

저작권법상 디지털음성송신의 법적취급에 관한 고찰

— 미국법제와의 비교분석을 중심으로 —*

김 현 경**

국문초록

현행 저작권법상 음반제작자에게는 디지털음성송신에 대하여 채권적 성격의 보상금청구권만 인정된다. 이러한 입법의 배경에는 현재의 기술적 진화를 예상하지 못하고 소위 라디오 방송과 유사한 '순수한 의미의 실시간 웹 캐스팅'만을 예정하여 법적 개념을 구성하였기 때문이다. 그러나 디지털송신기술이 발전함에 따라, 디지털음성송신사업자는 형식적으로는 수신자의 동시성을 충족하는 것으로 보이지만, 가수 또는 특정 곡을 검색하거나 특정 사용자를 위한 채널 편성 기능을 제공하는 등 개인맞춤형 웹캐스팅을 제공함으로써 실질적으로 전송과 매우 유사한 효과를 누리는 서비스를 제공하고 있다. 따라서 현행법이 채택하고 있는 '수신자의 동시성' 기준만으로는 차별적인 취급을 정당화하기 어렵다.

미국이나 우리나라 모두 음반제작자에게 배타적권리를 인정할 것인가, 아니면 보상청구권만을 인정할 것인가를 구별하는 취지는 근본적으로 동일하다. 사용자들이 자신들이 매수할 의사가 있는 음악을 검색하여 사용할 수 있는 기대가능성이 있다면 이는 배타적권리를 인정하여야 할 것이며, 그렇지 않으면 보상청구권으로 가능할 것이다. 다만 미국은 이를 구분하는 기준을 세분화하고 있으며 우리나라는 단지 '수신자의 동시성'에만 의존하고 있다. 그러나 미국과 달리 우리는 저작인접권자의 지위를 인정하고 있다. 저작물의 전달에 획기적인 수단을 제공함으로써 문화발전에 기여한 방송사업자 또는 음반제작자에게 그들이 투자한 막대한 자본을 회수할 수 있는 기회를 마련해주기 위한 것이다. 따라서 방송과 디지털음성송신이 그 서비스 내용이 유사하다는 이유로 방송사업자에게 부여되는 보상청구권이 그대로 디지털음성송신사업자에게 인정되는 것은 타당하지 않다. 또한 앞으로 인터넷을 매개로 하는 기술 및 서비스의 발전속도에 비추어 볼 때 전송과 디지털음성송신을 개념을 법률을 통해 완전히 구별하는 것도 바람직

* 이 연구는 서울과학기술대학교 교내연구비의 지원으로 수행되었습니다.

** 서울과학기술대학교 조교수, 법학박사.

하지 않다. 따라서 본 고에서는 ‘디지털음성송신’ 및 ‘디지털음성송신사업자’의 개념을 삭제하고 이를 전송에 포함시키되, 다만 사용자의 선택가능성, 즉 음반 판매의 대체가능성에 따라 서비스 이용료 요율을 차별화함으로써 서비스의 차이를 반영하는 방안을 제안하였다.

주제어: 방송, 전송, 디지털음성송신, 저작권인접권, 미국 저작권법, 디지털 환경과 저작권.

목 차

- I. 서론
- II. 미국과 한국의 디지털음성송신의 법적취급
- III. 기존 논의의 한계와 법적 과제
- IV. 결론

I. 서론

현행 저작권법은 공중송신권에 대하여 저작권자와 저작인접권자에게 다른 권리를 부여하고 있다. 저작권자에게는 배타적 권리가 부여되나, 실연자 및 음반제작자에게 전송의 경우는 배타적 권리가, 디지털음성송신의 경우는 채권적 성격의 보상금청구권만 부여된다. 다운로드, 주문형 스트리밍 등 전송의 방법으로 저작물을 이용하는 것은, 경제적 측면에서 볼 때 CD 등 유형의 매체를 통한 저작물의 이용과 그 이용의 방식이나 정도가 큰 차이가 없기 때문에, 법률은 이에 대해 복제권이나 배포권과 같은 배타적 성질의 전송권을 부여하고 있다. 그러나 디지털음성송신에 대하여는 수신자의 동시성이라는 면에서 방송과 유사하므로 방송의 경우에 배타적 권리를 제한해 온 입법태도의 연장선상에서, 또한 디지털음성송신에 의한 이용이 종래의 음반의 배포를 통해 음악을 이용하는 것과 비교하여, 이를 대체하거나, 종래 음반시장에 미치는 시장지배력이 크지 않다는 전제 하에 배타적 권리를 인정하지 않는

것이라 볼 수 있다.

그러나 디지털송신기술이 발전함에 따라, 디지털음성송신서비스는 기존의 전통적 방송과는 매우 다른 양상을 보이고 있다. 사업자는 방송과 달리 다수의 디지털음성송신 채널 수를 제공할 수 있으며, 가수나 특정 곡을 검색하거나 특정 사용자를 위한 채널 편성 기능을 제공하는 등 개인맞춤형 웹캐스팅은 전송과 차이가 없다. 오히려 전송보다 더 편리한 방법으로 음악 서비스를 제공하는 형태도 등장하고 있다. 이러한 새로운 디지털음성송신 서비스의 출현에 따라 실연자와 음반제작자는 이를 배타적인 전송권의 영역에 속한다고 주장하고, 서비스 사업자는 어쨌든 동시성은 인정되므로 이 또한 디지털음성송신 서비스의 일종으로 보아야 한다고 주장하고 있다.

이러한 상황에서 디지털음성송신의 도입취지가 불법 음반의 영리적 이용을 차단하기 위한 것이라면 이러한 취지에 부합하도록 제도가 운영되는지 여부를 검토할 필요가 있다. 사실상 ‘디지털음성송신’이라는 이용행위에 대해 별개의 독립된 권리를 인정하고 있는 국가는 미국과 우리나라가 대표적이며 다른 국가에서 이러한 입법례를 발견하기 어렵다. 따라서 이하에서는 우리나라와 미국의 디지털음성송신 관련 법적취급을 검토하고 이와 관련된 기존의 논의들과 그 한계를 분석함으로써 적절한 디지털음성송신서비스의 규율방향을 제안하고자 한다.

II. 미국과 한국의 디지털음성송신의 법적취급

1. 한국

(1) ‘디지털음성송신권’의 도입경위

2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전면 개정된 저작권법은 방송·전송·디지털

털음성송신을 포괄하는 상위의 ‘공중송신’의 개념을 신설하고, 방송과 전송의 문구를 부분 수정하는 동시에 ‘디지털음성송신 및 디지털음성송신사업자’의 개념을 신설하였다(저작권법 개정안 제2조 제7호 내지 제12호). 입법추진 배경에 대하여 “기술의 발달 등에 따라 지금과는 전혀 다른 형태의 새로운 저작물 이용 형태가 등장하고 있으나, 개정 전 저작권법은 방송과 전송이라는 두 가지 범주만을 인정하고 있어서 저작자 등의 권리보호에 한계를 느껴왔기 때문에, 이를 포괄하는 최상위 개념인 공중송신을 신설함으로써 저작자를 확실하게 보호받을 수 있도록” 하고, “음악 웹캐스팅이 방송인지 또는 전송인지 의견이 부분하였던 점을 감안, 음악(음성)에 한정된 것이기는 하지만 소위 웹캐스팅을 포함하는 개념으로서 디지털음성송신을 신설한 것”이라고 밝히고 있다.¹⁾ 즉 ‘디지털음성송신권’의 도입배경에는 현재의 기술적 진화를 예상하지 못하고 소위 ‘순수한 의미의 실시간 웹 캐스팅’만을 예정한 것으로 보인다. 따라서 ‘주문형 웹캐스팅’ 즉 전송에 보상청구권을 부여하는 것은 음반의 판매를 보상청구권으로 하는 것과 크게 다르지 않다는 판단 하에 이를 인정하지 아니하고, ‘실시간 웹 캐스팅’의 경우 방송에 보다 유사하다는 점을 고려하여 디지털음성송신사업자가 음반에 녹음된 실연자를 일일이 찾아다니며 계약을 맺도록 하는 것(배타적 권리)보다 방송과 마찬가지로 보상청구권을 부여하는 것이 타당하다고 본 것이다.²⁾

(2) ‘디지털음성송신권’의 개념과 법적 취급

방송과 전송 및 디지털음성송신을 포괄하는 공중송신권은 ‘세계지적소유권기구 저작권조약(WIPO Copyright Treaty)’ 제8조에서 저작권자의 일반적 권리로 규정한 공중전달권에서 유래한 것으로 공연을 제외한 모든 무형적 이

1) 심동섭, “개정 저작권법 해설,” 『계간 저작권(2006 겨울)』, 저작권심의조정위원회, 2006, 48면.

2) 조성훈, 개정 저작권법상 공중송신 및 디지털음성송신 개념 등에 대한 고찰, 창작과 권리 통권 49호 (2007년 겨울), 126면.

용을 포괄하는 것으로 해석된다. 따라서 무선은 물론 유선통신의 방법에 의한 송신·이용제공도 포함하며, 동시성·이시성 또는 쌍방향성·일방향성 여부를 불문한다. 우리법은 공중송신 중 디지털음성송신에 대하여는 ‘공중으로 하여금 동시에 수신하게 할 목적으로 공중의 구성원의 요청에 의하여 개시되는 디지털 방식의 음의 송신을 말하며, 전송을 제외한다(저작권법 제2조 제11호)’고 개념정의 하여 이를 특별히 규정하고 있다. 디지털음성송신은 음악 웹캐스팅을 포함하기 위한 개념으로서 신설된 것이다. 기존의 음악 웹캐스팅이 방송인지, 전송인지 의견이 분분했던 점을 감안, 음악(음성)에 한정된 것이기는 하지만 소위 웹캐스팅을 포함하는 개념으로서 디지털음성송신을 신설하였다.³⁾ 한편 “디지털음성송신사업자”에 대하여는 디지털음성송신을 업으로 하는 자를 말한다(동조 제12호)고 하여 디지털음성송신의 개념을 그대로 인용하고 있다.

디지털음성송신은 ‘동시성’을 요구한다는 점에서 전송과는 구별되고 ‘공중의 구성원의 요청에 의하여 개시’된다는 내용이 추가된 점이 방송과의 차이이다.⁴⁾ 전송은 수신인이 언제 어디서든 원하는 음악 등을 처음부터 감상할 수 있도록 한다는 점에서 마치 음반을 구매한 것과 같은 효과를 나타나게 하므로 해당 시장을 잠식하거나 대체할 우려가 크다. 따라서 전송 및 전송자에 대해서는 방송이나 디지털음성송신과는 다른 법적 취급이 필요하다. 이에 저작권법은 실연자와 음반제작자에게 배타적인 권리로서 전송권을 부여하고 있다. 그러나 방송에 대해서는 실연자에게 방송권을 제한적으로 부여하면서 보상청구권만을 인정하고 있다. 음반제작자는 방송권이 없다. 한편 디지털음성송신에 대해서는 실연자와 음반제작자 모두 배타적인 권리를 인정하고 있지 않고 단지 디지털음성송신사업자로부터의 보상청구권만을 허용하고 있을 뿐이다. 즉 디지털음성송신이라는 서비스에 대해서는 음반제작자나 실연자에

3) 심동섭, “개정 저작권법 해설”, 계간 저작권 제76호, 저작권심의조정위원회, 2006.12, 49면

4) 방송과 전송, 디지털음성송신의 개념적 차이에서는 거의 모든 저작권법 교과서에서 자세히 설명하고 있으므로 본 논문에서 구체적으로 다를 필요가 없다고 생각한다.

게 이를 통제할 권리를 부여하지 않는 대신, 디지털음성송신사업자로부터 음반에 대한 보상금을 지급받을 수 있도록 함으로써 관련당사자들의 이해를 조정하고자 하였다. ‘디지털음성송신’이 ‘동시성’을 띠면서도 기술적으로 ‘쌍방향성’을 가지고 있기 때문에 방송과는 구별되는 개념으로 신설하고, ‘전송’과도 그리고 ‘방송’과도 다른 특별한 법률적 취급을 하고 있는 것이다.

2 미국

(1) 개요

미국 저작권법에는 저작인접권 개념이 없다.⁵⁾ 녹음물(sound recording)을 저작권으로 보호하고 있으므로, 음반(녹음물; sound recording)을 저작물의 하나로 규정함으로써 우리 법상의 음반제작자에 해당하는 사람을 ‘녹음물의 저작자’로 인정하여 보호하는 방식을 취하고 있다.⁶⁾ 연방의회는 1972년 Sound Recording Act에서 음반제작자에게 복제권과 배포권을 인정하였지만, 공연권은 인정하지 않았다.⁷⁾

디지털 공연(공중송신)에 대하여 녹음물 저작자에게 권리를 인정한 것은 1995년 ‘녹음물에서의 디지털공연권에 관한 법률’(Digital Performance Right in Sound Recording Act)이다.⁸⁾ 미국 저작권법은 녹음물을 디지털음성송신(Digital Audio Transmission)의 방법으로 공연할 수 있는 권리를 음반제작자에게 부여하였다(제106조(6), 제114조(a)).⁹⁾ 다만 쌍방향성이 없는 가입형 송신

5) 미국은 로마 협약에 가입하고 있지 않으며, WIPO실연·음반조약에 가입하고 있으나, 이것 역시 녹음물 보호의 연장선상에서일 따름이다.

6) 17 U.S.C. §102(a)(7)

7) 미국의 디지털음성송신권은 저작권 중 공연권의 일종으로 설명된다.

8) 1995년 1월 13일 상원에 상정되었고, 1995년 8월8일 상원을 통과하여 일부수정을 거친 후 1995년 11월 1일 클린턴 대통령이 서명함으로써 법률의 효력을 갖게 되었다.

9) 17 U.S.C. §106 저작물에 대한 배타적 권리

제107조 내지 제121조에 규정된 경우를 제외하고, 본 편 법전상 저작권자는 다음의 행위를 하거나 이를 허락할 수 있는 배타적 권리를 가진다.’

(6) 녹음물의 경우에는 디지털 오디오 송신에 의하여 저작권으로 보호되는 저작물을

의 경우에 법정허락(statutory license)을 인정하였다. 즉 디지털 음성송신에 대하여 법정허락을 받아야 하는 대상은 특정한 수신자에 의해 통제되고, 수신자가 대가를 지불하는 가입형 송신(subscription transmissions)으로 제한되었다.¹⁰⁾ 쌍방향서비스에 의한 송신은 법정허락이 아니라 음반제작자의 사용허락을 받아야 하므로 쌍방향 서비스가 되어서는 안 되고,¹¹⁾ 송신업체는 송신하고자 하는 특정 노래의 제목에 관한 정보를 사전에 가입자에게 제공할 수 없으며,¹²⁾ 가입자들이 송신되는 음악을 녹음하는 것을 방지하고, 디지털 음성 송신의 공연의 보충성을 위하여 송신업체는 수신장치가 송신된 녹음물을 자동적으로 또는 의도적으로 다른 채널로 이전할 수 있도록 허용하지 않아야 한다.¹³⁾ 또한 녹음물의 송신에 저작권자가 녹음물의 제목 및 가수, 작곡가와 작사가를 확인할 수 있는 저작권 정보를 포함시키고 있다면 그러한 정보를 포함시켜야 하고,¹⁴⁾ 음반을 한꺼번에 전체적으로 송신할 수 없고 아주 짧은 시간 내에 특정 가수나 음반에서 상당한 음악을 송신하여서도 안 된다.¹⁵⁾

이후 1998년 제정된 디지털밀레니엄저작권법(Digital Millennium Copyright Act, 이하 “DMCA”라 한다) 제405조에서는 일정한 비가입형 웹캐스팅을 ‘적합비가입송신(eligible nonsubscription transmissions)’으로 새롭게 분류하면서 법정허락의 대상으로 확대하였다(DMCA 제114조(d)(2)). ‘적합비가입송신’이라는 서비스의 일차적인 목적이 공중에게 오디오 또는 그 밖의 오락 프로그램을 제공하는 것이고, 특정제품이나 특정서비스를 판매·광고 또는 판촉하

공연하는 행위.

17 U.S.C. §114 녹음물에 대한 배타적 권리의 범위

(a) 녹음물에 대한 저작권자의 배타적 권리는 제106조 (1)호, (2)호, (3)호 및 (6)호에 명시된 권리에 한정하며, 제106조 (4)호 상의 실연권은 포함하지 아니한다.

10) 17 U.S.C. §114(j)(8)(1995)에서 17 U.S.C. §114(j)(14)로 변경되었다.

11) 17 U.S.C. §114(d)(2)(A)(1995)에서 17 U.S.C. §114(d)(2)(B)(i)로 변경되었다.

12) 17 U.S.C. §114(d)(2)(C)(1995)에서 17 U.S.C. §114(d)(2)(B)(ii)로 변경되었다.

13) 17 U.S.C. §114(d)(2)(D)(1995)에서 17 U.S.C. §114(d)(2)(A)(ii)로 변경되었다.

14) 17 U.S.C. §114(d)(2)(A)(iii).

15) 17 U.S.C. §114(j)(7)(A)(1995)에서 17 U.S.C. §114(j)(13)(A)로 변경되었다.

는 것이 아니라면 전체적으로나 부분적으로 녹음물의 실연으로 구성된 오디오 편성 프로그램을 제공하는 서비스의 일환으로 이루어지는 비쌍방향·비가입형 디지털음성송신을 의미한다.¹⁶⁾

(2) 법정이용 요건

DMCA가 시행된 후에 적격비가입자 송신 및 새로운 가입자 서비스 등이 배타적 권리의 대상이 아니라 법정허락의 대상이 되기 위한 요건은 다음과 같다.

1) 보충적 공연(performance complement)의 범위를 넘지 않을 것

녹음물의 보충적 공연이란, 송신기관이 사용하는 특정채널로 3시간 동안 다음 각 호의 개수이내로 하는 송신을 말한다. ①미국에서 공연 또는 판매를 위하여 합법적으로 배포된 한 개의 음반(phonorecord)으로부터 발췌한 선곡 3개(2개 이내의 그러한 선곡이 연속적으로 송신되는 경우에 한함) 또는 ② i) 동일한 주역(主役) 녹음실연자에 의한 녹음물 선곡, 또는 ii) 미국에서 공연 또는 판매를 위해 하나의 묶음으로 함께 합법적으로 배포한 세트 또는 편집물로부터의 녹음물 선곡 4개(3개 이내의 그러한 선곡이 연속적으로 송신되는 경우에 한함)이다. 다만, 다수의 음반으로부터 위 ①과 ②를 위하여 규정된 수적 제한을 초과하는 선곡의 송신은, 다수 음반의 프로그램 편성이 위 ①과 ②에서 규정된 수적 제한을 고의적으로 피하려는 것이 아닌 한, 그럼에도 불구하고 녹음물의 보충적 공연에 해당한다.¹⁷⁾

2) 프로그램 스케줄의 사전 공표 금지 등

송신업체는 사전에 프로그램 스케줄을 공표할 수 없고, 송신업체에서 공연될 특정가수 또는 특정 녹음물의 제목에 대한 정보를 제공할 수 없다.¹⁸⁾ 그

¹⁶⁾ 17 U.S.C. § 114(j)(6)

¹⁷⁾ 17 U.S.C. § 114(j)(13)

러나 이러한 원칙은 송신업체가 녹음물이 공연되기 직전에 특정 녹음물임을 알려주는 것을 금지하는 것은 아니다. 그리고 이러한 규정에도 불구하고 불특정된 미래시기에 특정 가수의 노래가 송신될 것이라는 것을 사전에 고지하는 것을 금지하는 것은 아니다. 즉 법정허락을 받은 송신업체는 수신자들이 어떤 가수들이나 어떤 노래가 송신될지 그 프로그램을 사전에 명확하게 알 수 없도록 하면 되는 것이지, 특정 채널에서 공연되는 음악의 형태를 예시하는 것은 허용된다.

3) 프로그램의 길이 등에 관한 원칙을 준수할 것

보존된 프로그램의 경우에 그 길이 및 보존 기간 등에 특별한 제한을 두지 않으면, 청취자가 무제한적으로 자신이 원하는 음악을 들을 수 있도록 허용하는 셈이 된다. 여기서 보존된 프로그램이란, 송신의 수신자의 요구에 응하여 반복적으로 이용에 제공되며, 처음부터 같은 순서대로 실연되는 사전에 확정된 프로그램을 말한다. 그러나 녹화된 사건 또는 방송의 송신이 전체 녹음물 또는 특정 녹음물을 특화하지 않는다면 보존된 프로그램은 녹음물들 단지 부수적으로 이용하는 녹화된 사건 또는 방송의 송신은 포함하지 않는다.¹⁹⁾ 따라서 이러한 보존된 프로그램의 길이가 5시간 이상일 것을 요구하고, 그보다 짧은 프로그램에 대하여는 법정허락을 받을 수 없도록 제한하고, 5시간 이상일 경우에도 그 보존기간을 2주 이내로 제한하고 있다. 즉 보존된 프로그램(archived program)의 경우, 5 시간 이상의 프로그램이어야 하고,²⁰⁾ 2주 이상은 보관이 금지된다.²¹⁾ 보존된 프로그램이란 수신자의 요청에 따라 반복될 수 있고 처음부터 동일한 순서에 따라 공연될 수 있는 사전에 결정된 프로그램을 의미한다.²²⁾

¹⁸⁾ 17 U.S.C. § 114(d)(2)(C)(ii)

¹⁹⁾ 17 U.S.C. §114(j)(2)

²⁰⁾ 17 U.S.C. § 114(d)(2)(C)(iii)(I)

²¹⁾ 17 U.S.C. § 114(d)(2)(C)(iii)(II)

²²⁾ 17 U.S.C. § 114(j)(2)

다음으로, 연속프로그램(continuous program)의 경우에는 최소한 3시간 이상의 프로그램이어야 한다.²³⁾ 연속프로그램이란 동일한 순서에 따라 계속해서 공연되며 수신자의 통제범위 밖에 존재하는, 프로그램의 어떤 지점에 접근되는, 사전에 확정된 프로그램을 뜻한다.²⁴⁾ 끝으로, 보존된 프로그램도 아니고 연속프로그램도 아닌 경우에는, 녹음물의 실연이 그 프로그램 내에서 미리 정해진 순서대로 이루어지는, 1시간 이하의 프로그램으로서 2주 이내에 3회 이상 송신되거나, 1시간 이상의 프로그램으로서 2주 이내에 4회 이상 송신되는, 식별 가능한 프로그램의 일부가 아니어야 한다.²⁵⁾

4) 허위의 연계 금지

송신업체는 자신이 광고하는 특정제품 또는 특정 서비스와 녹음물의 저작권자 또는 가수 사이에 연계관계가 있는 것으로 청취자들이 오인, 혼동하게 할 가능성이 있는 방법으로, 그것을 알면서 녹음물의 송신과 동시에 시각이미지의 송신을 제공하는 서비스의 일부분으로 녹음물을 송신하지 않아야 한다.²⁶⁾ 따라서 특정광고와 관계없이 녹음물과 시각이미지가 송신되는 경우라면 이 조건을 충족하게 된다.²⁷⁾

5) 특정음악 추적 방지에 협조할 것

송신의 수신자 또는 그 밖의 개인이나 단체가 수신자에게 송신될 특정한 녹음물을 선택하기 위해 송신기관의 송신만이나 다른 송신자에 의한 송신을 함께 자동적으로 추적(scanning)하는 것을 방지하는 데에 협조할 것을 요한다. 이러한 협조의무는 송신기관이 상당한 비용과 부담을 지우지 아니하면서 가능한 범위 내일 것을 전제로 한다.²⁸⁾ 이것은 법제정 당시에 이후 기술발전

²³⁾ 17 U.S.C. § 114(d)(2)(C)(iii)(III)

²⁴⁾ 17 U.S.C. § 114(j)(4)

²⁵⁾ 17 U.S.C. § 114(d)(2)(C)(iii)

²⁶⁾ 17 U.S.C. § 114(d)(2)(C)(iv)

²⁷⁾ Conf. Rep. (DMCA), pp. 82-83.

에 의하여 특정한 녹음물 또는 특정 가수를 선택하여 송신되도록 할 수 있는 장치나 컴퓨터프로그램이 개발될 수 있을 것이라는 점을 감안하여, 그에 대비하기 위하여 마련한 규정이다. 이 요건과 관련하여서는 기득권 보호를 위한 예외규정이 있다. 즉, 1998년 7월 31일 이전에 FCC의 승인을 받았거나, 1998년 7월 31일 이전에 운영되는 위성 디지털 오디오 서비스에는 적용받지 않는다.²⁹⁾

6) 청취자에 의한 복제 유도의 금지 및 복제제한 기술의 채용

송신업체가 수신자로 하여금 음반을 복제하도록 하거나 이를 조장하기 위한 적극적인 조치를 취하지 아니하는 경우여야 하고, 또한 송신업체가 이용하는 기술이 수신자가 직접 디지털방식으로 그 송신된 음원을 복제하는 것을 제한할 수 있다면 기술이 허용하는 한 음원의 복제를 제한하는 기술을 채용하여야 한다.³⁰⁾

7) 합법적인 음원 사용

송신업체가 송신하는 녹음물의 음반이 저작권자의 허락 하에 공중에 배포된 경우이거나 저작권자가 송신업체로 하여금 그 녹음물의 송신을 허락한 경우여야 하고, 또한 송신업체가 저작권자의 허락 하에 합법적으로 만들어진 음반에서 송신하는 경우여야 한다.³¹⁾ 불법적으로 녹음물이 제작되거나 복제된 경우에는 법정허락의 대상에서 제외된 것이다.

8) 기술적 보호조치의 채택

송신업체는 저작물을 보호하기 위하여 또는 확인하기 위하여 녹음물의 저작권자가 널리 이용하고, 디지털 신호의 인식가능한 소리 또는 시각이미지의

²⁸⁾ 7 U.S.C. § 114(d)(2)(C)(v)

²⁹⁾ 7 U.S.C. § 114(d)(2)(C)(v)

³⁰⁾ 7 U.S.C. § 114(d)(2)(C)(vi)

³¹⁾ 7 U.S.C. § 114(d)(2)(C)(vii)

손실 없이 송신업체에 의하여 송신되는 것이 기술적으로 가능한 기술조치의 송신을 방해하지 않고 수용하여야 한다.³²⁾

이 요건과 관련하여서도 기득권보호조항이 있다. 즉 1998년 7월 31일 이전에 위성 디지털 음성송신 서비스를 운영 중이거나 연방통신위원회(Federal Communication Commission)의 허가를 받은 경우에 녹음물 저작권자에 의해 널리 채택되기 이전에 그러한 기술들과 양립할 수 없는 장치나 기술에는 적용하지 않는다.³³⁾

9) 음반의 정보에 대한 송신

송신업체는 녹음물이 송신되는 동안 청취자들에게 녹음물의 제호, 그것이 실린 음반(앨범)의 제호(타이틀), 가수 등의 정보를 청취자가 쉽게 볼 수 있도록 제공하여야 한다.³⁴⁾ 이 규정은 정보를 확인할 수 있는 방법 등이 널리 사용되는 것에 적용되고, 송신과정 중에 이러한 정보를 송신업자가 제거한다면 법정허락이 취소될 수 있다. 이 조항은 기존의 다른 8가지 조건과 집행 시기가 다르다. 다른 조항과 달리 DMCA가 발효된 지 1년 후인 1999년 10월 28일부터 시행된다. 그 이유는 입법당시에도 상당히 많은 웹캐스팅업체가 그러한 정보를 제공하고 있었지만 그러한 정보를 제공할 수 없는 업체들이 준비할 수 있는 시간을 부여하기 위함이다.

(3) 이용허락이 필요한 서비스

1995년 ‘녹음물에서의 디지털공연권에 관한 법률’(Digital Performance Right in Sound Recording Act)은 쌍방향 서비스의 경우에만 이용허락이 필요하도록 규정하였으나, DMCA의 경우 일정한 비쌍방향 서비스도 이용허락을 필요로 한다.

³²⁾ 17 U.S.C. § 114(d)(2)(C)(viii)

³³⁾ 17 U.S.C. § 114(d)(2)(C)(viii)

³⁴⁾ 17 U.S.C. § 114(d)(2)(C)(ix) .

우선 DMCA는 “쌍방향 서비스”(Interactive Service)를 “공중의 구성원이 수신자를 위하여 특별하게 만들어진 일정한 프로그램의 송신을 수신할 수 있도록 하는 서비스 또는 요청으로 프로그램 일부분이라도 수신자에 의하여 또는 수신자를 대신하여 선택되어진 특정한 녹음물의 송신을 수신할 수 있도록 하는 서비스”로 정의하고 있다.³⁵⁾ 이러한 쌍방향 서비스에 대하여는 마땅히 사전 이용허락이 필요하다.

이처럼 쌍방향 서비스에 대해서는 이용허락이 필요하나 쌍방향 서비스가 아님에도 불구하고 이용허락을 필요로 하는 경우가 있다. 우선 보충적 실연에 대하여 법정허락으로 충분하지만 보충적 실연의 조건을 충족시키지 못하는 녹음물 실연의 경우 이용허락을 받아야 한다. 또한 음악과 관련되지 않은 제품을 광고하기 위하여 음악을 사용하는 비쌍방향, 비가입형 웹캐스팅 서비스의 경우에도 이용허락을 받아야 한다. 다만 음악저작물의 판매를 위한 광고의 경우에는 법정허락으로 충분하다.

3. 소결

우리나라의 경우 저작권접권자로서 음반제작자의 권리를 규정하고 있으나, 미국의 경우 별도로 저작권접권자의 개념을 설정하지 않고 ‘녹음물’을 저작물로 취급함으로써 우리나라의 음반제작자에 상응하는 ‘녹음물 저작자’의 권리를 규정하고 있다.

또한 미국은 우리나라처럼 별도로 공중송신권을 규정하지 아니하므로, 디지털음성송신권은 저작권 중 공연권의 일종으로 설명된다. 우리나라의 경우 음반제작자에게 전송에 대하여는 완전한 배타적 권리를 인정하나, 디지털음성송신에 대하여는 배타적 권리로 인정하지 않으며, 다만 채권적 보상청구권만 인정한다. 그러나 미국의 경우 녹음물을 디지털음성송신(Digital Audio Transmission)의 방법으로 공연할 수 있는 권리를 음반제작자에게 부여함으로

³⁵⁾ 17 U.S.C. § 114(j)(7).

서(제106조(6), 제114조(a)) 원칙적으로 그 권리를 인정하되, 사전이용허락이 필요 없는 법정이용에 대한 구체적 요건을 정하고 있다.

우리나라나 미국이나 디지털음성송신에 대하여 사전 이용허락 없이 보상 청구권만 인정한 이유는 사용자들이 자신들이 매수할 의사가 있는 음악을 추적할 수 있는 기대가능성이 없기 때문이다. 사용자들이 자신의 의지대로 음악을 청취할 수 있다면 음반을 사지 않으려고 할 것이므로 그러한 기대가능성이 있는 서비스는 마땅히 음반제작자의 사전허락을 구해야 한다.

미국은 이러한 기대가능성의 판단기준으로(즉 법정이용의 해당요건으로) ①보충적 공연의 범위를 넘지 않을 것 ②프로그램 스케줄의 사전 공표 금지 ③프로그램의 길이(5시간 이상 프로그램, 2주내의 보관기간)등에 관한 원칙을 준수할 것 ④허위의 연계 금지 ⑤특정음악 추적 방식에 협조할 것 ⑥ 청취자에 의한 복제 유도의 금지 및 복제제한 기술의 적용 ⑦ 합법적인 음원 사용 ⑧기술적 보호조치의 채택 ⑨음반의 정보에 대한 송신 등 세부적으로 정하고 있다. 이에 반해, 우리나라의 경우 단지 ‘수신의 동시성’ 만을 규정하고 있다.

그러나 미국의 상황을 그대로 도입하기에 부담스러운 부분이 분명히 존재한다. 미국시장은 곡당다운로드, 앨범형 다운로드가 주를 이루고 있으나 우리나라는 정액제가 주를 이루고 있는바 유통시장, 청취자 취향, 서비스형태 등 서로 다른 환경을 반영할 필요가 있다. 특히 저작자, 실연자, 음반제작자 등 권리자에게 배타권을 부여할 것인지, 채권적 권리를 부여할 것인지는 결국 각 권리자들의 경제적 이익에 미치는 영향을 고려하여 결정하여야 할 문제이다.

그럼에도 불구하고 사용허락과 법정이용을 구별한 취지는 미국이나 우리나라 별반 다르지 않다. 미국에서도 사용허락이 필요한 즉 배타적 권리가 인정되는 쌍방향서비스인가, 아니면 법정허락의 대상이 되는 서비스인가를 판단함에 있어서 다음과 같은 사항을 고려한다.³⁶⁾ 첫째, 디지털 환경에서 녹

³⁶⁾ H.R. Rep. No. 104-274, at 13-14

음물이 적절히 보호되지 않는다면 새로운 녹음물의 창작욕구가 줄어들 수밖에 없어 새로운 디지털 송신기술의 잠재적인 장점을 일반 공중이 향유할 수 없게 되는가 하는 점이며, 둘째, 일정한 형태의 가입형 서비스와 쌍방향 서비스는 음반 판매를 상당히 저해하는 기능을 하게 됨으로서 녹음물 저작권자(음반제작자)들이 저작물을 통제할 수 있는 권리를 행사하기 어렵게 되고 결과적으로 녹음물 저작물을 통한 이익의 향유가 어려워지게 된다는 점이다. 즉 배타적 권리를 인정하는 송신과 보상청구권만 인정하는 송신을 구분함에 있어서 사용자들이 자신의 의지대로 음악을 청취할 수 있다면 음반을 사지 않으려고 할 것이고, 사용자들이 자신들이 매수할 의사가 있는 음악을 검색하여 사용할 수 있는 기대가능성이 있다면 이는 배타적권리를 인정하여야 할 것이며, 그렇지 않으면 보상청구권으로 가능할 것이다.

이러한 입법취지는 우리나라나 미국이나 동일하다고 볼 수 있다. 따라서 사용자가 자신이 듣고 싶어 하는 음악을 선택할 수 있는 경우 또는 자신이 듣고자 하는 가수를 선택할 수 있는 경우 등과 같이 자신의 취향대로 음악을 이용할 수 있는 기대가능성이 있는 경우 디지털음성송신을 도입한 법적 취지를 넘어선 것이므로 그 법적 취급역시 달리 하는 것이 타당하다.

Ⅲ. 기존 논의의 한계와 법적 과제

1. 기존의 논의

- (1) 디지털음성송신을 ‘방송’의 범주에 포함시키되, 저작인접권자로서 방송 사업자의 개념을 재정의 하려는 시도

이러한 견해는 우선 방송과의 구별기준으로 내세우고 있는 ‘공중의 구성원의 요청에 의하여 개시’라는 규정이 과연 방송과의 본질적인 차이를 의미

하는지 여부에 대하여 의문을 제기한다.³⁷⁾ 디지털음성송신의 경우 사용자가 서버에 접속하여 이용을 개시하는 것이나 라디오 방송을 듣기 위해 사용자가 라디오를 켜는 행위는 모두 이용을 개시하기 위한 사용자의 행위에 해당한다고 한다. 방송에 있어서의 동시성은 송신이 아닌 수신에 동시성을 요구하고 있는 이상, 디지털음성송신의 경우에 사용자의 요청에 의하여 송신이 비로소 시작된다고 하더라도 결과적으로 접속한 사람이 모두 같은 음악을 듣는다는 의미의 수신의 동시성은 역시 마찬가지이기 때문이다.³⁸⁾ 따라서 공중의 구성원의 요청에 의하여 개시된다는 특징으로 디지털음성송신을 방송과 구별하는 것은 충분히 방송으로 해결될 수 있는 부분을 굳이 새로운 개념을 도입하여 법적 규제의 복잡성만 더한 것이 아니냐 하는 지적이 가능하다고 한다.³⁹⁾

따라서 이러한 견해는 방송의 개념을 최대한 확대해서 수신의 동시성을 만족시키는 저작물 전달행위는 대부분 방송으로 포섭하여 법의 공백을 방지하는 대신 어떠한 방송사업자를 저작권집권자로 인정할 것인지는 방송에 대한 개념에 자동적으로 연계시키지 말고 그 사업자가 시장과 저작물 유통의 생태계에서 차지하고 있는 비중과 함께 사업자의 투자 보호의 필요성을 고려하여 별도로 규정함으로써 저작권집권자로서의 적절한 취급을 받을 수 있도록 처리하는 입법론을 제안한다.

그러나 결국 이러한 견해에 의할 경우 현재의 디지털음성송신이 안고 있는 문제점이 고스란히 저작권집권자로서 ‘방송사업자’의 개념을 어떻게 정의하는가라는 문제로 이관된다. 저작권집권자로서 현재의 ‘방송사업자’의 개념에 현재의 디지털음성송신사업자를 포함시킨다면 ‘저작물의 전달에 획기적인 수단을 제공함으로써 문화발전에 기여한 사업자에게 그들이 투자한 막대한

37) 윤종수 저작권법상 방송 및 웹캐스팅의 지위에 관한 고찰, 정보법학 제11권 제1호, 2007년 7월, 61-85면.

38) 이영주, 지상파 라디오 방송의 인터넷 동시 전송에 대한 법적 분류와 디지털음성송신에 대한 저작물 사용료 징수 규정의 타당성 고찰, 한국언론학보, 53(3), 2009, 221-240면.

39) 윤종수, 저작권법상 방송 및 웹캐스팅의 지위에 관한 고찰, 정보법학 제11권 제1호, 2007년 7월, 78면

자본을 회수할 수 있는 기회를 마련해주기 위한 것'이라는 저작권접권자의 인정취지를 희석시킬 수 있다. 디지털음성송신사업자의 개념을 배제한다면 초기 디지털음성송신의 도입필요성이 논의된 시기의 문제점이 그대로 노출된다. 결국 저작권접권자로서 '방송사업자'의 개념을 재정의 하는 문제는 기존의 '디지털음성송신'이 안고 있는 문제점을 해결하기 보다는 '디지털음성송신서비스'의 법적취급을 어떻게 할 것인가의 문제점을 그대로 옮겨놓은 것에 불과하다.

(2) 디지털음성송신을 유사방송과 유사전송으로 나누어 각각 방송과 전송에 포함시키려는 시도

우선 디지털음성송신은 수신자가 선택한 시간에 송신의 내용을 처음부터 보거나 들을 수 없다는 것을 의미하므로, 이는 전송보다는 방송에 더 닮아 있다고 한다.⁴⁰⁾ 이러한 견해는 만약 디지털음성송신이 갖는 쌍방향성을 인터넷에 접속하는 매체라면 모두 공통적으로 가질 수밖에 없는 낮은 수준의 기계적 차원의 상호작용 내지는 신호교환 정도로만 파악하고 수신자의 동시성과 비주문형이라는 점에 보다 중점을 둔다면 디지털음성송신을 방송으로 보아도 무방한 경우도 있다고 한다. 즉 쌍방향적 특성을 제외하고 디지털음성송신을 다른 개념들과 비교해 보면 방송 개념에 해당된다고 한다. 그러나 사물인터넷(IoT: Internet of Things)시대에 있어서 모든 사물이 인터넷에 연결되어 상호 신호를 주고받게 되고, 방송 시스템이나 서비스 역시 쌍방향적 기능을 기본적으로 구현하게 되는 경우를 고려한다면 쌍방향성이라는 특성이 유의미한 차별성을 갖는 기준이라고 보기는 더욱 어렵다고 한다. 또한 디지털음성송신이 실질은 방송 내지 그에 준하는 것이지만 이를 방송으로 보기에 송신자의 법적 취급과 권리 처리 관계에 있어서 현실적인 곤란함이 있고 그 실효성을 담보하기 어렵다는 점에서 그러한 부담을 덜어내고자 정책적 결단

40) 김형렬, 디지털·융합시대의 저작물 이용환경 변화에 따른 디지털음성송신의 개념 및 규율체계의 재정비 방안 고찰, 법학연구 24권 3호, 2016, 1-38면

을 통해 해당 영역을 방송으로부터 분리해 내어 신규의 독립적인 개념을 설정한 것이라면, 이는 다소 작위적인 측면이 없지 않고 과연 지금도 그러한 입법 취지가 효용성을 갖는지는 검토를 요하는 부분이라고 한다.

디지털음성송신을 방송의 하위 개념 형태로 포함시키되, 디지털음성송신사업자에게 바로 방송사업자의 지위를 인정하는 방안과 종전처럼 디지털음성송신사업자의 지위를 그대로 유지하도록 하여 방송사업자와 별개로 취급하는 방안을 고려할 수 있다고 한다. 동시에 디지털음성송신 또는 그 중 유사 전송에 해당하는 송신 행위를 전송 개념 또는 전송권의 대상에 포함시켜 사전허락의 대상이 되게 하여야 한다고 한다. 결국 관건은 ‘유사 전송’의 범위 내지는 유형을 확정하는 것이며 이러한 유형은 유사 전송 서비스 실태와 미국의 입법례(공연의 보충요건: performance complement 등)를 참고하여 우리 실정에 부합하는 객관적인 판단기준을 마련할 필요가 있다고 한다.

(3) 전송유사영역을 ‘디지털음성송신’이 아니라 전송에 포함되도록 하는 시도

디지털음성송신이 ‘전송 유사’의 영역’에 해당한다고 볼 수 있는 여섯 가지 사유를 추출하여 정리하고, 그에 대하여 전송으로 인정하여 배타적 권리를 부여하는 방안이다.⁴¹⁾ 즉 디지털음성송신 서비스 중 일정한 경우를 처음부터 ‘전송’의 개념에 포함되는 것으로 의제함으로써 그것을 방송사업자를 제외한 저작인접권자의 배타적 권리범위에 포함하고자 한 것이다. 구체적 방안으로 우선 ‘웹캐스트’의 서비스 중 개별적인 “방송채널”을 지칭하는 용어가 필요하므로 이를 ‘디지털음성송신프로그램’이라는 이름으로 정의 한다. 실제적으로는 ‘방송채널’과 유사하고 그렇게 일컬어지고 있는 경우도 있지만, 저작권법상 ‘방송’이 아니라 기본적으로 ‘디지털음성송신’의 개념에 해당하므로 이러한 명칭을 사용한다. 이러한 “디지털음성송신프로그램”은 두 가지로 구성

41) 이해완, 유사전송 행위에 대한 문제점과 개선방안, 저작권정책 릴레이 토론회 자료집 발표문, 문화체육관광부, 2012. 36-44.; 이해완, 저작권법상 공중송신의 유형 및 그 법적 취급에 관한 연구, 성균관법학 제24권 제4호, 2012. 12, 391-419면.

된다. 첫째, 디지털음성송신서비스 제공자가 직접 음악을 선곡하여 웹캐스트를 하는 프로그램을 의미하는 것으로서 ‘서비스제공자가 하나 또는 그 이상의 음반을 선택하여 공중으로 하여금 동시에 수신하게 할 목적으로 공중의 구성원의 요청에 의하여 개시하는 디지털 방식으로 제공하는 서비스’이다. 둘째, 서비스업체가 사용자들에게 음원을 제공하고 사용자가 그 음원에서 골라 방송채널을 구성하여 청취자들에게 제공하는 방식으로 ‘서비스제공자가 제공하는 음반 중에서 공중의 구성원이 선택한 하나 또는 그 이상의 음반을 공중이 동시에 수신하게 할 목적으로 그 서비스제공자가 공중의 구성원의 요청에 의하여 개시하는 디지털방식으로 제공하는 서비스’라 칭한다.

전송에 포함되는 6가지 사유로는 i) 반복적으로 제공되는 하나의 디지털음성송신프로그램 전체에서 동일한 편집물로 처음 거래에 제공된 음반이 차지하는 비율이 3분의 1(서비스제공자가 웹캐스트 하는 경우에는 5분의 1) 이상인 디지털음성송신프로그램을 제공하는 경우 ii) 반복적으로 제공되는 하나의 디지털음성송신프로그램 전체에서 동일한 주된 실연자의 실연이 녹음된 음반이 차지하는 비율이 3분의1(서비스제공자가 웹캐스트 하는 경우에는 5분의 1) 이상인 디지털음성송신프로그램을 제공하는 경우, iii) 서비스제공자가 웹캐스트 하는 경우 디지털음성송신프로그램 하나를 30일 이상 반복적으로 제공하는 경우, iv) 반복적으로 제공되는 하나의 디지털음성송신프로그램을 구성하는 음반 전부를 1회 공연하는 데 2시간(서비스제공자가 웹캐스트 하는 경우에는 3시간)미만이 소요되는 디지털음성송신프로그램을 제공하는 경우, v) 온라인상으로 개별 음반이나 실연자를 검색하여 디지털음성송신프로그램을 이용할 수 있는 방식으로 제공하는 경우, vi) 제목에 실연자의 성명 또는 널리 알려진 명칭이나 개별 음반 또는 음반 편집물의 널리 알려진 명칭이 포함된 디지털음성송신프로그램을 제공하는 경우 등이다.

i)은 음반을 기준으로, ii)는 실연자를 기준으로 음반 판매를 잠식하거나 대체하는 결과를 초래할 가능성을 염두에 둔 것이다. iii)의 경우 한 프로그램을 구성하여 시간적인 제한 없이 무한히 반복 청취할 수 있도록 할 경우에는

전송의 시장을 잠식할 우려에 기반한다. iv)역시 하나의 프로그램의 길이가 매우 짧은 경우에는 일반 시중에 판매되는 편집앨범과 유사한 면이 있어, 역시 전송시장을 잠식하는 효과가 큼을 고려한 것이다. v)와 vi)의 경우 검색기능 또는 가수 등에 대한 사전고지를 통해 당연히 음반의 구매를 대체하는 결과를 가져옴으로서 결과적으로 전송 시장을 잠식하거나 대체할 우려가 있음을 반영한 것이다.

그러나 현재 상황에서 예측하지 못한 전송과 디지털음성송신 간의 경계서비스가 지속적으로 진화하며 등장할 수 있으므로 이런 세부 제한 규정을 법 자체에 넣는 것이 오히려 기술의 변화속도에 대응하는 법의 적응력에 저해가 될 수 있다. 또한 그 많은 방에서 이용되는 수많은 곡들을 분석하여 특정 형태의 음반이 1/3이상 사용되었는지 또는 2시간미만으로 재생되는지를 확인하는 것은 사실상 불가능해 보인다. 특히 각 개인들이 송출하는 디지털음성송신 서비스의 경우 사용곡목리스트를 제공하지 못하고 있는 상황이므로 이러한 관리는 현실적으로 어려울 수밖에 없다.

(4) 기타

디지털음성송신 제도를 인정하는 것은 저작권접권자의 권리를 통제하거나 제한하기위한 것이 아니라, 디지털음성송신을 통하여 음반판매를 촉진하는 것이므로 음반판매가 촉진될 수 있도록 디지털음성송신제도가 구축하는 것이 옳다고 하면서 인접권자가 동의하지 않는다면 몇 개월 동안 디지털음성송신의 방법으로 이용할 수 없도록 하는 holdback제도의 도입 검토를 제안하는 견해도 있다.⁴²⁾ 이러한 견해는 디지털음성송신을 순수한 보상 청구권으로 인정하는 이상 어떤 음악도 인접권자는 배제할 수 있는 권한이 존재하지 않으므로 음반이 판매되자마자 디지털음성송신으로 이용되게 되면 음반판매가 줄어들 가능성이 있고, 따라서 인접권자에게 도움이 되지 않을 수도 있기 때

42) 김인철, 유사전송 행위에 대한 문제점과 개선방안, 저작권정책 릴레이 토론회 자료집 토론회, 문화체육관광부, 2012. 61면.

문이라고 한다.

(5) 소결

결국 기존의 견해들이 공통적으로 지적하고 있는 쟁점은 다음과 같다. 우선 디지털음성송신사업자에게 방송사업자와 유사한 보상청구권을 인정하는 것이 타당한가 하는 점이다. 이에 대하여는 디지털음성송신사업자의 지위에 대한 고찰이 선행되어야 한다. 이와 관련하여 ‘방송사업자’의 개념 재정의의를 통해 해결하자는 견해가 있으며, 소개된 나머지 두 견해는 ‘디지털음성송신’의 범주를 재정립하면 당연히 디지털음성송신사업자의 법적취급문제도 해결된다고 보아 이를 별도로 다루고 있지 않는 듯하다.

다음으로, ‘디지털음성송신’이 ‘방송’ 및 ‘전송’과 명확히 구분되기 곤란하다는 것이다. 따라서 일견은 완전히 방송의 개념에 포괄시켜야 한다고 하며, 또 다른 견해는 디지털음성송신을 유사방송과 유사전송으로 구분하여 각각 방송과 전송의 개념에 넣어야 한다고 한다. 한편 ‘디지털음성송신’의 개념을 존속시키되, 유사전송서비스의 내용을 ‘전송’ 개념에 구체화하여야 한다고 한다. 이는 결국 디지털음성송신, 방송, 전송의 핵심개념인 ‘수신의 동시성’과 ‘쌍방향성’의 개념의 모호함에서 비롯된다. 한편, 이러한 논의의 근거에는 결국 보상청구권에 따른 사용료와 전송사용료의 금액의 차이에 대한 이해당사자들의 엇갈린 시각차이가 전제되어 있다. 따라서 이하에서는 ‘디지털음성송신’의 법적 취급에 대한 이러한 각각의 쟁점에 대하여 검토해 본다.

2. 논의의 쟁점

(1) 디지털음성송신사업자의 법적지위

현행법은 디지털음성송신을 저작물의 무형적 이용의 하나로 규정하고 이를 업으로 하는 자를 ‘디지털음성송신사업자’라 하여 새로운 이해관계인으로

규정하였다. 이를 방송사업자와 같은 저작권접권자로 취급하지 않지만 디지털음성송신을 실연자와 음반제작자의 권리 대상에서 제외하는 대신 음반에 대한 보상금지급의무를 부과함으로써 디지털음성송신사업자에게 법정허락의 지위를 부여하고 있다. 사실 방송사업자에게 법정허락의 지위를 부여하였던 이유는 방송사업자의 저작권접권자로서의 지위를 고려하여 그들의 사업을 유지하기 위한 배려에서 비롯된 것이다.⁴³⁾ 이러한 점을 고려하면 디지털음성송신사업자는 저작권접권자가 아님에도 불구하고 저작권접권자와 유사하게 그와 같은 법정허락의 지위를 부여하는 것이 타당한 지에 대한 검토가 필요하다.

방송사업자와 음반제작자를 저작권접권자로 규정한 취지는 저작물의 전달에 획기적인 수단을 제공함으로써 문화발전에 기여한 사업자에게 그들이 투자한 막대한 자본을 회수할 수 있는 기회를 마련해주기 위한 것이었다. 따라서 웹 캐스팅 등 디지털음성송신을 저작권접권으로 포섭하기 위해서는 디지털음성송신사업자의 사실적인 지위가 그와 같은 연혁적인 고려에 부합되어야 한다. 그러나 디지털음성송신은 전통적 방송과 달리 그 규모나 제작되는 콘텐츠의 양과 질, 그에 들어가는 비용 등이 천차만별이고, 특히 기지국, 송출시설 등 막대한 자본을 투자하여 방송망을 구성한 것이 아니라 이미 존재하고 있는 인터넷이라는 개방된 통신망을 단순히 이용한 것에 불과하다.⁴⁴⁾ 그렇다면 방송사업자를 저작권접권자로서 인정해주었던 이유, 즉 그들이 투자한 자본의 보호라는 측면에서 볼 때 모든 디지털음성송신사업자에게 방송사업자와 유사한 법적 취급을 부여하는 것은 타당하지 않다.

한편 ‘디지털음성송신’이 방송과 유사한 성격을 가지고 있다고 하지만 방송과는 달리 스트리밍 서비스는 비록 실시간으로 제공되는 것이라도 리핑 소프트웨어(ripping software)⁴⁵⁾를 이용하여 사용자의 저장장치에 저장하는 것

43) 윤중수, 전개논문, 80-81면

44) 방석호, “한국에서의 인터넷 방송을 둘러싼 주요 법률적 쟁점들, 한일법학 Vol.19, 2003, 26면

45) 리핑(ripping)은 CD나 DVD에 담겨 있는 디지털 오디오 파일 또는 비디오 파일 등을

이 어렵지 않다.⁴⁶⁾ 즉, 방송에 비해 매체의 기술적 성격에 비추어 저작권 침해의 위험성이 더욱 높다.⁴⁷⁾ 또한 상당한 규모의 디지털음성송신사업자라 할 지라도 방송법 등에 의한 공적 규제를 받지 않는 등 사회적 영향력이나 역할에 있어 분명한 차이가 존재한다.⁴⁸⁾

미국의 경우, ‘녹음물’을 저작물로 인정하여 ‘녹음물 권리자’를 저작권자로 취급하고 있으므로, 저작권자와 분리하여 저작인접권자를 규율하는 우리의 법제와 다르다. 따라서 우리나라의 입법체계 하에서는 명확히 저작인접권자를 인정할 취지 등이 반영되어야 한다.

(2) ‘수신의 동시성’·‘쌍방향성’의 의미

디지털음성송신과 방송은 개념적으로 ‘수신의 동시성’을 요구하고 있다. ‘수신의 동시성’과 ‘쌍방향성’을 어떻게 해석하는가에 따라 방송과 전송 그리고 디지털음성송신의 개념과 그 규율 범위가 달라질 수 있다. 따라서 ‘동시성’과 ‘쌍방향성’에 대한 법적 개념이 혼란스럽다면 권리체계의 혼란이 야기될 수밖에 없다.⁴⁹⁾

이러한 ‘수신의 동시성’의 판단은 우선 ‘수신’의 의미와 ‘동시성’의 의미로 나누어 살펴볼 수 있다. 수신의 의미에 대해서는 송신 신호가 수신기에 도달한 때에 수신한 것으로 보는 경우와, 수신과 동시에 음이나 영상 등이 재생되어 보거나 들을 수 있게 된 때에 수신한 것으로 보는 경우로 나누어 볼 수

PC 하드디스크로 복사하는 작업을 뜻한다. 하지만 단순히 파일을 그대로 복사하는 것이 아니라 PC 환경에서 사용할 수 있는 포맷으로 변환하게 된다. 또 보통 CD와 DVD의 원본 파일은 품질이 높은 대신 용량도 크기 마련인데, 리핑을 통해 저용량 포맷으로 바꿀 수 있다.(두산백과)

46) 최경수, “디지털 방송의 쟁점과 저작권정책,” 「2004 저작권 세미나: 디지털 시대의 저작권 정책 현안」, 저작권심의조정위원회, 2004, 49면.

47) 조성훈, 개정 저작권법상 공중송신 및 디지털음성송신 개념 등에 대한 고찰, 창작과권리 통권49호 (2007년 겨울), 127면

48) 방석호, “‘저작권법상 주문형서비스 제공자의 지위에 관한 비판적 고찰’의 재고찰,” 「계간 저작권(2006 겨울)」, 저작권심의조정위원회, 2006, 6면.

49) 이하 ‘동시성’에 대한 내용은 김형렬, 전계논문 10-16면 참조

있다. 전자는 송신 신호가 이미 수신기에 도달해 있어 수신기를 켜는 순간 송신 내용을 바로 보거나 들을 수 있는 텔레비전 방송이나 라디오 방송과 같은 전통적인 지상파 방송의 경우 특별히 문제될 것이 없어 보인다. 그러나 인터넷을 통한 수신과 관련해서는 전자의 수신 개념을 그대로 관철한다면 그 접속과 동시에 서비스가 구현되는 경우(즉, 스트리밍 형태의 송신)에 해당하지 아니하는 경우(즉, 다운로드형)에도 동시성이 있는 것이 되어 디지털음성송신 또는 방송에 해당하게 될 것이다. 따라서 디지털음성송신에 있어서 수신은 수신의 의미는 수신과 동시에 음이 재생되어 보거나 들을 수 있게 된 때에 수신한 것으로 보는 것이 타당하다.

‘동시성’의 판단의 핵심은 결국 수신자의 ‘선택가능성’ 여부로 귀결된다고 할 수 있다. 시간적 측면과 내용적 측면으로 나누어 볼 때, 시간적 측면에서는 우선 송·수신 간 시간적 일치성으로 인해 수신 시간을 송신과 독립하여 이시적으로 자유롭게 선택할 수 없음을 의미한다. 즉 수신자의 선택 여부와 무관하게 일단 송신되고 나면 수신자는 송신과 동시에 수신하지 않는 이상 해당 방송의 내용을 처음부터 시청할 수 없게 된다. 다음으로 공중 전체가 동시에 수신하는 것(수평적 중속성)을 의미하므로 이 역시 특정 수신인의 시간과 내용의 선택가능성을 배제한다. 한편 시간적으로 동시성을 확보한다고 하더라도 수신자별로 그 내용이 다르다면 궁극적인 의미의 동시성이라고 하기는 어려울 것이다. 즉 내용의 동시성은 곧 수신자가 내용의 선택가능성이 없음을 의미한다. 따라서 ‘수신의 동시성’은 수신과 동시에 음이 재생되어 보거나 들을 수 있게 된 상태이어야 하며 동시에 수신자의 수신(송신)의 시간과 내용에 대한 선택권이 없는 경우를 의미한다고 볼 수 있다.

디지털음성송신의 개념요소로서 ‘쌍방향성’에 대한 법문은 ‘공중의 구성원의 요청에 의하여 개시되는’이라는 표현이다. 쌍방향성의 의미를 법에서 해석할 때 기술적 의미로 해석하여야 하는지, 수신자가 수용하는 서비스를 중심으로 해석하는지에 따라서 그 의미가 달라질 수 있다. 기술적 의미에서 볼 때 서버와 클라이언트 또는 매체 간의 송·수신 신호를 주고받을 수 있는

연결 상태를 유지하고 있으면 모두 쌍방향성이 있는 것으로 볼 수 있다. 방송의 쌍방향 서비스에 있어서 쌍방향성(interactive)이란 통상 시청자와 방송국 사이에 회신 통로(return path)가 있는 경우를 의미하며 스트리밍의 주요 특징 중 하나는 송신이 기계 레벨에서 항상 쌍방향적(interactive)이라고 한 세계지식재산기구(WIPO) 저작권 및 저작권접권 상설위원회(SCCR)의 견해가 이러한 기술적 의미의 쌍방향성을 의미한다고 볼 수 있다.⁵⁰⁾ 즉, 송신 서버는 송신 성공 여부를 확인하고 상태 보고서를 교환하면서 수신기와 활성화된 연결 상태에 있으며, 주된 송신이 오직 일방향적인 방송의 경우는 그렇지 않다고 한다.⁵¹⁾ 이러한 기술적 의미의 해석은 ‘쌍방향성’의 범위를 매우 포괄적으로 이해하게 된다. 웹캐스팅은 사용자가 해당 콘텐츠를 수신 받으면 버퍼링(buffering)을 통해 일시적으로 램(RAM)에 저장되는데, 이러한 기술적 의미의 쌍방향성에 의한다면 당연히 일방향 웹캐스팅일지라도 쌍방향적 특성을 지니고 있다고 보는 것이다.⁵²⁾

한편 인터넷·디지털 시대에 있어서 기술적 의미의 쌍방향성은 필수적인 요소이고 인터넷을 기반으로 하는 모든 이용행위와 서비스에는 이를 피할 수 없다. ‘공중의 구성원의 요청에 의하여 개시되는’ 이라는 디지털음성송신의 개념적 요소가 이러한 기술적 해석에 의한 쌍방향성을 의미하는 것이라면 사실상 그 서비스 내용에 있어서 방송과 차이가 없으므로 별도로 규율해야 하는 실익이 없다. 이러한 기술적 의미의 쌍방향성(비주문형)은 인터넷 매체가 갖는 매우 기본적인 약한 의미의 쌍방향성에 불과한 것이어서 이를 전송과 방송을 구분하는 쌍방향성(주문형)과 동일하게 취급하는 것은 재고의 여지가 있어 보인다는 견해도,⁵³⁾ 동일한 취지라고 설명될 수 있다.

미국 저작권법은 “쌍방향 서비스”(interactive service)를 “공중의 구성원이 그 수신자를 위하여 특별히 만들어진 프로그램의 송신을 수신할 수 있도록

50) WIPO, SCCR/7/8: Protection of broadcasting organizations, April 4, 2002, p.8

51) WIPO, SCCR/7/8: Protection of broadcasting organizations, April 4, 2002, p.12

52) 최경수, 디지털 방송의 쟁점과 저작권 정책. 계간 『저작권』, 가을호, 2004, 60-76면.

53) 김형렬, 전계논문, 5면

하거나, 요청에 따라(on request), 프로그램의 일부인지 여부와 관계없이, 수신자에 의하여 또는 수신자를 위하여 선택된 특정한 녹음물의 송신(a transmission of a particular sound recording)을 수신할 수 있도록 하는 서비스를 말한다.”고 정의하면서, “특정한 녹음물이 공중 일반의 수신을 위하여, 또는 가입형 서비스의 경우 모든 서비스 가입자의 수신을 위하여 공연되도록 설계되었다면, 그 서비스의 각 채널의 편성 프로그램을 요청한 지 1시간 안에 또는 송신자(the transmitting entity)나 그러한 요청을 하는 개인에 의하여 지정된 시간에 공연되는 녹음물로 실질적으로 구성되어 있지 않다면, 해당 서비스를 쌍방향적인 것이 아니다.“고 규정하고 있다.⁵⁴⁾ 즉 ‘쌍방향’의 의미를 기술적 의미로 해석하지 아니하고 수신자에게 제공되는 서비스의 ‘동시성’의 요소를 가미하여 서비스적 의미로 재정의 하였다. 따라서 ‘① 공중 전체가 동시에 수신하는 것(수평적 중속성, 공중 일반 또는 모든 서비스 가입자의 수신을 위하여 공연될 것)과 ②시간적 동시성(송신자나 수신자에 의해 지정된 시간에 공연되지 않을 것)’이 인정된다면 쌍방향성이 없는 것으로 규정한 것이다. 이러한 수평적 중속성과 시간적 동시성은 ‘수신의 동시성’의 의미 하는 바 결국 일정한 경우 수신의 동시성이 인정되는 범위 내에서 쌍방향성을 인정하지 않는 것이다. 이 역시 결국 사용자의 선택가능성을 고려하여 서비스 중심의 해석이 반영되도록 법률상 정의한 것이다. 결국 ‘공중의 구성원의 요청에 의하여 개시되는’ 이라는 디지털음성송신의 쌍방향성을 의미하는 개념적 요소를 가장 약한 의미의 쌍방향성을 포함하는 기술적 의미로만 파악한다면 ‘방송’과 별반 다를 바 없으며, ‘수신의 동시성’을 배제하는 즉 선택가능성이 있는 강한 쌍방향성을 의미하는 것이라면 이는 ‘전송’의 개념과 구분된다고 볼 수 없다. 스트리밍에 의하여 하나의 전체 저작물이 이용되기 위해서는 버퍼에 몇 초간 저작물의 일부분이 저장되고 다시 새로운 저작물의 일부분이 버퍼에 저장됨으로써 이미 저장되었던 부분은 없어지기 때문에 일방향 웹캐스팅을 쌍방향적으로 보는 주장에 반대하는 견해⁵⁵⁾ 역시

⁵⁴⁾ 17 U.S.C. §114(j)(7).

이러한 취지를 반영한 것이라 보여 진다.

(3) 디지털음성송신권의 ‘채권적 권리’化

‘디지털음성송신’이 포괄적·배타적 권리로 인정되는 ‘공중송신’에 포함되는 개념임에도 결국 그 법적 규율에 있어서는 채권적 형식의 약한 형태로 자리 잡게 되었다. 공중송신과 마찬가지로 포괄적·배타적 권리로 구성한다면 이미 다양한 형태로 제공되고 있는 디지털음성송신에 의한 저작물 유통을 막게 되고 그러한 규율이 현실성이 없다는 점이 고려된 것으로 보인다. 디지털음성송신의 범위를 ‘수신의 동시성’·‘쌍방향성’의 판단 여부에 따라 넓게 인정한다면 ‘공중송신권’의 포괄적·배타적 성격은 ‘디지털음성송신’의 채권적 권리에 의해 희석될 수 있다.⁵⁶⁾ 배타적 권리의 채권적 청구권화는 라이선스 사용료와 보상청구금액간의 차이를 유발한다. 전송의 사용료 요율은 주문형 스트리밍과 주문형 다운로드 서비스가 각각 매출액 대비 44%와 52.5%인데 반하여,⁵⁷⁾ 디지털음성송신의 보상금은 현재 매출액 대비 28%에 그치고 있다는 점이 이러한 사실을 명확히 보여준다.

미국의 경우에도 주문형 음악서비스뿐만 아니라 웹 캐스팅에조차 배타적 허락권을 부여하고 일부 비영리 또는 소규모의 웹 캐스터에 대하여만 매출액 기준의 사용료 부과방식(법정이용)을 허용하고 있음은 참고가 될 수 있는 것으로 보인다. 기본적으로 디지털음성송신권이 독점배타적 권리임을 고려할 필요가 있다.

3. 개선방향

최근 디지털음성송신을 둘러싼 갈등은 디지털음성송신의 개념에는 해당하

55) 이대희, 온라인상에서의 음악의 배포에 관한 저작권법 쟁점의 연구. 제38회 안암 법학회 발표논문. 2004, 70-111면

56) 조성훈, 전계논문, 126면.

57) 「한국음반산업협회 사용료 징수규정」 제4조, 제5조

지만 서비스의 사용자 편의성을 최대한도로 추구하다 보니 결과적으로 전송의 경우와 그 편의성이나 효용성의 면에서 큰 차이가 없는 서비스형태의 출현에서 비롯된 것이다. 사용자의 편의성을 추구한다는 것은 결국 음원에 대한 ‘사용자의 선택가능성’을 증진시킴으로서 음반을 구지 구입하지 않고도 서비스 이용을 통해 음원에 대한 욕구를 만족시킬 수 있다는 것이다. 그러나 원론적으로 볼 때 이러한 서비스가 디지털음성송신에 해당되는 것은 기존의 디지털음성송신을 ‘전송’과 구분하여 도입한 취지에 부합하지 않다. 결국 앞서 검토한 바와 같이 논의의 초점은 ‘디지털음성송신’의 개념에서 ‘사용자의 선택가능성’의 범주가 전송과 유사한 정도로 인정되는 부분을 배제하는 것이다. 이와 관련하여 각각 디지털음성송신을 방송의 개념에 포함하는 방안, 디지털음성송신을 유사방송과 유사전송으로 나누어 각각 방송과 전송에 포함시킴으로서 디지털음성송신의 개념을 포기하는 방안, 전송의 개념을 수정하는 방안 등이 제안되었다. 이러한 견해들은 공통적으로 이용편리성이라는 취지로 ‘사용자의 선택가능성’을 증폭시키고 있는 디지털음성송신서비스는 전송 서비스로 분류하되, 그 기준에 대하여 각각 약간의 차이가 있는 듯하다. 즉 이러한 방안의 공통취지는 사용자의 선택가능성이 방송 수준으로 배제된 순수 일방향 웹캐스팅만을 디지털음성송신(또는 방송)에 포함시키되, 나머지 디지털음성송신서비스는 대부분 전송으로 인정하고자 하는 시도이다. 방송과 유사한 서비스 형태인 일방향 웹캐스팅 수준의 서비스는 방송서비스와 유사하기 때문에 기존의 방송에 대하여 보상청구권만을 인정한 취지를 그대로 반영할 수 있다는 것이다.

그러나 순수 일방향 웹캐스팅을 방송과 유사하게 법적취급 하여야 하는 이유는 무엇일까? 이는 매체만 인터넷으로 달리 하였지, 그 서비스내용이 방송과 거의 동일하기 때문이다. 그러나 이 문제는 비단 서비스 자체에 대한 규제가 아니라 서비스를 실시하는 사업자에 대한 규제문제이다. 음반제작자나 실연자의 권리를 제한함에 있어서 방송사업자와 디지털음성송신사업자를 동일하게 취급할 이유가 있는가 하는 문제이다. 이는 다음과 같은 측면에서

타당하지 않다. 첫째, 방송사업자에게 그들이 투자한 막대한 자본을 회수할 수 있는 기회를 마련해준다는 측면에서 저작권접권자의 지위를 인정한 연혁적 고찰에 비추어 볼 때, 저장용이성·공유가능성 등 인터넷매체의 기술적 성격에 비추어 볼 때 그리고 방송사업자의 사회적 역할에서 비롯되는 공적 규제 등을 고려해 볼 때 디지털음성송신사업자에게 저작권접권자와 유사한 법적 취급을 통해 저작권자의 권리를 제한하는 것은 타당하지 않다. 방송을 통한 음원서비스와 인터넷을 통한 음원서비스는 수용자 입장에서는 동일한 음원서비스라 할지라도 사업자 측면에서는 동일하지 않다. 설사 순수 일방향 웹캐스팅서비스라 할지라도 ‘방송사업자’와 다르게 ‘디지털음성송신사업자’를 서비스만을 기준으로 그러한 혜택을 부여하는 것은 ‘방송사업자’ 입장에서도 부당한 요인이 존재할 수밖에 없다. 둘째, 전송사업자와 디지털음성송신사업자의 차별적 취급이 타당한가 하는 점이다. 인터넷이라는 기술적 속성에 비추어 서비스 출현의 다양성을 예측할 수 없으며 어떠한 기준으로도 이들을 완벽히 구분하기 곤란하다. 결국 ‘기술’이 아닌 ‘서비스’ 차원에서 볼 때 ‘수신의 동시성/이시성’ 여부는 ‘쌍방향성’과 별도로 검토되어서는 안 되며 ‘쌍방향성’의 개념 속에서 검토될 수밖에 없으므로 ‘수신의 동시성’만으로 전송과 디지털음성송신을 구별하여 다르게 취급할 수 없다.

이러한 점을 감안할 때 ‘디지털음성송신’ 및 ‘디지털음성송신서비스사업자’의 개념을 삭제하고 이를 전송에 포함시키는 방안이 제안될 수 있다. 다만 사용료 요율의 차별화를 통해 서비스의 차이를 반영하는 것이다. ‘순수 실시간 일방향 웹캐스팅 서비스’와 그렇지 않은 서비스와의 이용료를 차등화함으로써 형평성을 구할 수 있다. 현재 음반제작자와 디지털음성송신사업자 간의 갈등의 핵심도 결국 디지털음성송신료가 전송의 음원사용료들과의 차이, 그리고 그 회수방식의 차이로 인한 부분이 상당함을 감안한다면 서비스에 따른 이용료를 차등을 통해 현재의 디지털음반사업자의 불만에 대한 형평을 기할 수 있을 것이다. 전송 서비스의 경우 해당 음원을 권리자로부터 제공받고 이에 대해 사용료를 지급하게 되므로, 사업자의 음원의 이용내역과

권리자의 관리 음원정보가 일치하여 사용료 징수와 분배가 정확하고 투명성을 확보할 수 있다. 반면, 디지털음성송신 서비스의 경우 사업자는 우선 자신이 확보한 음원에 기에 서비스를 제공하고 추후 그 이용내역을 권리자에게 제출하지만, 그 이용내역과 권리자의 관리 음원정보가 일치하지 않기 때문에, 결국 보상금을 징수하지 못하고, 사업자는 그 부분만큼 부당이익을 취하게 된다. 이는 결국 배타적사용권을 우회하고 저렴한 저작권 또는 저작권 집권료를 납부하기 위해 디지털음성송신을 빙자한 전송유사서비스를 제공하고자 하는 유인을 제공할 수밖에 없다.

따라서 디지털음송신의 개념을 삭제하고 그에 해당하는 서비스를 전송에 포함시키되, 서비스에 따른 요율을 차별화 하는 방안으로 현행 디지털음성송신서비스 제도를 개선하는 것이 타당하다. 디지털음성송신서비스에 대하여 일률적 요율을 적용하기보다 그 성격이 방송에 유사한지 여부에 따라 음반 시장의 대체효과를 고려하여 요율을 달리 정할 수 있다. 예를 들어 실시간의 스트리밍 서비스인 웹캐스팅의 경우 프로그램을 기획, 편성하여 송신하고 같은 시간에 접속한 수신자는 모두 같은 내용을 시청하게 된다는 점에서 기존의 방송과 유사하다. 기술내용은 어떻든 간에 사용자가 체감하는 서비스 내용은 방송과 거의 동일하다. 이러한 경우 완전한 쌍방향성을 띠는 송신과 차별화된 요율(현재의 전송에 비해 낮은 요율)이 적용될 수 있다. 그러나 형식적으로는 수신 동시성을 충족하는 것으로 보이지만 실질적인 사용자의 편의 측면에서 보면 자신이 원할 때 원하는 음악을 듣는다는 면에서 현행의 전송과 매우 유사한 효과를 누리는 경우가 있다면⁵⁸⁾ 이러한 경우의 요율은 현행 전송의 수준에 부합되게 책정할 수 있다.

58) 사용자들 이 만든 "방송" 들 중에 특정 가수의 노래 몇 곡만을 들을 수 있도록 구성된 경우에, 사용자의 입장에서 자신 이 원하는 시점에 원하는 곡의 첫 부분부터 들을 수 있는 것이 아닌 한 형식적으로는 수신 동시성이 없고 동시성이 있는 것으로 볼 수 있으나, 실질적인 면에서 그 가수가 부른 몇 개 음원을 듣고 싶을 때는 언제든지 검색하거나 선택하여 그 방송을 들을 수 있다는 점에서 실질적으로는 주문형 서비스에 상당 정도로 근접 하고 있다고 할 수 있다.

IV. 결론

‘디지털음성송신권’의 도입으로 인한 현재의 갈등은 기술적 진화를 예상하지 못하고 소위 라디오 방송과 유사한 ‘순수한 의미의 실시간 웹 캐스팅’만을 예정하여 법적 개념을 구성하였기 때문이다. 법률이 기술에 선도하여 기술 및 서비스를 미리 예측하고 그 정당한 이용관계에 대한 배려를 한다는 것은 입법기술상 쉽지 않다. 기존의 라디오 방송은 음반의 판매를 대체하기보다 그 판매를 촉진하는 면이 많다고 할 수 있다. 이에 반하여 웹상의 새로운 형태의 디지털음성송신서비스의 경우에는 음반의 판매를 촉진하기보다 대체하며, 특히 전송의 시장영역을 잠식하거나 위협하는 면이 크므로, 그에 대하여 저작권접권자의 배타적 권리를 박탈하고 그 통제력이 미약한 채권적 보상청구권만 인정하는 현행법의 태도는 수정되어야 할 것이다.

미국이나 우리나라나 음반제작자에게 배타적권리를 인정할 것인가, 아니면 보상청구권만을 인정할 것인가를 구별하는 취지는 근본적으로 동일하다. 사용자들이 자신들이 매수할 의사가 있는 음악을 검색하여 사용할 수 있는 기대가능성이 있다면 이는 배타적권리를 인정하여야 할 것이며, 그렇지 않으면 보상청구권으로 가능할 것이다. 다만 미국은 이를 구분하는 기준을 앞서 검토한 바와 같이 9가지로 세분화하고 있으며 우리나라는 단지 ‘수신의 동시성’요소에만 의존하고 있다는 점이다. 음반제작자가 디지털 음악 서비스 사업자에게 행사할 수 있는 권리의 성질은 그것이 전송인지 디지털음성송신인지에 따라 다르고, 그 결과 디지털 음악 서비스가 어떤 것으로 분류되는가에 따라 보상금의 요율 내지 징수액이 달라진다. 이러한 이용의 차이에도 불구하고 우리저작권법은 이러한 다름의 구분기준을 ‘수신의 동시성’ 요소에만 의존하고 있다.

그러나 최근의 일부 업태를 보면, 디지털음성송신의 개념에는 해당하지만, 서비스의 사용자 편의성을 최대한도로 추구하다보니, 결과적으로 전송의 경우와 그 편의성이나 효용성의 면에서 큰 차이가 없는 서비스 형태가 출현하

고 있는 것을 발견할 수 있다. 즉 형식적으로는 수신에 동시성을 충족하는 것으로 보이지만, 실질적인 사용자의 편의 측면에서 보면, 자신이 원할 때 원하는 음악을 듣는다는 면에서 전송과 매우 유사한 효과를 누리는 경우가 있다면, 수신에 동시성만으로는 차별적인 취급을 정당화하기 어렵다.

이러한 문제에 대한 해결방안으로서 1)디지털음성송신을 ‘방송’의 범주에 포함시키되, 저작권집권자로서 방송사업자의 개념을 재정의 하려는 시도, 2) 디지털음성송신을 유사방송과 유사전송으로 나누어 각각 방송과 전송에 포함시키려는 시도 3)전송유사영역을 ‘디지털음성송신’이 아니라 전송에 포함되도록 하는 시도 등이 있다. 결국 이러한 견해들이 공통적으로 지적하고 있는 쟁점은 ‘디지털음성송신’의 핵심개념인 ‘수신에 동시성’과 ‘쌍방향성’의 법적 개념의 불확실성, ‘디지털음성송신사업자의 법적 지위의 불명확’ 등이며 이러한 논의의 근거에는 결국 보상청구권에 따른 사용료와 전송사용료의 금액의 차이에 대한 이해당사자들의 엇갈린 시각 차이에서 비롯된 것이다. 결국 이러한 방안의 공통취지는 사용자의 선택가능성이 방송 수준으로 배제된 순수 일방향 웹캐스팅만을 디지털음성송신(또는 방송)에 포함시키되, 나머지 디지털음성송신서비스는 대부분 전송으로 인정하고자 하는 시도이다. 그러나 방송사업자에게 저작권집권자의 지위를 인정할 만한 연혁적 고찰에 비추어 볼 때, 저장용이성·공유가능성 등 인터넷매체의 기술적 성격에 비추어 볼 때 그리고 방송사업자의 사회적 역할에서 비롯되는 공적 규제 등을 고려해 볼 때 디지털음성송신사업자에게 저작권집권자와 유사한 법적 취급을 통해 실연자 또는 음반제작자의 권리를 제한하는 것은 타당하지 않다. 또한 인터넷이라는 기술적 속성에 비추어 서비스 출연의 다양성을 예측할 수 없음에도 법적 개념 세분화를 통해 전송사업자와 디지털음성송신사업자를 차별적으로 취급하려는 시도는 타당하지 않다.

이러한 점을 반영하여 본 고에서는 ‘디지털음성송신’ 및 ‘디지털음성송신사업자’의 개념을 삭제하고 이를 전송에 포함시키되, 다만 사용료 요율의 차별화를 통해 서비스의 차이를 반영하는 방안을 제안하였다. 현재 음반제작자

와 디지털음성송신사업자 간의 갈등의 핵심도 결국 디지털음성송신료와 전송의 음원사용료율의 차이 및 그 회수방식의 차이로 인한 부분이 상당함을 감안한다면 서비스에 따른 이용료 차등을 통해 현재의 전송과 디지털음성송신의 차이에 대한 형평을 기할 수 있을 것이다.

(논문접수일: 2016.11.25. 심사개시일: 2016.12.12. 게재확정일: 2016.12.23.)

참고문헌

- 김경숙, 미국 저작권법상 인터넷송신을 위한 권리, 재산법연구, 제25권 제1호, 2008.6
- 김인철, 미국의 디지털 음성송신에 관한 연구, 원광법학, 제29권 제1호, 2013.
- 김태훈, 개정 저작권법 해석, 계간 저작권(2000년 봄), 저작권심의조정위원회. 2000.
- 박덕영, WIPO저작권조약(WCT)의 국내이행과 향후 과제, 산업재산권, 제14호, 2003.
- 박덕영/김승민, “웹캐스팅의 저작권법상의 지위와 국제동향 및 디지털융합 시대의 법적 대응”, 정보법학, 제14권 제1호, 2010.
- 박익환 “인터넷상 방송 및 전송을 통하여 본 저작권문제”, 『심당송상현선생 회갑기념호 디지털재산법연구』, 2002.
- 방석호, “한국에서의 인터넷 방송을 둘러싼 주요 법률적 쟁점들”, 『한일법학 Vol.19』, 2000.
- 방석호, “저작권법상 주문형서비스 제공자의 지위에 관한 비판적 고찰”의 재고찰, 계간 저작권(2006년 겨울), 저작권심의조정위원회. 2006,
- 심동섭, 개정 저작권법 해설, 계간 저작권(2006년 겨울), 저작권심의조정위원회. 2006.
- 이대희, “전송권과 공중전송권”, 『Law & Technology 제2권 제3호』, 2006.
- _____, 온라인상에서의 음악의 배포에 관한 저작권법 쟁점의 연구. 제38회 안암 법학회 발표논문. 2004안효질, “저작권법상 공연보상청구권의 범위”, 고려법학, 제66권, 2012.
- 안효질, “저작권접권자의 공연권 도입 여부에 대한 고찰 : 음반제작자를 중심으로”, 재산법연구, 제23권 제3호, 2007.
- 윤종수, “저작권법상 방송 및 웹캐스팅의 지위에 관한 고찰”, 정보법학, 제11권 제1호, 2007.

- 이상정, 최근 일본의 저작권법 개정에 관한 소고, 계간저작권, 제21권 제1호, 2008.
- 이영주, “지상파 라디오 방송의 인터넷 동시 전송에 대한 법적 분류와 디지털음성송신에 대한 저작물 사용료 징수 규정의 타당성 고찰”, 한국언론학보, 제53권 제2호, 2012.
- 이해완 외, 디지털음성송신의 적격요건에 관한 연구, 문화체육관광부, 2012 _____, 저작권법, 제3판, 박영사, 2015 _____, 저작권법상 공중송신의 유형 및 그 법적 취급에 관한 연구, 성균관법학, 제24권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2012,
- 임원선 역, 미국 저작권법, 한국저작권위원회, 2010, _____, 실무자를 위한 저작권법, 제4판, 한국저작권위원회, 2014,
- 정연덕, 디지털환경에서의 실연자의 법적 보호, 한국저작권위원회, 2010,
- 조성훈, “개정 저작권법상 공중송신 및 디지털음성송신 개념 등에 대한 고찰”, 창작과 권리, 제49호(2007년 겨울호), 2007.
- 지성우, “멀티미디어 시대에 있어 방송개념의 확장 가능성에 관한 연구”, 『성균관법학』 16권 2호
- 최경수, 디지털 방송의 쟁점과 저작권 정책, 2004 저작권 세미나 : 디지털 시대의 저작권 정책 현안, 저작권심의조정위원회. 2004. _____, 저작권법 개론, 도서출판 한울, 2010.
- 하동철, 음악저작권, 커뮤니케이션북스, 2012.
- 한국콘텐츠진흥원, 2014 음악산업백서, 2015.
- 한국콘텐츠진흥원, 재방송(Rebroadcasting)기술의 발전과 저작권의 충돌, 그 해결 방안 - Aereo 사건으로 본 공중송신권에 대한 고찰 -, 2014.
- Fessler, K.. Webcasting royalty rates. Berkeley Technology Law Journal, 18, 339-423. 2003.
- Harwood, E. D.. Staying afloat in the internet stream: How to keep web radio from drowning in digital copyright royalties. Federal Communication

Law Journal, 56(3), 673-696. 2004.

Magri, J. E., The digital performance right and streaming media over the internet. Vandervilt Journal of Entertainment Law and Practice, 6, 56-73. 2003~2004.

Menduni, E.. Four steps in innovative radio broadcasting: From quicktime to podcasting. The Radio Journal-International Studies in Broadcast and Audio Media, 5(1), 9-18. 2007.

<Abstract>

The Study on the Legal Treatment of Digital Audio Transmission by Copyright Act

- Focused on Comparative Analysis with US Copyright Legal System -

Kim, Hyunkyung*

Under the current Copyright Act, music record producers are entitled to the right of Digital Audio Transmission. However, the right is not one which requires voluntary licenses, but one which provides statutory licence to everybody without negotiation with music record producers if the fee which Korean Copyright Committee decides is paid. The reason for this legislation is that we can not anticipate the current technological evolution and construct a legal concept by planning only ‘real-time Internet music broadcasting(webcasting) service in pure meaning’ similar to radio broadcasting. However, as digital transmission technology advances, the digital audio transmission Service Provider seems to fulfill the simultaneousness of receipt formally, but by providing personalized webcasting, such as searching for singers, specific tunes, or providing channels for specific users, it provides services that enjoy a virtually similar effect to forwarding. Therefore, it is difficult to justify discriminatory treatment only by the “simultaneousness of reception” standard adopted by current law.

Both the United States and Korea are fundamentally the same as to discriminate between the exclusive rights of the music record producers and the rights to claim compensation. If users expect to be able to search for and use

* Seoul National University of Science & Technology, Professor.

music and willingly be able to buy, an exclusive right should be granted to the music record producers, otherwise statutory licence should be granted. However, the United States is subdividing the criteria for distinguishing it, and Korea depends only on ‘simultaneousness of reception’. Meanwhile unlike the US, the Republic of Korea acknowledges the status of neighboring rights. It is intended to provide the broadcasting service provider or music record producers that have contributed to the development of the culture by providing a revolutionary means of delivering the work with an opportunity to recover the enormous capital they have invested. Therefore, it is not reasonable that the statutory license granted to the broadcasting service provider is recognized by digital audio transmission service providers as it is because broadcast and digital audio transmission are similar in their service content. Also, considering the speed of development of Internet-mediated technologies and services, it is also undesirable to completely differentiate ‘forwarding’ and ‘digital audio transmission’ through the concept of the law. Therefore, this study proposed to delete the concepts of ‘digital audio transmission’ and ‘digital audio transmission service provider’ and include them in ‘forwarding’. In addition this study proposed a method to reflect the difference of service by differentiating service charge rate according to the user's selectivity and the possibility of replacing the sale of records.

Key Words: Broadcasting, Forwarding, Digital Audio Transmission, Neighboring Right, Digital Millennium Copyright Act, Copyright on the Digital Environment