

# 대학의 이러닝(e-learning)의 저작권법 문제에 대한 소고(小考)\*

-교수의 강의중 등장한 저작물에 대한 저작권 제한가능성을 중심으로-

박 준 석(Park, Jun-seok)

〈서울대학교 법과대학/법학대학원 조교수〉

## 초 록

이러닝(e-learning)은 인터넷이 가져온 교육의 혁신적인 수단임에도 정작 인터넷강국이라는 한국의 관련분야는 아직 초보적 단계에 머물러 있다. 우리에게 이미 오랜 경험이 축적된 미국 대학이 일반공중을 상대한 공개 이러닝 실태가, 이 글이 자세히 언급한 대로, 많은 점에서 시사점을 주고 있다.

미국에서는 이러닝을 위해 연방저작권법상 특별한 저작권제한을 도입하고자 2002년 TEACH Act가 수립되기도 하였지만 그 제한의 혜택은 오로지 정규로 등록된 학생 등에게만 적용되는 결과, 공개 이러닝은 연방저작권법 제107조의 포괄적 공정이용조항에 의하여 적법성을 확보하고 있다. 마찬가지로 한국에서도 수업목적에만 적용되는 저작권법 제25조보다는 보다 폭넓은 적용가능성을 가진 제28조가 공개 이러닝을 위해 작용할 것으로 본다.

비록 이러닝의 방법인 전송 자체가 저작권자의 본질적인 이익에 큰 위협이 되는 것은 사실이더라도, 공개 이러닝이 가지는 공익적 잠재 가치가 무척이나 크므로 장차 법원은 위 제28조와 같은 저작권제한조항의 정당한 영역을 인정함에 있어 지나치게 인색한 태도는 피해야 할 것으로 사료된다. 그렇게 하더라도 대학은 상당수준의 공정성이 이미 성격상 담보된 주제이므로, 다른 침해자와 달리 위 태도를 저작권침해의 빌미로 악용하지는 않을 것이라고 기대한다.

**주제어** : 이러닝, 인터넷 강의, 전자학습, 저작권, 공개강의

## 〈목 차〉

### I. 서론

1. 이러닝의 개념 등
2. 이러닝에 대한 논의필요성
3. 이 글의 논의범위

### II. 미국, 일본 저작권법에서의 이러닝에 관한 규율

1. 개관
2. 미국의 경우
3. 일본의 경우

### III. 미국 대학의 이러닝 실태에서 배울 수 있는 저작권법적 고려

### IV. 한국에서 이러닝에 관한 저작권법 규율의 해석

1. 이러닝에서의 저작물 이용에 대한 저작권법상 원칙과 예외
2. 저작권법상 예외규정들의 쟁점 검토

### V. 결론

※ 투고일자 : 2010년 8월 25일, 심사일자 : 2010년 9월 8일, 게재확정일자 : 2010년 9월 24일

## I. 서론

의 제약 없이 신축적으로 교육과정을 진행하거나

### 1. 이러닝의 개념 등

인터넷의 활성화가 인간생활 전반에 가져온 여러 변화는 이제 교육분야에서도 이러닝(e-learning)을 중심으로 급격히 나타나고 있다. 전자적 수단을 통한 교육을 지칭하는 ‘이러닝’이라는 표현을 우리 법률도 최근 제정된 ‘이러닝(전자학습)산업발전법’을 통하여 채용한 상황이다.<sup>1)</sup>

다만 해당 법에서는 방송에 의한 경우도 이러닝에 포함시키고 있으나,<sup>2)</sup> 이 글에서는 전송에 의한 이러닝을 중심으로 설명하고자 한다. 왜냐하면 한국방송통신대학의 교육<sup>3)</sup>과 같은 특수한 예외를 제외하면 대학<sup>4)</sup>들이 방송을 통해 교육을 하는 것을 현재로서는 상정하기가 어렵고<sup>5)</sup> 장차 상황이 바뀌더라도 방송을 통한 이러닝 교육에 대해 이미 방송일반에 인정되는 저작권법상 특별한 권리제한조항들에 추가하여 또 다른 제한을 거론할 실익이 크지 않기 때문이다.<sup>6)</sup> 한편, 특정 소수인<sup>7)</sup>을 위한 이러닝과 같이 현행 저작권법상 ‘공중’을 상대로 한 것이라고 보기 어려운 때는 전송에 의한 이러닝에 관한 이 글의 설명 중 일부만이<sup>8)</sup> 적용될 것이다.

### 2. 이러닝에 대한 논의필요성

이러닝은, 교육주체로 하여금 자신의 교육시설이 가진 물리적 수용능력의 한계를 극복할 수 있도록 해주고, 교육의 주체와 객체 모두 시간과 장소

\* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2010학년도 학술연구비 지원을 받았음.

- 1) 2004. 1. 29. 제정된 이러닝(전자학습)산업발전법 참조.
- 2) 같은 법 제2조 1호는 ‘이러닝’을 ‘전자적 수단, 정보통신 및 전자·방송기술을 활용하여 이루어지는 학습’으로 정의하고 있다. 전자학습이라는 본질에 비추어 위 ‘방송’은 디지털방송에 국한된다고 보인다.
- 3) 한국방송통신대학의 교육은 공중과 방송을 활용하는 방법 이외에도 녹음테이프 강의, 실제 출석수업 등 다른 형태도 존재한다. 이는 한국방송통신대학의 ‘학습방법’ 안내 참조. <<http://www.knou.ac.kr>>(2010. 9. 25. 방문, 이하 이 글에서 원용한 인터넷자료는 모두 같은 날짜에 방문한 것임).
- 4) 우리 저작권법 중 아래 제25조가 원용한 고등교육법은 ‘대학’이라는 용어로 통일하고 있는데다가 저작권법 스스로가 ‘대학’이라는 표현을 직접 채용(한국저작권위원회 위원자격을 ‘대학’ 부교수 이상에 한정한 제112조의2 규정)한 예가 존재하므로 이 글에서는 ‘대학교’란 표현 대신 ‘대학’으로 통일하여 적는다.
- 5) 다만 현재 미국에서 도입단계에 있는 화상회의 시스템이 점차 보편화되면 교수와 다수의 수강생들이 이를 활용하여 재택교육을 행하거나, IPTV가 점차 활성화되면 이를 통해서 일부 대학들이 방송행위를 하는 것(IPTV의 성격을 ‘인터넷 멀티미디어 방송 사업법’은 전송이 아닌 방송으로 못 박고 있음)을 예상해 볼 수는 있다.
- 6) 이미 방송행위 주체나 방송사업자에 대하여는 저작권법이 방송의 공익적 측면을 중시하여 여러 곳(가령 방송사업자의 저작인접권을 정한 제84조, 제85조 및 방송행위에 저작권 주장을 제한한 제34조, 제51조 등)에서 특별한 우대를 하고 있다. 이때의 방송내용은 주로 보도나 오락을 염두에 둔 것이지만, 장차 내용에 교육이 추가되더라도 더 이상 저작권자의 지위보다 방송행위자를 우대하는 내용을 논의하기는 여러 면에서 곤란하다. 반면 전송의 영역에서는 대량복제의 위험이 있다는 전송의 성격상 우리 저작권법이 저작권자의 전송권 제한에 아주 신중한 편이다. 하지만 이러닝에 관하여는 전송에 해당하더라도 특별한 우대를 부여할 필요가 있을지, 만일 그런 필요가 있다면 저작권 제한의 적절한 요건, 절차 및 범위가 이 글의 관심이다.
- 7) 우리 저작권법 제2조 32호는 일본 저작권법(2006. 12. 22. 개정법)을 기준으로 함, 이하 같음) 제2조 5항과 마찬가지로 특정인이라도 다수인인 경우 새롭게 ‘공중’개념에 포섭하고 있다. 그 결과 이러닝을 통한 저작물 전달이 전송이 아닌 경우는 오로지 특정 소수인을 상대로 한 때에 국한된다. 여기서 다수인지, 소수인지는 최종적으로 구체적인 상황에 따라 판단할 것이지 획일적 기준을 제시하기 어렵다. 하지만 가령 몇 명의 수강생만이 존재하는 대학원수업과 같은 경우라면 ‘특정 소수인’이라고 볼 수 있을 것이지만 수백 명이 수강하는 학부 교양수업과 같은 경우는 공중의 한 유형인 ‘특정 다수인’에 가까울 것이다.

참여할 수 있게 해주며, 장애인까지도 별다른 제약 없이 교육의 혜택을 받을 수 있게 하는 등 현실공간의 교육에 비하여 다양한 장점을 가진다. 그러나 이러닝은 전송을 수단으로 삼는 경우 자칫하면 이러닝에 등장하는 저작물의 시장 수요를 대폭 감소시키는 결과를 가져올 수도 있다. 저작권법 제1조가 저작권자 등의 권리보호와 일반공중에 의한 공정이용 사이의 균형을 강조하고 있는 것과 마찬가지로, 공중이 이러닝의 장점을 향유하게 할 필요성과 저작권자의 시장이익 침해의 억제할 필요성 사이에서 균형을 맞추는 것이 이 글에서도 핵심일 수밖에 없다.

현행 저작권법상 저작권자의 ‘공중송신권’이 미치는 전송에 해당하는 교육행위가 이전에 없다가 최근에야 비로소 등장한 것은 아니다. 이미 2000년경을 전후하여 인터넷 통신방법에 의존하여 교육이 이루어지는 ‘사이버대학’이 등장한 바 있었다.<sup>9)</sup> 그러나 이런 사이버대학에 의한 전송과 저작권의 충돌 문제는 저작권자의 큰 관심을 끌지 못하였다. 왜냐하면 위 대학들의 규모가 비교적 영세하였던 데다가 당시 저작권자의 존립을 크게 위협하는 인터넷상 다른 침해행위가 여기저기 산재하고 있었기 때문이다. 마찬가지로 주요대학들이 몇 년 전부터 학생들을 대상으로 한 강의진행의 보조수단으로 인터넷을 활용하는 과정에서도 저작권 침해여지가 존재하였지만,<sup>10)</sup> 저작권 분쟁이 발생하지는 아니하였다.

그러나 최근에,<sup>11)</sup> 주요대학들이 학생들뿐만 아니라 일반공중을 상대로 소속 교수의 강의를 인터넷을 통하여 공개하려는 움직임이 보이고 있다. 가

령 서울대에서는 ‘서울대 온라인 지식나눔’<sup>12)</sup> 서비스를 2010. 5.경부터 시범적으로 시작하다가 2010. 9. 13.부터 정식서비스를 개시한 상황이다.<sup>13)</sup> 이는 일단 다운로드가 아닌 스트리밍 방식에 의하여 일반인 중 유료등록한 수강생들에게 제한된 기간<sup>14)</sup>에 강의동영상을 전송으로<sup>15)</sup> 서비스하는 방식을 취하고 있다. 이런 공개 이러닝은 미국의 여러 대학들이 오래전부터 진행해온 ‘공개강

8) 제25조에서 전송권 저촉문제는 거론될 수 없지만, 여전히 복제권 저촉문제는 발생한다.

9) 원래 1999. 8. 31. 사회교육법을 전부개정한 신설 ‘평생교육법’ 제22조가 정한 ‘원격대학형태의 평생교육시설’의 형태로 존속하던 교육기관들을 2007. 10. 17. 개정된 고등교육법이 방송통신대학 등과 나란히 정규학위가 수여되는 원격대학의 일종으로 추가하면서 ‘사이버대학’이란 명칭이 붙여지게 되었다.

10) 가령 서울대의 ‘E Teaching & Learning 시스템’은 교수의 강좌마다 관련 문서자료를 올리는 게시판서비스 등을 제공하고 있다. 이는 <<http://etl.snu.ac.kr>>.

11) 사실 한국에서 일반 공중을 상대로 한 공개 이러닝을 최초로 시도한 대학은 이미 2007년 영문으로 공개강의 사이트를 운영하기 시작한 고려대이다. 이는 동아일보 2007. 4. 10.자 “고려대 강의 자료 세계에 공개…인터넷 ‘OCW 서비스’” 기사 참조. 하지만 아쉽게도 이 글 작성시점 현재, 고려대의 이러닝 사이트는 수십 개 강의에 대해 개략적인 설명만을 간략히 적고 있을 뿐 동영상 강의는 물론 강의 목차나 강의계획서도 제공하고 있지 않아 이 글의 관심대상이 되기 어렵다. 이는 <<http://ocw.korea.edu/ocw>> 참조.

12) <<http://snui.snu.ac.kr>>. ‘서울대 온라인 지식나눔’ 사이트를 통한 이러닝은 수강을 위해 일단 회원등록 및 수강료 납입절차를 거쳐야 하지만 그 회원자격을 별다른 제한이 없으므로 사실상 일반공중 누구나가 수강할 수 있다.

13) 연합뉴스 2010. 9. 1.자 “서울대 강의 인터넷으로 듣는다…서비스 시작” 기사; 조선일보 2010. 8. 30. 사회A14면 “서울대 강의 집에서 듣는다 내달부터 인터넷 서비스” 기사 각 참조.

14) 단일과정은 1주, 묶음과정은 4주, 이수증과정은 8주로 각각 정하고 있다. 이는 위 사이트 공지사항 중 ‘학습방법 오리엔테이션’ 자료 3면 참조.

15) 만일 교수의 강의를 실제 진행되는 시간에만 수강생이 시청할 수 있다면, 이른바 웹캐스팅에 속할 것이다. 하지만 수강생이 위 각 제한기간 안에서 임의로 선택한 시간에 동영상 재생할 수 있는 방식으로 보인다.

의(OpenCourseWare, OCW) 과정에 상응하는 것이다. MIT의 경우 이미 2001년 향후 10년간 모두 공개한다고 발표하여 큰 반향을 불러일으킨 적이 있다. 2010. 9. 현재 MIT 공개강의 사이트<sup>16)</sup>에는 2000개의 강의가 공개되어 있는데 누적인원 1억 명이 방문하였다고 한다. 서울대의 ‘서울대 온라인 지식나눔’이든지, MIT의 공개강의이든지 간에, 공정이용의 성립여부를 논외로 한다면, 학생만을 대상으로 하였던 이러닝과는 달리 저작권자의 이익을 현저하게 침해할 우려가 존재함은 분명하다.

아울러 ‘이러닝’만을 염두에 둔 행동은 아닐지라도 저작권자들도 종전과 달리, 각 대학의 교육활동에서 이용되는 저작물에 대한 저작권 행사를 위하여 적극적으로 나서고 있는 상황이다. 즉 대학에서 수업목적으로 저작물을 이용할 때 권리자에게 문화체육관광부장관이 고시(告示)한 기준에 따른 보상금을 지급하도록 한 저작권법 제25조 4항 규정은 그 고시가 제정되지 않아 오랫동안 사문화(死文化)된 상태였는데, 최근 저작권자 측의 요구로 대학들과의 사이에 위 고시의 구체적 내용에 관한 합의가 2010. 8.경 거의 타결되었다는 소식이 들리고 있다.<sup>17)</sup>

이런 상황이라면, 대학에서의 저작물 이용과 관련하여 저작권이 구체적으로 미치는 범위를 검토할 시급한 필요성이 생겼다고 하겠다. 이하에서는, 주로 대학의 이러닝을 중심으로 검토하고자 한다. 이하의 설명에서 학생을 대상으로 한 통상적인 이러닝과 달리 일반공중을 상대로 한 이러닝은 편의상 ‘공개 이러닝’이라 칭하기로 한다. 이 글이 이러닝 중에서도 공개 이러닝에 더 관심을 쏟는 것은 물론 그것이 이러닝이 가진 앞서의 장점을 가장

극대화할 수 있는 형태이기 때문이다.

### 3. 이 글의 논의범위

이 글은 이러닝의 저작권법 문제를 ① 대학 교수에 의하여, ② 강의 도중에 등장하는 저작물에 있어서, ③ 저작권이 미치거나 제한되는 범위를 중심으로 고찰해보려 한다.

위 ①과 같이 한정하는 것은 중·고교 교사에 의한 이러닝에 대하여는 앞서 설명처럼 당사자간 다툼의 대상이었던 제25조 4항의 보상금 지급의 무가 없고, 사설학원 강사<sup>18)</sup>에 의한 이러닝이라면 제25조에 의한 저작권제한의 특례가 적용되지 않으므로 저작권침해 일반적으로 의하면 충분할 것이기 때문이다.

위 ②와 달리, 강의의 기본적인 도구라 할 수 있는 동영상 글꼴(폰트, font)의 저작권 침해 문제<sup>19)</sup>도 최근 논란이 되고 있다. 하지만 소고(小考)의 지면 제약으로 다루지 않는다.

위 ③과 달리, 오히려 이러닝 수행자가 그 결과물을 저작권으로 보호받는 차원의 문제라면 이미 한국에서 상당히 빈발하고 있는 사례에 속한다. 그

16) <<http://ocw.mit.edu/index.htm>>.

17) 문화체육관광부 2010. 8. 19.자 보도자료 “대학 수업에 저작물 마음껏 이용할 수 있다: 저작권자 단체와 대학들 간 ‘수업목적 보상금’ 도입 합의 눈앞” 참조. 그동안 장관은 저작권자의 요구에 불구하고 저작권자 측과 대학 측의 자발적인 합의를 중용하면서 고시 제정을 미루고 있었다.

18) 가령 온라인입시강의를 전문으로 하는 ‘메가스터디(www.megastudy.net)’ 등에 소속된 강사가 그 좋은 예일 것이다.

19) 디지털 타임스 2010. 7. 12.자 “이러닝- 글꼴 업계 저작권 갈등 심화 - 동영상용 글꼴가격 인쇄용의 150배 요구...줄소송 가능성” 기사 참조. 이는 <[http://www.dt.co.kr/contents.html?article\\_no=2010071202011557744002](http://www.dt.co.kr/contents.html?article_no=2010071202011557744002)>.

러나 이런 사례들은<sup>20)</sup> 엄밀히 새로운 논의가 필요한 부분이라기보다 종전의 인터넷상 저작권침해 일반론을 응용하는 것으로 충분할 것이다.<sup>21)</sup>

## II. 미국, 일본 저작권법에서의 이러닝에 관한 규율

### 1. 개관

인터넷의 발달에 따라 전세계 각국이 순차적으로 이러닝의 잠재적 가치를 인식하고 저작권과의 조화 문제에 관심을 가지게 되었다. 하지만 이 글에서는 이러닝에 대한 각국 저작권법상 규율의 내용을 살핌에 있어, 다음과 같은 이유로 미국과 일본의 그것들에 집중하고자 한다. 우선 미국은 현재 세계에서 가장 활발하게 (공개)이러닝이 이루어지고 있으며, 이미 2002년에 이러닝을 위해 저작권법 수정법률(TEACH Act)까지 통과시킨 국가이다. 다음으로 일본은 이러닝을 염두에 두었다고 볼 수 있는 한국의 관련 저작권법 규정과 가장 흡사한 법조문을 운용하고 있는 국가로 2003년 저작권법 개정을 통하여 이러닝에 대응한 저작권 제한규정을 추가한 국가이다. 특히 이 글의 아래 해당 부분<sup>22)</sup>에서는 장차 한국 대학의 공개 이러닝 운용에 참고할 만한 저작권 관련 지침을 외국의 구체적인 이러닝 운용경험으로부터 찾아 제시하고자 하는데, 현재 미국을 제외한 나머지 국가들의 실태에서는 이렇게 축적된 경험 예를 찾기 어렵다. 굳이 찾자 한다면, 1999년 세계 최초로 대학의 강의를 스트리밍 방식의 동영상 제공으로 일반공중에 제

공한 국가일 뿐 아니라,<sup>23)</sup> 현재도 비교적 활발하게 일반인에 대한 공개 이러닝이 이루어지고 있는<sup>24)</sup> 독일 정도를 꼽을 수 있을 것이다. 때문에 장차 이러닝에 대한 연구가 확대될 경우 독일의 실태도 참고해 볼 여지는 있다.

한편 영국 같은 국가조차도 아직 이러닝과 저작권의 충돌문제에 대하여는 대응이 늦은 편으로, 관련 저작권법 개정이 2010년에 이르러서야 막 이루어지고 있는 상황이다. 즉 지적재산권 제도 전반의 개혁을 주창한 ‘고어 보고서’(Gowers review of intellectual property)<sup>25)</sup>가 교실에 현재 실존하는 학생에게만 적용되는 기존 저작권법<sup>26)</sup>을 개정하여 디지털 기술을 활용한 원격교육에도 저작권제

20) 온라인 입시강의 사이트나, 각종 고시용 강의 동영상 사이트에서 제공된 저작물을 수강자가 제3자에게 불법파일공유형태로 전송함으로써 발생하는 저작권침해문제가 대부분이다.

21) 대학의 이러닝 결과물에 대하여 대학과 교수 등 사이에 저작권 귀속문제에 있어 미국대학들의 관련 지침의 상세내용에 관하여는 Andrea L. Johnson, Reconciling Copyright Ownership Policies for Faculty—Authors in Distance Education, 33 *Journal of Law and Education* 431 (Oct. 2004), p. 439 이하를 참조할 것.

22) ‘III. 미국 대학의 이러닝 실태에서 배울 수 있는 저작권법적 고려’부분 참조.

23) 이는 <<http://en.wikipedia.org/wiki/OpenCourseWare>> 참조.

24) <<http://www.uni-tuebingen.de>>.

25) 2005. 12. 당시 재무장관이던 Gordon Brown에 의해 Andrew Gowers가 영국 지적재산권 제도 전반의 재검토 작업을 독립적으로 수행하도록 임명되었다. Gowers가 그 결과물로 제출한 보고서가 2006. 12. 간행된 『Gowers review of intellectual property』이다. 이 보고서의 여러 가지 제안 속에는 디지털기술의 등장을 고려하여 교육에 있어 원격교육의 수행을 위한 저작권법상 제한을 추가할 것도 포함되어 있었다. 이는 영국 지적재산권청 2007년 연차보고서, <<http://www.ipo.gov.uk/about-review2007.pdf>>, 12면 등을 참조함.

26) 정확히는 CDPA(Copyright, Designs and Patents Act 1988) 중 교육관련 저작권 제한조항인 제35조와 제36조를 가리킨다. 영국에서는 저작권법을 특히, 상표법과 합쳐 하나의 통합법률로 규율하면서 하나의 관청에서 통할함이 특징인데, 이 글에서는 편의상 CDPA를 영국의 저작권법이라 칭한다.

한의 혜택이 적용될 수 있도록 하자는 요지로<sup>27)</sup> 제안한 시점이 2006. 12.경이었다. 이후, 지적재산권청(UK IPO)이 주도하여 저작권법 개정안에 대하여 이해당사자들의 의견조회절차를 2010. 3.경 까지 거쳤고,<sup>28)</sup> 그 최종안을 영국의회가 현재 심의 중에 있을 따름이다. 그런데 영국에서는 방송이 아닌 전송(on-demand) 형태의 이러닝에 대하여는 개정 저작권법상 저작권 제한을 적용하지 않기로 정한 상태라고 한다.<sup>29)</sup>

## 2. 미국의 경우

### 가. 연방저작권법상 원격교육을 위한 2002년 TEACH Act의 성립과 내용

미국의 1976년 저작권법은 당초 제107조의 포괄적 공정이용조항을 통하여 교육을 위한 저작권 제한을 해결하려고 하였으므로 이러닝을 위한 특별한 규정은 그런 방식의 교육이 등장한 이후에도 상당기간 존재하지 아니하였다. 다만 1976년 저작권법 개정때 의회보고서<sup>30)</sup>는 ‘단행본 및 정기간행물에 대한 비영리 교육기관의 수업목적 복제를 위한 지침 합의’<sup>31)</sup>를 포함하고 있었는데 이는 관련 당사자들의 잠정적 합의로서 법규가 아니었지만 미국 법원은 이를 관련 사안들에서 사실상 법해석의 강력한 기준으로 활용하여 왔다.<sup>32)</sup>

그러다가 2002년 이른바 ‘TEACH Act’(Technology, Education and Copyright Harmonization Act of 2002, 이하에서는 기존 저작권법 규정을 수정하는 법률이라는 의미로 ‘수정법률’이라고만 함)가 수립되어, 연방저작권법 제110조 (2)항와 제112조 (f)

항 등을 개정하여 ‘디지털 원격교육’(online distance learning)을 위한 특별한 조항이<sup>33)</sup> 연방 저작권법상 삽입되기에 이르렀다.

우선 위 수정법률은 우선, 일부 공연, 전시행위에 대하여 저작권 주장을 제한한 연방저작권법 제110조 (2)항을 다음과 같은 요지의 조항으로 고쳤다. 즉 제110조 (2)(A)항부터 같은 (2)(D)항까지의 4가지 요건을 구비한 경우라면, 송신(transmission)에 의해 발생하는 공연권이나 전시권 침해<sup>34)</sup>에 대

27) 위 제안의 구체적 내용은 크게 2가지로 첫째, 교실에 현존하는 학생에 대한 방송만 허용하는 기존 저작권법 제35조를 원격교육 수강생에게도 적용하도록 하고, 둘째, 역시 현존하는 학생들에 대하여만 복사를 제공을 허용하는 기존 저작권법 제36조를 전자게시판이나 원격교육자에게도 적용하자는 것이었다.

28) 2008. 1. 제1차 입법안 의견조회절차, 다시 2010. 3.까지 제2차 입법안 의견조회절차를 마친 바 있다. 그 중 2차 의견조회를 위해 작성된 지적재산권청의 해당 의견은 UK Intellectual Property Office, "Taking Forward the Gowers Review of Intellectual Property: Second Stage Consultation on Copyright Exceptions," (2009. 12), <[www.ipo.gov.uk/consult-gowers2.pdf](http://www.ipo.gov.uk/consult-gowers2.pdf)>, 11-20면을 참조할 것.

29) 바로 위 각주의 자료 및 <<http://www.olswang.com/newsarticle.asp?sid=102&aid=2866>> 등을 참조함.

30) H.R. Rep. No. 94-1476.

31) Agreement on Guidelines for Classroom Copying in Not-For-Profit Educational Institutions with Respect to Books and Periodicals.

32) David A. Simon, "Teaching without Infringement: A New Model for Educational Fair Use", 20 *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal* 453 (Winter 2010), p. 471 참조.

33) 이런 취지를 분명히 한 것으로는 S. Rep. No. 107-031 참조.

34) 미국 저작권법 제101조(17 U.S.C. 101)에서는 공연히 전시하는 것이라, 공중...에게 당해 저작물을 전시하는 것을 송신(transmission)하는 경우...등을 포함한다고 정하고 있어 판례가 컴퓨터 네트워크의 전송을 통해서도 전시가 가능함을 분명히 판시하고 있다. 가령 *Kelly v. Arriba Soft*, 280 F.3d 934, 946 (9th Cir. 2002). 공연의 경우도 마찬가지이다. 그러나 한국 저작권법은 독일의 영향을 받은 일본의 법문구를 따른 것이어서 전송에 있어 별도로 전시권이나 공연권 침해가 문제될 수

한 책임을 부담하지 않게 된다.

첫째, 공립학교 혹은 인가된<sup>35)</sup> 비영리 교육기관에 의한 정상적인 교육활동의 일부인 수업의 필수 불가결한 부분으로서 교수자(教授者, instructor)의 지시나 실질적인 감독 하에 이루어진 것이어야 한다.<sup>36)</sup> 둘째, 송신되는 교육내용과 직접적인 관련이 존재하고 그 교육에 큰 기여를 하여야 한다.<sup>37)</sup> 셋째, ‘정식으로 당해 과정에 등록한 학생’(students officially enrolled in the course)<sup>38)</sup> 혹은 업무관련성이 있는 정부직원이나 피용자만을 위한 것이고, 기술적으로 가능한 범위 내에서 그들에게 국한된 송신이어야 한다.<sup>39)</sup> 넷째, 해당 송신의 주체가 i) 교수나 학생 등에게 저작권 관련 법령의 준수를 촉구하는 한편 송신의 내용이 저작권보호를 받을 수 있다는 사실을 고지하는 정책을 수립하고 있어야 하고,<sup>40)</sup> 수신자들이 수업시간 이외에 해당 저작물을 보유하지 않으며 함부로 제3자에 재전송하지 못하도록 기술적 보호조치를 적용하며, 저작권자들이 그런 보유와 재전송 방지를 위해 미리 적용한 기술적 보호조치를 방해하지 말고 수용하고 있어야 한다.<sup>41)</sup>

위 제110조(2)에서는 저작물의 종류에 따라 이용가능범위를 상이하게 정하고 있는데, 연극저작물(dramatic work)과 무관한 어문저작물, 음악저작물은 전부 공연(performance)할 수 있지만, 다른 저작물은 ‘합리적인 범위 내에서’(reasonable and limited portions) 공연할 수 있고, 전시(display)는 어느 것이나 현실의 수업시간(live classroom session)에 전형적으로 전시되는 수준과 상응한 범위에 국한되도록 하고 있다. 그에 따라 가령 영화의 경우 현실공간의 수업에서는 제110조 (1)항에

따라 영화전체를 상영할 수 있지만, 이러닝에서는 위 (2)항의 제한적 문구에 의해 일부 상영만이 허용된다고 해석하는 것이 지배적이다.<sup>42)</sup>

앞서 4가지 요건을 갖춘 송신이라도 i) 처음부터 송신에 의한 교육활동을 위해 창작된 저작물을 이용한 경우, ii) 불법복제, 양수된 저작물에 의해 이루어진 경우이거나, iii) 위 교육주체가 그런 불법을 알았거나 알 수 있었던 경우에는 저작권침해 책임을 부담하게 된다. 아울러 대학생들이 자신들의 이용과 보유 목적으로 취득할 교과서나 부교재(course packs) 등을 위 송신으로 제공하는 행위도 허용되지 않는다.<sup>43)</sup>

한편, 위 수정법률은 일시적인 녹음, 녹화에 대한 저작권의 제한을 규정한 112조 (f)항도 수정하여, 앞서 제110조 (2)항에 의거하여 저작물을 전송하기

있는 지에 관하여는 논란이 있다.

35) 대학의 경우 고등교육위원회(Council on Higher Education Accreditation)나 연방교육부가 인정한 연방 혹은 지역 인가기관이 인가 여부를 결정하게 된다. 이는 TEACH Act에 의해 수정된 연방 저작권법 제110조의 말미에 추가된 문구의 내용이다.

36) 제110조 (f)(2)(A)항 참조.

37) 제110조 (f)(2)(B)항 참조.

38) 정구대학생이 아니라 가령 대학의 평생교육과정에만 등록된 일반인이 여기서 언급한 학생(students)인지는 다소 논란이 있을 수 있다.

39) 제110조 (f)(2)(C)항 참조.

40) 제110조 (f)(2)(D)(i)항 참조.

41) 제110조 (f)(2)(D)(ii)항 참조.

42) 이렇게 영화, 뮤지컬, 오페라 등은 이러닝에 이용될 때 전부가 아니라 ‘합리적인 범위 내에서’만 활용될 수 있다는 해석은 Simpson, TEACHing and the Internet, 24 LIBR. MEDIA CONNECTION 23, 24 (Aug./Sept. 2005)의 견해를 인용한 Audrey Wolfson Latourette, Copyright Implications for Online Distance Education, 32 *Journal of College and University Law* 613 (2006), FN 62.

43) 제110조 말미 부분.

위하여 이루어지는 녹음, 녹화는 복제권 침해가 아니라는 요지로 규정하였다.<sup>44)</sup> 다만 인쇄물 등 아날로그 저작물을 디지털 저작물로 전환하는 행위가 원칙적으로는 허용되지 않음을 정하고 있다.<sup>45)</sup>

### 나. TEACH Act의 적용상 한계

이상과 같이 살펴본 수정법률은, 이러닝을 둘러싼 이해관계자들의 논란에서 가장 핵심적인 부분, 즉 저작권자의 허락 없이 이러닝 주체가 이용가능한 저작물의 ‘구체적인’ 범위에 관하여는 ‘합리적인 범위 내(reasonable and limited portions)’라는 추상적인 기준을 정하고 있을 뿐인 까닭에 논란을 피할 수 없고,<sup>46)</sup> 법원의 판결이 있기 전까지는 구체적인 분쟁에서 침해유무를 확실히 알기 어렵다는 한계가 존재한다.

아울러 수정법률은 저작권제한의 항변을 적용받기 위하여 비교적 까다로운 요구를 하고 있는데 그 중에서도 ‘기술적으로 가능한 범위 내에서, 정식으로 당해 과정에 등록된 학생’등에만 국한된 송신을 하도록 요구하고 있으므로<sup>47)</sup> 학교 내 학생들이 아니라 일반공중을 대상으로 한 공개 이러닝에는 적용되기 어렵다는 한계가 있다. 위 요구사항에 관한 의회보고서<sup>48)</sup>는 여기서 학생이란 ‘오로지 교실이나 강의전용 공간’에 있는 자이거나 혹은 ‘장애나 여타 특수한 사정 때문에 교실이나 강의전용 공간에 참석할 수 없는 자’이어야 한다고 범위를 한정하고 있다. 특히 ‘장애나 여타 특수한 사정’이 무엇이나에 관하여 위 의회보고서는 그 구체적인 예시로 ‘유치원생, 출장을 떠난 근로자, 문맹자와 질병으로 외부출입이 곤란한 자’ 등을 들

고 있다. 나아가 한계선상으로 논란이 되는 상황으로 가령 ‘방송대학 학점과정(television college credit courses)’이 여기에 해당하는 지에 관하여 위 의회보고서는 ‘이것이 주간 직장근무, 대학으로부터의 장거리, 혹은 여타 장애사유로 주간 수업에 참석할 수 없는 자로서 고등교육학위 취득을 하려는 대학생, 대학원생을 대상으로 한 것’임을 이유로 해당한다고 평가하고 있다. 이 점과 관련하여 유력한 학설<sup>49)</sup>은 공식수업에 참석하기 어렵게 만드는 일체의 사유가 존재하면 위 ‘특수한 사정’에 해당할 수 있다고 하여 위 의회보고서와 취지를 달리하여 설명하지만, 대학의 공개과정 수강자까지 선 듯 “정식으로 당해 과정에 등록된 학생”에 포섭하기는 현재의 흐름상 무리가 있다고 본다. 결국, 서론에서 언급한 MIT 공개강의(OpenCourseWare) 등은 위 수정법률에 의거하여서는 저작권침해책임을 면하기 어려워진다.

44) 제110조 (f)(1)항.

45) 제112조 (f)(2)항. 다만 같은 항에서는 예외적으로 (A) 해당 저작물의 디지털 버전을 달리 이용할 수 없는 경우이거나 (B) 해당 저작물의 이용가능한 디지털 버전이 기술적보호조치가 적용되어 있는 경우라면 위와 같은 전환을 허용하고 있다.

46) 즉 앞서 지배적인 해석과 반대로, 영화 전체라도 이러닝에 활용할 수 있다는 소수설적 주장으로는 Library Copyright Alliance (LCA), “Streaming of Films for Educational Purposes”, LCA Issue Brief (February 19, 2010). 이는 <[http://www.librarycopyrightalliance.org/bm~doc/libstreamingfilms\\_021810.pdf](http://www.librarycopyrightalliance.org/bm~doc/libstreamingfilms_021810.pdf)>. 아울러 Jared Huber, Brian T. Yeh and Robin Jeweler, “Copyright Exemptions for Distance Education: 17 U.S.C. § 110(2), the Technology, Education, and Copyright Harmonization Act of 2002”, *CRS Report for Congress -RL33516* (July 6, 2006), p.4 참조. 이는 <[http://assets.opencrs.com/rpts/RL33516\\_20060706.pdf](http://assets.opencrs.com/rpts/RL33516_20060706.pdf)>.

47) 제110조 (f)(2)(C)항 참조.

48) H.R. Rep. No. 94-1476.

49) Melville B. Nimmer & David Nimmer, 『Nimmer on Copyrights』, LexisNexis (2006), § 8.15[C][1]iii.



하지만 위 수정법률이 추가로 부여한 항변과는 별개로 연방저작권법 제107조<sup>50)</sup>에 근거한 일반적인 공정이용의 항변을 여전히 원용할 수 있음을 유의하여야 한다. 즉 제110조(2)의 요건을 구비하지 못한 경우라도 제107조가 공정이용기준으로 열거하고 있는 4가지 요소에 따른 법원의 판단결과 이러닝 행위자가 구제될 가능성이 남아있다. 특히 제107조는 조문에서 공정이용이 성립되는 구체적인 유형 중 ‘교육’을 분명히 언급하고 있는 것이다. 실제로도 MIT 등 미국대학들은 제107조에 근거한 공정이용항변을 해당 공개 이러닝에서 타인의 저작물을 허락 없이 이용하는 근거로 삼고 있음이 어느 정도 분명하다.<sup>51)</sup>

## 2. 일본의 경우

일본 저작권법 제35조는 종래, ‘학교 그 밖의 교육기관(영리를 목적으로 설치되어 있는 것을 제외한다)의 수업과정에서 사용에 제공할 것을 목적으로 하는 경우’ 필요한 범위 내에서 복제를 허용한다는 내용만을 정하고 있다가 2003년 개정을 통하여 2항을 신설하여 ‘공표된 저작물에 관해서는 위 교육기관에서의 수업과정에서 당해 수업을 직접 받는 자에 대하여 당해 저작물을 그 원작품 혹은 복제물을 제공하거나 제시하여 이용하는 경우 또는 당해 저작물을 제38조 제1항<sup>52)</sup>의 규정에 의해 상연, 연주, 상영 혹은 구술하여 이용하는 경우에는 당해 수업이 행해지는 장소 이외의 장소에서 당해 수업을 동시에 받는 자에 대해서 공중송신(자동공중송신의 경우에는 송신가능화를 포함한다)을 할 수 있다. 다만 당해 저작물의 종류와

용도 및 당해 공중송신의 태양에 비추어 저작권자의 이익을 부당하게 해하게 되는 경우에는 그러하지 아니하다’라고 정하고 있다.

이처럼 2항을 통하여 원격수업에 대비한 규정을 도입한 일본의 경우, 우리와 달리 자동공중송신(우리법상 전송에 해당)에 의한 이러닝을 포함하여 이러닝 전반을 무상으로 규정하고 있는 점, 법문구상으로 동시중계되는 송신형태에 분명히 한정하고 있는 점 등이 특징이다.<sup>53)</sup>

비록 이러닝에 관한 2항에 국한한 설명은 아니지만 널리 일본 저작권법 제35조는 1970년 수립당시 대학의 경우 학점인정대상인 교육활동에 적용

50) 17 U.S.C. §107 (Limitations on exclusive rights: Fair use); 제106조(저작자의 독점적 권리의) 규정에 불구하고, 비평, 주석, 뉴스 보도, (수업을 위한 다수의 복제를 포함하여) ‘교육’(강조따옴표는 筆者註), 학술, 혹은 연구 같은 목적으로 서적이거나 음반을 복제하거나 혹은 제106조에 정해진 다른 수단에 의하여 이용하는 것을 포함하여 저작물의 공정이용(fair use)은 저작권의 침해행위가 아니다. 특정한 사안에서 저작물을 포함한 이용행위가 공정이용인지 여부는 아래사항을 고려하여야 한다.

- (1) 당해 이용이 영리적 성격의 이용(use of a commercial nature)인지 아니면 비영리적 교육 목적 인지를 포함하여, 저작물 이용의 목적 및 성격,
- (2) 저작물의 성격(the nature of the copyrighted work),
- (3) 이용된 부분이 특정한 저작물 전체에서 차지하는 양과 질,
- (4) 이러한 이용이 저작물의 잠재적 시장 또는 가치에 대하여 미치는 영향.

51) 가령 이 점에 관하여 “우리는 보다 풍부한 콘텐츠 제공을 위해 모든 것을 공유하려고 하는데 일부 콘텐츠는 여러 가지 사정으로 그 관리자가 이런 공유에 제공하지 않고 있다. 하지만 그 때문에 해당 콘텐츠를 제외하는 것은 결국 수강자를 난처하게 만들 수밖에 없으므로 우리는 연방저작권법에 근거한 고귀한 공중의 권리인 공정이용 원칙에 철저히 의거하여 (권리자 허락 없이도) 해당 콘텐츠를 제공하는 것이 차선책이라고 믿는다.”라는 요지의 MIT 공개강의 사이트의 설명은 <<http://ocw.mit.edu/help/faq-fair-use>> 참조.

52) 우리 저작권법 제29조(영리를 목적으로 하지 아니하는 공연·방송) 1항에 대응하는 규정이다.

53) 그와 달리 녹음, 녹화하여 나중에 이시(異時) 중계하는 경우도 포함시키자는 개정론이 강하다는 설명으로는 中山信弘 저(윤선희 편역), 저작권법, 법문사 (2008), 237면 참조.

될 것을 예정한 것이었는데, 그 결과 오늘날 대학이 널리 평생교육지원의 일환으로 일반인에게 공개강의활동을 시행하는 경우에는 위 입법취지상 제35조가 적용되지 아니함에 비하여 오히려 대학 소속 교수가 대학이 아닌 사회활동시설이 주최하는 강좌에서 강의할 때는 문구상 위 제35조가 적용되는 결과가 되는 것은<sup>54)</sup> 전혀 합리적인 결과가 아니라고 비판하면서, 일률적으로 해석하기보다 합리적 해석이 요청된다는 의견도 존재한다.<sup>55)</sup>

어찌되었든 바로 아래에서 상세히 설명할 미국 대학의 현황과 대조적으로, 일본 대학들의 공개 이러닝 활동은 상당히 부진한 것으로 보인다. 일본의 주요대학인 동경 대학 등 6개 대학<sup>56)</sup>은 2005. 5.경 일본 OCW(Open Course Ware)연합회를 발족하여 MIT의 OCW에 준거하여 활동을 개시한 바 있다.<sup>57)</sup> 그러나 정작 제공되는 내용은 강의의 목차(syllabus)나 강의계획서, 교수의 강의노트 등 일반 공중이 그것만을 가지고 학습을 수행하기 곤란한 기초적인 정보제공이 대부분이다. 극히 일부 대학의 강의에서 동영상까지 제공한다고 표시된 예가 있으나, 실제로 동영상이 구동되는 것은 찾기 힘들다.<sup>58)</sup> 결국 공개 이러닝이 활발하게 이루어지고 있는 미국의 경우와 달리 일본의 그것은 처음 시작과 달리 상당히 유명무실해진 것으로, 이렇게 된 것은 동영상전송을 위한 인터넷 보급의 수준도 영향을 미쳤을 것으로 짐작된다. 현재 애써 찾으려 해도 한국 대학이 크게 참고할만한 사례는 발견하기 어렵다.

### III. 미국 대학의 이러닝 실태에서 배울 수 있는 저작권법적 고려

#### 가. 미국대학들의 이러닝 실태를 고찰하는 의미

이 장에서는 미국 대학들의 이러닝 실태를 공개 이러닝을 중심으로 간략히 설명하고자 한다. 이것은 앞에서 설명한 미국의 저작권 규범이 이러닝 실무에 미친 영향을 살피고 확인한다는 의미도 있지만, 서울대가 이미 시작하였거나 장차 다른 대학들이 시행할 공개 이러닝에 있어서도 훌륭한 선례가 될 수 있기 때문이다. 사실 미국의 대학들은 일반인에 대한 교육을 강화할 목적으로 공개강좌의 활발한 활용을 위한 전세계 연합단체를 결성('Open Course Ware Consortium,' 'OCWC')<sup>59)</sup>하는데 큰 역할을 하기도 하였지만 위 연합체를 통한 이러닝 수행방식의 전파는 가령 앞서 설명한 일본 OCW의 예처럼 다소 지지부진한 형편으로 보인다.

54) 제35조의 적용여부가 해당 교육기관 본연의 교육활동에 해당 하는 지가 기준이 되기 때문이다.

55) 作作文雄, 詳解 著作権法, 第4版, ぎょうせい(2010), 350-351면.

56) 그 외에 게이오, 교토, 오사카, 도코 공과대, 와세다 대학이다.

57) 이는 <<http://www.jocw.jp/OCWHistory.htm>>.

58) 가령 <<http://ocw.u-tokyo.ac.jp/english>>.

59) <<http://www.ocwconsortium.org>>.

## 나. 그 실태와 우리가 배울 수 있는 저작권법적 고려들

### (1) 이러닝 콘텐츠의 기본적 구성

MIT의 경우 2001년부터 강의의 상당부분을 일 반공중에 공개하기 시작하여 2010. 9. 13. 현재 공 학은 물론 인문학에 이르기까지 2000개의 강의가 제공되고 있다. U.C.Berkely 대학에서도 2001년 가을학기 강의부터 현재 진행 중인 강의까지를, 일 반인까지 시청가능한 동영상 형태 등으로 제공하 는데 역시 거의 모든 분야에 걸쳐 다양한 강의가 제공되고 있다. 한편 예일대의 인터넷 공개강의 ('Open Yale Courses')<sup>60)</sup>는 2007. 12. 11. 개시되었 는데 기초적인 인문·과학·예술분야 7개 수업을 시 작으로, 2010. 9. 13. 현재 기준으로 총 25개의 강좌 가 개설되어 있어 상대적으로 소략하다.

반면 최근 개시된 서울대의 공개 이러닝인 '서 울대 온라인 지식나눔'의 경우 인문학 및 교양 위 주의 강의 총 40여개가 제공되고 있다.

그런데 위 3개 대학 등 미국의 많은 대학들은 공개강의를 위하여 별도로 녹화를 행하기보다 해 당 교수의 실제 교실에서의 강의를 그대로 채록하 여 전송하고 있음에 비하여, 서울대는 실제 학생들 에 대한 수업모습이 아니라 공개강의를 위하여 따 로 촬영한 동영상 콘텐츠가 제공되고 있다는 차이 가 있다. 이런 차이는 서울대의 경우 저작권 침해 소지가 있는 콘텐츠를 동영상 제작 이전에 선별할 기회를 준다는 장점이 있다. 그러나 장차 공개 이 러닝이 본격화되어 좀 더 많은 분량의 강의가 제공 될 경우 점차 미국 대학들의 방식으로 이행할 것이 예상되고, 그런 때라면 아래 설명과도 같이 이미 수업모습을 그대로 담아 제작된 동영상에서 특정

저작물을 제거해야하는 상황이 생길 수 있음을 유 념해야 한다.

### (2) 대학들이 자율적인 지침을 제정함

MIT, U.C.Berkely, Yale 등 앞서 미국 대학들은 공동으로, '공개강의에서 공정이용 원칙을 준수하 기 위한 지침'<sup>61)</sup>을 제정하여 행동준칙으로 삼고 있다. 이것은 물론 법적 구속력을 가지지 않지만, 장차 분쟁에서 법원이 대학 이러닝 실무에서 공정 이용의 범주가 어떻게 이해되어 왔는지 판단하는 데 중요한 참고자료가 될 것이고, 아울러 이러닝을 둘러싼 저작권자와의 불필요한 분쟁을 예방하는 효과도 기대할 수 있을 것이다. 따라서 장차 한국 대학들도 마찬가지로 자체 지침을 제정함이 바람 직하다고 본다.

### (3) 일반공중에 의한 보다 편리한 접근성을 보장함

미국 대학들의 공개강의는 대부분<sup>62)</sup> 공개강의 수강을 위해서 별도의 회원등록이나 로그인절차 를 요구하고 있지 않으며 그 결과 당연히 무료이 다.<sup>63)</sup> 반면 서울대의 공개 이러닝인 '서울대 온라 인 지식나눔'의 경우 회원등록은 물론 강의마다 2,000원의 수강료를 징수하고 있다. 서로 반대인 양자의 입장은 장점과 단점이 서로 엇갈리는 태도 이다.

60) <<http://oyc.yale.edu>>.

61) Committee of Pracactioners of Op enCourseWare, 「Code of Best Practices in Fair Use for OpenCourseWare」, October 2009, <<http://centerforsocialmedia.org/ocw>>.

62) 가령 MIT, U.C.Berkely, Yale 등 위에서 언급한 3개 대학도 이에 해당한다.

63) 그에 따라 해당 공개강의를 수행하는 비용조달은, 공개강의 홈페이지상 공고 혹은 매 동영상 플레이 서두부분에 삽입된 공고를 통하여 '기부'를 요청함으로써 마련하려고 하고 있다.

우선 미국 대학이 취한 입장의 단점으로는 앞서 미국 수정법률 제110조(2)의 적용요건은 분명하게 ‘정식으로 당해 과정에 등록한 학생’ 등에게 국한된 송신일 것을 요구하므로 위 조항에 따른 저작권 제한의 혜택을 잃게 된다는 점이다.<sup>64)</sup> 한국에서도 마찬가지로 입장을 취하였다면, 후술하는 대로 저작권법 제25조가 ‘수업목적’으로 그 적용대상을 한정하고 있기 때문에 그 조문의 혜택적용을 주장하기가 더욱 힘들어질 것이 분명하다.

그러나 반면 미국 대학의 입장이 가진 장점은 보다 근본적인 것이다. 일반 공중의 보다 편리한 접근성을 보장하지 않고서는 공개 이러닝의 목적을 달성하기 어렵다는 사실이 그것이다. 특히 이용자들이 인터넷상에서 무료콘텐츠에 아주 익숙해져 이미 다수의 인터넷서비스사업자들은 광고를 통해서 주된 수입을 올리고 있는 현실을 고려할 때, 한국의 인터넷 공간에서는 2,000원이 아니라 단돈 10원의 이용료 징수가 있더라도 일반공중의 접근성은 현실적으로 상당히 저하될 것이다. 여기에서 부득이한 선택이 필요한 경우, 서울대는 물론 장차 다른 대학들도 당장은 이러닝 콘텐츠라는 저작물 제작에 대한 비용보전에 집중하기보다는 일반공중의 지식전파라는 공익적 기능을 정책적으로 우선할 필요가 있다고 본다.

(4) 강의진행상 불가결하지 않은 저작물의 이용을 자제함

미국 대학의 공개강의를 면면히 살펴보면, 공개되는 모든 강의에 있어 콘텐츠 제공의 범위나 폭이 천차만별이다. 가령 MIT의 경우, 강의를 담은 동영상은 물론 심지어 온라인교재까지 제공하고 있는 강의들로부터 시작하여, 아예 간략한 개요만을

문서로 설명하는데 그친 강의까지 공개의 수준이 확연히 다르다. 여러 가지 원인이 있겠으나, 무엇보다 해당 콘텐츠가 포함하고 있는 타인의 저작물에 대한 권리침해 우려가 작동한 것이 그 중 중요한 원인이라고 보인다. 실제로 공정이용조항이 인정하고 있는 저작권제한의 혜택에 불구하고 실제로는 법원의 최종판단이 내려질 때까지의 법적불안정성에 대한 우려를 미리 반영하여서인지, 미국 대학의 공개강의는 다채로운 영상물을 포함하고 있기보다는 대체로 텍스트 위주로 기재된 보드(board)나 단조로운 수준의 파워포인트(ppt)를 중심으로 삼고 있음을 확인할 수 있다.

(5) 강의진행상 불가결하더라도 저작물을 직접 제공하는 방식을 지양함

미국 대학들은 강의진행상 불가결하더라도 타인의 저작물을 수강자에게 직접 제공하는 방식은 피하고 있다. 가령 MIT의 강좌 중에는 음악관련 강좌가 다수 개설되어 있는데, 고전음악이라면 모르겠으나 현대음악이라면 아직 유효한 저작권이 존재할 개연성이 있다. 예를 들어 ‘현대음악 1900-1960 (Modern Music: 1900-1960)’의 경우<sup>65)</sup> 비디오형태의 강의를 제공하는 것이 아니라 단순히 수업 목차와 강의안을 제공하고, 그 강의 내용에 포함된 특정 곡(曲)은 해당 사이트에서 저장하여 제공하는 것이 아니라 인터넷에서 이미 적법하게 제공하고 있는 샘플음악 등에 의존하고 있는 것을 확인할 수 있다. 그렇지 아니하고 해당 음악곡을 파일형태

64) 그렇기 때문에 공개강의에 관해 미국 대학들이 저작권법 제 107조에 의거하고 있음은 설명하였다.

65) <<http://ocw.mit.edu/courses/music-and-theater-arts/21m-262-modern-music-1900-1960-fall-2006>>.

로 다운로드 제공하였다면, 연방저작권법 제107조가 정한 4가지 판단요소 중 전통적으로 마지막 요소인 ‘저작물의 잠재적 시장 또는 가치에 대하여 미치는 영향’이 가장 결정적 요소로 이해되고 있으므로, 포괄적 공정이용에 해당하기 어려워질 것이다.

(6) 저작물을 포함한 수업교재의 제공은 엄격히 제한 양함

교수가 설명하는 내용에서 자연스럽게 등장하는 저작물과는 달리, 강의교재를 제공하는 것은 더 심각한 저작권침해우려를 낳는데, 원래 디지털 형태가 아니었던 교재내용을 공개강의를 위해 디지털로 전환하였을 때라면 더욱 그러하다. 이런 우려를 인식하여 가령 예일대의 경우 해당 강좌의 교재가 타인의 저작권대상인 경우 제공하지 않고 위 공개강의에서의 안내를 통하여 구글 웹사이트나 지역도서관 등에서 비슷한 대체교재를 수강자가 직접 찾을 것을 종용하고 있다.<sup>66)</sup> MIT의 경우도 이 점은 마찬가지이다.<sup>67)</sup>

(7) 저작권 침해가 우려되는 부분은 공개강의 진행 과정을 통해서도 삭제함

미국 대학은 저작권자의 허락이 이루어지지 않은 대상에 대하여는 학생들을 상대로 한 강의에서와 달리 공개강의에서 해당 동영상 부분을 삭제하거나 그 일부를 가리는 방법 등의 조치를 자주 취하고 있다.<sup>68)</sup>

(8) 이러닝의 진정한 장점은 더 효율적인 전달수단을 무단히 개발하는 것

2010년 9월에 이르러서야 서울대가 공개 이러

닝인 ‘서울대 온라인 지식나눔’서비스를 개시하였지만, 아직 미국의 대학이 수행하는 공개 이러닝 수준과 격차가 특히 크다고 여겨지는 부분은 이러닝 수행수단의 다양성 부분이다. 인터넷을 주된 기반으로 수행되는 이러닝이 효율적으로 발전하려면 무엇보다, 더 효율적인 정보통신기술을 무단히 개발하고 그것을 신속하게 채택해야 함은 두말할 나위가 없다. 이 점에서 미국 대학들은 상당한 노력을 기울이고 있다. 가령 애플(apple)이 제공하는 유명한 멀티미디어 플레이어 기기인 아이팟(ipod)의 팟캐스트(podcast)를 위해서, 이미 2005년 가을경부터, 아이튠즈(iTunes) 프로그램을 통하여<sup>69)</sup>

66) <<http://oyc.yale.edu/terms-of-use#q2>>. 다만 학생들의 경우 이러닝강의에서 교수가 언급한 저작물 콘텐츠를 학생들만이 로그인 가능한 교내 사이트(가령 예일대의 경우 ‘Classes.v2’ 사이트)를 통하여 획득할 수 있도록 하고 있다.

67) 즉 해당 웹페이지 상에서 “MIT과정 대부분을 위한 수업 자료는 타인의 재산권이나 저작물을 담고 있는 경우가 많아 MIT교수는 단지 MIT학생을 위한 수업에서만 이용할 수 있습니다. 따라서 저희 MIT는 MIT 공개강의물(OpenCourseWare) 이용자들에게는 이를 제공하지 못합니다.”라고 안내하고 있다. <<http://ocw.mit.edu/help/faq-getting-started/#5>>.

68) 가령 MIT Battin교수의 ‘우주선 역학(Astrodynamics)’ 동영상에서와 같이, 교수가 학생들에게 제시하는 파워포인트 중 저작권 있는 부분은 동영상일부를 가리는 방법으로 제공하고 있다. 위 강의동영상의 예는 <<http://ocw.mit.edu/courses/aeronautics-and-astronautics/16-346-astrodynamics-fall-2008/video-lecture>>.

69) 무경험자를 위해 간략히 설명하자면, 아이팟에서 구동할 수 있는 음악이나 동영상 등 저작물은 오로지 PC와 아이팟을 동기화(synchronization)하는 소프트웨어인 ‘아이튠즈’를 통하여 획득한 파일로 제한된다. 그런데 아이튠즈가 해당 메뉴에서 제공하는 파일은 크게, 아이팟 제조사인 애플의 공식 판매 사이트인 ‘아이튠즈 스토어’(iTunes Store)에서 제공하는 파일, RSS기술을 활용하여 특정 주체의 콘텐츠 중 추가업데이트 부분만을 신속하게 동기화(synchronizing)하여 제공하는 팟캐스트(podcast) 파일, 대학강의만을 취급하는 iTunesU에서 제공하는 파일 등 세 가지로 나뉜다. 아이튠즈 소프트웨어를 통하여 획득된 파일은 일단 PC에 임시저장되었다가 아이팟으로 복제된다. 그와 달리 인터넷상의 임의출처에서 다운로드받은 파일은 아이팟 기기 자체에 내장된 기술적 보호조치에

전세계 대학들에서 이루어진 강의들을 동영상이나 음성파일로 무료제공하는 서비스(iTunesU<sup>70)</sup>)가 시행되고 있다. 이에 터 잡아 스탠포드 대학에서는 가장 처음으로 소속 교수들의 강의를 아이튠즈를 통하여<sup>71)</sup> 무료로 서비스하는 등<sup>72)</sup> 현재 다수의 미국대학들이 이에 동참하고 있는 상황이다. 서울대가 막 개시한 공개 이러닝은 미국에서는 대학들이 약10년 전에 수행하였던 방식, 즉 고정된 PC에서의 전달방식임에 비하여 스탠포드 대학 등이 위와 같이 아이팟(ipod)을 통하여 수행하는 이러닝은 휴대용 기기를 활용한 전달방식이라는 차이가 있고, 후자의 방식이 일반공중에 더욱 쉽게 전파될 가능성이 있음은 물론이다.

## IV. 한국에서 이러닝에 관한 저작권법 규율의 해석

### 1. 이러닝에서의 저작물 이용에 대한 저작권 법상 원칙과 예외

한국에서 이러닝에 관하여 가장 특별한 규범은 2004. 1. 29. 제정되어 시행되고 있는 ‘이러닝(전자학습)산업발전법’<sup>73)</sup>이다. 그러나 이것은 이러닝에 있어 현재 활발하게 논의되는 국제표준 제정<sup>74)</sup> 움직임과 관련하여 2003년 한국에서 국제회의가 개최될 무렵 한국 내 관련산업 육성과 표준의 선점을 독려하기 위해 제정된 행정법규일 뿐, 저작권 문제에 관하여는 별다른 특칙을 두고 있지 않다. 즉 이러닝산업 육성과 관련하여 저작권자의 권리를 특별히 제한하기보다는 위 법률 제21조 3항의

규정에서 알 수 있듯이<sup>75)</sup> 기존 저작권체계에 따라 서만 콘텐츠를 활용하는 것을 허용하고 있다. 그 이외의 다른 법률을 보더라도 저작권법의 내용을

의해 구동할 수 없고, 아이튠즈 스토어를 통하여 적법하게 제공된 파일 역시 다른 기기에서 구동되지 않는다. 아래 설명하는 우리 저작권법 제25조도 교육을 위한 전송에 있어 복제방지조치를 반드시 요구하고 있는데(같은 조 10항 참조) 아이팟에 적용된 위와 같은 기술적 보호조치라면 여기서의 복제방지조치의 요구를 일응 충족한다고 판단된다. 따라서 향후 한국의 대학들도 이미 iTunesU 서비스에 참가하고 있는 일본 동경대, 와세다대, 게이오대와 같이 위 방법을 새로운 이러닝의 수단으로 고려해볼 수도 있을 것이다.

70) <<http://www.apple.com/education/itunes-u/whats-on.html#tb-topten>>(2010. 9. 18. 방문). 가령 방문일을 기준으로 현재 600개 이상의 대학 강의를 제공되고 있다. 가장 인기있는 강좌로, 현재 한국 서점가 베스트셀러 1위(아래 강의를 책에 수록한 것임)의 저자이기도 한, 하버드대 마이클 샌들(Michael Sandel) 교수의 ‘정의론(Justice)’ 강의가 제공되고 있다.

71) <<http://itunes.stanford.edu>>(2010. 9. 18. 방문).

72) 이 문장은 Colette Vogeles & Elizabeth Townsend Gard, “Podcasting for Corporations and Universities: Look before You leap”, 10 No.4 *Journal of Internet Law* 3 (October, 2006), p. 9-10 참조.

73) 이하에서는 2010. 3. 31. 법률 제10220호로 개정된 것을 기준으로 한다.

74) 양대 국제표준화기구인 ISO/IEC 산하에 1999년 12월 설치된 ‘JTC1 SC36’란 위원회가 ‘학습, 교육 및 훈련을 위한 정보기술(Information Technology for Learnucation and Training)과 관련된 국제 표준을 사실상 최종적으로 제정하는 역할을 담당하고 있는데, 우리나라를 비롯한 수십개 국가가 참여하고 있다고 한다. 이에 관하여는 곽덕훈, “e-Learning의 국내외 표준화 동향”, 『TTA저널/정보통신표준화소식』, 한국정보통신기술협회(2006.2.), 141면 및 디지털타임스, 2008. 10. 23.자 “이러닝 국제 표준화 동향과 과제” 기사 참조.

75) 제21조 (지적재산권의 보호 등) ① 정부는 이러닝산업을 촉진함에 있어서 저작권 등 지적재산권(이하 이 조에서 ‘지적재산권’이라 한다)을 보호하기 위하여 필요한 시책의 수립을 강구하여야 한다.

② 정부는 이러닝콘텐츠의 원활한 관리 및 유통을 위하여 필요한 시책을 수립하고 추진하여야 한다. 이 경우 제1항의 규정에 의한 지적재산권의 보호 시책을 충분히 감안하여야 한다.

③ 이러닝사업자는 타인의 지적재산권을 침해하지 아니하도록 필요한 조치를 하여야 한다.

특별히 수정한 규정은 존재하지 않는다. 따라서 이 러닝에 등장하는 저작물 이용행위는 그것이 학생 을 대상으로 하든, 일반공중을 대상으로 하든지 간 에 원칙적으로 복제권을 정한 저작권법 제16조나 공중송신권을 정한 제18조 등에 따라 저작권자의 허락을 얻어야 한다.<sup>76)</sup>

다만 저작재산권을 개별적·구체적으로 제한하 고 있는 제23조부터 제35조까지의 규정들 중 특정 조문에 해당할 때라야 저작권자의 허락을 요하지 아니할 수 있을 뿐인데, 이러닝과 관련하여서는 주 로, 수업목적상 필요한 경우 저작물을 복제·전송 하도록 허용하고 있는 제25조 2항 및 교육을 위하 여 저작물을 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용할 것을 허용하고 있는 제28조가 적 용될 수 있다.

## 2. 저작권법상 예외규정들의 쟁점 검토

### 가. 정규과정의 강의가 아닌 공개과정의

#### 제25조 2항의 범주에 해당되는 지 여부

제25조<sup>77)</sup>는 학교교육 목적 등에서의 저작물 이용 에 있어 저작재산권을 제한하는 규정인데, 대학의 이러닝 행위에 관하여 2항의 적용여부가 검토될 수 있다. 일단 제25조 2항의 문구 중, 국공립대학 의 경우라면 ‘국가나 지방자치단체가 운영하는 교 육기관’에, 사립대학의 경우라면 ‘고등교육법에 따른 교육기관’<sup>78)</sup>에 각각 해당된다.

그런데 문제는 저작권법 제25조 2항이 허용하 는 것은 어디까지나 ‘수업목적’에 한한다는 부분 이다. 2006년 저작권법 전부개정 이전에는 원래

‘교육목적’이던 것이 위와 같이 개정되었다. 수업 이 소속대학의 특정된 학생만을 대상으로 한 것일 때는 별다른 문제가 없으나, 일반공중을 상대로 공 개한 공개강의가 과연 위 저작권법 조항에서 가리 키는 ‘수업목적’에 해당하는 지에 관하여는 의문 이 있을 수 있다. 로그인 방식 없이 일반공중이 자 유롭게 접근가능한 형태는 물론이고 설령 로그인 방식을 취하여 등록 및 수강료 납입절차를 취하고 있다 하더라도 실질적으로는 마찬가지일 것이다.

위 문구의 해석에 관하여 당시 전부개정안을 입 안한 문화관광부의 설명에 따르면 종전에는 ‘교육 목적’이라고 광범위하게 규정하던 것을 위와 같이 개정된 이유는 이러닝 등 원격교육의 활성화에 불 구하고 여전히 ‘교육목적’에 해당하는 저작물활용 에 대하여 계속 저작권자의 권리를 제한하는 것은

76) 저작인격권도 마찬가지이지만, 주로 문제되는 저작재산권을 중심으로 고찰한다.

77) 현행 저작권법 제25조 (학교교육 목적 등에서의 이용)

- ① 고등학교 및 이에 준하는 학교 이하의 학교의 교육 목적상 필요한 교과용도서에는 공표된 저작물을 게재할 수 있다.
- ② 특별법에 따라 설립되었거나 「유아교육법」, 「초·중등교육법」 또는 「고등교육법」에 따른 학교, 국가나 지방자치단 체가 운영하는 교육기관 및 이들 교육기관의 수업을 지원 하기 위하여 국가나 지방자치단체에 소속된 교육지원기 관은 그 수업 또는 지원 목적상 필요하다고 인정되는 경우 에는 공표된 저작물의 일부분을 복제·배포·공연·방송 또 는 전송할 수 있다. 다만, 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 저작물의 전부를 이용하는 것이 부득이한 경우에는 전부를 이용할 수 있다.
- ③ 제2항의 규정에 따른 교육기관에서 교육을 받는 자는 수업 목적상 필요하다고 인정되는 경우에는 제2항의 범위 내에 서 공표된 저작물을 복제하거나 전송할 수 있다.
- ④ 제1항 및 제2항에 따라 저작물을 이용하려는 자는 문화체 육관광부장관이 정하여 고시하는 기준에 따른 보상금을 해당 저작재산권자에게 지급하여야 한다. 다만, 고등학교 및 이에 준하는 학교 이하의 학교에서 제2항에 따른 복제· 배포·공연·방송 또는 전송을 하는 경우에는 보상금을 지 급하지 아니한다.

78) 학교의 종류를 정한 고등교육법 제2조는 ‘대학’을 1호에서 언급하고 있다.

부당하다는 판단, 즉 이러닝에도 저작권자의 권리를 미치게 하겠다는 판단에 따른 것이라고 한다.<sup>79)</sup> 한국 저작권법상 관련문구의 변화를 고려할 때 대학 소속 학생이 아니라 일반공중을 상대로 한 공개 이러닝은 종전의 ‘교육목적’에 해당할 수는 있어도 새 법이 예정하고 있는 ‘수업목적’에는 원칙적으로 해당하기 어렵다고 보인다. 이미 앞에서 살펴본 대로 미국에서도 이러닝을 위한 저작권제한조항인 연방저작권법 제110조 (2)가 적용되려면 ‘정식으로 당해 과정에 등록한 학생’임을 요구하는데 다수설은 이를 좁은 의미로 이해하고 있고, 아울러 일본에서도 일본 저작권법 제35조가 정한 ‘수업’에 특정 대학의 이러닝 행위가 해당하려면 대학본연의 학점취득과정이어야 함을 요구한다는 것이 원칙적인 해석론인 점<sup>80)</sup>을 고려해보면 더욱 그러하다.

### 나. 공개과정이 제25조 2항 대신 제28조로 보호될 수 있는지 여부

이러닝의 활용에 관하여 가장 직접적인 규범은 위에서 본 저작권법 제25조 2항이지만, 그 규정만의 법 적용으로는 저작권 제한의 여지가 전혀 없게 된다. 그것으로 그쳐서는 상황에 따라서는, 앞서 거듭 강조한 이러닝의 잠재적 가치를 부정하게 되는 불합리한 결과로 끝날 수 있다. 이렇게 개별적 권리제한조항만을 나열한 우리 저작권법이 가진 단점을 보완하여, 보다 추상적이고 포괄적인 공정 이용 조항으로 제28조<sup>81)</sup>를 운영할 수 있다는 입장<sup>82)</sup>이 상당한 호소력을 가지는데, 무엇보다 우리 판례도 제28조의 ‘정당한 범위’, ‘공정한 관행’이

라는 추상적인 문구를 해석함에 있어 미국의 포괄적 공정이용 조항인 연방저작권법 제107조의 4가지 요소를 거의 그대로 해석기준으로 원용함으로써 자주 이런 태도를 드러내고 있다.<sup>83)</sup> 따라서 이에 의해 공개 이러닝 행위가 보호될 수 있는지를 검토해 볼 필요가 생긴다. 참고로 일본에서도 소수설적 입장이지만 공표된 저작물의 인용조항을 이렇게 미국의 포괄적 공정이용조항에 대응하는 것으로 파악하려는 해석이 존재한다.<sup>84)</sup>

79) 이는 정상조 대표판서, 『주해 저작권법』, 박영사(2007), 490면 참조. 아울러 문화관광부가 저작권법을 개정하며 배포한 ‘2006. 12. 28. 개정 저작권법 해설’ 자료에서도 종전 규정의 “교육 목적을 넓게 해석하여 교육콘텐츠와 관련한 저작재산권을 광범위하게 제한할 경우 e-러닝산업 등이 성장할 수 없...”라는 판단 하에 저작권자의 권리가 제한되는 경우를 조금 더 좁히기 위하여 ‘수업목적’으로 수정한 것이라고 설명하고 있다.

80) 이런 경우 공개 이러닝에 있어 불합리한 결과가 초래될 수 있으므로 사안별로 판단하자는 견해가 제기되고 있을 따름임은 앞서 설명하였다.

81) 제28조 (공표된 저작물의 인용) 공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다.

82) 기령 이성호, “기술의 발전과 저작권법,” 사법연수원 법관연수-인터넷과 저작권- 발표문(비공개), 2007. 6., 23면 이하 참조.

83) “저작권법 제25조는 공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다고 규정하고 있는데, 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것인지 여부는 ‘인용의 목적’, ‘저작물의 성질’, ‘인용된 내용과 분량’, ‘피인용저작물을 수록한 방법과 형태, 독자의 일반적 관념’, ‘원저작물에 대한 수요를 대체하는지 여부’ 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”(강조 따옴표 4곳은 筆者註로 이를 앞서 II. 2. 나. 말미 각주에 적은 미국 저작권법 제107조가 정한 4요소와 비교해볼 것)라고 판시한 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 판결; 2004. 5. 13. 선고 2004도1075 판결 등.

84) 作花文雄, 前掲書, 309면에서는, 일본 저작권법은 원래 제30조 이하에 개별적으로 규정된 제한규정이 엄격하게 한정되어 있어, 영미의 공정이용(fair use)의 개념에서 권리가 제한되는 법의 구조에는 해당되지 않지만, 제한규정에 명확히 규정되어 있지 아니한 경우라도 제한규정의 입법취지 또는 각 권리의 입법취지를 고려하여 허용될 경우가 있을 것이므로 민법의 일반원칙으로서 권리남용의 법리 또는 권리의 내재적 제약



이런 해석론으로 보면 앞서 제25조의 수업목적 등의 여러 요건 중 전부 또는 일부를 결여하여 이에 따른 저작권제한의 적용혜택을 보지 못하는 경우라도 그와 별개로 제28조에 따라 공개 이러닝의 행위가 저작권 침해책임을 부담하지 않을 수 있다. 예를 들자면, 공개 이러닝 수업에서 교수가 제공하는 PPT에 직접 타인의 사진저작물을 동일한 크기로 전시하는 형태가 아니라, 그 사진크기보다 현저하게 축소된 이미지를 텍스트 설명의 목적으로 함께 제시하는 경우를 상정해 본다. 이때 일반공중을 상대로 한 이상 앞서 제25조의 ‘수업’이 아니라고 판단될 것이지만 제28조에 기한 판단에서는 이용자의 이용행위로 저작권자가 저작물 시장에서 해당 이용행위만큼의 판매기회를 박탈당하였는지 여부, 환언하여 시장대체효과(市場代替效果)가 있는지 여부, 아울러 그런 저작물이용이 갖는 공익적 가치 등이 중요한 판단기준이라고 보고 있는 우리 대법원 판례의 입장을 고려할 때<sup>85)</sup> 저작권침해가 아니라고 판단될 개연성이 있는 것이다.

### 다. 그 밖에 제25조에 따른 보상금 지급의무 관련한 문제들

#### (1) 보상금 지급의 필요성에 대한 논란

공개 이러닝이 아니라, 학생들을 대상으로 이루어지는 이러닝이라면,<sup>86)</sup> 아래와 같이 제25조 4항 등 명문규정에 따라 권리자에 대한 보상금 지급 필요성이 대두된다. 그런데 대학에 대한 저작권자의 보상금 청구에 관하여 현재 학계에서는 찬성<sup>87)</sup>과 반대<sup>88)</sup>의 목소리가 활발하게 개진되고 있다. 이 글에서는 지면 제약상 간략히 언급할 뿐이지만, 가능한 범위 내에서 이에 대한 추후검토가 필요하다.

#### (2) 보상금 지급기준의 부재

나아가 설령 이러닝 주체가 저작권자에게 실제로 보상금을 지급하려고 하더라도 현실적인 문제가 남아있다. 즉 보상금 지급기준이 아직 도입되지 않은 것이다.

저작권법 시행령 제2조<sup>89)</sup>에서는 ‘법 제25조 제2항에 따라 저작물을 이용하려는 자’는 보상금수령단체에 ‘복제·공연·방송 및 전송의 내역을 제출하고 그에 해당하는 보상금을 지급’하도록 정하고 있다. 여기서 보상금수령단체는 저작권법 제25조 5항에 따라 문화체육관광부장관이 지정하도록 규정되어 있는데, 이미 문화체육관광부장관은

법리에 의해 합리적인 해석운용이 필요하다고 설명하고 있다.

85) 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 판결에서는 인터넷검색엔진이 검색효율을 위하여 이용자에게 제공하는, 원본이미지보다 훨씬 작은 썸네일 이미지에 관하여 원본을 대체할 가능성이 적고 더 완결된 정보를 제공하기 위한 공익적 기능을 수행한다는 점 등을 들어 제28조의 항변을 인정하면서 저작권침해 책임을 부정하고 있다.

86) 혹은 공개 이러닝이 수업목적에 해당된다는 입장을 취하는 경우라면 마찬가지로 보상금 문제가 등장한다.

87) 많은 교수들이 수업목적 저작물이용에 있어 침해책임을 우려하고 있음이 현실이고 한국복제전송권협회의 권리행사는 저작권 집중관리의 구현일 뿐이어서 문제가 될 수 없으므로 보상금제도 도입이 바람직하다는, 이대회 교수의 견해로는 디지털타임스 2010. 9. 9.자 “대학의 저작물이용 타협점 찾아야” 기사 및 한국대학신문 2010. 9. 8.자 “수업 목적 보상금제도, 당사자 모두에 혜택” 기사 참조.

88) 기업이 아닌 대학을 상대로 보상금을 징수하는 것은 한국대학의 현실을 고려할 때, 그렇지 아니한 미국 등의 상황과 균형이 맞지 않고 한국복제전송권협회의 진정한 권리자 대표성에 의문을 제기하며 도입유보가 바람직하다는, 정상조 교수의 견해로는 교수신문 2010. 8. 31.자 “교육현실에 맞는지 의문… 정부·기업부터 우선 징수해야” 기사 참조.

89) 저작권법 시행령 제2조(복제·공연 등 내역의 제출) 「저작권법」 제25조 제1항 및 제2항에 따라 저작물을 이용하려는 자는 법 제25조 제5항에 따라 보상을 받을 권리를 행사하는 단체...에 복제·공연·방송 및 전송의 내역을 제출하고 그에 해당하는 보상금을 지급하여야 한다.

2008. 3. 13.자 고시<sup>90</sup>)로 한국복사전송권협회<sup>91</sup>)를 그 단체로 지정한 바 있다.

그러나 보상금 지급의 구체적인 진행에 있어 저작권법 제25조 제4항은 “제2항의 규정에 따라 저작물을 이용하고자 하는 자는 문화체육관광부장관이 정하여 고시하는 기준에 의한 보상금”에 의하여야 한다고 규정하고 있으나 2010. 9. 13. 현재 문화체육관광부장관은 가령 제25조 1항에 따른 교과용도서 보상금 기준<sup>92</sup>)이나 제31조 5항에 따른 도서관에서의 보상금 기준<sup>93</sup>) 등은 모두 고시하고 있음에도 아직 제25조 4항에 따른 보상금 기준은 고시하고 있지 않다.<sup>94</sup>) 따라서 당장은 이러닝을 행하려는 대학이 저작권법 제25조 4항에 따라 보상금을 지급하고자 하더라도 곤란한 상황이다. 다만 보상금 기준안이 어느 정도 가시화되어 있고 그 안에 따르면, 개별이용방식과 포괄이용(정액)방식 중에서 각 대학이 선택하되 후자의 금액은 대학생 1인당 3580원이 기준이라고 한다.<sup>95</sup>)

(3) 보상금의 지급시기에 관한 규정의 불명확성  
아울러 보상금을 사전지급하여야 할지, 아니면 사후지급하여도 좋은 지 여부에 관하여 다소간 애매함이 존재한다. 저작권법 제25조 제4항은 “...제2항의 규정에 따라 저작물을 이용하고자 하는 자는 문화체육관광부장관이 정하여 고시하는 기준에 의한 보상금을 당해 저작재산권자에게 지급하여야 한다”라고만 정하고 있어, 보상금을 사전, 사후 중 언제 지급할 지에 관한 시점에 관하여는 명확하게 규정하고 있지 않는 것이다.

이에 관하여 학설<sup>96</sup>)은 보상금 지급의무가 저작물 이용에 의하여 사후에 발생하는 것이므로 보상금을 미리 지급하지 않았다고 하여 저작물 이용이

소급적으로 저작권 침해를 구성하지는 않는다고 설명하고 있다. 나아가 그 근거로 우리 저작권법 문구와 같은 2006년 개정 일본 저작권법<sup>97</sup>) 제34조<sup>98</sup>)에 대한 일본 학설의 해석<sup>99</sup>)이 그와 같음을 들고 있다. 아울러 문화체육관광부가 계획하고 있는 보상금 시스템도 위 학설의 해석과 마찬가지로, 포괄이용방식(정액방식)을 대학이 취한 경우 후불을 전제하고 있다.<sup>100</sup>) 만일 보상금을 사후에 지급

90) 문화체육관광부 고시 제2008-2호.

91) <<http://www.copyright.or.kr>>.

92) 2008. 3. 13.자 문화체육관광부 고시 제2008-3호.

93) 2010. 2. 12.자 문화체육관광부 고시 제2010-9호.

94) 위 제2008-2호 고시에서 ‘수업목적의 복제·전송·공연·방송·전송보상금’은 2008. 7. 1부터 시행하며 그 보상금 기준은 추후 고시하기로 예정하고 있었으나 이루어지지 않았다. 앞서 본 문화체육관광부 2010. 8. 19.자 보도자료 등에 의하면, 문화체육관광부가 현재 대립중인 양당사자, 즉 저작권자 측인 한국복사전송권협회와 각 대학들을 대표한 한국대학교육협회의 사이의 협의를 종용하면서 최종합의까지 위 보상금제도의 시행을 유보하고 있는 상황이라고 한다.

95) 위 문화체육관광부 2010. 8. 19.자 보도자료 및 매일신문 2010. 9. 10.자. “학생이 봉이나, 대학생 1인 3,580원 저작권료 징수” 기사 각 참조.

96) 정상조 대표편저, 『주해 저작권법』중 하상의 판사의 집필부분 (493면 참조).

97) 日本 著作権法(平成一八年 二月 二日 法律 第一二一號)

98) 일본 저작권법 제34조(학교 교육 프로그램의 방송 등)는 1항에서 “공표된 저작물은, 학교 교육의 목적상 필요하다고 인정된 한도에 있어, 학교 교육에 관한 법령이 정한 교육과정의 기준에 준거한 학교용의 방송프로그램 또는 유선 방송 프로그램에서 방송하거나 또는 유선 방송하고, 당해 방송프로그램용 또는 유선 방송 프로그램용의 교재에 게재할 수 있다.”고 정한 다음 2항에서 “전항의 규정에 의하여 저작물을 이용하려는 자(利用者)는, 그 취지를 저작자에게 통지함과 동시에, 상당한 금액의 보상금을 저작권자에 지급하지 않으면 안 된다”고 정하고 있다.

99) 위 집필자는 여기서 일본학자 加戸守行의 해석(加戸守行, 著作権法逐條講義 三訂新版, 社団法人 著作権情報センター(2006), 250면)를 인용하고 있다.

100) 위 문화체육관광부 2010. 8. 19.자 보도자료에 의하면, 향후

하여도 좋다고 풀이하면 각급 대학으로서는 일단 이러닝을 통하여 저작물이용행위를 하고 나중에 보상금 지급조치를 취하면 충분하므로, 저작권자가 알고 문제 삼지 않는 한 굳이 먼저 보상금지급 절차를 이행하지 않아도 될 것이어서 현실에서는 대학의 이러닝 수행에 유리한 해석이다.

사건으로도, 비록 일본이나 한국의 관련문구가 마치 ‘이용하고자...’라고 하여 장래형 문구를 사용하여 마치 사전지급을 염두에 둔 것에 가깝게 규정하고 있더라도, 현실적으로 위 해석이 더 무난하다고 본다. 왜냐하면 저작권법상 역시 보상금 지급이 필요한 법정허락의 3가지 사안(제50조 내지 제52조)에 대하여는 보상금지급시기가 사전이라는 점에 학설상 다툼이 없으나<sup>101)</sup> 제25조에 따른 보상금지급시기는 그와 마찬가지로 해석하기 곤란하다. 왜냐하면 법정허락은 그 이용대상이 상대적으로 제한되는 경우가 많지만, 이러닝에서의 저작물 이용대상은 학교별로 그 범위나 수량이 비교적 광범위하다는 차이가 있기 때문이다. 이런 이러닝의 특징을 반영하여 제25조 5항에서도 보상금 청구가 단체에 의해서만 행사되도록 규정하고 있는데, 만일 사후정산방식이 아닌 사전지급방식을 취하게 되면 개별 이용행위마다 매번 지급하거나 혹은 미리 전체이용량을 예측하여 총액을 지급하여야 한다는 결론이 되지만 그런 지급은 거의 불가능하다. 결국 ‘이용하고자 하는’이라고 하여 마치 사전에 보상금지급을 요구하는 것처럼 규정한 한국 저작권법의 해당 문구는 일본의 입법을 그대로 따르다가 생긴 잘못된 표현이라고 사료된다.

## V. 결론

한국이 인터넷강국임을 스스로 자랑하여 온 것도 벌써 여러 해가 되었다. 그런데 단순히 인터넷의 전송 속도가 더 빠르다거나 집집마다 인터넷 회선의 배치가 조금 더 촘촘하다는 사실만으로 인터넷의 강국이라고 주장할 논지는 없을 것이다. 인터넷에 관한, 한 국가의 진정한 역량이란 인터넷을 통해 이루어지는 다양한 활동이 창출하는 사회적 가치에 있음은 두말할 필요가 없다. 이런 면에서 인터넷을 활용한 교육은 제대로 활성화될 경우 엄청난 공적 가치를 창출할 수 있는 분야라는 점이 이 글의 논의에서 중요하다. 그런데 이 글의 관심인 대학의 이러닝에 있어 한국은 미국에 비하여 상당히 뒤떨어진 상황임을 살펴보았다. 팹캐스트 등 다양한 첨단정보통신기술을 통해 신속하게 대학의 강의 내용을 전파하기는커녕, 스트리밍 방식에 의존한 기본적인 공개조차도 이제 걸음마 단계이기 때문이다.

이런 공개라도 저작권법이 더욱 복돋고 장려할 필요성이 크다. 하지만 이 글에서 분석한 바로는 한국의 저작권법 규정은 그 내용 자체만으로는, 저작권보호가 상대적으로 강조되는 미국의 그것에 비하여, 허락 없는 저작물 이용에 유난히 더 인색하다고 보기 어렵다. 다만 일부 결함을 수정할 필요는 있다. 실제 분쟁에서 가장 중요한 부분은, 대

협약이 완료되어 문화부에 의해 보상금 기준이 고시되면, 각 대학들은 한국복사전송권협회와 구체적인 보상금 납부 방법을 정하기 위한 개별협약을 체결하게 되고 그 협약에 따라 2010학년도 저작물 사용분에 대하여 2011년부터 보상금을 납부하게 된다고 한다.

101) 정상조 대표편저, 『주해 저작권법』, 692면 및 696면; 이해완, 『저작권법』, 박영사 (2007), 451면 등 참조.

학에 의한 통상의 이러닝에 적용될 저작권법 제25조나 공개 이러닝에서 원용될 제28조의 적용범위를 구체적으로 결정할 법원의 판단방향이다.

사실 인터넷을 통한 정보교환, 저작권법상 표현으로 ‘전송’행위는 경우에 따라 저작권자의 존립 자체를 위협하는 거대한 위협이 될 수 있음이 이미 한국에서도 여러 건의 분쟁사례를 통해 분명히 드러났다. 가령 ‘전송’행위로 의율되지 않으려고 소수 특정인끼리만 파일공유를 하는 외형을 드러내는 회원제를 취하고 있으나 실상은 불특정다수인이 무차별적으로 저작물을 공유하는 행태를 찾기가 어렵지 않다. 하지만 대학의 이러닝에 국한하여 볼 때, 국공립대학은 물론 일정수준을 갖춘 대학이라면 위와 같은 일탈행위가 나타나는 것을 우려하여 적극적으로 금지하기보다는 공익적 잠재가치가 무궁무진한 교육의 특성을 충분히 고려할 필요가 강하다. 저작권법이 비영리목적의 이용행위에

관하여 저작권자의 권리주장을 배척하는 이유는 대체로 그런 행위가 저작권자의 시장에 미치는 영향이 미미하다는 판단에 기인한 경우도 있지만(가령 제30조), 또 다른 한편으로는 그런 비영리행위로 행위주체가 이익을 얻지 않기 때문에 이윤을 쫓는 인간의 속성상 그런 행위에까지 저작권자의 권리주장을 인정한다면 굳이 그런 행위를 지속할 이유를 찾지 못하게 되어 최종적으로는 사회에서 나쁜 의미 있는 비영리행위가 차츰 사라질 것이라는 판단이 작용한 것으로 보이는 경우도 있다(가령 제29조). 대학의 공개 이러닝(특히 무료인 경우)에 대한 저작권제한 여부는 후자의 경우에 속하는 문제이다. 법원이 제25조나 제28조의 해석에 의거하여 이러닝에 관한 저작권 제한수준을 구체적으로 설정함에 있어 지나치게 소극적이어서는, 장차 한국사회에서 이러닝이 지금과 같이 유명무실한 수준으로 남게 될 우려가 있다.

## ABSTRACTS

Even though E-learning has been one of the innovative means of education which became applicable due to the advent of internet, the Korean related industry is still stuck in the elementary stage. As this article mentioned in detail, Open Course Ware's recent situations made by the many US universities who have already accumulated years of experience give us implications in many respects.

OCW seems to secure its own legitimacy through Section 107 of US Copyright Act which is a comprehensive fair use provision because TEACH Act 2002 could be applied only to students officially enrolled in the course , though the above TEACH Act had been introduced to set up special copyright restrictions in the US Copyright Act for e-learning.

Likewise, the section 28 of the Korean Copyright Act which can be applicable to a broader scope than the section 25 which might be only applied to the class room teaching will function as a ground for the Korean open e-learning.

Even if it is basically true that the transmission, a method of e-learning, could be a huge threat to the essential interests of the copyright holder, I argue Korean courts in the future should avoid taking too rigid a attitude in recognizing the reasonable realm of copyright restriction clauses such as the above section 28 because open e-learning has a very large potential value based on public interest.

The universities which have usually a high level of fairness in nature are expected not to exploit such recognition as an excuse for the willful copyright infringement, even though Korean courts in the future will do so.

**keywords** : e-learning, internet learning, copyright, open course ware, ocw