

法學碩士學位論文

著作權法上 貸與權에 관한 研究

2003年 2月

서울大學校 大學院

法學科 知的所有權法專攻

李 炯 柱

著作權法上 貸與權에 관한 研究

指導教授 丁 相 朝

이 論文을 法學碩士 學位論文으로 提出함

2002年 10月

서울大學校 大學院

法學科 知的所有權法專攻

李 炯 柱

李炯柱의 碩士 學位論文을 認准함

2002年 12月

委 員 長 _____ 印

副委員長 _____ 印

委 員 _____ 印

[초록]

지적소유권법에서 일반적으로 인정되는 최초판매이론을 저작권법에 적용하면, 저작권자가 저작물의 원본 혹은 복제본을 처분한 경우 저작권자의 배포권은 소멸함으로써 이후의 전전유통에 대해서는 저작권자가 관여할 수 없게 된다. 각국의 저작권법은 특허나 상표 등 다른 지적소유권법과 달리 최초판매이론에 관한 명시적 규정을 두는 것이 보통이다.

그러나 최초 판매된 저작물이 영리 대여업에 이용되는 경우 1개의 매체가 여러 사람에게 의해 이용됨으로써 판매를 대체하게 된다. 이는 당장은 저작자에게 정당하게 귀속되어야 할 이익을 침해하는 것이지만 장기적으로는 저작자의 창작 의욕을 떨어뜨려 결국은 일반인의 이용 기회를 감소시킴으로써 저작권법의 2가지 목적에 모두 반하는 결과를 가져온다.

이러한 현상은 특히 대여 후 사적 복제에 의한 이용이 성행하는 음반이나 컴퓨터 프로그램에서 나타나므로 각국은 저작권자에게 이들의 영리 대여에 대해서 배타적 허락권을 인정하거나 복제기기에 대해 부과금제도를 도입하였다. 또한 공공도서관의 공공대출이 판매를 감소시키는 것은 영리 대여와 마찬가지로 각국은 보상청구권으로서 대출권을 도입하고 있다.

이에 대한 국제협약을 보면 종래의 저작권 혹은 저작권 인접권 관련 협약인 베른협약, 세계저작권협약, 로마협약, 제네바 협약에서는 대여권에 대한 필요성을 인식하지 못하였다. 그러나 오늘날 국제 무역질서를 조율하는 기준이 되는 WTO 설립협정의 부속협정인 TRIPs에서 처음으로 컴퓨터 프로그램과 영상저작물에 대해 대여권을 인정하였고 아날로그 시대를 반영하는 베른협약과 로마협약을 대신하여 디지털 시대에 대응하기 위한 WIPO 저작권 조약 및 실연·음반조약에서도 대여권 규정을 두고 있다.

우리나라는 1994년 음반과 컴퓨터 프로그램에 대해서 대여권을 도입하

였으나 다음과 같은 문제점을 갖고 있다. 첫째 대여권이 도입된 후 음반과 프로그램 중 멀티미디어 타이틀에 대해 소규모로 대여 허락이 된 사례가 있으나, 음반과 프로그램에 대해서는 허락권으로서 대여권 규정이 사실상 대여 금지 규정의 역할을 하고 있고, 대여에 의한 이용이 성행하는 서적과 가정용 비디오 테이프에 대해서는 대여에 관한 아무런 규정이 없어 대여권 규정이 현실과 유리되어 있다는 것이다. 둘째 음반에 대해서는 음악저작물 저작자, 실연자, 음반제작자를 대여권자로 인정하고 있으나 대여권은 우리 저작권법에서 독립한 저작재산권이 아니라 최초판매로도 소멸하지 않은 배포권의 한 내용인데 음반의 배포권자가 아닌 저작자와 실연자에게 대여권을 인정하고 있다. 셋째 경과규정에서 음반 발행 시기가 아니라 음반에 담긴 저작물의 발행 시기에 따라서 대여권 인정 여부를 구분하고 있다. 그 이외에, 컴퓨터 프로그램이 대여의 본질적인 대상이 아닌 경우 대여권 적용을 제한하는 입법례를 참고할 필요가 있고, 저작권 관련 진정상품의 병행수입 문제에도 적극적 규정을 둘 필요가 있다.

결론적으로, 오늘날 저작물의 대여에 의한 이용은 복제, 공연, 전시 등 다른 이용 방법과 마찬가지로 독자적 영역을 구축하였으므로 모든 저작물에 대해 대여권을 인정하는 것이 저작권법의 목적에 비추어 요청된다.

주요어 : 최초판매이론, 배포, 대여, 대출, 사적 복제

학번 : 94275 - 571

[목차]

제1장 序論

- 1. 研究의 目的 1
- 2. 研究의 範圍 2

제2장 貸與權의 背景

- 1. 著作財産權의 制限 3
 - 가. 序說 3
 - 나. 最初販賣理論 4
 - 다. 私的 利用을 위한 複製 5
- 2. 貸與産業과 貸與權 5
 - 가. 音盤 6
 - 나. 映像著作物 6
 - 다. 컴퓨터 프로그램 7
 - 라. 圖書 8
- 3. 公共貸出權制度 10
 - 가. 序說 10
 - 나. 立法例 11
 - 다. 檢討 12
- 4. 複製補償金制度와의 關係 13
 - 가. 序說 13
 - 나. 立法例 13
 - 다. 檢討 15

제3장 貸與權에 관한 國際協約 및 立法例

1. 序說	16
2. 國際協約	16
가. 베른 協約	16
나. 世界著作權協約	17
다. 로마 協約	18
라. 제네바 協約	19
마. UR/TRIPs	19
바. WIPO 著作權 條約 및 實演·音盤 條約	21
사. 地域 協約	23
(1) EC 指針	24
(2) NAFTA	26
3. 立法例	26
가. 美國	26
나. 日本	29
다. 英國	33
라. 獨逸	34

제4장 最初販賣理論

1. 序說	37
2. 對象 : 原作品 또는 複製物	37
3. 最初販賣	38
가. 規定	38
나. 配布權者의 處分	40
다. 法律에 의한 處分, 法定許諾	45
라. 所有者 혹은 占有者의 處分	48
마. 竝行輸入	50
4. 效果 - 配布權의 消滅	63

5. 最初販賣理論의 回避	66
가. 複製保護裝置	66
나. 寄與侵害責任	67
다. 包裝型 使用 許諾	67
6. 새로운 技術 環境에서의 適用	68

제5장 우리나라의 貸與權制度

1. 序說	70
2. 法律의 改正 經過	71
가. 著作權法	71
나. 컴퓨터프로그램保護法	73
3. 對象	75
가. 音盤	75
(1) 音樂著作物과의 關係	75
(2) 映像著作物과의 限界	77
나. 컴퓨터 프로그램	78
(1) 序說 - 保護方法	78
(2) 소프트웨어와의 區別	79
(3) 映像著作物과의 重疊	80
(4) 例外 認定의 必要性	80
다. 販賣用	81
4. 權利者	81
가. 音盤	81
(1) 序說	81
(2) 實演者, 音盤製作者	82
(3) 著作者	83
(4) 關係	85

나. 컴퓨터 프로그램	86
(1) 프로그램 著作權者	86
(2) 排他的 發行權者	87
5. 營利 目的 貸與	87
가. 營利 目的	87
나. 貸與	88
(1) 配布와의 關係	88
(2) 貸與 類似 行爲	91
다. 許諾에 의한 排他的 貸與權者의 權利 範圍	94
6. 存續期間	96
7. 集中 管理와 侵害 救濟	96
가. 音盤 貸與權 行使의 集中管理	96
(1) 著作隣接權者	96
(2) 著作權者	97
(3) 現況	97
나. 侵害 救濟	98
(1) 救濟手段	98
(2) 集中行使 與否	98
8. 經過規定	99
가. 音盤 貸與權	99
나. 컴퓨터 프로그램 貸與權	100
9. 外國 權利者의 保護	101

제6장 結論

1. 우리나라의 貸與權 制度	102
2. 貸與權 認定 對象의 擴大 問題	102

제1장 序論

1. 研究의 目的

대여권은 저작권재산권 중 비교적 최근에 실정법에 도입되었다. 저작권법을 포함한 지적소유권법에서는 권리자가 그의 권리가 표상된 물건을 처분한 경우에는 더 이상 그 물건의 전전유통에 대해서 관여할 수 없다는 최초판매 이론 혹은 권리소멸원칙이 실정법 규정 여부를 불문하고 확립되어 있다.

그러나 최근에 들어 음반이나 컴퓨터 프로그램(이하 프로그램), 우리나라의 경우 서적에 대한 대여점이라는 신종 업종이 번성하여 소비자들은 저작물을 구입하기보다는 저렴한 대여 방식을 선호하게 되었고, 이러한 대여 산업은 복제 기술의 발달과 더불어 보호되는 저작물의 무분별한 사적 복제를 유발함으로써 결과적으로 저작권자가 저작물로부터 정당하게 보상받아야 할 이익을 심각하게 위협하게 되었다. 이러한 결과는 당장은 저작권자의 손해로 귀착되지만 장기적으로는 저작자의 창작 의욕을 감소시킴으로써 저작권법이 추구하는 공공의 이익인 문화발진에도 역행하는 것이다. 이에 각국은 저작권자의 이익을 회복하는 방법으로, 최초판매이론을 수정하여 일정한 저작물의 대여에 대해서는 배포권자에게 배타적 허락권 혹은 보상 청구권을 도입하거나, 공공도서관의 대출에 대해서 국가가 보상하거나 혹은 복제기기에 대해서 부과금을 부과하여 저작권자에게 분배하게 되었다.

우리나라는 위와 같은 사회적 필요성에 의해서가 아니라 주로 미국과의 통상협상의 결과로 그리고 저작권 보호를 위한 국제 협약의 이행을 위해서 1994년 음반과 프로그램에 한정하여 배타적 허락권으로서 대여권을 도입하였으며 공공대출권 및 복제 부과금 제도는 아직 인정하지 않고 있다. 대여권 제도는 도입 이전에 그 입법 방향에 대해서 많은 논의가 있었던 것과는 달리 시행된 이후 지금까지 아무런 혼란 없이 평화를 유지하여 왔다. 이는

우리 대여권 규정이 원활히 작동하여서가 아니라 반대로 전혀 현실에 적용되지 못하고 있기 때문이다. 즉, 대여권이 인정되는 음반과 프로그램의 경우 합법성 여부를 불문하고 대여가 거의 이루어지지 않고 있고, 대여가 성행하는 비디오나 도서 등의 경우 대여권 제도가 없음에도 독자적인 대여 관행을 확보하기 있기 때문이다.

이 글의 목적은, 첫째로 우리의 대여권 규정에 대한 해석론이다. 위와 같이 우리의 대여권 규정은 적용될 현실상 근거를 갖지 못하여 이에 대한 해석론은 지금까지 빈약할 수밖에 없었다. 둘째로는 우리의 대여권 규정에 대한 입법론적 재검토이다. 이에 앞서 저작권 제한 사유 중의 하나인 최초판매이론의 작용으로 인해 저작권자의 이익이 침해되고 이에 대한 반작용으로 저작권 관련 국제협약 및 각국의 입법에 대여권이 도입된 과정과 우리의 저작권 관련 산업 및 대여 현실을 살펴보는 것은 우리 규정의 정확한 해석론과 개정 방향을 찾는 것에 도움을 줄 것이다.

2. 研究의 範圍

이 글은, 제2장에서는 자유로운 대여와 대여 후의 사적 복제가 가능하도록 한 저작권 제한 사유와 대여업의 현황, 대여권제도와 마찬가지로 이로 인해 침해된 저작권자의 이익을 회복하기 위한 복제보상금제도 및 공공대출권제도의 시행례, 우리의 적용 가능성 등에 대해 본다.

제3장에서는 저작권을 보호하는 국제협약에서의 대여권 규정과 이를 이행하기 위한 혹은 각자의 실정을 반영한 주요 국가의 입법 및 최근의 개정 동향을 본다. 제4장에서는 대여권을 도입하게 된 원인이 된 최초판매이론의 구체적 적용 범위, 효과 등에 대해서 이 분야에 이론상, 실무상 논의가 활발한 미국의 경우를 중심으로 우리의 경우와 비교, 분석한다.

제5장은 우리 실정법상 음반대여권 및 프로그램 대여권 제도의 해석론 및 입법론적 관점에서의 검토이다. 제6장은 이상의 논의를 정리한 결론이다.

제2장 貸與權의 背景

1. 著作財產權의 制限

가. 序說

일반적으로 최초의 근대적 저작권법이라고 불리는 영국의 ‘앤여왕법 (Statute of Anne 1709)’¹⁾은 전문에서 “이 법의 목적은 서적 발행권을 저작자나 그로부터 허락을 받은 자에게 일정 기간 부여함으로써 교육을 진흥하기 위한 것이다.”라고 하고 있다. 이처럼 근대적 저작권제도의 존재 의의는 한편으로는 노력을 들인 저작자에 대해 정당하게 보상하는 것이고 다른 한편으로는 이러한 저작물을 공중이 널리 이용케 함으로써 우리 저작권법 목적 조항이 규정하듯 “문화의 향상발전에 이바지”하고자 하는 것이다.

결국 앤여왕법 이후 지금까지 3세기 동안 저작권제도의 발전의 과정은 일견 상충하는 것으로 보이는, 위의 2가지 이익의 균형점을 찾는 것이었고 이는 저작권의 영구무한정성이라는 극단에서 출발하여 일정한 제한을 가하는 방향으로 나타난다. 구체적 제도로는 저작권의 존속기한을 설정하고, 일정한 경우 이용허락이나 대가를 수반하지 않고도 저작물의 이용을 보장하는 것이다. 대가 없는 이용 보장의 경우 각국의 환경에 따라 다양한 입법례가

1) 앤여왕법 이전에도 유럽에 저작권 유사 제도가 존재하였다. 즉 16세기 유럽에 인쇄기가 발명되어 절대군주는 서적 유통을 규제하고 불법 복제를 금지하기 위해서 인쇄업자나 출판업자 드물게는 저작자에게 ‘출판 특권(privileges)’을 부여하였다. 이에 대한 최초의 것은 1501년 독일에서, 영국은 1518년 처음 부여되었으나 왕권의 쇠퇴와 더불어 특히 영국에서는 크롬웰의 혁명과 더불어 폐지되고 의회의 법령으로 대체되었다. 그 과도기 중 영국에서 1662년 ‘Licensing Act’가 제정, 시행되었는데 이 법률은 서적의 출판 허락이나 유통 등에 대한 관리를 오늘날의 집중관리단체와 유사한 ‘서적출판업조합(Stationer's company)’에 맡겼다. 이 조합은 저작권의 존속기간을 영구 무한정으로 주장하여 비난을 받은 가운데 이 법률이 1679년 폐지됨으로써 다시 불법복제가 성행하게 되었다. 이에 존 로크를 비롯하여 많은 사람들이 새로운 입법을 청원하여 앤여왕법이 제정되었다(Gillian Davies, 「Copyright and the Public Interest」, VCH, 1994, 7면 이하).

있다. 독일을 위시한 대륙법계 국가들 및 이의 영향을 받은 일본이나 우리나라는 ‘저작물의 자유 이용’ 혹은 ‘저작재산권의 제한’이라는 제목으로 상세한 규정을 두고 있고, 영미법계 국가에서는 판례법을 중심으로 ‘fair dealing’(영국) 혹은 ‘fair use’(미국)라는 개념이 발달하였다.

나. 最初販賣理論

‘최초판매이론(first sale doctrine)’이란 저작권자가 저작물을 담고 있는 매체를 양도한 이후에는 그 물건에 대한 배타적 배포권을 잃게 되어 양수인의 그 물건에 대한 판매 혹은 배포 행위를 금지할 수 없다는 것이다.²⁾

이러한 법리는 특허나 상표 등 다른 지식소유권 영역에도 특별히 규정을 두지 않고도 당연히 인정되나 저작권의 경우 법률에 규정을 두는 것이 일반적인 입법례이다. 저작권과 그 이외의 영역에서의 차이점은, 가령 특허권자나 상표권자의 경우 최초판매이론의 효과로서 권리 전체를 잃게 되나 저작권자는 배포권만 잃게 되며 그 이외의 저작재산권과 저작인격권을 잃지 않는다는 점이다. 권리자의 권리가 소멸된다는 점에서 ‘권리 소멸·소모·소진(exhaustion) 이론’이라고도 한다.³⁾

그 이론적 근거로는, 권리자가 지식소유권이 구현된 물건을 양도하면서 권리를 정당하게 행사함으로써 권리가 사용되었기 때문에 소멸되었다거나 권리자가 양도시에 적절한 보상을 받았기 때문에 계속하여 이익을 누리는 것은 부당하다는 점 등이 있으나 저작권의 경우 왜 배포권만 소멸하는지에

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

3) ‘최초판매이론(first sale doctrine)’은 주로 영미법에서 쓰는 용어로서, 이에 관한 최초의 판결인 ‘Bobbs-Merrill Co. v. Straus, 210 U.S. 339 (1908)’의 영향으로 1909년 미국 저작권법에 규정되었다(Melville B. Nimmer & David Nimmer, 「Nimmer on Copyright vol. 2」, Matthew Bender, 2001, 8-154면).

한편 대륙법이나 국제협약에서는 ‘권리의 소멸(exhaustion)’이란 용어를 쓰며(가령 UR/TRIPs 제6조 등) 1906년 6월 16일의 독일제국법원 판결(RGZ 51, 139, 140 - Guajakol = Karbonal 사건)이 유럽에서의 이에 관한 최초의 판결이다(박유선, “병행수입에 관한 연구 : 저작물을 중심으로”, 동국대학교 석사논문, 1997, 38면).

대해서 명쾌한 근거를 발견할 수 없다. 이론적 근거에 대한 논의가 실익을 가지는 것은, 가령 ‘진정상품의 병행수입’에 대해 수입국의 저작권자가 저작권 특히 배포권 침해를 이유로 수입을 금지할 수 있는지에 대해서 각국의 법률이 대개 명시적인 해답을 주고 있지 못하므로 권리와 수입업자 혹은 소비자들의 이익을 형량함에 있어 하나의 기준이 될 수 있다.

이처럼 최초판매이론은 저작권자에 대한 보상과 공중의 이용권을 조화시키기 위해서 저작권자를 일정 정도 제한하는 기능을 한다.

다. 私的 利用을 위한 複製

복제권은 저작권자가 저작물을 지배하는 대표적인 방법이나 대부분의 입법은 사적 이용을 위한 복제를 저작권자가 제한되는 사유 중의 하나로 인정하여 왔다. 왜냐하면 복제 기술이 발달하기 이전의 복제는 일정한 시설과 규모에 의한 영리 복제만 존재하였으므로 이에 대한 규제도 충분하였기 때문이다. 그러나 기술의 발달은 복제기를 보다 싼 값에 개인에게 보급할 수 있도록 하였고, 이러한 다수인에 의한 사적 복제는 소수의 영리 목적 복제 이상으로 저작권자에게 피해를 주는 것이었다. 더군다나 이러한 사적 복제는 최초판매이론에 의해 저작권자의 배포권이 미치지 않는 저작물을 대여한 이후의 결과로 나타나는 경우가 많아서 저작권자의 이익 회복 방법으로 원인행위인 대여 자체를 규제하거나 대여 후의 사적 복제로부터 보상을 받는 복제보상금제도가 도입되게 되었다.

2. 貸與産業과 貸與權

가. 音盤

각국에서 대여권 도입의 도화선이 된 것이 음반 대여이다. 음반의 경우 반복 이용이 전제되어 있기 때문에 이의 대여는 필연적으로 사적 복제를 유발하고 나아가 대여점에서 복제용 테이프도 같이 판매하는 것이 일반적이다. 따라서 대여 회수에 상응한 판매의 감소가 인정되고 그 심각성은 음반 제작 산업의 존립 기반을 위협하는 수준이며 그 결과 방식의 차이는 차치하고 대부분의 국가에서 음반대여권을 인정하고 있다.

가령, 일본의 경우 음반 제작 산업과 대여업체 사이에 소송 등을 통한 분쟁을 겪고 입법 운동을 거치며 1984년 음반대여권을 도입하였고 이후에도 대여업은 지속되고 있으며, 미국도 음반 대여가 음반산업을 위협할 지경에 이르자 음반대여권을 도입하였다. 하지만 우리나라가 1994년 음반대여권을 도입한 것은 사회적 필요성과는 무관하고 국제 환경의 변화(WTO 가입 등)와 미국과의 통상협상에 의한 것이다. 우리나라에서 음반 산업의 보호를 위한 우선적 과제는 불법 복제 음반에 대한 단속인 것으로 보인다.

나. 映像著作物

영상저작물은 다양한 유형이 있으나 대여권과의 관계에서 검토가 필요한 것은 세계적으로 보편화 된 비디오 테이프의 대여 산업이다.⁴⁾ 1992년말 기준 우리나라의 비디오 시장의 규모는 8,500억원 가량인데 이 중 대여시장의 규모는 6,000억원, 나머지가 판매시장으로서 대여시장이 70% 비중임에 반해서 미국, 일본의 경우는 대여시장이 60% 규모라고 한다.⁵⁾

영상저작물에 대해서 대여권을 인정하는 나라는 일본으로서 이는 이례

4) 최근에는 기존 대여점에서 새로운 매체인 DVD(digital video disk, CD와 같은 지름의 디스크에 텔레비전 방송 수준의 화질로 영화를 담을 수 있다. 1996년 가을부터 DVD 플레이어와 영화 소프트웨어가 발매되기 시작하였다, 두산세계대백과사전)도 같이 대여하고 있고 수록된 영화도 다양해지고 있다. 지금까지 나온 DVD 기기는 재생 전용이었으나 녹화가 가능한 기기가 개발되어 곧 표준이 정해질 것으로 보인다(조선일보 2002. 9. 15., "DVD 리코더 녹화방식 표준 논쟁").

5) 중앙일보 1993. 3. 31. "정부·업계 비디오 대여권 인정 논란".

적인 경우에 속한다. 일본 저작권법이 처음부터 ‘영화저작물’의 저작자에게 대여권이 포함된 ‘반포권’을 인정하고 이를 최초판매에 의해서도 소멸하지 않는 것으로 한 것은 비디오 대여업을 염두에 둔 것이 아니라 극장용 영화 필름을 전제로 한 것이었다.⁶⁾ 대부분의 국가들이 영상저작물에 대해서 대여권을 도입하지 않는 이유는, 비디오 산업이 대여 시장을 중심으로 편성되어 있어 제작업자와 대여점 혹은 체인 본부가 직거래를 하면서 대여될 것을 전제로 판매 가격을 책정하기 때문인 것으로 보인다.⁷⁾ 따라서 비디오에 대해서 대여권 제도를 도입하고 제작자가 대여료를 받는다고 하더라도 현재의 판매 방식에 의한 수익과 별 차이가 없을 것이다. 비디오 시장이 판매 시장 중심이 아닌 대여 시장 중심인 것은, 음반과는 달리 일반적으로 비디오 대여는 1회 감상을 위한 것이고 그런 뒤에는 계속 이용 의사가 없으므로 구매할 필요성이 없기 때문이다. 따라서 대여가 되더라도 사적 복제의 문제는 심각하지 않다.

하지만 영상, 음향 기기의 발전과 보급으로 개인적으로 영상저작물을 소장하려는 애호가들이 늘고 있고, 미국에서는 극장 영화 수입보다 대여업 수입이 많아지자 영화제작자들이 한때 대여권 도입을 주장하였으나 대여업소 자체에서 구입하는 양이 폭발적으로 증가함으로써 대여권 도입 열기는 식었다고 한다.⁸⁾

다. 컴퓨터 프로그램

프로그램은 반복 사용을 전제로 하고, 전문 분야에 쓰이는 경우 다른 저작물에 비해 가격이 고가이고 그 만큼 많은 개발 비용이 필요함에도 이에

6) 김문환, “일본 저작권법상의 대여권에 관한 고찰”, 기업법의 현대적 과제, 행술 이태로 교수 화갑기념, 1992, 조세통람사.

7) 개당 판매가는 조약하나마 도식화하면 [(대여 회수 × 대여료) - 대여점 이윤]이 될 것이다.

8) Melville B. Nimmer & David Nimmer, 앞의 책, 8-178.5면.

대한 복제는 별도의 복제기기 없이 PC에서 쉽게 가능하며, 또한 프로그램은 매체에 디지털화되어 저장되어 있어 복제품은 품질의 손상이 전혀 없이 원본과 동일한 기능을 하므로 대여에 따른 복제의 유혹이 크다고 할 수 있다.

따라서 프로그램의 대여에 의한 복제가 음반과 마찬가지로 현실적으로 문제가 되었던 대표적인 나라인 미국과 일본뿐 아니라 대부분의 국가에서 사회적 문제로의 발생 여부를 불문하고 프로그램 대여의 위와 같은 특수성을 감안하여 대여권을 인정하고 있다.

우리나라의 경우 음반과 마찬가지로 프로그램 불법 복제의 단속이 권리자 보호를 위한 우선적 과제라 할 것이다.

라. 圖書

우리나라는 18세기경부터 ‘貫冊’이라는 도서 대여업이 있었는데 19세기 말에 서양식 근대적 인쇄술과 서점문화가 도입되면서 사라졌으나⁹⁾ 일본에서는 ‘江戸時代’(1603년 - 1867년)부터 책 대여점이 있었고¹⁰⁾ 1984년 전면적으로 대여권을 도입하면서 서적, 잡지 등에 대해서는 유보한 것에 비추어 지금도 상당히 영업 중임을 알 수 있다. 우리나라에서 지금과 같은 소규모 점포에 의한 영리 목적 도서 대여업이 성행하게 된 것은 아마도 일본의 유사 업종에서 착안한 것이라 생각된다.

우리나라의 현황을 보면, 지금의 영리 목적 도서대여점¹¹⁾이 등장한 것

9) 이종현, “우리나라 도서대여점에 관한 연구 : 실태분석과 발전방향을 중심으로”, 동국대학교 정보대학원 신문방송학 석사논문, 1996, 13면.

10) 김문환, 앞의 논문.

11) 종래에도 소위 ‘만화방’이라는 명칭으로 도서 중 만화만을 전문적으로 대여하거나 혹은 업소에서 열람할 수 있도록 하는 업종이 있어 왔고 오랜 기간 대여로 인한 저작권자와의 대립 문제 없이 유지되어 왔다. 왜냐하면 일반인의 인식이 (물론 직접 구입하여 소장하기를 원하는 애독자를 제외하고) 만화책은 서점에서 구입하기 보다는 만화방에서 구입 비용보다 저렴한 대여료를 지급하고 이용하는 것이 당연하다는 인식이 확고히 자리 잡고 있었고 이에 따라 만화 저작자나 혹은 출판업자 스스로 만화대여점에 공급할 것을 예상하

은 1990년대로서 그 숫자는 1994년 말에 약 6천개이던 것이 1996년 초에 8천개에 이르렀으며, 1993년 말 기준으로 전국 도서대여점 보유 도서 1천2백만권 내지는 1천8백만권을 통해서 월 60억 내지는 120억원의 수익을 올림으로써 연간 최대 1조원으로 추정되는 우리나라 단행본 시장의 7.2 내지는 14.4%를 차지한다. 또한 일반인의 도서 이용 경로로서 도서대여점의 비중이 1994년 7.9%이던 것이 1995년 14.7%로 증가하였고, 한편 서점을 통한 이용 비중은 1994년에서 1995년을 지나며 51.5%에서 46.6%로 줄었고, 서점의 숫자는 2, 3년 전 7천여개이던 것이 1996년 5천여개로 줄었으며¹²⁾ 1994년을 기준으로 전국적으로 대여 건수를 4,680만권으로 잡고 이 중 20%인 930만권을 대여점이 없을 경우 구입하여 이용하였을 숫자로 가정하여 1993년 도서발간량 1억3,900만권의 7%의 판매 감소가 있었다고 추산된다.¹³⁾

나아가 다른 업종과 마찬가지로 체인 방식의 영업 기법이 적용되고 2000년을 전후로 인터넷의 이용이 보편화되면서 체인 업소를 묶은 후 온라인상에서 검색, 주문을 하면 이용자와 가까운 회원업소에서 배달해 주는 방식도 모색되고 있다.¹⁴⁾ 대여점에 공급되는 서적의 유통 경로는 체인점의 경우 체인 본부에서 일괄적으로 구입하여 공급하되 본부의 경우도 출판사와 직거래를 하는 것이 아니라 도매점 또는 소매점을 통해 충당하며 출판사 직거래시 비용 절감을 할 수 있음에도 성사가 안 되는 이유는 출판사와 대여업자의 이해가 상충하기 때문이다.¹⁵⁾

선진국의 경우 지역별 공공도서관이 잘 확충되어 있으므로 도서대여점

고 저작, 출판한 후 가격을 책정하여 일반 소매 서점을 거치지 않고 대여점에 공급하는 것이 주류였기 때문이다. 그런데 최근 들어서 만화 저작자를 중심으로 대여권을 인정받으려는 주장이 일고 있다(조선일보 2001. 7. 3. “만화 대여점 폐지하라.”).

12) 이종현, 앞의 논문, 25면 이하.

13) 중앙일보 1994. 6. 13. 15면 “도서 대여점 늘어 서점, 출판계 울상”.

14) 조선일보 2000. 5. 30. “인터넷 비디오-도서 대여점이 뜬다”.

15) 최태원, “책읽기의 새로운 풍속도 ‘도서대여업’”, 출판저널 143호, 1994(김기태, “도서의 대여권에 관한 고찰”, 출판연구 7, 1995, 240면에서 재인용).

의 존립 근거가 없을 것이나 우리나라는 그렇지 못한 것이 도서대여점이 번창할 수 있는 한 원인으로 보인다. 이러한 원인은 대여점이 지역도서관 역할을 함으로써 일반인의 문화 욕구를 채워주는 순기능으로 작용하는 반면에, 저작자나 서점을 포함한 출판업계가 전반적으로 대여점 매출이 느는 만큼 서적 판매량이 감소하였다고 인식하고 있을 뿐 아니라 실제로도 위와 같이 대여점의 증가 시기에 출판업의 매출이 감소하였고, 대여점에서 대여되는 서적의 유형이 한 조사¹⁶⁾에 의하면 베스트셀러(50.8%), 만화책(26.9%), 신문광고책(14.6%, 잡지류의 의미인 듯) 위주이며 도서대여점이 꼭 문화적으로 순기능을 한다고는 볼 수 없다.

3. 公共貸出權制度

가. 序說

공공대출은 공공도서관 등이 비영리 목적으로 이용자에게 대여하는 것이다. 대여를 넓게 정의하면 대출 개념도 포함하게 되고 대출은 대여의 주체 및 성격 측면에서 특수한 대여의 한 유형이고(우리와 일본의 저작권법), 대여를 좁게 정의하면 대여는 대여자에게 영리 목적이 있는 경우이고 영리 목적이 없는 경우는 대출이다(영국·독일 저작권법).

공공도서관으로부터의 이용은 실정법 규정과 관계 없이 자유로운 영역으로 인식되어 왔으나 대출을 통하여 1권의 저작물을 여러 사람이 이용함으로써 구매를 감소시키고 결국은 저작자에게 귀속될 이익을 침해한다는 점에서는 영리 목적 대여와 다르지 않다. 이러한 이유에서 저작권자에 대한 보상 수단으로서 공공대출권 제도는 점차 확대되어 가고 있다.

16) 이종현, 앞의 논문, 37면.

나. 立法例

아직 관련 국제협약은 없고, EC 「대여권, 대출권 및 지적소유권 분야 중 저작권 관련 권리 지침」¹⁷⁾은 회원국들에게 원칙적으로 허락권으로서 공공대출권 도입 의무를 부과되 일정한 경우¹⁸⁾ 예외를 인정한다.

공공대출권제도는 덴마크가 1946년 최초로 시행한 뒤 노르웨이, 스웨덴, 핀란드, 아이슬란드 등의 북유럽 국가들을 포함하여, 네덜란드, 독일, 영국 등 유럽 국가와 호주, 뉴질랜드, 캐나다 등이 시행하여 왔으나 위와 같은 EC 지침의 영향으로 회원국들은 최소한의 보상제도는 시행하고 있는 것으로 보인다(가령, 오스트리아, 이태리, 그리스 등의 저작권법에서 관련 규정이 확인된다). 각국 제도의 공통점은 저작자의 창작 의욕을 고취하기 위해서 보상을 한다는 명분과 그 보상 비용은 이용자가 아닌 국가가 부담한다는 것, 이의 시행을 위한 전담기관을 둔다는 것 이외에는 각자의 환경에 맞게 다양한 제도가 시행되고 있다.¹⁹⁾

공공대출권제도를 시행함에 있어 구체적으로 발생하는 문제점으로는, 대출권을 저작권의 일부로서 저작권법에 근거를 마련할 것인가, 아니면 별도의 특별 입법을 할 것인가, 그리고 권리의 성질을 배타적 허락권으로 할 것인가, 채권적 보상청구권으로 할 것인가 등이고 세부적으로는 분배 기준을 대출 횟수로 할 것인가 관내 이용도 포함할 것인가, 대상을 서적에 한정할 것인가, 음반, 프로그램 등의 새로운 매체도 포함할 것인가 등이다.

17) 제3장, 2, 사, (1), (나) 참조.

18) 제5조 (배타적 공공대출권의 개폐) ① 회원국은 공공대출에 관한 제1조의 배타적 권리를 규정하지 않을 수 있다. 단, 저작자가 그런 공공대출로 최소한의 보상금을 받는 경우에 한한다. 회원국은 이 보상금에 문화진흥 목적 기금을 포함시킬 수 있다. ② 회원국은 음반, 영화 및 프로그램에 관한 제1조의 배타적 대출권을 적용하지 않는 경우, 저작자를 위하여 최소한의 보상제도를 마련해야 한다. ③ 회원국은 어떤 시설에 대해서 제1항과 제2항의 보상금 지급을 면하게 할 수 있다. ...

19) 이순자, “공공대출권과 저작권”, 계간 저작권 겨울호, 1995, 21면.

다. 檢討

공공대출권을 도입함에 있어서는 종래에 자유사용 영역으로 인정되어 온 도서관으로부터의 이용에 허락권 내지 보상제도를 마련하는 것이 타당한가, 보상을 함에 있어서 구체적으로 어떤 기준으로 하는 것이 공정한가, 대출권제도를 대체하는 제도(도서관의 자료 구입 시기를 늦추는 방법, 도서관 구매시 가격차등제도 등)의 선택가능성은 어떠한가 등에 대한 논의가 있어야 할 것으로 보인다.²⁰⁾

우리 저작권법을 비롯하여 각국의 저작권법이 ‘도서관에서의 복제’를 저작재산권이 제한되는 사유로 규정하고 있다. ‘도서관의 대여’에 대해서는 이러한 제한 사유로 특별히 규정하지 않으나 전통적으로는 최초판매이론에 의해서 자유로운 행위라고 할 것이며 입법으로 배타적 대여권을 도입하더라도 적용 대상을 영리 목적 행위로 한정함으로써 공공도서관의 대여 행위는 배제하는 것이 일반적이다.

우리나라가 이를 도입함에 있어 저작권자에게 배타적 금지권으로서의 공공대출권을 부여하는 것은 저작권제도의 2가지 목적 중의 하나인 일반인의 자유로운 이용권 보장의 대표적인 방법을 제한하는 것이어서 허용될 수 없고 실제로 이런 입법례도 보이지 않는다. 따라서 현재 일부 입법례처럼 국가에 대한 보상청구권을 고려해 볼 수 있는데, 우리나라와 같이 공공도서관의 지역별 분포 및 장서구입 예산이 절대적으로 열악한 상황에서는²¹⁾ 이의 확충에 우선적으로 투자를 하고 여유가 있으면 장기적으로 도입을 검토할 수 있을 것이다.

20) 이순자, 앞의 논문, 28면.

21) 1994년 기준 우리나라 공공도서관 숫자는 317개이고 이들에 배정한 정부 예산 총액은 1,043억원으로서 도서관 한 곳당 평균 3억3천만원을 배정받은 것이 되나 대부분 경비에 사용되고 도서구입비로는 11.6%인 121억원이 쓰인 반면에 영국, 일본의 경우 중앙도서관 한 곳에 각각 1,001억원과 812억원이 지원되었다고 한다(한상문, “대여권에 관한 연구”, 연세대학교 특허법무대학원 석사논문, 1996, 54면).

4. 複製補償金制度와의 關係

가. 序說

복제보상금제도 혹은 부과금제도(levy system)란 사적 복제의 수단이 되는 복사기, 녹음·녹화기, 공테이프 등의 제조자에게 개당 일정 금액을 부과하여 징수된 금액을 저작권자에게 분배함으로써 저작물의 사적 복제로 인한 저작권자의 손실을 회복하는 방법이다. 사적이용을 위한 복제는 대부분의 입법이 자유 영역으로 인정하여 왔으나 복제기기의 발달로 복제에 의한 이용이 판매를 대체하는 정도가 심하여 저작권자의 이익을 회복하기 위한 조치가 필요하게 되었다. 특히 사적 복제는 대여에 의한 이용의 결과로 나타나는 경우가 많으므로 사적 복제에 대한 보상금제도는 대여권 제도와 상호 보완적인 위치에 있다.

나. 立法例

이에 관한 국제협약은 없고 각국에서 저마다의 필요성에 의해 다양한 제도를 시행하고 있다. 이들 제도의 공통점은, 사적 복제를 행함으로써 지급책임이 있는 자(개별 이용자)와 실제로 지급의무를 부담하는 자(복제기기 생산자)가 분리되어 있고(보상금을 기기 판매가격에 포함된 것으로 생각하면 지급책임과 의무가 분리된 것으로 볼 수만은 없을 것이다), 기기의 생산 혹은 판매시에 1번만 지급함으로써 이후 이루어지는 모든 복제행위에 대한 보상이 되었다고 처리하는 것이다.²²⁾ 부과금 제도는 독일이 1965년에 최초로 시행하여(현행 제54조 이하) 유럽의 주요 국가들이 시행 중이다.²³⁾

22) 프로그램심의조정위원회(편), “저작물의 사적복제 보상금제도”, 2001.

미국 저작권법은 사적 이용을 위한 복제를 공정이용의 사유로 규정하지 않으므로 권리자들은 소송으로 저작권 침해를 주장하였지만 벽에 부딪히게 되었다 대표적인 것이 'Betamax 판결'이라고 불리는 'Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984)' 사건이다. 여기서 영화제작자들은 VTR 제조업자들이 대규모의 위법한 사적 복제에 기여하였다고 주장하였지만 법원은 VTR의 녹화기능은 'time-shifting'을 위한 것으로서 공정이용에 해당한다고 판결하였다. 이에 음반 관련 권리자들은, 음반에 대한 디지털 녹음은 동일한 품질의 복제품을 무한정 만들 수 있기 때문에 음반의 판매를 감소시킬 것이므로 'Betamax 판결'을 음반산업에 적용할 수는 없다고 주장하였다.²⁴⁾ 그 결과 결실을 보게 된 것이 '1992 Audio Home Recording Act'(미국 저작권법 제10장 '디지털 오디오 녹음장치와 매체'에 편입)이다. 이 법률은 디지털 녹음기기가 음반산업에 가하는 위협에 대처하기 위한 것으로서 디지털 녹음기기와 녹음용 매체에 부과금을 부과하며 복제는 원래의 음반으로부터의 복제만 허용하는 것으로 한다.

일본의 경우 1992. 12. 16. 저작권법 개정을 통해서 디지털 녹음·녹화 기기 및 기록 매체에 대한 보상금 제도를 도입하였다(제30조 제2항). 일부 국가에서는 세법에 근거를 두기도 하며(프랑스, 스웨덴, 노르웨이 등), 복사 기기 뿐 아니라 기록매체에 대해서도 인정하는 것이 일반적이다.

23) EC 「정보 사회에서의 저작권 및 관련 권리의 조정 지침」서문 제38항은 “회원국들은 ... 사적 이용을 위한 복제를 위하여 복제권에 대한 예외들 또는 제한들을 둘 수 있도록 허용되어야 한다. 다만, 사적 복제를 위한 예외들 또는 제한들은 공정한 보상을 수반하여야 한다. 이것은 권리자들의 손실을 보상하기 위한 보상금 제도의 도입 또는 지속을 포함할 수 있다. 보상금 제도의 차이가 역내 시장의 기능에 영향을 미칠 수 있지만, 아날로그 형태의 사적 복제와 관련하여 그러한 차이는 정보 사회의 발달에 중대한 영향을 미쳐서는 안 된다. 디지털 형태의 사적 복제는 더욱 확산되어 보다 큰 경제적인 영향을 미칠 것으로 보인다. 따라서 디지털 형태의 사적 복제와 아날로그 형태의 사적 복제간의 차이가 마땅히 고려되어야 하고, 일정 부분에 대해서는 양자의 구분이 이루어져야 한다.”고 규정하고 있으므로 EC 회원국에게 복제보상금제도의 도입은 의무로 보인다.

24) Jane C. Ginsburg, “Copyright And Control Over New Technologies Of Dissemination”, Columbia Law Review, November, 2001

다. 檢討

복제기기는 보호되는 저작물의 복제에만 이용되는 것이 아닐 뿐 아니라 제조업자가 이에 대한 인식이 있다고 하기도 어려우므로 부과금제도를 엄격한 책임이론에 의해서 설명하기는 어렵고 이는 정책적인 문제라 할 것이다. 우리의 경우 지금까지는 복제기기 제조업에 미치는 악영향을 고려하여 늦추어 왔으나 우리 저작권법에 대한 2000. 1. 12. 개정 시에 도입 논의²⁵⁾가 있었으며, 우리나라에서도 머지 않아 이 제도의 시행이 예상된다.

25) 이번 개정을 위한 국회 상임위 1999. 11. 23. 회의에서 국회 수석전문위원(천호선)은 다음과 같이 검토 보고를 하였다. “사적복제보상금제도 도입 문제와 관련하여 금번 개정안에는 반영되지 않았으나 사적복제보상금제도의 하나로서 세계 각국에서 도입, 운영하고 있는 사적복제기기·매체에 대한 보상금 부과제도의 도입을 위한 진지한 검토와 논의가 필요합니다. ... 당시 문화관광부에서는 사적복제기기 중 현재 94% 이상을 차지하고 있는 아날로그 복제기기는 제외하고 디지털 녹음·녹화 기기 또는 매체에 대하여 사적복제보상금을 부과하는 제도를 도입·추진했으나 전자산업계에 미칠 부정적 영향을 우려한 관련 부처의 반대로 정부 개정안에 반영되지 않았습니다. 저작권법 개정시마다 거론되어 온 사적복제보상금제도 도입 문제는 그 동안 상공업 우선정책 때문에 희생되어 왔다고 볼 수 있으며, 이제 21세기 문화의 시대를 맞아 하드웨어 중심 구조에서 소프트웨어 중심의 산업 구조로 재편되는 현 시점에서 사적복제보상금제도의 도입문제를 심각히 고려할 필요가 있다고 생각합니다.”(저작권심의조정위원회(편), 저작권법 제·개정 관련 국회회의록 2, 2000, 180면).

제3장 貸與權에 관한 國際協約 및 立法例²⁶⁾

1. 序說

오늘과 같이 국가간 교류가 활발한 시대에 있어서 외국인 저작물을 보호해 주지 않는 것은 반대로 자국의 저작물이 세계 시장에서 보호받지 못하는 결과를 가져오므로 저작권제도의 존재 의의에 비추어 외국인 저작물의 보호는 당연한 결론이라 할 것이다. 나아가 그 방법에 있어서 보호질서의 조화와 통일을 추구하기 위해서 다양한 다자간 협약의 성립을 보았다.

이러한 국제협약은 종래에는 WIPO(World Intellectual Property Organization, 세계지적소유권기구)의 주관으로 성립, 운영되어 왔으나 지적소유권 보호와 무역 문제를 연계한 UR/TRIPs의 발효로 지적소유권 보호를 위한 국제규범은 새로운 전기를 마련하였다.

한편 이러한 전세계적인 국제 규범과는 별도로 이해관계를 같이하는 일부 지역 혹은 국가들은 각종 무역 장벽을 낮춤으로써 무역상 이익을 도모하는 경제블록화를 추구하였는데 이에 관한 기초 협정에서 상호간에 지적소유권에 관한 공통된 기준을 마련하고 있다.

2. 國際協約

가. 베른 協約

베른협약의 정식 명칭은 ‘문학적 및 미술적 저작물의 보호에 관한 베른 협약(The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic

26) 외국법, 조약의 우리말 번역은 주로 저작권심의조정위원회 웹사이트 (<http://www.copyright.or.kr>) ‘법령/조약’란을 참조하여 필요한 경우 수정을 하였다.

Works)'으로서 1886년 체결되어 1887년 발효된 저작권에 관한 최초의 다자간 협약이다. 그 동안 2회의 추가와 5회의 개정을 거쳤고 2002. 4. 15. 기준 가입국은 149개이며²⁷⁾ 우리나라는 1996. 6. 21. WIPO에 가입 신청하여 1996. 9. 21. 효력이 발생하였다.

베른협약에는 대여권 관련 규정이 없지만 UR/TRIPs에서 세계저작권협약보다 전반적인 보호수준이 높은 베른협약을 준용하도록 하고 있어²⁸⁾ 저작권의 국제적 보호를 위한 기본적 기준이라 할 것이다.

베른협약을 각국이 수용하면서 가장 논란이 된 것은 소급보호원칙²⁹⁾으로서 우리 저작권법에서의 외국인 저작물의 소급 보호와 관련된 문제는 뒤에서 다시 본다.

나. 世界著作權協約

베른협약은 개정을 거듭하면서 보호의 수준이 높아져 개발도상국들이 가입을 꺼리게 되었고 이에 제2차 세계대전 이후 UNESCO³⁰⁾ 주관으로 새로운 협약의 초안이 마련되어 1952년 제네바에서 열린 외교회의에서 체결되어 1955년 발효하게 된 것이 세계저작권협약(Universal Copyright Convention, UCC)이다.

세계저작권협약은 보호의 수준을 베른협약보다 낮게 그리고 추상적으로

27) WIPO 웹사이트 베른협약 가입국현황(<http://www.wipo.int/treaties/ip/berne>).

28) UR/TRIPs 제9조 (베른협약과의 관계) ① 회원국은 베른협약(1971년)의 제1조에서 제21조까지 및 그 부속서를 준수한다. ...

29) 제18조 ① 이 협약은 효력 발생 당시에 본국에서 보호기간 만료에 의하여 이미 저작권이 소멸된 상태 (자유이용 상태)에 놓이지 아니한 모든 저작물에 적용된다. ② 다만, 보호가 주장되는 국가에서 어느 저작물이 종래 주어진 보호기간의 만료에 의하여 저작권이 소멸된 상태에 놓인 경우에, 그 저작물은 다시 보호되지 아니한다. ③ 이 원칙의 적용은 그러한 효과를 가지는 기존의 또는 장래 체결될 동맹국들 사이의 특별 협약에 담긴 규정들을 따를 것을 조건으로 한다. 그러한 규정들이 없는 경우에, 각 국가는 자국에 대하여 이 원칙이 적용될 조건을 결정한다. ④ 위 규정들은 또한 동맹에 새로 가입하는 경우 및 제7조의 적용에 의하여 또는, 유보의 포기에 의하여 보호가 확대되는 경우에도 적용된다.

30) <http://www.unesco.org>

규정함으로써 많은 나라의 가입을 유도하였다. 따라서 당연히 대여권 관련 규정이 없다.

베른협약과의 관계에서 세계저작권협약 제17조에 관한 부속선언³¹⁾에서 베른협약과 세계저작권협약에 동시에 가입하고 있는 나라들 사이에서는 베른협약 회원국 저작물에 관한 한 세계저작권협약의 적용을 배제함으로써 현재 남아 있는 세계저작권협약의 의미는 세계저작권협약에는 가입하였으나 베른협약에는 가입하지 아니한 8개국 사이의 또는 이들 국가와의 저작권 관계에 국한된다.³²⁾ 1998년 10월 기준 96개국이 가입하였으며 우리나라는 1987. 7. 1. 가입 신청하여 1987. 10. 1. 효력이 발생하였다.

베른협약과의 내용상 주요한 차이점 중 하나는 저작물 소급 보호를 인정하지 않는다는 것이다.

다. 로마 協約

로마협약의 정식 명칭은 ‘실연자, 음반제작자 및 방송사업자의 보호를 위한 국제협약(Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations)’으로서 저작권 인접권을 보호하기 위한 대표적인 조약이다. 이는 1961년 로마에서 열린 인접권조약 외교회의에서 체결되어 1964. 5. 18. 발효되었고, 2002. 7. 15. 현재 가입국은 69개국이며³³⁾ 우리나라는 아직 가입하지 않고 있다.

로마협약에는 대여권에 관하여 명시적 규정을 두고 있지는 않으나 간접적으로 대여권을 추출할 수 있는 규정을 두고 있다.³⁴⁾

31) 제17조에 관한 부속선언 다. 세계저작권협약은 베른협약에 따라 어떤 베른협약 회원국을 본국으로 하는 저작물의 보호에 관련되는 한 베른협약 회원국 사이의 관계에 있어서는 적용되지 아니한다.

32) 김대순, 국제경제법론, 삼영사, 1998, 170면(오승중·이해완, 「저작권법」, 박영사, 2001, 547면에서 재인용).

33) <http://www.wipo.int/treaties/ip/rome>

34) 제10조 “음반제작자는 그의 음반을 직접, 또는 간접으로 복제하는 것을 허락하거나 금

라. 제네바 協約

일명 음반협약인 이 협약의 정식 명칭은 ‘음반의 무단복제로부터 음반 제작자를 보호하기 위한 제네바 협약(Geneva Convention for the Protection of Producers of Phonograms Against Unauthorized Duplication of Their Phonograms)’으로서, 복제기술의 발달로 무단 복제가 성행하자 이를 규제하기 위해 1971. 10. 29. 제네바에서 UNESCO와 WIPO가 공동 주최한 국제회의에서 채택되어 1973. 4. 18. 발효되었다. 2002. 7. 12. 기준 가입국은 68개국이고³⁵⁾ 우리나라는 1987. 7. 10. 가입하였다. 음반제작자를 보호하기 위하여 이미 로마협약이 발효되었으나 가입국이 적어 음반의 무단 복제를 막는데 별로 도움이 되지 않으므로 응급처방으로 마련된 것이다.³⁶⁾

음반협약은 대여권 규정을 두고 있지는 않고, 주된 목적은 음반의 무단 복제 및 후속 행위로부터 음반제작자를 보호하기 위한 것이다.³⁷⁾

마. UR/TRIPs

(1) 出帆 經緯

지할 권리를 향유한다.”

제12조 “상업적인 목적으로 발행된 음반 또는 음반의 복제물이 방송 또는 공중에서의 전달에 직접적으로 사용되는 경우에, 단일의 공정한 보수가 사용자에 의하여 실연자나 음반제작자 또는 이들 양자에게 지급되어야 한다. 당사자 사이에 약정이 없는 경우에는 국내법으로 이 보수의 배분 조건을 정할 수 있다.”

35) <http://www.wipo.int/treaties/ip/geneva>

36) 정진섭·황희철, 「국제지적재산권법」, 육법사, 1995, 137면.

37) 제2조 “각 회원국은 음반제작자의 동의가 없이 행하여지는 복제물의 작성, 그러한 복제물의 수입 그리고 그러한 복제물의 공중에 대한 배포로부터 다른 회원국 국민인 음반제작자를 보호한다. 다만 이러한 복제물의 작성 또는 수입의 경우에는, 공중에 대한 배포를 목적으로 하는 경우에 한한다.”

국제무역질서의 새로운 관리자로서 기존의 GATT 체제를 대신할 WTO(The World Trade Organization, 세계무역기구)를 출범시키는 ‘WTO 설립협정(혹은 우루과이 라운드 협정)’은 1995. 1. 1. 발효하였고 TRIPs(Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 무역 관련 지적소유권 협정)는 위 설립협정의 부속 협정 중의 하나이다.

세계저작권협약을 제외한 대부분의 지적소유권 관련 협정은 WIPO가 주관하여 왔으나 지적소유권이 무역 문제와 연관되고 이에 대한 선진국과 기타 국가의 이해의 대립을 WIPO가 능동적으로 대처하지 못함으로써 1986년 GATT 우루과이 라운드에서 이에 대해 본격적으로 다루어 졌다. 결국 대부분의 ‘남북 대립’ 문제가 선진국 주장을 수용하는 방향으로 타결된 TRIPs를 포함한 우루과이 라운드 협정은 2002. 1. 1. 현재 회원국이 144개국으로서 우리나라는 출범시부터 회원국이다.

(2) 關聯 規定

(가) 貸與權 一般

UR/TRIPs는 회원국에 대해 프로그램과 영상저작물에 대해서 대여권을 인정할 것을 요구하나 후자의 경우 예외를 인정하고 있다.³⁸⁾ 이에 따라 앞에서 본 바와 같이 영상저작물의 경우 대개 1회의 이용이 일반적이므로 사적 복제가 성행하지 않는다는 전제 하에 우리나라나 미국 등 대부분의 국가가 대여권을 인정하지 않는다.

그러나 대여권 제도의 취지는 대여 후의 사적 복제에 의해 저작권자의

38) 제11조 (대여권) “적어도 프로그램과 영상저작물에 관하여, 회원국은 저작자나 권리승계인에게 그들이 저작권 보호 저작물의 원본 또는 복제물의 공중에 대한 상업적 대여를 허락 또는 금지할 수 있는 권리를 부여한다. 회원국은 영상저작물에 관하여서는 그러한 대여가 자기나라 저작자와 권리승계인에게 부여된 배타적인 복제권을 실질적으로 침해하는 저작물의 광범위한 복제를 초래하지 아니하는 경우, 이러한 의무에서 면제된다. 프로그램과 관련하여 이러한 의무는 프로그램 자체가 대여의 본질적인 대상이 아닌 경우에는 적용되지 아니한다.”

복제권이 침해되기 때문이 아니라 대여에 의한 이용으로써 판매를 대체하여 저작자의 판매 수익을 감소시키기 때문이므로 사적 복제가 행해지지 않더라도 대여가 판매 대체의 효과를 가지는 영상저작물(가정용 비디오)의 경우에는 대여권이 필요하다.

또한 대여 후 사적 복제가 행해진다고 보아 대부분의 입법이 대여권을 인정하는 음반을 대상에서 제외한 것은 이해할 수 없다.

(2) 著作隣接權者의 保護

UR/TRIPs는 저작인접권자 보호와 관련하여 로마협약의 유효성을 보장할 뿐³⁹⁾ 실제적 규정은 수용하지 않고 별도 규율하고 있는데 특히 로마협약과는 달리 음반제작자에게 대여권을 인정하고 있다.⁴⁰⁾

바. WIPO 著作權 條約 및 實演·音盤 條約

1996년 WIPO 주도 하에 채택된 두 조약은 PC와 인터넷이 보편화되기 전에 마련된 국제적 보호의 틀을 개선하기 위한 것으로, 디지털환경에서 저작권자 혹은 저작인접권자의 권리를 한층 강화하기 위한 것이다. WIPO 저작권 조약(WIPO Copyright Treaty, WCT) 및 실연·음반 조약(WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT)은 각각 저작권에 관한

39) 제2조 (지적재산권 협약) ② 이 협정의 ... 어느 규정도 파리협약, 베른협약, 로마협약, ... 에 따라 회원국 상호간에 존재하는 의무를 면제하지 아니한다.

40) 제14조 (실연자, 음반제작자 및 방송기관의 보호) ① 실연을 음반에 고정하는 것과 관련하여, 실연자는 자신의 고정되지 아니한 실연의 고정과 그러한 고정물 복제행위가 자신의 허락 없이 될 경우 금지할 수 있다. 또한 실연자는 자신의 생실연을 무선 수단에 의한 방송과 공중에게 전달하는 행위가 자신의 허락 없이 실시될 경우 금지할 수 있다. ② 음반제작자는 자신의 음반의 직접 또는 간접 복제를 허락 또는 금지할 권리를 가진다. ④ 프로그램에 관한 제11조의 규정은 음반제작자 및 회원국의 법에 정하여진 음반상의 기타 권리자에게 준용된다. 1994년 4월 15일 회원국이 음반의 대여와 관련하여 권리자에 대한 공평한 보상제도를 가지고 있는 경우, 음반의 상업적 대여가 권리자의 복제에 대한 배타적인 권리를 실질적으로 침해하지 아니하는 경우, 그 회원국은 이러한 제도를 유지할 수 있다.

기본 조약인 베른협약과 저작권접권 보호의 기본 조약인 로마협약을 개선, 대체할 목적으로 만들어 졌다. 두 조약은 회원국이 30개국이어야 효력이 발생되기로 되어 있었는데 이에 따라 WIPO 저작권 조약은 2002. 3. 6.부터, WIPO 실연·음반 조약은 2002. 5. 20.부터 시행되었고 두 조약 모두 2002. 7. 25. 현재 회원국은 37개국이다. 우리나라는 둘 다 가입을 않고 있다.⁴¹⁾

(1) WIPO 著作權 條約

우선 베른협약과의 관계에 대해서, 베른협약은 동맹국에게 베른협약에 반하지 않거나 보호수준이 보다 높은 조약을 체결할 권한을 유보하는데(제 20조) 이 조약은 위와 같은 베른협약의 특별 조약임을 선언하고 있다.⁴²⁾

저작자에게 일반적인 배포권을 인정하되 최초판매에 의한 권리소멸의 범위는 회원국에 일임하고 있으며⁴³⁾, 대여권의 인정 대상 및 유예 방법은 대체로 UR/TRIPs와 동일하다.⁴⁴⁾

41) WIPO Pressroom(<http://www.wipo.int/pressroom/en>), Intellectual Property Protection Treaties(<http://www.wipo.int/treaties>).

42) 제1조 (베른협약과의 관계) ① 이 조약은 베른협약 회원국에 대하여 동 협약 제20조의 미상의 특별 협정이다. ② 이 조약상의 어떠한 규정도 베른협약에 의하여 회원국 상호간에 부담하는 기존의 의무를 저해하지 아니한다. ③ [생략] ④ 회원국은 베른협약의 제1조 내지 제21조 및 부속서를 준수하여야 한다.

43) 제6조 (배포권) ① 문학·예술 저작물의 저작자는, 판매 또는 기타 소유권의 이전을 통하여 저작물의 원본이나 복제물을 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 것을 허락할 배타적인 권리를 향유한다. ② 이 조약의 어떠한 규정도 계약 당사자가 저작물의 원본이나 복제물이 저작자의 허락하에 최초 판매되거나, 또는 기타 소유권이 이전된 후에 제1항의 권리의 소멸이 적용될 조건을 결정할 자유에 영향을 미치지 아니한다.

44) 제7조 (대여권) ① (i) 프로그램, (ii) 영상저작물 및 (iii) 회원국 국내법에서 정한 음반 등에 수록된 저작물의 저작자는 저작물의 원본이나 복제물을 공중에 상업적으로 대여하는 것을 허락할 배타적인 권리를 가진다. ② 제1항은 다음에는 적용되지 않는다. (i) 프로그램 자체가 대여의 본질적 대상이 아닌 경우에 그 프로그램 (ii) 영상저작물의 상업적 대여가 배타적인 복제권을 실질적으로 침해하는, 저작물의 광범위한 복제를 초래하지 않는 경우에 그 영상저작물 ③ 제1항의 규정에도 불구하고, 1994년 4월 15일 당시에 음반에 수록된 저작물의 대여에 대하여 저작자에게 공정한 보상 제도를 가지고 있었고 그 이후로도 이를 유지하고 있는 회원국은, 음반에 수록된 저작물의 상업적 대여가 저작자의 배타적인 복제권을 실질적으로 침해하지 아니하는 한 그 제도를 유지할 수 있다.

(2) WIPO 實演·音盤 條約

우선 로마협약과의 관계에 대해 로마협약의 유효성을 인정하고 있으나⁴⁵⁾ 이 조약이 보호대상으로 하는 실연자와 음반제작자에 대해서는 실질적으로 로마협약을 대체하고 있다.

실연자, 음반제작자 모두에 대해 배포권을 인정하고, 최초판매이론에 의한 배포권의 제한 여부는 회원국의 재량으로 하며, 음반에 대한 배타적 대여권을 인정하되 일정한 경우 채권적 보상청구권으로 대행할 수 있도록 하고 있다.⁴⁶⁾

사. 地域 協約

(1) EC 指針

(가) 「컴퓨터 프로그램의 法的 保護 指針」

정식 명칭은 「Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs」으로서, 이 지침은 프로그램을 베른협약에 따라 문학저작물로 보되, 회원국에서 보호 여부 및 보호 방법에 차이가 있음을 고려하여 통일적 기준을 마련하는 것을 목적으로 하는

45) 제1조 (다른 협약과의 관계) ① 이 조약의 어떠한 규정도 1961년 10월 26일 로마에서 체결된 실연자, 음반제작자 및 방송사업자의 보호를 위한 국제협약(이하 '로마협약'이라 한다)에 의하여 회원국 상호간에 부담하는 기존의 의무를 저해하지 않는다.

46) 실연자에 대한 규정을 본다. 제8조 (배포권) ① 실연자는 판매 또는 기타 소유권의 이전을 통하여 음반에 고정된 실연의 원본이나 복제물을 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 것을 허락할 배타적인 권리를 가진다. ② 이 조약의 어떠한 규정도 회원국이 고정된 실연의 원본이나 복제물이 실연자의 허락하에 최초 판매되거나 또는 기타 소유권이 이전된 후에 제1항의 권리의 소멸이 적용될 조건을 결정할 자유에 영향을 미치지 아니한다.

제9조 (대여권) ① 실연자는 음반에 고정된 실연의 원본이나 복제물이 자신에 의하여 또는 자신의 허락에 의하여 배포된 후에도, 회원국의 국내법에서 정한 바대로 이를 공중에 상업적으로 대여하는 것을 허락할 배타적인 권리를 가진다. ② 제1항의 규정에도 불구하고, 1994년 4월 15일 당시에 음반에 고정된 자신의 실연의 복제물의 대여에 대하여 실연자에게 공정한 보상제도를 가지고 있었고, 그 이후로도 (계속) 이를 유지하고 있는 회원국은 음반에 고정된 실연의 상업적 대여가 실연자의 배타적인 복제권을 실질적으로 침해하지 아니하는 한 그 제도를 유지할 수 있다.

데, 프로그램에 대해서 배타적 대여권을 인정하고 있다.⁴⁷⁾

(나) 「貸與權, 貸出權 및 知的所有權 분야 중 著作權 관련 權利 指針」

정식 명칭은 「Council Directive 92/100/EEC of 19 November 1992 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property」이다. 1988년 6월 EC집행위원회는 저작권 보장에 관한 포괄적 제안서(Green Paper)를 발간하였는데 그 중 제4장⁴⁸⁾이 배포권과 대여권에 관한 것이다. 이 제안서에 기초하여 EC집행위원회는 1990년 12월 5일 대여권, 공공대출권 및 저작인접권에 관한 지침 초안을 채택하였고 다시 이를 기초로 1992. 11. 19. 이 지침이 채택되었다.⁴⁹⁾

이 지침은 우선 대여와 공공대출을 구별하면서 이들 권리는 최초판매에 의해서 소멸하지 않는다고 하고⁵⁰⁾, 대여·대출권의 대상 및 권리자로서 일반 저작자, 공연 고정물에 관해서는 실연자, 음반에 관해서는 음반제작자, 영화에 관해서는 최초로 고정한 제작자를 열거하고 건축물 및 응용미술저작물을 대상에서 제외한다.⁵¹⁾

47) 제4조 (행위의 제한) 제5조 및 제6조에 따라, 제2조상의 저작권자의 배타적 권리는 다음 각호를 행하거나 허락할 권리를 포함한다.

(c) 원프로그램이나 그 복제물을 공중에 대여 및 배포하는 형태. 저작권자에 의해서 또는 그의 동의로 프로그램의 복제물이 공동체 내에서 최초판매된 경우, 공동체 내에서 그 복제물의 배포권은 소멸된다. 다만, 프로그램 혹은 그 복제물의 대여를 규제할 권리는 소멸되지 않는다.

48) 자세한 내용은 이호흥, “유럽공동체위원회 저작권 관련 보고서 : 배포권과 대여권(상, 중, 하)”, 계간 저작권 7(1989), 8(1989), 9(1990).

49) 한상문, 앞의 논문, 37면.

50) 제1조 (조정의 목적) ① 회원국은 ... 대여 및 대출을 허락하거나 금지할 권리를 ... 규정해야 한다. ② 이 지침에서 ‘대여’란 일정 기간 직·간접의 영리를 목적으로 공중의 이용에 제공하는 것을 말한다. ③ 이 지침에서 ‘대출’이란 일정 기간 직·간접의 영리를 목적으로 하지 않고 공중의 이용에 제공하는 것으로서, 공공 시설을 통하여 이루어지는 경우를 말한다. ④ 제1항의 권리는 제2조 제1항에 열거된 저작권 보호를 받는 저작물과 기타 대상물의 원본 및 복제물의 판매나 기타 배포행위에 의하여 소멸되지 않는다.

51) 제2조 (대여 및 대출권자와 대상물) ① 대여 및 대출을 허락하거나 금지할 배타적 권리

공공대출권에 대해서는 보상제도를 마련하는 경우 배타적 금지권으로 하지 않을 수 있으며(제5조), 배포권의 경우 공동체 내에서 최초판매된 경우에 공동체 내에서는 소멸되도록 하였다.⁵²⁾

(다) 「情報 社會에서의 著作權 및 關聯 權利의 調整 指針」

정식 명칭은 「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」 으로서, 이 지침은 제정 배경에 대해 서문에서 61개 항에 걸쳐 장황하게 서술하고 있는데, 서문과 내용을 요약하면 기왕의 제도가 예상하지 못했던 새로운 정보화 사회에 대처하는 방향은 기존의 보호수준을 높임으로써 저작자로 하여금 창작 의욕을 고양하는 것이 결국은 일반 공중을 이롭게 하는 것이라는 인식 하에 구체적으로는 WIPO 저작권 조약, 실연·음반 조약 등에 호응하여 기존의 지침상의 권리를 재확인하고 일부 보완 규정을 두고 있으나 특별히 새로운 보호 수단을 창설하고 있지는 않다.

(2) NAFTA

유럽 공동체의 역내 단일시장 완성이 임박하자 이에 자극받아 미국이 중심이 되어 캐나다, 멕시코 3국간 지역 자유무역협정인 북미자유무역협정(North American Free Trade Agreement, NAFTA)이 1994년 발효되었

는 다음의 자에게 속한다.

- 저작물의 원본 및 복제물에 관해서는 저작자

- 공연의 고정물에 관해서는 실연자

- 음반에 관해서는 음반제작자

- 영화의 원본 및 복제물에 관여하여 영화를 최초로 고정한 제작자. 이 지침에서 '영화'란, 음을 수반하거나 수반하지 않는 영상저작물이나 시청각저작물 혹은 영상물을 말한다.

③ 이 지침은 건축물 및 응용미술저작물에 대해서는 대여 및 대출권을 인정하지 않는다.

52) 제9조 (배포권) ② 제1항의 대상물에 대한 배포권은 공동체 내에서 소멸되지 않는다. 단, 저작권자 및 그의 동의를 얻은 자가 공동체 내에서 그 대상물을 최초판매한 경우에는 그러하지 아니하다.

다. NAFTA는 총 8부 22장으로로서 그 중 제17장이 지적소유권 관련 규정이다.⁵³⁾

구체적 내용을 보면, 베른협약이 보호대상으로 하는 것을 기본적으로 보호하되 프로그램은 베른협약상 어문저작물로서 보호하고 이에 대한 상업적 대여에 대한 허락권을 부여하며(제1705조), 음반제작자에 대해서 음반에 고정된 저작물의 저작자와 계약으로 달리 정한 경우를 제외하고는 최초판매로도 소멸되지 않는 음반에 대한 대여권을 부여한다(제1706조). 미국 저작권법이 일반적인 저작인접권 개념을 인정하지 않아서 실연자에 대해서는 음반 대여권을 인정하지 않고 있는 점이 NAFTA에도 반영되었다.

3. 立法例

가. 美國

(1) 貸與權의 도입 배경

저작물 매체의 소유자는 최초판매이론(제109조 (a))에 의해 다시 판매할 수 있을 뿐 아니라 대여 등의 방법으로도 처분할 수 있고 실제로 미국에서 1983년경에 음반가계의 대여 행위는 음반산업의 존립을 위협할 정도였다. 즉 며칠 동안 1 내지 2 달러 가량의 대여료를 받고 음반을 대여하면서 동시에 공테이프를 판매하였으므로 대여받은 자는 대부분이 복제를 위해서 대여받은 것이고 그 결과 당연히 음반 판매 감소를 가져왔다. 이에 의회는 음반 산업을 보호하기 위해 'Record Rental Amendment 1984'를, 프로그램에 대해서도 음반과 같은 상황을 겪고 나서 'Computer Software⁵⁴⁾ Rental Amendments Act 1990'을 제정하였고⁵⁵⁾ 이에 따라 저작권법이 개

53) 全文은 <http://www.mac.doc.gov/nafta/naftatoc.htm>.

54) 제목에도 불구하고 저작권법 규정에는 '소프트웨어'란 용어는 전혀 등장하지 않고 '프로그램'을 대상으로 하고 있다. 양자의 차이는 제5장 3. 나. (2) 참조.

정되었다.

(2) 貸與權 關聯 規定의 檢討

우선 대여권 인정 대상으로 대여할 경우 필연적으로 사적 복제를 유발하는 음반과 프로그램에 한정하고 있다. 또한 금지 대상은 상업적 영리 목적 대여인데 이와는 별도로 공공도서관 등의 비영리 대출 행위에 대한 상세한 면책규정을 두고 있다.⁵⁶⁾ 다음으로 대여권자와 관련하여, 음반의 경우 저작인접권자인 실연자나 음반제작자를 대여권자로 명시하는 것이 일반적이거나 미국 저작권법은 저작인접권 개념이 따로 없으므로 음반을 저작권 테두리 내에서 보호하고 있다. 따라서 음반 대여권자로 미국 저작권법이 규정하는 ‘녹음물의 저작권자’란 음악저작물의 창작자, 실연자, 음반제작자 중 누구를 뜻하는 것인지 이론상 문제되나 음반 저작권자를 음반제작자로 보는 규정에 의해 입법 해결하였다.⁵⁷⁾ 이러한 배경에는 음반이 제작되기까지 나머지 관여자들은 적절한 보상을 받았다고 볼 수 있기 때문이다.

55) Melville B. Nimmer & David Nimmer, 앞의 책, 8-178.4면 이하.

56) 제109조 (배타적 권리에 대한 제한 : 특정 매체나 음반의 이전에 대한 효력) (b) (1) (A) (a)항의 규정에도 불구하고, 녹음물의 저작권자 또는 프로그램(테이프, 디스크, 또는 기타 이러한 프로그램을 수록한 매체를 포함)의 저작권자, 그리고 녹음물의 경우에는 그것에 수록된 음악저작물의 저작권자로부터 권한을 부여받지 않은 한, 특정 음반의 소유자 또는 프로그램(테이프, 디스크, 또는 기타 이와 같은 프로그램을 수록한 매체를 포함)의 특정 복제물을 소유한 자는 직·간접의 영리를 목적으로 소유하고 있는 음반이나 프로그램(테이프, 디스크, 또는 기타 이러한 프로그램을 수록한 매체를 포함)을 대여, 리스나 대출, 또는 대여, 리스나 대출의 성질을 가진 기타 행위나 관행에 의하여 처분하거나 처분을 허락할 수 없다. 앞 문장의 어느 것도 비영리 도서관이나 비영리 교육기관이 비영리 목적으로 음반을 대여, 리스 또는 대출하는 것에 대하여는 적용하지 아니한다. 비영리 교육기관이 다른 비영리 교육기관이나 교수, 직원 및 학생에게 합법적으로 제작된 프로그램의 소유권을 이전하는 것은, 본 항에 규정된 직접 또는 간접적인 상업적 목적을 위한 대여, 리스, 또는 대출에 해당하지 아니한다.

(2) (A) 비영리 도서관이 대출한 프로그램의 각 복제물에 저작권청장이 규정으로 정하는 바에 따라 그 프로그램의 포장물에 저작권에 관한 경고문을 부착한 경우에, 비영리 도서관이 비영리 목적으로 행하는 프로그램의 대여에 대하여는 본 항의 규정을 적용하지 아니한다.

57) 제104조의 A (회복저작물에 대한 저작권) (h) 정의 : 이 조와 제109조 (a)항의 적용상, (7) 저작권자란 다음을 말한다. (A) 녹음물과 관련하여서는 허락을 얻어 녹음물을 최초로 고정한 자 ….

프로그램의 경우 일상 생활에 넓게 사용되고 있는데 그 중 프로그램이 기계의 작동을 위해서 설치된 자동차, 게임기, 가전 제품 등에 대해서 프로그램 대여권이 개입하는 것은 바람직하지 않으므로 이에 대해서는 대여권의 행사가 제한된다.⁵⁸⁾

대부분의 입법에서 대여권을 배타적 금지권으로 하는 경우 무단 대여는 형사적으로 범죄가 되나 미국 저작권법은 민사상 구제만 허용할 뿐 형사적으로는 면책됨을 규정하고 있다(제109조 (b) (4)).

(3) DMCA의 發效

미국은 1998년 10월 28일 새로운 기술 환경에 대응하기 위해 기존의 저작권법을 개정하는 ‘Digital Millennium Copyright Act(DMCA)’를 시행하였다. DMCA는 크게 다음 4가지 내용, 즉 첫째 WIPO 저작권조약과 실연·음반조약을 이행하기 위한 규정, 둘째 온라인 저작권침해에 대한 온라인 서비스 제공자의 책임 제한에 관한 규정, 셋째 컴퓨터의 유지, 보수에 관한 면책, 원격교육에 대한 저작권의 제한, 도서관과 기록보존소 등의 면책 등에 관한 규정, 넷째 독창적인 선체디자인의 보호 규정 등을 담고 있다.⁵⁹⁾ 특히 온라인 서비스 제공자의 책임 제한에 관한 규정(저작권법 제512조로 편입)은 기존에 특허법에서 빌어 온 기여책임이론으로 책임 여부를 판단하던 것을 대신하여 상세한 규정을 둬으로써 좋은 입법례가 될 것이다.

나. 日本

58) 제109조 (b) (1) (B) 이 항은 다음의 경우에는 적용하지 않는다. (i) 어떤 기계나 제작물에 수록되어 그러한 기계나 제작물을 통상 작동하거나 이용하는 동안에 복제될 수 없는 구체화된 프로그램, 또는 (ii) 비디오 게임용으로 계획되었으나, 다른 용도로도 계획될 수 있는 제한된 용도의 컴퓨터에 수록되었거나, 이러한 컴퓨터에 사용되는 프로그램.

59) 프로그램심의조정위원회(편), “각국의 컴퓨터프로그램저작권 관련 법규(조약·협약) 번역 및 해설”, 2002, 186면.

(1) 改正 経緯

(가) 종래의 規定

일본 저작권법은 대여권이 문제되기 이전부터 영화저작물에 대해서는 최초판매이론에 의한 제한을 받지 않는 상영권과 ‘頒布權’을 인정하였다. 이는 원래 극장 상영용 영화 필름을 염두에 둔 것으로서 영화 필름은 소량만 대여하여도 실제로는 음반이나 서적을 몇 백권 배포하는 것과 같은 결과가 나오기 때문에 위와 같은 특별한 권리를 인정받은 것이다.⁶⁰⁾ 그런데 시대 상황이 변하여 영화저작물의 매체로 애초에 입법자가 예상했던 극장용 영화 필름뿐 아니라 개인 상영용 비디오 테이프, DVD 등 다양한 유형이 출시되었고 문언해석상 이들도 위 규정 적용 대상이라고 볼 수 밖에 없다.

한편 대부분의 국가에서는 모든 저작물에 대해 저작권재산권의 한 내용으로 배타적 배포권을 인정하고 있으나 일본 저작권법은 영화저작물에 대해서만 ‘반포권’을 인정한 것이 특이하고 저작권자의 권리 보호에 미흡한 것이 아닌가 하는 의문이 들 수 있다. 그러나 배포는 대개 복제를 전제로 하므로 불법 복제에 의한 배포의 경우 복제권으로써, 불법 복제가 문제되지 않는 경우 점유 취득 과정에 불법이 있을 것이므로 소유권으로써 대처하여도 저작권자의 권리 보호에 특별히 부족할 것이 없다고 볼 수 있다.

(나) 1984년 暫定措置法の 施行⁶¹⁾

일본에서는 1980년경에 최초로 음반에 대한 상업적 대여가 시작되어 대여점 숫자가 1980년말까지 30개이던 것이 1981년말 1천개, 1982년말 1,600개, 1983년말 1,800개, 1984년말 1,900개로 급증하였고, 아래에서처럼 1984년에 대여권을 도입하고 나서도 계속 증가하여 1985년말 2,400개,

60) 김문환, 앞의 논문.

61) 이에 대한 자세한 논의는 문화부, 「저작권법상의 대여권에 관한 연구」, 1991, 67면 이하.

1987년 6월에는 3천개, 1989년에는 6천개를 넘었다고 한다.

이러한 대여점의 성황은 당연히 음반 판매 감소를 유발하여 음반제작회사나 실연자들은 소송으로 대처하였는데 최초의 것은 1981년 10월에 주요 음반제작회사 13개사가 주로 음반대여업자를 상대로 ‘음반사용금지청구’를 구한 것이고(1984년 5월 법원의 직권화해로 종결, 이를 소위 ‘제1차 소송’이라 한다) 이어 1982년 7월에 작사가, 작곡가의 권리를 신탁관리하고 있는 사단법인 일본 음악저작권협회(JASRAC)가 대규모의 음반대여점을 상대로 ‘음반사용금지청구’를 구한 것이다(법정화해로 종결). 두 소송에서 원고들은 공통적으로 대여업자의 대여에 따른 개인의 복제가 위법하다고 주장한 반면에 피고들은 이러한 복제가 일본 저작권법을 비롯한 대부분의 입법이 인정하는 ‘사적 사용을 위한 복제’로서 정당하다고 주장하였다.

대규모 영리 음반 대여와 이에 필연적으로 수반되는 복제로부터 저작권자를 보호할 필요성은 있으나 당시의 규정으로는 해석상 무리라는 인식 하에 위의 소송과는 별도로 법률 개정 운동이 전개되어 성과를 보게 된 것이 1984년 6월부터 시행된 ‘상업용 음반의 공중에의 대여에 관한 저작자 등의 권리에 관한 잠정조치법’이다. 주된 내용은 ① 상업용 음반을 공중에 유상으로 대여하는 행위에 대해서 작사가, 작곡가, 실연자, 음반제작자의 복제권을 보호하기 위해 이들 권리자의 허락권을 인정하며, ② 시판 음반을 유상으로 대여하려는 자는, 판매시로부터 1년간은 권리자의 허락을 받아야 하고, ③ 권리자의 허락을 얻지 않고 유상 대여한 경우에는, 복제권의 침해행위로서 저작권법상의 벌칙규정을 적용한다는 것 등이다.

(다) 1984년 貸與權 신설

위 잠정조치법은 제목이 말하는 바와 같이 임시 방편이었기 때문에 1984년 일본 문화청의 주도로 저작권법을 대여권을 신설하는 내용으로 개정하여 1985. 1. 1.부터 시행하였고 이로써 위 잠정조치법은 폐지되었다.

주요 내용을 보면 영화저작물을 제외하고 원칙적으로 모든 저작물에 대해 배타적 대여권을 인정하며, 저작인접권자인 실연자 및 음반제작자에 대해서도 상업용 음반에 대한 권리를 인정하지만, 서적 및 잡지에 대해서는 유보 조항⁶²⁾을 두고 있다.

한편 일본은 당시 제네바 협약에만 가입하고 있었을 로마협약에는 가입하지 않고 있었는데 1989년 로마협약에 가입한 것을 계기로 1991년에는 판매용 음반의 대여에 관계된 외국실연자 및 음반제작자를 보호하기 위한 개정이 있었다.

(라) 讓渡權과 最初販賣理論 規定 신설

일본 저작권법은 최근 2000. 5. 8. 개정까지 이후 몇 차례 개정되었다. 그 중 가장 주목할 만한 것은, 1999. 6. 23. 개정을 통해서 영화저작물을 제외한 모든 저작물에 대해 상영권(제22조의2), 배포권과 유사한 양도권 및 양도권에 대한 예외로서 최초판매이론에 관한 규정을 신설하였다는 점이다.⁶³⁾

따라서 현재의 일본 저작권법은 영화저작물에 대해서 규정상으로는 최초 판매이론 규정에 의해서 제한을 받지 않는, 대여권을 포함한 배포권을 인정하고, 영화저작물 이외의 모든 저작물에 대해서는 양도권과 대여권을 인정하고 '양도권'에 대한 예외로서 최초판매이론 규정을 둬으로써 영화저작물과 그 이외의 저작물에 대한 취급이 사실상 같게 되었다. 그러면 영화저작물의

62) 부칙 제4조의2 (서적 등의 대여에 대한 경과조치) 신법 제26조의 2의 규정은 서적 또는 잡지(주로 약보에 의하여 구성되는 것은 제외한다)의 대여에 의한 경우에는 당분간 적용하지 아니한다.

63) 제26조의2 (양도권) ① 저작자는 그의 저작물을 그 원작품 또는 복제물의 양도에 의하여 공중에게 제공할 권리를 전유한다. ② 전항의 규정은 저작물의 원작품 또는 복제물로서 다음 각 호의 1에 해당하는 것의 양도에 의한 경우에는 이를 적용하지 아니한다. 1. 전항에서 규정한 권리를 전유하는 자 또는 그의 허락을 얻은 자에 의하여 공중에게 양도된 저작물의 원작품 또는 복제물 2. [생략] 3. 전항에서 규정하는 권리를 가지는 자 또는 그의 승낙을 얻은 자에 의하여 특정 소수인에게 양도된 저작물의 원작품 또는 복제물 4. 이 법률의 시행지 외에서 전항에 규정하는 권리에 상당하는 권리의 침해 없이 또는 동항에서 규정하는 권리에 상당하는 권리를 가지는 자 또는 그의 승낙을 얻은 자에 의하여 양도된 저작물의 원작품 또는 복제물

반포권은 최초판매로도 제한받지 않는 것인가? 한편 반포권은 양도권과 어떻게 다른가? 이에 대해서 최근 판례(最高裁 平成14年4月25日 平13(受)952号)는 영화저작물의 반포권이 소멸하는지에 대하여는 아무런 정함이 없으므로 이는 해석의 문제인데, 영화저작물에 관한 반포권에는 양도권이 포함되고 양도권에 대해 권리소멸원칙을 규정한 것은 확인적 규정이므로 영화저작물의 반포권 중 양도권에도 권리소멸원칙이 부정되는 것은 아니라고 하였다(이 사례는 적법하게 판매된, 가정용 텔레비전 게임기용 소프트웨어 중고품을 구입자로부터 다시 매입하여 판매하는 소매점의 행위에 관한 것이다).

(2) 檢討

대여 현실과 관련하여 프로그램에 대해서는 업계가 피해를 우려하여 대여를 인정하지 않고 있고 음반 대여의 경우 외국 음반에 대해 대여권이 인정되고 외국 음반의 권리자가 최초 판매로부터 1년 이내 음반 대여를 허락하지 않음으로써 업계가 타격을 받기는 하였으나 음반 대여업이 성행하는 유일한 선진국으로 보인다.⁶⁴⁾

다음으로 대여권 규정의 특성을 보면, 첫째로 대여권 인정 대상 측면에서, 종래에도 영화저작물에 대해 반포권을 두고 있었으나 음반 대여 산업을 계기로 서적 및 잡지를 제외한 모든 저작물에 대해 대여권을 도입하였다. 따라서 대부분의 입법에서 별도로 규정하는 프로그램도 당연히 포함되는 것인데 일본 저작권법은 이를 명백히 하기 위해 1985년 개정으로 저작물 예시 조항에 ‘프로그램 저작물’을 추가하였다. 둘째로 대여권의 성질에 있어서, 저작권자에게는 배타적 금지권으로서 대여권을, 실연자⁶⁵⁾ 및 음반제작

64) 문화부, 앞의 논문, 88면 이하.

65) 제95조의3 (대여권 등) ① 실연자는 그의 실연을 그것이 녹음되어 있는 상업용 음반의 대여에 의하여 공중에게 제공할 권리를 전유한다. ② 전항의 규정은 최초로 판매된 날로부터 기산하여 1개월 이상 12개월을 초과하지 아니하는 범위 내에서 정령으로 정하는 기간을 경과한 상업용 음반(복제되어 있는 음반의 전부가 당해 상업용 음반과 동일한 것을

자에게는 상업용 음반이 최초로 판매된 날로부터 1년까지는 배타적 금지권을, 그 이후에는 채권적 보상청구권만을 인정한 것이 특징이다.

다. 英國

(1) 經緯

영국은 종래에 1956년 저작권법을 유지하고 있었으나 그 동안의 기술 발달과 특히 1967년(스톡홀름), 1971년(파리) 개정된 베른협약을 반영하지 못하였으므로 저작권법 개정에 관한 논의를 모아 1977년 'The Whitford Committee's Report'가 발간되었고 이는 개정 논의를 가속화시켜 정부는 별도의 관점에서 1986년 'White Paper'를 발간하였다. 그 결과 새로이 제정된 것이 'Copyright, Designs and Patents Act 1988'로서 이는 저작권 뿐 아니라 산업디자인, 특허, 상표를 같이 다룬다는 외형적 특성 뿐 아니라 1956년법과 비교할 경우 더욱 치밀하고 체계적이면서도 평이하게 접근하고 있는 것으로 평가된다.⁶⁶⁾

대여권을 도입하면서 복제보상금제도에 관한 논의가 있었으나 결국은 대여권으로 귀결되었고, 권리의 성격에 있어서 음반의 경우 일본과 같이 일정한 기간까지는 배타적 허락권 그 이후에는 보상청구권으로 하는 방향이 검토되었으나 결국 저작권자들의 반발로 허락권으로 입법되었다.⁶⁷⁾

(2) 檢討

우선 대여권의 대상은 녹음물, 영화, 프로그램이다.⁶⁸⁾ 녹음물이나 영화

포함한다. 이하 '기간 경과 상업용 음반'이라 한다)의 대여에 의한 경우에는 이를 적용하지 아니한다. ③ 상업용 음반을 공중에게 대여하는 것을 영업으로 하는 자(이하 '대여음반업자'라 한다)는 기간 경과 상업용 음반의 대여에 의하여 실연을 공중에게 제공한 경우에 당해 실연(저작인접권의 존속기간 내의 것에 한한다)에 관계되는 실연자에게 상당한 액의 보수를 지급하여야 한다.

66) Gillian Davies, 앞의 책, 30면 이하.

67) 자세한 논의는 문화부, 앞의 논문, 50면 이하.

의 경우 누구를 배포권자로 할 것인지에 대해서 미국 저작권법과 마찬가지로 제작자를 저작자로 본다는 규정을 두고 있다.⁶⁹⁾ 따라서 실연자는 대여권자에서 제외된다. 그리고 대여 허락 강제제도를 두고 있는 것이 특징이다.⁷⁰⁾

라. 獨逸

(1) 1965년 改正 著作權法

그 이전의 독일 저작권법은 대여에 대해서 저작권이 미치지 아니함을 규정하였으나 1965년 개정 저작권법은 다른 나라와 달리 일찍이 대여권을 도입하였으나 권리의 성격이 채권적 보상청구권이라는 점이 특별하다.⁷¹⁾

(2) 1972년 改正 著作權法

1972년 개정 저작권법 역시 대여권의 성격이 채권적 보상청구권인 점은 마찬가지로이나 공공대출권을 저작권법에 수용하여 저작자에게 보상청구권을 인정하고 있는 점이 특색이다.⁷²⁾

68) 제18조 (복제물의 공중에의 배포에 의한 침해) ① 저작물의 복제물을 공중에 배포(issue)하는 것은 모든 보호저작물에 대한 저작권에 의하여 제한되는 행위이다. ② 이 편에서 저작물의 복제물을 공중에 배포하는 것이라 함은 종전에 유통되지 않은 복제물을 영국이나 기타 지역에서 유통시키는 행위를 말하며 배포된 복제물을 (a) 다시 배포(distribution), 판매, 임대하거나 (b) 영국으로 수입하는 행위를 말하는 것은 아니다. 다만, 녹음물, 영화(films) 또는 프로그램과 관련하여, 복제물의 공중에의 대여는 공중에의 배포가 제한되는 행위에 포함된다.

69) 제9조 (저작물의 저작자) ② 다음의 사람은 저작자로 본다. (a) 녹음물이나 영화의 경우에는, 녹음물이나 영화의 제작을 위하여 필요한 수단을 강구하는 사람.

70) 제66조 (녹음물, 영화 및 프로그램의 대여) ① 국무장관은 명령에 의하여, 명령에 명시된 경우에는 녹음물, 영화 및 프로그램 복제물의 공중에 대한 대여가, 합의되거나 또는 합의가 되지 않은 때에는 저작권심판소에 의하여 결정된 합리적 사용료 기타 보수의 지급만을 조건으로 하여, 저작권자에 의하여 허락된 것으로서 처리한다.

71) 제27조 ① 제17조 제2항에 따라 재배포가 인정되는 저작물의 복제물이 대여된 때에는 그 대여가 영리 목적인 경우 대여자는 저작자에게 상당한 보상금을 지급하여야 한다. ② 제1항의 규정은 대여 목적으로만 발행된 저작물에는 적용하지 않는다.

72) 제27조 ① 저작물의 복제물이 제17조 제2항[최초판매이론규정]에 의해서 그것의 재배포가 허용되는 것의 임대 또는 사용대차에 대해서는 그 임대 또는 사용대차가 영리 목적

(3) 1995년 改正 著作權法

1995년 개정을 통한 독일 저작권법상 대여권의 특색은 첫째, 이전의 채권적 보상청구권 성격을 탈피하고 다른 대부분의 입법례와 마찬가지로 배타적 허락권 방식을 취하였다는 것이다. 즉 최초판매에 의해서도 배포권 중 대여권은 소멸되지 않음을 명시하고⁷³⁾ 특히 저작자가 허락권으로서 대여권을 제작자에게 부여하였더라도 채권적 보상청구권으로서 대여권은 포기될 수 없다고 한 점은 독일만이 가지는 특이한 제도이다.⁷⁴⁾ 또한 프로그램에 대한 권리자(제69조 c), 실연예술가(제75조), 음반제작자(제85조)의 배타적 대여권 규정을 별도로 두고 있다.

둘째로 개정 전과 마찬가지로 공공대출권을 저작권법상 채권적 보상청구권으로 하고 있다.⁷⁵⁾ 그리고 허락권으로서 대여권의 대상은 독일 저작권법에 특유한, “건축저작물이나 응용미술저작물, 고용 혹은 도급관계의 의무를 이행하는데 이용될 목적만으로 제작된 것”을 제외하고 모든 저작물이다.

인 경우 또는 복제물이 공중에게 제공된 시설(도서관, 음반수집소, 기타 복제물의 수집소)에 의하여 대여 또는 대출된 때에는 저작자에 대하여 상당한 보상을 하여야 한다. 보상청구권은 관리단체를 통해서만 행사할 수 있다. ② 제1항은 저작물이 오로지 임대 또는 사용대차의 목적을 위하여 발행되었거나 또는 복제물이 고용 혹은 도급관계의 의무를 이행하는데 이용될 목적만으로 대출되는 때에는 적용하지 아니한다.

73) 제17조 (배포권) ① 배포권이란, 저작물의 원본 혹은 복제본을 공중에게 제공하거나 거래토록 하는 권리이다. ② 저작물의 원본 혹은 복제본이 배포를 위한 권한자의 동의를 얻어 유럽동맹의 지역이나 유럽경제지역에 관한 여타 회원국 지역에서 판매의 방법으로 거래하도록 되었다면 당해 저작물들의 재배포는 허용되나, 대여는 예외이다. ③ 이 법에서 대여란 일정 기간, 직·간접의 영리 목적으로 사용권을 주는 것이다. 건축저작물이나 응용미술저작물의 원본이나 복제본 및 고용 혹은 도급관계의 의무를 이행하는데 이용될 목적만의 원본 혹은 복제본을 사용하게 하는 것은 대여가 아니다.

74) 제27조 (대여 및 대출을 위한 보상) ① 저작자가 녹음물 혹은 녹화물의 대여권(제17조)을 음반제작자 혹은 영상제작자에게 부여하였다면, 대여받는 자는 저작자에게 대여에 대한 적절한 보상을 하여야 한다. 위 보상청구권은 포기될 수 없다. 위 보상청구권은 사전에 관리단체에만 양도될 수 있다.

75) 제27조 ② 제17조 제2항에 따라 재배포가 허용되는, 저작물의 원본 혹은 복제본의 대출에 대하여 저작자에게 적절한 보상이 지급되어야 하는 것은 당해 원본이나 복제본이 공중이 접근할 수 있는 시설(대본서 혹은 녹음물 또는 녹화물이나 여타 원본이나 복제본의 수집소)을 통하여 대출되는 경우이다. 제1문에 따른 대출은 일정 기간 직·간접의 영리 목적 없이 사용권을 부여하는 것이다. 이 경우 제17조 제3항 제2문을 준용한다. ③ 제1, 2항에 따른 보상청구권은 관리단체를 통해서만 주장될 수 있다.

제4장 最初販賣理論

1. 序說

대부분의 입법에서 배포권의 제한 사유로 최초판매이론을 규정하고 다시 이에 대한 예외 사유로, 최초판매에 의해서 제한되지 않는 배포권의 한 내용으로서 대여권을 규정하고 있으므로 ‘예외로서 대여권’을 보기 이전에 ‘원칙으로서 최초판매이론’을 보기로 한다. 대여권을 논함에 있어 최초판매이론을 먼저 살피는 것은 대여권 규정의 구조가 「원칙(배포권) - 예외(최초판매이론) - 재예외(대여권)」 방식을 취하고 있기 때문만은 아니다. 대여권을 배포권의 내용으로서가 아니라 별개의 대등한, 저작재산권의 지분권으로 규정하는 입법 방식을 취하는 국가에서도 대여권을 도입하게 된 계기는 대여 개념이 배포 개념에 포함되지 않기 때문이 아니라 배포권이 최초판매이론에 의해서 소멸되기 때문에 소멸되지 않는 대여권을 별도로 규정할 필요가 있었던 것이다.

최초판매이론이 적용되지 않는 경우 배포권이 제한되지 않으므로 저작권자는 대여권을 포함한 배포권 전체를 주장할 수 있다.

2. 對象：原作品 또는 複製物

최초판매이론에 관한 우리 저작권법 규정은 다음과 같다.

제43조 (저작물의 거래제공 및 음반의 대여허락) ①저작물의 원작품이나 그 복제물이 배포권자의 허락을 받아 판매의 방법으로 거래에 제공된 경우에는 이를 계속하여 배포할 수 있다.

우리 저작권법은 ‘최초판매’의 대상을 "저작물의 원작품이나 그 복제물"이라고 하고 있다.⁷⁶⁾ 원작품과 복제물을 구분하여 둘 다를 대상으로 하는지 혹은 일부를 대상으로 하는지에 대해서 논할 실익이 있는가? 이에 대해 과거 독일의 1995년 개정 전 저작권법상 최초판매이론은 원본이 아닌 복제본만 대상으로 한다고 한다.⁷⁷⁾

어문저작품이나 음악저작물 등과 같이 저작물을 담고 있는 매체 자체가 아니라 매체가 내포하는 내용이 저작물의 본질인 경우 동일한 내용을 담고 있는 이상 원본과 복제본의 구별은 무의미하다고 본다. 한편 저작물을 표현하는 매체가 고유한 의미를 가지는 미술저작물 등의 경우 저작자가 원시 창작한 원작품과 그 이후의 복제품은 본질적인 차이가 있는 것이다.

우리 저작권법을 비롯한 대부분의 입법은 위의 두 경우를 구분하지 않고 모두 원작품과 복제물을 최초판매를 충족시키기 위한 배포 대상에 포함하고 있다.

3. 最初販賣

가. 規定

우리 저작권법은 ‘최초판매’를 “배포권자의 허락을 받아 판매의 방법으로 거래에 제공된 경우”라고 규정하고 있다. 이에 대해 입법례를 본다.

76) 미국 저작권법은 최초판매이론의 적용 대상을 “a particular copy or phonorecord”(제 109조 (a))라고 하고 “copy”의 정의에 대해 “음반 이외의 유체물로서 음반 이외의 것으로서 저작물이 최초로 고정된 것을 포함한다.”(제101조)라고 하고 있다. 미국 저작권법에서 “copy”란 용어는 위 정의 규정에서 알 수 있듯이 ‘원본(originals)’에 반대되는 ‘복제물’의 개념이 아니라 ‘음반’ 이외의 모든 매체를 뜻하는 것으로서 저작물이 최초로 고정된 ‘원본’을 포함하는 개념이다. 따라서 이를 ‘원본’과 대치되는 ‘복제물’로 해석하는 것은 - 가령, 저작권심의조정위원회(편), 「미국 저작권법」, 2000, 46면 - 잘못된 것이다. 물론 “copy”를 원본에 반대되는 복제물의 개념으로 쓰는 경우도 있다(가령, WIPO 저작권 조약(제7조)에서 “the originals or copies”).

77) 문화부, 앞의 논문, 61면 ; 한상문, 앞의 논문, 44면.

- “배포권자의 동의를 얻어 … 판매의 방법으로 거래하도록 되었다면”(독일저작권법 제17조 제2항)
- “권리를 전유하는 자 또는 그의 허락을 얻은 자에 의하여 공중에게 양도된”(일본 저작권법 제26조의2 제2항 제1호)
- “저작자의 허락하에 최초 판매되거나, 또는 기타 소유권이 이전된 후에”(WIPO 저작권조약, 실연·음반 조약 각각 제6조 (2), 제7조(2))
- “저작권자에 의해서 또는 그의 동의로 최초판매된 경우”(EC 「컴퓨터 프로그램의 법적보호 지침」 제4조 (c))
- “배포권 중전에 유통되지 않은 복제물을 … 유통시키는 행위를 말하며”(영국 저작권법 제18조 제2항)
- “이 법에 의해 합법적으로 제작된 매체 혹은 음반의 소유자 또는 그로부터 권한을 부여받은 자”(미국 저작권법 제109조 (a))

미국을 제외한 대부분의 입법은 요건으로서의 ‘최초판매’를 문언상으로는, 판매에 의한 배포로 한정하는 방식과(우리나라, 독일 등), 모든 양도 혹은 처분의 경우를 포괄하는 방식으로(일본, WIPO 두 조약) 나눌 수 있으나 판매만을 요건으로 규정한 법제에서도 그 이외의 소유권 이전 방법을 배제할 아무런 이유가 없다. 즉 판매는 ‘최초판매’의 대표적인 방법으로 예시된 것일 뿐 권리자의 의사에 의한 소유권 이전이라는 의미에서(상속 등 법률에 의한 포괄승계를 제외한다는 의미에서) 양도라고 규정하는 것이 가장 정확한 표현이 될 것이다.

한편 미국 저작권법의 규정은 다른 입법례와 매우 다른데 저작권자의 처분 행위에 의하였는지와 상관 없이 제3자가 매체에 대한 소유권을 취득한 경우 저작권자의 배포권이 제한되는 것으로 하고 있다. 이러한 규정의 태도는 저작권의 귀속과 저작물을 담고 있는 매체에 대한 소유권의 귀속은 별개임을 선언하는 규정⁷⁸⁾과 함께 놓고 보면 이해하기 쉬우나 왜 미국 저

작권법이 이런 방식을 취하게 되었는지에 대해서는 명백한 입법 이유를 찾을 수가 없다.⁷⁹⁾

최초판매이론을 인정하는 취지는 동일하다. 그럼에도 불구하고 각국은 이와 같이 ‘최초판매’의 요건에 대해서 규정상 차이를 보이고 있다. 이하에서는 ‘최초판매’를 가장 넓게 규정하고 있는 미국 저작권법에서 논의되는 사례를 중심으로 우리 저작권법에서도 준용될 수 있는 것인지 본다.

나. 配布權者의 處分

(1) 所有權의 移轉

가령 대가 없는 증여의 경우 판매와 동일시되나, 소유권이 이전되지 않고 반환할 것을 전제로 하는 대여나 배포권자의 허락에 의한 점유권의 취득만으로는 배포권자의 배포권이 제한되지 않는다. 또한 배포권자가 소유권은 유보하고 저작물의 파기를 위해서 인도한 경우에도 점유자가 임의로 배포할 수 없다.⁸⁰⁾

(2) 訴訟上 證據 提出

민사소송에서 당사자가 증거로 제출한 것이 ‘최초판매’에 해당하는가. 소송서류는 증거절차를 위해서 쓰일 것을 전제로 제출하는 것으로 이에 대해 당사자가 소유권을 이전한 것이라고 볼 수 없고, 제출 후 공문서의 일부가 되었다라도 이를 판매와 동일시되는 유통 제공으로 볼 수 없으므로 권리

78) 제202조 (저작권의 소유권과 대상물의 소유권과의 구별) 저작권 또는 저작권을 구성하는 배타적 권리의 소유는 당해 저작물이 수록된 대상물의 소유권과 구별된다. 저작물이 최초로 고정된 복제물이나 음반 등 대상물의 소유권의 이전은 그 자체로서 대상물에 수록된 저작권으로 보호되는 저작물에 대한 권리를 이전하는 것이 아니며, 합의가 없는 한 저작권 또는 저작권을 구성하는 배타적 권리의 소유권의 이전은 대상물에 대한 소유권을 이전하는 것이 아니다.

79) Melville B. Nimmer & David Nimmer, 앞의 책, 8-162면.

80) Melville B. Nimmer & David Nimmer, 앞의 책, 8-151면.

자의 배포권이 제한될 수 없다고 할 것이다.

이에 대한 희소한 사례로 Honda v. Loveall 사건⁸¹⁾의 사실관계는 다음과 같다. 이 사건 피고가 원고가 되어, 이 사건 원고의 모회사인 American Honda Motor Company(관련사건 피고)를 피고로 한 주 법원 소송에서, 관련사건 피고는 'discovery'[증거개시절차] 단계에서 이 사건 원고 소유의 기업비밀문서인 'AO Documents'를 제출하였는데 이 문서는 법원의 'interim protective order'[잠정적 공개 금지명령]하에 상대방에게 전달되었다. 이에 관련사건 피고는 주 대법원에 'permanent protective order'[영구적 공개 금지명령]를 신청하였으나 법원은 변론에서 증거로 제출되거나 소송기록에 포함된 부분은 보호 대상이 아니라고 하였고, 이에 관련사건 피고는 증거로 제출된 문서가 공개되는 소송기록에 전부 복제되는 것에서 제외될 것을 신청하였으나 법원은 기각하였다. 이에 이 사건 원고는 문서의 소유자로서 이 사건 피고를 상대로 연방법원에 저작권법상 금지명령을 신청하였다.

이에 법원은, 위 문서는 대부분 영업비밀에 관한 것으로서 공개되는 경우 회복할 수 없는 손해가 예상되고, 의회도서관 납본시에도 비밀성을 고려하여 문서의 일부만 납본되었으며(미국 저작권법 제407조는 발행된 저작물의 저작권자 등은 의회도서관의 사용을 위하여 저작물을 납본하도록 하고 있다), 일반인은 이 문서를 이용할 수가 없어 관심도 없다는 등의 이유로 “피고는 이 문서 중 저작권 등록시에 공개된 부분을 제외하고는 발행, 공표하여서는 아니되나 관련사건 소송에서 증거로 제출하거나 적시하는 것은 가능하다.”고 하였다.

(3) 프로그램의 販賣

81) Honda Research & Dev. Co. v. Loveall, 687 F. Supp. 355 (E.D. Tenn. 1985).

프로그램 회사는 대금을 받고 프로그램이 담긴 디스켓을 판매하는 것인가 아니면 디스켓에 대한 혹은 프로그램에 대한 사용권만 부여하는 것인가.

이에 대한 사례로 Microsoft v. Harmony Computers 사건⁸²⁾의 사실 관계는 다음과 같다. 원고는 세계 제일의 소프트웨어 회사로서 피고가 원고의 허락 없이 원고로부터 허락받은 PC와 번들(bundle)로 판매한다는 조건으로 사용허락된 소프트웨어를 분리하여 별도로 팔았으므로 원고의 배포권을 침해한 것이라고 주장하였다. 이에 대해 피고는 최초판매이론에 의한 면책을 주장하였고, 다시 원고는 그 제품을 사용허락한 것일 뿐 판매한 것이 아니라고 하였다.

이에 법원은, 첫째 피고의 최초판매이론 주장을 배척하였다. 왜냐하면 최초판매이론이 적용되기 위한 원고의 최초판매 혹은 이와 동일시 할 수 있는 적법한 소유자의 처분을 피고가 입증하지 못하였을 뿐 아니라 오히려 모든 제품에 대해 사용허락(license)만 할 뿐 판매하지 않는다고 원고 주장을 인정하였기 때문이다. 사용허락은 최초판매이론의 적용 요건이 아니라고 본 것이다. 둘째로 원고는 모든 제품에 대해 PC의 판매와 함께 배포한다는 조건하에 사용허락을 하였고 피고는 원고로부터 사용허락을 받은 자로부터 PC와는 별도로 구입하여 역시 별도로 판매하였는데, 피고가 원고와의 계약 당사자가 아닌 이상 계약상 책임을 물을 수는 없고 저작권 침해책임을 문제 되는데, 피고가 이러한 사용 조건을 위반하였을 뿐 아니라 원고로부터 사용허락을 받은 자가 위 조건을 위반하여 배포한 이상 그로부터 취득한 피고는 위 조건을 준수하는지 여부와 관계 없이 계속 배포하는 경우 원고의 배포권 침해 책임을 진다고 하였다.

프로그램 회사와 소비자 사이의 이용계약 혹은 사용 허락은 개별 협상에 의하는 것이 아니라 소위 포장형 사용허락(shrink-wrap license)에 의

82) Microsoft Corp. v. Harmony Computers & Electronics, Inc. 846 F. Supp. 208 (E.D.N.Y. 1994).

하므로 이에 담긴 모든 문구에 대해서 계약으로서의 유효성을 인정할 것인지 논란이 많다.⁸³⁾ 또한 프로그램에 대해서는 사용허락을 하는 것이라고 하더라도 프로그램을 담고 있는 디스켓은 판매되었다고 보는 것이 일반 상식에 부합하는 것임을 고려하면 이러한 디스켓을 추가 처분하더라도 최초판매 이론에 의해 보호되어야 할 것이다.⁸⁴⁾ 이러한 이유에서 위 판결은 논란의 소지가 많다.

(4) 극장용 映畵 필름의 供給

극장용 영화 필름을 상영을 위해서 공급하는 경우에 판매를 한 것인가 단지 대여만 한 것인가가 문제된다. 과거 가정용 비디오 산업이 성행하기 이전에 영화저작물은 주로 극장용 영화 필름을 전제로 한 것이었다. 이러한 과도기에 문제된 미국의 사례를 종합하면, 계약에 명시적으로 소유권을 이전한다는 문구가 없더라도 사용기간의 제한이 없고, 매매대금에 상당한 금액이 지급되었으며, 공급자가 명시적으로 소유권을 유보한다는 내용이 없을 경우 ‘최초판매’가 성립하지만, 단지 소유권을 유보한다고 명시하지 않은 것만으로 매매가 성립한 것은 아니라는 것이다.⁸⁵⁾ 오늘날 영화 산업의 규모는 훨씬 증대하였지만 정형화된 계약 문구를 이용함으로써 이와 관련된 소송은 거의 없는 것으로 보인다.

(5) 販賣 條件 違反

배포권자가 판매 승낙시 붙인 조건에 위반하여 추가 배포를 한 경우 저작권자의 배포권을 침해한 것인가. 이에 대한 사례를 본다.

① Denbicare v. Toys 사건⁸⁶⁾의 사실관계는 다음과 같다. 기저귀 제조

83) 제4장 5. 다. ‘포장형 사용 허락’ 참조.

84) Melville B. Nimmer & David Nimmer, 앞의 책, 8-154면.

85) Melville B. Nimmer & David Nimmer, 앞의 책, 8-154면.

86) Denbicare U.S.A. Inc. v. Toys R Us, Inc., 84 F.3d 1143, 1150-51 (9th Cir.), cert. denied, 117 S. Ct. 190 (1996).

회사인 'DPI'는 주문자 상표 부착 방식으로 홍콩에서 기저귀를 수입하여 'foreign trade zone'에 보관 중 관세를 지급하기 전에 파산하였다. 이에 자연인 McCoy는 파산관재인으로부터 미국에서의 DPI의 기저귀에 관한 특허권, 저작권, 상표권을 매수하여 원고 회사를 설립하고 원고 회사에게 위의 권리의 사용권을 부여한 뒤 기저귀를 제조, 판매하였고 피고 회사는 원고 회사의 구매자이다. 파산관재인은 아직 'foreign trade zone'에 보관 중인 '홍콩 수입 기저귀'를 Martinez에게 판매하는 것에 대해 파산법원의 허가를 신청하였고, McCoy는 그의 권리의 침해를 이유로 이의를 제기하며 추후 미국에서의 배포에 대한 금지명령을 조건으로 배포를 허가할 것을 요청하여 위의 조건으로 허가되었다. Martinez는 미국에서 Harris에게, Harris는 다시 피고 회사에게 홍콩 수입 기저귀를 판매하였으나 Harris와 피고 회사는 위 금지명령을 몰랐다. 원고 회사는 배포권이 제한되는 최초판매는, 미국 내에서 이루어 져야 하고, 배포권자의 승낙에 의해야 하는데 이 사건에서 배포권자는 미국 내에서의 판매는 승낙한 적이 없으므로 결국 이 사건에서는 배포권자의 승낙이 없었으며, 나아가 파산관재인의 판매로써 배포권자가 아무런 이익도 취하지 않았으므로 최초판매 자체가 없었다고 주장하였다.

이에 법원은, 첫째 'foreign trade zone'은 미국 영역 내이며, 둘째 McCoy는 배포권자로서 파산관재인의 매각을 금지할 수 있었음에도 매각을 허락하였기 때문에 이후 Martinez가 미국 내 판매 조건을 위반하였다고 하더라도 배포권자의 승낙에 의한 판매가 있었으며, 셋째 배포권자가 이익을 취하였는지 여부는 배포권자의 의사에 의하지 않고 판매될 때 적용되는 기준으로 이 사건과 같이 배포권자의 허락에 의해서 판매된 경우에는 문제되지 않는다고 판단하였다.

② Lantern Press v. American Publishers 사건⁸⁷⁾에서는, 원고는 출판

87) Lantern Press Inc. v. American Publishers Co., 419 F. Supp. 1267 (E.C.N.Y. 1976).

업자에게 하드커버 서적에 대해서는 최저 4.08\$의 가격으로, 'paperback' 서적에 대해서는 최저 50¢의 가격으로 판매할 것을 조건으로 배타적 권리를 부여하였다. 피고는 시장에서 'paperback' 서적을 구입하여 하드커버로 묶어서 1.96 - 2.11\$의 소매가로 판매하였다. 이에 법원은, 원고는 'paperback' 서적에 대해 대가를 취득하였고 권리는 이용허락과 함께 이전되므로 피고에 대해 저작권 침해를 물을 수 없다고 하였다.

③ *Burke & Van Heusen v. Arrow Drug* 사건⁸⁸⁾에서는, 원고는 음악 작품에 대한 저작권자로서 제3자에게 자신의 음악 작품을 음반으로 제작할 권리를 부여하였는데 특정한 샴푸와 같이 판매되어야 한다는 조건을 붙였다. 제3자는 피고에게 위 음반을 샴푸와 같이 패키지로 팔았으나 피고는 샴푸를 분리하고 음반만을 다시 별도로 판매하였다. 이에 법원은 이미 최초판매가 있었으므로 이를 위반한 피고가 원고와 제3자 사이에 위와 같은 조건이 있다는 것을 알고 있는지 여부를 불문하고 이후의 판매는 저작권 침해가 되지 않는다고 하였다.

정리하면, 최초판매이론에 의해서 배포권을 제한하는 것은 저작물의 유통을 보호하기 위한 것으로 배포권자가 최초판매에 조건을 붙인 경우 조건에 구속되는 지위에 있는 자의 계약상 책임은 별론으로 하고 그 이후의 거래관계에 대해서는 배포권으로써 금지할 수 없다고 보아야 할 것이다.

다. 法律에 의한 處分, 法定許諾

(1) 法律에 의한 處分

미국에서 법률에 의한 처분 사유는, 저작권자가 파산한 경우 법원의 재판에 의해서 채권자가 저작물 매체에 대한 소유권을 취득하는 경우 혹은 채권자가 자구행위(self-help)로서 저작물을 판매하는 경우 등이다. 이와 관

88) *Burke & Van Heusen, Inc. v. Arrow Drug, Inc.*, 233 F. Supp. 881 (E.D. Pa. 1964).

련, Platt & Munk v. Republic Graphics 사건⁸⁹⁾에서, 피고는 원고인 저작권자와의 계약에 의해 서적을 복제하였으나 원고가 매매대금(즉 원·피고의 계약은 복제본의 생산·판매 계약이다)을 지급하지 않자 채권에 충당하기 위해서 그가 복제한, 그 소유의 복제본들을 판매하였다. 이에 원고는 배포권 침해를 주장하였다. 법원은, 대금을 지급받지 못한 복제업자가 매매법에 기해서 매각할 수 있는 권리는 이러한 매각이 저작권자의 판매와 동일시 될 수 있으므로⁹⁰⁾ 1909년⁹¹⁾ 저작권법상 저작권자의 배포권을 침해하지 않는다고 하였다. 그러나 위와 같이 매각할 수 있는 권리가 법원의 재판을 통해서 확인된 것이 아니라 직접 법률에 기해서 행사되는 것이라면 저작권자는 배포금지를 구할 수 있다. 즉 법원의 재판에 의해서 처분되는 경우라야 ‘최초판매’로 볼 수 있다는 것이다.⁹²⁾

우리의 경우 가령 저작권자의 채권자가 채권 실행을 위하여 저작물에 대해 압류, 경매 신청을 하여 매각되는 경우를 생각해 볼 수 있다. 이러한 매각은 저작권자의 의사에 의한 것은 아니나 경락 대금 범위에서 저작권자는 채무를 면하게 되고 이는 저작권자가 그 금액에 판매한 것과 경제적으로 동일한 결과이므로 배포권이 제한되는 ‘최초판매’로 볼 수 있을 것이다.

(2) 法定許諾

강학상으로 일정한 보상금의 지급 또는 공탁을 조건으로 저작물을 이용할 수 있게 하되, 법에 정한 사유가 있으면 저작권자와의 협의 없이도 가능한 경우를 법정허락(statutory license)이라 하고, 저작권자와의 협상이 결렬될 경우에 가능한 것을 강제허락(compulsory license)이라고 한다.⁹³⁾

89) Platt & Munk Co. v. Republic Graphics, Inc. 315 F.2d 847 (2d Cir. 1963).

90) 저작권자인 원고가 대금 지급 채무를 면함으로써 판매에 의해 대금을 수령한 것과 같은 효과를 가지기 때문에 ‘reward test’라고 한다. 위 ‘Denbicare 사건’ 판결문 중.

91) 미국은 1976년 저작권법을 전면 개정하기 이전에는 기본적으로 1909년 저작권법을 적용하였다.

92) Melville B. Nimmer & David Nimmer, 앞의 책, 8-156면.

93) 오승중·이해완, 앞의 책, 362면. 그러나 우리 저작권법은 제9절에서 이를 구분하지 않고

이에 대한 국제협약을 보면 베른협약은 방송권, 음악저작물의 녹음권에 대해서(각각 제11조의2 제2항, 제13조 제1항), 세계저작권협약은 번역권, 복제권 등에 대하여(각각 제5조 제2항, 제5조의4) 규정하고 있으나 이에 의해 제작된 매체에 대해 저작권자의 배포권이 제한되는 것인지 침묵함으로써 결국 각국의 입법에 유보하였다.

미국 저작권법은 비연극적 음악저작물에 한해서 음반 제작, 배포를 위한 강제허락제도를 두고 있는데(제115조) 이로써 음반을 제작한 자는 음반에 대한 소유권을 취득할 뿐 아니라 저작권자는 일정한 보상을 받으므로 당연히 최초판매이론의 적용 대상이라 할 것이다. 이에 대해 일본 저작권법은 가장 최근에 최초판매이론에 관한 규정을 신설하면서, 종래의 다른 나라 입법이 강제허락으로 실시된 저작물에 대해 저작권자의 배포권이 제한되는 것인지 침묵하고 있는 것을 고려하여 강제허락으로 제작, 양도된 저작물의 복제물은 저작권자의 양도권이 제한됨을 규정하였다(제26조의2 제2항 제2호).

우리 저작권법은 저작재산권자 불명인 저작물, 공표된 저작물의 방송, 판매용 음반의 제작 등에 관한 법정허락제도 규정을 두고 있지만(제47조 내지 50조) 이에 의해 제작, 판매된 복제본에 대해 저작권자의 배포권이 제한되는 것인지 언급하고 있지 않다. 우리 저작권법상 최초판매의 요건인 “배포권자의 허락을 받아”를 문언 그대로 해석하면 이러한 법정허락제도는 배포권자의 허락을 받을 수 없거나 혹은 허락이 결렬된 경우이므로 해당하지 않는다고 볼 여지도 있으나 이는 거래의 안전에 반할 뿐 아니라 일정한 보상을 전제로 한다는 점에서 저작권자가 판매를 허락한 경우와 구별할 필요가 없다고 생각된다. 따라서 법정허락에 의하는 경우 일정한 보상금의 지급 또는 공탁으로써 최초판매를 충족한다고 보아야 할 것이다.

라. 所有者 혹은 占有者의 處分

‘법정허락’이라고 하고 있다.

이러한 상황은 저작권자와의 계약으로 복제본을 제작한 복제업자가 이를 임의 매각하는 경우에 발생한다. 즉 전제로 할 것은, 복제본의 제작은 저작권자의 허락에 의한 것이므로 불법 복제가 아니며 복제업자는 이를 배포할 권한을 저작자의 허락 또는 법원의 재판에 의해서 얻지 못한 경우이다.

우선, 앞의 *Platt & Munk v. Republic Graphics* 사건의 경우와 비교하면, 앞의 사건의 경우 저작권자가 대금 지급을 지체함으로써 복제업자가 이를 매각할 권한이 인정되었다는 점이다. 앞의 사건은 1909년 저작권법하에서 판결인데 1909년 저작권법에서도 저작권의 귀속과 저작물이 담긴 물건에 대한 소유권의 귀속을 구분하고, “이 법의 어떠한 규정도 이러한 물건을 합법적으로 소유하는 자의 처분을 금지하거나 제한하지 못한다.”(제27조)고 규정하고 있음에도 이 사건 판결은 이 규정과 저작권자의 배포권과의 관계에 대해서 해결을 하지 않았다.

그 후 현행 저작권법하에서 나온 *Bourne v. Walt Disney* 사건⁹⁴⁾을 보면, 피고(Walt Disney)는 백설공주, 피노키오 등의 만화영화를 제작하는 회사로서 이러한 만화영화에 삽입되는, 자신이 창작한 음악을 통해서도 부가적인 수익을 얻기 위해서 당시 최대의 음반회사(music publisher)인 원고와 사이에, 피고가 창작한 음악에 대한 저작권을 원고에게 양도하되 대신 피고는 ① 위 음악을 통해서 원고가 얻는 수익의 일정 비율에 대한 분배권을 가지며, ② 피고의 만화영화에 음악을 이용할 수 있고, ③ 만화영화에 음악을 삽입하여 비디오 테이프를 제작할 수 있다는 내용의 약정을 하였다. 그 후 피고가 만화영화에 음악을 삽입한 내용의 비디오 테이프를 판매하자 원고는 ‘이용권 혹은 복제권만 부여하였을 뿐 배포 내지 판매권은 부여한 적이 없

94) *Bourne v. Walt Disney Co.*, 68 F.3d 621, 632 (2d Cir. 1995) cert. denied, 116 S. Ct. 1890 (1996).

으므로 피고는 원고의 저작권을 침해한 것이다'고 주장하였다.

여기서 법원은 1909년 저작권법 제27조와 유사한 규정이 현행 저작권법 제109조임을 직시하고 원고가 피고에게 음악의 이용을 허락한 이상 이를 이용하여 제작한 비디오 테이프의 배포권을 가질 뿐 아니라 '보수(reward) 기준'에 의하더라도 피고가 제작한 음악의 저작권을 원고가 가진 것이 최초판매에 대한 정당한 보수이므로 원고는 피고에게 배타적 배포권을 주장할 수 없다고 하였다.

즉 미국 저작권법 규정에 의할 때 위와 같은 복제업자는 자신이 제작한 복제본에 대한 소유권을 취득하고 또 이러한 복제가 저작권자와의 계약에 의한 것이므로 "합법적으로 제작된" 것이고 따라서 제109조 (a) 규정에 의해 처분할 수 있고 이는 저작권자의 배포권을 침해하는 것이 아니다. 저작권자가 복제업자에게 복제를 허락하는 행위에 대해서, 즉 복제본의 탄생에 합법성을 부여하는 행위에 대해서 '최초판매'와 유사한 저작권자의 처분이 있었다고 보는 것이다. 이와 달리 불법 복제물을 배포하는 경우 저작권자와의 복제 계약에 의하지 않았더라도 복제자가 물건에 대한 소유권은 취득하지만 합법적으로 제작된 것이 아니므로 저작권자의 배포권을 침해하는 것이다. 또한 저작권자의 복제 허락을 받아 제작된 복제본을 절취하여 배포하는 경우 합법적으로 제작되었기는 하지만 배포자가 소유자가 아니므로 최초판매이론의 적용 대상이 아니다.⁹⁵⁾

위와 같은 미국 저작권법 규정과 달리 우리나라를 비롯한 대부분의 입법례에서 '최초판매'를 "저작권자의 허락에 의한 판매 혹은 양도"로 혹은 이에 덧붙여서 '거래에 제공'되거나 '유통'될 것을 규정하고 있다. 저작권의 귀속과 물건에 대한 소유권의 귀속은 별도로라는 명시적인 규정이 없더라도 저작권자와 복제업자와의 복제 생산 계약을 매매 유사 계약이라고 볼 때 복제업자가 인도하기 전까지는 물건에 대한 소유권은 복제업자에게 귀속되

95) Melville B. Nimmer & David Nimmer, 앞의 책, 8-164면.

고 또한 이러한 복제물이 합법적으로 제작된 것임은 미국 이외의 다른 나라 법제에 의하더라도 마찬가지일 것이다.

그러나 이 상태에서 명시적으로 복제업자에게 배포의 자유를 부여하는 규정이 없는 이상 이를 배포하는 것은 저작권자의 배포권을 침해하는 것이고 따라서 ‘합법적 제작’만으로는 ‘최초판매’로 볼 수 없다고 할 것이다.

마. 並行輸入

(1) 問題의 所在

진정상품의 병행수입(parallel import)이란 국내에 독점적 권리자(원래의 저작권자 혹은 배타적 실시권자)가 있음에도 제3자가 외국에서 적법하게 제조된 물품을 독점적 권리자의 허락 없이 수입하는 경우를 말한다.

병행수입이 문제되는 이유는 지적소유권의 속지성 원칙과 최초판매이론이 외견상 충돌하기 때문이다. 속지성 원칙에 의할 경우, 출원·등록에 의해서 관리되는 특허나 상표 분야 뿐 아니라 특정 국가의 법률이 인정하는 한도에서만 존재하는 저작권도 특정 국가의 영역에서만 존재한다는 영역적 제한을 받기 때문에⁹⁶⁾ 국내의 저작권자의 동의 없이 진정상품이 수입되는 경우 저작권자는 수입을 금지시킬 수 있는 것이다. 한편 최초판매이론에 의할 경우 비록 그것이 외국으로부터 수입된 것이라고 하더라도 권리자의 승낙에 의해 판매된 이상 권리자의 배포권은 미칠 수 없게 되는데 최초판매이론은 내용에 있어서 영역적 제한을 고려하지 않는다.

병행수입 문제는 이와 같은 법리상의 문제 뿐 아니라 시장 분할과 차별 가격제도를 통한 권리자의 이익 실현과 소비자 보호의 충돌이라는 경제 정책의 문제이기도 하므로 각국의 해결 방법은 차이를 보이고 한 국가 내에서도 저작권, 특허, 상표 등의 영역에 따라서 대처 방법이 다르다.

96) 정상조, “병행수입과 지적소유권의 한계”, 통상법률 6호, 1995, 28면.

(2) 國際 協約

병행수입의 허용 여부는 정보산업의 수출국인 선진국과 수입국인 제3세계 사이에 이해가 대립되는 분야이므로 우르과이 라운드 협상에서 합의점을 도출하기가 어려웠다. 이에 UR/TRIPs에서는 회원국이 자유롭게 최초판매에 의한 권리 소멸의 범위와 병행수입 허용 여부를 정하도록 하고 있고⁹⁷⁾, 이는 WIPO 저작권조약⁹⁸⁾, 실연·음반 조약에서도 마찬가지이다.

(3) 美國

(가) 規定

미국 저작권법은 배타적 배포권 및 이에 대한 예외로서 최초판매이론 규정과는 별도로 ‘침해가 되는 매체 또는 음반의 수입’이라는 제목으로 “저작권자의 허락 없이 미국 이외의 지역에서 취득한 저작물 매체 또는 음반을 미국 내에 수입하는 것은” 배포권을 침해한다는 규정을 두고 있다(제602조(a)). 이 규정은 불법 복제물인지 혹은 진정상품인지 구별하지 않고 그것을 수입하는 행위는 배포권자가 금지할 수 있다고 함으로써 미국에서 병행수입은 위법하다고 속단할 여지가 있으나 수입품이 수입되기까지 최초판매가 있는 경우에는 배포권이 소멸하여 침해할 배포권이 남아 있지 않게 되므로 여전이 최초판매에 의한 배포권의 국제적 소멸 범위의 문제는 남게 된다.

아래에서는 사례에서 문제되는 두 가지 유형 즉, 외국에서의 합법적인 권리자에 의해 복제본이 제작되고, 이와 별도의 미국에서의 저작권자가(권리자가 분리되는 원인은, 미국의 저작권자가 외국에 지역을 한정하여 독점

97) 제6조(소멸) 이 협정에 따른 분쟁해결을 위하여 제3조[내국민대우 조항]와 제4조[최혜국대우 조항]의 규정을 조건으로, 이 협정의 어떠한 규정도 지적소유권의 소멸 문제를 다루기 위하여 사용되지 아니한다.

98) 제6조(배포권) ② 이 조약의 어떠한 규정도 회원국이 저작물의 원본이나 복제물이 저작자의 허락하에 최초 판매되거나, 또는 기타 소유권이 이전된 후에 제1항의 권리[배포권]의 소멸이 적용될 조건을 결정할 자유에 영향을 미치지 아니한다.

적 실시권을 허락하거나 혹은 미국의 권리자와 수출국의 권리자 모두 원래의 권리자로부터 지역을 한정하여 독점적 실시권을 부여받은 경우 등이다) 복제본의 수입을 허락하지 않았음에도 제3자가 수입, 배포한 경우(이하 '외국 제작 사례')와 미국의 저작권자가 국내에서 제조한 복제본을 지역을 한정하여 혹은 미국으로 재수입되지 않을 것을 조건으로 수출, 판매하였는데 다시 미국으로 수입된 경우(이하 '국내 제작 사례')를 구분하여 본다.

(나) 判例

1) 外國 製作 事例

외국 제작 사례의 경우 아직 대법원의 판결은 없으나 하급심은 대체로 미국 저작권자의 배포권을 침해하는 것으로 본다. 이유는, 최초판매이론 규정(제109조 (a))의 “이 법에 의해 적법하게 제작된”의 의미를 “미국에서 적법하게 제작, 판매된”으로 해석하기 때문이다. 대표적인 사례를 본다.⁹⁹⁾

① Columbia v. Scorpio 사건¹⁰⁰⁾

원고는 미국에서의 저작권자이다. 필리핀 음반회사는 원고의 자회사인 일본의 CBS-Sony로부터 음반 복제를 허락 받아 필리핀에서 음반을 복제하였고, 원고는 위 음반 복제 계약에 동의하였다. 필리핀 음반회사와 CBS-Sony 사이의 계약이 종료되어 필리핀 회사는 60일 이내에 재고 음반을 처분해야 했고 이에 재고의 일부를 다른 필리핀 회사에 판매하였다. ‘다

99) 그 이외에도 다음 사건들이 있다. 가령, Nintendo of America Inc. v. Elcon Industries Inc., 564 F. Supp. 937 (ED Milch. 1982); T. B. Harms Company v. JEM Records Inc. 655 F. Supp. 1575 (DNJ 1987)(이 사건은 뉴질랜드 법률상 강제실시 규정에 의해서 복제된 미국 저작권자의 음반이 미국으로 수입되었다는 점에서 특이하다.); Microsoft Inc. v. Very Competitive Computer Products 671 F. Supp. 1250 (ND Cal. 1987).

100) Columbia Broadcasting Sys., Inc. v. Scorpio Music Distributors, 569 F. Supp. 47 (E.D. Pa. 1983), aff'd mem., 738 F.2d 424 (3d Cir. 1984). 이 사건은 아래 제3항소 법원 관할 내 1심법원 사건이다.

른 필리핀 회사'는 이 재고 음반을 미국의 무역회사에 판매하였고 이 무역회사는 피고에게 음반을 공급하였다. 원고는 제602조 (a)에 의하여 피고에 대해 저작권 침해 소송을 제기하였고, 피고는 자신의 행위가 최초판매이론에 의해 허용된다고 주장하였다. 이에 법원은 '최초판매이론'을 규정한 저작권법 제109조 (a)의 "이 법에 의해 적법하게 제작된"의 의미를 "미국에서 적법하게 제작, 판매된"으로 해석하였다.

② BMG Music v. Perez 사건¹⁰¹⁾

원고는 미국에서 음반을 기획, 제작, 판매하는 회사로서 이에 담긴 다양한 음악저작물에 대해 저작권을 가지고 있다. 피고는 미국 밖에서 제작된 (원고 스스로 제작한 것인지 혹은 다른 적법한 실시권자에 의한 것인지는 불분명하다), 원고가 저작권을 가지는 음반을 구입하여 미국에 수출하고 판매하였다. 여기서 2심 법원은 1심 법원과 마찬가지로 피고의 배포권 침해를 인정하였다. 즉 제109조 (a)에 의해서 최초판매이론이 적용되는 "이 법에 의해서 합법적으로 제작된"이란 미국 내에서 적법하게 제조, 판매된 것을 뜻하는 것으로 보았다.

③ Parfums Givenchy v. Drug Emporium 사건¹⁰²⁾

프랑스 Givenchy사는 Amarige라는 향수를 제작, 판매하며 그 용기에 대한 저작권을 가지고 있는데 1992년 미국에 위 향수를 수출하기 시작한 직후 원고인 미국 자회사에 위 저작권을 판매하였고, 원고는 이에 대해 저작권 등록을 한 후 막대한 비용을 광고를 하였다. 한편 제3자가 외국에서 위 향수를 구입하여 프랑스 본사나 원고의 허락 없이 미국으로 수입하였는

101) BMG Music v. Perez, 952 F.2d. 318 (9th Cir. 1991), cert. denied, 505 U.S. 1206 (1992).

102) Parfums Givenchy, Inc. v. Drug Emporium, Inc., 38 F.3d 477, 482-85 (9th Cir. 1994), cert. denied, 115 S. Ct. 1315 (1995).

데 그 중 일부 혹은 전부가 원고가 저작권을 양수하기 이전에 수입되었다. 피고는 원고가 저작권 등록을 한 후 위 수입업자로부터 이를 구매하여 판매하였다. 2심은, 이 사건이 ‘Perez 사건’과 사실관계가 거의 동일하다는 전제에서 위 사건의 판결이유를 원용하였다. 즉, 제109조 (a)의 “이 법에 의해 적법하게 제작된”의 의미는 “미국에서 적법하게 제작되어 판매된”의 뜻으로 해석하지 않으면 제602조를 무의미하게 만들 것이고 제602조는 해외 제작된 복제본에 대한 저작권자의 배타적 배포권을 보호하기 위한 것이다. 해외에서 판매된 것은 제109조 (a)의 최초판매가 아니다. 한편 아래 ‘Sebastian 사건’에서 제3항소법원이 국내에서 제작하여 수출된 것을 다시 수입한 사례에서 최초판매이론을 적용한 것과 관련하여서는, ‘Perez 사건’에서와 마찬가지로 언급을 았겠다고 함으로써 간접적으로 불만을 나타낸 것으로 보인다.

그 외 특이한 판결로는, 최초판매이론의 대상으로 제109조 (a)는 단수의 물건을 규정하고 있음에 반해¹⁰³⁾ 수입을 금지하는 제602 (a)는 복수의 물건으로 규정하고 있으므로¹⁰⁴⁾ 다량의 물건에 대해서는 최초판매이론이 적용되지 않는다고 판결한 경우가 있으나¹⁰⁵⁾ 단수의 물건이 허용되는 이유는 제602조 (2)에서 근거를 찾아야 하고 최초판매이론은 미국 내에서 다량의 물건이 판매된 경우도 적용되므로 위 판결은 문제가 있다.¹⁰⁶⁾

2) 國內 製作 事例

① Sebastian v. Consumer Contacts 사건¹⁰⁷⁾

103) "particular copy or phonorecord".

104) "copies or phonorecords".

105) Hearst Corporation et al. v. Stark 639 F. Supp. 970 (ND Cal. 1986).

106) Melville B. Nimmer & David Nimmer, 앞의 책, 8-170면.

107) Sebastian International, Inc. v. Consumer Contacts (PTY) Ltd. 847 F.2d 1093

원고는 미용물품을 제작, 판매하며 이에 관한 라벨의 저작권자인데, 미용물품을 남아프리카공화국에서만 판매하고 다른 지역에서는 판매할 수 없다는 것을 조건으로 하여 피고에게 판매하였다. 피고는 남아프리카공화국으로 선적이 도착한 즉시 미국의 Fabric사에 재수출하였고, Fabric사는 미국에 많은 판매대리점을 보유하고 있었다. 원고는 피고에 대해 저작권 침해를 주장하였다.

1심은(원고 승소) 최초판매이론이 국제적으로는 적용되지 않는다는 것을 도출하기 위해 ‘Scorpio 사건’의 논리(“적법하게 제작된”이란 “미국에서 적법하게 제작, 판매된 것”)를 거부하고, 제602조에 의해 인정된 수입권은 제106조나 제109조와는 무관하다고 보았다. 따라서 제109조에 의한 제한은 제106조에 한정되고 제602조는 제작지를 불문하고 배포권자의 허락 없는 수입을 대상으로 한다는 것이다.

이에 대해 2심은(1심 파기) 우선 이 사건을 저작권자 스스로 미국에서 제조하여 판매한 것으로 사실관계를 확정하였다. 따라서 ‘Scorpio 사건’ 판결의 핵심 즉, 제109조의 “적법하게 제작된”의 의미를 “미국 내에서”라고 해석하는 것이 옳은 것인지는 이 사건과는 아무런 관련이 없는 것이다.¹⁰⁸⁾ 제602조의 수입권은 제106조 (3)에 기한 배포권과 별개의 권리가 아니라 제602조를 위반한 수입은 제106조 (3)의 배포권을 침해하는 것이다. 따라서 배포권이 최초판매로 제한을 받게 되면 수입에 의해 권리가 침해될 때까지 권리가 남아 있지 않다. 이 사건에서 미국에서 최초로 제조, 판매된 이상 배포권은 소멸한 것이다.

② Quality King v. L'Anza Research 사건¹⁰⁹⁾

(3d Cir. 1988), rev'g 664 F. Supp. 909 (D.N.J. 1987).

108) Melville B. Nimmer & David Nimmer, 앞의 책, 8-171면.

109) Quality King Distribs., Inc. v. L'Anza Research Int'l, Inc. 118 S. Ct. 1125 (1998).

원고는 미용제품 생산, 판매회사로서 국내에서는 한정된 지역을 담당하는 배급업자나 선별된 소매상에게만 물건을 공급하였다. 원고는 국내에서는 대규모 광고를 하고 소매점에 대한 특별 교육도 실시하였으나 해외시장에서는 특별한 광고나 판촉활동을 하지 않아 해외 판매가는 국내 판매가보다 낮았다. 원고의 영국 배급업자는 원고의 저작권으로 보호되는 라벨이 부착된 수 톤의 제품을 몰타의 배급업자에게 판매하였고 피고는 이를 매수하여 원고의 허락 없이 수입하여 할인된 가격에 원고가 선정하지 않은 소매상에게 판매하였다. 원고는 배타적 배포권, 수입권의 침해를 주장하였다.

이 사건의 1심, 2심(제9항소법원) 모두(원고 승소) 모두 피고의 제109조 (a)에 기한 최초판매 항변을 배척하였는데 이런 경우에 최초판매항변을 인정하게 되면 제602조는 의미가 없을 것이라는 이유에서이다.

이에 대해 대법원은(과기) 제602조 (a)와 제109조 (a)의 관계에 대해서, 제602조 (a)는 허락 없는 수입에 대한 금지권을 부여하는 것이 아니라 허락 없는 수입이 배포권을 침해하는 것으로 규정하고 있고, 제106조에 의할 경우 배포권을 포함한 저작권자의 권리는 제109조 (a) 등의 제한을 받는다고 규정하고 있으므로 제602조 (a)는 제109조 (a)에 종속된다고 보고, 제109조 (a)에 의할 경우 국내 판매인지 외국 판매인지를 구분하지 않고 “이 법에 의해서 적법하게 제작된”이라고 규정하고 있으므로 원고의 제품을 적법하게 소유하는 자는 그가 국내에 있는지, 외국에 있는지를 불문하고 국내로 수입하여 판매할 수 있다고 하였다. 제109조 (a)가 허용하는 “기타 처분”에는 수입도 포함된다는 것이다.

(다) 檢討

Quality King 사건을 계기로 국내 제작 사례에 대해 제3항소법원과 제9항소법원의 입장이 모순되게 되자 병행수입에 대한 최초의 대법원 판결이 나오게 되었으나 대법원 판결은 국내 제작 사례에 한정하여 최초판매에 의

해서 면책됨을 선언하였다. 그러면 외국 제작 사례의 경우에는 하급심 판결의 일반적인 경향에 비추어서 최초판매이론이 적용되지 않고 금지되는 것으로 보아야 할 것이다.¹¹⁰⁾

(4) EC

ECJ(European Court of Justice)는 EEC Treaty¹¹¹⁾ 제30조¹¹²⁾, 제36조¹¹³⁾의 해석과 관련하여 회원국 내에서 권리자의 승낙을 받아 제조, 배포된 복제본이 다른 회원국으로 수입되는 경우 수입국은 개별 입법이나 혹은 재판을 통해 그 수입과 판매를 금지할 수 없다고 여러 건의 판결을 통해서 확인함으로써 역내에서는 배포권이 소멸된다고 하여 왔다.¹¹⁴⁾ 그 동안의 ECJ 판결의 입장을 대변하는 대표적인 사례들의 경과를 보면 다음과 같다.

① Deutsche Grammophon v. Metro-SB-Grossmarkte 사건¹¹⁵⁾

서독의 음반 제작회사인 원고는 서독 내에서는 스스로 판매를 하고 다른 역내 국가에서는 다른 권리자들에게 배포권을 허락하였다. 피고는 프랑스에서의 배포권자가 판매한 제품을 서독으로 수입하여 판매하려 하였고 원고는 수입품에 대해서 서독에서의 배포권은 소멸하지 않았음을 주장하며 서

110) Melville B. Nimmer & David Nimmer, 앞의 책, 8-178.3.

111) 정식 명칭은 'The Treaty establishing the European Economic Community(EEC)'으로 1957. 3. 25. 로마에서 성립되어 1958. 1. 1. 발효되었다. EC 성립의 근간이 된 협약으로 후에 EC 성립으로 'The EC Treaty'로 변경되었다(자세한 내용은 <http://europa.eu.int/eur-lex/en/about/abc/index.html>).

112) “회원국 간에 수입을 질적으로 제한하는 조치나 이에 상응하는 조치는 ... 금지된다.” 이 규정을 ‘상품의 자유로운 이동에 관한 규정(free movement of goods)’이라 한다.

113) “제30조 내제 제34조 규정은 산업상 그리고 영업상 권리 등등[생략]을 보호하기 위해서 무역을 금지, 제한하는 것을 배제하지 않는다. 이러한 금지, 제한은 차별적이거나 회원국간 무역을 제한하는 것의 위장 수단이 되어서는 안 된다.”

114) Metaxopoulos, Kriton, “The Rental of Copyright and Neighbouring Right Owners on a Cinematographic Film and the Principle of Free Movement of Goods within the Common Market”, Entertainment law review v.8, 1997, 295면.

115) Case 78/1970, Deutsche Grammophon Gesellschaft mbh v. Metro-SB-Grossmarkte GmbH & Co. KG.

독 저작권법하에서의 원고의 배포권 침해를 주장하였다. 이에 법원은 수입 제품이 원고 혹은 원고의 허락으로 역내에서 유통된 이상 원고의 배포권은 역내 전체에서 소멸한 것이라고 하였다.

그런데 각국의 법률이 개별 국가로 한정하여 이용권을 부여하는 제도를 두고 있으나 보호기간 등에 대해서 상이할 뿐 아니라, 음반이나 비디오 산업의 특수성을 고려하여 ECJ는 아래와 같이 역내 소멸원칙에 수정을 가하였다.¹¹⁶⁾

② EMI v. Patricia 사건¹¹⁷⁾

가수 'Cliff Richard'의 음반 중 일부가 덴마크에서는 권리보호기간이 종료함으로써 자유롭게 제작, 판매되고 있었으나 독일에서는 보호되고 있었다. 위 음반이 덴마크로부터 독일에 수입되어 판매되자 독일에서의 권리자인 원고는 독일 저작권법에서의 배포권 침해를 주장하였다. 이에 법원은 위 음반이 덴마크에서 권리자의 허락에 의해 판매된 것이 아니므로 권리소멸의 대상이 아니라고 하였다. 이에 대해서는 권리자가 애초에 덴마크에서는 보호기간이 다른 국가에 비해 훨씬 짧다는 것을 알고서도 처음 판매를 하였을 때 권리보호기간 종료 후의 자유로운 제작, 판매에 대해서도 허락을 한 것으로 보아야 하며, 역내에서 단일한 보호기간이 적용되지 않는 문제를 회피하기 위해서 법원이 허락의 개념을 수정한 것이라는 지적이 있다.¹¹⁸⁾

한편 대역에 관한 통일적인 지침이 성립되기 이전에 아래 사건으로 인해서 ECJ는 대역에 관해서는 권리소멸원칙이 제한됨을 선언하게 되었다.

116) Robert A. Rosenbloum, "The Rental Rights Directive: A Step In The Right And Wrong Directions", Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal, Summer, 1995.

117) Case 341/1987, EMI Electrola GmbH v. Patricia Im- und Export and others.

118) Robert A. Rosenbloum, 앞의 논문.

③ Warner v. Christiansen 사건¹¹⁹⁾

피고는 덴마크에서 비디오 대여점을 운영하며 영국에서 'Never Say Never Again' 영화의 비디오 테이프를 구입하여 대여하였다. 원고는 위 영화에 대한 영국과 덴마크에서의 저작권자이다. 당시 덴마크 저작권법은 최초판매로도 소멸되지 않는 배타적 대여권을 규정하고 있었으나 영국에는 대여권 제도가 없었다. 이에 법원은 영화산업에서 제작자에게 충분한 보상을 하기 위해서는 판매시장과는 별도로 대여시장을 보장해야 한다는 인식에서, 권리자가 대여권이 인정되지 않는 국가에서 최초판매를 하였더라도 대여권이 인정되는 국가의 대여권이 소멸되는 것은 아니라고 하였다.

그 후 앞에서 본 바와 같이 EC집행위원회는 역내 저작권법의 조화를 위해서 1988년 'Green Paper'를 발간하였고, 이의 성과 중의 하나가 1992년 성립된 대여권에 관한 지침이다.

결론적으로 EU 회원국¹²⁰⁾ 역내에서는, 역내에서 최초판매된 경우 대여권을 제외한 배포권의 역내에서의 국제적인 소멸이 인정되는 것이고, 관련 EC 지침 및 회원국의 저작권법도¹²¹⁾ 대체로 이같이 정하고 있다. 이를 반대로 해석하면 역내·외간에는 병행수입은 위법하다고 할 것이다.¹²²⁾

119) Case 158/1986, Warner Bros., Inc. & Metronome Video ApS v. Christiansen.

120) 현재 오스트리아, 벨기에, 덴마크, 핀란드, 프랑스, 독일, 그리스, 아일랜드, 이태리, 룩셈부르크, 네덜란드, 포르투갈, 스페인, 스웨덴, 영국 등 15개국이다.

121) 독일 저작권법 제17조 ② “...유럽동맹의 지역이나 유럽경제지역에 관한 여타 회원국 지역에서...”; 영국 저작권법 제18조 (2) “...영국이나 기타 지역에서...”. 한편 오스트리아 저작권법 제16조 (3)은 “배포권은 제16조의a(대여, 대출 규정)의 경우를 제외하고는 처분에 의해 거래에 제공된 경우에는 미치지 않으나, 예외적으로 지역을 제한하여 거래에 제공된 경우에는 그 이외의 지역에서는 배포권은 유효하며, 이러한 예외는 EU 회원국에서 권리자에 의해 거래에 제공된 경우에는 적용되지 않는다.”고 규정하고 있고, 이태리 저작권법 제17조 (1)은 배타적 배포권의 내용에 “EU 회원국 아닌 나라에서 제작된 매체를 배포를 위해 EU 역내로 도입할 권리”를 포함한다고 한다.

122) EC 「정보 사회에서의 저작권 및 관련 권리의 조정 지침」 서문 제28항 제2문은 “권리자 또는 그의 동의하에 저작물의 원본 또는 사본을 공동체 내에서 최초 판매함으로써 공동체 내에서 그 목적물의 재판매를 규율할 권리는 소멸된다. 이 권리는 공동체 밖에서 원

(5) 日本

이미 보았듯이 일본 저작권법은 최근 개정을 통해서 영화저작물을 제외한 모든 저작물에 대해 양도권과, 이의 제한으로 최초판매이론 규정을 도입하였으나 병행수입 허용 여부에 대해서는 언급이 없다.

이와 관련, 영화저작물의 병행수입 사례인 ‘달마시안 비디오 병행수입 사건’¹²³⁾을 보면, 미국 디즈니사는 ‘101마리의 달마시안’, ‘미녀와 야수’ 등의 영화에 대한 미국 저작권자이고, 피고들은 미국 디즈니사로부터 위 영화의 비디오테이프를 일본에서 판매하는 것에 대한 허락을 받았으며, 원고는 디즈니사에 의해 미국에서 제작, 판매된 ‘101마리의 달마시안’ 비디오 테이프 1천개를 미국에서 구입하여 디즈니사의 허락 없이 일본에서 판매하였다. 이에 피고들은 원고의 병행수입 제품이 위법이라는 판단지를 유포하였고 원고는 병행수입이 적법하다는 전제에서 피고들에 대해 손해배상을 청구하였다. 쟁점은 원고의 병행수입에 의한 판매행위가 디즈니사의 반포권을 침해한 것인가인데, 원고는 첫째 영화필름과 달리 비디오 테이프는 일본 저작권법상 반포권이 인정되는 영화저작물이 아니고, 둘째 이미 미국에서 최초판매됨으로써 배포권이 소멸하였으므로 더 이상 반포권을 주장할 수 없다고 하였다.

이에 법원은 일본이 가입한 베른협약 등에 따라 디즈니사의 저작물이 보호된다는 전제에서, 첫째 저작권법 해석상 반포권이 인정되는 영화저작물에는 비디오 테이프도 포함되며, 둘째로 최초판매에 의한 권리 소멸과 관련하여서는, 미국에서 배포권이 제한되는 원인인 저작권자의 판매 승낙이, 일본에서의 반포를 포함한 승낙으로 혹은 일본에서의 반포에 대한 대가도 지급된 것으로 인정할 수 없으므로 디즈니사의 일본에서의 반포권은 침해된

권리자 또는 그의 동의하에 판매된 저작물의 원본이나 사본에 대해서는 소멸되어서는 안 된다.”고 규정하고 있다.

123) 東京地裁 平成6年7月1日 平5(ワ)4948号.

것이고 따라서 원고의 병행수입이 저작권법 위반임을 이유로 원고 패소 판결을 하였다.

이 사건에서 주목할 것은 수입국과 수출국의 권리자가 동일함에도 최초 판매에 의한, 배포권의 국제적 소멸을 인정하지 않았다는 것이다. 물론 일본 저작권법은 영화저작물에 대해서는 명문으로는 최초판매이론 규정을 두고 있지 않지만 이미 미국에서 미국 저작권법에 의해 저작권자의 최초판매로 배포권이 소멸되었음에도 그 소멸 범위를 미국 내로 제한한 것이다. 법원의 이러한 판단은 단순히 최초판매와 저작권의 영역적 제한에 대한 이론상의 검토만에 의한 것이 아니라 영화산업의 특수성을 고려한 결과이다.¹²⁴⁾ 따라서 일본 저작권법 아래에서 모든 저작물의 병행수입이 위법이라고 일반화하는 것은 무리이다.

(6) 우리나라

우리 저작권법이 병행수입을 허용하는 것인지와 관련하여 검토할 필요가 있는 규정은, “수입시에 대한민국내에서 만들어졌더라면 … 권리의 침해로 될 물건을 대한민국내에서 배포할 목적으로 수입하는 행위”는 저작권 등을 침해하는 행위로 본다는 규정(제92조 제1항 제1호)이다. 이 규정은 1986. 12. 31. 개정 전에는 “저작권을 침해한 저작물을 수입하여 국내에서 발매, 배포하는 것”(제65조 제1호)이라고 되어 있었다. 현행 규정은 문언상으로는 병행수입을 금지하는 규정으로 해석할 여지도 있다.¹²⁵⁾ 저작권의 속지주의 원칙상 우리 법률에 의해 보호되는 저작권자가 별도로 있는 경우에는 해외 제작시에 외국의 적법한 권리자의 허락 여부는 중요하지 않고 그것

124) “영화 산업은 높은 생산 비용을 요구하고, 이 비용을 상회한 이익을 회수하기 위해, 영화를 극장, 비디오카세트, 텔레비전 등 다양한 미디어에 있어 차례차례로 공개하는 방식을 취한다. 특히 가정용 비디오카세트의 보급 시기는, 극장 상영이 종료된 무렵인데, 아직 극장 공개도 행해지고 있지 않는 나라에 비디오카세트가 병행수입되면, 영화회사의 흥행 계획은 파괴되고, … 대가를 지급하고 적법하게 비디오카세트를 제조, 판매하고 있는 업자에게도 심각한 타격을 준다.”

125) 정상조, 앞의 논문, 41면.

이 국내에서 제작되었더라면 국내 권리자의 허락은 없었으므로 불법 복제가 될 수 있기 때문이다. 그러나 위의 개정의 시기에 병행수입 문제는 별로 논의되지 않았으며, 입법자의 의사를 통해서도 이를 확인할 수 없고¹²⁶⁾, 이렇게 해석하는 견해도 없다. 다만 이 규정은 불법복제물을 수입하는 것은 직접적으로 저작권을 침해하는 것은 아니나 그 예비행위로서 단속필요성이 있으므로 둔 것이라고 보거나¹²⁷⁾ 혹은 “각국의 저작권법이 다르기 때문에 특정 국가에서는 저작권 또는 저작인접권의 침해로 되지 아니하는 제작행위가 우리나라에서는 저작권 또는 저작인접권 침해행위로 될 수 있기 때문에 그러한 경우에 수입을 허용하는 것은 실질적으로 우리나라에서의 저작권 또는 저작인접권의 침해를 묵인해주는 결과로 되기 때문에 마련된 것”이라고 보는 견해¹²⁸⁾가 있다.

저작권 영역에서 병행수입이 문제된 재판 사례는 아직 없고, 일반적으로 우리나라에서 저작권 관련 병행수입은 당연히 허용된다고 본다. 그 이유에 대해서는, 우리 저작권법 제92조 제1항 제1호의 반대해석상 병행수입은 위 규정의 단속 대상에 해당하지 않기 때문이라거나¹²⁹⁾, 혹은 베른협약상 저작권은 회원국 전역에서 효력을 가지므로 권리의 소멸도 이런 범위에서 결정된다고 보는 견해¹³⁰⁾가 있다.

그러나 미국에서 외국 제작 사례의 경우 병행수입을 금지하는 판례가 형성된 것은 미국 저작권법이 이러한 병행수입을 직접적으로 금지하여서가 아니라 배포권의 제한을 초래하는 최초판매의 범위를 국내 생산, 판매로 한정 해석하기 때문이며¹³¹⁾, 저작권 보호에 있어서 베른협약의 기준을 준용하

126) 저작권심의조정위원회(편), 저작권법 제개정 관련 국회회의록 1, 2000.

127) 오승중·이해완, 앞의 책, 499면.

128) 정상조, 앞의 논문, 41면.

129) 오승중·이해완, 앞의 책, 500면.

130) 조용식, “판례로 본 병행수입의 인정요건”, 특허소송연구 제1집, 특허법원, 1999. 271면 등; 이상정, “진정상품의 병행수입에 관한 연구”, 판례실무연구[III], 박영사, 1998. 251면.

131) 미국은 베른협약에 1989. 3. 1. 가입하였다.

도록 하는 UR/TRIPs에서 권리소멸을 포함한 병행수입의 규제 여부에 대해서 회원국에 일임하고 있음에 비추어 결국은 우리 저작권법에서 최초판매이론 규정의 해석 문제라고 할 것이다.

살피건대, 우리 저작권법은 최초판매의 범위를 국내로 한정하지 않고, 또한 일정한 조건하에 외국인의 저작물을 보호하고 있으므로(제3조) 병행수입된 복제본이 우리나라가 보호하는 외국인의 저작물 요건을 갖추는 한 국내의 배포권자와 우열을 논할 수 없으므로 허용된다고 볼 수 있을 것이다.

4. 效果 - 配布權의 消滅

최초판매가 인정되는 경우 소멸되는 권리는 일반적으로 저작재산권 중 배포권에 한한다.¹³²⁾ 따라서 매체의 소유자는 아무런 제한 없이 다시 배포할 수 있으나 그 이외의 저작재산권 이용 행위 가령, 복제, 2차적 저작물의 작성, 공연 등은 할 수 없다. 이 점에서 적법하게 제조, 판매되어 소모된 때에는 이후의 전시, 대여, 수리 등이 모두 자유인 특허권, 상표권 등의 소모와는 구별된다.¹³³⁾ 구체적으로 문제된 사례를 본다.

① Red Baron-Franklin Park v. Taito 사건¹³⁴⁾ - 공연권 사례

일본 Taito 본사는 비디오 게임 회로판에 대한 일본에서의 저작권자로서 자신이 완전 소유하는 자회사인 Taito Corp.에게 미국에서의 저작권을 부여하였다. 한편 Red Baron은 일본 본사가 일본에서 제작한 회로판을 수

132) 한편 미국 저작권법은 특이하게 최초판매의 효과로서 일정한 범위에서 전시권을 제한한다. 제109조 (c) “제106조 (5)호의 규정[전시권 규정]에도 불구하고, 본 편 법전상 합법적으로 제작된 특정 복제물의 소유자 또는 이러한 소유자로부터 권한을 부여받은 자는, 저작권자의 허락 없이 그 복제물을 직접 또는 1회에 1영상씩 영사하는 방법으로 복제물이 소재한 장소에 있는 시청자들에게 공개적으로 전시할 수 있다.”

133) 송영식·이상정·황중환, 「지적소유권법 상」, 육법사, 2001, 346면.

134) Red Baron-Franklin Park, Inc. v. Taito Corp., 1989 Copyright L. Dec. (CCH) ¶ 26,352 (E.D. Va. 1988), rev'd on other grounds, 883 F.2d 275 (4th Cir. 1989), cert. denied, 493 U.S. 1058 (1990).

입하여 비디오 게임기에 조립하여 공중에게 공개되어 있는 게임장에서 이용하도록 하였다. 1심은 일본에서의 최초판매에 따라 Taito Corp.의 배포권과 공연권이 모두 소멸한다고 하였으나 2심은 최초판매에 의해 배포권이 소멸하는 것은 인정하면서도 공연권에는 영향을 미치지 않는다고 하였다.

2심이 최초판매가 인정된다는 전제에서 배포권 이외에 공연권은 영향이 없다고 본 점은 타당하다. 그런데 2심 판결이 논란의 대상인 것은 수입된 제품이 외국에서 제작, 판매된 것임에도 미국 저작권자인 Taito Corp.의 배포권은 소멸되었다고 본 것이다. 이러한 입장은 앞에서 본 ‘Scorpio 사건’의 논리를 거부하고, ‘Sebastian 사건’의 논리를 한층 더 밀고 나간 것으로 평가된다. 2심은 해외 제작, 판매 사례인 이 사건에 대해서 최초판매를 인정할 이유에 대해 “입법자가 저작권법에 의한 보호를 국내 기업(Sebastian 사건에서는 미국 기업이 국내 제작하여 수출하였다)보다 외국 기업(Taito Corp.은 일본 본사가 완전 소유하는 회사이므로 외국 회사로 본 것이다)에게 더 두텁게 하였을 것이라고는 생각되지 않는다.”고 하였으나, 미국에서의 권리자가 국내 기업이나 외국 기업이나 혹은 원래의 저작권자이나 아니면 이로부터 배타적 권리를 부여받은 자이나의 구별은 바람직하지 못한 것이다.¹³⁵⁾

② Design Opinions v. BellePointe 사건¹³⁶⁾ - 복제권 사례

피고는 1988년에 설립된 스웨터 제조회사로서 피고의 제품을 개발하기 위해서 원고 회사와 협력하기로 약정하였다. 즉 1988 - 1994년 사이에 원고는 피고를 위하여 200종 가량의 스웨터 디자인을 개발하여 매년 만장 이상의 스웨터를 피고에게 판매하였다. 피고는 원고에게 스웨터 자체의 대금뿐 아니라 원고가 피고를 위해서 제공하는 모든 업무를 포괄하는 대금

135) Melville B. Nimmer & David Nimmer, 앞의 책, 8-172면.

136) Design Opinions, Inc. v. BellePointe, Inc., 940 F. Supp. 86, 91 (S.D.N.Y. 1996).

(package price)을 지급하였는데 이에 원고의 디자인 및 자료 제공 업무를 고려하여 스웨터의 공장도 대금에 20-30%를 인상한 금액이다. 원고는 피고를 위해서 개발한 디자인은 오로지 피고 제품을 위해서만 사용하였다. 원고는 1994년에 피고에게 마지막 제품을 공급하였고, 얼마 후 원고는 피고가 원고의 허락 없이 원고가 공급했던 제품 중 일부를 복제, 생산하고 있는 것을 발견하였다. 피고는 원고로부터 제품을 공급받음으로써 이에 담긴 디자인에 대한 권리를 취득하였다고 주장하였다. 이에 법원은 저작물 매체의 소유권 이전과 저작권의 이전은 구별됨을 전제로(제202조), 피고가 최초 판매이론에 의해서 원고로부터 구입한 제품을 다시 판매할 권한은 있어도 원고의 디자인을 복제하여 제품을 생산, 판매할 권한은 없다고 판결하였다.

③ Lee v. A.R.T. 사건¹³⁷⁾ - 2차적 저작물 작성권 사례

원고는 미술·공예가로서 미술품 할인판매점에 그림엽서와 석판화를 공급하였는데 피고는 이를 구입하여 세라믹 타일을 뒤에 덧붙이고 투명한 에폭시 수지(樹脂)를 위에 칠하여 다시 판매하였다. 원고는 피고의 이러한 행위가 원고의 배타적 2차적 저작물(derivative works) 작성권 혹은 동일성 유지권을 침해하였다고 주장하였다. 피고는 이미 유사한 사건¹³⁸⁾에서 패소한 적이 있다. 법원은 피고가 이미 패소한 다른 판결과는 달리 이 사건에서 피고의 행위는 원래의 그림을 전시하기 위해 액자를 덧대는 행위 등과 다르지 않아 2차적 저작물을 작성하는 것이 아니고, 동일성 유지권의 적용 대상

137) Lee v. A.R.T. Co., 125 F.3d 580 (7th Cir. 1997).

138) Mirage Edition, Inc., v. Albuquerque A.R.T. Co., 856 F.2d 1341, 1344 (9th Cir. 1988), cert. denied, 489 U.S. 1018 (1989); Munoz v. Albuquerque A.R.T. Co., 829 F. Supp. 309 (D. Alaska 1993). 위 사례는 모두 그림책에서 떼어 낸 그림을 세라믹 타일 위에 부착하여 판매한 사건으로 법원은 2차적 저작물 작성권 침해를 인정하였다. 유사한 사실관계에 대하여 이와 같이 제9항소법원과 제7항소법원의 결론이 일응 모순되어 보이나 이를 집합저작물에 대한 최초판매는 그 구성 저작물을 분리하여 배포하는 행위까지 자유롭게 하는 것은 아니라는 관점에서 제9항소법원의 판결을 이해하면 두 사건은 본질적인 차이가 있다는 견해가 있다(Steve Lauff, "Decompilation of Collective Works: When the First Sale Doctrine Is a Mirage", Texas Law Review, March, 1998, 903면).

(200개 이하의 복제물이어야 한다. 미국 저작권법 제101조 ‘시각예술저작물’ 중)도 아니라는 이유로 최초판매이론에 의해 면책하였다.

5. 最初販賣理論의 回避

최초판매이론의 효과는 배포권을 제한하므로 최초판매 이후의 취득자는 대여 등 모든 추가 배포행위를 할 수 있는 것인데 대여된 매체는 최초판매 이론이 원래 예상하였던 공정 이용의 범위를 넘어서 이용됨으로써 배타적 대여권을 도입하기 이전에 혹은 이와 병행하여 저작권자를 보호하기 위해서 다음 방법이 논의되고 있다.

가. 複製保護裝置

프로그램이 담긴 소프트웨어가 대여로 복제되는 경우에 원래의 프로그램에 복제방지프로그램을 같이 설치하는 것이 시도되었으나 성공적이지 못하였다. 왜냐하면 첫째로 이러한 보호프로그램을 무력화시키는 프로그램을 개발하여도 종래에는 불법이 아니었고(최근 각국의 입법은 이러한 기술적보호장치를 침해하는 행위를 규제하고 있다. 가령, 우리 컴퓨터프로그램보호법 제30조, 일본 저작권법 제120조의2 등), 둘째로 이런 보호프로그램을 담고 있는 경우 복제를 원하는 소비자들의 구매가 감소되기 때문이다.¹³⁹⁾

나. 寄與侵害責任

대여된 음반이나 소프트웨어가 불법 복제되는 경우 대여업자에 대해 기

139) Kenneth R. Corsello, “The Computer Software Rental Amendmends Act Of 1990: Another Bend In The First Sale Doctrine”, Catholic University Law Review, FALL, 1991, 193면.

여침해책임(contributory infringement)을 묻는 것이 가능하다. 원래 기여침해책임은 미국 특허법에 규정(제271조 (c))된 것이고 저작권법에는 근거 규정이 없으나 판례는 인정하고 있다. 기여침해가 인정되기 위해서는 첫째로 피고가 다른 사람의 침해행위를 유인·유발하거나 물질적으로 기여하였어야 하고, 둘째로 피고가 직접침해 행위를 알았거나 알 수 있었어야 한다. 그러나 개별적인 직접침해 행위와 피고의 귀책사유를 입증하는 것이 용이한 것이 아니므로 적절한 대책이 되지 못한다.

다. 包裝型 使用 許諾

「소프트웨어 포장 외부에 표시되어 소비자에게, 포장을 열면 이용 계약을 준수할 의무가 있다고 고지하는 인쇄된 이용 계약」¹⁴⁰⁾을 ‘포장형 사용허락¹⁴¹⁾(shrink-wrap license)’이라 한다. 내용은 대개 (1) 불법 복제를 금지하고, (2) 임의 개조를 금지하며, (3) 한 대의 컴퓨터에만 설치하도록 하며, (4) 제조자의 책임 범위를 제한하고, (5) 보증 내용을 명시하는 것 등이다. ‘box-top license’ 혹은 ‘tear-me-open license’라고도 한다. 특히 제조자는 이에 의해 소비자와의 거래 내용을 매매가 아니라 이용허락으로 구성함으로써 최초판매이론의 적용을 피하고자 한다. 그러나 이런 의도가 쉽게 달성되는 것은 아니다. 다량 거래되는 소프트웨어의 경우 제조자와 소비자 사이에 직접적인 계약관계가 있다고 보기 어렵기 때문에 유효성이 의문스럽다. 특히 소비자들의 경우 집에 가지고 가서 사용하려고 하는 순간까지는 이런 계약 문구를 읽어 보지 않기 때문에 단지 계약 예문으로 취급될 수도 있다.¹⁴²⁾

우리의 법제에서는 약관의규제에관한법률 적용 대상인 약관에 해당할

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

141) 번역 용어는 오승중·이해완, 앞의 책, 677면.

142) Kenneth R. Corsello, 앞의 논문, 195면.

것이므로 위 법률의 규제를 받게 될 것인데, 구체적으로는 약관의 명시·설명 의무(제3조)를 충족하지 못하거나, 가령 최초판매이론의 적용을 저작권자에게 유리한 방향으로 변경하는 것은 불공정한(제6조 제2항 제1호) 약관으로서 무효로 될 수 있다.¹⁴³⁾

6. 새로운 技術 環境에서의 適用

인터넷기술이 저작권 환경에 끼친 영향 중 하나는 쉽게 다량의 정보를 전송하되 전송된 정보와 원래의 정보가 품질에 차이가 없다는 것이다. 온라인 전송 환경에 최초판매이론을 적용함에 있어서는 첫째로 전송에 의한 구매가 최초판매에 해당하는가 둘째로 최초판매된 저작물을 전송하는 것은 자유로운 행위인가이다.

우선 온라인 다운로드(down load) 방식¹⁴⁴⁾의 판매가 최초판매에 해당하는지를 보면, 종래의 최초판매이론은 유형물의 공간적 이동을 전제로 하였지만, 판매의 결과 하드디스크에 일정한 기억 공간을 차지하는 파일의 이동이 있으므로 인정하는데 문제가 없는 것으로 보인다.

다음으로 최초판매로 취득한(반드시 온라인 구매일 필요는 없다) 파일을 다시 전송하는 행위에 대해서는 저작권자의 권리가 소멸된 자유로운 영역이 아니라 대체로 복제권, 배포권 등을 침해하는 것으로 본다. 그 이유는 첫째 인터넷에서 전송을 하기 위해서는 컴퓨터의 RAM에 일시 저장을 필요로 하고 이러한 저장은 복제 요건을 충족하기 때문이다.¹⁴⁵⁾ 둘째로 최초판매이론에 소지자의 배포가 면책되기 위해서는 소지자가 갖고 있는 매체 그

143) 오승중·이해완, 앞의 책, 678면.

144) 가령, 안철수연구소(<http://home.ahnlab.com>)는 '온라인쇼핑'에서 CD 판매 방식보다 할인된 가격으로 백신제품을 판매하고 있고, P2P 이외의 음악사이트에서는 mp3 파일을 유료로 내려받을 수 있다.

145) 'MAI Sys. Corp. v. Peak Computer, Ins., 991 F.2d 511, 519-20 (9th Cir. 1993), cert. dismissed, 114 S. Ct. 671 (1994)' 사건에서 최초로 이와 같이 판결된 후 이는 미국 법원의 일관된 입장이다.

자체를 처분하여야 하는 것인데 전송의 경우 소지자의 것은 그대로 남고 제 2의 매체가 별도로 이동하는 것이므로 이러한 행위는 허용되지 않는 배포이다. 셋째로 최초판매이론은 권리자에 의해서 처분된 개개의 물품에 대한 유통보호 및 거래 촉진을 위한 것인데 온라인상에서의 배포는 이러한 취지와도 부합하지 않는다는 것이다.¹⁴⁶⁾

결론적으로 저작권자가 판매한 제품이더라도 이를 온라인에서 전송하는 것은 기존의 저작권법에 의하더라도 저작권자의 복제권과 배포권을 침해하는 것이어 최초판매이론에 의한 면책이 되지 않는다. 이와 같은 결론은 인터넷 시대를 예상하지 못한 기존의 저작권법으로 저작권자를 보호하기 위한 불가피한 방법이었으나 ‘아날로그’식의 복제·배포 개념을 디지털 기술에 적용한다는 것은 무리가 따랐으므로 대부분의 입법은 저작권자에게 배포권과는 별도로 전송권을 새로이 부여하였다.¹⁴⁷⁾ 따라서 무단 전송 행위는 이제 는 저작권자의 전송권을 침해하는 것이 된다.

146) 정진섭·황희철, 앞의 책, 409면; Keith Kupferschmid, “Lost In Cyberspace: The Digital Demise Of The First-Sale Doctrine”, The John Marshall Journal of Computer & Information Law, Summer, 1998, 837면.

147) 우리 저작권법 제18조의2, 컴퓨터프로그램보호법 제7조; 일본 저작권법 제23조 등. 한편 EC 「정보 사회에서의 저작권 및 관련 권리의 조정 지침」 서문 중 제29항은 “소멸의 문제는 ... 온라인 서비스의 경우에는 발생하지 않는다.”고 하고 있다.

제5장 우리나라의 貸與權制度

1. 序說

우리나라는 아래와 같이 음반에 대해서는 저작권법에, 프로그램에 대해서는 컴퓨터프로그램보호법에 대여권을 규정한다.

[저작권법] 제43조 (저작물의 거래제공 및 음반의 대여허락) ②배포권자는 제1항의 규정에 불구하고 판매용음반의 영리를 목적으로 하는 대여를 허락할 권리를 가진다.

제65조의2 (실연자의 음반의 대여허락) ①실연자는 그의 실연이 녹음된 판매용음반의 영리를 목적으로 하는 대여를 허락할 권리를 가진다. ②제65조제2항·제3항 및 제6항의 규정은 제1항의 규정에 의한 실연자의 권리의 행사등에 관하여 이를 준용한다.

제67조의2 (음반의 거래제공 및 대여허락) ①제43조의 규정은 음반제작자의 음반의 배포 및 판매용음반의 대여허락에 관하여 이를 준용한다. ②제65조제2항·제3항 및 제6항의 규정은 제1항의 규정에 의한 음반제작자의 권리의 행사등에 관하여 이를 준용한다.

[컴퓨터프로그램보호법] 제19조 (프로그램의 거래에의 제공) ②제1항의 규정에 불구하고 판매용프로그램을 영리를 목적으로 대여하는 경우에는 프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자의 허락을 받아야 한다.

위의 우리 규정은 우리의 현실을 조율하기 위해서가 아니라 외국의 요구와 국제적 보호 기준에 부응하기 위한 것이어 해석론과 규정의 적정성 면에서 논의의 여지가 많다. 프로그램은 1차적으로 저작권법에 의해 보호되는 저작물로서, 컴퓨터프로그램보호법은 저작권법의 특별법에 불과하므로 이하

에서는 두 법률상의 대여권 규정을 함께 본다.

2. 法律의 改正 經過

가. 著作權法¹⁴⁸⁾

1986년 저작권법이 전면 개정되어 시행된 후 몇 차례의 부분 개정이 있었으나 내용상 의미있는 것은 1994. 1. 7. 판매용 음반에 대한 대여권 신설 등을 내용으로 하는 개정, 1995. 12. 6. 베른협약 가입에 따른 외국저작물 소급 보호 등을 내용으로 하는 개정, 2000. 1. 12. 전송권 신설 등을 내용으로 하는 개정이다.

(1) 1994. 1. 7. 改正

이 개정으로 우리 저작권법에 대여권이 신설되었다. 당시 정부 개정안의 주요 골자는 ① 편집저작물에 해당하는 데이터베이스는 저작물로 보호됨을 명확히 하고, ② 음반의 배포권자는 판매용 음반을 영리 목적으로 대여하는 것을 허락할 권리를 가지도록 하며, ③ 실연자 및 음반제작자에게도 판매용 음반을 영리목적으로 대여하는 것을 허락할 권리를 가지도록 하고, ④ 저작인접권의 보호기간을 현행 20년에서 50년으로 연장하는 것 등이다.

그 중 대여권과 관련하여 보면 1980년대 후반부터 우리나라에서 비디오 테이프 대여업이 성행하자 미국은 1991년부터 한·미 지적소유권 협상에서 우리나라에 대해 판매용 음반과 판매용 비디오 테이프에 대해 대여권을 인정할 것을 요구하였다. 당시 비디오 대여 및 판매 시장에서 미국 제품이 차지하는 비율은 약 80%에 달하였다. 비디오 테이프에 대한 미국의 요구가 완고하여 우리 정부는 대여권을 인정할 것으로 예상되기도 하였다.¹⁴⁹⁾ 그러

148) 자세한 내용은 허희성, “한국 저작권법의 제·개정 역사”, 저작권법 제·개정 관련 국회회의록 2, 저작권심의조정위원회(편), 2000, 217면 이하.

149) 동아일보 1993. 2. 12. “미 비디오 등 대여권 인정 / 정부, 법 개정 추진” ; 중앙일보

나 앞에서 본 것처럼 미국 내에서조차 보호하지 않는 영상저작물에 대한 대여권을 타국에 요구하는 것은 합리적인 설명이 어렵다. 미국의 통상 압력과 는 별도로 1993. 3. 타결된 UR 협정은 회원국으로 하여금 프로그램과 음반, 영상저작물(예외 인정)에 대해 대여권을 부여할 것을 요구하였고 우리나라는 출범시부터 회원국이었으므로 대여권 도입은 불가피하였다.

개정 전 저작권법 제43조는 ‘저작자의 거래에의 제공’이라는 제목으로 지금의 제1항만을 두고 있었으나 정부 개정안은 제목의 변경과 함께 지금의 제2항을 신설하고, 아울러 실연자와 음반제작자의 음반대여권에 관한 제65조의2와 제67조의2를 신설하는 것이었고, 이러한 내용은 국회 심사에서도 아무런 수정 없이 통과되었다.

(2) 1995. 12. 6. 改正

당시 정부가 제출한 개정안의 주요 골자는 ① 외국인 저작물의 불소급 보호규정을 삭제하고, ② 단체명의 저작물과 영상저작물의 공표유예기간을 10년에서 50년으로 연장하며, ③ 번역권에 대한 법정허락제도를 폐지하고, ④ 실연자에게 실연에 대한 복제권을 인정하며, ⑤ 회복저작물 등의 소급보호에 대한 소급시한을 한정하고, ⑥ 회복저작물 등에 대한 선의의 이용자를 보호하는 것 등이다.

(3) 2000. 1. 12. 改正

1990년대 들어 컴퓨터 기술의 발달로 저작물 이용 환경이 급속도로 달라지자 각국은 이에 대처하기 위한 준비를 하였고 WIPO도 아날로그 시대를 대변하는 베른협약과 로마협약을 대체하기 위해서 WIPO 저작권 조약과 실연·음반 조약을 만들었다. 그 결과 WIPO 저작권조약에 새롭게 등장한 개념이 공중전달권¹⁵⁰⁾이다. 온라인(이제는 무선통신기술의 발달로 유·무선 통

1993. 3. 31. 13면 “정부·업계 비디오 대여권 인정 논란”.

신을 포괄하는 개념으로 보아야 할 것이다)상에서 이루어지는 전자적인 파일 전송은 이를 예상하지 못한 시기에 만들어진 ‘배포’나 ‘발행’ 개념으로는 대처하기 곤란하다. 이에 일본은 이 조약에 따라 1997년 저작권법을 개정하여 저작권재산권의 하나로 공중송신권(제23조)을 신설하였고, EU도 「정보사회에서의 저작권 및 관련 권리의 조정 지침」에서 공중전달권을 신설하고 이를 저작권접권자에게도 인정하고 있다(제3조). 우리나라도 이의 필요성을 느끼고 전송권을 신설하는 것이 주된 개정 이유이다.¹⁵¹⁾

개정 골자는 ① ‘전송’ 정의 규정과 저작권재산권으로서 전송권 규정을 신설하고(각각 제2조 제9의2호, 제18조의2), ② 공중용 복사기에 의한 복제로부터 저작자를 보호하기 위해 '사적 이용을 위한 복제'를 제한하며(제27조 단서), ③ 전자도서관¹⁵²⁾ 구축 사업을 지원하기 위해서 도서관 등이 저작물을 컴퓨터 등으로 복제하여 당해 혹은 다른 도서관 이용자가 열람할 수 있도록 전송하는 것을 가능하게 한 것(제28조 제2항) 등이다.

나. 컴퓨터프로그램保護法

컴퓨터프로그램보호법은 1986. 12. 31. 제정되어 1987. 7. 1. 시행된 후 몇 차례의 개정이 있었는데 그 중 의미있는 것을 본다.

(1) 1994. 1. 5. 改正

저작권법상 음반대여권이 도입된 것과 같은 시기인 이 때의 개정으로 프로그램 대여권이 도입되었다. 그 이외에 개정 요지는 ① 업무상 창작한

150) 제8조 (공중 전달권) 베른협약 제11조 제1항 (ii), 제11조의 2 제1항 (i) 및 (ii), 제11조의 3 제1항 (ii), 제14조 제1항 (i) 그리고 제14조의 2 제1항의 규정에 영향을 미치지 아니하고, 문학·예술 저작물의 저작자는 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 저작물에 접근할 수 있는 방법으로 공중이 이용할 수 있도록 유선 또는 무선의 수단에 의하여 저작물을 공중에 전달하는 것을 허락할 배타적인 권리를 가진다.

151) 일본은 우리나라와 달리 WIPO의 위 두 조약의 회원국이다.

152) 국가전자도서관 웹사이트 <http://www.dlibrary.go.kr>.

프로그램은 법인 등의 명의로 공표되지 아니하더라도 원칙적으로 법인 등을 저작자로 인정함으로써 저작권법과 다른 입장을 취하였으며, ② 침해 행위에 의하여 만들어진 프로그램의 복제물을 그 사정을 알면서 취득한 자가 이를 컴퓨터에 업무상 사용하는 행위도 침해행위로 보도록 하였다.

(2) 1995. 12. 6. 改正

개정 계기는 WTO 출범과 베른협약 가입이다. 개정 요지는 ① 보호기간을 프로그램이 창작된 때로부터 50년이었던 것을 공표된 다음년도부터 50년간으로 하였고, ② 무단으로 프로그램을 통신망 등을 통하여 일반인에게 전송하거나 배포하는 행위도 저작권을 침해하는 것으로 하였으며, ③ 저작권위탁관리제도를 도입하고, ④ 이 법률 시행 이전에 창작된 프로그램의 경우 내·외국인을 불문하고 소급보호하지 않았으나 이에 관한 부칙을 개정하여 이전에 창작된 프로그램도 UR/TRIPs가 정하는 바에 따르도록 하였다.

(3) 1998. 12. 30. 改正

개정 요지는 ① 전송권 및 저작권관리정보에 대한 규정을 신설하고, ② 컴퓨터프로그램을 교과용 도서에 게재하는 경우에 종전에 무상이던 것을 일반 저작물과 같이 보상을 하도록 하였으며, ③ 침해로 인한 손해액을 산정하기 어려운 경우에는 법원이 상당한 손해액을 인정할 수 있도록 하여 손해액 입증부담을 경감하는 것 등이다.

(4) 2000. 1. 28. 改正

개정 요지는 ① 권리보호를 강화하기 위하여 프로그램불법복제 방지를 위한 기술적보호조치를 무력화하는 행위를 금지하고, ② 프로그램기술개발의 활성화를 위하여 연구 등의 목적으로 역분석(reverse engineering)하는 행위를 저작권 제한 사유로 신설한 것 등이다.

(5) 2001. 1. 16. 改正

개정 요지는 ① 역분석에 관한 사항을 보다 구체화한 규정을 신설하고 (제12조의2), ② 프로그램심의조정위원회의 조정조서에 대하여 재판상의 화해와 동일한 효력을 부여한 것 등이다.

(6) 새로운 改正 法律¹⁵³⁾

정보통신부의 새 개정안이 2002. 11. 8. 국회에서 수정 통과되었다. 주요 골자는 ① 프로그램 사용허락을 받은 자의 안정적인 프로그램사용을 보장하기 위하여 프로그램저작권자는 프로그램의 원시코드 및 기술정보 등을 임치하여 필요시 프로그램 사용허락을 받은 자에게 이를 제공할 수 있도록 하는 프로그램의 임치제도를 도입하였고, ② 저작권이 제한되는 사유로 수사를 추가하고, 그 사용 범위로 배포를 추가하며, ③ 프로그램저작권의 전부 양도시 특약이 없는 한 개작권도 양도한 것으로 간주하며, ④ 통신망에서의 부정복제물 단속의 실효성 확보를 위하여 온라인서비스제공자에게 부정복제물의 전송 또는 게시의 거부·정지 또는 제한을 명할 수 있도록 하고, 부정복제물의 복제·전송에 대한 온라인서비스제공자의 의무와 책임 제한 요건을 규정하는 것 등이다.

3. 對象

가. 音盤

(1) 音樂著作物과의 關係

우리 저작권법은 ‘음반’에 대해 “음이 유형물에 고정된 것(음이 영상과

153) 대한민국 국회 법률정보시스템(<http://search.assembly.go.kr/law/>).

함께 고정된 것을 제외한다)”이라고 정의하나(제2조 제6호) ‘음악저작물’에 대해서는 단지 저작물로서 예시하고 있을 뿐이다(제4조 제1항 제6호).

‘음악저작물’을 간단히 정의하면 「음(sound)에 의해서 표현되는 저작물」로서 대표적인 유형은 곡(曲)이다. 한편 어문저작물의 일종인 가사가 음악저작물이 될 수 있는가에 대해서 가사가 악곡에 수반되는 경우에는 음악저작물이 된다고 본다.¹⁵⁴⁾ 따라서 음악저작물의 저작권자는 작사자와 작곡자이다. 우리 저작권법은 미국 저작권법과 달리 ‘고정(fixation)’을 요건으로 하지 않으므로 유형물에 고정되어 있을 필요는 없다.¹⁵⁵⁾ 그런데 음악저작물에서의 음이란 자연과학에서의 음이 아니라 일정한 예술성이 있어야 하고, 저작물의 본질상 일정 수준의 창작성을 필요로 하므로 가령, 자연의 소리 자체는 음악저작물이라고 할 수 없으며, 음이 본질적인 표현 방법이어야 하므로 어문저작물의 낭독 또한 음악저작물이 아니다.

그러면 저작권법상 ‘음반’에서 ‘음’이란 ‘음악저작물’에 한정되는가? 아니면 가령, 자연의 소리나 어문저작물의 낭독 등도 해당하는가? 이에 대한 입법례를 보면, 미국 저작권법은 우선 음을 수반하는 매체로서 ‘phonorecord[음반]’와 여기에 수록된 음으로서 ‘sound recording[녹음물]’을 구분하고 녹음물을 “음악, 구술, 기타 음의 고정…”이라고 함으로써 음을 음악(저작물)에 한정하지 않으며(제101조), 영국 저작권법도 음반(sound recording)에 대한 정의 규정에서 “소리의 기록물로서, 그로부터 소리가 재생될 수 있거나, 또는 어문, 연극 또는 음악 저작물의 전부 또는 일부의 기록물로서”라고 하여 음악저작물에 한정하지 않는다(제5조 제1항).

우리 저작권법은 이에 대해 명시적 언급이 없다. 저작권법 일반론으로, ‘음악저작물’ 이외의 ‘음’에 대해 저작권법이 관여할 여지가 없는 것인지에

154) 오승중·이해완, 앞의 책, 59면; 송영식·이상정·황종환, 「지적소유권법 하」, 육법사, 2001, 475면; 미국 저작권법 제102조 (a) (2)는 음악에 수반되는 가사를 음악저작물로 명시하고 있다.

155) 오승중·이해완, 앞의 책, 59면.

대해 보면, 가령 어문저작물의 낭독의 경우 ‘실연’과 유사하며, 자연의 소리 등의 효과음을 인위적으로 창출하여 저작권법이 요구하는 창작성이 있는 경우 보호필요성이 있고 저작권법 이외의 제도로는 마땅한 보호방법이 없으므로 ‘음반’이 대상으로 하는 ‘음’은 ‘음악저작물’에 한정되지 않는다고 본다.

다음으로 대여권과 관련하여서는, 이에 대한 입법자의 의사는 확인할 수 없다.¹⁵⁶⁾ 이에 대해 대여권의 입법 동기가 음악 산업을 보호하기 위한 것이고 음악적 내용 이외의 것은 복제를 통한 반복 이용 욕구가 없으므로 음악적인 것에 한정할 것이라는 견해가 있다.¹⁵⁷⁾ 그러나 법률은 문언에 반하지 않는 한 입법 당시의 환경 뿐 아니라 적용 당시의 환경도 반영하는 것이며¹⁵⁸⁾, 음악적 내용 이외의 것을 담고 있는 음반이 사적 복제를 유발하는 영리 대여로부터 완전히 자유롭다고 할 수는 없고, 그러한 음반이 판매용으로 배포 중이나 대여로 인해 판매가 감소된다면 당연히 권리자를 보호할 필요가 있다고 할 것이다. 따라서 우리 저작권법상 대여권의 대상인 판매용 음반은 음악저작물을 담고 있는 것에 한정되지 않는다고 본다.

(2) 映像著作物과의 限界

우리 저작권법은 음반에 대한 정의 규정에서 음이 영상과 함께 고정된 것을 제외하고 있다(제2조 제6호). 이 점은 미국·일본 저작권법이 마찬가지로 이나 영국 저작권법(제5조 제1항)은 이러한 제한을 두고 있지 않다. 따라서 음악저작물의 실연자들이 실연을 녹음함에 있어 실연 장면을 연속적인 영상으로 함께 수록하는 경우에는¹⁵⁹⁾ 음반만에 적용되는 보호규정의 적용을 받

156) 대여권에 대한 국회 심의 과정에서 아무런 논의가 없었다(앞의 「저작권법 제·개정 관련 국회회의록 2」). 이 점은 미국도 마찬가지이다(Melville B. Nimmer & David Nimmer, 앞의 책, 8-178.7면).

157) Melville B. Nimmer & David Nimmer, 앞의 책, 8-178.8면.

158) 극장용 영화 필름을 전제로 도입된 일본 저작권법상의 영화저작물 반포권이 가정용 비디오 테이프도 포함하게 된 것이 그 예이다.

159) 종래에는 영상저작물의 녹화는 아날로그 매체에만 의존하였으나 최근 개발된 DVD는 영상과 음을 모두 우수한 품질로 디지털화하여 녹음, 녹화할 수 있을 뿐 아니라 소위 ‘Home-Theater’를 갖추는 개인이 증가함에 따라 실연을 음과 영상으로 동시에 수록한

을 수 없게 된다. 이러한 매체의 경우 통상적인 영화저작물과 달리 영상은 부수적인 것이고 주된 것은 음이라고 할 것이므로 음반에 대한 보호규정을 배제할 이유가 없다고 본다. 따라서 영상과 함께 고정되었다고 해서 일률적으로 음반에서 배제할 것이 아니라 음의 재생만으로도 독립한 유용성이 있는 경우 음반으로 보호할 필요성이 있다고 본다.

나. 컴퓨터 프로그램

(1) 序說 - 保護方法

프로그램을 보호하는 방법은 크게 특허와 저작권에 의한 보호로 나뉘나 대부분의 입법은 저작권을 채택하고 있고 국제협약(UR/TRIPs 제10조 제1항, WIPO 저작권조약 제4조 등) 또한 프로그램을 베른협약에 따라 어문저작물로 보호하도록 하고 있다. 한편 저작권으로 보호하면서도 우리나라, 중국, 브라질, 벨기에 등은 특별법을 시행하고 있는데 저작권법 내에서 별도의 특별 규정을 두는 것과 실질적인 차이를 가져오는 것은 아니다. 프로그램은 저작물의 성격을 가지면서도 종래의 아날로그 저작물과는 달리 디지털 저작물이란 점에서 기존의 특허나 저작권제도로 접근하기에는 문제가 있다.

한편 프로그램을 저작권으로 보호하더라도 우리나라나 미국, 일본 등은 특허에 의한 보호를 부정하는 것이 아니다. 미국의 경우 일련의 연방대법원 등의 판결¹⁶⁰⁾을 통해서 프로그램을 특허발명으로 인정할 수 있는 기준을 제시하자 미국 특허상표청은 판결의 취지를 종합하여 프로그램이 특허등록될 수 있는 기준을 운영하여 왔으며, 우리나라도 미국 등의 영향을 받아 1984년 '컴퓨터 관련 발명의 심사기준'을 제정, 운영하다가 1998. 2. 특허 보호범위를 확대하는 방향으로 개정하였다.¹⁶¹⁾

매체에 대한 수요는 증가할 것으로 보인다.

160) 수학적 공식을 활용한 합성고무의 몰당제조방법에 대해 특허를 인정한 'Diamond v. Diehr 450 U.S. 175, 209 U.S.P.Q. 1(1981)'이 이에 관한 최초의 판결로 꼽힌다.

(2) 소프트웨어와의 區別

프로그램과 소프트웨어는 일상적으로는 명백한 구분 없이 유사한 개념으로 사용되지만 우리 법률은 ‘컴퓨터 프로그램’을 「특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치(이하 "컴퓨터"라 한다)안에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물」이라 하고(컴퓨터프로그램보호법 제2조 제1호), ‘소프트웨어’를 「컴퓨터·통신·자동화 등의 장비와 그 주변장치에 대하여 명령·제어·입력·처리·저장·출력·상호 작용이 가능하도록 하게 하는 지시·명령(음성이나 영상정보 등을 포함한다)의 집합과 이를 작성하기 위하여 사용된 기술서 기타 관련 자료」라고 한다(소프트웨어산업진흥법¹⁶²⁾ 제2조 제1호).

즉, ‘소프트웨어’는, ‘하드웨어’¹⁶³⁾와 반대되는 개념으로서, 「프로그램 + 관련 자료」이다. 이러한 구분에 따라 우리 법률상 보호방법도 다르다. 프로그램은 우리 저작권법상 보호되는 저작물이지만(제4조 제1항 제9호) 그 보호는 저작권법의 특별법이라 할 수 있는 컴퓨터프로그램보호법에 의해 보호되나 소프트웨어 중 프로그램을 제외한 관련 자료의 경우 어문저작물 또는 도형저작물로서 저작권법에 의한 보호를 받는다.¹⁶⁴⁾

(3) 映像著作物과의 重疊

우리 저작권법상 ‘영상저작물’¹⁶⁵⁾은 「연속적인 영상(음의 수반여부는 가

161) 오승중·이해완, 앞의 책, 598면 이하.

162) 종래의 소프트웨어개발촉진법을 2000. 1. 21. 전면 개정된 법률이다.

163) 「데이터 처리에서 사용되는 물리적 장치의 총칭으로 소프트웨어와 대응되며, 데이터 처리 시스템을 구성하는 기계, 전기, 전자 등의 기구나 장치, 보통 컴퓨터와 그 주변 장치를 말한다.」(컴퓨터용어사전, 통일출판사, 1994.).

164) 신각철, “법률상 소프트웨어와 프로그램은 다르다.”, 프로그램심의조정위원회 웹사이트 (<http://www.cpf.or.kr>) 자료실 중 컴퓨터프로그램보호법 해설.

165) 이에 대해 일본은 ‘영화저작물’이란 용어를, 영어권에서는 ‘film’(영국 저작권법 제18조 제2항), ‘cinematographic work’(캐나다 저작권법 제2조), ‘Motion pictures’(미국 저작권법 제101조) 등의 용어를 쓰고 있다.

리지 아니한다)이 수록된 창작물로서 그 영상을 기계 또는 전자장치에 의하여 재생하여 볼 수 있거나 보고 들을 수 있는 것」이다(제2조 제10호).

한편 프로그램 저작물에 해당하는 ‘비디오 게임’이 영상저작물에 해당하는지가 문제된다. 비디오게임이 연속적 영상으로 표현되지만 영상저작물의 요건으로서 “연속적인 영상”이 항상 정해진 순서대로 구현되어야 하는지 아니면 사용자의 조작에 따라 무작위로 구현되어도 해당하는지 규정상 불명확하기 때문이다. 결론적으로 영상저작물에서의 연속성은 화면이 변하지 않는 사진저작물과 대비되는 개념 요소이므로 여기에 일정한 순서라는 요건을 요구할 근거가 없으며 남은 과제는 창작성의 문제라고 할 것이다.¹⁶⁶⁾

(4) 例外 認定의 必要性

오늘날 프로그램은 PC나 노트북 컴퓨터에서만 쓰이는 것이 아니다. 가령, 항공기, 선박, 자동차 등의 항법장치나 진단장치, 가전제품의 원격제어를 위한 네트워크 연결(Home-Lan) 등 그 활용 범위가 계속 확대되어 가고 있다. 그런데 소위 ‘렌트 카’ 사업은 대부분의 국가에서 보편적인 영업활동인데 여기에 장착된 프로그램이 판매용 프로그램이라면(PC와 ‘번들’로 공급되는 운영체제 프로그램이 판매용 프로그램인 것과 마찬가지로) 자동차 임대시 이에 장착된 프로그램도 같이 대여되는 것으로 볼 수 있을 것이나 프로그램에 대한 대여권이 이러한 영역에까지 개입하는 것은 바람직하지 않다. 이에 국제협약¹⁶⁷⁾이나 일부 국가의 입법(가령 미국 저작권법 제109조

166) 오승중·이해완, 앞의 책, 79면. 이에 관하여 일본 하급심 판결[東京地裁 平成11年5月27日 平10(ワ)22568号]에서 “저작권법상 영화저작물이라고 할 수 있기 위해서는, (1) 저작물이 일정한 내용의 영상을 선택하고, 이것을 일정한 순서에 조합시키는 것에 의하고 사상·감정을 표현한 것이어야 하며, (2) 항상 동일 내용의 영상이 동일한 순서에 의하여 표현될 것을 필요로 한다.”고 하였으나 최근의 최고법원 판결(最高裁 平成14年4月25日 平13(受)952号)은 비디오 게임(일본에서는 ‘game-soft’라는 용어를 즐겨 쓴다)이 영화저작물에 해당한다고 판시하였다. 한편 우리 음반비디오물및게임물에관한법률은 ‘비디오물’에서 “컴퓨터프로그램에 의한 것과 게임물”을 제외하고 있다(제2조 제2호).

167) UR/TRIPs 제11조 제3문 “프로그램과 관련하여 이러한 의무는 프로그램 자체가 대여의 본질적인 대상이 아닌 경우에는 적용되지 아니한다.”, WIPO 저작권조약 제7조 제2항 제1호도 같은 내용.

(b) (1) (B))은 이에 대한 예외 영역을 두고 있는데 향후 우리 법률의 개정 시에 고려할 만하다.

다. 販賣用

우리 법률이 대여권을 인정하는 대상은 “판매용” 음반 혹은 프로그램이다.¹⁶⁸⁾ 대여권을 포함하는 배포권은 권리자의 경제적 이익 창출 수단이므로 대여권 인정 대상을 판매용 음반에 제한한 것이고, 애초의 제작 동기가 판매용이 아닌 음반의 무단 대여에 대한 보호는 저작권접권인 공표권으로 보호될 수 있을 것이나 권리자에 의해서 이미 ‘최초’ 배포된 경우는 무단 대여를 막을 수 없고 또한 그로 인해 제3자가 영리를 취하고 있더라도 제작 동기가 이익 창출이 아닌 이상 규제 필요성도 없을 것이다.

4. 權利者

가. 音盤

(1) 序說

대부분의 입법이 저작권접권 개념을 인정함으로써 실연자와 음반제작자를 음반 대여 권리자로 규정하는 것이 일반적이나 미국 저작권법은 아직 저작권접권 개념을 정면으로 인정하지 않고 녹음물, 실연자, 방송사업자를 부분적으로 보호하는 규정을 두고 있을 뿐이다. 이에 미국 저작권법은 녹음물에 있어서는 “허락을 얻어 녹음물을 최초로 고정한 자” 즉 제작자를 저작권

¹⁶⁸⁾ 이와 관련 일본 저작권법은 “商業用” 음반이란 용어를 쓰고 있으며(제95조의3) 미국·영국 저작권법은 단순히 “음반(sound recording)”이라고 하고 있다.

자로 본다는 규정을 두고 있다(제104조의 A (h) (7)). 따라서 녹음물의 대
여에 있어서 허락권자로서 저작권자는 음반제작자만이 될 것이나 녹음물에
수록된 음악저작물의 저작권자를 허락권자로 추가하고 있다(제109조 (b)
(1) (A)). 따라서 미국 저작권법에서 실연자는 음반 대여권자에서 배제된다.

실연자의 음반 배포권과 관련하여, 로마협약(제7조 제1항), UR/TRIPs
(제14조 제1항)는 고정되지 않은 실연에 대한 공중전달금지권만 부여할 뿐
실연의 고정을 허락한 후의 음반에 대한 배포권은 인정하지 않으나 WIPO
실연·음반조약은 위의 생(生)실연 공중전달금지권 뿐 아니라 음반에 대한 배
포권까지 인정한다(제8조). 입법례를 보면 독일 저작권법은 실연자에게 음
반 배포권을 인정하고(제75조 제2항), 일본 저작권법도 배포권에 상당하는
양도권을 인정하되 녹음이 실연자의 허락에 의해 된 경우에는 허락받은 음
반제작자에게만 인정함으로써 결국 부정하고 있다(제95조의2). 한편 실연자
의 음반 대여권의 경우 국제협약으로는 WIPO 실연·음반조약만 명시적으로
요구하고 있다(제9조 제1항).

(2) 實演者, 音盤製作者

(가) 解釋論

우리 저작권법은 실연자와 음반제작자를 음반의 대여권자로 인정한다.

(나) 實演者에 대한 立法論的 再檢討

우리 저작권법은 실연자에게 그의 실연이 녹음된 음반에 대해 배포권은
인정하지 않고서 대여권만 인정하고 있다. 위에서 본 것처럼 실연자에게 음
반 배포권을 인정할 것인가는 우리나라의 현실을 고려한 입법정책의 문제이
지만 배포권을 인정하지 않은 상태에서 대여권만 인정하는 것은 우리 저작
권법의 논리에 맞지 않는다. 애초에 배포권을 인정하지 않은 것은 무단 복

제·배포 행위에 대해서는 복제권의 주장만으로 구제가 가능하고 허락에 의한 복제의 경우 복제 계약의 이행으로써 실연자가 보상받는 대신 배포권은 음반제작자가 행사한다는 것이 우리 저작권법의 전제이다. 따라서 최초판매로도 소멸하지 않은 배포권은 음반제작자만 갖는 것이 타당하다고 본다.

(3) 著作者

(가) 解釋論

한편 우리 저작권법은 음반의 대여권자로 “배포권자”를 규정하면서(제 43조 제2항) 무엇에 대한 배포권자인지 언급이 없다. 여기서 말하는 배포권자는 누구이며, 무엇을 배포한다는 말인가.¹⁶⁹⁾ 음반과 관련하여서는 권리자가 셋이 있는데 (음악저작물) 저작자(작사자, 작곡자), 실연자, 음반제작자가 그들이다. 그런데 우리 저작권법은 실연자와 달리 음반제작자에게는 음반배포권을 인정하고 있다(제67조). 그러면 여기서 “배포권자”는 음반배포권자인 제작자를 말하는 것인가 아니면 이와 별도로 저작자를 말하는 것인가.

이에 대한 입법과정을 보면, 개정 제안자인 문화체육부장관은 개정 주요 골자를 다음과 같이 설명하고 있다. “둘째, 음반의 배포권자는 판매용 음반을 영리목적으로 대여하는 것을 허락할 권리를 가지도록 하였으며, 셋째 실연자 및 음반제작자에게도 판매용 음반을 영리목적으로 대여하는 것을 허락할 권리를 가지도록 하였습니다.”¹⁷⁰⁾

위 설명에서 “음반의 배포권자”는 “실연자 및 음반제작자”와 다르다는 것을 의도하려고 한 것은 알 수 있으나, 저작인접물인 음반의 배포권자는 우선적으로 음반제작자임에도 음반제작자와는 다른 “음반의 배포권자”는 누

169) 박문석, “전자 복제·복사기기의 발전과 대여권제도”, 계간 저작권 40호, 1997, 118면 이 이에 대해 문제를 제기하는 유일한 문헌으로 보인다.

170) 1993. 11. 16. 제165회 국회 문화체육공보위원회 제10차 회의(앞의 「저작권법 제개정 관련 국회회의록 2」, 99면).

구인지 구체적인 설명이 없으나 결국은 저작자 이외에는 또 다른 관여자가 없으므로 저작자를 염두에 둔 것이라고 볼 것이다.

우리 저작권법은, 저작인접권에 관한 규정은 저작권에 영향을 미치지 않는다고 하고 있고(제62조), 저작재산권자를 판매용 음반의 제작을 위한 법정허락 대상자로 인정하고 있으므로(제50조) 결국 판매용 음반의 또 다른 대여권자는 음악저작물 저작자라고 할 것이다.¹⁷¹⁾

(나) 立法論的 再檢討

우리 저작권법의 해석론상 저작자를 음반 대여권자로 인정하는 근거 규정인 제43조 제2항에서 정하는 “배포권자”가 저작권자인지 문언상 불명확하므로 규정을 좀 더 명확하게 할 필요가 있을 것이다.¹⁷²⁾

그러면 입법론으로 저작자에게 음반대여권을 인정하는 것이 타당한가. 대여권은 배포권의 한 내용이므로 우선 해석론으로 저작자에게 음반배포권이 인정되는가. 우리 저작권법 제43조 제2항이 정하는 “배포권자”를 저작자로 봄으로써 저작자에게 음반배포권이 인정되는 것으로 볼 수도 있겠으나 음악저작물의 저작자는 음악저작물에 대한 배포권자일 뿐 저작인접권의 대상인 음반의 배포권자는 아니다. 다만 음반은 음악저작물을 담고 있으므로 음악저작물에 대해 배포권을 행사하는 것이 음반에 대해 배포권을 행사하는 사실상의 결과를 초래하게 될지라도 법률상으로는 구분해야 한다. 즉 저작자는 음반 배포권자가 아니고 따라서 저작자가 음반에 대한 배포권자임을 전제로 한 저작권법 제43조 제2항의 “배포권자”라는 표현은 문제가 있다.

따라서 우리 저작권법의 논리상 음반에 대한 배포권이 인정되지 않는 자에게 대여권을 인정하는 것은 문제가 있다. 대여권은 최초판매에 의해서도 소멸하지 않고 남은 배포권의 한 내용이므로 대여권자는 원래 배포권자

171) 박문석, 앞의 논문, 118면; 오승중·이해완, 앞의 책, 294면.

172) 가장 쉽게는 “배포권자”를 “음악저작물 저작자”라고 변경하면 될 것이다.

임을 전제로 해야 하기 때문이다.

입법 정책의 관점에서, 음반 대여권 제도는 대여 후의 무단복제로부터 음반산업을 보호하기 위한 것이지 음악저작물에 대해 다른 저작물과 다른 특별한 보호를 하기 위한 것은 아니다. 즉, 음반판매량에 의해 직접적으로 영향을 받는 음반산업 관련자에 저작자가 포함되는 것인지에 따라서 판단할 문제인 것으로 보인다. 음악 저작자가 고용되어 일정한 급여를 받거나 혹은 저작물에 대해 판매량과 관계 없이 일정한 금액으로 이용 계약을 체결하는 것이 일반적인 경우¹⁷³⁾ 음악저작물 이용계약에서 저작자의 대여권은 제한 받게 될 것이므로 저작자는 음반 판매량에 따른 직접적 이해관계인이 아니어서 저작자에게 대여권을 인정하는 것은 의미가 없을 뿐 아니라 이러한 대여권 제한 약정의 유효성 등을 둘러싸고 관계자 사이에 혼란만 초래하게 될 것으로 보인다.

(4) 關係

원칙적으로 위 권리자들 중 일부의 허락을 받지 않고 대여를 한 경우 그 자와의 관계에서 대여권을 침해한 것이다.

그런데 저작자와 실연자 사이에서 그리고 실연자와 음반제작자 사이에서 후자가 전자에 대해서 포괄적 보상 약정을 하고 그에 대한 일체의 저작재산권을 후자가 행사하기로 한 경우(최종적으로는 음반제작자가 될 것이다) 대여 허락은 후자로부터만 받으면 될 것이나 무단 대여의 경우 누구의 대여권을 침해한 것인가. 위와 같은 권리자들 사이의 약정은 당사자들 내부 관계에서 저작재산권 행사자를 조절하기 위한 것이지 대외적으로까지 권리를 포기할 의사가 있었다고 보기는 어려울 것이다. 따라서 음반제작자 뿐

173) 후자는 우리나라를 포함하여 많은 국가에서 일반적인 경향인 것으로 보인다. 한편 이와 같이 저작자가 일시 보상을 받음으로써 음반대여권을 포함한 배포권을 제작자에게 부여함으로써 배타적 허락권으로서 대여권은 상실하였더라도 채권적 보상청구권으로서 대여권은 포기될 수 없다고 규정한 독일 저작권법 제27조 제1항은 매우 특이한 제도라고 할 것이다.

아니라 저작자, 실연자도 권리 침해를 주장할 수 있다.

나. 컴퓨터 프로그램

(1) 프로그램 著作權者

프로그램저작권자란 프로그램을 창작한 자로서(제2조 제2호) 프로그램 저작권은 프로그램이 창작된 때로부터 발생하며 어떠한 절차나 형식의 이행을 필요로 하지 않는다(제7조 제2항). 창작한 자가 불명확한 경우에는 원프로그램이나 그 복제물 또는 프로그램을 공표함에 있어서 프로그램 저작자의 실명 또는 이명이 일반적인 방법으로 표시된 자가 그리고 이러한 표시가 없는 프로그램의 경우에는 그 공표자 또는 발행자가 프로그램저작권을 가지는 것으로 추정한다(제4조). 한편 소위 업무상 창작한 프로그램은 계약이나 근무규칙 등에 달리 정함이 없는 한 법인등을 저작자로 한다(제5조). 2인 이상이 공동으로 창작하고 각자가 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 프로그램의 저작권은 공동으로 창작한 자의 공유로 하며, 이 경우 대여권은 공동저작권자 전원의 합의에 의하여 행사하여야 한다(제11조 제1항, 제2항). 외국인은 대한민국이 가입, 체결한 조약에 따라 보호되므로 원칙적으로 내국민대우를 받으나(베른협약 제5조 제1항) 예외적으로 상호주의에 의할 수 있다(제6조 제1항, 제3항).

한편 프로그램저작권은 전부 또는 일부를 양도할 수 있으므로(제15조) 대여권을 포함하는 배포¹⁷⁴⁾권 혹은 발행권을 양도받은 자는 대여 허락에 관해서는 배타적 권리자로서 프로그램저작권자이다.

174) 컴퓨터프로그램보호법은 제정시에 「"배포"라 함은 원프로그램 또는 그 복제물을 공중에게 양도 또는 대여하는 것을 말한다.」라는 정의규정을 두었다가(제2조 제8호) 2000. 1. 28. 개정시에 위 규정을 삭제하였으나 최근 개정 법률에서 「"배포"라 함은 원프로그램 또는 그 복제물을 공중에게 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여하는 행위를 말한다.」라는 규정을 다시 복구하였다.

(2) 排他的 發行權者

프로그램저작권자는 그 저작권에 대하여 독점적으로 복제·배포할 수 있는 배타적발행권을 설정할 수 있는데(제16조) 이 경우 프로그램에 대해 대여를 허락할 수 있는 배타적 권리자는 설정자인 프로그램저작권자에 우선하는 배타적발행권자이다. 배타적발행권 설정제도는 저작권법의 출판권 설정제도(제54조 이하)에 대응한 것으로¹⁷⁵⁾ 2000. 1. 28. 개정시 신설되었다.

5. 營利 目的 貸與

가. 營利 目的

우리 법률은 영리 목적 대여만을 허락 대상으로 함으로써 반대해석하면 배포권자의 공공대출권은 인정하지 않고 있다. 이에 대해 일본 저작권법은 성질에 관계 없이 모든 대여에 대해서 허락권을 규정하고 다시 “영리를 목적으로 하지 아니하고 요금을 받지 아니하는 경우에는” 공표된 저작물을 소유하는 자는 대여에 의하여 공중에게 제공할 수 있다는 면책 규정을 두고 있고(제38조 제4항), 미국 저작권법은 직·간접의 상업적 영리 목적 대여를 허락 대상으로 하면서 동시에 “비영리 도서관이나 비영리 교육기관이 비영리 목적으로 대여”하는 것에는 적용하지 아니한다는 면책규정을 두고 있다(제109조 (b) (1) (A)).

구체적으로, 비영리 기관이라고 하더라도 특별한 사업을 위한 기금을 마련할 목적으로 반대급부를 받는 것은 허용될 수 없고, 영리 목적 도서관이나 교육기관이 개별 대여에 대해서 요금을 받지 않는다고 하더라도 이는 간접적으로 대여자의 영업에 도움이 되기 위한 것이므로 간접적 영리 목적이 인정되는 것이나, 대여기관이 대여 활동 자체에 소모되는 관리비용에 충

175) 송영식·이상정·황종환, 「지적소유권법 하」, 652면.

당하기 위한 약간의 수수료를 받는 것만으로는 영리 목적이 아니다.¹⁷⁶⁾

나. 貸與

(1) 配布와의 關係

(가) 우리 法の 태도

‘대여’¹⁷⁷⁾에 대해서는 우리 저작권법이 ‘배포’의 한 유형으로 규정하고 있을 뿐 따로 정의규정을 두고 있지 않다.¹⁷⁸⁾ 즉 우리 저작권법에서 대여권은 배포권의 한 내용일 뿐 별도의 지분권이 아니다. 이에 우리 저작권법은 제5절 저작재산권 부분에서 배포권만 열거할 뿐 대여권은 독립한 권리로 취급하지 않는다. 그러면 ‘대여’는 필연적으로 ‘배포’의 한 유형이어야 하는지 그리고 별도의 개념 정의를 어떻게 할 것인지 본다.

(나) 立法 方式

저작재산권의 내용을 이루는(독립한 지분권으로서 ‘저작재산권’편에서 열거되는지를 떠나) 복제권, 배포권, 대여권의 관계에 대해서, A. 복제권만 인정하고 배포권은 별도로 인정하지 않는 방식(1999. 6. 23. 개정 전 일본, 프랑스), B. 복제권 이외에 배포권을 별도로 인정하는 방식이 있고, 후자는 다시 a. 배포권에 대여권을 포함시키는 방식(미국, 우리나라, 영국, 현재의 독일 등 대부분의 나라), b. 대여권을 배포권에 포함시키지 않는 방식(1995년 개정 전 독일)이 있다.¹⁷⁹⁾ 복제권만 인정하고 배포권을 별도로 인정하지

176) Melville B. Nimmer & David Nimmer, 앞의 책, 8-178.6면 이하.

177) 이에 대한 영어 용어는, ‘배포’는 ‘distribute’, 혹은 ‘issue’(영국 저작권법 제16조 (1) (b)), ‘대여’는 ‘rent(al)’, ‘(공공)대출’은 ‘(public) lending’과 동일하다. 나아가 ‘rent’와 유사한 개념으로 ‘lease’(미국 저작권법 제101조), ‘hiring’, ‘loan’(이상 영국 저작권법 제18조 (2) (a)) 등이 있는데 대가가 수반된다는 전제에서 셋 사이의 차이를 발견하기 어렵다.

178) 제2조 (정의) 제15호 배포 : 저작물의 원작품 또는 그 복제물을 일반공중에게 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여하는 것을 말한다.

않는 경우 대여권은 당연히 저작재산권의 독립한 지분권이 된다.

일본은 1999. 6. 23. 개정 전에는 저작재산권¹⁸⁰⁾으로 복제권, 반포권, 대여권을 열거하고 반포권은 영화저작물에만 인정하였었다. 왜냐하면 복제를 한 복제권자가 애초의 저작자라면 소유권 혹은 복제권에 기해서 배포를 할 수 있고 저작자의 허락에 의한 복제권자라면 복제권 부여 계약을 통해 저작자는 적절한 보상을 받는 대신 복제권자에게 배포도 허용할 것이므로 저작자에게 별도로 배포권을 인정할 이유가 없다는 점에서이다. 따라서 저작물 일반에 대한 배포권 규정이 없으므로 최초판매이론 규정도 필요가 없었다. 그러나 위의 개정을 통해서 영화저작물을 제외한 모든 저작물에 대해 양도권과 대여권을 인정함으로써 결과적으로 배포권을 인정한 것이되었다.

한편 1995년 개정 전 독일 저작권법은 대여권의 성질을 배타적 허락권(혹은 금지권)으로 하지 않고 채권적 보상청구권으로 하였으므로 배타적 허락권인 배포권의 한 내용이 될 수 없었으나 개정을 통해서 배포의 개념 속에 대여를 포함시키고 배포권에 대해서 최초판매이론을 적용한 뒤 다시 이에 대한 예외로서 대여권은 소멸되지 않는 것으로 하고 있다.

(다) 檢討

우리 저작권법이 규제 대상으로 하는 대여는 영리 목적 대여이므로 대여 개념 자체는 공공대출 개념을 포함하여 대여자 및 대여의 성격에 관계 없이 「대여자에게 반환할 것을 전제로 한 사용권 부여 행위」로 정의할 수 있을 것이다.

우리 저작권법과 같이 대여를 포함하는 배포권을 최초판매이론에 의해서 제한하고 다시 이에 대한 예외로 대여권을 두는 방법 즉 ‘원칙(배포권) - 예외(최초판매이론) - 재예외(대여권)’의 방식이 일반적인 입법례로 보이

179) 박문석, 앞의 논문, 110면.

180) 제3판 '저작권에 포함되는 권리의 종류'.

며, 그러면서도 특히 우리나라는 대여권을 독립한 저작권재산권으로 하지 않고 최초판매에 의해서도 소멸되지 않고 남은, 배포권의 한 내용으로 하고 있다. 이러한 순환구조의 혼란함을 지적하며 “배포권에서 대여를 분리시켜 배포권 이외에 대여권을 별도로 규정”할 것을 입법론으로 주장하는 견해가 보인다.¹⁸¹⁾ 그러기 위해서는 ‘배포’의 개념에서 ‘대여’를 제외하여야 하고 결국 배포에는 ‘양도’만 남게 됨으로써 배포권은 최근의 일본 저작권법에서 신설된 양도권과 같게 될 것이다.

저작물에 대한 이용 방법은 기술이 발전함에 따라 새로운 양상으로 나타나고 이것이 일정 정도의 비중을 차지하게 되면 저작권법상 권리의 지위를 획득하게 되는데 최근에 각국 입법에서 신설된 전송권은 이러한 예이다.

대여의 경우도 종래에 배포의 개념으로 포섭이 가능했던 것이라고 하더라도 이러한 이용 형태가 성행하여 기존의 방법과 대등한 의미를 부여할 필요가 있는 경우이라면 독립한 지위를 인정하는 것이 권리자와 이용자 사이의 이익 조정 등 대여권을 둘러싼 법리의 발전을 위해서 필요하다고 생각된다. 다만 우리는 음반과 프로그램에 한해서 대여권을 인정하고 있으므로 대여권을 모든 저작물에 대한 일반적 이용 방법으로서의 저작권재산권이라는 지위를 인정하고 있지 않다. 따라서 대여의 범위를 모든 저작물로 확대하는 경우라면 대여권에 대해 독립한 지분권으로 분리하는 것이 적절할 것이다.

(2) 貸與 類似 行爲

우리 법률은 대여에 대해 정의 규정을 두지 않아 금지되는 대여에 해당하는지 사실관계의 포섭에 있어서 어려움이 따르나 형식을 불문하고 실질적으로 대여와 동일한 효과 즉 물건의 반환이 전제되고 매매대금보다 저렴한 대가가 지급된 경우 대여로 보아야 할 것이다. 이에 대해 일본 저작권법은 “어떠한 명의 또는 방법으로 하는가를 불문하고 이와 동일한 사용의 권원을

181) 박문석, 앞의 논문, 119면.

취득시키는 행위”라고 하고(제2조 제8항), 미국저작권법은 “대여의 성질을 가진 모든 행위”라고 규정하고(제109조 (b) (1) (A)) 이 규정의 취지는 입법 당시 의회보고서¹⁸²⁾에 의하면, “상식적으로 대여이나 법적 책임을 피하기 위해 위장하는 행위를 규제하기 위한 것이다. 가령, 음반을 며칠 뒤 판매하기로 하고 판매하는 소매점이나, 개별 대여 건에 대해 대여료를 받지 않고 회비만 받지만 회원들에게 음반을 대여하기 위한 목적으로 결성된 단체는 실질적으로 대여 행위를 하는 것이다.”라고 하고 있다. 구체적으로 대여로 볼 것인지 문제되는 경우를 본다.

(가) 환매방식

A & M Records v. A.L.W. 사건¹⁸³⁾에서 피고는 환매 방식(buy-back provision)에 의해서 음반을 2달러에 환매대금(deposit) 5달러를 붙여서 팔고 고객이 일정한 기간 안에 환매를 요청하면 위 환매대금을 반환하였다. 법원은 위와 같은 입법취지를 고려하여 대여권 침해를 인정하였다.

(나) 연기된 지급 방식

Central Point Software v. Global Software 사건¹⁸⁴⁾에서 원고는 프로그램 제작, 판매 회사이고, 피고는 프로그램을 판매하거나 임대하는 가게를 운영하는 회사로서 ‘Computer Software Rental Amendment of 1990’에 의해서 계속적 임대가 허용되는 1990. 12. 1. 이전 구입한 프로그램에 대해서는 계속 임대 영업을 함과 동시에 임대가 금지되는 프로그램에 대해서는 독자적으로 개발한 ‘연기된 지급 방식(Deferred Billing Plan, DBP)’으로 ‘판매’를 하였다. 위 방식에 의하면, 고객은 ‘환불되지 않는 대금’(판매가의

182) H.R. Rep. No. 98-987, 98th Cong., 2d Sess. 4 (1984)(Melville B. Nimmer & David Nimmer, 앞의 책, 8-178.5면에서 재인용).

183) A & M Records, Inc. v. A.L.W., Ltd., 855 F.2d 368, 370 n.6 (7th Cir. 1988).

184) Central Point Software, Inc. v. Global Software & Access., Inc., 880 F. Supp. 957, 965 (E.D.N.Y. 1995).

일부로서 대체로 \$ 7.50 - \$ 20.00)만을 신용카드에 의해 결제하고 - 판매가 전체에 대해서도 승인은 받아 둔다 - 프로그램을 집에 가지고 가서 5일 동안 사용해 볼 수 있는데 이 때 고객에게는 디스크와 사용설명서만 공급되고, 고객등록카드는 지급하지 않는다. 만약 어떤 이유든지 5일 안에 반납하면 피고는 '환불되지 않는 대금'만 지급받게 되고, 그 반대의 경우는 판매가 전체에 대해서 청구를 하고 이 때 고객등록카드를 지급한다. 피고 제출 증거에 의하면, 전체 거래 건수 448건 가운데 300건이 위의 방식에 의한 것이고, 이 중 3건을 제외한 297건에 대해 5일 안에 반납하였다.

이에 법원은 다음의 이유로 위 방식이 실질적으로 위법한 대여에 해당한다고 하였다. 첫째 거의 100%에 가깝게 반납되었고, 둘째 피고가 제작한 위 방식의 안내문에 판매가 전체가 아닌 환불되지 않는 대금만 광고하며, 셋째 환불되지 않는 대금은 대여료에 상당하고, 넷째 5일의 반납기한은 대여기간에 상응할 뿐 아니라 피고로 하여금 위 방식에 의해 반납된 프로그램을 또 다시 위 방식에 제공할 수 있게 하며, 다섯째로 판매가가 지급되기 전까지는 고객에게 등록카드가 공급되지 않는다는 점에 있다. 물론 반납 여부는 고객의 선택에 달려 있지만, 거의 100%의 반납률을 보이고 있는 점에 비추어 피고는 위 방식이 실질적으로는 대여로 운영되는 것을 알고 있었던 것으로 보인다.

(다) 중고 음반 판매

위 환매방식과 차이점은 환매 방식은 판매자 신제품을 판매한 뒤 다시 되사는 것이나 중고 음반 판매는 그 취득 과정 혹은 판매 후의 환매 여부를 떠나서 소매점에서 판매하는 음반이 중고품이란 점에만 초점을 맞춘 것이다. 여러 음반 매체 중 특히 디지털 기술로 녹음되는 CD의 경우 신품, 중고품 혹은 복제품 사이에 음질의 차이가 없기 때문에 가격 차이가 상당하다면 소비자로서는 중고품을 구입하여 복제한 후 중고품은 다시 되팔면 될 것이

다. 여기서 중고품을 소비자로부터 구입하여 소매점에 공급하는 자와 소비자를 상대로 판매하는 자가 분리되어 있다면 환매의 경우와는 구조가 다르다. 미국 시장에서는 음반 대여권이 도입된 이후에도 이러한 중고 CD 판매 영업이 특별한 규제 없이 행해지고 있으나 보통의 대여와 마찬가지로 음반 판매량을 감소시키는 원인으로 지적되고 있다.¹⁸⁵⁾ 이에 대한 대처 방안으로 현행 저작권법 제28조에서도 중고 음반을 매입하여 판매하는 것은 간접적 대여와 다를게 없으므로 대여권 침해 소송을 제기할 수 있을 것이라는 주장¹⁸⁶⁾이 있으나 판매점에서 매입과 판매를 동시에 한다면 가능할 수도 있으나 순전히 중고 음반의 판매 행위만을 하는 경우 이를 대여라고 하거나 혹은 최초판매이론이 적용되지 않는 것으로 구성하기는 무리이므로 재판매 사용료(resale royalty)제도를 도입하여야 할 것이다.¹⁸⁷⁾

(라) 온라인 전송과 대여

여러 도서관이 컴퓨터로 상호 연결하여 다른 도서관 혹은 이용자에게 온라인으로 자료 파일을 전송할 수 있도록 하는 소위 ‘전자도서관’ 사업을 위하여 우리 저작권법은 이러한 범위에서의 복제·전송을 저작재산권이 제한되는 사유로 규정하고 있고¹⁸⁸⁾ 국가운영의 전자도서관이 가동 중에 있다.

우리 저작권법은 공공대출권을 인정하고 있지는 않지만 도서관 등의 온라인 전송이 대여에는 해당할 수 있는 것인가. 우리 저작권법을 비롯한 최근의 입법에서 배포와는 별도로 ‘전송’ 혹은 ‘전송권’을 신설한 이상 이는 입

185) CARY T. PLATKIN, “In Search of a Compromise to the Music Industry's Used CD Dilemma”, University of San Francisco Law Review, Winter, 1995, 509면.

186) CARY T. PLATKIN, 앞의 논문, 539면.

187) Lawrence J. Glusman, “It's My Copy, Right? Music Industry Power To Control Growing Resale Markets In Used Digital Audio Recordings”, Wisconsin Law Review, May / June, 1995, 739면; Carla M. Miller, “New Technology and Old Protection: The Case for Resale Royalties on the Retail Sale of Used CDs”, Hastings Law Journal, November, 1994, 240면.

188) 제28조 (도서관등에서의 복제등) ② 도서관등은 컴퓨터등 정보처리능력을 가진 장치를 통하여 당해 시설과 다른 도서관등에서 이용자가 도서등을 열람할 수 있도록 이를 복제·전송할 수 있다.

법적으로 해결되었다. 그러나 개정 전의 저작권법에 의하더라도 앞에서 보았듯이 대여를 포함한 배포는 배포의 결과 배포자는 소지를 상실하고 새로운 소지자에게 그 매체 자체가 옮겨가야 하는 것인데 전송은 원래의 소지자의 것은 그대로 남겨 두므로 결국 대여 개념에 해당할 수 없을 것이다.

결국은 각종 대여 유사 행위가 권리자의 허락을 요하는 대여 행위에 해당하느냐에 대해서 아직 정립된 일반 기준은 없고 사안에 따라서 구체적으로 판단해야 할 것으로 보인다.

다. 許諾에 의한 排他的 貸與權者의 權利 範圍

대여권을 허락받은 품목은 아니나 이와 대체관계에 있는 품목이 무단 대여되는 경우 가령, 외국어 소설과 번역 소설, 자막 영화와 무자막 영화 등의 관계에서 권리자는 대여권 침해를 주장할 수 있는가.

이와 관련 '자막 비디오 대여권자의 무자막 비디오 대여 금지 청구 사건'¹⁸⁹⁾에서, 그리스 회사인 원고(HVH)는 저작권자(미국 FOX사)로부터 'Independence Day'라는 영화에 대해서 그리스내에서 독점적으로, 그리스어로 자막 처리한 위 영화의 가정용 비디오 테이프의 복제권과, 대여에 의한 배포권을 허락받았으나 대여에 의한 배포는 위 영화의 극장 상영이 종료한 1997. 4. 18. 이후부터 가능하다는 제한이 있었다. 한편 비디오 대여점을 운영하는 피고는 저작권자에 의해 영국에서 합법적으로 배포된(그리스에서의 대여 용도로는 허락되지 않은), 자막 처리되지 않은 위 영화의 비디오 테이프를 수입하여 원고의 배포가 금지되어 있는 시기에 대여를 하였다. 원고는 그리스에서의 배타적 대여권자임을 이유로 피고를 상대로 대여금지명

189) 그리스 Court of First Instance, No. 12729/1997 사건. Metaxopoulos, Kriton, 앞의 논문, 294면 이하.

령을 신청하였고, 피고는 이에 대해 원고의 청구는 공동시장에서의 상품의 자유 이동을 선언한 'EEC Treaty'에 반할 뿐 아니라 원고는 자막 처리된 영화에 대해서만 배타적 권리자이므로 원고 청구는 이유 없다고 주장하였다.

이에 대해 법원은 피고의 이러한 행위로 인해 원고가 대역할 수 있는 시기가 되어도 대역량 감소에 따른 손해를 입게 되므로 원고의 실시권의 시기가 도래하기 전이어도 저작권법에 의해 보호가 필요하다고 하였다. 피고가 수입한 영화는 자막이 없다는 사실은, 피고의 대역 행위로 인해서 원고의 수익이 감소되고 피고의 행위가 없었더라면 원고의 제품이 이용되었을 것이란 점에서 원고의 보호를 배척할 근거가 되지 못한다고 하였다.

대역권은 일반적으로 권리소멸의 대상이 아니므로 진정상품의 병행 수입 자체가 허용되는지 여부를 떠나서 수입 후의 대역은 저작권자의 권리를 침해하는 것이다. 따라서 이 사건에서 원고의 보호를 배척한다고 하더라도 저작권자인 FOX사는 피고에 대해 대역권 침해를 주장할 수 있을 것이다.

영화 산업은 거대 자본의 투자가 필요하고 이로부터 이익을 최대한 창출하기 위해서 극장 상영, 가정용 비디오 테이프 대역, T.V. 방영 등의 순으로 배급 시기를 조절하며 또한 국가별로 시장 규모를 별도로 계획하는데 이러한 계획에 따라 제작자가 의도했던 최소한의 보상이 주어지지 않는다면 창작 유인을 부정하는 것이 되고 이는 공익에도 반하는 것이다. 위 사건은 이러한 영화산업의 특수성을 고려한 것이라 할 것이다.

6. 存續期間

음반에 대한 저작자의 대역권은 배포권의 일부로서 저작재산권의 존속 기간인 저작자의 사망 후 50년까지이며(제36조 제1항) 실연자, 음반제작자의 대역권은 저작인접권으로서 각각 실연을 한 때, 그 음을 맨 처음 그 음

반에 고정할 때의 그 다음 해부터 50년간이다(제70조 제1호, 제2호).

프로그램 대여권은 프로그램저작권의 존속기간에 따라 프로그램이 공표된 다음 년도부터 50년간이다. 다만, 창작 후 50년 이내에 공표되지 아니한 경우에는 창작된 다음 년도부터 50년간 존속한다(제7조 제3항).

7. 集中 管理와 侵害 救濟

가. 音盤 貸與權 行使의 集中管理

음반에 대한 대여권을 행사함에 있어 우리 저작권법은 아래와 같이 집중관리 방식을 요구하나 프로그램에 대해서는 아무런 규정이 없다.

(1) 著作隣接權者

대여업을 희망하는 자가 개별 권리와 일일이 접촉하고 보상금을 협의하는 것은 쌍방에게 모두 어렵고 불편한 일이다. 이에 저작권법은 문화부장관의 지정을 받은, 실연자 혹은 음반제작자 단체로 하여금 권리를 대리하여 판매용 음반 대여의 허락과 보상금 협의를 하도록 하고, 이러한 단체는 그 구성원이 아니더라도 권리의 신청이 있는 경우 그를 대리하여 일체의 행위를 할 의무와 권한이 있다(제65조의2 제2항, 제67조의2 제2항, 제65조 제2, 3, 6항). 구성원 아닌 개별 권리자도 단체를 통하지 않고서는 권리를 행사할 수 없다. 대여료 청구에 관한 집중관리제도는 일반적인 입법례이다(가령 독일 저작권법 제27조 제3항, 일본 저작권법 제95조의3 제4항 등).

(2) 著作權者

판매용 음반에 대한 대여권자로 실연자, 음반제작자 이외에 음악저작물 저작권자가 포함되는 위에서 보았고, 저작권자의 경우도 대여권을 행사함에

있어 저작권자로 구성된 단체를 통하여야 하는지 우리 저작권법은 명시적 규정이 없다. 그러나 저작인접권자의 경우 단체를 통하도록 한 취지가 저작권자의 경우와 달리 취급할 아무런 이유가 없으므로 이는 입법 흠결로 볼 것이고, 저작인접권자에 관한 규정을 유추적용하여 저작권자도 단체를 통해서만 권리를 행사할 수 있다고 보아야 한다.

(3) 現況

현재 우리나라에 저작권자를 구성원으로 하는 단체로 한국음악저작권협회¹⁹⁰⁾가, 실연자를 위하여는 한국예술실연자단체연합회¹⁹¹⁾가, 음반제작자를 위하여는 한국음반산업협회¹⁹²⁾가 있으나 한국음반산업협회가 집중관리업무를 거의 하지 않음으로 인해 이와는 별도로 음반제작자를 구성원으로 하는 한국음원제작자협회 2002. 3. 창립되었다.¹⁹³⁾

나. 侵害 救濟

(1) 救濟手段

음반이나 프로그램의 무단 대여 행위는 배포권을 침해한 것이므로 저작권 재산권에 관한 일반적 구제수단이 모두 적용된다. 따라서 권리자는 침해의 정지 등을 청구할 수 있고(저작권법 제91조, 컴퓨터프로그램보호법 제31조), 민법상 불법행위를 원인으로 손해배상을 청구할 수 있으며, 침해자가

190) 1964. 3. 15. 창립되어 2002. 1. 31. 기준 회원은 4,322명이다(이 중 61개의 음악출판사 포함). 특히 주목할 점은 2001년 저작권 사용료 징수액 총 33,754,764,864원 중 대여 사용료가 7,277,062원으로서, 자체 '징수규정'은 "제34조 (음반대여사용료) 음반대여에 따른 음악사용료는 다음과 같다. 총매출액×5%(음악사용료율)×음악저작물 관리비용"이란 규정을 두고 있다는 점이다. 자세한 내용은 <http://www.komca.or.kr/> 참조.

191) 1988. 6. 4. 창립되었으며, 가요분야(연주, 가수, 레코딩뮤지션 각 단체), 음악분야(지휘, 성악, 기악, 관악 각 단체), 국악분야(농악, 창악, 민요, 기악, 가야금병창, 시조 각 단체)를 두고 있다. 자세한 내용은 <http://www.pak.or.kr> 참조.

192) 1964. 4. 3. 창립되었다. 자세한 내용은 <http://www.riak.or.kr/> 참조.

193) 전자신문 2002. 3. 13.

연은 이익에 대해 민법상 부당이득반환청구권을 행사할 수 있다. 또한 형사적으로는 저작권침해죄(저작권법 제97조의5, 컴퓨터프로그램보호법 제46조 제1항 제1호)가 성립한다.

이에 반해 미국 저작권법은 무단 대여에 대해서 형사범죄가 되지 않는 것으로 정한 것이 특이하며(제109조 (b) (4)), 일본 저작권법에서 최초로 판매된 날로부터 1년을 경과한 상업용 음반의 대여에 대해서 실연자, 음반제작자가 가지는 권리와 같이 대여권이 배타적 허락권이 아니라 채권적 보상 청구권인 경우(제95조의3 제3항, 제97조의3 제3항) 이는 저작권권이 아니므로 보상 없이 무단 대여를 하였다 해도 저작권법이 정한 민사적 보호나 형사 제재를 받지 않고 오로지 보상금 청구 소송만 제기할 수 있을 것이다.

(2) 集中行使 與否

우리 저작권법은 실연자나 음반제작자가 대여권을 행사함에 있어서 관리단체에 의하도록 하고 있는 점은 위에서 보았다. 그러면 무단 대여에 대해 구제수단을 발동함에 있어서도 이에 의하여야 하는가. 이는 우리 저작권법이 “...규정[집중관리규정]은 ...권리[대여를 허락할 권리]의 행사들에 관하여 이를 준용한다.”라고 하고 있고(제65조의2 제2항 등), 이러한 단체는 “자기의 명의로 그 권리에 관한 재판상 또는 재판외의 행위를 할 권한을 가진다.”라고 하고 있어(제65조 제3항) 여기서 재판상 행위란 구체적으로 무엇을 말하는 것인지 문제된다. 관리단체가 할 수 있는 대표적인 권한은 대여를 허락함에 있어 대여료를 협상, 수령, 분배하고 약정된 대여료의 지급을 구하는 소송행위를 하는 것이다. 무단 대여의 경우 실연자나 음반제작자의 다른 권리 즉 복제권, 배포권 등이 침해된 것과 유사하고 이들 권리의 행사에 대해서는 우리 저작권법이 집중 행사를 요구하지 않으므로 무단 대여에 대한 구제수단의 발동은 개별적으로 할 수 있는 것으로 보인다.¹⁹⁴⁾

194) 일본의 경우 대여권을 도입한 계기가 된 소송 중의 하나를 관리 단체인 일본 음악저작

8. 經過規定

가. 音盤 貸與權

우리 저작권법상 음반대여권은 1994. 7. 1.부터 시행되었으며, 시행일 이전에 “발행된 저작물이 수록된 판매용 음반의 대여에 관하여는 종전의 규정에” 의하도록 하고 있다(1994. 1. 7. 저작권법중개정법률[제4717호] 부칙 제1항, 제2항). 음반에 수록된 저작물이란 가사나 곡(曲)이고 대개는 음반 출시로써 발행되는 것이므로 일반적으로는 개정 법률 시행일 이후에 최초판매되는 음반에 대해서만 대여권이 적용되는 것이다. 그런데 시행일 이전에 발행된 가사나 곡을 이용하여 시행일 이후에 다른 음반이 제작되는 경우(이러한 원인은, 기존의 여러 앨범에서 인기곡을 선별하여 소위 ‘히트곡집’을 내는 경우, 동일한 실연자가 스튜디오 녹음 음반과는 별도로 ‘라이브’ 공연 녹음 음반을 내는 경우, 최초의 실연자와 다른 실연자가 실연을 하는 경우 등 여러 가지가 있을 수 있다) 우리 저작권법 경과규정의 문언에 의하면 대여권에 의한 보호를 받지 못할 것이다.¹⁹⁵⁾

이는 타당한가. 음반에 관계되는 권리자는 저작자, 실연자, 음반제작자 등 셋이 있지만 음반의 무단 이용으로 이익이 침해되는 정도는 음반제작자, 실연자, 저작자 순이 될 것이다. 음반이 제작되기까지 저작자와 실연자는 일정 정도 보상을 받을 것이기 때문이다. 따라서 음반에 대해 대여권을 인

권협회(JASRAC)가 제기하였으나 현행 저작권법은 보수를 받을 권리 및 사용료를 받을 권리에 한해서 집중관리에 의하도록 하고 있다(제95조의3 제4항, 제5항 등).

195) 미국의 경우 음반에 대한 대여권을 도입하게 된 ‘Record Rental Amendment of 1984’이 시행된 1984. 10. 4. 기준으로 그 이전에 음반에 대한 소유권을 취득한 자는 대여권의 영향을 받지 않고, 일본의 경우 대여권을 도입하기 이전에 행하여진 실연 또는 그 음이 최초로 고정된 음반이더라도 이에 관한 저작재산권이 존재하는 경우에는 저작자, 실연자, 음반제작자에게 대여권 혹은 보상청구권을 인정함으로써(부칙 제2조 각 항 참조) 원칙적으로 소급적용하고 있다.

정함에 있어 우선적으로 고려되어야 하는 권리자는 음반제작자, 다음으로 실연자임에도 우리 경과규정이 저작물의 발생 시기에 따라서 대여권 인정 여부를 구분하는 것은 음반 대여권을 인정하는 취지인 음반 산업의 보호와 동떨어진 태도이다. 따라서 개정 법률 시행일 이후에 발행되는 음반에 대해 대여권을 적용하도록 경과규정을 변경하여야 할 것이다.

나. 컴퓨터 프로그램 貸與權

1994. 1. 5. 개정법은 부칙으로 "이 법은 공포 후 6월이 경과한 날부터 시행한다."라고만 하고 있을 뿐 대여권 도입에 대한 별다른 경과규정을 두고 있지 않으므로 이미 판매된 제품에 대해서도 적용된다. 우리나라의 경우 프로그램 대여 영업이 성행한 적이 없으므로 소급 적용하더라도 아무런 문제가 없는 것으로 보인다.¹⁹⁶⁾

9. 外國 權利者의 保護¹⁹⁷⁾

외국인의 음반 및 프로그램에 대한 대여권의 경우 원칙적으로 내국인과 동등하게 보호된다(저작권법 제3조 제1항, 컴퓨터프로그램보호법 제6조 제1항). 특히 종래에는 우리나라가 1987년 가입한 세계저작권협약은 외국저작물의 불소급 보호를 규정하고 있었으나 UR/TRIPs는 저작권에 관해서 베른 협약을 준용하도록 하고 있고 베른협약은 저작물의 소급 보호를 요구하므로 이를 위해 1995. 12. 6. 저작권법을 개정하게 되었다. 구체적 내용을 보면,

196) 미국은 음반의 경우와 마찬가지로 프로그램 대여권이 시행되는 1990. 12. 1.을 기준으로 그 이전에 취득한 제품에 대해서는 미치지 않는 것으로 하였다. 이는 기준에 제품을 취득하여 대여업을 하는 자들의 기득권을 보호할 필요가 있었기 때문일 것이다.

197) 한국음반산업협회(<http://www.riak.or.kr>) '음반관련통계'에 의하면 2001년 기준 한국 음반시장에서 수출액은 94억원, 수입액은 117억3백만원이고, 외국 음반 직배사에 지급된 이용료는 367억3천8백만원, 이들의 매출액은 1,175억7천9백만원(한국 음반 시장 전체 매출액은 2,015억8백만원)이다.

첫째 종래의 불소급 보호 규정 즉, 「제3조 (외국인의 저작물) ①외국인의 저작물은 대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호된다. 다만, 당해 조약 발효일 이전에 발행된 외국인의 저작물은 보호하지 아니한다.」에서 단서 부분을 삭제하고, 둘째 외국인 저작물을 소급보호하더라도 과급효과를 완화하고 내국인 저작물 등의 보호와 균형을 유지하기 위해 소급 보호되는 외국인 저작물 등의 보호기간을 조정하는 규정을 두었으며, 셋째 외국 저작물의 보호 확대에 따라 그 동안 외국 저작물을 적법하게 이용하여 온 자의 신뢰를 보호하기 위해서 개정 법 시행 전의 적법한 이용행위에 대해서는 면책하는 등의 경과 규정(부칙 제4조)을 두었다.

제6장 結論

1. 우리나라의 貸與權 制度

우리나라는 음반과 프로그램에 대해서 최초판매로도 소멸하지 않은 배포권의 한 내용으로서 대여권을 도입하였고 그 후 음반, 프로그램 중 멀티미디어 타이틀에 대해 소규모로 대여 허락이 된 사례가 있으나 이들에 대해서는 허락권으로서 대여권 규정이 사실상 대여 금지 규정의 역할을 하고 있고, 대여에 의한 이용이 성행하는 서적과 영상저작물에 대해서는 아무런 규정이 없다.

우리의 대여권 제도는 이와 같이 현실에서 기능을 하지 못하고 있을 뿐 아니라, 입법론적으로도 음반의 배포권자가 아닌 저작자와 실연자에게도 음반 대여권을 인정하고, 음반 대여권의 시행 경과규정에서 음반의 발행 시기가 아니라 이에 수록된 음악저작물의 발행시기에 의해 대여권 인정 여부를 구분하며, '최초판매'를 "판매의 방법으로 거래에 제공된 경우"라고 애매하고 좁게 규정하는 등의 문제점이 있다. 또한 문화상품에 대한 무역의 발달로 새롭게 제기된 저작권 관련 진정상품의 병행수입 문제에 대해서도 구체적인 분쟁의 발생을 기다릴 것이 아니라 저작권법 논리와 무역 정책을 고려하여 능동적으로 규정을 정비할 필요가 있다.

2. 貸與權 認定 對象의 擴大 問題

우리나라에서 성행하는 책 대여업에 대해서 저작자나 서점을 포함한 출판업계는 대여권을 도입할 것을 주장하나 이것이 외국에서 음반 등에 대해 대여권이 도입된 계기였던 소송이나 입법운동에까지는 이르지 않고 있다.

모든 저작물에 대해 대여권을 인정하는 입법례(가령 일본, 독일)는 드물고 대부분은 음반, 프로그램, 영상저작물을 중심으로 대여권을 인정하고 있다. 그러면 저작권법 논리상 대여권의 일반화는 필요한가.

우선, 대여권이 대여 후의 무분별한 사적 복제로부터 저작자를 보호하기 위한 것인가에 대해서 보면, 일반적으로 대여권이 인정되는 음반과 프로그램의 경우 반복 사용이 일반적이므로 이에 대한 대여는 사적 복제를 유발한다고 보는 것이 경험칙에 부합하다. 그러나 사적 복제는 그 자체로 문제되는 것이 아니라 대여 후의 사적 복제가 판매를 대체하고 이것이 모이면 저작권자에게 큰 손실로 나타나기 때문에 심각성이 있다. 그러나 대여 방식으로 이용되는 것 중 대개 반복 이용되지 않기 때문에 대여되더라도 사적 복제를 유발하지 않는 것 가령, 영상저작물의 경우도 대여는 판매 감소로 연결되므로 - 대여를 금지하고 판매만 허용할 경우 상당수는 이용을 포기할 것이므로 대여량만큼 판매 감소가 있었다고 보기는 어렵다 - 대여 후의 사적 복제 여부가 대여권 도입의 전제 조건은 아니라고 볼 것이다.

그러면 대여권의 도입은 판매 감소를 전제로 하는가. 저작권 제도의 목적은 저작자에 대한 보상과 일반인의 자유로운(무료의 의미가 아니다) 이용권의 조화이다. 즉 저작자의 이익 창출 기회는 공중의 이용권을 저해하지 않는 범위에서 인정함으로써 그러한 이용이 문화 발전에 기여할 수 있도록 하는 것이다. 따라서 저작권법의 목적에는 저작물로부터 얻는 이익은 저작자에게 귀속시킨다는 이념이 포함되어 있다고 본다. 종래에 저작재산권에 포함된 각종의 권리들은 지금까지 저작권제도가 발전되어 오면서 저작물로부터 이익을 창출할 수 있는 일반적인 방법들이 수용된 것이다. 하지만 최초판매이론에 의해서 대여권을 포함한 배포권에 제한을 가하였던 것은 영리의, 반복적인 대여행위가 예상되지 못하던 시대에 저작권자가 최초의 처분으로부터 보상을 받으면 그것으로 충분하다고 보았기 때문이다.

하지만 지금과 같은 영리 목적 대여는 종래의 저작재산권의 지분권과

동등하게 이익 창출 수단으로서 역할을 하고 있거나 오히려 저작권자에게 인정된 기존의 이용방법을 위협할 수준에 이르렀다. 따라서 저작물의 대여를 통한 수익권은 위에서 본 저작권 제도의 목적에 비추어 당연히 저작권자에게 귀속시켜야 한다. 다만 일반인의 이용권과 조화되는 범위에서 저작권자가 통제할 수 있는 대여의 범위, 저작물의 유형 등에 대한 한계 설정이 필요하다. 그렇다면 대여량에 상응하여 판매량이 감소하였는지 여부는 대여권 제도를 도입하는 전제조건이 될 수 없고 이에 대한 실증적 조사도 불필요하다. 물론 대여로 인해 판매량이 감소하였다면 기존에 저작권자가 정당하게 누리던 이익이 침해된 것이므로 대여권을 도입하여야 할 추가적인 이유가 될 것이다.

따라서 대부분의 국가에서 영리 목적 대여가 성행하는 가정용 비디오 테이프, 우리나라의 책 등에 대해서는 순수히 저작권제도의 목적에 비추어서는 대여권이 요청된다고 본다.

[참고문헌]

I. 국내 문헌

단행본

- 문화부, 「저작권법상의 대여권에 관한 연구」, 1991.
- 송영식·이상정·황종환, 「지적소유권법 상, 하」, 육법사, 2001.
- 오승중·이해완, 「저작권법」, 박영사, 2001.
- 저작권심의조정위원회(편), 「독일·일본 저작권법」, 1998.
- 저작권심의조정위원회(편), 「미국 저작권법」, 2000.
- 저작권심의조정위원회(편), 「저작권법 제·개정 관련 국회회의록 1, 2」, 2000.
- 정진섭·황희철, 「국제지적재산권법」, 육법사, 1995.

논문, 기타

- 김기태, “도서의 대여권에 관한 고찰”, 출판연구 7, 1995.
- 김문환, “일본 저작권법상의 대여권에 관한 고찰”, 기업법의 현대적 과제, 행술 이태로 교수 화갑기념, 1992, 조세통람사.
- 김상호, “독일법상 음반의 대여에 대한 음반제작자의 권리 유무”, 계간 저작권 27호, 1994.
- 김진희, “미국 저작권법상 최초 판매이론과 대여권제도”, 계간 저작권 25호, 1994.
- 박문석, “전자 복제·복사기기의 발전과 대여권제도”, 계간 저작권 40호, 1997.

- 박유선, “병행수입에 관한 연구 : 저작물을 중심으로”, 동국대학교 석사논문, 1997.
- 박익환, “병행수입과 저작권”, 저작권 52호, 2000.
- 법원도서관, “한일비교법전(CD-ROM)”, 2001. 5.
- 송상현·정상조, “북미자유무역협정(NAFTA)의 지적소유권 관련규정에 관한 고찰”, 법학 34권 2호 (92호), 서울대학교 법학연구소, 1993. 파일
- 송영식, “유럽에 있어서 부과금제도”, 저작권 12호, 저작권심의조정위원회, 1990.
- 이상정, “진정상품의 병행수입에 관한 연구”, 판례실무연구[III], 박영사, 1998.
- 이순자, “공공대출권과 저작권”, 계간 저작권 겨울호, 1995.
- 이재천, “한국의 지적재산권상 대여권제도에 관한 연구 : UR 협상과 대여권 제도 비교를 중심으로”, 한양대학교 행정대학원 석사논문, 1993.
- 이종현, “우리나라 도서대여점에 관한 연구 : 실태분석과 발전방향을 중심으로”, 동국대학교 정보대학원 신문방송학 석사논문, 1996.
- 이호흥, “유럽공동체위원회 저작권 관련 보고서 : 배포권과 대여권(상, 중, 하)”, 계간 저작권 7(1989), 8(1989), 9(1990).
- 정상기, “미·일에서의 부과금제도에 관한 논의”, 저작권관계자료집 11집, 저작권심의조정위원회, 1992.
- 정상조, “병행수입과 지적소유권의 한계”, 통상법률 6호, 1995.
- 조용식, “판례로 본 병행수입의 인정요건”, 특허소송연구, 특허법원, 1999.
- 최순용, “미국 저작권법에 있어서의 병행수입 규제”, 저작권관계자료집 18집, 저작권심의조정위원회, 1995.
- 최운용, “컴퓨터프로그램의 대여에 관한 연구 : 저작권 보호를 중심으로”,

고려대학교 석사논문, 1993.

최현호, “대여권”, 계간 저작권 4호, 1988.

프로그램심의조정위원회(편), “각국의 컴퓨터프로그램저작권 관련 법규(조약협약) 번역 및 해설”, 2002.

프로그램심의조정위원회(편), “개정 컴퓨터 프로그램보호법의 축조해설”, 2001.

프로그램심의조정위원회(편), “저작물의 사적복제 보상금제도”, 2001.

한상문, “대여권에 관한 연구”, 연세대학교 특허법무대학원 석사논문, 1996.

II. 외국 문헌

단행본

BLACK'S LAW DICTIONARY, West Group, 1999.

Gillian Davies, 「Copyright and the Public Interest」, VCH, 1994.

Melville B. Nimmer & David Nimmer, 「Nimmer on Copyright vol. 2」, Matthew Bender, 2001.

논문, 기타

CARLA M. MILLER, “New Technology and Old Protection: The Case for Resale Royalties on the Retail Sale of Used CDs”, Hastings Law Journal, November, 1994.

CARY T. PLATKIN, “In Search of a Compromise to the Music Industry's Used CD Dilemma”, University of San Francisco Law Review, Winter, 1995.

- Jane C. Ginsburg, "Copyright And Control Over New Technologies Of Dissemination", Columbia Law Review, November, 2001.
- Keith Kupferschmid, "Lost In Cyberspace: The Digital Demise Of The First-Sale Doctrine", The John Marshall Journal of Computer & Information Law, Summer, 1998.
- Kenneth R. Corsello, "The Computer Software Rental Amendmends Act Of 1990: Another Bend In The First Sale Doctrine", Catholic University Law Review, FALL, 1991.
- Lawrence J. Glusman, "It's My Copy, Right? Music Industry Power To Control Growing Resale Markets In Used Digital Audio Recordings", Wisconsin Law Review, May / June, 1995.
- Metaxopoulos, Kriton, "The Rental of Copyright and Neighbouring Right Owners on a Cinematographic Film and the Principle of Free Movement of Goods within the Common Market", Entertainment law review v.8, 1997.
- Metaxopoulos, Kriton, "The Rental Right of Copyright and Neighbouring Right-Owners on a Cinematographic Film and the Principle of Free Movement of Goods within the Common Market. A New Approach to this Matter by the ECJ", Entertainment law review v.10, 1999.
- Robert A. Rosenbloum, "The Rental Rights Directive: A Step In The Right And Wrong Directions", Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal, Summer, 1995.
- Steve Lauff, "Decompilation of Collective Works: When the First Sale Doctrine Is a Mirage", Texas Law Review, March, 1998.
- <http://www.unesco.org/culture/copy/> - 각국 저작권법 영문 검색.

<http://europa.eu.int/eur-lex/en/index.html> - EC 지침 및 ECJ 판결 검색.

<http://www.wipo.int/treaties/ip/index.html> - 저작권 관련협약 가입 현황.

Abstract

A Study on the Rental Right in the Copyright Law

Lee, Hyung Joo

Under first-sale doctrine which is general principle in the intellectual property law, after conveying the title to a particular copy of the protected work, copyright owner loses the exclusive right to distribute that copy and therefore cannot interfere with later sales or distribution by the new owner.

If the new owner exploits such copy for his or her commercial rental business, that copy is used by many people and the sale of it will go down. This results in immediate unjust losses of copyright owner. But in the long run, authors lose incentive to make a work, and then people have less opportunity to enjoy better works. Thus the two objectives of copyright system (pay for creation, cultural development by wide usage) are beyond reach.

Because such undesirable consequences happen frequently to phonorecords and computer programs which are almost always copied for private use after rental, many countries stipulate exclusive right to authorize rental of them or levy system on copying machines and media. As lending to the public by public library also reduces the sales, public lending right for remuneration is nice measure to compensate for the losses of authors.

The older international conventions on copyright or neighboring

rights, the Berne Convention, the U.C.C., the Rome Convention, the Geneva Convention didn't know the need of rental right. After TRIPs, one of the annexed documents to the WTO Agreement, stipulated rental right for computer programs and cinematographic works for the first time, WIPO Copyright Treaty and WIPO Performances and Phonograms Treaty joined in, which supplements respectively the Berne Convention and the Rome Convention to provide responses to the challenges of the new digital era.

Korean Copyright Act("Copyright Act") adopted phonorecord rental right in 1994. At the same time Computer Program Protection Act, computer program rental right. But there are some problems for reform in these legislations. First, though there are a few cases of authorization to rent phonorecords and programs especially multi-media titles, the provisions of rental right for them operate as prohibition provision, on the other hand there are no provisions about rental right for books and home video tape which are rented everyday. So the provisions of rental right are lie dormant. Second, with regard to phonorecord, the authors of musical works, performers and producers of phonorecords have rental right. In Copyright Act rental right is not independent economic right but the remnant of distribution right which survived after 'first-sale'. So it needs to be reviewed to entitle authors and performers rental right who don't have the right to distribute phonorecords. Third, the phonorecord rental right amendment act for Copyright Act is applied to such phonorecords the musical works therein are published after the date when the phonorecord rental right amendment act comes

into effect. In respect of computer programs, rental right needs to be restricted where the program itself is not the essential object of the rental. And then how to deal with parallel imports of genuine goods concernig copyright needs to be solved by legislation.

In conclusion, the exploitaion of copyrighted works by rental is of same importance as the other traditional means, for example copying, public performance and broadcasting. So rental right system for all the fields of copyrighted works accords with objectives of copyright law.

keywords : first-sale doctrine, distribution, rental, lending, reproduction for private use.

Student Number : 94275-571