

인권정보자료실  
ES1.22

# 왼쪽에서 보는 지적재산권

정보공유연대 IPLeft 펴냄

 **left** 정보공유연대  
Intellectual Property Left

왼쪽에서 보는 지적재산권

인권정보자료실  
ES1.22

정보공유연대



# 왼쪽에서 보는 지적재산권

정보공유연대 IPLeft 퍼냄

## No Copyright, Just Copyleft!

### 정보공유연대 IPLeft 펴냄

GNU 자유문서 라이선스 1.1판 또는 자유소프트웨어재단에서 발행한 이후 판의 규정에 따라, 본 문서를 개작하거나 배포할 수 있다. 본 문서의 변경 불가 부분은 표지, 속표지, 판권, 차례, 머리말 등이고, 앞표지의 구절은 '이 책은 GNU 자유문서 라이선스 GDPL을 따른다'이며, 뒤 표지의 구절은 없다. 본 라이선스의 전체 내용은 'GNU 자유문서 라이선스' 부분에 포함되어 있다.

왼쪽에서 보는 지적재산권

지은이 정보공유연대 IPLeft

펴낸이 홍성태

발행일 2003년 5월 5일

주소 서울시 용산구 갈월동 신성빌딩 3층 / 인터넷 주소 <http://www.ipleft.or.kr>

\* 이 책의 원문은 인터넷 홈페이지에서 자유롭게 다운로드 받을 수 있습니다.

머리말 / 4

## 제 1 부 정보사회와 지적재산권

지적재산권과 민주주의 · 박성호 / 8

정보권리와 지적자유 · 줄리 코헨, 신동룡역 / 16

디지털 혁명과 자본주의의 정보적 확장 · 홍성태 / 38

디지털 시대의 공정이용 : 도서관 면책규정을 중심으로 · 정경희 / 57

컴퓨터 프로그램을 보호하는 법적 장치들 - 그 내용과 문제점 · 남희섭 / 74

디지털 콘텐츠의 배타적 지배와 배제당하지 않을 권리 · 남희섭 / 87

생명특허의 문제점과 대안 - 제3세계의 시각 · 한재각 양희진 정관혜 / 96

특허발명의 강제실시 - 공익을 위한 통상실시권 설정의 재정을 중심으로 · 남희섭 / 110

## 제 2 부 디지털 기술과 지적재산권

공개코드와 공개사회: 인터넷 거버넌스의 가치 · 로렌스 레식, 신동룡역 / 128

인터넷 주소자원과 다국어 도메인 이름 분쟁 · 남희섭 / 144

기술 표준 독점의 문제점과 표준의 사회화 · 주철민 / 167

마이크로소프트 반독점 소송과 그 의미 · 주철민 / 175

독점적 특권을 보호하는 기술 · 김영식 / 185

불법복제 소프트웨어 단속에 대한 경제학적 접근

- 소프트웨어 산업의 특성과 재산권 제도를 중심으로 · 강성룡 / 199



머리말

## 평등한 정보사회를 위하여

2000년 여름에 발간된 『디지털은 자유다』에 이어서 『왼쪽에서 보는 지적재산권』을 펴내게 되었습니다. 어느덧 3년의 세월이 흘렀고, 그 동안 적지 않은 변화가 있었습니다.

먼저 공유지적재산권연구모임이 정보공유연대로 이름을 바꾸고 더욱 조직적인 활동을 펼치게 되었습니다. 물론 아직까지는 미숙하고 미흡하기만 합니다만, 그러나 시간이 갈수록 많은 활동을 펼치고 큰 성과를 거둘 수 있을 것입니다.

또한 우리가 우려했던 대로 지적재산권은 그 동안 더욱 더 강화되고 확장되었습니다. 이용권과 소유권의 대립이라는 명제 자체가 희석화되고, 오로지 소유권의 관점에서 모든 문제가 검토되고 정책이 수립되는 것처럼 보이기도 합니다. 지적재산권의 모순에 더욱 더 많은 관심을 기울일 필요가 갈수록 커지고 있습니다.

마지막으로 지난 번의 연구성과는 쉽게 출판할 수 있었는데, 이번의 연구성과는 그렇지 못했습니다. 우리가 접촉한 출판사들은 『디지털은 자유다』와 별로 다르지 않다는 이유로 이번의 연구성과를 출판하지 않으려 했습니다. 『디지털은 자유다』조차도 2000년 여름에 한번 찍고는 그 뒤에 한번도 새로 찍지 않았습니다. 조금만 더 시간이 지나면 그 책을 보고 싶은 사람은 도서관에서 빌려 보거나 복사집에서 복사해서 보아야 할 것입니다. 그리고 이번의 연구성과는 애초에 정식으로 출판되지도 못하고 이렇게 한정된 부수의 복사본으로 발표하게 되었습니다. 지적재산권의 문제가 갈수록 심각해지는 것에 비해서 세상의 관심은 갈수록 약해지는 것 같습니다.

그러나 그 동안 변하지 않은 것도 있습니다. 지적재산권의 모순에 주목해서 그것이 심각한 사회문제로 이어지지 않도록 애써야 한다는 우리의 생각은 변하지 않았습니다. 모두들 회사생활이며 단체생활로 바쁜 와중에도 자료를 모으고 정기적으로 회의를 하고 구체적인 문제들을 검토해서 대응책을 세웠습니다. 그 결과로 다시 한번 이렇게 소중한 연구성과를 모을 수 있게 되었습니다.



지적재산권에 많은 관심을 기울여야 합니다. 그것은 커다란 돈벌이의 수단이기에 앞서서 우리의 인권을 억압하는 뒷일 수 있습니다. 지적재산권이 더 큰 덩어리 되는 것을, 더 무서운 이빨을 달게 되는 것을 막아야 합니다. 이 책에 실린 글들을 꼼꼼히 읽고 함께 토론하고 문제를 찾고 대책을 세우고 실천합시다. 더 많은 사람들이 더 평등하게 사는 정보사회를 만듭시다.

2003년 5월 5일

정보공유연대 IPLeft 대표 홍성태

## 제 1 부

### 정보사회와 지적재산권

※ 본 자료에 수록된 원고들은 모두 2002년에 작성된 것으로 여러 가지 사정으로 인해 발표되지 못하다가 뒤늦게 자료집으로 엮게 되었음을 알려드립니다.



## 지적재산권과 민주주의

박성호\*

### I. 실마리

지적재산권을 둘러싼 법률들의 제정 과정이나 개정 과정은 의견상 합법성과 정당성을 갖춘 것처럼 보인다. 예컨대, 행정청에 의한 입법의 경우 관보를 통해 입법예고가 이루어지고 이에 대해서는 누구든지 의견을 제출할 수 있는 기회가 부여된다. 또한 법안에 대한 공청회가 열리고 국회의 소관 상임위원회의 법안 심사를 거쳐 국회 의결이 이루어진다.<sup>1)</sup> 하지만 관보를 통한 입법예고의 거의 대부분은 그 취지와 주요내용만이 공고될 뿐이고 입법안 전문이 예고되는 경우는 극히 드물다. 또한 일정한 사유가 있는 경우에는 입법예고 자체를 하지 않아도 무방하다고 규정하고,<sup>2)</sup> 공청회의 개최도 행정청의 재량사항일 뿐이다. 더구나 입법예고나 공청회에 관한 행정절차법의 규정들은 행정청의 입법안만을 적용대상으로 하는 것이고 의원 입법안의 경우에는 적용되지 않는다.<sup>3)</sup> 물론 의원 입법안의 경우에는 국회법의 규정에 따라 국회 소관 상임위원회가 개최하는 공청회나 청문회를 활용할 수 있으나 제정법률안 및 전문개정법률안의 경우가 아닌 한 그 개최는 위원회의 재량사항일 뿐이다(국회법 제64조, 제65조, 제58조 5항). 또한 국회 상임위원회는 원칙적으로 비공개주의를 취하고 있어서 법안 심사의 밀실화를 부채질한다(국회법 제55조). 따라서 법률의 제정 또는 개정 과정에서의 민주적 정당성 내지 절차적 정당성이 구현되는지 여부가 의심스러울 수밖에 없다.<sup>4)</sup>

한편 지금까지 우리나라에서 전개된 지적재산권 제도에 관한 비판적 논의의 대부분은 거시적 관점에서 추상적으로 진행되었다. 그러다 보니, 법률 자체에 관한 분석은 다분히 도식적이고 소략하게 이루어지는 경우가 많았다. 비판적 문제제기가 계몽 차원에서 긍정적인 의미를 갖는다는 점을 인정하더라도, 구체적 실천이라는 대안 제시의 측면에서는 논의의 속성

\* 변호사, 민주사회를 위한 변호사 모임

- 1) 1997년 1월 1일부터 시행되는 행정절차법 제 4장은 행정상 입법예고와 관련하여 제41조【행정상 입법예고】, 제42조【예고방법】, 제43조【예고기간】, 제44조【의견제출 및 처리】, 제45조【공청회】의 각 규정을 두고 있다.
- 2) 행정절차법 제41조 2항은 “행정청은 입법이 긴급을 요하는 경우, 입법내용의 성질 또는 기타 사유로 예고의 필요가 없거나 곤란하다고 판단되는 경우, 상위법령 등의 단순한 집행을 위한 경우, 예고함이 공익에 현저히 불리한 영향을 미치는 경우에는 입법예고를 아니할 수 있다”고 규정한다.
- 3) 물론 의원 입법이란 것도 따지고 보면 행정부가 입안한 법률안에 해당 의원이 자신의 이름을 빌려준 것에 불과한 경우가 대부분이다.
- 4) 이러한 문제상황에 관해서는, 정종섭, “우리나라 입법과정의 문제상황과 그 대책”, 「헌법연구(I)」, 철학과 현실사, 1994. 303쪽 이하 참조.

상 일정한 한계가 드러날 수밖에 없었다. 게다가 법해석론 중심의 미시적 연구가 주류를 형성하는 법학 분야에서는 이러한 비판적 논의에 대부분 눈길조차 주지 않았다. 더구나 지적재산권과 같은 법분야는 과학과 기술의 문제를 단순히 ‘첨단기술’의 문제로만 보고 이를 뒷받침하는 기능적인 법해석이나 입법론에 치중하는 경향이 있다. 문제는 이러한 관점 차이와 상호 한계를 어떻게 극복할 것인가 하는 점이다. 아무리 훌륭한 설계도라도 현장에서 짐을 짓는데 소용되지 않는다면 눈요기감 외에는 별반 쓸모를 찾기 어려운 법이다. 그러므로 지금이라도 상호 의사소통이 가능한 길을 찾아볼 필요가 있다. 이런저런 궁리를 해볼 수는 있겠지만 결국 거시적 관점에서 미시적 실천을 지향하는 수밖에 달리 ‘뽀족한 수’가 없을 듯싶다. 흔히 말하듯이 대(大)는 소(小)를 포섭해야 하는 것 아니겠는가. 그렇다면 비판적 관점을 유지하면서 법률 내부로 뛰어드는 것도 하나의 실마리가 될 수 있을 것 같다. 더욱이 현행 입법절차에서 문제되는 민주적 정당성 내지 절차적 정당성의 위기를 고려한다면, ‘법률 내부로 뛰어드는 행위’는 입법과정에서의 시민참여행위로 구체화될 수 있을 것 같다. 바로 이 지점에서 나는 ‘지적재산권과 민주주의’의 문제를 생각해 보게 되었다.

### II. 지적재산권과 참여민주주의

#### 1. 시장경제와 민주주의

칼 폴라니(Karl Polanyi)는 “민주주의와 시장은 근본적으로 모순관계에 있다”고 말했지만, 지금 현재 우리가 땅을 딛고 사는 자본주의 세상을 움직이는 양 축이 시장경제와 민주주의로 이루어져 있음을 부인하기는 어려울 것이다. 민주주의는 다의적 개념이기 때문에 일의적(一義的)인 개념 규정이 곤란하다. 민주주의는 그 어원이 보여주듯이 1인이나 소수에 의한 통치와는 반대되는 다수 인민에 의한 통치를 말한다. 다만 정치권력의 행사방식의 변화에 따라 직접민주주의에서 대의민주주의로 이행되어 왔을 따름이다. 현재는 특정의 정치원리로 민주주의를 이해하여 정치형태 또는 정치이념으로 인식하는 것이 일반적이다.<sup>5)</sup>

이러한 민주주의 정치원리는 공공성이란 이념을 전제로 한다. 그러므로 시장경제 속에서 민주주의가 제 역할을 다하게끔 만들기 위해서는 시민사회와 ‘공공성’ 내지 ‘공공영역(public sphere, Öffentlichkeit)’이 강화될 필요가 있다. 여기서 말하는 공공영역이란 누구나 접근할 수 있는 공개성을 가지며 복수(複數)의 가치나 의견들 사이에 생성되는 공간으로서, 공통의 세계에 각자의 방법으로 관심을 다하고 상호간의 차이를 인정하면서 복수의 집단이나 조직에 다원적으로 관계되는 담론의 공간을 말한다. 이를테면, NPO(비영리단체), NGO(비정부단체), 자원봉사단체 등 시민들이 자발적으로 참여하여 형성하는 조직이나 단체, 모임, 그리고 개인들로 이루어지는 공간으로서 국가나 시장 양자와는 구별되는 그 독자적 의의가 강조된다. 여기서는 불특정인들이 사적인 이해관계에 얽매이지 않고 공적인 문제에 함께 참여하게 되는데, 이러한 아렌트=하버마스적 공간의 생성·전개로 요약되는 일련의 움직임의 총체를 공공영역이라 명명할 수 있을 것이다.<sup>6)</sup>

5) 이에 관해서는, 권영성, 「신판 헌법학원론」, 법문사, 1995, 148쪽 이하 참조.



다른 한편으로 공공영역의 활성화를 위해서도 민주주의 정치원리의 실천이 요구된다. 이것은 “사적인 문제를 공적인 쟁점으로 바꾸는데 참여하도록 사람들을 동원하지 않으면, 공론의 장(공공영역)에 밑으로부터의 투입은 일어나지 않게 된다”는 하버마스의 지적(知)과도 일맥상통한다고 생각한다. 이것은 의사형성·의사결정의 공간에 시민의 참여를 보장하여 공공영역을 활성화하고 이러한 활성화를 통해 시장경제 속에서 민주주의가 제대로 작동되도록 해야 한다는 의미일 것이다. 그리하여 공공영역을 매개로 하여 작동되는 민주주의 시스템은 시민의 정치참여라는 참여민주주의의 문제와 연관을 가지게 된다.

## 2. 지적재산권의 입법과정에 시민의 참여

대의민주주의(代議民主主義)에 입각한 의회입법의 원칙은 입법절차나 그 결과에 있어서 여러 가지 문제점을 드러내고 있다. 민주주의 정치원리가 제대로 실천되는 곳이라면 시민의 여론이 입법과정에 반영될 수 있도록 다양한 통로가 보장되어야 함은 당연한 일이다. 이러한 관점에서 입법과정에 대한 시민의 참여가 요구된다. 대의민주주의의 보완책으로서 참여민주주의에 대한 관심이 높아지는 이유 중의 하나도 참여민주주의가 시민의 입법참여에 대한 원리적 근거를 제공하기 때문이다.

입법과정에 대한 시민의 참여는 시민단체의 입법감시활동을 통하여 활성화될 수 있다. 그리고 이러한 제반 입법 관련 활동은 공공영역의 구축 및 강화에 기여하게 된다. 국내적 차원에서 시민운동단체들이 벌이는 입법청원이나 법안 심의 과정에서의 의견제출 활동은 물론이고, 국제적인 차원에서 가령 WTO 뉴라운드 출범의 저지를 위해 벌이는 세계 여러 나라 NGO들의 각종 연대활동도 시민(단체)의 입법참여라는 범주에서 평가할 수 있다. 이렇게 보면, 지적재산권의 입법과정에 시민의 참여가 요구되는 것은 당연한 것이다. 특히 누구나 접근할 수 있는 공개성이 보장되어야 한다는 공공영역의 특징과, 정보가 갖는 공공재(public goods)로서의 특성을 고려하면 더욱더 그렇다.

## III. 정보접근권, 문화적 권리, 그리고 지식민주주의 사회

### 1. 공공영역의 법적 근거지 = 공익(public interest) 관련 규정

공공영역이 갖는 특징 중의 하나는 공통의 세계에 각자의 방법으로 관심을 다하는 공간이라는 점이다. 공통의 관심사란 다름 아닌 공익, 공공복지 등을 말한다. 이와 대비되는 것이 사익, 사권(私權)이다. 법률의 제정 내지 개정과정, 특히 지적재산권의 입법과정에 시민의 참여가 요구되는 것은 공공성의 실현이 공익으로 구체화되는 계기를 가질 수 있기 때문이다. 이것은 시민의 입법참여를 통해 지적재산권 관련 법 분야에 공공영역의 법적 근거지, 즉 공

6) 이러한 관점은 아렌트와 하버마스의 공공성론을 비판적으로 계승하면서 ‘공공성’ 내지 ‘공공적 공간(영역)’의 이념을 탐구한, 사이토 준이치(齋藤純一), 「공공성(公共性)」이와나미서점, 2000. 에서 시사받은 것이다.

7) 하버마스 저, 한상진 편, 「현대성의 새로운 지평」, 나남출판, 1996. 참조.

익 규정을 구축·구체화하고 이를 확대하는 길이 될 것이다.

지적재산권과 관련해서는 이미 국제협약을 비롯하여 각종 법률에 공익에 관한 규정들이 마련되어 있다.<sup>8)</sup> 1948년 12월 유엔총회에서 채택된 ‘세계인권선언’ 제17조는 재산권 일반에 관하여, 제27조 제1항은 “모든 사람은 공동체의 문화생활에 자유롭게 참여하고, 예술을 감상하며, 과학의 진보와 그 혜택을 향유할 권리를 가진다”고 제2항은 “모든 사람은 자신이 창조한 모든 과학적, 문학적, 예술적 창작물에서 생기는 정신적, 물질적 이익을 보호받을 권리를 가진다”고 각 규정한다. 세계인권선언 제27조 제2항이 지적재산에 관한 권리를 선언한 것이라면 제1항은 공익에 관해 규정한 것이다. 1966년 12월 유엔총회에서 채택된 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(A규약) 제15조 제1항(a)는 문화생활에 참여할 권리를, (b)는 과학의 진보 및 응용으로부터 이익을 향유할 권리를, (c)는 자기가 저작한 모든 과학적, 문학적 또는 예술적 작품으로부터 생기는 정신적, 물질적 이익의 보호로부터 이익을 받을 권리를 각 규정한다. 제15조(a)(b)(c)에는 문화적 참여와 저작권, 과학의 발달에 대한 승상과 특허권의 보호 등으로 혼재되어 있는데, 제15조 제1항(a)(b)가 각 규정한 문화적 생활에의 의의 있는 참가 및 과학적 진보에 의한 이익의 응용이 공익에 관한 것이고, 제15조 제1항(c)가 지적재산의 효과적인 보호를 규정한 것이다. 우리 현행 법률의 경우에도, 사적 권리와 공공의 이익의 조화를 도모하기 위해 지적재산권의 행사를 제한하는 규정들을 마련하고 있다. 가령, 특허법, 상표법, 저작권법 등의 제한규정들이다. 특허법은 특허제도의 취지와 산업정책을 고려한 특허권의 제한(특허법 제96조), 법정실시권에 의한 특허권의 제한(특허법 제39조 1항, 제103조, 제104조, 제105조, 제122조, 제182조, 제183조), 강제실시권에 의한 특허권의 제한(특허법 제106조, 제107조) 규정들을 두고 있다. 상표법은 공익적 견지 및 그 보호 목적에 비추어 특정인에게 상표권을 독점시키는 것이 적합하지 않은 경우에 제한하고 있다(상표법 제51조). 저작권법은 제22조 내지 제34조에서 저작권법에 의해 보호대상이 되는 저작물이라 할지라도 일정한 목적 및 방식에 따른 경우에는 저작권자의 허락 없이도 이용하는 것이 허용되도록 규정하고 있다. 공표된 저작물의 이용(저작권법 제25조)나 사적이용을 위한 복제(저작권법 제27조) 등이 대표적 예이다.

그런데 이러한 제한규정들 중에는 특허법상의 법정실시권이나 강제실시권 등과 같이 권리로서 개념화되어 있는 경우도 있으나, 나머지 대부분의 것들은 공익적 견지에서 부과된 제한의 반사적 효과로서 주어지는 이익에 불과한 것이다. 즉, 권리가 아닌 일종의 ‘반사적 이익’에 지나지 않는 것이다. 그렇다면 이러한 반사적 이익의 집합체들을 하나의 권리로 개념화할 수 있는 길은 없는 것일까.

### 2. 정보접근권과 문화적 권리

(1) 우리 헌법재판소는 “정보에의 접근·수집·처리의 자유, 즉 ‘알 권리’는 헌법 제21조 소정의 표현의 자유와 표현의 관계에 있으며 자유권적 성질과 청구권적 성질을 공유하는 것”이라 하고 이러한 ‘알 권리(right to know)’로부터 정보공개청구권이 도출된다고 판시한

8) 이와 관련해서는, 박성호, “지적재산권과 인권”, 「과학기술과 인권」, 당대, 2001. 참조.



바 있다.<sup>9)</sup> 이러한 알 권리(정보의 자유)로부터는 정보공개 뿐만 아니라 이른바 '정보공유'를 주장할 수 있는 근거를 찾을 수 있다는 주장도 제기된다.<sup>10)</sup> 다만 '정보공유'를 매개할 수 있는 법적 근거나 권리내용에 관한 구체적 검토는 이루어지지 않고 있다. 이에 따라 여기서는 정보공개 외에 정보공유라는 개념을 포괄하는 '정보접근권'이란 용어를 사용하면서 '정보공유'의 구체적인 권리내용과 그 법적 근거의 가능성을 모색해 보고자 한다.

우선 '정보접근권'의 국제인권법적 배경을 찾아보자. 전술한 세계인권선언 제27조 제1항과 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(A규약) 제15조 제1항(a)(b)가 이에 해당할 것이다. 또한 이러한 규정들로부터 후술하는 '문화적 권리'라는 개념이 도출될 수도 있을 것이다. 한편 전술한 헌법재판소 결정에 따르면 알 권리는 헌법 제21조 소정의 표현의 자유에서 나온다는 것인데, '정보접근권'과 관련해서는 헌법 제21조 외에 인격의 형성 및 그 자유로운 전개와 행복추구권을 규정한 헌법 제10조를 함께 근거로 삼을 수 있을 것이다. 문제는 이러한 헌법적 근거의 가능성 외에는 법률적 근거가 없다는 점이다. 헌법은 지적재산권을 보호하고(헌법 제22조 제2항, 제23조 제1항), 이에 관한 제한은 "법률로 정한다"고 규정하고 있다(헌법 제23조 제1항 단서). 그러므로 지적재산권의 포괄적 제한을 전제로 하여 '정보공유'의 실현을 권리의 내용으로 삼는 '정보접근권'이 법률의 근거 없이 헌법 조항만으로 바로 창설된다고 보기는 어려울 것이다.<sup>11)</sup>

결국 '정보공유'를 지향하는 개념으로 '정보접근권'이란 용어를 사용하는 한, 이 '권리'는 현재로서는 미완성의 권리라는 한계를 가질 수밖에 없다. 말하자면, 형성되어 가는 과정에 있는 권리로서 그 내용도 아래에서 보듯이 충위를 달리하는 다양한 내용을 포함하는 것이 될 수밖에 없다. 역사를 되돌아보더라도 하나의 권리가 명실상부한 권리로서 '시민권'을 획득하여 권리장전에 이름을 올리기가까지는 많은 단계적 변천을 거치기 마련이다. 따라서 비록 현재로는 미완성이고 발전 도상(途上)에 있을지라도 그 권리의 요소를 구성하게 되는 내용을 살펴보는 것은 그 나름의 의미가 있으리라 생각한다.

'정보접근권'의 내용을 이루는 것으로 다음의 것들을 열거해 볼 수 있다. ① 저작권제한사유 등, ② 정보공개법을 통해 공개된 일정한 정보, ③ 국가나 공공단체 보유의 저작권 중 공공성 있는 저작물, ④ 공공재원의 지원을 통해 창작된 저작물로서 국가나 공공단체가 보유한 저작물, ⑤ 카피레프트된 저작물<sup>12)</sup> 등이다. 시민이 지적재산권에 관한 입법과정에 참여하는 경우에는 이러한 열거 사항들을 고려하면서, 관련 법안에 대해 구체적인 의견을 적극적으로 제시해야 할 것이다. 상황 여하에 따라서는 별도의 법안 제출이 요구되는 경우도 있을 것이다. 저작권제한사유 등과 관련해서는 이것이 반사적 이익을 부여하는 차원을 넘어 '정보

9) 헌법재판소 1989. 9. 4. 선고 88헌마22 결정; 동 1991. 5. 13. 선고 90헌마133 결정 각 참조.

10) 이에 관해서는, 장여경, "정보통신기술과 사이버 권리", 「일상의 억압과 소수자의 인권: 제주 인권 학술회의 2000」, 사람생각, 2000, 634-636쪽.

11) 물론 '정보접근권'의 또 다른 내용인 정보공개에 관해서는 1996. 12. 31. 법률 제5242호로 '公共機關의 情報公開에 관한 法律'(약칭, 정보공개법)이 공포되어 1998. 1. 1.부터 시행되고 있으므로 법률적 근거가 마련되어 있다.

12) 이에 관해서는, 박성호, "카피레프트와 정보공유운동의 방향", 「디지털재산법연구」, 2001. 제1권 제1호 참조.

접근권'의 핵심 내용을 구성한다는 점을 강조해야 한다. 헌법상의 표현의 자유나 여기에서도 출되는 '알 권리'가 이를 뒷받침하는 헌법적 근거가 된다는 점은 전술한 바와 같다. 정보공개의 대상이 되는 정보의 경우에도 마찬가지이다. 한편 국가나 공공단체 보유의 공공성 있는 저작물의 경우에는 공익적인 관점에서 당연히 정보접근이 이루어져야 한다. 공공재원의 지원을 통해 창작되는 저작물의 경우에는 시민의 세금이나 각종 준조세(準租稅)로 형성되는 기금을 통해 그 지원이 이루어지게 된다. 따라서 국가나 공공기관이 그 저작권을 취득한 경우에는<sup>13)</sup> 공익적인 관점에서 마땅히 시민들에게 정보접근을 허용해야 한다. 아울러 시민단체는 정보공개제도 등을 통하여 공공성 있는 저작물이나 공공재원의 지원을 통해 국가 등이 보유하고 있는 저작물들의 내용을 구체적으로 확인할 필요가 있다.

(2) 정보공유를 중심 내용으로 하는 '정보접근권'이란 것도 결국은 '문화적 빈곤'을 타개하는데 그 역할이 집중된다고 할 수 있다. 그리하여 문화적 빈곤의 타개라는 관점에서 '문화에 관한 기본권'(문화권) 혹은 '문화적 권리'로의 전화(轉化)가 요구되기도 한다. 정보접근권을 포괄하는 '문화적 권리'의 근거로서는 전술한 것처럼 세계인권선언 제27조 제1항과 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(A규약) 제15조 제1항(a)(b)이 거론된다. 정보접근권과 마찬가지로 문화적 권리는 법적 내용과 집행가능성이란 측면에서 아직 발전되지 않은 채 남아있는 미완성의 권리이다. 그 원인으로 이 권리를 둘러싼 정치적·이념적 긴장, 문화라는 용어의 다의성, 그리고 인권의 보편성과 문화적 상대주의 개념간의 갈등 등이 거론된다.<sup>14)</sup> 어쨌든 문화적 권리는 표현의 자유, 정보의 자유 등 다른 개인적 권리나 기본적인 권리와 밀접하게 연관되어 있다. 이에 따라 문화생활에의 참여와 과학적 진보에 의한 이익의 향유라는 관점에서, 그리고 전통문화지식과 생물다양성의 보전<sup>15)</sup>이라는 관점에서, 문화적 권리는 중요한 의미를 갖는다.<sup>16)</sup>

### 3. 지식민주주의 사회

13) 국가나 공공단체 등은 공공재원을 통한 지원의 대가로 창작자로부터 저작권을 양도받거나 아니면 적어도 일정 기간 동안 시민들이 자유롭게 이용할 수 있도록 권한을 확보할 필요가 있다. 이것은 문화경쟁력 내지 문화정책적 관점에서 이루어지는 문화예술에 대한 공공정책을 정보공유와 연계시키는 방안이 될 수 있을 것이다. 문화예술이 발생시킨 외부편익이 순수한 공공재로서의 특성을 갖는다는 점에 착안한다면, 이러한 방안은 적극적으로 추진될 필요가 있을 것이다.

14) 할리나 니에크, "문화적 권리의 시행을 위한 기초", 「유네스코포럼」(제15호), 2000. 겨울호, 162-163쪽.

15) 문화적 권리를 통한 생물다양성 보전의 문제와 관련하여 선진국과 후진국간에 유전자원(genetic resources)을 둘러싸고서 갈등이 빚어지고 있는데, 생물다양성협약(1992. 6. 5.)은 이를 미봉(彌縫)하고 있을 뿐 중국적인 해결책은 제시하지 못하고 있다. 이에 관해서는, 박성호, "지적재산권과 인권", 「과학기술과 인권」, 당대, 2001. 참조.

16) 이와 관련해서는, 스위스 프리부르크대학의 학제간 윤리 및 인권연구소가 만든 '인권과 기본적 자유보호를 위한 문화적 권리 인정에 대한 유럽협약의 예비의정서 초안'과, 유네스코가 연구자 그룹을 구성·후원하여 1997년 9월에 만든 '문화적 권리에 관한 선언 초안'이 중요하다. 김경태, "문화권도 인권이다", 「인간답게 살 권리」, 사람생각, 1999, 430-433쪽; 강내희, "문화적 권리의 이해와 신장을 위한 예비적 검토", 「21세기의 인권 I」, 한길사, 2000. 595-599쪽; 다엘 에디슨 포세이, "문화적 권리를 통한 전통문화지식과 생물다양성 보전", 「유네스코포럼」(제15호), 2000년 겨울호, 81쪽 이하; 키쇼어 싱, "유네스코와 문화적 권리", 同 포럼, 112-113쪽 각 참조.



헌법상의 기본권으로 아무리 현란하게 논의되어도 이를 뒷받침하는 법률 규정이 부재하다면, 이론적 흥미를 끄는 것은 별도로 치더라도 생활 세계에서 구체적 실천을 확보해 나가는 어려운 법이다. 이러한 점에서 '정보접근권'이나 '문화적 권리'라는 용어를 통하여 돌파해 나가고자 하는 현실의 장벽은 생각했던 것보다 험난한 것일 수 있다. 하지만 '비약'을 상상하기 어려운 법률 세계에서 우리가 밀고 나가야 할 방향은 참여민주주의에서 원리적으로 도출되는, 시민의 입법과정에서의 참여일 수밖에 없을 것이다. 이것은 또한 전술한 것처럼 공공영역을 구축·강화하는 길이기도 하다. 그러므로 정보접근권으로 상징되는 '정보공유'를 현실 세계에서 하나 하나씩 실천해 나감으로써, 궁극적으로는 각각의 실천이 가져오는 누적적 효과를 기대해야 할 것이다.

경제적 격차로 말미암아 정보의 접근·수집의 기회가 상실되는 일이 지속되도록 방지해서는 안될 것이다. 지식의 공유를 요구하고 이를 기초로 형성되는 지식민주주의 사회는 경제적 차이로 인해 야기된 정보격차의 해소를 지향하는 사회가 될 것이다. '법적 불평등'이 부르주아 혁명을 불러왔고, '경제적 불평등'은 프롤레타리아 혁명을 초래하였다. 각각의 혁명이 어느 정도 소기의 목적을 달성했음은 역사적 사실이다. 그러면 디지털 시대가 직면한 '정보 불평등(information inequality)'의 문제도 이러한 '비약'으로 해결을 시도해야 할 것인가. 아마 그럴 필요가 있을지도 모른다. 하지만 '비약'은 정보의 평등이 아니라 '정보의 세계 이전'으로, 다시 말해 인터넷 세계 '이전'의 상황으로 세상을 돌려놓을지 모른다. 그런데 여기서 만일 법률과 같은 규범적 세계에 문제의 해결을 위탁한다면, '비약'이 아닌 단계적 실천을 통해서 그 해결이 시도되어야 한다고 나는 생각한다. 구체적 실천을 담보하는 해결책, 즉 대안의 제시란 그만큼 어려운 것이기 때문이다. 그 대안의 하나로서 참여민주주의를 통하여 지식민주주의 사회를 지향하는 길을 생각해 볼 수 있다. 이것은 전술한 것처럼 시민의 입법 참여를 통해 지적재산권 관련 법 분야에 공공영역의 법적 근거지, 즉 공익 규정을 구축·구체화하고 이를 확대하는 길이 될 것이다.

#### IV 맺음말 : 지적재산권에 관한 단계적 실천 과제

결론적으로 입법과정에 대한 시민의 참여행위가 입법의사형성 및 결정과정에서 영향을 발휘하도록 하기 위해서는 '정보공유'라는 문제의식을 공유할 수 있게끔 그 이론적 토대를 마련하지 않으면 안될 것이다. 이것은 곧 지적재산권에 관한 입법과정에서 민주주의의 원칙이 작동되도록 하는 방안이기도 하다. 이를 위해서는 아래와 같은 단계적 실천 과제 혹은 과정을 생각해 볼 수 있을 것이다.

첫째, 관심을 두어야 것은 정보접근권의 내용을 보다 구체화하는 작업이다. 이를 위해서는 추상적 이론이 아닌 계량적인 실태 조사가 선행되어야 한다. 그리고 이러한 조사·연구를 바탕으로 '법률 세계의 언어'(규범의 세계에서 사용하는 지배적 언어)를 사용하여 법해석 및 입법론의 분야에서 문제제기를 계속함으로써 '정보공유'라는 문제의 인식과 공유를 요구해 나가는 자세가 요망된다. 국제적 차원에서 지속적으로 논의되어온 문화적 권리에 대해서는 그 논의의 현황을 연구·검토함과 아울러 국제적 논의과정에 우리의 시민단체들도 적극적으로

로 참여하는 길을 모색해야 할 것이다. 또한 문화적 권리의 연구를 통하여 지적재산권의 제한에 관한 실정법상의 논의를 활성화시킬 수 있도록 제한사유의 추가 리스트를 만들어 가는 작업이 필요하다. 이러한 작업은 물론 정보접근권의 내용을 구체화하는 작업과 맞물려서 진행될 것이다. 둘째, 문화적 권리의 헌법적 근거와 기본적 인권으로서의 지위 내지 성격을 규명하는 것이 필요하다. 이를 위해서는 관련 분야 학자들의 문제의식을 고취하는 것이 요구된다. 셋째, 이러한 과정을 통해 정보접근권의 근거가 확대되어 갈 것이고 시민의 권리로서 구체화될 수 있을 것이다. 넷째, 이리하여 궁극적으로는 문화적 권리에 기반하여 지식의 공유를 요구하는 지식민주주의 사회를 지향할 수 있게 될 것이다.

이것은 결국 규범적 영역에서의 단계적 실천(미시적 실천)을 통해 거시적 실천을 이루는 것이 될 것이다. 이러한 관점에서 '지적재산권과 민주주의'는 유용한 실마리를 제공해 줄 수 있을 것이다.



## 정보권리와 지적자유\*

Julie E. Cohen \*\*

신동룡 역 \*\*\*

### 제1장 서론

일반적으로 지적자유(intellectual freedom)는 정보에 관한 개인의 지적재산권을 강력하게 보호할 경우에는 증진되지만, 정보 프라이버시(informational privacy)를 강하게 보호할 경우에는 제한된다고 주장한다. 서구의 정치이론과 역사는 지적자유를 증진시키기 위한 가장 필요하고 중요한 법적·실제적 조건을 국가권력의 제한이라고 전제하였다. 즉, 국가권력이 표현의 자유와 사상의 자유를 침해하지 못하도록 법으로써 제한해야 하고, 국가권력은 이러한 법을 준수해야 한다는 것이다. 그러나 이러한 전제 이면에는 다음의 가정들이 이미 자명한 것으로 내포되어 있었다. 첫째, 개인의 학문연구의 자유가 국가의 통제를 받지 않고 발전하기 위해서는 법으로써 지적재산권을 강력하게 보호해서 한다는 것이다.<sup>1)</sup> 또한 정보접근과 정보이용에 대한 사적인 제한은 지적자유를 장애물이 되지 않기 때문에 어떠한 경우라도 국가가 개인들간의 계약을 간섭하는 것은 부당하다고 생각되었다. 둘째, 국가는 인적 정보를 비롯한 세계에 관한 정보를 수집하고 배포하는 행위를 금지해서는 안 된다고 여겨졌다. 왜냐하면 이러한 금지는 지적자유를 증진시키는 것이 아니라 오히려 침해하는 것이라고 여겨졌기 때문이다.<sup>2)</sup>

\* 원문: "Information Rights and Intellectual Freedom," in *Ethics and the Internet* pp. 11-32 (Anton Vedder, ed., Antwerp: Intersentia, 2001) <<http://www.law.georgetown.edu/faculty/jec/intellfreedom.pdf>> 본 글은 2001년 3월 연세대학교 법학연구소에서 발간한 「법학연구」 제11권 제1호에 게재한 번역문이다. 본 논문의 한국어 번역을 허락해 준 줄리 코헨 교수에게 진심으로 감사한다.

\*\* Professor of Georgetown University Law Center; Electronic Privacy Information Center 자문위원. 대표적인 논문으로는 "Lochner in Cyberspace: The New Economic Orthodoxy of 'Rights Management,'" 97 *Mich. L. Rev.* 462 (1998), "Fair Use Infrastructure for Copyright Management Systems," 15 *Harv. J.L. & Tech.* 41 (2001) 등이 있다.

\*\*\* 연세대학교 경법대 법철학 강사, 연세대학교 BK21 정보법학사업팀 연구원.

1) 예를 들어, Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, 556-60 (1985); Marci Hamill, *The Historical and Philosophical Underpinnings of the Copyright Clause*, Benjamin N. Cardozo School of Law Occasional Papers in Intellectual Property, 1999, pp. 9-12을 참조.

2) 예를 들어, Solveig Singleton, *Privacy as Censorship: A Skeptical View of Proposals to Regulate Privacy in the Private Sector*, Washington, DC: Cato Institute, 1998; Eugene Volokh, *Freedom of Speech, Information Privacy, and the Troubling Implications of a Right to Stop People From Speaking About You*, *Stanford Law Review*, 2000, vol. 52을 참조.

그러나 디지털 네트워크 환경이 도래한 후에 정보접근과 정보이용을 규율하는 규칙들이 변화하였는데, 이러한 변화는 위 두가지 가정에 의문을 제기하고 있다. 우선 디지털 콘텐츠 판매자들은 기술과 법을 통하여 디지털 콘텐츠에 대한 접근과 이용을 강력하게 통제하고 있다. 또한 상표권자들은 자신들의 이름, 상표 및 생산품에 대한 비판과 토론에 대해 매우 엄격한 통제력을 행사하고 있다. 말하자면 창작과 의사소통 즉 사회적 의미산출과정(meaning-making process)에 대한 통제가 증가하고 있는 것이다.<sup>3)</sup> 그 결과 대중시장에서 표준화된 콘텐츠를 대량으로 생산하는 업자들이 문화소유권을 장악하게 되었다. 또한 독점적 콘텐츠에 대한 접근조건은 점점 더 개인에게 상당한 양의 인적 정보를 제공하도록 요구하고 있는데, 인적 정보를 수집하는 사람들은 인적 정보를 독점적 콘텐츠로 만들고, 그것을 이용하여 개인에 대한(back to individuals) 표준화된 정보를 전달할 수 있도록 간략한 프로필을 생산하고 있다.

이렇게 변화하는 디지털 환경 속에서 사람들이 정보사회에서 누릴 수 있는 정보기능과 정보의 다양성이 점점 더 약화되는 것 같다. 전통적으로 만약 지적자유가 증진된다면 공적으로 접근 가능한 정보가 풍부하게 산출될 것이라고 여겨졌다. 이를 위해 저자와 화자, 독자와 청자를 위한 상당한 정도의 자율성과 익명성을 보호해야 한다고 생각하였다. 그러나 현재의 디지털 환경은 개인에게로의 정보, 개인에 의한 정보, 개인에 대한 정보를 불문하고, 지적자유에 대한 전통적 가정과는 다르게 변하고 있다. 따라서 네트워크화된 정보환경에서 지적자유를 발전시키고자 한다면, 지적재산권을 강하게 보호하는 반면 정보 프라이버시는 약하게 보호함으로써 지적자유를 증진시켜야 한다는 주장을 재검토할 필요가 있을 것이다.

정치적으로 정당하고 좋은 사회는 지적자유를 추구한다는 가정 하에 본 논문은 다음의 3가지를 살펴보고자 한다. 첫째, 제2장에서 지적자유를 보장하고 발전시키기 위한 필요조건들을 확인할 것이다. 둘째, 제3장에서 현재의 정보법과 정보현실이 이 조건들을 얼마나 적합하게 (아니면 부적절하게) 산출하고 있는지를 평가할 것이다. 마지막으로 제4장에서는 현재의 사회제도를 기초 지우는 소유권, 동의 및 표현의 자유에 대한 법적·철학적 개념을 살펴본 후, 이러한 개념들을 재검토할 필요가 있다고 주장할 것이다.

### 제2장 지적자유와 적극적 조건

철학적으로 지적자유는 자율의 일부분으로 논의되었다. 넓은 의미에서 자율은 삶에 대한 모든 선택과 결정에 있어서의 독립에 관한 문제이다. 마찬가지로 지적자유 또는 정보적 자율은 정보, 사상, 표현에 대한 선택과 결정에 있어서의 독립에 관한 문제이다. 따라서 지적자유를 검토할 경우 자율에 관한 두가지 핵심논점이 제기된다. 첫째, 지적자유는 외적 제한이 없는 것으로서 오로지 소극적인 것인가? 아니면 수용가능한 제한을 통하여 지적자유를 적극적 필요조건을 구체화할 수 있는가? 둘째, 지적자유는 주관적인 것인가? 아니면

3) Nive Elkin-Koren, *Copyright Law and Social Dialogue on the Information Superhighway: The Case Against Copyright Liability of Bulletin Board Operators*, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 1995, vol. 13, pp. 399-400.



외부에서 측정할 수 있는 객관적 전제조건인가? 여기에서 나는 지적자유가 적극적이면서도 객관적으로 측정할 수 있는 조건들을 가진다고 주장할 것이다. 또한 나는 이러한 조건이 개인에게로, 개인으로부터, 개인에 대한 정보흐름(information flows: to, from, and about individuals)이라는 세 가지 주요 문제(또는 영역)들과 연관되어 있다고 주장할 것이다.

자유주의철학과 정치이론은 자율을 완전히 소극적인 것으로 정의한다. 칸트로부터 롤즈에 이르는 철학자들은 의지행위에 대한 외적 제한이 있는가 없는가를 기준으로 자율을 정의하였다.<sup>4)</sup> 그러나 많은 철학자들은 자율을 극히 소극적으로 설명하는 방식에 대하여 두가지의 문제점을 제기한다. 이 두가지는 자율의 전제조건에 관한 문제로서 어느 정도의 지적 수준이 있는 사람이라면 당연히 받아들일 수 있을 것이다.

첫째, 자율은 많은 사람들이 일상에서 느끼는 재화와 기회에 대한 제약으로부터 어느 정도의 자유를 조건으로 한다. 둘째, 자율은 자기 자신의 복리를 증진시킬 수 있는 선택능력을 전제한다. 따라서 몇몇 철학자들은 생활필수품(예를 들어, 주거)과 기본적 비판능력을 자율을 위한 본질적 필수요소로 설명하면서, 거창한 이론을 전개하였다.<sup>5)</sup> 또 다른 철학자들은 본질적 필수요소를 더 좁고 더 추상적인 일련의 조건들이라고 설명하려고 하였다. 예를 들어 조셉 라츠는 그것을 (비판적·자기비판적 능력을 포함하는) 정신적 힘, 충분한 선택, 그리고 억압과 기망으로부터의 독립이라는 세 가지 조건들로 설명하였다.<sup>6)</sup>

그러나 자율을 적극적으로 설명하는 것은 그리 쉬운 일이 아니다. 구체적으로 자율적이기 위한 적극적 필요조건을 구체화하려는 시도는 온정주의(paternalism) 또는 그보다 더 부당한 것이라는 비난을 받아 왔다. 동시에 예를 들어, 비참하게 가난한 자들의 자율과 부유한 자들의 자율은 질적으로 다를 수 있다는 결론을 부정하기는 어렵다. 특히 추상적이고 상대적인 것을 구체화할 때, 그러니까 언제 자율적이라고 할 수 있는가를 구체화할 때, 그리고 바로 그 수준(threshold)에 이르렀는가에 대한 타인의 결정을 존중함에 있어서는 자율의 적극적 조건을 설명하기가 무척 어렵다.

리차드 팔론은 각각의 자율 안에 존재하는 두 가지 요소들, 즉 외부에서 측정 가능한 제한에 초점을 둔 주관적 또는 묘사적(descriptive) 요소와 스스로가 지각할 수 있는 제한에 초점을 맞춘 주관적 또는 자기귀속적(ascriptive) 요소들을 살펴보면서 문제를 더욱 복잡하게 하였다.<sup>7)</sup> 실제적으로 우리는 우리가 자유로운가를 결정할 때, 부분적으로 우리 스스로가 제한을 경험하였는지, 그리고 그 결과 묘사적 또는 사실상의(de facto) 자율을 증진시키려는 강제적 조치에 저항할 수 있는지를 생각한다. 말하자면 자율을 순전히 주관적 기준만을 참조하여 평가할 수는 없지만, 그렇다고 주관적 기준을 무시할 수도 없는 것이다. 개인이 자율

4) 예를 들어, Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty*, Oxford: Oxford University Press, 1969을 참조.

5) Martha C. Nussbaum, *Aristotelian Social Democracy*, R. Bruce Douglas, et al. (eds), *Liberalism and the Good*, New York: Routledge, 1990; Martha C. Nussbaum, *Human Functioning and Social Justice: In Defense of Aristotelian Essentialism*, *Political Theory*, 1992, vol. 20; Margaret Jane Radin, *Contested Commodities*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996, pp. 54-78.

6) Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press, 1985, pp. 369-378.

7) Richard H. Fallon, *Two Senses of Autonomy*, *Stanford Law Review*, 1994, vol. 46, pp. 876-878.

적임을 인식할 수 있는가의 문제는 그 자신에게 중요한 것이기 때문에 진지하게 고려되어야만 한다.

이러한 논쟁으로부터 두가지 모습의 자율을 이끌어 낼 수 있다. 이 두가지는 중요하며 상호관련되어 있다.<sup>8)</sup> 첫째, 자율에 관한 적극적 입장을 취하든지 또는 소극적 입장을 취하든지 자율은 정도의 문제이다. 최협의의 설명을 배제하고, 개인이 선택하고 행위할 때 그가 과연 자율적인가는 쉽게 결정할 수는 없다. 그렇지만 어쨌든 자율은 법을 비롯한 주위환경이 개인의 선택을 어느 정도 금지하거나 허락하는가, 그리고 개인이 외적 요인에 의해 자신의 선택이 제한되는 사실을 어느 정도 인식하고 있는가에 관한 문제임에는 분명하다.

둘째, 자율은 우연적인 것이지만 그것 또한 정도의 문제일 뿐 결코 우연적인 것으로서만 경험되어질 수는 없다. (바로 여기에서 자율을 소극적으로 설명하는 견해와 적극적으로 설명하는 견해가 충돌한다.) 모든 개인은 어느 정도 환경에 의해 영향을 받지만 그것 또한 어느 정도일 뿐이다. 그 정도가 얼마나 넓은가 또는 좁은가에 대해 논쟁할 여지는 있지만 개인이 의식적으로 선택할 수 있는 영역은 존재한다. 뿐만 아니라 개인은 전적으로든 또는 부분적으로든 사회적으로 구성된 자기 자신의 선택을 거부하기도 한다. 바로 여기에서 자율적 개인에 대한 근대적 자유주의와 포스트모더니즘이 충돌하고 있다.<sup>9)</sup> 아직도 자율적 자아이론과 의미의 급진적 우연성(radical contingency of meaning)이론은 만족스러운 (포스트자유주의적?) 화해에 도달하지 못 하고 있다. 그러나 본 논문에서 나는 사회구성의 중요한 형식(modality)인 정보소비와 정보이용에 대하여 의식적으로 선택할 수 있는 충분한 범위 또는 숨쉴 수 있는 공간(breathing space)을 보존할 수 있는 법적 규칙을 발전시킴으로써, 부분적이지만 지적자유에 관한 이 문제를 해결할 수 있다고 생각한다.<sup>10)</sup> 나는 우연적 자율의 역설을 수용하고 온정주의의 함정을 피하면서 자율을 증진시키고자 한다면, 법제도를 통하여 개인이 자율적이도록 할 수 있는 차선택 또는 사회적 요인들을 확인하고 창출해야 한다고 생각한다.<sup>11)</sup>

이러한 자율의 본성에 대한 입장들과 의견대립을 살펴볼 때, 우리는 어떻게 정보적 자율 또는 지적자유를 필요조건을 이해할 수 있을까? 아래에서는 상호연관된 세가지 조건들을 살펴볼 것이다. 그와 함께 현재의 정보법과 정보현실이 지적자유를 고양시키는지 아니면 좌절시키는지 여부를 결정하기 위해, 우리는 정보의 수신자이자 정보의 창작자이며 또한 타인과 의사소통하는 정보의 주체(또는 대상)인 개인들이 정보환경과 상호작용하는 각각의 방식들

8) 본 글과 유사하게 설명하는 논문으로서, Yochai Benkler, *Siren Songs and Amish Children: Autonomy, Information, and Law*, *New York University Law Review*, 2001, vol. 76, forthcoming (draft article on file with author).

9) 모더니즘과 포스트모더니즘 사이의 해결되지 않은 상호작용에 관하여 도움이 되는 논의로서, Albert Borgmann, *Crossing the Postmodern Divide*, Chicago: University of Chicago Press, 1992; Jeremy Rifkin, *The Age of Access*, New York: Jeremy P. Tarcher/Putnam, 2000, pp. 186-217.

10) 이 책 (*Ethics and the Internet*, Antwerp: Intersentia, 2001)에 실려있는 Gijs van Oenen의 논문과 비교할 것.

11) 포스트모더니즘시대에서도 온정주의의 문제를 완전히 피할 수는 없을 것이다. 정보는 의미를 구성하고 사회는 항상 구체적으로 어떠한 종류의 정보가 유포되어야 하는가를 선택한다. 그러나 그것은 또 다른 주제이다.



을 고려해야 할 것이다.

### 제1절 개인에게로의 정보흐름

개인이 자율적이고자 한다면 자신이 의지한 바대로 선택할 수 있는 영역을 구성하기에 충분한 선택의 자유를 갖고 있어야 한다. 마찬가지로 그가 지적으로 자유롭고자 한다면, 정보에 관하여도 충분한 선택의 자유를 가지고 있어야 할 것이다. 따라서 지적자유가 증대되기 위해서는 적어도 개인에게로 흐르는 최소한의 다양한 정보가 존재해야 한다. 그러나 앞에서 논의한 바대로 단순히 다양한 정보원이 존재해야만 한다고 말하는 것만으로는 부족하다. 예를 들어, 만약 정부가 반정부적 작품에 대해 디지털 방화벽(digital firewall)을 설치하여 이에 대한 접근을 차단한다면, 그러한 사회내의 개인은 다양한 견해에 접근할 수 없게 될 것이다. 물론 이것 이외에 다른 종류의 제한도 충분히 존재할 수 있다. 따라서 우리가 개인의 지적자유를 증진시키고자 한다면, 우리는 개인이 정보를 접근하고 경험하는 방법들을 살펴 보아야 할 것이다.

개인이 정보선택에 있어서 실질적으로 어느 정도 자유로운가의 문제는 정보접근과 연관된 문제일 뿐만 아니라 개인이 접근 이전에 정보 자체에 관한 정보를 어느 정도 가지고 있는가와 관련된 문제이기도 하다. 왜냐하면 만약 사람들이 정보자체의 존재를 알 수 없다면, 또는 정보의 존재를 알았다고 할 지라도 그것에 접근할 수가 없다면, 그러한 정보는 지적자유를 증진시키는데 도움이 되지 않을 것이다. 정보소유와 정보접근을 규율하는 규칙은 개인이 원하는 정보와 적절한 정보를 확인하고 찾아낼 수 있도록 해야 한다. 또한 개인이 검색한 정보를 계속 읽을 것인지를 여부를 결정할 수 있도록 개인에게 더 자세한 정보를 제공해야 한다. 마찬가지로 특정한 정보의 이용을 결정하기 위해서는 개인은 직접 정보를 검색(browsing)할 수 있어야 한다.

뿐만 아니라 지적자유가 발전하기 위해서는 최소한의 정도일지라도, 개인이 이용가능한 정보를 처리할 수 있어야 하고 그러한 정보에 대해 적절하게 의심하고 비판적 거리를 유지할 수 있도록 해야 한다.<sup>12)</sup> 이를 위해 개인은 다양한 정보에 즉각적으로 접근할 수 있어야만 한다. 왜냐하면 개인이 다양한 정보와 서로 다른 견해들을 접할 수 있을 때 비판능력을 보다 쉽게 얻을 수 있기 때문이다. 또한 비판능력의 획득과 사상의 독립을 위해서는 더 많은 것들이 필요하다. 예를 들어, 정보소유와 정보접근을 규율하는 규칙을 간접적으로 적용함으로써 정설(orthodoxy)이 형성되게 해서는 안 된다. 또한 비판가와 패러디 작가의 작품에 대해서도 개인이 즉각적으로 접근할 수 있어야만 한다.

마지막으로, 자율중심적인 정보법과 정보정책은 앞으로도 정보가 지속적으로 다양할 수 있게 해야 한다. 사회 자체와 사회 속의 지식, 예술 및 문화적 경향들도 변화하기 때문에, 단순히 접근가능한 다양한 정보원이 현재 존재하고 있다고 말하는 것만으로는 부족하다. 다른 것들이 동일할 지라도 다양한 정보원과 상이한 견해를 포함하고 있는 체제들은 제한되고

12) 라츠의 정의에 의하면, 이 문제들은 첫 번째와 세 번째 요소, 즉 정신능력과 기망으로부의 독립이라는 요소에서 반영된다. Joseph Raz, *supra* note 6, pp. 369-378.

표준화된 정보만이 존재하는 체제보다도 훨씬 다양하고 상이한 창작품을 생산할 수 있다. 수세기 동안 지적재산권법 교수, 문학적 비평가 및 저술가들이 (그리고 압제자와 정치적 선동자들도) 인식하였듯이, 인간은 이전의 창작품들을 토대로 창작한다. 그러나 중요한 점은 정보소유와 정보접근을 규율하는 규칙들도 새로운 정보의 생산에 영향을 미친다는 것이다. 상이한 규칙들은 상이한 변화를 산출한다.

창작자와 콘텐츠 모두가 지속적으로 다양할 수 있도록 하는 가장 좋은 방법은 창작과정을 살펴봄으로써 알 수 있다. 이것에 대해서는 다음 절에서도 살펴보겠지만, 여기에서 잠시 사회 내에서 창작되는 작품의 총산출량(aggregate output)에 관해 고찰할 필요가 있다. 저작권을 경제적으로 분석한 최근의 이론서들은 불완전한 재산권체제(incompletely propertized system)를 제안하면서, 이 시스템이 비록 상당한 정보를 대가없이 사용할 수 있도록 하지만, 다양한 산출이 확실하게 유지될 수 있게 하는 가장 좋은 방법이라고 주장한다. 창작과정에서의 모든 투입(input)에 대가를 요구하는 것은 특정한 창작자와 특정 유형의 콘텐츠 모두에게 불이익을 준다. 정보사용에 대가를 요구하는 정보법 제도는 현존하는 지적재산권자에게 실질적 이익을 줄 것이지만 창작을 위한 투입비용을 증가시킬 것이다. 그러한 체제는 대중 시장에서 엄청난 양의 표준화된 콘텐츠를 생산하면서 그들 자신의 콘텐츠를 대가없이 재사용할 수 있는 미디어 대기업에게 막대한 이익을 줄 것이다.<sup>13)</sup> 뿐만 아니라 정보사용에 대가를 요구하는 규칙체제는 소유자에게 자신의 작품에서 산출되는 많은 이익을 독점할 수 있게 하는 반면, 경쟁자(second-comer)에게는 작품사용에 대한 총비용을 지출하도록 하기 때문에 결국 특정 유형의 정보창작자는 시장에서 그들의 창작비용을 회수할 수 없게 되는 불이익을 받을 것이다. 따라서 이러한 체제 아래에서는 정보상품이 사회적 이익을 창출하고 확산시킬 만큼 충분히 생산되지 못할 것이다.<sup>14)</sup> 요컨대 만약 정보제도가 정보의 다양성을 지속시키고자 한다면, 적어도 창작과정 상의 투입에 대하여 사람들이 최소한의 정보를 대가없이 사용할 수 있도록 해야 한다.

### 제2절 개인으로부터의 정보흐름

정당하고 좋은 사회가 지적자유를 발전시키고자 한다면, 개인이 독자와 청자일 뿐만 아니라 화자와 작자가 될 수 있도록 하는 충분한 요인(agency), 다시 말해 정부의 직접적인 감시의 부재 이외의 요인이 필요하다. 이를 알기 위해서 우리는 이미 존재하는 정보에 대한 접근을 규율하는 법적 규칙뿐만 아니라 정보의 (재)사용을 규율하는 규칙을 검토해야 한다. 인

13) Yochai Benkler, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on the Enclosure of the Public Domain*, *New York University Law Review*, 1999, vol. 74, pp. 400-412; Yochai Benkler, *Intellectual Property and the Organization of Information Production*, 1999 (working paper, available at <<http://www.law.nyu.edu/benkler/1pec.pdf>>)을 참조할 것.

14) Julie E. Cohen, *Lochner in Cyberspace: The New Economic Orthodoxy of Rights Management*, *Michigan Law Review*, 1998, vol. 97, pp. 542-552; Mark A. Lemley, *The Economics of Improvement in Intellectual Property Law*, *Texas Law Review*, 1997, vol. 75, pp. 1056-1058; Lydia Pallas Loren, *Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Systems*, *Journal of Intellectual Property Law*, 1997, vol. 5, pp. 49-56.



간의 창작은 축적되는 것이다. 따라서 만약 자율적으로 창작을 증진시키고자 한다면, 자율적 독서와 마찬가지로 정보에 대한 접근조건, 개인의 비판적 능력 및 창작의 축적적 성질을 살펴 봐야 할 것이다.

첫째, 개인이 창작하고자 한다면 창작의 본질상 그는 정보에 대하여 자신의 계획에 따라 접근하는 것 외에도 우연하게 접근할 수 있어야 한다. 창작은 축적적이고 반복적이다. 이런 이유로 합리적인 정보정책은 개인이 다양한 정보원을 이용할 수 있게 해야 할 것이다. 주의해야 할 점은 창작의 본질상 창작물과 창작시기 자체를 예상하기는 불가능하다는 것이다.<sup>15)</sup> 영감이 언제 떠오를지, 또한 그것이 어떠한 형태를 취할 것인지는 누구도 알 수 없다. 반면 화자는 가치있는 정보를 부분적이고 축적적으로 제공한다. 따라서 정보정책은 개인이 이용 가능한 정보원 속에서 완전히 개방되고 유연하게 검색할 수 있도록 해야 한다.

둘째, 개인의 지적자유를 발전시키고자 한다면, 개인은 기망에 대하여 독립해야 하고 비판 능력을 갖추어야 한다. 핵심은 위에서 언급한 바와 같이 표현과 창작을 증진시키려는 법제도는 비판의 자유를 보장해야 한다는 것이다.

마지막으로, 정보 창작상의 투입물은 사회 내에서 의사소통과 의미생산을 가능하게 하는 기본 요소이기 때문에, 창작을 향상시키기 위해서는 개인에게 투입물을 (재)사용할 수 있는 자유를 보장해야 한다. 사회 내에서 생산되는 작품의 총산출량에 대한 논증은 도구적(instrumental)임에 반하여, 작품생산을 위한 투입량에 관한 논증은 그렇지 않다는 점에서 약간 다르지만 양자의 궁극적 취지는 동일하다. 즉, 창작자인 개인의 자율성을 증진되기 위해서는 공공 영역(public domain)이 필요할 뿐만 아니라 비평과 논평의 경우처럼 개인은 타인이 표현한 것들을 어느 정도 자유롭게 사용할 수 있어야 한다.<sup>16)</sup>

### 제3절 개인에 대한 정보흐름

마지막으로, 만약 사회가 지적자유를 증진시키고자 한다면, 개인의 정보 프라이버시를 어느 정도 보호해야 하는가의 문제가 제기된다. 지적자유와 정보 프라이버시의 관계는 간접적이기 때문에 직관적으로는 파악되지 않는다. 자율을 완전히 소극적으로만 정의하는 입장에서 볼 때 개인에 대한 단순한 의사소통은 지적자유를 위협하지 않는다. 왜냐하면 그러한 의사소통은 타인과 의사소통하는 주체인 개인에게 다르게 생각하거나 행동할 것을 요구하지 않기 때문이다.<sup>17)</sup> 그러나 이러한 설명방식은 매우 극단적으로 단순한 주장이다. 개인정보의

15) Julie E. Cohen, *ibid*, pp. 556-557; Julie E. Cohen, *Copyright and the Perfect Curve*, *Vanderbilt Law Review*, 2000, vol. 53, pp. 1816-1817.

16) 공공 영역(public domain)에 대해서는, Yochai Benkler, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on the Enclosure of the Public Domain*, (note. 13)와 Jessica Litman, *The Public Domain*, *Emory Law Journal*, 1989, vol. 39을 참조할 것. 타인의 콘텐츠의 사용에 대해서는, Rochelle Cooper Dreyfuss, *Expressive Generosity: Trademarks as Language in the Pepsi Generation*, *Notre Dame Law Review*, 1990, vol. 65; Neil Weinstock Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, *Yale Law Journal*, 1997, vol.106을 참조할 것.

17) 예를 들어, Jeffrey Rosen, *The Unwanted Gaze: The Destruction of Privacy in America*, New York: Random House, 2000, pp. 166-167을 참조할 것.

수집과 사용은 직접적·금지적으로 지적자유에 영향을 미치지 않지만, 그것은 개인이 자기 자신과 상대방을 아는 방법을 형성하기 때문에, 개인정보를 수집하고 사용하는 사회적 현실은 지적자유에 중대한 영향을 미친다. 만약 타인이 개인의 인적사항과 지적 습관에 대한 상세한 정보를 폭넓게 이용할 수 있다면, 타인은 그러한 정보에 입각하여 개인에 대한 독특한 판단과 선입견을 가지게 될 것이고 그로부터 개인에게 제공되거나 개인이 접근할 수 없는 대량의 정보와 기회를 구성한 후, 개인이 특정한 것만을 선택하도록 하고 나머지 것들은 선택하지 못하도록 하는 순환고리(feedback loops)를 만들어 낼 수 있을 것이다.

사회적 구성의 이러한 관행은 어떠한 정보를 생산하고 소비할 것인지에 대한 개인의 결정과 직접적으로 관계한다. 만약 타인들이 개인의 독서행위를 철저하게 조사한다면, 개인은 새롭거나 비정설적 믿음에 대한 실험 기회를 박탈당할지도 모른다. 따라서 정보 프라이버시를 보호함으로써 개인이 상이한 인격, 취향 및 사상을 실험할 수 있도록 해야 할 것이다.<sup>18)</sup> 만약 자신의 모든 행동과 사상이 기록되거나 또는 자신이 지속적으로 이러한 종류의 감시를 받는다고 생각한다면, 개인들에 의한 창조적 산출의 다양성과 상이함은 줄어들게 될 것이다. 그리고 정보 프라이버시를 보호하거나 보호하지 않는가의 문제는 개인이 정보소비와 창작을 결정할 때 사상의 독립성과 비판능력을 획득할 수 있는가의 문제이기도 하다. 개인이 외부적 조사에 대하여 어느 정도 자유로울 수 있는 때에만 계층화된 사회적 실체와 계층화가 부과하는 사회적 구조를 최소한 부분적이거나 피할 수 있을 것이다.<sup>19)</sup>

## 제3장 새로운 정보경제에서의 지적자유: 정보흐름에 관한 평가

위에서 언급하였듯이 개인에게로, 개인에 의해, 개인에 대해 소통되는 정보에 있어서, 정보의 소유, 접근 및 이용을 규율하는 법적·기술적 규칙은 이념적으로 지적자유 또는 정보적 자율을 증진시켜야 한다. 그러나 앞으로 살펴볼것지만 이것들은 점점 더 반대방향으로 나아가고 있다. 세가지 형태의 정보흐름에 있어서 개인은 상당한 정도의 자율성을 결여하고 있으며, 지적재산을 보호하고 전자상거래를 증진시키기 위해 정보적 자율을 제한하는 엄청난 압력이 존재하고 있다.

### 제1절 개인에게로의 정보흐름: 무모한 접근통제와 검색제한

제2장에서 설명하였듯이 개인에게로 흐르는 정보의 다양성과 질은 개인이 어느 정도 지적

18) Anita Allen, *Coercing Privacy*, *William and Mary Law Review*, 1999, vol. 40, pp. 754-755; Julie E. Cohen, *A Right to Read Anonymously: A Closer Look at Copyright Management in Cyberspace*, *Connecticut Law Review*, 1996, vol. 28, pp. 1004-1007; Julie E. Cohen, *Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object*, *Stanford Law Review*, 2000, vol. 52, pp. 1424-1426; Seth F. Kreimer, *Sunlight, Secrets, and Scarlet Letters: The Tension Between Privacy and Disclosure in Constitutional Law*, *University of Pennsylvania Law Review*, 1991, vol. 140, pp. 59-71.

19) Julie E. Cohen, *Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object*, *ibid*, pp. 1406-1408; Jed Rubenfeld, *The Right of Privacy*, *Harvard Law Review*, 1989, vol. 102, pp. 781-782, 797-798.



자유를 누리고 있는지를 측정할 수 있는 중요한 결정요소이다. 또한 제2장의 논의를 통하여 단순한 소극적 또는 주관적 자유는 충분성의 기준을 충족하지 못한다는 것을 알 수 있다. 만약 개인이 기망으로부터 독립하고 비판력을 높이고자 한다면, 그에겐 자신이 이전에 모르고 있던 정보가 필요할 것이다. 여기서 정보소유와 접근가능성을 규율하는 규칙이 매우 중요하다. 왜냐하면 정보소유를 규율하는 법적 규칙은 개인이 보다 많은 (또는 적은) 정보에 접근할 수 있게 하고, 검색장치를 설치하는데 수월하도록 접근통로를 보다 더(또는 덜) 유연하게 구성할 수 있게 하는 환경을 창출하기 때문이다. 그러나 현재의 정보법과 정보현실의 경우 정보접근이 점점 더 어려워지고 있다. 예를 들어, 디지털 시대의 저작권은 원칙적으로 저작권자들에게 작품의 접근조건을 통제할 수 있는 엄청난 힘을 계속 더 많이 부여해 주고 있다. 디지털 작품에 접근할 때마다 컴퓨터의 램(RAM)에서 디지털 작품이 자동적으로 재생산되는데, 미국법원은 이것이 복제(copying)를 구성한다고 판시하였다.<sup>20)</sup> 유럽연합도 비슷한 방향으로 저작권 체계를 구성하고 있다. 만약 디지털 작품에 대한 모든 사용을 침해라고 한다면, 저작권자는 작품에 대한 최초의 접근과 모든 표현(rendering)을 통제할 수 있는 훨씬 강력한 권리(claim)를 갖게 된다. 이러한 논증은 접근통제장치의 우회와 우회장치의 배포 및 생산을 금지하고 있는 디지털 밀레니엄 저작권법(Digital Millennium Copyright Act)을 토대로 보다 더 강력하게 주장되고 있다.<sup>21)</sup> 현재 콘텐츠 제공자들이 계측기를 이용하여 정보접근과 정보이용 각각을 측정하고(metering) 사용한 만큼 수수료를 부과할 수 있는 엄격한 접근통제장치를 개발하고 있는데, 만약 이러한 기술이 이용된다면, '접근'은 구입한 책에 대한 최초의 정당한 접근행위 뿐만 아니라 그에 따른 콘텐츠의 표현(rendering) 각각에 대해서도 적용될 것이다.<sup>22)</sup> 이 경우 만약 계측기에 측정되지 않고 읽거나 검색하려면, 금지된 기술을 사용하여 접근통제를 우회할 수 밖에 없을 것이지만, 결국 그러한 시도는 기존에 구입한 작품을 합법적으로 공유하거나 검색하는 것이 아닌 불법적인 접근으로 간주될 것이다.

엄격한 접근 통제의 경제모델은 새로운 것으로 보이겠지만 사실 구시대의 것이다. 이른바 정보배포의 탈계몽(post-Enlightenment)적 모델은 중세적 정보사회로 회귀하는 신호이다. 중세의 학문은 다른 언어로 코드화되었으며, 열쇠(key)를 가진 사람들만이 접근할 수 있었다. 그 당시의 코드는 라틴어였다. 또한 접근하기 위해서는 물리적으로 서고에 가까워야 했을 뿐만 아니라 엘리트 교육도 받아야만 했다. '정보경제'(information economy)가 출현하면서 디지털 암호로 코드화되었고, 정보접근은 상당한 신용을 요구하고 있다. 부자에게는 측정화된 정보에 접근할 때 지불하는 화폐비용이 사소해 보일 수 있지만, 정보접근과 정보이용을 촉진하기 위해 설계되었던 다양한 공적·관습적 제도 구조에 익숙한 기타의 사람들 예를

20) Amended proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society, Brussels, 21 May 1999, COM (1999) 250 final; Lee Bygrave & Koelman J. Kamiel, *Privacy, Data Protection and Copyright: Their Interaction in the Context of Electronic Copyright Management Systems*, P. Bernt Hugenholtz (ed), Copyright and Electronic Commerce, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 2000, pp. 106-107.

21) Digital Millennium Copyright Act, 17 U.S.C. §1201(a)을 참조할 것.

22) Lee Bygrave & Koelman J. Kamiel, *supra* (note 20), pp. 60-63, 108-109.

들어, 공공도서관 이용자, 헌책 구매자, 학생, 학문연구원들의 경우, 엄격한 접근통제는 그들에게로의 정보흐름의 형태를 본질적으로 변화시킬 수 있다.

또한 정보접근은 개인이 원하는 관련 정보를 얻는 과정, 즉 검색행위에 대해서도 더 폭넓게 적용된다. 대부분 인터넷을 통하여 누구나 출판업자가 될 수 있고, 모든 사람들이 가장 적절한 가격으로 자신의 취향에 가장 잘 맞는 정보를 발견할 수 있을 것이라고 생각하고 있다. 그러나 이 장미빛 희망은 점점 더 무너지고 있다. 인터넷을 이용하는 개인들이 발견하는 정보는 점점 더 비디지털 출판을 지배하였던 거대 미디어 기업이 제공하는 콘텐츠에 한정되고 있다. 또한 인터넷에서는 사용자들이 비교구매를 못하게 하려는 다양한 노력들이 존재하고 있는데 예를 들어, 상표권자는 경쟁자들과 비판자들이 disneysucks.com와 같은 도메인 네임내의 검색가능한 메타태그(metatag) 또는 구성요소인 상표화된 용어를 사용하는 행위에 대해 상표의 희석화(dilution) 또는 상표권에 대한 침해라고 주장하고 있다. 법원은 이러한 청구를 기각하기도 하였지만 인용하기도 하였다.<sup>23)</sup> 또한 인터넷쇼핑사이트 운영자들은 경쟁업체들이 고객을 유인하지 못하게 할 목적으로 데이터수집자들의 가격정보 수집행위를 불법 침해법(trepass law) 위반이라고 주장하고 있다.<sup>24)</sup> 만약 법원이 이러한 주장들을 받아들인다면, 개인소비자는 정보 및 상품 판매자들이 제시하는 가격과 조건들을 비교하기 어렵거나 설령 비교구매를 한다고 하더라도 보다 많은 시간을 소비할 수밖에 없을 것이다.

마지막으로, 정보접근은 네트워크 디자인과 함수관계에 있다. 현재 네트워크 디자인은 변화하고 있다. 거대 인터넷 서비스 제공자는 라이선스화된 콘텐츠를 미디어 대기업으로부터 제공받는 풀서비스 '포털'사이트(full-service portal sites)화 되고 있다.<sup>25)</sup> 그와 동시에 인터넷 접속은 풀서비스 텔레커뮤니케이션 기업이 제공하는 광대역 인터넷 접속(broadband internet access)으로 전환되고 있는데 이러한 결과로 다수의 소규모 인터넷 접속 제공자들이 제거될 가능성이 있을 뿐만 아니라 디지털 콘텐츠 배포의 기술적 구조(architecture)가 강력하게 통제될 우려가 있다.<sup>26)</sup> 또한 최근 네트워크 사용자가 중앙화된 디렉토리 시스템과 서버가 없

23) 메타텍스트에 관해서는, *Brookfield Communications, Inc. v. West Coast Entertainment Corp.*, 174 F.3d 1036 (9th Cir. 1999) (동사건에서 법원은 검색가능한 메타텍스트 내에 있는 경쟁자의 상표를 사용하는 행위는 그것이 소비자에게 최초의 관심을 주는 상표를 사용하였기 때문에 상표법을 위반하였다고 판시하였다.)와 *Playboy Enterprises, Inc. v. Welles*, 7 F. Supp. 2d 1098 (S.D. Cal.), affirmed without opinion, 162 F.3d 1169 (9th Cir. 1998) (법원은 이전의 Playmate of the Year사가 'playboy'와 'playmate'를 묘사적으로 사용한 행위는 상표법위반을 구성하지 않는다고 판시하였다.) 및 *Playboy Enterprises, Inc. v. Netscape Communication Corp.*, 55 F. Supp. 2d 1070 (C.D. Cal. 1999) (법원은 검색용어로서 'playboy'와 'playmate'를 기입할 때, 다른 성인 오락 제공자가 광고되도록 한 검색엔진의 디스플레이가 상표권을 침해한 것이 아니지만, 만약 이러한 능력을 갖추고 있는 경쟁자들에게 서비스를 제공할 경우에는 결론이 바뀔 수도 있다고 판시하였다.)을 비교할 것. 도메인 네임에 관해서는 *Wal-Mart Stores, Inc. v. Richard MacLeod d/b/a For Sale*, WIPO Arbitration & Mediation Center Case No. D2000-0662 (19 Sept. 2000) (법원은 'wal-martsucks.com'이 Wal-Mart라는 상표와 동일하거나 혼동을 줄 정도로 유사하다고 보고, 이러한 도메인은 악의적으로 등록사용되는 것이라고 판시하였다.)와 *Bally Total Fitness Holding Corp.*, 29 F. Supp. 2d 1161 (C.D. Cal. 1998) (법원은 웨어드레스로서 'ballysucks'를 사용하는 것은 상표법을 위반한 것이 아니라고 판시하였다.)을 비교할 것.

24) *eBay, Inc. v. Bidders' Edge*, 100 F. Supp. 2d 1058 (N.D. Cal. 2000), appeal pending.

25) Rifkin, *supra* note 9, pp. 178-179.

26) David Clark & Blumenthal Marjory, *Rethinking the Design of the Internet: The End-to-End Arguments*



어도 콘텐츠의 위치를 찾아내고 교환할 수 있게 하는 새로운 Peer-to-Peer 네트워크기술이 개발되고 있으나, 거대 저작권 이해관계인들은 이를 불법화하려고 시도하고 있다.<sup>27)</sup> 이 모든 변화들로 인하여 개인들이 폭넓은 정보 특히, 비평가들과 반대자들이 생산하는 다양한 정보를 검색하고 찾는 것은 더욱더 어렵게 될 것이다.

## 제2절 개인으로부터의 정보흐름: 법적·기술적 사용통제와 제3자 권리

개인은 정보가 지속적으로 새롭게 창조되는 흐름을 보증하는 중요한 역할을 하기 때문에 만약 정보권리제도가 개인에게 단지 수동적 정보사용자로서의 역할을 부여한다면, 이러한 제도는 도구적·비도구적 이유에서 바람직하지 않을 것이다. 또한 표현의 자유는 지적자유 또는 정보적 자율의 본질적 구성요소이기 때문에 정보법과 정보현실은 정보창작자인 개인의 권리를 부당하게 제한해서는 안 된다. 비록 직접적인 국가의 금지가 없다고 할 지라도, 공적 규칙이 정보의 소유·통제 및 허용 가능한 사용을 몇몇 사람들에게만 할당하고 다른 사람들에게 부여하지 않을 경우, 그러한 공적 규칙으로부터 개인의 권리가 간접적으로 제한될 수 있다. 이런 점에서 현재의 정보법과 정보현실은 매우 심각한 문제점을 가지고 있다.

첫째, 제1절에서 설명한 엄격한 정보통제는 읽는 과정뿐만 아니라 창작과정까지도 상당히 변화시키고 있다. 제2장 제2절에서 설명하였듯이 정보접근에 대한 제한은 사회에서 생산되는 정보의 본질과 다양성에 영향을 줄 것이다. 현실적으로 엄격한 접근통제는 저소득층 사용자에게 매우 과도한 부담이 될 것이다. 그 결과 앞으로 이 계층으로부터 창작자들이 나타나기 어려울지도 모른다.<sup>28)</sup> 심지어 측정화된 사용조건은 그 외의 사용자들에게조차도 비용을 부과할 것이기 때문에 우연한 발견과 검색이 감소될 것이고, 따라서 창작과정이 상당히 변화될 것이다. 또한 읽는 방식도 측정에 적용하기 위해 변할 수밖에 없기 때문에 산출되는 창작품의 종류와 양이 단계적으로 축소될 것이다.

둘째, 사용통제를 강화시키는 법적·기술적 제도는 공공영역을 사적 영역화하고(enclosure) 제한할 뿐만 아니라 사적 감시를 증가시킴으로써 정보의 사용과 새로운 창작을 제한할 것이다. 역사적으로 이러한 위험을 피하기 위해 저작권법과 상표법은 예외와 제한을 두고 있었지만 이러한 예외와 제한은 체계적으로 사라지고 있다.

예를 들어, 전통적으로 미국법체계는 공정사용 원칙(doctrine of fair use)을 통하여 저작권 콘텐츠를 권한없이 사용하였다고 할지라도 학문적·비평적 논평, 패러디, 그리고 저작권화될 수 없는 기능을 발견하기 위한 컴퓨터 소프트웨어의 리버스 엔지니어링과 같이 그러한 사용이 사회적으로 유익할 경우에는 책임을 면제하였다. 그러나 현재 이 원칙은 상당히 좁게 해석되어지고 있다. 콘텐츠의 광범한 복제가 작품의 잠재적 시장에 미치는 영향은 공정사용

여부를 판단하는 요건들 가운데 하나이지만, 전통적으로 법원은 이러한 사용 또한 공정사용이라고 판단하였었다. 그러나 최근 몇몇 영향력있는 법원은 시장을 창출하려는 저작권자의 요구에 입각하여 그러한 사용으로 인하여 중요 시장에 손해가 있었다면, 공정사용에 해당하지 않는다고 결정하고 있다.<sup>29)</sup> 뿐만 아니라 저작권자는 법과 기술상의 성공과 더불어 디지털 화일은 복제가 용이하다는 사실 그리고, 접근과 이용에 라이선스를 설정할 수 있는 신기술이 개발되고 있다는 것을 근거로, 법은 더 이상 디지털 작품의 사적이용 및 복제를 공정사용으로든 다른 이유로든 결코 면책해서는 안 된다고 주장하고 있다. 또한 '시장기대'기준(market expectation test)은 국제적 저작권법과 통상정책 구조에서 매우 중대한 역할을 하기 때문에 관찰되어야 한다는 주장이 제기되고 있다. 최근 WTO의 분쟁해결위원회(dispute resolution panel)는 소규모 레스토랑 업자에게 라디오 방송을 허가하는 미국 저작권법의 예외조항을 이 기준에 따라 무효화시켜야 한다고 판정하였다.<sup>30)</sup> 이 결정은 저작권법의 또 다른 예외조항들이 시장을 파괴시킨다는 이유로 많은 유럽국가들의 사적 사용에 관한 예외조항을 포함하여 그것들을 무효화시키려는 선례로 자리잡고 있다.

심지어 공정사용의 원칙이 적용되는 곳에서도 계약법적·기술적 발전은 정보접근과 마찬가지로 정보사용에 대한 사적 통제마저도 강화하고 있다. 저작권자는 리버스 엔지니어링 또는 비평적 논평과 같이 저작권법에 의해 허가된 사용을 막기 위하여 클릭랩 라이선스를 사용하고 있다. 예를 들어, 최근 마이크로소프트사는 자사가 소프트웨어 표준을 붕괴시킨다는 비난을 무마시키기 위하여 이러한 기술을 사용하고 있다. 비평가들이 마이크로소프트사에게 케베로스(Kerberos) 보안표준이 어떻게 작동하는지를 밝히라고 요구하였을 때, 마이크로소프트사는 인터넷에 요구된 자료를 올려놓으면서도 자료에 접근하는 사람들로 하여금 그들이 읽었던 것에 대해 논평을 금지하는 클릭랩 라이선스 제한을 설정하였다. 또한 많은 사람들이 공공 영역의 작품 또는 저작권화될 수 없는 사실적 내용의 콘텐츠를 상품화하려고 하는데, 이들을 포함한 많은 저작권자들이 기술적 방법을 통하여 더 직접적인 정보사용 통제를 시도하고 있다. 디지털 밀레니엄 저작권법은 저작권법에 의해 허가된 행위가 필요할 경우, 접근통제와는 달리 사용통제의 우회를 금지하고 있지 않지만, 동법은 사용통제를 우회하기 위한 도구의 제작과 배포를 금지함으로써 동일한 결과를 효과적으로 달성하고 있다.<sup>31)</sup>

또한 소유자는 상표법에서도 통제를 강화하고 있다. 저작권과 마찬가지로 상표는 전통적으로 불완전한 재산권 또는 준재산권(quasi-property rights)이었다. 즉, 상표법은 오직 소비자에게 혼동을 줄 우려가 있는 사용에 대해서만 통제권한을 부여하였을 뿐 소유자에게 상표에 대한 모든 사용을 통제(police)할 수 있는 권한을 부여하지 않았다. 그런 이유로 상표소유자를 비판하거나, 뉴스를 제공하거나 혹은 호환가능한 상품과 서비스를 선전할 경우, 전통적 상표법 아래에서는 상표를 사용할 수 있었다. 하지만 아주 최근의 희석화 원칙(dilution

vs. *the Brave New World*, 2000 (working paper, available at <http://www.tprc.org/abstracts00/rethinking.pdf>); Mark A. Lemley & Lawrence Lessig, *Preserving the End-to-End Architecture of the Internet in the Broadband Era*, UCLA Law Review, 2001, vol. 48, forthcoming.

27) *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 114 F. Supp. 2d 896 (N.D.Cal. 2000), appeal pending.

28) Julie E. Cohen, *Copyright and the Perfect Curve*, *supra* note 15, pp. 1801-1804, 1816-1817.

29) *Princeton University Press, Inc. v. Michigan Document Services, Inc.*, 99 F. 3d 1381 (6th Cir. 1996) (en banc); *American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*, 60 F. 3d 913 (2d Cir. 1994).

30) Report of the Panel, United States - Section 110(5) of the US Copyright Act, WT/DS160/R, 15 June 2000.

31) Digital Millennium Copyright Act, 17 U.S.C. § 1201(b).



doctrine)은 혼동 기준(confusion standard)아래에서는 기소(actionable)될 수 없었던 많은 상표사용들이 소비자들 가지고 있는 유명상표에 대한 특수한 관념연상(associations)을 '회미하게 하거나(blur)' '변색시킨다(tarnish)'는 이유로 손해배상책임을 인정하고 있다.

그러나 이러한 많은 사용들은 근본적으로 본질상 의미표현적이다. 그것들은 선의에 대한 위협이기보다는 문화적 앞(지식)의 표현이다.<sup>32)</sup> 따라서 현재 확대적용되고 있는 회색화원칙은 중요한 사회적 문화적 이슈에 대해 논평할 수 있는 개인의 능력을 제한하는 것이다. 그러나 회색화원칙과 관련하여 사이버스쿼팅금지법(anticybersquatting)이 제정됨으로써, 항의 또는 비판적 논평을 원래의 목적으로 하는 수많은 인터넷 도메인 등록이 위협에 처해 있다.<sup>33)</sup>

마지막으로 접근통제에 있어서, 권한없는 정보사용을 통제하기 위하여 지적재산권을 토대로 하는 네트워크 표준정립기구(standard-setting organization)와 그 외의 제3자를 설치하려는 운동이 가속화되고 있다. 상표법의 경우, 이러한 노력으로 인하여 모든 인터넷 도메인네임 등록자들이 동의해야만 하는 통일중재절차(uniform arbitration procedure)가 채택되었고, 상표소유자의 이익이 편파적으로 대변되게 되었다. 그와 동시에 저작권을 강력하게 보호하려는 압력으로 인하여 온라인서비스제공자의 간접적 저작권 책임을 확장하는 결과가 발생하였다.<sup>34)</sup> 미국은 이른바 '세이프 하버'(safe harbor) 조항을 제정하였는데, 이 조항에 따라 서비스 제공자는 사용자가 인터넷에 올린 내용을 삭제하였을 지라도 손해배상책임을 면제받는다. 이 조항들과 함께 현재 저작권법은 콘텐츠 소유자에게 공정사용의 표현자 및 권한없는 표현의 창작자들을 침묵시킬 수 있는 새로운 권한을 부여하고 있다.<sup>35)</sup> 위에서 언급하였듯이, Peer-to-Peer 네트워크에 반대하는 운동은 명백히 중앙화된 통제에 복종할 필요가 없는 신중 네트워크의 개발을 막기 위한 것이다.

### 제3절 개인에 대한 정보흐름

#### : 응용프로그램과 네트워크에 의한 감시와 프로파일화

온라인상의 모든 행위들은 영구적인 디지털 기록으로 남기 때문에, 만약 디지털 네트워크 기술을 이용한다면 수많은 활동들이 정밀하게 조사될 수 있다.<sup>36)</sup> 또한 디지털 네트워크를 통하여 수집·작성된 '지식'의 밀도는 상대적으로 매우 높다. 이러한 두가지 이유로 인하여 오늘날 디지털 네트워크 기술을 이용하여 개인의 취향과 활동에 대한 예상할 수 없을 정도

32) Rochelle Cooper Dreyfuss, *supra* note 16, pp. 400-403, 412-417; Jessica Litman, *supra* note 16, pp. 1726-1733.

33) Anticybersquatting Consumer Protection Act, 15 U.S.C. §1125(d); 또한 note 23을 참조할 것.

34) Milton Mueller, *Rough Justice: A Statistical Assessment of ICANN's Uniform Dispute Resolution Policy*, 2000 (working paper on file with author).

35) 마이크로소프트사는 자사를 비판하는 사람들에게 서비스를 제공하는 ISP에게 MS 케베로스과 관련된 글들을 제거하라는 압력을 행사하기 위해 최근 제정된 세이프 하버 조항을 이용하고 있다.

36) Jerry Kang, *Information Privacy in Cyberspace Transactions*, *Stanford Law Review*, 1998, vol. 50, pp. 1198-1199.

의 엄청난 정보를 수집할 수 있게 되었다.

네트워크화된 데이터베이스가 나타나기 전의 경우, 개인들은 각각 개별적인 사회영역들(discrete social spheres) 속에서 살았기 때문에 더 탄력적인 생활을 영위할 수 있었다.<sup>37)</sup> 반면, 역사적으로 개인은 타인에 대한 진실한 정보를 이야기하거나 책으로 출판하였을지라도 특별한 예외상황에서는 명예훼손과 프라이버시침해로부터 면책될 수 있었다. 그러나 이러한 메카니즘은 현실공간의 특성상 범위에 제한을 받을 수밖에 없었다. 왜냐하면 사용가능한 데이터의 양과 다양성은 매우 작았으며, 매체(가습 또는 인쇄문서) 자체의 특성상 인간의 인식 능력은 시간적·공간적으로 제한되어 있기 때문이다. 그러나 네트워크 데이터베이스와 데이터 수집기술이 매우 발전된 상황 아래에서는, 각각 개별적인 사회영역의 경계가 붕괴되고, 다양 다종의 정보들이 본질적으로 가질 수밖에 없었던 인식적·매체기반적 한계 역시 해제될 수 있게 되었다.<sup>38)</sup>

디지털 네트워크를 통해 얻은 많은 양의 새로운 정보로부터 정보접근과 정보사용에 관한 사항, 즉 지적 활동 자체에 관한 정보를 얻을 수 있게 되었는데,<sup>39)</sup> 이러한 새로운 프로파일화 와 데이터 수집은 지적자유에 매우 심각한 영향을 미친다. 비디지털화된 세계의 경우 이러한 정보들은 결코 얻어질 수 없었으며, 프라이버시를 강력하게 보호함으로써 도서관 및 기타의 정보전달자들을 제한할 수 있었기 때문에 이들에 의해 얻어지는 대부분의 개인 정보들이 보호될 수 있었다.<sup>40)</sup> 그러나 디지털 세계의 경우, 지적재산권 정책과 엄격한 접근통제의 기술들은 마치 독자와 청자들에 대한 엄청난 양의 인적 정보를 축적하고 수집할 수 있는 권리로 여겨지고 있다.<sup>41)</sup> 뿐만 아니라 도서, 비디오 및 다른 지적상품에 대한 접근 및 이용행위와 개인소지품의 일반적 사용행위를 비롯한 사적 공간 내에서의 모든 행위를 자유롭게 선택할 수 있다는 통상의 가정이 자동화된 접근과 사용 통제기술로 인하여 역전되었다.<sup>42)</sup> 즉, 접근에 어떠한 재정적 제한을 경험하지 못한 사람들조차도 계층화된 정보접근으로 인하여 책을 읽거나 이야기할 때 자신들이 구속되어 있다는 심리적 압박감을 경험하게 되었다. 이것 또한 사회적 질서를 전계몽적 양식으로 되돌리는 것이다. 중세의 가신(vassals)이 군주에

37) Helen Nissenbaum, *Protecting Privacy in an Information Age: The Problem of Privacy in Public*, *Law & Philosophy*, 1998, vol. 17; Jonathan Schonsheck, *Privacy and Discrete Social Spheres*, *Ethics & Behavior*, 1997, vol. 7.

38) Michael A. Froomkin, *Flood Control on the Information Ocean: Living with Anonymity*, *Digital Cash, and Distributed Databases*, *Journal of Law & Commerce*, 1996, vol. 15, pp. 479-505; Oscar H. Gandy, JR., *The Panoptic Sort: A Political Economy of Personal Information*, Boulder, CO: Westview Press, 1993, pp. 53-94.

39) Julie E. Cohen, *A Right to Read Anonymously: A Closer Look at Copyright Management in Cyberspace*, *supra* note 18, pp. 983-986.

40) Julie E. Cohen, *ibid*, pp. 1031-1032.

41) 미국의 디지털 밀레니엄 저작권법은 온라인 검색행위를 감시하기 위한 쿠키(cookies)와 그 외의 기술들을 무력화시킬 수 있는 우회기술의 사용을 제한적으로 허용하고 있다. Digital Millennium Copyright Act, 17 U.S.C. §1201(i)을 참조할 것. 그러나 동법은 고객들에 관한 인적 정보를 수집·사용·판매하는 콘텐츠 판매자의 권한을 제한하지 않는다.

42) Julie E. Cohen, *Copyright and the Jurisprudence of Self-Help*, *Berkeley Technology Law Journal*, 1998, vol. 13, pp. 1101-1117.



게 프라이버시와 소유권을 주장할 수 없었던 것과 마찬가지로, 오늘날의 독자는 프라이버시를 근거로 자신이 어떠한 가상정보를 읽는지, 심지어 어디서 책을 읽었는지에 관하여 정보 제공자에게 항변할 수 있는 권리를 상실하고 있다.<sup>43)</sup>

개인판매자가 사용하는 모니터링과 프로파일화 기술의 변화와 함께, 최근 몇 년 동안 네트워크 기본 프로토콜을 재설계함으로써 인터넷에서 개인을 훨씬 쉽게 추적하고 확인하려는 시도들이 나타나고 있다. 이것은 직접적 마케팅(direct marketing)에 대한 절대적 절명의 요청으로 개발될 뿐만 아니라<sup>44)</sup> 훨씬 수준 높은 보안성을 요구하는 상업적·법집행적 이해당사자들의 요구에 의해 추진되고 있다.<sup>45)</sup> 법집행의 측면에서 국가와 집행공무원은 더 월등한 도청능력을 필요로 하는 업무의 집행을 정당화시키기 위해, 해커의 위협을 환기시키면서 이러한 개발을 추진하고 있다. 상업적 측면에서 인터넷 판매자들은 상거래에서 사기를 줄이기 위하여, 완벽한 추적이 가능한 확실한 인증기술을 개발하려고 하고 있다. 현재 악명높은 인터넷 PSN(Processor Serial Number)은 온라인 거래의 보안성을 높이는 방법으로서 여겨지고 있다. 마찬가지로 인터넷기술사업단(Internet Engineering Task Force)은 만약 현재 개발중인 네트워크 프로토콜 버전6 TCP/IP('IPv6')이 성공한다면, 디지털 통신의 신원확인 능력이 강화될 것으로 보고 있다.<sup>46)</sup> 또한 지적재산권의 경우에서도, 법집행상 그리고 상업상 이해관계가 등장하고 있다. 지적재산권 소유자들은 권한 없는 사용을 쉽게 추적하고 금지하고 처벌할 수 있는 네트워크 기술을 개발해야 한다고 강력하게 주장하고 있다. 예를 들어, 몇몇 산업자들은 Peer-to-Peer 네트워크 기술에 대응하여, 반드시 모든 인터넷 사용자들에게 운전면허증에 상응하는 것을 갖게 할 수 있는 기술을 개발하여 온라인상에서의 익명성을 제거해야 한다고 주장하고 있다.

인터넷에서 확실한 인증시스템을 도입할 경우, 네트워크는 훨씬 더 높은 수준의 인적 정보를 수집하고 처리할 수 있게 된다. 개인은 이 시스템을 통하여 네트워크로부터 정보접근과 정보배포를 더욱 강력하게 통제할 수 있게 될 것이다. 이것을 시행할 수 있는 주체는 단순히 정부만이 아니다. 사적인 실체(private entity)도 인증시스템을 이용하여 정보접근과 배포를 통제할 수 있다. 따라서 오로지 정부만이 정보적 자율에 대한 최고의 위협일뿐 사적 행위는 해당하지 않는다고 믿는 사람들조차도 다중 목적의 상업적 통제구조가 업무상 적절

43) 리프킨은 재산관계가 아닌 서비스, 경험 그리고 네트워크에 대한 접근에 의해 사회적 서열화가 이루어지는 '접근의 시대'(age of access)라는 용어로서 새로운 밀레니엄을 묘사하고 있다. Jeremy Rifkin, *supra* note 9. 이 용어가 새롭게 출현하는 정보경제를 가장 잘 설명하든지 아니든지, -물론 지적재산권자들은 아니라고 주장할 것이지만- 정보와 디지털 네트워크에 대한 접근은 증가하는 경제적·사회적 중요성을 상징하고 있다는 것과 '접근'이 두가지 방향으로 이루어지고 있다는 것은 명백하다. 정보에 대한 접근과 디지털 네트워크에 대한 접근은 개인에 대한 접근이다. 리프킨의 전망은 헨리 메인의 '신분으로부터 계약으로'의 전환이라는 영국 커먼로의 발전에 대한 고전적 묘사와 상응하는 가치가 있다. Henry Sumner Maine, *Ancient Law*, London: J. Murray, 1861, pp. 163-165. 그리고 '접근의 시대'는 계약에 근거한 신분과 정보 서비스 제공자 사이에서의 잡종이라는 (앞으로의? 또는 뒤로의?) 전환이라고 간주할 수 있을 것이다.

44) Oscar H. Gandy, JR., *supra* note 38, pp. 95-122.

45) Shawn C. Helms, *Translating Privacy Values with Technology*, *Journal of Science and Technology Law*, 2001, vol. 7, forthcoming (draft article on file with author), pp. 42-45.

46) *ibid.*, pp. 13-15.

한 도움을 줄 수 있다고 할지라도, 그에 대한 지지를 재검토하는 편이 좋을 것이다.<sup>47)</sup>

이러한 통제지향적 구조를 (네트워크 내에서 구체적 응용프로그램과는 구별되는 것으로서) 확실하게 네트워크 자체에 부과할 수 있을지는 아직 명확하지 않다. 이와는 반대로, 익명적으로 검색할 수 있고, 통신할 수 있으며, 심지어 웹출판과 구매를 가능하게 하는 다양한 혁신적 노력이 진행되고 있다.<sup>48)</sup> 만약 이 새로운 프로토콜들이 광범위하게 채택된다면, 개인의 정보적 자율은 상당히 회복될 것이다. 현재 어떠한 법도 이 기술들을 금지하지 않는다. 그러나 상업적 필요(또는 욕망)는 프라이버시에 실질적인 영향을 줄 것이다.<sup>49)</sup> 적어도 하나의 구조만이라도 성공한다면, 판매자, 국가 및 개인사용자들이 그 구조를 선택하도록 하는 수많은 주장들이 제기될 것이다. 이런 이유로 제4장에서는 지적자료를 비롯한 자유와 정보권리 사이의 관계에 대한 몇가지 주장들을 살펴보도록 할 것이다.

## 제4장 지적자유의 법적 범주와 조건들

전술하였듯이, 제3장에서 설명한 발전은 지적자유와 정보적 자율을 증진시키지 않을 것이다. 반면, 지적재산권을 보호하고 전자상거래를 촉진시키려는 압력으로 인해, 네트워크화된 디지털 환경은 지적자유의 조건들을 침식시킬 수 있는 다양한 방법들로 재구성되고 있다. 서구 사회가 지적자유에 대해 가치를 부여하고, 다양하고 역동적이며 인습 타파적 지적 문화를 향유하려고 의도하였던 이후로, 이러한 현상은 매우 엉뚱한 결과이다. 이것을 설명하기 위해서는 법이론을 고찰하고, 정보법과 정보현실에 대한 논의의 기초가 되는 법적이고 철학적인 핵심개념들을 살펴볼 필요가 있다. 서두에서 언급하였듯이, 대부분의 사람들은 지적자유가 정보에 대한 개인의 지적재산권 보호를 강화할 때 증진되지만, 정보 프라이버시를 강력하게 보호할 경우에는 제한된다고 생각한다. 이러한 논증들은 정보소유의 의미, 상호작용을 구성하는 동의의 본질과 중요성 그리고 표현의 자유의 의미에 대한 일련의 근본적 가정에 기초하고 있다. 본 논문의 마지막 부분에서는 이러한 가정을 검토하고, 그것들을 재고할 필요가 있다고 주장할 것이다.

### 제1절 정보소유권의 의미

정보소유권과 지적자유의 관계는 복잡하다. 위에서 언급하였듯이, 만약 정치적·사회적 제도가 지적자유에 대해 가치를 부여하고자 한다면, 다양한 지적 생산품의 창작과 소비를 촉진시켜야 한다. 네태늘(Netanel)이 언급하였듯이, 지적재산은 그러한 사회제도 내에서 보호되고 구조적으로 기능한다.<sup>50)</sup> 무엇보다도 법적 보호는 지적 상품의 생산과 시장판매를 위한

47) Lawrence Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York: Basic Books, 1999, pp. 85-99.

48) Marc Waldman, Aviel D. Rubin & Lorrie Faith Cranor, *Publius: A Robust, Tamper-Evident, Censorship-Resistant, Web Publishing System*, Proceedings of the Ninth USENIX Security Symposium, 2000, <<http://www.usenix.org/>>.

49) Shawn C. Helms, *supra* note 45, pp. 42-45.

50) Neil Weinstock Netanel, *supra* note 16, pp. 347-364.



인센티브를 제공한다. 그리고 정보생산자들을 정부의 영향으로부터 독립시킴으로써 지적자유는 증진된다.<sup>51)</sup> 그러나 제2장에서 설명하였듯이, 인센티브 문제는 그리 간단하지 않다. 또한 지적재산에 대한 강력한 통제는 항상 좋은 것만은 아니다. 만약 지적자유를 증진시킬 수 있는 지적재산권 규칙과 권리 시스템을 설계하고자 한다면, 지적 상품의 공적 접근과 이용의 조건들을 연구해야만 한다. 이것은 단연코 양적인 연구일 수는 없다. 이것은 반드시 저자와 콘텐츠 양자의 다양성을 고려해야만 한다.

지적재산권에 관한 논변(rhetoric)과 현재 등장하고 있는 지식 상품의 디지털화 배포를 위한 법적·기술적 수단(vehicles)은 점차 균형과 다양성을 지속시키지 못하고 있다. 즉, 만약 지적재산권의 범위를 최대화한다면, 현재의 창작과 지적자유가 최대로 보호될 것이고 그 결과 저작물의 소유자가 활발하게 활동할 것이라는 주장에 근거하여 지적재산권과 완벽한 통제를 동등하게 여기는 것이 관례화되고 있다. 그러나 지적재산의 맥락에서, 경제학적 논거를 들어 소유권을 완벽한 통제로 정당화하는 주장은 아직 논쟁 중이다. 통제를 정당화하려는 복지 기반의 경제적 논증들은 오로지 현재의 지적재산권자의 사적 복지를 목표로 주장되고 있다. 그러나 전술하였듯이, 만약 정보생산품에 대한 사적 통제를 강화한다면, 사회의 총체적인 복리가 감소할 것이라고 생각할 수 있는 타당한 근거가 있다. 즉, 법적으로 문화생산품을 구성하는 방식은 다양한 정보에 대한 공적 접근과 새로운 창작 모두를 감소시킬 것이다.<sup>52)</sup> 소유를 완벽한 통제로 정의할 경우, 지적재산제도로부터 나오는 비용-이익 분배에 있어서의 이러한 변화와 지적자유에 대한 최종적 영향에 관한 평가는 애초부터 배제된다.

소유권이 요구하는 통제의 본질에 대한 규범적 전제와 관련하여 인적 정보의 소유권에 대한 논쟁이 이루어지고 있다. 디지털 지적재산의 제공자들은 그들이 접근조건을 무제한적으로 설정할 수 있는 권리를 가지고 있다고 주장하면서, 이 권리로부터 개인에게 인적 정보를 요구할 수 있는 권리가 수반된다고 주장할 뿐만 아니라 사용자가 감시되지 않고 익명적으로 상호작용할 수 있도록 하는 Peer-to-Peer 네트워크기술을 당연히 거부할 수 있는 권리가 따른다고 역설하고 있다. 또한 지적재산소유자 뿐만 아니라 데이터 처리자들은 만약 다른 누군가가 타인의 인적 정보를 점유하였다면, 그러한 이유로 타인에게는 법적으로든지 이론적으로든지 자신의 인적 정보를 통제할 수 있는 청구권이 존재하지 않는다고 주장한다. 그러나 사실 지적재산의 존재는 후자의 주장들을 부정한다. 왜냐하면 지적재산권은 분명 특정 정보의 사용을 지속적으로 통제할 수 있는 권한을 가지고 있음을 의미하기 때문이다.<sup>53)</sup> 뿐만 아니라 인적 정보에 대한 지속적인 통제를 가능케 하는 규칙이 데이터 처리자에게 부담

51) Marci Hamilton, *supra* note 1, pp. 9-12; Neil Weinstock Netanel, *supra* note 16, pp. 352-359. 지적재산권의 보호라는 인센티브가 내포하는 영향은 분명 과장된 것이다. 예를 들어, 학문적 창작자는 저작권 또는 특허권 보호를 이용할 수 있다는 것로부터 창작에 대한 동기를 거의 느끼지 않는다. 그럼에도 불구하고, 지적재산권 보호는 적어도 인센티브에 대한 한계적 영향을 가지고 있으며, 또한 지적재산권자는 적어도 그들의 작품에 관한 합리적으로 제공되는 가격에 대한 약간의 인센티브를 가지고 있다는 것은 확실한 것 같다.

52) 제2장 제1절과 제2절을 참조할 것. Yochai Benkler, *supra* note 13, pp. 400-412; Julie E. Cohen, *Copyright and the Perfect Curve*, *supra* note 15, pp. 1808-1814.

53) 이 점에 관한 보다 자세한 논의에 관해서는, Julie E. Cohen, *Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object*, *supra* note 18, pp. 1384-1391을 참조할 것.

지우는 비용은, 지적재산 소유자에게 지속적인 통제권을 부여하는 규칙이 지적재산의 이용자에게 새롭게 부담지우는 비용과 비슷할 것이다. 그러나 지적재산소유자는 궁극적으로 재산의 본질이 시장에서 거래될 수 있는 것이고 거래되어지는 것으로 가정하면서, 자신의 인적 정보에 대한 개인적 통제를 부정하고 있다. 이들은 기본적으로 소유권을 데이터 처리자에게 할당하는 것, 또는 적어도 그에게 방해되지 않는 소유권의 이전을 요구하고 있다.

만약 소유권의 의미와 영향을 이런 식으로 가정한다면, 상이한 소유권 규칙으로부터 도출될 수 있는 비용과 이익을 애시당초 합리적으로 평가하고 배분할 수 없게 된다. 또한 법적으로 정보를 완벽하게 통제하거나 또는 완전히 거래할 수 있는 이론을 구성한다면, 이러한 이론으로부터 도출된 소유권에 본질적인 것은 없을 것이다. 토지소유권과 마찬가지로 정보소유권의 할당과 제한은 누가 정보흐름을 통제할 수 있는 자유를 가져야 하는가, 그리고 누가 타인의 자유비용을 부담해야 하는가에 대한 정책결정을 반영한다. 지적 상품의 경우, '소유자'에게 완벽한 통제를 할당하는 것은 궁극적으로 개인사용자와 미래의 창조자들에게 비용을 전가시킨다. 인적 정보에 대한 소유권을 데이터 처리자에게 부여하는 것도 개인에게 비용을 전가시킨다. 그러한 규칙들로 인하여 지식이 지나치게 수동적·통일적·획일적으로 생산된다면, 그만큼 이러한 규칙들은 사회에 비용을 전가시킬 것이다. 만약 사회가 증진되도록 추구하는 가장 중요한 선(good)이 소유권보다 지적자유라고 생각한다면, 이 결과들은 정보소유권이 고안되어지고 할당되어지는 방식이 재평가될 필요가 있음을 암시한다.

## 제2절 동의를 본질과 중요성

소유권을 바탕으로 논증하는 사람들은 라이선스를 통한 정보교환이 복리를 증진시킨다고 여기기 때문에, 그들은 사회적 상호작용을 구성하는 동의의 본질과 중요성을 구체화하고 있다. 지적재산의 경우 동의는 라이선스이다. 지적재산을 더 완벽하게 통제하고자 하는 사람들은 소유자가 합리적 조건에서 접근과 이용을 라이선스화할 것이라고 주장한다. 또한 그들은 만약 이용자들이 지적상품의 가격이 매우 높고 동의에 과도한 조건을 부담하게 된다는 것을 알게 된다면, 이용자는 동의를 철회할 수 있을 것이라고 주장한다.<sup>54)</sup> 정보 프라이버시의 경우, 동의는 개인의 인적 정보를 대가없이 사용하는 것에 대한 개인의 동의이다. 정보 프라이버시를 반대하는 사람들은 만약 개인들이 자신들의 인적 정보가 거래되지 않기를 원한다면 개인들은 단지 계약체결을 거부할 수 있으며, 데이터 처리자들은 시장의 압력에 의하여 합리적으로 선택하여 영업할 것이라고 주장한다. 제1절에서 설명하였던 통제에 근거하는 논증처럼, 이러한 두개의 논증들은 서로를 거울에 비춘 것과 같이(mirror images) 상호 유사하다. 무엇보다도 이 논증들은 정보판매자와 처리자에게 조건을 결정할 수 있는 힘을 부여하고, 개인에게는 그것들을 거부할 수 있는 힘을 부여한다. 즉, 동의에 기반한 논증은 개인을 정보의 거대 상업적 판매자와 프로세서들과 동등한 지위에 위치시키고 있다. 그러나 이러한

54) 이에 대해서는 예를 들어, David Friedman, *In Defense of Private Orderings: Comments on Julie Cohen's Copyright and the Jurisprudence of Self-Help*, *Berkeley Technology Law Journal*, 1998, vol. 13을 참조할 것.



논증은 시장균형이라는 민주적으로 부적절한 배경적 가정에 상당히 의존하고 있다. 첫째, 정보정책에 관한 동의기반 이론은 일반적으로 정보접근과 정보이용을 지배하는 표준조건이 어떠한 제도적 힘에 의해 형성되는가를 고려하지 않고 있다. 우선 시장에서 회사는 개인보다는 더 효율적으로 조직된다. 그래서 판매자는 소비자 대중시장을 유리하게 점유하지 않을지라도 실질적인 시장지배력을 행사할 수 있다.<sup>55)</sup> 둘째, 동의기반 논증은 계약에 참여하는 개인들이 가지는 인식능력의 한계를 고려하지 않고 있다. 지적재산권의 경우, 정보작품의 가치를 사전적으로 결정하기 어려울 수 있다. 따라서 검색하기 전에 비용을 지불해야 한다는 것은 실질적으로 정보의 새로운 유형과 원천을 경험하고자 하는 개인의 의지를 약화시킬 수 있다.<sup>56)</sup> 정보 프라이버시의 경우, 개인은 자신의 인적 정보가 앞으로 어떻게 이용될 것인가에 대한 충분한 정보를 가지고 있지 못하다.<sup>57)</sup>

뿐만 아니라 정보권리를 동의에 기반하여 접근하는 방식은 근본적으로 매우 취약하다. 왜냐하면 이런 식의 접근은 대체적으로 어떠한 요인행위에 의해 사회적으로 동의되고 거절되는가를 인식하고 있지 않기 때문이다. 우선 회사의 시장지배력과 개인의 인지불가능성 문제는 교정적(corrective) 입법에 의해 어느 정도 보완될 수도 있을 것이다.<sup>58)</sup> 그러나 동의에 근거한 논증은 국가의 간섭을 배제하는 소극적 자유의 이론에 바탕을 두고 있다. 동의가 개념적으로 원자적이라고 한다면, 정치적 과정은 개념적으로 강제적이다. 만약 동의기반의 논증에 따른다면, 인간의 상호작용을 규율하는 구성적 규칙(constitutive rules)은 개인적 계약에 동의하는 규칙들의 총합일 뿐이다. 이론적으로만 보더라도 이러한 논증은 대단히 의심스럽다. 무엇보다도 만약 개인이 자유롭게 선택할 수 있어야만 한다면, 논리적으로 개인은 자신들이 어떠한 집합적 결정권한에 복종하고, 그 권한의 결정에 따라야 할 것인지를 자유롭게 선택할 수 있어야 한다. 중요한 점은 이때의 집합적 결정은 그것에 동의하지 않으려는 사람을 구속할 뿐만 아니라 가격과 조건을 정립하는 시장과정 또한 구속한다는 것이다.<sup>59)</sup> 이론적 고려를 제쳐둔다 할지라도 만약 지적자유가 추구되어야 하는 목표라면, 핵심은 어떠한 규칙이 동의에 관한 구체적이고 추상적 개념에 가장 잘 일치하는가에 있는 것이 아니라, 어떠한 규칙이 지적자유를 창출할 수 있는가에 있다. 구체적으로 만약 충분한 선택 또는 억압과 기만에 대한 독립을 보장하기 위해 원자적 개인의 시장행위를 필수적으로 제한해야 한다면, 사회는 그러한 제한이 정당한가를 결정할 수 있을 것이다.

55) 이 점에 관한 보다 자세한 논의에 관해서는, Julie E. Cohen, *Lochner in Cyberspace: The New Economic Orthodoxy of Rights Management*, supra note 15, pp. 523-530을 참조할 것.

56) *ibid.*, pp. 556-557.

57) Julie E. Cohen, *Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object*, supra note 18, pp. 1397-1398.

58) 물론 입법과정은 결코 완벽하지 않다. 입법부는 이익단체의 영향과 지배권에 종속되어 있다. 문제는 입법부, 사법부 또는 시장이라는 제도가 다른 것들과 관계하여 구체적 문제를 잘 처리할 수 있는가에 있다.

59) 이 점을 철저히 발전시킨 것에 관해서는 Julie E. Cohen, *Lochner in Cyberspace: The New Economic Orthodoxy of Rights Management*, supra note 15, pp. 534-538, 552-555 및 Julie E. Cohen, *Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object*, supra note 18, pp. 1394-1396을 참조할 것.

### 제3절 표현의 자유의 의미

제2장에서 설명하였듯이 지적자유와 표현의 자유는 밀접하게 연관되어 있다. 표현의 자유는 비록 지적자유와 충분조건은 아닐 지라도 그것의 필요조건이다. 또한 정보소유권 문제에 있어서 지적자유와 표현의 자유의 관계는 균형을 필요로 한다. 예를 들어, 지적재산을 창작할 수 있도록 지적재산권자에게 인센티브와 자유를 주어야 하지만, 반대로 표현의 자유와 관련된 이윤을 근거로 타인의 접근과 이용을 통제할 수 있는 지적재산권자의 자유를 제한해야 한다. 또한 뉴스기사처럼 특정 종류의 개인정보를 공유할 수 있는 자유를 보호해야 하지만, 역으로 표현의 자유를 근거로 인적 정보의 수집·교환·처리를 제한해야만 한다. 그러나 수정헌법 1조의 법이론에 따라 표현권(speech rights)을 일반적으로 이해할 경우, 정보적 재산의 시장처분을 통제할 수 있는 권리와 표현의 자유는 상호 동등하다. 만약 표현 논증(speech reasoning)을 정보권리에 대한 논쟁에 적용할 경우, 이미 주장된 표현권은 재산권 논리에 흡수되기 때문에 극히 편협한 결과가 도출될 수 있다.

예를 들어, 지적재산권의 경우 접근 및 이용을 감시하고 사적으로 검열하는 저작권자의 행위는 말하지 않을 권리를 포함한 저작권자의 표현권에 의해 정당화된다. 마찬가지로 상표권자는 이념적으로 논쟁의 여지가 있는 상황에서 그들의 상표를 사용하지 못하도록 요구할 때 말하지 않을 권리를 주장한다. 최근 저작권과 상표권 보호가 확장되면서, 이러한 논증들이 증가하였다. 구체적으로 보면 유명상표에 관한 희석화이론이 채택된 후, 상표를 권한 없이 의미표현적(expressive)으로 사용할 경우 법적으로 인식 가능한 손해를 배상해야 한다고 여겨지기 쉽게 되었다.<sup>60)</sup> 또한 미국의 경우 저작권보호를 위해 '출판' 요건을 형식적으로 완화시키고 저작권 보호대상이 영업비밀에까지 확장된 후, 계약법적·기술적으로 부과된 접근과 이용에 대한 제한이 지적재산권 체계에 부합할 뿐만 아니라 표현의 자유를 증진시킨다고 생각하기 쉽게 되었다.<sup>61)</sup> 표현의 자유를 근거로 하는 이 두가지 논변들은 점차적으로 지적재산권의 사회정책이 마치 표현의 자유를 더 일반적으로 증진시키는 보호막이라고 주장하면서, 지적재산권이 단순히 정보소유자의 욕망을 채워주기 위한 특별한 권리로서 재개념화되는 것을 은폐시키고 있다. 그 결과 법원은 강력한 지적재산권 보호가 본질적으로 표현의 자유를 증진시킨다는 이유에서 저작권과 상표법의 강력한 보호를 거부하는 수정헌법 논거를 기계적으로 일축해 버리고 있다.

정보 프라이버시의 경우에도, 소유권은 표현이론을 구성하거나 미리 예정하고 있다.<sup>62)</sup> 법원과 학자들은 인적 정보가 그것을 모으는 사람의 재산이라고 가정할 뿐만 아니라 인적 정보의 데이터베이스를 '표현'이라고 간주한다.<sup>63)</sup> 이것을 근거로 데이터 처리자의 정보교환의

60) Federal Trademark Dilution Act of 1995, 15 U.S.C. §1125(c), 1127; Jessica Litman, *Breakfast with Batman: The Public Interest in the Advertising Age*, Yale Law Journal, 1999, vol. 108, pp. 1724-25, 1728-1730.

61) U.S. Copyright Act, 17 U.S.C. §102(a).

62) Julie E. Cohen, *Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object*, Stanford Law Review, 2000, vol. 52, pp. 1409-1416.

63) *United Reporting Publishing Corp. v. California Highway Patrol*, 146 F.3d 1133 (9th Cir. 1998), rev'd sub nom on other grounds. *Los Angeles Police Department v. United Reporting Publishing Corp.*, 528



자유를 제한하는 것은 표현의 자유를 침해하는 것이라는 결론이 너무도 쉽게 도출된다. 그러나 만약 위의 기본 전제들 가운데 하나가 타당하지 않다면, 이러한 결론이 그리 간단하게 도출되지는 않을 것이다. 만약 개인이 자신의 인적 정보에 대하여 법적으로 인정되는 이익을 가지고 있다면, 프라이버시 규제를 평가하기 위해서는 표현의 자유 이외의 어떤 다른 기준을 적용해야만 할 것이다. 만약 어떤 정보의 교환이 표현에 해당하지 않는다고 한다면, 보다 정확히 말해 어떤 정보교환이 비표현적 이유로 발생한다면, 이러한 정보교환은 표현의 자유를 위협함이 없이 규제될 수 있을 것이다.

또 다른 논증으로 정보 프라이버시 보호를 반대하는 자유지상주의자(libertarian)들은 결과-결정 은유(outcome-determining metaphors) 또는 패라다임 케이스 유추(paradigm case analogies)에 의존하면서 상업적 프로필화를 인간에 의한 그리고 인간에게 사회적으로 가치 있는 표현과 동일시한다. 첫째, 그들은 인적 정보의 수집 및 사용을 단순한 가십(gossip)과 동등하게 취급한다. 그리고 나서 그들은 프라이버시 보호가 이웃에 대한 표현을 질식시킬 수 있다고 주장한다.<sup>64)</sup> 그러나 곳곳에 스며있어 보이지 않는 분류 시스템들(pervasive and unseen systems of classification)을 소규모 공동체 내에서 통용되는 비공식적이지만 고도의 책임을 요구하는 규범조정(norm regulation) 시스템과 동일시하는 이러한 논증방식은 완전히 엄청난 실수를 범하고 있다. 상업적 프로필화 기업은 거의 전적으로 책임으로부터 격리되어 있지만, 상업적 프로필화는 구체적 공동체 또는 사람들의 구체적 삶의 모습 모두에 영향을 미친다. 그리고 이러한 이유로, 상업적 프로필화는 개인적 자율과 지적자유에 대하여 질적으로 독특한 영향을 준다. 두 개의 시스템은 사실 중복되는(overlapping) 규제기능을 하지만, 이 오버랩으로 인해 두 시스템이 유사하게 되는 것은 아니다. 둘째, 자유지상주의자들은 정보 프라이버시의 보호가 출판의 자유(press freedom)를 제한한다고 주장한다.<sup>65)</sup> 그러나 여기서 다시 설명한다면, 비록 수백만 수천만의 거래기록과 기호기록을 비롯한 영업비밀 데이터베이스를 비공식적으로 교환하고 처리하며 상업적 프로필화하는 것을 법적으로 제한한다고 할지라도, 그러한 법이 반드시 구체적 개인 또는 단체에 대한 뉴스 기사화를 더 포괄적으로 제한하는 법으로 되는 것은 아니다. 상업적 프로필화의 목적은 정보를 독점적 영업비밀로서 보유하려고 할 뿐, 공적 관심사에 대한 논쟁에 기여하거나 공공지식의 축적을 증가시키는 것이 있지 않다.

만약 표현의 이익을 단지 정보재산의 이익으로만 한정하거나 또는 모든 정보교환을 인간과 인간 사이의 의사소통과 완전히 동등한 것으로 본다면, 지적재산권과 정보 프라이버시의 문제를 다룰 때 표현의 자유에 근거하는 논증이 특수하게 적용될 것이다. 그러나 어떠한 문제에 적용하든지, 동등한 양자 가운데 표현적(expressive) 이익이 어디에 존재하는가를 묻는 난해한 연구의 본질이 은폐된다.

지적자유를 해결하는 것은 균형을 요구한다. 구체적인 정보교환의 유형이 어떻게 개인에

게로의, 개인에 의한, 개인에 대한 정보흐름에 영향을 미칠 것인가에 대해 초점을 맞추어서 연구해야 할 것이다. 요컨대 만약 사회가 증진시키기를 원하는 첫 번째 것이 지적자유라고 한다면, 무엇이 '표현'을 구성하는가에 대한 논의는 단지 도구일 뿐 목적 자체가 아니다.

## 제5장 결론

지적자유는 개인에게로의, 개인으로부터, 개인에 대한 정보흐름에 관하여 개인이 누릴 수 있는 자율과 관련되어 있다. 정보의 소유, 접근 및 이용을 규율하는 법적 규칙은 사회 속에서 개인이 향유하는 지적자유에 상당한 영향을 미친다. 이러한 규칙들은 고정적인 것이 아니라, 정보의 소유와 소유의 한계를 결정하기 위해 사용하는 법적 범주로서 기능한다. 정보사회가 출현하면서 이러한 규칙은 그 자체 목적이 되었고, 점진적으로 그것의 영향을 비판적으로 평가하는 것, 다시 말해 규칙이 어느 정도 정보를 풍부하고 다양하게 하고 있으며, 일련의 정보현실이 지적자유를 단순히 이론적이 아닌 실제적으로 촉진시키는데 어느 정도 기여하고 있는가에 대한 비판적 평가를 배제하고 있다. 만약 사회가 추구하는 선이 법적 범주 자체가 아니라 지적 자유가 되어야 한다면, 정보법과 정보정책을 구조짓는 범주는 더 세밀하게 연구되어야 할 것이다.

U.S. 32 (1999); U.S. West v. Federal Communications Commission, 182 F.3d 1224 (10th Cir. 1999), cert. denied, 120 S. Ct. 1240 (2000).

64) Solveig Singleton, *supra* note 2; Eugene Volokh, *supra* note 2.

65) Solveig Singleton, *supra* note 2; Eugene Volokh, *supra* note 2.



## 디지털 혁명과 자본주의의 정보적 확장

홍성태\*

### 1. 디지털 혁명의 시대?

‘세상이 빠르게 변하고 있다’는 말 자체가 가장 진부한 상투어가 되어 버린 시대를 우리는 살고 있다. 도처에서 들리느니 이런 류의 말들이다. 그 결과 이런 말들은 평범한 수사학적 가치마저도 지니지 못하게 되었다. 그러나 불행하게도 오늘날 우리는 이런 말들의 지배를 받으며 살고 있다. 공허한 메아리조차 울리지 못하는 이런 말들이 우리의 사고와 행위를 장악하고 있는 것이다. 그러나 도대체 무엇이 어떻게 변하고 있다는 말인가?

지난 10년 사이에 이루어진 가장 큰 변화라면 단연 사회주의 세계체계의 몰락을 들어야 할 것이다. 이로써 자본주의의 지리적 확장이 완성되었다. 사회주의가 사라진 자리에 자본주의가 들어서면서 마침내 자본주의에 의한 천하통일이 이루어진 것이다. 이와 함께 변화에 관한 논의의 중심은 기술 쪽으로 옮겨갔다. 요컨대 기술의 발달이 자본주의에 어떤 변화를 가져오고 있는가 하는 것이 변화에 관한 논의의 초점이 되었다.

이런 식으로 기술혁명이 사회혁명의 자리를 차지하게 되었다. 아마도 오늘날처럼 ‘혁명’이라는 용어가 일상적으로 널리 사용되었던 적은 없을 것이다. 그러나 그것은 더 이상 과거와 같은 사회혁명을 가리키지 않는다. 그러므로 ‘혁명’은 더 이상 과거와 같은 정치적 무게를 지니지 않는다. 오늘날의 혁명은 자본주의를 넘어서는 것이 아니라 확장하는 기술혁명이기 때문이다(홍성태, 2007).

디지털혁명은 이러한 기술혁명의 한 축이다.<sup>1)</sup> 자본주의의 지리적 확장이 완성된 세계에서 그것만이 오늘날 실제적인 ‘영구혁명’이자 ‘세계혁명’으로 작동하고 있다. 그것은 새로운 세계를 지배하는 새로운 패권의 원리인 ‘무한경쟁’과 ‘승자독식’에서 살아남기 위해 받아들이지 않을 수 없는 시대사적 변화로 여겨지고 있다. 나아가 디지털혁명을 통해 기술은 이제 분명히 도구적 차원을 훌쩍 뛰어넘어 역사와 사회를 구성하는 주체의 영역에 안착한다.<sup>2)</sup> 그러나 과연 디지털혁명은 무엇을 가리키는 것인가?

\* 정보공유연대 IPLeft 대표, 상지대 교수

1) 다른 한 축은 ‘바이오혁명’, 즉 생체공학혁명이다. 이것은 물론 디지털혁명과 밀접한 연관을 맺고 있다. 어떤 점에서 디지털혁명이 없었다면, 바이오혁명은 없었다고 할 수 있다. 디지털혁명을 통해 인류는 생체정보를 해독할 수 있는 능력을 지니게 되었으므로.

2) 이런 점에서 ‘기술결정론’이 이 시대보다 더 위세를 부린 때는 없었던 것으로 보인다. 이에 대한 체계적인 논의로는 윤영민(1997)을 참조.

디지털혁명에 관한 의침은 도처에서 들려오건만 정작 그것이 가리키는 구체적인 내용에 관한 논의는 찾아보기 쉽지 않다. 예컨대 미 상무부 전자상거래국에서 1998년에 발표한 ‘부상하는 디지털 경제’라는 보고서를 보자. 이 보고서는 ‘디지털혁명이 시작되었다’는 제목의 절로 시작한다. 그러나 여기에서 디지털혁명에 관한 정의는 찾아볼 수 없다. 그것은 다만 인터넷의 대중화와 그에 기반을 두고 나타나는 경제적 변화를 가리키는 것으로 읽힐 수 있을 뿐이다(DOC, 1998).

네그로폰테로부터 비롯된 것으로 보이는 디지털혁명론의 가장 큰 문제점은 디지털을 신비화한다는 것이다. 기술적으로 보자면, 디지털은 전자 정보를 처리하는 한 방식일 뿐이다. 그러나 디지털혁명론에서 디지털은 물질적 한계를 넘어서 인류에게 무한한 성장을 약속하는 ‘마법의 씨앗’과 같은 것으로 제시된다. 이렇게 해서 디지털혁명론은 근대 사회를 떠받쳐 온 무한성장의 신화를 되살리는 이데올로기의 구실을 하게 된다. 물론 이러한 이데올로기는 디지털혁명을 올바르게 이해하는 데서 큰 장애가 된다(홍성태, 2000: 4장).

기술적으로 디지털혁명은 컴퓨터의 멀티미디어화와 인터넷의 대중화를 축으로 하는 정보통신기술의 발달을 가리킨다. 이와 함께 여러가지 사회적 변화들이 나타나고 있지만, 필자는 특히 인터넷의 대중화와 ‘정보의 상품화’에 주목하고 싶다. 이 경우 디지털혁명은 자본주의의 정보적 확장을 가속화하고 있는 것으로 파악된다. 이것은 자본주의가 물질재의 영역뿐만 아니라 정보재의 영역까지도 확고히 지배하게 되었음을 뜻한다. 이로써 자본주의는 명실상부한 전성기를 구가하게 되지만, 당연하게도 그 결과로 새로운 형태의 모순을 낳게 된다.

이 글에서는 이러한 관점에서 디지털혁명과 자본주의의 관계에 대해 살펴보고자 한다. 먼저 다음의 2절에서는 ‘현실 정보사회’라는 용어를 통해 정보사회에 대한 비판적 이해를 추구한다. 3절과 4절에서는 정보의 상품화를 법적으로 보장하는 지적재산권을 다룬다. 먼저 3절에서는 세계지적재산권기구의 형성과 변화를 다루고, 4절에서는 세계무역기구의 무역관련 지적재산권협정을 중점적으로 다룬다. 마지막 5절에서는 이러한 자본주의의 정보적 확장에 관한 문명전환론적 설명과 그 문제점들을 정리하는 것으로 글을 맺도록 한다.

## 2. 현실 정보사회와 지적재산권

### 1) 현실 정보사회

정보사회에 관한 주류적 논의들<sup>3)</sup>은 대체로 기술결정론적 편향을 갖는다. 이 편향은 다른 어떤 사회적 변수보다 기술의 영향력을 강조할 뿐만 아니라, 사회 변화를 문명전환론의 형태로 파악하도록 하는 효력을 갖는다. 여기서 기술결정론적 편향은 산업주의와 자본주의가 빚어내고 있는 현실의 사회 문제로부터 눈을 돌리도록 하는 이데올로기적 편향으로 전화된다. ‘현실 정보사회’라는 용어는 정보기술의 발달이 갖는 중요성을 인정하되 이러한 편향을

3) 피터 드러커(Peter Drucker), 다니엘 벨(Daniel Bell), 알빈 토플러(Alvin Toffler), 존 네이스비트(John Naisbitt), 조지 길더(George Gilder), 에스더 다이슨(Esther Dyson), 니콜라스 네그로폰테(Nicholas Negroponte) 등을 떠올리면 되겠다.



고려하여 고안된 용어이다.

기존의 정보사회론, 특히 주류 정보사회론은 '정보화 → 정보사회'라는 기술결정론적 도식에 사로잡혀 있다. 이것이 기술결정론적인 까닭은 여기서 정보화가 대체로 정보기술(IT)의 확산을 가리키기 때문이다. 이 도식에는 크게 두가지 문제가 있다. 첫째, '정보기술적 편향'의 문제이다. 이 도식에서 정보화는 흔히 전자공학에 바탕을 둔 정보기술 분야의 변화로 한정된다. 그러나 이른바 '바이오혁명'에서 잘 드러나듯이 현재의 정보화는 생체정보의 확인과 이용으로 빠르게 나아가고 있다(Rifkin, 1998). 이러한 기술적 변화가 안고 있는 심각한 문제에 적절히 대처하기 위해서도 정보화는 전자정보기술뿐만 아니라 유전정보기술을 포함하는 것으로 이해될 필요가 있다.

둘째, '탈자본주의적 편향'의 문제이다. 이 도식에는 정보기술의 발달과 이용에 대한 관심이 압도적으로 반영되어 있으며, 정보기술의 발달이 정보재의 생산과 이용에 미치는 영향은 거의 반영되어 있지 않다. 이 때문에 주류 정보사회론자들은 기술의 발달에 따라 새로운 사회가 도래한다는 속 편한 문명전환론을 주장할 수 있는 것이다. 그러나 정보재의 생산과 이용에서 나타나는 변화를 보면, 정보기술이 자본주의의 구조적 규정 속에서 개발되고 있으며, 대체로 자본주의의 확장을 위한 방식으로 이용되고 있음을 알 수 있다. 정보기술의 발달과 함께 자본주의의 정보적 확장이 가속적으로 전개되고 있는 것이다.

'현실 정보사회'란 이러한 자본주의의 정보적 확장이라는 관점에서 파악된 정보사회를 가리킨다. 이 용어는 정보기술의 빠르고 복잡한 발달과 그 이용의 보편화만이 아니라 그와 함께 정보라는 재화에 어떤 변화가 초래되고 있는가에 주목할 것을 요청한다.<sup>4)</sup> 요컨대 본래 공유재로 여겨지던 정보들이 대거 사유재로 바뀌는 변화가 일어나고 있다. 인간의 유전정보를 포함하여 이 세상의 모든 정보가 상품으로 생산되고 판매될 수 있게 된다. 정보기술의 발달뿐만 아니라 정보재의 영역에서 진행되고 있는 이러한 변화에 주목해야 비로소 현재의 정보화가 자본주의와 관련해서 차지하는 사회적 의미를 제대로 이해할 수 있다.

현재 우리가 경험하고 있는 자본주의의 정보적 확장은 1980년 초반부터 미국의 주도로 전개되기 시작했다. 잘 알다시피 1980년대에 미국 경제는 막대한 무역적자와 재정적자로 허덕였다. 레이저노믹스는 '위대한 미국'을 기치로 내걸었지만, 오히려 미국은 몰락하고 있는 것처럼 보였다. 이 문제에 대처하기 위해 여러가지 방안들이 모색되었는데, 그 중의 하나가 바로 지적재산권을 강화하는 것이었다. 1983년에 설립된 미국의 대통령산업경쟁력위원회는 1985년에 발표한 보고서에서 미국 경제의 재생을 위한 방법의 하나로 지적재산권의 보호를 강화할 것을 제시했다. 바로 이것을 계기로 1980년대 중반부터 미국 및 세계경제에서 지적재산권의 보호를 강화하는 커다란 흐름이 가파르게 형성되어 왔다(박영관, 1996: 22).

물론 지적재산권 자체가 최근에 들어와 새롭게 만들어진 것은 아니다. 서구의 경우에 그

4) 이 글에서 정보재에는 정보뿐만 아니라 지식까지도 포함된다. 다시 말해서 이 글에서 정보재는 인간의 두뇌로 인식될 수 있고 생각해 낼 수 있는 모든 무형재를 뜻한다. 또한 정보재는 항상 물질을 통해 표현된다. 정보를 생산하는 가장 원초적인 행위, 즉 인간의 사고행위 자체가 물질의 운동과정이라는 점을 염두에 두면, 정보가 물질과 분리되어 존재할 수 없다는 것은 아주 자명한 사실이다. 따라서 정보를 물질로부터 분리시키고 그것에 초월적인 지위를 부과하는 '정보 예외주의'는 잘못된 것이다.

역사는 대략 500년 전으로 거슬러 올라간다. 현재 지적재산권은 복잡한 체계를 통해 관리·보호된다. 지적재산권체계는 지적재산권과 그 관리기구로 구성되는 데, 현재 지적재산권은 산업재산권(특허권·실용신안권·상표권·의장권), 저작권(저작인격권·저작재산권·저작인접권), 신지적재산권(산업저작권·첨단 산업재산권·정보산업권)으로 구성되어 있으며, 그 관리기구는 특허청과 같은 각국의 해당 기구들과 세계지적재산권기구(WIPO)로 대표되는 국제적 기구들로 구성되어 있다. 이러한 체계의 기본적인 틀은 이미 19세기 말에 유럽에서 형성되었다.

1980년대 중반부터 미국의 주도로 진행되어 온 세계지적재산권체계의 변화에 대해서는 두 가지 점에서 새로운 의미를 부여할 수 있을 것으로 보인다. 첫째, 그것은 정보기술의 급속한 발달과 함께 구체적으로 형성되기 시작한 정보사회를 자본주의적으로 안정화하기 위해 추구된 변화이다. 둘째, 그것은 급변하는 사회적 및 기술적 조건의 변화를 배경으로 자본주의 발전의 본질적 경향인 정보적 확장을 그 최고의 단계로 끌어올리는 변화이다. 이러한 변화는 대체로 1990년대 중반을 지나며 제도적으로 실현된다. 현실 정보사회는 이런 제도적 변화를 바탕으로 파악된 정보사회이다.

## 2) 지적재산권

자본주의의 정보적 확장은 제도적으로 지적재산권을 통해 나타난다. 지적재산권은 서구에서 근대의 시작과 함께 창안된 제도이다. 이것은 물질재와는 다른 물리적 및 사회적 특성을 갖는 정보재를 사적 소유제의 틀 속에서 생산·유통하기 위해 고안되었다. 따라서 지적재산권을 이해하기 위해서는 우선 정보재의 특성에 대해 살펴볼 필요가 있다.

정보재는 '형체를 가지지 않는 모든 종류의 정신적 재화'를 뜻한다. 물질재와 다른 그 가장 기본적인 물리적 특징은 '배타성이 없는 재화'라는 것이다. 즉 나만이 알고 있는 것을 다른 사람이 알게 된다고 해서 내가 알고 있던 것을 내가 모르게 되지 않는다. 다만 혼자 알던 것을 둘이 알게 되었을 뿐이다. 이런 점에서 정보재는 본래적으로 '회소성이 없는 재화'이다. 이러한 재화는 본질적으로 경제재가 될 수 없다(Perelman, 1998: 87-88). 그러나 이렇게 될 경우에 정보재를 가지고 있는 사람이 다른 사람과 그것을 공유하려 하지 않으므로써 사회 전체적으로 필요한 정보재의 생산과 유통이 원활하게 이루어지지 않게 된다. 인간은 댓가가 따르지 않는 노동은 주저하는 법이다. 어렵게 얻은 결과물을 나누는 데서는 더욱 더 그러하다. 이런 문제를 해결하기 위해 고안된 것이 바로 지적재산권이다.

이처럼 지적재산권은 개인에게 일시적으로 정보재의 배타적 소유권을 인정함으로써 사회의 지적 자산을 늘리기 위해 만들어진 법적 장치이다. 이것은 실제로 사회 전체의 지적 자산을 늘리는 데 크게 이바지했다. 그러나 지적재산권에는 내적 모순이라고 불려야 할 문제점이 내장되어 있기도 하다. 이것은 정보재의 사회적 특성에서 비롯되는 것으로, 가장 기본적인 모순은 권리와 이용자 간의 모순이다. 하늘 아래 어떤 지적재산도 완전히 새로운 것은 없다. 어떤 지적 산물도 다른 지적 산물과 연관되어 있다. 순수하게 새로운 지적 산물이란 존재하지 않는다. 따라서 어떤 지적재산에 대해서도 누구나 이용권을 가진다. 이 점에서



권리자의 소유권과 이용자의 이용권이 대립한다. 문제의 핵심은 양자가 경제적으로 제로섬 관계를 형성한다는 것이다. 그러나 자본주의의 정보적 확장, 즉 지적재산권의 강화는 이용권을 일방적으로 약화시킨다. 여기에 현실 정보사회를 문제적으로 바라보아야 하는 근본적인 이유가 있다.

그 물리적 및 사회적 특성때문에 정보재는 보통 공공재로 분류된다. 지적재산권은 이러한 공공재로서 정보재를 사유재로 전환시키기 위한 강제적 장치이다(허희성, 1996: 48). 이것은 정보재의 생산을 촉진한다는 명분으로 자본주의의 정보적 확장을 정당화하는 인위적 제도이다. 자본주의는 정보재의 상품화를 적극적으로 추구한다. 정보재는 물질재의 생산에 필수적일 뿐만 아니라 그 자체로 고이윤을 낼 수 있는 재화이기 때문이다. 이런 관점에서 보자면, 자본주의의 발전사는 지적재산권의 지속적인 확대·강화의 역사로 파악될 수 있다. 이러한 일치는 결코 우연이 아니다. 이것은 이 세상 모든 것의 사유화를 추구하는 자본주의의 내적 본질에서 비롯된 것이기 때문이다. 역사적으로 정보재의 상품화는 자본주의의 정보적 확장으로 파악될 수 있다. 그리고 그 역사는 지적재산권의 변천에서 가장 집약적인 형태로 나타난다.

이러한 관점에서 지적재산권의 변천은 4단계로 나누어 살펴볼 수 있다. 그 1단계는 자본주의의 정보적 확장의 모색기이며, 지적재산권의 정립기이다. 시기상으로는 15세기 후반에 이탈리아에서 특허권과 저작권이 창안되었을 때부터 구미 각국에서 지적재산권이 법적으로 보장된 19세기 후반까지를 포함한다. 이 기간 동안에는 지적재산권을 둘러싸고 논란이 극심해서 심지어 '반특허운동'이 전개되기도 하였다(윤성식, 2000: 45). 이러한 논란은 자본주의의 발전에 따라 정보재의 경제적 중요성이 커지면서 구미 각국에서 지적재산권이 법적으로 성립되는 것으로 정리된다.<sup>5)</sup>

2단계는 자본주의의 정보적 확장이 본격적으로 추구되기 시작한 시기이며, 구미 각국을 중심으로 세계지적재산권체계의 기본틀이 형성된 시기이다. 이 시기는 19세기 말에 구미 각국의 지적재산권법이 통일되면서 시작되었다. 먼저 1883년에 산업재산권에 관한 파리협약이 체결되었다. 이어서 1886년에는 저작권에 관한 베른협약이 체결되었다. 다시 1892년에는 이 두 협약을 통합해서 관리하는 '지적재산권보호 국제합동사무국'(BIRPI)이 설치되었다.

3단계는 구미 각국의 주도로 자본주의의 정보적 확장이 전세계에서 추구된 시기이며, 전 세계에서 통용되는 세계지적재산권체계가 확립된 시기이다. 이 시기는 1967년에 파리협약과 베른협약이 개정되면서 시작되어 1970년에 세계지적재산권기구(WIPO)가 발족되는 것으로 일단락된다. WIPO는 1974년에 UN의 전문기관으로 인정되었으며, 그 국제사무국은 BIRPI의 후계기관이 되었다.

4단계는 자본주의의 지구화와 정보기술의 급속한 발달을 배경으로 자본주의의 정보적 확장이 완성을 향해 나아가는 시기이다. 이 시기에 들어와 기술적 및 제도적 차원에서 현실

5) 정보사회의 형성을 산업혁명에 따른 '제어위기'에서 찾는 베니거의 견해는 이런 점에서도 상당한 타당성을 지닌다고 할 수 있다(Beniger, 1986: 1-27). 그러나 이 글에서는 기술적인 면에서 컴퓨터가 개발되고 이용되기 시작한 1950년대 이후에 정보사회가 형성되는 것으로 본다.

정보사회와 정보자본주의가 확립된다고 할 수 있다. 이 시기의 성립을 보여주는 가장 중요한 지표는 1994년에 조인된 세계무역기구의 무역관련 지적재산권협정(WTO/TRIPs)이다. 이 협정을 통해 이제 지적재산권은 자본주의를 보완하는 제도가 아니라 그 가장 중요한 제도로 완전히 탈바꿈한다.

### 3. 세계지적재산권체계의 확립

#### 1) WIPO와 세계지적재산권체계

파리협약과 베른협약을 통해 구미 각국에서는 이미 19세기말에 자본주의의 정보적 확장을 위한 제도적 틀이 국제적으로 정비되었다. 그러나 자본주의의 지리적 확장과 함께 지적재산권을 구미 이외의 지역에서도 보호할 필요가 커져 갔다.<sup>6)</sup> 물론 이러한 필요를 강하게 느낀 것은 선진 자본주의 국가들이었다. 그렇지 않은 나라들은 선진 자본주의 국가들의 지적재산권을 마음대로 사용할 필요를 훨씬 더 강하게 느꼈다. 그러나 국제관계를 지배하는 것은 역시 적나라한 힘의 논리이다. 1960년대에 들어와 선진 자본주의 국가들의 주도로 파리협약과 베른협약이 개정되는 한편, 세계적 차원에서 지적재산권을 보호하기 위한 새로운 관리체계가 구성되었다. 이것이 바로 1970년에 설립된 세계지적재산권기구(WIPO)이다.

세계지적재산권체계의 기본틀은 이미 19세기 말에 형성되었지만, 거기에는 여러가지 문제점들이 내장되어 있었다. 예컨대 산업재산권에 관한 파리협약은 '속지주의'에 입각해서 각국의 상이한 특허제도의 차이점을 인정했다. 그러나 지적재산권이 제대로 효력을 발휘하려면 당연히 관련 제도가 국제적으로 통일되어야 한다. 구미 각국이 자국의 이익을 위해 상이한 방식으로 지적재산권을 이용하고 있던 상황이 혁파되어야 했던 것이다. 이 때문에 파리협약과 같은 국제조약이 맺어진 것이었지만, 그 원칙은 여전히 큰 문제를 안고 있는 것이었다. 지적재산권의 보호방식을 통일하는 작업은 산업 발전의 수준이 비슷한 구미 각국에서도 오랫동안 요원한 과제였다.

다음의 <표 1>은 이에 근거하여 성립된 서구 각국의 최근 특허제도이다. <표 1>에서 볼 수 있듯이, 지적재산권의 핵심인 특허권 분야에서조차 각국의 차이는 크다.<sup>7)</sup>

이러한 차이는 파리협약이 체결되던 당시 구미 각국의 산업 발전의 정도가 다른 데서 비롯된 필연적인 결과였다. 그러나 시간이 흐르며 선진 자본주의 국가들 간의 차이는 사라졌다. 대신에 2차대전 이후에 대거 등장한 제3세계의 신생 자본주의 국가들이 지적재산권을 보호하도록 강제해야 할 필요성이 생겨났다.

WIPO의 목적은 이와 같은 두가지 변화, 즉 선진 자본주의 국가들 간의 차이가 사라진 대신에 신생 자본주의 국가들이 대거 등장한 상황에 대응하여 자본주의의 정보적 확장을 성공

6) 역사적으로 자본주의는 '이중의 확장'을 추구해 왔다. 지리적 확장과 정보적 확장이 그것이다. 정보적 확장은 다시 지리적 확장과 기술적 확장을 통해 추구되어 왔다.

7) 그 차이는 WTO/TRIPs 이후에 많이 줄어들었다. 예컨대 미국은 17년이었던 특허권의 존속기간을 20년으로 늘렸으며, 선발명주의를 포기하는 대신에 특허의 대상을 크게 늘리려 하고 있다.



<표 1> 서구 선진자본주의 국가들의 특허제도 비교

	한국	일본	미국	EU
심사청구기간	5년 이내	3년 이내	심사청구 제도 없음	2년 이내
신규성 의제 주장가능기간	6개월 이내	6개월 이내	1년 이내	6개월 이내
이의신청 (담당기관)	등록공고일부 3개월 이내 (심사관)	등록공고일부 6개월 이내 (심판관)	이의신청 제도 없음	등록공고일부 9개월 이내 (심사관)
우선심사제도	있음	있음	있음	있음
국내우선권 주장시기	1년 이내	1년 이내	출원계속 중	없음
출원공개시기	1년6개월 이후	1년6개월 이후	1년6개월 이후	1년6개월 이후
특허존속기간	출원일부 20년간	출원일부 20년간	출원일부 20년간	출원일부 20년간

자료: 송봉식(2002)

적으로 달성하는 것이었다. 물론 이것을 주도한 것은 선진 자본주의 국가들이었다. 이를 위해 지적재산권의 보호방식을 세계적으로 통일화하는 과제가 추구되었다. 그것은 다시 말해서 명실상부한 세계 지적재산권체계를 확립하는 과제였다. 이 과제야말로 WIPO의 고유업무였다. 그 중에서도 특히 WIPO가 중점적으로 추구해 왔던 것은 산업적 영향력이 가장 큰 특허제도의 통일화작업이었다.

특허는 신물질의 발명(물질특허), 새로운 제조기술(제법특허), 새로운 용도개발(용도특허) 등에 대해 배타적 소유권을 부여하는 것으로서 산업 전반에 걸쳐 직접적으로 커다란 영향을 미친다. 이 때문에 특허는 선진국과 후진국의 대립이 특히 두드러지는 분야이기도 하다. 후진국이 선진국의 특허를 사용하지 않고 산업화를 할 수 있는 길은 없다. 따라서 세계적인 차원에서 특허제도를 강화하게 되면, 선진국으로서는 엄청난 이득을 거둘 수 있게 되지만, 후진국으로서는 직접적인 경제적 손실은 물론이고 선진국의 의존에서 벗어나기 어려운 구조 속으로 빠져들지 않을 수 없게 된다. 이른바 '기술종속'의 상황이 빚어지는 것이다.

이 때문에 '특허제도의 통일화'작업은 그다지 순조롭게 진행되지 못했다. 같은 이유에서 실제적 측면보다는 절차적 측면이 상대적으로 쉽게 진행되었다.<sup>8)</sup> 절차적 측면과 관련된 가장 획기적인 성과는 '특허협력조약'(PCT, Patent Corporation Treaty)인 데, 이것도 1966년부터 추진되기 시작해서 1978년 1월부터 발효되기 시작했다. 이런 성과를 바탕으로 해서 WIPO는 1983년 6월에 '특허법 통일화조약'을 공식적으로 제안하였다. 이어서 WIPO는 1984

8) 특허제도의 통일화 작업은 두 측면으로 진행된다. 첫째, 실제적 측면. 발명의 성립성·산업상 이용가능성·발명의 신규성·진보성 등과 같은 발명의 특허요건을 통일하는 것이다. 둘째, 절차적 측면. 발명에 대한 권리능력·행위능력, 선원주의·선발명주의, 특허출원의 범위 등과 같은 형식적 요건을 통일하는 것이다(박동현, 1995: 14).

년부터 1990년까지 8차에 걸쳐 11회의 전문가회의를 개최하여 최종협약안을 마련하였다(박동현, 1995: 16-17).

그러나 1991년에 열린 헤이그회의에서 그 체결에 실패한 데 이어 1994년 1월에 미국이 선발명제도(first-to-invention system)을 고수하면서 특허법통일화 조약은 난관에 부딪힌다. 이후 1995년부터 신규성, 진보성, 특허명세서 기재요건, 특허명세서 보정제도 등 실제적인 내용을 모두 제외하고 절차적인 내용만 포함하기로 하여 2000년 5-6월의 회의에서 특허법조약(PLT, Patent Law Treaty)이 최종 채택되었다. 특허법조약은 특허를 출원하고자 하는 출원인에게 많은 편의를 제공하는 데, 실제규정이 빠져 있으므로 WIPO는 2000년 11월에 제4차 특허법상설위원회를 개최하여 특허법의 실제규정 통일작업에 대한 논의를 재개했다. 그리고 2001년 11월 5-9일에 WIPO의 제6차 특허법상설위원회(SCP: Standing Committee on the Law of Patents)에서 미국대표단을 중심으로 특허 대상을 인간의 모든 활동 분야로 확대(9)하는 주장이 제기되었다(정보공유연대, 2002).

## 2) 디지털혁명과 WIPO

특허제도의 통일화작업이 WIPO의 핵심과제가기는 했지만, 그 구실이 특허제도 분야에만 한정되는 것은 물론 아니다. WIPO는 베른협약을 계승하여 '저작권법의 통일화'도 추구했다. 이와 관련해서 특히 중요한 것은 디지털혁명에 대한 WIPO의 대응이다. 앞에서 간단히 언급했듯이 기술적으로 디지털혁명의 핵심은 컴퓨터의 멀티미디어화와 인터넷의 대중화라고 할 수 있다. 전자에 힘입어 모든 시청각 정보를 디지털 방식으로 처리(10)할 수 있게 되었으며, 후자에 힘입어 그렇게 처리된 정보를 거의 실시간으로 전세계로 유통시킬 수 있게 되었다. 이러한 변화는 기존의 저작권에 큰 영향을 미치는 것이었다.

특허권이 물질을 다룬다면, 저작권은 표현을 다룬다. 다시 말해서 특허권이 물질과 관련된 지적재산권이라면, 저작권은 표현의 독창성에 부여된 지적재산권이다. 특허권이 기술의 이용을 제한하는 것이라면, 저작권은 표현의 이용을 제한하는 것이다. 특히 저작권에서 중요한 것은 저작물을 대량생산할 수 있도록 해 주는 각종 복사기술이다. 사실 저작권 자체가 15세기에 이루어진 '구텐베르크 인쇄혁명'의 직접적인 산물이다. 저작권을 영어로는 복사권(copyright)으로 부르지만, 이 영어 명칭에는 사실 저작권의 역사가 고스란히 담겨 있다. 인쇄기술은 저작물을 쉽게 대량으로 복사할 수 있도록 해 주기 때문에, 이러한 상황에 대응해서 저작자와 출판업자의 이익을 보호하기 위해 저작권이 고안되었던 것이다.<sup>11)</sup> 그 뒤 저작권

9) 미국은 생명공학 분야, 인간의 정신적 처리과정(Mental steps), 계산방법, 컴퓨터 소프트웨어, 비즈니스 방법, 치료 방법(Therapeutic Methods), 데이터 구성을 포함하는 컴퓨터 메모리 등을 특허대상에 포함시키려고 하는 데, 미국이 이러한 시도를 하는 것은 특허법의 실제규정을 통일하는 데에 가장 큰 걸림돌 중의 하나인 미국의 선발명제도를 포기하는 대가로 내놓은 카드로 보인다(정보공유연대, 2002).

10) '가상현실 기술'에서 볼 수 있는 것처럼 부분적으로는 촉각 정보도 디지털 방식으로 처리된다. 물론 이를 경험하기 위해서는 '데이터 글러브'(data-glove)와 같은 특수 장비가 필요하다(Cadoz, 1994).

11) 이와 함께 정부의 허락을 받은 출판업자에게만 인쇄기술을 이용할 수 있도록 해서 출판물을 정치적으로 검열하고자 하는 의도도 크게 작용했다. 인쇄기술은 단순히 문화적 사건이었을 뿐만 아니라 심각한 정치적 사건이기도 했다. 정보의 자유로운 흐름은 자유로운 사회를 만드는 초석이라는 명백한 사실을



은 음악, 미술, 영화, 라디오, 텔레비전 등 모든 형태의 저작물과 매체로 확대 적용되어 갔다(허희성, 1996: 36).

디지털혁명, 특히 인터넷의 대중화는 기존의 저작권 보호방식에 커다란 위협으로 다가왔다.<sup>12)</sup> 인터넷을 이용하면 누구나 모든 정보를 아주 손쉽게 주고받을 수 있기 때문이다. 인터넷 이용자는 정보의 수신자이자 발신자이다. 원리상으로 누구의 통제도 받지 않고 온갖 정보를 이용자들끼리 주고 받을 수 있다. 컴퓨터가 고성능화하면서 이런 상황은 더욱 더 빠르게 개선되어 갔다. 개인용 컴퓨터가 예전의 중형 컴퓨터와 유사한 성능을 가지게 되면서, 이용자들이 서로 정보를 주고받을 수 있는 능력도 더욱 더 커지게 되었다. 이러한 상황을 배경으로 WIPO는 1991년부터 6년 동안 전문가위원회 회의를 진행하고, 1996년 12월에 스위스의 제네바에서 3주간 외교회의를 개최했다. 그 결과 세계 120개 나라가 참여한 가운데, 'WIPO 저작권 조약 및 실연·음반조약'이 체결되었다(오병일, 2000: 92).

새로운 조약의 목적은 디지털혁명이 추진되는 상황에서 100여 년 전에 만들어진 저작권에 관한 베른협약과 그뒤에 만들어진 실연·음반에 관한 로마협약을 개정하는 것이다. 다음의 <표 2>는 이 중에서 'WIPO 저작권 조약'의 주요 내용이다.

<표 2>에서 알 수 있듯이 WIPO의 새로운 조약들이 취한 기본적인 방향은 저작권을 크게 강화하는 것이다. 이러한 사실은 무엇보다 저작물의 종류를 확대하고 저작권을 확장한 데서 쉽게 알 수 있다. 저작권 제한규정을 엄격화하고 기술조치에 관한 보호의무를 부과한 것도 저작권을 강화하는 것과 동일한 효력을 지닌다. 요컨대 WIPO의 새로운 조약들은 디지털혁명을 기존의 저작권 틀 내로 포섭해 들임으로써 자본주의의 정보적 확장을 디지털혁명의 분야로까지 밀고 나가는 것이다. 이로써 디지털혁명이 저작권에 미치는 위협은 제거되고, 새로운 경제적 변영의 가능성이 활짝 열리게 된다.

자본주의의 정보적 확장은 지리적 확장과 기술적 확장의 방식으로 진행된다. 지리적 확장은 자본주의의 지구화와 함께 완성된다고 할 수 있다.<sup>13)</sup> 그러나 기술적 확장은 사실상 '영구혁명'의 과정이다. WIPO의 새로운 조약들은 한편에서 사회주의세계체계의 몰락에 대응하는 동시에, 다른 한편에서 인터넷의 대중화라는 디지털혁명의 중요한 기술적 효과에 대응하는 것을 목표로 한다. 전자는 대단히 자연스러운 과정으로 진행되는 데 비해, 후자는 적지 않은 논란을 빚어내고 있다. 이러한 논란은 디지털혁명의 여러 가지 가능성을 오로지 자본주의의 확장으로 귀결시키려는 데서 나타난 필연적인 결과이다.

디지털혁명은 모든 형태의 정보를 디지털 방식으로 처리할 수 있게 되는 것, 즉 디지털화

저작권의 역사에서도 확인할 수 있다.

12) 인터넷에서 정보를 복제하는 방식으로 정보를 퍼뜨린다. 이 점에서 인터넷은 그 자체가 '거대한 복사기'라고 할 수 있다(Godwin, 1998: 168). 기존의 저작권은 인터넷의 이러한 기술적 특성과 심각하게 대립된다. 요컨대 저작권을 인터넷에 적용하게 되면, 인터넷의 자유로운 이용은 상당한 제약을 받지 않을 수 없게 된다.

13) '우주 식민지'가 있지 않나? 케네디의 '뉴 프론티어'는 미국우주항공국(NASA)와 군산복합체와 정치가들이 힘을 합쳐 만들어낸 대단히 정치적인 수사이다. 그것은 지금 이곳을 벗어난 유토피아에 대한 인류의 무의식적 욕망을 건드린다. 그러나 '우주 식민지'를 유토피아로 추구하는 우리의 현실은 생태적으로 디스토피아에 가깝다.

<표 2> WIPO 저작권 조약의 주요 내용

베른협약과의 관계	베른협약의 가맹국이 아니어도 WIPO 회원국은 이 조약에 가입할 수 있다.
저작권의 보호범위	표현은 보호하지만, 아이디어·절차·운용방법·수학적 개념은 보호하지 않는다.
저작물 종류의 확대	1)컴퓨터 프로그램: 베른협약 2조에서 규정한 어문저작물로서 보호된다. 2)데이터 베이스: 내용의 선택과 배열에 의해 지적창작물이 되는 자료 또는 기타 소재의 편집물은 보호된다.
저작권의 확장	1)배포권 및 그 소진: 배포권은 저작권자의 권리이며, 이것이 최초 판매 이후에 소진되는가의 여부는 체약국이 결정한다. 2)대여권: 컴퓨터 프로그램, 영상저작물, 음반에 대해 대여권을 인정한다. 3)공중전달권: 저작권자는 유선 또는 무선의 수단에 의해 저작물을 공중에 전달하는 것을 허락할 배타적 권리를 가진다. 4)사진저작물의 보호기간 확대: 저작자 사후 50년까지 보호한다.
저작권 제한규정의 엄격화	권리의 제한과 예외를 엄격하게 할 것을 규정한다.
기술조치에 관한 보호의무	체약국은 복제방지장치를 무력화시키는 기술회피행위를 금지하기 위한 효과적인 법적 규제를 해야 한다.
권리관리정보에 관한 의무	체약국은 전자적 권리관리정보의 삭제·변경행위 및 전자적 권리관리정보 삭제·변경된 저작물의 배포·배포목적 수입·공중전달 행위가 권리침해를 유인·허용·조장·은닉할 수 있다는 것을 알면서 행한 경우에 대해 법적 규제를 행해야 한다.
합의사항	1)복제 관련: 보호받는 저작물을 디지털 형태로 전자적 매체에 저장하는 것은 베른협약 제9조의 의미상 복제이다. 2)공중전달 관련: 전달을 위한 물리적 설비나 전달을 가능하게 하는 물리적 설비를 단순히 제공하는 것 자체는 이 조약 또는 베른협약이 의미하는 전달에 해당하지 않는 것으로 본다. 3)권리의 제한과 예외 관련: 체약국이 베른협약 하에서 받아들일 수 있는 것으로 생각되어 온 자국의 국내 법률상의 제한과 예외를 디지털 환경에 확대 적용하는 것을 허용하는 것으로 이해한다. 4)권리관리정보 관련: 이 조약 또는 베른협약상의 권리침해라는 말은 배타적 권리 및 침해보상청구권을 포함하는 것으로 이해한다.

자료: 정국환 외(1997: 28-34)에서 정리



(digitalization)로부터 시작된다. 이렇게 해서 형성되는 디지털 정보는 아날로그 정보에 비해 몇가지 장점을 가진다. 가장 중요한 것은 원본과 똑같은 정보량을 가지는 사본을 누구라도 쉽게 만들 수 있다는 복사성이다. 또한 여러가지 정보들을 결합시켜 새로운 정보를 누구라도 쉽게 만들 수 있다는 가변성도 디지털 정보의 중요한 특징이다. 더욱이 인터넷은 이러한 디지털 정보를 누구나 쉽게 소통시킬 수 있는 개방형 지구적 정보통신망이다. 이러한 기술적 특성으로만 보자면, 디지털혁명은 저작권에 대해 심각한 위협이 아닐 수 없다.

디지털혁명은 분명히 표현의 자유와 정보 접근권을 한층 높여준다. 예컨대 역사상 인터넷보다 더 자유로운 매체는 없었다. 그러나 이러한 자유는 저작권과 충돌하지 않을 수 없다. 자본주의의 정보적 확장은 인류가 새롭게 도달한 자유의 영역을 침식한다(Godwin, 1998: 196-199). 예컨대 공중전달권은 'PC 통신이나 인터넷의 게시판에 자료를 올려 놓거나 내려받는 것도 저작권자의 배타적인 권리로 선언한 것'(오병일, 2000: 92)으로서, 인터넷의 개발 이래 지난 30여 년간 이용자들의 자발적인 참여를 통해 하나의 문화로 확립된 새로운 매체의 이용방식에 큰 타격을 입히는 것이다. 공중전달권에 담겨 있는 발상은 인터넷을 자유로운 정보소통의 매체에서 이룰려면 '지구적 신문 가판대'로 만들고자 하는 것이다.

2000년에 미국의 '냅스터'(Napster)를 둘러싼 논란에서, 그리고 2001년에 한국의 '소리바다'를 둘러싼 논란에서 잘 알 수 있듯이<sup>14)</sup>, 오늘날 인터넷은 이미 더 이상 예전과 같은 의미에서 자유로운 매체가 아니다. 디지털혁명의 성과는 무엇보다 자본주의의 정보적 확장으로 귀결되고 있다. 이 점을 정확히 인식하지 못하고 디지털혁명의 새로운 사회적 가능성을 강조하는 것은 결국 자본주의의 이데올로기로 귀착될 공산이 크다.

#### 4. 자본주의의 정보적 확장의 완성

##### 1) WTO/TRIPs와 자본주의의 정보적 확장

1999년 11월 말, 세계135개국의 경제각료들이 미국의 북서부 해안에 자리잡고 있는 세계적 도시인 시애틀에 모여들었다. 앞으로 3년에 걸쳐 진행될 세계무역기구(WTO)의 새로운 다자간 무역협상을 시작하기 위해서였다. 그러나 개막식 날이었던 11월 30일, 시애틀은 영화 제목 그대로 '잠 못 이루는 밤'이 되고 말았다. 시애틀에 모여든 것은 각료들만이 아니었다. WTO에 반대하는 세계의 NGO들도 그곳으로 모여들었던 것이다. 그들은 온힘을 다해 개막식을 막았으며, 시애틀에는 통금령이 내려지고 말았다. '뉴라운드'를 위한 각료회의는 결국 폐막식도 못하고 끝나고 말았다.<sup>15)</sup>

14) 냅스터는 인터넷 이용자들이 서버를 통하지 않고 자유롭게 화일을 주고 받을 수 있는 P2P기술을 이용한 프로그램이다. 이 때문에 냅스터는 저작권자들의 제소를 받았으며, 결국 유료화하기로 결정을 내리고 말았다. 지난 10년 사이에 진행된 인터넷의 변천사는 '가상공동체에서 전자상거래로'로 요약할 수 있다. 냅스터는 단 몇 개월 사이에 이 변천사를 압축적으로 재현했다. 소리바다의 경우도 마찬가지다. 이러한 기술적 변화에 대한 요약적 논의로는 이동영(2002)을 참조. 또한 이와 관련한 토론으로는 <http://freeinternet.jinbo.net/>을 참조.

15) NGO들이 '뉴라운드' 협상에 대해 이처럼 격렬하게 반대한 이유는, 그것이 세계를 투기자본의 손아귀에 넘김으로써 경제적 불평등의 골을 더욱 깊게 만들고, 유전자조작식품에 대한 미국의 수입규제 해제 요

<표 3> GATT · WTO의 역사

연도	참가국	주요 내용
1947년	23	제1차 일반관세 교섭 45,000개 품목의 관세 상한 설정
1948년		GATT(관세·무역 일반협정) 발족
1946-56년	23	1-3차 일반관세 교섭 8,700개 품목 관세 상한 설정
1964-67년	56	케네디라운드 - 선진국 평균 관세율 35%로 인하
1973-79년	99	도쿄라운드 - 공산품 평균 관세율 6%로 인하
1986-94년	115	우루과이라운드 - 선진국의 관세율 1/3 인하
1995년 1월		세계무역기구(WTO) 설립 - 가트의 기능 강화
1999년 11월	135	WTO 시애틀 3차 각료회의 - 뉴라운드 의제 등 설정 목표
2001년 11월	144	WTO 도하 4차 각료회의 - 뉴라운드 출범

주 : 도하회의의 참가국은 새롭게 회원국으로 승인된 중국과 대만을 포함한 것임  
자료: 『한겨레신문』, 1999년 11월 27일치와 류미경(2001)

잘 알다시피 WTO는 2차대전 이후 자본주의세계체계를 지탱해 온 '관세 및 무역에 관한 일반협정'(GATT)을 대신하여 설립되었다. 이로써 세계는 이른바 '무한경쟁'의 시대로 돌입하게 되었다. 그 이마에는 자유무역과 개방경제라는 이름을 내걸고 있지만, 그것이 실제로 추구하는 것은 오직 더 많은 이윤일 뿐이다. WTO가 세계의 많은 NGO들과 노동조합에 의해 신자유주의의 수괴조직으로 비난을 받고 많은 격렬한 비판의 대상이 된 것은 이 때문이다. 그것은 이미 '오직 더 많은 이윤만을 추구하는 자본주의'의 상징이 되었다. 다음의 <표 3>은 GATT로부터 시작된 그 약사이다.

1999년에는 '밀레니엄 라운드'라는 이름으로 추진되었던 WTO 뉴라운드<sup>16)</sup>는 사회주의 세계체계의 몰락과 정보기술 등의 발달을 배경으로 전개되는 자본주의의 지구화를 제도적으로 안정화하기 위한 시도이다. 그것은 GATT를 대신하여 들어선 WTO가 추구하는 가장 중요한 과제이기도 하다. '밀레니엄 라운드'에서 다루기로 했던 주요 내용은 우루과이라운드 협정상의 기술통상(TRA), 공산품 관세인하, 그리고 신통상이슈들<sup>17)</sup>이다. 이것은 우루과이라운드와 비교하여 크게 다음과 같은 특징을 가지며, 그 주요내용은 2001년 11월에 카타르의 도하에서 열린 WTO 4차 각료회의를 통해 결정되었다.

구에서 보이듯이 사람들의 안전을 크게 침해할 것이기 때문이었다. 이러한 문제는 이미 1996년에 한 사회운동가에 의해 폭로된 OECD의 다자간 투자협정(MAI)계획에서 잘 드러난 바 있다. '뉴라운드'는 사실상 MAI를 관철시키려는 것으로 비판받아 왔다(<http://www.jinbo.net/~aseedkr/invest.html>; 국제연대행동네트워크, 1998).

16) 이것은 GATT의 연장선에서 보자면 제9차 협상에 해당된다. 케네디라운드는 6차, 도쿄라운드는 7차, 우루과이라운드는 8차였다.

17) 그 내역은 무역과 투자, 무역과 경쟁정책, 정부조달의 투명성, 무역과 환경, 무역과 노동, 전자상거래 등이다(채욱·서창배, 1999: 38-42; 한겨레신문, 1999년 11월 27일자).



<표 4> 우루과이라운드와 뉴라운드의 비교

	우루과이라운드	밀레니엄라운드	뉴라운드
협상분야	공산품 관세인하, 농산물 시장개방, 지적재산권 협정 등 16개 분야	농업, 서비스 이외에 반덤핑 문제, 환경과 노동의 무역연계, 전자상거래, 유전자 조작식품 등 의제 설정을 위한 협의	농업, 서비스, 무역관련 지적재산권, 싱가포르 이슈, 환경, 지역무역협정을 위한 협의
협상기간	7년반 (86년 9월 - 94년 4월)	3년 이내 (99년 12월 - )	3년 이내 (2002년 - 2004년)
참여국	125개국	135개국	144개국

자료: 『한겨레신문』(1999년 11월 27일치)와 류미경(2001).

자본주의의 정보적 확장과 직접적으로 연관된 지적재산권 관련 분야는 이미 우루과이라운드(UR) 체결 당시에 '무역관련 지적재산권'(TRIPs)협정의 형태로 일단 정리되었다. 이 협정은 WTO의 일반협정에 포함되어 있으므로 이것에 조인하는 회원국들은 당연히 이 협정을 받아들일도록 되어 있다(권용수, 1996: 54). 또한 '밀레니엄라운드' 계획에서는 이 협정은 1998년부터 추가협상을 시작하도록 되어 있었다. 그리고 2001년의 도하회의에서 몇가지 내용이 좀더 깊게 다루어졌다.<sup>18)</sup> TRIPs 협정을 둘러싼 협상은 UR/TRIPs로 시작되었으나 종결되지 않고 WTO/TRIPs로 이어져 여전히 진행되고 있는 것이다.<sup>19)</sup>

TRIPs 협정은 선진 자본주의 국가들의 처지를 중심으로 지적재산권의 보호를 강화하기 위해 마련된 것이다. 그것은 기존의 국제협약들을 최저 보호수준으로 해서 강화시키는 '기존협정 플러스' 방식을 채택했다. 준용된 기존 협정들은 산업재산권의 보호를 위한 파리협약, 문학 및 예술 저작물의 보호에 관한 베른협약, 실연자·음반 제작자·방송 사업자의 보호에 관한 로마협약, 집적회로에 관한 지적재산권 협정 등이다. 지적재산권의 남용을 방지하기 위

18) 그 주요 내용은 다음과 같다. 도하 각료회의의 "선언문에서는 무역관련지적재산권협정(TRIPs)과 생물다양성협약(CBD)간의 관계, 전통지식보호, 비위반제소, TRIPs가 신기술 발전을 수용하는 문제에 대해 TRIPs 이사회가 계속 관심을 가지고 다룰 것에 동의한다고 명기되어있다. 이에 따라 특허·상표·의장 등을 비롯한 지재권의 배타적 독점권이 국경을 초월하게 될 것이다. 한편 아프리카 그룹의 제기에 따라 TRIPs 협정과 공중의 건강에 대한 '도하 각료선언문'이 별도로 채택되었다. 이의 주요내용은 'TRIPs는 공공보건을 보호하기위한 조치를 막지 않으며', TRIPs는 WTO 회원국들이 공공보건을 보호하는 것을 지원하는 방향으로 해석되고 이행되어야 한다는 원칙을 확인하는 것과 의약품 특허에 대한 각국의 '강제실시권을 부여할 권리'를 강조하는 것이다. 강제실시는 협정이 규정하는 정한 경우에 한하여 '특허'에 상관없이 국가가 의약품의 생산 및 배포를 관장할 수 있다는 것인데, 의약품 특허에 대해 강제 실시권을 발동하더라도 의약품을 직접 생산할 능력이 없는 많은 국가에서는 이러한 원칙이 별 의미가 없다. 현재 TRIPs 규정은 '강제실시권은 국내 수요를 주목적으로 발동되어야 한다'고 규정하고 있기 때문이다. 그래서, 아프리카를 중심으로 하는 개도국 그룹에서는 '수출을 위한 강제실시권'이 가능하도록 각료선언문이 밝힐 것을 요구하였지만, 이 부분은 각료선언문에서 바로 해결하지 않고, 일반이사회(general council)에서 내년말까지 해결책을 찾도록 미루었다'(류미경, 2001).

19) 이 점에서 TRIPs를 완료된 것으로 보아서는 곤란하다. 오히려 그 문제점을 적극적으로 지적하고 개정하려는 노력이 여전히 필요하다(오병일, 2000: 85).

한 장치<sup>20)</sup>가 없는 것은 아니지만, 강도를 강화하고 범주를 확대하는 것이 TRIPs 협정의 기본 방향이다. 특허권 존속기간의 연장이나 신지적재산권<sup>21)</sup>의 보호가 그 좋은 예라고 하겠다(권용수, 1996: 57).

TRIPs 협정과 관련해서 우리가 무엇보다 주목할 것은 이전의 어떤 다자간협상에서도 이처럼 지적재산권 문제를 독자적인 의제로 다룬 적이 없다는 사실이다(박동현, 1995: 19). 본래 지적재산권과 관련된 사항은 WIPO의 고유영역이었으나, WTO는 자신의 업무영역 내로 지적재산권을 끌어들이는 것이다. 이것은 1980년대 초반부터 지적재산권의 경제적 구실에 대한 관심이 이전과 비교할 수 없이 커졌으며, 더욱이 이런 변화를 세계 최대의 지적재산권 보유국인 미국이 주도했다는 사정과 결코 무관할 수 없는 변화이다. WTO는 WIPO의 일반협정보다 훨씬 큰 구속력을 가지고 있다(박동현, 1995: 22)는 점을 염두에 두면, TRIPs 협정이 지적재산권을 변화한 자본주의의 핵심에 위치시키는 것이라는 사실을 잘 알 수 있다.

TRIPs 협정은 이른바 정보자본주의 혹은 지식자본주의의 형성<sup>22)</sup>을 보여주는 핵심적 지표이다. 그 구실은 단순히 지적재산권을 일반적인 무역거래의 핵심분야로 탈바꿈시키는 데 그치지 않는다. 그것은 여기서 한걸음 나아가 19세기 말부터 본격적으로 전개되어 온 자본주의의 정보적 확장을 지구적 차원에서 제도적으로 완성하는 것이다.

<표 5> TRIP 협정의 기본 이념과 원칙

기본이념	기술 혁신의 촉진
	기술 이전과 확산의 촉진
	기술의 생산자와 이용자의 상호이익 증진
기본원칙	내국민 대우의 원칙: 파리조약에서 채택되었던 내외국인 평등의 원칙과 같다. 회원국의 국민에 대해 자국민과 같은 수준으로 보호해 주는 것을 뜻한다.
	최혜국 대우의 원칙: 한 회원국이 다른 회원국에 대해 부여하는 특혜조치는 무조건적으로 그리고 즉시 다른 모든 회원국에 대해서도 부여해야 한다. 지적재산권 관련 국제협약에서는 처음으로 도입되는 원칙이며, 지적재산권이 무역의 대상으로서 WTO 영역 내로 들어왔음을 의미하는 원칙이다.
	권리소진의 원칙: 권리자가 일단 판매한 특허나 상표 등의 실시권을 양도한 뒤에는 다시 자신의 권리를 주장할 수 없는 것을 뜻한다. 국제적 통일이 어렵기 때문에 원칙으로 채택되지 않고 각국에 위임되었다.

출처: 기본이념은 권용수(1996: 54), 기본원칙은 박동현(1995: 21)에서 정리.

20) 공중보건 및 영양을 위한 제한, 공공이익을 증진하기 위한 제한, 지적재산권의 남용을 방지하기 위한 제한 등이 있다(권용수, 1996: 57-58)

21) 컴퓨터 프로그램이나 유전공학기술 등과 같이 비교적 최근에 급속히 발전하고 있는 기술영역의 지적재산권을 뜻한다.

22) 이에 관한 논의들이 1990년대 중반 이후에 갑자기 쏟아져 나온 것에 주목할 필요가 있다. 예컨대 '지식기반경제'에 관한 OECD의 1996년 보고서는 TRIPs 협정이 체결된 상황을 배경으로 가장 잘 이해될 수 있다. '지식기반경제'의 출현을 마치 역사발전의 필연적 결과인 것처럼 제시하는 주장들은 선진 자본주의 국가들의 이익을 보편적인 담론을 통해 합리화하는 이데올로기의 성격을 강하게 지닌다. 이에 대한 비판적 검토로는 홍성태(19997 ; 1999-)를 참조.



2) 디지털혁명과 WTO/TRIPs

TRIPs 협정은 지적재산권을 일반적인 무역의 대상으로 다룸으로써 WIPO보다 훨씬 더 강력하게 디지털혁명의 여러가지 가능성을 자본주의적으로 전유하도록 해 준다. 이 협정은 전문과 총 7부 73개조로 구성되어 있으며, 다음과 같은 각각 세가지 이념과 원칙을 표방하고 있다.

여기서 TRIPs 협정의 성격을 가장 잘 보여주는 것은 물론 최혜국 대우의 원칙이다. 그것은 지적재산권의 보호가 일반적인 무역의 대상으로 되었음을 보여주는 직접적인 지표이다. 권리소진의 경우에는, 제3세계 국가들이 그것을 원하고 선진 자본주의 국가들이 1국 1특허 원칙을 선호하는 상황에서 타협이 이루어진 것으로 파악된다(오병일, 2000: 88).

우리가 더 큰 관심을 가지고 확인해 보아야 할 것은 TRIPs 협정이 표방하고 있는 고상한 기본이념이 과연 제대로 실현되고 있는가 혹은 실현될 수 있는가이다. TRIPs 협정의 주요 내용을 통해 이에 대해 살펴보도록 하자. 다음의 <표 6>은 논란이 되고 있는 구체적인 사안들을 정리한 것이다.

WTO의 분쟁해결 절차를 준용하도록 한 것은 지적재산권이 일반적인 무역의 대상이 되었음을 보여주는 또 하나의 예일 뿐이다. '강제실시권'은 일반적으로 제3세계에 유리한 조항이라고 할 수 있다. 그러나 TRIPs 협정은 선진 자본주의 국가들의 요구에 따라 그 발동요건을 강화하였다. 승인을 받지 않아도 되는 경우가 규정되어 있기는 하지만, 실제로 그런 식으로 이 조항이 이용될 수 있을지는 불투명하다.<sup>23)</sup> 2001년의 도하회의에서는 AIDS로 고통받고 있는 아프리카그룹의 요구에 의해 TRIPs와 공중보건에 관한 선언문이 따로 채택되었다. 중요한 진전이 이루어진 것이다.<sup>24)</sup>

TRIPs 협정은 보호대상을 확대하고 보호기간을 연장하는 식으로 지적재산권의 보호를 강화하였다. 특허권의 보호기간은 최소 20년으로 규정되었다. 이것은 17년으로 되어 있는 미국의 특허법을 개정하는 근거가 되었는데, 이런 식으로 미국은 자국의 기술 독점력을 더욱

23) 이와 관련된 최근의 대표적인 예가 1999년에 남아프리카공화국에서 발생했다. 이 나라의 에이즈 환자는 300만명이 넘는다. 그리고 그 대부분은 가난한 흑인들이다. 이 때문에 남아프리카공화국 정부는 강제실시권을 발동해서 에이즈 치료제를 생산하려고 했다. 이에 대해 그 특허권을 가지고 있는 초국적 제약회사들은 거세게 반발했고, 이 때문에 국제적인 논란이 빚어졌다. 초국적 제약회사들은 뒤에 강제실시권의 철회를 조건으로 쓴 가격에 치료제를 공급하겠다고 제안했다. 이 제안은 초국적 제약회사들이 특허권으로 벌어들이는 막대한 독점이윤의 규모를 백일하에 드러내는 계기가 되었다.

24) 이 "선언문에서는, 'TRIPs는 공공보건을 보호하기 위한 조치를 막지 않고 있고, 막아서는 안된다(...does not and should not...). TRIPs는 WTO 회원국들이 공공보건을 보호하는 것을 지원하는 방향으로 해석되고 이행되어야 하고, 특히 의약품 접근성의 문제에 있어서 더욱 그러하다'고 서술되어 있다. 이는 '결코 안된다'(...Shall Not...)라고 표현할 것을 주장한 아프리카 그룹의 주장을 희석시킨 결과이다.' 또한 "특별선언문에서는 강제실시에 대해 다음과 같이 규정하고 있다. '(a) 회원국은 강제실시권을 부여할 권리를 가지고 강제실시권을 부여할 조건을 결정할 자유가 있다. (b) 강제실시권을 부여할 수 있는 조건의 하나인 국가의 비상사태나 극도의 위기상황이 HIV/AIDS, 결핵, 말라리아와 같은 유행병에 적용된다. (c) 일정한 조건 하에서 지적재산권의 소진문제(병행수입 문제)를 각국이 자유롭게 결정할 수 있다'"(류미경, 2001). 공중보건과 관련하여 지적재산권의 보호를 제한하는 데서 일단 진전이 이루어진 것이라고 할 수 있지만, 여기에는 여전히 큰 문제가 남아 있다. 이에 대해서는 앞의 주18)을 참조.

<표 6> TRIPs 협정의 주요 쟁점

분쟁 해결		WTO의 분쟁해결 절차를 준용
강제실시권		1)합리적인 상업 조건하에 권리자로부터 승인을 얻기위한 노력을 하고, 이러한 노력이 합리적인 기간 내에 성공하지 않은 경우에만 발동할 수 있음. 2)국가 비상사태, 극도의 긴급상황, 공공의 비상업적 사용의 경우에는 승인을 받지 않아도 됨.
산업 재산권	특허권	1)존속기간 연장: 보호기간이 출원일로부터 최소한 20년이 되어야 함. 2)무차별 조항: 특허권은 발명 장소, 기술의 분야, 제품들의 수입 또는 국내 생산 여부에 관해 차별없이 허용되고 향유되어야 함.
	상표권	상표에 대한 국제적으로 합의된 정의를 최초로 제공. 등록되지 않았을지라도 유명 상표는 보호하도록 규정.
저작권		저작인접권: 음반에 대한 소급보호를 인정.
신지적 재산권	산업저작권	1)컴퓨터 프로그램 및 데이터 베이스: 배른협약상의 어문저작물로 보호. 2)반도체 집적회로의 배치설계: 집적회로가 들어 있는 제품에 대해서 적용.
	첨단 산업재산권	특허 또는 효율적인 별개의 제도를 통하여, 또는 양 제도 모두를 설치하여 식물의 변종을 보호하도록 규정.
	정보재산권	미공개정보의 보호: 부정경쟁 방지를 위해 영업비밀 및 정부기관에 제출된 자료를 보호.

출처: 박동현(1995: 45-52), 오병일(2000: 86-87)에서 정리

강화할 수 있게 되었다(박동현, 1995: 52). 상표권은 등록되지 않았을지라도 유명 상표는 보호하도록 하여 시장에서 지배적 지위를 차지하고 있는 기업의 기득권을 강조하였다. 저작권에서는 음반에 대한 소급보호를 인정해서 기존에는 보호를 받지 못했던 음반들도 보호기간이 지나지 않았다면 보호를 받을 수 있게 되었다.

지적재산권은 정신적 산물의 질과 양의 변화에 따라 지속적으로 변화해 왔다. 정보기술의 발달은 산업재산권과 저작권으로 크게 구분되던 지적재산권의 구성 자체를 바꾸는 결과를 가져왔다. 예컨대 컴퓨터 프로그램은 특허권의 대상으로도, 저작권의 보호대상으로도 볼 수 있다. 이로부터 산업저작권이라는 새로운 개념이 형성된 것이다. 이후 데이터 베이스, 생명공학기술 등의 새로운 정보기술자산이 등장하면서 신지적재산권이 형성되었다. TRIPs 협정은 이에 대한 보호도 더욱 명확하게 하거나 강화하였다. 특히 정보재산권은 TRIPs 협정에서 교섭항목으로 채택되면서 중요하게 부각되었다(박동현, 1995: 25-27, 33).

첨단 산업재산권은 첨단 정보기술 분야와 첨단 생명공학기술 분야로 크게 나뉜다. 이 중에서 후자는 선진 자본주의 국가들과 제3세계 사이에서 특히 첨예한 논란을 빚고 있는 분야이다. 선진국들은 이 분야에서 특허권이 크게 강화되어야 할 것을 주장하는 반면에, 제3세계는 모든 생명특허를 부정하는 입장까지 보이고 있다. 풍부한 생물자원을 가진 제3세계와 발달된 생명공학기술을 가지고 있는 선진국 사이의 이해관계의 차이가 이런 식으로 나타나는 것이다(오병일, 2000: 87). 이 문제는 선진국들이 생명공학기술을 개발하고 이용하는 방식과



밀접하게 연관되어 있기도 하다. 선진국들은 제3세계의 풍부한 생물자원을 이용해서 생명공학기술을 개발하고, 특허를 통해 그에 대한 독점적 소유권을 확보해 왔다. 제3세계는 이런 식으로 확보된 특허권에 대해서도 선진국들이 원하는 대로 댓가를 지불해야 한다(정관해, 1999: 87-89; Shiva, 1997). 이것이 과연 정당한 일인가?<sup>25)</sup>

## 5. 맺음말

디지털혁명에 관한 주류적 논의들은 대체로 강한 기술결정론적 편향을 보인다. 이 편향은 단순히 기술을 사회 변화의 가장 강력한 동력으로 여기는 데에 머물지 않는다. 그 논의들은 기술의 발달에 따라 인류가 새로운 문명에 도달하게 된다고 주장하기 때문이다. 이러한 문명전환론은 사회 변화에 관한 기존의 논의들을 모두 부정하지만, 그렇다고 해서 산업주의와 자본주의의 현실이 사라지는 것은 아니다. 헛된 문명전환론에서 벗어나 디지털혁명을 사실적으로 이해하기 위해서는 이러한 현실을 직시해야 한다.

문명전환론적 디지털혁명론자들은 2차대전 이후의 사회 변화를 주도해 온 것은 정보기술의 발달이었다고 주장한다. 그 경과는 1980년대 초 IBM PC의 개발과 함께 '개인용 컴퓨터 혁명'으로 시작해서, 1990년대 초에는 월드와이드웹(WWW)의 개발과 함께 '인터넷 혁명'으로 이어졌으며, 다시 1990년대 중반에는 '디지털혁명'으로 확산된 것으로 설명된다. 이러한 설명이 사실은 대단히 사후적이고 추수적인 기술에 불과하다는 것은 다시 말할 필요가 없다. 중요한 것은 결국 정보화에 대한 현실적 이해이다.

정보화는 산업주의를 넘어서는 것이 아니라 고도화하는 것이다. 문명전환론은 '성장의 한계'에 대한 생태주의의 비판을 반박하기 위해 정보화가 산업주의를 넘어서는 변화라고 주장한다. 그러나 아무리 정보화가 진행된다고 해도 우리가 물질적 존재라는 사실과 이 세상이 물질적으로 한계 지워져 있다는 사실은 부정될 수 없다. 또한 문명전환론은 정보화가 자본주의를 넘어서는 변화라고 주장한다. 이러한 주장에 따르면 '현실의 계급적 갈등'은 현실을 잘못 이해하는 데서 비롯된 '비현실적인 것'으로 파악된다. 문명전환론<sup>26)</sup>은, 정보나 지식은 누구나 소유할 수 있으며 소유하고 있는 '자본'이기 때문에, 더 이상 '노사관계'는 존재하지 않고 오직 '동반관계'만이 존재할 뿐이라고 주장한다.<sup>27)</sup> 이런 주장의 비현실성에 대해서는 다시 말할 필요가 없을 것이다(홍성태, 2000c).

그러므로 디지털혁명의 사회적 영향은 이러한 문명전환론으로 올바르게 이해될 수 없다. 그

25) 그렇지 않다고 믿는 제3세계의 지식인들은 이러한 행위를 '생물 해적질'(Biopiracy)라고 부른다. 이런 행위를 자행하는 선진 자본주의 국가들과 초국적 기업들은 그야말로 '자연과 지식의 약탈자들'이라고 할 만하지 않은가? 이에 대해서는 Shiva(1997)를 참조.

26) 문명전환론은 '정보 예외주의'에 바탕을 두고 있다. 정보는 물질과 달리 '무한한 자원'이라는 것이 그 핵심이다. 이것은 보통 '성장의 한계'를 반박하는 논리로 간주되지만, 그 이면에서 자본주의의 정보적 확장을 합리화하는 논리이기도 하다. '정보의 생산을 통해 성장의 한계를 넘어설 수 있다'는 주장은 '정보를 자본주의적 의미에서 경제재로 다루어야 한다'는 주장으로 연결되기 때문이다. 흥미한점의 공상과학적 담론의 이면에는 더 많은 이윤을 향한 자본의 욕망이 자리잡고 있다.

27) 이런 점에서 문명전환론은 '정보주의적 문명전환론'으로 좀더 엄밀하게 규정될 수 있다.

것은 오히려 그 올바른 이해를 저해하는 이데올로기이다. 그렇다고 해서 어떠한 의미있는 변화도 일어나지 않았다고 주장하는 '본질주의'도 잘못된 것이다. 아무리 좌파의 도덕적 수사로 분식되어 있을지라도, 이러한 '본질주의'는 이론적으로 잘못된 것이며, 그 때문에 실천적으로 무력하다. 이에 대해 필자는 '현실 정보사회'라는 용어를 통해 접근해 보고자 하였다. 이것은 '자본주의의 정보적 확장'이라는 관점에서 정보기술의 발달에 대한 이해를 추구하는 것이다. 이것은 '지적재산권'의 형태로 이미 자본주의의 초기부터 진행되어 온 변화였다. 현대의 정보기술은 그 경제적 가치를 더욱 크게 하고 있으며, 이에 따라 세계 지적재산권체계의 확립(WIPO), 자본주의의 정보적 확장의 완성(WTO/TRIPs)과 같은 변화가 나타나고 있다. 뒤집어 말해서 WIPO와 WTO/TRIPs는 현실 정보사회를 자본주의세계체계 내에서 확고히 뿌리내리도록 하는 구실을 한다.

현재는 자본주의의 정보적 확장이 그 완성을 향해 본격적으로 나아가는 단계이다. 그것은 일차적으로 지리적 완성으로 나타났다. 자본주의의 지구화는 자본주의세계체계의 지리적 완성을 뜻한다. 이것은 힘에 바탕을 둔 상호의존의 체계이다. 세계 지적재산권체계의 확립을 둘러싸고 나타난 갈등은 이같은 성격을 잘 보여준다. 이에 대해 가장 큰 영향을 미친 것은 선진 자본주의 국가들이다. 개발도상국들은 큰 불만을 갖고 있기는 하지만, 그렇다고 선진 자본주의 국가들의 요구를 전면적으로 부정할 수는 없다. 경제적으로, 정치적으로, 그리고 지적으로 약자인 개발도상국들은 선진 자본주의 국가들을 이용해서 앞으로 나아가는 전략을 취하지 않을 수 없다. 물론 선진 자본주의 국가들은 자신들이 그 전략을 통제할 수 있기를 바란다. 이렇게 해서 세계 지적재산권체계는 제1세계와 제3세계의 격전장이 된다.<sup>28)</sup>

자본주의의 정보적 확장은 정보기술의 발달과 함께 또 다른 완성의 단계에 접어든다. 신 지적재산권의 형태로 지적재산의 대상이 확대되고, 그 보호기간과 보호방식도 크게 강화된다. 이 점에서 정보사회가 정보 자본주의 사회이고, 지식사회가 지식 자본주의 사회라는 사실이 너무도 명백하게 드러난다. 정보기술은 전자공학적인 것과 생명공학적인 것으로 대별되는 데, 두 경우 모두에서 자본주의의 정보적 확장은 커다란 문제를 야기하고 있다. 전자공학의 경우에는, 한 기업이 전체 기술체계를 좌우할 정도의 독점력을 가질 수 있게 되거나, 인터넷의 자유로운 이용을 억제하는 결과를 빚고 있다. 생명공학의 경우에는, 인간의 생명을 불모로 막대한 독점적 이윤을 챙기거나, 나아가 인간 자체가 상업적으로 복제될 위험성마저 제기된다.

이런 문제들에 대응하여 '자유소프트웨어운동'이나 '생명공학감시운동'이 세계적으로 전개되고 있다(홍성태, 2001). 운동의 성과는 아직 크지 않다. 그러나 이 새로운 사회운동은 대단히 중요하다. 자본주의의 정보적 확장은 궁극적으로 세상의 모든 정보의 사유화를 추구한다. 그것은 세상의 모든 비밀과 아름다움을 사유화하는 것과 같다. 자본주의의 정보적 확장에 저항하는 사회운동이 중요한 이유는 이 때문이다. 그것은 디지털혁명의 시대에 자본의 탐욕으로부터 사회를 지키기 위한 운동이다.<sup>29)</sup>

28) 더 일반적으로 말하자면, 지적재산권은 갈수록 '정보격차' 혹은 '디지털격차'를 경제적으로 더욱 더 크게 하는 핵심적 제도가 된다.

29) 국내의 예로는 정보공유연대(www.ipleft.or.kr)와 참여연대 시민과학센터를 참조.



참고문헌

국제연대행동네트워크(1998), 『20/80, 제4차대전! IMF, MAI, 신자유주의 공세에 맞선 투쟁을 위한 토론 자료집』.

권용수(1996), 『지적재산권과 경쟁정책』, 과학기술정책관리연구소.

류미경(2001), 『4차 WTO 각료회의의 결과와 전망』, 류미경 외(2001), 『WTO 뉴라운드 입장파 전망 국민행동 내부 워크샵 자료』, (<http://antiwto.jinbo.net/jsboard/read.php?table=kopa&no=326>).

박동현(1995), 『신지적재산권보호의 동향과 대응』, 과학기술정책관리연구소.

박영관(1996), 『지적재산권 침해에 대한 형사적 제재』, 한국형사정책연구원.

송봉식(2002), 『선진국의 특허제도』, <http://biozine.kribb.re.kr/special/sp2002-3-7.html>.

오병일(2000), 『사이버 군주의 세계체제 - 지적재산권을 둘러싼 국제적 동향』, 공유적 지적재산권 모임(2000), 『디지털은 자유다』, 이후.

윤성식(2000), 『기술독점과 기술확산 - 특허의 정치경제학』, 공유적 지적재산권 모임(2000), 『디지털은 자유다』, 이후.

윤영민(1997), 『기술적 혁신과 사회적 진보 - 정보 테크놀로지의 창조적 수용을 위한 서설』, 경희대 정보사회연구소·삼성경제연구소 편(1997), 『네트워크 트렌드 - 정보기술혁명과 사회변화』, 삼성경제연구소.

이동영(2002), 『인터넷 콘텐츠 배포 기술의 변화 과정』, <http://networker.jinbo.net/>.

정관혜(1999), 『생명공학의 특허와 제3세계의 유전자 자원』, 『다문화』 6호, 1999년 봄·여름.

정국환 외(1997), 『정보사회의 지적재산권 개념 재정립』, 한국전산원.

정보공유연대(2002), 『특허실체법 통일화 조약』, <http://www.ipleft.or.kr/>.

채욱·서창배(1999), 『WTO 뉴라운드의 전망과 대책』, 대외경제정책연구원.

허희성(1996), 『뉴미디어 출현과 저작권 환경변화』, 한국언론연구원 편(1996), 『뉴미디어와 저작권』, 한국언론연구원.

홍성태(1999), 『자본주의 지식사회와 신지식인론 비판』, 『문화과학』 19호, 1999 가을.

\_\_\_\_\_(1999), 『지구화와 지식의 위상 변화 - 지식/돈 패러다임의 발흥』, 『문학마을』 창간호, 1999년 겨울.

\_\_\_\_\_(2000), 『정보화와 혁명의 수사학』, 『구운몽』 창간호, 2000년 10월, 안그라픽스.

\_\_\_\_\_(2000), 『사이버사회의 문화와 정치』, 문화과학사.

\_\_\_\_\_(2000), 『지식사회와 벤처이데올로기』, 『경제와사회』 2000년 가을호.

\_\_\_\_\_(2001), 『정보공유운동을 위하여』, 홍성욱·백육인 엮음(2001), 『2001 사이버스페이스 오디세이』, 창작과비평사.

DOC(1998), 신동기 옮김(2000), 『디지털 이코노미』, 씨앗을 뿌리는 사람.

Beniger, James(1986), *The Control Revolution: Technological and Economic Origins of the Information Society*, Harvard Univ. Press.

Cadoz, Claude(1994), 심윤옥 옮김(1997), 『가상현실』, 영림카디널 (도미노총서 002).

Godwin, Mike(1998), *Cyber Rights - Defending Free Speech in the Digital Age*, Times Books.

Perelman, Michael(1998), *Class Warfare in the Information Age*, St. Martin's Press.

Rifkin, Jeremy(1998), 전병기·전병기 옮김(1999), 『바이오테크 시대』, 민음사.

Shiva, Vandana(1997), 한재각 외 옮김(2000), 『자연과 지식의 약탈자들』, 당대.

# 디지털 시대의 공정이용

## : 도서관 면책규정을 중심으로

정경희\*

### 1. 표현의 축적물에 대한 인간의 권리

인간이 자신의 사상과 감정을 표현하고 그것을 기록할 수 있는 도구 즉, 커뮤니케이션 미디어를 사용한 이래 인류가 누적해온 표현물에 접근함으로써 그것을 이용하고 향유하는 것이 인간 모두가 누려야 할 보편적인 권리, 즉 인간의 기본권에 속하는 것인가? 아니면 특정의 조건을 갖춘 특히 그것을 이용할 지불능력이 있는 사람에게만 주어진 특권적인 것일까?

표현물들은 어떻게 하면 보다 가치있는 것들이 더 많이 생산되고 더 많이 이용되어 사회구성원들의 표현을 더욱 풍요롭게 할 수 있을 것인가? 표현의 생산과 이용이라는 순환고리에서 과연 어느 쪽에 무게중심을 두어야, 사회가 표현의 풍요를 누릴 수 있을 것인가?

세계인권선언은 이에 대하여 다음과 같은 규정으로 답하고 있다. “모든 사람은 문화생활에 참여할 권리와 과학의 진보 및 응용으로부터 이익을 향유할 권리를 가진다. 아울러 자기가 저작한 모든 과학적, 문학적 또는 예술적 창작물로부터 생기는 정신적, 물질적 이익의 보호로부터 이익을 받을 권리를 가진다.”<sup>1)</sup> 즉, 모든 사람은 우선적으로 문화창작물의 이익을 향유할 권리를 가지며 아울러 그것의 창작자들은 그로부터 얻어지는 이익을 보호받을 권리를 가진다는 것이다.

또한 경제·사회·문화적 권리에 관한 국제규약(A규약)<sup>2)</sup>은 이 규약의 당사국들이 인정해야 할 권리로서 (a) 문화생활에 참여할 권리 (b) 과학의 진보 및 응용으로부터 이익을 향유할 권리 (c) 자기가 저작한 모든 과학적, 문학적 또는 예술적 창작품으로부터 생기는 정신적, 물질적 이익의 보호로부터 이익을 받을 권리를 인정해야 한다고 규정하고 있다. 이 조약에서도 세계인권선언에서와 마찬가지로 문화창작물을 향유할 권리와 문화창작자들의 이익 두가지 모두가 인간이면 누구나 보호받아야 할 기본적인 권리임을 밝히고 있다. 이러한 이용과 생산이라는 두가지 측면에서의 이익을 인간의 기본권으로 표방한 것은 그 둘 모두가 어느 것이

\* 정보공유연대 ILeft 활동가, 문헌정보학 박사

1) 세계인권선언 제27조.

2) 경제·사회·문화적 권리에 관한 국제규약(A규약) 제15조. 경제·사회·문화적 권리에 관한 국제규약은 1948년 12월 유엔에 의해 비구속적 결의로써 성립한 세계인권선언을 종합적이고도 법적 구속력을 가지는 협약 혹은 국제권리장전으로 변경하고자 하는 노력의 결과물이었다. (김태천, 지역적 국제인권보장제도. (<http://www.humanrights.or.kr/HRLibrary/HRLibrary1-tckim10.htm>) 2002. 5. 10)



우선됨 없이 보호받을 때 사회의 풍요 특히 문화의 풍요가 가능하기 때문이다.

이러한 보편적 권리들을 수용하고 있는 것이 국내 헌법 제22조라고 할 수 있다. 동조에서는 모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가지며(제1항), 저작자, 발명가, 과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다(제2항)고 규정하고 있다. 이것을 구체적으로 실현하기 위한 법이 저작권법이라고 할 수 있다. 즉, 저작권법은 인간의 보편적 권리로써 문화창작물의 이용과 생산에서 얻어지는 이익을 보장하고 그로써 문화의 풍요를 이루기 위한 장치라고 할 수 있다. 이러한 본질적인 목적은 문화창작물을 둘러싼 환경의 변화, 특히 창작물의 이용방식과 생산방식에 있어서의 변화와 무관하게 유지되어야 하는 것이다. 물론 환경의 변화는 그러한 목적을 이루어내는 구체적 내용에 있어서의 변화를 초래하기 마련이다. 그러나 20세기 후반과 현재를 대표하는 디지털, 네트워크, 월드와이드웹이라는 환경변화에 맞추어 재조정된 저작권법의 내용은 그 본질적인 목적을 훼손시키는 방향으로 이루어지고 있음을 지적하지 않을 수 없다. 따라서 이 글에서는 저작권법을 이끄는 양대 수레바퀴라는 저작자의 권리와 이용자의 권리 균형이 디지털 환경에 맞춘 법개정 과정에서 어떻게 훼손되어가고 있는지에 대하여 살펴볼 것이다. 특히 2001년 저작권법 개정안의 국회 심의과정에서 가장 논란이 많았던 도서관 면책조항에 주목하고자 한다.

## 2. 권리보호의 내용 - 저작자의 권리

저작권법은 제1조에서 규정하고 있듯이 저작권자의 권리를 보호하고 아울러 '공정한 이용'을 도모함으로써 문화의 향상발전에 이바지하는 것을 목적으로 하고 있다. 저작권법의 목적인 문화의 발전을 도모하기 위하여 우선적으로 보호되는 대상은 저작자이다. 저작자는 저작물을 창작한 자를 말하며, 저작물이란 다음과 같은 성립요건을 필요로 한다. 첫째 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 것으로, 둘째 창작성이 있으며, 셋째는 사상이나 감정을 표현한 것이다(오승중, 이해완 2000, 19-20). 저작물을 창작한 저작자에게 부여된 권리는 저작인격권과 저작재산권 두 가지이다.

저작자는 저작물을 공표하거나 공표하지 않을 것을 결정할 수 있으며(공표권), 저작물의 원작품이나 복제물 또는 저작물의 공표에 있어서 그의 실명 또는 이명을 표시할 권리를 가지며(성명표시권), 그 저작물의 내용, 형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리(동일성유지권)를 가진다. 따라서 특정 이용자가 저작자의 허락없이 저작물을 일반공중에게 공개하거나 발행할 수 없으며, 저작자의 성명을 표시하지 않고 복제하거나 공표할 수 없으며, 저작물의 내용을 마음대로 변경할 수 없다. 이것이 저작자에게 주어진 인격적이고 정신적인 권리의 내용이다.

저작자에게 주어진 보다 실질적인 권리는 저작재산권이다. 이에 속하는 것으로써 복제권, 공연권, 방송권, 전송권, 전시권, 배포권, 2차적 저작물 등의 작성권이 있다. 이와 같은 6가지 종류의 저작재산권이 저작권자가 전유하는 배타적 지배권이며, 그러한 배타적인 지배권으로서의 저작재산권은 기본적으로 저작권법에서 규정하고 있는 종류에 한하여 인정된다. 저작

권자는 이러한 배타적 권리에 터잡아 주로 타인, 특히 전문적 사업자로 하여금 자신의 저작물을 배타적으로 이용할 수 있도록 허락하고, 그로부터 대가를 취득하는 방법으로 경제적 이익을 취하게 된다(오승중, 이해완 2000, 273).

여기서 디지털 기술과 관련하여 주목할 필요가 있는 것은 복제권과 전송권이다. 2000년 1월 법개정시 복제에 대한 개념을 재정의하여 디지털 복제에 대한 권리를 저작권자에게 부여하였고, 전송권을 신설하여 네트워크를 통한 디지털 저작물의 전달에 대한 권리 또한 저작권자에게 부여한 바 있다. 그러나 디지털 저작물의 전송은 항상 일시적 복제를 동반하여 일어난다. 따라서 전송에 대한 배타적 권리를 인정한다는 것은 결국 전송과정에서 발생하는 일시적 복제에 대한 권리를 동시에 인정하는 것이라 볼 수 있다. "컴퓨터 화면을 통하여 램에 저장된 정보를 불러 읽을 때마다 전송 내지 복제로 보아 저작권 침해의 책임을 묻게 된다면, 이는 곧 정보권리자에게 정보 등을 '배타적으로 읽을 권리'(an exclusive right to read)까지 부여하는 것이어서 부당하다(Litman 1994, 40)"는 비판이 제기된 바 있다. 이는 마치 서점에서 책을 구입하기 전에 어느 책이 좋은지 살펴보는 행위에 대하여 저작권 침해의 책임을 추궁하는 것과 다를 바 없으며, 그 결과 일반 대중의 정보이용 및 정보의 흐름이 극히 제한될 수 있다는 점에 유의할 필요가 있다.

## 3. 권리보호의 내용 - 이용자의 권리

저작권은 소유권에 준하는 배타적 지배권이기는 하나 다른 사권과 마찬가지로 절대적인 권리일 수는 없다.(한승헌 1994, 61) 왜냐하면 저작물이란 공공재(public goods)적인 속성을 지닌 공적 영역(public domain)<sup>3)</sup>에 속해 있는 것이기 때문이다.

저작물이 공중이 자유롭게 이용할 수 있는 공적 영역에 속해 있다는 근거는 다음 세 가지로 설명할 수 있다(이순이 1997, iv-v). 첫째는 저작물 창작 과정에서 필연적으로 발생하는 상호텍스트성 때문이다. 즉 하나의 저작물은 한 저작자의 고유한 산물이라기보다는 다른 텍스트와의 관계에서 구성된 것이다. 이것은 특히 학술 저작물에서 두드러진 특징이다. 새로운 1편의 논문은 기존의 논문들을 바탕으로 하여 그 토대 위에서 씌어지며 또한 그 자신도 다음에 씌어질 어떤 논문의 출발점을 제공하게 된다(Price 1994, 87). 글쓰기에서의 인용행위가 이것을 입증한다고 볼 수 있다. 패터슨(Patterson 1993) 역시 저작물의 내재적 공유성과 관련하여 설명한 바 있는데, 그는 첫째 최대의 오리지널 저작물은 적어도 자신의 재능 정도는 가진 당대 혹은 그 이전 시대의 저작자에 의하여 만들어졌다는 것과, 둘째 저작자가 정교화

3) 공적 영역은 사적 영역(private domain)과 대비되는 개념으로서 공개성과 공중이라는 개념이 중심이 되며, 여기에 소유(ownership) 및 이용(use)이라는 개념이 부가되어 있다. 공적 영역으로 쉽게 언급할 수 있는 대상은 공원, 박물관 등이다. 이곳은 특정인에게 소유되어 배타적인 이용권이 행사되지 않고 그 지역에 사는 모든 이들이 찾아갈 수 있는 공유지의 성격을 지닌다. 이 곳에서 지불하게 되어 있는 요금은 소유주에게 이용에 대한 대가를 지불한다는 의미보다 공적 영역을 유지하기 위한 비용이라는 성격이 강하다. 이와 마찬가지로 저작물의 공적 영역이란 해당 저작물이 공중에게 개방되어 있고 이용하고 싶은 사람은 누구나 자유롭게 이용할 수 있는 공동소유재산임을 의미한다(이순이, 문화창작물의 공적 영역과 저작권법 : 공적영역 지형의 변화를 중심으로. 서강대학교 대학원 신문방송학과 1997. 10-11 pp.).



했던 아이디어의 요소가 공적 영역에서 공급되었다는 것, 셋째 저작자가 저작물을 창조하면서 빚졌던 공공에게 저작물을 반환해야 한다는 점에서 저작물에 대한 자연권 부여보다는 저작물의 공유성을 고려할 필요가 있음 강조한 바 있다.

두번째는 일반 재화와 달리 저작물은 생산단계와 소비단계가 엄격히 구분되지 않는다. 특정 저작물의 탄생은 필연적으로 관련 저작물들에 대한 소비가 선행적으로 이루어졌음을 의미한다. 따라서 한 저작물을 특정인에게 귀속시킨다는 것은 풍부한 저작물 생산의 기본인 변형생산을 막을 가능성이 있다. 셋째, 지적 생산물은 물리적으로 거의 마모되지 않는 무형 재산의 성격을 갖는다. 따라서 유형재산에 부여하는 것처럼 영구적인 재산권을 부여한다면 독점과 같은 비효율성을 창출할 수 있다.

이러한 근거에 의해 저작권법은 저작물의 공공성을 보호하기 위한 장치를 마련해 왔다. 즉 저작물에 대한 저작자의 배타적 권리와 공적 영역으로써 저작물을 이용할 수 있는 이용자의 권리라는 상반되는 두 권리의 균형점을 법이 제공하기 위하여 저작자의 독점적 권리를 제한하는 조건을 명시하였다. 첫째는 이 독점권이 영원히 존속되는 것을 막는 시간적 제한, 즉 저작권 보호기간의 설정<sup>4)</sup>이다. 두번째는 저작권자의 절대권을 제한하는 법정허락<sup>5)</sup>(또는 강제허락)으로써 이 규정은 사용자가 저작권자의 권리나 보상과 관계없이 법이 정하는 국가 기관에, 법이 정하는 사용료를 지불하고 저작물을 사용하는 것이다. 저작권자는 사용허락을 거부할 권리를 행사할 수 없고, 보상도 저작물의 시장가격이나 저작자의 요구와는 상관이 없는 것이므로 사용자의 편리나 정보 보급의 원활성을 촉진하는 입장에서 마련된 규정이라고 할 수 있다(이순자 1988, 55-56) 셋째로는 특정한 사용에 대해서 저작재산권의 제한을 두어 사용자가 저작권자의 허락이나 보상을 염려하지 않고 일정한 범위 내에서 자유로이 저작물을 이용할 수 있도록 규정한 것이다. 이러한 규정은 대부분의 국가가 취하고 있는 제도이지만 저작재산권을 제한하는 구체적인 방법은 나라에 따라 다르다. 영미법계 국가인 영국과 미국의 저작권법에서는 공정사용(fair use 또는 fair dealing)이라는 규정 하에 저작재산권을 제한하고 있다.

국내 저작권법에서는 제6절에 '저작재산권의 제한'을 마련하고 14개조에 걸쳐 제한규정을 밝히고 있다. 구체적으로는 다음과 같은 조항들이 해당된다. 재판절차 등에서의 복제(제22조), 학교 교육목적 등에서의 이용(제23조), 시사보도를 위한 이용(제24조), 공표된 저작물의 인용(제25조), 영리를 목적으로 하지 아니하는 공연·방송(제26조), 사적이용을 위한 복제(제27조), 도서관 등에서의 복제 등(제28조), 시험문제로서의 복제(제29조), 점자에 의한 복제·배포(제30조), 방송사업자의 일시적 녹음·녹화(제31조), 미술저작물 등의 전시 또는 복제(제32조), 번역 등에 의한 이용(제33조), 출처의 명시(제34조), 저작인격권과의 관계(제35조) 등이다.

#### 4) 대한민국 저작권법 제7절 저작재산권의 보호기간 제36조 (보호기간의 원칙)

① 저작재산권은 이 절에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 저작자의 생존하는 동안과 사망 후 50년간 존속한다. 다만, 저작자가 사망 후 40년이 경과하고 50년이 되기 전에 공표된 저작물의 저작재산권은 공표된 때부터 10년간 존속한다.

② 공동저작물의 저작재산권은 맨 마지막으로 사망한 저작자의 사망 후 50년간 존속한다.

#### 5) 대한민국 저작권법 제9절 저작물 이용의 법정허락.

#### 6) 대한민국 저작권법 제6절 저작재산권의 제한.

이와 같은 규정들은 저작권자에게 부여된 배타적 권리를 제한하는 것으로써 저작물의 공공재적인 속성을 인정하고 이를 이용할 수 있는 이용자의 권리를 마련한 것이라 볼 수 있다. 즉, 저작재산권의 제한이라는 법적 장치는 저작물에 내재해 있는 공공재적인 속성을 반영하여 이용자의 권리를 보호함으로써 저작자와 이용자간의 이익을 조절한 것이다. 저작재산권은 표현물을 다른 사람들이 이용하는 것을 제한하기 때문에 분명히 언론에 대한 일종의 제한을 가할 수 있다(Burk 2000). 따라서 위와 같은 공익적 혹은 비영리적 사용을 허락함으로써 공공의 대화나 사회적 논의를 수용할 수 있게 될 때 창작물에 대한 재산권을 부여할 가치가 있다. 즉 이용자의 권리으로써 공정이용은 문학, 예술, 유사한 저작물이 광범위하게 배포되게 함으로써 사회의 열린 대화나 공공의 논의를 직·간접적으로 유지시켜주는 기능을 한다. 또한 공정이용은 직접적으로는 그러한 배포를 위한 내용을 제공함으로써 그리고 간접적으로는 미래의 저작물 창작에 참여할 수 있는 지각력있고 박식한 민중이 되도록 함으로써 자유로운 표현으로부터 얻어지는 이익을 가지고 올 수 있다.

그러나 공정이용이 문화창작물의 생산과 배포에서 중요한 역할을 담당하고 있음에도 불구하고 현재 디지털 네트워크라는 새로운 배포기술과 사려깊지 못한 입법행위가 결합하여 이를 위협하고 있다고 볼 수 있다.

## 4. 새로운 기술의 특징 - 저작물 복제 가능성과 완벽한 통제기술

내셔널 리서치 카운슬의 보고서인 "The Digital Dilemma"(2000)는 정부하부구조를 이루고 있는 세가지 기술을 디지털 형태의 정보, 컴퓨터 네트워크, 월드와이드웹으로 설정하고, 이 기술이 정보의 복제·배포·통제·출판 방식에 일대 전환을 초래함으로써 저작권과 관련된 개념 및 정책, 실무에 대한 새로운 논의를 불러일으켰다고 보았다. 흔히 이 세 가지 기술의 특징으로 언급되는 것은 첫째, 디지털 형태의 정보는 복제가 쉽고 신속하다는 점이다. 인쇄물 환경에서는 대량 복제를 포기하거나, 크게 제약할 정도로 노력과 시간이 많이 소요되었으나 디지털 정보의 경우 복제에 소요되는 노력과 시간이 줄어들어 대량복제의 가능성이 생겨났다는 것이다. 두 번째는 복제의 질적 측면에서의 변화이다. 인쇄물의 경우 복제를 거듭할수록 복제물의 질이 떨어지는 경향이 있으나, 디지털 형태의 정보는 원본과 복제물이 질적인 차이가 없다. 이로써 원본의 구입보다는 복제의 가능성이 많아지게 된다는 점이다. 셋째는 조작과 변경 가능성이 높아졌다. 인쇄물의 경우 조작이나 변경이 어렵고, 이로 인한 흔적이 남지만, 디지털 정보의 경우 조작이나 변경이 쉬울 뿐만 아니라 이로 인한 흔적이 거의 남지 않는다. 네 번째, 저작물의 융합 가능성이 높아졌다. 인쇄물의 경우 저작물의 종류별로 존재의 양태와 수록될 수 있는 매체가 한정되어 있었다. 그러나 디지털 정보는 문자, 음성, 음향 및 영상 등 존재의 양태가 다른 여러 저작물이 하나의 매체에 상호 연결되어 수록되고 이용될 수 있다(임원선 1997, 85). 다섯 번째로는 컴퓨터 네트워크로 인하여 공중에 대한 정보의 전달 속도와 범위가 달라졌다. 빠르고 동시적인 정보 배포는 권리소유자들의 저작물 배포를 더 쉽고, 저렴하게 만든 한편, 정보 이용자와 해적들의 불법적인 복제 및 배포 또한 쉽고 저렴하게 만들 수 있다.



이러한 설명은 흔히 디지털 환경에서 저작물의 복제가 얼마나 쉽고 빠르게 일어날 수 있는지에 주목함으로써 저작권자들의 권리가 유례없는 침해위기에 처해있다는 그래서 저작권법이 그러한 잠재적 침해가능성에 대비하여 새로운 권리를 저작권자에게 부여할 수밖에 없음을 정당화시키기 위해 사용된다. 국내에서도 이러한 염려 하에서 디지털 시대를 대비한 저작권법의 개정이 이루어진바 있다. 즉, 저작물의 불법적인 복제가 무한히 이루어질 수 있는 디지털 기술과 네트워크 기술이 저작권에 위협이 될 수 있으므로, 그러한 침해의 가능성에 대비하여 미리 빗장을 치듯 저작권자의 권리보호를 위한 개정이 이루어졌고, 또한번 재차 그 권리보호의 확대를 위한 개정안이 국회에서 심의 중에 있다.

그러나 여기서 간과하고 있는 저작권과 관련한 디지털 기술의 특징이 있다. 그것은 저작물에 대한 접근과 이용을 보다 용이하게 통제할 수 있는 기술이라는 점이다. 이에 대한 레식의 설명은 명쾌하다. 그는 저작권이 현실공간보다 더 위협받고 있는 시대로 접어들고 있는 것이 아니라 오히려 구텐베르그 이래 그 어느 때보다 저작권이 더욱 효과적으로 보호되는 시대라는 것이다. 저작물에 대한 접근과 이용에 관한 규제력이 거의 완벽해 질 것이다. 따라서 보호가 완벽해지고 있는 그러한 시대에 실제적인 법의 문제는 법이 어떻게 저작권자의 보호에 조력할 수 있는가가 아니라 그 보호가 너무 지나치지 않은가라는 것이다(Lessig 2002, 286-287) 즉, 무한한 접근통제의 가능성을 가진, 기술로써 저작권의 보호가 완벽해 질 수 있는 상황에 있어서 저작권법의 역할은 저작권자들이 공정하게 이용하고자 하는 이용자들에게 접근을 허용해야할 의무에 대해 규정하는 것이라 할 수 있다.

## 5. 사려깊지 못한 법개정

국내 저작권법은 디지털 기술이 불법적인 복제를 유발함으로써 저작권자들의 권리가 침해당할 가능성이 있다는 염려 하에 2000년 1월 개정된 바 있다. 개정의 주된 내용은 디지털 복제를 수용할 수 있도록 복제의 개념을 재정의하고 네트워크를 통한 디지털 저작물의 전송에 대한 권리인 전송권을 신설한 것이다. 그러나 이 법은 디지털 저작물에 대한 저작권자의 권리보호에만 치중하였고, 신설된 권리에 대한 제한규정들은 미비하였다. 해당 정부부처의 담당자 또한 다음 번 개정 논의시 디지털 기술의 발달에 따른 저작물 공정이용의 문제가 논의되어야 할 것(김태훈 2000, 16)이라고 지적한 바 있다. 그러나 2001년 11월 문화관광부 저작권과에서 의결주문한 저작권법 중 개정법률안(이하 개정안) 역시 저작권자의 권리보호에 치우쳐 이용자들의 공정한 이용의 권리를 위축시킨 개정안이었다고 볼 수 있다.

이 개정안은 현재 국회 문화관광위원회에 회부되어 심의 중에 있다. 따라서 본 안이 그대로 국회의 심의를 통과할지 혹은 수정되어 통과할지 혹은 폐기될지 모르는 상황이다. 그럼에도 불구하고 이에 대하여 언급하고자 하는 것은 본 안을 작성한 정부의 저작권에 대한 인식과 법제정 방향을 가늠할 수 있기 때문이다.

개정안의 주된 내용은 첫째, 데이터베이스제작자의 보호(제4장의 2)에 관한 조항을 신설한 것이다. 데이터베이스 제작자를 저작인접권자로 취급하여 데이터베이스에 대해 물권에 준하

는 재산권을 주고 있다. 그러나, '개정안' 제2조 12의 4호에서 데이터베이스를 정의하면서 창작성을 요건으로 하지 않기 때문에, 결과적으로 창작성이 없는 데이터베이스를 보호하도록 되었다. 저작권법의 보호대상이 되는 모든 저작물은 창작성을 기본 성립요건으로 한다는 점에서 이 조항은 그 동안 저작권법이 지켜왔던 기본 원칙과 상반되는 규정이라고 할 수 있다.

두 번째는 기술적 보호조치에 대한 규정이다. 본 개정안은 '정당한 권리 없이 저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리의 기술적 보호조치를 제거·변경·우회하는 등 무력화하는 것을 주된 목적으로 하는 기술·서비스·제품·장치 또는 그 주요 부품을 제공·제조·수입·양도·대여 또는 전송하는 행위는 저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해로 본다'(제92조 제2항)고 규정하고 있다. 이것은 디지털 환경에서의 저작권 보호를 강화한다는 목적 아래 저작권 등의 침해를 방지하기 위한 기술적 보호조치를 저작권법으로 보호하고자 신설한 것이다(천호선 2002). 또한 WCT가 계약 당사자들로 하여금 저작자가 자신의 저작물을 보호하기 위해 설치한 기술조치에 대한 우회와 저작권관리정보의 동일성을 훼손하는 것을 금지토록 한 조약상의 의무를 이행한 것이라 볼 수 있다. 미국의 DMCA는 제1201조 저작권 보호시스템의 우회에 관한 규정을 통하여 WCT의 조약상의 의무를 이행한 바 있다. 그러나 기술적 보호조치의 우회를 금지하는 것을 골자로 한 DMCA에 대하여 임원선은 "저작권 보호의 패러다임이 창작자 보호와 지식의 확대재생산을 위한 '중립적인 규칙'에서 저작권 산업의 진흥을 위한 '적극적인 정책수단'으로 본격적으로 변모되고 있으며, 이로써 저작권법이 금과옥조처럼 여기는 권리자와 이용자간의 균형을 잃었다"고 분석한 바 있다(임원선 1999) 이번 개정안에서의 제92조 2항 역시 이러한 결과를 초래할 것이다. 왜냐하면, 정보접근 및 이용단계에서의 통제장치인 기술적 보호조치가 그 동안 저작권재산권의 제한에 해당하는 따라서 이용자들의 공정한 이용에 속하던 영역 즉, 시사보도나, 학교교육 목적, 인용, 사적사용 등 비영리적이고 연구 및 학술적인 이용에까지 적용될 수 있기 때문이다. 또한 저작권의 보호기간을 실질적으로 영구히 할 수 있다는 점, 저작권의 보호대상이 되지 못하는 정보에까지 기술적 보호조치를 적용할 수 있도록 하였다 것도 문제점으로 지적할 수 있다. 아울러 제기되는 근본적인 문제점으로 저작권법이 전통적으로 보호대상으로 삼았던 창작물이 아닌 단지 그러한 창작물을 보호하기 위한 기술적 장치가 과연 저작권법의 보호대상이 될 수 있는가라는 점이다. 또한 이미 전송권을 신설함으로써 네트워크를 통한 저작물의 복제와 전송에 대한 권리를 저작권자에게 충분히 부여했음에도 불구하고 다시 한번 그 권리를 재 보호하는 차원에서의 기술적 보호조치까지 보호할 필요가 있는가의 문제이다. 지금 저작권법이 주목해야 할 부분은 저작권자들이 공정한 이용을 무차별적으로 금지하고자 하는 것에 대하여 어떻게 균형있게 법적 차원에서 공정한 이용을 도모할 수 있도록 전송권 제한 규정을 수정하고 신설할 것인가이어야 할 것이다.

세 번째 주된 개정사항은 제28조 도서관 면책조항과 관련된 규정이다. 현행법에서 도서관 관내전송만을 허용함으로써 디지털 도서관의 기능을 근본적으로 제한시킨다는 비판을 받은 바 있는 규정을 더욱 축소하여 도서관간 전송과 동시이용자수를 제한하고 있다는 문제점이 있다. 본 규정은 국회 문화관광위원회의 심의과정에서 가장 논쟁적인 부분이기도 하였거니



와 디지털 네트워크 공간에서 모든 민중의 정보공유 기지로서 역할을 수행할 디지털 도서관에 관한 규정이기도 하므로 보다 상세히 그 문제점을 살펴볼 필요가 있다.

### 6. 사려깊지 못한 법개정 - 디지털 도서관의 문제

국내 저작권법 제28조의 적용을 받는 도서관은 비영리성을 그 특징으로 한다. 즉, 정보에 대한 공적접근을 보장하는 제도적 장치로서의 도서관이다. 이것은 저작권법 시행령 제3조7)에서도 확인할 수 있는바, 영리를 목적으로 하는 법인 또는 단체에서 설립한 특수도서관을 제외한다고 규정함으로써, 저작권법 제28조의 적용대상이 되는 도서관의 특성을 비영리성으로 한정시키고 있다. 이러한 규정을 통하여 파악해 볼 수 있는 것은, 그동안 저작권법은 제28조 도서관 면책규정을 통하여 비영리적 목적으로 도서관의 자료를 이용하고자 하는 이용자의 권리와 그러한 이용자에게 서비스하려는 도서관의 기능을 법적으로 뒷받침하고 있었다는 점이다.

문제는 디지털 도서관에서 발생한다. 디지털도서관에 대한 정의, 본질, 역할 등에 대한 논의는 끊임없이 이어지고 있지만, 대체로 그것이 정보에 대한 원격접근제공을 기본 특징으로 한다는 점에는 이견이 없는 듯 하다. 그렇다면, 기존의 도서관의 역할을 제대로 수행할 수 있도록 법적으로 뒷받침하였던 저작권법이 디지털 도서관의 역할 수행에도 그 법적 기능을 다하고 있는가 질문해 볼 수 있다.

개정안 제28조에 대한 문제점을 지적하기 전에 현행법과 2000년 1월 법개정 이전의 규정<sup>8)</sup>에 대하여 간단히 살펴볼 필요가 있다. 이러한 고찰은 현행법 이전 → 현행법 → 개정안을 거치면서 이루어진 이용자 권리 위축의 한 예를 목격할 수 있는 기회를 제공해 줄 것이다. 아래에 제시된 내용은<sup>9)</sup> 2000년 개정 이전 제28조의 규정이다.

제28조 (도서관 등에서의 복제) 도서관법에 의한 도서관 및 도서·문서·기록 그밖의 자료를 공중의 이용에 제공하는 시설 중 대통령령이 정하는 시설(이하 "도서관 등"이라 한다)에서는 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에 보관된 자료를 사용하여 저작물을 복제할 수 있다.

1. 조사·연구를 목적으로 하는 이용자의 요구에 따라 공표된 저작물의 일부분의 복제물을 1인 1부에 한하여 제공하는 경우
2. 도서관 등이 자료의 자체 보존을 위하여 필요한 경우

7) 저작권법 시행령 제3조 (복제할 수 있는 시설의 범위) 법 제28조제1항 본문(법 제60조제2항 및 법 제71조에서 준용하는 경우를 포함한다)에서 "대통령령이 정하는 시설"이라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 시설을 말한다.  
 1. 도서관및독서진흥법의 규정에 의한 국립중앙도서관·공공도서관·대학도서관·학교도서관·전문도서관 및 특수도서관(영리를 목적으로 하는 법인 또는 단체에서 설립한 특수도서관을 제외한다)  
 2. 국가, 지방자치단체, 영리를 목적으로 하지 아니하는 법인 또는 단체에서 도서·문서·기록 그밖의 자료의 보존·대출 기타 공중의 이용에 제공하기 위하여 설치한 시설(전문개정 2000. 7. 27)

8) 국내에서는 1957년 제정된 후 전면 개정된 1986년 저작권법 제28조에 "도서관 등에서의 복제 등"이라는 조항이 설치되었다.

9) 대한민국 저작권법(1994년 12월 16일, 법률 제4717호).

3. 다른 도서관 등의 요구에 따라 절판 그밖에 이에 준하는 사유로 구하기 어려운 저작물의 복제물을 보존용으로 제공하는 경우

이용자의 요구에 의하여 복제를 하는 경우일 지라도 다음과 같은 요건을 갖추어야 한다. 그 요구가 조사·연구를 목적으로 하는 것이어야 하며, 복제의 대상이 공표된 저작물이어야 한다. 또한 저작물의 일부분만을 복제하여야 한다. 그리고 이용자의 요구에 따라 복제하는 것이지 미리 수요를 예측하여 복제물을 작성·비치해 놓고 이용자에게 판매하는 형태는 도서관 면책에 해당하지 않는다. 마지막으로 1인 1부에 한하여 제공하여야 한다.

또한 도서관 등의 자료보존을 위한 복제의 경우에도 일정한 조건을 수반해야 한다. 첫째 자료의 자체 보존을 위한 필요성이 있어야 한다. 소장공간의 협소 등으로 자료를 마이크로 필름 등에 의하여 축소복제를 하는 경우나 소장한 자료의 손상으로 말미암아 이를 보완하기 위하여 복제하는 경우 등이다. 두 번째는 복제할 수 있는 범위의 문제로서 보존의 필요성이 있다면 저작물 전체를 복제할 수 있지만, 그 부수는 통상 1부로 한정된다.

다른 도서관 등의 요구에 따른 복제를 할 경우에는 우선 다른 도서관의 요구가 있어야 하며, 아울러 절판 혹은 그에 준하는 사유로 요구한 도서관이 그 자료를 구하기 어려운 경우에 한정된다.<sup>10)</sup>

요약하자면, 이용자들은 도서관의 사서로부터 조사와 연구의 목적일 경우 제한된 조건 내에서 복제물을 제공받을 수 있었으며, 협소한 공간의 문제 등을 해결하기 위하여 만들어진 새로운 미디어에 축적된 복제물 또한 이용할 수 있었다. 아울러 자관에 없는 구하기 어려운 자료를 다른 도서관으로부터 제공받아 이용할 수 있었다.

또한 이 조항에 언급될 필요도 없이 도서관 내에서 이용자들은 서가에 꼽힌 자료를 마음대로 열람할 수 있었으며 -왜냐하면, 저작권자는 열람에 대한 권리를 가지고 있지 않으므로 그에 대한 허락을 얻을 필요도 없었다- 필요한 경우 지정된 기한 내에 도서관 밖으로 책을 대출하여 볼 수도 있었다. 이것이 디지털 기술로 인한 불법복제가능성을 염려한 법개정 이전에 도서관의 이용자들이 보호받았던 권리의 내용이다.

이와 같은 기존의 조항은 2000년 1월 개정된 현행 저작권법에서 다음과 같이 수정되었다.

제28조 (도서관 등에서의 복제 등)

- ① 도서관 및 독서진흥법에 의한 도서관과 도서·문서·기록 그 밖의 자료(이하 "도서 등"이라 한다)를 공중의 이용에 제공하는 시설 중 대통령령이 정하는 시설(이하 "도서관 등"이라 한다)에서는 다음 각호의 1에 해당하는 경우에 보관된 자료를 사용하여 저작물을 복제할 수 있다.(2000. 1.12 개정)
  1. 조사·연구를 목적으로 하는 이용자의 요구에 따라 공표된 도서 등의 일부분의 복제물을 1인 1부에 한하여 제공하는 경우(2000. 1.12 개정)
  2. 도서관 등이 자료의 자체보존을 위하여 필요한 경우
  3. 다른 도서관 등의 요구에 따라 절판, 그 밖에 이에 준하는 사유로 구하기 어려운 저작물의

10) 오승중, 이해완. 저작권법. 서울 : 박영사, 2000. (개정판) 347-352 pp.



## 복제물을 보존용으로 제공하는 경우

- ② 도서관 등은 컴퓨터등 정보처리능력을 가진 장치를 통하여 당해 시설과 다른 도서관 등에서 이용자가 도서 등을 열람할 수 있도록 이를 복제·전송할 수 있다. 이 경우 도서관등은 이 법에 의하여 보호되는 권리를 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.(2000. 1.12 본항 신설)

기존의 저작권법에서 복제의 주체는 도서관법에 의한 도서관 및 도서, 문서, 기록 그 밖의 자료를 공중의 이용에 제공함을 목적으로 하는 시설 중 대통령령이 정하는 시설로 되어 있다. 그러나 현행법에서 제28조의 제2항은 모든 도서관이 디지털 형태의 복제 전송을 할 수 있는 것처럼 되어 있으나 저작권법시행령<sup>11)</sup>에서 그 범위가 대폭 축소되어 국립도서관, 한국교육학술정보원(도서관), 한국과학기술원 도서관, 한국과학기술정보연구원의 도서관으로 한정되었다. 국립도서관에는 국립중앙도서관, 국회도서관, 법원도서관 및 국립학교 설치령에 따른 국립대학(교), 교육대학교, 산업대학교, 전문대학 등이 포함된다.

이러한 규정은 결국 이를 제외한 도서관들이 자체적으로 디지털 도서관을 구축하는 것을 제한시키게 될 것이며, 설령 이러한 제한이 필요했다 할지라도 어떠한 기준에 의하여 위의 도서관이 선정된 것인지가 모호하다는 비판을 받은 바 있다.

또한 디지털 복제가 가능한 도서관 이외의 다른 도서관에서 디지털 복제가 가능한 도서관으로부터 복제물을 전송 받아 자체 서버에 저장하여 관내 열람용으로 서비스하는 행위는 그 자체가 복제에 해당하므로 허용되지 않는다. 따라서 디지털 복제가 허용된 도서관 이외에서는 자체적으로 디지털 복제물을 만들 경우 저작권자의 허락을 받아야 한다. 결국 디지털 복제가 인정된 도서관 이외에서 인쇄 자료를 디지털화하는 것, 디지털 저작물을 전송받아 인쇄 복제하는 것, 전송받은 디지털 저작물을 디지털 형태로 복제하는 것 등이 저작권자의 허락 아래서만 가능하다.

제28조 제2항에서 규정하고 있는 “..... 권리를 위하여 필요한 조치”는 디지털 저작물이 복제의 용이성 및 신속성, 광범위성 때문에 저작권자의 권리 침해가 크게 일어날 수 있다는 점을 고려한 결과라고 볼 수 있다. 동법 시행령 제3조의 2 제1항에서 권리보호에 필요한 조치로써 ① 복제방지장치의 설치 ② 암호화 조치 ③ 자료현시 외의 방법으로 이용하거나 그 내용을 변경한 경우 이를 확인할 수 있는 조치 ④ 판매용으로 제작된 전자기록매체의 이용을 방지할 수 있는 장치를 설치해야 한다고 규정하고 있으며, 제2항은 법에 의하여 보호되는 권리의 침해를 예방하기 위한 직원교육, 제3항은 컴퓨터 등에 경고표지의 부착 등을 규정하고 있다. 그러나 동 시행령 제3조의 2 제1항의 내용을 실행하기에는 상당한 도서관 예산이 투입되는 것으로써 이것은 열악한 도서관 재정을 고려해볼 때 현실적 차원에서 도서관 자료의 디지털화를 방해하는 요소가 될 수 있다.

11) 2000년 7월 27일 공포. 본 조항은 2001년 3월 27일 다음과 같이 일부 개정되었다.

다만, 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치(이하 "컴퓨터등"이라 한다)에 고정하는 방법을 통하여 복제하는 경우에는 국립도서관, 한국교육학술정보원법에 의하여 설립된 한국교육학술정보원 도서관, 한국과학기술원법에 의하여 설립된 한국과학기술원 도서관, 정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률에 의하여 설립된 한국과학기술정보연구원의 도서관에 한한다. <개정 2001.3.27>.

도서관에서 복제를 할 수 있는 요건에 있어서의 문제점은 첫째, 디지털 자료에 한해서는 시행령에서 화면현시 외의 방법으로는 도서 등을 이용할 수 없도록 복제방지장치를 설치하도록 규정하고 있다. 결국 디지털 자료는 이용자의 요구가 있다고 하더라도 저작자의 허락을 받지 않는 한 어떠한 방식으로든 복제하여 제공할 수 없다. 둘째, 보존용 복제에 있어서의 문제점이다. 그동안 도서관 등이 자료의 자체보존을 위하여 필요한 경우에는 도서관에서의 복제가 허용되었다. 그러나 시행령 제3조의 단서조항으로 인하여 디지털 복제가 허용된 도서관 이외의 도서관에서는 자료의 자체 보존을 위한 디지털 복제도 허용되지 않는다. 셋째, 다른 도서관의 요구에 의한 복제에 있어서의 문제점이다. 절판 혹은 구하기 어려운 저작물에 대한 디지털 복제물이 네트워크를 통하여 제공되는 것은 허용되지 않는다. 디지털 복제가 허용된 도서관에 소장된 자료에 대하여 타 도서관이 보존용 복제물을 요구하였을 경우 해당 도서관은 디지털화된 자료를 인쇄물로 만들어 제공해야 할 것이다. 왜냐하면 디지털 복제가 허용된 도서관 이외에서는 자료를 단지 화면상에서만 볼 수 있지 그것을 내려받아 자체 서버에 저장할 수 없도록 시행령에서 규정하고 있기 때문이다.

무엇보다도 문제가 되고 있는 사항은 도서관 관내 전송에 대한 규정이다. 저작권법 제28조 제2항은 이용자들이 도서관 건물 내에서 자관 혹은 타도서관에서 전송받은 디지털 자료를 화면현시 방법으로 이용할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 도서관 건물 이외의 장소에서는 자료를 전송받을 수 없다. 동일한 건물 내에서도 도서관 이외의 장소라면 디지털 자료의 전송이 불가능한 것이다. 관외에서 디지털 저작물을 전송받아 보는 것이 가능하지 않다면, 디지털 도서관을 활성화하기 위하여 디지털 복제를 허용한다는 법 개정의 근본 취지를 의심하게 하는 것이다. 왜냐하면 디지털 도서관의 우선적인 목적 중의 하나는 지구상의 어느 곳에서도 디지털 도서관의 자료에 접근할 수 있도록 하는 정보전달의 문제를 해결하기 위한 것(Lesk 2000, 2)이기 때문이다. 디지털로 구축되어 있는 정보를 네트워크를 통하여 자신의 연구실에서 이용하지 않고, 도서관을 방문하여 이용할 수밖에 없다는 것은 디지털 도서관의 존재 여부와 관련된 사항이다.

디지털 저작물의 복제방지장치나 이용자 암호장치 등을 통하여 원격지에서도 이용자가 정보를 전송받을 수 있도록 하는 법적 장치가 필요할 것이다. 또한 이용자가 네트워크를 통하여 디지털 도서관의 컴퓨터에 직접 접근하여 디지털 저작물의 내용을 열람하는 경우에도 기존의 법규정에 부응할 수 있도록 저작물 중 일부를 출력할 수 있는 기술적 장치를 설치할 필요가 있다(황찬현 1996). 화면에 보이는 정보를 디지털 형식으로 복제할 수 없도록 하는 기술적 장치가 가능하다면 이용자들이 자료를 편집 변경할 수 없이 단지 훑어볼 수 있을 뿐이다. 이것은 서점 혹은 도서관 서가에서 잠깐 책을 들추어보는 정도에 해당된다고 볼 수 있다. 저작권법은 이러한 이용에 대해서도 저작권자가 배타적인 권리를 행사할 수 있도록 한 것이다. 이것은 자료의 열람권을 저작권자에게 인정해 주는 것과 마찬가지로 할 수 있다.

디지털 자료의 원격지 전송은 전통적인 도서관에서의 대출 서비스와 비교해 볼 수 있다. 대출은 일정한 기간 동안 도서관으로부터 자료를 빌린 후 자유롭게 이용할 수 있도록 허용하는 것이다. 이것은 도서관이 공익을 위해 일반공중에게 정보봉사를 제공하는 사회적 장치로서의 역할을 충실히 수행하도록 마련한 서비스라고 할 수 있다. 만일 원격지에서의 전송



이 전적으로 허용되지 않는다면, 자료대출과 유사한 방식으로 원격지 전송을 허용하는 방법을 고려해 볼 수도 있다. 즉 자료를 이용할 수 있는 보안키 등을 발부하여 일정시간 동안만 원격지에서 디지털 정보를 전송받을 수 있도록 하고, 개인적 이용을 넘어서 자료를 변형·유통시켰다면 그에 대한 책임을 엄격히 하는 방법이 가능할 것이다.

다시 요약해 보자. 이용자 권리를 위축시킨 내용이 무엇인가? 결국 디지털 도서관을 이용할 수 없도록 한 것이다. 디지털 도서관을 이용한다 함은 원격지에서 도서관의 디지털 정보를 이용하고 사서로부터 서비스 받는 것이다. 그동안 제한된 범위 내에서 사서로부터 제공받을 수 있던 복제물을 왜 이메일 등의 네트워크를 통하여 제공받지 못하고 도서관에 직접 와야 하는가? 그동안 도서관 서가를 한갓지게 돌며 그저 들추어보기만 해도 좋았던 수많은 정보들을 왜 집에 있는 화면으로 복제의 의도 없이 단지 훑어보는 것이 가능하지 않아야 하는가? 다른 도서관으로부터 전송되어 온 디지털 자료를 왜 도서관에 직접 가서 보아야 하는가? 왜 우리도서관은 장소가 협소함에도 불구하고 디지털 복제물을 만들어 공간을 확보하지 못하는가?

위와 같은 문제를 가진 현행법 제28조는 개정안<sup>12)</sup>에서 다음과 같이 수정되었다.

#### 제28조 (도서관등에서의 복제 등)

① 도서관및독서진흥법에 의한 도서관과 도서·문서·기록 그밖의 자료(이하 "도서 등"이라 한다)를 공중의 이용에 제공하는 시설중 대통령령이 정하는 시설(당해 시설의 장을 포함하며, 이하 "도서관 등"이라 한다)은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그 도서관 등에 보관된 도서 등을 사용하여 저작물을 복제할 수 있다. 다만, 제1호 및 제3호의 경우에는 디지털 형태로 복제할 수 없다.

1. 조사·연구를 목적으로 하는 이용자의 요구에 따라 공표된 도서 등(디지털 형태의 도서 등을 제외한다)의 일부분의 복제물을 1인1부에 한하여 제공하는 경우
2. 도서 등의 자체보존을 위하여 필요한 경우
3. 다른 도서관등의 요구에 따라 절판 그밖에 이에 준하는 사유로 구하기 어려운 도서 등의 복제물을 보존용으로 제공하는 경우

② 도서관 등은 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치를 이용하여 이용자가 당해 도서관 등의 관내에서 열람할 수 있도록 보관된 도서 등을 복제·전송할 수 있다. 이 경우 동시에 열람할 수 있는 이용자의 수는 당해 도서관 등에서 보관하고 있거나 저작권자 그밖의 정당한 권리를 가진 자로부터 이용허락을 받은 당해 도서 등의 부수를 초과할 수 없다.

③ 도서관등은 제1항 제2호의 규정에 의한 도서등의 복제 및 제2항의 규정에 의한 도서

12) 문화관광부 문화정책국 저작권과. "저작권법 중 개정법률안" 2002. 11. 문화관광부에서는 2001년 4월 12일 저작권법 개정안에 대한 공청회를 실시한 바 있다. 그러나 이 안에는 제28조에 대한 개정이 이루어지지 않았다. 이후 2001년 4월 6일 저작권법중 개정법률안이 입법예고되었으나 당시에도 제28조에 대한 개정사항은 없었다. 그러나 2001년 6월 4일 입법예고된 개정안에는 28조 제1항과 2항에 대한 내용수정과 아울러 제3항을 신설하였다. 이 개정안에 대한 공청회는 이루어지지 않았다. 또한 이 개정안이 2001년 10월에는 28조의 제4항이 신설된 형태로 다시 수정되기에 이른다. 이 안에 대한 공청회 역시 이루어지지 않았다.

등의 복제·전송을 함에 있어서 그 도서 등이 디지털 형태로 판매되고 있는 경우에는 그 도서 등을 디지털 형태로 복제·전송할 수 없다.

④ 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 디지털 형태로 복제·전송하는 경우 도서관등은 저작권 그밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해를 방지하기 위하여 대통령령이 정하는 필요한 조치를 하여야 한다.

본 개정안에서 핵심적인 개정 내용을 다음과 같이 정리해 볼 수 있다. 첫째, 제28조 제1항에서 현행법의 '자료'라는 단어를 '도서'로 변경하고 있다. 이것은 도서관에서 '자료'라는 표현은 도서자료, 비도서자료가 모두 포함되는 것(디지털 자료를 포함하여)이므로 '도서'라는 단어로 변경함으로써, 도서관에서의 복제를 인쇄자료로 한정한다는 것을 확고히 한 것이라 볼 수 있다.

둘째, 제28조 제1항에서 제1호 및 제3호의 경우에는 디지털 형태로 복제할 수 없다고 규정한 것이다. 제1호란 조사·연구 목적으로 이용자가 복제를 요구할 경우, 사서가 도서의 일부분을 1인 1부에 한하여 제공할 수 있도록 한 규정이다. 신설된 단서 조항에서 디지털 형태로 복제할 수 없다고 하였으므로, 사서는 디지털 자료에 대해서는 일부분이라도 복제하여 제공할 수 없게 되었다. 현행법에서는 이용자들은 디지털 자료의 복제물을 전송이 아닌 형태로 제한된 범위 내에서 전달받을 수 있다. 제3호란 다른 도서관에서 요구했을 때 구하기 어려운 '저작물'의 복제물을 보존용으로 제공할 수 있도록 한 규정이다. 신설된 단서 조항에 의하면, 타 도서관의 요구시 디지털 형태로는 복제물을 제공할 수 없게 된 것이다. 다른 도서관이 절판 등의 이유로 구하기 어려운 자료를 요구했을 때 저작물의 복제물을 디지털 형태가 아니라, 인쇄물로만 제공할 수 있게 된 것이다. 예를 들어 A도서관이 디지털화 해 놓은 자료를 다시 인쇄물로 출력해서 B도서관에 제공하게 되고, B도서관은 이를 다시 디지털화하는 작업을 하게 되는 것이다. 이것은 경제적, 인적 자원 낭비로써, 공적기능을 수행하는 도서관의 자원낭비는 결국 사회적 자원의 손실이라는 결과를 초래하게 될 것이다. 또한 그동안 이 조항에서 사용된 '저작물'이란 표현을 개정안에서 '도서'로 변경함으로써 디지털 복제물 제공금지를 확고히 했다고 볼 수 있다.

셋째, 제28조 제2항에서 현행법의 '당해 시설과 다른 도서관 등에서 열람할 수 있도록 복제·전송할 수 있다'는 규정을 '당해 도서관등의 안에서 열람할 수 있도록 복제·전송할 수 있다'는 것으로 변경한 것이다. 현행법에서는 디지털 복제물을 자관 내에서 뿐만 아니라 타 도서관으로 전송하여 도서관 내에서 열람할 수 있도록 하였다. 그러나 개정안에서는 '다른 도서관'이라는 표현을 삭제함으로써 도서관 간 전송을 금지한 것이다. 즉, 디지털 자료에 대한 도서관 상호대차를 불가능하게 한 것이라 볼 수 있다.

넷째, 제28조 제2항에서 '동시에 열람할 수 있는 이용자의 수는 당해 도서관 등에서 보관하고 있는 도서 등의 부수를 초과할 수 없다'는 규정을 추가한 것이다. 디지털화된 자료의 인쇄본 도서가 도서관에 한부만 소장되어 있다면, 해당 디지털 자료를 동시에 열람할 수 있는 이용자 수를 한명으로 제한해야 한다는 것이다. 도서관에 소장된 자료는 특별한 경우를 제외하고 보통 1권인 경우가 많다. 많은 인적, 경제적 자원을 투입하여 디지털화된 자료를