

## 인터넷송신의 법적 지위에 관한 저작권법 개정방향 연구

이해완\*

### 【목 차】

I. 서론	2. 방송의 범위를 확대하는 방안 검토
II. 현행 저작권법의 규정과 문제점	3. 디지털동시송신 개념을 도입하고 관련 규정을 재정비하는 방안 검토
1. 현행 저작권법의 관련 규정	4. IPTV 방송과 관련된 문제
2. 현행 저작권법 규정의 문제점	V. 저작권법 전부개정안의 관련 규정 내용과 그 의의
III. 국제조약 및 주요국 등 입법사례	1. '전부개정안'의 관련 규정 내용
1. 서언	2. 개정안의 의의
2. 국제조약	VI. 결론
3. 주요국등 입법사례	
IV. 바람직한 개정방향	
1. 서언 - '개정 시 고려사항'	

### 【국 문 요 약】

우리나라 저작권법은 방송과 통신의 융합 현상에 대한 대응으로 2006년 전부개정을 통해 한편으로 '공중송신'이라는 일종의 '유산 개념'을 도입하면서 다른 한편으로는 그 유산 개념 아래에 있는 하위 개념들을 기존규정보다 세분화하여, 방송과 전송의 중간적 영역에 있는 '디지털음성송신' 개념을 새로 도입하는 입장을 취하였다. 오늘날 실시간 인터넷송신의 비중이 높아져, 이른바 '디지털영상송신'의 비중도 상당히 커진 상황이 되다보니, 2006

\* 성균관대학교 법학전문대학원 교수

년 개정법에서 '디지털영상송신'은 빼고 '디지털음성송신'만 전송과 방송 사이의 중간영역으로 규정한 것의 부적절성이 점점 더 뚜렷해지고 있다.

이러한 현행 저작권법 규정을 어떻게 개정하는 것이 좋을 것인지에 대하여는 크게 보아 두 가지의 큰 방향성이 있다. 하나의 방향은 2006년 개정법에서 방송과 전송 사이의 중간영역으로 인정한 '디지털음성송신' 개념을 삭제하고 이 개념 및 그와 유사한 것을 모두 방송 개념에 편입시켜서 방송/전송의 '2분할 체제'로 가는 것이고, 또 하나의 방향은 여전히 중간영역의 개념을 인정하되, 음만의 송신인지, 영상도 포함한 송신인지 묻지 않고 모두 중간영역의 개념인 '디지털동시송신'의 개념에 포함하여 전송 및 방송과 구별하여 취급하는 '3분할 체제'를 취하는 것이다. 이 논문이 가장 중점을 두고 살펴본 것은 바로 이 두 가지 방향 중 어느 방향이 타당한가 하는 점이다.

결론적으로 '2분할 체제'가 아니라 '3분할 체제'가 바람직한 방향이다. 그것이 국제조약과의 정합성, 국제적 동향 및 조류와 잘 부합되고, 저작권법의 목적에 따라 권리자를 충실하게 보호하면서 동시에 저작물의 공정한 이용을 도모하는 면에서도 타당하다. 따라서 현행법에 대한 올바른 개정방향은 기본적으로 위와 같은 의미의 '디지털동시송신' 개념을 도입하고, 그것을 기초로 저작인접권 보호 등 관련 규정을 국제조약과 정합성을 가지는 방향으로 수정, 보완하는 방향이 되어야 한다. 다만, IPTV 방송은 기술적인 측면에서는 '디지털동시송신'과 같지만 사회적·경제적 실질의 면에서는 '방송'과 동일하게 보는 것이 타당하다는 점에서 예외적으로 '방송'으로 취급하는 것이 바람직하다. 현재 국회에서 논의 중인 저작권법 전부개정안은 기본적으로 그러한 방향을 취하고 있으므로 그 타당성이 인정된다.

## I. 서론<sup>1)</sup>

인터넷의 출현 이후 현재까지 인터넷을 통한 정보유통의 비중이 지속적으로 커지고 있다. 그러나 그 구체적인 양상은 시간의 흐름에 따라 큰 변화를 보이고 있다. 특히, 과거에는 대부분의 인터넷서비스가 이른바 '온디맨드(On Demand)'의 주문형 서비스에 해당하였으나, 최근에는 인터넷을 통한 실시간 송신의 비중이 급격히 늘어나고 있는 추세를 보인다는 것에 주목할 필요가 있다. 인터넷을 통한 송신이 '주문형'의 속성을 가지고 있을 때에는 '비주문형'의 속성을 가진 방송과 비교적 용이하게 구별할 수 있었으나, 이제 '비주문형'이라는 점에서는 방송과 구별할 수 없는 '인터넷송신'의 비중이 높아지고 있는 것이다. 방송과 통신이 융합되는 '방통융합'의 경향 자체는 새로운 것이 아니지만, 그 구체적인 양상은 과거와 크게 다르며, 그와 관련하여 많은 논란이 야기되고 있다.

우리 저작권법에 인터넷송신에 대한 저작권자의 권리가 처음 인정된 것은 2000년 1월 12일자 저작권법 개정을 통해서이다. 당시의 개정 저작권법은 제2조 제9의2호로 전송 개념에 대한 정의규정을 새로 두고, 저작재산권자의 권리로 '전송권'을 신설하였다. 그 이전까지 저작권법상 저작재산권이 부여되는 저작물의 무형적 이용행위는 '방송'과 '공연'으로 양분되어 있다가 이때부터 '전송'이라는 새로운 이용행위가 추가된 것이다. '인터넷송신'의 저작권법적 지위라는 관점에서 보면, '주문형'의 속성을 가진 전송만 저작권법상 방송과 구별되는 이용행위로 규율되고 '주문형'의 속성을 갖지 않은 인터넷송신에 대한 법적 규율은 명확하게 이루어지지 않았다.

그러다가 2006년 12월 28일자 저작권법 전부개정시에, 입법자는 처음으로 '주문형'의 속성을 가지지 않은 인터넷송신에 대한 법적 규율을 시도하였다. 이 개정법은 인터넷송신과 관련된 개념의 하나로 '디지털음성송신'

1) 이 논문은 필자가 2021. 5. 11. '한국정보법학회 5월 사례연구회'에서 "인터넷송신과 저작권법 - 저작권법 개정안의 '디지털동시송신' 개념을 중심으로"라는 제목으로 발표한 자료를 논문 형식으로 수정, 보완한 것임을 밝힌다. 또한 이 논문은 필자가 2012년에 발표한 "저작권법상 공중송신의 유형 및 그 법적 취급에 관한 연구"(성균관법학 제24권 제4호 게재)와 관련성이 있고 그 후속연구라고 할 수 있는 측면이 있어, 논리전개의 면에서 불가피하게 인용할 필요가 있는 범위에서 일부 출처를 표시하고 인용하였음을 밝힌다.

개념을 신설하고 그것과 기존의 방송 및 전송 그밖에 공중을 대상으로 하는 모든 유선 또는 무선 방식의 송신을 아우르는 상위개념으로 '공중송신' 개념을 새로 도입하였다. 개정법의 입법자가 그러한 통합적 개념을 도입한 것은 방통융합의 현실을 감안한 것으로 보이는 면이 있지만 그러한 통합적 개념 하나만 가지고 서로 다른 이용형태를 획일적으로 규율하고자 한 것은 아니다. 개정법은 공중송신의 하위개념들을 위와 같이 구분한 후 저작권산권 제한사유와 저작인접권 규정 등의 면에서 서로 다른 법적 취급을 하였다. 실시간 인터넷송신의 법적 지위와 관련하여, 개정법은 그것을 방송과 전송 사이의 중간적 영역으로 보면서도, 그 중에서 오로지 '음'만을 송신하고 '영상'을 송신하지 않는 것만 별도의 개념인 '디지털음성송신'으로 하여 '전송' 및 '방송'과 구별되는 법적 취급을 분명하게 하는 입장을 취하였다. 위 개정 이후 아직 위 부분에 대한 개정은 이루어지지 않고 있으므로 위와 같은 개념 구분은 현행법의 입장이라 할 수 있다.

위와 같은 개정법의 태도로 인하여 현행 저작권법의 개념 구분에는 한 가지 중대한 공백이 발생하였는데, 그것이 바로 영상이 포함된 정보에 대한 '실시간의 인터넷 송신'의 법적 지위에 대한 것이다. 현행법은 영상이 포함되지 않고 '음'만 송신하는 실시간 인터넷 송신을 '디지털음성송신'으로 보는 취지만 명확히 규정하고, '영상'도 포함한 실시간 인터넷 송신, 즉 '디지털영상송신'에 대하여는 아무런 개념 규정을 두지 않아 해석상의 큰 의문을 낳고 있다. 이에 대하여 명확한 판례가 나오지는 않고 있고, 학설과 행정부의 해석 등이 엇갈려 많은 혼란을 초래하고 있는 것이다.

한편으로 이 문제에 대한 입법적 해결 방안에 대하여도 서로 다른 방향의 논의가 이루어진 바 있고, 현재 그와 관련된 규정을 포함한 저작권법 전부개정안<sup>2)</sup>이 발의되어 있지만, 그에 대하여 이해관계자 및 전문가 등으로부터 서로 대립되는 요소를 가진 다양한 의견이 제시되고 있는 상황이다.

이 논문은 이러한 상황 속에서 '인터넷송신'의 저작권법적 지위와 그 취급과 관련한 현행법의 문제점을 짚어 보고, 이 문제에 대한 국제조약의 입장과 주요국들의 입법사례들을 자세히 살펴본 후 현재 논의되는 입법적 대

2) 2021년 1월 15일에 도중환의원 등 13인이 의안번호 2107440호로 발의한 저작권법 전부개정법률안을 뜻한다.

안들 중 어떤 방향의 안이 타당한지에 대하여 보다 정밀한 검토를 시도한다.

## II. 현행 저작권법의 규정과 문제점

### 1. 현행 저작권법의 관련 규정

#### 가. 공중송신 등의 개념 규정

##### 1) 개념 규정

현행 저작권법은 전송, 방송, 디지털음성송신 등의 상위개념인 '공중송신'을 "저작물, 실연·음반·방송 또는 데이터베이스(이하 "저작물등"이라 한다)를 공중이 수신하거나 접근하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것"으로 정의하였다(제2조 제7호).

그리고 '방송'은 "공중송신 중 공중이 동시에 수신하게 할 목적으로 음·영상 또는 음과 영상 등을 송신하는 것"을 말하는 것으로(같은 조 제8호), '전송'은 "공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함한다."고(같은 조 제10호), '디지털음성송신'은 "공중송신 중 공중으로 하여금 동시에 수신하게 할 목적으로 공중의 구성원의 요청에 의하여 개시되는 디지털 방식의 음의 송신을 말하며, 전송을 제외한다."고(같은 조 제11호) 각 규정하였다.

##### 2) 개념의 구별기준

#### 가) 수신 동시성과 이시성

'수신의 동시성'이란 정보 이용자의 입장에서 자신이 수신하는 시간을 선택할 수 없고 누구나 동시에 같은 내용을 보거나 들을 수밖에 없는 특성을 가진 것을 말하며, 반대로 '수신의 이시성'이란 정보 이용자의 입장에서 자신이 수신하는 시간을 자유롭게 선택할 수 있는 특성을 가진 것을 말한다. '수신의 이시성'은 정보의 이용자가 개별적으로 선택한 주문에 따라 정보 제공의 시간 등이 정해지는 것이라는 점에서 '주문형' 또는 '주문성'이라는 용어를 같은 의미로 사용하기도 한다.

공중송신에 포함되는 하위 개념 중에 '수신의 이시성' 또는 '주문형'의 요소를 가진 것이 '전송'이다. '전송' 개념을 정의한 저작권법 제2조 제10

호의 문언 중 "공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록"이라고 한 부분이 그러한 요소를 분명하게 드러내고 있다. 공중송신의 하위개념 중에 '전송' 외에는 그러한 특성을 가진 개념이 없으므로, 전송은 그러한 요소를 통해 방송, 디지털음성송신 등과 뚜렷이 구별된다.

공중송신의 하위 개념 중에 '수신의 동시성'을 개념요소로 내포하고 있는 것은 '방송'과 '디지털음성송신'이다. '방송'에 대한 제2조 제8호의 문언에 포함되어 있는 "공중이 동시에 수신하게 할 목적으로" 부분과 '디지털음성송신'에 대한 제2조 제11호의 문언에 포함되어 있는 "공중으로 하여금 동시에 수신하게 할 목적으로" 부분이 바로 '수신의 동시성'에 대한 규정이라 할 수 있다. 결국 수신의 동시성과 이시성의 유무에 따라 동시성을 내포한 '방송' 및 '디지털음성송신'과 이시성을 내포한 '전송'이 구분될 수 있도록 규정되어 있음을 알 수 있다.<sup>3)</sup>

이 구분은 대단히 명료한 것으로 보이지만, 실제로는 정보 이용자의 선택의 자유가 전형적인 '전송'만큼 보장되지는 않지만, 전형적인 '방송'이나 '디지털음성송신'보다는 꽤 많이 보장되는 경우, 이른바 '유사전송'의 영역에 대한 여러 가지 해석론적, 입법론적 논란이 있다.<sup>4)</sup> 다만 그 부분의 쟁점은 이 논문의 연구대상에서 제외한다.

#### 나) 기술적 쌍방향성과 일방향성

공중송신의 하위개념들을 서로 구분하기 위한 또 하나의 중요한 개념요소는 '기술적 쌍방향성'과 '기술적 일방향성'이다. 원래 쌍방향성이란 말은 '수신의 이시성'과 유사한 개념으로 사용될 수도 있는 개념이고 그렇게 사용되는 경우도 있지만, 여기서 말하는 쌍방향성은 정보 이용자의 입장에서 자신이 정보를 보거나 듣는 시간을 자유롭게 선택할 수 있는 것을 의미하는 것은 아니므로 '수신의 이시성' 또는 '주문형'의 특성과는 다른 것이다. 이것이 문제되는 것은 오히려 '수신의 동시성'이 있는 공중송신, 즉 '방송'

3) 수신의 동시성과 이시성의 구분에 대하여 자세한 것은 이해완, "저작권법상 공중송신의 유형 및 그 법적 취급에 관한 연구", 성균관법학 제24권 제4호, 성균관대학교 법학연구원(2012), 393-395면 참조.

4) 이해완, 위의 논문, 404-406면 참조. 이 문제에 대한 법원의 입장을 알 수 있는 최근 사례로는 '딩가라디오' 사건에 대한 서울고등법원 2018. 5. 3. 선고 2017나2058510 판결 참조.

과 '디지털음성송신' 등의 경우이다. '방송'과 '디지털음성송신'은 '수신의 동시성'의 면에서는 다르지 않지만, 기술적인 면에서 서로 다른 특성을 가지고 있다. 저작권법 제2조 제11호에서 '디지털음성송신'을 정의하면서 "공중의 구성원의 요청에 의하여 개시되는 ... 송신"이라는 표현을 사용한 것이 바로 그 부분으로서, '기술적 쌍방향성'에 해당하는 요소를 말하는 것이다. '디지털음성송신'이라는 말만 들으면 '디지털 방식'의 '음의 송신'을 모두 포함하거나 아니면 그 중에서 '수신의 동시성'을 가진 것을 의미하는 것으로 느껴지지만, 법적으로는 그보다 제한적인 의미를 가진다. 그 중에서 '기술적 쌍방향성'을 가진 것, 즉 송신이 '공중의 구성원의 요청에 의하여 개시되는' 특성을 가진 것만 '디지털음성송신'에 해당하고, 그렇지 않은 것은 모두 '방송'에 해당하는 것으로 보아야 한다는 것이 현행법의 입장이다.

'기술적 쌍방향성'이란 수신자의 PC 또는 휴대폰 등으로부터 특정 IP 주소에 대한 송신 요청이 정보 제공자가 관리하는 서버에 입력되면, 그 때부터 요청받은 IP주소로 자동으로 정보의 송신이 이루어지는 것을 말한다.<sup>5)</sup> '수신의 동시성'이 있는 경우 중에도 이러한 기술적 쌍방향성이 있는 경우가 있을 수 있다. 그 경우에는 그와 같이 자동으로 송신되는 정보가 정보 이용자의 선택에 따라 예컨대 음원의 첫부분부터, 혹은 영상물의 첫장면부터 송신되는 것이 아니라 다른 모든 이용자와 동일하게 해당 시간에 제공되는 부분 또는 장면이 송신되게 되는 것이다. 이것은 인터넷의 기술적 혹은 매체적 특성과 관련된 것으로서, 인터넷 프로토콜을 이용한 웹캐스팅 및 IPTV의 실시간 송신이 이러한 기술적 쌍방향성을 가진다고 할 수 있다. 그에 반하여 디지털케이블방송 등의 방송은 설사 '디지털방식의 음의 송신'에 해당한다 하더라도 위의 경우와 달리, 방송국에서 수신자의 구체적인 송신 요청이 있는지를 불문하고 일방적으로 정보를 방송 영역 내의 각 가정의 수신기까지 송신하는 특성을 가지고 있으므로, '디지털음성송신'이 아니라 '방송'에 해당한다.<sup>6)</sup>

5) 松田政行, 『著作権法フラクティス』, 勁草書房, 2009, 104頁.

6) 기술적 쌍방향성의 유무에 대한 자세한 설명은 이해완, 앞의 논문, 395-396면, 현행 저작권법상 IPTV 방송의 법적 지위에 대하여 자세한 것은 위 논문, 401-404면 참조.

### 3) 개념 관련 쟁점 - '디지털영상송신'의 법적 성격

위와 같은 현행법 규정의 해석과 관련하여 가장 크게 문제 되는 쟁점은 영상 또는 '영상이 포함된 음'의 송신으로서, 수신에 동시성과 기술적 쌍방향성을 모두 가진 것, 즉 강학상 '디지털영상송신'이라고 일컬어지는 것의 법적 지위는 어떠한가 하는 것이다. 여기에는 인터넷 프로토콜을 이용하는 IPTV에 의한 실시간 영상송신도 포함된다. 이에 대하여 학설은 일치하지 않고 이것을 '기타의 공중송신'으로 보는 '기타송신설'과 '방송'으로 보는 '방송설'로 나뉘어 있다.<sup>7)</sup>

문화체육관광부는 2008. 11. 3.경 실시간 방송프로그램이 제3의 유형의 공중송신에 해당한다고 유권해석을 하였으나, 2013. 5. 9. 방송물의 실시간 웹캐스팅 서비스가 저작권법상 방송에 해당한다고 유권해석을 변경하였고, 2016. 1. 19. 영상이 포함된 웹캐스팅도 저작권법상 방송에 해당한다고 유권해석을 하였다.<sup>8)</sup>

그러나 2006년 저작권법 전부개정을 할 당시, 입법을 추진한 문화관광부의 설명자료에 의하면, '디지털영상송신'에 대한 언급은 없었지만, '방송'의 개념에 (기술적) 쌍방향성이 있는 것을 제외하는 취지가 분명히 드러나고 있었다. 따라서 당시 입법자의 의도는 방송과 전송의 중간영역에 해당하는 것, 즉 수신에 동시성과 기술적 쌍방향성을 가진 것은 방송도 아니고 전송도 아닌 별도의 개념으로 보기로 하면서 단지 그 중에서 '음의 송신'에 해당하는 '디지털음성송신'에 대하여만 실연자 및 음반제작자에게 보상청구권을 부여하기로 하여 별도의 개념으로 규정하고, 그 나머지의 실시간 인터넷송신은 '기타의 공중송신'으로 보기로 하는 취지를 내포한 것으로 보는 것이 타당하다는 것이 필자의 의견이다.<sup>9)</sup>

7) 학설이 나뉘어져 있는 상황에 대하여는 이해완, 저작권법(제4판), 박영사(2019), 558면 참조.

8) 서울고등법원 2018. 8. 23. 선고 2017나2043839 판결 참조.

9) 디지털영상송신에 해당하는 영역을 '방송'이 아니라 '기타의 공중송신'으로 보는 것이 현행 저작권법의 해석론상 타당하다고 보는 자세한 이유는 이해완, 앞의 논문, 397-401면 참조. 본 논문은 연구대상 주제와 관련한 현행 저작권법 규정의 해석론보다는 개정입법을 어떤 방향으로 할 것인지에 대한 입법론적 논의에 초점을 맞추므로 해석론에 대한 논의는 최소한으로 줄인다.



## 나. 현행 저작권법상 공중송신 유형에 따른 권리 부여 상황

저작권법 제18조는 "저작자는 그의 저작물을 공중송신할 권리를 가진다"고 규정하고 있다. 이 규정에서 말하는 '공중송신'에는 그 하위개념인 방송, 전송, 디지털음성송신 등이 모두 포함된다. 따라서 저작재산권의 면에서는 모든 유형의 공중송신이 기본적으로는 동일한 배타적 권리로서 보호를 받는다고 할 수 있다. 다만 저작재산권 제한 규정에서는 각 개념 유형별로 서로 다른 취급을 하고 있다.

저작인접권의 경우는 저작재산권과 달리 각 개념 유형별로 권리부여의 내용 등을 다르게 하고 있다. 실연자와 음반제작자가 전송, 방송, 디지털음성송신, 기타의 공중송신에 대하여 각각 가지는 권리는 다음과 같다.

1) 전송의 경우는 실연자와 음반제작자에게 완전한 의미의 배타적 권리로서의 '전송권'이 인정된다(제74조 및 제81조).

2) 방송에 대하여는 실연자의 경우 저작권법은 "실연자의 허락을 받아 녹음된 실연을 제외한" 실연의 방송에 대하여 배타적인 권리로서의 방송권을 인정하고(제73조), "방송사업자가 실연이 녹음된 상업용 음반을 사용하여 방송하는 경우에는 상당한 보상금을 그 실연자에게 지급하여야 한다"고 규정하여(제75조 제1항) 방송사업자에 대한 보상청구권을 별도로 인정하고 있다. 음반제작자의 경우에는 배타적 권리로서의 방송권은 인정하지 않고 방송사업자에 대한 보상청구권만 인정하고 있다(제82조).

3) 실연자와 음반제작자는 디지털음성송신사업자가 "실연이 녹음된 음반" 또는 "음반"을 사용하여 송신하는 경우에는 그에 대하여 상당한 보상금을 청구할 수 있는 보상청구권을 가진다(제76조 제1항, 제83조 제1항).

4) 기타의 공중송신에 대하여는 실연자와 음반제작자는 저작권법상 아무런 권리가 없다. 필자의 의견에 의하면, 강학상의 '디지털영상송신'이 여기에 해당하고, 현재 그 비중이 과거에 비하여 현저하게 높아진 상황이므로 이 부분의 입법적 공백을 메우기 위한 입법조치가 시급하게 필요하다고 본다.

저작인접권 중 방송사업자의 권리에는 공중송신 중 다른 개념과 관련한 권리의 부여는 없고 오로지 '방송'의 개념과 관련된 '동시중계방송권' 규정(제85조)이 있을 뿐이다. 한편 저작인접권의 제한과 관련하여, 저작

권법은 위 3)의 보상청구권 규정과 관련하여 디지털음성송신을 위한 일시적 복제를 제한사유로 규정하고 있다(제87조 제2항).<sup>10)</sup>

## 2. 현행 저작권법 규정의 문제점

### 가. 규정의 모호함으로 인한 분쟁가능성

위와 같은 현행 저작권법 규정의 첫번째 문제점으로 지적될 수 있는 것은, 위와 같이 ‘디지털영상송신’에 해당하는 영역의 법적 성격에 대하여 저작권법이 명확하게 규정하지 않음으로써 그 해석과 관련하여 학설상 서로 다른 입장이 대립하고 있을 뿐만 아니라 관련 당사자들 사이에서도 각기 이해관계에 따라 다른 해석을 하는 경향을 보이고, 그로 인해 여러 가지 분쟁이 야기되고 있다는 점이다.

한국음반산업협회와 아프리카TV 사이의 보상금 관련 분쟁이 그러한 분쟁의 한 사례이다. 이 사건의 법률상 쟁점은 양자 사이의 계약을 어떻게 해석할 것인지에 대한 것이었지만, 양자 사이에 분쟁이 촉발되게 된 큰 이유 중의 하나는 아프리카TV의 실시간 웹캐스팅 서비스와 관련하여 한국음반산업협회는 ‘디지털음성송신’과 동일한 요율기준을 적용하고자 함에 반하여, 아프리카TV는 그에 대하여 '방송설'을 취한 문화체육관광부의 유권해석에 따라 그보다 유리한 요율을 적용받고자 하여, 상호간 이해충돌이 야기된 것에 있었고, 문화체육관광부의 유권해석이 계약해석에 일정한 영향을 미친 것으로 보인다.<sup>11)</sup>

### 나. 저작인접권 보호의 공백 또는 불균형

‘디지털영상송신’에 해당하는 송신의 법적 성격과 관련하여, 앞에서 본 바와 같은 학설 상의 대립이 있는바, 현재의 시점에서 적용해 보면 어느 학설에 의하더라도 타당하고 적절한 결론이 도출되지 않는다.

첫째, 필자의 의견이기도 한 '기타송신설'을 취할 경우에는 '디지털영상송신'에 해당하는 송신에 대하여 실연자 및 음반제작자에게 아무런 권리도 인정하지 않는 결과가 되는 문제가 있다. 그러한 송신도 WIPO 실연·음반조약(WIPO Performance and Phonograms Treaty, “WPPT”) 및 시

10) 우리나라 현행 저작권법상 공중송신의 하위개념의 유형에 따른 저작재산권 및 저작인접권의 부여 및 그 제한사유에 대하여 보다 자세한 것은 이해완, 앞의 논문, 406-409면 참조.

11) 그 1심 판결인 서울서부지방법원 2017. 6. 29. 선고 2015가합2874 판결 및 2심 판결인 서울고등법원 2018. 8. 23. 선고 2017나2043839 판결 참조.

청각 실연에 관한 베이징 조약(Beijing Treaty on Audiovisual Performances, “BTAP”) 상의 ‘공중전달’에 해당하므로 실연자 및 음반제작자에게 상응하는 권리를 인정하여야 함에도 불구하고 그에 대한 권리를 전혀 인정하지 않은 것은 국제조약의 취지에도 반하고 권리보호에 중대한 흠결이 있다고 할 수 있다.

둘째, 방송설을 취할 경우에는 '디지털영상송신'도 방송으로 보므로 실연자 및 음반제작자에게 방송에 대한 것과 동일한 권리를 인정하게 되어, ‘권리의 공백’ 문제는 발생하지 않는다. 그러나 기술적 쌍방향성과 수신동의시성 등의 성격이 동일함에도 불구하고 영상이 포함된 송신인지 여부에 따라 어떤 것은 방송으로, 다른 어떤 것은 디지털음성송신으로 보아 서로 다른 법적 취급을 하는 것은 형평성에 반하고 합리적 근거를 인정하기 어렵다. 그것이 앞에서 본 바와 같이 분쟁가능성을 높이는 원인으로 작용하고 있기도 하다. 특히 저작권접권 중 방송사업자의 권리는 프로그램 편성 및 방송송출을 위해 막대한 투자와 준창작적인 노력을 기울이는 것을 전제로 하여 전통적 방송사업자에게 인정해 온 것인바, 그러한 투자 또는 노력, 준창작적 기여를 인정하기 어려운 단순한 유형의 웹캐스팅을 업으로 하는 자에게 자신의 창작물이 아닌 음, 영상 등을 실시간으로 전달하기만 하면 그에 대하여 저작권접권자로서의 배타적 권리를 인정하는 것은 이해관계자들 사이에 큰 불균형과 정보유통의 자유에 대한 부당한 제약을 초래할 수 있을 것으로 우려된다.

#### 다. 저작재산권의 과도한 제한으로 인한 권리보호의 약화

‘방송’설을 전제로 할 때, 현 저작권법상의 방송에 대한 권리제한 규정들(비영리목적의 방송에 대한 제29조 1항, 방송사업자의 일시적 녹음·녹화에 대한 제34조, ‘공표된 저작물의 방송에 대하여 법정허락제도를 규정한 제51조 등)이 서비스의 공공성, 공익성, 투자규모 등을 전혀 따지지 않고 모든 실시간 웹캐스팅에 적용될 수 있게 되어, 저작권자의 권리보호에 중대한 문제를 야기할 수 있다. 위와 같은 규정들은 모두 전통적 방송사업자들의 대규모 투자를 바탕으로 한 방송이 가지는 공공성, 공익성 등을 전제로 한 것이므로, 소자본으로 누구나 쉽게 할 수 있고, 그에 따른 권리침해의 위험성도 상대적으로 높은 웹캐스팅에 대하여 적용하는 것은 그 입법취지에 반하는 것이다. 뒤에서 보는 바와 같이, 방송사업자의 일시적 녹음·

녹화와 법정허락제도는 베른협약에서 무선방송과 일부 유선방송에 대하여만 제한적으로 동맹국의 입법재량에 맡겨 둔 것인바, 동 협약상 ‘방송’이 아닌 것을 방송으로 보아 제한사유를 인정하게 될 경우, 베른협약 및 TRIPS에 대한 위반의 문제도 있다.

디지털음성송신과 관련하여, 보상청구권 규정의 적용 시에 복제권으로 인한 문제가 발생하지 않도록 하기 위하여 그러한 보상청구권 관련 규정에서 따온 이용시에 일시적 복제를 할 수 있도록 하는 취지의 제87조 제2항 규정이 있어, 언뜻 보기에는 방송사업자의 일시적 녹음·녹화에 대한 제한규정과 유사해 보일 수 있다. 그러나 이 규정은 오로지 저작인접권에 대한 제한규정으로서 저작권 보호에는 아무런 영향을 미치지 않는다는 점에서 근본적인 차이가 있다는 것을 간과하지 않아야 한다.

#### 라. 국제조약과의 정합성 결여

'기타공중설'을 취할 경우에는 실연자등 권리 보호의 공백으로 인한 WPPT와의 불합치 문제가 발생하고, 방송설을 취할 경우에는 베른협약이 인정한 범위를 넘어선 저작재산권 제한 사유의 인정이나 법정허락 규정 등으로 베른협약 및 TRIPS 위반 가능성의 문제가 있다. 그 외에도, 현행 저작권법이 디지털음성송신과 관련하여 실연(음반으로 고정되지 않은 것)에 대한 배타적 권리를 인정하지 않고, 오로지 보상청구권 규정만 둔 것이 WPPT와 BTAP 규정에 부합하지 않는 면이 있다.

### III. 국제조약 및 주요국 입법사례

#### 1. 서언

앞에서 살펴본 현행법의 문제를 해결하는 데 있어서 가장 관건적인 쟁점은 실시간의 인터넷송신을 모두 방송에 포함시키는 방향을 취할지, 아니면 그것을 모두 방송도 전송도 아닌 중간영역의 개념으로 보는 방향을 취할지에 있다.

이 문제에 대하여 타당한 결론을 도출하기 위해서는 저작권 및 저작인접권 관련 국제조약의 내용과 관련 동향 및 해외 주요국들의 입법사례를 자세히 살펴보고 참고할 필요가 있다. 다만, 그 내용을 살펴볼 때 우리가 참고하고자 하는 입법상의 핵심적 쟁점과 관련된 사항에 집중하는 것이 바람

직하다. 따라서 국제조약과 해외 입법사례를 살펴볼 때 다음과 같은 사항을 주안점으로 하여, 그 부분에 초점을 맞추기로 한다.

첫째, 국제조약 등에서 방송의 개념을 어떻게 규정하고 있는지에 대하여 살펴본다. 방송의 개념을 어떻게 규정할 것인지는 이 논문이 다루려고 하는 입법적 쟁점과 직결되는 것이다.

둘째, 인터넷송신 중 전송에 해당하는 것의 범위를 어떻게 규정하고 있는지에 대하여 살펴본다. 이것은 핵심쟁점과 직접 관련된 것은 아니지만, 그 인정범위에 따라 '실시간 인터넷송신'에 대한 법적 취급이 영향을 받을 수 있는 면이 있기 때문에 주의를 기울여 살펴볼 필요가 있다.

셋째, '실시간 인터넷송신'에 대하여 어떠한 법적 취급을 하는지에 대하여 중점적으로 살펴본다. 이것은 이 논문의 가장 중요한 핵심쟁점 자체와 관련된 사항이므로 특별한 관심을 가지고 살펴본다. '실시간 인터넷송신'을 '방송'이나 '전송'에 포함시키는지, 아니면 별도의 개념에 포함시키는지를 자세히 살펴보고 그러한 입장을 취하는 이유는 무엇인지에 대하여도 살펴볼 것이다. 이와 관련하여 우리 저작권법상의 '공중송신'에 해당하는 것을 '방송'과 '전송'으로만 구분하는 제도적 입장을 '2분할 체제'라고 부르고, '방송', '전송' 외에 제3의 영역을 인정하여 그 안에 실시간 인터넷송신이 포함되게 하는 제도적 입장을 '3분할 체제'라고 명명함으로써, 국제조약이나 각국 입법례의 입장이 이 두 가지 중 어느 쪽에 해당하는지를 분명하게 파악해 보고자 한다.

넷째, 저작인접권에 관한 국제조약의 규정들 중에 우리 법상의 저작인접권 규정이 국제조약에서 요구하는 권리보호의 최저수준에 미달하는지 여부가 문제되는 것과 관련하여 살펴볼 필요가 있는 규정들이 일부 있다. 그 점에서 이 논문의 핵심 쟁점과 직접 연관된 것은 아니지만, 특히 국제조약상 저작인접권의 구체적 내용에 대한 부분은 필요한 범위에서 살펴보게 될 것이다.

## 2. 국제조약

### 가. 베른협약

1886년 9월 9일에 처음 채택되어 1971년 파리개정회의에서 최종 개정된 베른협약(The Berne Convention for the Protection of Literary

and Artistic Works)은 방송의 의미가 무선방송(지상파 방송등)에 한정됨을 전제로 문학적 및 미술적 저작물의 저작자에게 배타적 권리로서의 방송권을 부여하였다(제11조의2 제1항 제1호). 그리고 방송된 저작물을 원방송 기관 이외의 기관이 유선 혹은 재방송에 의하여 공중에게 하는 모든 전달(같은 항 제2호), 저작물의 방송을 확정기 혹은 기호, 음 또는 영상으로 송신하는 모든 유사기구에 의한 공개전달(같은 항 제3호)<sup>12)</sup>도 같은 조항에서 배타적 권리로 규정하고 있다. 그런 다음 이러한 권리들에 대하여는 동맹국의 법률로 일정한 조건 하에 강제허락을 할 수 있도록 하고(같은 조 제2항), 동시에 방송을 위한 일시적 녹음·녹화를 위한 제도의 결정을 일정한 요건 하에 동맹국의 법률로 정하도록 규정하고 있다(같은 조 제3항).

여기서 유의할 점은, 방송과 관련된 강제허락이나 방송을 위한 일시적 녹음·녹화에 대한 저작권권 제한사유 등의 규정은 베른협약상 방송과 일부 유선방송에 한하여 인정된다는 것이다.

방송을 제외한 광의의 공중전달<sup>13)</sup>에 대하여는, 제한적인 범위에서, 저작물 유형별로 공중전달권을 인정하고 있다. 연극적·악극적 및 음악저작물의 공연 및 공연에 대한 공중전달(제11조), 문학적 저작물의 공개낭독(제11조의3), 영화화를 위해 개작된 문학적 혹은 미술적 저작물의 공개 상영 및 유선에 의한 공중전달(제14조), 영화에 대한 예술적 기여자의 영화 상영, 유선에 의한 전달, 기타 공중전달 등에 대한 권리를 인정하고 있는 것이 그것이다.

#### 나. WIPO 저작권조약(WCT)

1996년 12월 20일에 스위스 제네바에서 체결된 WIPO 저작권조약(WIPO Copyright Treaty, "WCT") 제8조는 "베른협약 제11조 제1항 (ii), 제11조의 2 제1항 (i) 및 (ii), 제11조의 3 제1항 (ii), 제14조 제1항 (ii) 그리고 제14조의 2 제1항의 규정에 영향을 미치지 아니하고, 문학·예술 저작물의 저작자는 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 저작물

12) 이 부분은 우리 저작권법상으로는 공연권의 대상에 포함되어 규율된다. 허희성, 베른협약 축조개설(파리규정), 일신서적출판사(1994), 121면 참조.

13) 베른협약상 '방송'과 구별되는 '광의의 공중전달'에는 '공연'과 '원격지 송신'이 포함된다. 우리 저작권법상의 유선방송 중에서 '무선방송의 재송신'에 해당하지 않는 경우 등도 여기에 포함된다.

에 접근할 수 있는 방법으로 공중이 이용할 수 있도록 하는 것을 포함하여 유선 또는 무선의 수단에 의하여 저작물을 공중에 전달하는 것을 허락할 배타적인 권리를 향유한다."고 규정하고 있다.

위 규정은 우리 저작권법상의 '전송' 개념에 해당하는 인터넷상의 이용가능화(making available) 행위<sup>14)</sup>를 포함하여, 유선 또는 무선의 모든 수단을 이용한 송신이 모두 우리 저작권법상의 '공중송신'에 해당하는 '협회의 공중전달'에 해당하여 저작권자의 배타적 권리인 공중전달권의 대상이 된다는 것을 분명히 한 것이라고 할 수 있다. '전송'에 대한 저작권자의 배타적 권리를 '공중전달권'의 내용으로 분명하게 포함시킴으로써 디지털 시대의 새로운 이용행위에 대한 저작권자의 권리를 보완하고자 한 것이다.

WCT의 위 규정은 베른협약에서 인정한 권리들을 제외하고 그 나머지를 보완적으로 규정하는 방식을 취한 것이고, 그에 따라 '방송'의 개념은 베른협약에 맡겨져 있다. 즉, WCT에서도 방송은 기본적으로 '무선방송'을 의미하는 것이고, 인터넷송신은 모두 방송개념과 구별되는 협회의 공중전달에 포함되게 된 것으로 보아야 한다. 따라서 베른협약상의 강제허락 등 허용규정이 '방송'과 일부 유선방송에만 적용된다는 것은 WCT에 의하여 변경되지 않았음을 유의하여야 한다.

#### 다. 로마협약

정식명칭이 “실연자 · 음반제작자 및 방송사업자를 위한 국제협약 (International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organization)”인 로마협약은 1961년 10월 26일 채택되어 1964년 5월 18일 발효되었다. 로마협약은 실연자의 권리, 음반제작자의 권리, 방송사업자의 권리 등 저작인접권을 인정한 최초의 다자간 국제조약이다. 이 협약에서는 방송을 "공중이 수신하도록, 무선 방법에 의하여 소리, 또는 영상과 소리를 송신하는 것"이라고 정의하고 있다(로마 협약 제3조(f)).

14) 우리 저작권법상 '전송' 개념에 해당하는 '이용가능화' 행위는 국제적으로도 송신을 위한 준비단계로서의 '이용제공' 행위와 그에 따라 자동으로 이루어지는 '송신'을 모두 포함하는 것으로 해석된다. See Reinbothe, Jörg & Silke Von Lewinski, The WIPO Treaties on Copyright: A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP 7.8.26. (Oxford University Press, 2015).

헤르츠 신호를 이용한 전통적 무선방송이 여기에 해당하는 것으로 해석되고 있으며, 위성방송에 대하여는 그것이 바로 공중이 직접 수신하도록 하는 것이 아닐 수 있다는 가능성 때문에 논란이 되었으나, 지금은 위성방송도 포함된다는 것에 대하여 폭넓은 공감대가 형성된 것으로 보인다.<sup>15)</sup> 그렇지만 인터넷을 이용한 송신인 실시간 웹캐스팅이나 IPTV 방송등은 포함되지 않는 것으로 해석된다.<sup>16)</sup>

실연자에게는 인격적 권리 외에, 실연자의 동의 없이 생실연(방송된 실연도 제외됨)을 방송 또는 공중에 전달하는 행위, 고정되지 않은 실연을 고정하는 행위, 실연의 고정물을 복제하는 행위 등을 금지할 ‘가능성(the possibility of preventing)’을(제7조), 음반제작자에게는 그의 음반을 직접 또는 간접으로 복제하는 것을 허락하거나 금지할 권리를(제10조) 각 부여하고, 실연자와 음반제작자의 공통 권리로서, 음반의 2차사용(상업용 음반을 방송이나 공중전달에 사용하는 것)에 대한 보상청구권을 규정하고 있다(제12조). 다만 이 부분의 보상청구권 규정에 대하여는 도입을 유보할 수 있도록 하고 있다(같은 조).

그리고 방송사업자에게는 ① 방송의 재방송, ② 방송의 고정, ③ 방송을 동의 없이 고정한 물건 등의 복제, ④ 입장료를 받고 TV방송을 공중에 전달하는 것 등을 허락하거나 금지할 수 있는 권리를 부여하고 있다(제13조).

#### 라. WTO TRIPS 협정

세계무역기구(World Trade Organization: "WTO") 협정에 부속된 무역 관련 지적재산권(Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: "TRIPS") 협정은 WTO의 출범과 함께 1995년 1월 1일 발효하였다. 이 협정은 저작권에 관하여는 '베른 플러스'의 접근방법에 따라 저작권인격권에 대한 제6조의2만 제외하고 베른협약의 실체적 규정(제1조부터 제21조까지)을 그대로 수용하고 있으나, 저작인접권에 관하여는 독자적인 규정을 두고 있다.

TRIPS 협정은 방송에 대한 정의규정을 별도로 두지는 않았으나, 제14조

15) Lewinski, Silke von, International copyright law and policy 6.25(Oxford university press, 2008).

16) Stamatoudi, Irini & Paul Torremans, eds. EU copyright law: A commentary 19.21 (Edward Elgar Publishing, 2021).



제1항에서 실연자의 방송권과 관련하여 “무선에 의한 방송”을 명시함으로써 로마협약과 동일하게 무선방송만 방송으로 보고 있는 것으로 해석된다.<sup>17)</sup>

저작인접권의 구체적 내용에 대하여 살펴보면, TRIPS 협정은 로마협약과 달리, 실연자 및 음반제작자의 2차사용료에 대한 규정을 두지 않고, 실연자의 권리로서는 실연에 대한 고정권 및 복제권 외에, 생실연에 대한 방송권 및 공중전달권만 규정하고(14조 1항), 음반제작자에 대하여는 복제권(14조 2항) 및 대여권을 규정하고 있다. 또한 방송사업자에게는 고정, 고정물의 복제, 무선의 방법에 의한 방송물의 재방송 및 텔레비전 방송물의 공중에의 전달 등에 대한 권리를 부여하고 있다(제14조 3항).

여기서 ‘공중전달’이 무엇을 말하는지는 정의규정을 두고 있지 않아 해석상의 이견이 있을 수 있다. 그것을 넓은 의미로 보아도 무방할 것이라고 보면서 “디지털 송신은 협정 당시 예정된 이용 형태라고 하기는 어렵다. 조약의 ‘목적과 대상’에 비춰 보면 제외되리라 본다”는 의견이 있으나,<sup>18)</sup> 공중전달이 넓은 의미로 사용되어 온 국제적인 관행에 비추어 보면, 디지털 송신 또는 인터넷 송신도 공중전달의 개념에 포함되는 것으로 볼 수 있으리라 생각된다.

#### 마. WIPO 실연·음반 조약(WPPT)

##### 1) 방송에 대한 정의

WCT와 함께 1996년 12월 20일 스위스 제네바에서 채택된 WPPT는 방송에 대하여 “공중이 수신하도록 소리 또는 영상과 소리 또는 그것의 표현을 무선의 수단으로 송신하는 것을 말한다. 위성에 의한 그러한 송신도 또한 방송이다. 암호화된 신호의 송신은 복호화 수단이 방송사업자에 의하여 또는 그의 동의를 얻어 공중에게 제공되는 경우에 방송이다.”라고 정의하고 있다(제2조 (f)).

WPPT의 위 규정은 로마협약상의 방송의 정의를 기본적으로 이어받으면서 거기에 위성방송이 포함됨을 분명히 함과 동시에, 암호화된 신호의 송신에 의한 것도 복호화 수단의 제공을 조건으로 방송에 포함된다는 것을 명시하는 ‘보완’을 한 것이다. 실시간 웹캐스팅을 포함한 인터넷송신이 이

17) Morgan, Owen, International Protection of Performers Rights 158 (Hart Publishing, 2002).

18) 최경수, 국제지적재산권법(개정판), 한울(2017), 452면.

러한 ‘방송’ 개념에 포함되지 않음은 명백하다. WPPT 채택을 위한 논의의 초기단계에서는 로마협약의 접근방식과 결별하여, 방송, 유선방송, 기타 공중전달을 모두 포괄하는 넓은 공중전달 개념을 채택하자는 제안이 있었으나, 각국 대표들이 전통적인 ‘방송’ 개념을 그대로 유지하면서, 그것과 ‘공중전달’ 개념을 구분하기를 원하여 그렇게 합의된 것으로 전해지고 있다.<sup>19)</sup>

## 2) 공중전달에 대한 정의

WPPT는 ‘공중전달’에 대하여 “실연 또는 음반의 ‘공중전달’이란, 실연의 소리나 음반에 고정된 소리 또는 소리의 표현을 방송 이외의 매체에 의하여 공중에게 송신하는 것을 말한다. 제15조에서의 ‘공중전달’은 음반에 고정된 소리 또는 소리의 표현을 공중이 들을 수 있게 제공하는 것을 포함한다”라고 정의하고 있다(제2조 (g)). 이 규정을 통해 WPPT는 공중전달이 방송과는 구별되는 별도의 개념임을 분명히 하였다.

WPPT에는 WCT와 달리, 우리 저작권법상의 ‘전송’에 해당하는 ‘이용가능화(making available)’를 포함한다는 언급이 없는데, 그것은 제10조와 제14조에서 각각 실연자와 음반제작자의 이용가능화권<sup>20)</sup>을 별도로 인정하는 것을 전제로 하여 공중전달의 개념에서는 제외하기로 한 취지이다. 따라서 WCT상의 공중전달 개념이 WPPT에 비하여 그 점에서는 더 넓은 개념이다. 다만, WPPT는 우리법상의 ‘공연’에 해당하는 개념을 보상청구권에 관한 15조에서 말하는 공중전달에 포함되도록 규정하고 있어(제2조(g) 후문), 그 점에서는 WCT보다 넓은 개념이라 할 수 있는 부분이 있다.

위 ‘공중전달’의 의미를 그 가운데 ‘공연’에 해당하는 것을 제외하고 우리 저작권법상의 개념과 대응시켜 보면, 우리 저작권법상의 ‘공중송신’ 개념에서 ‘방송’ 중 무선방송에 해당하는 것과 전송에 해당하는 것을 뺀 것에 해당하는 개념이라고 할 수 있다. 우리 저작권법상의 ‘디지털음송송신’과 ‘유선방송’, 그리고 ‘기타의 공중송신’이 여기에 포함된다.

여기서 우리가 특별한 관심을 가지고 주목할 점은, 디지털 이슈를 처음으로 반영한 저작인접권 관련 국제조약인 WPPT에서 ‘방송’과 ‘전송’ 이외의 ‘제3의 영역’을 인정하여 거기에 ‘전송’의 영역에서 제외되는 인터넷송

19) Reinbothe, Jörg & Silke Von Lewinski, supra, at 8.2.8.

20) 우리 저작권법상의 전송권과 정확하게 일치하는 개념이라고 할 수 있다.

신, 즉 '수신의 이시성' 또는 '주문성'이 없고 '수신의 동시성'이 있는 인터넷송신을 포함시키고 있다는 점이다. 즉 WPPT에 의하면, 실시간 인터넷송신은 전통적인 방송 개념에 위성방송 등을 포함시키는 것으로 약간 보완한 것에 불과한 '방송'의 개념에 해당하지 않음이 분명하고, '수신의 이시성'을 요건으로 하는 '전송' 개념에 해당하지 않는다는 것도 명백하므로, 결국 그 중간영역에 해당하는 '공중전달' 개념에 포함되는 것이다. 이것은 이 문제에 대하여 앞에서 언급한 '2분할 체제'가 아니라 '3분할 체제'를 취하고 있음을 뚜렷이 보여주는 것이다.

### 3) 고정되지 않은 실연에 대한 재산적 권리

WPPT는 제6조에서 실연자가 고정되지 않은 실연에 대하여, (i) 실연이 방송 실연인 경우를 제외하고, 고정되지 아니한 실연을 방송하고 공중에게 전달하는 것과 (ii) 자신의 고정되지 아니한 실연을 고정하는 것에 대한 배타적 권리를 가지는 것으로 규정하고 있다. 우리나라 현행 저작권법상의 디지털음성송신도 위 규정에서 말하는 '공중전달'에 해당할 것으로 보아야 함에도 불구하고 현행법이 디지털음성송신에 대하여 보상청구권만 인정하고 생실연에 대한 배타적 권리를 인정하지 않은 것은 WPPT 위반의 소지가 없지 않다. 이 점은 개정시에 반영해야 할 부분이다.

### 4) 이용가능화권 규정

WPPT는 실연자의 이용가능화권에 대하여, 제10조에서 “실연자는 음반에 고정된 그의 실연에 대하여, 유선 또는 무선의 방법에 의하여 공중의 각 구성원이 선택하는 장소 및 시간에 이용할 수 있는 상태에 두는 것을 허락할 배타적 권리를 향유한다”고 규정하고, 음반제작자의 이용가능화권에 대하여는 제14조에서 “음반제작자는 그의 음반에 대하여 유선 또는 무선의 방법에 의하여 공중의 각 구성원이 선택하는 장소 및 시간에 이용할 수 있는 상태에 두는 것을 허락할 배타적 권리를 향유한다”고 규정하고 있다.

위 규정에서 말하는 '이용가능화(making available)'는 기술적 쌍방향성을 가진 모든 인터넷송신이 아니라 그 중에서 이용자가 자신이 원하는 시간과 장소에서 접근하여 이용할 수 있도록 제공하는 것(그에 따라 이루어지는 송신 포함)을 뜻하는 것으로서 수신자의 '이시성'(주문형)의 특성을 가지는 것만을 뜻하는 것임이 명백하다. 따라서 뒤에서 보는 일본 저작권법

상의 ‘송신가능화’가 아니라 우리 저작권법상의 ‘전송’ 개념과 정확하게 부합한다. 후술하는 바와 같이, 일본 저작권법상의 ‘송신가능화’ 개념은 첫째, 수신에 동시성을 가진 것을 포함하는 점에서, 둘째, 송신의 준비단계인 이행제공만 포함하고, 그에 따라 이루어지는 송신은 제외한다는 점에서 WPPT의 ‘이용가능화’ 개념과 상이하다.

### 5) 방송 및 공중전달에 대한 보상청구권 규정

WPPT는 제15조 제1항에서 “실연자 및 음반제작자는 상업상의 목적을 위해 공표된 음반을 방송 또는 공중전달을 위해 직접 또는 간접으로 이용하는 것에 대하여 단일한, 공정한 보수를 청구할 권리를 향유한다”고 규정하고 있다. 다만 같은 조 3항에서, 계약국이 일정한 절차적 요건 하에, 이 규정을 특정한 이용에 대하여만 적용하거나 전혀 적용하지 않는 것으로 유보 선언을 할 수 있도록 규정하고 있다. 우리나라가 제3항에 따른 유보 선언을 하지 않은 이상, 방송만이 아니라 디지털음성송신이나 강학상 디지털 영상송신에 해당하는 행위에 대하여도 그를 위해 음반을 직접 또는 간접으로 이용하는 것에 대하여는 보상청구권을 인정할 의무가 있다.

#### 바. 시청각 실연에 관한 베이징조약(BTAP)

##### 1) 방송에 대한 정의

2012년 6월 베이징에서 개최된 ‘WIPO 외교회의’에서 채택된 ‘시청각실연에 관한 베이징조약(Beijing Treaty on Audiovisual Performance, “BTAP”)’은 방송에 대하여 “공중이 수신하도록 소리, 영상, 소리와 영상 또는 그것의 표현을 무선의 수단으로 송신하는 것을 말한다. 위성에 의한 그러한 송신도 또한 방송이다. 암호화된 신호의 송신은 복호화 수단이 방송사업자에 의하여 또는 그의 동의를 얻어 공중에게 제공되는 경우에 방송이다.”라고 정의하고 있다(제2조 (c)).

이것은 WPPT의 정의규정과 거의 같고, 단지 조약의 목적상 ‘소리 또는 영상과 소리’라는 표현을 ‘소리, 영상, 소리와 영상’으로 대체한 점만 다르다. 기본적으로 무선방송만 방송으로 보면서 위성방송 등이 거기에 포함됨을 분명히 한 취지이고, 실시간 웹캐스팅 등은 당연히 ‘방송’ 개념에서 제외된다.

##### 2) 공중전달에 대한 정의

BTAP는 실연의 공중전달과 관련하여, “실연의 공중전달이란 고정되지

아니한 실연 또는 시청각 고정물에 고정된 실연을 방송 이외의 매체에 의하여 공중에게 송신하는 것을 말한다. 제11조에서의 공중전달은 시청각 고정물에 고정된 실연을 공중이 듣거나, 보거나, 또는 보고 들을 수 있게 제공하는 것을 포함한다.”라고 정의하고 있다(제2조 (d)).

이것도 WPPT의 정의규정과 거의 같고, 단지 조약의 목적상 일부 표현을 수정한 것이다. 역시 공중전달을 방송의 개념과 구별하고 있으며, ‘이용가능화(making available)’를 포함하지 않고 이용가능화권을 별도로 규정함으로써 우리법상의 ‘전송’에 해당하는 ‘이용가능화’ 개념과도 구별하고 있다. BTAP도 공중송신에 대한 법적 취급과 관련하여 앞에서 언급한 '2분할 체제'가 아니라 '3분할 체제'를 취하고 있음을 알 수 있다.

### 3) 고정되지 않은 실연에 대한 재산적 권리

BTAP는 제6조에서 실연자가 고정되지 않은 실연에 대하여, (i) 실연이 방송 실연인 경우를 제외하고, 고정되지 아니한 실연을 방송하고 공중에게 전달하는 것과 (ii) 자신의 고정되지 아니한 실연을 고정하는 것에 대한 배타적 권리를 가지는 것으로 규정하고 있다. 이것도 WPPT 제6조 규정과 같다.

### 4) 이용가능화권 규정

BTAP는 제10조에서 실연자의 이용가능화권에 대하여 “실연자는 시청각 고정물에 고정된 그의 실연을 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 그에 접근할 수 있는 방식으로, 유선 또는 무선의 수단에 의하여 공중의 이용에 제공하는 것을 허락할 배타적인 권리를 향유한다.”고 규정하고 있다. 이 규정에서 말하는 ‘이용가능화(making available)의 의미는 WPPT와 동일하고, 우리 법상의 전송 개념과 정확히 일치한다.

### 5) 방송권 및 공중전달권 규정 및 권리 이전 규정

BTAP는 실연자와 음반제작자에게 방송 및 공중전달에 대한 보상청구권을 인정하는 규정을 둔 WPPT와 달리, 시청각 실연자에게 배타적 권리로서의 방송권과 공중전달권을 인정하는 규정을 두고(제11조 1항), 다만 계약당사자가 일정한 절차 하에 보상청구권만 인정하는 선언을 하거나(같은 조 2항), 배타적 권리 또는 보상청구권을 특정한 이용행위에 대하여만 적용한다거나 그 적용을 다른 방식으로 제한하거나 아예 권리를 전혀 부여하지 않는다고 선언할 수 있다(같은 조 3항)고 규정하고 있다.

또한 BTAP는 “계약당사자는 실연자가 일단 자신의 실연을 시청각 고정물에 고정하는 것에 동의한 경우, 이 조약 제7조부터 제11조에 규정된 권리들을 허락할 배타적인 권리를 실연자와 국내법으로 정해지는 시청각 고정물의 제작자 사이의 계약에 따라 시청각 고정물의 제작자가 보유하거나, 행사하거나, 또는 그에게 양도되도록 국내법으로 규정할 수 있다”고 규정하고 있다(제12조 제1항).

뒤에서 살펴보는 바와 같이, 현재 국회에서 발의되어 심의 중인 저작권법 전부개정안은 현행법상의 방송권 등과 같이 시청각실연자에게 디지털동시송신권을 배타적 권리로 부여하면서 그것을 영상저작물 특례규정에 포함시키는 방안을 취하였는데, 그것은 BTAP 제11조 1항과 제12조 1항에 부합하는 것이라 할 수 있다. 개정안의 '디지털동시송신'은 BTAP의 '공중전달' 개념에 포함된다.

#### 사. 방송사업자 권리 보호를 위한 신조약 관련 논의

디지털 환경에 부합하는 방송사업자의 권리 보호를 위한 신조약의 체결을 위해 'WIPO 저작권 및 저작인접권 상설위원회(Standing Committee on Copyright and Related Rights, "SCCR")'에서 오랫동안 논의해 오고 있으나, 언제 체결될지는 ‘오리무중’의 상태에 있다.

보호대상인 방송에 웹캐스팅 또는 사이멀캐스팅<sup>21)</sup>을 포함할지 여부에 대하여 2006년 무렵에 많은 논의가 있었으나, 다수 국가들의 대표들과 인터넷상의 배타적 권리 강화를 우려하는 국제 NGO 등의 반대입장에 부딪혀, 결국 인터넷송신을 방송의 범위에서 일단 제외하는 것을 전제로 계속 협상을 해 나가기로 한 바 있다. 그 무렵 작성된 SCCR의 신조약 기본 초안 수정본(Revised Draft Basic Proposal, SCCR/ 15/ 2 Rev. 2006)에서는 방송에 대하여 “공중이 수신하도록, 무선에 의하여 소리, 영상과 소리, 또는 그 표현을 송신하는 것을 말한다. ...방송에 컴퓨터 네트워크를 통한 송

21) 최근의 용례를 중심으로 보면, 사이멀캐스팅(simulcasting)은 TV 또는 라디오 방송을 동시에 인터넷을 통해 실시간 송신하는 것을 뜻하는 말이라 할 수 있다. 김현숙, "디지털음성송신 판단 기준에서 사용자의 선택가능성에 대한 소고", 계간 저작권 통권 30호, 한국저작권위원회(2017), 48면은 "사이멀캐스팅은 '동시에'라는 뜻의 형용사인 Simultaneous와 '방송'이란 뜻의 Broadcast를 합성한 것으로, 제작비를 절감하기 위하여 동일한 프로그램을 텔레비전과 라디오에서 동시에 방송하는 것을 의미한다. 지금은 TV와 라디오를 넘어 컴퓨터, 모바일 기기 등 다양한 디바이스에 동시에 송신하는 것으로 확대되어 쓰인다."고 설명하고 있다.

신이 포함되는 것으로 이해되어서는 아니된다”고 규정하였다(제5조(a)). 이 초안은 기존의 방송(broadcasting) 개념과 별도로 케이블방송(cablecasting) 개념을 도입하여 보호대상에 포함하고 있는데, 거기에서도 동일하게 컴퓨터 네트워크를 통한 송신을 제외하는 규정을 두고 있다(제5조(b)).<sup>22)</sup>

가장 최근의 검토 초안(SCCR/39/7, 2019)에서는 유선방송도 방송에 포함하는 취지의 정의를 하면서 브래킷 안에 “컴퓨터 네트워크를 이용한 송신은 방송에 해당하지 않는다”는 규정을 넣어 두고 있고(정의규정 x조(a)), 다만, 조약상의 정의규정이 각 체약국의 국가 규정체제에 영향을 미치지 않는다고 하여 각국의 법률로 다른 규정을 두는 것을 가능하게 하는 취지의 규정을 두고 있다. 방송사업자에 대한 정의에서는 “오로지 컴퓨터 네트워크를 수단으로 하여 프로그램 전달 신호를 제공하는 자는 ‘방송사업자’의 정의에 포함되지 않는다”고 규정하고 있다(정의규정 x조(d)).

이러한 방송신조약 논의 상황을 보면, '인터넷송신'은 방송의 영역에 포함하지 않고 방송의 개념에는 전통적인 방송 개념에 이미 우리나라를 비롯한 여러 나라에서 방송 개념에 포함하거나 방송과 동일한 법적 취급을 해 온 '유선방송'만 방송 개념에 추가로 포함하는 방안에 대한 국제적인 컨센서스가 상당 정도 형성되어 있음을 알 수 있다.

#### 아. 결어 - 국제조약의 입장에 대한 종합적 검토

먼저, 저작권에 대한 국제조약의 입장을 정리해 보자. 현재 저작권에 대한 다자간 국제조약으로 우리에게 실질적으로 적용되는 것은 베른협약, TRIPS 및 WCT라고 할 수 있는바, 이들을 종합해 보면, 인터넷송신은 방송 및 공연과 구별되는 무형적 전달 개념으로서의 공중전달<sup>23)</sup>에 포함된다 는 것을 알 수 있다. 인터넷송신 중 주문형의 속성을 가져 전송에 해당하는 것과 그렇지 않은 것이 모두 WCT상의 공중전달 개념에 포함된다. 방송에 대하여는 그 공익성을 감안하여 베른협약에서 특별한 권리제한사유를 인정하지만, 인터넷송신에 대하여는 베른협약상 방송에 적용되는 제한사유

22) 방송신조약 관련 논의의 전개과정에 대하여는 Stamatoudi, Irini A., ed. *New developments in EU and international copyright law* 3.6 (Kluwer Law International BV, 2016) 참조.

23) 다만, 베른협약 11조의2에서 규정하는 일부 유선방송을 제외한 유선방송도 여기에서 말하는 '공중전달'에 해당한다.

가 적용되지 않는다. 그리고 그 부분은 WCT에 의하여 변경되지 않았다.

다음으로 저작권접권에 대한 국제조약의 입장을 정리해 본다. 저작권접권에 대한 다자간 국제조약으로 우리에게 적용되는 로마협약, TRIPS, WPPT 및 BTAP의 입장을 종합해 보면, ① 위성방송을 포함한 무선방송을 의미하는 방송 개념과 ② 인터넷송신 중 주문형의 속성을 가진 전송 개념 및 ③ 그 나머지의 공중전달 개념이 구별되어 각각 다른 법적 효과로 이어짐을 알 수 있다. 인터넷송신 중 주문형의 속성을 가지지 않고 '수신의 동시성'을 가진 것은 그 중 ③의 '공중전달'에 해당한다.

따라서, 현재의 저작권 및 저작권접권에 관한 국제법 체계는 개념 구분 및 법적 취급의 면에서 공중송신을 방송과 전송으로 양분하는 '2분할 체제'가 아니라, 방송, 전송, (기타의) 공중전달로 3분하는 '3분할 체제'를 취하고 있음을 알 수 있다. WPPT 및 BTAP와의 관계에서 보면 우리나라 현행 저작권법상의 '디지털음성송신'과 강학상의 개념인 '디지털영상송신'은 모두 협의의 '공중전달'에 해당한다. 이것을 방송개념에 편입하기보다는 별도의 개념으로 규정하는 것이 국제조약에 부합하는 방향임을 알 수 있다. 다만, 방송사업자 권리 보호를 위한 신조약에 관한 논의 중에서 비교적 최근의 논의 동향을 보면, 기본적으로 인터넷송신을 방송 개념에서 제외하면 서도 각국의 입법에 따라 방송 개념의 범위를 약간 더 확대할 수 있는 여지를 주는 것을 긍정적으로 검토하고 있는 것으로 보인다. 따라서 인터넷 프로토콜을 이용한 송신 중에서도 IPTV 방송과 같이 전통적인 형태의 방송과 실질적인 유사성을 가지는 것을 방송으로 규정하는 것은 긍정적으로 검토할 수 있을 것으로 생각된다.

## 2. 주요국등 입법사례

### 가. EU

EU에서는 1992년에 처음 채택된 대여권 및 대출권 등 지침<sup>24)</sup> 안에 저작권접권에 관한 실체적 규정들을 두었고, 이후 2001년에 채택된 정보사회 지침<sup>25)</sup>에서 저작권접권자에게 전송권을 인정하는 규정을 추가로 규정하였다.

24) 대여권과 대출권 및 지식재산 분야에서의 특정 저작권접권에 관한 2006년 12월 12일의 유럽 의회 및 이사회 의 지침 2006/115/EC (Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property).



대여권 및 대출권 등 지침은 실연자에게 실연에 대한 고정권(제7조 1항), 고정되지 않은 실연(방송실연 제외)에 대한 방송권 및 공중전달권(제8조 1항)을 배타적 권리로 부여하고, 상업적 목적으로 발행된 음반의 무선 방송 및 공중전달에 대한 보상청구권(제8조 2항)을 인정하며, 회원국은 그 보상금을 실연자 및 음반제작자가 공유한다는 것을 보장하는 권리를 규정해야 한다고 규정하였다(같은 항). 또한 같은 지침은 방송사업자에게 고정권(제7조 2항), 무선방송의 재방송권 및 입장료를 받는 공공장소에서의 공중전달권(제8조 3항)을 인정하였다.

정보사회 지침은 실연자, 음반제작자, 방송사업자에게 추가로 회원국이 “공중의 구성원이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 저작물에 접근할 수 있도록 유선 또는 무선의 수단에 의하여, 실연의 고정물, 음반, 방송(유선 방송 포함)의 고정물 등을 공중의 이용에 제공하는 것을 허락하거나 금지할 배타적 권리”를 부여하도록 규정하였다(제3조 2항). 디지털 환경에 대응하기 위하여 배타적 권리로서의 ‘전송권’을 모든 저작인접권자에게 명시적으로 인정한 것이다.

위와 같은 EU 지침의 규정은 로마협약 및 WPPT의 규정을 기본적으로 수용하여, 무선방송을 위주로 한 방송 개념 및 그와 구별되는 공중전달 개념, 그리고 그와 별도로 규정된 전송 개념을 뚜렷이 구별하여 서로 다른 법적 취급을 하고 있다는 점에서 공중송신에 대한 ‘3분할 체제’를 취하고 있다고 할 수 있다.

#### 나. 미국

미국은 우리나라나 대륙법계 국가들과 달리 저작권과 저작인접권을 구분하는 체계를 취하지 않고 있다. ‘녹음물 (sound recording)’을 저작물로 보호함으로써 실연자 및 음반제작자의 권리<sup>26)</sup>를 저작권으로 보호하는 셈이고, 방송사업자의 권리에 대하여는 별도의 규정이 없으므로, 방송사업자가

25) 정보사회에서의 저작권 및 저작인접권의 특정 측면의 조정에 관한 2001년 5월 22일의 유럽 의회 및 이사회 지침 2001/29/EC (Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society).

26) 우리 저작권법상의 실연자와 음반제작자는 미국 저작권법상 녹음물(sound recording)의 공동저작자(joint authors)로 인정된다. Leaffer, Marshall A., Understanding Copyright Law 226/1026 (Seventh Ed., Carolina Academic Press, 2019, Kindle Book).

영상저작물의 저작권자가 되는 경우에 한하여 저작권자로서 보호될 뿐이다. 또한 미국은 WPPT 상의 이용가능화권(전송권)에 대한 규정을 별도로 두지 않고 기존의 배포권, 공연권 등으로 대응하고 있는데, 공연권의 범위가 넓어 우리 법상의 공연권 및 공중송신권이 모두 이에 포함되는 것으로 볼 수 있다.

그런데 일반 저작물에 대하여는 넓은 범위의 공연권이 적용되지만, 녹음물에 대하여는 공연권이 전혀 인정되지 않고 있다가 디지털 환경에 대한 입법적 대응의 필요성이 높아지게 된 시점인 1995년의 녹음물 디지털 공연권에 관한 법률(Digital Performance Right in Sound Recording Act, "DPSR")의 제정에 의해 비로소 제한적인 공연권이 도입되게 되고, 그 후 실시간 웹캐스팅 등 새로운 서비스의 대두에 따라 그 부분에 대한 규율을 보완하기 위한 개정이 1998년에 제정된 디지털 밀레니엄 저작권법(Digital Millennium Copyright Act, "DMCA")에 포함되게 되었다. 그에 따라 녹음물 저작권자의 권리범위에 포함된 것은 '디지털음성송신(digital audio transmission)'<sup>27)</sup>에 한정되며, 그 중에서도 비가입형 방송송신(nonsubscription broadcast transmission)<sup>28)</sup>은 면책대상에 포함된다. 또한 인터넷송신 중 주문형의 속성을 가진 것(우리 법상의 전송에 해당하는 것)을 제외하고, 수신의 동시성을 가진 것은 일정한 적격요건을 갖출 경우 법정허락의 대상이 되는 것으로 인정하고 있다(17 U.S.C. § 114).<sup>29)</sup>

요컨대, 미국은 1) 일반 저작권 보호와 관련하여서는 공연, 방송, 전송, 디지털음성송신 등의 엄격한 구분 없이 이들 모두를 넓은 범위의 공연에 포함하여 규율하고, 2) 저작인접권 체계의 국가들에서의 실연자 및 음반제작자의 권리 객체에 해당하는 녹음물에 대하여만 승인받은 방송기관에 의

27) 미국 저작권법상의 디지털음성송신(digital audio transmission)은 우리 저작권법상의 '디지털음성송신' 개념보다 넓은 개념이다. 미국 저작권법 §114(j)(5)는 디지털음성송신에 대하여 "녹음물의 송신을 실현시키는 디지털 송신으로 시청각저작물의 송신을 포함하지 않는다."고 규정하고 있다. 디지털 형태로 녹음물을 송신하는 모든 방식의 송신이 포함되므로, 그 중에는 우리나라 저작권법상의 개념으로 전송, 방송, 디지털음성송신이 모두 포함된다.

28) 방송(broadcast)'은 연방통신위원회(Federal Communication Committee, "FCC")에 의해 승인을 받은 지상파 방송국에 의해서 만들어진 송신으로 정의되어 있다.

29) 자세한 것은 이해완 · 김인철 · 이현목, 디지털음성송신의 적격요건에 관한 연구(문화체육관광부 연구용역 최종보고서)(2012), 51-97면 참조.

한 방송을 제외하고 ‘디지털 방식으로 음을 송신하는 모든 송신’을 포함하는 디지털음성송신에 대한 권리를 공연권의 일종으로 인정하면서, 그 가운데 배타적 권리를 온전하게 인정하는 주문형 송신(전송)과 면책대상에 포함되는 비가입형의 방송 및 일정한 적격요건을 갖출 경우 법정허락의 대상이 되는 기타의 디지털음성송신을 구별하여 취급하고 있다. 이 부분에 관한 한, 크게 봐서 방송, 전송, 디지털음성송신으로 개념 구분을 하는 3분할 체제를 취하고 있다고 할 수 있다. 법정허락을 위한 적격요건을 갖추지 못한 경우에는 전송과 동일한 법적 취급을 하게 되는 셈인데, 그러한 경우를 별도의 개념으로 구별한다고 하면, 4분할 체제라고 할 수도 있다.

위와 같이 미국의 입법례는 여러 가지 면에서 독특하고, 법체계가 그와는 다른 나라에서 그대로 본받을 수 있는 것이 아니지만, 주문형의 전송과 비주문형의 인터넷송신 사이의 경계와 구별이 애매한 부분과 관련하여, 미국법상 법정허락을 위한 적격요건을 규정한 것이 일정한 참고가 될 수 있다.

#### 다. 일본

일본은 WCT, WPPT 채택 후인 1997년 저작권법 개정 시에, 저작권자에게 공중송신권을 인정하고 공중송신 안에 방송, 유선방송 및 자동공중송신 개념이 포함되도록 규정하였다. 공중송신에 대하여는 ‘공중에 의하여 직접 수신되는 것을 목적으로 무선통신 또는 유선전기통신의 송신(동일한 구내에서의 송신 제외)을 하는 것’을 말하는 것으로 규정(제2조 1항 7의2호)하고, 그 안에 방송, 유선방송, 자동공중송신이 포함되는 것으로 규정하고 있다. 일본 저작권법이 방송과 유선방송을 구별하여 규정하고 있는 것은 우리 법과의 차이점이지만, 이 두 가지 모두에 대하여 실질적으로 유사한 법적 지위를 부여하고 있는 점은 우리 법과의 유사점이라 할 수 있다. 나아가 일본 저작권법은 자동공중송신에 대하여 “공중송신 중, 공중으로부터의 요구에 따라 자동적으로 행하는 것(방송 또는 유선방송에 해당하는 것을 제외한다)을 말한다”고 규정하고 있다(제2조 1항 9의4호). 또한 저작권자의 공중송신권과 관련하여 일본 저작권법 제23조 제1항은 “저작자는 그의 저작물에 대하여 공중송신(자동공중송신의 경우에 있어서는 송신가능화를 포함한다)하는 권리를 전유한다”고 규정하고 있다. 공중송신권의 개념 안에 방송, 유선방송, 자동공중송신이 포함되고, 자동공중송신의 개념

안에 송신가능화가 포함되는 구조를 취하고 있다.<sup>30)</sup>

‘자동공중송신’의 정의 규정에 등장하는 ‘송신가능화’ 개념에 대하여는 제2조 제1항 9의5호에서 "다음 어느 것인가에 게시하는 행위에 의하여 자동공중송신할 수 있도록 하는 것을 말한다"고 규정하고 있다.

① 공중용으로 제공되고 있는 전기통신회선에 접속하고 있는 자동공중송신장치[공중용으로 제공하는 전기통신 회선에 접속하는 것에 의하여, 그 기록매체 중 자동공중송신용으로 제공하는 부분(이하 이 호 및 제47조의5 제1항 제1호에서 「공중송신용 기록매체」라 한다)에 기록되거나 또는 당해 장치에 입력되는 정보를 자동공중 송신하는 기능을 가지는 장치를 말한다. 이하 같다]의 공중송신용 기록매체에 정보를 기록하거나 정보가 기록된 기록매체를 당해 자동공중송신장치의 공중송신용 기록매체로서 추가하거나 혹은 정보가 기록된 기록매체를 당해 자동공중송신장치의 공중송신용 기록매체로 변환하거나 또는 당해 자동공중송신장치에 정보를 입력하는 것(같은 호 가목)

② 공중송신용 기록매체에 정보가 기록되거나 또는 당해 자동공중송신장치에 정보가 입력되고 있는 자동공중송신장치에 대하여, 공중용으로 제공되고 있는 전기통신회선에의 접속(배선, 자동공중송신장치의 시동, 송수신용 프로그램의 기동 기타 일련의 행위에 의하여 행해지는 경우에는 당해 일련의 행위 중 최후의 것을 말한다)을 행하는 것(같은 호 나목)

위 규정은 송신가능화의 유형을 모두 5 가지로 나누고 있는 것으로 볼 수 있는데, 그것을 정리해 보면 다음과 같다.

첫째, 공중송신용 기록매체에 정보를 기록하는 유형(위 ①의 첫 번째 경우)이다. 이것은 자동공중송신에 제공할 정보를 서버의 하드디스크에 저장하는 것 등을 그 내용으로 한다.<sup>31)</sup> 우리 저작권법상의 전송에 해당하는 전형적인 경우라 할 수 있다.

둘째, 정보가 기록된 기록매체를 당해 자동공중송신장치의 공중송신용 기록매체로 추가하는 유형(위 ①의 두 번째 경우)이다. 자동공중송신에 제공할 정보가 기록되어 있는 외부 기록장치를 자동공중송신장치에 접속

30) 松村信夫=三山峻司, 『著作権法要説 - 実務と理論』, 世界思想社, 2009, 124頁.

31) 半田正夫=松田政行編, 『著作権法コンメンタル』(第2版) 1卷, 勁草書房, 2015, 198頁.

하는 것이나 당해 정보가 기록된 기록매체를 자동공중송신장치 속에 삽입하는 것을 송신가능화의 내용에 포함한 것이다.<sup>32)</sup>

셋째, 정보가 기록된 기록매체를 당해 자동공중송신장치의 공중송신용 기록매체로 변환하는 유형(위 ①의 세 번째 경우)이다. 예를 들어 이메일을 위한 용도로 사용되어 온 폴더를 그 이름을 변경하는 등으로 홈페이지용의 폴더로 변환하는 것 등을 그 내용으로 하는 것이다.<sup>33)</sup>

넷째, 자동공중송신장치에 정보를 입력하는 유형(위 ①의 네 번째 경우)이다. 이 경우에 있어서는 정보를 자동공중송신장치에 입력하면서 당해 장치 속에 고정하거나 저장하지 않고 그대로 자동공중송신하는 것을 그 내용으로 하며, 그 구체적인 사례로는 이른바 인터넷방송이나 웹캐스팅이 생중계와 같은 형태로 행해지는 경우가 들어지고 있다.<sup>34)</sup> 이것은 우리나라 현행 저작권법상의 디지털음성송신의 경우와 같이 수신자의 동시성을 갖추고 동시에 이용자의 요구에 의하여 자동적으로 송신이 개시되는 특성을 갖춘 경우가 일본 저작권법상으로는 '송신가능화'의 개념에 포섭되고 있다는 것을 뚜렷이 보여주는 부분이다. 즉, 일본법상 송신가능화는 기술적 쌍방향성만 요구하고 '수신의 이시성'을 요하지는 아니하는 개념으로 규정되어 있으므로 우리 법상의 전송 개념만이 아니라 디지털음성송신이나 기타 공중송신에 해당하는 경우도 포함하고 있음을 알 수 있다. 여기에는 IPTV에 의한 실시간 송신도 포함된다.

다섯째, 공중송신용 기록매체에 정보가 기록되거나 또는 당해 자동공중송신장치에 정보가 입력되고 있는 자동공중송신장치에 대하여, 공중용으로 제공되고 있는 전기통신회선에의 접속(배선, 자동공중송신장치의 시동, 송수신용 프로그램의 기동 기타 일련의 행위에 의하여 행해지는 경우에는 당해 일련의 행위 중 최후의 것을 말한다)을 행하는 유형(위 ②의 경우)이다.

일본 저작권법 제2조 제1항 제9호의5 나목에 규정된 경우로서 그 중 전단의 내용은 자동공중송신에 제공되는 정보가 기록된 기록매체(자동공중송신장치와 별개인지 여부는 불문한다) 또는 자동공중송신장치 속에 그 장치

32) 半田正夫=松田政行編, 위의 책, 198頁.

33) 半田正夫=松田政行編, 위의 책, 198頁.

34) 半田正夫=松田政行編, 위의 책, 199頁; 加戸守行, 『著作権法逐条講義』(六訂新版), 著作権情報センター, 2013, 44頁.

에 고정, 저장되는 것 없이 정보가 입력되는 것을 그 내용으로 하고 있다. 다음으로 그 후단 부분은 전단에서 규정되어 있는 정보를 기록한 공중송신용 기록매체 또는 자동공중송신장치에 입력되는 정보가 자동공중송신에 제공되도록 당해 자동공중송신장치가 공중용으로 제공되고 있는 전기통신회선에 접속시키는 것을 그 내용으로 하고 있다.<sup>35)</sup>

이 경우도 특수한 방식에 의한 것이지만, 우리 법상의 전송에 해당하는 것만이 아니라 디지털음성송신 또는 기타의 공중송신에 해당하는 것까지 포함하는 규정이라고 할 수 있다.

결국 일본 저작권법상은 '자동공중송신 및 송신가능화'와 '방송 및 유선방송'은 매체의 쌍방향성이 있는지 여부에 따라 명확히 구별되지만, 우리 법상의 '디지털음성송신'에 해당하는 것과 '전송'에 해당하는 것 사이의 개념 구별은 일본법상 명확히 행해지지 않고 있음을 알 수 있다. 즉 자동공중송신 및 송신가능화의 개념에는 우리나라 저작권법상의 전송과 디지털음성송신 등의 개념이 모두 포함되어 있는 것이다.<sup>36)</sup>

위의 내용을 종합해 보면, 일본 저작권법상 '자동공중송신'의 개념은 물론이고, '송신가능화' 개념에도 주문형의 속성을 가진 '전송'만이 아니라 실시간 웹캐스팅 서비스, IPTV의 실시간 송신 등이 포함됨을 알 수 있다.

저작인접권과 관련하여 일본 저작권법은 1997년의 개정 시에 실연자, 음반제작자, 방송사업자 등 모든 저작인접권자들에게 '송신가능화권'을 부여하는 규정을 두었다.<sup>37)</sup> 송신가능화의 개념에 IPTV를 포함한 실시간 인터넷송신이 포함된다는 것은 위에서 본 바와 같으므로, 결국 위 규정으로 실시간 인터넷송신에 대하여도 모든 저작인접권자에게 일률적으로 배타적 권리를 부여한 결과가 되었다. 이러한 규정은 WPPT의 '이용가능화권'에서 말하는 이용가능화(making available)의 의미에 대한 일본 정부의 잘못된 해석에 기인한 것이고, 그 이후 2006년에 아래에서 보는 바와 같은 IP멀티캐스트 송신에 대한 예외 규정을 두게 된 것은 정부의 조약해석 변경에 기

35) 半田正夫=松田政行編, 앞의 책, 199頁。

36) 일본 저작권법의 송신가능화에 대한 규정에 대한 정리 및 소개는, 이해완 · 김인철 · 이현목, 앞의 보고서, 116-118면 참조.

37) 실연자에 대하여는 92조의2 제1항, 음반제작자에 대하여는 제96조의2, 방송사업자에 대하여는 제99조의2 제1항에서 규정하고 있다.

한 것이라고 한다.<sup>38)</sup>

위 규정이 기초한 일본 정부의 조약해석에는 또 하나의 오류가 있었던 것으로 보이는데, 그것은 WPPT의 이용가능화 개념에 오로지 송신의 준비 단계만이 포함된 것으로 본 것이다. 이 개념에 대한 세계 다수 학자들의 일반적 해석은 송신준비단계로서의 이용제공을 포함하지만 그에 기하여 이루어지는 송신도 포괄하는 개념이라고 보는 것인데, 일본의 위 개정법은 송신가능화에 기하여 이루어지는 ‘자동공중송신’을 제외하는 오류를 범한 것이다.<sup>39)</sup>

위와 같은 입법 이후 일본은 저작인접권자의 배타적 권리가 지나치게 넓게 규정된 것으로 인하여 대량의 음원을 이용하는 이용자의 권리처리에 지나친 부담을 주는 문제가 지속적으로 제기되어 오고 있으나, 한번 주어진 권리를 약화시키는 것은 현실적으로 쉽지 않은 일이어서 여러 가지 고민을 많이 하고 있는 것으로 보인다.<sup>40)</sup> 다만 정부의 조약해석 변경 이후, 특히 방송의 IPTV(IP멀티캐스트 송신)를 통한 재송신과 관련하여, 그 배타적 권리를 제한하여 방송과 사이에 균형을 맞출 필요가 있다는 판단 하에, 2006년 12월 저작권법 개정 시에 방송의 방송지역내 동시 재송신과 관련하여 기존의 실연자 및 음반제작자의 송신가능화권을 제한함으로써 이들의 허락 없이 실연 및 음반을 재송신할 수 있도록 하되, 보상금을 지급하도록 하는(일본 저작권법 제102조) 등의 개정을 한 바 있다.

위와 같이 일본의 관련 입법은 그 개념 규정 및 권리 설정 등의 양면에서 매우 난해하고 복잡하면서 조약에 대한 부정확한 해석으로 인하여 이해관계자들 사이의 이익균형의 면에서도 문제가 많은 입법을 함으로써 그에 따른 어려움을 겪고 있는 사례라 할 수 있다.

#### 라. 영국

영국 저작권법(Copyright, Designs and Patents Act, "CDPA")은 인터넷송신 중 비주문형에 해당하면서 일정한 요건을 갖춘 경우를 명확하게 ‘방송’의 개념에 포함시킨 드문 입법사례에 해당한다.

같은 법 제6조는 ‘방송’을 “시각 영상, 소리 또는 기타 정보의 전자적 송

38) 上野達弘, "인터넷放送をめぐる著作権法上の課題", 著作権研究 44巻(2017), 45頁.

39) 作花文雄, 『詳解 著作権法』(第4版), ぎょうせい, 2010, 272頁.

40) 上野達弘, 앞의 논문, 46-53頁.

신으로서, (a) 공중의 구성원이 동시에 수신하도록 송신되고, 합법적으로 수신될 수 있거나, 또는 (b) 공중의 구성원에의 제공을 위해 송신하는 자에 의해서만 정하여진 시간에 송신되는 것으로, 다음 (1A)항에 의해 제외되지 않는 것을 의미한다”고 규정하고 있다. 그리고 같은 조 (1A)항에서, "다음의 경우가 아니라면, 어떠한 인터넷 송신도 ‘방송’의 개념에서 제외된다”고 규정하고, 그 ‘다음의 경우’에 해당하는 것으로서, (a) 인터넷과 다른 수단에 의하여 동시에 행해지는 송신, (b) 실제 일어나고 있는 일의 동시송신, (c) 송신을 행하는 것에 대하여 책임을 가지는 자가 제공하는 프로그램서비스로서 그 자가 결정하는 예정된 시간에 프로그램이 송신되는 서비스의 일부를 구성하는 기록된 동영상 또는 음의 송신 등 세 가지 경우를 나열하고 있다.

위 규정의 (a)는 주로 사이멀캐스팅과 관련된 것이고,<sup>41)</sup> (b)는 실황에 대한 송신을 뜻하므로, 그 개념이 비교적 명확하다고 할 수 있으나, (c)의 경우는 방송프로그램 서비스로서의 일정한 책임 주체가 프로그램을 일정한 시간대별로 편성하여 제공하는 것을 전제로 하는 것으로 보이는바,<sup>42)</sup> 수신자의 동시성을 가진 모든 경우를 방송에 포함시키는 것보다 합리적 타당성이 있지만, 개념상의 명확성은 결여된 것으로 보이는 측면이 있다. 또한 영국법의 이러한 규정은 영국이 다른 나라들과 달리 ‘방송’을 저작물의 일종으로 하고 방송사업자에게 저작자로서의 권리를 부여하고 있는 특성과 일정한 관련성을 가진 것으로 생각된다.

41) Copinger, Walter Arthur & EP Skone James, Copinger and Skone James on copyright(Vol.1) 129 (Sweet & Maxwell, 2011)("a)에 명백히 포함되는 것은 실시간의 인터넷 송신과 동시에 재래식 방송이 라디오 또는 텔레비전에 의해 이루어지는 경우의 웹캐스팅이지만, 웹캐스팅과 동시에 이루어지는 송신이 방송인 경우에만 국한되지 않으며 규정상의 유일한 요건은 인터넷이 아닌 다른 송신이어야 한다는 것이다. 일반적으로 공중에 대한 수신자인 개인에게 한번 동시에 송신하는 것으로도 충분하고 방송일 필요는 없다.").

42) Copinger, Walter Arthur & EP Skone James, supra, at 129("제 번째 범주인 (c)에는 미리 정해진 일정에 따라 서비스의 일부로 전송되는 경우에 미리 녹음 또는 녹화된 자료의 웹캐스팅이 포함된다. 일정이 공개된 일정이어야 하는 것으로 보이지는 않고(일반적으로는 그럴 것이다), 그 일정이 송신 책임자에 의해 정해진 것이고 송신이 해당 일정에 따라 이루어지지만 하면 된다. 관건은 송신이 주문형 서비스의 일부가 아니어야 한다는 것이다. 즉, 시간 선택과 내용에 있어서 모두 수신자의 요청에 직접 응답하여 송신되는 것이 아니어야 한다.").



한편으로, 영국 저작권법은 저작권자의 권리와 관련하여, 공연과 전시에 대하여 규정한 제19조와 별도로 EU의 정보사회지침에 따라 ‘공중전달’에 대한 권리를 인정하는 제20조 2항에서 ‘공중전달’은 전자적 송신에 의한 공중에 대한 전달을 의미하며, 저작물과 관련하여 (a) 저작물의 방송과 (b) 공중의 구성원이 자신이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 접근가능한 방법으로 전자적 송신에 의해 저작물을 공중에 이용제공 하는 것(우리 법상의 ‘전송’에 해당하는 개념)을 포함하는 것으로 규정하고 있다. 여기서 말하는 공중전달은 우리 법상의 공중송신에 가까운 개념으로서, 방송과 전송을 포함하는 것으로 규정하고 있다.

#### 마. 독일

독일의 경우에는 방송에 대한 정의 규정을 두고 있지는 않고 단지 방송권에 대한 규정인 독일 저작권법 제20조에서 "방송권은 라디오 및 텔레비전 무선방송, 위성 무선방송, 유선방송 또는 유사한 기술적 수단을 통해 공중이 저작물에 접근할 수 있도록 하는 권리" 라고 규정하고 있다. 위 규정 중 "유사한 기술적 수단"에 인터넷 프로토콜을 이용한 실시간 송신, 예컨대 IPTV 방송과 같은 것이 포함될 가능성이 있을 수 있으나,<sup>43)</sup> 일반 웹캐스팅은 방송 개념에서 제외되는 것으로 보는 입장이 유력한 것으로 보인다.<sup>44)</sup>

따라서 영국의 경우도 그러하였듯이, 독일의 경우도 단지 인터넷 프로토콜을 이용한 송신이라는 이유만으로 방송 개념에서 제외하는 입장을 취하지는 않고 그 점에서 방송 개념을 다소간 확대하는 입장을 보이긴 하지만, 적어도 '수신의 동시성'이라는 요소를 방송과 동일하게 가지고 있다는 이

43) 上原伸一, "著作権・著作隣接権条約における 4 種類の Communication to the Public (3・完) - 利用可能化との関係を含めて", NBL 1124(2018), 68頁은 이 규정의 "유사한 기술적 수단"에 대하여 "웹캐스팅이나 사이멀캐스팅과 같은 인터넷상의 스트리밍 송신에 대하여 규정한 것으로 읽을 수 있다"고 한다. 그러나 모든 웹캐스팅을 '유사한 기술적 수단'에 의한 방송으로 해석할 것인지에 대하여는 의문이 있고, 후술하는 바와 같이 독일 주석서의 입장은 그와는 다른 해석을 시사하고 있다.

44) 예컨대 독일 저작권법 주석서 중 하나인 Dreier, Thomas & Gernot Schulze, Urheberrechtsgesetz(3. Aufl.), 2008, §15.30은 "기술적인 구성과 사회적인 외양의 측면에서 웹캐스팅과 사이멀캐스팅은 제20조의 방송과 제19조a의 전송 사이에 위치한다"고 하면서 독일 저작권법 제15조 제2항은 모든 무형적 형태의 이용행위를 포괄하므로, 위와 같은 웹캐스팅 등도 제15조 제2항에 따라 저작권자의 배타적 권리 대상에 포함된다는 것을 강조하고 있다.

유만으로 방송과 실질적인 면에서의 유사성이 크지 않은 일반 웹캐스팅의 경우까지 일률적으로 방송으로 보는 입장을 취한 것은 아니라고 이해하는 것이 타당한 것으로 보인다.

#### 바. 핀란드

핀란드 저작권법에서는 저작재산권을 크게 복제권(제2조 제2항)과 공중이용제공권(같은 조 제3항)으로 구분하여 규정하고 있고, 그 중 공중이용제공권은 다시 4가지의 유형, 즉 첫째, 저작물이 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 그 저작물에 접근할 수 있도록 전달되는 것을 포함하여, 유선이나 무선의 방법으로 공중에게 전달되는 경우(같은 항 제1호), 둘째, 저작물이 공연장에 있는 관객에게 공연히 실연되는 경우(같은 항 제2호), 셋째, 저작물의 복제물이 판매, 대여 또는 대출을 위하여 제공되거나 또는 그 밖의 방법에 의하여 공중에 배포되는 경우(같은 항 제3호), 넷째, 저작물이 기술적인 장치에 의하여 공연히 전시되는 경우(같은 항 제4호)로 구분하여 규정하고 있다.

방송에 대하여는 ‘라디오 및 텔레비전 방송’으로 규정하면서 방송사업자의 일시적 복제(25조f 제2항)를 비롯하여 방송 특유의 저작재산권 제한 규정들을 다수 두고 있다. 그리고 실연자 및 음반제작자의 권리와 관련하여서는 복제권, 배포권, 공연권, 공중전달권 등을 배타적 권리로 규정하면서(제45조, 제46조), 다만, 상업적 목적으로 발행된 음반을 이용한 공연 및 공중전달(전송의 경우를 제외) 등에 대하여는 배타적 권리의 예외로 하여 보상청구권을 인정하는 규정(제47조)을 두고 있다.

핀란드 저작권법 상의 ‘공중전달’은 ‘공연’ 개념과는 구별되고, 방송 및 전송 개념과 기타의 공중전달을 포함하는 개념이라는 점에서 우리 법상의 공중송신에 해당하는 개념이다. 방송은 웹캐스팅 등의 인터넷송신을 제외하고 전통적인 텔레비전 및 라디오 방송을 의미하는 개념으로 사용되고 있고, 인터넷송신 중 전송에 대하여는 저작인접권자에게 배타적 권리를 인정하는 등 법적 취급을 달리하고 있다는 점에서, 앞에서 언급한 WCT, WPPT, BTAP 등 국제저작권체계 및 EU 지침의 공중송신에 대한 3분할 체제를 취하고 있는 전형적 사례라 할 수 있다. 즉, 우리법상의 공중송신에 해당하는 ‘공중전달’을 방송, 전송, ‘기타 공중전달’로 구분하여 서로 다른 법적 취급을 하는 체제를 취하고 있다.<sup>45)</sup>

### 사. 결어 - 주요국 입법사례 대한 종합적 검토

위와 같은 주요국의 입법사례들을 종합적으로 검토함에 있어서 한 가지 주안점으로 삼고자 하는 것은 우리 저작권법상 공중송신에 해당하는 영역을 방송과 전송으로만 구별하는 2분할 체제를 취하고 있는지, 아니면 방송과 전송 외에 중간적 영역을 인정하는 3분할 체제를 취하고 있는가 하는 점이다. 그 점에 초점을 두고 살펴보면 거의 대부분의 나라가 기본적으로 3분할 체제를 취하고 있음을 알 수 있다. 먼저 EU와 핀란드의 경우에는 WPPT 등 국제조약의 입장과 잘 부합하는 입법을 하여, 전형적인 3분할 체제에 해당한다고 할 수 있다. 미국의 경우도 저작권접권 체제를 가지고 있지 않는 등의 독자적인 배경 속에 독특한 입법을 하였지만, 대륙법계 국가의 저작권접권 보호에 상응하는 성격을 가진 '녹음물'에 대한 권리부여의 면에서 방송, 전송, 기타 영역으로 구분하는 3분할 체제 또는 그 '기타 영역'을 다시 두 가지 경우로 나누는 4분할 체제를 취하고 있으므로 적어도 2분할 체제와는 거리가 멀다고 할 수 있다. 영국과 독일의 경우는 2분할 체제를 취한 것으로 오해되는 면이 있지만 자세히 살펴보면 단지 '수신의 동일성'만을 이유로 기술적 쌍방향성을 가진 인터넷송신을 모두 방송으로 보는 입장을 취한 것은 아니고, 방송과의 유사성을 결여한 단순한 웹캐스팅 등의 경우에 방송도 아니고 전송도 아닌 제3의 영역으로 개념구분을 할 수밖에 없는 영역이 인정되고 있음을 알 수 있다.

일본의 경우는 매우 독특하다. 일본의 공중송신 개념의 하위개념 구분은 복잡하지만, 일본 저작권법상 '방송' 개념과 '유선방송' 개념을 같이 묶어서 하나의 '방송' 개념으로 보는 것으로 가정하고, '자동공중송신' 개념과 '송신가능화' 개념을 같이 묶어서 '자동공중송신'이라는 하나의 개념으로 보는 것으로 가정하면, 결국 '방송'과 '자동공중송신'의 두 가지 개념으로 구분되는 2분할 체제를 취한 것으로 볼 수 있다. 그런데 일본의 이러한 2분할 체제는 우리나라 저작권법 개정논의에서 방송 개념을 확대하고자 하는 논의와는 전혀 다른 것이다. 일본은 자동공중송신 및 송신가능화 개념의 요소로 '기술적 쌍방향성'의 요소만 포함하고, '수신의 이시성' 또는 '주문성'의 요소를 제외하고 있으므로, 우리나라 현행 저작권법상의 '전송'과

45) 참고로, 스웨덴 저작권법도 이 부분에 관한 한, 기본적으로 유사한 구조와 내용으로 규정하고 있다.

‘디지털음성송신’ 및 ‘기타의 공중송신(디지털영상송신)’이 모두 자동공중송신 및 송신가능화 개념에 해당하게 된다. 이러한 일본의 입법은 WPPT에서 말하는 ‘이용가능화(making available)’의 개념을 ‘수신의 이시성’ 또는 ‘주문성’의 요소를 포함한 개념으로 이해하지 않고, ‘기술적 쌍방향성’을 가진 것을 모두 포함하는 개념으로 오해한 데서 비롯된 것이다. 그러한 오해의 기초 위에서 일본 저작권법은 저작인접권자에게 배타적 권리로서의 송신가능화권을 일률적으로 인정하고 있고, 따라서 저작인접권자에 대한 배타적 권리의 인정범위가 국제조약이 요구하는 것보다 훨씬 더 넓어지게 된 데 따른 여러 가지 문제를 안고 있다. 그것은 권리처리의 원활성을 크게 해쳐 산업발전에 어려움을 초래하는 면이 크지만 한번 주어진 권리를 되돌리기는 쉽지 않아, 그 이후 IPTV와 관련된 일부 조항의 개정으로 약간의 보완을 한 것에 그치고 있다. 따라서, 일본 저작권법의 2분할 체제는 우리가 본받을 사례가 아니라 반면교사로 삼아야 할 사례라 할 수 있다.

결국 주요국 입법사례들이 우리에게 시사하는 것은, 기본적으로 공중송신 2분할 체제가 아니라 3분할 체제를 취하면서 IPTV 등 방송과 '실질적으로 유사한' 측면이 있는 부분을 '방송'에 포함할지 여부를 검토하는 것이 타당할 것이라는 점이다.

#### IV. 바람직한 개정방향

##### 1. 서언 - '개정 시 고려사항'

본 연구는 인터넷송신에 대한 현행 저작권법상의 문제를 개정입법을 통해 해결하고자 할 경우 어떤 방향을 취하는 것이 좋을지에 대하여 처음으로 탐색하고자 하는 연구는 아니다. 이미 선행연구를 통해 개정안이 도출된 상태에서 개정안의 타당성에 대하여 여러 가지 논란이 있는 것을 보고, 다시 한번 관련 국제조약 등의 내용을 면밀히 검토한 후 과연 어떤 방향의 개정이 타당한 것인지에 대하여 보다 엄밀하게 분석, 검증해 보는 것에 주안점이 있다. 앞에서 국제조약의 관련 내용과 주요국의 입법사례들을 비교적 상세하게 살펴본 것이 그러한 취지에 기한 것이다. 결론적으로 어느 방향으로의 개정이 타당한지를 논리적으로 검증하기에 앞서, 검증의 기준이 될 만한 사항들, 즉, 이 부분에 대한 저작권법 개정 시에 반드시 고려해야

할 사항들(이하 "개정 시 고려사항"이라 한다)을 정리해 보면 다음과 같다.

첫째, 저작권자 및 저작인접권자의 충실한 보호에 문제가 없도록 하여야 한다. 그들의 권리보호에 공백이 있는 부분은 채우고, 전체적으로 충실한 권리보호가 이루어질 수 있도록 배려하여야 한다.

둘째, 저작물이나 저작인접물의 공정한 이용을 저해하지 않도록 유의하여야 한다. 저작권법의 목적은 오로지 권리의 보호에만 있는 것은 아니고 그와 함께 공정한 이용이 보장될 수 있도록 함으로써 문화 및 관련 산업의 향상 발전을 도모하는 것에 있다(저작권법 제1조). 따라서 저작권자 및 저작인접권 보호의 확대가 공정한 이용을 저해하는 부분이 없도록 배려하여야 한다.

셋째, 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 취급함으로써 형평성에 반하지 않도록 할 필요가 있다. 어떤 행위의 법적 성격과 관련하여, 기술적인 면에서는 차이가 있어도 사회·경제적인 실질에 있어서 동일한 경우에는 '다른 것'이 아니라 '같은 것'으로 보는 것이 보다 타당할 것이다.

넷째, 규정의 애매모호함이나 일관성 결여로 인한 분쟁가능성을 최소화할 수 있도록 가능한 한 일관되고 명확하게 규정하여 해석상의 의문을 제거하고 분쟁가능성을 최소화하도록 할 필요가 있다.

다섯째, 우리가 가입한 다자간 국제조약에 반하지 않도록 하고, 기존 규정 중 위반 가능성이 있는 부분은 수정, 보완하여야 한다.

여섯째, 저작권법의 국제적 성격에 비추어, 가급적 전반적인 국제적 조류에 부합하는 방향으로 개정하는 것이 바람직하다는 점에 유의할 필요가 있다.

## 2. 방송의 범위를 확대하는 방안에 대한 검토

이 방안은 디지털음성송신과 디지털영상송신이 모두 '수신의 동시성'의 면에서 방송과 가까운 성격을 가지므로 이것을 기본적으로 모두 방송개념에 포함하여 규율하는 방향으로 개정하자는 것을 그 골자로 한다. 이 방안은 2006년 개정법의 가장 큰 문제는 미국을 제외한 다른 나라에서 인정하지 않고 있는 개념인 디지털음성송신 개념을 불필요하게 도입한 것에 있다고 보는 관점을 전제로 한다. 그에 따라 '공중송신'의 개념 안에 '방송'도 아니고 '전송'도 아닌 '제3의 영역'을 인정하는 것은 적절하지 않고, '수신

의 동시성'이 있는 것은 모두 '방송' 개념에 포함시킴으로써 방송과 전송으로 양분하여 규율하는 '2분할 체제'를 취할 것을 대안으로 제시하고 있다.<sup>46)</sup>

그러나 이 방안에는 다음과 같은 문제점들이 있다.

첫째, 저작권재산권의 과도한 제한으로 인한 권리보호의 약화가 우려된다. 앞에서 현행법의 해석상 '디지털영상송신'의 법적 성격에 대하여 '방송'설을 취할 경우에 대하여 정리한 것과 같이, 비영리 방송에 대한 권리제한(제29조 1항), 방송사업자의 일시적 녹음·녹화 허용(제34조), 공표된 저작물의 방송에 대한 법정허락(제51조) 등의 규정과 관련하여 비교적 단순한 형태의 실시간 웹캐스팅도 모두 그 적용대상에 포함되게 되어, 저작권자의 권리에 대한 과도한 제한을 가하는 것이 되고 저작권자의 정당한 권익에 대한 위협요소가 될 수 있다. 이것은 앞에서 본 '개정 시 고려사항' 중 첫째 사항과 정면으로 충돌한다.

둘째, 국제조약과의 정합성이 결여되는 문제가 있다. 위 첫째의 문제점은 현재 우리가 가입하여 효력이 미치고 있는 다자간 국제조약 위반의 문제로 이어진다. 즉, 저작권재산권 제한 및 법정허락에 관한 규정을 그대로 두고 '방송'의 개념을 위와 같이 확대할 경우, 베른협약상 무선방송과 일부 유선방송에 대하여만 방송사업자의 일시적 녹음·녹화 및 강제허락 관련 규정을 둘 수 있도록 하고 있는 것에 저촉되는 문제가 있다.<sup>47)</sup> 이것은 '개정 시 고려사항' 중 다섯째 사항과 충돌한다.

셋째, 배타적 권리로서의 저작인접권을 가진 방송사업자의 범위를 지나치게 확대하는 문제가 있다. 위 방안을 취할 경우 비교적 단순한 형태의 웹캐스팅을 업으로 하기만 하여도 자신이 송신하는 모든 소리, 영상 등에 대하여 방송사업자로서의 배타적 권리를 가지게 되는데, 그것은 과거 막대

46) 김병일 외 12인, 미래 저작권 환경에 적합한 저작권법 개정을 위한 연구 II(보고서), 한국저작권위원회(2017), 22-25면에 실린 박성호 교수의 제안이 기본적으로 그런 방향을 취한 대표적인 예라고 할 수 있다. 이 제안은 '방송'에 대한 정의규정에서는 기술적 쌍방향성과 수신자의 동시성을 모두 가진 공중송신(실시간 웹캐스팅 포함)을 뜻하는 개념인 '디지털송신'을 방송 개념에 포함시키고, '방송사업자'에 대한 정의 규정에서는 '디지털송신'을 방송 개념에서 제외하는 입장을 취하였다.

47) 일본의 학설 중에도 방송 개념을 확대하는 것에는 이 부분에서 베른협약에 저촉되는 문제가 있다고 지적하는 견해가 있다. 半田正夫=松田政行編, 앞의 책, 168-169頁.

한 투자에 의한 공익적 기여 등을 감안하여 인정한 배타적 권리<sup>48)</sup>를 지나치게 확대하여 인정하는 것으로서, 합리적인 입법이라고 하기 어렵고, 인터넷상의 자유로운 정보유통 등에 부정적 영향을 미칠 우려가 있다.<sup>49)</sup> 웹캐스터에 대한 보호의 면에서는 웹캐스팅을 위한 촬영, 편집 등에 창작성이 있을 경우 영상저작물로 보호하는 것으로 충분하다. 그럼에도 불구하고 불필요하고 과도하게 배타적 권리를 인정하는 것은 '개정시 고려사항' 중 둘째 사항과 충돌한다. 한편으로 그러한 문제를 피하기 위하여 이 부분에 한하여 방송의 개념을 다르게 하는 개정안이 제안된 바 있지만, 그렇게 할 경우에는 중요한 법적 개념의 일관성 결여로 인한 문제가 있고, 그것은 '개정시 고려사항' 셋째와 넷째의 원칙에 반한다.

넷째, 저작권자와 실연자, 음반제작자의 사용료 또는 보상금 협상에 부정적 영향을 미치거나 불필요한 분쟁을 유발할 가능성이 있다. 현행법 하에서 '방송'이 아닌 '디지털음성송신'에 대하여는 저작권자와 실연자 및 음반제작자들이 모두 방송에 비하여 높은 수준의 요율을 정하여 적용해 오고 있는데, 개정입법으로 그 부분이 방송으로 변경될 경우, 이들 권리자들의 정당한 권리 행사를 저해하고, 관련 분쟁이 증가할 우려가 있다. 디지털음성송신이나 디지털영상송신에 해당하는 것 중에는 방송에 보다 가까운 것도 있지만, 전송과 상당히 유사하여 전송 시장을 일부 잠식, 대체하는 것이 우려되는 부분들도 있는바, 그러한 부분 중 '전송' 개념에 해당하지 않는 것은 '전송'과 '방송' 사이의 중간적 개념으로 규율하는 것이 다양한 이용형태 및 상황에 부합하는 적절한 사용료 또는 보상금이 책정되도록 하는데 기여할 수 있다. 그럼에도 불구하고 그것을 모두 일괄적으로 '방송' 개

48) 방송사업자에게 배타적 권리로서의 저작인접권을 인정하는 이유에 대하여는 "방송사업자의 행위는 반드시 저작권법적 의미에서 창작적인 것은 아니지만 방송사업자들은 막대한 자금을 필요로 하는데 아무런 보호가 주어지지 않으면 방송사업 등이 이루어지지 않게 된다."고 하는 견해(中山信弘, 著作権法(第2版), 有斐閣, 2014, 570頁), "방송은 그 방송행위를 가능하게 하는 방송설비 및 관련된 장치, 인적 인프라에 극히 많은 비용이 필요한데, 그 방송신호에 아무런 보호가 주어지지 않으면 기술의 발달에 따라 제3자가 함부로 방송을 복제, 재방송하는 등 사용할 수 있게 되어 방송사업 자체가 성립하지 않게 될 것을 우려한 것이다"라고 설명하는 견해(半田正夫=松田政行編, 앞의 책, 166-167頁) 등이 있다.

49) 일본의 학설 중에도 일반 웹캐스터를 방송사업자로 보호하는 것에 의문을 표명하는 견해가 있다. 上野達弘, 앞의 논문, 48頁.

념에 포함시키는 것은 저작권자 및 저작인접권자의 권익에 대한 배려의 면에서 큰 문제를 초래하고 불필요한 분쟁을 야기할 가능성이 크다. 앞에서 본 ‘개정 시 고려사항’ 중 첫째와 넷째의 원칙과 충돌하는 것이다.

다섯째, 위 방안은 국제적 동향 및 조류에 반하는 문제가 있다. 앞에서 자세히 살펴본 바와 같이, 현재 WPPT, BTAP를 비롯한 저작인접권 보호 조약들은 ‘공중송신’을 방송, 전송, 기타 공중전달로 구분하여 서로 다른 법적 취급을 하는 ‘3분할 체제’를 취하고 있다. 더 나아가 방송사업자의 권리보호에 관한 신조약과 관련된 논의에서도, 웹캐스팅 등 컴퓨터 네트워크를 통하여 이루어지는 송신에 대하여는 방송사업자의 권리객체인 방송의 개념에서 제외하는 방향을 취하고 있다. 위 방안은 위와 같은 국제조약의 입장과 국제적 동향이나 조류에 반하는 문제가 있다. ‘개정 시 고려사항’ 중 다섯째와 여섯째 원칙에 어긋난다.

### 3. 디지털동시송신 개념을 도입하고 관련 규정을 재정비하는 방안 검토

이 방안은 현행 저작권법상의 ‘디지털음성송신’ 개념에 갈음하여 거기에 디지털영상송신을 포함한 개념인 ‘디지털동시송신’ 개념을 새로 도입하고 관련 규정을 국제조약 등과 정합성 있게 새로 정비하는 것을 골자로 한다. 이 방안은, 현행법의 문제는 방통융합의 과정에서 방송과 통신의 중간영역에 해당하는 서비스가 대두되는 것에 대하여 방송도 아니고 전송도 아닌 별도의 개념을 부여한 것에 있는 것이 아니라, 그 중간적 개념을 규정하면서 오로지 ‘음’의 송신에 대한 개념만 규정함으로써, 이른바 ‘디지털영상송신’에 대한 법적 규율을 모호하게 하고 저작인접권 보호에 있어서 부당한 흠결을 초래한 점에 있다고 보는 관점에 기초한 것이다. 도종환 의원 대표발의 저작권법 전부개정안(이하 ‘전부개정안’이라 한다)도 기본적으로 이러한 방향을 취하고 있다.<sup>50)</sup>

앞에서 본 바와 같이, 저작권 및 저작인접권 보호에 관한 현재의 국제저작권 질서는 우리 법상의 공중송신<sup>51)</sup>에 해당하는 개념을 방송과 전송으로

50) 필자가 작성하여 ‘저작권법 전면개정 연구반’ 등을 통해 제안한 개정안과 기본적으로 유사한 내용의 개정안이다. 다만, 신설개념의 이름을 필자가 제안했던 ‘디지털송신’에서 ‘디지털동시송신’으로 변경하는 등 약간의 수정이 있었다.

51) 우리 저작권법 상의 ‘공중송신’ 개념은 국제조약상 광의의 공중전달에서 공연을 제외한 개념이라 할 수 있다. 국제적으로 그러한 의미의 공중송신 개념이 통용되는 것은 아니지만,



양분하는 '2분할 체제'가 아니라, 방송과 전송, 그리고 (기타의) 공중전달로 구분하는 3분할 체제를 취하고 있으므로, 우리나라도 기본적으로 그러한 틀을 취하는 것이 국제적 보호체계와 정합성을 가지는 점에서도 바람직하다. 따라서 이러한 입법방향이 기본적으로 타당하다고 할 수 있다.

현재의 국제조약들에서는 '방송'을 기본적으로 무선방송을 의미하는 것으로 보고 우리법상 '방송'에 해당하는 '유선방송'을 '방송' 개념에서 제외하고 있어 '공중전달' 개념에 유선방송도 포함되는 것이지만, 만약 그렇지 않았다면, WPPT 및 BTAP 상의 '공연'을 제외한 '공중전달' 개념이 방송과 전송을 제외한 공중송신을 뜻하는 개념이 되어 개정안의 '디지털동시송신' 개념과 일치하였을 것으로 생각된다. 따라서, 국제조약이나 그에 따른 여러 입법례에서 이와 유사한 이름의 개념을 규정하지 않았다고 하여, 이러한 개념의 도입이 국제적 조류에 반하는 특이한 입법으로 자리매김되는 것은 결코 아니고, 오히려 국제조약의 규정과 가장 잘 부합되는 방향으로 보아야 한다. 이 방안은 '방송의 범위를 확대하는 방안'의 문제점들을 내포하고 있지 않아, 앞에서 본 '개정 시 고려사항'들을 모두 충족한다.

#### 4. IPTV 방송과 관련된 문제

기본적으로 위 3.과 같은 입법방향을 취한다고 할 때 한 가지 남는 문제는 IPTV에 의한 실시간 송신을 저작권법상 방송이 아닌 디지털동시송신으로 보아 케이블방송 등과 차별적 취급을 하는 것이 과연 타당할까 하는 것이다. 만약 다른 특별한 규정 없이 '디지털동시송신' 개념을 도입한다면, IPTV에 의한 실시간 송신도 실시간 웹캐스팅과 동일한 '기술적 쌍방향성'과 '수신의 동시성'이라는 요소를 가지고 있어 '방송'과 구별되는 '디지털동시송신'으로 취급되게 될 것인데, 그것이 올바른 방향인가 하는 것이다.

이 문제는 앞에서 본 '개정시 고려사항' 중 셋째 사항인 “같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 취급함으로써 형평성에 반하지 않도록 하여야 한다”는 원칙과의 관계에서 깊은 검토를 필요로 하는 면이 있다. 위 3.의 입법방향에 대한 비판적 논의 중에는 이용자 등의 관점이 아니라 단순히 기술적인 프로세스의 차이에 집착하여 개념 구분을 하는 것이 과연 합리적인 것인가 하는 점이 있는 것으로 보인다. 하지만, IPTV를 제외한 인터넷송신

---

그에 해당하는 개념 영역이 어떻게 구분되고 있는지는 명확하게 알 수 있다.

의 경우는 비주문형이라 하더라도 누구나 큰 비용을 들이지 않고 쉽게 할 수 있는 면이 있으므로 이면의 기술적 프로세스의 차이 자체가 아니라 그러한 기술적 차이로 인하여 실제 이용자에게 전달되는 방식이나 프로그램 편성 등의 여러 가지 면에서 일반 이용자가 감지할 수 있는 차이가 발생하는 면이 있다. 따라서 그러한 웹캐스터의 경우에는 전통적 방송사업자와 구별되는 '차이'가 있음을 감안하여 기존의 전통적인 방송과는 다른 개념으로 구별하여 규율하고자 하는 것이라 할 수 있다.

그러나 IPTV의 경우는 일반 국민의 눈에 보이지 않는, 송신과 관련된 세부적인 기술적 과정에 차이가 있을 뿐 사업자의 입장에서 대대적인 설비 투자 등을 필요로 한다는 점, 이용자의 입장에서 TV를 통해 편리하게 이용할 수 있는 서비스라는 점 등에서 양자 간의 공통성이 크고 그 차이는 미미하다고 할 수 있다. 현재 IPTV 방송은 인터넷 멀티미디어 방송사업법상 '인터넷 멀티미디어 방송'에 해당하여 넓은 의미의 방송법제에 의한 규율을 받고 있으므로, 동법상의 개념을 인용하여 규정할 경우, 해석상의 명확성도 보장될 수 있다.<sup>52)</sup>

위와 같은 관점에서 '전부개정안'은 기술적 쌍방향성의 유무만 따질 경우 방송이 아니라 디지털동시송신에 해당할 수 있는 IPTV 방송에 대하여 예외 규정을 두어 '방송'으로 보도록 하는 규정을 도입하였다.

## V. 저작권법 전부개정안의 관련 규정 내용과 그 의의

### 1. '전부개정안'의 관련 규정 내용

#### 가. 디지털동시송신 개념의 도입

'전부개정안'은 다음과 같이 '공중송신', '전송' 개념은 그대로 두고, 제2조 제12호에서 '디지털음성송신' 개념을 '디지털동시송신' 개념으로 수정하면서 기존의 "디지털 방식의 음의 송신을" 부분을 "디지털 방식의 음·영상 또는 음과 영상 등의 송신(전송은 제외한다)을"로 수정하고 실시간

52) 방송규제법상의 방송 개념과 저작권법상의 방송 개념이 항상 같아야 하는 것은 아니지만, IPTV의 경우에는 방송규제법상의 개념을 차용하는 것이 적절한 면이 있다. 앞서 본 미국의 입법 사례가 방송규제법상의 방송 개념을 저작권법에서 차용한 사례의 하나라 할 수 있다.

IPTV 방송을 '방송' 개념에 포함시키기 위해 그 단서 규정으로 “다만, 「인터넷 멀티미디어 방송사업법」에 따른 인터넷 멀티미디어 방송사업자가 공중이 동시에 수신하게 할 목적으로 송신하는 것은 “방송”으로 본다.”는 규정을 도입하였다. 그리고 '방송'에 대한 정의규정(제2조 제8호)에는 "디지털 동시송신을 제외한다"는 것을 명시하는 것으로 하였다.

위 규정에 따라 새로 신설된 개념인 '디지털동시송신'은 "공중송신 중 공중이 동시에 수신하게 할 목적으로 공중의 구성원의 요청에 의하여 개시되는 디지털 방식의 음·영상 또는 음과 영상 등의 송신(전송은 제외한다)"을 말하고, 예외적으로 IPTV 방송은 제외하는 개념이다. 따라서 '전부개정안'에 의하면, 기술적 쌍방향성과 수신 동시성을 가진 것은 음만 송신하는 것(디지털음성송신)이든 영상도 송신하는 것(디지털영상송신)이든 모두 디지털동시송신에 포함되며, 단지 그 중에서 「인터넷 멀티미디어 방송사업법」에 따른 인터넷 멀티미디어 방송사업자가 공중이 동시에 수신하게 할 목적으로 송신하는 것, 즉 실시간의 IPTV 방송만 '디지털동시송신'이 아니라 '방송'에 해당하는 것으로 보게 된다(안 제2조 12호). IPTV 방송과 관련해서는 앞에서 본 바와 같이 그것이 방송과 거의 동일한 실질적 성격을 가진다는 것을 중시하여 '디지털동시송신'이 아니라 '방송'으로 보는 예외 규정을 둔 것이다.

'전부개정안'의 이러한 규정에 의하면, 현행 저작권법상 '방송'과 '전송' 사이의 중간 영역으로 '디지털음성송신'만 명확히 규정되어 있고, 이른바 '디지털영상송신'에 해당하는 부분의 법적 성격이 애매하였던 부분의 불확실성이 해소되고, 그것이 디지털음성송신과 함께 '방송'과 '전송' 사이의 중간 영역에 있는 '디지털동시송신' 개념으로 통합되게 되었고, IPTV 방송만 예외적 취급을 받게 되었다.<sup>53)</sup>

#### 나. 실연자의 배타적 권리로서 '디지털동시송신권' 규정

'전부개정안' 제94조는 '디지털동시송신권'이라는 제목 하에 "실연자는 그의 실연을 디지털동시송신할 권리를 가진다. 다만, 실연자의 허락을 받아 녹음된 실연에 대하여는 그러하지 아니하다."고 규정하고 있다. 현행 저작권법상 '디지털음성송신'에 대하여는 보상청구권만 규정하고 있으나,

53) 김찬동 외 3인, 공중전달 개념에 대한 연구, 한국저작권위원회(2020), 58면 참조.

그것은 앞에서 언급한 바와 같이 국제조약 위반의 문제를 내포하고 있다. WPPT는 제6조에서 실연자가 고정되지 않은 실연에 대하여 그 실연이 방송 실연인 경우를 제외하고, 고정되지 아니한 실연을 방송하고 공중에게 전달하는 것에 대하여 배타적 권리를 가지는 것으로 규정하고 있는데, 현행 저작권법상의 디지털음성송신이나 '전부개정안'의 디지털동시송신은 모두 WPPT상의 '공중전달' 개념에 해당하기 때문이다.

한편, 시청각실연의 보호에 관한 국제조약인 BTAP는 제6조에서 WPPT 제6조와 유사하게 고정되지 않은 실연에 대하여 실연자에게 배타적 권리를 부여하도록 하고 있을 뿐만 아니라, 고정된 실연에 대하여도 시청각 실연자에게 배타적 권리로서의 방송권과 공중전달권을 인정하는 규정을 두고 있다(제11조 1항). 그 부분은 고정된 실연의 방송 및 공중전달에 대하여 배타적 권리가 아닌 보상청구권만 인정하는 WPPT와 다른 점이다. 다만 BTAP는 계약당사자가 일정한 절차 하에 보상청구권만 인정하는 선언을 하거나(같은 조 2항), 배타적 권리 또는 보상청구권을 특정한 이용행위에 대하여만 적용한다거나 그 적용을 다른 방식으로 제한하거나 아예 권리를 전혀 부여하지 않는다고 선언할 수 있다(같은 조 3항)고 규정하고 있다. 또한 BTAP는 “계약당사자는 실연자가 일단 자신의 실연을 시청각 고정물에 고정하는 것에 동의한 경우, 이 조약 제7조부터 제11조에 규정된 권리들을 허락할 배타적인 권리를 실연자와 국내 법으로 정해지는 시청각 고정물의 제작자 사이의 계약에 따라 시청각 고정물의 제작자가 보유하거나, 행사하거나, 또는 그에게 양도되도록 국내 법으로 규정할 수 있다”고 규정하고 있다(제12조 제1항).

'전부개정안'의 '디지털동시송신' 개념은 시청각실연과 깊은 관련성을 가진 '디지털영상송신'을 포함하는 개념인바, 시청각실연과의 관계에서도 '디지털동시송신'을 방송의 경우와 동일하게 취급하여, 청각실연과 관련된 '실연자의 허락을 받아 녹음된 실연'의 경우를 제외하고는 모든 '디지털동시송신'에 대하여 실연자에게 배타적 권리를 인정하는 것이 국제조약(BTAP 제6조, 제11조)에 부합한다는 것을 알 수 있다. 그로 인해 영상저작물의 유통활성화가 저해되지 않도록 하기 위해 '전부개정안'은 후술하는 바와 같이, BTAP 제12조 제1항에 따라 영상저작물 특례 규정에 '디지털동시송신권'에 대한 것도 포함시키고 있다.

#### 다. 디지털동시송신사업자에 대한 실연자 및 음반제작자의 보상청구권 규정

'전부개정안' 제97조는 '디지털동시송신사업자의 실연자에 대한 보상'이라는 제목 하에 제1항에서 "디지털동시송신사업자가 실연이 녹음된 상업용 음반을 사용하여 디지털동시송신하는 경우에는 상당한 보상금을 그 실연자에게 지급하여야 한다."고 규정하고 제2항 이하에서 보상금 지급 절차 등에 대한 규정을 두고 있다. 또한 '전부개정안' 제105조는 '디지털동시송신사업자의 음반제작자에 대한 보상'이라는 제목 하에 제1항에서 "디지털동시송신사업자가 상업용 음반을 사용하여 디지털동시송신하는 경우에는 상당한 보상금을 그 음반제작자에게 지급하여야 한다."고 규정하고 제2항 이하에서 보상금 지급 절차 등에 대한 규정을 두고 있다.

현행 저작권법은 '디지털음성송신'에 대하여만 보상청구권을 규정하고 있으나, 개정안에서는 디지털영상송신을 포함하는 개념인 디지털동시송신에 대하여 해당 사업자에 대한 보상청구권을 규정함으로써, 음반 송신한 경우가 아니더라도 동일한 규정에 의하여 보상청구권을 행사할 수 있게 한 것이다. 이것은 현행 저작권법상 디지털영상송신에 대한 실연자와 음반제작자의 권리가 명확하지 않은 것을 보완함으로써 이들 권리자의 권익을 보다 충실하게 보호하고 중장기적으로 이해당사자간 분쟁가능성도 최소화하는 데 도움이 될 것으로 보인다.

이것은 청각실연과 관련된 것으로서, 그와 관련된 국제조약인 WPPT 제15조 제1항이 "실연자 및 음반제작자는 상업상의 목적을 위해 공표된 음반을 방송 또는 공중전달을 위해 직접 또는 간접으로 이용하는 것에 대하여 단일한, 공정한 보수를 청구할 권리를 향유한다"고 규정하고 있는 것과 정합성을 가지는 규정이다.

#### 라. 디지털동시송신사업자의 일시적 복제 관련 규정

'전부개정안' 제111조 제2항은 '저작인접권의 제한'과 관련하여 "디지털동시송신사업자는 제97조제1항 및 제105조제1항에 따라 실연이 녹음된 음반을 사용하여 송신하는 경우에는 자체의 수단으로 실연이 녹음된 음반을 일시적으로 복제할 수 있다. 이 경우 복제물의 보존기간에 관하여는 제38조 제2항을 준용한다."고 규정하고 있다.

개정안의 이 규정은 현행법상 디지털음성송신사업자에 대하여 배타적 권리가 아니라 보상청구권을 행사하도록 한 규정과 관련하여, 그 규정에도

불구하고 배타적 권리로서의 복제권을 행사하여 ‘이용 원활화’를 도모하고자 하는 입법 취지를 저해할 것을 우려하여 저작권접권자의 복제권에 대한 제한사유로 규정하고 있는 것(2009.4.22.자 개정으로 신설)을 개정안에 따라 ‘디지털동시송신사업자’에게 적용될 수 있도록 수정하는 취지를 담고 있다.

#### 마. 시청각 실연자의 권리에 관한 영상저작물 특례규정의 수정

‘전부개정안’ 제131조 3항은 ‘영상저작물 특례규정’의 하나로, "영상제작자와 영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 실연자의 그 영상저작물의 이용에 관한 제89조에 따른 복제권, 제90조에 따른 배포권, 제93조에 따른 방송권, 제94조에 따른 디지털동시송신권 및 제95조에 따른 전송권은 특약이 없으면 영상제작자가 이를 양도받은 것으로 추정한다."고 규정하고 있다. ‘제94조에 따른 디지털동시송신권’ 부분이 새로 추가된 부분이다.

이 규정은 앞서도 설명한 바와 같이, 실연자에게 ‘실연자의 허락을 받아 녹음된 실연’을 제외한 실연의 디지털동시송신에 대한 배타적 권리를 인정함으로써 BTAP 등 국제조약에 부합되게 규정하여 실연자의 권리를 기본적으로 보장하면서, 다른 한편으로, 디지털동시송신권도 방송권의 경우와 마찬가지로 영상저작물 특례 규정의 적용대상이 되게 함으로써 영상저작물의 이용원활화의 입법취지를 손상하지 않도록 하기 위한 규정이다. 앞서 언급한 바와 같이, BTAP 제12조 제1항이 국제조약상의 근거규정이다.

## 2. 개정안의 의의

‘전부개정안’의 관련 규정이 입법화된다면, 다음과 같은 의의를 가질 수 있다.

첫째, 인터넷송신 중 주문형의 속성을 가지지 않고 수신자의 동시성을 가지고 있는 것은 그 중에서 IPTV 방송의 경우를 제외하고는 모두 ‘디지털동시송신’의 개념으로 명확하게 규정하여, 법적 분쟁의 가능성을 최소화할 수 있게 된다.

둘째, 실연자와 음반제작자의 권리 보호에 있어서 일부 공백 또는 혼란이 있었던 부분을 제거하여, 권리보호를 충실하게 하면서, 동시에, 저작권접권의 원활하고 공정한 이용을 도모하기 위하여 실연자와 음반제작자의

배타적 권리 대신 보상청구권의 대상이 되게 하거나, 영상저작물 특례규정의 적용대상이 되도록 함으로써 '권리의 보호와 원활하고 공정한 이용의 도모'라고 하는 저작권법의 두 가지 목적을 조화롭고 균형 있게 달성할 것을 기대할 수 있다.

셋째, 디지털동시송신에 대한 법적 취급 중 특히 실연자 및 음반제작자의 권리에 대한 규정에 있어서 전송보다는 방송과 유사한 취급을 하고 있지만, 저작재산권제한사유, 방송사업자의 권리 등의 면에서는 방송의 개념에서 분명하게 제외되도록 함으로써 저작권 보호에 문제가 없도록 함과 동시에, 전통적인 방송사업자가 아닌 일반 웹캐스터 등의 창작성 없는 단순 송신에 대하여 배타적 권리로서의 저작인접권을 인정하거나 부여하는 것을 피함으로써 인터넷상의 정보유통에 대한 불필요한 제약이 없게 된다.

넷째, 현행법상 국제조약과의 정합성에 문제가 있는 부분을 모두 해결, 보완하여 국제조약과 정합성이 있고 국제적 동향이나 조류에도 부합하는 입법으로 자리매김될 수 있다.

## VI. 결론

우리나라 저작권법에 '공중송신'의 개념이 처음으로 도입된 것은 2006년의 저작권법 전부개정을 통해서이다. 2006년 전부 개정시에 방송, 전송, 디지털음성송신 등을 포괄하는 '공중송신' 개념이 도입된 것은 방송과 통신의 융합 현상에 대응하는 측면을 가지고 있었다. 그러나 '방통융합'의 과정에서 대두되는 다양한 서비스와 기존의 방송 등을 모두 묶은 하나의 큰 개념을 규정하는 것만으로는 새로운 시대적 상황에 대한 올바른 대응이 될 수 없다. 저작재산권의 지분권 중 하나로 공중송신권을 규정하는 것과 같이 하나의 큰 개념으로 묶어서 다룰 수 있는 부분은 그렇게 하더라도, 저작인접권 규정이나 저작재산권등 제한 규정 등과의 관계에서는 그 개념을 다시 다른 하위개념들로 적절히 나누어 서로 다른 법적 취급을 하는 것이 바람직한 면이 있다. 예를 들어 모든 저작인접권자에게 공중송신권이라는 배타적 권리를 부여하거나 저작재산권 제한에 있어서도 전송, 방송, 기타 영역의 구별 없이 공중송신 개념 하나만으로 규정하는 것은 적절하지 않다. 2006년 개정법이 한편으로 '공중송신'이라는 일종의 '우산 개념'을 도

입하면서 한편으로는 그 우산 아래에 있는 하위 개념들을 기존규정보다 세분화하여, 방송과 전송의 중간적 영역에 있는 '디지털음성송신' 개념을 새로 도입하는 입장을 취한 것은 그런 이유에 기한 것이라 할 수 있다. 그러나 오늘날 실시간 인터넷송신의 비중이 높아져, 이른바 '디지털영상송신'의 비중도 상당히 커진 상황이 되다보니, 2006년 개정법에서 '디지털영상송신'은 빼고 '디지털음성송신'만 전송과 방송 사이의 중간영역으로 규정한 것의 부적절성이 점점 더 뚜렷이 드러나고 있다.

이러한 현행 저작권법 규정을 어떻게 개정하는 것이 좋을 것인지에 대하여는 크게 보아 두 가지의 큰 방향성이 있다. 하나의 방향은 2006년 개정법에서 방송과 전송 사이의 중간영역으로 인정한 '디지털음성송신' 개념을 삭제하고 그 개념이나 그와 유사한 것을 모두 방송 개념에 편입시켜서 방송/전송의 '2분할 체제'로 가는 것이고, 또 하나의 방향은 여전히 중간영역의 개념을 인정하되, 음만의 송신인지, 영상도 포함한 송신인지 묻지 않고 모두 중간영역의 개념인 '디지털동시송신'의 개념에 포함하여 전송 및 방송과 구별하여 취급하는 '3분할 체제'를 취하는 것이다. 이 논문이 가장 중점을 두고 살펴본 것이 바로 이 두 가지 방향 중 어느 방향이 타당한가 하는 점이다.

결론적으로 여러 국제조약의 입장이나 주요국의 사례, 우리나라에서의 구체적 분쟁상황 등을 종합해 보면, '2분할 체제'가 아니라 '3분할 체제'가 바람직한 방향임을 명확하게 알 수 있다. 그것이 국제조약과의 정합성, 국제적 동향과의 부합성 등의 면에서도 타당하고, 저작권법의 목적에 따라 권리자를 충실하게 보호하면서 동시에 저작물의 공정한 이용을 도모하는 면에서도 옳은 길이다. 현행 저작권법은 크게 보면 '3분할 체제'에 가까운 입장을 취하고 있다고 할 수 있는데, 그러한 기본적 구도에 문제가 있다기 보다는 '디지털영상송신'을 '디지털음성송신'과 동일한 개념으로 포섭하지 않고 애매한 영역으로 남겨 둔 점에 문제가 있다고 보아야 한다. 따라서 현행법에 대한 올바른 개정방향은 '디지털영상송신'과 '디지털음성송신'을 하나로 묶은 개념인 '디지털동시송신' 개념을 도입하고, 그것을 기초로 저작인접권 보호 등 관련 규정을 국제조약과 정합성을 가지는 방향으로 수정, 보완하는 방향이 되어야 한다. 다만, IPTV 방송은 기술적인 측면에서는 '디지털동시송신'과 같지만 사회적·경제적 실질의 면에서는 '방송'과



동일하게 보는 것이 타당하다는 점에서 예외적으로 '방송'으로 취급하는 것이 타당하다. 현재 국회에서 발의되어 있는 저작권법 전부개정안은 기본적으로 그러한 방향을 취하고 있으므로 그 타당성이 인정된다.

'수신의 동일성'이 인정되는 실시간 인터넷송신을 모두 '방송' 개념에 편입시킴으로써 '방송'과 '전송'의 '2분할 체제'를 취하는 방안은 ① 저작재산권의 과도한 제한으로 인한 권리보호의 약화가 우려되고, ② 국제조약과의 정합성이 결여되는 문제가 있으며, ③ 배타적 권리로서의 저작인접권을 가지는 방송사업자의 범위를 합리적 범위를 넘어서 지나치게 확대함으로써 인터넷상의 자유로운 정보유통에 부정적인 영향을 미치는 문제 또는 중요한 법적 개념을 사용하는 데 있어서의 일관성 결여의 문제가 있고, ④ 저작권자와 실연자, 음반제작자의 사용료 또는 보상금 협상에 부정적 영향을 미치거나 불필요한 분쟁을 유발할 가능성이 있으며, ⑤ 국제적 동향 및 조류에 반하는 등의 많은 문제가 있다. 현재 논의 중인 저작권법 전부개정안에 포함된 관련 규정안은 그러한 문제로부터 모두 자유로운 방안이다.

이 부분에 대한 개정이 '전부개정안'과 같은 방향으로 잘 이루어져, 이 문제에 대한 불필요한 혼란과 갈등을 해소하고 바람직한 방향의 새로운 제도가 도입되어 잘 안착할 수 있기를 소망한다.

(논문투고일: 2021.8.27, 심사개시일: 2021.9.6, 게재확정일: 2021.9.24)



## ▶ 이 해 완

디지털동시송신, 디지털음성송신, 인터넷송신, 방송, 공중송신

## 【참 고 문 헌】

### I. 단행본

김찬동 외 3인, 공중전달 개념에 대한 연구, 한국저작권위원회(2020)

이해완, 저작권법(제4판), 박영사(2019)

최경수, 국제지적재산권법(개정판), 한울(2017)

허희성, 베른협약축조개설(파리규정), 일신서적출판사(1994)

Copinger, Walter Arthur & EP Skone James, Copinger and Skone  
James on copyright(Vol.1) (Sweet & Maxwell, 2011)

Dreier, Thomas & Gernot Schulze, Urheberrechtsgesetz(3. Aufl.),  
2008

Leaffer, Marshall A., Understanding Copyright Law (Seventh Ed.,  
Carolina Academic Press, 2019, Kindle Book)

Lewinski, Silke von, International copyright law and policy (Oxford  
university press, 2008)

Morgan, Owen, International Protection of Performers Rights (Hart  
Publishing, 2002)

Reinbothe, Jörg & Silke Von Lewinski, The WIPO Treaties on  
Copyright: A Commentary on the WCT, the WPPT, and the  
BTAP (Oxford University Press, 2015)

Stamatoudi, Irini A., ed. New developments in EU and international  
copyright law 3.6 (Kluwer Law International BV, 2016)

Stamatoudi, Irini & Paul Torremans, eds. EU copyright law: A  
commentary, (Edward Elgar Publishing, 2021)

加戸守行, 『著作権法逐条講義』(六訂新版), 著作権情報センター, 2013

半田正夫=松田政行編, 著作権法コンメンタル(第2版) 1卷, 勁草書房, 2015

上野達弘, "インターネット放送をめぐる著作権法上の課題", 著作権研究 4  
4券(2017)

松田政行, 『著作権法プラクティス』, 勁草書房, 2009

松村信夫=三山峻司, 『著作権法要説 - 実務と理論』, 世界思想社, 2009

作花文雄, 『詳解 著作権法』(第4版), ぎょうせい, 2010

中山信弘, 著作権法(第2版), 有斐閣, 2014

## II. 논문

김현숙, "디지털음성송신 판단 기준에서 사용자의 선택가능성에 대한 소고",  
계간 저작권 통권 30호, 한국저작권위원회(2017)

이해완, "저작권법상 공중송신의 유형 및 그 법적 취급에 관한 연구",  
성균관법학 제24권 제4호, 성균관대학교 법학연구원(2012)

上野達弘, "インターネット放送をめぐる著作権法上の課題", 著作権研究 4  
4券(2017)

上原伸一, "著作権・著作隣接権条約における 4 種類の Communication to  
the Public (3・完) - 利用可能化との関係を含めて", NBL 1124  
(2018)

## III. 보고서

김병일 외 12인, 미래 저작권 환경에 적합한 저작권법 개정을 위한 연구  
II(보고서), 한국저작권위원회(2017)

이해완 · 김인철 · 이현묵, 디지털음성송신의 적격요건에 관한 연구(문화  
체육관광부 연구용역 최종보고서)(2012)

## IV. 판결

서울서부지방법원 2017. 6. 29. 선고 2015가합2874 판결

서울고등법원 2018. 5. 3. 선고 2017나2058510 판결

서울고등법원 2018. 8. 23. 선고 2017나2043839 판결

Abstract

## A Study on the Revision Direction of the Copyright Act on the Legal Status of Internet Transmission

Lee, Hae Wan

In response to the convergence phenomenon of broadcasting and telecommunication, Korea's Copyright Act introduced a kind of 'umbrella concept' called 'public communication' through its full revision in 2006. On the other hand, it took a position to newly introduce the concept of 'digital audio transmission', which is in the middle of broadcasting and 'making available' under the umbrella concept, 'public communication'. Today, as the proportion of real-time Internet transmission of audio-visual works has increased considerably, the inadequacy of the provisions which deal only with 'digital audio transmission' without dealing with 'digital film transmission' as an intermediate concept is becoming more and more evident.

There are two major directions in regards to how to revise these provisions of current Korean Copyright Act. One direction is to delete the concept of 'digital audio transmission', which has been recognized as an intermediate area between 'broadcasting' and 'making available' since the 2006 revision, and incorporate them into the 'broadcasting' concept to move to a 'two division system' of 'broadcasting' and 'making available'. Another direction is to take a new 'three division system' by introducing the concept of 'digital simultaneous transmission' which includes both 'digital audio transmission' and 'digital video transmission' as a separate intermediate

concept between 'broadcasting' and 'making available'. What this writing has focused on most is the question of which of these two directions is appropriate.

In conclusion, a 'three division system' rather than a 'two division system' is the preferred direction. 'Three division system' has consistency with international treaties and international trends, and it is reasonable in terms of ensuring fair use of works while faithfully protecting rights holders according to the purpose of copyright act. Therefore, the correct direction to amend the current law is to introduce the concept of 'digital simultaneous transmission' with the same meaning as above, and based on it, modify and supplement related provisions, such as protection of neighboring rights, in a direction consistent with international treaties. However, IPTV broadcasting is the same as 'digital simultaneous transmission' in terms of technology, but more similar to 'broadcasting' in terms of social and economic substance. Therefore it is desirable to treat it as 'broadcasting' as an exception. The full revision proposal of the Copyright Act currently under discussion at the National Assembly basically takes such a direction, so its validity is recognized.



---

▶ **Lee, Hae Wan**

digital simultaneous transmission,  
digital audio transmission, internet transmission,  
broadcasting, public communication