

디지털 자원에 대한 저작권과 계약간의 충돌관계 및 이에 대한 대응방안 연구 *

A Study on the Legal Relationship between the Copyright and
the Contract for Digital Resources

황 옥 경(Ok-Gyung Hwang)**

이 두 영(Too-Young Lee)***

초 록

오늘날의 디지털 환경에서는 라이선스 계약 및 기술적보호조치가 이용자의 권리를 제한하는 수단으로 이용되고 있다는 비난이 제기되고 있다. 이에 본 연구에서는 계약을 통해 그 이용이 이루어지는 디지털 자원에 대한 저작권법과 계약법간의 충돌 관계를 고찰하였고, 이러한 충돌 관계에 대한 법률적 해석 방법들을 고찰하였다. 그리고 IFLA가 밝힌 디지털 환경에서의 저작권에 대한 입장 고찰을 통해 이러한 충돌 관계와 관련하여 도서관이 저작권법의 공동화를 방지하는 동시에 이용자의 권익을 확대하기 위한 대응방안을 제시하였다.

ABSTRACT

In this digital environment, license contracting and technical protection measure are being used by copyright holders as a means to restrict the rights of information users. The study reviewed the conflicting relationship between the copyright law and the contract law for digital resources the use of which is based on license contracting, and investigated the legal interpretations of the conflicting relationship between the two. And then based on the analysis of IFLA's position on copyright in the digital environment, the study suggested the expected role of librarians to cope with the technological overrides of copyright rules and to expand the rights of information users.

키워드: 전자 자원, 저작권, 저작권법, 계약, 계약법, 미묘한 균형, 라이선스, 강행규정
electronic resources, digital resources, copyright, copyright law, contract, contract law.
delicate balance, license, imperative provision

* 이 논문은 2003년도 중앙대학교 학술연구지원금에 의하여 수행되었음

** 중앙대학교 문헌정보학과 강사(hmirim7@dreamwiz.com)

*** 중앙대학교 문헌정보학과 교수(leety@cau.ac.kr)

■ 논문접수일자 : 2004년 8월 16일

■ 게재확정일자 : 2004년 9월 18일

1. 서론

1.1 연구의 목적 및 필요성

과학과 학문의 발전은 정보 및 지식이 아무런 제한 없이 자유롭게 소통될 때 이루어질 수 있다. 저작권법은 창작에 대한 동기부여를 위하여 정보의 권리자에게 정보에 대한 배타적인 독점권을 부여하는 대신, 일정한 존속기간 내에서 사실과 아이디어를 제외한 창작성이 있는 표현에 한해서만 저작권으로 보호함으로써 그 기간과 대상을 제한하는 한편 지식과 정보의 배포를 통한 문화 창달을 위해 공공이 자유롭게 지식과 정보를 이용할 수 있는 권리를 보호해 왔다. 이렇게 저작권법은 저작권자의 이익과 공공의 이익간의 미묘한 균형을 유지하기 위해 노력해 왔다.

그러나 최근의 네트워크 정보 기술의 발전과 더불어 누구든지 쉽고 저렴하게 디지털 자원을 다량으로 순식간에 복제하고 배포 할 수 있게 됨으로써 저작권법이 제한적으로 허용해 오던 권리 및 수단만으로는 저작권자의 권리를 충분히 보호하지 못하게 되었다. 이에 따라 저작권자들은 디지털 자원의 이용에 따른 저작권 보호를 더욱 강화할 수 있는 다각적인 방법을 모색하게 되었고 그 결과로 나타난 것이 기술적보호조치 및 라이선스계약에 의한 이용 제한이다. 기술적보호조치에 관한 대표적인 입법으로 미국의 디지털밀레니엄저작권법이 있으며 라이선스 계약에 관한 대표적인 입법으로 미국 통일컴퓨터정보거래법을 들 수 있다. 국내의 경우 기술적 보호조치는 저작권법 상에 명확하게 규정되어 있으나 라이선스 계약에 관한 규

정은 달리 법제적으로 명시되어 있지도 않고 일반적으로 계약법에 기반하게 된다. 이 경우 저작권법과 계약법간에 충돌이 발생할 수 있으며 계약에 의한 저작권의 침해 혹은 공동화 문제가 야기될 수 있다.

기존의 인쇄 형태 자원의 경우, 공정이용, 최초판매의 원칙, 도서관 면책 등 법제적으로 규정되어 있는 저작권 제한을 통해 도서관은 이용자에게 자유롭게 자원을 이용시키는 것이 가능했다. 그러나 이제 도서관은 디지털 환경에서도 동일한 수준의 저작권 제한이 가능한지, 혹은 동일한 수준의 저작권 제한을 유지하기 위해서는 어떤 대응방안이 필요한지 등 디지털 환경에서의 저작권에 대한 도서관의 대응방안이 요구되는 시점에 놓여 있다.

이에 본 연구에서는 라이선스계약의 증가와 더불어 대두되기 시작한 저작권 대 계약간의 관계를 둘러싼 논쟁점 고찰을 통해 디지털 환경에서의 저작권 및 계약의 관계를 명확히 이해하고 이를 바탕으로 향후 도서관의 저작권 및 계약 대응 방안을 제시하고자 한다.

1.2 연구 방법

저작권과 계약간의 관계에 대한 논의는 라이선스 계약에 의한 저작권 보호가 활성화되면서부터 본격적으로 시작되었다. 본 연구에서는 이러한 논의들에 대한 고찰을 통해 디지털 환경에서의 저작권 및 계약에 대한 올바른 대응방안을 모색하고자 한다. 본 연구가 수행한 연구방법은 다음과 같다.

첫째, 문헌 조사를 통해 저작권법과 계약법간의 관계를 둘러싸고 진행되었던 다양한 논의

를 고찰하였다. 이를 통해 저작권법과 계약법 간의 본질적인 관계를 정립하고 이 두 법 간에 충돌이 있는 경우의 대응 방안을 모색하였다.

둘째, 국제도서관연맹이 제시한 “디지털 환경에서의 저작권에 대한 입장” 선언 및 “디지털 환경에서의 저작권법 및 저작권접권법의 제한과 면책”에 대한 분석을 통해 향후 도서관이 지향해야 할 저작권 대응 방안을 제시하였다.

2. 저작권과 계약의 관계

2.1 본질적 관계

계약이 성립하려면 계약당사자간에 여러 개의 의사표시의 합치, 즉 합의가 있어야 한다. 디지털 자원의 이용을 위한 라이선스 계약은 크게 다음과 같은 세 가지 요소에 대한 합의와 관련된 것이다.

첫째는 라이선스 대상의 문제이다. 계약 대상, 즉 라이선스 자료가 구체적으로 무엇인지, 어떤 권리가 보유하고 양도되는지, 라이선스 자료에 대해 어떤 비용 혹은 가격이 지불되는지를 규정한다.

둘째는 책임 문제이다. 해당 라이선스 자료와 관련하여, 여하한 과실, 결함 그리고 명예 훼손이나 비방이 있는 경우 누구에게 손해배상의 책임이 있는지 그 책임 소재를 규정한다.

셋째는 이행의 문제이다. 거래가 어떻게 이루어질 것인지, 언제 완결되고, 준거법은 무엇이고, 쌍방의 관계 설정에는 어떤 문제들이 연관되어 있는지를 규정한다.

이러한 문제는 저작권법이 아니라 계약에

의해 밝혀지게 된다.

Nimmer(1998)는 이 두 법의 본질을 다음과 같이 분석하였다.

첫째, 계약법은 이해관계에 놓인 쌍방이 자신의 관계를 규정하는 것으로서, 일방당사자들이 선택하는 체제(party choice regime)인 반면에 저작권법을 포함한 지적재산권법은 이미 그 권리가 주어져 있는 체제(vested rights regime)이다.

둘째, 계약에 따른 권리는 계약 상대방에 대해서만 행사할 수 있는 권리이고 재산권은 세상 모든 이들에 대해 행사할 수 있는 권리이다.

셋째, 계약법은 쌍방이 달리 계약하지 않은 경우에 그 관계가 어떻게 되는지를 지시하는 배경 규칙 혹은 기본 규칙을 제공하며, 저작권법을 포함하는 지적재산권법은 계약법의 배경 규칙 혹은 기본 규칙을 제공해 준다.

본질적으로 저작권은 달리 등록 절차를 거치지 않더라도 독창적인 아이디어와 사고가 유형물에 고정되는 순간 주어지는 권리로서 세상 모두에게 주장할 수 있는 대세적인 권리이다. 반면에 계약은 서로 상반되는 이해관계에 놓인 쌍방간에 의사 합의 즉 합의가 이루어질 때만 발생하는 권리로서 계약 당사자간에 만 유효한 채권적인 효력을 지니고 있다. 두 법 간의 이러한 본질적인 차이점은 저작권법과 계약법 간에 충돌이 있는 경우 법적 해석에 있어 기준이 되어 준다. 또 하나의 본질적인 관계로서, 계약법은 계약의 배경 규칙이고 저작권법은 계약법의 배경 규칙이라는 Nimmer의 분석은 미국의 경우 저작권법은 연방법인 반면 계약법은 주법으로서 일반적으로 연방법이 주법에 우선한다는 원칙에 기인하고 있다.

2. 2 충돌 관계

2. 2. 1 저작권법: 미묘한 균형 추구

저작권법은 저작권자에게 배타적인 독점권을 부여함으로써 저작권자의 창작 의욕을 장려하는 한편 저작권의 제한을 통해 지식과 정보의 배포에 따른 문화 창달을 목표로 하고 있다. 저작권의 제한을 위해 창작성이 없는 정보, 아이디어에 불과한 정보, 저작권 보호기간이 경과한 정보는 공공의 영역에 둬으로써 누구든 자유롭게 이용할 수 있게 한다. 저작권법의 보호를 받는 저작물이라 하더라도 문화진흥, 예술발전, 교육증진, 공무수행, 알 권리의 충족을 위해서 시장기능을 크게 해치지 않는 한 저작권자의 허락 없이도 이를 이용할 수 있게 한다. 이는 공정이용에 따른 저작권 제한이다.

또한 일단 이용자가 복제본을 구입한 이후에는 저작권자의 허락 없이도 이를 자유롭게 처분할 수 있게 한다. 이는 최초판매의 원칙에 따른 저작권 제한이다.

원래 저작권자의 배포권은 불법복제물이나 도난 또는 기타 불법적인 복제물의 경우에 저작권자를 충분하게 보호하기 위해 복제권에 보완적으로 부여된 권리이다. 따라서 배포권은 저작권자가 일단 저작물의 복제물의 배포에 동의한 경우에는 적용될 여지가 없다는 것이 최초판매의 원칙의 논거이다.

유체적 복제물의 소유권이 판매 등에 의해 이전되는 경우, 별도의 규정이 없는 한 저작권자는 자신의 배포권을 지속적으로 행사할 수 있게 된다. 이 경우, 유형적 재산의 소유자는 그 재산에 대한 완전한 지배권을 가지며 그를 마음대로 처분할 수 있다는 법원칙과 충돌하게

된다. 이러한 충돌을 조율하기 위해 저작권자의 배포권을 최초판매로 국한하는 것이다. 이 원칙은 두 가지 주요기능을 갖고 있다(임원선 2001).

첫째는 저작권자가 배포권을 이용하여 복제물의 지속적인 배포과정에 지속적으로 관여하는 것을 차단함으로써 저작권자가 자신의 저작권 경쟁 제한을 위한 수단으로 사용하는 것을 막는 것이다.

둘째는 일단 유통된 저작물의 경우, 저작권자의 간섭 없이 자유로이 처분될 수 있도록 함으로써 정보의 자유로운 유통을 보장하는 것이다.

이렇게 저작권법은 저작권자의 권리와 이용자의 권리 간의 미묘한 균형 유지를 위해 노력해 왔다.

2. 2. 2 계약: 미묘한 균형 파괴

공정이용이나 최초판매의 원칙은 책과 같은 유체물을 대상으로 하는 것이었다. 디지털 복제물은 유체물이 아니므로 유체물의 경우와는 다른 문제점을 안고 있다.

즉 무체물의 배포는 전송을 통해 이루어지는데 이 경우 일시적이든 영구적이든 복제가 이루어진다는 점이다. 따라서 전송이 완료된 시점에도 전송자는 전송의 대상이 되었던 저작물을 그대로 보유하고 있게 된다. 더구나 이러한 전송은 아무런 질적 저하 없이 순식간에 다량으로 이루어진다는 것이다.

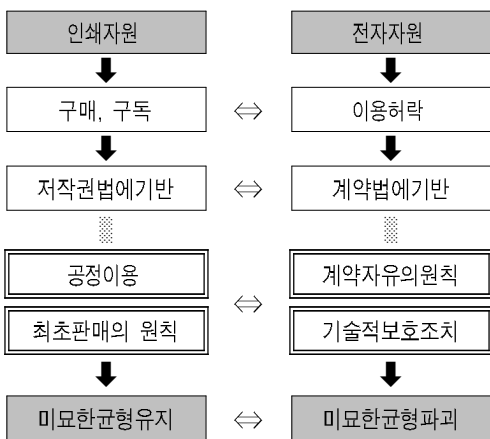
이러한 문제점으로 인해 등장하게 된 것이 전송권이다. 그러나 전송권의 신설로 인해 디지털 복제물의 배포, 즉 전송을 위해서는 별도의 전송권을 득해야 하며, 저작권자들은 기술적 보호조치를 강구하고 있어, 디지털 자원에

대해서는 최초판매의 원칙이 온전히 적용되지 못하고 있다.

이러한 상황에서 계약의 자유의 원칙에 따라 계약을 통해 공정이용의 원칙이나 최초판매의 원칙과 같은 저작권법상의 이익균형을 위한 법원리를 수정하거나 배제하고자 하는 경우, 이러한 계약내용이 유효한지에 대한 문제점이 제기된다.

일반적으로 계약은 사적 자치의 원칙이 대 원칙으로서, 강행법규의 위반이 아닌 한 유효한 것으로 인정받는다. 그러나 저작권법에 의하여서는 보호되지 않는 대상이 당사자간의 계약에 의하여 저작권에 상응하는 권리를 발생시킨다면 그러한 계약의 조건은 부정하여야 한다는 견해가 제기되기도 한다(이대희 1999). 즉 저작권자가 허용된 범위를 넘어서는 이용을 위하여 독점을 확대하기 위한 목적으로 계약법을 이용한다면 이는 불법이라는 것이다.

저작권자의 권리와 이용자의 권리간의 미묘한 균형에 대한 저작권과 계약의 관계를 도식화하면 다음의 <그림 1>과 같다.



<그림 1> 계약에 따른 미묘한 균형의 파괴

2. 3 저작권과 계약의 관계에 대한 예측

디지털 자원의 이용 증가와 더불어 라이선스 계약 사례가 크게 늘어남에 따라 저작권법과 계약법간의 충돌 관계가 지적되기 시작하면서 이 두 법간의 관계가 향후 어떻게 진전될 것인지에 대한 예측들이 제시되었다. 이러한 예측은 크게 3가지 유형으로 구분된다.

2. 3. 1 저작권법을 대체하는 계약법

계약에 의해 저작권법이 대체되는 현상을 “저작권법의 공동화 현상”(technological overrides of copyright rules)이라 부른다. Goldstein(1997)은 “[계약은] 저작권법에 내리고 있던 닳을 올리고 서서히 저작권법으로부터 벗어나고 있다”는 비유로 이러한 현상을 표현하였다. Oppenheim(2000)은 전자 환경에서의 저작권이 현재의 형태로는 존속하기 어려우며 계약이야말로 저작권과 관련하여 가장 중요한 것 중의 하나가 될 것이라고 주장하였다. 즉 전자 환경에서는 저작권법만이 아니라 계약 쪽에 더 많은 비중이 두어질 것이라는 주장이다.

앞으로는 저작권법이 사라질 것이라는 극단적인 예견들도 제시되었다. 이러한 예견은 인터넷 환경에서 저작권을 보호하는 기술적인 장치들이 꾸준히 개발되고 이용되면서 저작물 보호를 위한 저작권법의 역할을 암호화 기술이 점차 대체해 가는 현실로부터 대두된 주장이다. 기술적인 장치를 사용하지 않으면 자유로운 사용을 용인하는 묵시적인 이용허락을 한 것으로 간주하는 소위 “use technology or accept infringement” 라는 원칙도 제기되었다(Schlachter 1997). 앞으로 저작권이 너무

지나치게 보호된다보면 저작권자들이 누리는 copy-right 은 오히려 저작물을 어떻게 접근시킬 것인지를 다루는 copy-duty로 바뀌어야 할 것이라는 주장도 있다(Lessig 1999).

Neal(2002)은 이제 저작권의 역할은 끝나고 이를 대신하여 DRM(Digital Rights Management) 기술과 라이선스 계약이 정보의 접근을 통제하게 될 것이라는 우려와 더불어 이에 대한 도서관계의 관심을 촉구하였다. 도서관은 일반 공중이 정보에 평등하게 그리고 효과적으로 접근할 수 있도록 저작권을 새롭게 정의하고 발전시키는 데 적극적으로 참여하고 행동할 것이라고 주장하였다.

2. 3. 2 저작권법을 보완하는 계약법

반면에 Woodberry(2002)는 계약이 저작권법을 대체하는 것이 아니라 보완하는 것이라고 주장하였다. 호주의 CLRC(Copyright Law Review Committee)가 규정한“ 저작물에 대한 온라인 및 오프라인 거래”에서의 큰 차이점으로 다음의 4가지를 제시하였다.

첫째, 만질 수 있는 유형물에 대한 소유권과 특정 자료에 대한 접근권간의 차이.

둘째, 기술적 보호조치 혹은 법적 조치를 통해 온라인 계약 조건을 강화할 수 있는 가능성.

셋째, 국경을 넘어 발생하는 거래.

넷째, 디지털 자료에 대한 질 높은 수준의 복제에 따른 저작권 침해의 용이성.

그러나 전자 형태의 정보 구매 및 이용을 규정하는 계약은 전체 출판 시장의 일부분에 지나지 않는다. 여전히 저작권법에 기반하고 있는 인쇄 형태 자원이 큰 비율을 차지하고 있다. 따라서 시장의 일부분을 규율하는 계약법이 대

부분을 규율하는 저작권법을 대체할 수는 없다는 논지이다.

국제도서관연맹이 2002년에 발표한“디지털 환경에서의 저작권법 및 저작인접권법의 제한과 면책”에 대한 선언에서도 계약은 저작권법을 대체하는 것이 아니라 보완하는 것이어야 한다고 밝히고 있다.

2. 3. 3 저작권법과 계약법은 공존 관계

Nimmer(1998)는 계약이 지적재산권법의 정책구조 내에 필수적으로 내재하는 것이라는 주장 속에 이 두 법의 관계를 정리하고 있다. 물론 주된 재산권으로서의 복제물 제작 및 배포에 초점을 두고 있는 저작권법은 오늘날의 디지털 정보세계에서의 온라인 배포 방식에는 적합하지 않기 때문에 앞으로 계약법과 계약행위의 중요성은 더욱 커지는 반면 저작권법은 그 중요도가 줄어드는 지각변동 혹은 “빅뱅”이 있으리라고 예견하였다. 그러나 두 법은 앞으로도 계속 공존 상태를 유지할 것이라고 주장한다. 지적재산권법이 정보 재산의 생성 및 배포와 관련된 것이라면, 정보재산의 이용을 상업화 하는 계약 역시 기존의 정보 재산을 배포하거나 새로운 정보 재산을 생성하는 데 대한 재정적 인센티브를 제공하는 매트리스 구조의 일부이기 때문이다. 이런 측면에서 보면 소위 지적재산권이라는 것이 계약법 없이는 존재하지 않을 것이라는 주장이다.

이상에서 살펴본 저작권법과 계약법간의 관계에 대한 논의를 정리해보면 계약법이 저작권법을 대체하게 되리라는 예견들이 제시되기도 하였으나 저작권법과 계약법의 관계는 같거나 대립이 아닌 상호 보완적인 공존의 관계라

는 쪽으로 의견이 수렴되고 있는 것으로 분석된다. 물론 앞으로 계약의 중요성이 더욱 커질 것이라는 점에는 이견이 없다.

3. 저작권과 계약의 관계 정립

3.1 우선 적용의 관계

계약이란 당사자 쌍방이 서로 인지하는 가운데 약속을 실천한다는 전제 하에 주고받는 것으로 민법에 따라 보호된다. 저작물 이용에 대한 계약의 경우에는 저작권법에서 규정하고 있는 내용에 관한 법리해석에 적합해야 한다.

미국의 경우에는 이러한 저작권과 계약의 관계를 명확히 해주는 근거가 두 가지 있다. 첫째, 미국의 경우, 저작권법은 연방법이며 계약법은 주법이라는 것이다. 따라서 저작권법과 계약법간에 충돌이 있는 경우, 연방법인 저작권법이 주법인 계약법에 우선시 된다. 둘째, 최초의 컴퓨터정보거래를 위한 라이선스 계약법이라 할 수 있는 미국통일컴퓨터정보거래법(Uniform Computer Information Transactions Act, UCITA)이 존재한다. 미국통일컴퓨터정보거래법은 350명의 현직 변호사, 판사, 교수들로 구성된 전미통일주법위원회의(National conference of Commissioners on Uniform State Laws)가 10년간의 작업을 거쳐, 1999년 7월 29일에 제정한 법이다.

우리나라의 경우에는 연방법이 주법에 우선한다는 원칙도 적용될 수 없고 미국통일컴퓨터정보거래법과 같은 라이선스 계약법에 해당하는 법규정도 현재 없다. 계약은 일반적으로 민

법의 기본적 이념이라고 할 수 있는 사적자치의 기저이기 때문에 강행법규의 위반이 아니라면 어떤 방식으로든 계약은 유효하게 성립한다는 원칙에 따라 규율된다.

저작권법은 민법의 특별법으로서의 지위를 가진다. 일반적으로 특별법은 일반법보다는 구체적인 규정을 두고 있다. 그래서 저작권법에서는 그 권리관계나 이용허락, 제한 등에 대해 민법이 가지지 못하는 부분을 담고 있다. 그렇지만 특별법이라고 하더라도 모든 사항을 다 고려하고 있는 것은 아니다. 따라서 저작권법에서 규정되지 않은 사항으로서 당사자간의 이해관계가 합리적으로 해결되지 않은 경우에는 일반적인 민법에 의해 해결하게 된다.

만약 저작자와 이용자가 저작물 이용계약을 체결하면서 계약서상에 구체적인 이용방법과 조건들을 분명하게 명시하였다면 별다른 문제가 없겠지만 그렇지 못한 경우 계약의 범위를 어떻게 해석할 것인지 문제가 된다. 이러한 계약 해석에 있어, 저작물 이용허락 계약에 관해 저작권법에 규정되어 있지 않은 사항은 민법상 계약에 관한 규정에 따라서 해결되는 것이다(김윤명 2003).

3.2 상반되는 논쟁

계약서상에 구체적인 이용방법과 조건들이 분명하게 명시되어 있다 하더라도 이러한 조건이 기존의 저작권법에서 주어지던 권리를 포기하거나 제한하는 조건으로 명시되어 있는 경우 이러한 계약의 유효성에 대한 논란이 제시되는 경우도 있을 수 있다.

이와 관련하여 계약에 의한 이용자의 권리

가 제한되는 것을 옹호하는 입장에서 제기되는 논점들은 다음과 같다.

첫째, 계약은 당사자 간에만 적용되는 대인적 권리인 반면 저작권법에 의한 권리는 누구에게나 주장할 수 있는 준물권이기 때문에 계약에 의해 저작권법의 규정을 우회하더라도 문제가 없다는 주장이다(Samuelson 1999).

둘째, 저작권법과 계약의 기능이 다르다는 점을 지적한다. 즉, 저작자의 권리는 저작권법에 의해 주어지고 계약은 이러한 권리의 이전에 관여할 뿐이므로 양자는 서로 상충되지 않는다는 주장이다.

셋째, 계약자유의 원칙에 따라 당사자들의 의사를 존중하는 것이야말로 시장 기능을 최대한 이용하는 것이고 저작자나 이용자 모두에게 이익이 된다는 주장이다.

한편 이러한 주장들에 대한 반박도 제기된다. 즉 기술진보로 인해 기술적 장벽이 높아지고 계약체결을 위한 승낙의 기준이 크게 완화될 경우 계약에 의한 저작권자의 권리는 사실상 저작권법에 의한 대세적 권리와 동일하게 된다는 주장이다. 저작권법은 저작권자들이 저작물을 효율적으로 보호할 수 있는 기술적인 장치가 없는 것을 전제로 만들어졌기 때문에 이용자의 권리는 반사적으로만 규정되어 있었으나 기술적보호조치가 발달한 현 상황에서는 오히려 이용자의 권리를 명시적으로 규정해야 한다는 주장이다. 또한 계약이 시장의 효율성을 극대화한다는 주장에 대해서도 현실적으로 시장은 완전한 환경이 아니기 때문에 시장에 의한 효율성 극대화의 주장도 맞지 않다고 주장한다.

3. 3 계약에 따른 저작권법 공동화 통제

그렇다면 실제로 계약에 의해 저작권법에서 주어진 이용자의 권리가 침해되는 경우 이를 어떻게 제한하고 통제할 것인가 하는 것이 주요 문제가 된다. 이에 대한 통제 방법들은 다음과 같다(권영준 2002).

첫째, 계약 조건이 저작권법에 위반되어 무효라고 주장하는 방법이다. 계약은 강행규정의 위반이 아닌 한 유효하다 하였으므로 계약 무효 주장을 위해서는 저작권법의 강행규정성이 입증되어야 한다.

둘째, 약관의 규제에 관한 법률에 따른 계약 무효를 주장할 수 있다.

이러한 두 가지 방법에 대한 상세한 내용은 다음과 같다.

3. 3. 1 강행규정성에 따른 통제

강행규정이란 당사자의 의사 여하에도 불구하고 강제적으로 적용되는 규범을 의미한다. 일반적으로 사회의 기본적인 윤리관을 반영하는 규정, 가족관계 질서의 유지에 관한 규정, 법률 질서의 기본구조에 관한 규정(권리능력·행위능력·법인제도 등), 제 3자 나아가 사회일반의 이해에 중요한 영향을 미치는 것, 거래의 안전을 위한 규정, 경제적 약자의 보호를 위한 사회정책적 규정들이 이에 속한다. 저작권법의 강행규정성을 논함에 있어 저작권법의 103개 조항 전체가 강행규정인지의 여부를 논하는 것은 의미가 없다. 즉 각 조항별로 강행규정성을 논하여야 한다.

계약과 관련하여 주로 문제가 되는 것은 저작권의 성립, 내용, 보호에 관한 규정과 저작물

의 이용에 관한 규정이다. 저작권은 준물권적인 성격을 가지고 있는 권리로서 대세적인 효력을 가지고 있으므로 사회 일반의 이해에 직접적인 영향을 가져다주는 저작권의 성립요건과 내용 및 그 보호에 관한 규정은 강행규정에 해당되어 당사자가 임의로 그 적용을 정면으로 배제할 수 없다. 반면에 저작물의 이용은 임의 규정에 해당된다.

그러나 저작권은 대세적 효력을 가지는 절대권이지만 계약에 의하여 창출되는 권리는 대인적 효력을 가지는 상대권이라는 점에서 저작권의 강행규정성만을 놓고 계약의 유효성을 결정짓는 데는 무리가 있다.

예를 들어 사실의 전달에 불과한 시사보도에 대하여 일체의 복제, 배포, 변경을 불허하는 계약을 체결한 경우, 즉 공정이용의 대상으로서 저작물로 인정될 수 없는 표현물에 대해 계약 당사자들이 저작권과 유사한 지위를 부여하는 경우, 이를 강행규정에 해당하는 저작권의 성립요건과 그 보호범위를 위반으로 보아 이러한 계약 조항은 무효라고 주장할 수도 있다. 반면에 이러한 합의는 어디까지나 계약 당사자 사이에서만 구속력을 가지는 것으로서 계약당사자 이외의 사람들에게는 아무런 영향을 미치지 못한다는 측면에서 이 계약을 무효화할 필요가 없다는 주장도 가능하다. 쌍방은 분명 어떤 필요나 이유에 따라 계약을 체결했을 것이고 그러한 이유나 계약의 결과가 사회의 미풍양속을 해치는 등 기본적인 법질서에 반하는 것이거나 이에 중대한 영향을 미치는 것이라 아니라면, 계약당사자 사이의 계약의 효력을 부정해야 할 이유는 없기 때문이다.

이러한 점을 고려하면, 결국 저작권을 침해

하는 당사자 사이의 계약의 유효성 여부는 해당 조항에 적용되는 저작권 관련법규의 강행규정성이란 단일한 요소보다는 계약의 내용과 성격, 당사자의 의사와 계약상의 권리의무, 계약체결의 경위, 거래관행, 계약내용의 사회적 기본질서 위반의 정도 등과 같은 구체적이고 개별적인 사정에 의하여 결정될 가능성이 더 크다.

3. 3. 2 약관의 규제에 관한 법률에 따른 통제

약관은 그 명칭이나 형태 또는 범위를 불문하고 계약의 일방당사자가 다수의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식에 의하여 미리 마련한 계약의 내용이 되는 것을 말한다. 이러한 약관은 사업자가 그 거래상 지위를 남용하여 불공정한 내용의 약관을 작성, 통용하는 것을 방지하고 이를 규제하여 건전한 거래질서를 확립함으로써 소비자를 보호할 것을 목적으로 한다(법 제 1조).

약관의 내용통제는 통제의 기준에 따라 편입통제, 해석통제, 불공정성통제의 3단계로 나뉜다.

첫 번째 단계의 편입통제는 약관이 사업자와 고객이 체결한 계약에 편입되었는지의 여부를 심사하는 것으로서 사업자의 약관의 명시 설명의무, 의외성의 원칙, 개별약정우선의 원칙 등이 적용된다. 약관조항이 계약에 편입되지 못하면 사업자는 그 조항에 의한 권리를 주장하지 못하고 고객은 그 조항에 의한 구속을 받지 않는다.

두 번째 단계의 해석통제는 약관조항을 여러 해석원칙에 따라 해석하고 그 해석된 내용을 당해 계약에 적용하여 당사자의 권리를 정

하는 통제방식으로서 객관적 해석의 원칙, 불명료의 원칙(작성자 불이익의 원칙) 등이 적용된다.

약관이 계약에 편입되고 해석상 문제가 없다면 마지막으로 세 번째 단계의 불공정성통제를 거친다. 불공정성통제는 약관조항의 내용이 고객에게 부당한 불이익을 주고 있는가를 심사하여 그 조항의 효력유무를 심사하는 통제방식으로서 신의성실의 원칙, 비례의 원칙 등이 적용된다.

공정을 잃은 약관의 구체적인 내용으로서 첫째, 고객에 대하여 부당하게 불리한 조항, 둘째, 고객이 계약의 거래형태 등 제반사정에 비추어 예상하기 어려운 조항, 셋째, 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 계약에 따르는 본질적 권리를 제한하는 조항 등을 규정하는 한편(약관규제법 제 6조 제 1항, 제 2항 각호), 사업자 등의 고의 또는 중대한 과실로 인한 법률상 책임을 배제하거나, 상당한 이유 없이 사업자의 손해배상책임범위를 제한하고 담보책임을 배제 또는 제한하는 면책조항 등은 무효로 규정하고 있다(약관규제법 제 7조).

그러나 이 경우에도 정보이용자의 권리를 부당하게 제약하는 계약의 조건이 불공정약관에 해당하든지 여부는 계약과 관련된 개별적이고 구체적인 사정을 종합적으로 고려하여 판단되어야 한다.

4. 도서관의 대응 전략

저작권자의 권리를 더 강화시켜야 한다거나 이용자의 권리를 더 강화시켜야 한다는 주장들

이 대립하고 있지만 어느 경우이건 저작권법 혹은 지적재산권법에서 규정해 놓은 세세한 규칙들에 의해 계약 내용이 결정되는 것이 아니라 거래 과정에서 이해당사자들이 상호작용을 어떻게 하는가에 의해 결정이 된다.

본 연구에서는 계약을 통해 접근과 이용이 이루어지는 디지털 자원의 경우, 저작권법에서는 보장되고 있는 이용자의 권리가 계약을 통해 제한될 수 있는 문제점에 대비하여, 이를 통제하는 방안 제시에 초점을 두었다. 혹은 이와 달리 저작권법상에 명시된 이용의 범위나 제한을 넘어서는 권리가 계약을 통해 발생하는 경우가 있을 수도 있다. 어느 경우이건 중요한 것은 어떤 내용과 조건으로 계약에 합의하였는가 하는 것이다.

국제도서관연맹이 2000년에 선언한 “디지털 환경에서의 저작권에 대한 IFLA 입장”에서의 핵심은 “디지털이라고 다르지 않다”는 것이며 “균형 잡힌 저작권”이어야 한다는 것이다. 특히 “계약 및 기술적보호시스템”에 대한 입장에서 계약과 관련한 내용은 다음과 같다.

- 저작권보호는 이용과 창작을 제한하기 위한 것이 아니라 장려하기 위한 것이어야 한다.
- 저작권법은 저작권법에서 주어진 면책을 무시하는 기술적 혹은 계약적 수단에 의해 저작권법이 유지해 온 균형이 무너지게 해서는 안 된다.
- 이용자가 라이선스 상의 용어를 협상할 기회도 주지 않고 저작권자가 일방적으로 저작권법상의 면책을 제한하는 내용으로 제시한 라이선스 상의 모든 조건은 부당한 것으로 판결되어야 한다.

세 번째 조항을 제외한 나머지 두 조항은 기본적으로 저작권자의 권익과 이용자의 권익간의 미묘한 균형 유지를 강조한 입장 선언이라

할 수 있다. 세 번째 조항은 앞서 고찰한 약관의 규제에 관한 법률과 관련한 조항으로 분석된다. 즉 신의성실의 원칙에 따라 계약 내용 및 조건을 명확하게 명시되고 설명하지 않았다면 편집통제에 해당될 것이고 부당하게 불리한 조건을 일방적으로 강요하는 경우는 불공정성 통제에 해당될 것이다.

국제도서관연맹은 2002년에 다시 “디지털 환경에서의 저작권법 및 저작권집권법의 제한과 면책”에 대한 선언을 발표하였는데 이 중 라이선스 계약과 관련된 입장은 다음과 같이 밝히고 있다.

<라이선스 계약 환경에 대하여>

저작물에 대한 라이선스 계약 내용은 저작권, 지적자유, 소비자보호 등의 공공 정책을 지원하는 것이어야 한다. 정보에 대한 라이선스 계약은 적용가능한 저작권법에 의해 허락되었을 법적 권리를 제거함으로써 정보이용자들을 배제하거나 이들에게 부정적인 영향을 주어서 안 된다. **IFLA는 라이선스 계약이 저작권법을 대체하는 것이 아니라 이를 보완하는 것이 되어야 한다고 믿는다.**

저작권법은, 이용자에게 라이선스 상의 내용을 협상할 기회도 주지 않고 저작권자가 일방적으로 작성된 라이선스인 경우, 저작권법에 구현된 면책이나 제한을 공동화 하거나 규제하는 라이선스 내용은 부당한 것으로 판결해야 한다. **최소한 라이선스는 이용자가 사적 목적을 위해 아무런 제한 없이 자료를 열람하고 다운로드 하고 출력할 수 있도록 허락해야 한다.**

기본적으로 2000년의 “디지털 환경에서의 저작권에 대한 IFLA 입장”에서와 마찬가지로 전체적으로 저작권자의 권리와 이용자의 권리 간에 균형 유지를 강조하고 있으나 “계약은 저작권법을 대체하는 것이 아니라 보완하는 것”이라는 내용을 통해 계약에 의한 저작권의 공동

화를 받아들이지 않을 것이라는 의지를 보여주고 있다. 이러한 저작권의 공동화는 “부당한 것으로 판결해야 한다”고 분명하게 밝히고 있다.

디지털 환경에서의 저작권에 대한 이러한 IFLA의 입장 분석 결과 및 앞서 고찰한 저작권법과 계약법간의 충돌관계를 둘러싼 다양한 법적 해석에 대한 이해를 바탕으로 도서관 사서들이 디지털 환경에서의 저작권과 계약에 효과적으로 대응하는 지침을 제시하면 다음과 같다.

첫째, 사서는 저작권자의 권리 및 이용자간의 권리 간에 균형을 이룰 수 있도록 저작권 관련 입법 및 정책 결정을 위한 홍보 활동에 적극적으로 참여하고 추진한다.

둘째, 기본적으로 계약은 계약 자유의 원칙을 따르므로 가능한 한 사서는 최대한 이용자의 권리를 확대하는 방향으로 계약 내용 및 조건 협상에 임한다.

셋째, 계약에 따른 저작권법 침해나 저작권법 공동화 현상을 통제하기 위한 방안으로 라이선스 상에 다음과 같은 조항을 명시하도록 한다.

“본 라이선스는 적용 가능한 국가 저작권법 하에서 도서관 및 그 이용자에게 허용된 여하한 법적 권리를 배제하거나 수정하거나 영향을 미칠 수 없다.”

넷째, 계약서상의 모든 조항에 대해서는 반드시 면밀히 검토하여야 하며 그 의미가 명확하지 않은 조항에 대해서는 설명을 요청하여 완전히 이해한 후 계약에 임하도록 한다. 명시 설명의 의무를 다하지 않은 조항에 대해서는 약관의 규제에 관한 법률에 따라 무효를 주장할 수 있다.

다섯째, 계약 내용 및 조건이 정보이용자의 권리를 부당하게 제약하는 불공정약관에 해당 하는지의 여부는 계약과 관련된 개별적이고 구체적인 사정을 종합적으로 고려하여 판단한다. 약관 규제에 관한 법률상의 불공정 조항 규정에 따라 다음의 관련 조항에 대해서는 이의를 제기할 수 있으며 이로 인한 분쟁 발생시에는 무효를 주장할 수 있다.

① 민법의 일반원칙인 신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃는 조항(약관규제에 관한 법률 제 6조 제 1 항): 기습조항이나 의외조항이 이에 해당된다. 미국도서관협회의 “전자자원 라이선스 계약 원칙” 제 14조가 이와 관련된 원칙으로서 “라이선스 계약은 현행 라이선스에 명시되어 있는 그대로 라이선시에 의해 합의된 조건이 아닌 경우에는 라이선서와 제 3자간의 별도의 계약서에 따른 조건에 대해 라이선서로 하여금 준수하도록 요구해서는 안 된다.”고 명시하고 있다. 국제도서관연맹의 라이선스 계약 원칙의 제 3원칙이 “라이선스는 도서관과 출판사 혹은 벤더 간의 합의를 나타내는 것으로 그 내용과 조건은 계약 체결 이전에 라이선서에게 충분히 알려져야 하며 쌍방간의 협상을 통해 그 내용과 조건을 결정해야 된다.”는 규정으로서 신의성실의 원칙을 강조하고 있다. 이와 관련하여 라이선스 상에 다음과 같은 조항들을 두는 것이 바람직하다.

“이 계약은 쌍방의 전적인 합의로 이루어지며 구두로나 서면으로나 이 계약에서 다루는 내용과 관련하여 사전에 있었던 여하한 대화, 이해, 및 합의를 대신 한다.”

“이 계약은 어느 일방에 의해 다른 사람 혹은 기관에 양도될 수 없으며, 다른 일방의 사전 서면 동의 없이는 라이선서의 대행사, 서버 관리 및 운영을 위한 대행사와 이 계약의 의무를 도급계약 할 수 없다.”

② 상대방에게 과중한 손해배상의무를 부담시키는 조항(약관규제에 관한 법률 제 8조): 도서관 이용자의 인증되지 않은 이용에 대해 도서관이 책임을 지도록 명시하는 조항은 부당하다. 물론 이의 부당성을 주장할 수 있기 위해 도서관은 금지되는 이용 및 허락되는 이용의 범위에 대해 이용자에게 합리적이고 적절한 방식으로 알려주는 것이 필요하며 인증되지 않은 이용 행태를 발견하는 즉시 이러한 부정 이용을 중지시키는 동시에 라이선서에게 이에 대한 내용을 신속하게 통지해 주어야 한다. 이러한 대응 방안으로 다음과 같은 조항을 라이선스 상에 명시하는 것이 필요하다.

“라이선서나 인증된 이용자에 의한 라이선스 자료 이용과 관련하여 혹은 라이선서가 이 계약과 관련한 의무를 이행하지 못함에 따라 라이선서에 의한 여하한 법적 행동으로 인해 생겨나는 여하한 손실, 손해, 비용, 책임 및 경비에 대해 라이선서의 면책을 보증한다. 라이선서가 그런 위반의 사유가 되거나, 그런 위반을 알면서도 지원을 하거나, 실제로 위반이 발생한 것을 알게 된 이후로도 그런 위반을 지속적으로 묵과하거나 하지 않는 한 인증된 이용자에 의한 라이선스 내용상의 위반에 대해 라이선서는 책임을 지지 않는다.”

③ 계약의 해제·해지에 관한 일정한 내용의 조항(약관규제에 관한 법률 제 9조): 도서관은 라이선서인 출판사 혹은 대행사가 계약

의무를 위반하거나 부당하게 계약 내용을 변경하고자 하는 경우 계약의 해제 혹은 해지를 요청할 수 있음을 명시하는 조항이 포함되어야 한다. 이와 관련되는 라이선스 조항은 다음과 같다.

“제 __항에 따라 자동적으로 계약이 갱신 되는 이외에 이 계약은 다음 각 호에 해당하는 경우 계약 해지가 가능하다.”

이 중 “다음 각 호”에는 다음과 같은 내용을 포함시킬 수 있다.

“라이선서가 이 계약 내용을 현실적으로 위반하고 라이선시에 의한 서면 통지가 있는 지 __일 이내에 그 위반을 구제하지 못하는 경우”

④ 상대방의 권익을 부당히 배제·제한 또는 박탈하는 내용의 조항(약관규제에 관한 법률 제11조: 계약 내용 및 조건에 대해 기밀유지를 강제하는 조항은 부당한 조항으로 이와 관련되는 조항은 삭제하도록 한다. 국제도서관연맹의 라이선스 계약 원칙 중 제 28원칙에서도 라이선스 조건의 비공개 요구는 일반적으로 부적절한 것이라고 명시하고 있다.

여섯째, 사서는 이용자에게 저작권법의 중요성, 저작권법 준수의 필요성 올바른 저작물 이용법에 대한 교육을 실시한다.

일곱째, 사서는 이용자의 정보접근을 향상시키는 다양한 오픈 액세스 학술 커뮤니케이션 모델들에 대한 관심과 활성화를 위해 노력해야 한다.

5. 결 론

본 연구에서는 디지털 자원을 중심으로 저작권법과 계약법간의 본질적 관계 및 충돌 관계를 고찰하였다. 라이선스 계약 및 기술적 보호조치의 증가와 더불어 계약이 저작권법을 대체하리라는 예견이 제시되기도 하였으나 근본적으로 저작권법과 계약법은 상호보완하며 공존하는 관계라고 결론 내릴 수 있다.

또한 계약에 따른 저작권법 침해 및 공동화 현상에 대한 다양한 논점들을 고찰하였는데 본 연구에서는 이에 대한 통제 방안에 초점을 두어 강행규정성에 따른 통제와 약관의 규제에 관한 법률에 따른 통제를 검토하였다. 결국 저작권을 침해하는 당사자 사이의 계약의 유효성 여부는 해당 조항에 적용되는 저작권 관련법규의 강행규정성이나 약관의 규제라는 단일한 요소보다는 계약의 내용과 성격 등과 같은 구체적이고 개별적인 사정에 의하여 결정될 여지가 크다고 분석된다.

끝으로 지금까지의 저작권과 계약의 관계에 대한 고찰 결과 및 국제도서관연맹이 제시한 디지털 환경에서의 저작권과 계약의 관계에 입장 및 선언을 바탕으로 도서관의 향후 저작권 및 계약에 대한 대응 방안을 제시하였다. 이러한 대응 방안은 기본적으로 저작권자의 권리와 이용자의 권리 간에 균형을 유지하여야 한다는 것이다. 그러나 라이선스 계약 및 기술적 보호조치를 통해 저작권자의 권리가 크게 강화됨으로 인해 이 두 권리 간의 미묘한 균형이 무너지고 있다는 비난이 제기되는 오늘날의 상황에서 도서관은 이용자의 권리 확대를 위해 효과적으로 라이선스 계약에 임해야 할 것이다.

참 고 문 헌

- 권영준. 2002. 『저작권과 계약의 상호관계에 대한 몇 가지 문제점』. 서울대학교 지적재산권법 연구실 게시자료. [cited 2003. 07.16].
<<http://jus.snu.ac.kr/~sjjong/classroom/internet/youngjun.pdf>>.
- 김윤명. 2003. IT 기술 발전에 따른 저작권 이용계약과 해석. 『Digital Contents』 2003(2): 88-97.
- 성지용. 2003. 지적재산권의 계약에 의한 보호와 그 통제. 『CLIS Monthly』. 2003(10): 1-18. [cited 2004.05.07].
<<http://technomart.etri.re.kr/board/fdown2.php?data=seminar-1-1067245219.pdf&rawname=지적재산권보호와통제.pdf>>
- 이대희. 1999. 디지털정보거래에서의 계약법과 저작권법의 관계 - 미국의 UCITA와 관련하여, 『국제거래법연구』 제8집
- 임원선. 2001. 디지털 시대의 최초판매의 원칙에 대한 소고. 『계간 저작권』, 2001(겨울호): 2-11.
- 황옥경, 이두영. 2004. 전자저널의 효율적인 라이선스 계약에 관한 연구. 『정보관리학회지』. 21(1): 1-22.
- 황희철. 2000. 『Trusted System과 저작권법의 미래』. 정보법학회 제 4차 학술심포지움 발표문. [cited 2004.05.07].
<http://www.kafil.or.kr/old_kafil/seminar/s4-hhc.PDF>.
- ALA. 1997. "Principles for Licensing Electronic Resources." Final Draft. [cited 2003.06.03].
<<http://www.arl.org/scomm/licensing/principles.html>>
- Committee on Copyright and Other Legal Matters (CLM). 2002. "Limitations and Exceptions to Copyright and Neighbouring Rights in the Digital Environment: an International Library Perspective". [cited 2004.07. 31].
<<http://www.ifla.org/III/clm/p1/ilp.htm>>
- Goldstein, Paul. 1997. "Copyright and Its Substitutes." *Wisconsin Law Review*. 865.
- IFLANET. 2000. "IFLA Position on Copyright in Digital Environment". [cited 2004.07.31].
<<http://www.ifla.org/V/press/copydig.htm>>
- IFLANET. 2001. "Licensing Principles." [cited 2003.05.03].
<<http://www.ifla.org/V/ebpb/copy.htm>>
- Lessig, Lawrence. 1999. *Code and Other Laws of Cyberspace*. New York: Basic Books.
- Neal, James G. 2002. "Copyright is dead... Long live copyright". *American Libraries*, 33(11): 48-51.
- Nimmer, Raymond T. 1998. "Breaking

- Barriers: The Relation Between Contract and Intellectual Property Law.” *Berkeley Technology Law Journal*, 13(3). [cited 2003.07.04]. <<http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol13/Nimmer/html/text.html>>
- Oppenheim C. 2000. “Does Copyright ave any Future on the Internet?” *Journal of Documentation*, 56(3): 279-298.
- Samuelson, Pamela. 1999. “Intellectual Property and Contract Law for the Information Age”. *California Law Review*, vol. 87. [cited 2003.07.16]. <http://sims.berkeley.edu/~pam/papers/clr_2b.html. 2003.07.16>
- Schlachter, Eric. 1997. “The Intellectual Property Renaissance in Cyberspace: Why Copyright Law Could Be Unimportant on the Internet.” *Berkeley Technology Library Journal*, 12(1). [cited 2004.07.31]. <<http://cyber.law.harvard.edu/metaschool/fisher/ISP/cache2.html>>
- Woodberry, Evelyn. 2002. “Copyright vs Contract: Are They Mutually Exclusive?” *Australian Academic & Research Libraries*, 33(11): 48-51. [cited 2003.05.02]. <<http://www.alia.org.au/publishing/aarl/33.4/full.text/woodberry.html>>

K C I

к с і