
한국 사회에서 저작권 제도 개혁의 필요성과 방향*

남 희 섭**

논문

목 차

I. 서론

II. 저작권 제도의 기본 골격은 제대로 작동하는가?

1. 보상-처벌 모델의 보상
2. 이기적 창작자와 협동하는 창작자
3. 저작물 시장과 보유효과(endowment effect)/창작 효과(creativity effect)
4. 이론의 검증
5. 보상이 없다면(또는 저작권 제도가 없다면) 어떻게 될까?
6. 대안적 보상을 위한 현실적 개선안

III. 제도의 균형 달성

1. 서론
2. 창작성
3. 보호기간
4. 디지털 환경

* 이 논문은 저작권법학회 2014년 추계학술대회(2014. 11. 7.) 발제문을 수정·보완한 것임.

** 사단법인 오픈넷 이사

※ 투고일자 : 2014년 11월 21일 / 심사일자 : 2014년 11월 21일 / 게재확정일자 : 2014년 11월 25일

5. 저작물의 이용
6. 공정이용
7. 창작자에 대한 실질적 보상

IV. 저작권의 행사와 집행

1. 저작권의 행사
2. 집행

V. 저작권 인식

1. 인식을 인식하기
2. 저작권 침해로 인한 피해에 대한 검증

VI. 저작권 정책의 형성 과정과 거버넌스의 문제

VII. 결론

초 록

저작권 개혁을 2가지 관점에서 검토한다. 첫째, ‘보상-처벌 모델’로 인한 기본 모순과 둘째 한국 사회 특유의 모순이다. ‘보상-처벌 모델’에서 ‘보상’은 이기적 창작자의 경제적 보상을 위한 배타적 권리로 제도화되어 있고, ‘처벌’은 권리 침해자에 대한 응징을 말한다. 저작권 정책의 목적인 문화의 향상은 ‘보상-처벌 모델’로는 달성하기 어렵다. 이기적 창작자보다는 협동하는 창작자를 어떻게 제도화할 것인지가 더 중요하다. 행동경제학에서 얘기하는 보유효과는 창작물인 경우 더 심하게 나타나 저작물 시장의 실패로 이어질 수 있다. ‘처벌’은 만인의 만인에 대한 투쟁인 리바이어던 방식으로 집행되고 있는데 이는 지나치게 많은 비용만 들고, 규범을 자발적으로 준수하게 만들지 못하고 있다. 그래서 대안적 모델이 필요하며, 이를 위해 실증연구가 수반되어야 한다. 가령 창작 동기는 무엇이고, 저작물의 거래는 어떻게 이루어지는지, 저작권이 없었던 사회 또는 저작권 보호 없이도 창작이 일어나는 분야에 대한 비교 연구를 할 필요가 있다. 한국 사회의 저작권 개혁은 저작권 침해로 인한 피해 규모에 대한 재평가에서 출발해야 한다. 이해당사자가 객관적 검증없이 발표하는 피해 규모가 저작권 인식이나 정책에 미치는 영향은 막대하다. 합법-불법 이분법을 벗어나 문화적 측면에서 저작물 이용을 다시 볼 필요도 있고, 과도한 행정집행(가령 삼진아웃제나 온라인서비스제공자의 필터링 의무)도 재검토해야 한다. ‘메가 FTA’ 시대에 대외 무역협정을 통해 저작권 정책의 자율성이 훼손되는 문제와 정책 거버넌스도 규명할 필요가 있다. 저작권 개혁에는 이해당사자의 의견을 수렴하는 것도 중요하지만 대립되는 이해를 어떻게 조정하여 최종 정책에 반영할 것인지가 관건이 될 것이다.

주 제 어

저작권 개혁, 보상-처벌 모델, 보유효과, 대안적 보상, 보상청구권, 협동하는 저자, 저작권 침해로 인한 피해, FTA, 정책 거버넌스

I. 서론

한국 사회에서 복지가 주요 의제로 부상한지 오래 되었지만 저작권 전문가들은 과연 저작권 제도가 복지와 어떤 관계가 있는지, 복지를 위해 무엇을 해야 하는지 아무런 답도 내놓지 못했다. 지난 대선에서 경제민주화가 여야후보들의 주된 공약으로 등장한 후에도 마찬가지였다. 과연 저작권 제도는 우리 사회 전체의 의제와 별 상관없이 없는 것인가? 저작권 제도는 우리가 살고 있는 사회에 어떤 기능을 하고 있으며, 해야 하는가?

저작권 제도 개혁의 논의는 여기서 출발해야 한다고 본다. 모든 법률이 그렇듯이 저작권법도 어쨌든 공동선을 추구(해야)하는 법률이 아닌가? 그렇다면 저작권 개혁 논의는 현행 제도에 대한 평가에 따라 의제와 방향이 달라질 것이다. 만약 현행 제도가 기본적으로는 제도의 취지를 제대로 달성하고 있다고 본다면, 저작권 제도가 늘 그랬던 것처럼 새로운 환경(주로 디지털 환경)이 초래한 변화에 맞게 ‘손질’하거나 ‘업데이트’만 하면 충분할 것이다. 이와 달리 현행 제도가 제도의 목적 달성에 실패했다고 본다면 근본적인 수준에서 저작권 개혁 논의를 시작해야 할 것이다.¹⁾

이 글은 후자의 입장을 취한다. 저작권 제도가 합의한 공동선 또는 공공성은 문화의 향상이지만, 제도의 기본 골격은 이러한 합의 달성에 실패하도록 설계되어 있다고 본다. 필자는 현행 저작권 제도의 기본 골격을 ‘보상-처벌 모델’로 본다. 여기서 ‘보상’이란 창작자에 대한 배타적 권리를 말하고, ‘처벌’은 창작자의 권리 침해자에 대한 응징을 말한다. 그런데 ‘보상-처벌 모델’의 근거(가령 공유지의 비극, 공리주의)가 잘못 되었기 때문에, 현행 제도에서 근본적이고 기본적인 모순이 발생한다. 그래서 저작권 개혁의 주된 의제는 이러한 기본 모순의 해결책에 관한 논의가 되어야 한다고 본다.²⁾ ‘보상-처벌 모델’에 관한 논의는 저작권 제도를 두

1) 사무엘슨은 저작권 제도 개혁에 대해 기본 구조에 변경이 필요하다는 입장(가령 William F. Patry, *How to Fix Copyright*, Oxford University Press (2011))이 있는 반면 Mazzone의 Copyfraud(Jason Mazzone, *Copyfraud and Other Abuses of Intellectual Property Law*, Stanford University Press (2011))는 특정 시장 행위자의 행위에 문제가 있다는 입장이라고 한다(Pamela Samuelson, “Book Review: Is Copyright Reform Possible?” *Harvard Law Review* 126 : 740 (2013)).

2) 그렇다고 하여 이 글이 저작권 제도의 전복을 꾀하지는 않는다. 제도의 모순을 파악하는 방향

고 있는 모든 나라에 공통으로 적용되는 보편적 의제라 할 수 있다.

기본 모순이 분출되는 양상은 나라마다 다를 것이다. 왜냐하면 제도의 모순의 발현되는 정도는 그 사회의 정치적 구조, 물질적 토대, 이데올로기, 제도의 운영, 행위자 등에 따라 달라지기 때문이다. 그렇다면 저작권 개혁의 두 번째 의제는 한국 사회를 중심으로 한 논의가 되어야 할 것이다. 필자는 다른 나라와 달리 한국 사회에서 유별나게 또는 주로 관찰되는 현상은 2가지 요인(내부적 요인과 대외적 요인) 때문으로 본다. 대외적 요인은 외국과의 교섭, 주로 통상협정을 통한 제도의 수입을 말하는데, 이 과정에서 이념의 수입과 새로운 행위자의 등장은 주목할만한 현상이다. 그 결과 대내적으로는 정책자율성이 크게 훼손되었다. 내부적 요인에 의한 현상은 저작권 최대주의의 제도화, 저작권 산업계 이해가 저작권 정책에 편파적으로 반영되어 온 현상을 말하는데, 필자는 주된 요인으로 저작권 침해로 인한 피해의 과장이라 생각한다. 피해는 양적 과장 뿐만 아니라 질적으로도 과장되어, 저작권 침해로 인한 피해는 더 이상 저작권자 개인의 문제가 아니라 우리 사회 전체가 풀어야 하는 사회문제로 승화된다. 이것이 관념이나 정책, 집행에 미치는 영향은 한국사회에서 유별나게 두드러지는 현상이다.

이러한 내부적 현상은 대외적 요인과의 상호의존적이며, 역사적인 이유가 크다. 우리 저작권 제도는 불과 100년이 조금 넘는(1957년부터 치면 60년이 채 안되는) 짧은 역사를 가졌다. 우리의 이러한 역사는 세계사적 흐름과 무관하지 않다. 오히려 전 세계적 변화의 영향(제국주의와 미국식 신자유주의를 통한 지적 재산권 제도의 국제화와 세계화)을 가장 많이 받았다.

이 글은 크게 5가지로 저작권 개혁 의제를 제시하려고 한다. 앞에서 얘기한 기본 모순이 생기는 ‘보상-처벌 모델’은 2개의 장으로 나누어(제2장과 제4장) 다루고, 나머지 3개는 제도의 균형 달성(제3장), 저작권 인식(제5장), 정책 형성 과정과 거버넌스의 문제(제6장)라는 주제로 묶었다. 어떤 주제에는 구체적인 제안까지 포함되어 있지만, 초안 수준의 검토에 그치는 것도 있다. 여기서 제안하는 주제 중에는 학제간 교차 연구가 필요한 것도 있고, 아직 필자의 연구가 부족한 영역도 있다. 이 글의 주된 목적은 저작권 개혁의 결론을 내리는 것이 아니라 저작권 개혁 논의가 왜 필요하고 그 방향은 무엇이어야 하는지 제시하는 것이다. 요컨대 이 글은 저작권 개혁 논의를 시작하자고 제안하면서, 개혁 논의의 큰 방

의 하나로 기본적 모순을 분석해야 갈등의 원인을 알 수 있고 그래야 갈등을 해결할 수 있기 때문이다. 그리고 우리 사회에서 수용 가능한 수준도 고려해야 합리적인 제도 개혁을 논의할 수 있기 때문이다.

향으로서 제도의 근본 모순을 해결하려는 시도가 선행되어야 한다는 점, 그리고 외국의 논의에 휩쓸리지 말고 한국 사회 내부의 문제점에 착목해야 한다는 점을 제시하려는 것이다. 따라서 저작권 제도의 근본 모순과 한국 사회의 특유한 현상에 대해서는 심도깊은 논의를 시도하지만, 그렇지 않은 분야 가령 제도의 균형 달성에 관한 논의와 특히 디지털 환경과 관련된 저작권 개혁 논의는 개략적인 검토에 그친다. 이 주제는 이해당사자의 의견수렴과 학제간 연구를 통한 현상 파악을 해야만 비로소 논의를 시작할 수 있기 때문이다.

II. 저작권 제도의 기본 골격은 제대로 작동하는가?

1. 보상-처벌 모델의 보상

저작권 제도의 ‘보상-처벌 모델’이 논리필연적 근거를 갖지는 않는다. 다시 말해 저작권 제도가 반드시 보상-처벌 모델이어야 한다거나, 어느 사회든 저작권 제도를 채택하려면 보상-처벌을 기본으로 삼아야 하는 것도 아니다. 우리 사회에 저작권 제도가 도입되기 전 수백 년 또는 수천 년 동안의 역사를 보거나, 서유럽에서 저작권 개념이 태동하기 전의 사회만 보더라도 보상-처벌이 없이도 문학, 학문, 예술은 있었고 수많은 창작 활동이 있었다.

보상-처벌 모델의 근거는 보상이 없으면 창작이 없다는(좀 더 정확하게는 “없을 것이라는”) 데에서 출발한다. 그런데 여기서 보상은 오로지 ‘경제적 보상’ 또는 ‘물질적 보상’만을 말한다.³⁾ 그래서 경제적 보상을 위해 창작자에게 배타적 권리를 부여한다.

배타적 권리를 통한 보상은 2가지를 전제로 성립한다. 첫째, 공유지의 비극이다. 창작물은 타인의 이용을 배제할 수 없는(이용 측면에서는 경쟁성이 없는⁴⁾)

3) 이 글은 저작권권은 제외한 저작재산권을 중심으로 저작권 개혁 문제를 바라보기 때문에 정신적 보상은 논의 대상에서 제외한다. 그리고 저작권의 근거로 제시되는 자연권 이론은 저작재산권의 본질을 규명하기에 턱없이 부족하다고 본다(권리보호기간의 제한, 각종 지분권의 내용과 제한이 법정된다는 점 등 때문에). 최소한 한국 사회에서 자연권 사상은 이론적인 근거라기 보다는 저작권 침해 행위를 비난하는 도덕률에 활용되는 일종의 프로파간다(propaganda)로서의 기능이 더 크다.

4) 한편 Bracha는 비경합성은 공유지의 비극과 아무런 상관이 없고 오로지 비배타성만 문제라고 주장한다(Bracha, Oren & Talha Syed. "Beyond Efficiency : Consequence-Sensitive

공공재이기 때문에 이를 그대로 두면 아무도 창작에 투자를 하지 않는 공유지의 비극이 발생한다는 것이다. 이 문제를 해결하려면 공공재를 사유재로 바꾸어야 하는데, 최적의 방법은 배제성의 신설 즉, 창작물에 대한 배타적 권리를 만들어야 한다는 것이다. 두 번째 전제는 이기적 인간이다. 창작자는 자신의 물질적 이익 추구를 최대의 목표로 둔다는 것이다.

2. 이기적 창작자와 협동하는 창작자

창작자가 과연 이기적인 동기로만 창작을 하는가? 이는 이론적으로 규명할 사안이 아니라 실증을 통해 확인할 사안이라 생각한다. 다만 경제적 대가를 기대하지 않는 창작은 현실에서 많이 볼 수 있다는 점을 지적할 수는 있겠다. 대표적인 예가 자유/오픈소스 소프트웨어(FOSS)이다. 얼마 전 문제가 되었던 미드자막 제작자들 역시 재능기부를 위해 창작을 한다.⁵⁾ 그리고 창작성의 요건이 매우 낮다는 점에 비추어보면, 사회관계망에 존재하는 수많은 표현들이 다 저작물이 될 수 있는데 과연 이런 창작물이 물질적 대가를 주지 않는다고 얼마나 사라질지는 의문이다. 가령 페이스북에 사회 현안에 대한 장문의 분석글을 올리는 사람들은 물질적 대가나 경제적 보상이 아니라, 다른 사람들의 ‘좋아요’ 즉, 다른 사람들과 관계, 인정, 평판이나 명성 같은 비물질적, 비경제적인 동기로 글을 올린다.⁶⁾

물론 경제적 보상을 위한 창작자도 있다. 문제는 저작권 제도가 경제적 보상을 기대하는 창작자만 존재한다고 본다는 점에 있다. 다시 말해서 이기적 창작자가 아닌 협동하는 창작자는 제도 설계에서 아예 배제되어 있다. 이기적 창작자를 대상으로 한 제도가 사회 전체의 부를 증가시킬 것이라는 발상은 바로 시장의 효율성을 신봉하는 주류 경제학의 논리다.

Theories of Copyright”, Berkeley Tech. L. J. 29 (2014) : 229-317).

5) 2014년 6월 29일 ‘워너브라더스’ 등 미국 드라마 제작사 6곳이 자막 제작자와 카페(ND24, 감상의 숲, 미드나잇) 운영자 등 15명을 고소하였고 검찰은 이들을 교육조건부기소유에 처분하였다. 이들에게 고의가 있다고 인정할 수 있는지도 논란의 여지가 있지만, 자막을 만든 자가 아닌 카페 운영자가 형사처벌 대상인지도 의문이다(저작권재산권은 2차적 저작물의 작성과 이용을 포함하는 반면, 벌칙 규정(저작권법 제136조 제1항 제1호)은 2차적 저작물 작성만 명기하고 있기 때문이다).

6) Rebecca Tushnet, “Economies of Desire : Fair Use and Market place Assumptions” 51 Wm. & Mary L. Rev. 513 (2009) 546 (“creators speak of compulsion, joy, and other emotions and impulses that have little to do with monetary incentives”).

“공익을 추구하려는 의도도 없고 자신이 공익에 얼마나 기여하는지조차 모르는 사람, 오직 자신의 이익만을 추구하는 과정에서 보이지 않는 손에 이끌려 의도하지 않았던 공익도 얻게 된다.”(아담 스미스)

나의 창작물을 다른 사람이 이용하지 못하도록 금지하는 것이 아니라 같이 나누고 다른 사람의 창작물을 나도 이용하는 협력 모델은 불가능한가? 이기적 인간의 시장경제는 일종의 ‘죄수의 딜레마’와 같다. 2명의 죄수가 딜레마에 빠질 수밖에 없는 이유는 바로 협력하는 경우(자백하는 경우) 얻는 이익이 배신하는 경우(묵비권을 행사하는 경우) 얻는 이익보다 더 크도록 모델이 설계되어 있기 때문이다. 현행 저작권 제도가 전제로 삼는 공유지의 비극이 일어나지 않는다면, 창작물을 공유지에 두는 편이(즉, 협력하는 편이) 사회 전체의 편익이 더 크다. 협력 모델을 저작권 제도에 어떻게 구현할 것인지는 장기적인 저작권 개혁 의제로 다루어야 한다. 협력 모델에서는 사회구성원들을 어떻게 협력하게 할 것인지가 과제다. 협력으로 인한 보상이 배신으로 인한 보상보다 더 크게 하거나 배신으로 인한 보상의 크기를 줄여도 상당부분 협력하게 된다. 그리고 협력이 편리하도록 해야 한다.⁷⁾

3. 저작물 시장과 보유효과(endowment effect) / 창작 효과(creativity effect)

공유지의 비극에 관한 타당성 논쟁을 떠나, 어쨌든 저작물이 시장에서 유통되어야 저작권 제도의 취지가 달성될 수 있다. 시장에서 유통되지 않으면 저작자는 경제적 보상을 받을 수 없기 때문이고, 이용자에게도 ‘쇼 윈도우’ 너머에 진열만 되어 있는 창작물은 아무 쓸모가 없기 때문이다.

저작물이 유통되려면 저작자가 저작물에 매기는 가치와 사려는 자가 매기는 가치 사이에 가격 협상이 성립해야 한다. 창작자의 최소 가치(WTA: willing to accept)가 구매자의 최대 가치(WTP: willing to pay)보다 낮아야 가격 협상이

7) 벤클러는 이를 “기여의 모듈화(modularity of contribution)”로 설명하는데(요차이 벤클러 지음, 이현주 옮김, 『팬권과 리바이어던: 협력은 어떻게 이기심을 이기는가』 반비 (2011), 166쪽). 재활용 쓰레기를 예로 들며(쓰레기를 버리는 사람이 이동하게 하는 것보다 자치단체에서 수거해 가는 것이 더 편하기 때문에 쉽게 협력한다고 한다.) 이처럼 협력하지 않는 자를 응징하는 것보다 협력의 편리성이 더 큰 영향을 줄 수 있다.

성립한다. 예를 들어 소설가가 자신의 소설을 최소한 1,000원은 받아야 팔겠다고 할 경우, 소설의 가치를 1,000원 이상으로 평가하는 구매자가 있어야 한다. 공리주의(또는 실용주의)에 따르면 저작물을 시장에 내다 놓으면 창작물의 가치를 최대로 쳐주는 사람에게 저작물이 팔리고 그래서 사회전체의 부가 올라간다. 이런 시장 기능은 바로 ‘보이지 않는 손’에 의해 작동한다. 그런데 이처럼 이상적인 시장이 작동하려면 저작자와 구매자 모두 시장에 대한 완벽한 정보를 가지고 있고, 합리적 판단을 해야 한다.

현실에서는 저작자와 구매자 모두 완벽한 정보를 가지고 있지 않다. 더 중요한 점은 자기에게 가장 유리한 조건을 합리적 판단을 통해 선택하지 않는다는 것이다. 현실에는 합리적 선택 이론이 제대로 작동하지 않는다. 그 이유 중 하나는 보유효과(endowment effect) 때문이다. 보유효과란 사람들이 어떤 물건(또는 지위, 권력 등)을 소유하고 있을 때 그것을 갖고 있지 않을 때보다 그 가치를 높게 평가하여 소유하고 있는 물건을 내놓는 것을 손실로 여기는 심리현상을 말한다.⁸⁾ 어느 연구에 따르면,⁹⁾ 피실험 대학생들을 2개의 그룹으로 나누고 그룹 1에게는 복권을 주고 그룹 2에게는 2 달러에 복권을 살 수 있는 기회를 부여했다. 그룹 2의 학생들 중 약 절반은 복권을 2 달러 정도에 살 것이라고 답을 한 반면, 그룹 1의 학생들은 24%만 자신이 갖고 있던 복권을 2 달러에 팔겠다고 답했다. 복권을 소유한 그룹 1의 학생 중 무려 76%가 복권의 가치를 2 달러 이상으로 매겼다.¹⁰⁾

행동경제학은 그 이유를 손실 회피(loss aversion), 후회회피(regret aver-

8) 보유효과 [保有效果, endowment effect] (시사상식사전, 박문각). 김종선, 『생각의 배신』, 끌레마(2012) (“보유 효과(endowment effect)”)란 자신이 갖고 있는 물건이나 상황의 가치를 자신이 갖기 이전보다 더 높게 평가하는 경향을 말한다).

9) Jack L. Knetsch & J. A. Sinden, “Willingness to Pay and Compensation Demanded: Experimental Evidence of an Unexpected Disparity in Measures of Value”, 99 Q.J. Econ. 507 (1984) 510.

10) 보유효과를 설명하는 대표적인 연구: “리처드 탈러는 코넬대학 내 매점에서 6 달러에 팔고 있는 흔한 머그컵을 학생들에게 무작위로 나누어 주었습니다. 그리고는 얼마 후 머그컵을 받은 학생이 자신의 머그컵을 얼마면 팔 것인지, 그리고 머그컵을 받지 않은 학생은 경매에서 그것을 사기 위해 얼마면 살 의향이 있는지를 경매를 열었습니다. 결과는 머그컵을 받은 학생이 팔고자 하는 최저의 금액 평균은 5.2달러였습니다. 신포이 단지 6달러인데도 말입니다. 이 금액은 머그컵을 갖지 않은 학생이 사고자 하는 최상한 금액 평균 2.75달러의 두배에 관한 금액이었습니다. 소유했다는 이유로 가치가 상승한 것입니다.”(<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:4MF89uCmq2cJ:www.parksijoong.com/%3Fauthor%3D0%26paged%3D2+%&cd=5&hl=en&ct=clnk&gl=kr>> 2014. 10. 30. 검색)

sion), 최적화/소유 편향(optimism/ownership bias) 등으로 설명한다. 이처럼 어느 것을 보유했을 때 그 가치를 높게 평가하는 현상은 대상을 대가없이 취득했을 때보다 노력으로 얻었을 때 더 크게 나타난다. 가령 자신의 노력을 통해 만든 창작물에 대한 가치는 앞의 예와 같은 복권에 대한 가치보다 훨씬 더 높게 평가한다. 보유효과를 지재권과 관련하여 실증적으로 연구한 최초의 실험에 따르면, 창작자와 저작권자, 구매자가 창작물을 평가하는 평균 가치는 아래 표와 같다.¹¹⁾

	Eyes Closed	Eyes Open	Lottery
창작자(Author)	\$ 22.90	\$ 20.05	\$ 18.92
저작권자(Owner)	\$ 21.23	\$ 23.45	\$ 15.98
구매자(Buyer)	\$ 10.38	\$ 9.21	\$ 5.60

위 표에서 보는 것처럼 창작자가 평가하는 가치(WTA)는 구매자가 평가하는 가치(WTP)보다 2배 또는 3배 이상이다. 심지어 상금을 무작위로 선정된 하나의 시에만 주는 경우(Lottery)에도 창작자의 가치는 큰 변동이 없는 반면, 구매자의 평가는 크게 떨어진다. 10개의 시에서 하나의 시만 50 달러의 상금을 받을 수 있으므로, 주류 경제학에 따른 합리적 개인은 자신의 시에 대한 가치를 5 달러로 평가해야 하고, 5 달러 이상을 제시하는 구매자가 있으면 거래가 성사되어야 한다. 그러나 창작자나 구매자 모두 가치를 5 달러 이상으로 평가한다. 그 이유는 앞에서 설명한 보유 효과와 손실 회피 심리(50 달러를 상금으로 받을 수도 있는데 선택을 잘못하여 생기는 손실을 회피하려는 심리) 또는 최적화 심리(자신이 상금을 탈 가능성을 높게 평가하는 심리, 실험 참가자는 자신이 상금을 탈 확률

11) Christopher Buccafusco & Christopher Sprigman, "Valuing Intellectual Property : An Experiment", 96 Cornell L. Rev. (2010) Available at <<http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol96/iss1/7>>. 실험 대상자는 버지니아 대학교 학생과 버지니아 주 중부의 샬로츠빌(Charlottesville) 주민(여성 207명, 학생 287명)이고, 30개의 그룹으로 나누어 반복 실험을 했다. 실험 내용은 10명의 '창작자'에게 '하이쿠'를 짓도록 한 다음 가장 잘 쓴 시는 50달러의 상금을 주는 것이다. '창작자'는 상금을 탈 권리를 팔 수 있다. 10명의 '저작권자'에게는 창작자가 쓴 시를 임의로 나누어주고 상금 탈 기회를 팔 수 있도록 했다. '구매자'는 상금 탈 기회를 살 수 있다. 상금 탈 기회는 가장 높은 금액은 쓴 구매자가 갖는다. 만약 '창작자'가 가격이 '구매자'의 가격보다 높으면 '창작자'는 권리를 팔 수 없다. 위 표에서 "Eyes Closed"는 실험 참가자가 다른 시는 볼 수 없고 자기가 갖고 있는 시만 볼 수 있는 실험 조건을 말하고, "Eyes Open"은 모든 시를 볼 수 있는 조건, "Lottery"는 상금을 무작위로 뽑힌 하나의 시에만 주는 조건을 말한다.

을 창작자는 28%, 저작권자는 26%, 구매자는 16%라고 답했음) 때문이다.

Bucaffusco & Sprigman의 두 번째 실험은 보유효과 외에 창작 효과를 보여 준다.¹²⁾ 이 실험은 앞의 실험에서 창작자와 구매자 간 WTA에 차이가 없는 것으로 나타난 오류를 보정하기 위한 것이다. 그래서 2차 실험은 미술 전공학생들¹³⁾을 대상으로 그림으로 그리도록 하였다(참가 대가로 학생 당 15달러를 주고 교수 평가로 뽑힌 하나의 작품에 100 달러의 상금을 주는데, 20개의 작품을 받고 10개씩 2회에 걸쳐 콘테스트를 하였다. 1차 실험과 마찬가지로 창작자와 저작권자는 100 달러의 상금을 탈 기회를 팔 수 있고, 구매자는 이를 살 수 있다). 실험 결과는 창작자와 저작권자는 작품의 가치를 각각 74.59 달러, 40.67 달러로 평가하여 창작자 가치가 훨씬 더 높게 나타났고, 구매자는 17.39 달러로 평가했다. 즉, 보유 효과 외에 창작 효과가 두드러지게 나타났다(만약 손실 회피나 최적화 편향이 없다면 주류 경제학에서 상정하는 합리적 개인은 작품의 가치를 10 달러(0.1×100 달러)로 평가해야 한다).

이 실험의 함의는 매우 크다. 바로 저작물 시장에서 보유 효과와 창작 효과 때문에 창작물의 유통이 일어나기 어렵다는 것이다. 물론 실험은 실험일 뿐이고 현실은 다를 수 있다는 비판이 가능하다.¹⁴⁾ 예를 들어 보유 효과 이론에서도 시장 경험이 많을수록 보유 효과는 줄어든다고 한다. 그래서 시장 경험이 많은 저작권 산업계를 중심으로 한 창작물의 유통이나 저작권신탁관리단체¹⁵⁾가 참여하는 시장에서는 보유 효과가 아예 일어나지 않거나 전혀 다른 양상을 띠 것이라고 예측할 수도 있다.¹⁶⁾ 그러나 위 실험 결과는 배타적 권리를 중심으로 한 현행 보상 체계의 패러다임 변화 논의(가령 배타적 권리를 보상청구권으로 변용¹⁷⁾)에 중요

12) Christopher Buccafusco & Christopher Jon Sprigman. "The creativity effect", The University of Chicago Law Review (2011): 31-52.

13) School of the Art Institute of Chicago (SAIC) 학부생과 대학원생.

14) Klass, Gregory & Kathryn Zeiler, "Against Endowment Theory: Experimental Economics and Legal Scholarship", UCLA L. Rev. 61 (2013): 2-812("when the procedures used in the laboratories are altered to rule out alternative explanations, the endowment effect disappear").

15) 더구나 저작권신탁관리단체가 받는 저작권료는 자유시장이 아닌 공적 규제(저작권법 제105조 제5항에 따른 문화체육관광부장관의 승인)를 통해 정한다.

16) 한편 현행 저작권 제도는 창작자에게 저작권이 원시적으로 귀속되도록 하는데(업무상 저작물은 예외, 엄격하게 해석-도급계약은 제외), 개인 창작자는 시장에 관한 정보가 적어 권리의 활용 능력이 떨어진다. 저작권법은 이러한 대부분의 창작자의 현실은 고려하지 않고 주로 시장 정보가 많은 저작권자를 염두에 두고 있다.

17) 박성호, "현행 저작권 제도의 패러다임의 전환", 한국정보법학회 편, 『인터넷, 그 길을 묻다』.

한 논거를 제공한다.

4. 이론의 검증

앞에서 ‘보상’이 기본 모순이라는 점을 이론적으로 설명하고 근거가 되는 하나의 실증 분석 연구를 제시하였는데, 이를 검증하는 작업도 저작권 개혁 논의를 위한 좋은 방법론이라 생각한다. 가령 Buccafusco & Sprigman이 한 것과 유사한 실험을 해 볼 수 있겠다. 실험을 한다면, 저작물 시장의 현실을 반영할 수 있는 모델을 설계해야 하고, 제도의 변화(가령 처벌의 강도, 보호기간과 같은 권리의 강약 등의 변화)가 미치는 영향을 볼 수 있어야 할 것이다.¹⁸⁾ 저작물의 모든 유형에 대해 실험을 할 수 없다면, 우리 사회에서 갈등의 양상이 첨예한 분야(가령 음악, 영화, 방송물, 만화, 소프트웨어 정도)부터 해 볼 수 있겠다.

그리고 실제로 창작자들은 왜 창작을 하는지(창작의 동기는 무엇인지)를 조사하는 것도 제도 개혁 논의에 선행되어야 할 것이다. 가령 자유/오픈소스 소프트웨어 개발자들은 어떤 동기로 개발에 참여하는지를 연구한 결과는 좋은 참고가 될 수 있다.¹⁹⁾

중앙 books 2012, 513-533면; 김병일, “정보의 공유와 이용에 관한 법적 쟁점”, 제9회 한국법률가대회/제2세션 제4분과 세미나 자료집 (2014) 17면(“저작권의 준물권적 권리(배타적 허락권)로서의 성격을 채권적 권리(보상청구권)로 변용·완화시켜야 한다는 주장은 매우 설득력이 있을 것이다.”); 윤중수, “UCC 저작권의 차별적 취급과 보상체제 - UCC 시대의 저작권 패러다임의 변화와 대안적 논의들을 중심으로”, 저스티스 통권106호 (2008), 424-461.

18) Buccafusco & Sprigman의 연구에 대한 비판도 검토할 필요가 있다. 가령 Klass & Zeiler의 비판(앞의 각주 15), Tur-Sinai, Ofer, “Endowment Effect in IP Transactions: The Case against Debiasing”, Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 18 (2011): 117; Manne, Geoffrey A. & Todd J. Zywicki, “Uncertainty, Evolution, and Behavioral Economic Theory”, George Mason Law & Economics Research Paper 14-04 (2014), p. 10 FN 18. Buccafusco & Sprigman의 연구를 긍정하는 입장(소극적 인용 포함)으로는 Hubbard, William, “Inventing Norms”, Conn. L. Rev. 44 (2011): 369; Fromer, Jeanne C, “Expressive Incentives in Intellectual Property”, Virginia Law Review (2012): 1745-1824; Lemley, Mark A., “Contracting Around Liability Rules”, Cal. L. Rev. 100 (2012): 463 등이 있다.

19) Lakhani, Karim & Wolf, Robert G., “Why Hackers Do What They Do: Understanding Motivation and Effort in Free/Open Source Software Projects” (September 2003) MIT Sloan Working Paper No. 4425-03. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=443040> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.443040>

5. 보상이 없다면(또는 저작권 제도가 없다면) 어떻게 될까?

이 질문은 저작권 제도를 지탱하는 사회적 힘(social force)을 찾는 과정에서 필연적으로 던질 수밖에 없는 질문이다.

그리고 보상-처벌이 없어도 창작이 일어나는 사례 연구도 필요하다. 가령 패션 산업,²⁰⁾ 저작권이 만료된 서적의 출판(가령 2013년 초에 일었던 헤밍웨이 번역서의 출판됨), 포르노 산업²¹⁾ 등을 생각할 수 있다.

그리고 저작권 역사를 다른 시각에서 연구하는 것도 저작권 개혁 논의에 중요한 단초를 제공할 수 있을 것이다. 저작권 제도가 성립한 계기를 인쇄술의 발명에서 찾기도 하는데,²²⁾ 인쇄술의 발명이 곧바로 저작권의 성립으로 이어진다는 결론은 기술결정론의 오류를 범하기 쉽고, 서구 유럽에 비해 인쇄술이 먼저 발명되었던 우리나라나 중국에서는 20세기가 될 때까지 저작권의 개념이 생기지 않았다는 점을 설명할 수 없다는 한계가 있다. 역사 연구를 한다면, 범위를 좁혀서 서유럽(또는 영국)의 출판 산업과 고려와 조선의 지식출판 문화를 비교검토하는 것도 방법이 될 것이다(가령 고려 초 금속활자의 발명은 왜 동아시아에 저작권 개념을 낳지 못했을까).²³⁾

20) 패션 산업에서는 무단 복제가 오히려 혁신적 창작을 추동한다는 연구가 있다(Kal Raustiala & Christopher Sprigman, "The piracy paradox: Innovation and intellectual property in fashion design", *Virginia Law Review* (2006): 1687-1777; Boldrin, Michele & David K. Levine, *Against Intellectual Monopoly*, Cambridge University Press (2008) CH 3; Dreyfuss, Rochelle C., "Does IP need IP? Accommodating intellectual production outside the intellectual property paradigm", *Cardozo Law Review* Vol. 31 : 5 (2010).

21) 음란물에 대해서는 저작권법의 보호 대상인지 여부가 주된 논의 대상이고 음란물도 저작물에 해당한다는 것이 국내 주류 견해이지만, 실제로 음란물(주로 하드코어 포르노) 제작자는 법적 보호를 받기 어렵다. 하드코어 포르노 산업이 어떻게 작동하는지를 보면, 저작권이 없는 미래를 예측해 볼 수 있다.

22) 가령 미국 클린턴 행정부의 국가정보기반(National Information Infrastructure) 백서에서는 미국 저작권법의 기초가 된 영국 저작권법은 출판기 발명에 대한 대응이었다고 적고 있다.

23) 대다수 서양 학자들은 동아시아에서 저작권 개념이 생기지 않은 것은 철학(유교사상)과 문화 때문이라고 한다(Alford, William P., *To steal a book is an elegant offense: intellectual property law in Chinese civilization*, Stanford University Press) (1995) 19-22; May, C & Sell, SK, *Intellectual property rights: a critical history*, Lynne Rienner Publishers (2006) 26; Yang, D, "The development of intellectual property in China", *World Patent Information*, 25 (2), (2003) 131-42). 그러나 이에 대해 역사적 조건을 무시하고 전통을 중시하는 동아시아 문화만 지나치게 부각한다고 비판하거나(Shao,

6. 대안적 보상을 위한 현실적 개선안

대안적 보상 체계는 현실 제도의 틀 내에서는 구현하기에 한계가 있다. 현행 보상-차별 모델을 협력 모델로 변경하거나, 물권적 권리를 채권적 권리로 전면적으로 재편하려면 역시 맞닥뜨리는 장벽은 조약이다.²⁴⁾ 이런 점에서 대안적 보상은 국가 단위에서는 정책자율성이 거의 없는 영역이기도 하고 그만큼 장기적 과제이며 국제적 수준에서 풀어야 할 사안이다. 그럼에도 불구하고 현행 제도 내에서 대안 모델을 구현해 본다면, 다음을 제안할 수 있다.

(1) 대가의 지급 방식 변경

보유 효과/창작 효과로 인해 저작자가 실제 가치보다 더 높은 가격을 매긴다면, 가치에 대한 평가를 주기적으로 하여 가격 왜곡을 막는 방안을 생각할 수 있다. 가령 저작물에 대한 대가를 한꺼번에 일괄 지급하는 방식보다는 일정한 기간 별로 지급하는 방식을 원칙으로 할 수 있겠다(가령 ‘running royalty’).

또는 저작물에 대한 시장가치를 사후적으로 재평가할 수 있는 기회를 주거나(유럽 각국의 ‘베스트셀러 조항’도 이 모델의 하나로 볼 수 있다), 일종의 리셋 조항(미국 저작권법의 ‘termination right’)을 두는 것도 생각할 수 있다(이에 대해서는 ‘III.7. 창작자에 대한 실질적 보상’ 참조).

K, “Alien to Copyright? A Reconsideration of the Chinese Historical Episodes of Copyright”, *Intellectual Property Quarterly*, 4, (2005) 400, 412), 한자의 서예적 특징 때문에 금속인쇄보다 목판인쇄가 더 유리하여 인쇄분야가 영국처럼 산업화되지 못한 점을 꼽기도 한다(Mun, SH, ‘Culture-related aspects of intellectual property rights: a cross-cultural analysis of copyright’, PhD Dissertation, University of Texas at Austin (2008) 139-144). 중국 한자와 마찬가지로 서예적 특성이 중요했던 고려에서 금속 활자술이 발명된 것은 동전 등의 주조 기술이 이미 발달해 있었고, 몽골의 침입으로 당시 장서가 모두 불에 타 금속활자의 사회적 필요성이 급증했기 때문으로 보인다. 그 후 서적의 민간 출판 시장이 존재했지만(가령 과거시험 기출 문제집, 족보) 서적 출판의 중앙관리라는 변수가 고려, 조선의 저작권 개념과 연관이 있어 보인다.

24) 앞에서 언급한 협력 모델은 가령 정부 저작물의 자유이용 제도, 저작(권)자들이 자발적으로 일부 권리를 유보하도록 장려·권장하는(가령 정보공유라이선스 또는 CCL) 정도이다.

(2) 공정이용

현행 공정이용 일반조항(저작권법 제35조의3)은 금지청구권과 배상청구권을 모두 제한하는 즉, 저작재산권을 전면 제한하는 것만 염두에 두고 있다. 한미 FTA를 국내법에 수용하는 과정에서 미국의 제도와 조약의 3단계 테스트를 반영하였기 때문인데,²⁵⁾ 공정이용 일반조항을 저작재산권의 전면 제한에만 적용되도록 할 필연적인 이유는 없다. 가령 공공의 이익을 위해 필요한 경우라면 보상을 전제로 한 공정이용 일반조항을 도입할 수 있겠다. 이를 아래와 같이 조문화해 볼 수 있겠다.

제35조의 3 (저작물의 공정 이용)

제23조부터 제35조의2까지, 제101조의3부터 제101조의5까지의 경우에 해당하지 않더라도 다음 각호의 경우에는 권리자의 허락을 받지 않고 그 저작물을 이용할 수 있다.

1. 저작물의 성질, 저작물 이용의 목적과 형태에 비추어 공공의 이익을 위하여 필요한 경우. 다만, 권리자에게 부당한 손해가 있는 경우에는 보상금을 지급하여야 한다.
2. 저작물의 이용행위가 공정한 관행에 합치되고 권리자에게 부당한 손해를 입히지 아니하는 경우

위 제안 조문의 제1호는 저작물의 이용이 공공의 이익을 위해 필요한 경우에는 권리자의 허락을 받지 않고도 저작물을 이용할 수 있도록 하되, 권리자에게 상당한 손해를 줄 수 있는 경우에는 보상금을 지급하도록 하여 공정이용을 법정 허락의 형태로 변경하였다.²⁶⁾ 제2호는 현행 저작권법 제35조의3을 바꾸자는 제

25) 공정이용 일반조항에 3단계 요건까지 반영했어야 하는지는 의문이다. 미국식 공정이용이 3단계 테스트를 만족하는지에 대한 명확한 결론을 내리기는 어렵다. 3단계 요건의 모태가 되었던 1967년 베른협약 스톡홀름 개정은 당시 회원국 국내법에 있던 제한 규정을 모두 수용하는 쪽으로 결론이 났다. 그런데 당시 복제권 제한의 포괄 규정을 둔 나라는 하나도 없었고, 공정이용 일반조항을 두고 있던 미국은 1967년 당시 베른협약 회원국이 아니었기 때문에 스톡홀름 개정 논의에 참여하지 않았다. 이러한 결과에 비추어보면, 3단계 요건이 저작재산권 제한의 일반조항을 고려했다고 보기는 어렵다. 3단계 요건을 비교적 좁게 해석한 국제기구(WTO)의 판단도 지금까지 하나밖에 없고, 3단계 요건의 해석도 학자마다 다르며, 각국 법원의 판결도 일치하지 않다. 그리고 미국의 저작권법 제107조가 3단계 요건에 해당하지 않는다는 것이 법학자의 다수 의견인 점, 미국 저작권법의 제107조와는 다른 조항이 3단계 요건에 위반된다는 WTO의 결정에도 불구하고 미국이 법 개정을 하지 않고 있다는 점 등을 고려하면, 미국식 공정이용이 3단계 요건을 만족하는지 여부는 현재로서는 법리적인 문제라기 보다는 정치적인 문제에 가깝다고 할 것이다.

26) 현행 저작권법에는 공익을 위해 저작재산권을 제한할 수 있는 사유가 열거되어 있는데(가령

안으로 권리자 개인의 사익과 이용자 개인의 사익을 비교형량하여 공정이용이 가능도록 하되 그 한계는 권리자에게 부당한 손해를 주지 않는 경우로 하고 이용자의 이용 행위가 공정한 관행에 합치될 것을 조건으로 하였다.

공정이용 일반조항은 시장 실패를 치유하는 기능을 하는데, 저작물의 경우 보유효과/창작효과로 인해 실제로 거래가 일어나지 않을 가능성이 더 높다면, 저작재산권의 전면적인 제한만 공정이용으로 포섭하려고 하지 말고, 보상청구권은 제한하지 않는(즉, 금지청구권만 제한하는) 형태의 공정이용 일반조항을 도입하는 것도 고려할만하다.

(3) 저작권 등록

저작권이 발생한 후 일정한 기간이 경과하였을 때 등록을 해야 권리를 행사할 수 있도록 하면 등록료보다 가치가 낮은 저작물을 보상-처벌 모델에서 제외할 수 있다. 저작권 등록 제도의 도입에는 무방식주의와의 저축 문제를 고려해야 한다.²⁷⁾

재판 절차나 입법·행정 목적을 위한 복제(제23조), 정치적 연설 등의 이용(제24조), 공공저작물의 자유이용(제24조의2), 학교교육 목적의 이용(제25조), 시사보도를 위한 이용(제26조) 등), 이처럼 현행 저작권법에 공익을 위한 다수의 권리 제한 규정들을 열거하고 있다면 공정이용 일반조항 역시 공공의 이익을 위한 일반 조항까지 두는 것이 자연스럽다. 또한 재산권 행사의 제약 원리로 공공복리를 규정한 헌법 제23조 제2항, 공공필요를 위한 재산권의 사용을 허용한 헌법 제23조 제3항에 비추어 보더라도 공정이용 일반조항에서 ‘공공의 이익’을 직접 표현하는 방식이 적절하다. 입법례로는 공공의 이익을 근거로 저작권을 제한할 수 있다는 명문의 규정을 둔 영국 저작권법 제171(3)조를 들 수 있다(영국 법원은 1973년 *Beloff v. Pressdram* 사건에서 저작권 침해에 대한 항변으로 공공의 이익을 원용할 수 있다는 점을 밝힌 바 있고, 그 영향을 받아 영국 의회는 1988년 저작권법 제171(3)조에 “공공의 이익 등을 근거로 저작권의 행사를 금지하거나 제한하는 규정은 저작권법의 다른 조항에 의해 영향을 받지 않는다”고 하여, 저작권이 제한되거나 구체적인 조항에 열거된 사유에 해당하는지와 무관하게 법원이 공공의 이익을 포괄적으로 적용할 수 있는 길을 열어놓았다). 캐나다 대법원은 저작권 제도란 공공의 이익과 저작자의 사익 간의 균형이 핵심이라고 보는데, 여기서 저작물의 창작 장려와 저작물의 확산은 공공의 이익과 관련된 요소이고, 창작자에게 대한 정당한 보상은 저작자의 사익과 관련된 요소이다. 이러한 균형을 달성하기 위한 방법으로 캐나다 대법원은 이용자의 권리를 적극적으로 인정한다(*CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* [2004] SCC 13).

27) SYMPOSIUM : REFORM(ALIZ)ING COPYRIGHT FOR THE INTERNET AGE? : The Future of United States Copyright Formalities : Why We Should Prioritize Recordation, and How To Do It 논의 및 *Berkeley Technology Law Journal* 28 Berkeley Tech. L. J. 1459 참조

Ⅲ. 제도의 균형 달성

1. 서론

저작권 제도의 균형은 법 제1조에 표현되어 있는 것처럼 권리의 보호와 저작물의 이용 간의 균형을 말한다. 따라서 보호와 이용 간의 균형 문제는 저작권 개혁 논의에서 빠질 수 없는 주제이다. 여기서는 보호 대상을 결정하는 주된 관문인 창작성, 제도 균형의 핵심이라 할 수 있는 보호기간, 소위 디지털 의제와 관련된 문제, 저작물의 이용, 창작자에 대한 실질적 보상을 소주제로 살펴본다.

2. 창작성

저작권법의 보호대상이 되는 표현물은 창작성 있는 표현으로 한정되는데, 창작성의 요건은 기준이 매우 낮다. 창작성은 다른 사람의 것을 베끼지 않고 자신으로부터 나오기만 하면 성립한다.²⁸⁾ 그래서 거의 모든 표현이 저작물이 될 수 있다. 창작성과 관련하여 2가지 문제를 생각할 수 있다. 첫째, 권리의 보호는 지속적으로 강화되는데 창작성의 요건은 변함이 없거나 오히려 약화되는 것이 타당한가? 둘째, 현행 저작권 제도의 보상-처벌 모델은 상당한 정도의 창작성이 있는 저작물을 전제로 한 것이다. 창작성이 매우 낮은 저작물에는 다른 모델을 적용할 수 있을까?²⁹⁾

28) 특허법은 발명의 신규성을 요구하여 누구의 발명인지는 중요하지 않고 발명 그 자체가 새로운 경우에만 특허를 받을 수 있다(심지어 초기 서유럽의 특허법은 자국 내에서만 신규하면 특허를 주었기 때문에 많은 “수입” 기술이 특허를 받았다). 이에 비해 저작권은 누구의 창작인지가 중요하며 이것이 창작성의 요건으로 법에 반영되었다. 기원이 같았던 저작권과 특허 제도가 이처럼 서로 다른 요건을 요구하도록 변모하게 된 것은 특허와 달리 “저자”를 앞세워 출판특권의 영구화를 꾀했던 런던 서적상들의 소송, 이를 둘러싼 논쟁 등 서유럽의 역사와도 관련이 있다(좀 더 자세한 것은 Heesob Nam, *Defense for Persons Having Good Faith in the Arts*, Master’s Thesis, MIPLC, 2008 참조).

29) “다양한 보호객체[상당한 창작성이 인정되는 순수 예술작품, 물개성적 저작물, 투자결과물]에 대해 저작권자와 이용자의 균형점을 일률적으로 결정하는 것이 불합리하다는 것은 쉽게 짐작할 수 있지만, 이를 구분할 명확한 기준을 설정하는 것은 매우 곤란하고, 이것이 바로 오늘날 저작권법의 가장 큰 딜레마가 아닌가 생각한다”(신재호, “한국 지식재산법제의 발전과

3. 보호기간

저작권 보호기간은 계속 연장되어 이제는 저작물의 상업적 가치에 비해 지나치게 길다는 비판이 있다.³⁰⁾ 보호기간의 장단은 기준을 무엇으로 삼느냐에 따라서도 평가가 달라질 수 있다(가령 상업적 가치, 사회적 가치, 저자가 평가하는 주관적 가치에 비해). 사회적 가치를 기준으로 단순 계산하면, 저작물이 사회적으로 가치가 있는 기간의 절반을 보호기간으로 정해야 한다(가령 영화의 사회적 가치가 5년이라면 보호기간은 2년 6개월이어야 한다). 사회적 가치는 알기 어렵기 때문에, 상업적 가치를 기준으로 한다면 가령 서적이 출판되는 평균 기간(출판사는 상업적 가치가 있을 때에만 출판할 것이므로)의 절반으로 보호기간을 정하는 것이 이론적으로는 타당하다.

보호기간을 최적화하는 방법으로는 방식주의 도입을 생각할 수 있다. 일정 기간이 지나면 등록을 해야 보호를 받을 수 있도록 하는 것이다. 등록 제도를 도입하면, 권리의 공시를 통해 거래비용을 줄일 수 있고, 등록을 위해 내야하는 수수료는 상업적 가치가 낮은 저작물을 걸러내는 역할을 할 수 있을 것이다(등록료보다 가치가 낮은 저작물은 등록하지 않을 것이므로³¹⁾). 다만 등록주의 도입은 무방식주의와의 저촉 문제를 해결해야 한다.³²⁾ 또 다른 문제점으로는 등록 업무를 담당할 행정기관의 비대화, 규제포획(등록 기관이 좀 더 많은 저작물의 등록을 유도하는 것)으로 인해 제도가 왜곡될 가능성이³³⁾

그 국제적 위상”, 제9호 한국법률가대회 제1세션 제4분과 자료집 (2014) 57면, []는 필자).
30) 보호기간에 대한 이해당사자들의 평가는 갈린다. 가령 최종 이용자와 ISP는 너무 길다고 하는 반면 권리자들은 사후 70년이 적당하다고 한다(European Commission, Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules (July 2014) 27-29면).

31) Buccafusco & Sprigman 2010 앞의 각주 12, 39면.

32) 등록하지 않은 저작물에 대한 보호를 완전히 폐지하지 않고 가령 금지청구권만 제한하거나, 형사처벌의 대상에서 제외하는 등의 보호 완화는 가능해 보인다(현행 저작권법에서도 등록하지 않은 경우에는 법정손해배상은 청구할 수 없다).

33) 특허출원인이나 특허권자의 수수료를 세입으로 세출에 충당할 것으로 조건으로 책임운영기관이 된 특허청이 전형적인 예다(책임운영기관운영에 관한 법률에 따라 특허청장은 임기 2년을 법으로 보장받고 인사권과 예산편성·집행에 자율성을 보장받는다. 그래서 특허청은 피규제자인 특허권자의 이익을 위해 봉사하는 규제포획 현상이 구조화되어 있다).

4. 디지털 환경

디지털 환경과 저작권 제도는 누구나 거론하는 공통된 관심사로 저작권 개혁 논의에서 빠질 수 없는 의제이다. 그만큼 다룰 사안이 많은데 어떤 내용을 중심으로 할 것인지는 WCT, WPPT 및 양대 FTA³⁴⁾를 통해 도입된 디지털 의제를 중심으로 하되, 외국의 논의³⁵⁾를 참조하여 정할 수 있겠다. 디지털 경제나 저작권 산업을 중심으로 논의하는 것도 의미가 있지만,³⁶⁾ 정보의 공유와 소통을 위한 일상적인 행위가 저작권과 부딪히는 문제,³⁷⁾ 새로운 창작의 공간, 가령 디지

34) 한-미 FTA와 한-EU FTA.

35) EC Report (2014) 앞의 각주 31, 음악 라이선스에 관한 미국(저작권청, 미의회도서관)의 연구(Music Licensing Study: Notice and Request for Public Comment, <https://www.federalregister.gov/articles/2014/03/17/2014-05711/music-licensing-study-notice-and-request-for-public-comment>), 미국 정부(The Department of Commerce, Intellectual Property Task Force, "Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy" (July 2013), 미하원 법사위(Judiciary Committee, www.judiciary.house.gov)에서 개최한 일련의 공청회(2014. 7. 24. Copyright Remedies, 2014. 7. 15. Moral Rights, Termination Rights, Resale Royalty, and Copyright Term; 2014. 6. 20. Music Licensing Under Title 17 (Part One); 2014. 6. 2. First Sale Under Title 17; 2014 5. 8. Compulsory Video License of Title 17; 2014. 4. 2. Preservation and Reuse of Copyrighted Works; 2014. 3. 13. Section 512 of Title 17; 2014. 1. 28. The Scope of Fair Use; 2104. 1. 14. The Scope of Copyright Protection; 2013. 11. 19. The rise of innovative business models: content delivery methods in the Digital Age; 2013. 9. 18. The role of voluntary agreements in the U.S. IP System; 2013. 7. 25. Innovation in America: the role of Copyrights; 2013. 5. 16. A Case study for consensus building: the copyright principles project; 2013. 3. 20. The Register's call for updates to U.S. Copyright Law), 스위스의 Modernization of Copyright (<https://www.ige.ch/en/copyright/agur12.html>), 호주 정부의 저작권 개혁 위원회 "Copyright and the Digital Economy" (<http://www.alrc.gov.au/copyright-and-digital-economy-ip-42-epub>), 영국 Changes to copyright exceptions (<https://www.gov.uk/government/news/changes-to-copyright-exceptions>) 등.

36) 유럽연합이나 미국에서의 저작권 개혁 논의는 주로 디지털 기술이 초래한 환경 변화에 주목하고 있다. 그리고 디지털 경제에서 과연 20세기 말에 완성된 저작권 제도 개선이 창작 또는 혁신에 적합한지, 제도의 수정을 어디까지 해야 하는지를 주로 논의하는 것으로 보인다. 이런 이유로 EC의 개혁 논의가 저작권지침의 기본 원칙에 대한 근본적인 수정에는 관심이 없고 저작권의 적절한 보호, 역내시장에서의 콘텐츠 서비스 역내국간(cross-border) 이용에만 관심을 두며, 이미 실패한 것으로 판명난 Licenes for Europe의 과정을 답습하면서 저작물 시장에서의 계약을 통한 해결책을 모색하고 있으며, 기본적인 문화권에 대한 고민도 없고 디지털 환경에서 가장 중요한 비상업적 콘텐츠 공유 행위에 대한 해결책을 제시하지 못한다는 비판을 받기도 한다(La Quadrature, "Fundamental Cultural Rights Must be at the Heart of Copyright Reform in Europe!" (2013).

털 기술이 만들어낸 네트워크 기반의 협력 모델이나 공유, 재창작(자르고 붙이고 나누고) 행위와 모순되는 문제³⁸⁾를 중심으로 개혁 의제를 논의하는 것이 바람직할 것으로 본다. 세부 주제로는 다음을 생각할 수 있겠다.

(1) 기술적보호조치

기술적보호조치와 관련해서는 저작물에 대한 접근 자체를 통제할 수 있다는 점, 저작권재산권 제한 규정의 실효성 문제(가령 공정이용이 가능한데도 기술적보호조치 때문에 저작물을 이용할 수 없는 문제)를 연구 주제로 삼을만하다.

(2) 공중송신과 이용제공

공중송신권은 디지털 의제의 핵심 내용이라 할 수 있는데, 전송권 특히 이용제공권의 범위에 대한 검토가 필요하다. 가령 오로지 사적이용을 위해 파일을 다운로드하는 사람이 토렌트 프로그램을 이용한 경우 프로그램의 기술적인 특성 상 다운로드하는 도중에 파일 조각이 다른 이용자에게 제공되는 것을 “이용제공” 행위로 볼 것인지가 문제이다.³⁹⁾ 또한 이용제공을 넓게 해석한다면, 링크⁴⁰⁾도 이

37) 인터넷 초창기 때 개인은 정보의 수용자 또는 소비자였으나 이제 개인은 수동적인 위치에서 벗어나 정보를 생산하는 위치로 올라서고 정보 제공자와 상호작용하는 정보 생산소비자(prosumer)가 되었다. 사용자제작콘텐츠(UGC), 블로그, 미니홈피, 그리고 북점정 타인과 인적 관계망을 형성하는 트위터, 싸이월드, 페이스북 등을 생각하면, 이제 개인은 인터넷에 흩어진 수많은 정보들을 복제(뽐질)하거나 가공, 수정, 편집하여 여기저기 유포하는데, 이런 행위들은 저작권이 보호하는 복제권, 2차적 저작물 작성권, 전송권 침해가 될 수 있다. 원래 저작권 제도는 저작권자와 대등한 위치에서 시장 경쟁을 하는 행위를 통제할 권리를 부여함으로써 저작권자에게 창작 동기를 부여하고 그 결과 사회적으로 필요한 창작물이 많이 생산되도록 하려는 것이고, 이러한 이유로 인정된 복제권, 전송권, 2차적 저작물 작성권이 이제 인터넷에서 일어나는 일상적인 행위를 모두 통제할 수 있는 막강한 권리가 된 것이다.

38) Marco Ricolfi, “The New Paradigm of Creativity and Innovation and its Corollaries for the Law of Obligations” (2014) 1.

39) 전송권은 2000년 개정법에서 WCT를 수용하면서 우리 저작권법에 신설되었다. WCT 논의 당시 공중송신권(right of communication) 개념을 확대하여 이용제공(making available)까지 포함시킨 이유는 기술의 발전의 전통적인 방식과는 다르게 저작물이 이용제공될 수 있고, 쌍방향의 주문형 통신 행위가 포함된다는 점을 분명히 할 필요가 있었기 때문이다(WIPO, CRNR/DC/4, Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to be Considered by the Diplomatic Conference (August 30, 1996). 조항의 문구는 유럽연합의 제안(문서번호: BCP/CE/VII/1-INR/CE/VI/1)을 거의 그대로 수용한 결과였다. 그런데 신호를 보내

용제공 행위로 볼 여지가 있다.

(3) 일시적 저장

일시적 저장은 한미 FTA를 국내법에 수용하는 과정에서 명문으로 규정되었다. 일시적 저장을 전면적으로 인정하면 디지털 환경에서 일상적인 행위(가령 브라우징 행위)가 원칙적으로는 침해이지만 예외적으로 면책되는 셈이다. 이처럼 저작권이 인터넷의 모든 행위에 미칠 수 있다는 원칙이 타당한지 검토가 필요하다.

그리고 한미 FTA 상대국인 미국은 복제의 개념(고정)에 기간 요건을 두고 있는데,⁴¹⁾ 최소한 '기간 요건'을 두는 법 개정은 고려할 수 있겠다.

(4) 디지털 권리소진

권리소진이 유체물의 점유이전을 수반하는 배포권에만 적용되도록 한정하는 것이 과연 타당한지, 디지털 권리 소진을 도입한다면 그 범위와 한계를 어떻게 설정할 것인지 연구할 주제이다. 현행 저작권법 제20조의 권리소진은 배포 이외

러는 적극적인 의사가 없는 행위를 '이용제공'으로 보는 것이 타당한지는 의문이다. WCT를 논의할 당시 협상가들도 저작물의 송신을 염두에 두고 공중송신권의 개념을 확대했다. 즉, 통신(communication)이란 항상 송신(transmission)을 수반하기 때문에, '통신'이란 표현 대신 '송신'이란 표현을 사용할 수도 있었지만, 그렇게 하지 않은 이유는 베른협약의 영어판에서 '통신'이란 표현을 사용하고 있었기 때문이다(위 WIPO Basic Proposal at 46 ¶10.15). 여기서 주목할 점은 베른협약의 불어판에는 '송신'이란 표현(베른협약 제11조, 제11조의3, 제14조: "la transmission")을 사용하고 있다는 점이다.

40) 유럽법원은 2014년 10월 21일 C-348/13 판결에서 프레이밍 기법을 이용한 영상 저작물의 임베디드 링크를 제공한 웹 사이트 운영자의 저작권 침해를 부정한 바 있고, 2014년 2월 13일 C-466/12 판결에서는 "새로운 공중"(new public)에 대한 이용제공인 아닌 링크는 저작권 침해가 아니라고 보았다.

41) 미국 저작권법은 복제 행위를 직접 정의하지 않고, "복제물(copies)"과 "고정(fixation)"이라는 2개의 개념을 정의함으로써 복제권의 범위를 정한다(제101조). "복제물"은 저작물이 고정된 유형물(material objects)을 말하고, "고정"이란 "저작물의 복제물에 대한 구현(embodiment)이 충분히 영구적이거나 안정적이어서 잠시 지속되는 것 이상의 기간(a period of more than transitory duration) 동안 그 구현을 지각하거나, 복제하거나, 기타 전달할 수 있는 경우"를 말한다. 이처럼 미국은 복제 개념에 (1) '지각, 복제, 전달' 요소(PRC test), (2) '기간 요건'이 모두 포함된다. 1976년 미국 하원 보고서는 '기간 요건'에 대해 텔레비전의 화면에 잠시 투사되거나 컴퓨터의 메모리에 순간적으로 저장되는 경우와 같이 쉽게 사라지거나 잠깐 지속되는 복제를 제외하려는 의도라고 한다(House Report 94-1476 (1976) 53쪽). 만약 이러한 '기간 요건'을 두지 않고, 'PRC 요소'만으로 "고정" 개념을 정의하면, 가령 거울에 저작물이 비치는 경우에도 저작물이 고정된 것이라고 볼 수 있다고 한다.

의 유통 행위 가령 인터넷 상에서 저작물을 전송하거나 이용에 제공하는 행위와 같이 유체물을 전제로 하지 않은 제공은 전송에 해당되며 배포로 볼 수 없다는 것이 다수 의견이고 판례의 태도이다.⁴²⁾

한편 미국 법원은 Autodesk 사건⁴³⁾에서 미국 연방고등법원은 1심 법원과 달리 적법하게 구매한 오토캐드의 소프트웨어를 이베이(eBay)를 통해 재판매한 자(CTA: Cardwell/Thomas & Associates, Inc.)는 최초판매원칙을 주장할 수 없다고 판결한 반면, 유럽법원은 UsedSoft 사건⁴⁴⁾에서 배포권의 소진이 온라인을 통한 프로그램의 다운로드 행위에도 적용된다고 판결한 바 있다.

5. 저작물의 이용

저작물의 이용과 관련해서는 (i) 저작재산권의 제한 규정은 반드시 권리의 제한 형식으로만 규정되어야 하는지,⁴⁵⁾ 적극적인 이용권 형태로는 규정될 수 없는

42) 오승중, 『저작권법』, 박영사(2007), 461면. 유형물과 분리된 콘텐츠 형태로 저작물을 인터넷을 통해 제공하는 행위가 배포나 대여에 해당하지 않는다는 다른 판결로는 “서울고법 2005. 1. 25. 선고 2003나80798 판결(소위 ‘소리바다’ 손해배상청구 사건, 대법원 계속 중 2006. 6. 15. 소 취하로 종결), 대법원 2007. 1. 25., 선고 2005다11626 판결, 서울중앙지법 2005. 1. 12., 선고 2003노4296 판결(‘소리바다’ 형사 사건, 무죄)”이 있고, 스트리밍 방식의 배포에 해당하지 않음을 확인한 판결로는 “서울지법 2003. 9. 30. 2003카합2114 결정(소위 ‘벅스뮤직’ 사건), 서울지법 2003. 9. 30. 2003카합2660 결정(‘벅스뮤직’ 사건)”이 있다(이형주 집필 부분(정상조 편, 『저작권법 주해』, 박영사(2007), 153면 각주 13).

43) *Vernor v. Autodesk* 621 F.3d 1102 (9th Cir. 2010).

44) *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.*, C-128/11, 3 July 2012. 유럽법원은 저작권의 소진을 컴퓨터프로그램이 유형물로 판매되는 형태의 배포권에만 적용된다고 한정하면, 결국 저작권자가 인터넷을 통해 다운로드되는 복제물의 재판매를 통제할 수 있도록 하여 저작권자가 복제물을 배포하면서 이미 보상을 받았음에도 불구하고 다운로드에 대해 새로운 보상을 더 받게 만드는 부당한 결과가 생긴다는 문제가 있다고 보았다. 독일 대법원도 2014년 1월 다른 사건에서 유럽법원의 UsedSoft 판결을 수용하여 UsedSoft가 Adobe의 중고 소프트웨어를 온라인을 통해 판매하는 행위에 대해 권리소진의 원칙이 적용된다고 보았다고 한다(UsedSoft 2014년 1월 29일 보도자료 “Germany’s Federal Supreme Court : usedSoft wins across the board”, <http://www.usedsoft.com/en/press/press-releases/germanys-federal-supreme-court-usedsoft-wins-across-the-board/>).

45) 국제인권규범의 정보문화향유권(세계인권선언 제27조 제1항: 모든 사람은 공동체의 문화생활에 자유롭게 참여하며 예술을 향유하고 과학의 발전과 그 혜택을 공유할 권리를 가진다. 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(A규약) 제15조 1. 이 규약의 당사국은 모든 사람의 다음 권리를 인정한다. (a) 문화생활에 참여할 권리 (b) 과학의 진보 및 응용으로부터 이익을 향유할 권리)을 근거로 저작재산권 제한 규정을 하나의 원칙 규정으로 변경할 수도 있을 것이다. 독일의 정보자유 기본권 논의도 좋은 참고가 될 수 있겠다(김병일 2014 앞의 각

지,⁴⁶⁾ (ii) 저작물 이용에 드는 거래 비용은 어떻게 줄일 것인지(집중관리단체를 통한 이용, 디지털 거래소를 통한 이용, 복잡한 권리관계, 권리자 불명 저작물(orphan works)의 이용), (iii) 사적복제는 어떻게 할 것인지(복제 원본이 불법인 경우, 온라인을 통한 대규모의 이용, 사적복제보상금 제도 등의 관련 문제), (iv) 도서관, 교육 목적의 이용 범위와 보상금 지급 등을 생각할 수 있겠다.

6. 공정이용

공정이용 일반조항이 새로 도입되었는데 구체적인 사건에서 어떻게 적용할지는 법원의 몫으로 남았다. 일반조항이 미국법제를 수용한 셈이기 때문에 미국 법원의 논리가 지배하지 않을까 우려를 하지 않을 수 없는데, 미국의 논리가 과연 우리 저작권 현실에 맞는지, 맞지 않다면 해석론을 어떻게 전개할 것인지, 그 동안 문화체육관광부와 한국저작권위원회가 주도한 저작권상생협의체에서 만든 ‘저작물의 공정이용에 관한 가이드라인’의 확대 문제, 공익을 위한 공정이용 일반조항, 보상을 전제로 한 공정이용 일반조항의 도입 필요성 등을 논의 주제로 고려해 볼 수 있겠다.

7. 창작자에 대한 실질적 보상

창작자가 시장가격을 통해 경제적 보상을 실현하는 방법은 대부분 저작권 계약을 통해 이루어진다. 즉, 개인 창작자(문인, 만화가, 소설가, 가수, 배우, 예술인 등)는 자신의 작품(저작물)을 상업적으로 활용할 자본이나 사업수단, 유통망 등을 가지고 있지 않기 때문에, 저작물 시장의 구매자(출판사, 음반제작자, 방송사, 유통업자 등)와의 계약을 통해 작품을 시장에 내 놓는다. 그러나 개인 창작

주 18, 18~21면).

46) 유럽법원은 패러디의 저작권 침해 여부와 관련된 C-201/13 - Deckmyn and Vrijheidsfonds 판결(3 September 2014)에서 저작권의 제한과 예외(L&E: Limitation and Exception)는 저작권 제도의 핵심적인 요소로 정보나 문화에 대한 접근을 보장할 뿐만 아니라 새로운 작품의 창작(이는 대부분 기존 작품에 기반하여 이루어짐)을 촉진한다고 보았는데, 이 판결을 두고 저작권 제한을 예외로만 평가하지 않고 적극적으로 보았다고 평가하기도 한다(European Copyright Society, “Limitations and exceptions as key elements of the legal framework for copyright in the European Union”(1 November 2014).

자와 구매자 사이에는 현격한 협상력의 격차가 존재하기 때문에, 개인 창작자는 저작물 시장에서 정당한/공평한 보상을 받지 못하는 것이 저작권 계약의 현실이다. 개인 창작자 외에도 외주제작사 등도 방송사와 불리한 지위에서 저작권 계약을 체결하고 있다.

그런데 현행 저작권법은 저작권 계약을 전적으로 사적자치(계약자유의 원칙)에 맡기고 계약 당사자 사이에 현실적으로 존재하는 불균형 문제를 해소할 수단은 거의 마련하지 않고 있다.⁴⁷⁾ 그 결과 일부 사례⁴⁸⁾에서 보는 것처럼 저작권은 창작자에게 재산적 권리를 보장한다기 보다 창작자의 작품에 대한 권리를 빼앗아가는 도구로 작용하는 역설이 생긴다. 그래서 창작자에 대한 실질적 보호가 가능하도록 하려면 저작권 계약을 사적자치의 원칙에만 일임하지 말고 창작자에 대한 정당한 보상이 보장되도록 저작권 계약을 사전·사후 조정하는 방안을 도입할 필요가 있다.

사전 조정 방안으로는 창작자에게 지나치게 불리한 계약을 무효로 하는 것을 생각할 수 있다. 사후 조정 방안으로는 저작권 계약의 구매자가 얻은 이익과 창작자가 받은 보상 사이에 현저한 차이가 있는 경우 이를 보정하는 제도적 장치와, 일정한 기간이 경과하면 저작권 계약을 해지할 권한을 창작자에게 부여하는 것을 생각할 수 있다. 가령 저작물이 저작권 계약 당시에는 예상하지 못했던 상업적 성공을 거둔 경우 저작자에게 공평한 보상을 사후적으로 요구할 권리를 저작자에게 보장하는 것도 검토할 필요가 있다(가령 독일 저작권법 제32조a(일명 베스트셀러 조항(best-seller clause))⁴⁹⁾, 프랑스 지적재산권법 제131-5조 제2항⁵⁰⁾)(베스트셀러 조항은 일종의 시장실패를 보정하는 역할을 한다고 평가할

47) 현행 저작권법 제45조(저작재산권의 양도), 제46조(저작물의 이용허락)는 저작권 계약의 사적자치 원칙을 천명하며, 저작재산권의 전부 양도인 경우 2차적 저작물 작성권은 특약이 없는 한 저작자에게 유보되도록 하거나(컴퓨터 프로그램 저작물은 반대), 배타적발행권이나 출판권을 설정한 경우 발행 또는 출판 의무를 부과하는 정도의 규정만 두고 있다(제58조 및 제63조의2).

48) 백희나 작가의 어린이용 그림책 <구름빵>이 대표적인 사례라 할 수 있다.

49) 저작권 계약에서 약정된 반대급부가 저작물의 이용에서 생긴 수익이나 이득에 비해 현저하게 불균형한 상태인 경우, 계약 상대방은 저작자의 요구에 따라 저작자에게 공평한 분배가 보장되도록 계약 변경 요구에 승낙할 의무를 진다.

50) 프랑스 지적재산권법도 저작물이 예상하지 못한 상업적 성공을 거둔 경우 저작자에게 계약상 보상 조건의 변경을 요구할 수 있도록 하는데, 다만 저작권 양도 계약의 대가가 정액제(lump sum)인 경우에만 가능하다(제131-5조 제2항). 그리고 이 권리는 저작자가 7/12 이상의 손실을 본 경우(불공정 계약이나 수익을 제대로 예측하지 못해서)에는 언제든지 행사할 수 있다.

수도 있겠다). 그리고 저작권 계약 체결 후 상당한 기간이 경과하면 저작자가 계약 이전의 지위를 회복할 수 있는 기회를 부여함으로써 불리한 계약상의 지위를 바로잡도록 하는 방안도 생각할 수 있다(가령 미국의 종료권(termination right)⁵¹⁾).

IV. 저작권의 행사와 집행

1. 저작권의 행사

저작권의 행사와 관련해서는 권리남용 문제⁵²⁾와 형사 구제의 악용이 한국 사회에서는 가장 문제라고 생각한다. 경미한 위반 행위에 대한 고소 남발, 청소년 피해자 양산과 같은 문제점들은 이미 수년 전부터 입법부와 행정부 내에서 공감대가 형성되었다고 볼 수 있고, 학계에서도 현행 저작권 침해죄의 문제점에 공감하면서, 형벌의 예방적 위화 효과가 없고 민사로 해결 가능한 경미한 침해행위에 형사적 제재가 집중되어 오히려 법의 경시, 형벌의 위하력에 대한 불감증 초래를 문제점으로 지적하거나,⁵³⁾ 수많은 청소년의 범죄화 우려, 일반 공중의 심리적 반발 초래를 지적하기도 한다.⁵⁴⁾

51) 미국 저작권법에는 저작자에게 공평한 보상을 받을 수 있도록 보장하는 조항은 없고, 종료권(termination right)은 1976년 개정 저작권법(1978년 1월 1일부터 발효)에 포함되었다(제203조). 이 조항이 필요한 이유는 저작자의 불균등한 교섭상의 지위 때문이라고 한다(저작자가 불균등한 지위를 갖는 것은 저작물이 활용될 때까지는 저작물의 가치를 평가할 수 없기 때문, H.R. Report No. 94-1476, 124). 업무상 저작물은 제외되며, 해지권은 저작권 계약 35년 후 5년간 행사할 수 있는 것이 원칙이지만, 저작권 계약이 발행권(right of publication)을 포함하고 있는 경우에는 저작물의 발행일로부터 35년 또는 계약일(좀 더 정확하게는 계약에 따른 권리가 부여된 날)로부터 40년 중 빠른 날이 기산점이 된다. 미국의 이 개정법은 1978년부터 발효되었기 때문에 계약 후 35년이 도래하는 2013년부터 해지권의 행사가 가능하게 되었다.

52) 가령 매장음악과 관련하여 음악저작권신탁관리단체들이 법률상 저작권료를 징수할 수 없음에도 불구하고 저작권료를 받는 행위(하이마트나 프랜차이즈 형태의 커피 전문점을 상대로 한 저작권료)는 권리남용으로 문화체육관광부가 규제를 하거나 공정거래위원회에서 불공정행위 여부를 조사할 필요가 있다.

53) 탁희성, “저작권침해에 대한 형사적 보호의 현황과 개선방안”, 한국형사정책연구원 연구총서 09-05 (2009).

54) 한국저작권위원회(주관연구기관: 서울대학교 기술과법센터, 책임연구원: 정상조), “저작권 침해의 형사책임에 관한 비교법적 연구” (2009).

이를 해결하기 위해 저작권 침해죄의 적용 범위를 축소하는 방안으로는 (i) 피해액을 기준으로 저작권 침해죄의 대상을 제한하는 방안, (ii) 구체적인 피해액을 법률에 명시하는 대신 추상적인 문구로 침해죄의 대상을 제한하고 구체적인 기준은 법원의 판결을 통해 구축하도록 하는 방안(가령 저작권법 제136조 제1항 제1호의 “침해한 자”를 “중대한 고의적 침해 행위를 한 자”로 개정하는 방안),⁵⁵⁾ (iii) 형벌의 차등화(영리·비영리로 구분한 차등화(비영리인 경우 현행법보다 형량을 줄이고, 영리인 경우 가중처벌), 피해가액에 따른 차등화)⁵⁶⁾ 등의 방안을 생각할 수 있다. 현재 국회 법제사법위원회에 계류 중인 저작권법 개정안은 피해액을 기준으로 저작권 침해죄의 대상을 제한하는 방안(6개월 동안 피해 금액 100만원 이상)을 채택하였다.

2. 집행

(1) 민사, 형사, 행정 집행

집행 분야는 민사, 형사, 행정 집행으로 나누어 볼 수 있는데, 민사집행과 관련해서는 법정손해배상제도, 형사집행과 관련해서는 암호화된 방송신호를 알면서 수신하여 청취시청하는 개인에 대한 형사처벌(제104조의4, 제137조), 위조라벨(제104조의5), 소위 ‘캠코더 조항’(제104조의6)을 검토할 필요가 있다.

행정집행 분야는 우리 법제에만 있는 독특한 규정에 대한 재평가를 저작권 개혁 의제로 삼아야 한다고 본다. 대표적인 것이 삼진아웃제와 특수한 유형의 온라인서비스제공자에 대한 필터링 의무 및 웹하드 등록제이다.

삼진아웃제에 따르면 문화체육관광부장은 불법 저작물을 전송하였다고 3회 이상 경고를 받은 자에 대해서는 이용자의 계정을 정지하도록 온라인서비스제공자에게 명령할 수 있으며(저작권법 제133조의2), 심지어 한국저작권위원회는 사전 경고 없이도 불법 저작물을 반복적으로(3회로 제한되지도 않는다) 전송한 자의 계정 정지와 같은 시정조치를 웹하드 사업자에게 권고할 수 있다(저작권법 제133조의3). 그리고 문화체육관광부장은 저작권자의 요청이 없더라도 불법 저작물의 삭제 또는 전송중단 명령이 3회 이상 내려진 게시판에 대해서는 게시판

55) *Ibid* at 165.

56) 탁희성 2009 앞의 각주 54.

서비스의 정지를 명령할 수 있다(저작권법 제133조의2 제4항).

특수한 유형의 온라인서비스제공자에 대해서는 아직 저작권 침해가 발생하지 않은 경우에도 저작권자의 요청이 있기만 하면 일정한 수준의 필터링 기술적 조치를 취하도록 의무화하고(저작권법 제104조), 이를 제대로 이행하지 않은 경우에는 저작권법 제142조 제1항에 따른 과태료 부과와 행정적 제제를 당하게 된다. 그리고 전기통신사업법을 개정하여 특수한 유형의 온라인서비스사업자는 다른 부가통신서비스 사업자와 달리 일정한 요건을 갖추고 미래창조과학부장관으로부터 등록을 받아야만 사업을 할 수 있도록 하였다.

이러한 삼진아웃제, 필터링 기술적 조치, 웹하드 등록제는 외국의 입법 사례를 찾아볼 수 없는 우리 저작권법의 매우 독특한 규제인데, 이러한 규제들이 애초의 목표를 달성하고 있는지 평가하여 제도의 존치 여부를 검토할 필요가 있다.

(2) 온라인서비스제공자의 책임과 면책

온라인서비스제공자의 면책에는 크게 2개의 모델, 미국식 모델과 유럽식 모델이 있는데 우리는 FTA를 통해 양쪽 모델을 모두 수용하였으면서도 국내법에는 미국식 모델만 반영하였다. 두 모델의 충돌 문제를 검토할 필요가 있다. 그리고 미국식 모델을 거의 그대로 법제화한 개정 저작권법의 면책 요건이 구 저작권법 하에서 법원 판결을 통해 확립된 방조책임 법리와 상충하지 않는지도 검토할 필요가 있다.

특히 온라인서비스제공자의 감시 의무와 적극적 조사 의무를 면책의 조건으로 삼을 수 없도록 한 저작권법 제102조 제3항과 방조책임의 전제가 되는 주의의무의 관계를 살펴볼 필요가 있다.⁵⁷⁾ 그리고 한-EU FTA 제10.66조에서 일반적

57) 온라인서비스제공자가 검색어를 통해 손쉽게 저작권 침해를 알 수 있다고 본다면(그래서 우리 법원이 인정한 방조책임을 진다고 본다면), 감시 의무를 부과하는 셈이 되어 부당하다는 미국 법원의 판결로는 *Viacom Int'l v. YouTube, Inc.* 718 F. Supp. 2d 514 (S.D.N.Y. 2010)이 있다. 미국 저작권법은 감시 의무를 이용자의 프라이버시와 관련된 것으로 규정하는데, 실제 판결은 프라이버시와는 동떨어진 것으로 보인다(*UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners*, 718 F. 3d 1006 - Court of Appeals, 9th Circuit 2013: 비록 피고가 다른 사람에게 권리가 있는 콘텐츠가 종종 피고의 플랫폼에 게시되었다는 점을 알고 있었다는 사실을 원고가 지적하였지만, 법원은 피고의 면책을 박탈하지 않았음. 주된 이유는 침해 게시물이 업로드될 수 있다는 피고의 일반적 인식으로 인해 피고에게 자신의 서비스를 감시(police)할 의무를 발생시키는 것을 저작권법이 금지하고 있기 때문이라고 함(at 47); *Capital Records v. mp3tunes*, 821 F. Supp 627 (SDNY 2011): 서비스제공자는 자신의

감시의무 부과 금지를 입법할 필요가 있는지, 통지-제거(Notice & Takedown)와는 성격이 다른 의무 즉, 통지-침해예방(Notice & Staydown) 의무는 어떻게 볼 것인지(유럽법원의 판결⁵⁸)이나 프랑스 대법원⁵⁹, 독일 대법원⁶⁰)의 판결 취지에 비추어보면, 통지-침해예방 의무는 일반적 감시 의무에 해당할 가능성이

이용자를 감시할 적극적인 의무를 지지 않음; Perfect 10 v. CC Bill, 488 F. 3d 1102 (9th Cir. 2007) : 미국 저작권법의 통지 절차는 저작권 침해에 대한 감시 의무(저작권을 침해할 가능성이 있는 저작물을 찾고 상세한 내역을 기록할 의무)를 전적으로 저작권자에게 부과하고 있음. 따라서 법원은 저작권자가 부담한 의무를 온라인서비스제공자에게 전환할 수 없음.).

- 58) *Scarlet Extended SA v. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, Case No. C-70/10, 24 November 2011 (원고 SABAM이 요구하는 필터링은, ① 모든 이용자들의, 모든 전자 통신 내에서, 피투피 트래픽과 관련된 파일들을 식별하고, ② 피투피 트래픽 내에서, 지적재산권자가 권리를 주장하는 저작물이 포함된 파일을 식별하며, ③ 이 파일 중 어떤 것이 불법적으로 공유되고 있는지 판단하고, ④ 불법이라고 판단한 파일 공유를 차단할 것을 요구한다. ... 이러한 유형의 예방적 감시는 ISP의 네트워크에서 일어나는 모든 전자 통신을 능동적으로 감시하도록 요구하며, 따라서 송신되는 모든 정보와 네트워크를 이용하는 모든 이용자를 대상으로 할 수밖에 없다. 따라서 이것은 전자상거래 지침 제15조 제1항에서 금지하는 일반적 감시를 ISP에게 수행하도록 요구하는 것이 된다.) 및 *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v Netlog NV*, Case No 360/10, 16 February 2012 (원고가 요구하는 필터링은 ① 호스팅 서비스 제공자는 자신의 서버에 모든 서비스 이용자가 저장한 모든 파일 중에서 지적재산권자가 권리를 가진다고 주장하는 저작물을 포함할 것으로 예상되는 파일들을 식별할 것. ② 이렇게 식별한 파일이 불법으로 저장되고 공중에 제공되는지를 판단할 것. ③ 불법이라고 판단한 파일의 이용을 차단할 것 등이 필요한데, 이러한 예방적 목적의 감시는 이용자가 호스팅 서비스 제공자에 저장한 파일들을 적극적으로 감시하도록 요구하며, 이용자가 저장한 거의 모든 정보와 서비스 이용자 모두를 대상으로 삼는다고 하면서(판결문 단락 37), 이러한 필터링 시스템을 호스팅 서비스 제공자에게 설치하도록 법원이 명령한다면, 이는 지적재산권의 장래 침해를 예방하기 위하여 호스팅 서비스 제공자가 모든 서비스 이용자를 상대로 거의 모든 데이터를 적극적으로 감시할 의무를 부과하는 것이 되고, 이는 전자상거래 지침 제15조 제1항에서 금지하는 “일반적 감시”를 수행하도록 요구하는 결과가 된다고 판결).
- 59) *La société Bac films vs. La société Google France and Inc* (Première chambre civile - ECLI : FR : CCASS : 2012 : C100828 및 ECLI : FR : CCASS : 2012 : C100831. 판결문은 http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/828_12_23882.html) 및 http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/831_12_23883.html 참조. *La société Aufeminin.com vs. La société Google France ; et autres* (Première chambre civile - ECLI : FR : CCASS : 2012 : C100827) 판결문은 http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/827_12_23881.html 참조. 구글 프랑스의 이미지 검색에서 침해 저작물의 링크가 존재하고 저작권자의 통지를 받을 후 구글이 해당 링크를 삭제한 다음 동일한 침해 저작물의 링크의 존재 여부를 구글이 계속 감시하도록 하는 것은 일반적 감시 의무의 부과로 위법하다는 취지의 판결.
- 60) I ZR 18/11 - *Alone in the dark* (July 12, 2012, BGHZ 194) <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=I%20ZR%2018/11>

높다.⁶¹⁾ 한편 미국 저작권법 제512조(m)에 대해 미의회 보고서는 일단 침해가 발생한 다음에는 재발을 방지하기 위한 감시 의무는 부과된다고 할 수 있다고 하여,⁶²⁾ 유럽과는 차이가 있다), 그리고 이와 관련된 특수한 유형의 온라인서비스 제공자의 필터링 기술적 조치 의무(저작권법 제104조)에 대한 검토도 필요하다고 본다.

(3) 집행 정책의 방향 전환

그 동안 집행과 관련된 정책은 이용자의 행위를 적발하고 금지하거나 온라인 서비스제공자에게 의무를 부과하는 방향으로 수립·집행되어 왔다.⁶³⁾ 권리자 개인 또는 권리자단체 입장에서는 무단 이용 그 자체를 권리 침해로 보고 관용보다는 처벌과 차단 위주로 생각하기 쉽다. 그러나 정책 관점에서는 이런 식의 대응은 지나치게 많은 집행 비용을 요구하고 실효성도 없다는 점에서 재검토할 필요가 있다.

예를 들어 디지털 환경에서 일어나는 파일 공유 행위를 완전히 근절하려는 정책 보다는 이 행위에 대해 보상을 받는 방식으로 집행 제도의 방향을 변경하는 것을 생각할 수 있다. 그리고 민형사 집행에 비해 과도한 행정 집행에 대해서도 정책의 효과에 대한 객관적인 평가가 필요한 시점이다.

V. 저작권 인식

1. 인식을 인식하기

저작권 인식에 대한 대부분의 연구는 주로 권리 침해와 그 보호를 위한 연구

61) “일반적” 감시 의무에 대해 이것이 저작권자가 아무런 통지를 하지도 않았는데도 불구하고 온라인서비스제공자가 침해를 방지할 일반적 성격의 의무로 해석하는 입장도 있지만, 이는 한-EU FTA 및 유럽연합의 전자상거래지침의 취지와 유럽법원의 해석에 비추어보면, 한-EU FTA 발효 이후에는 더 이상 타당하지 않다.

62) H.R. Rep. No. 105-551 (Part I), at 26 (“Once one becomes aware of such infringement ... one may have an obligation to check further.”)

63) 요컨대 현행 집행 제도는 벤클러가 말하는 리바이어던 전략을 구사하고 있다(벤클러 앞의 각주 8).

에 그쳤다. 이처럼 창작물의 이용을 침해/비침해라는 구도로 접근하는 이분법에서 탈피하여 사회적, 문화적 차원에서 연구를 할 필요가 있다. 그리고 보통 사람들의 평균적 인식을 조사하는 것도 생각할 수 있는데, 가령 SNS를 통한 재잘거림 속에 등장하는 저작권은 어떤 모습인지 연구해 본다면 저작권 정책에 시사하는 바가 클 것이다. 그리고 권리제한 또는 공정이용에 대한 재평가(가령 공정이용의 경제적 효과 연구⁶⁴⁾)도 재미있는 주제라고 생각한다.

그리고 권리자와 이용자 간의 간극을 어떻게 메울 것인지도 중요한 주제이다. 권리자 또는 저작권 산업계는 저작권 보호에 대한 인식 부재를 지적하며, 저작권을 자연권의 하나로 여기고 이용 행위를 적대적으로 대하기도 한다.⁶⁵⁾ 그래서 권리를 제한하거나 저작물의 사회적 이용을 도모하려는 제도 개선에 격양된 반응을 보이기도 한다. 이에 비해 이용자는 현행 저작권 제도가 상식에 반한다거나 너무 어렵다고 느낀다. 일상적인 행위까지 규제하는 규범은 준수하기 어렵고, 규범의 내용을 몰라도 준수하기 어렵다.⁶⁶⁾ 그리고 규범을 준수했을 때 주어지는 보상이 아예 없거나 미미한 경우에도 마찬가지다. 요컨대 저작권법을 충실하게 준수하는 경우에 얻은 보상이 그렇지 않은 경우의 보상보다 더 커야 자발적인 규범 준수를 기대할 수 있다.

한편 인식의 전환은 간단한 변화를 통해 생길 수도 있다. 가령 법률의 명칭을 <저작권법>에서 <저작물의 이용과 보호에 관한 법률>로 변경해도 인식에는 큰 변화가 생길 수 있다.

64) SEO Research, Economic contribution of EU industries relying on exceptions and limitations to copyright (2010)(저작권 제한과 예외 관련 산업이 유럽 GDP의 9.3%를 차지한다고 함. "A 2010 study found that industries relying on exceptions and limitations represent Euro 1.1 trillion, or 9.3 percent of the EU's GDP. They employed close to 9 million people and were growing 3 percent faster than the rest of the EU economy."); Barker, George Robert, "Estimating the Economic Effects of Fair Use and Other Copyright Exceptions: A Critique of Recent Research in Australia, US, Europe and Singapore", (November 26, 2012) <<http://ssrn.com/abstract=2180769>>; Roya Ghafele & Benjamin Gibe, "The Economic Value of Fair Use in Copyright Law Counterfactual Impact Analysis of Fair Use Policy On Private Copying Technology and Copyright Markets in Singapore" (October 2012); Thomas Rogers & Andrew Szamoszegi, "Fair Use in the U.S. Economy: Economic Contribution of Industries Relying on Fair Use (CCIA: 2010) available online at ccianet.org.

65) William Patry, Moral Panics and the copyright wars 113, 131 (2009) "creators still view use of their works without permission as "a personal attack" and "immoral".

66) 벤클러 앞의 각주 8, 139면.

2. 저작권 침해로 인한 피해에 대한 검증

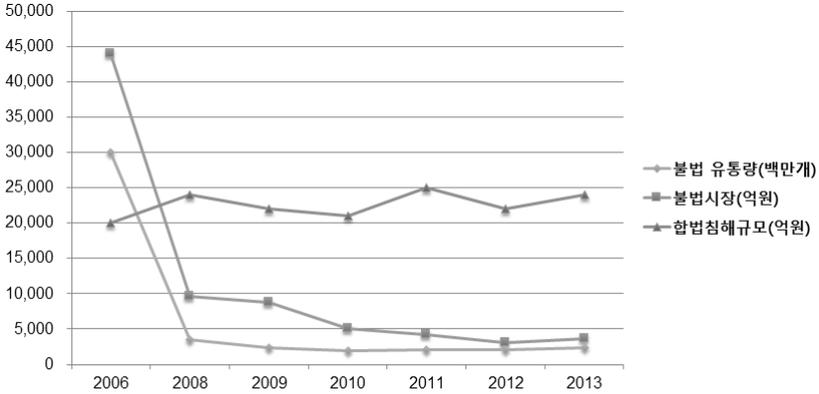
관념적 차원에서 한국 사회에서 가장 큰 문제는 저작권 침해로 인한 피해 규모가 과장되어 있고, 이에 대한 객관적 검증도 없다는 점이다. 피해 규모는 민간 단체이자 이해당사자인 (사)한국저작권단체연합회의 저작권보호센터에서 2006년부터 산정해 왔는데, 이 수치는 단순한 민간 통계가 아니라 인식에도 큰 영향을 미쳐 저작권 침해 문제가 단순히 권리자 개인의 문제가 아니라 우리 사회 전체가 풀어야 하는 사회적 문제로 바뀐다. 그리고 입법 정책은 물론 행정부의 정책에도 영향을 주며 사법부의 판결에도 영향을 준다.

저작권보호센터의 <저작권 보호 연차 보고서>를 통해 매년 발표된 불법 저작물의 유통량, 시장규모, 저작권 침해로 인한 피해 규모는 아래 표와 같다(괄호는 온라인).

연도	불법 저작물 유통량(개)	불법 저작물 시장규모(원)	합법 저작물 침해 규모(원)
2013년	24억 (21억)	3천 7백억 (554억)	2조 4천억
2012년	20억 6천만 (18억)	3천 5십억 (856억)	2조 2천억
2011년	21억 (18억)	4천 2백억 (859억)	2조 5천억
2010년	18억 9천만 (16억)	5천 1백억 (1,658억)	2조 1천억
2009년	23억 9천만 (18억)	8천 8백억 (1,870억)	2조 2천억
2008년	34억 5천만 (29억)	9천 7백억 (2,536억)	2조 4천억
2007년	-	-	-
2006년	299억 8천만	4조 4천억	2조

<표10> 국민경제 전체의 연도별 손실 규모

연도	(단위: 억 원, 명)				
	생산 손실	고용 손실	부가가치 손실	영업잉여 손실	세수 손실
2008년	40,205	24,536	17,551	4,288	1,490
2009년	36,548	36,858	16,491	4,226	1,524
2010년	33,484	33,724	15,078	3,844	1,408
2011년	40,635	38,931	18,448	4,754	1,675
2012년	35,424	34,133	16,233	4,180	1,441



위 그래프에서 납득하기 힘든 현상을 볼 수 있다. 불법 저작물 유통량과 불법 저작물 시장규모는 크게 감소(2006년에 비해 2013년에 불법 저작물 유통량이 299억 8천만개에서 24억개로 감소, 불법 시장규모도 4조 4천억원에서 3천 7백 억원으로 감소(불법 규모가 8%(유통량 기준) 또는 8.4%로 떨어짐)하였지만, 합법 저작물 침해 규모는 2조원 대에서 거의 변동이 없다(2006년 2조원에서 2013년 2조 4천억원으로 오히려 증가). 합법 저작물 피해 규모가 불법 저작물의 양에 선형적으로 비례하지 않더라도 불법 저작물의 양은 피해 규모의 가장 직접적인 변수인데, 이 변수가 무려 8% 가까이 줄어들었음에도 불구하고 피해 규모에는 아무런 변동이 없거나 오히려 증가한다는 결과는 납득하기 어렵다.

연차보고서에는 피해 규모를 정확히 어떻게 산정하는지 밝히지 않고 있다.⁶⁷⁾ 설문조사를 통해 추산하는데,⁶⁸⁾ 핵심 변수인 전환율 추정치는 2011년 기준으로 다음과 같다.

- 음악 69.7%
- 영화 43.6%
- 방송 23.4%

67) 물론 아주 복잡한 계산식을 제시하고 있지만 정작 중요한 변수에 대해서는 구체적인 산정 방식을 알기 어렵다.

68) 2014년 저작권연차보고서의 설문조사 대상은 이렇다.

- 조사대상: 전국의 만 13~69세의 일반국민
- 유효 응답자수: 8,000명
- 조사 주기: 연 4회(분기별 조사)
- 조사기간: 2013년 5월 ~ 2014년 2월
- 조사방법: 온라인 조사(10~40대)와 면접조사(50~60대) 병행

- 출판 34.7%
- 게임 48.2%
- 전체 평균 55.6%

이처럼 한국 사회의 저작권 인식에 10년 가까이 가장 큰 영향을 미친 수치가 이해당사자의 근거없는 부풀리기는 아닌지 검증하고 객관적이고 신뢰할 수 있는 방법론을 연구할 필요가 있다.⁶⁹⁾

Ⅵ. 저작권 정책의 형성 과정과 거버넌스의 문제

우리 저작권 제도는 어떤 경로로 형성되었고, 그 과정에서 행위자와 제도는 어떤 상호 작용을 하였으며 그로 인한 구조적 변화는 무엇이고 이것이 다시 행위자와 제도에 어떤 영향을 미쳤는지 그 동적 과정을 파악할 필요가 있다. 최소한 1980년대 이후부터 지금까지의 정책 변화와 이를 추동한 동력을 규명하는 작업이 요구된다.

저작권 정책과 거버넌스는 2가지(내부적, 대외적)으로 나누어 볼 수 있겠다. 내부적으로는 행정부(문체부와 한국저작권위원회)가 주로 정책을 형성하는데, 이 과정에서 우리 사회 누구의 이해가 주로 반영되었는지, 왜 그런지 연구가 필요하다. 그리고 입법부가 저작권 정책 과정에서 제대로 기능을 발휘하지 못하고 있는데, 그 원인에 대한 분석도 필요하다. 대외적으로는 무역협정을 통해 저작권

69) 미국연방회계감사원(GAO, Observations on Efforts to Quantify the Economic Effects of Counterfeit and Pirated Goods (GA-10-423), April 2010 <<http://www.gao.gov/new.items/d10423.pdf>>): 상표 위조품이나 저작권 해적품으로 인한 경제적 피해 규모는 해당 산업계 스스로 산출한 것으로 독립된 다른 기구에서 검토한 바 없고, 피해 규모 산정을 위한 기초 데이터나 방법론이 제대로 공개되지 않았다면서, 신뢰성에 의문을 나타냄. 저작권자인 기업들은 자신의 피해 규모를 마사지하여(laundering) 법 개정이나 저작권 집행의 강화에 이용하고 있다. 이들은 자신들의 추정치를 정부에 제출하고 이를 공식적인 증거인 것처럼 언론에 홍보함으로써, 의심스러운 가정에 기초한, 그리고 이해당사자들이 부풀린 자료에서 나온 수치들이 결국에는 “객관적”이란 외피를 쓰고 “실증적 타당성”을 획득한다고 지적. Patry 2012 앞의 각주 2, 61 “The one-sided, heavy reliance of government officials on the copyright industries’ inaccurate claims of financial harm is extremely common. Inflated figures, unsupported assumptions, and false correlation-to-cause arguments are used to gain greater control over the public’s access to culture and knowledge, and to divert public monies for the benefit of the private sector through misguided enforcement efforts.”

제도의 실제적 규범이 정해지는 문제가 가장 심각하다. “경제적 영토 확대”, “FTA 허브”로 표현되는 ‘메가 FTA 시대’에서 정책 자율성은 어떻게 확보할 것인지의 국내 차원의 저작권 개혁 논의에서 때 놓칠 수 없는 주제이다.

VII. 결론

저작권 개혁 의제를 5가지로 분류하여 살펴보았는데, 내용보다 더 중요한 것은 방법론이다. 방법론과 관련하여, 어떻게 이해당사자의 의견을 수렴하여 논의 방향과 주제를 선정할 것인지도 관건이지만, 논의의 결과물을 구체적으로 제도화하는 과정에서 대립되는 이해를 어떻게 조정할지도 과제다.

그렇다면 논의의 틀이 중요한데, 여러 이해당사자를 대변하는 국회가 중심이 되는 편이 좋겠지만 지금처럼 국회의 정치력 부재가 지속되는 한 기대하기 어렵고, 결국 행정부가 주도적 지원을 하고, 중립적인 학계와 전문가들이 발품을 팔아 의견을 수렴하는 것이 현실적인 대안이라고 본다. 다만 저작권 개혁을 일시적 유행처럼 취급하기 보다는 최소한 2년 이상의 기간 동안 숙의할 장기적 과제로 보아야 하며, 저작권 법률 전문가 중심으로 하기보다는 학제간 연구를 통해 시야를 넓게 잡고 가야 할 것이다.

Abstract

Copyright Reform in Korean Society

Heesob Nam

This article approaches the topic of copyright reform from two different perspectives: one arising from the fundamental ‘reward-punishment model’; and the other uniquely observed in Korean society. The “reward”, assuming every authors being selfish and pursuing economic profit, is codified in the form of exclusive rights, and the ‘punishment’ targets against those who infringe the exclusive rights. Cultural progress, the main objective of copyright policy, is hardly achieved from the ‘reward-punishment model’. How to institutionalize cooperative authors rather than the selfish ones should attract more attention. The endowment effect, discussed in behavioral economics and amplified by the “creation effect”, may lead to a market failure. The punishment is implemented by a Leviathan model, a war of every man against every man, causing unduly excessive costs but failing to make people abide by copyright rules. Now we need an alternative models. For this purpose, research topics are proposed, including what the motive of authors is, how works are transacted in the real, not ideal, worlds, and how creation and innovation have been made in a no-copyright-world or in fields having little copyright protection. Reform of Korean copyright policy should begin with reassessing the figures of economic harm caused by copyright infringement. The figures which have been made public by copyright industry association for about 10 years without independent and objective review have enormous impacts on ideology and polices of copyright. We also need to view people’s use of creative expressions from cultural perspective not from dichotomy of legal-illegal and revisit the administrative enforcements such as three-strikes-out rules and filtering obligation of certain type of online service providers. Autonomy of copyright policy and governance are challenging but crucial issues in the ‘mega-FTA’ era where the substantial provisions of domestic copyright are fixed through the trade pacts with foreign nations. In the discussion of copyright reform, how to reconcile conflicting interests and

reflect into the final policy is more significant than how to collect opinions from various stakeholders.

Keywords

copyright reform, reward-punishment model, endowment effect, alternative reward model, liability rule, cooperative authors, economic harm, FTA, policy governance