

양희진 (변호사, 진보네트워크센터 전 운영위원)

*세계인권선언 제27조 제1항 모든 사람은 자유롭게 공동체의 문화생활에 참여하고 예술을 향유하며 과학적 진보와 그 혜택을 공유할 권리가 있다. 제2항 자신이 저자인 과학, 문화, 예술품에서 생기는 정신적, 물질적 이익을 보호받을 권리가 있다.*

제1장 문제 상황 : 디지털 딜레마와 이용자의 자유

인터넷과 디지털 기술의 결합은 정보의 교환과 생산 방식에 획기적인 변화를 가져왔다. 텍스트뿐만 아니라 음악파일과 서적, 비디오까지도 디지털 형식으로 완벽하게 복제하여 전세계에 순식간에 퍼뜨릴 수 있게 되었다. 이용자들은 이 환상적인 기술의 혜택을 기꺼이 누리기 시작했다. 이용자들은 인터넷을 통하여 지식과 정보를 교환하면서 타인의 저작권의 존부에 대하여는 크게 의식하지 아니한 채 행동했다. 인터넷 초창기 이용자들 사이에서 이런 행동들은 위법한 '해적질'이라기보다는 인터넷 공간을 풍부하게 하는 '기여'라고 여겨졌고, 온라인에서 이용자들이 타인과 사이에 관계를 형성하는 주된 방식이었다.

다시 말하면 인터넷 이용자들에게 있어서 인터넷과 디지털 기술이 열어 준 소통의 편리함과 자유로움은 매우 자연스럽게 '자유로울 권리' 그 자체로 다가왔었다. 인터넷은 이러한 자유가 가져올 민주주의의 확장, 표현의 자유의 증진, 예술 학문 연구의 자유의 확장에 대한 기대로 꿈틀거리기 시작했다.

그러나 초창기 인터넷 이용자들이 누릴 수 있었던 자유는 곧 '해적질'로 규정당하기 시작했다. 저작권은 저작권자의 동의없이 이루어지는 저작물의 복제나 배포를 금지할 수 있는 권리이다. 인터넷을 통하여 정보를 교환하는 행위는 정보의 복제와 전송을 수반한다. 만일 교환되는 정보가 타인의 저작물이라면 그러한 정보교환 행위는 저작권에 대한 침해가 된다.<sup>1)</sup> 저작권자들은 디지털 기술이 가져온 저작권의 침해가능성을 이유로 법률에 정한 저작권의 범위를 확대하거나 강력한 법집행이 필요하다고 주장하기 시작했다. 저작권자들의 요구는 신속하게 국제규범과 국내법으로 제도화되고 실행되었다. 드라마나 문학작품을 비평하기 위하여 드라마의 장면이나 시 한편을 게시하는 행위도, 자신의 기분을 친구들에게 전달하기 위하여 미니홈피에 특정한 음악파일을 올리거나, 유명한 가수의 노래와 몸짓을 따라한 어린 딸의 사랑스러운 모습을 촬영한 동영상을 홈페이지에 게시하는 것까지도 모두 저작권 침해로서 형사처벌의 위협에 노출되었다. 음반사들은 자신들의 권리를 보장받기 위해서라면 타인의 자유로운 행위 영역까지도 규제할 수 있다고 생각하기 시작했다. P2P(Peer to Peer)를 통해 상업적 음악파일이 교환되는 것을 방지하기 위하여 법원에 P2P서비스 자체의 금지를 청구하였다. P2P프로그램을 통하여 교환되는 정보가 그들의 저작물만은 아니었지만 법원은

1) 전송은 유형물의 배포와 별개의 개념으로 2000년이 되어서야 저작권법에 도입된 개념이기는 하다.

음반사들의 요구를 쉽게 받아들여 P2P서비스의 운영을 금지시켰다. 저작권 옹호론자들은 인터넷을 이용하는 데 필수불가결한 행위 형식인 ‘브라우저’, ‘캐싱’ 등 이른바 일시적 저장의 경우에도 저작물의 ‘복제’로 보아 저작권 침해라고 주장하기 시작했다. 또한 저작권자의 의사에 반하여 저작물이 업로드 되어 있는 웹페이지에 단순히 링크를 거는 행위나 타인의 그림과일을 자신의 홈페이지의 구성요소인 것처럼 자신의 홈페이지에 바로 나타나도록 그림과일에 직접 링크하는 행위 등도 저작권 침해 여부가 문제되기 시작했다. 창작성이 있는 저작물만 보호한다는 기존의 저작권법 관념은 투자에 대한 보호로까지 변질되어 ‘창작성 없는 데이터베이스’까지도 저작권법의 보호대상으로 편입되었다. 저작권자는 자신의 권리를 보호받기 위하여 저작권법을 동원하는 데에 그치지 않고 저작물에 대하여 사적 울타리까지 치기 시작했다. 이른바 기술적 보호조치가 그것이다. 저작물에 대한 접근이나 저작물의 복제 등을 기술적으로 차단하기 위한 조치를 취하기 시작하였고, 저작권법은 기술적 보호조치를 무력화하는 행위를 저작권법 위반으로 다루기 시작했다. 기존의 저작권법이 저작물에 대한 접근까지 금지한 것이 아니었으므로 이는 큰 논란의 대상이 되었다.

이와 같이 이용자와 저작권자 사이에 형성된 팽팽한 긴장관계는 곧 법률가들의 관심 대상이 되었다. 공공의 이익(public interest)과 저작권자의 권리라는 개인의 권리(individual right) 사이에 적절한 균형을 위하여 합리적인 ‘공정이용’의 범위를 설정할 필요가 있다는 주장이 주로 제기되었다. 공정이용의 범위는 디지털 환경에서는 더욱 축소되어야 한다거나 반대로 확대해야 한다는 논쟁이 계속되고 있다. 그러나 축소론자이든, 확대론자이든 ‘인터넷과 디지털 기술이 자유다’라는 이용자들의 관념은 깨뜨리고, 인터넷상의 정보교환과 소통행위를 저작권법에 의하여 규율될 수 있거나 규율되는 대상임을 전제하는 경향이 있다. 창작물은 본래 창작자의 소유에 속하는 것이지만 지나친 독점은 문화의 발전을 저해할 것이기 때문에 (다른 사람의 또다른 인권을 침해한다는 의미에서라기보다는) ‘공공의 이익’을 위하여(공공의 이익이라는 개념은 제3자의 권리를 내포하는 의미로 사용되기는 하지만 원칙적으로는 제3자가 국가나 사회, 침해자에 대하여 주장할 수 있는 구체적 권리인가에 대하여는 침묵하는 개념이다) 저작권자가 어느 범위까지 자신의 권리를 양보해야 하는가의 문제로 디지털 딜레마를 해결하려 한다.<sup>3)</sup> 이런 관점에서는 이용자나 장래의 창작자의 자유는 저작권자의 권리가 제한됨으로써 누릴 수 있는 반사적 이익에 불과한 것이며 법으로 보호되어야 할 적극적인

2) 공정이용이라는 용어는 우리 저작권법에는 없는 용어이다. 미국법의 ‘fair use’에서 유래한 것이다. 미국 저작권법 제107조는 비평, 논평, 시사보도, 교수(수업용으로 다수 복제하는 경우를 포함한다), 학문 또는 연구 등과 같은 목적을 위하여 저작권이 있는 저작물을 공정하게 사용하는 행위는 저작권 침해가 되지 아니한다고 규정하면서 그 공정이용의 여부를 결정함에 있어, ① 그러한 사용이 상업적 성질의 것인지 또는 비영리적인 교육 목적을 위한 것인지 여부를 포함한 그 사용의 목적과 성격, ② 저작권이 있는 저작물의 성격, ③ 저작권이 있는 저작물 전체에 대한 사용된 부분의 양과 상당성, ④ 이러한 사용이 저작권이 있는 저작물의 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향을 참작하도록 규정하고 있다(이재환, “인터넷상의 공정이용의 문제”, 『인터넷과 법률』 법문사, 2002).

3) 지식과 정보는 본래 공공재라고 보면서 저작권자의 권리가 제한되어야 한다고 보는 입장은 저작권법이 규율대상으로 삼을 수 있는 정보나 지식의 범위에는 한계가 있다고 보는 견해이기도 하다. 그러나 이러한 견해를 취하는 학자나 법률가들도 이용자들이 지식과 정보, 문화콘텐츠에 접근하고 이를 이용할 수 있는 이익 그 자체를 법률로써 적극적으로 보장하여야 할 권리로까지 명시적으로 제시한 사례가 많지는 않다. 표현의 자유와 관련하여 저작권법이 표현의 자유를 침해하는 위헌의 소지가 있다는 견해가 다수 있기는 하지만, 저작물 자체에 대한 이용자의 권리가 인정되어야 한다는 입장으로까지 이해되지는 않는다.

인 이익이 될 수 없다. 인터넷이라는 과학기술의 혜택을 누릴 자유나 지식, 정보, 문화콘텐츠에 자유롭게 접근하고 이용할 자유는 그 존재 자체를 인정하기 어려운 것이거나 그 존재를 인정하더라도 이는 저작권자의 권리가 끝나는 범위 내에서만 소극적으로 승인될 수 있을 뿐이다. 이런 논리는 저작권의 확장과 제한이 규범적 차원에서 논의되는 방식을 제한한다. 저작권자의 권리를 제한하는 조치에 대하여는 쉽사리 위헌심사의 대상으로 보도록 유도하는 반면, 이용자의 자유를 제한하는 저작권의 확대 조치는 위헌심사의 대상으로 관념하는 것 자체를 어렵게 한다.

그렇다면 이용자들이 자연스럽게 가졌던 ‘자유’ 관념은 아무런 근거가 없고 단지 법의 무지로 인한 착각에 불과한 것인가.

과학기술의 진보가 가져온 혜택을 누릴 권리와 문화를 향유할 권리는 전세계가 1948년 세계인권선언을 통해 명문으로 채택한 보편적인 인권이다. 이러한 권리는 1966년 12월 유엔 총회에서 채택된 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, A 규약; 이 글에서는 ‘사회권규약’이라고 약칭한다)에서 다시 확인되었다.<sup>4)</sup> 그럼에도 이러한 권리는 한동안 잊혀졌다. 그 권리의 내용이 무엇인가, 그 권리의 보장에 대응하여 국가가 부담하는 의무는 무엇인지 아직 확립되어 있는 것은 아니다. 하지만 디지털 딜레마에 관한 논쟁이 계속되면서 이제 국제사회에서 이 권리에 대한 논의가 점차 구체화되고 있다. 계기가 된 것은 자본의 세계화와 그에 따른 지적재산권의 확대 및 세계적 획일화를 상징하는 세계무역기구(WTO) 트립스협정이었다. 인권은 그것이 침해되지 않는다면 구체적으로 인식되거나 개념화될 필요가 없다. 오로지 침해되는 상황에서만 그 침해를 자각한 사람들에 의하여 주창되면서 법적 지위를 획득해 간다. 저작권을 포함한 지적재산권이 점차 확대되면서 이제 잠자던 과학기술과 문화에 대한 권리를 흔들어 깨우고 있는 셈이다.

이 글에서는 세계인권선언과 사회권규약에 포함된 과학기술과 문화에 대한 권리 안에, 지식과 정보, 문화콘텐츠에 대한 접근과 이용의 자유, 그러한 접근과 이용을 국가와 사회에 대하여 요구할 수 있는 개인의 청구권이 포함되어 있다고 보고, 그와 같은 인권의 내용을 ‘정보문화향유권’이라고 명명하고자 한다. ‘정보문화향유권’은 새로운 용어이지만 이 권리가 보장하는 이익은 다양한 수준에서 주장되어 왔던 것들이므로 독창적인 발명품은 아니다.<sup>5)</sup> ‘정보

---

4) 1966년 UN 총회는 세계인권선언의 선언적 원칙들을 구속력 있는 일반조약으로 만들기 위하여 UN 총회의 결의를 통하여 두 개의 특별한 국제인권규약을 채택하였다. 사회권규약과 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)(B규약)’이 그것이다. 주목할 만한 것은 세계인권선언에 포함되었던 ‘재산권 조항’이 양대 규약에서는 빠졌다는 점이다. 신생 독립국에서 식민잔재 청산 과정에서 제기된, 외국인 재산의 국유화 문제와 관련된 논의가 합의점에 이르지 못했기 때문이다. 합의되지는 못했다고 하나 그때까지의 사유재산의 권리를 보장한 위에서 세워졌던 인권의 체계에 중요한 변화가 일어났다는 지적이 있다(박래균).

5) 지적재산권에 대한 비판론자들은 반독점이라는 경제학적인 이유에서 또는 반제국주의 입장에서, 아니면 인권보장의 차원에서 각기 현행 지적재산권 제도의 재고를 요청하고 있다. 이들은 지식접근권(Access to Knowledge), 지식생태학(Knowledge Ecology), 지속가능한 지적재산권(Sustainable IP), 개발에 대한 권리(Right to Development), 과학과 문화에 대한 권리(Right to Science and Culture) 등과 같은 새로운 개념을 내세우면서 지적재산권의 영역 확대에 맞서 대항 담론을 형성하려고 노력하고 있다. 이 글은 이런 일련의 흐름을 포괄하여 ‘정보문화향유권’의 개념을 제시함으로써 규범적 차원에서 그 동안의 논쟁을 보다 구체화한다는 정도의 의미를 가질 것이다.

문화향유권'이 어떠한 성격과 내용을 갖는 권리인가는 직접 그 내용을 제시함으로써 규정될 수도 있겠지만 무엇이 그에 대한 침해인가를 밝혀냄으로써 역으로 구성할 수도 있을 것이다. '침해에 대한 보장'이라는 형식으로 관념화되기 시작했던 인권의 역사를 염두에 두자. 따라서 오늘날 '접근과 이용'에 대한 가장 강력한 제한을 내포한 공권력의 존재 형식인 지적재산권 규범과의 갈등국면을 고찰함으로써 오늘날의 '정보문화향유권'의 의의를 탐색해 보려는 것이다.

이러한 작업은 규범적 수준에서 지적재산권과 인권의 갈등에 관한 해법을 제시하는 것을 궁극적인 목표로 삼는다. 지적재산권에 관한 국회의 입법재량의 한계는 어디까지인지, 정부의 법 집행과 법원의 법 적용에 있어서 판단기준이 무엇인가에 대한 새로운 단초를 제공하고자 한다. 그리고 헌법재판소가 국회의 입법이나 그 외 공권력 행사의 위헌성을 심사함에 있어서 필요한 기준을 제시하려는 것이다. 인권기구인 국가인권위원회가 인권침해 여부를 판단하는 근거가 무엇인가도 이 논의의 연장이라 할 것이다.

이 글의 보다 직접적인 목적은 아직 형성 단계에 있는 '정보문화향유권'이라는 새로운 권리 개념을 지적재산권 확대의 한계를 그을 규범적 대안으로 제시하려는 것이다. 이를 위하여 우선 국제인권법의 내용과 그 해석에 관한 논의 동향, 국내 헌법과 법률 및 논의 현황을 검토하면서 최근에 인권 침해와 관련하여 크게 문제된 쟁점들에 대하여 차례로 검토해 보기로 한다.

## 제2장 정보문화향유권과 지적재산권에 관한 국제적인 논쟁 동향

### 제1절 지식, 정보에 관한 국제인권법의 등장

#### 1. 세계인권선언 및 사회권규약의 관련 규정

1948년 12월 10일 제3차 유엔총회에서 채택된 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights, 이 글에서는 '선언'이라고 약칭한다) 제27조는 "모든 사람은 자유롭게 공동체의 문화생활에 참여하고 예술을 향유하며 과학적 진보와 그 혜택을 공유할 권리(제1항)와, 자신이 저자인 과학, 문화, 예술품에서 생기는 정신적, 물질적 이익을 보호받을 권리가 있다(제2항)"고 규정하고 있다.

사회권규약 제15조⑥ 제1항은 "이 규약의 당사국은 모든 사람의 다음 권리를 인정한다. (a)

- 6) Article 15. 1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone:
  - (a) To take part in cultural life;
  - (b) To enjoy the benefits of scientific progress and its applications;
  - (c) To benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author.
2. The steps to be taken by the States Parties to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include those necessary for the conservation, the development and the diffusion of science and culture.
3. The States Parties to the present Covenant undertake to respect the freedom indispensable for scientific research and creative activity.
4. The States Parties to the present Covenant recognize the benefits to be derived from the

문화생활에 참여할 권리, (b) 과학의 진보와 응용의 혜택을 향유할 권리, (c) 자기가 만든 모든 과학, 문화, 예술 작품에서 생기는 정신적, 물질적 이익의 보호를 통해 혜택받을 권리"라고 하여 세계인권선언의 제27조와 같은 내용을 규정하고 있다. 또한, 제2항에는 "이 규약의 당사국이 그러한 권리의 완전한 실현을 달성하기 위하여 취하는 조치에는 과학과 문화의 보존, 발전 및 보급에 필요한 제반조치가 포함된다", 제3항에는 "이 규약의 당사국은 과학적 연구와 창조적 활동에 필수불가결한 자유를 존중할 것을 약속한다"고 되어 있다.

규정형식상으로 보면, 문화와 과학에 대한 권리가 저자의 권리에 우선하는 것처럼 보인다. 저자의 권리가 예술과 과학의 진보, 이에 대한 자유의 보장을 위하여 인정된 권리라는 점이 나, 예술과 과학의 진보가 인류의 인권의 실현에 이바지할 수 있어야 한다는 점에 대하여는 이론이 없을 듯하다.

그러나 사회권규약이 채택된 이후 국제사회는 다른 양상으로 움직여 왔다. 문화와 과학에 대한 권리는 이제까지 마치 국가가 그 재정이 허락하는 범위 내에서 극장이나 도서관을 건립하고 문화진흥기금을 설치하며 예술학교를 세워서 국민에게 충족시켜 주어야 할 프로그램적 권리로 인식되었다. 이런 인식에 서면, 국가가 법률로써 구체적인 청구권을 부여하지 아니하는 한, 개인이 국가에 대하여 그 권리의 보호나 침해를 주장할 수도 없다. 반면, 저자의 권리는 현재의 지적재산권 제도로 보호되는 매우 구체적인 권리라는 인식이 자리잡게 되었다. 그 결과 문화와 과학에 대한 권리는 저자의 권리 또는 지적재산권보다 우선하는 적극적인 내용을 갖는 것이 아니라 지적재산권자의 권리가 소멸하거나 지적재산권자의 권리가 법적으로 제한된 영역에서만 반사적으로 누릴 수 있는 이익 정도로 인식되었다.

그런데 WTO 트립스협정을 계기로 문화와 과학에 대한 권리와 저자의 권리 사이의 관계에 관한 기존의 이해에 의문이 제기되기 시작하였다. 트립스협정에 따른 개도국의 의무이행 유예기간이 종료될 무렵인 2000년경<sup>8)</sup> 사하라사막 이남의 아프리카국가들과 인도, 남미, 동남

encouragement and development of international contacts and co-operation in the scientific and cultural fields.

- 7) 사회권규약에 따른 회원국의 의무이행상황 보고서 작성에 관한 사회권규약 위원회 가이드라인(1990년)에 의하면 사회권규약 제15조 제1항(a)에 관하여는 문화진흥기금의 설치, 관련 기관의 건립 등에 관한 사항을 보고하게 하였다(Yonne Donders, *Right to Take Part in Cultural Life(article 15(1)(a) of the Covenant)*, UN 문서번호 E/C.12/40/13). 자유권규약이 "개인에게 ~권리가 있다"는 규정형식을 취한 반면, 사회권규약은 "국가는 ~한 권리를 인정한다"는 형식을 취하고 있으며 사회권규약은 국가의 의무와 관련하여 자유권규약에는 없는 '가용 자원의 한계'와 '점진적 실현(progressive achievement)'을 규정하였다. 이 때문에 경제적, 문화적, 사회적 권리는 오랫동안 재정적 능력이 허용되는 범위 내에서만 국가가 국민에게 이를 충족시켜 줄 의무를 부담하는 프로그램적 권리로 이해되었고 이를 이유로 많은 회원국이 사회권규약에 따른 의무를 회피하기도 하였다. 다만, 이러한 경향은 1980년대 후반부터 인권에 상응하여 국가가 부담하는 의무가 다면적인 성격을 띠는 것에 대한 인식이 생겨나면서, 사회권의 경우에도 국가가 적극적 조치를 하여야 할 '충족'의무만이 아니라 국가 스스로 권리를 침해하지 않아야 할 '존중'의무와 제3자의 침해로부터 권리를 '보호'할 의무를 부담한다고 이해되기 시작하였다(박찬훈, "국제인권조약의 국내적 효력과 그 적용을 둘러싼 몇 가지 고찰", 『법조』 56권 6호(통권 609호), 2007. 6. 참조). 사회권위원회는 1989년부터 일반논평(General Comments)을 통해 사회권규약 이행을 위한 국가의 조치사항들을 구체적으로 제시하고 있다. 1993년에 채택된 비엔나인권선언과 행동계획(VDPA, 제 2부 75항)은 사회권에서 규정하고 있는 권리를 침해당한 사람들의 청원제도를 도입하기 위한 선택의정서 채택을 촉구하였고, 2008. 12.에는 사회권규약 '선택의정서'가 채택되어 자유권규약과 마찬가지로 사회권규약의 회원국 국민이나 집단은 사회권규약의 권리 침해가 있을 경우 이를 유엔사회권위원회에 통보할 권리를 갖게 되었다. 한국은 1990. 4. 10. 사회권규약에 가입하였다.
- 8) 1995년 발효된 세계무역기구 설립협정의 부속협정인 트립스협정은 개도국 회원국은 5년, 최빈국 회원국은 10년간 트립스협정에 따른 회원국 의무의 이행을 유예하고 있었다. 따라서 각 이행유예기간이 도과하면 회원국

아시아 등에서 HIV/AIDS 의약품 가격과 관련하여 의약품 접근권, 의약품 특허, 건강권의 관계에 대한 논쟁이 뜨거워졌다. 유엔 사회권위원회는 사회권규약 제15조 제1항의 채택과정을 연혁적으로 고찰하고 2001년 지적재산권과 인권에 관한 성명서<sup>9)</sup>를 채택한다. 그리고 2005년에는 사회권규약 제15조 제1항(c)에 대한 ‘일반논평(General Comment)<sup>10)</sup> 17’을 채택하였다. 일반논평 17은 저자의 권리의 의미, 제15조 제1항(a),(b)에 규정된 문화와 과학에 대한 권리와 저자의 권리 간의 관계에 대한 사회권위원회의 해석론이다. 일반논평 17의 상세한 내용을 언급하기 전에 그 배경이 된 사항을 소개할 필요가 있겠다.

## 2. 세계인권선언 제27조, 사회권규약 제15조의 채택 경위

세계인권선언 제27조는 그 문언의 모호함으로 인하여 권리의 구체적인 내용을 파악하기가 쉽지 않다. 반세기가 넘게 시간이 흐르고 사회상황도 많이 변화한 지금, 제27조의 해석을 초안자들의 생각에 묶어둘 수는 없을 것이다. 다만 초안자들이 제27조를 규정하면서 무엇을 고려하였는가를 추적해 보는 것은 해석의 단초를 발견하는 길은 될 수 있을 것이다.

### 가. 지식, 정보, 문화에 대한 당시의 인식

1948년 세계인권선언에 저자의 권리가 인정되기는 하였으나 당시 지적재산권의 국제적인 지위는 지금과는 많이 다른 것이었다. 그 무렵에는 지적재산권이라는 용어도 일반적으로 사용된 것은 아니었다.<sup>11)</sup> 1948년 당시에 이미 특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권 등을 보호하는 파리협약이나 저작권, 저작인접권을 보호하는 베른협약 등의 국제조약이 체결되어 있었지만, 이들 조약은 가입국의 수도 적었을 뿐만 아니라 가입한 국가라도 그 의무를 실제로 이행하지 않는 경우가 많았다.<sup>12)</sup> 또한 그 의무를 이행하지 않더라도 별다른 제재 수단이 없

은 위 협정에 따라 물질의 제조 방법뿐만 아니라 물질 자체에 대한 특허, 이른바 물질특허제도를 도입할 의무를 부담한다(트리프스협정 제65조 경과조치, 제67조 최빈국 회원국 규정 참조). 물질특허의 제도는 특히 의약품의 공급과 가격형성에 상당한 영향을 미치게 되므로, 특히 전염병으로 인하여 고통받고 있는 저개발국가 정부와 세계시민사회단체들이 특허가 의약품 접근권을 침해한다는 비판을 계속해 왔다.

9) Statement by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights on Human Rights and Intellectual Property. 2001. 11. 제25, 26, 27차 회의에 관한 사회권위원회 보고서 부록 XIII, UN문서번호 E/2002/22-E/C.12/2001/17

10) 1988년 2차 사회권위원회에서는 사회권규약의 여러 조항에 따른 당사국의 구체적인 조치의 내용을 일반논평을 통해 구체적으로 제시하기로 결정하였고 이에 따라 순차적으로 각 조항에 관한 일반논평을 발표하고 있다.

11) Mark A. Lemley, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, 83 Texas L. Rev. 1031, 1033, 2005. 램리에 의하면 1967년 WIPO설립조약이 체결된 무렵부터 미국특허법협회 등이 미국지적재산권협회로 이름을 개칭하는 등 ‘지적재산권’이라는 용어의 사용이 일반화기 시작했다고 한다. 그 전에는 저작자의 권리, 발명가의 권리라는 용어나 특허, 상표, 저작권 등 개별 용어의 사용이 일반적이었다고 하며, 이러한 용어의 변화로 말미암아 아이디어와 유체물 간의 중대한 차이가 무시되고 아이디어에 관한 지적재산권을 유체물에 대한 소유권과 같은 절대적인 권리로 인식하는 경향이 짙어졌다고 한다.

12) 현재 1886년 체결된 베른협약의 경우 2009. 10. 현재 가입국 수는 164개에 이르지만, 1948년까지는 약 33개국 뿐이었고, 1899년 가입한 일본을 제외하면 당시의 가입국 대부분은 유럽 국가이거나 그 식민지 국가들이었다. 미국은 1989년에 이르러서야 가입하였다. 파리협약의 경우도 1883년에 체결되었으나 1948년까지 가입국은 36개 정도이며 그 현황도 베른협약과 별반 다르지 않았다(<http://www.wipo.int/treaties/en/statistics/> 참조). 미국은 1887년에 파리협약에 가입하였으나 그 후에도 조약을 준수하지 않는다는 이유로 유럽국가들로부터 많은

어 실효적인 제도가 되지 못했다. 아주 최근까지도 대부분의 개도국은 보건이나 농업 분야와 같이 전략적 분야에서는 특허를 인정하지 않거나 법으로는 보호하면서도 실무상으로는 특허출원을 거절하는 방법으로 조약의 의무를 회피해 왔다. 이는 초기의 미국이나 일본과 같은 선진국도 마찬가지이었다.<sup>13)</sup> 1970년대 이후 지적재산권의 세계화를 이끈 미국마저도 1940년대에는 과학과 문화 분야에 공적 지원이 활발히 이루어지던 뉴딜정책의 시기이었고 지적재산권보다는 과학과 문화의 보급이 중요한 가치이었다고 한다.

세계인권선언의 기초에 가장 강력한 영향력을 행사한 사람은 미국의 루즈벨트 대통령과 초안위원회의 의장을 맡았던 그의 부인 엘레나 루즈벨트라고 할 수 있다. 셰이버는 루즈벨트 부부를 매개로 미국의 정치경제적 상황이 세계인권선언의 초안 형성에 상당한 영향을 미쳤다고 분석한다. 1930년대와 1940년대 미국에서는 뉴딜정책에 따라 공공투자가 늘어나고 삶의 질과 공동체의 문제를 해결하는 데 있어 기술 발전의 중요성이 부각되었으며 새로운 기술이 널리 보급될 수 있다면, 수많은 사람들의 삶을 개선할 있다는 인식이 퍼져나갔다고 한다. 셰이버는 뉴딜정책의 시기에 전기기술과 소아마비 백신이 대중화된 과정과 예술 및 교육에 대한 공적 지원이 어떠한 과정을 거쳐 진행되었는지를 예로 들면서 당시 과학기술과 지식 및 예술에 대한 '접근권'이 중요하고도 지배적인 가치로 부상하였음을 지적한다. 그리고 이러한 정치적 분위기가 선언 제27조의 '문화와 과학에 대한 권리'의 규범화로 이어졌다고 본다.<sup>14)</sup>

1709년 전구가 발명되었고 상업적으로 쓸 수 있는 전기도 1876년에 만들어졌지만 미국에서는 그 후로도 수십년 동안 너무나 비싸서 가정용으로는 전기를 사용할 수 없었다. 스칸디나비아 반도나 독일, 네덜란드는 1930년까지 90%의 가정에 전기가 들어왔지만, 미국은 대공황 직전까지 전기를 쓸 수 있는 가정이 거의 없었다. 공공발전회사를 설립하여 전기에 대한 접근권을 확대하라는 상당한 대중적인 운동이 있었다. 하지만 되려, 지방정부가 발전시설을 설립하여서는 안된다는 법원의 금지명령 위반을 이유로 인디애나주의 한 시장이 형사처벌을 받았을 만큼 전기의 대중적 보급은 이루어지지 않고 있었다. 대중운동이 성과를 거둔 것은 1934년에 이르러서였다. 루즈벨트 대통령은 1934년 국가전력정책위원회를 만들었고 1935년 의회는 연방전력위원회에 새로운 규제권한을 부여했다. 뉴딜정책에 따른 기간투자가 확대되면서 전기생산능력도 커졌고 많은 주나 시의 정부가 비도시 지역에까지 전기 이용을 확대하는 여러 조치를 취하였다.

의료분야에 대한 공적 투자도 그 무렵 시작된다. 국립소아마비재단이 1938년 설립되었으며, 1945년에는 기초연구에 대한 투자를 2,000만 달러까지 증액하고 소아마비 환자에 대한 의료 서비스를 지원하기 시작했다. 정부기관들은 과학연구에 대한 지원을 확대하기 시작했다. 미국 국립보건연구원(National Institute of Health, NIH)은 1945년 처음 외부 연구자들에게 지원을 시작하고 1946년 피츠버그에서는 그 지역의 대학의학연구기관에 투자하기 시작했다.

---

비난을 샀다.

13) 상세는 장하준, 『사다리걸터차기』, 2002

14) Lea Shaver, *The Right to Science and Culture*, <http://ssrn.com/abstract=1354788>, 2009.

요나스 쉘크 박사의 연구가 성공하여 백신이 개발되었는데 이는 많은 사람들의 희망과 희생의 결과였다. 수백만명이 돈을 기부하거나 임상실험에 지원하였고 국립소아마비재단은 쉘크 박사가 성공하더라도 이에 대하여 특허화하지는 않겠다고 결정했다. 쉘크 박사는 그런데도 재단이 선정한 특정 회사가 백신의 상업적 생산을 독점하게 될 것을 우려해서 재단이 하나의 회사하고만 계약하는 것은 삼가야 한다고 주장하였고 결국 쉘크의 백신은 6개의 회사가 동시에 생산할 수 있게 되었다.<sup>15)</sup>

이 시기에는 예술과 교육 분야에도 같은 바람이 불었다. 기존에는 고급 문화나 고등 교육은 엘리트의 독점적인 영역이었지만, 이제 예술이 새롭게 민주화되어야 한다는 인식이 생겨나고 일반인은 구경꾼이 아니라 참여자의 지위를 인정받기 시작했다. 연방정부의 지원을 받아 공공도서관과 공공극장이 세워지고 민중문화(folk culture)를 기록하는 대규모 프로젝트도 진행되었다. 대학교육도 민주주의의 흐름을 타고 1940년과 1948년 사이에 진학률이 75%나 상승했다. 전역 군인의 수업료를 연방정부가 지불하면서 중하층의 우수한 학생들에게 대학의 문호가 열리게 되었다.

#### 나. 유네스코의 창설

세계인권선언의 초안이 작성 중이던 1945년 11월 16일 유엔의 특별기구로서 유네스코(UN Educational, Scientific and Cultural Organization, UNESCO)가 설립되었다. 유네스코의 헌장에는 유네스코의 목적이 '정의, 법의 지배 및 인권과 기본적 자유에 대한 보편적인 존중을 함양하기 위하여 교육, 과학, 문화를 통해 국가간 협력을 증진함으로써 평화와 안전에 기여하려는 것'이라고 규정되어 있다. 항구적인 평화는 인류의 지적 및 도덕적 연대, 그리고 정의와 인권에 대한 완전한 존중이라는 토대 위에서만 이룩될 수 있기 때문에 정치적 및 경제적 조정만으로는 평화를 보장하는 것이 불충분하다는 믿음에서 유네스코는 탄생했다.<sup>16)</sup> 헌장은 "문화의 폭넓은 확산은 모든 국가가 상호 부조와 배려의 정신으로 준수할 의무"라고 선언한다. 유네스코의 헌장은 당시 선언의 초안자들이 문화를 향유할 권리를 인권으로 인정함에 있어서 무엇을 고려하였을 것인가에 관하여 한 단서가 될 수 있을 것이다. 실제로도 유네스코는 세계인권선언 및 사회권규약을 기초하는 데 적극 참여하였는데, 지금의 사회권규약 제15조는 유네스코가 제출한 초안을 토대로 한 것이다.

---

15) 쉘크박사의 행동이 돌출적이거나 이례적인 것은 아니었다. 1960년대까지만 해도 미국 대학들은 '개방과학'의 규범이 지배적이어서 대학구성원들이 특허에 직접 관여하는 것은 금지되었고 심지어 명예를 더럽히는 것으로 여겨졌다고 한다. 하버드, 펜실바니아, 시카고, 존스홉킨스 대학 등은 대학구성원이 특허등록에 대하여 비우호적이거나 심지어 대학교원들의 특허출원을 특히 의학분야에서는 금지하기도 하였다. 그러나 1970년대에 들어서면서 연방정부의 연구 보조금이 축소되기 시작하고, 동시에 연방기금을 이용한 연구에 대한 특허 및 지적재산권을 각 대학에 귀속시켜 기업에 배타적 라이선스를 할 수 있도록 하는 베이돌법(Bayh-Dole Law)이 1980년 제정, 시행되면서 점차 분위기가 전환되었다(서환주, "특허권 강화와 지식의 사유화-미국의 특허개혁을 중심으로", 『지식재산논단』 제1권 제1호, 2004.).

16) 야누스 시모니데스(Janusz Symonides), "유네스코와 세계인권선언", 『인권이란 무엇인가』, 유네스코한국위원회 엮음, 도서출판 오름, 1995.

다. 세계인권선언 제27조 및 사회권규약 제15조의 초안 작성과정

세계의 안보와 인권의 증진이라는 세계인권선언의 채택 배경과 당시의 정치적 상황에 비추어 보면 선언 제27조 제1항의 문화와 과학에 대한 권리를 기본적인 인권의 하나로 인정하는 것은 매우 자연스러운 과정임을 충분히 짐작할 수 있다. 실제로도 유엔인권위원회의 초안 작업 당시 이 부분은 별다른 이론 없이 받아들여졌다.<sup>17)</sup> 프랑스 대표인 카쎌(Cassin)은 “모든 사람이 과학의 진보를 위하여 동등한 역할을 담당할 수 없어도 그 혜택을 받아야 한다는 것은 논박의 여지도 없다”고 하였다.

그러나 저자의 권리는 순탄치 않은 과정을 거치고서야 포함되었다. 당초 험프리(Humphrey)<sup>18)</sup>가 작성한 초안에는 저자의 권리가 빠져있었다. 저자의 권리를 처음 주장한 사람은 카쎌이었다. 카쎌은 1947년 1~2월 개최된 제1차 회의에서 정신적 권리의 삽입을 주장하였으나 부결되었다. 1948년 5월에 재개된 초안작성 회의에서도 다시 부결되었다가 1948년 9월부터 12월 사이에 개최된 제3 위원회에서 18-13으로 찬성을 얻어 결국 포함되기에 이르렀다.<sup>19)</sup>

당시 카쎌은 ‘정신적’ 권리에 주목하면서 창작물의 변경이나 오용에 대하여 저자가 이를 통제할 권리가 있어야 하며 지적재산권은 다른 재산권과 다르기 때문에 선언에 포함되어야 한다고 하면서 모든 예술, 문학, 과학 저작물의 저자나 발명자는 그들의 노동에 대한 정당한 보상을 받을 권리가 있으며 인류의 공유재산이 된다고 해도 소멸하지 아니할 정신적 권리를 갖는다고 주장하였다. 중국 대표 장(Chang)은 “정신적 권리는 저자의 이익을 보호하기 위해서만이 아니라 문학, 예술, 과학 저작물은 사람들이 그 원본 그대로를 접근할 수 있어야 한다는 점에서 모든 사람의 이익을 보장하기 위하여 필요하다. 이는 창작자의 정신적 권리가 보장될 때 가능하다”고 주장하였다. 반대론의 근거는 지적재산권은 기존의 재산권 조항으로 적절히 보장될 수 있다거나 지적재산권은 기본적 인권이 아니라는 데 있었다.

이러한 논쟁은 대륙법계의 자연권 사상 및 로크의 철학에 기초한 노동이론과 영미법계의 유인이론 사이의 대립 양상을 반영하는 것으로 보인다. 저작권의 정당화이론으로 유인이론에서 있는 미국의 입장에서는 저작권은 재산적 권리라고 보기 때문에 ‘저작인격권’의 인정에 매우 소극적이다. 반면 대륙법계에서는 베른협약의 저작인격권 조항<sup>20)</sup>에서 알 수 있듯이 저작물에 대하여 저작자가 정신적 권리를 갖는다는 것이 인정되어 왔었다.<sup>21)</sup>

17) Maria Green, *Drafting History of the Article 15(1)(c) of the International Covenant on Economic, Social and Culture Rights*, 2000. 10. UN문서번호 E/C.12/2000/15(사회권위원회의 일반논평 17 논의 과정에서 배경 자료로 제출된 문서이다)

18) 유엔 경제사회이사회는 1946년 인권장전을 초안할 기구로서 유엔인권위원회를 만들고, 1945년 사망한 루즈벨트 대통령의 부인 엘레나 루즈벨트를 위원장으로, 중국의 P. C. Chang과 프랑스의 Rene Cassin을 부위원장으로 선임하였다. 위원회의 사무국 업무는 캐나다의 법학자이며 당시 유엔 인권국의 이사이던 John P. Humphrey가 담당했다.

19) 쉐이버, 앞의 글

20) 베른협약 제6조의 2는 저작물의 저작자임을 주장할 수 있는 권리(성명표시권), 저작물의 왜곡, 훼손 또는 기타 변경, 또는 저작물과 관련한 훼손행위에 대하여 이의를 제기할 수 있는 권리(존중권)를 규정하고 있다. 베른협약의 위 규정에 직접 영향을 준 것은 프랑스의 저작인격권 규정이라 한다. 전통적으로 프랑스를 저작인격권의 탄생지로 평가한다. 고세일, “저작인격권에 대한 비교법 고찰”, 『안암법학』 26호, 2008. 4. 참조

21) 다만 현재로서는 미국의 저작권 옹호론자들마저도 지적재산권이 인권이라고 주장하고 있으므로 이와 같은 견해대립의 양상은 변화된 것으로 보인다.

사회권규약 제15조의 초안을 논의하는 과정에서도 같은 논쟁이 반복되었다. 유네스코의 대표로 초안작업에 참여했던 하벳(Havet)은 모든 사람이 과학의 혜택을 나눌 수 있는 권리는 다른 많은 인권의 행사를 상당한 정도로 결정짓는 요소이라고 주장했으며 이에 대하여는 별다른 이견이 없었다. 저자의 권리에 관하여는 의견이 대립했다. 저자의 권리는 1951년 채택되었던 규약 초안에는 빠져 있었으며 그 후에도 이를 포함시키는 안이 지속적으로 부결되다가 1957년에 이르러서야 포함되기에 이른다. 그 과정에서 하벳은 저자의 권리가 세계인권선언에 이미 포함되어 있다는 점과 인류의 문화유산을 풍성하게 하려면 저자를 독려하고 저자를 보호할 수 있는 수단인 저자의 권리를 인정해야 한다고 주장했다. 다만 하벳은 과학이나 발견에 관하여는 유네스코에서 특별한 연구가 이루어지고 있다는 이유로 유네스코가 작성한 초안에서는 제외했다고 밝혔다. 프랑스 대표는 저자의 권리가 문화, 과학 생활에 참여하는 사람들의 정신적, 물질적 이익이 보장되어야 한다는 것을 강조하는 의미라고 주장했다. 미국 대표인 엘레나 루즈벨트는 저작권은 규약에서 다룰 필요가 없고 유네스코에서 따로 다루어야 한다고 주장했으며, 칠레 대표는 저자의 권리 보호는 특정한 환경과 시기에서는 유용하지만 인간의 기본적 권리와 관련된 것은 아니라는 이유로 반대했다.<sup>22)</sup>

초안의 작성 과정에서 발견하여야 할 것은 두 가지이다. 첫째, 당시의 사회·정치적 상황을 고려할 때 문화와 과학에 대한 권리는 단지 공허한 수사가 아니라는 점이다. 과학을 포함한 문화에의 접근과 문화생활에의 참여가 인권의 신장을 위하여 필수적인 권리이며 인간의 여러 다른 인권을 결정짓는 중요한 요소임을 인정한 것이었다. 두 번째는 저자의 권리 중 정신적 이익의 보장 부분은 전국가적 권리인 자연권으로 인정된 측면이 없지 아니하나, 물질적 이익의 보장 부분은 문화와 과학의 발전을 위하여 필요하며 그러한 발전이 문화와 과학에 대한 권리를 실효성 있게 할 것이라는 믿음에서 인정된 권리이라는 점이다. 과학이나 발견에 관한 권리는 의도적으로 배제되었으므로 특허권이 인권법상의 지위를 갖는가에 대하여는 상당한 의문이 제기될 수 있다.

## 제2장 국제인권법의 등장 이후의 상황변화

### 1. 저작권의 세계화

#### 가. 배경

저작권 제도가 급격한 변화를 겪은 것은 1970년대에 들어서면서부터이다. 변화의 동력이 된 것은 미국을 둘러싼 정치·경제적 상황의 변화이었다. 미국의 장기불황이 이어지고 달러의 가치가 하락하면서 브레튼우즈 체제가 붕괴되었으며 제3세계 민중운동의 활성화로 인하여 미국의 헤게모니가 약화되었다. 유럽과 일본이 급부상하여 경제적으로 다극화 시대가 도래하고 한국, 대만 등을 비롯한 동아시아 국가들의 수출증대 등 경제성장도 미국을 긴장시킨

22) 상세는 Maria Green, 앞의 글

다. 이러한 위기를 돌파하기 위한 미국 정부와 기업의 대응은 자본의 국제화, 초국적 금융자본의 등장, 신자유주의 도입으로 드러나게 된다. 미국이 지적재산권에 주목하기 시작한 시점도 이 무렵이다.

#### 나. 지적재산권과 무역의 연계

미국 정부와 관련 업계는 이 무렵부터 국내적으로 지적재산권의 보호기간과 보호 대상을 확대하는 법 개정을 추진하는 한편, 다자간 및 양자간 협상을 통하여 세계 각국의 지적재산권 제도를 자국의 보호수준에 맞춰 획일화하기 위한 여러 가지 정치적 시도를 시작했다.

1974년 지적재산권과 무역을 연계시키는 Jackson-Vanik 미국 무역법 개정안이 통과되었다. 1984년에는 미국 저작권관련 산업을 대표하는 국제지적재산권동맹(International Intellectual Property Alliance; IIPA)<sup>23)</sup>이 결성되어 미국 정부와 의회를 상대로 저작권의 무역 연계를 주장한다. 이들은 의회에 불법복제가 횡행하는 동아시아 국가들이 미국 무역법상 '관세특혜 일반체계(Generalized System of Preferences programme)'의 혜택을 보고 있으니, 위 제도의 무관세 혜택 심사기준으로 지적재산권 보호를 고려할 것을 요구했다. 또한 외국의 불공정한 무역관행에 대한 대통령의 보복조치 권한을 규정한 슈퍼301조를 지적재산권과 관련하여도 행사할 것을 요구하였다. 이에 따라 레이건 대통령은 위 조항에 근거하여 1985년 11월 한국의 지적재산권 관련 법령 관행에 대한 조사를 명하였고, 이를 시작으로 개도국에 대하여 지적재산권의 보호수준을 높이도록 하는 압박수단으로 슈퍼301조를 활용해 왔다.

한편, 미국 정부와 업계는 기존의 WIPO 중심의 지적재산권 보호체제가 실효성이 낮다고 보고, 지적재산권에 대한 다자간 무역규범을 창설하기 위하여 노력한다. 1986년에는 지적재산권의 다자간 무역협정의 출범을 찬성하는 미국, 유럽, 일본, 캐나다, 스웨덴, 스위스, 호주 등이 지적재산권친구들(Friends of Intellectual Property)을 설립하여 활동하기 시작하였다. 이러한 과정을 거쳐 세계무역기구의 창설과 함께 트립스협정이 체결된다. 트립스협정은 최소 보호 원칙(minimum approach)을 취한다. 모든 회원국은 일정한 수준 이상으로 지적재산권을 보호할 의무를 부담하며, 만일 회원국이 그 의무를 이행하지 아니하면 WIO의 분쟁해결 절차에 회부되어 무역제재를 받게 되므로 그 실효성이 한층 제고되었다.<sup>24)</sup> 트립스협정은 저작권과 관련하여 다음 사항을 규정한다. ① 회원국은 이전의 지적재산권조약인 어문및예술 저작물 보호를 위한 베른협약과 실연자 음반제작자 방송사업자의 보호에 관한 로마협정을 준수하다. ② 다만, 베른협약 제6조 2의 저작인격권(moral rights)은 보장하지 않아도 된다. ③ 기능적 저작물인 컴퓨터프로그램과 데이터베이스가 저작권의 보호대상이 되는가에 관하여 논란이 있었지만 포함되었다. 컴퓨터프로그램도 어문저작물로서 보호해야 한다. 내용의

23) 출판사협회, 배우들을 대표하는 영화협회, 상업소프트웨어협회, 영화계를 대표하는 동영상협회, 음악계를 대표하는 음악출판사협회, 음반협회 등이 포함되며, 약 1500개 미국 기업을 대표한다. IIPA와 1986년 3월에 창설된 지적재산권위원회(IPC) 등 미국 업계는 미국의 지적재산권 법제의 변화와 세계규범의 창설에 조직적, 체계적으로 관여해 왔다. 남희섭, "디지털저작물과 이용자의 권리", 정보통신정책연구원 주관 디지털저작물과 이용자의 권리에 관한 정책토론회 발제문, 2003. 10. 2.

24) 트립스협정 제64조 참조

선택과 배열에서 창작성이 있는 데이터베이스는 저작권으로 보호된다. ③ 컴퓨터프로그램 및 영상저작물에 관한 대여권<sup>25)</sup>이 창설되었다. 한국은 '비디오대여법'의 이해관계를 반영하여, 베른협약에서 정하지 아니한 이 권리의 채택에 반대하였다. ④ 저작권의 보호기간은 원칙적으로 저작자 사후 50년간, 법인 저작자의 경우 발행 후 50년간이다. 실연자나 음반제작자의 권리는 실연이나 음반고정된 해부터 50년간 보호된다. ⑤ 회원국이 저작권자의 배타적 권리에 대한 제한이나 예외를 두고자 한다면, 저작물의 정상적 사용과 저촉되지 아니하고 권리자의 정당한 이익을 불합리하게 저해하지 아니하는 일부 특별한 경우로만 한정해야 한다.

#### 다. 디지털 환경에 대응한 저작권 체계의 변화

트립스협정이 체결된 1990년대 중반부터는 디지털 기술에 대응하여 저작권 보호 범위를 확대하기 위한 논의가 미국, 유럽, WIPO를 중심으로 이루어졌다. 주된 내용은 저작권자가 저작물의 복제 등을 방지하기 위하여 한 기술적 조치를 무력화하는 행위를 저작권법으로 금지하는 것 즉, 기술적 보호조치를 법적으로 보호하는 것과, 온라인서비스제공자의 책임 범위를 강화하는 것이었다. 이와 더불어 저작권의 보호기간도 연장되었다.

WIPO는 1996년 12월 2일 '저작권과 저작인접권 문제에 관한 WIPO 외교회의'에서 '저작권 조약(WIPO Copyright Treaty; WCT)'와 실연 음반조약(WIPO Performances and Phonograms Treaty; WPPT)를 탄생시켰다. WCT는 공중전달권과 이용제공권을 저작권자의 권리로 규정함으로써 저작물의 전달 형식이 유 무선이든 관계없이 저작물을 전달하거나 저작물을 이용가능한 상태로 둘 권리가 저작권자에게 있음을 명확히 하였다. 이는 우리나라 저작권법에 '전송권'이 도입된 계기가 되었다. 두 조약은 모두 저작권자나 저작인접권자가 저작물 등에 관하여 저작자가 허락하지 아니하거나 법에서 허용하지 아니하는 행위를 제한하는 기술조치를 우회하는 것에 대하여 충분한 법적 보호를 규정해야 한다고 하여 기술적 보호조치의 보호규정을 도입하였다. WCT 성립과정에서 미국측 제의로 '일시적 저장'을 복제의 개념에 포함시킬 것인지 논의되었으나 개도국과 온라인서비스제공자들의 반대로 합의에 이르지 못하였다.

유럽연합은 WIPO의 위 두 조약을 이행하기 위하여 2001년 정보사회에서의 저작권 및 저작인접권의 조정에 관한 유럽공동체지침(2001/29/EC)을 채택함으로써 기술적 보호조치 규정을 도입하였다. 이 지침에서는 일시적 저장을 저작권법상의 '복제'에 해당하는 것으로 규정하고 있다. 그 이전에 유럽연합은 저작권의 보호기간에 대하여는 지침 93/98/EEC를 통하여 저작자 사후 70년간으로 연장하였다. 2009년 4월 유럽의회는 실연자의 권리도 50년에서 70년으로 연장하는 지침을 통과시켰다. 인간의 수명이 길어졌기 때문에 저작권자 등의 2세를 보호하기 위하여 필요하다는 것이 표면적인 이유이었으나 실제로는 보호기간이 연장되는 경

25) 작품의 원본 또는 복사본의 대중에 대한 상업적 대여를 허가 또는 금지할 수 있는 권리를 말한다. 이는 기준에 저작물의 원본이나 복제본이 일단 권리자의 의사에 따라서 양도된 이후에는 그에 대한 저작자의 권리는 소멸한다고 보았던 '최초판매원칙'이나 소진이론에 대한 예외로서, 이에 대하여는 많은 이견이 있었다.

우에 연계 될 로열티 수입의 규모와 관련한 이해집단의 경제적 이해를 고려한 것으로 보인다.<sup>26)</sup>

미국은 1998년 저작권 보호기간을 저작자 사후 50년에서 70년으로 연장하는 소니보노법을 제정하였다. 소니보노법은 저작권 보호기간의 만료를 앞둔 디즈니사의 '미카마우스'의 보호기간을 연장하려는 목적으로 추진되었다고 하여 '미카마우스법'이라고도 명명된다. 또한 WCT와 WPPT의 이행을 위하여 디지털밀레니엄저작권법(Digital Millenium Copyright Act; DMCA)도 제정하였는데, DMCA는 위 두 조약보다 저작권의 보호범위를 확대하고 있다. 온라인서비스제공자의 책임을 강화하고, 저작물에 대한 이용 통제를 위한 기술적 보호조치만이 아니라 저작물에 대한 접근을 통제하는 기술적 보호조치의 보호규정을 둠으로써 저작권자에게 기존에는 인정되지 아니 하였던 저작물에 대한 '접근 통제권'을 부여하였다는 평가를 받고 있다.

미국은 미 호주FTA, 한 미FTA 등 양자간 협상에서 자국의 저작권법으로의 통일화를 꾀하고 있다. 우리나라는 미국과 한 미FTA를 체결하면서(2009. 10. 현재 국회의 동의 및 대통령의 비준절차가 남아있다), 저작권법의 대폭적인 개정을 앞두고 있다.

## 2. 저작권에 대한 인권적 접근 및 인센티브 회의론의 등장

### 가. 인센티브 회의론의 등장

저작권을 비롯한 지적재산권의 변천 과정은 개인 예술가나 저술가, 발명자들의 지위나 경제적 이익을 보장하기 과정이 아니라, 미국, 유럽, 일본 등 정보와 지식의 우위를 점하던 선진국들이 자국의 지적재산권(IP) 관련 자본의 이익을 보장하기 위하여 자국의 IP 보호수준을 전세계적으로 통일화시키는 과정이었다. 여기에 IP 기업들이 직접 (트립스협정의 초안은 미국의 IP 기업들이 만든 것이었다) 관여하기도 하였다. 지적재산권 옹호론자들이 지적재산권의 확대를 정당화하기 위하여 편 논리는 지적재산권의 강력한 보호가 문화와 과학의 더 큰 발전을 가져온다는 인센티브론(유인이론)이었다.

그러나 이러한 인센티브론에 대한 실증적인 근거가 있는가라는 의문이 제기되고 있다. 지적재산권의 보호와 혁신 사이의 관계를 증명하기 위하여 많은 경제학적인 시도가 있었지만 실패했다는 것이 아담 자페(Adam Jaffe)의 지적이다.<sup>27)</sup> 제임스 보일(James Boyle)은 그의 책 『퍼블릭도메인』에서 “증거없는 영역(evidence-free zone)”이라고 지적하면서 저작권이 아이디어의 생산과 순환을 촉진한다고 말하는 것은 결론을 선언하는 것뿐이며 논거를 제시하는 것이 아니라고 한다. 노날드 베티그(Ronald Bettig)는 지적재산권 제도는 “인류가 지적, 예술적인 창작을 위하여 경제적 보상을 필요로 한다는 관념을 깔고 있다. 이러한 지적재산권의 철학은 경제적 합리주의를 자연적인 인간의 본성으로 설명한다. 그러나 역사는 우리에게 그 반대의 사실을 알려준다. 인류 역사의 전과정을 통틀어 대부분의 시기에 지적재산권이라는

26) 유럽집행위원회가 지침 제정에 앞서 고려한 영향평가보고서 참조([http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/term/ia\\_term\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/term/ia_term_en.pdf))

27) 서환주, “특허권 강화와 지식의 사유화-미국의 특허개혁을 중심으로”, 『지식재산논단』 제1권 제1호, 2004.

관념은 존재하지 않았지만, 인류는 그 동안에도 기술과 문화적 창작물을 생산했다.”고 지적한다. 경제적 인센티브는 만일 투자에 대한 이윤의 보장이 없다면 투자하지 아니하였을 문화자본에게나 호소력이 있다고 벤티그는 설명한다.<sup>28)</sup> 스티글리츠(Joseph Stiglitz)는 특허권의 보호와 관련하여 최적의 보호범위를 정하는 문제는 단순히 기술적인 문제가 아니라 불평등한 사회에서 승자와 패자를 낳는 가치편향적 판단이라고 주장하였다.<sup>29)</sup>

실제로 저작권법이 저자의 보호에는 효과적이지 않다는 지적도 있다. 레이몬드 쿠는 저작권의 보호에도 불구하고 대부분의 음악가는 음악 판매로 인한 로열티 형태의 수입을 얻지 못한다고 한다. 음악가들은 CD 판매로부터 로열티 수입을 얻지 못할 뿐만 아니라 음반회사에게 그들의 음악을 제작하고 마케팅하고 배포하는 데 드는 비용을 채무로 부담하는 경우도 있다. 음반회사들은 전통적으로 음반제작비, 마케팅비용, 판매촉진활동비용, 그 외 레코드앨범시절에 제작된 재고품과 파손으로 인한 손해액을 비롯한 모든 비용을 음반을 취입하는 아티스트에게 부담시킨다는 것이다. 아티스트는 CD백만장은 팔아야 비로소 로열티를 받을 수 있지만, 백만장의 음반 판매가 음반회사에게는 1,100만 달러의 총수입과 400만 달러의 순수입을 가져다준다는 보고서도 있다고 한다. 대부분의 뮤지션은 자신들의 작품을 복제하여 팔아 돈을 버는 것이 아니라 라이브공연 등 다른 방법으로 수입을 얻고 있다고 한다.<sup>30)</sup>

#### 나. 지적재산권에 대한 인권적 접근

저작권이 저작자의 보호를 위하여 필요하다거나 문화의 발전을 위한 효과적인 인센티브제도라는 믿음에 균열이 생긴 한편으로, 지적재산권의 저작권으로 말미암아 지식과 정보에 대한 접근권이나 표현의 자유, 예술과 학문의 자유가 침해되고 문화적 다양성이 훼손된다는 주장이 전세계 시민사회단체들과 학자, 법률가들로부터 줄줄이 터져 나왔다.

로렌스 레식(Lawrence Lessig)은 비상업적인 문화와 상업적인 문화를 구분하지 아니하고 비상업적으로 행하여지는 개인의 행위까지 규제하는 저작권법으로 인하여, 미국수정헌법 제1조가 보장하던 자유문화(Free Culture)는 이제 창작들이 힘이 센 자들 또는 과거의 창작자들로부터 허가를 받아야만 창작활동을 할 수 있는 ‘허가문화(Permission Culture)’로 바뀌고 있다고 주장한다.<sup>31)</sup>

레이몬드 쿠는 피셔 등 다른 학자들의 연구결과를 인용하면서 저작권의 보호는 독점이윤을 창출하여 소비자로부터 IP기업에게로 부의 이동을 가져와, 결국 다른 경제영역으로부터 자원을 빼앗아 오게 된다고 지적한다. 실제로 2003년 한국, 일본, 중국, 미국, 싱가포르, 독일 등 6개국의 6가지 소프트웨어(윈도우 XP 홈, 프로페셔널, 오피스 2003, 포토샵 CS, CS2, 노튼안

28) Joost Smiers, *The Abolition of Copyright: Better for Artists, Third World Countries and the Public Domain*, Gazette Vol. 62(5), pp. 379-406, 2000. 10.에서 재인용

29) Joseph Stiglitz, *Knowledge as a Global Public Good*, International Intellectual Property in an Integrated World Economy, F. Abbot, T. Cottier, and F. Gurry, eds., Aspen Publishers, 2007.

30) Raymond Shih Ray Ku, *The Creative Destruction of Copyright : Napster and New Economics of Digital Technology*, The University of Chicago Law Review, 2002, pp.263~324

31) 로렌스 레식, 『자유문화』

티바이러스 2005)의 가격을 비교한 한 보고서에 의하면 우리나라가 불법복제 상시단속의 결과로, 다른 나라에 비하여 가격이 높은 국가로 나타났고 미국과 대비할 때는 실질환율 기준으로 1.95~3.19배로 나타났다. 그런데 노퍽안티바이러스만 예외적으로 미국의 60% 수준이었는데 이는 안철수연구소의 V3 등과 같은 대체제가 있기 때문이라고 한다.<sup>32)</sup> 셀은 1984년과 2001년 사이에 경제 전체의 미국의 소비자 물가지수는 70% 상승률을 보였으나, 정기간행물에 대한 도서관 가입비용은 법률분야는 205%가 상승했고, 의약분야 정기간행물은 479%, 물리화학분야는 615%가 상승했다며, 이를 저작권 강화에 따른 영향으로 본다.<sup>33)</sup> 셀은 이러한 독점적 효과는 결국 지식에 대한 접근권을 제한한다고 지적한다.

다. 사회권위원회의 논의과정- 지적재산권은 인권인가, 문화와 과학에 대한 권리와 어떤 관계에 있는가

저작권을 비롯하여 트립스협정 이후 강화된 지적재산권 체제에 대한 비판은 사회권위원회 내에서 지적재산권과 인권의 관계에 관한 논쟁으로 이어졌다. 사회권규약 제15조 제1항(a),(b)에 규정된 문화와 과학에 대한 권리와 (c)에 규정된 저자의 권리는 어떤 관계에 있는가, 저자의 권리는 현재의 지적재산권 제도와 동일한 것인가.

지적재산권 옹호론자들은 지적재산권도 인권이며 제15조 제1항(c)의 저자의 권리는 지적재산권을 규정한 것이고 트립스협정은 저자의 권리를 구체화한 규범이라고 주장했다.<sup>34)</sup> 한편 비판론자들은 세계인권선언과 사회권규약의 역사적 고찰을 토대로 규약상 저자의 권리는 현재의 지적재산권과는 다른 내용을 갖는 인권이며 지적재산권과는 구별되어야 한다고 주장하였는데, 그 한판 논쟁은 비판론자들의 승리로 돌아갔다.

2005년 사회권위원회는 제15조제1항(c)에 관한 일반논평 17을 채택하였는데, 주된 내용은 두 가지로 요약할 수 있다. 지적재산권은 인권인 ‘저자의 권리’와는 구별되어야 하며, ‘저자의 권리’에 의하여 보호되는 물질적 이익이란 저자가 적절한 생활수준을 누리기 위해 필요한 기본적인 것을 의미한다는 것<sup>35)</sup>과 그러한 ‘저자의 권리’는 문화와 과학에 대한 권리에 의하여 제한될 수 있다는 점<sup>36)</sup>이다.

32) 손승우, 디지털 저작권보호의 확대경향과 공정한 경쟁, 『상사판례연구』 19집 1권, 한국상사판례학회, 2006. 3.

33) Susan K. Sell, *Books, Drugs and Seeds: the Politics of Access*, 2006.

34) Hoe Lim, Trade and Human rights: What's issue?, UN 문서번호 E/C.12/2001/WP.2, 2001. 4. 10.; Audrey R. Chapman(American Association for the Advancement of Science (AAAS)), *Approaching Intellectual Property as a Human Right: Obligations Related to Article 15 (1) (c)*, UN문서번호 E/C.12/2000/12, 2000. 10. 3.

35) 위 논평에서는 물질적 이익의 보호기간은 저자의 수명 이상으로 확대되어야 하는 것은 아니며, 오히려 저자가 적절한 생활수준을 영위할 수 있도록 하는 목적은 1회의 지불을 통하여 또는 저자에게 자신의 과학적, 문학적, 또는 예술적 저작물을 이용할 독점적인 권리를 제한된 기간 동안 부여함으로써 달성될 수도 있다고 보고 있다.

36) 위 논평에서는 국가가 규약 제15조 제1항(c)의 의무를 이행함에 있어서 다른 규정에 따른 의무 사이의 적절한 균형을 맞출 의무가 있다면서 “이러한 이익형량에 있어 저자의 사익이 부당할 정도로 선호되어서는 아니되며 창작품에 대한 폭넓은 접근을 향유할 공익이 정당하게 고려되어야 한다. 따라서 ... 식량, 건강 및 교육에 대한 권리 및 문화생활에 참여할 권리, 과학의 진보 및 그 응용으로부터 혜택받을 권리 또는 규약에 규정된 기타 모든 권리에 관한 핵심의무를 이행할 당사국의 능력에 방해가 되지 않도록 보장하여야 한다”고 명시했다.

위 논평<sup>37)</sup>에 의하면 사회권규약의 제15조제1항(c)의 저자의 권리는 모든 사람의 천부적 존엄성과 가치에서 파생되는 인권이기 때문에, 지적재산권 제도가 인정하는 대부분의 법적 권리와는 구별되며, 그 정신적, 물질적 이익의 보호범위는 국내법이나 국제협정에 따른 지적재산권으로 지칭되는 권리와 반드시 일치하지 않는다고 한다.

그 이유는 다음과 같이 설명한다. 인권은 개인 그리고 일정한 상황에서는 개인의 집단이나 공동체에 속하는 기본적이고 양도할 수 없으며 보편적인 권리인데(세계인권선언의 전문에 근거한 것으로 보인다), 지적재산권은 국가가 발명과 창작에 대한 동기를 부여하고 독창적이고 혁신적인 저작물의 전파 및 문화적 정체성의 개발을 장려하고 사회 전체의 이익을 위하여 과학적, 문학적 및 예술적 창작품의 완전성을 보전하는 우선적인 수단이기 때문이다. 인권은 그 자체로서 인간에 내재하는 것이므로 기본적인데, 인권과 달리 지적재산권은 일반적으로 (보호기간이 제한되어 있어) 일시적인 성격의 것이며 철회되거나 다른 사람에게 허가 양도될 수 있다. 또한 보호하는 이익도 다르다고 한다. 정신적, 물질적 이익을 보호받을 권리는 저자가 적절한 생활수준을 누리기 위해 필요한 기본적인 물질적 이익뿐 아니라 저자와 저작물, 그리고 민족, 공동체 또는 기타 집단과 그들의 집단적 문화유산 간 인격적인 유대를 보호하는 반면, 지적재산권 제도는 주로 기업의 이익과 투자를 보호한다고 한다.

저자의 권리와 문화 과학에 대한 권리의 관계에 대하여는, “사회권규약의 제15조 제1항(c)에서 보호하는 저자의 권리는 예술, 과학 및 사회전반의 발전에 대한 창작자들의 활발한 기여를 장려하도록 한다. 그 자체로 동 권리는 문화를 향유할 권리{제15조 제1항(a)(b)} 및 과학적 연구와 창조적 활동에 필수불가결한 자유(제15조 제3항)에 본질적으로 연결되어 있다. 이러한 권리와 제15조 제1항(c)의 권리는 상호 강화하는 관계임과 동시에 상호한정적인 관계이다. 제15조 제1항(c)의 권리는 문화를 향유할 권리{제15조 제1항(a)(b)} 및 과학적 연구와 창조적 활동에 필수불가결한 자유(제15조 제3항)에 의하여 제한됨을 의미한다”고 풀이했다.

#### 라. 정보문화향유권과 현행 지적재산권 제도에 대하여 갖는 합의

그 동안 지적재산권에 대한 비판이론들은 지적재산권에 의하여 인권이 침해되는 개별 국면을 포착하여 그때그때 ‘표현의 자유’, ‘예술과 학문의 자유’, ‘지식 정보접근권’ 등을 침해한다는 주장을 해왔다. 이러한 자유나 권리들은 지식과 정보, 문화콘텐츠에 대한 접근과 그 이용이 제약됨으로써 침해될 수 있는 이익까지 그 보호이익을 삼는 권리이지만, 그 이외의 상이한 법적 이익을 포함하는 독자적인 보호영역을 갖고 있다. 따라서 지적재산권에 의하여 제한될 수 있는 이익을 일반적으로 지칭하는 인권의 개념으로는 부족함이 없지 않았다.<sup>38)</sup> 따라서 저작권 등 지적재산권의 확장을 제어할 효과적인 인권적 담론을 형성하기 위하여는

37) 일반논평 17의 내용은 국가인권위원회의 번역문헌을 참고하였다(국가인권위원회, 『유엔 인권조약 감시기구의 일반논평 및 일반권고 . 1 : 경제적 사회적 및 문화적 권리위원회』, 2006.)

38) 가령 표현의 자유는 저작권만이 아니라 권력기관에 의한 정치적 억압과 검열 등에 의하여 더 문제되는 권리이며, 학문의 자유 또한 연구자료에 대한 접근과 이용보다는 연구주체의 선택과 연구과정의 자율 등을 더 주된 보호이익을 삼는다. ‘지식 정보접근권’의 경우에도 정부나 공공기관의 정보공개의무, 알권리의 문제로 더 자주 회자된다.

지적재산권 체제에 의하여 제약되거나 제약될 수 있는, 그러나 기본적 인권으로서 보장되어야 할 이익을 독자적인 권리개념으로 확립할 필요가 있다.

그 근거는 역시 세계인권선언 제27조 제1항이 규정한 ‘문화와 과학에 대한 권리’에서 찾을 수가 있다. 다만, 문화와 과학에 대한 권리 역시 매우 포괄적인 의미를 갖기 때문에,<sup>39)</sup><sup>40)</sup> 이 권리 역시 더 세분화될 필요가 있다.

제27조 제1항이 보호하는 권리의 내용은 무엇인가. 이에 관하여 돈더스(Yvonne Donders)는 ‘문화’의 개념이 광범위하고 불분명하여 핵심적 내용을 추출하기 어렵고 이에 대응하는 국가의 의무가 무엇인지 확정하기도 쉽지 않다고 지적하면서, 다만 문화생활에 참여할 권리를 논의할 때 초안자들이 생각했던 바는 문화의 대중화이었다고 한다. 그들은 문화가 인권에 의하여 보호되어야 할 인간생활의 중요한 측면이기 때문에 소수에 의하여 독점될 수 없고 다수의 대중이 문화생활에 참여하고 문화를 이용할 수 있어야 한다는 점에 주목했다는 것이다. 그 후 사회권위원회는 문화생활의 개념을 단순히 지식의 표현이나 여가생활에 필요한 소비재가 아니라 존재와 사고의 방식을 포괄하는 개념으로 확대하여 이해하게 되었는데, 이는 문화생활에 참여할 권리가 다른 인권과 밀접하게 관련되어 있다는 것에 대한 자각을 뜻한다. 창작자의 권리, 문화의 전달자들의 권리, 문화생활에 기여하고 접근할 개인들의 권리, 교육, 언어, 종교 등을 비롯하여 문화생활의 촉진과 보존에 관련된 권리에 관련되어 있고, 또한 사회권규약의 교육받을 권리는 물론이고 자유권규약의 사상의 자유, 종교의 자유, 표현의 자유, 결사의 자유와도 관련된다고 본다. 따라서 국가의 의무는 ‘문화생활에 참여할 권리’를 ‘존중’하고 ‘보호’하고, ‘촉진 및 충족’할 의무를 포괄하게 된다고 한다.<sup>41)</sup> 그는 또한, 과학의 진보로부터 혜택을 받을 권리에 대한 관심을 촉구한다. 과학기술은 인간의 수명을 연장하고 삶의 질을 개선하는 데 있어 필수적인 요소이지만 그 급격한 발전에도 불구하고 개도국의 인민들은 그 혜택으로부터 소외되어 있고 위성, 인터넷, 무선통신 등 정보에 대한 접근과 관련된 기술이 크게 발전하였음에도 정보의 격차는 심화되고 있음을 지적하면서 과학의 진보로부터 혜택받을 권리에 대한 재조명이 필요한 시점이라고 주장한다.

유네스코가 세계인권선언 제27조 제1항의 권리를 실현하기 위하여 취한 조치의 내용도 그 권리가 보장하는 이익이 무엇인가를 해석하는 데 도움이 될 것이다.<sup>42)</sup> 유네스코는 1966년 총회에서 ‘국제적 문화협력의 원칙에 관한 선언’을 채택했다. 이 선언은 모든 사람은 그 자신의 문화를 발전시킬 수 있는 권리와 의무를 가지며 국제적 문화협력은 교육, 과학 및 문화에 관련된 모든 국면의 지적 및 창조적 활동을 포함해야 한다는 것을 명시하고 있다. 제4조 제4항에서 이 선언은 국제적 협력은 ‘모든 사람들이 지식에 접근할 수 있고 다른 사람들

39) 문화생활에 참여할 권리는 문화에 대한 접근과 문화생활에의 참여에 있어서 인종, 민족, 성, 나이에 따른 차별을 받지 않을 권리나 문화유산을 보전할 공동체의 의무 등도 포괄하는 개념이다. 과학의 진보와 응용의 혜택을 받을 권리와 관련해서는 정보통신서비스에 대한 보편적 접근과 같은 권리가 더 자주 논의된다.

40) 사회권규약 제15조제1항(a)(b)의 규정 내용에 관하여는 풍부하게 논의된 바가 없다. 사회권위원회는 2008. 5. 9. 사회권규약 제15조 제1항(a)에 관한 일반논평의 작성을 위한 첫 논의를 시작했을 뿐이다. 이 글은 그 논의 내용을 참고하여 작성하였다.

41) 각주 7 참조

42) 야누스 시모니데스(Janusz Symonides), “유네스코와 세계인권선언”, 『인권이란 무엇인가』, 유네스코한국위원회 엮음, 도서출판 오름, 1995.

의 예술과 문학을 즐길 수 있으며 세계 여러 곳에서 과학이 이론 발전과 그 결과로 얻은 이득을 나누어 갖고 문화생활을 윤택하게 하는 데 기여할 수 있도록 해야 한다'고 강조하고 있다. 그 후 1970년 문화정책에 관한 유네스코 정부간 회의는 인권선언 제27조가 문화생활에 참여하는 권리를 단순히 존중하는 것만이 아니라 이를 위한 효과적인 수단을 모든 사람들에게 제공하는 것이 공동체를 책임지고 있는 사람들의 의무라는 뜻을 내포하고 있다고 결론지었다. 1976년 총회에서 채택된 '문화생활에의 일반 대중의 참여 및 공헌에 관한 권고'는 '문화에의 접근'을 특히 적절한 사회 경제적 조건의 창출을 통해 정보, 훈련, 지식 및 이해를 자유스럽게 획득할 수 있고 또한 문화적 가치와 문화재를 즐기는 데 있어서 모든 사람이 이용가능한 확실한 기회라고 정의하고 있다. '문화생활에의 참여'라는 말은 집단이나 개인 등 모든 사람들이 그들의 인성을 최대한 발전시키고 조화로운 삶 그리고 사회의 문화적 진보를 위하여 그들 자신을 자유스럽게 표현하고 의사소통하며 창조적인 활동에 참여하도록 확실한 기회를 보장하는 것이다. 개인들로 하여금 문화적 창조와 그 혜택에 자유스럽게 그리고 충분히 참여할 수 있도록 하기 위해서 회원국들이 무엇을 해야 하는가의 답변으로 권고는 문화적 활동을 위한 도구를 민주화할 필요가 있음을 강조한다.

유네스코는 또한 '정보의 자유'를 인권을 실천하는 데 필요한 전제조건으로 당연시한다. 유네스코 헌장 제1조 제2항 a)호는 유네스코가 커뮤니케이션의 모든 수단을 통하여 모든 국민들이 서로 알고 이해하는 것을 촉진하는 일에 협력하고 이러한 목적을 위해 언어와 이미지로서 아이디어의 자유로운 소통을 촉진하는 데 필요한 국제적인 협정을 체결하도록 권고하고 있다고 명시했다. 정보에 관한 권리를 실행하기 위한 조치로 유네스코는 도서, 출판 기타 인쇄물의 자유로운 유통을 방해하는 여러 가지 장애물을 제거하기 위하여 1948년부터 1978년까지 4가지 협정이나 선언을 채택하기도 했다.

세계인권선언의 채택과정과 그 배경, 유네스코가 그 동안의 취한 조치들을 보면 제27조 제1항은 지식과 정보, 문화콘텐츠가 인간의 존엄성을 유지하기 위하여 누구나 보편적으로 접근하여 이용할 수 있어야 한다는 이상을 담고 있다고 해석된다. 쉘퍼는 주로 지적재산권과의 갈등을 해결할 인권적 개념으로서 '문화와 과학에 대한 권리(Right to Culture and Science)'라고 명명하였는데 이러한 개념은 제27조 제1항에서 정한 개념과의 구별이 쉽지 않다. 이러한 접근과 이용의 권리를 정보문화향유권으로 명명하고자 한다.

정보문화향유권은 지식, 정보, 문화콘텐츠에 접근할 자유, 그것을 이용할 자유, 그리고 그러한 자유의 실질적 보장을 위하여 국가나 공동체에 그러한 자유의 충족을 위하여 적극적 조치를 취할 것을 청구할 자유를 그 내용으로 하는 권리이다. 정보문화향유권은 문화적 산물을 향유할 권리이므로 문화 상품을 소비하고 자신의 표현에 사용할 권리까지 포함한다는 점에서 의사의 자유로운 표현 및 그 표현에 필요한 정도의 정보접근권을 의미하는 표현의 자유보다 더 적극적인 내용을 갖는다. 학문의 자유에는 학문연구의 자유와 연구활동의 자유로서 연구결과발표의 자유가 포함된다.<sup>43)</sup> 정보문화향유권이 학문의 자유와 관련하여 갖는 의미는, 연구와 관련된 정보의 접근과 이용, 연구결과에 있어서 연구자의 자유가 지적

43) 허영, 『헌법이론과 헌법』(제8판), 박영사 pp.540~541

재산권보다 우선적으로 고려되어야 함을 강조하는 데 있다. 또한 학문의 자유의 한 내용인 교수의 자유와 관련하여 강의의 위하여 타인의 창작물을 활용할 자유가 포함되어 있음을 확인한다. 예술의 자유와 관련해서는 예술창작의 자유 중에 타인의 창작물을 활용하고 응용함에 있어 원칙적으로 자유로워야 한다는 점을 강조한다.

따라서 정보문화향유권은 본질적으로 저자의 권리의 한 측면과 긴장관계에 있을 수 있으며<sup>44)</sup> 그 제한원리로 기능할 것이다. 저자의 권리는 일반논평 17에서 지적한 바와 같이 이러한 접근과 이용을 보장하는 정보문화향유권의 촉진과 확대를 위하여 보호되는 권리로서의 의의를 갖기 때문이다.

### 제3장 국내의 제도적 현황 및 쟁점

#### 제1절 국내현황

##### 1. 저작권법의 변천과정

우리나라의 저작권법은 1957년 제정된 이래 18차례 개정을 겪었는데, 주된 개정내용은 미국의 무역 압력이나 다자간 협정에 가입하기 위한 동기로 이루어졌다. 그러나 최근 들어 도입된 ‘특수한 유형의 온라인서비스제공자의 책임’ 규정이나 ‘삼진아웃제’는 국내의 IP업체의 요구를 반영한 자발적인 입법이었다.

레이건 대통령의 슈퍼301조 발동으로 시작된 조사절차가 마무리된 후, 우리 정부는 1986. 7. 21. 미국과 지적재산권보호에 관한 한미협정을 체결하고, 다시 위 협정에 따라 8월 28일 한미지적재산권양해각서를 작성하였다. 이 양해각서를 통해 (i) 외국인 저작물을 국내 저작물과 동일하게 보호하고, (ii) 저작권 보호기간을 종래 저자 생전 및 사후 30년에서 개인의 경우 생전 및 사후 50년, 법인의 경우 발행 후 50년으로 연장하며, (iii) 소프트웨어의 보호를 위하여 컴퓨터 프로그램 보호법을 별도로 입법하여 저작권법과 동일한 수준으로 보호하고, (iv) 음반에 대한 저작인접권을 20년간 보호하며, (v) 세계저작권협약과 제네바 음반조약에 가입하여 개정 저작권법 발효 후 90일 이내에 발효하도록 조치하고, (vi) 개정 저작권법 발효년도 이전 10년 내에 발행된 미국저작물 및 프로그램 보호법 발효년도 이전 5년 내에 창작·발행된 컴퓨터 소프트웨어는 각 개정법 발효일로부터 저작권 기간 만료까지 행정지도를 통해 보호하며, (vii) 음반, 비디오, 영화 및 공연은 현행법을 엄격하게 집행하여 미국저작물의 보호를 강화하기로 약속한다. 이에 따라 저작권법은 제정 이래 1986년 12월 처음 개정되었으며, 동시에 컴퓨터프로그램보호법이 제정되었다.

1994년 1월에는 데이터베이스보호 규정을 신설하고, 저작인접권의 보호기간을 20년에서 50년으로 연장하였으며, 음반제작자와 실연자 등에게 판매용 음반에 대한 대여권을 보장하였다. 1995년 12월에는 트립스협정에 따른 의무이행을 위하여 외국저작물에 대하여 소급보호

44) 저자의 권리가 배타적인 권리가 아니라 사회보험 등 다른 형태를 갖는다면 긴장관계를 형성할 것까지는 없을 것이다.

를 인정하고 단체명의를 저작권과 영상저작권의 보호기간을 공표 후 50년간으로 정하고, 저작권자와 합의가 안 될 경우 문화체육부장관의 승인을 얻어 번역할 수 있도록 했던 번역권 강제허락제도를 폐지하였다. 또한 실연자에게 복제권을 인정하였다.

WCT/WPPT 조약의 가입에 대비하여 2000년 1월 전송권을 신설하고, 종전에 개인적인 사용의 경우 저작권자 허락없이 복제할 수 있던 것을 공중용 복사기에 의한 저작물 복제는 저작권자의 허락을 받도록 '사적 복제'의 범위를 제한하였다. 저작권 침해죄의 형량을 3년 이하의 징역 또는 3천 만원 이하의 벌금에서 5년이하의 징역과 5천만원 이하의 벌금으로 상향조정하였다. 2003년 5월 기술적 보호조치 보호규정 및 온라인서비스제공자의 책임 제한 규정이 신설되었다. 2006년에는 전문개정이 이루어졌는데, 여기는 WCT에서 정한 '공중전달권'에 대응하여 '공중송신권'이 도입되었다. 또한 P2P서비스나 웹하드서비스업체를 규제할 목적으로, '다른 사람들 상호 간에 컴퓨터를 이용하여 저작물 등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제공자를 "특수한 유형의 온라인서비스제공자"라고 정의한 다음 이들에게는 권리자의 요청이 있는 경우 해당 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치를 할 의무를 부과하고 있다. 이를 위반하는 경우 3,000만원 이하의 과태료가 부과될 수 있다.

2009년 7월에는 컴퓨터프로그램보호법과 저작권법이 통합되고, 온라인 상에서 불법복제를 효과적으로 근절한다는 명분으로, 저작권자의 허락없이 저작물을 반복적으로 전송하는 자의 개인 계정의 정지를 명하고, 전송된 저작물을 게시하는 게시판의 서비스 정지를 명할 수 있는 이른바 '삼진아웃제'가 도입되었다.

또한 2008년 한미FTA 협정이 체결되면서 저작권법의 개정을 앞두고 있다. 한미FTA가 국회의 동의를 얻게 되면, 우리 저작권법은 '일시적 저장'을 복제로 인정하고, 저작권의 보호기간을 저작자 사후 70년으로 연장하며, 기존의 이용통제형 기술적 보호조치만 보호하던 것에서 '접근통제형 기술적 보호조치' 보호를 추가하는 등의 대폭적인 개정이 필요하다.

## 2. 저작권법의 헌법적 지위

헌법 제22조는 "모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다(제1항). 저작자 발명가 과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다(제2항)."고 규정하고 있다. 건국 헌법 제14조 후단 저작자, 발명가와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다고 규정한 이래 현행 헌법에까지 계승되었다. 한편 헌법 제23조 제1항은 "모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다."고 규정하고 있다.<sup>45)</sup>

헌법 제22조 제2항의 의의에 관하여, 학문과 예술의 자유를 제도적으로 뒷받침해 주고 학문

45) 재산권 보장 규정 이외에 저작자 등의 권리 보호를 명시한 헌법은 많지 않다. 독일 바이마르 헌법 제158조가 "제1항 정신적 노작과 저작자, 발명가 및 예술가의 권리는 독일국의 보호를 받는다. 제2항 독일의 학술, 예술 및 기술의 창작물은 국가간의 합의에 따라 외국에서도 유효하게 보호되어야 한다."고 규정하고 있었고 건국 헌법이 바이마르 헌법의 영향을 받아 제정되었다는 점에 기초하여 위 조항도 독일 바이마르 공화국 헌법의 영향을 받은 것으로 보는 견해는 박성호, 지적재산권에 관한 헌법 제22조 제2항의 의미와 내용, 한양대학교 법학논총 제24집 제1호, 2007

과 예술의 자유에 내포된 문화국가 실현의 실효성을 높이기 위해서이며 학문과 예술을 발전 진흥시키고 문화국가를 실현시키기 위한 불가결한 수단일 뿐 아니라 학자 발명가 과학기술자 예술가의 지적재산권도 보호한다는 의미도 함께 가지고 있다는 견해가 있다.<sup>46)</sup> 헌법재판소도 헌법 제22조 제2항은 과학 기술의 자유롭고 창조적인 연구개발을 촉진하여 이론과 실제 양면에 있어서 그 연구와 소산을 보호함으로써 문화창달을 제고하려는 데 그 목적이 있는 것”(헌법재판소 1993.11.25. 92헌마87 전원재판부 참조)이라고 하였다.

헌법 제23조의 보호대상인 지적재산권에 대한 특별한 법적 보호의 근거를 마련한 것으로 이해하는 견해도 있다.<sup>47)</sup> 제22조 제2항의 핵심은 저작자, 발명가, 과학기술자, 예술가의 창작행위로부터 발생하는 각 권리를 헌법적으로 보장하는 데에 있다고 보아 지적재산권 중에서 이른바 창작법이 규율하는 저작권, 특허권, 실용신안권, 디자인권 등의 보호에 관하여 규정한 것으로 이해하고, 저작권의 인격적 이익에 관한 보호는 헌법 제10조에 의하여 보호되며, 지적재산권 중에서 영업상의 표지와 같이 인간의 지적 정신적 창작물이 아닌 그래서 그 자체로서는 보호되어야 할 이유를 도출하는 것이 곤란한 상표 등과 같이 표식법의 영역에 속하는 지적재산권은 헌법 제22조 제2항이 아니라 재산권 일반에 관한 보장 규정인 제23조에 의하여 보호된다는 견해도 있다.<sup>48)</sup>

우리 헌법의 제정 이전부터 일본의 저작권법이 시행되고 있었으며 건국 헌법이 독일의 바이마르 헌법의 영향을 받았던 점을 고려하면, 헌법 제22조 제2항은 저작권의 근거규정이라고 볼 수 있을 것이다. 또한 그 권리의 재산적 측면은 헌법 제23조에 의하여도 보장된다고 할 수 있다. 그러나 현재의 저작권법상 인정되는 권리의 모습과 범위가 모두 헌법적 요청인가는 다시 생각할 문제이다. 우리 헌법은 저작자의 권리를 법률로써 보호한다고 하여 입법자에게 재량을 부여하고 있고 재산권 조항도 그 내용과 한계는 입법자가 정하도록 하고 있다. 따라서 저자의 권리를 어떻게 보장할 것인가는 입법 정책의 문제이며, 헌법에서 요구하는 핵심적인 권리의 내용을 침해하지 아니하는 한 온전히 입법자의 재량에 맡겨져 있다. 다만, 다른 입법사항과 마찬가지로 입법자는 헌법상의 다른 기본권과 사회국가원리 및 문화국가원리 등 헌법적 원리를 준수할 의무를 부담한다고 할 것이다.

그렇다면 입법자가 헌법이 위임한 저작자의 권리를 법률로써 구체화하는 데 그 권한의 한계는 무엇인가. 공공재인 지식과 정보에 대하여 저작권을 부여하는 것은 일종의 특권을 인정하는 것이므로 ‘창작성’이 있는 저작물에 대하여만 그 보호가 한정되어야 한다거나 또는 세계인권선언 제27조에서 정한 문화에 대한 권리, 표현의 자유, 정보공개청구권 등의 그 제한 원리로 기능할 수 있다는 지적은 있어왔다. 그러나 지금까지 이에 관하여 구체적인 논의가 진행되지는 않은 것으로 보인다. 세계인권선언 제27조와 이에 대응하는 사회권규약 제15조에 대한 해석과 관련한 국제 사회의 논의 결과를 우리 헌법의 해석에서 적용할 수 있을지 문제된다.

46) 허영, 헌법이론과 헌법(신정8판), 박영사, 2003, 594면

47) 장영수, 『헌법학』 제2판, 홍문사, 2007, 755면

48) 박성호, 위의 글

### 3. 저작권법에 대한 인권적 접근 - 정보문화향유권의 존중

우리 헌법은 세계인권선언이나 사회권규약에서 정한 문화향유권을 명시적으로 규정하지는 않았지만 제10조에서 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을, 제21조에서 표현의 자유를, 제22조 제1항에서는 학문과 예술의 자유, 제34조 제1항에서 인간다운 생활을 할 권리를 규정하고 있는데 이는 기존의 문화적 산물이나 지식에 대한 자유로운 접근과 문화생활에의 참여를 전제로 하여서만 충분히 보장될 수 있는 권리들이다. '지적 자유(intellectual freedom)'가 개인에게로의 정보흐름과 개인으로부터의 정보흐름, 개인에 대한 정보의 흐름에 있어서의 자유가 확보될 때 가능하다고 한 줄리 코헨의 지적은 좋은 참고가 된다. 개인에게로의 정보흐름에 있어 자유란 접근에 있어서의 간섭의 배제를 넘어서서 개인이 최소한의 정보량을 가질 수 있어야 함을 의미한다. 그는 지식과 정보, 문화콘텐츠에 대한 선택의 자유가 보장될 때 지적 자유가 보장된다고 본다. '개인으로부터의 정보흐름에 있어서 자유'도 단지 간섭이 없다는 차원에서 더 나아가 개인이 독자와 청자일 뿐만 아니라 화자와 작가가 될 수 있도록 하는 충분한 수단이 필요하다고 한다.<sup>49)</sup>

따라서 우리 헌법으로부터도 국제인권법상의 문화와 과학에 대한 권리에 내포된 정보문화향유권을 도출할 수 있을 것이다. 뿐만 아니라 우리 헌법 제6조50)에 따라 의하면 사회권규약은 조약으로서, 세계인권선언은 국제관습법으로서 국내법과 같은 효력을 갖는다.

그렇다면 헌법의 해석에 있어서 세계인권선언이 주는 의미는 무엇일까? 앞서 지적한 바와 같이 입법자는 저작자의 권리를 보호하는 입법을 함에 있어서 헌법이 요청한 저자의 핵심적인 권리 내용을 보호하면서도 다른 헌법상의 기본권과 제도적 원리를 침해하지 아니하여야 할 의무를 부담한다. 전자를 입법권한의 내적 한계로, 후자를 외적 한계로 명명하기로 한다. 그렇다면, 내적 한계는 세계인권선언이나 사회권규약에서 정하고 있는 '저자의 권리'와 유사한 내용으로 해석될 수 있다. 헌법상의 저작자의 권리 역시 학문과 예술의 자유를 제도적으로 뒷받침해 주고 학문과 예술의 자유에 내포된 문화국가 실현의 실효성을 높이기 위해서 인정되는 것이므로, 저작자의 권리란 재산적 측면에서는 저작자가 자신의 자유를 누릴 수 있는 물질적 기초를 보장받는다라는 의미로 해석될 수밖에 없다. 따라서 입법자는 저자가 적절한 생활수준을 누리기 위해 필요한 기본적인 물질적 이익을 보장하여야 하며, 그 외 저작물에 대한 정신적 이익을 보장하여야 한다.

외적 한계는 정보문화자유권을 보장하는 각 헌법조항과의 조화로운 해석으로 도출될 수 있을 것이다. 그러한 조화로운 해석을 위하여 먼저 염두에 두어야 할 것은 현행 지적재산권 제도가 당연히 헌법적 지위를 갖는 기본권이 아니라는 점이다. 위 내적 한계를 넘어 재산적 이익을 보장하는 지적재산권은 법률로써 보호되는 재산권에 지나지 아니한다.<sup>51)</sup> 따라서, 학

49) Julie E. Cohen, *Intellectual Property and the Information Economy*, in William Lehr & Lorenzo Pupillo, eds., *Cyber Policy and Economics in an Internet Age* 95-112 (Boston, MA: Kluwer Academic Publishers, 2002)

50) 헌법 제6호 제1항 헌법에 의하여 체결 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.

51) 저작물이나 발명에 대한 보호 방식을 현재와 같이 저작물이나 발명에 대한 배타적이고 독점적인 지배권을 인정할 것이 아니라 손해배상책임을 물을 수 있는 권리로 재규범화해야 한다는 견해는 이러한 입장에서 있

문화활동과 예술활동에 필요한 물질적 기반을 제공받을 권리를 초과하는 지적재산권의 보호 입법은 그 보다 우월적인 기본권인 정보문화향유권을 제한한다는 점에서 신중한 접근을 요한다.

다음으로, 헌법이 보장하는 저자 등의 권리도 세계인권선언이나 사회권규약이 정한 '저자의 권리'와 마찬가지로 정보문화향유권을 확대하고 촉진하는 권리에야 하는 한계가 있다는 점이 인식되어야 한다. 따라서 지금과 같이 저작물이나 발명에 대하여 독점적 권리를 '저작자'나 '발명자'의 권리로 인정하고자 한다면, 모든 저작물이나 발명이 그 보호대상이 되어서는 아니되며 기존의 학문과 예술의 집적체에 누적적으로 기여할 수 있는 지적 산물만이 보호받을 가치가 있을 것이다.<sup>52)</sup> 저작권법이 '창작성' 있는 저작물만을 그 보호대상으로 하고, 특허법이 '신규성, 진보성' 등을 특허의 요건으로 삼고 있는 근거를 여기에서 도출할 수 있다. 따라서 만일 기존의 공유의 영역에 놓인 지식이나 정보를 지적재산권으로 보호하고자 한다면 이러한 헌법적 한계 내에서만 가능하다고 하여야 하고, 헌법 제23조에 의하여 재산권 형성 입법의 재량권한도 그 한계를 준수하여야 한다. 이러한 맥락에서 보면, 창작성과 무관하게 데이터베이스를 저작권법에서 보호하는 것이나 상당한 노력에 의하여 창출되었다고 하여 창작성 유무를 불문하고 온라인디지털콘텐츠에 배타적 권리를 부여하는 것은 헌법상 입법재량의 범위를 일탈한 것으로 일단 추정된다. 또한 유명인의 초상으로 발생하는 경제적 이익을 보장하기 위한 '퍼블리시티권' 역시 창작성 있는 표현이라고 보기는 어려우므로 저작권법으로 이를 규율할 것은 못된다.

마지막으로 지적해 둘 것은, 입법자든 법을 집행하고 해석하는 정부와 사법기관도 저작권의 보호범위를 최종적으로 확정함에 있어서 '정보문화향유권'의 보호를 적극적으로 고려할 필요가 있다는 점이다. 정보나 지식, 문화콘텐츠에 대한 접근과 이용에 대한 권리인 정보문화향유권은 단지 국가가 복지혜택으로 제공하거나 저작권자가 권리를 양보하는 공간에서만 보장되어야 하는 것이 아니며 국가나 제3자로부터 접근과 이용을 간섭받거나 침해받지 아니할 자유를 포함한다. 따라서 저작권의 보호범위를 결정함에 있어서는 정보문화향유권에 내포된 자유권이 과도하게 제한되는 것이 아닌가가 신중하게 고려되어야 한다. 저작권 보호법률의 위헌성 판단에 있어서 자유권의 제한에 대한 기본권 제한심사를 요한다. 즉, 저작권을 폭넓게 보호하려 한다면, 그러한 조치를 통하여 얻을 수 있는 공익(저작권의 보호를 통하여 옹호론자들이 달성할 수 있다고 주장하는 문화의 발전이라는 공익은 그 한 예가 될 것이다)과 정보문화향유권을 제한함으로써 침해되는 이익과의 엄격한 이익형량을 필요로 한다. 그것이 표현의 자유와 관련될 때는 표현의 자유에 대한 엄격한 심사기준이 적용될 수도 있을 것이다. 또한, 저작권침해가 문제되는 구체적인 사건에서는 저작권법상 명시적인 '공정이용'의 범위에 해당되지 않는 경우라도 경우에 따라서는 정보문화향유권이 정당한 항변으로 인정될

---

다고 보인다. 윤중수, "디지털 시대의 저작권과 대안적 보상체제", 『지적재산권』 제25호, 지적재산권법제연구원, 2008. 5.는 거듭된 법적 규제와 사적 접근제어방식으로서의 기술적 보호조치의 도입에도 불구하고 저작물에 대한 권리자들의 배타적 지배는 제대로 목적을 달성하지 못하고 있으며 정당한 보상도 이루어지지 않고 오히려 표현의 자유 등을 제한하는 부작용을 낳고 있다는 점에 주목해서 '손해배상의 원칙'으로 대안적 보상체제를 마련하는 것을 생각해 볼 수 있다고 제안한다.

52) 최병규, "지적재산권과 헌법의 관계", 『지적재산권』 제6호, 지적재산권법제연구원, 2005. 2.

수 있을 것이다.

#### 4. 구체적 사안에의 적용

##### 가. P2P 서비스와 온라인서비스제공자의 책임 범위

###### (1) 논의의 배경

ISP(Internet Service Provider, 인터넷서비스제공자) 또는 OSP(Online Service Provider, 온라인서비스제공자)(이 글에서는 온라인서비스제공자라고 통칭하기로 한다)란 말 그대로 인터넷에 관한 서비스를 제공하는 주체이다. 여기에는 인터넷 접속, 메일, 웹호스팅 등의 서비스뿐만 아니라 콘텐츠가 직접 저장되고 관리될 수 있는 공간이나 전자게시판을 제공하는 서비스도 포함된다. 저작권자가 모든 인터넷이용자들을 상대로 해서 이용허락계약을 체결하거나 소송을 제기한다는 것은 지나치게 많은 거래비용과 법 집행비용을 부담해야 하기 때문에 현실적으로 아주 어렵거나 불가능하다. 따라서 저작권자는 변제능력이 충분한 온라인서비스제공자에게 저작권침해의 책임을 추궁하여 간접적인 효과를 얻으려고 하였다. 온라인서비스제공자의 책임이 부각된 배경이 여기에 있다.<sup>53)</sup>

온라인서비스제공자의 책임범위를 정함에 있어 중요하게 고려하여야 할 것은 무엇일까? 기존의 논의는 대부분 저작(인접)권자들의 콘텐츠산업의 보호와 온라인서비스제공자의 IT산업 보호 사이의 갈등과 조화의 문제로 다루어졌다. 여기서 서비스이용자가 새로운 기술의 혜택을 활용하여 보다 편리하게 소통하고 정보에 접근하며 자신을 표현할 권리는 적극적으로 고려되지 아니하였다. 인터넷 이용자에게 저작권으로 보호되는 저작물을 이용하여 표현하고 소통할 권리는 없다는 것에서 더 나아가 그러한 기술에 의하여 유통되는 정보와 지식이 저작권에 의하여 보호되는 저작물인지가 불분명한 경우에도 저작권의 침해가능성을 우려하여 보다 폭넓게 이용자들의 서비스이용행위를 제한하는 방법이 모색되는 경향이 있다. 아래에서 살펴볼 P2P서비스제공자에 대한 법적 논란이 그 대표적인 사례이다.

###### (2) 입법화 과정

온라인서비스제공자가 제공하는 서비스의 주된 목적과 기능은 정보의 원활한 유통에 있고 서비스이용자들에 의한 저작권 침해는 정보의 복제와 전송을 수반하는 온라인서비스의 기술적 특성으로부터 파생되는 부수적인 현상이다. 그러므로 온라인서비스제공자로 하여금 이용자와 동일한 선에서 책임을 지우는 것은 부당하다. 이러한 상황에서 저작권자나 음반제작자와 같은 저작인접권자와 온라인서비스제공자 사이의 타협 결과가 1998년 미국 디지털밀레니엄저작권법 중 온라인서비스제공자의 책임제한 규정(U.S.C. 제17편 제512조)이다.<sup>54)</sup>

53) 정상조, 박준석, OSP의 기술적 조치에 관한 의무: 소리바다 사건을 중심으로

54) 온라인서비스제공자의 책임이 최초로 문제된 사건은 Playboy Enterprise Inc. v. Frena 사건이다. 이 사건에서 법원은 게시판의 관리자는 이용자가 플레이보이사의 저작물을 게시하여 저작권을 침해한 행위에 대하여 직접적 침해책임을 부담한다고 판시하였다. 그 후 이러한 입장은 Sega Enterprise Ltd. v. MAPHIA 사건에서도 유지되었으나, Religious Technology Center v. Netcom Online Communication Services Inc. 사건의 법원은 네

2003년 개정된 저작권법은 디지털멀레니엄저작권법을 계수하여 온라인서비스제공자의 책임 범위를 정하고 있다. 저작권법에 따르면 온라인서비스제공자는 그 이용자 등의 복제나 전송에 의해서 제3자의 권리가 침해된다는 사실을 알거나(제102조 제1항) 통지받고(제103조) 그러한 복제나 전송을 방지하거나 중단시킨 경우에는 온라인서비스제공자의 책임을 감경 또는 면제할 수 있다. 그리고 온라인서비스제공자가 위법한 복제나 전송을 방지하거나 중단시키려고 했지만 기술적으로 불가능한 경우에는 온라인서비스제공자의 책임이 면제된다(제102조 제2항). 요컨대, 온라인서비스제공자가 이용자에 의한 저작권침해사실을 알면서도 그 침해를 막지 않고 방치한 경우에 온라인서비스제공자에게 공동불법행위의 책임이 있지만, 침해사실을 통지받은 바도 없고 그러한 사실을 구체적으로 알지 못한 경우에는 온라인서비스제공자에게 책임이 없다는 것이다.

2006년 개정된 저작권법은 “다른 사람들 상호 간에 컴퓨터 등을 이용하여 저작물등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제공자”를 “특수한 유형의 온라인서비스제공자”라고 개념 정의하고, 특수한 유형의 온라인서비스제공자로 하여금 권리자의 요청이 있는 경우 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 해야 한다고 규정하고, 그러한 기술적 조치를 취하지 아니한 경우 3000만원 이하의 과태료에 처한다고 규정하고 있다.<sup>55)</sup> P2P, 웹하드 서비스를 통한 저작권 침해에 대한 강력한 규제를 요구해 온 음반 제작자나 영화제작자 등 저작권집권자단체의 이해를 반영한 것이다. 이에 대하여는 온라인서비스제공자에게 저작권을 보호할 기술적 보호조치에 필요한 비용을 부담하게 하는 것은 부당하다는 IT업계의 비판, 이로 인하여 P2P서비스이용자들의 프라이버시 침해가능성과 정보교환이 제한된다는 시민단체의 비판이 있었다.

### (3) P2P 서비스제공자의 책임과 법원의 해석

P2P란 "peer to peer"의 약자로서, 기존의 서버-클라이언트 방식의 수직적 정보전달방식 대신 수평적으로 연결되어 있는 동료들의 컴퓨터로부터 직접 정보를 전달받는 방식을 의미한다. 냅스터는 이와 같은 P2P방식의 정보전달을 가능하게 해주는 소프트웨어이다. 냅스터의

---

트콤 온라인망을 통해 교회를 비판한 서비스이용자에 대해서만 저작권침해를 인정하고 게시판관리자에 대하여는 직접적 침해를 부정하면서 기여책임을 질 가능성만을 인정하였다. 1995년 클링턴 대통령이 설치한 정보기반특별조사회의의 ‘백서’에서 위 넷콤 판결을 비판하면서 게시판 관리자에게 직접적 침해책임을 인정하지 않는 것은 부당하다고 비판하였는데, 이러한 입장을 수용한 것이 1998년 디지털멀레니엄저작권법이다(이동훈, 온라인서비스이용자의 저작권침해와 표현의 자유, 『헌법학연구』 제14권 제2호, 2008. 6.)

55) 특수한 유형의 온라인 서비스제공자에게 기술적 조치의무를 부과하고 그 위반시 과태료를 부과하도록 한 것에 대해서는 개정법안의 통과직전까지도 이견이 있었다. 다만, 개정법안 가운데 기술적 조치의무를 위반한 경우 저작권침해로 간주하지는 입장이나 형사처벌을 부과하지는 입장은 폐기되고, 현행 저작권법은 특수한 유형의 온라인서비스제공자에게 기술적조치의 의무를 부과되 그 의무의 위반에 대해서 과태료를 부과할 수 있는 것으로 그 제재의 수준을 완화한 것이다. 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 경우에는 위법한 복제 및 전송이 많이 발생할 가능성이 있다는 점에서 침해방지를 위한 기술적조치를 충실히 해야 한다고 하는 입법취지는 이해할 수 있지만, 개인기업의 사업모델과 밀접한 관련을 가지고 있는 기술적조치에 대해서 행정부가 개입할 필요가 있는지에 관한 입법론적 의문으로부터 시작해서 많은 해석론적 과제가 남아 있다. 특히, 특수한 유형의 온라인서비스제공자가 취해야 할 기술적 조치의 수준이나 방법은 누가 결정하는 것인지 그리고 만일 최선의 기술적 조치를 취했다면 저작권침해로 인한 책임을 감경 또는 면제받게 되는 것인지 등에 관해서 아무런 언급이 없기 때문에, 해석 및 운영상 상당한 불명확성과 혼란이 초래되고 있다는 평가가 있다(위 정상조, 박준석)

홈페이지에 접속하여 프로그램을 다운로드받아 설치하여 실행시킨 후 찾고자 하는 음악의 이름(title)이나 아티스트의 이름을 입력창에 입력하면 전세계에 연결되어 있는 PC들의 하드디스크 중 찾고자 하는 MP3음악 파일이 있는 곳이 검색된다. 그 중에서 한 곳을 클릭하고 전송(transfer)버튼을 누르거나 더블클릭하기만 하면 내 컴퓨터의 하드디스크로 MP3파일의 전송이 이루어진다. 냅스터의 가입자가 수천만명에 이르게 되자 미국의 A&M Records, Inc, BMG, Poly-gram 등 수십개의 음반업체가 냅스터를 상대로 미국캘리포니아 북부지방법원에 냅스터 서비스를 예비적으로 금지해줄 것을 청구하면서 P2P기술에 대한 법적 논쟁은 시작되었다. 미국에서는 냅스터(Napster)<sup>56)</sup>를 시작으로 에임스터(Aimster)<sup>57)</sup>를 거쳐 그록스터(Grokster)<sup>58)</sup>에 이르는 법적 분쟁이, 우리 나라에서는 소리바다와 관련하여 민사신청사건,<sup>59)</sup> 민사손해배상사건,<sup>60)</sup> 형사사건<sup>61)</sup> 등이 진행되었다. 이 과정에서는 대체로 음반사들의 승소로 이어졌다.

#### (4) 문제점

대법원<sup>62)</sup>은 소리바다 서비스를 통해 MP3 파일을 전송받아 자신의 컴퓨터하드디스크에 전자적으로 저장하는 행위를 저작권법상의 복제행위라고 보고, 다운로드를 받을 때 소리바다 프로그램상 '디폴트'로 설정한(프로그램 사용자가 의식적으로 다운로드 폴더를 변경할 수는 있다) '공유폴더'에 다운로드받아 그냥 방치한 행위를 "MP3파일을 다른 P2P프로그램 이용자들이 손쉽게 다운로드받을 수 있도록 자신의 컴퓨터내 공유폴더에 담아둔 행위"로 평가한 다음 이를 저작권법이 허용하는 '사적 복제'가 아니라고 보아 저작권 침해로 인정하였다. 이에 기초하여 소리바다 서비스 운영자에 대하여는 침해방조죄를 인정하였다. 그러면서 방조범의 성립범위를 매우 폭넓게 인정하였다.<sup>63)</sup> 소리바다 서비스를 통하여 전송되는 파일은 단지 저작권으로 보호되는 저작물에 한정되지 아니한다. 서비스 이용자들이 창작한 저작물이나 기타 정보도 포함되어 있다. 그럼에도 불구하고 대법원은 서비스운영자에게 침해행위에 대한 구체적인 인식은 요하지 아니하고 장래의 복제권 침해행위를 예상하고 용이하게 해주는 경우에도 방조죄 성립을 인정하였다. 이에 대하여는 간통죄와 여관주인의 책임을 거론하

56) A&M Records Inc. v. Napster Inc., 114 F.Supp. 2d896(N.D. Cal.2000), A&M Records Inc. v. Napster Inc., 239 F.3d1004(9th Cir.2001)

57) In re Aimster Copyright Litigation, 252F.Supp.2d634 (N.D.III.2002), In re Aimster Copyright Litigation, 334F.3d643(7th Cir.2003)

58) Metro-Goldwin-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd, 259 F.Supp. 2d1029(2003), Metro-Goldwin-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd, 380 F.3d 1154(9th Cir.2004), Metro-Goldwin-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd, 125S.Ct.686, cert.granted, Dec 10, 2004

59) 수원지방법원 성남지원 2003. 2. 14. 선고 2002카합284판결, 서울고등법원 2005. 1. 12. 선고 2003나21140 판결, 대법원 2007. 1. 25. 선고 2005다11626 판결

60) 수원지방법원 성남지원 2003. 10. 24. 선고 2003가합857 판결, 서울고등법원 2005. 1. 25. 선고 2003나80798 판결

61) 서울지방법원 2003, 5. 15. 선고 2001고단8336 판결, 서울중앙지방법원 2005. 1. 12. 선고 2003노4296 판결, 대법원 2007. 12. 14. 선고 2005도872 판결

62) 대법원 2007.12.14. 선고 2005도872 판결

63) 정범의 복제권 침해행위 중에 이를 방조하는 경우는 물론, 복제권 침해행위에 착수하기 전에 장래의 복제권 침해행위를 예상하고 이를 용이하게 해주는 경우도 포함하며, 정범에 의하여 실행되는 복제권 침해행위에 대한 미필적 고의가 있는 것으로 충분하고 정범의 복제권 침해행위가 실행되는 일시, 장소, 객체 등을 구체적으로 인식할 필요가 없으며, 나아가 정범이 누구인지 확정적으로 인식할 필요도 없다고 판시하였다.

며 과도한 규제라는 비판이 있다. 여관에서 간통행위가 벌어진다는 것을 그 여관주인이 예상할 수 있다고 하여 여관주인에게 부부관계를 확인할 의무나 각 방을 수색할 의무를 부담시킬 수는 없으며 그런 행위를 하지 아니하였다고 하여 여관을 폐쇄하라고 할 수도 없다는 비유를 제기한다.

로렌스 레식은 그의 책 『자유문화』에서 음악파일의 공유에 따른 폐해의 존재 자체에 의문을 제기하면서 나아가 저작권자들이 주장하는 폐해가 실제로 있다고 하더라도 법률적 대응은 신중해야 한다고 지적한다. P2P 서비스 이용유형을 ① CD를 구매하는 대신 P2P서비스를 통해 MP2파일을 획득하는 사람이 있는가 하면, ② CD를 구매하기에 앞서 맛보기로 P2P서비스를 이용하는 유형과 ③ 시중에서 더는 판매되지 않는데도 저작권에 묶여있거나 인터넷 밖에서는 구매하기가 너무 까다로운 콘텐츠를 구하기 위하여 P2P서비스를 이용하는 경우, ④ 저작권이 없는 콘텐츠에 접근하거나 저작권자가 용인하는 콘텐츠에 접근하기 위하여 P2P서비스를 이용하는 경우로 구분한 다음, 법률이 ①을 규제하기 위하여 나머지의 경우까지 함부로 금지하여서는 안 된다고 지적한다. ①의 제거를 얼마나 적극적으로 할 것인가를 결정할 때 나머지 경우의 빈도나 규모를 고려해야 하며, 편익과 해악을 두루 고려해야 한다고 한다. 소리바다서비스 제공자에게 장래에 일어날 수 있는 저작권 침해를 예상할 수 있고 그 침해가 누군가에 의하여 현실화되었다는 이유로 형사처벌을 하게 되면 서비스제공자는 더 이상 ①의 유형뿐만 아니라 나머지 유형의 이용자에게도 서비스를 제공할 수는 없을 것이다. 그런데 대법원의 판결에서 그 나머지 유형의 이용자들의 정보공유향유권이 제한된다는 해악이 고려되었다는 흔적을 찾기 어렵다.

서울고등법원은 소리바다5 가처분 사건<sup>64)</sup>에서는 소리바다5 서비스운영자는 저작권법에서 정한 특수한 유형의 온라인서비스제공자에 해당한다고 판단하고, 따라서 기술적 보호조치를 취할 의무를 부담하는데, 소리바다5 서비스운영자가 ‘소극적 필터링 방식’을 취한 것은 그 의무를 다한 것이 아니라고 하여 ‘적극적 필터링 의무’를 요구하였다. 적극적 필터링을 강제한다면, 저작권자가 그 유통을 허용한 음원파일만이 P2P서비스를 통해 교환될 수 있기 때문에 저작권자가 스스로 자유로운 음원의 공유를 원하는 이용자제작콘텐츠(UCC)의 유통까지도 억제할 위험이 있다는 비판이 있다.

온라인서비스제공자의 책임 범위를 정하는 것은 이용자의 인터넷 이용 방법과 표현의 자유<sup>65)</sup>를 규정하는 효과를 갖는다. 새로운 기술에 의하여 확대된 정보의 교환과 소통의 가능성, 즉 과학기술의 진보로부터 혜택을 받을 모든 사람의 권리도 고려되어야 한다. 정보문화향유권은 아직 형성 중에 있는 인터넷 기술과 저작권의 보호 범위 사이의 불명확한 영역에서 우리가 가야 할 방향을 설정할 수 있을 것이다. 법원의 해석방법은 지나치게 저작권단체의 입장에만 경도되어 이러한 인권적 가치를 반영하지 못하고 있다.

#### 나. 기술적 보호조치

64) 서울고법 2007.10.10. 자 2006라1245 결정

65) 표현의 자유와 저작권의 갈등 문제로 보는 견해는 이동훈, 온라인서비스이용자의 저작권침해와 표현의 자유, 『헌법학연구』 제14권 제2호, 2008. 6

(1) 기술적 보호조치의 의의

기술적 보호조치(TPMs, Technological Protection Measures)란 일반적으로 저작자 등 권리자가 자신의 저작물의 보호를 위한 자구의 수단으로 강구하는 기술적인 통제장치를 말하는 것이다. 본래 기술적 보호조치는 권리가 사적으로 설치한 ‘울타리’와 같은 것인데, 저작권법은 그 울타리 내의 저작물을 보호하는 데 그치는 것이 아니라 울타리 자체까지도 보호대상으로 포함시키기에 이르렀다. 저작권자는 이제 저작권법에 의한 보호, 기술적 보호조치에 의한 보호(곧 기술적 보호조치 자체에 의한 저작권의 보호), 기술적 보호조치의 무력화를 금지하는 저작권법에 의한 보호라는 3중의 보호를 받게 되었다.

기술적 보호조치는 우선 보호 목적에 따라 접근통제조치(access control, gatekeeper)와 이용통제조치(copy control, use control : 복제통제 등 기술적 보호조치)로 나눌 수 있다. ① 접근통제조치는 저작권의 침해와 관계없이 저작물への 접근 자체를 통제하기 위한 기술적 보호조치로서, 주로 암호화 기술(encryption)이나 스크램블링(scrambling) 기술이 사용된다. ② 이용통제조치는 저작물への 접근 자체를 제한하는 것은 아니지만 복제나 사용을 통제함으로써 저작권의 침해행위를 방지하는 기술적 보호조치로서, 예를 들면 프로그램설치(install)나 복제를 일정한 횟수로 제한하는 장치, 복제시 복제물의 질을 현저하게 저하시키는 장치, 일정한 기한 후에는 사용할 수 없게 하는 장치, 특정한 시스템에서만 작동되도록 하는 장치 등을 말한다.

기술적 보호조치를 보호하는 입법적 방법으로는, ① 기술적 보호조치를 무력화하는 행위(제거, 변경, 무력화 등 포함) 자체를 금지하는 입법(‘무력화행위금지’), ② 기술적 보호조치를 무력화하기 위하여 사용되는 도구(기술, 서비스, 제품, 장치 또는 그 주요부품 등)의 거래행위(제공, 제조, 수입, 양도, 대여, 전송 등)를 금지하는 입법(도구의 거래금지, ‘무력화예비행위금지’)으로 구분된다.

(2) 국내 저작권법과 개정안

현행 저작권법 제2조 28호는 기술적 보호조치를 ‘저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리에 대한 침해 행위를 효과적으로 방지 또는 억제하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 얻은 자가 적용하는 기술적 조치’라고 정의하고, 제124조 제2항은 ‘정당한 권리 없이 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 기술적 보호조치를 제거 변경 우회하는 등 무력화하는 것을 주된 목적으로 하는 기술 서비스 제품 장치 또는 그 주요 부품을 제공 제조·수입 양도 대여 또는 전송하는 행위는 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 본다.’<sup>66)</sup>라고 규정한다.

앞서 본 바와 같이 한미 FTA 협상에는 접근통제(access control)를 위한 기술적 보호조치의 보호가 포함되어 있다. 즉, 저작물, 실연, 음반이나 기타 보호대상에 대한 접근을 통제하는 기술적 보호조치의 무력화를 금지함으로써 접근통제조치(행위금지 및 도구의 거래금지)를

66) 제136조는 업으로 또는 영리를 목적으로 제124조 제2항의 규정에 따라 침해행위로 보는 행위를 한 자에 대한 형사처벌을 규정하고, 제140조 단서로 친고죄 대상에서 제외하고 있다.

인정한 것인데, 다만, 고의 또는 과실을 요건으로 삽입하여 유럽연합의 저작권지침이 위반자가 기술적 보호조치를 좌절시키는 것에 대한 고의나 과실을 요건으로 하고 있는 점과 같으며, 미국의 DMCA와 상이하다.

이에 따라 저작권법 개정안<sup>67)</sup> 제2조 제28호는 “기술적 보호조치”를 ‘가. 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리에 의하여 보호되는 저작물 등에의 접근을 효과적으로 통제하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 얻은 자가 적용하는 기술□장치 또는 부품. 나. 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리에 대한 침해 행위를 효과적으로 방지□억제하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 얻은 자가 적용하는 기술□장치 또는 부품’으로 정의하여 특히 가항으로 접근통제조치를 신설하고 있고, 개정안 제104조의 2는 기술적 보호조치 무력화 금지에 대하여 규정하고 있다.

### (3) 문제점

점점 더 보호의 정도가 강하여지고 있는 기술적 보호조치에 대하여는 몇가지 심각한 우려가 제기되고 있다. 즉, 저작권법이 오랜기간 그 목표인 ‘문화발전’이라는 공익을 추구하면서 저작권자의 보호라는 사익보호와 균형을 오랜 기간 이루어 왔는데, 기술적 보호조치의 등장으로 그 균형이 깨어졌다는 것이다. 구체적으로 첫째, 기술적 보호조치가 부가된 저작물은 저작권 보호기간이 경과된 후에도 저작권자가 계속 해당저작물에 대한 독점적 권리를 향유할 수 있다. 둘째, 저작권법은 일정한 수준의 창작성 있는 콘텐츠만을 보호하고 있는데 그에 미치지 못하는 창작물이 기술적 보호조치에 의하여 보호된다면 이는 저작권법이 예정한 범위를 벗어난 것이다. 셋째, 저작권법은 일정한 경우 보호받는 저작물의 자유로운 이용을 보장하고 있는데 기술적 보호조치가 부가되면 이용목적, 주체 등과 무관하게 일괄적으로 이용이 제한된다.<sup>68)</sup> 특히 이론적으로는 기술적 보호조치가 저작권보호와는 별개의 독립한 보호체제로 정립되어간다는 의미에서 법적 성격에 대한 논쟁이 있고, 또 표현의 자유 등 기본권과의 충돌문제가 논의되고 있다.

기술적 보호조치에 관한 입법에 대하여도 정보문화향유권의 제한에 관하여 비례원칙에 따른 위헌심사를 할 수 있다. 특히 접근통제형 기술적 보호조치 규정은 기존의 저작권법이 허용하던 ‘접근’에 대한 권리를 이용자로부터 저작권자에게 이전하는 조치이다. 기존의 저작권 체계에 대하여 이미 인센티브로서의 효용론이 의문시되고 있으며 정보에의 접근과 이용이 부당하게 제한된다는 비판이 있어 온 터에 이러한 조치를 정당화시킬 공익을 어떻게 발견할 수 있을 것인지 의문이다. 따라서 접근통제형 기술적 보호조치는 정보문화향유권의 침해라는 비판에서 자유로울 수는 없을 것이다.

67) 개정안 입법이유 : 기술적 보호조치(안 제104조의2) (1) 온라인을 통한 불법 복제물 등의 유통이 급격하게 증가하여 저작권산업에 미치는 영향이 심각함에 따라 이에 대한 방안 마련이 필요. (2) 접근통제적 기술적 보호 조치를 제거□변경□우회하는 등 무력화행위를 금지하되, 지나친 접근통제 조치는 공정하게 저작물을 이용하려는 사람들까지 접근을 제한하게 되어 저작물의 공정한 이용을 저해할 우려가 있는 바, 예외조항을 구체적으로 열거함. (3) 이용통제적 기술조치만으로 보호할 수 없었던 불법 복제물의 증가 및 유통을 접근통제적 기술 조치를 추가함으로써 이를 원천적으로 억제□방지할 수 있을 것으로 기대됨.

68) 강태욱, ‘PS2-Modchip사건’을 통해 바라본 기술적 조치의 보호범위, 2006년 한국디지털재산법학회 하계정기 세미나(2006. 6. 30.)

## 다. 보호기간의 연장

### (1) 입법동향

저작권은 초기 앤어왕법으로 14년의 보호기간만이 인정되었으나, 이제 우리 저작권법에서는 저작자의 사후 50년까지 보호받고 있으며, 향후 한미FTA협정이 국회의 동의를 받게 되면 저작자 사후 70년까지 연장된다. 유럽과 미국의 경우 이미 그와 같이 연장되었음은 앞서 본 바와 같다.

### (2) 미국의 위헌논쟁<sup>69)</sup>

미국에서 저작권의 보호기간을 50년에서 70년으로 연장하는 ‘소니보노법’이 통과되자, 표현의 자유 침해라는 주장이 제기되었다. 이러한 논쟁은 *Eldred v. Ashcroft* 사건에서 구체적으로 진행되었다. 이 사건의 원고 중 한 사람인 Eric Eldred는 저작권의 보호기간이 만료되어 공유영역에 놓인 책을 인터넷에서 무료로 제공하는 인터넷사이트인 Eldritch Press라는 회사를 운영하고 있는데 소니보노법 때문에 50년의 보호기간이 만료될 예정이던 책들이 추가로 저작권의 보호를 받게 되자, 위 법은 연방헌법의 저작권 조항의 ‘일정한 기간’ 제한과 수정헌법 제1조 표현의 자유 규정에 위반된다고 사법심사를 청구하였다.

보호기간 연장에 찬성하는 논거는 다음과 같다. 유럽이 이미 70년으로 연장했으므로 상호주의 원칙상 이들과 동등하게 경쟁하기 위하여 필요하다. 또한 창작유인 효과는 장래에 창작될 저작물의 보호기간 연장뿐만 아니라 기존 저작물의 보호기간 연장에서도 나타난다. 인간의 수명이 연장되었기 때문에 저작권자의 자손을 보호하기 위하여 더 긴 보호기간이 필요하다. 나아가 기술의 발달로 저작물의 생명력이 길어졌기 때문에 장기간의 보호가 필요하다. 또 오랜기간 동안 저작물을 보호하면, 저작물의 훼손을 방지하여 문화를 보존하는 효과도 있다고 한다.

반면, 반대론자들은 유럽의 경우 자연권 전통으로 인하여 저작권 보호기간 연장과 관련하여 공적 비용에 관한 신중한 접근이 없었으므로 그대로 따를 것이 못된다고 주장했다. 또한 자손을 보호한다고 하지만 저작권이 양도될 수 있다는 점을 간과한 것이고, 저작권이 곧바로 자손을 보호하는 논리로 연결되지도 않으며, 기존 저작물에 대한 보호기간의 연장은 창작유인효과도 기대하기 힘들다고 지적한다.

연방대법원의 다수의견은 70년으로 연장한 것이 영구적인 저작권을 창설한 것은 아니고 기간연장의 혜택을 허용해 왔던 항상적인 의회의 역사적 관습을 따른 것으로서 ‘일정기간 제한’에 위반되지 않고, 저작권법은 표현만을, 표현의 자유는 사상을 보호하는 것으로 사상 표현이분법과 공정이용항변을 통하여 저작권법은 표현의 자유와 조화를 이루기 위한 장치를 담고 있다고 하여 원고의 주장을 배척하였다. 소수의견으로 Stevens 대법관은 의회가 반복적으로 소급하여 보호기간을 연장한 관행은 위헌이라고 보았고, Breyer 대법관은 소니보노

69) 이영록, 『저작권 보호기간의 헌법적 한계에 관한 연구』, 연세대학교 대학원 논문, 2004.

법의 경제적 효과는 저작권을 사실상 영구적으로 만드는 것이라고 보고 그 효과는 결국 과학의 진보를 억제하는 것으로 의회의 입법권한의 한계를 벗어난 것으로 보았다.

### (3) 문제점

저작권의 보호기간 연장으로 인하여 지식, 정보, 문화콘텐츠에 대한 접근과 이용에 관한 정보문화향유권이 제한된다면, 그 제한을 정당화할 공익적 근거가 명확하지 않는한 과도한 보호기간 연장은 위헌이라는 판단을 면하기 어려울 것이다. 미국의 경우 포브스지가 2004. 10. 14. 발표한 바에 의하면, 디즈니사의 미키마우스의 캐릭터 매출은 연간 6조원을 넘는다. 당시 우리나라 전체 영화산업 1년 총매출의 2배가량 되는 엄청난 규모이다. 미국은 1조원 이상의 매출을 올리는 블록버스트 캐릭터가 6개나 된다. 캐릭터뿐만 아니라 미국의 저작권 산업의 규모도 엄청나다. 2002년 미국 저작권 관련 산업(도서, 신문, 영화, 음악, 텔레비전 방송물, 컴퓨터 프로그램 등)이 미국의 GDP에서 차지하는 비중은 약 6%이며 총액은 6,266억 달러이다. 이는 호주, 아르헨티나, 네덜란드, 대만의 총 GDP를 넘는 규모이다. 2002년 당시 한국의 GDP는 5,469억 달러로, 한국의 국내총생산보다 약 800억 달러나 더 큰 엄청난 규모이다. 수출량도 2002년에 892.6억 달러로, 화학, 식품, 육류, 자동차, 항공기 등의 다른 산업 분야를 앞선 것으로 나타났다. 또한, 문화관광부가 펴낸 “문화산업백서 2005”에 따르면, 전세계 문화콘텐츠 산업의 40%를 미국이 차지하며 군수산업과 함께 미국 경제를 이끄는 양대 산업으로 문화 산업을 꼽고 있다. 그래서 미국은 문화콘텐츠의 세계시장 장악을 위해 국가적 차원에서 총력을 다하여 저작권의 보호를 강화하고 각국에 이를 강제하기 위한 노력을 하고 있다. 미국이 왜 저작권 기간을 연장하려고 하는지, 왜 소니보노법이 미키마우스법이라고 불리는 지는 더 설명을 요하지 않는다.

미국에서는 저작권 보호를 강화할 공익적 근거가 있다는 뜻이 아니다. 결국 미국이 달성하려고 하는 것은 저작권 관련 자본의 살찌우기이며 이것이 가져줄 공익이라는 것이 무엇인지는 쉽게 상상이 되지 않는다. 우리가 국제적인 보호수준을 따라간다는 것으로는 헌법적 정당성을 찾을 수 없다는 점만 지적해 둔다.

## 라. 삼진아웃제

### (1) 제도의 의의

2009. 4. 22. 개정된 저작권법에는 소위 ‘삼진아웃제’를 규정한 제133조의 2가 신설되었다. 이에 따라 문화체육관광부장관은 정보통신망을 통하여 저작권법에 의하여 보호되는 권리를 침해하는 복제물 또는 정보, 기술적 보호조치를 무력하게 하는 프로그램 또는 정보(불법복제물 등)가 전송되는 경우, 일정한 절차를 거쳐 온라인서비스제공자에게 불법복제물 등의 복제 전송자에 대한 경고 및 불법복제물 등의 삭제 또는 전송 중단을 요청할 수 있게 되었고, 또한 위 경고를 3회 이상 받은 복제 전송자가 불법복제물 등을 전송한 경우에 온라인서비스제공자에게 6개월 이내의 기간을 정하여 해당 복제 전송자의 계정(이메일 전용계정은

제외)을 정지할 것을 명할 수 있다.

이 법 제133조의 3에 의하면, 문화체육관광부 산하의 저작권위원회는 온라인서비스제공자의 정보통신망을 조사하여 불법복제물 등이 전송된 사실을 발견한 경우에는 이를 심의하여 온라인서비스제공자에 대하여 불법복제물 등의 복제 전송자에 대한 경고 및 불법복제물 등의 삭제 또는 전송 중단, 반복적으로 불법복제물 등을 전송한 복제 전송자의 계정 정지 등의 시정조치 권고를 할 수 있다고 정하고 있다.

### (2) 프랑스의 위헌판결

2009년 6월 프랑스 헌법위원회는 이와 비슷한 삼진아웃제 규정에 대해 위헌판결을 내렸다. 위헌판결의 요지는 네 가지로 정리된다. 첫째, 삼진아웃제는 1789년 프랑스 인권선언에서 보장하는 표현과 통신의 자유를 침해하는데, 이 기본권의 범주에 인터넷 접속권이 포함된다. 둘째, 행정기관이 형사처벌의 성격을 띤 제재를 가하는 것은 권력분립의 원칙에 위배된다. 셋째, 의회는 저작권 및 저작권접권을 보호하기 위해 행정기관에 인터넷 접속권을 제한하는 권한을 위임할 수 없다. 넷째, 삼진아웃제는 재판에서 유죄가 확정될 때까지는 무죄로 추정하는 프랑스 인권선언 조항에 위배된다. 의회가 형사사건에서 유죄추정을 할 수 없다는 원칙이다. 삼진아웃을 면하기 위해 인터넷 사용자가 무죄를 증명하는 증거를 제시하는 것은 입증책임이 뒤바뀐 것이다.

### (3) 문제점

국내법은 프랑스법에 비하여도 위헌의 소지가 크다. 첫째, 프랑스법은 행정기관이 정지시킬 수 있는 것은 저작권법 상습위반자의 인터넷 계정만이고 게시판 서비스는 법원 판결에 의해서만 정지가 가능하다. 둘째, 프랑스법은 인터넷 통신서비스를 차단하나 인터넷 부가서비스(인터넷전화 및 인터넷TV)의 사용에는 아무런 제재가 없다. 국내법은 해당 온라인서비스 제공자의 이메일 전용계좌를 제외한 나머지 인터넷서비스 이용을 제한한다.

정부는 “온라인을 통한 불법복제물 유통으로 문화산업이 존폐의 위기에 있”고, “경고 삭제 명령은 필요 최소한의 조치로서 신속하게 내려야 하므로 요건을 간소화할 필요가 있”다고 주장한다. 또한 “저작권자가 자신의 저작물에 대한 모든 침해행위를 검색하여 삭제 요청을 하는 것은 투입되는 시간과 노력을 고려할 때 현실적으로 불가능”하다고 주장하고 있다. 인터넷 접속 자체를 제한하는 극단적 조치에 의한 정보문화향유권의 침해를 정당화할 수 있는 충분한 근거가 제시되었다고 할 수 없다.

## 참고문헌

- 고세일, “저작인격권에 대한 비교법 고찰”, 『안암법학』 26호, 2008. 4.
- 국가인권위원회, 『유엔 인권조약 감시기구의 일반논평 및 일반권고 . 1 : 경제적 사회적 및 문화적 권리위원회』, 2006.
- 김윤명, “접근권과 저작권 남용”, 『인터넷 법률』 제47호, 법무부 법무심의관실, 2009. 6.
- 김윤명, “퍼블릭도메인의 이해를 위한 개략적 고찰”, 『창작과 권리』 제49호, 세창출판사, 2007. 겨울.
- 김재원, “지적재산권의 법철학적 재검토”, 『경남법학』 제15집, 경남대 법학연구소, 2000.
- 김정오 신동룡, “저작권의 형성과정에 관한 역사적 고찰” 김지수 교수 정년기념논문집, 2003. 5.
- 김학대, “법률해석의 한계-판례에서 나타난 법해석방법론에 대한 비판적 고찰”, 『외법논집』 제22집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2006. 5.
- 남형두, “저작권의 역사와 철학”, 『산업재산권』 제26호, 2008.
- 남희섭, “디지털저작물과 이용자의 권리”, 정보통신정책연구원 주관 디지털저작물과 이용자의 권리에 관한 정책토론회 발제문, 2003. 10. 2.
- 남희섭, “무역자유화와 저작권 제도”, 서울대 기술과 법센터 창립 3주년 기념 세미나 토론문 2006. 4.
- 이규홍, 『저작권법상 기술적 보호조치의 법적 보호에 관한 연구』, 연세대학교 박사학위논문, 2009. 2.
- 윤종수, “디지털 시대의 저작권과 대안적 보상체제”, 『지적재산권』 제25호, 지적재산권법제연구원, 2008. 5.
- 법무부, 『국제인권규약과 개인청원』 법무자료 195집
- 박덕영 이일호, 『국제저작권과 통상문제』, 세창출판사, 2009.
- 박성호, 정보공개제도와 저작권법의 관계, 『JURIST』 제381~382권, 청림인터랙티브(주), 2002.
- 박성호, “지적재산권과 정보공유”, 『계간 저작권』 64호 겨울호, 저작권심의조정위원회, 2003. 12.
- 박성호, “지적재산권에 관한 협법 제22조 제2항의 의미와 내용”, 『법학논총』 제24집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2007.
- 박성호, “카피레프트(Copyleft)와 정보공유운동의 방향”, 『디지털재산법연구』 제1권 제1호, 한국디지털재산법학회, 2001.
- 박찬훈, “국제인권조약의 국내적 효력과 그 적용을 둘러싼 몇 가지 고찰”, 『법조』 56권 6호 (통권609호), 2007. 6.
- 박찬훈, “국제인권법에서 바라본 사회권의 법적 성격- 사회권에서의 국가의 의무를 중심으로”, 『인권과 정의』 364호, 대한변호사협회, 2006. 12.
- 박찬훈, “사회권규약선택의정서의 내용과 의미에 관한 소고”, 『인권과 정의』, 2009. 4.
- 서환주, “특허권 강화와 지식의 사유화-미국의 특허개혁을 중심으로”, 『지식재산논단』 제1권 제1호, 2004.
- 손승우, 디지털 저작권보호의 확대경향과 공정한 경쟁, 『상사판례연구』 19집 1권, 한국상사판례학회, 2006. 3.

- 이동훈, “온라인서비스이용자의 저작권침해와 표현의 자유”, 『헌법학연구』 제14권 제2호, 2008. 6.
- 이영록, 『저작권 보호기간의 헌법적 한계에 관한 연구』, 연세대학교 법학박사학위논문, 2004.
- 이재환, “인터넷상의 공정이용의 문제”, 『인터넷과 법률』 법문사, pp.310-325, 2002.
- 장영수, 『헌법학』 제2판, 홍문사, 2007, 755면
- 장하준, 『사다리걸어차기』, 2002
- 전광석, “국제사회보장법의 성립 및 전개”, 『한림법학 FORUM』 제7권, 한림대학교 법학연구소, 1988.
- 정상호 박준석, “OSP의 기술적 조치에 관한 의무: 소리바다 사건을 중심으로”, 『Law & technology』 제4권 제1호, 서울대학교 기술과법센터, 2008. 1.
- 최병규, “지적재산권과 헌법의 관계”, 『지적재산권』 제6호, 지적재산권법제연구원, 2005.02.
- 허영, 『헌법이론과 헌법』(신정11판), 박영사, 2006, 594면
- 로렌스 레식, 『자유문화』
- 야누스 시모니데스(Janusz Symonides), “유네스코와 세계인권선언”, 『인권이란 무엇인가』, 유네스코한국위원회 엮음, 도서출판 오름, 1995.
- Audrey R. Chapman(American Association for the Advancement of Science (AAAS)), *Approaching Intellectual Property as a Human Right: Obligations Related to Article 15(1)(c)*, UN문서번호 E/C.12/2000/12, 2000. 10. 3.
- Hoe Lim, *Trade and Human rights: What's issue?*, UN 문서번호 E/C.12/2001/WP.2, 2001. 4. 10.
- Joseph Stiglitz, *Knowledge as a Global Public Good*, International Intellectual Property in an Integrated World Economy, F. Abbot, T. Cottier, and F. Gurry, eds., Aspen Publishers, 2007.
- Joost Smiers, *The Abolition of Copyright: Better for Artists, Third World Countries and the Public Domain*, Gazette Vol. 62(5), pp. 379-406, 2000. 10.
- Joost Smiers, *No Copyright and Domination of Cultural Markets*, UN 문서번호 E/C.12/40/6
- Julie E. Cohen, *Intellectual Property and the Information Economy*, in William Lehr & Lorenzo Pupillo, eds., *Cyber Policy and Economics in an Internet Age* 95-112 (Boston, MA: Kluwer Academic Publishers, 2002)
- Laurence R. Helfer, *Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence?*, 5 MINN. INTELL. PROP. REV. 47, 2003, <http://mipr.umn.edu/archive/v5n1/Helfer.pdf>
- Lea Shaver, *The Right to Science and Culture*, <http://ssrn.com/abstract=1354788>, 2009.
- Mark A. Lemley, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, Texas Law Review, Vol. 83, p. 1031, 2005, <http://ssrn.com/abstract=582602>
- Philippe Culler, *Human Rights and Intellectual Property Rights: Need for a New Perspective*, International Environmental Law Research Centre Working Paper, 2004. 4. <http://www.ielrc.org/content/w040.pdf>
- Susan K. Sell, *Books, Drugs and Seeds: the Politics of Access*, 2006.
- Susan K. Sell, *Power and Ideas: North-South Politics of Intellectual Property and Antitrust*, 107-174(1998)

Yvonne Donders, *The Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and its Applications*, 2007. <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001586/158691e.pdf>

Yvonne Donders,, Right to Take Part in Cultural Life(article 15(1)(a) of the Covenant), UN 문서번호 E/C.12/40/13

Raymond Shih Ray Ku, *The Creative Destruction of Copyright : Napster and New Economics of Digital Technology*, The University of Chicago Law Review, 2002, pp.263~324