

NFT콘텐츠 거래의 법적 쟁점에 대한 고찰

김현경*

【목 차】

I. 서론	
II. NFT의 개념과 가치	
1. NFT의 개념과 특성	
2. NFT의 가치 속성	
III. NFT적용법리 분석 : 저작권을 중심으로	
1. NFT콘텐츠의 저작권 유형	
2. NFT생성	
3. NFT콘텐츠 유통	
4. 기타	
IV. 라이선스 법리의 한계와 과제	
1. 현행법상 디지털 콘텐츠의 거래 법리 : 라이선스	
2. 라이선스의 한계	
3. 법적 과제	
V. 결론	

【국 문 요 약】

최근 Beeples의 예술작품에 연결된 NFT의 고가 거래, 음원·트윗의 NFT경매 등 NFT에 대한 인지도와 관심이 높아지고 있다. NFT는 특정 디지털콘텐츠의 저렴한 무한 복제를 제한하고 해당 콘텐츠에 ‘유일성’을 부여함으로써 디지털콘텐츠가 라이선스의 한계를 벗어나 사적 재산으로 거래될 수 있는 가능성을 제시하고 있다. 따라서 NFT가 표방하고 있는 거래의 기본 구조는 기존 디지털콘텐츠 거래와는 달리 일단 판매된 NFT에 대해 판매자(舊소유자)가 더이상 통제할 수 없고 구매자(新소유자)가 NFT 콘텐츠에 대한 완전한 처분 권능을 가진다는 것이다. 그러나 현행 법상 NFT에 적용되는 법적 환경은 소유권에 기한 처분권능의 이전이 아닌 여전히 지적재산 라이선스다. 즉 NFT거래 당사자의 진정한 의도는

* 서울과학기술대학교 IT정책전문대학원 부교수, 법학박사.

‘소유’를 표방하고 있으나 실제 법적 취급은 ‘라이선스’로 이루어지고 있다. 이러한 시장과 규범의 괴리는 결국 소비자 혹은 최종 이용자에게 불측의 손해를 야기할 수 있다. 따라서 본 고에서는 NFT거래에 적용되어야 할 적합한 법적 과제를 도출하기 위해 저작권 유형과 NFT생성 및 유통에서 적용되는 저작권 쟁점을 검토하였다. 그리고 NFT 거래의 진정한 의도를 반영하고 콘텐츠 최종 구매자의 거래 안전을 보호하기 위한 법적 과제를 다음과 같이 도출하였다. 우선, NFT거래에 대하여는 일반적 재산의 거래 법리를 제한적으로 적용할 필요가 있다. 또한 소비자에게 거래의 중요한 맥락과 실체를 명확히 고지하고, NFT에 연결된 콘텐츠의 검증과 진본성 확인을 보증하는 등 기존의 소프트웨어 라이선스 중심의 거래관행에서 고려되지 못하였던 NFT이용자 혹은 소비자에 대한 기본적인 권리의 확보가 필요하다.

I. 서론

최근 디지털 콘텐츠의 거래에서 NFT(Non-Fungible Token, 대체 불가능한 토큰, 이하 NFT라 한다)에 대한 인지도와 관심이 높아지고 있다. 미국 디지털 아티스트 Mike Winkelmann(Beeple)의 NFT 작품이 Christie의 경매장에서 \$69,346,250에 판매된 사례는 이미 너무나 자주 회자되었다. 시각적 디지털 콘텐츠 뿐만 아니라 음원 역시 NFT형태로 거래되고 있다. DJ 3LAU와 같은 아티스트는 그의 앨범 Ultraviolet의 3주년을 기념하기 위해 33개의 NFT를 경매하였는데 24시간 만에 1,100만 달러 이상을 벌어들였다. 앨범에는 지금까지 들어본 적 없는 곡들이 수록되어 있었다.¹⁾ 하물며 법으로 독점배타권을 부여하는 지식재산에 해당 되지 않는 단순 디지털콘텐츠의 경우에도 NFT거래의 대상이 되고 있다. 트위터 CEO Jack Dorsey가 NFT로 첫 트윗을 판매하였는데 그 트윗은 2006년 3월 21일에 처음 작성된 "그냥 내 트윗을 설정 중입니다"라고 쓰여 있는 문구였다. 해당 트윗은 1,630.58이더(ether)에 판매되었으며, 이는 290만 달러에 해당하는 암호화폐이다.²⁾

1) 3 CEO Magazine 'Dorsey sells first tweet and gives US\$2.9 million to charity', <https://www.theceomagazine.com/business/news/nft-dorsey/> (2021.7.26. 최종확인).

NFT거래의 기본 개념은 NFT에 연결된 콘텐츠가 거래된 경우, 일단 판매된 NFT에 대해 기존의 판매자(舊소유자)가 더이상 통제할 수 없고 구매자(新소유자)가 원하는 대로 해당 NFT가 가지는 콘텐츠의 가치를 사용·수익·처분할 수 있음을 즉 구매자가 유체물과 유사한 소유권을 가지게 됨을 의미한다. “우리는 디지털 자료를 많이 가지고 있지만 결코 실제 소유한 적이 없다”는 NFT의 대표적 홍보문구는 그간 디지털콘텐츠의 이용방식인 ‘라이선스’의 한계를 ‘소유’를 통해 NFT가 해결하고자 한다는 것을 명확히 보여준다.

그러나 현행법상 NFT에 적용되는 법적 환경은 소유권에 기한 처분권능의 이전이 아닌 여전히 지적재산 라이선스다. 지적재산권자는 복제본의 이용자 해당 복제본을 사용하거나 처분할수 있는 방법을 지정하는 권한을 여전히 보유한다. 구글플레이에서 구매한 영화와 아마존에서 구입한 전자책이 라이선스에 의해 이용될 뿐이며 소유될 수 없는 법리가 NFT 거래의 법적 기초다. 그러나 NFT콘텐츠는 기존의 디지털 콘텐츠와는 달리 ‘대체 불가능’, ‘원본증명’등을 통해 디지털콘텐츠를 사적 재산과 유사하게 다룰 수 있는 속성을 부과한다. 이러한 속성을 이용해 NFT거래는 ‘소유’를 표방하고 있으나 즉 사적 재산의 거래로 여겨지고 있으나 실제 법적 취급은 라이선스로 이루어지고 있다. 즉 시장과 규범의 괴리다. 이러한 괴리는 결국 소비자 혹은 최종 이용자에게 불측의 손해를 야기할 수 있다. 따라서 본 고에서는 NFT의 개념과 속성을 검토한 후(Ⅱ), 대표적 IP법인 저작권법을 중심으로 NFT적용법리를 분석하고(Ⅲ), 이러한 라이선스 중심의 법리적용의 한계과 법적 과제를 도출(Ⅳ)하고자 한다.

Ⅱ. NFT의 개념과 가치

1. NFT의 개념과 특성

2) CNBC ‘Twitter CEO Jack Dorsey’s first tweet NFT sells for \$2.9 million’, <https://www.cnbc.com/2021/03/22/twitter-ceo-jack-dorseys-first-tweet-nft-sells-for-2point9-illion.html> (2021. 7.26. 최종확인).

NFT는 블록체인에서 확인할 수 있는 고유한 ID를 가진 디지털 파일이다.³⁾ NFT는 디지털 자산에 연결된 디지털화되고 인증된 토큰이며 특히 일반적으로 이더리움(Ethereum)이라는 블록체인에 기록된다. 이더리움은 지불에 사용할 수 있는 암호화폐이자 거래를 용이하게 하는 블록체인 응용 프로그램이다. 다만 블록체인에 기반한 대표적 암호화폐로 알려진 비트코인과는 달리 NFT는 상호 교환이 불가능하다. 암호화폐 비트코인은 완전히 상호 교환 가능하여 지불에 유용할 수 있기 때문에 "대체 가능"하다고 볼 수 있다. 예를 들어, 내가 누군가에게 5만원을 빌렸다면 1만원 지폐 5장이나 5만원 지폐(각각 고유한 일련번호를 가지고 있더라도) 어느 방식으로 지불해도 상관없다. 이러한 대체가능성에 있어서 비트코인도 다른 화폐와 동일하다. 그러나 NFT는 각각 고유하므로 '대체 불가능'하다. 이러한 '대체 불가능성'으로 인해 '원본'을 증명하는 기능을 수행할 수 있다. NFT는 독특한 예술 작품과 같은 일대일 '원본'을 나타낼 수 있으며, 또한 제한된 시리즈에서 고정된 수의 복제본 중 하나를 나타낼 수도 있다. 일례로 A병원의 의료기록을 환자의 요청에 의해 B병원으로 전송하는 과정에서 환자에 의해 또는 다른 제3자에 의해 변경되거나 훼손될 수 있다. 이러한 의료기록이 훼손되지 않았다는 무결함을 증명하기 위해 NFT를 생성 및 연결할 수 있다. 이론적으로 NFT는 예술 작품, 음악, 비디오, 각종 수집품, 트레이딩 카드, 비디오 게임 가상 아이템 또는 부동산을 포함하여 거의 모든 실제 또는 무형 자산을 나타낼 수 있다. 즉 NFT는 블록체인에 구현된 정품 인증서의 디지털 버전이라고 볼 수 있다.

또한, NFT는 추적 가능하며, 각 NFT에 고유한 일련번호 또는 복제할

3) Creating a Smart Contract and Minting An NFT의 text image, Formulating a smart contract and minting an NFT (schoenherr.eu), <https://www.schoenherr.eu/content/formulating-a-smart-contract-and-minting-an-nft/> (2021.7.22. 최종확인).

```
{
  "name": "CONCEPTUAL ARTIST PULLING AN IDEA OUT OF HIS HEAD",
  "description": "## Weitere Informationen zu diesem Kunstwerk finden Sie auf [kucsko.com](http://www.kucsko.com/conceptual-artist-pulling-an-idea-out-of-his-head)\n\nAls alleiniger Inhaber des Urheberrechts an dem mit diesem NFT verbundenen Kunstwerk erteile ich hiermit dem jeweiligen Eigentümer des NFT eine nicht ausschließliche, weltweite Lizenz zur Nutzung, insbesondere Vervielfältigung, Verbreitung, öffentlichen Wiedergabe, Sendung und Zurverfügungstellung, dieses Kunstwerks in unbearbeiteter Form, wie im Museums- und Ausstellungsbetrieb eines international renommierten Kunstmuseums üblich. Guido Kucsko \n\nAs the sole owner of the copyright in the work of art associated with this NFT, I hereby grant to the respective owner of the NFT a non-exclusive, worldwide licence to use, in particular to reproduce, distribute, publicly perform, broadcast and make available, this work of art in unaltered form, as is customary in the museum and exhibition activities of an internationally renowned art museum. Guido Kucsko",
  "image": "ipfs://ipfs/QmdLZcu98bpezNHGnJxLdcZfZjGHU5nMVE3mNhKNLrd9Fw/image.gif",
  "external_url": "https://rarible.com/token/0x60f80121c31a0d46b52790f9df786054aa5ee5:844630",
  "attributes": []
}
```

수 없는 “지문”(“해시”라고도 함)이 포함되어 있기 때문에 복제가 불가능하다. 해시는 특정 디지털 파일에서 생성된 암호화 키이기 때문에 하나의 특정 콘텐츠 사본과만 일치하도록 설계된다. NFT 소유자는 해시를 사용하여 NFT가 링크된 콘텐츠에 대하여 일정한 권리가 있음을 확인할 수 있다. 즉, NFT는 블록체인에 저장된 권리증명 기록이며 이러한 기록은 블록체인에 저장될 다른 사람에게 양도될 수 있다. 해당 콘텐츠(저작물이건 아니건 간에)에 대한 정보, 권리 및 지불 내역 등에 대한 기록은 블록체인으로 알려진 이 새로운 형태의 분산 데이터베이스에 안전하게 기록, 유지된다. NFT의 주요 목표는 해당 자산에 대한 확실한 기록과 증거를 제공하는 것이다.

이하에서는 ‘NFT’와 ‘NFT콘텐츠’를 구분해서 기술하기로 한다. NFT는 앞서 검토하였듯이 소프트웨어가 생성한 해시가 포함된 데이터이며, 이러한 NFT에 연결되는 혹은 NFT를 통해 거래되는 콘텐츠를 ‘NFT콘텐츠’라고 지칭하고자 한다. 콘텐츠는 저작물 일수도 있고 그렇지 않은 단순 콘텐츠일 수도 있다.

2. NFT의 가치 속성

NFT거래에 있어서 구매자의 권리를 결정하는 세 가지 중요한 요소들이 있다. NFT콘텐츠의 저장위치, NFT의 가치를 결정하는 맥락적 상황, 해당 콘텐츠의 이용을 제한하는 지적재산 계약에 대한 사항이다.⁴⁾

첫 번째 고려해야 할 핵심은 그 콘텐츠가 실제로 저장되는 장소이다. 일례로 NFT마켓플랫폼을 통해 디지털 예술작품을 구매할 경우, 스마트 계약에 의해 구매자가 그 예술작품을 소유함을 증명하는 토큰이 이전되는 것이다. 그 작품 자체는 전자적 형태로 다른 곳에 저장되어 있을 수 있다. 이러한 절차는 부동산을 양도하는 것과 유사하다. 부동산 증서는 소유권을 의미하지만 부동산은 여전히 이전의 위치에 있다. NFT를 통한 거래가 이루어질 때 그 대상이 되는 항목, 즉 NFT콘텐츠의 위치는 중요하다. 체인 밖의 저장소(off-chain storage)는 삭제될 수 있기 때문이다.

4) Devin Finzer, The Non-Fungible Token Bible: Everything you need to know about NFTs, OPENSEA (Jan. 10, 2020), <https://opensea.io/blog/guides/non-fungible-tokens/> (2021.8.25. 최종 확인).

저장장소는 체인 밖(off-chain)과 체인 위(on-chain)라는 두 가지 선택이 있을 수 있다. 체인 밖 저장은 중앙집중화된 다른 서버의 어딘가에 저장되는 것이다. 이러한 경우 구매한 토큰은 단지 그 콘텐츠를 소유한 사람에 대한 기록만을 보관하게 된다. 더불어 토큰이 판매 중인 콘텐츠에 연결되어 있음을 나타내는 기록도 포함되어 있다. 이는 구매하려는 자산의 주소가 있는 증서와 유사하다고 볼 수 있다. 체인밖에 저장된 콘텐츠는 해당 서버를 유지관리하는 회사가 더이상 존재하지 않거나 서버를 꺼버리는 경우 해당 콘텐츠도 존재하지 않게 된다. 또한 콘텐츠 이용자는 서버호스트가 부여한 부가적인 제한을 따를 수 밖에 없는 상황도 있을 수 있다. 디지털 콘텐츠가 체인 위에 저장될 경우 그 콘텐츠 자체는 토큰에 직접적으로 해쉬(hash)된다. 이러한 온체인(on-chain) 저장방식은 해당 콘텐츠를 호스팅하는 서버회사의 존속여부와 상관없이 그 콘텐츠가 계속 존재할 수 있게 된다. 따라서 온체인 저장방식은 NFT의 가치가 특정 서버나 서버기업의 존속여부에 구속되지 않으므로 구매자에게 더 큰 보안을 제공할 수 있다. 다만 온체인 저장방식의 단점은 저장공간이 매우 제한적이라는 점이다. 매우 적은 데이터만이 토큰내에 직접적으로 저장되어 거래될 수 있다.

두 번째 주요 고려 요소는 특정 NFT의 가치를 결정하는 맥락적 상황이다. 물리적 자산 혹은 디지털 콘텐츠 모두 그 자산이 포함된 맥락에서 가치가 도출된다. 일례로 주변환경이 집의 가치에 미치는 영향이 그러하다. 그 자산이 사용된 맥락을 제어할 수 있다는 것은 그 자산 자체를 제어할 수 있음을 의미한다. 주택소유자협회의 영향력이 개별 주택소유자에게 미치는 것과 유사하다. 재산의 가치를 결정하는 가장 강력한 맥락은 결국 소유자의 지배력을 제한하는 데 드는 비용과 관련된다고 볼 수 있다. 물리적 자산처럼 NFT역시 주변 맥락에 따라 그 가치가 다변화될 수 있다. 카드게임에서 카드의 가치를 고려해 볼 때, 카드는 그 게임안에서 작동할 수 있기 때문에 가치가 있는 것이다. 즉 게임 소프트웨어가 그 카드를 게임에서 적법한 수단으로 인정했기 때문이다. 그러나 그 게임 소프트웨어는 변경될 수 있고 그러한 변경에 따라 그 카드의 가치 역시 변할 수 있다. 게임제작사가 더 이상 그 카드가 게임에 적합하지 않다고 결정하는데 있어서 그 카드 토큰의 소유자 즉 NFT소유자의 상황은

그다지 중요한 요소가 아니다. 자산은 가치가 변할 수 있으며 자산의 소유자가 된다는 것은 그러한 리스크를 수용한다는 것이다. 그러나 NFT 투자자들은 위 게임사례에서 보듯 NFT가 계속 그 역할을 할 수 있는지, 다른 자산들과의 관계는 어떠한지, 그리고 그 가치를 유발하는 맥락을 통제하는 제3자가 누가 있는지 등을 고려하기 어렵다. 현재의 NFT는 매우 명확한 언어로 홍보되고 있는 것 같지만 실제 이러한 가치 맥락적 상황을 인식하는 것은 매우 어려운 일이다.⁵⁾

세 번째 중요한 요소는 NFT의 소유를 제한하는 지적재산(라이선스) 계약이다. 지적재산 계약은 NFT소유자가 NFT를 개인적 브랜딩이나 홍보에 사용하는 것을 제한한다.⁶⁾ NFT라이선스 계약은 디지털 소유에 대한 제한이다. 책을 구입했지만 라이선스 계약에 의해 목요일 오후에만 읽을 수 있는 것과 유사하다. 라이선스 계약에 구속된 NFT콘텐츠를 구입하는 것은 라이선스계약에 부가된 추가적 단계를 거쳐야 함을 의미한다.

III. NFT적용법리 분석 : 저작권을 중심으로

1. NFT콘텐츠의 저작권 유형

가. 개요

NFT콘텐츠를 만들기 위해서는 콘텐츠(저작물), 이더리움·질리콰(zilliqa)와 같은 가상자산(일명 “코인”이라 불린다), 그리고 가상자산을 저장하거나 이를 거래에 이용할 수 있는 지갑(일명 “코인지갑”이라 불린다)⁷⁾이 필요하다. 콘텐츠를 이더리움 블록체인을 거쳐서 NFT화 시키는 것을 민팅(minting)이라고 하는데, 이때 가스(gas)라는 수수료가 필요하며, 이 수수료는 코인으로 지불 된다. 이러한 과정을 거쳐 NFT콘텐츠를

5) Joshua Fairfield, Tokenized: The Law of Non-Fungible Tokens and Unique Digital Property (April 6, 2021). Indiana Law Journal, Forthcoming, at 42-46, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3821102> (2021.8.25. 최종확인).

6) Birgit Clark & Ruth Burstall, Crypto-Pie in the Sky? How Blockchain Technology is Impacting Intellectual Property Law, 2 STAN. J. BLOCKCHAIN L. & POL'Y 252, 257 (2019).

7) 대표적인 가상자산 지갑 사이트로 metamask, Trezor One 등이 있다.

판매하고자 하는 자는 마켓 플레이스에 해당 콘텐츠를 업로드하게 된다. 이렇게 만들어진 NFT콘텐츠는 마켓플레이스에서 판매가 가능해지며, 구매자는 경매에 참여하여 이를 구매할 수 있다. 한편, 생성된 NFT콘텐츠는 NFT를 생성한 마켓플레이스가 아닌 다른 마켓플레이스에서도 판매가 가능하다. 원칙적으로 어떤 예술작품 혹은 콘텐츠를 NFT로 거래하려고 할 때 그 작품의 전체 데이터 세트를 NFT, 즉 블록체인에 포함시키는 것이 가능하다(예를 들어 GIF). 그러나 예술작품 전체를 NFT에 포함시키는 것은 엄청난 에너지 소비와 거래비용을 유발하기 때문에 대부분의 경우 예술작품에 대한 최소한의 정보를 NFT에 담아서 예술작품과 연계시키는 방법을 취하게 된다. NFT의 메타데이터가 포함된 이 링크에는 예술작품의 제목, 설명 그리고 그 예술작품이 저장된 링크, 라이선스 계약내용 등이 포함될 수 있다.⁸⁾ 특히 계약내용이 NFT콘텐츠에 대한 저작권을 완전히 양도하는 형태일 수 있고, 또는 일정한 이용권만 설정하는 라이선스 형태일 수 있다. 이하에서 자세히 검토한다.⁹⁾

나. 권리양도 방식

이러한 유형은 보호받는 저작물에 대하여 권리를 완전히 양도하는 NFT이다. 구매자가 해당 저작물에 대한 모든 권리를 득하길 원하는 경우가 있을 수 있다. 예를 들어 NFT콘텐츠가 자사 상품을 식별하기 위한 상표로서 사용되길 원하는 경우이다. 그러나 특정 국가의 저작권법은¹⁰⁾ 저작권의 상속은 가능하나, 생존 중 전부 양도를 금지하고 있으므로 이

8) Formulating a smart contract and minting an NFT (schoenherr.eu) <https://www.schoenherr.eu/content/formulating-a-smart-contract-and-minting-an-nft/> (2021.7.22. 최종확인).

9) Tokenized copyrights: Linking an NFT to a copyright licence (schoenherr.eu)을 참고로 재구성, <https://www.schoenherr.eu/content/tokenized-copyrights-linking-an-nft-to-a-copyright-licence/> (2021.7.22. 최종확인).

10) Bundesrecht konsolidiert: Gesamte Rechtsvorschrift für Urheberrechtsgesetz, Fassung vom 02.08.2021, (문학과 예술 작품의 저작권 및 관련 보호권에 관한 연방법(통칭: 저작권법, 독일어 약칭: UrhG).

4. Übertragung des Urheberrechtes. (저작권 양도).

§23. (1) Das Urheberrecht ist vererblich; in Erfüllung einer auf den Todesfall getroffenen Anordnung kann es auch auf ondernachfolger übertragen werden. (저작권은 사망에 따른 명령을 집행하기 위한 경우에 양도가능하다).

러한 경우 권리양도의 효과를 누리기 위해서는 포괄적 라이선스를 체결할 수밖에 없다. 대부분의 NFT콘텐츠 거래에서 완전한 권리양도 거래를 하는 경우는 매우 드문 일이다. 대부분 라이선스에 기초하고 있다.

다. 라이선스 방식

라이선스 유형은 다음과 같이 나누어질 수 있다. 첫째, 일반적인 라이선스 유형으로 보호받는 저작물에 대하여 제한적 권리(이용허락)가 부여된 NFT이다. 이러한 경우 NFT는 반드시 디지털 예술작품에만 연결된 것으로 제한되지 않는다. 또한 저작권자는 NFT를 판매하면서 특정 목적(일례로 박물관의 경우)으로 제한된 비배타적 라이선스만 허용할 수 있다. 따라서 판매라는 용어를 사용한다 할지라도 실질적으로 권리가 완전히 이전되는 판매라고 보기 어렵다. NFT를 제공할 때, 해당 저작물의 이용범위를 명확히 하는 것이 바람직하다. 명확한 라이선스는 NFT의 가치를 정확히 평가할 수 있고 후일 NFT구매자가 해당 디지털 작품을 이용하는데 있어서 발생할 수 있는 분쟁을 예방할 수 있다.

둘째, 클라우드 펀딩을 위해 보호받는 저작물을 NFT콘텐츠 형태로 만드는 경우이다. NFT는 소액 투자를 유치할 수 있는 수단이 되기도 한다. 예를 들어 온라인으로 판매되는 음악 제작에 소액 투자를 유도할 수 있다. 특히 코비드-19로 수많은 콘서트 등의 공개행사를 취소하게 되면서 NFT는 팬들의 참여와 새로운 수입원 창출을 유도하는 방법으로 음악산업의 이목을 집중시켰다. Bluebox 및 VEZT와 같은 스타트업은 NFT를 통하여 음악 저작권을 분할하여 판매하였다. 각 노래의 저작권은 NFT에 의해 분할되어 판매된다. 그러면 NFT 구매자는 분할된 권리 몫에 해당되는 로열티 수익을 받게 된다. 이러한 개념은 기업의 주식을 구매하는 것과 유사하다. 최초 음악 저작권 공유 플랫폼 Vetz는 아티스트가 대중과 공유할 음악을 선정하고 제한된 기간 동안 해당 음악의 저작권을 대중과 공유할 수 있는 "ISO™(Initial Song Offering®)"을 구축한 바 있다. ISO™는 곡 정보, 저작권 소유자, 저작권료 공유 만료 기간, 공유 한도 금액 등 해당 음원에 대한 총체적인 저작권 정보를 담고 있는 데이터이며 이를 바탕으로 구매자인 대중들도 구매한 저작권 비율에 따라 저작권료를 분배 받을 수 있다.

팬들에게 부여된 권한은 이전에는 스트리밍 형태의 복제본을 이용할 수 있는 권한, 또는 CD/음반 등 상품 형태로 구매할 수 있는 권한으로 제한되었으나, 현재의 해당 음악의 권리 일부를 구매하도록 하는 것이다. 이러한 투자는 음반에 자금을 조달하기 위한 투자의 일종으로 볼 수도 있지만, 해당 음원이 성공했을 경우 그에 대한 저작권 사용료, 즉 로열티 수익을 얻을 수 있다. 한편 저작권 분할이 많이 이루어지고 일반적으로 음원 창작자가 일정 비율(일례로 25%)의 권리를 보유하기 때문에 분할된 권리를 구매한다고 해서 구매자가 그 음원을 마음대로 이용할 수 있는 것은 아니다. 따라서 음원을 분할된 NFT 형태로 자금화 하였어도, 음원창작자가 계속해서 자신의 작품에 대한 완전한 통제권을 유지할 수 있다. 이러한 유형은 음원저작권에 대한 공유, 분할, 판매라는 용어를 사용하므로 일견 저작권의 분할 양도를 통한 공동저작권 형태로 보일 수 있다. 그러나 ‘양도’가 이루어지기 위해서는 분할된 범위 내에서 양수인의 완전한 사용·수익·처분권이 인정되어야 한다. 그러나 이 경우 NFT 구매자는 그 음원을 마음대로 이용할 수 없으며, NFT 보유 기간 역시 권리자에 의해 결정된다. 결국 NFT에 의해 분할된 구매자의 권리는 실제로 로열티에 대한 권리로 제한된다. 따라서 이러한 유형은 저작권 양도라기 보다는 저작권자가 음원제작 자금 조달을 위해 NFT 구매자에게 제한된 기간 동안 음원의 수익에 대한 일정 비율을 로열티로 지급하기로 하는 라이선스라고 볼 수 있다. 그러나 창작자가 이미 음반사와 계약하였거나 해당 곡의 저작권의 일부만 가지고 있다면, 음원을 이렇게 NFT에 의해 분할하는 것은 곤란하다. 또한 위에서 언급한 바와 저작권의 전부양도를 금지하는 경우 단지 라이선스 형태로만 가능할 것이다. 한편 우리나라처럼 신탁에 의한 집중관리의 경우 장래의 창작에 대한 권리까지도 양도하는 신탁계약이 존재하므로 신탁계약과 충돌 여부의 검토가 필요하다.

세 번째 유형은 저작권 보호를 포기한 저작물의 NFT이다. 저작권자가 해당 저작물의 자유로운 이용을 위해 저작권을 완전히 포기한 경우를 상정해 볼 수 있다. 이는 법체계에 의해 현실화되기 어려울 수도 있다. 일례로 오스트리아 저작권법은 완전히 저작권 보호를 포기하는 것인 합법적으로 가능한지 명확하지 않다. 해당 저작권법은 공동저작자가 자신의 권리를 포기하는 경우만 규정하고 있다. 공동저작자가 자신의 권리 지분

을 포기할 경우 해당 부분이 공유(Public Domain)되는 것이 아니라 다른 공동 저작권자에게 그 지분이 귀속된다. 저작권의 완전한 포기, 즉 자유이용이 되기 위해서는 공동저작물의 경우 저작자 전원의 의사합치가 필요하다. 그러나 저작자의 사적 권리의 보호로서 저작권은 필수불가결이므로 완전한 포기는 있을 수 없으며, 그에 상응하는 포괄적 자유이용 허락으로 봐야한다는 견해도 있을 수 있다. 일례로 CCO¹¹⁾의 경우 적용되는 국가의 법에 따라 합법적 권리의 포기로 작용할 수 있지만, 그에 상응하는 대체적 입장으로서 자유이용을 허락하는 라이선스로 해석될 수도 있다.

라. 저작권으로 보호되지 않는 저작물에 대한 NFT

NFT는 저작권이 없는 자료나 더 이상 저작권으로 보호되지 않는 저작물에 연결될 수도 있다. 예를 들어, 최근 언론은 피렌체의 우피치 미술관(Uffizi Gallery)에서 미켈란젤로의 그림을 NFT로 변환하여 EUR 140,000(USD 170,000)에 판매했다고 보도한바 있다. 독특한 원본이 우피치 컬렉션에 남아 있을 가능성이 크다. NFT는 분명히 디지털 복제본에 연결되어 있다. 그러한 NFT를 획득하게 된 주된 동기는 미술관에 재정적 지원을 제공하려는 의도이거나 다시 라이선스로 그러한 NFT를 업그레이드 하려는 것으로 이해될 수 있을 것이다. 저작권 보호기간이 만료된 원본에 기반한 라이선스는 성립될 수 없기 때문이다. 그러나 NFT가 연결된 원본 이미지의 고해상도 팩시밀리 사진(high-resolution facsimile photo)에 대한 라이선스는 가능할 수도 있을 수 있다. 다만 그러한 이미지는 적어도 관련(또는 인접) 권리로 보호되기 위해서는 별도의 독창성이라는 추가적 요건을 충족하여야 한다. 디지털 단일 시장의 저작권 및 관련 권리에 대한 EU 지침(2019/790)¹²⁾에 의하면 시각적 예술저작물의 보호기간이 만료된 경우, 그러한 저작물 복제행위의 결과물 즉 복제물이 저자 자신의 지적 창작이라는 의미에서 독창성을 가지고 있지 않다면 저작권이나 저작인접권이 인정되지 않는다.¹³⁾ 따라서 개별적

11) <https://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0/>, (2021.7.26. 최종확인).

12) EU Directive on copyright and related rights in the Digital Single Market (2019/790).

13) Article 14 of stated directive.

독창성이 없는 사진에 의한 복제는 저작권 보호를 받기 어렵다.

2. NFT생성

가. NFT콘텐츠 생성의 합법성

NFT는 특정 콘텐츠 파일에 해당하는 해시를 생성하여 만들어진다. 이 파일에는 예술작품이나 트윗과 같이 토큰화되는 모든 작업이 포함되며 해당 파일은 사이버 공간 어디에나 존재할 수 있다. 현재 NFT를 생성하는 일부 서비스는 사용자가 콘텐츠 파일을 업로드하여 NFT를 생성하도록 한다. 또한 링크된 콘텐츠의 표시는 일반적으로 NFT 마케팅에 포함된다. 따라서 NFT를 생성하려면 일반적으로 해당 콘텐츠의 저작권자로부터 허락을 받아야 한다. 즉 NFT생성시 저작권이 있는 저작물을 사용하기 위해서는 저작권자로부터 라이선스 또는 허가를 받아야 한다. 다른 사람의 저작물을 사용하여 NFT를 만드는 사람은 해당 저작물 저작권자의 허락을 득해야 한다. 저작권법은 저작권자에게 독점적인 권리 묶음, 즉 “권리의 다발” 제공한다. 이러한 권리에는 복제, 배포, 공연 및 전시 등의 권리가 포함된다. 음악가가 다른 사람의 음악을 샘플링하거나 리믹스하여 자신의 음악으로 판매하려면 허가가 필요한 것처럼, NFT 생성·제작자는 NFT에 포함하여 판매에 제공하고자 하는 콘텐츠 저작권자의 허락이 필요하다. 이러한 배타적 권리에 대한 허락 없는 이용은 공정 이용과 같은 저작재산권 제한에 해당되지 않는 한 저작권 침해로 인정될 수 있다. 따라서 누군가 특정 콘텐츠에 대한 NFT 생성 및 유통을 고려하고 있다면, 일반적으로 NFT에 업로드하려는 콘텐츠를 판매 등 유통에 제공할 법적 권리가 있는지 확인해야 한다. 예를 들어, 전속 음반 계약을 맺은 뮤지션이라면 “음반 계약에 음반사의 동의 없이 NFT를 판매할 수 있다는 내용이 포함되어 있는지, 특히 당해 음악이 이미 권리 처리된 샘플을 사용한다면, 그 샘플이 포함된 음악을 NFT에 업로드할 권리가 있는지”에 대하여 검토할 필요가 있다.

일례로 밈(meme)¹⁴⁾의 NFT생성 및 마케팅이 유행하고 있다. 밈이 합

14) 인터넷상 유행하는 짤, 사진 등을 의미하는 단어이다.

법적으로 만들어지고 합법적으로 최초 배포된 것이라면 그리고 밈의 출처가 분명하고 가치가 상승할 수 있는 권원 있는 복제본이 존재하는 경우 이러한 유행은 지속될 수 있다. 그러나 밈이 생성되는데 있어서 저작권으로 보호되는 제3자의 사진을 허락 없이 소재로 이용한 경우 해당 밈의 합법성이 문제될 수 있다. 밈에 사용된 사진이 공정이용에 해당되지 않는 한 사진저작권의 침해로 구성할 수 있다. 지금까지 NFT와 밈에 대한 대중의 인기는 이러한 중요한 문제를 신중하게 검토하지 못하였다. 그러나 정당한 권원 없는 NFT콘텐츠와 마찬가지로 일부 NFT 밈에 대하여 저작권 침해 문제가 발생할 수 있다.

나. NFT의 저작물 해당성

1) NFT생성 프로그램의 저작물성

NFT를 생성하는 소프트웨어 자체에 저작권이 있을 수 있다. 특히 다른 소프트웨어와 같이 프로그램으로서 스마트 계약¹⁵⁾은 저작권으로 보호될 수 있다. 콘텐츠 관리자가 직접 NFT를 생성하는 것이 아니므로, 콘텐츠의 저작권자는 NFT 생성 소프트웨어에 대한 권리자는 아니다. 현재 NFT 제공자는 제3자(NFT플랫폼 일수도 있고 아닐 수도 있음)와 서비스 약관에 의하여 NFT 생성 소프트웨어를 이용하는 라이선스를 통해 서비스를 이용하고 있다.

2) 데이터셋 형태의 NFT자체의 저작물성

NFT를 형성하는 데이터셋 자체를 저작물로 인정할 수 있는가, 즉 데이터 단위 값으로 이루어진 해쉬인 NFT 자체를 저작물로 볼 수 있는가에 대하여는 회의적이다. 대부분의 경우 NFT는 저작물에 대한 링크를

15) 스마트 계약은 1994년 Nick Szabo에 의해 처음 소개된 개념이다. Nick Szabo는 스마트 계약을 “계약에 필요한 요소들을 코드화하여 스스로 실행되게 하는 전산화된 거래 프로토콜”이라 정의하였으며, 이를 통하여 신뢰할 수 있는 제3자의 필요성과 혹 발생할 수 있는 사고의 가능성을 최소화 할 수 있다고 제안하였다. Nick Szabo, "The Idea of Smart Contracts," 1997, <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/idea.html>, (2021.7.26 최종확인). 여기서 스마트 계약은 법적 의미의 계약이라기보다는 블록체인에서 실행되는 프로그램을 의미한다고 볼 수 있다.

위한 해시에 해당하며, 앞서 언급하였듯이 전력소비와 거래비용의 문제로 NFT 자체에 저작권이 있는 콘텐츠가 합체되어 있는 경우는 드물다. 그렇다면 데이터셋 자체가 인간의 사상 또는 감정이 표현된 창작물이어야 하는데, 자동화된 알고리즘에 의해 표현되는 데이터가 ‘인간의 사상 또는 감정’이라고 볼 수 있을지 의문이며, 창작성에 대한 검토도 필요하다. 한편 NFT자체가 2차적 저작물이라고 볼수있는가에 대하여도 역시 부정적이다. 2차적 저작물은 원저작물의 수정 또는 각색을 기반으로 한 저작물이다. 2차적 저작물의 생성은 원 저작권자의 독점적인 권리이나 자동화된 암호화 키는 원 저작물에 의거했다고 보기 어려우며 2차적 저작물을 구성하기에 충분한 새로운 창작성을 가지고 있다고 보기 어렵다. 따라서 링크된 저작물과 별개로 NFT 자체는 저작권의 대상이라고 보기 어렵다.

3. NFT콘텐츠 유통

가. 재판매(최초 판매의 원칙)

최초판매의 원칙은 이미 확립된 저작권법의 원칙이다. 저작권자의 독점권에도 불구하고 합법적인 복제본의 소유자가 해당 복제본을 판매하거나 처분할 수 있도록 허용하는 것이다.¹⁶⁾ 즉 최초의 합법적 판매등에 제공된 복제물에 대하여는 배포권이 소진되어 이후 해당 복제물의 계속된 유통을 자유로이 할 수 있음을 의미한다. 이러한 의미에서 ‘권리소진의 원칙’이라고도 한다. 최초 판매 원칙은 중고 서점과 같은 2차 시장을 가능하게 한다. 오프라인 서점에서 구매한 책이나 음반 CD처럼 유체물 형태의 매체에 합체되어 있는 저작물의 배포권이 소진되는 것이다. 그러나 이러한 권리소진 혹은 최초판매의 원칙은 물리적 매체에 의한 이전 시 ‘배포’권을 소진시키는 형태로 구현된다. 사이버공간에서 디지털 자산은 ‘전송’형태로 이루어지며, 온라인 복제를 전제로 하는 전송권을 소진시키는 것은 아니다. 전자책이나 MP3형태의 디지털 복제본의 경우 접근하여 이용할 수 있는 라이선스가 인정되는 것이지, 권리의 양도가 이루어지는 것은 아니다.¹⁷⁾ 따라서 현행 저작권법상 전자책이나 MP3형태의 디지털

16) 17 USC § 109.

콘텐츠를 온라인에서 전송의 방식으로 유통하는 경우 최초 판매 원칙이 적용될 수 없다.

그러나 NFT의 주요 가치는 그것을 재판매할 수 있는 능력이다. 따라서 NFT콘텐츠 형태의 전자책과 일반적인 합법적 이용 즉 접근이 허락된 전자책의 주요 차이점은, NFT가 표상하는 바가 비독점적인 접근이용권이 아니라 특정 법적 복제물에 대한 독점적 소유권과 유사하다는 것이다. 이는 NFT의 대체 불가능성에서 비롯된다. 일반적인 전자책과 MP3는 대체 가능한 것으로 간주 된다. 모든 사람이 동일한 다운로드를 받을 수 있다. 그러나 NFT콘텐츠는 암호화 방식으로 NFT에 연결된 특정 콘텐츠의 소유권을 나타낸다는 점에서 NFT는 실물에서 구매하는 유체물로서의 책 또는 CD(하나만 있음)에 더 가깝다고 볼 수 있다. NFT를 이런 식으로 해석하면 한 권의 복제본을 실제 책처럼 계속해서 재판매할 수 있게 된다. 그러나 NFT는 디지털 코드에 불과하므로 최초 판매 원칙은 완전히 적용할 수 없다는 주장도 가능하며,¹⁸⁾ 어찌되었던 간에 현행법상 온라인상에서 디지털 콘텐츠의 이전에 대하여는 최초판매의 원칙이 적용되지 않으므로 NFT구매자의 구매의도와 실제 거래에서 약정된 이용허락 간에는 괴리에 있을 수 있다. 이에 대한 자세한 내용은 현행 라이선스 중심 디지털 콘텐츠 유통체계의 한계(IV)에서 후술한다.

나. NFT 유통 플랫폼 책임

일부 플랫폼에서 무권리자에 의한 혹은 작품에 대한 정당한 권원 없이 해당 작품에 NFT를 생성해서 거래의 대상이 되도록 한다면, 많은 예술

17) Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc., 910 F.3d 649, 657 (2d Cir. 2018) (“holding that a service that allowed for the “owner” of an MP3 to sell it to another was infringement because “each transfer of a digital music file to ReDigi’s server and each new purchaser’s download of a digital music file to his device creates new phonorecords.””).

18) Redbox Automated Retail, LLC v. Buena Vista Home Entm’t, Inc., 399 F. Supp. 3d 1018, 1032-33, (C.D. Cal. 2019). (“[T]he first sale doctrine is inapplicable to digital codes. The first sale doctrine applies to ‘particular’ copies that exist in the material world. See 17 U.S.C. § 101; Redbox I, Dkt. 74 at 19-24. Here, no such physical object exists when a standalone code is transferred, or prior to the time that that code is redeemed and the copyrighted work is fixed onto the downloader’s physical hard drive.”).

가 혹은 저작권자들이 자신의 작품에 대한 권리침해를 제기할 수 있다. 즉 NFT콘텐츠의 정당한 권리자는 허락 없이 NFT에 링크된 저작물을 호스팅하는 사이트와 이러한 NFT의 판매를 홍보하는 마켓플레이스에 저작권법에 근거하여 게시 중단 통지(takedown notices)를 보낼 수 있다. 이러한 요청에 의하여 콘텐츠가 게재중지 되거나 관련된 복제물들이 삭제된다면, NFT에 대한 링크가 끊어질 수 있으며, NFT는 더 이상 존재하지 않는 복제본의 소유권에 대한 증명을 나타내게 된다.

따라서 NFT콘텐츠에 대한 정당한 권리자인지를 확인하고 검증하기 위한 절차나 방법이 논의될 필요가 있다. 그렇지 않으면 NFT 거래 플랫폼은 창작물 혹은 저작물에 대한 주된 권리침해 사이트로 전락할 수 있다. 금전적 가치를 표방하는 화폐가 생성되고 돈으로 거래된다는 것은 ‘상업적 이용’에 해당된다는 충분한 증거가 된다. 이러한 경우 NFT플랫폼 제공자 또는 운영자 모두 저작권법 위반으로 형사벌의 대상이 될 수도 있으며 민사책임을 지게 될 수도 있다.

이 문제는 특히 트윗에 대하여 이미 문제 되었다. @tokenizedtweets로 알려진 트위터 봇은 올해 초에 대대적인 채굴을 시작하여 트위터와 NFT 커뮤니티 전체에 충격을 주었다.¹⁹⁾ 저자의 동의 없이 혹은 저자에게 고지하지 않고 트윗으로부터 NFT를 만드는 정책은 여러 배우, 아티스트 등 예술가들로부터 항의를 불러일으켰으며, 이들은 @tokenizedtweets가 자신들의 콘텐츠와 이미지에 대하여 허락 없이 NFT를 생성하여 판매함으로써 저작권을 침해하고 있다고 이의를 제기하였다.

4. 기타

가. 저작권 보호기간

저작권 보호기간은 국가에 따라 차이는 있지만 대체로 저작자 사후 50-70년이다. 이러한 보호기간의 유한성에 대한 경제적 정당성은 저자가 이미 상업적 이용을 누릴 충분한 시간이 도과하였고, 그 이후에는 공

19) No, NFTs aren't copyrights, TechCrunch, <https://techcrunch.com/2021/06/16/no-nfts-arent-copyrights/> (2021.7.26. 최종확인).

중의 자유로운 접근을 허용해야 한다는 데서 비롯된다.²⁰⁾ 오늘날 논의되는 지적재산권의 대상이 되는 지식이 상당부분 새로운 것이 아님에도 불구하고, 지식재산 권리자들은 어떻게든 보호기간을 연장할 방법을 강구하고자 한다.²¹⁾ 에버그린(evergreening)은 “특허권자들이 그들의 특허이익을 유지하기 위해 발명의 특허기간을 연장하고자 하는 모든 법적, 비즈니스 및 기술 전략”으로 통칭되어 왔다.²²⁾ 이 용어는 이제 특허뿐만 아니라 저작권에도 관련되어서 사용될 수 있다. NFT와 관련하여 일례로 어떤 예술작품 A의 보호기간이 2020년 종료된다고 가정해 보자. 2021년에 보호기간이 만료된 작품을 거래하기 위하여 NFT를 활용한다고 할 때 그 작품에 대한 보호기간이 갱신되는 것이 아니며, 보호기간은 이미 완료된 것이다. 다만 NFT에서 거래된 것은 그 원작의 가치이다. 당연히 그 작품의 복제본이 사이버 공간 곳곳에 흩어져 있다 할지라도 누구나 자유롭게 이용할 수 있는 자유저작물이다. 그러나 원본의 경우 예술영역에서 가지는 상업적 가치가 다르기 때문에 NFT가 원본을 표창하고 있다면 그러한 거래는 의미가 있을 수 있을 것이다.

나. 권리의 다발로서 저작권의 특성

저작권은 복제·배포·공연·공중송신·전시·대여·배포 등 권리의 다발로 이루어져 있으며 이러한 개별 권리들은 거의 무제한으로 계약에 의해 분할될 수 있다. 저작권자의 이러한 배타적 권리는 지리적 위치, 여러 당사자, 다양한 미디어 등으로 양도 및 분할될 수 있으며, 분할 가능한 각 권리에겐 고유한 기간, 가격 및 지불 조건이 있을 수 있다. 일단 이렇듯 권리가 분할되거나 이용허락 된 다음에는 그러한 권리내용을 지속적으로 추적하는 것은 매우 복잡하고 어려운 일이다. NFT는 이러한 프로세스를 자동화할 수 있는 기회를 제공할 수 있다. NFT는 저작권자가 원본 저작

20) Robert M Hurt and Robert M Schuchman, 'The economic rationale for copyright', The American Economic Review Vol 56, No. 1/2. 421-432 (1966).

21) Robin Feldman, 'May your drug price be evergreen' Journal of Law and the Biosciences 5(3). 590-647 (2018).

22) Thomas Faunce, 'The awful truth about evergreening' The Age (17 August 2004), <https://www.theage.com.au/national/the-awful-truth-about-evergreening-20040807-gdyero.html> (2021. 7.26. 최종확인).

물 또는 분할된 권리의 항목을 추적하고 관련 사용료를 징수하는 것을 가능하게 할 수 있다. 그러나 이것은 NFT가 모든 저작권 이전에 사용된다고 가정하였을 때 가능한 일이며, 현재 대부분의 경우 그렇지 않다. 만약 NFT를 사용하여 저작권을 이용허락 혹은 양도하는 경우 블록체인 기반의 회계처리는 이러한 분할된 모든 이해관계를 추적하는 데 매우 도움이 될 것이다. 현재 NFT는 암호화폐처럼 더 작은 값으로 나눌 수 없다. 따라서 NFT자체의 분할은 곤란한 것으로 보인다. 그러나 향후 NFT는 앞으로 특정 저작물의 복제본에 대한 완전한 권리관계뿐만 아니라 해당 복제본에 대한 분할된 권리를 나타내는 방식으로도 이용될 수 있다. 일례로 고가의 디지털 예술작품을 구매한 NFT콘텐츠 구매자는 블록체인을 통해 NFT콘텐츠의 일부를 판매할 수 있다. 또한 NFT콘텐츠 권리자는 자신이 판매한 NFT콘텐츠에 대한 대가뿐만 아니라 해당 NFT콘텐츠의 후속판매, 즉 재판매에 대한 일정 비율을 추가 대가로 받을 것을 약정할 수도 있을 것이다.

이렇듯 권리의 다발로서 저작권이 NFT콘텐츠에 대한 다양한 형태로 이전된다면, 블록체인은 엄청나게 많은 수의 권리내용, 지불내역, 소유지분을 추적하여야 할 것이다. 또한, 여러 명이 동일한 저작물에 대하여 권리를 가지고 있는 경우, 일부 권리자가 소송을 제기하면 법원은 다른 이들의 권리 실행이나 이전을 제한할 수 있다. 이는 모두 권리의 다발이라는 저작권의 속성, 즉 분할가능한 저작권의 속성이 NFT를 통해 어떻게 구현될지 보여주는 예라고 할 수 있다.

IV. 라이선스 법리의 한계와 과제

1. 현행법상 디지털 콘텐츠의 거래법리 : 라이선스

NFT는 대부분 소유권에 대한 설명을 기반으로 거래에 제공된다. “당신이 해당 아이템을 판매할 수 없으면, 그것들을 소유한 것이 아니다”라는 홍보를 통해 NFT는 마치 소유권을 거래하는 것처럼 보인다. 그러나 NFT를 이용한 거래대상이 되는 디지털 콘텐츠의 온라인 거래에 적용된 지난 20년간의 법리는 소유기반이라기 보다는 Kindle 전자책, 비디오게

임 또는 그밖에 온라인 서비스 구독자와의 이용형태에서 보듯 라이선스 혹은 이용계약 적용방식을 선호해 왔다.²³⁾ NFT에 대한 법적 논의는 아직 초기단계이다. 지금까지 논의되고 있는 법적 거래에 대한 논의는 첫째, NFT의 거래를 집행하고 블록체인에서 운용되도록 만들어진 스마트 계약에 관한 논의이며, 둘째, 모든 NFT가 아니라 매우 제한된 선택적 NFT를 전제로 블록체인 기술을 이용한 디지털 콘텐츠에 대한 재산으로서의 취급에 대한 논의다.

가. 스마트 계약

스마트 계약은 NFT를 생성·전달하는 프로그램으로, 법을 회피하고자 하는 암호 이론가들의 바람에서 개발된 초기 명명법이라고 할 수 있다. 블록체인 프로그램을 스마트계약이라고 부르는 이면에는 프로그램이 법적 도구를 대체할 것이고 프로그램이 자동으로 실행된다면 법은 더이상 불필요할 것이라는 기대가 내재되어 있다고도 볼 수 있다.²⁴⁾ 그러나 이는 계약이 무엇인지에 대한 기술자들의 오해에서 비롯되었다고 볼 수 있다. 계약은 약정의 집행수단이 아니라 약정을 만들어내는 행위 자체이기 때문이다.²⁵⁾ 자동적으로 프로그램을 실행하는 것은 상호 법적 관계를 맺으려는 의사를 교환하기 위한 협상이 없으므로 계약이라고 보기 어렵다.²⁶⁾ 스마트 계약에 대한 거의 모든 법적 분석은 코드가 계약의 실행에 도움이 될 수는 있지만 스마트 계약 프로그램 자체가 계약은 아니라는 결론에 이른다.²⁷⁾ 스마트 계약을 ‘계약’이라고 부르는 것은 계약에 의해

23) JOSHUA A.T. FAIRFIELD, OWNED: PROPERTY, PRIVACY, AND THE NEW DIGITAL SERFDOM, Cambridge University Press. 45(2017).

24) Kevin Werbach & Nicolas Cornell, Contracts Ex Machina, 67 DUKE L.J. 313. 322(2017); Harry Surden, Computable Contracts, 46 U.C.DAVIS L. REV. 629. 639-640 (2012).

25) CHARLES FRIED, CONTRACT AS PROMISE: A THEORY OF CONTRACTUAL OBLIGATION 8, Oxford University Press (1981). (“By promising we transform a choice that was morally neutral into one that is morally compelled.”).

26) Id. at 14. (“noting that the institution of a promise is a necessary and required component of contract formation whereby one party binds themselves “to another so that the other may expect a future performance.””).

27) Kevin Werbach & Nicolas Cornell, Contracts Ex Machina, 67 DUKE L.J. 313, 322. 341 (2017). (“noting that in “a very real way, smart contracts are not intended to be legally

주문한 물건을 운반하는 ‘트럭’을 ‘계약’이라고 부르는 것과 유사하다. 즉 트럭과 스마트 계약은 모두 계약이 아니라 단지 계약을 집행하는 것이다.²⁸⁾ 따라서 NFT에서 거론되는 스마트 계약 역시 법적 의미의 계약이라기보다는 블록체인에서 실행되는 프로그램을 의미한다고 볼 수 있다.

나. 블록체인에 기반한 NFT의 재산적 성격 논의

암호화폐에 대한 초기의 법적 접근은 대부분 중개인 특히 은행의 불필요성에 대한 논의에 집중된 바 있다. 즉 비트코인에 열광하는 자들은 은행이나 정부에 의해 통제 혹은 규제되지 않는 화폐의 개념을 이끌어내는데 주력하였다.²⁹⁾ 이러한 논의는 마치 계약을 대체하는 프로그램과 은행을 대체하는 디지털 지갑에 의해 법은 사라져야 하는 것으로 취급되었다.³⁰⁾ 그러나 이는 법과 기술의 역사를 정확히 이해하지 못한 것이다. 인터넷과 함께 정부의 권력은 약해질 것으로 예상되었으나,³¹⁾ 실제 결과는 그렇지 않았다.³²⁾ 저작권은 Napster와 함께 소멸할 것 같았지만 그렇지 않았다.³³⁾ 가상세계는 현실세계로부터 자유로울거라 여겼지만 실제

enforceable” because parties in a smart contract do not objectively display an intent to enter into the self-executing smart contract.”); Nick Szabo, Formalizing and Securing Relationships on Public Networks, FIRST MONDAY (Sept. 1, 1997), <https://firstmonday.org/article/view/548/469>. (“defining the hallmark of contract formation as a “set of promises” agreed to in a mutual meeting of the minds which smart contracts may not fulfill.”).

28) Fairfield, *supra* note 5. 50-51(2021).

29) Jon Martindale, Go Ahead, Pass Laws. They Can't Kill Bitcoin, Even if They Try, DIGITAL TRENDS (Dec. 19, 2017), <https://www.digitaltrends.com/computing/dont-worry-about-bitcoin-regulation-it-cant-be-stopped/> (2021.8.25. 최종확인).

30) Jerry Brito, Foreword to PAUL ANNING ET AL., THE LAW OF BITCOIN, at xiii, xiii (Stuart Hoegner ed., 2015) (“A common misconception about Bitcoin is that it is not regulated.”); Jerry Brito, Bitcoin Remains a Tool for Freedom, Even While Going Mainstream, REASON (May 19, 2014), <http://reason.com/archives/2014/05/19/bitcoin-remains-a-tool-for-freedom-even>. (“arguing that bitcoin will likely tend towards centralization and regulation.”).

31) David. R. Johnson & David G. Post, Law and Borders — The Rise of Law in Cyberspace, 48 STAN. L. REV. 1367, 1387 (1996). (“Even if we agree that new rules should apply to online phenomena, questions remain about who sets the rules and how they are enforced. We believe the Net can develop its own effective legal institutions.”).

32) Jack L. Goldsmith, Against Cyberanarchy, 65 U. CHI. L. REV. 1199 (1998).

그렇지 못하다. 마찬가지로 스마트계약은 계약법을 대체하지 못할 것이며 법률가들 역시 코드에 의해 대체되지 않을 것이다. 이처럼 법과 기술의 역사적 적응관계에 비추어 볼 때 결국은 현행 법체계 안에서 수정, 보완을 통해 해결점을 모색하게 된다.

이후 블록체인에 기반한 암호화폐에 대한 법적 검토는 기술에 대한 규제여서는 안되며 인간이 그러한 기술을 사용하는 방식에 대한 규제이어야 한다는 논의다.³⁴⁾ 일례로 블록체인 자체를 금지하거나 규제하는 것이 아니라 블록체인이 가치를 이전하는 경우 은행보안법(bank secrecy act)에 의해 화폐의 대용으로 취급하여 그에 준하는 규제를 하게 된다.³⁵⁾ 창업 자금 마련을 돕기 위해 발행된 코인(“증권형 코인”)은 SEC에서 자산으로 취급하고, CFTC³⁶⁾와 IRS는 암호화폐 토큰을 상품으로 사용할 때 이를 상품으로 취급한다.³⁷⁾ 또한 분산원장에서 개인정보를 처리하는 한 프라이버시 관련 법이 적용될 수 있다. 기술 자체는 동일하나 사람들이 그러한 기술을 어떻게 사용하는가에 따라 적용되는 규제가 달라지게 되는 것이다.³⁸⁾

따라서 NFT가 재산상 이윤을 창출하는 방식으로 이용될 때, 이와 같은 이용방식에 기반한 규제방식이 어떻게 적용되어야 하는가에 대한 논의가 제기될 수 있다.³⁹⁾ NFT가 사유 재산으로서 판매되고, 거래에서 사

33) Joshua A.T. Fairfield, The Magic Circle, 11 VAND. J. ENT. & TECH. L. 823 (2009).

34) Ethan D. Trotz, The Times They Are a Changing : Surveying How the Howey Test Applies to Various Cryptocurrencies, 11 ELON. L. REV. 201, 202 (2019); Joshua A.T. Fairfield, The Human Element: The Under-Theorized and Underutilized Component Vital to Fostering Blockchain Development, 67 CLEV. ST. L. REV. 33, 33 (2019).

35) Financial Crimes Enforcement Network, FIN-2019-G001, 명목화폐로 전환할 수 있는 가상화폐와 관련된 특정 비즈니스 모델에 대하여 FinCEN의 규정 적용(Application of FinCEN's Regulations to Certain Business Models Involving Convertible Virtual Currencies(May 9, 2019)에서는 은행보안법이 명목화폐로 전환할 수 있는 가상화폐에 어떻게 적용되는지를 설명하고 있다. Requirements for Certain Transactions Involving Convertible Virtual Currency or Digital, 31 CFR PTS. 1010, 1020, and 1022 (proposed Dec. 23, 2020).

36) Commodity Futures Trading Commission, 미국의 선물거래위원회.

37) Allison Christians, Taxation in the Age of Smart Contracts: The CryptoKitty Conundrum, 16 OHIO ST. TECH. L. J. 91, 99 (2020).

38) Joshua A.T. Fairfield, “Human Element, The Under-Theorized and Underutilized Component Vital to Fostering Blockchain Development”, 67 CLEV. ST. L. REV. 33, 34 (2019).

유 재산으로 취급되며, 유언을 통해 상속된다면 법은 신중하게 그러한 NFT를 사유 재산으로 취급할 것인가를 검토해야 한다.⁴⁰⁾ 그러나 현재 NFT에 대한 법적 분석은⁴¹⁾ 저작권에 기반한 라이선스 중심의 논의다. 이러한 기술이 재산법적 관점보다는 라이선스 중심의 지식재산권 법체계에서만 논의된다면 NFT의 사적 재산으로서의 거래성격, 즉 판매자와 구매자의 실질적 관심사인 사유재산으로서의 특성을 간과하기 될 수 있다.⁴²⁾ 즉 NFT는 이미 거래의 중심에서 담보로 제공되며, 상속법리에 의해 상속되는 등 사적재산처럼 거래되는데, 규범은 그렇지 못할 경우 기술의 ‘이용방식’에 따른 규범의 적용원리가 형해화 될 수 있다. 즉 NFT의 주된 적용법리는 지적재산에 기반한 라이선스가 아니라 사유 재산, 즉 일반적 재산법리의 적용이 검토될 필요가 있다.⁴³⁾

2. 라이선스의 한계

가. 기존 디지털 자산과 NFT콘텐츠의 차이 : ‘배타성’의 가능성

NFT는 재산과 계약, 온라인상에서의 디지털 자산과 지적재산 사이의 엷힌 법적 관계를 진지하게 검토할 수 있는 기회를 제공한다. NFT의 구매자와 판매자는 디지털 개인 재산에 대한 일종의 소유권을 거래할 의도

39) *Kremen v. Cohen*, 337 F.3d 1024, 1030 (9th Cir. 2003). 재산은 “소유 또는 처분이 가능한 모든 무형의 이익과 특권을 포함”하는 넓은 개념이다. 통상 재산권이 존재하는 지 여부를 결정하기 위해 3가지 기준이 적용된다. 첫째, 정확히 정의할 수 있는 이해관계가 있어야 하며, 둘째, 배타적 소유 또는 통제가 가능해야 하고, 셋째, 소유자로 추정되는 자는 독점에 대한 합법적 주장을 할 수 있어야 한다.

40) National Conference of State Legislatures, *Access to Digital Assets of Decedents: Overview* (Jan. 29, 2020), <https://www.ncsl.org/research/telecommunications-and-information-technology/access-to-digital-assets-of-decedents.aspx> (2021.8.25. 최종확인). 미국에서 최소 48개 주와 미국령 버진 아일랜드에서는 개인의 무능력 또는 사망 시 이메일, 소셜 미디어 계정, 블로그 기타 웹사이트 계정 또는 기타 전자적으로 저장된 자산에 대한 액세스를 다루는 법률을 제정했다.

41) Tonya M. Evans, *Cryptokitties, Cryptography, and Copyright*, 47 *AIPLA Q.J.* 219, 220 (2019); Bryan Wilson, *Blockchain and the Law of the Cat: What Cryptokitties Might Teach*, 88 *UM K L. REV.* 365, 370 (2019).

42) Fairfield, *supra* note 5. 56-57 (2021).

43) *Id.*, at 57-58

를 가지고 있다고 볼 수 있다. NFT의 구매자는 사유재산을 구매한다고 믿으며, 판매자 역시 자신 소유의 재산을 판매한다고 믿는다. 토큰 자체는 마치 유체물처럼 다수가 아닌 하나의 특징인에 의해서만 소유 및 지배될 수 있다. NFT 이전에 개인의 사유 재산처럼 취급되었던 디지털 재산으로 도메인네임이 있다.⁴⁴⁾ 또는 비디오 게임에서 획득된 아이템 등도 있다. 그러나 이러한 것들에 비하면 NFT콘텐츠는 사유 재산으로서 소유권의 대상이 되기에 더 설득력 있을 수 있다. 이러한 디지털 콘텐츠는 모두 지적재산에 해당되는 데이터베이스로 구성되어 있다. 그러나 NFT는 코드가 변경 불가능하고 스마트계약이 작동된 뒤에는 블록체인을 관리하는 중앙집중화된 존재가 없으며, 이용자는 그 토큰 즉 NFT를 생성·제공한 자로부터 자유로이 독립되어 그 토큰을 이용하거나, 다른 사람의 이용을 배제시키거나, 혹은 상속하거나, 파기할 수 있다. 따라서 비디오 게임 아이템보다 더 독립적 처분가능성을 지니는 재산으로 평가될 수 있다.

나. 라이선스 범리의 한계

1) NFT 거래 당사자의 진정한 의도 불일치

상업적 인터넷이 확산된 지난 30년간 지적재산권의 복잡한 확산은 디지털 사적 재산에 대한 권리설정을 오히려 필요 이상으로 복잡하게 만들었다고도 볼 수 있다.⁴⁵⁾ 컴퓨팅 기술과 인터넷의 도래가 복제된 콘텐츠들의 확산을 어떻게 유발하였는지는 Napster, YouTube, torrent 사이트 등을 통해 여실히 드러났다. 불법적인 복제를 관리하기 위하여 법은 최종 이용자 라이선스를 통해 계약에 의한 권리를 확장하고 RAM-copy doctrine⁴⁶⁾과 같은 원칙을 통해 지적재산권을 확대하여 지적재산권자가 소비자 혹은 이용자에게 매매가 아니라 라이선스를 부여하도록 함으로서

44) *Kremen v. Cohen*, 337 F.3d 1024, 1030 (9th. Cir. 2003) (“Finally, registrants have a legitimate claim to exclusivity. Registering a domain name is like staking a claim to a plot of land at the title office. It informs others that the domain name is the registrant’s and no one else’s.”).

45) Aaron Perzanowski, *Fixing RAM Copies*, 104 NW. U.L. REV. 1067, 1089-1090 (2010).

46) RAM에 일시적으로 복제되는 경우에도 ‘고정’의 요건을 충족한다고 함으로서 ‘복제’행위로 인정한 원칙이다.

자산에 대한 거의 완전한 통제를 가능하게 하였다.⁴⁷⁾ 라이선싱과 스트리밍은 지배적인 온라인 패러다임이며, 온라인상에서 소유권의 개념은 거의 사라졌다고 봐도 과언은 아니다.⁴⁸⁾

그러나 중요한 문제는 디지털 아이템(콘텐츠)을 구매하였을 때 판매자의 이용을 어떻게 통제하는가 하는 문제이다. 최종 구매자의 의사에 통제받지 않고 전 소유자가 여전히 이용할 수 있다면 이는 완전한 거래라고 볼 수 없다. 디지털 콘텐츠에 대한 지적재산권은 이러한 비배타성이라는 디지털 콘텐츠의 본질적 속성에 기반하여 고안된 제도라고 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 앞서 언급하였듯이 기술에 대한 법의 적용은 인간의 이용방식에 따라 규율된다고 볼 수 있다. NFT의 이용방식이 사유재산의 판매를 의도하고 있는 것이라면, 기존의 라이선스를 기반으로 하는 지적재산권 법제는 한계를 보일 수 밖에 없다. 거래 당사자가 특별한 재산을 표창하는 NFT를 전달할 때, 그리고 그 재산이 해당 NFT를 구매(획득한) 단 한 명의 소유자에 의해 통제될 때, 라이선싱 혹은 계약법리보다는 일반적 재산 거래 법리의 적용이 거래당사자의 의도와 더 맞닿아 있다고 볼 수 있다. 이는 기존의 인터넷을 기반으로 하는 지적재산법이 계약과 라이선스를 통해 기업의 권리를 증진시키고, 구매자를 단순 이용자로 전락시킨 상황과 크게 다르다고 볼 수 있다. 실제 오프라인 거래에서 이러한 유체물 법리와 온라인 라이선스 법리의 상호 접점을 마련한 것이 ‘최초판매의 원칙’(권리소진의 원칙)이라고 볼 수 있다. 그러나 최초판매의 원칙은 다음과 같은 점에서 디지털 재산의 이전에 한계를 내포하고 있다.

2) ‘최초판매의 원칙’ 적용 곤란

NFT는 지적재산권자가 그들의 작품을 제한된 범주 내에서 검증된 작품 또는 단 하나밖에 없는 작품을 판매하는데 도움이 되는 방식으로 기술이 형성되어야 한다는 데 중점을 두고 논의되어 왔다.⁴⁹⁾ 그러나 이러

47) Aaron Perzanowski & Jason Schultz, THE END OF OWNERSHIP: PERSONAL PROPERTY IN THE DIGITAL ECONOMY 57, 123-125 (2016).

48) Perzanowski & Schultz, supra note 47, 1 (2010).

49) Tonya M. Evans, Cryptokitties, Cryptography, and Copyright, 47 AIPLA Q.J. 219, 220 (2019);

한 관점은 NFT기술이 전제하고 있는 약속들, 즉 NFT콘텐츠를 진정으로 판매하고자 하고 구매를 통해 완전히 사용·수익·처분하고자 하는 거래당사자들의 의도를 충족시킬 수 없다.

일례로 A가 킨들 전자책을 구매하였을 때, 앱을 개시함으로써 그 책에 대한 라이선스에 동의하게 된다. 디지털 책을 소유하는 것은 아니다. 1993년에서 1995년까지 세 건의 사례가 ‘RAM copy doctrine’을 만들어낸 이후 디지털 재산에 대하여는 직관적으로 이해할 수 있는 소유권보다 그렇지 못한 라이선스가 적용되는 것이 규범화 되었다.⁵⁰⁾ 이러한 원칙에 의해 누구든 전자책을 읽을 때마다 컴퓨터 등 단말기의 RAM에 복제본이 만들어지는데, 이러한 행위는 반드시 라이선스 되어야 적법한 복제행위가 될 수 있다. 라이선스에 의해 디지털 콘텐츠의 유통은 판매자가 구매자에게 부여한 조건과 계약에 종속될 수밖에 없다. 그러나 오프라인 즉 물리적 재산의 거래는 그렇지 않다. 서점 등에서 구매한 책을 읽는 과정에서 복제가 발생하지 않기 때문에 복제를 위한 특별한 라이선스가 필요하지 않다.⁵¹⁾ 따라서 최초판매의 원칙에 의해 구매자는 자신의 소유인 하드카피 책을 자유로이 재판매 혹은 이전할 수 있다. 그러나 NFT콘텐츠 소유자는 이러한 하드카피 책에 대한 소유권과 동일한 법적 권리를 가지지 못한다. 디지털 시장에서 하나의 예술작품에 연결된 NFT를 구매하였다고 가정해 보자, 누가 무엇을 소유하는지에 대한 기록에 따라 스마트계약이 실행되는 대가로 가상화폐를 지불할 것이다. 그 결과 구매자의 전자지갑에는 그 예술작품 혹은 디지털 콘텐츠 자체의 URL과 그 작품을 설명하는 메타데이터 등을 포함하는 토큰의 검증된 해시가 담기게 될 것이다. 이러한 과정은 해당 NFT의 거래과정에서도 동일하게

Birgit Clark & Ruth Burtsall, *Crypto-Pie in the Sky? How Blockchain Technology is Impacting Intellectual Property Law*, 2 STAN. J BLOCKCHAIN L. & POL'Y 252(2019); Bryan Wilson, *Blockchain and the Law of the Cat: What Cryptokitties Might Teach*, 88 UMK L. REV. 365. 370 (2019).

50) MAI Sys. Corp. v. Peak Computer, Inc., 991 F.2d 511, 518-19, (9th Cir. 1993); *Advanced Computer Servs. of Michigan, Inc. v. MAI Sys. Corp.*, 845 F. Supp. 356, 364 (E.D. Va. 1994); *Triad Sys. Corp. v. Se. Exp. Co.*, 64 F.3d 1330, 1334 (9th Cir. 1995).

51) Perzanowski & Schultz, *supra* note 47. 1-3 (2017). (outlining the differences between analog and digital book ownership); Perzanowski, *supra* note 45. 1088 (2017).

발생하게 된다. NFT가 연결한 디지털 콘텐츠는 가상세계에서 그 희소성이 인정된다 할지라도 결국 온라인상에서 복제에 관한 법리가 적용되게 된다. 즉 독점배타권으로서 복제권이 작동된다. 그러한 복제권은 오프라인상에서 단 하나만 소유하고 싶은 자에게 그리 큰 거래의 문제가 아닐 수 있지만, 온라인상에서는 다르다. 온라인에서 그 책을 읽는 것 자체가 RAM에 복제를 만들어내게 된다. 이러한 복제는 NFT의 양도 거래에서도 발생하게 된다. 그러나 ‘Redigi 사건’에서 알 수 있듯이 디지털 파일을 전송함에 있어서 한 번에 두 개의 사본이 동시에 존재하지 않도록 한 번에 하나의 패킷 전송과 동시에 보낸이의 하드 드라이브에서 해당 패킷을 지워서 디지털 파일을 전달한 경우에도 법원은 여전히 저작권법에 따른 복제권 침해를 인정하였다.⁵²⁾ 하나의 유일한 디지털 복제본을 판매하기 위해서, 그것을 다른 사람에게 양도하는 범주 내에서 이루어지는 복제는 허용되어야 한다. 이러한 복제의 범주는 통상 원본을 삭제하고 복제본을 만드는 방식으로 이루어질 것이다.⁵³⁾ 오프라인상에서 유체물인 매체에 고정된 지적재산은 그 이용과 이전에 있어서 ‘복제’의 문제가 발생하지 않기 때문에 최초판매의 원칙에 의해 ‘유체물의 소유’와 함께 그 지적재산의 소유를 향유하게 된다. 그러나 디지털 형태의 지적재산은 해당 콘텐츠 자체의 이용과 이전 과정에서 본질적으로 ‘복제’행위가 이루어지게 되고 최초판매의 원칙에 의한 것과 같은 소유는 곤란해진다. 다만 컴퓨터 이용과정에서 필요하다고 인정되는 범위에서 저작물의 일시적 복제를 허용하는 ‘저작물 이용과정에서의 일시적 복제(저작권법 제35조의 2)’의 적용가능성에 대한 반론이 있을 수 있으나 ‘Redigi 사건’을 통해 보듯 이러한 면책규정의 적용은 불분명하다. NFT기업은 이러한 문제를 NFT라이선스를 통해 해결하고자 하나 그러한 라이선스는 NFT기업이 홍보하는 거래 즉 완전한 사용수익과 양립하기 어려운 제한과 제약요소

52) Redigi 사건에서는 이용자가 적법하게 구입한 음원파일을 재판매할 때 음원이 복제되는 동시에 기존 파일을 삭제하려는 노력이 있었다. 그러나 음원파일이 이동되는 과정에서 음원의 복제가 일어났다는 이유 등에 근거하여 최초 판매의 원칙 적용이 부정되었다. Capitol Records, LLC v. ReDigi, Inc., 910. F.3d 649 (2nd Cir. 2018).

53) Sarah Reis, Toward a “Digital Transfer Doctrine”?: The First Sale Doctrine in the Digital Era, 109 NW U. L. R. 173 (2015). (여기서 디지털 아이템에 대한 업데이트된 최초판매의 원칙이 필요함을 주장하고 있다).

들을 포함하는 등 라이선스의 유형 자체가 매우 다양하고 복잡하다.

3) 이용자 권익 경시

대부분의 NFT를 기반으로 디지털 콘텐츠의 거래를 허용하는 사이트도 이러한 지적재산 라이선스에 기반한 정책을 취하고 있다. 일례로 Axie infinity(엑시 인피니티)는⁵⁴⁾ 명백히 엑시의 구매자들이 엑시를 구매하고 소유하며 재판매 할 수 있다고 밝히고 있음에도 불구하고, 엑시에 부여된 라이선스 조건은 매우 다르다. 라이선스에 의하면 엑시를 포함한 모든 그래픽은 기업이 소유하며, 그 회사는 케이맨 제도(Cayman Islands)⁵⁵⁾의 법에 따른다고 되어있다.⁵⁶⁾ 즉 가장 중요한 저작권 즉 디지털 아 이템을 이전시키는 데 반드시 필요한 복제권은 명백히 엑시 인피니티라는 운영자 즉 기업이 보유한다고 규정하고 있다. 엑시라는 디지털 재산의 이전을 위한 어떠한 예외도 없으며 엑시의 소유자라 일컬어지는 이용자는 엑시를 상업적 이득을 위해 이용할 수 없다. 또한 라이선스 계약 없이 이용자들이 엑시에서 상품화로 만 달러 이상 버는 것을 금지하고 있다.⁵⁷⁾ 이는 엑시 이용자(실제로는 소유자인 것처럼 포장된)의 이익을 제한하는 것이고, 또한 상업적 사용을 금지한다는 것 자체가 라이선스 규정에 직접적으로 모순된다. 또한 기업은 엑시 거래의 4.5% 수수료 징수를 규정하고 있다.⁵⁸⁾

54) 엑시 인피니티는 누구나 숙련된 게임 플레이와 생태계 기여를 통해 토큰을 얻을 수 있는 포켓몬에서 영감을 받은 게임이다. 플레이어는 애완 동물(Axies)을 위해 전투, 수집, 육성 및 지상 왕국을 건설할 수 있다. 현재 플레이어는 마켓플레이스의 다른 플레이어로부터 엑시스를 구입하는 것으로 게임을 시작할 수 있다.

55) 카리브 해에 있는 영국의 해외 영토로, 수도는 조지타운이다.

56) Terms of Use, AXIE INFINITY, <https://axieinfinity.com/terms> (2021.8.17최종확인).

57) Terms of Use, AXIE INFINITY, <https://axieinfinity.com/terms> (2021.8.17최종확인). (“An Axie NFT can be used to generate a maximum of \$10,000 in revenue before an official license agreement has to be signed. The revenue can come from either fan art (tokenized or physical) or merchandise(t-shirts, mugs, hoodies, etc.).”).

58) Terms of Use, AXIE INFINITY, <https://axieinfinity.com/terms> (2021.8.17최종확인). (“In addition to the Gas Fee, each time you utilize a Smart Contract to conduct a transaction with another user via the App, you authorize us to collect a commission of 4.50% of the total value of that transaction (each, a “Commission”) . . . [y]ou acknowledge and agree that the

그러나 NFT를 생성하는 기업은 자신의 지식재산에 대하여 기존의 라이선스를 능가하는 재정적 이익을 제공받고 있다. 지금까지 아마존과 같은 기업의 인센티브는 고객에게 라이선스된 콘텐츠에 대한 접근을 ‘구매’하도록 프리미엄을 지불하는 것이었다. 그들은 해당 콘텐츠가 사용된 맥락에 대한 지배력 혹은 라이선스 계약을 통해 시장에 대한 지배력을 획득하고자 하였다. 그러나 NFT제작자는 NFT구매자들에게 해당 재산의 소유자가 될 것이라고 약속하며 그에 상응하는 대가를 지불하도록 한다. 예를 들어 LeBron James dunking의 gif 그 자체는 가치가 없다. 그러나 LeBron James dunking의 탑 샷(Top Shot)에 대한 NFT는 7만달러를 넘었다. 구매자는 자신이 소유한 자산에 대한 비용을 지불하는 것이며 이는 이미 라이선스의 범위를 벗어난 것이라고 볼 수 있다.⁵⁹⁾

3. 법적 과제

가. NFT에 대한 일반 재산 거래 법리의 제한적 적용 가능성 검토

디지털 자산은 유체물과 같은 물권적 거래의 대상이 아니라, 대부분 지적재산권 체계에 따른 라이선스가 적용된다. 라이선스 계약의 주요 특징은 권리자가 라이선스에 대하여 지속적으로 권리를 실행할 수 있으며, 계약이 종료되면 라이선스가 끝난다는 점이다. 그러나 유체물 매매계약의 경우, 일단 매매가 이루어지고 난 후에는 매도인은 더이상 매수인에 대하여 권리를 행사할 수 없으며 매수인에게 재산이 양도되어 거래가 종결된다. 다만 디지털 자산이 유체물에 해당되는 매체(종이책, 플라스틱 CD 등)에 담겨 거래되는 지식재산에 대하여는 예외적으로 유체물의 법리를 적용시켜 처분권을 허용한 것이 최초판매의 원칙 즉 권리소진의 원칙이라고 할 수 있다. 즉 지식재산이 유체물 매체 속에 간혀서 오프라인에서 배포될 경우 복제행위를 수반하지 않기 때문에 지적재산의 배타적 속성이 강화된다. 오프라인에서 그림을 보는 행위, 또는 책을 읽는 행위 자체에서 복제가 이루어지지 않는다. 반면 온라인에서는 다르다. 앞서 언

Commission will be transferred directly to us through the Ethereum network or Loom Network as part of your payment.”).

59) Aaron Perzanowski and Jason Schultz, Reconciling Personal and Intellectual Property, 90 NOTRE DAME L. R. 1213, 1214 (2015).

급하였듯이 이러한 이유로 최초판매의 원칙이 온라인상에서 디지털콘텐츠의 이용의 경우에는 적용되지 않는다.⁶⁰⁾ 즉 온라인상에서 유통되는 디지털 콘텐츠는 본질적으로 이용과정에서 복제를 수반하므로 비배타적 속성을 지니는 것으로 간주된다.

그러나 NFT콘텐츠의 경우 이러한 비배타적 속성을 ‘배타적’ 취급이 가능하도록 작동시킨다는 점에서 유체물에 준하는 매매 법리의 적용가능성에 대한 검토가 필요하다. 하드카피 책의 유체물로서 속성은 제한적 라이선스가 적절하지 않으며 유체물 거래 법리를 적용하는 것이 타당하다. NFT의 고유하고 대체할 수 없는 속성 역시 실제 하드카피 책을 취급하는 방식과 유사한 방식으로 적용될 여지를 부여한다.⁶¹⁾

그럼에도 불구하고 디지털 세계 즉 가상공간에서 아이템 등 콘텐츠를 구매한(구매하였다고 생각하는) 사람들은 그들이 완전히 비용을 지불하였음에도 불구하고 구매한 아이템을 이용함에 있어서도 라이선스에 의한 이용조건을 따라야 한다.⁶²⁾ NFT제공자와 발행인은 이러한 이용조건을 실행시키고 NFT구매자의 소유권을 제한하기 위한 조치를 최종 사용자 라이선스 계약 또는 NFT스마트 계약에 숨겨놓는다. 이미 이러한 경우는 킨들의 전자책 소유권에 대하여 실시한 바 있으며 이와 동일한 방식으로 NFT거래에서도 발생할 것이다.⁶³⁾ 그러나 NFT거래는 킨들 전자책서비스와 다르다. NFT구매자들은 그들이 NFT를 재판매할 수 있고 기존 판매자가 구매자의 권리를 간섭할 수 없다는 전제하에 구매한 것이다. 즉 NFT는 판매자가 아닌 구매자의 이익과 혜택을 위해 자유로이 재판매 되도록 고안되었다는 점이 중요하다. 그러나 위에서 검토한 바와 같이

60) Vernor v. Autodesk, Inc., 621 F.3d 1102 (9th Cir. 2010).

61) Fairfield supra note 5. 83 (2021).

62) Gabe Gurwin, Don't Delete Facebook Or You'll Lose All Oculus Games for Good, Gamespot, https://www.gamespot.com/articles/dont-delete-facebook-or-youlllose-all-oculus-games-for-good/1100-6483716/?utm_source=reddit.com ("You're required to link a Facebook account when using the Oculus Quest 2 headset, and if your Facebook account isn't in good standing, you will not be able to use the Quest 2 at all."). (2021.8.25. 최종확인).

63) Aaron Perzanowski and Chris Hoofnagle, What we Buy When We "Buy Now," 165 Pa. L. Rev. 315 (2017); Aaron Perzanowski and Jason Schultz, Digital Exhaustion, 58 UCLA L. Rev. 889 (2011). (이하 "Perzanowski & Schultz, Digital Exhaustion"라 함).

NFT 라이선스는 이러한 특성이 간과된 채 구글플레이 영화나 킨들전자책에 적용되는 라이선스와 거의 유사하게 취급되고 있다. 만약 소송에서 법원이 NFT의 판매를 소프트웨어 라이선스 계약과 유사하게 취급한다면, NFT에 관심을 불러일으키는 판매권 자체가 위태로워질 것이다.

소프트웨어 라이선스 재판매가 금지된 shrinkwrap license에서 판매는 소프트웨어 이용자가 복제본의 소유자에 해당되는지 아니면 이용허락(라이선스)에 해당되는지를 결정하는데 세 가지 고려사항을 실시한 바 있다. “첫째, 저작권자가 이용자에게 라이선스를 부여하였다는 것을 특정하였는지, 둘째, 저작권자가 이용자의 소프트웨어를 이전권을 상당히 제한하고 있는지, 셋째, 저작권자가 현저한 이용제한을 부여하는지”이다.⁶⁴⁾ 이 판시에 의하면 판매자에 의해 “라이선스 계약”이라고 특정되고, 판매자가 소프트웨어에 대한 구매자의 권리를 제한하면서 구매자로 하여금 소프트웨어를 제3자에게 이전시키는 것을 제한하고 있다고 주장한다면, 판매자는 구매자에게 단지 라이선스를 부여한 것에 불과한 것으로 된다. 구매자는 그 복제본을 구매하고 비용을 완전히 지불하였다고 생각할지라도 판매자는 여전히 그 소프트웨어에 대하여 지배력을 행사할 수 있다. 이러한 사례를 그대로 NFT에 적용할 경우 NFT거래의 목적 자체를 상실시킬 수 있다. NFT거래의 목적은 NFT를 재판매하고 NFT가치 상승분으로부터 이익을 획득할 권리를 판매자에게 남겨두는 것이 아니라 구매자에게 온전히 이전시키는 것이기 때문이다. 그러나 위 사례를 유체물의 판매에 유추하는 것이 부적절하듯, NFT에 그대로 유추하는 것은 타당하지 않다. NFT자체는 여타 소프트웨어와는 달리 거래의 특성을 ‘판매’로 확정하는 역할을 하기 때문이다.⁶⁵⁾ NFT는 제3자의 간섭없이 디지털 재산을 사용, 향유, 전시, 처분등을 할 수 있다. 이는 기존 온라인상의 라이선싱과 매우 대조되는 방식이다. 즉 NFT는 기존의 소프트웨어가 매매에 적합하지 않은 문제를 피할 수 있다. NFT는 자유롭고 명확한 소유권에 대한 오프라인의 규범을 디지털 재산에 적용할 수 있는 가능성을 제시한다.

64) Vernor v. AutoDesk. 621 F.3d 1102 (9th Cir. 2010).

65) Fairfield, *supra* note 5. 86 (2021).

지금까지 소유와 라이선스의 법리는 어느 정도 명확히 구분되어져 왔다. 하드카피 책의 판매에서 이루어지는 법적 관계는 판매와 라이선스가 동시에 이루어지는 것이며, 판매 또는 라이선스가 선택의 문제는 아니다. 마치 하드 카피 서적의 구매자가 그 물리적 ‘책’에 대하여 소유권을 가지는 것과 별개로, 책의 저자는 여전히 저작권을 보유한다는 것이다.⁶⁶⁾ 마찬가지로 NFT소유자 역시 토큰을 완전히 소유하지만 토큰에 첨부된 예술작품등 콘텐츠에 대하여는 제한된 라이선스의 혜택을 받을 뿐이다. 통상 법원은 지적재산권자가 해당 지적재산이 라이선스 되었다고 주장하면 그러한 지적재산은 매매가 아닌 라이선스 된 것으로 인정한다.⁶⁷⁾ 마찬가지로 지적재산권자가 NFT 디지털 복제를 따로 분리해내서 그것만 소유권을 매매하려는 것이라고 주장한다면, 그러한 주장은 인정될 수 있는 것이다.

그러나 안타깝게도 이러한 상황을 대비한 듯 대부분의 NFT거래 라이선스는 복제권의 제한을 허용하고 있지는 않다. 일례로 라이선스에서 NFT구매자에게 그러한 구매에 따른 상업적 혜택을 제한된 범위에서 허용하고 있다. Cryptokitty “Nifty License”는 Cryptokitty의 소유자가 연간 10만 불을 이상을 벌지 않는 한 자신의 kitty를 사용하여 자신의 상품을 홍보하는 것을 허용한다.⁶⁸⁾ 즉 라이선스는 소유자가 자신의 재산을 이용하여 경제적 이윤을 추구하는 것을 제한한다. 다양한 NFT라이선스는 종종 NFT에 연결된 저작물을 NFT소유자가 전시하거나 판매하는 것을 허용한다. 그러나 복제권에 대한 예외를 허용하지 않으며, 실제 저작권 침해 없이 권한이 실행되는 범주로 제한하고 있다. SuperRare라이선스 역시 디지털아트 소유자가 NFT형태로 전시, 판매하는 것을 허용하나 복제권에 대한 예외는 포함되어 있지 않다.⁶⁹⁾ 전시와 판매 혹은 홍

66) Perzanowski & Schultz, Digital Exhaustion, supra note 63. 91 (2021). (“[T]he benefits of first sale have traditionally depended on a single trigger: ownership of a copy of a work.”).

67) Vernor v. Autodesk, Inc., 621 F.3d 1102 (9th Cir. 2010).

68) Terms of Use, CRYPTOKITTIES, <https://www.cryptokitties.co/terms-of-use> (2021.8.25. 최종 확인). (“stating an owner of a Cryptokitty may license, copy, and display his or her own Cryptokitty for “purposes of commercializing your own merchandise” so long as that Commercial Use “does not result in you earning more than One Hundred Thousand Dollars (\$100,00) in gross revenue each year.”).

보에 필연적으로 수반되는 디지털 콘텐츠인 NFT콘텐츠의 ‘복제’를 제한하고 있는 것이다.

그러나 이는 NFT거래 현실에 대한 일종의 기만이다. NFT를 구매하는 사람들은 당연히 재판매의 가치를 향유할 목적으로 구매한다. 앞선 판매자, 중개자 또는 다른 기관 행위자에 의해 제한된 권리를 누리던 것에서 벗어나 NFT구매자들은 더 많은 권한을 부여받는 방향으로 법과 기술적 프레임이 변화될 것이라고 기대하며 거래한다. 마치 비트코인의 소유자가 다른 이에게 비트코인을 지불할 때 은행 및 금융규제 기관으로부터 자유로울 것으로 기대하는 것처럼, NFT소유자는 그 이전의 NFT소유자 혹은 NFT생성·제공자로부터 자유로이 NFT를 이용, 처분, 거래할 수 있을 것이라고 기대한다. NFT구매자들은 가치있는 고유한 디지털 자산의 소유자이며 소유자로서 이러한 자산의 가치 상승분을 획득할 수 있을 것이라고 믿고 구매행위를 결정하며, 판매자나 NFT생성제공자 역시 그렇게 광고한다. 또한 NFT는 실제 소유권에 부여되는 권능들(배타적 사용, 재판매 수익, 파괴 등)과 함께 판매된다. 거래 형식, 소유권의 프리미엄이 반영된 가격, NFT판매 후 구매자와 판매자의 행동양식에 의해 나타나는 구매자 특성은 NFT가 다른 디지털 콘텐츠와는 달리 유체물과 유사한 디지털 재산의 속성을 나타내고 있다고 볼 수 있다. 그러나 현실속에서 웹사이트 이용계약, 소프트웨어 라이선스 계약 등을 통해 NFT구매자가 생각하는 이러한 기대이익은 실현되기 어렵다.

거래당사자의 진정한 의사가 구현되는 것이 거래를 진정하게 만드는 본질적 요소라면 NFT판매의 경제적 현실은 판매자 등이 구매자에 대한 지배력을 여전히 확장하도록 고안된 라이선스나 거래계약이 아니라, 사적 재산의 판매라는 것을 염두해 둔 법리의 적용이 필요하다.

나. NFT거래사이트의 이용자 혼란 방지를 위한 법적 조치

앞서 언급하였듯이 대부분의 NFT를 기반으로 디지털 콘텐츠의 거래를 허용하는 사이트는 해당 디지털콘텐츠의 소유권을 거래하는 것임을 명시하고 있다. 일례로 들었던 Axie infinity(엑시 인피니티)의 경우도⁷⁰⁾ 명

69) SuperRare Terms of Service, SUPERRARE, <https://www.notion.so/SuperRareTerms-of-Service-075a82773af34aab99dde323f5aa044e> (2021.8.19. 최종확인).

백히 액시의 구매자들이 액시를 구매하고 소유하며 재판매 할 수 있다고 밝히고 있음에도 불구하고, 라이선스 정책에 의하면 실제 액시에 대한 상업적 이용은 거의 불가능하다. 또한 이러한 가상공간이 제시하는 각종 라이선스 조항 역시 이해할 수 없을 정도로 오류가 많으며, 실제 이용자가 접근할 수 없는 낯선 법적 환경(케이멘 제도 혹은 에스토니아 법)에서 스스로의 권리를 옹호해야 한다.⁷¹⁾ 즉 액시 라이선스 약관에 의하면 구매자들이 프리미엄 가격에 액시를 구매하도록 유도하면서도(마치 구매자가 소유자가 되는 듯한 외관을 제공하면서), 결국 이들에게 소유권에 유사한 최종적 지배관리권을 제공하는 것은 아니다. 소비자에게 거래의 실제와 불일치 하는 외관을 제공하면서 이를 기반으로 거래를 성사시키고 있는 것이다.

또한 NFT 생성 및 판매 사이트는 NFT가 사용되는 범주에 대한 막강한 영향력을 가지고 있다. 그러한 영향력은 구매자의 권한을 제한하는데 사용될 수 있다. 예를 들어 NFT 기반의 수집형 카드거래게임인 Gods Unchained의 경우 이용자들이 수익의 일환으로 카드를 소유하고 재판매할 것을 매우 적극적으로 홍보한다. Gods Unchained의 카드는 두 가지 요소로 구성된다. 이용하는 플레이어간에 직접 전송할 수 있는 NFT토큰과 가상 테이블위에 나타나는 카드에 대한 지식재산권이다. 카드는 게임 제작자가 제공하는 마켓플레이스를 통해 판매되며, 카드는 가상 테이블에서 재생된다. 이러한 가상테이블에는 카드와 카드 예술품이 나타나고 카드 통계가 작동된다. 이러한 시스템에서 이용자인 플레이어들은 토큰을 소유하나 게임 제작자는 그러한 게임 공간에 표시할 수 있는 지적재

70) 액시 인피니티는 누구나 숙련된 게임 플레이와 생태계 기여를 통해 토큰을 얻을 수 있는 포켓몬에서 영감을 받은 게임이다. 플레이어는 애완 동물(Axies)을 위해 전투, 수집, 육성 및 지상 왕국을 건설할 수 있다. 현재 플레이어는 마켓플레이스의 다른 플레이어로부터 액시를 구입하는 것으로 게임을 시작할 수 있다.

71) Terms of Use: Intellectual Property Rights, AXIE INFINITY. <https://axieinfinity.com/terms> (2021.8.17. 최종확인). (“[N]o Content or Marks may be copied, reproduced, aggregated, republished, uploaded, posted, publicly displayed, encoded, translated, transmitted, distributed, sold, licensed, or otherwise exploited for any commercial purpose whatsoever, without our express prior written permission.”).

산권을 통제할 수 있다. 또한 그 게임 제작자가 그 카드의 가치를 변경 시키고자 한다면 충분히 가능하다. 그 게임공간에서 사용할 때 카드 아트와 속성을 변경하기만 하면 된다. 뿐만 아니라 Oculus Quest 2는 라이선스 조건에 페이스북 계정에 연결이 필수이므로 페이스북 계정(부대하는 모든 타겟광고와 감시체계를 포함하여)을 삭제하는 순간 Oculus 게임을 잃게 된다. NFT의 맥락에 의한 가치의 변경에 대한 중요한 권한을 NFT마켓제공자 등이 가지고 있음에도 불구하고 이용자 혹은 소비자의 이러한 부분에 대한 인지는 미흡하다.

통상 화가가 갤러리에서 유화를 판매할 것을 제안하고 갤러리가 직접 작품을 구매자에게 건네면 구매 대상이 무엇인지 의심할 여지가 없다. 예를 들어 경매에서 원본 유화를 온라인으로 구매하는 경우에도 인쇄된 또는 온라인 경매 카탈로그에 있는 작품에 대한 일반적인 그림 및 설명을 통해 무엇이 판매되고 있는지 명확하게 알 수 있다. 그러나 NFT콘텐츠가 판매되는 경우 구매자는 이러한 것들을 명확히 인지할 수 없다. 즉 구매자는 자신이 무엇을 구매하고 있는지 정확히 알고 있는가 하는 문제가 발생하며 구매자는 명확히 해당 작품을 가지고 있지 않을 수도 있다. 어떤 사람들은 NFT를 예술작품과 동일하다고 생각할 수 있다. 그러나 NFT에는 디지털 형태로 어딘가에서 다운로드할 수 있는 링크만 포함되어 있을 뿐 실제 복제본에 해당되는 고해상도 파일이나 인쇄물을 받지 못할 수도 있으며 이러한 것들을 이용할 수 있는 라이선스가 불분명할 수도 있다. 따라서 이러한 상황을 이용하여 오해의 소지가 있는 광고에 대한 위험이 존재하며 이러한 오해는 단지 필요한 설명의 생략으로 인한 것일 수도 있다.

앞서 언급하였듯이 NFT콘텐츠의 저장위치에 따라 NFT의 가치가 달라질 수 있음에도 불구하고 이러한 부분에 대하여 잠재적 구매자인 소비자는 명확히 인지하기 어렵다. 일례로 체인 밖 저장방식의 리스크를 보완하기 위해 온체인과 오프체인의 혼합방식을 사용할 수 있다. 이러한 경우 오프체인의 중요한 거래기록 중 중요한 부분은 오프체인에 자동 저장되도록 설계되는 등 이용자 보호를 위한 최소한의 조치에 대하여 고지할 필요가 있다.

NFT와 관련하여 가장 큰 의문은 왜 사람들이 이렇게 고가에 NFT콘

텐츠를 구매하는가 하는 것이다. Wall Street Journal의 Caitlin Ostroff는 “경우에 따라 NFT가 표창하는 콘텐츠의 가치는 원저작자 또는 저작권자로부터 제공된다는 사실로부터 부과 된다”고 한다.⁷²⁾ 일례로 다빈치의 ‘모나리자’는 별 가치 없이 온라인을 통해 유통되는데, 만약 1503년 레오나르도 다빈치에 의한 원작이 판매되고 있다고 광고하는 가상화폐 플랫폼이 있다고 가정해 본다면, 그 구매 가치가 당연히 이해될 것이다. 즉 NFT가 고가의 거래로 번성할 수 있는 것은 구매자 또는 투자자가 ‘소유권 증명서가 포함된 매우 가치 있는 상품을 획득한다는 사실’에 대하여 가치를 부여하기 때문이다. 그러나 이를 위협하게 만들 수 있는 사이버 안보와 신원도용의 문제는 여전히 남아 있다. 따라서 권리자들은 블록체인을 통해 자신의 작품을 공개함에 앞서 데이터에 대한 검증과 원작의 진본성에 대한 확인을 우선적으로 보증할 수 있어야 한다.⁷³⁾

이처럼 NFT거래의 선택에 있어서 반드시 필요한 지식 및 정보를 제공받는 권리는 소비자의 기본적 권리이다. 기존의 소프트웨어 라이선스 중심의 거래관행에서 고려되지 못하였던 NFT이용자 혹은 소비자에 대한 기본적 권리가 확보되어야 할 것이다.

V. 결론

인터넷이 본격적으로 상용화 발전된 지난 30년간 온라인상의 자산으로 인식되는 디지털콘텐츠 거래의 법적 기초에 대한 연구가 진행되어 왔다. 이 기간 동안 디지털콘텐츠에 대한 법적 연구의 기본방향은 저작권자를 포함한 지적재산권자와 디지털 콘텐츠 거래 플랫폼 운영자간의 콘텐츠 지배권 확보를 위한 일종의 쟁탈전 양상으로 진행되었다고 해도 과언은 아니다. 그 근거에는 결국 최종 이용자가 동의할 수 밖에 없는 제한된

72) Wall Street Journal NFTs Are Fueling a Boom in Digital Art. Here's How They Work featuring Interview with Caitlin Ostroff, available at https://www.youtube.com/watch?v=zpROWouRo_M (2021.7.26. 최종확인).

73) Caldarelli G, Rossignoli C, Zardini A., ‘Overcoming the blockchain oracle problem in the traceability of non-fungible products’ Sustainability. 2020; 12(6):2391. <https://doi.org/10.3390/su12062391> (2021.7.26. 최종확인).

기간동안의 ‘라이선스 약정’이 중심이었다. 값싼 무한 복제를 가능하게 하는 기술이 결국 지적재산권을 강화시키는 원동력이 되었다. 그러나 NFT는 디지털콘텐츠의 저렴한 무한복제를 제한하고 해당 콘텐츠에 ‘유일성’을 부여함으로써 디지털콘텐츠가 라이선스의 한계를 벗어나 사적 재산으로 거래될 수 있는 가능성을 제시하고 있다. 그리고 실제 NFT콘텐츠의 거래가 이러한 사적 재산의 거래를 표방하고 있으며, 구매자의 의도 또한 그러하다. 그러나 실제 적용되는 법리는 라이선스에 기반한 제한적 이용약정이므로 거래의도와 실제 거래 결과가 일치하지 않는 혼란이 잠재되어 있다.

본 고에서는 우선 NFT 거래에 적용되는 법제 현황을 저작권 중심으로 검토하였다. 실제 NFT거래에 적용되는 법리가 저작권에 기반한 라이선스 중심으로 이루어지고 있으며, 저작재산권 전체를 양도하는 방식의 NFT 거래는 현실적으로 거의 이루어지고 있지 않고 있는바, 라이선스 중심의 거래 유형을 검토하였다. 특히 클라우드 펀딩을 위해 보호받는 저작물을 NFT콘텐츠 형태로 만드는 경우 마치 소유권의 이전과 같은 거래를 표방하고 있어도, 제한된 기간과 이용방식에 비추어 볼 때 거래의 본질은 라이선스라고 볼 수 있다. 더불어 NFT생성 및 유통에과정에서 적용되는 지적재산 법리를 검토하였다. 그러나 이러한 현재와 같은 라이선스 적용은 NFT기술이 보여주고 있는 디지털 콘텐츠의 배타성과 충돌될 여지가 있다. 토큰 자체는 마치 유체물처럼 다수가 아닌 하나의 특정인에 의해서만 소유 및 지배될 수 있기 때문이다. 이러한 라이선스 법리는 또한 NFT거래 당사자의 진정한 의도에 부합하지 않다. 대부분의 NFT를 기반으로 디지털 콘텐츠의 거래를 허용하는 사이트는 해당 디지털콘텐츠의 소유권을 거래하는 것임을 명시하고 있으며 NFT의 구매자는 사유재산을 구매한다고 믿기 때문이다. 이러한 의사를 반영하기 위해 최초 판매시 배포권 소진이 주된 내용인 최초판매의 원칙이 적용될 수 있는가를 검토한 결과, NFT거래에서는 온라인상의 복제/전송이 수반되므로 현행법/판례상의 최초판매의 원칙을 적용하기에는 한계가 있다. 결국 최종 이용자는 이러한 법적 상황에 대하여 적절히 고지받지 못하고 의도한 바와 다른 거래를 실행하게 됨으로서 거래로 인한 불측의 손해를 볼 수 있다. 따라서 NFT거래에 대하여는 일반 재산 거래법리를 제한적으로

적용할 필요가 있다. 또한 소비자에게 거래의 중요한 맥락과 실재를 명확히 고지하고, NFT에 연결된 콘텐츠의 검증과 진본성 확인을 보증하는 등 기존의 소프트웨어 라이선스 중심의 거래관행에서 고려되지 못하였던, NFT이용자 혹은 소비자에 대한 기본적 권리의 확보가 필요하다.

(논문투고일: 2021.8.26, 심사개시일: 2021.9.6, 게재확정일: 2021.9.24)



▶ 김현경

대체 불가 토큰, 디지털 자산, 사유 재산,
지적재산 라이선스, 디지털 콘텐츠 소유권

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 박성호, 저작권법(제2판), 박영사 (2017).
오승중, 저작권법(제4판), 박영사 (2016).
이해완, 저작권법(제3판), 박영사 (2015).
Fairfield, Joshua A.T., OWNED: PROPERTY, PRIVACY, AND THE NEW DIGITAL SERFDOM, Cambridge University Press (2017).
Fried, Charles, CONTRACT AS PROMISE: A THEORY OF CONTRACTUAL OBLIGATION 8, Oxford University Press (1981).
Perzanowski, Aaron, and Jason Jason Schultz, THE END OF OWNERSHIP: PERSONAL PROPERTY IN THE DIGITAL ECONOMY 57, MIT Press (2016).

II. 논문

- 김영모 외, “블록체인기반의 저작권보호 및 유통기술 타당성 연구”, 한국저작권보호원(2019).
김원오, “블록체인 기술의 저작권 제도와의 접점과 도전적 과제”, 『2019 저작권 미래전략 협의체 최종보고회 자료집』, 한국저작권위원회 (2019).
김현경, “저작권 관점에서 NFT에 대한 미국의 관련 법적 검토”, 해외저작권 보호동향, 2021.8.11., 한국저작권보호원(2021).
박경신, “NFT(Non-fungible token)와 저작권, 새로운 플랫폼에서의 저작권 쟁점”, 2021 저작권 학술대회, 한국저작권위원회·(사)한국저작권법학회(2021).
이대희, “지적재산권에 대한 블록체인의 적용”, 『정보통신정책연구』, 정보통신정책연구원, 제31권 5호(2019).
정진근, “블록체인: 저작권제도에서의 활용가능성과 한계에 대한 소고”, 계간저작권 겨울호(2018).
Christians, Allison, Taxation in the Age of Smart Contracts: The CryptoKitty Conundrum, 16 OHIO ST. TECH. L. J. 91, 99 (2020).

- Clark, Birgit and Ruth Burstall, Crypto-Pie in the Sky? How Blockchain Technology is Impacting Intellectual Property Law, 2 STAN. J. BLOCKCHAIN L. & POL'Y 252, 257 (2019).
- Evans, Tonya M., Cryptokitties, Cryptography, and Copyright, 47 AIPLA Q.J. 219(2019).
- Fairfield, Joshua A.T., Tokenized: The Law of Non-Fungible Tokens and Unique Digital Property. Indiana Law Journal, Forthcoming(April 6, 2021).
- Fairfield, Joshua A.T., The Human Element: The Under-Theorized and Underutilized Component Vital to Fostering Blockchain Development, 67 CLEV. ST. L. REV. 33 (2019).
- Feldman, Robin, May your drug price be evergreen, Journal of Law and the Biosciences Volume 5 Issue 3 (2018).
- Harry, Surden, Computable Contracts, 46 U.C.DAVIS L. REV. 629(2012).
- Hurt, Robert M. and Robert M Schuchman, The economic rationale for copyright, The American Economic Review Vol 56, No. 1/2 (1966).
- Johnson, David. R. and David G. Post, Law and Borders — The Rise of Law in Cyberspace, 48 STAN. L. REV. 1367, 1387 (1996)
- Perzanowski, Aaron, Fixing RAM Copies, 104 NW. U.L. REV. 1067(2010)
- Perzanowski, Aaron, and Chris Hoofnagle, What we Buy When We “Buy Now,” 165 Pa. L. Rev. 315 (2017)
- Perzanowski, Aaron, and Jason Schultz, Digital Exhaustion, 58 UCLA L. Rev. 889 (2011).
- Perzanowski, Aaron, and Jason Schultz, Reconciling Personal and Intellectual Property, 90 NOTRE DAME L. R. 1213 (2015).
- Trotz, Ethan D., The Times They Are a Changin: Surveying How

the Howey Test Applies to Various Cryptocurrencies, 11
ELON. L. REV. 201, 202 (2019).

Werbach, Kevin and Nicolas Cornell, Contracts Ex Machina, 67
DUKE L.J. 313(2017).

Wilson, Bryan, Blockchain and the Law of the Cat: What
Cryptokitties Might Teach, 88 UMK L. REV. 365 (2019).

Abstract

A Study on Legal Issues in NFT Content Transactions

Hyun-Kyung, Kim

Recently, awareness and interest in NFTs such as high-priced transactions of NFTs linked to Beeple's artworks and NFT auctions of music and tweets are increasing. By limiting the cheap infinite copy of certain digital content and giving 'uniqueness' to the content, NFT suggests the possibility that digital content can be traded as private property beyond the limit of license. Therefore, the basic structure of the transaction advocated by the NFT is that the seller(old owner) can no longer control the NFT once sold, unlike the existing digital content transaction, and the buyer(new owner) will have complete disposition authority over the NFT content. However, under the current law, the legal environment applicable to NFTs is still intellectual property licenses, not transfers of disposition rights based on ownership. In other words, the true intention of the parties to the NFT transaction is 'ownership', but the actual legal treatment is made with 'license'. This discrepancy between the market and the norm may eventually cause unexpected damage to consumers or end users. Therefore, in this study, the types of copyrights and copyright issues applied to the creation and distribution of NFTs were reviewed in order to derive appropriate legal tasks to be applied to NFT transactions. In addition, legal tasks to reflect the true intention of NFT transactions and to protect the transaction safety of

content final buyers were derived as follows : First, for NFT transactions, it is necessary to apply the general property transaction law in a limited way. In addition, it is necessary to prepare a plan to secure basic rights for the following NFT end users or consumers, which were not considered in the existing software license-centered transaction practices.: To clearly inform consumers of the important context and reality of the transaction, and to ensure the verification and authenticity of the content linked to the NFT, etc.



▶ **Hyun-Kyung, Kim**

NFT, Digital Assets, Personal Property,
Intellectual Property Licenses, Digital Contents Ownership