

國 文 草 綠

디지털밀레니엄저작권법 (Digital Millennium Copyright Act)상의 接近權(Access Right)에 관한 研究

申 都 旭

情報通信技術의 發達로 저작물을 둘러싼 환경이 디지털化되고 있다. 이에 따라 저작물이 보다 쉽고, 빠르게, 널리 배포될 수 있는 여건이 조성되었지만, 저작권에 대한 侵害 危險이 높아진 것도 사실이다. 이에 따라 저작권자 및 이해관계자들은 저작물을 보호하기 위한 방안으로 技術的 保護措置(Technological Protection Measures, 이하 ‘技術的 保護措置’라 한다) 개념의 도입을 추진하였다.

하지만 디지털 기술의 발전은 技術的 保護措置를 回避하는 기술의 발전도 가져오게 되어 技術的 保護措置에 대한 法的 保護 必要性이 커지게 되었다. 그래서 세계지적재산권기구(The World Intellectual Property Organization : WIPO, 이하 ‘WIPO’라 한다.)는 WIPO 저작권 조약(WIPO Copyright Treaty, 이하 ‘WCT’라 한다.)을 체결했고 그 내용은 각국에 技術的 保護措置를 회피하는 것에 대하여 적절한(adequate) 법적 보호와 효과적인(effective) 법적 구제수단을 제공하여야 한다는 것이다.

이러한 입법의무에 따른 입법 중 1998년 제정된 미국의 디지털밀레니엄저작권법(Digital Millennium Copyright Act, 이하 ‘DMCA’라 한다)은

저작권자에게 저작물에 대한 접근을 통제할 수 있는 接近權(Access Right)을 인정하였다. 한편, 한국과 미국은 2007. 4. 2. 한·미 자유무역협정(Free Trade Agreement, 이하 “한·미 FTA”라 한다)을 체결하였고 공개된 협정문에 의하면 接近權을 도입하도록 하고 있다.

따라서 本稿는 接近權을 가장 먼저 인정한 입법례인 DMCA를 중심으로 동법의 제정 후 미국에서 논의되고 있는 接近權에 관한 判例 및 학설을 살펴본 후 그러한 논의들이 우리나라에 줄 수 있는 示唆點을 찾는 것을 목적으로 한다. 接近權과 관련하여 저작권자와 저작물 사용자의 이익의 균형이 가장 첨예하게 대립하는 쟁점은 다음 두 가지이다. 즉, 기존의 저작권과 새로운 接近權의 관계 설정에서 파생되는 公正利用 法理(Fair Use Doctrine)의 적용여부, 技術的 保護措置의 법적 보호를 남용하여 接近 統制를 2次 市場(Aftermarket)에서의 우위를 지키는 수단으로 사용되는 경우의 防止 對策이 바로 그것이다.

제1장에서는 技術的 保護措置의 一般論을 다루었다. 技術的 保護措置는 ①보호법익이 존재하여야 하고, ②권리자가 취한 자발적인 조치이어야 하며, ③그 수단은 효과적이어야 하는 요건을 필요로 한다. 技術的 保護措置의 구별 개념으로는 DRM, 일시적 복제, 역분석 등이 있으며, 技術的 保護措置의 유형은 전자서명·지역코드체계등으로 이루어지는 접근통제형과 디지털 워터마크·직렬복제관리시스템 등으로 이루어지는 이용통제형으로 나뉜다.

그리고 제2장에서는 技術的 保護措置에 관한 주요 나라(세계지적재산권기구, 유럽연합, 일본, 호주)의 立法例를 간단히 소개하고, 미국의 DMCA에 대해 고찰하였다. 동법은 크게 접근통제 회피 금지 및 접근·이용 통제를 회피하는 도구 등의 거래 등 금지를 내용으로 하고 있으며, 각 금지 규정에 대한 예외가 마련되어 있다. DMCA의 가장 큰 특징은 접근 통제를 회피하는 행위 자체를 금지하는 규정을 두고 있어서 接近權(access

right)을 인정하고 있다고 평가받는 점이다.

제3장에서는 接近權 인정을 둘러싼 미국의 논의에 대해 알아보았다. 接近權이란, 技術的 保護措置의 여러 태양 중 접근을 통제하는 형태의 技術的 保護措置를 입법적으로 보호함에 따라 도입되게 된 개념으로 일반인이 저작물을 이해(apprehend the work)하는 방법을 통제할 권리로 정의된다. 接近權에 대해서는 DMCA를 제외하고는 그것을 인정하고 있는 입법례는 없다. 接近權 인정으로서 문화의 향상 발전이라는 공익과 저작권자의 사익의 보호간의 조화와 균형을 어느 곳에 두어야 하는가가 핵심적인 쟁점으로 부상했고, 이를 해결하기 위해서는 기존의 저작권과의 관계 설정이 매우 중요하다.

그리고 제4장에서는 接近權과 公正利用 法理(Fair Use Doctrine)의 관계에 대해 미국 判例와 학설을 중심으로 고찰하였다. 핵심 쟁점은 저작물을 公正利用하기 위해서는 저작물에 접근해야 하는데, 접근을 통제하는 技術的 保護措置가 있는 경우 이를 회피하는 것이 허용되는 지이다. 多數의 미국 判例는 公正利用 法理는 저작물의 ‘使用’에 관한 법리이지 저작물에 ‘接近’에 관한 법리가 아니라고 하면서 公正利用 法理의 적용을 부정했다. 하지만 本稿에서는 접근 통제에 대해 公正利用 法理와 연관해서 저작권의 침해 여부에 초점을 두어 DMCA 위반 여부를 판단하는 것을 제안하였다. 즉, 公正利用을 위한 목적으로 되는 경우, 즉 저작권 침해 여부가 문제되지 않은 경우에는 DMCA 위반을 묻지 말아야 한다. 接近權 도입 이후에도 最初版賣 原則이 관철되어야 하는가에 대해서는 저작권의 침해 우려가 없는, 公正利用을 위한 목적에서는 最初販賣 原則이 적용되어 위 원칙의 관철을 위한 접근 통제 회피가 허용되어야 하지만, 그 반대의 경우는 제한되도록 하는 것이 타당하다는 결론을 내렸다. 하지만 디지털 저작물의 배포의 용이성을 고려해볼 때 公正利用을 위한 것이라는 요건의 해석은 制限的으로 되어야 한다.

제5장에서는 2次 市場에서의 接近權의 濫用에 따른 문제점과 이에 관한 미국의 判例와 학설의 논의를 고찰하였다. 접근통제권은 본체(original product) 제조업자에게 본사 제품과의 互換性을 통제할 수 있는 利點을 제공했다. 그리고 이러한 통제로 본 제품과 관련한 2次 市場에서의 경쟁을 없앨 수 있다. 미국 법원은 제조업자들의 경쟁 제한 시도에 대해서 DMCA 위반이 아니라는 결론으로 제동을 걸었다. 이러한 判例의 태도에 대해서 결론적으로는 찬성하지만, 本稿에서는 이론적으로 더 나아가 接近權을 2次 市場에서의 독점권을 유지하기 위한 수단으로 사용하는 경우, DMCA 침해 를 주장하는 원고가 立證責任을 지는 것이 원칙이 되어야 한다는 결론에 이르렀다.

마지막으로 제6장에서는 지금까지 고찰했던 미국의 논의가 우리나라에 게 주는 示唆點이 무엇인지 살펴보기 위해, 우선 현재 우리나라의 技術的 保護措置에 관한 입법 태도를 알아본 후, 우리나라에서 技術的 保護措置와 저작권에 대한 예외·제한이 어떻게 조화하고 있는지를 알아보았다. 그리고 한·미 FTA 비준 이후 接近權에 관한 규정이 들어오게 되면 이는 接近權과 저작권과의 연관관계를 인정하는 방향으로 나아가야 여러 부작용을 없앨 수 있다. 따라서 둘 간의 연관관계를 인정하는 것을 전제로 하여 接近權 침해 여부가 판단되어야 함과 동시에 接近權 濫用 시도가 좌절되는 입법적 배려가 이루어져야 할 것이다.

主要語 : 디지털밀리엄저작권법, 技術的 保護措置, 接近權, 公正利用 法理, 2次 市場, 公正競爭.

學番 : 2005-21799

目 次

研究의 目的	1
論文의 基本 視覺 및 研究의 範圍	3
제1장. 技術的 保護措置의 一般論	6
I. 序	6
II. 技術的 保護措置의 概念 및 登場背景	6
1. 技術的 保護措置의 概念	6
가. 條約 및 法令上의 技術的 保護措置의 概念	6
나. 우리나라 學說에서의 技術的 保護措置의 概念	8
다. 小結	8
2. 技術的 保護措置 概念의 登場背景	9
III. 技術的 保護措置와의 區別概念	11
1. 디지털 저작권 관리 [Digital Right Management(DRM)]	11
가. DRM의 概念	12
나. DRM의 種類 區分	12
다. 技術的 保護措置와 DRM 論議의 境界線	13
2. 一時的 複製(Temporary Copy)	13
가. 一時的 複製의 概念	14
나. 一時的 複製와 技術的 保護措置와의 關係	14
다. 우리법의 導入 與否 - 한·미 FTA 協定文을 根據로	15
3. 逆分析(Reverse Engineering)	15
가. 逆分析(Reverse Engineering)의 概念	15
나. 逆分析(Reverse Engineering)과 技術的 保護措置	16
다. 關聯 問題	16

IV. 技術的 保護措置의 類型 및 類型別 種類	16
1. 序	17
2. 接近統制形(Access Control) 技術的 保護措置	17
가. 암호화방법(Cryptography)	17
나. 비밀번호>Password)	18
다. 전자서명(Electronic Signature)·디지털서명(Digital Signature)	18
라. 지역코드체제(regional coding system)	18
마. CSS(Content Scrambling System)	19
2. 이용통제형(Use Control) 技術的 保護措置	20
가. 디지털 워터마크(digital watermark)	20
나. 직렬복제관리시스템(SCMS, serial copy man agement system)	20
다. 복제세대관리시스템 (CGMS, copy generation management system)	20
라. 매크로 비전(Macrovision)	21
마. DTCP(Digital Transmission Content Protection)	21
바. SDMI(Secure Digital Media Initiative)	22
3. 小結 - 접근통제와 이용통제 구분의 어려움	22
제2장. 技術的 保護措置의 保護立法例 및 DMCA 內容 分析	23
I. 技術的 保護措置의 保護立法例	23
1. 序	23
2. WIPO 著作權 條約(WIPO Copyright Treaty, WCT)	23
가. 序	24
나. 技術的 保護措置에 대한 保護立法의 義務	25
다. WIPO에서의 技術的 保護措置의 保護 要件 및 效果	26
(1) 技術的 保護措置의 要件	26

(가) 효과성(effective technological measures)	26
(나) 권리를 행사하기 위해 저작자가 사용(used by authors in connection with the exercise of their rights)	26
(다) 저작자가 허락하지 않거나 법이 허용하지 않는 행위를 제한해야 함(not authorized by the authors concerned or permitted by law)	26
(2) 效果 - 回避行爲로부터의 保護	27
라. 小結- 例外 規定의 不存在	27
3. 유럽연합(European Union)	28
가. 컴퓨터 프로그램의 법적 보호에 관한 지침	28
나. 조건적인 접근에 기초하거나 조건적인 접근으로 구성되는 서비스의 법적 보호에 관한 지침	29
다. 유럽연합(EU) 저작권 지침	29
라. 小結	31
4. 日本	31
가. 著作權法	32
나. 不正競爭防止法 제2조 제1항 제10호	34
5. 호주	35
6. 미국	35
II. DMCA	36
1. DMCA 立法의 沿革(DMCA Legislation)	36
2. DMCA의 內容	38
가. 序	38
나. DMCA의 規律 內容	39
(1) 接近統制(Access Control) - §1201(a)(1)(A)	39
(가) 接近統制에 대한 強化된 保護 : 迂回行爲의 禁止 (Anti-circumvention)	39
(나) 解釋論 및 關聯判例	40
(다) 使用者 例外	42

(2) 接近統制의 豫備的 行爲(No Trafficking in Devices that Circumvention Access Controls) - §1201(a)(2)	43
(가) 回避 道具의 去來 等の 禁止	43
(나) 關聯判例 - RealNetworks, Inc. v. Streambox, Inc.	44
1) 事實關係	44
2) 爭點 및 判示	45
(3) 利用統制 豫備的 行爲(No Trafficking in Devices that Circumvent Right Controls - §1201(b)	45
(4) 기존의 저작권 및 다른 권리에 영향을 주지 않음 - §1201(c) ·	46
(5) 接近統制 및 利用統制 回避에 대한 責任 規定	46
(가) §1203(民事的 責任規定)	47
(나) §1204(刑事的 責任規定)	47
(6) 例外(exemptions) 規定의 內容	47
(가) 例外 規定의 內容	47
(나) 例外 規定의 解釋	50
III. 小結	51
제3장. 接近權(Access Right)認定과 關聯된 美國의 論議	52
I. 序	52
II. 接近權에 관한 一般論	52
1. 接近權의 定義	52
2. 接近權과 技術的 保護措置의 相互關係	53
3. 接近權 認定의 國際動向	54
가. WCT	54
나. 유럽연합·일본·호주	54
III. 接近權 認定과 關聯된 美國에서의 論議	55
1. DMCA에서의 接近權 導入 過程	55
2. 接近權 認定에 대한 贊反論	56
가. 論議의 爭點	56

나. 導入의 肯定的 側面	56
(1) 海賊行爲로 부터의 保護	56
(2) 多樣的 비즈니스 모델(Business Model) 創出	57
(3) 市場失敗의 治癒	58
다. 導入의 否定的 側面	58
(1) 接近權 자체를 인정하지 말자는 견해	58
(2) 情報에 대한 無分別한 權利의 保護로 인한 情報資源의 利用 縮小	59
(3) 技術革新·競爭의 抑制	60
라. 小結	61
IV. 接近權의 法的 性質 - 接近權(Access Right)과 既存의 著作權과의 關係	61
1. 問題의 所在	61
2. 接近權과 著作權의 關係	62
가. 別個의 權利라는 見解	62
나. 調和하여 運用해야 한다는 見解	62
다. 小結 - 接近權과 著作權의 聯關關係의 必要性	63
V. 小結 - 接近權 認定과 關聯된 派生 爭點	63
제4장. 接近權과 公正利用 法理(Fair Use Doctrine)의 適用 與否 및 最初 販賣 原則(First Sale Doctrine) 適用 與否	65
I. 序	65
II. 接近權과 公正利用 法理의 問題	65
1. 問題의 所在	65
2. DMCA의 立法過程에서의 論議 및 DMCA의 規定 態度	67
가. DMCA 立法過程에서의 論議 - The White Paper	67
나. DMCA의 規定 態度	67
3. 學說의 論議	68
가. 否定하는 立場	68

나. 肯定하는 立場	68
4. 美國 法院의 判例	70
가. 들어가며	70
나. RealNetworks, Inc. v. Streambox, Inc.	70
(1) 事實關係	70
(2) 爭點	71
(3) 評釋	71
다. Universal City Studio v. Reimerdes	72
(1) 事實關係	72
(2) 爭點 - DMCA가 公正利用을 制限하는 것인지	73
(가) 1審에서의 公正利用	73
(나) 2審에서의 公正利用	74
(3) 評釋	75
라. United States v. Elcom, Ltd	76
(1) 事實關係	76
(2) 爭點 - 公正利用 法理 抗辯 可否	77
(3) 評釋	78
마. 321 Studios v. Metro Goldwyn Mayer Studios, Inc.	78
(1) 事實關係	78
(2) 爭點	79
(3) 評釋	79
아. 小結 및 提言	80
5. 公正利用이 必要한 例	81
가. 컴퓨터 시스템의 點檢	81
나. 獨占이 있는 경우	82
다. 健康管理 分野	82
라. 接近統制를 回避하는 行爲 自體가 正當化되는 境遇	83
6. 代案으로 論議되는 見解들	84

가. 公正 回避 法理(Fair Circumvention Doctrine)를 導入하자는 見解	84
나. 混合된 公正利用 法理 基盤의 修正 理論(The “Mixed Fair Use Doctrine Infrastructure” Amendment Theory)	85
다. “다른 合法的인 理由” 理論(The “Other Legitimate Reasons” Amendment Theory)	85
7. 小結	86
Ⅲ. 最初販賣 原則의 排除 問題	87
1. 序	87
2. 最初販賣 原則의 要件	88
3. 技術的 保護措置가 最初販賣 原則에 미치는 影響	89
가. 論議의 爭點	89
나. 利用統制를 위한 技術的 保護措置	89
다. 接近을 統制하기 위한 技術的 保護措置	90
(1) 특정의 컴퓨터에서만 구동되는 경우	90
(2) CSS에 의해 암호화된 DVD	91
4. 最初販賣 原則의 貫徹 與否	92
5. 小結	93
 제5장. 接近權 濫用과 2次 市場(Aftermarket)에서의 公正競爭問題	94
I. 序	94
II. 2次 市場(Aftermarket)에서의 接近權 濫用 可能性	95
1. 問題의 所在	95
2. 2次 市場(Aftermarket)의 特徵	96
3. 2次 市場(Aftermarket)에서의 接近權 濫用 可能性	98
4. 小結	99
III. 關聯 判例	100
1. Lexmark Intern., Inc. v. Static Control Components, Inc.	100
가. 事實 關係	100

나. 爭點	102
(1) 效果的인 接近 統制(effectively control access)의 意味	102
(2) 公正利用 抗辯(Fair Use Doctrine)	103
(3) 逆分析의 例外에 該當 與否	104
다. 評釋	104
라. 小結	105
2. The Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technologies, Inc.	106
가. 事實關係	106
나. 爭點	107
(1) 原告의 “權限 없는 接近”에 대한 立證 責任	107
(2) 接近 統制와 著作權 保護의 合理的 關係 立證	108
다. 評釋	109
라. 小結	110
IV. 學說의 論議 - 對應方案으로서 論議되는 것	111
1. 들어가며	111
2. DMCA § 1201(a)(1)(C)의 適用 擴大	111
3. 소프트웨어 코드 의 著作物性을 否認하는 것	112
4. DMCA §1201(f) 規定의 改正	112
5. 法理適用의 差別化	113
6. 著作權 濫用法理의 適用	114
7. 立證責任을 轉換시키는 것	114
가. 爭點	115
나. 基本 前提	115
다. 立證責任의 轉換	116
라. 小結	117
V. 小結	118
제6장. 우리나라에 의 示唆點	120
I. 序	120

II. 우리나라에서의 技術的 保護措置의 立法態度 - 接近權 認定과 關聯하여	121
1. 著作權法	121
가. 技術的 保護措置의 定義 및 禁止行爲	121
나. 民·刑事的 救濟方法	122
2. 컴퓨터프로그램보호법	122
가. 技術的 保護措置의 定義 및 禁止行爲	122
나. 例外 事由	123
3. 온라인디지털콘텐츠산업발전법	124
4. 技術的 保護措置의 保護立法에 관한 우리나라 立法의 特徵	125
가. 例外 規定의 制限性	125
나. 救濟手段의 差異	125
다. 技術的 保護措置에 대한 解釋	125
라. 接近權의 認定 與否	127
(1) 規定의 態度	127
(2) 利用統制를 위한 技術的 保護措置에 限定하는 것으로 보는 見解	127
(3) 利用統制로 보면서도 技術的 保護措置의 範圍를 擴大하는 見解	128
(4) 接近統制措置에 대한 保護를 規定한 것인지 與否가 모호한 것으로 보는 見解	129
(5) 小結	129
III. 技術的 保護措置와 著作權에 대한 例外·制限과의 調和 方案	130
1. 序	130
2. 우리나라 著作權 關聯法에서 著作權과 技術的 保護措置간의 關係에 대한 立法 態度	131
3. 技術的 保護措置와 著作權 例外·制限과의 調和 方案	131
가. 消極的 調和 方案	132
나. 積極的 調和 方案	132

4. 技術的 保護措置의 法的 保護 自體에 대한 例外 및 制限	133
가. 接近統制措置에 대한 例外와 制限	134
나. 技術的 保護措置의 保護에 特有한 例外와 制限	134
5. 小結	134
IV. 우리나라의 技術的 保護措置 關聯 判例	135
1. 시리얼 번호의 濫用 無斷 揭載 事件	135
가. 事實 關係 및 判示 內容	135
나. 評釋	136
2. 소니(SONY) 플레이스테이션 2 事件	137
가. 事實 關係	137
나. 爭點 및 判示 內容	138
다. 類似 事案이 問題된 外國 判例	139
(1) 同一 事案에 대한 호주 法院의 判決	139
(가) 判示 內容	140
(나) 評釋	141
(2) Sony Computer Entertainment America, Inc. v. Divineo, Inc. ·	
141	
(가) 事實 關係	141
(나) 爭點 및 判示	142
(다) 評釋	143
라. 大法院 判例에 대한 評釋	143
(1) 批判하는 見解	144
(2) 贊成하는 見解	145
마. 小結	145
V. 한·미 FTA에서의 技術的 保護措置	147
1. 序	147
2. 規定內容	148
가. 技術措置의 迂回禁止에 관한 規定	148
나. 例外 規定	149

다. 例外 規定의 差等 適用	150
3. 立法論	151
가. 序	151
나. 接近統制와 公正利用	151
다. 接近統制 權限의 濫用과 2次 市場에서의 公正競爭	153
VI. 小結	154
제7장. 結論	155
參考文獻	157
Abstract	173
<표>	
표 1 技術的 保護措置의 보호에 대한 예외	49

研究의 目的

情報通信技術의 發達로 저작물을 둘러싼 환경이 디지털化되고 있다. 이에 따라 저작물이 보다 쉽고, 빠르게, 널리 배포될 수 있는 여건이 조성되었지만, 저작권에 대한 侵害 危險이 높아진 것도 사실이다. 이에 따라 저작권자 및 이해관계자들은 저작물을 보호하기 위한 방안으로 技術的 保護措置(Technological Protection Measures, 이하 ‘技術的 保護措置’라 한다)¹⁾ 개념의 도입을 추진하였다.

하지만 디지털 기술의 발전은 技術的 保護措置를 回避²⁾하는 기술의 발전도 가져오게 되어 技術的 保護措置에 대한 法的 保護 必要性이 커지게 되었다. 그래서 세계지적재산권기구(The World Intellectual Property Organization : WIPO, 이하 ‘WIPO’라 한다.)는 1996년 12월 20일에 제네바(Geneva)에서 WIPO 저작권 조약(WIPO Copyright Treaty, 이하 ‘WCT’라 한다.)을 체결했고 그 내용은 각국에 技術的 保護措置를 회피하는 것에 대하여 적절한(adequate) 법적 보호와 효과적인(effective) 법적 구제수단을 제공하여야 한다는 것이다.

이러한 입법의무에 따른 입법 중 1998년 제정된 미국의 디지털밀레니엄저작권법(Digital Millennium Copyright Act, 이하 ‘DMCA’라 한다.)은 저작권자에게 저작물에 대한 접근을 통제할 수 있는 接近權(Access Right)³⁾을 인정하였는데, 이와 관련해서 많은 法的 論爭을 불러일으키고

- 1) “Technological Protection Measure”의 번역에 대해 “기술 조치”라는 번역도 있지만, 우리 저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법과 최근 문헌에는 모두 “技術的 保護措置”라는 용어를 쓴다. 따라서 이하 “技術的 保護措置”라는 용어를 사용하기로 한다.
- 2) “circumvention”의 번역으로, “回避”, “無力化”, “挫折” 등의 용어로 번역되고 있다. 우리 저작권법과 컴퓨터 프로그램보호법에서는 “무력화”라는 용어를 사용하고 있지만, 이 글에서는 “circumvent”의 사전적 의미가 “迂回하다, 回避하다”인 점에 비추어 “回避”라는 용어를 사용하기로 한다. 한편, 우리 저작권법·컴퓨터프로그램보호법을 인용할 때는 법문대로 “무력화”라는 용어를 사용하는 것은 당연하다.
- 3) 주체가 생략됨에 따른 혼동의 우려가 있다. 接近權이라는 개념은 통상적으로 저작권자의 허락 없이도 저작물에 일반인이 접근할 수 있다는 의미에서 배타적인 저작권에 대한 제한을 의미하는 것이 아니라, 보호되는 저작물에 대한 저작물 이용자의 접근을 통제하는 저작권자의 배타적인 권리를 의미하는 것이다. [김병일, “기술적 보호조치와 접근권”, IT법제연구/프로그램심의조정위원회 제1권, (2002.12.), 45, 68면.]. 한편, 接近權

있다.

한편, 한국과 미국은 2007. 4. 2. 한·미 자유무역협정(Free Trade Agreement, 이하 “한·미 FTA”라 한다)을 체결하였다. 그런데 공개된 협정문에 의하면 접근을 통제하는 효과적인 技術的 保護措置를 우회하는 자에게 책임을 물을 수 있도록 하고 있다. 이 규정에 의해 우리나라는 기존의 저작권법이나 컴퓨터프로그램보호법에서 인정하지 않은 接近權을 인정하게 될 것으로 예상된다. 이렇게 되면 저작권자의 권리는 보다 강력하게 보호되겠지만, 한편으로 기존의 저작권의 보호와 接近權의 관계 설정부터 시작해서 接近權 인정에 따른 부작용 방지 등 입법 및 운용과정에서 많은 법적 논란이 생길 것으로 예상된다.

따라서 이 글에서는 接近權을 가장 먼저 인정한 입법례인 DMCA를 중심으로 동법의 제정 후 미국에서 논의되고 있는 接近權에 관한 判例 및 학설을 살펴본 후 그러한 논의들이 우리나라에 줄 수 있는 示唆點을 찾아보도록 하겠다. 接近權과 관련해서는 많은 법적 쟁점이 있지만 저작권자와 저작물 사용자의 이익의 균형이 가장 첨예하게 대립하는 쟁점은 다음 두 가지이다. 즉, 기존의 저작권과 새로운 接近權의 관계 설정에서 파생되는 公正利用 法理(Fair Use Doctrine)의 적용여부, 技術的 保護措置의 법적 보호를 남용하여 接近 統制를 2次 市場(Aftermarket)에서의 우위를 지키는 수단으로 사용되는 경우의 방지 대책이 바로 그것이다. 이러한 쟁점을 살펴보는 것은 우리나라가 接近權을 인정하는 입법 후에도 충분히 발생할 수 있는 문제로서 향후 발생할 논란에 대비할 수 있는 방안이 될 것이다.

이라는 용어에 대해 일종의 ‘권리’라는 인상을 주는 표현이기 때문에 부정적 태도를 견지하고 있는 견해로는, 오길영, "기술적 보호조치와 공정이용에 관한 소고", 민주법학 제32호, 2006, 注7).

論文的 基本 視覺 및 研究의 範圍

디지털 기술의 발달로 접근통제(Access Control) 및 이용통제(Use Control)⁴⁾를 위한 技術的 保護措置는 계속해서 존재하여 왔지만, 최근의 디지털 해적행위의 증가로 技術的 保護措置에 대한 새로운 법률적인 보호 방법이 요구되었다. 거기에 대응하여 나온 것이 WCT이며, 그것을 구체화하여 입법한 것이 미국의 DMCA이다.

이러한 입법에 대한 전망은 정반대의 견해가 존재한다. 즉, DMCA에 긍정적 입장은 저작권자는 저작물에 대해 제한된 복제와 배급으로 인한 이익을 향유하게 됨으로써 적절한 보호를 받게 된다고 주장한다. 반면, 부정적인 입장에서는 모든 정보가 상업화되어 소비자가 저작물에 대한 사용료 지불을 하도록 강요받게 되는데, 더 큰 문제는 범위에 있어서 저작권에 의해 보호받는 부분뿐만 아니라 저작권의 보호 밖인 아이디어 사실 등에 대해서도 소비자가 비용을 부담하여야 할 우려가 있다고 주장한다.⁵⁾

이렇게 입장이 대립하는 가장 큰 이유는 DMCA가 接近權을 인정함으로써 저작권자를 지나치게 보호하는 데서 비롯된다. DMCA 관련 判例와 학설의 주된 경향이 DMCA를 축소 해석하거나, DMCA의 예외를 확대함으로써 저작물의 일반 사용자의 이익과 조화를 추구하고자 하는 것도 위와 같은 이유 때문이다.

따라서 이 글에서는 새로운 디지털 환경 하에서 DMCA가 규정한 저작

4) 디지털 저작물에 접근 이후의 저작물의 이용에 관해 통제하는 것을 말한다. 문헌에 따라 “이용통제(use control)”, “복제통제(copy control)”, “권리통제(right control)”라는 용어를 사용하지만, 복제만을 통제하는 것은 아니고, 권리통제는 그 용어가 지칭하는 것이 모호하므로, “이용통제(use control)”라는 용어가 적절하다고 판단된다. 여기서의 “이용”은 복제, 배포, 전송, 공연, 방송, 전시 등의 포괄적인 의미를 포함한다. 이하에서는 “이용통제(use control)”라는 용어를 사용하기로 한다.

5) Justin Graham, *Preserving the Aftermarket in Copyrighted Works: Adapting the First Sale Doctrine to the Emerging Technological Landscape*, 2002 Stan. Tech. L. Rev. 1, 1 (2002).

권자의 接近權과 일반 사용자들의 저작물 이용간의 適切한 均衡點이 무엇인가를 찾는 것을 기본 시각으로 한다. 그리고 接近權 개념이 우리 저작권법 체계로 도입할 경우, 이러한 균형점을 어떠한 규정 방식으로 어떠한 방향으로 운용하여야 하는지에 대한 비전을 제시하고자 한다. 이를 위해 接近權 개념을 가장 먼저 도입한 미국의 논의가 참고 될 것이고 따라서 이 논문에서는 이에 대해 중점적으로 연구하고자 한다.

이를 위해 제1장에서는 技術的 保護措置의 一般論으로서 技術的 保護措置의 개념과 등장 배경에 대해 알아본 후 技術的 保護措置의 구별 개념과 技術的 保護措置의 유형 및 유형별 종류에 대해 살펴보겠다.

그리고 제2장에서는 技術的 保護措置에 관한 주요 나라(세계지적재산권기구, 유럽연합, 일본, 호주)의 입법례를 간단히 소개한 후, 미국의 DMCA에 대해 고찰하겠다. DMCA에 대해서는 입법 연혁과 동법의 내용 및 이에 대한 해석과 관련 判例를 중심으로 보겠다.

제3장에서는 接近權 인정을 둘러싼 미국의 논의에 대해 알아보겠다. 이 장에서는 接近權에 관한 일반론으로 接近權의 정의, 接近權과 技術的 保護措置의 상호관계를 살펴보고, 接近權 인정의 국제 동향을 간단히 소개하겠다. 그리고 接近權 인정과 관련된 미국에서의 논의로 그 도입 과정에서의 찬반론을 알아 본 후 接近權의 법적 성질에 관한 논의로 기존의 저작권과의 관계에 대해 살펴보겠다.

그리고 제4장에서는 接近權과 公正利用 法理(Fair Use Doctrine)의 관계에 대해 미국 判例와 학설을 중심으로 고찰하고, 公正利用 法理 적용의 필요성 및 이를 뒷받침하는 견해들을 소개하겠다. 그리고 저작권 제한 원리인 最初販賣 原則과 接近權의 관계에 대해 항을 바꾸어 살펴보겠다. 여기서는 技術的 保護措置가 最初販賣 原則에 미치는 영향을 알아본 후 接近權 도입 이후에도 最初販賣 原則이 관철되어야 하는가에 대해 생각해보도록 하겠다.

제5장에서는 2次 市場에서의 技術的 保護措置의 남용에 따른 문제점과 이에 관한 미국의 判例와 학설의 논의를 고찰하겠다. 우선 2次 市場에서 接近權이 어떻게 남용될 수 있는지, 2次 市場과 接近權의 특징을 중심으로

살펴본 후, 이러한 문제가 쟁점이 된 미국의 판례를 자세히 소개한 후 이에 대응방안으로 논의되는 미국의 학설이 어떠한 것이 있는지를 알아보도록 하겠다.

그리고 마지막으로 제6장은 지금까지 고찰했던 미국의 논의가 우리나라에게 주는 示唆點이 무엇인지 살펴보기 위해, 우선 우리나라의 技術的 保護措置에 관한 입법 태도를 알아본 후, 우리나라에서 技術的 保護措置와 저작권에 대한 예외·제한이 어떻게 조화하고 있는지를 알아보겠다. 그리고 技術的 保護措置와 관련한 大法院 判例를 고찰한 후 한·미 FTA 협정문의 접근 통제 관련 내용을 소개하겠다. 그리고 결론으로서 저작권법의 향후 개정 가능성 그리고 접근통제 개념의 도입에 따른 우리의 대응방안에 대해 나름의 비전을 제시하고 본 논문을 마무리하고자 한다.

제1장. 技術的 保護措置의 一般論

I. 序

이 장에서는 接近權(Access Right) 인정의 전제가 되는 技術的 保護措置에 관한 일반론에 대해 살펴보도록 하겠다. 아래에서 자세하게 논하겠지만, 接近權은 저작물에 대한 접근 통제를 위한 技術的 保護措置를 보호하기 위해 DMCA가 도입한 개념이다. 따라서 接近權의 보호대상인 技術的 保護措置에 대해 상세하게 알아보는 것은 接近權 개념의 운용 방향을 설정하는 데 기본이 된다. 그러므로 이하에서는 技術的 保護措置의 개념 및 등장배경, 技術的 保護措置와의 구별개념, 技術的 保護措置의 유형 및 유형별 종류, 그리고 활용 범위에 대해 살펴보도록 하겠다.

II. 技術的 保護措置의 概念 및 登場背景

1. 技術的 保護措置의 概念

技術的 保護措置의 개념은 조약, 그리고 그것을 구체화한 각국의 법령, 학자들의 견해에 따라 다양하게 정의되고 있는 만큼 통일된 정의는 없다. 하지만 이하에서는 다양한 技術的 保護措置의 개념을 조약 및 법령상의 것과 학계에서의 것에 대해 나누어 살펴본 후 공통된 핵심 요소가 무엇인지 검토해보고자 한다.

가. 條約 및 法令上の 技術的 保護措置의 概念

우선 技術的 保護措置에 대해서는 여러 조약 및 입법례에서 그 정의를

내리고 있다. 주요한 몇 가지를 살펴보면, (i) 이 조약에서 정한 권리에 의해 보호되는 모든 행위를 금지(inhibit)하고 방지(prevent)하는 모든 과정, 조치, 기계장치이나 체계⁶⁾, (ii) 이 조약 또는 베른협약에서 정한 권리 행사와 관련하여 저작자에 의해 사용되고 저작자의 저작물과 관련하여 관련 저작자가 허락하지 않거나 법에 의하여 허용되지 않는 행위를 제한하는 수단,⁷⁾ (iii) 저작물 기타 보호대상에 관하여 법에 의하여 규정된 저작권 및 기타 인접저작권의 권리자 또는 유럽연합의 데이터베이스 지침 제3장에 규정된 독자적인 권리의 권리자가 허락하지 않는 행위를, 그것이 정상적으로 운용됨에 있어서 금지 또는 제한하기 위한 모든 기술, 도구 또는 부품⁸⁾ 등으로 정의되고 있다.

-
- 6) 1996년 어문 및 예술 저작물의 보호에 관한 기본 제안서(Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty in Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to be Considered by the Conference) 제13조 제3항의 정의 : ".....any process, treatment, mechanism or system that prevents or inhibits any of the acts covered by the rights under this Treaty.", *available at* <http://www.copyright.gov/wipo/wipo4.html>, http://www.wipo.int/documents/en/diplconf/pdf/4dc_e.pdf. (2008. 10. 11. 각 최종방문)
- 7) WIPO 저작권 조약(WIPO Copyright Treaty) 제11조에서의 정의 : "..... technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law.", *available at* http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs_wo033.html#P87_12240. (2008. 10. 11. 최종방문)
- 8) 2001년 4월 29일 “정보사회에서의 저작권 및 저작인접권에 관한 일정한 측면의 조화에 관한 지침(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)” 제6조 제3항 前文에서의 정의 : ".....the expression 'technological measures' means any technology, device or component that, in the normal course of its operation, is designed to prevent or restrict acts, in respect of works or other subject-matter, which are not authorised by the rightholder of any copyright or any right related to copyright as provided for by law or the sui generis right provided for in Chapter III of Directive 96/9/EC.", [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, Official Journal L 167/10, (22/06/2001)]

한편, 우리나라 저작권법에서는 "저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리에 대한 침해 행위를 효과적으로 방지 또는 억제하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 얻은 자가 적용하는 기술적 조치를 말한다."고 규정하고 있고⁹⁾, 컴퓨터프로그램보호법에서는 "프로그램에 관한 식별번호·고유번호 입력, 암호화 기타 이 법에 의한 권리를 효과적으로 보호하는 핵심 기술 또는 장치 등을 통하여 프로그램著作權을 보호하는 조치를 말한다."고 규정하고 있다.¹⁰⁾

나. 우리나라 學說에서의 技術的 保護措置의 概念

학설도 다양하게 정의하고 있다. 즉, 技術的 保護措置란 저작물의 무단 복제 및 배포 등의 행위를 방지하기 위한 기술적 보호수단 또는 통제장치를 말한다는 견해,¹¹⁾ 디지털 콘텐츠의 판매와 관리를 촉진하기 위해 설계된 전자시스템으로서 주로 콘텐츠에 대한 권한 없는 접근을 차단하는 수단으로 사용된다는 견해,¹²⁾ 저작자 등 권리자가 자신의 저작물을 보호하기 위해 자구의 수단으로 마련한 각종 이용 통제 장치라고 할 수 있다는 견해,¹³⁾ 디지털 저작물에 대한 권한 없는 사용자의 접근이나 복제행위를 방지하기 위한 저작권자의 기술적 통제조치를 말한다는 견해¹⁴⁾ 등이 있다. 한편, 技術的 保護措置의 장치는 하드웨어(hardware)나 소프트웨어(software)를 구별하지 않는다.

다. 小結

9) 저작권법 제2조 제28호.

10) 컴퓨터프로그램보호법 제2조 제9호.

11) 최종욱, "인터넷에서의 디지털 저작권 보호 기술", 정보법학 제6권 제2호, (2002. 12.), available at http://www.kafil.or.kr/old_kafil/seminar/24-3.PDF. (2008. 11. 19. 최종방문)

12) 전성태, "기술적 보호조치와 소비자 보호", 소프트웨어와 법률, (2006년 제3호), 29면.

13) 金基泰, "뉴 미디어의 技術進展과 著作權 保護에 관한 研究", 慶喜大學校 大學院 博士學位論文, (2000), 130면.

14) 오길영, *supra note 3*, at 216면.

이상의 예가 모든 技術的 保護措置에 대한 예를 수집한 것은 아니지만, 이들 정의를 통해서 技術的 保護措置로 되기 위한 공통된 요소가 존재함을 알 수 있다. ①우선 技術的 保護措置는 저작권 보호가 핵심이다. 조약 및 법에서 정한 권리를 보호하기 위한 조치이어야 한다. 즉, 보호 법익이 반드시 존재하여야 한다. ②그리고 저작권자 또는 저작인접권자가 스스로 취한 조치이어야 한다. 즉 위와 같은 목적을 달성하기 위해 자발적으로 취하여야 하는 것이다. ③마지막으로 技術的 保護措置는 효과적이어야 (effective) 한다. 技術的 保護措置를 회피하는 행위에 대해 효과성 (effectiveness) 여부를 불문하고 모든 技術的 保護措置를 법적으로 보호하게 되면 처벌범위가 지나치게 확장되어 일반 사용자의 저작물에 대한 이용권을 침해할 우려가 있다. 따라서 저작권 보호를 달성할 수 있는 효과적인 수단에 대해서만 법적 보호 테두리로 한정함이 타당하다.

결국 技術的 保護措置는 ①'보호법익이 존재하여야 하고, ②'자발적인 조치이어야 하며, ③'그 수단은 효과적이어야 하는 요건을 필요로 한다.

2. 技術的 保護措置 概念의 登場背景

인쇄술의 발달 이래 저작권법은 새로이 개발된 기술에 대한 대응의 역사이다.¹⁵⁾ 컴퓨터 기술과 정보통신기술의 발달은 디지털 콘텐츠를 탄생시켰고, 이로 인해 정보의 배포 및 공유가 용이하게 되어 저작물의 광범위한 배포라는 저작권의 정책 목표에 부합하게 되었다. 또한 디지털 기술의 발달의 적용 영역도 빠른 속도로 넓어졌다. 음악(MP3), 영화(동영상), 문학(소설 기타 e-Book), 비디오 게임, TV 프로그램, 사진 등 디지털 콘텐츠로 변화될 수 있는 것은 모두 디지털 기술을 적용하기 시작했다.

반면 이러한 기술은 디지털 콘텐츠에 대한 해적행위를 용이하게 할 수 있는 환경을 제공하였다. 클릭(click) 몇 번으로(복제의 용이성) 디지털 콘텐츠는 저작권자의 인식이나 허락 없이 거의 비용을 들이지 않고서도 완벽

15) 이대희, 인터넷과 지적재산권법, 468면, (2002). [hereinafter 이대희, 인터넷과 지적재산권법].

하게(복제품의 동일성)¹⁶⁾ 전 세계로 배포될 수 있게(전송의 용이성) 된 것이다.¹⁷⁾ 그리고 이용자들도 인터넷상으로 용이하고 저렴하게 저작물을 획득할 수 있게 되었다. 따라서 저작물과 인터넷으로 인하여 저작물의 複製權, 配布權, 展示權, 公演權 등이 매우 용이하게 침해될 수 있게 되었다. 이것은 저작권법의 목적인 저작자에게 창작의 동기(incentive)를 제공하는 것과 저작물에 대하여 일반인이 접근할 수 있는 것 간의 균형을 깨뜨릴 수 있다. 즉, 일반인의 接近權은 확장되었지만, 저작권자의 창작 의지는 꺾이게 된 것이다.

이러한 경향에 맞춰 콘텐츠 저작권자들은 저작물을 보호하기 위해 기술적 도구들(technological tools)을 발전시키기에 이르렀다. 이러한 기술적 도구들은 단순한 기술에서 복잡한 것에 이르기도 하고, 보호정도도 다양하다.¹⁸⁾ 한편, 技術的 保護措置는 해커의 공격으로부터 안전하지 못해서 技術的 保護措置만으로는 디지털 저작물을 완전하게 보호할 수 없다. 즉, 보안 기술의 전문가들은 언제든지 技術的 保護措置를 우회할 수 있는 방법을 알아낼 수 있고, 다른 이용자로 하여금 이를 이용하게 할 수도 있다. 특히 인터넷을 통하여 技術的 保護措置의 해독방법 또는 프로그램을 인터넷에 배포함으로써 사실상 기술적 조치를 무의미하게 만들어 버릴 수 있기 때문이다.¹⁹⁾ 그래서 이에 대한 제재가 없으면 이러한 기술적 도구들이 보호하고 있는 저작물도 침해될 가능성이 커지게 되는 것이다.

따라서 技術的 保護措置라도 법적 보호가 부여되지 못하면 기술적 장벽으로서의 의미 이상의 의미를 갖기 어려우며, 아무리 우수한 技術的 保護措置라도 무력화 될 수 없다고 단정할 수는 없다.²⁰⁾ 그래서 콘텐츠 산업

16) 인터넷상으로 전송되는 복제품의 질적인 면은 原저작물과 사실상 구별될 수 없을 정도로 동일하다. 비록 파일명 내지 파일 속성은 다를 수 있지만 이것은 저작물을 이용에 있어서는 문제되지 않는다.

17) The National Research Council, *The Digital Dilemma: Intellectual Property in the information age*, Nation Academy Press, 2000, p. 23. *available at* http://newton.nap.edu/html/digital_dilemma, (2008. 11. 3. 최종방문)

18) 技術的 保護措置의 유형 및 적용범위에 대해서는 제1장 IV.에서 더 자세히 다룸.

19) 이종구, “디지털저작물과 接近權-소니사의 PS2의 기술적 조치와 모드칩-”, 産業財産權 第20號(2006. 8.), 196면.

20) 정상조 등, “데이터베이스 보호방안 연구보고서”, 한국데이터베이스진흥센터, (2000.

이해 관계자들은 技術的 保護措置의 좌절행위에 대한 법적 보호를 요구했고, 그래서 WIPO는 각 회원국에 技術的 保護措置를 회피하는 행위에 대비한 적절한 법적 보호와 효과적인 수단 강구를 의무화했다.²¹⁾

이에 미국은 1992 오디오 홈레코딩 법(Audio Home Recording Act, AHRA 미국 저작권법 §1001-1002)²²⁾ 제정으로 디지털 저작권의 통제를 시작했다. 그 후 권한 없는 자(authorized third parties)로부터 효과적인 복제 방지(copy protection)와 저작권 관리 정보 수단(copyright management information measures)의 필요성이 끊임없이 제기되었고 결국 DMCA의 제정으로 가게 된 것이다.

이러한 결과 저작권자는 이제 저작권법에 의한 보호, 技術的 保護措置에 의한 보호, 技術的 保護措置의 좌절로부터의 법적 보호라는 3중적인 보호를 받을 수 있게 되었다.²³⁾

III. 技術的 保護措置와의 區別概念

1. 디지털 저작권 관리[Digital Right Management(DRM), 이하 'DRM'이라 한다.]

12.), 75면.

21) Article 11 of WCT. available at <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/index.html>, (2008. 10. 9. 최종방문.)

22) 이 법은 크게 세 가지의 내용을 규정하고 있다. 첫 번째는 디지털 오디오 녹음 장치(digital audio recording device)나 아날로그 녹음 장치(analog recording device)의 소비자나 중개자의 비상업적(noncommercial) 사용에 기반 한 침해행위를 금지한다. 두 번째는 디지털 오디오 녹음기(digital audiotape recorder)와 그 매개체-예를 들어 콤팩트 이프의 제조업자나 수입업자에게 그 판매에 대한 로열티를 징수하는 것이다. 세 번째는 제조업자와 수입업자에게 복제방지장치인 SCMS(serial copy management system) 장착 의무를 부여했다. 이 법은 그 적용범위는 제한적이지만, 사적 복제에 대한 폭넓은 규제로 가기 위한 첫 걸음이 된 입법으로 평가받는다. [Robert A. Gorman & Jane C. Ginsburg, COPYRIGHT-CASES AND MATERIALS, (7th ed. 2006), pp. 600-601.]

23) 이대희, 인터넷과 지적재산권법, *supra note* 15, 471면; 이영록, 技術的 保護措置의 보호입법에 관한 연구-저작권법상의 보호를 중심으로-, 저작권연구자료38, 저작권심의조정위원회, (2001. 12.), 23면.

가. DRM의 概念

DRM이란 콘텐츠 제공자의 권리와 이익을 안전하게 보호하며 불법복제를 막고 사용료 부과와 결제대행 등 콘텐츠의 생성에서 유통·관리까지를 일괄적으로 지원하는 기술이다. 여기에는 적법한 사용자만 콘텐츠를 사용하고 적절한 요금을 지불하도록 만드는 디지털 저작권 관리기술, 저작권 승인과 집행을 위한 소프트웨어 및 보안기술, 지불·결제기술이 모두 포함된다.²⁴⁾ 즉, 디지털 콘텐츠(Digital Contents)의 판매와 관리를 촉진하기 위해 설계된 전자적 시스템을 총칭하는 용어 또는 디지털 형태의 지적재산권의 식별과 보호를 위한 일련의 기술을 칭하는 일반 용어로 정의될 수 있다.²⁵⁾

결국 DRM이란, 일반 사용자의 입장에서는 사용자가 콘텐츠 소유자에 의해 설정된 조건(가격, 사용기간, 접근의 범위와 복제 등에 관한 내용)에 따라 온라인을 통해서 콘텐츠를 이용할 수 있는 시스템을 말한다.²⁶⁾ 반면 콘텐츠 소유자의 입장에서의 DRM은 콘텐츠 소유자의 권리와 이익을 안전하게 보호하며 불법 복제를 막고 사용료 부과와 결제 대행 등 콘텐츠의 생성에서 유통·관리까지를 일괄적으로 지원하는 기술을 말한다.²⁷⁾

24) 남궁술, 신재호, “기술적 보호조치’(TPM)와 ‘상호운용성’(Interoperability)-최근 프랑스에서 행해진 Apple사의 FairPlay(iPod 전용 DRM)에 관한 공정거래위원회의 결정과 지적재산권법 개정안에 관한 헌법위원회의 위헌성 결정을 중심으로-”, 산업재산권법 제 21호, (2006. 12.), 註3); 정중호, “DRM 호환성과 관련한 프랑스 저작권법 개정에 관한 조명”, DRM호환성 문제를 둘러싼 과제, 문화관광부 주최, 한국저작권법학회·저작권심의 조정위원회 주관 Conference, 2006년 6월 26일, 註2); 네이버(Naver) 백과사전, available at <http://terms.naver.com/item.nhn?dirId=202&docId=4633>, (2008. 11. 11. 최종방문)

25) 전성태·전수정, “DRM이 저작물의 이용에 미치는 법률문제에 관한 소고”, 계간저작권 (2006년 가을호), 68면.

26) June M. Besek, *Anti-Circumvention Laws and Copyright: A Report from the Kernochan Center for Law, Media and the Arts*, 27 COLUM.J.L. & ARTS. 385. 451-52 (2004).

27) 남궁술, 신재호, *supra note 24*, at 註3); 정중호, *supra note 24*, at 註2).

나. DRM의 種類 區分

분류 기준은 여러 가지가 있을 수 있지만, 접근통제를 위한 DRM과 이용통제를 위한 DRM으로 구분할 수 있다. 구분의 실익은 저작권법에 의한 보호여부에 있다. 이용통제를 위한 DRM을 회피하는 것은 저작권 침해로 되지만, 접근 통제를 위한 DRM을 회피하는 것에 대해서는 접근 통제 자체를 저작권자의 권리로 인정하고 있지 않기 때문에 별도의 입법(가령 DMCA §1201(a) 등)이 있어 그 법에 의해 보호받는 것과는 별개로 저작권으로 보호받는 것은 아니다.

다. 技術的 保護措置와 DRM 論議의 境界線

혼용되어서 사용되는 경우도 있지만, DRM은 접근통제나 이용통제에 대항하여 콘텐츠를 보호하는 것 이상의 폭넓은 기능을 제공한다. 즉, DRM 시스템은 콘텐츠의 묘사·식별을 가능하게 하고, 권리자에 의해 설정된 규칙을 강화하거나 콘텐츠의 배포와 이용을 위해 법정된 디지털 기술에 근거를 두고 있다.

반면, 技術的 保護措置는 저작권법 등에서 보호하는 권리의 침해를 효과적으로 방지하기 위하여 취해지는 것이다.

결국 DRM은 저작권법 등에서의 보호여부와 관계없이 모든 디지털콘텐츠의 접근을 제한하는 技術的 保護措置뿐만 아니라 권리관리정보를 포함하고 있으며, 기술이용자들로 하여금 소비자들이 어떠한 조건하에 어떠한 콘텐츠에 접근이 가능한지를 세부적으로 결정할 수 있도록 지불정보까지 포함하는 것으로서 디지털저작물의 관리를 총칭하는 개념으로 이해할 수 있다.²⁸⁾

2. 一時的 複製(Temporary Copy)

28) 전성태·전수정, *supra note 25*, at 69면.

가. 一時的 複製의 概念

一時的 複製(temporary copy)의 개념은 IT 인프라와 디지털 기술이 발전하면서 저작물 이용의 패러다임이 복제물을 소유하지 않고 저작물을 이용하는 형태로 변화됨에 따라서 나타난 개념이다. 일시적 복제란 디지털화된 저작물이 컴퓨터의 램(RAM) 등에 일시적으로 저장되는 것을 의미하며, 램(RAM) 저장은 기계적인 과정에서 매우 짧은 시간 동안만 존재할 수 있으며 전원이 차단되면 사라지는 특성을 가지므로, 현행 저작권법상 복제의 요건인 ‘고정(fixation)’에 해당된다고 보기 어렵다.²⁹⁾

나. 一時的 複製와 技術的 保護措置와의 關係

디지털 저작물의 경우에 기술적으로 일시적 복제를 통하지 않고도 저작물을 활용할 수 있는 방법이 개발되지 않는 한, 일시적 복제의 보호는 接近權의 부여와 동일한 의미를 가진다고 할 수 있다.³⁰⁾ 즉, 일시적 복제 개념을 인정한다면 저작권자의 허락이 없거나 법률에 의하여 허용되지 않으면 일시적 복제를 할 수 없고 결국 接近權을 인정하는 결과가 되는 것이다.³¹⁾

미국은 일시적 복제도 복제권에 포함되는 개념으로 보되, 公正利用 法理에 의하여 그 허용 여부를 결정하는 태도이나, EU 지침은 일시적 복제 행위가 일과적·부수적이며 기술상 필수적이고 그 목적이 네트워크(network)상에서의 중개 전송 또는 독립적 경제적 중요성이 없는 사용인 경우에는 複製權에서 면제되는 것으로 규율하고 있다.³²⁾

29) 손승우, “한미 FTA와 지적재산권의 미래”, 國際去來法研究, 第15輯 第2號, (2006), 76-77면.

30) 林元善, “著作權 保護를 위한 技術 措置의 法的 保護에 關한 研究”, 東國大學校大學院, 東國大學校博士學位論文, (2003), 25면.

31) 이대회, “디지털환경에서의 접근권 인정에 관한 연구”, 창작과 권리 2004년 봄호(제 34호), (2004. 3), 107면. [hereinafter 이대회, “디지털환경에서의 접근권 인정에 관한 연구”]

다. 우리법의 導入 與否 - 한·미 FTA 協定文을 根據로

현행 저작권법은 일시적 복제 개념을 인정하고 있지 않지만, 한미 FTA 협상 과정에서 미국은 저작자, 실연자 및 음반제작자가 형식에 관계 없이 전자적인 형태로 일시적으로 저장하는 것(temporary storage)을 포함하여, 저작물, 실연 및 음반의 모든 영구적 또는 일시적 복제를 금지할 수 있는 권리를 부여하도록 요구하였다.³³⁾

한·미 FTA 협정문 제18.4조 제1항은 “각 당사국은, 저작자·실연자 및 음반제작자가 어떠한 방식이나 형태로, 영구적 또는 **일시적(전자적 형태의 일시적 저장을 포함한다)**, 그의 저작물·실연 및 음반의 모든 복제를 허락하거나 금지할 권리를 가지도록 규정한다.(강조는 인용자)”고 되어있어, 위 한·미 FTA 협정문이 국회의 동의를 얻어 효력을 발생하게 되어 일시적 복제의 개념이 인정되면 이에 대한 입법적·정책적 대비가 필요할 것으로 보인다.

3. 逆分析(Reverse Engineering)

가. 逆分析(Reverse Engineering)의 概念

역분석(Reverse Engineering)이란 개발이 완료되어 유지보수가 이루어지고 있는 소프트웨어 시스템의 구성요소를 알아내고, 구성요소들 간의 관계를 식별하고, 대상(object) 시스템을 분석하는 과정이다.

컴퓨터 프로그램의 역분석은 여러 가지 목적을 위해 이용되고 있다. 가장 자주 쓰이는 목적은 호환성 있는 프로그램을 개발하기 위해서이고, 사용자가 필요한 프로그램을 만들기 위해서이거나, 오류를 수정하고, 바이

32) 문용호, "디지털저작물과 技術的 保護措置", 정보법학, 제6권제2호(2002), 11면, available at http://www.kafil.or.kr/old_kafil/seminar/24-1.PDF. (2008. 11. 19. 최종 방문)

33) 손승우, *supra note* 29, at 76면.

러스를 치료하거나 단순히 학습을 위해서인 경우도 있다.³⁴⁾

나. 逆分析(Reverse Engineering)과 技術的 保護措置

역분석(Reverse Engineering)은 저작권법과 관련한 쟁점을 야기한다. 왜냐하면, 그것은 엔지니어가 그 프로그램을 분석하기 위해서는 반드시 복제(reproduction)와 모방(derivative)이 필요하기 때문이다. 그러나 법원은 일반적으로 公正利用 法理(Fair Use Doctrine)나 저작권 남용 법리(copyright misuse)에 의해 소프트웨어의 복제를 허용해왔다.

그리고 경쟁 시장(competitive markets)에서의 역분석(Reverse Engineering)은 제품개발의 수단으로 인식되어 허용되고 있다. DMCA에서도 技術的 保護措置의 보호입법의 예외로 역분석(Reverse Engineering)은 일정한 범위에서 허용되고 있지만³⁵⁾, 학계에서는 그 범위를 더 넓히려는 주장이 제기되고 있다.³⁶⁾

다. 關聯 問題

역분석(Reverse Engineering)은 2次 市場(Aftermarket)에서 상호호환성(interoperability)과 관련하여 경쟁 제한적으로 接近權을 남용하는 것을 방지하는 논의에서 언급된다. 자세히는 제5장 IV. 4.에서 살펴보도록 하겠다.

34) Donna L. Lee, *Reverse Engineering of Computer Programs Under the DMCA: Recognizing a "Fair Access" Defense*, 10 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 537, 538 (2006).

35) DMCA §1201(f) 참조.

36) 제5장 IV. 4. 참조.

IV. 技術的 保護措置의 類型 및 類型別 種類

1. 序

技術的 保護措置는 크게 접근통제를 위한 것과 이용통제를 위한 것으로 구분할 수 있다. 예컨대 저작물 사용자가 소프트웨어 시디(CD)를 시디롬(CD-ROM)에 삽입한 경우, 접근통제는 당해 사용자가 시디(CD)에 접촉하여 그 내용을 파악할 수 있도록 하느냐에 대한 통제이고(저작물에 대한 접촉 이전의 통제), 이용통제는 일단 내용의 열람은 가능하나 이를 하드디스크에 옮기거나 복제를 할 수 있도록 하느냐에 대한 통제(저작물에 대한 접촉 이후의 통제)이다. 따라서 1차적 통제인 접근통제를 거쳐야만 2차적 통제인 이용통제에 다다를 수 있으며, 접근통제를 통과하지 못한 채 이용통제를 무력화하여 저작권 침해행위인 불법복제를 할 수는 없다.³⁷⁾ 이러한 기본적인 통제 분류를 기초로 하여, 새로운 비즈니스 모델과 배포방식이 개발되었고, 소비자는 다른 가격과 단계별 편이성을 가지고 저작물을 이용할 수 있는 다양한 선택을 할 수 있게 되었다.

이하에서는 技術的 保護措置를 크게 접근통제형과 이용통제형으로 나누고, 각 유형별로 어떠한 종류의 技術的 保護措置가 있을 수 있는지, 그리고 어떠한 영역에서 주로 활용되고 있는지 살펴보겠다.

2. 接近統制形(Access Control) 技術的 保護措置

첫 번째 유형의 技術的 保護措置는 저작권에 대한 침해 여부와는 별개로 저작물에 대한 승인 없는 접근 자체를 통제하기 위한 것이다.

가. 암호화방법(Cryptography)

디지털 저작물에 키코드(Key-code)를 넣어 이를 풀지 않고서는 이용

37) 오길영, *supra note 3*, at 註11).

할 수 없게 한다. 예를 들어 사진에 모자이크나 소용돌이 문양을 넣거나 동영상에 줄을 넣는 것 등이다.

나. 비밀번호(Password)³⁸⁾

온라인데이터베이스나 기타 온라인 서비스를 이용하는 경우에 그 사용자의 동일성을 확인하여 그 자가 해당 저작물을 사용할 정당한 권한이 있는가를 확인하는 장치다. 한편, 비밀번호와 유사 개념인 시리얼(serial) 번호가 있는데, 이것은 컴퓨터 시스템에서 소프트웨어를 설치 또는 사용할 권한이 있는가를 확인하는 수단이다.

위 두 개념은 모두 저작권 보호를 위한 技術的 保護措置에 해당한다고 본다.

다. 전자서명(Electronic Signature)·디지털 서명(Digital Signature)³⁹⁾

자료메시지에 부착되거나 논리적으로 결합된 전자적 형태의 자료로, 서명자의 신원을 확인하고 자료메시지의 내용에 대한 그 사람의 승인을 나타낼 목적으로 사용된다. 이는 손으로 하는 수기서명(manual signature) 또는 날인의 전자적인 대체물로서 펜 대신에 컴퓨터를 매개로 하여 생성되는 정보라고 할 수 있다. 이와 비슷한 용어로 디지털서명(digital signature)이 있는데, 디지털서명이란 공개키 암호방식(비대칭적 암호체계)을 이용한 전자서명의 한 종류이다

라. 지역코드체계(regional coding system)⁴⁰⁾

38) 安孝秩, “間接的인 著作權侵害行爲-시리얼번호제공 및 技術的 保護措置회피행위를 중심으로-”, 判例實務研究VI, (2003. 8.), 379-80면.

39) 네이버(Naver) 백과사전, *available at* <http://100.naver.com/100.nhn?docid=772367>.(2008. 11. 19. 최종방문)

40) 이대회, “DVD와 기술적 보호조치”, 비교사법 제13권 4호, (2006. 12.), 714-16면. [hereinafter, 이대회, “DVD와 기술적 보호조치”]

지역코드 체제는 어느 지역에서 제작된 디지털 비디오 디스크(Digital Video Disk : DVD, 이하 'DVD'라 한다)가 같은 지역에서 제작된 플레이어에 의하여 이용되는 것은 가능하지만, 다른 지역에서 제작된 플레이어에 의하여서는 이용할 수 없게 하는 것이다. 지역코드 체제는 DVD의 병행수입을 억제하기 위한 것으로서, 이에 의하여 영화사들은 지역에 따라서 영화공급을 통제할 수 있게 된다. 지역코드 체제는 DVD에 저장되어 있는 영화 콘텐츠에 소비자가 접근하는 것을 통제하기 위한 技術的 保護措置라 할 수 있다. 추가적으로 이러한 지역코드를 우회하려는 기술을 억제하는 기술(Region Code Enhancement, RCE)도 있는데, 이것은 지역코드가 적용된 DVD가 지역코드를 풀어버린 플레이어에 의하여 DVD가 재생될 수 없도록 하기 위한 기술이다.

마. CSS(Content Scrambling System)⁴¹⁾

CSS는 DVD의 콘텐츠, 곧 영상 저작물에 접근하는 것 자체를 통제하는 기술이다. CSS기술은 기본적으로 암호화(encryption)와 인증(authentication)이라는 단계로 구성된다고 할 수 있다.

CSS는 DVD의 콘텐츠를 암호화하기 위하여 일련의 키(key)⁴²⁾를 설정하는(configure) 알고리즘을 이용하는 암호체제이다. CSS를 해독(복호화)-인증(authentication)절차-하기 위해서는 CSS 암호 알고리즘을 인지하고 [CSS 이용허락조건을 준수하는] DVD 플레이어(player, 재생기기)에 포함되어 있는 마스터키(master key)를 필요로 한다. 그리고 즉, DVD 플레이어는 마스터키와 알고리즘이 없는 DVD의 콘텐츠에 접근할 수 없다. 그리고 DVD 플레이어는 마스터키와 알고리즘을 이용하여 TV나 컴퓨터 화면에 영화를 보여줄 수 있지만, 시청자들은 복제를 하거나 디지털 콘텐츠를 처리할 수 있는 컴퓨터의 기능을 이용할 수 없다.

미국 법원에서도 CSS는 접근을 통제하는 효과적인 수단인지에 대해

41) *Id.* at 712-13.

42) 사실상 수학공식의 값(value)의 역할을 하는 일련의 0과 1이다.

긍정하는 판시를 한 바 있다.⁴³⁾

2. 이용통제형(Use Control) 技術的 保護措置

두 번째 유형의 技術的 保護措置는 저작물에 대한 접근은 허락되지만, 저작물을 복제·배포하는 행위 등 전형적인 저작권이용에 있어 저작권을 침해하는 행위를 통제하기 위한 것이다.⁴⁴⁾

가. 디지털 워터마크(digital watermark)

디지털 저작물에 상표, 로고, 인감, 자필 서명 등 저작권 인증 데이터를 삽입하고 뒤에 이를 추출할 수 있도록 하여, 변조 및 복제 방지, 소유권 주장, 사용제한(복사 및 디스플레이 횟수 제한), 인증 등을 보호하는 기술이다. 주로 영상 저작물에 사용된다.

나. 직렬복제관리시스템(SCMS, serial copy management system)

음악저작물이나 음반의 무단복제를 방지하는 것으로서 시디(CD), 엠디(MD), DAT, CD-R 등의 디지털 녹음매체에서 사용되고 있으며, 디지털 방송에도 채택될 예정이다. 이 방식은 녹음 매체의 특정 부분에 기록된 디지털 신호에 디지털 녹음기가 반응함에 따라 무단복제가 방지(녹음작동의 정지)된다. SCMS는 제1세대(first-generation)의 복제물은 무한적으로 만들 수 있으나 그 이후 세대의 복제물(제1세대 복제물로부터 만들어진 복제물)은 만들 수 없도록 하는 기술이다.

다. 복제세대관리시스템(CGMS, copy generation management

43) Universal City Studio, Inc. v. Reimerdes 111 F. Supp. 2d 294, 317-18 (S.D.N.Y. 2000).

44) 이하의 내용은 정상조 등, *supra note 20*, at 註135).

system)

영상저작물 등의 무단복제를 방지하는 것으로서 DVD등의 디지털 녹음 매체에서 사용되고 있으며, 디지털 방송에도 채택이 검토되고 있다. 이 방식은 SCMS와 마찬가지로 녹화매체의 특정 부분에 기록된 디지털 신호에 디지털 녹화기기가 반응함에 따라 무단복제가 방지(녹화작동의 정지)된다.

라. 마크로 비전(Macrovision)

영상저작물 등의 무단복제를 방지하는 것으로서 아날로그 비디오테이프나 DVD 등의 디지털 녹화매체 또는 디지털 방송에 사용되고 있다.⁴⁵⁾ 이것은 녹화매체에 기록된 아날로그 영상신호 중 통상의 TV에서는 화면에 나타나지 않는 부분에 특수한 신호를 기록하는 것에 의해 아날로그 녹화 기기에서는 녹화기능을 혼란에 빠뜨려 시청할 수 없는 어지러운 영상이 녹화되게 만든다. 디지털 녹화 기기에서는 녹화작동을 정지시켜 무단복제를 막는다.

마. DTCP(Digital Transmission Content Protection)

디지털홈 구축을 위한 홈네트워킹 기술로 디지털 텔레비전·DVD용으로 제작된 디지털 콘텐츠들을 가정에서 볼 수 있도록 IP 기반으로 데이터를 변환하는 기술이다. 주로 저작권이 있는 콘텐츠에 대해 복사방지 기능을 넣은 기술이다. 홈네트워크 상에서는 자유롭게 기기간에 복제가 되지만 홈네트워크를 벗어난 외부 네트워크를 통해서는 복제가 불가능하도록 한 것이다. 즉, 홈네트워크 안에서만 복제나 전송이 가능하고, 인터넷을 통해서 전송이 안 되도록 해 놓았다.⁴⁶⁾

45) 이 중 DVD의 콘텐츠를 보호하는 것이 RipGuard DVD라고 불리고, 아날로그 형태로 VCR이나 DVD 레코더, 하드 드라이브 레코더 등의 녹화기기로 복제하는 것을 방지하는 기술을 ACP(Analog Copy Protection)이라 한다.

46) 위키피디아(Wikipedia) 백과사전, available at

바. SDMI(Secure Digital Media Initiative)

원천적인 복제 방지를 목표로 하고 있다. 즉 콘텐츠를 보여주거나 들려주는 기기에서 복제를 막거나 연주를 못하게 하는 것이다.

3. 小結 - 접근통제와 이용통제 구분의 어려움

현실적으로 접근통제장치와 이용통제장치는 모두 궁극적으로는 디지털 매체 속에 들어있는 저작물을 보호하기 위한 것이고, 양자의 기능을 모두 가지고 있는 技術的 保護措置(TPM)도 많이 사용되고 있기 때문에 어떤 技術的 保護措置가 접근통제장치에 해당하는지 아니면 이용통제장치에 해당하는지 구분하는 것이 쉽지 않은 경우가 많다.⁴⁷⁾ 접근통제장치와 이용통제장치가 모두 있는 경우, 접근통제장치를 회피하지 못하면 저작물을 이용하는 것 자체가 불가능하므로 양자를 통틀어 접근통제장치로 볼 수 있을 것 이지만, 접근을 통제하는 실질적인 이유는 이용자들이 불법으로 복제하는 것을 막기 위한 것이므로 큰 범주에서는 이용통제로 볼 수 있다.

하지만, 미국 DMCA 이래 접근통제와 이용통제를 구분하는 입법적 태도 및 정책적 측면에서 볼 때 접근통제와 이용통제를 구별하지 않을 수 없다.⁴⁸⁾

http://en.wikipedia.org/wiki/Digital_Transmission_Content_Protection, (2008. 11. 11. 최종방문)

47) Myron Hecht, *Reconciling Software Technology and Anti-Circumvention Provisions in the Digital Millennium Copyright Act*, 2004 UCLA J.L. Tech. 3, (2004), at III. C.

48) 이종구, *supra note* 19, at 192-94면.

제2장. 技術的 保護措置의 保護立法例 및 DMCA 內容 分析

I. 技術的 保護措置의 保護立法例

1. 序

WCT이 시초가 되어, 각국에서는 技術的 保護措置에 관한 구체적 입법례를 가지고 있다. 그러나 저작권자들은 저작권 보호를 위한 보다 더 강력한 법적 보호제도를 요구한다. 반면, 일반 이용자들은 강력한 수단에 대해 저작물의 이용을 억제하는 것이라고 반대하는 입장을 취한다. 양 쪽 모두 저작권법이 추구하는 목적으로서 어느 하나를 포기할 수는 없다. 이러한 양립하는 두 보호법익은 각국의 처한 상황⁴⁹⁾과 저작권법상의 정책에 따라 다양한 입법 형태를 낳는 요인이 되고 있다.

우리나라는 디지털 기술의 발달과 보급 수준이 'IT-강국'이라 불릴 만큼 다른 어느 나라보다 뒤지지 않는다. 이에 따라 향후 저작권법은 技術的 保護措置에 관해 현재보다 더 강력한 보호수단을 규정하게 될 것이고, 2007년 체결된 한·미 FTA 협정에 따르면 이러한 방향으로 조만간 입법화 될 것이 예상된다. 따라서 技術的 保護措置에 관한 先進 입법으로 대표적인 것인 DMCA에 관해 살펴볼 필요가 있다.

이하에서는 DMCA의 전제가 된 WIPO 저작권 조약(WIPO Copyright Treaty, WCT)에서의 내용과 미국을 제외한 각국의 입법례를 간단하게 살펴본 후 향을 바꾸어 DMCA 입법 내용에 대해 상세하게 살펴보겠다.

49) 디지털 기술의 발달 정도, 보급화, 상용화 정도 등등.

2. WIPO 著作権 條約(WIPO Copyright Treaty, WCT)

가. 序

세계 무역 기구(World Trade Organization, 이하 'WTO'라 한다)가 인터넷과 관련된 지적재산권에 관한 규범에 대하여 입법한 것은 없다. 다만 1995. 12. 22. WIPO와 WTO는 WIPO가 WTO에 기술적인 도움을 제공하겠다는 협약을 체결했을 뿐이다.⁵⁰⁾ 현재 인터넷과 관련된 지적재산권 분야의 국제법적 규율은 WIPO가 주도적인 역할을 하고 있다.

WIPO는 1996년 12월 20일에 제네바(Geneva)에서 WCT를 체결했다.⁵¹⁾ 위 협약은 현재 67개국이 참가하고 있다.⁵²⁾

한편, WIPO는 WCT⁵³⁾과 WIPO 실연·음반조약(WIPO Performances and Phonograms Treaty, 이하 'WPPT'라 한다)⁵⁴⁾에 技術的 保護措置의 回避 禁止(Anti-circumvention)에 대한 법적 보호 조항을 채택하였다.⁵⁵⁾ 이하에서는 WCT에서의 위 조항의 내용에 대해 살펴보도록 하겠다.⁵⁶⁾

50) Article 2. of AGREEMENT BETWEEN THE WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION AND THE WORLD TRADE ORGANIZATION 35 I.L.M. 754, 756-57 (1996).

51) WIPO Copyright Treaty, Dec. 20, 1996, S. Treaty Doc. No. 105-12, 36 I.L.M.65 (1997), available at <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/index.html> . (2008. 10. 9. 최종방문)

52) 참가국은 <http://www.wiop.int/treaties/en/ip/wct/index.html>(2008. 10. 9. 최종방문)에서 볼 수 있다.

53) 技術的 保護措置 좌절행위 금지 조항의 WIPO Copyright Treaty에로의 채택 과정에 대해서는 이대희, 인터넷과 지적재산권법, *supra note* 15, at 473-75면 참조.

54) WIPO Performances and Phonograms Treaty, adopted Dec. 20, 1996, S. Treaty Doc. No. 105-17, 36 I.L.M.65 (1997), see also at <http://www.wiop.int/treaties/en/ip/wct/index.html> 2008. 10. 16. 최종방문).

55) 2000년 12월의 외교회의에서 채택에는 실패하였지만, 시청각실연조약(Audiovisual Performances Treaty)은 현재 논의 중에 있으며 이러한 논의 결과 WPPT의 청각실연 보호 수준에 준하는 정도가 될 것으로 조심스럽게 예측되고 있다. available at http://cafe.naver.com/gaury.cafe?iframe_url=/ArticleRead.nhn%3Farticleid=7536, (2008. 10. 11. 최종방문)

56) WPPT의 技術的 保護措置의 회피 금지 규정은 WCT에서의 규정과 사실상 동일하기 때문에, WCT 규정을 살펴보는 것으로 같음한다.

나. 技術的 保護措置에 대한 保護立法의 義務

WCT 제11조에서는 “체약 당사국들은 본 조약과 베른협약에 따라 저작자가 그들의 권리를 행사하는 것과 관련하여 사용하는 효과적인 技術的 保護措置와, 저작물에 관하여 저작자가 허락하지 않거나 법이 허용하지 않는 행위를 제한하는 효과적인 技術的 保護措置를 회피하는 것에 대하여 적절한(adequate) 법적 보호와 효과적인 법적 구제수단을 제공하여야 한다.”고 규정하고 있다.⁵⁷⁾

이 조항은 1996년 어문 및 예술 저작물의 보호에 관한 기본 제안서(Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty in Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to be Considered by the Conference)⁵⁸⁾ 제13조 제3항에서 제안되었던 技術的 保護措置에 대한 개념⁵⁹⁾이 수정된 것이다. WPPT 제18조에서도 WCT와 유사한 규정을 두고 있다.⁶⁰⁾

57) Article 11(Obligations concerning Technological Measures) : Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law. *available at* http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs_wo033.html#P87_12240, (2008. 10. 11. 최종방문)

58) http://www.wipo.int/documents/en/diplconf/4dc_all.htm#Article%2013 (2008. 10. 14. 최종방문)

59) Article 13(3) of Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty in Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to be Considered by the Conference : As used in this Article, "protection-defeating device" means any device, product or component incorporated into a device or product, the primary purpose or primary effect of which is to circumvent any process, treatment, mechanism or system that prevents or inhibits any of the acts covered by the rights under this Treaty.

60) Article 18 of WPPT : Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective

다. WIPO에서의 技術的 保護措置의 保護 要件 및 效果

(1) 技術的 保護措置의 要件⁶¹⁾

(가) 效果성(effective technological measures)

위 규정에서 技術的 保護措置는 效果적인 技術적 조치(effective technological measures)이어야 함을 요구하고 있다. 效果적인 수단이 되기 위해서는 권리자가 자신의 저작물의 보호에 일정한 노력을 가하여야 한다는 것으로 해석되고 있다.

(나) 권리를 행사하기 위해 저작자가 사용(used by authors in connection with the exercise of their rights)

저작권법에 의하여 보호되는 권리를 행사하는 것과 관련하여 권리자가 사용하는 技術的 保護措置에 대해서만 법적 보호가 주어진다라는 것을 의미한다. 따라서 저작권에 의해 보호되지 않거나 일반인의 공유영역에 있는 저작물을 보호하는 技術的 保護措置에 대해서는 WIPO 저작권 조약이 적용되지 않는다.

(다) 저작자가 허락하지 않거나 법이 허용하지 않는 행위를 제한해야 함(not authorized by the authors concerned or permitted by law)

WIPO가 금지하는 행위는 제한된 목적 하의 행위이다. 즉, 저작권을 침해할 목적으로 技術的 保護措置를 회피하는 행위만이 금지된다. 따라서 저작권법이나 기타 분야의 법이 허용하는 행위를 수행할 목적으로 技術的 保護措置를 회피하는 것은 불법이 아니다. 또한 접근을 방지할 뿐인 기술

technological measures that are used by performers or producers of phonograms in connection with the exercise of their rights under this Treaty and that restrict acts, in respect of their performances or phonograms, which are not authorized by the performers or the producers of phonograms concerned or permitted by law.

61) 이대희, 인터넷과 지적재산권법, *supra note* 15, at 476-78면.

(저작권 보호와 관계없이)도 WCT가 보호하고자 하는 기술에 해당하지 않는다. 왜냐하면, 베른협약이나 WCT는 저작물에 대하여 개별적으로 접근하는 것을 통제하는 것에 관한 배타적인 권리를 저작권자에게 부여하고 있지 않으며, 따라서 베른협약이나 WCT에 따른 저작자의 권리행사가 아니기 때문이다.

(2) 效果 - 回避行爲로부터의 保護

1996년 어문 및 예술 저작물의 보호에 관한 기본 제안서 제13조에서는 보호를 회피하는 도구의 거래와 이와 동일한 효과가 있는 서비스의 제공만을 금지하고 있으나⁶²⁾, WCT는 저작권을 보호하는 技術的 保護措置를 실제로 회피(circumvention)하는 것으로부터 적절한 법적 보호(adequate legal protection)와 효과적인 법적 수단(effective legal remedies)을 제공할 것을 요구하고 있다. 그리고 구체적인 입법 내용은 각국에 위임하고 있다.

라. 小結- 例外 規定의 不存在

WCT는 각 국에게 어떠한 형태로 조약의 실행 의무를 이행해야 하는지에 대한 방향을 제시하지 않았다. 각국은 技術的 保護措置 회피행위 자체의 금지, 회피 도구 거래 금지, 또는 둘 다 할 수도 있게 되었다. 단지 '적절한 보호(adequate protection)'라는 기준만을 제시할 뿐이다. 이것은 각국이 다양한 양상을 가질 수 있는 요인이 된다.

한편, 위와 같은 금지에는 일정한 예외가 허용될 수 있는데, 조약에는 아무런 규정을 두고 있지 않아 전적으로 회원국의 입법 태도에 의존하고 있다. 이것은 각국이 각자 처한 상황에 따른 예외 설정을 하도록 한 것으로

62) Article 13.(1) : "Contracting Parties shall make unlawful the importation, manufacture or distribution of protection-defeating devices, or the offer or performance of any service having the same effect.....", *available at* (<http://www.copyright.gov/wipo/wipo4.html>, (2008. 10. 11. 최종방문)

로 해석될 수 있지만, 디지털 기술은 그 속성상 국제적 성격을 띠므로 통일적인 규율을 위해서는 국제 조약에서 일정한 방향을 설정해 줄 필요성은 있다. 제네바에서 개최된 WIPO Standing Committee in Copyright and Related Right(SCCR) 제15차 회의 초안 제19조 제1항에서 계약 당사자는 방송국에서 설치한 技術的 保護措置를 무력화하는 행위를 금지할 수 있도록 하면서도, 제2항에서는 “방송물을 비침해적으로 이용하기 위한 목적으로 방송물에 접근하기 위해서 技術的 保護措置를 무력화하는 것은 이 조항에 의해 이행되는 조치의 위반을 구성하지 않는다.”고 규정하여⁶³⁾ 비침해적 행위 개념을 인정한 예는 있다.

3. 유럽연합(European Union)

가. 컴퓨터 프로그램의 법적 보호에 관한 지침

유럽연합은 일찍이 ‘컴퓨터 프로그램의 법적 보호에 관한 지침’(Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs)에서 ‘회원국은 저작권자의 허락 없이 컴퓨터 프로그램을 보호하기 위하여 적용되어 온 技術的 保護措置를 제거하거나 회피하는 것을 용이하게 하는 것이 유일하게 의도된 목적(sole intended purpose)인 수단을 상업적인 목적으로 유통시키거나 소유하는 행위를 하는 자를 규제하기 위하여 적절한 규제수단을 제공하여야 한다고 규정하여 技術的 保護措置를 보호하고 있으나,⁶⁴⁾ 이는 技術的 保護措置를

63) Article 19(2) : Revised Draft Basic Proposal for the WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting Organization, SCCR/15/2 (Sep. 11-13, 2006) : "Contracting Parties may provide that the circumvention of an imposed effective technological measure, used by a broadcasting organization, to obtain access to a broadcast for the purpose of non-infringing use of that broadcast shall not constitute an infringement of the measures implemented by virtue of this article."

64) Article 7.1.(c) of Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs, Official Journal L 122, (17/05/1991), p. 42.

회피하는 수단을 금지하는 예비적 행위에 대한 규제에 한정된 것이다.

이는 회피 행위 자체를 금지시키지는 않고, 그것을 가능하게 하는 도구 등의 거래를 금지하고 있다.

나. 조건적인 접근에 기초하거나 조건적인 접근으로 구성되는 서비스의 법적 보호에 관한 지침

1998년 11월 20일의 ‘조건적인 접근에 기초하거나 조건적인 접근으로 구성되는 서비스의 법적 보호에 관한 지침’(Directive 98/84/EC of the European Parliament and of the Council of 20 November 1998 on the legal protection of services based on, or consisting of, conditional access)⁶⁵⁾에 의하여 서비스 제공자의 인가(authorization)없이 조건적인 접근서비스에 접근할 수 있는 장치를 상업적인 목적으로 제조(manufacture), 수입(import), 배포(distribution), 판매(sale), 대여(rental) 소유(possession)하는 행위, 그리고 그 장치를 상업적 목적으로 실행(installation), 유지(maintenance), 대체(replacement)하는 행위를 침해행위로 규정하여⁶⁶⁾ 조건적 서비스를 위한 技術的 保護措置를 보호하고 있다.

동 지침은 서비스에 허락 없이 접근하게 하는 불법 장치의 거래를 금지하고 있는 것으로 콘텐츠 자체를 보호하기 위한 조건 서비스 관련 협약과는 구별되지만, 조건 서비스 관련 지침의 전신이다.⁶⁷⁾

다. 유럽연합(EU) 저작권 지침

한편, 2001년 4월 29일 ‘정보사회에서의 저작권 및 저작인접권에 관

65) Directive 98/84/EC of the European Parliament and of the Council of 20 November 1998 on the legal protection of services based on, or consisting of, conditional access, Official Journal L 320, 28/11/1998 p. 54.

66) Article 4 of Directive 98/84/EC of the European Parliament and of the Council of 20 November 1998 on the legal protection of services based on, or consisting of, conditional access.

67) 이대희, 인터넷과 지적재산권법, *supra note* 15, at 506면 참조.

한 일정한 측면의 조화에 관한 지침(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)⁶⁸⁾ - 일명, 'EU 저작권 지침', 이하에서는 이것으로 칭한다-이 채택되어 제6조 제3항 前文에 技術的 保護措置에 관하여 “저작물 기타 보호대상에 관하여 법에 의하여 규정된 저작권 및 기타 인접 저작권의 권리자 또는 유럽연합의 데이터베이스 지침 제3장에 규정된 독자적인 권리의 권리자가 허락하지 않는 행위를, 그것이 정상적으로 운용됨에 있어서 금지 또는 제한하기 위한 모든 기술, 도구 또는 부품을 의미한다.”고 규정하고 있다.⁶⁹⁾ 그리고 동 지침 제6조 제3항 後文에서는 “技術的 保護措置는 권리자들이 저작물 또는 그 밖의 대상물에 대한 암호화, 변환이나 기타 변형, 또는 복사통제장치와 같은 보호 목적을 달성하려는 접근 통제 또는 보호조치의 적용을 통하여 보호받는 저작물 또는 그 밖의 대상물의 이용을 통제하는 경우에 ‘실효적인’ 것으로 본다.”고 하여 技術的 保護措置의 범위를 다소 넓게 규정한 것으로 평가받는다.

이 지침은 역내 시장에서 저작권 및 관련 권리에 대해 법률적 보호를 하기 위한 것으로, 유럽연합이 WIPO 조약에 따른 입법 의무를 이행하기 위해 만든 것으로 동 지침 제6조 제1항 및 동조 제2항에서는 EU 각 회원국에게 技術的 保護措置의 좌절행위 및 그 예비적 행위로부터 보호하는 입법을 요구하고 있다.⁷⁰⁾ 그러나 EU 저작권 지침이 역시 회원국들에게 지침

68) Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, Official Journal L 167/10, (22/06/2001).

69) “the expression 'technological measures' means any technology, device or component that, in the normal course of its operation, is designed to prevent or restrict acts, in respect of works or other subject-matter, which are not authorised by the rightholder of any copyright or any right related to copyright as provided for by law or the sui generis right provided for in Chapter III of Directive 96/9/EC.”, 본 규정은 저작권에 의해 보호되는 저작물에 대하여만 대상으로 하는 DMCA와는 달리, 저작권과 관련된 것도 보호범위에 포함하고 있다. 이러한 점을 지적한 문헌은, June M.Besek, *supra note 26*, 426 n 172.

70) Article 6.1. : Member States shall provide adequate legal protection against the circumvention of any effective technological measures, which the person

에서 구체적·특정한 예외나 제한을 두지는 않고 회원국들에게 이용자들이 그러한 적절한 수단에 혜택을 입도록 적절한 방법을 만들 것을 요구했다.⁷¹⁾

라. 小結

技術的 保護措置에 관한 유럽연합의 지침들은 미국이나 호주의 입법보다 상세하지 못한 특성을 지니고 있다. 유럽연합의 위 지침은 일반적인 수단은 부과하지 않으면서 목적을 설정함으로써 회원국의 국내입법을 조화시키는 기능을 한다. 유럽각국은 2001년에 채택된 저작권 지침의 技術的 保護措置에 관한 규정을 조만간 자국의 입법에 반영하였다.⁷²⁾

4. 日本

저작권법과 부정경쟁방지법을 개정하여 저작권법에서는 저작권을 보호하기 위한 技術的 保護措置에 초점을 맞추었고, 부정경쟁방지법은 이용통

concerned carries out in the knowledge, or with reasonable grounds to know, that he or she is pursuing that objective. (효과적인 技術的 保護措置의 좌절에 대한 법적 보호제공을 요구)

Article 6.2. : Member States shall provide adequate legal protection against the manufacture, import, distribution, sale, rental, advertisement for sale or rental, or possession for commercial purposes of devices, products or components or the provision of services which: (a) are promoted, advertised or marketed for the purpose of circumvention of, or (b) have only a limited commercially significant purpose or use other than to circumvent, or (c) are primarily designed, produced, adapted or performed for the purpose of enabling or facilitating the circumvention of, any effective technological measures. (효과적인 技術的 保護措置를 좌절시킬 목적의 도구의 거래 등의 금지 요구), 특이한 점은 위와 같은 도구의 거래 뿐 아니라 광고행위까지 금지된다는 것이다.

71) Article 6.4. of 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, Official Journal L 167, 22/06/2001.

72) 유럽 회원국들의 입법동향에 대해서는 林元善, *supra note* 30, at 114-24면 참조.

제 및 접근통제에 관하여 규율하고 있다.

가. 著作権法

일본 저작권법 제2조 제1항 제20호에서는 技術的 保護手段의 정의 규정을 두어 “기술적 보호수단이란 전자적 방법, 磁氣的 方法 그 밖의 사람의 知覺에 의하여 인식할 수 없는 방법(이하, ‘전자적 방법’이라 한다)에 의하여, 제17조 제1항에서 규정하는 저작인격권, 저작권 또는 제89조 제6항에서 규정하는 저작인접권(이하 ‘저작권 등’이라 한다)을 침해하는 행위를 방지 또는 억제(저작권 등을 침해하는 행위의 결과에 현저한 장애를 발생하게 함으로써 당해 행위를 억제하는 것을 말한다. 제30조 제1항 제2호에 있어서와 같다)하는 수단(저작권 등을 가지는 자의 의사에 기초하지 아니하고 사용되는 것은 제외한다)으로서 저작물, 실연, 음반, 방송 또는 유선방송(이하, ‘저작물 등’이라 한다)의 이용(저작자의 동의를 얻지 아니하고 행하여진 것이라면 저작인격권의 침해로 될 행위를 포함한다)에 사용되는 機器가 특정한 반응을 하는 신호를 저작물, 실연, 음반 또는 방송 혹은 유선방송에 있어서의 음 또는 영상과 함께 기록매체에 기록하거나 송신하는 방식에 의하는 것을 말한다.”고 규정한다.⁷³⁾ 요컨대, 저작권법상의 ‘기술적 보호수단’이란 다음의 3가지 요건이 충족되는 것으로 정의한 것이다.

① 전자적 방법에 의하여 저작권 등을 침해하는 행위를 방지 또는 억제하는 수단일 것

73) 著作権法 第二条 二十(技術的保護手段) 電子的方法、磁氣的方法その他の人の知覺によつて認識することができない方法(次号において「電磁的方法」という。)により、第十七条第一項に規定する著作人人格權若しくは著作権又は第八十九条第一項に規定する実演家人格權若しくは同条第六項に規定する著作隣接權(以下この号において「著作権等」という。)を侵害する行為の防止又は抑止(著作権等を侵害する行為の結果に著しい障害を生じさせることによる当該行為の抑止をいう。第三十条第一項第二号において同じ。)をする手段(著作権等を有する者の意思に基づくことなく用いられているものを除く。)であつて、著作物、実演、レコード、放送又は有線放送(次号において「著作物等」という。)の利用(著作者又は実演家の同意を得ないで行つたとしたならば著作人人格權又は実演家人格權の侵害となるべき行為を含む。)に際しこれに用いられる機器が特定の反応をする信号を著作物、実演、レコード又は放送若しくは有線放送に係る音若しくは影像とともに記録媒体に記録し、又は送信する方式によるものをいう

②저작권 등을 가지는 자의 의사에 기초하지 않고 사용되는 것이 아닐 것

③저작물 등을 이용할 때에 사용되는 機器가 특정한 반응을 하는 신호를 저작물등과 함께 기록매체에 기록하거나 송신하는 방식으로 행하여지는 것일 것.

한편, 일본 저작권법 제120조의 2 제1호⁷⁴⁾ 기술적 제한수단을 회피하는 것을 유일한 기능으로 하는 장치(당해 장치의 부품 1式으로 용이하게 조립할 수 있는 것을 포함한다) 또는 기술적 보호수단의 회피를 유일한 기능으로 하는 프로그램의 복제물을 공중에 양도하거나 대여, 혹은 그러한 목적으로 제조, 수입, 소지하거나, 공중의 사용에 제공, 또는 당해 프로그램을 공중에 송신하거나 송신 가능하게 한 자를 처벌하고 있고, 제2호에서는 業으로서 이용통제형 技術的 保護措置를 무력화하는 행위를 금지하고 있다. 이러한 자들은 직접 저작권 침해를 행하는 자들이라는 볼 수 없지만 저작권 침해를 야기하고 技術的 保護措置를 무의미하게 할 수 있는 자들이므로 특별히 형사벌을 과하고 있는 것이다. 또한 형사벌과 관련해서는 이러한 행위가 저작권 등을 현저히 손상하는 것이기는 하지만 권리침해 행위 그 자체가 아니고 침해의 예비적 행위에 해당된다는 점, 또 저작권 침해를 폭넓게 발생시킬 수 있는 행위라는 점을 고려하여 비친고죄로 하였다.⁷⁵⁾

결국 일본의 저작권법상의 기술적 보호수단에 관한 규정은, 접근통제

74) 著作権法 第百二十条の二 次の各号のいずれかに該当する者は、三年以下の懲役若しくは三百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

- 一. 技術的保護手段の回避を行うことを専らその機能とする装置（当該装置の部品一式であつて容易に組み立てることができるものを含む。）若しくは技術的保護手段の回避を行うことを専らその機能とするプログラムの複製物を公衆に譲渡し、若しくは貸与し、公衆への譲渡若しくは貸与の目的をもつて製造し、輸入し、若しくは所持し、若しくは公衆の使用に供し、又は当該プログラムを公衆送信し、若しくは送信可能化した者
- 二. 業として公衆からの求めに応じて技術的保護手段の回避を行つた者
- 三. 営利を目的として、第百十三条第三項の規定により著作者人格権、著作権、実演家人格権又は著作隣接権を侵害する行為とみなされる行為を行つた者
- 四. 営利を目的として、第百十三条第五項の規定により著作権又は著作隣接権を侵害する行為とみなされる行為を行つた者

75) 이영록, *supra note* 23, at 36면.

를 위한 기술적 보호수단은 법률로 보호되지 않으며, 이용통제를 위한 것만 보호되며, 그것도 예비적 행위를 금지하고, 형사처벌하는 것만을 대상으로 한다.

나. 不正競爭防止法 제2조 제1항 제10호

부정경쟁방지법은 技術的 保護措置에 대해 기술적 제한수단이라고 규정하고 있는데, 그 정의에 대해 동법 제2조 제5항에서 규정하고 있다. 즉, “전자적 방법(전자적 방법, 자기적 방법 기타 사람의 지각에 의하여 인식할 수 없는 방법을 말한다)에 의해 영상이나 음의 시청 또는 프로그램의 실행 또는 영상이나 음 또는 프로그램의 기록을 제한하는 수단으로서 시청 등 기기(영상이나 음의 시청 또는 프로그램의 실행 또는 영상이나 음 또는 프로그램의 기록을 위해 사용되는 기기를 말한다. 이하 같다)가 특정한 반응을 하는 신호를 영상이나 음 또는 프로그램과 함께 기록매체에 기록하거나 송신하는 방식 또는 시청 등 기기가 특정한 변환을 필요로 하도록 영상이나 음 또는 프로그램을 변환하여 기록매체에 수록하거나 송신하는 방식에 의한 것을 말한다.”고 되어 있다.⁷⁶⁾ 기술적 제한수단의 정의에서는 영상이나 음의 시청을 제한하는 수단일 것을 요구하고 있다. 따라서 이는 저작물 등에 대한 접근을 보호하기 위해 만들어진 수단일 것을 요구하는 것으로 보고 있다. 물론 영상이나 음 또는 프로그램의 기록을 제한하는 수단도 포함되어 있으므로 이용통제의 기능도 보호된다고 한다. 따라서 부정경쟁방지법의 기술적 제한수단은 접근통제와 이용통제 모두의 技術的 保護措置가 보호대상이 된다고 해야 할 것이다.⁷⁷⁾

부정경쟁방지법에서는 접근통제를 회피하는 행위 자체는 금지하고 있지 않고, 동법 제2조 제1항 제10호에서 이러한 기술적 제한수단을 대상으로 일정한 경우에 접근통제 장치의 효과를 방해하는 기능을 갖는 장치의 판매행위 등을 새로운 부정경쟁행위로서 규정하여 보호하고 있다.

76) 부정경쟁방지법 제2조 제5항.

77) 이영록, *supra note 23*, at 36-37면.

한편, 위의 행위에 해당하는 경우, 부정경쟁방지법에서는 금지나 손해 배상 또는 신용회복조치의 청구가 민사상 가능하다. 그러나 형사벌이 규정 되어 있지 않은 것은 저작권법과 구별된다.

5. 호주⁷⁸⁾

호주는 ‘1968년 저작권법(the Copyright Act of 1968)’을 개정하여 ‘2000년 개정 저작권법 [the Copyright Amendment(Digital Agenda) Act 2000]’을 통과시켰고, 2001. 3. 4. 발효되었다.

技術的 保護措置에 관하여 저작권법 제10조 제1항에서 규정하고 있는데, “통상적인 작동과정에서 ①저작물 기타 대상물에 대한 접근이 오직 저작권자 또는 이용허락자의 권한으로 접근 코드나 절차(저작물 기타 대상물의 디크립션, 언스크램블링 기타 변형을 포함)의 이용에 의해서만 가능하다는 것을 보장함으로써 또는 ②복제통제절차를 통해 저작물 기타의 대상에 있어서의 저작권 침해를 금지 또는 억제하기 위해 고안된 장치나 물품 또는 절차과정에 편입되는 구성물”이라고 되어 있다. 그리고 회피 장치 및 서비스를 “효과적인 技術的 保護措置의 회피 또는 회피를 가능케 하는 것 이외에는 단지 제한적인 상업적으로 의미 있는 목적을 가지고 있거나 그러한 목적이 없는 장치(컴퓨터프로그램 포함) 또는 서비스를 말한다.”고 규정하고 있다.⁷⁹⁾

이에 따르면 접근통제와 이용통제를 구별하지 않고 있다. 그리고 技術的 保護措置에 대한 회피(circumvent)행위 자체를 금지하는 규정은 없고, 회피 도구(circumvention devices and services)의 거래만을 금지하고 있다. 그렇지만 범위 자체가 매우 광범위하게 정의되어 있는 것이 특징이다.

6. 미국

78) 이대희, 인터넷과 지적재산권법, *supra note 15*, at 479면.

79) 호주 저작권법 제10조 제1항.

향을 바꾸어 자세히 살펴보도록 하겠다.

II. DMCA

1. DMCA 立法의 沿革(DMCA Legislation)

1993년 클린턴 정부(the Clinton Administration)는 지적재산권 영역에서의 디지털 기술(digital technologies)의 출현에 대응하기 위해 정보 인프라 구축의 위원회(the Information Infrastructure Task Force ; IITF)⁸⁰⁾를 만들었다.⁸¹⁾ 위원회는 콘텐츠 산업계의 의견을 수렴하기 위해 공청회를 여는 등의 활동 후에 저작권법에 획기적인 변화를 가하는 보고서 [Information Infrastructure Task Force, U.S. Dep't of Commerce, Intellectual Property Rights and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights 230 (Sept. 1995) (일명, “White Paper” 이하, “White Paper”라 한다.)]⁸²⁾를 냈다.⁸³⁾ 여기서 제안된 것은 영상 산업에서 영감을 얻은 것으로⁸⁴⁾ “저작권 보호 시스템(copyright protection systems)”을

80) IITF의 구성과 연구·조사활동의 전반적인 소개는 The White Paper : Intellectual Property and the National Information Infrastructure, Introduction. 참조.

81) Report of the Senate Comm. on the Judiciary, S. Rep. No. 105-190, 2 (1998).

82) The White Paper : Intellectual Property and the National Information Infrastructure, *available at* <http://www.ladas.com/NII/NIITofC.html>, see also, <http://www.uspto.gov/go/com/doc/ipnii/ipnii.pdf>, (2008. 10. 11. 각 최종방문).

83) June M. Besek, *supra note* 26, at 400.

84) 미국의 영화업계에서는 저작권 침해에 관한 규제에 대해 선도적으로 노력해왔다. 비록 좌절기술(circumvention technologies)에 대해 형사적인 제재를 가하는 법 제정에는 실패했지만, 그 후에 영화업계는 클린턴 정부의 국가 정보 인프라구축 위원회[the Clinton administration's National Information Infrastructure (NII)]를 통해 입법의 필요성을 인식시키는 계기가 되었다. 그리고 다른 콘텐츠 산업에서도 디지털 콘텐츠의 보호필요성을 인식하게 되었다. 이에 따라 영화업계는 좌절기술(circumvention technologies)의 규제를 지지하는 기반을 마련하게 되었다. [Pamela Samuelson, *The U.S. Digital Agenda at WIPO*, 37 Va. J. Int'l L. 369, 410 (1997), (hereinafter Pamela Samuelson, *The U.S. Digital Agenda at WIPO*).]

회피하는 장치를 불법화(outlaw)시킨 것이다. 저작권의 배타적인 권리침해를 방지하거나 금지하기 위한 과정(process), 처리방법(treatment), 기계적 작용(mechanism) 또는 시스템(system)을 저작권자나 법의 허락 없이 (without authority of the copyright owner or the law) 회피, 우회, 제거, 무력화 기타 좌절시키는 도구나 제품 등을 수입, 제조, 배포하거나 서비스를 제공하는 것을 금지시킬 것을 제안하였다.⁸⁵⁾ White Paper는 이 제안은 해적행위에 의해 인터넷을 통한 디지털 콘텐츠(digital contents)의 마케팅(marketing)을 하지 못하게 되는 것을 대비하기 위한 것으로,⁸⁶⁾ 궁극적으로 온라인상에서 대중의 저작물에 대한 접근을 증가시킬 것이기 때문에 헌법에서 유래하는 저작권 보호 방향에도 부합한다고 설명하고 있다. 또한 침해로 인한 저작권자의 손해로 인하여 적법한 복제물(legitimate copies of copyrighted works)의 가격은 인상되므로 저작물을 소비하는 자들이 침해자의 행위에 대하여 대가를 치른다고 설명한다. 또한 White Paper는 이러한 입법례는 NAFTA와 영국의 경우에도 찾아볼 수 있어서 전혀 선례가 없는 것은 아니라고 위 입법의 타당성을 덧붙였다.⁸⁷⁾ 미국의 技術的 保護措置의 보호에 관한 가장 중요한 시발점으로 평가되고 있다.

그 후 White Paper에서의 제안은 국제적 지지를 받는 계기를 마련하였다. 1996년 제네바 WIPO에서 열린 외교 회의에서 미국 대표단은 인터넷에서의 디지털 해적 행위가 국제적 문제가 될 수 있다는 인식이 국제적 합의에 다다를 수 있다는 것을 인지하고 회피 행위 금지(anti-circumvention) 규정을 제안했다.⁸⁸⁾

85) The White Paper는 DMCA와는 달리 회피행위 자체를 금지하는 것을 제안하지는 않았다. 또한 명백하게 접근(access) 내지는 접근 통제(access control)라는 용어를 쓰지 않았다. 이 점을 지적한 문헌은, June M. Besek, *supra note 26*, at 401.

86) Report of the Senate Comm. on the Judiciary, S. Rep. No. 105-190, 7-8 (1998).

87) The White Paper : Intellectual Property and the National Information Infrastructure, IV, A, 6. *available at* <http://www.ladas.com/NII/NIITofC.html>, *see also* <http://www.uspto.gov/go/com/doc/ipnii/ipnii.pdf>, (2008. 10. 11. 각 최종 방문)

88) Pamela Samuelson, *The U.S. Digital Agenda at WIPO*, *supra note 84*, at 410-14.

하지만 WCT와 WPPT에서는 당초에 미국이 제안했던 것 보다는 강도가 약한 내용을 채택했다. 즉, 앞에서 본 바와 같이 “회원국에게 효과적인 技術的 保護措置를 회피하는 행위에 대응하여 적절한 법적 보호와 효과적인 제재를 제공하여야 한다(provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures)”는 규정이 바로 그것이다.⁸⁹⁾

그 후 미국 의회는 콘텐츠 산업계(content industries)의 로비로 인해 WIPO의 규정 및 White Paper에서의 수준보다 더 광범위한 내용의 입법을 하기에 이르렀다.⁹⁰⁾ 이것이 DMCA이고 저작물 영역에서의 세계적인 디지털 온라인 시장 구축을 위한 법적 지지대를 만들기 위한 목적을 가지고 있다.⁹¹⁾

2. DMCA의 內容

가. 序

DMCA는 WIPO의 실행을 위한 입법으로,⁹²⁾ 디지털 시대에 전자 상업, 통신, 연구 발전과 교육에 있어서의 건실한 발전과 세계적 팽창을 가능케 하고,⁹³⁾ "Universal City Studio, Inc v. Corley" 사건에서 밝힌 것과 같이, 디지털 형태로 된 복제 가능한 저작물의 복제와 배급이 용이한 환경에서, 불법으로 복제물을 찾아서 볼 수 있는 가능성이 압도적으로 되어, 그

89) Art. 11 of WCT (Dec. 20, 1996.).

90) Pamela Samuelson & Suzanne Scotchmer, *The Law and Economics of Reverse Engineering*, 111 Yale L.J. 1575, 1634 (2002).

91) Report of the Senate Comm. on the Judiciary, S. Rep. No. 105-190, 2 (1998).

92) The Committee on the Judiciary, to whom was referred the bill (H.R. 2281) to amend title 17, United States Code, to implement the World Intellectual Property Organization Copyright Treaty and Performances and Phonograms Treaty, having considered the same, reports favorably thereon with an amendment and recommends that the bill as amended do pass. (H. R. REP. 105-551. p. 1.)

93) Report of the Senate Comm. on the Judiciary, S. Rep. No. 105-190, 1-2 (1998).

러한 우려의 초기 시점에 저작권의 해적행위에 맞서기 위해서 제정되었다.⁹⁴⁾

DMCA는 기본적으로 저작물에 접근 자체를 통제하는 수단과 합법적인 복제 후의 후속적인 복제를 막는 수단을 구별하고 있다. 즉, 저작물에 대한 접근을 막는 技術的 保護措置와 저작권자의 권리를 효과적으로 보호하는 技術的 保護措置를 구분하고 있다.⁹⁵⁾ 그리고 DMCA는 접근을 통제하는 技術的 保護措置를 회피하는 행위 자체를 금지하는 것과 접근을 통제하거나 저작권을 보호하는 技術的 保護措置를 회피하는 기술 등의 ‘거래’⁹⁶⁾를 금지하는 것을 구분하고 있다.

이하에서는 각각의 유형에 따른 규정과 그 내용에 대해 자세히 살펴보겠다.

나. DMCA의 規律 內容

(1) 接近統制(Access Control) - §1201(a)(1)(A)

(가) 接近統制에 대한 強化된 保護 : 迂回行爲의 禁止 (Anti-circumvention)

미국 저작권법 §1201(a)(1)(A)는 “어느 누구도 연방저작권법에 의하여 보호되는 저작물에 대한 접근을 효과적으로 통제하는 技術的 保護措置를 회피하여서는 안 된다.”고 규정하고 있다.⁹⁷⁾ 그리고 여기서의 회피

94) Electronic Frontier Foundation, Unintended Consequences: Five Years Under the DMCA, p.1, available at http://www.eff.org/IP/DMCA/unintended_consequences.pdf (2008. 10. 31. 최종방문); Universal City Studios, Inc. v. Corley, 273 F.3d 429, 435 (2d Cir. 2001).

95) Robert A. Gorman & Jane C. Ginsburg, *supra note* 22, at 945.

96) 거래금지 대상이 되는 것은 ‘도구의 거래금지’에 한정되지 않으며, 技術的 保護措置를 회피하는 도구 이외에도 제품, 기기, 장치, 부품, 서비스, 기술 등이 포함될 수 있으며, 금지의 대상이 되는 거래도 제조·수입, 제공, 판매, 배포, 공중에 양도·대여, 판매나 배포를 위한 광고, 상업적인 목적을 위한 점유, 전송, 프로그램의 전송·배포 등을 포함하고 있으나, 대표적으로 ‘도구’의 ‘거래’라는 용어를 쓴다.

(circumvention)이라 함은, 저작권자의 허락 없이 스크램블 된 저작물의 스크램블을 풀거나 암호화된 저작물을 복호화하거나 기타 技術的 保護措置를 회피, 우회, 제거, 무력화하거나 손상시키는 것을 의미한다.⁹⁸⁾ 그리고 ‘효과적인 통제’라 함은 “당해 기술적 수단이 그 동작의 통상의 과정에 있어서 저작물에 접근하기 위해서는 저작권자의 허락을 얻어 정보를 입력하거나 절차 또는 처리를 필요로 하는 경우”를 의미한다고 정의하고 있다.⁹⁹⁾

다른 DMCA의 통제는 부당한 행위를 용이하게 하는 예비적 행위에 초점을 맞추고 있지만, 본 규정은 부당행위 자체에 초점을 두고 있다. 이것은 WCT보다 더 강력한 규제이지만, 이러한 규제는 결국 많은 예외를 허용할 수밖에 없었고, 시행일도 2년간 유예하는 조치를 취하게 되는 결과를 낳았다.¹⁰⁰⁾

(나) 解釋論 및 關聯判例

DMCA는 저작물에 접근하는 것과 일단 접근한 저작물을 이용하는 것을 구분하고 있다. 예를 들어 서점에 가서 책을 구입하는 행위는 저작물에 접근하는 행위라고 볼 수 있고, 구입한 책을 펼쳐서 읽는 것은 일단 접근한 저작물을 이용하는 것에 해당한다. 위 규정은 전자를 규율하는 것이다.

또한 DMCA는 저작물에 대한 접근(access to a work)과 저작물의 복제물에 대한 접근(access to a copy of a work)을 구분하고 있다.¹⁰¹⁾ 이

97) 17 U.S.C.A §1201(a)(1)(A) : No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title...

98) 17 U.S.C.A §1201(a)(3) : to “circumvent a technological measure” means to descramble a scrambled work, to decrypt an encrypted work, or otherwise to avoid, bypass, remove, deactivate, or impair a technological measure, without the authority of the copyright owner; and

99) 17 U.S.C.A §1201(a)(3)(B) : a technological measure “effectively controls access to a work” if the measure, in the ordinary course of its operation, requires the application of information, or a process or a treatment, with the authority of the copyright owner, to gain access to the work.

100) 17 U.S.C.A §1201(a)(1)(A) : .…….The prohibition contained in the preceding sentence shall take effect at the end of the 2-year period beginning on the date of the enactment of this chapter.

것은 전자를 보호하는 技術的 保護措置와 후자를 보호하는 技術的 保護措置를 비교해보면 이해하기가 쉽다. 후자는 저작물의 복제물을 배포할 권리의 측면에서의 접근이라고 한다면, 전자는 DMCA가 도입한 새로운 권리인 것이다.

DMCA에서의 접근(access)이란 무엇이고, 접근(access)을 통제하는 장치는 무엇인가에 대한 판례가 있다. Universal City Studio, Inc. v. Reimerdes 사건¹⁰²⁾에서 법원은 DeCSS¹⁰³⁾가 접근을 통제하는 효과적인 수단인지에 대해 긍정하는 판시를 했다. 왜냐하면, DVD영상을 보려면 DVD에 있는 암호화된 디지털 음성과 그래픽 파일을 해독할 키(keys)가 있어야 하는데, 이것은 저작권자의 허가 내지는 인증된 DVD 플레이어(PLAYER) 또는 컴퓨터 드라이버에만 있기 때문이다. 법원은 DVD를 구매하는 것은 DVD에 저장되어 있는 내용에 정당하게 접근하는 것을 허용하는 것이지, 구매자에게 DVD에 있는 암호를 임의로 해독할 권리를 부여한 것은 아니라고 판시했다.¹⁰⁴⁾

한편, “Lexmark International v. Static Control Components” 사건¹⁰⁵⁾에서 법원은 "effectively control access"의 의미에 대해 판시하였다. 즉, 이 사건에서 문제된 인증 시퀀스(Authentication sequence)는 프린터 엔진 프로그램(Printer Engine Program)으로 접근을 통제하는 것이 아니다. 또한 토너 로딩 프로그램(Toner Loading Program)으로 접근을 통제하는 것도 아니다. 그래서 위 인증 시퀀스는 DMCA는 적용대상이 아

101) Robert A. Gorman & Jane C. Ginsburg, *supra note* 22, at 947; 이대회, 인터넷과 지적재산권법, *supra note* 15, at 485면.

102) 사실관계는 제4장 II.4.다.(1) 참조.

103) 컴퓨터의 하드 드라이버에 DVD를 넣고 DeCSS 프로그램을 돌리면, DeCSS는 DVD에 CSS에 의한 암호를 복호화함으로써 DVD 파일이 복제되는 것을 가능하게 한다. 이에 따라 CSS에 대한 사용허락을 얻지 않은 플레이어에 의해서도 DVD를 시청할 수 있게 되며, DVD의 파일이 일반 파일과 마찬가지로 복제되고 전송될 수 있게 된다. DeCSS에 의해 만들어진 파일은 인터넷에서 무료로 이용될 수 있는 ‘DivX’라는 압축 파일에 의하여 압축될 수 있으며, 이러한 압축파일은 DVD에 다시 복제되거나 인터넷상에서 전송될 수 있다. Universal City Studio, Inc. v. Reimerdes 111 F. Supp. 2d 294, 311 (S.D.N.Y. 2000)

104) *Id.* at 317-18.

105) 사실관계는 제5장 III. 1. 가. 참조.

니라고 판시했다. 그리고 오히려 프린터의 구매 자체가 TLP나 PEP에 접근하는 방식이라고 했다. 법원은 프린터의 주된 기능을 사용하는 것이 “접근하는 것(access)”으로 구성되어있다면 인증연속에 의해 접근이 통제되는 것이지만, 다른 방식으로 접근할 수 있는 가능성이 열려있다면 위 DMCA에 해당하지 않는다고 판시했다. 그리고 다른 방식으로 접근하는 것을 허용하는 것은 위 DMCA의 효과적인 접근통제에 해당하지도 않는다고 판시했다.¹⁰⁶⁾ 결국 다른 방법으로 접근할 수 있다면 “효과적”으로 “통제”하는 것이 아닌 것이다.¹⁰⁷⁾

(다) 使用者 例外

“특정 저작물(class of work)”는 DMCA의 예외의 수혜를 입는 사람 또는 예외의 사용 유형에 따라 재정립될 필요성이 있다.¹⁰⁸⁾ 이에 따라 DMCA §1201(a)(1)(B) 내지 (E)에서는 교육·연구 기타 사회적으로 필수적인 활동에 중요한 저작물에 대한 접근이 어려워지는 것을 막기 위해 연방 의회도서관장은 특정 저작물(class of work)의 저작권을 침해하지 않고 이용할 수 있는 능력이 부당하게 영향 받을 저작물의 이용자에 대해서는 위 금지에 대한 규정이 적용되지 않는 규칙 제정 의무를 규정하고 있다.

이 규칙 제정 의무는 3년에 한 번씩 이루어져야 하며 한번 정해진 예외는 3년간 효력을 지닌다.¹⁰⁹⁾ 그리고 §1201(a)(1)(C)에서는 이러한 예외

106) Lexmark Int'l, Inc. v. Static Control Components, Inc., 387 F.3d 522, 546-47 (6th Cir. 2004).

107) Zohar Efroni, *A Momentary Lapse of Reason: Digital Copyright, the DMCA and a Dose of Common Sense*, 28 Colum. J.L. & Arts 249, 269 (2005).

108) Jane C. Ginsburg & R. Anthony Reese, COPYRIGHT-CASES AND MATERIALS (2007 CASE SUPPLEMENT AND STATUTORY APPENDIX), 80-88 (7th ed. 2007), Jane C. Ginsburg & R. Anthony Reese, COPYRIGHT-CASES AND MATERIALS(2008 CASE SUPPLEMENT AND STATUTORY APPENDIX), 161-65 (7th ed. 2008),

109) 17 U.S.C.A §1201(a)(1)(A) : The prohibition contained in subparagraph (A) shall not apply to persons who are users of a copyrighted work which is in a particular class of works, if such persons are, or are likely to be in the succeeding 3-year period, adversely affected by virtue of such prohibition in

에 대한 규칙을 제정(rulemaking)할 때 저작물 사용자의 능력, 비영리 보존·보관·교육적 목적의 사용 여부, 技術的 保護措置의 우회 금지가 논평·보도·학문 연구 등의 분야에 미치는 영향, 技術的 保護措置의 우회가 시장 또는 저작물의 가치에 미치는 영향 등을 고려해야 한다고 규정하고 있다.¹¹⁰⁾

이러한 규정에 따라 2000. 10. 27. 미저작권청(Copyright Office)의 첫 번째 예외 규정 이래 2003년, 2006년에 각각 예외 규정이 만들어졌다. 2000년에는 특정 저작물(class of works)에 관한 두 가지 예외¹¹¹⁾, 2003년에는 네 가지 예외를¹¹²⁾, 2006년에는 여섯 가지 예외를¹¹³⁾ 각 제정했다.

(2) 接近統制의 豫備的 行爲(No Trafficking in Devices that

their ability to make noninfringing uses of that particular class of works under this title, as determined under subparagraph (C).

110) 17 U.S.C.A §1201(a)(1)(C) :(i) the availability for use of copyrighted works; (ii) the availability for use of works for nonprofit archival, preservation, and educational purposes; (iii) the impact that the prohibition on the circumvention of technological measures applied to copyrighted works has on criticism, comment, news reporting, teaching, scholarship, or research; (iv) the effect of circumvention of technological measures on the market for or value of copyrighted works; and (v) such other factors as the Librarian considers appropriate.

111) 첫 번째는 특정 웹사이트의 접근을 막는 소프트웨어의 적용에 의해 접근이 봉쇄된 웹사이트 리스트의 편집물(Compilations consisting of lists of websites blocked by filtering software applications)이고, 두 번째는 誤기능, 손상, 폐기로 인하여 접속을 불가능하게 하는 접속통제 메커니즘에 의하여 보호되는 어문 저작물(Literary works, including computer programs and databases, protected by access control mechanisms that fail to permit access because of malfunction, damage or obsolescence.)이다. [Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, 65 FR 64556-01, 2000 WL 1624383 (F.R.), (Oct. 27. 2000), pp. 64564-66.]

112) 예외 규정에 대한 구체적 내용은 Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, 68 FR 62011-01, 62013-14 (Oct 31, 2003) 참조.

113) 예외 규정에 대한 구체적 내용은 Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, 71 FR 68472-01, 68473-77 (Nov. 27. 2006.) 참조.

Circumvention Access Controls) - §1201(a)(2)

(가) 回避 道具의 去來 等の 禁止

접근을 통제하는 技術的 保護措置를 우회시키도록 하는 도구 등의 거래 등을 금지하고 있다.¹¹⁴⁾ 거래가 금지되는 도구는 일정한 요건을 충족해야 한다. 즉, ① 저작권법에 의하여 보호되는 저작물에 대한 접근을 효과적으로 통제하는 技術的 保護措置를 회피하기 위해 주된(primarily) 목적으로 디자인 또는 제조된 것, ②저작권법에 의하여 보호되는 저작물에 대한 접근을 효과적으로 통제하는 技術的 保護措置를 회피하는 것 이외에는 제한된 상업적 중요 목적만을 가지고 있거나, ③저작권법에 의하여 보호되는 저작물에 대한 접근을 효과적으로 통제하는 技術的 保護措置를 회피하는데 사용하기 위하여 상업화된 도구의 거래가 금지된다.

(나) 關聯判例 - RealNetworks, Inc. v. Streambox, Inc.¹¹⁵⁾

1) 事實關係¹¹⁶⁾

리얼네트워크(RealNetwork)社의 콘텐츠 전달 시스템(content

114) No person shall manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, device, component, or part thereof, that,

(A) is primarily designed or produced for the purpose of circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title;

(B) has only limited commercially significant purpose or use other than to circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title; or

(C) is marketed by that person or another acting in concert with that person with that person's knowledge for use in circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title.

115) RealNetworks, Inc. v. Streambox, Inc. (2000 WL 127311), (W.D. Wash. Jan. 18, 2000)

116) *Id.* at 1-6.

delivery system)인 “리얼미디어(RealMedia)”는 저작권자가 콘텐츠를 암호화해 “리얼서버(RealServer)”를 통해서 “리얼플레이어(RealPlayer)”를 사용하는 소비자에게 전송한다. 콘텐츠 소유자는 리얼플레이어(RealPlayer)와 리얼서버(RealServer)의 상호작용을 이용하여 소비자가 스트리밍(Streaming) 서비스만 받을 수 있고 콘텐츠를 직접 복사할 수는 없게 한다. 이러한 시스템을 위해 다음의 두 가지 보안 메커니즘(security mechanism)이 가능하다. 첫째는 리얼서버(RealServer)를 통한 콘텐츠는 리얼플레이어(RealPayer)에서만 스트리밍이 가능토록 하는 인증시퀀스(an authentication sequence)인 “비밀스런 악수(secret handshake)”이고, 둘째는 소비자의 복제를 방지할 수 있는 메커니즘으로 “카피 스위치(copy switch)”이다.

한편, 피고인 스트림박스(Streambox)社は 리얼네트워크(RealNetworks)社の 제품과 경쟁하는 수신기와 기타 리얼플레이어(RealPlayer) 시스템과 호환되도록 하기 위한 여러 소프트웨어를 생산하고 있었다.

그 중 스트림박스(Streambox)의 리얼브이씨알(RealVCR)은 리얼플레이어(RealPlayer)의 “비밀스런 악수(secret handshake)”를 장착해서 리얼플레이어(RealPlayer)로 둔갑해서 리얼서버(RealServer)로부터 파일을 받을 수 있게 하고 복사도 할 수 있게 했다.

원고는 피고社の 리얼브이씨알(RealVCR)이 DMCA상의 도구 거래 금지에 해당한다고 주장하며 소를 제기했다.

2) 爭點 및 判示

법원은 “비밀스런 악수(secret handshake)”와 “카피 스위치(copy switch)”를 DMCA §1201에서의 접근 및 복제를 통제하는 技術的 保護措置라고 판시하면서, 스트림박스(Streambox)의 리얼브이씨알(RealVCR)은 리얼네트워크(RealNetworks)社の 리얼플레이어(RealPlayer)의 접근통제 및 이용통제장치를 회피하는 것이어서 이러한 도구를 거래한 것은 DMCA

§1201(a)(2), 동법 §1201(b)(1) 위반이라고 판단하였다.¹¹⁷⁾

(3) 利用統制 豫備的 行爲(No Trafficking in Devices that Circumvent Right Controls - §1201(b))

DMCA §1201(b)(1)은 “어느 누구든지 (A)(i) 저작물 또는 그 일부분에 대하여 저작권법에 의한 저작권자의 권리를 효과적으로 보호하는 技術的 保護措置가 부여하는 보호를 회피하기 위한 목적으로 주로(primarily) 디자인 또는 제조되거나, (ii) 저작물 또는 그 일부분에 대하여 저작권법에 의한 저작자의 권리를 효과적으로 보호하는 技術的 保護措置가 부여하는 보호를 회피하는 것 이외에는 상업적으로 중요한 제한적인 목적이나 효용(use)을 가지고 있거나, (iii) 저작물 또는 그 일부분에 대하여 저작권법에 의한 저작권자의 권리를 효과적으로 보호하는 技術的 保護措置가 부여하는 보호를 회피하는 데 사용하기 위하여 상업화된, (B) 기술, 제품, 서비스, 도구, 요소, 이들의 부분을 (C) 제조, 수입, 일반인에 제공, 공급 기타 거래를 해서는 안 된다.”고 규정하고 있다.

본 규정은 저작물에 일단 접근한 후의 행위와 관련되는 것으로서 회피 도구나 서비스 등의 제조자 및 공급자에만 해당하는 것이며, 저작물을 최종적으로 이용하는 자의 행위를 문제 삼는 것이 아니다.

한편, §1201(a)(1), (2) 규정과 §1201(b)규정은 비슷하지만 차이점은 부각되어야 하는 것으로 해석되고 있다.¹¹⁸⁾

(4) 기존의 저작권 및 다른 권리에 영향을 주지 않음 - §1201(c)

§1201(c)은 입법과정에서 의회는 DMCA가 저작권 침해의 방어수단과

117) *Id.* at 7.

118) 이러한 취지는 DMCA 입법회의록에도 나타나있다. 즉, “두 규정은 문면상 비슷하고 비슷한 요건을 요구하지만, 다른 권리와 다른 종류의 도구이다.”라고 되어있다. [S. Rep. No. 105-90, 12 (1998).]

관련하여¹¹⁹⁾, 저작권 침해의 책임 범위와 관련하여¹²⁰⁾ 또는 저작물과 관련한 언론의 자유에 대해¹²¹⁾ 영향을 미치는 것을 의도하지는 않는다고 명시적으로 규정하고 있다. 이는 후에 살펴볼 公正移用 法理의 적용 여부라는 쟁점을 가져온다.

(5) 接近統制 및 利用統制 回避에 대한 責任 規定

(가) §1203(民事的 責任規定)

연방지방법원은 손해배상 명령, (재량에 따라) 재판비용회복명령, (재량에 따라)변호사 비용배상명령, 침해금지명령 및 침해관련물 압수폐기명령을 발할 수 있다.

손해 배상으로서는 현실손해의 배상 또는 이에 갈음하여 법정손해배상(위반행위마다 200달러 이상 2,500달러 이하)이 허용된다.(§1203(c)) 다만, 위반자가 과거 3년 이내에 기술적 수단 보호(§1201)위반 또는 저작권관리정보의 보호(§1202) 위반이 있었던 것을 증명한 경우에는 법원의 재량에 따라 배상액을 3배까지 증액할 수 있다. 위반자가 선의·무과실인 경우에는 법원은 손해배상액을 감액 또는 면제할 수 있다.

(나)§1204(刑事的 責任規定)

형사적 제재로서는 50만 달러 이하의 벌금 또는 5년 이하의 금고 또는 그 병과, 재범은 100만 달러 이하의 벌금 또는 10년 이하의 금고 또는 그 병과에 처한다. 다만 비영리의 도서관, 문서자료관, 교육기관에는 형사 제재의 적용이 없다. (§1204(b))

119) 17 U.S.C. § 1201(c)(1) (2000) (stating that “[n]othing in this section affects rights, remedies, limitations, or defenses to copyright infringement”).

120) 17 U.S.C. § 1201(c)(2) (stating that “[n]othing in this section shall enlarge or diminish ... contributory liability for copyright infringement”).

121) 17 U.S.C. § 1201(c)(4) (stating that “[n]othing in this section shall enlarge or diminish any rights of free speech”).

(6) 例外(exemptions) 規定의 內容

접근통제와 이용통제의 예외가 각각 다르다.

(가) 例外 規定의 內容

1) §1201(d)-비영리의 도서관·문서자료실·교육기관 (Exemption for nonprofit libraries, archives, and educational institutions)

일정한 경우 비영리의 도서관·문서자료실·교육기관은 상업적 이용에 제공되어 있는 저작물의 복제물을 취득할 것인지 여부를 결정하기 위하여 달리 합리적인 방법이 없을 때에는 접근통제를 회피하여 당해 저작물에 접근하는 것이 허용된다.

2) §1201(e) - 정부의 정보수집행위(Law enforcement, intelligence, and other government activities)

미국 정부 또는 州정부가 적법한 수사 기타의 정보 수집을 목적으로 하여 기술적 수단의 보호규정을 위반하는 것은 허용된다.

3) §1201(f) - 리버스 엔지니어링(Reverse engineering)

일정한 경우 자신의 프로그램과의 호환성을 달성함에 필요한 프로그램의 요소를 특정, 해석하기 위해 타인의 프로그램에 들어 있는 기술적 수단을 회피하는 것 및 자신의 프로그램과의 호환성을 달성하기 위해 기술적 수단을 회피하는 기술적 수단을 개발하는 것이 허용된다.

4) §1201(g) - 암호화 연구(Encryption research)

일정한 조건하에서 암호화 연구를 위해 발행 저작물에 들어 있는 접근통제를 위한 技術的 保護措置를 회피하는 행위 및 회피 기술 거래 행위를

할 수 있다.

암호화 연구의 범위에 대해서는 “당해 행위가 암호화 기술의 분야에 있어서 지식을 진보시키거나 또는 암호화 제품의 개발을 지원하기 위해 행해지는 경우에 있어서 저작권 있는 저작물에 사용되는 암호화 기술의 결점 및 약점을 특정하여 해석하기 위해 필요한 행위”라고 정의되어 있다.

한편, §1201(g)(5)에서는 저작권등록청(the Register of Copyrights), 경제부의 정보통신 부의장(the Assistant Secretary for Communications and Information of the Department of Commerce)은 DMCA의 발효 후 1년 동안 DMCA가 암호 연구(encryption research)와 암호기기(encryption measures)에 미친 영향에 관한 보고서를 제출해야 한다고 규정하고 있다.¹²²⁾

5) §1201(h) - 미성년자 보호(Exceptions regarding minors)

일정한 경우 기술적 수단의 회피장치 등이 미성년자에 의한 접근 방안을 목적으로 하는 때에는 법원은 그 위법성의 판단에 있어서 그 필요성을 고려하는 것이 허용된다.

6) §1201(i) - 식별정보의 보호(Protection of indentifying information)

기술적 수단이 저작물에 접근하는 개인의 식별정보를 수집·유포하는 기능을 가지는 때에는 일정한 조건하에 이러한 기능을 제거하기 위해 이러한 기술적 수단을 회피하는 것이 허용된다. 다만, 당해 기술적 수단 또는 이에 의하여 보호되는 저작물이 저작물에 접근하는 개인의 식별정보를 수집·유포하는 것을 목적으로 하는 것이 아니고 나아가 사용자에게 대하여 그러한 기능이 있는 것을 개시하고 있는 경우에는 당해 기술적 수단의 회피는 허용되지 아니한다.

122) §1201(g)(5)와 관련한 지속적인 감시의무(ongoing monitoring).

7) §1201(f) - 안정성 검사

일정한 경우에 “안정성 검사” 행위로서 접근 통제를 회피하는 것은 허용된다. “안정성 검사”라 함은 “컴퓨터, 컴퓨터 시스템 또는 컴퓨터 네트워크의 소유자 또는 운영자의 허가를 얻어서 안정상의 결정 또는 약점을 선의로 성실하게 검사하고 추적 또는 보정하는 것을 유일한 목적으로 하여, 당해 컴퓨터, 컴퓨터 시스템 또는 컴퓨터 네트워크에 접근하는 것을 의미한다”고 정의되어 있다.

<표 1> 技術的 保護措置의 보호에 대한 예외

구분	접근통제조치		이용통제조치 (도구·서비스 금지)
	회피 행위 금지	도구·서비스 금지	
도서관 등에 대한 예외(d)	○	X	X
법집행, 정보 기타 정부행위(e)	○	X	○
리버스 엔지니어링(f)	○	○	○
암호연구(g)	○	○	X
청소년 관련 예외(h)	○	○	○
개인식별 정보보호(i)	○	X	X
보안성 검사(j)	○	○	X

(나) 例外 規定의 解釋

접근통제와 이용통제의 예외가 다른 것에 대해서는 입법 정책의 문제라는 의견도 있지만,¹²³⁾ 이용통제를 우회하는 것은 금지되는 분야가 아니기 때문에 금지에 대한 예외도 없는 것이라는 견해가 있다. 즉, 이용통제를 우회해서 만들어진 복제물이 저작권법의 예외에 해당된다면, 우회 행위는 면책된다. 하지만, 그러한 복제물이 저작권을 침해하는 것이라면, 저작권자는 DMCA위반이 아닌 저작권법 위반을 주장해야 한다는 것이다.¹²⁴⁾

한편, 저작권자의 승낙 없이 저작물에 접근하기 위하여 技術的 保護措置를 회피하는 것은 허용되지 않지만 일단 저작물을 적법하게 획득한 자에 의한 저작물의 公正利用권을 보호하기 위해서라는 견해가 있다.¹²⁵⁾

Ⅲ. 小結

이상으로 技術的 保護措置에 대한 보호 입법례에 대해 살펴보았다. 요컨대, 디지털 환경의 발달에 따른 技術的 保護措置의 필요성 및 技術的 保護措置에 대한 보호입법의 필요성이 국제적인 동감을 얻게 되었고, WCT에서는 회원국에게 技術的 保護措置의 보호입법 의무를 부여하였다. 技術的 保護措置에 관한 입법은 나라마다 다양한 모습을 띠고 있지만, 미국의 DMCA는 접근 통제를 회피하는 행위 자체를 금지하는 규정을 두고 있어 가장 강력하게 技術的 保護措置를 보호하고 있다. 이에 대해서는 너무 좁은 예외를 두어 일반 사용자의 권리를 제약한다는 등의 입법적 비판이 있지만, 技術的 保護措置에 관한 가장 선진적인 입법으로 평가받고 있다.

DMCA의 가장 큰 특징은 접근 통제를 회피하는 행위 자체를 금지하고 있다는 것이다. 이것은 接近權(access right) 자체를 명문으로 인정하고 있지는 않지만 接近權을 가장 직접적으로 인정하고 있다고 평가받고 있다.

123) David Nimmer, *A Riff on Fair Use Doctrine in the Digital Millennium Copyright Act*, 148 U. Pa. L. Rev. 673, 702 (2000).

124) June M. Besek, *supra note 26*, at 398.

125) 이대희, “디지털환경에서의 接近權의 인정에 관한 연구”, *supra note 31*, at 111면.

앞에서 본 바와 같이 한·미FTA 협정에서 우리나라는 接近權 인정의 길을 열고 있다. 接近權에 대한 미국의 논의와 判例를 살펴보는 것은 우리나라 接近權 운용방향에 많은 示唆점을 줄 수 있을 것이다. 그렇다면 장을 바꾸어 接近權에 대한 미국의 논의와 判例를 살펴보겠다.

제3장. 接近權(Access Right)認定과 關聯된 美國의 論議

I. 序

디지털 시대에 있어 저작물의 이용과 접근은 밀접하게 연관되어 있다. 디지털 시대에서는 ‘소유(possess)’에 의한 이용이 아닌 ‘접근(access)’에 의한 이용이 더 중요한 쟁점이 되었다. 그리고 저작권의 내용 중 하나인 저작권자 의사에 따른 배포가 가능해지기 위해서는, 저작물을 이용하는 이용자들이 저작권자의 조건에 반하여 복제물을 가진다거나 복제물을 제3자와 공유하지 못하도록 하는 것이 보장되어야 한다. 따라서 저작권자들은 접근을 통제하고 복제를 방지하는 技術的 保護措置를 필요로 하게 되었고, 이 분야의 기술 발전을 가져오게 되었다. 그러나 이러한 발전과 함께 技術的 保護措置를 回避하는(circumvention) 기술도 발전함에 따라 이용자들의 접근을 통제하는 接近權 개념의 필요성에 관한 논의가 시작되었다.

이하에서는 接近權의 일반론으로서 개념의 정의와 技術的 保護措置와의 관계 및 接近權 인정의 국제 동향에 대해 살펴본 후, 接近權 인정을 둘러싼 미국의 논의를 살펴보고, 그 순서는 接近權 도입의 입법과정을 살펴본 후, 그에 대한 미국 내의 찬반론을 알아보겠다. 그리고 마지막으로 接近權 인정으로 파생되는 쟁점은 어떠한 것이 있는지 살펴보겠다.

II. 接近權에 관한 一般論

1. 接近權의 定義

대중에게 있어 接近權이란 디지털 시대(digital era)에 있어서의 저작물의 이용을 전제로 하는 권리이다.¹²⁶⁾ 그러나 저작권자에게 있어 接近權(Access right)이란 일반인이 저작물을 이해(apprehend the work)하는 방법을 통제할 권리로 정의 된다.¹²⁷⁾

2. 接近權과 技術的 保護措置의 相互關係

디지털 시대 이전에는 접근과 이용이 명확하게 구분되었다. 즉, 서적을 구입하는 행위와 서적을 읽는 행위는 구분될 수 있었다. 하지만, 디지털 시대에 있어 접근은 곧 이용을 의미하게 된다. 따라서 디지털 저작권자가 복제물의 판매에 초점을 맞추기보다는 디지털 형태로 된 저작물이 있는 컴퓨터시스템에 접속하는 것을 통제하고자 하는 이유는 바로 여기에 있다.¹²⁸⁾ 이러한 접근 통제와 필요성의 대두는 접근을 통제하는 技術的 保護措置를 회피하는 행위를 금지하기에 이르렀다. 이에 따라 직·간접적으로 接近權이라는 새로운 권리 개념의 인정 여부에 대한 논의가 시작되게 된 것이다.¹²⁹⁾

126) 이대희, 인터넷과 지적재산권법, *supra note* 15, at 519 면.

127) Jane C. Ginsburg, *Essay: From Having Copies to Experiencing Works: The Development of an Access Right in U.S. Copyright Law*, 50 J. Copyright Soc'y U.S.A. 113, 120 (2003).[hereinafter Jane C. Ginsburg, *Essay: From Having Copies to Experiencing Works: The Development of an Access Right in U.S. Copyright Law*,] 국내의 정의로는, “저작권자가 技術的 保護措置를 사용하여 저작물에 대한 일반인의 접근을 통제할 수 있는 배타적인 권리 내지 배타적인 권리에 유사한 권리”라는 견해가 있다. 이대희, “디지털환경에서의 接近權의 인정에 관한 연구”, *supra note* 31, 106면.

128) 이대희, 인터넷과 지적재산권법, *supra note* 15, at 470면.

129) 이러한 측면은 저작권자에게 ‘접근’에 대한 기술적 통제의 우회를 방지하는 권리를 인정하는 것은 저작권을 저작자의 ‘이용’을 포괄하는 데까지 확대하는 것이 될 수 있다는 점을 인식하여야 한다. 이론상 저작권은 모든 ‘이용’에 미치는 것은 아니다. 저작권

결국 接近權은 技術的 保護措置의 여러 태양 중 접근을 통제하는 형태의 技術的 保護措置를 입법적으로 보호함에 따라 도입된 개념이다.

3. 接近權 認定의 國際動向

가. WCT

WCT 제11조가 저작자에게 접근을 통제할 권리를 부여하지는 않았다. 왜냐하면, 베른협약이나 WCT가 저작물에 대하여 저작권자에게 접근을 통제할 수 있는 배타적인 권리를 부여한 것은 아니며 따라서 접근을 통제하는 技術的 保護措置는 법에 의하여 허용되지 않는 행위가 되지 않기 때문이다. 뿐만 아니라 WCT를 체결한 1996년의 WIPO 외교회의에서 미국은 接近權의 필요성이나 타당성을 전혀 논의하지 않았다.¹³⁰⁾

나. 유럽연합·일본·호주

EU 저작권 지침¹³¹⁾은 접근통제를 하는 技術的 保護措置를 회피하는 행위를 금지시킴으로서(제6조 제1항)¹³²⁾ 간접적으로 接近權을 인정하고 있다.¹³³⁾

은 허락 없는 복제, 개작, 배포, 공연, 전시(公衆에의 전달) 등을 금지한다. 모든 '이용'이 이러한 행위에 해당하지는 않는다. 그러나 '접근'은 '이용'의 전제조건이기 때문에 전자를 통제함으로써 저작권자는 당연히 후자를 방지하거나 규제하게 되는 것이다. (정상조 등, *supra note* 20, at 81-82면.) 이런 양면적 측면은 이용자들에게 기존에 허용되었던 '이용권'이 침해되지 않도록 接近權과의 균형이 필요함을 암시한다.

130) 이대희, “디지털환경에서의 接近權의 인정에 관한 연구”, *supra note* 31, at 109면.

131) 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, Official Journal L 167, 22/06/2001.

132) 제2장 I. 3. 다. 참조.

133) 특이하게도 독일 저작권법(Urheberrechtsgesetz)은 창작자가 복제물 또는 그로 인한 파생물 저작을 위한 원저작물 또는 복제물에 접근할 권리를 보장한다. {Urheberrechtsgesetz [UrhG] § 25(1). 1965 Bundesgesetzblatt [BGB1] I 1273 (W. Ger.).} ; Zohar Efroni, *supra note* 107, at 274 n 176.

일본도 접근통제와 관련하여 좌절도구 등의 거래가 금지될 뿐이지 접근 자체를 통제하지는 않으므로¹³⁴⁾ 직접적으로 接近權을 인정하는 것은 아니라고 볼 수 있다.

그리고 호주의 저작권법은 접근통제를 위한 技術的 保護措置와 이용을 통제하는 技術的 保護措置를 법적으로 차별하지 않고 있으며, 技術的 保護措置의 개념은 접근통제 및 이용통제 중 어느 하나 또는 양자 모두에 의하여 저작권에 대한 침해를 금지하거나 방지하기 위한 것이라고 정의되어 있다.¹³⁵⁾ 따라서 호주의 저작권법은 技術的 保護措置의 보호와 관련하여 저작물에 대한 접근을 보호하고 있다고 할 수 있지만, 좌절 기술의 거래만을 겨냥하고 있으므로 위 입법례와 같은 태도를 취하고 있다.

Ⅲ. 接近權 認定과 關聯된 美國에서의 論議

1. DMCA에서의 接近權 導入 過程

DMCA를 제안했던 "White paper"에서는 接近權에 대한 내용은 없었다. 그러나 1997. 6. WCT의 이행과 비준을 위해 저작권법 개정안이 국회에 제출되었다. 그 법률안을 H.R. 2281¹³⁶⁾이라고 한다. 여기에는 접근통제를 회피하는 것을 금지하는 규정을 넣음으로써 White paper보다 더 엄격하게 技術的 保護措置 회피를 금지하는 내용을 담고 있다.

H.R. 2281은 1998. 8. 4. 하원(the House of Representatives)을 통과하고 H.R. 2281의 최종안은 1998. 10. 8. 상원을 통과한 후, 같은 달. 12. 의회를 최종 통과해서 같은 달. 28. 대통령의 사인을 받아서 接近權을 담고 있는 DMCA가 탄생하게 된 것이다.

DMCA에서의 接近權은 그 자체로서 인정되는 것이 아니고, 저작권에

134) 제2장 I. 4. 나. 참조

135) 제2장 I. 5. 참조.

136) H.R. 2281, 104th Cong. (1997).

의하여 보호되는 저작물에 대한 접근을 효과적으로 통제하는 技術的 保護 措置에 대한 剽竊행위를 금지함으로써 인정되는 것이다. 즉, 接近權 (Access right)이라는 것을 명시적으로 인정하는 것은 아니지만, 사실상 技術的 保護措置에 의하여 보호되는 저작물에 대한 접근을 배타적으로 허락할 권리를 인정하는 것이다.

2. 接近權 認定에 대한 贊反論

가. 論議의 爭點

接近權 인정은 저작권자에게 새로운 권리를 인정함으로써 디지털 환경으로 인한 시장 실패를 치유하고 새로운 비즈니스 모델을 창출함으로써 저작권자를 보호하게 해준다. 그러나 한편으로는 저작권자의 과보호 우려가 제기되어 저작권자와 저작물 이용자 간의 균형이 깨질 위험성이 지적되고 있다. 아래에서 살펴볼 내용은 거의 대부분 判例에서 문제되는 쟁점이기도 하다. 따라서 接近權 인정을 둘러싼 논의를 살펴보는 것은 接近權 인정으로 인한 쟁점을 부각시키고, 저작권자와 일반 이용자의 균형 있고, 조화로운 이익을 도모하기 위한 방향 설정에 도움이 된다.

나. 導入의 肯定的 側面

(1) 海賊行爲로 부터의 保護

디지털 기술은 앞에서 본 바와 같이 MP3 파일과 같은 디지털 저작물을 무한하게 접근·복제할 수 있는 환경을 조성하였다.¹³⁷⁾ 파일 공유 시스

137) David R. Johnstone, *The Pirates Are Always With Us: What Can and Cannot be Done About Unauthorized Use of Mp3 Files on the Internet*, 1 Buff. Intell. Prop. L.J. 122-23 (2001).

템이 가장 대표적이 예이다.¹³⁸⁾ 接近權은 이러한 환경에서 워터마킹, 암호화 등의 수단을 이용하여 디지털 환경에서 발생하는 디지털 해적행위로부터 저작물을 보호하는 것을 법적으로 가능하게 해준다.¹³⁹⁾

(2) 多様な 비즈니스 모델(Business Model) 創出

디지털 저작물에 技術的 保護措置를 적용하여 그의 승낙 없이 디지털 저작물에 대한 접근이나 복제를 통제하고, 쉬링크 랩(Shrink Wrap)¹⁴⁰⁾ 또는 클릭 랩(Click Wrap) 계약¹⁴¹⁾을 통하여 이용조건을 정할 수 있으므로 저작물의 배포에 있어서 가격차별 정책(Price discrimination)을 사용할 수 있게 되었다. 즉 저작권자들은 技術的 保護措置를 가지고 음악이나 영화와 같은 저작물을 이용할 수 있는 기간이나 횟수를 정하여 이용하도록 하고 그 기간이나 이용횟수가 끝나면 이용자가 더 이상 저작물을 이용할 수 없도록 하게 할 수 있다. 다른 한편 이용자로서도 이용횟수나 저작물을 이용한 양에 따라 적은 비용만 부담하고 그들이 필요로 하는 범위에서만 저작물을 이용할 수 있으므로 이용자들에게도 이득이 될 수 있을 것이다.

이것은 아날로그 환경 하에서 저작물의 이용관행이 이제는 '볼 때마다 비용을 내는 사회(Pay-Per-View Society)' 또는 '이용할 때마다 비용을 내는 사회(Pay-Per-Use Society)'로의 추이를 의미한다.¹⁴²⁾

138) Cynthia M. Ho, *Attacking the Copyright Evildoers in Cyberspace*, 55 SMU L. Rev. 1561, 1569 (2002).

139) Christopher D. Kruger, Comment, *Passing the Global Test: DMCA § 1201 as an International Model for Transitioning Copyright Law into the Digital Age*, 28 Hous. J. Int'l L. 281, 289-92 (2006).

140) 소프트웨어 CD등으로 제작되어 포장되어 있는 소프트웨어를 구입하면 CD가 들어 있는 봉투 겉면에 계약조건이 인쇄되거나 또는 동봉되어 있는데, 패키지포장의 개봉이 계약의 승낙이 되는 계약을 쉬링크 랩(shrink-wrap) 계약이라고 한다.

141) 클릭 랩(click-wrap) 계약이란, 쉬링크 랩의 파생된 것으로, 피시(PC) 화면상에 사용 허락에 관한 계약 조건이 제시 되고, 이에 동의함을 나타내는 버튼의 클릭하는 의사표시가 계약의 승낙이 되는 방식을 말한다.

142) David Nimmer, *supra note* 123, at 741; John R. Therien, *Exorcising the Specter of a "Pay-Per-Use" Society: Toward Preserving Fair Use Doctrine and the Public Domain in the Digital Age*, 16 Berkeley Tech L.J. 979, 1009-1010 (2001); Jane C. Ginsburg, *Copyright and Control Over New Technologies Of*

결국 接近權을 도입함으로써 저작자의 자유로운 배포와 사용자의 다양한 옵션을 가능하게 한다. 즉, 가격차별정책을 사용하여 다양한 비즈니스 모델이 가능하게 된 것이다. 이로써 디지털 시대에 부합하는 새로운 저작권 체계의 구성을 창출할 수 있다.¹⁴³⁾

(3) 市場失敗의 治癒

디지털 저작물에 있어 接近權은 公正利用 法理와 함께 저작물을 보호함으로써 시장 실패를 치유할 수 있다고 설명되고 있다. 저작물이 무한적으로 복제됨으로써 저작물이 창작되지 않도록 하는 시장의 실패를 치유하기 위한 것이 저작권법이다. 그런데 저작물을 이용하기 위한 허락을 얻어서 저작권의 침해를 회피하기 위한 비용으로 인해 저작물 이용 가능성이 줄어들 위험이 있다. 接近權은 디지털 저작물에 접근하기 위하여 사용허락을 받기 위한 거래비용을 상당히 감소시키게 한다. 사실상 接近權은 보통 저작물에 대한 접근을 자동적으로 처리하게 하여 시장실패에 대응할 수 있게 한다.¹⁴⁴⁾

다. 導入의 否定的 側面

(1) 接近權 자체를 인정하지 말자는 견해

접근 통제를 근거로 接近權을 인정해서는 안 된다는 견해가 있다. 즉, 접근통제는 단속규정인¹⁴⁵⁾ DMCA §1201(a)(1)(A)에 의한 저작권자의 반

Dissemination, 101 Colum. L. Rev 1613, 1632-1633 (2001).

143) Christopher D. Kruger, *supra* note 139, at 296-99.

144) *Id.* at 299-303; 公正利用과 시장실패 치유에 관해서는 Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors*, 82 Colum. L. Rev. 1600 (1982) 참조.

145) DMCA가 단속 규정이라는 것에 대해서는 회피행위나 그 예비행위의 금지만을 규정하고 있을 뿐, 당해 금지규정의 위반이 저작권 침해를 구성한다는 표현이나 근거가 없

사적 이익에 불과하다는 것이다. 저작권자는 접근통제를 회피한 사용자를 상대로 DMCA 위반을 주장할 수 있으나, 이는 어디까지나 규정위반을 이유로 반사적 이익을 향유하는 형태일 뿐 적극적으로 자신의 권리침해를 주장할 수 있는 것은 아니라는 점에서 接近權이라는 개념은 불필요하다고 주장한다.¹⁴⁶⁾

(2) 情報에 대한 無分別한 權利의 保護로 인한 情報資源의 利用 縮小

DMCA의 입법과정에서 접근통제에 대해 다음과 같은 우려가 제기되었다. 즉, “새로이 창조된 권리는 일반인이 정보에 접근하는 것을 상당히 감소시킴으로써, 연구자, 저작자, 비평가, 학자, 교육자, 학생 및 소비자들이 정보를 검색하거나 인용하거나, 기타 저작물을 공정하게 이용하는 것을 감소시킬 우려가 있다.”는 것이다.¹⁴⁷⁾

技術的 保護措置는 기술에 의해 저작물의 접근이나 이용을 통제하는 것이기 때문에 통제 뒤에 있는 내용물이 어떤 성격을 가진 것인지 알 수 없다. 즉, 저작권법상 보호되는 저작물인지 저작재산권 보호기간이 종료된 것인지 아니면 저작물이 아닌지 알 수 없다. 만약 저작재산권 보호기간이 종료된 저작물이거나 저작물이 아닌 것에 技術的 保護措置를 하고 있는데도 이것이 보호된다면 이는 저작자에게 새로운 배타적 권리를 허용하는 결과를 초래할 수 있다.¹⁴⁸⁾

결국 접근통제에 의해 저작권자가 하나의 배타적인 권리를 부여받는 것에 한정되는 것이 아니라 저작권이 확대·강화되고, 저작권법이 설정해 놓은 공유영역(public domain)-가령 아이디어/표현 이분법에서의 아이디어

기 때문이라는 근거를 든다. (오길영, *supra note 3* at 225면.)

146) *Id.* at 225-226면.

147) H.R. REP. 105-551(II), H.R. Rep. No. 551(II), 105TH Cong., 2ND Sess. 1998, 1998 WL 414916 at 26 (Leg. Hist.)

148) Yochai Benkler, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, 74 N.Y.U. L. REV. 354, 420-22 (May. 1999); 이종구, *supra note 19*, at 註36).

-이 저작권자 개인에 의하여 무용지물이 될 수 있으며 이에 따라 누구나 이용할 수 있는 정보 및 자료에 대하여 저작권자를 위한 재산권(new property)이 창조되는 결과가 된다.¹⁴⁹⁾

(3) 技術革新·競爭의 抑制

일반인의 기술혁신이나 경쟁의 억제 효과가 있다. 어떠한 저작물을 창조하는 능력은 다른 저작물에 접근하는 능력과 역관계(inverse relationship)에 있다.¹⁵⁰⁾ 지식(knowledge)은 기존의 창조적 작품들의 기반위에 있는 창조적 작품의 축적물이다. 그러나 DMCA는 이러한 지식에 대한 접근을 막는 메커니즘을 보호함으로써 패러디, 비평, 역분석, 새로운 연구 등의 생산을 막는 용도로 악용될 수 있다.¹⁵¹⁾

또한 DMCA에 접근통제 예외 중 역분석을 허용하는 규정이 있지만 이것을 기술개발을 업으로 하는 사람들에게만 제한된 것이고 일반인에게는 기회를 박탈시키는 것이다. 그리고 기술개발자라도 도구의 거래금지 규정(anti-device provision)을 위반하여 민·형사적 책임을 질 것을 염려하여 실제로는 접근하지 못할 수 있기 때문에 기술 개발자에게도 위 규정은 부작용이 있다.¹⁵²⁾ 그리고 DMCA의 위반 여부의 핵심이 되는 규정이 상당히

149) Jacqueline Lipton, *Copyright in the Digital Age: A Comparative Survey*, 27 Rutgers Computer Tech L.J. 333, 355-56 (2001)[hereinafter Jacqueline Lipton, *Copyright in the Digital Age: A Comparative Survey*]; 이러한 점을 지적한 문언은 이밖에도, Justin Graham, *supra note 5*, at 36; Melissa A. Kern, *Paradigm Shifts and Access Controls: An Economic Analysis of the Anticircumvention Provisions of the Digital Millennium Copyright Act*, 35 U. Mich. J.L. Reform 891, 908 (2002); Jason Sheets, *Copyright Misused: The Impact of the DMCA Anti-circumvention Measures on Fair & Innovative Markets*, 23 Hastings Comm. & Ent. L.J. 1, 21 (2000); David Nimmer, *supra note 123*, at 720); 이영록, *supra note 23*, at 62면; 손승우, *supra note 29*, at 79면 등.

150) Thomas Heide, *Access Control and Innovation Under the Emerging EU Electronic Commerce Framework*, 15 BERKELEY TECH. L.J. 993, 996 (2000).

151) Jason Sheets, *supra note 149*, at 19-21.

152) Terri Branstetter Cohen, *Anti-Circumvention: Has Technology's Child Turned Against Its Mother?*, 36 VAND. J. TRANSNAT'L L. 961, 979 (2003); Jacqueline Lipton, *Copyright in the Digital Age: A Comparative Survey*, *supra note 149*, at 360.

추상적이어서¹⁵³⁾ 어떠한 도구가 허용되는 도구인지에 대한 판단도 어려워 이러한 점이 일반인들의 예측 가능성을 낮춘다.¹⁵⁴⁾

라. 小結

위에서 살펴본 바와 같이 接近權 도입의 장·단점은 많은 법적 논쟁을 낳았다. 이러한 문제점들은 문화의 향상 발전이라는 공익과 저작권자의 사익의 보호간의 조화와 균형을 어느 곳에 두어야 하는가가 핵심적인 쟁점이다. 디지털 시대에 있어 접근통제권이 입법된 이상 헌법상의 저작권 진흥의무와 저작권법의 입법취지를 살리기 위해서는 조화로운 해결이 필수적인 부분이다.¹⁵⁵⁾

이러한 문제점을 해결하기 위해서는 새로운 권리인 接近權과 기존의 저작권과의 관계를 어떻게 설정할 것인가가 기본 논점으로 깔려있고, 그것은 결국 接近權의 법적 성질을 어떻게 보아야 할 것인가와 같은 문제이다. 이에 대해서는 항을 바꾸어 살펴보도록 하겠다.

IV. 接近權의 法的 性質 - 接近權(Access Right)과 既存의 著作權과의 關係

1. 問題의 所在

153) DMCA §1201(a)(2)는 ‘주요(primarily)’, ‘제한된 상업적인 중요성(limited commercially significant)’이라는 규정들로 이루어져 있다. [Eun-Sil Kim, "The Digital Millennium Copyright Act and The Anticircumvention Provisions :What It Reveals About the U.S. Copyright Law", 企業法研究 第18卷 第2號 (2004. 12.) p. 169.]

154) Alex Cameron, Robert Tomkovicz, *Competition Policy and Canada's New Breed of "Copyright" Law*, 52 McGill L.J. 291, 315 (2007); Terri Branstetter Cohen, *supra note* 152, at 980.

155) Jane C. Ginsburg, *Essay: From Having Copies to Experiencing Works: The Development of an Access Right in U.S. Copyright Law*, *supra note* 127, at 116.

接近權의 법적성질을 규명하기 위해 接近權을 기존의 저작권과 연관시켜 파악할 지 여부는 매우 중요한 문제이다. 그것에 따라 침해의 법적 성질(저작권 침해인지, 技術的 保護措置 침해인지), 구제수단(기존의 저작권에 대한 보호수단이 제공될 것인지, 새로운 구제수단이 제공되어야 하는지), 公正利用의 적용여부에서 결론이 달라질 수 있기 때문이다.¹⁵⁶⁾

2. 接近權과 著作權의 關係

가. 別個의 權利라는 見解

DMCA에서의 接近權은 기존의 저작권과는 별개의 권리 또는 저작권에 유사한 권리(paracopyright)라고 미국 법원의 判例와 학설은 파악하고 있다.¹⁵⁷⁾ 이러한 입장의 근거는 DMCA의 接近權은 저작권 침해와는 관계없이 그 권리의 침해가 인정될 수 있고, 그 침해에 대한 구제수단도 기존의 저작권과는 별도로 인정하고 있다는 점에 있다. 그리고 저작권의 예외와는 별도로 위 법에서 여러 유형의 예외를 인정하고 있다는 점도 근거로 들고 있다.

이 견해는 저작물에 접근하는 것이 기존의 저작권법에 의하여 용인될 수 있는지 여부와 관계없이, 저작권에 의하여 저작물이 관계되는 한, 저작권자의 승낙을 받지 않고 저작물에 접근하는 모든 것이 금지된다는 것이다. 미국 법원은 저작권에 인정되는 公正利用 규정의 예외를 技術的 保護措置에는 인정하고 있지 않다는 일관된 입장을 취하고 있다.¹⁵⁸⁾

나. 調和하여 運用해야 한다는 見解

156) 이대희, “사이버知的財産權의 技術的 措置에 의한 保護”, 사이버지적재산권법, 65면, 77면 (사이버지적재산권연구회 편, 법영사, 2004). [이하, 이대희, “사이버知的財産權의 技術的 措置에 의한 保護”]

157) Nimmer & Nimmer, Nimmer on Copyright, §§12A.03 (2002. Supp.).

158) 문화관광부[편], 저작물에 대한 사용권 및 接近權의 문제에 관한 연구, 서울 : 문화관광부, 2003. 159-160면.

반면, 저작권자의 권리만을 보호하는 접근통제를 회피하는 행위나 기술 및 서비스를 금지시켜야한다는 입장이 있다. 이 같은 입장에 의하면, 접근 통제 위반 여부를 판단함에 있어 논리적으로 저작권의 公正利用 法理를 적용하게 된다.¹⁵⁹⁾

다. 小結 - 接近權과 著作權의 聯關關係의 必要性

다음 장에서 살펴보게 될 미국의 사례를 보면 接近權이 별개의 권리라고 하면, 技術的 保護措置에 관한 규정이 저작권 보호와는 관계없는 곳에 악용되어 오히려 경쟁을 억제하기 위해 사용될 가능성이 있다. 이러한 문제점을 인식하여 DMCA의 전제로 저작권의 요건을 갖추게 하여야 한다는 견해가 제시되고 있다.¹⁶⁰⁾

또한 미국과 같이 저작권과 별개의 接近權을 인정할 경우, 저작권 침해와는 별개의 被侵害權利를 인정하게 되는 것인데, 이는 일반 공중의 접근을 제한하는 부작용을 낳을 수 있다. 미국의 DMCA가 WCT나 WPPT를 초과하여 입법되었다는 비판은 바로 이러한 사실에 기초한 것이다.¹⁶¹⁾ 따라서 接近權이 인정되더라도 기존의 저작권과는 균형 있는 입법이 되어야 한다.¹⁶²⁾

V. 小結 - 接近權 認定과 關聯된 派生 爭點

159) Matthew J. Faust, *What Do We Do With A Doctrine Like Merger? A Look At The Imminent Collosion Of The DMCA And Idea/Expression Dichotomy*, 12 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 131, 150-52 (2008).

160) *Id.* at 152; Jon M. Garon, *What if DRM Fails?: Seeking Patronage in the Iwasteland and the Virtual O*, 2008 Mich. St. L. Rev. 103, 119 (2008).

161) Jacqueline Lipton, *Copyright in the Digital Age: A Comparative Survey*, *supra note* 149, at 361.

162) 이대희, “사이버知的財産權의 技術的 措置에 의한 保護”, *supra note* 156, at 65면, 78면,

이상으로 接近權 인정의 연혁과 이를 둘러싼 찬반론, 그리고 接近權의 법적성질에 대해 살펴보았다. 接近權은 일단 기존의 接近權과는 별개의 권리(paracopyright)로 보는 것이 다수의 견해이다. 하지만, 별개의 권리라고 해서 논리 필연적으로 기존의 저작권과 별개의 법리로 운용되어야 한다는 것은 아니다.

이러한 문제의식은 接近權과 저작권법 상의 公正利用 法理(Fair Use Doctrine)의 관계, 接近權과 최초판매 이론의 배제 문제, 공정 경쟁을 제한하는 수단으로 接近權을 사용하는 경우 대치 법리 등의 쟁점을 낳는다. 이러한 문제에 대해 장을 바꾸어 살펴보도록 하겠다.

제4장. 接近權과 公正利用 法理(Fair Use Doctrine)의 適用 與否 및 最初販賣 原則(First Sale Doctrine) 適用 與否

I. 序

接近權 인정 이후에 接近權과 公正利用 法理 사이의 관계가 문제되고 있다. 저작권 침해의 항변인 公正利用 法理가 接近權 침해의 항변으로 인용될 수 있는 지가 문제의 핵심이다. 또한 중고 시장 형성의 보호 법리였던 最初販賣 原則과 관련하여 接近權 인정으로 위 원칙이 배제되는 것은 아닌지가 중요한 쟁점으로 논의되고 있다. 양자는 별개의 쟁점이지만, 후자의 쟁점은 公正利用 法理의 적용문제와 논리 일관적인 측면을 가지고 있으므로 같은 장에서 다루기로 한다.

II. 接近權과 公正利用 法理의 問題

1. 問題의 所在

公正利用 法理는 “저작권자에게 獨占權이 주어졌음에도 불구하고, 그의 同意 없이 합리적인 방법으로 저작물을 사용할 수 있는 免責權”으로 정의된다.¹⁶³⁾ 저작권자의 同意 없이 저작물을 복제할 수 있는, 저작권 침해의 抗辯 手段으로 사용되는 것이다. 미국에서는 1800년대 判例 法理로 형성되어 오다가,¹⁶⁴⁾ 1976년에 미국 저작권법 제107조에 입법화되었다.¹⁶⁵⁾ 公正利用 法理는 저작권자에게 허용된 독점권에 대하여 言論의 自由를 유지하는 安全板(a safety valve)의 역할을 하기 때문에 매우 중요하다.¹⁶⁶⁾ 그러나 DMCA를 문리 해석하면 저작물의 公正利用을 위해 접근하는 것까지 금지하고 있다. 이렇게 되면 저작권 침해의 尙변으로 公正利用 法理가 허용되지 않을 우려가 있다. 아직까지는 저작물의 이용 매체로 有形物 형태의 저작물이 대세이지만, 디지털 저작물이 늘어나면 DMCA의 적용 영역은 점차 넓어지게 되고, 接近權과 公正利用 法理의 충돌이 문제될 가능성이 크다.¹⁶⁷⁾

결국 핵심 쟁점은 저작물을 公正利用하기 위해서는 저작물에 접근해야 하는데, 접근을 통제하는 技術的 保護措置가 있는 경우 이를 회피하는 것이 허용되는 지이다. 만일 저작물을 公正利用하기 위하여 技術的 保護措置를 회피할 수 없다면, 저작권에 의하여 보호받지 못하는 저작물(예컨대, 저작물의 보호요건을 충족하지 못하거나 존속기간이 종료한 공유영역에 있는 저작물)도 접근통제를 위한 技術的 保護措置에 의하여 보호받게 되며 저작

163) Paul Goldstein, Copyright vol. II, § 10.1 (2d ed., Little, Brown & Co. 1996).

164) Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342, 348 (C.C. Mass. 1841).

165) 17 U.S.C.A. § 107 : 106조의 규정에도 불구하고, 비평, 논평, 뉴스 보도, 교육, 학문이나 연구 등을 위한 목적으로 저작물을 사용하는 것과 같이 공정사용 원칙에 해당하는 경우에는 저작권 침해가 아니다. 공정사용 여부를 판단할 때는 다음과 같은 요소가 고려되어야 한다. (1) 사용의 목적과 성격, (그러한 사용이 상업적인 성격을 가지고 있는지, 비영리적 교육에 목적이 있는지를 포함한다.), (2) 저작물의 본질, (3) 전체적으로 보았을 때, 저작물이 사용된 부분의 양과 실질성, (4) 그러한 사용이 잠재적 시장 또는 저작물의 가치에 미치는 영향.

166) Ida Shum, *Getting "Ripped" Off by Copy-Protected CDs*, 29 J. Legis. 125, 138 (2002); Neil W. Netanel, *Locating Copyright Within the First Amendment Skein*, 54 Stan. L. Rev. 1, 12 (2001).

167) Denis T. Brogan, *Fair Use Doctrine No Longer: How the Digital Millennium Copyright Act Bars Fair Use Doctrine of Digitally Stored Copyrighted Works*, 16 St. John's J. Legal Comment. 691, 691-96 (2002).

물에 대한 일반인의 접근(public access)도 심각하게 손상 받게 될 우려가 있다.

따라서 이하에서는 이 같은 문제의식을 기본으로 하여, DMCA와 公正利用 法理의 관계에 대한 미국의 논의를 살펴보도록 하겠다. 우리 법에도 접근통제에 관한 규정이 들어오게 되면, 아래에서 살펴볼 미국에서의 논의는 법 시행에 있어서 시행착오를 줄이는 데 도움이 될 것이다.

2. DMCA의 立法過程에서의 論議 및 DMCA의 規定 態度

가. DMCA 立法過程에서의 論議 - The White Paper

White Paper에서는 제안된 회피 금지 규정들이 저작물의 公正利用을 막는다는 일부의 우려에 대해, 公正利用 法理도 저작물 이용자에게 권한 없는 접근이나 사용을 허용하는 것은 아니라고 하면서, 이렇게 해석되지 않으면 저작권자는 저작물이 권한 없는 자에 의해 공표되는 것을 막지 못한다고 주장한다. 또한 회피 장치(circumvention device)가 합법적 목적(legal purpose)에 쓰이는 것과 같이 公正利用의 목적을 위해 주로(primarily) 의도되고 사용된다면 그것은 ‘법에 의해 인증된’ 행위로서 허용될 것이기 때문에 公正利用 法理의 사용을 막는 것은 아니라고 주장한다.¹⁶⁸⁾

결국 입법과정에서도 DMCA가 公正利用 法理를 수용하는지에 관해 적극적인 입장을 표명하기보다는 公正利用 法理가 손상되지 않는다는 소극적인 입장만을 내비치고 있을 뿐이다.

나. DMCA의 規定 態度

168) Working Group on Intellectual Property Right, Information Infrastructure Task Force, Intellectual Property and the National Information Infrastructure, Introduction. p. 231.

DMCA §1201(c)(1)은 “어떠한 것도 이 법에서 정하는 권리, 구제수단, 제한, 저작권 침해에 대한 방어 수단에 영향을 주어서는 안 된다.”고 규정하면서 기본적으로는 DMCA는 公正利用을 방해하지 않는다는 입장을 취하고 있다.¹⁶⁹⁾

접근통제와는 반대로 公正利用을 위한 이용통제의 회피를 금지하지 않는다. 왜냐하면 이용통제의 회피에 대해서는 DMCA에서 금지하고 있지 않으며, 기존의 저작권 법리에 의해 규율되는 데, 公正利用 法理는 기존 저작권법상 인정되는 항변사유이기 때문이다.

한편, 접근통제의 경우 사용자 면책 규정을 따로 마련하고 있지만, 이것은 정책적으로 인정되는 것이며, 公正利用과는 별개로 논의되는 것이다.¹⁷⁰⁾

3. 學說의 論議

가. 否定하는 立場

DMCA는 저작권법과는 달리 技術的 保護措置의 회피행위에 대해 公正利用 法理(Fair Use Doctrine)가 적용될 수 있는지에 관한 명백한 규정을 두고 있지 않다는 것을 이유로 接近權과 관련된 쟁점에서는 公正利用 法理(Fair Use Doctrine)는 적용되어서는 안 된다고 주장하는 견해가 있다.¹⁷¹⁾

또한 DMCA 제정은 저작권의 침해가 아닌 접근 통제에 대한 항변을 해야 함을 의미하므로 公正利用 法理가 적용될 여지가 없다는 주장도 있다.¹⁷²⁾ 이 견해는 接近權과 저작권의 법적 성질을 완전히 분리해서 평가하는 견해로 보인다.

169) DMCA §1201(c)(1) : Nothing in this section shall affect rights, remedies, limitations, or defenses to copyright infringement, including Fair Use Doctrine, under this title.

170) DMCA §1201(a)(1)(B)-(D) [제2장 II. 2. 나. (1). (다) 참조]

171) Dan L. Burk, *Anti-Circumvention Misuse*, 50 UCLA L. Rev. 1095, 1137-38 (2003).

172) David Nimmer, *supra note* 123, at 723.

나. 肯定하는 立場

DMCA는 예외 규정의 범위가 좁은데, 이것은 침해 주장의 항변으로 公正利用 法理가 인정될 수 있다는 의미라고 견해가 있다. 이 견해에서는 권한 없는 접근을 위한 회피(circumvention)와 적법하게 얻은 저작물을 公正利用하기 위해 회피(circumvention)하는 것을 구분해서 후자에만 적용하자고 주장한다.¹⁷³⁾ 하지만 좁은 예외 규정이 새로운 항변 사유를 만들어낸다는 것은 그다지 타당성 있는 견해로 보이지는 않는다.

다른 견해로는 公正利用 法理는 법원에 의해 만들어진 것으로서 저작권법상의 항변 뿐 아니라 다른 법 영역에서도 항변사유로 인정될 수 있는 것이라는 이유로 接近權의 항변 사유로서 긍정하는 견해가 있다.¹⁷⁴⁾

그리고 전통적인 저작권 침해에 대해서만 公正利用이 적용된다는 것은 DMCA §1201(c)를 완전히 쓸모없게 만드는 것이라는 견해가 있다. 이 견해는 技術的 保護措置에 관한 DMCA의 어느 규정도 저작권 침해 일반에 대하여 公正利用 法理를 부정하고 앓고 있으며, 이 법리가 적용되지 않는다면 DMCA §1201(c)와 같은 규정은 불필요하다는 것을 이유로 한다.¹⁷⁵⁾

또 다른 긍정 견해로는 公正利用 法理를 저작권법으로 편입시킬 때의 입법 의도를 살펴야 한다고 주장하는 견해가 있다. 이 견해는 첫째, 의회는 公正利用 法理의 개념을 하나의 경직된 틀로 넣으려 하지 않았고,¹⁷⁶⁾

173) Pamela Samuelson, *Intellectual Property in the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised*, 14 Berkeley Tech. L.J. 519, 539-40 (1999). [hereinafter Pamela Samuelson, *Intellectual Property in the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised*]

174) Jane C. Ginsburg, *Copyright Use and Excuse on the Internet*, 24 Colum-VLA J.L. & Arts 1, 8-9 (2000).

175) Glynn S. Lunney, Jr., *The Death of Copyright: Digital Technology, Private Copying, and the Digital Millennium Copyright Act*, 87 Va. L. Rev. 813, 825, 846-47 (2001).

176) 의회는 公正利用 法理에 대해 빠른 기술 발전과 함께 계속 진화해나가는 것을 의도했다. [H.R. Rpt. 94-1476, at 66 (Sept.3, 1976); Pete Singer, *Mounting a Fair Use Doctrine Defense to the Anti-Circumvention Provisions of the Digital Millennium Copyright Act*, 28 U. Dayton L. Rev. 111, 121 n 87 (2002) 재인용.]

둘째, 의회는 법원으로 하여금 다가오는 기술 발전 시대에 맞는 公正利用 法理를 발전시킬 임무를 부여했다고 주장한다.¹⁷⁷⁾

그리고 接近權에 대하여 公正利用이 허용되지 않으면 저작권자와 저작물 이용자 간의 균형을 근본적으로 파괴할 수 있다고 주장하는 견해도 있다. 학문과 예술을 증진시키기 위해서는 한편으로는 저작물을 창작하도록 하기 위한 동기를 제공하여야 하고 다른 한편으로는 저작권자 이외의 자가 그 저작물에 포함되어 있는 내용을 증진시키기 위하여 이를 연구할 수 있도록 저작물에 접근할 수 있도록 하는 것 간에 균형이 이루어져야 한다는 것을 근거로 한다. 接近權에 대하여 公正利用 法理를 인정하지 않게 되면 저작권자들에게 창작 동기를 강력하게 제공할 수 있지만 저작권을 침해하지 않는 콘텐츠의 이용을 위하여 저작물에 적법하게 접근하는 것이 급격히 저해되고, 따라서 저작권법이 추구하고자 하는 균형은 파괴된다. 따라서 창작을 위한 동기의 제공과 저작물에 대한 接近權간의 근본적인 균형을 회복하기 위해서는 接近權에 대하여 公正利用의 예외가 허용되어야 하는 결론에 이르게 된다.¹⁷⁸⁾

4. 美國 法院의 判例

가. 들어가며

多數 判例는 公正利用 法理는 저작물의 ‘使用’에 관한 법리이지 저작물에 ‘接近’에 관한 법리가 아니라고 하면서 公正利用 法理의 적용을 부정했다.

나. RealNetworks, Inc. v. Streambox, Inc.¹⁷⁹⁾

177) Pete Singer, *supra note* 176, at 122. 같은 취지로, DMCA는 저작물(CD, DVD 등)을 공공연하게 專有(overt appropriation)하는 것을 막기 위한 입법 취지를 가진 법이므로 저작물을 公正利用 하기 위해 접근하는 것은 허용되어야 한다는 견해가 있다. (Denis T. Brogan, *supra note* 167, at 724.)

178) Tricia J. Sadd, *Fair Use As a Defense Under the Digital Millennium Copyright Act's Anti-Circumvention Provisions*, 10 Geo. Mason L. Rev. 321, 340 (2001).

(1) 事實關係

제2장 II. 2. 나. (2). (나). 1)참조

(2) 爭點

被告 스트림박스(Streambox)가 “Sony Corp. of America v. Universal City Studio”사건을 인용하면서¹⁸⁰⁾ 비록 원고의 접근통제와 이용통제가 있지만, 피고의 리얼브이씨알(RealVCR)은 소비자로서 하여금 公正利用(Fair Use) 위해 리얼미디어(RealMedia) 파일을 복사할 수 있게 한다는 항변을 하였다. 하지만, 법원은 사용자들이 피고의 VCR를 이용해 원고의 의사에 반하여 오디오·비디오 파일을 완벽하게 복사할 수 있으므로, 피고의 公正利用 抗辯은 받아들일 수 없다고 판시했다.¹⁸¹⁾

또한 법원은 위 소니 사건이 DMCA 해석과 관련되지 않았다고 하였다. 법원은 DMCA에 의하면 승낙을 받지 않고 저작물에 접근하거나 이를 복제하는 것을 방지하기 위한 技術的 保護措置를 회피하는 제품을 배포할 권리가 인정되지 않으며, 오히려 의회는 그 같은 회피도구의 배포를 특별히 금지시켰다고 하였다. 따라서 불법적인 접근과 복제를 방지하기 위한 技術的 保護措置를 회피하는 스트림박스의 리얼브이씨알(RealVCR)은 DMCA를 위반한 것이라고 판시했다.¹⁸²⁾

179) RealNetworks, Inc. v. Streambox, Inc. 2000 WL 127311, (W.D.Wash., Jan.18, 2000).

180) 464 U. S. 417, 449, 454-55. (1984); 본 사례에서 법원은 가정용 타임 시프팅(time-shifting) 텔레비전 프로그램을 사용하는 것은 상업적이거나 이윤추구의 목적을 위한 것이 아니므로 公正利用 法理에 의해 정당하고, 실질적으로 非侵害的 利用(substantial non-infringing use)에 해당한다고 판시했다. 이 判例는 비디오카세트 테이프(video-cassette tapes)판매를 위한 가정용 엔터테인먼트 시장의 확대를 가져오는 획기적인 判例로 평가된다.(Denis T. Brogan, *supra note* 167, at 723.)

181) RealNetworks, Inc. v. Streambox, Inc. 2000 WL 127311, (W.D.Wash., Jan.18, 2000), p. 8.

(3) 評釋

公正利用 法理의 DMCA 적용 여부가 문제된 초기의 사례이다. DMCA에는 公正利用 法理가 적용될 여지가 없다는 이후의 법원의 태도와는 달리 “저작권 보유자가 복제되는 것을 원하지 않아” 公正利用 抗辯의 요건을 갖추지 못한 것을 이유로 피고의 항변을 배척한다는 점이 주목할 만하다. 이 判例를 근거로 DMCA에 公正利用 法理가 적용될 수 있다는 해석도 가능하지만, 이 判例 이후 같은 입장을 취한 判例는 찾아볼 수 없어 폐기된 判例로 분류된다.

다. Universal City Studio v. Reimerdes¹⁸³⁾

(1) 事實關係

원고는 유니버설 시티 스튜디오(Universal City Studio)를 비롯한 미국영화협회이다. 동 협회는 DVD 복제제어연맹(DVD Copy Corporation Association : DVD-CCA)을 구성하고 技術的 保護措置로서 표준장치인 DVD-CSS(DVD Content Scrambling System)¹⁸⁴⁾을 판매하는 DVD 타이

182) *Id.*

183) Universal City Studio, Inc. v. Reimerdes 111 F. Supp. 2d 294 (S.D.N.Y. 2000), *aff'd* 273 F.3d 429 (2d Cir. 2001). 제1심에서의 피고는 Eric Corley, Shawn Reimerdes 및 Roman Kazan이었으나, 제1심 판결[Universal City Studio, Inc. v. Reimerdes, 111 F.Supp. 2d 294 (S.D.N.Y., 2000), Universal I] 이후 Reimerdes 와 Kazan은 화해를 하였고, 이에 따라 Corley에 대해서만 제1심 법원에 의한 최종 판결이 나오게 되었다. [Universal City Studio, Inc. v. Reimerdes 111 F.Supp.2d 346 (S.D.N.Y., 2000), Universal II]. Corley는 이에 불복하여 항소하였고, 이에 대한 항소심 판결은 Corley가 유일한 항소인이라는 것을 반영함으로써 케이스의 명칭이 Universal City Studio, Inc. v. Corley [273 F.3d 429 (2d Cir. 2001)]로 변경되었다. [이대회, “DVD와 技術的 保護措置”, *supra note* 40, at 註18]

184) 이것은 DVD에 있는 음성 및 그래픽 파일을 스크램블(scramble)하는 암호 알고리즘을 이용하였다. 이에 의하여 암호화된 파일을 복호화하기 위하여 필요한 열쇠(key)를 가진 DVD 플레이어에 의하지 않는다면 DVD의 영화나 콘텐츠를 이용할 수 없게 되었

틀(DVD-Title)에 장착하였는데, 피고는 이러한 DVD-CSS를 회피하는 DeCSS을 자신이 운영하는 잡지의 웹사이트에 업로드(upload)한 웹사이트 운영자이다. 유니버설 시티 스튜디오(Universal City Studios)는 피고가 디지털화된 영화를 회피하는 도구를 거래하였다고 주장하면서 DMCA §1201(a)(2)(A)위반으로 제소했다.

(2) 爭點¹⁸⁵⁾ - DMCA가 公正利用을 制限하는 것인지

(가) 1審에서의 公正利用

被告는 DMCA가 원고 저작물을 公正利用하는 것을 어렵게 하거나 불가능하도록 해석될 수 없으며, 따라서 DMCA는 이용자들이 저작물을 公正利用하기 위하여 DeCSS를 이용할 수 있도록 하는 자신들의 행위에 적용되지 않는다고 항변했다.

이에, 법원은 公正利用은 DMCA의 接近權에 포함되지 않는 것이라고 판시하면서, 그 근거를 다음과 같이 들었다. 첫째, 公正利用과 접근통제를 위한 技術的 保護措置를 우회하는 도구의 금지 규정은 전혀 별개의 것이라는 것을 밝히고 있다. 곧, 의회가 이러한 행위에 公正利用을 적용시키고자 의도하였다면 그렇게 할 수 있었을 것이지만 의회는 그렇게 하지 않았다는 것이다. 둘째, 의회가 접근통제로 인하여 公正利用이 손상 받을 것을 고려하고 이를 반영하여 서로 충돌하는 이익을 균형 있게 하였다는 것이다. 법원은 이러한 이해 균형의 예로서 ①일단 저작물에 접근한 이후에는 접근통제가 제한되어 저작권 침해에 대한 항변이 허용된다는 것, ②接近權에 관하여 2년 동안 그 적용을 유예시켰으며 접근통제 규정에 의하여 불리한 영향을 받는 것으로 판정된 저작물에 대해서는 적용되지 않는다는 것, ③역분석 등 의회가 公正利用이라고 판단하는 이용에 대해서는 接近權에 대

다. [Universal City Studio, Inc. v. Reimerdes 111 F. Supp. 2d 294, 308 (S.D.N.Y. 2000)]

185) “Reimerdes” 등 피고들의 항변은 公正利用에 한정되지 않지만, 本稿의 주제와 관련된 公正利用 抗辯만을 살펴보도록 한다.

하여 예외를 인정하였다는 것을 제시하였다.¹⁸⁶⁾

피고들은 두 번째로, “Sony Corp. of America v. Universal City Studio”¹⁸⁷⁾ 사건을 인용하면서 DeCSS는 저작권을 침해하지 않는 합법적인 이용을 용이하게 하기 위하여 사용될 수 있기 때문에 책임이 면제된다고 주장하였다. 이에 대하여 법원은 위 사례는 技術的 保護措置의 회피행위에 대한 것이 아닌 저작권 침해에 대한 기여 침해에 관한 것이어서 본 사례와는 다르다고 함으로써 피고의 항변을 받아들이지 않았다. 또한 위 소니 사례는 DMCA와 서로 충돌하는 한도에서 DMCA 입법에 의해 폐기되었다고 하였다. 즉, 소니 사건에 의하여 책임이 면제되는 도구나 제품도 DMCA를 위반할 수 있다고 하였다.¹⁸⁸⁾

결국 법원은 저작물의 공정한 이용을 위하여 접근통제를 위한 技術的 保護措置를 무력화하는 행위에 대하여 公正利用 法理가 적용되지 않는다고 판시하였다.¹⁸⁹⁾

(나) 2審에서의 公正利用

항소인(항소심의 피고는 Corley이다.)은 公正利用에 관한 규정인 DMCA §1201(c)(1)¹⁹⁰⁾에 의하여 어떠한 저작물이 공정하게 이용되는 경우에는 그 저작물을 보호하는 技術的 保護措置를 회피하는 것이 허용되는 것으로 해석되어야 한다고 주장했다. 그러나 법원은 이 규정에 의하여 이러한 저작물의 이용이 허용되는 것은 아니며, 이 규정은 DMCA가 저작물을 보호하는 디지털 벽(digital wall)의 회피와 회피 도구의 거래를 목표로 하는 것이며 우회가 행하여진 이후의 저작물의 이용과 관계없다고 하였다.

186) Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes, 111 F. Supp. 2d 346, 321-23 (S.D.N.Y. 2000).

187) 464 U.S. 417 (1984).

188) Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes, 111 F. Supp. 2d 346, 323-24 (S.D.N.Y. 2000).

189) “holding that Fair Use Doctrine is not a defense to DMCA infringement” *Id.* at 347.

190) “[n]othing in this section shall affect rights, remedies, limitations or defenses to copyright infringement, including Fair Use Doctrine, under this title,”

또한 §1201(c)(1)은 정보가 DMCA가 불법화시킨 방법으로 획득되었다는 이유로 그 정보를 公正利用하는 것이 금지되지 않도록 하기 위한 것이라고 하였다.¹⁹¹⁾

또한 항소인은 DVD를 구입하는 개인은 DVD를 시청할 수 있는 ‘저작권자의 승낙’을 가지고 따라서 DMCA §1201(a)(3)(A)에 의하여 DMCA의 적용으로부터 면제된다고 주장하였다. DMCA §1201(a)(3)(A)은 저작권자의 승낙과 관련된 技術的 保護措置의 우회와 효과적으로 저작물에 접근하는 것을 통제하는 것에 대한 정의 규정이다. 그러나 법원은 암호화된 DVD를 저작권자의 승낙에 의하여 복호화하는 자의 책임을 면제하는 것이 저작권자의 승낙에 의하여 DVD를 시청하는 자를 면제하는 것이 아니라고 하면서 항소인의 주장을 받아들이지 않았다.¹⁹²⁾

그리고 항소인은 公正利用은 미국 헌법상의 저작권에 관한 규정과 표현의 자유에 관한 규정에 바탕을 두고 있고 이에 의하여 요구된다고 주장하면서, DMCA가 저작물에 대한 公正利用을 제거하여 위헌이라고 주장했다. 그러나 법원은 연방대법원이 公正利用의 원칙을 헌법상으로 보장된 권리라고 밝힌 바 없다고 하면서, 이를 배척하였다. 또한 법원은 公正利用 法理는 복제를 하기 위해 저작물에 접근하는 것을 보장하는 법리로 사용된 바 없었다는 점을 강조하였다. 그리고 DMCA의 헌법적인 적합성에 대해, DMCA는 公正利用을 위한 DVD 복제를 어렵게 하였지만, 불가능하게 한 것은 아니라 여전히 가능하기 때문에 위헌적이지 않다고 판시하였다.¹⁹³⁾

(3) 評釋

위 判例는 公正利用과 접근통제를 위한 技術的 保護措置의 우회 금지 규정과의 관계에 대해 명시적으로 전혀 별개의 것이라는 것을 밝히고 있

191) Universal City Studio, Inc. v. Corley 273 F.3d 429, 443-44 (2d Cir. 2001).

192) *Id.* at 444.

193) *Id.* at, 458-59.

다. 법원은 이 규정은 DMCA가 저작물을 보호하는 디지털 벽(digital wall)의 회피와 회피 도구의 거래를 목표로 하는 것이며 우회가 행하여진 이후의 저작물의 이용과 관계없다고 하였다. 이러한 법원의 태도는 아래에서 보는 바와 같이 判例의 입장으로 굳어지는 경향으로 나타난다.

그리고 公正利用 法理의 헌법상의 요청에 대해서는 법원은 연방대법원이 公正利用 法理를 헌법상으로 보장된 권리라고 밝힌 바 없다고 하면서, 이를 배척하였고, DMCA는 公正利用을 위한 DVD 복제를 어렵게 하였지만, 불가능하게 한 것은 아니라 여전히 가능하기 때문에 위헌적이지 않다고 판시하였다. 표현의 자유를 보장하는 公正利用 法理의 헌법적 논쟁에 대해 법원은 위헌성을 인정하지 않은 것이다.

라. United States v. Elcom, Ltd¹⁹⁴⁾

(1) 事實關係¹⁹⁵⁾

被告 엘콤(Elcom)은 러시아 소프트웨어 업체다. 어도비(Adobe)社の 전자책(e-book)은 구매자가 직접 다운로드한 컴퓨터에서만 정상적으로 작동되고, 프린팅 및 하드카피는 물론 이를 구매자 소유의 다른 컴퓨터로 옮기는 경우에도 작동이 제한된다. 어도비(Adobe)社の 직원인 컴퓨터 프로그래머 드미트리 스킴리야노프(Dmitri Sklyanov)는 이러한 제한을 해제하여 전자책(e-book) 포맷을 피디에프(PDF)파일로 변환시키는 “Advanced e-book Processor(AEBPR)”라는 소프트웨어를 개발하였다. 이 프로그램은 전자책(e-book) 포맷을 피디에프(PDF) 포맷으로 변환시키는 것이므로, 전자책 구매자가 저작권법의 침해 기준을 피해 公正利用으로 사용하는 것을 가능하게 해준다. 따라서 적법한 구입자는 다른 컴퓨터에서의 이용이나 프린트 또는 하드카피를 통해 公正利用의 범주 안에서 적법하게 사용할 수도 있다.

194) United States v. Elcom Ltd., 203 F. Supp.2d 1111, (N. D. Cal.2002).

195) *Id.* at 1117-1121.

피고는 전자책(e-book)에 장착되어 있는 복제 방지 장치(copy-protection mechanism)를 제거하는 소프트웨어를 배포하여 17 U.S.C. §§1201(b)(1)(A)과 (C)위반하였다는 명목으로 혐의로 체포되었다. 엘콤(Elcom)은 위 규정이 수정헌법 제1조, 제5조에 위반 및 모호성(vagueness)과 거래규정(Commerce Clause)에 위반된다고 주장하였다.

(2) 爭點 - 公正利用 法理 抗辯 可否¹⁹⁶⁾

피고는 DMCA의 위헌성을 다투면서 첫째, 모든 회피 도구의 거래를 금지하는 것은 그 도구를 합법적인 목적(legitimate purpose)을 위해 사용될 수 있는 가능성을 없앴고, 의회는 보다 좁은 금지 범위를 규정할 수 있었기 때문에 위헌이라고 주장했다. 그리고 두 번째로, 公正利用(fair use), 비침해적 이용(non-infringing use), 공공재에 대한 접근(access to material in the public domain), 저작권으로 보호되지 않는 것들이 技術的 保護措置에 의해 보호되는 결과를 낳기 때문에 위헌이라고 주장했다.¹⁹⁷⁾

DMCA에 의해 公正利用의 권리가 손상된다는 주장에 대해 법원은, “DMCA는 公正利用을 배제하지 않으며 실질적으로도 그 누구의 公正利用 권을 손상하지 않는다. 또한 의회는 公正利用을 금지하거나 제한한 적이 없으며 DMCA상의 어떠한 규정도 학술과 비판의 목적으로 어떤 이가 작품을 인용하거나 자료를 비교하는 것을 금지하지 않는다.”라고 실시하면서, 公正利用 法理(Fair Use Doctrine)는 조금 불편해 졌지만 여전히 유용하다고 판시하였다. 예를 들어, 이전에는 ‘자르고 붙이는 것(cutting and pasting)’ 이제는 ‘다시 타이핑(retype)’을 하면 된다는 것이다.¹⁹⁸⁾

결국 법원은 전자책(e-Book)에 있어서 公正利用者는 그 공정한 이용

196) 다른 주요한 쟁점으로는 DMCA의 위헌성이 다투어졌는데, 本稿와 관련된 쟁점만을 살펴보도록 하겠다.

197) United States v. Elcom Ltd., 203 F. Supp.2d 1111, 1130 (N. D. Cal. 2002).

198) *Id.* at 1131.

이 더욱 힘들게 되지만, 公正利用은 여전히 가능하다고 밝히고 있다.¹⁹⁹⁾ 즉, DMCA가 公正利用者를 방해하지도 조력하지도 않는 중립적인 위치라고 판단하면서 디지털 기술이 잠재적 公正利用者의 公正利用權의 행사나 DRM에 대한 면책을 더욱 힘들게 한다는 점을 명백히 밝혔으나, 저작권 침해를 구성하지 않는 技術的 保護措置의 회피행위를 인정하지는 않았다.

(3) 評釋

Elcom 판결은 DMCA의 형사 처벌 규정에 따른 첫 번째 判例이다. 결국 배심원은 피고를 석방하는 평결을 내렸다.

이 判例에 대해서는 아직 첫 케이스이며, 시기상조일 수 있지만 디지털 시대에 저작권자의 권한이 불필요할 정도로 강하여, 저작권자의 이익에서 일반 사용자의 이익을 중시하는 입장으로 변하는 것을 암시 하는 사례라는 평석이 있다.²⁰⁰⁾

마. 321 Studios v. Metro Goldwyn Mayer Studios, Inc.²⁰¹⁾

(1) 事實關係²⁰²⁾

原告 321 Studios는 DVD CSS를 해킹하는 프로그램인 “DVD Copy Plus(2001. 8. 판매 시작)”와 ”DVD-X COPY(2002. 8. 판매 시작)”을 만들었다. “DVD Copy Plus”는 DVD의 백업카피(backup copy)를 만들기 위한 전자 안내서, 소프트웨어 및 시디(CD)를 굽는 프로그램으로 구성되어 있는데, 위 소프트웨어는 DVD 콘텐츠를 복사해서 시디(CD)나 DVD에 저

199) *Id.* at 1134-35.

200) Laura J. Robinson, *Anticircumvention under the Digital Millennium Copyright Act*, 85 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 957, 968-969 (2003).

201) 321 Studios v. Metro Goldwyn Mayer Studios, Inc., 307 F.Supp.2d 1085, (N.D.Cal.2004).

202) *Id.* at 1089-90.

장할 수 있는 기능이 있다. 그러나 321 Studio는 소프트웨어의 제공 시에 “公正利用에만 사용하라”는 주의문을 표시했다. 321 Studio는 자신의 소프트웨어가 DMCA에 위반되지 않는다는 선언적 판결(a declaratory judgement)을 청구한 사안이다.

한편, 피고는 미국 영화 협회(the Motion Picture Association of America, "MPAA")이며, 영화에 대한 저작권을 가지고 있다. 위 협회는 DVD를 제작·배포하고 있다.

(2) 爭點

원고는 피고의 CSS를 풀 수 있는 키(key)가 광범위하게 유통되고 있는 현실을 이유로 ‘효과적으로’ 접근을 통제하는 장치인지에 대해 다투었지만, 법원은, 이러한 원고의 주장은 암시장에서 만능열쇠를 용이하게 발견할 수 있기 때문에 열쇠가 효과적인 잠금장치가 아니라는 주장과 같은 것이라고 하면서, 피고의 CSS는 접근·이용을 효과적으로 통제하는 장치라고 판시했다.²⁰³⁾

그리고 원고의 소프트웨어가 技術的 保護措置를 회피하는 도구인지 여부에 대해 긍정하였다. 즉, 원고는 인증되지 않은 키(unknown key)를 이용해 CSS를 회피(bypass)했다고 판시하였다.²⁰⁴⁾

그리고 법원은 DMCA가 公正利用을 규제하지 않으며, 회피기술의 금지는 公正利用의 가능성과 충돌하지 않는다고 판시하였다. 즉, DRM을 회피하는 사용이 가능하다면 이는 곧 DMCA의 위반이라고 실시하였다. 한편, 법원은 DRM과 公正利用의 충돌에 대하여도 언급하였다. DRM 수단이 접근통제를 효과적으로 수행해 냄에 따라 잠재적 公正利用者의 公正利用 가능성을 제한하게 된다는 점을 인정하고, 접근통제와 이용통제 수단의 병합이 이를 더욱 곤란하게 만든다는 것도 인정하는 판시를 하였다.²⁰⁵⁾

203) *Id.* at 1094-95.

204) *Id.* at 1099.

205) *Id.* at 1101-03.

(3) 評釋

위 사례는 “Universal City Studio, Inc. v. Reimerdes 111 F. Supp. 2d 294 (S.D.N.Y. 2000), aff'd 273 F.3d 429 (2d Cir. 2001)” 사례와 거의 유사하다. 회피 객체가 CSS인 점과 회피 도구의 기능도 비슷하다. 그리고 원고의 주장과 피고의 항변, 그리고 법원의 결론도 위 判例와 거의 같다. 판결문에서도 위 사례가 본 사례의 결론을 방황지우는 중요한 결정이라고 하였다.²⁰⁶⁾

다만 위 사례와 다른 것은 321 Studio는 소프트웨어의 제공 시에 “公正利用에만 사용하라”는 주의문구를 표시했다는 점이다. 이것은 위 도구가 公正利用에만 사용되는 것으로 원고는 의도하였다고 주장하여, 公正利用과 DMCA간의 관계를 새롭게 볼 수 있는 여지가 있는 요소이다. 하지만 법원은 이러한 점이 결론을 바꾸는데 중요한 요소로 작용하는 것은 아니라고 보았다.²⁰⁷⁾ 즉, 원고의 소프트웨어는 CSS를 회피하기 위한 목적이 주된 것으로 DMCA §1201(a)(2) 및 §1201(b)(1)을 위반한 것이라고 판시했다.

아. 小結 및 提言

이상으로 미국 判例에 대해서 살펴보았다. 미국 법원은 公正利用과 接近權은 전혀 별개의 차원으로 公正利用을 위한 접근 통제 회피에 대해 면죄부를 주지 않는 것 같다. 그리고 이렇게 해석함으로써 야기되는 헌법상 논란(표현의 자유 제한)에 대해서도 公正利用은 헌법상 요구되는 권리가 아니라는 이유 등을 앞세워 합헌적인 입장을 고수하였다.

하지만, 미국 법원은 DMCA상의 접근 및 이용 통제를 회피하는 도구라는 요건을 갖추기만 하면 바로 위반을 선언하는 경향이 있다. 특히 “321 Studios v. Metro Goldwyn Mayer Studios, Inc.”은 公正利用의 용도를 위해 사용되도록 원고가 주의문을 넣은 점에 대해서 저작권의 침해

206) *Id.* at 1092.

207) 오길영, *supra note 3*, at 232.

위험이라는 관점에서 위 소프트웨어를 분석하지 않았다는 점은 아쉬운 부분이다.

따라서 이하에서는 접근 통제에 대해 公正利用 法理와 연관해서 저작권의 침해 여부에 초점을 두어 DMCA 위반 여부를 판단하는 것을 제안하고자 한다. 즉, 접근을 회피하는 도구에 대한 성격에 대해 보다 세밀한 분석이 요구된다는 것이다. 어떠한 도구가 접근 및 이용통제를 위한 技術的 保護措置를 회피하는 양상은 다음과 같이 나누어진다. 첫째, 技術的 保護措置를 무력화하기 위하여서만 사용되는 경우와 둘째, 技術的 保護措置를 회피하는 것과는 아무런 관계가 없는 정당한 목적을 위하여 사용되는 경우로 크게 나눈 후, 다시 技術的 保護措置를 회피하는 것이 주된 목적인 도구와 技術的 保護措置의 무력화와 정당한 목적을 위한 사용이 1:1인 경우, 技術的 保護措置를 무력화하는 데 사용될 수도 있지만 정당한 목적을 위하여 사용되는 것이 주된 목적인 경우 등의 영역이 존재할 것이다.

문제가 되는 도구를 위와 같은 영역들로 나누어 公正利用을 위한 목적으로 되는 경우, 즉 저작권 침해 여부가 문제되지 않은 경우에는 DMCA 위반을 묻지 말아야 한다. 다음에는 항을 바꾸어 저작물 이용자가 技術的 保護措置를 회피한 이후에 취할 행위를 위하여, 그리고 회피 행위 자체의 정당성을 위해 다음과 같이 公正利用 法理가 적용되어야 하는 여러 예에 대해 살펴보도록 하겠다. 다음의 예는 저작권 침해 여부가 문제되지 않지만, 접근 통제로 인해 DMCA 책임을 물을 경우 불합리한 결과를 낳을 수 있는 경우들이다.²⁰⁸⁾

5. 公正利用이 必要한 例

가. 컴퓨터 시스템의 點檢

최근 몇 년간 바이러스가 인터넷을 통해 유포되면서 많은 사용자들이 어려움을 겪었다. 비즈니스 영역도 이러한 바이러스에서 자유롭지 않고,

208) 이하의 예들은 Pete Singer, *supra note* 176. at 123-26.

바이러스 치료 소프트웨어도 완전하게 믿을 것은 못된다. 그래서 컴퓨터 바이러스가 컴퓨터 시스템에 영향을 미쳐서 치명적인 손해를 입힐지 여부를 판단하기 위해서 접근 통제 시스템을 회피할 필요성이 있다. 회피 기술은 암호화된 저작물에 바이러스 등의 존재를 조사할 수 있는 방향으로 발전시킬 필요가 있는 것이다. 더욱이 이러한 기술은 바이러스를 검색하기 위한 범위에서만 사용되고 그 이외의 정보는 이용하지 못하도록 하는 정도로 그 이용이 제한될 수 있다. 따라서 이렇게 제한된 기술은 DMCA 입법이 제거시키고자 하였던 저작물에 대한 해적행위의 위협을 제기하지 않으며 바이러스에 의한 감염 공포를 완화시킴으로서 업무 상호간의 연관관계를 증진시킬 수 있다.²⁰⁹⁾

나. 獨占이 있는 경우

독점이 있는 경우 회피 기술은 정당화될 수 있다. DMCA는 독점기업에 의해 접근통제 기술을 사용하는 것에 대해 침묵하고 있다. 그러나 접근통제기술은 독점 기업이 경쟁 기업으로 하여금 독점기업의 제품에 호환성 위한 제품을 만들지 못하게 하는 용도로 사용될 수 있다. 이러한 것은 경쟁과 창의성과 유용한 과학 기술의 발전, 그리고 DMCA의 입법목적에 반하는 것이다..²¹⁰⁾

다. 健康管理 分野

요즘은 인터넷을 기반으로 하는 전자 의료 기록 서비스(Internet-based electronic medical records services)가 가능하다. 환자들은 중요한 의료 데이터를 이러한 서비스에 제공하고 그들의 정보는 암호화된 데이터베이스에 저장된다. 환자들이 인터넷을 통해서 다시 정보를 요구할 때

209) *Id.* at 123.

210) Douglas L. Rogers, *Give the Smaller Players a Chance: Shaping the Digital Economy Through Antitrust and Copyright Law*, 5 *Marq. Intell. Prop. L. Rev.* 13, 114 (2001).

이러한 정보에 접근할 권리가 있는 자만이 가능하다. 하지만 응급환자가 의식이 없는 상태에서 병원에 후송되었다고 가정해보자. 응급실 의사들은 환자의 상태를 위 데이터베이스를 통해 파악해야 하는데, 비밀번호를 모르기 때문에 무슨 약을 처방해야 할 지 판단하기 힘들어지게 된다. 이러한 경우 환자의 생명을 살리기 위해 비밀번호로 설정된 접근통제를 회피할 필요성이 생기는 것이다. 비록 환자의 정보는 저작권의 보호를 받을 수는 없지만, 서비스 제공자는 저작물을 환자 정보와 같은 맥락에 놓아 접근통제 장치를 할 수 있다. 이렇게 되면 DMCA의 효력이 환자 정보에도 미치게 되어 결국 의사가 생명을 살리지 못한 것에 대해 민사책임을 지게 될 우려도 있다. 이러한 경우 DMCA의 엄격한 통제는 인간 생명의 대가를 치루면서 까지 저작권 보호를 사수하게 되는 결과를 낳는다.²¹¹⁾

라. 接近統制를 回避하는 行爲 自體가 正當化되는 境遇

접근통제 이후의 행위가 아닌 접근 코드를 깨는 행위 자체가 DMCA규정에도 불구하고 정당화되는 것이다. 예를 들어 회사가 많은 돈을 들여 자사 컴퓨터 시스템의 안정을 위해 보안 시스템을 도입했다. 그리고 시스템 제작자로부터 안정성에 대한 약속을 받았다. 그러나 회사가 제작자의 허락이나 반대를 무릅쓰고 그의 말을 확인하고자 한다면, DMCA의 접근통제 규정을 위반하게 되는 것이다. 결국 DMCA가 이러한 유형의 테스트를 못하게 하고, 제작자의 주장을 맹목적으로 믿을 것을 요구한다면, DMCA는 디지털 보안 시스템의 발전을 저해시키는 결과를 낳을 것이다. 또한 제작자도 자신의 말을 테스트하기 위한 아무런 방법이 없는 것을 안다면, 제작자는 보안시스템을 개선할 인센티브도 부족하게 되고, 보안시스템이 해킹당한 후에 인센티브를 받는 것은 이미 늦은 일이다. 이렇게 되면 DMCA의 입법 취지²¹²⁾인 저작권자의 권리를 보호하게 되는 것이지만, 한편으로의

211) Pete Singer, *supra* note 176, at 125.

212) 의회는 DMCA의 입법 목적을 저작권자와 동시에 기술발전을 위한 법이라고 했다.(This provision is designed to protect copyright owners, and simultaneously allow the development of technology.) [S. Rep. No. 105-190, 29 (1998); H.R.

DMCA의 입법취지이기도 한 기술발전의 촉진을 저해시키는 결과가 된다.²¹³⁾

접근통제 회피 자체가 정당화되는 두 번째 예로는 사용자가 자신의 컴퓨터를 사용하면서 이루어지는 회피행위를 들 수 있다. 접근통제보안시스템도 버그나 결함이 있을 수 있다. 이러한 오류로 인하여 컴퓨터 사용자가 작성하던 문서를 열지 못하게 될 수 있다. 만일 접근 통제 시스템을 회피하는 것이 유일한 해결방법이라면, 그러한 기술이 사용되거나 다른 사람을 위해 그 기술을 공표한다면 DMCA위반이 될 것이다. 비록 접근 통제가 사용자의 의사에 기하지 않고 설치되었지만, 사용자는 접근통제 제공자가 그 오류를 고쳐줄 때까지 기다리거나 DMCA를 위반할 위험을 무릅써야 하지만 어느 것도 합리적이지 못하다. 이러한 불합리한 결과를 피하기 위해서 이러한 경우 公正利用 法理에 의해 접근통제를 회피하는 것을 허용해야 한다.²¹⁴⁾

6. 代案으로 論議되는 見解들

가. 公正 回避 法理(Fair Circumvention Doctrine)를 導入하자는 見解²¹⁵⁾

공정 회피 법리(Fair Circumvention Doctrine)는 합법적인 목적의 ‘회피(circumvention)’행위에 대해 포괄적인 예외를 제공할 수 있다. 간단하게 말해서, 이 법칙은 사용자들로 하여금 技術的 保護措置에 의해 보호받는 저작물의 公正利用을 위해 합법적으로 技術的 保護措置(접근 통제든 이용통제든)에 대한 회피 행위를 할 수 있게 해준다.

Rep. No. 105-551, pt. 1, at 18 (1998).]

213) Pete Singer, *supra* note 176, at 125.

214) *Id.* at 125-26.

215) Tian Yijun, *Problems of Anti-Circumvention Rules in the DMCA & More Heterogeneous Solutions*, 15 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 749, 779-80 (2005).

이 법칙에 의하면, 사용자가 온라인상의 데이터에 대해 공정 이용을 할 수 있는 권한이 있다면, 자동적으로 그 저작물을 사용하기 위해 技術的 保護措置를 회피할 수 있는 권한이 생기게 된다. 이 법칙은 저작권을 침해하지 않은 결과라면, ‘회피’행위는 합법적이라는 전제를 가지고 있다. 저작권법은 소비자와 일반 사용자로 하여금 온라인상의 저작물에 쉽게 접근하게 하여야 하고, 불합리한 입증 부담을 주어서는 안 된다.

나. 混合된 公正利用 法理 基盤의 修正 理論(The “Mixed Fair Use Doctrine Infrastructure” Amendment Theory)²¹⁶⁾

버크(Dan L. Burk)교수와 코헨(Julie E. Cohen) 교수는 DMCA 개정안으로서 혼합된 公正利用 法理 기반 이론(mixed Fair Use Doctrine infrastructure theory)을 제시했다. 이 이론의 첫 번째 지지 기반은 입법과 관련된 것(coding for Fair Use)이다. DMCA에 모든 접근통제와 관련된 技術的 保護措置에 저작물의 公正利用을 위한 이용자에게는 접근 통제를 회피하는 것을 자동적으로(automatically)허용하는 규정을 넣는 것이다. 이러한 시스템은 사람의 개입이 필요 없다는 장점이 있지만, 公正利用의 모든 범위를 담지 못한다는 단점이 있다.

두 번째 지지 기반은 신뢰 있는 접근 키(trusted access keys)를 만들거나, 제3자 보관의 키(key escrows)를 만들거나, 代行業를 통해 위 키(key)를 실행하는 것이다. 이것은 제3자가 公正利用을 위한 접근인지를 판단해서 저작물에 되어 있는 技術的 保護措置를 회피할 수 있는 키를 부여하는 것이다. 이 방법은 公正利用의 전 범위를 포함할 수 있다는 장점이 있지만, 사용자에게 책임을 물을 수 없다는 단점이 있다.

이와 같이 두 지지 기반들은 각자 장·단점이 있기 때문에 양자를 혼합하는 방법이 제시되고 있다.

216) Dan L. Burk & Julie E. Cohen, *Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems*, 15 Harv. J.L. & Tech. 41, 65-66 (2001)

다. “다른 合法的인 理由” 理論(The “Other Legitimate Reasons” Amendment Theory)

이것은 DMCA에 “다른 합법적인 이유”라는 문구를 넣는 방법이다.²¹⁷⁾ 이것은 회피행위가 “다른 합법적인 이유”로 인해 적법해지는 예외를 만드는 것이다. 기존에 있는 예외로 公正利用을 위한 회피행위를 정당화하지 못할 경우의 면책을 주기 위한 것이다. 본 규정에 해당하는 지 여부를 판단함에 있어서는 다양한 상황에 대비하기 위해 의회가 법원에게 판단할 재량을 부여하는 것이다. 위의 개정 방안 보다는 위의 세 문구를 넣는 방법을 통해 간단하게 위 문제를 해결할 수 있다는 장점이 있다.²¹⁸⁾

7. 小結

일반 이용자가 公正利用을 위해 저작물에 접근하기 위해서는 접근 통제를 위한 技術的 保護措置를 회피해야 하는데, 일반인의 능력으로는 스스로 접근통제를 회피할 수 없고, 회피장치에 의존해야 한다. 그러나 DMCA는 이러한 회피를 금지하고, 회피장치의 제조 및 배포를 금지하고 있다. 따라서 이러한 점은 DMCA가 일반인의 公正利用을 제한하는 면을 보여준다. 또한 이용통제의 회피를 금지하는 규정은 없지만, 접근통제의 회피 금지를 통해서 사실상 公正利用을 통제하는 결과를 낳는다. 왜냐하면 실제에 있어서는 양자가 병합된 형태로 技術的 保護措置가 이루어지고 있기 때문이다. 그리고 위에서 살펴본 바와 같이 DMCA 자체의 면책 규정과는 별개로 公正利用향변을 받아들일 필요가 있는 경우가 있다.

저작권 정책은 창작에 대한 인센티브를 부여함과 동시에 디지털 문화

217) Pamela Samuelson, *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulation Needs to Be Revised*, *supra* note 173, at 563.

218) Pete Singer, *supra* note 176, at 140.

의 사용과 보급을 통한 산업과 기술의 발전을 함께 도모해야 한다. 즉, 저작권 보호와 함께 公正利用의 권리 보장이 함께 이루어져야 하는 것이다. 저작권법의 정책은 시대에 중립적이어야 한다. 저작물 환경이 디지털화 되었다고 하더라도 이러한 목적은 포기되어서는 안 된다. 새로운 환경이 도래하여 저작권법을 수정할 필요성이 생겼다고 하더라도 기존의 저작권법의 목적을 해하지 않은 범위에서 규율해야한다. 이러한 측면에서 公正利用 法理(Fair Use Doctrine)는 저작권 침해의 위험이 없는 한 접근통제를 회피하는 것은 허용되어야 하는 것이 맞다.

Ⅲ. 最初販賣 原則의 排除 問題

1. 序

最初販賣 原則이란, 저작권자의 저작물에 대한 권리 중 配布權이 최초의 판매에만 미친다는 원칙이다. 最初販賣 原則은 저작권자와 저작권 사용자 사이에 未曾有의 긴장이 존재하는 주제이다. 한편에서는 저작권의 행사 권한을 증대시키려 하고, 한편에서는 기존의 最初販賣 原則을 디지털 저작물에도 적용하여 일반 사용자의 이익을 증대시키려는 입장이 존재한다.²¹⁹⁾

저작권자의 배타적인 권리 중의 하나가 配布權인데, 저작권자의 配布權을 제한하는 원리가 바로 最初販賣 原則이다. 最初販賣 原則이 인정되지 않는다면 타인의 저작물을 포함하고 있는 재산에 대한 처분권을 통제하는 결과가 된다. 따라서 最初販賣 原則은 저작권자의 配布權을 제한해서 저작권자가 저작물을 최초 판매를 통해서만 저작물을 이용할 수 있게 한다. 이렇게 함으로써 最初販賣 原則은 저작권 소유자의 권리와 저작물을 거래하고 양도하는 대중의 이익과의 균형을 제공하고, 그 효과에 있어 사용자로 하여금 저작물의 배포에 참여하게 한다.²²⁰⁾ 이렇게 最初販賣 原則은 저작권자로부터 저작물을 직접적으로 구매할 수단이나 기회가 없는 자에게 의

219) Victor F. Calaba, *Quibbles 'N Bits: Making a Digital First Sale Doctrine Feasible*, 9 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 1, 3 (2002).

220) *Id.* at 4

미가 있다.²²¹⁾

그러나 디지털 기술의 발달과 저작물을 보호하기 위한 技術的 保護措置의 사용은 디지털 저작물의 배포의 방법을 변화시키고 있으며, 이것은 最初販賣 原則의 역할을 반감시키고 있다. 예를 들어, 지역 코드가 장착된 DVD를 보기 위해서는 지역 코드를 복호화할 수 있는 DVD 플레이어를 구입하여야 하므로 다른 지역에서 판매되는 DVD는 가치가 없게 되고, 사실상 DVD의 재판매는 위축될 수밖에 없다. 한편, 技術的 保護措置와 관련하여 쉬링크 랩(Shrink-Wrap)계약과 클릭 랩(Click-Wrap)계약에 의하여 이용자에게 협상을 허용하지 않는 일방적 계약을 사용하여 原購入者로 하여금 저작권자의 승인 없이 저작물을 재판매하는 것이 금지되기도 한다. 결국 디지털 기술은 저작물을 판매한 이후에도 계속해서 저작권자가 자신의 통제 하에 둘 수 있기 때문에 最初販賣 原則은 위축될 우려가 있다.

그러나 한편으로는 디지털 저작물의 배포의 용이성으로 인해 최초판매 원칙을 무조건적으로 관철시킬 경우 저작권자의 배포권이 침해될 가능성도 간과할 수 없다.

이러한 문제의식에서 출발하여 이하에서는 最初販賣 原則의 요건을 알아본 후 技術的 保護措置가 적용된 경우 最初販賣 原則이 어떠한 영향을 받을 수 있는지를 살펴보고, 接近權 인정이 最初販賣 原則과 어떻게 조화점을 이루어야 하는지에 관한 미국의 논의를 살펴보고자 한다.

2. 最初販賣 原則의 要件

저작권 침해에 대한 소송에서 피고는 最初販賣 原則을 원용하기 위해서는 두 가지 요건을 증명하여야 한다. 첫째, 판매·증여·거래 등에 의하여 저작물의 복제물을 소유하고 있어야 한다. 이 같은 요건은 저작권자가 최초로 판매되는 저작물로부터 완전한 가치를 보상받아야 한다는 기본원리에 입각한 것이다. 따라서 증여나 기타 법원의 판결에 의한 소유권의 획득도 가능할 것이지만, 대여나 절도 등과 같이 단순히 점유만 하고 있는 경우는

221) Justin Graham, *supra* note 5, at 2.

첫째의 요건을 충족할 수 없다. 예를 들어 도서관 이용객이 책을 대출해서 그것을 파는 것은 횡령에 해당할 뿐 아니라 저작권자의 저작권을 침해하는 것이다.

둘째 요건은 복제물이 적법하게 제작되었어야 한다. 그러므로 문제가 된 복제물을 저작권자나 법에 의해 복제에 대한 허가를 받아야 한다. 따라서 해적행위에 의하여 제작된 복제물은 저작권자가 해적행위의 사실을 인지하고 있는 경우에도 최초 판매의 원리에 의한 혜택을 받을 수 없다. 해적판 시디(CD)를 판매하는 것은 저작권자의 配布權을 침해하는 것이 된다.²²²⁾

3. 技術的 保護措置가 最初販賣 原則에 미치는 影響

가. 論議의 爭點

한편, 디지털 환경에서는 最初販賣 原則이 적용되지 못할 가능성이 생기고 있다. 첫째, 디지털 저작물에 대하여 最初販賣 原則이 적용되는 것에 대해서는 논란이 되고 있으며, 둘째, 저작물의 복제물에 대한 거래를 판매(sale)가 아닌 사용허락(licensing)에 의하여 소유권을 저작자에게 유보시켜 最初販賣 原則을 회피할 수 있으며, 셋째, 技術的 保護措置에 의한 接近權(access right)에 의하여 最初販賣 原則이 적용되지 못할 수 있게 되었다.²²³⁾

이하에서는 技術的 保護措置에 의해서 最初販賣 原則이 어떠한 영향을 받는가를 살펴보도록 하겠다.

나. 利用統制를 위한 技術的 保護措置

특정의 파일을 집(Zip) 드라이브나 플래시 카드(flash card)와 같이 휴대용 도구에 옮길 수 없도록 하는 경우와 같이, 技術的 保護措置에 의하여

222) Victor F. Calaba, *supra note* 219. at, 5-6.

223) 문화관광부[편], *supra note* 158, at 146-47면.

아예 복제 자체를 방해할 수 있다. 이에 따라 저작권자는 저작물의 복제물에 대한 적법한 소유자가 最初販賣 原則에도 불구하고 그 복제물을 판매하는 것을 실질적으로 좌절시킬 수 있는 수단을 가지게 된다.

여기에서 발생하는 문제는 저작권자를 보호하기 위한 技術的 保護措置에 대한 좌절 등이 금지된 규정과 最初販賣 原則에 관한 규정의 관계를 어떻게 설정할 것인가, 곧 저작물의 복제물의 적법한 소유자가 最初販賣 原則에 의한 혜택을 향유하기 위하여 복제물의 복제를 방지하고자 하는 技術的 保護措置를 좌절시켜 자신이 의도하는 복제를 할 수 있는가이다.

한국에서는 이에 대한 논의가 없는 것으로 보이지만, 미국에서의 DMCA와 관련된 논의를 살펴본다면 技術的 保護措置를 회피할 수 있다는 결론을 내릴 수 있는 것으로 보인다. 왜냐하면, 복제물에 대하여 일단 적법하게 접근한 후에는 技術的 保護措置라는 저작권 유사영역(jurisdiction of para-copyright)에서 벗어나 이제는 저작권의 영역에 들어오게 되어 그 저작물에 대한 일반적인 제한이나 면제 규정이 적용될 수 있고, 따라서 배타적인 저작권에 대한 제한사유인 最初販賣 原則도 적용되기 때문이다. 따라서 저작물의 복제물을 적법하게 획득한 자는 그 복제물에 적용되어 있는 技術的 保護措置를 좌절시켜 복제물을 양도할 수 있게 된다. 이 같은 논리전개는 저작권을 보호하기 위한 技術的 保護措置만이 보호되고 있는 한국의 저작권법 체제에서도 적용될 수 있을 것으로 보인다.²²⁴⁾

다. 接近을 統制하기 위한 技術的 保護措置

技術的 保護措置에 의하여 接近權을 인정하는 경우 저작권자는 저작물의 최초의 구매자를 제외한 이용자가 그 저작물에 접근하는 것을 방지하는 技術的 保護措置를 적용하여 자신이 최초로 배포한 범위를 초과하여 저작물에 대한 접근을 통제함으로써 最初販賣 原則을 무효화 내지 무력화시킬 수 있다고 주장된다.²²⁵⁾

224) *Id.* at 148-49면.

225) Victor F. Calaba, *supra note* 219. at 20-21.

(1) 특정의 컴퓨터에서만 구동되는 경우

시디(CD)나 DVD와 같이 이동 가능한 미디어에 저장된 디지털 저작물은 달리 컴퓨터 하드드라이버에 저장된 저작물(e-Book이나 소프트웨어 프로그램)은 컴퓨터 자체를 제공하거나 복제본을 만들지 않고서는 타인에게 제공될 수 없다. 最初販賣 原則을 실행하기 위해서는 이러한 제공자가 복제할 수 있는 능력이 필요할 뿐 아니라 저작물을 제공받은 자가 그 저작물에 접근할 수 있는 능력이 필요하다. 그런데 복제 방지 소프트웨어를 해킹해서 이 저작물을 성공적으로 복제하여 제공하였다고 가정해도 접근통제가 이루어져 있고 이러한 접근통제 기술을 회피할 수 없다면 저작물을 수령한 자는 그 저작물에 접근할 수 없게 되어 DMCA는 결국 最初販賣 原則의 적용을 막게 되는 것이다.

만일 대부분의 디지털 저작물이 구매자 이외에는 접근을 금지하는 암호장치를 포함한 채 팔린다면, 복제물의 수령인은 접근 권한이 없는 것이 된다. 가령 전자책(eBook)의 경우, 전자책을 컴퓨터에 다운로드 받아 그것을 읽기 위해서는 저작자로부터 구동을 위한 코드 등을 받아야 한다고 가정하자. 하지만 이 경우 전자책은 다운로드 받은 컴퓨터에서는 읽을 수 있지만 이를 복제하여 다른 컴퓨터에 설치하는 경우 일정 기간이 경과하거나 일정 회수 이상을 사용하면 더 이상 구동되지 않을 수 있다. 따라서 접근통제기술이 사용된 소프트웨어를 인도하더라도 이를 수령한 자는 그 소프트웨어에 접근할 수 없게 된다. 결국 DMCA는 디지털 저작물과 관련해서 最初販賣 原則이 적용될 실제적인 수단을 제거할 수 있다.

(2) CSS에 의해 암호화된 DVD

접근통제에 의하여 最初販賣 原則의 적용이 제한 내지 배제되는 예로는 CSS에 의하여 암호화된 DVD를 들 수 있다. DVD의 경우 CSS를 사용할 수 있는 컨소시엄으로부터 사용허락을 받아 생산된 DVD 플레이어만이

DVD를 복호화해서 영화를 시청할 수 있게 되고, 따라서 DVD를 시청하기 위하여서는 DVD와 DVD 플레이어를 모두 구입하여야 한다. 이 경우 最初販賣 原則은 상당히 제한될 수 있다. 곧, CSS 암호화코드가 사용됨으로써 저작권자는 DVD 이용자로 하여금 저작권자로부터 사용허락을 받은 DVD 플레이어만 사용하도록 강요할 수 있고 재판매된 DVD의 구매자는 영화를 보기 위해 저작권자로부터 다시 허락을 받아야 하는데, 이 경우 最初販賣 原則의 가치는 감소된다.

또한 DVD 지역 코드는 어느 지역에서 판매되기 위하여 생산된 DVD가 다른 지역에서 판매되기 위하여 생산된 DVD 플레이어에서 이용될 수 없도록 하는 기술 조치이다. 接近權이 인정됨으로써 지역코드를 좌절시켜 저작물을 이용할 수 없다면 DVD의 재판매시장은 제한되고 따라서 最初販賣 原則이 가지는 가치는 감소된다.²²⁶⁾

4. 最初販賣 原則의 貫徹 與否

接近權과 관련해서 가장 문제되는 쟁점은, 저작물의 복제물을 수령한 자가 最初販賣 原則에 따라 그 저작물에 접근하기 위하여 技術的 保護措置를 회피할 수 있는가 하는 것이다.

이에 대해서는 技術的 保護措置를 회피하는 것이 복제물을 적법하게 양도할 수 있는 권리를 실현하기 위하여 행하여진 것이라면 적법한 것이며, 심지어 저작권자는 복제물의 재판매에 제한을 가하는 技術的 保護措置를 사용하는 것이 허용되지 않는다는 견해가 있다. 이 주장은 복제물의 적법한 소유자가 그 복제물을 양도할 수 있는 권능을 손상시키는 技術的 保護措置는 最初販賣 原則에 위반되는 것이고 接近權을 인정하는 규정이 재판매에 대한 제한을 가하는 것을 인정하고 있지 않다는 것을 근거로 한다.²²⁷⁾ 이 주장은 公正利用 法理가 技術的 保護措置 회피 금지의 예외로서

226) US Copyright Office, DMCA Section 104 Report (Aug. 2001), pp. 34-40.
available *at*

<http://www.copyright.gov/reports/studies/dmca/sec-104-report-vol-1.pdf>.

227) Lothar Determann & Aaron X. Fellmeth, *Don't Judge A Sale by Its License*.

적용되어야 한다는 견해의 연장선상에서 이해될 수 있다.

한편, 接近權을 인정하는 규정과 技術的 保護措置를 회피할 수 있는 예외조항과의 관계를 고려한다면 저작자의 허락을 받지 않고 저작물에 접근하는 것은 금지되고 따라서 복제물의 수령자는 자신이 수령한 복제물에 접근하기 위하여 技術的 保護措置를 회피하는 것은 불가능하게 되어 결국 最初販賣 原則은 배제되어야 한다는 견해가 있다.²²⁸⁾ 이 주장은 위와는 반대로 公正利用 法理가 技術的 保護措置 회피 금지의 예외로서 적용될 수 없다는 견해의 연장선상에서 이해될 수 있다.

5. 小結

“最初販賣 原則(first sale doctrine)”에 의해 저작물이 일단 배포된 이후에는 저작권자의 접근을 통제할 권한은 제한된다.²²⁹⁾ 이러한 제한은 많은 사람들이 저작물에 대해 접근할 수 있다는 것을 의미한다. 그러나 디지털 환경에서는 접근이 이용과 동일시되고, 따라서 저작권 보호를 위해 접근 자체를 통제할 필요성이 생기기 때문에 最初販賣 原則에도 일정한 제한이 가해 질 것이다.

이러한 쟁점은 公正利用 法理와 接近權의 관계에서와는 반대의 지점이 부각되어야 한다. 즉, 公正利用 法理의 적용 여부의 쟁점에서는 저작권자의 지나친 접근통제 권한이 일반 사용자의 저작물 이용 권한을 지나치게 제한한다는 관점에서 접근하였다면, 본 쟁점은 최초판매 원칙의 디지털 저작물에의 무조건적인 관철은 저작권자의 배포권을 침해할 우려가 있는 것이다.

Software Transfers Under the First Sale Doctrine in the United States and the European Community, 36 U.S.F. L. Rev. 1, 68-70 (2001).

228) Justin Graham, *supra* note 5, at 75-77.

229) 다음과 같은 상황을 가정해보자. 저작권자가 자신의 저작물에 대한 접근을 제한하기 위해 출판업자와 오직 A라는 사람에게만 배포하도록 계약을 맺는다. 그리고 출판업자는 A에게 다른 사람에게는 배포하지 말 것을 계약으로 정해서 A에게 저작물을 제공했다. 그런데, A가 이러한 계약에 위반하여 저작물을 B에게 제공했다고 하더라도 저작권자는 最初販賣 原則에 의해 A에게 저작권법 위반을 주장하지 못하게 되는 것이다.

결국 이러한 문제는 저작권법의 취지로부터 해결되어야 한다. 저작권의 침해 우려가 없는, 公正利用을 위한 목적에서는 최초판매 원칙이 적용되어 위 원칙의 관철을 위한 접근 통제 회피가 허용되어야 하지만, 그 반대의 경우는 제한되도록 하는 것이 타당하다. 하지만 디지털 저작물의 배포의 용이성을 고려해볼 때 公正利用을 위한 것이라는 요건의 해석은 제한적으로 방향 지워져야 한다. 有體物(physical copy)의 유통이 여전히 필수적인 요즘, 최초판매 원칙을 관철하여 복제물에 대한 접근을 통제할 권한을 저작권자에게 주는 것도 아직은 중요한 부분이기 때문이다.

결국, 최초판매 원칙 역시 저작권과의 연계성을 유지하되, 디지털 저작물의 특성을 고려하여 제한적인 관철이 요청된다고 할 것이다.

제5장. 接近權 濫用과 2次 市場(Aftermarket)에서의 公正競爭問題

I. 序

2次 市場(Aftermarket)이라 함은 본 제품(original product)의 기능을 수리·보전하기 위한 부품이나 액세서리(accessories)를 위한 시장 또는 본 제품의 판매 이후에 형성된 시장을(a secondary market)을 말한다.²³⁰⁾

2次 市場(Aftermarket)의 특징은 본 제품(original product)의 판매는 원가 이하로 판매 하되, 그것의 손해는 2次 市場에서 보전하려는 데 있다.²³¹⁾ 경제학적으로 소비자가 처음 샀던 제품(original product)을 계속

230) Merriam-Webster Online Dictionary, available at <http://www.merriam-webster.com/dictionary/aftermarket> (2008. 10. 25. 최종방문). 한편, 2次 市場은 경제적 규모에 있어 본 제품에 못지않게 큰 시장이 설정되어 있다. 미국의 경우 자동차 2次 市場은 1850억 달러의 시장 규모를 가지고 있다. [Brief of Amicus Curiae Consumers Union Supporting Skylink Technologies, Inc.'s Opposition to the Chamberlain Group, Inc.'s Motion for Summary Judgment at 6, Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Techs., Inc., 292 F. Supp. 2d 1023 (N.D. Ill. 2003).]

231) 예를 들어 면도기 회사는 면도기 자체에서 이윤을 얻기 보다는, 이익의 반 이상을 면도날을 판매하는 것에서 얻는다. 프린터 회사 역시 대부분의 이익을 프린터의 매출보다 카트리지의 매출에서 얻는다. [Michael J. Chang, *Digital Copyright of Lexmark*

사용하기 위하여 2次 市場의 제품을 사는 비용이 경쟁업체의 본체(original product)를 사는 비용²³²⁾보다 낮다면 소비자는 처음 샀던 본체와 그 부품에 "종속(lock in)"되는 것이다. 이러한 "종속(lock in)" 전략은 경쟁 업체가 호환성(compatible)있는 2次 市場의 제품을 생산하려 할 때 사용된다. 이렇게 되면 본 회사는 본체 생산 비용을 원가 이하로 팔면서까지 2次 市場에서의 우위를 점하려 한다.²³³⁾

그러나 최근에 몇몇 기업이 2次 市場 제품(aftermarket product)에 DMCA §1201에 규정되어 있는 접근 통제권한을濫用해서 잠재적으로 사회적인 해악을 끼치려 하고 있다. 즉, 기술적으로 관련된 기업이 담합함으로써 이익극대화를 의도하거나 경쟁회사의 기술적 추적과 추월을 방해하고자 할 의도로 접근통제 기술을濫用함으로써 公正競爭의 원리를 회피하려는 것이다. 하지만, 이런 것은 2次 市場 제품의 가격을 높이고 시장에서의 혁신 인센티브를 낮출 우려가 있다는 점에서 규제될 필요성이 있다.

이러한 문제점을 인식하고 미국 내에서는 2次 市場에서의 경쟁을 없애기 위해 接近權을 남용하는 것에 대해 判例와 學說이 이를 제한하려는 논의가 활발하게 진행되고 있다. 이러한 논의는 우리나라에 接近權이 도입될 경우 부작용을 미연에 방지하는데 도움이 될 수 있을 것이다.

II. 2次 市場(Aftermarket)에서의 接近權 濫用 可能性

1. 問題의 所在

Toners and Cartridges Under the Digital Millenium Copyright Act, 17 Alb. L.J. Sci. & Tech. 559, 560 (2007)]

232) 이 비용은 새로운 본체(a new primary product)를 사는 비용뿐만 아니라 그것을 사기 위한 불편함과 추가 비용까지 포함하는 개념이다.

233) Christopher Soghoian *Caveat Venditor: Technologically Protected Subsidized Goods And The Customers Who Hack Them*, 6 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 46, 2-4 (2007); Michael J. Chang, *supra note* 231, at 560.

오늘날 대부분의 저작물은 디지털 형태로 소비자에게 전달된다. 그리고 저작권자들은 보호되는 저작물이 배포되기 전에 저작물을 암호화시켜서 인증 받은 사용자만이 접근할 수 있게 한다. 그러나 어떠한 암호도 완벽하지는 못하고 접근 통제를 회피할 방법을 찾게 된다.²³⁴⁾ 이러한 현상을 막기 위해 미국 의회는 DMCA를 입법해서 §1201(a)(1) 접근 통제를 회피하는 행위 및 회피를 용이하게 하는 도구 등의 거래 등을 금지하는 규정을 두었다. 그리고 그것은 저작권법에서 저작물을 권한 없이 복제하는 행위 등(이용통제)과는 별개로 금지되는 것이다.

한편, 접근 통제 규정이 본 제품(main product)에 적용되는 것은 별다른 이론이 없지만, 위 규정을 남용하였을 때 발생할 ‘競爭 制限’이라는 입법취지상 예상하지 못한 부작용으로 인해 2次 市場의 제품에까지 위 규정을 그대로 적용하는 것에 대해서는 논란이 있다.

따라서 2次 市場은 본 제품 시장에 비해 어떠한 특성이 있기에 이 같은 논란이 제기되는 지 살펴본 후, 저작권자의 접근 통제권의 남용에 의해 어떠한 문제점이 나타날 수 있는지 살펴보겠다.

2. 2次 市場(Aftermarket)의 特徵

2次 市場의 제품(Aftermarket products)은 영화·음악 그리고 책과 같은 전형적인 저작물(typical work)과 다음과 같이 두 가지 점에서 차이가 있다. 2次 市場의 제품은 자동차의 와이퍼(wiper)처럼 오직 본체(자동차)와만 작용하는 한도에서 대체 가능한(replaceable) 물품이다.²³⁵⁾ 즉, 본체의 제품과 결합하지만 補充的(supplemental)이면서 代替的(replacement parts)이다. 따라서 2次 市場의 제품은 독립적으로 홍보되거나 거래되지는 않지만, 다른 제품과 호환성(compatibility)에 기반을 두고 광고되고 판매된다. 따라서 어떠한 부품을 사는 것은 본체와의 호환성을 전제로 한 구매

234) Dan L. Burk, *supra note* 171, at 1102에서는 이러한 특징이 저작권자들이 기존의 저작권 원리보다 저작권의 접근 통제에 더 관심을 갖게 되었다고 지적한다.

235) Carl Shapiro, *Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak*, 63 Antitrust L.J. 483, 485-86 (1995).

라는 것을 추론할 수 있다. 반면, DVD에 암호화된 영화는 특정 브랜드나 DVD 플레이어(DVD player) 모델과 함께 거래되는 경우는 없다.²³⁶⁾

두 번째는 2次 市場 제품은 법적으로 기능적 작품이고, 저작권으로 보호되는 것은 아니다. 왜냐하면, 그것들 자체보다 본 제품과 결합하여 더 많은 기능을 하기 때문이다. 반면, DVD나 비디오 게임 카트리지는 그 안의 표현물을 전달하는 것 이상은 아니다.²³⁷⁾

한편, 회사는 2次 市場에서의 점유율을 높이기 위해 제품의 가격과 이윤을 결정할 때 1차 판매(initial sales)와 2次 市場(aftermarket)제품의 수명에 초점을 맞추어 본체의 판매로부터 얻는 이익을 줄이고, 부품 판매로부터 얻는 이익 비율을 높이는 가격차별화 전략(price differentiation strategy)을 사용한다.²³⁸⁾ 그러나 이러한 전략은 경쟁 업체가 호환성 있는 경쟁 부품 가격을 내리서 자사도 경쟁을 위해 부품 가격을 내리게 된다면 실패로 끝날 위험성이 있다.

한편, 2次 市場에서의 신규업체는 기존 업체가 올려놓은 높은 2次 市場 마진으로 그 시장에 진입할 강력한 유인을 갖게 된다. 그리고 기존 업체보다 조금 더 가격을 낮춘다면 쉽게 이윤을 얻을 수 있는 장점도 있다.²³⁹⁾ 이렇게 신규 업체의 시장 진입에 대한 유인(incentive)을 갖게 되고, 이에 대한 반대 전략으로 기존 업체는 신규 업체의 시장 진입을 막으려 한다. 그리고 기존 업체의 주요한 전략 중 하나가 아래에서 보는 바와 같이 오직 자사 제품과 互換性을 갖도록 技術的 保護措置를 취하는 것이다.

잉크젯 프린터에서의 재생 잉크 카트리지는 2次 市場의 좋은 예에 해당된다. 이러한 카트리지는 잉크젯 프린터를 제조한 그 회사(brand name

236) Michael J. Chang, *supra note* 231. at 561-62; Marcus Howell, *The Misapplication of the DMCA to the Aftermarket*, 11 B.U. J. Sci. & Tech. L. 128, 132 (2005).

237) Marcus Howell, *supra note* 236. at 131-32.

238) Severin Borenstein et al., *Antitrust Policy in Aftermarkets*, 63 Antitrust L.J. 455, 459-60 (1995).

239) Benjamin Klein & John Shepard Wiley Jr, *Competitive Price Discrimination as an Antitrust Justification for Intellectual Property Refusals to Deal*, 70 Antitrust L.J. 599, 603-05 (2003).

manufacturer)뿐만 아니라 다양한 잉크젯 프린터를 위한 재생 카트리지를 만드는 회사(generic company)도 생산한다. 두 회사가 생산한 잉크 카트리는 모두 최초에 샀던 잉크젯 프린터에 연동해서 기능을 발휘한다. 그러므로 재생 프린터 카트리는 2次 市場과 관련된 논의에서 매우 유용한 예이다.²⁴⁰⁾ 이밖에도 車庫 시스템(garage door system)의 제조업자가 경쟁업자의 호환성 있는 제품을 만들지 못하게 하려는 시도²⁴¹⁾, 비디오 게임 콘솔(video game console)의 제조업자가 DRM을 이용하여 그들의 게임을 PC에 작동하지 못하게 하려는 시도²⁴²⁾ 등도 이러한 예에 속한다. (자세한 내용은 후술)

3. 2次 市場(Aftermarket)에서의 接近權 濫用 可能性

2次 市場 제품은 컴퓨터 소프트웨어의 형태를 띠고 그것이 연계된 본 제품(original product)과 “이야기해야(talk)” 한다. 이러한 소프트웨어는 2次 市場의 제품을 인증하기도 하고, 본 제품과 부품과의 보안과 기능성을 높여주는 역할을 한다. 이러한 방향으로 제품이 소프트웨어를 사용하는 경우 두 제품이 ‘호환한다(interoperate)’고 하고, 두 제품이 서로 교류될 수 있다는 것을 “인터페이스 규격(interface specifications)”라고 한다.²⁴³⁾ 결국 본 제품과 호환성을 유지하기 위해서는 본래의 2次 市場의 제조자는 본 제품의 소프트웨어와 똑같거나 비슷하게 소프트웨어를 작성해야 한다. 이 소프트웨어를 작성하기 위해 제조자는 본 제품을 역분석(reverse engineer)한다. 그리고 호환성 소프트웨어의 복잡성 때문에 대부분은 복제를 한다.²⁴⁴⁾

접근통제권은 본체(original product) 제조업자에게 본사 제품과의 호

240) Marcus Howell, *supra note* 236. at 132.

241) Chamberlain Group v. Skylink Technologies, 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004).

242) Sony Computer Entertainment v. Connectix, 203 F.3d 596 (9th Cir. 2000).

243) Michael J. Chang, *supra note* 231, at 562-63; Margaret M. Dolan, *The DMCA and Original Equipment Manufacturers: Let Consumers Decide*, 56 DePaul L. Rev. 153 157 (2006).

244) Margaret M. Dolan, *supra note* 243. at 157; Marcus Howell, *supra note* 236. at 132-33.

환성을 통제할 수 있는 利點을 제공했다. 즉, 본체에 저작권법의 보호를 받는 인터페이스 규격(interface specification)을 암호화시키고 본 사의 부품에만 그 암호를 풀 수 있는 칩을 넣는다면 경쟁업체의 부품(암호를 풀 수 있는 칩이 없는 제품)의 시장진입을 막을 수 있게 된다. 왜냐하면 경쟁업체가 칩을 복제하거나 암호를 풀 수 있는 장치를 만들어 거래하는 것은 DMCA §1201(a)(1) 및 동조 (a)(2)가 금지하는 행위이기 때문이다.²⁴⁵⁾

결국 제조자가 DMCA의 접근 통제권을 이러한 방향으로 사용하고자 한다면, 다른 제조자들을 호환성이라는 측면을 이용해 시장을 통제할 수 있게 된다. 그리고 이러한 통제로 본 제품과 관련한 2次 市場에서의 경쟁을 없애고 2次 市場에서의 獨占이 가능하게 되는 것이다. 이러한 독점으로 회사는 본 제품의 가격을 내리고 2次 市場의 제품의 판매로 그 부족분을 채울 수 있게 된다. 이러한 결과는 소비자가 본 제품을 구매할 때 2次 市場의 물품을 추가적·반복적으로 구매하여야 한다는 사실을 심각하게 고려하지 않는다는 점에서 더욱 가능하다. 결국 2次 市場 제품에 DMCA §1201을 적용하는 것은 혁신을 억제하고, 시장의 비효율성을 야기하며, 소비자의 선택권을 제약하는 결과를 낳는다. 이러한 잠재적 악영향은 제조자가 이러한 접근 통제를 위한 技術的 保護措置를 장착하기가 비교적 쉽다는 점도 문제다. 이에 따라 어떤 제조자들은 DMCA §1201이 본 제품에 실행되는 소프트웨어가 접근 통제를 위한 技術的 保護措置가 되어 있기만 하면 그 소프트웨어는 역분석(reverse engineering)으로부터 보호된다고 주장한다.

더욱이 제조자는 경쟁을 억제하거나 가격을 올리기 위해서 소송과 같은 절차를 거치지 않아도 된다. 상대방 업체에게 §1201을 인용하면서 법적 위협이 담긴 편지만 보내면 위와 같은 목적을 달성할 수 있다. 그리고 법령 적용의 불확실성으로 인해 이러한 목적 달성은 더욱 수월해 보인다. 하지만 이러한 것들은 DMCA 입법 당시에 의회가 의도했던 바가 결코 아니었다.²⁴⁶⁾

245) Michael J. Chang, *supra* note 231, at 567-68.

246) Marcus Howell, *supra* note 236, at 134-36.

4. 小結

위에서 본 바와 같이 회사는 경쟁 시장에서의 점유율을 높이기 위한 목적으로 본 제품을 사용하기 위한 2次 市場(aftermarket)에서의 제품에 호환성을 통제하기 위해 技術的 保護措置를 사용한다. 그런데, 경쟁업체가 호환성의 통제를 회피하는 것이 DMCA 위반에 해당하는지, 그 위반을 이용해서 경쟁업체의 시장 진입을 가로막는 것이 바람직한 결과인지, 그러한 결과를 제한하기 위한 방안은 무엇인지가 本稿의 논의 범위이다.

한편, 技術的 保護措置는 대체성 있는 부품(replacement part)이 본 제품(original goods)에서 작동할 수 있도록 연결시켜주는 소프트웨어를 암호화 시킨다. 그리고 技術的 保護措置는 많은 경우 소프트웨어 코드(software code)의 형태로 이루어져있다. 하지만, 여기서는 技術的 保護措置의 저작물성이나 技術的 保護措置의 코드를 그대로 복제하는 것의 저작권법 위반의 논의는 논외로 하고,²⁴⁷⁾ 이러한 상호 운용성을 위한 코드를 본체로의 접근을 위해 회피한 경우 DMCA 위반으로 다스려야 하는지에 대해 초점을 맞추겠다.²⁴⁸⁾

다음에서는 항을 바꾸어 이러한 논점에 대해 判例와 學說의 논의는 어떻게 진행되고 있는지 살펴보도록 하겠다.

Ⅲ. 關聯 判例

1. Lexmark Intern., Inc. v. Static Control Components, Inc.²⁴⁹⁾

247) 대부분의 경우 합체의 원칙에 의해 저작권법 위반으로 인정되지 않는다. 일례로, Lexmark 判例에서도 같은 취지의 판결을 내렸다. [Lexmark Int'l, Inc. v. Static Control Components, 387 F.3d 522, 540-41 (6th Cir.2004)]

248) Jacqueline Lipton, *The Law of Unintended Consequences: The Digital Millennium Copyright Act and Interoperability*, 62 Wash. & Lee L. Rev. 487, 496-98 (2005). [hereinafter Jacqueline Lipton, *The Law of Unintended Consequences: The Digital Millennium Copyright Act and Interoperability*]

249) Lexmark Int'l, Inc. v. Static Control Components, 387 F.3d 522, (6th

가. 事實 關係²⁵⁰⁾

켄터키(kentucky)州 렉싱턴(Lexington)에 본사를 둔 렉스마크(Lexmark)社は 레이저 및 잉크젯 프린터 제조사이며, 1991년부터 프린터와 자사 프린터의 리필(re-fill)용 토너 카트리지를 판매해 왔다. 렉스마크(Lexmark)社は 회수 약정이 된 카트리지(Prebate cartridge)와 회수 약정이 되어 있지 않은 카트리지(non-Prebate cartridge)를 제조하였는데, 전자는 가격이 싸지만 일회용이며, 다 쓰고 난 후에는 다시 제조사에게 재사용하도록 돌려주어야 한다. 그리고 오직 렉스마크(Lexmark)社가 만든 카트리지로 리필(re-fill)해야 하는 제약이 있다. 그러나 후자는 이러한 제약이 없다. 본 사건과 관련된 것은 전자의 카트리지이다.

한편, 렉스마크(Lexmark)社は 회수 약정이 된 카트리지에 프린터와 카트리지 內 마이크로칩 간의 “비밀스런 악수(secret handshake)”를 수행하기 위한 “연속 인증(authentication sequence)”를 도입했다. 이것은 다른 회사가 리필(refill)한 카트리지는 작동하지 못하는 기능을 한다. “연속 인증”과 관련된 프로그램은 토너 로딩 프로그램(Toner Loading Program)과 프린터 엔진 프로그램(Printer Engine Program)이다. 토너 로딩 프로그램의 주된 기능은 카트리지에 남아있는 토너의 양을 측정하는 것이고, 프린터 엔진 프로그램은 프린터의 다양한 기능을 조절하는 것이다. 그리고 박스에는 다 쓴 카트리지를 다시 렉스마크에게 돌려주도록 하기 위해 쉬링크 랩(shrink-wrap) 약정이 포함시켰다.²⁵¹⁾

Cir.2004).

250) *Id.* at 529-531.

251) Lexmark'는 회수 약정이 된 카트리지(Prebate cartridge)에 다음과 같은 문구를 넣었다. “Return empty cartridge to Lexmark for remanufacturing and recycling. Please read before opening. Opening this package or using the patented cartridge inside confirms your acceptance of the following license/agreement. This all-new cartridge is sold at a special price subject to a restriction that it may be used only once. Following this initial use, you agree to return the empty cartridge only to Lexmark for remanufacturing and recycling. If you don't accept these terms, return the unopened package to your point of purchase. A

한편, 피고 Static Control Components(이하 “SCC”라 한다)는 재생 토너 카트리지를 제조하는 회사에게 카트리지에 사용될 마이크로 칩을 제조·판매하는 회사이다. 문제된 것은 SCC가 제조한 스마텍(“SMARTEK”) 칩(chip)이다. 이 칩은 렉스마크社 외의 제3자 제조의 카트리지를 렉스마크社의 프린터에 작동할 수 있게 한다. SCC는 자사 칩과 렉스마크(Lexmark) 프린터와의 상호호환성(interoperability)을 위해 토너 로딩 프로그램 코드와 스마텍(“SMARTEK”) 칩을 복제했다.

결국, 렉스마크(Lexmark)는 (i) 스마텍 칩을 생산한 SCC가 토너 로딩 프로그램을 불법으로 복제한 것이 저작권 침해이고, (ii) 토너 로딩 프로그램으로의 접근을 회피함으로써 DMCA §1201(a)(1)(A)를 위반했고, (iii) 스마텍 칩을 판매함으로써 DMCA §1201(a)(2)를 위반했다고 소를 제기했다.

나. 爭點

(1) 效果的인 接近 統制(effectively control access)의 意味

렉스마크는 스마텍 칩이 DMCA §1201(a)(2)의 도구 거래 금지 위반에 해당한다고 주장했다. 즉, 스마텍 칩은 렉스마크의 저작물인 토너 로딩 프로그램과 프린터 엔진 프로그램으로의 접근을 효과적으로 통제하는 장치인 연속 인증(authentication sequence)을 회피(circumvent)하는 것이라고 주장했다.²⁵²⁾

이에 법원은 "연속 인증(authentication sequence)"은 토너 로딩 프로그램(Toner Loading Program)으로의 접근을 통제하는 것이 아니라고 하고, 또한 프린터 엔진 프로그램(Printer Engine Program)으로의 접근을 통제하는 것도 아니라고 했다. 그래서 연속 인증은 DMCA에서의 “효과적으로 접근을 통제”하는 장치가 아니라고 판시했다.²⁵³⁾

regular price cartridge without these terms is available.” [Memorandum from Marybeth Peters, Register of Copyrights to James H. Billington, Librarian of Congress 173 n.312 (Oct. 27, 2003)]
252) Lexmark 387 F.3d at 546.

오히려 법원은 프린터의 구매 자체가 위 프로그램들에 접근하는 방식이라고 했다. 즉, 소비자가 본체를 구입하는 경우 본체 사용을 위한 프로그램에 접근할 수 있는 묵시적 허락(implied license)이 있다고 보아야 하기 때문이다. 즉, Lexmark 프린터를 구매하는 행위로서 소비자는 프린터의 작동을 위한 토너 로딩 프로그램에 접근할 묵시적 허락(implied license)을 받은 것이다.²⁵⁴⁾ 법원은 프린터의 주된 기능을 사용하는 것이 “접근하는 것(access)”으로 구성되어 있다면 인증연속에 의해 접근이 통제되는 것이지만, 다른 방식으로 접근할 수 있는 가능성이 열려있다면 위 DMCA 규정상의 “접근을 통제하는 것”에 해당하지 않는다고 판시했다. 그리고 다른 방식으로 접근하는 것을 허용하는 것은 위 DMCA의 “효과적인(effective)” 접근통제에 해당하지도 않는다고 판시했다.²⁵⁵⁾

법원은 스마텍 칩은 토너 로딩 프로그램에 접근하는 것이 아니라, 위 프로그램을 대체하는 것이라고 강조했다.²⁵⁶⁾

(2) 公正利用 抗辯(Fair Use Doctrine)

피고의 公正利用 항변에 대해 법원은 다음과 같이 판결했다.²⁵⁷⁾

저작권법 §107에 규정된 公正利用 法理(Fair Use Doctrine)²⁵⁸⁾에 대

253) *Id.* at 546-47.

254) *Id.* at 547. 같은 취지로, Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Techs., Inc., 381 F.3d 1178, 1202 (Fed. Cir. 2004). 그러나 Lexmark 판결의 반대의견(Feikens, J, .dissenting)에서는 위와 같은 묵시적 허락의 범위에 대해 제한적인 의견을 냈다. 즉, 소비자가 Prebate 카트리지를 산 경우, 첫 번째 카트리지를 다 쓴 이후에는 위와 같은 묵시적 허락이 존재하지 않는다는 것이다. [Lexmark Int'l, Inc. v. Static Control Components, Inc., 387 F.3d 522, 563 (6th Cir. 2004)] 그러나 이러한 의견에 대해서는 Lexmark회사와 소비자 간의 shrink-wrap 계약은 카트리지에 관한 것이지 프린터에 관한 것은 아니기 때문에, 프린터 구매자는 프린터 작동을 위해 SMARTEK를 사용하는 것은 DMCA 위반이 아니라고 하는 평석이 있다. [Zohar Efroni, *supra note* 107, at 266 n 124.]

255) *Id.* at 547.

256) *Id.* at 549-50.

257) 법원은 토너 로딩 프로그램의 저작물성을 부인했기 때문에 사실상 이러한 판단은 필요 없지만, 발전적인 논의를 위해 법원은 특별히 이에 대해 판시했다. *Id.* at 544.

258) 공정 이용 법리를 충족시키기 위해서는 네 가지 요건을 갖추어야 한다. 즉, (1) 사용

해 법원은 단순한 상업적인 목적을 위해 이윤추구(profit-making)를 하는 것과 저작권료를 지불하지 않고 저작물을 이용함으로써 이윤을 얻는 것을 구별했다.(전자의 경우는 저작권침해 목적이 없다고 판단된다.) 법원은 SCC가 기능적 호환성을 위해 토너 로딩 프로그램을 복제한 것이지 렉스마크(Lexmark)社の 창조적 표현(creative expression)을 이용하기 위해서 복제한 것은 아니라고 판단해서 公正利用 法理(Fair Use Doctrine)의 첫째 요건은 충족했다고 판시했다.²⁵⁹⁾

그리고 公正利用의 네 번째 요건과 관련해서, 법원은 토너 카트리지의 시장에 강조를 둔 것이 아니라 저작물 시장 그 자체에 중점을 두었다. 즉, 토너 로딩 프로그램 자체의 시장에 한정을 두고 시장에 미치는 영향을 판단했다. 그러나 법원은 스마텍 칩이 토너 로딩 프로그램 시장에 영향을 미치는 것에 회의적이었다.²⁶⁰⁾

(3) 逆分析의 例外에 該當 與否

피고는 자사의 제품이 상호호환성을 위한 것이어서 DMCA §1201(f)에 규정되어 있는 역분석에 해당한다고 주장했다. 하지만 법원은 피고의 스마텍 칩은 “독립적으로 창조된 컴퓨터 프로그램(independently created computer program)”에 해당하지 않아서 위 예외에 해당될 수 없다고 판시했다.²⁶¹⁾

다. 評釋

의 목적과 성격, (그러한 사용이 상업적인 성격을 가지고 있는지, 비영리적 교육에 목적이 있는지를 포함한다), (2) 저작물의 본질, (3) 전체적으로 보았을 때, 저작물이 사용된 부분의 양과 실질성, (4) 그러한 사용이 잠재적 시장 또는 저작물의 가치에 미치는 영향.

259) Lexmark Int'l, 387 F.3d at 544.

260) *Id.* at 544-45.

261) *Id.* at 546-47; Lexmark Int'l v. Static Control Components, Inc., 253 F. Supp. 2d 943, 958 (E.D. Ky. 2003).

위 판결의 보충의견을 낸 메리트(Merritt) 판사는 본 쟁점과 관련하여 매우 중요한 의견을 제시하였다. 메리트 판사는 다수 의견이 명확한 기준을 세워놓지 않고, 렉스마크의 토너 로딩 프로그램이 저작물성을 지니지 않는다고 판시함으로써 차후에 렉스마크가 창의적인(creative) 토너 로딩 프로그램을 제조했을 때 DMCA의 적용대상이 될 수 있는 여지는 남겨두었다는 비판을 했다.²⁶²⁾

이 의견은 DMCA의 §1201(a)(2) 규정의 해석을 보다 좁고 기술적으로 해석하여 렉스마크사와 같은 회사가 경쟁을 막기 위해 접근 통제 규정을 이용하는 것을 막아야 한다고 주장했다. 현재는 피고에게 주어진 소송에서의 입증책임과 비용으로 인해 경쟁회사는 경쟁과 혁신을 단념하게 되기 때문에 독점기업은 DMCA를 통해 독점의 의지를 더욱 강화할 수 있다는 것이다.²⁶³⁾

따라서 DMCA의 규정은 저작물에 대한 접근을 효과적으로 통제하는 장치를 회피하는 것을 “주된(primarily)” 목적으로 디자인 되거나 제조된 기술을 막는 것을 취지로 하는데, 여기서 중요한 것은 회피 기술의 목적을 어떻게 해석하는 지가 중요한 문제라고 하였다. 메리트(Merritt) 판사는 본 규정을 소송에서 적용함에 있어 소를 제기한 원고로 하여금 피고의 해적(pirate)행위의 “목적(purpose)”을 입증하도록 해석해야 한다는 의견을 제시했다.²⁶⁴⁾

라. 小結

위 사례는 DMCA의 접근 통제 규정을 이용하여 본 제품과 부품 간의 호환성(compatibility)을 위한 접근 코드를 보호함으로써 본 제품의 2次市場에서의 제품 거래를 독점화하려는 시도의 예로 평가된다. 이것은 효과의 측면에서는 기술적으로 엮여진 끼워 팔기(tied selling)²⁶⁵⁾에 해당한다. 이

262) Lexmark Int'l, 387 F.3d at 552.

263) *Id.* at 551-52.

264) *Id.* at 551-52.

265) 이것은 판매자가 시장에서 권한을 이용하여 한 제품을 구매할 때 원하지 않은

러한 형태의 판매는 마치 같은 브랜드의 제품만이 호환성을 가진 것으로 오인하게 하고, 이것은 소비자 경제에 악영향을 끼친다.²⁶⁶⁾ 그리고 이렇게 2次 市場에서의 경쟁을 억제하는 것은 본 제품의 시장(foremarket)에서의 경쟁에도 악영향을 미친다. 즉, 2次 市場에서의 이익을 얻기 위해 본 제품의 가격을 내림으로써 본 제품에서 확고한 위치를 점하지 못한 경쟁업체의 시장 진입을 가로막는다.

위 사례는 이러한 시도를 막음으로써 결론에 있어서는 타당하다. 비록 다수의견은 본 사례가 렉스마크의 독점 시도를 막는 것이라는 의미 부여를 직접적으로 하지는 않았지만, 그 근본 이유는 이러한 의미에서 판시한 것으로 볼 수 있다. 하지만, 메리트(Merritt) 판사의 의견대로 위 判例의 논리를 이용하여 이와 유사한 시도를 막을 수 없다는 법정책적인 점에서는 아쉬움이 남는다.

2. The Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technologies, Inc.²⁶⁷⁾

가. 事實關係²⁶⁸⁾

원고 챔버린 그룹(the Chamberlain group, 이하 ‘챔버린’이라 한다)은 가정용 車庫門(garage door opener)과 휴대용 송신기(portable transmitters)를 제조·판매하는 회사이다. 이 사건에서 문제된 것은 車庫門

제품도 같이 사도록 (시장에 다른 제품을 살 수 있는 선택권이 존재함에도 불구하고) 조건지우는 거래 방법이다. [Jacqueline Lipton, *The Law of Unintended Consequences: The Digital Millennium Copyright Act and Interoperability*, *supra note* 248. at 490 n 9.)]

266) Alex Cameron, Robert Tomkowicz, *supra note* 154, at 317. 하지만, 본 시장에서의 경쟁이 2次 市場에서의 가격 인상 요인이 된다는 것은 아직 논쟁 중에 있다. [Alex Cameron, Robert Tomkowicz, *supra note* 154, at 317 n 116.]

267) Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Techs., Inc., 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004).

268) *Id.* at 1183-84.

裂開 시스템으로, 리모트 컨트롤(remote control devices)로 車庫門을 여닫게 할 수 있는 기능이 있다. 門 裂開 시스템은 신호를 보내고 받는 센서와 문을 열고 닫는 모터(motor)로 이루어져있다. 사용자는 리모트 컨트롤로 車庫門에 신호를 보내고 위 車庫門에 있는 센서는 이 신호를 받아 車庫門을 여닫을 수 있다.

한편, 챔버린(Chamberlain)의 車庫門(garage door)은 범외자들이 함부로 문을 열지 못하도록 보안성을 강화한 “Security+”를 만들어서 車庫門을 열 수 있는 신호를 계속해서 바꾸는 “롤링 코드(Rolling Code)”라는 컴퓨터 암호화된 시스템(computerized encryption system)을 구축하였다.

한편, 피고 스카이링크 기술(Skylink Technology, 이하 ‘스카이링크’라 한다)社は 챔버린 제조사의 차고문과 호환성 있는 “Model 39”라는 휴대용 송신기를 만드는 회사이다. “Model 39”는 롤링코드를 사용하지는 않지만 연속적으로 빠른 속도로 세 가지 코드를 보냄으로써 롤링 코드와 함께 작동할 수 있다.

이에 챔버린은 피고 스카이링크의 위 제품은 권한 없는 사용자(unauthorized users)에게 롤링 코드를 회피하는 도구를 제작·판매하였다는 것을 이유로 DMCA §1201(a)(2)을 위반하였다고 하여 소제기 하였다.

나. 爭點

(1) 原告의 “權限 없는 接近”에 대한 立證 責任

원고는 (1) 車庫門 裂開와 휴대용 송신기에 있는 컴퓨터 프로그램은 저작권에 의해 보호받을 수 있으며, (2) 롤링 코드는 권한 없는 접근으로부터 보호하는 技術的 保護措置에 해당한다고 주장했다.²⁶⁹⁾

이에 법원은 DMCA는 저작권자에게 새로운 訴因(cause of action)을 부여한 것이지, 새로운 재산권(new property)을 부여한 것은 아니라고 판시하면서, 저작권 “침해(infringement)”와 “회피(circumvention)”은 구별되

269) *Id.* at 1185.

어야 한다고 판시했다. 따라서 법원은 원고가 DMCA 책임을 묻기 위해서는 그러한 회피가 권한 없는(unauthorized) 회피행위(circumvention)이라는 것을 입증해야 한다고 판시했다. 그리고 법원은 덧붙여서 원고는 접근에 대한 회피행위를 명백하게 입증하지 않았다는 것만으로는 부족하다고 하였다. 왜냐하면, 법원은 저작권법이 저작물에 대한 접근은 막지 않고 다만 복제를 금지할 뿐이고, 따라서 저작권의 보호를 받지 않는 작품에로의 접근을 막는 것은 이례적이기 때문이라고 했다. 즉, 접근 자체는 적법한 것으로 추정되기 때문이다.²⁷⁰⁾

그리고 법원은 원고가 ‘다른 회사의 제품사용을 피해야 한다.’는 경고(주의문)를 하지 않았으므로, 개폐장치의 사용자는 오리지널 제품을 汎用機器로 교체할 수 있다는 합리적인 기대(a reasonable expectation)를 가질 수 있다고 판단하였다. 따라서 원고 회사의 제품을 합법적으로 구매한 소비자는 롤링 코드의 암호를 복호화할 수 있는 적법한 권한이 있다고 판시했다.²⁷¹⁾

(2) 接近 統制와 著作權 保護의 合理的 關係 立證

원고는 DMCA가 기존에 존재했던 저작권 보호 또는 공공의 이익과의 관계와는 다른 새로운 저작권 보호 체계라고 주장하였다. 그리고 공공에게 공개된 저작물이라고 하더라도 저작권자가 그것에 “접근”을 통제하면 DMCA에 의해 보호되어야 한다고 주장했다. 법원은 원고의 이러한 주장에 대해 새로운 보호 체계라는 점은 받아들였지만, DMCA의 입법 취지를 살피기 위해서는 “접근”과 저작권의 “보호”와의 관계 설정이 중요하다고 하였다. DMCA §1201이 보호하는 접근통제는 ‘저작권법에서의 저작권 보호와 합리적인 관계가 있는 경우(a reasonable relationship to the protections that the Copyright Act)에만 접근을 통제한다.’고 판시했다.²⁷²⁾

이에 따라 법원은 DMCA §1201(a)(2)의 요건을 갖추기 위해서 원고는

270) *Id.* at 1192-93.

271) *Id.* at 1194.

272) *Id.* at 1202.

다음과 같은 것들을 입증해야 한다고 판시했다. 즉, (1) 유효한 저작권을 보유하고 있다는 점, (2) 그 저작물을 보호하는 효과적인 技術的 保護措置가 설정되어 있으며, 피고가 그것을 회피(circumvention)하였다는 점, (3) 제3자가 저작물에 접근하였다는 점, (4) 권한 없이 그러한 행위를 하였다는 점, (5) 저작권법에 의해 보호받는 저작권이 침해되었거나 침해가 용이하게 되었다는 점, (6) 회피행위를 주된 목적으로 디자인 또는 제작되었거나, 회피행위 이외에는 매우 제한된 상업적 중요성이 있거나, 접근통제장치를 회피하기 위해 사용하도록 홍보되었다는 점을 입증해야 한다.²⁷³⁾

하지만, 원고는 네 번째 요건(권한 없는 회피 행위)과 다섯 번째 요건인 저작권 보호와 합리적인 관계를 입증하지 못했기 때문에 법원은 원고의 청구를 기각했다.²⁷⁴⁾

다. 評釋

이 判例는 렉스마크 사건과 함께 DMCA §1201의 적용을 배척한 대표적인 判例로 언급되고 있다. 본 사례의 렉스마크 사례와의 유사점은 다음과 같다. 즉, ①원고는 자사의 제품의 작동을 위해 컴퓨터 프로그램을 설치하고, ②원고는 메인 제품(main product)과 주변기기(peripheral devices)의 상호 운용(interoperability)을 위해 접근 통제를 위한 技術的 保護措置를 도입하였다. ③그리고 피고는 주변기기의 사후 시장(aftermarket)에서 원고와 경쟁적 관계에 있다는 점이다.

위 사건에서 법원은 저작자의 “인증(authority)”이라는 개념은 DMCA §1201을 이해하는 데 매우 중요한 개념이라고 했다.²⁷⁵⁾ 동조는 저작권자의 “인증(authority)없이” 技術的 保護措置를 회피하는 것을 금지하는데,²⁷⁶⁾ 그 입증은 저작권자가 “인증 없이(unauthorized)” 접근하였다는 것

273) *Id.* at 1203.

274) *Id.* at 1204.

275) *Id.* at 1202.

276) 그리고 기술적 보호치의 회피 장치의 거래도 같은 맥락에서 이해되어야 한다.[*Universal City Studios, Inc. v. Corley*, 273 F.3d 429, n 14 (2d Cir. 2001).]

을 증명해야 한다는 것이 이 判例의 결론이다.²⁷⁷⁾

그리고 이 判例의 가장 중요한 의의는 DMCA §1201(a)(2) 관련 소송에서 법원이 원고에의 입증 요건과 관련하여 “접근 통제와 저작권 보호와의 합리적인 관계”라는 법문에는 없는 요건을 요구한 것이다.²⁷⁸⁾

이러한 결론의 전제로서 법원은 DMCA §1201 규정은 새로운 訴因(cause of action)을 규정한 것이지, 새로운 재산권(new property)을 규정한 것은 아니라고 판시한 것이²⁷⁹⁾ 또 하나의 중요한 점이다. 이렇기 때문에 회피책임은 침해에 대응되는 저작권 보호와 관계를 지어야 하는 것이다.

결국 회피금지 규정은 기존의 재산권(저작권 등)을 강화하는 수단으로 해석되어야 한다는 점을 명확하게 밝혔다는 점이 이 判例의 중요한 의의이다. 즉, 회피금지 규정은 그 침해가 저작권 보호와 독립적으로 이루어져서는 안 된다.²⁸⁰⁾

하지만, 이러한 요건을 요구하는 것은 규정에 없어 법문해석에 어긋난다는 비판이 있을 수 있다.

라. 小結

車庫門 裂開와 프린터 카트리지의 DMCA의 입법자의 예상 적용범위의 밖에 있는 것이다. 그러나 실리콘 칩(silicon chips)이 다양한 분야에 쓰이면서 의도하지 않은 곳에 DMCA 보호가 필요한 지 여부가 문제되면서 이와 같은 사안이 나오게 된 것이다.²⁸¹⁾

277) 위에서 보듯이 법원은 권한 없는 접근이 아니라는 이유로 원고 청구를 기각했다. (Chamberlain, 381 F.3d at 1192-93.)

278) *Id.* at 1202.

279) *Id.* at 1192.

280) Zohar Efroni, *supra note* 107, at 284-85.

281) Jon M. Garon, *supra note* 160, at 116; Anupam Chander, Exporting DMCA Lock-outs, 54 Clev. St. L. Rev. 205, 208 (2006); 한편, Jacqueline Lipton, *The Law of Unintended Consequences: The Digital Millennium Copyright Act and Interoperability*, *supra note* 248, at 512에서는 밀레니엄 시대에 들어서 형체가 있는 물건(physical goods)과 정보로 된 제품(information product)의 차이가 희미해졌다고

하지만, 렉스마크 판결과 마찬가지로 챔버린 판결에서 법원은 DMCA의 접근 통제 규정을 경쟁 제한의 수단으로 이용하려는 시도에 제동을 걸었다는 점에 큰 의의가 있다. 그러나 렉스마크 판결에서 메리트(Merritt) 판사가 앞에서 지적한대로 위 회사들은 간단한 변경을 가지고 원래 의도했던 목적을 달성할 여지는 여전히 남아있다. 예를 들어, 렉스마크는 연결된 컴퓨터에 의해 프린터의 소프트웨어가 읽히는 것을 막아 “효과적인 접근 통제”를 만들어내어서 DMCA의 보호 요건을 충족시킬 수 있다. 챔버린 사건의 경우에도, 사용자에게 다른 제3자의 차고문 열쇠(garage door opener)는 사용할 수 없다는 것을 미리 알린다면 역시 DMCA의 요건을 충족시킬 수 있다. 즉 DMCA의 접근 통제의 기준을 충족시키는 것은 그다지 어려운 일이 아니다.²⁸²⁾

초기의 判例가 저작권자의 이익에 부합하도록 판결을 내렸다면, 최근에는 점차 변하고 있다고 조심스럽게 결론 내릴 수 있다.²⁸³⁾ 즉 지금까지 살펴본 두 判例는 DMCA의 남용 방지를 위한 시발점으로 평가될 수 있다.

IV. 學說의 論議 - 對應方案으로서 論議되는 것

1. 들어가며

렉스마크와 챔버린 사건에서 법원은 두 제조사가 接近權을 왜곡시키려는 시도를 인정하지 않았다. 하지만, 한편으로는 미래의 제3의 업체가 이러한 시도를 완전히 포기하도록 결론 내리지는 않았다. 즉, 저작물성을 갖는 소프트웨어를 제품에 입력시켜 시장을 조종할 여지는 여전히 남아있는

지적한다.

282) Jacqueline Lipton, *IP's Problem Child: Shifting the Paradigms for Software Protection*, 58 *Hastings L.J.* 205, 237 (2006) [hereinafter Jacqueline Lipton, *IP's Problem Child: Shifting the Paradigms for Software Protection*,]; Michael J. Chang, *supra note* 231. at 578.

283) Wilson Sonsini Gookrich & Rosati, *THE DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT 2005 Supplement*, p. I (2005).

것이다. 오히려 Lexmark 판결의 다수 의견이 어떠한 방향으로 소프트웨어를 입력시켜서 DMCA에 의한 공격을 하여 시장을 장악할 것인가에 대한 방향을 제시한 것일 수도 있다.

하지만, DMCA의 남용을 저지할 필요성은 절실하다. 이를 막기 위한 대안에 있어서도 다양한 견해가 제기되고 있다. 이하에서는 어떠한 방법이 제안되고 있는지 살펴보도록 하겠다.

2. DMCA § 1201(a)(1)(C)의 適用 擴大

DMCA §1201(a)(1)(C)은 저작권청(the Copyright Office)에게 특정 저작물(class of works)의 이용이 제한될 특정 이용자들의 DMCA 적용을 면제될 수 있는 권한을 주었다. 이것은 합법적인 목적을 위한 접근이 불합리하게 제한되어서는 안 된다는 취지에서 의회가 제정한 것이다.²⁸⁴⁾ 따라서 저작권청이 2次 市場의 부품이 DMCA 적용에서 제외되도록 규정할 필요가 있다는 견해가 있다.²⁸⁵⁾

하지만 이 견해의 문제점은 본 규정의 예외로 지정된다고 하더라도 오직 §1201(a)(1)의 접근 통제만 면제되는 것이어서 나머지 거래 금지 규정의 면제는 될 수 없다는 점에서 한계가 있다.

3. 소프트웨어 코드의 著作物性을 否認하는 것

원고가 소프트웨어 코드의 저작권을 근거로 저작권 침해 또는 DMCA를 주장하여 2次 市場에서의 경쟁을 제한하려는 시도를 하는 경우, 그러한 코드의 저작물성을 부인하면, 이러한 시도를 하는 것이 불가능하다.²⁸⁶⁾ 즉, 소프트웨어의 저작물성을 인정함으로써 이러한 부작용이 생기는 것이므로 이러한 전제를 부정해야 한다는 것이다. 비록 소프트웨어 코드는 고정된

284) H.R. Rep. No. 105-551, pt. 2, at 36 (1998).

285) Marcus Howell, *supra note* 236, at 147-48.

286) Jacqueline Lipton, *IP's Problem Child: Shifting the Paradigms for Software Protection*, *supra note* 282, at 238.

형식으로 되어 있어 전통적인 저작물과 비슷하지만, 그것의 주된 가치는 표현(expression)에 있는 것이 아니므로²⁸⁷⁾ 저작물성을 부인해야 한다는 것이다. 이렇게 소프트웨어 코드에 대한 저작권법의 보호를 부정하거나 축소한다면 다른 디지털 저작물-디지털 음악, 영화, 문학에 대한 보호가 더욱더 설득력 있게 되는 결과로 될 수 있다.²⁸⁸⁾ 하지만, 현실적으로 소프트웨어도 일정 부분 저작물성을 인정할 필요성이 있다는 점에서 이를 완전히 부정하는 것은 문제점이 있다.

4. DMCA §1201(f) 規定의 改正

DMCA §1201(f) 규정은 렉스마크 사건이나, 챔버린 사건의 피고가 모두 DMCA의 예외로서 위 규정의 적용을 주장한 바 있다.²⁸⁹⁾ 하지만, 위 규정은 독립적으로 창조된 컴퓨터 프로그램(an independently created computer program)과 본 제품(the original protected work)과의 호환성을 위해 역분석을 하는 경우만을 상정하고 있어서 위 시도는 모두 성공하지 못했다.

현재 미국 저작권청(the Copyright Office)이나 미국 법원은 DMCA §1201(f) 규정을 2次 市場의 제품에 관해서 적용하고 있지 않다.²⁹⁰⁾ 하지만, 호환성이 §1201(f) 규정이 달성하고자 하는 입법취지라면 위 규정이 2次 市場의 제품에도 적용되도록 명확하게 규정한다면 이러한 법적 불안정성은 사라질 것이다.²⁹¹⁾ 이를 위해서 현재의 DMCA §1201(f)에 규정되어

287) Peter Menell, *An Analysis of the Scope of Copyright Protection for Application Programs*, 41 Stan. L. Rev. 1045, 1047-48 (1989).

288) Jacqueline Lipton, *IP's Problem Child: Shifting the Paradigms for Software Protection*, *supra note* 282. at 240, 소프트웨어 코드의 저작물성을 부인할 경우 대체적인 보호방안에 대해서는 같은 논문 p. 239. 이하 참조.

289) *Lexmark Int'l*, 253 F. Supp. 2d at 958; *Lexmark Int'l*, 387 F.3d at 546-47; *Chamberlain Group v. Skylink Techs.*, 381 F.3d 1178, 1178 (Fed. Cir. 2004); *Chamberlain Group v. Skylink Techs.*, 292 F. Supp. 2d 1023 (N.D. Ill. 2003).

290) Copyright Office: *Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies*, 68 Fed. Reg. 62011, 62017 (Oct. 31, 2003)

있는 “독립적으로 창조된(independently created)”이라는 문구를 삭제하는 방안이 제시되고 있다.²⁹²⁾ 이렇게 되면 2次 市場이든 본 시장 (foremarket)에서의 어떠한 제조업자도 호환성을 위해서 접근 통제를 회피하는 행위는 위 예외 규정의 수혜를 입을 수 있을 것이다. 하지만 이 방안은 호환성을 위해 모든 역분석을 허용한다면 저작권 보호대상이 되어야 할 부분이 침해될 우려가 있다는 문제점이 있다.

5. 法理適用의 差別化

경쟁하는 상업적 이익에 관한 다툼이 있는 경우 저작권법에 의한 판단이 아닌 적절한 반독점 원칙에 의한 해결이 될 수 있도록 의회에서 규칙을 제정해야 한다는 견해이다. 이것은 디지털 해적행위로부터 저작물을 보호하는 것이 주된 목적이 아닌 경우 꼭 필요하다. 이러한 논쟁을 독점 규제 의 범위 안에서 해결하는 것이 저작권법의 취지의 왜곡을 막는 방법이라는 것을 근거로 한다.²⁹³⁾

6. 著作權 濫用法理의 適用

의회는 저작권법을 통하여 저작권 체계의 권리의 범위와 기간 등에 대한 세심한 균형을 이루었다. 하지만 제조업자들의 DMCA의 접근 통제권을 2次 市場에 적용하려는 시도는 이러한 균형을 깨려는 것이다.²⁹⁴⁾ 더욱이 2次 市場에서의 호환성을 위한 컴퓨터 코드는 합체의 이론(merger doctrine) 때문에 저작권법의 보호를 받지 못한다.

하지만 지적재산권의 남용법리로 DMCA를 주장하면서 2次 市場에서 독점하려는 시도를 막을 여지는 있다. 이 경우 독점 금지법의 모든 요소를 증명할 필요는 없고, 원고가 지적 재산권의 범위 또는 지적 재산권법의 기

291) Marcus Howell, *supra* note 236. at 146-47.

292) *Id.* at 150.

293) Jacqueline Lipton, *The Law of Unintended Consequences: The Digital Millennium Copyright Act and Interoperability*, *supra* note 248. at 491.

294) Marcus Howell, *supra* note 236. at 137.

본 원리를 불법적으로 넘어 독점적 지위를 유지했다는 점을 입증하면 된다.²⁹⁵⁾ DMCA가 2次 市場에서의 독점 시도를 보호해서는 안 된다.

DMCA에서 보호하는 접근 통제를 위한 技術的 保護措置 개념을 기능적 측면과는 별도로 저작권 보호를 조건으로 해야 한다.²⁹⁶⁾ 그래서 입법 초기 당시의 취지에 맞도록 그 적용을 제한해야 한다.

7. 立證責任을 轉換시키는 것

가. 爭點

현재의 DMCA를 개정하자는 논의는 국회에서의 입법 활동이 전제되어야 한다. 그 이전에 현재의 DMCA에서 이 문제를 해결할 수 있는 방안은 없는 지에 대해서 여러 의견이 제시되고 있지만 소송에서의 입증 책임 분배로 해결하는 것은 상당히 타당해 보인다. 따라서 이하에서는 이에 관해 상세히 논한 견해에 대해 살펴보고자 한다.

나. 基本 前提

이 견해는 유형물과 무형적인 정보가 관련된 각각의 상황은 서로 다른 법리를 적용할 필요가 있다는 것을 전제로 한다. 이러한 필요성에 대비하여 각 상황에 적용될 명확한 하부 규칙을 세워둘 필요가 있고 이러한 아이디어는 통일컴퓨터정보거래법(Uniform Computer Information Transactions Act; 이하 'UCITA'라 한다.) 규정에서 얻을 수 있다.²⁹⁷⁾

295) Dan L. Burk, *supra note* 171, at 1124; Brett Frischmann & Dan Moylan, *The Evolving Common Law Doctrine of Copyright Misuse: A Unified Theory and Its Application to Software*, 15 Berkeley Tech. L.J. 865, 881-84 (2000).

296) Heather A. Sapp, *Garage Door Openers and Toner Cartridges: Why Congress Should Revisit The Anti-Circumvention Provisions of the DMCA*, 3 Buff. Intell. Prop. L.J. 135 163 (2006).

297) Jacqueline Lipton, *The Law of Unintended Consequences: The Digital*

컴퓨터 정보의 거래와 관련된 법이 UCITA이다. 이 법은 컴퓨터 정보 (computer information)와 유형물(physical goods)이 모두 합쳐진 거래에 대해 어떻게 규율할 것인가에 대한 내용이 있다. UCITA §103은 유형물 (physical goods)과 컴퓨터 정보(computer information)가 모두 거래 대상이 되는 경우 UCITA는 컴퓨터 정보 부분에만 적용이 된다.²⁹⁸⁾ 그리고 동조 주석에서는 보다 구체적으로 유형물과 컴퓨터 정보가 합쳐진 제품 (mixed goods)과 컴퓨터 정보가 부수적으로 합쳐진 제품(incidentally incorporate computer information)을 구분하여 전자에만 적용된다고 하고 있다.²⁹⁹⁾ UCITA 입법자들은 쟁점이 되는 제품이 유용한 소프트웨어가 부수적으로 합쳐된 有形物(physical goods)인지, 아니면 하드디스크나 시디(CD)-ROM과 같은 저장장치에 포함되어 있는 정보의 計算物 인지 구분하는 것은 어렵지 않다고 판단했다. 주요한 판단 전제는 “계약 당사자가 무엇을 중심으로 [有形物(physical goods)인지, 컴퓨터 정보인지] 거래하였는지”이다.³⁰⁰⁾

이렇게 제품에 속성이 섞여 있을 때 그 특성을 기준으로 차이를 두어야 한다는 아이디어는 DMCA 운용에 있어 입법자나 법원에게 유용한 도움이 될 수 있다. 항을 바꾸어 이러한 아이디어가 DMCA개정에 어떠한 형태로 발현될 수 있는지 살펴보겠다.

다. 立證責任의 轉換³⁰¹⁾

의회는 DMCA와 호환성이 쟁점이 되는 경우에 적용될, DMCA 책임에 대해 반박 가능한 추정 규정(rebuttable presumption)을 삽입해야 한다.

Millennium Copyright Act and Interoperability, supra note 248. at 515-16.

298) UCITA §103(b)(1) : 거래의 대상에 컴퓨터 정보와 유형물이 포함되어 있다면, 본 규정은 컴퓨터 정보에 관련된 부분만이 적용된다...(하략).

299) UCITA §103 cmt 4.b.(3) : 컴퓨터 프로그램이 유형물에 포함된 경우, 본 법은 프로그램 부분에만 적용된다...(하략).

300) Jacqueline Lipton, *The Law of Unintended Consequences: The Digital Millennium Copyright Act and Interoperability, supra note 248. at 519.*

301) *Id.* at 521-25.

즉, (1) 문제의 저작물이 제품에서 단순히 부수적인 부분을 차지하고, (2) 技術的 保護措置가 호환성을 위해 회피된(circumvented) 경우 DMCA 침해를 주장하는 자에게 입증 책임을 부담시키는 것이다. 이것은 DMCA §1201(f)의 역분석(reverse engineering)과도 구별된다. 그러므로 침해를 주장하는 자가 텔레비전이나 자동차와 같이 소프트웨어를 기계적인 작동을 위해 입력시킨 제품의 제조자 또는 경쟁업체가 호환성있는 제품을 만들지 못하도록 한 제조자에 해당하는 경우, 호환성을 위한 제품을 만드는 상대방은 DMCA의 책임이 없다는 추정을 받게 된다.

이러한 추정은 원고가 해적 행위로부터 저작권을 지키기 위한 목적이 주된 것이라고 먼저 입증해야 할 부담을 지게 만든다. 이것은 렉스마크 判例의 보충의견에서 메리트(Merritt) 판사가 주장했던 것과도 다르다. 메리트 판사는 원고가 피고의 해적행위의 의사를 입증하도록 해야 한다고 주장했다.³⁰²⁾ 그러나 여기서 주장하는 것은 원고가 피고의 ‘해적 행위의 목적(purpose to pirate)’를 입증하게 하기 보다는 소제기의 주된 목적이 저작권 소프트웨어의 보호에 있다는 점을 입증하게 하여야 한다는 것이다.

그 이유는 원고에게 피고의 고의(intention)를 입증하게 하는 것은 부당하기 때문이다. 원고는 피고의 내면이 무엇이었는지를 입증할 증거를 찾기 어렵고, 원고의 소제기의 정당성에 관한 부분을 입증하게 하는 것이 보다 합리적이다. 이러한 것이 원고의 영역에서 증거 수집에 용이하다. 즉, 렉스마크 判例나 챔버린 判例에서의 원고들처럼 나쁜 의도(bad faith)로 소제기를 하려 하는 경우, 이렇게 귀찮은(onerous) 부담을 줌으로써 단념시켜야 한다.

예를 들어, 만일 원고가 구매자가 원고 회사의 제품을 구매할 때 제품 중 특히 소프트웨어에 특징이 있다고 인식하고 제품 중 소프트웨어를 구매한다는 인식이 있다는 점을 입증하면 DMCA 책임에 대한 추정은 원고로부터 피고에게 넘어간다. 즉, 쟁점이 된 제품이 실질적으로 저작물이 중심인 경우, 플로피 디스크·시디-롬(CD-ROM) 또는 DVD에 저장된 저작물에 관한 것이면 위와 같은 추정 번복은 일어나지 않는다. 그래서 비디오 게

302) Lexmark Int'l, 387 F.3d at 551-53.

입, 디지털 영화 그리고 디지털 음악 파일과 같은 저작물이 담긴 저장 매체에 권한 없이 접근하거나 사용을 하게 되면 원칙으로 돌아가 피고가 DMCA 예외에 해당하는 지 여부를 입증해야 한다.

라. 小結

계약법, 독점금지법, 저작권법 각각의 법은 모두 수세기에 걸쳐 논의되어 온 根底하는 원리·원칙(policies and principles)이 존재한다. 각각의 법이 교차하는 지점이 있지만, 교차하는 지점에서의 논쟁을 판단하는 데 있어서는 이러한 원리·원칙이 명확한 기준이 되어 이를 유지한 채 해결하는 것이 중요하다. 즉, 쟁점이 저작권법적인 특징을 지닌다면 저작권의 원리·원칙(policies and principles)이 적용되어야 한다. 그렇지 않다면 다른 적절한 원리·원칙을 찾아야 한다.

이러한 아이디어를 통해 원고가 接近權을 2次 市場에서의 독점권을 유지하기 위한 수단으로 사용하는 경우, DMCA 침해를 주장하는 원고가 입증책임을 지는 것이 원칙이 되어야 한다. 이러한 입증책임은 피고의 저작권에 대한 해적행위가 주된 쟁점이라는 것을 원고가 법원에게 확신시킨 경우 피고에게 전환될 수 있다.

V. 小結

경쟁은 혁신과 경제 발전으로 연결된다. 이러한 연계는 혁신이 경쟁에서 우위를 차지할 수 있는 방법으로 인식되는 과학 기술(technology) 분야에서 특히 강하다. 반대의 관계도 성립된다. 새로운 혁신은 대체적인 상품과 서비스를 소비자에게 제공함으로써 경쟁을 촉진시키기도 한다.³⁰³⁾

건전한 2次 市場은 소비자로서 하여금 선택의 영역을 넓혀주고 가격 인하의 효과도 있다. 그리고 2次 市場에서의 경쟁은 부품뿐 아니라 본 제품의 혁신도 촉진시키는 역할을 한다.³⁰⁴⁾ 하지만 위에서 본 사례들은 DMCA

303) Alex Cameron, Robert Tomkowicz, *supra note* 154, at 314-15.

304) Michael J. Chang, *supra note* 231, at 561.

의 技術的 保護措置 회피 금지 규정이 경쟁의 억압, 호환성있는 기술의 통제, 소비자가 적법하게 구입한 제품의 사용통제와 같은 목적 등으로 사용될 수 있다는 점을 증명하였다.³⁰⁵⁾

법원이 입법자의 의도와 어긋나지 않는 방향으로 DMCA 규정을 해석한다면 개정은 필요 없다. DMCA 규정은 技術的 保護措置가 독립적으로 거래되는 저작물을 보호하는 경우에만 적용되도록 하고, DMCA 규정의 예외 규정과 남용의 법리 역시 DMCA의 무분별한 남용을 제한하는 원리로 해석된다면 2次 市場에서의 독점 시도는 막을 수 있다.³⁰⁶⁾ 하지만, 이렇게 법원의 해석과 운용에만 맡긴다면 법적 안정성을 훼손하여 오히려 경쟁 업체들의 혁신의지를 꺾는 결과를 낳을 우려가 있다.

따라서 법적 안정성을 위해 의회에서 DMCA 개정을 추진하는 것이 타당하며, 그 방향은 DMCA의 입법취지에 맞게 저작권 보호와의 연계성이 지켜지도록 설정되어야 한다. 챔버린 사건에서 “저작권 보호와의 합리적인 관계”라는 요건을 요구한 것은 여기에서 중요한 의미를 갖는다. DMCA가 경쟁 회피의 수단으로 사용되는 경우, DMCA가 보호할 가치가 없으므로, DMCA의 법적 보호를 원용하려는 자가 저작권 보호를 위한 소제기라는 것을 입증하도록 하는 것이 타당하다. 그리고 이러한 원리를 관찰하기 위해서는 문제가 된 사안에서 가장 쟁점이 저작권 보호를 위한 것인지, 다른 목적을 위한 것인지 정확하게 가려내는 노력이 또한 필요하다.

305) Dan L. Burk, *supra* note 171, at 1110-14.

306) Daniel C. Higgs, *Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc. & Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technologies, Inc.: The DMCA and Durable Aftermarket Goods*, 19 Berkeley Tech. L.J. 59, 60 (2004)

제6장. 우리나라에의 示唆點

I. 序

WCT 제11조에 규정된 입법의무에 따라 우리나라의 저작권법(2003. 5. 27 법률 제6881호), 컴퓨터프로그램보호법(2000. 1. 28 법률 제6233호), 온라인디지털콘텐츠산업발전법(2002. 1. 14 법률 제6603호)에서 技術的 保護措置에 관한 규정을 각 두게 되었다.

그러나 아래에서 살펴보겠지만 위 규정들을 두고 DMCA에서와 같이 接近權을 명확하게 인정하였는가에 대해서 긍정하는 견해는 아직 없어, 우리나라에서는 接近權에 대해 아직 입법화되지 않은 것으로 본다. 다만, 아직 批准 前인 韓美 FTA 협정문에 接近 統制를 도입하는 규정은 마련되어 있다.³⁰⁷⁾ 따라서 한·미 FTA가 批准되면 우리 저작권 관련 법규에도 조만간 접근 통제에 관한 규율이 포함될 것으로 예상된다.

그렇다면 지금까지의 우리나라 입법에서 技術的 保護措置에 관한 논의를 정리함으로써 우리나라 判例·학설이 技術的 保護措置를 둘러싼 쟁점에 대해 어떠한 태도를 취하고 있는지를 정리할 필요가 있다. 왜냐하면, 앞으로 접근 통제의 규율이 어떻게 입법화되어야 하는지 결정함에 있어 기존의 저작권 체계와의 균형을 유지하는 것은 매우 중요하기 때문이다.

따라서 이하에서는 우리나라 입법에서의 技術的 保護措置의 입법 태도에 대해 살펴보고, 저작권에 대한 예외와는 어떻게 조화를 이루고 있는지 알아본 후, 技術的 保護措置가 문제된 우리나라 判例 및 관련 외국 사례를 알아본다. 그리고 한·미 FTA에서의 技術的 保護措置에 관한 규정을 살펴본 후 입법론으로서 한·미 FTA가 批准되고 接近權 인정되면 어떠한 방향으로 저작권 관련법이 개정되어야 하는지, 위에서 살펴본 미국의 논의가 우리에게 어떠한 示唆點을 줄 수 있을 지에 대해 살펴보겠다.

II. 우리나라에서의 技術的 保護措置의 立法態度 - 接近權 認定과 關聯하여

1. 著作權法

가. 技術的 保護措置의 定義 및 禁止行爲

307) 한편, 미국이 체결하는 FTA에는 사실상 표준적인 형태로 接近權 인정하고 있다. 미-호주 FTA §17.4.7(a)(i), 미-싱가포르 §16.4.7(a)(i) 참조.

저작권법에서는 技術的 保護措置를 “저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리에 대한 침해 행위를 효과적으로 방지 또는 억제하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 얻은 자가 적용하는 기술적 조치를 말한다.”고 규정하고 있다.³⁰⁸⁾ 그리고 이러한 技術的 保護措置의 보호에 대해서는 “정당한 권리 없이 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 技術的 保護措置를 제거·변경·우회하는 등 무력화하는 것을 주된 목적으로 하는 기술·서비스·제품·장치 또는 그 주요 부품을 제공·제조·수입·양도·대여 또는 전송하는 행위는 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 본다.”고 규정하고 있다.³⁰⁹⁾

이러한 두 조항을 종합해보면, 우리 저작권법은 저작물에 대한 접근통제를 규정하고 있지 않고, “著作物 利用”에 대한 技術的 保護措置만을 보호하는 태도를 취하고 있다.³¹⁰⁾ 그리고 저작물 이용에 대한 技術的 保護措置 중에서도 그러한 보호조치를 무력화 시키는 기술 등을 거래하는 행위 등만을 금지시키고 있다.

나. 民·刑事的 救濟方法

저작권법 제124조 제1항에 의하면 技術的 保護措置를 무력화하는 기술 등을 제공하는 행위 등을 하게 되면 저작권 침해로 간주되므로, 이러한 침해를 당한 자는 저작권법 제125조에 의해 손해배상 청구를 할 수 있게 된다.³¹¹⁾

한편, 저작권법에서는 동법 제124조 제1항의 규정에 따른 침해행위로 보는 행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과 할 수 있다고 규정하고 있다.³¹²⁾

308) 저작권법 제2조 제28호.

309) 저작권법 제124조 제2항.

310) 저작권법이 접근통제를 규율하는 지 여부에 관한 논의는 제6장. II. 4. 라.에서 상술.

311) 저작권법 제125조 참조.

312) 저작권법 제136조 제2항 제4호.

2. 컴퓨터프로그램보호법

가. 技術的 保護措置의 定義 및 禁止行爲

컴퓨터프로그램보호법에서는 技術的 保護措置를 “프로그램에 관한 식별번호·고유번호 입력, 암호화 기타 이 법에 의한 권리를 효과적으로 보호하는 핵심기술 또는 장치 등을 통하여 프로그램著作權을 보호하는 조치를 말한다.”고 규정하고 있다.³¹³⁾

그리고 이러한 技術的 保護措置의 보호로서 동법에서는 “누구든지 상당한 權原 없이 技術的 保護措置를 回避, 제거, 損壞 등의 방법으로 무력화(이하 “技術的 保護措置 무력화”라 한다)하여서는 아니 된다.”고 규정하여 행위 자체를 금지하고,³¹⁴⁾ 또한 “누구든지 상당히 技術的 保護措置를 무력화하는 기기·장치·부품 등을 제조·수입하거나 공중에 讓渡·대여 또는 유통하여서는 아니 되며, 技術的 保護措置를 무력화하는 프로그램을 傳送·配布하거나 技術的 保護措置를 무력화하는 기술을 제공하여서는 아니 된다.”고 규정하여 기술이나 도구 등의 거래를 금지하고 있다.³¹⁵⁾

그리고 위와 같은 技術的 保護措置의 침해 등의 규정에 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다는 규정을 두고 있다.³¹⁶⁾ 저작권법과는 달리 민사적 구제에 대해서는 규정하고 있지 않다.

나. 例外 事由

컴퓨터프로그램보호법에서는 위 규정에 대한 예외를 정하고 있다. 즉,

313) 컴퓨터프로그램보호법 제2조 제9호. 접근통제를 규율하는 지 여부에 관한 논의는 제 6장. II. 4. 라.에서 상술.

314) 컴퓨터프로그램보호법 제30조 제1항 본문.

315) 컴퓨터프로그램보호법 제30조 제2항.

316) 컴퓨터프로그램보호법 제46조 제1항 제3호.

(i)제10조³¹⁷)의 규정에 의한 프로그램의 동일성을 변경하는 경우, (ii)제12조 각호의 1³¹⁸)에 해당되어 복제 사용하는 경우, (iii)제14조의 규정에 의한 프로그램 사용자가 필요한 범위 안에서 복제하는 경우, (iv)정당한 권원에 의하여 사용하는 자가 다른 프로그램과 호환성을 유지하기 위하여 필요한 경우, (v)정당한 권원에 의한 최종사용자로부터 프로그램의 수정·보완을 요청받은 경우, (vi)정당한 권원에 의하여 사용하는 자가 연구·교육 등의 목적으로 프로그램과 관련된 암호화 분석을 하기 위하여 필요한 경우에는 컴퓨터프로그램보호법 제30조 제1항 본문이 적용되지 않는다.

3. 온라인디지털콘텐츠산업발전법

317) 컴퓨터프로그램보호법 제10조 (동일성 유지권) : 프로그램저작자는 다음 각 호의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 그의 프로그램의 제호·내용 및 형식의 동일성을 유지할 권리를 가진다.

1. 특정한 컴퓨터 외에는 사용할 수 없는 프로그램을 다른 컴퓨터에 사용할 수 있도록 하기 위하여 필요한 범위 안에서의 변경.
2. 프로그램을 특정한 컴퓨터에 보다 효과적으로 사용할 수 있도록 하기 위하여 필요한 범위 안에서의 변경.
3. 프로그램의 성질 또는 그 사용목적에 비추어 부득이하다고 인정되는 범위 안에서의 변경.

318) 컴퓨터프로그램보호법 제12조 (프로그램저작권의 제한) : 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그 목적상 필요한 범위 안에서 공표된 프로그램을 복제 또는 배포할 수 있다. 다만, 프로그램의 종류·용도, 프로그램에서 복제된 부분이 차지하는 비중 및 복제의 부수 등에 비추어 프로그램저작권자의 이익을 부당하게 해하는 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2001.1.16, 2002.12.30, 2006.10.4>

1. 재판 또는 수사를 위하여 복제하는 경우
2. 「초·중등교육법」, 「고등교육법」에 의한 학교 및 다른 법률의 규정에 의하여 설립된 교육기관(상급학교 입학에 위한 학력이 인정되거나 학위를 수여하는 교육기관에 한한다)에서 교육을 담당하는 자가 수업과정에 제공할 목적으로 복제 또는 배포하는 경우
3. 「초·중등교육법」에 의한 학교 및 이에 준하는 학교의 교육목적을 위한 교과용 도서에 게재하기 위하여 복제하는 경우
4. 가정과 같은 한정된 장소에서 개인적인 목적(영리를 목적으로 하는 경우를 제외한다)으로 복제하는 경우
5. 「초·중등교육법」, 「고등교육법」에 의한 학교 및 이에 준하는 학교의 입학시험 그 밖의 학식 및 기능에 관한 시험 또는 검정을 목적(영리를 목적으로 하는 경우를 제외한다)으로 복제 또는 배포하는 경우
6. 프로그램의 기초를 이루는 아이디어 및 원리를 확인하기 위하여 프로그램의 기능을 조사·연구·시험 목적으로 복제하는 경우(정당한 권원에 의하여 프로그램을 사용하는 자가 당해 프로그램을 사용 중인 때에 한한다)

온라인디지털콘텐츠산업발전법 제2조 제10호에서는 "기술적 보호조치라 함은 온라인디지털콘텐츠제작자가 이 법에 의하여 보호되는 이익의 침해를 효과적으로 방지하기 위하여 적용하는 기술 또는 장치를 말한다."라고 규정하고 있다.³¹⁹⁾

그리고 동법 제18조 제2항에서는 “누구든지 정당한 권한 없이 제1항 본문의 행위를 효과적으로 방지하기 위하여 온라인콘텐츠제작자나 그로부터 허락을 받은 자가 디지털콘텐츠에 적용한 기술적보호조치의 회피·제거 또는 변경(이하 "무력화"라 한다)을 주된 목적으로 하는 기술·서비스·장치 또는 그 주요부품을 제공·수입·제조·양도·대여 또는 전송하거나 양도·대여를 위하여 전시하는 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 기술적보호조치의 연구·개발을 위하여 기술적 보호조치를 무력화하는 장치 또는 부품을 제조하는 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다. 동법은 技術的 保護措置를 회피하는 행위 자체를 금지하기보다 그 기술 등의 거래 등을 금지하고 있다.

그리고 동법 제22조 제1항은 위 제18조 제2항 본문의 규정을 위반한 자를 1년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다.

4. 技術的 保護措置의 保護立法에 관한 우리나라 立法의 特徵

가. 例外 規定의 制限性

저작권법은 技術的 保護措置의 무력화 행위를 위한 기술 등의 거래행위 금지에 대해서 예외를 전혀 두고 있지 않다.

그러나 컴퓨터프로그램보호법은 技術的 保護措置의 무력화 행위 금지와 관련하여 일정한 예외를 인정하고 있지만,³²⁰⁾ DMCA와는 달리 무력화

319) 온라인디지털콘텐츠산업발전법이 접근통제를 규율하는 지 여부에 관한 논의는 제6장 II. 4. 라.에서 상술.

행위를 위한 기술 등의 거래행위의 금지와 관련해서는 예외를 인정하는 규정을 두고 있지 않다.³²¹⁾

그리고 온라인디지털콘텐츠산업발전법에서는 技術的 保護措置의 연구·개발을 위한 경우의 예외를 설정하고 있다.

나. 救濟手段의 差異

技術的 保護措置의 보호규정의 위반에 관하여 저작권법은 민·형사적 구제절차를 규정하고 있으나, 컴퓨터프로그램보호법은 그 위반행위에 대하여 형사적 구제 규정(동법 제46조 제1항 제3호)만을 두고 있고, 달리 민사적 구제수단을 규정하고 있지 않다.³²²⁾ 온라인디지털콘텐츠산업발전법에서도 컴퓨터프로그램보호법과 같은 입법태도를 취하고 있다.

다. 技術的 保護措置에 대한 解釋

技術的 保護措置의 정의 규정 내용만 보면, 컴퓨터프로그램보호법의 技術的 保護措置의 정의가 보다 포괄적이지만, 컴퓨터프로그램보호법은 저작권법의 특별법으로서 컴퓨터프로그램보호법에 규정이 없는 사항은 그 성질에 반하지 아니하는 한 일반법인 저작권법이 적용되어야 하는 관계에 있고(컴퓨터프로그램보호법 제45조), 최근 저작권자의 권리 보호를 확대해 나가는 경향에 비추어 볼 때 컴퓨터프로그램보호법보다도 늦게 技術的 保護措置에 관한 규정을 신설한 저작권법이 技術的 保護措置를 컴퓨터프로그램보호법보다도 축소하였다고 할 수는 없는 점 등의 사정을 종합하면 양법의 技術的 保護措置를 동일하게 해석하는 것이 타당하다는 견해가 있다.³²³⁾

320) 동법 제30조 제1항 제1호 내지 제6호 참조.

321) 이종구, *supra note* 19, at 206-207면.

322) *Id.* at 207면.

323) 최성준, “기술적 보호조치 무력화 행위에 관하여”, *Law & Technology* 제2권 제3호 (2006. 05.), 119면; 姜奇重 “가. 컴퓨터프로그램 보호법에 정한 '기술적 보호조치'의 의미 나. 소니 엔터테인먼트사가 제작한 게임기 본체에 삽입되는 게임프로그램 저장매

따라서 컴퓨터프로그램보호법의 “프로그램저작권을 보호하는 조치”는 “프로그램저작권에 대한 침해행위를 효과적으로 방지하는 조치”로 해석할 수 있다. 여기에서 “효과적으로”라는 의미는 모든 技術的 保護措置가 보호 받을 수 있는 것은 아니라는 것을 나타낸다. 이는 의도적인 회피행위에 의해서만이 무력화될 수 있는 技術的 保護措置만이 보호된다거나 技術的 保護措置의 좌절로부터 법적인 보호를 받기 위해서는 권리자가 자신의 저작물에 일정한 노력을 가하여야 한다는 뜻으로 해석된다.³²⁴⁾

온라인디지털콘텐츠산업발전법에서의 技術的 保護措置도 “이 법에 의하여 보호되는 이익의 침해를 효과적으로 방지하기 위하여 적용하는 기술 또는 장치”라고 규정하고 있으므로 저작권법등과 같이 해석론이 적용될 수 있을 것이다.

라. 接近權의 認定 與否

(1) 規定의 態度

컴퓨터프로그램보호법에서는 무력화행위뿐만 아니라 무력화 행위를 위한 기술 등의 거래행위를 금지하고 있다. 그러나 동법은 보호되는 技術的 保護措置에 관하여 일반적인 정의를 규정하면서 구체적으로 어떠한 기술적 조치 즉, 접근통제장치와 이용통제장치 중 어느 것을 보호하는지 명백하게 밝히지 않고 있다. 그리고 저작권법도 비슷한 태도를 취하고 있어, 이에 관해서 다음과 같은 해석이 나뉘고 있다.

(2) 利用統制를 위한 技術的 保護措置에 限定하는 것으로 보는

체에 내장된 액세스 코드가 컴퓨터프로그램 보호법이 정한 '기술적 보호조치'에 해당한다고 보아, 액세스 코드가 없는 불법 복제된 게임 CD도 위 게임기를 통해 프로그램 실행이 가능하도록 하여 준 것은 같은 법상의 상당히 기술적 보호조치를 무력화하는 행위에 해당한다고 본 사례”, 大法院判例解說 통권62호,(2006년 하반기), 172면.

324) 姜奇重, *supra note* 323. at 173면.

見解

한국의 저작권법 체제는 이용통제를 위한 技術的 保護措置와 접근통제를 위한 技術的 保護措置(저작권 침해와 관계없이 저작물 자체에 대한 접근을 통제하는 技術的 保護措置)의 구별을 인식하고 있으며, 接近權은 인정되지 않는다고 한다.³²⁵⁾

그리고 컴퓨터프로그램보호법도 동법 제2조 제9호에서 技術的 保護措置가 “이 법에 의한 권리를 보호하는 핵심기술 또는 장치 등을 통하여 프로그램저작권을 보호하는 조치”라고 함으로써 이용통제에 대한 技術的 保護措置(저작권을 침해하는 행위를 방지하기 위한 技術的 保護措置)를 전제로 하고 있다고 한다.³²⁶⁾

이 견해들은 다음과 같은 논거를 제시한다. 즉, 우리나라의 技術的 保護措置는 모두 각 법이 보호하는 권리나 이익에 대한 침해를 방지하기 위한 것이라고 정의하고 있다. 그런데 저작권이나 컴퓨터프로그램저작권은 이른바 권리의 다발로서 그 속에 여러 종류의 지분적 권리가 내포되어 있고, 저작권법이나 컴퓨터프로그램보호법은 이러한 지분적 권리들을 제한적으로 열거하는 열거주의를 채택하고 있는데, 열거하고 있는 지분적 권리 중에 接近權이 없는 이상 저작물에의 접근 자체가 저작권의 침해를 가져온다고 할 수는 없으므로, 위 각 법은 접근통제만을 위한 技術的 保護措置는 규제대상으로 삼고 있지 아니한다고 보아야 한다는 것이다. 따라서 저작권자 등의 권리자가 접근통제와 이용통제를 동시에 가능하게 하는 技術的 保護措置를 취한다고 하더라도 접근통제 부분은 사실상의 이익 보호 수단에 불과하고 법적으로 보호받는 권리 보호수단은 아니라고 보아야 한다고 주장한다.³²⁷⁾

뿐만 아니라 접근통제와 권리통제는 분명히 구별되는 개념이며, 이를 위한 技術的 保護措置도 분명히 구별되어 사용될 수 있으므로, 接近權을

325) 문화관광부[편], *supra note* 158, at 45-47, 134면.

326) 吳炳喆, “技術的 保護措置의 無力化에 따른 不法行爲責任”, 인터넷법률 제27호 (2005.11), 3-4면.

327) 최성준, *supra note* 323. at 119-20면; 吳炳喆, *supra note* 326. at 7-8면.

인정할 것인지 여부가 고려되어야 한다고 하면서 우리나라의 경우는 接近權을 인정하는 새로운 입법이 있어야만 접근통제를 위한 技術的 保護措置가 보호대상이 될 수 있다고 본다.³²⁸⁾

그런데 이러한 견해들의 경우도 어떤 조치가 이러한 컴퓨터프로그램보호법상의 技術的 保護措置에 포함되는지를 구체적으로 한정, 열거하고 있지는 않다.

(3) 利用統制로 보면서도 技術的 保護措置의 範圍를 擴大하는 見解

技術的 保護措置에 관하여 미국의 DMCA는 저작권의 행사를 방지, 억제 기타 제한하는 것으로 하고 있고, 일본의 저작권법은 ①저작권 등을 침해하는 행위를 방지 또는 억제하는 수단 및 ②음 또는 영상과 함께 기록매체에 기록하거나 송신하는 방법이라고 규정하고 있는 데 비하여, 우리 컴퓨터프로그램보호법은 ①이 법에 의하여 보호되는 권리를 보호하는 핵심기술 또는 장치 등을 통하여, ②프로그램저작권을 보호하는 조치라고 규정하고 있다.

그런데, 프로그램저작권을 보호하는 조치는 저작권의 행사나 침해 등을 방지, 억제하는 것보다 훨씬 광범위하므로 우리 컴퓨터프로그램보호법의 技術的 保護措置에 대한 정의는 일본이나 미국보다 광범위하게 해석될 수 있다고 보는 견해가 있다.³²⁹⁾

(4) 接近統制措置에 대한 保護를 規定한 것인지 與否가 모호한 것으로 보는 見解

컴퓨터프로그램보호법이 2001년의 개정을 통하여 “이 법에 의한 권리를 보호하는”이란 문구를 삽입한 것은 접근통제조치를 보호한다는 일각의

328) 문화관광부[편], *supra note* 158, at 74-78면.

329) 이대희, 2005. 8. 1.자 의견서, 144면; 姜奇重, *supra note* 323. at 168면 재인용.

우려에 대응한 것으로 보이지만, 技術的 保護措置의 예로 들고 있는 암호화는 접근통제조치의 대표적인 예로 꼽히는 기술이기 때문에, 컴퓨터프로그램보호법이 접근통제조치에 대한 보호를 규정한 것인지 여부는 확실하지 않고, 더구나 프로그램저작권에 대한 예외와 제한과는 별도로 우회행위 그 자체에 대한 예외를 열거하고 있는 것도 아니라는 견해가 있다.³³⁰⁾

(5) 小結

接近權이 인정되기 위해서는 저작물의 복제물의 소유보다는 이용에 초점이 맞추어져 있는 디지털 환경에 기초한 디지털시대가 接近權을 인정할 정도로 성숙되어야 하고, 接近權이 인정됨으로써 생기는 부작용이 없어야 한다. 또한 일반 사용자의 接近權이 제한되어서는 안 되고, 기존의 저작권 체계와도 배치되어서는 안 된다.³³¹⁾

생각건대, 저작권자에게 接近權을 부여하는 것은 앞에서 살펴본 DMCA 같이 일반 사용자의 저작물 이용에 대해 매우 강력한 통제 권한을 부여하는 것이다. 이러한 강력한 권리를 해석론에 따라 인정하는 것은 일반 사용자에게 그 규정의 효력·범위 등에 관한 불확실성을 주는 결과를 낳는다. 이렇게 되면 오히려 법적 안정성을 훼손하게 되어 저작권법의 입법취지를 달성하지 못하게 될 우려가 있다. 따라서 우리 저작권 관련법에는 接近權에 관한 명확한 명문의 규정을 두고 있지 않으므로 接近權을 인정하고 있지 않다고 보아야 한다.

Ⅲ. 技術的 保護措置와 著作權에 대한 例外·制限과의 調和 方案

330) 임원선, “DRM의 저작권법적 보호”, Law & Technology (2005. 7.) 33-35면.

331) 문화관광부[편], *supra note* 158, at 170면.

1. 序

미국에서의 公正利用 法理와 接近權간의 관계 설정에 관한 논의는 유사 저작권(para-copyright)과 기존의 저작권과의 충돌 문제라는 점에서 우리나라에서도 비슷한 논의가 있을 수 있는데, 그것은 技術的 保護措置와 저작권과의 조화를 이루는 방안에 대한 것이다.

저작권침해행위의 예외 또는 저작권의 제한과 技術的 保護措置를 조화시키는 데 있어서의 어려움은 주로 양 제도가 작동하는 원리의 차이에서 기인한다. 즉, 저작권에 대한 예외 및 제한의 적용가능성은 개별 상황에 따라 달라질 수 있는 경우가 많지만, 技術的 保護措置는 기술적 한계로 인해 그러한 특정한 상황을 정확하게 분간하기 어렵다. 이용 통제를 위한 技術的 保護措置는 저작물의 著作權 侵害 여부와 관계없이 그 利用을 모두 봉쇄하기 때문이다.

이러한 상황에서 선택의 가능성은 두 가지가 될 수 있다. 하나는 권리자로 하여금 일정한 경우에 技術的 保護措置의 적용을 금지하거나 이미 技術的 保護措置가 적용되었다고 하더라도 특정한 이용자에게 대해서는 적용되지 않는 것과 동일한 효과를 가지도록 일정한 의무를 지우는 것이고, 다른 하나는 일정한 경우에는 저작물 등에 적용된 技術的 保護措置에 대하여 법적 보호를 부여하지 않는 것이다.

어떠한 경우이거나 技術的 保護措置에 대한 법적 보호를 통하여 저작권 보호의 실효성을 확보하는 것과 이에 대한 적절한 조절을 통하여 저작권법이 정하고 있는 저작권에 대한 예외와 제한을 조화시키는 것은 비록 어렵지만 불가능한 것은 아니다. 이하에서는 우리 법이 저작권과 技術的 保護措置와의 關係에 대해 어떠한 태도를 취하고 있으며, 技術的 保護措置와 저작권에 대한 예외·제한의 調和를 위해 우리 법은 어떠한 태도를 취하고 있는지 살펴보도록 하겠다.

한편, 技術的 保護措置에 대한 법적 보호 ‘그 자체’에 대한 예외와 제한이 필요한 경우가 있는데, 이러한 경우는 어떠한 것들이 있는지도 살펴

보겠다.

2. 우리나라 著作權 關聯法에서 著作權과 技術的 保護措置간의 關係에 대한 立法 態度

저작권법 제92조 제2항은 저작권 침해 간주 규정을 됴으로써 技術的 保護措置와 저작권을 연관시키고 있다.

한편, 컴퓨터프로그램보호법은 저작권법과는 달리 저작권 위반이라는 표현을 쓰고 있지 않다. 그리고 저작권법과 달리 技術的 保護措置에 관한 규정을 위반한 것에 대해 형사적 구제수단만을 제공함으로써 저작권과의 연관관계가 저작권법보다는 낮다고 해석된다.³³²⁾

3. 技術的 保護措置와 著作權 例外·制限과의 調和方案

가. 消極的 調和 方案³³³⁾

미국·일본 및 우리나라의 저작권법(컴퓨터프로그램보호법 제외)이 취하고 있는 태도로, 이용통제조치의 경우에 회피를 가능하게 하는 도구 및 서비스의 제공은 금지하되, 회피 행위 자체는 금지하고 있지 않는 태도를 취하고 있다. 이렇게 함으로써 技術的 保護措置의 회피 행위가 저작권에 대한 예외와 제한의 대상이 되는 것이어서 저작권 침해가 되지 않는 이상 금지되지 않게 하는 방법으로 저작권에 대한 예외와 제한과의 조화를 꾀하고자 한 것이다. 하지만, 일반 이용자의 경우 회피 행위 자체가 금지되지 않는다고 하더라도 그러한 技術的 保護措置의 회피를 위한 도구나 전문가의 도움을 받지 못한다면 이러한 예외를 활용할 수 있는 능력이 거의 없다고 보아야 하기 때문에 이러한 접근방법은 사실상 저작권에 대한 예외와

332) 문화관광부[편], *supra note* 158, at 159면.

333) 林元善, *supra note* 30, at 174-75면.

제한을 실효적으로 보전하는 데는 한계가 있는 것으로 평가된다.

이를 보완하기 위해서는 호주의 대응 방안이 참고가 될 수 있을 것인데, 일정한 예외와 제한을 활용하기 위하여 일정한 자격 있는 사람이 일정한 절차를 거쳐서 요청한 경우에는 우회 도구 및 서비스를 제공하는 것에 대해 책임을 지지 않게 한 것이 그것이다. 하지만, 앞서 언급한 바와 같이 우회 행위 자체를 금지하지 않으면서 이런 방식으로 우회 도구 및 서비스에 접근하는 것을 면책하는 것은 문제가 있을 수 있다는 지적이 있다는 점에 유념할 필요가 있다.

나. 積極的 調和方案³³⁴⁾

技術的 保護措置에 대한 법적 보호와 관계없이 技術的 保護措置의 적용 그 자체만으로도 이를 우회하기 위한 수단과 능력을 가지지 못한 이용자들에게는 저작권법이 정하고 있는 예외와 제한을 사실상 박탈하는 효과를 가진다. 여기에 법적 보호가 덧붙여진다면 그러한 효과는 더욱 강화될 것이 분명하다.

유럽연합의 저작권지침은 회원국들이 지침에 따라 국내법에서 규정하는 예외 또는 제한의 목적의 달성을 가능케 하기 위하여 권리자들과 기타 관련 당사자들 간의 약정의 체결과 이행을 포함하여 권리자들이 취하는 자발적인 조치를 권장하도록 하고, 합리적인 기간 내에 그와 같은 자발적인 조치 또는 협정이 없는 경우에, 회원국들은 권리자들이 적용된 技術的 保護措置를 변경하거나 그 밖의 다른 방법을 통하여 그러한 예외나 제한의 수혜자들에게 그로부터 혜택을 얻을 수 있는 적절한 수단을 제공하도록 적절한 조치를 취하여야 한다고 규정하고 있다.³³⁵⁾

다만 이러한 적극적인 접근 방법이 제대로 작동할 수 있을 것인가는 아직 지켜볼 필요가 있다. 이러한 시스템을 실행하기 위해서는 그러한 예

334) *Id.* at 175-79.

335) Article 6.4. of 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, Official Journal L 167, 22/06/2001.

외와 제한을 활용하고자 하는 사람은 물론 技術的 保護措置를 적용한 저작권자에게도 상당한 비용을 유발시킬 것이 예상되기 때문이다. 따라서 이러한 적극적인 접근방법이 성공하기 위해서는 관련 비용을 절감하기 위한 노력이 경주될 필요가 있다. 그러한 방법의 하나로 우회를 위한 도구(예를 들면, 암호나 키 등)를 일정한 공공기관에 임치하는 제도, 또는 MPEG이나 국제표준화기구(ISO) 등에서 많은 진전을 보이고 있는 권리표현언어(Right Expression Language)를 활용하는 방안 등이 검토될 수 있다.

4. 技術的 保護措置의 法的 保護 自體에 대한 例外 및 制限

技術的 保護措置에 대한 법적 보호 그 자체에 대한 예외 및 제한이 필요한 경우는 두 가지로 구별될 수 있다. 하나는 접근통제조치와 같이 기존의 저작권법에 의해 권리로 부여되지 않아서 그에 대한 예외와 제한이 정립되어 있지 않은 경우이고, 다른 하나는 그것이 技術的 保護措置의 보호와 관련하여 공익목적상 필요하지만 기존의 저작권에 대한 예외와 제한에 포함되어 있지 않는 경우이다.

가. 接近統制措置에 대한 例外와 制限

미국의 경우 접근통제에 대한 예외를 두고 있는데, 이것은 저작권자에게 부여된 接近權에 대한 예외와 제한이다. 다만, 실제로 저작권자의 권리의 하나로서 接近權이 부여되는 경우에 이러한 예외와 제한이 적절한 범위에 해당하는가 하는 문제에 대해서는 별도로 검토되어야 한다. 왜냐하면 접근 통제조치에 대한 우회를 금지함으로써 사실상 저작권자에게 자신의 저작물에 대한 통제권을 부여하는 것과 같은 효과를 초래하였지만, 이것이 技術的 保護措置가 적용되지 아니한 저작물에 대해서는 아무런 의미도 갖지 못하므로 적극적인 권리로서 接近權을 부여하는 것과는 차이가 있기 때문이다.³³⁶⁾

336) *Id.* at 182.

나. 技術的 保護措置의 保護에 特有한 例外와 制限

유럽연합과 미국, 그리고 호주 모두 공공질서와 국가안보의 보호에 기초한 예외를 인정하고 있는데, 이것 역시 주로 접근통제조치와 관련된 것일 수 있으나, 위의 입법례 모두 이용통제조치에 대해서도 예외 없이 적용되도록 하고 있다. 일반적으로 저작권에 대한 예외 및 제한의 하나로 언급되고 있는 입법, 사법, 행정의 목적을 위한 저작물 이용과 달리 우회 행위 그 자체는 물론 우회 도구 및 서비스의 제한에도 포괄적으로 적용되는 예외이다.³³⁷⁾

5. 小結

이와 같은 논의가 되는 이유는 모두 技術的 保護措置를 도입하게 된 입법취지를 살리기 위한 데 있다. 앞에서 본 바와 같이 技術的 保護措置의 도입 과정은 저작물 이용의 환경이 디지털화되면서 저작권 침해 위험이 높아지자 技術的 保護措置를 도입하게 되고, 이를 법으로 보호하게 된 것이다. 결국 技術的 保護措置는 저작권을 보호하기 위해 기존에 필요하지 않았던 권리를 저작권자에게 부여한 것이다. 따라서 그 운용에 있어서는 기존의 저작권 체계와의 조화가 매우 중요하다.

따라서 위에서 논의되는 방안들을 서로 보완적으로 도입하여 技術的 保護措置의 도입으로 저작권의 예외·제한을 누렸던 일반 사용자의 이익을 해하지 않도록 하여야 할 것이다.

IV. 우리나라의 技術的 保護措置 關聯 判例

337) *Id.* at 183.

1. 시리얼 번호의 홈페이지 無斷 掲載 事件³³⁸⁾

가. 事實 關係 및 判示 內容

이 판결은 시리얼번호를 인터넷 홈페이지에 무단으로 복제, 게재한 것이 技術的 保護措置의 무력화 행위에 해당하는지 여부가 쟁점이 된 사안이다. 사실관계는 다음과 같다.

피고인은 1998. 4.경부터 2000. 3. 3.경까지 경북 울진읍 소재 피고인의 집에서 피해자 CMI사의 대표 000이 미국 하이퍼리오닉스(Hyperionics)로부터 1999. 11. 22.부터 2000. 12. 31.까지 기간을 정하여 한국 내 저작권을 양도받은 컴퓨터관리 프로그램인 'Hypersnap-Dx'의 비밀번호(시리얼번호)를 자신의 홈페이지인 <http://myhome.shinbiro.com/~19xx30r/index.htm>에 무단으로 복제, 배포하여 프로그램 저작권을 침해하였다는 것이다.

이에 법원은 "컴퓨터프로그램보호법의 보호대상인 프로그램은 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시, 명령으로 표현된 것을 말하는데(위 법 제2조 제1호), 컴퓨터프로그램 시리얼번호는 컴퓨터프로그램을 설치 또는 사용할 권한이 있는가를 확인하는 수단인 技術的 保護措置로서, 컴퓨터프로그램에 특정한 포맷으로 된 시리얼번호가 입력되면 인스톨을 진행하도록 하는 등의 지시, 명령이 표현된 프로그램에서 받아 처리하는 데이터에 불과하여 시리얼번호의 복제 또는 배포행위 자체는 컴퓨터프로그램의 공표·복제·개작·번역·배포·발행 또는 전송에 해당하지 아니할 뿐 아니라 위와 같은 행위만으로는 컴퓨터프로그램저작권이 침해되었다고 단정할 수 없고, 다만 복제 또는 배포된 시리얼번호를 사용하여 누군가가 프로그램복제를 하고 그 행위가 컴퓨터프로그램저작권을 침해하는 행위로 처벌되는 행위라면 시리얼번호의 복제 또는 배포행위는 위와 같은 행위를 용이하게 하는 행위로서 경우에 따라 프로그램저작권 침해행위의 방조범이 될 수 있을 뿐

338) 대법원 2002. 6. 28. 선고 2001도2900 판결 [공2002.8.15.(160),1889]

이다(방조범으로 처벌하기 위해서는, 공소사실에 그 전제가 되는 정범의 범죄구성을 충족하는 구체적 사실을 기재하여야 하는바, 이 사건 공소사실에는 그러한 기재가 없다)"고 판시하였다.

나. 評釋

피고인의 위 행위는 컴퓨터프로그램보호법이 시행되기 이전에 행하여진 것이어서 技術的 保護措置의 무력화 여부는 문제가 되지 아니하였다. 그런데 피고인의 위와 같은 행위는 2001. 1. 16. 개정된 컴퓨터프로그램보호법 제46조 제1항 제3호, 제30조 제2항에 의하여서는 처벌이 가능할지에 대해 견해는 나뉜다.

이에 대하여는, 시리얼번호는 '상당히 技術的 保護措置를 무력화하는 기기·장치·부품'에 해당하지 아니하고, 데이터에 불과하므로 '技術的 保護措置를 무력화하는 프로그램'도 아니지만, '技術的 保護措置를 무력화하는 기술'에 해당하는 것으로 판단하여야 할 것이고, 인터넷에의 게시는 이를 제공하는 것이므로 위 규정들에 의하여 처벌된다는 견해가 있다.³³⁹⁾

반면에 시리얼번호가 컴퓨터프로그램보호법상 技術的 保護措置에 해당함은 분명하나 시리얼번호는 단순한 데이터에 불과하여 그 자체로는 프로그램도 아니고 무슨 장치나 기술도 아니기 때문에, 이를 技術的 保護措置를 무력화 하는 기기·장치·부품에 해당한다고 보기도 어렵고 技術的 保護措置를 무력화하는 프로그램 또는 技術的 保護措置를 무력화하는 기술에 해당한다고 보기도 어려워서, 죄형법정주의 원칙상 위 규정들에 의하여 처벌하기 어렵다는 견해도 있다.³⁴⁰⁾

339) 박덕영, "시리얼번호 게시와 컴퓨터프로그램저작권 침해", 계간저작권, (2004년 봄호), 84면.

340) 문용호, *supra note 32*, at 142면; 安孝秩, *supra note 38*, at 381면도 단지 시리얼번호를 제공하는 것은 技術的 保護措置를 제거하거나 회피하는 것으로 볼 수 없다고 한다. 그리고 李海完, "컴퓨터프로그램의 법적 보호-시리얼번호의 배포행위와 관련하여-", 判例實務研究 VI, (2003. 8), 354-356면 및 365-366면도 같은 입장을 취하면서, 정당하게 시리얼번호를 부여받지 않은 자가 인터넷 등에 유포되는 시리얼번호를 사용하여 프로그램의 인스톨을 진행시켜 프로그램을 자신의 컴퓨터에 설치하는 등의 행위는 컴퓨터 프로그램의 복제행위에 해당하므로, 배포된 시리얼번호를 사용하여 컴퓨터프로그램

2. 소니(SONY) 플레이스테이션 2 事件³⁴¹⁾

가. 事實 關係

소니 엔터테인먼트사(Sony Entertainments)가 제작한 플레이스테이션 2라는 게임기 본체(이하 'PS2'라고만 한다)에서만 실행되는 이 사건 게임 프로그램은 시디 롬(CD-ROM)이나 DVD 롬(DVD-ROM)과 같은 저장매체(이하 '시디(CD)'라고만 한다)에 저장되어 판매되고 있었다. 그런데, 그 정품 게임 시디(CD)에는 게임프로그램 외에도 액세스 코드(Access Code)가 수록·저장되어 있고, PS2에는 부트롬(BOOT ROM)이 내장되어 있어 PS2에 삽입되는 게임 시디(CD)에 액세스 코드가 수록되어 있는지를 검색한 후 액세스 코드 없이 게임프로그램만 저장된 시디(CD)는 프로그램 실행이 되지 않도록 설계되어 있었다.

한편, 통상적인 장치나 프로그램에 의해서도 이 사건 게임프로그램의 복제는 가능하지만 액세스 코드의 복제는 불가능하기 때문에 불법으로 복제된 게임 시디(CD)로는 PS2에서 프로그램을 실행할 수 없었다. 그런데, 피고인이 PS2에 장착하여 준 모드칩(Mod Chip, 일명 '블루메시아칩')이라는 부품은 액세스 코드가 수행하는 역할을 대신하는 것으로서, 액세스 코드 없이 게임프로그램만 복제·저장된 시디(CD)가 PS2에 삽입되더라도 PS2의 부트롬으로 하여금 액세스 코드가 수록되어 있는 정품 시디(CD)인 것으로 인식하게 함으로써 불법으로 복제된 게임 시디(CD)도 프로그램 실행이 가능하도록 하는 장치다. 결국 모드칩은 불법으로 복제된 게임 시디(CD)도 PS2에서 프로그램이 실행되도록 하는 기능을 한다. 피고인에 대하여 컴퓨터프로그램보호법 제30조 제2항 위반으로 약식 명령이 청구되자,

을 복제한 정범을 추적하여 확인한 다음 배포행위자를 방조범으로 처벌하여야 할 것이라고 한다(그 시리얼번호를 사용한 복제행위가 없었다면 당연히 방조범으로 처벌할 수 없다).

341) 대법원 2006.2.24. 선고 2004도2743 판결 [공2006.4.1.(247),551].

피고인이 정식재판청구를 하였는데, 1심(부산지방법원 2004. 1. 14. 선고 2003고정1143 판결)은 공소사실을 유죄로 인정하면서 벌금 3,000,000원을 선고하였고, 항소심(부산지방법원 2004. 4. 22. 선고 2004노307판결)은 피고인의 항소를 기각하였다.

나. 爭點 및 判示 內容

이 사건에서는 소니 엔터테인먼트사가 제조한 액세스 코드가 컴퓨터프로그램보호법에서 정하는 技術的 保護措置에 해당하는지, 그리고 피고인이 제작한 모드칩이 이러한 技術的 保護措置를 무력화하는 행위에 해당하는지가 하나의 쟁점이고, 두 번째로 동법 제30조 제2항이 헌법에 위반되는지가 다른 하나의 쟁점이었다.

첫 번째 쟁점에 대해 대법원은 “액세스 코드나 부트롬만으로 이 사건 게임프로그램의 물리적인 복제 자체를 막을 수는 없는 것이지만, 통상적인 장치나 프로그램만으로는 액세스 코드의 복제가 불가능하여 설사 불법으로 게임프로그램을 복제한다 하더라도 PS2를 통한 프로그램의 실행은 할 수 없는 만큼, 액세스 코드는 게임프로그램의 물리적인 복제를 막는 것과 동등한 효과가 있는 技術的 保護措置에 해당한다고 할 것이고, 따라서 피고인이 모드칩을 장착함으로써 액세스 코드가 없는 복제 게임 시디(CD)도 PS2를 통해 프로그램 실행이 가능하도록 하여 준 행위는 법 제30조 제2항 소정의 상당히 技術的 保護措置를 무력화하는 행위에 해당한다.”(음영 및 밑줄은 인용자, 이하 같음)고 봄이 상당하다고 판시했다.

그리고 두 번째 쟁점에 대해서는 “컴퓨터프로그램 보호법 제30조 제2항은 프로그램의 복제품을 정당한 권원에 의하여 소지·사용하는 자가 개인적으로 프로그램저작물을 이용하는 행위를 제한하기 위한 것이 아니라, 다수의 사람이 프로그램저작물을 불법적으로 이용할 수 있도록 技術的 保護措置의 무력화장치를 전파하는 행위 등을 제한하고자 하는 것이고, 특정 프로그램저작물을 정당하게 구입한 자가 그 프로그램저작물의 원본을 보호할 목적으로 技術的 保護措置를 무력화하여 복제물을 생성하는 것은 같은

법 제30조 제1항 제3호, 제14조에 의하여 허용되는 것이므로, 같은 법 제30조 제2항은 헌법 제23조, 제10조에 위반되지 아니한다고 판시했다.³⁴²⁾

다. 類似 事案이 問題된 外國 判例

(1) 同一 事案에 대한 호주 法院의 判決³⁴³⁾

호주 법원을 제외하고, 미국³⁴⁴⁾·영국³⁴⁵⁾·홍콩 법원³⁴⁶⁾은 모두 모드칩의 위법성을 인정하였다. 따라서 호주는 어떠한 근거로 위법성을 인정하지 않았는지 살펴볼 필요가 있다.

(가) 判示 內容

호주에서는 컴퓨터프로그램도 저작권법의 대상으로 삼고 있는데, 호주 저작권법은 技術的 保護措置에 관하여 "그것이 정상적으로 운용됨에 있어서, 접근 통제, 복제 통제 중 어느 하나의 수단에 의하여 또는 양 수단 모두에 의하여, 저작물에 대한 저작권이나 기타의 보호대상에 대한 권리의 침해를 방지하거나 억제하기 위한 것으로서(that is designed, in the ordinary course of its operation, to prevent or inhibit the

342) 이는 技術的 保護措置를 회피하는 도구의 거래를 금지하는 것과 관련된 쟁점인데, 본 고의 주체와는 관련성이 떨어져서 아래에서 구체적으로 다루지는 않았다.

343) Stevens v. Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment [2005] HCA 58 (2005. 10. 6.)

344) Sony Computer Entertainment America, Inc. v. Gamemasters, 87 F. Supp. 2d 976 987-88 (N. D. Cal. 1999) ; 법원은 피고인 'Gamemasters'의 제품(Game Enhancer)이 저작물의 접근을 통제하기 위한 技術的 保護措置를 회피하기 위한 도구라고 판시하였다. 왜냐하면, 피고의 제품은 소니의 비디오게임에 관한 규칙을 변경할 수 있고, 소니의 비디오게임에 대한 지역적인 제한을 회피할 수 있게 함으로써 수입된 비디오 게임을 소니의 게임기에서 플레이할 수 있게 하는 것이기 때문이다. 그리고 피고의 제품은 技術的 保護措置를 회피하기 위한 것이 주요한 목적(primary purpose)이라고 판시했다. 따라서 법원은 技術的 保護措置를 회피하는 도구의 거래 금지 규정인 §1201(a)(2)(A) 위반으로 판시했다.

345) Sony v. Owen, [2002], E.C.D.R. 27.

346) Sony Computer Entertainment, Inc. v. Lik San Int'l Ltd,(2003), HKEC521.

infringement of copyright), 도구나 제품 또는 어떠한 방법에 포함되어 있는 요소이다“라고 규정하고 있다.

이러한 규정에 대해 호주 최고법원은 저작권법은 技術的 保護措置를 우회하는 행위를 형사처벌하고 있으므로 해당 규정을 지나치게 넓게 해석할 경우 인권 침해 등의 문제가 발생할 수 있는 점, 技術的 保護措置는 저작권 침해를 방지하는 장치로 해석되어야만 하는데, 이 사건에서는 CD를 복사하는 과정에서 저작권을 침해하는 복제행위가 이미 행하여졌고 이 사건에서의 技術的 保護措置는 그 후에야 접근을 차단한다는 점, [모드칩(Mod Chip)은 복제와 다른 목적, 즉 복제된 컴퓨터프로그램에 접근하고 그 이후에 그 프로그램의 기능이 행사된 결과를 시각적으로 인식하는 목적을 위한 것이다], 技術的 保護措置는 저작권을 침해하거나 침해할 수 있는 행위를 물리적으로(physically) 방지하거나 억제하는 것 이어야하며, 技術的 保護措置를 지나치게 넓게 해석하는 것은 저작권의 독점을 지나치게 넓히는 결과를 가져온다는 점 등의 이유로, 이 사건에서의 技術的 保護措置는 저작권법상의 技術的 保護措置에 해당하지 아니한다고 판시하였다.³⁴⁷⁾

(나) 評釋

호주 최고법원이 위와 같이 판시하게 된 것은 호주 저작권법의 특징에서 비롯된 것이라는 견해가 있다. 즉, 앞에서 본 바와 같이 技術的 保護措置에 관하여 호주 저작권법은 '저작권이나 기타의 보호대상에 대한 권리의 침해를 방지(prevent)하거나 억제(inhibit)하기 위한 것'이라고 하여 우리나라의 컴퓨터프로그램보호법의 '프로그램에 관한 식별번호·고유번호의 입력, 암호화 기타 이 법에 의한 권리를 효과적으로 보호하는 핵심기술 또는 장치 등을 통하여 프로그램저작권을 보호하는 조치'보다 구체적으로 한정하여 규정하고 있으므로 이와 같은 판시를 하였다는 것이다. 따라서 호주 최

347) 한편, 이 사건의 1심(2002 FCA 906)은 모드칩 제작자가, 제2심(2003 FCA 157)은 소니社가 승리하였다. 제2심 법원은 “CD-ROM에 있는 액세스 코드와 같은 도구가 PS 게임기에 있는 부트롬과 함께 저작권을 침해하는 컴퓨터 게임의 복제물을 아무런 소용이 없도록 한다면, 그 도구는 복제물의 판매를 비현실적이거나 불가능하게 함으로써 침해를 방지하게 될 것”이라고 판시하였다.

고법원의 해석이 그대로 우리나라에서도 타당하다고는 할 수 없다고 주장한다.³⁴⁸⁾

(2) Sony Computer Entertainment America, Inc. v. Divineo, Inc.³⁴⁹⁾

(가) 事實 關係³⁵⁰⁾

원고는 북미(North America)에서 플레이스테이션 2(PlayStation 2)를 홍보·판매하는 日本 회사이다. 플레이스테이션 2는 소니(Sony)社가 제작한 ‘저작권 있는(copyrighted)’ 소프트웨어를 작동하게 하는데 있어 인증절차를 요구한다. 소프트웨어가 정품이라는 인증이 되면 플레이스테이션 본체는 그것을 읽을 수 있고 사용자는 게임을 즐길 수 있게 된다. 만일 사용자가 소니(Sony)社가 만든 소프트웨어를 복제하게 되더라도 인증절차를 거치기 위한 코드(a unique code)는 복제되지 않아서 복제된 소프트웨어는 플레이스테이션 2에서 작동하지 않게 된다.

한편, 피고는 “www.divineo.com”이라는 웹사이트를 통해 비디오 게임 등을 판매하는 캐나다 회사인데, 이 사건에서 문제된 것은 “HDLoader”라는 모드칩(mod chips)이 들어간 장치를 판매한 것이다. “HDLoader”는 불법 복제된 시디(CD)를 플레이스테이션 2에서 작동하도록 해주는 소프트웨어 회피 장치(software circumvention device)이다.

원고는 피고의 “HDLoader”가 원고의 플레이스테이션2가 제공하는 저작권 보호 장치를 회피하는 것을 주된 기능(primary function)으로 하는 장치이라고 주장하며, DMCA §1201(a)(2) 위반으로 제소했다.

348) 이대회, “기술적 보호조치의 범위 설정-대법원 2004도2743 컴퓨터프로그램보호법위반-”, (계간)저작권 제74호, (2006. 06. 여름호), 저작권심의조정위원회, 註23). [hereinafter 이대회, “기술적 보호조치의 범위 설정-대법원 2004도2743 컴퓨터프로그램보호법위반-”]

349) Sony Computer Entertainment America, Inc. v. Divineo, Inc., 457 F. Supp. 2d 957 (N.D. Cal. 2006).

350) *Id.* at 959-963.

(나) 爭點 및 判示

피고는 "HDLoader"는 원고의 저작권을 침해하는 것이 아니라고 항변했다. 피고는 인터넷에는 150개가 넘는 再프로그램된(reprogrammed) 플레이스테이션2용 가정용 게임(homemade software)이 있는데, 피고의 "HDLoader"는 그것들이 플레이스테이션2에서 시연(tested)할 수 있도록 해주는 장치여서 접근(access)과 관련되지 않고, 오히려 公正利用에 부합한다고 항변했다. 그리고 일반 사용자들이 만든 게임이 플레이스테이션2와 호환되도록 했으므로 DMCA §1201(f)의 예외에 해당하기도 한다고 주장했다.³⁵¹⁾

하지만, 법원은 피고가 판매한 "HDLoader"는 원고의 인증 시스템을 회피하기 위한 목적이 “주된(primarily)” 혹은 “유일한(sole)” 것이라고 인정했다. 그리고 “321 Studios v. Metro Goldwyn Mayer Studios, Inc.” 사건을 인용하면서 사용자들의 公正利用이 DMCA 책임을 경감하는 것은 아니라고 판시했다.³⁵²⁾

(다) 評釋

이 판례는 ‘Sony Computer Entertainment America, Inc. v. Gamemasters’ 사건 이후 불법 시디(CD) 구동에 관한 최신 판례이다. 사실관계는 우리나라 대법원 判例와 유사하지만, 차이점이 있다. 우리나라 대법원 사례는 플레이스테이션용 게임 소프트웨어를 “그대로” 불법 복제한 시디(CD)를 모드칩을 이용해서 플레이스테이션2에 작동하도록 한 것이다. 반면, 위 사례는 불법 복제한 시디(CD)도 구동을 가능케 할 뿐 아니라, 다른 소프트웨어업자가 “새로 만든” 게임도 위 "HDLoader"를 이용해서 플레이스테이션2에 작동하도록 한 것이다.

351) *Id.* at 965.

352) *Id.*

법원은 플레이스테이션 2의 인증 시스템은 접근을 효과적으로 통제하는 技術的 保護措置(technological measure)임을 인정하였고,³⁵³⁾ 피고는 이러한 技術的 保護措置를 회피(bypass)하는 것을 용이하게 하는 장치를 제공한 것이라고 인정하였다.

결국 본 사례는 게임기를 만든 회사가 아닌 다른 소프트웨어 업체가 제조한 시디(CD)를 게임기에 구동할 수 있도록 한 것 역시 접근 통제를 회피한 것으로 인정되는 것을 보여준 判例이다.³⁵⁴⁾

라. 大法院 判例에 대한 評釋

이 대법원 판결은 우리나라에서 처음으로 컴퓨터프로그램보호법상의 技術的 保護措置의 보호규정을 적용한 사례이며 技術的 保護措置에 관해 국내법의 판단기준을 독자적으로 명확하게 제시하고 이를 구체적인 사안에 적용한 최초의 대법원 判例라는 점에서 중요한 의의를 갖는다.³⁵⁵⁾

(1) 批判하는 見解

접근통제형 技術的 保護措置인지, 이용통제형 技術的 保護措置인지 구별하지 아니하고 실질적인 효과에 중점을 둔 채 위법성을 인정하여 비판의 여지가 있다는 견해가 있다. 즉 실질적 효과에 초점을 두면, 액세스 코드는 사실상 접근통제장치로 볼 여지가 있는데³⁵⁶⁾, 이를 보호하면 동법에 의하여 보호되는 技術的 保護措置의 범위가 너무 확대된다는 것이다. 즉, 동

353) *Id.*

354) 한편, 이 判例에 대해서는 다음과 같은 비판이 있다. 즉, "HDLoader" 非侵害的 利用의 가능성을 없애고, 혁신과 재창조를 위한 연구의 길을 봉쇄하기 때문에 타당하지 않고, 公正利用 항변을 받아들여야 한다고 주장한다. [Phillip A. Harris jr., *Mod Chips and HomeBrew : A Recipe for Their Contined Use in the Wake of SONY v. DEVINEO*, 9 N.C.J.L.&Tech. 113, 124-135, (2007).]

355) 姜奇重, *supra note* 323. at 175-76면.

356) 액세스 코드는 직접적으로 또는 물리적으로 복제를 막지는 않지만, 누구든지 게임 시디(CD)를 복제한다고 하더라도 이를 게임기에서 실행할 수 없기 때문에 이를 복제할 이유가 없으므로 간접적으로 복제를 방지한다. (이종구, *supra note* 19, at 214면.)

법에 의하여 보호되는 기술적 조치를 복제방지라는 실제상의 효과만을 기준으로 판단할 경우 그 동안 논의되어 온 접근통제와 권리통제는 무의미해지고, 사실상 모든 기술적 조치를 보호하여 저작권자에게 接近權을 인정해주는 결과가 될 수 있다.³⁵⁷⁾ 우리 법도 호주 법처럼 ‘직접적·물리적’으로 저작물의 이용을 통제하는 이용통제장치만 보호하고 있다고 해석함이 타당하다고 한다.

FTA 협상으로 인해 接近權 개념이 도입될 예정이고, 새로운 형태의 技術的 保護措置도 나타나고 있고, 그것이 저작권법 영역에 가져올 영향이 불확실한 상황에서 그의 법적 보호에 관하여 규정들을 제한적으로 해석하여 이에 대응할 수 있는 여지를 남기는 것이 필요한데, 대법원은 技術的 保護措置의 범위를 너무 광범위하게 설정하였다는 비판이 있다.³⁵⁸⁾

또한 법정책적으로 비판하는 견해가 있는데, 본 사례는 형법의 보충적인 성질, 소비자의 정당한 게임이용 권리, 다국적 기업인 소니의 횡포, 대법원의 정책 법원성을 고려하면 부당한 판결이라고 한다.³⁵⁹⁾

(2) 贊成하는 見解

위와 같이 좁게 해석하는 경우 실제 다양하게 행하여지는 技術的 保護措置를 제대로 보호해 주지 못함으로써 컴퓨터프로그램보호법이 추구하고자 하는 목적을 제대로 달성하지 못하는 문제점이 있으므로, 이 장치가 복제 자체를 물리적으로 막는 것과 동등하게 평가될 수 있다³⁶⁰⁾는 점에 초점을 두어 동법의 技術的 保護措置에 해당한다고 봄이 타당하다고 보는 견해이다.³⁶¹⁾

다른 찬성 견해로는 대법원이 접근통제와 이용통제를 구별하지 않고 판단한 것에 위에서 본 바와 같은 비판할 점이 있지만, 소니의 액세스 코

357) *Id.* at 213면.

358) *Id.* at 221면.

359) 정준모, “PS2 모드칩 설치의 기술적 보호조치 위반 여부-대법원 2006. 2. 24. 2004도2743 판결”, 저작권 문화 141호 (2006. 5.), 19면.

360) 실질적으로 저작권의 복제를 억제하는 것과 연관될 수 있다는 것이다.

361) 최성준, *supra note* 323. at 122면; 이대회, “기술적 보호조치의 범위 설정-대법원 2004도2743 컴퓨터프로그램보호법위반-”, *supra note* 348, at 54면.

드는 한편으로는 부트롬과 결합함으로써 불법적인 시디(CD)의 복제를 억제하는 것이므로 이용통제를 위한 것으로 볼 수 있고, 다른 한편으로는 일단 복제된 게임 시디(CD)를 구동하기 위한 것이므로 저작물에 대한 접근을 통제하는 것이라고 할 수 있다. 접근통제와 이용통제의 기능을 동시에 수행할 수 있는 技術的 保護措置의 사용이 증가하고 있다는 것을 고려하면 위 대법원 판단은 타당하다는 견해가 있다.³⁶²⁾

마. 小結

호주 최고법원의 견해와 같이 技術的 保護措置 개념을 좁게 해석할 경우 실제 다양하게 행하여지는 技術的 保護措置를 제대로 보호해 주지 못함으로써 컴퓨터 프로그램보호법이 技術的 保護措置에 관한 규정에 의하여 추구하고자 하는 목적을 제대로 달성하지 못하는 문제점이 있고, 컴퓨터프로그램 보호법의 입법 자료를 살펴보다도 위 법률이 어떤 유형의 것을 예정한 것인지 명확하지 않으며, 우리 법의 규정형식이 技術的 保護措置를 좁게 해석하고 있는 일본법이나 호주법과도 달리 규정되어 있으므로, 위 법률 소정의 “技術的 保護措置”의 범위에 관하여는 법원의 해석에 맡겨져 있다는 견해가 있다.³⁶³⁾

그렇다면 법원은 技術的 保護措置의 범위를 어떻게 해석할 것인가 하는 문제가 남는다. 이것은 技術的 保護措置가 저작권 침해를 방지하기 위하여 어느 정도의 관계를 가져야 하는가의 문제와 관련된다. 技術的 保護措置는 그 도입 취지에 맞게 저작권 보호와 합리적인 관계를 가진 경우에 보호되어야 한다. 사안에서 소니의 액세스 코드는 실질적으로 저작물의 복제를 억제하는 것과 연관되기 때문에 技術的 保護措置가 저작권을 보호한다는 실질적인 의미로 파악했다는 점에서 타당한 판결이다.

한편, 위에서 본 ‘Sony Computer Entertainment America, Inc. v.

362) 姜奇重, *supra note* 323. at 175면; 이대회, “기술적 보호조치의 범위 설정-대법원 2004도2743 컴퓨터프로그램보호법위반-”, *supra note* 348. at 55면.

363) 姜奇重, *supra note* 323. at 174면.

Divineo, Inc.’사건과 같은 사례가 우리나라 判例에서 문제된다면, 우리 법원이 어떻게 판결할 것인지 예측해보는 것도 의미 있을 것이다. 불법 복제된 시디(CD)를 구동하게 한 것이 技術的 保護措置를 무력화하는 행위로 인정할 예에 비추어 대법원 판시에 비추어 미국 법원과 동일한 결론에 도달할 가능성도 배제할 수는 없다. 하지만 이는 타당한 결론이 아니라고 생각한다. 만일 경쟁적인 게임 시디(CD) 제조업자가 소니社의 플레이스테이션에서 재생될 수 있도록 技術的 保護措置를 무력화시켰다면 그 위법성은 Chamberlain 판결의 예에 비추어 저작권 침해와 연관 지어서 판단해야 한다. 즉, 이러한 경우 경쟁 시디(CD) 제조업자가 기존의 소니社의 게임 시디를 복제하지 않고 창조적인 게임을 만들어냈다면 그 게임 제조 행위가 소니社의 게임에 관한 저작권을 침해하는 것은 아닐 것이다. 그렇다면 소니社가 불법 복제 시디(CD)의 재생을 막기 위한 취지로 技術的 保護措置 장치를 마련한 것은 이러한 영역에는 적용되어서는 안 된다. 그렇게 된다면 일종의 2次 市場(Aftermarket)인 게임 시디(CD) 시장에서의 독점을 가능케 하는 것이기 때문이다. 따라서 게임 제조업자가 저작권을 침해하지 않는 창조적인 게임 시디(CD)를 제조하고 이를 플레이스테이션 게임기에 재생시키기 위해 技術的 保護措置를 회피하는 것은 허용되어야 한다.

V. 한·미 FTA에서의 技術的 保護措置

1. 序

미국은 각 나라들과 자유무역협정을 체결하면서³⁶⁴⁾ 자국의 저작권법

364) 참고로 미국의 자유무역협정 체결 현황은 다음과 같다. 이스라엘(1985)·캐나다(1989) 그리고 멕시코(1994)와의 FTA(Free Trade Agreement)(1985) 이후에 빠른 속도로 다수의 나라와 FTA협상을 가졌다. 즉, 요르단(2001. 12.), 칠레(2006. 1), 싱가포르(2004. 1.), 호주(2005. 1.), 모로코(2006. 1.) 그리고 바레인(2006. 1.)이 뒤를 이었다. 중미의 도미니카 공화국과 미국의 FTA인 CAFTA는 코스타리카도 비준하여 발효되었고, 엘살바도르, 온두라스, 니카라과아도 2006. 초에 가입했다. 그리고 미국은 파나마와 FTA 협상 중에 있고, 아랍에미리트, 콜롬비아의 안데안(Andean) 지방, 페루(비준되지 않음), 그리고 에콰도르, 남아프리카의 보스와나, 레소토, 나미비아, 스와질랜드, 그

체계를 수용하도록 해왔다. 한·미 FTA도 그 예외는 아니다. 한국과 미국은 2006. 2. 3. 한·미 FTA 추진을 발표하고 2007. 4. 2. FTA를 체결하였다.³⁶⁵⁾ 하지만 아직 비준 前³⁶⁶⁾ 2006. 7. 2. 공개된 한·미 FTA 최종 협정문 제18장 제18.4조 제7항 가.1)에서 접근을 통제하는 효과적인 技術的 保護措置를 허락 없이, 알면서 혹은 알만한 합리적인 근거를 가지고 우회하는 자에게 책임을 물을 수 있도록 하고 있다.

한·미 FTA는 조만간 국회의 비준을 받을 예정이고,³⁶⁷⁾ 저작권 분야에 대해서는 특별한 재협상 없이 통과될 것으로 예상된다.³⁶⁸⁾ 이렇게 되면 우리나라도 접근통제 개념을 도입하게 될 것이다.

이하에서는 한·미 FTA 협정문상이 접근 통제에 대해 어떻게 규율하고 있는지 알아본 후, 그 해석과 입법론을 통해 우리나라에서의 接近權에 대한 전망을 해보고자 한다.

2. 規定內容

가. 技術措置의 迂回禁止에 관한 規定³⁶⁹⁾

-
- 리고 남아프리카 공화국, 오만(비준 되지 않음), 그리고 태국과도 협상 중에 있다. DMCA 이후의 FTA 협정에는 회피 금지(Anti-circumvention) 규정 적용을 각국에 위임하고 있다. (Anupam Chander, *supra note* 281. at 206)
- 365) 한·미 FTA 체결 일지, *available at* <http://fta.korea.kr/> (2008. 11. 5. 최종방문).
- 366) 한·미 FTA는 아직 비준 전 상태에 있다. 하지만, 연내 비준을 위해 당정 협의하겠다는 보도는 있다. ["당정, '한미FTA 연내 비준' 속도 낸다., 연합뉴스, 2008. 11. 2. *available at* <http://media.daum.net/politics/view.html?cateid=1018&newsid=20081102161304614&p=yonhap>, (2008. 11. 2. 최종방문)]
- 367) "US FTA Motion Likely to Be Passed in Feb." 2009. 1. 7. *available at* http://www.koreatimes.co.kr/www/news/nation/2009/01/116_37416.html (2009. 1. 7. 최종방문).
- 368) "S. Korean Trade Minister Reiterates No FTA Renegotiation", 2009. 1. 22. *available at* http://www.koreatimes.co.kr/www/news/nation/2009/01/123_38307.html (2009. 1. 22. 최종방문).
- 369) 지금까지는 "Technological Protection Measures"를 "技術的 保護措置"로 해석하여 이렇게 사용하였지만, 협정문에는 "기술조치"라는 용어를 사용하므로 이하에서 협정문을 인용할 때는 "기술조치"로 쓰겠다.

한·미 FTA 최종 협정문 제18장 제18.4조 제7항 가호는 “저작자·실연자 및 음반제작자가 자신의 권리 행사와 관련하여 사용하고 그의 저작물·실연 및 음반과 관련한 허락받지 아니한 행위를 제한하는 효과적인 기술조치의 우회에 대하여 충분한 법적 보호와 효과적인 법적 구제를 제공하기 위하여, 각 당사국은 다음의 인이 제18.10조 제13항에³⁷⁰⁾ 규정된 구제에 대하여 책임이 있고, 그 적용대상이 되도록 규정한다.”고 되어 있다. 그리고 동조 제7항 제1목에 “보호되는 저작물·실연·음반 또는 그 밖의 대상물에 대한 접근을 통제하는 효과적인 기술조치를 허락 없이, 알면서 또는 알만한 합리적인 근거를 가지고 우회하는 인,..”이라고 규정하고 있다. 본 규정은 DMCA §1201(a)(1)(A)에 대응되는 규정으로 보인다.

그리고 동조 제7항 가호 제2목에서는 “다음의 장치·상품 또는 부품을 제조·수입·배포·공중에게 제의·제공 또는 달리 밀거래하거나, 다음의 서비스를 공중에게 제의 또는 제공하는 인, 가)효과적인 기술조치의 우회를 목적으로, 그 인이 또는 그 인과 함께 그리고 그 인이 이를 알고 있는 상태에서 행동하는 다른 인이 홍보·광고 또는 판매하는 것, 나)효과적인 기술조치를 우회하는 것 이외에는 상업적 의미가 있는 목적 또는 용도가 제한적인 것, 다)효과적인 기술조치를 우회하는 것을 가능하게 하거나 또는 용이하게 하는 것을 주목적으로 고안·제작되거나 기능하게 하는 것”이라고 규정하고 있다. DMCA에서는 접근통제를 회피하는 도구등과 이용통제를 회피하는 도구 등의 각 거래 등의 금지에 관한 규정을 §1201(a)(2)과 §1201(b)에 나누어서 규정하고 있지만, 본 규정은 이러한 구분 없이 기술조치의 우회를 목적으로 하는 도구 등의 거래 등을 포괄적으로 금지하고 있다.

한편, 이러한 금지는 “독립적인 별개의 소송원인임을 규정”하고 있는데, 이는 DMCA 규정에는 없지만 챔버린 判例에서 판시한 내용³⁷¹⁾에서 비

370) 이에 더하여, 각 당사국은 보호되는 저작물·실연·음반 또는 그 밖의 대상물에 대한 접근을 통제하는 효과적인 기술조치를 허락 없이 알지 못하고 또는 알만한 합리적인 근거 없이 우회하는 인은 최소한 제18.10조 제13항 가호, 다호, 및 라호에 규정된 구제에 대하여 책임이 있고 그 적용대상이 되도록 규정한다.

못된 것으로 보인다.

그리고 “효과적인 기술조치”에 대해서 어떠한 것을 말하는지 따로 규정하고 있는데, 동조 제7항 바.는 “보호되는 저작물·실연·음반 또는 그 밖의 보호되는 대상물에의 접근을 통상적인 운영과정에서 통제하거나 저작권 또는 저작인접권을 통상적인 운영과정에서 보호하는 기술·장치 또는 부품을 말한다.”고 규정하고 있다.

나. 例外 規定

한편, 한·미 FTA 최종 협정문 제18장 제18.4조 제7항 라호 에는 위의 금지에 대한 예외를 규정하고 있다. 예외 규정은 다음과 같다.

- 1) 독립적으로 창작된 컴퓨터 프로그램의 다른 프로그램과의 호환성을 얻는 것을 목적으로만 비침해 리버스 엔지니어링 행위에 관여한 인에게 쉽게 이용가능하지 아니하였던 컴퓨터 프로그램의 특정요소에 대하여 선의로 수행된, 적법하게 획득된 컴퓨터 프로그램에 대한 비침해 리버스 엔지니어링 행위,
- 2)복제물, 고정되지 아니한 실연, 또는 저작물·실연 또는 음반의 현시물을 적법하게 획득하였고, 선의의 비침해 행위에 대한 허락을 얻기 위하여 선의의 노력을 하였고, 적절한 자격을 갖춘 연구자에 의하여 정보의 스크램블 및 디스크램블을 위한 기술의 흠결 및 취약성을 확인하고 분석하는 것으로 구성된 연구 목적을 위하여서만 필요한 한도에서 수행된 선의의 비침해 행위,
- 3)부적절한 온라인 콘텐츠에 미성년자가 접근하는 것을 방지하는 것을 유일한 목적으로, 가호2목을 이행하는 조치 하에서 그 자체로 금지되지 아니하는 기술·상품·서비스 또는 장치에 구성요소나 부품을 포함하는 것,
- 4)컴퓨터, 컴퓨터 시스템 또는 컴퓨터 네트워크의 보안성을 검사·조사 또는 보정하는 것을 유일한 목적으로 컴퓨터, 컴퓨터 시스템 또는 컴퓨터 네트워크의

371) “The essence of the DMCA's anticircumvention provisions is that §§ 1201(a),(b) establish causes of action for liability. They do not establish a new property right.” [Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Techs., Inc., 381 F.3d 1178, 1192 (Fed. Cir. 2004).]

소유자에 의하여 승인된 선의의 비침해 행위,

5) 저작물에 접근할 수 있는 인의 능력에 그밖에 영향을 미치지 아니하는 방법으로, 자연인의 온라인 행위를 반영하는 개인 식별 정보를 비공개적으로 수집하거나 유포할 수 있는 능력을 확인하고 이를 무력화하는 것을 유일한 목적으로 하는 비침해 행위,

6) 정부의 고용인, 대리인 또는 계약업자가 법 집행·정보활동·필수적 안보 또는 이와 유사한 정부 목적을 위하여 수행하는 적법하게 승인된 행위,

7) 구입 여부를 결정하기 위한 목적으로만 비영리 도서관, 기록보존소, 또는 교육기관이 자신에게 달리 이용가능하지 아니한 저작물·실연 또는 음반에 접근하는 행위, 그리고

8) 비침해 이용에 미치는 실제적 또는 개연적인 부정적 영향이 입법 또는 행정 절차에서 실질적 증거에 의하여 확인된 경우, 특정 종류의 저작물·실연 또는 음반에 있어서 저작물·실연 또는 음반의 비침해 이용, 다만 이 목에 근거하여 채택되는 제한이나 예외는 그러한 절차의 종결일로부터 갱신 가능한 3년 이하의 기간 동안 효력을 가져야 한다.

다. 例外 規定의 差等 適用

한·미 FTA 협정문 제18장 제18.4조 제7항 마호에는 DMCA에서와 같이 예외 규정에 대해 차등적으로 적용하고 있다. 즉, 1목에서 접근통제에 대해서는 라호에 규정된 각 행위가 모두 예외로 적용될 수 있다고 규정하고 있고, 2목에는 접근을 통제하는 효과적인 기술조치에 적용되는 경우에 라호 1목·2목·3목·4목 및 6목에 규정된 행위에 대해 예외로 적용될 수 있다고 규정하고 있다. 그리고 3목에서는 저작권을 보호하는 효과적인 기술조치에 적용되는 경우에 라호 1목 및 6목에 규정된 행위에 대해 예외로 적용될 수 있다고 규정하고 있다.

3. 立法論

가. 序

지금까지 한·미 FTA에서의 技術的 保護措置에 대한 규정들을 살펴 보았다. 技術的 保護措置의 회피 금지 규정은 크게 접근통제, 접근통제 회피 도구 등의 거래 금지, 이용통제 회피 도구 등의 거래 금지로 이루어져 있고, 각각의 금지에 따른 예외가 설정되어 있다.

위에서 살펴본 한·미 FTA에서의 技術的 保護措置에 관한 규정을 살펴 보면, DMCA의 규정 체계 및 내용과 유사하다는 것을 알 수 있다. 이것은 미국에서의 技術的 保護措置 입법을 둘러싼 논의가 우리나라에게 많은 示唆點을 줄 수 있다는 것을 의미한다.

그렇다면 이하에서는 우리나라가 기존에 인정하지 않았던 접근통제에 관한 규정이 우리 입법 체계에 들어올 경우 어떠한 문제점이 나타날 수 있으며 이를 미연에 방지하기 위해서는 어떠한 방향으로 입법을 해야 하는지 살펴보도록 하겠다.

나. 接近統制와 公正利用

우리나라 저작권법·컴퓨터프로그램보호법·온라인디지털콘텐츠산업발전법은 公正利用의 목적으로 한 저작물 이용을 허용하는 일반 규정을 두고 있지 않지만, 公正利用에 관한 개별·구체적인 조항들을 마련해 둬으로써 저작권자와 일반 이용자의 이익 균형을 취하고 있다.

한편, 접근통제 규정이 입법될 경우 公正利用과의 관계 설정을 어떻게 할 것인가도 위의 저작물 이용과의 관계 설정처럼 명확한 규정 태도가 필요한 부분이다. 이에 관한 논의는 앞에서 본 바와 같이 접근 통제 권한의 법적 성질을 별개의 권리로 볼 것이냐 저작권의 일종으로 볼 것이냐의 문제를 전제하고 있다. 결국 公正利用의 목적으로 접근 통제를 회피하는 것이 허용되느냐가 핵심 쟁점이 된다.

현재 저작권법은 技術的 保護措置를 회피하는 행위에 대해 저작권을

침해하는 것으로 간주하는 규정을 두고 있으므로, 저작권 침해에 대한 예외 규정이 적용될 여지가 있다. 하지만 접근 통제에 관한 규정이 들어올 경우 접근 통제를 회피하는 행위가 저작권 침해로 간주되는 지 여부에 따라 公正利用 목적의 접근 통제 여부가 허용될지 여부가 결정될 것이다.

앞에서 보았듯이 미국에서의 判例의 주류 입장은 접근통제와 저작권은 전혀 별개의 권리이고 접근 통제의 회피행위에 대해 저작권법의 예외 규정은 적용될 수 없다고 보고 있다. 하지만 학설의 많은 견해는 이러한 判例의 태도에 대해 비판하고 저작권과의 연계성을 강조하고 있는 것도 앞에서 보았다.

생각건대, 公正利用을 목적으로 하는 접근통제 회피도 저작권 이용에 대한 예외처럼 허용하여 미국에서와 같은 判例와 학설간의 논란을 제거해야 한다. 接近權은 저작권자의 권리를 보호하기 위한 수단으로 기존에 없던 강력한 통제 수단을 저작권자에게 부여하는 것이다. 그러나 한편으로 일반 사용자들의 저작물의 이용을 제한할 소지 또한 크다. 저작권 침해 우려가 없는 경우까지 접근 통제를 부여하는 것은 여러 부작용이 있을 수 있다는 것은 앞에서 보았다. 따라서 일반 이용자들에게 기존에 누렸던 저작권의 제한을 충분히 누릴 수 있도록 접근 통제 규정을 마련해야 한다.

이러한 취지에서 저작권법상의 公正利用의 목적을 위하여 접근 통제를 회피하는 것은 금지하지 않는다는 것을 명문화하는 것을 제안할 수 있다.

다. 接近統制 權限의 濫用과 2次 市場에서의 公正競爭

DMCA에서 저작권자에게 接近權을 부여한 후, 2次 市場에서의 시장적 독점권을 유지하기 위해 接近權을 남용하는 사례들은³⁷²⁾ 앞에서 본 바와 같다. 이것은 한·미 FTA 체결과 관련하여, 자유무역을 촉진하기 위한 체결이 오히려 2次 市場에서의 독점을 야기할 수도 있는 아이러니한 상황이 벌어질 우려가 있다는 것을 암시한다.

372) Lexmark Int'l, Inc. v. Static Control Components, 387 F.3d 522, (6th Cir.2004)., Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Techs., Inc., 381 F.3d 1178, (Fed. Cir. 2004).

하지만 위에서 본 바와 같이 한·미 FTA 협정문에서 이러한 문제점을 인식하여 公正競爭을 위한 접근 통제 권한을 제어하려는 배려는 보이지 않는다. 이것은 DMCA 규정을 거의 따르다시피 한 결과로 협정 과정에서 접근 통제에 대한 심도 있는 논의가 없는 데서 비롯된 것으로 보인다. 그렇다면 이 문제에 대해 어떠한 방향으로 추후에 입법이 되어야 할 것인가 앞으로 논의되어야 할 것이다.

생각건대, 이 문제는 미국의 챔버린 判例에서 판시한 것에 아이디어를 얻는 것이 타당하다고 생각한다. 즉, 技術的 保護措置의 보호 입법의 적용을 받는 접근 통제를 저작권 보호와 합리적 연관성을 지닌 것에 한정하는 방향으로 입법 내지 해석해야 한다. 그래서 저작권을 침해하려는 목적을 가지고 있거나 저작권을 침해하는 효과를 가지는 경우에만 접근 통제를 회피하는 것을 금지하여야 한다.

이를 위한 방안으로 앞에서 살펴본 재클린 립튼(Jacqueline Lipton) 교수의 견해를 본받아, 저작권법에 일정한 경우 독점을 위한 接近權 행사로 추정하는 규정을 두어, 이러한 경우 원고가 자신의 接近權 행사가 2次市場에서의 독점을 유지하기 위한 것이 아닌 저작권 보호에 목적이 있다는 점을 입증하도록 하는 입증책임 전환 규정을 두는 것을 고려해볼 수 있겠다.

VI. 小結

우리나라의 저작권 관련 법령에 규정된 技術的 保護措置에 관한 규정들을 해석해 볼 때, 예외 규정이 제한되어 있고, 각기 다른 구제수단을 규정하고 있으며, 接近權을 인정하고 있지 않다는 것을 알 수 있었다. 하지만, 한·미 FTA를 계기로 接近權 인정의 가능성이 열리게 되었다. 현재의 입법에서도 저작권에 대한 예외·제한과 技術的 保護措置의 조화에 대해 배려하고 있는 부분이 있지만, 接近權이 규정되면 더욱더 세밀한 조율이 필요하게 될 것이다.

현재까지 나온 技術的 保護措置에 관한 대법원 判例는 하나뿐이다. 결

론에 있어서는 타당하지만 技術的 保護措置에 대해 미국과 같이 접근통제와 이용통제를 나누어서 깊이 있는 논의를 하고 있지는 않다. 하지만 이러한 부분은 접근 통제를 위한 技術的 保護措置가 입법이 되고 이에 관한 법원의 판단을 기다려야 할 것이다.

한편, 한·미 FTA가 비준되고 接近權에 관한 규정이 우리 저작권법에 들어올 경우 예상되는 논의와 그에 대한 대안도 살펴보았다. 接近權이 인정되면 저작물의 일반 이용자의 권리가 제한되고, 저작권자에게 시장에서의 독점권을 유지하는 수단으로 사용될 염려가 있다. 하지만, 接近權에 관한 技術的 保護措置 규정과 저작권 제한 규정을 합리적으로 조정하고 새로운 제한 규정을 신설함으로써 일반 이용자의 저작물 이용 이익을 보호하여야 하고, 接近權을 남용하려는 시도를 하는 저작권자들에게는 이러한 시도를 하지 못하도록 입법적 배려가 필요하다.

제7장. 結論

저작권법은 저작권자에게 저작물을 창작하고 배포할 경제적인 인센티브를 부여함으로써 저작자의 노동의 산물에 대한 보상을 제공하기 위한 것에서 출발했다. 그리고 이를 위해 저작권법은 저작권자에게 일정한 기간에 자신의 작품에 독점적·배타적인 권리를 부여한다. 이러한 독점은 저작권자에게 합리적이지만 제한적인 경제적 이익을 얻게 함으로써, 그 분야의 연구와 발전을 촉진시킬 동기를 부여하고, 대중에게는 접근성을 부여한다. 그리고 일정 기간이 지나면 위의 저작물은 공공의 영역(public domain)으

로 돌아간다. 이렇게 함으로써 과학과 실용예술·문화의 향상발전을 도모하는 헌법상의 목적이 달성되는 것이다.

한편, 이와 같이 저작권법은 저작권자에게 독점권을 부여하기 때문에 저작권과 경쟁 정책(competition policy)은 매우 밀접한 관계를 가지고 관련 목적을 공유한다. 이러한 관계는 DRM 기술의 등장으로 새로운 국면을 맞이하고 있다. 즉, 저작권자는 接近權 통해 본인의 저작물에 대해 훨씬 더 강한 정도의 통제를 가할 수 있게 되었다. 接近權은 디지털 저작물(digital works)에 대한 해적행위(piracy)를 막고, 높은 질의 디지털 포맷(digital format)으로 저작권 콘텐츠의 배포를 독려하기 위해서 입법되었다.

하지만 接近權의 인정은 기존의 저작권법과의 관계에서 많은 문제점을 낳고 있다. 저작권 침해 항변인 公正利用 法理가 접근통제 회피의 항변 사유가 될 수 있는지와 2次 市場에서의 독점을 유지하기 위한 수단으로 接近權이 남용될 우려 등이 대표적인 것들이다. 한·미 FTA 체결 이후 우리 법에도 接近權 개념을 도입할 가능성이 열린 만큼 接近權을 먼저 도입한 미국에서 발생한 위와 같은 문제는 우리에게도 많은 示唆點을 준다. 특히, 협정문의 접근 통제에 관한 규정이 DMCA의 내용 및 구조와 거의 흡사하다는 점에서 미국의 判例와 학설의 추이는 우리가 他山之石으로 삼아야 할 대상이다.

接近權과 관련해서 본 논문에서 가장 중요하게 지적한 점은 다음과 같다. 즉, 接近權이 저작권을 보호하고 강화하는 합법적인 수단이라는 하지만 어떠한 희생은 치르고서라도 그대로 유지되어야 하는 것은 아니다. 저작물의 이용자와 전통적인 저작권법의 이념과 목적을 훼손시키면서까지 변화시키지 않아야만 하는 것은 아니다.(예를 들면 혁신의 증진, 연구, 인용, 사적 이용을 위한 기존의 저작물의 이용 등) 또한 완벽한 接近權의 강제는 정보정책적인 관점에서 바라보았을 때 반드시 바람직한 것은 아니다. 완벽한 강제는 창작의욕 감소, 보호저작물의 이용, 사상이나 생각의 자유로운 흐름 그리고 창작의 경쟁을 감소시킬 수 있다.³⁷³⁾ 이러한 점에서 저작권

373) 전성태·전수정, *supra note* 25, at 85면.

항변인 公正利用 法理는 接近權 회피의 항변 수단으로 허용되어야 한다.

그리고 저작물이나 콘텐츠의 보호와 관계없는 技術的 保護措置를 보호하는 것은 경쟁 억제의 효과를 야기할 우려가 있다. 接近權을 이용해 저작권자의 이익을 너무 보호하다보면 결국은 저작권을 죽이는 아이러니한 결과를 낳을 수 있다.³⁷⁴⁾ 따라서 接近權 보호는 저작권의 보호를 위한 경우에만 한정되어야 하며, 2次 市場에서의 독점 시도를 위한 接近權 보호 시도는 반드시 좌절되어야 한다.

요컨대 接近權과 저작권과의 연관관계를 인정하는 방향으로 나아가야 여러 부작용을 없앨 수 있다. 따라서 양자의 연관관계를 인정하는 것을 전제로 하여 接近權 침해 여부를 판단해야 함과 동시에 接近權 남용 시도가 좌절되는 입법적 배려가 이루어져야 할 것이다.

參 考 文 獻

I. 國內 文獻

가. 單行本 - 가나다順

문화관광부[편], 『저작물에 대한 사용권 및 接近權의 문제에 관한 연

374) Glynn S. Lunney, Jr., *supra note* 175, at 814.

- 구』, 문화관광부, 2003.
- 사법연수원[편], 『저작권법』, 사법연수원, 2006.
- 손경식 [편], 『사이버지적재산권법』, 법영사, 2004. (수록된 개별 논문은 아래 “論文”에서 다시 인용하였음)
- 송영식, 이상정, 『저작권법 개설』, 세창출판사, 2007.
- 오승중, 『(2007년 시행 개정법률에 따른) 저작권법』, 博英社, 2007.
- 이대희, 『인터넷과 지적재산권법』, 博英社, 2002.
- 이영록, 『기술 조치의 보호입법에 관한 연구-저작권법상의 보호를 중심으로-』, 저작권연구자료38, 저작권심의조정위원회, 2001. 12.
- 이해완, 『저작권법』, 博英社, 2007.
- 정상조 編, 『Entertainment Law』, 博英社, 2007.
- 정상조, 『지적재산권법』, 홍문사, 2004. 3.
- _____, 『著作權法 註解』, 博英社, 2007.

나. 論文 및 判例-가나다順

- 姜奇重, “가. 컴퓨터프로그램 보호법에 정한 '기술적 보호조치'의 의미 나. 소니 엔터테인먼트사가 제작한 게임기 본체에 삽입되는 게임프로그램 저장매체에 내장된 액세스 코드가 컴퓨터프로그램 보호법이 정한 '기술적 보호조치'에 해당한다고 보아, 액세스 코드가 없는 불법 복제된 게임 CD도 위 게임기를 통해 프로그램 실행이 가능하도록 하여 준 것은 같은 법상의 상당히 기술적 보호조치를 무력화하는 행위에 해당한다고 본 사례”, 大法院判例解説 통권62호, 2006년 하반기.
- 金基泰, “뉴 미디어의 技術進展과 著作權 保護에 관한 研究”, 慶喜大學校 大學院 博士學位論文, 2000.
- 김병일, “기술적 보호조치와 접근권”, IT법제연구/프로그램심의조정위원회

- 제1권, 2002. 12.
- 남궁술, 신재호, “‘기술적 보호조치’(TPM)와 ‘상호운용성’(Interoperability)-최근 프랑스에서 행해진 Apple사의 FairPlay(iPod 전용 DRM)에 관한 공정거래위원회의 결정과 지적재산권법 개정안에 관한 헌법위원회의 위헌성 결정을 중심으로-”, 산업재산권법 제21호, 2006. 12.
- 문용호, “디지털저작물과 技術的 保護措置”, 정보법학, 제6권제2호, 2002.
- 박덕영, “시리얼번호 게시와 컴퓨터프로그램저작권 침해”, 계간저작권, 2004년 봄호.
- 손승우, “한미 FTA와 지적재산권의 미래”, 國際去來法研究, 第15輯 第2號, 2006.
- 오길영, “기술적 보호조치와 공정이용에 관한 소고”, 민주법학 제32호, 2006.
- 吳炳喆, “技術的 保護措置의 無力化에 따른 不法行爲責任”, 인터넷법률 제27호, 2005. 11.
- 安孝秩, “間接的인 著作權侵害行爲-시리얼번호제공 및 技術的 保護措置회 피행위를 중심으로-”, 判例實務研究VI, 2003. 8.
- 이대희, “디지털환경에서의 접근권 인정에 관한 연구”, 창작과 권리 2004년 봄호(제34호), 2004. 3.
- _____, “사이버知的財産權의 技術的 措置에 의한 保護”, 사이버지적재산권법, 2004.
- _____, “기술적 보호조치의 범위 설정-대법원 2004도2743 컴퓨터프로그램보호법위반-”, (계간)저작권 제74호, 2006. 06.
- _____, “DVD와 기술적 보호조치”, 비교사법 제13권 4호, 2006. 12.
- 이중구, “디지털저작물과 接近權-소니사의 PS2의 기술적 조치와 모드칩-”, 産業財産權 第20號, 2006. 8.
- 李海完, “컴퓨터프로그램의 법적 보호-시리얼번호의 배포행위와 관련하여-”, 判例實務研究 VI, 2003. 8.
- 林元善, “著作權 保護를 위한 技術 措置의 法的 保護에 關한 研究”, 東國

- 大學校大學院, 東國大學校博士學位論文, 2003.
- _____, “DRM의 저작권법적 보호”, Law & Technology, 2005. 7.
- 전성태, “기술적 보호조치와 소비자 보호”, 소프트웨어와 법률, 2006년 제3호.
- 전성태·전수정, “DRM이 저작물의 이용에 미치는 법률문제에 관한 소고”, 계간저작권, 2006년 가을호.
- 정상조 등, “데이터베이스 보호방안 연구보고서”, 한국데이터베이스진흥센터, 2000. 12.
- 정준모, “PS2 모드칩 설치의 기술적 보호조치 위반 여부-대법원 2006. 2. 24. 2004도2743 판결”, 저작권 문화 141호, 2006. 5.
- 정중호, “DRM 호환성과 관련한 프랑스 저작권법 개정에 관한 조명”, DRM호환성 문제를 둘러싼 과제, 문화관광부 주최, 한국저작권법학회·저작권심의조정위원회 주관 Conference, 2006년 6월 26일.
- 최성준, “기술적 보호조치 무력화 행위에 관하여”, Law & Technology 제2권 제3호 2006. 05.
- 최종욱, “인터넷에서의 디지털 저작권 보호 기술”, 정보법학 제6권 제2호, 2002. 12.
- 대법원 2002. 6. 28. 선고 2001도2900 판결 [공2002.8.15.(160),1889]
- 대법원 2006.2.24. 선고 2004도2743 판결 [공2006.4.1.(247),551].

II. 英文 文獻

가. 單行本 - ABC順

Alfred C. Yen, Joseph P. Liu, 『Copyright Law: Essential Cases and Materials』, Thomson West; 1 edition, April 11, 2008.

Gerard M. Stegmaier, 『Digital Millenium Copyright Act 2005 Supplement』, Pike & Fischer, April 2005.

Jane C. Ginsburg, R. Anthony Reese, 『Copyright, Cases and Materials, 7th Edition, 2008 Supplement and Statutory Appendix』, Foundation Press; 7 edition, July 30, 2008.

Melville B Nimmer, David Nimmer, 『Nimmer on Copyright』, M. Bender, 2002.

Paul Goldstein, 『Copyright vol. II, 2d ed.』, Little, Brown & Co. 1996.

Robert A. Gorman, Jane C. Ginsburg, 『Copyright Cases and Materials』 Foundation Press; 7TH edition, July 19, 2006.

Robert A. Gorman, Jane C. Ginsburg, Anthony R. Reese, 『2007 Supplement and Statutory Appendix to Gorman & Ginsburg's Copyright: Cases and Materials, 7th』, Foundation Press; 7 edition, July 27, 2007.

Stephen M. McJohn, 『Copyright: Examples And Explanations (Examples & Explanations)』, Aspen Publishers, March 30, 2006.

The National Research Council, 『The Digital Dilemma: Intellectual Property in the information age』, Nation Academy

Press, 2000.

Wilson Sonsini Gookrich & Rosati, 『Digital Millenium Copyright Act 2005 Supplement』, Pike & Fischer, April 2005.

나. 論文 - ABC順[Westlaw 인용부호(citation) 병기]

Alex Cameron, Robert Tomkowicz, *Competition Policy and Canada's New Breed of "Copyright" Law*, 52 McGill L.J. 291, 2007.

Anupam Chander, *Exporting DMCA Lock-outs*, 54 Clev. St. L. Rev. 205, 2006.

Benjamin Klein & John Shepard Wiley Jr, *Competitive Price Discrimination as an Antitrust Justification for Intellectual Property Refusals to Deal*, 70 Antitrust L.J. 599, 2003.

Brett Frischmann & Dan Moylan, *The Evolving Common Law Doctrine of Copyright Misuse: A Unified Theory and Its Application to Software*, 15 Berkeley Tech. L.J. 865, 2000.

Carl Shapiro, *Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak*, 63 Antitrust L.J. 483, 1995.

Carla Meninsky, *Comment, Locked Out: The New Hazards of Reverse Engineering*, 21 J. Marshall J. Computer & Info. L. 591, 2003.

Christopher D. Kruger, *Comment, Passing the Global Test: DMCA § 1201 as an International Model for Transitioning Copyright Law into the Digital Age*, 28 Hous. J. Int'l L.

281, 2006.

Christopher Soghoian *Caveat Venditor: Technologically Protected Subsidized Goods And The Customers Who Hack Them*, 6 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 46, 2007.

Cynthia M. Ho, *Attacking the Copyright Evildoers in Cyberspace*, 55 SMU L. Rev. 1561, 2002.

Dan L. Burk, *Anti-Circumvention Misuse*, 50 UCLA L. Rev. 1095, 2003.

Dan L. Burk & Julie E. Cohen, *Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems*, 15 Harv. J.L. & Tech. 41, 2001.

Daniel C. Higgs, *Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc. & Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technologies, Inc.: The DMCA and Durable Aftermarket Goods*, 19 Berkeley Tech. L.J. 59, 2004.

Daniel J. Corbett, *Would You Like that Iphone Locked or Unlocked? : Reconciling Apple's Anticircumvention Measures with the DMCA*, 8 U. Pitt. J. Tech. L. Pol'y 8, 2008.

David Nimmer, *A Riff on Fair Use Doctrine in the Digital Millennium Copyright Act*, 148 U. Pa. L. Rev. 673, 2000.

David R. Johnstone, *The Pirates Are Always With Us: What Can and Cannot be Done About Unauthorized Use of Mp3 Files on the Internet*, 1 Buff. Intell. Prop. L.J. 122, 2001.

Denis T. Brogan, *Fair Use Doctrine No Longer: How the Digital Millennium Copyright Act Bars Fair Use Doctrine of Digitally Stored Copyrighted Works*, 16 St. John's J. Legal Comment. 691, 2002.

- Donna L. Lee, *Reverse Engineering of Computer Programs Under the DMCA: Recognizing a "Fair Access" Defense*, 10 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 537, 2006.
- Douglas L. Rogers, *Give the Smaller Players a Chance: Shaping the Digital Economy Through Antitrust and Copyright Law*, 5 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 13 2001.
- Eun-Sil Kim, "The Digital Millennium Copyright Act and The Anticircumvention Provisions :What It Reveals About the U.S. Copyright Law", 企業法研究 第18卷 第2號, 2004. 12.
- Glynn S. Lunney, Jr., *The Death of Copyright: Digital Technology, Private Copying, and the Digital Millenium Copyright Act*, 87 Va. L. Rev. 813, 2001.
- Gregory Laurence Clinton, Comment, *Why a DVD Is Like a Garage Door Opener: The Federal Circuit Tackles the DMCA in Chamberlain Group v. Skylink Technologies*, 13 Geo. Mason L. Rev. 1115 2006.
- Heather A. Sapp, *Garage Door Openers and Toner Cartridges: Why Congress Should Revisit The Anti-Circumvention Provisions of the DMCA*, 3 Buff. Intell. Prop. L.J. 135, 2006.
- Jacqueline Lipton, *Copyright in the Digital Age: A Comparative Survey*, 27 Rutgers Computer Tech L.J. 333, 2001.
- _____, *The Law of Unintended Consequences: The Digital Millennium Copyright Act and Interoperability*, 62 Wash. & Lee L. Rev. 487, 2005.
- _____, *IP's Problem Child: Shifting the Paradigms for*

- Software Protection*, 58 *Hastings L.J.* 205, 2006.
- James D. Nguyen , *The DMCA provides a powerful tool for content owners to thwart the circumvention of antipiracy technology*, 27-MAY *L.A. Law.* 33, 2004.
- Jane C. Ginsburg, *Copyright Use and Excuse on the Internet*, 24 *Colum-VLA J.L. & Arts* 1, 2000.
- _____, *Copyright and Control Over New Technologies Of Dissemination*, 101 *Colum. L. Rev* 1613, 2001.
- _____, *Essay: From Having Copies to Experiencing Works: The Development of an Access Right in U.S. Copyright Law*, 50 *J. Copyright Soc'y U.S.A.* 113, 2003.
- Jason Sheets, *Copyright Misused: The Impact of the DMCA Anti-circumvention Measures on Fair & Innovative Markets*, 23 *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 1, 2000.
- John R. Therien, *Exorcising the Specter of a "Pay-Per-Use" Society: Toward Preserving Fair Use Doctrine and the Public Domain in the Digital Age*, 16 *Berkeley Tech L.J.* 979, 2001.
- Jon M. Garon, *What if DRM Fails?: Seeking Patronage in the Iwasteland and the Virtual O*, 2008 *Mich. St. L. Rev.* 103, 2008.
- June M. Besek, *Anti-Circumvention Laws and Copyright: A Report from the Kernochan Center for Law, Media and the Arts*, 27 *COLUM.J.L. & ARTS.* 385. 2004.
- Justin Graham, *Preserving the Aftermarket in Copyrighted Works: Adapting the First Sale Doctrine to the Emerging*

- Technological Landscape*, 2002 Stan. Tech. L. Rev. 1, 2002.
- Ida Shum, *Getting "Ripped" Off by Copy-Protected CDs*, 29 J. Legis. 125, 2002.
- Lance C. McCardle, Comment, *Despite Congress's Good Intentions, the DMCA's Anti-Circumvention Provisions Produce a Bad Result--A Means to Create Monopolies*, 50 Loy. L. Rev. 997, 2004.
- Laura J. Robinson, *Anticircumvention under the Digital Millennium Copyright Act*, 85 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 957, 2003.
- Lothar Determann & Aaron X. Fellmeth, *Don't Judge A Sale by Its License: Software Transfers Under the First Sale Doctrine in the United States and the European Community*, 36 U.S.F. L. Rev. 1, 2001.
- Marcus Howell, *The Misapplication of the DMCA to the Aftermarket*, 11 B.U. J. Sci. & Tech. L. 128, 2005.
- Margaret M. Dolan, *The DMCA and Original Equipment Manufacturers: Let Consumers Decide*, 56 DePaul L. Rev. 153, 2006.
- Matthew J. Faust, *What Do We Do With A Doctrine Like Merger? A Look At The Imminent Collosion Of The DMCA And Idea/Expression Dichotomy*, 12 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 131, 2008.
- Melissa A. Kern, *Paradigm Shifts and Access Controls: An Economic Analysis of the Anticircumvention Provisions of the*

- Digital Millennium Copyright Act*, 35 U. Mich. J.L. Reform 891, 2002.
- Michael J. Chang, *Digital Copyright of Lexmark Toners and Cartridges Under the Digital Millennium Copyright Act*, 17 Alb. L.J. Sci. & Tech. 559, 2007.
- Myron Hecht, *Reconciling Software Technology and Anti-Circumvention Provisions in the Digital Millennium Copyright Act*, 2004 UCLA J.L. Tech. 3, 2004.
- Neil W. Netanel, *Locating Copyright Within the First Amendment Skein*, 54 Stan. L. Rev. 1, 2001.
- Pamela Samuelson, *The U.S. Digital Agenda at WIPO*, 37 Va. J. Int'l L. 369, 1997.
- _____, *Intellectual Property in the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised*, 14 Berkeley Tech. L.J. 519, 1999.
- Pamela Samuelson & Suzanne Scotchmer, *The Law and Economics of Reverse Engineering*, 111 Yale L.J. 1575, 2002.
- Patrick J. Cleary, *The Apple Cat and the Fanboy Mouse: Unlocking the Apple iPhone*, 9 N.C. J.L. & Tech. 295, 2008.
- Pete Singer, *Mounting a Fair Use Doctrine Defense to the Anti-Circumvention Provisions of the Digital Millennium Copyright Act*, 28 U. Dayton L. Rev. 111, 2002.
- Peter K. Yu, *Anticircumvention and Anti-Anticircumvention*, 84 Denv. U. L. Rev. 13, 2006.
- Peter Menell, *An Analysis of the Scope of Copyright Protection for Application Programs*, 41 Stan. L. Rev. 1045, 1989.

- Phillip A. Harris jr., *Mod Chips and HomeBrew : A Recipe for Their Contined Use in the Wake of SONY v. DEVINEO*, 9 N.C.J.L.&Tech. 113, 2007.
- R. Anthony Reese, *The First Sale Doctrine in the Era of Digital Networks*, 44 B.C. L. Rev. 577, 2003.
- Richard Belsky, *The Digital Millennium Copyright Act and You : A Framework for a Functional Future*, 14 U. Balt. Intell. Prop. L.J. 1, 2005.
- Robert C. Denicola, *Access Controls Rights Protection, and Circumvention: Interpreting the Digital Millennium Copyright Act to Preserve Noninfringing Use*, 31 Colum. J.L. & Arts 209, 2008.
- Severin Borenstein et al., *Antitrust Policy in Aftermarkets*, 63 Antitrust L.J. 455, 1995.
- Tian Yijun, *Problems of Anti-Circumvention Rules in the DMCA & More Heterogeneous Solutions*, 15 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 749, 2005.
- Terri Branstetter Cohen, *Anti-Circumvention: Has Technology's Child Turned Against Its Mother?*, 36 VAND. J. TRANSNAT'L L. 961, 2003.
- Thomas Heide, *Access Control and Innovation Under the Emerging EU Electronic Commerce Framework*, 15 BERKELEY TECH. L.J. 993, 2000.
- Tricia J. Sadd, *Fair Use As a Defense Under the Digital Millennium Copyright Act's Anti-Circumvention Provisions*, 10 Geo. Mason L. Rev. 321 2001.

- Victor F. Calaba, *Quibbles 'N Bits: Making a Digital First Sale Doctrine Feasible*, 9 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 1, 2002.
- Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors*, 82 Colum. L. Rev. 1600 1982.
- Yochai Benkler, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, 74 N.Y.U. L. REV. 354, May. 1999.
- Zohar Efroni, *A Momentary Lapse of Reason: Digital Copyright, the DMCA and a Dose of Common Sense*, 28 Colum. J.L. & Arts 249, 2005.
- _____, *Towards a Doctrine of 'Fair Access' in Copyright: The Federal Circuit's Accord*, 46 IDEA 99, 2005.

다. 判例

- 321 Studios v. Metro Goldwyn Mayer Studios, Inc., 307 F.Supp.2d 1085, (N.D.Cal.2004).
- 464 U. S. 417 (1984)
- Chamberlain Group v. Skylink Techs., 292 F. Supp. 2d 1023 (N.D. Ill. 2003).
- Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Techs., Inc., 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004).
- Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342, 348 (C.C. Mass. 1841).

Lexmark Int'l v. Static Control Components, Inc., 253 F. Supp. 2d 943, 958 (E.D. Ky. 2003).

Lexmark Int'l, Inc. v. Static Control Components, 387 F.3d 522 (6th Cir.2004)

RealNetworks, Inc. v. Streambox, Inc. (2000 WL 127311), (W.D. Wash. Jan.18,2000)

Sony v. Owen, [2002], E.C.D.R. 27.

Sony Computer Entertainment v. Connectix, 203 F.3d 596 (9th Cir. 2000).

Sony Computer Entertainment America, Inc. v. Gamemasters, 87 F. Supp. 2d 976 987-88 (N. D. Cal. 1999)

Sony Computer Entertainment America, Inc. v. Divineo, Inc., 457 F. Supp. 2d 957 (N.D. Cal. 2006).

Sony Computer Entertainment, Inc. v. Lik San Int'l Ltd,(2003), HKEC521.

Stevens v. Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment [2005] HCA 58 (2005. 10. 6.)

United States v. Elcom Ltd., 203 F. Supp.2d 1111, (N. D. Cal.2002)

Universal City Studio, Inc. v. Reimerdes 111 F. Supp. 2d 294 (S.D.N.Y. 2000).

Universal City Studios, Inc. v. Corley, 273 F.3d 429, 435 (2d Cir. 2001).

다. 國際 條約 및 協定

Agreement between the world intellectual property organization and

the world trade organization.

Directive 98/84/EC of the European Parliament and of the Council of 20 November 1998 on the legal protection of services based on, or consisting of, conditional access, Official Journal L 320, 28/11/1998.

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, Official Journal L 167/10, 22/06/2001.

WIPO Copyright Treaty.

WIPO Performances and Phonograms Treaty.

U.S. - Singapore FTA.

U.S. - Australia FTA.

마. 其他 文獻

Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty in Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to be Considered by the Conference)

Brief of Amicus Curiae Consumers Union Supporting Skylink Technologies, Inc.'s Opposition to the Chamberlain Group, Inc.'s Motion for Summary Judgment at 6, Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Techs., Inc., 292 F. Supp. 2d 1023 (N.D. Ill. 2003)

Copyright Office: Exemption to Prohibition on Circumvention of

Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, 68 Fed. Reg. 62011, 62017 (Oct. 31, 2003)

Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs, Official Journal L 122, (17/05/1991)

Electronic Frontier Foundation, Unintended Consequences: Five Years Under the DMCA,

Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, 65 FR 64556-01, 2000 WL 1624383 (F.R.), (Oct. 27. 2000)

Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, 68 FR 62011-01, 62013-14 (Oct 31, 2003)

Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, 71 FR 68472-01, 68473-77 (Nov. 27. 2006.)

H.R. 2281, 104th Cong. 1997.

H.R. Rpt. 94-1476, Sept. 3, 1976.

H.R. Rep. No. 105-551, pt. 1, 105TH Cong., 2ND Sess. 1998.

H.R. Rep. No. 105-551, pt. 2, 105TH Cong., 2ND Sess. 1998.

Memorandum from Marybeth Peters, Register of Copyrights to James H. Billington, Librarian of Congress 173 Oct. 27, 2003.

Report of the Senate Comm. on the Judiciary, S. Rep. No. 105-190, 1998.

Revised Draft Basic Proposal for the WIPO Treaty on the Protection

of Broadcasting Organization, SCCR/15/2 (Sep. 11-13, 2006)

S. Rep. No. 105-90 (1998).

S. Rep. No. 105-190 (1998)

The Committee on the Judiciary, to whom was referred the bill (H.R. 2281) to amend title 17, United States Code, to implement the World Intellectual Property Organization Copyright Treaty and Performances and Phonograms Treaty, having considered the same, reports favorably thereon with an amendment and recommends that the bill as amended do pass. (H. R. REP. 105-551. p. 1.)

The White Paper : Intellectual Property and the National Information Infrastructure

US Copyright Office, DMCA Section 104 Report (Aug. 2001)

IV. 其他 資料

가. 웹사이트

<http://100.naver.com/>

<http://www.copyright.gov/reports/studies/dmca/sec-104-report-vol-1.pdf/>

<http://www.copyright.gov/wipo/wipo4.html/>

http://www.eff.org/IP/DMCA/unintended_consequences.pdf/

<http://fta.korea.kr/>

http://www.kafil.or.kr/old_kafil/seminar/24-3.PDF/
<http://www.ladas.com/NII/NIITofC.html/>
[http:// www.merriam-webster.com/dictionary/aftermarket/](http://www.merriam-webster.com/dictionary/aftermarket/)
<http://www.uspto.gov/go/com/doc/ipnii/ipnii.pdf/>
<http://www.wikipedia.org/>
<http://www.wipo.int/portal/index.html.en/>
<http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/index.html/>
http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs_wo033.html#P87_12240/
http://www.wipo.int/documents/en/diplconf/4dc_all.htm#Article%2013/

나. 신문기사

"S. Korean Trade Minister Reiterates No FTA Renegotiation", The Korea Times, 2009. 1. 22.

"US FTA Motion Likely to Be Passed in Feb.". The Korea Times, 2009. 1. 7.

"김형오 "한미FTA 연내 처리 어렵고, 예산안 강행 없다" FTA '미국 상황 봐야...', 예산안 '직권 상정할 문제 아니다'" 연합뉴스, 2008. 11. 27.

"당정, '한미FTA 연내 비준' 속도 낸다., 연합뉴스, 2008. 11. 2.

Abstract

A Study on the Access Right
in the Digital Millennium Copyright Act
-focusing on the application of fair use doctrine
and the measures against the misuse of access right
in the aftermarket

Do-wook Shin

Department of Law, Graduate School

Seoul National University

The most recent trends in information technology have led to copyrighted works being digitalized. This has allowed copyrighted works to be distributed more efficiently and at a faster pace. This in turn has allowed users more access to pirate the copyrighted works. In order to protect their copyright, the owners introduced a

concept called the Technological Protection Measures (hereinafter “TPMs”).

However, the need for legal protection of copyrighted material increased due to the development of technology circumventing the TPMs. In this regard, the World Intellectual Property Organization (hereinafter “WIPO”) drafted the “WIPO Copyright Treaty,” which provides that contracting parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of copyright protecting technology.

Through the Digital Millennium Copyright Act (hereinafter “DMCA”), the U.S. has allowed the copyright owner to have “access rights” over their copyright, a right to restrict a user’s access to the copyrighted works. On April 2, 2007, the Korea- U.S. Free Trade Agreement (hereinafter “FTA”), though not yet ratified, also includes this “access right” concept.

This paper investigates the various arguments over DMCA's access right concept and looks to find the lessons that can be learnt by

Korea. The topics that were most fervently discussed were whether the fair use doctrine was an adequate defense to infringing a copyright owner's access right, and how to prevent the abuse of access right by copyright owners in the secondary market.

Chapter one of this paper studies the general features of TPMs. The definition of TPMs is the means used by authors in connection with the exercise of their rights under WIPO Treaty or the Berne Convention and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law. Some distinguished features of TPMs are Digital Right Management, temporary copy, and reverse engineering.

Chapter two studies TPMs related legislations in other countries, and investigates the contents of DMCA. DMCA rules the prohibition against circumventing the access control and trafficking in circumvention devices and services. It also rules the exceptions of each prohibition. The special feature of DMCA is to accept the notion of access right.

Chapter three studies the disputes about the acceptance of the access right in U.S. The definition of access right is the right to control the manner in which members of the public apprehend the work. There is no other legislation ruling the access right without DMCA. The acceptance of access rights has created a heated debate over how to balance the interests between the benefits gained from better access to culture and art and the benefits of protecting the rights of the copyright owner. The solution to this problem has an additional issue of the need to establish a clear relation to the copyrights already in existence.

Chapter four studies whether the fair use doctrine can be applied to defend access right infringement. When users access copyrighted works for academic research by circumventing access rights, will the fair use defense provide them immunity? U.S. courts have pointed out that fair use defense is not for the "access" control, but for the "use" control. But this paper disagrees with this contention, and concludes that the fair use defense should be effective when

there is no copyright infringement. Another topic of chapter four is whether the first sale doctrine is still effective after accepting the concept of access right. This paper concludes that the first sale doctrine could be applied in the case of circumventing the access control for fair use. However, the scope of fair use in this case should be restricted because of the ease of distributing digital works.

Chapter five studies the misuse the access right in the aftermarket. Access rights gave the copyright owners the power to control the interoperability with the original products. Using this power, the producer of these products could banish the competition in the aftermarket. However, U.S. courts have halted these attempts concluding that competitors in the aftermarket could circumvent access control without being violating DMCA's access rights. This paper agrees with the U.S. courts' conclusions in part, but suggests that those who are trying to maintain the monopoly through DMCA bear the burden of proof that the defendants violated DMCA.

Chapter six discusses the lessons learnt from the arguments discussed above, and introduces a bill to the Korean legislators regarding TPMs. This paper concludes that we have to put emphasis on the coordination between our established copyright systems and access right. In addition, we have to limit access right infringement to certain situations of copyright violations, and prevent misuse of access rights in the aftermarket.

Keywords : Digital Millennium Copyright Act, Technological Protection Measures, Access Right, Fair Use Doctrine, Aftermarket, fair competition.

Student Number : 2005-21799