, 소비자 입장에서 ‘전송하고 삭제하기’(forward and delete)라는 행위를 함으로써 최초판매원칙을 적용받으려는 요구는 가시화되지 않았다고 본 미국 저작권청의 반대로 무산된 바 있다.

3. 검토

최초판매원칙은 그 적용을 통하여 이용자의 권리를 보장하는 반면 저작권자에게는 경영상 부분적인 손해를 끼칠 수 있다. 그러나 재판매시장을 통한 저작물의 유통을 활성화시켜 한편으로는 오히려 폭 넓은 의미에서의 경영상 이익을 가져다 줄 수도 있다. 현실에 부합하는 방향으로 디지털 저작물에 대한 최초판매원칙을 인정하는 방법이 오히려 실질적으로 저작권자의 권리를 보호하고 오프라인 상거래에서의 이익도 도모할 수 있을 것이라는 점을 간과해서는 아니 될 것이다. 그러므로 최초판매원칙을 신중하고 엄격하게 적용하되 원칙적으로 모든 저작물에 대해서 이를 인정하는 것이 타당하다고 생각한다. 기존의 최초판매원칙은 유형물에 고정된 형태로 거래되는 저작물을 대상으로 도입된 것이라는 연원에 매여, 디지털 전송 방식이 보편화되고 있는 거래환경을 외면한 채 원구매자가 합법적으로 구매한 디지털 저작물에 대한 동 원칙의 적용을 부정하여 재판매를 무조건 금지하는 것은 부당하다. 이는 유럽사법재판소의 결정과 배치되는 것으로 국제적인 조화वाद 동떨어지는 결과를 초래할 것이다.

그러므로 디지털 전송 방식으로 이루어지는 거래에 대하여도 디지털 최

초판매원칙을 인정할 필요가 있다. 그런데 우리나라 현행 저작권법 제20조 단서 규정을 새겨볼 때, 디지털 전송에 의해 거래되는 저작물 파일이 해당 저작권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 저작물의 원본이나 그 복제물 자체에 해당한다고 확장하여 해석할 가능성이 충분히 있다고 본다.

제 4 장 디지털 환경에서 권리소진이론 적용의 확장 및 발전방향

제 1 절 디지털 저작물 재판매 문제의 해결 방안

1. 법리적 검토

1. 최초 다운로드 원칙(First Download Doctrine)의 도입¹¹⁹⁾

디지털 저작물의 재판매시장에 대한 수요의 증가와 이로 인한 법적 분쟁의 발생은 불가피할 것으로 보이는 현 상황에서 기존의 저작권법 적용만으로는 현실에 부합하는 결과 도출에 어려움이 따른다. 디지털 저작물에 대한 ‘최초판매원칙’이 인정되지 않았던 미국과 달리 해당 원칙의 확장 적용 가능성을 열어두고 있는 유럽의 대응이 디지털 환경에 보다 적합하다고 생각한다. 디지털 저작물의 경우 그 특성상 최초판매원칙을 적

119) Lukas Feiler, Birth of the First-Download Doctrine: The Application of the First-Sale Doctrine to Internet Downloads under EU and U.S. Copyright Law, TTLF Working Papers No.17, 2013.

용할 수 있는 거래인지 판별하기 위하여 첫 양도행위가 판매의 형태인지 라이선스의 형태인지에 관하여 그 구분이 모호하다는 문제점을 지닌다. 따라서 디지털 환경에 적용할 수 있는 기존의 최초판매원칙이 아닌 ‘최초 다운로드 원칙’이 제안되고 있다. 최초다운로드원칙은 디지털 환경의 기술적인 측면을 고려하며 다운로드 시점과 소유권의 관계를 명확히 하여 디지털 시대에 적합한 법리적 기준을 제시할 수 있다. 유형의 매체로 거래되지 않는 즉 디지털 전송 방식으로 거래되는 저작물의 경우 그 다운로드 완료에 대하여, 유형의 매체로 거래되는 디지털 저작물에 대한 개봉과 동일하게 보자는 것이다. 디지털 저작물에 최초다운로드원칙을 적용하는 것은 저작권자로부터 전송받은 자가 제3자에게 재전송하는 것은 허용하되, 저작물을 제3자에게 전송하는 동시에 저작권자로부터 처음 전송받은 자의 저장 장치로부터 디지털 저작물을 삭제하도록 하는 규정이 필요하다. 디지털 전송 과정에서 전송 후에도 저작물이 양도인의 저장 장소에 남아있고 새로이 추가적으로 생성된 복제본이 양수인에게 전달되어 양도인과 양수인 모두가 저작물을 보유하게 된다면, 이는 저작권자의 복제권을 침해하는 것이 되기 때문이다. 그러므로 제3자에게 저작물이 재판매되는 동시에 직전 양수인의 저작물은 자동적으로 폐기되는 기술적 보호 조치가 뒷받침 될 것을 요한다. 디지털 시대에 적합한 법리적 논의와 기술적 방안이 제시될 때 디지털 저작물의 재판매 시장은 그 부작용을 최소화 할 수 있다고 본다.

2. ‘일시적 저장’(momentary copying)의 문제

온라인 상에서 스트리밍 방식으로 디지털 저작물을 이용하는 경우에는 이용자의 컴퓨터에 일시적 저장만이 일어날 뿐이므로 복제권 침해 여부

만이 문제된다. 이와 관련하여 현행 저작권법상 복제권 개념의 해석상 일시적 복제가 이에 포함되는지 학설상 논란이 되어왔다. 그런데 최근 소프트웨어를 사용하는 동안 프로그램의 일부가 일시적으로 컴퓨터 메모리에 저장되는 ‘일시적 저장’은 저작권법이 금지하는 복제로 볼 수 없다는 판결¹²⁰⁾이 나왔다. 이는 컴퓨터 운영체제상 프로그램을 실행할 때에는 메모리에 일시적 저장이 불가피하게 발생하고 전원을 끄면 저장됐던 내용은 사라지게 된다는 점을 고려한 것으로 저작권법에서는 원활하고 효율적인 정보 처리를 위해 필요하다고 인정되는 범위 안에서 저작물을 컴퓨터에 일시적으로 복제하는 것을 허용하고 있다고 보아 저작권 침해로 볼 수 없다고 판시한 것이다. 이러한 판시사항을 유추하여 볼 때, 스트리밍 방식으로 일어나는 디지털 저작물의 일시적 저장 문제에 대하여 복제권 침해를 인정하지 않는 방향으로 나아가야 할 것이다.

II. 경영상의 대안

디지털 콘텐츠 재판매 시장에 대한 소비자의 요구가 증가하고 있고 Apple과 Amazon과 같은 플랫폼 사업자들도 특허를 통해 그 서비스 제공에 대한 준비가 완료된 상태이다. 이러한 상황에서 디지털 저작물 재판매 시장에 대한 부작용을 최소화하고 그 효용성을 극대화하기 위해선 판매자, 플랫폼 사업자, 저작권자의 이익과 소비자들의 사회적 후생이 균형을 이루는 경영상의 대안이 이루어져야 한다.

1. 이익배분의 문제

120) 서울고등법원 2014나19631

우선 저작물을 재판매하는 자와 플랫폼 사업자 그리고 저작권자의 이익 배분의 문제 해결에 관하여 Amazon의 경우 그 이익배분이 명확하지 않고, Apple의 경우 콘텐츠 제작 시점과 재판매 횟수에 따라 재판매 수익금의 일정 비율을 저작권자에게 제공한다. ReDigi의 경우 수익금을 ReDigi, 판매자, 에스스로 펀드 순으로 60:20:20으로 판매 수익을 나눠 갖는 형태였다. 이익배분에 관하여 합의된 기준이 존재하지 않는 것이다. 그러나 이익의 창출과 저작권자의 권리를 보장의 측면에서 콘텐츠의 제작 시점과 재판매 횟수를 고려한 Apple의 수익배분 모델이 더 합리적인 것으로 보인다. 이는 아직 공식적이지 않은 비즈니스 모델이지만 이와 같이 디지털 콘텐츠의 다양한 측면과 경영상의 효율 그리고 저작권자를 고려한 비즈니스 모델이 디지털 콘텐츠 중고시장의 문제점을 극복하고 활성화 할 수 있을 것이라 예상된다.

한편, 종래 20세기 초반 프랑스에서 시각 예술(visual-art¹²¹) context)에 대하여 인정해왔던 Resale Royalty와 유사하게 디지털 저작물 전반의 재판매 시에도 저작권자에게 일부 수익이 돌아가도록 보장하자는 견해가 대두되고 있다.¹²² 이러한 Resale Royalty Right은 저작권자의 인격권(moral rights)과 마찬가지로 최초의 판매 이후의 거래에 대하여도 그 수익의 일부를 제공할 것을 요구할 수 있는 권리이다. 이러한 제안도 결국 앞에서 언급한 판매수익에 대한 이익분배문제로 귀결되며, 재판매시장에서 일괄적으로 재판매수익의 5% 이상을 보장한다거나 위의 예시처럼 일

121) 전달내용을 눈에 호소하도록 조형적으로 표현하는 시각전달의 기능이 있는 예술.

122) Theodore Serra, Rebalancing at Resale:ReDigi, Royalties, and the Digital Secondary Market, Boston University Law Review, vol.93, 2013, at 1787.

정비율로 지급하도록 정할 수 있을 것이다.

2. 가격 기준의 제공 및 차별화

소비자들의 사회적 후생에 적합한 가격 기준이 제공되어야 플랫폼 사업자간의 과도한 경쟁을 방지하고 디지털 중고시장을 활성화 할 수 있다. 중고 콘텐츠의 가격이 지나치게 낮으면 기존의 디지털 거래가 감소하고 중고 거래만이 활성화 될 수 있고 저작권자의 이익이 감소한다. 반대로 중고 콘텐츠의 가격이 지나치게 높다면 디지털 콘텐츠 중고 시장의 형성은 무의미하게 된다. 따라서 중고 콘텐츠에 대한 적절한 가격 기준이 정립되어야한다. ReDigi의 경우 iTunes에서 0.99달러에 판매되는 음원파일을 0.49달러로 판매하고 있다. 약 절반에 가까운 금액으로 이에 대하여 적정하다고 보는 입장이 있는 반면 새것과 다름없는 디지털 콘텐츠를 왜 더 저렴하게 책정하여 판매하는지에 대해 의문을 제기하는 입장도 존재한다. 디지털 저작물의 재판매 시장은 앞으로 점점 더 활성화 될 새로운 영역이므로 앞으로 이 가격 책정에 대한 플랫폼 사업자의 현명한 경영적 대응책이 요구된다.

또한 콘텐츠 산업계가 우려하는 판매 시장 형성에 따른 기존의 신제품인 저작물의 가격 하락 역시 새로운 비즈니스 모델 개발을 통해 해결할 수 있을 것으로 예상된다. 그 방법은 재판매 제품과 신제품 간 차별화를 부여하는 것이다. 이러한 차별화 전략은 기술 개발 등을 통해 신제품 콘텐츠 가격의 하락 현상을 완화할 수 있다. 예를 들어 전자책의 경우 사전 연동 서비스 등 다양한 부가 기능을 전자책 출간 시기에 따라 차별 적용함으로써 신제품인 저작물의 가치를 유지하는 것이다. 음원 파일의 경우 신제품 콘텐츠에는 가사가 적용되고 재판매된 콘텐츠에는 가사 서비스를 적

용하지 않는 식으로 이를 실현할 수 있을 것이다. 이와 같은 다양한 경영상의 극복 방안은 디지털 저작물 재판매시장의 문제점을 극복하고 이를 활성화 할 수 있을 것이라고 생각한다.

III. 기술적 보호조치(Technical Protection Measures)의 강화

디지털 재판매 시장을 형성하고 촉진하기 위한 전제 조건은 디지털 저작물의 복제와 불법 유통을 근절하는 것이다. 기술 발전은 저작물의 복제와 배포를 용이하게 하는 한편, 그에 대해 엄격한 통제를 가능케 함으로써 저작물의 불법 유통을 좀 더 강하게 제한할 수 있게 되었다. 저작권법을 준수할 수 있는 기술 개발이 진행된다면 디지털 저작물의 재판매 시장이 활성화 될 수 있을 것이다.

1. 디지털 저작권 관리 시스템

불법 복제물의 유통이 빈번하게 일어나는 디지털 저작물의 속성 상, 저작권자는 그들이 배포한 디지털 자료나 하드웨어의 사용을 제어하고 이를 의도한 용도로만 사용하도록 DRM(Digital Rights Management)시스템과 같은 기술적 보호조치를 통하여 권한 없는 이용자의 저작물에 대한 접근을 차단한다.¹²³⁾ DRM기술은 콘텐츠 제공자의 권리와 이익을 안전하게 보호하기 위하여 적법한 사용자만 허용된 사용권한에 따라 콘텐츠를 사용하도록 하면서 각종 디지털 저작물을 불법복제로부터 보호하고 저작권 관련 당사자의 이익을 관리하는 서비스이다. 따라서 단순 보안기술보다는 좀 더 포괄적인 개념으로 저작권승인과 집행을 위한 소프트웨어와

123) Apple은 디지털 저작물 재판매시장 관련 특허를 출원하면서 DRM기술을 적극 활용할 것이라고 발표한바 있다.

보안기술, 결제기능 등을 모두 포함한다. DRM은 사용자가 특정 곡을 몇 번 감상하는지, 특정 곡의 파일을 몇 개 복제하는지, 얼마나 자주 그 파일을 하나의 재생기기에서 다른 재생기기로 옮기는지, 샘플링과 같은 파일 조작행위를 하고자 하는지에 대해 제한을 둘 수 있고 그 제한의 정도에 따라 차별화된 요금을 책정할 수도 있다.

서비스별, 기기별, 업체별로 각각 상이한 기술규격의 DRM이 사용될 경우 특정 DRM 제품에 따라 디지털 저작물의 이용환경이 제한되어 소비자의 선택의 폭이 좁아질 수 있는 문제가 발생할 수 있다. 특히 많은 사람들이 특정 DRM이 사용된 서비스를 제공받는 경우라면 비호환 DRM으로 인해 해당 시장에서의 독점화 가능성이 높아질 수 있기 때문이다. 이러한 문제점을 보완하면서 디지털 저작물의 이용이 서비스 종류나 기기, 업체와 무관하게 투명성을 보장하기 위하여 DRM의 상호 호환성 보장이 필요한 것으로 이해되어 그 표준화에 대한 논의가 국내외적으로 진행되고 있다.¹²⁴⁾

DRM 기술은 저작권 침해에 대한 사전적 조치로서 디지털 저작물 재판매 시장에서 적법하게 거래한 사람만이 이를 소유, 운용할 수 있고 재판매 이후 소유권을 상실한 이전 소유자가 더 이상 해당 저작물을 이용할 수 없게 할 수 있다는 점, 또 불법 복제를 사전적으로 방지할 수 있다는 점에서 재판매시장에서 적극적으로 운용될 수 있다. 그러나 DRM 자체가 완벽하지 못하기 때문에 소비자들에 의해 우회당하거나 무력화될 수가 있다. 따라서 DRM 기술만으론 재판매 시장의 문제점을 완전히 해결할 수 없다. 다양한 기술적 조치를 통해 DRM 기술의 단점이 보완되어야 할 것이다.

124) 최승재, “저작권 계약의 거절행위 및 불공정계약에 대한 시론적 연구”, 계간 저작권 2013 겨울호, 86면.

2. 워터마킹 및 포렌식 워터마킹 기술

DRM Free 서비스의 등장¹²⁵⁾으로 강력한 저작권 보호 수단인 DRM을 해제할 수 있게 되자 음악 저작권자들은 이를 대체할 새로운 기술을 요구하게 됐다. DRM 대체 기술로 인식기술에 기반을 둔 필터링 기술과 워터마킹 기술¹²⁶⁾에 기반을 둔 포렌식 워터마킹(Forensic Watermarking) 기술이 가장 주목을 받고 있다. 워터마킹과 포렌식 워터마킹기술은 원 저작물에 영향을 주지 않으면서 저작물 자체에 저작권 정보를 삽입할 수 있는 기술이다. 워터마킹은 저작권자의 정보를 삽입하여 사후 저작권자 인증용으로 사용되고, 포렌식 워터마킹은 콘텐츠 소유자와 구매자의 정보까지 담는다는 점에서 사후 불법 유통자 추적을 위하여 사용된다. 포렌식 워터마킹은 이미지, 동영상, 음악파일을 보호하기 위해 쓰이며 여기에는 권리자 정보, 사업자 정보, 구매자 정보, 업로드 시간 및 다운로드 시간 등이 해당된다. 예를 들어 IPTV에서 방영하는 영화를 다운받아 이를 웹하드나 P2P로 유통할 경우, 언제 다운받았고 언제 업로드했으며 어느 셋톱박스에서 복제가 이뤄졌는지를 알 수 있는 것이다.

디지털 포렌식마킹은 크게 FM 인코딩과 추출(detected)로 나뉜다. FM 인코딩은 사용자 장치인 PC, 셋톱박스 등에 설치되는 FM 삽입기로서 콘텐츠 재생 프로그램인 미디어 플레이어와 연동해 사용자 기기에서 재생되는 비디오와 오디오 스트림에 사용자 정보 등을 나타내는 워터마킹 신호를 추가한다. FM 추출 부문은 FM 인코딩 과정에서 사용자 정보가 삽입된 콘텐츠가 불법으로 P2P 공유사이트에 유통될 경우, 이를 추적마크 검출기로 처리해 FM 정보를 추출하는 것이다. 포렌식 워터마킹은 특정

125) 디지털 음원에 대해 DRM 기술이 적용되지 않는 'DRM-free'서비스를 애플, 아마존, 음반회사 EMI, 국내에서는 SK텔레콤의 멜론, KTF의 도시락 등도 제공하고 있다.

126) 워터마킹 기술에는 Robust 워터마킹, 포렌식마킹, Fragile 워터마킹이 있다.

DB를 구축할 필요가 없으며 관리자가 적용해 유포자를 추적하는 기술로 워터마킹과 함께 사전적 의미의 보호 시스템인 DRM과 상호 보완적인 수단으로 활용될 수 있다.¹²⁷⁾

ReDigi의 경우 자체 포렌식 워터마킹 기술로서 디지털 재판매 시장의 기술적 안정성을 확보하고 있다고 주장하였으나 법원 판결에는 영향을 미치지 못하였다. 포렌식 워터마킹 알고리즘이 저작권 보호에 효과적인 것은 하지만 비디오와 같은 대용량 콘텐츠에 적용하기에는 하드웨어 자원에 대한 부담으로 인하여 그 보편적인 적용이 어려웠던 문제가 있었다. 최근 Verimatrix에서 스트리밍 포렌식 워터마킹 알고리즘을 발표함으로써 실용성을 높이는데 일조하고 있다.

포렌식 워터마킹은 디지털 저작물에 적용된 DRM 기술을 우회하여 복제를 하고 이를 소유하는지 여부에 관한 조사 및 사실관계 확인에 이용될 수 있다. 디지털 저작물의 재판매시장과 관련하여 DRM이 사전적 조치라면 디지털 포렌식은 사후적 조치로서 적극 활용될 수 있을 것으로 기대된다.

3. 동기화 기술 등에 의한 전송물의 삭제 조치의 가능성

디지털 저작물의 재판매에 대한 적법성을 제고하기 위하여 전송물의 삭제 조치를 기술적으로 보장하는 것은 중요한 전제요건이 된다. 이를 위해서는 ReDigi 사건에서 주장된 바와 같이, 재판매가 가능한 음원파일을 작성하기 위하여 이용자의 컴퓨터 드라이브를 분석하는 작업을 실행할 때 적법한 경로로 구입한 파일 외에 파일공유사이트를 통하여 저장된 불

127) 김현미, "포렌식마킹 기술 개발 동향", 저작권기술 동향, 한국저작권위원회 기술연구소, 2010, 2면.

법 음원 파일은 애초에 업로드 할 수 없도록 제한되어야 한다. 또한 거래가 완료된 파일에 대해서는 판매자의 컴퓨터에서 완전히 삭제되어 그의 접근을 차단하는 조치가 기술적으로 가능해야 할 것이다. 이와 같은 ‘보내고 삭제하기(forward and delete)’기술을 현실적으로 구현한 것으로 공인인증서의 발급 및 폐기 방식¹²⁸⁾과 Apple의 동기화 방식(synchronization)을 들 수 있다.¹²⁹⁾ 공인인증서의 경우, 다른 매체에 다운로드됨과 동시에 기존에 발급한 인증서는 자동적으로 폐기되는 방식으로 이용되고 있다. Apple의 동기화 방식은 이용자의 컴퓨터에서 실행되는 iTunes 프로그램에서 음원을 다운받는 경우, 이것과 동기화를 거친 디바이스(iPad, iPod 등)에 음원이 자동으로 들어오게 된다. 만일 이용자의 컴퓨터에서 해당 파일이 삭제되어 버리면 추후 동기화 작업이 이루어질 때 이용자의 디바이스에서도 삭제된다. 이러한 동기화 기술을 적극적으로 채택하여 디지털 저작물의 재판매에 있어서 거래된 저작물의 삭제를 확실히 보장한다면 재판매 시장에서의 저작권 침해 소지를 상당히 줄일 수 있을 것으로 보인다.

4. 신뢰 컴퓨팅 환경 구축(Trusted Computing Base)

안전하게 신뢰할 수 있는 플랫폼을 구축하기 위해 관련 IT 업체들은 기존의 소프트웨어 기반 보안기능들만으로는 계속되는 보안 패치를 양산해야 하기 때문에 근원적으로 하드웨어 기반 보안 모듈을 컴퓨팅 환경에 적용하고자 산업계 표준화를 진행하고 있다. 신뢰 컴퓨팅 기반은 운영체제와 하드웨어, 펌웨어, 소프트웨어 등이 포함된 컴퓨터 시스템 내의 총체적 보호체계이다. 신뢰 하드웨어를 위한 개방형 TCG 표준은 안전한

128) 노현숙, 전계논문, 756면, 각주 104번.

129) 이상덕, 전계논문, 51면.

PC의 초석을 제공하고 향후 차세대 개인 통신 디바이스나 서버에 더욱 견고한 보안 기능들이 제공되도록 할 것이다. 특히 사용자의 단말 및 주변 장치가 다양한 형태의 보안 위협에 노출되어 발생할 수 있는 데이터의 유실, 조작 유출로 인한 금전적인 피해나 프라이버시 침해를 막기 위해 TPM(Trusted Platform Module)이라는 반도체 칩을 사용한 하드웨어 기반의 신뢰 컴퓨팅을 제안하고 있으며 현재 TPM을 탑재한 PC 및 모바일 PC가 전 세계적으로 연간 수천만대를 이르고 있다.¹³⁰⁾ 신뢰 컴퓨팅 기반은 컴퓨팅 실행 환경을 안전하고 신뢰할 수 있도록 하며, 사용자와 기업의 자산을 보호하여 다양한 분야에 적용되고 있다. 이러한 하드웨어적인 저작권 보호 기술은 디지털 저작물 재판매 시장에 있어 안전한 거래 환경을 제공할 것이라 예상된다.

제 2 절 디지털 저작물 재판매 시장을 대비한 각 기업의 새로운 시도

1. 다운로드 방식에서 클라우드 스트리밍 방식으로

1. 새로운 플랫폼의 출현 - 디지털 음원 스트리밍 시장 경쟁

현재 글로벌 IT기업들이 음원 스트리밍 시장을 두고 치열한 경쟁을 벌이고 있다. 미국에서는 스포티파이, 알디오, 판도라, 구글 플레이뮤직, 애플 아이튠스 라디오, 비츠, 사운드클라우드 등 여러 스트리밍 서비스 업체가 서비스를 제공하고 있다. 이 가운데 스포티파이가 가장 많은 1억 명의 회원을 보유하고 있으며, 판도라의 회원수도 7600만 명에 달한다.

130) 이상아, 전개논문, 160면.

기존 스트리밍 사업자 외에 트위터, 삼성전자에 이어 아마존까지 경쟁 대열에 뛰어들면서 콘텐츠 산업에서 우위를 점하기 위한 쟁탈전에 나서고 있다. 구글은 2013년 5월부터 ‘구글 플레이 뮤직 올 액세스’로 한 달에 9.99 달러를 받고 음원 스트리밍 서비스에 나섰다. 애플은 2014년 5월 음원 스트리밍 업체 ‘비츠뮤직’과 헤드폰 제작사 ‘비츠일렉트로닉스’를 30억 달러에 인수하였다. 이에 영향을 받아 트위터는 최근 기존 온라인 음악서비스 업체의 인수를 검토 중인 것으로 알려졌다. ‘트위터 뮤직’이라는 자체 음악 앱을 시험적으로 운영했으나 인기를 얻는 데 실패하면서 결국 지난 2014년 3월 서비스를 중단했기 때문이다. 삼성전자의 경우, 2012년 미국 실리콘밸리 신생기업 엠스팟을 인수하고 미국에 ‘삼성 뮤직’을 선보였다. 하지만 현지 업체들에 밀려 존재감을 드러내지 못했고, 결국 2014년 7월에 서비스를 종료하기로 했다. 대신 2014년 3월 슬래커 라디오라는 현지 업체의 음악서비스를 빌려와서 ‘밀크뮤직’이란 별도 브랜드를 운영하기 시작했다. 광고를 들으면 음악을 들을 수 있는 무료 버전과 광고 없이 월 3.99달러를 내고 음악을 듣는 유료버전으로 서비스를 제공한다. 한편 세계 최대 온라인 유통업체인 아마존마저 2014년 6월 음원 스트리밍 서비스인 ‘프라임 뮤직’을 선보였는데, 유료 회원인 프라임 회원을 대상으로 100만곡이 넘는 음악을 광고와 추가 비용 없이 무제한으로 감상할 수 있는 서비스를 제공한다.¹³¹⁾

이러한 음원 스트리밍 시장에 대한 경쟁은 소비자들의 음원 소비 행태 변화에 따른 흐름인 것으로 분석된다. 음원 소비 형태가 이제는 다운로드 방식이 아닌 ‘스트리밍 서비스’를 통해 이루어지는 추세이기 때문이다. 2015년 세계 디지털 음원시장 규모는 2011년보다 22% 증가한 77억

131) 연회비 99달러만 내면 음원을 무료로 제공하며 미국 내에서만 서비스 된다.

달러에 이를 것으로 전망되며 이 가운데 스트리밍 음원시장은 매년 44% 성장해 22억 달러 규모에 이를 것으로 예상되고 있다.¹³²⁾ 국제음반산업 협회(IFPI) 2015년 디지털 음악 보고서에 따르면, 2014년 전 세계 음악 수입은 149억 7천만 달러이며 그 중 유형적 음반 수입은 68억 2천만 달러로 45.6%, 디지털 음원 수입은 68억 5천만 달러로 45.8%를 기록하여 디지털 음원이 처음으로 유형의 음반 수입과 동일한 수준에 달한 것으로 나타났다.¹³³⁾

2. 클라우드 스트리밍 서비스의 장점

음원 스트리밍 서비스는 다운로드에 의한 음원판매방식보다 선호되고 있으며 앞으로 더욱 보편화될 것으로 예상된다. 기존의 스트리밍 서비스는 더욱 진보하고 있다. 예전에는 감상하고자 하는 곡이나 동영상을 선택하면 임시로 저장할 수 있는 공간이 확보되어 일정 수준의 데이터가 로딩되어야만 재생이 가능하였다. 그런데 최근에는 Apple의 클라우드 스트리밍 서비스의 경우, 사용자가 소유한 곡이나 동영상의 도입부분 일부의 데이터만 본인의 디바이스에 저장을 해놓고 재생하는 과정에서 나머지 부분을 클라우드 시스템이나 아이튠즈 라이브러리에서 불러와 연결하는 방식을 도입했다. 이에 의하면 시작부분은 자체 저장공간에 있기 때문에 빠르게 불러올 수 있으며 음악을 듣거나 동영상을 재생하는 중간에 스트리밍으로 다운로드를 하게되어 끊기지 않고 전체를 감상할 수 있게 되는 것이다. 또한 기존 음원사에서 제공하는 스트리밍에서 현재 재생하

132) Financial Times, "Amazon joins wave of music streaming services without Universal", <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/4f9584d8-f218-11e3-ac7a-00144feabdc0.html#axzz35tx1Y1I5>

133) 박경신, "[산업] 국제음반산업협회, 디지털 음악 수입이 유형적 음반 수입과 동일한 수준에 달했다", 저작권 동향, 제2015-06호, 한국저작권위원회..

는 곡을 스킵하고 다른 곡으로 들으려고 할 때 서버간 스트리밍으로 인하여 딜레이가 발생하는데 반하여, 클라우드 스트리밍 방식에 의할 경우 다음 재생될 곡의 일부가 이미 디바이스에 저장되어 있고 나머지 부분은 아이튠즈 계정을 통해 본인만의 라이브러리에 빠르게 접근할 수 있다. 인터넷 음원 서비스에서 스트리밍을 할 때에는 본인이 구입한 음원만 가져오기가 가능하다. 이러한 방식은 점점 미디어 파일의 고음질, 대용량화 되어 가는 추세에 한정된 저장공간을 사용하는 디바이스에서 더욱 많은 멀티미디어 파일들을 재생할 수 있는 새로운 시도라고 평가된다.

II. 디지털 저작물의 재판매시장 구축을 위한 모색

애플과 아마존 등 메이저 플랫폼 사업자들은 디지털 저작물의 유통을 위한 특허를 잇달아 취득하여, 콘텐츠 제공 업체가 아닌 소비자들 간에 직접 디지털 콘텐츠를 유통하는 것을 합법화하는 방안을 모색하고 있다. 한편 음원재판매 사이트 ReDigi의 경우, 현행 저작권법을 위반하지 않는 방식의 새로운 비즈니스 모델인 ReDigi 2.0 서비스를 제공하고 있다.

1. 아마존(Amazon)의 특허 출원

2009년 5월 아마존은 ‘디지털 상품에 대한 2차 시장(The Second Market for Used Digital Items)’에 관련한 특허를 신청하였고, 2013년 1월 미국 특허청은 이를 승인하였다. 이용자들이 합법적으로 구매한 전자책, 디지털 음원, 동영상, 애플리케이션 등 디지털 콘텐츠를 다른 이용자들에게 판매할 수 있는 마켓을 구상한 것으로 특정 이용자 개인의 데이터 저장소인

클라우드에 보관된 디지털 콘텐츠를 다른 이용자의 데이터 저장소로 전송하고 원래의 저장소에서는 이를 폐기하는 방식으로 거래가 진행된다. 아마존 자체의 콘텐츠 이동빈도를 산출하는 기반 시스템을 통하여 중고 디지털 콘텐츠의 유통 횟수에 제한을 둘 것으로 보인다. 디지털 콘텐츠의 이동 또는 다운로드 횟수가 사전에 설정된 제한값(object move threshold)을 초과한 경우, 아마존은 해당 거래를 중단할 수 있으며 거래가 거부된 디지털 콘텐츠는 원 소유주가 계속 사용할 수 있도록 한다. 이러한 거래횟수 제한 장치는 콘텐츠의 희소성을 유지하고 저작권자의 권리를 보호하기 위한 조치로 제안되었다. 아마존은 이를 통해 수수료 기반의 비즈니스 모델을 구축할 것으로 예상된다. 저작권자는 자신의 콘텐츠가 거래될 경우 거래금액의 일정 부분을 수령하게 되고, 아마존은 저작권자가 수령한 금액의 일정비율을 수수료로 확보할 수 있다. 중고 디지털 콘텐츠의 판매자 역시 금액의 일정비율을 아마존에 수수료 명목으로 지불하는 방식이다.

이 특허는 사용자에게 디지털 저작물도 자산이라는 개념을 고취시킨다는 데에 특징이 있다. 이는 불법 복제물 거래시장에도 영향을 끼쳐 불법 복제물의 양산을 저지할 것으로 예상된다. 디지털 저작물을 재판매할 수 있게 되면 저작물 소유자는 자신이 소유한 저작물의 가치를 인지할 수 있게 되어 무분별한 공유를 자제하는 효과를 거둘 것으로 기대된다.

2. 애플(Apple)의 특허 출원

애플은 지난 2012년 ‘디지털 콘텐츠 아이템에 대한 접근 관리(Access To Digital Content Items)’란 명칭의 특허를 신청하여 2013년 3월 미국특

허청으로부터 그 출원을 인정받았다. 이는 애플의 앱스토어를 통해 판매되는 디지털 콘텐츠의 DRM에 사용자 정보를 입력한 후, 재판매를 통해 소유권이 변경되면 해당 사항을 DRM에 반영하여 원 구매자가 더 이상 접근할 수 없도록 제한한다. 이전 소유자와 새로운 소유자가 모두 콘텐츠의 사본을 가지게 되는 것을 방지하기 위한 것이다. 아마존이 콘텐츠 거래 횟수를 제한하는 방식과는 달리 애플의 경우 디지털 콘텐츠의 제작자가 재판매의 조건을 설정할 수 있도록 허용하는데 특정 전자책의 경우 출간 1년 내에는 재판매를 금지하거나, 출시 이후 6개월은 10달러 이상으로 설정하고 그 이후에는 5달러 이상으로 완화하는 시스템도 검토되고 있다. 재판매 시 해당 콘텐츠의 저작권자에게 판매비용의 일정 부분을 지급하도록 명시하고 있으며, 콘텐츠 거래 내역을 추적해 지적재산권이 보호될 수 있도록 감시하겠다는 계획도 담고 있다.¹³⁴⁾

3. ReDigi 2.0 - 클라우드 기반의 재판매방식 도입

ReDigi 1.0에 대한 법원의 저작권 침해판결 이후, ReDigi는 새로운 비즈니스 모델인 ReDigi 2.0 서비스를 제공하고 있다. 2.0 버전의 경우, 이용자들이 음원파일을 iTunes에서 구입하면 이를 곧바로 클라우드 저장소에 이를 다운로드하게 한 후 추후 이에 대한 권리를 거래할 수 있도록 하여 1.0 버전에서 문제되었던 상황인 음원파일이 새로운 material object에 고

134) 한편, 2014년 6월 애플은 세계개발자대회(WWDC)를 열어 새로운 모바일 운영체제 iOS8을 발표하면서, 가족으로 설정한 자들 사이의 콘텐츠 공유를 허용하였다. 이는 콘텐츠 구매에 따른 사용자들의 비용 부담을 줄여주겠다는 의도로 풀이된다. 우선, iOS8 사용자끼리 최대 6명까지 가족으로 설정할 수 있다. 이렇게 설정한 가족끼리는 정식 앱스토어에서 구매한 책, 영상, 게임, 애플리케이션 등의 콘텐츠 공유가 가능하게 되었다. 애플은 그동안 한 사용자가 아이폰과 아이패드 등에서 콘텐츠를 공유할 수 있게 해왔는데 이번에 iOS8을 통해 공유 범위를 한층 확대한 것이다. 이는 디지털 저작물의 재판매와는 직접 관련되지는 않으나, 디지털 저작물의 공유의 범위를 확대하여 구매자의 편의를 도모한다는 점에서 의미있는 정책이라 생각된다.

정되는 일이 애초에 일어남 없이 권리 이전을 할 수 있게 되었다.¹³⁵⁾ 즉 최초 구매할 때부터 음원파일이 클라우드 서버에 계속 머물러 있는 상태에서 해당 파일에 대한 거래를 할 수 있으므로, ‘합법적으로 생성된 저작물일 것’이라는 최초판매원칙의 적용 대상요건을 충족하게 되는 것이다.¹³⁶⁾ 이는 법원에서 쟁점이 되었던 부분 - the fact that a file has moved from one material object means that a reproduction has occurred - 을 기술적으로 해결한 것이다. 또한, 2014년 ReDigi사는 5년여의 연구개발 끝에 “atomic transaction” 특허를 출원하였다.¹³⁷⁾ 이는 복제물을 형성하지 않고 즉각적인 음원파일 이동을 가능하게 하는 방식(copy-less digital transaction)이다. 이러한 방식을 기술적으로 뒷받침한다면 저작권법상 복제권을 더 이상 침해하지 않는 음원 거래를 보장할 것이므로 향후 법원에서 어떠한 판단을 할지 귀추가 주목된다.

4. 소결

과거 ‘디지털 저작물의 재판매’라는 비즈니스 모델을 도입하려는 시도

135) New business model allows users to download their iTunes purchases directly to the Cloud Locker and, in this regard, the first instance of an Eligible File is in the Cloud Locker. Once a file is in ReDigi’s cloud, the file does not have to be migrated, transported, or even copied in order for it to be resold. ReDigi can simply transfer the license to access the file from the seller to the purchaser. The file will always exist in the same material object; John T. Soma and Michael K. Kugler, Why Rent When You Can Own? How ReDigi, Apple and Amazon Will Use the Cloud and the Digital First Sale Doctrine to Resell Music, E-books, Games and Movies, 15 North Carolina Journal of Law & Technology.425, Mar. 2014.

136) ReDigi 측은 자신들의 ReDigi 1.0 버전에서 이용자들의 음원파일 업로드 행위가 저작권 침해를 구성한다 할지라도, 업로드 과정 자체를 거치지 않는 현 ReDigi 2.0 버전의 경우에는 이러한 침해가 일어나지 않는다는 항변을 하였으나, 2013년 판결에서 이는 고려되지 않았다.

137) atomic transaction : a cloud-based mechanism that instantaneously transfers an ‘original good from one owner to the next, without making a copy.

는 Bopaboo, Lexink 등 벤처기업이 주도하여 서비스 제공을 하였으나, 저작권 문제를 해결하지 못하여 실패한 바 있었다. Lexink는 전자책 거래의 서비스를 제공하였는데 저작권자로부터 재판매에 관한 동의를 얻지 못한 문제가 있었다. Bopaboo의 경우, 디지털 음원이 불법복제 파일인지 여부를 구분하지 않음에 따라 저작권 침해소송으로 2009년 2월 서비스를 중단하기에 이르렀다. 이러한 기존 사업의 문제점을 보완하여 ReDigi는 Verification Engine이라는 고유의 프로그램을 개발하여 불법음원의 유통 문제를 해결한 것이라 평가할 수 있다. ReDigi의 iTunes 음원파일의 거래에 대하여 애플 측은 문제 삼지 않았던 것이다.¹³⁸⁾

한편 아마존은 중고거래의 회수를 제한하는 방식으로 2차 시장에 유통되는 동일한 재화의 다량 반출을 방지하여 그 재화의 가치를 유지하려는 시도로 보이는 반면, 애플의 경우 2차 시장에서의 거래대금 일부를 저작권자에게 일정비율 귀속하게 하여 저작권자가 지속적인 수익을 창출함으로써 적정한 보상을 받을 수 있도록 지원하는 방식이라 할 수 있다.

그동안 전자책, 디지털 음원, 애플리케이션 등 디지털화 된 재화는 그 2차 거래시장의 부재에 따라 한번 구입한 후에는 그 교환가치가 사라지는 것이었고, 이로 인하여 당해 재화의 원가를 합리적으로 책정할 수 없었던 측면이 있었다. 그런데 아마존과 애플 등이 앞다투어 자체적인 2차 거래시장의 활로를 개척함에 따라 출시 시점의 가격에서 시간의 경과에 따른 시장가격의 형성 및 조정이 자연스레 이루어질 수 있고, 이를 통하여 저작권자와 소비자 모두의 이익을 도모할 수 있다는 데 의미가 크다. 글로벌 기업이 주도하는 2차 시장을 통하여 다른 분야에 대하여도 디지

138) 박현수, "디지털재화 중고시장", Kt경제경영연구소.

털 저작물의 합법적인 재판매 통로가 열리기를 기대한다.¹³⁹⁾

제 3 절 디지털 저작물 재판매 시장의 발전방향

유럽위원회는 2015년 6월 유럽 저작권법 통일을 포함하는 ‘유럽 디지털 단일 시장 전략(A Digital Single Market Strategy for Europe)’을 발표하였는데, 이는 디지털 상품 및 서비스에 대한 소비자와 기업의 접근성 개선, 디지털 네트워크 및 서비스 활성화를 위한 환경 구축, 디지털 경제 조성 에 초점을 맞추고 있다. 이에 따라 유럽의 인터넷 산업의 경쟁력 제고를 돕기 위한 법을 제정하고, 지역적 제한과 같은 온라인 거래에 대한 장벽 을 폐지할 계획이다. 유럽연합의 이러한 전략에 대하여 구글, 아마존과 같은 거대 기술 회사들에 제한을 가하고 유럽만의 범국가적인 디지털 요 새를 구축하고자 한다는 비판이 제기되고 있다. ¹⁴⁰⁾ 유럽에서의 디지털 단일 시장 전략으로 전체 수요가 증가하면 향후 2차 거래시장의 형성으 로 이어져 디지털 저작물 재판매 시장이 본격적으로 확대될 것으로 예상 된다고 할 것이다.

디지털 저작물 재판매 시장의 확대에 의한 장점으로 우선, 실질구매가 격이 하락하여 수요가 증가함에 따라 전체 디지털 저작물 시장의 규모의 증대를 가져온다는 효과를 꼽을 수 있다. 실제로 인터넷 중고 서적 판매 시장이 자리매김 함에 따라 인터넷 전체 서적 시장 또한 활성화 된 예가

139) 우리나라의 경우, 디지털 저작물에 대한 합법적인 2차 시장이 막혀 있다 보니, 다른 방식의 서비스를 제공하는 방향으로 진화하고 있다. 일례로 최대 도서판매업체인 교보 문고는 “SAM”이라는 전자책 대여 서비스를 시작하였는데, 월정액 15,000원을 납부하면 한달동안 전자책 5권까지 대여가 가능하며, 대여한 전자책은 180일간 보관된다.

140) 박경신, “[유럽] 유럽위원회, 유럽 저작권법 통일을 포함하여 디지털 단일 시장 구축 전략 발표”, 저작권 동향 제2015-08호, 한국저작권위원회.

있다. 또한 합법적인 경로로 정품인 디지털 저작물을 재판매할 수 있는 장이 열린 것이므로 이용자들의 불법복제물에 대한 불안을 원천적으로 차단할 수 있고 이에 따라 건전한 디지털 저작물 이용 문화를 정착, 촉진시킬 수 있다는 이점이 있다.

앞서 살펴본 바와 같이 미국과 유럽 등지에서는 디지털 저작물 재판매의 필요성에 따른 시장 형성과 변화에 맞추어 제도적 장치를 고안하는 등의 준비를 갖추고 있는데 반하여, 디지털 저작물 소비 1위의 우리나라의 경우에는 그 대비가 미미한 실정이다. 이에 대하여 먼저 저작자와 제작자 그리고 유통사 간의 저작권 및 수익분배의 조정을 위한 협의가 선행되어야 할 것이다. 현행 저작권 강화논리가 창작을 하는 저작자 또는 제작자의 열악한 지위 개선에는 미미한 영향을 미치는데 그치고 플랫폼 사업자에게 그 이익이 귀속되고야마는 현실을 고려해야 한다.¹⁴¹⁾

141) 2012년 기준 한국 디지털 음원시장은 2,014억원 규모를 달성했으며 동시에 성장률도 높아지고 있다. 현재 디지털 음원 유통시장의 세 주체는 생산자, 유통업체, 그리고 음원 서비스업체다. 유통업체는 생산자가 만든 음악을 서비스업체와 계약하며, 앨범 발매, 프로모션 등 생산자에게 투자하는 업무도 한다. 서비스업체는 계약한 음원을 소비자에게 스트리밍, 다운로드의 방식으로 제공한다. 소비자가 음악을 소비하는 매체도 보관과 소비에 용이한 방식으로 발전해왔다. 아날로그로 원음 그대로를 저장하던 LP는 0과 1로 소리를 변환해 저장하는 디지털매체인 CD에게 밀렸다. CD는 곧 사물화 되지 않은 mp3 파일에게, mp3 파일은 보관할 필요조차 없는 음원 스트리밍에게 중심을 내주었다. 디지털 음원시장의 양적 성장과 소비자의 음악 소비 편의성 증가에도 불구하고 많은 음악인들은 음악만으로 먹고 살기 어려운 세상에 살고 있다. 유료 서비스가 등장한 뒤에도 여전히 서비스업체에게 수익이 편중되고 있기 때문이다.

음악인들이 지적하는 가장 큰 문제는 낮은 책정된 음원 가격이다. 유료 사이트의 서비스 초기에는 월 2,500원(5,000원에서 50% 할인한 금액)에 전곡을 무제한 다운로드 했기 때문에, 유료라는 명목상의 의미만 남은 가격이었다. 가격이 오른 이후에도 '한국음악저작권협회'를 비롯한 음원 관련 단체 측은 낮은 음원가와 창작자들의 적은 지분에 대해 오랜 시간 불만을 표명해왔다. 문화체육관광부는 이들의 건의를 바탕으로 서비스 이용자와 관련단체 대표들의 의견수렴 과정을 거쳐 새로운 음원 징수 규정을 승인하였는데, 이 과정을 거쳐 62월에 불과했던 음악 한 곡의 정가는 2013년 1월에 600원이 됐고 1회 스트리밍 가격이 3원에서 12원으로 올랐다. 하지만 '무제한 스트리밍' 서비스를 통해 곡을 들으면 1회 가격이 6원으로 반 토막 나는 것과, 다운로드 시 100곡 가량을 묶어 7,900원에 팔아버리는 편법을 통해 곡당 79원의 가격으로 단가를 후려치고 있는 것은 여전히 문제가 되고 있다.

한편 사업자 입장에서는 최대한 최초 출시 제품에 대한 구매를 유인하기 위하여 충성도 높은 이용자에게 일정 수준의 인센티브를 제공하거나, 중고용 상품과 소장용 상품을 구별하여 가격 및 구성을 다르게 제공하는 방법 등을 고안할 필요가 있다.

오늘날 디지털 저작물에 대한 온라인 거래가 보편화되고, 불법복제를 차단하기 위한 기술적 조치가 완전하지는 않지만 상당한 수준에 이르고 있는 점을 고려하여 볼 때 저작물 거래의 촉진과 이용자 권익 보호를 위하여 디지털 거래에 있어 최초판매원칙의 인정은 필연적인 수순으로 보인다. 더욱이 최근의 디지털 저작물의 거래는 정보통신망을 통해 이용자의 컴퓨터에 다운로드 받아 사용하는 방식 외에도 사업자가 구축해놓은 프로그램을 서비스 형태로 빌려 인터넷상에서 언제 어디서나 사용할 수 있게 하는 SaaS(Software as a Service)방식도 점차로 확산되고 있다.¹⁴²⁾ 이와 같이 새롭고 다양한 방식으로 진화해가는 거래방식을 발맞추어 이러한 변화에 적합한 변용된 권리소진이론의 적용을 모색해야 할 것이다.

한편 음악인이 음원 수익 분배 과정에서 서비스업체보다 적은 지분을 가져가는 점도 지적됐다. 시장의 음원 수익 분배 구조에 유통 수수료율까지 적용하면 실질적으로 유통·서비스업체가 51%, 제작자 측이 33%를 분배 받는 불균형이 초래된다. 즉 유통·서비스업체가 창작자보다 더 많은 수익금을 가져가는 구조인 것이다. 이를 적용하면 스트리밍 서비스를 통해 소비자가 한 곡을 들었을 때 창작자가 가져가는 돈은 5원이 되지 않는다. 이상 서울대 대학신문, “기울어 있는 음원시장, ‘바른 음원’을 향한 음악인들의 외침 [취재] 음원 시장의 수익 및 유통 구조의 문제점” 기사에서 일부 발췌. (<http://www.snunews.com/news/articleView.html?idxno=14605>)

142) 손승우, “유럽 Oracle 사건을 통해 본 ‘최초판매의 원칙’”, 글로벌 저작권보호, 2012, 5면.

제 5 장 결론

입법자가 예상할 수 없었던 오늘날의 새로운 디지털 기술의 발전과 그에 따른 유통방식의 변화로 말미암아 기존의 법리에 의한 기준은 더 이상 그대로 적용될 수 없게 되었다. 다시 말해, 유형의 저작물의 중고거래에 대하여 저작권자의 배포권에 대한 소진을 인정하여 온 전통적인 최초판매원칙은 디지털 시대를 맞아 무형의 저작물의 유형적 거래¹⁴³⁾에 대하여 적용되는 디지털 최초판매원칙으로 확장되었다. 그런데 더 나아가 무형의 저작물이 유형의 매체가 아닌 인터넷상 다운로드의 방식으로 양도되는 새로운 유통방식¹⁴⁴⁾이 등장하였고 이에 대하여도 여전히 최초판매원칙이 적용되어 저작권자의 배포권이 소진되는지 여부가 문제된 것이다.

최초판매원칙의 적용여부에 대하여 미국에서는 먼저“first sale”이 진정으로 발생한 것인지, 즉 저작권자로부터 권리양수인으로서의 제1 양도행위가 판매인지 라이선스 계약에 의한 것인지를 검토한 후 전자에 대하여서만 최초판매원칙이 적용된다고 하였다. 그런데 거래의 성격을 판매로 볼 것인지, 라이선스에 의한 권리이전으로 볼 것인지에 대하여 명확한 기준이 확립되어 있지 않은 관계로 이를 판단하는 법원의 입장도 일관되어 있지 않다. 다만 제9항소법원은 3요소 테스트를 제시하여 소프트웨어 거래시 저작권자가 EULA를 통하여 ① 거래가 라이선스임을 명시적으로 표시하고 ② 이용자가 소프트웨어를 양도할 능력을 상당히 제한하며 ③

143) e.g. CD, LP 등의 음반구매, 컴퓨터 소프트웨어 프로그램을 CD-ROM 등의 매체를 구입하여 저장하는 방식.

144) e.g. 디지털 음원파일의 구매, 컴퓨터 소프트웨어 프로그램을 웹사이트에서 다운로드 받아 저장하는 방식.

소프트웨어 이용에 현저한 제한을 부과하고 있는 경우, 이 거래는 매매가 아닌 라이선스가 된다고 판단기준을 내세우고 있다. 또한 거래의 성격을 판매로 보아 “first sale”이라는 점이 인정되더라도 소진되는 권리는 배포권 뿐이므로, 저작물을 복제하여 그 복제물을 배포하는 행위는 저작권자의 권리를 침해하는 것이라고 보았다. 그리하여 인터넷상 다운로드 방식으로 일어나는 디지털 저작물의 거래의 경우에는 다운로드 당시 복제를 필히 수반하게 되고, 양도된 저작물은 원본이 아닌 복제물이 되는 것이고 이에 따라 판매자와 구매자의 저장장치에 저작물이 병존하게 되어 저작권자의 복제권과 배포권을 침해하는 결과가 발생한 것이다.

그런데 유럽에서는 인터넷을 통한 다운로드의 방식으로 거래되는 소프트웨어의 경우에 무제한의 기간 동안 이용자에게 라이선스 주는 점, 대가 관계가 있는 점, 1회성 지불이라는 점을 들어, 이 거래에서는 라이선스가 아닌 “판매”가 일어난 것으로 판단하였다. 이에 따라 저작권자의 권리가 소진된 것이고, 그 이후의 재판매에 대하여는 저작권자가 관여할 수 없다고 하였다.

이러한 미국과 유럽의 논의를 국내에 적용할 경우 현행 저작권법의 규정상 미국 법원의 견해와 결론을 같이 할 것으로 예상된다. 국내 저작권법 규정에 의하면 유형의 매체를 수반하는 디지털 저작물의 거래에 대해서는 배포의 개념을 적용하여 최초판매원칙을 적용할 수 있을 것이다. 이에 반해 유형의 매체 없이 온라인상 다운로드 방식으로만 거래되는 디지털 저작물의 경우에 전송에 해당되므로 최초판매 원칙을 적용할 수 없게 된다. 그러나 이러한 기존의 최초판매원칙은 유형물에 고정된 형태로 거래되는 저작물을 대상으로 도입된 것이라는 연원에 매여, 디지털 전송

방식이 보편화되고 있는 거래환경을 외면한 채 원구매자가 합법적으로 구매한 디지털 저작물에 대한 동 원칙의 적용을 부정하여 재판매를 무조건 금지하는 것은 부당하다고 생각된다. 이는 유럽사법재판소의 결정과 배치되는 것으로 국제적인 조화와의 동떨어지는 결과를 초래할 것이다. 따라서 디지털 전송 방식으로 이루어지는 거래에도 적용되는 디지털 최초판매원칙을 인정할 필요가 있다.

한편 법리적으로 최초판매원칙에서 더 나아가, 현실에 부합하는 최소다운로드원칙을 인정할 필요성도 인정된다. 최소다운로드원칙은 디지털 환경의 기술적인 측면을 고려하며 다운로드 시점과 소유권의 관계를 명확히 하여 디지털 시대에 적합한 법리적 기준을 제시할 수 있다. 디지털 저작물에 최소다운로드원칙을 적용하는 것은 저작권자로부터 전송받은 자가 제3자에게 재전송하는 것은 허용하되, 저작물을 제3자에게 전송하는 동시에 저작권자로부터 처음 전송받은 자의 저장 장치로부터 디지털 저작물을 삭제하도록 하는 규정을 요한다고 할 것이다.

이러한 기술적, 법제적인 뒷받침과 더불어 저작권자와 이용자 모두의 조화로운 이익을 위하여 ReDigi의 비즈니스모델 뿐만 아니라 Amazon과 Apple의 특허 등에 의한 디지털 저작물의 재판매시장을 적극 인정하고 이에 대한 적절한 규제를 도모하는 것이 바람직한 방향일 것이다.

[참고문헌]

국내문헌

단행본

- 김기대, 『저작권법 총설』, 형설, 2013.
- 오승중, 『저작권법』, 박영사, 2012.
- 이대희, 『인터넷과 지적재산권법』, 박영사, 2002.
- 이해완, 『저작권법』, 박영사, 2012.
- 임원선, 『실무자를 위한 저작권법』, 한국저작권위원회, 2012.
- 정상조, 『저작권법주해』, 박영사, 2007.
- 정상조·박준석, 『지적재산권법』, 홍문사, 2011.

논문

- 계승균, “저작권법상 권리소진이론”, 창작과권리, 통권33호, 2003.
- 김병일, “소프트웨어 중고거래에 관한 저작권법적 해석과 문제점”, 계간저작권, 2013 겨울호.
- 김인철, “미국 저작권법 하에서 권리소진의 원칙에 대한 소고”, 정보법학, 제14집 제3호, 2010.
- 김현미, “포렌식마킹 기술 개발 동향”, 저작권기술 동향, 한국저작권위원회 기술연구소, 2010.
- 김혜성, “디지털 음원의 재판매와 최초판매원칙의 적용”, Ewha Law Review 제3권 제2호, 2013.
- 노현숙, “디지털 저작물에 대한 최초판매원칙 적용에 관한 고찰”, 경희법학 제47권 제4호, 2012.

- 박경신, “[독일] 함 고등법원, 컴퓨터 프로그램 이외의 디지털 콘텐츠에는 최초판매원칙이 적용되지 않는다”, 저작권 동향 제13호, 한국저작권위원회.
- , “[산업] 국제음반산업협회, 디지털 음악 수입이 유형적 음반수입과 동일한 수준에 달했다”, 저작권 동향, 제2015-06호, 한국저작권위원회.
- , “[유럽] 유럽위원회, 유럽 저작권법 통일을 포함하여 디지털 단일 시장 구축 전략 발표”, 저작권 동향 제2015-08호, 한국저작권위원회
- 박준석, “무체재산권·지적소유권·지적재산권·지식재산권 : 한국 지재법 총칭 변화의 연혁적·실증적비판”, 서울대학교 법학 제53권 제4호, 2012.
- , “상표상품만의 병행수입론 논의를 넘어 특허·상표·저작권 전반의 권리소진이론으로(하)”, 저스티스, 한국법학원, 제133호, 2012.
- , “특허·상표·저작권에 걸친 소진원칙의 통합적 분석제안 : 미국의 최근 동향을 중심으로”, 지식재산연구 제9권 제1호, 2014.
- 박현경, “디지털 저작물 거래에 있어 최초판매원칙의 적용여부에 관한 연구”, 경북대학교 법학연구원 법학논고, 제38집, 2012.
- 박현수, "디지털재화 중고시장", Kt경제경영연구소
- 손승우, “유럽 Oracle 사건을 통해 본 ‘최초판매의 원칙’”, 글로벌 저작권 보호, 2012.
- 안효질, “저작물의 디지털거래와 권리소진이론”, 산업재산권, 한국산업재산권법학회, 제15호, 2004.

이상아, “디지털 콘텐츠 중고 시장 형성의 동향과문제점 극복 방안”, 한국저작권위원회, 2013.

최승재, “저작권 계약의 거절행위 및 불공정계약에 대한 시론적 연구”, 계간 저작권, 2013 겨울호.

탁희성, “디지털 콘텐츠 불법유통의 실태와 대책”, 한국형사정책연구원, 2008.

외국문헌

Aaron Perzanowski and Jason Schultz, Digital Exhaustion. UCLA Law Review, Vol. 58.

Reese, R. Anthony, The First Sale Doctrine in the Era of Digital Networks. U of Texas Law, Public Law Research Paper No.57; and U of Texas Law, Law and Econ Research Paper No.004. (<http://ssrn.com/abstract=463620>).

C. Lopresto, Gamestopped : Vernor v. Autodesk and The Future of Resale, Cornell JL & Pub. Pol'y, 2011.

Kurtis A. Kemper, "Construction and Application of 'First Sale Doctrine' in Copyright Law", American Law Reports Federal 2d, vol.75 (2013).

Lukas Feiler, Birth of the First-Download Doctrine: The Application of the First-Sale Doctrine to Internet Downloads under EU and U.S. Copyright Law, TTLF Working Papers No.17, 2013.

John T. Soma and Michael K. Kugler, Why Rent When You Can Own? How ReDigi, Apple and Amazon Will Use the Cloud and the Digital First Sale Doctrine to Resell Music, E-books, Games and Movies, 15 North Carolina Journal of Law & Technology.425, Mar. 2014

Theodore Serra, Rebalancing at Resale:ReDigi, Royalties, and the Digital Secondary Market, Boston University Law Review, vol.93, 2013.

판결

Bobbs-Merrill Co. v. Straus, 210 U.S. 339 (1908)

United States v. Wise, 550 F.2d 1180 (9th Cir. 1977).

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

UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp., Judgement of the European Court of Justice(Grand Chamber), C-128/11, (July.3.2012)

Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc., 2013 WL 1286134 (S.D.N.Y. Mar.30.2013)

UMG Recording, Inc.v. Augusto, 2011 WL 9399 (9th Cir. 2011)

F.B.T. Productions, LLC v. Aftermath Records, 621 F.3d 958 (2010)

기사

서울대학교 대학신문, “기울어 있는 음원시장, ‘바른 음원’을 향한 음악인들의 외침 [취재] 음원 시장의 수익 및 유통 구조의 문제점”

<http://www.snunews.com/news/articleView.html?idxno=14605>

Financial Times, “Amazon joins wave of music streaming services without

Universal”<http://www.ft.com/intl/cms/s/0/4f9584d8-f218-11e3-ac7a-00144feabdc0.html#axzz35tx1Y115>

Abstract

A Study on the Application of the First Sale Doctrine for the Resale of Digital Works

Park, Jung Ha

Graduate School of Law

Seoul National University

Intellectual property rights such as patents, trademarks, copyrights recognize that the first sale doctrine is an exception for the judicial balance between owner's exclusive rights and fair use of users.

Korean Copyright Law clearly regulates the provision about this doctrine that once the copyright owners agree to sell a copy of their work, then the distribution right of copyright holders is exhausted.

However, this legal principle considered that it can be applied only the transfer of physical copy. Therefore, it causes whether the first sale doctrine

is applicable to digital environment. For the digital works being transacted by non-tangible medium, there has been a lot of discussions and legislative attempts to apply the first sale doctrine.

This thesis explores the history and evolution of the first sale doctrine in main countries and analyzes the latest court's decisions of United States and Europe with respect to the possibility of a broadened the first sale doctrine to secondary market for the resale of digital works.

Keywords : First Sale Doctrine, Copyright, Digital Works, Resale, Exhaustion of Distribution right

Student Number : 2011-21452