



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](#)

법학박사 학위논문

디지털 저작권 소진이론에 관한  
연구

2018년 8월

서울대학교 대학원  
법학과 지적재산권법 전공  
신 창 환

## 국문초록

저작권 소진에 의하여, 아날로그 매체에서는 저작권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 이후에는 그 매체의 소유자가 저작권의 통제를 받지 않은 채 자유로운 거래가 가능하다. 그러나 디지털로 존재하면서 CD나 DVD와 같은 저작유형물에 담기지 않고 무형적으로 송신되는 디지털 복제물에 대해서는 저작권 소진이 이루어지지 않는다는 것이 국제적으로 거의 공통된 각국 저작권법의 해석이다.

디지털 저작권 소진이론은, 위와 같은 현행법의 해석에도 불구하고 디지털 저작물에 있어서도 판매된 이후에는 권리가 소진되어 이용자에 의한 ‘중고 디지털 저작물’의 거래와 이를 둘러싼 시장의 형성을 가능하게 하자는 논의이다.

저작권을 포함한 지적재산권의 소진은, 권리자에게 부여된 권리 행사의 기회를 통하여 지적재산권자가 이미 충분한 보상을 받았고, 특허물품이나 저작유형물을 정당하게 구입한 이용자로서는 그러한 물품 등에 양도의 권능을 포함한 자신의 소유권을 충분히 누릴 수 있도록 하는 것이 합당하다는 취지에서 인정된 것이다. 디지털·온라인의 영역에서도 아날로그 저작물 더 나아가 특허나 상표권에서 권리 소진이 인정되는 경우와 근본적으로 다를 바 없을 것이라는 문제의식으로부터 본 연구는 시작되었다.

물론 디지털 저작물이 디지털 정보재로서의 특성 등에 의하여 특허물품이나 아날로그 저작유형물과는 성격이 다소 다른 고유성이나 특이성이 있음은 인정할 수밖에 없다. 그러나 디지털 또한 시간의 흐름에 따라 대체로 향유에 따른 가치가 감소하기 쉽고, 무단한 업데이트가 이루어지기도 하며 디지털 저작물의 관리 기술이 비약적으로 발전하고 있음을 감안할 때, 디지털·온라인 저작물과 다른 지적재산권의 보호 대상과 본질적인 수준에서의 차이가 있는지 의문이다.

미국에서는 ReDigi 사건 등에서 디지털화된 중고 음악파일에 대해서는 최초 판매

원칙을 적용하지 않는다고 판단한 바 있고, 미국 저작권청이 2001년 발간한 제104조 보고서라든가 미국 상무성에서 2016년에 펴낸 저작권 백서 등에서 디지털 저작권 소진이론을 수용할 수 없음을 논한 바 있다.

그러나 유럽연합에서는 비록 컴퓨터프로그램에 국한한 것이기는 하지만 UsedSoft 판결에서 무형적으로 전달된 저작물을 이용자가 재판매할 수 있다는 취지로 디지털 권리소진을 인정한 전향적인 판단을 내린 바 있다.

디지털 권리소진을 새로이 인정할 필요성으로, 본고는 디지털 재화의 양도성을 보장하여 처분 가능성에 대한 공중의 합리적 기대에 부응할 수 있다는 점, 권리자에 대한 이중 보상의 방지, 아날로그 저작물과의 상대적 경쟁력 차원, 신품 디지털 저작물 시장의 가치를 유지하게 한다는 점, 이용권 설정계약(비판매 모델)의 관계에서 판매 모델의 장점을 부여할 필요가 있다는 점, 저작물 내용 확인의 어려움으로 인하여 디지털 저작물이 사장될 위험을 방지할 수 있다는 점 등을 꼽았다. 더욱이 이용권설정계약 등 비판매 모델이 시장에서 폭넓게 지지를 받는 환경이지만, 비판매 모델로서는 디지털 저작물 소장의 필요성을 충족하여 줄 수 없는 등 일정한 한계를 지니고 있고, 판매 모델은 대부분 단품(a la carte)으로 소비되는 저작물과 잘 어울리는 측면이 있는 등 여전히 장점이 적지 않기 때문에, 디지털 권리소진론을 수용하여 판매모델의 장점을 살려나가는 제도적 보완이 필요하다고 본다. 판매 모델과 비판매 모델은 시장에서 양립 가능하므로 양자를 명확하게 구별한 후, 판매 모델에서는 디지털 권리소진의 적용으로 양도성을 보장하는 편이 사회적으로 바람직한 결과가 되리라고 본다.

디지털 권리소진론에 대한 비판론이 적지 않게 제기되어 있으나, 기술적 측면과 이용자 인식의 측면에서 그간의 환경변화가 있었다는 점, 디지털 저작물에 있어서도 점멸하는 수요의 라이프 사이클이 있고 중고의 질이 신품처럼 우수하다고 하더라도 신품시장에서의 혁신적인 마케팅 등은 중고 복제물이 따를 수 없다는 점 등을 감안할 때 위와 같은 비판론은 극복할 수 있을 것이라고 사료된다.

디지털 복제물은 관련 법률에서 판매의 대상이 될 수 있고 판매의 가장 핵심적인 개념 징표를 영구적 보유의 여부로 삼을 때, 디지털 권리소진론을 도입하는 데 있어서 법리적인 문제점도 거의 없다고 볼 수 있다.

결론적으로 본 연구는, 디지털·온라인 저작물의 일대일 송신, 송신 즉시 삭제, 예외적인 경우 당사자간 계약에 의한 재판매 제한을 허용하는 원칙 아래에서 저작권법에 디지털 권리소진의 도입이 실제로 가능하다고 보고, 구체적인 입법안을 제시하였다.

.....  
주요어 : 디지털 저작권 소진, 지적재산권 소진, 저작권, 최초판매원칙,  
판매, 라이선스, 라이선스 허구

학 번 : 2015-31083

# 목 차

국문초록 .....	i
제1장 서론 .....	1
제1절 연구의 목적 및 의의 .....	1
제2절 연구의 범위와 방법 .....	9
제2장 이론적 기초: 전통적 권리 소진론 .....	13
제1절 배포권과 전통적 권리소진론 .....	13
I. 배포권 소진의 의의 .....	13
II. 미국에서의 배포권 소진의 연혁 .....	14
III. 독일에서의 배포권 소진의 연혁 .....	16
IV. 일본에서의 반포권(양도권) 소진의 연혁 .....	18
V. 관련 국제조약 .....	19
1. 무역관련 지적재산권협정(TRIPS) .....	20
2. WIPO저작권조약(WCT) .....	20
제2절 특허권의 권리소진 .....	21
I. 의의 .....	21
II. 특허권 소진 이론 .....	23
1. 묵시적 실시허락설 또는 실시허락 의제설 .....	23
2. 소진설 .....	24
3. 소결 .....	25
III. 판례의 검토 .....	25

1. 국내 판례 .....	26
가. 서울고등법원 2000. 5. 2. 선고 99나59391 판결(확정) .....	26
나. 서울중앙지방법원 2008. 1. 31. 선고 2006가합58313 판결(확정) .....	27
다. 특허법원 2009. 12. 18. 선고 2008허13299 판결 .....	28
라. 서울중앙지방법원 2012. 8. 24. 선고 2011가합39552 판결 .....	29
2. 일본의 판례 .....	29
3. 미국의 판례 .....	30
가. 판매와 라이선스의 구별 .....	32
나. 판매 후 제한(Post Sales Restriction : PSR) 사안 .....	33
1) 조건부 판매의 유효성이 인정된 사례 .....	34
2) 조건부 판매의 유효성을 부정하고 권리소진으로 본 사례 .....	39
3) 렉스마크(Lexmark) 미국 연방대법원 판결 .....	44
4) 소결 .....	46
다. 수리와 재생산 관련 사안 .....	47
IV. 검토 .....	48
제3절 상표권의 권리소진 .....	48
I. 상표권 소진이론 .....	48
1. 소진설 .....	48
2. 상표기능이론 .....	49
II. 판례의 검토 .....	49
1. 가공·수선과 관련된 사안 .....	49
가. 일회용 카메라 사건 .....	49
나. 대법원 2009. 10. 15. 선고 2008도3929 판결 .....	51
2. 대법원 2005. 6. 9. 선고 2002다61965 판결(가처분이의) .....	51
3. 진정상품의 병행수입 사례 .....	52
가. 대법원 2006. 10. 13. 선고 2006다40423 판결 .....	52
나. 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010도790 판결 .....	53

III. 소결 .....	53
제4절 저작권 소진의 인정 논거 .....	54
I. 저작권 소진과 관련한 독일에서의 논의 .....	54
II. 저작권 소진과 관련한 미국에서의 논의 .....	55
1. 접근(access) 측면 .....	55
2. 보존(preservation) 측면 .....	56
3. 이용자의 프라이버시 측면 .....	56
4. 시장의 효율성 측면 .....	56
5. 혁신의 촉진과 플랫폼 경쟁성 확보 .....	56
6. 기타의 논거 .....	57
7. 소결 .....	58
III. 권리 소진 한계론에 대한 검토 .....	58
제5절 저작권(배포권) 소진의 요건과 효과 .....	60
I. 배포권 소진의 요건 .....	60
1. ‘저작물의 원본이나 복제물’ .....	60
2. ‘해당 저작재산권자의 허락을 받아’ .....	62
3. ‘판매 등의 방법으로 거래에 제공될 것’ .....	63
II. 배포권 소진의 효과 .....	64
III. 배포권 소진의 입증책임의 문제 .....	65
제6절 배포권 소진의 예외 .....	65
I. 대여권 .....	66
II. 공공대출권 .....	68
III. 추급권 .....	68
제7절 외국의 판례와 해석론 .....	69
I. 판매와 라이선스의 준별 .....	69
II. 판매 대 라이선스 구분에 관한 판례 .....	72
1. Wise 판결의 경향 .....	72



가. Wise 판결	72
나. Softman 판결	73
다. Adobe Systems Inc. v. Christenson, 809 F. 3d 1071 (9th Cir. 2015)	75
2. ‘MAI 트리오’ 판결	75
가. MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc., 991 F.2d. 511 (9th Cir. 1993)	76
나. Triad Sys. Corp. v. Southeastern Express Co., 64 F.3d 1330 (9th Cir. 1995)	77
다. Wall Data, Inc. v. Los Angeles County Sheriff’s Dep’t, 447 F.3d 769 (9th Cir. 2006)	77
III. 검토	79
제3장 디지털 권리소진 여부에 관한 평가와 관련 논의	84
제1절 문제의 소재	84
제2절 현행 우리나라 법률상 디지털 권리소진론의 평가	85
제3절 미국의 판례와 해석론	85
I. 미국의 판례	86
1. 서설	86
2. Vernor v. Autodesk 사건	86
3. UMG Recordings, Inc. v. Aususto, 628 F.3d 1175 (9th Cir. 2011)	88
4. Capitol Records, LLC v. ReDigi, Inc., 934 F.Supp. 2d 640 (S.D.N.Y. 2013)	89
가. 사안의 개요	90
나. 법원의 판단	91
다. 검토	95
II. 미국 저작권청의 제104조 보고서	95
1. 내용	95
2. 평가	98

III. 근래의 미국 정부의 논의 경과 .....	99
1. 2013년의 저작권 녹색서(Green Paper) .....	99
2. 2016년의 저작권 백서(White Paper) .....	100
가. 백서의 내용 .....	101
나. 평가 .....	105
IV. 「Nimmer on Copyright」의 견해 .....	107
제4절 유럽의 판례와 해석론 .....	108
I. UsedSoft 판례(C-128/11, 2012) 및 이에 대한 평가 .....	108
1. 사건의 개요 .....	108
2. EU사법재판소의 판단 .....	109
3. 판결에 대한 평가 .....	111
II. 오디오 북 사건(OLG Hamm, Urteil vom 15.05.2014,22U 60/13) .....	112
III. Dutch Association of Publishers v. Tom Kabinet 사건 .....	114
제4장 디지털 저작권 소진 도입의 필요성과 핵심 쟁점의 검토 .....	116
제1절 저작물의 존재 형식에 따른 차별적 취급에 대한 의문 제기 .....	116
제2절 제도 도입의 필요성 .....	118
I. 디지털 재화의 양도성 보장 .....	119
II. 권리자에 대한 이중 보상 방지 .....	121
III. 아날로그 저작물과의 비교 .....	122
IV. 신품 시장의 가치 유지 .....	123
V. 이용권 설정 계약과의 관계에서 경쟁력 확보 .....	125
VI. 내용 확인의 어려움으로 인한 디지털 저작물의 사장 방지 .....	126
VII. 저작물에의 접근성 및 이용가능성 확보 .....	127
VIII. 포맷 및 선호 장르 변경의 자유 .....	128

IX. 불법적인 디지털 다운로드 시장의 양성화 .....	129
X. 인접 지적재산권법 분야와의 균형 유지 및 임의적인 소진 원칙의 적용 시정 .....	130
XI. 저작권자에게 수익 분배 .....	130
XII. 저작권 인식의 확산 .....	131
XIII. 비교 - 디지털 저작권 소진의 인정으로는 포섭할 수 없는 측면 .....	133
XIV. 소결 .....	133
제3절 판매 모델과 비판매 모델의 비교를 통한 디지털 저작권 소진의 인정 필요성 검토 .....	134
I. 서설 .....	134
II. 판매모델과 비판매모델의 구별 .....	136
III. 비판매 모델의 장점과 문제점 .....	139
1. 비판매모델의 장점 .....	139
가. 이용자에게 다양한 선택지의 제공 .....	139
나. 제공 비용의 감소 가능성 .....	139
다. 서비스 질의 유지와 향상에의 동기 부여 .....	140
라. 권리자와 이용자 간 효율적인 라이선스 조건의 교섭 .....	141
마. 불법복제의 가능성이 줄어든다는 현실적인 측면 .....	141
2. 비판매모델의 문제점 .....	142
IV. 판매모델의 장점 .....	145
V. 두 모델 간 긴장 관계 .....	146
VI. 양자의 양립 가능성 및 디지털 권리소진의 제도화 필요성 .....	148
제4절 디지털 권리소진 비판론에 대한 반론 .....	150
I. 디지털 권리소진에 대한 비판론 요약 .....	150
II. 본 연구의 반론 .....	151
1. 그간의 실질적인 환경변화 .....	151
2. 불법복제가 크게 확산될 것이라는 주장에 대하여 .....	152

3. 디지털 저작물은 열화되지 않는다는 주장에 관하여 .....	155
4. 신품과 똑같은 질의 중고가 존재하므로 시장 질서가 파괴될 것이라는 주장에 관하여 .....	157
5. 실효적인 기술조치의 부재 주장에 대하여 .....	159
6. 저작권자의 이익이 심각하게 저해될 것이라는 주장에 대하여 .....	161
제5절 핵심 쟁점에 관한 세부적 검토 .....	161
I. 디지털 저작물 판매 모델의 법적 성격 규명 .....	162
1. 판매 객체의 성격 규명 .....	162
2. 디지털 복제물의 판매와 영구적 보유 .....	163
3. 소결 .....	166
II. 저작물 이동(migration), 송신 후 삭제 및 기술조치 .....	166
1. 저작물 이동의 효과를 담보하는 기술조치 .....	166
2. 전송 후 삭제 기술조치 적용 시 예상되는 불편에 대한 평가 .....	167
3. 전송 후 삭제 행위의 의무화 .....	168
4. 송신 후 삭제 조치에 대한 회의론에 대하여 .....	169
III. 가격차별 이슈 .....	170
1. 가격차별의 의의 .....	170
2. 가격차별과 권리소진의 관계 .....	171
가. ProCD Inc. v. Zeidenberg 사건 .....	172
나. Quality King 사건 및 Kirtsaeng 사건 .....	174
3. 가격차별에 영향을 끼칠 디지털 권리소진론의 함의 .....	175
4. 가격차별의 장점을 유지하는 디지털 저작권 소진제도의 설계 .....	176
제6절 디지털 권리소진의 강행규정성 여부 .....	178
I. 계약과 공공정책의 관계 .....	178
1. 서설 .....	178
2. 관련 판례의 검토 .....	179
가. ProCD v. Zeidenberg: 저작권법으로는 보호되지 않는 대상에 대한	

라이선스 계약의 유효성 .....	179
나. Bowers v. Baystate Technologies, Inc.: 저작권법에서는 허용될 수 있는 프로그램의 역분석이 라이선스 계약으로 금지되는지 여부 .....	180
다. Video Pipeline v. Buena Vista: 라이선스계약에서 허용되지 않는 행위가 공정이용으로는 허용되는지 여부 .....	181
라. 평가 .....	182
3. 미국통일상법전(UCC) 제2B편의 수정: 통일컴퓨터정보거래법(UCITA) ...	182
가. 개설 .....	183
나. UCITA 제105조(a) 및 미국 저작권법 제301조 : 연방법의 우선적용 ...	185
다. UCITA 제105조 (b): 근본적 공공정책의 우선 .....	186
라. 비양심성의 법리(Doctrine of Unconscionability) .....	187
마. 소결 .....	188
II. 강행규정과 임의규정 .....	188
1. 의의 .....	188
2. 저작권법상 권리소진 규정의 해석에 관한 기존 논의의 검토 .....	190
III. 디지털 저작권 소진에 있어서 계약을 통한 권리소진의 배제 가능성의 인정 .....	191
제7절 디지털 권리소진이 허용하는 재판매를 위한 기술적 보호조치의 회피 .....	193
I. 기술적 보호조치의 의의 .....	193
II. 허용되는 재판매를 실효적으로 방지하는 기술적 보호조치의 무력화 .....	194
1. 적용된 기술적 보호조치의 종류 .....	195
2. 이용통제조치로 평가될 경우 .....	197
3. 접근통제조치로 평가될 경우 .....	197
4. 디지털 복제물의 재판매를 위한 기술조치의 무력화 허용 .....	198
III. 소결 .....	199
제5장 디지털 권리소진에 관한 입법론 및 거래환경 조성 .....	200

제1절 외국의 사례 .....	200
I. 독일의 Die Linke 2012 .....	200
II. 미국의 입법안 .....	201
1. H.R. 3048 .....	201
가. 제안 경위 및 처리 절차 .....	201
나. 법안의 취지 .....	202
다. 주요 내용 .....	202
2. H.R. 1066 (일명 BALANCE 법안) .....	202
가. 제안 경위 .....	202
나. 법안의 취지 .....	203
다. 주요 내용 .....	204
3. S. 1621 .....	204
가. 제안 경위 .....	205
나. 주요 내용 .....	205
제2절 디지털 저작물 중고 시장의 가능성과 산업계의 시도 .....	206
I. 아마존사의 595특허 .....	206
II. 아마존사의 276특허 .....	207
III. 애플사의 특허출원 기술 .....	208
제3절 블록체인 기술과 디지털 저작권 소진 .....	209
I. 블록체인 기술의 의의 .....	209
II. 블록체인 기술의 적용 가능성 .....	210
III. 디지털 저작권 소진 관련 합의 .....	210
제6장 디지털 권리소진의 도입 방안 .....	212
제1절 기존 논의의 검토 .....	212
I. 제1설 .....	213

II. 제2절	213
1. 학설의 내용	213
2. 검토	215
제2절 디지털 권리소진의 도입 방안의 검토	216
I. 서설	216
II. 저작권 소진의 원칙 설정	219
1. 일대일 송신 원칙	219
2. 송신 즉시 저작물 삭제 원칙	220
3. 예외적인 경우 재판매 제한의 허용	220
III. 세부적 검토	221
1. 디지털 소진론이 예정하는 1:1 송신을 위하여 전송권 전부를 소진시킬 수는 없음.	221
가. 디지털 1:1 송신은 전송 해당 여부를 단정지어 말할 수 없음.	221
나. 디지털 1:1 송신이 전송이라고 하더라도 전송권 전부를 소진시켜서는 아니 됨.	223
다. 배포권의 소진과는 다른 고려를 하여야 함.	224
2. 송신 즉시 복제물 삭제 원칙의 위반행위에 대한 대응	225
3. 임대 행위에 대한 권리 소진 인정 여부	226
제3절 여러 재판매 모델의 검토	228
I. 가족·친구 간 교환·증여 모델	228
II. 중앙집중형 판매 및 교환 모델	229
III. 비집중형 판매 및 교환 모델	230
IV. 도서관 및 디지털 아카이브 기증 모델	231
V. 임대 모델	231
제4절 시안의 도출	231
I. 개별 요건 및 기본 규정의 설정	231
1. ‘저작재산권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 제공된’	231

2. ‘디지털 복제물’ .....	233
3. ‘오로지 한 사람에게 재양도하기 위하여 송신’ .....	233
4. 판매 후 복제물의 삭제 요건 .....	234
5. 디지털 저작물의 수신인이 저작권자로부터 침해 주장을 받을 가능성과 관련하여 .....	234
6. 기본 규정의 모습 .....	235
II. 디지털 저작권 소진 원칙의 예외 사유 .....	236
1. 관련 규정의 강행규정성 여부 .....	236
2. 재판매 허용에 대한 예외 사유의 도출 .....	237
가. 복제물의 대량 구매 .....	238
나. 신분상 조건부 판매 .....	239
다. 기타 사유 .....	239
3. 디지털 권리소진 예외 규정의 모습 .....	240
4. 제2항의 재판매 금지 특약 위반의 효과 .....	241
5. 제2항 예외 사유의 전체 저작물로의 확대 방안 검토 .....	243
III. 기타 검토 사항 .....	244
1. 배포권 소진과의 범위 조정 .....	244
2. 라이선스 키의 재양도 허용 문제 .....	245
3. 저작인접권 및 데이터베이스에서의 준용 규정 .....	247
4. 특정 저작물 종류에 대해서만 디지털 저작권 소진을 인정하자는 견해에 관하여 .....	248
5. 기술적 보호조치의 부착 의무화 .....	249
6. 국내에서 판매된 저작물로 범위를 한정하자는 견해에 대하여 .....	249
7. 저작권법 체계상 규정의 위치 .....	251
IV. 디지털 권리소진의 최종적 입법안 .....	253
1. 최종 시안 .....	253
2. 3단계 테스트의 통과 여부 .....	254



가. 어떤 특별한 경우 (to certain special cases) .....	256
나. 저작물의 통상적인 이용과 충돌하지 아니할 것(not conflict with a normal exploitation of the work) .....	257
다. 저작자의 합법적인 이익을 부당하게 해치지 아니할 것(not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holders) .....	258
 제7장 결론 .....	 259
 참고문헌 .....	 261
 Abstract .....	 272

## <표 차례>

<표 1-1.> 저작물의 존재형식 .....	6
<표 4-1.> 저작물의 존재형식 구분 및 법적 취급 .....	116
<표 4-2.> 디지털 음원의 판매 및 서비스 방식과 각 사용요율 .....	138
<표 6-1.> 지적재산권법의 권리소진 룰 종합 .....	217

# 제1장 서론

## 제1절 연구의 목적 및 의의

“아우라란 무엇인가? 그것은 공간과 시간으로 짜인 특이한 직물로서, 아무리 가까이 있더라도 멀리 떨어져 있는 어떤 것의 일회적인 현상이다. 어느 여름날 오후 휴식 상태에 있는 자에게 그늘을 드리우고 있는 지평선의 산맥이나 나뭇가지의 따라갈 때-이것은 우리가 산이나 나뭇가지의 아우라를 숨 쉰다는 뜻이다”<sup>1)</sup>

“예술작품의 기술적 복제 가능성의 시대에 위축되고 있는 것은 예술작품의 아우라이다... 복제기술은 복제를 대량화함으로써 복제 대상이 일회적으로 나타나는 대신 대량으로 나타나게 한다. 복제기술은 수용자로 하여금 그때그때의 개별적 상황 속에서 복제품을 쉽게 접하게 함으로써 그 복제품을 현재화한다. 이 두 과정, 즉 복제품의 대량생산과 복제품의 현재화는 전통을 엄청나게 뒤흔드는 결과를 가져 온다.”<sup>2)</sup>

위 두 인용 문단은 ‘아우라의 위축’이라는 개념으로 현대 사회에서 저작물의 본질이 변화하고 있음을 간파한 발터 벤야민(Walter Benjamin)의 “기술복제시대의 예술작품”이라는 논문의 일부이다. 벤야민의 이 유명한 논문은 흔히 유일한 예술품이 지닌 기적과 같은 가치(아우라)가 기술복제시대에 이르러서는 소멸되고 있다는 취지로 독해되곤 한다. 그러나 발터 벤야민은 유일한 존재로서의 저작물의 예술적 가치의 사멸이라는 현상만을 회고적이고 감상적인 어조로 이야기하고

---

1) 발터 벤야민 저, 최성만 역, 「기술복제시대의 예술작품/사진의 작은 역사 외」, 도서출판 길 (2007), 50면.

2) 앞의 책, 47면.

있는 것만은 아니다. 이 논문의 다른 대목을 보자.

“예술작품의 기술적 복제 가능성은 예술을 대하는 대중의 태도를 변화시켰다. 이를테면 피카소와 같은 회화에 대해서 가졌던 가장 낙후된 태도가 채플린과 같은 영화에 대해 갖는 가장 진보적 태도로 바뀐 것이다”<sup>3)</sup>

발터 벤야민이 위 글을 통해서 말하고자 하는 또 다른 측면은 예술작품이 가진 가치 및 예술적 조건이 기술복제라는 현상으로 말미암아 변화하고 있다는 것이며, 기술복제 시대에 이르러서는 대량 복제가 용이한 예술, 예컨대 당대의 사진예술과 영화예술의 발전으로 모든 사람이 예술품에 더 쉽게 접근할 수 있는 조건, 즉 문화의 민주화가 진전되고 있다는 것이다.

유일품으로서의 저작물이 갖는 ‘아우라’가 사라질지는 몰라도, 저작물에 대한 보편적인 접근가능성을 지금과 같이 끌어올린 것은 디지털화와 온라인화와 같은 정보 기술(IT)의 미덕이다. 그런데 현행법에서는 온라인 디지털 저작물은 재판매할 수 없다는 한계가 엄연히 존재한다. 이 논문은 향후 디지털·온라인 환경에서 저작물의 전파 가능성과 지식 기반으로서의 저작물 베이스에 다대한 영향을 미칠 수 있는 디지털 저작물의 재판매의 허용 여부에 대해서 논의하고자 한다.

종래 아날로그 매체에서는 일단 적법하게 발행되어 유통된 후에는 책이든 음반이든 그 매체의 소유자가 저작권의 통제를 받지 않은 채 매체를 자유로이 거래하여 왔고, 이러한 거래 관행은 법적으로는 저작권 소진이론에 의하여 뒷받침되었다. 저작자의 권리를 일정하게 제한하여 아날로그 ‘매체’의 중고 거래를 가능하게 한 것이다.

그런데 우리는 지금 거대한 디지털·온라인 혁명의 소용돌이 속에 있다. LP음반이 다시 인기를 얻기 시작하는 등 아날로그의 부활이 얘기되곤 하지만<sup>4)</sup>, 전반

---

3) 앞의 책, 80면.

4) 취미의 관점에서 보면 아날로그 매체는 복고적 취향으로 간주되기도 하지만, 상당한 매

적으로 저작물 이용의 중심축은 디지털 영역으로 옮겨 가고 있다. 컴퓨터프로그램과 같이 태생부터 디지털 영역에 존재하던 저작물 종류는 더 말할 것이 없지만, 인터넷과 정보기술의 발전으로 음악이나 영상저작물과 같은 저작물 종류도 디지털이 대세가 된 지 상당기간이 지났고, 가장 아날로그적이라고 할 수 있던 어문저작물조차도 그를 담고 있던 책이라는 유형적인 매체를 벗어나 점차 디지털화되고 있음이 감지된다.<sup>5)</sup> 구체적으로는 다음과 같은 변화가 저작물 향유와 소비의 환경 저변에서 일어나고 있다.

첫째, 사용의 편의성이나 학습효과 때문에 전반적으로 디지털 저작물<sup>6)</sup>, 특히 디지털·온라인 저작물이 아날로그보다 선호되는 경향이다. 이러한 선호의 변화가 진행되는 결과, 같은 내용을 담은 저작물이라면 그 존재 형식인 아날로그와 디지털 간, 그리고 유통 방식인 오프라인과 온라인의 선택의 와중에 변화된 수요자의 이용 성향이 다시 공급 측면에 영향을 미친다. 이렇게 수요와 공급의 순환 사이클이 누적됨에 따라 기존 아날로그 영역의 상대적인 중요성과 비중을 디지털 영역이 점차 넘겨받고 있다.

둘째, 매체의 변화는 그에 담기는 내용이라고 할 수 있는 저작물이나 저작물의 배열 또는 편집 방식에도 영향을 미치기도 한다. 감상에 오랜 시간이 걸리고 때로는 취향의 축적을 요구하는 유장하고 보다 숙성된 콘텐츠보다, 상대적으로 쉽

---

력이 있음은 부인할 수 없다. 예를 들면, 눈에 보이지 않고 만질 수 없는 데이터인 디지털 음악은 수중에 넣는 데 별 노력이 필요하지 않고 감상자의 취향이 드러나는 스트리밍 서비스에서의 플레이리스트는 다른 사람이 보기에 차별성을 갖는 것도 아니어서 큰 의미가 없지만, LP음반과 같은 실체가 분명한 아날로그 매체는 크고 무겁다는 불편함과 구매와 재생에 많은 비용이 들지만 역설적으로 이러한 점 때문에 그 음악을 진정으로 소유했다는 소비자의 의식과 자부심으로 이루어진다는 설명에 대해서는, 데이비드 섹스 저, 박상현·이승연 역, 「아날로그의 반격」, 어크로스 (2017), 45-46면 참조.

- 5) 미국에서는 전자책(e-book)의 비중이 전체 출판 시장의 1/4정도 된다고 보고 있다. 우리나라의 전자책 시장은 그에 비하여 아직 미미하다.
- 6) ‘디지털 저작물’이라는 용어는 저작물이 디지털의 형식으로 존재한다는 의미에 불과하므로, 이러한 용어를 그대로 받아들여 사용하다 보면 저작물 자체와 디지털이라는 존재 형식이 결부되어 있다는 오해가 생길 소지가 없지는 않다. 저작물의 내용과 존재형식은 원칙적으로 별개이다. 따라서 옳은 용례는 ‘저작물의 디지털 복제물’ 또는 ‘저작물의 아날로그 복제물’이 될 것이다. 다만 ‘디지털 저작물’ 및 이와 반대되는 의미로서의 ‘아날로그 저작물’이라는 용어는 이미 관용화한 표현이므로, 이 논문에서도 특별히 의미의 혼선이 없는 한 혼용하여 쓰기로 한다.

고 재빨리 재미를 얻을 수 있는 가벼운 콘텐츠로 사람들의 선호가 쏠린다. 십 여 분에 불과한 웹 드라마가 유행하고, 방송물의 일부로서 짧은 비디오 클립을 의미하는 ‘짤방’이 인기인 것은 대체로 이러한 맥락에서이다. 대중음악에서는 한 음반에 여러 곡이 담기어 앨범 전체에 대한 유기적인 감상이 요구되던 아날로그 세대의 추억으로부터, 불과 두 서너 곡으로 구성된 미니 앨범이나 싱글 앨범 혹은 아예 개별 곡 단위의 디지털 음원을 대상으로 주된 감상의 행태가 바뀌고 있다. 이른바 “팝콘컬처”의 시대이다.

셋째, 4차 산업혁명이 시작되면서 저작권자들의 능력이 자신의 저작물을 통합적으로 관리하는 완전한 통제권에 가까워지고 있다. 종래 저작물 이용환경의 전 반적인 디지털화는 불법적인 이용의 가능성을 극단적으로 늘려가는 방향으로 이끄는 듯 보이기도 하였다. 그러나 시간이 지남에 따라 이용자들의 저작물 이용 문화는 더 성숙해지는 한편 정보 기술의 발전으로 오히려 저작물 이용자의 이용 시간의 흐름에 따라 요금을 다르게 부과한다거나, 원하는 때에 저작물을 회수하는 것과 같은 새로운 포괄적인 통제권을 저작권자가 갖게 된 것이다.<sup>7)</sup> 디지털 기술이 복제와 유통을 손쉽게 하는 측면도 있지만, 저작물과 같은 유용한 정보의 유통에 대하여 엄격한 통제를 가능하게 하는 측면도 생긴다는 ‘디지털 딜레마’의 문제이다.<sup>8)</sup> 이러한 결과, 저작물 수요자의 이용권의 범위는 위축될 우려가 없지 않다.

이러한 맥락에서 이 연구는 디지털 저작물 유통 체계의 기저에 놓여 있는 근본적 문제, 구체적으로 ‘디지털 최초판매론(digital first sale doctrine)’ 혹은 ‘디지털 저작권 소진론(digital exhaustion theory)<sup>9)</sup>, 또 드물게는 ‘최초 다운로드 원칙

7) David Nimmer의 인터뷰, 「월간 저작권문화」, (2016. 12.), 4면.

8) 박성호, 「저작권법」, 박영사 (2014), 672면.

9) 대체로 미국에서는 최초판매의 원칙(first sale doctrine), 그 외의 국가에서는 소진의 원칙(exhaustion doctrine)이라고 부르는 경향이 있다. W. Patry, 4 *Patry on Copyright* §13:15 참조. Patry의 위 문헌에서는 ‘소진’이 일어나는 때가 판매에 한하지 않고, ‘최초판매’는 특정 복제물의 허락받은 최초의 판매에 초점을 맞춘다는 점에서 ‘소진’이 조금 더 바람직한 용어라고 보고 있다. 그러나 두 용어 모두 널리 수용되어 쓰이고 있으며 오랜 수용 과정을 거쳐 논자들의 인식에서 이제 두 용어가 실질적인

(first download doctrine)<sup>10)</sup>이라고도 부르는 문제에 주목하고자 한다. 마치 저작권자에게는 배포권이 주어지기는 하지만 저작유형물이 일단 적법하게 거래에 제공된 후에는 그 권리가 소진되어 저작권자가 더 이상 차후의 저작물 유통에 있어서 자신의 권리를 주장하거나 관여할 수 없는 것처럼, 디지털 저작물에 있어서도 판매된 이후에는 권리가 소진되어 이용자에 의한 ‘중고 디지털 저작물’<sup>11)</sup>의 거래와 이를 둘러싼 시장의 형성이 가능할 수 있을지 하는 문제이다. 정신적인 소산인 저작물과 저작물이라는 내용을 담은 디지털 복제물이 구별됨을 생각해 보면, 저작물에 대해서는 저작권자로부터 이용허락을 받되, 디지털 복제물에 대해서는 재양도가 가능하고 이 양자는 분리하여 생각할 수 있는 것이다.

현재는 우리나라뿐만 아니라 다른 나라에서도 대체로 인정되지 않는 디지털 저작권 소진을 본 논문을 통하여 논의하고자 하는 이유는 다음과 같다.

저작권을 포함한 지적재산권의 소진은, 일반적으로 지적재산권자에게 부여된 권리 행사의 기회를 통하여 지적재산권자가 이미 충분한 보상을 받았고, 지적재산권자 혹은 지적재산권자의 허락을 받은 유통업자 또는 앞선 취득자에게 특허 물품이나 상표가 부착된 물건, 저작권이 화체된 매체 등을 정당하게 구입한 이용자로서는 그러한 물품 등에 양도의 권능을 포함한 자신의 소유권을 충분히 누릴 수 있도록 하는 것이 정의의 관념에 합치된다는 취지로 인정되는 것이다. 심지어

---

의미를 크게 달리하지 아니한다는 판단에서 이 논문에서는 별다른 구별 없이 두 용어를 사용하고자 한다. 두 용어의 미세한 차이를 지적하고 있는 「Patry on Copyright」에서도 결론적으로는 두 용어를 혼용하여 사용한다.

10) L. Feiler, *Birth of the First-Download Doctrine - The Application of the First-Sale Doctrine to Internet Downloads under EU and US Copyright Law*, Journal of Internet Law, Vol. 16, No.4, 1 (Oct. 2012)에서 제시하는 용어이다.

11) 디지털 저작물은 디지털의 특성상 파일이 손상되지 않는 한, 이론적으로는 이용이 거듭되더라도 열화(劣化)되는 과정이 발생하지 않는다. 이러한 의미에서 ‘중고 디지털 저작물’이라는 표현은, 중고품이라는 단어가 풍기는 ‘낡았음’의 의미를 포함하는 통상적인 관념과는 거리가 있다. 그러나 최초의 이용자가 이미 처분하여 버린 복제물이라는 의미에서는 중고 디지털 저작물이라고 부르는 것이 크게 잘못 되었다고는 할 수 없고, 또 이와 달리 부를 용어도 마땅하지 않다. 이 논문에서는 ‘중고 디지털 저작물’ 혹은 ‘중고 디지털 복제물’이라는 표현을, 아날로그 영역에서의 표현에 내포된 의미로서 질이 열화된 매체라는 뜻을 덜어낸 채, 위와 같이 단순히 최초 이용자가 처분한 복제물이라는 뜻으로 사용하고자 한다.

특허법과 상표법에서는 법률의 명시적인 규정 없이도 법원의 해석과 학설을 통하여 특허소진이나 상표소진이 인정되고 있는 실정이지만 그 인정 범위에 대한 논의는 다기하게 전개될지언정 권리소진의 필요성 자체를 송두리째 부인하는 견해는 찾아보기 힘들다. 그리고 저작권 분야에서도 저작물을 담는 매체가 유형물인 경우, 즉 책이나 LP음반과 같은 경우에서 저작권 소진은 거의 예외 없이 인정된다.

그러나 디지털 기술이 저작권 분야에 들어오면서부터 혼란이 시작되는데, 디지털 방식으로 고정된 저작물이 유형물에 복제된 경우<sup>12)</sup>, 예컨대 CD음반의 권리 소진과 관련된 법적 취급은 아날로그 매체와 거의 같지만<sup>13)</sup> 디지털로 존재하면서 무형적으로 송신되는 디지털 저작물에 대해서는 저작권 소진이 이루어지지 않는다는 것이다. 이것은 종래의 저작권 소진론이 디지털 기술이 저작권 분야에 활발

12) 아날로그와 대비되는 의미에서의 디지털의 영역에서도 음악 CD처럼 디지털 방식으로 기록되어 있지만 유통의 수단으로서 유형물에 복제된 존재 양태가 있고, ‘음원’이나 전자책(e-Book)과 같이 디지털 파일의 형태로만 거래되어 유형물을 전제하지 않는 존재 양태가 있다. 물론 디지털 파일이 저장되는 물리적 매체는 항상 어딘가에는 존재하기 마련이므로 순수한 의미에서 가상세계에서만 존재하는 디지털 복제물은 없다. 그러나 여기에서는 논의의 효율성을 위하여, 저작물이 담긴 유형물의 상업적 유통을 전제로 하지 않는 기억장치인 하드 드라이브나 클라우드 서버 등에만 저장된 복제물은 저작유형물을 전제하지 않는다고 본다. 본 연구에서는 디지털 방식으로 고정된 저작물이 유형물에 복제된 경우를 간단히 ‘디지털·오프라인’이라고 부르고, 후자처럼 디지털 방식이지만 저작유형물이 없으면 ‘디지털·온라인’으로 부르려고 한다. 따라서 본 연구에서는 ① 순수한 ‘아날로그’ 영역, ② ‘디지털·오프라인’ 영역, ③ ‘디지털·온라인’ 영역이라는 세 가지 존재 형식을 엄두에 두고 논의를 펼친다.

존재형식	아날로그	디지털·오프라인	디지털·온라인
사례	책, LP, 카세트테이프, 비디오테이프	CD, CD-ROM, DVD	디지털 음원, 전자책

[표 1-1. 저작물의 존재형식]

물론 이러한 분류를 하는 이유는 이들 세 영역에 적용되는 배포권과 전송권의 차이, 도서관 면책 규정의 적용 등 권리의 종류나 면책 규정 등에서 여러모로 현행법에서 달리 취급하고 있기 때문이다. 그리고 엄밀하게는 아날로그 복제물, 디지털·오프라인 복제물, 디지털·온라인 복제물이라고 불러야 할 것이나, 크게 혼란이 발생할 여지는 없으므로 이를 아날로그 저작물, 디지털·오프라인 저작물, 디지털·온라인 저작물이라는 일반적인 용어와 혼용하기로 한다.

13) 오승중, 「저작권법」, 제4판, 박영사 (2016), 574면 참조. CD라는 유체물에 대해서는 최초판매의 원칙이 적용되고 따라서 배포권은 소진된다고 보는 것이 타당하다고 한다.

히 응용되기 훨씬 이전에 이미 체계적으로 정리된 탓이기도 하고, 디지털·인터넷 기술의 몇 가지 주목할 만한 특이성 때문에 이미 아날로그 영역을 염두에 두고 형성된 기존의 저작권 소진이론을 디지털·인터넷 기술에 선뜻 확장하기가 어려웠던 사정이 있어 왔기 때문이기도 할 것이다.

그러나 디지털 기술이 더 고도화되고 있어, 이전에는 상상하기 어려웠던 권리 관리기술이 속속 등장하고 있는 현 시점에서는 이제 다시 권리소진을 논의할 필요가 있고, 그러한 필요성은 디지털 기술이 심화될 장래에는 더 커져갈 것이라는 점이 이 논문의 기본적 인식이며 앞으로 펼치고자 하는 논의의 출발점이 된다. 지적재산권이 소진되는 다른 경우와 비교하여 볼 때 논리적으로도 디지털 저작물이 판매되었을 경우에는 저작권 소진이 인정되는 것이 자연스럽고, 디지털 권리소진에 대한 우려 섞인 견해에서 말하는 불법복제의 가능성이라든가 송신자의 복제물 유보의 가능성 등은 그간 높아진 저작권 인식의 측면에서나 기술적으로나, 충분히 극복할 만하므로 현실의 측면에서도 디지털 권리소진을 인정할 계기가 성숙되었다고 보는 것이다. 디지털 저작물의 영역에서도 한 번의 권리행사로 저작권자가 충분한 보상을 얻었다면 해당 디지털 저작물에 관한 권리는 차단하여 재판매 등의 후속의 이용행위를 자유롭게 하는 것이, 권리자에게 공평하지 못한 수익(windfall)이 떨어지는 사태를 미연에 예방하고 디지털 저작물의 구입에 제 값을 치른 이용자에게는 양도성이 보장된 디지털 저작물을 보유하게 하는 방안으로서 정의의 관념에 합당할 것이다.

구체적인 논증이 필요하겠지만 디지털·온라인의 영역에서도 아날로그 저작물 더 나아가 특허나 상표권에서 권리 소진이 인정되는 경우와 근본적으로 다를 것이 없을 것이라는 문제의식으로부터 이 논문은 출발한다. 물론 디지털 저작물이 디지털 정보재로서의 여러 특성, 생산의 고정비용이 높고 한계비용은 낮다는 점, 사용에 의하여 품질이 열화(劣化)되는 과정을 이론적으로는 겪지 않는다는 점 등 특허물품이나 아날로그 매체들과는 다른 고유성이나 특이성이 있음은 인정할 수



밖에 없다.

그러나 디지털 저작물 또한 시간의 흐름에 따라 대체적으로 향유에 따른 가치가 감소하기 쉽고, 부단한 업데이트가 이루어지는 등의 현실에다 앞서 지적한 바와 같이 디지털 관리 기술이 비약적으로 발전하고 있음을 감안한다면, 디지털·온라인 저작물과 다른 지적재산권의 객체와 지적재산권 보호의 기본 체계를 달리 할 만한 본질적 수준에서의 차이가 있을까라는 점을 묻고자 하는 것이다.

현행법 체계에서 디지털 권리소진은 가능하지 않고 또 이를 가능하게 하는 제도 변화도 받아들이기 어렵다는 견해는 디지털과 정보기술의 충격에 사로잡힌 나머지 아날로그와 디지털의 구분에 관하여 지나치게 도식적이거나 작위적인 이분법에 매몰되어 있는 것이 아닐지, 실제 디지털 저작권 소진제도를 도입하더라도 일어나지 않을 비관적인 시나리오를 염려하는 것이 아닌지를 의심해 볼 필요가 있다. 이 문제를 여러 영역에서의 지적재산권의 소진을 인정할 수밖에 없었던 근본적인 이유에 비추어 원점에서 차근히 되짚어 볼 필요가 있다고 느낀다.

그 동안 미국이나 독일과 같은 일부 국가에서는 디지털 권리소진론을 도입하는 법안이 간헐적으로 제시되기는 하였으나, 이러한 입법안들은 권리자를 포함한 이해관계자들의 염려를 불식시키고 제도 개선의 필요성에 관하여 넓은 이해와 공감을 얻기에는 부족한 수준에 머물렀기 때문에 결국 어느 나라에서도 본격적인 제도화가 성사되지 않았던 것으로 생각한다.

물론, 주로 큰 규모의 회사들이 권리자가 된다면 개인들은 대체로 이용자가 될 터인데 이러한 권리자와 이용자 집단의 구성의 차이는 집단이익의 조직화의 격차로 이어지기 쉬우므로, 소진제도의 형성과 관련하여서도 권리자에게 보다 유리한 방향으로 정치적 압력이 작용해 왔을 가능성을 배제할 수 없다는 점도 염두에 두어야 할 것이다.<sup>14)</sup>

---

14) S. Ghosh, *The Implementation of Exhaustion Policies - Lessons from National Experiences*, Issue Paper 40, International Center for Trade and Sustainable Development (ICTSD) 3 (2013).

따라서 본 연구를 통하여, 지적재산권의 각 영역에서 권리소진이 긍정되는 이유와 현재의 발전된 정보기술이 디지털 권리소진이 인정되더라도 저작권 보호를 효과적으로 담보하고 산업의 지속적 발전가능성을 감당할 수 있는 수준까지 이르렀음을 감안할 때 앞으로는 사용권설정계약 등으로 대표되는 비판매모델과는 달리 디지털 저작물의 판매모델에 대해서는 디지털 권리소진이 원칙적으로 인정되는 것이 타당하다는 점을 밝히고자 한다. 또한 판매모델에서 권리소진이 원칙적으로 인정되어야 함에도 불구하고 권리 소진이 되어서는 아니 될 특별한 이유가 있는 저작물 이용의 양태가 존재한다면 그러한 양태의 유형화를 통하여 디지털 저작권 소진의 범위를 구체적이고 체계적으로 제시하고자 한다.

디지털 권리소진론의 인정 여부는 좀 전에 언급한 디지털 저작물의 사용권 설정 계약의 문제와도 맞닿아 있다. 현재로서는 디지털 권리소진을 제도적으로 인정하지 않는 가운데, 디지털 저작물의 유통에 관한 시장 상황이 디지털 저작물의 판매와 사용권 설정 계약으로 양분되어 있는 것이 현실이다. 따라서 디지털 권리소진을 제도적으로 인정하게 되면 시장에서 어떤 반응이 나올지 예측하고, 디지털 저작물 시장을 지속 가능한 방향으로 뒷받침하려면 어떤 방향으로의 제도 설계와 보완 장치가 필요한지를 여러 모로 따져 볼 필요가 있다.

## 제2절 연구의 범위와 방법

이 연구는 저작권 선진 법제를 가진 국가를 중심으로 도입 논의가 진행 중에 있으나 입법으로써 제도화된 바 없는 디지털 저작권 소진의 도입 필요성과 제도 도입의 구체적인 설계 방안을 도출하는 것을 연구의 주된 범위로 설정한다.

이러한 연구 범위는 관련 국가, 특히 미국, 독일, 유럽연합, 일본, 우리나라 등에서 저작권의 지분권 중 배포권에 대하여 권리소진이 인정되어 있는 현황을 우선 파악하고, 나아가 배포권을 중심으로 한 아날로그 영역과 디지털·오프라인 영

역에서는 권리소진이 인정되고 있으나 유독 디지털·온라인 영역에서만 저작권 소진이 인정되지 못했던 이유를 파악한다. 또한 앞으로 디지털 저작권 소진이 인정되어야 할 근거와 필요성을 확인해 보고자 한다. 따라서 이들 저작권 법제 선진국의 기존 법원 판례와 관련 정부 보고서, 통과되지 못했던 개정법률안 등이 주된 검토의 대상이 된다.

디지털 저작권 소진의 도입 검토가 최근 다소 소강상태로 접어든 이면에는, 서브스크립션(subscription)을 중심으로 한 이용권 설정 계약이 시장에서 상대적으로 힘을 얻고 있다는 현실적 측면이 있을 것이다. 본 연구는 판매 모델과 비판매 모델이라 할 수 있는 라이선스 모델의 비교를 통하여 디지털 저작물의 유통 방식의 장단을 검토하고, 비판매 모델의 강세에도 불구하고 여전히 디지털 저작권 소진을 논의할 실익이 있을지를 논하고자 한다.

이러한 판매모델과 비판매모델의 비교 검토 작업은 계약과 공공정책적 고려를 비교하여 볼 필요성을 불러일으킨다. 본 연구는 디지털 저작권 소진론의 검토를 위하여 필요한 범위에 한하여 계약과 공공정책의 관계, 강행규정과 임의규정의 관계에 대하여 미국을 중심으로 한 영미법계와 우리나라 법률을 대상으로 검토하고자 한다.

한편 미국을 중심으로 한, 저작유형물의 판매와 라이선싱이라는 이분법과 관련한 논의의 체계적 검토는 디지털 저작권 소진의 구체적인 설계를 위하여 필요하다. 다양한 관련 법원 선례와 학설을 필요한 범위에서 검토한다.

디지털 저작권 소진론은 이러한 법제도를 지탱할 정도로 발달된 정보기술의 존재나 발전가능성을 전제로 한 논의이므로, 특히 전송 후 삭제(forward-and-delete) 기술의 존부와 실효성을 중점적으로 검토한다. 또한 최근에 대두되고 있는 블록체인(Blockchain) 기술의 디지털 저작권 소진론에의 적용가능성을 가늠해 보기 위하여 기술 전문가 인터뷰를 진행하였다.

이상의 검토 대상은, 우리나라와 외국의 기존 제정법, 판례(법), 정부보고서, 학

설을 폭넓게 대상으로 하고, 디지털 저작권 소진의 필요성이 인정될 경우 개정법률안을 도출함을 목표로 한다. 이 과정에서 특허법, 상표법의 소진 이론과 인접분야의 최근 판례의 비교 검토를 통하여 디지털 저작권 소진론에서의 시사점을 구한다.

그러나 본 연구는 정보기술의 모든 법률적, 기술적 측면을 포괄적으로 검토하여 디지털 저작권 소진의 당위성을 체계적으로 확인하기보다는, 다른 지적재산권법과 저작권법의 기존 권리소진의 근거와 타당성을 바탕으로 디지털 저작권 소진의 제도적 도입 필요성을 도출하고자 한 단점을 지닌다. 또한 디지털 저작권 소진을 제도적으로 도입할 필요성과 관련하여 일반 대중의 합리적 기대에 대해서는, 엄격한 사회조사방법론을 채택한 체계적인 검토의 필요성이 있겠으나 이를 생략하고 후속 연구에 위임한 연구의 한계가 존재한다. 또한 디지털 저작권 소진과 관련한 외국의 사례로서는 미국의 판례, 정부보고서, 학설이 가장 풍부하여 이를 가장 많이 참조하였으나 기본적으로 영미법계에서의 논의이므로 우리나라에서 이를 직접적으로 참조하거나 수용하기에는 다소 한계가 존재할 것이다.

이 논문의 열개는 다음과 같다.

제2장에서는 전통적 저작권 소진인 저작권의 지분권 중 배포권의 소진 법리를 기초적으로 살펴보며(제1절) 특허권, 상표권의 소진과 비교(제2절 및 제3절)하여 저작권 인정 논거를 살펴보았다(제4절). 다음으로 배포권 소진의 요건과 효과(제5절), 배포권 소진의 예외(제6절) 등을 설명한 후, 제7절에서 미국을 중심으로 한 판매와 라이선스의 이분법(dichotomy)에 관한 고찰을 통하여 디지털 소진으로의 이론 확장을 위하여 기초적 검토를 하였다.

제3장에서는 디지털 권리소진이 어떤 의미를 갖는지를 본 후(제1절), 현행 우리나라 법률상 디지털 권리소진을 어떻게 평가할 것인지(제2절), 미국의 판례와 해석론으로는 어떻게 평가할 것인지(제3절), 또 유럽은 어떠한지(제4절)를 디지털 권리소진을 부분적으로 인정하였다고 평가되는 유즈드소프트 사건을 중심으로

하여 살펴 보았다.

제4장에서는 디지털 저작권 소진 도입의 필요성과 핵심 쟁점의 검토라는 제목 하에, 저작물의 존재 형식에 따른 차별적 취급에 의문을 제기하고(제1절), 디지털 저작권 소진제도의 도입 필요성을 논한 후(제2절), 판매 모델과 비판매 모델의 비교를 통하여 디지털 저작권 소진의 인정 필요성을 더 검토하고(제3절), 디지털 권리소진 비판론에 대한 본고의 반론을 제시하고(제4절), 핵심 쟁점에 관한 세부 검토로서, 판매 모델의 성격 규명, 저작물의 이동, 송신 후 삭제 및 기술조치, 가격차별 등의 이슈를 담았다(제5절). 제6절에서는 디지털 권리소진의 강행 규정성을 검토하고, 다음으로 디지털 저작권소진이 허용하는 재판매를 위한 기술적 보호조치의 회피 이슈를 다루었다(제7절).

제5장에서는, 비록 제도화되지는 못했지만 독일과 미국의 기존 입법안들을 살펴 보고(제1절), 디지털 저작물 중고 시장의 가능성과 산업계의 시도를 알아본 후(제2절), 관심이 모아지고 있는 블록체인 기술의 디지털 저작권 소진에의 적용 가능성을 검토하였다(제3절).

제6장은 본 논문의 핵심적 논의로 디지털 권리소진의 실제 도입 방안을 검토 하였다. 제1절에서 기존의 디지털 권리소진 도입에 관한 논의들을 살펴본 후, 제2절에서 권리소진의 원칙을 세우고 세부적 검토를 통하여 디지털 저작권 소진 도입 시 유의할 사항을 알아보았다. 이어 개념적인 수준에서 여러 재판매 모델의 당부를 검토하고(제3절), 디지털 저작권 소진론을 제도화할 개정법률 시안을 논리적 단계를 밟아 도출한 후, 3단계 테스트의 적용을 통하여 제도 도입의 당부를 다시 한 번 검산하였다(제4절).

제7장에서는 이 논문의 결론을 기재하였다.

## 제2장 이론적 기초: 전통적 권리 소진론

‘저작물의 보급(dissemination)’이라는 넓은 개념은 저작물이 전달되는 방식의 총체를 의미한다. 저작물의 보급은 전통적인 형태로서 유체물(저작유형물)에 저작물이 담겨서 전달되는 방식과, 저작물의 무형적 보급 방식의 두 가지로 나누어 볼 수 있다.<sup>15)</sup> 전자의 예가 배포이며, 후자의 전통적인 사례는 저작물의 공연이다. 그러나 정보기술의 대두 및 발전으로 말미암아 공연의 범위를 넘어서서 원거리의 무형적 보급이 가능하게 되었다. 이러한 새로운 현상에 대응하여 방송 및 전송을 포함하는 공중송신이라는 개념이 안출되었다.

### 제1절 배포권과 전통적 권리소진론

#### I. 배포권 소진의 의의

저작권은 원래 복제를 통제하는 권리인 복제권으로부터 출발하였다. 그런데 복제업과 배포업이 별개의 영업 행태로 발전됨에 따라, 복제권과 구별되는 배포권을 저작권자에게 부여함으로써 복제 행위자와 배포 행위자가 다른 경우에도 효과적인 대응이 가능하게 되었다. 또한 대여권(rental right), 공공대출권(public lending right)과 같이 배포권의 파생적인 권리로 이해되는 권리에 대한 중요성이 높아짐으로써 일반적인 배포권을 명문화할 필요도 있었다.<sup>16)</sup>

이렇게 저작권자에게 부여된 배포권은 저작물의 원본이나 복제물의 양도나 대

15) 여기에 더하여 유체물의 존재를 전제하지만 그 유체물의 점유를 이전하지 않고서 저작물을 무형적으로 전달한다는 관점에서 전시를 저작물의 보급의 세 번째 유형으로 제시하는 견해도 있다. 박성호, 「저작권법」, 박영사 (2014), 309면.

16) 임원선, 「실무자를 위한 저작권법」, 제4판, 한국저작권위원회 (2014), 152-153면. 대여권과 공공대출권은 배포권 소진 원칙의 예외로 인정된다.

여가 있을 때마다 행사할 수 있음이 원칙이므로 이때마다 일일이 저작권자의 허락을 받아야 하는 어려움이 발생한다. 이러한 난점을 배포권의 소진 법리를 통하여 해결하였다. 배포권의 소진이란 적법하게 저작물이 거래에 제공된 이후에는 배포권을 행사하지 못하도록 함을 말한다. 이를 인정하지 않으면 소유권과 저작권의 충돌로 중고품 거래에서 소유권자의 불편을 초래할 것이라는 점과, 적법한 최초 판매에 의하여 권리자가 충분한 보상을 받았다는 점을 감안하여 배포권 소진을 인정하는 것이다.

배포권은 전통적으로 물리적 실체를 필요로 하는 저작물의 원본(the original)이나 사본(a copy of the original), 즉 ‘유체물로서 유통될 수 있는 고정된 복제물’<sup>17)</sup>을 필요로 한다는 점에서, 배포권을 제한하는 법리는 전시권, 공연권, 전송권 등 저작물의 무형적인 전달에 관한 법리와 다를 수밖에 없다.

## II. 미국에서의 배포권 소진의 연혁

미국에서는 소유물에 대한 양도성을 인정하는 보통법의 전통에서 권리소진론이 전개되었다. Bobbs-Merill Co. v. Straus 판결<sup>18)</sup>이 배포권 소진과 관련한 최초의 사건이다. 위 사건에서는 원고 저작권자가 소매상들이 서적을 1달러 이하로 판매할 수 없다는 고지(notice)를 붙여 책을 판매한 사안에서, 이를 위반한 행위자의 저작권 침해가 문제되었다. 원고는 이러한 가격 제한을 위반한 피고 서적상들에게 침해 금지를 구하였다. 그러나 미국 연방대법원은, 배타적인 배포권은 작

---

17) “Fixed copies that can be put into circulation as tangible objects.” 이는 WIPO저작권조약의 제6조와 제7조에 관한 합의의사록(Agreed Statements concerning the WIPO Copyright Treaty)에 등장하는 용어이다.

<Concerning Articles 6 and 7>

As used in these Articles, the expressions "copies" and "original and copies," being subject to the right of distribution and the right of rental under the said Articles, refer exclusively to fixed copies that can be put into circulation as tangible objects.

18) 210 U.S. 339 (1908).

품의 복제물의 최초 판매에만 적용된다고 하면서 원고의 청구를 기각하였다. 이는 미국 연방대법원은 복제권을 저작권법의 주요 목적(main purpose)으로 보고, 배포권은 이러한 복제권을 유효하게 하기 위한 수단으로서 존재한다고 보았기 때문이다. 저작권자에게 재판매를 통제할 권한을 부여하는 것은 저작권법의 주요 목적인 복제권을 보호하는 것과 별 관련이 없었기 때문에, 단지 1불 이하로 판매할 수 없다는 고지를 붙였다는 이유만으로 장래의 판매에 대하여 저작권자에게 통제권을 주는 것은 ‘법에 규정된 권리 내용의 원래의 의미를 넘어서 권리를 확장’하는 것에 해당한다고 보아 법원은 이 상황에서 배포권을 인정하는 것을 주저하였던 것이다.<sup>19)</sup> 위 미국 연방 대법원의 판단에는 계약 위반에 대한 책임에 대한 판단은 포함되지 아니하였다.

Bobbs-Merill 사건의 사안은, 경쟁법의 시각에서 수직적 제한(vertical restriction)을 관철하려고 한 것으로 볼 수 있으며, 이 당시 미국의 분위기는 이러한 반경쟁적 행위에 대해서는 당연 위법(*per se illegal*)의 법리<sup>20)</sup>를 적용하여 위법으로 판단하는 경향이였다.<sup>21)</sup>

미국 의회는 위 판결이 내려진 다음 해에 권리소진원칙을 입법적으로 도입하였다. 미국 저작권법<sup>22)</sup>은 저작물의 특정 복제물의 소유자(owner of a particular copy)가 권리자의 허락을 받지 않아도 자신의 복제물을 판매하거나 기타 처분할 수 있도록 규정하고 있다.<sup>23)</sup> 최초판매의 원칙은 사람이 복제물을 소유하지 않고

---

19) 위 판결, 350-351면.

20) 당연 위법의 법리란, 경쟁법의 영역에서 어떠한 거래 관행이 실제로 해악을 미치는지를 검토함이 없이도, 그러한 거래 관행의 존재 자체가 법률을 위반한다는 원칙을 말한다 [*Black's Law Dictionary* 1162 (Bryan A. Garner ed., 7th ed., West 1999)].

21) G. Rub, *Rebalancing Copyright Exhaustion*, 64 Emory L. J. 741, 754 (2015).

22) Title 17 of the United States Code.

23) 미국 저작권법 제109조(a).

(a) 제106조 (3)호의 규정에도 불구하고, 본 편 법전 상 합법적으로 제작된 특정 복제물이나 음반의 소유자 또는 그로부터 권한을 부여받은 자는 저작권자의 허락 없이 그 복제물이나 음반을 판매하거나 기타 처분할 수 있다(Notwithstanding the provisions of section 106(3), the owner of a particular copy or phonorecord lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, is entitled, without the authority of the copyright owner, to sell or otherwise dispose of the possession of that copy or phonorecord).



대여 등 다른 형태로 점유하고 있는 경우에는 적용되지 아니하는 것으로 규정한다.<sup>24)</sup>

이후 미국 연방대법원은 *Quality King v. L'Anza* 판결<sup>25)</sup>에서 미국 내에서 적법하게 제조(lawfully made)되어 해외로 수출되었다가 역수입된 샴푸 제품에 부착된 라벨의 저작권이 소진되었다고 보았지만, *Omega v. Costco* 판결에서는 해외에서 제작되어 저작권자의 허락 없이 수입된 시계 뒷면의 로고 디자인에 대해서는 저작권 침해를 인정한 반면<sup>26)</sup>, *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons* 사건에서는 해외에서 적법하게 제작된 서적의 역수입에 대해서 권리 소진으로 판단하였다.<sup>27)</sup>

### III. 독일에서의 배포권 소진의 연혁

독일의 *Königs Kursbuch* 사건에서 출판사는 베를린의 서적상에게 자신의 배포권에 근거하여 자신이 확정된 가격 이하로 책을 판매하는 것을 금지하는 청구

---

24) 미국 저작권법 제109조(d).

(d) (a)항과 (c)항에 규정된 특권은, 저작권자의 허락이 없는 한 복제물이나 음반의 소유권을 취득함이 없이 대여, 리스, 대출, 또는 기타의 방법에 의하여 저작권자로부터 복제물이나 음반의 점유권을 취득한 자에게는 미치지 아니한다[(d) The privileges prescribed by subsections (a) and (c) do not, unless authorized by the copyright owner, extend to any person who has acquired possession of the copy or phonorecord from the copyright owner, by rental, lease, loan, or otherwise, without acquiring ownership of it].

25) 523 U.S. 135 (1998). *Quality King* 사건에서, 란자(L'Anza)사는 샴푸를 제조, 판매하는 회사로 제품에 부착된 라벨에 관한 저작권을 보유하고 있었는데, 란자사는 미국 내에서 판촉활동을 하기 때문에 미국 내 판매분에 대해서는 상대적으로 높은 가격을 받는 반면, 해외에서는 특별한 판촉 활동을 하지 않고 미국 판매 가격 대비 35-40% 정도 저렴한 판매 가격을 유지하고 있었고, 퀄리티 킹(Quality King)사가 란자사가 미국 내에서 제조하여 해외에 판매한 상품을 수입하여 미국에서 다시 판매하였다.

26) 131 S.Ct. 565 (2010) 판결. 이 판결은 하급심 판결인 연방항소법원의 판결(541 F.3d 982 (9th Cir. 2008))을 그대로 인용한 것이다.

27) *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons*, 568 U.S. 519 (2013). *Quality King* 사건에서 미국 내에서 적법하게 제작된 물품에 관하여는 권리소진이 인정되었으나 미국 밖에서 적법하게 제작된 물품에 대하여도 권리소진이 되는지에 관하여는 불확실한 상태였는데, *Kirtsaeng* 판결에 의하여 이 이슈도 어느 정도 해결되었다.

를 하였는데, 독일 제국법원은 이 청구를 저작물이 공중에 판매되었고, 거래에 제공되었으므로 이미 배포권을 행사하였다는 이유로 기각하였다. 저작물을 거래에 제공한 후라면 자신의 권리를 행사한 것이고, 이로서 권리가 소진되었다는 것이다.<sup>28)</sup>

이러한 원칙은 독일 저작권법<sup>29)</sup> 제17조 제2항으로 법문화되었는데, “저작물의 원본 또는 복제물이 배포권자의 동의 아래 유럽 연합 또는 그 외 유럽 경제지역에 관한 협정 체결국 지역에서 양도(Veräußerung)의 방법으로 거래에 제공되었다면, 그 저작물의 재배포(Weiterverbreitung)는 대여(Vermietung)의 경우를 제외하고 허용된다”는 내용이다.<sup>30)</sup> 그런데 1992년 유럽의회가 대여권 및 공공대출권에 관한 지침<sup>31)</sup>을 제정하면서 독일 저작권법은 이에 따라 저작권법상 보호되는 모든 객체에 대한 대여권을 저작권자와 저작인접권자에게 배포권의 일종으로 부여하였다. 대여권이란 영업적인 대여행위에 대한 권리로서 “직접적이든 간접적이든 영업목적에 기여하는(unmittelbar oder mittelbar Erwerbszwecken diende)” 것이다. 대여권은 배포권의 일종이므로 금지청구권(Verbotsrecht)이다. 또한 권리소진을 규정한 독일 저작권법 제17조 제2항에 “대여를 예외로 하고(mit Ausnahme der Vermietung)이라는 문구를 끼워넣어 대여권의 부여와 권리소진 원칙의 관계를 조정하였다.<sup>32)</sup>

---

28) RGZ 63, 394 (*Königs Kursbuch*), 계승균, 「권리소진이론에 관한 연구-저작권을 중심으로」, 박사학위논문, 부산대학교 대학원 (2003), 25면에서 재인용.

29) 저작권과 인접권에 관한 법률(Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, geändert durch Gesetzes vom 4. April 2016))

30) 독일 저작권법의 번역문은 하상익, 「독일 저작권법 전문번역 및 개관(해외연수 보고서)」 (2015).

<[http://www.copyright.or.kr/information-materials/law-precedent/view.do?brdctsn\\_o=41143](http://www.copyright.or.kr/information-materials/law-precedent/view.do?brdctsn_o=41143)> (2018. 6. 29. 최종 방문).

31) COUNCIL DIRECTIVE 92/100/EEC of 19 November 1992 on Rental Right and Lending Right and on Certain Rights related to Copyright in the field of Intellectual Property.

32) 계승균, 앞의 학위논문, 28-29면.

#### IV. 일본에서의 반포권(양도권) 소진의 연혁

일본 저작권법에서는 영화 저작물에 대해서는 반포권(제26조)을, 그 밖의 일반 저작물에 대해서는 양도권을 규정한다. 양도권 규정이 신설되기까지 1999년 이전의 시기에는, 원작품과 적법하게 작성된 복제물의 양도는 자유이고, 위법하게 작성된 물건에 대해서만 그 사정을 알고 반포한 경우에만 침해가 되었다.<sup>33)</sup>

일본 저작권법 제26조의2에서는 제1항에서 양도권을 규정하고, 제2항에서는 그 예외로서 양도권이 소진되는 경우를 규정하고 있는데, 다음과 같은 사유이다.<sup>34)35)</sup> ①양도권을 갖는 자 또는 그 허락을 얻은 자에 의해 공중에게 양도된 저작물의 원작품 또는 복제물에 대해서는 소진한다(제26조의2 제2항 1호). ②재정에 의해 복제물이 작성되어 공중에게 양도된 경우에는 소진된다. 구체적으로, 작자 불명의 경우(제67조 제1항)이나 상업용 레코드의 녹음(제69조)에 의한 문화청 장관의 재정, ‘세계저작권조약의 실시에 따른 저작권법의 특례에 관한 법률’ 제5조 제1항의 규정(번역권의 7년 강제허락제도)에 의한 문화청 장관의 허가를 얻어 공중에게 양도된 복제물은 소진된다. ③저작자 불명의 경우의 재정신청 중 저작

33) 일본 저작권법 제113조 제1항 2호. 中山信弘, 「著作権法」, 第2版, 有斐閣(2014), 273면.

34) 이하 양도권의 소진 사유에 대해서는 中山信弘, 앞의 책, 271-2면.

35) 일본 저작권법 제26조의2(양도권) 제2항은 다음과 같다.

②전항의 규정은 저작물의 원작품 또는 복제물로서 다음 각호의 하나에 해당하는 것의 양도에 의한 경우에는 적용하지 아니한다.

1. 전항에 규정하는 권리를 가진 자 또는 그 허락을 얻은 자에 의해 공중에게 양도된 저작물의 원작품 또는 복제물
2. 제67조 제1항 또는 제69조의 규정에 의한 재정 또는 세계저작권협약의 실시에 따른 저작권법의 특례에 관한 법률 제5조 제1항의 규정에 의한 허가를 얻어 공중에게 양도된 저작물의 복제물
3. 제 67 조의 2 제 1 항의 규정의 적용을 받아 공중에게 양도된 저작물의 복제물 (\*저작자 불명의 경우의 재정신청 중 저작물의 이용의 규정의 적용을 받아 공중에게 양도된 저작물의 복제물을 말함)
4. 전항에 규정하는 권리를 갖는 자 또는 그 승낙을 얻은 자에 의해 특정 소수의 자에게 양도된 저작물의 원작품 또는 복제물
5. 국외에서 전항에 규정하는 권리에 상당하는 권리를 해하지 아니하고, 또는 동항에 규정하는 권리에 상당하는 권리를 갖는 자 혹은 그 승낙을 얻은 자에 의해 양도된 저작물의 원작품 또는 복제물

물 이용의 규정의 적용을 받아 공중에게 양도된 저작물의 복제물의 양도권은 소진된다(제 67 조의 2 제 1 항). ④권리자 또는 그 승낙을 얻은 자가 특정의 소유자(즉 공중이 아닌 자)에게 원작품, 복제물을 양도한 경우에도 소진된다. ⑤제5호는 양도권의 국제적 소진을 규정하고 있다. 외국에서 그 나라의 양도권에 상당한 권리를 침해하지 않고, 양도권에 상당한 권리를 갖는 자 또는 그 승낙을 얻은 자에 의해 양도된 경우에도 일본에서의 양도권은 소진된다.

그리고 첫 번째의 양도가 적법하게 이루어지지 않았을 때 양도권이 소진되지 않는데, 제3자로서는 적법하게 양도된 물건인지 판단이 어려우므로 유통의 안전을 도모할 필요성에 기하여, 원작품 및 복제물의 양도를 받은 때 양도권이 소진하지 않았다는 사실에 대해 선의·무과실인 자가 공중에게 양도하는 행위는 양도권을 침해하지 않은 것으로 간주한다(제113조의2).

일본 저작권법 체계에서 영화저작물에 대해서 반포권을 부여하고 차후에 일반 저작물에 대해서 양도권을 부여한 후, 양도권에만 권리소진이 되는 경우를 규정하고 있어 영화저작물의 반포권이 권리소진되는지에 대한 해석이 분분하다. 일본 최고재판소의 중고 게임소프트 사건<sup>36)</sup>에서는 게임은 컴퓨터프로그램의 성격을 점유한다는 점에 착안하여 이 이슈를 “공중에게 제시하는 것을 목적으로 하지 않는 게임소프트는 영화이기는 하지만 그 복제물을 공중에게 양도할 권리가 일단 적법하게 양도됨으로써 그 목적을 달성한 것으로 소진되어 이미 저작권의 효력은 당해 복제물을 공중에게 재양도하는 행위에는 미치지 않는다<sup>37)</sup>”는 이론 구성에 의하여 해결하였다.<sup>38)</sup>

## V. 관련 국제조약

36) 最判平 14・4・25 判時1785号3頁.

37) 영화 반포권은 복제물에 의하여 공중에게 ‘제시’ 하는 것을 목적으로 한 양도도 포함되기 때문에, 게임소프트의 반포는 일반적인 영화저작물의 반포와는 다소 다르다는 의미이다.

38) 中山信弘, 앞의 책, 267면.

## 1. 무역관련 지적재산권협정(TRIPS)

무역관련 지적재산권협정(TRIPS) 제6조에서 권리소진에 대해서 규정하고 있다.<sup>39)</sup> 협약 자체는 권리소진에 대해서 통일적인 지침을 제공하지 않고 체약국은 소진에 대해서 내국민대우와 최혜국대우의 의무만 충족하면 족한데, 규정 내용을 분석하면 소진에 대해서는 WTO의 분쟁해결 절차를 적용하지 아니한다는 의미가 있다는 점에 주목한다. 여기에는 권리소진에 대해서는 각 나라의 규율이 매우 달라서 통일적인 규범을 형성하기가 곤란하다는 사정이 반영된 것이다.

## 2. WIPO저작권조약(WCT)

1996. 12. 20. 스위스 제네바에서 채택, 시행되고 우리나라에서는 조약 가입 일자인 2004. 6. 24. 발효된 세계지적재산권기구 저작권 조약(WIPO Copyright Treaty:WCT)은 최초로 일반적인 배포권(Right of Distribution)을 저작재산권의 일종으로 부여하면서<sup>40)</sup> 배포권은 오직 “유형물로서 유통될 수 있는 고정된 저작물”에 관한 것으로 규정하고 있고, 최초 판매 이후에 배포권이 소진됨을 규정하였다.<sup>41)</sup> 또한 WIPO저작권조약은 제6조 제2항에서 소진 이슈에 대해서는 전적으

---

39) 제6조(권리소진)

이 협정에 따른 분쟁해결의 목적을 위하여 제3조와 제4조의 규정을 조건으로, 이 협정의 어떠한 규정도 지적소유권의 소진문제를 다루기 위하여 사용되지 아니한다.

40) 베른협약에서도 영화의 배포와 관련한 규정이 있지만(14조 및 14조의2 참조), 이는 모든 저작물에 대한 권리가 아니다.

41) WIPO저작권조약은 배포권이라는 표제의 제6조 제1항에서 “문학·예술 저작물의 저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물을 판매 또는 기타 소유권의 이전을 통하여 공중의 이용에 제공하는 것을 허락할 배타적인 권리를 향유한다”고 규정하고, 동조 제2항에서 “이 조약의 어떠한 규정도 체약당사자가 저작물의 원본이나 그의 어느 복제물이 저작자의 허락 하에 최초 판매되거나 또는 기타 소유권이 이전된 후에 제1항에서 규정한 권리의 소진이 적용될 결정할 자유에 영향을 미치지 아니한다”고 규정하고 있다.

로 국내 입법에 일임하였다.

WIPO저작권조약 합의의사록 중 ‘제6조와 제7조에 관하여’에는 “이들 조문에 사용된 ‘복제물’ 및 ‘원본과 복제물’이란 표현은 이들 조문상의 배포권과 대여권에 관하여는 유체물로서 유통될 수 있는 고정된 복제물만을 지칭한다”고 규정하고 있다.<sup>42)</sup> 따라서 권리소진은 이들 유체물로서 유통될 수 있는 고정된 복제물에서만 가능하다는 해석이 자연스럽게 도출된다.

## 제2절 특허권의 권리소진

### I. 의의

특허권자는 업으로서 그 특허발명을 실시할 권리를 독점하며(특허법 제94조), 특허의 실시는 물건의 발명의 경우에는 그 물건을 생산, 사용, 양도, 대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위를 포함한다(법 제2조 제3호 가목). 다시 말하면 특허권은 다른 사람에 의한 업으로써의 특허발명의 실시를 배제할 수 있음을 핵심으로 한다.

그런데 특허권의 내용 그대로 관찰하면 특허권이 화체된 물품(특허물품)을 구입하여 정당하게 사용하는 이용자에게도 심각한 영향을 미치게 된다. 구체적으로, 특허 물품을 구입한 사람이 이를 중고품으로 다른 사람에게 팔고자 한다면 이는 특허물품의 양도의 청약이 되므로 특허권의 권리 범위 안에 놓여 있는 실시행위로서, 이와 같은 전득자의 후속 거래 행위는 특허권의 침해가 될 수 있다. 이는 기술에 부여된 권리인 특허권과 물건에 대하여 주인이 가지는 소유권이 충돌하는 양상인데, 특허권의 효력만을 일면적으로 강조하면 거래의 안전을 해치고, 특허물품의 중고 거래 자체를 금지할 수도 있게 되며, 특허권자는 흑간 부당

---

42) 위 각주 17번 참조.

한 수준의 이익(windfall)을 챙길 수도 있으므로 사회적인 관점에서 바람직하지 않다.

특허권에 있어서 소진원칙이란 위와 같은 폐해에 대비하여 특허물품을 적법하게 양도받은 사람에게는 특허권자의 특허권이 미치지 않는 것으로 해석하여 특허권의 권리 범위를 상대적으로 제한하는 법리를 말한다. 권리자의 허락 아래 적법하게 제조·판매된 특허제품을 구매한 사람이 제3자에게 특허물품을 양도하는 행위, 그러한 제3자가 스스로 사용하거나 다시 다른 제3자에게 양도하는 행위 등이 특허권 침해가 되는지에 대해서는 우리나라의 특허법이나 외국의 특허법에서 대부분 명시적인 규정이 없어, 학설과 판례에 의한 해결에 위임되어 있는 상황이다.<sup>43)</sup>

특허권의 소진은 특허법의 다른 곳과 비교할 때 상대적으로 그 법리 규명이 더디다. 예를 들면 특허물품의 국외에서 판매된 후 그 물품이 특허권이 부여된 나라로 수입되는 경우(병행수입)에 특허권의 소진 원칙을 고수하여야 하는지, 특허물품의 판매나 라이선스에 있어 일정 조건이 부과되었고, 이러한 조건이 후속 거래 행위에 있어서 위반되었을 때 특허권 침해로 볼지 아니면 특허권이 소진되었다고 볼지 등이 완전히 규명되지 않은 어려운 문제로 남아 있다.

특허소진은 특허권의 무분별한 행사로 나타날 수 있는 폐해를 경계하고자 한 제도이지만, 특허소진이 지나치게 폭 넓게 허용될 경우 권리의 본질이 침해되고 특허제도가 발명자에게 부여하는 인센티브가 유명무실해질 우려가 있다. 특허소진이 여러 개별 구체적 사안의 상이점에도 불구하고 모든 특허물품에 일괄적으로 적용된다면 발명자의 출원과 특허청의 심사라는 막대한 수고에 의하여 법에 의하여 부여된 특허권이 유명무실해지고 보호의 실질적인 공백이 초래되는 결과가 나타날 수도 있다.

이를테면 정당한 이유에서 특허권자가 라이선시의 허락 범위를 제한하고자 조

---

43) 우성엽, “최초판매원칙/소진원칙에 관한 소고”, *Law & Technology*, 제7권 제4호 (2011), 32면 참조.

건을 붙이는 경우에 일률적으로 특허소진이 적용된다면 특허 침해 책임을 추궁하기가 어렵게 되고, 업계에서 물품을 원가 이하의 가격 혹은 무료로 제공하면서 이에 결부된 소모품을 계속적으로 제공하여 원래의 물품 판매에 따른 손실을 보전하고 영업 이익을 추구하고자 하는 영업 전략 등을 취하는 경우가 많은데 이러한 시장에서 경쟁자가 더 낮은 가격으로 제공하는 소모품의 유통을 원래 물품의 특허권의 행사로서 차단할 수 있는지의 여부 등 여러 라이선싱 전략과 관련한 문제가 특허권의 소진 문제로 귀결될 수 있다는 것이다. 결국 핵심은 특허권자와 이용자 및 공중의 이익을 교량한 적절한 균형의 확보라고도 할 수 있다.

지나친 특허권의 보호는 큰 사회적 비용을 수반하기 십상이므로, 특허권자의 배타적 권리를 특정 범위에 적절히 한정되도록 설계하고자 할 필요성을 불리일으킨다. 그런데 사적 자치의 원칙에 의하여 특허권자와 라이선시 간의 계약은 원칙적으로 자유로이 체결될 수 있을 것이되, 이러한 계약과 권리소진이라는 공공정책적 관점이 충돌하는 지점이 발생되곤 한다. 이때 특허물품의 거래 시 계약 당사자의 의사를 중시하여 특허권 소진과 관련하여 라이선싱 당사자가 합의한 내용을 최대한 존중하거나 관철시킬 것인지, 아니면 당사자의 계약에도 불구하고 특허권의 소진을 인정할 것인지, 또 선택이 어느 양끝 중 하나이거나 혹은 그 사이의 어디이든 그러한 결단에 이르게 하는 특정한 요건은 무엇인지 하는데 관심이 모인다.

## II. 특허권 소진 이론

### 1. 묵시적 실시허락설 또는 실시허락 의제설<sup>44)</sup>

---

44) 특허권 소진의 이론적 근거에 대해서는 조영선, 「특허법」, 제5판, 박영사 (2015), 565-566면; 우성엽, 앞의 논문 33-34면.



특허권자가 특허물품을 판매할 때에는 구매자에게 묵시적 실시허락을 하는 것으로 추정하거나 실시허락을 의제하자는 이론이다. 이 이론은 특허권 소진원칙을 임의규정(default rule)적 성격을 갖는 것으로 보아, 특허권자가 구매자나 실시권자에게 반대의 의사를 명시하면 그와 같이 부과된 제한조건을 모든 사람에게 대항할 수 있게 되므로(이른바 대세효있는 조건: servitude), 판매 및 라이선스 계약을 통해 조건부 판매(conditional sale)임을 규정한 경우, 그 범위 내에서 특허권 소진을 회피할 수 있게 된다. 미국 연방순회항소법원(CAFC)의 Mallinckrodt 판결이 이러한 입장이다.<sup>45)</sup>

## 2. 소진설<sup>46)</sup>

특허물품이 적법하게 판매된 때에는 특허권자는 그에 의하여 실시의 목적을 달성하고 그 물품에 관하여 특허권에 기한 소급은 소진된다고 하거나(목적 달성에 의한 권리 소멸)<sup>47)</sup>, 특허권자가 제3자에 대한 배타적 독점권에 기하여 보호제품을 제조, 전전유통시키는 경우 특허가 인정하고 있는 모든 이익을 이미 받은 것이므로 그와 동시에 특허권이 소멸된다고 하거나(용진설)<sup>48)</sup>, 특허권자가 특허물품의 유통을 허락함으로써 발명 공개의 적정한 보상을 얻을 기회를 가졌고 특허제품이 전전유통될 때마다 특허권자의 허락을 얻어야 한다면 특허제품의 유통이 현저히 방해되고 거래 안전 및 자유 경쟁이 제한되는 점(특허권자의 이중이득 방지와 유통과정에서의 전득자의 보호), 특허물품 구매자의 후속 이용, 양도, 처분 등의 행위는 특허권자에게 적법하게 지불한 대가를 단순히 회수하는 경제적 행위에 불과하고 이는 오히려 특허권자의 독점적 이익을 실현하는 수단이기

---

45) 우성엽, 앞의 논문, 33면.

46) 앞의 논문, 33-34면.

47) 일본 BBS사건 항소심, 東京高裁 平成 7年3月23日 平成 6年(ネ)3272号.

48) 독일 제국법원, RGH 51,139 (1902. 3. 26).

때문에 권리 소진이 허용되어야 한다는 이론 등이 소진설의 범주에 포함된다.

이와 같은 소진설은 특허권의 소진은 정책적인 문제로서 특허제품의 판매 또는 양도시점에서 권리자와 공중의 이익을 조정한다고 하는 취지에서 나온 견해이므로 특허권 소진원칙을 강행규정(mandatory rule)적인 성격으로 파악한다. 따라서 특허권자는 사적인 계약으로 특허법상인 원칙인 특허권 소진을 배제할 수 없고, 특허권자의 허락에 기하여 특허물품이 최초 판매 또는 유통된 경우 이후 해당 특허물품에 한하여 특허권이 소멸된 것으로 본다.

### 3. 소결

특허소진은 특허권자의 이중이득의 수취를 방지하고, 상품의 자유로운 유통을 보장하고자 인정되는 것이므로 특허정책의 본질에 해당하는 내재적 제약이라고 볼 수 있다.

묵시적 실시허락설은, 특허권이 그 구현된 물건과는 별도로 각 유통단계마다 미칠 수 있음을 원칙으로 하면서 각 유통단계마다 묵시적 실시허락 계약이 있었는지를 개별적으로 판단하여야 하므로 거래의 안전을 위협할 수 있으며, 각 사실관계마다 특허권의 효력이 미치는지를 개별적으로 증거에 의하여 판단하게 할 소지가 있다.<sup>49)</sup> 특허소진의 정책적 목적에 비추어 볼 때, 묵시적 실시허락설은 채택하기 어렵고, 소진설에 찬동한다.

## III. 판례의 검토

특허권 소진과 관련된 판례는 주로, 특허권자는 자신의 특허가 타인에 의하여

---

49) J. Osborne, *A Coherent View of Patent Exhaustion: A Standard Based on Patentable Distinctiveness*, 20 Santa Clara Computer & High Tech. L. J. 643, 688-9 (2004).

권원없이 실시됨으로써 특허권이 침해되었다고 소를 제기하면 피고가 특허물품을 정당하게 취득하였으므로 특허권자의 권리가 소진되었음을 적극적 항변(affirmative defense)으로 주장하는 사안이 많다. 주된 판례의 경향은 조건부 판매로 권리소진을 배제할 수 있는지 여부, 특허권의 국제소진 문제 등으로 나누어 볼 수 있다.

저작권법의 영역에서처럼 판매가 아닌 라이선스였으므로 권리소진이 배제되는지 여부가 다투어지는 사안은 상대적으로 드문 편이다.<sup>50)</sup> 따라서 특허물품의 라이선스의 의미 등에 대해서는 잘 정리되지 않은 것으로 보인다. 특허권이 다른 사람에게 명시적으로 양도되는 국면, 즉 해당 거래의 실질이 지적재산권 양도의 성격을 갖는 거래를 논외로 한다면, 대부분의 경우 특허권 자체는 라이선싱되는 것이라는 사실에는 변함이 없고, 다만 특허권 소진은 특허물품의 소유권이 양도된 특허물품과 관련하여 발생하는 것이므로 이에 대비되는 경우가 ‘특허물품’이 라이선싱되는 케이스가 될 것이다. 이와 같이 특허권의 라이선싱과 특허물품의 라이선싱은 뚜렷하게 구별하여야 할 것이다.

## 1. 국내 판례

특허발명의 소진과 관련한 판례는 다음과 같은 것이 있다.

### 가. 서울고등법원 2000. 5. 2. 선고 99나59391 판결(확정)

원고의 특허는 유기오수처리를 위한 다량의 희석수를 가하지 않고 완전하게 고액분리를 함으로써 농업이용에 적합한 유기질 비료를 생산함과 동시에 수질검

---

50) 아래 3.가.항 미국 연방대법원의 *Straus v. Victor Talking* 사건 정도가 이러한 사안을 다루고 있다.

사기준을 충족하는 분리액을 공업용수로 재활용할 수 있도록 하여, 유기오수의 방류에 의한 환경오염의 문제점을 해결하고자 하는데 그 목적이 있는 발명이다.

피고 지방자치단체는 축산폐수처리시설 설치공사의 입찰공고를 함에 있어서 입찰참가자격을 유기오수 처리 관련 특허를 받은 자와 기술사용계약을 한 업체로 한정하였고, 소외 회사가 특허권자인 원고와 기술사용계약을 체결한 뒤 입찰에 참가하여 공사를 낙찰 받았고, 시설을 설치하여 이를 피고에게 양도하였다. 피고는 소외 회사로부터 시설을 인도받은 뒤 위 시설의 관리·운영을 민간에 위탁하기로 하고, 피고 회사들과 위탁관리용역계약을 체결하였다. 위 시설은 원고의 특허권을 실시하기 위한 장치로서, 이를 관리·운영하기 위해서는 반드시 원고의 특허를 사용하여야 한다.

원고가 제기한 특허침해금지청구소송에서 피고들은, 특허에 의하여 생산된 물건을 납품한 경우 특허권의 효력이 소진된다는 소진 이론이 이 사건에 적용되어야 하므로 원고는 특허권을 행사할 수 없다고 주장하였다. 그러나 법원은 특허소진이 물건의 발명과 물건을 생산하는 방법의 발명(생산방법발명)에만 적용될 수 있고, 단순방법발명의 특허에 관하여는 특허실시에 관한 묵시적 허락이 있었는지 여부가 문제될 뿐 특허소진이 적용될 수 없다고 판단하였다.

#### 나. 서울중앙지방법원 2008. 1. 31. 선고 2006가합58313 판결(확정)

법원은 방법발명의 특허소진에 관하여, 방법의 발명의 경우에는 물건의 발명과 달리 일반적으로 그 발명의 특허권은 소진되지 않지만 특허권자가 방법의 특허권과 동시에 그 방법을 실시하기 위한 장치에 관해서도 특허권을 가지고, 그 방법은 다른 장치에 의해서도 사용할 수 있는 경우에는 특허권자가 그 특허장치를

양도한 이상 그 방법의 특허권도 소진한다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

#### 다. 특허법원 2009. 12. 18. 선고 2008허13299 판결

“물건의 발명 또는 물건을 생산하는 방법의 발명에 대한 특허권자 또는 그 특허권자로부터 허락을 받은 실시권자가 우리나라에서 특허물건 또는 특허발명에 의해서 생산한 물건을 계약이나 경매절차에 의하여 양도한 경우, 그 물건에 관한 특허권이 소진된다고 할 것이고, 방법의 발명에 대한 특허권자가 우리나라에서 그 방법의 실시에만 사용하는 물건을 양도한 경우에도, 양수인 및 전득자는 위 물건을 이용하여 특허 대상 방법을 사용할 수 있는 것을 전제로 특허권자 및 양수인으로부터 물건을 양수하는 것이라는 점, 따라서 이 물건을 이용하여 그 방법의 발명을 실시할 때 특허권자의 허락을 요한다고 하면 시장에서의 상품의 자유로운 유통이 저해될 것이라는 점, 그리고 특허권자는 특허법 제127조 제2호의 규정에 의해 이러한 물건을 양도할 권리를 사실상 독점하고 있는 이상 장래의 양수인 또는 전득자에 의한 특허의 실시 대가를 포함하여 물건의 양도가액을 결정하는 것이 가능하므로 특허발명을 공개한 대가를 확보할 수 있는 기회가 충분히 보장되어 있다고 볼 수 있는 점을 고려할 때, 양수인 또는 전득자가 그 물건을 이용하여 해당 방법발명을 실시하는 것과 관련하여서는 특허권이 소진된다고 해야 할 것이며, 위에서 본 특허권 소진의 근거에 비추어 볼 때 물건의 양도가 계약에 의한 경우뿐만 아니라 경매절차에 의한 경우에도 특별한 사정이 없는 한 특허권 소진의 법리는 적용되어야 할 것이다”라고 판시한 하급심 판결이 있고 (특허법원 2009. 12. 18. 선고 2008허13299 판결), 이 판결의 상고심 판결(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010후289 판결)에서 대법원은 특허소진이 특허침해 소송에서 항변으로 주장될 수 있음을 인정하고 있다.

라. 서울중앙지방법원 2012. 8. 24. 선고 2011가합39552 판결

판매 후 제한 또는 조건부 판매로 인하여 권리소진이 배제되는지 여부에 관하여 명시적으로 판단한 우리나라 대법원 판례는 발견되지 않는다. 원고 삼성전자 주식회사와 피고 애플코리아 유한회사 간 민사소송<sup>51)</sup>은, 적법한 부품의 판매가 이루어지지 않은 것으로 보아 특허침해를 인정한 사안인데, 여기에서는 적법한 부품 판매 자체가 부정됨으로써 조건부 판매에 따른 권리소진이 이루어질 수 있는지에 관한 구체적인 판단이 이루어지지 않았다.<sup>52)</sup> 즉, “특허권자 등과 무관한 제3자에 의해 특허제품과 동일한 제품이 생산되어 판매되었다면 그 제품은 침해 물품에 해당하여 권리소진이 적용될 여지가 없다”는 것이다. 다만 “특허 실시제품이 판매 또는 양도된 경우에는 판매 또는 양도된 시점으로부터 당해 특허제품에 한하여 권리소진이 적용되어 특허권이 소진된다고 할 것이나…”라는 언급이 있는데 가정적 설시에 불과하여, 이를 조건이 부과된 판매에 있어서 권리소진을 인정한 것으로 볼 것인지는 다소 의문인 것 같다.

## 2. 일본의 판례

일본에서의 논의는 양도시에 부가된 사용이나 재양도에 관한 특약은 계약으로서의 효력만 가질 뿐이고 특허권자의 의사에 의해 소진을 회피하는 것은 가능하

---

51) 서울중앙지방법원 2012. 8. 24. 선고 2011가합39552 판결.

52) 애플이 삼성으로부터 라이선스 받은 인텔로부터 직접 특허물품을 취득한 것이 아니라, 회사 인수에 의하여 자회사가 된 회사로부터 당해 제품을 공급받고, 실시권 확장에 필요한 조치도 이루어지지 않았다.

지 않고, 정책적 관점으로 특허권 소진의 효과를 통일적으로 하여 거래의 안전과 자유로운 유통을 확보하는 것을 중시하는 경향이다.<sup>53)</sup>

BBS 사건에서 최고재판소는, “특허권자로부터 물건을 양도받은 사람이 그 물건을 업으로서 다른 사람에게 양도 또는 대출하는 행위는 형식적으로는 특허발명의 실시에 해당하며, 특허권을 침해하는 것 같이 보인다. 그러나, 특허권자 등이 일본 국내에서 특허제품을 양도하였을 경우에는 당해 특허제품에 대하여는 특허권을 그 목적을 달성하는 것으로써 소진되고, 이미 특허권의 효력은 당해 제품에 대하여는 미치지 않는다. 그것은 사회공공의 이익과 조화라는 특허법의 목적에 비추어, 또 양수인은 양도인으로부터 당해 물건에 대한 모든 권리를 양도받았다는 점에 비추어 양도할 때마다 허락을 필요로 한다면 원활한 유통이 저해되고 특허권자에게 이중의 이득을 인정하는 것과 같은 결과가 되는 점에 비추어 그러하다”라고 판시하였다.<sup>54)</sup>

### 3. 미국의 판례

미국에서는 연방대법원이 1852년에 내린 *Bloomer v. McQuewan* 판결<sup>55)</sup>에서 “특허물품이 구매자에게 양도된 후에는 헌법에 의하여 보호받는 구매자의 개인 재산이 되므로, 특허 제품인 기계가 구매자에게 양도된 때에는 더 이상 특허법의 보호를 받을 수 없게 된다”라고 판시하여 특허소진을 최초로 인정하였다.

미국 특허 판례에 있어서 권리소진의 인정 여부는 여러 차원으로 나누어 생각해 볼 수 있다. ①판매와 라이선스의 구별 문제, ②판매 후 제한의 문제 혹은 조건부 판매의 문제, ③수리와 재생산 관련 사안, ④독점규제법과의 관계가 문제

---

53) 김동준, “GM종자와 관련한 특허권 소진의 문제”, *Law & Technology*, 제7권 제2호(2011), 79면. 일본에서의 특허권 소진의 전반적인 판례 경향에 관하여는 조영선, 앞의 책, 567-568면 참조.

54) 最高裁第三小法廷平成9年7月1日 平成7年(オ)1988号.

55) 55 U.S. 539 (1852).

된 사례, ⑤마지막으로 국제소진이 문제된 사례 등이다.

이중 판매와 라이선스의 구별 문제 및 판매 후 제한 혹은 조건부 판매와 관련한 소진문제가 이 논문의 관심과 가장 관련이 깊은데 특허에 있어서의 판매와 라이선스의 구별은 Straus 판결 이외에는 잘 사건화 되지 않았다. 판매 후 제한의 문제와 관련한 미국 판례법의 경향을 살펴보자면, 애초에는 보통법상 “판매 후 행위를 제한하는 조건“에 대한 적대성(the Common Law’s overall hostility towards post-sales restriction)”이 여러 군데에서 발견되며<sup>56)</sup>, 이러한 경향은 판매 후 행위를 제한하는 조건들이 동산의 양도가능성(alienability)과 자유경쟁에 부정적인 영향을 끼친다는 추정에 기초하고 있다. 이러한 경향 하에서라면 특허소진의 원칙은 폭넓게 인정되게 된다.

그러나 시간이 지남에 따라 이러한 적대성 이론에 회의적인 견해들이 제기되기에 이르렀다. 특히 시카고학파의 경제학에서, 끼워팔기와 수직적 제한을 통합하더라도 독점 이윤은 독점이 실제로 작동하는 물품에 대해서만 수취 가능하고 경쟁적 시장상황이 발생하는 끼워팔기의 대상이 되는 다른 물품에 대해서는 독점 이윤을 낼 수 없다는 점과, 수직적 제한이 때로는 반경쟁 효과가 아닌 경쟁효과를 촉진하여 최소 가격 제한이 비가격 경쟁을 촉진하고 판매 시에 소비자에게 부가적 혜택을 주도록 촉진하는 경향 등이 밝혀졌다는 것이다.<sup>57)</sup>

이러한 관점에서 판매 후 행위를 제한하는 조건들이 실제로 경쟁제한적인 효과가 있는지는 별도의 개별적인 심사를 요한다고 보았다. 이에 따라 판매 후 행위의 제한을 사법적으로 심사함에 있어서도 당연위법의 원칙(*per se illegal*)에서 합리성의 원칙(rule of reason)<sup>58)</sup>으로 그 판단기준이 변화되게 된다.<sup>59)</sup> 특허소진

56) 한편 저작권과 관련하여서도 미국 연방대법원은, “저작권법의 맥락에서 소진이 완벽한 역사적 전통을 가지고 있으며, 동산의 양도가능성에 대한 제약을 불허하는 보통법에 기원을 두고 있다(tracing its lineage back to the ‘common law’ s refusal to permit restraints on the alienation of chattels)” 라고 판시한 바 있다(*Kirtsaeng*, 568 U.S. 519, 538 (2013)).

57) G. Rub, *Id.* at 756-7.

58) 합리성의 원칙이란, 경쟁법의 영역에서 어떠한 거래 관행을, 제반 경제적 요소를 고려하여 구체적으로 거래에 불합리한 제약을 가할 때 서면법의 위반으로 판단한다는 원칙을



이 형평법상 이유로 특허의 효력을 제한하므로 구체적 사안에 따라 그 허용범위를 달리할 필요와 계약자유와 재산처분상 자유라는 시장경제의 기본 원칙과 독점금지라는 정책적 요구를 조화시킬 필요도 있었기 때문이다.<sup>60)</sup>

만약 권리소진에 정책적인 이유로 제한을 가할 수 있다면, 원칙적으로 계약 당사자들의 자유로운 교섭의 결과를 존중해 주는 영미법의 전통에 가까이 가는 것이 가능해진다. 따라서 특허 라이선싱에 있어서, 명백한 독점금지법 위반이 아닌 한 특허 물품의 후속 양수자에게 승계되는 제약을 라이선싱을 통하여 설정할 수 있다는 논리가 다수 채택되었다.

그러다가 최근에 이르러는 다시 특허권 소진이 인정되는 범위가 미국 연방대법원에 의하여 넓어지고 있는 추세에 있는 것으로 보인다. 이에 대해서는 아래 나. 3)항에서 설명한다.

## 가. 판매와 라이선스의 구별

미국 특허법의 영역에서 판매와 라이선스의 구별 문제가 특히 논의되었던 사안을 살펴본다. *Straus v. Victor Talking Machine Company*, 243 U.S. 490 (1917) 판결에서는, 특허권자는 특허를 받은 축음기에 부착된 라이선스 고지문을 통하여 판매 후 가격에 대한 조건을 제시하였는데, 뉴욕 메이시스(Macy's) 백화점에서 이러한 고지를 무시하고 가격을 할인하여 판매하였고, 특허권자는 피고에 대해 특허권 침해를 주장하면서 특허제품이 판매된 것이 아니라 라이선싱된 것이라는 논리를 펼쳤다.

---

의미한다. 당연 위법의 법리(*per se illegal*)와 대비된다[*Black's Law Dictionary* 1333 (Bryan A. Garner ed., 7th ed., West 1999)].

59) 직접적으로 특허권의 효력 및 권리소진과 관련된 사건은 아니고 경쟁법 사안이지만, 판매 후 행위의 제한에 대한 사법 심사 기준의 변화와 관련하여서는 *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36, 57 (1977) 참조.

60) 설민수, “특허권 소진 법리의 역사적 전개와 한국에서의 적용”, 법원도서관 「사법논집」 제55집 (2012), 17면.

미국 연방대법원은, 당해 법원이 특허권자가 ‘라이선스 고지’라는 형식을 통하여 비록 ‘로열티’라고 명명하기는 하였으나 특허 물품을 정상 가격(full price)에 판매(sale)한 후 미국법의 전통에서 혐오하는 물품의 양도에 대한 제한을 가하려는 특허권자의 의도를 읽지 못하는 장님이 될 수 없다고 하면서<sup>61)</sup>, 라이선스 고지라는 형식으로 달성하고자 하는 특허권자의 의도가 물품의 향후 사용을 담보하고자 하는 것이 아니라 판매 가격을 제한하려는 것일 뿐이라는 이유를 들어 원고 특허권자의 청구를 기각하였다.<sup>62)</sup>

미국 특허 실무의 영역에서도 관련 거래를 라이선싱으로 명명함으로써 판매의 법적 효과를 우회하려는 시도가 오래 전에 있었던 것이다.

## 나. 판매 후 제한(Post Sales Restriction : PSR) 사안

기존의 판례를 보면 지식재산물품이 일정한 조건하에 판매된 후, 당해 물품과 관련된 특허권 라이선스 계약상으로는 이러한 조건이 위반되었을 때 특허권의 침해가 된다고 규정되어 있더라도, 권리소진이 발동되어 특허권 침해가 성립하지 않는지가 흔히 문제된다. 미국의 판례는 상당 기간 “특허권자가 적법한 제한을 가하여 특허물품을 판매한 경우에는 특허권이 소진되지 않는다”라고 판시해 오고 있었다. 즉, 실시권자(licensee)에 대한 판매 후 제한과 관련하여서는 가격 제한, 지리적 범위의 설정, 용도의 제한 등에서 권리소진의 항변이 인정되지 않은 판례들이 나타났다.<sup>63)</sup>

---

61) *Straus v. Victor Talking Machine Company*, 243 U.S. 490, 500-1.(1917).

62) *Id.* at 501.

63) 그러나 구매자(purchaser)에 대한 제한과 관련하여서는 대체로 그러한 제한에 비우호적이고 소진원칙이 적용된다고 본 사례가 많다. 특허권자와 라이선시와의 관계와는 달리 구매자는 원래의 특허권자와 직접적인 계약관계가 없을 때가 많아 판매후 제한 조건에 기속되지 않는 경우가 많기 때문일 것이다. 예컨대 침대 제품에 대한 특허권을 지역적으로 분할하여 미시간 주에서의 특허권은 A에게, 매사추세츠주에서의 특허권은 B에게 각 양도하였는데, 피고가 미시간 주에서 A로부터 취득한 특허물품을 이를 매사추세츠주에서 재판매한 사안에서 특허권자로부터 직접 구매한 제품은 해당 제품을 어디에서나 재판매

그러다가 비교적 근래인 Quanta 판결과 최근의 Lexmark 판결에 이르러 이러한 경향은 변모되는 양상을 나타내고 있다. 아래에서 조건부 판매의 유효성이 인정된 사례와 인정되지 않는 사례, 그리고 가장 최근의 Lexmark 판결 등으로 나누어 살펴본다.

#### 1) 조건부 판매의 유효성이 인정된 사례

##### 가) 미국 General Talking Pictures 사건<sup>64)</sup>

###### (1) 사안의 개요

특허권자는 라이선스 계약을 통하여 특허발명을 채택한 앰프제품의 생산과 판매를 가정용으로 한정시켰으나, 피고는 원고에 의하여 부과된 제한 조건을 명백히 인식한 상태로 이 제품 제조를 허락받은 라이선시로부터 구입하여 특허물품을 극장용 앰프를 제조, 판매하는데 사용하였다.

###### (2) 법원의 판단

미국연방대법원은 이 문제를 제한 조건에 관한 인식이 있는 구매자에 대하여 라이선스 제한의 효과가 발생하는지의 문제라고 보았다. 법원은 특정 이용을 허용하는 제한적 라이선스는 허용되며, 구매자의 허락없는 이용은 특허권자로부터 라이선스가 없었음과 다름없다고 하여 특허권 침해로 보았다.

---

할 수 있다고 본 사례인 *Keeler v. Standard Folding Bed Corp.*, 157 U.S. 659 (1895) 참조.

64) *General Talking Pictures Co. v. Western Electric Co. Inc.*, 305 U.S. 124 (1939).

## 나) 미국 Mallinckrodt 사건<sup>65)</sup>

### (1) 사안의 개요

이 사건에서의 특허 물품은 환자의 폐에 진단 혹은 치료 목적으로 처방할 수 있는 에어로졸 분무의 방사능 전달에 관한 장치이다. 방사능 물질은 폐의 상태를 진단하기 위한 목적의 이미지 스캔을 하는 데 쓰인다.

장치에는 특허번호와 Mallinckrodt 와 Ultravent라는 상표 그리고, “일회 사용만(single use only)”이라는 표시가 있었다. 각 포장 단위마다 포함된 패키지 내용물에도 “한 명의 환자에게만 사용”이라는 주의 문구와 함께 오염된 전체 장치는 생물학적 폐기물의 처리 절차에 따라 폐기되어야 한다는 지시 사항이 있었다. 병원은 적절한 폐기 이전에 다 쓴 장치를 방사능 차폐가 가능한 용기에 밀봉할 것을 지시 받았다. 그러나 이 소송을 촉발하게 한 병원들은 UltraVent 장비들을 폐기하지도 않았고, 일회 사용에만 한정하지도 않았다.

피고는 이렇게 폐기되지 않은 장치들을 수집하여 다른 병원에 재판매하여 이러한 행위에 대한 특허권 침해가 문제되었으며, 권리소진을 항변 사유로서 주장하였다.

### (2) 법원의 판결

미국연방항소법원은 하급심 법원의 판결을 취소하면서, 특허권자가 부가한 판매 후 제한은 독점금지법 등 타법에 저촉되는 경우 등의 예외적인 경우를 제외하고는 그 자체로 위법이 아니며, 특허권자가 부과하고 라이선스와 특허 물품의 생성과 이용에 관하여 합의한 어떠한 조건도 법원에 의하여 지지된다고 하면서,

---

65) *Mallinckrodt, Inc. v. Medipart, Inc.*, 976 F.2d 700 (Fed. Cir. 1992).

판매 후 제한의 위반은 특허 침해 소송을 통해 구제될 수 있다고 판단하였다.

#### 다) Monsanto 사건<sup>66)</sup>

##### (1) 사안의 개요

종자회사인 몬산토(Monsanto)사는 변형 대두 종자의 특허권자인데, 이 종자의 저항력은 다음 세대의 종자에 쉽게 유전된다. 몬산토사는 특허 기술의 보호를 위하여 구매자와의 기술협약을 통하여 ‘농부가 종자를 단 한 시즌만 파종하는 것을 허용하고, 종자로부터 수확된 대두를 재파종 용도로 남겨두는 것을 금지’하였다.

농부 보우맨(Bowman)은 몬산토사와의 기술협약에 따른 종자를 지역 대리인에게 구입한 후, 수확한 대두를 다음 연도의 재배에 사용하는 방식으로 8년간 사용하였다. 몬산토사의 특허 소송 제기에 대하여 피고 보우맨은 원고가 곡물 창고 대리인에게 적법하게 판매한 대두에 대한 특허권자의 권리는 소진되었음을 주장하였다.

##### (2) 법원의 판단

미국 연방대법원은, 특허권자는 실제로 판매된 제품에 대한 보상만을 받았을 뿐 후속적 재생산물(subsequent recreation)에 대해서는 보상을 받은 것이 아니므로, 특허권 소진은 재생산물에 대해서는 적용이 없다고 판시하였다. 또한 구입한 종자를 파종하여 재생산을 하는 행위는 특허권이 소진되는 사용(use)이 아닌 생산(make)에 해당하며 이에 대해서는 특허권 소진이 적용되지 않는다고 보았다.

---

66) *Bowman v. Monsanto*, 133 S. Ct. 1761 (2013).

라) Lexmark 사건(항소심)<sup>67)</sup>

(1) 사안의 개요

특허권자인 렉스마크(Lexmark)사는 프린터 및 소모품에 관한 선도 기업으로서 이 사건에서 문제된 특허는 프린터 카트리지의 잉크 사용량을 최적화하는 기술적 사상에 관한 특허인데, 특허권자는 특별 할인된 가격의 카트리지에 ‘일회 사용만 가능하고, 카트리지의 재활용은 렉스마크사를 통해서만 가능’이라는 조건을 붙여 판매하였다. 피고 임프레션(Impression)사는 원고가 해외에서 판매하였던 프린터 카트리지를 회수하여 미국 내에서 유통시켰고 본 사건은 이러한 행위에 대한 특허침해 소송이다.

특히 쟁점 사항은 레이저 프린터에 쓰이는 카트리지(토너)에 관한 것으로 제조 회사에게로 반환 조건이 붙어있는 카트리지를 이용자가 다 쓰면 재제조자라고 알려진 회사들이 반환 조건을 위반한 채 빈 카트리지를 모아서 이를 재사용하는 상황의 위법성에 관해서이다. 특허권자(피상고인) 렉스마크사(이하 “Lexmark사”)는 구매자들에게 두 가지의 옵션을 제공하는데, 하나는 토너를 아무런 조건 없는 정상가격으로 판매하는 것이고, 다른 하나는 Lexmark사의 “반환 프로그램”에 따라 정상가에서 약 20% 할인된 가격으로 판매하는 것이다. 반환 프로그램이 적용되는 카트리지의 구매자는 이 카트리지를 한 번만 사용하고 Lexmark사 이외의 다른 사람에게는 양도하지 않는 조건의 계약을 체결하게 된다. 이러한 일회 사용·재판매 금지의 계약의 실효성을 확보하기 위하여, 반환 프로그램의 카트리지에는 Lexmark사가 마이크로칩을 설치하여 카트릿지가 다 사용되면 재사용되는 것을 금지하는 기술을 적용하였다.

---

67) *Lexmark Int'l, Inc. v. Impression Prods., Inc.*, 816 F.3d 721 (Fed. Cir. 2016) (en banc).

특허권자 Lexmark사는 명시적으로 이들 카트리지의 재사용 및 재판매를 금지하였기 때문에, 이들 재제조자들이 카트리지를 재조정하여 판매한 것은 특허권의 침해가 됨을 주장하였다. 소송 과정에서 다른 피고들과의 관계는 정리되었지만 침해로 주장되는 자인 임프레션(Impression)사의 수입 행위 및 재판매행위는 여전히 문제로 남았다. 1심 법원은 국내에서 판매된 반환 프로그램에 대한 카트리지에 대해서는 특허권 침해를 인정하고, 해외에서 판매된 카트리지에 대해서는 특허권 침해를 인정하지 아니하였다. 양 당사자는 항소하였다.

## (2) 법원의 판단

미국 연방항소법원은 대법원의 Quanta 판례는 Mallinckrodt 사건이나 Lexmark 사건과는 달리, 실시권자가 특허품을 판매한 사안으로 특허권자에 의한 판매가 아니고, 특허권자가 명시적인 재사용 및 제한을 둔 사건이라고 볼 수 없어 Lexmark 사건과는 사안을 달리한다고 하면서, Lexmark가 부과한 판매 후 제한 사항은 유효하고, 이러한 제한 사항에 해당하는 행위에 대하여는 특허권 소진이 적용될 수 없다고 판단하였다.

또한 특허품의 병행수입 쟁점과 관련하여, 중고서적의 미국 내 반입이 문제된 *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.* 사건<sup>68)</sup>에서는 미국 연방대법원이 해외에서 적법하게 판매된 저작물을 미국 내로 수입하여 판매하는 행위가 저작권 침해를 구성하지 않는다고 판단한 바 있는데, Lexmark 항소심 판결에서 미국 연방항소법원은 위 *Kirtsaeng* 판례는 권리가 국내로 한정되어 발생하지 않는 저작권에 관한 것이고, 특허는 저작권과는 달리 권리가 한정되므로 해외에서 판매된 특허물품에 대한 특허권 소진 법리가 국내에 미치지 않는다고 판시하였다.

---

68) *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.*, 568 U.S. 519, 133 S. Ct. 1351 (2013).

## 2) 조건부 판매의 유효성을 부정하고 권리소진으로 본 사례

### 가) Univis 사건<sup>69)</sup>

#### (1) 사안의 개요

완성된 다중초점렌즈의 특허권자인 유니비스(Univis)사는 블랭크 렌즈(blank lens)를 생산하고 한 쌍에 50센트의 로열티로 특허권자의 지정된 라이선시들에게 판매할 수 있는 라이선스를 렌즈 컴퍼니(Lens Company)에게 부여하였다. 이후 도매업자의 실시계약에는 이 블랭크 렌즈를 구입하여 연마, 가공하여 완성된 렌즈를 유니비스사가 정한 가격으로 소매업자에게 판매하도록 하였다. 연방정부는 유니비스사의 재판매가격 유지 행위가 셔먼법(Sherman Act)의 위반이라고 하면서 소송을 제기하였다.

#### (2) 법원의 판단

유니비스사는 특허권자는 위와 같은 재판매가격 유지 제한을 부가할 수 있다고 주장하였으나, 연방대법원은 특허권이 소진된다고 보았다. 유니비스사의 특허는 완성된 렌즈에 대한 발명인데, 연마와 가공이 완전히 끝나지 않은 상태로는 특허가 완전히 실시된 것은 아니지만, 블랭크 렌즈는 특허발명의 핵심적인 특징을 모두 구현하고 있고, 렌즈의 유일한 합리적이고 의도된 사용은 특허를 실시하고자 하는 것이었다는 점이다.<sup>70)</sup> 비록 특허권자로부터 판매된 제품이 미완성품이

---

69) *United States v. Univis Lens Co.*, 316 U.S. 241 (1942).

70) “[E]xhaustion was triggered by the sale of the lens blanks because their only reasonable and intended use was to practice the patent and because they “embodie[d] essential features of [the] patented in-vention.” 316 U. S., at 249-251.



라고 하더라도, 판매된 제품이 위 두 가지 요건을 충족하는 것으로서 특허발명의 핵심인 이상 특허권은 소진되고, 재판매가격 유지행위는 특허법의 범위를 벗어난다는 것이다.

## 나) Quanta 사건<sup>71)</sup>

### (1) 사안의 개요

이 사건에서 문제된 라이선스는 엘지전자(이하 “LGE”) 특허를 실시함에 있어 “제작, 사용, 판매(직접, 간접), 판매에의 제공, 수입 혹은 기타 처분”을 라이선시에게 허용하였으나, 다른 별도의 계약(Master Agreement)을 통하여, 라이선서는 라이선시인 인텔(Intel)사에게 그 고객에게 라이선스된 인텔의 제품과 다른 비 라이선스 부품을 결합하여 사용할 수 없음을 통지하도록 요구하였다. 퀀타(Quanta)사와 같은 컴퓨터 제작사가 Intel의 제품과 다른 제품을 결합하여 컴퓨터를 제작하자, LGE는 라이선스 통지 조건의 위반을 이유로 제소하였다. 컴퓨터 제작사들은 부품이 다른 부품과 결합하여 사용되어 통지에 위반되었더라도 라이선스된 프로세서의 특허권이 소진되었음을 주장하였다.

1심법원은, 특허권이 소진되어 특허침해가 성립하지 않는다고 판단하였다. 원고의 결합된 제품에 필수적인 요소로서 포함되는 용도 이외의 다른 실질적인 기능이 없는 불완전한 제품에 대한 조건 없는 판매는 물건과 방법 발명이 결합된 LGE의 특허를 소진시켰다는 것이었다. 항소심 법원은 이를 파기하여, 소진원칙은 명백히 표시된 판매 조건이나 라이선스에는 적용될 수 없고 통지가 있었으므로 라이선스 계약을 조건 없는 계약으로 본 제1심 법원의 판단은 잘못되었다고 판단하였다.

---

71) *Quanta Computer, Inc. v. LG Electronics, Inc.*, 553 U.S. 617 (2008).

퀀터(Quanta)사는 대법원에 상고하여 상고허가가 내려졌고 이 사건은 많은 관심의 대상이 되었다. 퀀터사와 지지자들은 LGE의 라이선스가 인텔에 특허 구성 요소의 제조, 사용, 판매에 대한 모든 권리를 주었다고 주장했다. 인텔이 퀀터사 및 기타 컴퓨터 제조업체에 이러한 구성 요소를 판매하는 것으로 LGE의 특허는 소진되었다는 것이다. 또한 퀀터사를 지원하면서 미국정부는 당해 항소심 판결은, 사적 계약을 통하여 특허소진이라는 기본 물을 회피하는 결과를 초래할 수 있으므로 파기되어야 한다는 논지를 전개하였다.

## (2) 미국 연방대법원의 판단

전원 찬성의 결정으로 대법원은 항소심법원의 결론을 파기하고, 인텔의 마이크로프로세서 등 물품은 합리적 비침해용도가 달리 없고 특허받은 방법발명의 모든 진보성을 포함하고 있으므로<sup>72)</sup> LGE 특허를 실질적으로 구현하고 있는 것으로서, 판매 후 제한에도 불구하고 허가된 판매에 의하여 특허권이 소진되었다고 판시하였다.

이에 더하여 *Quanta* 판결은 종래 하급심 판례의 경향과는 반대로, 방법발명(method claim) 또한 특허 소진의 대상이 된다고 보았다. 만약 이렇게 보지 않으면 권리자는 출원 단계에서 기술적 아이디어를 물건 발명으로 구성하지 않고 방법발명으로 구성함으로써 특허소진을 손쉽게 회피할 수 있기 때문이라는 것이다(이른바 end-run around exhaustion의 문제). 법원은 만약 그렇게 된다면 적법하게 생산되고 판매된 특허물품의 사용에 대해서는 제한이 없어야 한다는 오랜 전통이 무너질 것이라고 하면서, 방법 발명의 카테고리 자체에는 특허소진이 성립할 수 없다는 피고의 주장을 배척하였다.

---

72) “Intel’s microprocessors and chipsets substantially embodied the LGE Patents because they had no reasonable noninfringing use and included all the inventive aspects of the patented methods.” *Id.* at 638.

### (3) 판결에 대한 평가

위 판결에 대해서는 언뜻 판매 후 제한에도 불구하고 권리소진을 폭넓게 인정  
한 것으로 생각할 수도 있지만, 연방대법원이 라이선스상의 명시적 제약이나 조  
건부 판매로 특허소진을 배제할 수 있을지에 대해서는 전혀 언급하지 않고 순수  
하게 당사자들 간 계약의 구체적인 해석을 통하여 하급심 법원(연방항소법원:  
CAFC)의 판결을 파기한 것으로 보는 평가<sup>73)</sup>, 또는 이 판결은 특허권자인 라이  
선서와 라이선시 사이의 계약상 특허품의 판매가 제한되고 있지 않다는 이유로  
라이선시가 제3자에게 특허물품을 판매함으로써 특허권이 소진되었다고 판단한  
것이어서, 이를 두고 조건부 판매를 통하여 권리소진의 원칙을 배제하려는 시도  
를 제한한 것이라고는 단정하기 어려운 상황이었다는 평가 등이 제시되어 있  
다.<sup>74)</sup>

#### 다) Keurig 사건<sup>75)</sup>

##### (1) 사안의 개요

큐릭(Keurig)사는 일회용 캡슐을 사용하는 커피머신의 선도 제작 업체이고, 문  
제된 된 방법발명은 커피 캡슐이 커피머신에 끼어진 후, 캡슐에 구멍을 뚫어 뜨  
거운 물을 통과시켜 커피를 내리는 단계로 구성된다. 큐릭사는 위 커피머신에 사  
용될 수 있는 캡슐을 제조, 판매하는 스트럼(Strum)사를 상대로 특허권 기여침  
해<sup>76)</sup>와 유도침해<sup>77)</sup>에 기한 소를 제기하였는데, 스트럼사는 위 특허는 소진되었음

73) 설민수, 앞의 논문 49면.

74) 송재섭, 앞의 논문 58면. *Lexmark Int'l, Inc. v. Impression Prods., Inc.*, 816 F.3d 721 (Fed. Cir. 2016)에서의 Quanta판결에의 평가도 이와 유사하다.

75) *Keurig v. Strum Foods, Inc.*, 732 F.3d 1730 (Fed. Cir. 2013).

을 주장하였다(피고의 판매가 문제된 캡슐 자체에 대해서는 원고의 특허가 없었다).

## (2) 법원의 판단

미국 연방항소법원은 연방대법원의 실제적 구현 테스트(substantial embodiment test)<sup>76)</sup>는 이 사건의 사실관계에 적용할 필요가 없다고 보았다. 왜냐하면 *Univis* 사건과 *Quanta* 사건에서는 판매된 제품이 반제품이거나 비특허제품과 결합되는 부품과 같이 특허물품 자체가 아니지만, 이 사안에서는 특허물품 자체로서, 원고가 조건 없이 커피머신을 판매한 이후라면 특허소진이 일어났다는 것이다.

### 라) Lifescan 사건<sup>79)</sup>

#### (1) 사안의 개요

---

76) 미국 특허법 제271조(c), 특허된 발명의 주요부품 중에서 오직 그 발명에만 사용되는 부품, 물질 혹은 장치를 미국내에서 판매 혹은 판매 제안하였거나 미국 내로 수입하였고, 그 부품의 구매자가 실질적으로 그 부품을 직접침해에 사용하였다면 위의 판매·판매제안 혹은 수입한 자의 행위는 기여침해에 해당된다 [(c) Whoever offers to sell or sells within the United States or imports into the United States a component of a patented machine, manufacture, combination or composition, or a material or apparatus for use in practicing a patented process, constituting a material part of the invention, knowing the same to be especially made or especially adapted for use in an infringement of such patent, and not a staple article or commodity of commerce suitable for substantial noninfringing use, shall be liable as a contributory infringer.]

77) 미국 특허법 제271조(b), 제3자의 행위가 침해가 될 것을 알면서 그를 적극적으로 유인한 행위는 유도침해에 해당한다. [(b) Whoever actively induces infringement of a patent shall be liable as an infringer.]

78) *Quanta* 사건에서 방법발명의 특허는 만약 물품이 특허발명의 모든 진보적 측면을 포함하고 합리적 비침해적 용도가 없을 경우 그러한 물품에 특허가 부여되어 있지 않더라도 물품의 판매에 의하여 특허권이 소진된다고 보는 기준을 말한다.

79) *Lifescan Scotland, Ltd. v. Shasta Technologies, LLC.*, 734 F.3d 1361 (Fed Cir. 2013).

라이프스캔(Lifescan)사는 당뇨병 환자들이 혈당치를 측정할 수 있도록 하는 기계와 혈액을 흡수하여 혈당을 알 수 있는 일회용 스트랩으로 구성된 시스템을 판매하고, 기계가 혈당치를 측정, 비교, 표시하는 과정을 담은 방법특허를 보유하고 있는 회사이다(스트랩 자체에 대한 특허권은 존재하지 않는다). 원고 회사의 판매분의 60%에서는 기계를 무료로 제공하고, 약 40%에서는 상당히 할인된 가격으로 기계를 제공하였다. 피고 샤스타(Shasta)사는 복제된 일회용 테스트 스트랩을 판매하여 원고로부터 소 제기를 받았으며, 권리소진을 주장하였다.

## (2) 법원의 판단

연방특허항소법원은 원고가 기계를 제공할 때 고객들이 자신들의 스트랩을 사용할 것이라는 의도를 가졌고, 판매된 제품에 합리적인 비침해 용도가 없으며, 부품 판매의 목적이 특허를 실시하기 위한 것이므로 특허권이 소진되었다고 판단하였다.

## 3) 렉스마크(Lexmark) 미국 연방대법원 판결<sup>80)</sup>

미국 연방대법원이 정리한 쟁점은 크게 두 가지로서, ①특허권자는 구매자의 재사용이나 재판매에 대한 권리에 명시적인 제한을 가하여 이를 특허권 침해소송을 통하여 집행할 수 있는가 하는 점, ②특허권자가 특허물품을 미국의 법률이 적용되지 않는 외국에서 판매하면 그의 권리가 소진되는가 하는 점이다.<sup>81)</sup>

첫 번째의 쟁점과 관련하여, 대법원은 특허권자가 이러한 카트리지를 판매하는

---

80) 137 S.Ct. 1523 (2017). 사안의 개요와 원심 판결인 항소심 판결의 내용에 대해서는 위 1). 라).항 참조.

81) *Id.* at 1529.

순간 그의 권리가 소진되었다고 결론 내렸다.<sup>82)</sup> 즉, 계약법의 관점에서 이러한 제한의 위반이 계약 위반이 됨은 분명하나, 특허권이 유지된다고 할 수 없다는 것이다.<sup>83)</sup> ‘특허권자가 물건을 판매하면 그는 한정적인 독점에 의하여 부여된 이익을 다 취득한 것’이 되며<sup>84)</sup>, ‘발명의 이용으로 말미암아 보상을 받음으로써 특허법의 목적이 충족되었기 때문에, 판매된 물품에 대한 사용과 향유에 관하여 더 이상 제약을 할 법적 근거가 없게 된다’<sup>85)</sup>고 한다.

법원은 기술의 진보로 인하여 이러한 문제점은 더욱 가중될 수밖에 없다는 점도 지적한다. 고도 기술이 적용되는 부품으로 이루어지는 일반적인 하나의 스마트폰하나로도 25만개 이상의 특허를 포함할 수 있다는 것이다.<sup>86)</sup> 따라서 대법원은 특허권자가 명시적인 조건 하에 물건을 판매하였다고 하더라도 특허권자가 판매된 물품에 대한 권리를 더 이상 가지지 않는다는 판결을 해 왔다고 한다. *Boston Store of Chicago v. American Graphophone Co.*에서는 구형 녹음기 상점들이 특정 가격에 판매하는 계약을 체결하였는데, 이를 위반하여 낮은 가격으로 물품을 판매한 소매점에 대한 특허침해 소송에서 특허권 소진으로 말미암아 결과에 대한 논쟁의 여지가 없다고 판단한 바 있다.<sup>87)</sup> 여기에서 알 수 있는 것처럼 권리자는 물품을 판매함으로써 물품을 특허권의 범위 밖에 놓은 것이며, 이때에는 이용 제한의 설정을 허용하여 지적재산권이라는 독점을 계속 유지할 수 있게 할 수는 없는 것이라고 한다.<sup>88)</sup>

---

82) *Id.* at 31.

83) *Id.*

84) *Id.* at 1532 (*Keeler v. Standard Folding Bed Co.*, 157 U.S. 659, 661(1895)을 인용함).

85) *Id. Univis*, 316 U.S., 251면을 인용함.

86) *Id.* 이 점을 설명하면서 법원은 이해관계인으로서 제출한 코스트코(Costco)사 의견서 7-9면(Brief for Costco Wholesale Corp. et al. as Amici Curiae 7-9) 과 인텔(Intel)사 의견서 17면 각주 5번(Brief for Intel Corp. et al. as Amici Curiae 17, n. 5)을 인용하였다. 이 같이 다수 특허로 인하여 특허 로열티가 실시자가 감당할 수 없는 수준으로 쌓이는 폐단을 “특허료 산적(patent stacking)”의 문제라고 한다.

87) *Boston Store of Chicago v. American Graphophone Co.*, 246 U.S. 8, 17-18, 38 S.Ct. 257, 62 L.Ed. 551 (1918).

88) *Id.* at 1533.

대법원은 항소심법원이 대법원의 기존 제너럴 토킹 픽처스(General Talking Pictures) 사건의 설시를, 특허권자가 “명확히 천명된 판매 후 제한”에 의한 라이선스를 주었을 때에는 특허권자는 이러한 제한을 위반한 후속 구매자에게 특허권 침해를 주장할 수 있는 것처럼 오독하였다고 하면서, 제너럴 토킹 픽처스 사건의 결론은 라이선스의 경우에는 판매에서와 같은 양도가능성에 대한 제약과 같은 이슈가 없기 때문임을 지적하였다.<sup>89)</sup> 라이선스는 물품에의 소유권을 양도하는 것이 아니고, 특허권자의 “권리 범위를 변경하는 것에 불과하다(changing the contours of the patentee’s monopoly)”는 것이다.<sup>90)</sup> 연방대법원은 이처럼 라이선싱에서는 특허권자가 물품이 아니라 권리를 변경하는 것이므로, 특허권자는 특허권 보호 범위 중 일부만을 포기하는 것이 가능한 것이라고 보았다.<sup>91)</sup>

판결의 요약에 의하면, 특허 소진의 원칙은 단일하고 자동적이다. 특허권자가 판매를 결정하면 그러한 판매는 특허권을 소진시키는 바, 이것은 라이선싱을 통한 직접적으로든 특허권자가 부과하는 판매 후 제한과 관계없이 이루어진다고 판시하였다.<sup>92)</sup>

#### 4) 소결

이상 살펴본 바와 같이, 특허권자가 특허품을 조건부 판매한 경우 권리소진을 적용하지 아니하며 조건의 유무 및 내용에 따라 소진 법리의 적용 여부를 결정

---

89) *Id.* at 1534.

90) *Id.*

91) *Id.* 계속하여 대법원은 판결문 중 상당한 분량을 할애하여 General Talking Pictures 사건과 이 사건을 차별화하고 있는데, 요약하면 다음과 같다. “라이선싱은 라이선스 범위를 벗어남을…알면서…판매한다.” 304 U.S., at 181-2. 대법원은 이러한 판매는, “특허권자에 의하여 아무런 라이선스가 허용되지 않은 것처럼” 취급하고자 한다는 것이다. 그런데 라이선싱은, 그가 라이선스의 조건을 위반하였기 때문에 특허권을 침해한 것이 아니라, 후속 구매자가 라이선싱의 침해행위에 참여하였기 때문에 특허권자가 침해를 주장할 수 있다는 것이다. General Talking Pictures 사건은, “그럼으로써 만약 라이선싱이 판매를 할 권한을 주지 않았다면, 그러한 판매는 특허권자의 권리를 소진시키지 않는다는 정도의 약한 원칙을 천명하는 것이다” 라는 설명이다. *Id.* at 1535.

92) *Id.* at 1535.

하는 경향이 이어졌다.<sup>93)</sup>

그런데 최근의 렉스마크 판결에 의하면 판매 후 제한이 따르더라도 일단 특허 물품이 중국적으로 판매가 되었다라면 특허권 자체는 소진되고 그 이후에는 계약불이행에 대한 책임만을 추궁할 수 있다고 볼 수 있겠다.<sup>94)</sup> 계약관계에 있는 당사자에게 계약 불이행책임을 추궁할 수 있다는 점은 아무런 구제수단이 주어지지 않는 것과 비교할 때 의미가 있다.

그러나 계약 위반에 대해서는 금지청구(injunction), 미국법상 악의적 침해자에 대한 3배 손해배상과 같은 가중된 손해배상<sup>95)</sup>, 변호사 비용의 부과 등의 구제가 인정되기 어렵고, 이 사건에서처럼 계약관계 내(privivity)에 있는 사람은 소송을 제기하기 거부한 원고의 고객이고 정작 가장 주요한 분쟁의 상대방(위 건에서 임프레션사)과는 계약관계가 없는 경우 실효적인 대응이 어려울 수 있다.<sup>96)</sup>

## 다. 수리와 재생산 관련 사안

특허물품에 가한 변형행위를 특허법상 허용되는 ‘수리’로 평가할 것인가 혹은 ‘재생산’으로 평가할 것인가에 의하여, 전자의 경우라면 소진이 적용되지만 후자에 대해서는 특허권의 침해가 된다는, 이른바 수리와 재생산(repair and reconstruction)의 법리가 발전되어 왔다.<sup>97)</sup> 특허물품의 내구 연한을 보존하는 행

93) 김정중, 「특허소진법리의 비교법적 고찰」, 박사학위논문, 서울대학교 법학전문대학원 (2017), 144면.

94) 렉스마크 판결이 계약에 의한 임의적 특허권 소진 배제라는 미국 판례의 기존 입장을 변경하여 판결 간 충돌이 예상된다는 견해에 대해서는 김정중, 위 논문, 146면.

95) 미국 특허법에서 가중된 손해배상(enhanced damage)이란, 침해 악의성의 정도에 따라 법원의 재량에 의하여 특허 침해에 대한 손해의 3배까지 손해액을 부과할 수 있는 제도를 말한다[*Black's Law Dictionary* 394 (Bryan A. Garner ed., 7th ed., West 1999)].

96) J. Kramer, *Enforcing Post-Sale Restrictions After Lexmark: Contracts and Antitrust Issues*, IPWatchdog 2017. 6. 13.자 기사.

<<http://www.ipwatchdog.com/2017/06/13/enforcing-post-sale-restrictions-lexmark-contracts-antitrust-issues/id=84456/>> (2018. 6. 29. 최종 방문)

97) 박태일, “특허소진에 관한 연구”, 「정보법학」, 제13권 제3호 (2009. 12.), 53면.



위인 수리에 대해서는 특허물품을 취득한 사람의 소유권을 존중하여 특허소진을 인정하되, 특허권의 실시로 볼 수 있는 재생산에 대해서는 특허소진을 인정하지 않는다는 것이다. 권리자의 이중 이득(double-dipping)을 방지하고 특허물품의 소유권을 존중한다는 수리·재생산과 관련한 특허권 소진 법리의 기본적 취지를 참고할 만 하되, 디지털 저작물에 있어서는 일반적으로 예정되거나 합리적으로 기대되는 내구 연한을 채우지 못할 정도의 열화가 생기는 법은 좀처럼 생각하기가 어려우므로, 상론하지 않는다.

#### IV. 검토

국내외 관련 판례에서 특허권 소진은 광범위하게 인정된다. 또한 미국 연방대법원의 렉스마크 판결의 설시를 중심으로 보면, 미국 판례는 결국 특허권의 소진은 특허물품이 판매된 이후라면 단일하고 자동적으로 적용되어야 한다는 결론이다.

### 제3절 상표권의 권리소진

#### I. 상표권 소진이론<sup>98)</sup>

##### 1. 소진설

앞서 제2절 II. 2.항의 특허권 소진의 이론적 근거와 대동소이하다. 즉, 상표권자 등 당해 상표에 대한 정당한 권한을 가진 자가 국내에서 등록 상표가 표시된

---

98) 우성엽, 앞의 논문, 34면 참조.

상품을 양도한 경우에는 당해 상품에 대한 상표권은 그 목적을 달성한 것으로서 소진된다.

## 2. 상표기능이론

상표보호의 직접적 대상은 상품출처의 혼동과 품질에 대한 오인의 우려를 방지하는 ‘상표의 기능’이며, 이를 보호함으로써 궁극적으로 상표의 기능뿐만 아니라 공공의 이익도 아울러 보호하려는 이론이다. 진정상품의 후속적인 유통이나 거래행위 등은 상표권자나 소비자 양자의 이익을 해치지 아니하며 사실상 상품출처의 혼동이나 품질에 대한 오인의 우려가 없으므로 상표법상 진정상품의 후속적인 유통이나 거래행위 등을 금지할 이유가 없다고 본다. 진정상품의 병행수입 여부(국제소진)와 관련하여서도 병행수입으로 인하여 상품의 출처혼동이 발생하여 상표권자나 구매자의 이익이 침해될 때에는 금지하여야 하지만, 국내외 상표권자가 실질적으로 동일하고, 상품의 품질이나 신용이 동일하여 상품출처에 관한 혼동의 우려가 없는 경우 진정상품의 병행수입을 저지할 수 없게 된다.

## II. 판례의 검토

### 1. 가공·수선과 관련된 사안

#### 가. 일회용 카메라 사건<sup>99)</sup>

일본의 후지사진필름 주식회사(이하 ‘후지필름’)는 우리나라 특허청에 필름, 렌

---

99) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002도3445 판결.

즈, 프로세서 카메라 등을 지정상품으로 하여 'FUJIFILM'이라는 상표를 등록한 사실, 후지필름은 1988년경 필름업계 최초로 1회용 카메라 "퀵스냅"을 개발하였고, 1989. 4.경 이를 국내에 도입하여 판매하였으며, 이후 대대적인 광고를 통하여 "퀵스냅"이 1회용 카메라의 고유명사가 될 정도로 소비자 인지도가 높은 상황이었다.

한편 피고인은 후지필름에서 생산되었다가 사용 후 회수된 1회용 카메라 몸체의 렌즈 돌레와 플래쉬 부분에 위와 같이 'FUJIFILM'이라는 상표가 새겨져 있음을 알면서도 이를 제거하거나 가리지 아니한 상태에서(일부 제품에는 렌즈 좌측부분의 상표만을 가림) 그 몸체 부분을 'Miracle'이라는 상표가 기재된 포장지로 감싼 후 새로운 1회용 카메라를 생산하여 이를 판매하였다.

위 판결은 상표권의 권리소진에 대해서, 상표권자 등이 국내에서 등록상표가 표시된 상품을 양도한 경우에는 당해 상품에 대한 상표권은 그 목적을 달성한 것으로서 소진되고, 그로써 상표권의 효력은 당해 상품을 사용, 양도 또는 대여한 행위 등에는 미치지 않는다고 할 것이나, 원래의 상품과의 동일성을 해할 정도의 가공이나 수선을 하는 경우에는 실질적으로 생산행위를 하는 것과 마찬가지이므로 이러한 경우에는 상표권자의 권리를 침해하는 것으로 보아야 할 것이라고 설시하였다.

이 사건에서는 피고인이 이미 수명이 다하여 더 이상 상품으로서 아무런 가치가 남아 있지 아니한 후지필름의 카메라 몸체를 이용하여 1회용 카메라의 성능이나 품질 면에서 중요하고도 본질적인 부분인 새로운 필름(후지필름이 아닌 타 회사 제품) 등을 갈아 끼우고 새로운 포장을 한 사실을 인정할 수 있는바, 피고인의 이러한 행위는 단순한 가공이나 수리의 범위를 넘어 상품의 동일성을 해할 정도로 본래의 품질이나 형상에 변경을 가한 경우에 해당된다 할 것이고 이는 실질적으로 새로운 생산행위에 해당한다고 할 것이므로, 이 사건 등록상표의 상표권자인 후지필름은 여전히 상표권을 행사할 수 있다고 보아야 할 것이라고 하

여, 상표권의 소진이 위와 같은 사안에서는 제한될 수 있음을 판시하였다.

## 나. 대법원 2009. 10. 15. 선고 2008도3929 판결

타인의 등록상표가 인쇄된 트럼프 카드를 구입한 후 그 카드의 뒷면에 특수염료로 무늬와 숫자를 인쇄하여 색약보정용 콘택트렌즈 또는 적외선 필터를 사용하면 식별할 수 있지만 육안으로는 식별이 불가능한 카드를 제조·판매하였다 하더라도, 피고인들의 이 사건 카드 제조·판매행위가 원래의 상품과의 동일성을 해할 정도의 가공이나 수선으로 평가되지 않는 한 원래의 트럼프 카드에 사용된 상표권은 상표권자 등이 위와 같이 카드를 양도함으로써 소진되었다고 판단하였다. 즉 권리소진을 인정하여 상표권 침해를 부정하였다.

## 2. 대법원 2005. 6. 9. 선고 2002다61965 판결(가처분이의)

이 사안에서는 일본의 상표권자 A가 일본 내 유통업자인 B에게 상품을 판매하면서 이를 해외에 유통시키지 않는다는 계약 조건에 합의하였는데 B로부터 해당 상품을 구매하여 우리나라로 수입하여 판매한 C의 행위가 국내의 전용사용권 침해가 되는지가 다투어졌다.

대법원은, “국내에 등록된 상표와 동일·유사한 상표가 부착된 그 지정상품과 동일·유사한 상품을 수입하는 행위가 그 등록상표권의 침해 등을 구성하지 않는다고 하기 위해서는, 외국의 상표권자 내지 정당한 사용권자가 그 수입된 상품에 상표를 부착하였어야 하고, 그 외국 상표권자와 우리나라의 등록상표권자 사이에 법적 또는 경제적으로 밀접한 관계가 있거나 그 밖의 사정에 의하여 위와 같은 수입상품에 부착된 상표가 우리나라의 등록상표와 동일한 출처를 표시하는 것으로 볼 수 있는 경우이어야 할 것”이라고 하면서, “외국의 상표권자 내지 정당한

사용권자가 상표를 부착한 이후 거래 당사자 사이의 판매지 제한 약정에 위반하여 다른 지역으로 그 상품이 판매 내지 수출되었더라도 그러한 사정만으로 그 상품의 출처가 변하는 것은 아니라고 할 것이어서 그러한 약정 위반만으로 외국 상표권자가 정당하게 부착한 상표가 위법한 것으로 되는 것은 아니”라고 판시하였다.

위 판례는 조건부 판매의 경우에도 권리소진이 발생하고 더 나아가 조건에 위반하는 후속 판매로 인해라도 여전히 권리소진이 발생한다고 보는 취지로 해석된다.<sup>100)</sup>

### 3. 진정상품의 병행수입 사례

#### 가. 대법원 2006. 10. 13. 선고 2006다40423 판결

대법원은, “국내에 등록된 상표와 동일·유사한 상표가 부착된 지정상품과 동일·유사한 상품을 수입하는 행위가 그 등록상표권의 침해 등을 구성하지 않는다고 하기 위해서는, 외국의 상표권자 내지 정당한 사용권자가 그 수입된 상품에 상표를 부착하였어야 하고, 그 외국 상표권자와 우리나라의 등록상표권자가 법적 또는 경제적으로 밀접한 관계에 있거나 그 밖의 사정에 의하여 위와 같은 수입 상품에 부착된 상표가 우리나라의 등록상표와 동일한 출처를 표시하는 것으로 볼 수 있는 경우이어야 한다. 아울러 그 수입된 상품과 우리나라의 상표권자가 등록상표를 부착한 상품 사이에 품질에 있어 실질적인 차이가 없어야 하고, 여기에서 품질의 차이란 제품 자체의 성능, 내구성 등의 차이를 의미하는 것이지 그에 부수되는 서비스로서의 고객지원, 무상 수리, 부품교체 등의 유무에 따른 차

100) 송재섭, “지식재산 라이선스와 권리소진의 원칙”, 「지식재산연구」 12(3) (2017), 56면. 이 논문에서는 위 대법원 판결에는 A와 B의 조건부 판매 및 B와 C 사이의 순차적인 판매로 인하여 A의 상표권이 소진되었다는 판단이 전제되어 있다고 본다.

이를 말하는 것이 아니다”라고 판단하여 진정상품의 병행수입에 의하여 상표권이 소진되는 요건을 실시하고 있다.

### 나. 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010도790 판결

국내에 등록된 상표 “K·SWISS”가 표시된 슬리퍼를 수입하여 상표법 위반으로 기소된 사안에서, 이 사건 슬리퍼에 표시된 이 사건 상표가 외국의 상표권자 내지 정당한 사용권자가 부착한 것이라고 하더라도, 화승은 케이 스위스 인크와 별도로 자체 디자인팀에서 이 사건 상표가 표시될 상품에 대한 디자인을 만든 뒤 우성산업으로 하여금 이 사건 상표를 표시한 상품을 제작하여 이를 판매하면서 그 제품에 대한 선전·광고를 하는 등 그 자신을 상품의 출처로 삼는 행위를 하고 있다고 할 것이므로, 이 사건 상표의 상표권자인 케이 스위스 인크와 국내 전용사용권자인 화승 사이에 어떠한 법적, 경제적 관계가 있다거나 그 밖의 다른 사정에 의하여 피고인이 수입한 이 사건 슬리퍼의 출처가 국내의 전용사용권자와 실질적으로 동일하다고 볼 수 있는 사정이 있다고 할 수 없다고 판시하였다.

### III. 소결

이상의 선례를 종합하면 상표권에 있어서도 당해 등록상표가 표시된 상품을 양도하였을 경우에는 당해 상품에 대한 상표권은 원칙적으로 목적을 달성한 것으로 소진된다고 볼 수 있다. 더 나아가 위 대법원 2005. 6. 9. 선고 2002다61965 판결은 판매 조건에 위반하는 재판매에 의해서도 상표권이 소진된다는 전제에서 있는 것으로 보인다.

상표권에서도 일단 등록 상표가 표시된 상품을 양도하였을 경우에는 권리소진

이 이루어짐이 원칙이고, 예외적으로 물품의 가공이나 수선이 실질적으로 생산행위를 하는 것과 마찬가지로라면 상품의 출처표시 기능이나 품질보증 기능을 해치므로 상표권이 소진되지 않고, 진정상품의 병행수입에 있어서는 외국상표권자와 국내 상표권자가 법적 또는 경제적으로 아무런 관계가 없어 그 제조·판매의 출처가 전혀 다른 경우에는 권리소진을 인정하지 않는다.

## 제4절 저작권 소진의 인정 논거

### I. 저작권 소진과 관련한 독일에서의 논의

저작권(배포권) 소진의 대표적인 논거로는 자유로운 거래의 보장과 권리자에 대한 보상이 이미 이루어졌다는 점 등이 논의되고 있다.<sup>101)</sup> 특허권과 상표권의 소진론에서 거론되는 논거와 크게 다르지 않다.

독일의 학설은, ①소유권능의 행사로 양도의 자유를 누린다고 보는 소유권설, ②저작권형물이 적법하게 거래에 제공된 이후에도 저작자가 계속하여 그 운명에 대한 결정권을 가지게 되면 의미 있는 이용이 불가능해지므로 소진시켜 거래의 안전성을 도모하자는 거래보장설, ③창작자가 자신에게 귀속되는 보상받을 수 있는 가능성을 최초 양도시에 행사하였다는 보상설 등으로 배포권 소진의 인정 근거를 찾고자 한다.<sup>102)</sup> 이 중 소유권이론은 저작권과 소유권을 혼동한 결과에 따른 학설이라고 하여 지금으로서는 잘 논의되고 있지 않다.<sup>103)</sup> 일반적으로, 저작자의 측면에서 최초 양도 시에 충분한 보상을 받았다는 보상설과 이용자의 측면에서 권리 소진으로 거래의 안전성을 도모하자는 거래보장설의 두 설을 보완적

101) 오승중, 앞의 책, 569-570면.

102) 계승균, 앞의 학위논문, 49-52면 참조.

103) 김근우, “디지털저작물에 대한 권리소진원칙의 확대적용에 관한 연구”, 『경희법학』 제51권 제1호 (2016), 310-311면.

측면에서 함께 논의하고 있다.<sup>104)</sup>

## II. 저작권 소진과 관련한 미국에서의 논의

한편 실용적 측면에 방점을 두는 미국에서의 논의는 대체로 접근, 보존, 프라이버시, 거래의 명확성, 혁신의 조장, 플랫폼 경쟁 등을 권리소진의 인정 이유로 보고 있다.<sup>105)</sup> 이하 이러한 견해들을 종합하여 소개하면 다음과 같다.

### 1. 접근(access) 측면

접근 측면의 권리소진의 인정 이유는, 중고 시장 혹은 2차 시장의 형성을 가능하게 함으로써 가격 적합성(affordability)과 가용성(availability)을 제고한다는 것이다. 즉, 유통 채널에 여러 명의 독립적인 행위자가 존재하여 저작권자가 최종 소매가격을 결정할 수 없게 함으로써 여러 소매상들 간 가격을 포함한 경쟁을 촉진하고, 헌책방이나 중고 음반가게와 같이 중고품을 거래하는 2차 시장을 가능하게 하여 복제물의 공급을 확보하고 신품과 중고품, 그리고 중고품 간 가격 경쟁을 유발한다는 것이다.

---

104) 이해완, 「저작권법」, 제3판, 박영사 (2015), 507면 각주 1번; 계승균, “저작권법상 권리소진이론”, 「창작과 권리」 제33호 (2003), 86면; 안효질, “저작물의 디지털 거래와 권리소진원칙”, 「산업재산권」 제15호 (2004), 66면.

105) Joseph P. Liu, *Owning Digital Copies: Copyright Law and the Inducements of Copy Ownership*, 42 Wm. & Mary L. Rev. 1245, 1303, 1310-11, 1320-21, 1330-36, 1336 (2001). 여기에서는 프라이버시, 접근, 보존, 거래의 투명성을 저작권 소진의 제도적 근거로 본다. R. Anthony Reese, *The First Sale Doctrine in the Era of Digital Network*, 44 B.C. L. Rev. 577, 584 (2003), 이 논문에서는 접근, 보존, 프라이버시를 권리소진의 인정 이유로 본다. 한편 A. Perzanowski & J. Schultz, *Digital Exhaustion*, 58 UCLA L. Rev. 889, 894-901 (2011)에서는 접근, 보존, 프라이버시, 거래의 명확성, 혁신의 조장, 플랫폼 경쟁 등을 저작권 소진의 인정 이유로 본다.



## 2. 보존(preservation) 측면

최초 판매원칙은 저작권자로부터 더 이상 이용허락을 얻을 수 없는 저작물에 대한 공공 접근을 가능하게 한다. 이러한 작품은 상업적인 수명이 다 한 저작물이라든가, 저작자가 철회한 저작물, 또는 저작자를 찾을 수 없는 이른바 고아 저작물(orphan works)에 대한 이용을 가능하게 하는 것이다.

## 3. 이용자의 프라이버시 측면

최초 판매원칙이 작동하지 않았더라면 이용허락을 구하는 과정에서 이용자의 프라이버시가 드러나기 쉽고, 특히 그 내용이 논쟁적인 작품이라면 접근을 실질적으로 방해할 정도의 상당한 냉각 효과(chilling effect)가 생길 수 있다. 이용자의 프라이버시 측면은 디지털·온라인 환경에 접어들어 더욱 그 중요성이 부각된다. 이러한 환경적 측면의 변화 속에서 프라이버시 보호를 위한 디지털 권리소진의 필요성이 발견된다.<sup>106)</sup>

## 4. 시장의 효율성 측면

권리 소진은 시장의 효율성을 제고하는 효과가 있다. 예컨대 저작유형물에 부과되는 제한의 확인에 필요한 정보비용이 권리소진에 따라 감소하면 시장의 효율성 제고에 기여한다.

## 5. 혁신의 촉진과 플랫폼 경쟁성 확보

---

106) M. Meurer, *Copyright Law and price discrimination*, 23 *Cardozo Law Rev.* 55, 87 (2001).

페르잔노브스키 등(Perzanowski, et al.)은 혁신과 플랫폼 경쟁성을 권리소진의 인정 실익으로 추가적으로 설명하고 있다. 즉 저작권자가 중고 복제물과 신품 복제물을 차별해야 할 유인이 발생할 때 혁신이 추구될 수 있다. 예컨대 중고 시장이 뒷받침 때 음반은 최초 발매 후 수년 후에는 중고 복제물과 비교하여 더 높은 경쟁력을 갖춘 새로운 리마스터링 음반이 나오는 등 혁신적 활동을 촉진한다는 것이다.<sup>107)</sup>

또한 최초판매원칙은 소비자에 대한 잠금 효과(lock-in effect)를 희석함으로써 플랫폼 경쟁성에 기여한다. 마이크로소프트 Xbox 게임 타이틀의 구입에 많은 비용을 지출한 게임 이용자는 권리소진이 되어야 타이틀을 재판매하여 기존 비용의 상당 부분을 회수하고 닌텐도 위(Wii) 게임 타이틀을 구비할 수 있는 것처럼, 권리소진이 보장된 결과 이용자는 한 플랫폼에서 다른 플랫폼으로 보다 쉽게 옮겨갈 수 있다.<sup>108)</sup>

## 6. 기타의 논거

미국 상무성에서 2016년에 펴낸 「레믹스, 최초판매, 법정허락에 관한 저작권 백서」(이하 ‘저작권 백서’라 함)<sup>109)</sup>에서는, 권리소진의 편익이나 존재 이유를 ① 재판매와 선물을 가능하게 함, 즉 재판매를 허용함으로써 저작물의 가치를 보다 높게 평가하는 사람에게로 저작유형물을 이동하여 자원의 효율적 배분을 가능하

---

107) A. Perzanowski & J. Schultz, *Id.* at 897.

108) *Id.* at 900.

109) 정식명칭은, “레믹스, 최초판매, 법정허락에 관한 저작권 백서”(The Department of Commerce Internet Policy Task Force, *White Paper on Remixes, First Sale, and Statutory Damages - Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy*, January 2016)

<<https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/copyrightwhitepaper.pdf>>

(2018. 6. 29. 최종 방문)

게 한다는 점, 재판매가 가능하므로 재판매의 가능성이 있는 저작유형물의 가치를 증진시키고 중고 거래를 허용하여 신품을 살 형편이 안 되는 사람에게 저작물로의 접근성을 높이고, 저작유형물을 새로운 포맷 등으로 업그레이드하는 것을 가능하게 한다는 점<sup>110)</sup>, ②대출이나 대여의 보장, 즉 공익적인 차원의 도서관 대출 등이 권리소진으로 인하여 가능하고 또 이렇게 대출된 저작물로 인하여 신규 애호가 나타나므로 수요의 저변이 넓어진다는 점<sup>111)</sup>, ③저작물의 보존과 세대 간 전달이 가능해진다는 점<sup>112)</sup>, ④탈중앙화된 이차적 시장 또는 중고시장에서 저작물을 구할 수 있으므로 프라이버시가 보호된다는 점<sup>113)</sup> 등을 들고 있다.

## 7. 소결

이상에서 저작권 소진을 인정하는 이유는 기본적으로 특허나 상표권 소진의 논거와 본질적으로 다르지는 않지만, 저작물은 개인성과 개별성, 프라이버시와 같은 인격적 측면과의 연결이 더 강하다는 점에서 이러한 측면에서의 논거들이 상대적으로 풍부하고 설득력도 높다고 보인다.

### III. 권리 소진 한계론에 대한 검토

권리 소진의 기능을 완전히 부정하는 의견은 아니지만, 경쟁법의 영역에서 합리의 원칙(rule of reason)에 의하여 정교하게 처리할 수 있는 반경쟁 사안을, 지적재산권법의 권리소진에 의하여 일률적으로 처리하는 것에 대한 비판적 의견도 제시되어 있다.<sup>114)</sup> 영미법상 양도성 제한에 대한 적대성(hostility to restraints

110) 앞의 백서, 36-37면.

111) 앞의 백서, 37면.

112) 앞의 백서, 37-38면.

113) 단, 중앙집중형 중고 디지털 저작물 시장 모델과는 상충하는 가치가 될 수 있다. 중앙 집중형 중고 디지털 저작물 시장 모델에서 대해서는 아래 제6장 제3절 II. 참조.

on alienation of property)이라는 보통법의 원칙이 지적재산권법에 반영되는 국면에서, 그러한 보통법 원칙이 지적재산권법에 적용되는 특정 맥락에서의 경제적 실질에 의하여 개별적으로 정당화되어야 한다는 것이 권리소진 한계론의 내용이다.<sup>115)</sup>

권리 소진이 법률로 정해지면 모든 사안에 일률적으로 적용되므로 현실적합성이 떨어질 수도 있으므로, 개별 사안마다 합리의 원칙으로 위법성 여부를 판단하여야 한다는 위 권리소진 한계론에서 말하고 있는 경쟁법 중시 견해는 경청할 만하다.

그러나 경쟁법과 지적재산권법은 법률의 목적과 취지가 다르므로 경쟁법에서 적법하다고 해서 지적재산권법에서 당연히 적법하게 다루어져야 하는 것이 아니고 그 반대도 물론 같다.

무엇보다도 법률은 어떤 행위가 적법하고 어떤 범위를 넘어서면 위법하게 되는지를 알 수 있는 선도기능 내지 예측기능을 수행하여야 하고, 이를 위해서는 큰 틀에서 어떤 유형의 행위가 법률에서 허용되는지를 법률이 먼저 밝혀야 함이 바람직할 것이다. 이 때 특정 행위의 허용 기준을 다루는 법률 규정이 너무 추상적이면 공허하여 예측기능을 다 할 수 없을 것이고, 법률 규정을 너무 자세하게 해 두려고 하면 그러한 자세한 기준의 객관적인 타당성을 쉽게 보장할 수 없을 뿐 아니라, 환경 변화에 대한 적응성도 떨어질 수밖에 없다.

경쟁법적 시각에서 개별 사안마다 합리의 원칙으로 판단하는 행위 위법성의 식별도 필요하겠지만, 애초에 지적재산권법을 통하여 법률상 허용되는 소진의 범위를 적절한 수준의 객관적인 기준에 의하여 미리 제시하여 두는 것이 바람직하다고 생각한다.

---

114) G. Rub, *Id.* at 758.

115) *Id.* at 761.

## 제5절 저작권(배포권) 소진의 요건과 효과

### I. 배포권 소진의 요건

우리 저작권법 제20조는 저작자에 배포권을 부여하면서 단서로써 권리소진도 규정하고 있다.<sup>116)</sup>

#### 1. ‘저작물의 원본이나 복제물’

저작물의 원본이나 복제물이란 단적으로 유형물을 의미한다. 배포에 대한 정의 규정인 저작권법 제2조 제23호에서도 “배포는 저작물등의 원본 또는 그 복제물을 공중에게 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여하는 것을 말한다”고 규정하여, 배포행위는 유형물인 원본이나 그 복제물에 대한 양도 또는 대여행위를 분명히 하고 있다.

우리나라 대법원은 ‘소리바다’ 사건<sup>117)</sup>에서 다음과 같이 판시하였다.

“구 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전문 개정되기 전의 것) 제2조 제15호에서 말하는 배포란 저작물의 원작품 또는 그 복제물을 유형물의 형태로 일반 공중에게 양도 또는 대여하는 것을 말하는 것이므로, 나아가 위와 같이 컴퓨터 하드디스크에 저장된 MP3 파일을 다른 P2P 프로그램 이용자들이 손쉽게 다운로드 받을 수 있도록 자신의 컴퓨터 내의 공유폴더에 담아 두었다고 하더라도,

---

116) 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.

117) 대법원 2007. 12. 14. 선고 2005도872 판결.

이러한 행위가 배포에 해당된다고는 할 수 없을 것이다.”

즉 배포는 ‘원작품 또는 복제물을 유형물의 형태로 일반 공중에게 양도 또는 대여’하는 것이므로, MP3파일에 대하여 이용제공(making available to the public)에 해당하는 행위를 하더라도 이를 배포권의 침해라고는 볼 수 없다는 것이다.

이와 유사하게, 스트리밍 방식에 관한 하급심 사건<sup>118)</sup>에서 법원은 아래와 같이 판시하여 배포권 침해 주장을 배척하였다.

“저작권법상 ‘배포’라 함은 ‘저작물의 원작품 또는 그 복제물을 일반 공중에게 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여하는 것’을 뜻하는바(제2조 제15호), 위 인정 사실과 같이 이용자들이 선택한 곡에 해당하는 컴퓨터압축파일을 스트리밍 방식에 의하여 이용자의 컴퓨터에 전송하고 실시간으로 재생되도록 하는 것이 저작물의 원작품이나 그 복제물을 일반공중에게 양도 또는 대여하는 것에 해당한다고 볼 수 없고, 달리 피신청인이 배포권을 침해하였다고 소명할 만한 자료가 없으므로 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.”

WIPO저작권조약 합의의사록(Agreed Statements concerning the WIPO Copyright Treaty) 중 “제6조와 제7조에 관하여”에는 “이들 조문에 사용된 ‘복제물’ 및 ‘원본과 복제물’이란 표현은 이들 조문상의 배포권과 대여권에 관하여는 유체물로서 유통될 수 있는 고정된 복제물만을 지칭한다”고 규정<sup>119)</sup>하고 있는바, ‘유체물로서 유통될 수 있는 고정된 복제물’이라는 용어가 우리 저작권법 문언의 ‘저작물의 원본이나 복제물’의 의미를 가장 정확하게 반영하고 있다고 본다.

118) 서울지방법원 2003. 9. 30.자 2003카합2114 결정(확정).

119) <Concerning Articles 6 and 7>

As used in these Articles, the expressions "copies" and "original and copies," being subject to the right of distribution and the right of rental under the said Articles, refer exclusively to fixed copies that can be put into circulation as tangible objects.

## 2. ‘해당 저작재산권자의 허락을 받아’

권리소진의 원칙이 적용되기 위해서는 그 저작물이 해당 저작재산권자의 허락을 받아 거래에 제공되어야 하며, 불법 제작된 복제물은 해당 저작재산권자의 허락을 받은 경우에 해당하지 않으므로 배포권이 소진되지 않는다.<sup>120)</sup>

특허권에 관한 설명으로서, 특허권자가 직접 물건을 생산하여 판매하는 경우에는 특허권자의 승인이 있었음을 따질 필요가 없으므로 승인의 문제는 주로 특허권자와 계약을 체결하여 물건을 생산하여 판매하는 라이선스 사용자에게 대하여 승인이 있었는지와 관련하여 발생하고, 이는 특허권이 아닌 물건의 경우에도 단순한 사용대차나 임차인의 지위만을 가진 사람이 그 권한을 넘어 제3자에게 판매한 경우, 그 권한을 넘어 처분했을 때 소유권자의 소유권이 소멸하지 않는 것과 유사하게 볼 수 있다는 견해<sup>121)</sup>를 참고하면, 저작권의 소진에서도 라이선스로 생산된 저작유형물에서는 수량, 지역, 기간 등의 제한이 있었다면 이러한 제한을 준수한 저작유형물에서만 저작권이 소진되는 것으로 보아야 할 것이다.

한편, 영미법상의 라이선스 개념은 법 이론적으로만 소개되어 수용될 뿐 법정 용어는 아니다.<sup>122)</sup> 따라서 라이선스 개념이 우리 법제에서의 이용허락과 동일한 의미인지에 관하여도 의문이 있다. 이와 관련하여 우리학계에서 라이선스를 이용허락으로 일반적으로 이해하고 있지만, 미국의 통일컴퓨터정보거래법(UCITA)에서는 일반 시장 거래를 라이선스에 포함시키는 반면, 우리 법에서는 최종사용계약이 이용허락에 포함될 수 없다는 점에서 양자가 완전히 동일한 것은 아니라는 견해가 있다.<sup>123)</sup>

120) 오승중, 앞의 책, 571면.

121) 설민수, 앞의 논문, 38면.

122) 오병철, “UCITA의 평가와 우리 법제에서의 전망”, 『경희법학』 제41권 제1호 (2006), 15면.

123) 오병철, 앞의 논문, 18면.

### 3. ‘판매 등의 방법으로 거래에 제공될 것’

판매 등의 방법으로 거래에 제공될 것을 요하는데, “판매 등의 방법”이 무엇을 의미하는지에 대해서 법문은 다소 모호하다. 판매 등의 방법이란 판매를 중심으로 하여 저작물의 원본이나 복제물의 처분권의 보유 여부를 기준으로 보아야 한다는 견해가 유력하다.<sup>124)</sup> 이러한 견해에 의하면 판매, 교환, 증여, 소유권의 포기 등 양도에 해당하거나 그에 준하는 것을 포함하는 개념이고, 대여는 포함되지 않는다고 볼 것이다.<sup>125)</sup> 다른 학설에서도 행위가 실질적 판매인지 여부를 보아야 하므로 의견상으로는 대여의 형식을 취하고 있더라도 실질상 대가를 받고 처분한 것으로 볼 수 있는 경우는 판매행위와 다르게 취급하지 않는다고 한다.<sup>126)</sup>

배포권 소진에 관한 우리 저작권법의 규정은 일본 저작권법 제26조 제2항의 양도권 소진의 규정<sup>127)</sup>과 비교하여 볼 때 일견 상대적으로 단순하다. 그러나 일본 저작권법상 양도권 소진의 규정을 찬찬히 살펴보면 제26조 제2항 제1호가 ‘공중에게 양도된 저작물의 원작품이나 복제물’이고 동 제4호가 ‘특정 소수의 자에게 양도된 저작물의 원작품과 복제물’인데, 이 양자는 합쳐 보면 우리 법의 ‘판매 등의 방법으로 거래에 제공될 것’과 대체적으로 상응한다. 일본법의 제1호는 공중에게 양도된 것이고 제4호는 불특정 다수와 특정 다수를 의미하는 개념인 공중에게 양도된 것이 아니라 특정 소수에게 양도된 원작품과 복제물을 소진의 대상으로 한 것이고, 우리 법은 공중이나 특정 소수에 대한 언급을 함이 없이 “해당 저작재산권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 경우”로 규정하고 있기 때문이다. 일본법은 공중에게 양도된 작품이 아니라, 미술작가가 원

124) 이해완, 앞의 책, 508면; 계승균, 앞의 학위논문, 55면.

125) 이해완, 앞의 책, 508면.

126) 설민수, 앞의 논문, 40면.

127) 본고 각주 35번 참조.



작품을 지인에게 선물하는 것과 같은 상황에서의 특정인에게 양도된 작품도 소진의 대상으로 하지 않으면 해당 작품의 후속적 유통이 어려워질 수 있음을 감안하여 이와 같은 규정을 둔 것으로 보이며<sup>128)</sup>, 우리법의 ‘판매 등의 방법으로 거래에 제공된 것’과 실질적인 범위가 같다고 생각된다.

라이선싱 혹은 이용허락의 외양을 취하고 있으나 실질적으로 판매인 경우 혹은 양자의 구별 기준의 설정이 가장 큰 문제가 되는데, 이에 대해서는 아래 제4장 제3절에서 논의한다.

## II. 배포권 소진의 효과

배포권이 소진되므로, 소진 시점 이후 및 이에 이어지는 해당 유형물의 계속적 배포는 저작재산권자의 허락이 없이도 적법하다. 따라서 저작권에 기하여 침해정지와 손해배상을 청구하지 못한다.

저작권의 지분권 중 배포권만 소멸되는 것이며, 이 점에서 이후의 전시, 대여, 수리 등이 모두 자유인 특허권, 상표권 등의 소진과는 구별된다.<sup>129)</sup> 저작재산권 중 저작유형물과 관련된 권리인 배포권만 소진되므로 이 논문이 다루고 있는 디지털 저작물의 재판매를 위한 송신은 현행법으로는 허용되지 않는 것으로 해석된다.

---

128) 오승중, 앞의 책 573면에서는, 가령 책의 저자가 자신의 지인들에게 증정분을 보낸 경우처럼 특정 소수인에게 증여된 경우에는 ‘거래에 제공’된 것이라고 보기는 어렵지만, 거래의 안전이라는 점을 고려할 때 이러한 경우에도 권리소진의 원칙이 적용되어야 할 것이라는 점에서, 이와 관련된 규정으로서 일본 저작권법 제26조의2 제2항 제4호의 규정을 들고 있다. 다음과 같은 일본 학자들의 문헌에는 무상 양도된 원본이나 복제물의 소진 여부에 대한 명시적인 언급은 발견되지 않는다. 加戸守行, 「著作権法逐条講義」, 六訂新版, 著作権情報センター (2013); 作花文雄, 「著作権法」, 第4版, ぎょうせい (2010), 半田正夫, 「著作権法概説」, 第16版, 法学書院 (2015); 中山信弘, 「著作権法」, 第2版, 有斐閣 (2014) 등. 그렇더라도 일본법의 문언 해석상 위와 같이 새기는 것이 타당한 것으로 보인다.

129) 정상조 편, 「저작권법 주해」, 박영사 (2007), 435면 (이형주 집필부분).

### III. 배포권 소진의 입증책임의 문제

입증책임이란, 어느 요증 사실의 존부가 확정되지 않을 경우에 당해 사실이 존재하지 않는 것으로 판단 받게 될 당사자 일방의 위험부담을 말한다.<sup>130)</sup>

미국에서는 피고가 권리소진을 주장하는 피고가 입증책임을 지는 것으로 대부분의 판례가 형성되어 있다.<sup>131)</sup> 그런데, *Adobe Systems Inc. v. Christenson*, 891 F.Supp. 2d 1194 (D. Nev. 2012)에서는 배포권이 소진되었다는 입증 책임은 소진이 있었음을 주장하는 자(보통 피고)가 지는 것이 원칙이지만, 피고가 일단 원고가 저작유형물을 최초판매하였다는 점에 관한 증거를 제출하면 입증책임은 주장하는 바와 반대의 사실을 알고 있는 당사자에게 주어져서는 아니 된다는 법원칙에 위반하여 부담될 수 없으므로, 이 경우의 입증책임은 그러한 사실이 없었고 적법하지 않은 구매였음을 주장하는 원고에게로 전환된다고 판시하였다. 위 사건에서는, 원고 프로그램제작자가 소프트웨어가 부적법한 배포자에 의하여 배포되었다는 것과 원고가 프로그램을 판매한 것이 아니고 라이선싱한 것이라고 주장하자, 법원은 입증책임은 그러한 사실에 대하여 알고 있을 원고가 부담한다고 판시하였다.<sup>132)</sup>

형사사건에서는 관련 저작유형물이 최초 판매되지 않았다는 점에 대한 입증책임은 범죄가 합리적 의심이 배제되는 범위에 있음을 보여야 할 정부가 진다.<sup>133)</sup>

#### 제6절 배포권 소진의 예외

130) 계승균, 앞의 학위논문, 63면.

131) 2nd Circuit에서는 *Microsoft Corp. v. Harmony Computers & Electronics, Inc.*, 846 F. Supp. 208, 31 U.S.P.Q.2d 1135 (E.D. N.Y. 1994); 9th Circuit에서는 *McIntosh v. Northern California Universal Enterprises Co.*, 670 F. Supp. 2d 1069 (E.D. Cal. 2009) 등 참조.

132) 75 A.L.R. Fed. 2d 387 (2013), II. § 3.에서 재인용.

133) *Id.* § 4.

배포권 소진은 권리 체계 전체적으로 볼 때에는 예외적인 것이지만, 이 예외적 규정에는 다시 예외가 있는데 우리 법에서는 저작권법 제21조 소정의 대여권 규정이다. 상업적 목적으로 공표된 음반이나 컴퓨터프로그램에 대해서는 배포권 소진이 미치지 않도록 별도의 규정을 두었다. 따라서 음반이나 컴퓨터프로그램의 영리적 목적의 대여에는 배포권 소진의 효과가 미치지 않는다. 공공대출권이나 미술저작물에 대한 추급권 등도 배포권 소진의 예외로 볼 수 있으나 우리 제도에서 수용하지는 않는다. 아래에서는 우리 법의 대여권과 더불어 우리 법에서 수용하고 있지 않은 배포권 소진의 예외도 아울러 살펴본다.

## I. 대여권

대여권 부여에 관한 국제적인 논의는 WTO/TRIPS 에서 시작되었다. 주로 음반과 소프트웨어에 대해서 대여 행위가 저작권에 미치는 악영향이 주로 논의되었다. 음반의 대여는 일본에서 성행하여 1983년 한 때는 대여점이 1천6백 곳에 이르렀다고 한다.<sup>134)</sup> 미국에서는 1990년 시행법으로 컴퓨터프로그램의 대여에 대해서는 최초 판매원칙이 적용되지 않게 되었다.<sup>135)</sup> 대여권이 인정된 것은 대여자들이 복제물을 “대여”한 후 이를 자신의 공간에서 별도의 복제물을 제작하는 등

134) D. Horowitz, *The Record Rental Amendment of 1984*, 12 Colum.-VLA J.L. & Arts 31, 42-43 (1987).

135) 미국 저작권법 제109조(b)

(b) (1) (A) (a)항의 규정에도 불구하고, 녹음물의 저작권자 또는 컴퓨터 프로그램(테이프, 디스크, 또는 기타 이러한 프로그램을 수록한 매체를 포함)의 저작권자, 그리고 녹음물의 경우에는 그것에 수록된 음악저작물의 저작권자로부터 권한을 부여받지 않은 한, 특정 음반의 소유자 또는 컴퓨터 프로그램(테이프, 디스크, 또는 기타 그와 같은 프로그램을 수록한 매체를 포함)의 특정 복제물을 소유한 자는 직접 또는 간접적인 상업적 영리를 목적으로 소유하고 있는 음반이나 컴퓨터 프로그램(테이프, 디스크, 또는 기타 이러한 프로그램을 수록한 매체를 포함)을 대여, 리스나 대출, 또는 대여, 리스나 대출의 성질을 가진 기타 행위나 관행에 의하여 처분하거나 처분을 허락할 수 없다. 앞의 문장의 어느 것도 비영리 도서관이나 비영리 교육기관이 비영리 목적으로 음반을 대여, 리스 또는 대출하는 것에 대하여는 적용하지 아니한다. 비영리 교육기관이 다른 비영리 교육 기관이나 교수, 직원 및 학생에게 합법적으로 제작된 컴퓨터 프로그램의 소유권을 이전하는 것은, 본 항에 규정된 직접 또는 간접적인 상업적 목적을 위한 대여, 리스, 또는 대출에 해당하지 아니 한다.

이른바 “기만적 대여(disguised rental)”의 방법으로 원래의 대여 목적에서 이탈하여 저작물이 남용되곤 하였던 현실에 대한 대응의 차원이었다.

이러한 각국의 경험을 바탕으로 무역 관련 지적재산권협정(TRIPS)에서는 적어도 영상저작물이나 컴퓨터프로그램의 대여에 대해서는 배포권 소진이 미치지 않도록 별도의 규정을 두었다. “적어도 컴퓨터프로그램과 영상저작물에 관하여, 회원국은 저작자나 권리승계인에게 그들의 저작권으로 보호되는 저작물의 원본 또는 복제물의 공중에 대한 상업적 대여를 허가 또는 금지할 수 있는 권리를 부여한다. 회원국은 영상저작물에 관하여는 그러한 대여가 회원국 내에서 저작자와 권리승계인에게 부여된 배타적인 복제권을 실질적으로 침해하는 저작물의 광범위한 복제를 초래하지 아니하는 경우, 이러한 의무에서 면제된다. 컴퓨터프로그램과 관련하여 이러한 의무는 프로그램 자체가 대여의 본질적인 대상이 아닌 경우에는 적용되지 아니한다.”(TRIPS 제11조)라고 규정하여 영상저작물이나 컴퓨터프로그램의 대여권을 부여하였다. 위 TRIPS 제11조의 규정은 음반제작자에게 준용된다(TRIPS 제14조 제4항).

따라서 협약상 인정된 예외를 두지 않는 한 소진으로 인하여 제한되었던 배포권이 컴퓨터프로그램, 영상저작물, 음반의 상업적인 대여 행위에 있어서만큼은 되살아나게 되며, 이러한 특수한 배포권에 대해서 “대여권(rental right)”이라는 용어를 쓴다. 대여권도 배포권의 일종이므로 사용을 위한 인도의 시점에 저작유형물의 인도가 있었는지 여부가 중요하고, 저작물의 온라인 송신은 대여행위가 아니기 때문에 당연히 대여권의 권리 범위에는 속할 수 없다.<sup>136)</sup>

우리나라 저작권법도 상업적 목적의 음반이나 컴퓨터프로그램의 영리를 목적으로 하는 대여에 대한 권리를 부여한다.<sup>137)</sup> 현재의 상황으로 보자면 음반보다

136) 계승균, 앞의 학위 논문, 80면.

137) 제21조(대여권)

제20조 단서에도 불구하고 저작자는 상업적 목적으로 공표된 음반(이하 "상업용 음반"이라 한다)이나 상업적 목적으로 공표된 프로그램을 영리를 목적으로 대여할 권리를 가진다.

도 대여가 상대적으로 활발한 영상저작물은 대여가 저작자의 배타적인 복제권을 실질적으로 침해하는 광범위한 복제를 초래하지 않는다는 판단하에 대여권 부여 대상에서 제외되었다.

결국 배포에 관한 권리 범위를 어떻게 확정할지는 정책적 결단의 결과이며, 디지털 영역에서도 전면적인 권리소진이나 권리 불소진이 아니라, 산업적 필요에 의하여 세밀한 권리소진 시스템을 설계할 수 있을 것이라는 시사점을 얻을 수 있을 것이다.

## II. 공공대출권

최초판매 원칙의 적용으로 도서관에서 책을 대출하여 주는 것은 저작권 침해가 아니다. 미국의 판례에는 도서관은 적법하게 취득한 서적의 복제물의 허락받지 않은 복사본을 대여하는 것도 저작권 침해가 아니라고 본 사례가 있다.<sup>138)</sup> 이러한 도서관의 공공 대출에 대응하여 일부 외국에서는 공대권 또는 공공대출권(public lending right)이라는 권리가 있는데, OECD 32개국가 중 26개국에서 시행된다. 도서관의 도서 대출에 대한 저작권자의 권리로서 판매 손실에 대한 보전으로서 보상금(remuneration)에 관한 권리이다.

## III. 추급권

유럽국가에서 주로 미술가가 자신의 작품의 판매 이후에 매매가격 상승분에 대한 권리로 인정되고 있는 추급권 또한 배포권의 일종으로 볼 수 있다. 추구권(Droit de suite)이라고도 불리는 이 권리는 미술저작물의 원작품의 작가 및 작곡

---

138) *Rosebud Entertainment, LLC v. Professional Laminating LLC*, 958 F. Supp. 2d 600 (D. Md. 2013).

가의 원고에 대하여 저작자가 원작품이나 원고를 양도한 후에 행해지는 원작품 및 원고의 매매이익에 관하여 갖는 양도불능의 권리이다. 베른협약에서 그 인정 여부를 계약국의 법령으로 정할 수 있도록 하고 있는데, 프랑스, 독일, 이탈리아 등 유럽 국가를 중심으로 이러한 권리를 인정하는 나라들이 있다.<sup>139)</sup>

## 제7절 외국의 판례와 해석론

### I. 판매와 라이선스의 준별

우리 저작권법은 권리소진의 요건을 “저작물의 원본이나 복제물이 해당 저작재산권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 경우”로 정하고 있어 판매를 배포권 소진의 요건으로 규정하고 있다. 그런데 미국 저작권법에서 판매 및 이와 구별되는 기타 방법에 의한 점유권의 취득이라는 개념 구분은 더욱 뚜렷하다.

미국 저작권법 109조(d).

(d) (a)항과 (c)항에 규정된 특권은, 저작권자의 허락이 없는 한 복제물이나 음반의 소유권을 취득함이 없이 대여, 리스, 대출, 또는 기타의 방법에 의하여 저작권자로부터 복제물이나 음반의 점유권을 취득한 자에게는 미치지 아니한다.

즉 미국 저작권법에서는 소유권을 취득함이 없이 대여, 리스, 대출, 기타의 방법에 의하여 점유권을 취득한 자에게는 권리 소진의 효과가 미치지 아니한다.

저작권법의 영역에서 판매와 라이선스의 구별은 저작유형물을 전제할 수밖에 없었던 아날로그 시대에 안출된 개념이다. 거래 대상이 저작권 자체인 경우를 제

---

139) 송영식 외 2, 「지적소유권법(상)」, 제9판, 육법사 (2005), 133면.

외하고, 저작유형물의 점유 이전을 주목적으로 하는 거래에서 저작권 자체에 대해서는 계약 당사자는 라이선스를 의도하였음이 분명하다. 거래의 실질이나 계약 내용을 보면 저작권 양도 의사로 해석할 수 없는 경우가 거의 대부분이고, 계약의 당사자가 출판업자와 같이 스스로 저작권을 양도할 수 있는 법적 지위에 있지 않은 경우도 많다.

그런데 저작권에 대해서는 거래의 성격이 라이선싱이지만, 저작물을 제외한 저작유형물 자체 거래의 성격이 핵심적인 문제로 부각된다. 이것이 판매이나 라이선싱이나 하는 문제가 소진 여부의 결정에 있어서 관건이 된다는 것이다.<sup>140)</sup>

여기에서 공급자·권리자가 해당 거래의 성질을 판매가 아닌 라이선스로 주장함으로써 권리소진의 원칙을 회피할 가능성이 생긴다. 거래의 성격이 판매가 아니라 라이선싱이라고 하는 주장 자체가 저작권법의 권리소진원칙을 모면하여 보기 위한 시도일 수가 있음은 널리 알려져 있다.<sup>141)</sup> 이렇게 함으로써 권리자가 미국 저작권법 제109조와 제117조에서 규정한 것과 같은 권리소진이나 필수적 단계로서의 복제행위에 대한 면책 규정(Essential Step Defense)<sup>142)</sup>을 회피하는 것이 허용된다면, 거래 관계의 불확실성이 증가할 수 있다는 우려가 제기된다.<sup>143)</sup>

---

140) 미국 저작권법 제109조(d)의 소진원칙의 예외가 되는 사유의 예시로서, 대여, 리스, 대출 등이 언급되어 있지만 여기에는 '라이선스'가 예외 사유로 예시되어 있지는 않다.

141) *Step-Saver Data System v. Wyse Technology*, 939 F.2d 91, 96 n.7 (3d Cir. 1991). "When these form licenses were first developed for software, it was, in large part, to avoid the federal copyright law first sale doctrine." "By characterizing the original transaction between the software producer and the software rental company as a license, rather than a sale, and by making the license personal and non-transferable, software producers hoped to avoid the reach of the first sale doctrine." 즉 소프트웨어의 라이선스 방식은 미국 저작권법의 권리소진을 우회하기 위한 방편이라는 것이다.

142) 미국 저작권법 제117조 배타적 권리에 대한 제한: 컴퓨터 프로그램

(a) 복제물 소유자에 의한 추가적인 복제물의 제작과 개작.— 제106조의 규정에도 불구하고, 컴퓨터 프로그램 복제물의 소유자가 그 컴퓨터 프로그램의 다른 복제물이나 개작물을 만들거나 이를 허락하는 것은 저작권의 침해가 되지 아니한다, 다만:

(1) 이러한 컴퓨터 프로그램의 새로운 복제물이나 개작물이 기계에 접속하여 이용하는 데 있어서 본질적인 절차로서 만들어지고, 이것이 달리 사용되지 않아야 하거나, 또는

(2) 이러한 새로운 복제물이나 개작물은 단지 기록 보존의 목적을 위한 것이어야 하고, 컴퓨터 프로그램의 계속적인 점유가 정당하지 아니한 경우에 모든 기록보존용 복제물은 파괴되어야 한다.

이 문제는 민간 주체가 자율적으로 체결하는 계약과 국가가 추구하는 공공정책(public policy)간 형성되는 긴장 관계의 측면으로도 풀이해 볼 수 있다. 저작 유형물의 판매는 권리소진으로 이르게 하겠다는 것이 입법적 결단이라면, 권리소진이라는 결과를 피하기 위하여 라이선싱 구조를 선택하겠다는 민간 주체의 계약 형성이 있을 수 있기 때문이다.

우리나라의 학설은, ①CD라는 유체물을 오프라인상 유통하면서 이를 구입한 소비자에게 CD라는 유체물을 판매한 것이 아니라 CD에 담긴 프로그램의 이용 허락만을 한 것이라는 주장이 유효한지 의문이므로, 이 같은 경우에도 최초판매의 원칙이 적용되고 따라서 배포권이 소진된다고 보는 것이 타당하다는 견해<sup>144)</sup>, ②거래의 실태를 보면 저작물이 화체된 유체물 CD가 오프라인에서 유통된 것이므로 이와 같이 점유이전이 수반되는 복제물의 유형적 전달행위에 의해 CD라는 복제물의 소유권 이전이 이루어졌다고 보는 것이 사회통념상 정당하므로, 소비자가 CD를 제3자에게 중고 판매의 방법으로 거래에 제공하더라도 결국 배포권은 소진된다고 해석하는 것이 타당하다는 견해<sup>145)</sup>, ③프로그램에 대해서는 사용허락을 하는 것이라고 하더라도 프로그램을 담고 있는 디스켓은 판매되었다고 보는 것이 일반 상식에 부합하는 것이라고 보는 견해<sup>146)</sup> 등이 대체로 디지털·오프라인 저작물의 배포권 소진을 지지하는 견해로 보인다.

반대로, 디지털·오프라인 저작물의 배포권 소진을 대체로 반대하는 견해로는 컴퓨터프로그램저작물이 화체된 CD 등의 복제물이 거래에 제공되면서 포장지 이용허락 약관에 기하여 프로그램에 대한 이용허락계약을 체결하게 된 것으로 볼 수 있는 경우에, 소프트웨어 거래의 특성상 사회통념상 정당하다고 승인될 수

---

143) B. Carver, *Why License Agreements Do Not Control Copy Ownership: First Sales and Essential Copies*, 25 Berkeley Tech. L. J. 1887, 1889. (2010).

144) 오승중, 앞의 책, 574면.

145) 박성호, 「저작권법」, 박영사 (2014), 349-351면. 이 견해에서는 수축포장형 이용허락계약의 내용에 CD의 양도금지를 규정하는 문구가 포함되어 있다고 하더라도, 최초 판매원칙에 반하는 것이어서 그러한 계약은 무효라고 해석하여야 한다고 본다.

146) 정상조 편, 앞의 책, 422면 (이형주 집필부분).



있는 범위 내에서 복제물에 대한 처분권을 그 이용권자인 CD구매자에게 넘기지 않은 것으로 보게 되어 권리소진의 원칙이 적용되지 않는 것으로 보는 것이 타당할 것이라는 견해가 제기되어 있다.<sup>147)</sup>

사건으로는 프로그램 자체에 대해서는 이용허락이 있음과 동시에, 프로그램이 화체된 프로그램의 CD의 영구적인 점유를 이전한 것이라면 유형물에 대해서는 판매가 이루어진 것으로 보아 결국 배포권의 소진을 인정하여야 할 것으로 생각한다.

한편 외국의 학설 중에는 라이선스는 저작권으로 보호하기 어려운 저작물을 보호하기 위해서 사용된 것이라는 견해<sup>148)</sup>라든가, 소프트웨어의 영업 비밀 보호 측면 등에서 수축 포장형 이용허락계약(shrink wrap license agreement)이 나타났다는 논의<sup>149)</sup>들도 보인다.

## II. 판매 대 라이선스 구분에 관한 판례

저작권법 영역에서 미국 판례법은 크게 후술하는 Wise 판결의 경향과 이른바 'MAI 세 판결(MAI trio)'라는 경향으로 대별되어 있다.

### 1. Wise 판결의 경향

#### 가. Wise 판결

---

147) 이해완, 앞의 책, 509면.

148) E. Winston, *Why Sell What You Can License? Contracting Around Statutory Protection of Intellectual Property*, 14 Geo. Mason L. Rev. 93, 100 (2006).

149) M. Madison, *Legal-Ware: Contract and Copyright in the Digital Age*, 67 Fordham L. Rev. 1025, 1055-56 (1998).

United States v. Wise, 550 F.2d 1180 (9th Cir.1977) 사건에서 천명된 Wise 룰(Rule)이 판매와 라이선스 개념의 구별에 대한 기준을 선구적으로 제시하고 있다.

위 사건에서 저작권자는 영화 필름을 서면 계약에 의하여 이용과 이전에 제한을 부과하여 배포하였다. 피고는 검사가 각 필름에 대해서 최초 판매가 없었다는 점을 입증하지 못하였음을 주장하였다. 만약 저작권자의 처음 이전이 최초 판매였다면, 피고의 재판매행위는 최초 판매 법리에 의하여 보호될 것이었다. 법원은, 최초 판매가 이루어졌는지를 검토함에 있어, 단일의 선금(single, upfront payment)이 지급되었는가 및 관련 계약이 ①라이선스로 명명되었는가, ②저작권자가 프린트에 대한 소유권을 유보한다고 규정되어 있는가, ③프린트의 반환 혹은 파기를 규정하고 있는가, ④프린트의 복제를 금지하는가, 혹은 ⑤양수인이 계약 기간 동안 프린트의 점유를 유지하기를 요구하고 있는가 등의 사항에 주목하였다. 이 중 어느 요소도 결정적인 것은 아니며 종합적인 판단을 요구한다. 다면적인 종합적 판단기준(multi-factor balancing test)이라는 것이다. 하지만 위 판단 기준 중에서도 법원은 “양수인이 양도인으로부터 받은 복제물을 계속 보유하는지 여부”를 결정적인 요소로 본다.<sup>150)</sup>

이러한 기준에 의하여 배우 바네사 레드그레이브(Vanessa Redgrave)가 점유하고 있는 영화 필름은 개인적인 감상을 위하여 항상 점유할 수 있지만 다른 사람에게 이전할 수 없다는 계약의 조건이 있었음에도 불구하고, 법원은 관련 거래를 라이선스가 아니라 판매로 보았다.

## 나. Softman 판결<sup>151)</sup>

---

150) 박준석, 「인터넷상 정보 유통에 대한 새로운 저작권 규율 방향 모색」, 집문당 (2015), 226면.

151) *Softman Products Co., LLC v. Adobe Systems, Inc.*, 171 F. Supp. 2d 1075 (C.D. Cal. 2001).

소프트맨(Softman)사는 소프트웨어 제품을 웹사이트를 통해서 보급하는 사업을 하는 회사이다. 소프트맨사는 어도비사의 프로그램을 구매하여 기능별로 분해하여 판매하였다. 어도비사는 제품을 최종사용자계약(EULA)가 첨부된 ‘라이선싱’계약으로 배포하였는데, 최종사용자계약은 컴퓨터 디스크에 기록되고 이용자는 이 소프트웨어를 설치할 때 여기에 동의하도록 요구되었다.

어도비사는 소프트맨사의 판매로 인하여 최종사용자계약의 범위를 초과하고 어도비사의 저작권을 침해하였다고 주장하고, 소프트맨사는 자신은 프로그램을 구동한 적이 없으므로 최종사용자계약에는 동의한 적이 없고 최초판매원칙에 의하여 어도비사 소프트웨어의 재판매가 가능하다고 반박하였다.<sup>152)</sup> 어도비사는 자신이 소프트웨어를 판매한 것이 아니므로 최초판매원칙은 적용되지 않는다고 주장한다. 모든 거래의 국면이 라이선싱이라는 것이다.<sup>153)</sup>

법원은 역사적으로 컴퓨터 프로그램의 ‘라이선싱’이라는 관념은 프로그램에 대한 저작권 보호가 의심되었거나 충분치 않았던 시절에 영업비밀(trade secret protection)의 일환으로 프로그램을 보호하고자 했던 역사의 산물이었음을 지적하였다.<sup>154)</sup> 법원은 프로그램에 대한 거래가 판매(sale)인지, 대여(lease)인지, 라이선싱인지를 가리기 위해서는 거래의 경제적 실질(economic reality)을 살펴보아야 한다고 한다.<sup>155)</sup> 법원은 이 사건에서 결정적인 이슈는 구매자가 소프트웨어의 특정 복제물을 처분할 수 있는 권리를 보유하는지 여부라고 판시하였다.<sup>156)</sup>

그런데 본건에서 구매자는 소프트웨어의 복제물 한 카피를 관련 서류와 함께 취득하고, 그러한 취득 시점에서 단일의 대가(single price)를 지급하였다. 그러한

---

152) *Id.* at 1082. 패키지의 포장에는 라이선싱이 포장안에 동봉된 최종사용자계약(EULA)에 의해 이루어진다는 기재가 있었지만, 법원은 소프트맨사의 주장을 받아들여 이러한 단순 기재 사항은 프로그램 설치시에 요구되는 동의와 같은 성격으로 볼 수 없다고 하였다.

153) *Id.* at 1083.

154) *Id.*

155) *Id.* at 1084.

156) *Id.* at 1085.

“라이선스”는 갱신에 관한 규정없이 무제한의 기간 동안 이루어진다. 또한 판매처는 제작사로부터 대량의 프로그램 제품을 구입하면서 제품에 대하여 일시로 전체 가격을 지불하고 소프트웨어의 분실, 손상 및 재고에 대한 위험도 부담한다. 판매처는 2차 시장에서 다른 판매상들에게 소프트웨어를 재판매하기도 한다.

약인(consideration)이 지급되는 제품의 이전과 타이틀의 이전 및 손실에 대한 위험의 이전 등은 판매를 구성한다는 것이 법리라고 보면서, 법원은 이러한 사정을 종합적으로 고려하면 본 건 거래의 성질은 라이선싱이라기보다는 판매라고 보는 것이 합당하다고 판단하였다.<sup>157)</sup>

다. Adobe Systems Inc. v. Christenson, 809 F. 3d 1071  
(9th Cir. 2015)

위 사건에서는, 원고 프로그램제작자가 ①소프트웨어가 부적법한 배포자에 의하여 배포되었다는 것과 ②프로그램을 판매한 것이 아니고 라이선싱한 것이라고 주장하자, 법원은 최초판매의 원칙이 배포자의 재판매를 보호한다고 판시하고 원고의 청구를 기각하였다.

2. ‘MAI 트리오’ 판결<sup>158)</sup>

프로그램을 사용하기 위하여 이용자의 컴퓨터에서 자동적으로 이루어지는 랜덤 액세스 메모리(RAM)의 복제에 대응하기 위하여, 의회는 필수적 단계 항변(Essential Step Defense)을 입법화하여 “복제물의 소유권자”인 이용자의 RAM

---

157) *Id.*

158) 아래 소개하는 세 판결을 묶어 ‘트리오(trio)’ 라는 명칭을 부여한 것은 Vernor 사건을 맡은 미국 제9연방항소법원이다. *Vernor v. Autodesk, Inc.*, 621 F.3d 1102, 1109 (9th Cir.2010) 참조.

복제 행위는, 그러한 새로운 복제물이 “기계의 사용과 관련하여 컴퓨터프로그램의 이용에 관한 필수적인 단계로 작성되고…다른 방식으로 사용되지 않으면” 자유 이용이 허용되는 것으로 규정하였다.<sup>159)</sup> 다시 말하면 컴퓨터 프로그램의 “특정 복제물의 소유자”는 필수 절차 항변을 할 수 있고, 이러한 특정 복제물의 소유자에게는 최초 판매원칙이 적용된다는 것이다. 아래 소개하는 ‘MAI 트리오’ 판결들은 필수절차 항변에서의 ‘복제물의 소유자’의 의미와 범위에 관한 판단을 포함하고 있다.

가. MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc., 991 F.2d.  
511 (9th Cir. 1993)<sup>160)</sup>

원고 마이(MAI)사는 운영장치(OS) 소프트웨어를 개발하는 회사이고, 피고 피크 컴퓨터(Peak Computer)사는 고객들을 위하여 컴퓨터 시스템을 유지하는 서비스를 제공하는 회사이다. 피고 회사가 제공하는 MAI 컴퓨터를 위한 서비스는 일상적 유지보수와 응급 수리를 포함한다. 피고 회사는 이러한 서비스를 제공하기 위하여 원고 회사의 프로그램을 사용하여야 한다.

구두 변론 없이 진행된 위 판결의 각주에서 법원은 “원고 회사는 소프트웨어를 라이선싱하므로, 피고 회사의 고객들은 소프트웨어의 소유자가 될 수 없어 제 117조의 보호<sup>161)</sup>를 받을 자격이 없다”고 판시하였다.<sup>162)</sup>

특히 MAI 법원은 미국 저작권법 제202조의 저작권과 대상물의 소유권의 구별을 하지 못했다는 비판을 받는다.<sup>163)</sup> 법원이 저작물에 대한 권리와 저작유형물에

159) 미국 저작권법 제117조(a)(1).

160) 상고허가 기각(cert. dismissed). 510 U.S. 1033, 114 S.Ct. 671, 126 L.Ed.2d 640 (1994).

161) 미국 저작권법 제117조의 필수단계로서의 복제행위에 대한 면책규정을 말한다.

162) MAI, *supra* n.5, at 524.

163) Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, 8.08[B][1][c] (Matthew Bender, rev. ed. 2013).

대한 권리를 구별하지 못함으로써, 저작물에 대한 라이선스도 저작유형물에 대하여는 소유자가 될 수 있다는 점을 간과하였다는 것이다.

나. Triad Sys. Corp. v. Southeastern Express Co., 64  
F.3d 1330 (9th Cir. 1995)

원고 ‘트라이어드(Triad)’사는 자동차 부품을 보유, 디자인, 판매하는데 사용되는 컴퓨터를 제작하고 관련 소프트웨어를 라이선싱하는 회사이다. 피고 ‘사우스이스턴 익스프레스(Southeastern Express)사’는 트라이어드사 컴퓨터에 관한 서비스를 제공하는 이른바 ‘독립 서비스 회사(independent service organization)’로 원고회사와 경쟁관계에 놓여 있다. 원고 주장의 핵심은 피고회사가 원고회사의 라이선스들을 위하여 원고 회사가 제공한 컴퓨터에 대한 유지보수 서비스를 제공하는 과정에서 원고 회사의 저작권을 침해하였다는 것이다. 원고 회사는 고객과 각기 다른 기간 동안 소프트웨어 판매 또는 라이선싱의 계약을 하였다.

이 판결에서는 정치한 분석은 생략한 채, 원고가 소프트웨어를 판매로 취득한 경우에는 그러한 ‘소유자(owners)’들은 미국 저작권법 제117조 소정의 필수 단계항변을 할 수 있지만, 라이선스로 프로그램을 점유한 경우에는 그렇지 않다고 판단하였다.

다. Wall Data, Inc. v. Los Angeles County Sheriff's Dep't,

---

미국 저작권법 제202조의 번역문은 다음과 같다.

제202조 (저작권의 소유권과 대상물의 소유권과의 구별)

저작권 또는 저작권을 구성하는 배타적 권리의 소유는 당해 저작물이 수록된 대상물의 소유권과 구별된다. 저작물이 최초로 고정된 복제물이나 음반 등 대상물의 소유권의 이전은 그 자체로서 대상물에 수록된 저작권으로 보호되는 저작물에 대한 권리를 이전하는 것이 아니며, 합의가 없는 한 저작권 또는 저작권을 구성하는 배타적 권리의 소유권의 이전은 대상물에 대한 소유권을 이전하는 것이 아니다.

447 F.3d 769 (9th Cir. 2006)

이 사건은 피고·항소인 로스엔젤리스 보안관 부서가 원고·피항소인 회사의 컴퓨터프로그램 3,663개를 설치할 수 있는 라이선스를 구매하여 6,007개의 컴퓨터에 설치하였지만, 피고가 비밀번호 기반 보안 시스템을 이용하여 원고 회사의 컴퓨터프로그램에 동시에 접근할 수 있는 전체 이용자의 숫자는 제한한 행위의 저작권 침해 여부가 다투어진 사안이다.<sup>164)</sup>

피고는 이러한 행위가 미국 저작권법 제107조 소정의 공정이용(fair use)에 해당하고, 동법 제117조(a)(1)의 ‘필수 단계’에도 해당된다고 주장하였다. 이에 대하여 법원은, 소프트웨어 이용자가 컴퓨터프로그램 복제물의 소유자(the owner of the copy of the computer program)일 때 컴퓨터의 하드 드라이브와 같은 영구적 저장장치에서 랜덤 액세스 메모리(RAM)로 프로그램을 복제하더라도 면책을 주기 위한 취지인데, 앞서의 MAI 판결에 따를 때 소프트웨어 개발자가 소프트웨어 복제물에 대한 소유권을 유보하고 있는 경우, 즉 복제물에 대한 라이선스만을 이용자가 보유하고 있을 경우에는 제117조를 적용할 수 없다고 설명하였다.

같은 법원은 일반적으로, 저작권자가 소프트웨어의 라이선스만을 허여한다는 점을 분명히 하면서 이용자의 복제물의 재배포나 양도 능력에 대한 실질적인 제한을 부과하고 있다면, 그러한 소프트웨어 이용자는 복제물의 소유자가 아니라 라이선스에 불과한 것으로 보아야 한다는 기준을 제시하였다. 즉, 라이선스 계약이 이용자의 행위에 심각한 제약을 부여하고 있고, 그러한 이용의 제약은 소프트웨어를 소유하지 못한 사람에게 부과될 수 없는 것이라고 보면서, 이 사건에서도 라이선스 계약이 이용자에게 소프트웨어의 소유자에게는 부과할 수 없는 실질적인 제약을 가하고 있으므로 이 사건의 피고인 이용자를 미국 저작권법 제117조

---

164) 위 판결, 775면. 이러한 종류의 사안은 우리나라에서 최근에도 당사자간 법적 분쟁으로 비화되곤 하는데, 실무에서는 이를 라이선스의 초과사용 혹은 오버유스(over-use) 문제라고 한다.

의 항변을 할 수 없는 단순한 라이선스로 파악하였다.<sup>165)</sup>

또한 법원은 더 나아가, 가사 피고를 프로그램의 소유자라고 가정하더라도, 피고의 행위는 시간과 노력을 줄이기 위한 것이었지 프로그램을 사용하기 위한 필수적 단계가 아니므로 판결의 결과에 영향을 미치지 않는다고 보았다.

### III. 검토

위에서 판매 대 라이선스의 대비의 사례로 많이 거론되는 미국 판례들을 살펴 보았다. 이 판례들은 크게 이용자의 프로그램의 계속적 보유(possession) 여부를 중시하는 Wise 판결의 경향이나, 계약을 통하여 계약의 내용을 라이선스라고 칭하고 이용자들의 행위에 실질적인 제약을 가하는지의 여부를 중시하는 이른바 ‘MAI 트리오’ 판결의 경향으로 대별하여 볼 수 있겠다.

권리자와 이용자간 관련 계약을 라이선스 계약으로 관념하면서 같은 계약에서 이용자들의 재양도 등의 행위에 실질적인 제약을 가하는지의 여부를 중시하는 접근법에 대해서는 ‘라이선스 허구(license fiction)’이라고 하면서 비판을 가하는 견해<sup>166)</sup>에서는 미국의 기존 판례들의 법리를 아래와 같이 정리한 바 있다.<sup>167)</sup>

①소유권 유보 접근법(The Reservation of Title Approach)에서는 법원이 관련 당사자 간 계약을 살펴 해당 계약에서 소프트웨어를 라이선스 하는 것이며

---

165) 그러나 필자는 판결문의 이 부분 설명에 동어반복(tautology)이나 순환 논증(circular argument)의 오류가 있다고 본다. 왜냐하면 라이선스와 대비되는 프로그램의 소유자가 무엇인지를 밝히기 위한 기준을 정립하려는 와중에, 라이선스 계약이 이용자의 행위에 실질적인 제한을 가한다면 이러한 제한은 프로그램 소유자에게 부과될 수 있는 제약이 아니기 때문에 이러한 이용자는 소유자가 아니라 라이선스라고 설명하는 구조를 취하고 있기 때문이다. 다시 말하면 라이선스와 대비되는 의미에서의 프로그램의 ‘소유자’가 누구인지를(논증의 대상), 관련 계약이 프로그램의 ‘소유자’ (다시 애초의 논증의 대상)에게는 부과할 수 없는 제약을 하고 있는지의 여부로 판단하고자 하는 것이다.

166) 대표적으로 B. Carver, *Why License Agreements Do Not Control Copy Ownership: First Sales and Essential Copies*, 25 Berkeley Tech. L. J. 1887 (2010).

167) Carver, *Id.* 1898–1925.



판매하는 것이 아니라고 규정하면 이러한 간단한 천명을 단순히 받아들인다. ‘판매가 아니며 라이선스’와 같은 계약 문언에 집중한다는 점에서 핵심어(magic words) 접근법이라고 볼 수 있다.<sup>168)</sup>

② 계약 우선 접근법(The Agreement Controls Approach)은, 유형물의 소유권이 수신인에게 이전되는지 혹은 저작권자에게 남아 있는지를 기준으로 보려는 접근이며, 이러한 접근법에서는 법원은 저작유형물의 점유자가 그 유형물에 대한 소유권도 아울러 보유하고 있는지를 계약의 전 취지와 준거법이 되는 주법의 내용, 계약상 이용자가 소프트웨어를 이전할 권리를 보유하고 있는지, 실질적인 이용자의 행위 제약 등이 가해져 있는지 등을 두루 살펴서 판단하고자 한다.<sup>169)</sup>

③ 통일상법전 우선 접근법(The Uniform Commercial Code(UCC)<sup>170)</sup> Controls Approach)은, UCC §2-401에 중점을 두어 저작물보다는 저작유형물의 법률관계에 초점을 맞추거나, 문서화된 계약이 없을 때 채택되는 접근이다. UCC의 관련 규정에 따라 이용자가 가격을 모두 지불하였을 때에는 물품에 대한 소유권을 완전히 취득한다고 보는 법리, 물품의 인도 후의 소유권 유보를 담보가 설정된 것으로 보는 법리 등을 차용한다.<sup>171)</sup>

④ 경제적 실질 접근법(The Economic Realities Approach)은 계약 내용의 전

---

168) 해당 판례는 *MAI v. Peak Computer*, 991 F.2d. 511 (9th Cir. 1993); *Microsoft Corp. v. Harmony Computers & Electronics, Inc.*, 846 F. Supp. 208 (E.D.N.Y. 1994); *Wall Data v. L.A. County Sheriff's Dept.*, 447 F.3d 769 (9th Cir. 2006); *S.O.S. Inc. v. Payday, Inc.*, 886 F.2d 1081 (9th Cir. 1989) 등.

169) 여기에 해당하는 판례로는 *DSC Commc'ns Corp. v. Pulse Commc'ns, Inc.*, 170 F.3d 1354 (Fed. Cir. 1999); *Novell, Inc. v. CPU Distributing, Inc.*, No. H-97-2326, 2000 U.S. Dist. LEXIS 9975 (S.D. Tex. May 4, 2000); *Novell, Inc. v. Unicom Sales, Inc.*, No. 03-2785, 2004 U.S. Dist. LEXIS 16861 (N.D. Cal. Aug. 17, 2004), *Vernor v. Autodesk, Inc.*, 621 F.3d 1102 (9th Cir. 2010) 등.

170) 통일상법전은 재화의 판매 등을 포함한 상업 거래를 규율하기 위한 미국의 통일 모델 법이다. *Black's Law Dictionary* 1530 (Bryan A. Garner ed., 7th ed., West 1999).

171) *Old West Realty, Inc. v. Idaho State Tax Comm'n*, 716 P.2d 1318 (Idaho 1986); *Mahru v. Superior Court*, 191 Cal. App. 3d 545 (Ct. App. 1987) 등.

취지와 함께 해당 거래의 실질, 저작권 관련 조항에 국한하지 않은 “계약의 전체적인 기초(general tenor of the entire agreement)”가 판매의 개념과 일치하는지<sup>172)</sup> 등을 검토하자는 견해이다. 관련 계약이 라이선스라는 용어를 사용하고 지급을 로열티라고 부른다고 하여 이에 구애받지 않고,<sup>173)</sup> 프로그램 복제물의 소유권자로 인정할 만한 충분한 계기가 있었는지를 중심으로 한 검토가 필요하다고 본다.<sup>174)</sup><sup>175)</sup>

⑤영구적 보유 접근법(The Perpetual Possession Approach)은 경제적 실질 접근법에 기반을 두되, 복제물의 영구적 보유(ownership) 여부와 금원의 지급이 보유 기간과 관계가 없는지 등 지급(payment) 방법을 판매가 있었는지의 여부에 관한 결정적인 요소로 삼는 접근법이다.<sup>176)</sup> 만약 보유가 일시적이거나, 대가의 지급 방법이 복제물의 보유 기간을 결정한다면 복제물의 소유권이 저작권자에게 남아 있다는 정황으로 본다.

이렇게 기존의 법원 판결의 경향을 정리한 후, 이 견해에서는 논리적 일관성, 저작권 보유와 개념적으로 구별되는 복제물 소유권에 대한 인식 등의 이유를 들어 마지막의 영구적 보유 접근법을 지지한다.<sup>177)</sup>

---

172) *United States v. Wise*, 550 F.2d 1180, 1191 (9th Cir.1977).

173) *Microsoft v. DAK Industries*, 66 F.3d 1091, 1095 (9th Cir. 1995).

174) *Krause v. Titleserv, Inc.*, 402 F.3d 119 (2d Cir. 2005)에서 법원은 “당사자가 프로그램 복제물 소유로 인정될 수 있을 만큼의 충분한 계기(sufficient incidents of ownership)를 충족하여 미국 저작권법 제117조(a)상 복제물의 소유권자로 간주할 수 있을지를 검토하여야 한다”고 판시하였다. *Id.* at 123-24. 위 판결에서 “소유로 인정할 만한 계기”란, 프로그램을 위탁인의 전유로 개발할 만한 충분한 보상이 주어졌는지의 여부, 위탁인의 필요에 부응하여 소프트웨어를 커스터마이징하였는지, 위탁인의 서버에 복제물이 저장되었는지, 수탁인이 위탁인의 복제물의 소유에 어떠한 유보를 두지 아니하고, 위탁인인 프로그램을 영구히 점유한 채로 사용할 권리를 인정하였는지 여부, 위탁인이 복제물을 필요에 따라 언제든지 폐기할 수 있는지의 여부 등이 거론되었다. 위 판결, 124면.

175) *United States v. Wise*, 550 F.2d 1180 (9th Cir.1977); *Microsoft v. DAK Industries*, 66 F.3d 1091 (9th Cir. 1995) ; *Krause v. Titleserv, Inc.*, 402 F.3d 119 (2d Cir. 2005) 등.

176) *UMG Recordings, Inc. v. Augusto*, 628 F.3d 1175 (9th Cir. 2011); *Vernor v. Autodesk, Inc.* (Vernor I), 555 F. Supp. 2d 1164, (W.D. Wash. 2008). 후자의 판결은 흔히 인용되는 제9연방항소법원의 항소심 판결이 아닌, 제1심 판결이 취한 접근이라는 점을 유의할 필요가 있다. 반면 항소법원의 판단 기준은 ‘계약 우선 접근 방법’에 속한다.

한편 이 견해에서는 법원이 Microsoft Corp. v. Harmony Computers & Electronics, Inc.<sup>177)</sup> 등 일부 사건에서는 저작물과 저작유형물을 전혀 구별하지 못하는 과오를 저질렀다고 본다. 위 사건은 피고가 불법복제물을 판매하고 있었기 때문에 “적법하게 제작된” 복제물이 아니며 이런 근본적인 이유 때문에 최초 판매원칙은 처음부터 고려할 수 없었음에도 불구하고, 판결문에 “라이선스계약을 체결하는 것은 최초판매원칙에서 말하는 판매가 아니다”라고 만연히 논하였다는 것이다. 이는 복제물에 대한 소유권과 저작물에 대한 저작권을 완전히 혼동하였다는 점에 대한 반증이라는 지적이다.<sup>179)</sup>

또한 유체물인 저작유형물에 대해서는 판매 행위가 있지만, 그 안에 담긴 저작물은 라이선싱을 할 수 있는 것이기에 두 개념이 배타적인 것이 아니므로, ‘판매 대 라이선스’라는 이분법 자체가 잘못된 인상과 오해를 불러일으킨다고 본다. 라이선싱이라는 관념이 연방법인 미국 저작권법의 권리소진원칙을 회피하기 위한 시도에서 비롯된 것이며, 주법에 대한 미국 연방법의 우선주의(preemption) 원칙에 따라 권리소진원칙이 제도적으로 정비된 이후에는 라이선싱 개념을 고수하는 것이 시대착오적인 측면이 있으나, 그렇더라도 소프트웨어 업계에서는 가격차별 효과의 측면, 부가시장에서의 통제권 확보, 관련 상품에서의 경쟁 방지와 같이 저작권자 자신들이 원하는 효과를 거두기 위하여 ‘라이선스 허구(license fiction)’를 고수한다고 한다. 미국 법원이 내린 일부 판례들은 이 같은 라이선스 허구에 휘말려 최선의 판단을 내리지 못하였다고 보는 것이다.

다른 미국 학자의 학설 또한 Triad 판결, Microsoft v. Harmony, Adobe v. One Stop Micro, 84 F. Supp. 2d 1086 (N.D. Cal. 2000) 등 미국 판례들이 라이선싱과 판매를 혼동하는 오류에 빠져 있다고 지적한다.<sup>180)</sup>

---

177) Carver, *Id.* at 1951.

178) 846 F. Supp. 208 (E.D.N.Y. 1994).

179) Carver, *Id.* at 1901.

180) Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, 8.12[B][1][d] (Matthew Bender, rev. ed. 2013). 이러한 분석과 비교할 때 한 유력설은, 미국 법원의 전반적인 태도는 공공정책 법률 규정의 무조건적 우선보다 공익의 최대치

한편 위 판매 대 라이선싱에 관한 논점은 미국의 소프트웨어 관련 업계 관행과 실무가 우리나라에서도 대폭 쓰임에 따라 국내의 실무 현장에서도 그 혼란이 재현되고 있는 양상이다. 그런데 이러한 혼선이 생기는 이유를 생각하여 보면, 라이선서의 입장에서는 보다 경제적·사업적으로 중요한 소프트웨어의 저작권에 주목하여 이를 라이선싱이라고 칭하는 것으로 생각된다.

이러한 혼선은 디지털·오프라인의 영역에서 가장 극명하게 드러난다. 즉, 디지털·오프라인 저작물은 유체물에 담겨 있다는 측면에서는 아날로그 저작물을, 그리고 저작물의 존재 양태에 있어서는 디지털·온라인 도메인에 속한 저작물의 성격을 닮은 중간적 형태이기 때문이다.

---

는 가장 적합한 상황을 잘 알고 있는 당사자 사이의 계약을 존중하고 법원이 조력함으로써 달성된다고 보는 시각에서 지적재산권자가 분명하게 ‘제한적인 이용권(limited license)’을 부여하는 경우 계약의 자유를 보다 우선시하는 입장에 입각한 것이라고 본다. 박준석, 앞의 책, 236-38면. 아울러, 유사한 맥락에서 “실제에 있어서, 계약당사자간 사적 계약을 이행하게 하는 것이 공공정책에 가장 부합하는 것이 될 가능성이 높은 것인바, 이는 계약이란 위협과 편익의 계산된 분배를 반영하는 것이고 많은 정보가 보급되고 획득되는 시장을 정의하는 것이기 때문이다”라는 설명도 참조할 수 있겠다. 미국의 통일컴퓨터정보거래법(UCITA), Section 105, comment 3. 참조.

## 제3장 디지털 권리소진 여부에 관한 평가와 관련 논의

### 제1절 문제의 소재

권리소진론이란 저작물이 체화된 유형물(저작유형물)을 전제로, 이 유형물에 대한 처분의 자유를 보장해 주자는 것이다. 그러나 어떤 매체에 담기지 않고 송신되는 디지털 저작물에 있어서는 저작유형물은 존재하지 않는다. 따라서 같은 내용의 저작물이 어떤 형식으로 존재하느냐에 따라 법적 취급이 달라진다.

이 결과 저작물의 존재 형식에 따라 저작권 소진 여부가 달라지는 경우 일관성이 없고 우연한 존재 형식에 따른 법적 취급의 결정이 시장에 혼란을 초래할 수 있음이 충분히 예상된다.

디지털 저작물의 재판매가 기술적, 법적으로 금지되어 있다는 점을 일반인으로서 알기가 어렵다. 더욱이 같은 디지털 저작물이라고 하더라도 CD나 DVD와 같이 저작유형물에 복제가 이루어진 존재형식과 인터넷으로 송신되는 존재형식의 대비에서, 매체 자체의 경제적 가치는 미미할 뿐인 전자에서는 권리소진의 대상이 될 수 있고 후자는 권리소진의 대상이 될 수 없다는 극명한 차별적 취급이 과연 합당한지에 대한 의문이 제기되지 않을 수 없다.

현행법이 디지털 저작권 소진을 인정하지 않는 것은 기본적으로 저작물이 담겨 있다고 할 디지털 재화(디지털 복제물)를 저작물이 체화된 유형물인 저작유형물과는 다른 법적 성격으로 보는 전제에 입각하고 있기 때문이다. 이러한 전제가 타당한지에 대하여 아래의 논의를 통하여 의문을 제기하고자 한다. 이를 통해 디지털 복제물이라는 실체란 관념적인 수준에서의 저작물과는 분리되어 엄연히 존재하는 것이므로, 디지털 복제물에 대해서는 재판매를 허용함과 동시에, 저작물에 대해서는 이용허락이 가능함을 보이하고자 한다.

## 제2절 현행 우리나라 법률상 디지털 권리소진론의 평가

디지털 권리소진론은 현행법에서는 부정적으로 볼 수 밖에 없을 것이다.

권리소진 원칙은 저작권법 제20조<sup>181)</sup> 후단에 성문 규정으로 반영되어 있다. 저작권법 제20조는 규정 형식상 오로지 배포권에 대한 예외로서 배포권을 부여하는 규정의 단서로 규정되어 있으므로, 권리소진은 저작물의 원본이나 복제물을 전제로 하는 배포권에만 적용된다.

우리나라 대법원은 ‘소리바다’ 사건에서 배포는 ‘원작품 또는 복제물을 유형물의 형태로 일반 공중에게 양도 또는 대여’하는 것이므로, MP3파일에 대하여 이용제공(making available to the public)에 해당하는 행위를 하더라도 이를 배포권의 침해라고는 볼 수 없다고 판단하였다. 또한 하급심 법원은 스트리밍 방식, 즉 이용자의 컴퓨터에 전송하고 실시간으로 재생되도록 하는 방식의 송신은 배포가 아니라고 판시하였다.<sup>182)</sup>

결론적으로, CD와 같은 저작유형물에 담긴 저작물이 전달되거나, 극단적인 사례로 디지털파일이 담긴 하드드라이브를 컴퓨터에서 떼어내서 전달하지 않는 한<sup>183)</sup>, 디지털 파일의 송신은 배포권 소진의 대상이 되지 않는다.

## 제3절 미국의 판례와 해석론

---

181) 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.

182) 위 두 사건에 대해서는 위 제2장 제5절 I. 1.항 참조.

183) 더 극단적인 사례를 들자면, 클라우드에 올려놓은 디지털 저작물이라고 할지라도 클라우드 컴퓨팅의 제반 실물 설비 전체를 양도하는 경우에는 당해 저작물에 대해서 배포권 소진이 될 수도 있겠다. 물론 하드드라이브나 클라우드 서버 등은 유통을 전제로 한 저장장치가 아니다.

## I. 미국의 판례

### 1. 서설

미국은 저작권법에 다른 나라와는 달리 공중전달권이나 이용제공권과 같은 권리 유형을 두고 있지 않은데, 이러한 전송에 관한 권리를 실질적으로 인정하지 않겠다는 것이 아니라 배포권(right of distribution)과 공연권(right of public performance)의 조합으로 포괄적인 해결(umbrella solution)을 하고 있기 때문이다.<sup>184)</sup> 국제조약의 차원에서 보더라도 WIPO저작권조약 조약(WIPO Copyright Treaty) 제8조는 공중전달권의 체결국 법에 반영하는데 있어서 체결국의 재량을 존중하고 있다.<sup>185)</sup> 그러나 명시적인 규정의 부재는 혼란을 초래할 수 있어 2013년에도 미의회 소속 저작권청장 마리아 팔란테(Maria Pallante)는 미국 저작권법상 배포권의 범위를 명확히 하는 것이 필요하다고 역설한 바 있다.<sup>186)</sup> 어쨌든 미국 판례를 해석함에 있어 배포권은 전송에 관한 권리를 포함하고 있다는 사실에 주목할 필요가 있다.<sup>187)</sup>

### 2. Vernor v. Autodesk 사건<sup>188)</sup>

오토데스크(Autodesk)사는 컴퓨터이용설계(computer-aided design: CAD) 소프트웨어인 오토캐드(Auto-CAD)의 개발자로서, 제한적 소프트웨어 라이선스 계

---

184) M. Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet*, C.8.15, 503 (Oxford, 2002).

185) *Id.* at 500-501.

186) M. Pallante, *The Next Great Copyright Act*, *Columbia Journal of Law & The Arts*, (Vol. 36, No. 3), 315, 324-25 (2013).

187) M. Ficsor, *Id.* at 502.

188) 621 F.3d 1102 (9th Cir. 2010).

약(a limited software license agreement)에 의하여 제품을 판매하고 있었다. 이 베이(eBay)에서의 상품 판매를 주요 수입원으로 하고 있던 베르너(Vernor)는 Cardwell/Thomas & Associates(“CTA”)로부터 오토카드 소프트웨어를 구매하였고, CTA로부터 구입한 저작물 오토카드 소프트웨어가 내장된 CD를 이베이에서 재판매하려고 하였다.

한편, 오토카드 소프트웨어 외부에는 본 소프트웨어는 설치과정에서 나타나는 라이선스 계약을 필요로 한다는 내용의 스티커가 부착되어 있었다. 또한 오토카드 소프트웨어를 사용하려는 이용자는 소프트웨어 라이선스 계약(Software License Agreement: SLA)을 수용하여야 한다. SLA에는 오토데스크가 이 복제물에 대한 모든 권리를 보유한다고 규정하고 있을 뿐 아니라, 구매자는 단지 이 복제물을 이용하는데 있어서 비독점적이고 양도불가능한 라이선스를 가질 뿐이라고 규정하고 있다. 오토데스크는 베르너(Vernor)가 이베이 사이트에 오토데스크의 소프트웨어를 판매하려고 내어 놓은 것을 알고 이베이측에 베르너(Vernor)의 경매를 삭제하여 달라고 요청하였고 이에 이베이는 해당 경매를 삭제하고, 베르너(Vernor)의 계정을 한 달간 정지하였다. 베르너(Vernor)는 자신이 오토데스크의 소프트웨어가 담긴 CD의 소유권자임을 주장하면서 오토데스크를 상대로 확인 소송(declaratory action)을 제기하였다. 이에 오토데스크사가 자신의 저작물인 오토데스크 소프트웨어의 소유권을 CTA에게 이전한 것인지의 여부, 즉 이 거래가 판매인지 라이선스인지의 문제가 이 사건의 쟁점이 되었다.

1심 법원은 오토카드에 대한 베르너(Vernor)의 점유취득은 라이선스가 아닌 소유권의 양도이며, 따라서 최초판매원칙이 적용되어 베르너(Vernor)의 재판매행위는 저작권 침해를 구성하지 않는다고 판단하였다.

그러나 제9항소법원은 오토데스크사가 오토카드와 관련하여 CTA와 체결한 것은 판매가 아닌 라이선스 계약이라는 용어를 사용하였고, 베르너(Vernor)는 오토카드 소프트웨어를 구매한 것이라고 할 수 없고 최초판매원칙도 적용될 수 없다



고 판단하였다. 이에 따라 저작권자가 아닌 베르너(Vernor)가 저작물을 판매한 행위는 저작권 침해에 해당한다고 판시하였다.

구체적으로, 배포권에 관한 최초판매원칙과 복제권에 관한 필수단계원칙은, 저작물의 복제물을 이용할 라이선스를 취득한 사람들은 원용할 수 없는 항변이라고 본 후, 위 항소법원은 최종사용자계약의 표현과 의도에 관한 새로운 기준, 즉 3 요소 테스트를 제시하였다. 즉, 소프트웨어 거래 시 저작권자가 최종사용자계약(EULA)을 통하여, ①거래가 라이선스임을 명시적으로 표시하고, ②이용자가 소프트웨어를 양도할 능력을 상당히 제한하고(예: 소프트웨어의 소유권을 유보하고 양도불가능한 라이선스를 부과), ③소프트웨어 이용에 현저한 제한을 부과하고 있는 경우(예: 소프트웨어의 사용을 서반구에 한정하고 허락받지 아니한 복제가 있을 때 라이선스를 종료), 이 거래는 매매가 아닌 라이선스로 본다는 것이다. 이러한 기준에 따라 CTA 는 프로그램 복제물의 소유자가 아니라 라이선서라는 것이며, 베르너(Vernor)는 최초판매원칙이나 복제권과 관련한 필수단계원칙을 원용할 수 없다는 것이다.

### 3. UMG Recordings, Inc. v. Aususto, 628 F.3d 1175 (9th Cir. 2011)

원고 회사가 별도의 요청을 받지 않은 채로 스스로 먼저 음악평론가나 라디오 디스크 자키(DJ) 등에게 우편으로 송부한 판촉용 CD에 “이 CD는 회사의 소유이고 수취인의 개인적 용도를 위하여 라이선스되는 것입니다. 이 CD를 수취하는 것으로 이 라이선스의 조건에 따라야 하는 계약이 성립합니다. 재판매나 점유의 이전은 허용되지 아니하며 연방법이나 주법에 의하여 처벌될 수 있습니다”라는 문구를 포함하였는데<sup>189)</sup>, 피고는 원고 회사로부터 직접 CD를 송부 받은 사람이

189) *UMG Recordings, Inc. v. Aususto*, 628 F.3d 1175, 1182 (9th Cir.

아니지만 여러 가지 경로로 입수한 판촉용 CD를 이베이(eBay.com)에서 경매를 붙여 판매하여 문제가 된 사안이다.

원고 유니버설 뮤직 그룹은 해당 CD는 라이선싱 된 것이므로 최초판매원칙이 적용될 수 없어 재판매를 한 피고의 행위는 저작권 침해에 해당한다고 주장하고, 피고는 원고의 행위는 판매 또는 이에 준하는 점유의 이전이므로 최초판매원칙이 적용되어 원고가 더 이상 저작권을 행사할 수 없고 자신의 재판매 행위가 정당하다고 주장하였다.<sup>190)</sup>

법원은 이 CD에는 일련번호 등 특정 복제물의 유통 경로를 파악할 수 있는 조치가 없었음을 지적한다.<sup>191)</sup> 또한 수취인의 요청이 없었던 가운데 발송한 CD에 기재된 문구(“수취하는 것으로…계약이 성립합니다”)에도 불구하고, 수취인이 아무런 조치를 취하지 않아도 라이선스 계약에의 승낙(acceptance)이 추정되는지는 의문이라고 보았다.<sup>192)</sup> 법원은 수령인이 이 계약에 동의하였다는 볼 사정이 없으므로, 법원은 판촉물의 문구에 따라 라이선스 계약이 성립하였다고 볼 구체적인 증거가 없고, 원고가 복제물에 대한 통제권을 유지하려거나 발송 이후의 CD의 소재 등을 파악하려는 노력이 전혀 보이지 않고 CD를 최종적으로 회수하고자 한 조치도 없다는 사정 아래에서 UMG사의 CD의 배포는 수취자에 대한 판매 혹은 소유권의 이전으로 보아야 하며, UMG사의 허락 없이 CD를 판매한 피고의 행위는 허용되는 것으로 판시하였다.<sup>193)</sup>

#### 4. Capitol Records, LLC v. ReDigi, Inc., 934 F.Supp. 2d 640 (S.D.N.Y. 2013)

---

2011).

190) *Id.* at 1177.

191) *Id.* at 1180.

192) *Id.* at 1182.

193) *Id.* at 1183.

이 사건에서 미국 법원은 결론적으로 디지털화된 중고음악파일에 대해서는 최초 판매원칙이 적용되지 않는다고 판단하였다. 이 사건에서는 디지털 음악저작물의 중고거래 문제를 정면으로 다루고 있다. 이 사건의 이슈는, 적법하게 구매하여 취득한 디지털 음원을 미국 저작권법 제109조(a)의 권리소진원칙의 적용하에 재판매할 수 있는가 하는 것이다.

## 가. 사안의 개요

이 사건에서 원고 캐피톨(Capitol)사는 유명 음반사이고 피고는 IT기술업체이다. 피고는 아이튠즈(iTunes)와 같은 곳에서 판매되고 있는 기존 디지털 음원에 대한 최초의 거래 장소(market place)를 제공하고자 하였다. 본질적으로는 중고 음반가게와 마찬가지로 볼 수 있지만, 피고의 거래 제공은 전적으로 디지털 영역에서만 이루어진다는 점에서 기존의 중고 음반가게와 본질적인 차이가 있다.<sup>194)</sup>

이용자가 피고의 서비스를 처음으로 이용하기 위해서는 피고가 배포하는 미디어 매니저(Media Manager)라는 프로그램을 컴퓨터에 설치하여야 한다. 이 프로그램이 설치되면, 미디어 매니저는 이용자의 디지털 음악파일을 분석하여 판매할 수 있는 음원을 선별한다. 피고 서비스에서 음악파일은 iTunes에서 구입하였거나 다른 ReDigi이용자로부터 구매한 음원만을 이용할 수 있다.<sup>195)</sup> CD에서 추출하였거나 다른 음원 공유 사이트에서 구한 음원은 이용할 수 없다. 이러한 검증 절차가 완료되면 미디어 매니저는 이용자가 판매하거나 판매를 위하여 업로드한 음원을 계속 보유하고 있는지 보기 위하여 이용자의 컴퓨터를 추가로 살핀다. 그러나 미디어 매니저는 다른 장소에 저장된 파일에 대해서는 검색할 수 없다. 만약 그러한 복제본이 발견된다면 미디어 매니저는 이용자로 하여금 그러한 파일을

---

194) *Capitol Records, LLC v. ReDigi, Inc.*, 934 F.Supp. 2d 640, 645 (S.D.N.Y. 2013).

195) *Id.*

삭제하도록 촉구하지만, 파일이 자동적으로 삭제되는 것은 아니며 이에 응하지 않을 때에는 이용자의 계정을 정지하도록 하는 것이 피고의 정책이다.<sup>196)</sup>

이제 목록이 완성된 후에는, 이용자는 사용 가능한 파일을 피고의 클라우드 라커(cloud locker)에 업로드할 수 있게 된다. 피고는 이러한 과정이 이용자의 파일을 이동(migration)하는 과정, 즉 동시에 두 개의 장소에 파일이 존재할 수 없도록 하는 것이라고 주장하는 반면, 원고는 이용자의 컴퓨터에서 클라우드 라커로 파일을 복제하는 것일 뿐이라고 주장하였다. 어쨌든 위와 같은 일련의 과정이 완료된 이후에는 디지털 음원은 클라우드 라커에 존재하고 이용자의 컴퓨터에는 남아 있지 않게 된다. 이에 더하여, 미디어 매니저는 이용자의 컴퓨터와 연결된 장비 등에서 추가적인 음원이 남아 있다면 이를 삭제한다.<sup>197)</sup>

만약 이용자가 그의 디지털 음원을 판매하기로 마음먹는다면, 클라우드 라커에 소재한 이 파일에 대한 그의 접근은 차단되고 파일의 판매 시에 디지털 파일은 새로운 소유주에게 이전된다. 이후에 이 새로운 소유주는 디지털 음원을 클라우드 라커에 보관하고 이를 스트리밍하여 듣거나 자신의 컴퓨터나 기타 장비로 다운로드 받거나 다른 사람에게 재판매할 수 있다. 이 과정에서 현금으로 환불될 수 없는 ReDigi 크레딧이 사용된다.<sup>198)</sup>

ReDigi사는 매 거래마다 부과되는 수수료로 이익을 얻는데, 곡당 거래 단가는 59센트 내지 79센트이며, 이 중 ReDigi사가 60%의 수수료를 거두어 간다.<sup>199)</sup> 이 사건의 이슈는 적법하게 구매하여 취득한 디지털 음원은 미국 저작권법 제109조 (a)의 권리소진원칙의 적용을 받아 재판매할 수 있는가 하는 것이다.<sup>200)</sup>

## 나. 법원의 판단

---

196) *Id.*

197) *Id.*

198) *Id.* at 646.

199) *Id.* 위 수수료 중 20%는 판매자의 몫이고, 20%는 저작권자를 위한 기금으로 귀속된다.

200) *Id.* at 648.

## 1) 복제권의 침해

종전에는 디지털 음원이 인터넷으로 거래될 때 음원의 이전 시점 전후로 복제물이 하나만 존재하는 경우에도 복제권 침해가 되는지에 대한 판단이 없었는데, 이 법원은 이를 복제권 침해로 의율한다는 것이다.<sup>201)</sup> 물리학의 법칙에 따라, 디지털 음원의 이전이란 다른 곳에 새로운 복제물이 생성되는 것이며 따라서 저작권법상의 “복제”를 구성한다는 것이다. 복제물이 복수로 존재하여야 하는지는 별 상관 없다. 새로운 복제물이 형성되면 복제이지 추가적인 복제물이 있을 필요가 없기 때문이다.<sup>202)</sup> 사전적 정의에 의할 때 복제란 새롭게 존재하거나 다시 존재하게 하는 것을 의미한다.<sup>203)</sup> 새로운 복제물이 형성되면 복제이지 복제권 침해가 성립하기 위하여 추가적인 복제물이 있을 필요가 없다.<sup>204)</sup>

피고는 복제물의 이동(migration)을 주장하지만, 이 주장이 사실이라고 하더라도 파일이 이용자의 컴퓨터에서 피고의 서버로 이동하였다는 것은 복제가 발생하였음을 의미한다.<sup>205)</sup> 이와 유사하게 이용자가 ReDigi의 웹사이트에서 음원을 내려 받아도, 또 다른 복제가 발생하는 것이다. 원래의 음원이 이후에도 계속 존재하는가의 여부는 별 상관 없다. 문제되는 것은 새로운 음원이 형성되는지 여부인 것이다.<sup>206)</sup>

## 2) 배포권의 침해

---

201) *Id.*

202) *Id.* at 650.

203) *Merriam Webster Collegiate Edition* 994 (10th Edition, 1998)을 인용함.

204) *Id.*

205) *Id.*

206) *Id.*

피고는 최초 판매 원칙에 의한 항변을 주장한다. 법원은 적극적 항변 (affirmative defense) 방법이 없다면, ReDigi 사이트에서의 음원의 판매는 배포 권의 침해를 구성한다고 결론짓는다.<sup>207)</sup>

### 3) 적극적 항변으로서의 공정 이용(fair use)

피고 리디지사는 개인 라커에서 개인적인 목적으로 파일을 저장하고 업로드·다운로드 하는 것은 공정이용으로 면책되는 행위라고 주장하는바 원고도 이에 대해서는 반대하지 않는다.<sup>208)</sup> 그러나 원고는 판매에 수반되는 개인 라커로의 업로드·다운로드는 공정이용의 범위에 들지 않는다는 것으로서, 법원은 원고의 주장을 받아들인다.<sup>209)</sup>

원고의 저작물에 어떠한 창작적 변형도 가하지 않은 피고의 행위는 변용적 (transformative) 이용이라고 할 수 없고, 음반이라는 저작물<sup>210)</sup>의 성격 또한 저작권 보호의 핵심에 근접하여 있으며, 저작물 중 복제된 분량 또한 저작물 전체에 해당하고, 리디지사의 행위는 저작물 시장을 상당히 침해할 것으로 보이므로, 공정이용의 4 가지 판단 요소 모두를 살펴 보아도 공정이용의 성립을 인정할 수 없다는 것이다.<sup>211)</sup>

### 4) 적극적 항변으로서의 최초 판매

미국 저작권법 제109조(a)에 규정된 최초 판매 원칙으로 인하여, 저작권자가 자신의 저작물을 판매하려고 내어 놓는 경우, 저작자는 자신의 배포권을 행사할

---

207) *Id.* at 651.

208) *Id.* at 653.

209) *Id.*

210) 음반을 저작인접물로 취급하는 우리 법제와는 달리, 저작권과는 별도로 저작인접권이라는 권리를 부여하지 않는 미국법에서는 음반 또한 저작물의 일종으로 본다.

211) *Id.* at 653-4.

권능을 상실한다는 것이다.<sup>212)</sup>

우선 최초 판매원칙에 의한 항변은 정의상 배포권에 대한 주장으로 한정되어야 한다.<sup>213)</sup> 그런데 피고가 원고의 복제권을 침해하였으므로, 최초 판매 원칙은 이러한 권리 침해에 대하여 적용되지 아니한다. 또한 ReDigi 에서 판매되는 디지털 음원은 최초 판매원칙을 규정한 관련 규정에 따라 “적법하게 제작(lawfully made)”되지 않았기 때문에 최초 판매원칙을 적용할 수 없다.<sup>214)</sup> 더군다나 최초 판매원칙이 적용되는 국면은 “특정 복제물이나 음반(particular copy or phonorecord)”에 대해서만 적용되는 것이므로, 이용자가 아이튠즈(iTunes)에서 음원을 구입하여 자신의 하드 디스크에 생성시킨 이 사안에서는 “특정 복제물이나 음반”이라 할 수 없으며, 이용자가 리디지 서버에서 음원을 판매하기 위해서는 새로운 음원을 복제하여야 한다는 것이다. 즉, “특정” 음반을 판매하는 것이 구조적으로 불가능하므로, 최초 판매원칙은 이 사안에서 적합한 항변이 될 수 없다. 달리 말하자면, 최초 판매원칙은 저작자가 상업 흐름에 놓는 음반과 같은 유형물에 한정된다는 것이다.<sup>215)</sup> 요컨대 디지털 최초판매원칙을 인정할 수 있다고 하더라도, 이는 “컴퓨터, 하드 디스크, 아이팟, 혹은 파일을 최초로 다운로드 받은 기억장치”에 미치는 것이지 파일 자체에는 미치지 않는다는 것이다.<sup>216)</sup>

피고는 저작권법의 애매한 규정은 새로운 시대에 맞게 해석되어야 한다고 주장하는데, 법원은 저작권법의 관련 조문은 소유자의 적법한 특정 복제물이나 음반에 적용되어야 함을 규정한 것으로서 애매한 구석이 없고, 피고의 정책적 주장(policy argument)은 해당 법원에는 허용되지 아니한 입법 행위를 해 달라는 것으로 밖에 볼 수 없다는 이유에서 피고의 주장을 배척하였다.<sup>217)</sup>

---

212) *Id.* at 654.

213) *Id.* at 655.

214) *Id.*

215) *Id.*

216) *Id.* at 656.

217) *Id.*

## 다. 검토

디지털 저작물이 온라인으로 무형적으로 보급된 경우를 다루고 있는 이 사건에서 미국 법원은 디지털 권리소진이 제도화되지 않는 한, 이러한 사안에서 복제권과 배포권의 침해로부터 면책될 사유가 없다고 보고 있다. 공정이용의 성립 가능성도 부정한다.

## II. 미국 저작권청의 제104조 보고서

### 1. 내용

미국의 디지털밀레니엄저작권법(DMCA)은 1998년에 통과되어 저작권법에 편입되었다. 당시 관련 청문회에서는 하원사법위원장이 디지털 저작권 소진 이슈에 대해서 설명을 듣고는 “저의 의견으로는, 최초판매원칙을 디지털 영역으로 확장하는 것은 이 원칙이 의도하였던 원래의 취지와는 반대의 결과를 낳게 될 것 같다”라고 발언하였다는 기록이 남아 있다.<sup>218)</sup> DMCA는 시행일로부터 3년 이내에 이 법의 입법 영향을 평가하도록 함에 따라 미국 저작권청은 관련 기관과 협력하여 2001년에 “DMCA Section 104 Report”<sup>219)</sup>(이하 간단히 ‘제104조 보고서’라고 함)를 발간하였는데, 여기에는 디지털 권리소진론에 대한 면밀한 분석이 포함

---

218) 144 Cong. Rec. H7098 (daily ed. Aug. 4, 1998) (statement of Rep. Boucher).

219) United States Copyright Office, *Section 104 Report - A Report of the Register of Copyrights Pursuant to §104 of the Digital Millennium Copyright Act* (Aug. 2001), <<https://www.copyright.gov/reports/studies/dmca/sec-104-report-vol-1.pdf>> (2018. 6. 29. 최종 방문)



되어 있다.<sup>220)</sup> 제104조 보고서는 디지털 권리소진론에 대하여 아래와 같이 평가하였다.<sup>221)</sup>

①1976년 저작권법 제109조 (a)항의 최초 판매 특권(first sale privilege)은 저작물이 고정되어 있는 특정 ‘유형물’에 대한 소유권을 요건으로 적용되는 것이며, ②합법적으로 제작된 저작유형물의 소유자가 이를 무단으로 디지털 전송하는 것은 저작물의 무단 복제에 해당하고, 그러한 무단 전송으로 야기된 복제권 침해에 대하여 제109조(a)항을 근거로 방어(정당화)할 수 없고, ③통상 인터넷을 통해 어느 사람으로부터 다른 사람으로 복제물이 전송되는 것을 허용하기 위해, 저작권에 대한 새로운 예외를 만들고자 제109조를 확대 적용할 것을 제안하는(단, 전송자의 복제물은 삭제되거나 사용할 수 없게 됨을 전제로 함) 소위 디지털 최초 판매의 법리(digital first sale doctrine)는 수용할 수 없다.

이렇게 보는 주된 이유는 다음과 같다.

①유형의 복제물과 달리 디지털 정보는 가치가 저하되지 않으며, 거의 즉시에 전송되고 시간, 장소, 노력 또는 비용의 장벽 없이 완벽하게 복제될 수 있기 때문에, ‘중고’ 복제물이 동일 저작물의 신규 복제물과 동일한 가치를 가지고 있어 서로 구별될 수도 없고, 따라서 그와 같은 ‘중고’ 복제물이 신규 복제물과의 시장 점유율 측면에서 경쟁할 수 있는 능력이 디지털 세계에서 훨씬 더 크다는 점, ②송신자가 전송 후 자발적으로 자기의 복제물을 삭제하는 적극적인 행위를 하는 것에 의존하거나, 완벽하지 않은 ‘전송 후 자동 삭제(forward-and-delete)’ 기술의 사용에 의존하는 것만으로는 현저히 증가될 저작권 침해의 위험에 대한 적절

---

220) 당시에 이미 디지털 권리소진을 제도화할 것을 내용으로 하는 Boucher-Campbell 법안(H.R. 3048)이 의회에 제출되어 있는 상태였다. 위 법안에 대해서는 본고 제5장 제1절 II. 1.항 참조.

221) 제104조 보고서, 2-23면, 78-105면의 요지.

한 대응이 될 수 없다는 점, 그리고 ③제109조의 확대 적용은 결과적으로 디지털 침해의 증가로 이어질 위험이 크기 때문에 그 확대 적용에 대해서는 매우 신중하게 접근해야 하기 때문이라는 것이다.<sup>222)</sup>

이러한 종합적인 검토 의견은 다음과 같은 세부적인 고민을 기반으로 한 것이다.

① 송신이 문제되는 국면을 상정하여 보면 디지털 복제물의 대여 또한 아날로그 복제물의 상황과는 다르다. 전자책의 대여를 생각하여 보면, 아날로그 서적에서는 한 사람이 책을 대여하여 읽으면 그 사람이 책을 실제로 읽든 읽지 않든 상당한 대여 기간 중에는 다른 사람이 해당 도서를 대여할 수 없게 되는 것이지만, 전자책이라면 대여자가 전자책을 닫은 상태에서는 또 다른 사람에게 대여될 수 있는 것이므로, 소수의 복제물로도 대량의 수요를 충족할 수 있게 된다. 이러한 대여 활동의 효과는 아날로그 세계에서보다 디지털 세계에서 더 영향이 크다.<sup>223)</sup>

② 송신 후 삭제 기술이 채택되어 있지 않다면, 송신에 의한 유형물의 이전은 송신자에 의한 추가적인 적극적인 행위(additional affirmative act)를 필요로 한다. 하지만 불법복제의 위험성이 상당한 디지털의 영역에서 이러한 송신자 행위의 확인 곤란성은 권리 집행의 곤란성을 증폭시킬 것이다.<sup>224)</sup>

③ 송신 후 삭제 기술도 완전한 것이 될 수 없다. 기술적 조치는 언제든지 해킹 될 수 있고, 적용하기가 비싸고, 시장에서 저항에 직면하기도 한다. 현실 세계에서 이러한 매커니즘이 작동하기 위해서는, 유통업자는 비싼 정보 기술을 적용하여 그 비용을 소비자에게 전가할 수밖에 없을 것인데, 이렇게 비싼 기술이 적용

---

222) 제104조 보고서, 82-3면의 설명 요지.

223) 앞의 보고서, 83면.

224) 앞의 보고서, 83-4면.

된 제품은 시장에서 큰 환영을 받지 못할 것임을 생각하여 본다면 효과가 제한적일 것이다. 더군다나, 이러한 효과적인 송신 후 삭제 기술이 현실에 존재한다는 증거가 없다.<sup>225)</sup>

④ 송신 후 삭제의 이슈와 관련하여 이용자의 자발적인 삭제에 기댈 수도 없는 이유는, 관리자가 탐지하기 어려운 속임수를 조장하는 것이 될 수 있고, 이러한 삭제 의무에 공중이 일반적으로 따르리라고 생각하기 어렵기 때문이다.<sup>226)</sup> 만약 관리자에게 삭제가 되지 않았다는 점을 입증하라고 하면 이는 거의 달성하기 어려운 증거법적 부담을 관리자에게 지우는 것이 된다.<sup>227)</sup> 이용자로서도 송신과 동시에 삭제가 되었다는 점에 관한 입증책임이 자신에게 놓인다면 이를 입증하기가 극히 곤란할 것이고, 자신의 컴퓨터에 디지털 파일이 없다는 점을 보이기만 된다면 송신 후 즉시 시점이 아니라 언제라도 임의의 시점에서 삭제한 후 하드 드라이브를 제출할 것이므로 증거로서의 가치가 없을 것이다.<sup>228)</sup>

⑤ 보통법에 연원을 둔 최초판매원칙의 기저에 놓여 있는 정책적 목표는 유형적인 저작유형물의 자유로운 유통을 보장하고자 하는 것인데, 제109조의 제한을 디지털 영역으로 확장한다고 하여 이러한 정책적 목표에 기여한다고 하기 어렵다.<sup>229)</sup>

## 2. 평가

이 보고서가 발간된 2001년은 파일 공유 사이트인 냅스터 사건<sup>230)</sup> 등에 의하

---

225) 앞의 보고서, 84면.

226) 앞의 보고서, 97면.

227) 앞의 보고서, 98면.

228) 위와 같음.

229) 앞의 보고서, 86-88면.

여 전세계적으로 저작권 업계가 심각한 타격을 입었던 무렵이다. 보고서는 법 개정에 따른 부정적인 영향을 상회하는 입증된 필요가 있을 때에 한하여 디지털 권리소진의 도입을 검토할 수 있을 것이라고 하였는데<sup>231)</sup>, 당시의 시대적 상황과 저작권 보호기술의 기술적 진보가 확인이 안 된 상태에서 정부가 이러한 보수적인 입장을 견지한 점은 충분히 수긍할 수 있다. 그런데 미국 정부에 의하여 발표된 근래의 후속 보고서에서도 2001년의 보고서의 기초가 그대로 유지되고 있는 점은 유의할 필요가 있다.

### III. 근래의 미국 정부의 논의 경과

#### 1. 2013년의 저작권 녹색(Green Paper)

근래 미국의 정책당국에서의 논의 동향을 보면 2001년의 제104조 보고서에 담은 내용과 잠정적인 결론이 시간이 경과함에 따라 더 이상 유효하지 않을 수 있다고 보고, 이 사안을 다시 심각하게 검토하고 있는 것으로 파악된다.

2013. 7.에 발간된 미국 상무성의 인터넷 정책 태스크포스 보고서(이하 ‘저작권 녹색’라 함)<sup>232)</sup>에서는 2001년의 제104조 보고서에서 기재한 디지털 권리소진 제도 도입 주창자들의 의견을, ①디지털 권리소진은 재판매 시장을 신품 시장과 병존하게 함으로써 가격을 낮추고 경쟁을 촉진하는 효과가 있고, ②친구와 가족간 저작물을 나누게 하는 전통적인 가치를 보존할 수 있고, ③학생들이 교과서 등을 저렴한 가격으로 구입할 수 있도록 해 주는 효과가 있다고 요약하고<sup>233)</sup>, 소프트

230) 이와 관련된 민사소송은 *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (2001)이 있다.

231) 앞의 보고서, 97면.

232) The Department of Commerce Internet Policy Task Force, *Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy*, (2013. 7). <https://www.uspto.gov/sites/default/files/news/publications/copyrightgreenpaper.pdf>, (2018. 6. 29. 최종 방문).

웨어 분야에서는 이미 만연한 현상이고 근래에는 전자책(e-book)분야에서도 라이선싱이 일반화되고 있는 바, 권리소진에 이르게 하는 판매와 그 대책점에 있는 라이선싱의 의미를 다시 한 번 검토할 필요가 있다는 점<sup>234)</sup>, 미국 연방대법원의 Kirtsaeng 판결에서 정리된 바 있듯이 저작권자의 허락을 받아 세계 어디서나 판매된 저작유형물은 미국에서 재판매될 수 있다는 사법적 판단은, 비록 직접적으로는 최초판매원칙의 온라인 적용의 이슈와 관련된 것은 아니지만, 저작권자가 그들의 저작물을 다른 시간과 국가에서 다른 가격으로 판매의 청약을 하는 능력에 영향을 미쳐, 의회로 하여금 최초판매원칙을 전체적으로 재검토하게 하는 효과를 가져왔다고 보았다.<sup>235)</sup>

이러한 변화에 즈음하여, 미국 상무성의 태스크포스는 최초판매원칙의 편익을 디지털 영역에서도 보존할 방법이 있을지, 2001년 제104조 보고서의 결론을 수정할 만큼의 기술 환경의 변화가 생긴 것인지 등을 주목할 필요가 있다고 하면서, 미국 특허청(USPTO) 및 미국 의회 저작권청(Copyright Office)과 협업하여 이 이슈에 관한 의견수렴과 라운드테이블 회의를 열 계획이라고 밝히고 있다.<sup>236)</sup>

미국 의회 저작권청장인 마리아 팔란테(Maria Pallante)의 기고문, “차후의 위대한 저작권법”에서도 위와 같은 맥락에서의 문제의식, 즉 의회가 디지털 시대에 최초판매원칙의 일반적인 적용과 재판매에 따른 중복 카피에 대한 송신 후 삭제 기술과 같은 조치의 도입을 통한 적정한 관리 방안을 검토할 수도 있을 것이라는 지적이 나타나 있다.<sup>237)</sup>

## 2. 2016년의 저작권 백서(White Paper)

---

233) 앞의 저작권 녹서, 36면.

234) 위와 같음.

235) 앞의 저작권 녹서, 37면.

236) 위와 같음.

237) M. Pallante, *Id.* at 332.

## 가. 백서의 내용

위 2013년 저작권 독서에 담은 문제의식을 바탕으로 하여, 미국 특허청, 의회 저작권청 등을 중심으로 조직한 인터넷 정책 태스크 포스(task force)는 많은 논의를 거쳐 2016. 1. ‘저작권 백서’를 발간하게 된다.<sup>238)</sup> 저작권 백서에는 이용자 생성 콘텐츠(UGC)의 문제, 법정손해배상금 문제 등 미국의 정책당국에서 정밀한 검토를 요한다고 본 여러 이슈가 담겨져 있으나 여기에서는 디지털 저작권 소진에 한정하여 그 내용을 살펴본다.

저작권 백서는 다수의 온라인 서비스에서 디지털 저작물의 가족 간·친구 간 대여를 가능하게 하고 있고, 다른 서비스들에서는 복제물의 대여나 서브스크립션과 같은 접근 방식(access-based service)으로 중고 시장이 존재하는 것과 동등한 결과를 실현하고 있음을 지적한다.<sup>239)</sup> 또한 수요자의 필요에 맞추어 다양한 형태의 다운로드, 임시적 다운로드, 스트리밍 서비스 등이 각 조건과 가격을 달리하여 제공되고 있다고 한다.<sup>240)</sup>

저작권 백서에서는 가령 책이라는 유체물은 공간을 많이 차지한다는 문제점 때문에 재판매의 필요성을 인정할 수 있는 점과 비교할 때, 디지털 저작물의 재판매의 이유를 찾기가 어렵다고 본다.<sup>241)</sup>

또 중고품의 가격을 어떻게 설정하여야 하는지에 관하여도 알기 어렵고, 그러한 (중고) 복제물의 가치가 얼마인지도 잘 알 수 없는 등 재판매가 허용되지 않음으로써 얼마만큼의 편익의 감소가 발생하는지에 대한 경험적인 자료를 접할

---

238) 정식 명칭은, “레믹스, 최초판매, 법정허락에 관한 저작권 백서(The Department of Commerce Internet Policy Task Force, *White Paper on Remixes, First Sale, and Statutory Damages - Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy*, (January 2016))” 이다. 이하 ‘저작권 백서’라 약칭한다.

<<https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/copyrightwhitepaper.pdf>>

(2018. 6. 29. 최종 방문)

239) 앞의 저작권 백서, 42-43면.

240) 앞의 저작권 백서, 58-59면.

241) 앞의 저작권 백서, 59면의 각주 367번.

수 없음을 지적한다.<sup>242)</sup>

여기에 더하여 많은 이용자들이 다양한 가격 설정을 가능하게 하는 월정액으로 무제한의 저작물에 대한 접근이 가능한 서브스크립션 서비스 등 라이선스 서비스를 이용하고 있음도 아울러 지적하고 있다.<sup>243)</sup>

한편, 도서관에서의 전자책 대출과 관련하여서는, 경쟁법의 작용으로 인하여 출판업계가 도서관계와 라이선싱이나 판매 관행에 대하여 집단적인 의사결정이 이루어지기 어려운 현 시점에서는 정부의 조급한 개입으로 인하여 도서관과 출판계 사이의 창의적인 해결 방안의 도출과 같은 효율적인 과정을 방해하지 않는 것이 좋겠다는 결론을 내리고<sup>244)</sup>, 저작물의 보존(preservation)과 이용자의 프라이버시(privacy)와 같은 측면에 대해서는 이러한 문제가 중요함은 인정하지만 재산의 양도성을 인정할지의 문제인 소진의 결정에 있어서 핵심적인 문제가 아닐 수 있음을 지적하면서 최초판매원칙을 디지털 영역에 확장하는 것은 관련 기록을 비추어 보건데 이러한 이슈에 관한 최선의 해법은 아니라고 보았다.<sup>245)</sup>

보존 문제에 관해서는 도서관과 문서보관소(archives)가 결정적인 역할을 하고, 이러한 역할은 라이선싱에 따르는 제한(licensing restriction)에 의하여 제약이 있기도 하지만 이 문제는 디지털 권리소진의 도입이 아니라 도서관 면책에 관한 미국 저작권법 제108조의 개정으로 접근하여야 할 문제라고 보았다.<sup>246)</sup>

도서관의 역할 이외에도 저작물의 보존 측면으로는, 기기에 결부된 디지털 저작물이 관련 기술의 급속한 발달로 다른 재생 방법이 대두되면서 재생을 못하게 되는 문제 또는 디지털 생태계(digital ecosystem)의 측면에서 저작물의 접근과 관련된 사업을 영위하는 큰 회사가 파산하거나 시장에서 퇴출되면서 그러한 회사가 제공하는 관련 기술이 사라지는 문제 등을 생각해 볼 수 있는데 역시 디지

---

242) 앞의 저작권 백서, 59면.

243) 앞의 저작권 백서, 59-60면.

244) 앞의 저작권 백서, 61면.

245) 앞의 저작권 백서, 62면.

246) 위와 같음.

털 권리소진으로 접근할 문제가 아니라는 것이다.<sup>247)</sup> 즉 디지털 복제물을 소유하는지 단순 점유하는지 하는 것은 디지털 복제물의 보존의 측면에서 볼 때에는 별 상관 없이, 복수의 장소에서 복수의 복제물이 존재하면 할수록 보존성이 증가한다는 것이다.<sup>248)</sup>

개인 컬렉션의 보존 문제 또한 최초 판매원칙의 범위 밖에서 해답을 구하는 것이 옳지만, 시장의 추이를 모니터링하자는 제안을 한다.<sup>249)</sup>

프라이버시 측면 또한 도서관에서의 도서 대출과 관련한 이용자 특정 프라이버시 이슈 등에서 여러 문제가 있지만, 이미 여러 주에서 도서관 프라이버시법이 인정되고 있으며 이러한 맥락에서 해결되기를 바란다고 한다.<sup>250)</sup>

저작권 백서에서는, 디지털 복제물의 질이 매우 높고 전세계적인 수준에서 전파가 즉각적으로 일어날 것이기 때문에 디지털 저작권 소진이 일차 시장(primary market)에 미칠 악영향이 상당할 것이라고 보면서, 2001년 미국 저작권청의 제104조 보고서를 그대로 인용하고 있다.<sup>251)</sup>

한편 저작권 백서에서는 디지털 저작물의 재판매 후에도 복제물을 여전히 보유하는 행위를 방지하는 기술이 실질적으로 존재한다는 충분한 증거가 제시되지 않았다고 한다.<sup>252)</sup> 만약 이러한 기술이 존재한다면 저작물의 일차 시장에 미치는 영향에 대한 평가가 달라져야 할 것이라고 한다. 그러나 만약 디지털 저작물을 재판매 후에도 계속 보유하는 행위를 방지하는 효과적인 기술이 존재한다고 하더라도, 복제물의 질이 원본의 질과 차이가 없고 즉각적으로 전세계적인 송신이 일어난다는 저작권청이 제기한 이슈에는 영향을 미치지 않는다고 한다.<sup>253)</sup>

또한, 광범위한 디지털 저작권 소진의 제도화는 전통적인 보유 모델(ownership

---

247) 앞의 저작권 백서, 같은 면.

248) 앞의 저작권 백서, 63면.

249) 위와 같음.

250) 위와 같음.

251) 앞의 저작권 백서, 65면.

252) 앞의 저작권 백서, 66면. 그런데 같은 면의 각주 401면에서는 미국에서 특허를 받은 기존 기술이 있음을 소개하고 있다.

253) 앞의 저작권 백서, 같은 면.



model) 대신 현재 빠르게 성장하고 있는 새로운 라이선싱 기술과 적응적 가격 체계에 손상을 가져올 것이라고 본다. 만약 최초판매원칙이 새롭게 등장하는 공유의 이전 방식에 관계되거나, 혹은 일부 라이선스 계약까지 미치게 된다면 저작권자가 다양한 조건과 옵션으로 저작물을 제공하려는 유인을 해치게 될 것이라고 예상한다. 재판매를 미리 예상하여 최초 공급의 가격을 올리게 될 것이라는 예측 또한 따른다.<sup>254)</sup>

현재의 온라인 시장 환경에서, 소비자는 친구들과 가족과 같이 저작물을 공유할 수 있는 종래의 혜택을 여전히 누리고, 저작유형물보다 보다 싼 가격에 디지털 저작물을 향유할 수 있는 기회를 만끽하고 있다고 보았다. 그러나 장래에도 이러한 혜택이 계속 이어질지, 혹은 저작권자의 통제권이 증가하지 않을지에 대해서는 우려의 목소리가 없지 않다고 한다.<sup>255)</sup> 디지털 저작물에서 재판매의 가능성, 혹은 중고시장의 성립 가능성이 없어진 것이 사실이지만, 이러한 사실이 어느 정도의 후생 손실을 가져왔는지에 대해서는 현재로서는 잘 측정하기 어렵다고 하고 있다.<sup>256)</sup>

만약 디지털 최초판매의 원칙이 도입된다면, 완전한 복제물로 이용자의 수요를 일대일로 대체할 수 있고, 복제물이 누증(multiplication)될 가능성을 차단할 기술을 신뢰하기 어렵고, 송신자의 복제물을 자동적으로 삭제하는 기술이 ‘중고’ 디지털이 시장에서 신제품과 경쟁하는 상황에 대하여는 적절한 해법이 될 것 같지 않다는 것이다.<sup>257)</sup>

결론적으로 관련 증거를 살펴 본 결과, 디지털 저작권 소진을 인정하지 않음으로 생기는 불이익이나 사회 후생의 감소를 측정하기 어렵고, 2001년의 제104조 보고서에서 논한 저작권자의 핵심 시장(primary market)에 미칠 부정적인 영향이 관련 기술의 발달에도 불구하고 여전히 존재하고 있는 것으로 보인다는 것이

---

254) 위와 같음.

255) 앞의 저작권 백서, 67면.

256) 위와 같음.

257) 위와 같음.

다.<sup>258)</sup> 그리고 최초판매원칙을 확대함으로써 새로운 비즈니스 모델의 유연성을 저해할 가능성이 없지 않다고 결론짓고 있다.<sup>259)</sup> 현재로서는 최초판매원칙을 디지털 영역으로 확장할 필요는 발견하지 못했지만, 장래의 시장 상황을 계속적으로 모니터링하여야 하고 필요할 경우 이 이슈를 새롭게 다룰 기회가 있을 것이라고 한다.<sup>260)</sup>

이용자의 인식과 관련하여서는, 최종사용자계약(EULA)의 복잡다단한 측면을 이용자에게 이해시키는 과제는 디지털 저작물 거래만의 문제가 아니라고 하면서도, 디지털 저작물의 “구매” 버튼(“buy”, “purchase”, “own”등)이 이용자의 혼란을 가중시킬 수 있다는 점을 인정하면서 이러한 용어를 사용하지 않던가, 최종사용자계약(EULA)의 내용을 이용자에게 잘 전달할 수 있는 실무를 개발할 필요가 있다고 보고 있다.<sup>261)</sup>

## 나. 평가

미국 상무성의 저작권 백서는 미국에서의 디지털 저작권 소진에 관한 제반 논의를 망라하여 분석한 자료로서 그 가치가 높다. 저작권 백서에 담겨 있는 내용을 포함하여 전반적인 디지털 저작권 소진 반대론에 대한 본 논문의 제반론은 아래 제4장 제4절에서 다루기로 하고 여기에서는 다음과 같은 코멘트나 의문점을 간략히 제기하고자 한다.

첫째, 아무리 디지털 저작권 소진의 논의에서 신품과 동일한 품질의 중고품 가격이 신품 시장을 위협하는 요소가 된다 할지라도 신품과 중고품의 경쟁력이 가격 측면에만 존재하는 것이 아닌 마당에<sup>262)</sup>, 중고품의 가격 결정 문제에 대해서

---

258) 앞의 저작권 백서, 58면.

259) 위와 같음.

260) 앞의 저작권 백서, 68면.

261) 앞의 저작권 백서, 68-9면.

262) 디지털 저작물의 신품과 중고품의 가격 이외의 경쟁력 차이에 대해서는 제4장 제4절

지나친 비중으로 다루어 디지털 권리소진의 도입에 결정적인 부정적 논거로 삼고 있는 듯하다.

둘째, 저작권 백서에서는 디지털 저작물의 재판매 후에도 복제물을 여전히 보유하는 행위를 방지하는 기술이 실질적으로 존재한다는 충분한 증거가 제시되지 않았다고 하면서 특허기술의 존재를 각주 한 줄로만 매우 간략하게만 다루고 있는데<sup>263)</sup>, 효과적인 저작권 보호기술이 존재함에 충분한 증거가 제시되지 않았다고 결론을 내리려면 적어도 특허기술 그것도 자국의 심사관청이 특허를 허여한 복수의 특허기술이 어떤 측면에서 효과적인 저작권 보호기술이 되지 못하는지를 판단하였다는 과정은 드러내야 했을 것이다. 보호기술의 효과성 여부는 디지털 저작권 소진의 도입에 있어 핵심적인 논의인데, 전체적인 보고서의 분량이나 수준에 비하여 그 부분의 설명이 너무나 간략하여 디지털 저작권 소진의 도입에 관한 부정적인 결론을 내리기 위하여 특허기술의 존재 의미를 애써 외면하였다는 느낌을 지울 수 없다.

셋째, 저작권 백서에서는 디지털 저작물의 판매와 라이선싱의 구별이 흐릿하다. 서브스크립션 모델을 위시하여 저작물 라이선싱이 실무적으로 많이 이루어진다는 사실에만 주목할 뿐 현실에서 엄연히 존재하고 상당한 비중을 갖고 있는 복제물 판매 모델의 존재는 거의 다루지 않고 있는데, 보다 깊이 있는 분석을 위해서는 판매 모델과 비판매모델의 명확한 기준을 세우고 구별하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

마지막으로 저작권 백서에서는 디지털 복제물의 재판매 후에도 복제물을 여전히 보유하는 행위에 대한 실효적인 규제가 없다는 점을 크게 강조하고 있지만, 기존의 저작권법이 컴퓨터프로그램의 보존을 위한 복제를 허용하면서 프로그램의 복제물을 소지·이용할 권리가 상실된 경우에 폐기를 실효적으로 담보할 별다른 조치 없이도 이용자의 복제물의 폐기 의무만을 규정<sup>264)</sup>하고 있는 점을 생각

---

#### II. 4. 참조.

263) 앞의 저작권 백서 66면. 또한 같은 면의 각주 401번 참조.

해 보면 기존에 별 문제없이 잘 작동하고 있는 제도와 비교를 해 보더라도 균형이 잘 맞지 않는 과도한 우려라고 본다.

#### IV. 「Nimmer on Copyright」의 견해

「Nimmer on Copyright」에서는 다음과 같은 견해를 피력하고 있다. 최초판매 원칙은, ①해당 복제물이 원고의 허락을 받아 복제되고, ②그 특정 복제물이 원고의 허락을 받아 이전되었으며, ③피고가 해당 복제물의 적법한 보유자이고, ④피고가 특정 복제물을 단순히 배포한 것이라면 요건이 모두 충족되어 배포권이 소진된다.<sup>265)</sup>

그런데 디지털 저작권 소진 원칙이 문제되는 상황에서는, ④요건의 특정 복제물(particular copy)의 배포라는 요건이 특히 항상 문제된다는 것이다. 양도인이 양수인에게 전달할 복제물을 제작한 후, 자신이 보유한 복제물을 삭제하더라도 이는 항상 저작권자의 복제권을 침해하는 것이 되어, 최초판매원칙의 적용을 받

---

264) 미국 저작권법 제117조(a)(2)의 규정이나 이에 대응되는 우리나라 저작권법 제101조의5 제2항의 규정을 말한다.

미국 저작권법 제117조 배타적 권리에 대한 제한: 컴퓨터 프로그램

(a) 복제물 소유자에 의한 추가적인 복제물의 제작과 개작.- 제106조의 규정에도 불구하고, 컴퓨터 프로그램 복제물의 소유자가 그 컴퓨터 프로그램의 다른 복제물이나 개작물을 만들거나 이를 허락하는 것은 저작권의 침해가 되지 아니한다, 다만:

- (1) 이러한 컴퓨터 프로그램의 새로운 복제물이나 개작물이 기계에 접속하여 이용하는 데 있어서 본질적인 절차로서 만들어지고, 이것이 달리 사용되지 않아야 하거나, 또는
- (2) 이러한 새로운 복제물이나 개작물은 단지 기록 보존의 목적을 위한 것이어야 하고, 컴퓨터 프로그램의 계속적인 점유가 정당하지 아니한 경우에 모든 기록보존용 복제물은 파괴되어야 한다.

우리나라 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.

265) Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Id.* § 8.13.[A].

지 못한다. 전달되는 것이 특정 복제물(비트) 자체가 아닌, 특정 복제물(비트)과 닮은 복제물(비트)이 전달되는 것이기 때문이다.<sup>266)</sup>

이 책에서는 미국 의회가 디지털 저작권 소진의 문제를 다시 검토한다면, 디지털 저작물이 저장되는 하드웨어 환경의 항상적인 발전과 변화를 고려하여야 한다고 설명한다. 유형매체가 시간이 지남에 따라 열화되는 것과 마찬가지로, 오늘날의 컴퓨터와 다른 전자 기기는 무서운 속도로 바뀐다는 것이다.<sup>267)</sup> 그리 오래 전도 아닌 예전에 모든 컴퓨터가 플로피 디스크 드라이버를 가지고 있었지만 이러한 장치들은 이제는 더 이상 쓰이지 않는 것처럼, 열화의 과정은 디지털 영역에서도 마찬가지로 일어난다는 견해이다.<sup>268)</sup> 모든 정보기기는 필연적으로 고장이 나고, 전자 데이터는 언젠가 읽을 수 없는 때가 닥친다.<sup>269)</sup>

이러한 언급을 종합해 보면 「Nimmer on Copyright」의 견해는 디지털 저작권 소진을 긍정적으로 검토하여 도입할 수 있다는 전망에 가까워 보인다.

## 제4절 유럽의 판례와 해석론

### I. UsedSoft 판례(C-128/11, 2012)<sup>270)</sup> 및 이에 대한 평가

#### 1. 사건의 개요

독일의 중고 소프트웨어 판매 업체인 유즈드소프트(UsedSoft)사는 오라클(Oracle)사의 고객으로부터 구매한 라이선스를 자신의 고객에게 재판매하였다.

---

266) *Id.*

267) Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Id.* § 8.13.[A] (Matthew Bender, rev. ed. 2013).

268) 위 문헌, 각주 35.1.번.

269) *Id.*

270) Case C-128/11, *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*, 2012 E.C.R. I-0000.

유즈드소프트사로부터 중고 라이선스를 구입한 고객은 오라클사의 웹사이트에서 직접 프로그램의 복제물을 다운로드받아 라이선스를 적용할 수 있다. 오라클사는 이러한 거래 관행을 금지시키기 위하여 유즈드소프트사를 상대로 독일 법원에 소를 제기하였다. 원고 오라클사는 고객은 ‘중고’ 오라클 라이선스를 제3자에게 이전 또는 재판매 할 수 없음을 주장하였다. 최초판매의 원칙은 판매가 아니라 라이선스를 받은 것에 불과한 무형물에는 적용되지 않는다는 이유에서이다.

이에 피고 유즈드소프트사는 EU저작권법에 따르면, 소프트웨어의 복제품을 판매하는 소프트웨어 공급업체는 중고제품을 추가적으로 판매하는 것에 반대할 수 없다고 반박하였다.

## 2. EU사법재판소의 판단

사건이 최초로 제기되었던 독일 법원은 EU사법재판소(ECJ)에 ‘저작자에 의하여 허락된 프로그램의 다운로드가 어떠한 조건에서 유럽연합지침 2009/24/EC<sup>271)</sup> 제4조 제2항 소정의 배포권의 소진과 같이 해석될 수 있는가’라는 쟁점 사항에 대한 판단을 구하였다.

EU사법재판소에 의하면 널리 받아들여지는 정의의 수준에서 ‘판매’란, 대가 관계가 있어 반대급부에 의하여 한 사람이 다른 사람에게 그의 물건이나 무형적인 재산의 소유권을 이전한다는 계약을 말한다. 따라서 유럽연합 지침 2009/24, 제4조 제2항에 의하여 컴퓨터 프로그램의 배포권이 소진되기 위해서는 복제물의 권리의 이전이 수반되어야 한다.<sup>272)</sup>

오라클은 자신이 컴퓨터 프로그램의 복제물을 판매하지 않았다고 주장한다. 단

---

271) 정식 명칭은, 컴퓨터 프로그램의 법적 보호에 관한 2009. 4. 23.자 유럽의회 및 이사회 지침 2009/24/EC이다. Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs. 이하 ‘유럽연합 지침 2009/24’ 로 약칭한다.

272) *Id.* at Note 42.

지 회사의 고객들에게 무료로 관련프로그램을 제공하고 복제물을 다운로드 받을 수 있도록 하였을 뿐이라는 것이다. 그러나 그러한 복제물은 오라클사와 이용자 라이선스 계약을 체결하지 않고는 사용될 수 없다. 그러한 라이선스는 오라클의 고객에게 프로그램에 대한 무제한적 기한의 비배타적, 양도불가능한 라이선스를 허여하는 것이다. 오라클사는 복제물을 무료로 제공하는 것이나 라이선스 계약을 체결하는 것은 복제물의 소유권의 이전을 수반하지 않는다고 주장한다.<sup>273)</sup>

이러한 관점에서, 프로그램 복제물의 다운로드와 이용자 라이선스 계약의 체결이 불가분의 일체(indivisible whole)를 형성한다는 점을 주목할 필요가 있다. 컴퓨터프로그램의 다운로드만만약 그러한 복제물이 소유자에 의하여 사용될 수 없다면 아무런 의미가 없다.<sup>274)</sup> 이러한 환경에서, 위에서 언급된 운용 절차는 일체로 보자면, 문제된 프로그램의 복제물의 소유권의 이전에 해당한다.<sup>275)</sup>

컴퓨터프로그램의 소유권의 이전은 이용자가 프로그램을 다운로드하고 그 복제물에 관한 라이선스 계약을 체결하여, 복제물을 무한정한 기간 동안 사용할 단일의 요금을 지급하는 거래와 관련하여 발생한다.<sup>276)</sup> 본 거래를 일체로 파악하면 문제된 컴퓨터프로그램의 소유권이 이전이 있었다고 결론짓는데 문제가 없다.<sup>277)</sup>

유럽연합 사법재판소는 경제적인 관점에서, 인터넷을 통한 다운로드나 CD-ROM이나 DVD를 통한 프로그램의 판매가 매우 유사하다는 점을 지적한다. 따라서 유럽연합 지침 2009/24 제4조제2항을 평등원칙에 비추어 해석하면, 최초 판매가 프로그램의 유형적 판매인지 무형적 판매인지의 여부와 관계없이 배포권의 소진 원칙이 적용되어야 한다는 것이다.<sup>278)</sup>

---

273) *Id.* at Note 43.

274) *Id.* at Note 44.

275) *Id.* at Note 46.

276) *Id.* at Note 45.

277) *Id.* at Note 46. 이 사안은 CD-ROM이나 DVD에 담긴 프로그램이 이용자에게 제공되는 환경과 다를 바가 없다. CD-ROM의 거래에서조차도 권리자는 이용자의 프로그램을 사용할 권리와 프로그램의 복제물을 이전하는 행위를 분리해 놓고는 있다(Note 47 참조). 결과적으로, 이용자가 프로그램을 취득하는 행위는 라이선스 계약의 이행과 더불어 고찰할 때, 유럽연합 지침 2009/24의 의미상 '컴퓨터프로그램 복제물의 최초의 판매'에 해당한다(Note 48 참조)고 본다.

따라서 프로그램의 배포권은, 만약 저작권자가 복제물의 다운로드를 허락하고, 다운로드의 대가로 그러한 복제물의 경제적 가치에 상응하는 보상을 받고, 복제물을 무기한 사용할 수 있게 하는 경우에는 소진된 것으로 보아야 한다고 판단하였다.<sup>279)</sup> 최초 구입자가 자신이 필요로 하는 것 이상의 다수의 관련 라이선스를 보유하고 있는 경우에도 이를 분리하여 판매할 수는 없다.<sup>280)</sup>

이 판결에서 법원은, 유럽연합 지침 2009/24의 컴퓨터프로그램의 보호는 유럽연합 지침 2001/29<sup>281)</sup>와의 관계에서 특별법(a *lex specialis*)을 형성한다는 사실에 주목한다.<sup>282)</sup> 또한 최초 구매자가 자신의 복제물을 재판매한 이후에 자신이 보유하고 있던 복제물을 사용하지 못하도록 조치를 취했는지를 파악하는 것은 쉽지 않은 일이긴 하지만, 이러한 상황은 전통적인 매체나 온라인 환경에서 같음을 지적하고, 권리자로서는 관련 확인을 위하여 제품 키(product key)와 같은 기술적 조치를 취할 수 있음을 지적하고 있다.<sup>283)</sup>

### 3. 판결에 대한 평가

이 판결은 디지털 저작물, 특히 컴퓨터프로그램의 무형적 전달에 관한 것이다. 이 사건에서 적용된 소프트웨어에 관한 유럽연합 지침 2009/24은 유럽연합 지침 2001/29와의 관계에서 특별법(a *lex specialis*)을 형성하므로, 만약 이 사건에서 문 제된 저작물이 프로그램이 아닌 다른 종류의 저작물이라면 지침 2001/29가 적용

---

278) *Id.* at Note 61.

279) *Id.* at Note 72.

280) *Id.* at Note 69.

281) 정식 명칭은, 정보사회에서의 저작권 및 저작인접권의 특정 측면의 조화에 관한 2001. 5. 22.자 유럽의회 및 이사회 지침 2001/29/EC이다. DIRECTIVE 2001/29/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. 이하 ‘유럽연합 지침 2001/29’ 으로 약칭한다.

282) *Id.* at Note 56.

283) *Id.* at Note 79.



되어 결론이 달라졌을 가능성이 있다.<sup>284)</sup> 1991년 소프트웨어 지침의 제정 당시<sup>285)</sup>에는 ‘공중전달권(right of communication to the public)’과 같은 권리 종류를 예정하지 못하여, 소프트웨어 지침의 해석상 지금의 공중전달을 ‘배포(distribution)’와 같은 것으로 해석할 수밖에 없는 EU법 특유의 해석상의 난점이 있었기 때문이다.<sup>286)</sup>

유럽연합의 위 결정은 기본적으로 이렇게 해석될 수밖에 없다는 유럽연합법의 문언 해석에 입각한 것으로 이해되지만, 이러한 해석론의 바탕에는 디지털·온라인으로 배포되는 프로그램과 디지털·오프라인으로 배포되는 프로그램에 실질적인 차이가 존재하는가 하는 보다 근본적인 의문이 깔려 있는 것으로 보인다.

또한, 위 판결에서는 라이선스에 의하여 복제물이 재판매되었을 경우 저작권자가 최초 라이선스의 복제물을 사용하지 못하도록 기술적 보호조치를 취하는 것이 허용되어야 한다는 점을 강조하고 이것이 현재의 기술수준으로 가능한가에 대한 별도의 고려는 없지만, CD-ROM과 같은 유형물에 프로그램을 담은 상황에서 이러한 재판매 후 이용의 통제는 쉽지 않음은 무형적인 경우와 마찬가지로 지적하고 있다.<sup>287)</sup> 또한 라이선스가 대량 이용자를 대상으로 하였을 때에는 이용자 당 라이선스료의 할인과 같은 사정이 있음을 고려하여 이를 단순히 분할하여 판매할 수 없음을 지적하고 있다.<sup>288)</sup>

## II. 오디오 북 사건(OLG Hamm, Urteil vom 15.05.2014,22U

---

284) 실제로 위 사건 이후, EU 의 *Art & Allposters International BV v. Stichting Pictoright* 사건(C-419/13, 2015)에서는 미술 저작물이 권리소진의 여부가 다투어진 저작물이어서 정보사회에서의 저작권 지침 2001/29이 적용되었는데, 배포권의 소진은 유체물에 한정된다고 판단하였다. 한편 위 사건의 주 쟁점은 복제물이 포함된 매체가 변경된 경우 권리소진원칙이 적용되지 않는가 하는 것이다. 유럽연합 법원은 개작권이 문제되는 위 사건에서는 배포권의 권리소진원칙을 유추 적용할 수 없다고 판단하였다.

285) 유럽연합 지침 2009/24의 개정과 함께 폐지된 원래의 이사회 지침은 91/250/EEC로 1991. 5. 17.자이다.

286) 이러한 사정은 UsedSoft 판결의 Note 52를 전후하여 잘 드러나 있다.

287) *Id.* at Note 79.

288) *Id.* at Note 69.

독일의 오디오 북 사건에서는, 오디오북 파일의 판매에 권리소진이 적용되는지가 문제되었다. 결론적으로 법원은 유즈드소프트 판결은 이 사건에 적용이 없다고 판단하였다.<sup>289)</sup>

이 사건의 피고는 전통적인 텍스트를 오디오 북으로 변환하여 소비자들에게 제공하는 사업을 영위하고 있었다.<sup>290)</sup> 관련 계약에서 소비자들은, “이 청약의 맥락에서, 소비자는 오디오파일을 저작권법과 판례가 허용하는 한도에서 오로지 개인적인 용도로만 쓸 단순하고 양도불가능한 권리를 취득한다. 소비자는 다운로드 받은 콘텐츠를 다른 사람을 위한 복제의 목적으로 변형하여서는 아니되고, 이를 공중의 이용에 제공하거나 인터넷이나 기타 통신망에 유료 또는 무료로 게재하여서는 아니되고, 상업적인 목적으로 재판매하여서는 아니된다”는 조건에 동의하였다.<sup>291)</sup>

법원은 유즈드소프트 판결은 컴퓨터프로그램에만 적용되는 것이고, 정보사회에서의 저작권 지침이 본건에 적용된다고 판시하였다.<sup>292)</sup> 법원에 의하면, 다운로드 받을 수 있는 멀티미디어 파일에 있어서는 배포권의 소진은 어느 모로 보나 부정되어야 된다고 하면서, 정보사회에서의 저작권 지침 전문 제29항을 거론하고 있다.<sup>293)</sup> 권리소진은 일반적으로 서비스에서, 특히 온라인 서비스에서는 발생하

289) OLG Hamm, Urteil vom 15.05.2014, 22U 60/13, Para. 4.

290) *Id.* at Para. 16.

291) *Id.* at Para. 21.

292) *Id.* at Para. 23, 43.

293) *Id.* at Para. 26. 정보사회에서의 저작권지침 전문 제29항은 권리소진은 온라인서비스에 있어서는 적용되지 않는다는 내용으로 아래와 같다.

(29) 소진의 문제는 서비스, 특히 온라인 서비스의 경우에는 발생하지 않는다. 또한 소진의 문제는 권리자의 동의를 얻은 서비스의 이용자에 의해서 만들어지는 저작물 또는 기타 대상물의 유형적 사본에 대해서도 적용되지 않는다. 따라서 본래 그 자체로 서비스를 구성 하는 저작물 또는 기타 대상물의 원본 및 사본의 대출과 대여에 대해서도 같은 논지가 적용된다. CD-ROM이나 CD-I와는 달리 지식재산권이 유형적 매체, 즉 상품품목에 합체되는 경우, 모든 온라인 서비스 행위는 사실 저작권 또는 저작인접권이 그런 식으로 제공되는 경우에 허용되는 권한에 따라야만 한다.

지 않는다는 것이다.<sup>294)</sup> 또한 본 건에서는 이용자의 복제 행위가 개입되는바 복제권은 여하한 경우에도 소진의 대상이 되지 않음을 지적하고 있다.<sup>295)</sup> 적용 법률이 다르다는 법 형식적인 이유 말고도 컴퓨터프로그램과 일반 저작물을 실질적으로 구별하는 논리를, 컴퓨터프로그램은 데이터 처리 시스템의 다른 요소들과 함께 구성된 산업적 품목으로서 호환성이 있어야 하며 제3자가 외부적으로 보았을 때 직관적으로 이해하기 어렵지만, 일반 저작물은 바로 인식 가능하다는 점에서 구하고 있다.<sup>296)</sup> 이러한 까닭에 저작권의 기본 원칙은 전통적인 저작물을 염두에 두고 지켜져야 하고, 전통적인 저작물과 다른 지적재산권의 보호 범위의 중간 영역에 놓인 저작물, 즉 컴퓨터프로그램과 같은 저작물에 의하여 변경되어서는 안 된다는 것이다.<sup>297)</sup>

### III. Dutch Association of Publishers v. Tom Kabinet 사건<sup>298)</sup>

네덜란드의 웹사이트 Tom Kabinet은 2014년부터 전자책 재판매 서비스를 하고 있다. 전자책 판매자가 Kabinet사이트에서 전자책을 재판매하기 위해서는 피고의 약관에 동의하여 자신이 적법하게 전자책을 구매하였고 전자책이 판매될 경우 판매자는 보유분의 복제물을 삭제할 것을 약정하여야 한다. 피고는 판매자가 이러한 약정 내용을 준수하는지를 확인할 기술적 수단이 별도로 없는 한편, 해당사이트에 업로드된 복제물에 배포경로를 추적할 수 있는 워터마크를 삽입하였다. 원고 네덜란드출판협회(Dutch Association of Publishers)는 피고 사이트에 대한 운영 금지 가처분을 신청하였다. 이에 2014. 7, 암스텔담 지방법원은 유체물

---

294) *Id.* at Para. 113.

295) *Id.* at Para. 78.

296) *Id.* at Para. 141.

297) *Id.* at Para. 144.

298) *Courts of Appeal of Amsterdam, Nederlands Uitgeversverbond and Groep Algemene Uitgevers v. Tom Kabinet*, 200 154 572/01 SKG NL:GHAMS:2015:66. (김근우, 앞의 논문, 322-323면에서 재인용).

인 종이책의 재판매가 적법한 것과 마찬가지로 전자책의 재판매도 가능하다는 이유로 원고의 신청을 기각하였다.

그러나 2015년 1월 네덜란드 암스텔담 고등법원은 피고의 사이트에 대한 폐쇄 명령을 내렸다. 전자책 재판매 사이트가 적법한 전자책만을 재판매한다면 사이트 운영이 허용되어야겠으나, 불법적인 전자책의 판매를 금지하기 위한 피고의 조치가 불충분하여 피고가 불법 전자책을 재판매 대상에서 제외하는 시스템을 마련할 때까지 운영이 금지된다는 취지이다.

## 제4장 디지털 저작권 소진 도입의 필요성과 핵심 쟁점의 검토

### 제1절 저작물의 존재 형식에 따른 차별적 취급에 대한 의문 제기

본 연구는 저작물이 담겨 있는 매체의 존재형식에 따라 소진 여부를 결정하는 종래 기준에 대한 반성이 필요하다고 본다. 현재의 법제도로써 저작물 보급의 방식의 측면에서 정리되는 존재형식 및 법적 취급을 표로 정리하면 대체로 다음과 같을 것이다.

존재형식	아날로그 형식의 유형물	디지털 저작물이나 저작유형물에 복제된 형식 <sup>299)</sup>	디지털 저작물이 디지털 송신되어 최종 이용자가 복제물을 보유하는 형식
존재형식의 약칭	아날로그 방식	디지털·오프라인 방식	디지털·온라인 방식
사례	책, LP, 카세트테이프, 비디오테이프	CD, CD-ROM, DVD	디지털 음원, 전자책
특징	- 복제가 어려움 - 매체의 점유에 의하여 어느 정도 복제에의 통제가 가능함	복제가 상대적으로 용이한 점은 디지털 송신 형식과 같고, 매체의 점유에 의하여 어느 정도의 통제가 가능한 점은 아날로그 형식과 같음.	복제가 상대적으로 용이 유형매체 자체가 존재하지 않으므로, 매체의 점유에 의하여 복제를 통제할 수 없음
저작권 소진 관련 법적 취급	배포권이 상대적으로 소진	해당 저작유형물과 관련하여 배포권은 소진, 유체물인 매체는 판매의 대상	전송권은 비소진
저작권 소진 외 법적 취급	도서관 복제의 허용	도서관 복제의 일부 불허(저작권법 제31조 제1항)	도서관 복제의 일부 불허(저작권법 제31조 제1항)
의문점		디지털이 저작유형물에 복제된 형식과 비교하여 볼 때 같은 디지털이면서 권리 소진이	

		되지 않는다는 극명한 차별적인 취급이 합당한지.
--	--	----------------------------

[표 4-1. 저작물의 존재형식 구분 및 법적 취급]

물론 매체 내지 전달방법이 아날로그인지, 디지털·오프라인인지, 디지털·온라인인지에 따라 저작권자에게 미치는 침익적 영향 또한 달라질 수 있음은 인정하더라도, 특히 디지털·오프라인과 디지털·온라인의 구분이 소진의 적용 자체를 가를 만한 중요한 차이점인지를 묻는 것이다.

앞서 미국의 *Softman* 사건<sup>300)</sup>에서와 같이 여러 판례들에서도 디지털 저작유형물이 판매에 해당할 수 있음을 판시한 사례는 허다하다.<sup>301)</sup> 더군다나 유럽연합의 *유즈드소프트* 사건에서는 온라인으로 제공되는 프로그램이라고 하더라도 그 실질이 CD의 배포와 다를 바 없다고 보아, 디지털·온라인 복제물을 저작물이 유형물에 담긴 사안과 같은 법적 취급을 한 바도 있다. 같은 디지털 저작물 내에서 CD나 CD-ROM과 같이 저작유형물에 복제가 이루어진 존재형식과 인터넷 송신의 존재 형식을 대비할 때, 저작유형물인 매체 자체의 경제적 가치는 실로 미미한 것이다.<sup>302)</sup> 같은 디지털 저작물이라고 하더라도, 디지털·오프라인 저작물은 라이선싱이 아니라 판매의 방법으로 구매한 경우에는 복제물을 소유하고 배포권 소진으로 양도할 수 있지만, 디지털·온라인 저작물은 ‘구매’하였다고 하더라도 재판매는 저작권 침해가 되므로 양도성이 없어 본인의 영구적인 보유만 가능하다.

299) 종래 이전방식에 따른 분류로서는 ‘매체유통형 이용계약 “으로 분류된 방식이다. 구 명문, “디지털콘텐츠 이용계약의 법적 성질에 관한 소고”, 『경희법학』, 제43권 제2호 (2008), 116면.

300) 본고 제2장 제7절 1. 2. 가. 2).항 참조.

301) *Advent Sys. Ltd. v. Unisys Corp.*, 925 F.2d 670, 676 (3d Cir.1991); *Step-Saver*, 939 F.2d, pp. 99-100.

302) 유사한 취지로서, ‘디지털 저작물 거래에서 유체물은 단순한 저장용기라는 점 외에 독자적인 의미나 가치를 인정하기 어렵다’는 견해가 있다. 유지혜, “디지털저작물 거래에 대한 권리소진원칙의 적용과 한계”, 『계간 저작권』 제106호 (2014), 94면. 경제학에서는 정보재의 생산은 고정비용이 높지만 한계비용이 낮다고 설명한다. C. Shapiro & H. Varian, *Information Rules 3* (HBS Press, 1999).

동일한 저작물이 CD에 담기든 디지털·온라인으로 존재하든 그 이용에는 별 차이가 없는데, 법적 취급을 가르는 경계는 상당히 우연한 것으로 보이므로 권리소진의 적용 범위를 재검토할 필요성이 있을 것으로 사료된다.<sup>303)</sup>

## 제2절 제도 도입의 필요성

앞서 현행법의 해석으로는, 컴퓨터프로그램에 국한한 유럽연합의 특수한 판례인 유즈드소프트(UsedSoft) 사건 정도를 제외하고는 디지털 권리소진은 대체로 인정되지 않음을 살펴보았다. 입법론적으로는 모르되 해석론으로는 디지털 권리소진을 인정할 수 없다는 것이다. 미국의 ReDigi 사건에서도 “피고회사가 제안한 바와 같이 저작권법을 개정하는 것은 법원에 허용되지 아니한 입법작용에 해당한다. 최초 판매의 원칙은 (지금과 같은) 데이터의 전송의 속도와 편리성을 상상하기 어려웠던 시대의 산물이다. 최초 판매 원칙의 적용이 왜 유체물에 한정되어야 하는지에 관한 많은 이유가 있다. 이러한 이유들이 더 이상 유효하지 않은지를 평가하는 작업은 법원이 아니라 의회의 권한에 속한다”고 판시<sup>304)</sup>하여 최초 판매 원칙을 디지털 영역에 연장하여 인정할지에 대하여 장래의 입법론으로서 발전될 가능성은 유보한 채, 미국 현행 법률의 해석으로서는 디지털 권리소진을 인정하기는 어려움을 천명한 바 있다.

그러나 저작물 이용에서의 중점과 산업의 무게중심이 저작물의 유형적 보급에서 무형적 보급으로 이동하고 있는 현실에서 배포권의 권리 소진과 디지털 권리소진의 불인정이라는 현재의 구도를 엄격히 고수하여야 하는지에 대해서는 상당

303) 같은 의견, 안효길, “저작물의 디지털거래와 권리소진원칙”, 「산업재산권」 제15호(2004), 101-102면. 여기에서는 저작자가 단지 디지털·온라인이라는 저작물의 유통 방식을 선택함으로써 원래는 저작권법에서 인정되지 않았던 통제수단을 새로이 부여받게 되는 문제점을 지적하고 있다.

304) *Capitol Records, LLC v. ReDigi, Inc.*, 934 F.Supp. 2d 640, 655-56. (S.D.N.Y. 2013).

한 의문이 있으므로, 입법론의 영역에서 이 문제를 진지하게 검토할 필요성이 있다고 본다. 사건으로는 디지털 저작물의 기본적 성격은 다른 일반 저작물과 다를 바가 없다고 본다. 그렇다면 위 제2장 제4절의 저작권 일반에서 논의한 바 있는 저작권 소진을 인정하는 근거가 여기서도 그대로 타당할 것이므로, 반복을 피하기 위하여 소진의 인정 논거를 인용한다.

아래에서는 디지털 저작물에 특별히 인정될 수 있는 권리소진의 근거를 구체적으로 살펴본다. 그리고 다음 제3절에서는 디지털 복제물의 판매모델과 비판매 모델의 비교를 통하여 판매모델에 디지털 권리소진을 인정해야 할 이유를 도출할 것이다.

## I. 디지털 재화의 양도성 보장

첫 번째 디지털 권리소진의 인정 필요성은 디지털 재화에 대해서도 소비자가 자유로이 판매할 수 있도록 허용하는 것이 소비자를 보호한다는 차원이나 사회 후생을 증진한다는 차원에서 좋지 않을까 하는 점이다.

저작물의 이용자가 자신의 향유를 위하여 정당한 대가를 지불한 디지털 저작물이 더 이상 필요 없게 되거나, 세월이 흐름에 따라 감상의 취향이 바뀌어 이제 해당 복제물을 이용하지 않고 이를 처분하고 싶을 수 있음은 당연하고, 저작유형물의 재판매를 경험한 소비자로서는 디지털 저작물에서도 마찬가지로 처분 가능성에 대한 합리적 기대(reasonable expectation)를 가질 수 있다.<sup>305)306)307)</sup>

---

305) 일부 디지털 저작물 제공 사이트에서는 “구매(Buy)” 버튼으로 거래를 유도하고 실질은 라이선싱인 경우가 있는데, 이때 공급자측에서 수요자의 디지털 저작물의 처분 가능성에 대한 합리적 기대를 오인하게 하였다고 볼 수 있다. 이에 대해서는 미국의 저작권 독서 준비 과정에서 미국 Nashville에서 있었던 청문회 중 A. Perzanowski 교수의 발언 참조. *Reporter’s Transcript of Proceeding*, Department of Commerce Multistakeholder Forum on Improving The Operation of the DMCA Notice and Takedown System, p. 85.  
<[https://www.uspto.gov/sites/default/files/ip/global/copyrights/roundtable\\_transcript-nashville.pdf](https://www.uspto.gov/sites/default/files/ip/global/copyrights/roundtable_transcript-nashville.pdf)> (2018. 6. 29. 최종 방문).



그런데도 이를 못하도록 금지하는 것은 법 이론을 떠나 정의 관념에 비추어 볼 때도 온당하게 비추어지지 않는 측면이 없지 않다.

디지털 권리소진이 인정되지 않으므로 해서 수많은 디지털 저작물이 사람들 각자의 컴퓨터에 묶여 있다. 실로 어마어마한 경제적 가치가 그대로 사장되고 있는 것이다.<sup>306)</sup> 전통적인 의미에서의 음반이나 책을 보더라도 안 듣거나 안 보는 음반과 책은 두고두고 짐만 될 뿐이므로, 이용하지 않는 음반과 책은 빨리 내어 놓고 마음에 가는 음반과 책은 더 잘 챙기는 것이 개인적으로 매우 이롭다. 또 사회 전체적으로도 크게 유용하기도 하다. 그렇게 실물 중고시장이 형성되어 있는 결과 오랫동안 찾던 음반이나 책을 좋은 가격의 중고품으로 구했을 때의 희열은 직접 겪어 본 사람은 안다. 이러한 사정은 디지털 저작물이라고 크게 다르지 않다.

한 견해에 의하면 디지털 시대에 최초판매 원칙이 적용될 수 있는 가능성이 축소되고 있다는 사실은 당초 최초판매원칙이 가지고 있는 중요한 기능인 저작권의 경쟁 제한적 목적에의 남용 제한과 정보의 자유로운 유통 촉진 기능이 위축되고, 기존에 유형물을 중심으로 형성된 최초판매원칙을 기반으로 형성된 제도

---

306) 미국 2013년 저작권 녹서 관련 의견청취 과정에서 미국지적재산권법학회(American Intellectual Property Law Association: AIPLA)에서 제출한 의견서 5면에서는, 디지털저작물 중 전자책, 영화, 음원에 대해서는 전통적으로 재판매가 가능하리라는 공중의 합리적 기대가 있다고 볼 수 있으므로 이러한 디지털 저작물 종류에 대해서는 디지털 권리소진 원칙을 적용하여야 한다는 의견이다. *AIPLA Post-Meeting Comments regarding Request for Comments on Department of Commerce Green Paper, Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy*, 78 Fed. Reg. 61337 (October 3, 2013); 78 Fed. Reg. 66337 (November 5, 2013); 78 Fed. Reg. 78341 (December 26, 2013) (Extension of Comment Period), p. 5. <[https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/american\\_intellectual\\_property\\_law\\_association\\_post-meeting\\_comments.pdf](https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/american_intellectual_property_law_association_post-meeting_comments.pdf)> (2018. 6. 29. 최종방문).

307) 이 가설에 관한 엄밀한 검증을 위하여는 사회조사방법론에 입각한 설문조사가 요구될 것이지만, 우선 법률 전문가가 아닌 주변의 지인 여러 명께 문의하여 보니 예외 없이 자신이 이용하고 있는 저작유형물에 담기지 않은 디지털 저작물을 기술적·법적으로 재판 매할 수 없다는 점은 잘 몰랐다는 반응이었다.

308) ReDigi 2013. 11. 13.자 저작권 녹서와 관련한 의견서(*Request for Comments on Department of Commerce Green Paper, Copyright Policy, Creativity and Innovation in the Digital Economy*, ReDigi), 4면. [https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/Redigi\\_Comments.pdf](https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/Redigi_Comments.pdf) (2018. 6. 29. 최종 방문).

와 관행마저 위협받는 상황이 됨을 유의할 필요가 있다고 보는데, 이는 경청할 만하다.<sup>309)</sup>

같은 맥락에서 디지털 형태의 거래가 유체물 형태의 거래를 상당히 대체하고 있으며 앞으로 점점 증가할 예정이고, 권리소진원칙은 상품의 양수인과 저작권자의 권리범위를 조정해야 한다는 사회적 필요성에 의하여 탄생된 결과인데 디지털 형태의 거래에서도 이러한 필요성은 여전히 존재한다는 견해<sup>310)</sup> 등도 디지털 권리소진제도 도입 여부에 관해 진지하게 검토해 볼 필요성이 있다고 보는 시각에 입각하여 있다.

## II. 권리자에 대한 이중 보상 방지

디지털 저작물의 재판매를 금지할 권리를 권리자에게 부여함으로써 사회 전체적으로는 이용되지 않는 복제물의 수를 불필요하게 늘리는 결과, 이중 혹은 그 이상으로 권리자에게 지나친 보상(windfall)을 하는 것이 아닌지에 대한 냉정한 평가가 있어야 한다.<sup>311)</sup>

권리소진의 인정 이론 중의 하나인 보상설에 의할 때 권리자에게 일정한 보상이 이미 주어졌다면 이후에는 권리의 제한이 가능하도록 한다는 논의가 널리 받아들여졌는데, 디지털·온라인 도메인에서는 매우 낮은 한계생산비용을 들여 만들어진 복제물을 개별 수요의 발생에 맞추어 계속하여 팔 수 있게 허용하는 것은 균형이 맞지 않는다고 보인다.

---

309) 임원선, 「실무자를 위한 저작권법」, 제4판, 한국저작권위원회 (2014), 222면.

310) 유지혜, “디지털 저작물 거래에 대한 권리소진원칙의 적용과 한계”, 「계간 저작권」, 제106호 (2014), 84면.

311) P. Mezei, *Digital First Sale Doctrine Ante Portas – Exhaustion in the Online Environment*, JIPITEC – Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law, Vol. 6, Issue 1, 23 (2015).

### III. 아날로그 저작물과의 비교

디지털 저작물에 대한 권리소진을 인정하여 디지털 저작물의 상대적인 우위와 매력을 충분히 확보하지 못하면, 아날로그 저작물과의 경쟁도 장담하지 못할 것이라는 점이다. 예를 들면, 우리나라보다 전자책의 비중이 더 큰 미국에서도 전자책 시장은 수년째 전체 출판 시장의 25%를 넘기지 못하면서 정체기에 빠졌다는 평가이다.<sup>312)</sup>

저작물의 디지털 복제물은 사용의 편리성이나 체계적인 관리 가능성 등 많은 장점을 지니고 있지만, 무엇보다도 생산과 소비, 폐기의 순환 사이클에서 자원을 덜 소비하고 공해를 덜 유발시키는 환경 친화적 매체라는 점에 주목하지 않을 수 없다.

한 견해는 디지털 저작물은 사장되더라도 폐기물이 나오지 않는다는 측면에서 디지털 저작권 소진을 인정하더라도 환경 보호의 측면에서 별 도움이 되지 않는다는 취지의 논지를 전개하지만<sup>313)</sup>, 디지털과 아날로그 저작물이 서로 얼마간은 대체관계에 있음을 상기한다면 디지털 저작권 소진의 도입으로 디지털 저작권 문화가 활성화되면 결과적으로 환경 보호에 도움이 될 것이라는 예측은 충분히 가능하다.<sup>314)</sup>

되도록 아날로그 저작물을 소비를 줄이고 디지털로 이행하여야 한다는 과격한

---

312) 미국출판협회(AAP)에 따르면, 2016년 1월부터 9월 사이에 전자책 매출이 18.7% 감소하고, 종이책의 매출은 7.5% 증가하였다. “전자책 시장의 주요 흐름과 출판 생태계의 방향 - 브런치” <<https://brunch.co.kr/@ryhzen3/13>> (2018. 6. 29.최종방문), 참고로 영국은 전자책의 비중이 15%, 일본은 10% 정도라고 한다.

313) Rub, *Id.* at 805.

314) 종이책 혹은 전자책의 사용 등이 환경에 미칠 영향에 관한 엄밀한 평가는 자연과학에 바탕을 두어야 할 실증적인 문제이므로 본 연구의 범위를 넘어선다. 그러나 전자책을 포함한 디지털 복제물의 이용이 조금 더 친환경적일 것이라는 점은 직관에 부합하는 것 같다. 외국에서 다음과 같은 문구 혹은 유사 취지의 문구를 이메일 서명란에 많이 두는 등 전자문서를 생활화하려는 노력 또한 이와 같은 인식에서일 것이다. “Please consider Environment before printing this Email.” (이 이메일을 출력하기 전에 환경을 생각하세요.)

주장을 펼 의도는 없지만, 사건으로는 디지털 복제물이 환경친화적이고 보다 고  
른 보급에 유리한 성격을 갖기 때문에 누구에게나 공급되어야 할 일정한 재화  
혹은 그 소비가 장려되는 가치재(merit goods)의 속성에 좀 더 가깝다고 본다.

그런데 전자책(e-Book)산업이 그 동안 기대만큼의 성장세를 보이지 못한 데에  
서 거꾸로 알 수 있듯이, 종이책이나 LP음반과 같은 아날로그 저작물은 그 실체  
또는 물성(物性)에서 오는 효용감이나 심리적인 만족감이 있다는 측면은 분명하  
다.<sup>315)</sup> 디지털 시대임에도 불구하고 많은 사람들이 이러한 점 때문에 아날로그  
매체를 고수한다. 그리고 디지털과 아날로그 영역의 저작물을 필요에 따라 적절  
하게 섞어 이용하는 사람이 있는 반면 일종의 고착현상에 의하여 아날로그 저작  
물만을 고집하는 사람들도 없지 않다.

이 결과 의도하지 않게 디지털 저작물의 이용 능력(digital literacy)을 가진 사  
람과 그렇지 못한 사람의 간극이 커져 사회 불평등화의 원인이 될 가능성이 있  
다. 이른바 디지털 격차(digital divide)의 문제이다.

건강하고 환경친화적인 저작권 문화의 확산이라는 차원에서는 디지털 매체는  
아날로그 매체에 맞설 수 있는 매력이 있어야 할 것이다. 위와 같은 측면에서 적  
어도 아날로그 영역에서 허용되는 재판매는, 아날로그 복제물에 맞설 수 있는 경  
쟁력이 디지털 영역에서도 필요하다는 점에서 디지털 권리소진이 허용되어야 한  
다고 본다.

#### IV. 신품 시장의 가치 유지

---

315) “앞으로의 책은 이전의 시대보다는 다양한 형식의 책을 즐기려는 독자들을 위해 진  
화할 것이라고 생각한다. 그 중 한 줄기가 책의 내용과 더불어 물성의 아름다움을 강조  
하는 복고적 경향이다.... 요즘은... 오브젝트 그 자체로 아름다운 책을 소장하고 싶은 욕  
구를 가진 독자층이 분명히 있고...”, 김지민 작가의 전시회, “아트 오브젝트로서의 그  
림책” 중 작가노트 일부. (2018. 3. 1. - 4. 30, 서울대 도서관 관정관 1층 로비 전  
시).

전자책의 출현과 함께 전자책이 기존 출판 시장을 위협할 것이라는 전망이 많았으나 현재 전자책 시장의 상황은 예상처럼 그리 활발하지는 않다. 전자책 인기 감소에는 다양한 원인이 작용했지만, 주로 환가성이 없다는 점이 지적된다. 즉 전자책은 통상 종이책에 비해 10~30% 정도 저렴하지만 양도나 중고 재판매가 불가능하다는 이유가 결정적인 단점으로 거론되는 것이다.<sup>316)</sup>

중고 시장이 활성화되면 이용자는 장래의 중고 거래에 대한 기대를 가지고 신품을 더 구입하는 경향도 생긴다.<sup>317)</sup> 장래의 중고 거래가 가능하므로 이를 감안하면 디지털 저작권 소진은 이용자의 실효 가격(effective price)를 낮추어 수요를 촉진하는 효과가 있다는 것이다.<sup>318)</sup>

이 말은 적절한 중고 시장과 중고가격이 있어야만 적절한 신품 시장과 신품 가격을 만들어 줄 수 있다는 의미와 마찬가지로, 디지털저작물 중에서도 저작유형물을 거래하는 CD와 같은 디지털 음반이나 게임CD의 중고시장은 어느 정도 활성화되어 있다. 이러한 중고 시장 활성화가 신품 시장의 지속성을 떠받치는 토대가 되기도 하는 것이다. 적어도 심각한 수준에서는 중고 CD 음반이나 게임 CD 등 저작유형물을 전제하는 디지털·오프라인 복제물의 중고 장사가 잘 된다고 하여 이것이 신품 시장을 잠식시킨다는 취지의 논의는 잘 발견되지 않는다.

이상의 논의를 종합하여 보면, 디지털 저작권 소진이 도입되면 ‘중고’ 시장의 존재가 신품 디지털 저작물 시장을 떠받치는 토대로 기능할 것으로 예상할 수 있다. 이 내용은 디지털 권리소진의 도입에 반감을 가질 수 있는 권리자·공급자

---

316) 디지털데일리, 2018. 4. 10.자 기사, “전자책 ‘10년 대여’ 사라진다… 최장 90일로 자율협약”, <<http://www.ddaily.co.kr/news/article.html?no=167682>> (2018. 6. 29. 최종방문).

317) 현행 제도에 의하여 허용되고 있는 아날로그와 디지털·오프라인 영역에서의 중고 시장의 예를 들자면, 필자의 경우 ‘알라딘’ 과 같은 대형 중고서점 체인이 전국적인 규모로 등장한 이후에는 책과 음반의 중고 거래가 예전보다도 훨씬 용이해짐에 따라 장래의 중고 거래에 대한 기대를 가지고 보다 쉽게 신품 구입에 관한 의사결정을 내리곤 하게 된다. 그런데 재판매를 할 수 있다는 기대를 할 수 없다면, 복제물 구매에 관한 의사결정은 환가 가능성이 없는 가운데 상당한 비용 지출을 각오하여야 하는 것이므로 용이하지 않을 것이다.

318) Reese, *Id.* at 587.

를 논리적으로 설득하고자 할 때에도 도움이 될 것이다.

## V. 이용권 설정 계약과의 관계에서 경쟁력 확보

기간제, 횡수제 등 이용권설정계약 모델<sup>319)</sup>의 등장 및 변성으로 말미암아 디지털 저작물의 이용환경이 변하고 있다. 일회의 대가 지급으로 디지털 저작물을 다운로드받게 하고 무제한의 기간 동안 저작물의 이용을 허락하는 구조(이하 “판매 모델”)가 일부라도 지속되는 한, 이와 같은 디지털 저작물에 대해서는 중고 거래를 허용하게 하여 판매 모델을 지속·발전하게 하는 것이 시장 상황의 변화에 따른 균형 감각일 것이다.

민법상 소유권의 내용을 디지털저작물에 유추하여 보면<sup>320)</sup>, 소유자는 소유물을 처분할 권리를 가지는바(민법 제211조), 이러한 양도성은 보통의 물건에 대해서는 보장되어 있음이 일반적이다. 디지털 저작물이 민법상 소유권의 객체가 되는 물건이 아니라고 할지라도, 양도할 수 없는 디지털 저작물을 구매한다는 것은 ‘보유’함에 따른 의미가 그만큼 반감되는 것이다.

판매모델이 매력적이지 않다면 공급자로서는 기간제·횡수제 등을 채택하여 디지털 저작물의 라이선싱 구조로 시장의 거래 구조 자체가 더 빨리 변화할 수 있는데, 이는 소비자의 입지와 선택 가능성이 줄어드는 결과로 이어지게 된다.

만약 디지털 권리소진 제도가 도입되어 디지털 저작물에 대한 중고 거래가 활성화된다면, 권리자·공급자의 측면에서도 이러한 중고 거래 시장을 직접 운영한다든가 하는 새로운 비즈니스의 기회가 창출될 수 있다. 이미 아마존과 같은 회사들은 관련 비즈니스 모델에 대한 특허를 보유하고 있는데, 이는 우수한 정보기

---

319) 서브스크립션 모델, 스트리밍 모델 등으로 다양하게 불리는 것으로서, 다운로드를 중심으로 한 판매모델과 대비하여 ‘비판매 모델’이라고 할 수 있겠다.

320) 물론 디지털 재화는 소유권의 객체가 될 수 없으므로, 여기서는 소유권을 유추하여 검토에 임하자는 것이다.

술(IT) 회사들도 디지털 권리소진이 제도화되고 판매모델이 활성화 될 것에 대비하여 시장에 참여할 준비를 하고 있다는 반증으로 볼 수 있을 것이다.

## VI. 내용 확인의 어려움으로 인한 디지털 저작물의 사장 방지

디지털저작물은 일반적인 매매계약에서보다 청약의 철회가 엄격하게 제한되어, 한 번 구입하면 청약의 철회가 불가능한 경우가 있다. 청약철회권을 행사할 수 있음이 원칙이지만<sup>321)</sup>, 사업자가 청약철회가 불가능한 재화, 특히 디지털콘텐츠의 경우에는 그 사실을 재화의 포장이나 그 밖에 소비자가 쉽게 알 수 있는 곳에 명확하게 적고 시험 사용 상품을 제공하는 등의 방법으로 청약철회를 제한할 수 있다.<sup>322)</sup> 이는 소비자가 디지털콘텐츠를 구입 후 개봉한 경우에는 일반 상품의 사용과 유사하게 소비자에게 만족을 주었을 것으로 추정되기 때문에, 소비자가 구매 목적을 달성하였음에도 불구하고 청약철회권을 주는 것은 거래관념상 옳지 않다고 보기 때문이다.<sup>323)</sup> 이에 따라 통신판매업자는 디지털콘텐츠의 일부 미리 보기, 미리듣기 등으로 제공하면서(전자상거래소비자보호법 시행령 제21조의2<sup>324)</sup> 참조), 청약철회 불가를 명확하게 적는 방법으로 소비자의 청약철회권을

321) 전자상거래소비자보호법 제17조 제1항 참조.

322) 전자상거래소비자보호법 제17조 (청약철회등)

⑥ 통신판매업자는 제2항제2호부터 제5호까지의 규정에 따라 청약철회등이 불가능한 재화 등의 경우에는 그 사실을 재화등의 포장이나 그 밖에 소비자가 쉽게 알 수 있는 곳에 명확하게 표시하거나 시험 사용 상품을 제공하는 등의 방법으로 청약철회등의 권리 행사가 방해받지 아니하도록 조치하여야 한다. 다만, 제2항제5호 중 디지털콘텐츠에 대하여 소비자가 청약철회등을 할 수 없는 경우에는 청약철회등이 불가능하다는 사실의 표시와 함께 대통령령으로 정하는 바에 따라 시험 사용 상품을 제공하는 등의 방법으로 청약철회등의 권리 행사가 방해받지 아니하도록 하여야 한다.

323) 이은영, “전자상거래의 다변화에 따른 소비자법의 쟁점”, 한양대학교 법학연구소 「법학논총」, 제32집 제2호(2015), 215면.

324) 전자상거래소비자보호법 시행령

제21조의2(시험 사용 상품 등의 제공 방법) 통신판매업자는 법 제17조제6항 단서에 따라 다음 각 호의 구분에 따른 방법 중 하나 이상의 방법으로 소비자에게 시험 사용 상품 등을 제공하여야 한다.

1. 일부 이용의 허용: 디지털콘텐츠의 일부를 미리보기, 미리듣기 등으로 제공
2. 한시적 이용의 허용: 일정 사용기간을 설정하여 디지털콘텐츠 제공
3. 체험용 디지털콘텐츠 제공: 일부 제한된 기능만을 사용할 수 있는 디지털콘텐츠 제공

배제할 수 있다. 디지털콘텐츠이용약관<sup>325)</sup>에서도 회사가 ‘청약의 철회가 불가능한 콘텐츠에 대한 사실을 표시사항에 포함한 경우’에 있어 이용자 청약 철회권은 제한된다.<sup>326)</sup>

문제는 미리보기, 미리듣기 기능에 의하여 디지털저작물의 내용 일부가 파악되기는 하지만, 그 전모를 파악하기 어렵기 때문에 소비자로서는 여전히 자신이 원하지 않는 저작물을 다운로드받을 가능성이 높다는 점이다.<sup>327)</sup> 미리보기나 미리듣기를 통하여 저작물의 내용 전부를 짐작하기는 어렵다. 우리가 영화의 예고편이나 홍보영상(trailer)을 본 후 그 전부를 감상할 영화를 선택하더라도, 실제의 영화 내용이 예고편이나 홍보영상이 주는 기대에 못 미쳐 영화 선택에 후회할 때가 왕왕 생기는 것이 그 일례이다.

이 때문에 디지털콘텐츠에 대한 재판매의 경로가 차단될 경우 보유자가 구매에 실망한 디지털 저작물의 복제물은 사실상 사장될 공산이 매우 크다. 디지털 저작물에 대해서는 특별하게 청약철회권이 제한되기 때문에 재판매의 가능성을 열어 두는 것이 필요하다.

## VII. 저작물예의 접근성 및 이용가능성 확보

디지털 중고 시장을 가능하게 함으로써 권리자는 더 이상 관심을 두지 않는 미소(微少) 영역의 수요도 충족시킬 수 있는 이점이 있으며, 시장에서 공급이 철회된 저작물도 수요가 있는 한 이용 가능성을 확보할 수 있는 장점이 있다.

클라우드 컴퓨팅의 시대이어서 구름(cloud) 위 저 어딘가에 저작물을 올려 두

---

4. 제1호부터 제3호까지의 방법으로 시험 사용 상품 등을 제공하기 곤란한 경우: 디지털콘텐츠에 관한 정보 제공

325) 문화체육관광부훈령 제2008-0호, 2008. 7. 30. 제정.

326) 위 약관 제26조 제1항 1호 참조.

327) 이에 더하여 한 작품에 대한 구매가격 또는 이용료만을 따지면, 다운로드 방식이 대량의 복제물을 공급하면서 저작물 편당 공급가를 할인해 주는 시스템인 스트리밍 방식보다 훨씬 높은 편이다.



더라도 그러한 서비스를 제공하는 회사가 영속하기는 어렵고 데이터 사고의 위험도 있어 안정적으로 디지털 저작물이 보존 되리라는 점을 단언할 수 없다.<sup>328)</sup> 이러한 이유에서라도 디지털 저작물을 이용자 본인이 직접 자신의 정보기기 내에 보유하고 재판매할 수 있는 경로가 보장될 필요가 있다.

## VIII. 포맷 및 선호 장르 변경의 자유

디지털 저작물의 포맷이 다양하게 존재하는데 이용자가 자신이 특정 포맷을 중심으로 모아 온 디지털 저작물의 컬렉션을 다른 포맷으로 변경하려면 막대한 비용이 들 수 있다. 디지털 포맷 간 호환성이 갖추어지지 않은 한, 포맷 변경에 따른 기존 디지털 저작물의 재판매를 허용하지 않으면, 기존의 디지털 저작물은 고스란히 사장되거나 이용자가 이 전환 비용을 부담하지 못하게 되어 기존의 포맷을 고수할 수밖에 없는 효과가 발생한다.

디지털 음원의 예를 들어보면, CD 이후 디지털 음원 포맷은 MP3는 물론 WAV, FLAC, ALAC, OPUS, AAC, WMA, WMA-L, AIFF, 24비트 PCM 포맷 등 수많은 포맷이 나와, 포맷의 표준화가 이루어지기전 포맷 간 경쟁과 혼란의 양상이 벌어지고 있다. 이 때 디지털 저작권의 소진을 인정하면, 이용자들은 기존의 음원 라이브러리를 전부 또는 일부 재판매하고 다른 포맷으로 옮겨 가는데 따른 제약이 상당히 사라지는 셈이므로 전체 디지털 음원 시장이 더 커지고 성숙해지는데 도움이 된다.

또한 취미나 선호하는 저작물의 장르는 시간이 감에 따라 바뀔 수가 있어 수 년 동안 축적한 전체 라이브러리를 처분할 필요가 생기기도 한다. 예를 들면 클래식 음악 감상을 취미로 하는 애호가가가 재즈 음악으로 선호가 바뀌면, 새로운 음원 라이브러리를 구축하기 위한 비용을 감당하기 위해서라도 그 동안 수집한

---

328) 이와 같은 우려에 대해서는 미국 2016년 저작권 백서 49면 참조.

전체 또는 상당량의 클래식 음원을 재판매할 필요가 생긴다. 디지털 권리소진이 도입되어야 하는 이유이다.

## IX. 불법적인 디지털 다운로드 시장의 양성화

예전보다는 많이 줄었다고 하지만 불법적인 디지털 다운로드 시장이 무시하지 못할 규모로 존재한다. 디지털 저작권 권리소진은 이 불법시장에 합법화의 유인과 출구전략을 제시하는 혁신적 대안이다. 중고 디지털 저작물의 등장으로 신상품보다 저렴한 중고 가격이 제시되고, 디지털 저작물을 용이하게 사고 팔 수 있는 환경이 마련된다면 불법적인 디지털 다운로드 시장도 상당히 위축될 것으로 예상된다.

대중이 열광하는 대중문화에 친한 매체나 기기가 우선 주목되기는 하지만, 조금만 시야를 돌려 보면 하이엔드 음악이나 영상 시장도 무시할 수 없는 수준으로 존재한다. 그런데 하이엔드 음질이나 영상 시장을 보면, 안정적인 다운로드 방식에의 의존 비중이 상대적으로 높다. 이러한 하이엔드 디지털 저작물의 다운로드 시장상황이 매우 혼란스럽다. 음악의 예를 들어 보면, 파일을 통한 음악재생이 하이파이 수요자들 사이에 유행되면서 최고 사양의 PCM음원(24비트/192kHz)에 약간 못 치더라도 그에 근접하는 수준인 DSD(Direct Stream Digital)에 애호가의 관심이 쏠리고 있다. 이는 기존에 풍부하게 출시된 유형 매체인 SACD(Super Audio CD)에서 사적 복제의 범위에서 이용자 스스로 쉽게 DSD음원을 추출할 수 있기 때문이기도 하지만, 음성적인 다운로드를 통해 무료로 개인 라이브러리를 쉽게 구축할 수 있기 때문이기도 하다.<sup>329)</sup> 디지털 저작권

---

329) 최윤욱, 「굿모닝 오디오 하이엔드편」, 오픈하우스 (2014), 226-227면. SACD의 주창자인 소니사는 복사방지를 목적으로 DSD파일을 전송·보관하지 못하도록 했는데, 소니사의 플레이스테이션3 초기 버전이 해킹되면서 SACD를 플레이스테이션3에서 재생하여 DSD를 추출할 수 있게 되었다고 한다.

소진의 도입을 통하여 다운로드 시장을 양성화할 필요가 큰 것이다.

## X. 인접 지적재산권법 분야와의 균형 유지 및 임의적인 소진 원칙의 적용 시정

소진이 결정되는 세부적인 요건을 다소 달리하고 있기는 하지만 대체로 특허나 상표권 분야에서는 권리자가 일단 물품을 판매하면 더 이상 지적재산권자가 권리를 주장할 수 없도록 권리주장의 여지를 소진론이 차단하고 있다. 다른 지적재산권법분야의 통합적인 해석과 균형을 위해서도 디지털 저작물에서도 판매는 소진을 결과한다는 원칙을 확립하는 것이 바람직할 것이다.

또한 상표와 디지털 저작물이 결합되어 있는 때와 같이, 소진이 성립되어야 하는데 저작물로서의 표현이 삽입되어 있다면 지적재산권 법률 간 충돌 문제가 발생하게 된다. 저작권법 때문에 다른 특정한 지적재산권법이 허용한 공익적 목적 달성이 우회적으로 부정되게 되는 것이다.<sup>330)</sup>

지적재산권의 다른 모든 영역에서 소진이 일어나지만 디지털·온라인 환경에서만 저작권 소진을 인정할 수 없다는 극명한 차이는 이론적으로 설명하기 어렵지만 실제적인 문제점도 야기할 수 있는데, 디지털소진원칙의 도입으로 이러한 난점을 극복할 수 있을 것이다.

## XI. 저작권자에게 수익 분배

디지털 중고 거래 시장이 형성되면 여기에서의 수익의 일부를 저작권자에게 환원하는 시스템의 구상도 가능하다. 이러한 시스템은 권리소진의 본래적 의미와

---

330) 박준석, “특허·상표·저작권에 걸친 소진원칙의 통합적 분석 제안”, 「지식재산연구」 제9권 제1호 (2014. 3), 10면 참조.

는 개념적인 수준에서 충돌이 있을 수도 있으나, 경제적으로 형편이 어려울 수도 있는 창작자의 창작 의욕과 복지 증진을 위한 차원에서 긍정적으로 검토하여 볼 만한 것으로 사료된다. 애플사의 관련 특허 출원 또한 이러한 수익 일부의 창작자 재분배를 염두에 두고 있다.<sup>331)</sup> 리디지 사건에서도 수익금을 리디지사 60%, 판매자 20%, 저작권자 20%로 하고, 저작권자 기금(escrow fund)에 적립하는 것으로 하였다.<sup>332)</sup>

1920년대 프랑스에서 시작된 시각예술품에 대한 추급권(droit de suite)을 유추하여 재판매 로열티(resale royalty)라는 관념으로 저작자에 대해 보상을 하여 디지털 저작물의 재판매를 허용함에 따른 저작자의 위험 부담을 경감시키는 아이디어도 제시되어 있다.<sup>333)</sup> 이 견해는 더 나아가, CD음반이 처음 나왔을 당시에 수익이 중고거래의 중간상(secondary market middleman)에게 몰릴 것을 염려하여 CD에 대해서는 대여권이 부여되고<sup>334)</sup>, CD에 대해서 재판매 로열티를 물리자는 아이디어가 제시되었던 것처럼<sup>335)</sup> 디지털 저작물 전반에 대해서도 이러한 재판매 로열티를 구상해 볼 수 있을 것으로 전망한다.<sup>336)</sup> 디지털 저작물에 대한 배타적 권리를 소진시키는 대신 재판매 수익의 일부를 가지고 보상금(remuneration)에 해당하는 금원을 적립하여 저작권자에게 유연한 차원의 보상을 하자는 제안과 유사하다고 볼 것이다.

## XII. 저작권 인식의 확산

---

331) 본고 제5장 제2절 III.항 참조.

332) *ReDigi* at 646.

333) T. Serra, *Rebalancing at Resale: ReDigi, Royalties and the digital Secondary Market*, Boston University Law Review, vol. 93, 1753, 1787 (2013).

334) C. Miller, *Note, New Technology and Old Protection: The Case for Resale Royalties on the Retail Sale of Used CDs*, 46 *Hastings L.J.* 217, 220 (1994)

335) L. Glusman, *Comment, It's My Copy, Right? Music Industry Power to Control Growing Resale Markets in Used Digital Audio Recordings*, *Wis. L. Rev.* 709, 739 (1995).

336) Serra, *Id.* at 1791-1792.

디지털 권리소진 제도를 도입하면서 이를 계기로 한 홍보를 전개하면, 대중의 저작권 인식(copyright awareness) 제고의 확산에도 크게 기여할 것이라는 점이다.

저작권의 침해는 무척 손쉽다. 집에서 컴퓨터를 통해서 침해물이 올려진 웹사이트에 접속하여 침해물을 다운로드 받고, 다른 이에게도 자신의 수중에 있는 복제물을 얻을 수 있도록 하면 그만이다. 더욱이 이러한 일련의 절차 중 상당한 과정이 자동화되어 있다. 한 두 사람이 이러한 침해 행위를 시작하여 불법적인 이득을 보면, 다른 사람들은 이를 따라 하기가 쉽다.

저작권의 침해는 보편적인 현상인데 권리 구제는 매우 선택적이다 보니, 확률적으로만 생각할 때에는 불법을 저질러도 별 문제가 되지 않을 가능성이 높다. 합리적 행위자 모델에서는 이러한 경우에 사람들이 불법을 행할 수도 있다고 사안을 단순화시킨다.

저작권 침해와 관련하여 우리가 이렇게 어려운 문제에 직면하였으므로 언젠가 지나 불법에 대한 책임을 엄중하게 추궁하는 추상같은 권리 행사만이 해법이 아니라고 본다. 막아도 막아도 어디에선가 새롭게 나타나는 기업적인 저작권 침해자나 헤비 업로더에 대한 단속과 같은 불법의 공급 측면보다, 불법의 수요 측면에 주목하여 불법 복제물에 대한 수요를 획기적으로 줄일 수 있다면 공급자는 더 이상 설 땅이 없게 될 것이다.

이러한 점에서 저작권 인식의 확산은 거의 모든 저작권 문제에 적용될 수 있는 좋은 해법이 될 것으로 믿는다. 무조건 금지하는 것이 아니라 할 수 있는 행위의 테두리를 명확히 해 주는 디지털 저작권 소진의 제도 도입은, 일반 시민에게 저작권법의 테두리에서 할 수 있는 행위와 하면 안 되는 행위를 명확히 분별해 주는 소양을 키워주는 계기가 될 수 있다.

### XIII. 비교 - 디지털 저작권 소진의 인정으로는 포섭할 수 없는 측면

종래의 배포권에 한정된 권리소진이, 적법하게 취득한 디지털 복제물에 대한 2차적 저작물 작성권에까지 확장되어야 한다는 견해가 있다.<sup>337)</sup> 그런데 2차적 저작물 작성권에 대한 권리소진은 소진에 의하여 변용된 2차적 저작물이 광범위하게 확산될 수 있다는 상황까지를 고려하면 권리자의 이익을 지나치게 침탈하는 것이 되어 인정할 수 없다고 생각한다.<sup>338)</sup>

### XIV. 소결

결국 이상과 같은 제도 도입의 필요성을 고려하면 디지털 저작물의 중고 거래 구조의 정확성이나 정직성을 담보할 수 없었던 종래의 기술 수준이 계속 유지된다면 모르겠으나, 저작권 문화와 관련 기술이 이를 뒷받침할 수 있는 사정이라면 과거와는 달리 디지털 권리소진의 허용 여부를 전향적으로 검토할 필요가 있다고 본다.

아울러 본 연구는 저작물의 광범위한 복제를 야기하는 무단 불법 공중전달과, 엄연히 자신이 지불한 가격을 기준으로 한 중고 가격을 받고자 하는 이용자가 디지털 파일의 판매를 위하여 인터넷으로 제공하는 행위 자체는 법 기술적으로는 동일하게 저작권자의 권리 범위 내에 해당한다고 판단할 수 있을지언정, 행위 반가치의 측면에서 그 본질은 사뭇 다르다는 점을 염두에 두어야 한다는 점을

---

337) A. Perzanowski & J. Schultz, *Id.* at 892.

338) 개인적 목적에 의한 프로그램 저작물의 개작은 논외로 하더라도 그 개작물의 확산까지를 생각하면 도저히 인정할 수 없다는 견해로는 M. Meurer, *Id.* at 86. 여기에서는 프로그램의 패치 판매는 손쉽게 개작에 드는 비용을 상쇄하여 수익을 낼 수 있을 것이므로 허용되어서는 안 된다고 본다.

강조한다.

다음으로는 디지털 저작권 소진을 인정해야 할 이유를 디지털·온라인 복제물의 판매 모델과 비판매 모델의 비교를 통하여 좀 더 논구해 본다.

### 제3절 판매 모델과 비판매 모델의 비교를 통한 디지털 저작권 소진의 인정 필요성 검토

#### I. 서설

‘비판매모델’이란 용어로 이용권설정계약(license)이나 서브스크립션(subscription) 계약에 의한 영업 모델을 넓게 포섭하고자 한다. 이용권 설정 계약 모델이란 포괄적인 의미에서, 디지털 저작물의 유통에 있어서 저작물의 이용을 라이선스를 부여하여 적법하게 하면서 계약의 조건으로 각종 이용 범위를 정하게 하는 것이다. 그중에서도 서브스크립션 계약(subscription contract)은 상품을 개별적으로 판매하기보다는, 이용기간을 정해두는 방식으로 상품이나 서비스의 접근을 가능하게 하는 방식을 의미한다<sup>339</sup>).

이러한 비판매모델이 가능하게 된 배경은 복잡한 라이선싱을 뒷받침하는 기술적 발전으로 디지털 저작물을 기간을 한정하여 이용하게 하거나, 이용횟수에 제한을 두는 등 저작자의 통제권이 강력해졌기 때문이다. 이용권 설정계약은 묶음 상품을 공급하는 것을 목적으로 하는 서브스크립션 계약의 형태를 띠 수도 있지만, 저작물을 한 번만 향유하는 형태의 계약도 존재한다. 온디맨드·스트리밍 1회 사용 조건의 디지털 영화·영상물 이용계약이 그러하다.

---

339) ‘위키피디아(Wikipedia)’의 Subscription Business Model 항목, <[https://en.wikipedia.org/wiki/Subscription\\_business\\_model](https://en.wikipedia.org/wiki/Subscription_business_model)> (2018. 6. 29. 최종 방문).

이용권 설정계약의 조건을 정교하게 정할 수 있는 있는 기술이 발전함에 따라 저작권자들은 경제적 효용을 극대화할 가능성이 있는 이용권 설정계약에 점점 더 의존하게 되었고, 이 결과 마치 책과 같은 유형 매체를 판매함에 따라 거기에 들어 있는 저작물은 영속적인 이용권을 부여하는 것과 같은 결과가 될 수밖에 없듯이 다운로드 방식을 통하여 디지털 저작물도 영속적인 이용권을 부여하는 것에서부터 나아가, 디지털 저작물은 오히려 영속적인 이용권을 부여하는 형식보다는 한정적인 이용권을 세밀하게 설정하는 방식으로 변화하고 있는 것이 전반적인 추세이다.

이러한 추세적 경향의 사례들로서는 디지털 음악 유통 방식이 다운로드 방식<sup>340)</sup>에서 스트리밍 방식으로 변화하거나<sup>341)</sup>, 디지털 영상저작물의 유통 방식이 영구적인 다운로드 방식에서 스트리밍 방식<sup>342)</sup>으로 변화하고 있거나, 컴퓨터프로그램의 영역에서도 다운로드 방식보다 연간 사용료를 청구하는 서브스크립션 방식으로 전환되는 사례<sup>343)</sup>가 늘고 있다는 점 등을 들 수 있다.

이용권 설정계약이 폭넓게 채택됨에 따라 디지털 권리소진론이 제기하는 문제의식이나 해결 방안이 더 이상 유효하지 않은지에 대한 의문이 제기될 여지가 있다.<sup>344)</sup> 하지만 양자의 장점과 인정 실익이 별도로 존재하므로 디지털 권리소진

340) 구미에서는 다운로드 방식을 일품(一品) 요리에 빗대어 “a la carte” 방식이라고도 부른다.

341) 국내 디지털 음악시장에서는 스트리밍의 비중이 점점 높아져 이제는 대략 스트리밍 방식이 60%, 다운로드 방식이 40%의 비중을 점하고 있다고 한다. 다운로드가 그나마 40% 정도의 점유율을 유지하고 있는 것은 각 음원유통사가 스트리밍과 다운로드 방식을 결합한 묶음상품을 출시하고 있기 때문이라고 본다. 2018. 4. 13. 자 노컷뉴스 기사. “음원 가격 인상 논란, 핵심을 놓쳤다” <<http://www.nocutnews.co.kr/news/4953962>> (2018. 6. 29. 최종 방문)

342) 기간제 다운로드 방식도 기술적으로는 스트리밍 방식이거나 또는 다운로드된 파일에 일정 기간이 경과한 후에는 재생을 할 수 없도록 하는 DRM 이 부착되어 있는 것으로 이해된다.

343) 예컨대 디지털 사진 편집 프로그램인 어도비(Adobe)사의 ‘포토샵 라이트룸(Photoshop Lightroom)’은 종래 프로그램 CD 판매 방식이었다가 2012년경부터 서브스크립션 모델로 전환되었다.

344) 미국 의회 저작권청장인 팔란테는 한 기고를 통하여, 온라인 상거래가 복제물의 판매로부터 라이선싱으로 무게 중심을 옮김에 따라 디지털 저작권 소진론의 논의가 더 이상 필요 없어진 것이 아닌지 하는 고려를 의회가 할 수 있을 것이라고 적고 있다. M. Pallante, *The Next Great Copyright Act*, Columbia Journal of Law & The Arts,



은 판매모델에 한정하고, 이용권 설정계약은 디지털 권리소진이 미치지 않도록 조정하여야 한다는 것이 이 논문의 주장이다.<sup>345)</sup> 아래에서는 비판매모델인 이용권 설정계약과 디지털 권리소진의 적용을 예정하는 판매모델을 비교하고, 비판매모델의 독세에도 불구하고 디지털 저작권 소진론을 여전히 논의할 필요가 있을지를 검토한다.

## II. 판매모델과 비판매모델의 구별

판매 모델은 다운로드 방식으로 대표된다. 우리나라의 대표적 음원 사이트인 네이버뮤직에서는 보통 한 곡당 700원(부가세 별도)의 가격에 다운로드가 가능한 음원을 판매하는데, 다운로드 방식은 이용자가 영구적으로 음원을 보유하게 하는 방식이다. 음원 공급회사에서 이용자에게 보내오는 거래 내역을 보면 “다운로드 방식으로 구매”하였다고 표현한다.

디지털 저작물 시장은 다운로드의 비중이 줄어드는 반면 서브스크립션이 늘어나고 있는 상황임을 부인할 수 없다. 그러나 다운로드 방식이 스트리밍에 의해서 완전히 대체될 가능성은 없을 것으로 보인다.<sup>346)</sup> 디지털·온라인에서도 보유한다는 개념은 여전히 중요하다. 임대(rent)나 라이선싱 모델의 점증하는 중요성을 부정하는 것은 아니지만, 저작물을 보유한다는 것에는 직관적이고 간명하다는 점을 포함한 여러 고유한 장점이 있다. 이러한 보유 모델의 장점을 살리기 위해서

---

Vol. 36, No. 3 (2013).

345) 미국 저작권 독서 당시 Center for Democracy and Technology (CDT)에서 제출한 2013. 11. 13.자 의견서 15면에서도 이 같은 구분론에 의하여 비판매 모델은 제외하고 판매모델에만 디지털 권리소진을 인정하는 견해를 취하고 있다. Center for Democracy and Technology (CDT), *COMMENTS TO THE US COMMERCE DEPT. INTERNET POLICY TASK FORCE - Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy* (November 13, 2013) <[https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/Center\\_for\\_Democracy\\_and\\_Technology\\_Comments.pdf](https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/Center_for_Democracy_and_Technology_Comments.pdf)> (2018. 6. 29. 최종방문)

346) 미국 2016년 저작권백서 44면.

는 재판매의 가능성이 보장되어야 한다.<sup>347)</sup>

반면 서브스크립션을 위시한 비판매 모델은 라이선싱을 기반으로 한다. 판매라는 개념보다 라이선싱이라는 개념을 중심으로 한 사업 모델을 선호하는 것은 일견 상당수 저작권자·공급자에게 공통된 현상인 것으로 보인다. 미국의 2016년 저작권 백서에서도, 전체적으로 권리자는 라이선싱을 중심으로 한 개념을 선호한다고 정리하고 있다.<sup>348)</sup>

유럽사법재판소(ECJ) 유즈드소프트(UsedSoft) 판결을 참고로 하면, 판매의 의미를 ‘급부의 대가로 권리자에게 속한 유형 또는 무형의 아이템을 제3자에게 이전하는 행위’라고 보고 있다.<sup>349)</sup> 나아가 위 유즈드소프트 판결에서는 저작권자의 컴퓨터프로그램의 판매가 아닌 라이선싱이라는 주장에 대해서, 법원은 해당 컴퓨터프로그램에 대한 1회의 대가 지급으로 무제한 사용할 수 있다면 라이선싱이 아니라 판매에 해당한다고 판단하였다.<sup>350)</sup>

유럽연합의 유즈드소프트 판결과 앞서 소개한 B. Carver의 미국판례의 분류 등을 참고하면, 권리소진의 전제가 되는 디지털 복제물의 판매는 복제물의 영구적인 보유 여부를 결정적 기준으로 하여야 할 것이다. 더 나아가 디지털 권리소진의 도입으로 양도성이 인정되어야 구매한 디지털 콘텐츠와 관련하여 일상적인 의미에서의 판매의 개념에 가깝게 될 것이다.

이렇게 보지 않고, 미국의 Wall Data 판결<sup>351)</sup>처럼 권리자가 관련 거래의 내용

---

347) 미국 저작권 백서 준비 과정에서 Nashville에서 있었던 청문회 중 A. Perzanowski 교수의 발언 내용에도 판매 모델은 “라이선싱 등 다른 모델과 함께 메뉴에 들어 있어야 한다” 고 한다.

*Reporter’s Transcript of Proceeding*, Department of Commerce Multistakeholder Forum on Improving The Operation of the DMCA Notice and Takedown System, p. 85.

[https://www.uspto.gov/sites/default/files/ip/global/copyrights/roundtable\\_transcript-nashville.pdf](https://www.uspto.gov/sites/default/files/ip/global/copyrights/roundtable_transcript-nashville.pdf). (2018. 6. 29. 최종 방문).

348) 저작권 백서 42면.

349) Case C-128/11, *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*, 2012 E.C.R. I-0000. Note 42.

350) 본고 제3장 제4절 I. 항 참조.

351) 본고 제2장 제7절 II.2.다.항 참조.

을 라이선스라고 언명하는 것을 그대로 받아들여 인정한다면, 안일한 수준의 동어 반복(tautology)에 지나지 않는다고 본다.

구 분		권 리 자			비 고
		저작자(음저협, 함저협)	실연자(음실련)	제작자(음산협)	
스트리밍	종량제	1.4원	0.84원	6.16원	소비자가 14원기준
	월정액	0.7원 or 10%	0.42원 or 6%	3.08원 or 44%	소비자가 7원기준
	광고 기반	0.74원 or 10.5%	0.44원 or 6.25%	3.38원 or 48.25%	-
다운로드	종량제	77원 or 11%	45.5원 or 6.5%	367.5원 or 52.5%	소비자가 700원기준
	묶음	①5~29곡: 38.5원 ②30~64곡: 38.5원 기준 추 가 곡당 1%씩 할인 ③65곡 이상: 26.95원	①5~29곡: 22.75원 ②30~64곡: 22.75원 기준 추가 곡당 1%씩 할인 ③65곡 이상: 15.93원	①5~29곡: 183.75원 ②30~64곡: 183.75원 기 준 추가 곡당 1%씩 할인 ③65곡 이상: 128.63원	-
	기간제	종량제 및 묶음 곡단가의 38%	종량제 및 묶음 곡단가의 38%	종량제 및 묶음 곡단가의 38%	-
결합상품(S+D)		월정액S사용료의 50% + D사용료	월정액S사용료의 50% + D사용료	월정액S사용료의 50% + D사용료	월정액 할인(50%) × 결합상품 할인(추가50%)

[표 4-2. 디지털 음원의 판매 및 서비스 방식과 각 사용요율]

위의 표는 우리나라의 디지털 음원의 판매 및 서비스 방식과 각 사용요율을 정리한 것이다.<sup>352)</sup> 위 표 중 스트리밍 방식은 영구적으로 사용할 수 없고 일회적으로 지나가는 것이므로 판매가 아니고 비판매 모델로 볼 것이지만, 다운로드(ala carte)이든 묶음 판매이든 영구적인 보유 기준에서는 판매로 보아야 할 것이다.<sup>353)</sup>

352) 우리나라의 음악, 실연, 음반 관련 저작(인접)권 신탁단체로는 음악저작권단체에 한국음악저작권협회(음저협) 및 함께하는음악저작권협회(함저협), 실연자 인접권 신탁단체에 한국음악실연자연협회(음실련), 음반 인접권 신탁단체에 한국음반산업협회(음산협) 등이 있는데 위의 표는 전송사용료에 관한 이들 단체의 사용료징수규정을 망라하고 있다. 이들 사용료징수규정은 한국저작권위원회의 심의를 거쳐 문화체육관광부장관이 승인한다.

353) 단 아이피 티브이(IP TV)의 예에서 볼 수 있듯이 계약이 종료하면 이용도 할 수 없게 되는 기간을 정한 ‘영구’ 이용 방식은 다운로드 방식이 아니라 실제로는 스트리밍 방식이거나, 다운로드라고 하더라도 일정 기간 이후에 DRM을 적용하여 이용자의 감상을 금지하는 시스템으로서 영구적 보유로 볼 수 없다.

또한 디지털 음원업계에서 말하는 월 임대 방식(Monthly Rental: 실무에서 “MR”이라고 약칭함) 또한 영구적인 보유와 거리가 있으므로 비판매모델이라고 보아야 할 것이다. 결합상품은 결합품 내 구성요소 개개의 성격의 실질을 따져서 일부를 판매로, 일부를 라이선싱으로 보아야 할 것이다.

판매모델과 비판매모델의 구분은 명확하여야 한다. 일반공중의 혼동을 방지하는 의미 외에도 디지털 저작권 소진을 도입한다면 디지털 저작물의 재판매가 가능한지의 여부가 판매모델과 비판매모델의 명확한 구분에 달려 있다.

### III. 비판매 모델의 장점과 문제점

#### 1. 비판매모델의 장점

비판매모델에 의한 장점은 대체로 다음과 같다.

##### 가. 이용자에게 다양한 선택지의 제공

비판매 모델을 통하면 관리자가 이용자에게 다양한 옵션을 제공할 수 있어, 이용자의 선택의 폭을 넓힐 수 있다. 이미 업계에서는 기간제를 중심으로 하면서도 재생 횟수를 제한하는 임대제 등 다양한 이용권 계약 유형을 소비자들에게 제시하고 있다. 소비자는 이론적으로는 자신의 선호와 경제적인 형편에 부합하는 이용권을 부여받을 수 있게 되었다.

##### 나. 제공 비용의 감소 가능성

이용권 설정 계약 방식이 흔히 취하게 되는 묶음 판매 방식은 서로 다른 선호도를 가진 수요자 전체를 대상으로 하여 점차 낮은 가격에 더 많은 콘텐츠를 제공하느 혜택을 불러 올 수 있다.<sup>354)</sup>

또한 디지털 저작물을 영구적으로 소장하는 옵션보다 조건이 부과된 이용권 설정을 통한 비용이 보다 저렴해 질 수 있다. 디지털 저작물을 영구적으로 소장하게 하려면 권리자로서는 해당 이용자에 관한 한 추가적인 수익 가능성을 포기하게 되는 셈이므로 디지털 저작물의 영구적 소장에 대한 대가가 커지게 되기 쉽지만, 이용에 일정한 제한이 붙는 옵션이라면 이용 기간이나 횟수를 감안하여 사용료를 낮출 수 있다.

이용 기간이나 조건은 연장이나 개정이 용이하므로 최초의 조건의 선택이 절대적이지 않다는 점도 이용자에게 매력적인 면으로 보일 수 있다. 예컨대 아마존 킨들(Amazon Kindle)<sup>355)</sup>은 이용 기간의 종료일에 즈음하여, 이용 기간을 연장한다면 이용자가 기 지불한 금액을 환불하고 새로운 이용료 조건을 제시하면서 대안으로 전자책을 구입(purchase)할 수 있는 옵션을 제공한다.<sup>356)</sup>

## 다. 서비스 질의 유지와 향상에의 동기 부여

---

354) 바란트 아난드 저, 김인수 역, 「콘텐츠의 미래」, 리더스북 (2017), 138면.

355) 아마존 킨들은 아마존사에 의하여 개발, 판매되고 있는 대표적인 전자책 기기이다.

2007년에 최초 발매되었고, 구미 시장에서 가장 점유율이 높은 것으로 알려져 있다.

356) 킨들(Kindle) 전자책의 이용과 관련하여 필자가 수신한 아마존사(Amazon)의 2017. 11. 21. 자 이메일 전문. “Your rented book is expiring tomorrow. Hello Chang Hwan Shin, We wanted to remind you that your rental for Balancing Copyright Law in the Digital Age: Comparative Perspectives expires on November 21, 2017. Extend your rental or purchase the book before November 21, 2017 and receive full credit for the amount you've spent to rent the book. This credit will not be available after your rental expires. If you do not want to extend your rental or purchase the book, you do not extend your rental or purchase the book, you do not need to do anything at this time. Your rental will expire automatically. You can continue to access any notes and highlights you've made, even after the book expires.” 즉, 요약하면 이용기간을 연장한다면 이미 지불한 금액을 환불하고 새로운 이용 조건과 이용료를 부과하겠다는 내용이다. 이러한 안내 말미에 임대기간 연장 혹은 구매(Extend Rental or Purchase) 버튼을 제시하고 있다.

이용권설정계약 방식에서는, 소비자를 지속적인 계약 관계를 유지하고 싶은 공급자에게 서비스의 질을 유지하고 향상시키려는 동기가 부여될 수 있다.<sup>357)</sup> 이와 관련하여 이용권설정계약 방식에서는 디지털 저작물에 지속적인 업데이트를 하고 품질 관리를 해 주는 것이 수월하다는 점을 지적할 수 있겠다.<sup>358)</sup> 음악저작물이나 영화와 같이 업데이트에 별 큰 의미가 없는 분야도 있지만, 일부 컴퓨터프로그램, 데이터베이스나 전자책의 개정판 등에서는 업데이트가 중요할 수 있다.

## 라. 권리자와 이용자 간 효율적인 라이선스 조건의 교섭

이용권설정계약 방식에서는 계약 당사자 모두에게 혜택이 갈 수 있는 다양한 라이선싱 조건을 저작권자와 이용자가 창의적으로 안출하여 합의에 이를 수 있다는 장점을 빼 놓을 수 없다.

## 마. 불법복제의 가능성이 줄어든다는 현실적인 측면

이용권 설정 계약 방식에 의할 때, 불법복제의 가능성이 줄어든다는 현실적인 면이 지적되고 있다. 예를 들면 패키지 게임에서는 만연하였던 불법복제가 온라인게임에서는 확연히 감소하였다는 언급이 그러하다.<sup>359)</sup>

---

357) ‘위키피디아(Wikipedia)’의 Subscription Business Model 항목, <[https://en.wikipedia.org/wiki/Subscription\\_business\\_model](https://en.wikipedia.org/wiki/Subscription_business_model)> (2018. 6. 29. 최종 방문).

358) 미국 2016년 저작권 백서 작성 시 의견수렴과정에서 Business Software Alliance(BSA)가 제출한 의견서 2-3면 참조. BSA, *Request for Comments on Department of Commerce Green Paper, Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy*, 78 Fed. Reg. 61337 (Oct. 3, 2103). Docket No.:1302927852-3852-01 (Jan. 17, 2014). <[https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/bsa-the\\_software\\_alliance\\_post-meeting\\_comments.pdf](https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/bsa-the_software_alliance_post-meeting_comments.pdf)>(2018. 6. 29. 최종 방문).

359) 이러한 지적은 이용권 설정계약 자체의 장점이기라기보다는 다운로드 방식이 스트리

## 2. 비판매모델의 문제점

비판매모델(이용권설정방식)에는 다음과 같은 단점이나 문제점이 따른다.

첫째, 이용권 설정 계약 방식으로는 디지털 저작물 소장의 필요성을 충족하여 줄 수 없다. 아무리 클라우드 컴퓨팅의 시대라고 하지만 디지털 저작물 소장의 필요성이 현존한다. 이용권 설정 계약을 통하여도 원하는 디지털 저작물을 감상하고 향유할 수는 있지만, 스트리밍 방식이라면 저작물 이용권한을 보유하고 있다 하더라도 인터넷 접속 또는 무료 와이파이 접속이 가능한 지역 안에 있지 않다면 이용에 제약이 따른다. 수요자가 원하는 저작물을 찾는 데도 시간과 노력이 더 소요될 수도 있다. 다운로드에 의한 판매 모델에 있어서는 이러한 제약이 없고, 자신의 전자기기 안에 저장된 디지털 저작물을 불러내면 바로 이용이 가능한 것이므로 저작물의 향유에 시간과 노력을 아낄 수 있다. 이에 더하여 저작물 소장은 인간의 기본적인 수집 욕구 등 정서적인 측면도 충족시켜 줄 수 있음도 무시하기 어렵다.

둘째, 이용권 설정 계약은 권리자가 그 이용권의 범위를 설계하여 이용자에게 제시하는 것이므로 권리자가 우월한 위치에서 자신에게 일방적으로 유리한 조건을 관철시킬 가능성이 높다. 일부 견해에서는 이용권 설정 계약이 법률상 허용되는 역분석 등을 금지함으로써 시장을 통제하려는 시도에서 이루어질 수 있음도 지적한다.<sup>360)</sup> 대체로 이용권 설정 계약은 교섭 불가능한(non-negotiable) 경우가 많은데 사정이 이렇다면 법에서 허용하고자 하는 행위 자체도 이용권 설정 계약의 조건과 기술조치와의 결합에 의하여 금지하거나 원천적으로 차단할 수 있으

---

밍 방식보다 시기적으로 앞서 시작되었고 근래에 오면서 DRM 등 디지털 저작물의 관리 기술이 더 고도화된 혜택이라고 보는 것이 합당할 것이다.

360) J. Tobin, *Licensing a Means of Providing Affordability and Accessibility in Digital Markets: Alternatives to a Digital First Sale Doctrine*, 93 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y, 167, 184 (2010).

며, 이에 따라 아날로그 최초판매원칙을 포함한 법에서 허용된 행위들도 위축될 수 있다.<sup>361)</sup>

셋째, 디지털 재화의 특성상, 이용권 설정 계약 조건을 이용자가 제대로 파악하지 않고 계약에 임할 가능성이 높고, 권리자로서도 계약 조건을 복잡하게 구성하거나 잘 눈에 띄지 않게 제시함으로써 구체적으로 알 수 없도록 할 유인이 없지 않다.<sup>362)</sup> 이러한 문제점은 한정된 여건 아래에서 최대한 합리적 선택을 취하는 계약 당사자의 심리적·행태적 문제에 기인한 것이므로 시정하기가 쉽지 않고, 국가의 개입 가능성이 높다고 할 수 없을 뿐 아니라 설령 개입이 가능하다고 하더라도 그러한 개입이 반드시 바람직한지도 의문이다.<sup>363)</sup> 정당한 사유가 발생하여 콘텐츠 구매에 대한 환불을 받으려고 하더라도 상당히 복잡한 절차를 거치게 하여 소비자에게 포기를 하게 하는 등의 방식으로 운용된다면 소비자는 피해를 보게 된다.

넷째, 이용권 설정 계약에 의할 때에는 공급자가 언제든지 저작물의 제공을 철회함으로써 특정 저작물에 대한 접근가능성(availability)이 심각하게 위협받을 수 있다. 다만, 판매모델에서도 이러한 접근가능성과 관련한 문제가 발생하지 않는 것은 아니다. 2009년 아마존(Amazon)에서 제공하는 전자책 기기 킨들(Kindle)에서 이용자들이 구매한 조지 오웰의 소설 “1984”와 “동물농장”이 삭제된 것은 판

361) 미국 저작권청 제104조 보고서, 38면.

362) 미국의 2016년 저작권 백서, 55면. 이에 더하여 2013년 미국 저작권 녹서의 의견수렴절차에 의견을 제출한 전자프론티어재단(EFF)에서는 소비자가 이러한 최종사용자계약(EULA)의 존재 자체를 모르고 있을 가능성까지 지적한다.

CIS/EFF, *Comments in Response to the Department of Commerce's Green Paper,*

*Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy* (Nov. 13, 2013), p. 17.

<[https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/Stanford\\_Center\\_for\\_Internet\\_and\\_Society\\_Comments.pdf](https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/Stanford_Center_for_Internet_and_Society_Comments.pdf)> (2018. 6. 29. 최종방문). 라이선스 계약 혹은 최종사용자계약이 수십 페이지에 이르는 경우가 많음을 상기한다면 이러한 지적은 일리가 있다.

363) 유지혜, 앞의 논문 84면에서는 디지털저작물 거래 일반에 있어서 비대면계약이 대부분으로 거래의 내용에 대한 교섭이 어렵고 저작권자가 조건을 일방적으로 설정한다는 점에 대한 문제점을 지적하고 있다. 필자는 특히 이러한 특성은 구매모델보다 이용권설정 계약모델에서 더 두드러진다고 본다.



매모델에서 발생한 사건이었다.<sup>364)</sup> 그렇다고 하더라도 접근의 자의적인 차단 의 문제는 이용권 설정 모델에서 두드러지는데, 예상되는 최악의 시나리오는 공급업체의 갑작스러운 파산이나 데이터 유실 사고 등에 의한 저작물 제공의 전면적인 중단이다.

다섯째, 이용권 설정 계약은 대부분 묶음 상품 방식으로 계약이 체결되는데, 소비자가 원하는 저작물이 특정되어 있을 경우 그다지 필요하지 않은 저작물에 대한 접근에 추가적인 지출이 생긴다. 소비자가 그리 원하지 않을 때에도 계약 해지가 용이하지 않아서 계약이 연장되기 쉬운 구조로 설계된다면 이러한 문제점은 더욱 부각될 수 있다.

여섯째, 소비자로 하여금 특정 서브스크립션 서비스의 이용방식, 웹사이트나 애플리케이션의 유저 인터페이스(UI), 자동화된 결제방식 등에 실질적으로 종속되게 함으로써 소비자의 합리적인 선택에 의하여 보다 좋은 조건을 제시하는 서브스크립션 서비스로 변경하는 행위를 방해하는 잠금효과(lock-in effect)가 발생할 우려가 없지 않다.

마지막으로, 서브스크립션 모델은 이용자에게 많은 개인 정보를 요구하고, 이용 과정에서도 이용행태와 관련된 정보들이 대량으로 수집되기 때문에, 자칫 프라이버시(privacy) 침해나 정보 유출 사고 등으로 이어질 가능성이 있다.<sup>365)</sup>

주의적으로 언급하자면 이상의 설명은 판매모델과의 장단점을 비교하기 위하여 비판매모델의 일반적인 문제점을 추려 본 것이지, 이것으로 비판매모델의 독

---

364) 당시 아마존은 권리관계(chain-of-title)가 정확히 확인되지 않은 상태로 한 전자책 공급업체로부터 저작물을 제공받았다가 이 업체가 전자책을 제공할 적법한 권원이 없음을 알게 되자, 별다른 고지 없이 사용자들의 개별 기기인 킨들에 접근한 후 조지오웰의 소설 “1984”와 “동물농장”을 임의로 삭제하여 큰 논란이 되었다. 뉴욕타임즈 2009. 7. 18.자 인터넷판 기사 참조.

<<https://www.nytimes.com/2009/07/18/technology/companies/18amazon.html>> (2018. 6. 29. 최종방문)

365) 아마존의 전자책 기기 킨들(Kindle)이 머지않아 사람의 이용자의 생태정보를 정교하게 수집하여 이를 토대로 이용자에게 영향력을 행사할 것이라는 예측에 대해서는, L. Dormehl, *The Formula: How Algorithms Solve All Our Problems...and Create More*, TarcherPerigee, 206 (2015) [유발 하라리 저, 김명주 역, 「호모데우스-미래의 역사」, 김영사(2017), 471면에서 재인용].

자적인 의의나 존재 이유가 부정하고자 하는 것이 아니며 현실에서 나름대로의 효용성과 필요성을 가짐을 인정할 수 있다.

어쨌든 비판매모델로서 이용권설정계약이 적용되었을 때에는 재판매를 허용하는 디지털 권리소진이 미치지 않는 영역이 된다. 이용권설정계약에 의하여 제공된 디지털 저작물은 그러한 계약에 정해진 제약(restriction)에 따라 재판매 혹은 이용권의 양도가 제한될 수 있다.<sup>366)</sup> 우리 법 규정에 비추어 보더라도 권리소진의 원칙 등이 적용되지 않는 한, ‘이용허락에 의하여 저작물을 이용할 권리는 저작재산권자의 동의 없이 제3자에게 이를 양도할 수 없다’(저작권법 제46조 제3항).

#### IV. 판매모델의 장점

비판매모델의 반대편에 판매 모델이 존재하므로, 앞서 설명한 비판매모델의 단점은 대부분 판매 모델의 장점으로 연결 지어 볼 수 있을 것이다.

이에 더하여 대부분 단품(a la carte)으로 소비되는 저작물은 판매모델과 보다 잘 어울리는 측면이 있다. 또한 혹여 비판매 모델 또는 이용권설정계약의 외관을 취하고 있다고 하더라도 그 실질을 살펴보면 다운로드의 방식을 취하면서 영구적인 이용이 가능한 경우가 있다. 상대적으로 저작물의 향유에 많은 시간과 적극적인 노력이나 반복적인 저작물 이용의 필요성이 있거나 이용자의 특성과 결부되어 있는 저작물이 특히 그러한데, 전자책(e-Book)이나 이용자의 개성을 나타내는 표지로도 활용되는 이모티콘<sup>367)</sup>과 같은 디지털 저작물이 대표적이다.

이러한 디지털 저작물들의 특성을 극대화하려면 판매모델을 취하면서 판매모델의 장점을 충분히 살려 나가는 제도적 보완이 긴요하고도 시급하다. 혹자는 이

---

366) 2016년 미국 저작권 백서, 64면.

367) 최근 들어 유행하는 이모지, 애니모지, 혹은 더 넓게 아바타도 이러한 속성을 띤 디지털 콘텐츠로 볼 수 있다.

와 관련하여 단품 저작물의 다운로드 등이 이루어진다고 하더라도 이용권의 범위를 조정하는 계약조건이 수반되므로 실무에서 ‘라이선싱’이라고 통칭하는 이용권설정계약이 되고 이를 판매모델로 보아서는 안 될 것이라고 반론을 제기할지도 모르는데, 저작물 자체에 대해서 이루어진 라이선싱과 저작물의 디지털 복제물에 대한 법률관계는 명확히 구별하여야 하고, 저작물의 디지털 복제물 관련 거래의 실질을 살펴 이용자의 영구적인 보유를 목적으로 하는 디지털 저작물의 거래는 판매모델로 보아야 할 것이다.

## V. 두 모델 간 긴장 관계

비판매 모델은 권리자가 저작물 이용자의 개별적 이용을 잘게 쪼개어 모든 이용행위를 상품화하려는 이익 극대화 전략과 관련을 갖는다.<sup>368)</sup> 권리자로서는 관련 거래의 명칭이 어찌되었든, 그리고 이용자가 권리자·공급자의 저작물 공급 광고 등을 보고 어떠한 기대를 형성하든 아랑곳하지 않고, 로열티 수익을 늘리고자 하는데 일차적인 목표가 있을 수 있다. 그 결과 공급자는 이용자에게 판매를 표방했는데 그 실질은 판매가 아닌 라이선스 모델에 입각한 것이 되곤 한다. 결국 디지털·오프라인 환경의 라이선스 허구(license fiction)가 디지털·온라인에서도 재현되고 있는 양상이다.

미국의 2016년 저작권 백서에서는 디지털·온라인 저작물의 판매의 개념 자체를 인정하지 않는 듯한 태도를 취함으로써, 디지털 저작물의 구매 버튼(“buy”, “purchase”, “own”등)의 제시가 사용자의 혼란을 가중시킬 것이라는 점

---

368) 저작권자가 모든 개별적 이용을 상품화하고 수량화하여 가능한 한 최대한도로 저작물의 개별적 이용에 대해 요금을 부과해 청구하고자 하는 동기를 갖게 된다는 설명은, 이대희, “접근권-정보의 자유로운 이용 v. 정보통제의 권한”, 한국정보법학회 편, 「인터넷, 그 길을 묻다」, 중앙books(2012), 576면 참조. 같은 이익 극대화에서의 동기에서이지만, 시장에서 흔히 관찰되는 묶음 상품의 설계, 끼워팔기(tying) 등과는 결과 면에서 반대되는 측면이 있다.

을 지적하고 있다.<sup>369)</sup>

권리자가 판매 모델을 채택하였고 그 결과 이용자가 판매 모델에 입각한 저작물 이용권을 취득한다는 합리적 기대를 형성하였으면 이러한 기대 내용 그대로, 그리고 당사자의 직관에 부응하는 복제물 공급이 이행되는 것이 바람직할 것이다. 그러하지 아니하고 디지털·온라인 저작물의 판매를 표방해 놓고는 실제로는 이용 기간에 제한을 둔다든지, IP TV 계약이 종료되면 “영구 소장용” 영화파일을 더 이상 이용하지 못하게 한다든지 하는 권리자의 얄은 책략은 비판을 받아 마땅하여 보인다.

일부 논자는 유럽사법재판소의 유즈드소프트(UsedSoft) 판결에 대해서 부정적인 논지를 전개하면서 유즈드소프트(UsedSoft) 판결의 디지털 권리소진이 여러 분야와 국면에서 폭넓게 인정받으면, 프로그램 저작권자들은 무기한의 사용권을 부여하려기보다는 가능한 한 갱신 가능한 옵션을 부과한 기한부로 라이선싱하려 할 것이고, 상당수 소프트웨어가 연단위로 업데이트되어 프로그램의 가격이 하락하기보다는 중고 시장 자체가 의도하지 않은 결과가 될 것이라는 점을 지적한다. 또한 완전 지불 라이선스(fully paid up license)보다는 연간비용(annual charges) 등을 통한 라이선싱이 늘어서 배포자와 라이선스 모두의 관리비용을 늘리게 될 것이라고 예측한다.<sup>370)</sup>

여기에서 만약 디지털 권리소진이 도입되면 공급자는 이제 더 더욱 권리소진이라는 결과를 피하기 위해서라도 기존의 판매 모델을 비판매 모델로 전환하지 않을까 하는 우려가 생길 수 있다. 즉 디지털·온라인 복제물에 대해서는 저작권 소진이 인정되지 않는 지금도 비판매 모델을 명시적으로 채택하고 있거나, 판매 모델임을 표방하면서도 비판매 모델과의 경계가 흐릿하거나 판매 모델을 표방하면서도 그 실질은 비판매모델로 운영하는 경우가 더 많은데, 저작권 소진을 도입

369) 본고 제3장 제3절 III. 2. 가. 항 참조.

370) T. Vinje, *Software Licensing After Oracle v. UsedSoft - Implications of Oracle v. UsedSoft (C-128/11) for European copyright law*, Computer Law Review International, Volume 13, Issue 4, 100 (2013).

한다면 권리소진이라는 결과를 두려워하여 모두 공급자들이 모두 비판매모델로 도피하지 않을까 하는 의문이다.

안 그래도 판매모델이 상대적으로 위축되어 있는 현실에서 디지털 저작권 소진까지 도입되면 더 판매모델이 위축될 것이 아니냐는 우려가 있음은 충분히 수긍할 만하다. 그러나 다음 항에서 논의하는 이유에서 비판매모델과 판매모델의 구별을 명확히 하는 것이 더 바람직한 결과를 낳는다고 본다.

## VI. 양자의 양립 가능성 및 디지털 권리소진의 제도화 필요성

현실적으로 판매모델과 이용권설정계약의 모델이 지금도 공존하고 있는 상황에서, 디지털 권리소진이 도입될 경우 권리소진을 피하기 위하여 일부 판매 모델은 이용권설정계약 모델로 전환되는 사례가 예상되는 측면도 있지만, 역으로 일부 공급자는 디지털 권리소진이 제공하는 소비자 편익이 수요를 촉진할 것을 기대하면서 판매모델을 채택할 가능성도 있기 때문에, 바로 디지털 권리소진 때문에 어느 한 편의 비즈니스모델이 시장에서 다른 모델을 압도하리라고는 보이지는 않는다. 판매모델과 이용권설정모델에서 제시하는 판매 가격이나 이용권설정 가격 및 제반 여건이 더 크게 달라질 것이기 때문에 이용자 집단(segment)의 분화를 포함하여 모델 간 상당한 차별화가 이루어질 것으로 예상된다. 각 모델의 장점과 지향하는 바가 다르므로, 판매모델에도 적지 않은 독립적인 수요가 존재할 것이다.

저작권자가 '라이선싱'이라는 전략을 선택함으로써 저작권자가 생각해 낼 수 있는 여러 유리한 조건을 라이선싱 계약으로 관철시키고, 포장지 겉면에 제시된 계약 내용을 읽거나 웹사이트의 팝업 창의 내용을 제대로 읽어 보지 않고 모든 사람이 권리자가 제시한 조건에 동의한다는 싸인을 쉽게 해 버리는 약관을 체결하게 할 수 있는 작금의 상거래 환경에서, 이용권의 범위를 축소하려는 경향이 광

범위하게 존재한다.<sup>371)</sup>

이 때 디지털 복제물을 한 번의 비용 지급으로 의연히 계속적으로 보유하게 하는 판매모델은 이용자가 공급자의 자의와 영업 전략에 크게 휘둘리지 않게 하여, 수요자의 보루 역할을 할 수 있을 것으로 본다. 비판매 모델의 무분별한 확산을 막고 소비자에게 선택의 기회를 보장하여 정당한 범위의 이용권을 신장하기 위하여도 판매모델을 실질적으로 뒷받침할 수 있는 제도인 디지털 권리소진의 도입을 고려하여 보아야 한다.

따라서 양 제도의 각 장점을 인정할 수 있다면, 이용권설정계약이 존재하는 현실은 인정하되 판매 모델에 대하여 디지털 권리소진을 제도화하는 방안을 모색해 볼 것을 제안한다.<sup>372)</sup> 판매모델의 고유한 장점이 존재하는 한 디지털 저작권소진을 도입함으로써 판매모델의 양적 비중이 다소 위축되는 한이 있더라도, 양도성을 보장하여 판매 모델의 본질적 장점을 극대화하고 판매모델과 비판매 모델을 뚜렷이 구분하는 편이 사회적으로 바람직한 것으로 본다.

그리고 본 연구에서는 판매 모델의 개념적 징표로서 재판매의 허용이 새로이 승인되어야 한다고 주장한다. 저작권 소진의 도입이 판매 모델의 장점이 더 명확히 부각되고 판매 모델이 제 자리를 잡는 계기가 될 것으로 본다. 무엇보다도 디지털 권리소진이 인정되지 않는 한, 양도성 및 환가성의 뒷받침이 없는 판매모델은 그 고유한 장점을 살리기가 어렵다. 반대로 양도성이 보장된다면 디지털 복제물 판매 모델의 잠재적인 장점은 더 커지게 된다.

비판매모델이 일회적인 감상을 위주로 하여 서브스크립션으로 공급 모델을 구

---

371) M. Lemley & M. McKenna, *Is Pepsi Really a Substitute for Coke? Market Definition in Antitrust and IP*, 100 Geo. L. J. 2055, 2166 (2012); M. Pallante, *The Next Great Copyright Act*, Columbia Journal of Law & The Arts, (Vol. 36, No. 3), 315, 332 (2013).

372) 디지털 시장에서 스트리밍 서비스와 다운로드 서비스의 병존 가능성에 대한 한 통찰은, W. Patry(정재훈 역), “가치 격차(Value Gap)를 논할 가치가 있는가?” 「계간 저작권」 제120호 (2017), 185면 참조. 여기에서는 스트리밍 서비스는 저장 공간의 효율적 사용 등 스트리밍 서비스만의 장점을 무시할 수 없지만, 저작물의 사본이 소비자의 기기에 저장되는 다운로드 방식도 쉽게 수익을 창출할 수 있고 계산할 수 있는 독립적인 판매 형식이라는 이유로 별도의 존재 이유와 시장성이 있다고 보고 있다.

성하는 것과 더 잘 어울리는 대중적인 음악저작물, 영상저작물 등의 대량적 공급에 더 강점이 있다면, 판매모델은 감상이나 향유에 다소 시간을 요하는 전자책(e-Book), 열악한 스트리밍 방식으로는 제대로 높은 질을 향유하기 어려운 하이파이 음원이나 영상, 그 밖에 이용자의 개성을 나타내는 표지로 활용되는 등의 이유로 수요자가 영구적 보유를 원하는 특정 저작물 등 주로 일품(a la carte)으로 공급되는 저작물에 강점이 있다.

수요자들에게는 자신의 필요에 부응하는 모델을 선택할 자유가 주어지고, 그들이 형성한 기대 그대로 저작물의 공급이 이루어지는 것이 바람직할 것이다. 적절한 수준의 판매 모델의 부재로 말미암아 A가수의 B곡 단 한 곡을 듣기 위하여, 다른 많은 곡에 대한 이용권은 원하지 않는데도 수천만곡에 이르는 방대한 레퍼토리를 자랑하는 카카오엠이나 애플뮤직의 서브스크립션을 어쩔 수 없이 신청하는 일이 생긴다면 그리 바람직하지 않다.

결론적으로, 주로 사무용 소프트웨어로 대표되는 범용 프로그램이나 음악 1곡, 전자책 파일 1점과 같은 일품 저작물(a la carte)의 유통 촉진과 소비자의 이익보장이라는 판매모델의 장점을 권리소진 원칙의 인정에 의하여 더 잘 살릴 필요가 있고, 온라인게임이라든지 무제한 월정액 계약과 같은 묶음형 음악저작물 사용계약 등과 더 친한 이용권설정계약에서는 판매모델과 형태에서 뚜렷이 구별되는 계약의 형태를 전면적으로 인정하고 여기에는 권리소진 원칙이 적용되지 않음을 확실히 함으로써 중국적으로 거래의 명확성과 안전성을 제고하는 것이 더 바람직하다.

## 제4절 디지털 권리소진 비판론에 대한 반론

### I. 디지털 권리소진에 대한 비판론 요약

앞서 미국의 2001년 제104조 보고서나 2016년 저작권 백서, 그리고 관련 업계의 의견 등에서 발견할 수 있는 디지털 권리소진론 도입에 비판적인 여러 목소리들을 간략히 요약하자면, 안 그래도 심각한 불법복제가 재판매가 허용되면 더 크게 확산될 우려가 있고 디지털 복제물의 대여행위로 경제적 피해가 우려된다는 점, 디지털 복제물은 열화되지 않고 신품과 중고품의 질이 동일하므로 디지털 권리소진제를 도입하면 시장 질서가 파괴될 것이라는 예측, 디지털 권리소진제를 뒷받침할 수 있는 송신 후 삭제(forward-and-delete) 기술과 같은 실효적인 기술적 보호조치가 존재하지 않는다는 점, 그리고 기술적 조치가 있다고 하더라도 곧 이를 해제할 수 있는 반대 기술이 나와서 무력화될 것이라는 예측, 여러 가지 부정적인 효과가 증폭되어 저작권자의 이익이 심각히 저해될 것이라는 점 등이 거론되었다.

## II. 본 연구의 반론

### 1. 그간의 실질적인 환경변화

2000년대 이후 그간의 저작권 환경변화는 특기할 만하다. 2000년대 초반은 P2P 파일공유 서비스가 저작권계를 그야말로 초토화시킨 시기이다. 그러나 2001년경 미국의 냅스터 소송<sup>373)</sup>이나 2007년 우리나라의 소리바다 소송이 완료된 이후로부터, 저작권 보호 필요성에 대한 사회적 인식은 크게 회복되고 있다. 우리나라에서 파일공유로 악명이 높던 ‘소리바다’사는 이제 대표적인 합법적 음원서비스 업체로 거듭나 있다. 황폐해졌던 저작권 시장이 다시 정상화되고 있는 추세이다.

---

373) *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (2001).



한국저작권위원회가 발간한 “저작권통계”를 살펴보면, 2016년도의 전체 불법저작물 시장의 규모는 2조3천8백40억원 가량으로서, 이를 합법적으로 유통되는 저작물 전체 시장 규모 약 16조1천3백50억원과 비교하여 보면, 불법시장과 합법시장의 규모를 더한 전체 잠재적 시장의 12.9%를 점하고 있다고 할 수 있다.<sup>374)</sup> 이 수치를 전년과 비교하여 보면, 2011년 18.8%, 2012년 16.2%, 2013년 16%, 2014년 14.4%, 2015년 13.5% 이므로 해마다 상당히 감소하는 추세<sup>375)</sup>임을 알 수 있으며, 이러한 통계적 추세는 현실적으로 체감할 수 있는 불법 복제 시장의 위축과도 일치한다.

아직 갈 길은 멀지만, 적극적인 불법 복제 단속 등의 변인 이외에도 전반적인 저작권 인식도가 상당히 나아진 것은 분명해 보인다. 이제는 디지털 권리소진을 논의해 보아도 좋을 정도로 사회적으로 성숙한 시기인 것으로 생각된다.<sup>376)</sup>

## 2. 불법복제가 크게 확산될 것이라는 주장에 대하여

불법복제가 확산될 가능성과 관련한 우려는 과거의 경험을 돌아볼 때 우선 충분히 수긍할 만하다. 복사기 등 다양한 복제 수단의 등장으로 디지털 저작물 뿐 아니라 모든 저작물의 복제가 용이해졌으므로 정녕 불법복제가 우려된다면 아예 모든 저작물에서 최초판매원칙을 적용하는 것이 적절하지 않다는 견해도 제시되어 있지만<sup>377)</sup>, 아날로그와 디지털 영역 사이에 놓여 있는 큰 차이를 간과할 수는 없다.

374) 한국저작권위원회, 「저작권통계」, 통권 제7호(2017), 143면.

375) 같은 자료 같은 면.

376) 미국의 사정도 우리와 유사하다고 생각되며 그러한 점에서 2001년 미국의 제 104조 보고서의 불법복제가 만연한 사회환경에 대한 문제인식에는 공감하지만, 2001년 보고서의 내용이 실질적으로 반복된 2016년 저작권 백서에는 과장이 포함되어 있는 것이 아닌지 의문이다.

377) 노현숙, “디지털 저작물에 대한 최초판매원칙 적용에 관한 고찰”, 「경희법학」 제47권 제4호 (2012), 752-753면 참조.

디지털 저작물은 복제에 의하여 그 질이 열화되지 않으므로 원본과 복제물, 또 1차 복제물과 후세대 복제물의 질의 차이가 이론적으로는 발생하지 않는다. 저작물의 모든 존재형식을 막론하고 복제의 용이성이 증진되었음은 사실이지만, 아날로그에 있어서는 복제가 거듭될수록 복제물의 질이 떨어지는 반면, 디지털 영역에서는 그러한 현상이 발생하지 않는다는 점은 묵과할 수 없는 차이점이다. 그러므로 디지털 저작권 소진을 인정한다면 불법복제가 확산될 수 있다는 우려는 여전히 정당하고 유효하다.

그러나 일종의 사고 실험(thought experiment)을 해 본다면 적법하게 거래된 디지털 파일의 숫자가 일정하게 유지되고 권리자가 거래에 제공하지 않은 디지털 파일이 추가로 생성되어 불법으로 유통되지 않는다고 가정할 때, 불법복제물로 인한 피해 발생의 문제는 발생하지 않을 것이다. 디지털 저작물이 1:1 로 재판매되고 판매자가 자신의 보유 복제물을 삭제한다는 룰(Rule)이 관철되는 한, 디지털 권리소진으로 인한 불법복제가 발생할 여지가 없다.

디지털 권리소진의 도입 반대론에서는 디지털 영역에서는 재판매가 이루어진 후에도 판매한 사람의 수중에 복제물이 여전히 잔존하지 않으리라는 보장이 없다는 점을 반대의 주요 논거로 내세우지만<sup>378)</sup>, 이 점은 기실 아날로그 영역에서도 마찬가지이다. 판매자는 자신의 복제물을 재판매하기 전에 복제물을 제작하여 둘 수 있고, 더욱이 이러한 행위는 아날로그 영역에서는 사적복제(private copying)로 법적으로 허용되는 행위이다. 디지털·오프라인 영역에서도 CD의 음원을 리핑(ripping)하여 자신의 음악 라이브러리를 구축한 후, 이러한 CD를 재판매하는 행위가 일반화되어 있고 여기에 위법적인 요소도 없다.<sup>379)</sup>

---

378) 미국 2001년 제104조 보고서의 견해.

379) 미국 2013년 저작권 독서 관련 의견청취 과정에서 미국지적재산권법학회(American Intellectual Property Law Association: AIPLA)에서 제출한 의견서 3면. *AIPLA Post-Meeting Comments regarding Request for Comments on Department of Commerce Green Paper, Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy*, 78 Fed. Reg. 61337 (October 3, 2013); 78 Fed. Reg. 66337 (November 5, 2013); 78 Fed. Reg. 78341 (December 26, 2013) (Extension of Comment Period), p. 3.

작품의 기술의 발전이 이러한 불법복제를 효과적으로 방지할 만한 수준에 이르렀다고 평가될 경우, 디지털 저작권 소진의 검토에 있어 불법복제가 만연할 수 있다는 막연한 우려나 개연성만으로는 제도 도입의 검토를 못하게 할 바는 아니라고 본다. 모든 법률의 영역에서 마찬가지이겠지만 현실적으로 우리는 저작권법의 관점에서 불법 복제가 전혀 없는 무균 상태나 진공 상태에 사는 것이 아니다. 아날로그 영역에 있어서도 불법복제(piracy)는 아직도 여전히 근절되지 않은 문제로 남아 있다. 핵심은 그러한 불법복제가 저작자에게 부여하는 인센티브를 상쇄할 정도로 심각한 것인지와, 저작권자가 얻어야 할 정당한 몫을 실질적으로 잠식하느냐 하는 문제일 것이다.

여기에 더하여 권리자로서 가장 중요한 것은 지적재산 가치의 최대화이지 지적재산의 보호 자체가 아니므로, 지적재산의 일부를 잃는다고 하여도 이를 감가상각, 재고손실, 노후화 등과 같은 사업 수행에 따르는 비용의 일부로 파악하여야 한다는 샤피로와 배리언의 관점은 경청할 만하다.<sup>380)</sup> 이들은 수요자가 저작유형물에 접근하게 하는 조건을 보다 자유롭게 설정할수록 수요자에 대한 저작유형물의 가치가 증가되므로, 통제와 고객 가치 사이의 근본적인 상충관계를 인식하여야 함을 지적한다.<sup>381)</sup>

복제 문제에 보다 개방적인 조건에서는 소비자의 수요곡선이 상방 이동하여 높은 가격을 받을 수 있지만, 반대로 복제와 공유가 증가하여 판매량이 감소할 수 있으므로 이러한 통제와 고객 가치 간의 근본적인 상충관계(trade-off)를 분석하여 저작자의 통제를 완화하는 경우 결국 총수익이 더 늘어난다면 이러한 변화가 공급자에게도 이롭다는 것이다.<sup>382)</sup>

디지털 재화의 양도성의 보장이 불법복제로 이어지고 이 결과 저작권 산업의

---

[https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/american\\_intellectual\\_property\\_law\\_association\\_post-meeting\\_comments.pdf](https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/american_intellectual_property_law_association_post-meeting_comments.pdf) (2018. 6. 29. 최종방문).

380) C. Shapiro & H. Varian, *Id.* at 97.

381) *Id.* at 97-8.

382) *Id.* at 98-9.

존립이 위태롭게 될지는 기술적 보호조치의 효과성 여부, 공중의 저작권 의식, 향후 정부의 저작권 보호 정책의 집행 등 여러 변수와 밀접히 관련되어 있어 정확한 예측은 다소 어렵다고 할 수 있을 것이나, 꼭 디지털 저작물의 재판매가 아니라고 하더라도 다양한 경로로 불법복제의 가능성이 상존하고 있는 작금의 디지털 저작권 생태계가 파국을 맞기는커녕 시간이 흐르면서 오히려 더 발전하고 있는 것을 볼 때 재판매의 허용으로 인한 불법복제가 산업에 미칠 영향을 전망을 반드시 비관적으로 볼 것은 아닐 것 같다.

그리고 불법복제의 확산 가능성에 대해서는 전혀 부정할 수는 없겠으나, 미국의 2016년 저작권백서와 같은 일면적인 주장은 과장된 면이 없지 않다고 본다. 스티브 잡스의 말처럼, 복제가 자유로운 CD가 무수히 많이 팔렸고 하이파이(Hi-Fi)라는 말에 빗대어 피씨파이(PC-Fi)라는 말이 있는 것처럼 컴퓨터나 스트리밍 재생기기를 이용하기 위한 목적의 CD의 개인적인 리핑(ripping)도 무수히 많이 일어나고 있다. 음원을 이용 허락받지 않은 채 복제와 전송을 하기란 극히 용이하지만 그럼에도 불구하고 디지털 음원시장은 견제하고 수익이 많이 나는 사업영역이다.<sup>383)</sup> 하나의 불법복제물만 존재하더라도 전세대로 순식간에 전파되어 정품 저작물의 수요를 구축(驅逐)할 것이라는 지극히 비관적인 전망은 현재의 일반적인 사람들이 가진 저작권 인식 수준에 대한 정당한 평가가 될 수 없다.

### 3. 디지털 저작물은 열화되지 않는다는 주장에 관하여

디지털 복제물 자체는 이론적으로는 열화가 일어나지 않는다. 그러나 저작물은 산업적인 측면에서의 라이프 사이클이 상대적으로 짧거나 긴 경우가 여러 가지로 다르므로, 디지털 저작물이 잘 열화되지 않는다는 사실 하나만으로 디지털 소

---

383) Steve Jobs, *Thoughts on Music*, <<https://web.archive.org/web/20080107121341/http://www.apple.com/hotnews/thoughtsonmusic/>> (last updated Feb. 6, 2007) (2018. 6. 29. 최종 방문).

진의 도입 시 혼란이 가중될 것이라고 예측하는 것은 다소 성급하다고 본다.

모든 저작물은 장단기의 차이가 있겠으나 수요의 라이프 사이클을 가진다. 예컨대 대중음악과 같은 음악저작물이나 음반, 영화 등은 그 소비가 발매 직후에 집중적으로 이루어지고, 단기적인 인기와는 큰 관련성이 없이 예외적으로 수명이 긴 저작물은 극소수에 불과하다. 공급자들은 이러한 현상을 이용하여 저작물의 공급기간과 버전을 달리하여 다른 가격과 수요층에 공급하는 윈도우잉(windowing) 전략을 사용하기도 한다. 따라서 디지털의 영역에서도 중고품의 가치가 신품의 가치보다 보통 낮은 것은 보편적인 현상이다. 최신 유행이 지난 저작물들을 원보유자가 충분히 감상한 후 중고로 내어놓으면 이들 중고 디지털 복제물은 신품시장과는 다른 시장과 수요층을 형성한다. 아날로그 혹은 디지털·오프라인과 유사한 상황이라 할 수 있다.

또한 디지털 저작물 자체는 열화가 일어나지 않지만, 오늘날의 컴퓨터 및 전자 기기는 무서운 속도로 계속 바뀐다는 점도 생각해 볼 수 있다. 디지털 저작물을 구동하는 정보기기의 노후화 때문에, 복제물이 열화되는 과정과 마찬가지로 효과가 디지털 영역에서도 일어난다고 보아야 한다.<sup>384)</sup>

무엇보다도 CD음반과 같은 디지털·오프라인 저작물 또한 잘 열화되지 않는다는 사정은 마찬가지인데도 여기에는 권리소진을 인정하면서도, 디지털·온라인의 저작물 존재형식에 대해서는 복제물의 질이 열화되지 않으므로 권리소진을 인정하여서는 안 된다면 양자의 차이를 설명할 수 없다.

여기에 더하여, 디지털과 아날로그의 차이는 과장되어 설명되고 있다는 지적도 있다. 디지털과 아날로그를 구분함에 있어서 흔히 거론되는 복제의 완전성(perfection)이란 일반의 상식적인 생각과는 달리 크게 중요하지 않다는 것이다. 한 실험에 의하면 아날로그 복제물의 2번째 카피와 20번째 카피를 분간할 확률이 전문 레코드 프로듀서 사이에서도 63%밖에 되지 않아 무작위로 선택해도 맞

---

384) Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, § 8.13.[A], n. 35.1 (Matthew Bender, rev. ed. 2013).

출 확률인 50%보다 크게 높지 않고, 일부 녹음 프로듀서는 오히려 20번째 카피를 더 좋은 음질의 버전으로 선택하기도 하였다고 한다.<sup>385)</sup> 이와 같은 사례를 보면 아날로그 영역에서는 최초 판매의 원칙을 채택하지만, 디지털 영역에 대해서는 질의 열화가 일어나지 않는다는 이유로 재판매를 전면적으로 금지하여야 한다는 논의의 이론적 기초가 실제로 탄탄한 것인지에 대해서는 의구심을 가질 만하다.

신기술에 힘입은 저작물의 새로운 보급 방식에 의하여 전통적인 저작물의 신규 수요가 구축(驅逐)될 것이라는 성격의 우려는 새로운 기술이 등장할 때마다 권리자 사이드에서 제기되었지만 예측 그대로 실현된 적은 많지 않다.<sup>386)</sup>

#### 4. 신제품과 똑같은 질의 중고가 존재하므로 시장 질서가 파괴될 것이라는 주장에 관하여

디지털 기술에 의한 복제물의 무형적 보급에는 질의 열화가 수반되지 않으므로, 일단 어느 저작물을 사용하여 저작물의 가치를 향유한 사람은 저작권자의 판매가격보다 낮은 가격에 같은 품질의 당해 복제물을 짧은 시차만을 두고 재판매할 수 있게 되어 혼란이 생길 수 있다는 우려가 제기된다. 영화를 담은 파일처럼 대개 한 번 보는 것으로 사용이 끝나고 이후에 소장가치가 남는 경우에는 특히 이러한 우려가 높다는 것이다.<sup>387)</sup>

그러나 이와 관련하여, 권리자들은 신제품에 대해서는 중고품을 통하여 얻기 어려운 소비자 경험을 부가적으로 제공함으로써 신제품 시장을 계속적으로 발굴하고 확보하려는 노력을 하고 있어 디지털 복제물에 있어서도 신제품과 중고품 시장은 차별된다는 논의가 있다<sup>388)</sup>.

385) C. Shapiro & H. Varian, *Id.* at 93.

386) 미국 2016년 저작권 백서 52면의 각주 319면.

387) 임원선, 앞의 책, 224면.

앞에서 언급한 것처럼 저작물은 점멸하는 수요의 라이프 사이클이 있으며, 특히 디지털·온라인으로 주로 유통되는 저작물은 상대적으로 더 단기의 라이프 사이클을 갖는다. 이러한 단기의 라이프 사이클을 고려할 때 신품 시장과 중고 시장이 중복될 우려는 없어진다. 신품은 주로 출시 직후에 열광적인 유행 기간을 갖다가 유행이 끝난 후 중고 시장으로 넘어갈 것이기 때문이다.

디지털 영역에서는 중고의 질이 신품처럼 우수한 것은 사실이지만 디지털 저작물의 라이프 사이클이 마치 제품의 내구 수명과 같은 역할을 하게 된다. 적극적인 애호가들은 디지털 저작물이 출시되자마자 구입하지만 저작권자가 상당한 수익을 실현한 후에 이르기까지의 일정 시점 동안은 재판매에 나서지 않는 것이 보통이다.<sup>389)</sup>

신품시장은 홍보, 소비자의 선호를 파악하여 저작물을 추천해주는 큐레이션, 애프터서비스, 기존 작품의 리마스터링 등 가격 이외의 거의 모든 요소에서 중고 시장보다 월등할 수 밖에 없다. 유력설은 혁신을 권리소진의 인정 근거로 추가적으로 설명하고 있다.<sup>390)</sup> 저작권자가 중고 복제물과 신품 복제물을 차별할 유인이 발생할 때 혁신이 추구될 수 있다는 것이다.

샤피로와 배리언(Shapiro & Varian)은, 정보재를 판매하는 많은 기업들이 사실상 같은 정보를 다루지만 다양한 차별화를 기하는데, 이는 출판, 영화, 텔레비전, 일부 소프트웨어 제품의 정보재 시장에서 매우 일반적인 현상이라고 설명한다.<sup>391)</sup> 즉 정보재의 특성상 그 내용은 동일할지언정 최종적인 제품 간 차별성이 크다는 것으로, 이 점은 신품과 내용적으로 동일한 중고품이 쏟아져 나오더라도 신품 시장에는 여전히 혁신의 여지가 많고 중고품과의 의미 있는 차별화가 가능

---

388) Z. Gautam, *The Murky Waters of First Sale, Price Discrimination and Downtream Control in the Wake of Kirtsaeng v. John Iley & Sons, Inc.*, 29 Berkeley Tech. T. J. 717, 744 (2014).

389) S. Abelson, *An Emerging Secondary Market for Digital Music: The Legality of ReDigi and the Extent of the First Sale Doctrine*, 29 Ent. & Sports Law 8, 10 (2012).

390) 본고 제2장 제4절 II. 5. 참조.

391) C. Shapiro & H. Varian, *Id.* at 25.

함을 말해 준다고 하겠다. 공급자가 버전 차별화(versioning)된 여러 정보재를 공급하면 수요자는 이 중에서 자신의 요구를 최대한 충족하는 버전을 자기 선택(self-selection)한다는 것이다.<sup>392)</sup>

샤피로와 배리언은 공급자들은 내용이 동일한 정보를 가지고, 출하 지연(delay), 편리성(convenience), 이미지 해상도(resolution), 운영 속도(speed of operation), 사용의 융통성(flexibility of use), 성능(capability), 사양과 기능(features and function), 포괄성(comprehensiveness), 의도적인 번거로움의 부과(annoyance), 고객지원(support)등으로 정보재의 버전 차별화를 실현한다고 설명한다.<sup>393)</sup>

또한 신품 저작물의 수요자에게는 보다 강력하고 편한 사용자 인터페이스가 주어질 수도 있다. 예컨대 한 때 세계 최대의 사용자를 거느렸던 넷스케이프 네비게이터(Netscape Navigator)는 인터넷으로는 무료로 내려 받을 수 있었지만, 디스크에 담아 유료로 판매하면서 사용 안내책자와 사용자 지원을 통하여 차별적인 서비스를 제공하였는데 동일한 기능의 무료 제품이 있음에도 불구하고 이러한 유료 모델이 시장에서 큰 성공을 거두었다고 한다.<sup>394)</sup>

이상의 논의를 바탕으로 생각할 때, 신품과 동일한 질의 중고품의 등장으로 인하여 시장 질서가 파괴될 것이라는 염려는 지나친 것으로 생각된다.

## 5. 실효적인 기술조치의 부재 주장에 대하여

디지털 권리소진을 뒷받침하는 기술조치로 가장 중요하게 언급되는 조치는 송신 즉시 송신된 저작물을 원보유자의 영역에서 삭제하는 기술조치이다. 이러한 기술조치는 이미 외국에서는 기술내용이 입증되어 특허를 취득한 바도 있다.<sup>395)</sup>

---

392) *Id.* at 54.

393) *Id.* at 56-61.

394) *Id.* at 65.



여기에 최근 대두되고 있는 블록체인 기술에 의한 근본적인 해결 가능성까지 더해져서 디지털 권리소진의 제도적 도입을 뒷받침할 실효적인 기술조치가 존재하지 않는다는 주장은 설득력을 상당히 잃게 되었다.<sup>396)</sup>

위와는 다른 측면의 주장은, 디지털 저작권 소진을 뒷받침하는 기술조치가 개발되더라도 곧 해킹 등의 방법으로 이를 우회하는 기술이 나타날 것이라는 예측이다. 그러나 디지털 저작권 소진 관련 기술조치 뿐 아니라 모든 정보기술이 이러한 취약점에 노출되어 있는 것은 마찬가지이며, 저작권을 보호하는 것을 주된 목적으로 하는 기술조치의 무력화는 저작권법에 별도의 대응책이 마련되어 있어, 기술적 보호조치의 무력화를 위한 장치 등의 유통 및 서비스 제공행위 및 기술적 보호조치 중 접근통제조치의 무력화 행위에 대하여는 별도로 민, 형사적 구제수단이 부여되어 있다는 점을 간과해서는 안 된다.

기술조치에 대한 법적 보호가 ‘효과적인’ 기술조치로서 인정될만한 수준에 도달하면 법적 보호가 주어지게 되므로<sup>397)</sup>, 사실상의 우회 가능성이 존재한다는 것까지 고려하는 것은 지나친 것으로서<sup>398)</sup>, 현실에서는 불법이 없는 완벽한 진공상태를 만드는 것은 불가능함을 상기하여야 할 것이다.

또 다른 측면에서 기술조치와 관련하여 디지털 저작권 소진론에 비판적인 한 견해는, 디지털 저작권 소진을 채택하면 불법복제(piracy)가 만연할 우려가 있을 뿐 아니라, 이를 방지하기 위한 디지털 저작권 관리기술(Digital Rights Management:DRM)의 회피는 보통 위법하다고 하면서, 디지털 저작권 소진의 도입은 이러한 디지털 저작권 관리기술(DRM)을 제한하거나 DRM의 방향과 역행할 소지가 있다는 비판을 제기하고 있다.<sup>399)</sup>

---

395) 본고 제5장 제2절 참조.

396) 본고 제5장 제3절 참조.

397) 저작권법 제2조 28호 참조. 가목은 저작물에의 접근을 ‘효과적’으로 방지하거나 억제하는 기술(접근통제조치), 나목은 저작권에 대한 침해행위를 ‘효과적’을 방지하거나 억제하기 위한 기술(이용통제조치)을 정의하고 있다.

398) 임원선, 「저작권 보호를 위한 기술 조치의 법적 보호에 관한 연구」, 박사학위논문, 동국대학교 대학원 (2003), 57면.

399) G. Rub, *Id.* at 803.

그러나 DRM은 그 자체가 목적이 아니고 저작권의 효과적인 보호를 위한 수단일 뿐이라는 DRM 원래의 취지를 생각한다면, DRM과 디지털 저작물 이전이 양립하기 어렵다는 이유에서 DRM을 고수하고 디지털 저작권 소진을 부정하고자 하는 태도에는 선뜻 수긍하기 어렵다.

## 6. 저작권자의 이익이 심각하게 저해될 것이라는 주장에 대하여

이러한 비판론은 모든 세부적인 비판론의 종합판에 가까워 보이는데, 막연한 개연성에 대한 염려에 그칠 뿐 실증적인 증거를 제시하지 못하고 있다. 본 논문에서 제시하는 디지털 저작권 소진의 요건으로서의 1:1 송신의 원칙과 송신 후 즉시 저작물 삭제 원칙이 준수된다면 저작권자의 허락에 의하여 생산된 복제물의 총량이 유지된다. 저작권자가 허락하지 않은 복제물이 추가로 생성되지 않는다면 적어도 중고 디지털복제물의 존재로 저작권자의 이익이 심각하게 저해되는 사태에 이르지 않는다. 이 논문의 말미에서는, 저작권의 제한과 예외를 도입할 때 기준이 되는 3단계 테스트에 의하더라도 디지털 저작권 소진의 도입으로 저작권자의 이익이 심각하게 저해되지 않을 것으로 분석하였다.

### 제5절 핵심 쟁점에 관한 세부적 검토

아래에서는 핵심 쟁점에 관한 세부적 검토를 통하여 디지털 권리소진론을 도입하는 데 있어 이론적, 실무적인 장애가 없을지를 두루 살펴, 디지털 권리소진론을 현행 법제도 안으로 안정적으로 편입시키는 것이 가능할지를 가늠하여 보고자 한다.

## I. 디지털 저작물 판매 모델의 법적 성격 규명

### 1. 판매 객체의 성격 규명

디지털 저작물 판매 모델에 있어서 거래의 대상은 디지털 복제물이다. 일상적인 용어로는 ‘디지털 콘텐츠’ 또는 ‘디지털 파일’로 이해되는 것이다. 여기에 판매의 대상이 되는 실체성이나 재산성이 있는가를 논의할 필요가 있다.

우리 민법 제211조의 소유권의 객체는 물건이고, 물건의 개념은 민법 제98조에서 유체물 및 기타 관리가능한 자연력으로 정의하고 있다. 그런데 디지털 정보는 유체물도 아니고 전기 기타 관리할 수 있는 자연력이 아니다. 컴퓨터 저장 장치에 정보를 기록하는 방법은 일반적으로 전기량을 변화시켜 전자장의 변화를 주어 기록이 되는 것이며 CD의 경우에는 전자장의 변화에 따라 CD안에 내장된 물질의 각도를 변환하여 빛의 반사정도를 다르게 함으로써 데이터를 저장한다.<sup>400)</sup> 따라서 자기장 변화의 흔적이나 물질의 변화 속에 존재하는 데이터를 자연력이라고 하기에는 어려움이 따른다.<sup>401)</sup> 따라서 정보는 현행법에서 물건의 지위를 갖지 못하며, 소유권의 대상이 될 수는 없다.<sup>402)</sup>

그러나 소유권보다 넓은 개념인 “재산”, 즉 특정한 사람에게 귀속되는 권리 기타 금전적 가치를 가지는 재산적 이익 포괄적 전체에는 해당할 수는 있다.<sup>403)</sup> 정보의 위와 같은 속성으로 인하여 디지털 정보는 지적재산권의 대상이 되고, 계약을 통해 채권의 목적물이 될 수 있다.<sup>404)405)</sup>

400) 양재모, “온라인아이템의 물건성과 법률관계”, 「법과 정책 연구」, 제1집 (2001), 275면.

401) 장재욱, “온라인게임 아이템 현금거래의 법률관계”, 「중앙법학」 제9집 제2호 (2007. 8), 401면.

402) 권영준, “클라우드 컴퓨팅의 계약법적 문제”, 「Law & Technology」, 제7권 제2호 (2011), 55면.

403) 앞의 논문, 같은 면.

또한 디지털 콘텐츠, 즉 저작물의 디지털 복제물은 다른 법령에서 정하고 있는 재화에 해당할 수 있다. 예컨대 ‘전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률(이하 전자상거래법)’에서는 ‘재화 또는 용역(일정한 시설을 이용하거나 용역을 제공받을 수 있는 권리를 포함)의 판매에 관한 정보를 제공하고 소비자의 청약 을 받아 재화 또는 용역(이하 “재화등”이라 한다)을 판매하는 것’을 ‘통신판매’로 정의하고 있는데(제2조 2호), 같은 법 제17조 제2항 5호 등을 보면, 디지털콘텐츠 를 재화의 범위에 보고 있는 태도이다(디지털콘텐츠는 문화산업진흥기본법 제2 조 제5호의 정의<sup>406)</sup>를 인용하고 있다). 결론적으로 디지털 복제물은 민법상의 물 건으로 볼 수는 없으나 재산적 가치를 지닌 재산 내지 재화로 파악하는 것은 가 능하므로 독립적인 법적 거래의 객체로 취급할 수 있다.

## 2. 디지털 복제물의 판매와 영구적 보유

저작권법상 배포권의 소진 요건을 상기해 보면, ‘판매 등의 방법으로 거래에 제공된 경우’에 소진이 적용된다. 저작권법 체계 더 나아가 지적재산권법 내에서 소진은 가능한 한 통일적으로 취급되어야 하므로 디지털 저작권 소진이 배포권 소진의 법리에서 독립하여 전혀 독자적으로 형성될 수 없다고 볼 때, 유형물이 아닌 디지털 복제물을 판매(구매)할 수 있는지 여부가 검토의 대상이 된다.

디지털콘텐츠 이용계약의 법적 성질을 민법상 매매계약, 임대차계약 및 리스계

404) 앞의 논문, 56면.

405) 본 연구에서 염두에 두고 있는 디지털 저작물과는 다소 거리가 있으나, 게임의 아이 템의 경우 현금거래가 부가가치세의 과세대상이 되는지를 판단한 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011두30281 판결의 원심에서도 아이템을 관리 가능한 재화에 해당한다고 보고 있다. 이 판례에 대하여 게임 아이템에 대해 과세를 하기 위해 무체물로서 재산적 가치 를 인정할 것이라는 견해에는 윤태영, “온라인 게임아이템 현금 거래의 법적 문제”, 「스포츠와 법」 제16권 제1호 (2013. 2), 205면 참조.

406) "디지털콘텐츠"란 부호·문자·도형·색채·음성·음향·이미지 및 영상 등(이들의 복합체를 포함한다)의 자료 또는 정보로서 그 보존 및 이용의 효용을 높일 수 있도록 디 지털 형태로 제작하거나 처리한 것을 말한다.

약의 구성요소를 모두 가지고 있는 혼합계약으로 보는 견해에서는 불법행위책임 등과 관련하여 소프트웨어 라이선스 계약에 정함이 없는 경우에는 이에 대한 법규범이 확립되어 있지 않기 때문에 당해 계약과 유사한 민법상 전형계약에 관한 임의법규를 기초로 하여 당해 계약의 특질에 따라 적용될 법규를 결정하여 문제를 해결할 수밖에 없다고 보고 있다.<sup>407)</sup> 디지털 저작물의 판매모델의 경우 그 실질에 의해서 매매계약의 요소가 강하다고 보아야 할 것이다.

게임아이템의 거래의 성격과 관련하여서도 역시 거래의 목적이 되며, 양도의 대상이 될 수 있다는 점에서 게임아이템은 매매계약이 가능하다고 본다.<sup>408)</sup> 유력한 견해는 디지털콘텐츠의 거래가 일회적 다운로드로 그치는 경우 보통의 매매계약으로 본다.<sup>409)</sup> 또한 전자상거래법 제17조에서는 통신판매업자와 재화 등의 구매에 관한 계약을 체결한 소비자의 청약철회권을 부여하고 있는 것을 보면, 디지털저작물은 적어도 재화의 일종으로서 저작권법상 판매의 객체로 인정될 수 있을 것으로 사료된다.

생각건대 디지털콘텐츠는 완전히 이전하는 것보다, 있던 것을 하나 더 복제하는 것이므로 이 점에서 물건과 성격을 달리 하고 민법상 물건의 거래를 주로 예정한 매매의 개념에 정확히 들어맞지는 않을 수도 있다. 그러나 디지털 저작권소진에서 논의되는 송신 후 삭제(forward-and-delete) 원칙의 관철로 물건의 매매에 준하는 효과를 올릴 수 있으므로, 저작권법이 배포권 소진의 요건을 구성하면서 채택한 판매의 개념을 디지털 권리소진에도 수용하여 이론 구성하는 것이 불가능하지 않다고 생각된다.

유력설은 무체물에 대해 새로운 물권을 창설하기는 어렵고, 저작물의 라이선스

---

407) 김병일, “컴퓨터 정보거래와 라이선싱”, 「디지털재산법연구」, 제1권 제1호 (2001), 200-203면; 김민중, “인터넷법학의 민사법적 과제와 체계”, 「인터넷법연구」 제2호 (2003), 330-1면.

408) 임건면, “온라인게임 이용약관의 법적 문제”, 「법학논문집」 제29집 제2호, 중앙대학교 법학연구소(2005), 17면.

409) 이은영, “전자상거래의 다변화에 따른 소비자법의 쟁점”, 「법학논총」, 제32집 제2호 (한양대학교 법학연구소, 2015), 212면.

로만 해석한다면 복제물<sup>410)</sup> 자체에 대한 권리를 유보한 상태로 제한적 권리만을 취득한다는 해석이므로 권리소진원칙의 적용이 원천적으로 봉쇄되는 문제점이 있으므로, 복제물 자체에 대한 권리와 이를 사용하기 위한 라이선스로 나누어, 전자의 취득에 대응하는 조건이 달리 존재하지 않아서 제한 없이 복제물을 계속하여 보유할 수 있다면 소유권에 상응하는 권리를 취득한 것으로 보자는 견해를 취하고 있다.<sup>411)</sup> 여기에서 소유권에 상응하는 권리의 의미는 해당 복제물에 대한 완전한 지배권으로서 저작권자가 처분 시 해당 상품에 대해 통제할 권리를 유보했는지 여부가 판단기준이 될 수 있을 것이라고 한다.<sup>412)</sup> 디지털 거래 시에 양수인에게 복제물에 대한 완전한 지배권이 이전되었는지, 아니면 저작권자가 해당 복제물을 통제할 이익을 유보하고 있는지 여부를 기준으로 권리소진원칙의 적용 여부를 파악하여 그 결과에 따라 권리소진원칙을 적용하여 양수인의 지위를 보장하자는 것이다.<sup>413)</sup>

또한 라이선스라는 용어에 구매받기보다는 양수인에게 사용 및 처분을 제한할 이익이 저작권자에게 유보되어 있는지 여부를 검토하여야 한다고 하여 미국 판례의 경향 중 Wise 룰(Rule)에 가까운 듯한 설명을 하면서, 이를 판단하는 구체적인 기준으로는 디지털저작물의 보유에 관한 기간이나 조건의 제한이 있는지 여부가 중심이 될 수 있고, 또한 양수인이 추가로 대금지급 등 경제적 이익을 제공할 의무가 있는지, 그러한 의무를 해태하거나 특정 기간의 경과에 따라 디지털 저작물을 반환하거나 폐기할 의무가 있는지 여부 등이 활용될 수 있다고 본다.<sup>414)</sup>

본 연구도 기본적으로는 이 견해에 찬동하며, 유즈드소프트(UsedSoft) 판결에

---

410) 유지혜, “디지털저작물 거래에 대한 권리소진원칙의 적용과 한계”, 「계간 저작권」, 제106호 (2014), 99면.

411) 유지혜, 앞의 논문, 99-100면.

412) 앞의 논문, 100면.

413) 앞의 논문, 100-101면.

414) 앞의 논문, 101면. 또한 강보라, “미국의 소프트웨어 라이선스 계약에 대한 최초판 매원칙 적용에 관한 연구”, 「계간 저작권」 제103호 (2013), 128면.

서 말하는 디지털 복제물의 영구적 보유 여부를 판매의 가장 핵심적인 개념 정표로 파악하고자 한다.

### 3. 소결

이상에서 살펴본 바와 같이, 디지털 복제물은 민법상 물건은 아니지만 관련 법률에서 매매계약의 대상이 될 수 있는 재산 내지는 디지털 재화에 해당하고, 판매의 대상이 될 수 있으며, 여기에서 말하는 판매란 디지털 재화를 보유자가 기간의 제한 없이 영구적으로 보유할 수 있다는 의미로서 물건의 소유권에 상응하는 저작권법의 개념이다. 이러한 법률 개념의 기초 위에서 디지털 저작권 소진의 논의가 가능한 것으로 결론 내린다.

## II. 저작물 이동(migration), 송신 후 삭제 및 기술조치

### 1. 저작물 이동의 효과를 담보하는 기술조치

디지털 저작권 소진의 기본적인 전제는 송신자가 자신이 애초에 보유하고 있던 복제물은 다른 사람에게 복제물 송신 후 삭제하여야 한다는 것이다.<sup>415)</sup> 이러한 삭제의 결과, 송신자로부터 수신자에게로 복제물이 이동(migration)한 것과 같은 외양이 형성된다.

---

415) 디지털 저작권 소진을 명시적으로 수용한 입법이라고 보기는 어렵지만, 영국은 저작권, 디자인, 특허에 관한 법률(CDPA 1988) 28B조 소정의 사적 이용에 의한 개인 복제물 규정을 2014년에 개정하여 개인이 저작물의 개인적 복제물을 만든 후, 그 개인이 보유한 복제물을 다른 사람에게 양도한 후에, 저작자의 허락 없이 개인적 복제물을 여전히 보유하고 있다면 저작권의 침해가 되는 것으로 규정한 바 있다(제28B조 (8)). 2014 No. 2361, Statutory Instrument 참조.  
<[http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2014/2361/pdfs/ukxi\\_20142361\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2014/2361/pdfs/ukxi_20142361_en.pdf)>(2018. 6. 29, 최종방문).

2013년 미국의 리디지(ReDigi) 사건에서는, 판매자의 복제물이 판매 후에도 계속 판매자에게 남아 있게 된다는 식으로 리디지사의 기술조치가 작동하지 않는다는 점이 패소의 원인이 된 것이 아니라, 복제물의 생성이 권리소진을 인정하는 규정인 미국 저작권법 제109조(a)의 허용 범위 밖이었다는 이유로 패소를 한 것이다.<sup>416)</sup> 즉, 기술조치의 실패가 입증된 바는 없다.

이후 리디지사는 2016년 미국 저작권 백서의 준비과정에서 ‘디지털 파일을 이전하고 부가적인 복제물은 작동하지 않게 하는 기술이 현존’한다고 천명하고, 현재 ‘판매자와 구매자 간의 거래에서 복제물이 형성되지 않는 즉각적 거래’기술이 존재하므로 종래의 ‘전송 후 삭제(forward and delete)’ 기술은 구식 기술로 보아야 할 것이라고 주장하였다고 한다.<sup>417)</sup> 미국의 2016년 저작권 백서에서는, 만약 이러한 기술이 적용되었더라면 ReDigi 1심 판결의 결과가 달라졌을 것이라는 분석을 하고 있다.<sup>418)</sup>

아마존사의 2건의 특허는 실제적인 수준에서 전송에 수반하는 복제물 자동 삭제 기술이 현존함을 증명하는 것이다. 2001년의 제104조 보고서에서는 이러한 기술이 작동하지 않거나 경제성이 없을 정도로 비싸질 것으로 예측했고 그러한 예측이 미국 저작권법 제109조(a)의 소진 원칙을 디지털 영역으로 확장하는데 주저한 이유가 되었던 것이나, 결과적으로 그러한 예측은 들어맞지 않았다고 보인다.<sup>419)</sup> 이에 더하여 최근의 블록체인 기술은 디지털 복제물을 한 군데에서만 존재하게 하는 디지털 희소성이라는 개념을 현실화하고 있다.

## 2. 전송 후 삭제 기술조치 적용 시 예상되는 불편에 대한 평가

---

416) J. Villasenor, *Rethinking A Digital First Sale Doctrine in a Post-Kirtsaeng World: the Case for Caution*, CPI Antitrust Chronicle 5 (May 2013).

417) 미국 저작권 백서 53면.

418) 미국 저작권 백서 53면.

419) Villasenor, *Id.* at 5-6.



2007년 애플(Apple)사의 CEO 스티브 잡스(Steve Jobs)는 종래의 관행을 뒤엎고 기술조치가 부착되지 않은 음악(DRM-free music)을 주창하여 음원업계의 판도를 바꾸어 놓았다. 이 이전만 하더라도 적어도 온라인·디지털 방식으로 유통되는 음원에 있어서는 각종 DRM이 부착된 음원을 음반사들이 출시하였으나 호환성(interoperability)측면에서 큰 불편을 야기하였다. 예컨대 애플의 아이팟(iPod)에서 들을 수 있는 음악을 소니사의 플레이어에서는 재생을 못했던 것이다. 스티브 잡스와 애플사는 이러한 불편함과 이용자의 불만을 읽고 음반회사와 미리 모든 DRM을 철폐할 것을 합의한 후 입장문을 발표하였다.<sup>420)</sup> 위와 같은 사례에서 알 수 있듯이, 기술적 보호조치는 이를 채택하는 저작권자나 호환 재생기기의 구입 등으로 기술적 보호조치를 수용하여야 하는 이용자의 입장에서 부담이 될 수 있다.

그러나 디지털 권리소진론에서 주창되는 기술적 보호조치는 전송 후 삭제(forward-and-delete)조치 내지 이에 상응하는 기술적 조치로서 권리자에 의하여 판매된 복제물의 총량을 유지하려는 목적이지 호환성을 저해하는 목적이나 기능을 채택하자는 것이 아니다. 이러한 기술이 여러 회사에 의하여 경쟁적으로 개발되더라도 호환성 확보를 위한 표준을 제정, 실행하면 큰 문제가 되지 않을 것이다.

### 3. 전송 후 삭제 행위의 의무화

미국의 ReDigi 판결에서 쟁점이 된 것처럼, 이용자가 후속 이용자에게 디지털 저작물을 이동시킨 후 자신의 통제 영역에서 잔존하는 저작물을 삭제하지 않는

---

420) Steve Jobs, *Thoughts on Music*, <<https://web.archive.org/web/20080107121341/http://www.apple.com/hotnews/thoughtsonmusic/>> (last updated Feb. 6, 2007) (2018. 6. 29. 최종 방문).

경우에 대한 검토가 필요하다.

디지털 저작물을 다른 사람에게 재판매하고도 자신의 영역에서 삭제하지 않는 사람의 행위는 보호 가치 있는 이익에 대한 침해로 인정되어 최소한 저작권자에 대한 민사상 불법행위에는 해당할 것이다. 저작권법상 권리 침해 여부에 대한 논란이 생긴다면 더 나아가 이러한 행위를 저작권 침해 의제로 하여 엄중하게 대처하는 방안<sup>421)</sup>이나, 더 나아가 송신 후 삭제를 디지털 권리 소진의 자체 요건으로 하여 이를 준수하지 않으면 권리 침해에 이르게 하는 방안을 고려해 볼 수 있겠다.

이러한 행태를 방지할 수 있는 기술조치(송신 후 삭제 조치 등; forward-and-delete technology)가 실효적으로 작동될 수 있도록 제반 여건을 마련하는 것은 중요하지만, 송신 후 삭제원칙 위반 시 권리 침해 책임을 부과하는 것으로 디지털 저작권 소진제도가 해석될 수 있다면 송신 후 삭제에 관한 기술 조치의 부과 의무화까지는 필요치 않을 것으로 본다.

#### 4. 송신 후 삭제 조치에 대한 회의론에 대하여

저작물의 이동과 같은 효과를 담보하는 기술조치에 대하여 회의적인 의견은, 기술의 존재 자체에 회의적일 뿐 아니라 완벽한 전송 후 삭제 기술이 가능하다고 하더라도 그러한 기술이 해킹에 취약하고, 권리소진이 도입되지 않았더라면 저작권자나 적법한 배포권자에게서 구입하였을 복제물의 수요가 줄어들어 시장을 잠식되는 것을 피할 수 없다는 점 등을 이유로 디지털 저작권 소진의 도입에 반대한다.<sup>422)</sup> 그러나 저작권 보호 기술이 해킹을 당한다면 기술적 보호조치 무력화 금지 규범으로 저작권법이 별도로 규율하고 있으며, 중고 대체품에 의하여 복

---

421) 저작권법 제124조 제1항의 침해로 보는 행위의 일종으로 하는 방안을 말한다.

422) 미국 2016년 저작권 백서 53-4면 중 각주 334, 335번 참조.

제물의 시장이 잠식된다는 논리는 기실 저작물 시장을 포함한 모든 신품과 중고품의 관계에서도 마찬가지로라는 점에서 설득력이 높지 않다고 본다.

### III. 가격차별 이슈

#### 1. 가격차별의 의의

가격차별이란 공급자가 시장을 분할하여 분할된 그룹에 속한 수요자에게 각기 다른 가격을 제시하는 것을 말한다. 가격차별에는 부정적인 측면과 함께 긍정적인 측면도 발견할 수 있다. 즉, 순수독점 하에서는 가격이 너무 높다고 생각하여 상품을 소비하지 않았던 사람들이 가격차별에 의하여 새로운 소비자로 등장할 수 있다는 점이다. 수요의 가격 탄력성이 높은 소비자들은 낮은 가격의 혜택으로 재화를 사용하여 볼 수 있게 되는 것이다.<sup>423)</sup>

가격차별의 역사는 짧지 않다. 이미 1840년대 후반에, 주제페 베르디(Giuseppe Verdi)의 음악출판업자였던 지오바니 리코디(Giovanni Ricordi)는 유럽의 오페라 하우스에 매년 공연 때마다 공연료를 징수하려고 시도하였다가 극장측의 반발에 부딪히자, 베르디와 상의하여 모든 극장에 악보를 제공하되 일률적으로 높았던 악보 가격을 개별 극장의 필요에 맞추어 차별적으로 공급함으로써 종전보다 훨씬 더 큰 수익을 올렸던 전례가 있다고 한다.<sup>424)</sup>

가격차별이 가능해 질 수 있는 조건은 다음과 같다.<sup>425)</sup>

첫째, 공급자는 시장에서 교섭력(bargaining power)을 지녀야 한다. 공급자가

423) 이준구, 「미시경제학」, 법문사 (2001), 355-366면.

424) William Patry, *How to Fix Copyright* 260 (Oxford, 2011).

425) 이하 가격차별이 가능한 조건과 제1차, 제2차, 제3차 가격차별에 대한 정리는 William W. Fisher III, *When Should We Permit Differential Pricing of Information?*, 55 UCLA L. R. 1, 3-4 (Oct. 2007); 이준구, 앞의 책 362-365면 참조.

혼자인 독점시장이 가장 좋은 사례이다.

둘째, 공급자는 전매(arbitrage)를 금지하거나 적어도 제한할 수 있어야 한다. 이 요건은 디지털 권리소진과 직접적인 긴장 관계가 있으므로 뒤에서 더 자세히 살펴본다.

셋째, 공급자는 공급자의 상품에 대하여 수요자가 평가하는 가치를 기준으로 수요자를 분별할 수 있어야 한다. 이 수요자의 분별 방법을 기준으로 하여, 경제학에서는 세 가지의 수요자 분별 방법이 논의된다.

제1급 가격차별은 수요자의 수요패턴(보상수요곡선)을 공급자가 완벽히 파악하고 있음을 의미한다. 이론적인 수준에서 주로 논의되며, 현실에서 그 예를 찾기는 상당히 어렵다. 제2급 가격차별은 공급자는 수요자의 수요패턴을 알지 못하지만, 판매할 상품을 일부 다르게 하거나(versioning) 분할하여 이들에 대하여 다른 가격을 매기는 것이다. 공연장에서 공연 자체를 보는 것은 동일하지만 감상에 더 좋은 조건의 좌석을 VIP석이나 R 석으로, 아티스트에게서 멀리 떨어져 있거나 좌우로 치우치거나 공연 현장과 층수가 다른 등 상대적으로 좋지 않은 조건의 자리를 A, B 석 등으로 구분하여 다른 가격을 매기는 것과 같다. 제3급 가격차별이란 같은 상품에 대하여 가격탄력성이 높은 소비자가 스스로 자신의 유형을 드러내게끔 유도하는 방법이다. 신문이나 잡지에 쿠폰을 실어 이를 오려오는, 다시 말하면 약간의 가격차이라도 이에 민감하게 반응하는 고객에게 할인 혜택을 준다거나, 똑같은 구성의 프로그램을 학생판이나 일반판의 프로그램으로 구별하여 판매하는 방안 등이 여기에 속한다.<sup>426)</sup> 특히 디지털 저작물은 생산의 고정비용이 높고 한계비용은 매우 낮으므로 제3급 가격차별을 실행하기가 매우 용이한 편이다.

## 2. 가격차별과 권리소진의 관계

---

426) 미국 연방대법원의 *Kertsaeng* 판결도 3급 가격차별이 문제된 사안이다.

만약 동일한 디지털 저작물에 권리자-공급자의 가격차별에 의한 여러 차별적 가격에 제시되어 있다면, 권리소진에 의하여 이러한 공급자의 의도는 크게 무력화된다. 효과적인 가격차별의 전제 조건인 수요자에 의한 전매(arbitrage)가 가능해지기 때문이다.<sup>427)</sup> 즉 저작물의 소비자가, 상대적으로 높은 가격을 원래의 공급자로부터 제시받은 다른 수요자에게, 자신이 보유하고 있던 디지털 복제물을 낮은 가격으로 팔게 되면 공급자가 의도하였던 가격차별 구조는 성립하기 어렵게 된다. 따라서 가격차별은 일반적으로 권리소진과는 반대되는 방향으로 작동하게 되며, 권리소진으로 이용자의 처분 행위가 자유로와질수록 가격차별을 하기 힘들다.<sup>428)</sup>

### 가. ProCD Inc. v. Zeidenberg 사건

미국의 ProCD Inc. v. Zeidenberg 사건<sup>429)</sup>에서, 원고는 3천종이 넘는 전화번호부를 데이터베이스에 저장하였는데 여기에는 9단위의 우편번호를 포함하고 산업 코드(SCI Code)까지를 포함하는 복잡한 것이었다.<sup>430)</sup>

원고는 이를 시디롬에 담아 셀렉트폰(Selectphone)이라는 상표로 데이터베이스를 판매하였다. 데이터를 효율적으로 압축하는 방법은 암호화의 방법을 포함한다. 소비자들은 원고가 제공한 응용프로그램의 도움을 받아 이 데이터의 암호를 해제하여 사용할 수 있다. 이 프로그램은 저작권의 보호를 받는데, 이용자의 검색 요청에 대응하여 데이터베이스를 검색한다.<sup>431)</sup>

---

427) W. Fisher III, *Id.* at 14; M. Meurer, *Price Discrimination, Personal Use and Piracy: Copyright Protection of Digital Works*, 45 Buff. L. Rev. 845, 874 (1997).

428) M. Meurer, *Id.* at 875.

429) 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996).

430) *Id.* at 1449.

431) *Id.*

셀렉트폰에 담길 데이터를 수집하고 업데이트하는 것은 매우 비싼데 1천만불이 넘는 가치가 있다. 또한 어떤 특정 부류의 사람들에게는 다른 사람들에게 보다 더 가치가 있다. 이를테면 이름, 주소, SIC 코드 등의 조합은 제조자에게 잠재적인 고객이 누구인지를 알려준다. 제조자와 판매상들은 메일링 리스트를 작성할 수 있는 특별한 정보에 대해 많은 돈을 지불하는데, 원고의 데이터베이스는 이들에 대하여 매력적인 대안이 될 수 있었다. 개인적 목적의 일반 이용자들은 멀리 이사 간 친구를 찾거나, 지역별 전화번호를 대용하는 용도로 쓰일 수 있다. 원고는 개인적 목적의 일반 이용자에게 낮은 가격을 제시하고(5개 CD 세트에 150불), 기업 이용자에게는 보다 높은 가격을 제시하는 가격차별 정책을 실행하였다. 만약 원고회사에서 가격을 단일가격으로 변경 한 후 비용을 모두 회수하여 이익을 실현하려면 150불을 훨씬 상회하는 가격을 붙여야 할 것이었다. 이러한 비용 상승은 이를테면 이 데이터베이스의 가치를 200불로 보고 있는 일반 이용자의 편익을 저해할 것이었다. 그들은 150불의 가격차별 구조에서는 50불의 소비자 잉여를 실현하고 있으나, 가격이 상당히 오른다면 구입을 포기할 것이다. 이 때문에 결국 데이터베이스가 판매되지 않는다면 모두가 손해를 볼 것이었다.<sup>432)</sup>

피고는 1994년에 위스콘신(Wisconsin) 주 메디슨(Madison)의 소매상에서 소프트웨어를 구입한 후 이러한 계약을 무시하기로 마음먹었다. 그는 실켄 마운틴 웹 서비스사(Silken Mountain Web Services, Inc.)를 설립하여 원고의 정보를 되팔려고 하였다. 피고의 회사는 관련 정보를 인터넷에 올리고 누구나 정해진 가격(물론 원고의 상업용 이용자에 대한 판매가격보다 낮은 가격)을 지불하면 정보를 취득할 수 있도록 하였다.<sup>433)</sup>

위 사건에서 법원은, 가격차별이 가능하게 하기 위해서는 원고가 전매(arbitrage)를 통제할 수 있어야 한다고 설명한다. 항공사는 기업 이용자에 대비하여 일반 승객에게 얼리버드(early bird) 판매나 토요일 밤 비행기표와 같은 상

---

432) *Id.*

433) *Id.*

품을 출시하여 가격차별을 할 수 있으며, 영화업계는 관련 시장을 최초로 출시되는 윈도우를 극장용으로, 두 번째에는 온디맨드 시장에, 다음으로는 비디오테이프와 레이저디스크 시장에, 마지막으로 유선 방송에 할애하는 방법으로 시장을 분할할 수 있다. 그러나 컴퓨터 소프트웨어의 판매자에게 있어서 사정은 다르다고 보았다. 그 이유는 누구나 소매점에 들어가서 박스를 구입할 수 있기 때문이다. 소비자들은 “기업 이용자” 혹은 “개인 이용자”와 같은 꼬리표를 붙이고 다니지 않는다. 어찌되었든 기업 이용자를 가리고자 하는 메커니즘은 개인 이용자가 기업 이용자에게 물건을 되판다면 작동하지 못한다. 법원은 그러한 전매는 가격차별의 구조를 깨뜨리고 원고가 기업 고객이 아닌 개인 고객에게 팔고자 하는 가격으로 시장 가격을 수렴하게 할 것이라는 점을 명확히 지적하였다. 원고로서는 예컨대 2년이 지난 데이터는 낮은 가격으로 제공하고 최신 데이터는 높은 가격으로 제공하는 등의 조치를 취하지 않고, 쉬링크랩 라이선스(shrink wrap license)라는 방식의 계약에 기대었다. 원고 회사는 일반 이용자에게 제공되는 소프트웨어에 포함된 라이선스상 천명된 제약에 구속됨을 천명하였다. 시디롬 디스크와 매뉴얼에 첨부되고, 소프트웨어를 실행할 때마다 이용자의 스크린에 나타나는 조건은 비상업적인 목적에 그 이용이 국한된다는 것이었다.<sup>434)</sup> 이에 법원은 쉬링크랩 라이선스의 유효성을 인정하는 판결을 하였다.

가격차별의 논점과 관련하여 이 사건의 핵심은 유체물에 관한 배포권이나 디지털 저작물에 대하여서도 권리소진이 된다면 자유로운 가격에 의한 전매와 직결되며 이는 가격차별이 성립하기 어려운 요소로 작용하게 된다는 것이다.

## 나. Quality King 사건<sup>435)</sup> 및 Kirtsaeng 사건

---

434) *Id.* at 1450.

435) *Quality King v. L' Anza*, 제2장 제1절 II. 참조.

Quality King 사건에서 미국 연방대법원은 미국 내에서 제작되었다가 해외에 싼 값에 수출된 제품의 라벨의 저작권이, 미국 저작권법상 수입권의 규정에도 불구하고 소진되었다고 판단하였다.<sup>436)</sup> 이렇게 국내 판매가와 해외 판매가가 다른 경우에 저작권이 소진된다고 보면 해외에서 낮은 가격으로 취득한 저작유형물을 저작물의 본국으로 역수입하는 행위를 자유로이 할 수 있다. 수입자는 저작권의 침해는 걱정할 필요 없이 역수입에 따른 물류비용 등 제반 비용과 수입에 따른 이윤을 비교하여 그러한 사업 모델의 수지타산이 맞는지를 따져 보면 될 것이다.

한 걸음 더 나아가 미국 연방대법원은 Kirtsaeng 사건에서 해외에서 적법하게 제작된 복제물의 역수입도 권리 소진으로 보아 허용하였다.

결론적으로 권리소진은 권리자-공급자가 가격차별을 하는 것을 매우 어렵게 만드는 법률적 요인이 된다.

### 3. 가격차별에 영향을 끼칠 디지털 권리소진론의 함의

가격차별은 여건과 상황에 따라 사회후생에 긍정적인 영향 또는 부정적인 영향을 미칠 수가 있어<sup>437)</sup> 디지털 권리소진원칙의 도입으로 인하여 가격차별이 제한되는 경우의 후생경제학적 의미를 단언하기는 어렵다. 그러나 보통 가격차별은 생산자 잉여를 증진하는 방향으로 작용하기가 쉽다.<sup>438)</sup> 반면 디지털 권리소진의 제도화는 이용자의 권리를 신장시키는 것이므로 종국적으로 공급자의 잉여를 다소 줄이고 소비자의 혜택을 증진시키는 방향으로 작용하리라고 예측해 볼 수 있

---

436) Quality King 사건에서 삼푸 라벨 저작물에 관한 저작권자의 권리는 실상은 판매자의 상표와 신용을 보호하기 위한 목적으로 부차적으로 활용되었다는 점에 관한 설명은, M. Meurer, *Copyright Law and Price Discrimination*, 23 Cardozo L. Rev. 55, 70-1 (2001).

437) M. Meurer, *Copyright Law and price discrimination*, 23 Cardozo Law Rev. 55, 58 (2001).

438) J. Boyle, *Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property*, 53 Vand. L. Rev. (2007) at 2025-6.



다.

특히 적어도 대중문화와 관련된 디지털저작물은 저소득층에 어필하는 경우가 많아, 가격차별로 인하여 발생할 생산자 잉여를 포함한 전체 잉여를 가격차별을 어렵게 하여 다소 줄이는 가운데, 소비자 잉여를 순증시켜 가는 것이 사회적으로 보아 바람직한 방향이 될 것이다.<sup>439)</sup>

그러나 가격차별이 갖는 순기능을 과소평가해서도 안 될 것이다. ProCD판결에서 보듯, 가격차별의 메커니즘을 사용함으로써 공급자가 좀 더 낮은 가격으로 이용자에게 저작물을 제공하는 효과가 있음은 일면 분명하다. 지적재산권의 확립 등으로 단일의 독점 가격으로 공급이 이루어진다면 소비할 엄두를 내지 못할 가난한 수요자들이, 생산자가 이러한 수요자들을 목표로 한 효과적인 가격차별을 구현할 경우 생산에 드는 한계비용을 고려한 낮은 수준의 가격을 지불하고 저작물을 구입할 가능성이 높아진다.<sup>440)</sup> 그렇다면 디지털 저작권 소진의 도입에도 불구하고 이 같은 가격차별의 순기능은 살려가는 방향으로 제도를 설계하는 것이 바람직할 것이다.

지금까지의 논의를 요약하자면, 일반적으로는 디지털 복제물에 대한 재판매를 허용하여 독점력을 가지고 있는 권리자의 가격차별의 효과를 일정 부분 약화시킴으로써 소비자의 편익을 도모하는 동시에, 권리자가 설정하는 가격차별로 인한 직접적인 혜택을 볼 여지가 있는 가격탄력성이 높은 일부 수요자를 엄두에 두고 공익적 효과를 인정할 수 있는 일정 영역에 있어서는 이러한 차별적 가격구조가 가능할 수 있도록 디지털 저작권 소진제도를 정교하게 설계할 필요가 있다는 것이다.

#### 4. 가격차별의 장점을 유지하는 디지털 저작권 소진제도의

---

439) M. Meurer, *Id.* at 93.

440) J. Boyle, *Id.* at 2028.

## 설계

가격차별의 장점은 독점력에 기인한 단일 가격이었다면 저작물에 접근할 여력이 없었던 소비자들이 공급자가 소비자들의 개별적 가격탄력성을 감지하여, 높은 가격탄력성을 가진 수요자가 개별적으로 지불할 용의가 있는 최대한의 금액보다는 낮은 가격을 책정하면 이제는 그러한 저작물을 향유할 기회를 얻을 수 있게 된다는 것이다.

특히 전체 사회 시스템 안에서도 교육 및 문화 분야와 직결된다고 볼 수 있는 디지털 콘텐츠에 대해서는 이러한 가격차별의 장점이 두드러질 수 있다. 양질의 책, 뉴스, 음원, 영상, 컴퓨터 프로그램 등 디지털 콘텐츠에의 저소득층 등의 취약 계층 또는 청소년층의 접근성을 제고하는 일은 우리 사회의 기회 균등의 제고 차원에서도 매우 시급하다고 할 것이다.

이러한 측면에서 볼 때, 애초의 디지털 복제물의 판매가 신분에 따른 할인 판매로 이루어졌을 경우에는 재판매 금지의 방법을 통하여 권리자가 디지털 복제물에 대한 가격차별을 유지할 수 있도록 해야 한다고 본다. 단순히 디지털 복제물에 대한 재판매만 일괄적으로 허용된다면, 이러한 영역에서의 가격차별은 사회 전체적인 관점에서의 장점에도 불구하고 시도조차 하지 못하게 될 것이기 때문이다.

예를 들면, 컴퓨터프로그램의 학생판(student edition)의 제공은 당장은 정상 가격을 지급할 경제적 여유가 없는 학생들의 수요를 끌어내기 위한 장치인 동시에, 장래 자금력과 해당 프로그램에 대한 이해도 및 친밀도를 동시에 갖춘 적극적인 수요자로 성장하게 될 학생들에게 프로그램 회사들이 할인 폭 만큼 잠재적 수요에 대한 선(先) 투자를 하는 것이라고 볼 수 있다. 이외에도 아직은 현실에서 디지털 저작물의 판매와 관련하여서는 구체적인 사례를 찾기 어렵지만, 국민 기초생활보장법상 수급권자 또는 장애인·노인·임산부 등의 편의증진 보장에

관한 법률상 장애인등에 대한 할인 제도와 같은 것도 생각해 볼 수 있다.

## 제6절 디지털 권리소진의 강행규정성 여부

이 절의 논의는 소진에 관하여 법률에 일정한 규정을 두더라도 개별적인 사안에 있어서는 당사자간 계약을 통하여 구체적인 내용을 보충하거나 혹은 당사자들은 법률 규정의 취지와는 반대로 약정하는 경우가 생기는 현실에서, 우선 현행 법상 배포권 소진의 규정 및 이에 반대되는 당사자간 계약을 어떻게 이해할 것인지를 살펴보는 것에서부터 출발하여, 중국적으로는 만약 디지털 저작권 소진제도를 수용한다면 바람직한 규정형식을 도출하는 것을 목적으로 한다.

### I. 계약과 공공정책의 관계

#### 1. 서설

계약은 당사자들의 합의에 의하여 형성되는 것이므로 당사자들의 의사와 그들이 처한 형편을 가장 정확하게 반영할 수 있는 기제가 된다. 각자의 필요와 그 우선순위, 그리고 필요의 충족을 위하여 어느 만큼의 이익을 희생할 수 있는지를 가장 잘 알고 적절히 판단할 수 있는 것은 당사자 자신이다.<sup>441)</sup> 이 점에서 계약 자유의 원칙은 우리 민법의 기본원칙이다.

한편 저작권 소진이란 저작권법 질서에서 일단 판매된 저작물에 대하여 배포권의 제한과 같은 권리의 제한이 필요하다는 결단에 의한 공공정책이다. 여기에서는 계약과 공공정책의 저촉 해결에 관한 판례와 이론이 풍부한 미국의 사례를

---

441) 양창수·김재형, 「민법 1 - 계약법」 제2판, 박영사 (2015), 14면.

중심으로 살펴보고 여기에서 우리 법에서의 시사점을 도출한다.

## 2. 관련 판례의 검토

### 가. ProCD v. Zeidenberg: 저작권법으로는 보호되지 않는 대상에 대한 라이선스 계약의 유효성

이 사건의 개요는 위 제5절 III. 2. 가.의 내용을 인용한다. 이 사건에서는 원고 회사가 제시한 라이선스 조건대로 계약을 이행할 수 있는가가 핵심 쟁점이 되었다. 미국 저작권법 301조(a)<sup>442)</sup>은 ‘미국 저작권법상 저작권의 일반적 범위에 속하는 배타적인 권리와 동등한 모든 권리’는 저작권법의 적용만을 받도록 규정하고 있기 때문이다. 이를 연방법의 우선 적용 혹은 선취의 법리(preemption)라고 한다.

원고회사가 만든 데이터베이스가 미국 연방대법원의 파이스트(Feist) 판결에 따라 저작권으로 보호받지 못하는 것이라고 보고 계약에 의해 생성된 권리가 ‘저작권의 일반적 범위에 속하는 배타적 권리와 동등한 모든 권리’로 성립한다고 가정하면, 이제 관련 정보는 저작권법상의 보호 대상이 아니라 공유 영역(public domain)에 있다고 보아야 할 것이고 주법에 의해 규율되는 계약의 이행은 불가능해진다.<sup>443)</sup> 그러나 ProCD 법원은 계약은 대세적인 효과가 없고 당사자간 효력만 인정되는 것이므로 ‘배타적인 권리와 동등한 모든 권리’에 해당하지 않으므로

---

442) 제301조 다른 법에 대한 우선 적용

(a) 1978년 1월 1일 이후에 유형적인 표현매체 내에 고정되고, 제102조 및 제103조에 규정된 저작권의 보호대상에 해당하는 저작물에 대한 법상 또는 형평법상의 권리로서 제106조에 규정된 저작권의 일반적 범위에 속하는 배타적인 권리와 동등한 모든 권리는, 앞의 동 연월일 이전 또는 이후에 발생하였느냐의 여부를 불문하고 본 편 법전의 적용만을 받는다. 1978년 1월 1일 이후에는 누구든지 보통법이나 주법에 의하여 이러한 저작물에 대한 이와 같은 권리를 가질 수 없다.

443) ProCD 판결, 1453면.

제301조(a)가 적용되지 않는다는 논리를 전개하였다.<sup>444)</sup>

또한 연방법이 주법에 대한 관계에서 광범위하게 우선 적용된다고 하더라도, 이는 주의회가 연방의회의 규제를 대체하는 규제 시스템을 형성하는 것을 방지하려는 것이지, 당사자들이 형성하는 사적인 계약이나 거래 자체에 개입하려는 것은 아니라고 보았다.<sup>445)</sup> 따라서 연방항소법원은 본건 쉬링크 랩 라이선스 계약을 유효하다고 판단하였다.<sup>446)</sup>

나. *Bowers v. Baystate Technologies, Inc.*: 저작권법에서  
는 허용될 수 있는 프로그램의 역분석이 라이선스 계약  
으로 금지되는지 여부<sup>447)</sup>

이 사안에서는, 원고 보워즈(Bowers)가 컴퓨터응용디자인(CAD) 소프트웨어를 개발하여 여기에 역분석(reverse engineering)<sup>448)</sup>을 금지하는 쉬링크랩(shrink-wrap) 약관을 붙여 출시하였다. 피고 회사는 원고의 디자이너 키트를 입수한 후 역분석을 통해 원고의 소프트웨어와 가격적으로 경쟁이 되는 프로그램 버전을 제작하였다. 이에 원고는 피고에 대하여 저작권 침해, 특허 침해, 계약 위반을 원인으로 하는 소를 제기하였다. 법원은 쉬링크 랩 라이선스 계약에서 역분석을 하지 못하도록 금지한 규정에 대하여 여기에는 저작권법이 우선적용(preemption)되지 않는다고 하여 피고의 주장을 배척하였다. 통일컴퓨터정보거래법(UCITA)의 접근법과 같이, 법원은 쉬링크랩 라이선스가 공정이용 법리를 우

---

444) *Id.* at 1454.

445) *Id.* at 1455.

446) *Id.*

447) 320 F.3d 1317 (Fed.Cir. 2003).

448) 프로그램코드의 역분석이란 컴퓨터프로그램과 다른 프로그램의 호환에 필요한 정보를 얻기 위하여 프로그램코드를 복제 또는 전환하는 과정을 말한다(저작권법 제2조 제34호).

회한다고 하더라도 자유로이 체결된 라이선스 계약을 더 중시하는 취지로 판단하였다.

#### 다. Video Pipeline v. Buena Vista: 라이선스계약에서 허용되지 않는 행위가 공정이용으로는 허용되는지 여부<sup>449)</sup>

피고 부에나 비스타사(Buena Vista)는 디즈니사의 영상물들을 홈비디오 시장에서 배포할 독점적인 권한을 보유한 회사이다. 1988년 피고는 원고 비디오 파이프라인사(Video Pipeline)에게 비디오 홍보영상(trailers)를 모아서 이러한 홍보영상을 전통적인 비디오가게에 배급할 수 있는 권한을 부여하였다. 십여년 후 비디오 소매시장이 인터넷에 기반을 둔 시장모델로 바뀌자, 원고는 비디오 홍보영상을 인터넷을 통하여 배급하면서 이용료를 받기 시작하였다. 피고는 원고에게 홍보영상을 인터넷을 통하여 보급할 수 없음을 알렸으나, 원고는 이러한 행위는 기존의 라이선스 계약으로 포괄된다는 취지의 확인소송을 제기하였다. 피고가 라이선스 계약을 해지하자, 원고는 피고의 기존 필름의 일부분을 가지고 홍보영상을 만들어 인터넷을 통하여 배급하였다.

이 사건에서 법원은, 원고의 이러한 행위는 공정이용(fair use)에 해당하지 않는다고 하면서 다음과 같이 판시하였다.

미국 헌법은 저작권과 특허권의 보호 목적과 가치를 강조하고 있다. 권리에 대한 오용은 이들의 유용성을 해치는 것이다. 반경쟁적 라이선스 관행은 일반 공중에 게서 잠재적 경쟁자의 창조성을 박탈함으로써 저작권의 목적과 충돌하게 된다. 공정이용 법리와 아이디어에 대한 저작권 보호의 부인은 이같은 사태를 미연에 방지하자는 목적이다. 그러나 반드시 반경쟁적 관행이나 표현/아이디어 이분법과

---

449) 342 F.3d 191 (3d Cir. 2003).

연계되지 않더라도 저작권자가 다른 사람의 창의를 억압할 수 있는 힘이 주어질 수는 있다.

이 사건에서의 라이선싱 계약은 디즈니사와 문화산업계에 저해되지 않도록 하는 범위에서 디즈니 소매상들에게 디즈니 예고편을 인터넷상으로만 이용할 수 있도록 하는 제약을 가하고 있다. 그러나 당해 법원은 그럼에도 불구하고 이러한 계약이 창작적인 표현을 제한함으로써 공공이익에 영향을 미친다고는 볼 수 없다는 의견이다. 위 라이선스 계약은 예를 들면 라이선시의 비판을 웹사이트나 다른 곳에서 표명할 권리를 제한하는 것과 같은 차원이 아니다. 만약 비평가가 디즈니 작품에 대하여 비평을 원했다면, 라이선스 계약의 존재에도 불구하고 공정 이용의 법리가 적용되었을 것이다. 당 법원은 특히 남용 법리를 저작권에 연장하는 것은 전통적인 반경쟁 영역을 넘어 작동할 것이므로, 본건에서 적용되지 않아야 한다고 본다. 기록에 의하면 디즈니사의 라이선스 계약은 저작권 정책과 심각하게 반합이 없고, 오히려 그 반대로 판단하면 저작권 정책에 위반된다고 보인다.<sup>450)</sup>

## 라. 평가

이상 살펴 본 미국의 판례들은 대체로 당사자 사이에서 계약의 효력을 존중하는 경향으로 보인다. 그런데 계약의 내용에도 불구하고 공공정책적 고려가 더 중요하거나 근본적인 것으로 여겨질 경우, 공공정책적 고려를 선행하여야 할 필요가 생길 수 있다. 아래에 소개하는 미국통일상법전 제2편B 및 통일컴퓨터정보거래법에 관한 논의를 통해 이 문제를 검토한다.

### 3. 미국통일상법전(UCC) 제2B편의 수정: 통일컴퓨터정보거

---

450) *Id.* at 206.

## 래법(UCITA)

### 가. 개설

미국 법률에서 계약과 공공정책의 관계에 대해 깊이 다루고 있는 법률은 비록 연방국가와 주의 정식 제정법이라고는 할 수 없지만 일종의 모델법의 역할을 할 수 있는 통일컴퓨터정보거래법(Uniform Computer Information Transaction Act:UCITA, 이하 “UCITA”라 함)이라고 할 수 있다. 애초에는 통일상법전(Uniform Commercial Code:UCC, 이하 “UCC”라 함)의 정보재의 거래에 관한 제 2B편을 수정하고자 하는 목적에서 1999년 7월에 제안되었으나, 상품의 판매나 대여와 같은 거래에 관한 규정을 컴퓨터 정보에 관한 거래에 대하여 적용하려다 보니 여러 부정합성이 발견되었다. 따라서 전국통일주법위원회(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws:NCCUSL)와 미국법률가 협회는 UCC의 제2B편을 통일상법전(UCC)에 편입시키지 않기로 하고, 독자적인 법체계인 UCITA로 발전시키기로 결정하였다.<sup>451)</sup>

초기의 형성 과정에서 프로그램회사들의 영향력이 보다 많이 반영된 까닭에 UCITA는 저작권자에게 유리한 측면이 없지 않았고 이에 대한 비판에 직면하여 상당 부분 수정 제안이 있었다. 예컨대, NCCUSL 위원회는 원칙적으로는 역분석(reverse engineering)을 금지하는 것 대신에 시스템 상호운용성(system interoperability)을 위하여 일정한 경우에만 역분석을 허용하는 내용의 개정을 제안하였다.<sup>452)</sup>

한편 위의 흐름과는 반대로, 논의의 초기에는 일부 학자들이 계약으로 매스마켓 컴퓨터 정보 라이선스(mass-market computer information license)의 내용을

---

451) F. Miller & C. Ring, *Article 2B's New Uniform: A Free-Standing Computer Information Transactions Act*, U.C.C. BULL 1, 2-4 (June 1999).

452) UCITA, New Section 118.



규정함에 있어 그러한 규정 내용이 저작권법에 반한다면 그러한 규정을 집행할 수 없게끔 하자는 논의가 있었다. 만약 그러한 라이선스계약이 사용된다면 공중이 저작권법이 허용하는 방법으로 저작물을 이용하는 공중의 권리와 능력을 심각하게 손상할 것이라는 우려 때문이었다.<sup>453)</sup> 그러나 1999년 7월에 확정된 UCITA의 최종 버전은 위와 같은 전면적인 무효화 방식을 채택하지 않고, 제105조를 통하여 공공정책에 반하는 라이선스 계약 내용에 대하여는 당사자가 유효성에 관한 이의를 제기할 수 있도록 규정하였다.<sup>454)</sup> 저작권자의 이익과 이용자의 이익을 절충하는 과정을 오고갔던 셈이다.

UCITA는 UCC와는 달리 각 주에 의하여 널리 채택되지 않고, 2000년경 미국에서 매릴랜드주와 버지니아주의 2개 주에서만 채택되어 있다. 1999년 7월에 제정된 이래 2000년 7월 일부 개정이 이루어졌으며, 2002년 7월 대대적인 개정이 이루어지게 되었다. 그러나 UCITA를 둘러싼 논쟁이 계속되어 마침내 2003. 2. 10. UCITA를 법률로 제정하는 것을 포기하는 NCCUSL의 공식적인 발표가 나왔다.<sup>455)</sup>

UCITA의 특징적인 점은 소프트웨어 제품의 판매를 인정하지 않고, 소프트웨어의 구매자는 복제물의 소유자가 아니라 라이선스로 보며, 따라서 UCITA체계 내에서는 최초판매원칙은 발동될 여지가 없다는 점이다.<sup>456)</sup> 아래에서 UCITA의 구체적인 규정을 미국 저작권법과 가능한 선에서 비교·설명하고자 한다.

## 나. UCITA 제105조(a) 및 미국 저작권법 제301조 : 연방법

---

453) Marybeth Peters, *Copyright and Licensing Agreements: A Brief Survey of United States Law* (United States Copyright Office, April 30, 2003). WIPO/CR/SEL/03/6, p.8.

454) *Id.*

455) 오병철, 앞의 논문 11면.

456) 분명 이는 UCITA의 한 측면이지만, 여기에서는 최초판매원칙과 관련된 논의를 하는 것이 아니고 저작권법 규정의 강행규정성과 관련된 논의를 이끌어내기 위함이므로 그러한 논의의 흐름과 UCITA에서 디지털 최초판매원칙을 인정하지 않는다는 점과는 별 관계가 없을 것이다.

## 의 우선적용

UCITA 제105조(a) (연방법 우선 적용)

이 법의 규정 중 연방법 우선 적용을 받는 규정은 그러한 우선 적용의 한도 내에서 유효하지 않다.

UCITA 제105조를 보면 전반적으로 계약 규정은 연방법으로 표출되는 근본적인 공공정책에 부합될 필요가 있다는 전제에서 출발하고 있음을 알 수 있다. 미국 법체계에서 계약법은 주법에 의하여 규율되지만, 저작권법은 연방법이다. 이들이 충돌할 경우 어떻게 해결할지에 관한 규정이 UCITA 제105조(a)인데, ‘연방법의 우선 적용을 받는 규정에 한하여’ 연방법의 적용을 받는 한도 내에서는 계약이 유효하지 않을 수 있음을 규정하고 있다. 그런데 연방법의 우선 적용을 받는 규정의 의미를 알기 위하여 UCITA의 관련 규정에 대응하는 미국 저작권법 제301조의 규정과 비교하여 볼 필요가 있다.

제301조 다른 법에 대한 우선 적용

(a) 1978년 1월 1일 이후에 유형적인 표현매체 내에 고정되고, 제102조 및 제103조에 규정된 저작권의 보호대상에 해당하는 저작물에 대한 법상 또는 형평법상의 권리로서 제106조에 규정된 저작권의 일반적 범위에 속하는 배타적인 권리와 동등한 모든 권리는, 앞의 동 연월일 이전 또는 이후에 발생하였느냐의 여부를 불문하고 본 편 법전의 적용만을 받는다. 1978년 1월 1일 이후에는 누구든지 보통법이나 주법에 의하여 이러한 저작물에 대한 이와 같은 권리를 가질 수 없다.

즉, 미국 저작권법 제301조에서는, ①미국 저작권법 제102조 및 제103조에 규정된 저작권의 보호대상에 속하는 권리여야 하고, ②저작권의 일반적 범위에 속

하는 배타적인 권리와 동등한 권리어야 한다는 2단계 테스트(two-step tests)를 예정하고 있다. 배타적인 권리와 동등한 권리인지, 동등하지 않은 권리인지 여부에 관하여는 미국 법원은 이른바 “추가 요소 테스트(extra element test)”를 발전시켰다.<sup>457)</sup> 이는 주법에 의한 청구원인의 구성에 연방법상 저작권 침해의 성립요건보다 질적으로 추가적인 사항이 있는지 여부를 보고자 하는 것이다. 만약 주법이 연방권리와 구별되는 추가 요소를 하나 이상 요구한다면 우선 적용은 발생하지 않고 주법에 의하여 부여된 권리구제 수단을 인정한다.

그런데 연방법이 동등성(equivalency)을 자체적으로 정의하고 있지 않기 때문에 각급 법원은 동등한 권리와 그렇지 않은 권리를 스스로 구별하여야 한다.<sup>458)</sup> 이러한 기준에 따라 ProCD 법원은 ‘상호 동의와 약인(consideration)의 지급으로 말미암아 이러한 계약상의 청구는 저작권 침해에 기한 청구와는 질적으로 다르다’며 연방법인 저작권법에 비추어 볼 때에는 단순하여 창작성이 없는 데이터베이스에 대한 권리가 부정되는 상황<sup>459)</sup>임에도 불구하고 주법에 의하여 계약이 이행되어야 한다고 판단하였다.<sup>460)</sup>

## 다. UCITA 제105조 (b): 근본적 공공정책의 우선

### 제 105조(b) (근본적 공공정책의 우선)

---

457) Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, 1.01 [B] [1], 13; *Alcatel v. DGI Tech. Inc.*, 166 F.3d 772, 787 (5th Cir.1999).

458) Seungwoo Son, *Can Black Dot (Shrinwrap) Licenses Override Federal Reverse Engineering Rights?: The Relationship Between Copyright, Contract, and Antitrust Laws*, Tul. J. Tech. & Intell. Prop. Vol. 6, 64, 116 (2004). 이러한 추가 요소 테스트의 결점은 법원이 연방법 우선적용으로 판단하고자 하면 추가 요소가 없다고 하고, 연방법 우선적용이 안 되는 것으로 판결하고자 하면 추가 요소가 있다고 하면 그만이라는 점이 거론된다. 위의 논문, 116-117면 참조. 따라서 위 논문에서는 법원의 자의적인 판단 기준으로 흐를 우려가 있는 추가 요소의 발견보다는 의회의 입법 의도(legislative intent)를 보다 우선시하여야 한다는 논의를 전개하고 있다. 같은 논문, 117면.

459) *Feist Publication, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340. 참조.

460) *ProCD*, 86 F.3d 1447, 1454 (7th Cir. 1996).

계약 규정이 근본적인 공공정책(fundamental public policy)에 반할 때에는, 법원은 계약의 집행을 거절하거나, 허용할 수 없는 부분을 제외한 나머지 부분만 계약 이행하게 하거나, 공공정책에 반하지 않게끔 허용할 수 없는 규정의 적용을 제한할 수 있다. 위 각 경우에 있어서는 계약 규정의 이행에 앞서는 공공정책적 필요가 분명히 우선시되어야 한다.

이러한 ‘근본적 공공정책의 우선’ 원칙은 UCITA에 고유한 것은 아니고, 보통 법에 그 기원을 두고 있다.<sup>461)</sup> UCITA의 위 규정을 살펴보면, 근본적인 공공정책과 상충한다면 법원은 계약의 이행을 거부할 수 있지만 계약 내용이 공공정책에 ‘명백히 반하는 경우’에만 그럴 수 있음을 유의하여야 한다. UCITA의 공식 코멘트에 의하면, 공공정책이란 항용 입법의 형태로 표출되기 마련인데 특정 공공정책에 대한 의회의 입법적 결단(legislative declaration)이 없는 경우에, 법원은 이러한 공공정책의 채택이나 발견에 소극적인 자세를 취하여야 하고, 관련 당사자 간 계약 내용에 대한 교섭이 있었다면 법원은 더욱 공공정책적 고려에 의한 판단을 삼가는 것이 옳다고 한다.<sup>462)</sup>

## 라. 비양심성의 법리(Doctrine of Unconscionability)

비양심성 법리와 관련된 UCITA 제111조(a)는 다음과 같다.

만약 법원이 계약의 성립 당시에 계약 내용이나 규정이 비양심적임을 발견하면, 법원은 그러한 계약이 이행을 거절하거나, 비양심적 계약 내용을 제외한 나머지에 대해서만 이행하게 하거나, 비양심적 결론을 피하기 위하여 비양심적인 부분의 적용을 제한할 수 있다.

---

461) Restatement (Second) of Contracts § 178 (1981).

462) UCITA Art. 105(b), comment 3.

이 규정은 법원이 직접 계약의 비양심성에 대해서 판단할 수 있도록 허용하는 규정이다. 기본적인 테스트는 관련 산업의 전반적인 배경이나 해당 거래의 상황에 비추어, 계약의 성립 당시에 계약 조건이 비양심적일 정도로 일방적인지를 판단하고자 한다. 이러한 비양심성 법리는 우월한 교섭력에 의한 강압이나 불공정 관행을 금지하기 위함이다.<sup>463)</sup> 위와 같이 UCITA 제111조(a)의 일견 확정적이지 않은 문언은 법원으로 하여금 어떠한 종류의 계약이나 거래 교섭 과정이 비양심적 행위로 판단되는지에 관하여 넓은 해석의 여지를 부여한다.<sup>464)</sup>

## 마. 소결

UCITA는 미국에서 논의된 통일주법이므로 대륙법계인 우리나라의 법률에는 제한적인 적실성이나 유의성을 갖는다. 영미법적인 특수성에 기한 규정들은 우리 법률의 맥락에서는 신중하게 검토되어야 한다.<sup>465)</sup> 그러나 UCITA에서 인정된 규정들의 취지는 계약 당사자들의 자율성을 최대한 존중하되, 보다 큰 정책적 필요가 인정될 경우 법원이 계약에 개입할 수 있다는 고려를 표방하고 있는 것으로 생각되므로 이 점을 참고할 가치는 충분하다고 본다.

## II. 강행규정과 임의규정

### 1. 의의

---

463) UCITA Art. 111, comment 2.

464) Seungwoo Son, *Id.* at 121.

465) 오병철, 앞의 논문 14면.

강행규정은 당사자가 규정이 정하는 것과 다른 효과를 원하더라도 할 수 없는 것, 즉 당사자간 약정으로 그 효력을 배제할 수 없는 법률규정을 말한다. 즉 당사자의 의사 여하와는 관계 없이, 언제나 적용되는 규정으로 “법령 중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계있는 규정”이다.<sup>466)</sup> 강행규정에는 효력규정과 단속규정이 포함되는데, 효력규정이란 그 규정에 위반하면 사법상의 효력이 부정되는 규정이고, 단속규정이란 이를 위반하여도 제재를 받을 뿐 사법상의 효과에는 영향이 없는 것을 말한다.<sup>467)</sup>

반면 임의규정은 당사자간 의사에 의하여 효력을 배제할 수 있는 법률규정을 말한다.<sup>468)</sup>

어떠한 법률이 강행규정인지 여부를 판단함에 있어, 먼저 법률에서 일정한 규정을 위반하는 법률행위의 효력을 무효라고 정했거나, 법률에서 자체적으로 강행규정임을 명언하고 있다면 그러한 법률은 강행규정으로 판단된다. 그러나 사법상의 효과에 대하여 특별한 규정을 두는 법률은 드물고, 법률행위의 유·무효에 따른 사회경제적 영향, 법률효과의 금지여부, 위반행위에 대한 사회의 윤리적 비난 정도 등을 기준으로 강행규정성 여부를 판단해야 하는 경우가 대부분이다.<sup>469)</sup>

학설에서 들고 있는 요소들을 종합하면, 그 법률행위를 유효, 무효로 함으로써 생기는 사회경제적 영향, 그 법규의 입법 취지가 법규의 규정하는 내용 그 자체의 실현을 금지하고 있는지 아니면 단순히 그러한 행위를 하는 것을 금지하는지 여부, 위반행위에 대한 사회의 윤리적 비난의 정도, 당사자간의 신의, 공정 등이 다.<sup>470)</sup>

정리하자면, 법규에서 이를 위반한 법률행위의 효력을 자체적으로 정하거나 강행규정성을 명언하고 있지 않은 경우의 규정의 효력이 특히 문제된다 하겠다.

466) 김용담 대표집필, 「주석민법」, 11판, (2010), 473-474면 (백태승 집필부분).

467) 김용담 대표집필, 위의 책, 476면 (백태승 집필부분).

468) 김용담 대표집필, 위의 책, 475면 (백태승 집필부분).

469) 김지만, 이상민, “신의칙과 강행규정의 충돌상황 해결을 위한 법원의 태도 및 그에 대한 평가”, 「법학평론」, 제5권 (2015. 2), 441면.

470) 양창수, 김재형, 「계약법-민법1」 제2판, 박영사 (2015), 648면.

유력설은 임의규정은 사회일반의 이익을 적절히 고려함으로써 소수의 자에게만 적용배제비용을 발생시킨다면 제도적 목표에 접근하게 된다고 한다.<sup>471)</sup> 당사자에게 임의규정과 달리 규율하려는 공통의 의사를 확인할 수 있는 한, 사적 자치의 원칙상 그것은 법질서의 범위 내에서 존중되어야 한다. 그러한 공통적 의사가 제3자의 시각에서는 불합리하게 평가되더라도 마찬가지이다.<sup>472)</sup>

## 2. 저작권법상 권리소진 규정의 해석에 관한 기존 논의의 검토

기존의 배포권 소진 규정과 관련하여 저작권법이 허용하는 행위를 라이선스라는 형식을 빌어 회피하는 행위(over-riding) 등에 대해서 어떻게 대처할지는 적지 않은 논의가 있는데, 일본과 한국에서의 기존의 대체적인 논의는 저작권법 제20조 단서와 같은 규정을 강행규정으로 보고 당사자간 특약에 의하여 이 규정의 적용을 배제하는 것을 허용하지 않겠다는 것으로 이해된다.<sup>473)</sup>

예컨대 일본의 유력설은 당사자의 계약으로 소진하지 않는다는 취지의 계약을 해도 양도권은 소진하는데, 저작물의 원작품 또는 복제물을 양도함에 있어서 타인에게 양도하지 않겠다는 취지의 특약을 하는 것은 ‘소진과는 관계없는 것’이며, 다른 강행법규(독점금지법이나 권리남용 등)에 반하지 않는 한 유효하지만, 그와 같은 계약은 당사자 사이를 구속할 뿐 제3자를 구속하는 것은 아니라고 설명한다.<sup>474)</sup>

그런데 법률의 권리소진에도 불구하고 당사자들은 재판매 금지 약정을 체결한

471) 김진우, “임의규정과 보충적 해석”, 「홍익법학」 제17권 제1호 (2016), 278면.

472) 김진우, 앞의 논문, 279면.

473) 오승중, 앞의 책, 570면; 박준석, 앞의 책, 240면; 정상조·박준석, 「지적재산권법」 제2판, 홍문사 (2011), 435면.

474) 中山信弘, 앞의 책, 273면. 그런데 이러한 견해에 의하면 저작권법상 침해 책임은 인정하지 않더라도 당사자간 계약의 유효성은 인정할 수 있다고 본다.

다고 가정할 때, 만약 당사자간 재판매 금지 약정에 대한 일정한 타당성이나 효용성을 인정할 수 있다면 당사자간 의도한 재판매 금지와 효과면에서 모든 경우에 반드시 관철시켜야 하는지 의문이 있을 수 있다. 항을 바꾸어 논한다.

### III. 디지털 저작권 소진에 있어서 계약을 통한 권리소진의 배제 가능성의 인정

아날로그 영역에서 이미 인정되어 있는 권리소진이 디지털 영역에서도 인정된다고 가정할 경우에, 당사자간 재판매 금지 특약이 있다면 이의 위반에 대해서 저작권 침해 책임을 묻는 것은 거의 절대적으로 허용될 수 없다. 그러나 매매계약의 당사자간에 맺은 ‘재판매를 하지 않겠다’는 약정의 사법적 효력을 모든 경우에 인정하지 않을 정도로 소진 원칙이 사적 자치의 원칙보다 우위에 서는지에 대해서는, 다음과 같은 이유에서 의문이 있다.

당사자간 재판매 금지 약정에 대한 일정한 타당성과 효용성을 인정할 수 있는 경우이다. 공급자는 수요자가 특허물품이나 저작유형물 더 나아가 디지털 저작물의 재판매를 하지 않을 것을 약정함으로써 발생하는 경쟁력을 기반으로 하여 수요자에게 재판매 금지 약정이 없을 때보다 더 유리한 조건의 물품을 전달할 여력을 얻는 수가 왕왕 있다.

미국 연방대법원의 특허 판결인 렉스마크(Lexmark) 사건에서 문제된 프린트 토너의 반환 프로그램과 같이, 자원을 절감하고 폐기물을 덜 배출하여 환경보호에 도움이 되고자 다 쓴 제품을 회수하여 재사용하려는 목적으로 재판매를 제한하는 대신 어떠한 제한도 걸리지 않은 제품보다는 더 낮은 가격으로 소비자에게 공급하는 영업 전략을 설계한 것과 같이, 원칙적으로는 권리를 소진시키더라도 타당성과 효용을 인정되는 특정한 경우 당사자간 재판매 금지를 인정하는 것이



바람직할 수 있다고 사료된다.

더욱이 이용자가 권리자와의 계약에서 자신의 입장에서 특별하게 유리한 사용 조건을 취득하는 전제에서 재판매 금지 약정을 한다면, 그러한 약정에 대한 사회적 비난 가능성은 옅어 보이고, 법률이 이에 개입하여 효과를 부정할 이유도 그리 높지 않다고 생각된다.

미국의 논의를 참고하자면 저작권에 있어서의 Kirtsaeng 사건, 특허에 있어서의 Lexmark 사건 등이 권리소진 이후에는 지적재산권 침해책임을 물을 수 없다는 입장이지만, 판매 후 제한(post-sale restriction)에 대한 계약 책임의 부과에는 그 가능성을 열어 두었다고 사료된다. 오히려 렉스마크 판결은 당사자간 판매 후 제한과 같은 계약 내용은 계약법상 이행되어야 한다고 천명하고 있다. 이러한 범위에 드는 당사자 간 합의는 그들 사이에서 최대한 존중되어야 할 필요가 있다.<sup>475)</sup> 따라서 모든 재판매 금지 약정을 법에 대한 탈법적인 우회로 일률적으로 바라보지 않을 유연한 자세가 필요하다.

만약 저작권 소진의 성격에 대하여 이렇게 구성할 수 있다면 저작권 소진을 원칙으로 하더라도 당사자 간 사적 계약으로 권리소진의 효과를 배제할 수 있는 특정한 경우를 인정하는 방안이 필요할 것으로 본다. 이러한 소진제도에서는 저작권 소진 일반에 대해서는 강행규범성이 부여되어 당사자들이 재판매 허용이라는 효력을 배제할 수 없게 되고, 특정한 예외적인 경우 당사자들이 재판매 허용이라는 법적 효력을 배제할 수 있도록 되어 그 영역에 있어서는 임의법규로 해석된다.

## 제7절 디지털 권리소진이 허용하는 재판매를 위한 기술적 보호

---

475) 그러나, 이와 별개로 계약의 일방 당사자가 우월한 협상력(bargaining power)를 내세우거나 계약 상대방의 부지(不知)를 이용하여 불공정한 라이선스 계약 조건을 관철하려는 시도는 권리남용 금지의 법리나 경쟁법의 금리 등에 의하여 꼼꼼히 규제되어야 한다.

## 조치의 회피

### I. 기술적 보호조치의 의의

디지털·온라인 복제물에는 재판매를 방지하는 기술조치가 걸려 있는 경우가 많은데, 지금으로서는 이러한 기술조치를 무력화하여 재판매에 나서면 저작권 자체에 대한 침해 책임을 지는 것 이외에도, 복제권 및 전송권의 보호를 받는 저작물에 대한 기술조치를 회피하기 위한 목적이므로 기술적 보호조치의 무력화에 대한 책임을 질 수도 있다.

그런데 만약에 디지털 저작권 소진이 도입되어 권리소진의 요건을 충족하여 재판매가 법적으로 허용될 경우에 대비하여, 이러한 기술적 보호조치의 해제 문제를 진지하게 검토할 필요가 있다.

우리 법상 기술적 보호조치는 크게 ①저작권, 그 밖에 이법에 따라 보호되는 권리의 행사와 관련하여 이 법에 한 접근을 효과적으로 방지하거나 억제하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 받은 자가 적용하는 기술적조치(접근통제조치)와, ②저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리에 대한 침해 행위를 효과적으로 방지하거나 억제하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 받은 자가 적용하는 기술적 조치(이용통제조치)의 둘로 나누어진다(저작권법 제2조 28호).

접근통제조치에 대해서는 접근통제조치의 무력화가 금지되고(법 제104조의2 제1항), 또한 무력화 장치·제품 또는 부품의 제조, 수입, 배포, 전송, 판매, 대여, 공중에 대한 청약, 판매나 대여를 위한 광고, 유통 목적의 보관 또는 소지, 서비스의 제공 등과 같은 기술조치 무력화의 예비 행위 또는 장치의 불법 거래(trafficking) 또한 금지되지만(법 제104조의2 제2항), 이용통제조치에 대해서는 직접적인 무력화 행위는 금지되지 않고 기술조치 무력화의 예비 행위만 금지된

다(법 제104조의2 제2항).<sup>476)</sup> 일응 비대칭적인 위 규정의 구조는 이용통제조치의 직접적인 무력화 행위는 저작권 침해로 직접 규제하는 것이 가능하기 때문이기도 하고<sup>477)</sup>, 저작권의 예외 및 제한 사유에 해당하는 저작물 이용을 위하여는 기술조치의 우회를 허용하기 위한 것이기 때문이기도 하다.<sup>478)</sup>

그 대신 접근통제조치에 대해서는 암호 연구, 미성년 보호, 온라인상 개인식별 정보의 수집 방지, 국가의 법집행, 도서관에서의 저작물의 구입 결정, 프로그램 역분석, 보안 검사, 기타 문화체육관광부장관이 고시로 정하는 경우<sup>479)</sup> 등의 예외를 인정하여 이러한 목적의 우회 행위에 대해서는 면책한다(법 제104조의2 제1항).

## II. 허용되는 재판매를 실효적으로 방지하는 기술적 보호조치의 무력화

만약 디지털 저작권 소진이 제도적으로 도입되었더라도, 디지털 복제물에 재판매를 금지하는 기술조치가 걸려 있어 적법한 취득자가 재판매를 못하면 이는 복

---

476) 기술조치와 관련한 위와 같은 법 규정의 구조는, 한-미 자유무역협정(FTA) 및 한-EU 자유무역협정에 따른 후속입법조치의 일환으로 이루어진 2011. 6. 30. 법률 제 10807호 개정 저작권법(2011. 7. 1. 시행)에 의한 것이다. 대체로 미국 저작권법 제 1201조의 구조와 대동소이하다.

477) 오승중, 앞의 책, 1537면.

478) 임원선, 「저작권 보호를 위한 기술 조치의 법적 보호에 관한 연구」, 박사학위논문, 동국대학교 대학원 (2003), 145면; 오승중, 앞의 책, 1528면.

479) 문화체육관광부 고시 제2018-0008호(2018. 1. 31.), “기술적 보호조치의 무력화 금지에 대한 예외” 참조. 기술적 보호조치의 무력화 금지에 의하여 특정 종류의 저작물 등을 정당하게 이용하는 것이 불합리하게 영향을 받거나 받을 가능성이 있다고 인정되어 대통령령으로 정하는 절차에 따라 문화체육관광부장관이 예외의 효력을 3년간으로 하여 고시하는 것인데, 미국의 행정절차법에 일반적으로 근거하고 미국 저작권법 제1201조(DMCA)에 규정이 있는 룰 메이킹(rule making)절차를 국내적으로 수용한 것이다. 행정기관의 고시로 3년이라는 비교적 단기간에 한하여 예외를 인정하는 것은 기술내용에 있어서 급변하는 기술적 보호조치나 이에 대응되는 보호조치의 우회 필요성에 대하여 탄력적이고 효율적으로 대응하고자 하는 취지로 이해할 수 있다. 미국의 기술조치 우회 관련 룰 메이킹 또한 3년 단위로 이루어지는데, 이러한 룰 가운데에서는 이른바 “아이폰 탈옥행위(jail breaking)” 라고 부르는 휴대용 정보처리장치의 소프트웨어 상호운영성을 확보하기 위한 우회행위의 인정이 널리 알려져 있다.

제물 보유자의 입장에서 보면 부당한 일이다.

그런데 디지털 저작물의 권리자로서도, 보급의 경로가 여러 개일 경우 우선은 복제물이 판매모델에 의하여 보급된 것인지 비판매모델에 의하여 보급된 것인지를 알기 어려울 수 있다. 뿐만 아니라 설령 판매 모델에 의하여 보급된 것임을 알 수 있다고 하더라도 이번에는 보유자가 정당한 권원에 의하여 보유하는 것인지를 개별적으로 확인하기도 어려우므로, 재판매를 금지하는 기술조치를 디지털 복제물에 일률적으로 적용하더라도 일반적으로는 자신의 권리를 스스로 보호하려는 정당한 노력이라고 평가할 수밖에 없을 것이다. 따라서 이용자의 공정한 이용이 가능하도록 일정한 경우 기술적 보호조치를 채택하지 못하도록 하는 적극적 의무를 저작권자에게 부과하는 방안은 실현하기가 쉽지 않다.<sup>480)</sup>

그러면 재판매를 할 수 있는 권한이 있는 이용자로서는 디지털 복제물에 적용된 기술조치를 무력화한 후, 디지털 복제물의 재판매를 해야 하는데 이 때 본래적 의미의 저작권 침해에는 해당되지 않지만, 기술적 보호조치 규정의 위반이 되지 않을지는 별도의 검토가 필요하다.

## 1. 적용된 기술적 보호조치의 종류

우리 저작권법은 기술적 보호조치를 접근통제조치와 이용통제조치로 대별한다. 접근통제조치란, “저작물에 대한 접근”을 효과적으로 방지하거나 억제하기 위하여 권리자나 권리자의 동의를 받은 자가 적용하는 기술적 조치(저작권법 제2조 28호 가목)이다. 반면 이용통제조치란 “저작권에 대한 침해 행위”를 효과적으로 방지하거나 억제하기 위하여 권리자나 권리자의 동의를 받은 자가 적용하는 기

---

480) 이처럼 이용자의 공정이용을 보장하게 하는 이용자 측 구제 수단(user-remedy provision)이 없다는 문제점을 지적하는 견해로는 D. Johnstone, *Debunking Fair Use Rights and Copyduty under U.S. Copyright Law*, 52 J. Copyright Soc' y U.S.A. 345, 366 (2005); Z. Efroni, *Towards A Doctrine of Fair Access in Copyright: The Federal Circuit's Accord*, 46 IDEA 99, 118-119 (2005).

술적 조치(동 나목)을 말한다.

여기에서 저작물에 대한 접근이란, 저작물의 복제, 전송, 공연 등 저작권자의 배타적인 권리가 미치는 이용행위를 하는 것은 아니면서 그 저작물을 사용하거나 또는 사용할 수 있는 상태에 들어가는 것을 의미한다.<sup>481)</sup> 반대로 이용이란, 법정 이용행위, 즉 저작물의 복제, 전송, 공연 등 저작권자의 배타적 지배권의 범위에 속하는 행위라고 할 수 있다.

접근통제조치는 암호화 기법을 통해 디지털 신호에 스크램블을 걸고 복호화장치에 의한 복호화의 조작을 한 후에만 저작물을 감상할 수 있도록 하는 기법이 대표적이고,<sup>482)</sup> DVD에 적용되는 CSS (Contents Scrambling System), 소니 플레이스테이션에 적용된 정품인증시스템, 특정고객이 비밀번호를 입력하여야 웹사이트의 내용을 자세히 볼 수 있는 비밀번호시스템 등이 거론된다.<sup>483)</sup>

한편, 이용통제조치는 저작물의 복제가 불가능하게 하거나 복제의 회수를 제한하거나 또는 복제를 할 경우 복제물의 질을 열화시키는 방법을 취하는 데, 디지털복제물을 다시 복제하는 횟수를 통제하는 직렬복제관리시스템(SCMS:Serial Copy Management System)을 대표적인 사례로 들 수 있다.<sup>484)</sup>

그런데 접근통제조치 및 이용통제조치의 분류는 그것이 저작권법상 보호되는 권리를 통제하기 위한 것인가 여부에 의해 이루어지는 것일 뿐 기술적으로 의미 있는 분류가 아니므로 특정한 기술조치가 이 두 가지에 모두 해당할 수 있다<sup>485)</sup>.

재판매를 실효적으로 방지하기 위한 보호조치는 복제권이나 전송권의 침해를 방지하기 위한 기술조치가 될 것이어서 정의 자체로 대부분 이용통제조치로 볼 수 있지만, 사안에 따라서는 접근통제형 기술조치에 해당하거나 양자의 성격을 겸유할 수 있을 것으로 본다.

---

481) 이해완, 앞의 책 1167면.

482) 오승중, 앞의 책 1523면.

483) 이해완, 앞의 책 1167면.

484) 오승중, 앞의 책 1524면.

485) 오승중, 앞의 책 1525면.

## 2. 이용통제조치로 평가될 경우

앞서 제1.항에서 설명한 대로, 이용통제조치의 우회 행위 자체는 법률이 규제하는 대상이 아니므로 이용통제조치로 평가되는 한 이용자는 자유로이 이를 해제하여 재판매를 단행할 수 있다는 잠정적인 결론에 이른다. 그러나 일반 이용자가 관리자가 까다롭게 설계하여 부착한 기술조치를 쉽게 해제하기는 어려울 것이고, 이용통제조치를 무력화하는 장치·제품 또는 부품의 도움을 받아야 하기가 십상일 터인데, 이러한 장치 등과 관련한 무력화 예비행위는 규제의 대상이 된다. 이러한 점에서 스스로 기술적 보호조치를 우회할 능력을 가진 일부 숙련자와 전문가를 제외한 대부분의 일반인은 기술적 보호조치 무력화 규정의 예외의 활용이 어려워, 기술적 보호조치로 인하여 관리자와 이용자 사이의 균형이 관리자 쪽으로 기울었다는 비판이 제기된다.<sup>486)</sup>

우리 저작권법에는 ①국가의 법집행, 합법적인 정보수집 또는 안전보장을 위하여 필요한 경우이거나, ②정당한 권한을 가지고 프로그램을 사용하는 자가 다른 프로그램과의 호환을 위하여 필요한 범위에서 프로그램 역분석을 하는 경우의 이용통제형 기술조치의 무력화 관련 예비행위만을 매우 예외적으로 허용하고 있는데(법 제104조의2 제3항 2호 참조), 디지털 권리소진 제도의 도입 시 여기에 더하여 재판매를 위한 무력화 예비행위도 예외의 범위에 포섭할 것인지를 면밀히 검토할 필요가 있다.

## 3. 접근통제조치로 평가될 경우

저작권자 혹은 저작권자의 동의를 받은 자가 부착한 기술조치가 접근통제조치

---

486) 오승중, 앞의 책 1537면.

라면, 이를 회피하는 행위는 현행법에서는 암호 연구, 미성년 보호, 온라인상 개인식별정보의 수집 방지, 국가의 법집행, 도서관에서의 저작물의 구입 결정, 프로그램 역분석, 보안 검사, 기타 문화체육관광부장관이 고시로 정하는 경우<sup>487)</sup>에만 허용된다(저작권법 제104조의2 제1항).

디지털 복제물의 재판매를 위한 접근통제형 기술적 보호조치의 무력화는 법 제104조의2 제1항 소정의 7가지 허용 사유나 ‘기술적 보호조치의 무력화 금지에 대한 예외’ 고시의 8가지 사유의 어느 하나에도 해당하지 않으므로, 디지털 저작권 소진제도를 도입한다면 이에 맞추어 재판매를 위한 기술조치의 무력화를 허용하는 규정을 신설할 필요가 있다.

#### 4. 디지털 복제물의 재판매를 위한 기술조치의 무력화 허용

디지털 복제물의 재판매를 위한 기술조치는 앞서 고찰한 대로 이용통제형 기술적 보호조치 및 접근통제형 기술적 보호조치의 양자의 성격을 갖는 것으로 평가될 수 있다. 이용통제형 기술적 보호조치의 무력화 관련 예비행위의 예외적 허용 사유 두 가지인 ①국가의 법집행, 합법적인 정보수집 또는 안전보장을 위하여 필요한 경우이거나, ②정당한 권한을 가지고 프로그램을 사용하는 자가 다른 프로그램과의 호환을 위하여 필요한 범위에서 프로그램 역분석을 하기 위한 무력

---

487) 문화부장관의 현행 고시(제2018-0008호, 효력기간: 2018. 1. 31. ~ 2021. 1. 30.)는 다음과 같은 8가지의 접근통제조치 무력화 허용 사유를 열거하고 있다. ①합법적으로 제작, 취득한 영상물의 일부를 영화 관련 교육 등의 목적으로 일부 이용하기 위하여 기술조치를 무력화하거나, ②휴대용 정보처리장치 또는 스마트 TV의 운영체제와 응용프로그램간의 호환성 등을 위해, ③무선 통신망에 접속하기 위하여 휴대용 통신기기를 통신망에 접속하도록 하는 프로그램에 적용된 접근통제형 보호조치를 무력화하거나, ④합법적으로 취득한 기기에 사용되는 프로그램의 결합이나 취약성을 검사, 조사, 보정하기 위하여, ⑤삼차원 프린터 제조자가 공급한 재료 이외의 대체 재료를 사용할 목적으로, ⑥전자적 형태의 어문저작물을 시각장애인 등이 인지할 수 있도록 내용을 변환하기 위하여, ⑦인증을 위한 서버 지원이 중단된 비디오 게임을 이용자가 계속 진행하기 위하여 필요한 경우 등을 위하여, ⑧차량 기능의 진단, 수리, 개조 등의 목적으로 차량의 기능을 통제하는 프로그램에 대한 기술적 보호조치를 무력화하기 위해서 등이다.

화 예비행위를 접근통제조치의 무력화 예외사유에서 준용하고 있음을 참고한다면, 접근통제조치 관련 고시에 재판매를 위한 기술조치의 무력화를 허용한다는 내용을 두어 접근통제조치와 관련한 무력화만 인정하는 것은 불완전하다.

그보다는 본법에 새로운 접근통제조치 관련 예외 사유로 둔 후 이용통제조치의 무력화 예비행위에서도 이 내용을 준용하여 접근통제조치는 이용통제조치든 어느 쪽으로 평가되던 기술조치의 무력화를 인정하는 것이 바람직하리라고 본다.

물론 디지털 저작권 소진의 도입에 의하여 허용될 복제물의 재판매를 가능하게 하는 기술조치의 무력화 문제가 이 논문이 일차적으로 관심을 두고 있는 문제이기는 하나, 이외에도 이용통제조치의 무력화 행위 자체는 규제하지 않지만 무력화 예비행위를 전반적으로 규제하는 것과 관련하여 스스로 기술적 보호조치를 우회할 능력을 가지기 어려운 일반인의 이익이 보호될 수 있도록 기술적 보호조치의 무력화 관련 규정에 대한 전반적인 검토가 따라야 할 것으로 본다.

### III. 소결

결국 법이 허용한 테두리 안에서 정당하게 재판매를 하기 위한 목적으로만 기술조치를 회피하는 것은 기술조치 무력화로 인한 책임을 지지 않아야 한다.

미국의 Chamberlain 사건<sup>488)</sup>에서도 보호되는 기술조치는 저작권법이 보호하고자 하는 권리와 합리적인 상관관계가 있어야 한다는 법리가 제시된 바 있다.

디지털 권리소진의 도입은 재판매의 허용을 의미하는데, 디지털 권리소진이 도입되더라도 그냥 권리자가 기술조치를 취하면 기술조치의 무력화에 따르는 법적 책임으로 인하여 또 다시 재판매가 봉쇄되는 악순환이 발생하면 안 된다.

---

488) *Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technologies, Inc.*, 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004).



## 제5장 디지털 권리소진에 관한 입법론 및 거래환경 조성

### 제1절 외국의 사례

#### I. 독일의 Die Linke 2012<sup>489)</sup>

이 법안은 현행 제도의 문제점을 파악함에 있어, 소비자가 CD나 책을 저작권자의 아무런 제지 없이 팔 수 있는 현실에서, 디지털 저작물을 팔 수 없다고 한다는 결론을 받아들일 수 있겠는가 하는 상식적 물음을 제기하는 것에서 출발하고 있다. 즉 디지털 파일과 아날로그 매체간의 평등하지 않은 취급에 주목하고 있는 것이다. 동 법안은 독일 저작권법에 제17조a를 아래와 같이 신설할 것을 제안한다.

#### 제17조a (저작물의 재판매)

저작물의 복제는, 유럽연합 역내에서나 혹은 유럽경제지역의 협정이 미치는 곳에서는, 판매된 복제물에 대한 재복제물이 남지 않는 한, 적법한 취득자가 처분하는 방법으로 재판매할 수 있다. 이러한 재판매에 관한 권리는 계약으로 제약될 수 없다. 구매자의 복제물에 대한 공중의 접근은 허용되지 아니한다.

그러나 이 법안은 독일 연방의회에서 2013. 12. 6.자로 부결되었다.<sup>490)</sup> 오디오 북 사건의 법원은, 이러한 경과에 대하여 의회가 다운로드된 멀티미디어 파일에

489) 법안의 정식명칭은 “Entwurf eines Gesetzes zur Ermöglichung der privaten Weiterveräußerung” 이다. Dr. Petra Sitte, Halina Wawzyniak, Jan Korte, Agnes Alpers, Dr. Rosemarie Hein, Ulla Jelpke, Dr. Lukrezia Jochimsen, Caren Lay, Frank 등이 제출자이고 이들은 독일 좌파당(Die Linke)의 의원들이다. 법안은 2012. 7. 6.자로 독일 연방의회에 제출되었다.

490) OLG Hamm, Urteil vom 15.05.2014, 22 U 60/13, Absatz 122.

대한 권리소진을 인정할 필요를 느끼지 못한 것이 이유였다고 평가하고 있다.<sup>491)</sup>

## II. 미국의 입법안

미국에서는 디지털 권리소진을 도입하는 내용의 H.R. 3048(1997), H.R. 1066(2003), S 1062(2003) 등의 법안이 종래 제안된 바 있다. 대체로 디지털 포맷의 특정 복제물이나 음반의 소유자나 그러한 소유자로부터 허락을 얻은 사람이 그 복제물을 판매하거나 기타 다른 방법으로 오로지 한 사람의 수신인에게 송신하는 방법으로 처분하는 행위에 관하여 저작권을 제한하는 방식으로 법안이 구성되어 있다.

### 1. H.R. 3048

#### 가. 제안 경위 및 처리 절차

이 법안은 1997. 11. 13.자로 미국 연방하원 의원 Rick Boucher와 Tom Campbell이 제안하였다. 제안자의 이름을 따서 Boucher-Campbell Bill이라고 불리기도 하며, 의안의 정식 명칭은 “디지털시대 저작권 향상법(Digital Era Copyright Enhancement Act)이다. 당시 개정의 필요성을 뒷받침할 증거가 충분하지 않아 동 법안은 채택되지 아니하였다.<sup>492)</sup> 대신 의회는 미국 저작권청과 NTIA로 하여금 이 문제를 공동 조사하도록 하게 하였다.

---

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

492) U.S Copyright Office, *DMCA Section 104 Report* (Aug. 2001), p. 15.

## 나. 법안의 취지

21세기의 저작권의 균형을 보존하고, 원격 교육을 통한 교육 기회를 확산하고, WIPO 신조약을 이행하는 등의 목적으로 법안을 발의한다는 것이다. (H.R. 3048, 1면 참조)

## 다. 주요 내용

### 제4조 최초 판매

미국 저작권법 제109조에 말미에는 다음의 항을 추가한다.

(f) (a)항에서 설명한 허락은 이 절에서 적법한 디지털 복제물이나 음반의 소유자, 혹은 그러한 소유자로부터 허락을 받은 사람에게도 적용되어, 공연되거나, 전시되거나, 만약 송신인이 복제물이나 음반을 실질적으로 동일한 시간에 삭제한다면 오직 한 사람의 수신인에게 송신될 수 있다. 그러한 저작유형물의 복제는, 그러한 공연, 전시, 배포 등을 위하여 필요한 한도 내에서 침해를 구성하지 아니한다.<sup>493)</sup>

## 2. H.R. 1066 (일명 BALANCE 법안)

### 가. 제안 경위

---

493) (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.

이 법안은 미국 연방 하원의원 로프그렌(Lofgren)이 2003. 3. 4.자로 제안하였다. 디지털 엔터테인먼트<sup>494)</sup>를 적법하게 취득한 소비자의 권리와 기대를 보호하고자 한다는 목적을 천명하고 있다. 법률 명칭은 “진보를 저해하거나 순 소비자 기대를 저해하지 않고 저작자를 이롭게 하는 법안 2003 [Benefit Authors without Limiting Advancement or Net Consumer Expectations(BALANCE) Act of 2003]”이라고 명명하였다.

## 나. 법안의 취지

디지털 기술의 발전과 인터넷의 대두는 저작자와 이용자의 균형에 영향을 미친다. 음악이나 영화의 완전한 디지털 복제물은 공중에게 허락 없이 수 천부 이상 전송될 수 있다. DMCA는 새로운 기술에 직면하여 전통적인 권리자와 이용자의 균형을 회복하기 위하여 도입된 법률이지만, 적법한 이용자의 권리와 기대를 위협하고 있는 것도 사실이다.<sup>495)</sup>

의회 의도와는 달리, 미국 저작권법 제1201조는 적법한 이용자를 포함한 모든 이용자들이 어떠한 이유에서이건 기술적 보호조치를 우회하는 것을 금지하는 것으로 해석되고 있다. 따라서 적법한 이용자마저도 공정이용의 목적이나 다른 기기에서 저작물을 사용하고자 하는 목적에서도 기술적 보호조치를 적법하게 우회할 수 없다는 것이다.<sup>496)</sup> 그러나 DMCA의 기초자들은 이렇게 급격하게 권리자와 이용자의 균형을 파괴하려는 의도가 없었다.

---

494) 동 법안은 “디지털 저작물” 혹은 “디지털 콘텐츠” 라는 용어 대신 “디지털 엔터테인먼트(digital entertainment)” 라는 표현을 일관되게 사용하고 있다.

495) 동 법안 3면, para. 6.

496) 동 법안 Para. 7.

## 다. 주요 내용

### 1) 디지털 권리소진과 관련하여

법안은 디지털 권리소진에 대하여 다음의 규정을 신설할 것을 제안하고 있다.

#### 제4조. 디지털 권리소진

미국 저작권법 제109조는 다음과 같은 규정을 포함한다.

(f) 제(a)항부터 (c)항까지에 규정된 특권은 디지털 혹은 비아날로그 포맷의 특정 복제물이나 음반의 소유자나 그러한 소유자로부터 허락을 얻은 사람이, 그러한 사람이 복제물이나 음반을 복구할 수 있는 형태로 보관하지 아니하고 복제물이 원래의 포맷대로 처분되었을 경우, 판매하거나 기타 다른 방법으로 오로지 한 사람의 수신인에게 송신하는 방법으로 처분하는 것에도 적용된다.<sup>497)</sup>

### 2) 기타

이 법안은 디지털 환경에서의 공정이용원칙, 디지털 저작물의 허용 범위의 조정, 기술적 보호조치의 우회 허용 범위의 조정 등의 내용등도 담고 있는데, 자세한 것은 생략한다.

## 3. S. 1621

---

497)(f) The privileges prescribed by subsections (a) and (c) apply in a case in which the owner of a particular copy or phonorecord of a work in a digital or other non-analog format, or any person authorized by such owner, sells or otherwise disposes of the work by means of a transmission to a single recipient, if the owner does not retain the copy or phonorecord in a retrievable form and the work is so sold or otherwise disposed of in its original format.

## 가. 제안 경위

이 법안은 2003. 9. 16자로 미국 연방 상원의원인 브라운백(Brownback)이 제안하였다. 제안 법안의 명칭은 “소비자, 학교, 도서관에서의 디지털권리관리인식법 2003(Consumers, Schools, and Libraries Digital Rights Management Awareness Act of 2003)”이다.

## 나. 주요 내용

제6조 (중고 디지털 매체 상품을 위한 2차 시장)<sup>498</sup>)

(a) 소비자 이차 시장 - 디지털 미디어 상품의 적법한 소유자는, 그 사람에 의하여 사용된 기술이 디지털 미디어 상품의 송신과 동시에 삭제할 수 있도록 하는 기술을 사용하는 한, 한 사람의 수신인에게 송신할 수 있다.

---

498) SEC. 6. SECONDARY MARKETS FOR USED DIGITAL MEDIA PRODUCTS.  
(a) CONSUMER SECONDARY MARKETS.—The lawful owner of a digital media product may transmit a copy of that product by means of a transmission to a single recipient as long as the technology used by that person to transmit the copy automatically deletes the digital media product contemporaneously with transmitting the copy.  
(b) SECONDARY MARKETS FOR CHARITABLE DONATIONS TO EDUCATIONAL INSTITUTIONS AND LIBRARIES.—A person manufacturing, importing into, or offering for sale in, or affecting, interstate commerce in the United States a digital media product may not incorporate, impose, or attempt to impose any access control technology or redistribution control technology used in or with a digital media product that prevents a consumer from donating digital media products they own to educational institutions or libraries, subject to subsection (a).  
(c) NO DISABLING TECHNOLOGY.—A person manufacturing, importing into, or offering for sale in, or affecting, interstate commerce in the United States a digital media product may not incorporate, impose, or attempt to impose any access control technology or redistribution control technology used in or with a digital media product that limits consumer resale of a digital media product described in subsection (a) or charitable donations described in subsection (b) to specific venues or distribution channels.

(b) 자선단체, 교육기관 및 도서관의 2차 시장 - 미국 내에서 디지털 미디어 상품의 제작, 수입, 판매 유인, 주간 상업 등을 담당하는 사람은, 디지털 미디어 제품에 쓰여 이러한 제품이 교육기관이나 도서관에 기증되는 것을 막게 하는 어떠한 접근 통제기술의 통합, 부과, 혹은 부과의 시도를 할 수 없다.

(c) 무력화 기술의 금지 - 미국 내에서 디지털 미디어 상품을 제작, 수입, 판매 유인, 주간 상업 등을 담당하는 사람은, 위 (a)나 언급된 디지털 미디어 상품의 재판매를 제한하거나 (b)에서 언급된 특정 배급 채널을 제한하는 접근통제조치나 재분배 접근 통제 조치의 통합, 부과, 혹은 부과의 시도를 할 수 없다.

## 제2절 디지털 저작물 중고 시장의 가능성과 산업계의 시도

미국에서는 애플(Apple)사, 리디지(ReDigi)사 등에 의하여 디지털 중고 시장 모델이 특허로 출원되어 있다. 특히 아마존(Amazon)사는 2013년과 2015년에 걸쳐 2건의 특허를 이미 취득하였다. 디지털 권리소진론을 우려하는 견해에서 기술적 구현 가능성이 있을지를 의심한 ‘전송 후 삭제’ 기술에 상응하는 기술로 특허권을 허여 받았다는 점에 상당한 의미를 부여할 수 있겠다.

### I. 아마존사의 595특허

2013년에 취득한 특허는 “디지털 객체를 위한 2차 시장(Secondary Market for Digital Objects)”<sup>499</sup>이라는 특허발명이다(이하 “595특허”라 함). 595특허의 특허공보상 초록(abstract)은 다음과 같다.

---

499) 미국특허번호: 8,364,595호, 특허 허여일: 2013. 1. 29.

중고 디지털 객체(digital object)에 대한 전자적 시장이다. E-Book, 오디오, 비디오, 컴퓨터 애플리케이션 등을 포함하는 디지털 객체는 사용자에게 의해 원래의 판매자로부터 구매되어 사용자의 개인 데이터 저장소에 저장된다. 맞춤형 개인 데이터 저장소의 콘텐츠는 이동, 스트리밍 또는 다운로드와 같은 송신을 통해 사용자가 액세스 할 수 있다. 사용자가 현재 사용되는 디지털 콘텐츠에 대한 접근 권한을 더 이상 보유하지 않으려는 경우, 사용자는 허용되는 때 중고 디지털 콘텐츠를 다른 사용자의 개인 데이터 저장소로 이동시키고 자신이 사용한 디지털 콘텐츠는 원래 사용자의 개인 데이터 저장소에서 삭제 할 수 있다. 디지털 객체가 이동 또는 다운로드가 허용되는 일정 횟수를 초과하면 이동 기능이 허용되지 않고 정지 또는 종료 될 수 있다. 부가적으로 또는 대안으로, 디지털 객체들은 각기 다른 이용자들의 개인 데이터 저장소에 저장된 개별 디지털 객체들이 모인 집합으로서, 이용자의 개인 데이터 저장소로 이동될 수 있다.

## II. 아마존사의 276특허

아마존사의 다른 하나의 특허는, 2015년에 취득한 “디지털 콘텐츠 출시 관리 서비스(Service for Managing Digital Contents Release)”<sup>500</sup>이다 (이하 “276특허”라 함). 276특허의 특허공보상 초록은 아래와 같다.

디지털 콘텐츠 상점에서의 콘텐츠 아이템에 대한 DRM보호와 결합한 콘텐츠 관리 시스템으로서, 콘텐츠 아이템이 한 이용자로부터 다른 이용자에게 송신되거나 재판매될 수 있도록 하는 기술이다. 콘텐츠관리 시스템은 최종 이용자가 다른 이용자와 함께 어플리케이션을 이용하여 콘텐츠 아이템을 사거나, 팔거나, 교환할 수 있도록 하는 어플리케이션 특정 디지털 스토어를 만들 수 있도록 해 준다. 두

---

500) 미국특허번호: 9,064,276호, 특허 허여일: 2015. 6. 23.



사용자 간의 판매나 교환에 대응하여, 콘텐츠 아이템과 결합된 DRM 보호는 한 이용자의 정보기기에서 콘텐츠를 아이템을 삭제하면서 다른 이용자의 정보기기로 제공하여, 거래 전후에 이용가능한 복제물의 개수를 동일하게 유지하게 한다.

### III. 애플사의 특허출원 기술

아직 특허를 취득한 기술은 아니지만, 애플사가 출원한 특허는 기술 내용보다는 그 아이디어가 참신하므로 여기에 소개한다. 디지털 콘텐츠 아이템 접근 관리 기술(Managing Access to Digital Contents Items, 미국 특허 출원번호: 20130060616, 출원일: 2012년 6월 22일)로 초록은 다음과 같다.

이 기술은 eBook, 음악, 영화, 소프트웨어 애플리케이션과 같은 디지털 콘텐츠 아이템의 접근을 관리할 수 있는 기술이다. 양도인은 양도가 된 이후에는 해당 디지털 콘텐츠에 대하여 더 이상 접근할 수 없다. 양도인에게 디지털 콘텐츠를 판매한 회사는 어떤 이용자가 해당 디지털 콘텐츠 아이템에 대한 접근을 하고 있는지에 관한 데이터를 보유함으로써 디지털 콘텐츠 아이템의 접근을 관리할 수 있다. 접근권(access rights)이 변경됨에 따라, 오직 양수인만이 해당 디지털 콘텐츠 아이템에 접근하는 것이 허용된다. 접근권의 변경의 일환으로서, 양수인은 디지털 콘텐츠의 접근에 대한 대가를 지불하게 된다. 재판매(resale)에 따른 수익의 일부는 해당 디지털 콘텐츠의 창작자와 퍼블리셔에게 배분되거나 그리고 /또는 디지털 콘텐츠를 최초의 보유자에게 판매한 회사에게 배분될 수 있다.

여기에서 주목하고자 하는 비즈니스 모델(BM)은 디지털 저작물의 재판매에 따른 수익의 일부를 창작자와 퍼블리셔에게 배분한다는 것이다. 권리소진이란 무릇 저작권자가 저작유형물을 거래에 제공한 이후에는 더 이상 권리가 미치지 않

도록 차단하는 것이어서, 재판매에 따른 수익을 권리자에게 배분하겠다는 아이디어는 일견 당초에 디지털 권리소진을 인정하자는 취지에는 맞지 않는다고 볼 여지가 없지는 않다.

그러나 디지털 저작물의 재판매가 법적으로 인정된다면, 이를 업으로 하는 사업자로서는 권리자와 유통업자에게 판매 모델을 채택함으로써 재판매 사업 모델에의 참여를 독려할 인센티브(incentive)를 주기 위하여 실현된 이익의 분배 구조를 염두에 둘 수 있을 것이며, 이는 향후 경제적 약자의 지위에 서는 저작권자에게 도움이 될 수 있을 것으로 사료된다.

그리고 개념적으로도 재판매에 대해서 저작권자가 권리를 행사하는 것은 아니고 판매모델의 채택에 대한 경제적 유인책일 뿐이므로, 디지털 권리소진의 정책적 목적과 근본적으로 상충되는 것도 아니다. 고려해 볼만 한 아이디어로 생각된다.

### 제3절 블록체인 기술과 디지털 저작권 소진

#### I. 블록체인 기술의 의의

최근 급부상하고 있는 블록체인(Blockchain)기술은 분산 데이터베이스의 한 형태로 지속적으로 성장하는 데이터 기록 리스트로서 분산 노드의 운영자에 의한 임의 조작이 불가능하도록 고안된 기술이다.<sup>501)</sup> 암호화 화폐들이 블록체인 기술에 의존하고 있어 두 개념이 곧잘 혼동되곤 하지만, 암호화 화폐는 블록체인 기술이 응용된 한 국면이지 블록체인 자체는 아니다.<sup>502)</sup> 블록체인 기술에 의하여

501) 배재환, “블록체인 기반의 게임 및 디지털콘텐츠 유통 시스템 설계”, 「차세대컨버전스정보서비스기술논문지」, Vol. 6, No. 2 (2017. 12), 68면.

502) 오세현, “신뢰의 기술 블록체인 - 콘텐츠산업 지각변동 예고”, 「한국콘텐츠진흥원 Special Report 2017」, Vol 3., 49면.  
<[http://www.kocca.kr/n\\_content/vol03/vol03\\_14.pdf](http://www.kocca.kr/n_content/vol03/vol03_14.pdf)> (2018. 6. 29. 최종 방문).

무형 자산에 대해 원본을 증명하는 것이 용이해져, 디지털 음원 등 자산이 원본임을 쉽게 증명할 수 있다.<sup>503)</sup>

## II. 블록체인 기술의 적용 가능성

블록체인 기술을 활용하면 비트코인이나 이더리움과 같은 암호화화폐가 본질적으로 디지털 정보임에도 불구하고 유일하고 독자적인 가치를 인정받는 것처럼, 음원 등 디지털·온라인 저작물도 복제됨이 없이 양도하는 것이 가능하다. 이른바 디지털 희소성이라는 개념이다.<sup>504)</sup>

따라서 디지털·온라인 저작물에서도 실질적으로 희소성을 기반으로 한 거래 가능한 자산화의 개념이 가능하고 이러한 비즈니스 모델을 채택하는 기업이나 예술가가 생겨나고 있다. 모네그래프라는 회사는 디지털 미술품 자체와 관련 인터넷 주소를 미술가로부터 제출받고, 유통이 된 후에 디지털 소유권을 확인해주는 비즈니스 모델을 채택하였다.<sup>505)</sup>

## III. 디지털 저작권 소진 관련 함의

블록체인 기술은 활용도가 매우 넓어 여러 가지 비즈니스 모델을 가능하게 할 잠재력을 가지고 있는데, 본 연구에서 다루고 있는 일대일 송신 및 송신 후 삭제 원칙을 기반으로 한 디지털 저작권 소진도 블록체인 기술과 결합하면 완벽히 구현될 수 있다고 한다.<sup>506)</sup>

---

503) 오세현, 앞의 자료 같은 면.

504) 김성준, “블록체인 생태계 분석과 시사점”, 「한국과학기술기획평가원 Issue Paper 2017-09」, 12면.

<file:///C:/Users/my/Desktop/ISSUE%20PAPER%202017-09.pdf>. (2018. 6. 29. 최종 방문).

505) 돈 뎀스콧·알렉스 뎀스콧 공저, 박지훈 역, 「블록체인 혁명」, 을유문화사 (2017), 248면.

디지털 저작권 소진의 도입과 관련하여 그간 기술적 불완전성에 의한 어려움이 있었다 하더라도, 이러한 문제는 향후 블록체인 기술에 의하여 적극적으로 극복될 수 있다는 것이다.

---

506) 블록체인 관련 스타트업 기업인 Gavrint사 정동현 기술담당 이사와의 2018. 5. 24. 자 대면 인터뷰.

## 제6장 디지털 권리소진의 도입 방안

### 제1절 기존 논의의 검토

기존의 연구 중 일련의 경향은 디지털 권리소진론을 설명하면서 주로 권리소진의 대상으로 기존의 배포권으로부터 새로이 전송권까지를 확대하여 포괄할 필요가 있는 것으로 논의하여 온 것으로 보인다.<sup>507)</sup> 그러나, 위 의견들이 디지털 저작권 소진은 전송과 관련이 된다는 정도의 언급에 그친다면 모르겠지만 문자 그대로 전송권 자체를 소진시키자는 의미라면 정치(精緻)하지 않으므로 더 다듬을 필요가 있다고 본다.

한편 유형 매체가 있느냐 없느냐의 여부로 권리소진 여부가 결정된다는 점에 대한 의문을 제기하면서, 해당 저작물 자체의 성격을 바탕으로 최초판매원칙의 여부가 결정되어야 한다는 설도 있지만 이러한 학설에서는 저작물 자체의 성격으로 어떻게 소진 여부를 결정할지에 관해서는 구체적인 설명이 부족한 것으로 보인다.<sup>508)</sup>

또 다른 학설에서는 스트리밍은 어떠한 유형적 매체를 필요로 하지 않는데 반하여, 다운로드의 방식에서는 사후적으로나마 수령자의 컴퓨터에 저작물이 원본과 동일하게 유형적 형태로 저장되는 것으로서, 종래의 관념으로 보면 아날로그 저작물 기록매체 자체가 이전된 것과 마찬가지로 저작물이 효과적으로 이전된 것으로 볼 수 있으므로 ‘사후적 유형적 저작물이용방법’이라 할 수 있고, 원래 권리소진원칙은 유형적 저작물의 이전에 대해서 적용되는 것이지만 이러한 방식의

---

507) 박정하, “디지털 저작물의 재판매에 대한 권리소진이론의 적용에 관한 연구”, 법학 석사학위논문, 서울대학교 대학원 (2015), 72-73면; 육소영, “디지털 소진론” (한국 지식재산연구원) 연구자료 13면, <[https://www.kiip.re.kr/download.do?attach\\_no=4823](https://www.kiip.re.kr/download.do?attach_no=4823)> (2018. 6. 29. 최종 방문); 박성호, 「저작권법」, 박영사(2014) 353면.

508) 노현숙, 앞의 논문 751면.

인터넷 전송에 대해서도 권리소진원칙을 적용할 수 있지 않을까 하는 의문이 생긴다고 한다.<sup>509)</sup>

좀 더 자세하고 구체적인 입법안을 제시한 기존 논의도 발견된다.

## I. 제1설

제1설은, 저작권법의 배포권의 조문에 제2항을 추가하여 “제1항의 저작물의 원본이나 그 복제물이 디지털화된 것인 경우, 원구매자가 합법적으로 구입한 저작물의 원본이나 그 복제물을 사본을 남기지 않고 재판매하는 경우에도 제1항 단서의 적용이 있다”는 취지로 조문을 신설하자고 제안한다.<sup>510)</sup> 위 제안은 디지털 송신의 1:1 송신이 사본을 남기지 않아야 한다는 면을 잘 포착하여 조문화하고 있다는 장점이 있다.

하지만 기존 배포권의 체계 안에서 디지털 권리소진을 해결하자는 것이므로 이 제안 그대로 하면 원래의 배포권 소진 규정과 적어도 디지털·오프라인 영역에서 중첩되고 디지털·오프라인 복제물과 디지털·온라인 복제물의 소진이 서로 넘나들어 불측의 부작용이 생길 수 있다는 문제의 소지가 남는다.<sup>511)</sup>

## II. 제2설

### 1. 학설의 내용

---

509) 안효질, “저작물의 디지털거래와 권리소진원칙”, 「산업재산권」 제15호 (2004), 99-100면. 그러나 보통의 전송이라면 송신 이후에도 송신자의 통제영역 안에 여전히 복제물이 잔존한다는 점에서, 저작유형물을 전달하면 기존의 유형물 보유자의 수중에는 아무 것도 남지 않는 배포를 통한 기존의 유형물 전달과 다르게 여지가 있다는 측면에 대한 언급은 없다.

510) 김혜성, “디지털 음원의 재판매와 최초판매원칙의 적용”, 「Ehwa Law Review」 제3권 제2호 (2013), 101면.

511) 본고 아래 제4절 III. 1. 참조.

제2설은<sup>512)</sup> 주요 패키지 제품의 EULA에 포함된 재판매 허용 규정을 살펴보면서 이를 디지털 권리소진의 인정 여부와 연결 지어 설명하고 여러 회사의 EULA를 관찰한 후 패키지 소프트웨어 대부분은 양도를 허용하고 있으나 일부 소프트웨어는 1회에 한하여 양도를 허용하거나 아예 양도를 금지하는 경우도 있다고 분석하였다. 외국계 회사의 패키지소프트웨어 중 AutoCAD(2017버전 제외), 오라클사 등은 양도를 부정하고 있는데, 이러한 소프트웨어는 가격이 고가이고 라이선시의 성격, 교섭력, 이용환경, 이용자 수 등의 여러 요소를 고려한 가격 협상이 이루어지기 때문에, 양도를 제한하여 라이선시를 고정할 필요가 있기 때문에 양도를 불허하는 것으로 분석하였다.<sup>513)</sup>

또한 소프트웨어 회사들이 제시한 EULA를 통하여 발견되는 이용권 양도 허용의 요건으로서는, ①소프트웨어의 양수인이 기존 이용허락계약의 모든 내용에 동의할 것, ②소프트웨어 및 소프트웨어 관련 부속자료를 전부 양도할 것, ③모든 복제본을 삭제 및 파괴할 것 등으로 정리하고 있다. 일부 제품에서 발견되는 소프트웨어 양도 사실에 관한 통보는 채권양도의 대항요건에 불과하므로 양도인, 양수인의 의무사항이라고 볼 수 없다고 한다. 특히 종래에는 고객등록의 형식으로 소프트웨어 양도사실을 저작권자에게 알리게 할 필요가 있었으나 현재와 같이 의무적 활성화(mandatory activation)에 의하여 저작권자가 소프트웨어 이용에 관하여 강력한 관리를 할 수 있는 경우에는 이러한 양도사실 통지는 이루어진 것으로 볼 수 있다 현실적 필요성이 부족하다고 보고 있다.<sup>514)</sup>

이어 위 견해에서는 디지털 권리소진 도입론을 구체화할 조문의 신설을 아래와 같이 제안하였다.<sup>515)</sup>

---

512) 정진근 편, 「미래 저작권 환경에 적합한 저작권법 개정을 위한 연구-부록 (2016-08)」, 한국저작권위원회 (2016), 764-769면 (전웅준 집필부분). 여기에서는 사용권의 양도 가능성을 중심으로 살펴보았다.

513) 위 연구보고서, 767면.

514) 위 연구보고서, 768-769면.

515) 위 연구보고서, 772면.

제5장의2 프로그램에 대한 특례 제101조의 ○○(배포권 등의 소진)

- ① 프로그램저작물의 원본이나 그 복제물(유체물에 저장된 경우를 포함한다)이 해당 저작재산권자의 허락을 받아 양도, 이용허락 등의 방법으로 거래에 제공된 경우 양수인, 이용허락을 받은 자는 이를 다시 배포 내지 전송할 수 있다.
- ② 전항의 이용허락은 이용허락을 받은 자에게 프로그램저작물의 원본이나 그 복제물의 보유 및 이용에 관하여 특별한 제한이 없어야 한다.
- ③ 제1항에 따라 프로그램저작물의 원본이나 그 복제물을 취득한 자는 저작물의 이용에 관하여 필요하다고 인정되는 범위 안에서 그 저작물을 복제할 수 있다.
- ④ 제1항에 따라 프로그램저작물의 원본이나 그 복제물을 전송 내지 배포한 자는 즉시 그 원본이나 복제물을 영구히 삭제, 폐기하여야 한다. 프로그램저작물의 원본이나 그 복제물이 전송 내지 배포된 후에도 그 원본이나 복제물이 삭제, 폐기되지 아니한 때에는 저작권자는 전송 내지 배포된 프로그램저작물의 원본이나 그 복제물에 대한 이용을 제한할 수 있다.

## 2. 검토

위 설에서는 주요 패키지 제품의 최종사용자계약(EULA)에 포함된 재판매 허용 규정을 살펴보면서 이를 디지털 권리소진의 인정 여부와 연결 지어 설명하고 있는데, 이는 업계에서 디지털 저작물의 재판매에 대하여 어떤 독자적인 정책을 취하는지 파악하려는 시도에서 그 의미가 있지만 자칫하면 당사자 간 사적 계약과 법률의 차이를 외면한 분석이 될 공산이 있다는 점에서 조심스러운 접근이 필요하다고 본다.

최종사용자계약 자체는 소프트웨어 회사들의 마련한 사적인 계약이므로, 주요 소프트웨어 회사들이 마련한 최종사용자계약이 소프트웨어의 재판매를 허용하고



있다는 점은 업계의 관행이 형성되었기 때문에 디지털 권리소진론을 도입할 명분과 시기가 충분히 되었다고 설명할 수 있기도 하고, 반대로 최종사용자계약에는 소프트웨어의 재판매가 엄격히 금지되고 있다고 하더라도 업계의 잘못된 관행을 타파하기 위하여 디지털 권리소진을 도입해야 한다고 주장하는 근거가 될 수도 있는 등 어느 쪽으로든 설명이 가능하기 때문이다. 최종사용자계약을 통하여 저작자가 재판매 허용에 대하여 취하는 태도와 범률에 의하여 제도적으로 디지털 권리소진을 수용하는 방안은 서로 구별하여 논의될 필요가 있다.

위 학설의 제안은, 전송 후 삭제 의무를 잘 포착한 장점이 있지만 공중에 대한 송신인 전송을 허용할 수 있게 함으로써 전송권 자체를 소진시키자는 제안과 같은 문제점을 안고 있다.

또한 디지털 저작권 소진의 대상을 컴퓨터프로그램저작물에 한정하고 있는데, 프로그램저작물에 대해서는 디지털 저작권 소진을 인정하면서 왜 다른 종류의 저작물에 대해서는 같은 소진을 인정하지 않는지에 대한 이유가 명확하지 않다.

## 제2절 디지털 권리소진의 도입 방안의 검토

### I. 서설

지적재산권 전반에 있어서 권리소진의 룰은 권리자에게 이중이득의 부당한 기회를 차단하고, 권리자와 이용자의 이익을 조화하는 중요한 기능을 맡고 있다. 디지털 저작물이라고 해서 그 본질에 있어서는 여기에서 예외가 될 수 없다는 것이 이 논문에서 논증하고자 한 것이며, 다만 지금까지 권리소진원칙이 디지털 저작물에 적용될 수 없도록 한 디지털 저작물의 특이성이 엄연히 존재하므로 그러한 특성을 반영할 수 있도록 디지털 저작권 소진은 매우 정교하게 설계되어야

할 것이다. 이 논문에서 논의한 지적재산권법 전반에 걸친 권리소진의 물을 종합하여 보면 아래 표처럼 정리될 수 있을 것이다.

	소진 인정	소진 불인정	디지털 저작물에의 유추 적용/시사점
특허권	- 권리소진이 원칙(미국 Quanta, Lexmark 판결 등)	①조건부 판매의 유효성이 인정된 미국의 사례들이 다수 존재함.	①'조건부 판매에 상응하는 디지털 권리소진의 예외를 생각해 볼 수 있음.
상표권	- 권리소진의 원칙	본래 품질이나 형상에 변경이 생겨 동일성이 훼손되는 경우	제품의 동일성이 훼손되지 않는 한 권리소진이 원칙
현행 저작권법	①권리소진이 원칙	②저작유형물이 판매가 아닌 라이선싱이라고 해석되는 한 배포권 소진은 배제 ③ 대여권과 같이 권리소진에 대한 예외 인정	①'디지털·온라인 영역에서만 권리소진이 일어나지 않는다고 보는 이분법은 논리적 근거가 박약하고 부자연스러움. ②'판매모델과 비판매모델을 구분하여 판매모델에만 권리소진 인정 ③'일정한 요건하에 디지털 권리소진의 예외를 인정할 필요가 생길 수 있음.

[표 6-1. 지적재산권법의 권리소진 물 종합]

요컨대, 권리 소진을 인정함이 원칙이면서 소진을 인정하지 않는 예외들이 존재한다. 디지털 저작권 소진에 있어서도, 단일하고 간명하게 모든 경우에 들어맞는 간단명료한 철칙이나 황금률은 구하기 어렵다. 규범의 현실적합성을 염두에 두면 디지털 저작권 소진원칙 적용의 큰 기준만을 탄력적으로 적용할 수 있도록 세워 둔 후, 개별 사안의 필요성에 대하여 합리적으로 그 범위를 조정해 나가는 자세가 요구된다.

이러한 맥락에서 본 연구는 지적재산권법의 모든 다른 분야에서 인정되는 것처럼 디지털 저작물에 있어서도 저작권 소진이 원칙으로 성립되어야 하지만, 디지털 권리소진을 일률적으로 적용해서는 권리와 이용자의 이익의 균형을 오히려 저해할 수 있는 사안이 생긴다면 이를 디지털 권리소진에 대한 예외 사유로 삼아야 한다고 주장하고자 한다. 즉 법적 안정성과 구체적 타당성을 조화하기 위하여 디지털 저작권 소진을 원칙으로 하되, 합리적인 범위에서의 예외 사유를 인정하자는 것이다.

저작권법의 개정을 통하여 권리소진의 범위를 디지털에 대해서 일률적인 방법으로 확대하는 대신, 법률은 그대로 두고 대신 실질적으로 디지털 권리소진의 효과를 낳게 하는 권리와 이용자 간 자유로운 교섭에 의한 계약체결을 장려함으로써<sup>516)</sup>, 양 당사자가 계약 목적물인 디지털 저작물의 재판매를 허용한다는 취지를 보장하여 궁극적으로 사적 자치의 영역 안에서 디지털 권리소진론이 제기하는 소진의 필요성을 자연스럽게 반영하자는 주장이 제기될 수 있다. 그러나 그러한 소극적인 방안으로는 디지털 권리소진이 목표하는 공익적 가치를 실현하기가 곤란하다. 단기적인 실적을 추구하기 쉽고 장기적인 전망을 기대하기 어려운 권리자에게 이러한 계약 방식을 선택할 것을 기대하기란 무척 어렵기 때문이다.

물론 디지털 권리소진이 도입될 경우에도 권리자로서는 권리소진이 적용되는 판매모델과 소진이 적용되지 않는 비판매모델 중에서 합리적 선택을 할 수 있다. 그렇지만 권리소진의 효과를 부여하여 소비자에게 매력으로 보일 수 있는 판매모델의 장점을 극대함과 동시에 비판매모델과의 비교를 분명히 한 후 권리자가 자발적으로 선택을 할 수 있도록 디지털 저작물 시장의 제반 시스템이 정리되는 편이, 지금과 같이 판매된 디지털 저작물의 재판매 허용 여부에 관한 소비자의

---

516) 권리자의 허락 없는 디지털·온라인 복제물의 재판매는 권리침해를 결과하지만, 현행 법에서도 저작권자와 이용자가 합의하여 디지털·온라인 복제물의 재판매를 할 수 있도록 약정하는 행위까지 금지되는 것은 아니다. 만약 그러한 약정이 존재한다면, 이는 재판매에 해당하는 이용행위에 대한 저작재산권의 이용 허락 및 이용권 양도의 사전 동의로 해석할 수 있다.

오해를 야기하는 것과 같은 혼란스러운 현실보다 바람직하다고 생각한다.

## II. 저작권 소진의 원칙 설정

디지털 권리소진을 도입하기로 방향을 정하더라도 다양한 방안과 선택지를 사이에 두고 제도 설계를 고민하게 되는데, 저작권의 핵심적 이익을 보호하기 위해서는 어떤 경우에서이든 준수되어야 할 최소한의 원칙을 아래와 같은 3가지 사항으로 정리한다.

### 1. 일대일 송신 원칙

권리소진 원칙의 대상은 권리자의 허락에 의하여 생성된 복제물로 보고, 복제물을 추가로 생산할 권한은 저작자의 권리범위에 두어 저작물의 확대 생산 및 전달을 통제한다.<sup>517)</sup>

미국 연방대법원의 *Bobbs-Merill* 판결<sup>518)</sup>에서 실시한 것처럼, 저작권법의 가장 중요한 목적은 저작자가 저작물에 대한 복제물을 증가(multiplying copies)시킬 권리의 보장이며 이러한 권리를 위하여 복제물을 판매할 권리를 부여하였고, 그 이상으로 장래의 판매를 통제할 수 있는 권한은 저작권법의 부여하는 권리의 범위를 넘어서는 것이라는 통찰은 지금도 유효하다고 본다.

이러한 통찰을 참고한다면 일대일 송신의 원칙은 디지털 저작권 소진의 도입에 있어 가장 핵심적 원칙이 되어야 할 것이다. 권리자의 허락에 의하여 생성된 복제물의 총량을 일정하게 유지시키기 위한 목적이다.

---

517) 유지혜, “디지털저작물 거래에 대한 권리소진원칙의 적용과 한계”, 「계간 저작권」 제106호 (2014), 87면.

518) *Bobbs-Merill Co. v. Strauss*, U.S. 229, 347, 357 (1908).

## 2. 송신 즉시 저작물 삭제 원칙

송신 즉시 저작물 삭제 원칙은 일대일 송신 원칙과 보완적으로 권리자의 동의에 의하여 생성된 복제물의 총량을 유지하기 위한 조치이다. 이 원칙이 지켜지지 않으면 디지털 복제물의 송신자가 차후에 다시 송신하거나 유형매체에 저장하여 다른 사람에게 전달할 가능성을 배제할 수 없다.

가사 그렇지 않고 디지털 송신의 1:1원칙(위 제 1원칙)만은 준수하여 최초 수신인 한 명의 사람 이외의 다른 사람에게에는 송신을 하지 않더라도 송신자가 자신의 복제물을 삭제하지 않는다면, 수신자의 복제물 보유분 외에도 송신자의 보유분만큼의 복제물의 추가 수량은 생기고 재판매가 거듭될수록 수량이 선형적으로 증가하게 되므로, 권리자의 허락에 의하여 생성된 복제물의 총량이 유지될 수 없다.

## 3. 예외적인 경우 재판매 제한의 허용

디지털 저작물의 재판매를 일률적으로 허용함에 따른 피해가 크기 때문에 일정한 경우 재판매 제한의 허용이라는 예외를 아예 원칙으로 정하자는 것이다.

디지털 권리소진은 디지털 복제물의 재판매를 허용하고자 하는 것이나, 모든 경우에 일률적으로 재판매를 허용하는 엄격한 권리소진의 도입은 정책적 관점에서 필요할 때에도 재판매를 불허하게 됨으로써 제도의 현실 적합성을 떨어뜨릴 우려가 있다.

일정 요건 아래에서는 재판매의 제한을 허용하는 유연성을 발휘할 필요가 있을 것으로 보이는바, 재판매 제한을 허용하는 구체적인 기준에 대해서는 뒤에서 다시 검토하기로 한다.

### III. 세부적 검토

1. 디지털 소진론이 예정하는 1:1 송신을 위하여 전송권 전부를 소진시킬 수는 없음.

가. 디지털 1:1 송신은 전송 해당 여부를 단정지어 말할 수 없음.

저작권법상 ‘전송’은 ‘공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함한다’고 정의된다.<sup>519)</sup> 즉 우리법의 전송의 개념은 ‘이용제공(making available to the public)’이 핵심이고, 여기에 송신이 포함되는 구조이다. 이용제공이란 단적으로 웹서버에 저작물을 업로드하는 행위를 의미한다.<sup>520)</sup>

디지털 저작권 소진이 염두에 두고 있는 소진 대상 송신은 송신자와 단독 수신자의 구체적인 합의에 의하여 전자적으로 행하는 송신이다. 이 송신이 공중을 대상으로 하면 저작권법상 전송에 해당하고, 공중이 대상이 아니라 특정 개인이 대상이 된다면 전송에는 해당 되지 않는다. 송신자는 구체적인 합의에 의하여 단

---

519) ‘전송’의 상위개념인 ‘공중송신’도 ‘저작물, 실연·음반·방송 또는 데이터베이스(이하 "저작물등"이라 한다)를 공중이 수신하거나 접근하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것을 말한다’고 정의되어 있다.

520) 이해완, 앞의 책, 483면; 최경수, 「저작권법」, 한울 (2010), 268면; Ficsor, 앞의 책 508면의 C8. 23.에는 이용제공은 온디멘드 송신을 가능하게 하는 준비행위와 실제의 온디멘드 송신을 포함한다고 본다. 오승중, 앞의 책 537면에도 ‘이용에 제공하는 행위의 대표적인 것은 인터넷상의 서버에 저작물의 디지털 정보를 업로드하는 것’이라고 한다.

1명만의 수신자를 임의로 선택하거나 자동적으로 선택하게 되는데<sup>521)</sup> 이 과정에서 서버로의 업로드 등으로 복제물의 송신이 준비된 상태에서 여러 명에게 디지털·온라인 복제물 재판매에의 청약이 이루어졌다면 실제 수신인의 명수가 1명이든 여러 명이든 관계없이 특정 다수 또는 불특정 다수를 상대로 이용제공되었다고 보아야 할 것이므로 저작권 소진이 되지 않는 한, 전송권 침해가 성립될 수 있다.

반대로 그렇지 않고 가상공간에서는 송신자의 디지털 저작물을 재구매할 수신자만 선택될 뿐 그들 간의 실제 송신은 공중의 개입 없이 사후적이고 개별적으로 이루어질 경우 전송에 해당될 가능성이 부인될 수도 있다.

그러나 이렇게 해석되더라도 디지털 저작권 소진제도가 도입되지 않은 상태에서의 디지털 복제물의 재판매는 최소한 복제권의 침해로 의율될 것이다.<sup>522)</sup> 이와 관련하여 수신자의 복제 행위는 사적 복제에 해당한다는 의문이 제기될 수 있다.<sup>523)</sup> 그러나 송신자가 송신 후 삭제 원칙을 준수한다고 하더라도, 적어도 송신의 단계에서 송신자의 복제권 침해는 발생한다고 보아야 하고<sup>524)</sup>, 이에 대한 면

---

521) 수신자의 선택 방식은 인터넷 전자상거래의 현실을 볼 때, 청약자의 가격 제시에 의한 즉시 구매 방식, 높은 가격을 부르는 구매자를 선택하는 경매 방식, 낮은 가격을 부르는 판매자를 선택하는 역경매 방식 등을 상정해 볼 수 있다.

522) 같은 의견, 유지혜, 앞의 논문 105면 참조.

523) 우리나라의 하급심 판례 중에는, ‘영화 파일이 명백히 저작권을 침해하여 불법한 과일인 경우에까지 이를 원본으로 하여 사적 이용을 위한 복제를 허용하면 저작권 침해의 상태가 영구히 유지되는 부당한 결과가 생길 수 있기 때문에, 사적 이용을 위한 복제를 허용하기 어렵다’ 고 본 것이 있지만(서울중앙지방법원 2008. 8. 5.자 2008카합968 결정, ‘웹하드’ 사건), 이러한 판시에는 우리 법이 사적복제의 범위를 위와 같이 한정적으로 제한한 바 있는지와 관련하여 논란의 여지가 있다. 만약, 저작권을 침해하여 만들어진 복제물이 아닌 것이 명백한 경우라는 엄격한 요건 하에서만 사적 복제를 허용하는, 아래와 같은 독일 저작권법 제53조 제1항의 해석이 문제되는 국면에서라면, 사적 복제가 인정되지 않을 것이다.

독일 저작권법 제53조 (사적인, 그리고 그 밖에 자체적인 사용을 위한 복제)

(1) 사적인 사용을 위해 자연인을 통해 임의의 매체로 이루어지는 저작물의 개별적 복제는, 직·간접적으로 영리목적에 기여하지 않고, 복제에 있어 명백히 위법하게 제작되었거나 공중 접근케 된 복제원본이 사용되지 않는 한 허용된다.

524) 이렇게 저작권 침해를 인정하는 판단 논리는 미국의 ReDigi 판결과 기본적으로 유사하다. 애초에는 송신자만 복제물을 보유하고 있었는데 송신자의 적극적인 송신 행위의 결과, 이제는 송신자가 보유하는 복제물 이외에도 수신자가 보유하는 복제물이 생성되었

책 사유는 현행법에서 달리 발견하기 어렵다.<sup>525)</sup> 또한, 송신자의 행위가 저작권 침해로 평가되는 이상, 이러한 행위의 위법성을 알고도 해당 송신행위를 하는데 조력한 수신자의 방조 책임도 다투어질 여지 또한 없지 아니하다.

이러한 점에서 1:1 송신에 의한 디지털 복제물의 재판매를 허용하기 위해서는 명시적으로 디지털 저작권 소진제도를 도입할 필요가 있다.

## 나. 디지털 1:1 송신이 전송이라고 하더라도 전송권 전부를 소진시켜서는 아니 됨.

전송 및 공중송신은 공중을 전제로 한 권리 개념인데, 디지털 권리소진론에서 저작권자의 권리가 미치지 않도록 하고자 한 것은 하나의 디지털 복제물을 보유한 사람이 송신자와의 구체적인 합의에 의하여 정해지게 될 ‘다른 한 명’의 사람에게 자신의 해당 복제물을 전자적으로 송신하고(1:1 송신의 원칙) 자신이 보유하고 있던 저작물을 삭제하자는 것(송신 즉시 저작물 삭제의 원칙)이어서, 디지털 권리소진을 제도화하는 데 있어서 전송권 전체를 소진시킬 필요는 없다.

오히려 전송권 전체를 소진시킨다고 가정하면, 디지털 저작권 소진으로 인해 허용되는 재판매 대상 범위가 공중 중 한 명이 아닌 전체 공중으로 확대 해석되는 부작용이 생길 수 있다. 따라서 디지털 권리소진을 도입할 목적으로, 디지털 권리소진이 예정하는 디지털 송신의 1:1 원칙에 입각한 송신과는 원칙적으로 관련이 없는 전송권이나 공중송신권을 제한하자는 취지의 제안은 목표에 이르는 수단을 잘못 설정한 것이다.

디지털 권리소진론은 디지털 저작물의 보유자가 자신의 저작물 보유를 종료함

---

다고 보는 것이다. 그렇다면 송신자의 후속적인 보유 복제물의 삭제와는 무관하게, 송신자는 권리자의 허락을 받지 않고 복제 행위를 하였다고 볼 수 있을 것이다.

525) 이러한 관점을 ‘새로운 복제물 이론(new copy theory)’이라는 명칭으로 개념화하는 견해도 있다. P. Mezei, *Copyright Exhaustion - Law and Policy in the United States and the European Union* 127 (Cambridge, 2018).



과 동시에 다른 하나의 사람에게 그 보유를 이전하는 시스템의 구축을 목표로 한다. 만약 전송권 전체를 소진시킨 후에 디지털 송신의 1:1 원칙이 지켜지지 않는다면 최초의 보유자가 둘 이상의 복제물을 다른 사람에게 전달할 수 있어 디지털 송신의 1:1 원칙에서는 발생하지 않았을 저작권자의 경제적 피해가 생길 뿐만 아니라, 후속 송신까지 고려하면 그 피해는 무한정 확산될 수 있다. 2000년대 초 우리나라의 소리바다나 미국의 냅스터(Napster) 사건과 같은 기존의 사례에서 충분히 보았다시피 디지털 기술에 힘입어 디지털 복제물이 이렇게 확산되는 과정에 크게 시간, 비용, 또는 노력이 드는 것도 아니다. 또한 이러한 상황은 본 연구가 염두에 둔 디지털 권리소진론으로 의도하는 바가 아님도 물론이다. 디지털 저작권 소진을 도입하기 위해서는 보다 정교하게 초점을 맞춘 방식의 입법이 필요하다.

#### 다. 배포권의 소진과는 다른 고려를 하여야 함.

이러한 고려가 필요한 이유는 현행 권리소진의 대상인 배포권에 있어서의 배포는 특정인에 대한 유형물의 전달을 포함하는 반면, 특정인에 대한 송신은 전송이나 전송을 포괄하는 공중송신이 아니기 때문이다.

배포권의 소진과 비교하여 볼 때, 배포권의 ‘배포’의 개념이 ‘저작물등의 원본 또는 그 복제물을 공중에게 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여하는 것’으로 배포의 개념 자체도 공중의 개념을 전제하기는 하나, 추가적인 복제를 수반하지 않는 배포는 1:1 전달이라는 한계가 지워질 수밖에 없다. 그러나 전송은 애초에 일 대 다수(一對多數)의 송신을 전제하는 개념이기 때문에, 전송권 혹은 공중송신권을 소진시킨다면 디지털 송신의 1:1 송신 원칙에서 벗어난 일 대 다수의 송신이 가능한 것 아니냐는 의문이나 혼란이 제기될 우려가 상당히 높다.

물론 배포권의 단서 규정을 준용하여 공중송신권의 단서를 신설한다면, ‘복제

물이 해당 저작권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 경우'에는 저작권자의 공중송신권이 차단되는 것으로서 규정되는 것이므로 해석상 디지털 송신의 1:1 원칙의 송신을 벗어난 송신은 허락받지 않은 복제물을 생성하는 것으로서, 복제권의 침해로 의율될 가능성이 높다. 그렇다고 하더라도 법 문언 자체가 공중송신권이 일단 제한되는 형식이 될 것이기 때문에, 권리소진 관련 단서 조항의 요건을 일견 충족하는 것처럼 보일 때에는 여하한 경우를 막론하고 공중송신권이 일률적으로 소진되는 것으로 해석되어야 한다는 주장이 제기되어 해석을 둘러싼 다툼의 발생이 예상된다. 디지털 권리소진론을 제도화하는 국면에서라면 전송권 전체를 소진시키는 형식을 취함으로써 이 같은 논란의 소지를 키울 필요는 없을 것이다.

## 2. 송신 즉시 복제물 삭제 원칙의 위반행위에 대한 대응

저작권 소진의 두 번째 원칙으로, 송신 즉시 저작물 삭제 원칙을 세운바 있지만 송신자가 다른 한 명의 사람에게 자신의 디지털 복제물을 송신하고도 이 삭제 의무에 위반하여 계속 복제물을 보유하고 있을 경우의 대응 방안을 검토해 볼 필요가 있다.

저작권 제한의 요건으로서 삭제 의무를 부과한 것인데 송신자가 이러한 삭제 의무를 위반하였으므로 저작권 재판매의 적법 요건이 충족되지 않아서 저작권 침해 책임을 부과할 수 있다고도 보이지만, 한편으로 송신과 삭제는 아무리 순간에 가깝더라도 시간적 선후의 관계가 생기므로 송신 이후의 삭제 여부는, 송신자가 행하는 나중의 별도 행위로 인한 저작권 침해 성립 여부는 별론으로 하더라도, 원칙적으로 당해 송신의 적법성에는 영향을 미칠 수 없다는 이론적 반론을 예상하여 볼 수 있기 때문이다.

이러한 논란을 완벽히 불식시키기 위하여, 삭제 의무를 이행하지 않은 송신자

의 복제물 보유행위 자체를 저작권 침해의 일종으로 보는 규정을 저작권법 제 124조 침해의제행위의 한 양태로 설정하는 방안 등을 강구해 볼 수 없는 것은 아니다.

그러나 송신자의 복제물 보유행위를 침해의제행위로 하면 즉시 삭제를 하지 아니한 송신 행위의 위법성이 인정되어야 할 것이라는 원칙론에서의 후퇴와 같은 의미로 받아들여져 불필요한 논란이 추가적으로 확대되는 계기가 될 수 있는 것으로 우려된다. 더욱이 삭제 의무를 이행하지 않은 송신자의 복제물 보유행위를 침해의제로 하지 않더라도 이후의 송신자의 저작물 이용행위는 최소한 디지털 복제물의 일시적 복제를 수반할 수밖에 없을 것인바, 이 경우의 일시적 복제는 저작권법 제35조의2<sup>526)</sup>에서 말하는 “저작물의 이용이 저작권을 침해하지 않는 경우”에 해당하지 않으므로 복제권의 침해로는 의율 가능하다고 보인다.

따라서 송신 즉시 복제물의 삭제 의무는 의무 규정 자체를 돕으로서 충분하고, 더 이상의 추가적인 조치가 필요하지 않을 것으로 본다.

### 3. 임대 행위에 대한 권리 소진 인정 여부

디지털 권리소진을 도입하면서 디지털 저작물의 1:1 송신 원칙하의 재판매를 허용하는 것이 가장 큰 목표이겠지만, 영구적인 보유의 형태가 아닌 임대<sup>527)</sup> 행위에 대해서는 어떻게 할 것인가 하는 문제가 남는다. 권리자-공급자는 시장에 하나의 디지털 복제물을 유통시켰는데, 실질적으로는 여러 개의 디지털 복제물이 시장에 존재하는 상황과 같은 실질적인 효과가 나타난다면 이는 저작권자의 권

526) 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.

527) ‘대여’라는 용어가 우선 떠오르지만, 우리 법상 대여는 배포권의 특수한 형태로서 저작유형물을 전제로 하는 기존의 개념이므로 여기서는 대여 개념과의 혼동을 피하여 ‘임대’라고 한다.

리를 심각하게 침해하는 것이 된다.

그런데 유·무상의 임대 행위를 허용하게 되면, 여러 사람이 모여서 각자의 이용 시간을 조정하는 수고를 함으로써 한 부의 디지털 복제물을 가지고 다수의 사람이 실질적으로는 공유하는 상황이 가능해질 수 있다. 더 나아가 디지털 저작물을 대량으로 보유한 임대점이 사람들의 이용 시간을 정교하게 조정하여 주는 방식으로 임대 사업 모델을 추진할 경우, 저작권자에게 미칠 피해는 상당하리라고 예상된다.<sup>528)</sup>

현실의 도서대여점의 예를 생각하면, 유체물인 저작유형물을 대상으로 하는 대여업에서는 한 명의 이용자가 점유한 저작유형물을 대여점에서 빌려오고 반환하는데 따른 시차가 생겨 대부분 실제 이용 시간보다 총 점유시간이 훨씬 길게 되기 마련인데, 디지털 임대에서는 이러한 시차가 거의 없거나 매우 짧을 수 있다. 만약 디지털 임대를 허용할 경우에는 이 결과 저작권자가 판매할 수 있는 복제물의 총량을 심각하게 감소시킴으로써 저작권자의 이익을 상당히 박탈할 것으로 예상된다.

더욱이 디지털 임대는, 계속적 보유를 목적으로 디지털 복제물을 취득한 최초의 보유자가 계속적 보유를 목적으로 하지 않는 다른 사람에게 기간을 정하여 디지털 복제물을 단기간 임대하는 것이므로, 차후의 재판매의 가능성은 있지만 주로 계속적 보유를 예정한 재판매자와 구매자 간의 거래로 이루어지는 통상의 디지털 복제물의 재판매와 성질이 다르다고 보아야 할 것이다. 즉 영구적 보유가 디지털 저작물 판매의 개념적 징표인데, 임대는 애초에 이러한 개념적 징표에 부합되지 않는다.

이러한 이유에서도 디지털 임대는 우선 권리소진의 범위에서 제외하여야 할 것으로 사료된다.

---

528) Guy A. Rub, 앞의 논문 804-5 및 Villasenor 앞의 논문 7면에서도 이 같은 우려 섞인 시나리오를 전개하고 있다.

### 제3절 여러 재판매 모델의 검토

개념적으로 다음과 같은 재판매 모델들을 생각해 볼 수 있는데, 본 연구가 제안하는 디지털 권리소진의 취지상 각 모델의 허용 여부를 검토하여 보고자 한다. 유의할 것은 여기에서 제시된 모델들은 관념형에 불과한 것이고 실제 이러한 시스템이 작동된다면 사업적인 필요에 따라 각 항목에서 제안한 특성이나 기능들이 가감될 수 있으리라는 점이다.

#### I. 가족·친구 간 교환·증여 모델

이 모델은 가족이나 친구의 범위에 속하는 사람과 보유자가 자신의 디지털 저작물을 무상으로 양도하거나 교환이 가능한 모델이다. 물론 가족이나 친구 간 디지털 저작물을 유상 판매하는 경우도 생각해 볼 수 있겠으나 이 때에는 다음에 소개할 상업적 판매 및 교환 모델로 보면 간명하므로 따로 고려할 필요가 없을 것이다.

이용자 본인에게 더 이상 소용이 없는 디지털 저작물을 다른 사람에게 무상 양도하는 모델로서 본 연구에서 제시한 요건을 충족하는 한, 문제될 소지가 가장 적은 모델이기도 하다. 이러한 행위의 저작물의 공유는 전통적인 저작물 이용의 범주에서도 가장 기본적인 활용의 양태에 해당될 것이기 때문이다.

아날로그 영역이라면 이러한 저작물 공유는 배포권이 소진되는 경우 외에, 친구나 가족 구성원에게 별도의 복제물을 전달할 목적으로 복제를 하더라도 저작권법 제20조의 규정에 따라 사적복제로 허용되는 행위이다.

그렇다고 하더라도 아날로그 영역에서 허용되는 행위를 유추하여 이 모델에서 본 연구의 결론 부분에서 최종적으로 제시될 입법안 중 송신자의 디지털 저작물

의 삭제 요건을 생략할 수 있다고 가정할 경우에는 심각한 문제가 발생한다. 예를 들면, A가 B에게 1:1 송신을 하고, 자신의 복제물은 계속 보유하는 것이다. 이때에는 A가 B에게, B가 다시 C에게, C가D에게 디지털 저작물을 송신하는 등으로 복제물의 개수가 선형적으로 늘어난다. 사적 집단이란 집단의 수준에서 보자면 구성원의 변동이 상대적으로 적은 폐쇄적인 그룹일 수 있으나, 개인의 수준에서 보자면 한 개인이 하나의 사적 집단에만 소속되어 있는 것이 아니므로 복제물의 삭제 요건을 ‘사적 복제’허용을 유추하여 삭제하거나 완화할 경우 회복하기 어려운 피해가 발생할 수 있을 것으로 예상되므로 주의가 요망된다.

## II. 중앙집중형 판매 및 교환 모델

이 모델은 특정 인터넷 사이트에 다수의 판매자와 원매자가 존재하고 전체 중고시장을 관리하는 중앙관리자(회사)가 존재하는 모델이다. 이베이(e-Bay)처럼 가상공간을 관리하면서 중개수수료 등으로 영업적 이익을 내는 중앙관리자가 존재하므로 중앙관리자는 자신이 법적 책임을 추궁당하지 않도록 하기 위해서라도 적극적인 관리를 할 가능성이 높고, 이에 따라 디지털 권리소진이 적법하기 위한 각 요건이 잘 준수될 가능성과 전송 후 삭제와 같은 조치의 이행이나 블록체인 기술의 적용과 같은 기술적 측면에서도 높은 수준의 법규 적합성(compliance)를 보일 수 있다.

이 모델의 단점은, 관리와 책임 소재 파악의 용이성이 있는 대신 근본적으로 관리자가 수익성을 내는 것을 목표로 하는 것이기 때문에 소비자 이익과 충돌할 가능성이 있다는 점이다. 걱정하지 않은 중개수수료, 규모의 경제나 네트워크 효과로 인한 과점 또는 독점 이익의 발생, 과점이나 독점 업체의 출현에 따른 잠금효과(lock-in effect)의 폐단이 발생할 수도 있을 것으로 예상되며, 개인정보 유출 문제점 등이 발생할 수 있다. 따라서 이 모델에서는 중앙관리자의 행위를 공익

수호적인 관점에서 잘 감독하는 것이 필요하다.

### III. 비집중형 판매 및 교환 모델

이 모델은 가족이나 친구의 범위를 넘어서는 특정 다수 혹은 불특정 다수간 디지털 저작물의 판매나 교환을 가능하게 하는 개념적 모델이다. 위의 중앙집중형 판매 및 교환 모델과는 특정 다수 혹은 불특정 다수 간의 거래가 가능하다는 점에서는 동일하겠으나, 이 모델에서는 전체 시스템의 운영을 책임지고 수행하는 중앙 집권형 관리자(회사)가 존재하지 않는다. 미국의 냅스터나 우리나라의 소리바다와 같은 P2P 기술이 재판매에 접목되면 이러한 시스템을 구현할 수 있을 것으로 생각된다. 중앙관리자가 존재하지 않으므로 전송 후 삭제기술과 같은 DRM의 효과적인 운용 등을 담보하기 어렵다.

이러한 모델에서는 디지털 권리소진 요건인 전송 후 삭제가 이루어지지 않는다면 관리자는 일차적으로 개별적인 행위자의 책임을 추궁하여야 할 것이고, 사안의 성격에 따라 P2P 프로그램이나 네트워크를 전파한 사람(회사)에게 간접책임을 물을 수 있는지가 다투어질 수 있을 것이다.

이 논문의 결론 부분에서 제안하는 디지털 권리소진 규정의 최종 시안에 따르면 이러한 모델의 운영은 위법하지 않다. 그러나 관리자의 이익을 실질적으로 저해할 가능성이 다른 모델보다 상대적으로 높은 모델인 만큼, 모델이 도입될 경우 면밀한 모니터링이 요망되며 만약 불측의 피해가 발생·누적되면 권리소진 범위의 추가적인 변경도 고려해 보아야 할 것이다.

비집중형 판매 및 교환 모델도 일대일 송신의 원칙과 송신 즉시 저작물 삭제 원칙이 적용됨에는 변함이 없으므로 소리바다나 냅스터와 같은 P2P파일 공유 서비스와는 전혀 달리, 판매된 디지털 저작물의 전체 규모가 그대로 유지된다.

## IV. 도서관 및 디지털 아카이브 기증 모델

디지털 복제물의 보유자가 도서관이나 디지털 아카이브에 자신이 보유한 복제물을 무상으로 기증하는 모델이다. 위의 가족, 친구 간 교환·증여 모델과 크게 다를 바 없을 것으로 보여, 허용되어야 할 것이다.

## V. 임대 모델

임대 모델은 영구적 보유를 개념적 징표로 하는 판매모델과 부합하는 것이 아니라서 본 연구에서 염두에 둔 디지털 저작권 소진의 대상이 원칙적으로 될 수 없을 것이나 허용 가부를 추가적으로 살펴보더라도 저작물의 통상적인 이용과 충돌할뿐더러, 저작자의 합법적인 이익을 부당하게 해칠 우려가 높다. 이 모델은 본 연구에서 제안하는 디지털 권리소진의 범위에 포함될 수 없다.

### 제4절 시안의 도출

#### I. 개별 요건 및 기본 규정의 설정

##### 1. ‘저작재산권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 제공된’

저작권자 스스로 거래에 제공하거나 또는 저작권자로부터 거래의 제공에 대한 허락을 받아야 한다는 의미이다. 저작권법 제20조의 배포권의 권리 소진의 요건과 같다. 디지털 저작권 소진에 있어서도 만약 이러한 요건이 없다면 불법적인 방법으로 취득한 복제물을 재판매할 수 있는지 등에 대한 불필요한 논란이 따를



수 있으므로, 배포권의 소진에서와 동일한 규정 형식, 즉 ‘판매 등의 방법으로’라는 문언을 채택하여야 할 것으로 보인다. 디지털 복제물을 영구적으로 보유하게 한다는 의미이다.

불법복제된 디지털 저작물에 대해서는 여기에 해당 디지털 권리소진이 일어나지 않는다. 또한 서브스크립션 등에 의한 비판매모델에 의하여 권리자로부터 제공된 디지털 파일도 여기에 해당하지 않는다.

유럽연합 법원은 유즈드소프트(UsedSoft) 판결에서, 애초 ‘거래가 복제물을 보유할 권리의 이전을 결과’(transaction involve[d] a transfer of the right of ownership of the copy’)한 것이므로, 유럽연합 지침 2009/24의 배포권은 소진되는 것으로 판시<sup>529)</sup>한 것도 이러한 취지에서이다.

배포권의 소진을 설명하면서, 불법 복제된 복제물이라는 사실에 대해서 선의·무과실인 제3자가 공중에게 복제물을 재차 판매하거나 양도하는 경우, 일본 저작권법 제113조의2의 규정과 같이 선의·무과실인 제3자의 배포(일본법의 용어로는 ‘양도’행위)는 배포권을 침해하지 않은 것으로 보자는 특례규정을 입법론으로 참고하자는 유력설이 있다.<sup>530)</sup>

그런데 선의·무과실의 제3자는 권리 침해가 인정되더라도 민사상 손해배상책임과 형사책임을 지지 않을 것이고, 이미 재판매나 양도를 해 버린, 계속적 행위가 아닌 완료된 기존의 행위사실에 대해서 침해정지청구를 인정한다는 것은 침해의 현재성이 인정되지 않는다.

다만 침해정지의 예방청구를 받을 가능성은 배제할 수 없는데, 불법 디지털 복제물의 보유가 탐지되었을 경우, 침해행위가 이루어질 가능성이 특별히 높을 때에 인정된다고 해석되는 침해정지의 예방청구<sup>531)</sup>, 즉 행위가 임박한 복제물의 재양도가 금지되는 효과 정도는 저작권자의 권리 보호를 위하여 선의·무과실의 제

---

529) Case C-128/11, *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*, 2012 E.C.R. I-0000. Note 45.

530) 박성호, 「저작권법」, 박영사 (2014), 349면.

531) 오승중, 앞의 책, 1562면.

3자가 수인할 필요도 있어 보인다. 결국 선의·무과실인 제3자의 권리소진에 관한 특례규정은 이러한 규정은 디지털 저작권 소진의 국면에서도 충분히 생각해 볼 수는 있으나 반드시 도입할 필요는 없을 것으로 본다.<sup>532)</sup>

## 2. ‘디지털 복제물’

권리의 객체인 저작물을 담고 있는 유형적인 물건이나 매체가 따로 없다는 것이 디지털 저작권 소진론의 이론을 구성하는데 있어서 어려움이 될 수는 있겠지만, 어려움을 극복하기에 불가능하지는 않다. 저작권법상 ‘음반’의 개념을 음이 유형물에 고정된 것을 말하고 음을 디지털화한 것을 포함하는 것으로 정의하는데(저작권법 제2조 5호), 음을 디지털화한 것을 실무적으로 ‘음원’이라고 부르며, 음을 유형물에 고정된 것이라는 음반의 개념이 유체물 자체를 의미하는 것은 아닌 것과 같다.

‘디지털 복제물’이란 저작물이 디지털 복제화된 것으로서, 저작물을 담고 있는 물건이나 매체의 개념을 제외하고서도 판매의 요건이 충족될 경우 권리소진의 대상이 되는 대상을 확정할 수 있다. 일상적인 용어로는 ‘디지털 파일’에 저작물이 담긴 것이다.

## 3. ‘오로지 한 사람에게 재양도하기 위하여 송신’

디지털 송신의 1:1 원칙을 구현하기 위한 요건이다. 재판매와 무상 양도 모두

---

532) 실제적으로 더 큰 문제는 선의·무과실로 취득한 불법 복제물을 향유하고자 할 때 디지털 복제물일 경우에는 매 구동 때마다 컴퓨터의 RAM등에 일시적 복제를 하게 될 것이므로 복제권 침해로 의율될 가능성이 있다. 이는 권리소진의 법리로써 해결될 문제가 아니라 저작권법 제35조의2의 저작물 이용과정에서의 일시적 복제로서 면책을 받을 수 있는가의 문제이다. 권리 소진의 범위를 넘어서는 문제이므로 상론하지 않겠으나 현행법의 해석으로는 면책을 받지 못할 가능성이 더 높을 것으로 보인다.

를 포괄하기 위하여 오로지 한 사람에게 재양도하기 위하여 송신한다는 목적적 요건을 삽입한다.

#### 4. 판매 후 복제물의 삭제 요건

유럽연합의 유즈드소프트(UsedSoft)판결에서도 재판매자는 재판매 즉시 자신의 컴퓨터에서 다운로드받은 디지털 복제물을 사용할 수 없도록 조치를 취할 것이 요구된다고 판시한 바 있다.<sup>533)</sup> 판매 즉시 보유한 복제물의 삭제는 디지털 권리소진의 핵심적 원칙이다.

그런데 클라우드 컴퓨팅의 발전으로 디지털 저작물을 한 군데의 장소에서만 저장한다거나 한 부의 디지털 복제물을 갖는다는 관념은 낡은 것이 되었다. 디지털 복제물은 자신이 통제하는 영역 내의 개인용 컴퓨터, 모바일폰, 클라우드 저장소 등에 다양하게 존재할 수 있다. IT기업들이 제공하는 디지털 콘텐츠 공급 계약의 조건에는 예를 들면 애플사의 아이튠즈 사례처럼 4-6개의 정보기기에 다운로드 받을 수 있도록 하고 있는 경우도 많다.

이와 같은 현실을 입법에 반영하려면, 디지털 권리소진의 도입으로 이용자의 재판매를 허용한다면 자신이 보유하고 있는 당해 저작물의 복제물 모두를 삭제하여야 하며, ‘이용자 자신이 보유하고 통제할 수 있는 당해 디지털 복제물은 컴퓨터 등에서 즉시 모두 삭제하여야 한다’라는 취지가 개정 규정에 반영되어야 할 것이다.

#### 5. 디지털 저작물의 수신인이 저작권자로부터 침해 주장을 받을 가능성과 관련하여

---

533) *Id.* at note 60.

본 연구에서 권리 소진이 되어야 한다고 주장하는 디지털·온라인 저작물에 대해서 수신인에게 저작권자에게 직접 이용허락을 받은 것과 동일한 효과가 발생하는 이용권이 부여되지 않는다고 가정하면, 저작권자가 재판매된 디지털 저작물을 송신 받은 사람(최종 이용자)에게 바로 저작권 침해 주장을 해 올 가능성을 배제할 수는 없다.

이상과 같은 고려에서 기존의 연구들에서는 디지털 저작권 소진을 도입하면서 “디지털 복제물의 취득 이후 저작물의 이용에 관하여 인정되는 필요한 범위 안에서 그 저작물을 복제할 수 있다”는 규정을 제안한 것으로 보인다.<sup>534)</sup>

그러나 디지털 저작권 소진 규정의 도입의 효과로 인하여, 법률의 규정에 의하여 디지털 복제물의 전득자는 최초 이용권을 취득한 사람으로부터 이용권을 적법하게 양도받은 것으로 보아야 할 것이므로, 디지털 복제물의 수신인이 저작권자로부터 직접 저작권 침해 주장을 받을 가능성과 관련하여서는 별다른 입법적 조치가 필요하지 않을 것으로 본다. 이용권의 양도성이 디지털 권리소진의 도입으로 인하여 법률에 의하여 보장되었으므로, 저작권법 제46조 제3항 소정의 이용권의 양도에 저작재산권자의 동의를 요한다는 규정과의 관계에 대한 고려는 필요하지 않다. 이는 기존에 배포권 소진에 따른 이용권의 양도에 저작권자의 동의가 별도로 필요하지 않은 것과 마찬가지로이다.

## 6. 기본 규정의 모습

위의 여러 가지 사항을 고려한 기본적인 디지털 저작권 소진 관련 조항의 중

---

534) 정진근 편, 「미래 저작권 환경에 적합한 저작권법 개정을 위한 연구-부록 (2016-08)」, 한국저작권위원회 (2016), 772면(전웅준 집필부분). 본장 제1절 II. 참조. 유사한 취지로 유지혜, 앞의 논문 105면에서도 ‘양수인 및 전득자의 사용 및 처분행위가 저작권법상 보장될 것’을 디지털 권리소진 제도의 중요 내용으로 보고 있다.

간 시안은 다음과 같다.

조문 제목: 재양도를 위한 디지털 송신

① 저작재산권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 디지털 복제물을 취득한 이용자는 그 복제물을 오로지 한 사람에게 재양도하기 위하여 송신할 수 있으며, 이 경우 이용자 자신이 보유하고 통제할 수 있는 당해 디지털 복제물은 컴퓨터 등에서 즉시 모두 삭제하여야 한다.

## II. 디지털 저작권 소진 원칙의 예외 사유

### 1. 관련 규정의 강행규정성 여부

강행규정과 임의규정의 관계, 계약과 공공정책의 관계 등에 대한 본고의 논의를 요약하자면, 일반적으로 우리나라에서는 권리소진을 강행규정으로 해석하여 당사자들이 계약에 의하여 임의로 배제할 수 없는 것으로 보지만, 본 연구는 디지털 저작물의 재판매를 기본적으로는 허용하자는 입장에서 디지털 저작물의 재판매를 일률적으로 허용함에 따른 폐해도 있기 때문에 당사자가 약정하는 일정한 경우에는 재판매를 금지하는 특약의 효력을 인정하자는 논의를 전개하였다.

위와 같은 재판매 허용의 원칙 및 재판매 불허용의 예외를 허용하는 구조를 조문화하려면, 디지털 재판매 허용의 기본적 원칙은 강행규정으로 보고, 다만 당사자간 계약에 의하여 디지털 재판매 허용에 관한 원칙에 대한 예외를 두어 디지털 저작권 소진을 배제할 수 있도록 예외적 사유에 드는 범위는 임의법규화하여 그러한 특별 사유에 해당하면 당사자의 선택으로 계약을 통해 디지털 저작권 소진을 배제할 수 있도록 함이 간명해 보인다.

강행규정의 성격을 부여하기 위해서는 법률 자체에서 규정을 위반하는 계약의 효력을 무효라고 규정하거나 강행규정임을 명언하면 된다.

그런데 디지털 저작권 소진을 인정하는 관련 조문의 제1항에서 디지털 권리소진의 원칙을 먼저 천명하고, 제2항에서 당사자 간 계약에 의하여 일정한 경우 디지털 권리소진이 안 일어나게 하는 예외를 설정한다고 해 보자.

이때에는 별다른 주의적 문구 없이도 사회 일반의 이해에 중요한 영향을 갖는다고 할 디지털 권리소진의 원칙은 전체적으로는 강행규정으로 해석되겠지만, 제1항에서 정해진 원칙적인 강행규정의 원칙을, 당사자 간 계약으로 배제할 수 있도록 허용하고 있는 제2항이 있으므로, 제2항에 의하여 재양도 금지 특약을 붙일 수 있는 범위 안에서의 권리소진은 임의법규로 해석되는데 무리가 없다. 이때에는 조문의 효율화를 위해서 강행규정이나 임의규정의 형식과 관련된 별도의 법문을 삽입하지 않는 편이 더 좋다.

물론 디지털 권리소진 원칙에 대한 예외 규정에서 한 걸음 더 나아가 라이선스 계약 당사자들의 합의로, 유리한 사용 조건이 걸려 있는 디지털 저작물이라고 하더라도 무조건 재판매를 막을 것이 아니라 최초의 라이선스와 같은 신분에 있는 제3자에게 재판매하는 것을 허용하는 방안<sup>535)</sup>을 약정하는 등 더 창의적인 계약 내용도 생각해 볼 수도 있겠으나, 이는 계약주체의 창발성에 맡길 문제이지 법률이 관여할 사항은 아닐 것이다.

## 2. 재판매 허용에 대한 예외 사유의 도출

당사자 간 계약에 의하여 재판매 허용에 대한 예외를 설정할 수 있도록 하는 사유로는, 계약상 이용자에게 부여된 유리한 사용 조건을 인정할 수 있는 판매

---

535) 예를 들면, 학생판의 재판매는 당사자간 계약에 의하여 일반적으로 금지하되, 학생이 다른 학생에게 재판매하는 것은 예외적으로 허용하는 방안 등이다.

후 제한(post-sales restriction)이 될 것이다. 이 때 이용자는 그러한 유리한 사용 조건을 누리고 싶다면 저작권자로부터 일정한 혜택을 받는 대신 재판매 제한을 감수하고 자율적으로 계약에 참여하게 되는 것이므로 재판매 금지의 특약 사유를 법정화하더라도 형평의 관념에서 볼 때 모자람이 없을 것이다. 계약상 이용자에게 부여된 유리한 사용 조건은 다음과 같은 사례를 생각해 볼 수 있다.

### 가. 복제물의 대량 구매

대량 구매에 따른 할인 혜택의 제공은 매우 일반적인 비즈니스 방식인데, 저작권 라이선싱에 있어서도 많이 이루어지고 있다. 복제물의 대량 구매로 인하여 할인된 가격으로 디지털 저작물을 구매한 경우라면 권리자가 이용자의 재판매를 제한할 수 있도록 하는 것이 합리적이다. 이렇게 하지 않으면 이용자가 복제물을 할인된 가격으로 대량 구매를 한 이후에 날개 혹은 부분 단위로 자신이 산 가격보다 비싼 가격으로 복제물을 되팔아 부당한 전매 이득(arbitrage)을 취하는 편법을 막기 어렵다.

단 대량 구매한 수량 그대로 재판매하는 행위는 디지털 권리소진을 인정하자는 본 연구의 전체 취지에서 볼 때, 재판매 허용의 원칙에서 벗어난다고 보기 어렵다.

이렇게 볼 때 복제물의 대량 구매에 대한 디지털 저작권 소진 관련 예외 인정이란, 예컨대 컴퓨터프로그램의 100카피를 복제물의 영구적 보유를 목적으로 하는 판매 방식으로 취득한 경우 이를 50카피, 30카피, 20카피 등으로 분할하여 재판매하지 못하도록 저작권자와 이용자가 계약으로 정할 수 있도록 하는 것이다.

유즈드소프트(UsedSoft) 판결에서도 복제물의 대량 구매에 있어서는 날개 또는 부분에 의한 재판매를 허용해서는 안 된다고 판단한 바 있다.<sup>536)</sup> 이 내용을

---

536) Case C-128/11, *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*, 2012 E.C.R.

조문화하면 다음과 같다.

“복제물의 대량 구매에 따라 유리한 조건으로 구매한 디지털 복제물의 부분적·개별적 재양도”

## 나. 신분상 조건부 판매

예컨대 제3급 가격차별이 걸린 컴퓨터프로그램의 학생판(student edition)의 제공은 매우 낮은 수준의 디지털 저작물의 생산 한계비용을 감안하여 가격을 설정함으로써 저작권자의 수익 추구의 측면뿐만 아니라 가격 할인을 통하여 정상 가격으로는 저작물을 접하기 어려운 학생들의 이익을 위한 것이기도 하므로 이러한 때에는 저작권자와 이용자의 계약으로 재판매를 제한할 수 있게 하자는 것이다. 또 취약 계층 또는 청소년층의 디지털 저작물에의 접근성을 높일 수 있도록 하는 신분상 조건부 할인 판매가 이루어진다면 이러한 거래행위도 여기에 해당될 것이다. 이를 조문화하면 다음과 같다.

“원래의 판매가 이용자의 신분에 따른 조건부 판매로 이루어졌을 경우”

## 다. 기타 사유

디지털 복제물의 재양도를 제한할 필요가 있는 모든 경우를 사전에 다 예측하여 법률에 규정할 수 없고, 설령 여러 가능한 경우를 미리 상정하여 법률에 담아 놓는다고 하더라도 법률 규정은 추가나 감축 등 개정의 필요성이 있을 때에도 절차적으로 개정이 용이하지 않을 수도 있다. 이 점에서 위 가항 및 나항과 같은

---

I-0000. Note 69.



상당성이 있는 예외를 저작권법의 소관 행정부처에서 부령으로 정할 수 있도록 위임하여 재판매 허용의 예외를 예측가능성이 있도록 규범화할 필요성과 재양도 제한의 예외를 신축적으로 인정할 필요성을 조화시키는 것이 바람직할 것이다<sup>537)</sup>.

이 부령에 담은 사항을 미리부터 예상하기는 어렵지만, 예를 들면 만약 권리자가 재양도를 허용하는 보통의 디지털 저작물을 높은 가격에 내어놓고, 이와 저작물은 똑 같으나 재양도를 금지하는 디지털 저작물을 낮은 가격에 내어놓는 가격 정책을 실시할 경우, 재양도가 금지된 낮은 가격의 디지털 저작물을 구매한 이용자가 권리자와의 재양도 금지 약정을 어기면서 이를 재양도하면 공급자의 가격 정책이 성립될 수 없으므로 규제의 필요성이 생길 수도 있다고 할 것이고, 그러한 필요성이 실제로 인정되면 소관부처의 판단에 따라 부령에 포함시킬 수 있을 것이다.

만약 추가적인 예외를 둘 사유를 찾기 어려워 해당 부령이 발령되지 않는다면 잠정적으로 위 가항과 나항으로만 예외가 한정될 것이다. 기타 사유는 다음과 같이 한다.

“그 밖에 이용자에게 부여된 유리한 사용조건을 인정할 수 있는 경우로서 문화체육관광부령으로 정하는 경우”

### 3. 디지털 권리소진 예외 규정의 모습

이제 예외 규정 전체를 조문화하면 다음과 같다.

---

537) 하위법령에 위임하는 방안으로는 보다 더 엄격한 절차적 통제를 받는 대통령령으로 정하는 방안도 생각해 볼 수 있다. 그런데 절차적 통제의 강화와 사회적 필요에 적시에 대응할 수 있는 규범의 신축성은 어느 정도 상충관계(trade-off)를 형성한다. 본 연구는 제한의 예외를 적시에 신축적으로 인정할 필요성을 더 강조하여 부령으로 정할 수 있도록 하는 방안을 제안한다.

② 제1항의 규정에도 불구하고 다음 각호의 경우와 같이 권리자와 이용자 계약이 일반 이용자보다 유리한 사용 조건에 의하여 이루어진 경우, 권리자와 이용자간 계약에 의하여 재양도를 제한할 수 있다.

1. 복제물의 대량 구매에 따라 유리한 조건으로 구매한 디지털 복제물의 부분적·개별적 재양도
2. 원래의 판매가 이용자의 신분에 따른 조건부 판매로 이루어졌을 경우
3. 그 밖에 계약상 유리한 사용 조건을 인정할 수 있는 경우로서 문화체육관광부령으로 정하는 경우

위 제2항의 규정 내용은, 계약에 의하여 제1항의 원칙적 소진 규정의 적용을 배제할 수 있다는 것이다. 즉, 제2항에서 설정한 권리자와 이용자 계약이 일반 이용자보다 유리한 사용 조건에 의하여 이루어진 경우라는 특수한 범위에 들어오는 한, 권리자와 이용자간 계약에 의하여 재양도를 제한할 수 있으므로 권리소진 규정 즉 재판매 허용 규정이 임의규정화 되었음을 의미한다.

또한 제2항의 범위에 들어오지 않는 다른 모든 경우의 재판매 허용 규정은 강행규정으로 해석되므로, 이때에는 당사자간 계약으로 재판매 금지의 특약을 하더라도 무효로 볼 것이다.<sup>538)</sup>

#### 4. 제2항의 재판매 금지 특약 위반의 효과

민법 제449조 제1항은 원칙적으로 채권의 양도성을 보장하되, 동조 제2항에서 당

---

538) 직접적으로 디지털 권리소진론에 관한 견해가 아니지만, 배포권의 최초판매원칙과 관련하여서는 유체물의 재판매를 부당하지 않다고 볼 수 있는 경우를 제외하고는 저작권자와 이용자간 약정상 양도금지는 유체물의 자유로운 유통을 저해하고 법적 안정성을 해칠 수 있는 만큼 최초판매원칙에 반하는 것으로 무효라고 보는 견해가 유력하다. 정상조·박준석, 「지적재산권법」 제2판, 홍문사 (2011), 435면.

사자가 반대의 의사를 표시한 경우에는 채권을 양도하지 못하지만 그 의사표시으로써 선의의 제삼자에게 대항하지 못한다고 규정하고 있다.

즉 양도금지특약은 채권자와 채무자 사이에서만 효력이 있으며, 제3자에 대한 관계에서는 그 양도금지특약의 존재를 알고 있었던 자, 즉 악의의 제3자에 대해서는 효력을 미친다.<sup>539)540)</sup>

위와 같이 민법 제449조의 규정에 비추어 재판매 금지 특약 위반의 효과를 새겨야, 권리자와 최초 이용자 간에 일반 이용자보다 유리한 사용 조건이 있었음을 알기 어려운 디지털 복제물의 선의의 후속 취득자에 대한 두터운 보호 필요성을 충족할 수 있을 것으로 사료된다.

만약 이 국면에서 저작권법 제46조 제3항의 이용권의 양도에 권리자의 동의를 요한다는 규정을 적용하여 권리자와 이용자 간 재양도 금지 특약에도 불구하고 이용자가 제3자에게 재양도를 유효하게 하기 위하여 권리자의 동의가 필요하다고 보면, 디지털 저작물을 이용자로부터 취득하고자 원하는 양수인은 저작권 침해 책임을 지지 않기 위하여<sup>541)</sup> 저작권자와 최초 이용자 간 계약의 내용을 파악할 필요성이 생

---

539) 윤철홍, “채권양도의 금지특약에 대한 소고”, 법조협회 「법조」, Vol. 651 (2010. 12), 7면.

540) 선의의 제3자를 보호하는 이유는 채권 변동의 공시방법이 없고, 거래의 안전을 기하기 위해서이다(앞의 논문, 7면 및 20면). 선의의 제3자의 범위와 관련하여 선의에 무과실까지 요구되는가의 여부에 대하여는 무과실 요구설, 중과실 요구설, 무과실 불요설 등으로 학설이 나뉘어 있다(앞의 논문, 18-19면). 이 중에서 앞의 논문은 채권 양도의 자유를 인정하는 취지와 국제적인 흐름을 강조하여 무과실 불요설을 채택하고 있다(앞의 논문 20-21면).

541) 저작권법 제46조 제3항은 저작물을 이용할 수 있는 권리는 저작재산권자의 동의 없이 제3자에게 이를 양도할 수 없다고 규정하고 있다. 위 저작권법 제46조 제3항 위반의 효과에 대해서는, ①이용권의 양수인이 저작재산권자로부터 허락받은 방법 및 조건의 범위에서 저작물을 이용하였다고 하더라도 이용권으로써 저작재산권자에 대하여 대항할 수 없기 때문에 저작재산권자로부터 침해정지나 손해배상청구를 당할 수 있고, 다만 이러한 경우에도 이용권의 양도 당사자 사이에서는 여전히 채권적인 계약으로 유효하다는 학설(정상조 편, 「저작권법 주해」, 박영사 (2007), 652면 (박범석 집필부분)), ②저작권법 제46조 제3항은 통지가 아닌 동의가 필요하므로 민법상 채권양도의 특별 규정에 해당하며, 권리자(채무자)의 동의가 없으면 양도 계약 당사자들 간에는 효력이 있지만 제3자에게는 양도의 효력을 주장할 수 없다는 학설(최경수, 「저작권법 개론」, 한울 (2010), 512-513면), ③이용권의 양도를 계약인수의 일종으로 보아 원래의 이용권자가 저작재산권자의 동의 없이 제3자에게 이용권을 양도하여 그로 하여금 저작물을 이용하지 못하도록 한 경우에 그 제3자는 이용권의 양수를 가지고 저작재산권자에게 대항할 수 없고, 저작재산권자는 그러한 제3자에 대하여 저작권 침해의 책임을 물을 수 있고, 원래의 이

기는데 이는 후속 양수인에게 지나친 부담이 될 것이어서 디지털 저작권 소진을 원칙적으로 인정하자는 취지에 위배된다고 할 것이다.<sup>542)</sup>

## 5. 제2항 예외 사유의 전체 저작물로의 확대 방안 검토

위 제2항의 디지털 저작권 소진의 예외 규정 내용을 아날로그 복제물과 디지털·오프라인 복제물에 관한 기존의 배포권 소진에도 적용하여 저작권법상 소진제도 전체의 예외 사유로 삼지 못할 논리필연적인 이유는 없다. 저작권 국제조약에서도 배포권의 소진의 구체적인 형태를 결정할 자유가 계약국에 부여되어 있다.<sup>543)</sup>

오히려 디지털 저작권 소진에 관한 본 연구는 배포권 소진의 법리가 디지털·온라인 영역에서도 동등하게 연장되어야 할 것이라는 문제의식에서 시작하였으므로, 만약 디지털 저작권 소진에 어떤 예외나 특칙을 두어야 한다면 이러한 예외 사유의 인정 필요성은 배포권 소진에서도 마찬가지라고 보는 편이 좀 더 자연스럽다.

그렇지만 거래 현실의 측면에서 볼 때에는, 권리와 이용자의 저작물 관련 계약 중 위와 같은 재판매 금지 특약이라는 정교한 예외를 포함할 만한 계약은 디지털·온라인 복제물의 관련 거래가 대부분일 것으로 예측되는 등 위와 같은 예외 사유의 인정은 디지털 저작권 소진이 문제되는 영역과 더 잘 어울린다는 측면이 없지 않

---

용권자에 대하여 이용허락계약의 위반을 이유로 이용허락계약을 해지할 수도 있으며, 이용권의 양도인과 양수인 사이의 관계에서는 양도에 따른 채권적 효력이 발생하므로 이에 따라 양도인은 양수인을 위하여 저작권자의 동의를 받아 줄 의무를 부담하고, 권한 없이 타인의 저작물에 대한 권리를 양도하였으므로 양도인은 양수인에 대하여 담보책임을 지게 된다는 학설 (오승중, 「저작권법」, 제4판, 박영사 (2016), 609-610면) 등이 제시되어 있다. 이들 학설의 구체적인 내용은 조금씩 다르지만, 대체로 이용권의 양수으로써 권리자에게 대항할 수 없고, 원칙적으로 저작권 침해 책임을 질 수 있다는 결론으로 수렴된다.

542) 저작권법 제46조 제3항은 권리소진에 대한 고려는 없이, 일반적으로 이용권 양도의 상황을 전제한 규정이라는 점도 참고할 수 있겠다.

543) WIPO저작권조약 제6조 제2항. “이 조약의 어떠한 규정도 계약당사자가 저작물의 원본이나 그의 어느 복제물이 저작자의 허락 하에 최초 판매되거나 또는 기타 소유권이 이전된 후에 제1항상의 권리의 소진이 적용될 조건을 결정할 자유에 영향을 미치지 아니한다.

다.

더욱이 배포권 소진은 기존의 제도인데, 디지털 저작권 소진이라는 제도를 새롭게 도입하면서 지금껏 한 번도 시도해 본 적이 없는 새로운 제도의 내용을 기존 배포권 소진에도 일거에 반영하자는 제안은 그리 신중하지 못한 실험적인 시도로 여겨져서 현 상태(*status quo*)를 고수하려는 이해당사자의 저항에 직면할 수도 있다.

따라서 제2항의 예외 사유는 우선 디지털 저작권 소진의 영역에서 충분히 실행하여 실제 사례를 축적하여 그 효과를 면밀히 검토한 이후에 소진 제도 전체로 확대할 것을 검토해 보아도 늦지 않을 것으로 생각한다.

### III. 기타 검토 사항

#### 1. 배포권 소진과의 범위 조정

배포권 소진에서 해결되는 소진의 범위가 아날로그 및 디지털·오프라인 저작물이므로, 디지털·온라인 저작물의 소진만 디지털 권리소진에서 해결되면 저작권 소진에서 누락되는 범위는 생기지 않는다. 그런데 디지털 저작권소진을 입법화하면서 ‘판매의 방법으로 거래에 제공된 디지털 복제물을 송신할 수 있다’고만 규정하면, 예컨대 음악CD를 취득하여 이를 송신할 수 있는 등, 저작유형물에 담겨진 디지털 저작물도 송신할 수 있는 것으로 해석될 수 있다. 이렇게 되면 디지털 저작권 소진이 저작권법 제20조 단서의 배포권 소진 규정과 적어도 디지털·오프라인 영역에서는 중첩될 뿐 아니라, 디지털·오프라인 영역과 디지털·온라인 영역의 소진이 서로 넘나들게 되면서 미처 예측하기 어려운 권리 침해 가능성이나 부작용이 생길 수도 있다. 예를 들어, 권리자는 교육교재는 책으로 제작하고 동영상 강의 부분은 CD로 공급하는 것처럼, 일체로 이용될 것을 전제로 디지털 저

작물을 담은 저작유형물과 아날로그 복제물을 결합한 상품을 공급하였는데, 최초 이용자가 저작유형물에 담겨 있는 디지털 파일만을 추출하여 재판매하는 경우를 생각해 볼 수 있다.

저작물을 디지털·오프라인 매체 또는 디지털·온라인 방식으로 보급할 것인지의 결정은 저작자가 세부적인 이용방법에 제한을 가한 것이라고 볼 수 있는데 만약 디지털 소진 규정이 위와 같이 배포권 소진과의 범위의 조정에 대한 고려 없이 도입되게 되면, 권리자가 허락한 이용방법 및 조건의 범위 밖에서 저작물을 이용하게 되는 것<sup>544)</sup>이므로 중국적으로는 저작권 침해를 결과하는 이용행위<sup>545)</sup>를 법률의 다른 규정이 허용하는 듯한 모순을 띄게 된다는 문제점도 생길 수 있다.

이러한 우려를 불식시키기 위하여, 디지털 저작권 소진의 영역에서 디지털·오프라인의 영역을 들어내어 기존의 배포권의 소진 영역과 디지털 저작권 소진 영역에 중복이 생기는 결과를 피할 필요가 있다. 최종 시안 중 ‘디지털 복제물’에 ‘(유형물에 고정된 복제물을 제외한다. 이하 같다)’와 같이, 괄호 문구를 삽입하여 문제의 소지를 해소한다.

## 2. 라이선스 키의 재양도 허용 문제

특히 소프트웨어 제품을 중심으로, 컴퓨터 프로그램의 다운로드를 누구에게나 개방한 후 프로그램 가격을 지불하고 정식으로 라이선스를 취득한 사람에게만 CD키 혹은 라이선스 키(license key)를 제공하여 정품 프로그램을 관리하고 통

---

544) 저작권법 제46조 제1항 및 제2항 참조.

제46조(저작물의 이용허락)

① 저작재산권자는 다른 사람에게 그 저작물의 이용을 허락할 수 있다.

② 제1항의 규정에 따라 허락을 받은 자는 허락받은 이용 방법 및 조건의 범위 안에서 그 저작물을 이용할 수 있다.

③ 제1항의 규정에 따른 허락에 의하여 저작물을 이용할 수 있는 권리는 저작재산권자의 동의 없이 제3자에게 이를 양도할 수 없다.

545) 오승중, 앞의 책, 605면.

제하는 방식이 많이 채택되고 있다.

지금까지는 디지털 복제물의 재양도를 논의하였으나 위와 같은 거래 구조에서 라면 디지털 복제물 자체가 아닌 라이선스 키도 최초 이용자가 다른 사람에게 양도할 수 있는지가 논의되어야 한다.

디지털 복제물의 재판매를 가능하게 하자는 본 연구의 논지에 비추어 보면, 디지털 복제물을 재판매하는 것과 실질적으로 동등한 효과를 갖는 라이선스 키의 재양도를 금지할 특별한 이유는 발견되지 않는다. 유즈드소프트(UsedSoft) 판결에서도 해당 사안에서의 구체적인 재양도의 허용 대상은 특정 프로그램 복제물이 아니라 이러한 라이선스 키였다.

디지털·온라인 복제물에 대한 권리소진을 도입하면서 라이선스 키의 재양도에 대해서 별다른 규정을 두지 않는다면, 디지털 복제물의 재양도와 실질적으로 동등한 효과를 갖는 라이선스 키의 재양도가 새로운 제도 하에서 가능한지를 두고 해석상의 난점이 남고 향후 분쟁이 발생할 우려가 있다. 따라서 디지털 권리소진을 도입하는 제도에 라이선스 키의 재양도 허용을 포함한 입법적 해결이 필요하다.

라이선스 키는 디지털 복제물을 정당한 권한에 의하여 소지·이용하기 위하여 필요한 관련 정보로 개념화할 수 있을 것이다.<sup>546)</sup> 그렇다면 아래와 같이 디지털 복제물의 재양도 허용에 더하여 라이선스 키의 재양도 허용을 추가적으로 규정

---

546) 이러한 라이선스 키의 개념화는 저작권법 제101조의5의 규정을 참고한 것이다.

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.

라이선스 키는 복제물을 특정하기 위한 고유 정보이기 때문에, 우리 법상 저작물이나 저작자를 식별하기 위한 정보 또는 저작물의 이용 방법 및 조건에 관한 정보를 의미하는 권리관리정보(저작권법 제2조 제29호)라고는 볼 수 없어, 저작권법의 다른 용어를 빌려오지 않고 '디지털 복제물을 소지·이용하기 위하여 필요한 관련정보'로 개념화하였다.

할 수 있다.

조문 제목: 재양도를 위한 디지털 송신

① 저작재산권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 디지털 복제물 (유형물에 고정된 복제물을 제외한다. 이하 같다)이나 그러한 디지털 복제물을 소지·이용하기 위하여 필요한 관련정보를 취득한 이용자는 그 복제물이나 관련정보를 오로지 한 사람에게 재양도하기 위하여 송신할 수 있으며, 이 경우 이용자 자신이 보유하고 통제할 수 있는 당해 디지털 복제물이나 관련정보는 컴퓨터 등에서 즉시 모두 삭제하여야 한다.

### 3. 저작인접권 및 데이터베이스에서의 준용 규정

지금까지는 논의의 효율을 위하여 저작물을 중심으로 살펴보았지만 적어도 실연, 음반에 있어서는 디지털 권리소진을 도입하는 것이, 저작물에 있어서는 디지털 권리소진이지만 음반이나 실연에 있어서는 소진이 되지 않아서 저작물의 실연 혹은 디지털 음원 등은 결과적으로는 재판매가 금지된다는 불합리한 상황을 방지하여 디지털 저작권 소진을 인정하는 취지에 부응하기 위해서도 필요하고, 다른 한편으로는 배포권의 소진 규정을 실연과 음반에도 준용하는 규정(저작권법 제70조 및 제79조 소정의 단서)과의 균형을 위해서도 필요하다.

그러나 방송에 있어서는, ‘디지털·온라인 방송’이라는 개념부터 상정하기 어려우므로 필요하지 않다고 본다. 따라서 저작권법의 실연, 음반의 절에서는 저작물의 디지털 권리소진 규정을 준용하는 규정을 둔다.

데이터베이스제작자의 권리에서도 데이터베이스의 디지털 권리소진을 저작물과 달리 볼 이유가 특별히 없으므로, 실연·음반과 마찬가지로 준용 규정이 필요하다.



#### 4. 특정 저작물 종류에 대해서만 디지털 저작권 소진을 인정 하자는 견해에 관하여

미국 2013년 저작권 녹서 관련 의견청취 과정에서 미국지적재산권법학회(American Intellectual Property Law Association: AIPLA)에서 제출한 의견서 5면에서는, 디지털저작물 중 전자책, 영화, 음원에 대해서는 전통적으로 재판매가 가능하리라는 공중의 합리적 기대가 있다고 볼 수 있으므로 이러한 디지털 저작물 종류에 대해서는 디지털 권리소진 원칙을 적용하여야 한다는 의견이 제출되었다.<sup>547)</sup>

그러나 디지털 저작물 중 특정 저작물 종류에만 디지털 저작권 소진을 인정하자는 의견에는 찬동하기 어렵고, 디지털 저작권 소진의 요건을 충족한다면 모든 범주의 디지털 저작물에 대해서 소진이 인정되어야 한다고 생각한다. 애초부터 디지털 형식이었던 컴퓨터프로그램 등을 제외하고 보더라도, 미술저작물이나 영화가 아닌 다른 영상저작물(게임저작물을 포함), 편집저작물 등에 대해서는 재판매에 대한 공중의 합리적 기대가 없다고 볼 근거가 별로 없으므로, 임의로 몇 가지 종류에 대해서만 디지털 저작권 소진을 인정한다면 공평한 이용권 확보의 측면에서 자의적인 차별이 되기 때문이다.

또한 일부 저작물 종류에만 디지털 권리소진을 인정할 경우, 하나의 콘텐츠 내에 여러 가지 저작물 종류가 혼재된 디지털 콘텐츠의 권리 소진 결정은 어떻게 할 것인가 하는, 실로 해결하기 어려운 문제가 남게 되므로 이러한 견해는 채택

---

547) *AIPLA Post-Meeting Comments regarding Request for Comments on Department of Commerce Green Paper, Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy*, 78 Fed. Reg. 61337 (October 3, 2013); 78 Fed. Reg. 66337 (November 5, 2013); 78 Fed. Reg. 78341 (December 26, 2013) (Extension of Comment Period), p. 5.

[https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/american\\_intellectual\\_property\\_law\\_association\\_post-meeting\\_comments.pdf](https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/american_intellectual_property_law_association_post-meeting_comments.pdf) (2018. 6. 29. 최종방문).

하기 어렵다고 본다.

## 5. 기술적 보호조치의 부착 의무화

송신 후 삭제와 같은 기술적 보호조치의 부착을 의무화할지의 쟁점이다. 관련 입법 사례로서는, 우리 저작권법 제104조의 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 책임 규정에서처럼 특정인에게 ‘저작물등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 취하여야 한다’고 규정(동조 제1항)하고, 하위법령을 통해서 법률에서 말하는 ‘불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치’란, 저작물 인식의 기술조치, 검색제한 조치 및 송신제한 조치, 경고문구의 발송 조치 등을 모두 의미한다라고 규정한 예를 찾아 볼 수 있다. 그러나 권리자가 자구책으로 적용하는 기술조치가 아니라 저작권법 제104조의 예와 같이 기술적인 조치를 이용자나 매개자가 취하도록 법으로 의무화하는 것은 우리의 제도 이외에는 세계적으로 유례를 찾기가 어려울 정도로 이례적인 것이다. 우선은 송신 후 삭제 원칙의 위반 시 저작권 침해 책임을 부과하는 것으로 충분히 보인다.

## 6. 국내에서 판매된 저작물로 범위를 한정하자는 견해에 대하여

판매 모델에 있어서 디지털 권리소진을 인정하면 각 판매 가격이 낮은 가격으로 인하되고 높은 가격을 제시하는 판매자의 가격도 경쟁적인 낮은 가격으로 수렴해 가는 효과가 생길 수 있다.<sup>548)</sup> 디지털 저작물의 가격은 나라마다 다를 수

---

548) 그러나 인터넷의 최저 가격 검색 기능 등을 보면 최저 가격으로 파는 곳에서만 실질적으로 판매가 되는 것은 아니고, 각 판매자의 서비스, 명성이나 신뢰도, 부가 서비스, 이용에의 용이성, 배송비 등 다양한 요소로 인하여 판매 여부가 결정된다. 이처럼 다양한 고려 요인으로 인하여 최저 가격을 제시하지 않는 온라인숍도 많은 물품을 팔 수 있고,

있다. 2016년경 마이크로소프트사의 “윈도우 10” 정품이 하이퍼인플레이션이 극심한 베네수엘라의 마이크로소프트 온라인 스토어에서 베네수엘라 화폐인 볼리바르화의 국가 공식 환율로서 2,299 볼리바르(미화 229달러 상당)의 가격으로 표기되어 이 점을 간파한 한국 이용자들이 대거 구입한 사건이 있었다. 베네수엘라의 국가 공식 환율이 아닌, 인플레이션을 감안한 실제 가격은 우리나라 돈으로 4,100원에 불과하였던 것이다. 약관상 재판매가 금지되어 있는데도 불구하고 윈도우10의 CD키가 인터넷 중고 사이트에서 급격히 거래되는 등 당시 혼란이 있었다.<sup>549)</sup> 이 사례는 극단적인 사례이기는 하지만, 디지털 저작물이 국가와 같은 지역적 단위마다 가격이 다를 수 있음을 감안하면 디지털 권리소진이 미치는 지역적 범위를 어떻게 설정해야 합리적인가 하는 의문이 생긴다.

유력설은 디지털 권리소진을 법제화하는 국가 내에서 전송된 디지털 복제물에만 권리소진의 범위를 한정하자고 제안한다.<sup>550)</sup> 이 설에서는 만약 이렇게 하지 않으면, 미국의 *Kirtsaeng* 판결이 국가 간 저작유형물의 가격차별을 적어도 유체물에 있어서는 실질적으로 상당히 무효화시킨 결과보다도 더 급진적인 결과를 내어 놓을 것이라고 예측한다.<sup>551)</sup> 보다 상세한 설명은 없으나 이 견해에서 *Kirtsaeng* 판결보다 더 급진적인 결과가 나타날 수 있다고 한 것은, 아마도 저작유형물 시장에서는 가격이 낮은 지역에서 가격이 높은 지역으로 병행수입을 하려면 운송비나 관세 등 다른 제반 경비가 소요되므로 지역적, 국가별 가격차별이 철폐되는 결과가 필연적으로 보장되는 것은 아닐 것이지만, 디지털·온라인 영역

---

오히려 고가의 디지털 기기 등 일부 품목에서 최저 가격을 제시하는 업체들은 그들이 제시한 낮은 가격이 수요자의 관심을 끌기 위한 미끼로 쓰일 뿐 실제로는 그러한 물건이 없는 경우가 많다는 점이 널리 알려져 있어 수요자들의 기피 대상이 되는 등 최저 가격의 제시가 반드시 실질적인 구매로 이어지는 것이 아니고, 구매의 결정에는 다른 많은 요인들이 관여한다.

549) 동아일보, 2016. 12. 26.자 기사, “윈도우10 정품이 4천원? 이틀만에 무효화된 대란”

<<http://news.donga.com/3/all/20161226/82042466/1#csidx0af2ca0b720793a9349ba62dc8feb0a>> (2018. 6. 29. 최종방문).

550) Villasenor, *Id.* at 12.

551) *Id.*

에서는 운송비가 들 염려가 없고 관세 등 다른 제반 경비도 수반되지 않을 가능성이 높으므로 디지털 저작물의 병행수입에 따른 추가적인 인상 요인이 없어 더 큰 과급효과가 있을 것이라는 의미로 짐작된다.

생각건대, 권리소진의 대상이 되는 디지털 송신의 범위를 국내에 한정하자는 견해는 위와 같이 권리자가 설정한 가격차별을 무력화할 수 있다는 염려에서는 일면 수긍할 수 있지만, 그렇다고 하여 국내의 송신만 허용하되 외국에는 디지털 송신을 종전처럼 제한하자는 제안은 디지털 권리소진의 대의와 인정 근거를 훼손하는 것으로 보여 본말(本末)이 전도된 느낌을 지울 수 없다.

권리소진의 국제적 규범 통일성과 관련하여서는 아직 국제적으로 합의된 바가 없다는 것이 유일한 합의인 셈이고, 그에 따라 아날로그의 영역 즉 저작유형물에 있어서 국제적 권리소진의 인정 문제는 개별 국가에 위임되어 있는 형편이다. 그렇다면 국제적인 합의에 의하여 권리소진의 문제가 국제적으로 정리될 때까지 디지털 권리소진의 문제도 각국의 개별 법률에서 각기 규율하되 장래의 국제적 통일성을 도모하고, 위법성은 각 국의 개별 법률에 의하여 판단하고 그에 따라 규율하는 체제를 구상하는 방식이 어떨까 한다.<sup>552)</sup>

## 7. 저작권법 체계상 규정의 위치

배포권의 소진은 저작권자가 저작유형물을 판매 등의 방법으로 거래에 제공한 후에 일어나는 것인데, 소진 규정은 저작권법 제20조 소정의 배포권의 단서로서 존재한다. 이 논문에서 말하는 디지털 저작권 소진도 판매의 방법으로 거래에 제

---

552) 이렇게 잠정적으로 정리하더라도 문제는 여전히 남는다. A국에서는 디지털 저작물의 재판매가 허용되고, B국에서는 디지털 저작물의 재판매가 허용되지 않는다고 가정하자. B국의 사람이 A국의 사람에게 디지털 저작물의 재판매를 하는 것은 B국법으로 금지된다고 볼 수 있다. 반대로 A국의 사람이 B국의 사람에게 디지털 저작물의 재판매를 하는 상황은 어떻게 이해되는가? B국이 재판매된 디지털 저작물의 수신(또는 수입)을 금지하는 새로운 규범으로 대비하지 않는 한, B국내에서 혼란이 예상된다.

공된 디지털 저작물을 거래에 제공한 효과로 나타는 것이다. 배포권의 소진이나 디지털 저작권 소진이 모두 권리자의 거래 제공행위의 결과로서 나타난다는 점에서 소진을 저작권 제한의 일종으로 파악하기에는 무리가 따른다.<sup>553)</sup> 현행 배포권 소진의 규정형식을 놓고 보더라도, 권리소진은 권리제한이라기보다는 권리 부여의 범위라고 관념하는 것이 합당하다.<sup>554)</sup> 따라서 저작권법 제20조 소정의 배포권 소진처럼 저작재산권을 부여하는 부분인 법 제4절 제1관에 위치시키는 것이 논리적으로는 우월하다.

그러나 디지털 저작권 소진이 관계될 수 있는 전송권은 공중송신권 내에 적어도 법 제18조의 문언으로는 드러나지 않게 포함되어 있어 공중송신권의 단서로 두기도 어렵고, 디지털 저작권 소진은 복제권과도 관련되어 있다는 측면도 있다. 저작권재산권의 각 지분권을 부여하는 저작권법 제4절 제1관에 기존의 배포권 소진 부분과 신설되는 디지털 저작권 소진 부분을 종합하여 권리부여 규정 말미에 별도로 위치시키기에도 애매하다. 또한 규정의 위치를 무리하게 법 제4절 제1관에 놓을 경우, 어떻게 조정 하더라도 법 제20조의 규정을 따르는 규정이라고 할 제21조의 대여권의 규정 형식 또한 추가로 변경해야 하는 문제가 발생한다.

물론 저작재산권 부여 규정의 전체적 구조를 조정하여 공중송신권을 개별적 송신 행위인 전송, 방송 등으로 분할하는 등의 해결 방안을 생각해 볼 수 없는 것은 아니지만 기존에 형성된 권리 부여 체계를 변경할 정도로까지 소진 규정의 위치 자체가 중요하다고 볼 수는 없다.

이러한 점에서 디지털 저작권 소진이 저작권의 제한과 예외와는 엄밀히 그 성격을 달리하는 것으로 파악되지만, 저작재산권의 제한 부분에 위치시키는 것이 그나마 현실적인 방안일 것으로 사료된다. 제5장 제1절에서 소개한 미국의 입법

---

553) 박준석, “한국 저작권법 상의 ‘저작권 제한’에 관한 고찰”, 『계간 저작권』 제100호 (2012), 125-126면.

554) 법에 의하여 부여된 권리의 외연 밖에서는 마치 권리가 제한된 것처럼 보이는 착시현상이 있을 수 있는데 이를 경계하여야 한다는 견해에 대해서는 박준석 위 논문, 119면 참조. 이를 주의하지 않으면 ‘저작자 사후 70년 이후에는 저작재산권이 제한된다’와 같은 오해에 빠지게 된다고 설명한다.

안인 H.R. 3048, H.R. 1066, S. 1621 등의 소진 규정 또한 저작권재산권의 제한 부분에 위치한다.

## IV. 디지털 권리소진의 최종적 입법안

### 1. 최종 시안

디지털 복제물의 보유자가 오로지 한 사람의 수신인에게 송신하는 방법으로 디지털 복제물을 처분하는 행위에 관하여 저작권을 제한하는 효과를 낼 수 있도록 제도 도입을 고려해 볼 것을 제안한다.

저작권법 전면개정이 이루어질 경우는 논의에서 제외하되, 부분 개정이라면 디지털 저작권 소진에 관한 신설 규정을 저작권재산권 제한 규정의 뒷부분에 해당하는 제35조의4로 한다.

제35조의4 (재양도를 위한 디지털 송신)

① 저작권재산권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 디지털 복제물(유형물에 고정된 복제물을 제외한다. 이하 같다)이나 그러한 디지털 복제물을 소지·이용하기 위하여 필요한 관련정보를 취득한 이용자는 그 복제물이나 관련정보를 오로지 한 사람에게 재양도하기 위하여 송신할 수 있으며, 이 경우 이용자 자신이 보유하고 통제할 수 있는 당해 디지털 복제물이나 관련정보는 컴퓨터 등에서 즉시 모두 삭제하여야 한다.

② 제1항의 규정에도 불구하고 다음 각호의 경우와 같이 권리자와 이용자 계약이 일반 이용자보다 유리한 사용 조건에 의하여 이루어진 경우, 권리자와 이용자 간 계약에 의하여 재양도를 제한할 수 있다.

1. 복제물의 대량 구매에 따라 유리한 조건으로 구매한 디지털 복제물의 부분적·

개별적 재양도

2. 원래의 판매가 이용자의 신분에 따른 조건부 판매로 이루어졌을 경우
3. 그 밖에 계약상 유리한 사용 조건을 인정할 수 있는 경우로서 문화체육관광부령으로 정하는 경우

또한 제35조4의 규정은 실연, 음반, 데이터베이스의 이용관계에서 준용한다. 저작권법 제87조제1항 및 제94조제1항을 다음과 같이 개정한다.

제87조(저작인접권의 제한)

- ① 저작인접권의 목적이 된 실연·음반 또는 방송의 이용에 관하여는 제23조, 제24조, 제25조제1항부터 제3항까지, 제26조부터 제32조까지, 제33조제2항, 제34조, 제35조의2, 제35조의3, 제35조의4(단, 실연과 음반의 이용에 한한다), 제36조 및 제37조를 준용한다.

제94조(데이터베이스제작자의 권리제한)

- ① 데이터베이스제작자의 권리의 목적이 되는 데이터베이스의 이용에 관하여는 제23조, 제28조부터 제34조까지, 제35조의2, 제35조의3, 제35조의4, 제36조 및 제37조를 준용한다.

## 2. 3단계 테스트의 통과 여부

3단계 테스트는 베른협약 제9조제2항에서는 복제권에 대한 제한과 예외에 적용되는 기준으로, 트립스(TRIPS)협정 제13조에서는 모든 저작권의 제한과 예외에 적용되는 기준으로 구성되어 있는 점 이외에는 두 협약에서 매우 유사한 형식으로 규정되어 있다.<sup>555)</sup>

두 국제조약을 종합하여 살펴보면, 3단계 테스트에 의하면 저작권의 제한이나 예외는, ①어떤 특별한 경우에 한정되어야 하고, ②저작물의 통상적인 이용과 충돌하지 아니하여야 하고, ③저작자의 합법적인 이익을 부당하게 해쳐서는 아니 된다. 3단계 테스트의 의미에 대해서는 미국의 공연권 제한 사건과 관련한 WTO 분쟁해결 절차의 패널 보고서<sup>555)</sup>에서 상세히 설명하고 있는데, 이에 의하면 위 3가지의 요건은 제한과 예외를 설정하는 것이 정당화되려면 각 요건을 모두 충족하여야 한다는 의미에서 누적적(cumulative)이다.<sup>557)</sup>

물론 지적재산권 관련 국제분쟁의 해결에 대한 분쟁해결 절차를 제시하고 있는 WTO/TRIPS에서는 “이 협정에 따른 분쟁해결의 목적을 위하여 제3조와 제4조의 규정을 조건으로, 이 협정의 어떠한 규정도 지적재산권의 소진 문제를 다루기 위하여 사용되지 아니한다”라고 규정하고 있다.<sup>558)</sup> 그런데 TRIPS 이후에 성립된 WIPO저작권조약에서조차 소진의 문제는 오로지 배포권과 관련하여서만 규정되어 있어<sup>559)560)</sup>, 관련 국제조약의 입법 경위를 살펴볼 때 권리소진과 관련된

555) WIPO저작권조약 제10조 제2항의 규정 또한 트립스협정 제13조와 거의 유사하다. Reinbothe & Lewinski, *The WIPO Treaties 1996* 132 (Butterworths, 2002).

556) WTO 문서번호 WT/DS160/R.(2000. 6. 15.자).

557) *Id.* at para. 6.160.

558) WTO/TRIPS 제6조.

559) WIPO저작권조약 제6조 제2항. “이 조약의 어떠한 규정도 계약당사자가 저작물의 원본이나 그의 어느 복제물이 저작자의 허락 하에 최초 판매되거나 또는 기타 소유권이 이전된 후에 제1항에서 규정한 권리의 소진이 적용될 조건을 결정할 자유를 미치지 아니한다.”

560) WIPO저작권조약 제6조는 배포권(Right of Distribution)에 관한 규정이다. Reinbothe 와 Lewinski는, WIPO저작권조약 제6조제2항은 특히 WIPO저작권조약 제10조 제2항의 3단계 테스트를 포함한 어떠한 WIPO저작권조약의 규정에 의하여도 제한되지 않음을 강조한다. Reinbothe & Lewinski, 위의 책, 87면. 그런데 여기에서 더 나아가 디지털 저작권 소진도 3단계 테스트의 적용을 받지 않는지에 대한 설명은 (기존에 확립된 제도가 아니므로 당연할지도 모르겠으나) 발견할 수 없었다. WIPO저작권조약상 권리소진이 3단계 테스트의 제한을 받을 수 없다는 설명은 기본적으로 유형물을 전제하는 WIPO저작권조약 제6조 소정의 배포권에 국한된 설명이므로, 디지털 저작권 소진의 국면에서도 이와 동일하게 볼 수 있을지는 여전히 의문이라고 생각한다. 더욱이 WIPO저작권조약 제10조(제한과 예외)에 대한 합의의사록(Agreed Statements Concerning The WIPO Copyright Treaty)에서는, “제10조의 규정은 계약당사자로 하여금 베른협약에 따라 인정되는 것으로 간주되어 온, 국내법에 따른 제한과 예외를 디지털 환경으로 이식하고 적절히 확대하는 것을 허용하는 것으로 이해된다. 마찬가지로 이들 규정은 계약당사자가 디지털 네트워크 환경에 적절한 새로운 제한과 예외를 고안하는 것을 허용하는 것으로 이해되어야 한다...(후략)” 라고 규정하여, 디지털 환경에서는 새로운 제한과 예



유일한 권리로 여겨지는 배포권이 아닌 다른 종류의 권리와 관련하여서는 TRIPS상의 분쟁 해결 절차가 발동될 가능성이 원천적으로 차단되는지는 다소 의문이 있다. 디지털 저작권 소진의 도입은 저작물의 전달과 관련된 행위 이외에도 전독자의 사후적 복제행위를 불가피하게 하는 면도 있기 때문이다. 본 논문에서 제시하는 디지털 저작권 소진에 관한 최종적인 입법안은 본질적으로는 저작자에게 이미 온전하게 부여된 권리의 제한과 예외와 같은 차원의 문제가 아님에도 불구하고, 복제권이나 전송권의 제한과 같은 외양을 띠다고 여겨질 수도 있다.

더욱이 TRIPS 협정에 위반되지 않는 일방 당사국의 조치로 인해 타방 당사국이 협정의 체결로 기대할 수 있었던 혜택이 무효화되거나 침해되었을 경우 국가 대 국가 간 분쟁해결절차에 회부할 수 있도록 하는 비위반 제소(non-violation complaints) 또한 가능함<sup>561)</sup>을 상기하면 디지털 저작권 소진과 관련한 국제 분쟁의 발생 가능성을 완전히 배제할 수는 없다. 이러한 점에서 3단계 테스트의 예비적 검토의 필요성이 없지 아니하다. 이제 디지털 저작권 소진의 최종적 시안이 저작권 제한에 관한 국제적 기준에도 부합하는지를 검토해 본다.

### 가. 어떤 특별한 경우 (to certain special cases)

앞서 도출한 디지털 권리소진 최종 시안은, 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 디지털 복제물로서, ‘복제물을 오로지 한 사람에게 재판매하기 위하여 송신’하는 때에만 저작권을 제한하는 것으로 명확히 정의되어 있고<sup>562)</sup>, 복제물을 오로지 한

---

외를 3단계 테스트를 포함하는 제10조의 규정에 의하여 고안할 수 있는 것으로 이해되어 있다는 점을 보면 더욱 그러하다.

561) 비위반제소는 GATT 제23조 제1항 (b)에 규정된 절차로, TRIPS 제64조 제1항에 의하여 지적재산권협정에도 적용된다.

562) 1단계 테스트인 ‘어떤 특별한 경우’ 중 ‘어떤(certain)’ 이라는 문언은 저작권의 제한이 명확히 정의되어 있어야 함을 요구한다. WT/DS160/R, para. 6.108.

사람에게 재판매하기 위한 송신을 허용하고자 하는 특별한 의도와 효과를 나타내며<sup>563)</sup> 이 결과 전체 송신 중 최종 시안에 의하여 법적으로 허용되는 송신은 매우 한정적인 요건에 의하여 소수로 한정될 것이다.<sup>564)</sup> 이에 더하여 권리자와 특정 이용자간 계약이 일반 이용자보다 유리한 사용 조건에 의하여 이루어진 경우에는 당사자간 계약에 의하여 재판매를 제한하는 방식을 통하여 이미 이루어진 저작권 제한을 철회하고 있다는 점에서, 적용 범위가 명확히 정의되어 있고 한정적인 것으로 사료된다. 이 점에서 제1테스트인 ‘어떤 특별한 경우’를 통과한다.

#### 나. 저작물의 통상적인 이용과 충돌하지 아니할 것(not conflict with a normal exploitation of the work)

이 요건의 의미를 WTO패널 보고서에서는, 저작권의 제한이나 예외로 인정되는 이용이 권리자가 통상적으로 저작물의 권리로부터 수취하는 경제적 이익과 경제적으로 경쟁한 결과, 저작권자로부터 실질적이거나 가시적인 상업적 이익을 박탈하는 것이라고 보았다.<sup>565)</sup>

본 논문에서 제시한 권리소진 범위의 대원칙인 ‘일대일 송신 원칙’과 ‘송신 즉시 저작물 삭제 원칙’이 준수되는 한, 저작권자의 허락에 의하여 판매된 디지털 저작물의 총량이 그대로 유지된다. 따라서 디지털 저작권 소진에 의하여 저작권의 제한으로 허용되는 이용이, 권리자가 통상적으로 저작물의 권리로부터 수취하는 이익과 경제적으로 경쟁한다고 보기 어렵다. 따라서 저작물의 통상적인 이용과 충돌하지 아니하여 제2테스트도 통과한다.

563) 1단계 테스트인 ‘어떤 특별한 경우’ 중 ‘특별한(special)’ 이라는 문언은 저작권의 제한이 제한적 적용과 효과를 나타낼 것을 요구한다. WT/DS160/R, para. 6.109.

564) 특별한 경우란 저작권의 제한이 양적으로도 한정적이어야 한다는 의미이다. WT/DS160/R, para. 6.109.

565) *Id.* at para. 6. 183.

다. 저작자의 합법적인 이익을 부당하게 해치지 아니할 것  
(not unreasonably prejudice the legitimate interests of  
the right holders)

이 요건에서, 합법적 이익(legitimate interest)이란 저작권자에게 저작권으로 인하여 주어지는 경제적 가치로 측정될 수 있는바<sup>566)</sup>, 경제적 가치는 저작권의 지분권 각각으로 논해져야 할 것이며<sup>567)</sup>, 이러한 이익의 부당한 저해(unreasonable prejudice)가 있어야 한다는 것이다.<sup>568)</sup> 즉, 단지 저해가 있었음만이 아니라 그러한 저해가 부당한 수준에까지 이르러야 한다는 것이다. 저작권자의 수익에 비합리적인 손실을 가져올 가능성이 있다면 저해가 부당하다고 볼 수 있다고 한다.<sup>569)</sup>

최종 시안에 의하면 저작권자의 허락에 의하여 판매된 디지털 저작물의 총량이 유지될 뿐 아니라, 복제물의 대량 구매에 따른 할인이나 이용자의 신분에 따른 할인 판매 등의 특별한 상업적 고려 또한 재판매 제한의 계약에 의하여 그대로 유지할 수 있으므로, 디지털 저작권 소진의 도입으로 저작권자의 수익에 비합리적인 손실을 가져 올 것이라고 보기 어렵다. 이 점에서 저작자의 합법적인 이익을 부당하게 해치지 않는다는 3번째 테스트에도 위배되지 않는다.

따라서 최종 시안은 관련 국제조약의 3단계 테스트의 적용이 문제되더라도 중국적으로 통과할 수 있을 것으로 결론 내린다.

---

566) *Id.* at para. 6. 227.

567) *Id.* at para. 6. 228.

568) *Id.* at para. 6. 229.

569) *Id.*

## 제7장 결론

이상 디지털 권리소진론, 즉 디지털·온라인 저작물의 영역에서도 일정 요건 하에서 저작권을 소진시켜 중고거래를 비롯한 이용을 활성화할 필요성에 관하여 살펴보았다.

위 논의를 종합하면, 디지털 권리소진의 도입으로 인한 사회적 편익의 증가가 제도 도입에 따른 여러 가지 염려가 현실화될 경우의 폐해를 훨씬 상회한다고 보며, 제도의 취지가 “저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지한다”는 저작권법의 목적(저작권법 제1조)에 정확히 부합한다고 본다.

따라서 일대일 송신의 원칙, 송신 즉시 저작물 삭제 원칙, 예외적인 경우 재판 때 제한의 허용이라는 3대 원칙에 의거하여 디지털 저작권 소진을 도입하는 아래와 같은 입법안을 제시하고자 한다.

### 제35조의4 (재양도를 위한 디지털 송신)

① 저작재산권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 디지털 복제물(유형물에 고정된 복제물을 제외한다. 이하 같다)이나 그러한 디지털 복제물을 소지·이용하기 위하여 필요한 관련정보를 취득한 이용자는 그 복제물이나 관련정보를 오로지 한 사람에게 재양도하기 위하여 송신할 수 있으며, 이 경우 이용자 자신이 보유하고 통제할 수 있는 당해 디지털 복제물이나 관련정보는 컴퓨터 등에서 즉시 모두 삭제하여야 한다.

② 제1항의 규정에도 불구하고 다음 각호의 경우와 같이 권리자와 이용자 계약이 일반 이용자보다 유리한 사용 조건에 의하여 이루어진 경우, 권리자와 이용자 간 계약에 의하여 재양도를 제한할 수 있다.

1. 복제물의 대량 구매에 따라 유리한 조건으로 구매한 디지털 복제물의 부분적·

개별적 재양도

2. 원래의 판매가 이용자의 신분에 따른 조건부 판매로 이루어졌을 경우
3. 그 밖에 계약상 유리한 사용 조건을 인정할 수 있는 경우로서 문화체육관광부령으로 정하는 경우

디지털 저작권 소진제도의 도입은, 지적재산권이 소진되는 다른 경우와 비교하여 볼 때 논리적으로도 디지털 저작물이 판매되었을 경우에는 저작권 소진이 인정되는 것이 자연스럽고, 디지털 권리소진에 대한 우려 섞인 견해에서 말하는 불법복제의 가능성이라든가 송신자의 복제물 유보의 가능성 등은 그간 높아진 저작권 인식의 측면에서나 기술적으로나 충분히 극복할 만하므로 현실적인 측면에서도 디지털 권리소진을 인정할 계기가 성숙되었다고 보는 데 바탕하고 있다. 제반 여건의 성숙도가 이러함에도 현실적인 어려움만을 계속 거론할 것이 아니라, 그간 상당히 달라진 현실을 혹시라도 외면하는 일이 되는 것 아닌가 하는 측면에서 진지한 점검을 해 보아야 할 것이다. 저작권자의 경제적 이익이 심각하게 저해될 것이라는 막연한 염려나 개연성만으로는 제도 도입을 논의할 실익을 능가하기 어렵다. 환경이 변화하고 있는 만큼, 디지털 저작권소진은 실제로는 수용하기 어려운 이론적 논의에 불과하다는 확증 편향(confirmation bias)에 혹시 빠져 있지 않은지 경계하여 보자는 것이다.

디지털 저작권 소진론을 수용할 경우, 중고품의 질이 권리자에 의하여 유통되는 디지털 저작물과 비교하여 자체의 질적 차이가 거의 없는 점 등 제도 도입에 따른 여러 난점이 있음은 분명하나, 종래 실제로 잘 작동되기 어렵다고 보았던 기술의 발전 양상이나 디지털·온라인 환경이 저작물 이용의 대세로 떠오른 현실 등을 감안할 때, 디지털 저작권 소진론이 주는 소비자 편익의 증진과 같은 가치들을 마냥 외면할 수는 없는 시점에 이르렀다고 본다.

## 참고 문헌

### 1. 국내 문헌

#### (1) 단행본

계승균, 「권리소진이론에 관한 연구-저작권을 중심으로」, 박사학위논문, 부산대학교 대학원 (2003).

김용담 대표집필, 「주석민법」, 11판 (2010).

김정중, 「특허소진법리의 비교법적 고찰」, 박사학위논문, 서울대학교 법학전문대학원 (2017).

박성호, 「저작권법」, 박영사 (2014).

박정하, 「디지털 저작물의 재판매에 대한 권리소진이론의 적용에 관한 연구」, 법학석사학위논문, 서울대학교 대학원 (2015).

박준석, 「인터넷상 정보 유통에 대한 새로운 저작권 규율 방향 모색」, 집문당 (2015).

송영식 외 2, 「지적소유권법(상)」, 제9판, 육법사 (2005).

양창수, 권영준, 「민법Ⅱ-권리의 변동과 구제」, 제2판, 박영사 (2017).

양창수, 김재형, 「계약법-민법1」, 제2판, 박영사 (2015).

오승중, 「저작권법」 제4판, 박영사 (2016).

이해완, 「저작권법」, 제3판, 박영사 (2015).

이준구, 「미시경제학」 법문사 (2001).

임원선, 「실무자를 위한 저작권법」, 제4판, 한국저작권위원회 (2014).

임원선, 「저작권 보호를 위한 기술 조치의 법적 보호에 관한 연구」, 박사학위논문, 동국대학교 대학원 (2003).

정상조 편, 「저작권법 주해」, 박영사 (2007).

정상조·박준석, 「지적재산권법」 제2판, 홍문사 (2011).

조영선, 「특허법」 제5판, 박영사 (2015).

최경수, 「저작권법개론」, 한울아카데미 (2010).

최윤욱, 「굿모닝 오디오 하이엔드편」, 오픈하우스 (2014).

한국저작권위원회, 「미래 저작권 환경에 적합한 저작권법 개정을 위한 연구-부록 (2016-08)」, 정진근 대표집필.

한국저작권위원회, 「저작권통계」, 2017년 제6권 통권 제7호.

한국정보법학회, 「인터넷 그 길을 묻다」, 중앙books (2012).

## (2) 논문

강보라, “미국의 소프트웨어 라이선스 계약에 대한 최초판매원칙 적용에 관한 연구”, 「계간 저작권」 제103호(2013).

계승균, “저작권법상 권리소진이론”, 「창작과 권리」 33권 (2003).

구병문, “디지털콘텐츠 이용계약의 법적 성질에 관한 소고“, 「경희법학」, 제43권 제2호 (2008).

권영준, “클라우드 컴퓨팅의 계약법적 문제”, 「Law & Technology」, 제7권 제2호 (2011).

김근우, “디지털저작물에 대한 권리소진원칙의 확대적용에 관한 연구”, 「경희법학」 제51권 제1호 (2016).

- 김동준, “GM종자와 관련한 특허권 소진의 문제”, 「Law & Technology」, 제7권 제2호 (2011).
- 김민중, “인터넷법학의 민사법적 과제와 체계”, 「인터넷법연구」 제2호 (2003).
- 김병일, “컴퓨터 정보거래와 라이선싱”, 「디지털재산법연구」, 제1권 제1호 (2001).
- 김성준, “블록체인 생태계 분석과 시사점”, 한국과학기술기획평가원 Issue Paper 2017-09.
- 김지만, 이상민, “신의칙과 강행규정의 충돌상황 해결을 위한 법원의 태도 및 그에 대한 평가”, 「법학평론」, 제5권 (2015. 2).
- 김진우, “임의규정과 보충적 해석”, 「홍익법학」 제17권 제1호 (2016).
- 김혜성, “디지털 음원의 재판매와 최초판매원칙의 적용”, 「Ehwa Law Review」 제3권 제2호 (2013).
- 노현숙, 디지털 저작물에 대한 최초판매원칙 적용에 관한 고찰, 「경희법학」 제47권 제4호 (2012).
- 박준석, 한국 저작권법 상의 ‘저작권 제한’에 관한 고찰, 「계간 저작권」 제100호 (2012).
- 박준석, 특허·상표·저작권에 걸친 소진원칙의 통합적 분석 제안, 「지식재산연구」 제9권 제1호 (2014. 3).
- 박태일, “특허소진에 관한 연구”, 「정보법학」 제13권 제3호 (2009).
- 배재환, 블록체인 기반의 게임 및 디지털콘텐츠 유통 시스템 설계, 「차세대컨버전스정보서비스기술논문지」, Vol. 6, No. 2 (2017. 12).
- 설민수, “특허권 소진 법리의 역사적 전개와 한국에서의 적용”, 「사법논집」 제55집 (2012).
- 송재섭, “지식재산 라이선스와 권리소진의 원칙”, 「지식재산연구」 12(3) (2017).
- 안효질, “저작물의 디지털 거래와 권리소진원칙” 「산업재산권」 제15권 (2004).



양재모, “온라인아이템의 물건성과 법률관계”, 「법과 정책 연구」, 제1집 (창간호), 한국법정책학회 (2001).

오세현, “신뢰의 기술 블록체인, 콘텐츠산업 지각변동 예고”, 한국콘텐츠진흥원 Special Report 2017, Vol 3.

오병철, “UCITA의 평가와 우리 법제에서의 전망”, 「경희법학」 제41권 제1호 (2006).

우성엽, “최초판매원칙/소진원칙에 관한 소고”, 「Law & Technology」 제7권제4호 (2011).

유지혜, “디지털저작물 거래에 대한 권리소진원칙의 적용과 한계”, 「계간 저작권」, 제106호 (2014).

육소영, “디지털 소진론”, 한국지식재산연구원 연구자료, [https://www.kiip.re.kr/download.do?attach\\_no=4823](https://www.kiip.re.kr/download.do?attach_no=4823).

윤철홍, “채권양도의 금지특약에 대한 소고”, 법조협회 「법조」, Vol. 651 (2010. 12).

이은영, “전자상거래의 다변화에 따른 소비자법의 쟁점”, 한양대학교 법학연구소 「법학논총」, 제32집 제2호 (2015).

임건면, “온라인게임 이용약관의 법적 문제”, 「법학논문집」 제29집 제2호, 중앙대학교 법학연구소 (2005).

장재욱, “온라인게임 아이템 현금거래의 법률관계”, 「중앙법학」 제9집 제2호 (2007. 8).

### (3) 인터넷 자료

한국경제신문 2018. 4. 18.자 기사, “몸값뛰는 금서”  
<<http://news.hankyung.com/article/2018041836761>>.

브런치 “전자책 시장의 주요 흐름과 출판 생태계의 방향”

<<https://brunch.co.kr/@ryhzen3/13>>.

디지털데일리, 2018. 4. 10.자 기사, “전자책 ‘10년 대여’ 사라진다… 최장 90일로 자율협약”, <<http://www.ddaily.co.kr/news/article.html?no=167682>>.

2018. 4. 13.자 노컷뉴스 기사. “음원 가격 인상 논란, 핵심을 놓쳤다”  
<<http://www.nocutnews.co.kr/news/4953962>>.

동아일보, 2016. 12. 26.자 기사, “윈도우10 정품이 4천원? 이틀만에 무효화된 ‘대란’  
<

<http://news.donga.com/3/all/20161226/82042466/1#csidx0af2ca0b720793a9349ba62dc8feb0a>>.

## 2. 외국 문헌

### (1) 단행본

돈 텡스콧·알렉스 텡스콧 공저, 박지훈 역, 「블록체인 혁명」, 을유문화사 (2017).

발터 벤야민 저, 최성만 역, 「기술복제시대의 예술작품/사진의 작은 역사 외」, 도서출판 길 (2007).

데이비드 섉스 저, 박상현·이승연 역, 「아날로그의 반격」, 어크로스 (2017).

바란트 아난드 저, 김인수 역, 「콘텐츠의 미래」, 리더스북 (2017).

75 A.L.R. Fed. 2d 387 (2013).

*Black's Law Dictionary* (Bryan A. Garner ed., 7th ed., West 1999).

Restatement (Second) of Contracts.

United States Copyright Office, *Section 104 Report - A Report of the Register of Copyrights Pursuant to §104 of the Digital Millennium Copyright Act* (Aug. 2001).

M. Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* (Oxford, 2002).

P. Mezei, *Copyright Exhaustion - Law and Policy in the United States and the European Union* (Cambridge, 2018).

Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright* (Matthew Bender, rev. ed. 2013).

W. Patry, *How to Fix Copyright* (Oxford, 2011).

J. Reinbothe & S. Lewinski, *The WIPO Treaties 1996* (Butterworths, 2002).

C. Shapiro & H. Varian, *Information Rules* (HBS Press, 1999)

中山信弘, 「著作権法」, 第2版, 有斐閣 (2014).

加戸守行, 「著作権法逐條講義」, 六訂新版, 著作権情報センター (2013).

作花文雄, 「著作権法」, 第4版, ぎょうせい (2010).

半田正夫, 「著作権法概説」, 第16版, 法學書院 (2015).

## (2) 논문

S. Abelson, *An Emerging Secondary Market for Digital Music: The Legality of ReDigi and the Extent of the First Sale Doctrine*, 29 Ent. & Sports Law. 8 (2012).

J. Boyle, *Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property*, 53 Vand. L. Rev. 2007 (Nov. 2000).

B. Carver, *Why License Agreements Do Not Control Copy Ownership: First Sales and Essential Copies*, 25 Berkeley Tech. L. J. 1887 (2010).

Z. Efroni, *Towards A Doctrine of Fair Access in Copyright: The Federal Circuit's Accord*, 46 IDEA (2005).

L. Feiler, *Birth of the First-Download Doctrine - The Application of the First-Sale Doctrine to Internet Downloads under EU and US Copyright Law*, Journal of Internet Law, Vol. 16, No.4 (Oct. 2012).

W. Fisher III, *When Should We Permit Differential Pricing of Information?*, 55 UCLA Law Review (Oct. 2007).

Z. Gautam, *The Murky Waters of First Sale, Price Discrimination and Downstream Control in the Wake of Kirtsaeng v. John Iley & Sons, Inc*, 29 Berkeley Tech. T. J. 717 (2014).

L. Glusman, *Comment, It's My Copy, Right? Music Industry Power to Control Growing Resale Markets in Used Digital Audio Recordings*, Wis. L. Rev.

- 709 (1995).
- S. Ghosh, *The Implementation of Exhaustion Policies - Lessons from National Experiences*, Issue Paper 40, International Center for Trade and Sustainable Development (ICTSD), Geneva (2013).
- D. Horowitz, *The Record Rental Amendment of 1984*, 12 Colum.-VLA J.L. & Arts 31 (1987).
- D. Johnstone, *Debunking Fair Use Rights and Copyduty under U.S. Copyright Law*, 52 J. Copyright Soc'y U.S.A. 345 (2005).
- M. Lemley & M. McKenna, *Is Pepsi Really a Substitute for Coke? Market Definition in Antitrust and IP*, 100 Geo. L. J. 2055 (2012).
- J. Liu, *Owning Digital Copies: Copyright Law and the Incidents of Copy Ownership*, 42 Wm. & Mary L. Rev. 1245 (2001).
- P. Mezei, *Digital First Sale Doctrine Ante Portas - Exhaustion in the Online Environment*, JIPITEC - Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law, Vol. 6., Issue 1 (2015).
- M. Madison, *Legal-Ware: Contract and Copyright in the Digital Age*, 67 Fordham L. Rev. 1025 (1998).
- M. Meurer, *Copyright Law and price discrimination*, 23 Cardozo Law Rev. 55 (2001).
- M. Meurer, *Price Discrimination, Personal Use and Piracy: Copyright Protection of Digital Works*, 45 Buff. L. Rev. 845 (1997).
- C. Miller, *Note, New Technology and Old Protection: The Case for Resale Royalties on the Retail Sale of Used CDs*, 46 Hastings L.J. 217 (1994).
- A. Perzanowski & J. Schultz, *Digital Exhaustion*, 58 UCLA L. Rev. 889 (2011).
- J. Osborne, *A Coherent View of Patent Exhaustion: A Standard Based on*

- Patentable Distinctiveness*, 20 Santa Clara Computer & High Tech. L. J. 643 (2004).
- M. Pallante, *The Next Great Copyright Act*, Columbia Journal of Law & The Arts, (Vol. 36, No. 3) (2013).
- R. Reese, *The First Sale Doctrine in the Era of Digital Network*, 44 B.C. L. Rev. 577 (2003).
- G. Rub, *Rebalancing Copyright Exhaustion*, 64 Emory L. J. 741 (2015).
- T. Serra, *Rebalancing at Resale: ReDigi, Royalties and the digital Secondary Market*, Boston University Law Review, vol. 93, 1753 (2013).
- Seungwoo Son, *Can Black Dot (Shrinwrap) Licenses Override Federal Reverse Engineering Rights?: The Relationship Between Copyright, Contract, and Antitrust Laws*, Tul. J. Tech. & Intell. Prop. Vol. 6 64 (2004).
- J. Tobin, *Licensing a Means of Providing Affordability and Accessibility in Digital Markets: Alternatives to a Digital First Sale Doctrine*, 93 J. Pate. & Trademark Off. Soc'y 167 (2010).
- E. Verbraeken, *The Exhaustion Theory is not yet Exhausted*, les Nouvelles (March 2013).
- J. Villasenor, *Rethinking A Digital First Sale Doctrine in a Post-Kirtsaeng World: the Case for Caution*, CPI Antitrust Chronicle (May 2013).
- T. Vinje, *Software Licensing After Oracle v. UsedSoft - Implications of Oracle v. UsedSoft (C-128/11) for European copyright law*, Computer Law Review International, Volume 13, Issue 4 (2013).
- E. Winston, *Why Sell What You Can License? Contracting Around Statutory Protection of Intellectual Property*, 14 Geo. Mason L. Rev. 93 (2006).

### (3) 인터넷 자료

Jacob Kramer, *Enforcing Post-Sale Restrictions After Lexmark: Contracts and Antitrust Issues*, IPWatchdog 2017. 6. 13.자 기사, <  
<http://www.ipwatchdog.com/2017/06/13/enforcing-post-sale-restrictions-lexmark-contracts-antitrust-issues/id=84456/>>.

“레믹스, 최초판매, 법정허락에 관한 저작권 백서(The Department of Commerce Internet Policy Task Force - *White Paper on Remixes, First Sale, and Statutory Damages - Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy*, January 2016)”. <  
<https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/copyrightwhitepaper.pdf>>.

The Department of Commerce Internet Policy Task Force, *Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy*, (2013. 7). <  
<https://www.uspto.gov/sites/default/files/news/publications/copyrightgreenpaper.pdf>>.

ReDigi 2013. 11. 13.자 저작권 녹서와 관련한 의견서(*Request for Comments on Department of Commerce Green Paper, Copyright Policy, Creativity and Innovation in the Digital Economy*). <  
[https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/Redigi\\_Comments.pdf](https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/Redigi_Comments.pdf)>.

2014 No. 2361, Statutory Instrument.

<[http://www.legislation.gov.uk/uksi/2014/2361/pdfs/uksi\\_20142361\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/uksi/2014/2361/pdfs/uksi_20142361_en.pdf)>.

Steve Jobs, *Thoughts on Music*, 2007. 2. 6.

<

<https://web.archive.org/web/20080107121341/http://www.apple.com/hotnews/thoughtsonmusic/>>.

뉴욕타임즈 2009. 7. 18.자 인터넷판 기사 참조

<<https://www.nytimes.com/2009/07/18/technology/companies/18amazon.html>>.

### 3. 인터뷰

정동현 이사(블록체인 관련 스타트업 기업인 Gavrint사 기술담당)와의 2018. 5. 24. 자 대면 인터뷰.



Abstract

A Study on Digital Exhaustion of  
Copyright

Shin, Chang Hwan  
Intellectual Property Law  
The Graduate School  
Seoul National University

Under the exhaustion doctrine of copyright, one may freely sell or otherwise dispose of copies of a copyrighted work lawfully made and put into circulation with the authorization of the copyright owners. However, with respect to digital copies which are transmitted online but not contained in a CD or DVD, the prevailing view around the world is that the exhaustion doctrine does not apply.

“Digital Exhaustion of Copyright” refers to the discussion that once a digital copy is sold, the users should be allowed to resell the digital copy so that the market for used digital copies may be facilitated, notwithstanding the current copyright laws which have the opposite effect.

Exhaustion of intellectual property rights, including copyrights, is recognized because the holder of intellectual property was sufficiently rewarded by the exercise of their right, and it is fair to respect the ownership of the user or owner of items that is the subject of the intellectual property, especially when it comes to the authority to transfer the item.

Of course, digital copies have unique characteristics as compared to a patented item or copyrighted analogue item because of the distinctive aspects of information goods. However, it is questionable whether digital copies are inherently different from other subject matter of intellectual property considering that the value of digital copies also decreased with use over time, as they are sometimes updated significantly, and the relevant information technology is developing so quickly.

In the U.S., the court in the *ReDigi* case held that “used” digital music files are not subject to copyright exhaustion. The US Copyright Office

published the Section 104 Report in 2001, saying that they cannot agree with the idea of digital exhaustion, and subsequently the Department of Commerce followed the opinion of the Copyright Office in a White Paper published in 2016.

However, the ECJ once radically concluded that transmitted software may be resold by users without the authorization of the copyright holders in *UsedSoft v. Oracle*, even though this decision was restricted to computer programs.

This article enumerates why digital exhaustion of copyright is necessary: to respect the reasonable expectation of the public by securing the transferability of digital copies; to prevent double dipping by copyright owners; to give a competitive edge to the digital sales model as compared to the analog media market; to uphold the new digital market by giving support to the used digital market; to give a competitive edge to sales models where digital exhaustion of copyright would be applied compared to the non-sales models, such as subscription model; and to prevent the dead storage of digital copies resulting from the difficulty of checking the digital content before purchasing. Furthermore, although non-sales models are becoming more and more prevalent in the market, the non-sales models have their limitations because they cannot meet the basic human instinct and need to possess and collect copyrighted works. The sales models have their own merits. For example, they go well with the so called a la carte works, such as e-Book, video or individual music files. In this regard, to sustain and develop the sales models, it is necessary to incorporate digital exhaustion of copyright.

As the sales models and non-sales models can co-exist in the market, we should clearly distinguish between the two, and enable digital exhaustion for the sales models to achieve a more desirable social outcome.

It is noteworthy that there has so been so much objection to this idea of digital exhaustion of copyright. However, in light of the changing circumstances surrounding technology and public awareness of copyright, the indisputable fact that every digital copy has a certain life span, and the fact the used copy market cannot compete with the innovative marketing of new digital copies, etc. I believe that the criticism of digital exhaustion of copyright may eventually be overcome.

There is no significant hurdle to introducing digital exhaustion of copyright even under legal theory, because digital copies may be the subject matter of sales, and sales can be characterized as the perpetual possession of copies.

In its conclusion, this study identifies the principles for recognizing the digital exhaustion of copyright such as 1 to 1 transmission, deletion of one's copy immediately after transmission, and the use of contracts to prohibit resale among contracting parties in special cases, and also proposes the language for amending the Copyright Act.

.....  
**Keywords: Digital Exhaustion of Copyright, Exhaustion of Intellectual Property Rights, Copyright, First Sale Doctrine, Sale, License, License Fiction**

**Student Number: 2015-31083**