목 차

머리말 ····· 4

I. 국가기관 등과 관련된 공정이용 ····· 8
I-1. 법령, 판결 등 공공저작물의 이용 ····· 8
I-2. 재판절차 및 입법· 행정 등 목적을 위한 이용 ····· 14
I-3. 정치적 연설 등의 이용 ····· 31

II. 교육목적 등을 위한 공정이용 ····· 36
II-1. 학교교육 목적 등에의 이용 ····· 36
II-2. 시험문제로서의 복제 ····· 61

III. 언론 및 방송과 관련된 저작물의 이용과 공정이용 ····· 67
III-1. 사실의 전달에 불과한 시사보도의 이용 ····· 67
III-2. 시사보도를 위한 이용 ····· 71
III-3. 시사적인 기사 및 논설의 전재 등 ····· 82
III-4. 방송사업자의 일시적 녹음·녹화 ····· 90

IV. 공표된 저작물의 인용에 의한 공정이용 ····· 96

V. 영리를 목적으로 하지 않는 공연·방송 등 ····· 127
V-1. 비영리목적의 공연·방송(저작권법 제29조 제1항)의 경우 ····· 129
V-2. 반대급부 없는 판매용음반 등의 공연(저작권법 제29조 제2항)의 경우 ··· 140

VI. 사적 이용을 위한 복제 ····· 146

VII. 도서관 등에서의 저작물 이용 ····· 163
VII-1. 이용자의 요구에 의한 복제 ····· 166
VII-2. 도서 등의 자체 보존을 위한 복제 ····· 181
VII-3. 다른 도서관 등의 요구에 따른 복제 ····· 186
VII-4. 도서관 등의 안에서의 전자적 열람을 위한 복제, 전송 ····· 188

VII-5. 다른 도서관 등의 안에서의 전자적 열람을 위한 복제, 전송 ····· 192
VII-6. 온라인 자료의 보존을 위한 국립중앙도서관의 복제 ····· 196

VIII. 시각장애인 등을 위한 저작물 이용 ····· 199
VIII-1. 점자로의 복제·배포 ····· 201
VIII-2. 시각장애인등을 위한 녹음 및 전용기록방식에 의한 복제등 ····· 204

IX. 미술, 사진, 건축저작물의 전시, 복제 등 이용 ····· 209
IX-1. 원본 소유자에 의한 전시 ····· 211
IX-2. 개방된 장소에 항시 전시된 미술저작물 등의 복제 ····· 216
IX-3. 미술저작물등의 전시, 판매에 수반되는 목록형태 책자의 복제 및 배포 · 223

X. 컴퓨터프로그램저작물의 특성에 따른 공정이용 등 ····· 234
X-1. 프로그램의 기초를 이루는 아이디어 및 원리를 확인하기 위한 복제 · 236
X-2. 프로그램코드 역분석(리버스 엔지니어링) ····· 239
X-3. 정당한 이용자에 의한 프로그램 보존을 위한 복제등 ····· 244
X-4. 컴퓨터의 유지·보수를 위한 프로그램의 일시적 복제 ····· 248
X-5. 저작물 이용과정에서의 일시적 복제 ····· 251

XI. 그 밖의 공정이용 (공정이용 일반조항의 적용) ····· 256
XI-1. 영리성 또는 비영리성 등 이용의 목적 및 성격(법 제35조의 제2항 제1호) ····· 262
XI-2. 저작물의 종류 및 용도(법 제35조의 제2항 제2호) ····· 288
XI-3. 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성(법 제35조의 제2항 제3호) ····· 298
XI-4. 저작물의 이용이 저작물의 현재 또는 장래의 시장이나 가치에 미치는 영향(법 제35조의 제2항 제4호) ····· 302

XII. 사례 예시 ····· 309

[머리말]

저작권법은 저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지함을 목적으로 하고 있다(제1조). 이러한 저작권법의 목적에 비추어 보면, 저작권 등의 권리 보호와 공정이용의 도모는 결국 '문화 및 관련 산업의 향상 발전'이라고 하는 궁극적인 목적을 떠받치는 두 기둥이라 할 수 있다.

이 두 기둥 중 어느 하나라도 무너지면 저작권법의 목적은 달성될 수 없고 그것은 곧 문화 및 관련 산업의 퇴보와 침체를 의미한다. 저작권자 등의 권리에 대한 적정한 보호를 등한히 하면서 이용의 활성화에만 초점을 맞출 경우에는 창작 및 관련 투자의 유인이 고갈되어 결과적으로 관련 산업의 침체와 함께 사회 공중이 향유할 수 있는 문화적 자산의 빈곤을 초래한다. 궁극적으로 저작물의 이용 활성화라는 목적 자체도 실현할 수 없게 된다. 한편으로, 저작권자등의 권리를 보호하는 데만 극도로 치중하여 이용 활성화를 위한 공정이용의 보장을 소홀히 하게 될 경우에는 저작물의 이용이 전체적으로 위축되어 문화적 다양성과 활력을 잃게 됨과 동시에 관련 산업의 발전을 가로막는 병목현상이 야기되어 결과적으로 저작권자 등과 이용자 사이의 선순환관계가 단절되게 된다. 이것은 실질적인 관점에서 볼 때 권리자들에게 결코 바람직한 결과라 할 수 없다.

이 두 기둥은 서로 긴장과 갈등의 관계에 있는 듯이 보이지만, 실제로는 서로가 서로를 필요로 하는 상보(相補)·상생(相生)의 관계에 있음을 알 수 있다. 권리 보호와 공정이용의 활성화 사이의 이러한 상생적 관계를 올바로 인식하고 권리자와 이용자 모두의 진정한 이익, 나아가 문화 및 관련 산업의 향상발전을 도모하기 위해서는 권리 보호와 공정이용 사이의 균형을 이루어나가는 것이 무엇보다 중요하다.

오늘날 디지털매체의 급속한 진화와 관련 기술의 눈부신 발전은 저작권법의 목적을 떠받치고 있는 두 기둥 사이의 균형에 균열을 가져오고

있다. 한편으로는 디지털 신기술이 기존의 저작권 보호체계를 무력화하고 온라인상의 불법복제를 만연하게 하는 힘으로 작용하기도 하고, 한편으로는 온라인상의 새롭고 다양한 비영리적 표현활동 중 권리자들의 진정한 이해관계와는 무관한 부분조차 기존 저작권법의 적용과 충돌하여 불필요한 갈등과 충돌을 일으키는 면이 없지 않았다. 또한 저작물의 새로운 이용활동이 저작권침해에 해당하는지 여부가 불확실한 분면이 너무 넓어 저작물의 공정이용을 저해하고 건강한 저작권문화의 정착을 가로막은 측면도 무시할 수 없다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 저작물의 공정이용에 관한 가이드라인의 제정과 보급이 필요하다는 인식이 수년 전부터 있어 왔다.

권리자와 이용자 등 이해관계자들이 함께 모여 소모적인 갈등과 대결 대신 상생적인 대화와 토론을 통해 모두에게 이익이 되는 새로운 저작권문화를 이루고자 하는 취지로 설립된 저작권상생협의체가 '저작물의 공정이용에 관한 가이드라인'의 제정을 1차적인 과제로 삼은 것은 위와 같은 상황을 염두에 둘 때 필연적인 일이라 할 수 있다. 이 가이드라인은 공정이용에 관한 일반조항을 신설하는 저작권법 개정과 함께 추진되어 한편으로는 디지털 시대에 걸맞은 공정이용의 새로운 규범을 정립하고, 한편으로는 어렵고 난해한 법문 속에 존재하여 불확실성과 모호성으로 덮여 있었던 공정이용 법리의 구체적 적용기준을 가능한 한 알기 쉽고 명확하게 제시함으로써 국민들이 공정이용 제도의 혜택을 실질적으로 누림과 동시에 저작권침해 가능성을 예방할 수 있도록 하기 위해 마련된 것이다.

여기서 '공정이용'이란, 위에서 본 저작권법의 목적에 따라 권리 보호와의 균형 속에서 일반 공중의 공정한 저작물 이용을 도모하기 위해 일정한 예외적인 경우에 권리자의 사전 허락 없이 저작물을 자유롭게 이용할 수 있는 경우를 의미한다. 이는 그 동안 학계에서 주로 사용해 온 '자유이용'이라는 개념에 해당하는 것이나, 오늘날 많은 국민들이 이를 '공정이용'이라 부르고 있으므로 이 가이드라인에서도 그러한 새로운 흐름을 수용한 것이다. 법 규정으로는 저작재산권 제한규정들이 그 주된 내용을 이루고 있고, 개정 저작권법상의 공정이용 일반조항도 거기에 포함되는 것으로 볼 수 있으나, 그 밖에 저작권법 제7조의 보호되지 아니

하는 저작물도 넓게 보면 공정이용의 범주에 포함되는 것으로 보았다. 저작물은 저작권자의 사전 허락을 받고 이용하는 것이 원칙이므로 공정이용은 사회 공중의 이익을 위하여 꼭 필요한 예외적인 경우에 인정되는 것이다. 따라서 이 가이드라인에서 공정이용의 조건을 충족하지 못하는 것으로 보는 많은 경우들에 있어서는 반드시 저작권자로부터 이용허락을 받은 후 저작물을 이용하여야 침해의 책임을 면할 수 있음에 유의하여야 한다.

이 가이드라인은 기본적으로 비교적 상세한 '법해석 지침'으로서의 의미를 가지는 것으로서, 그 자체가 법규적 성격이 있는 것은 아니다. 법규적 성격의 짧은 고시나 지침보다 이러한 가이드라인이 현실적인 문제해결에 있어서 훨씬 더 유용할 것이라는 생각에 기한 것이다. 내용의 작성에 있어서는 법규 자체로는 명료하지 않은 부분을 채워주는 역할을 가장 확실하게 수행하는 것이 판례라는 점을 감안하여 쟁점에 관하여 대법원판례가 있으면 그 판례입장을 중심으로 하고, 그 외에는 통설 내지 다수의견을 중심으로 정리하되, 견해의 대립으로 인해 어느 하나의 입장으로 분명하게 정리하는 것이 불가능한 것으로 생각되는 부분은 일단 있는 그대로의 논의 상황을 간략히 소개하는 것으로 하였다.

이 가이드라인에 법규로서의 성격이 없는 이상 법원의 판단을 구속하는 법적 효력을 가지지 아니하며, 따라서 아직 대법원 판례가 없는 부분에 대하여 학설 등을 토대로 설명한 내용과 관련하여 구체적인 사건에서 법원의 판단이 상반되게 나올 수 있는 가능성도 완전히 배제할 수는 없다. 그러한 한계에도 불구하고, 저작권법 전문가인 공익위원이 초안을 작성하면서 국내외 판례 및 학설을 최대한 빠짐없이 상세하게 검토하여 정확하게 반영하고자 노력하였고, 나아가 저작권상생협의체 참여기관, 단체, 기업 등의 여러 차례의 실무적인 검토와 토의를 거쳤음을 감안할 때, 이 가이드라인이 국민들의 저작물 이용에 있어서 상당한 참고와 도움이 될 수 있으리라 믿는다.

이 가이드라인의 마지막 부분에서는 '사례 예시'라는 제목 하에 질문과 답변의 형식으로 여러 가지 구체적 사안에 대한 답을 제시하고 있다. 이 내용은 국민들이 많이 접하게 되는 사안들에 대하여 그것이 공정이용에 해당하는지 아니면 저작권침해에 해당하는지를 보다 이해하기 쉽도

록 돕기 위한 취지에서 작성된 것이다. 실제 내용을 보면 침해와 공정이용을 가르는 수량적 기준 등을 명확하게 제시하지 못하여 공정이용과 저작권침해의 경계선을 명확히 알기 어려운 부분이 많다는 느낌을 지울 수 없을 것이다. 사건마다 구체적, 개별적으로 신중하게 판단하여야 하는 공정이용 법리 자체의 특성과 함께 이 가이드라인이 이해관계자들 사이의 신사협정이 아니라 누구에게든 적용될 수 있고 모두가 동의할 수 있는 객관적인 법해석 지침으로서의 성격을 지향한 데서 온 불가피한 결과라는 데 대하여 이해를 바라지만, 이후 저작권법 규정의 보완 등을 통한 입법적인 노력과 판례의 축적 등을 통해 꾸준히 개선해 나갈 수 있기를 기대하는 마음도 크다. 한편으로는, 저작권상생협의체가 이루고자 하는 '상생'의 큰 흐름 속에서 분야별로 이해관계자 단체사이의 신사협정으로서의 성격을 가지는 세부적인 가이드라인이 만들어질 수 있다면 큰 도움이 될 것이다.

또한, 이 가이드라인의 제정을 위한 실무협의가 전체를 포괄하지 못하고 음악 등 일부 분야 중심으로 진행되어 방송사들의 권리와 관련된 사례들이 포함되지 않아 아쉬운 부분이 있었다. 앞으로 방송분야 등 전체를 포괄할 수 있도록 지속적인 협의를 하여 내용의 충실을 기해 나갈 필요가 있다.

이러한 여러 한계에도 불구하고 이 가이드라인은 디지털 시대의 새로운 환경 속에서 권리자와 이용자가 머리를 맞대고 숙의하여 바람직한 저작물 공정이용의 기준을 정립하고자 한 세계 최초의 시도가 소중한 열매를 맺은 것이라는 것 자체에 큰 의의가 있다. 이 가이드라인의 성공적 제정은 권리자와 이용자 사이의 불필요한 대립과 갈등을 해소하고 상생의 노력을 지속하는 데 있어서 기폭제적인 역할을 수행할 것이며, 나아가 다른 분야의 사회적 갈등의 해결과 관련하여서도 하나의 모범사례가 될 수 있을 것이라 믿는다.

이후 법령의 개정과 판례의 변천 등에 유의하여 지속적으로 업데이트해 나감으로써 국민들의 문화적 향유와 저작권산업의 발전에 큰 도움을 줄 수 있기를 기대한다.

I. 국가기관 등과 관련된 공정이용

여기에서는 국가기관 등에서 작성한 저작물 등의 이용과 국가기관에서의 업무수행 등을 위한 저작물의 이용 등의 내용을 함께 살펴본다. 저작권법상 이와 관련된 조문은 보호받지 못하는 저작물에 관한 제7조 제1호 내지 제4호와 재판절차 등에서의 복제에 관한 제23조, 그리고 정치적 연설 등의 이용에 관한 제24조 등이다.

I-1. 법령, 판결 등 공공저작물의 이용

[저작권법 규정]

제7조 (보호받지 못하는 저작물)
다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것은 이 법에 의한 보호를 받지 못한다.

1. 헌법·법률·조약·명령·조례 및 규칙
2. 국가 또는 지방자치단체의 고시·공고·훈령 그 밖에 이와 유사한 것
3. 법원의 판결·결정·명령 및 심판이나 행정심판절차 그 밖에 이와 유사한 절차에 의한 의결·결정 등
4. 국가 또는 지방자치단체가 작성한 것으로서 제1호 내지 제3호에 규정된 것의 편집물 또는 번역물

법 제7조 제1호 내지 제4호에서 나열하고 있는 다음의 각 저작물 등은 저작권법에 의한 보호를 받지 못한다. 따라서 누구나 이 저작물 등을 복제, 전송 등 다양한 방법으로 자유롭게 이용할 수 있고, 그 이용행위를 저작권 그 밖의 저작권법상의 권리침해행위로 보지 아니한다.

[요약]

I-1-1. 헌법·법률·조약·명령·조례 및 규칙(법 제7조 제1호)

I-1-2. 국가 또는 지방자치단체의 고시·공고·훈령 그 밖에 이와 유사한 것(법 제7조 제2호)

I-1-3. 법원의 판결·결정·명령 및 심판이나 행정심판절차 그 밖에 이와 유사한 절차에 의한 의결·결정 등(법 제7조 제3호)

I-1-4. 국가 또는 지방자치단체가 작성한 것으로서 제1호 내지 제3호에 규정된 것의 편집물 또는 번역물(법 제7조 제4호)

I-1-5. 공공기관이 작성한 그 밖의 저작물 [원칙적으로 국가 등이 저작권을 가짐]

I-1-1.헌법·법률·조약·명령·조례 및 규칙(법 제7조 제1호)

[설명]

(1) 국가 또는 지방자치단체에서 제정한 일반적 규범으로서의 '법령'에 해당하는 모든 것이 여기에 포함된다. 따라서 민간에서 자율적으로 제정한 다양한 규칙 등은 여기에 포함되지 않는다.

(2) 법령으로 확정되어 공포된 것뿐만 아니라 그 초안이라도 국가기관이 작성한 것이거나 국가기관에 의한 공식적인 심의에 회부된 것이면 여기에 포함된다. 국가기관, 즉 담당 공무원 등이 작성한 것이 아니라 민간단체나 개인 학자 등에 의하여 법령의 초안이 작성되었더라도 국가기관에 의한 공식적인 심의에 회부된 후에는 이 규정에서 말하는 법령에 포함되어 자유이용의 대상이 되나, 그러한 공식적 심의에 회부되지 않은 초안의 경우에는 해당 단체 또는 개인의 저작물로 보호될 수 있다.

(3) 현행 법령만이 아니라 폐지된 '구법령(舊法令)'도 여기에 포함되는 것으로 본다.

(4) 외국의 법령도 이 규정에 의하여 자유이용의 대상이 된다.

I-1-2. 국가 또는 지방자치단체의 고시·공고·훈령 그 밖에 이와 유사한 것(법 제7조 제2호)

[설명]

(1) 국가 또는 지방자치단체에서 제정한 것이어야 하므로, 민간에서 자율적으로 제정한 것은 공고 등 유사한 이름이 사용되었다 하더라도 여기에 포함되지 아니한다.

(2) 이 규정에서 말하는 “그 밖에 이와 유사한 것”에 해당하는지 여부는, '국가 또는 지방자치단체가 국민 또는 주민에게 철저히 주지시키기 위해 작성, 발표한 공문서'인지 여부를 기준으로 하여 판단하여야 할 것이다. 이와 관련하여 연감, 교육백서, 그림엽서, 국정교과서 등은 이 규정에 포함되지 않아 저작물로서 보호된다고 보는 견해가 많다.[1)]

(3) 외국의 국가기관 등이 작성한 것도 같은 성격의 것이면 여기에 포함되는 것으로 볼 수 있다.[2)]

(4) 국가기관이 아닌 단체나 개인이 작성한 표준계약서 등도 국가기관이 법에 따라 표준계약서 등으로 인정하여 고시 또는 공고를 한 경우에는 이 규정에 의하여 자유이용의 대상이 될 수 있다.[3)]

I-1-3. 법원의 판결·결정·명령 및 심판이나 행정심판절차 그 밖에 이와 유사한 절차에 의한 의결·결정 등(법 제7조 제3호)

[설명]

(1) 법원이나 그 밖의 공공기관에서 공적으로 수행하는 사법 또는 준사법적

---

1) 오승종, 저작권법, 박영사, 2007(이하 오승종(2007)이라고만 표시), 284면; 허희성, 2007 신저작권법 축조개설 (상), 명문프리컴, 2007(이하 허희성(2007)이라고만 표시), 98-99면; 장인숙, 著作權法原論, 寶晋齋出版社, 1989(이하 장인숙(1989)라고만 표시), 44면; 이해완, 저작권법, 박영사, 2007(이하 이해완(2007)이라고만 표시), 192면 등

2) 황적인·정순희·최현호, 著作權法, 法文社, 1990(이하 황적인·정순희·최현호(1990)이라고만 표시), 207면; 이해완(2007), 192면

3) 서달주, 저작권법(제2판), 박문각, 2009(이하 서달주(2009)라고만 표시), 244면

절차에 의하여 작성된 것을 말하므로 의결이나 결정 등의 명칭을 가지고 있더라도 회사, 협회 등의 민간의 법인, 단체 등에서 작성한 것은 여기에 해당하지 아니한다. 이 규정에 의한 판결, 결정, 명령 및 심판, 의결, 결정 등인 경우에는 그 내용에 공공기관이 아닌 일반인의 저작물이 포함되어 있다고 하더라도 그 판결문이나 결정문 등의 전부가 자유이용의 대상이 될 수 있다. 다만 그와 같이 판결 등의 내용 중 일부로 포함되어 있다고 해서 그 이용된 저작물의 저작권이 소멸되는 것은 아니므로, 판결문의 일부로서 이용하는 것 이외에 그 저작물을 다른 목적으로 이용하거나 판결문 등에 인용되지 않은 나머지 부분을 이용하는 경우에는 저작권자의 허락을 받아야 한다.[4)]

(2) '그 밖에 이와 유사한 절차에 의한 의결·결정 등'에는 특허심판, 해난심판, 행정상의 소청심사 및 재결, 행정조정에 의한 조정결정 등이 포함되는 것으로 볼 수 있다.[5)]

(3) 외국 법원에 의한 판결등도 여기에 포함된다.[6)]

I-1-4. 국가 또는 지방자치단체가 작성한 것으로서 제1호 내지 제3호에 규정된 것의 편집물 또는 번역물(법 제7조 제4호)

[설명]

(1) 국가 또는 지방자치단체가 주체가 되어 편찬 발행하는 법령집, 예규집, 규칙집, 자치법규집, 심결례집, 재결례집 등과 국가 등이 주체가 되어 제작한 법령DB, 판례DB, 심결례DB 등이 이 규정에서 말하는 '편집물'에 해당하고, 법령, 고시, 공고, 판례 등을 국가기관 등이 외국어로 번역한 것이 이 규정에서 말하는 '번역물'에 해당한다.

---

4) 허희성(2007), 100면; 오승종(2007), 284면; 이해완(2007), 192면 등 참조
5) 이해완(2007), 192면 등
6) 황적인·정순희·최현호(1990), 207면; 이해완(2007), 192면

(2) 외국의 법령, 판례 등을 국가나 지방자치단체가 번역한 것도 이 규정에 의하여 저작권법상의 보호를 받지 않고, 따라서 자유이용의 대상이 될 수 있다.[7)]

(3) 민간의 기업이나 개인이 편집 또는 번역을 한 경우에는 편집저작물 또는 2차적 저작물로 보호될 수 있고, 편집행위에 창작성이 인정되지 않지만 그 제작 등에 인적 또는 물적으로 상당한 투자를 한 것으로 인정될 경우에는 데이터베이스 제작자로서의 보호를 받을 수도 있다. 이 때 그러한 편집저작물 등의 소재 또는 원저작물로 이용된 법령이나 판결문 등이 보호대상이 되는 것이 아니라 그 편집행위에 있어서 창작성 있는 부분 또는 번역과정에서서 부가된 창작성의 부분 등만 저작권의 보호대상이 되고, 데이터베이스 제작자로서의 권리도 개별 소재인 법령이나 판결문 등에 미치는 것은 아니다.

다만 그 소재가 된 법령이나 판결문 등의 복제 등을 반복적이거나 특정한 목적을 위하여 체계적으로 함으로써 해당 데이터베이스의 통상적인 이용과 충돌하거나 데이터베이스제작자의 이익을 부당하게 해치는 경우에는 데이터베이스 제작자의 권리에 대한 침해가 성립할 수 있다(법 제93조 제2항 단서). 또한 콘텐츠산업 진흥법(온라인디지털콘텐츠산업발전법에서 전문개정, 2010. 12. 11. 시행) 제37조 제1항에서 "누구든지 정당한 권한 없이 콘텐츠제작자가 상당한 노력으로 제작하여 대통령령으로 정하는 방법에 따라 콘텐츠 또는 그 포장에 제작연월일, 제작자명 및 이 법에 따라 보호받는다는 사실을 표시한 콘텐츠의 전부 또는 상당한 부분을 복제·배포·방송 또는 전송함으로써 콘텐츠제작자의 영업에 관한 이익을 침해하여서는 아니 된다. 다만, 콘텐츠를 최초로 제작한 날부터 5년이 지났을 때에는 그러하지 아니하다"고 규정하고 있는 것도 주의하여야 한다.

7) 황적인·정순희·최현호(1990), 207면; 허희성(2007), 100면; 이해완(2007), 193면 등 참조

I-1-5. 공공기관이 작성한 그 밖의 저작물

[설명]

(1) 국가기관이나 지방자치단체의 공무원이 작성한 저작물로서 저작권법 제7조 제1호 내지 제4호의 경우에 해당하지 않는 것은 그 중 저작권법 제9조[8]의 요건을 갖춘 것은 국가 또는 지방자치단체가 저작자로서의 지위와 함께 그 저작물에 대한 저작권(저작재산권 및 저작인격권)을 가지고, 그 요건을 충족하지 못한 저작물, 예를 들어 국가 등의 명의가 아니라 작성자의 명의로 공표된 저작물 등은 그 작성자 개인이 저작자로서 국가 등에 저작재산권을 양도했다고 볼 만한 사정이 없는 한 저작권을 가지게 된다. 이와 같이 국가, 지방자치단체 또는 개인이 저작권을 가지는 경우에 원칙적으로 각 그 저작권자의 허락을 받아 저작물을 이용하여야 하고, 그렇지 않을 경우 저작권침해가 성립할 수 있다.

(2) 최근 정부는 공공정보의 이용활성화를 위해 공공정보 제공지침(행정안전부고시 제2010-45호, 2010. 7. 7.)을 제정하여 공표 한 바 있다. 그러나 그에 따라 국민이 공공기관의 사전 허락 없이 자유롭게 이용할 수 있는 공공정보의 범위 및 이용조건 등에 대하여는 아직 불명료한 부분이 많다. 최근 문화체육관광부와 한국데이터베이스진흥원에서 공공저작물을 국민들이 자유롭게 이용할 수 있도록 하는 이용허락 표시를 '공공누리'라는 이름으로 개발하여 보급하기 시작하였는데, 그러한 표시가 있는 경우에는 표시된 이용허락 유형에 따른 일정한 조건 하에 자유롭게 이용할 수있다.('공공누리'에 대하여 자세한 것은 www.kogl.or.kr 사이트 참조.)

---

8) 법 제9조 (업무상저작물의 저작자) 법인등의 명의로 공표되는 업무상저작물의 저작자는 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없는 때에는 그 법인등이 된다. 다만, 컴퓨터프로그램저작물(이하 "프로그램"이라 한다)의 경우 공표될 것을 요하지 아니한다.

I-2. 재판절차 및 입법· 행정 등의 목적을 위한 이용

[저작권법 규정]

제23조 (재판절차 등에서의 복제)

재판절차를 위하여 필요한 경우이거나 입법·행정의 목적을 위한 내부 자료로 필요한 경우에는 그 한도 안에서 저작물을 복제할 수 있다. 다만, 그 저작물의 종류와 복제의 부수 및 형태 등에 비추어 당해 저작재산권자의 이익을 부당하게 침해하는 경우에는 그러하지 아니하다.

제36조 (번역 등에 의한 이용)

① 제25조, 제29조, 제30조 또는 제35조의3에 따라 저작물을 이용하는 경우에는 그 저작물을 번역·편곡 또는 개작하여 이용할 수 있다.

② 제23조·제24조·제26조·제27조·제28조·제32조 또는 제33조에 따라 저작물을 이용하는 경우에는 그 저작물을 번역하여 이용할 수 있다.

제37조 (출처의 명시)

① 이 관에 따라 저작물을 이용하는 자는 그 출처를 명시하여야 한다. 다만, 제26조, 제29조 부터 제32조까지, 제34조 및 제35조의2의 경우에는 그러하지 아니하다.

② 출처의 명시는 저작물의 이용 상황에 따라 합리적이라고 인정되는 방법으로 하여야 하며, 저작자의 실명 또는 이명이 표시된 저작물인 경우에는 그 실명 또는 이명을 명시하여야 한다.

제37조의2 (적용 제외)

프로그램에 대하여는 제23조·제25조·제30조 및 제32조를 적용하지 아니한다.

제62조 (배타적발행권의 양도 · 제한 등)

① 배타적발행권자는 저작재산권자의 동의 없이 배타적발행권을 양도하거나 또는 질권의 목적으로 할 수 없다.

② 배타적발행권의 목적으로 되어 있는 저작물의 복제 등에 관하여는 제23조,제24조,제25조제1항부터 제3항까지,제26조 부터 제28조까지,제30조 부터 제33조까지,제35조제2항 및 제3항,제35조의2,제35조의3,제36조 및 제37조를 준용한다.

제63조의2 (준용)

제58조 부터 제62조까지는 출판권에관하여 준용한다. 이 경우 "배타적발행권"은 "출판권"으로, "저작재산권자"는 "복제권자"로 본다.

제87조 (저작인접권의 제한)

① 저작인접권의 목적이 된 실연·음반 또는 방송의 이용에 관하여는 제23조,제24조,제25조제1항부터 제3항까지,제26조 부터 제32조까지,제33조제2항,제34조,제35조의2,제35조의3,제36조 및 제37조를 준용한다.

제101조의3 (프로그램의 저작재산권의 제한)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 목적상 필요한 범위에서 공표된 프로그램을 복제 또는 배포할 수 있다. 다만, 프로그램의 종류·용도, 프로그램에서 복제된 부분이 차지하는 비중 및 복제의 부수 등에 비추어 프로그램의 저작재산권자의 이익을 부당하게 해치는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 재판 또는 수사를 위하여 복제하는 경우

I-2-1. 재판절차를 위하여 필요한 경우의 이용

재판절차를 위하여 필요한 경우에 타인의 저작물등(저작물 외에 저작인접권자의 권리의 대상인 실연, 음반, 방송 등과 데이터베이스 제작자의 권리의 대상인 데이터베이스 등을 포함한다. 이하 같다.)을 이용하는 행위는 다음의 요건을 갖추었을 경우 저작권, 배타적발행권, 출판권, 저작인접권, 데이터베이스제작자의 권리 등을 침해한 것으로 보지 않는다.

[요약]

I-2-1-a. 공표되지 않은 저작물을 이용할 경우에는 부당하게 외부에 공개되지 않도록 할 것

I-2-1-b. 재판절차 등을 위해 필요한 복제일 것

I-2-1-c. 법원 등 국가기관 및 재판 당사자 등이 복제할 것

I-2-1-d. 재판절차 등을 위하여 필요한 한도 안에서 복제하고, 저작물의 종류와 복제의 부수 및 형태 등에 비추어 당해 저작재산권자의 이익을 부당하게 침해하지 않을 것

I-2-1-e. 이용 저작물의 개작 등을 하지 않고, 출처를 명시할 것

I-2-1-a. 공표되지 않은 저작물을 이용할 경우에는 부당하게 외부에 공개되지 않도록 할 것

[설명]

(1) 이용되는 저작물등의 종류가 어떤 것인지는 묻지 않는다. 따라서 어문저작물만이 아니라 음악, 영상, 미술, 사진, 건축 등 어떤 종류의 저작물이라도 이용의 대상이 될 수 있다. 컴퓨터프로그램저작물에 대하여는 별도의 규정(제101조의 3 제1항 제1호)으로 되어 있지만, 그 저작물이 공표된 것일 것을 요하는 것과 수사를 위한 경우를 명시적으로 포함하고 있는 것, 배포를 할 수 있다는 것도 규정하고 있는 것 등 몇 가지 점을 제

외하고는 대체로 제23조의 규정 취지와 동일한 취지라고 할 수 있으므로, 아래에서 언급하는 몇 가지 다른 점을 제외하고는 다른 저작물의 경우와 마찬가지로 생각하여도 좋을 것이다.

(2) 컴퓨터프로그램저작물의 경우에는 공표된 프로그램일 것을 요건으로 한다. 패키지 프로그램으로 판매되거나 온라인에서 불특정 다수가 접근하여 다운로드 받을 수 있는 등의 것은 공표된 프로그램에 해당하나, 개발자가 누구에게도 발송하지 않고 혼자 가지고 있거나 이메일 등으로 소수의 특정한 사람들에게만 발송한 경우에는 미공표의 프로그램으로 볼 수 있을 것이다. 그러한 미공표의 프로그램에 대하여는 법 제101조의 3 제1항 제1호에 의한 이용은 허용되지 아니한다.

(3) 컴퓨터프로그램이 아닌 일반 저작물의 경우에는, 법 제23조가 저작물이 공표된 것일 것을 요건으로 규정하고 있지 않으므로, 공표되지 않은 저작물, 즉 미공표 저작물도 이용의 대상이 될 수 있다.

그러나 공표되지 않은 저작물에 대하여는 저작자가 저작재산권 외에, 저작인격권으로서 공표권을 가지고 있으므로, 법 제23조에 의한 이용의 경우에도 그 공표권을 존중하면서 이용하여야 한다. 공표권과 관련하여 저작권법은 제11조 제1항에서 "저작자는 그의 저작물을 공표하거나 공표하지 아니할 것을 결정할 권리를 가진다"고 규정하고 있다. 따라서 저작자의 뜻에 반하여 그 저작물을 공표할 경우에는 공표권의 침해가 될 수 있다.

(4) 어떤 저작물이 공표되었는지 아니면 미공표 상태에 있는지를 판단하는 것은 대개의 경우 그리 어렵지 않다. 출판사가 펴내어 서점에 나와 있거나 과거에 서점 등을 통해 유통된 적이 있는 책들이나 음반으로 제작되어 매장에 나온 것, 혹은 대여점에 나온 것 등은 모두 공표된 것으로 볼 수 있다. 그리고 온라인상의 저작물 유통과 관련하여 말한다면, 일반인이 검색하여 접근할 수 있게 인터넷 상에 올려져 있는 저작물은 모두 공표된 것이라 할 수 있다. 특정 까페 등의 회원들만 볼 수 있게 되어 있더라도 불특정 다수인이 회원으로 가입할 수 있는 구조로 되어 있으면 공표된

것으로 볼 수 있고, 일정한 인간적 관계에 있는 사람들만 가입할 수 있는 까페 등에 올린 경우에도 그 회원수가 많으면 공표된 것이라고 볼 수 있다. 인트라넷의 경우도 유사하게 판단하면 될 것이다. 결국 공표되지 않은 것이라고 인정되는 경우는 개인이 작성하여 아직 출판하지 않은 미공개 원고나 일기, 편지 등을 개인적으로 입수한 것일 경우, 가족, 친지 또는 소수의 동호회원 등만 공유하는 온라인 공간에 올려졌을 뿐 다른 곳에 공개된 적이 없는 저작물인 경우 등으로서, 비교적 예외적인 경우들이라 할 수 있다. 이러한 공표의 의미에 대하여 법률적인 이해를 깊게 하기 위해서는 다음의 내용을 참고하면 도움이 될 수 있을 것이다.

[공표의 의의]

"공표"란 저작물을 공연, 공중송신 또는 전시 그 밖의 방법으로 공중에게 공개하는 경우와 저작물을 발행하는 경우를 말한다(법 제2조 제25호). 여기서 "발행"은 저작물 또는 음반을 공중의 수요를 충족시키기 위하여 복제·배포하는 것을 말한다(법 제2조 제24호). 결국 공중을 대상으로 공개하거나 복제 및 배포하는 경우에 공표한 것으로 보게 되는데, 저작권법은 "'공중'은 불특정 다수인(특정 다수인을 포함한다)을 말한다"(법 제2조 제32호)고 규정하고 있으므로 공중에는 불특정 다수인 외에 특정 다수인도 포함된다. 몇 명이면 '다수인'에 해당할지에 대하여는 법에서 아무런 규정을 두고 있지 않으므로 명확한 기준선은 제시하기 어렵다. 사안에 따라 ① 해당 저작물의 종류 및 성격, ② 이용행위의 종류 등 다양한 고려요소를 감안하여 조리에 비추어 합리적으로 판단하여야 할 문제이다.[9] 다만 불특정인일 경우에는 2인이라도 다수로 보는 것이 일반적이지만[10], 특정 다수인으로 인정되기 위해서는 사회통념상 "상당수의 사람들"에 해당하여야 하는 것으로 보는 견해가 많다.[11] 대법원은 4-5명 정도의 사람은 상당수가 아닌 소규모에 불과하여 다수에 해당하지 않음을 간접적으로 밝힌 바 있다.[12]

또한 '특정'이란 그 사람들을 묶는 일정한 인적인 결합관계가 있음을 의미하는 것으로서 사적 이용을 위한 복제에 대하여 규정한 저작권법

제30조에서 말하는 "가정 및 이에 준하는 한정된 범위"보다는 그 인적인 결합관계가 약한 경우도 포함하므로[13], 예를 들어 우연히 한 아파트에 거주하게 된 경우도 이에 해당할 가능성이 있지만, 전혀 아무런 인적 결합관계가 없이 우연히 동일한 저작물을 이용하게 된 경우에는 불특정인에 해당하게 된다.

한편, 저작자의 허락 없이 공표가 이루어진 경우에는 아직 미공표의 저작물로 간주하는 입법례[14]도 있으나, 그렇게 볼 경우에는 이용자의 입장에서 법적 안정성이 크게 흔들릴 수 있고, 우리 저작권법 상은 다른 입법례에서와 같은 간주규정도 없으므로, 객관적으로 공표가 이루어진 이상 권리자의 허락에 의한 것인지를 불문하고 공표된 것으로 보는 것이 타당할 것이다.[15]

(5) 위와 같은 의미의 공표가 이루어진 적이 한 번도 없는 저작물을 재판절차를 위해 이용하는 과정에서 그에 필요한 한도를 넘어서 외부에 부당하게 공개하는 이용행위를 할 경우에는 공표권의 침해가 된다. 이것은 아직 한 번도 공표된 바 없는 '미공표'의 저작물에 대하여만 적용되는 주의사항으로서, 한 번이라도 위와 같은 의미에서의 공표가 이루어진 저작물의 경우에는 문제되지 아니한다.[16]

---

9) 오승종(2007), 424면 등 참조

10) 예컨대, 대법원 1985. 3. 26. 선고 85도109 판결은 "음반에관한법률 제10조 후단의 규정 중 불특정다수인이라 함은 그 개성 또는 특성이나 상호간의 관계 등을 묻지 않은 2인 이상의 사람들을 말하며..."라고 판시하고 있다.

11) 이성호, 저작권법상 공연의 의미와 노래방업주의 책임, 대법원판례해설 제25호(1996.11), 법원행정처(이하 이성호(1996)이라고만 표시), 599면; 오승종(2007), 426면; 하동철, "공중에 개방된 장소의 범위와 저작권의 제한-호텔 라운지에 전시된 미술저작물", 계간 저작권(제82호), 2008.6(이하 하동철(2008)이라고만 표시), 62면

12) 대법원 1996. 3. 22 선고. 95도1288 판결; 이성호(1996), 590-591면; 하동철(2008), 62면

13) 半田正夫・松田政行編, 著作権法 コンメンタール 2巻, 勁草書房, 2009[이하 半田・松田(2009)이라고만 표시], 1巻 [伊藤真 집필부분], 361면

14) 일본 저작권법 제18조 괄호부분 참조

15) 이해완(2007), 250면; 오승종(2007), 360면; 임원선, 실무가를 위한 저작권법(개정판), 한국저작권위원회, 2009(이하 임원선(2009)이라고만 표시), 225면 등

16) 오승종(2007), 360면; 이해완(2007), 250면; 서울지방법원 2000.1.21. 선고 99가합

(6) 다만, 재판절차에서 꼭 필요한 범위 내의 이용에 해당할 경우에는 형식적으로 공표권에 저촉되는 것으로 보이더라도 이 규정에 의한 적법한 행위로 인정될 수 있다. 예를 들어, 공표되지 않은 저작물을 반드시 판결문에 인용하여야 할 필요성이 있는 경우에 그것을 판결문에 인용함으로써 결국 그 판결문이 외부에 정당하게 공개되게 된 경우에는 공표권의 침해가 성립하지 않고 또한 이 규정에 따라 허용되는 행위라고 보는 것이 일반적이다.[17]

I-2-1-b. 재판절차 등을 위해 필요한 복제일 것

[설명]

(1) 여기에서 말하는 재판절차란 법원에서 하는 재판만 뜻하는 것이 아니라 행정청의 준사법적 절차, 즉 특허심판원, 해난심판원, 공정거래위원회, 노동위원회 등이 행하는 각종 심판이나 조정, 중재, 행정심판법에 의한 행정심판위원회의 재결절차 등도 포함하는 개념으로 보는 것이 다수 학설의 견해이다.[18]

(2) 판결문 내용 중에 저작권 있는 공표된 저작물의 을 정당한 인용(저작권법 제28조)의 정도를 넘어서 사용할 필요가 있는 경우, 증거서류나 변론, 준비서면의 논거자료, 기타 소송자료로 제출할 필요가 있는 경우 등에 그 필요한 범위 내에서 복제하여 법원 등에 제출하는 것은 이 요건을 충족하는 것으로 볼 수 있다.

52003판결

17) 이해완(2007), 354면; 정상조편, 저작권법 주해, 박영사, 2007(이하 정상조(주해, 2007)이라고만 표시) [김기영 집필부분], 473면 등 참조. 이 경우에도 공표권 침해라고 하면, 이러한 규정을 둔 의의를 상실시키는 결과가 된다는 것을 그 이유로 하고 있다.

18) 장인숙(1989), 87면; 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 473면; 정상조, 지적재산권법, 홍문사, 2004(이하 정상조(2004)라고만 표시), 368면; 허희성(2007), 187면; 이해완(2007), 354면 등. 다만 일본법에는 그러한 해석의 명확한 근거규정이 있지만 우리 저작권법은 그렇지 않다는 것과 저작재산권 제한사유에 대한 엄격해석의 원칙을 이유로 한 반대견해(오승종(2007), 558면)가 있다.

(3) 재판절차 등이 구체적으로 제기되기 이전의 준비단계에서도 이 규정에 의한 복제가 허용되는 경우가 있을 수 있다.[19] 다만 공정한 재판을 위하여 재판 개시 이전에도 복제가 필요한 경우인지를 신중하게 판단하여야 할 것이다.[20]

(4) 컴퓨터프로그램저작물의 경우, 수사를 위해 복제하는 것도 다른 요건을 갖추면 법 제101조의 3 제1항 제1호에 의하여 허용되는 것으로 명시적인 규정이 마련되어 있다. 여기서 '수사'는 수사기관에 의하여 법에 따라 이루어지는 것이면 강제수사인지 임의수사인지 묻지 않고 적용대상이 되는 것으로 본다.[21] 다른 저작물의 경우에는 이 가이드라인 I-2-2에서 설명하는 '행정목적을 위한 내부자료로서의 이용'이 허용되고 있음에 반하여 컴퓨터프로그램저작물은 그러한 제한사유를 두지 않은 대신 수사를 위해 복제하는 것을 허용하는 규정을 두고 있는 것이다. 수사는 형사소송의 재판을 위한 준비단계로 볼 수 있으므로, 컴퓨터프로그램 이외의 다른 저작물의 경우 본 규정에 의하여 허용되는 면도 있을 수 있고, 다른 한편으로는 행정목적을 위한 내부자료로서의 이용에 해당할 수도 있을 것이다.

I-2-1-c. 법원 등 국가기관 및 재판 당사자 등이 복제할 것

[설명] 재판절차 등에서의 복제에 있어서는 재판절차를 위한 필요가 인정되면, 법원, 검찰청 등 국가기관만이 아니라 쟁송사건의 당사자인 원고, 피고, 변호사, 감정인 등이 준비서면이나 의견서의 내용에 포함하거나 참고자료로 첨부하기 위해 저작물을 복제하는 것도 가능하다.[22]

---

19) 정상조(2004), 368면; 오승종(2007), 559면; 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 473면; 半田·松田(2009) 2巻 [野村吉太郎 집필부분], 346면 등 참조
20) 오승종(2007), 559면 등 참조
21) 이해완(2007), 936면; 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 476면
22) 허희성(2007), 188면; 이해완(2007), 355면; 半田·松田(2009) 2巻 [野村吉太郎 집필부분], 346면

I-2-1-d. 재판절차 등을 위하여 필요한 한도 안에서 복제하고, 저작물의 종류와 복제의 부수 및 형태 등에 비추어 당해 저작재산권자의 이익을 부당하게 침해하지 않을 것

[설명]

(1) 위에서 본 바와 같은 요건을 갖춘 경우에도 그 필요한 한도 안에서 복제하여야 하고 이를 초과하여서는 아니 된다. 저작물의 일부분밖에 필요하지 않은데 그 전부를 복제하거나 필요부수를 초과한 부수를 복제하는 것은 필요한 한도 내라고 말할 수 없다.[23)]

(2) 법 제23조 단서는 "다만, 그 저작물의 종류와 복제의 부수 및 형태 등에 비추어 당해 저작재산권자의 이익을 부당하게 침해하는 경우에는 그러하지 아니하다."라고 규정하고 있다. 저작물의 종류와 복제의 부수 및 형태에 비추어 현실적으로 시판되는 저작물이나 복제물의 판매량을 저하시킨다든가 혹은 장래에 있어서 저작물의 잠재적 판매를 저해할 위험성이 있는 경우의 복제는 허용되지 않는다는 의미로 해석할 수 있다.[24)]

I-2-1-e. 이용 저작물의 개작 등을 하지 않고, 출처를 명시할 것

[설명]

(1) 허용되는 행위에는 복제[25)] 외에 번역이 포함되나(법 제36조 제2항), 편곡이나 개작은 허용되지 아니한다.[26)] 여기서 개작이란 번역이나 편곡 이외의 2차적 저작물[27)] 작성행위를 뜻하는 것으로 볼 수 있다. 저작자의

---

23) 허희성(2007), 188면; 오승종(2007), 560면; 이해완(2007), 355면

24) 황적인·정순희·최현호(1990), 281면; 이해완(2007), 355-356면 등

25) 여기서 "복제"는 인쇄·사진촬영·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것을 말한다(법 제2조 22호).

26) 본조의 경우를 제36조 제1항에 포함하여 규정하지 않고 제2항에 포함하여 규정하고 있는 취지를 감안한 해석이다. 이해완(2007), 356조; 서달주(2009), 375면

27) 2차적 저작물이란 원저작물을 토대로 하여 번역·편곡·변형·각색·영상제작 그 밖의 방법으로, 사회통념상 새로운 저작물이라고 인정될 수 있을 정도의 새로운 창작성을 부가하여 작

뜻에 반하여 그러한 개작의 정도에 미치지 않는 변경을 하는 것도 이 규정에 따른 이용행위에 따른 부득이한 것으로 인정되지 않는 경우라면, 저작자의 저작인격권 중 동일성유지권[28]을 침해하는 행위가 될 수 있으므로 주의하여야 한다.

한편, 복제의 개념에는 본래 스캐닝 및 이메일 발송 등에 수반되는 이른바 디지털 복제도 포함되는데, 그것은 재판절차에서의 이용의 경우에도 마찬가지일 것이다. 즉, 재판절차를 위한 이용의 경우, 전송은 허용되지 않지만, 디지털 복제는 허용되므로, 예컨대 증거서류를 스캔하여 전자적 파일로 만든 후 판사 및 당사자 등 소수의 관계자들에게 이메일 등으로 발송하는 것은 이 규정에 의하여 허용되는 것을 볼 수 있을 것이다. 그러한 경우 공중을 대상으로 한 것이 아니므로 전송에 해당하지 않는 것으로 볼 수 있기 때문이다. 최근 법원이 전자기록(electronic filing)에 의한 전자적 소송을 단계적으로 추진하고 있는데, 그러한 전자적 소송에서도 현행 저작권법 제24조가 도움이 될 수 있으려면 그러한 해석이 전제가 되어야 할 것이다.

컴퓨터프로그램저작물의 경우를 제외하고는 '배포'는 허용범위에 포함되어 있지 않은데, 복제물을 법원에 제출하는 것 등의 행위만으로는 역시 공중을 대상으로 한 것으로 볼 수 없어 '배포'의 개념에 해당하지 않는다고 볼 경우, '배포'가 허용되지 않아도 별 문제는 없을 것으로 볼 수 있다.

컴퓨터프로그램저작물의 경우는, 법 제101조의 3 제1항이 "복제 또는 배포할 수 있다"고 규정하고 있으므로 그 규정에 따라 '배포'[29]도 허용되는 것으로 볼 수 있다.

성한 저작물을 말한다. 다음 조문에서 보듯이 2차적 저작물은 독자적인 저작물로서 보호되지만, 원저작물의 저작권자의 허락 없이 작성되었을 경우 그 저작권자와의 관계에서는 그의 2차적 저작물 작성권을 침해한 것으로 보게 된다.

저작권법 제5조 (2차적저작물)

① 원저작물을 번역·편곡·변형·각색·영상제작 그 밖의 방법으로 작성한 창작물(이하 "2차적저작물"이라 한다)은 독자적인 저작물로서 보호된다.

② 2차적저작물의 보호는 그 원저작물의 저작자의 권리에 영향을 미치지 아니한다.

28) 동일성유지권은 저작자가 그의 저작물의 내용·형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리를 말하며, 저작자의 뜻에 반하여 저작물의 내용, 형식 및 제호가 변경되어 이용될 경우에 동일성유지권 침해가 성립한다(저작권법 제13조 참조).

29) 제2조 제23호: "배포"는 저작물등의 원본 또는 그 복제물을 공중에게 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여하는 것을 말한다.

[복제의 개념]

저작권법 제2조 제 22호는 복제를 “인쇄·사진촬영·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법으로 일시적 또는 영구적으로 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것을 말하며, 건축물의 경우에는 그 건축을 위한 모형 또는 설계도서에 따라 이를 시공하는 것을 포함한다”고 정의하고 있다. 이와 같이 복제에는 인쇄, 사진촬영, 복사 등의 ‘가시적인 복제’뿐만 아니라 녹음, 녹화 등의 ‘재생가능한 복제’가 포함된다.

저작물의 공연, 방송 등의 경우에도 그 저작물이 무형적으로 복제되고 있다고 볼 여지가 있어나 그러한 무형적인 이용은 복제의 개념에 해당하지 않고 반드시 "유형물에의 고정"이나 "유형물로의 제작"을 필요로 하는 유형적 이용형태라는 것에 유의할 필요가 있다. 아날로그 형태의 도서를 스캐닝하여 디지털 파일로 만들거나 그 디지털 파일을 업로드하거나 다운로드 하는 등의 이른바 '디지털 복제' 행위는 컴퓨터의 하드디스크, 램 등의 유형물에의 고정을 수반하게 되므로, 저작권법상의 복제의 개념에 해당하는 것으로 볼 수 있다.[30] 악곡을 연주하거나 각본에 따라 공연하는 등의 무형적 이용의 경우에도 그것을 녹음하거나 녹화하여 유형물에 고정시키는 행위는 악곡이나 각본에 대한 복제로 볼 수 있다.

복제의 방법에는 위와 같이 법에서 나열하고 있는 인쇄, 사진촬영 등의 방법이 아니라 다른 사람이 쓴 글을 수기(手記)로 옮겨 적는 것, 다른 사람이 만든 조각을 흉내내어 똑같이 조각하는 것 등이 모두 복제에 해당하며, 그 방법이나 수단에 특별한 제한은 없다.

건축저작물에 관하여 설계도서나 모형에 따라서 건물을 시공하는 것을 건축저작물의 복제로 볼 것인지 여부에 대하여는 의문이 있을 수도 있는데, 저작권법의 위 정의규정은 그것을 복제에 명확히 포함시킴으로써 의문의 여지를 없애고 있다. 건축물이 아닌 설계도의 경우에는 그에 따라 기계를 제작하더라도 설계도의 복제라고 보지는 아니한다.

저작권법은 위와 같은 의미에서의 복제를 저작재산권의 한 내용으로 하여 저작권자의 배타적인 권리범위에 포함시키고 있다. 즉, 저작권법

제16조는 "저작자는 자신의 저작물을 복제할 권리가 있다"고 규정하고 있는데, 이 규정에 의하여 인정되는 복제권은 저작재산권 가운데서 가장 기본적인 권능이라고 할 수 있다.

이 때 그 복제권의 범위에는 반드시 저작물과 완전히 동일한 것을 작성하는 경우만이 아니라 다소의 수정, 증감이 있다고 하더라도 동일성이 인정되는 범위 안의 것을 작성하는 것도 복제의 개념에 포함되는 것으로 해석되므로, 그에 대하여도 저작권자의 배타적 권리가 미치며, 허락 없이 그러한 행위를 할 경우에 저작재산권 중 복제권의 침해가 성립하게 된다.

저작재산권 제한 사유에서 말하는 복제의 개념도 개념은 동일하지만, 저작물의 수정, 변경은 저작인격권과의 관계에서 문제가 발생할 소지가 많으므로 원칙적으로, 임의의 수정, 변경은 허용되지 않는 것으로 보게 된다. 다만, 저작권법 제36조에 의하여 개작 등이 허용되는 경우에는 수정, 변경의 자유가 보다 넓게 인정되는 것으로 볼 수 있을 것이다.

[배포의 개념]

배포란 '저작물의 원본 또는 그 복제물을 공중에게 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여하는 것을 말한다.'(제2조 제23호)

즉, 저작권법상 '배포'는 공중을 대상으로 하여 저작물을 판매, 증여, 교환 등의 방법으로 양도하거나 유상 또는 무상으로 대여하는 행위를 포함하는 개념이다. 여기서 대여와 양도는 모두 유형물의 형태로 이루어

30) 2000년의 저작권법 개정시 복제의 개념에 '유형물로 다시 제작하는' 행위에 추가하여 '유형물에의 고정'을 포함시킨 것은 디지털 복제를 명확히 저작권법상의 복제에 포함시킨 의미가 있었다. 이와 관련하여 대법원 2007.12.14. 선고 2005도872판결은 "저작권법 제2조의 유형물에는 특별한 제한이 없으므로 컴퓨터의 하드디스크가 이에 포함됨은 물론이지만, 하드디스크에 전자적으로 저장하는 MPEG-1 Audio Layer-3 (MP3) 파일을 일컬어 유형물이라고는 할 수 없으므로, 음악 CD로부터 변환한 MP3 파일을 Peer-To-Peer(P2P) 방식으로 전송받아 자신의 컴퓨터 하드디스크에 전자적으로 저장하는 행위는 구 저작권법(2000. 1. 12. 법률 제6134호로 개정되기 전의 것) 제2조 제14호의 복제행위인 '유형물로 다시 제작하는 것'에는 해당하지 않고, 구 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전문 개정되기 전의 것) 제2조 제14호의 복제행위인 '유형물에 고정하는 것'에 해당한다. "고 판시한 바 있다.

지는 것을 의미하는 것이므로 온라인을 통해 무형적인 방법으로 전송하는 것은 배포의 개념에서 제외된다.[31)]

공중을 대상으로 한 것만 배포이므로, 예를 들어 지인에게 책 한 부를 증여하거나 판매하는 행위만으로는 배포에 해당한다고 볼 수 없다. (☞ 공중의 개념에 대하여는 I-2-1-a. (4)의 설명 참조)

저작권법은 위와 같은 의미의 '배포'를 저작재산권의 하나로 함으로써 저작권자의 배타적 권리에 포함시키면서, 다만 그것을 무제한적으로 인정하지 않고 권리자의 허락 하에 판매등의 방법으로 거래에 제공된 이후에는 이른바 '권리 소진의 원칙'에 의하여 권리가 소멸되는 것으로 규정하고 있다. 즉, 저작권법 제20조는 "저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물을 배포할 권리를 가진다. 다만, 저작물의 원본이나 그 복제물이 해당 저작재산권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 경우에는 그러하지 아니하다."고 규정하고 있다.

한편, 판매용 음반, 컴퓨터프로그램 등의 경우에도 위와 같은 권리소진의 원칙을 관철할 경우에는 저작권자의 이익을 크게 해칠 가능성이 있으므로 저작권법은 다시 그에 대한 예외로서 음반과 컴퓨터프로그램저작물에 대하여는 '대여권'을 인정하고 있다. 저작권법 제21조에서 "제20조 단서에도 불구하고 저작자는 판매용 음반이나 판매용 프로그램을 영리를 목적으로 대여할 권리를 가진다."고 규정하고 있는 것이 그것이다.

(2) 위 규정에 따라 저작물을 이용할 때에는 그 출처를 명시하여야 한다. 출처의 명시는 저작물의 이용 상황에 따라 합리적이라고 인정되는 방법으로 하여야 하며, 저작자의 실명 또는 이명이 표시된 저작물인 경우에는 그 실명 또는 이명[32)]을 명시하여야 한다(법 제37조). 그러나 출처명시의

31) 대법원 2007.12.14. 선고 2005도872판결 : "구 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전문 개정되기 전의 것) 제2조 제15호에서 말하는 '배포'란 저작물의 원작품이나 그 복제물을 유형물의 형태로 일반 공중에게 양도·대여하는 것을 말하므로, 컴퓨터 하드디스크에 저장된 MP3 파일을 다른 P2P 프로그램 이용자들이 손쉽게 다운로드 받을 수 있도록 자신의 컴퓨터 내 공유폴더에 담아 둔 행위는 이에 해당하지 않는다."

32) 예명·아호·약칭 등을 말한다(저작권법 제8조 제1항 제1호).

무의 준수는 저작재산권 제한의 요건은 아니므로, 다른 모든 요건을 충족하고 출처명시의무만 위반하였을 경우 저작재산권 침해는 성립하지 않는 것으로 보는 것이 일반적이며[33], 출처명시의무 위반에 따른 형사적인 제재[34]는 있을 수 있다. 또한 저작자의 뜻에 반하여 저작물의 복제물에 그 성명을 표시하지 않은 것으로 볼 수 있을 경우에는 저작자의 저작인격권 중 하나인 성명표시권[35]의 침해가 성립할 수 있다.

I-2-2. 입법·행정의 목적을 위한 내부자료로 필요한 경우의 이용

입법·행정의 목적을 위한 내부자료로 필요한 경우에 타인의 저작물등(저작물 외에 저작인접권자의 권리의 대상인 실연, 음반, 방송 등과 데이터베이스 제작자의 권리의 대상인 데이터베이스 등을 포함한다. 이하 같다.)을 이용하는 행위는 다음의 요건을 갖추었을 경우 저작권, 배타적발행권, 출판권, 저작인접권, 데이터베이스제작자의 권리 등을 침해한 것으로 보지 않는다.

---

33) 황적인·정순희·최현호(1990), 301면; 허희성(2007), 265면; 이해완(2007), 446면; 서울고등법원 2005. 7. 26. 선고 2004나76598판결(다만 이 판결이 공표된 저작물의 인용에 대하여도 출처의 명시가 공정이용의 요건이 아니라고 본 것과 관련하여서는 이 가이드라인 초안에서 다른 입장을 제시한다) 등

34) 제138조 (출처명시위반 등의 죄) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 500만원 이하의 벌금에 처한다.
2. 제37조(제87조 및 제94조의 규정에 따라 준용되는 경우를 포함한다)의 규정을 위반하여 출처를 명시하지 아니한 자

35) 제12조 (성명표시권) ①저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물에 또는 저작물의 공표 매체에 그의 실명 또는 이명을 표시할 권리를 가진다.
②저작물을 이용하는 자는 그 저작자의 특별한 의사표시가 없는 때에는 저작자가 그의 실명 또는 이명을 표시한 바에 따라 이를 표시하여야 한다. 다만, 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

[요약]

I-2-2-a. 컴퓨터프로그램이 아니어야 하고, 공표되지 않은 저작물을 이용할 경우 부당하게 외부에 공개되지 않도록 할 것

I-2-2-b. 입법 및 행정의 목적을 위한 내부자료로서만 이용할 것

I-2-2-c. 국회 등의 국가기관 또는 그 구성원이 복제할 것

I-2-2-d. 입법·행정의 목적을 위한 내부자료로서 필요한 한도 안에서 복제하고, 저작물의 종류와 복제의 부수 및 형태 등에 비추어 당해 저작재산권자의 이익을 부당하게 침해하지 않을 것

I-2-2-e. 복제 및 번역 외에 개작을 하지 않고, 출처를 명시할 것

I-2-2-a. 컴퓨터프로그램이 아니어야 하고, 공표되지 않은 저작물을 이용할 경우 부당하게 외부에 공개되지 않도록 할 것

[설명]

(1) 컴퓨터프로그램저작물의 경우에는 법 제23조가 적용되지 않고, 법 제101조의 3 제1항 제1호가 적용된다. 그 경우 재판 및 수사를 위해 이용하는 것만 규정되어 있고(그에 대하여는 I-2-1에서 설명), 나머지의 행정 및 입법을 위한 목적으로 이용할 수 있는 근거 규정은 마련되어 있지 않다.

(2) 컴퓨터프로그램저작물 이외에는 저작물등의 종류가 어떤 것인지 묻지 않는다. 따라서 어문저작물만이 아니라 음악, 영상, 미술, 사진, 건축 등 어떤 종류의 저작물이라도 이용의 대상이 될 수 있다.

(3) 이용하는 저작물이 공표된 것일 것을 요건으로 규정하고 있지 않으므로 공표되지 않은 저작물도 이용의 대상이 될 수 있다. 그러나 공표되지 않은 저작물일 경우에는 저작자가 공표권을 가지고 있으므로, 저작자의 공표권을 존중하여, 그 저작물이 부당하게 외부에 공개되지 않도록 하여야 한다. 그 내용, 특히 공표의 구체적 의미 등은 I-2-1-a.에서 자세히 설명한 바와 같다.

I-2-2-b. 입법 및 행정의 목적을 위한 내부자료로서만 이용할 것

[설명]

(1) 입법목적을 위한 경우란 법률안 심의를 위해 사용하는 경우만이 아니라 예산안심의, 국정조사 기타 국회 또는 지방의회의 기능을 행하기 위해 필요한 경우도 포함하며, 대법원의 규칙제정, 정부의 조약체결, 행정각부의 부령 제정, 지방자치단체의 의회가 행하는 조례 제정 등도 '입법'에 준하는 것으로서 포함된다고 볼 수 있다.[36)]

(2) 행정목적을 위한 경우란 행정청이 그 소관 사무를 수행하기 위해 필요한 경우를 말한다.[37)] 단순히 공무원의 업무 참고자료로서 복제하는 것은 인정되지 않고 그 저작물을 복제하지 않으면 입법 또는 행정의 목적을 충분히 달성할 수 없다고 볼 수 있는 경우일 것을 요한다.[38)]

(3) '내부자료'로 복제하는 것만 허용되므로 행정목적을 위한 것이어도 홍보자료와 같이 외부에 널리 배포하고자 하는 경우는 이에 해당하지 않는다.[39)]

I-2-2-c. 국회 등의 국가기관 또는 그 구성원이 복제할 것

[설명] 입법·행정의 목적을 위한 내부자료로서의 복제에 있어서는 일반 사인이 행하는 것은 생각할 수 없으므로 국회, 지방의회, 관공서 등의 기관 또는 그 구성원만이 복제의 주체가 된다.[40)]

---

36) 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 474면; 오승종(2007), 559면; 이해완(2007), 354-355면; 半田・松田(2009) 2巻 [野村吉太郎 집필부분], 346면

37) 이해완(2007), 355면; 半田・松田(2009) 2巻 [野村吉太郎 집필부분], 346면

38) 이해완(2007), 355면; 서달주(2009),

39) 허희성(2007), 188면; 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 474면; 오승종(2007), 559면; 서달주(2009), 375면; 半田・松田(2009) 2巻 [野村吉太郎 집필부분], 346면, 加戸守行, 著作権法逐条講義(五訂新版), 著作権情報センター, 2006(이하 加戸守行(2006)이라고만 표시), 290면 참조

40) 허희성(2007), 188면; 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분] 474면; 오승종(2007), 559면; 이해완(2007), 355면

I-2-2-d. 입법·행정의 목적을 위한 내부자료로서 필요한 한도 안에서 복제하고, 저작물의 종류와 복제의 부수 및 형태 등에 비추어 당해 저작재산권자의 이익을 부당하게 침해하지 않을 것

[설명]

(1) 위에서 본 바와 같은 요건을 갖춘 경우에도 그 필요한 한도 안에서 복제하여야 하고 이를 초과하여서는 아니 된다. 저작물의 일부분밖에 필요하지 않은데 그 전부를 복제하거나 필요부수를 초과한 부수를 복제하는 것은 필요한 한도 내라고 말할 수 없다.[41] 비록 행정기관의 내부자료라 하더라도 전체 직원에게 배포하기 위하여 복제하는 것, 예컨대 경찰청에서 직원의 교육용이나 내부적인 업무참고용으로 형법학자가 저술한 형법총론 전체를 복제하여 배포하는 것[42] 또는 특허청에서 비슷한 용도로 특허법 교과서 전체를 복제하여 배포하는 것[43]은 허용되지 않는다.

(2) 법 제23조 단서는 "다만, 그 저작물의 종류와 복제의 부수 및 형태 등에 비추어 당해 저작재산권자의 이익을 부당하게 침해하는 경우에는 그러하지 아니하다."라고 규정하고 있다. 이 규정에 대한 설명은 I-2-1-d (2)에서 설명한 것이 그대로 적용된다.

I-2-2-e. 복제 및 번역 외에 개작을 하지 않고, 출처를 명시할 것

[설명] 이 부분에 대한 설명은 I-2-1-e에서 설명한 내용이 그대로 적용된다.

---

41) 허희성(2007), 188면; 오승종(2007), 560면; 이해완(2007), 355면
42) 오승종(2007), 560면
43) 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 475면

I-3. 정치적 연설 등의 이용

[저작권법 규정]

제24조 (정치적 연설 등의 이용)

공개적으로 행한 정치적 연설 및 법정·국회 또는 지방의회에서 공개적으로 행한 진술은 어떠한 방법으로도 이용할 수 있다. 다만, 동일한 저작자의 연설이나 진술을 편집하여 이용하는 경우에는 그러하지 아니하다.

제36조 (번역 등에 의한 이용)

① 제25조, 제29조, 제30조 또는 제35조의3에 따라 저작물을 이용하는 경우에는 그 저작물을 번역·편곡 또는 개작하여 이용할 수 있다.

② 제23조·제24조·제26조·제27조·제28조·제32조 또는 제33조에 따라 저작물을 이용하는 경우에는 그 저작물을 번역하여 이용할 수 있다.

제37조 (출처의 명시)

① 이 관에 따라 저작물을 이용하는 자는 그 출처를 명시하여야 한다. 다만, 제26조, 제29조 부터 제32조까지, 제34조 및 제35조의2의 경우에는 그러하지 아니하다.

② 출처의 명시는 저작물의 이용 상황에 따라 합리적이라고 인정되는 방법으로 하여야 하며, 저작자의 실명 또는 이명이 표시된 저작물인 경우에는 그 실명 또는 이명을 명시하여야 한다.

제62조 (배타적발행권의 양도 · 제한 등)

① 배타적발행권자는 저작재산권자의 동의 없이 배타적발행권을 양도하거나 또는 질권의 목적으로 할 수 없다.② 배타적발행권의 목적으로 되어 있는 저작물의 복제 등에 관하여는 제23조,제24조,제25조제1항부터 제3항까지,제26조 부터 제28조까지,제30조 부터 제33조까지,제35조제2항 및 제3항,제35조의2,제35조의3,제36조 및 제37조를 준용한다.

제63조의2 (준용)
제58조 부터 제62조까지는 출판권에 관하여 준용한다. 이 경우 "배타적 발행권"은"출판권"으로, "저작재산권자"는"복제권자"로 본다.

제87조 (저작인접권의 제한)
① 저작인접권의 목적이 된 실연·음반 또는 방송의 이용에 관하여는 제23조,제24조,제25조제1항부터 제3항까지,제26조 부터 제32조까지,제33조제2항,제34조,제35조의2,제35조의3,제36조 및 제37조를 준용한다.

공개적으로 행한 정치적 연설 및 법정·국회 또는 지방의회에서 공개적으로 행한 진술을 이용하는 것은 다음의 조건을 충족할 경우 저작권, 배타적발행권, 출판권 또는 저작인접권의 침해로 보지 아니한다.

[요약]
I-3-a. 연설 또는 진술이 공개된 것일 것
I-3-b. '정치적 연설' 또는 '법정·국회 또는 지방의회에서 행한 진술'에 해당할 것
I-3-c. 동일한 저작자의 연설이나 진술을 편집하여 이용하거나 개작하는 경우가 아니며, 출처명시의무를 이행할 것

I-3-a. 연설 또는 진술이 공개된 것일 것

[설명]
(1) 저작물인 연설이나 진술은 모두 공개적일 것을 요한다. 따라서 비밀연설회에서의 연설이나 비공개 심리에서의 진술과 같이 외부에 공개되지 않을 것이라는 전제 하에 말을 한 것은 자유이용의 대상이 될 수 없다.
(2) 입장인원이 제한되어 있다고 하여 모두 비공개적인 것으로 보는 것은 아니다. 입장이 제한된 장소에서의 연설이라고 하더라도 그 실황을 중계방

송하는 것이 허용된 것이면 당연히 공개된 것으로 해석해야 하고, 또한 특정 집단의 집회에서 행해진 연설이라고 하더라도 일반 보도기자들의 입장이 허용되고 있으면 공개된 것으로 보아야 할 것이다.[44]

I-3-b. '정치적 연설' 또는 '법정·국회 또는 지방의회에서 행한 진술'에 해당할 것

[설명]

(1) '정치적 연설'에 해당하기 위해서는 연설의 '정치성'이 인정되어야 한다. 단지 정치에 관한 연설이기만 하면 해당하는 것이 아니라 객관적으로 볼 때 정치의 방향에 영향을 주려고 하는 것으로 볼 수 있어야 한다. 정치의 방향에 영향을 주려고 하는 것으로서는, 선거연설회, 정당연설회 등에서의 연설이나 정치적 성격의 집회, 시위 현장에서의 연설 등이 포함될 수 있을 것이다. 정치에 관한 것이어도 정치문제에 관한 해설과 같이 정치상의 주장이 포함되어 있지 않은 경우에는 여기서 말하는 정치적 연설에 해당하지 않는다.[45]

(2) '법정·국회 또는 지방의회에서의 공개적 진술' 의 경우에는 진술의 '정치성'을 요하지 않는다. 국회 또는 지방의회에서의 공개적 진술은 대개 정치적 연설에 해당하는 경우가 많겠지만, 그렇지 않고 '비정치적' 진술이라 하더라도 본조에 의한 자유이용의 대상이 될 수 있다.

(3) '법정에서의 진술'의 경우 공개법정이나 기타 공개적인 심리 장소에서의 검사, 변호사, 원고, 피고 등의 변론과 감정인 등의 진술, 증인의 증언

---

44) 오승종(2007), 562면; 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 477면; 이해완(2007), 357면; 加戸守行(2006), 276면; 半田・松田(2009) 2巻 [花村征志 집필부분], 334면 등

45) 이해완(2007), 357면; 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 478면; 加戸守行(2006), 282면 등 참조. 半田·松田(2009) 2巻 [花村征志 집필부분], 334면은 주관적 의도보다는 객관적으로 정치에 영향을 주려고 하는 것이 간취될 수 있을 것을 요건으로 보아야 한다고 하는데, 타당성이 있는 주장이므로, 가이드라인에 반영하였다. 한편, 오승종(2007), 562면은 이러한 견해를 소개하면서 "실제로 정치적 연설과 단순한 정치적 해설을 구별하기는 쉽지 않을 것으로 생각된다"고만 밝히고 있다.

등을 모두 포함하는 것으로 본다. 행정기관에서 행하는 심판 기타 준사법적 절차에서의 진술도 여기에 포함되는 것인지 여부에 대하여 다수 견해는 포함된다고 보고 있다.[46]

(4) 국회 또는 지방의회에서의 진술은 국회의원이나 지방의회의 의원 및 그 보조자와 국회 또는 지방의회의 요청이나 필요에 따라 출석한 관계 공무원 및 증인, 참고인, 감정인 등의 발언, 진술, 신청, 의견 등을 포함한다.[47]

I-3-c. 동일한 저작자의 연설이나 진술을 편집하여 이용하거나 개작하는 경우가 아니며, 출처명시의무를 이행할 것

[설명]

(1) 동일한 저작자의 연설이나 진술을 편집하여 이용하는 것은 이 규정의 예외로 규정되어 있다(법 제24조 단서). 따라서 예컨대 '홍길동 연설문집'이라고 하는 편집물을 발행할 경우에는 다른 요건을 충족한 경우에도 홍길동 본인의 허락을 받아야 한다. 여기서 편집물이란 소재의 선택과 배열, 구성등에 창작성이 있어 편집저작물이 되는 경우와 그러한 창작성 없이 소재를 단순히 모아놓은 편집물에 불과한 경우를 모두 포함하는 것으로 본다.[48] 또한, 전자적 데이터베이스도 '편집물'에 포함된다.[49]

(2) 동일한 저작자의 연설이나 진술을 편집하는 경우로 한정하여 규정하고 있으므로 예를 들어 '역대 대통령 연설문집'과 같이 여러 명의 연설을 모아서 편집한 경우에는 단서규정에 해당하지 않는 것으로 볼 가능성이 있다.[50] 그러나 이 규정을 악용하여 실질적으로 한 사람의 여러 연설문을

46) 허희성(2007), 190면; 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 478면 등. 반대견해는 오승종(2007), 563면(우리 저작권법은 일본 저작권법과 달리 행정청에 의한 준사법절차에서의 진술을 포함하는 취지를 명시하지 않고 있다는 것을 주된 근거로 한다.)
47) 허희성(2007), 190면; 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 478면
48) 이해완(2007), 358면; 임원선(2009), 210면
49) Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz (3. Auflage), 2008, §48 RN10

동시에 문집에 내면서 다른 저작자를 일부 포함시키는 등의 탈법행위는 허용되지 않는 것으로 보게 될 것이다.[51]

(3) 그 외에는, 이용행위에 있어서 다른 제한은 없고, 법문에서 위와 같은 예외규정을 둔 것 외에는 "어떠한 방법으로도 이용할 수 있다"고 하고 있으므로, 복제, 배포, 공연, 공중송신 등의 다양한 이용이 모두 가능하다.

(4) 해당 연설이나 진술을 번역하여 이용하는 것도 허용된다(법 제36조 제2항). 다만 개작하여 이용하는 것은 허용되지 않는다. 여기서 개작이란 번역 이외의 2차적 저작물 작성행위를 뜻하는 것으로 볼 수 있다. 저작자의 뜻에 반하여 그러한 개작의 정도에 이르지 않는 변경을 하는 것도 이 규정에 따른 이용행위에 따른 부득한 것으로 인정되지 않는 경우라면, 저작자의 저작인격권 중 동일성유지권을 침해하는 행위가 될 수 있으므로 주의하여야 한다.

(5) 위 규정에 따라 저작물을 이용할 때에는 그 출처를 명시하여야 한다. 출처명시의무에 대하여는 이 가이드라인 I-2-1-e (2)의 설명이 그대로 적용된다.

---

50) 이해완(2007), 358면; 서달주(2009), 376-377면; 加戸守行(2006), 284-285면 참조. 다만, 오승종, 563면은 "단서의 취지에 비추어 부정적으로 새겨야 한다"고 하여 반대의견을 표명하고 있다.

51) 이해완(2007), 358면은 "한권의 연설문집에 여러 명의 연설문이 포함되어 있다고 해도 그 중 1인의 연설문만 떼어서 볼 경우에 그 1인의 연설을 편집하여 이용하는 경우로 볼 수 있을 정도에 이를 때에는 단서규정에 해당하는 것으로 보아야 하지 않을까 생각된다."고 하고, 加戸守行(2006), 284-285면은 "2인 정도의 연설의 편집물이면 탈법행위의 의심이 농후하다고 생각된다"고 하며, 서달주(2009), 376-377면은 "이 규정의 모델인 독일 저작권법 제48조 제2항에서는 '주로 동일 저작자의 연설을 포함하는 편집물'이라고 규정하고 있어서 다른 연설자의 연설문이 약간 섞여 있는 경우도 단서를 적용하고 있다. ...독일법과 같이 해석하지 아니하면, 편법의 증가로 이 단서규정은 대부분 그 실효성을 상실할 우려가 있다. 예를 들면, 대부분 특정인의 연설문을 편집하고 거기에 다른 특정인의 연설문 1개만 삽입하는 방법으로 단서규정의 적용을 회피할 수 있다."고 설명하고 있다.

II. 교육목적 등을 위한 공정이용

여기에서는 교육목적 등을 위한 저작물의 이용에 대하여 살펴본다. 저작권법상 이와 관련된 조문으로는, 학교교육 목적 등에의 이용에 관한 제25조와 시험문제로서의 복제에 관한 제32조가 있다.

II-1. 학교교육 목적 등에의 이용

[저작권법 규정]

제25조 (학교교육 목적 등에의 이용)

① 고등학교 및 이에 준하는 학교 이하의 학교의 교육 목적상 필요한 교과용 도서에는 공표된 저작물을 게재할 수 있다.

② 특별법에 따라 설립되었거나 「유아교육법」, 「초·중등교육법」또는 「고등교육법」에 따른 학교, 국가나 지방자치단체가 운영하는 교육기관 및 이들 교육기관의 수업을 지원하기 위하여 국가나 지방자치단체에 소속된 교육지원기관은 그 수업 또는 지원 목적상 필요하다고 인정되는 경우에는 공표된 저작물의 일부분을 복제·배포·공연·방송 또는 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 수업목적상 필요하다고 인정되는 경우에는 제2항의 범위 내에서 공표된 저작물을 복제하거나 전송할 수 있다.

④ 제1항 및 제2항에 따라 저작물을 이용하려는 자는 문화체육관광부장관이 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 지급하지 아니한다.

⑤ 제4항의 규정에 따른 보상을 받을 권리는 다음 각 호의 요건을 갖춘 단체로서 문화체육관광부장관이 지정하는 단체를 통하여 행사되어야 한다. 문화체육관광부장관이 그 단체를 지정할 때에는 미리 그 단체의 동의를 얻어야 한다.

1. 대한민국 내에서 보상을 받을 권리를 가진 자(이하 "보상권리자"라 한다)로 구성된 단체
2. 영리를 목적으로 하지 아니할 것
3. 보상금의 징수 및 분배 등의 업무를 수행하기에 충분한 능력이 있을 것

⑥ 제5항의 규정에 따른 단체는 그 구성원이 아니라도 보상권리자로부터 신청이 있을 때에는 그 자를 위하여 그 권리행사를 거부할 수 없다. 이 경우 그 단체는 자기의 명의로 그 권리에 관한 재판상 또는 재판 외의 행위를 할 권한을 가진다.

⑦ 문화체육관광부장관은 제5항의 규정에 따른 단체가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 지정을 취소할 수 있다.

1. 제5항의 규정에 따른 요건을 갖추지 못한 때
2. 보상관계 업무규정을 위배한 때
3. 보상관계 업무를 상당한 기간 휴지하여 보상권리자의 이익을 해할 우려가 있을 때

⑧ 제5항의 규정에 따른 단체는 보상금 분배 공고를 한 날부터 3년이 경과한 미분배 보상금에 대하여 문화체육관광부장관의 승인을 얻어 공익목적을 위하여 사용할 수 있다.

⑨ 제5항·제7항 및 제8항의 규정에 따른 단체의 지정과 취소 및 업무규정, 보상금 분배 공고, 미분배 보상금의 공익목적 사용 승인 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

⑩ 제2항의 규정에 따라 교육기관이 전송을 하는 경우에는 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해를 방지하기 위하여 복제방지조치 등 대통령령이 정하는 필요한 조치를 하여야 한다.

제36조 (번역 등에 의한 이용)

① 제25조, 제29조, 제30조 또는 제35조의3에 따라 저작물을 이용하는 경우에는 그 저작물을 번역·편곡 또는 개작하여 이용할 수 있다.

② 제23조·제24조·제26조·제27조·제28조·제32조 또는 제33조에 따라 저작물을 이용하는 경우에는 그 저작물을 번역하여 이용할 수 있다.

제37조 (출처의 명시)

① 이 관에 따라 저작물을 이용하는 자는 그 출처를 명시하여야 한다. 다만, 제26조, 제29조 부터 제32조까지, 제34조 및 제35조의2의 경우에는 그러하지 아니하다.

② 출처의 명시는 저작물의 이용 상황에 따라 합리적이라고 인정되는 방법으로 하여야 하며, 저작자의 실명 또는 이명이 표시된 저작물인 경우에는 그 실명 또는 이명을 명시하여야 한다.

제37조의2 (적용 제외)

프로그램에 대하여는 제23조·제25조·제30조 및 제32조를 적용하지 아니한다.

제62조 (배타적발행권의 양도 · 제한 등)

① 배타적발행권자는 저작재산권자의 동의 없이 배타적발행권을 양도하거나 또는 질권의 목적으로 할 수 없다.② 배타적발행권의 목적으로 되어 있는 저작물의 복제 등에 관하여는 제23조,제24조,제25조제1항부터 제3항까지,제26조 부터 제28조까지,제30조 부터 제33조까지,제35조제2항 및 제3항,제35조의2,제35조의3,제36조 및 제37조를 준용한다.

제63조의2 (준용)

제58조 부터 제62조까지는 출판권에 관하여 준용한다. 이 경우 "배타적발행권"은"출판권"으로, "저작재산권자"는"복제권자"로 본다.

제87조 (저작인접권의 제한)

① 저작인접권의 목적이 된 실연·음반 또는 방송의 이용에 관하여는 제23조,제24조,제25조제1항부터 제3항까지,제26조 부터 제32조까지,제33조제2항,제34조,제35조의2,제35조의3,제36조 및 제37조를 준용한다.

제101조의3 (프로그램의 저작재산권의 제한)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 목적상 필요한 범위에서 공표된 프로그램을 복제 또는 배포할 수 있다. 다만, 프로그램의 종류·용도, 프로그램에서 복제된 부분이 차지하는 비중 및 복제의 부수 등에 비추어 프로그램의 저작재산권자의 이익을 부당하게 해치는 경우에는 그러하지 아니하다.

2. 「유아교육법」, 「초·중등교육법」, 「고등교육법」에 따른 학교 및 다른 법률에 따라 설립된 교육기관(상급학교 입학을 위한 학력이 인정되거나 학위를 수여하는 교육기관에 한한다)에서 교육을 담당하는 자가 수업과정에 제공할 목적으로 복제 또는 배포하는 경우
3. 「초·중등교육법」에 따른 학교 및 이에 준하는 학교의 교육목적을 위한 교과용 도서에 게재하기 위하여 복제하는 경우

③ 제1항제3호에 따라 프로그램을 교과용 도서에 게재하려는 자는 문화체육관광부장관이 정하여 고시하는 기준에 따른 보상금을 해당 저작재산권자에게 지급하여야 한다. 보상금 지급에 대하여는 제25조제5항부터 제9항까지의 규정을 준용한다.

위 규정의 내용은 1) 교과용 도서에의 게재, 2) 교육기관 등에서의 이용으로 나누어 살펴볼 수 있다.

II-1-1. 교과용 도서에의 게재

고등학교 및 이에 준하는 학교 이하의 학교의 교육목적상 필요한 교과용 도서에는 공표된 저작물을 게재할 수 있다(법 제25조 제1항, 컴퓨터프로그램저작물에 관한 법제101조의 3 제1항 제3호도 표현은 다르지만 유사한 취지이다). 따라서 다음의 조건을 충족할 경우 저작권, 배타적발행권, 출판권, 저작인접권 등의 침해로 보지 아니한다.

[요약]

II-1-1-a. 공표된 저작물을 이용하는 경우일 것
II-1-1-b. 공표된 저작물을 '교과용 도서'에 게재하는 경우일 것
II-1-1-c. 그 '교과용 도서'가 '고등학교 및 이에 준하는 학교 이하의 학교'의 교육목적상 필요한 것일 것
II-1-1-d. 그 이용행위가 저작물을 교과용 도서에 '게재'하는 것일 것
II-1-1-e. 보상금 지급 의무

II-1-1-a. 공표된 저작물을 이용하는 경우일 것

[설명]

(1) 이 규정에 따라 교과용 도서에 게재할 수 있는 저작물은 공표된 것이어야 하고, 미공표 저작물은 이 규정의 적용을 받을 수 없다. 공표의 의의 등에 대하여는 이 가이드라인 중 I-2-1-a. (4)의 설명이 그대로 적용된다.

(2) 저작물은 공표된 저작물이기만 하면 문학, 음악, 미술저작물 등 그 종류를 불문한다. 컴퓨터프로그램저작물의 경우도 제101조의 3 제3호에 의하여 실질적으로 동일하게 취급된다. 외국인의 저작물도 교육 목적상 필요한 이상 게재할 수 있다.[52]

52) 정상조(주해, 2007) [하상익 집필부분], 487면

II-1-1-b. 공표된 저작물을 '교과용 도서'에 게재하는 경우일 것

[설명]

(1) '교과용 도서'란 일반적으로 교과서와 지도서를 말하고 그것은 다시 국정도서, 검정도서, 인정도서로 분류되는데(교과용 도서에 관한 규정 제2조[53]), 이들이 모두 이 규정에서 말하는 '교과용 도서'에 포함된다.[54] 교과용도서는 그 개념상 영상저작물 및 전자저작물을 포함하고 있으므로, 영상 기타 멀티미디어 저작물 역시 이에 포함된다.[55]

(2) 학습용 참고서는 '교과용 도서'에 포함되지 않으며[56], 교사가 직접 교육

---

53) 교과용도서에 관한 규정 제2조 (정의) 이 영에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
1. "교과용도서"라 함은 교과서 및 지도서를 말한다.
2. "교과서"라 함은 학교에서 학생들의 교육을 위하여 사용되는 학생용의 서책·음반·영상 및 전자저작물 등을 말한다.
3. "지도서"라 함은 학교에서 학생들의 교육을 위하여 사용되는 교사용의 서책·음반·영상 및 전자저작물 등을 말한다.
4. "국정도서"라 함은 교육과학기술부가 저작권을 가진 교과용도서를 말한다.
5. "검정도서"라 함은 교육과학기술부장관의 검정을 받은 교과용도서를 말한다.
6. "인정도서"라 함은 국정도서·검정도서가 없는 경우 또는 이를 사용하기 곤란하거나 보충할 필요가 있는 경우에 사용하기 위하여 교육과학기술부장관의 인정을 받은 교과용도서를 말한다.
7. "개편"이라 함은 교육과정의 전면개정 또는 부분개정이나 그 밖의 사유로 인하여 교과용도서의 총 쪽수(음반·영상·전자저작물 등의 경우에는 총 수록 내용)의 2분의 1을 넘는 내용을 변경하는 것을 말한다.
8. "수정"이라 함은 교육과정의 부분개정이나 그 밖의 사유로 인하여 교과용도서의 문구·문장·통계·삽화 등을 교정·증감·변경하는 것으로서 개편의 범위에 이르지 아니하는 것을 말한다.

54) 통설의 입장이다. 정상조(주해, 2007) [하상익 집필부분], 485-486면은 "본조에 의하여 저작물의 게재가 허용되는 교과용 도서는 교과용도서에 관한 규정상의 교과용도서(지도서 포함) 중 '국정도서' 또는 '검정 합격결정을 받은 도서'에 한정되는 것으로 해석하여야 한다"고 주장하면서 특히 '인정도서'를 제외하여야 하는 이유로 인정도서는 기존에 발간된 책 중 교과용도서로 사용될 필요성이 있는 도서에 대하여 국가가 교과용도서로 '인정'해 준 도서이므로 그 발간 시점에 저작권 문제를 해결하여야 하였고 그것을 해결하지 않아 저작권을 침해한 바 있다면 그 후의 '인정'에 의하여 그 침해를 정당화된다는 것은 있을 수 없다는 것을 들고 있다. 통설에 의하더라도 인정도서가 되기 전의 저작권침해행위가 적법행위로 변하는 것을 인정하는 것은 아니고 국가의 '인정'을 받은 인정도서의 수정증보판 등에 저작물을 게재하는 경우나 또는 국정교과서나 검정교과서가 없는 경우에 인정도서로서 인정을 받기 위해 새로 편찬한 교과서 등의 경우에 본조의 적용이 있음을 뜻하는 것일 뿐이므로, 이러한 통설과 달리, 아예 인정도서 등을 교과용 도서에서 제외할 이유는 없다고 생각된다.

55) 정상조(주해, 2007) [하상익 집필부분], 487면

56) '표준전과'에 대한 서울민사지방법원 1992. 6. 5. 선고 91가합39509 판결 : "교과용 도서에 관한 규정에 의하면 교과용 도서라 함은 교과서, 지도서, 인정도서를 말하고, 교과서는 학교에서 교육을 위하여 사용되는 학생용의 주된 교재로서 교육부가 저작권을 가진 도서와 교육부장관의 검정을 받은 도서로 구분되고, 지도서는 학교에서 교육을 위하여 사용되는 교사용의 주된 교재를 말하며, 교육부가 저작권을 가진 도서와 교육부장관의 검정을 받은 도서로 구분되며, 인정도서라 함은 교과서 또는 지도서에 갈음하거나 이를 보충하기 위하여

에 활용하기 위해 제작한 참고자료도 이에 해당하지 않는다.[57]

(3) 저작물을 '교과용 도서'에 게재하는 것이 일정한 조건 하에 허용될 뿐이고, '교과용 도서'를 자유이용의 대상으로 하고 있는 것은 아님을 유의하여야 한다. 즉 교과용 도서를 저작권자의 허락 없이 학습용 참고서 등에 이용하는 것은 저작권침해가 될 수 있다. 또한 교과용 도서의 내용을 가지고 인터넷 강의를 하는 것이 공표된 저작물의 인용으로서의 범위를 초과한 경우에는 저작권자의 저작재산권 중 복제권 및 공중송신권(전송권)을 침해한 것으로 인정될 수 있다.[58]

II-1-1-c. 그 '교과용 도서'가 '고등학교 및 이에 준하는 학교 이하의 학교'의 교육목적상 필요한 것일 것

[설명]

(1) '고등학교 및 이에 준하는 학교 이하의 학교'(법 제25조 제1항)[59]에는 초·중등교육법 제2조에서 규정하고 있는 초등학교, 공민학교, 중학교, 고등공민학교, 고등학교, 고등기술학교, 특수학교, 각종학교 등이 포함된다. 유아교육법에 의한 유치원도 포함된다고 보는 것이 실무의 입장이다.

(2) 고등교육법에 의한 대학, 전문대학 등은 여기에 해당하지 않는다. 즉, 대학 교재의 경우에는 이 규정에 따라 타인의 저작물을 게재하는 것이 허

교육부장관이 승인을 얻은 도서를 말하는데, 위 표준전과가 교육부가 저작권을 가지거나 교육부장관의 검정 또는 승인을 받은 도서라고 인정할 만한 증거가 없고, 참고서는 교과용 도서에 해당되지 아니하므로 위 항변은 이유 없다."

57) 임원선(2009), 212면; 이해완(2007), 359면

58) 정상조(주해, 2007) [하상익 집필부분], 487면 주17) : 영어교과서에 실린 저작물을 이용하여 인터넷 강의를 한 사안에서, 서울중앙지방법원 2005. 11. 9. 선고 2004노732판결(상고취하로 확정)은 "문제되고 있는 저작물이 교과용 도서라는 사유는 저작권법 제6절에 규정된 저작재산권의 제한규정, 특히 제25조에 해당하는지 여부를 판단하는 하나의 참작사유에 불과할 뿐, 그것이 교과용 도서라는 이유만으로 저작권의 범위가 제한되거나 그 저작권에 내재적인 한계가 있다고는 볼 수 없다"고 판시하였다.

59) 컴퓨터프로그램저작물에 대하여 적용되는 법 제101조의 3 제1항 제3호는 "「초·중등교육법」에 따른 학교 및 이에 준하는 학교"라는 표현을 사용하고 있으나, 결과적으로 다를 것은 없다.

용되지 아니하고, 뒤에서 보는 공표된 저작물의 인용에 관한 규정의 요건을 갖춘 경우에 한하여 공정이용으로 허용되는 것으로 보는 것이다.

II-1-1-d. 그 이용행위가 저작물을 교과용 도서에 '게재'하는 것일 것

[설명]

(1) **게재의 의미**: '게재'의 의미에는 복제 및 배포가 포함된다. 원격교육을 위한 전송도 포함되는지 여부에 대하여는 학설이 일치하지 않고 있어, 아직 결론을 내리기 어려운 상태이나, 전송이 포함되지 않는다고 볼 경우에도 이 가이드라인 II-1-2의 요건을 갖춘 경우에 학교의 수업목적으로 '전자저작물'인 교과용 도서를 전송하는 것은 가능하다.[60] **문화체육관광부의 수업목적보상금 기준 고시에서도 원격대학의 원격수업에 의한 저작물 이용을 수업목적의 범위에 포함시키고 있다.**

(2) **게재할 수 있는 분량** : 게재할 수 있는 저작물의 분량에 관하여 저작권법상 특별한 제한을 두고 있지 않으나[61] 교육목적상 필요한 정도를 넘어선 이용은 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 따라서 시, 회화, 사진 등은 전부 게재하는 것이 불가피한 경우가 많을 것이나, 장편소설등의 경우 일부 게재만으로 충분히 교육목적을 달성할 수 있음에도 그 전부를 교과용도서에 게재하는 것은 허용되지 않는다.[62] 단편소설의 경우에는 전문 게재하는 것이 허용될 가능성이 있다.[63]

---

60) 임원선(2009), 212면; 이해완(2007), 360면

61) 오승종(2007), 574면은 법 제25조 제1항이 "고등학교 및 이에 준하는 학교 이하의 학교의 교육 목적상 필요한 교과용도서에는 공표된 저작물을 게재할 수 있다."라고 규정하여 "학교의 교육 목적상 필요한"이라는 문언이 포함되어 있음을 중시하여 그것을 게재의 분량을 제한할 수 있는 근거로 보는 입장을 취하고 있다. 그러나 그 표현이 '교과용도서'를 수식하는 위치에 있어서, 그와 같이 보기가 문리적으로는 자연스럽지 못한 면이 있다. 다만 실질적인 입법취지를 고려할 때 "학교의 교육 목적 상 필요한 한도 내에서 공표된 저작물을 게재할 수 있다"고 규정한 것과 마찬가지로 해석하여도 무방할 것으로 여겨진다.

62) 정상조(주해, 2007) [하상익 집필부분], 488면

63) 오승종(2007), 574면이 "필요하다면 단편소설을 전문 게재하는 것도 인정될 수 있을 것이다"라고 하여 긍정적 입장을 취하고 있다.

II-1-1-e. 보상금 지급 의무

[설명]

(1) 이 규정에 의한 이용과 관련하여 저작재산권자의 권익이 부당하게 저해되는 것을 방지하기 위해 법은 이용자에게 보상의무를 부여하고 있다.[64] 그러나 그 보상의무의 이행이 저작물 이용을 적법하게 하는 요건은 아니다. 즉 위 a-d의 요건만 갖추면 저작재산권자의 허락 없이 저작물을 이용하여도 위법하지 않고, 그 이용행위에 의하여 구체적인 보상금지급의무가 발생하게 될 뿐이다. 다른 요건을 모두 갖추었을 경우, 보상금을 지급하지 않았다고 하여 소급하여 저작권침해가 되는 것은 아니다.[65] 물론 보상금청구권을 민사소송의 방법으로 행사하여 판결을 받을 경우 민사상의 강제집행을 할 수는 있다. 그러나 침해금지청구 등을 할 수는 없다.[66]

(2) 보상금을 지급하여야 할 대상자(보상권리자)는 '저작재산권자'이다. 그런데 이용자들이 일일이 저작물마다 저작재산권자를 찾아서 보상금을 지급하기는 매우 번거롭고 불편한 일이 될 것이기 때문에 저작권법은 지정단체에 의한 통일적인 권리행사가 이루어지도록 규정하고 있다. 따라서 저작재산권자의 보상금청구권 행사는 개별적으로 할 수 없고, 문화체육관광부 장관이 지정하는 권리자 단체를 통해서만 할 수 있는 것으로 규정하고 있는데(제25조 제5항), 현재 교육용 도서에의 저작물 게재로 인한 보상금청구권을 행사할 수 있는 단체는 한국복사전송권협회로 지정되어 있다. 지정 단체는 그 구성원이 아니라도 보상권리자로부터 신청이 있을 때에는 그 자를 위하여 그 권리행사를 거부할 수 없으며, 이 경우에 그 단체는 자기의 명의로 그 권리에 관한 재판상 또는 재판 외의 행위를 할 권

64) 일반저작물에 대하여는 법 제25조 제4항, 프로그램에 대하여는 법 제101조의 3 제2항 참조

65) 정상조(주해, 2007) [하상익 집필부분], 493면

66) 법 제123조 제1항 : 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리(**제25조**·제31조·제75조·제76조·제76조의2·제82조·제83조 및 제83조의2의 규정에 따른 보상을 받을 권리를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)를 가진 자는 그 권리를 침해하는 자에 대하여 침해의 정지를 청구할 수 있으며, 그 권리를 침해할 우려가 있는 자에 대하여 침해의 예방 또는 손해배상의 담보를 청구할 수 있다.

한을 가진다(제25조 제6항).

(3) 법 제25조 제4항에 따라 문화체육관광부 장관이 고시한 '교과용 도서의 저작물 이용에 대한 보상금 기준'의 내용은 다음과 같다.

문화체육관광부 고시 제2011-54호

2012년도 「교과용도서의 저작물 이용 보상금」기준

저작권법 제25조 제4항에 의거하여 교과용도서의 저작물 이용에 대한 보상금 기준을 다음과 같이 고시합니다.

2011년 12월 30일
문화체육관광부 장관

1. **적용기간** : 2012년 1월 1일 ~ 2012년 12월 31일

2. **보상대상** : 교과용도서에 관한 규정(대통령령 제22143호) 제2조에서 규정한 교과서 및 지도서로서 전자저작물 포함

3. **보상기준**
   1) 교과서와 지도서별로 각각 보상
   2) 서책 및 CD 형태의 교과용도서는 발행부수를 기준으로 하고, 온라인 전송의 형태로 배포되는 전자저작물의 경우, 전송대상 학생의 수를 기준으로 보상
   3) 원 저작물을 번역 · 변형 · 각색 등의 방법으로 작성한 2차적 저작물을 게재한 경우에는 다음과 같이 보상
      - 원 저작권자와 2차적 저작물 저작권자가 사전에 협의하여 분배비율을 통지한 경우에는 그 비율로 보상
      - 협의가 이루어지지 않을 경우에는 원 저작권자와 2차적 저작

물 저작권자에게 각 50/100씩 지급하고, 음악저작물을 편곡한 경우 원 저작권자에게 70/100, 편곡자에게 30/100을 각각 지급

4) 컴퓨터 화면 캡처의 경우에는 해당 화면을 구성하는 각 저작물에 대하여 보상기준에 따라 각각 지급

4. 저작물별 보상 기준 및 보상금액 (1천부 또는 1천명 기준)

저작물별		보 상 기 준	보상금액		비 고
			기준 1	기준 2	
어문 저작물	산문	200자 원고지 1매 분량	90원	108원	수필, 논설, 소설, 희곡, 설명문 및 이와 유사한 것
	운문	1/2편 이상 1편 이하	906원	1,087원	시, 시조, 향가 및 이와 유사한 것
		1/4편 이상 1/2편 미만	452원	542원	
		1/4편 미만	272원	327원	
음악저작물		1/2편 이상 1편 이하	584원	700원	작사, 작곡 별도 지급
		1/4편 이상 1/2편 미만	291원	350원	
		1/4편 미만	173원	207원	
미술·사진저작물		1/2쪽 이상 1쪽 이하	890원	1,068원	
		1/4쪽 이상 1/2쪽 미만	444원	532원	
		1/4쪽 미만	265원	318원	
멀티미디어 저작물	음원 형태의 저작물	1/2편 이상 1편 이하	1,538원	-	-작사, 작곡 별도 지급 -저작물을 5% 미만으로 사용하는 경우 보상대상에서 제외하되, 그 최대한은 30초로 제한
		1/4편 이상 1/2편 미만	767원	-	
		1/4편 미만	455원	-	
	영상 저작물	30초 이하	3,000원	-	-영화, 방송, 애니메이션 및 이와 유사한 것 -30초 이상은 10초 단위로 산정하되 10초 미만은 10초로 산정 -저작물을 5% 미만으로 사용하는 경우 보상대상에서 제외하되, 그 최대한은 1분으로 제한
		30초 이상 추가분 10초당	300원	-	

※ 1천부(또는 1천명) 이하는 1천부로 하고 1천부를 초과하는 경우에는 발행 부수에 비례함.
※ 서책으로만 또는 전자저작물로만 교과용도서를 발행할 경우 "기준 1"을, 서책형과 전자저작물을 동시 발행할 경우 "기준 2"를 적용
※ 교과용도서 보상금은 사단법인 한국복사전송권협회(저작권법 제25조 제5항에 의거 문화체육관광부장관에 의해 지정된 보상금 수령단체)에서 수령하여 저작권자에게 분배함

II-1-2. 교육기관 등에서의 이용

교육기관 등에서의 이용은 다음의 조건을 갖춘 경우에 저작권, 배타적 발행권, 출판권, 저작인접권 등의 침해가 되지 아니한다.[67]

[요약]

II-1-2-a. 이용의 대상이 되는 저작물이 공표된 저작물일 것
II-1-2-b. 저작권법 제25조 제2항의 규정에 따른 교육기관 또는 교육지원기관이거나 그 규정에 따른 교육기관에서 교육을 받는 자가 이용하는 경우일 것
II-1-2-c. 교육기관 등에서 수업 또는 수업지원 목적상 필요하다고 인정되는 경우일 것
II-1-2-d. 법에 의하여 허용되는 복제, 전송 등 이용행위의 범위를 넘지 않고, 교육기관 등의 전송의 경우, 불법 이용을 방지하기 위해 필요한 조치를 취할 것
II-1-2-e. 수업목적상 필요한 범위 내에서 원칙적으로 저작물의 일부분만 이

67) 다만, 일정한 경우에 저작재산권자에게 보상금을 지급할 의무를 지게 되는데, 그 내용도 아래에서 함께 살펴본다.

	용하여야 하고, 이용하는 저작물의 종류·용도, 저작물에서 복제물이 차지하는 비중, 복제의 부수 및 이용의 구체적 방법 등에 비추어 저작재산권자의 이익을 부당하게 해치는 경우가 아닐 것
II-1-2-f.	보상금 지급의무(초중등교육법에 의한 고등학교 이하의 학교, 유치원, 장애인 등에 대한 특수교육법에 의한 특수교육기관은 제외)

II-1-2-a. 이용의 대상이 되는 저작물이 공표된 저작물일 것

[설명]

(1) 이 규정에 따라 이용할 수 있는 저작물은 공표된 저작물이어야 하고, 미공표 저작물은 제외된다.

☞ 공표의 의미에 대하여는 I-2-1-a. (4)의 설명을 참고하세요.

(2) 이용할 수 있는 저작물의 종류에는 별다른 제한이 없다. 다만 컴퓨터프로그램저작물에 대하여는 이용조건에 있어서 상당한 차이가 있는데, 그 차이점은 아래의 각 이용조건에 대한 설명에서 언급하는 바와 같다.

II-1-2-b. 저작권법 제25조 제2항의 규정에 따른 교육기관 또는 교육지원기관이거나 그 규정에 따른 교육기관에서 교육을 받는 자가 이용하는 경우일 것

[설명]

(1) **교육기관의 종류(일반 저작물)** : 저작권법 제25조 제2항은 그 적용을 받는 교육기관으로 "특별법에 따라 설립되었거나 「유아교육법」, 「초·중등교육법」또는 「고등교육법」에 따른 학교, 국가나 지방자치단체가 운영하는 교육기관"을 나열하고 있다. 따라서 이 규정의 적용을 받는 교육기관에는

제25조 제1항의 적용대상이 되는 초·중등교육법에 의한 학교 외에 유아교육법에 의한 학교인 유치원[68]과 고등교육법에 의한 대학, 산업대학, 교육대학, 전문대학, 방송대학, 통신대학, 방송통신대학, 기술대학 및 이에 준하는 각종 학교 등과 특별법에 의한 각종 교육기관 등이 포함된다. 특별법에 의한 교육기관은 '평생교육법'에 의한 각종 평생교육기관, '근로자직업능력개발법'에 의한 공공직업훈련시설과 지정직업훈련시설, '산업교육진흥 및 산학협력 촉진에 관한 법률'에 의한 산업교육기관, '장애인 등에 대한 특수교육법'에 의한 특수교육기관 등을 말한다.

또한 법에 특별한 근거가 없더라도 국가 또는 지방자치단체가 운영하는 교육기관이면 이 규정의 적용을 받는 교육기관에 포함되는 것으로 규정하고 있는데, 여기에는 공무원의 각종 교육·연수·훈련 등을 위한 교육기관(중앙 및 지방공무원연수원, 각 시도 교육연수원 등)만이 아니라 국가나 지방자치단체가 특수한 목적을 위하여 운영하는 교육기관도 포함되는 것으로 해석된다.[69]

(2) **교육기관(컴퓨터프로그램저작물의 경우)** : 컴퓨터프로그램저작물에 대한 특칙규정인 법 제101조의 3 제1항 제2호의 규정은 "상급학교 입학을 위한 학력이 인정되거나 학위를 수여하는 교육기관에 한한다"고 명시하고 있으므로 위 교육기관 중 그러한 교육기관이 아닌 경우는 제외된다. 그러나 다른 일반 저작물에 대하여 적용되는 법 제25조 제2항은 그러한 제한을 붙이지 않고 있으므로, 반드시 학력 인정 또는 학위 수여의 교육기관에 한하는 것으로 볼 근거는 없다.

(3) **학원이나 교습소의 경우** : '학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률'에 의하여 설립된 학원이나 교습소는 영리를 목적으로 하여 설립된 시설이므로 특별법에 의하여 설립된 교육기관이라고 보지 아니한다.[70]

---

68) 유아교육법 제7조

69) 허희성(2007), 194면

70) 오승종(2007), 567면; 이해완(2007), 361면; 정상조(주해, 2007) [하상익 집필부분], 490면. 우리 저작권법은 일본 저작권법 제35조("학교 기타의 교육기관(영리를 목적으로 설치된 것을 제외한다)...")와 달리 영리를 목적으로 한 교육기관을 적용대상에서 제외하는 명시적 규정을 두고 있지 않으나, 국제조약, 입법취지 등 여러 가지 고려요소에 비추어 우리

(4) **실제의 이용주체** : 교육기관이 주체라고 하지만 구체적으로는 교사나 교수가 스스로 또는 직원의 보조를 받아 수행하는 형태가 될 것이다.

(5) **교육지원기관** : 이 규정에 의한 '교육지원기관'은 각급 학교 또는 국가나 지방자치단체가 운영하는 교육기관의 '수업 지원'을 목적으로 하는 기관을 뜻한다.[71] 예를 들어 학교나 중앙공무원교육원 등 교육기관의 '수업을 지원'하기 위한 '학습지원센터'등이 이에 해당한다. 또한 해당 교육지원기관 구성원의 신분은 국가공무원법 또는 지방공무원법상의 공무원에 해당되어야 한다. 따라서 그 구성원이 공무원 신분이 아닌 한국교육개발원이나 한국교육학술정보원, 한국교육과정평가원 등은 이에 해당하지 않는다.[72] 또한, 컴퓨터프로그램저작물의 경우에는 교육기관이 아닌 교육지원기관이 허용되는 이용의 주체가 될 수 없다(법 제101조의 3 제1항 제2호 참조).

(6) **교육을 받는 자** : 법 제25조 3항에 의하여, 교육을 받는 자도 이용의 주체가 될 수 있다. 다만 II-1-2-d.에서 보는 바와 같이 교육기관 등이 이용할 수 있는 경우에 비하여 허용되는 행위의 종류에 차이가 있다. 또한, 컴퓨터프로그램저작물의 경우에는 교육을 받는 자가 그 규정에 의하여 허용되는 이용의 주체가 될 수 없다(법 제101조의 3 제1항 제2호 참조).

II-1-2-c. 교육기관 등에서 수업 또는 수업지원 목적상 필요하다고 인정되는 경우일 것

[설명]

(1) **수업의 의의(해당하는 경우들)** : 여기서 말하는 '수업'이란 교과로서의 수

저작권법상으로도 영리를 목적으로 설립된 교육기관은 제외되는 것으로 보는 것이 타당하다고 여겨진다.

71) 문화체육관광부, 한국저작권위원회, 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법을 통합한 개정 저작권법 해설(2009.8)(이하 문화체육관광부 등, 개정 저작권법해설(2009)라고만 표시), 29면 ; 임원선(2009), 214면 참조

72) 문화체육관광부 등, 개정 저작권법해설(2009), 29면

업만이 포함되는 것으로 아주 좁게 해석되지는 않는다. 초중등교육에 있어서는, 특별교육활동인 학교행사(운동회, 수학여행 등), 세미나, 실험·실습, 필수과목으로 되어 있고 교사의 지도를 받는 동아리활동 등도 포함될 수 있고, 대학 등의 고등교육에 있어서는 학점취득이 인정되는 교육활동이 여기에 포함될 수 있는 것으로 보는 것이 유력한 견해이며,[73] 이른바 원격수업도 물론 포함된다. '창의적 체험활동'이나 '방과 후 학습'도 학교교육과정에 따라 학교장의 지휘, 감독 하에 학교 안 또는 밖에서 교수 및 교사에 준하는 지위에 있는 사람에 의해 수행되는 것이라면 수업의 범위에 포함되는 것으로 볼 수 있다.[74] 또한 교사들이 수업을 위해 준비하는 과정(각종 수업자료의 개발, 작성)도 수업의 개념에 포함되며, 수업을 위해 관련 교사 간 자료를 공유하는 과정도 수업의 준비행위로 볼 수 있다. 다만, 공유는 과목 교사들 간의 한정된 범위 안에서 가능하며 일반인들이 접근이 가능한 방식의 공유는 허용되지 않음을 유의하여야 한다.[75]

(2) **수업의 의의(해당하지 않는 경우들)** : 여기서 수업이라 함은 현재 진행되고 있거나 구체적인 수업일시·내용이 정해져 있는 수업만을 의미하는 것이므로, 장차 수업에 사용하려 한다는 등의 추상적인 목적은 본 조항의 적용범위에서 제외된다.[76] 그리고 학생들이 자율적으로 수행하는 과외활동도 수업의 범위에 포함되지 않는다.[77] 또한 교사(校舍)의 건립이나 환경미화 같은 교육환경의 조성이나 개선을 위한 행위도 포함되지 않으며, 따라서, 학교조경을 위해 미술저작물을 복제하는 것은 이 규정에 의하여 허용되는 행위가 아니다.[78] 그 외에, 다음의 행위들도 수업목적의 이용

73) 오승종(2007), 568면; 정상조(주해, 2007) [하상익 집필부분] 490면; 加戸守行(2006), 258면; 半田·松田(2009) [茶園成樹 집필부분], 266-267면 등
74) 문화체육관광부,"저작권법 제25조제2항 '수업목적'에 대한 재질의"(과학기술기반과, 2010.8.3.)에 대한 회신
75) 문화체육관광부,"저작권법 제25조제2항 '수업목적'에 대한 재질의"(과학기술기반과, 2010.8.3.)에 대한 회신
76) 정상조(주해, 2007) [하상익 집필부분] 490면
77) 오승종(2007), 568면; 정상조(주해, 2007) [하상익 집필부분] 490면; 加戸守行(2006), 258면; 半田·松田(2009) [茶園成樹 집필부분], 266-267면 등
78) 임원선(2009), 215면

행위라고 보기 어렵다.[79]

① 학교의 교육계획에 근거하지 않은 자주적인 활동으로서의 동아리, 동호회, 연구회 등

② 수업과 관계없는 참고자료의 사용

③ 학급통신 · 학교소식 등에의 게재

④ 학교 홈페이지에의 게재

79) 일본의 '저작권법 제35조 가이드라인 협의회'에서 작성, 공표한 "학교 그 밖의 교육기관에 있어서의 저작물의 복제에 관한 저작권법 제35조 가이드라인" 참조

II-1-2-d. 법에 의하여 허용되는 복제, 전송 등 이용행위의 범위를 넘지 않고, 교육기관 등의 전송의 경우, 불법 이용을 방지하기 위해 필요한 조치를 취할 것

[설명]

(1) 일반 저작물의 경우 교육기관이나 교육지원기관은 저작물의 '복제·배포·공연·방송 또는 전송'을 할 수 있고(법 제25조 제2항), 교육을 받는 자, 즉 피교육생은 복제 또는 전송만을 할 수 있다. 교육기관 또는 교육지원기관이나 교육을 받는 자 모두 전송을 할 수 있게 한 것은 원격교육을 활성화하고자 한 것으로서, 이 규정에 따라 교육기관 등도 수업을 듣는 학생들에게 인터넷을 이용하여 강의내용을 전달할 수 있고, 학생들도 과제물 기타 수업관련 자료를 인터넷을 통해 제출할 뿐만 아니라 그것을 다른 학생들과도 공유하여 함께 토론식의 수업을 진행할 수 있다. 그리고 이러한 수업목적 이용의 경우에는 번역 및 개작을 하는 것도 가능하다(법 제36조 제1항). 한편, 피교육생이 저작물의 방송 또는 공연을 하는 것은 제25조 제3항에 의하여 허용되지는 않지만, 비영리 목적 등의 요건을 갖출 경우에는 뒤에서 보는 비영리 목적의 방송 또는 공연에 관한 제한규정에 따라 허용될 수 있다.

☞ 복제, 배포의 개념에 대하여 자세한 것은 I-2-1-e.(1)의 설명을 참고하세요.
☞ 공연의 개념에 대하여 자세한 것은 V-1-a.(1)의 설명을 참고하세요.
☞ 방송 및 전송의 개념에 대하여 보다 자세한 것은 III-2-d.(1)의 설명을 참고하세요.

(2) 컴퓨터프로그램저작물에 대하여는 복제, 배포만을 할 수 있고 그 밖의 이용행위를 하는 것은 허용되지 않으므로(법 제101조의 3 제1항 제2호), 예를 들어 원격교육을 위해 프로그램을 전송하는 등의 행위는 본조에 의하여 허용되는 범위에 속하지 않는다.

(3) 이른바 원격교육 등의 경우와 같이, 교육기관이나 교육지원기관이 법 제

25조 제2항에 따라 저작물의 전송을 하는 경우에는, 다음과 같은 조치를 취하여야 한다(법 제25조 제10항, 시행령 제9조). 다만, 교육을 받는 자, 즉 피교육생이 저작물을 전송할 경우에는 이러한 조치 의무가 없다.

1. 불법 이용을 방지하기 위하여 필요한 다음의 각 목에 해당하는 기술적 조치
   가. 전송하는 저작물을 수업을 받는 자 외에는 이용할 수 없도록 하는 접근제한조치
   나. 전송하는 저작물을 수업을 받는 자 외에는 복제할 수 없도록 하는 복제방지조치
2. 저작물에 저작권 보호 관련 경고문구의 표시
3. 전송과 관련한 보상금을 산정하기 위한 장치의 설치

II-1-2-e. 수업목적상 필요한 범위 내에서 원칙적으로 저작물의 일부분만 이용하여야 하고, 이용하는 저작물의 종류·용도, 저작물에서 복제물이 차지하는 비중, 복제의 부수 및 이용의 구체적 방법 등에 비추어 저작재산권자의 이익을 부당하게 해치는 경우가 아닐 것

[설명]

(1) 교육기관이나 교육을 받는 자의 복제 등 이용은 모두 '수업목적상 필요하다고 인정되는 경우에' 그 필요한 범위 내에서만 인정된다. 따라서 원칙적으로 저작물의 전부를 이용할 수는 없고, '저작물의 일부분'만 이용하여야 한다. 다만 사진·그림 및 시 등과 같이 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 저작물의 전부를 이용하는 것이 부득이한 경우에는 예외적으로 전부를 이용할 수 있다(제25조 제2항 단서).

(2) 컴퓨터프로그램저작물의 경우에는 '저작물의 일부분'을 복제, 배포할 수 있다는 명시적 규정이 없는 대신, "프로그램의 종류·용도, 프로그램에서 복제된 부분이 차지하는 비중 및 복제의 부수 등에 비추어 프로그램의 저작재산권자의 이익을 부당하게 해치는 경우에는 그러하지 아니하다"고

하는 규정(제101조의 3 제1항 단서)을 두고 있다. 그런데 일반 저작물의 경우에도 해석론상 이러한 규정이 적용되는 것과 같은 해석이 이루어지고 있다. 즉 저작물의 종류·용도, 저작물에서 복제된 부분이 차지하는 비중 및 복제의 부수 등에 비추어 저작재산권자의 이익을 부당하게 해치는 경우에는 수업목적을 위한 정당한 이용으로 보기 어렵다고 여겨지고 있다.[80]

(3) 위와 같은 관점에서, 구체적으로 다음과 같은 경우는 수업목적을 위한 정당한 이용으로 보기 어려운 것으로 인정될 가능성이 있다.[81]

① 교사 또는 학생들이 구입하거나 빌려서 이용할 것을 상정하여 시장에 제공되고 있는 것(참고서, 문제집, 대학 교과서 또는 보조교재, 연습서, 교육기관에서의 상영을 목적으로 판매 또는 대여되는 영상물 등)의 구입 등을 대체할 목적으로 복제하는 행위

② 원격 수업에 이용할 수 있도록 하기 위한 목적으로 판매되고 있는 저작물을 허락 없이 복제, 전송하는 행위

③ 본래의 수업목적을 넘는 이용으로서, 예컨대 필요한 기간을 넘어 교실 내 혹은 학교 내의 벽면에 미술저작물을 게시하는 등의 행위

④ 학생 1인당 1부를 초과하여 복제하는 경우

⑤ 복제 후 제본까지 하여 시판되는 책과 동일하게 만들거나 미술, 사진 등 저작물을 감상용이 될 정도의 화질로 인쇄하는 경우

(4) 이 규정에 따라 일반 저작물을 이용할 경우, 출처명시를 할 의무가 있다. 출처명시의무에 대하여 자세한 것은 I-2-1-e. (2)에서 설명한 것이 그대로 적용된다.

---

80) 오승종(2007), 572면; 이해완(2007), 363면; 임원선(2009), 217면 등

81) 오승종(2007), 573면; 加戸守行(2006), 258-259면; 半田・松田(2009) [茶園成樹 집필부분], 268면; 일본의 "학교 그 밖의 교육기관에 있어서의 저작물의 복제에 관한 저작권법 제35조 가이드라인" 등 참조.

II-1-2-f. 보상금 지급의무

[설명]

(1) 교육기관에서의 수업목적 이용과 관련하여서도 일부 면제되는 경우를 제외하고는 교과용 도서에의 이용과 동일한 보상의무가 부여되어 있다.

(2) 면제되지 않는 경우의 보상의무의 성격 및 행사방법 등에 대한 자세한 내용은 II-1-1-e. (1)-(2)에서 설명한 내용이 거의 그대로 적용될 수 있다.

(3) 법 제25조 제4항에 따라 문화체육관광부 장관이 고시한 '수업목적 저작물 이용 보상금 기준'의 내용은 다음과 같다.

〈신 설〉

문화체육관광부고시 제2012-18호

수업목적 저작물 이용 보상금 기준

문화체육관광부고시 제2011-17호(2011.4.28.)를 개정하여 수업목적 저작물 이용 대한 보상금 기준을 다음과 같이 고시합니다.

2012년 4월 27일
문화체육관광부장관

1. 관련근거 : 저작권법 제25조 제2항, 제4항~제10항, 동법 시행령 제2조~제9조

2. 적용기간 : 2011년 1월 1일부터 차기 개정일까지 적용

3. 적용범위 : 저작권법 제25조 제2항에 따른 수업 목적상 필요하다고 인정되는 경우에 공표된 저작물의 일부분을 복제·배포·공연·방송·전송 이용 단, 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추

어 저작물의 전부를 이용하는 것이 부득이한 경우는 전부를 이용 가능

4. 적용대상 : 특별법에 따라 설립되었거나 「고등교육법」에 따른 학교

5. 납부방법 : 위와 같은 저작물 이용의 경우, 저작권자의 사전 허락을 받을 필요는 없으나, 사후에 아래 기준에 따라 사단법인 한국복사전송권협회(저작권법 제25조 제5항에 의거 문화체육관광부장관에 의해 지정된 보상금 수령단체)에 납부

6. 보상금 기준

1) 보상금 기준

납부자	이용형태	산정방식 및 납부 기준액 (납부자가 아래 방식 중 선택)	
		종량방식	포괄방식
대학교	저작권법상 복제·배포·전송·방송·공연 (단, 중복 산정하지 않음)	ㅇ 어문:A41쪽 분량당 7.7원 - 파워포인트는 1매당 3.8원 ㅇ 이미지: 1건당 7.7원 ㅇ 음악: 1곡당 42원 ㅇ 영상물: 5분 이내 176원 * 어문 저작물의 1% 이내, 음악 및 영상 저작물의 5% 이내(최대 30초) 이용의 경우는 보상금 대상에서 제외	종량방식 기준에 기초하여 수령단체와 납부자가 협의하여 산정하되, 포괄산정에 따른 비용절감과 연차별 조정계수 (2014년까지 할인)를 감안하여 학생 1인당 연간 기준금액은 다음을 참고함. ㅇ 일반대 1,879원 ('11)~3,132원('15) ㅇ 전문대 1,704원 ('11)~2,840원('15) ㅇ 원격대 1,610원 ('11)~2,684원('15)

2) 기준에 대한 해석

ㅇ "대학교"는 「고등교육법」제2조 제1호부터 제7호까지의 대학교 및 이와 유사한 학교를 포함

ㅇ "일반대"는 고등교육법 제2조 각 호의 학교 중 수업연한이 4년 이상

6년 이하의 학교와 같은 법 제30조에 의한 대학원대학교를 포함

- "전문대"는 고등교육법 제2조 각 호의 학교 중 수업연한이 2년 이상 3년 이하의 학교
- "원격대"는 고등교육법 제2조 제5호에 해당하는 학교
- "종량방식"은 저작물의 이용량(복제·배포·전송인 경우에는 저작물의 총 이용횟수, 방송·공연인 경우에는 당해 수업에 참여한 대상 시청자 수)에 따른 보상금 지급방식
- "포괄방식"은 이용 학생 수에 따른 보상금 지급방식으로, '15년부터 100% 적용을 목표로 하여 '11년 60%, '12년 70%, '13년 80%, '14년 90%의 조정계수를 적용하여 보상금 산정
- 방송대 등 설립목적이 특수한 대학의 경우 "포괄방식"의 기준 금액 감면 가능
- 산정방식(종량 또는 포괄) 및 납부 기준액은 납부자가 선택하되, 수령단체가 공지한 기한 내 납부자가 선택하지 않을 경우 문화체육관광부 장관의 승인을 받아 수령단체가 결정
- 영상물의 5분 이내의 사용은 5분으로 보며, 초과 이용은 10초당 10원씩 가산
- 저작권법시행령 제2조에 따라 이용자가 이용내역을 제출하되, 구체적인 이용내역 제출 방식은 보상금 수령단체와 별도 협의
- 보상금은 보상금수령단체인 한국복사전송권협회에서 수령하여 저작권자에게 분배함
- 보상금 기준 고시 이후 2개월 이내에 저작권자는 별지 1호 서식에 따라 대학수업에서 저작물을 무료로 이용하는 것에 대한 보상금 청구권 포기 동의서를 한국복사전송권협회에 제출할 수 있으며, 이 경우 보상금을 감액 징수하거나 보상금 분배시 무료 이용분에 대해 환급 정산함
- 한국복사전송권협회와 대학교는 공동으로 대학에서의 저작물 이용에 대한 실태조사를 정기적으로 실시하여 보상금 기준 고시 개정 및 분배 정산에 활용함

7. 참고사항

ㅇ "수업 목적"이란 해당 교육기관의 재학생을 대상으로 하는 교육과정으로서 기관장의 관리 감독 하의 대면수업 또는 이에 준하는 원격수업에 제공할 목적을 말함

- 교육기관의 저작물 이용 중, 교과과정 이외의 학습 또는 일반인 대상 특별강좌 등에서의 저작물 이용은 "수업 목적"의 범위를 벗어나므로 저작권자로부터 별도로 사전 이용허락을 받아야 함

ㅇ 대학 교수 등의 개별적인 연구 활동은 "수업 목적"에 포함되지 않음

- 그러나, 공표된 저작물을 영리를 목적으로 하지 아니하고 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 경우에는 그 이용자는 이를 복제할 수 있음. 다만, 공중의 사용에 제공하기 위하여 설치된 복사기에 의한 복제는 그러하지 아니함 (저작권법 제30조)

ㅇ '프로그램 저작물'은 본 기준 고시의 적용 대상이 아님

- '프로그램 저작물'에 대해서는 별도로 저작권법 제101조의3 제1항 제2호에 의거, 동 조의 요건에 해당하는 경우에는 저작권자 허락을 받지 아니하고 이용할 수 있으며, 이에 대해서는 보상금 납부 의무가 없음

- 위 요건에 해당하지 않는 경우에 대해서는 교육 목적이라 하더라도 원칙적으로 저작권자의 이용허락을 받아야 함

※ 저작권법 제101조3항(프로그램저작재산권의제한) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 목적상 필요한 범위에서 공표된 프로그램을 복제 또는 배포할 수 있다. 다만, 프로그램의 종류·용도, 프로그램에서 복제된 부분이 차지하는 비중 및 복제의 부수 등에 비추어 프로그램의 저작재산권자의 이익을 부당하게 해치는 경우에는 그러하지 아니하다.

2.「유아교육법」, 「초·중등교육법」, 「고등교육법」에 따른 학교 및 다른 법률에 따라 설립된 교육기관(상급학교 입학을 위한 학력이 인정되거나 학위를 수여하는 교육기관에 한한다)에서 교육을 담당하는 자가 수업과정에 제공할 목적으로 복제 또는 배포하는 경우

*【예시】학교 수업에서 프로그램 소스코드 등을 사용할 수는 있으나, 상업용 S/W를 복제하여 학생들에게 배포 또는 전송하는 행위 등은 불가

II-2. 시험문제로서의 복제

[저작권법 규정]

제32조 (시험문제로서의 복제)

학교의 입학시험 그 밖에 학식 및 기능에 관한 시험 또는 검정을 위하여 필요한 경우에는 그 목적을 위하여 정당한 범위에서 공표된 저작물을 복제·배포할 수 있다. 다만, 영리를 목적으로 하는 경우에는 그러하지 아니하다.

제36조 (번역 등에 의한 이용)

① 제25조, 제29조, 제30조 또는 제35조의3에 따라 저작물을 이용하는 경우에는 그 저작물을 번역·편곡 또는 개작하여 이용할 수 있다.

② 제23조·제24조·제26조·제27조·제28조·제32조 또는 제33조에 따라 저작물을 이용하는 경우에는 그 저작물을 번역하여 이용할 수 있다.

제37조 (출처의 명시)

① 이 관에 따라 저작물을 이용하는 자는 그 출처를 명시하여야 한다. 다만, 제26조, 제29조 부터 제32조까지, 제34조 및 제35조의2의 경우에는 그러하지 아니하다.

② 출처의 명시는 저작물의 이용 상황에 따라 합리적이라고 인정되는 방법으로 하여야 하며, 저작자의 실명 또는 이명이 표시된 저작물인 경우에는 그 실명 또는 이명을 명시하여야 한다.

제37조의2 (적용 제외)

프로그램에 대하여는 제23조·제25조·제30조 및 제32조를 적용하지 아니한다.

제62조 (배타적발행권의 양도 · 제한 등)

① 배타적발행권자는 저작재산권자의 동의 없이 배타적발행권을 양도하거나 또는 질권의 목적으로 할 수 없다.② 배타적발행권의 목적으로 되어 있는 저작물의 복제 등에 관하여는 제23조,제24조,제25조제1항부터 제3항까지,제26조 부터 제28조까지,제30조 부터 제33조까지,제35조제2항 및 제3항,제35조의2,제35조의3,제36조 및 제37조를 준용한다.

제63조의2 (준용)

제58조 부터 제62조까지는 출판권에 관하여 준용한다. 이 경우 "배타적발행권"은"출판권"으로, "저작재산권자"는"복제권자"로 본다.

제87조 (저작인접권의 제한)

① 저작인접권의 목적이 된 실연·음반 또는 방송의 이용에 관하여는 제23조,제24조,제25조제1항부터 제3항까지,제26조 부터 제32조까지,제33조제2항,제34조,제35조의2,제35조의3,제36조 및 제37조를 준용한다.

제101조의3 (프로그램의 저작재산권의 제한)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 목적상 필요한 범위에서 공표된 프로그램을 복제 또는 배포할 수 있다. 다만, 프로그램의 종류·용도, 프로그램에서 복제된 부분이 차지하는 비중 및 복제의 부수 등에 비추어 프로그램의 저작재산권자의 이익을 부당하게 해치는 경우에는 그러하지 아니하다.

5. 「초·중등교육법」, 「고등교육법」에 따른 학교 및 이에 준하는 학교의 입학시험이나 그 밖의 학식 및 기능에 관한 시험 또는 검정을 목적(영리를 목적으로 하는 경우를 제외한다)으로 복제 또는 배포하는 경우

시험 또는 검정을 위해 필요한 경우로서 다음의 조건을 갖출 경우에는 저작물등을 권리자의 허락 없이 자유롭게 이용할 수 있고, 그 이용행위를 저작권, 배타적발행권, 출판권, 저작인접권 등의 침해행위로 보지 아니한다.

[요약]

II-2-a. 공표된 저작물을 이용할 것

II-2-b. 시험 또는 검정을 위해 필요한 경우에 그 목적을 위해 정당한 범위 안에서 복제·배포하는 것일 것

II-2-c. 영리를 목적으로 하지 않을 것

II-2-a. 공표된 저작물을 이용할 것

[설명]

(1) 이 규정에 의하여 이용할 수 있는 저작물에는 어문, 음악, 미술, 사진, 건축 등 모든 종류의 저작물이 포함된다. 컴퓨터프로그램에 대하여는 위와 같이 별도 규정으로 되어 있으나 그 요건에 별다른 차이는 없기 때문에 동일한 이용조건 하에 이용할 수 있다고 생각해도 좋을 것이다.

(2) 다만 어느 종류의 저작물이든 그것이 공표된 것이어야 하고, 아직 공표되지 않은 저작물은 이 규정에 의한 자유이용의 대상이 되지 아니한다. 공표의 의미는 I-2-1-a. (4)에서 자세히 설명한 바와 같다.

II-2-b. 시험 또는 검정을 위해 필요한 경우에 그 목적을 위해 정당한 범위 안에서 복제·배포하는 것일 것

[설명]

(1) 시험 또는 검정은 학교의 입학시험뿐만 아니라 다른 기관에서 치르는 시험이나 검정이더라도 학식 및 기능에 관한 것이면 여기에 포함된다. 컴퓨터프로그램저작물의 경우도 마찬가지이다.[82] 입사시험 등의 선발시험, 모의 테스트 등의 학력평가시험, 운전면허시험 등의 기능검증 등이 모두 여기에 해당한다.

(2) 나아가 "시험 또는 검정을 위해 필요한 경우"라고 하는 것은, 예를 들어 입학시험에서 국어에 대한 이해능력을 알아보기 위한 국어문제로 소설의 일부나 시 등의 문예작품을 인용한 후 그 주제나 표현기법 등에 대하여 출제하는 경우나 영어시험에서 독해능력을 테스트하기 위해 미국 작가의 수필 중 일부를 출제하는 것 또는 음악 문제로서 악보를 제시하는 경우 등이 이에 해당한다.[83]

(3) 컴퓨터프로그램의 경우에는 법 제101조의 3 제1항 단서에서 "프로그램의 종류·용도, 프로그램에서 복제된 부분이 차지하는 비중 및 복제의 부수 등에 비추어 프로그램의 저작재산권자의 이익을 부당하게 해치는 경우에는 그러하지 아니하다"고 규정하고 있으나, 일반 저작물의 경우에는 그러한 규정이 없다. 그러나 일반 저작물의 경우에도 시험문제 제작에 필요한 범위를 넘어서서 저작물 전체를 복제하여 이용하는 등의 행위는 원칙적으로 허용되지 않는 것으로 보고 있다.[84] 다만 짧은 시나 도표, 그래프 등에 대하여는 시험의 목적상 저작물의 전부를 복제할 필요가 있다고 인정되는 경우도 있을 수 있다.[85]

(4) 이 규정의 적용을 받기 위해서는 시험문제 그 자체로서 복제하여야 한

82) 컴퓨터프로그램저작물에 관한 제101조의 3 제5호는 제32조와 그 표현에 있어서 약간의 차이가 있으나 동일한 취지를 다르게 표현한 것에 불과하다고 볼 수 있다.
83) 이해완(2007), 432면; 허희성(2007), 246면
84) 오승종(2007), 669면 등
85) 半田·松田(2009) 2巻 [九石拓也 집필부분], 277면

다.[86] 따라서 입학시험에 출제된 문제를 모아 복제하여 시험문제집(기출문제집)을 작성하는 등의 행위나 예상문제집에 싣기 위해 복제하는 경우는 여기에 포함되지 않는다. 그 경우에는 문제집에 복제되는 저작물의 저작권자로부터 이용허락을 받아야 한다.[87] 입시문제를 모아서 수험생의 참고를 위해 홈페이지에 게재하는 행위, 대학의 입시문제를 신문에 게재하는 행위 등도 마찬가지로 별도의 이용허락 없이 할 경우 저작재산권 침해가 될 수 있다.[88]

(5) 허용되는 행위는 "복제·배포"만 규정되어 있으므로 복제 및 배포 외에 예컨대 '전송'을 하는 것은 이 규정에 의한 허용범위에 포함되는 것으로 보기 어렵다. 따라서 1:1이나 극소수의 제자들을 대상으로 한 것이어서 공중을 대상으로 한 것으로 보기 어려운 경우를 제외하고는 인터넷 등의 온라인 매체를 이용하여 시험을 볼 경우 이 규정에 의한 자유이용의 혜택을 보기가 어렵다. 다만 학교교육을 목적으로 하여 교육기관 등이 저작물을 전송하는 것이 일정한 요건 하에 허용된다는 것은 II-1-2에서 설명한 바와 같다. 그러한 교육목적의 이용에는 교육을 위한 '시험 또는 검정의 실시'도 포함될 수 있고, 따라서 온라인 시험의 실시도 그 규정에 따라서 일정한 범위 내에서 허용된다고 볼 수 있다. 다만 그 경우에는 보상금 지급의무가 면제되는 일부 경우를 제외하고는 보상금 지급의무가 있다는 것은 II-1-2-e에서 설명한 바와 같다.

(6) 이 규정에 의한 일반 저작물(컴퓨터프로그램 제외)의 이용 시에 그 저작물을 번역하여 이용할 수는 있다(법 제36조 제2항). 개작을 하는 것은 허용되지 않고(다만 시험문제의 특성에 따라 필요적절하다고 인정되는 범위 내의 변형은 가능하다. 예컨대 일부 단어를 삭제하고 그 자리에 괄호

86) 일본 저작권법 제36조는 "당해 시험 또는 검정의 문제로서" 복제하는 등의 행위에 대하여 적용할 것임을 법문상 명확히 하고 있으나, 우리 법은 그렇지 않다. 그러나 해석상으로는 동일하게 보고 있다.

87) 황적인·정순희·최현호(1990), 296면; 장인숙(1989), 99면; 허희성(2007), 246면; 임원선(2009), 240,241면; 오승종(2007), 667면; 이해완(2007), 432-433면; 加戸守行(2006), 264면

88) 半田·松田(2009) 2巻 [九石拓也 집필부분], 277면

를 둔 다음 수험생들로 하여금 그 괄호 안을 맞는 단어로 채워 넣도록 하는 출제방법을 취하는 것은 다른 내용상의 변경이 없는 한 허용될 수 있다.), 시험문제의 특성상 출처명시의무는 면제된다(법 제37조 제1항 단서).

II-2-c. 영리를 목적으로 하지 않을 것

[설명]

(1) 여기에서 말하는 "영리의 목적"은 특히 좁은 개념으로 해석되어, 시험을 치르는 것 자체가 직접적으로 영리를 목적으로 하는 것만을 의미하는 것으로 보고 있다.[89] 시험의 실시를 업으로 하는 회사나 단체가 수험료를 받고 실시하는 시험이나 시험문제 출제를 대행해 주는 것을 업으로 하는 대행사가 출제하는 것 등이 여기에 해당한다.[90] 따라서 그러한 경우에는 비록 시험의 출제에 이용하는 경우라 하더라도 사전 허락 없이 타인의 저작물을 이용할 경우 저작권침해가 성립할 수 있다. 이 경우 개별적인 이용허락을 받는 것이 시험의 특성상 곤란하다면, 집중관리단체 또는 주요 출판사 등으로부터 포괄적 이용허락을 받을 필요가 있을 것이다.

(2) 영리의 목적을 좁은 개념으로 보는 입장의 논리적 귀결로서, 다음의 경우들은 영리의 목적으로 하지 않는 경우로 인정되고, 따라서 이 규정에 의한 자유이용이 허용될 가능성이 많다.

① 영리기업인 주식회사의 입사시험을 출제대행기관에 맡기지 않고 스스로 출제하여 시행하는 경우[91]

② 사설 학원에서 학습 내지 수업에 부수하여 시행하는 평가시험, 모의시험 등[92]

---

89) 이해완(2007), 433면; 허희성(2007), 139면; 오승종(2007), 669면
90) 장인숙(1989), 99면; 이해완(2007), 433면
91) 허희성(2007), 247면; 오승종(2007), 669면; 임원선(2009), 240면
92) 허희성(2007), 247면; 정상조(주해, 2007) [김병일 집필부분], 557면

III. 언론 및 방송과 관련된 저작물의 공정이용

여기에서는 언론 및 방송과 관련된 저작물의 이용에 대하여 살펴본다. 우리 저작권법 중 이와 관련된 조항으로는 사실의 전달에 불과한 시사보도의 저작권보호를 부정한 저작권법 제7조 제5호와 시사보도를 위한 이용에 관한 제26조, 시사적인 기사 및 논설의 전재 등에 관한 제27조, 방송사업자의 일시적 녹음·녹화에 관한 제34조 등이 있다. 아래에서 순서대로 살펴보기로 한다.

III-1. 사실의 전달에 불과한 시사보도의 이용

[저작권법 규정]

제7조 (보호받지 못하는 저작물)
다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것은 이 법에 의한 보호를 받지 못한다.
1.- 4. (생략)
5. 사실의 전달에 불과한 시사보도

위 규정에서 말하는 '사실의 전달에 불과한 시사보도'는 저작권법에 의한 보호를 받지 못하므로 자유롭게 이용할 수 있다.

[설명]

(1) 원래 저작물은 인간의 사상 또는 감정을 창작성 있게 표현한 것을 말하므로 단순한 사실의 전달에 불과한 기사는 원래 저작물이 아니라고 할 수 있다. 저작권법 제7조 제5호의 규정은 그와 같이 원래 저작물로 보호될 수 없는 것을 확인하는 취지의 규정일 뿐인 것으로 이해되고 있으므로, 보도 기사 등의 경우에도 인간의 사상 또는 감정을 창작성 있게 표현한 것으로 인정될 수 있는 경우에는 제7조의 적용을 받지 않고, 저작권 보호를 받을 수 있다. 그러한 경우라면 저작권자인 언론사 등의 사전

허락을 받아야만 저작물로서의 기사를 복제 등의 방법으로 이용할 수 있다.

(2) 일반적으로 다음의 경우에는 별다른 의문의 여지없이 '사실의 전달에 불과한 시사보도'에 해당하는 것으로 볼 수 있고, 따라서 자유이용의 대상이 되는 것으로 보고 있다.

① 단순한 사망기사 또는 부고 기사

② 단순한 인사이동만을 기재한 기사

③ 단순한 서훈의 사실만을 기재한 기사

④ 일기예보

(3) 그 밖의 보도기사의 경우에는 그 기사가 6하원칙에 입각하여 간결하고 정형적으로 작성한 것으로서 사실의 배열 및 문장 표현 등에 있어서 저작자의 개성이 드러날 만한 것이 없는지 여하에 따라 그러한 개성이 드러날 여지가 없는 것은 '사실의 전달에 불과한 시사보도'에 해당하는 것으로 보고, 그렇지 않은 것은 어문저작물 또는 편집저작물에 해당하여 보호를 받을 수 있는 것으로 보게 된다. 이 기준에 의하여 판단할 때 저작권보호 여부를 판단하기가 애매한 한계적 영역이 있을 수 있다. 아주 짧고 간결한 문구로 사건·사고 등을 알리는 기사 외에는 저작물로 보호되지 않는다고 단정하기 어려운 경우가 많을 것이다.

(4) 해설기사나 논평기사의 경우에는 별다른 의문 없이 저작권보호의 대상이 되는 것으로 본다.

(5) 보도사진도 '사실의 전달에 불과한 시사보도'에 해당할 수 있다는 취지의 판례(아래 [참고판례])가 있으나, 보도사진의 경우에는 사진 촬영에 있어서 피사체의 선택, 구도의 결정, 광량의 조절, 앵글의 조정, 단추를 누르는 순간적 기회의 포착 등에 촬영자의 개성이 표출될 여지가 많고 보도목적으로 촬영한 경우라 하더라도 위와 같은 부분에 창작성이 인정될 가능성이 많으므로, 결국 저작권 보호를 받는 사진저작물이 될 가능성이 많고, '사실의 전달에 불과한 시사보도'라고 명확하게 판단할 수 있는 경우는 드물 것이다.[93] 그리고 그 점은 보도용 동영상의 경우도 마찬가지일

것이다.

(6) 온라인 언론에서 보도기사의 비교적 짧은 헤드라인으로 간단히 주요 사실만 추출하여 제시하는 경우에 그 헤드라인은 "사실의 보도에 불과한 시사보도"에 해당할 가능성이 많다.[94]

[참고판례]

대법원 2006. 9.14. 선고 2004도5350 판결

저작권법 제7조는 “다음 각 호의 1에 해당하는 것은 이 법에 의한 보호를 받지 못한다.”고 규정하여 일정한 창작물을 저작권법에 의한 보호대상에서 제외하면서 제5호에 ‘사실의 전달에 불과한 시사보도’를 열거하고 있는바, 이는 원래 저작권법의 보호대상이 되는 것은 외부로 표현된 창작적인 표현 형식일 뿐 그 표현의 내용이 된 사상이나 사실 자체가 아니고, 시사보도는 여러 가지 정보를 정확하고 신속하게 전달하기 위하여 간결하고 정형적인 표현을 사용하는 것이 보통이어서 창작적인 요소가 개입될 여지가 적다는 점 등을 고려하여, 독창적이고 개성 있는 표현 수준에 이르지 않고 단순히 ‘사실의 전달에 불과한 시사보도’의 정도에 그친 것은 저작권법에 의한 보호대상에서 제외한 것이라고 할 것

93) 참고로, 송영식·이상정, 저작권법개설(제5판), 세창출판사, 2009(이하 송영식·이상정(2009)이라고만 표시), 104면은 보도사진은 "사실의 전달에 불과한 시사보도"에서 제외되는 것으로 보고 있다. 일본에서도 보도사진이나 TV에 보도되는 뉴스 영상은 일본 저작권법상의 "사실의 전달에 불과한 잡보 및 시사의 보도"에 해당하지 않는 것으로 보는 견해가 유력하다. 半田·松田(2009) 1巻 [生駒正文 집필부분], 572면

94) 東京地裁 平成16年 3月24日 判決 平１４（ワ）２８０３５号 ('요미우리 온라인' 사건): YOL 표제(헤드라인)는 그 성질상 간결한 표현에 의해, 보도의 대상이 되는 뉴스기사의 내용을 독자에게 전하기 위해서 표기되는 것으로서 표현의 선택의 폭이 넓다고는 할 수 없는 점, YOL 표제는 25자라고 하는 자수의 제한 내에서 작성되어 많아도 20자 미만의 자수로 구성되어 있어 이 점으로부터도 선택의 폭은 넓다고 할 수 없는 점, YOL 표제는 YOL 기사 속의 말을 그대로 이용하거나 이것을 단축한 표현이나 그것에 극히 짧은 수식어를 부가한 것에 지나지 않는 점이 인정되므로 이러한 사실에 비추어본다면, YOL 표제는 YOL 기사로 기재된 사실을 가려내어 기술한 것으로 해석하여야 하는 것이서서 저작권법 제10조 제2항 소정의 「사실의 전달에 지나지 않는 잡보 및 시사의 보도」(저작권법 10조 2항)에 해당하는 것으로 인정된다.

이다.

그런데 기록에 편철된 연합뉴스사의 기사 및 사진 사본에 의하면, 주식회사 A의 편집국장이던 피고인이 일간신문인 B를 제작하는 과정에서 복제한 공소사실 기재 각 연합뉴스사의 기사 및 사진 중에는 단순한 사실의 전달에 불과한 시사보도의 수준을 넘어선 것도 일부 포함되어 있기는 하나, 상당수의 기사 및 사진은 정치계나 경제계의 동향, 연예·스포츠 소식을 비롯하여 각종 사건이나 사고, 수사나 재판 상황, 판결 내용, 기상 정보 등 여러 가지 사실이나 정보들을 언론매체의 정형적이고 간결한 문체와 표현 형식을 통하여 있는 그대로 전달하는 정도에 그치는 것임을 알 수 있어, 설사 피고인이 이러한 기사 및 사진을 그대로 복제하여 B 신문에 게재하였다고 하더라도 이를 저작재산권자의 복제권을 침해하는 행위로서 저작권법 위반죄를 구성한다고 볼 수는 없다 할 것이다.

그렇다면 원심으로서는 공소사실 기재 각 연합뉴스사의 기사 및 사진의 내용을 개별적으로 살펴서 그 중 단순한 '사실의 전달에 불과한 시사보도'의 정도를 넘어선 것만을 가려내어 그에 대한 복제 행위에 대하여만 복제권 침해행위의 죄책을 인정하였어야 할 것임에도 불구하고, 이러한 조치 없이 공소사실 기재 각 연합뉴스사의 기사 및 사진 복제 행위에 대하여 모두 복제권 침해행위의 죄책을 인정한 것은, 저작권법의 보호대상이 되는 저작물의 범위에 대한 법리를 오해하였거나 심리를 다하지 않은 위법을 범한 것이라 할 것이고, 이러한 위법은 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다.

III-2. 시사보도를 위한 이용

[저작권법 규정]

제26조 (시사보도를 위한 이용)

방송·신문 그 밖의 방법에 의하여 시사보도를 하는 경우에 그 과정에서 보이거나 들리는 저작물은 보도를 위한 정당한 범위 안에서 복제·배포·공연 또는 공중송신할 수 있다.

제36조 (번역 등에 의한 이용)

① 제25조, 제29조, 제30조 또는 제35조의3에 따라 저작물을 이용하는 경우에는 그 저작물을 번역·편곡 또는 개작하여 이용할 수 있다.

② 제23조·제24조·제26조·제27조·제28조·제32조 또는 제33조에 따라 저작물을 이용하는 경우에는 그 저작물을 번역하여 이용할 수 있다.

제37조 (출처의 명시)

① 이 관에 따라 저작물을 이용하는 자는 그 출처를 명시하여야 한다. 다만, 제26조, 제29조 부터 제32조까지, 제34조 및 제35조의2의 경우에는 그러하지 아니하다.

② 출처의 명시는 저작물의 이용 상황에 따라 합리적이라고 인정되는 방법으로 하여야 하며, 저작자의 실명 또는 이명이 표시된 저작물인 경우에는 그 실명 또는 이명을 명시하여야 한다.

제62조 (배타적발행권의 양도 · 제한 등)

① 배타적발행권자는 저작재산권자의 동의 없이 배타적발행권을 양도하거나 또는 질권의 목적으로 할 수 없다.② 배타적발행권의 목적으로 되어 있는 저작물의 복제 등에 관하여는 제23조,제24조,제25조제1항부터 제3항까지,제26조 부터 제28조까지,제30조 부터 제33조까지,제35조제2항 및 제3항,제35조의2,제35조의3,제36조 및 제37조를 준용한다.

제63조의2 (준용)
제58조 부터 제62조까지는 출판권에 관하여 준용한다. 이 경우 "배타적발행권"은"출판권"으로, "저작재산권자"는"복제권자"로 본다.

제87조 (저작인접권의 제한)
① 저작인접권의 목적이 된 실연·음반 또는 방송의 이용에 관하여는 제23조,제24조,제25조제1항부터 제3항까지,제26조 부터 제32조까지,제33조제2항,제34조,제35조의2,제35조의3,제36조 및 제37조를 준용한다.

시사보도를 위한 이용으로서 다음의 조건을 모두 충족하는 경우에는 권리자의 허락을 받지 않아도 저작물등을 자유롭게 이용할 수 있고, 그러한 이용이 저작권, 배타적발행권, 출판권, 저작인접권 등의 침해가 되지 아니한다.

[요약]
III-2-a. 방송·신문 그 밖의 방법에 의하여 시사보도를 하는 경우일 것
III-2-b. 시사보도를 하는 과정에서 보이거나 들리는 저작물 등을 이용하는 경우일 것
III-2-c. 보도를 위한 정당한 범위 안에서의 이용일 것
III-2-d. 복제·배포·공연 또는 공중송신 등의 방법으로 이용할 것

III-2-a. 방송·신문 그 밖의 방법에 의하여 시사보도를 하는 경우일 것

[설명]
(1) '그 밖의 방법'이라고 하는 것에는 방송 또는 신문과 같이 시사보도의 매체로 인정되는 것을 말하는 것으로서, 잡지와 인터넷신문 등이 여기에 포함되는 것으로 볼 수 있을 것이다.[95)]

(2) 어떠한 사건이나 사실을 알리는 행위가 '시사보도'에 해당하는지 여부의 판단은 그렇게 엄격하지 않다. 대개의 경우 언론기관에서 사람들의 관심사라는 이유로 보도를 한 이상 시사보도라고 보는 데 별 문제는 없을 것이다. 보도의 영역도 정치, 경제, 사회, 문화, 예술, 스포츠, 연예 등 모든 분야에 걸친 것으로 볼 수 있다.[96]

III-2-b. 시사보도를 하는 과정에서 보이거나 들리는 저작물 등을 이용하는 경우일 것

[설명]

(1) 저작물이 공표된 것일 것을 조건으로 하는 것은 아니다. 즉, 아직 공표된 적이 없는 저작물이라도 그것이 시사보도의 과정에서 보이거나 들리는 것이면 이 규정에 의하여 이용할 수 있다. 그러나 이 경우에는 저작자의 공표권을 침해하지 않도록 특히 주의하여야 한다. 이와 관련하여, 저작물이 존재하는 사건현장에 관한 취재의 동의가 당해 저작물의 공표에도 동의한 것으로 인정되는 경우에는 미공표저작물이 시사보도의 과정에서 이용되는 것도 허용되지만, 그러한 동의가 전혀 없음이 명백하거나 취재에 관한 동의가 없었던 경우에는 공표권의 침해가 성립할 수 있다고 하는 견해[97]가 있는가하면, 취재과정 또는 보도 직전에 저작자의 삭제요구 등 보도에 대한 이의가 있었다면 자유이용이 허용되어서는 안 된다는 견해[98]도 있다.

☞ 공표의 의미에 대하여는 이 가이드라인 I-2-1-a. (4)의 설명을 참고하세요.

95) 허희성(2007), 207은 "법문상 방송과 신문 등을 예시하고 그 밖의 방법이라고 하였으므로 그 밖의 방법에는 잡지 등의 정기간행물이 있다."고 설명하고 있다.
96) 이형하, "저작권법상의 자유이용", 지적소유권에 관한 제문제(하), 재판자료 제57집, 법원행정처, 1992(이하 이형하(1992)라고만 표시), 348면 ; 이해완(2007), 365면
97) 정상조(2004), 376면; 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분] 503면
98) 이형하(1992), 350면

(2) 저작물이 시사보도의 과정에서 보이거나 들린다는 것은 "보도되고 있는 사건의 현장에 있는 저작물이 방송이나 신문 등에 부수적, 우발적으로 복제되는 것"을 말한다. 그 전형적인 사례로는 회화전시회의 개최상황을 보도하거나 명화 도난사건을 보도할 때 보도화면에 전시된 그림이 보이는 것과 체육대회 입장식을 라디오나 TV로 보도할 때 행진곡의 연주가 들리는 것 등을 들 수 있다.[99)]

(3) 사건현장을 촬영한 보도용 사진 자체는 사건보도의 과정에서 보이는 저작물이 아니므로 본조에 의하여 이용할 수 있는 저작물이 아니다.[100)]

(4) 예를 들어 미술관에 걸려 있던 명화가 도난당한 사건을 보도할 경우에 도난당한 명화는 시사보도의 과정에서 자연스럽게 보이는 저작물이 아니라 의도적으로 과거의 영상자료를 찾아서 이용하여야 도난당한 그 명화의 영상을 보여 줄 수 있을 것이다. 그러한 경우에 도난당한 명화의 과거 영상은 "시사보도를 하는 과정에서 보이거나 들리는 저작물"이라고 보기 어려우므로, 법 제26조에 따라 이용할 수는 없고, '공표된 저작물의 인용'에 관한 법 제28조[IV의 설명 참조]를 적용하여 허용 여부를 결정하여야 할 것으로 보는 견해가 많다.[101)]

III-2-c. 보도를 위한 정당한 범위 안에서의 이용일 것

[설명]

(1) 보도를 위한 정당한 범위 안에서의 이용인지 여부는 사회적 통념과 시사보도의 관행에 비추어서 합리적으로 판단하여야 한다. 시사보도에 사용하는 경우라도 취재를 기화로 의도적으로 취재대상의 배경에 등장하는 저작물에 초점을 맞추어 이를 감상용으로 제공하는 등의 경우라면 보도를

99) 허희성(2007), 208면; 이해완(2007), 365면
100) 허희성(2007), 208면; 이해완(2007), 365면; 加戸守行(2006), 288면 등
101) 이형하(1992), 349면; 오승종(2007), 584면; 이해완(2007), 365-366면 [반대: 허희성(2007), 207면]

위한 정당한 범위 내에서의 이용이라고 할 수 없다.

(2) 보도를 위한 정당한 범위를 벗어난 예로는 다음과 같은 경우들을 들 수 있다.

① 연극 상연을 방송으로 보도하는 경우에 그 보도를 위한 목적을 넘어서서 장시간 방송하는 경우

② 자선 콘서트를 보도하면서 연주된 음악을 전부 들려주는 경우[102)]

③ 미술전람회를 방문한 유명인사의 동정을 보도하면서 그 전람회에 전시된 모든 작품을 방송하는 경우[103)]

④ 잡지에 실린 사진과 관련한 보도를 잡지에 실으면서 칼라로 된 양질의 사진을 이용하여 3면에 걸친 화보 형식으로 구성한 경우(대법원 판례)[104)]

(3) 이 규정에 의하여 보도의 대상이 되었다고 하더라도 보도 이외의 목적을 위하여 이용하는 것이 허용되는 것은 아니다. 가령 타인의 저작물이 포함된 장면을 보도가 끝난 뒤 비디오테이프에 수록하거나 또는 화집 등으로 만들어 시판하는 것은 허용되지 않는다.[105)]

III-2-d. 복제·배포·공연 또는 공중송신 등의 방법으로 이용할 것

[설명]

(1) 허용되는 이용의 방법에는 복제·배포·공연 및 공중송신이 포함된다. 공중송신의 개념에는 방송, 전송, 디지털음성송신 등이 포함된다. 이에 따라 신문이나 잡지에 게재하여 배포하거나 방송을 하는 것 외에 인터넷 신문 또는 온라인 신문에 게재하는 것, 웹캐스팅으로 인터넷 방송을 하는 것 등이 모두 허용된다.

---

102) 이상, 이해완(2007), 366면
103) 오승종(2007), 586면 참조
104) 대법원 1990.10.23. 선고 90다카8845 판결
105) 이형하(1992), 349, 350면 ; 이해완(2007), 366면; 加戸守行(2006), 289면

'공중송신', '방송', '전송', '디지털음성송신' 등의 개념

[공중송신]

저작권법상 '공중송신'은 "저작물, 실연·음반·방송 또는 데이터베이스(이하 "저작물등"이라 한다)를 공중이 수신하거나 접근하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것을 말한다"고 정의되어 있다(법 제2조 제7호).

이러한 공중송신의 개념은 2006년 개정 저작권법에서 신설된 개념으로 방송, 전송 및 디지털음성송신 등의 송신행위를 포괄하는 개념이다. 원래는 방송권과 전송권이 별도의 지분권으로 인정되었으나 개정법에서, 보다 상위의 개념으로서 공중송신의 개념과 함께 공중송신권이 신설되게 되어, 종전의 방송권 및 전송권은 모두 공중송신권에 속하게 되었다.

[방송]

공중송신 중 '방송'은 공중이 동시에 수신하게 할 목적으로 음·영상 또는 음과 영상 등을 송신하는 것을 말한다(법 제 2조 제8호).

'방송'은 공중송신에 포함되고, 공중송신은 저작물등을 공중이 수신하거나 접근하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것을 말하므로, 결국 '방송'에는 유선방송과 무선방송이 모두 포함됨을 알 수 있다. 공중파방송(TV, 라디오)만이 아니라 CATV, 위성방송, DMB 등이 포함된다.

방송은 수신의 동시성을 가지고 있는 점에서, 이시성(異時性)을 가진 전송과 구별된다. 적어도 음의 송신에 있어서는 송신이 공중의 요청에 의하여 개시되는 경우, 즉 쌍방향성을 가진 경우를 제외하는 개념이라는 점에서 그러한 쌍방향성을 가지는 음의 송신으로서 수신의 동시성을 가진 디지털음성송신과 구별된다.

한편, 방송은 '공연'과도 구별되어야 할 개념이다. 저작권법은 공연을 "동일인의 점유에 속하는 연결된 장소 안에서 이루어지는 송신"을 포함하는 것으로 정의하고 있으므로(법 제2조 제3호), 그러한 장소적 기준에

의하여 공연과 명확히 구별된다. 즉 서로 연결되지 않은 여러 장소로의 송신이나 연결된 공간이라고 하더라도 그 점유자가 서로 다르다면 그여러 곳으로의 송신은 방송에 해당하고 공연에는 해당하지 않는다. 연결된 장소의 점유자가 동일할 경우에 그 장소 안에서 유선 또는 무선으로 송신하는 것은 방송이 아니라 공연이라고 보게 된다.

[전송]

공중송신 중 '전송'은 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함한다(법 제2조 제10호). 여기서 "공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록"이라는 표현에는 수신의 이시성(異時性)이라는 요소가 내포되어 있는 것으로 볼 수 있다. 그 점에서 수신의 동시성을 요소로 하는 방송 및 디지털음성송신과 명백히 구분된다.

"이용에 제공"한다는 것은 실제의 송신이 이루어지기 전이라도 예를 들어 온라인상의 웹사이트나 그 게시판에 어떤 저작물을 올려 두기만 하면, '전송'을 한 것으로 본다는 것을 의미한다. 그러한 이용제공행위가 있게 되면 그 이후 누군가가 웹사이트에 접속하거나 '클릭' 등의 동작을 취할 경우 기계적으로 송신이 이루어지게 되는데, 저작권법이 전송에 대하여 위와 같이 "...저작물등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함한다"라고 정의하고 있는 것은, 그러한 기계적인 송신과정보다 이용제공행위 자체가 중요하다는 관점에서 그것을 전송의 주된 개념으로 하고 그러한 기계적 송신은 부수적 개념으로 규정한 것으로 볼 수 있다.[106] 이러한 '이용제공'을 포함한 전송의 여러 개념요소들에 비추어 볼 때, 수신자 측의 접속 없이도 송신자 측에서 사전에 일정한 분야를 지정하여 기사를 팩스로 보내 주는 클리핑 서비스와 같은 경우는 '전송'의 개념에 해당한다고 보기 어렵다.[107]

한편, 전송과 공연의 구별기준도 수신의 이시성 여부에 있다. 즉 동일인의 점유에 속하는 연결된 장소 안에서 이루어지는 송신은 방송이 아

니라 공연에 해당할 수 있음은 위에서 본 바와 같은데, 그러한 송신이라고 하더라도 VOD(Video on Demand) 서비스와 같이, 수신의 이시성(異時性)이 인정될 경우에는 전송에 해당하는 것으로 볼 수 있고, 전송에 해당할 경우는 공연의 개념에서 제외되는 것으로 법에서 명시하고 있으므로(제2조 제3호 괄호 안의 부분), 결국 그 경우에는 공연에 해당하지 않고 전송에만 해당하는 것으로 보게 된다.

또한 전송은 공중이 수신하게 할 것을 목적으로 하는 것이어야 하므로, '공중'을 대상으로 하지 않은 행위, 예를 들어 특정한 개인에게 이메일을 보내는 것 또는 가족만 가입하는 비공개 까페에 글을 올리는 것 등은 전송에 해당하지 않는다. 다만, 동일한 저작물이 자동적으로든 수동적으로든 반복되어서 다수의 사람에게 발송된다면, 이는 전송에 해당하는 하는 것으로 보아야 할 것이다.[108)]

아래에서 보는 실시간 웹캐스팅의 경우를 빼고는, 공중을 대상으로 인터넷에 저작물을 올리는 거의 대부분의 행위는 이용자가 자신이 선택한 시간에 이용할 수 있다는 점에서 '이시성'을 가지고 있고, 따라서 전송에 해당하는 것으로 보아야 할 것이다. 스트리밍 방식을 이용하더라도 실시간 웹캐스팅이 아니라 주문형으로 서비스가 제공되는 경우에는 전송에 해당한다.

[디지털음성송신]

공중송신 중 '디지털음성송신'은 2006년 개정법에서 신설된 개념으로서, "공중송신 중 공중으로 하여금 동시에 수신하게 할 목적으로 공중의 구성원의 요청에 의하여 개시되는 디지털 방식의 음의 송신을 말하며, 전송을 제외한다"고 정의되어 있다(제2조 제11호). 실시간 웹캐스팅의 경우와 같이, 이용자가 동일한 시간에는 동일한 음악 등을 청취하는 구조로 되어 있다는 점에서 수신의 '동시성'을 갖춘 것으로서, '음의 송신'에 한정된 개념이다. 여기서 "공중의 구성원의 요청에 의하여 개시되는 디지털 방식의...송신"이라고 하는 것이 바로 인터넷 등의 쌍방향적 매체에 의한 송신을 가리키는 것이라 할 수 있다. 즉, 이 경우에 수신자

의 입장에서는 모든 수신자가 동시에 같은 내용을 수신하지만, 그 송신 자체는 일방향적으로 이루어지는 것이 아니라 수신자의 웹사이트 접속 등에 의한 구체적인 요청에 의하여 개시되는 쌍방향성를 가지고 있다는 점에서 방송의 경우와 차이점이 있는 것이다.

'디지털음성송신'은 위와 같이 '음의 송신'에만 한정된 개념이므로, 음만이 아니라 영상을 함께 송신하는 경우는 제외된다. 그와 같이 영상을 함께 송신하는 경우 또는 영상만을 송신하는 실시간 웹캐스팅의 경우가 저작권법상 어떤 개념에 해당할지에 대하여는 아직 명확하게 말하기 어렵다. 즉 이러한 경우가 '영상의 송신'을 제외하는 개념인 '디지털음성송신'에 해당하지 않고 수신의 이시성(異時性)을 요하는 '전송'에도 해당하지 않음은 명백하나, 그것이 방송에 해당할지, 공중송신 중 기타의 영역에 해당할지에 대하여는 법문상으로 명백하지 않고, 학설도 나뉘고 있다.[109)]

[방송, 전송, 디지털음성송신 등의 구별기준]

공중송신 중 방송, 전송, 디지털음성송신의 구별기준을 다시한번 정리해 보면 다음과 같다.

먼저 수신의 동시성/이시성을 기준으로 이시성을 가진 전송과 동시성을 가진 경우들로 구분되고, 그 다음 동시성을 가진 경우들 중에서 수신자의 송신요청 등을 기준으로 하여 방송과 디지털음성송신 등으로 나누어지는 것으로 볼 수 있는데, 그것을 도표로 정리해 보면 다음과 같다.

<table>
<tr><th></th><th colspan="2">수신의 동시성</th><th>수신의 이시성</th></tr>
<tr><td rowspan="2">수신자의 송신 요청에 의하여 송신 개시(쌍방향성)</td><td>음의 송신</td><td>디지털음성송신</td><td rowspan="2">전송</td></tr>
<tr><td>영상의 송신 포함</td><td>기타의 공중송신 또는 방송(견해 대립)</td></tr>
<tr><td>수신자의 송신 요청과 무관하게 송신 개시(일방향성)</td><td colspan="2">방송</td><td></td></tr>
</table>

예를 들어 '인터넷방송'이라는 이름을 가지고 사업을 하더라도, 실제 그 사업에서 수행하는 서비스가 이용자가 자신이 선택한 시간에 다운로드 받는 경우이거나 스트리밍방식이라 하더라도 자신이 선택한 시간에 시청할 수 있도록 하는 주문형 서비스(On Demand Service)의 특성을 가지고 있다면, 방송이 아니라 전송에 해당한다. 따라서 TV에 방송된 내용을 인터넷에서 '다시보기' 서비스로 제공하는 것과 인터넷 영화관 등의 서비스는 모두 전송에 해당한다.

역시 스트리밍 방식을 이용한 실시간 웹캐스팅의 경우는 음의 송신'만 이루어지는 것이면, 저작권법적으로는 방송이나 전송이 아니라 디지털음성송신[110]에 해당한다. 지상파방송을 동시에 웹으로 시청할 수 있게 하는 "지상파방송 동시 웹캐스팅"(Simulcast)도 음의 송신만을 내용으로 하는 것이면 디지털음성송신에 해당하며, 모바일(핸드폰, 스마트폰) 을 통한 무선 서비스도 여기에 포함될 수 있다.

---

106) 오승종(2007), 446면 참조

107) 오승종(2007), 444면 참조

108) 임원선(2009), 129면

109) 예컨대, 이해완(2007), 312면은 공중송신 중 기타의 영역에 해당한다는 입장을 취하고 있고, 임원선(2009), 132면은 방송에 해당한다는 입장을 취하고 있다. 한편, 오승종(2007), 452면은 "영상물을 포함하는 웹캐스팅은 방송의 범주에 포함시켜 보호받을 수 있게 되었다는 것이 법개정을 주도한 문화관광부의 입장이다"라고만 언급하면서, 심동섭, "개정 저작권법 해설", 계간 저작권(2006. 겨울), 저작권심의조정위원회, 48-49면을 인용하고 있다. 실제로, 심동섭국장의 위 논문은 그러한 입장을 밝히고 있다. 그러나 그것이 당시 문화관광부의 입장이라고까지 할 수 있을지는 의문이다. 문화관광부, 『2005- 개정저작권법 설명자료』10면 이하의 자료에 의하면, 방송의 특징은 제시된 도표 상으로 [동시성 0, 쌍방향성 X, 주문형 X]로 표시되고, 그에 해당하는 사례로는 지상파방송, 케이블방송, 위성방송, DMB만이 들어지고 있고 있는데, 이에 의하면, 실시간 웹캐스팅의 경우는 쌍방향성이 있으므로, 방송에 포함되지 않게 된다.

한편, IPTV에 대하여도, 매체의 쌍방향적 속성은 마찬가지이므로 비슷한 견해대립이 있을 수 있다. 참고로, 문화체육관광부가 주최하고, 한국저작권위원회가 주관한 저작권 법체계 선진화를 위한 '저작권포럼 워크샵'의 자료집(2009.12.)에 실린 한국 저작권위원회 법정책연구실이 준비한 참고자료(동 자료집 27면)에서는 IPTV의 법적 성격과 관련하여 "IPTV의 실시간 방송은 수신자가 동일한 방송 프로그램을 동일한 시간대에 수신하는 '동시성'을 가지는 한편, IPTV를 수신하기 위해서는 수신자가 먼저 수신자의 수신정보(IP)를 보내야 하는 '송신요청'이 먼저 있는 점에서 개념상 방송이나 전송보다는 '디지털음성송신'에 가까움. 다만, 디지털음성송신은 음의 송신인데 반하여 IPTV는 음과 영상을 같이 송신하는 것이므로 엄밀하게는 디지털음성송신에 해당하지 않고 방송과 전송 중간의 제3의 유형의 공중송신에 해당한다고 할 수 있음"이라고 하고 있다.

110) 저작권법 제2조 제11호: "디지털음성송신"은 공중송신 중 공중으로 하여금 동시에 수신하게 할 목적으로 공중의 구성원의 요청에 의하여 개시되는 디지털 방식의 음의 송신을 말하며, 전송을 제외한다.

(2) 다른 요건들을 모두 충족할 경우 이용자는 그 저작물을 번역하여 이용할 수도 있으나(법 제36조 제2항), 편곡이나 개작을 하는 것은 허용되지 않는다.

☞ 개작의 의미 등에 대하여는 I-2-1-e. (1)의 설명을 참고하세요.

(3) 이 규정에 의한 이용의 경우는 출처명시의무가 면제되어 있다(법 제37조 제1항 단서).

(4) 본 조의 조건을 충족하지 못한 경우이더라도 보도 목적을 위한 저작물의 이용으로서 저작권법 제28조(공표된 저작물의 인용)의 요건을 충족하는 경우에는 권리자의 허락이 없더라도 자유롭게 이용할 수 있다.

☞ 공표된 저작물의 인용에 대하여는 이 가이드라인의 IV.부분을 참고하세요.

III-3. 시사적인 기사 및 논설의 전재 등

[저작권법 규정]

제27조 (시사적인 기사 및 논설의 복제 등)

정치·경제·사회·문화·종교에 관하여 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조의 규정에 따른 신문 및 인터넷신문 또는 「뉴스통신진흥에 관한 법률」 제2조의 규정에 따른 뉴스통신에 게재된 시사적인 기사나 논설은 다른 언론기관이 복제·배포 또는 방송할 수 있다. 다만, 이용을 금지하는 표시가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

제36조 (번역 등에 의한 이용)

① 제25조, 제29조, 제30조 또는 제35조의3에 따라 저작물을 이용하는 경우에는 그 저작물을 번역·편곡 또는 개작하여 이용할 수 있다.

② 제23조·제24조·제26조·제27조·제28조·제32조 또는 제33조에 따라 저작물을 이용하는 경우에는 그 저작물을 번역하여 이용할 수 있다.

제37조 (출처의 명시)

① 이 관에 따라 저작물을 이용하는 자는 그 출처를 명시하여야 한다. 다만, 제26조, 제29조 부터 제32조까지, 제34조 및 제35조의2의 경우에는 그러하지 아니하다.

② 출처의 명시는 저작물의 이용 상황에 따라 합리적이라고 인정되는 방법으로 하여야 하며, 저작자의 실명 또는 이명이 표시된 저작물인 경우에는 그 실명 또는 이명을 명시하여야 한다.

제62조 (배타적발행권의 양도 · 제한 등)

① 배타적발행권자는 저작재산권자의 동의 없이 배타적발행권을 양도하거나 또는 질권의 목적으로 할 수 없다.② 배타적발행권의 목적으로 되어 있는 저작물의 복제 등에 관하여는 제23조,제24조,제25조제1항부터 제3항까지,제26조 부터 제28조까지,제30조 부터 제33조까지,제35조제2항 및 제3항,제35조의2,제35조의3,제36조 및 제37조

를 준용한다.

제63조의2 (준용)

제58조 부터 제62조까지는 출판권에 관하여 준용한다. 이 경우 "배타적 발행권"은"출판권"으로, "저작재산권자"는"복제권자"로 본다.

제87조 (저작인접권의 제한)

① 저작인접권의 목적이 된 실연·음반 또는 방송의 이용에 관하여는 제23조,제24조,제25조제1항부터 제3항까지,제26조 부터 제32조까지, 제33조제2항,제34조,제35조의2,제35조의3,제36조 및 제37조를 준용한다.

시사적인 기사 및 논설을 전재하는 등의 행위가 다음의 조건을 충족할 경우에는 권리자의 허락을 받지 않은 경우에도 저작권, 출판권, 저작인접권 등의 침해가 되지 아니한다.

[요약]

III-3-a. 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조의 규정에 따른 신문 및 인터넷 신문 또는 「뉴스통신진흥에 관한 법률」 제2조의 규정에 따른 뉴스통신에 게재된 것을 이용할 것

III-3-b. 이용하는 저작물이 정치·경제·사회·문화·종교에 관한 시사적인 기사 및 논설에 해당할 것

III-3-c. 다른 언론기관이 이용하는 경우일 것

III-3-d. '복제·배포 또는 방송' 등의 방법으로 이용하는 경우로서 그 출처를 명시할 것

III-3-e. 이용금지의 표시가 없을 것

III-3-a. 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조의 규정에 따른 신문 및 인터넷신문 또는 「뉴스통신진흥에 관한 법률」 제2조의 규정에 따른 뉴스통신에 게재된 것을 이용할 것

[설명]

(1) 관련법에 의하면, '신문'이란 정치·경제·사회·문화·산업·과학·종교·교육·체육 등 전체 분야 또는 특정 분야에 관한 보도·논평·여론 및 정보 등을 전파하기 위하여 같은 명칭으로 월 2회 이상 발행하는 간행물로서 ① 정치·경제·사회·문화 등에 관한 보도·논평 및 여론 등을 전파하기 위하여 매일 발행하는 간행물인 일반일간신문, ② 산업·과학·종교·교육 또는 체육 등 특정 분야(정치를 제외한다)에 국한된 사항의 보도·논평 및 여론 등을 전파하기 위하여 매일 발행하는 간행물을 뜻하는 특수일간신문, ③ 정치·경제·사회·문화 등에 관한 보도·논평 및 여론 등을 전파하기 위하여 매주 1회 발행하는 간행물(주 2회 또는 월 2회 이상 발행하는 것을 포함한다)을 뜻하는 일반주간신문, ④ 산업·과학·종교·교육 또는 체육 등 특정 분야(정치를 제외한다)에 국한된 사항의 보도·논평 및 여론 등을 전파하기 위하여 매주 1회 발행하는 간행물(주 2회 또는 월 2회 이상 발행하는 것을 포함한다)을 뜻하는 특수주간신문을 포함하는 개념이다.[111]

(2) 관련법에 의하면, '인터넷신문'이란 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치와 통신망을 이용하여 정치·경제·사회·문화 등에 관한 보도·논평 및 여론·정보 등을 전파하기 위하여 간행하는 전자간행물로서 독자적 기사 생산과 지속적인 발행 등 대통령령으로 정하는 기준을 충족하는 것을 말한다.[112]

111) 신문 등의 진흥에 관한 법률 제2조 제1호
112) 신문 등의 진흥에 관한 법률 제2조 제2호

※ '인터넷신문'의 기준[113)]

1. 일반적인 경우, 다음의 두 가지 요건을 충족하여야 '인터넷신문'으로 인정될 수 있다.
   ① 독자적인 기사 생산을 위한 요건으로서 다음의 두 가지 요건을 모두 충족할 것
   i) 취재 인력 2명 이상을 포함하여 취재 및 편집 인력 3명 이상을 상시적으로 고용할 것
   ii) 주간 게재 기사 건수의 100분의 30 이상을 자체적으로 생산한 기사로 게재할 것
   ② 지속적인 발행요건으로서 주간 단위로 새로운 기사를 게재할 것
2. 다음 ①-③의 경우 중 하나에 해당하는 자의 계열회사가 ①-③의 자가 생산하는 기사를 인터넷을 통하여 일반에 제공하는 경우에는 자체적으로 생산한 기사가 100분의 30 미만인 경우에도 위 1. ① ii)의 기준을 충족한 것으로 본다.
   ① 신문사업자
   ② 잡지 또는 기타간행물을 발행하는 자
   ③ 뉴스통신사업을 영위하는 자

(3) 관련법에 의하면, "뉴스통신"이란 전파법에 의하여 무선국의 허가를 받거나 그 밖의 정보통신기술을 이용하여 외국의 뉴스통신사와 뉴스통신계약을 체결하고 국내외의 정치·경제·사회·문화·시사 등에 관한 보도·논평 및 여론 등을 전파함을 목적으로 행하는 유무선을 포괄한 송수신 또는 이를 목적으로 발행하는 간행물을 말한다.[114)]

(4) 위와 같은 신문, 인터넷신문, 뉴스 통신 외에, 잡지에 게재된 것과 방송된 것은 이 규정에 의한 이용대상에서 제외되어 있다. 관련법에 의하면, '잡지'란 정치·경제·사회·문화·시사·산업·과학·종교·교육·체육

113) 신문 등의 진흥에 관한 법률 시행령 제2조
114) 뉴스통신진흥에 관한 법률 제2조 제1호

등 전체분야 또는 특정분야에 관한 보도 · 논평 · 여론 및 정보 등을 전파하기 위하여 동일한 제호로 월 1회 이하 정기적으로 발행하는 책자 형태의 간행물을 말한다.[115] 결국 신문과 잡지의 구별 기준은 월 1회 이하 발행되는 것인지, 월 2회 이상 발행되는 것인지에 있음을 알 수 있다.

III-3-b. 이용하는 저작물이 정치·경제·사회·문화·종교에 관한 시사적인 기사 및 논설에 해당할 것

[설명]

(1) 정치·경제·사회·문화·종교에 관한 것의 범위는 넓게 해석되고 있다. 시사적인 기사 및 논설이라면 정치·경제·사회·문화·종교의 어느 하나에 걸리지 않는 것이 거의 없을 것이므로, 이러한 분야의 나열이 별다른 제한적인 의미를 가지는 것은 아니다.[116]

(2) '시사적'이라고 하는 것은 원래 최근 일어난 일과 관련된 것을 의미하나, 과거에 일어난 일이어도 최근의 사건이나 논의 등과의 관계 속에서 다루어지면 여기에 해당할 수 있다. 예를 들어 '6.25전쟁'에 관하여 논하는 논설이라고 하더라도 그것이 현재 6.25전쟁을 어떤 관점으로 바라보아야 하는가에 대한 의견표명이라면 '시사적'인 논설에 해당할 수 있다고 볼 수 있을 것이다.[117]

(3) 전재 등으로 이용하는 시점에 그 이용되는 기사나 논설이 '시사적'인 것으로 볼 수 있어야 하므로, 처음 게재될 때는 시사적인 기사나 논설이었어도 그 후 일정한 시간이 경과하여 시사성을 완전히 상실한 때에는 이 규정에 의하여 전재 등을 할 수 없는 것으로 보아야 할 것이다.[118]

(4) '논설' 또는 '기사'가 대상이 될 수 있는 것으로 규정되어 있으므로, 작성

115) 잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률 제2조 제1호 가목
116) 오승종(2007), 687면; 半田·松田(2009) 2巻 [伊藤眞 집필부분], 325면; 加戸守行(2006), 280면
117) 半田·松田(2009) 2巻 [伊藤眞 집필부분], 325면 참조
118) 이해완(2007), 369면; 임원선(2009), 223면

자의 주장이나 제언 등을 담은 '논설'만이 아니라 그 밖의 어떤 형태의 기사라 하더라도 '시사적'인 것인 한 이 규정에 의한 이용의 대상이 될 수 있다.[119]

III-3-c. 다른 언론기관이 이용하는 경우일 것

[설명]

(1) '언론기관'만이 이 규정에 의한 이용의 주체가 될 수 있으므로, 언론기관의 지위를 갖지 아니한 기업이나 일반 국민 등은 이 규정에 의한 저작물 이용을 할 수 없다.

(2) 법률상 '언론기관'에 해당하는 것에는, 텔레비전 및 라디오 방송사, 신문사업자, 잡지 등 정기간행물 사업자, 뉴스통신사업자, 인터넷언론사 등이 포함된다.[120] 일반 출판사도 포함되지 않으므로 일반 출판사가 시사적인 논설이나 기사를 편집하여 책으로 출판할 경우에는 이 규정이 적용되지 않아 저작권자의 사전 허락이 반드시 필요하다.[121]

III-3-d. '복제·배포 또는 방송' 등의 방법으로 이용하는 경우로서 그 출처를 명시할 것

[설명]

(1) '복제·배포 또는 방송'의 방법으로 이용하는 경우이어야 하므로, 종이매체로서의 신문이나 잡지 등에의 전재, TV나 라디오 방송에서의 이용 등은 가능하나, 인터넷신문 등 온라인 매체를 통해 '전송'하는 것은 허용되지 않는다. 웹캐스팅을 통한 비주문형의 실시간 방송으로서 디지털음성송

119) 오승종(2007), 588면 참조. '논설'만을 대상으로 규정한 일본 저작권법 제39조의 해석과는 다른 부분이다.
120) 공직선거법 제82조 참조
121) 이해완(2007), 369면

신[122]에 해당하는 방법 등도 허용되지 않는다.

(2) 단순한 '인용'이 아니라 '전재' 등을 허용하는 취지의 규정이므로, 시사적인 논설이나 기사의 일부분만 이용하여야 하는 것으로 보지 않고, 해당 논설이나 기사 등을 그대로 전부 복제하여 이용하는 것도 무방한 것으로 보고 있다.[123] 방송의 경우에도 해당 기사의 영상을 그대로 전부 보여주어도 무방하다.

(3) 위 규정에 의하여 복제 등의 방법으로 이용할 경우에 그 내용을 번역하여 이용할 수도 있다(법 제36조 제2항). 즉, 외국의 신문 등에 실린 시사적인 기사 및 논설을 번역하여 전재하는 것도 이 규정의 다른 조건을 갖춘 경우라면 가능하다.

(4) 위 규정에 따라 저작물을 이용할 때에는 그 출처를 명시하여야 한다.

☞ 출처명시의무에 대해서는 이 가이드라인 I-2-1-e. (2)의 설명을 참고하세요.

III-3-e. 이용금지의 표시가 없을 것

[설명]

(1) 법 제27조 단서는 "다만, 이용을 금지하는 표시가 있는 경우에는 그러하지 아니하다"고 규정하여 이용금지 표시가 없을 것을 요건으로 하고 있다. 따라서 다른 모든 요건을 갖추었어도 해당 기사 또는 논설에 대하여 '이용금지의 표시'가 있는 경우에는 이 규정에 의한 이용을 할 수 없다.

(2) '이용을 금지하는 표시'에서의 '이용'이란 일반적인 의미에서의 이용을 말하는 것이 아니라 이 규정에 의한 이용의 금지를 뜻하는 것으로 보아야 한다. 일반적으로 허락 없는 이용을 금지하는 것은 바로 저작권 보호를

122) 저작권법 제2조 제11호: "디지털음성송신"은 공중송신 중 공중으로 하여금 동시에 수신하게 할 목적으로 공중의 구성원의 요청에 의하여 개시되는 디지털 방식의 음의 송신을 말하며, 전송을 제외한다.

123) 半田·松田(2009) 2巻 [伊藤眞 집필부분], 326면 참조

의미하는 것이고, 그것은 저작물인 한 당연한 것이므로 본조의 단서에 해당하는 표시라고 보기 어렵기 때문이다. 그런 관점에서 ⓒ 표시와 '모든 권리 유보(all rights reserved)' 등의 표시는 이 규정에서 말하는 '이용금지 표시'에 해당하지 않는 것으로 보는 견해가 많다.[124]

(3) 간단하게는 '전재금지(轉載禁止)'라고만 표시하면 위 규정에서 말하는 '이용금지 표시'에 해당하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 문자적으로만 생각하면 '전재금지'에는 방송의 경우는 제외된 것처럼 보일 수도 있으나 그 취지는 방송의 경우를 포함하여 본조에 의한 이용을 금지하는 뜻으로 이해할 수 있을 것이다.[125]

(4) '이용금지의 표시'가 있어 이 규정에 따른 전재 등을 할 수 없는 경우라 하더라도 저작권법 제28조의 '공표된 저작물의 인용'에 관한 규정에 따라서 '인용'을 하는 것은 그 규정의 요건을 충족하는 한 허용된다.

☞ 공표된 저작물의 인용에 관해서는 이 가이드라인 IV의 설명을 참고하세요.

124) 임원선(2009), 223-224면; 송영식·이상정(2009), 200면; 이해완(2007), 370면

125) 이해완(2007), 370면; 加戸守行(2006), 282면; 참조 ; 半田·松田(2009) 2巻 [伊藤眞 집필부분], 327면

III-4. 방송사업자의 일시적 녹음·녹화

[저작권법 규정]

제34조 (방송사업자의 일시적 녹음·녹화)

① 저작물을 방송할 권한을 가지는 방송사업자는 자신의 방송을 위하여 자체의 수단으로 저작물을 일시적으로 녹음하거나 녹화할 수 있다.

② 제1항의 규정에 따라 만들어진 녹음물 또는 녹화물은 녹음일 또는 녹화일로부터 1년을 초과하여 보존할 수 없다. 다만, 그 녹음물 또는 녹화물이 기록의 자료로서 대통령령이 정하는 장소에 보존되는 경우에는 그러하지 아니하다.

제37조 (출처의 명시)

① 이 관에 따라 저작물을 이용하는 자는 그 출처를 명시하여야 한다. 다만, 제26조, 제29조 부터 제32조까지, 제34조 및 제35조의2의 경우에는 그러하지 아니하다.

② 출처의 명시는 저작물의 이용 상황에 따라 합리적이라고 인정되는 방법으로 하여야 하며, 저작자의 실명 또는 이명이 표시된 저작물인 경우에는 그 실명 또는 이명을 명시하여야 한다.

제87조 (저작인접권의 제한)

① 저작인접권의 목적이 된 실연·음반 또는 방송의 이용에 관하여는 제23조,제24조,제25조제1항부터 제3항까지,제26조 부터 제32조까지, 제33조제2항,제34조,제35조의2,제35조의3,제36조 및 제37조를 준용한다.

방송사업자의 일시적 녹음·녹화는 다음의 조건을 충족하는 경우에 저작재산권이나 저작인접권의 침해가 되지 아니한다.

[요약]

III-4-a. 저작물을 방송할 권한을 가지는 방송사업자가 녹음 또는 녹화하는 경우일 것

III-4-b. 자신의 방송을 위하여 하는 것일 것

III-4-c. 자체의 수단으로 하는 것일 것

III-4-d. 일시적 녹음녹화일 것

III-4-a. 저작물을 방송할 권한을 가지는 방송사업자가 녹음 또는 녹화하는 경우일 것

[설명]

(1) 방송사업자만이 이 규정에 의한 이용의 주체가 될 수 있다. 저작권법상 방송사업자란 방송을 업으로 하는 자를 말한다(법 제2조 제9호). 그리고 "방송"은 공중송신 중 공중이 동시에 수신하게 할 목적으로 음·영상 또는 음과 영상 등을 송신하는 것을 말한다(같은 조 제8호).

예를 들어 '인터넷방송'이라는 이름을 가지고 사업을 하더라도, 실제 그 사업에서 수행하는 서비스가 이용자가 자신이 선택한 시간에 다운로드 받거나, 스트리밍방식이라 하더라도 자신이 선택한 시간에 시청할 수 있도록 하는 주문형 서비스(On Demand Service)의 특성을 가지고 있다면, 방송이 아니라 전송에 해당한다.[126] 이른바 웹캐스팅에 의한 비주문

126) 스트리밍 방식으로 주문형의 음악청취 서비스를 제공한 음악 사이트 운영자가 방송사업자에 해당하는지 여부가 문제된 사건에서 서울지법 2003. 9.30 선고 2003카합2114판결은 "이 사건 음악청취 서비스는 개별적인 이용자들이 서로 다른 시간에 동일한 내용의 음악청취 서비스를 이용할 수 있음을 특징으로 하므로 설령 다수의 이용자가 같은 시간에 동일한 내용의 음악청취 서비스를 받을 가능성이 있다 하더라도 그 이유만으로 저작권법 제2조 제8호의 동시성의 요건을 충족하지는 못하여 방송에 해당한다고 볼 수 없고{구 저작권법(2000. 1. 12. 법률 제6134호로 개정되기 전의 것)은 방송의 개념에 동시성의 요소를 포함시키지 않고 있었는데 저작권법 제2조 제9호의2에 방송과 구별되는 전송의 개념이 새로 규정되면서 방송과 전송을 구별하기 위하여 방송의 개념에 동시성의 요소를 새롭게 포함시켰다}, 현행 저작권법은 방송과 전송의 송신방식이나 정보유통의 특성, 파급력 등에 있어서의 차이 등을 고려하여 전송을 업으로 하는 자에게 방송사업자와 같이 판매용 음반을 사용

형의 실시간 스트리밍서비스도 '음의 송신'만 이루어지는 것이면, 저작권법적으로는 방송이 아니라 디지털음성송신[127]에 해당한다. 따라서 이러한 서비스를 업으로 하는 자는 방송사업자에 해당하지 않는다.

웹캐스팅과 같이 쌍방향성을 가진 인터넷매체를 이용한 비주문형의 서비스 중에서 '음의 송신'만을 내용으로 하지 않고 '영상의 송신'이 포함되는 경우에는 그것이 비주문형이라는 점에서 전송에 해당하지 않고, '영상의 송신'도 포함된 것이라는 점에서 디지털음성송신에 해당하지 않음은 분명하나, 그것이 방송에 해당하는지, 아니면 공중송신 중 기타의 영역에 해당하는지에 대하여는 견해가 나뉘어 있다.[128] 만약 기타의 영역에 해당하는 것으로 본다면, 그러한 서비스를 제공하는 것을 업으로 하는 자를 방송사업자로 볼 수 없지만, 방송에 해당하는 것으로 보는 견해를 취할 경우에는 방송사업자에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.

☞ 공중송신, 방송, 전송, 디지털음송송신 등의 개념에 대하여 보다 자세한 것은 III-2-d.(1)의 설명을 참고하세요.

(2) 방송사업자 중에서도 "저작물을 방송할 권한을 가지는" 방송사업자만 이 규정에 의한 이용의 주체가 될 수 있다. 방송사업자가 '방송할 권한을 가지는' 경우에는 해당 방송사업자가 저작재산권자로부터 방송을 할 수 있는 허락을 받은 경우, 저작권법상 저작재산권 제한규정에 의하여 저작물을 방송할 수 있는 경우, 저작권법 제50조 및 제51조의 규정에 의하여 저작물 이용에 관한 법정허락을 받은 경우, 저작재산권 중 복제(녹음·녹화)권을 제외하고 방송권만을 양도받은 경우 등이 포함된다.[129]

하여 전송할 권리를 부여하는 규정을 두지 않은 이상, 피신청인과 같이 전송을 업으로 하는 자에게 함부로 방송사업자의 지위를 인정할 수는 없"다고 판시하였다.

127) 저작권법 제2조 제11호: "디지털음성송신"은 공중송신 중 공중으로 하여금 동시에 수신하게 할 목적으로 공중의 구성원의 요청에 의하여 개시되는 디지털 방식의 음의 송신을 말하며, 전송을 제외한다.

128) III-2-d.(1)에서도 언급한 바와 같이, 예를 들어, 이해완(2007), 312면은 공중송신 중 기타의 영역에 해당한다는 입장을 취하고 있고, 임원선(2009), 132면은 방송에 해당한다는 입장을 취하고 있다.

(3) 방송사업자가 저작재산권자(방송권자)로부터 방송에 대한 허락만이 아니라 녹음·녹화를 비롯한 복제에 대하여도 허락을 받았다면, 이 규정을 적용할 필요 없이 그 녹음·녹화는 권리자의 이용허락에 기한 적법한 행위가 된다. 이 규정이 적용되는 것은 녹음·녹화에 대한 허락을 받지는 않은 경우이다.[130)]

III-4-b. 자신의 방송을 위하여 하는 것일 것

[설명]

(1) 먼저 방송을 위하여 하는 것이어야 하므로 방송 이외의 다른 목적으로 하는 것은 본조의 요건을 충족하지 못한다.

(2) '자신의' 방송을 위하여 하는 것이어야 하므로 다른 방송사 등의 방송을 위하여 하는 것은 이 규정에 해당하지 않는다. MBC와 같이 서울본사와 지방 방송사가 서로 별개의 법인체로 되어 네트워크를 이루고 있는 경우에는 엄격하게 해석할 때 각 방송국이 자신의 방송을 위하여 하는 경우에 한하여 본조의 요건을 충족하는 것으로 보아야 한다는 견해가 많다.[131)]

III-4-c. 자체의 수단으로 하는 것일 것

[설명]

(1) 방송사업자가 자체의 수단으로 녹음, 녹화하는 경우여야 한다. 이것은, 방송사업자가 자신이 보유하는 시설 또는 설비를 사용하여 자신의 직원에 의하여 녹음, 녹화하는 경우를 말하는 것이다. 그러나 전체적으로 보아 자신

129) 오승종(2007), 673면; 허희성(2007), 252면 등
130) 서달주(2009), 428면
131) 이해완(2007), 437면; 정상조(주해, 2007) [김병일 집필부분], 581면

이 보유한 시설, 설비를 이용하는 것이 중심이라면 일부 시설이나 설비를 빌려서 이용하는 것이 있더라도 이 규정에 해당하는 것으로 볼 수 있다.

(2) 외부의 독립제작사 등에 외주를 주어서 녹음·녹화하게 하는 경우에는 이 규정이 적용될 수 없고[132], 따라서 저작재산권자(복제권자)의 허락 없이는 일시적으로 녹음, 녹화를 할 수 없다.

III-4-d. 일시적 녹음·녹화일 것

[설명]

(1) '일시적'이라고 하여 녹음, 녹화의 매체나 방법에 큰 차이가 있는 것은 아니다. 이후 필요할 때 삭제할 수 있는 방법이기만 하면 무방할 것이다.[133] **여기서 일시적이라고 하는 것은 방송을 위해 녹음 또는 녹화를 한 후 원칙적으로 1년 이하의 기간 동안 보존하는 것이 가능하고, 예외적으로 1년을 초과한 보존도 허용되고 있는 것(아래(2) 참조)에서 볼 수 있듯이 비교적 장기간의 보존을 포함하는 의미이다. 따라서 저작물의 일시적 복제에 관한 저작권법 제35조의 2 또는 컴퓨터의 유지보수를 위한 프로그램의 일시적 복제에 관한 제101조의 3 제2항에서 말하는 '일시적'이라는 말과는 그 의미가 다름을 알 수 있다.**

(2) 이 규정에 따라 만들어진 녹음물 또는 녹화물은 녹음일 또는 녹화일로부터 1년을 초과하여 보존할 수 없다(법 제34조 제2항 본문). 다만, 그 녹음물 또는 녹화물이 기록의 자료로서 ① 기록의 보존을 목적으로 국가 또는 지방자치단체가 설치·운영하는 시설 또는 ② 방송용으로 제공된 녹음물 또는 녹화물을 기록의 자료로 수집·보존하기 위하여 방송사업자가 운영하거나 그의 위탁을 받아 녹음물 등을 보존하는 시설에 보존되는 경

132) 허희성(2007), 143면; 오승종(2007), 674면; 이해완(2007), 437면; 정상조(주해, 2007) [김병일 집필부분], 582면; 서달주(2009), 429면; 加戸守行(2006), 297면; 半田·松田(2009) 2巻 [小松陽一郎 집필부분], 364면

133) 半田·松田(2009) 2巻 [小松陽一郎 집필부분], 365면 참조.

우에는 1년을 초과하여 보존하는 것이 허용된다(같은 항 단서, 저작권법 시행령 제16조). "기록의 자료로 수립·보존하기 위한 목적의 범위 내에서만 허용되므로, 그것을 넘어서서 다른 목적으로 녹음물 또는 녹화물을 사용하거나 복제, 배포하는 등의 행위는 허용되지 않고, 권리자의 허락 없이 그러한 행위를 할 경우, 저작재산권 및 저작인접권의 침해가 성립할 수 있다.[134)]

(3) 이 규정에 의한 자유이용의 경우는 그 성격상 출처명시의무는 면제된다(법 제37조 제1항). 번역이나 편곡, 개작 등의 이용은 당연히 허용되지 아니한다.

134) 허희성(2007), 254면; 정상조(주해, 2007) [김병일 집필부분], 583면

Ⅳ. 공표된 저작물의 인용에 의한 공정이용

저작권법 제28조는 공표된 저작물의 인용에 관하여 규정하고 있다. 아래에서 이 규정에 의한 공정이용의 조건에 대하여 살펴본다.

[저작권법 규정]

제28조 (공표된 저작물의 인용)

공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다.

제36조 (번역 등에 의한 이용)

① 제25조, 제29조, 제30조 또는 제35조의3에 따라 저작물을 이용하는 경우에는 그 저작물을 번역·편곡 또는 개작하여 이용할 수 있다.

② 제23조·제24조·제26조·제27조·제28조·제32조 또는 제33조에 따라 저작물을 이용하는 경우에는 그 저작물을 번역하여 이용할 수 있다.

제37조 (출처의 명시)

① 이 관에 따라 저작물을 이용하는 자는 그 출처를 명시하여야 한다. 다만, 제26조, 제29조 부터 제32조까지, 제34조 및 제35조의2의 경우에는 그러하지 아니하다.

② 출처의 명시는 저작물의 이용 상황에 따라 합리적이라고 인정되는 방법으로 하여야 하며, 저작자의 실명 또는 이명이 표시된 저작물인 경우에는 그 실명 또는 이명을 명시하여야 한다.

제62조 (배타적발행권의 양도 · 제한 등)

① 배타적발행권자는 저작재산권자의 동의 없이 배타적발행권을 양도하거나 또는 질권의 목적으로 할 수 없다.② 배타적발행권의 목적으로 되어 있는 저작물의 복제 등에 관하여는 제23조,제24조,제25조제1항부터 제3항까지,제26조 부터 제28조까지,제30조 부터 제33조까

지,제35조제2항 및 제3항,제35조의2,제35조의3,제36조 및 제37조를 준용한다.

제63조의2 (준용)

제58조 부터 제62조까지는 출판권에 관하여 준용한다. 이 경우 "배타적발행권"은"출판권"으로, "저작재산권자"는"복제권자"로 본다.

제87조 (저작인접권의 제한)

① 저작인접권의 목적이 된 실연·음반 또는 방송의 이용에 관하여는 제23조,제24조,제25조제1항부터 제3항까지,제26조 부터 제32조까지,제33조제2항,제34조,제35조의2,제35조의3,제36조 및 제37조를 준용한다.

권리자의 허락을 받지 않고 저작물등을 인용한 것이 다음의 조건을 충족할 경우에는 저작재산권, 배타적발행권, 출판권, 저작인접권의 침해가 성립하지 아니한다.

[요약]

IV-a. 공표된 저작물을 인용할 것

IV-b. 보도 · 비평 · 교육 · 연구 등을 위한 인용일 것

IV-c. 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용할 것

IV-a. 공표된 저작물을 인용할 것

[설명]

(1) 이용하는 저작물이 공표된 저작물일 것을 필요로 한다. 아직 한 번도 공표되지 않은 저작물을 인용할 경우에는 본조의 요건을 충족하지 못하는 것이 될 뿐만 아니라 저작자의 저작인격권 중 공표권을 침해하는 것이 될 수 있다.

☞ 공표의 의의 등에 대하여는 I-2-1-a. (4)의 설명을 참고하세요.

[참고판례]

서울고등법원 1995. 5. 4. 선고 93나47372 판결

[사실관계]

영문과 교수로서 토플시험 관리자로 일한 피고가 토플 시험문제들을 입수하여 소외 A회사에게 넘겨줌으로써 해설과 함께 어느 영어잡지에 실려 배포되게 되자 그 시험문제들의 저작자인 원고가 저작권침해소송을 제기하였다. 이에 피고는 '공정한 인용'의 항변을 하였다.

[법원의 판단]

피고는, 공표된 저작물은 교육, 연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용할 수 있는데 이 사건 토플 시험과 같이 해당 문제로 시험을 치르는 경우에는 시험을 치르는 그 자체가 해당 시험문제의 공표에 해당되며, 피고는 공표된 위 문제들을 교육 목적으로 해설 기사를 덧붙여 위 투데이 잡지에 인용하였을 뿐이므로 원고의 저작권을 침해한 바가 없다고 주장한다.

살피건대, 저작자는 그 저작물을 공표하거나 공표하지 아니할 것을 결정할 권리를 가지며(저작권법 11조), 공표란 저작물을 공연, 방송 또는 전시 그 밖의 방법으로 일반 공중에게 공개하는 경우와 저작물을 발행하

는 경우를 말하는데(저작권법 2조 17호), 원고는 토플시험 응시생들에게 문제지의 소지, 유출을 허용하지 아니하고서 그대로 회수함으로써 시험 문제들이 공중에게 공개되는 것을 방지하고 있고, 시험이 시행된 후에 원고 자체의 판단에 따라 재사용여부나 공개여부, 공개시기 등을 별도로 결정하고 있는 사실은 앞에서 본 증거로 인정할 수 있으므로, 이러한 사정 아래에서 제한된 범위의 응시생들이 토플 시험을 치르는 행위만으로는 이를 공표라 할 수 없고, 달리 원고의 토플 문제가 일반 공중에게 공개되었다거나 발행되었음을 인정할 아무런 증거가 없으므로(피고는 모든 시험의 경우 시험 이후 응시생들과 장래의 응시생들을 위하여 문제와 정답을 시험 당일 공개하는 관행이 성립되었다고 주장하나 원심증인 000의 ○○대학입시나 고교입시 외의 경우에도 시험 문제를 공개하는 관행이 성립되었음을 인정할 수 없고 달리 이를 인정할 증거가 없다) 피고의 위 주장은 더 나아가 판단할 필요 없이 이유 없다.

(2) 공표된 저작물이기만 하면, 그 종류를 불문하고 모두 인용의 대상이 될 수 있다.[135] 지금까지의 우리나라 판례를 통해서 살펴보면, 주로 인용의 대상이 되는 어문저작물 외에 사진저작물[136], 영상저작물[137], 음악저작물[138] 등이 이 규정에 의한 인용의 대상으로 인정된 바 있으나, 그 외에도 미술저작물, 건축저작물, 컴퓨터프로그램저작물 등을 포함하여, 모든 종류의 저작물이 인용의 대상이 될 수 있다.[139]

---

135) 이해완(2007), 371-372면; 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 510면; 半田·松田(2009) 2巻 [盛岡一夫 집필부분], 191면

136) 예를 들어, 검색사이트에서 '이미지 검색 서비스'를 위해 썸네일 사진을 제공한 것에 대하여 '공표된 저작물의 정당한 인용'으로 인정한 대법원 2006.2.9. 선고 2005도7793판결 등이 있다.

137) '해피 에로크리스마스'라는 영화에서 '러브레터'라는 영화의 일부분을 인용한 것에 대하여 '공표된 저작물의 정당한 인용'으로 볼 수도 있을 것이라고 한 서울중앙지방법원 2004. 3. 18.자 2004카합344결정을 예로 들 수 있다.

138) 가수 손담비씨가 부른 '미쳤어'라는 노래를 흉내 내어 부른 딸의 모습을 촬영한 동영상을 인터넷 블로그에 올리면서 자신의 생각을 게시글로 함께 올린 것에 대하여 '공표된 저작물의 정당한 인용'으로 인정한 서울남부지방법원 2010.2.18. 선고 2009가합18800 판결이 그 예이다.

139) 건축저작물을 촬영한 사진을 자신의 저작물에 인용하거나 컴퓨터프로그램의 원시코드

(3) 인용이란 일반적으로 자신의 저작물 중에 타인의 저작물을 이용하는 것을 말한다.[140] 이때의 이용에는 복제, 배포, 전송 등의 행위가 수반될 수 있어 특별한 권리제한 규정이 없으면 복제권 등의 침해가 성립할 수 있는 경우라 할 수 있다. 인터넷 상에서 타인의 저작물을 '링크'하는 것도 인용에 해당하는 것으로 보는 견해가 있으나,[141] 링크는 일반적으로 복제, 배포, 전송, 전시 등의 행위를 수반하지 않아 저작재산권의 배타적 범위에 원칙적으로는 포함되지 아니하므로, 이러한 이용행위가 있음을 전제로 하는 '인용'에는 해당하지 않는 것으로 보아야 할 것이다.

대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343판결은 "이른바 인터넷 링크는 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지나, 웹사이트 등의 서버에 저장된 개개의 저작물 등의 웹 위치 정보 내지 경로를 나타낸 것에 불과하여 비록 인터넷 이용자가 링크 부분을 클릭함으로써 링크된 웹페이지나 개개의 저작물에 직접 연결한다 하더라도, 이는 '유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것'에 해당하지 아니하고, 또한 저작물의 전송의뢰를 하는 지시 또는 의뢰의 준비행위로 볼 수 있을지언정 '송신하거나 이용에 제공하는 것'에 해당하지 아니함은 물론 '유형물을 진열하거나 게시하는 것'에도 해당하지 아니하므로 위와 같은 링크를 하는 행위는 복제, 전송 및 전시에 해당하지 않는다"고 판단하였다. 또한 '배포'는 유형물을 공중에게 양도 또는 대여하는 것을 말하는 것이므로 링크가 배포에 해당하는 것으로 볼 수도 없다. 다른 사이트의 홈페이지를 연결시키는 단순링크만이 아니라 다른 사이트에서 제공하는 개별 저작물에 바로 연결시키는 심층링크(deep link) 또는 직접링크의 경우 및 프레임을 활용한 프레임 링크 등의 경우가 모두 그러하다. 따라서 원칙적으로 이러한 인터넷 링크를 통해 타인의 저작물을 연결해 둔 것만으로는 '공표된 저작물의 인용'

(source code)의 일부를 책에 인용하는 등의 경우에, 법 제28조의 조건을 충족하면, 건축저작물 또는 컴퓨터프로그램저작물의 정당한 인용으로 인정될 수 있을 것이다.

140) 이해완(2007), 371면 등

141) 大沢恒夫, "IT分野と私的複製・引用に関聯する若干の検討", 著作権法の権利制限規定をめぐる諸問題, 権利制限委員会, 社団法人 著作権情報センター(2004. 3), 42면(오승종(2007), 619면에서 재인용)

등의 권리제한사유에 해당하는지 여부를 따질 필요도 없이 처음부터 저작권침해가 되지 않는 것으로 보아야 할 것이다.

다만, 경쟁사업자 사이에 링크를 부당하게 악용하여 상대방의 영업적 이익을 줄이고 자신이 광고수입을 취하는 등의 행위에 대하여는 불법행위가 인정될 여지가 있고,[142] 이른바 인라인 링크[143]의 경우에는 전송으로 볼 여지가 있다는 견해[144]도 있다. 인라인 링크를 전송으로 볼 경우에 타인의 저작물에 대하여 인라인 링크를 다는 것은 인용의 개념에 해당할 가능성이 있으나, 다음에서 보는 다른 모든 요건을 충족할 경우에 한하여 자유이용이 허용되는 것으로 보아야 할 것이다.

IV-b. 보도 · 비평 · 교육 · 연구 등을 위한 인용일 것

[설명]

(1) 이 규정에 의하여 허용되는 인용은 보도 · 비평 · 교육 · 연구 등을 위한 것이어야 한다. 다만, '보도 · 비평 · 교육 · 연구를 위한 것'이 '보도 · 비평 · 교육 · 연구 "등"'을 위한 것이어야 한다고 규정하고 있으므로, 나열된 네 가지의 목적에 한정되지 아니하고, 다른 목적도 포함될 수 있다. 다만 그 목적이 '문화 및 관련 산업의 향상· 발전'이라고 하는 저작권법의 목적[145]에 비추어 정당화될 수 없는 것이라면, 이 규정에 의한 공정이용으로 인정하기 어려울 것이다. 예를 들어 자신의 저작에 소요되는 시

142) 이른바 '전자지도' 사건에 대한 서울지방법원 2001. 12. 7. 선고 2000가합54067판결 참조.

143) 인라인 링크(inline link)는 인라이닝(inlining) 또는 임베디드 링크(embedded link)라고도 불리는 것으로서, 웹사이트 이용자가 링크 제공자의 웹페이지를 방문했을 때 링크가 자동적으로 실행(activate)되게 하는 링크를 말한다.

144) 이해완(2007), 320면. 한편으로, 미니홈피의 배경음악을 검색하여 청취할 수 있도록 검색서비스에 인라인 링크를 결합시킨 서비스인 이른바 '뮤프리' 서비스에 대하여 그 제공자의 공중송신행위를 인정한 판례(서울중앙지방법원 2008. 6. 9. 2007카합3973결정)가 있으나, 인라인 링크만을 가지고 판단한 것은 아니다.

145) 저작권법 제1조 참조

간과 노력을 절약하기 위한 목적[146]이나 자신의 저작물을 잘 꾸며서 독자의 호기심을 끌기 위한 목적 또는 타인의 저작물을 사용함으로써 자신의 저작물의 상품가치를 높이기 위한 목적 등으로만 타인의 저작물을 인용하는 것은 이 규정에 의한 허용 범위에 속하지 않는 것으로 보고 있다.

(2) 영리적인 목적이 있다고 하여 그것만으로 이 규정에 의한 공정이용이 부정되는 것은 아니다. 다만, 영리적인 목적을 위한 이용은 비영리적 목적을 위한 이용의 경우에 비하여 자유이용이 허용되는 범위가 상당히 좁아진다고 보는 것이 판례의 태도이다.[147] 실제로 보도 · 비평 · 교육 · 연구의 목적이 반드시 비영리적인 것에 한하는 것은 아니고, 영리목적의 보도 · 비평 · 교육 · 연구가 있을 수 있다. 예를 들어 학교교육을 위한 것은 비영리의 교육목적이라 할 수 있지만, 학원이나 사설 이러닝 사이트 등에서의 이용이나 교육 관련 참고서, 문제집의 출판 등의 경우에는 '영리적인 교육목적을 위한 이용'[148]이라고 할 수 있을 것이다. 이러한 경우에는 그 혼합적인 성격을 적절히 감안하여 공정이용 여부의 판단이 이루어져야 할 것이다. 기본적으로, 영리적인 목적이 있다는 것만을 이유로 이 규정의 적용을 부정하지는 않되, 영리적인 목적이 없는 경우에 비하여 자유이용의 범위가 좁아질 수 있다는 것을 전제로 하여, 구체적인 사안에

146) 이와 관련하여 여행알선업 등을 하는 자가 다른 여행안내서에 게재되어 있는 내용을 자기신의 인터넷 홈페이지에 그대로 베끼어 게재하는 한편 이를 다른 여행사의 인터넷 사이트에도 제공한 사건에서, 법원은 "여행안내서의 일부를 베낀 목적은 홈페이지 게재 자료를 작성하는 시간과 노력을 절약하기 위한 것으로 봄이 상당하여 보도, 비평 등과 상관없다 할 것이고, 출처가 원저작물이라는 것도 명시하지 않아 인용방법도 공정한 관행에 합치되지 않는다 할 것이므로, 도저히 저작권법상 허용되는 인용이라고 볼 수 없다"고 판시하였다(서울중앙지방법원 2003. 5. 30. 선고 2001가합64030 판결). 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 511면 주15) 참조

147) 대법원 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결, 서울남부지방법원 2006. 10. 11. 선고 2006노930 판결, 서울남부지방법원 2008. 6. 5. 선고 2007가합18479 판결 등 참조

148) 대법원 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결에서, 피고인이 대학입시용 문제집을 펴낸 것에 대하여 '영리적인 교육목적을 위한 이용'이라는 표현을 사용하면서 "이 경우 반드시 비영리적인 이용이어야만 교육을 위한 것으로 인정될 수 있는 것은 아니라 할 것이지만, 영리적인 교육목적을 위한 이용은 비영리적 교육목적을 위한 이용의 경우에 비하여 자유이용이 허용되는 범위가 상당히 좁아진다고 볼 것이다."라고 판시하였다.

따라 합리적으로 판단할 필요가 있다.

(3) 상업적인 광고에 타인의 저작물을 인용하는 것도 경우에 따라 이 규정에 따른 공정이용으로 인정될 가능성을 완전히 배제할 수는 없다.[149] 특히 '비평'의 요소를 포함한 '비교광고' 또는 '패러디광고'의 경우에는 다른 조건을 충족할 경우에 이 규정에 의한 자유이용이 인정될 가능성이 상대적으로 많겠지만,[150] 반드시 그것에 한정되는 것이라고 말할 수는 없다. 다만, 위 (2)에서 본 바와 같은 판례의 입장에 비추어, 상업적인 광고에의 사용은 비영리적인 목적에 비하여 자유이용의 가능성이 상당히 좁아지는 것으로 보게 될 것이다.

(4) 위와 같이 경우에 따라서 영리적인 목적을 가진 인용도 정당한 인용이 될 수 있으나, 이용의 목적이 창조적이거나 생산적이지 않다면, 정당한 인용으로 인정되기 어려울 것이다. 이와 관련하여 최근의 한 하급심판결은 "위 규정에 열거된 목적은 예시적인 것이고 열거적인 것이 아니며 다만 그 인용이 창조적이고 생산적인 목적을 위하여 타인의 저작물을 이용하는 것이어야 한다고 할 것"이라고 밝힌 바 있다.[151] 공정이용의 일반조항의 해석에 있어서는 창조적이거나 생산적인 목적이 아닌 경우에도 공정이용으로 인정될 수 있는 가능성이 있음을 완전히 배제할 수 없겠지만[152], 공표된 저작물의 인용에 관한 우리 저작권법 제28조의 해석에 있어서는 그 성격상 "창조적이거나 생산적인 목적"을 필요로 하는 것으로 보아도 좋으리라 생각된다. 다만 "창조적이고 생산적"이라는 표현은 지나치게 엄격한 것으로 여겨진다.

---

149) 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 511면; 임원선(2009), 226면 등

150) Triangle Publications, Inc. v. Knight-Ridder Newspapers, Inc., C.A.5 (Fla.) 1980, 626 F.2d 1171, 207 U.S.P.Q. 977. 참조

151) 이른바 '손담비 사건'에 대한 서울남부지방법원 2010. 2. 18.선고 2009가합18800판결

152) 공정이용에 관한 미국 저작권법 제107조의 일반조항의 해석과 관련하여, 미국 판례는 이른바 변용적 이용(transformative use)일 것을 공정이용의 제1요소를 판단함에 있어서 하나의 중요한 요소로 보고 있지만, 그것이 공정이용을 인정하는 데 절대적으로 필요한 요소는 아니라고 한다. Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.사건에서 미국 연방대법원은 "비록 변용적 이용이 공정이용의 인정에 절대적으로 필요한 요소는 아니지만, 변용적인 저작물은 저작권의 틀 안에서 공정이용 법리를 통해 숨쉴 수 있는 공간이 보장되는 핵심에 위치한다"고 판시한 바 있다(510 U.S. 569).

[참고판례]

대법원 1997.11.25. 선고 97도2227 판결

[사실관계]

연세대, 고려대, 서강대, 성균관대 등 대학입학 본고사의 입시문제를 대학입시용 문제집에 실은 것을 각 대학 총장이 학교법인의 이사장을 대리하여 고소함으로써 문제집을 간행한 회사 등이 기소된 사건이다.

[법원의 판단]

논지는, 피고인 주식회사 000연구소의 대표이사인 피고인 000가 '95 대학별고사 국어'란 ○○대학입시용 문제집을 제작함에 있어서 위 각 대학의 본고사 국어 문제 전부를 인용한 것을 비롯하여, 같은 형식의 논술, 영어, 수학 등의 문제집에도 위 각 대학의 논술, 영어, 수학 등의 본고사 문제 전부를 인용하였다고 하더라도, 피고인의 대학진학지도라는 교육목적을 위한 것이고 또 위 문제집에서 차지하는 위 각 대학의 본고사 문제의 비율이 국어 9.7%, 논술 2.8%, 영어 6.9%, 수학Ⅰ 9.9%, 수학Ⅱ 9.7%에 불과하므로, 저작권법 제25조가 정하는 공표된 저작물의 정당한 사용에 해당한다는 것이다.

저작권법 제25조는 공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다고 규정하고 있는바, 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것인가의 여부는 인용의 목적, 저작물의 성질, 인용된 내용과 분량, 피인용저작물을 수록한 방법과 형태, 독자의 일반적 관념, 원저작물에 대한 수요를 대체하는지의 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이고, 이 경우 반드시 비영리적인 이용이어야만 교육을 위한 것으로 인정될 수 있는 것은 아니라 할 것이지만, 영리적인 교육목적을 위한 이용은 비영리적 교육목적을 위한 이용의 경우에 비하여 자유이용이 허용되는 범위가 상당히 좁아진다고 볼 것이다.

이 사건에서 보건대, 피고인 ○○대학입시용 문제집을 제작함에 있어

서 개개의 문제의 질문을 만들기 위하여 그 질문의 일부분으로서 위 대학입시문제를 인용한 것이 아니라 위 대학입시문제의 질문과 제시된 답안을 그대로 베꼈고, 이로써 문제집의 분량을 상당히 늘릴 수 있었으며, 특히 ○○학교법인들이 저작권을 갖는 본고사 문제를 전부 수록함으로써 본고사 문제에 대한 일반 수요자들의 시장수요를 상당히 대체하였다고 할 것이므로, 이와 같은 인용을 가리켜 교육을 위한 정당한 범위 안에서의 공정한 관행에 합치되는 인용이라고는 볼 수 없다 할 것이고, 지금까지 어느 대학 입시문제에 관하여 저작권을 주장한 바 없었다고 하여 결론이 달라진다고 할 수도 없다.

IV-c. 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용할 것

[설명]

(1) "정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게" 인용하여야 법 제28조에 의하여 적법한 인용이 될 수 있고, 그렇지 않으면 저작재산권 침해로 인정되게 된다. 대법원은 과거에 그 중에서 "정당한 범위 안에서"의 인용과 관련하여 이른바 '주종관계'를 요건으로 하는 입장을 표명한 바 있었다. 즉, 대법원 1990.10.23. 선고 90다카8845 판결에서 " 보도, 비평 등을 위한 인용의 요건 중 하나인 '정당한 범위'에 들기 위하여서는 그 표현형식상 피인용저작물이 보족, 부연예증, 참고자료 등으로 이용되어 인용저작물에 대하여 부종적(附從的) 성질을 가지는 관계(즉, 인용저작물이 주(主)이고, 피인용저작물이 종(從)인 관계)에 있다고 인정되어야 할 것이다."라고 판결한 바 있다.

그러나 그 뒤에 선고된 판결들에서는 "정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게"를 둘로 나누지 않고 하나의 기준으로 삼아 판단하면서, 이를 판단함에 있어서 고려하여야 할 여러 가지 요소들을 나열하는 입장을 취하고 있다. 즉, 대법원 1997.11.25. 선고 97도2227 판결은 "저작권법 제25조[현행법 제28조에 해당함]는 공표된 저작물은 보도·비평·교육·연

구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다고 규정하고 있는바, 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것인가의 여부는 인용의 목적, 저작물의 성질, 인용된 내용과 분량, 피인용저작물을 수록한 방법과 형태, 독자의 일반적 관념, 원저작물에 대한 수요를 대체하는지의 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것"이라고 판시하였고, 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 판결도 같은 입장을 취하고 있다.

대법원이 '주종관계'라는 기준을 일관되게 적용하지 않은 것은, 첫째, 위와 같은 주종관계가 인정된다는 이유만으로 '정당한 범위 안에서'의 인용이라고 인정하기 어려운 사안이 있다는 것(대법원 1997.11.25. 선고 97도2227 판결의 경우)[153]과 둘째, 새로운 인터넷 환경에서의 이미지 검색서비스를 위한 썸네일 이미지의 제공 등의 공정이용 여부를 '인용저작물'과 '피인용저작물'의 주종관계라고 하는 잣대로 판단하기는 어려운 것(대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 판결의 경우) 등에 이유가 있었던 것으로 여겨진다. 둘째의 경우는 당시 공정이용에 관한 일반조항이 입법화되어 있지 않아 부득이하게 공정이용 일반조항에 가장 가까운 법 제28조를 적용한 것에 기인하는 것으로 볼 수 있어서, 공정이용에 관한 일반조항이 도입된 이후에는 더 이상 고려될 필요가 없을 수도 있으나, 첫째의 경우까지 감안하면, '주종관계'의 기준만으로 정당한 범위 내인지 여부를 전적으로 결정하는 것은 타당하다고 보기 어려울 것이다. 즉, 주종관계는 인용의 정당성과 공정성을 판단하기 위한 하나의 요소에 불과하고 기타 여러 가지 요소, 특히 '시장 대체성 유무' 등을 중시하여 판단

153) 문제집에 저작물인 대학교 본고사 입시문제를 포함시킨 입시문제에 대한 저작재산권을 침해하였다는 이유로 제소된 사건으로서, 피고가 위 문제집에서 차지하는 위 각 대학의 본고사 문제의 비율이 국어 9.7%, 논술 2.8%, 영어 6.9%, 수학Ⅰ 9.9%, 수학Ⅱ 9.7%에 불과하다는 등의 이유고 공정한 인용을 주장한 데 대하여, 대법원은 "...문제집을 제작함에 있어서 개개의 문제의 질문을 만들기 위하여 그 질문의 일부분으로서 위 대학입시문제를 인용한 것이 아니라 위 대학입시문제의 질문과 제시된 답안을 그대로 베꼈고, 이로써 문제집의 분량을 상당히 늘릴 수 있었으며, 특히 ○○학교법인들이 저작권을 갖는 본고사 문제를 전부 수록함으로써 본고사 문제에 대한 일반 수요자들의 시장수요를 상당히 대체하였다고 할 것이므로, 이와 같은 인용을 가리켜 교육을 위한 정당한 범위 안에서의 공정한 관행에 합치되는 인용이라고는 볼 수 없다 할 것"이라고 판결하였다.

하는 것이 바람직한 방향이라 할 수 있다. 다만, 어느 저작물에서 다른 저작물을 인용하는 일반적인 경우에 적어도 위와 같은 '주종관계'는 인정되어야 정당한 범위 내라고 할 수 있을 것이라고 하는 정도의 의미에서는, 주종관계의 기준이 유의미하게 존속할 수 있다고 볼 수도 있을 것이다.[154]

(2) 그러한 관점에서 **주종관계의 의미**를 조금 더 자세히 살펴보기로 한다. 주종관계는 양적인 면과 질적인 면을 나누어 살펴볼 수 있다. **양적인 측면**에서 어디까지나 인용하고자 하는 자기의 저작물이 주체가 되어야 하고 인용되는 타인의 저작물은 종적인 존재라야 한다. 따라서 타인의 저작물만 있고 자신의 저작물은 없다면, 정당한 범위 내의 인용으로 볼 수 없고, 나아가 타인의 저작물이 대부분을 차지하고 자신의 저작물은 인용부분보다 적은 경우에도 일반적으로는 정당한 인용의 범위를 초과한 것으로 볼 수 있다.[155]

[참고판례]

서울고등법원 1996. 7.12. 선고 95나41279 판결

[사실관계]

출판사를 운영하는 피고가 "독서교실"이라는 표제하에 "소설마당" 제2내지 7권(이 사건 침해저작물)을 출판하면서 염상섭, 이호철, 홍성원 등 소설가들의 소설들의 전부 또는 일부를 그 저작자인 소설가들이나 그들로부터 저작재산권을 신탁받아 관리하고 있는 원고(한국문예학술저작권협회)의 허락을 받지 않고 무단 전재하였고, 이에 원고가 저작권침해를 이유로 손해배상청구소송을 제기한 사건이다. 다음은 그에 대한 법원의 판결 중 정당한 인용 여부에 대한 판시 부분이다.

154) 대법원이 '주종관계'를 기준으로 한 판결을 폐기한 바는 없으므로, '주종관계'를 언급한 대법원판례(대법원 1990.10.23. 선고 90다카8845 판결)도 현재 이러한 의미에서 유지되고 있다고 할 수 있다.

155) 오승종(2007), 593면 등

[법원의 판단]

피고는 또, 공표된 저작물은 보도, 비평, 교육, 연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있는바, 그동안 출판업계는 교육 목적으로 출판하는 경우에는 업계의 관행상 출판계약 없이 출판하였고, 피고 경영의 관동출판사는 학생들 교육에 관한 참고용 도서를 출판하는 출판사로서, 이 사건 침해저작물 역시 학생들을 대상으로 하여 고급 사고력을 길러주기 위하여 제작된 교육용 책자이므로 이 사건 침해저작물에 이 사건 소설작품을 수록한 것은 위와 같은 관행에 따른 것으로서 저작권의 침해가 되지 않는다고 주장한다.

살피건대, 저작권법 제25조는 "공표된 저작물은 보도, 비평, 교육, 연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다."라고 규정하고 있으나, 이 경우에도 그 인용의 범위는 표현형식이나 인용목적 등에서 피인용저작물이 보족, 부연, 예증, 참고자료 등으로 이용되어 인용저작물에 대하여 부종적 성질을 가지는 관계에 있어야 하고, 인용의 정도에 있어서도 피인용저작물을 지나치게 많이 인용하거나 전부 인용하여 원저작물에 대한 시장수요를 대체할 수 있는 정도가 되어서는 아니되는 등 인용이 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되어야 한다는 제한이 있다 할 것이다.

우선 피고가 주장하는 바와 같은 관행이 우리 출판업계에 존재하는지에 대하여 이를 인정할 증거가 없을 뿐만 아니라, 구체적으로 이 사건 침해저작물의 경우를 보더라도 앞서 본 증거들에 변론의 전취지를 보태어 보면, 이 사건 ○○대학 입시 준비를 하는 학생들을 위하여 소설감상 능력을 키워주기 위한 목적으로 우리 나라의 대표적인 소설들을 선정하여 수록하면서, 각 작품마다 작가를 소개하고, 작품의 주제, 줄거리, 단락, 플롯, 시점, 등장인물과 인물의 묘사 방법, 배경, 문학사적 의의 등을 간략하게 기술한 작품해설을 싣고는 있으나, 작품에 대한 해설은 작품을 감상하기 위하여 필요한 최소한의 분량에 그치고, 실제로 그 각 작품 자체를 읽을 수 있도록 단편의 경우에는 전문을, 중·장편의 경우에도 상당한 분량을 인용하고 있어 전체적으로 그 인용부분이 주가 되고 있

는 사실을 인정할 수 있다.

따라서 이는 정당한 인용의 범위를 넘어 원저작물의 시장수요를 대체할 수 있는 정도라고 할 것이고, 인용저작물과 피인용저작물이 부종적 관계에 있다거나 정당한 관행에 합치된 인용이라고 보기 어려우므로 피고의 위 주장도 이유 없다 할 것이다.

(3) '주종관계'와는 다른 문제이지만, 인용의 양적인 측면과 관련하여, 타인의 저작물의 전부를 인용하는 것이 허용되는지에 대하여 살펴보기로 한다. 법에서 '정당한 범위 내'라고만 하고 일부만 인용할 수 있는 것으로 명시하고 있지 않은 취지에 비추어보면, 정당한 범위 내라고 볼 수 있는 이상 전부인용이 어떤 경우에도 불가능한 것이라고 볼 것은 아니다. 예를 들어 영화, 소설, 연구보고서, 교향곡 등의 경우는 일부 인용만을 인정해도 문제가 없을 것이나, 짧은 시, 사진, 회화 등의 경우에는 '**전부인용**'을 하지 않으면, 인용의 목적을 도저히 달성할 수 없고, 일부만을 잘라서 '일부인용'을 할 경우에 오히려 저작물을 훼손하여 저작자의 동일성유지권을 침해할 우려도 있으므로 그러한 경우에는 전부인용이라 하더라도 다른 요건을 충족하면 정당한 인용이 될 수 있다고 보아야 할 것이다.[156] 문학평론가가 어느 시인에 대한 평론을 쓰면서 비평대상인 시인의 시 중 몇 편을 선정하여 그 전부를 인용하거나 미술사에 관한 저술에서 어느 화가의 회화 작품 전체를 인용하는 등의 경우가 그러한 예이다.[157] 다만 사진이나 회화의 경우 인용의 목적을 달성할 수 있는 최소한의 범위를 넘어서서 지나치게 좋은 화질과 크기로 복제, 인용하여[158] 감상의 수요를 충족하게 하는 것과 같은 경우에는 '정당한 범위 내'라고

156) 허희성(2007), 214면; 이형하(1992), 366면; 오승종(2007), 593면; 이해완(2007), 374면

157) 이해완(2007), 374면

158) 그렇게 하지 않고 화질 등이 떨어지는 것을 게재한 경우 등을 '질적인 의미의 일부인용'으로 보는 견해도 있다. 이형하(1992), 367면 참조. 이 견해에 의하면 이러한 질적인 일부인용으로 인용의 목적을 달성할 수 있는 경우임에도 질적인 전부인용이나 그에 가까운 인용을 하였을 때에는 정당한 인용으로 인정하기 어렵다고 주장한다. 용어의 문제를 떠나 실질적인 결론에 있어서는 타당한 주장이라 생각된다.

인정하기 어려울 것이다.[159]

(4) 위에서 살펴본 '양적인 주종관계'와 함께, **'질적인 주종관계'**도 고려하여야 한다. 자신이 저작한 부분의 분량이 인용된 부분보다 많더라도 질적인 측면에서 피인용부분이 월등히 높은 가치를 가지는 경우라면 인용저작물이 주(主)가 되는 경우라고 볼 수 없다.

또한 인용저작물이 주(主)가 된다고 하려면 먼저 인용부분을 제외한다고 가정하더라도 저작물로서의 독자적인 존재의의를 가지는 창작부분이 존재하여야 한다. 나아가 원칙적으로 피인용저작물이 그 인용된 부분만으로는 독자적인 존재의의를 갖지 못하고 오히려 인용저작물과 연관이 될 때에 비로소 그 존재이유를 갖게 되는 것이어야 한다. 예컨대, 타인이 저술한 논문을 자기의 저서 속에 그대로 전재(轉載)하는 행위는 이 규정에 의한 자유이용에 해당하지 아니한다.[160] 그리고 아래 (5)의 여러 판단요소들을 질적인 주종관계의 판단에서 고려하여야 할 사항으로 보는 입장도 있다.[161]

(5) 위 (1)에서 본 바와 같이 위와 같은 주종관계는 "정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것인가"의 여부를 판단하는 데 있어서 고려할 중요한 요소의 하나일 뿐이다. 인용의 목적, 저작물의 성질, 인용된 내용과 분량, 피인용저작물을 수록한 방법과 형태, 이용자의 일반적 관념, **원저작물에 대한 수요를 대체하는지의 여부 등을 종합적으로 고려**하여 최종적인 판단을 내려야 한다. 그 가운데 ① 인용의 목적에 대하여는 <u>IV-b.</u> 부분에서 영리 목적의 경우, 생산적 목적의 필요성 등에 언급하면서 설명을 한 바 있다. ② 저작물의 성질과 관련하여서는 인용되는 저작물이 사실적, 정보적 성격을 가지고 있는지 아니면 문예적, 창조적 성격을 가지고 있는지에 따라 전자의 경우가 후자의 경우보다 정당하게 인용할 수 있는 범위가 넓다고 볼 수 있을 것이다. ③ 인용된 내용과 분량에

159) 사진을 보도 목적으로 인용하면서 칼라로 된 양질의 사진으로 인용하여 '감상용'이 될 수 있게 한 사안에 대하여 그 사진의 '성상'을 다른 여러 고려요소와 함께 고려하여 공표된 저작물의 정당한 인용을 부정한 판례가 대법원 1990. 10. 23. 선고 90다카8845 판결이다.

160) 이형하(1992), 366면; 이해완(2007), 373면

161) 서울남부지방법원 2010. 2. 18.선고 2009가합18800판결

대하여는 위 (2)-(4)에서 설명한 내용을, ④ 피인용저작물을 수록한 방법과 형태는 다음의 (6) 이하에서 공정한 관행에 합치하는 방법에 대하여 설명하는 내용을 각 참고하면 될 것이다. 그리고 ⑤ 이용자의 일반적 관념은 이용자들이 일반적으로 인용된 저작물을 감상용으로 생각하는지, 단순히 하나의 정보라고 생각하는지 등의 관념을 말하는 것으로서[162], 원저작물의 수요를 대체할지 여부를 판단하는 데 있어서 하나의 고려요소가 되는 부분이라 할 수 있을 것이다. 마지막으로 ⑥ 원저작물에 대한 수요를 대체하는지의 여부를 고려하여야 하는데, 이것이 실질적으로 가장 중요한 고려요소의 하나라고 할 수 있다. 원저작물에 대한 수요를 대체하는 이용을 허용할 경우에 저작재산권자의 경제적 이익을 심대하게 위협할 수 있을 것이기 때문이다. (이러한 고려요소에 대하여는 공정이용 일반조항의 네번째 고려요소에 관한 XI-4의 설명 참조).

(6) 한편, **인용방법이 '공정한 관행'에 합치**하여야 한다는 것과 관련하여, ① 인용저작물 중에서 피인용저작물이 인용된 부분이 어느 부분인지 구별될 수 있도록 하여야 한다는 것(이를 '명료구별성 또는 명료구분성의 요건이라 한다), ② 인용 부분에 대하여 출처를 명시하여야 한다는 것, ③ 원칙적으로 수정, 개작하여 인용하는 것은 공정한 관행에 반하는 것으로 본다는 것 등을 유의할 필요가 있다.

(7) 먼저 **명료구별성의 요건**과 관련하여, 인용 부분의 명확한 구별방법으로서는, 어문저작물의 경우 따옴표를 쓴다든지 줄을 바꾸거나 크기나 모양이 다른 활자로 표시하는 것이 일반적이며, 적합한 위치에 주를 붙이는 것도 한 방법이 될 수 있을 것이다.[163]

(8) 다음으로, 인용 부분에 대하여 **출처를 명시할 의무**가 있음은 저작권법 제37조 제1항에서도 규정하고 있다. 그런데 출처명시의무의 이행은 저작재산권 제한사유와는 별개의 의무로서 그것을 위반한 경우에 별도의 형사

162) 예컨대, 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 판결에서 "이미지 검색을 이용하는 사용자들도 썸네일 이미지를 작품사진으로 감상하기보다는 이미지와 관련된 사이트를 찾아가는 통로로 인식할 가능성이 높은 점"을 고려요소의 하나로 삼았다.

163) 박성호, "포스트모던 시대의 예술과 저작권", 한국저작권논문선집(II), 한국저작권심의조정위원회, 1995(이하 박성호(1995)라고만 표시),220면 참조

적 제재(법 제138조 제2호)가 가해질 수는 있지만, 그것을 위반하였다고 하여 저작재산권 제한사유의 적용이 부정되는 것으로 볼 수 없다고 하는 것이 학설의 일반적인 입장이다.[164] 그러나 공표된 저작물의 인용에 있어서, 인용의 방법이 공정한 관행에 합치하여야만 정당한 인용으로 보는 것과 관련하여 출처 명시의무의 이행이 그러한 공정한 관행의 내용이 된다고 하면, 결과적으로, 이 경우에는 제대로 출처를 명시하지 않으면 공정한 인용의 요건을 충족하지 못한 것으로 보게 되어, 결국 단순한 출처 명시위반이 아니라 저작재산권 침해로 인정될 가능성이 높다.[165]

(9) **출처명시의 방법**과 관련하여 법 제37조 제2항은 "출처의 명시는 저작물의 이용 상황에 따라 합리적이라고 인정되는 방법으로 하여야 하며, 저작자의 실명 또는 이명이 표시된 저작물인 경우에는 그 실명 또는 이명을 명시하여야 한다"고 규정하고 있다.

여기서 '합리적으로 인정되는 방법'에 대하여 보다 자세히 살펴보면 다음과 같다. 즉, 전문서적이나 학술논문의 경우에는, 저작자의 이름, 책의 제호(논문 등의 경우에는 그 제호와 수록된 간행물의 명칭), 발행기관(출판사 등), 판수, 발행년(월,일), 해당 페이지를 밝히고 본문 속의 주나 각주 또는 후주 등의 방법을 사용하여야 한다. 번역 등 2차적 저작물의 경우에는 번역자 등의 표시와 함께 원저작자의 이름과 제호를 표시하여야 하고, 다른 전거가 없이 자신이 직접 들은 연설을 인용할 경우에는 연설자의 성명 외에 연설이 행해진 때와 장소를 명시할 필요가 있다. 신문 등

164) 허희성(2007), 157면 등; 황적인·정순희·최현호(1990), 301면; 이해완(2007), 446면 등

165) 박성호(1995), 220면; 이해완(2007), 376면. 일본의 판례 중에 '절대음감 사건'에 대한 東京高裁 平成14年 4月11日 平１３(ネ) ３６７７号 , 平１３ (ネ) ５９２０号 判決이 이러한 법리를 밝히고 있다. 이 판결은 "인용에 있어서는 위에서 본 바와 같이 인용 부분을 괄호로 묶는 등 인용저작물과 명료하게 구별하는 것에 더하여, 인용 부분이 피인용저작물에서 유래하는 것을 명시하기 위해 인용저작물 중에 인용부분의 출처를 명시하는 관행이 있는 것은 당 재판소에 현저한 사실이다. 그리고 이러한 관행이 저작권법 제32조 제1항에서 말하는 「공정한」이라고 하는 평가를 받기에 적합한 것임은 저작권법의 목적에 비추어 명백하다."고 서술하고 있다. 우리나라 판례 중에도 "출처가 원저작물이라는 것도 명시하지 않아 인용방법도 공정한 관행에 합치되지 않는다 할 것이므로, 도저히 저작권법상 허용되는 인용이라고 볼 수 없다"고 판시한 예가 있다. 서울중앙지방법원 2003. 5. 30. 선고 2001가합64030 판결(정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 511면 주15) 참조)

의 정기간행물의 기사나 논설, 해설 등의 작성에 있어서는 그것이 지니는 특수한 성격과 제한 때문에 학술논문의 경우보다는 간략한 표시방법이 허용될 수 있다고 본다. 따라서 인용부분이 본문과 구별될 수 있는 정도의 식별표시를 하고 출처도 저작자의 이름과 저작물의 제호만 명시하면 무방할 것이다. 그러나 인용 부분을 개별적으로 표시하지 않고 책의 말미에 "본서의 집필에는 00책 및 00논문을 참고하였다"는 식의 표시를 하는 것만으로는 부족하다고 본다.[166]

(10) 한편, 피인용저작물을 **수정, 개작**하여 인용하는 것은 원칙적으로 공정한 관행에 합치되지 아니하는 것으로 보아야 할 뿐만 아니라 저작인격권 중 동일성유지권 침해의 문제를 야기할 수도 있다. 개작이 허용되지 않는다는 것은, 법 제28조의 제한사유에 해당할 경우에 대하여 법 제36조에서도 제2항의 규정을 통해 번역하여 이용하는 것만 허용하고 개작에 의한 이용을 허용하는 규정은 두고 있지 않은 점에서도 알 수 있다. 다만 개작에 이르지 않는 변경 중에서 원래의 큰 이미지를 작은 견본용 이미지(썸네일)로 줄여 이미지 검색 서비스에 이용하는 것 등은 판례에 의해 허용되고 있다.[167] 이 때 동일성유지권과의 관계에 대하여 판례는 그 예외조항[168]에 해당하는 것으로 보고 있다.[169]

☞ 개작의 의미 등에 대해서는 I-2-1-e. (1)의 설명을 참고하세요.

(11) '개작'이 원칙적으로 허용되지 않는 것과 관련하여, **요약인용**의 허용 여부에 대하여 학설이 긍정하는 입장(다수설)[170]과 적어도 개작에 이르는

166) 이상 박성호(1995), 221면 ; 한승헌, 정보화시대의 저작권, 도서출판 나남, 1992, 290, 291면 참조

167) 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 판결

168) 현행 저작권법 제13조 제2항 제5호의 "그 밖에 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 범위 안에서의 변경"

169) 서울고등법원 2005. 7. 26. 선고 2004나76598판결 : "비록 피고가 원고의 허락 없이 이 사건 사진을 축소하여 썸네일 이미지로 변환시켰으나, 썸네일 이미지는 원래 이미지의 단순한 축소에 불과하여 본질적인 내용에는 변경이 없고, 앞에서 본 이 사건 사진에 대한 썸네일 이미지의 이용 목적 및 그 형태 등을 고려하여 보면, 이는 저작권법 제13조 제2항 제3호[현행법상은 제5호]가 규정하는 '부득이하다고 인정되는 범위'에 해당한다고 볼 수 있으므로, 피고가 원고의 이 사건 사진에 관한 동일성유지권을 침해하였다고 할 수 없다."

경우에는 부정하는 입장(소수설)[171]으로 나뉘어 있는 상태에서, 그것을 긍정하는 입장을 취한 하급심 판결이 선고된 바 있다.[172] 요약인용을 긍정할 경우에도 그것이 저작자의 저작인격권 중 동일성유지권을 침해하지 않도록 유의하여야 할 것이다.[173] '요약'이 '개작'으로서의 성격을 가지는 경우가 많고, 법문의 엄격한 해석에 좇을 경우에는 그것이 허용된다고 보기 어려우나, 구체적 타당성 면에서는 일정한 조건 하에 허용할 필요성이 강하게 느껴진다. 위 판결은 그러한 구체적 타당성을 중시한 것으로 볼 수 있다. 공정이용에 관한 일반조항이 도입된 상황에서라면, 개작인용의

170) 장인숙(1989), 92면; 황적인·정순희·최현호(1990), 286면; 이해완(2007), 377면; 서달주(2009), 393면; 三山裕三, 著作權法詳說(第8版), LexisNexis, 2010(이하 三山裕三,(2010)이라고만 표시) , 327-332면; 半田·松田(2009) 2卷 [盛岡一夫 집필부분], 205면 ; 中山信弘, 著作權法, 有斐閣, 2007(이하 中山信弘(2007)이라고만 표시), 262면 등. 다만 이 가운데 三山裕三은 요약인용을 인정하더라도 엄격한 요건을 부과하여야 한다는 입장에서, 요약인용된 원저작물과의 관계에서의 대체가능성 등을 엄격하게 따져봐야 하고, 무제한적으로 요약인용을 인정하는 것은 곤란하다고 한다. 이 때 요약의 압축도가 높으면 높을수록 대체가능성이 낮아져 적법성이 인정될 가능성이 높아진다고 한다.

171) 오승종(2007), 600면; 加戸守行(2006), 245면

172) 서울중앙지방법원 2008. 10. 9. 선고 2006가합83852 판결: "그리고 위와 같은 요건을 갖춘 형태로 타인의 언어저작물을 새로운 언어저작물에 인용하여 이용하는 경우에는 타인의 저작물을 그 취지에 충실하게 요약하여 인용하는 것도 허용된다고 해석해야 한다. 그 이유는 다음과 같다. 먼저 저작권법 제28조의 해석으로서도 인용이 원저작물을 그대로 사용하는 경우에 한정된다고 해석해야 할 근거가 없다. 또 실제적으로도 새로운 언어저작물을 창작함에 있어 타인의 언어저작물의 전체나 상당히 넓은 범위의 취지를 인용할 필요가 있는 경우가 있지만, 이 경우에 원문 그대로 인용하는 것은 인용이라는 명목으로 타인의 저작물의 전부 또는 광범위한 부분의 복제를 인정하는 것으로 되고 그 저작권자의 권리를 침해하는 정도가 크게 되어 그 결과 공정한 관행에 합치하더라도 정당한 범위에 속한다고 할 수 없게 될 우려가 있다. 그리고 인용되는 저작물이 경우에 따라서는 기술대상이 광범위하게 걸쳐 있어 인용하여 이용하려고 하는 사람에게 있어 일정한 관점에서 요약한 것을 이용하면 충분하고, 전문을 인용할 필요까지 없는 경우가 있다. 나아가 원저작물의 취지를 정확하게 반영한 문장으로 인용하기 위해서는 원문의 일부를 생략하면서 조각조각 단편적으로 인용하는 것만 인정하는 것보다는 오히려 원문의 취지에 충실한 요약에 의한 인용을 인정하는 편이 타당하기 때문이다. 그리고 현실적으로도 이와 같은 요약에 의한 인용이 사회적으로 널리 행하여지고 있다." 한편, 일본의 하급심판결 가운데도 요약인용의 정당성을 긍정한 사례가 있다. 東京地裁 1998. 10.30. 선고 판결('혈액형과 성격의 사회사' 사건), 判例時報 1674호 132면 참조.

173) 三山裕三은 요약인용이 동일성유지권 침해를 구성할 수 있는 경우로서, 1) 그러한 요약이 행해짐으로써 저작자가 당초 생각했던 것과 다르게 받아들여질 우려가 있는 경우, 2) 그러한 요약인용에 의하여 저작자가 정신적 고통을 느낄 우려가 있는 경우를 들고 있다. 나아가, a) 요약이 너무 일방적으로 기울어져 어느 한 부분의 요약에만 그쳐 전체의 균형을 상실하고 있는 경우, b) 요약의 방법이 적절하지 않아 취지의 충실성을 결하고 부정확한 경우, c) 일부러 전후 문맥을 무시하고 여기저기서 내용을 끌어 모음으로써 인용된 저작물의 취지를 왜곡하고 그 내용을 오해하게 하는 모습으로 요약한 것과 같은 경우 등이 위 1)의 예이고, d) 요약자가 의도적으로 원저작자의 의향에 반하는 형태로 요약했다고 평가할 수 있는 경우, e) 개인공격이나 비판의 의도로 왜곡하여 요약한 것과 같은 경우 등이 2)에 해당하는 예라고 할 수 있다고 한다. 三山裕三,(2010), 333-334면 참조

허용 여부도 공정이용의 4가지 판단요소에 따라 판단하는 것도 한 방법일 것이다.

(12) 이상의 모든 조건을 충족할 경우에는 자유롭게 인용하여도 저작재산권 등의 침해가 성립하지 아니한다. 시사적 논설 및 기사의 전재 조항(법 제27조)과 달리, 법 제28조의 규정은 권리자에 의한 이용금지의 표시가 없을 것을 조건으로 하고 있지 않으므로, 설사 권리자의 인용금지의 표시가 있다고 하더라도 법적으로는 의미를 갖지 아니하며, 법이 정한 요건과 기준에 따라 인용할 수 있다.[174)]

(13) 패러디에 대한 문제도 이 규정과의 관계 속에 다루어지는 경우가 있으나, 공정이용에 관한 일반조항이 도입될 경우에는 일반조항을 적용하는 것이 타당할 것이라고 생각되어 여기에서 다루지 않고, '기타의 공정이용'에 대한 부분에서 설명하기로 한다.

[참고판결1]

대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 판결 - "썸네일 이미지" 사건

저작권법 제25조[175)]는 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(대법원 2004. 5. 13. 선고 2004도1075 판결, 1998. 7. 10. 선고 97다34839 판결 등 참조). 원심은, 그 채용 증거들을 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고인 회사의 검색사이트에 썸네일 이미지의 형태로 게시된 A의 사진작품들은 A의 개인 홈페이지에서 이미 공표된 것인 점, 피고인 회사가 썸네일 이미지를 제공한 주요한 목적은 보다 나은 검색서비스의 제공을 위해 검색어와 관련된 이미지를 축소된 형태로 목록

174) 中山信弘(2007), 251면

화하여 검색서비스를 이용하는 사람들에게 그 이미지의 위치정보를 제공하는 데 있는 것이지 피고인들이 A의 사진을 예술작품으로서 전시하거나 판매하기 위하여 이를 수집하여 자신의 사이트에 게시한 것이 아닌 만큼 그 상업적인 성격은 간접적이고 부차적인 것에 불과한 점, A의 사진작품은 심미적이고 예술적인 목적을 가지고 있다고 할 수 있는 반면 피고인 회사의 사이트에 이미지화된 A의 사진작품의 크기는 원본에 비해 훨씬 작은 가로 3㎝, 세로 2.5㎝ 정도이고, 이를 클릭하는 경우 독립된 창으로 뜬다고 하더라도 가로 4㎝, 세로 3㎝ 정도로 확대될 뿐 원본 사진과 같은 크기로 보여지지 아니할 뿐만 아니라 포토샵 프로그램을 이용하여 원본 사진과 같은 크기로 확대한 후 보정작업을 거친다 하더라도 열화현상으로 작품으로서의 사진을 감상하기는 어려운 만큼 피고인 회사 등이 저작물인 A의 사진을 그 본질적인 면에서 사용한 것으로는 보기 어려운 점, 피고인 회사의 검색사이트의 이 사건 썸네일 이미지에 기재된 주소를 통하여 B의 홈페이지를 거쳐 A의 홈페이지로 순차 링크됨으로써 이용자들을 결국 A의 홈페이지로 끌어들이게 되는 만큼 피고인 회사가 A의 사진을 이미지검색에 제공하기 위하여 압축된 크기의 이미지로 게시한 것이 A의 작품사진에 대한 수요를 대체한다거나 A의 사진 저작물에 대한 저작권침해의 가능성을 높이는 것으로 보기는 어려운 점, 이미지검색을 이용하는 사용자들도 썸네일 이미지를 작품사진으로 감상하기보다는 이미지와 관련된 사이트를 찾아가는 통로로 인식할 가능성이 높은 점 및 썸네일 이미지의 사용은 검색사이트를 이용하는 사용자들에게 보다 완결된 정보를 제공하기 위한 공익적 측면이 강한 점 등 판시와 같은 사정 등을 종합하여 보면, 피고인 회사가 A의 허락을 받지 아니하고 A의 사진작품을 이미지검색의 이미지로 사용하였다고 하더라도 이러한 사용은 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 사용한 것으로 봄이 상당하다고 판단하였다. 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 사실인정과 판단은 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 채증법칙 위배로 인한 사실오인 또는 저작권법 제25조 소정의 정당한 이용에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

[참고판결2]

대법원 2004.5.13. 선고 2004도1075판결

사진작가인 A는 홈페이지를 개설하여 백두산, 한라산, 금강산, 유채 등을 찍은 사진작품들은 369픽셀X278픽셀 크기의 이미지파일을 만들어 게시한 사실, 피고인은 저작권자인 A의 이용허락을 받지 아니하고, C의 홈페이지에 게시되어 있는 사진작품 중 69점을 복사한 다음, 369픽셀X278픽셀 크기의 원본이미지를 이용하여 100픽셀X100픽셀 크기로 축소한 견본용 이미지를 만들고, 새로 만든 견본용 이미지와 홈페이지에서 복사한 원본이미지를 함께 담아 제작한 이미지검색프로그램을 야후코리아를 비롯한 여러 포털 사이트에 유상 또는 무상으로 제공, 배포한 사실, 포털 사이트를 통하여 위 이미지검색프로그램에 접속하여 A가 찍은 사진을 검색하면 먼저 피고인이 만든 작은 크기의 견본이미지를 볼 수 있고, 견본이미지를 클릭하면 A의 홈페이지에 게시된 원본이미지와 동일한 이미지파일이 그대로 뜨게 되며, 마우스 클릭만으로 간단히 원본이미지를 저장·복사·전송할 수 있게 된 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면, 피고인이 영리의 목적을 가지고 A의 사진저작물을 복제한 것으로 보이고, 홈페이지에 게시된 사진의 원본이미지 파일을 이용하여 견본을 만든 다음, 그 견본은 물론 원본이미지도 그대로 복제하여 사용하였으며, 홈페이지에 게시된 원저작물과 동일한 원본이미지를 제공함으로써 원저작물에 대한 수요를 대체하는 점 등을 종합하여 보면, 저작권법 제25조 소정의 저작물의 정당한 인용에 해당한다고 볼 수 없다.

175) 개정전 법 제25조는 2006년 개정 후의 현행법 제28조와 동일하다.

[참고판결3]

서울고등법원 1996.10. 8. 선고 96나18627 판결
- "무궁화꽃이 피었습니다" 사건

[사실관계]

신청인은 '핵물리학자 이휘소'라는 책의 편저자이고, 피신청인 A는 신청외 망 이휘소를 모델로 한 소설인 '무궁화꽃이 피었습니다'(이하 이 사건 소설이라 한다)의 저자이며, 피신청인 B는 그 발행인이다. 신청인은 피신청인들이 발행한 이 사건 소설이 자신의 책에 있는 내용을 상당 부분을 복제하여 사용한 것으로 자신의 저작권을 침해하였다고 주장하면서 침해금지가처분을 신청하였다. 법원의 판단에 의하면, '핵물리학자 이휘소'는 전기(傳記)와 소설의 중간적 성격을 가진 저작물이고, 이 사건 소설은 이휘소라는 인물을 모델로만 사용한 '모델소설'로서 추리소설의 기법까지 가미된 것이다. 법원은 여러 가지 이유로 피신청인들의 저작권 침해를 인정하지 않는 결론을 내렸는데, 다음의 판시는 피신청인 A가 소설을 저작함에 있어 '핵물리학자 이휘소'의 일부 내용을 인용한 부분이 개정 전의 저작권법 제25조(=현행법 제28조)에 의한 정당한 인용이라고 볼 수 있을지가 쟁점이 된 부분에 대한 판단내용이다.

[법원의 판단]

저작권법 제25조에서 공표된 저작물은 보도, 비평, 교육, 연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다 고 규정하고 있고, 위 규정에서 정한 인용의 목적인 보도, 비평, 교육, 연구는 예시적 규정으로서 그밖에 예증, 해설, 보충, 강조를 위한 인용도 가능하다고 보아야 할 것이고, 또 위 규정에서 말하는 정당한 범위 에 속하기 위하여는 그 표현형식상 피인용저작물이 보족, 부연, 예증, 참고자료 등으로 이용되어 인용저작물에 대하여 부종적 성질을 가지는 관계[즉, 인용저작물이 주(主)이고, 피인용저작물이 종(從)인 관계]에 있다고 인정되어야 하며(대법원 1990. 10. 23. 선고 90다카8845 판결

참조), 소설 중에 설정된 상황을 설명하기 위한 목적에서 타인의 저작물 등의 자료를 인용함에 있어서, 그 출처를 명시하는 등 적절한 방법으로 피인용부분을 자신의 창작부분과 구별될 수 있도록 하고, 피인용저작물을 지나치게 많이 인용하지 아니하며, 또한 위 인용으로 말미암아 원저작물에 대한 시장수요를 대체할 수 있는 정도에 이르지 아니하는 경우, 다른 특별한 사정이 없는 한 그 인용 이용행위는 공정한 관행에도 합치된다고 보아야 할 것이다.

그런데, 앞서 본 소명자료들에 의하면 이 사건 제1이용부분은 이 사건 소설 제1권 286면, 제2권 285면, 제3권 283면 등 총 854면 중에서 차지하는 면수가 약 10면 정도에 해당하는 것으로서 극히 일부분일 뿐만 아니라, 소설 구성상의 필요 즉 핵무기개발을 둘러싼 이용후와 박정희와의 연결고리를 당시의 시대상황에 부합하고, 또한 그럴듯하게 맞추기 위한 목적에서 원문의 동일성을 해하지 않은 채 거의 그대로 인용하였으며, 피인용부분과 창작부분 사이의 행을 비우는 방법 등으로 피인용부분과 창작부분이 구별될 수 있도록 함과 아울러 그 각 인용부분 말미에 (위의 내용은 공00 편저, 도서출판 뿌리에서 출간한 「핵물리학자 이휘소」에서 인용함) 또는 (박정희 대통령의 편지와 이 박사의 일기는 도서출판 뿌리에서 펴낸 공00 편저, 「핵물리학자 이휘소」에서 인용한 것임을 밝힙니다) 라고 인용문구를 명시함으로써 이 사건 소설의 독자들로 하여금 그 부분의 출전을 손쉽게 알 수 있도록 배려하였고{위와 같이 인용구를 명시하였기 때문에, 뒤(위 소설 제2권 101면 14행부터 21행까지와 같은 면 24행부터 102면 10행까지)에서 다시 그 중 일부를 인용하면서는 위와 같은 인용구를 거듭 기재하지 않고, 〈 〉속에 위 인용부분을 기재하여 위 피신청인의 창작부분과 구별하였던 것으로 보인다}, 이 사건 소설 각권 중 작가의 말에서 저서의 일부를 인용하도록 해준 공00 선생께 감사한다는 문구를 삽입하였으며, 핵물리학자 이휘소는 1992. 7. 10. 5판이 나온 후 신청인 스스로 이를 절판시키기로 하여 그 후 시중에 유통되지 아니하였으므로 이 사건 제1이용부분으로 인하여 그 시장수요가 침해될 가능성이 거의 없었던 사실(오히려 일반 국민

들에게는 거의 알려져 있지 아니하던 망인이 이 사건 소설로 인하여 전국민적으로 알려지게 되었고 이로 인하여 망인 관련 유사작품에 대한 시장수요가 증가될 가능성도 없지 않다)이 인정되는바, 위 인정사실에 비추어 보면 이 사건 제1이용부분은 그 표현형식상 이 사건 소설의 보족, 부연, 예증, 참고자료 등으로 이용되어 부종적(附從的) 성질을 가지는 관계에 있고 원저작물의 시장수요를 대체할 정도에 이르지 아니한 것으로서 위 저작권법 제25조의 정당한 범위 안에서의 인용에 해당되고, 또한 창작부분과의 구별을 가능하게 함과 아울러 인용 출처를 밝힌 점에 비추어 공정한 관행에 합치되는 인용에 해당된다고 할 것이므로, 피신청인들의 저작재산권(복제권 및 배포권) 침해행위는 면책된다고 할 것이며(같은 이유로 소갑제15호증의 12의 기재는 이를 채용하지 아니한다), 나아가 피신청인들이 이 사건 인용부분의 인용 출처와 원저작자인 신청인의 성명을 밝힌 이상 신청인의 성명표시권을 침해하였다고 볼 수도 없다 할 것이다.

[참고판결4]

서울고등법원 2010. 10. 13.선고 2010나35260판결
- "손담비" 사건

[사실관계]

원고는 2009. 2. 2. 다섯 살 된 원고의 딸이 의자에 앉아 가수 손담비씨가 가창한 '미쳤어'라는 노래(이 사건 음악저작물)의 후렴구 일부분을 부르면서 춤을 추는 것을 촬영한 이용자제작콘텐츠(UCC-User Created Content 또는 UGC-User Generated Content) 형태의 53초 분량의 동영상(이하 '이 사건 동영상'이라 한다)을 주된 내용으로 하는 게시물('이 사건 게시물')을 원고가 운영하는 네이버 블로그에 게시하였다. 이에 대하여 피고협회(한국음악저작권협회)가 위 게시물이 동 협회가 저작자들로부터 신탁받아 관리하고 있는 이 사건 저작물에 대한 저작재산권을 침해한 것이라고 하면서 피고회사(엔에이치엔 주식회사)에게 삭제요청을 하였고, 피고회사는 임시 게시중단 조치를 한 후 원고의

재개시 요청에 대하여 소명부족을 이유로 응하지 않고 있었다. 이에 원고는 원고의 이 사건 저작물 이용이 우리 저작권법 제28조 등에 의하여 '공정이용'으로 인정될 수 있어 저작권침해가 성립되지 않음에도 불구하고 위와 같이 삭제요청을 한 피고협회와 그에 따라 게시 중단 조치 등을 취한 피고회사의 행위는 위법하다고 주장하면서 1심 법원인 서울남부지방법원에 원고의 이 사건 게시물 게재행위가 저작권침해행위가 아니라는 확인을 구함과 동시에 피고협회에게는 저작권법 제103조 제6항에 의한 손해배상을 구하고, 피고회사에게도 과실에 의한 불법행위책임을 물어 손해배상을 청구하였다. 이에 대하여 1심 법원은 원고의 이 사건 게시물 게시 행위는 저작권법 제28조에 의한 '공표된 저작물'의 정당한 '인용'에 해당하여 저작권침해를 구성하지 않는다는 전제 하에 원고의 위 확인청구를 인용하고, 피고협회에 대한 손해배상청구를 일부 인용하며, 피고회사에게는 위 게시 중단 등 조치에 과실이 없다는 이유로 피고회사에 대한 손해배상청구는 전부 기각하는 취지의 판결을 선고하였다. 이에 대하여 피고협회가 항소를 제기하자 항소심 법원인 서울고등법원은 원심에서 원고의 확인청구를 인용한 부분만을 취소한 후, 확인의 이익이 없다는 이유로 원고의 그 부분 소를 각하하고 피고협회의 나머지 항소를 기각하는 판결을 선고하였다. 아래에서 인용하는 부분은 항소심 판결문 중 원고의 게시행위가 정당한 '인용'에 해당한다고 판단한 부분만 발췌한 것이다.

[법원의 판단]

...

(2) 저작권법 제28조는 "공표된 저작물은 보도 · 비평 · 교육 · 연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다"고 규정하고 있다.

여기서 인용이라 함은 타인이 자신의 사상이나 감정을 표현한 저작물을 그 표현 그대로 끌어다 쓰는 것을 말하나, 인용을 하면서 약간의 수정이나 변경을 하였다고 하더라도 인용되는 저작물의 기본적 동일성에 변함이 없고 그 표현의 본질적 특성을 그대로 느낄 수 있다면 역시 인용

에 해당한다.

저작권법이 저작권을 보호하는 이유는 저작권 및 저작인접권의 보호를 통하여 궁극적으로는 문화 및 관련 산업의 향상을 도모하려는 것이므로, 저작권은 저작권자의 개인적 이익과 문화 및 관련 산업의 향상이라는 사회적 이익의 비교형량에 따라 제한될 수 있다. 저작권법은 이러한 비교형량을 구체화하여 저작권의 제한사유를 명시적으로 규정하고 있는데, 저작권법 제28조도 그러한 조항 중 하나이다. 즉, 저작권법 제28조는, 새로운 저작물을 작성하기 위하여 기존 저작물을 이용하여야 하는 경우가 많고, 그러한 경우에 기존 저작물의 인용이 널리 행해지고 있는 점을 고려하여 기존 저작물의 합리적 인용을 허용함으로써 문화 및 관련 산업의 향상발전이라는 저작권법의 목적을 달성하려는 데 그 입법취지가 있다.

이러한 입법취지에 비추어 보면 저작권법 제28조에서 규정한 '보도 · 비평 · 교육 · 연구 등'은 인용 목적의 예시에 해당한다고 봄이 타당하므로, 인용이 창조적이고 생산적인 목적을 위한 것이라면 그것이 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이루어지는 한 저작권법 제28조에 의하여 허용된다.

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(대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793판결, 2004. 5. 13. 선고 2004도1075판결, 대법원 1998. 7. 10. 선고 97다34839판결 등 참조).

한편, 법문은 '인용할 수 있다'고만 규정하고 있으나, 이는 소극적으로 타인의 저작물을 복제하여 그 용도대로 사용하는 데 그치지 아니하고, 적극적으로 자신이 저작하는 저작물 중에 타인의 저작물을 인용하여 이용할 수 있다는 취지이므로, 인용된 부분이 복제 · 배포되거나 공연 · 방송 · 공중송신 · 전송되는 것도 허용된다. 결국, 정당한 인용은 복제

권뿐만 아니라 배포권 · 공연권 · 방송권 · 공중송신권 · 전송권 등 저작재산권 일반에 대한 제한사유가 된다.

다만, 저작권법 제37조에서는 저작권법 제28조 등에 따라 저작권을 이용하는 자는 저작물의 이용상황에 따라 합리적이라고 인정되는 방법으로 그 출처를 명시하도록 하고 있으므로, 타인의 저작물을 인용하는 경우에는 저작물의 이용상황에 따라 합리적이라고 인정되는 방법으로 그 출처를 명시하여야 한다.

(3) 이 사건 저작물이 공표된 저작물이라는 점은 당사자 사이에 다툼이 없는 점, 이 사건 동영상은 미취학 연령으로 보이는 원고의 딸이 가족여행 중에 이 사건 저작물의 실연자인 가수 손담비의 춤을 흉내 내면서 이 사건 저작물 중 일부를 불완전하게 가창하는 것을 녹화한 것인데, 이는 원고가 가수 손담비를 흉내 내는 원고 딸의 귀엽고 깜직한 모습과 행동을 생동감 있게 표현한 것으로서 창작성 있는 저작물에 해당하는 점, 이 사건 동영상의 제작 및 전송 경위에 비추어 이 사건 동영상이 영리를 목적으로 제작되거나 전송된 것은 아니라고 보이는 점, 이 사건 동영상의 주된 내용은 원고의 어린 딸이 귀엽고 깜찍하게 가수 손담비의 춤 동작을 흉내 내는 것이고, 이를 위하여 이 사건 저작물의 일부가 반주도 없이 불완전한 가창의 방법으로 인용된 점, 갑 제8호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 이와 같이 인용된 이 사건 저작물의 양은 전체 74마디 중 7~8마디에 불과하므로 인용의 목적에 비추어 최소한도의 인용으로 보이는 점, 그나마도 음정, 박자, 가사를 상당히 부정확하게 가창한 것인데다가 녹화 당시 주변의 소음으로 인하여 약 53초 분량의 이 사건 동영상 중 초반부 약 15초 정도만 이 사건 저작물을 가창하고 있음을 식별할 수 있는 점, 따라서 일반 공중의 관념에 비추어 이 사건 동영상이 이 사건 저작물이 주는 감흥을 그대로 전달한다거나 이 사건 저작물에 대한 시장의 수요를 대체한다거나 또는 이 사건 저작물의 가치를 훼손하다고 보기는 어려운 점, 대중가요와 같은 음악저작물의 경우에 일반적으로 작곡가나 작사가보다는 실연자의 이름으로

언급하여 그 출처를 표시하고 있는데, 이 사건 동영상이 포함된 이 사건 게시물에도 이 사건 저작물의 실연자를 언급함으로써 합리적인 방법으로 이 사건 저작물의 출처를 명시하고 있는 점 등 제반 사정을 종합하면, 이 사건 동영상은 이 사건 저작물의 일부를 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용하였음이 인정된다.

(4) 갑 제4호증의 기재에 의하면 이 사건 게시물에 인용된 이 사건 후렴구는 그 양이 이 사건 저작물의 전체 가사 21행 중 5행에 불과한 점, 이 사건 후렴구를 인용한 목적은 이 사건 동영상에서 인용된 이 사건 저작물 부분이 음정, 박자 및 가사가 상당히 부정확하여 잘 인식하기 어려우므로 그와 대비하여 이 사건 동영상에서 인용된 부분이 이 사건 저작물 중 어떠한 부분인지 알 수 있도록 하기 위한 것으로 보이는 점, 따라서 일반 공중의 관념에 비추어 이 사건 후렴구가 이 사건 저작물이 주는 감흥을 그대로 전달한다거나 이 사건 저작물에 대한 시장의 수요를 대체한다거나 또는 이 사건 저작물의 가치를 훼손한다고 보기는 어려운 점, 이 사건 게시물에 이 사건 저작물의 실연자를 언급함으로써 이 사건 저작물의 출처를 명시한 점 등 제반사정을 종합하여 보면 이 사건 후렴구 역시 이 사건 저작물의 일부를 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용하였음이 인정된다.

(5) 또한, 이 사건 게시물은 이 사건 동영상 및 이 사건 후렴구 이외에도 이에 덧붙여 "그런데 도대체 이 노래를 어디서 보고 들은 것이기에 이렇게 따라 하는 것일까요? 집에서는 거의 가요 프로그램을 보질 않는데 말입니다, 뭐 그냥 저냥 웃으면서 보긴 했는데, 너무 아이가 춤과 노래를 좋아하는 것은 아닐런지 걱정스럽기도 합니다. 그리고 좀 더 소녀 취향의 노래를 불러 주었으면 좋겠는데 말이지요'라는 내용의 글과 이 사건 동영상을 녹화한 곳과 같은 장소에서 촬영한 원고의 딸의 다른 사진들을 함께 게재함으로써 이 사건 동영상이나 이 사건 후렴구와는 별개로 대중매체가 어린이들에게 끼치는 영향에 대한 원고의 사상과 감정을 표현한 새로운 창작물이 되었고, 이 사건 동영상과 이 사건 후렴구

는 이 사건 게시물을 구성하는 요소로 흡수되었으므로, 이러한 점에 앞서 본 바와 같이 이 사건 동영상과 이 사건 후렴구가 이 사건 저작물을 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용하였음이 인정되는 사정을 함께 고려하면 이 사건 게시물 역시 이 사건 저작물을 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것임을 인정할 수 있다.

(6) 따라서 이 사건 동영상 및 이 사건 후렴구는 물론 이 사건 게시물은 모두 이 사건 저작물을 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것으로서 이 사건 저작물의 저작재산권을 침해한 것이 아니므로, 원고는 이 사건 동영상이나 이 사건 게시물을 자유로이 복제 · 배포는 물론 공연 · 방송 · 공중송신 · 전송을 할 수 있다.

[참고판결5]

서울남부지방법원 2008.6.5. 선고 2007가합18479판결
- "스타UCC" 사건

[사실관계]

SBS가 방영하는 "신동엽의 있다! 없다!" 프로그램(이 사건 프로그램) 중 스타의 숨은 이야기를 발굴하는 코너인 '스타 UCC' 편에서 연기자 이순재가 이 사건 영화("대괴수 용가리")에 출연한 사실이 있는지를 확인하는 내용을 방송하였다. 그 과정에서 피고들은 원고의 허락 없이 이 사건 영화 중 일부 장면을 3분 정도 방영하였다. 그것이 저작권법 제28조에 의하여 공정이용에 해당할 수 있는지 여부가 다투어진 사건이다.

[법원의 판단]

구 저작권법 제28조는 공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다고 규정하고 있는바, 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것인가의 여부는 인용의 목적, 저작물의 성질, 인용된 내용과 분량, 피인용저작물을 수록한 방법과 형태, 독자의 일반적 관념, 원저작물에 대한 수요를 대체하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야

할 것이고, 이 경우 반드시 비영리적인 목적을 위한 이용만이 인정될 수 있는 것은 아니라 할 것이지만, 영리적인 목적을 위한 이용은 비영리적 목적을 위한 이용의 경우에 비하여 자유이용이 허용되는 범위가 상당히 좁아진다(대법원 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결 등 참조).

살피건대 피고들이 이 사건 프로그램에서 이 사건 영화를 일부 인용한 것이 시청자들에게 정보와 재미를 주기 위한 목적이었다고 하더라도 그 이용의 성격은 상업적·영리적인 점, 피고 에스비에스가 자신의 인터넷 홈페이지를 통하여 유료로 이 사건 프로그램을 방송한 점, 피고들이 원고로부터 이 사건 영화의 인용에 대한 동의를 받는 것이 어렵지 아니하였던 점 등 이 사건 변론에 나타난 여러 사정을 고려하여 볼 때, 피고들의 위 행위가 공정이용에 해당한다고 할 수 없으므로 위 항변은 이유 없다.

V. 영리를 목적으로 하지 않는 공연·방송 등

저작권법 제29조는 영리를 목적으로 하지 않는 공연·방송 등에 관하여 규정하고 있다. 아래에서 이 규정에 의한 공정이용의 조건에 대하여 살펴본다.

[저작권법 규정]

제29조 (영리를 목적으로 하지 아니하는 공연·방송)

① 영리를 목적으로 하지 아니하고 청중이나 관중 또는 제3자로부터 어떤 명목으로든지 반대급부를 받지 아니하는 경우에는 공표된 저작물을 공연 또는 방송할 수 있다. 다만, 실연자에게 통상의 보수를 지급하는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 청중이나 관중으로부터 당해 공연에 대한 반대급부를 받지 아니하는 경우에는 판매용 음반 또는 판매용 영상저작물을 재생하여 공중에게 공연할 수 있다. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

제36조 (번역 등에 의한 이용)

① 제25조, 제29조, 제30조 또는 제35조의3에 따라 저작물을 이용하는 경우에는 그 저작물을 번역·편곡 또는 개작하여 이용할 수 있다.

② 제23조·제24조·제26조·제27조·제28조·제32조 또는 제33조에 따라 저작물을 이용하는 경우에는 그 저작물을 번역하여 이용할 수 있다.

제37조 (출처의 명시)

① 이 관에 따라 저작물을 이용하는 자는 그 출처를 명시하여야 한다. 다만, 제26조, 제29조 부터 제32조까지, 제34조 및 제35조의2의 경우에는 그러하지 아니하다.

② 출처의 명시는 저작물의 이용 상황에 따라 합리적이라고 인정되는 방법으로 하여야 하며, 저작자의 실명 또는 이명이 표시된 저작물인 경우에는 그 실명 또는 이명을 명시하여야 한다.

제87조 (저작인접권의 제한)

① 저작인접권의 목적이 된 실연·음반 또는 방송의 이용에 관하여는 제23조,제24조,제25조제1항부터 제3항까지,제26조 부터 제32조까지,제33조제2항,제34조,제35조의2,제35조의3,제36조 및 제37조를 준용한다.

제29조의 규정내용은 1) 비영리목적의 공연·방송(제1항)의 경우와 2) 반대급부 없는 판매용 음반 등의 공연(제2항)의 경우로 나누어 살펴볼 수 있다.

V-1. 비영리목적의 공연·방송(저작권법 제29조 제1항)의 경우

비영리목적의 공연·방송은 다음의 조건을 모두 충족할 경우 권리자의 허락을 받지 않은 경우에도 자유롭게 이용할 수 있고, 저작재산권이나 저작인접권의 침해가 성립하지 아니한다. 이러한 공연, 방송의 과정에서 원래의 저작물이 번역, 편곡 또는 개작되는 부분이 있어도 무방하며(법 제36조), 출처명시의무도 면제되어 있다(법 제37조 제1항 단서).

[요약]

V-1-a. 영리를 목적으로 하지 않는 공연·방송일 것

V-1-b. 청중이나 관중 또는 제3자로부터 반대급부를 받지 아니할 것

V-1-c. 실연자에게 통상의 보수를 지급하지 아니할 것

V-1-d. 판매용 영상저작물 등의 재생에 의한 공연의 경우 저작권법시행령 제11조에서 규정하고 있는 예외사유에 해당하지 않을 것

V-1-a. **영리를 목적으로 하지 않는** 공표된 저작물의 **공연·방송일 것**

[설명]

(1) 먼저 이용행위가 공연 또는 방송에 해당하여야 한다. 따라서 공연이나 방송에 해당하지 않는 다음의 행위들은 이 규정에 의하여 허용되는 범위에 처음부터 포함되지 않고, 따라서 영리를 목적으로 하지 않는 등 이 규정에 의한 다른 모든 요건을 갖춘 경우에도 권리자의 허락 없이 할 경우 저작재산권 등의 침해가 성립할 수 있다.

① 자신이 구입한 음원을 홈페이지의 배경음악으로 하여 홈페이지 방문자들이 들을 수 있게 하는 행위(공연 또는 방송이 아니라 '전송'에 해당함)

② 인터넷상에 누구나 동일한 시간에 동일한 음악을 들을 수 있도록 제공하는 웹캐스팅 서비스를 제공하는 행위(설사 '인터넷방송'이라는 이름으로 서비스를 하더라도 저작권법상으로는 방송이 아니라 '디지털음성송신'에

해당함)

③ 자신이 입수한 어느 화가의 그림을 많은 사람이 볼 수 있는 곳에 걸어두는 행위(공연 또는 방송이 아니라 '전시'에 해당함)

④ 호텔에서 각 객실에 유선으로 제공하는 VOD(Video On Demand) 서비스(공연이 아니라 '전송'에 해당함)

☞ 방송의 개념에 대하여 자세한 것은 III-2-d.(1)의 설명을 참고하세요.

한편, 가족들이나 소규모의 친지들 앞에서 노래를 부르는 행위는 '공중'을 대상으로 한 것이 아니어서 공연에 해당하지 않고, 그 밖에 저작권자의 배타적 권리에 속하는 복제, 공중송신, 전시, 2차적 저작물 작성 등의 어느 경우에도 해당하지 않으므로, 처음부터 저작권자의 배타적 권리가 미치지 않는 행위이다. 따라서 그러한 경우에는 이 규정에 의한 자유이용의 대상이 아니며, 다른 조건을 더 따져볼 필요 없이 자유롭게 할 수 있는 것이다.

[공연의 개념][176]

저작권법상 공연이란 "저작물 또는 실연·음반·방송을 상연·연주·가창·구연·낭독·상영·재생 그 밖의 방법으로 공중에게 공개하는 것을 말하며, 동일인의 점유에 속하는 연결된 장소 안에서 이루어지는 송신(전송을 제외한다)을 포함한다."(저작권법 제2조 제3호)

각본이나 무보(舞譜) 기타 연극적 저작물을 무대 위에서 실현시키는 것이 '상연'이며, 음악저작물을 악기로써 실연하는 것이 '연주', 음성으로 실연하는 것이 '가창'이다. 동화, 만담, 야담 등을 흥미롭게 말로 표현하는 것이 '구연'이며, 시 등을 소리 내어 읽는 것이 '낭독'이고, 영화와 같이 영상화된 저작물을 영사막에 영사하는 것이 '상영'이다.[177] 공연 등의 녹음물 또는 녹화물을 '재생'하여 전달하는 것도 공연에 포함되므로 판매용 음반이나 비디오테이프를 구입하여 음악감상실, 백화점, 호텔, 유흥

장, 음식점 등에서 고객에게 음악을 틀어주거나 영상을 보여주는 것도 공연에 해당한다.

한편, 공연은 “공중에게 공개”할 것을 요건으로 하고 있는데, 여기서 공중이라 함은 불특정 다수인(특정 다수인을 포함한다)을 말한다. 불특정 다수인이라 함은 그 개성 또는 특성이나 상호간의 관계 등을 묻지 않은 2인 이상의 사람을 말하고[178], 특정 다수인은 통상적인 가족이나 친지 등 개인적인 관계에 의하여 서로 연결되는 범위를 넘어서는 상당수의 사람들(a substantial number of persons)을 말한다.[179] 정당의 집회, 단체의 회원대회와 같은 경우는 특정 다수의 모임이지만 공중에 해당한다. 그러나 가족·친지 등으로 참석범위가 한정되는 통상의 결혼식이나 피로연에서의 연주[180], 오케스트라 단원들의 연습을 위한 연주, 가정에서의 수인의 동호인을 위한 연주나 상영 등에는 공연권이 미치지 아니한다. 일반 공중이 반드시 동일한 장소나 동일한 시각에 있어야 하는 것은 아니고, 서로 다른 장소에 있거나 시간적 간격이 있다고 하더라도 불특정 또는 다수인에게 전자장치 등을 이용하여 저작물을 전파, 통신함으로써 공개하는 경우에도 공연이 된다.[181] 다만 동일한 장소에 있지 아니한 모든 경우를 공연의 개념에 포함하게 될 경우에는 방송의 개념과 혼동될 수 있으므로, 법은 공연의 대상인 공중이 적어도 '동일인의 점유에 속하는 연결된 장소 안'에 있어야만 공연에 해당하는 것으로 규정하고 있다. 그리고 전송과 공연의 개념이 중복되는 경우의 혼란을 피하기 위하여 전송에 해당하는 경우에는 공연에는 해당하지 않도록 명확히 규정하고 있다. 따라서 호텔에서 각 객실에 제공하는 VOD 서비스는 현행법상 공연이 아니라 전송에만 해당하는 것으로 보게 된다. 또한, 일반인의 접근이 다소 제한되어 있는 반공개적인 장소(semipublic area)라도 일반인이 그 실연에 접할 수 있는 잠재성이 있다면 그곳에서의 실연도 공연으로 볼 수 있다.[182]

이러한 의미의 공연은 저작재산권의 하나인 공연권의 대상이 된다. 즉, 저작권법 제17조는 "저작자는 그의 저작물을 공연할 권리를 가진다"고 규정하여 저작자에게 부여되는 저작재산권의 하나로 공연권을 인정하고 있다.

(2) 영리를 목적으로 하지 않는 공연 또는 방송이어야 한다. 여기서의 영리적인 목적이란 반드시 직접적 영리를 목적으로 하는 경우만이 아니라 간접적으로 영리를 위한 것도 포함하는 비교적 넓은 개념이다.[183] 먼저, 방송의 경우 중에서, 영리의 목적을 부정할 수 있는 경우는 많지 않다. 공영방송도 그 방송 중에 선전광고가 삽입되어 있거나 그 공영방송사가 시청료를 받는다면 영리목적의 방송이라고 보아야 하고, 선전광고도 없고 시청료도 받지 않는 경우라도 방송의 주체가 상법상의 회사라면 역시 영리목적의 방송으로 보는 견해가 많다.[184]

(3) 다음의 경우는 모두 일반적으로 영리를 목적으로 한 공연으로 보게 되는 경우들이다.

① 영화를 선전하기 위한 무료의 시사회[185]

② 고객사은행사로서의 무료 음악공연(예를 들어 어떤 상품을 구매하면서 받은 무료입장권을 들고 오는 사람들을 연주회에 무료로 입장시킨 후에 하는 공연)[186]

---

176) 이해완(2007), 309면

177) 장인숙(1989), 76면

178) 대법원 1985. 3. 26. 선고 85도109 판결

179) 이성호(1996), 599면

180) 결혼식이나 피로연에 참석한 사람이 통상적인 의미에서 '소수'라고 말하기는 어렵더라도 그 모임 참석자들 사이에 '사적인 유대감'이 강하여 '공중'이라고 보기 어려운 측면이 있어서 이와 같이 해석되는 면이 있는바(임원선(2009), 128면 참조), 논리적으로는 이러한 경우에 저작권법상의 '특정 다수인'에는 해당하지 않는 것으로 볼 수밖에 없다.

181) 대법원 1996. 3. 22 선고 95도1288 판결. 그러한 법리 하에서, “노래방의 구분된 각 방실이 4, 5인 가량의 고객을 수용할 수 있는 소규모에 불과하다고 하더라도, 일반 고객 누구나 요금만 내면 제한 없이 이를 이용할 수 있는 공개된 장소인 노래방에서 고객들로 하여금 노래방 기기에 녹음 또는 녹화된 음악저작물을 재생하는 방식으로 저작물을 이용하게 하는 것은 저작물의 ‘공연’에 해당한다.”고 판단하였다. 이성호(1996)는 이 판결이 “저작물의 전파, 이용에 관한 새로운 기술 및 각종 매체의 등장에 대응하여 저작자에 대한 적절한 보호가 가능하도록 우리 저작권법상의 공연의 의미를 넓게 해석하면서 그 의미를 분명히 밝히고 있는 최초의 판례라는 점에 그 의의가 있다”고 분석하고 있다.

182) 김정술, "저작권과 저작인접권의 내용", 지적소유권에 관한 제문제(하), 재판자료 제57집, 법원행정처, 1992, 301면

183) 황적인·정순화·최현호(1990), 287면; 이해완(2007), 408면; 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 543면; 加戸守行(2006), 272면; 半田·松田(2009) 2巻 [伊藤眞 집필부분], 315면

184) 허희성(2007), 218면; 오승종(2007), 625면

185) 허희성(2007), 217-218면; 이해완(2007), 408면

186) 허희성(2007), 218면; 이해완(2007), 408-409면

③ 커피숍, 식당, 백화점, 호텔, 회사 또는 공장 등에서 일종의 배경음악으로 사용하기 위한 경우[187][다만, 그 가운데 판매용 음반을 사용한 경우로서, 대통령령 상의 예외사유(호텔, 백화점 등은 예외사유에 해당하여 제2항의 규정이 적용되지 않는다)에 해당하지 아니하는 경우에는 반대급부 없는 판매용 음반 등의 공연(제2항)으로서 권리제한 사유에 해당할 수 있다. V-2 참조]

(4) 다음의 경우에는 영리를 목적으로 한 공연이 아니라고 보게 될 가능성이 많다.

① 사내 직원들의 회식이나 운동회에서 친목을 도모하기 위해 노래를 부르거나 연주를 하는 것[188]

② 자선공연, 위문공연, 종교행사, 군악대의 연주, 국경일 행사를 위한 공연 등[189] [다만, 자선공연의 경우에 자선모금을 위하여 공연 관람에 대한 반대급부를 받는 경우가 많을 것인데, 그러한 경우라면 다음 V-1-b.의 "반대급부를 받지 아니할 것"이라는 요건을 갖추지 못하여 결국 면책이 부정될 가능성이 많다.]

(5) 또한 공표된 저작물을 이용대상으로 한 경우에만 이 요건을 충족한 것으로 볼 것임을 유의하여야 한다.

V-1-b. 청중이나 관중 또는 제3자로부터 반대급부를 받지 아니할 것

[설명]

(1) 이 규정의 적용을 받기 위해서는 청중이나 관중 또는 제3자로부터 어떤 명목으로든지 반대급부를 받지 않아야 한다. 이것은 영리를 목적으로 하

187) 허희성(2007), 218면; 이해완(2007), 409면; 半田·松田(2009) 2巻 [伊藤眞 집필부분], 315면

188) 허희성(2007), 218면; 이해완(2007), 409면; 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 544면; 加戸守行(2006), 272면

189) 오승종(2007), 626면; 하동철, "공연권에 관한 연구 - 재구성과 제한을 중심으로,", 서강대학교 박사학위 논문(2005)(이하 하동철(2005)이라고만 표시), 253면)

지 않을 것이라는 요건에 추가된 또 하나의 요건이므로, 영리를 목적으로 하지 않은 경우라 하더라도 청중이나 관중 또는 제3자로부터 반대급부를 받을 경우에는 이 규정에 의한 자유이용을 할 수 없고, 권리자의 허락이 없다는 이유로 권리침해가 성립할 수 있다.

(2) 따라서 자선기금 모금, 재난구조기금 모금 등을 위해 반대급부(기부금 등)를 받고 공연하는 경우에는 저작권 침해의 책임이 면제되지 않는다고 보는 것이 다수의 입장이다.[190] 실제로 수익의 전부를 공익사업에 사용하는 경우에도 공연에 대한 반대급부를 받는 이상 마찬가지이다. 다만 자선목적 등의 공연의 경우에는 구체적인 상황 등을 두루 감안하여 새로 추가될 공정이용 일반조항에 따라 허용되는 경우로 볼 가능성은 있을 수 있다고 생각된다.

(3) 반대급부를 받는 대상에는 청중이나 관중만이 아니라 제3자도 포함되므로, 청중이나 관중으로부터는 아무런 반대급부를 받지 않는다 하더라도 스폰서나 기업 등으로부터 협찬금을 받은 경우에는 반대급부를 받은 것으로 보아 이 규정에 의한 자유이용이 허용되지 않는 것으로 본다.[191] 이와 관련하여 서울시에서 운영하는 서울과 경인지역에 대한 라디오 교통방송과 관련하여 협찬단체로부터 협찬 수입을 받은 것에 대하여 이 수입금은 이 규정에 의한 반대급부의 일종으로 봄이 상당하다고 한 판례[192]가 있다.

(4) '저작물의 공연에 대한 대가'를 받기만 하면, 그것이 '공연에 필요한 제반 경비'에 충당하기 위한 목적일 뿐이고 달리 이윤추구의 동기는 없다고 하더라도 이 규정에 의한 요건을 충족하지 못하는 것으로 보아야 한다. 다

---

190) 오승종(2007), 626면; 이해완(2007), 409면; 임원선(2009), 229면; 하동철(2005), 297면 등. 다만, 소수설로서, 허희성(2007), 220면; 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 545면은 "입장료가 주최자나 실연자의 수익 또는 보수가 아니라 자선단체의 자선기금으로 충당되는 경우에는 본항에 해당한다고 본다"고 하여 반대입장을 나타내고 있다.

191) 이해완(2007), 409면. 임원선(2009), 229면도 기업 등으로부터 협찬금을 받은 경우에는 '영리를 목적'으로 한 것으로 보고 있어, 결과에 있어서는 같은 입장이라 할 수 있다. 참고로, 일본 저작권법 제38조 제1항은 청중 또는 관중으로부터 반대급부를 받지 않을 것을 요건으로 하고 있으나, 우리 저작권법 제29조 제1항은 "청중이나 관중 또는 제3자로부터 어떤 명목으로든지 반대급부를 받지 아니하는 경우"일 것을 요건으로 규정하고 있다.

192) 서울고등법원 2001. 9. 4. 선고 2001나15127 판결. 허희성(2007), 219면 참조

만, '공연에 대한 대가'가 아니라 행사 당일에 소요된 실비 성격의 비용으로서 예컨대 회장(會場)정리비나 청소비 등을 받을 경우에는 다른 평가가 가능할 수도 있다. 이때에는 그것이 실제 회장정리비나 청소비의 성격인지 아니면 명목만 그렇게 하고 사실상 공연에 대한 대가를 얻고자 한 것인지를 살펴 그에 따라 전자의 경우이면 이 규정상의 '반대급부'라 볼 수 없고, 후자의 경우이면 '반대급부에 해당하는 것으로 보아야 한다는 것이 다수의 입장이다.[193] 이 입장에 의하면, 예를 들어 어느 구청에서 구민들을 위하여 음악회를 갖고자 하는데 그 장소가 소음이 심하여 헤드셋을 이용하기로 하고 그 비용만을 구민들에게 부담시키는 경우에는 역시 공연에 대한 '반대급부'를 받는 것으로 보기 어렵다고 하게 된다.[194] 즉, 그러한 경우에는 다른 요건을 충족하는 한 이 규정에 의한 자유이용이 가능하다고 보는 것이다.

(5) 연주회 등의 입장료는 무료이지만 입장 자격이 유료 웹사이트의 회원이나 그 밖의 유료회원에게만 주어진다고 하면 그 회비의 일부가 반대급부로서의 성격을 띠는 것으로 보아 역시 본 조항의 요건을 충족하지 못하는 것으로 보아야 한다.[195] 또한 예를 들어, 음악저작물의 공연이 반드시 필요한 댄스 교습에 있어서 그 교습에 대해 입회 수강자로부터 받는 입회비 및 수강료는 공연에 대한 반대급부의 성격도 가진다고 보아야 한다.[196]

---

193) 허희성(2007), 219면; 하동철(2005), 297면 등. 서달주(2009), 403면 및 이해완(2007), 409면도 비슷한 입장으로 볼 수 있다. 다만, 소수설로서, 오승종(2007), 626면은 여기서 말하는 '반대급부'가 반드시 당해 공연에 대한 것만을 뜻한다고 볼 수 없다는 전제하에, "회장정리비나 청소비 등의 명목으로 입장시 금품을 징수한다면 그 액수 여하를 불문하고 본조의 적용대상이 되지 않는다"는 견해를 제시하고 있다.

194) 서달주(2009), 403면

195) 이해완(2007), 409면; 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 544면; 허희성(2007), 218면; 加戸守行(2006), 272-273면 등.

196) 일본 나고야지방재판소 2003. 2. 7. 선고의 '사교댄스 교실 사건' 판결. 半田·松田(2009) 2巻 [伊藤眞 집필부분], 317면 참조

V-1-c. 실연자에게 통상의 보수를 지급하지 아니할 것

[설명]

(1) 실연자에게 통상의 보수를 지급하지 아니하여야 이 규정에 의한 자유이용의 대상이 된다(법 제29조 제1항 단서). 즉, 영리를 목적으로 하지 않은 공연으로서 반대급부를 받지 않은 경우라 하더라도, 실연자에게 통상의 보수를 지급할 경우에는 허락 없는 공연이 저작재산권 등의 침해가 될 수 있다.

(2) 저작권법상 '실연자'란 저작물을 연기·무용·연주·가창·구연·낭독 그 밖의 예능적 방법으로 표현하거나 저작물이 아닌 것을 이와 유사한 방법으로 표현하는 실연을 하는 자를 말하며, 실연을 지휘, 연출 또는 감독하는 자를 포함한다(법 제2조 제4호). 가수, 연주자, 연기자(배우), 무용수, 연출자 등이 이에 해당한다. 이러한 실연자에게 지급하는 것이 아니라 음악해설자나 사회자 등에게만 보수를 지급하는 경우에는 위 단서규정에 해당하지 않고 따라서 다른 요건을 충족할 경우 이 규정에 의한 자유이용의 대상이 될 수 있을 것이다.[197]

(3) '통상의 보수'라고 규정되어 있으므로 그에 미치지 못하고 단지 교통비, 식대 등의 실비를 제공하는 수준에 그치는 것이라면 위 단서규정에 해당하지 않고 따라서 다른 요건을 충족할 경우 이 규정에 의한 자유이용의 대상이 될 수 있는 것으로 본다.[198] 다만 그것이 명목만 교통비 또는 식비일 뿐 실제로 교통비나 식비에 소요되는 정도를 초과하는 금액으로서 사실상 출연에 대한 대가의 성질을 가지는 것이라면 이는 보수를 지급한 것으로 보아야 할 것이다.[199]

---

197) 이해완(2007), 410면; 오승종(2007), 627면; 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 544면; 다만, 허희성(2007), 219면은, 2006년 개정 저작권법상 실연의 정의에 '구연'이 포함되었으므로 해설자도 실연자로 볼 수 있다는 이유로 반대의견을 표명하고 있다. 그러나 실연은 '예능적 방법의 표현'일 것을 요하므로 실연으로서의 '구연'에는 만담 등만 포함되고 해설은 포함되지 않는 것으로 보아야 할 것으로 여겨진다.

198) 황적인·정순희·최현호(1990), 287면 ; 장인숙(1989), 94면 ; 오승종(2007), 617면; 서달주(2009), 401면; 이해완(2007), 409면

199) 오승종(2007), 617면; 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 544면

(4) 실연자가 공연에 대한 대가를 개별적으로 받지는 않지만 월급을 받고 있는 경우라면 경우에 따라 다르다. 예를 들어 소방서의 음악대 대원의 경우 급여를 받고 있지만, 그것은 공무원으로서 소방서의 직무에 종사하는 것에 대한 일반적인 의미에서의 대가이고, 연주행진 등의 경우의 그 연주를 행하는 것에 대한 보수는 아니라고 할 수 있다. 그러나 직업적인 음악밴드에 종사하면서 월급을 받고 있는 사람이 그 직무의 일환으로 연주를 하였다면, 그 연주에 대한 통상의 보수를 포괄적으로 받고 있다고 보아야 할 것이다.[200]

(5) 실연자에게 통상의 보수를 지급하지 않을 것을 요하는 위 단서 규정은 생공연(生公演) 또는 생방송과 같이 실연자에 의하여 저작물이 직접 연주되는 경우에만 의미를 가지는 규정이고, 녹음, 녹화물을 재생하여 방송 또는 공연하는 경우에는 무시하여도 좋은 규정이다.[201] 저작물의 녹음, 녹화 등의 과정에서 실연자 등에게 보수가 지급되겠지만, 그 보수는 여기서 말하는 보수에 포함되지 않기 때문이다. 따라서 녹음, 녹화물 등의 재생 방식에 의한 방송 또는 공연의 경우에는 다른 요건만 충족하면, 이 단서규정에의 해당 여부는 따져볼 필요 없이 자유이용의 대상이 될 수 있다고 보아야 할 것이다.

V-1-d. 판매용 영상저작물 등의 재생에 의한 공연의 경우 저작권법시행령 제11조에서 규정하고 있는 예외사유에 해당하지 않을 것

[설명]

(1) 저작권법 제29조 제2항은 "청중이나 관중으로부터 당해 공연에 대한 반대급부를 받지 아니하는 경우에는 판매용 음반 또는 판매용 영상저작물을 재생하여 공중에게 공연할 수 있다. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다."고 규정하고 있다. 그 중 위 단서 규정은 비록 제

200) 이해완(2007), 409-410면; 加戸守行(2006), 273면 참조
201) 오승종(2007), 628면; 하동철(2005), 297면; 加戸守行(2006), 273-274면

1항이 아니라 제2항에 대하여만 규정되어 있지만, 제1항에도 영향을 미치는 규정이라고 보아야 할 것이다. 즉 청중이나 관중으로부터 당해 공연에 대한 반대급부를 받지 아니하고 판매용 음반 또는 판매용 영상저작물을 재생하여 공중에게 공연하는 것은 제1항이 규정하고 있는 다른 요건들을 충족할 경우에 제1항의 규정에 의하여 허용될 수 있는 것이 원칙이나, 그러한 경우에도 위 단서 규정에 해당할 경우에는 결과적으로 허용되지 않는 것으로 보는 것이 입법취지에 부합하는 올바른 해석이라 여겨진다.[202)]

(2) 위 제2항 단서 규정에 따라 마련된 저작권법 시행령 제11조의 규정에 의한 예외사유 중에서 특별히 제1항과의 관계에서 주의하여야 할 부분은 다음과 같다.

저작권법 시행령 제11조 제8호 : 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 시설에서 영상저작물을 감상하게 하기 위한 설비를 갖추고 발행일부터 6개월이 지나지 아니한 판매용 영상저작물을 재생하는 형태의 공연

가. 국가·지방자치단체(그 소속기관을 포함한다)의 청사 및 그 부속시설
나. 「공연법」에 따른 공연장
다. 「박물관 및 미술관 진흥법」에 따른 박물관·미술관
라. 「도서관법」에 따른 도서관
마. 「지방문화원진흥법」에 따른 지방문화원
바. 「사회복지사업법」에 따른 사회복지관
사. 「여성발전기본법」 제2조제3호에 따른 여성관련 시설
아. 「청소년활동진흥법」 제10조제1호가목에 따른 청소년수련관
자. 「지방자치법」 제144조에 따른 공공시설 중 시·군·구민회관

(3) 위 규정에서 보는 바와 같이, 예컨대 국가의 기관 청사에서 영리를 목적

202) 오승종(2007), 628면 및 하동철(2005), 298면 등도 같은 입장인 것으로 보인다.

으로 하지 아니하고, 아무런 반대급부를 받지 아니하며, 실연자에게 통상의 보수를 지급하지 아니하고 판매용 영상저작물을 공연할 경우에도 그것이 "영상저작물을 감상하게 하기 위한 설비를 갖추고 발행일부터 6개월이 지나지 아니한 판매용 영상저작물을 재생하는 형태의 공연"에 해당할 경우에는 저작재산권 등의 권리침해가 성립할 수 있음을 유의하여야 한다.

V-2. 반대급부 없는 판매용음반 등의 공연(저작권법 제29조 제2항)의 경우

반대급부 없는 판매용음반 또는 판매용 영상저작물의 공연은 다음의 조건을 모두 충족할 경우 권리자의 허락을 받지 않은 경우에도 자유롭게 이용할 수 있고, 저작재산권이나 저작인접권의 침해가 성립하지 아니한다. 이러한 공연의 과정에서 원래의 저작물이 번역, 편곡 또는 개작되는 부분이 있어도 무방하며(법 제36조), 출처명시의무도 면제되어 있다(법 제37조 제1항 단서).

[요약]
V-2-a. 판매용 음반 또는 판매용 영상저작물을 재생하는 방법으로 하는 공연일 것
V-2-b. 청중이나 관중으로부터 당해 공연에 대한 반대급부를 받지 아니할 것
V-2-c. 법령에 의한 예외사유에 해당하지 아니할 것

V-2-a. 판매용 음반 또는 판매용 영상저작물을 재생하는 방법으로 하는 공연일 것

[설명]

(1) 먼저 이용행위가 공연에 해당하여야 하고 또 공연에만 한정되어야 한다. 공연이 아니라 방송, 전송, 디지털음성송신 등을 포함하는 공중송신에 해당하는 이용행위가 수반되거나 복제가 수반되는 경우, 공연이 아닌 전시에 해당하는 경우 등은 이 규정에 의한 자유이용의 대상이 될 수 없다.[203] 방송의 경우가 제외되어 있다는 것이 법 제29조 제1항의 경우(V-1)와 다른 점이다.

203) '아이멥스 사건'에서 서울중앙지방법원 2005. 5. 30.자 2004카합 결정은 웹사이트(www.imeps.com)에서 제공하는 프로그램을 통해 이용자들이 각자 할당받은 이메일 계정에 저장된 음악파일을 서로 간에 검색하여 스트리밍 방식으로 들을 수 있도록 하는 서비스를 제공한 것에 대하여 그것이 공연에 해당하지 않고 전송에 해당한다는 이유로 이 규정의 적용을 부정하였다. 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 547면 참조

☞ 공연의 의미 또는 개념에 대하여는 V-1-a. (1)의 설명을 참고하세요.
☞ 공중송신, 방송, 전송, 디지털음송송신 등의 개념에 대하여 보다 자세한 것은 III-2-d.(1)의 설명을 참고하세요.

(2) 판매용 음반 또는 판매용 영상저작물을 재생하는 방법으로 하는 공연이어야 한다. 즉, 판매용의 음악 CD나 영화 DVD 또는 비디오테이프 등을 재생하는 경우만 여기에 해당하므로 연주회, 가창대회, 시사회 등의 경우는 처음부터 본 조항의 요건을 충족할 수 없다. 디지털 음원(mp3등)[204] 이나 디지털 형태로 된 영상저작물(복제물)도 그것이 판매용으로 제공된 것이라면 여기에 포함될 수 있다.

(3) 생공연(라이브 공연)이 아니라 판매용 음반 등을 재생하는 방식을 취하고 그에 대한 반대급부를 받지 않으면, 비록 영리 목적을 가진 경우에도 뒤에서 보는 저작권법 시행령상의 예외사유에 해당하지 않는 한 본 조항의 요건을 충족하는 것으로 보므로, 예를 들어 일반음식점에서 판매용 음악 CD를 재생하여 고객들에게 음악을 들려주는 것은 현재의 저작권법 및 그 시행령 하에서 자유이용의 범위에 포함된다.

(4) '판매용'의 의미를 시판용을 뜻하는 것으로 보아, 매장용으로 특별히 제작되어 시중에 판매되지는 않는 음악CD의 경우에는 판매용음반으로 볼 수 없다고 한 대법원판례(이른바 '스타벅스' 사건)가 있다.[205]

---

204) 저작권법 제2조 제5호는 "음반"에 대하여 "음(음성·음향을 말한다. 이하 같다)이 유형물에 고정된 것(음이 영상과 함께 고정된 것을 제외한다)을 말한다"고 규정하고 있으므로, 유형물인 컴퓨터 하드디스크 기타의 저장장치에 저장된 디지털 음원도 음반 또는 음반의 복제물에 해당할 수 있다.

205) 대법원 2012.5.10. 선고 2010다87474 판결

V-2-b. 청중이나 관중으로부터 당해 공연에 대한 반대급부를 받지 아니할 것

[설명]

(1) 청중이나 관중으로부터 당해 공연에 대한 반대급부를 받지 아니할 것을 조건으로 한다. 제3자로부터 반대급부를 받는 경우는 제외되어 있다는 것이 위 V-1의 경우와 다른 점이다. 즉 제3자로부터 반대급부를 받더라도 청중이나 관중으로부터 판매용 음반이나 판매용 영상저작물의 재상에 대한 반대급부를 받지 않으면 다른 조건을 충족하는 한 이 규정에 의한 자유이용의 대상이 된다. 예를 들어, 입장료 등 직접적인 반대급부를 받지 않는다면 공연 중간에 광고를 삽입함으로써 광고주로부터 간접적인 대가나 수익을 얻는다 하더라도 상관없다.[206]

(2) 반대급부를 받지 않는 경우이기만 하면, 영리의 목적이 있는지 여부는 묻지 아니한다. 따라서 영리를 목적으로 하거나 영리법인이 주체가 된 경우라 하더라도 당해 공연에 대한 반대급부를 받지 아니하면 다른 조건을 충족하는 한 이 규정에 의한 자유이용의 대상이 될 수 있다. 예를 들어, 대중음식점, 고속버스, 슈퍼마켓 등의 매장 등에서 음반을 재생하여 고객들에게 들려주는 것은 영리성을 가지고 있지만 그 당해 공연에 대한 반대급부를 받는 것은 아니므로 이 규정에 의한 자유이용이 가능하다.[207]

(3) 반대급부에 다른 서비스의 대가가 포함되어 있더라도 공연에 대한 대가의 의미도 일부 포함되어 있다면 이 규정에서 말하는 '당해 공연에 대한 반대급부'에 해당하는 것으로 볼 수 있다. 이와 관련하여 하급심 판결 중에는 무도장에서 판매용 음반을 틀어 춤을 추게 하고 입장료를 1,000원씩 받은 사건에서, "무도장 입장료는 무도 공간의 사용 대가일 뿐만 아니라 무도곡에 대한 반대급부의 성질도 아울러 가진다"고 하여 결국 이 규정에 의한 자유이용을 부정한 사례가 있다.[208]

---

206) 오승종(2007), 629면; 김병일, "음악공연권과 그 제한에 관한 고찰", 산업재산권 제17호, 224면; 하동철(2005), 303면

207) 오승종(2007), 629면 등 참조

V-2-c. 법령에 의한 예외사유에 해당하지 아니할 것

[설명]

(1) 위와 같은 조건을 충족하더라도 법령에 의한 예외사유에 해당할 경우에는 이 규정에 의한 자유이용이 허용되지 아니한다. 즉, 법 제29조 제2항 단서에서 "다만, 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다"고 하여 대통령령으로 그 예외사유를 규정할 근거가 마련되어 있고, 그에 따라 저작권법시행령 제11조가 구체적인 예외사유들을 규정하고 있는데, 이 시행령의 규정에 따른 예외사유에 해당할 경우에는 반대급부를 받지 않는다고 하더라도 자유이용의 범위에 포함되지 아니한다.

(2) 위 시행령 규정에 따라 자유이용의 대상에서 제외되는 경우들은 다음과 같다.

① 식품위생법 시행령 제21조 제8호[209]에 따른 영업소에서 하는 다음의 각 공연

가. 식품위생법 시행령 제21조 제8호 다목에 따른 단란주점과 라목에 따른 유흥주점에서 하는 공연

---

208) 전주지방법원 1998. 12. 7. 선고 88가소 16095판결, 하동철(2005), 303면 및 오승종(2007), 629-630면 참조

209) 현행 식품위생법 시행령 제21조 제8호 : 식품접객업

가. 휴게음식점영업: 주로 다류(茶類), 아이스크림류 등을 조리·판매하거나 패스트푸드점, 분식점 형태의 영업 등 음식류를 조리·판매하는 영업으로서 음주행위가 허용되지 아니하는 영업. 다만, 편의점, 슈퍼마켓, 휴게소, 그 밖에 음식류를 판매하는 장소에서 컵라면, 일회용 다류 또는 그 밖의 음식류에 뜨거운 물을 부어 주는 경우는 제외한다.

나. 일반음식점영업: 음식류를 조리·판매하는 영업으로서 식사와 함께 부수적으로 음주행위가 허용되는 영업

다. 단란주점영업: 주로 주류를 조리·판매하는 영업으로서 손님이 노래를 부르는 행위가 허용되는 영업

라. 유흥주점영업: 주로 주류를 조리·판매하는 영업으로서 유흥종사자를 두거나 유흥시설을 설치할 수 있고 손님이 노래를 부르거나 춤을 추는 행위가 허용되는 영업

마. 위탁급식영업: 집단급식소를 설치·운영하는 자와의 계약에 따라 그 집단급식소에서 음식류를 조리하여 제공하는 영업

바. 제과점영업: 주로 빵, 떡, 과자 등을 제조·판매하는 영업으로서 음주행위가 허용되지 아니하는 영업

나. 위 '가.'에 해당하지 아니하는 영업소에서 하는 공연으로서 음악 또는 영상저작물을 감상하는 설비를 갖추고 음악이나 영상저작물을 감상하게 하는 것을 영업의 주요내용의 일부로 하는 공연

② 한국마사회법에 따른 경마장, 경륜·경정법의 규정에 의한 경륜장 또는 경정장에서 하는 공연

③ 체육시설의 설치·이용에 관한 법률에 따른 골프장 ·스키장·에어로빅장·무도장·무도학원 또는 전문체육시설중 문화체육관광부령이 정하는 전문체육시설[210]에서 하는 공연

④ 항공법에 따른 항공운송사업용 여객용 항공기, 해운법에 따른 해상여객운송사업용 선박, 철도사업법에 따른 여객용 열차에서 하는 공연

⑤ 관광진흥법에 따른 호텔·휴양콘도미니엄·카지노 또는 유원시설에서 하는 공연

⑥ 유통산업발전법 시행령 제3조의 규정에 따른 대형마트·전문점·백화점 또는 쇼핑센터[211]에서 하는 공연

---

210)저작권법시행규칙 제2조(전문체육시설의 종류)「저작권법 시행령」(이하 "영"이라 한다) 제11조제3호에서 "문화체육관광부령으로 정하는 전문체육시설"이란 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률 시행규칙」 별표 1 제1호의 시설종류 중 종합운동장(「체육시설의 설치·이용에 관한 법률 시행규칙」 별표 1 제1호에 의하면, 대한육상경기연맹의 시설관계공인규정에 따른 1종 공인경기장을 말한다) 및 체육관(「체육시설의 설치·이용에 관한 법률 시행규칙」 별표 1 제1호에 의하면, 바닥면적이 1,056제곱미터(길이 44미터, 폭 24미터) 이상이고, 바닥에서 천장까지의 높이가 12.5미터 이상인 관람석을 갖춘 체육관을 말한다)과 같은 표 제2호의 시설종류 중 운동장(「체육시설의 설치·이용에 관한 법률 시행규칙」 별표 1 제1호에, 경기장 규격이 공인제2종인 운동장으로서 관람석 수가 5000석 이상의 것 등의 기준이 정해져 있다) 및 체육관(「체육시설의 설치·이용에 관한 법률 시행규칙」 별표 1 제1호에, 경기장 규격이 24m×46m×12.4m으로서 관람석 수가 500석 이상인 것 등의 기준이 정해져 있다)을 말한다.

211) 유통산업발전법 시행령 제3조 [별표1]에 의한 대형마트, 전문점, 백화점 또는 쇼핑센터의 정의는 다음과 같다.
1. 대형마트 - 제2조에 따른 용역의 제공장소(이하 "용역의 제공장소"라 한다)를 제외한 매장면적의 합계가 3천제곱미터 이상인 점포의 집단으로서 식품 · 가전 및 생활용품을 중심으로 점원의 도움 없이 소비자에게 소매하는 점포의 집단
2. 전문점 - 용역의 제공장소를 제외한 매장면적의 합계가 3천제곱미터 이상인 점포의 집단으로서 의류 · 가전 또는 가정용품 등 특정 품목에 특화한 점포의 집단
3. 백화점 - 용역의 제공장소를 제외한 매장면적의 합계가 3천제곱미터 이상인 점포의 집단으로서 다양한 상품을 구매할 수 있도록 현대적 판매시설과 소비자 편익시설이 설치된 점포로서 직영의 비율이 30퍼센트 이상인 점포의 집단
4.쇼핑센터 - 용역의 제공장소를 제외한 매장면적의 합계가 3천제곱미터 이상인 점포의 집단으로서 다수의 대규모점포 또는 소매점포와 각종 편의시설이 일체적으로

⑦ 공중위생관리법 제2조 제1항 제2호의 숙박업 및 같은 항 제3호 나목의 목욕장[212]에서 영상저작물을 감상하게 하기 위한 설비를 갖추고 하는 판매용 영상저작물의 공연

⑧ 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 시설에서 영상저작물을 감상하게 하기 위한 설비를 갖추고 발행일부터 6개월이 지나지 아니한 판매용 영상저작물을 재생하는 형태의 공연

가. 국가·지방자치단체(그 소속기관을 포함한다)의 청사 및 그 부속시설
나. 공연법에 따른 공연장
다. 박물관 및 미술관 진흥법에 따른 박물관·미술관
라. 도서관법에 따른 도서관
마. 지방문화원진흥법에 따른 지방문화원
바. 사회복지사업법에 따른 사회복지관
사. 여성발전기본법 제3조 제3호에 따른 여성관련 시설[213]
아. 청소년활동진흥법 제10조 제1호 가목에 따른 청소년수련관
자. 지방자치법 제144조의 규정에 따른 공공시설 중 시·군·구민회관

설치된 점포로서 직영 또는 임대의 형태로 운영되는 점포의 집단

212) 공중위생관리법 제2조 제1항: 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
2. "숙박업"이라 함은 손님이 잠을 자고 머물 수 있도록 시설 및 설비등의 서비스를 제공하는 영업을 말한다. 다만, 농어촌에 소재하는 민박등 대통령령이 정하는 경우를 제외한다.
3. "목욕장업"이라 함은 다음 각목의 어느 하나에 해당하는 서비스를 손님에게 제공하는 영업을 말한다. 다만, 숙박업 영업소에 부설된 욕실 등 대통령령이 정하는 경우를 제외한다.

213) 여성관련기본법 제3조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
3. “여성관련시설”이란 남녀평등의 촉진, 여성의 사회참여 확대 및 복지 증진을 위하여 대통령령으로 정하는 시설을 말한다.
여성관련기본법시행령 제2조 ③법 제3조제3호에서 "대통령령이 정하는 시설"이라 함은 남녀평등의 촉진, 여성의 사회참여확대 및 복지증진을 위한 시설로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 시설을 말한다.
1. 국가 및 지방자치단체가 설치·운영하는 시설
2. 개인·법인 또는 단체가 관계법령의 규정에 의하여 설치·운영하는 시설

VI. 사적 이용을 위한 복제

저작권법 제30조는 사적 이용을 위한 복제에 관하여 규정하고 있다. 아래에서 이 규정에 의한 공정이용의 조건에 대하여 살펴본다.

[저작권법 규정]

제30조 (사적이용을 위한 복제)
공표된 저작물을 영리를 목적으로 하지 아니하고 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 경우에는 그 이용자는 이를 복제할 수 있다. 다만, 공중의 사용에 제공하기 위하여 설치된 복사기기에 의한 복제는 그러하지 아니하다.

제36조 (번역 등에 의한 이용)
① 제25조, 제29조, 제30조 또는 제35조의3에 따라 저작물을 이용하는 경우에는 그 저작물을 번역·편곡 또는 개작하여 이용할 수 있다.
② 제23조·제24조·제26조·제27조·제28조·제32조 또는 제33조에 따라 저작물을 이용하는 경우에는 그 저작물을 번역하여 이용할 수 있다.

제37조 (출처의 명시)
① 이 관에 따라 저작물을 이용하는 자는 그 출처를 명시하여야 한다. 다만, 제26조, 제29조 부터 제32조까지, 제34조 및 제35조의2의 경우에는 그러하지 아니하다.
② 출처의 명시는 저작물의 이용 상황에 따라 합리적이라고 인정되는 방법으로 하여야 하며, 저작자의 실명 또는 이명이 표시된 저작물인 경우에는 그 실명 또는 이명을 명시하여야 한다.

제37조의2 (적용 제외)
프로그램에 대하여는 제23조·제25조·제30조 및 제32조를 적용하지 아니한다.

제62조 (배타적발행권의 양도 · 제한 등)

① 배타적발행권자는 저작재산권자의 동의 없이 배타적발행권을 양도하거나 또는 질권의 목적으로 할 수 없다.② 배타적발행권의 목적으로 되어 있는 저작물의 복제 등에 관하여는 제23조,제24조,제25조제1항부터 제3항까지,제26조 부터 제28조까지,제30조 부터 제33조까지,제35조제2항 및 제3항,제35조의2,제35조의3,제36조 및 제37조를 준용한다.

제63조의2 (준용)

제58조 부터 제62조까지는 출판권에관하여 준용한다. 이 경우 "배타적발행권"은 "출판권"으로, "저작재산권자"는 "복제권자"로 본다.

제87조 (저작인접권의 제한)

① 저작인접권의 목적이 된 실연·음반 또는 방송의 이용에 관하여는 제23조,제24조,제25조제1항부터 제3항까지,제26조 부터 제32조까지,제33조제2항,제34조,제35조의2,제35조의3,제36조 및 제37조를 준용한다.

제101조의3 (프로그램의 저작재산권의 제한)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 목적상 필요한 범위에서 공표된 프로그램을 복제 또는 배포할 수 있다. 다만, 프로그램의 종류·용도, 프로그램에서 복제된 부분이 차지하는 비중 및 복제의 부수 등에 비추어 프로그램의 저작재산권자의 이익을 부당하게 해치는 경우에는 그러하지 아니하다.

1.~ 3. (생략)

4. 가정과 같은 한정된 장소에서 개인적인 목적(영리를 목적으로 하는 경우를 제외한다)으로 복제하는 경우

5.~ 6. (생략)

② (생략)

권리자의 허락을 받지 않고 사적 이용을 위해 복제한 것이 다음의 조건을 충족할 경우에는 저작재산권, 배타적발행권, 출판권, 저작인접권의 침해가 성립하지 아니한다.

[요약]

VI-a. 공표된 저작물을 이용할 것
VI-b. 영리를 목적으로 하지 아니할 것
VI-c. 개인, 가정 또는 이에 준하는 한정된 범위 안에서의 이용일 것
VI-d. 이용자에 의한 복제일 것
VI-e. 공중의 사용에 제공하기 위하여 설치된 복사기기에 의한 복제가 아닐 것
VI-f. 저작권을 침해한 복제물임을 알면서 복제하는 경우가 아닐 것
VI-g. 필요한 한도 안에서의 복제일 것

VI-a. 공표된 저작물을 이용할 것

[설명]

(1) 사적 이용을 위한 복제가 허용되는 것은 공표된 저작물에 한한다. 따라서 아직 공표되지 않은 저작물은 사적 이용을 위한 복제로서의 다른 요건을 모두 갖춘 경우에도 복제할 수 없고, 복제할 경우에 저작재산권 등의 침해가 성립한다.

☞ 공표의 의미에 대하여는 I-2-1-a.(4)의 설명을 참고하세요.

(2) 공표된 저작물이기만 하면 저작물의 종류는 불문한다. 다만, 컴퓨터프로그램저작물에 대하여는 저작권법 제30조가 적용되지 아니하고(법 제37조의 2), 대신 저작권법 제101조의 3 제1항 제4호가 적용된다. 이 규정에 의하면, "가정과 같은 한정된 장소에서 개인적인 목적으로 복제하는 경우"로서 "영리를 목적으로 복제하는 경우"가 아닐 것(같은 호 단서 가목), "

저작권을 침해하는 프로그램임을 알면서 복제하는 경우"가 아닐 것(같은 호 단서 나목) 및 "프로그램의 종류·용도, 프로그램에서 복제된 부분이 차지하는 비중 및 복제의 부수 등에 비추어 프로그램의 저작재산권자의 이익을 부당하게 해치는 경우"가 아닐 것(제1항 단서)을 조건으로 자유이용이 허용된다.

여기에서 "가정과 같은 한정된 장소에서 개인적인 목적"으로 이용하는 경우라고 하는 것은 저작권법 제30조의 "개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서"와 그 뜻하는 바가 다르다. 즉 저작권법 제30조의 경우에는 VI-c에서 설명하는 바와 같이, 복제하는 사람 자신이 개인적으로 이용하는 경우뿐만 아니라 가정이나 그에 준하는 한정된 범위 안에 있는 소수 사람들이 함께 이용하는 경우가 포함될 수 있지만, 프로그램에 대한 저작권법 제101조의 3 제1항 제4호가 적용되기 위해서는 복제하는 사람 자신이 개인적으로 이용하는 것을 목적으로 하는 경우일 것을 필요로 하고, "가정과 같은 한정된 장소에서"라고 하는 것은 이용자의 범위를 넓히는 것이 아니라 오히려 복제의 장소를 가정 안이나 혹은 그에 준하는 한정된 장소로 한정하는 의미를 가질 뿐이다.[214] 그 규정에 의하면, 공공장소에 설치된 PC 등에 의한 복제는 개인적인 목적이라 하더라도 자유이용의 범위에서 제외된다.

아래 설명 중 영리를 목적으로 하지 아니할 것에 대한 VI-b 및 저작권을 침해하는 저작물임을 알고 복제하는 경우가 아닐 것에 대한 VI-f의 설명은 프로그램에 대하여도 그대로 적용되나, 그 나머지의 VI-c,d,e,g 등의 설명은 모두 프로그램을 제외한 일반 저작물에 대한 것을 전제로 하는 것이다.

214) 이해완(2007), 939면; 임원선(2009), 232면

VI-b. 영리를 목적으로 하지 아니할 것

[설명]

(1) 영리를 목적으로 할 경우에는 사적 이용을 위한 복제로서의 자유이용이 허용되는 범위에 포함되지 아니한다. 즉 영리를 목적으로 할 경우에는 이 규정에 의한 다른 모든 요건을 충족한 경우에도 권리자의 허락 없이 복제할 수 없다.

(2) 여기서 영리의 목적이란 소극적으로 저작물의 구입비용을 절감한다는 의미가 아니라 복제물을 타인에게 판매하거나 타인으로부터 복제의뢰를 받아 유상으로 복제를 대행하는 등 복제행위를 통하여 직접 이득을 취할 목적을 의미한다. 그러므로 예를 들어, 다음의 경우들은 일반적으로, 영리의 목적을 가진 것으로 보지 아니한다.

행위	비고
① 개인사업자 또는 영리법인인 회사 등이 타인에게 판매할 의사 없이 내부에서 이용하기 위하여 저작물을 복제하는 행위[215]	다만, 뒤에서 보는 바와 같이 '개인, 가정 또는 이에 준하는 한정된 범위' 안에서 이용되는 것이라고 할 수 없어 결국 이 규정에 의한 자유이용의 범위에는 포함되지 않는 것으로 보는 견해가 많다.
② 교사가 수업 준비를 위한 자료로 저작물을 복제하여 이용하는 경우	다만 그 자료를 학생들에게 배부할 경우에는 역시 '개인, 가정 또는 이에 준하는 한정된 범위'를 넘어선 것으로 볼 수 있다.[216] 그러나 그 경우에도 일정한 요건 하에 교육목적을 위한 이용으로서 제25조 제2항에 의하여 허용될 수는 있다. ☞ II-1-2의 설명부분 참고.
③ 개인적으로 감상할 목적으로 음원을 구매하는 대신, P2P 프로그램이나 파일 공유형 웹하드 사이트에서 다운로드 받는 행위[217]	뒤에서 보는 바와 같이, P2P 프로그램을 이용하여 다운로드를 받으면서 동시에 공유폴더에 그 파일이 등록되어 불특정 다수의 사람에게 전송되게 되는 경우에는 '개인, 가정 또는 이에 준하는 한정된 범위'를 넘어서 이용하는 경우에 해당하는 것으로 볼 수 있다. 그렇지 않은 경우에도 불법복제 파일임을 알면서 다운로드받은 경우는 이 규정에 의하여 허용되는 범위에 포함되지 않는다고 본 하급심판례가 있다(☞ VI-f 참조).

④ TV 방송 내용을 나중에 다시 보기 위하여 녹화해 두는 행위	결론적으로도 사적 이용을 위한 복제로서 허용되는 행위가 될 가능성이 높다.
⑤ 구입한 음악 CD에 수록된 음원을 MP3플레이어에 넣어서 보다 편리하게 감상하기 위하여 리핑(ripping)하는 행위	결론적으로도 사적 이용을 위한 복제로서 허용되는 행위가 될 가능성이 높다.

(3) 저작물을 영리를 목적으로 하지 아니하고 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 경우라면, 그 이용의 목적이 이용자 개인의 조사, 연구 등 생산적인 목적을 위한 것이든 취미·오락 등 소비적인 목적 또는 단순한 수집·보존의 목적으로 복제하는 것이든 가리지 않는다.[218)]

215) 이형하(1992), 377면; 이해완(2007), 414면
216) 이형하(1992), 377면; 이해완(2007), 414면
217) P2P프로그램인 소리바다와 관련된 사건에서 수원지방법원 성남지원 2003. 2. 14. 자 선고2002카합284 판결에서 법원은 사적 복제에 해당하여 복제가 허용되기 위해서는 (i) 영리의 목적이 없어야 하고, (ii) 이용범위가 개인적 이용이나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위로 국한되어야 할 것이라고 전제한 후 그 중 먼저 (i) 요건에 관하여 판단하면서 소극적으로 저작물의 구입비용을 절감하는 정도만으로는 영리의 목적을 인정하기에 부족하고 시판되는 게임프로그램 등을 다른 사람이 구입한 게임CD등으로부터 복제하는 경우와 마찬가지로 통상 대가를 지급하고 구입해야 하는 것을 무상으로 얻는 행위에는 영리의 목적이 인정된다고 하였다. 그러면서 피고들이 소리바다 서비스를 시작한 후에도 음반제작자 등은 곡당 900원에 인터넷을 통하여 MP3파일을 판매하여 왔으므로 음반제작자 등으로부터 이용자들이 MP3 파일을 구입하는 대신 무상으로 다운로드 받는 행위에는 영리의 목적이 인정되고, 이용자들이 상호간에 원하는 MP3파일을 무료로 다운로드 받기 위하여 자신의 MP3파일도 무상으로 제공하는 것으로서 일종의 물물교환의 형태를 띠고 있어 다른 MP3파일을 계속 다운로드 받는 경제적 이익을 취하는 것이라고 보았다. 그런데 위와 같은 판결은 영리의 목적을 너무 확대해석하는 것이어서 통설 및 판례의 입장과는 배치되는 입장으로 여겨진다. 위 사건의 항소심 판결인 서울고등법원2005.1.25. 선고 2003나80798판결에서 '영리의 목적'을 긍정하는 취지의 언급이 없는 것은 이러한 원심판결의 이유에 동의하지 않았기 때문일 것으로 여겨진다.
218) 이형하(1992), 376-377면; 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 552면

VI-c. 개인, 가정 또는 이에 준하는 한정된 범위 안에서의 이용일 것

[설명]

(1) 이 규정의 적용을 받으려면 '개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 경우'이어야 한다. 복제행위를 개인적으로 하는 것 등을 의미하는 것이 아니라 복제 후의 이용행위가 이러한 범위 내에서의 이용이어야 한다는 뜻이다. 복제 시점을 기준으로 하면 이러한 범위 내의 이용을 '목적'으로 한 복제일 것을 요한다고 볼 수 있다.[219]

(2) 먼저 '개인적으로 이용'한다는 것은 복제를 한 자 자신이 이용하는 것을 의미한다.

(3) '가정'이라는 용어는 친족관계보다는 동거관계에 중점을 두고 있는 개념으로 이해되므로 동거하지 않는 가족은 제외되는 것으로 보이지만 동거하지 않는 가족도 그에 '준하는' 범위로는 볼 수 있어 별다른 문제는 없다.[220] '가정...범위안'이라는 말은 '동일 가정의 범위 안'이라는 의미를 담고 있고, 복수의 가정 안에서의 사용은 허용되지 아니한다.[221]

(4) 그리고 '이에 준하는 한정된 범위 안'이라고 하기 위해서는 그 이용인원이 소수이고 그들 상호간에 가족에 준할 정도의 강한 개인적 결합관계[222]가 있을 것을 필요로 한다. '가족에 준할 정도의 결합관계'여야 하므로, 그렇지 않은 약한 결합관계는 이에 해당하지 않는다. 예를 들어 특정한 취미를 가진 사람들을 위한 온라인 까페나 클럽에 같이 가입해 있거나 온라인 채팅으로 알게 되었지만 서로 간에 면식도 없고 개인적 친밀감이 없다면, 이 규정에서 요구하는 '개인적 결합관계'가 있다고 할 수 없을 것이다.[223] 그리고 예를 들어 자신과 교분이 있는 친구들에게 배포하는 것과

---

219) 이해완(2007), 414면

220) 이해완(2007), 415면; 金井重彦 · 小倉秀夫 編著, 著作権法 コンメンタール 上巻(1条~74条), 東京布井出版, 2000(이하 金井·小倉(上巻, 2000)이라고만 표시) [桑野雄一郎 집필부분], 368면 참조

221) 半田·松田(2009) 2巻 [宮下佳之 집필부분], 147면

222) '소리바다'사건에 대한 서울고등법원 2005. 1. 25. 선고 2003나80798판결에서는 '인적 결합'이라는 용어를 사용한 바 있다. 임원선(2009), 231면은 '업무적' 유대와 구별하기 위한 취지에서 '사적인 유대'라는 표현을 쓰고 있다.

같은 경우에 그 친구들 상호간에는 개인적 결합관계가 없다면 역시 이 요건을 충족하지 못하는 경우라고 할 수 있다. 전형적으로는 동호회나 서클 중에서 10인 정도 이내의 사람들이 하나의 취미 내지 활동을 목적으로 하여 모여 있는 한정된 극소수의 폐쇄적인 그룹을 가리키는 것으로 보는 견해가 많다.[224)]

(5) '공중'에 해당하는 사람이 이용할 수 있는 경우라면, '개인, 가정 또는 이에 준하는 한정된 범위'라고 할 수 없고, 따라서 사적 이용을 위한 복제로서 허용되는 것으로 볼 수 없다. 이것을 전송의 개념과 관련하여 생각해 보면, "공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할

---

223) 半田·松田(2009) 2卷 [宮下佳之 집필부분], 148면 참조

224) 이해완(2007), 415면; 오승종(2007), 635면; 허희성(2007), 226면; 加戸守行(2006), 225면 ; 金井·小倉(上卷, 2000) [桑野雄一郎 집필부분], 369면 등. 다만 이러한 수적 기준에 대하여 모든 학자들이 동의하고 있는 것은 아니다. 半田·松田(2009) 2卷 [宮下佳之 집필부분], 148면은 이와 같은 문언을 포함하는 것으로 개정한 1970년의 일본 저작권법 개정 전의 국회 심의 과정에서 당시 문화청 차장이었던 安達健二씨가 1970.4.8. 열린 중의원 문교위원회에서 "..'이에 준하는 한정된 범위내'라고 하는 것은 예를 들어 3,4인 정도의 극소수의 친구 사이로 구성된 음악동호회 같은 것이 그 악보를 인쇄하여 함께 노래 부르는 것과 같은, 그러한 가정에 준하는....이것은 가정은 아니지만 가정과 같은 정도의 인원수의 소그룹의 범위 내라고 하는 의미에서 '이에 준하는 한정된 범위내' 이렇게 표현하게 된 것입니다." 라고 설명한 바 있음을 들어, 그 설명대로 "3,4인 정도의 극소수인'의 가족에 준하는 친한 친구 등일 것이 필요하다고 해석하는 것이 입법취지에 부합하는 것이라는 의견을 밝히고 있다.

한편, 사적 이용을 위한 복제에 관한 독일 저작권법제53조의 해석과 관련하여서는 그 규정에 의하여 복제 가능한 부수가 판례상 최대 7부로 한정되어 있다고 보는 경우가 많다(예컨대, 안효질, 개정 독일 저작권법에 비추어 본 저작권의 제한, 디지털재산법연구 3권1호(2004.05), 세창출판사, 48면). 그러나 다른 견해에 의하면, 7부 기준을 제시한 판례(BGH GRUR 1978, 474, 476) 입장은 구법 하에서 수업 목적을 위하여 보상금으로부터 자유롭게 이용할 수 있는 복제물 수량에 관하여 판결한 것으로서 현행법상 사적 복제의 허용부수를 정하는 기준으로는 더 이상 결정적인 기준이 될 수 없다고 설명되고 있다(Dreier/Schulze, a.a.O, §53 Rn. 9.). 이에 따르면, 현재 학자들 사이에는 여전히 이 판례에 따라 7부를 기준으로 하는 견해와 이 기준은 유효하지 않다는 전제 하에 3부를 상한으로 하는 견해가 있는가 하면, 10부를 상한으로 하는 견해도 있다고 한다.

우리나라 판례상으로 수적 기준을 제시한 예는 아직 보이지 않는다. 다만 그 수가 상당히 많아 사적 이용을 위한 복제라고 볼 수 없는 경우를 인정한 판례로는 대법원 1991. 8.27. 선고 89도702 판결을 들 수 있다, 이 판결에서 대법원은 "00연구소는 연구원 4명과 목사와 기독청년들인 회원 약 200명으로 구성되어 있으며 피고인은 인쇄된 책자 50부를 동월교회의 교사협의회에, 20부를 00연구소의 목사 등에게 배부하고 30부는 수사기관에 압수된 사실을 인정할 수 있는 바, 이러한 위 연구소의 인적구성과 회원의 수, 복제의 방법과 그 부수, 배포대상 등에 비추어 볼 때 설령 피고인이 연구의 목적으로 위 책자를 출판하였다고 하더라도 정당한 이용행위의 범주에 속하는 사적사용을 위한 복제라고 할 수 없다"고 판시하였다.

수 있도록 저작물등을 이용에 제공하는 것"을 뜻하는 전송에 해당하는 경우라면 사적 이용을 위한 복제를 허용할 수 없다고 할 수 있다. 반면에, 공중의 구성원이 이용할 수 있게 제공하는 것이 아니라는 이유로 전송에 해당하지 않는 것으로 보는 경우라면, 사적 이용의 범위 내라고 볼 가능성이 높을 것이다. 예를 들어 저작물의 복제물을 가족이나 서로 잘 알고 있는 극소수의 친구들에게 이메일이나 메신저로 송부하는 경우에는 전송의 개념에 해당하지 않고[225] 그에 수반하는 복제는 사적 이용을 위한 것으로 볼 수 있을 것이다. 게시물을 회원들만 공유하고 비회원은 그 내용을 전혀 열람할 수도 없도록 하는 폐쇄적인 형태의 까페를 개설하여 가족들 또는 그에 준하는 극소수의 친구 등만을 회원으로 하여 운영할 경우에 그 까페 게시판 등에 복제물을 올려 공유할 경우에도 '전송'의 개념에 해당하지 않고, 이 규정에 따라 사적 이용을 위한 복제로서 허용되는 것으로 볼 수 있을 것이다. 그러나 그러한 폐쇄적인 까페라 하더라도 그 회원수가 많거나 회원 상호간의 개인적인 결합관계가 약한 경우, 또는 비회원이 '글쓰기'를 할 수는 없어도 검색 및 열람을 할 수 있게 하는 경우이거나 회원구성이 쉽게 바뀔 수 있는 개방적인 형태로 운영되는 등의 경우에는 공중을 대상으로 한 것으로서, '전송'에 해당하고, 사적 이용을 위한 복제라고 보기도 어려울 것이다. 공개된 블로그 등에 저작물을 올리는 경우도 마찬가지이다.[226]

P2P 프로그램을 이용하여 자신이 감상할 목적으로 저작물의 복제물을 다운로드 받을 경우에도 그 다운로드 받는 파일이 공유폴더에 저장되어 동시에 불특정 다수의 다른 이용자들에게 전송될 수 있는 상태로 할 경우에는 '개인, 가정 또는 이에 준하는 한정된 범위' 안에서의 이용을 위한 것이라고 할 수 없다.[227] 그러한 전송이 수반되지 않는 방법으로 P2P프

225) 임원선(2009), 127-128면 참조

226) 이해완(2007), 416면

227) 이른바 소리바다 사건에서 서울고등법원 2005. 1.25. 선고 2003나80798 판결은 다음과 같이 판시하였다. "... 피고들은, 소리바다 사용자들의 다운로드 행위는 사적이용(私的利用)을 위한 복제에 해당하므로 원고의 복제권을 침해하는 것이 아니라는 취지로 항변하므로 살피건대, 저작권법 제27조 소정의 '사적이용을 위한 복제'에 해당하려면, 그 복제행위가 영리를 목적으로 하지 아니하고, 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 것이

로그램을 이용하거나 혹은 파일공유형 웹스트로지(웹하드) 사이트를 이용하여 개인적으로 감상할 목적으로 영화, 음원 등의 불법복제물을 다운로드 받는 경우에는 그것을 다른 목적으로 사용하지 않는 한 '개인, 가정 또는 이에 준하는 한정된 범위' 안에서의 이용에 해당할 가능성이 높으나, 그것이 불법파일이라는 알고 다운로드 받았을 경우에는 뒤에서 보는 바와 같이 사적 이용을 위한 복제에 해당하지 아니한다는 하급심결정례가 있다.

(6) 기업에서 내부적으로 업무를 위해 이용하는 경우에도 그것이 기업의 업무를 위한 것인 이상 '개인, 가정 또는 이에 준하는 한정된 범위 안'에서의 이용으로 볼 수 없다고 보는 것이 일반적이다.[228] 업무적으로 이용하는

어야 하며, 이때 한정된 범위 안에서 이용한다고 하려면 적어도 그 이용인원이 소수이고 그들 사이에 강한 인적결합이 존재해야 할 것인바, 앞서 본 바와 같이 소리바다 서비스를 이용한 MP3 파일 다운로드 행위는 인터넷상에서 소리바다 서버에 접속하였다는 점 외에 아무런 인적결합 관계가 없는 불특정 다수인인 동시접속자 5,000명 사이에서 연쇄적이고 동시다발적으로 광범위하게 이루어진다는 점에서, 이를 두고 단순히 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하기 위한 복제행위라 할 수 없는 것이니, 나머지 점에 관하여 더 나아가 따져 볼 필요 없이 소리바다 사용자들의 MP3 파일 복제행위는 저작권법 제27조 소정의 사적이용을 위한 복제에 해당하지 않는다고 하겠다."

역시 소리바다 사건에서 서울고등법원 2005. 1.12. 선고 2003나21140판결은 다음과 같이 판시하였다. "개인, 가정 또는 이에 준하는 한정된 범위 안에서의 이용에 해당하기 위하여는, 복제를 하는 이용자들이 다수집단이 아니어야 하고, 그 이용자들 서로간에 어느 정도의 긴밀한 인적결합이 존재할 것이 요구된다고 할 것인바, 앞서 본 인정사실에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 소리바다 서비스는 아이디, 비밀번호를 등록하면 누구라도 자유롭게 이용할 수 있는 점, 이용자가 MP3파일을 공유폴더에 저장하고 소리바다 서버에 접속하기만 하면 최대 5,000명에 이르는 다른 이용자들이 해당 파일에 접근하여 별다른 절차를 거침이 없이 자유로이 다운로드 받을 수 있는 상태에 놓이는 점, 소리바다 프로그램의 기본설정에 의하면 다운로드폴더는 공유폴더와 일치하도록 되어 있으므로 원칙적으로 다운로드된 MP3파일은 그 즉시 다른 이용자들이 다운로드 받을 수 있게 되는 점, 이용자들 사이에는 MP3파일을 공유한다는 공통의 목적 외에 별다른 인적 유대관계가 없고, 아이디만을 확인할 수 있을 뿐 아무런 개인적인 정보도 공유되고 있지 아니한 점, 이 사건 가처분결정에 의해 OOOOO 서비스가 중단되기 이전 등록 회원의 수 및 접속규모가 막대한 점 등에 비추어 보면, OOOOO 이용자들의 이 사건 MP3파일 복제행위는 개인, 가정 또는 이에 준하는 한정된 범위에서의 이용이라고는 볼 수 없다 할 것이므로, 채무자들의 사적 이용을 위한 복제 항변은 더 살필 필요가 없이 이유 없다."

228) 이형하(1992), 379,380면; 오승종(2007), 636면; 허희성(2007), 226면; 이해완(2007), 415면; 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 555면; 加戸守行(2006), 226면; 金井·小倉(上巻, 2000) [桑野雄一郎 집필부분], 369, 370면; 半田·松田(2009) 2巻 [宮下佳之 집필부분], 146면; 中山信弘(2007), 244면.

일본 판례 가운데 위와 같은 통설의 입장을 따른 예가 있다. 즉, 東京地裁 1977.7.22. 선고 昭４８（ワ）２１９８号 판결은 무대장치 등의 제조, 판매를 업으로 하는 회사가 무대

이상 영리법인이 아니라 비영리법인 내부의 이용[229]이나 의사, 변호사 등의 자유직업인의 경우에 대하여도[230] 동일하게 보아야 할 것이다. 다만 의사, 변호사 등의 자유직업인의 경우에는 직업을 위한 것과 그의 취미나 교양을 위한 것을 명백히 구분하는 것이 용이하지 않을 것이라는 전제 하에, 비록 직업과 관련된 것이라 하더라도 그것이 그의 교양을 위한 것인 경우, 즉 장래의 활용에 대비하기 위한 것인 경우에는 사적인 이용을 위한 복제에 해당하는 것으로 보아야 한다는 견해가 있다.[231]

장치 제작의 참고자료로서 업무상 이용하기 위해 타인의 무대장치에 관한 설계도를 복제한 것이 사적 이용을 위한 복제인지 여부가 문제된 사안에서 "저작권법 제30조에 의하면, 저작물은 개인적으로 또는 가정 내 기타 이에 준하는 한정된 범위 내에서 사용하는 것을 목적으로 하는 경우에는, 그 사용하는 자가 복제할 수 있는 취지로 규정되어 있지만, 기업 기타의 단체에서 내부적으로 업무상 이용하기 위해 저작물을 복제하는 행위는 그 목적이 개인적인 사용에 있다고 할 수 없고 또한 가정에 준하는 한정된 범위 안에서의 사용에 있다고 할 수도 없으므로 동조 소정의 사적 이용에 해당하지 않는다고 해석하는 것이 타당하다"고 판시하였다. 또한 영리조직인 기업이 조사 목적으로 과학잡지의 논문을 복사하는 것에 대하여 공정이용이 아니라고 한 미국 판례도 있다(American Geophysical Union v. Texaco Inc. 60F.3d913). 독일의 경우에는 "기업에 있어서의 내부 이용을 위한 복사복제는 개인적 이용을 위한 복제라고 할 수 없다"고 하는 취지의 1955년 연방법원 판결이 있은 후 기업의 내부이용을 위한 복사복제에 관하여 출판조합(BDB)과 산업연맹(BDI) 사이에 일반협정이 체결되었다고 한다. 즉, 과학잡지 등 일정한 저작물에 대해서, 포괄적인 허락 하에 연맹 가맹 기업 내에서는 일정한 사용료의 지급을 전제로 일정한 한도 내에서 복사복제할 수 있는 것으로 하였다(1958년 발효). 그 후 1965년에 저작권법이 전면적으로 개정되면서 상업상의 목적에 제공되는 복제에 대하여 상당한 액수의 보상금이 지급되어야 한다는 취지의 규정이 두어지게 되어, 결국 이 부분에 대해 보상금제도가 도입되게 되었다. (일본의 문화청, '저작권심의회 제4소위원회(복사복제 관계) 보고서(1976.9.) 참조)

다만, 半田正夫, 著作權法の現代的課題, 一粒社, 72면은 그것이 기업의 영리목적에 직결되지 아니하고 또한 소량의 복제라면 일반 개인이 자료 수집을 위하여 복제하는 경우와 다르지 아니하므로 본조의 규정에 해당하는 것으로 볼 수 있다고 하여 반대 입장을 취하고 있다. 또한 島竝良 外2人, 著作權法入門, 有斐閣, 2009, 162면은 기업등에서 이루어지는 업무상의 복제는 '가정내'에 준하는 범위라고는 할 수 없을지라도, 예를 들면, 출장지로 가는 짐을 줄이기 위하여 서적의 일부 복제를 하는 행위나 노안(老眼)의 사장이 신문의 확대복제를 하는 행위 등, 개인적인 사용으로 평가할 수 있는 경우도 개중에는 있는 것이 아닐까?"라고 하여 통설의 입장에 대하여 의문을 표시하고 있다. 이 견해에서 제시하는 예외적인 경우를 '업무상'의 이용이라고 하기보다 '개인적인 이용'에 포함시킬 수 있을지에 대하여는 논의의 여지가 충분히 있을 수 있다고 생각된다.

229) 허희성(2007), 226면

230) 이해완(2007), 416면; 임원선(2009), 232면 등 (반대견해: 內田晋, 問答式 入門 著作權法, 新日本法規出版株式會社, 1979, 192~194면 등)

231) 임원선(2009), 232면

VI-d. 이용자에 의한 복제일 것

[설명]

(1) 저작권법 제30조에서 '그 이용자는 이를 복제할 수 있다'고 규정하고 있으므로 복제의 주체는 사적인 이용자 본인이어야 한다. 복제행위의 주체가 본인인 이상 실제로 복사행위를 하는 자는 본인이 수족처럼 사용하는 사람이거나 비서 등과 같이 업무상 본인을 보조하는 지위에 있는 타인이라도 무방하다.[232)]

(2) 이용자가 복제업자에게 복제를 의뢰하는 경우에 그 복제행위를 하는 주체는 영리적인 목적으로 복제업에 종사하는 복제업자라고 보아야 하므로 이 규정에 의한 요건을 갖춘 것으로 볼 수 없다고 보는 것이 일반적이다.[233)]

(3) 사적인 이용자의 범위를 벗어난 타인과 공동으로 복제한 경우에도 이 규정의 요건을 갖추지 못한 것으로 보아야 할 것이다.[234)] 다만 한 사람이 단독으로 복제하는 경우만을 뜻하는 것은 아니다. 예를 들어 아버지와 아들이 함께 복제하는 것과 같이 공동복제자들이 '가정 또는 이에 준하는 한정된 범위' 안에 있는 경우에는 복제를 공동으로 하더라도 무방한 것으로 볼 수 있다.[235)]

---

232) 이형하(1992), 384면; 허희성(2007), 227면; 장인숙(1989), 96면; 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 556면; 이해완(2007), 417면

233) 이형하(1992), 384, 385면; 허희성(2007), 227면; 오승종(2007), 638면; 이해완(2007), 417면; 加戸守行(2006), 227면; 半田·松田(2009) 2卷 [宮下佳之 집필부분], 150,151면 등.

234) 半田·松田(2009) 2卷 [宮下佳之 집필부분], 151면 참조

235) 半田·松田(2009) 2卷 [宮下佳之 집필부분], 151면

VI-e. 공중의 사용에 제공하기 위하여 설치된 복사기기에 의한 복제가 아닐 것

[설명]

(1) 저작권법 제30조 단서 제1호[236]에 의하면 공중의 사용에 제공하기 위하여 설치된 복사기기에 의한 복제의 경우에는 사적 이용을 위한 복제로서의 다른 모든 조건을 갖춘 경우에도 그 규정에 따른 복제가 허용되지 않는 것으로 규정되어 있다. 일반인을 상대로 문헌 등의 복사를 대행해 주는 것을 업으로 하는 복사점이 직접 복제를 수행할 경우와는 달리, 복사점에 설치된 복사기를 이용하여 이용자가 직접 문헌 등의 저작물을 복제하는 경우에는 VI-d의 조건은 충족하지만, 이와 같은 단서 규정에 의하여 결국 자유이용의 대상에서 제외된다. 복사점이 스스로 또는 이용자로 하여금 적법하게 일정한 사적인 복제를 가능하게 하기 위해서는 집중관리단체인 한국복사전송권협회 등과 이용허락 계약을 체결하는 길이 있을 뿐이다.

(2) 위에서 예를 든 복사점에 설치된 복사기가 "공중의 사용에 제공하기 위하여 설치된 복사기기"의 전형적인 예 가운데 하나이지만, 그 외에도 공중의 사용에 제공하기 위하여 설치된 것인 이상 전문 복제업자가 소유, 운영하는 것만이 아니라 시민회관 등의 공공시설에서 공중이 이용할 수 있도록 설치, 제공하는 복사기도 포함된다.[237] 도서관에 설치된 복사기의 경우도 그 점에서는 마찬가지로 보아야 할 것이므로, 저작권법 제31조에 의한 도서관의 복제가 허용되는 경우가 있음은 별도로 하고, 도서관 이용자가 도서관에 설치된 복사기를 이용하여 문헌 복제를 한 것이 개인적인 연구 목적에 기한 것이라고 하여 사적 이용을 위한 복제로서 허용된다고 보기는 어렵다.[238]

---

236) 현재 준비 중인 개정안이 통과될 것을 전제로 한 표시이다.

237) 이해완(2007), 418면; 오승종(2007), 639면; 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 558면

238) 다만, 오승종(2007), 639면은 저작권법 제31조의 해석과 관련하여, "도서관 구내에 설치된 도서관 소유의 복사기를 사용하여 도서관 이용자가 스스로 그 도서관에 비치된 자료를 복제하는 행위 역시 본조에 해당하지 아니하고, 다만 이는 법 제30조의 '사적 이용을 위한

(3) 여기에서 말하는 복사기기의 범위에 대하여는 현재 대법원 판례의 입장이 제시되지 않고 있는 상태에서 학자들의 견해가 나뉘어져 있다. 일부 학설에 의하면, '복사기기'라는 말을 쓰고 있으므로 모든 복제기기를 포함하는 것이 아니라 주로 문헌 복제에서 많이 이용되는 복제방법인 사진적인 복제(photocopying), 즉 복사복제에 사용되는 기기만을 의미하는 것으로 보아야 할 것이라고 한다.[239] 이 견해에 의하면 일반적으로 '복사기'라고 불리는 것 외에 복사기의 기능을 가진 복합기와 역시 사진적 복제의 방식을 취하는 팩스기 등의 경우도 여기에 포함된다고 볼 수 있을 것이나, 그렇지 않은 오디오 및 비디오테이프 레코더와 고속 더빙기 등과 같은 녹음·녹화기기, 프로그램을 내장한 컴퓨터 등은 그 범위에서 제외될 것이다. 그러나 위와 같은 녹음, 녹화기 등의 복제기기도 모두 이 규정상의 '복사기기'에 포함된다고 보는 견해도 있다.[240] 이 부분에 대한 정확한 해석에 대하여는 앞으로 대법원 판례가 나오기를 기다려 보아야 할 것이다.

(4) '공중의 사용에 제공하기 위하여 설치된 복사기기에 의한 복제'만 아니면, 어떤 방법에 의한 복제이든지 모두 가능하다. 구 저작권법(1957년 제정)은 기계적, 화학적 방법에 의하지 아니하는 복제만 허용하였지만, 현행법상으로는 특별한 제한이 없어서 공중의 사용에 제공하기 위하여 설치된 것이 아닌 복사기를 쓰거나 녹음, 녹화기기를 사용하는 경우 및 웹사이트의 다운로드 단추를 클릭하는 등의 방법으로 '디지털 복제'를 하는 경우 등이 모두 포함된다.[241] 타인 소유의 복제기기를 이용한 경우에도, 단서

복제'에 해당할 수는 있을 것이다"라고 하나, 저작권법 제30조 단서와 관련된 사항은 언급하고 있지 않아, 그것이 단서 규정에도 불구하고 사적 이용을 위한 복제로서 허용되는 것으로 보는 입장인지 여부와 그 근거는 명료하지 않다.

239) 이해완(2007), 418면. 임원선(2009), 230면도 제30조 단서의 내용을 소개하면서 '복사기'라는 표현을 사용하고 있어 같은 입장인 것으로 보인다.

240) 오승종(2007), 639면; 서달주(2009), 411면. 하급심판결 중에도 컴퓨터 하드웨어와 소프트웨어가 결합된 것을 복사기기로 본 예가 있다. 즉, 서울고등법원 2009. 4. 30. 선고 2008나86722 판결은 지상파 TV 송신신호 수신장치, 송신된 신호를 특정비디오 형식으로 변환하는 장치와 일정기간 파일을 보관할 수 있는 저장장치(서버) 등 30대의 개인용 컴퓨터 및 이를 제어하는 30여 종의 소프트웨어로 구성되어 있는 '엔탈녹화시스템'에 의한 복제를 제30조 단서에서 정하고 있는 공중의 사용에 제공하기 위하여 설치된 복사기기에 의한 복제로 볼 수 있다고 판시하였다.

규정에 해당하지 않고 이용자가 직접 복제를 하는 이상 이 규정에 의한 자유이용의 범위에 포함되지 않는다고 볼 근거가 없다.[242]

(5) 일본 저작권법 제30조 제2호는 기술적 보호조치의 우회에 의한 복제를 사적 이용을 위한 복제에 대한 예외사유의 하나로 규정하고 있다. 그러나 우리 저작권법상으로는 기술조치의 우회행위 자체에 대한 금지 규정이 없고, 사적복제에 대하여도 기술조치 우회에 의한 경우를 예외로 규정하고 있지 않으며, 기술조치에 의한 공정이용의 실질적인 차단이 오히려 문제가 되고 있는 면도 있으므로, 기술조치 우회를 통해 사적 복제를 하였다는 이유로 본조의 적용대상이 아니라고 할 수는 없을 것으로 여겨진다.[243]

(6) 디지털 카메라로 서점 판매대에 진열된 도서의 내용을 복제하거나 상영관에서 캠코더로 영상물을 복제하여 복제물을 상영관 외부로 유출시키는 것은 그 복제행위가 사적 복제냐 아니냐를 떠나서 법질서에 반하는 위법행위라고 보아야 할 것이다.[244]

(7) 저작권법 제36조는 사적 이용을 위한 복제의 경우에는 복제 외에 번역, 편곡 또는 개작을 하는 것도 허용하고 있다. 즉 저작권법상의 2차적 저작물 작성에 해당하는 행위라고 하더라도 그것이 사적 이용을 위한 것으로서 제30조의 조건들을 모두 충족하는 이상 권리자의 허락 없이 할 수 있는 자유이용의 영역에 해당한다. 또한 이 경우 법 제37조 제1항 단서에 따라 출처명시의무도 면제된다.

---

241) 이해완(2007), 417면

242) 이해완(2007), 417면; 이형하(1992), 385면; 오승종(2007), 639면; 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 557면; 中山信弘(2007), 245면 등 다수설이다.

243) 이해완(2007), 418면

244) 서달주(2009), 405면

VI-f. 저작권을 침해한 복제물임을 알면서 복제하는 경우가 아닐 것

[설명]

(1) 2010년에 정부안으로 국회에 제출된 저작권법 개정안에서는 제30조 단서 제2호로 "저작권을 침해한 복제물임을 알면서 복제하는 경우"를 사적 이용을 위한 복제의 예외사유의 하나로 추가하였고, 프로그램에 대하여는 법 제101조의 3 제1항 제4호 나목에 같은 예외사유를 규정하고 있다. 만약 이 개정안이 국회를 통과하여 시행되게 되면, 저작물의 불법 복제물(파일)을 무료 또는 매우 저렴한 대가(그 대가가 권리자에게는 전혀 돌아가지 않음)를 받고 제공하는 웹사이트(권리자의 허락 하에 합법적인 복제물을 취급하는 사이트를 제외한 파일공유형 웹스토리지 서비스 제공 사이트 등) 또는 P2P등 프로그램(역시 권리자의 허락 하에 합법적인 복제물만 유통하는 프로그램은 제외)을 이용하여, 불법 복제물인 줄 알면서 그것을 다운로드 받는 것은 개인적인 감상 등을 목적으로 한 경우에도 사적 이용을 위한 복제로서 허용되지 않음이 명확하게 될 것이다.

(2) 서울중앙지법 2008.8.5. 자 2008카합968 결정은 위와 같은 개정안에 따른 개정입법이 이루어지기 전의 현행법에 대한 해석으로도 불법파일임을 인식하면서 복제하는 경우는 사적 이용을 위한 복제로서 허용되는 범위에 포함되지 않는 것으로 판시한 바 있다.[245] 그러나 아직 이 점을

245) 웹스토리지 서비스와 관련한 가처분신청 사건에 대한 결정인 서울중앙지법 2008.8.5. 자 2008카합968 결정은 구체적으로, 다음과 같이 설시하고 있다. "인터넷 이용자들이 저작권자로부터 이용허락을 받지 않은 영화 파일을 업로드하여 웹스토리지에 저장하거나 다운로드하여 개인용 하드디스크 또는 웹스토리지에 저장하는 행위는 유형물인 컴퓨터의 하드디스크에 고정하는 경우에 해당하므로 특별한 사정이 없는 한 저작권자의 복제권을 침해한다. 그런데 저작권법 제30조는 이른바 사적이용을 위한 복제를 허용하고 있으므로, 위와 같은 이용자들의 복제행위가 이에 해당하여 적법한지 여부를 살펴 볼 필요가 있다. 먼저 웹스토리지에 공중이 다운로드할 수 있는 상태로 업로드되어 있는 영화 파일을 다운로드하여 개인용 하드디스크 또는 비공개 웹스토리지에 저장하는 행위가 영리의 목적 없이 개인적으로 이용하기 위하여 복제를 하는 경우에는 사적이용을 위한 복제에 해당할 수 있다. 그러나 업로드되어 있는 영화 파일이 명백히 저작권을 침해한 파일인 경우에까지 이를 원본으로 하여 사적이용을 위한 복제가 허용된다고 보게 되면 저작권 침해의 상태가 영구히 유지되는 부당한 결과가 생길 수 있으므로, 다운로더 입장에서 복제의 대상이 되는 파일이 저작권을 침해한 불법파일인 것을 미필적으로나마 알고 있었다면 위와 같은 다운로드 행위를 사적이용을 위한 복제로서 적법하다고 할 수는 없다. 다음으로 개인용 하드디스크에 저장된 영화 파일을 '비공개' 상태로 업로드하여 웹스토리지에 저장하는 행위에 관하여도, 해당 파일이 예컨대 DVD를 합법적으로 구매하여 이를 개인적으로 이용할 목적으로 파일로 변환한 것과 같이 적법한 파일인 경우라면 이를 다시 웹스토리지에 비공개 상태로 저장하는 행위 또한 사적이용을 위한 복제로서 적법하다고 할 것이나, 해당 파일이 불법 파일인 경우라면

분명히 한 대법원 판례는 나오지 않았다.

(3) 한편, 위 (1)에서 소개한 저작권법 개정안에서는 위와 같은 복제 행위가 개인적인 이용 또는 가정이나 그에 준하는 한정된 범위 안에서의 이용을 목적으로 한 것으로서 다른 조건을 충족하는 경우에는 저작권을 침해한 복제물인 줄 알고 복제한 경우에도 저작권침해에 대한 민사상의 책임을 질 뿐 형사책임을 지지는 않는 것으로 규정하고 있다.

VI-g. 필요한 한도 안에서의 복제일 것

[설명] 위에서 본 요건들을 모두 갖추더라도 그 복제는 필요한 한도에서 허용되는 것이고 필요한 범위를 넘어 복제를 하거나 필요한 부수보다 많은 부수를 복제하는 것은 법의 취지에 비추어 허용되지 않는 것으로 본다. 즉, 저작물의 일부만을 사용하면 될 경우에 그 저작물 전부를 복제한다거나 한 부만을 복제하면 될 경우에 3,4부를 복제하는 것은 사적 이용을 위한 복제의 자유를 인정한 법의 취지에 어긋나는 것이다.[246)]

이를 웹스토리지에 비공개 상태로 저장하더라도 그것이 사적이용을 위한 복제로서 적법하다고 할 수는 없다. 인터넷 이용자들이 저작권자로부터 이용허락을 받지 않은 영화 파일을 업로드하여 웹스토리지에 저장하거나 다운로드하여 개인용 하드디스크 또는 웹스토리지에 저장하는 행위는 유형물인 컴퓨터의 하드디스크에 고정하는 경우에 해당하므로 특별한 사정이 없는 한 저작권자의 복제권을 침해한다. 그런데 저작권법 제30조는 이른바 사적이용을 위한 복제를 허용하고 있으므로, 위와 같은 이용자들의 복제행위가 이에 해당하여 적법한지 여부를 살펴 볼 필요가 있다. 먼저 웹스토리지에 공중이 다운로드할 수 있는 상태로 업로드되어 있는 영화 파일을 다운로드하여 개인용 하드디스크 또는 비공개 웹스토리지에 저장하는 행위가 영리의 목적 없이 개인적으로 이용하기 위하여 복제를 하는 경우에는 사적이용을 위한 복제에 해당할 수 있다. 그러나 업로드되어 있는 영화 파일이 명백히 저작권을 침해한 파일인 경우에까지 이를 원본으로 하여 사적이용을 위한 복제가 허용된다고 보게 되면 저작권 침해의 상태가 영구히 유지되는 부당한 결과가 생길 수 있으므로, 다운로더 입장에서 복제의 대상이 되는 파일이 저작권을 침해한 불법파일인 것을 미필적으로나마 알고 있었다면 위와 같은 다운로드 행위를 사적이용을 위한 복제로서 적법하다고 할 수는 없다. 다음으로 개인용 하드디스크에 저장된 영화 파일을 '비공개' 상태로 업로드하여 웹스토리지에 저장하는 행위에 관하여도, 해당 파일이 예컨대 DVD를 합법적으로 구매하여 이를 개인적으로 이용할 목적으로 파일로 변환한 것과 같이 적법한 파일인 경우라면 이를 다시 웹스토리지에 비공개 상태로 저장하는 행위 또한 사적이용을 위한 복제로서 적법하다고 할 것이나, 해당 파일이 불법 파일인 경우라면 이를 웹스토리지에 비공개 상태로 저장하더라도 그것이 사적이용을 위한 복제로서 적법하다고 할 수는 없다."

246) 오승종(2007), 636면; 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 556면; 이해완(2007), 418면; 이형하(1992), 383면

VII. 도서관 등에서의 저작물 이용

[저작권법 규정]

제31조 (도서관 등에서의 복제 등)

① 「도서관법」에 따른 도서관과 도서·문서·기록 그 밖의 자료(이하 "도서 등"이라 한다)를 공중의 이용에 제공하는 시설 중 대통령령이 정하는 시설(당해 시설의 장을 포함한다. 이하 "도서관 등"이라 한다)은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 도서관 등에 보관된 도서 등(제1호의 경우에는 제3항의 규정에 따라 당해 도서관 등이 복제·전송받은 도서 등을 포함한다)을 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 등의 일부분의 복제물을 1인 1부에 한하여 제공하는 경우
2. 도서 등의 자체보존을 위하여 필요한 경우
3. 다른 도서관 등의 요구에 따라 절판 그 밖에 이에 준하는 사유로 구하기 어려운 도서 등의 복제물을 보존용으로 제공하는 경우

② 도서관 등은 컴퓨터를 이용하여 이용자가 그 도서관 등의 안에서 열람할 수 있도록 보관된 도서 등을 복제하거나 전송할 수 있다. 이 경우 동시에 열람할 수 있는 이용자의 수는 그 도서관 등에서 보관하고 있거나 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 가진 자로부터 이용허락을 받은 그 도서 등의 부수를 초과할 수 없다.

③ 도서관 등은 컴퓨터를 이용하여 이용자가 다른 도서관 등의 안에서 열람할 수 있도록 보관된 도서 등을 복제하거나 전송할 수 있다. 다만, 그 전부 또는 일부가 판매용으로 발행된 도서 등은 그 발행일로부터 5년이 경과하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 도서관 등은 제1항제2호의 규정에 따른 도서 등의 복제 및 제2항과 제3항의 규정에 따른 도서 등의 복제의 경우에 그 도서 등이

디지털형태로 판매되고 있는 때에는 그 도서 등을 디지털 형태로 복제할 수 없다.

⑤ 도서관 등은 제1항제1호의 규정에 따라 디지털 형태의 도서 등을 복제하는 경우 및 제3항의 규정에 따라 도서 등을 다른 도서관 등의 안에서 열람할 수 있도록 복제하거나 전송하는 경우에는 문화체육관광부장관이 정하여 고시하는 기준에 의한 보상금을 당해 저작재산권자에게 지급하여야 한다. 다만, 국가, 지방자치단체 또는 「고등교육법」 제2조의 규정에 따른 학교를 저작재산권자로 하는 도서 등(그 전부 또는 일부가 판매용으로 발행된 도서 등을 제외한다)의 경우에는 그러하지 아니하다.

⑥ 제25조제5항 내지 제9항의 규정은 제5항의 보상금의 지급 등에 관하여 준용한다.

⑦ 제1항 내지 제3항의 규정에 따라 도서 등을 디지털 형태로 복제하거나 전송하는 경우에 도서관 등은 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해를 방지하기 위하여 복제방지조치 등 대통령령이 정하는 필요한 조치를 하여야 한다.

⑧ 「도서관법」 제20조의2에 따라 국립중앙도서관이 온라인 자료의 보존을 위하여 수집하는 경우에는 해당 자료를 복제할 수 있다.

제37조 (출처의 명시)

① 이 관에 따라 저작물을 이용하는 자는 그 출처를 명시하여야 한다. 다만, 제26조, 제29조 부터 제32조까지, 제34조 및 제35조의2의 경우에는 그러하지 아니하다.

② 출처의 명시는 저작물의 이용 상황에 따라 합리적이라고 인정되는 방법으로 하여야 하며, 저작자의 실명 또는 이명이 표시된 저작물인 경우에는 그 실명 또는 이명을 명시하여야 한다.

제62조 (배타적발행권의 양도 · 제한 등)

① 배타적발행권자는 저작재산권자의 동의 없이 배타적발행권을 양도

하거나 또는 질권의 목적으로 할 수 없다.② 배타적발행권의 목적으로 되어 있는 저작물의 복제 등에 관하여는 제23조,제24조,제25조제1항부터 제3항까지,제26조 부터 제28조까지,제30조 부터 제33조까지,제35조제2항 및 제3항,제35조의2,제35조의3,제36조 및 제37조를 준용한다.

제63조의2 (준용)

제58조 부터 제62조까지는 출판권에관하여 준용한다. 이 경우 "배타적발행권"은 "출판권"으로, "저작재산권자"는 "복제권자"로 본다.

제87조 (저작인접권의 제한)

① 저작인접권의 목적이 된 실연·음반 또는 방송의 이용에 관하여는 제23조,제24조,제25조제1항부터 제3항까지,제26조 부터 제32조까지,제33조제2항,제34조,제35조의2,제35조의3,제36조 및 제37조를 준용한다.

위 규정에 의한 도서관 등에서의 저작물 이용은 1) 이용자의 요구에 의한 복제(제1항 제1호), 2) 도서 등의 자체보존을 위한 복제(제1항 제2호), 3) 다른 도서관 등의 요구에 따른 복제(제1항 제3호), 4) 도서관 등의 안에서의 전자적 열람을 위한 전송(제2항), 5) 다른 도서관 등의 안에서의 전자적 열람을 위한 전송(제3항), 6) 온라인 자료의 보존을 위한 국립중앙도서관의 복제의 6가지 유형으로 나누어 살펴볼 수 있다.

VII-1. 이용자의 요구에 의한 복제

도서관 등이 이용자의 요구에 따라 저작물등을 복제한 경우에는 다음의 조건을 충족할 경우 저작권, 배타적발행권, 출판권, 저작인접권 등의 침해로 보지 아니한다.

[요약]
VII-1-a. '도서관 등'이 복제의 주체가 될 것
VII-1-b. 그 도서관 등에 보관된 도서 등을 사용하여 복제할 것
VII-1-c. 이용자의 요구에 의하여 복제할 것
VII-1-d. 이용자의 복제요구가 조사, 연구를 목적으로 하는 것일 것
VII-1-e. 복제하는 저작물이 공표된 것일 것
VII-1-f. 도서 등의 일부분을 복제할 것
VII-1-g. 복제물을 1인 1부에 한하여 제공할 것
VII-1-h. 디지털 형태의 복제가 아닐 것
VII-1-i. 디지털 형태의 도서 등을 복제할 경우의 보상금 지급 의무

VII-1-a. '도서관 등'이 복제의 주체가 될 것

[설명]

(1) 이 규정에 의한 복제가 자유이용으로서 허용되기 위한 첫 번째 조건은 그 복제의 주체가 '도서관 등'이어야 한다는 것이다. 여기서 '도서관 등'이란 도서관법에 따른 도서관과 도서·문서·기록 그 밖의 자료(이하 "도서 등"이라 한다)를 공중의 이용에 제공하는 시설 중 대통령령이 정하는 시설(당해 시설의 장을 포함한다)을 말한다. 저작권법 시행령 제12조는 그러한 시설로 인정되기 위해서는 1) 도서관법에 따른 국립중앙도서관·공공도서관·대학도서관·학교도서관·전문도서관(영리를 목적으로 하는 법인 또는 단체에서 설립한 전문도서관으로서 그 소속원만을 대상으로 도서관

봉사를 하는 것을 주된 목적으로 하는 도서관은 제외한다)과 2) 국가, 지방자치단체, 영리를 목적으로 하지 아니하는 법인 또는 단체가 도서 등을 보존·대출하거나 그 밖에 공중의 이용에 제공하기 위하여 설치한 시설 가운데 한 경우에 해당하여야 한다고 규정하고 있다.

위 규정에 의한

① 국립중앙도서관은 문화체육관광부장관의 소속 하에 국가를 대표하는 도서관으로 설치된 도서관(도서관법 제18조 제1항)을 말한다. 그리고

② 공공도서관은 공중의 정보이용·문화활동·독서활동 및 평생교육을 위하여 국가 또는 지방자치단체가 설립·운영하는 도서관("공립 공공도서관") 또는 법인(민법이나 그 밖의 법률에 따라 설립된 법인을 말한다), 단체 및 개인이 설립·운영하는 도서관(이하 "사립 공공도서관"이라 한다)을 말하며, 다음의 각 도서관은 공공도서관의 범주 안에 포함된다(같은 법 제2조 제4호).

i) 공중의 생활권역에서 지식정보 및 독서문화 서비스의 제공을 주된 목적으로 하는 도서관으로서 제5조에 따른 공립 공공도서관의 시설 및 도서관자료기준에 미달하는 작은 도서관

ii) 장애인에게 도서관서비스를 제공하는 것을 주된 목적으로 하는 장애인도서관

iii) 의료기관에 입원 중인 사람이나 보호자 등에게 도서관서비스를 제공하는 것을 주된 목적으로 하는 병원도서관

iv) 육군, 해군, 공군 등 각급 부대의 병영 내 장병들에게 도서관서비스를 제공하는 것을 주된 목적으로 하는 병영도서관

v) 교도소에 수용 중인 사람에게 도서관서비스를 제공하는 것을 주된 목적으로 하는 교도소도서관

vi) 어린이에게 도서관서비스를 제공하는 것을 주된 목적으로 하는 어린이도서관

③ 대학도서관은 고등교육법 제2조에 따른 대학 및 다른 법률의 규정에 따라 설립된 대학교육과정 이상의 교육기관에서 교수와 학생, 직원에게 도서관서비스를 제공하는 것을 주된 목적으로 하는 도서관을 말한다(같은 법 제2조 제5호).

④ 학교도서관은 초·중등교육법 제2조에 따른 고등학교 이하의 각급 학교에서 교사와 학생, 직원에게 도서관서비스를 제공하는 것을 주된 목적으로 하는 도서관을 말한다(같은 법 제2조 제6호).

⑤ 전문도서관은 그 설립 기관·단체의 소속 직원 또는 공중에게 특정 분야에 관한 전문적인 도서관서비스를 제공하는 것을 주된 목적으로 하는 도서관을 말한다(같은 법 제2조 제7호). 그런데 그 가운데 영리를 목적으로 하는 법인 또는 단체에서 설립한 전문도서관으로서 그 소속원만을 대상으로 도서관 봉사를 하는 것을 주된 목적으로 하는 도서관은 제외됨을 저작권법시행령 제12조에서 명백히 하고 있다. 영리를 목적으로 하는 법인 또는 단체에서 설립한 것이더라도 그 소속원만을 대상으로 하는 것이 아니라 공중을 대상으로 특정 분야에 관한 전문적인 도서관 서비스를 제공하는 것이면 이 규정에 의한 자유이용의 주체가 될 수 있다. 역으로, 그 소속원만을 대상으로 전문적인 도서관 서비스를 제공하더라도 영리를 목적으로 하지 않는 법인 또는 단체에서 설립한 것이라면 역시 이 규정에 의한 자유이용의 주체가 될 수 있다.

그리고 위와 같은 다섯 가지 유형의 도서관에 해당하지 않더라도 국가, 지방자치단체, 영리를 목적으로 하지 아니하는 법인 또는 단체가 도서 등을 보존·대출하거나 그 밖에 공중의 이용에 제공하기 위하여 설치한 시설에 해당할 경우에는 이 규정에 의한 자유이용의 주체가 될 수 있다(저작권법 시행령 제12조 제2호).

(2) 도서관 등이 복제를 하여야 한다는 것은 도서관 등이 물리적인 복제의 장소가 될 것을 의미하는 것이 아니라 복제를 행하는 주체가 도서관 등의 장(長)이나 그 지휘 하에 있는 직원이어야 함을 의미하는 것이다. 그런 취지를 분명히 하기 위하여 저작권법 제31조는 도서관 등을 정의하면서 괄호 안에 "당해 시설의 장을 포함"하는 것으로 명시하고 있다.

도서관 등의 장이나 그 직원이 복제의 주체가 되어야 하므로, 외부의 복사업자가 도서관 구내에 들어와 복제업을 수행할 경우는 당연히 본조의 요건을 충족하지 못한다.[247] 다만 복제행위에 대한 사업적 책임을 도서

관 등이 지고 있을 경우에는 복제기기의 소유권이 외부의 임대사업자에게 있거나 일정한 보조적 업무를 외부에서 수행한다고 하더라도 도서관 등이 복제의 주체인 것으로 볼 수 있을 것이다.[248]

이용자의 요구에 의한 복제의 경우와 관련하여, 카드식 복사기를 설치한 후 특별한 관리, 감독 없이 이용자로 하여금 자유롭게 그 소장도서를 복제하게 하는 경우를 어떻게 볼 것인지가 문제되나, 이 경우에는 도서관 등이 복제의 주체가 되는 것으로 보기 어려운 것으로 생각된다.[249] 이러한 경우에 이용자의 복제행위가 사적 이용을 위한 복제로서 허용될 수 있는지 여부가 문제이나, 저작권법 제30조 단서의 '공중의 사용에 제공하기 위하여 설치된 복사기기에 의한 복제'에 해당하므로 사적 이용을 위한 복제로서 허용될 수도 없는 경우라고 여겨진다.[250] [☞ VI-e (2) 참조]

다만 도서관 등 직원의 지시, 감독 하에 이용자가 복제하도록 하는 경우에는 그 감독이 충분한 정도로 합리적으로 시행된다는 전제 하에, 복제의 주체를 도서관 등이라 볼 수 있을 것이다.[251]

---

247) 이해완(2007), 423면; 정상조(주해, 2007) [임원선 집필부분], 564면; 加戸守行(2006), 237면

248) 장인숙(1989), 97면; 이해완(2007), 423면

249) 이해완(2007), 423면; 이형하(1992), 387면; 오승종(2007), 655면

250) 일본 저작권법상으로는 공중용 자동복제기기를 이용한 복제에 대한 사적복제 예외규정(일본 저작권법 제30조 제1호)의 적용을 문서, 도화에 대하여는 보류하도록 부칙 제5조의 2에서 규정하고 있는 관계로, 이러한 도서관에서의 이용자의 자유로운 복제가 논리적으로는 사적 복제로서 허용되는 것으로 보아야 한다는 견해가 있는가하면, 그러한 결론은 일본 저작권법 제31조 제1항 제1호의 취지가 일탈되어 버리므로 이러한 경우에는 제31조가 우선 적용되는 것으로 하여 사적 복제를 허용하지 않아야 한다는 견해도 매우 유력하게 주장되고 있다. 金井·小倉(上巻, 2000) [桑野雄一郎 집필부분], 387면; 中山信弘(2007), 254면 등 참조. 黒沢節男, 図書館の著作権基礎知識, 第2版, 太田出版, 2008, 104면도 사적 이용을 위한 복제로서 허용된다는 견해를 비판하면서 다음과 같이 말하고 있다. "그러나 도서관이라고 하는 저작물의 보고에서 엄격한 요건을 붙여 일부분의 복제만을 인정하고 있는 법 제31조의 규정취지 및 법 30조의 개정규정과 법 부칙 제5조의 2의 규정이 제정된 경위 등을 고려해 보면, 도서관에 코인(coin)식 복사기를 설치하여 도서관 직원의 아무런 감독 없이 전문 복제를 할 수 있도록 하는 시스템은 문화적 소산의 공정한 이용에 유의하면서 권리자의 보호를 도모하는 것을 목적으로 하는 저작권법과 저촉되는 것이라고 할 수밖에 없어 허용될 수 없다."

251) 정상조(주해, 2007) [임원선 집필부분], 564면; 오승종(2007), 655-656면

VII-1-b. 그 도서관 등에 보관된 도서 등을 사용하여 복제할 것

[설명]

(1) 도서관 등이 복제를 할 수 있는 대상은 그 도서관 등에 보관된 도서·문서·기록 그 밖의 자료(이하 "도서 등"이라 한다)이다. 도서 등의 소유권이 당해 도서관 등에 있는지 다른 도서관 등으로부터 빌려온 것인지를 불문하고[252], 당해 도서관 등이 책임지고 보관하고 있는 도서 등일 것을 요한다. 그 도서관 등에서 보관하고 있는 도서 등이 아니라 이용자가 개인적으로 외부에서 가지고 온 자료를 당해 도서관 등으로 하여금 복제하게 하는 것은 이에 해당하지 않는다.[253]

(2) "도서·문서·기록 그 밖의 자료"라고 하여 비교적 광범위하게 규정하고 있으므로 서적, 잡지, 기록물 등의 문서 자료 외에 지도, 도형, 모형, 사진, 음반, 영상물 등 모든 정보매개물을 포함하는 개념으로 본다.[254]

(3) 이용자의 요구에 의한 복제의 경우에는 같은 조 제3항[255]에 의하여 다른

---

252) 오승종(2007), 657면; 이해완(2007), 424면 등. 참고로, 일본 저작권법은 우리 저작권법과 약간 다르게 '도서관 등의 도서, 기록 기타의 자료(이하 이 조에서 '도서관 자료'라고 한다)'를 복제의 대상으로 규정하고 있는데, 이에 대한 일본에서의 해석론으로는 도서관 사이의 상호대차에 의한 경우와 같이 짧은 기간동안 빌린 것을 포함하지 않는 견해가 유력하나, 실무상 그로 인해 상호대차 등의 운영에 있어서 어려움을 겪는 문제를 해결하기 위해 당사자 사이의 합의에 의한 가이드라인으로 해결하고 있다. 이에 대하여 半田·松田(2009) 2卷 [黑澤節男 집필부분], 168면은 "여기서 도서관자료라 함은 그 도서관이 소장하고 있는 자료라고 해석되므로 이용자가 가져온 자료나 상호대차로 다른 도서관 등으로부터 1~2주간 빌려 온 자료는 이 자료에 포함되지 않을 것이다. 다만 장기간 위탁되어 있어서 마치 그 도서관의 소장자료와 동일시할 수 있는 모습의 기탁자료에 대하여는 당해 도서관 소장자료와 마찬가지로 생각해도 무방할 것이다. 당사자간 협의로, "도서관간 협력에 있어서 현물대차로 빌려 받은 도서의 복제에 관한 가이드라인'이 작성되어, 평성 18년(2006년) 1월 이래, 상호대차로 빌려 받은 도서에 대하여는, 자관 소장의 자료와 마찬가지로 취급할 수 있게 되었다"고 설명하고 있다. 위 가이드라인의 내용은 이 보고서의 [부록 6] 참조.

253) 이해완(2007), 424면; 이형하(1992), 387면; 정상조(주해, 2007) [임원선 집필부분], 564면

254) 이해완(2007), 424-425면; 장인숙(1989), 97면; 加戸守行(2006), 238면

255) 저작권법 제31조 제3항 : 도서관 등은 컴퓨터를 이용하여 이용자가 다른 도서관 등의 안에서 열람할 수 있도록 보관된 도서 등을 복제하거나 전송할 수 있다. 다만, 그 전부 또는 일부가 판매용으로 발행된 도서 등은 그 발행일로부터 5년이 경과하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

도서관으로부터 전송받은 도서 등도 여기서 말하는 도서 등에 포함된다(법 제31조 제1항 본문 괄호 안의 내용). [☞ 제3항 규정의 적용조건에 관해서는 VII-5 참조] 따라서 열람 목적으로 전송받은 도서 등이라 할지라도 본조의 규정에 따라 복제할 수 있다.[256] 그리고 도서관 등이 자체적으로 디지털화하여 소장하고 있는 디지털 형태의 도서 등도 여기에 포함된다.

VII-1-c. 이용자의 요구에 의하여 복제할 것

[설명]

(1) 이용자의 요구에 의하여야 하므로, 도서관 등이 미리 수요를 예측해서 복사를 미리 준비해 두었다가 이를 이용자에게 판매하는 방식은 이 요건에 합치되지 않는 것으로 본다.[257]

(2) 이용자를 자연인에 한하는 규정은 없으므로, 개인(자연인)뿐만 아니라 법인 기타 단체, 특히 영리법인 또는 영리단체도 조사연구의 목적을 위하여 그 명의로 도서관 등에 대하여 복제를 요구할 수 있다.[258] 다만, 그 영리법인 등이 1부의 복제물을 도서관 등으로부터 제공받은 후에 업무상 이용을 위해 여러 부로 복제할 경우에는 저작권자의 허락이 없는 한 복제권 침해가 성립할 수 있다. [☞ 기업 내에서의 업무상 복제가 사적 이용을 위한 복제로서 허용되는 범위에 포함되지 않는다는 것에 대하여는 VI-c.(6) 참조]

256) 정상조(주해, 2007) [임원선 집필부분], 564면
257) 이해완(2007), 425면; 허희성(2007), 234면; 정상조(주해, 2007) [임원선 집필부분], 567면
258) 이형하(1992), 388면; 이해완(2007), 425면

VII-1-d. 이용자의 복제요구가 조사, 연구를 목적으로 하는 것일 것

[설명]

(1) 이용자의 복제요구가 조사, 연구를 목적으로 하는 것일 것을 요하므로, 단순한 취미, 오락 등의 목적으로 복제를 요구하는 경우는 이 규정에 의한 자유이용의 대상이 아니다. 이용자가 어떤 목적을 가졌는지는 도서관 등이 객관적으로 판단하기 어려울 것이므로 결국 이 요건은 선언적인 의미 이상의 기능을 하기가 어렵다는 견해가 많지만[259], 예를 들어, 소설이나 시, 악보, 회화, 영화, 사진 등을 조사 및 연구의 목적이 아닌 감상용으로 복제하는 것은 이 요건을 충족하지 못한다고 보아야 할 것인바, 그러한 점에 있어서는 이 요건이 반드시 선언적인 의미에 그치는 것은 아니라고 생각된다는 견해[260]도 있다.

(2) 여기서 조사, 연구라 함은 반드시 높은 수준의 것이 아니어도 무방하다. 예를 들어 초등학생이나 중학생이 숙제를 하기 위해 조사하는 경우 등도 포함되는 것으로 보아야 할 것이다.[261]

(3) 조사, 연구의 목적이기만 하면 그것이 영리 목적의 조사, 연구라도 무방하다.[262]

---

259) 이형하(1992), 388면; 이해완(2007), 425면; 정상조(주해, 2007) [임원선 집필부분], 565면; 中山信弘(2007), 254면

260) 오승종(2007), 658면

261) 半田·松田(2009) 2卷 [黑澤節男 집필부분], 169면

262) 中山信弘(2007), 254면

VII-1-e. 복제하는 저작물이 공표된 것일 것

[설명]

(1) 공표된 저작물을 복제하는 경우여야 하고, 미공표 저작물의 경우에는 이 규정에 의하여 복제할 수 없다. 따라서 미공표 유고, 일기 등을 설사 도서관 등이 보관하고 있다고 하더라도 이 규정에 따라 복제를 하는 것은 허용되지 않는다.

(2) 미공표 저작물이라도 도서관 등이 이를 입수하게 된 경위에 비추어 저작권자가 도서관 이용자에 의한 열람, 복제 등을 허용하였다고 볼 수 있는 경우에는 공표된 저작물에 준하여 취급하는 것도 가능할 것이라는 견해가 있으나[263] 그 경우에는 저작재산권 제한사유에 해당하기 때문이 아니라 저작권자(저작자)의 허락을 받았기 때문에 문제가 되지 않는 것으로 보아야 할 것이다.[264]

VII-1-f. 도서 등의 일부분을 복제할 것

[설명]

(1) 저작권법 제31조 제1항 제1호에서 '도서 등의 일부분'만을 복제의 대상으로 규정하고 있으므로, 원칙적으로 도서 등의 일부분을 복제하여야만 이 규정에 의한 자유이용의 범위에 포함될 수 있다. 여기서 도서 등이란 도서·문서·기록 그 밖의 자료를 뜻한다(제31조 제1항 본문). 따라서 물리적으로 한 권의 책으로 되어 있는 저작물의 경우에는 그 책의 일부분이면 책 속에 있는 개별 저작물을 전부 복제하더라도 반드시 이 요건을 충족하지 못하는 것으로 볼 것은 아니다. 예컨대 논문집이나 정기간행물에 실린 개별 학술논문 하나를 전부 복제하더라도 이 규정에 의한 자유이용의 범위에 포함되는 것으로 보는 견해가 많다.[265]

---

263) 이형하(1992), 389면
264) 이해완(2007), 426면
265) 이해완(2007), 426면; 정상조(주해, 2007)(임원선 집필 부분), 566면; 이형하(1992),

(2) 도서 등의 '일부분'이 어느 정도의 분량을 의미하는 것인지에 대하여 확실한 기준이 세워진 바는 없다. 일부분이라고 하려면 적어도 그 저작물의 '절반' 이하여야 한다는 견해[266]와 "저작물의 일부분에 한정하는 것은 가령 낱권으로 되어 있는 저작물을 통째로 복제하는 것을 막기 위한 것이며, 타인의 저작물을 자신의 저작물 중에 인용하는 경우에 타인의 저작부분이 종된 지위에 있어야 하는 것과는 달리 본조의 경우는 타인의 저작물을 그 본래의 용도대로 사용하려는 것이므로 가령 본문 중 주요부분을 전부 복제한다고 하더라도 이는 일부 복제로서 허용된다고 본다"는 견해[267]로 나뉘어 있다. 다만 후자의 입장이 모든 경우에 적용될 경우에는 자칫 그 복제 허용범위가 지나치게 넓어져 저작권자의 이익을 해칠 가능성이 있는 경우도 있을 수 있을 것이므로 도서 등의 '일부분'의 기준은 저작물의 종류와 그 저작물이 이용되는 상황에 따라 달라질 수 있는 것으로 이해하되, 그 복제의 분량이 과도하지 않도록 주의하여야 하는 것으로 보는 것이 바람직할 것으로 여겨진다. 참고로, 현재 국립중앙도서관에서는 자체적으로 도서 등의 최대 1/3이라고 하는 기준[268]을 정하여 "도서관 자료복사는 저작권법에 의거하여 부분복사(1/3)만 가능합니다"라고 공시하고 있다.[269] 그러나 국내 대부분의 도서관은 그러한 기준을 명시적으로 밝히지 않고 있다.[270]

360면 등; 2000년의 법 개정 이전에는 저작권법의 이 부분 규정이 '저작물의 일부분'이라는 표현을 사용하고 있었는데, 2000년의 법 개정으로 '도서 등의 일부분'이라는 표현으로 바뀌었다. 당시 그 개정입법을 주도한 문화관광부의 공무원에 의하면, "정기간행물이나 논문집에 수록된 학술논문집의 경우 논문 자체가 하나의 전체적인 저작물이므로 현실적인 복제관행과 일치되지 않는 점이 있으므로, 이번 개정에서는 도서 등의 일부분을 복제할 수 있도록 하였다"고 한다. 김태훈, "개정 저작권법 해설", 저작권심의조정위원회 편, 저작권강연회 자료집(2000.3.), 64면[정상조(주해, 2007)(임원선 집필 부분), 566면에서 재인용]

266) 허희성(2007), 234면; 加戸守行(2006), 239면 ;半田·松田(2009) 2巻 [黒澤節男 집필부분], 170면

267) 이형하(1992), 389면; 오승종(2007), 658면

268) '국립중앙도서관 복제업무규정' 제7조에서 도서관 자료는 저작권법에 의거하여 부분 복제(최대 1/3)에 한한다고 명시하고 있다고 한다. 홍재현, 도서관과 저작권법, 조은글터, 2008 (이하 홍재현(2008)이라고만 표시), 223면 참조.

269) http://www.nl.go.kr/usage/copy.php (마지막 방문: 2010.5.8.)

270) 홍재현(2008), 223면

(3) 저작물의 종류 중 회화 등 미술저작물이나 사진저작물 등의 경우에는 그 불가분성으로 인하여 일부복제만 하는 것은 의미가 없으며 오히려 동일 성유지권의 침해가 될 수 있다는 등 이유로 전부복제를 예외적으로 허용하여야 한다는 견해가 많다.[271] 그러나 그러한 경우에도 화질 등을 정확히 원본과 동일하게 복제하는 것은 저작권자의 이익을 부당하게 해할 가능성이 높다는 점에서 허용되지 아니하고, 복사에 의하여 화질이 떨어져 저작권자의 권익을 해할 우려가 상대적으로 적은 경우에는 질적인 의미의 '일부 복제'라고 보아 허용할 수 있다고 보는 것이 바람직할 것이라는 견해도 있다.[272]

(4) 여러 사람이 서로 분담하여 하나의 저작물의 일부분씩을 복제함으로써 저작물 전체를 복사하는 경우도 문제가 된다. 이러한 방식으로 전체를 복제하는 것은 일부분만의 복제를 허용하는 저작권법의 취지를 잠탈하는 것이 되어 허용되어서는 아니 된다는 것이 일반적 견해이다.[273]

271) 황적인·정순희·최현호(1990), 295면; 오승종(2007), 658-659면; 加戸守行(2006), 239면
272) 이형하(1992), 390면; 이해완(2007), 426면
273) 오승종(2007), 659-660면; 정상조(주해, 2007)(임원선 집필 부분), 565면

VII-1-g. 복제물을 1인 1부에 한하여 제공할 것

[설명]

(1) 도서관 등은 복제물을 신청한 이용자에게 1인 1부에 한하여 제공하여야 한다. 법인이나 단체 등이 이용자로서 그 명의로 신청할 수도 있다는 것은 VII-1-c에서 설명한 바와 같으나, 그러한 경우에도 1인의 대표에게 그 구성원인 복수의 사람이 모두 복제물을 가질 수 있도록 복수의 부수를 제공하는 것은 허용되지 않는다. 그 경우에도 신청한 이용자 1인에 대하여 1부의 복제물만 제공하여야 하는 것이다. 따라서 다른 이용자를 대리하여 신청하고 대리하여 수령하는 것도 허용되지 않는 것으로 보아야 한다.[274)]

(2) 이 규정에 의한 자유이용에 있어서는 그 저작물을 번역하거나 편곡 또는 개작하여 이용할 수 없다(법 제36조). 출처명시의무는 면제된다(법제 37조 제1항 단서).

VII-1-h. 디지털 형태의 복제가 아닐 것

[설명]

(1) 이용자의 요구에 의한 도서관 등의 복제의 경우에는 디지털 형태의 복제를 할 수 없다(제31조 제1항 제1호 단서). 따라서 도서관 등이 그 보관 중인 도서 등의 일부분을 스캐닝 등에 의하여 디지털 자료로 변환하거나 이미 존재하는 디지털 복제물을 이메일에 첨부하여 이용자에게 보내는 것은 그 과정에 디지털 형태의 복제가 수반되므로 허용되지 아니한다. 팩스를 이용하여 복제물을 송부할 경우에는 전기적 신호로 전달되더라도 디지털 팩시밀리가 아닌 한 '디지털 형태'의 복제가 수반되지는 않는 것으로 보이고, 팩스 송부가 우리 저작권법상 '전송'에 해당한다고 보기도

274) 이형하(1992), 390면; 이해완(2007), 417면; 허희성(2007), 235면; 加戸守行(2006), 239면

어려우므로(☞ 이 점에 대하여는 III-2-d (1)의 전송의 개념에 대한 설명 참조), 이 규정에 따라 허용되는 범위에 포함된다고 볼 수 있을 것이다.

(2) 디지털 형태의 도서 등을 아날로그 형태로 복제하는 것은 이 규정에 의하여 허용되는 범위 안에 있다. 즉 이북이나 디지털 형태의 학술논문 자료 등을 프린터로 출력하여 제공하는 것은 가능하다. 다만, 그 경우에 아래 VII-1-i과 같이 보상금 지급의무가 따른다.

☞ 복제의 개념에 대하여 자세한 것은 I-2-1-e (1)의 설명을 참고하세요.

VII-1-i. 디지털 형태의 도서 등을 복제할 경우의 보상금 지급 의무

[설명]

(1) 도서관 등이 이용자의 요구에 따라 보관중인 도서 등의 일부분을 복제하여 이용자에게 1인 1부에 한하여 제공하는 등 위에서 나열한 조건을 모두 갖춘 경우에도 그것이 디지털 형태의 도서 등을 복제하는 경우에 해당할 때에는 (제3항의 규정에 의하여 비매품이거나 발행된 지 5년이 경과한 판매용 도서 등을 다른 도서관 등의 안에서 전송·출력 하는 경우와 함께) 저작권법 제31조 제5,6항의 규정에 따라 보상금 지급의무를 지게 된다. 디지털 형태의 도서 등을 디지털 형태로 복제하는 것은 허용되지 않고 오직 아날로그 형태의 복제, 즉 프린터로 출력(프린트 아웃)하는 것만 허용됨은 VII-1-h에서 설명한 바와 같으므로, 보상금 지급의무가 발생하는 것은 그러한 경우의 이용이 이루어진 경우에 한한다. 이 규정에 의하여 복제할 수 있는 디지털 형태의 도서 등에는 자관이 보관중인 디지털 형태의 도서 등만이 아니라 저작권법 제31조 제3항에 의하여 타관으로부터 전송되어 온 디지털 형태의 도서 등도 포함됨은 VII-1-b (3)에서 설명한 바와 같은바, 보상금 지급의무가 발생하는 것은 그 두 가지 중 어느 경우의 복제(출력)이든 마찬가지이다.

(2) 다만 도서관 등의 보상금 지급의무의 이행이 저작물 이용을 적법하게 하는 요건은 아니다. 즉 위 a-h의 요건만 갖추면 저작재산권자의 허락 없이 저작물을 이용하여도 위법하지 않고, 그 이용행위에 의하여 구체적인 보상금지급의무가 발생하게 될 뿐이다. 다른 요건을 모두 갖추었을 경우, 보상금을 지급하지 않았다고 하여 소급하여 저작권침해가 되는 것은 아니다. 물론 보상금청구권을 민사소송의 방법으로 행사하여 판결을 받을 경우 민사상의 강제집행을 할 수는 있다. 그러나 침해금지청구 등을 할 수는 없다. [☞ 보상금지급의무의 이러한 성격에 대하여는 II-1-1-e.(1)의 설명 참조]

(3) 보상금을 지급할 의무를 부담하는 것은 최종적으로 출력이 이루어진 도서관 등이며[275], 보상금을 지급하여야 할 대상자(보상권리자)는 '저작재산권자'이다. 그런데 이용자들이 일일이 저작물마다 저작재산권자를 찾아서 보상금을 지급하기는 매우 번거롭고 불편한 일이 될 것이기 때문에 저작권법은 지정단체에 의한 통일적인 권리행사가 이루어지도록 규정하고 있다. 따라서 저작재산권자의 보상금청구권 행사는 개별적으로 할 수 없고, 문화체육관광부 장관이 지정하는 권리자 단체를 통해서만 할 수 있는 것으로 규정하고 있는데(제31조 제6항, 제25조 제5항), 현재 도서관 등에서의 복제로 인한 보상금청구권을 행사할 수 있는 단체는 한국복사전송권협회로 지정되어 있다. 지정단체는 그 구성원이 아니라도 보상권리자로부터 신청이 있을 때에는 그 자를 위하여 그 권리행사를 거부할 수 없으며, 이 경우에 그 단체는 자기의 명의로 그 권리에 관한 재판상 또는 재판 외의 행위를 할 권한을 가진다(제31조 제6항, 제25조 제6항).

(4) 법 제31조 제5항에 따라 문화체육관광부 장관이 고시한 '도서관의 저작물 복제·전송이용 보상금 기준'의 내용은 다음과 같다.

275) 오승종(2007), 666면

〈신 설〉

문화체육관광부 고시 제2012-6호

2012년도 「도서관의 저작물 복제·전송이용 보상금」기준

저작권법 제31조 제5항에 의거하여 도서관의 저작물 복제 및 전송 이용에 대한 보상금 기준을 다음과 같이 고시합니다.

2012년 2월 13일
문화체육관광부 장관

1. **적용기간** : 2012년 1월 1일 ~ 2012년 12월 31일

2. **보상대상** : 저작권법 제31조 제1항 제1호의 규정에 의하여 디지털 형태의 도서 등(다른 도서관 등으로부터 복제·전송받은 도서 등을 포함)을 복제하는 경우 및 같은 법 같은 조 제3항의 규정에 의하여 비매품이거나 발행된 지 5년이 경과한 판매용 도서 등을 다른 도서관 등의 안에서 열람할 수 있도록 전송하는 경우

3. **보상 기준 및 보상 금액**

구 분		이용형태 및 보상금 기준	
		출 력	전 송 (전송을 위한 복제 포함)
단행본	판매용	1면당 5원	1파일당 20원
	비매용	1면당 3원	0원
정기 간행물	판매용	1면당 5원	1파일당 20원
	비매용	1면당 3원	0원

4. **본 기준에서 사용하는 용어정의**

1) 출력 - 저작권법 제31조 제1항 제1호의 규정에 의하여 디지털 형

태의 도서 등을 아날로그 형태로 복제(프린트아웃)하는 것을 말함

2) 전송 - 다른 도서관 이용자가 컴퓨터 모니터 등을 통하여 열람할 수 있도록 디지털 형태의 도서 등을 일반 공중이 접근할 수 있는 컴퓨터 서버에 저장하는 것과 실제 이용자의 요구에 의하여 디지털 송신을 하는 것을 모두 포함하는 것을 말함

3) 1면 - 이용 대상이 된 단행본 또는 정기간행물의 1쪽을 말함

4) 1파일 - 단행본의 경우에는 전체에 해당하는 디지털물을, 정기간행물의 경우에는 이에 수록된 각각의 기사 또는 논문에 해당하는 디지털물을 말함

※ 도서관 보상금은 사단법인 한국복사전송권협회(저작권법 제31조 제6항에 의거 문화체육관광부장관에 의한 지정 단체)에서 수령하여 저작권자에게 분배함

VII-2. 도서 등의 자체 보존을 위한 복제

도서관 등이 도서 등의 자체보존을 위하여 저작물등을 복제한 경우(법 제31조 제1항 제2호)에는 다음의 조건을 충족할 경우 저작권, 배타적발행권, 출판권, 저작인접권 등의 침해로 보지 아니한다.

[요약]

VII-2-a. '도서관 등'이 복제의 주체가 될 것
VII-2-b. 그 도서관 등에 보관된 도서 등을 사용하여 복제할 것
VII-2-c. 도서 등의 자체 보존을 위해 필요한 경우일 것
VII-2-d. 보존을 위해 필요한 범위 안에서 복제할 것
VII-2-e. 그 도서 등이 디지털 형태로 판매되고 있을 경우에는 디지털 형태의 복제를 하지 않을 것
VII-2-f. 디지털 형태의 복제를 할 경우에는 복제방지조치 등 필요한 조치를 취할 것

VII-2-a. '도서관 등'이 복제의 주체가 될 것

☞ 이 요건에 대해서는 VII-1-a의 설명을 참고하세요.

VII-2-b. 그 도서관 등에 보관된 도서 등을 사용하여 복제할 것

☞ 이 요건에 대해서는 VII-1-b. (1), (2)의 설명을 참고하세요.

VII-2-c. 도서 등의 자체 보존을 위해 필요한 경우일 것

[설명]

(1) 도서 등의 자체 보존을 위해 필요한 경우여야만 이 규정에 의한 자유이용이 가능하다. 그에 해당하는 경우로는 다음의 세 가지 경우를 들 수 있다.

1) 보관 공간의 부족으로 인해 마이크로필름, 마이크로피시, 자기테이프 등으로 축소복제하거나 스캐닝 등으로 디지털화하여 보존하고자 하는 경우이다. 보관 공간의 부족이 이유이므로 원래의 도서 등은 폐기하는 조건으로만 허용된다는 취지의 견해[276]가 있으나 그것을 지나치게 엄격한 요구라고 하면서, 보관공간의 부족에 대비하여 미리 그러한 복제를 해 둘 필요가 있어서 하는 경우도 정당한 것으로 인정될 수 있을 것이라고 하는 견해도 있다.[277]

2) 보관 중인 귀중한 희귀본의 손상, 분실을 예방하기 위해 완전한 복제를 해 두는 경우도 있을 수 있다. 희귀본이라고 볼 수 없는 일반 소장문서의 부식 등에 의한 결손에 대처하기 위해 복제를 해 두는 행위의 필요성에 대하여는 매우 엄격한 판단기준이 적용되어야 할 것이다.[278] 부식 등에 대비할 필요가 있는 서적 등은 추가로 구매하는 것이 더 좋은 방법일 수 있기 때문에 그러한 구매 가능성이 없는 경우인지 여부가 중요한 판단기준의 하나가 될 것이다.[279]

3) 보관 중인 자료의 오손(汚損)된 페이지를 보완하기 위해 복제하는 경우도 있을 수 있다. 그러나 정기간행물의 궐호를 보충하기 위해 복제를 하는 것은 법에서 규정하고 있는 자체보존의 필요성에 해당한다고 보기 어려울 뿐만 아니라 '그 도서관 등에 보관된 도서 등'을 복제하는 행위에도 해당하지 않으므로 허용되지 아니한다. 또한 예를 들어 보존용의

---

276) 허희성(2007), 235면; 加戸守行(2006), 240면
277) 이해완(2007), 427면
278) 이해완(2007), 427면; 加戸守行(2006), 241면
279) 이해완(2007), 427면

자료만 있어서 열람용으로 또 한 부 복제를 한다고 하는 것만으로는 보존을 위한 필요가 있는 경우에는 해당하지 않는다. 일반적으로는 열람용으로 또 한 부 구입하면 족하고, 자료구입비 절감 등의 재정적 이유는 보존의 필요성과는 관계가 없기 때문이다.[280]

(2) 그 밖에, 디지털 자료의 특수성을 감안하여, 특정한 형식의 자료를 보거나 듣기 위해 필요한 일정한 하드웨어와 소프트웨어가 더 이상 생산되거나 판매되지 않는 상황에서 그 자료를 보거나 들을 수 있는 형식으로 변환하는 것(이것도 저작권법상 복제에 해당한다)도 도서관 등의 자료보존을 위한 복제로서 허용되어야 한다는 견해가 있다.[281]

VII-2-d. 보존을 위해 필요한 범위 안에서 복제할 것

[설명] 복제할 수 있는 범위는 도서 등의 전체도 가능하다. 이 점에서 단지 도서 등의 일부분으로 제한되는 제1호의 경우(VII-1)와 구별된다. 다만, 그 부수는 통상 1부에 한정되는 것으로 보는 견해가 많다.[282]

VII-2-e. 그 도서 등이 디지털 형태로 판매되고 있을 경우에는 디지털 형태의 복제를 하지 않을 것

[설명]

(1) 이 규정(저작권법 제31조 제1항 제2호)에 의한 경우는 제1호 및 제3호의 경우와 달리 디지털 형태의 복제도 허용되는데, 그렇게 규정된 것은, 내부 보관을 위한 것이므로 저작권자의 정당한 이익을 위협할 수 있는 불법유통의 가능성이 상대적으로 적은 반면, 보관을 위한 공간의 문제나

280) 허희성(2007), 385면; 이해완(2007), 428면; 加戸守行(2006), 241면
281) 정상조(주해, 2007)(임원선 집필 부분), 568면
282) 오승종(2007), 660면; 홍재현(2008), 229면

보관기간의 경과로 인한 훼손의 문제에 대비하기 위한 좋은 방법 중의 하나가 될 수도 있기 때문이다.

(2) 그러나 그 도서 등이 디지털 형태로 판매되고 있을 경우에는 디지털 형태의 복제를 할 수 없다(저작권법 제31조 제4항). "디지털 형태로 판매되고 있을 경우"를 예외로 하고 있으므로, 단지 디지털화된 것만으로는 부족하며 그 형태로 시중에 판매되고 있어야만 예외규정에 해당한다. e-book 등으로 온라인 서점 등을 통해 판매되고 있는 것이 그러한 예에 해당한다. 판매되다가 상업적인 이유로 판매가 중단된 경우에는, 도서관 등이 이를 다시 디지털 형태로 복제할 수 있게 된다.[283]

☞ 복제의 개념에 대하여 자세한 것은 I-2-1-e (1)의 설명을 참고하세요.

VII-2-f. 디지털 형태의 복제를 할 경우에는 복제방지조치 등 필요한 조치를 취할 것

[설명]

(1) 이 규정에 의하여 디지털 형태로 도서 등을 복제하는 경우[284]에는 법 제31조 제7항[285]의 규정에 따라 도서관 등은 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해를 방지하기 위하여 복제방지조치 등 대통령령이 정하는 필요한 조치를 하여야 한다.

(2) 저작권법 시행령 제13조는 "대통령령이 정하는 필요한 조치"는 다음의 각 조치를 말하는 것으로 규정하고 있다.

① 불법 이용을 방지하기 위하여 필요한 다음의 각 기술적 조치

283) 정상조(주해, 2007)(임원선 집필 부분), 569면

284) 아날로그 형태의 도서 등을 보존을 위해 스캔(scan)하는 등의 방법으로 디지털화하는 행위가 여기에 해당한다.

285) 저작권법 제31조 제7항 : 제1항 내지 제3항의 규정에 따라 도서 등을 디지털 형태로 복제하거나 전송하는 경우에 도서관 등은 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해를 방지하기 위하여 복제방지조치 등 대통령령이 정하는 필요한 조치를 하여야 한다.

ⅰ) 도서관 등의 이용자가 도서관 등의 안에서 열람하는 것 외의 방법으로는 도서 등을 이용할 수 없도록 하는 복제방지조치

ⅱ) 도서관 등의 이용자 외에는 도서 등을 이용할 수 없도록 하는 접근제한 조치

ⅲ) 도서관 등의 이용자가 도서관 등의 안에서 열람하는 것 외의 방법으로 도서 등을 이용하거나 그 내용을 변경한 경우 이를 확인할 수 있는 조치

ⅳ) 판매용으로 제작된 전자기록매체의 이용을 방지할 수 있는 장치의 설치

② 저작권 침해를 방지하기 위한 도서관 직원 교육

③ 컴퓨터 등에 저작권 보호 관련 경고표지의 부착

④ 법 제31조 제5항에 따른 보상금을 산정하기 위한 장치의 설치

VII-3. 다른 도서관 등의 요구에 따른 복제

도서관 등이 다른 도서관 등의 요구에 따라 절판 그 밖에 이에 준하는 사유로 구하기 어려운 도서 등의 복제물을 보존용으로 제공하는 경우(법 제31조 제1항 제3호)에는 다음의 조건을 충족할 경우 저작권, 배타적발행권, 출판권, 저작인접권 등의 침해로 보지 아니한다.

[요약]
VII-3-a. '도서관 등'이 복제의 주체가 될 것
VII-3-b. 그 도서관 등에 보관된 도서 등을 사용하여 복제할 것
VII-3-c. 다른 도서관 등의 요구가 있을 것
VII-3-d. 절판 그 밖에 이에 준하는 사유로 구하기 어려운 도서 등일 것
VII-3-e. 디지털 형태로 복제하지 아니할 것

VII-3-a. '도서관 등'이 복제의 주체가 될 것

[설명] 이 때 복제의 주체는 입수하기 곤란한 자료를 소장하여 복제물을 제공하는 도서관 등이 된다. 즉 복제물을 필요로 하는 도서관 등이 다른 도서관 등으로부터 그 자료를 빌려서 복제하는 것은 허용되지 않는다는 것에 주의를 요한다.[286]

☞ 이 요건에 대하여 자세한 것은 VII-1-a의 설명을 참고하세요.

VII-3-b. 그 도서관 등에 보관된 도서 등을 사용하여 복제할 것

☞ 이 요건에 대해서는 VII-1-b. (1), (2)의 설명을 참고하세요.

286) 加戸守行(2006), 241, 242면

VII-3-c. 다른 도서관 등의 요구가 있을 것

[설명] 이 규정에 의한 자유이용이 인정되기 위해서는 다른 도서관 등의 요구가 있어야 한다. 여기서 "다른 도서관 등"이라 함은 역시 저작권법 제31조에 의하여 복제를 할 수 있는 주체로 인정되는 도서관 등이어야 한다.[287][☞ 그 구체적인 인정범위에 대하여는 VII-1-a의 설명 참조]

VII-3-d. 절판 그 밖에 이에 준하는 사유로 구하기 어려운 도서 등일 것

[설명] "절판 그 밖에 이에 준하는 사유로 구하기 어려운 도서 등"이라 함은 절판된 단행본, 발행 후 장기간을 경과한 정기간행물 등으로서 헌책방 등에서도 쉽게 구할 수 없는 것을 말한다. 가격이 높기 때문에 재정적으로 구입하기가 어렵다고 하는 경제적 이유는 정당한 이유라고 보기 어렵다. 외국도서이기 때문에 입수하는 데 시간이 걸린다고 하는 것도 이유가 될 수 없음은 물론이다.[288]

VII-3-e. 디지털 형태로 복제하지 아니할 것

[설명] 이 규정에 의한 자유이용의 경우에, 디지털 형태로 복제하는 것은 허용되지 아니한다(제31조 제1항 단서). 즉, 아날로그 형태의 도서 등을 스캔 등의 방법으로 디지털화하여 파일을 보내거나 원래 디지털 형태의 도서 등으로 소장 중인 것을 디지털 파일 형태로 복제하여 보내는 것 등은 허용되지 아니한다. 디지털 형태가 아닌, 팩스(Fax)를 이용한 원문복사는 가능한 것으로 볼 수 있다.[289]

☞ 복제의 개념에 대하여 자세한 것은 I-2-1-e (1)의 설명을 참고하세요.

---

287) 허희성(2007), 236면; 오승종(2007), 661면; 이해완(2007), 428면; 정상조(주해, 2007)(임원선 집필 부분), 569면

288) 이해완(2007), 428면; 허희성(2007), 236면; 오승종(2007), 661면; 정상조(주해, 2007)(임원선 집필 부분), 570면

289) 그것이 2004년의 문화관광부 해석의 결론이다. 자세한 것은 홍재현(2008), 307면 참조

VII-4. 도서관 등의 안에서의 전자적 열람을 위한 복제, 전송

도서관 등이 컴퓨터를 이용하여 이용자가 그 도서관 등의 안에서 열람할 수 있도록 보관된 도서 등을 복제하거나 전송하는 경우(법 제31조 제2항)에는 다음의 조건을 충족할 경우 저작권, 배타적발행권, 출판권, 저작인접권 등의 침해로 보지 아니한다.

[요약]

VII-4-a. '도서관 등'이 복제 또는 전송의 주체가 될 것
VII-4-b. 그 도서관 등에 보관된 도서 등을 사용하여 복제 또는 전송할 것
VII-4-c. 이용자의 열람을 목적으로 하는 복제·전송일 것
VII-4-d. 도서관 등의 안에서의 열람을 위한 것일 것
VII-4-e. 동시 열람 이용자 수에 관한 제한을 준수할 것
VII-4-f. 복제방지조치 등 필요한 조치를 취할 것
VII-4-g. 도서 등이 이미 디지털 형태로 판매되고 있는 경우에는 디지털 형태로 복제하지 아니할 것

VII-4-a. '도서관 등'이 복제 또는 전송의 주체가 될 것

☞ 이 요건에 대해서는 VII-1-a의 설명을 참고하세요.

VII-4-b. 그 도서관 등에 보관된 도서 등을 사용하여 복제 또는 전송할 것

☞ 이 요건에 대해서는 VII-1-b. (1), (2)의 설명을 참고하세요.

VII-4-c. 이용자의 열람을 목적으로 하는 복제·전송일 것

[설명]

(1) 일반적으로 열람이란 저작물을 시각적으로 보는 행위를 말하나, 도서관 이용의 관행상 이에 국한되는 것은 아니며, 듣는 행위를 포함하는 것으로 이해되고, 따라서 음반이나 영상저작물을 복제·전송하여 청취 또는 시청하게 하는 것도 이에 포함되는 것으로 볼 수 있다.[290] 여기서의 복제는 전송을 위한 디지털 형태의 복제를 뜻한다.

(2) 이용자가 열람을 넘어 복제를 할 수 있도록 제공하는 것은 이 규정에 의한 자유이용의 범위를 넘어선 것으로 보아야 한다. 따라서 이용자로 하여금 디지털 형태의 도서 등을 디지털 형태로 복제하는 것은 물론이고, 아날로그 형태로 복제, 즉 출력(프린트 아웃)을 할 수 있도록 하는 것도 제31조 제1항 제1호에 따라서 복제하는 경우를(☞ VII-1-h 및 VII-1-i 참조)을 제외하고는 이 규정에 따라 허용되지는 아니한다.[291]

☞ 복제의 개념에 대하여는 I-2-1-e (1)의 설명을 참고하세요.
☞ 전송의 개념에 대하여는 III-2-d.(1)의 설명을 참고하세요.

VII-4-d. 도서관 등의 안에서의 열람을 위한 것일 것

[설명] 도서관 등의 안에서의 열람을 위한 것이어야 한다. 도서관 등의 안이란 도서관 등의 구내(premises)를 의미한다. 대학 등의 경우 비록 교내라 할지라도 연구실 등에서의 열람을 위한 복제·전송은 이에 해당한다고 보기 어렵다. 도서관 등이 여러 동의 건물로 이루어진 경우에도 그 건물들이 하나의 조직에 속해 있다면 그 건물들에 있는 도서관 등의 구내는 해당 도서관 등의 안으로 볼 수 있다. 대학 내에 각 단과대학별로 자료실

290) 정상조(주해, 2007)(임원선 집필 부분), 571면
291) 정상조(주해, 2007)(임원선 집필 부분), 571면

등이 운영되고 있는 경우에, 그 단과대학 자료실들이 대학 중앙도서관의 지휘·감독을 받고 있을 때에는 각 자료실의 구내를 동일한 대학 도서관의 구내라고 할 수 있을 것이다. 그렇지 않고 각 자료실 등이 대학 중앙도서관의 지휘·감독을 받지 않고 독립적으로 운영되고 있다면 이를 하나의 도서관이라고 하기 어려우며 따라서 별개의 도서관으로 보아야 할 것이다. 이러한 경우에는 같은 도서관 등의 안에서의 열람을 위한 복제, 전송에 관한 이 규정(제31조 제2항)에 의한 자유이용의 대상이 되지 않고, 다른 도서관 등의 안에서의 열람을 위한 복제, 전송에 관한 제31조 제3항의 규정이 적용되어야 할 경우라고 보아야 한다.[292)]

VII-4-e. 동시 열람 이용자 수에 관한 제한을 준수할 것

[설명] 이 경우 동시에 열람할 수 있는 이용자의 수는 그 도서관 등에서 보관하고 있거나 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 가진 자로부터 이용허락을 받은 그 도서 등의 부수를 초과할 수 없다(제31조 제2항 후문). 그 부수를 초과한 수의 이용자가 동시에 열람할 수 있도록 제공할 경우에는 이 규정에 의한 자유이용의 범위를 벗어나는 것이 되고 따라서 허락 없이 그렇게 할 경우에는 저작권자등의 복제권 및 전송권을 침해하는 것이 된다. 다만 동시 열람 이용자 수에 관한 이러한 제한은 보상금지급의무가 수반되지 않는, 관내 전송에 관한 제31조 제2항의 경우에만 적용되고, 보상금지급의무가 수반되는, 관간 전송에 관한 제31조 제3항의 경우에는 적용되지 않는 것이다.

292) 이상, 정상조(주해, 2007)(임원선 집필 부분), 572-573면 참조

VII-4-f. 복제방지조치 등 필요한 조치를 취할 것

[설명] 이 규정에 의하여 도서관 등의 안에서의 열람을 위해 도서 등의 복제, 전송을 할 경우에는 법 제31조 제7항[293]의 규정에 따라 도서관 등은 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해를 방지하기 위하여 복제방지조치 등 대통령령이 정하는 필요한 조치를 하여야 한다.

☞ 필요한 조치의 자세한 내용에 대하여는 VII-2-f (2)의 설명을 참고하세요.

VII-4-g. 도서 등이 이미 디지털 형태로 판매되고 있는 경우에는 디지털 형태로 복제하지 아니할 것

[설명]

(1) 그 도서 등이 디지털 형태로 판매되고 있을 경우에는 디지털 형태의 복제를 할 수 없다(저작권법 제31조 제4항). "디지털 형태로 판매되고 있을 경우"를 예외로 하고 있으므로, 단지 디지털화된 것만으로는 부족하며 그 형태로 시중에 판매되고 있어야만 예외규정에 해당한다. e-book 등으로 온라인 서점 등을 통해 판매되고 있는 것이 그러한 예에 해당한다. 판매되다가 상업적인 이유로 판매가 중단된 경우에는, 도서관 등이 이를 다시 디지털 형태로 복제할 수 있게 된다.[294]

(2) 디지털 형태의 복제만 금지하고 있고, 전송을 금지하고 있지 않은 것은 기왕에 도서관 등이 디지털화하여 DB를 구축해 놓은 것은 그대로 전자도서관으로 활용할 수 있도록 한 취지로 여겨진다. 따라서 도서관 등이 그 소장 도서 등을 이미 디지털 형태로 복제하였다면 이를 제2항(도서관 등 안에서의 전자적 열람을 위한 전송)과 제3항(다른 도서관 등 안에서의 전자적 열람을 위한 전송)의 규정에 의하여 전송할 수는 있다.[295]

---

293) 저작권법 제31조 제7항 : 제1항 내지 제3항의 규정에 따라 도서 등을 디지털 형태로 복제하거나 전송하는 경우에 도서관 등은 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해를 방지하기 위하여 복제방지조치 등 대통령령이 정하는 필요한 조치를 하여야 한다.

294) 정상조(주해, 2007)(임원선 집필 부분), 569면

VII-5. 다른 도서관 등의 안에서의 전자적 열람을 위한 복제, 전송

도서관 등이 컴퓨터를 이용하여 이용자가 다른 도서관 등의 안에서 열람할 수 있도록 보관된 도서 등을 복제하거나 전송하는 경우(법 제31조 제2항)에는 다음의 조건을 충족할 경우 저작권, 배타적발행권, 출판권, 저작인접권 등의 침해로 보지 아니한다.

[요약]

VII-5-a. '도서관 등'이 복제 또는 전송의 주체가 될 것
VII-5-b. 그 도서관 등에 보관된 도서 등을 사용하여 복제 또는 전송할 것
VII-5-c. 이용자의 열람을 목적으로 하는 복제·전송일 것
VII-5-d. 다른 도서관 등의 안에서의 열람을 위한 것일 것
VII-5-e. 그 전부 또는 일부가 판매용으로 발행된 도서 등은 그 발행일로부터 5년이 경과할 것
VII-5-f. 복제방지조치 등 필요한 조치를 취할 것
VII-5-g. 도서 등이 이미 디지털 형태로 판매되고 있는 경우에는 디지털 형태로 복제하지 아니할 것
VII-5-h. 보상금 지급의무

VII-5-a. '도서관 등'이 복제 또는 전송의 주체가 될 것

☞ 이 요건에 대해서는 VII-1-a의 설명을 참고하세요.

VII-5-b. 그 도서관 등에 보관된 도서 등을 사용하여 복제 또는 전송할 것

☞ 이 요건에 대해서는 VII-1-b. (1), (2)의 설명을 참고하세요.

295) 정상조(주해, 2007)(임원선 집필 부분), 572면

VII-5-c. 이용자의 열람을 목적으로 하는 복제·전송일 것

☞ 이 요건에 대해서는 VII-4-c의 설명을 참고하세요.

VII-5-d. 다른 도서관 등의 안에서의 열람을 위한 것일 것

[설명] 다른 도서관 등의 안에서의 열람을 위한 것이어야 한다. 도서관 등의 안이란 도서관 등의 구내(premises)를 의미한다. 대학 등의 경우 비록 교내라 할지라도 연구실 등에서의 열람을 위한 복제·전송은 이에 해당한다고 보기 어렵다. 동일한 도서관 등인지 다른 도서관 등인지를 구별함에 있어서는 동일한 지휘, 감독 체계에 따라 운영되는지가 중요한 판단요소가 된다. 예를 들어 대학 내에 각 단과대학별로 자료실 등이 운영되고 있는 경우에, 그 단과대학 자료실들이 대학 중앙도서관의 지휘·감독을 받고 있을 때에는 각 자료실의 구내를 동일한 대학 도서관의 구내라고 할 수 있을 것이지만, 그렇지 않고 각 자료실 등이 대학 중앙도서관의 지휘·감독을 받지 않고 독립적으로 운영되고 있다면 이를 하나의 도서관이라고 하기 어려우며 따라서 별개의 도서관으로 보아야 할 것이다. 이러한 경우에는 같은 도서관 등의 안에서의 열람을 위한 복제, 전송에 관한 이 규정(제31조 제2항)에 의한 자유이용의 대상이 아니라 이 규정, 즉 다른 도서관 등의 안에서의 열람을 위한 복제, 전송에 관한 제31조 제3항의 규정이 적용되어야 할 경우라고 할 수 있다.[296]

296) 이상, 정상조(주해, 2007)(임원선 집필 부분), 572-573면 참조

VII-5-e. 그 전부 또는 일부가 판매용으로 발행된 도서 등은 그 발행일로부터 5년이 경과할 것

[설명] 그 전부 또는 일부가 판매용으로 발행된 도서 등은 그 발행일로부터 5년이 경과하여야 이를 복제하거나 전송할 수 있다. 도서 등의 일부가 판매용으로 발행된 경우에는 ① 편집물인 도서 등의 일부 내용이 판매용으로 발행된 경우와 ② 전체 발행 부수의 일부는 비매품이지만 다른 일부가 판매용으로 발행된 경우가 모두 포함된다. 비매품으로만 발행된 도서 등은 5년의 기간이 경과하기를 기다릴 필요 없이 이를 복제하거나 전송할 수 있다.[297] 결국 이 규정에 의한 자유이용의 대상이 되는 것은 비매품과 발행일로부터 5년이 경과된 도서 등으로 한정된다.

VII-5-f. 복제방지조치 등 필요한 조치를 취할 것

[설명] 이 규정에 의하여 다른 도서관 등의 안에서의 열람을 위해 도서 등의 복제, 전송을 할 경우에는 법 제31조 제7항[298]의 규정에 따라 도서관 등은 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해를 방지하기 위하여 복제방지조치 등 대통령령이 정하는 필요한 조치를 하여야 한다.

☞ 필요한 조치의 자세한 내용에 대하여는 VII-2-f (2)의 설명을 참고하세요.

297) 이상, 정상조(주해, 2007)(임원선 집필 부분), 573면 참조
298) 저작권법 제31조 제7항 : 제1항 내지 제3항의 규정에 따라 도서 등을 디지털 형태로 복제하거나 전송하는 경우에 도서관 등은 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해를 방지하기 위하여 복제방지조치 등 대통령령이 정하는 필요한 조치를 하여야 한다.

VII-5-g. 도서 등이 이미 디지털 형태로 판매되고 있는 경우에는 디지털 형태로 복제하지 아니할 것

☞ 이 요건에 대하여 자세한 것은 VII-4-g의 설명을 참고하세요.

VII-5-h. 보상금 지급의무

[설명] 이 규정에 의하여 다른 도서관 등의 안에서의 전자적 열람을 위하여 도서관 등이 도서 등의 복제, 전송을 할 경우에는 위에서 본 모든 조건을 갖춘 경우에도 저작권법 제31조 제5,6항의 규정에 따라 보상금 지급의무를 지게 된다. 이 경우 보상금 지급의무를 부담하는 주체는 이 규정에 따라 도서 등의 복제, 전송을 행하는 도서관 등이다.

☞ 보상금 지급의무의 내용 등에 대하여 그 밖의 자세한 사항에 대하여는 VII-1-i (2) -(4)의 설명을 참고하세요.

VII-6. 온라인 자료의 보존을 위한 국립중앙도서관의 복제

도서관법 제20조의2에 따라 국립중앙도서관이 온라인 자료의 보존을 위하여 수집하는 경우에는 해당 자료를 복제할 수 있고(저작권법 제31조 제8항), 그 경우 저작권, 출판권, 저작인접권 등의 침해로 보지 아니한다.

[설명]

(1) 정보기술의 비약적 발달에 따라 지식정보의 생산 및 이용환경은 온라인으로 급속히 확산되고 있는 추세이나 오프라인자료에 비하여 생성·소멸주기가 짧은 이들 온라인 자료에 대한 관리는 미약한 상황에 있다. 이에 국가 기록물의 전반적 법정 수집기관인 국립중앙도서관이 정보통신망을 통하여 공중의 이용에 제공되는 저작물 중 국가차원에서 보존가치가 높은 도서 등을 수집하여 보존할 수 있도록 복제 근거규정을 마련한 것이(2) 이와 관련하여 도서관법 제20조의2 및 같은 법 시행령 13조의2, 13조의4는 다음과 같이 규정하고 있다.

도서관법 제20조의2 (온라인 자료의 수집)

① 국립중앙도서관은 대한민국에서 서비스되는 온라인 자료 중에서 보존가치가 높은 온라인 자료를 선정하여 수집·보존하여야 한다.

② 국립중앙도서관은 온라인 자료가 기술적 보호조치 등에 의하여 수집이 제한되는 경우 해당 온라인 자료 제공자에게 협조를 요청할 수 있다. 요청을 받은 온라인 자료 제공자는 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다.

③ 수집된 온라인 자료에 본인의 개인정보가 포함된 사실을 알게 된 자는 대통령령으로 정하는 방식에 따라 국립중앙도서관장에게 해당 정보의 정정 또는 삭제 등을 청구할 수 있다.

④ 제3항에 따른 청구에 대하여 국립중앙도서관장이 행한 처분 또는 부작위로 인하여 권리 또는 이익의 침해를 받은 자는 행정심판법에서 정하는 바에 따라 행정심판을 청구하거나 행정소송법에서 정하는 바

에 따라 행정소송을 제기할 수 있다.

⑤ 국립중앙도서관은 제1항에 따라 수집하는 온라인 자료의 전부 또는 일부가 판매용인 경우에는 그 온라인 자료에 대하여 정당한 보상을 하여야 한다.

⑥ 수집대상 온라인 자료의 선정·종류·형태와 수집 절차 및 보상 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

도서관법 시행령 제13조의2 (온라인 자료의 수집)

① 법 제20조의2제1항에 따라 국립중앙도서관이 수집하는 온라인 자료는 전자적 형태로 작성된 웹사이트, 웹자료 등으로서 국립중앙도서관장이 제13조의3에 따른 도서관자료심의위원회의 심의를 거쳐 선정하여 고시하는 자료로 한다.

② 국립중앙도서관장은 법 제20조의2제1항에 따라 수집하는 온라인 자료의 전부 또는 일부가 판매용인 경우에는 그 온라인 자료를 제공한 자에게 도서관자료 수집증명서를 발급(전자문서에 의한 발급을 포함한다)하여야 한다.

③ 제2항에 따라 도서관자료 수집증명서를 발급받은 온라인 자료 제공자는 문화체육관광부령으로 정하는 바에 따라 도서관자료 보상청구서를 국립중앙도서관장에게 제출(전자문서에 의한 제출을 포함한다)하여야 한다.

④ 국립중앙도서관장은 법 제20조의2제1항에 따라 수집하는 온라인 자료에 대하여 그 대가를 정당하게 보상하기 어려운 경우에는 도서관자료에서 해당 온라인 자료를 삭제하는 등의 조치를 할 수 있다.

도서관법시행령 제13조의4 (개인정보의 정정 또는 삭제 청구)

① 법 제20조의2 제3항에 따라 개인정보의 정정 또는 삭제를 청구하려는 자는 개인정보 정정·삭제 청구서를 국립중앙도서관장에게 제출하여야 한다.

② 국립중앙도서관장은 제1항에 따른 정정 또는 삭제 청구를 받은 때에

는 10일 이내에 필요한 조치를 한 후 정정·삭제조치 결과통지서를 청구인에게 송부하여야 한다. 이 경우 10일 이내에 필요한 조치를 할 수 없는 정당한 사유가 있을 때에는 그 사유를 통지하고 한 차례만 10일의 범위에서 그 기간을 연장할 수 있다.

③ 국립중앙도서관장은 제1항에 따른 정정 또는 삭제 청구에 대하여 정정 또는 삭제를 하지 아니하기로 결정하거나 청구의 내용과 다른 결정을 한 경우에는 그 결정의 내용 및 사유와 해당 결정에 대한 불복절차에 관한 사항을 적은 정정·삭제거부 등 결정통지서를 청구인에게 송부하여야 한다.

(2) 국립중앙도서관이 도서관법 및 시행령의 위 규정에 따라 적법하게 온라인 자료를 수집하기 위해 복제하는 행위에 대하여 권리제한사유로 하여, 그 원활한 사업추진이 가능하도록 하기 위한 규정이다. 다만 도서관법 제20조의 2 제5항에서는 위와 같이 “수집하는 온라인 자료의 전부 또는 일부가 판매용인 경우에는 그 온라인 자료에 대하여 정당한 보상을 하여야 한다”고 규정하여 동법에 의한 보상제도가 규정되어 있다.

VIII. 시각장애인등을 위한 저작물 이용

[저작권법 규정]

제33조 (시각장애인 등을 위한 복제 등)

① 공표된 저작물은 시각장애인 등을 위하여 점자로 복제·배포할 수 있다.

② 시각장애인 등의 복리증진을 목적으로 하는 시설 중 대통령령이 정하는 시설(당해 시설의 장을 포함한다)은 영리를 목적으로 하지 아니하고 시각장애인 등의 이용에 제공하기 위하여 공표된 어문저작물을 녹음하거나 대통령령으로 정하는 시각장애인 등을 위한 전용 기록방식으로 복제·배포 또는 전송할 수 있다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 따른 시각장애인 등의 범위는 대통령령으로 정한다.

제37조 (출처의 명시)

① 이 관에 따라 저작물을 이용하는 자는 그 출처를 명시하여야 한다. 다만, 제26조, 제29조 부터 제32조까지, 제34조 및 제35조의2의 경우에는 그러하지 아니하다.

② 출처의 명시는 저작물의 이용 상황에 따라 합리적이라고 인정되는 방법으로 하여야 하며, 저작자의 실명 또는 이명이 표시된 저작물인 경우에는 그 실명 또는 이명을 명시하여야 한다.

제62조 (배타적발행권의 양도 · 제한 등)

① 배타적발행권자는 저작재산권자의 동의 없이 배타적발행권을 양도하거나 또는 질권의 목적으로 할 수 없다.② 배타적발행권의 목적으로 되어 있는 저작물의 복제 등에 관하여는 제23조,제24조,제25조제1항부터 제3항까지,제26조 부터 제28조까지,제30조 부터 제33조까지,제35조제2항 및 제3항,제35조의2,제35조의3,제36조 및 제37조를 준용한다.

제63조의2 (준용)

제58조 부터 제62조까지는 출판권에관하여 준용한다. 이 경우 "배타적 발행권"은 "출판권"으로, "저작재산권자"는 "복제권자"로 본다.

제87조 (저작인접권의 제한)

① 저작인접권의 목적이 된 실연·음반 또는 방송의 이용에 관하여는 제23조,제24조,제25조제1항부터 제3항까지,제26조 부터 제32조까지,제33조제2항,제34조,제35조의2,제35조의3,제36조 및 제37조를 준용한다.

제33조의 규정에 의한, 시각장애인 등을 위한 복제 등은 1) 점자로의 복제·배포의 경우(제1항)와 2) 시각장애인 등을 위한 녹음 및 전용기록방식에 의한 복제등의 경우(제2항)로 나누어 살펴볼 수 있다.

VIII-1. 점자로의 복제·배포

공표된 저작물을 시각장애인 등을 위하여 점자로 복제·배포한 경우에는 다음의 조건을 충족할 경우 저작권, 배타적발행권, 또는 출판권의 침해로 보지 아니한다.

[요약]
VIII-1-a. 공표된 저작물을 이용할 것
VIII-1-b. 시각장애인등을 위하여 하는 것일 것
VIII-1-c. 점자로 복제, 배포하는 것일 것

VIII-1-a. 공표된 저작물을 이용할 것

[설명] 공표된 저작물만 자유이용의 대상이 되므로, 아직 공표되지 아니한 저작물을 점자로 복제·배포하고자 할 경우에는 저작자의 허락을 받아야 한다.

☞ 공표의 개념에 대하여는 I-2-1-a. (4)의 설명을 참고하세요.

VIII-1-b. 시각장애인등을 위하여 하는 것일 것

[설명]

(1) 시각장애인등을 위하여 하는 것이기만 하면, 누구든지 할 수 있고, 영리의 목적이 있더라도 무방하다.[299]

(2) 이 규정에서 '시각장애인등'이라고 하는 것은 다음의 경우 중 하나에 해당하는 사람을 의미한다.[300]

299) 이해완(2007), 434면; 半田·松田(2009) 2巻 [黒澤節男 집필부분], 282면
300) 저작권법 시행령 제15조

① 장애인복지법 상의 '시각장애인'[301] 중 다음의 경우 중 하나에 해당하는 사람

i) 좋은 눈의 시력(만국식 시력표에 따라 측정된 교정시력을 말한다)이 0.2 이하인 사람

ii) 두 눈의 시야가 각각 주시점(注視點)에서 10도 이하로 남은 사람

② 신체적 또는 정신적 장애로 인하여 도서를 다루지 못하거나 독서 능력이 뚜렷하게 손상되어 정상적인 독서를 할 수 없는 사람

법령상의 시각장애인등의 개념에 위 ②의 경우가 포함됨으로써 뇌성마비자처럼 책을 다루기 어려운 장애가 있거나 난독증(難讀症, dyslexia)과 같은 독서 장애를 가지고 있는 사람도 시각장애인과 마찬가지로 이 규정의 적용을 받을 수 있게 된 것으로 본다.[302]

VIII-1-c. 점자로 복제, 배포하는 것일 것

[설명]

(1) 점자라고 함은 시각장애인 등이 손가락으로 더듬어 읽을 수 있게 한 특수한 부호글자를 말한다.

(2) 점자로 복제하는 것과 그러한 점자로 된 것을 배포하는 것만 이 규정에 의한 허용대상이 되므로, 점자와 함께 비장애인도 읽을 수 있는 형태를 부가하여 복제하는 것은 허용되지 않는다.

---

301) 장애인복지법 시행령 별표 1 제3호에서는 시각장애인을 다음과 같이 규정하고 있다.

가. 나쁜 눈의 시력(만국식시력표에 따라 측정된 교정시력을 말한다. 이하 같다)이 0.02 이하인 사람

나. 좋은 눈의 시력이 0.2 이하인 사람

다. 두 눈의 시야가 각각 주시점에서 10도 이하로 남은 사람

라. 두 눈의 시야 2분의 1 이상을 잃은 사람

* 위 규정 중 나목과 다목의 경우만 저작권법 시행령상의 시각장애인의 범위에 포함된다.

302) 임원선(2009), 241-242면

☞ 복제 및 배포의 개념에 대해서는 I-2-1-e.(1)의 설명을 참고하세요.

(3) 이 규정에 의하여 점자로 복제할 경우에 저작물을 번역하는 것은 허용되지만, 달리 개작을 하는 것은 허용되지 않으며(법 제36조), 출처를 명시할 의무가 있다(법 제37조).

☞ 개작의 의미 등에 대하여는 I-2-1-e. (1)의 설명을 참고하세요.
☞ 출처명시의무에 대하여는 I-2-1-e. (2)의 설명을 참고하세요.

VIII-2. 시각장애인등을 위한 녹음 및 전용기록방식에 의한 복제등

법령에서 정한 일정한 시설에서 시각장애인 등의 이용에 제공하기 위하여 공표된 어문저작물을 녹음하거나 시각장애인 등을 위한 전용 기록방식으로 복제·배포 또는 전송한 때에는 다음의 조건을 충족할 경우 저작권, 배타적발행권, 출판권 또는 저작인접권의 침해로 보지 아니한다.

[요약]
VIII-2-a. 영리를 목적으로 하지 않고 시각장애인등의 이용에 제공하기 위한 목적으로 할 것
VIII-2-b. 법령상의 일정한 시설이 주체가 되어 수행할 것
VIII-2-c. 공표된 어문저작물을 대상으로 한 것일 것
VIII-2-d. 그 저작물을 녹음하거나 시각장애인 등을 위한 전용기록방식으로 복제, 배포 또는 전송하는 경우일 것

VIII-2-a. 영리를 목적으로 하지 않고 시각장애인등의 이용에 제공하기 위한 목적으로 할 것

[설명]

(1) 이 규정의 적용을 받기 위해서는 영리를 목적으로 하지 않아야 하며, 동시에 시각장애인등의 이용에 제공하기 위한 목적을 가져야 한다.

☞ 시각장애인등의 범위에 대해서는 VIII-1-b.(2)의 설명을 참고하세요.

(2) 여기서 영리의 목적이라고 하는 범위에는 단순히 녹음 등의 비용을 '실비'의 한도 안에서 받는 것은 포함되지 않는 것으로 본다.[303] 법인등이 비영리법인의 성격을 가지고 있더라도 '실비'를 넘는 대가를 받을 경우에는

303) 서달주(2009), 425면; 임원선(2009), 244면

영리의 목적이 있다고 인정될 수 있다. 또한 오로지 시각장애인 등을 위한 것이어야 하므로 그와 함께 일반인을 위하여도 제공하고자 하는 목적을 가지고 있으면 이 규정에 의한 조건을 충족할 수 없다.

VIII-2-b. 법령상의 일정한 시설이 주체가 되어 수행할 것

[설명]

(1) 시각장애인 등의 복리증진을 목적으로 하는 시설 중 다음의 시설(그 시설이 법인등이 아닐 경우에는 시설 운영자인 개인을 포함) 중 하나가 복제 등을 수행하는 주체가 되어야 한다.[304]

① 장애인복지법 제58조 제1항[305]에 따른 장애인복지시설로서 다음 중 하나에 해당하는 시설

i) 시각장애인 등을 위한 장애인 생활시설

ii) 점자도서관

iii) 장애인지역사회재활시설 및 장애인직업재활시설 중 시각장애인 등을 보호하고 있는 시설

② 유아교육법, 초·중등교육법 및 '장애인 등에 대한 특수교육법'에 따른 특수학교와 시각장애인 등을 위하여 특수학급을 둔 각급 학교

③ 국가·지방자치단체, 영리를 목적으로 하지 아니하는 법인 또는 단체

---

304) 저작권법 제33조 제2항, 저작권법 시행령 제14조

305) 장애인복지법 제58조 제1항: 장애인복지시설의 종류는 다음 각 호와 같다.

1. 장애인 생활시설 : 장애인이 필요한 기간 생활하면서 재활에 필요한 상담·치료·훈련 등의 서비스를 받아 사회복귀를 준비하거나 장애로 인하여 장기간 요양하는 시설
2. 장애인 지역사회재활시설 : 장애인을 전문적으로 상담·치료·훈련하거나 장애인의 여가활동과 사회참여 활동 등에 편의를 제공하는 장애인복지관·의료재활시설·체육시설·수련시설 및 공동생활가정 등의 시설
3. 장애인 직업재활시설 : 일반 작업환경에서는 일하기 어려운 장애인이 특별히 준비된 작업환경에서 직업훈련을 받거나 직업 생활을 할 수 있도록 하는 시설
4. 장애인 유료복지시설 : 장애인이 필요한 치료·상담·훈련 등 편의를 제공받고 그에 소요되는 모든 비용을 시설 운영자에게 납부하여 운영하는 시설
5. 그 밖에 대통령령으로 정하는 시설

가 시각장애인 등의 교육·학술 또는 복리증진을 목적으로 설치·운영하는 시설

(2) 공공도서관은 특별한 경우가 아닌 한 여기에 포함되지 않는 것으로 보며[306], 대학교의 경우에는 시각장애인 등을 위한 특수학급을 둔 경우에 한하여 위 ②에 해당하여 이 규정에 의한 자유이용의 주체가 될 수 있을 것이다.

VIII-2-c. 공표된 어문저작물을 대상으로 한 것일 것

[설명] 공표된 어문저작물을 대상으로 한 것만 허용되므로 미공표 저작물이나 어문저작물이 아닌 다른 종류의 저작물, 즉 음악, 연극, 미술, 건축, 사진, 영상, 도형, 컴퓨터프로그램저작물 등을 대상으로 할 수는 없다. 따라서 예컨대 시각장애인들을 위해 음악저작물을 공연하고 이를 녹음해서 배포하는 것은 이 규정에 의한 자유이용의 대상이 아니다.[307]

☞ 공표의 의의 등에 대하여는 I-2-1-a. (4)의 설명을 참고하세요.

VIII-2-d. 그 저작물을 녹음하거나 시각장애인 등을 위한 전용기록방식으로 복제, 배포 또는 전송하는 경우일 것

[설명]

(1) 다른 모든 조건을 충족할 경우에 법령에 정해진 시설들이 할 수 있는 행위는 그 어문저작물을 녹음하거나 '대통령령으로 정하는 시각장애인 등을 위한 전용 기록방식으로 복제, 배포 또는 전송하는 것에 한정된다.

(2) 이 가운데 '대통령령으로 정하는 시각장애인 등을 위한 전용기록 방식'은

306) 서달주(2009), 427면
307) 임원선(2009), 244면

구체적으로 다음의 경우 중 하나에 해당하는 것을 말한다.[308]

① 점자로 나타나게 하는 것을 목적으로 하는 전자적 형태의 정보기록방식
디지털 점자 등이 이에 해당한다.[309]

② 인쇄물을 음성으로 변환하는 것을 목적으로 하는 정보기록방식
2차원 바코드로 기록되어 리더기를 통하여 음성으로 들을 수 있도록 하는 보이스아이(Voiceeye) 등이 이에 해당한다.[310]

③ 시각장애인을 위하여 표준화된 디지털음성정보기록방식
음성합성장치를 통하여 음성으로 전환될 수 있도록 하는 방식으로서 시각장애인을 위하여 표준화된 것을 말하며, 데이지(Daisy) 또는 보이스 브레일(Voice Braille)이 이에 해당한다.[311]

④ 시각장애인 외에는 이용할 수 없도록 하는 기술적 보호조치가 적용된 정보기록방식
이것은 정보기록방식 자체의 속성만을 볼 때는 시각장애인 등을 위한 방식이라 할 수 없는 것, 예를 들어 일반 텍스트 파일과 같은 경우에도 시각장애인 외에는 이용할 수 없도록 하는 기술적 보호조치가 적용될 경우에는 이 규정에 따라 복제, 전송을 할 수 있도록 근거규정을 마련한 것이라고 할 수 있다.[312] 다만 그 기술적 보호조치가 충분히 효과적이어서 시각장애인 외에는 이용할 수 없도록 보장할 수 있을 것을 전제로 한 것으로 보아야 할 것이다.

☞ 복제 및 배포의 개념에 대하여는 I-2-1-e.(1)의 설명을 참고하세요.
☞ 전송의 개념에 대하여는 III-2-d.(1)의 설명을 참고하세요.

(3) 이 규정에 의하여 어문저작물을 이용할 경우에 그것을 번역하는 것은 허용되지만, 달리 개작을 하는 것은 허용되지 않으며(법 제36조), 출처를

308) 저작권법 시행령 제14조 제2항
309) 임원선(2009), 242면
310) 임원선(2009), 242면
311) 임원선(2009), 242면
312) 임원선(2009), 242면 참조

명시할 의무가 있다(법 제37조).

☞ 개작의 의미 등에 대하여는 I-2-1-e. (1)의 설명을 참고하세요.
☞ 출처명시의무에 대하여는 I-2-1-e. (2)의 설명을 참고하세요.

IX. 미술, 사진, 건축저작물의 전시, 복제 등 이용

[저작권법 규정]

제35조 (미술저작물등의 전시 또는 복제)

① 미술저작물등의 원본의 소유자나 그의 동의를 얻은 자는 그 저작물을 원본에 의하여 전시할 수 있다. 다만, 가로·공원·건축물의 외벽 그 밖에 공중에게 개방된 장소에 항시 전시하는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항 단서의 규정에 따른 개방된 장소에 항시 전시되어 있는 미술저작물등은 어떠한 방법으로든지 이를 복제하여 이용할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 건축물을 건축물로 복제하는 경우
2. 조각 또는 회화를 조각 또는 회화로 복제하는 경우
3. 제1항 단서의 규정에 따른 개방된 장소 등에 항시 전시하기 위하여 복제하는 경우
4. 판매의 목적으로 복제하는 경우

③ 제1항의 규정에 따라 전시를 하는 자 또는 미술저작물등의 원본을 판매하고자 하는 자는 그 저작물의 해설이나 소개를 목적으로 하는 목록 형태의 책자에 이를 복제하여 배포할 수 있다.

④ (생략)

제37조 (출처의 명시)

① 이 관에 따라 저작물을 이용하는 자는 그 출처를 명시하여야 한다. 다만, 제26조, 제29조 부터 제32조까지, 제34조 및 제35조의2의 경우에는 그러하지 아니하다.

② 출처의 명시는 저작물의 이용 상황에 따라 합리적이라고 인정되는 방법으로 하여야 하며, 저작자의 실명 또는 이명이 표시된 저작물인 경우에는 그 실명 또는 이명을 명시하여야 한다.

제62조 (배타적발행권의 양도 · 제한 등)

① 배타적발행권자는 저작재산권자의 동의 없이 배타적발행권을 양도하거나 또는 질권의 목적으로 할 수 없다.

② 배타적발행권의 목적으로 되어 있는 저작물의 복제 등에 관하여는 제23조,제24조,제25조제1항부터 제3항까지,제26조 부터 제28조까지,제30조 부터 제33조까지,제35조제2항 및 제3항,제35조의2,제35조의3,제36조 및 제37조를 준용한다.

제63조의2 (준용)

제58조 부터 제62조까지는 출판권에관하여 준용한다. 이 경우 "배타적발행권"은 "출판권"으로, "저작재산권자"는 "복제권자"로 본다.

제35조의 규정에 의한 자유이용은 1) 원본 소유자에 의한 전시(제1항)와 2) 개방된 장소에 항시 전시된 미술저작물 등의 복제(제2항), 3) 미술저작물 등의 전시, 판매에 수반되는 목록 형태 책자의 복제 및 배포(제3항) 등의 세 가지로 나누어 살펴볼 수 있다.

IX-1. 원본 소유자에 의한 전시

미술저작물등의 원본의 소유자나 그의 동의를 얻은 자가 그 저작물을 원본에 의하여 전시한 경우에는 다음의 조건을 충족할 경우, 저작권자의 허락이 없어도 저작재산권(전시권)의 침해로 보지 아니한다.

[요약]
IX-1-a. 미술저작물등의 원본의 소유자나 그의 동의를 얻은 자가 전시할 것
IX-1-b. 원본에 의하여 전시할 것
IX-1-c. 가로·공원·건축물의 외벽 그 밖에 공중에게 개방된 장소에 항시 전시하는 경우는 아닐 것

IX-1-a. 미술저작물등의 원본의 소유자나 그의 동의를 얻은 자가 전시할 것

[설명]

(1) 여기서 미술저작물등이란 미술저작물, 사진저작물, 건축저작물을 말하는 것이다.[313] 이러한 세 가지 종류의 저작물에 대하여만 우리 저작권법이 전시권을 인정하고 있다. 즉, 저작권법 제19조는 "저작자는 미술저작물등의 원본이나 그 복제물을 전시할 권리를 가진다"고 규정하고 있는데, 거기서 말하는 '미술저작물등'의 의미도 미술저작물 외에, 사진 및 건축저작물을 포함하는 개념이다. 그러므로 저작물의 허락 없는 전시를 하여도 위와 같은 미술, 사진, 건축저작물 외의 저작물의 경우에는 처음부터 전시권의 침해가 있을 수 없고, 따라서 권리제한이 필요한 것도 미술저작물등의 경우에 한하는 것이다. 그것이 이 규정에서 미술저작물등의 전시에 대하여만 규정하게 된 이유이다.

313) 저작권법 제11조 제3항

전시의 개념

우리 저작권법은 전시에 대하여 별도의 규정을 두고 있지 않다. 저작권법 제19조가 "저작자는 미술저작물등의 원본이나 그 복제물을 전시할 권리를 가진다"고 규정하고 있을 뿐이다. 이러한 상황에서 전시의 개념을 어떻게 파악할지에 대하여는 특히 온라인상의 이미지 파일 게시를 통한 전시가 저작권법상의 전시에 해당하는지 여부 등을 놓고 하급심판례 및 학설상 견해가 일치되지 않고 있어 상당한 혼란이 초래되고 있었다.

그런데 최근에 저작권법상의 전시의 개념을 명확하게 함으로써 위와 같은 실무상의 혼란을 해소하는 의미를 갖는 대법원 판례가 선고된 바 있다. 즉, 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343판결은 "...저작권법은 같은 법 제19조 소정의 '전시'에 관하여는 별도의 정의 규정을 두고 있지 않지만, 그 입법취지 등을 고려하면 위 법조에서 말하는 '전시'는 미술저작물 · 건축저작물 또는 사진저작물(이하 '미술저작물 등'이라 한다)의 원작품이나 그 복제물 등의 유형물을 일반인이 자유로이 관람할 수 있도록 진열하거나 게시하는 것을 말한다고 할 것이다"라고 판결하였다. 따라서 온라인 웹사이트 등의 이미지파일 게시에 의한 '무형적 전시'의 경우에는 유형물을 진열하거나 게시하는 것으로 볼 수 없어 저작권법상의 전시에 해당하지 않음이 분명하게 되었다.

위 판례에서 "일반인이 자유로이 관람할 수 있도록" 진열하거나 게시한다고 한 것은 전시의 장소가 공중에게 개방된 것임을 의미하는 것으로 볼 수 있다. (☞ '공중'의 개념에 대하여는 I-2-1-a. (4)의 설명 참조) 따라서 공중에게 개방된 장소가 아닌 가정 등에 진열해 두는 것만으로는 저작권법상의 전시에 해당하지 않는다. 공중에 개방된 장소이기만 하면, 전시를 위하여 마련된 장소만이 아니라 가로, 공원 등도 전시의 장소가 될 수 있다.

(2) 미술저작물등의 원본의 소유자만이 아니라 원본 소유자의 동의를 얻은 화랑 등이 전시하는 것도 이 규정에 의하여 허용된다.

(3) '원본'이란 저작자가 자신의 사상이나 감정을 표현하여 직접 제작한 유형물을 말하는 것으로서 대개의 경우 원본은 하나밖에 없는 경우가 많으나, 저작물의 종류에 따라서는 복수의 원본이 있는 경우도 있다. 예를 들어 판화의 경우에는 저작자에 의하여 직접 원본으로서 제작된 판화는 그 수량과는 관계없이 모두 원본으로 볼 수 있고, 사진저작물의 경우에도 음화지에 의하여 저작자가 현상을 한 것은 여러 장이더라도 모두 원본이라고 보아야 하며[314], 조각 등의 입체적인 조형도 저작자가 형(型)을 이용하여 여러 개의 조형물을 만든 경우에 그 모두가 원본이 될 수 있다.[315] 위와 같이 원본을 저작자에 의해 유형물로 제작된 것을 뜻하는 것으로 보는 이상, 저작자가 컴퓨터 프로그램을 이용하여 그린 그림이나 디지털 카메라로 촬영하여 인화한 적이 없는 사진영상 등과 같이 저작자에 의하여 유형물로 제작된 바 없는 것에 대하여는 원본이 존재하지 않는 것으로 보아야 할 것이다.[316] 즉 저작자가 작성한 디지털 파일을 온라인상으로 구입하여 전송받았다 하더라도 그 구매자는 원본의 소유자가 될 수 없다. 그러한 경우에, 온라인상으로 이미지를 이용하는 것은 전시에 해당하지 않으므로 적어도 전시권의 침해가 성립하지는 않으나, 만약 그 이미지를 출력한 유형물로서의 복제물을 전시하고자 할 경우에는 저작권자의 허락을 받아야 하고 그렇지 않을 경우에는 전시권의 침해가 성립하게 된다.

IX-1-b. 원본에 의하여 전시할 것

[설명]

(1) 원본에 의하여 전시할 것을 요하므로, 원본 소유자의 허락을 받은 자라고 하더라도 원본이 아닌 복제물에 의하여 전시할 경우에는 그에 대해 저작권자의 허락을 받지 않은 이상 저작권자의 전시권을 침해하는 행위가 된다.

---

314) 오승종(2007), 683-684면; 加戸守行(2006), 192면; 半田·松田(2009) 2巻 [久々湊伸一 집필부분], 376면 등

315) 半田·松田(2009) 2巻 [久々湊伸一 집필부분], 376면

316) 오승종(2007), 684면

(2) 이와 관련하여, 하급심 판결 중에, 달력에 있는 사진을 오려 내여 액자에 넣어 허락 없이 병원복도에 걸어놓는 것은 저작권자의 전시권을 침해하는 행위라고 판단한 사례가 있다.[317]

IX-1-c. 가로·공원·건축물의 외벽 그 밖에 공중에게 개방된 장소에 항시 전시하는 경우는 아닐 것

[설명]

(1) 이 규정에 의한 자유이용이 허용되기 위해서는 가로(街路)·공원(公園)·건축물의 외벽(外壁) 그 밖에 공중에게 개방된 장소에 항시 전시하는 경우는 아니어야 한다(제35조 제1항 단서). 빌딩 외벽에 걸린 그림 또는 일반시민이 드나드는 공원에 설치된 동상이나 기타 조각 등이 공중에게 개방된 장소에 전시된 경우라고 할 수 있다. 유료의 유원지와 같이 입장료를 징수한다고 하더라도 불특정 다수인이 들어와서 감상할 수 있는 장소에 있다면, 공중에게 개방된 장소라고 보아야 할 것이다.[318] 처음부터 공중에게 개방된 장소에 항시 전시할 목적으로 설치된 것이 분명하다면 저작자 자신이 그러한 전시를 용인하는 의사를 명백히 한 것으로 볼 수 있어 별 문제는 없을 것이다. 그렇지 않고 처음에는 저작자의 뜻에 따라 공중에게 개방되지 않은 장소에 설치하였던 것을 이후 소유자의 의사에 기하여 개방적인 장소로 옮기거나 그 설치된 장소 자체를 개방한다거나 하는 경우에는 저작자의 뜻에 반하는 경우가 있을 수 있고, 그러한 경우에는 이 규정에 의한 자유이용이 허용되지 않음을 명확히 하고 자 한 것이 위 단서규정의 취지이다.

---

317) 서울중앙지방법원 2004.11.11. 선고 2003나51230판결. 이 판결에 대하여는 달력에 사진을 싣도록 허락한 저작권자의 이용허락 행위에는 그 사진을 어떠한 형태로든 그리고 언제까지든 전시하는 것을 허용하는 취지가 내포된 것으로 봄이 타당하다는 근거 하에 비판하는 견해가 있다. 임원선(2009),134면 참조. 그러나 그 견해에서도, 그러한 행위가 원본이 아닌 복제물을 이용한 것인 이상 이 규정에 의한 자유이용의 대상이 될 수 없다는 것은 당연한 전제가 되고 있는 것이다.

318) 이해완(2007), 440면; 허희성(2007), 257면

(2) 다만 '항시' 전시하는 경우만 문제 삼고 있으므로, 임시로 공개적인 장소에 설치하였다가 오래지 않아 철거하는 것은 이 단서조항에 해당하지 않는다.[319] 동상이 토지상의 좌대에 고정된 경우나 벽화가 건축물 자체와 일체화되어 있는 등의 경우는 '항시' 전시되는 전형적인 경우들이라 할 수 있지만, 그 밖에도, 예를 들어 버스 차체에 미술저작물이 그려진 상태에서 그 버스가 지속적으로 운행된다면, 그 미술저작물이 항시 전시되는 것이라고 볼 수 있을 것이다.[320]

(3) 미술저작물 등이 아직 공표되지 않은 경우에는, 원본의 소유자가 그 원본을 전시하는 것이 저작재산권자의 전시권에 대한 관계에서만 문제 되는 것이 아니라 저작자의 저작인격권 중 공표권과의 관계에서도 문제가 있을 수 있다. 즉 아직 공표되지 아니한 저작물을 그 원본 소유자가 전시하게 되면 저작자의 공표권을 침해하는 것이 될 수 있는 것이다. 그러나 미공표의 저작물이라 하더라도 저작자가 자신의 의사에 의하여 그 소유권을 타인에게 양도하였을 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 그 원본의 소유권을 이전받은 사람이 원본에 의한 전시를 하는 것에는 동의를 할 의사가 있었던 것으로 보는 것이 합리적일 것이다. 그러한 취지에서 저작권법 제11조 제3항은 "저작자가 공표되지 아니한 미술저작물·건축저작물 또는 사진저작물(이하 "미술저작물등"이라 한다)의 원본을 양도한 경우에는 그 상대방에게 저작물의 원본의 전시방식에 의한 공표를 동의한 것으로 추정한다"고 규정하고 있다. 따라서 전시를 통한 공표에 동의하지 않는 의사를 유보하고 양도한 경우에는 그러한 사실을 저작자 측에서 입증하여야만 위와 같은 법률상의 추정이 번복되어 그 원본 소유자의 전시가 공표권 침해가 될 수 있고, 그렇지 않은 일반적인 경우에는, 미술저작물 등 원본의 소유자가 이 규정에 의한 조건을 갖추어 원본에 의하여 전시를 할 경우 그 미술저작물 등이 미공표의 저작물인 경우에도 공표권 침해의 문제는 발생하지 않는다.

---

319) 장인숙(1989), 103면; 이해완(2007), 440면
320) 오승종(2007), 685면

IX-2. 개방된 장소에 항시 전시된 미술저작물 등의 복제

개방된 장소에 항시 전시되어 있는 미술저작물등을 복제하여 이용하는 경우에는 다음의 조건을 충족할 경우, 저작권자, 배타적발행권자 또는 출판권자의 허락이 없어도 저작권, 배타적발행권 또는 출판권의 침해로 보지 아니한다(저작권법 제35조 제2항).

[요약]
IX-2-a. 개방된 장소에 항시 전시되어 있는 미술저작물등일 것
IX-2-b. 저작권법 제35조 제2항 단서 각호의 경우에 해당하지 않을 것
IX-2-c. 출처를 명시할 것

IX-2-a. 개방된 장소에 항시 전시되어 있는 미술저작물등일 것

[설명]

(1) 이 규정에 의한 자유이용의 대상이 되려면 "(저작권법 제35조) 제1항 단서[321]의 규정에 따른 개방된 장소에 항시 전시되어 있는 미술저작물등" 이어야 한다. '미술저작물등'에는 미술저작물 외에도 사진저작물과 건축저작물이 포함된다.[322] 예를 들어 공원등에 설치된 시비(詩碑)의 시가 새겨진 부분을 가까이에서 촬영하여 이용할 경우에는 위 세 가지 종류의 어느 것에도 해당하지 않는 어문저작물인 시를 복제하여 이용하는 것이 되므로, 이 규정에 의한 자유이용의 범위에 포함되지 아니하고, 따라서 공표된 저작물의 인용 등의 요건을 갖추지 못한 경우에는 저작권침해가 성립할 수 있다.

(2) 여기서 "제1항 단서의 규정에 따른 개방된 장소"의 의미가 무엇인지는 IX-1-c.에서 설명한 내용과 기본적으로는 같다. 구체적으로 살펴보면,

321) 제35조 제1항 단서의 규정내용: 다만, 가로·공원·건축물의 외벽 그 밖에 공중에게 개방된 장소에 항시 전시하는 경우에는 그러하지 아니하다.

322) 저작권법 제11조 제3항

공중이 사용하는 도로, 공중이 아무런 제한 없이 무료로 입장할 수 있는 공원, 누구나 그 옆을 지나다니는 건축물의 외벽 등은 이 규정상의 개방된 장소임이 명백하다. 유료공원이나 유료 유원지와 같이 입장료를 징수하는 경우에도 입장객의 자격을 특별히 제한하지 않고 그 안에서의 사진촬영이 자유롭게 허용되는 곳이라면 개방된 장소라고 볼 수 있다.[323] 그렇지 않고 사진촬영이 금지되고 있는 경우에는 "제1항 단서의 규정에 따른 개방된 장소"에 해당하는 것으로 보기 어렵다는 견해가 많다.[324]

(3) 우리 저작권법은 위와 같이 가로·공원·건축물의 외벽 그 밖에 공중에게 개방된 장소에 항시 전시되어 있을 것만 요구하고, 일본 저작권법(제46조 제1항)과 달리 그 장소가 '옥외', 즉 '건물 밖'일 것을 명시적으로 요구하고 있지는 않은데 그럼에도 불구하고 우리 저작권법의 해석상으로도 '옥외'에 전시된 경우만을 의미하는 것으로 보는 견해[325]가 있음에 유의할 필요가 있다. 하급심 판결 가운데도 예를 들어 호텔 라운지의 한쪽 벽면에 미술저작물이 설치된 것도 공중에게 개방되어 있는 장소라는 이유로 이 규정에 의한 자유이용의 대상으로 삼을 수 있을지가 문제된 사안에서, 우리 저작권법의 해석상으로도 '옥외'에 설치되어 전시될 것을 요한다는 전제 하에 그러한 경우에는 이 규정에 의한 자유이용의 대상이 될 수 없다고 본 사례가 있다.[326] 적어도 가로, 공원, 건축물의 외벽 등

323) 정상조(주해, 2007) [김병일 집필 부분], 586면 참조

324) 半田·松田(2009) 2巻 [前田哲男 집필부분], 386면 등

325) 하동철(2008), 70면; 오승종(2007), 684면

326) 서울중앙지방법원 제13민사부 2007.5.17. 선고 2006가합104292판결 : "(구)저작권법 제32조 제2항은 미술저작물로서 가로·공원·건축물의 외벽 그 밖의 일반 공중에게 개방된 장소에 항시 전시되어 있는 경우에는 일정한 예외사유에 해당하지 않는 한 어떠한 방법으로든지 이를 복제할 수 있도록 인정하고 있다.

이는 미술저작물의 원작품이 불특정 다수인이 자유롭게 볼 수 있는 개방된 장소에 항상 설치되어 있는 경우에 만약 당해 저작물의 복제에 의한 이용에 대해 저작재산권에 기초한 권리주장을 아무런 제한 없이 인정하게 되면 일반인의 행동의 자유를 지나치게 억제하게 되어 바람직하지 않게 되고, 이러한 경우에는 일반인에게 자유로운 복제를 허용하는 것이 사회적 관행에 합치하기 때문에 개방된 장소에 항상 설치되어 있는 미술저작물에 대해서는 일반인에 의한 복제를 자유롭게 한 것이다. 다만, 제1항은 미술저작물 등의 원작품의 소유자 또는 그의 동의를 받은 자는 그 저작물을 원작품에 의하여 전시할 수 있도록 하되, 다만 가로·공원·건축물의 외벽 그 밖의 일반 공중에게 개방된 장소에 항시 전시하려고 하는 경우에는 저작권자의 허락을 받아야 한다고 규정하고 있다.

과 동일하게 볼 수 있을 정도로 개방된 곳을 의미하고 단순히 공중이 볼 수 있는 곳이면 모두 이에 해당하는 것이 아님은 분명하다. '전시'의 개념 자체가 공중이 볼 수 있도록 진열하는 등의 행위를 뜻하므로, 만약 공중이 볼 수 있는 장소에 진열한 경우를 모두 이 조문에서 말하는 개방된 장소에 전시하는 것으로 본다면, '전시'는 예외 없이 이 규정에 의한 자유이용의 대상이 된다는 부당한 결과를 초래하기 때문이다.

(4) 그리고 그러한 개방된 장소에 '항시' 전시하는 경우여야 한다. 예를 들어 단기간의 행사와 관련하여 현수막을 건 것과 같이 일시적으로 전시하였다가 머지않아 철거될 것으로 보이는 경우에는 '항시' 전시하는 것으로 보기 어려울 것이다. 눈이나 얼음으로 만든 조각품 등은 일정시간만 공중에게 전시될 수 있으므로 '항시'의 요건을 충족하기 어렵다.[327] 그러나 '항시'라는 것이 반드시 영구적 전시를 의미하는 것은 아니므로 비교적 장기간 전시 후 철거할 예정인 경우에는 '항시' 전시하는 것으로 보게 될 가능성이 많을 것이다.

☞ 전시의 개념에 대하여는 IX-1-a. (1)의 설명을 참고하세요.

따라서 (구)저작권법 제32조의 입법취지와 조문의 형식과 구조 등을 고려할 때 저작권법 제32조 제2항에 정해진 '일반 공중에게 개방된 장소'라고 함은 도로나 공원 기타 일반 공중이 자유롭게 출입할 수 있는 '옥외의 장소'와 건조물의 외벽 기타 일반 공중이 보기 쉬운 '옥외의 장소'를 말하는 것이고, '옥내의 장소'는 비록 일반 공중이 자유롭게 출입할 수 있다고 하더라도 일반 공중이 쉽게 볼 수 있는 곳이라고 볼 수 없으므로 이에 해당하지 않는다고 봄이 상당하다. 이와 달리 옥내의 장소도 일반 공중이 자유롭게 출입할 수 있으면 개방된 장소에 포함된다고 해석하게 되면 미술저작물의 소유자가 일반 공중의 출입이 자유로운 건축물 내부의 장소에서 그 미술저작물을 전시하는 경우에도 항상 저작권자의 동의가 필요하다는 불합리한 결과가 초래된다.

이 사건에서 보면 A호텔 1층 라운지는 일반 공중의 출입이 제한되지 아니하여 누구든지 자유롭게 출입할 수 있는 장소에 해당하지만 호텔 라운지는 호텔 내부공간으로서 저작권법 제32조 제2항의 '일반 공중에게 개방된 장소'에 해당하지 않는다.

피고들은 원고의 이용허락을 받지 아니하고 원고의 미술저작물에 의거해서 이를 배경으로 동영상광고를 제작하였으므로 원고의 미술저작물에 대한 복제권을 침해하였다. 또 위와 같이 이러한 동영상광고를 일반 공중으로 하여금 동시에 수신하게 할 목적으로 TV를 통해 송신하였으므로 원고의 미술저작물에 대한 방송권을 침해하고, 일반 공중이 선택한 시간과 장소에서 이용할 수 있도록 인터넷 홈페이지에 그 동영상을 올려 이용에 제공함으로써 원고의 미술저작물에 대한 전송권을 침해하였다. "

327) 하동철(2008), 70면

IX-2-b. 저작권법 제35조 제2항 단서 각호의 경우에 해당하지 않을 것

[설명]

(1) 저작권법 제35조 제2항 단서 각호로 규정되어 있는 경우, 즉 ① 건축물을 건축물로 복제하는 경우, ② 조각 또는 회화를 조각 또는 회화로 복제하는 경우, ③ 제1항 단서의 규정에 따른 개방된 장소 등에 항시 전시하기 위하여 복제하는 경우, ④ 판매의 목적으로 복제하는 경우 등의 네 가지 예외사유 중 하나에 해당할 경우에는 이 규정에 의한 자유이용의 대상이 될 수 없다.

(2) 먼저, 첫째의 건축물을 건축물로 복제하는 경우에 관하여 본다. 건축물은 대개 개방된 장소에 세워지게 되는데, 그러한 건축물을 그대로 모방하여 새로운 건축물을 짓는 것을 허용한다면 건축저작물의 보호는 그 의미를 상실하게 될 것이라는 것을 고려한 예외규정이다. 물론 여기서 말하는 건축물은 건축저작물로 인정되는 것을 전제로 하는 것이며, 건축저작물로 인정할 만한 창작성이 없는 평범한 일반 주택 등의 경우는 저작재산권 제한 사유를 논할 필요도 없이 그 외형을 자유롭게 복제할 수 있다. 건축저작물을 사진촬영하거나 모형 또는 미니어처를 만드는 것 등은 건축물로 복제하는 것은 아니므로 이 규정상의 다른 요건을 충족하는 한 허용된다.[328)]

(3) 다음으로, 둘째의 조각 또는 회화를 같은 형태로 복제하는 경우에 관하여 본다. 조각을 조각으로, 회화를 회화로 복제하는 것은 저작권자의 권익에 큰 영향을 미치게 될 것임을 고려하여 그러한 경우에 대해 예외규정을 두어 자유이용을 금하고 있다. 원작품과 완전히 동일한 작품으로 복제하는 경우뿐만 아니라, 환조(丸彫)조각 작품을 부조(浮彫)조각 작품과 같은 형태로 복제하는 경우와 같이 일정한 변형이 있더라도 조각이라는 동일한 범주에 속하는 복제물, 회화라고 하는 동일한 범주에 속하는 복제물을 만들 경우는 모두 이 예외사유에 해당하여 자유이용이 금

328) 이해완(2007), 443면; 半田·松田(2009) 2巻 [前田哲男 집필부분], 396면

지되는 것으로 보아야 할 것이다.[329] 조각이나 회화를 사진이나 녹화물의 영상에 수록하는 것은 당연히 가능하다. 조각을 회화로, 회화를 조각으로 바꾸는 이른바 '이종복제(異種複製)'는 허용될 것이라고 보는 견해가 많으나,[330] 그러한 이종복제가 개작(2차적 저작물 작성)에 해당할 경우에는 저작권법 제36조 제1항에서 이 규정과 관련하여 개작을 허용하지 않고 있는 이상 허용된다고 보기 어렵다는 견해[331]도 있다. [☞ 개작의 의미에 대하여는 I-2-1-e. (1)의 설명 참조] 후자의 견해를 취하더라도 개작의 정도에 이르지 않을 경우에는 가능한 것으로 볼 수 있을 것이다.

(4) 다음으로, 셋째, 개방된 장소에 항시 전시하기 위하여 복제하는 경우에 대하여 본다. 복제물을 개방된 장소에 항시 전시하는 경우에는 역시 저작권자의 권익에 큰 영향을 미치는 것이라고 보아 예외규정에 포함시킨 것이다. 이에 따라, 예를 들어, 가로·공원 등의 개방된 장소에 설치된 조각을 촬영하더라도 그 사진을 공개된 건물 외벽 등에 항시 전시하기 위해 하는 것은 허용되지 아니한다.

(5) 다음으로, 넷째, 판매를 목적으로 복제하는 경우에 관하여 본다. 판매를 목적으로 복제하는 경우에는 저작권자의 경제적 이익과 충돌하는 경우이므로 허용되지 않는 것으로 한 것이다. 복제 회화, 그림엽서, 인사카드, 달력, 포스터, 슬라이드 사진 등을 만들어 판매용으로 제공하는 경우가 이에 해당하는 전형적인 예들이라 할 수 있다.[332] 예를 들어 아름다운 조각이나 건축물의 경우 이를 사진으로 촬영한 후 엽서 등에 담아 판매하는 경우가 많이 있는데 이 예외규정에 따라, 저작권자의 허락을 받지 않으면 허용되지 않는 것으로 보아야 한다. 그러나 이 규정에 의한 복제물(사진 등)이 시중에 판매되는 잡지의 표지에 실리는 경우에는, 그것이 적어도 특별히 잡지 판매에 있어서 큰 비중을 차지하

329) 오승종(2007), 688면 참조
330) 장인숙(1989), 105면; 오승종(2007), 688면. 허희성(2007), 259면도 2차적 저작물 작성에 의한 변형복제를 허용하는 입장을 표명하고 있다.
331) 이해완(2007), 443면.
332) 허희성(2007), 259면 등

는 경우가 아닌 한 이 예외규정에는 해당하지 않는 것으로 보아야 할 것이다.[333] 또한 판매를 목적으로 복제하는 경우만이 이 예외규정에 해당하게 되므로, 선전·광고 등 영리를 목적으로 하는 것이라도 무료로 배포되는 것이라면 이에 해당하지 않는다. 따라서 예를 들어 무료로 배포되는 기업의 홍보용 캘린더에 복제하는 것은 본 예외규정의 적용이 없고 법 제35조 제2항 본문에 따라 자유이용이 허용된다고 본다.[334]

그리고 예를 들어, 그림엽서에 사용할 목적으로 풍경사진을 촬영할 때 그 배경에 개방된 장소에 항시 설치되어 있는 미술저작물 등이 들어가게 되는 경우에는, 그 그림엽서에서 해당 미술저작물이 주된 존재인가 종된 존재인가 여부에 따라 본 예외규정의 적용 여부를 결정하여야 한다고 보는 것이 일반적이다. 즉, 풍경은 단순히 부수적인 것이고 미술저작물을 주된 소재로 하여 촬영한 것이라면 이 예외규정이 적용될 것이지만, 반대로 풍경이 주된 소재이고 그 배경에 멀리 미술작품이 촬영되어 있음에 지나지 않는 경우라면 이 예외규정이 적용되지 않고 따라서 자유이용의 대상이 되는 것으로 본다.[335]

---

333) 이해완(2007), 443면; 장인숙(1989),106면; 오승종(2007), 688면 등 참조. 일본 판례 중에 "노선버스의 차체에 그려진 회화 작품의 사진을, 유아를 대상으로 자동차에 대한 설명을 하는 책의 표지 등에 게재하고 판매한 행위가 일본 저작권법 제46조 제4호 소정의 '오로지 미술저작물의 복제물의 판매를 목적으로 하는 행위 등'에 해당하지 않는다"고 한 사례(東京地裁 2001.7.25. 선고 平１３（ワ）５６号 판결)가 있다.

334) 오승종(2007), 688면; 허희성(2007), 259면 등 통설의 입장이다. 다만, 하급심판결 중에 판매의 목적을 넓게 해석하여 광고의 목적으로 사용한 경우에도 저작권법 제35조 제2항 단서 제4호의 예외사유에 해당하는 것으로 본 사례('UV하우스' 사건에 관한 서울중앙지법 2007. 9. 12. 선고 2006 가단 208142 판결)가 있다. 입법론적으로는 이 판결과 같이 광고등의 경우도 자유이용에서 제외되는 것으로 보는 것이 바람직한 면이 있으나, 법해석상으로는 그렇게 보기 어려운 것으로 여겨진다.

335) 오승종(2007), 689면; 허희성(2007), 259-260면; 정상조(주해, 2007) [김병일 집필부분], 589면

IX-2-c. 출처를 명시할 것

[설명]

(1) 이 규정에 의하여 자유이용을 할 경우에도 그 출처를 명시할 의무가 있다.[336]

☞ 출처명시의무에 대해서는 I-2-1-e. (2)의 설명을 참고하세요.

(2) 저작권법 제35조 제2항이 "어떠한 방법으로든지 이를 복제하여 이용할 수 있다"고 규정하고 있어 복제에 이은 후속 행위도 넓게 자유이용의 범위에 두고 있는 것으로 보이므로, 이 규정에 의하여 복제를 한 후에 그것을 배포하거나 공중송신(방송, 전송 등)하는 것도 자유이용의 범위에 포함되는 것으로 본다. 즉 공원의 조각을 사진촬영한 후 그것을 인쇄물에 복제하여 배포하거나 디지털 이미지 파일로 인터넷 홈페이지에 올리는 등으로 전송하는 행위 또는 그것을 TV 방송으로 방영하는 등의 행위는 이 규정의 다른 조건들을 충족하는 한 허용된다고 보아야 할 것이다.[337] 개작, 곧 2차적 저작물 작성 행위도 허용되는지 여부에 관하여는 그것을 인정하는 것이 다수 견해[338]이나, 저작권법 제36조에서 개작을 허용하는 규정을 두지 않고 있고, 저작인격권과도 관련된 문제라는 것을 이유로 부정하는 견해[339]도 있다.

☞ 복제 및 배포의 개념에 대하여는 I-2-1-e.(1)의 설명을 참고하세요.
☞ 공중송신, 방송, 전송 등의 개념에 대하여 보다 자세한 것은 III-2-d.(1)의 설명을 참고하세요.

---

336) 저작권법 제37조 제1항 참조.
337) 이해완(2007), 442면 참조. 다만, 허희성(2007), 258면은 방송 등의 공중송신에 대하여는 같은 결론을 제시하지만 '배포'에 대하여는 법률상 명문의 근거가 없다는 이유로 소극적인 입장을 취한다. 그러나 배포도 복제에 이은 후속행위로서 "복제하여 이용할 수 있다"는 규정을 통해 법이 허용한 범위 안에 드는 것으로 볼 수 있을 것이라 여겨진다.
338) 장인숙(1989), 105면; 오승종(2007), 688면. 허희성(2007), 259면
339) 이해완(2007), 442면

IX-3. 미술저작물등의 전시, 판매에 수반되는 목록형태 책자의 복제 및 배포

미술저작물등의 원본의 소유자로서 원본에 의하여 전시하는 자 또는 미술저작물등의 원본을 판매하고자 하는 자가 그 저작물의 해설이나 소개를 목적으로 하는 목록 형태의 책자에 이를 복제하여 배포하는 행위는 다음의 조건들을 모두 충족할 경우에 저작권자, 배타적발행권자 또는 출판권자의 허락이 없어도 저작권, 배타적발행권 또는 출판권의 침해로 보지 아니한다(저작권법 제35조 제3항).

[요약]
IX-3-a. 미술저작물등의 원본의 소유자로서 원본에 의하여 전시하는 자 또는 미술저작물등의 원본을 판매하고자 하는 자가 이용할 것
IX-3-b. 미술저작물등을 그 저작물의 해설이나 소개를 목적으로 하는 목록 형태의 책자에 복제, 배포할 것

IX-3-a. 미술저작물등의 원본의 소유자로서 원본에 의하여 전시하는 자 또는 미술저작물등의 원본을 판매하고자 하는 자가 이용할 것

[설명]

(1) 저작권법 제35조 제3항은 "제1항의 규정에 따라 전시를 하는 자 또는 미술저작물등의 원본을 판매하고자 하는 자는 그 저작물의 해설이나 소개를 목적으로 하는 목록 형태의 책자에 이를 복제하여 배포할 수 있다"고 규정하고 있다. IX-1에서 살펴본 바와 같이 저작권법 제35조 제1항에 따라, 미술저작물 등의 원본 소유자는 원본에 의한 전시를 자유롭게 할 수 있고, 한편으로 판매 등의 방법으로 한번 거래의 대상이 된 이후에는 권리소진의 원칙을 정한 저작권법 제20조[340] 단서 규정에 따라 저작

340) 저작권법 제20조 (배포권) 저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물을 배포할 권리를 가진다. 다만, 저작물의 원본이나 그 복제물이 해당 저작재산권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 경우에는 그러하지 아니하다.

권자의 배포권도 소진(소멸)되어 저작권자의 허락 없이 이를 자유롭게 다른 제3자에게 판매할 수도 있다. 그런데 그러한 전시 및 판매를 위해 불특정 다수인이 관람할 수 있는 전시회장 등에 내놓을 경우에는 그에 수반하여 카탈로그, 팜플렛 등 목록 형태의 책자를 만들어 배포하는 것이 필요한데, 그 책자에 미술저작물 등을 복제한 사진 등을 게재하여 배포하는 것에 대해 저작재산권자(복제·배포권자)의 별도 허락을 받도록 요구한다면 결국 소유자의 위와 같은 전시 및 판매 등의 자유는 실질적으로 큰 제약을 받게 될 것이다. 그런 점에서 저작권법은 이 규정을 통해 그와 같은 경우를 저작재산권 제한사유로 인정한 것이다.[341)]

(2) 위 규정은 "제1항의 규정에 따라 전시를 하는 자 또는 미술저작물등의 원본을 판매하고자 하는 자"만 복제 및 배포의 주체가 될 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 미술저작물등의 원본의 소유자로서 저작권법 제35조 제1항에 의하여 원본에 의하여 전시하는 자 또는 미술저작물등의 원본을 판매하고자 하는 자만 이 규정에 의한 자유이용의 주체가 될 수 있고, 예를 들어 미술저작물등의 복제물을 판매하고자 하는 자는 이 규정에 의한 자유이용의 주체가 될 수 없다. 여기서 말하는 미술저작물등은 역시 미술저작물 외에 사진저작물과 건축저작물을 포함하는 개념이고[342)], 어문저작물, 음악저작물, 영상저작물, 컴퓨터프로그램저작물 등의 경우는 이 규정에 의한 자유이용의 대상이 되지 않는다.

341) 이해완(2007), 444면
342) 저작권법 제11조 제3항 참조.

IX-3-b. 미술저작물등을 그 저작물의 해설이나 소개를 목적으로 하는 목록 형태의 책자에 복제, 배포할 것

[설명]

(1) "그 저작물의 해설이나 소개를 목적으로 하는 목록 형태의 책자"는 관람자를 위해 전시되는 저작물의 해설 또는 소개를 목적으로 하는 소형의 카탈로그, 목록 또는 도록 등을 의미하는 것으로서, 해설 또는 소개의 목적을 벗어나 원본을 대신하여 감상용이 될 수 있을 정도의 호화본이나 화집이라고 할 수 있을 정도의 것은 허용되지 않는 것으로 보고 있다.[343)]

(2) 특별전람회와 같은 경우에는 출품되어 진열된 작품을 복제하여 게재하는 것이 허용될 것이지만, 미술관과 같은 상설적인 시설에서는 목록작성 시점에 진열되어 있는 작품뿐만 아니라 교체진열이 예정되어 있는 소장작

---

343) 장인숙(1989), 107면; 허희성(2007), 261면; 오승종(2007), 691면; 이해완(2007), 444면. 일본 판례 중에 목록형태의 책자를 넘어 감상용 도서가 될 수 있다는 이유로 우리 저작권법 제35조 제3항에 상응하는 규정인 일본 저작권법 제47조의 규정을 부정한 판결들이 있다. 예를 들어 '달리사건'에 대한 東京地裁 平成 9年 9月 5日 平3 (ワ) 3682号 判決은 "(일본) 저작권법47조에서 규정하고 있는 "관람자를 위해서 미술의 저작물 또는 사진의 저작물의 해설 또는 소개를 목적으로 하는 소책자"란 관람자를 위해서 전시된 저작물의 해설 또는 소개를 하는 것을 목적으로 하는 소형의 카탈로그, 목록 또는 도록 등을 의미 하는 것이며, 해설 또는 소개를 목적으로 하는 것으로 규정한 이상, 그 내용에 있어서 저작물의 해설이 주가 되어 있거나 또는 저작물에 관한 자료적 요소가 상당히 있는 것을 요하는 것으로 해석하여야 하고, 또한 전시된 원작품을 감상하려고 하는 관람자를 위해서 저작물의 해설 또는 소개를 하는 것을 목적으로 하는 것이므로, 게재되는 작품의 복제의 질이 복제 자체의 감상을 목적으로 하는 것이 아니고 전시된 원작품과 해설 또는 소개와의 대응 관계를 시각 적으로 명백히 하는 정도일 것을 전제로 하고 있는 것으로 해석되고, 예를 들어 관람자에게 배포되는 것이더라도 종이의 질, 판형, 작품의 복제상태 등으로 보아 복제된 작품의 감상용 도서로서 시장에 있어서 거래 될 만한 가치를 가지는 것은 실질적으로 화집에 다름 아니고, 동조 소정의 소책자에 해당 하지 않는다. 일정 주제의 전람회의 기회에 일본 전국 혹은 세계 각국에서 대여를 받은 작품, 개인 소장 작품 등 일반인으로서는 일상적으로 접할 수 없는 작품의 질이 좋은 복제물을 게재한 카탈로그를 발행하고, 관람자가 후일 이것을 감상· 검토하고, 원작품을 상기할 수 있도록 하기 위해 제공하는 것은 문화적 · 학술적으로는 의의가 있는 일이지만, 그러한 판매용 및 감상용의 화집과 같은 것을 저작권법47조 소정의 소책자로서 복제권이 미치지 않는 것으로 보는 것은 상당하지 않다."고 판시한 바 있다. 다만, 이 판결에서 "그 내용에 있어서 저작물의 해설이 주가 되어 있거나 또는 저작물에 관한 자료적 요소가 상당히 있는 것을 요하는 것으로 해석"한 부분에 대하여는 굳이 그러한 요건까지 부과할 이유는 없다고 하여 비판하는 견해가 유력하고, 이후의 다른 판례들도 그 부분 요건을 제시하지는 않고 있다. 半田·松田(2009) 2卷 [上村哲史 집필부분], 410면 참조.

품 전체를 소장목록 형태의 책자로 복제하는 것도 허용된다고 본다.[344]

(3) 이 규정에 의하여 작성된 카탈로그나 목록 등이 제작 실비에 해당하는 가격으로 판매되는 경우는 물론이고, 전시회 등의 수익을 위하여 실비 이상의 가격으로 판매되는 경우도 있을 수 있는데, 그러한 경우라고 하여 이 규정이 적용되지 않는다고 볼 것은 아니다.[345] 그러나 그러한 카탈로그나 목록은 해당 미술저작물 등의 시장적 가치를 저해하는 결과를 초래할 우려가 크므로 이 규정의 적용 여부를 판단함에 있어서 더욱 엄격하게 볼 것이 요망된다. 예를 들어 관람 예정인원을 훨씬 상회하는 부수를 작성하여 일반인들에게도 판매하는 것은 허용되지 않는다[346]. 또한 목록 형태의 책자가 아니라 그림엽서 또는 1장짜리 복제화를 작성하는 것도 이 규정이 적용되지 않고, 따라서 그 경우에는 저작재산권자의 허락 없이는 작성할 수 없다.[347]

(4) 위와 같은 조건들을 충족할 경우 미술저작물등을 목록 형태의 책자에 '복제'하여 '배포'하는 것이 허용된다. 법문을 위주로 해석할 경우, 이러한 규정은 오프라인 인쇄물 형태로 제작하여 배포하는 것만 허용하는 취지로서 온라인상의 전송이나 기타 공중송신의 경우는 적용되지 않는 것으로 보게 될 가능성이 높지만[348], 전자상거래가 활성화된 오늘날의 디지털환경 속에서는 인터넷 상의 미술저작물 경매 등의 경우에 그 미술저작물의 축소 이미지를 경매 사이트에 올려서 구매희망자들이 볼 수 있게 할 필요성이 크게 부각되고 있다.[349] 이러한 점을 감안하여, 하급심판결 가운

---

344) 오승종(2007), 691면; 加戸守行(2006), 310면

345) 오승종(2007), 691면; 이해완(2007), 444면; 加戸守行(2006), 310면; 半田·松田(2009) 2卷 [上村哲史 집필부분], 411면

346) 오승종(2007), 691면; 加戸守行(2006), 310면; 半田·松田(2009) 2卷 [上村哲史 집필부분], 411면

347) 오승종(2007), 691-692면; 허희성(2007), 261면; 加戸守行(2006), 311면

348) 半田·松田(2009) 2卷 [上村哲史 집필부분], 411면 참조.

349) 임원선(2009), 247면 등 참조. 일본에서는 그러한 경우를 저작재산권 제한사유로 하기 위한 별도의 규정을 2009년의 개정법에서 다음과 같이 신설하였다.

일본 저작권법 제47조의 2(미술저작물 등의 양도 등의 제의에 수반하는 복제 등) 미술저작물 또는 사진 저작물의 원작품 또는 복제물의 소유자 그 밖에 그 양도 또는 대여의 권원을 가지는 사람이 제26조의 2 제1항 또는 제26조의 3에 규정된 권리를 해치는 바 없이 그 원작품 또는 복제물을 양도하거나 대여하려고 하는 경우에는 해당 권원을 가지는 사람

데는 해석론으로도 복제 및 배포 외에 공중송신의 경우도 이 규정의 유추적용이 가능한 것으로 본 사례(아래 [참고판결] 참조)가 있어 눈길을 끈다. 판매하는 그림 등이 어떤 것인지를 구매희망자가 알 수 있도록 축소이미지의 목록을 경매사이트 등에 올려 '전송'하는 것은 그 축소 이미지의 해상도가 높지 않아 저작권자의 이익을 부당하게 해치지 않는 것으로 보일 때에는 이 규정의 유추적용이 아니더라도 공표된 저작물의 인용 [☞ 이 가이드라인의 Ⅳ. 부분 참조]에 관한 제28조예 따라 (또는 개정안이 통과될 경우, 공정이용에 관한 보충적 일반조항인 제35조의 2의 규정에 따라) 자유이용이 허용되는 경우로 보게 될 가능성이 많다.

[참고 판결]

서울중앙지법 2008. 10. 17. 선고 2008가합21261

[사실관계]

이 사건 원고 5인은 미술저작물인 회화 작품의 작가들이며, 피고 4인은 미술품의 판매와 그 전자상거래를 목적으로 하는 회사들과 그 대표이사들이다.

피고들은 원고들의 위탁을 받아 해당 작품의 경매를 위하여 작품의 축소 이미지와 함께 경매정보를 그들이 운영하는 홈페이지에 게시하고, 유료회원들에게는 경매정보가 수록된 도록을 제공하고 있었으며, 해당 작품이 경매된 후에도 그 이미지를 제거하지 않고 계속 게시하자 원고들이 피고들에게 저작권법상 공중송신권의 침해를 이유로 손해배상을 청구하였다.[350)]

또는 그 위탁을 받은 사람은 그 제안을 위한 용도에 제공하기 위해 그 저작물에 대하여 복제 또는 공중 송신(자동공중송신의 경우에는 송신가능화를 포함한다)(당해 복제에 의해 작성되는 복제물을 이용하여 행하는 이들 저작물의 복제 또는 당해 공중송신을 수신하여 행하는 이들 저작물의 복제를 방지하거나 또는 억제하기 위한 조치 그 밖에 저작권자의 이익을 부당하게 해치지 않기 위한 조치로서 정령으로 정하는 조치를 강구하여 행하는 것에 한정한다)을 할 수 있다.

[법원의 판단]

1. 기초사실 (생략)

2. 당사자들 주장의 요지

가. 원고들 주장의 요지

원고들은, 피고들이 그들의 홈페이지에 원고들의 작품을 게시하여 위 홈페이지 가입 회원들로 하여금 회원들이 선택한 시간과 장소에서 언제든지 이에 접근하여 원고들의 작품을 이용할 수 있도록 제공한 것은, 저작권자인 원고들의 공중송신권을 침해하는 것이라고 주장하며(책자 형태의 도록을 제공한 부분에 대하여는 문제 삼지 않는 취지로 보인다), 그로 인하여 원고들이 입은 손해의 배상을 구한다.

나. 피고들 주장의 요지

(1) 피고들은 별지 1, 2 기재 각 작품의 소유자들로부터 그 판매를 의뢰받고 이를 경매의 방법으로 판매하기에 앞서 위 각 작품을 소개하고 그에 관한 경매 정보를 제공할 목적으로 홈페이지에 목록 형태로 축소 이미지 등을 게시한 것으로, 이는 저작권법 제35조 제3항에 의하여 허용된다.

(2) 또한, 원고들의 위 각 작품은 공표된 저작물로서 저작권법 제28조에 의하여 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용하는 것이 가능한데, 피고들이 홈페이지에 작품 소개를 위하여 저작물을 게시하는 것은 저작물의 공정한 이용에 해당하므로 원고들의 공중송신권을 침해하지 않는다.

3. 판단

가. 저작권법 제35조에 의하여 허용되는지 여부

피고들은 홈페이지를 통하여 미술저작물에 관한 경매를 진행하고 있고, 그와 같은 목적으로 홈페이지에 해당 미술저작물에 관한 소개를 위하여 그 축소 이미지가 포함되어 있는 목록을 게시하고 있는바,

위와 같은 행위가 저작권자의 공중송신권, 그 중에서도 전송권을 침해하는지에 관하여 본다.

(1) 미술저작물 저작자의 전시권, 복제권 등 제한

미술저작물은 일품제작(一品製作)의 형태로 만들어진다는 점에서 다른 저작물과는 다른 특징을 가지고, 그 성질상 복제를 통한 이용보다는 원본의 전시를 통해 일반 공중이 향유할 수 있도록 하는 것이 일반적인 이용형태이어서, 양도 등의 사유로 저작자와 소유자가 달라지는 경우 그 이해관계를 조정할 필요가 있다.

이를 위해 저작권법은 제35조 제1항에서 "미술저작물 등의 원본의 소유자 또는 그의 동의를 얻은 자는 그 저작물을 원본에 의하여 전시할 수 있다"는 규정을 두고, 저작권자의 권리가 지나치게 제한되는 것을 막기 위하여 같은 항 단서에서 "다만, 가로·공원·건축물의 외벽 그 밖에 공중에게 개방된 장소에 항시 전시하는 경우에는 그러하지 아니하다"고 규정하고 있으며, 또한, 같은 조 제3항에서는 "미술저작물 등의 원본을 판매하고자 하는 자는 그 저작물의 해설이나 소개를 목적으로 하는 목록 형태의 책자에 이를 복제하여 배포할 수 있다"고 규정하여, 미술저작물 등의 원본의 소유자나 이를 판매하고자 하는 자에게 일정한 범위의 권리를 허여하고 있다.

특히 위 제35조 제3항은, 미술저작물이 양도 등에 의하여 저작권자와 소유자가 달라진 경우, 소유자가 미술저작물을 판매하기 위한 홍보물 등을 제작하기 위해 저작권자의 동의를 필요로 한다면 소유권이 지나치게 제한되어 불합리하고 미술저작물의 유통성이나 상품가치를 떨어뜨릴 수 있기 때문에, 미술저작물의 원본 소유자 혹은 그로부터 그 판매를 위탁받은 자가 수요자들에게 그 저작물을 소개할 수 있도록 하기 위하여 소유자 등에게 일정한 범위의 복제권을 허용하고 있는 것이다.

(2) 공중송신권의 제한 가부

한편, 저작권법상 '공중송신'은 "저작물, 실연·음반·방송 또는 데이터베이스를 공중이 수신하거나 접근하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것(저작권법 제2조 제7호)"을 말하고, 그 중 전송권은 "공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물 등을 이용에 제공하는 것 및 그에 따라 이루어지는 송신을 포함하는 것(저작권법 제2조 제10호)"을 의미하는데, 전송권은 컴퓨터 통신 등이 급속하게 발달하자 컴퓨터 통신 등에 의하여 저작물을 전송하는 경우에도 저작자의 이용허락을 받도록 하기 위하여 2000. 1. 12. 법률 제6134호로 개정된 저작권법에서 최초로 도입되었고, 이후 2006. 12. 28. 법률 제8101호로 개정된 현행 저작권법에 이르러 방송권, 전송권 및 디지털음성송신권을 총괄하는 개념으로 공중송신권이 신설되었다.

반면, 미술저작권자의 전시권, 복제권 등을 제한하는 위 저작권법 제35조의 규정은 1986. 12. 31. 법률 제3916호로 개정된 저작권법에 최초로 규정된 이래 동일한바, 그렇다면 미술저작권자의 전시권, 복제권 등을 제한하는 위 저작권법 제35조의 규정이 위 규정 제정 이후 신설된 공중송신권에도 적용될 수 있을지가 문제되는데, 저작권법 제35조 제3항은 그 제정 당시(1986. 12. 31.) 미술저작물을 온라인으로 판매하거나 이를 홍보하는 형태에 관하여 미처 고려하지 못하였을 것으로 보이는 점과 위 조항의 의미 등을 종합할 때, 위 조항은 미술저작물 등의 공중송신권에 유추·적용할 수 있다고 봄이 상당하다(한편, 저작권법 제35조 제1항 본문에 따라 미술저작물 등의 원본의 소유자 등이 갖는 전시권은 '원본'에 의한 것만인데, '이미지 파일 등'은 사본의 한 종류에 해당하므로, '원본'에 의한 전시가 불가능한 공중송신권의 경우에는 위 본문 규정이 유추·적용될 여지가 없을 것이다).

따라서, '저작물의 해설이나 소개를 목적으로 하는 목록 형태의 것'을 "책자"로 제작하는 경우와 같이 이를 "홈페이지에 게시"하는 것도 저작권법 제35조 제3항에 의하여 허용된다 할 것이다.

(3) 제한의 정도

나아가, 저작권법 제35조 제3항에 의하여 제한되는 저작권자의 '공중송신권'의 정도는 그 입법취지에 따라 필요 최소한이 되어야 할 것이다.

구체적으로, ① 인터넷에 게시하는 전송행위는 1회 제작으로 종료되는 서적 형태의 도록 등을 제작하는 경우에 비하여, 상당히 지속적이고 전파가능성도 훨씬 커 판매가 완료된 이후에도 저작물을 계속 게시하는 것은, 저작물의 판매를 위해 그 저작물의 해설이나 소개를 목적으로 하는 경우에만 허용되는 위 규정의 명문에 비추어, 허용될 수 없고, ② 제공되는 이미지의 해상도 및 파일의 크기에 있어서도 마치 복제화를 제공하는 것과 같은 정도의 고도의 해상도나 크기를 갖는 파일을 제공하는 것은 원저작물에 관한 정보 제공이라는 목적을 넘어서는 결과에 이르러 마찬가지로 허용될 수 없다.

나. 이 사건의 경우

(1) 돌이켜 이 사건에 관하여 보건대, 피고 서울옥션이 별지 1 기재 각 작품을, 피고 **옥션이 별지 2 기재 각 작품을 각 홈페이지에 게시한 행위는 앞서 본 바와 같이 위 각 작품의 판매를 위한 것으로서 일응 허용된다 할 것이다.

(2) 구체적으로 보건대, 피고들이 홈페이지에 게시한 위 각 작품의 해상도가 단순한 작품 소개의 정도를 넘어 작품 감상의 목적에 제공될 수 있을 정도에 해당하는지에 있어서, 미술저작물의 판매를 위하여 수요자들에게 그 정보를 제공하는 경우에 있어서는 최소한 그 작품의 색채, 심미감 등을 개략적으로 알 수 있을 정도

의 해상도를 지원하는 것이 필수적이라 할 것이고, 다만 위에서 살펴본 바와 같이 그와 같은 정도를 넘어 사실상 복제화를 제공하는 정도에 이르렀다면 이는 저작권자의 권리를 지나치게 제한하는 것으로 허용될 수 없을 것인데, 앞서 본 바와 같이 피고 00옥션이 약 6,400 화소 내지 9,900 화소의 해상도를 갖는 축소 이미지를, 피고 **옥션이 약 3,800 화소 내지 6,400 화소의 해상도를 갖는 축소 이미지를, 한 페이지 당 약 10개의 작품을 게시하여 각 제공하고, 피고 **옥션의 경우 위 축소 이미지를 더블 클릭할 경우 약 24만 화소 내지 48만 화소의 해상도를 갖고, 미술저작물 원본 크기의 약 20분의 1 내지 3분의 1 크기를 갖는 확대 이미지를 제공한 정도는(원고들은 피고 서울옥션도 고도의 해상도를 갖는 확대 이미지를 제공하고 있다고 주장하나, 이를 입증할 구체적인 자료가 없다), 서적 형태의 목록에 실리는 작품의 이미지의 경우에도 최근 디지털 사진기의 발달 등으로 최소한 100만 화소 이상의 해상도로 제작되리라 보이는 점 등에 비추어 볼 때, 작품에 대한 정보제공의 정도를 넘어 복제화를 제공하였다고 인정되지 않는다.

(3) 다만, 별지 1 순번 3, 4, 10, 14, 15, 18, 20, 26, 31, 33, 34, 35, 37, 38, 39, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 50, 51, 52, 53, 56 각 작품 및 별지 2 순번 3, 4, 5, 7 각 작품은 위 각 별지 기재 각 낙찰일에 이미 판매가 완료되었음에도 2006. 8. 1.부터 2007. 7. 31.까지(위 기간은 원고들이 구하는 바에 따른다) 위 피고들의 홈페이지에 각 게시되어 있었는바, 이 부분은 원고들의 공중송신권을 침해하는 것에 해당하고, 따라서 피고 00옥션, **옥션은 원고들에게 위 각 미술저작물에 관한 공중송신권의 침해로 인하여 원고들이 입은 손해를 배상하여야 하고, 피고 윤00, 김00은 각 피고 00옥션, **옥션의 대표이사로서 그 홈페이지의 운영방식 및 위 각 미술저작물의 축소 이미지 게시 등에

관하여 지시 내지 승인하였다고 보이므로, 피고 00옥션, 이옥션과 각자 원고들이 입은 손해를 배상할 책임이 있다.

(4) 한편, 피고들은 경매가 종료된 이후에도 홈페이지에 원고들의 저작물을 게시하는 것은 공표된 저작물을 인용한 것으로 저작권법 제28조에 의하여 허용되거나, 구매자에게 저작물의 경로에 대한 정보를 제공한다는 목적의 정당성에 비추어 저작권법 제1조의 공정한 이용에 해당하여 위법하지 않다고 주장하나, 저작권법 제28조는 보도·비평·교육·연구 등을 위하여 공표된 저작물을 인용하는 것에 관한 규정으로 상업적 목적으로 저작물을 인용하는 경우는 이에 해당하지 아니하고[351], 저작권법 제1조의 '저작물의 공정한 이용'은 일반조항으로서, 그 규정에서 미술저작권자의 공중송신권을 제한할 수 있는 구체적인 권리를 바로 도출하기는 어려우므로 (피고들의 주장의 목적의 정당성도 인정되기 어려워 보인다), 이에 관한 피고들의 주장은 모두 이유 없다.

350) 송영식·이상정(2009), 222-223면

351) 상업적 목적으로 인용하였다는 것만으로 제28조에 해당하지 않는 것으로 본 것은 대법원 판례의 입장에 반하는 것이라고 할 수 있다. 따라서 이 부분 판시는 적절하지 않다.

X. 컴퓨터프로그램저작물의 특성에 따른 공정이용

[저작권법 규정]

제101조의3 (프로그램의 저작재산권의 제한)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 목적상 필요한 범위에서 공표된 프로그램을 복제 또는 배포할 수 있다. 다만, 프로그램의 종류·용도, 프로그램에서 복제된 부분이 차지하는 비중 및 복제의 부수 등에 비추어 프로그램의 저작재산권자의 이익을 부당하게 해치는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. - 5. (생략)
6. 프로그램의 기초를 이루는 아이디어 및 원리를 확인하기 위하여 프로그램의 기능을 조사·연구·시험할 목적으로 복제하는 경우(정당한 권한에 의하여 프로그램을 이용하는 자가 해당 프로그램을 이용 중인 때에 한한다)

② 컴퓨터의 유지·보수를 위하여 그 컴퓨터를 이용하는 과정에서 프로그램(정당하게 취득한 경우에 한한다)를 일시적으로 복제할 수 있다.

제101조의4 (프로그램코드역분석)

① 정당한 권한에 의하여 프로그램을 이용하는 자 또는 그의 허락을 받은 자는 호환에 필요한 정보를 쉽게 얻을 수 없고 그 획득이 불가피한 경우에는 해당 프로그램의 호환에 필요한 부분에 한하여 프로그램의 저작재산권자의 허락을 받지 아니하고 프로그램코드역분석을 할 수 있다.

② 제1항에 따른 프로그램코드역분석을 통하여 얻은 정보는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 이를 이용할 수 없다.

1. 호환 목적 외의 다른 목적을 위하여 이용하거나 제3자에게 제공하는 경우
2. 프로그램코드역분석의 대상이 되는 프로그램과 표현이 실질적으로 유사한 프로그램을 개발·제작·판매하거나 그 밖에 프로그램의 저작권을 침해하는 행위에 이용하는 경우

제101조의5 (정당한 이용자에 의한 보존을 위한 복제 등)

① 프로그램의 복제물을 정당한 권한에 의하여 소지·이용하는 자는 그 복제물의 멸실·훼손 또는 변질 등에 대비하기 위하여 필요한 범위에서 해당 복제물을 복제할 수 있다.

② 프로그램의 복제물을 소지·이용하는 자는 해당 프로그램의 복제물을 소지·이용할 권리를 상실한 때에는 그 프로그램의 저작재산권자의 특별한 의사표시가 없는 한 제1항에 따라 복제한 것을 폐기하여야 한다. 다만, 프로그램의 복제물을 소지·이용할 권리가 해당 복제물이 멸실됨으로 인하여 상실된 경우에는 그러하지 아니하다.

제35조의2(저작물 이용과정에서의 일시적 복제)

컴퓨터에서 저작물을 이용하는 경우에는 원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요하다고 인정되는 범위 안에서 그 저작물을 그 컴퓨터에 일시적으로 복제할 수 있다. 다만, 그 저작물의 이용이 저작권을 침해하는 경우에는 그러하지 아니하다.

위 규정들을 1) 프로그램의 기초를 이루는 아이디어 및 원리를 확인하기 위한 복제(제101조의 3 제1항 제6호), 2) 프로그램코드 역분석(제101조의 4), 3) 정당한 이용자에 의한 프로그램 보존을 위한 복제등(제101조의 5), 4) 컴퓨터의 유지·보수를 위한 프로그래의 일시적 복제, 5) 저작물의 이용과정에서의 일시적 복제의 다섯가지로 나누어 살펴보기로 한다. 이 가운데 5)는 프로그램에만 적용되는 것이 아니지만, 편의상 여기서 함께 다룬다.

X-1. 프로그램의 기초를 이루는 아이디어 및 원리를 확인하기 위한 복제

프로그램의 기초를 이루는 아이디어 및 원리를 확인하기 위한 이용(제101조의 3 제1항 제6호)은 다음의 조건을 충족할 경우, 저작권자의 허락이 없어도 저작재산권 침해로 보지 아니한다.

[요약]
X-1-a. 프로그램의 기초를 이루는 아이디어 및 원리를 확인하기 위하여 프로그램의 기능을 조사·연구·시험할 목적으로 복제하는 경우일 것
X-1-b. 정당한 권한에 의하여 프로그램을 이용하는 자가 행하는 경우일 것
X-1-c. 그 이용자가 해당 프로그램을 이용 중인 때에 하는 복제일 것

X-1-a. 프로그램의 기초를 이루는 아이디어 및 원리를 확인하기 위하여 프로그램의 기능을 조사·연구·시험할 목적으로 복제하는 경우일 것

[설명]

(1) 컴퓨터프로그램은 다른 저작물과 마찬가지로 그 표현만 보호되고 그 기초를 이루는 아이디어나 원리는 아무리 참신한 발견 등을 내포하고 있더라도 법적으로 보호되지 않는다. 즉 그 아이디어나 원리는 저작권법적으로는 원래 자유로이 이용할 수 있는 것이 원칙이다. 그런데 다른 프로그램의 아이디어나 원리를 알아내기 위해서는 그 아이디어 및 원리를 확인하기 위해 프로그램을 조사, 연구, 시험하는 과정이 필요하게 된다. 이러한 과정을 거치는 것을 법에서 허용하지 않으면 실제로 아이디어를 자유롭게 이용할 수 없는 결과가 되고, 그것은 경쟁의 촉진이라고 하는 면에서 바람직하지 않은 결과가 된다. 그러한 아이디어를 추출하기 위해 때로 프로그램 코드 역분석이라고 하는 과정을 거칠 필요도 있는데, 그에 대하여는 엄격한 요건 하에 저작권법 제101조의 4에서 별도로 규정하고 있고 [☞ X-2 참조], 이 규정(제101조의 3 제1항 제6호)은 그 아이디어 등을

확인하기 위해 코드 역분석이 아니라 프로그램의 정상적 설치, 실행, 사용 등의 절차를 활용하는 것을 허용하는 취지로 규정된 것이다. 정당한 권한을 가진 이용자라면 원래 프로그램의 설치, 실행, 사용 등에 수반되는 복제는 적법하게 할 수 있는 것이지만, 때로는 권리자가 이용자들에게 원래의 프로그램이 예정하고 있는, 예를 들어 교육이나 업무생산성 향상, 엔터테인먼트 등의 정해진 목적으로만 이용할 수 있도록 하고 다른 목적으로의 사용을 허락하지 않는 경우가 있으므로 그러한 경우에도 그러한 목적을 위한 설치, 사용 등을 법에서 허용하기 위해 이 규정을 둔 것이라고 할 수 있다.

(2) 따라서 이 규정은 위와 같은 목적으로 행하는 복제에 대하여만 적용되고, 그렇지 않은 경우에는 적용되지 않는다. 실제로 위와 같은 목적으로 행하는 것이 아니더라도, 원래의 이용자가 정당하게 사용할 수 있는 목적 범위 내에 있는 경우라면, 저작권자의 허락을 받은 이용이므로 처음부터 저작권침해가 되지 않는 것이다. 결국 이 규정은 이용허락을 받은 사용목적의 범위 내가 아니더라도 위와 같은 목적에 따른 설치, 사용 등이면 이것을 허용하기 위한 규정으로서, 그 취지는 이용행위의 추가적 허용이라기보다는 이용목적의 추가적 허용에 있다고 할 수 있다. 프로그램을 사용하는 과정에는 통상 램(RAM)에의 일시적 저장이 수반된다. 그러한 일시적 저장이 저작권법상 복제의 개념에 포함되는 것으로 볼 것인지에 대하여는 견해가 일치하지 않고 국내 학설 가운데는 복제의 개념에 포함되지 않는다는 견해가 많은 편이었으나[352] 한·미 FTA 이행을 위한 2011.12.2.자 개정 저작권법에서는 일시적 저장을 복제의 개념에 포함하는 규정을 명시적으로 두었다. 개정법에 따라 그것을 복제에 해당한다고 볼 경우에도 이 규정이 요구하는 모든 조건을 충족할 경우에는 복제권 침해가 성립하지 않게 된다.

352) 이해완(2007), 308면 등.

X-1-b. 정당한 권한에 의하여 프로그램을 이용하는 자가 행하는 경우일 것

[설명] 이것은, 컴퓨터프로그램의 설치, 사용 등에 대하여 권리자로부터 이용허락을 받은 경우이거나 다른 저작재산권 제한사유 등에 의하여 정당하게 이용할 수 있는 경우여야 한다는 것을 뜻한다. 이른바 패키지 프로그램의 경우에 그 이용허락은, 정품CD를 구매한 이용자가 그 포장지를 뜯을 때에 동의한 것으로 보게 되는 이른 바 '포장지 이용허락 약관'(shrink-wrap license) 또는 온라인 사이트에서 다운로드 방식 등으로 구매할 때 화면에 제시된 이용허락 조건들에 동의한다는 클릭을 통해 성립한 것으로 보게 되는 이른바 '클릭온(click-on) 이용허락 약관' 등에 의하여 이루어지는 경우가 많다. 그러한 경우의 오프라인 또는 온라인의 프로그램 구매자들은 패키지 형태가 아닌 프로그램에 대하여 정식의 이용허락 계약을 체결하고 이용하는 경우와 마찬가지로, '정당한 권한에 의하여 프로그램을 이용하는 자'에 해당한다.

X-1-c. 그 이용자가 해당 프로그램을 이용 중인 때에 하는 복제일 것

[설명] 이것은 위와 같은 프로그램의 정성적인 설치, 사용 과정 중에 부수적으로 이루어지는 복제만 자유이용의 범위 안에 있는 것이고, 그러한 이용과정을 벗어나 복제 등의 행위를 하는 것은 허용되지 않는다는 것을 뜻하는 것이다. X-2에서 설명하는 별도의 요건을 갖추지 않는 한 이 규정에 따라 프로그램 코드 역분석을 할 수는 없고, X-3에서 설명하는 별도의 요건을 갖추지 않는 한 또 하나의 복제본을 제작할 수도 없다.

X-2. 프로그램코드 역분석(리버스 엔지니어링)

프로그램코드 역분석(법 제101조의 4)을 하는 것은 다음의 조건을 충족할 경우, 저작권자의 허락이 없어도 저작재산권 침해로 보지 아니한다.

[요약]

X-2-a. 정당한 권원에 의하여 프로그램을 사용하는 자 또는 그의 허락을 받은 자가 프로그램코드 역분석을 행할 것

X-2-b. 호환에 필요한 정보를 쉽게 얻을 수 없고 그 획득이 불가피한 경우일 것

X-2-c. 당해 프로그램의 호환에 필요한 부분에 한하여 코드 역분석을 할 것

X-2-d. 코드 역분석을 통하여 얻은 정보를 ① 호환 목적 외의 다른 목적을 위하여 이용하거나 제3자에게 제공하는 경우 또는 ② 코드 역분석의 대상이 되는 프로그램과 표현이 실질적으로 유사한 프로그램을 개발·제작·판매하거나 기타의 프로그램저작권을 침해하는 행위에 이용하는 경우에 해당하지 않을 것(제101조의 4 제2항)

X-2-a. 정당한 권원에 의하여 프로그램을 사용하는 자 또는 그의 허락을 받은 자가 프로그램코드 역분석을 행할 것

[설명]

(1) 프로그램코드 역분석이란 일반적으로 리버스 엔지니어링(reverse engineering)이라 불리는 것 중의 한 유형이다. 리버스 엔지니어링이란 회사나 개인이 어떠한 물건을 구입한 후 그 제품의 기술정보를 알아내기 위하여 그 제품을 분해 또는 분석하는 것을 말한다. 컴퓨터프로그램에 있어서의 역분석, 곧 리버스 엔지니어링은 다음과 같은 특징을 갖는다. 즉, 시중에 유통되고 있는 컴퓨터프로그램은 대부분 목적코드(object code)의 형태로 되어 있어 그 자체로는 내용을 알아볼 수 없고 따라서 특수한

컴퓨터 프로그램을 이용하여 그 목적코드를 원시코드(source code)로 역변환(decompile)할 필요가 있다. 그러므로 프로그램의 리버스 엔지니어링에는 반드시 이러한 역변환의 과정이 따르게 되는데, 그 과정에서 컴퓨터프로그램의 '복제'가 수반되는 것은 필연적이다. 또한 역변환에 의하여 그 원래의 원시코드와 유사한 원시코드('cousin source code')를 만들고 그것에 기하여 흐름도(flow chart)를 작성하는 행위는 역시 저작권법상 프로그램의 복제에 해당하거나 아니면 2차적 저작물 작성행위에 해당하는 것으로 볼 수 있다. 따라서 저작권법상 이것을 허용하는 아무런 규정이 없다면, 저작권자의 허락을 받지 않는 한 복제권 또는 2차적 저작물 작성권의 침해가 될 수 있다.[353] 저작권법 제101조의 4는 바로 이러한 행위를 프로그램코드 역분석이라고 칭하면서 일정한 조건을 충족할 경우 자유이용의 대상이 될 수 있도록 규정하고 있다.

(2) 정당한 권원에 의하여 프로그램을 사용하는 자 또는 그의 허락을 받은 자가 행할 것을 요건으로 하므로, 프로그램의 불법복제물을 취득한 자 등은 이 규정에 의한 코드 역분석을 할 수 없다. 여기서 정당한 권원에 의하여 프로그램을 사용하는 자의 뜻은 제101조의 3 제6호의 "정당한 권한에 의하여 프로그램을 이용하는 자"와 같다. [☞ 그 의의에 대하여 자세한 것은 X-1-b.의 설명 참조] 다만 이 규정에 의한 자유이용에 있어서는 그러한 정당한 사용 권한을 가진 자만이 아니라 그로부터 허락을 받은 자도 주체가 될 수 있다는 것이 제101조의 3 제6호의 경우와 다른 점이다.

353) 이해완(2007), 940면

X-2-b. 호환에 필요한 정보를 쉽게 얻을 수 없고 그 획득이 불가피한 경우일 것

[설명]

(1) 현행 저작권법상 코드 역분석은 '호환'과 관련된 한도 안에서만 허용된다. '호환(interoperability)'이란 하드웨어와 소프트웨어의 상호 연결성을 포함하는 개념으로서, 일반적으로는 "정보를 교환하고 상호간에 교환된 정보를 사용할 수 있는 능력"으로 정의되고 있다.[354)]

(2) '호환에 필요한 정보를 쉽게 얻을 수 없고 그 획득이 불가피한 경우'라고 함은 코드 역분석에 의하지 않고는 호환에 필요한 정보를 쉽게 얻을 수 없고 코드 역분석에 의하여 호환에 관한 정보를 획득하는 것이 호환을 위해 불가피한 경우를 의미하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 다른 방법이 있을 경우에는 허용되지 않고 다른 방법이 없을 경우에만 보충적으로 허용된다는 의미에서 보충성의 원칙이라고 부르기도 한다. 따라서 사용자 매뉴얼이나 기타의 방법을 통하여 호환에 필요한 정보를 획득할 수 있는 경우에는 역분석이 허용되지 않는다.[355)] 미국의 판례상으로, 다른 게임회사의 게임기 콘솔과 호환 가능한 게임을 제작하기 위해서는 그 콘솔에 내장된 컴퓨터프로그램을 코드 역분석(리버스 엔지니어링)하여 호환에 필요한 정보를 얻을 수밖에 없었던 경우에 대하여 그 코드 역분석을 공정이용으로 인정한 사례[356)]가 있는데, 그러한 경우가 이 조건을 충족하는 예라고 할 수 있다.

(3) 현행법상 호환을 위한 목적 이외의 다른 목적에 기한 코드 역분석은 허용되지 않는다. 특히 역분석의 대상이 되는 프로그램과 유사한 기능의 프로그램을 만들기 위한 목적은 이 규정에 의한 허용범위에 포함되지 아니한다.

---

354) EU 저작권 지침 전문 (12). Ed. Thomas Dreier et al., *Concise European Copyright Law* (2006)(이하 Thomas Dreier(2006)이라고만 표시), 230면

355) 전성태, "프로그램코드 역분석에 관한 소고", 디지털재산법연구, 제4권 제1호, 세창출판사 (2005), 278-279면; 오승종(2007), 887면

356) Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc., C.A.9 (Cal.) 1992, 977 F.2d 1510, 24 U.S.P.Q.2d 1561; Atari Games Corp. v. Nintendo of America Inc., C.A.Fed. (Cal.) 1992, 975 F.2d 832, 24 U.S.P.Q.2d 1015

X-2-c. 당해 프로그램의 호환에 필요한 부분에 한하여 코드 역분석을 할 것

[설명] X-2-b와 같이 호환을 위해 불가피하게 코드 역분석을 할 필요가 있다고 인정되더라도, 필요한 호환 관련 정보를 얻기 위해서는 그 프로그램 중 일부분에 대해서만 코드 역분석을 하여도 충분한 경우라면 그 일부분에 한하여 역분석을 하여야 하고, 그것을 넘어서는 부분에 대하여 역분석을 하는 것은 허용되지 아니한다. 그러므로 이 규정에 의한 자유이용을 하고자 하는 이용자는 해당 프로그램 중 호환에 필요한 정보를 얻기 위해 역분석을 하지 않으면 안 되는 부분이 어느 부분인지를 확인한 후 그 부분을 초과하여 역분석을 하지 않도록 주의를 기울여야 한다.

X-2-d. 코드 역분석을 통하여 얻은 정보를 ① 호환 목적 외의 다른 목적을 위하여 이용하거나 제3자에게 제공하는 경우 또는 ② 코드 역분석의 대상이 되는 프로그램과 표현이 실질적으로 유사한 프로그램을 개발·제작·판매하거나 기타의 프로그램저작권을 침해하는 행위에 이용하는 경우에 해당하지 않을 것(제101조의 4 제2항)

[설명]

(1) 코드 역분석은 호환을 위해 필요한 정보를 얻기 위해 불가피한 경우에 그러한 목적으로만 허용되는 것이므로, 역분석을 통해 얻은 정보를 그러한 호환 목적 외의 다른 목적에 이용하거나 제3자에게 제공하는 것은 허용되지 않는다(제101조의 4 제2항 제1호). 즉, 그 정보는 반드시 호환을 위한 원래 목적에만 사용하여야 하는 것이다. 그것을 벗어나 다른 목적 등에 이용할 경우에 프로그램 저작권의 침해가 될 수 있다. 코드 역분석의 대상이 되는 프로그램과 표현이 실질적으로 유사한 프로그램을 개발·제작·판매하거나 기타의 프로그램저작권을 침해하는 행위(제101조의 4 제2항 제2호)도 호환의 목적으로 이용하는 경우가 아니므로 당연히 제1호의 경우에 포함되는 것이나, 특히 문제되는 경우라는 점에서 제2호에

명시하여 금지행위로 하고 있는 것이다.

(2) 위와 같은 모든 조건을 충족할 경우에, 프로그램코드 역분석(리버스 엔지니어링)은 법에 의하여 허용되는 것으로서, 권리자가 포장지(shrink-wrap) 이용허락 또는 클릭온(click-on) 이용허락 약관 등[☞ 이러한 이용허락 약관 등에 대하여는 X-1-b의 설명 참조]에 위와 같은 역분석을 허용하지 않는 취지의 조항을 두더라도 그 조항은 효력을 가질 수 없는 것으로 보는 견해가 많다.[357)]

357) 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 467면 등 참조. 컴퓨터프로그램의 법적 보호에 관한 1991년 5월 14일의 유럽공동체지침 제9조 제1항도 이러한 리버스 엔지니어링에 대한 예외를 금지 또는 제한하는 조항은 무효라고 규정하고 있다.

X-3. 정당한 이용자에 의한 프로그램 보존을 위한 복제등

정당한 이용자에 의한 프로그램 보존을 위한 복제등(제101조의 5)은 다음의 조건을 충족할 경우, 저작권자의 허락이 없어도 저작재산권 침해로 보지 아니한다.

[요약]
X-3-a. 프로그램의 복제물을 정당한 권한에 의하여 소지·이용하는 자가 행할 것
X-3-b. 프로그램 복제물의 멸실, 훼손 또는 변질 등에 대비하기 위한 경우일 것
X-3-c. 보존을 위해 필요한 범위 안에서의 복제일 것
X-3-d. 원래의 프로그램을 소지·사용할 권리를 상실한 때에는 보존용 복제물도 폐기할 것

X-3-a. 프로그램의 복제물을 정당한 권한에 의하여 소지·이용하는 자가 행할 것

[설명]

(1) 저작권법 제101조의 5 제1항은 "프로그램의 복제물을 정당한 권한에 의하여 소지· 이용하는 자는 그 복제물의 멸실·훼손 또는 변질 등에 대비하기 위하여 필요한 범위에서 해당 복제물을 복제할 수 있다"고 규정하고 있다. 프로그램은 그 기록매체의 특성상 일반저작물보다 쉽게 멸실, 훼손될 수 있으므로, 사용자의 합리적인 이용권을 보장하기 위하여 보존용 복제물(backup copy)을 만들어 둘 수 있도록 허용한 것이다.[358]

(2) 프로그램의 복제물을 정당한 권한에 의하여 소지·이용하는 자만 이 규정에 의한 이용주체가 될 수 있다. 판매되는 프로그램의 복제물을 구입한 자를 비롯하여 어떤 이유로든 프로그램의 복제물을 정당하게 소지하고,

358) 임준호, "컴퓨터 프로그램의 법적 보호", 지적소유권에 관한 제문제(하), 법원행정처, 1992(이하 임준호(1992)라고만 표시), 519면; 이해완(2007), 942면

그 프로그램의 사용에 대하여 저작권자로부터 이용허락을 받거나 법정허락 등에 의하여 이용할 수 있는 경우 등을 모두 포함한다. 프로그램의 불법복제물을 소지하는 자가 여기에 포함되지 않음은 당연한 것이다.

X-3-b. 프로그램 복제물의 멸실, 훼손 또는 변질 등에 대비하기 위한 경우일 것

[설명] 프로그램 복제물의 멸실, 훼손 또는 변질 등에 대비하기 위한 경우에 한한다. 프로그램의 보존을 위하여 복제할 수 있다고 함은 복제를 할 때에만 그러한 목적이 있으면 족한 것이 아니라 그 복제물의 보존 중에도 그러한 목적이 유지되어야 한다.[359] 따라서 처음에 프로그램의 보존을 위하여 복제하였더라도 뒷날 보존의 목적을 넘어 복제물을 타인에게 양도하거나 대여하는 것은 허용되지 않으며 다른 컴퓨터에서 보존용 복제물을 사용하는 것도 허용되지 않는다.[360] 프로그램의 복제물을 정당한 권한에 의하여 소지하고 있다고 하더라도 위와 같은 보존의 목적이 아닌 다른 목적을 가지고 추가적으로 복제물을 작성할 경우에는 이용허락계약이나 약관 등에서 특별히 허용하지 않은 이상, 프로그램저작권자의 저작재산권을 침해하는 행위가 됨을 유의하여야 한다.

X-3-c. 보존을 위해 필요한 범위 안에서의 복제일 것

[설명]

(1) 보존을 위해 백업 카피를 작성할 필요성이 있는지 여부를 판단함에 있어서는 복제물이 저장된 매체의 특성이 중요한 고려사항 중의 하나가 된다. 그러한 관점에서 CD 또는 CD-ROM에 저장된 상태로 시판되는 경우에

359) 이해완(2007), 943면; 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 470면
360) 임준호(1992), 519면; 이해완(2007), 943면; 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 470면

는 별도의 복제물을 작성할 필요가 없다고 보는 견해[361]가 있는가 하면, CD 또는 CD-ROM도 읽어내기 어려운 경우가 있을 수 있으므로 그러한 경우에도 보존을 위한 복제물 작성이 필요할 수 있다고 보는 견해[362]도 있다. 실제의 사안에서 사회통념에 따라 합리적으로 판단할 때 현실적으로 당해 프로그램에 의해 다루어지는 데이터의 중요성 및 다른 프로그램의 사용가능성 등의 상황에 비추어, 프로그램의 장해에 의한 데이터 사용상의 리스크가 있으면 백업이 필요하다고 할 수 있고, 그러한 경우에 이 규정에 따른 복제가 허용될 것이다. 다만 이 때 그 데이터를 다른 프로그램에서도 쉽게 읽을 수 있다거나 접근성과 신뢰성이 높은 온라인 고객지원 등을 통해 대체 프로그램을 저작권자 측에서 상시제공하고 있다거나 하는 사정은 중요하게 고려해야 할 사정이라고 할 수 있다.[363] 즉 그러한 사정이 있으면 백업의 필요성을 인정하기 어려운 경우라고 볼 가능성이 많을 것이다. 복제의 부수에 대하여도 보존의 필요성에 따라 엄격히 한정될 필요가 있고, 특별한 사정이 없는 한 한 부의 복제만으로 충분하다고 보아야 할 것이다.[364]

(2) 이 규정에 따라 '복제' 외에 '개작·번역'도 허용되는 것으로 보는 견해[365]가 있으나, 이 규정(저작권법 제101조의 5)의 해석상으로는 그렇게 보기가 어렵다.[366] 다만, 저작권법 제13조 제2항 제3,4호는 ① 특정한 컴퓨터 외에는 사용할 수 없는 프로그램을 다른 컴퓨터에 사용할 수 있도록 하기 위하여 필요한 범위 안에서의 변경(제3호), ② 프로그램을 특정한 컴퓨터에 보다 효율적으로 사용할 수 있도록 하기 위하여 필요한

361) 金井·小倉(上巻, 2000) [藤田耕司 집필부분], 494면. 영국의 법원도 Sony v. Owen(UK) 등의 사건에서 CD-ROM에 들어 있는 프로그램의 경우 백업 용 카피를 만들 필요성이 거의 없을 것이라고 판단한 바 있다. EThomas Dreier(2006), 228면

362) 半田·松田(2009) 2巻 [田中成志 집필부분], 420면

363) 半田·松田(2009) 2巻 [田中成志 집필부분], 420면 ; Thomas Dreier(2006), 228면

364) Thomas Dreier(2006), 228면

365) 송상현·김문환·양창수, 컴퓨터프로그램보호법 축조연구, 서울대학교 출판부, 1989, 141, 142면

366) 이해완(2007), 942면; 이철, 컴퓨터범죄와 소프트웨어보호, 박영사, 1995, 367면 ; 정상조(주해, 2007) [김기영 집필부분], 470면

범위 안에서의 변경(4호)을 동일성유지권의 예외사유로 규정하고 있어, 이러한 변경을 법적으로 허용하고 있다고 볼 수 있다. 위 ①은 전산환경 통합이나 시스템 업그레이드 등의 이유로 운영 중인 컴퓨터시스템의 운영체제를 윈도우즈에서 Linux나 MAC OS, Unix 운영체제로 변경하는 경우 등을 말하고, ②는 예를 들어 32bit용으로 프로그래밍된 것을 64bit용으로 업그레이드 하는 경우와 같이, 기존의 노후된 시스템을 최신 시스템으로 변경하는 경우 등을 말한다.[367] 이른 바 '버그' 수정 등을 위한 프로그램의 변경은 저작권법 제13조 제2항 제5호에서 규정하고 있는 "그 밖에 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 범위 안에서의 변경"에 해당하여 역시 허용되는 것으로 볼 수 있을 것이다. 물론 이러한 여러 가지 변경의 허용은 이용자가 그 프로그램에 대한 정당한 사용권한을 가지고 있음을 전제로 하는 것이다.

X-3-d. 원래의 프로그램을 소지·사용할 권리를 상실한 때에는 보존용 복제물도 폐기할 것

[설명] 보존용 복제물을 만든 경우에, 원래의 프로그램을 소지·사용할 권리를 상실한 때에는 그 프로그램의 저작재산권자의 특별한 의사표시가 없는 한 보존용 복제물도 폐기하여야 한다(법 제101조의 5 제2항 본문). 따라서 프로그램 복제물의 소유권을 타인에게 양도하거나 프로그램의 대여기간이 도과한 경우 원래의 프로그램 복제물을 양도 또는 폐기할 뿐만 아니라 보존용 복제물도 폐기하여야 한다. 프로그램의 복제물을 소지·사용할 권리가 당해 복제물이 멸실됨으로 인하여 상실된 경우에 그러한 폐기의무를 인정할 수 없음(같은 조 제2항 단서)은 당연한 것이다.

367) 문화체육관광부 등, 개정 저작권법해설(2009), 25-26면

X-4. 컴퓨터의 유지·보수를 위한 프로그램의 일시적 복제

컴퓨터의 유지·보수를 위한 프로그램의 일시적 복제(제101조의 3 제2항)는 다음의 조건을 충족할 경우, 저작권자의 허락이 없어도 저작재산권 침해로 보지 아니한다.

[요약]
X-4-a. 컴퓨터의 유지·보수를 위하여 그 컴퓨터를 이용하는 과정에서 하는 행위일 것
X-4-b. 정당하게 취득한 프로그램일 것
X-4-c. 일시적 복제에 해당할 것

X-4-a. 컴퓨터의 유지·보수를 위하여 그 컴퓨터를 이용하는 과정에서 하는 행위일 것

[설명]

(1) 여기서 말하는 '컴퓨터'에는 PC 외에 스마트폰, e-book 단말기 등의 모든 정보처리장치가 포함된다(저작권법 제2조 제16호 참조). PC나 스마트폰 등에 프로그램이 설치되어 있는 상태에서 고장으로 수리할 필요성이 있을 때 수리 과정에서 그 운영체제를 새로 깔아 설치하는 등의 경우에 기존의 하드디스크 등에 설치되어 있던 프로그램을 일시적으로 다른 저장매체에 복제해 두었다가 다시 컴퓨터로 복제하는 과정을 거치지 않으면 컴퓨터를 정상적으로 이용할 수 없게 되는 경우가 많으므로, 그러한 경우에 일시적으로 프로그램을 다른 매체에 복제하는 등의 행위를 명시적으로 허용하기 위하여 이 규정이 마련된 것이다.

(2) 컴퓨터가 바이러스의 감염이나 물리적 충격 등의 사유로 정상적으로 작동되지 않아 수리를 하기 위해 그 컴퓨터의 운영체제 프로그램을 새로 설치하거나 하드디스크를 교체하는 등의 과정에서 일시적으로 다른 매체에

복제해 두었다가 수리 후 다시 원래 컴퓨터에 복제하는 것이 이 규정이 적용되는 전형적인 예라고 할 수 있다.

(3) 컴퓨터의 수리를 위해 일시적 복제를 하는 사람은 반드시 컴퓨터의 소유자 자신이 아니라 전문 수리업자여도 상관없는 것으로 보아야 할 것이다.[368]

X-4-b. 정당하게 취득한 프로그램일 것

[설명]

(1) 프로그램이 처음부터 권리자의 허락 없이 불법으로 복제되어 있는 것이라면 컴퓨터의 수리과정에서 일시적으로 복제하는 행위라고 하여 굳이 적법하게 볼 필요가 없다는 취지에서 규정된 요건이다.

(2) 프로그램이 컴퓨터 소유자 등에 의하여 정당하게 취득된 것이 아닐 경우에는 전문적인 수리업자의 경우에도 침해 책임을 질 여지가 없지 않다. 다만 특별히 불법복제물이라는 증거가 없는 이상, 고의· 과실이 없는 것으로 볼 가능성이 많을 것이다.[369]

X-4-c. 일시적 복제에 해당할 것

[설명]

(1) 위와 같이 수리과정에서 프로그램을 다른 저장매체에 복제하였다가 수리 후에 원래의 컴퓨터에 다시 복제한 후 다른 저장매체에 복제하였던 프로그램은 삭제를 할 경우에는 '일시적 복제'의 개념에 해당한다고 볼 수 있다.

(2) 다른 저장매체에 복제한 프로그램을 삭제하지 않고 계속 사용할 경우에는

368) 이해완, 저작권법(제2판), 박영사, 2012, 507면
369) 이해완, 저작권법(제2판), 박영사, 2012, 507면

일시적 복제가 아니므로, 본 규정에 의한 자유이용의 대상이 아니다. 고장이 난 컴퓨터 대신 다른 컴퓨터에 옮겨 복제해 두고 계속 사용하는 것과 같은 경우도 본 규정에서 말하는 '일시적 복제'에 해당하지 않으므로, 이 규정에 의한 자유이용의 대상은 아니다.

X-5. 저작물 이용과정에서의 일시적 복제

저작물 이용과정에서의 일시적 복제(제35조의 2)는 다음의 조건을 충족할 경우, 저작권자의 허락이 없어도 저작재산권 침해로 보지 아니한다.

[요약]
X-5-a. 컴퓨터에서의 저작물 이용(주된 이용)에 따른 부수적 이용일 것
X-5-b. 원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요하다고 인정되는 범위 안에서 이루어질 것
X-5-c. 일시적 복제에 해당할 것
X-5-d. 주된 이용이 저작권침해를 구성하지 않을 것

X-5-a. 컴퓨터에서의 저작물 이용(주된 이용)에 따른 부수적 이용일 것

[설명]

(1) 2011. 12. 2. 개정 저작권법은 한·미 FTA(협정문 §18.4.1.)에 따라 제2조 제22호에서 복제의 개념에 일시적 복제도 포함됨을 명시함과 동시에 그러한 개정이 컴퓨터에서의 저작물 이용 및 유통을 지나치게 경색시키는 결과를 초래하지 않도록 하기 위해 일시적 복제에 대한 저작재산권 제한규정으로 제35조의2를 신설하였다. 제35조의 2는 "컴퓨터에서 저작물을 이용하는 경우에는...그 저작물을 그 컴퓨터에 일시적으로 복제할 수 있다"고 규정하고 있는데, 이것은 컴퓨터 환경에서의 저작물 이용(주된 이용)을 위해 부수적으로 일시적 복제가 이루어지는 경우일 것을 요하는 취지라고 할 수 있다. 즉 이 규정에서 말하는 저작물의 '이용'은 '일시적 복제'를 제외한 다른 형태의 이용을 말하며, '일시적 복제'는 그 이용에 대한 관계에서 부수적인 성격을 가질 것을 요하는 것으로 보아야 할 것이다.

(2) 예컨대 DVD를 구입하여 컴퓨터에서 시청하기 위해 재생을 시키는 과정

에서 DVD에 수록된 파일의 내용이 컴퓨터의 램에 일시적으로 저장되는 것, 인터넷상의 정보를 검색하고 이용하는 과정에서 그 정보의 내용이 램에 저장되거나 일부 내용이 캐시 파일로 하드디스크에 일시적으로 복제되는 것 등이 그러한 경우에 해당한다. 즉, 이 때 컴퓨터에서 DVD를 재생하여 시청하는 것이 주된 목적이라면 그 과정에서 램에의 일시적 복제가 일어나는 것은 부수적인 성격을 가지는 것이며, 인터넷상의 정보를 검색, 열람하는 것과 그 과정에서 램이나 캐싱을 위해 지정된 폴더에 정보(저작물)가 일시적으로 복제되는 것의 관계도 마찬가지이다.

(3) 여기서 말하는 '이용'에는 반드시 저작재산권의 구체적 지분권에 해당하는 이용(즉, 복제, 공중송신, 이차적 저작물 작성 등)만 포함되는 것이 아니라 위와 같은 DVD 시청, 정보의 검색?열람 등과 같이 지분권에 포함되지 않는 일반적인 의미의 이용도 포함되는 것으로 보아야 할 것이다.

(4) 그러나 일시적 복제 자체가 독립한 경제적 가치를 가지는 경우는 위와 같은 의미의 부수적 성격을 가지지 않아 이 요건을 충족하지 못하는 것으로 보아야 할 것이다. 예컨대 온라인상의 서비스 방식으로 소프트웨어를 유상으로 제공하는 SaaS, 웹상에서 응용프로그램을 임대하여 제공하는 ASP 등의 경우 및 역시 접속에 의하여 온라인상으로 내용을 열람하는 것을 통제하면서 그러한 열람을 위해서는 이용료나 회비를 내게 하는 유료 콘텐츠 서비스 등의 경우에는 일시적 저장 자체가 독립한 경제적 가치를 가지는 것으로 볼 수 있다. 즉 이 경우에는 이용자 PC의 램(RAM)에 서비스 제공회사의 소프트웨어나 콘텐츠가 일시적으로 저장되는 것이 유상거래의 핵심적 대상이 되므로 단순히 부수적인 것이라고 할 수 없어 이 규정의 요건을 갖추지 못한 것으로 보아야 할 것이다.[370]

370) 이해완, 저작권법 (제2판), 박영사, 2012, 514면

X-5-b. 원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요하다고 인정되는 범위 안에서 이루어질 것

[설명]

(1) '원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요하다'는 것은 위에서도 예를 든 바와 같이, DVD의 원활한 재생을 위해 그 안에 수록된 정보를 RAM에 일시적으로 저장하는 것이나 정보검색의 속도를 향상시키기 위해 캐시파일을 PC 하드디스크의 임시폴더에 저장해 두는 것과 같이, 원활하고 효율적인 정보처리를 위한 기술적 필요에 의하여 일시적 복제가 필요한 경우를 말한다.

(2) 위와 같은 경우가 아니라 사용자가 특별히 하드디스크에 저장한 후 일정한 기간만 사용하는 등의 경우에는 그 사용기간이 비록 짧았다 하더라도 이 (2)의 요건을 충족하는 것으로 보기 어렵다. 한편으로는, 위와 같은 캐싱 등의 기술적 과정에서 하드디스크에 저장된 파일이라 하더라도 그것을 다른 저장공간으로 복사하여 사용하는 등의 2차적인 사용행위를 할 경우에는 '원활하고 효율적인 정보처리'를 위해 필요한 '범위 내'의 이용이라고 할 수 없으므로, 역시 이 요건을 충족하지 못하는 것이 되고 결과적으로 복제권 침해가 성립할 수 있다.

X-5-c. 일시적 복제에 해당할 것

[설명]

(1) 이 규정에 따라 저작재산권이 제한되려면, 저작물이 램이나 하드디스크에 저장되는 시간의 면에서도 '영구성'이 아닌 '일시성'을 가질 것을 요한다. 일반적으로 램(RAM)의 경우는 특별한 경우가 아닌 한 그것이 가지는 저장매체로서의 속성 자체가 임시성 또는 휘발성을 가지므로 '영구성'을 가지지 않는다는 점에 대해 아무런 의문이 없다. 캐싱의 경우와 같이 하드

디스크의 폴더에 저장되는 경우에는 램에의 일시적 저장에 비하여 비교적 장시간 저장되는 경우가 있을 수 있으나, 그것이 일정한 시간의 경과 등에 따라 기술적으로 삭제 또는 갱신되도록 되어 있는 이상 '일시적 복제'의 성격을 가지는 것으로 보아야 할 것이다. 즉 일정한 시간적 유한성이 기술적으로 주어져 있기만 하면 일시적 복제에 해당하는 것으로 볼 수 있을 것이다.

(2) 디지털 복제가 저작권법상 복제에 해당하기 위해서는 '유형물에의 고정'에 해당하여야 하는데, 컴퓨터에서의 프로그램의 실행과정 중에서 램(RAM)에의 저장을 제외한 CPU에서의 읽기, 비디오램에의 입력과 디지털TV의 시청에 있어서 압축음성 및 영상데이터의 버퍼에의 저장, 이메일 등의 전달과정에서의 네트워크상의 저장 등의 경우는 순간적·과도적 저장으로서 '유형물에의 고정'에 해당하지 않아 결국 일시적 복제에 해당하지 않는 것으로 볼 수 있다는 견해가 있다. 이 견해에 의하면, 그러한 경우에는 이 규정의 다른 요건을 충족하는지 여부를 살펴볼 필요도 없이, 저작권법상 복제권의 침해에 해당하지 않는 것으로 보아야 할 것이다.[371)]

X-5-d. 주된 이용이 저작권침해를 구성하지 않을 것

[설명]

(1) "그 저작물의 이용이 저작권을 침해하는 경우가 아닐 것"의 요건에 포함된 '그 저작물의 이용'이라는 것은 위에서 본 저작물의 '주된 이용(일시적 복제를 제외한 이용)'을 말하는 것으로 보아야 한다. 만약 일시적 복제가 포함되는 것으로 볼 경우에는 저작권법 제35조의 2가 결과적으로 일정한 요건 하에 일시적 복제가 복제권자의 허락이 없더라도 저작권침해를 구성하지 않는 예외를 규정하면서 그것이 저작권침해에 해당하는 경우를 다시 그 예외로 규정하는 셈이 되어 논리적으로 모순을 일으키게 되므로

371) 이해완, 저작권법 (제2판), 박영사, 2012, 514면 참조.

허용될 수 없다.

(2) 결국 개정 저작권법 제35조의 2의 단서 규정은 일시적 복제의 주체가 하는 저작물의 '주된 이용'이 저작권법상의 복제권, 공중송신권 등의 저작재산권의 지분권을 침해하는 경우에는 그에 부수하여 이루어지는 일시적 복제만을 제35조의 2에 따라 침해가 아닌 것으로 볼 필요가 없다는 이유로 그 경우에는 일시적 복제도 침해가 된다는 취지의 규정을 한 것이라고 보아야 할 것이다.[372)]

(3) 예를 들어 컴퓨터를 이용하여, DVD에 수록된 영상저작물 또는 인터넷상에서 스트리밍 방식으로 제공되는 영상저작물을 재생하여 공중이 시청할 수 있도록 보여주는 공연행위를 저작권자의 허락 없이, 저작재산권 제한 사유에도 해당하지 않는 상태에서 할 경우 그 영상저작물을 컴퓨터의 램에 일시적으로 저장하는 것이 비록 공연행위의 과정에서 부수적으로 행하는 것으로서 위에서 본 다른 요건을 모두 충족하는 것이라 하더라도 그 주된 이용행위인 공연이 저작권침해를 구성하는 이상 위와 같은 일시적 저장도 복제권 침해에 해당하는 것으로 보아야 한다는 것을 의미한다.

372) 이해완, 저작권법 (제2판), 박영사, 2012, 514-515면.

XI. 그 밖의 공정이용 (공정이용 일반조항의 적용)

[저작권법의 규정]

제35조의 3(저작물의 공정한 이용)

① 제23조부터 제35조의 2까지, 제101조의3부터 제101조의5까지의 경우 외에 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우에는 보도·비평·교육·연구 등을 위하여 저작물을 이용할 수 있다.

② 저작물 이용 행위가 제1항에 해당하는지를 판단할 때에는 다음 각 호의 사항 등을 고려하여야 한다.

1. **영리성 또는 비영리성 등 이용의 목적 및 성격**
2. 저작물의 종류 및 용도
3. 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성
4. **저작물의 이용이 그 저작물의 현재 시장 또는 가치나 잠재적인 시장 또는 가치에 미치는 영향**

I부터 X까지 사이에는 저작권법상 저작재산권 제한사유 등으로 규정하고 있는 것이 구체적으로 어떤 의미를 가진 것인지를 설명하였다. 구체적으로 어떤 행위가 저작물등의 공정이용에 해당하는지 여부에 의문이 있을 경우, I부터 X까지의 내용에 의하여 그 해당여부를 판단할 수 있는 경우가 대부분일 것이다. 그러나 이용의 형태에 따라서는 그렇지 않은 경우가 더러 있을 수 있고, 특히 디지털 환경의 눈부신 변화와 발전 속에서 속속 등장하고 있는 새로운 이용행위의 경우에는 기존의 규정들만 적용하여서는 그것이 허용된다고 볼 근거를 찾기 어려운 경우가 적잖이 있을 수 있다. 2011.12.2.자 개정법은 그러한 경우를 위하여 공정이용에 관한 보충적 일반조항인 제35조의 3을 신설하였다.

개정법 제35조의 3의 규정내용을 살펴보면, 그 제1항은 "제23조부터 제35조의2까지, 제101조의3부터 제101조의5까지의 경우 외에 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하

게 해치지 아니하는 경우에는 저작물을 이용할 수 있다"고 규정하고 있고, 제2항은 "저작물 이용 행위가 제1항에 해당하는지를 판단할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다"고 하면서 제1호부터 제4호까지의 네 가지 고려 요소들을 나열하고 있다. 여기서 제1항은 베른협약 제9조 제2항[373], TRIPs 제13조[374], WIPO 저작권조약(WCT) 제10조 제2항[375], WIPO 실연·음반조약 제16조 제2항[376] 등에서 규정하고 있는 저작권의 제한 및 예외에 관한 이른바 3단계 테스트를 법문 속에 반영하고 있는 셈이고, 제2항은 공정이용에 관한 일반조항의 대표적 입법례인 미국 저작권법 제107조[377]의 규정에 따른 네 가지 고려요소를 참고한 규정이라 할 수 있다. 위 법문의 구조로 볼 때 제1항과 제2항은 서로 별개의 요건을 규정한 것이 아니라 제2항이 제1항의 판단요소를 규정한 것으로서 서로 불가분의 관계를 맺고 있음을 알 수 있다.

이 가이드라인에서는 제35조의 3 제1항에 반영된 '3단계 테스트'가 무

373) "특별한 경우에 있어서 그러한 저작물의 복제를 허용하는 것은 동맹국의 입법에 맡긴다. 다만, 그러한 복제는 저작물의 통상적인 이용과 충돌하지 아니하여야 하며, 저작자의 합법적인 이익을 부당하게 해치지 아니하여야 한다."

374) "회원국은 배타적 권리에 대한 제한 또는 예외를, 저작물의 통상적 이용과 저촉되지 않고 저작자의 합법적인 이익을 부당하게 해치지 않는 특별한 경우로 한정하여야 한다."

375) "체약국은, 베른협약을 적용함에 있어서, 그 조약에서 부여된 권리에 대한 제한과 예외를, 저작물의 통상적 이용과 저촉되지 않고 저작자의 합법적인 이익을 부당하게 해치지 않는 특별한 경우로 한정하여야 한다."

376) "체약국은 이 조약에 규정된 권리들에 대한 제한 또는 예외를, 실연 또는 음반의 통상적 이용과 저촉되지 않고 실연자 또는 음반제작자의 합법적인 이익을 부당하게 해치지 않는 특별한 경우로 한정하여야 한다."

377) 제107조 배타적 권리에 대한 제한 : 공정사용

제106조 및 제106조의 A의 규정에도 불구하고 비평, 논평, 시사보도, 교수(학습용으로 다수 복제하는 경우를 포함), 학문, 또는 연구 등과 같은 목적을 위하여 저작권으로 보호되는 저작물을 복제물이나 음반으로 제작하거나 또는 기타 제106조 및 제106조의 A에서 규정한 방법으로 사용하는 경우를 포함하여 공정사용하는 행위는 저작권 침해가 되지 아니한다. 구체적인 경우에 저작물의 사용이 공정사용이냐의 여부를 결정함에 있어서 다음을 참작하여야 한다.

(1) 그러한 사용이 상업적 성질의 것인지 또는 비영리적 교육목적을 위한 것인지 등 그 사용의 목적 및 성격

(2) 저작권으로 보호되는 저작물의 성격

(3) 사용된 부분이 저작권으로 보호되는 저작물 전체에서 차지하는 양과 상당성, 그리고

(4) 이러한 사용이 저작권으로 보호되는 저작물의 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향. 위의 모든 사항을 참작하여 내려지는 결정인 경우에, 저작물이 공표되지 않은 사실 자체는 공정사용의 결정을 방해하지 못한다.

엇을 뜻하는 것인지에 대한 일반적인 해석을 아래에 간략히 소개한 후 XI-1부터 X-4까지에 걸쳐 제2항에 규정된 고려요소들을 상세하게 예를 들어 설명하기로 한다. '3단계 테스트'는 원래 국제조약 상의 규정으로서 그것이 다른 나라의 국내법에 도입되어 적용된 구체적 사례를 찾기가 쉽지 않으나, 제2항의 경우는 그것과 거의 동일한 내용이 규정되어 있는 미국 저작권법 제107조에 대하여 비교적 풍부한 판례가 형성되어 있으므로, 그 판례들을 참고하여 판단기준을 정리하기가 비교적 용이하다는 현실적 이유 때문이다. 향후 국내의 판례가 축적될 경우에, 이 가이드라인은 그것을 반영하여 지속적으로 수정해 나가야 할 것이다.

3단계 테스트(제35조의 3 제1항)의 의의

3단계 테스트는 위에서 본 바와 같이 베른협약 제9조 제2항의 규정에서 시작하여 이후의 TRIPs, WCT, WPPT 등 국제조약에서 저작권 제한 또는 예외 사유와 관련하여 그 제한 또는 예외 규정이 지나치게 확대되어 저작권자등의 정당한 이익을 부당하게 해치지 않도록 하기 위한 일종의 안전장치로 도입된 것이다. 이것은 저작권법의 양대 목표[378]인 저작권자 등의 권리 보호와 이용자의 공정이용 도모 사이의 매우 미묘한 균형과 관련된 것으로서 저작권 등의 권리 보호를 절대적으로 강조하기보다 공정이용을 보장하되 공정이용이라는 이름으로 저작권자 등의 이익이 과도하게 위협받지 않도록 보장하기 위한 규정의 성격을 가지는 것이다.

3단계 테스트를 반영하여 규정된 개정 저작권법 제35조의 2 제1항을 중심으로 그 의미를 살펴보면, 다음과 같다.

제35조의 3 제1항은 "제23조부터 제35조의 2까지, 제101조의3부터 제101조의5까지의 경우 외에 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우에는 보도·비평·교육·연구 등을 위하여 저작물을 이용할 수 있다"고 규정하고 있는데, 이것은 이 규정이 제23조부터 제35조의 2까지 및 제101조의3

부터 제101조의5까지의 규정에 의하여 자유이용이 허용되지 않는 경우에 대한 보충적 규정임을 말해 줌과 동시에, 그러한 경우에 공정이용으로 보아 자유이용이 허용되기 위하여 거쳐야 할 3단계 테스트를 반영하고 있다. 원래 3단계 테스트는 첫째, 그것이 특별한 경우(certain special cases)여야 한다는 것, 둘째, 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 않는 경우여야 한다는 것, 셋째, 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우여야 한다는 것인데 위 규정은 그 중 둘째와 셋째를 명시적으로 반영하고 있고, 첫째는 암묵적인 전제로 하고 있다고 볼 수 있다.

첫째, 그것이 '특별한 경우(certain special cases)' 여야 한다는 것은 '명확하게 한정된' 경우들만을 의미하는 것은 아니라고 해석된다.[379] 만약 그러한 의미라고 보면, TRIPs 등 국제조약 체결을 주도한 미국의 저작권법 제107조 및 우리의 개정 저작권법 제35조의 3의 규정 자체가 3단계 테스트를 위반한 것이 되어 받아들이기 어려운 결론을 도출하게 된다. 보다 구체적으로, 이것은 이용되는 저작물등의 성격이나 그 이용행위 등의 면에서 그 이용을 정당화할 수 있을 만한 특수성이 있어야 한다는 의미라고 할 수 있으며, 그 구체적인 판단에 있어서는 다음의 둘째, 셋째의 테스트도 함께 고려될 수 있다고 보아야 할 것이다.[380] 개정 저작권법상의 '예외적'이라는 말은 특히 그 이용의 양적 측면보다는 질적인 측면을 염두에 둔 것이므로, 다른 테스트를 적용함에 있어서 이용의 양적 측면을 함께 고려하더라도, 첫 번째 테스트 자체를 질적인 것은 물론 양적인 면에서도 좁은 범위의 이용이라고 하여 근본적인 제약을 가하는 것은 바람직하지 않다. 개정 저작권법 제35조의 3 제1항에서 '보도·비평·교육·연구 등을 위하여'라는 표현으로 그 이용목적을 제한적으로 규정하고 있는 것은 이러한 첫 번째 테스트를 의식한 면이 있다. 그러나 '보도·비평·교육·연구를 위하여'가 아니라 '보도·비평·교육·연구 등을 위하여'라고 규정하고 있으므로, 여기서 나열된 네 가지의 목적에 한정되지 아니하고, 다른 목적도 포함될 수 있다.

둘째, 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 않는 경우여야 하는데, 여기서 저작물 등의 통상적 이용(normal exploitation)이란 저작물이 일반적으로 지향하고 있는 시장을 의미한다. 예를 들면, 학교 수업시간에 활용될 것을 예상하고 만들어진 학습 보조교재의 경우라면 이러한 저작물의 저작권은 비록 학교 교육목적을 위해서라도 제한하여서는 안 된다는 것이 바로 이 둘째의 테스트와 관련된 것이다.[381] 즉 이 테스트는 저작물의 통상적인 시장과 경쟁관계에 있는 이용행위는 원칙적으로 허용될 수 없다는 의미를 담고 있는데, '통상적인 시장'의 범위를 넓게 모든 잠재적인 시장을 다 포괄할 경우에는 공정이용을 인정할 수 있는 여지가 거의 없어져 권리보호와 공정이용 사이의 미묘한 균형이 파괴될 것이므로 그러한 균형을 깨트리지 않는 규범적인 관점에서 '통상적인 시장'인지 여부를 합리적으로 판단하여야 할 것이다. 결국 그 판단은 개정 저작권법상 XI-1부터 XI-4까지에서 설명하는 제2항의 네 가지 고려요소를 종합하여 하게 될 것이다.

셋째, 저작권자 등의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우여야 한다. 이것은 마지막 테스트이므로 “특별한 경우”로서 "저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 않는 경우"라고 하더라도 "저작권자 등의 정당한 이익을 부당하게 해치는" 것으로 볼 수 있는 경우에는 공정이용으로 허용될 수 없다는 것이다. 권리의 제한이 권리자의 이익에 어느 정도 영향을 주는 것은 필연이라고 하여도 그 영역을 넘어서 저작권자 등의 이익이 부당하게 저해되는 것으로 볼 수 있는 경우에까지 공정이용이 인정되어서는 안 될 것이라는 의미라고 할 수 있다. 공정이용이 본질적으로 권리자의 이익과 특정한 경우에 있어서의 이용 사이를 조정하고자 하는 것이므로 권리자 측에서 그 이익이 어느 정도 저해된다고 하여도 그것은 수인하여야 하지만 그 이익이 부당하게 저해되는 사태까지 수인할 의무는 없는 것이다. 여기서 말하는 저작권자 등의 정당한 이익은 반드시 경제적 이익만을 말하는 것은 아니며, 저작인격권 등에 의하여 보호되는 인격적 이익도 포함될 수 있다.[382] 다만, 저작인격권을 절대적으로 강조하여 보호하고자 할 경우에는 그로 인해 권리보호와 공정

이용 사이의 미묘한 균형이 무너질 우려도 있으므로, 저작인격권도 사회통념상 합리적인 범위 안에서는 적절한 제한이 필요하다. 우리 저작권법 제12조 제2항 단서 및 제13조 제2항 각호에 이미 그러한 제한사유가 반영되어 있으므로, 공정이용의 경우에 그에 필요한 한도에서 부득이하게 저작물등을 변경하는 경우는 동일성유지권의 제한사유가 될 수 있도록 하여 공정이용에 있어 저작인격권 보호가 지나치게 걸림돌이 되지는 않도록 하고 있다. 그러나 이러한 규정이 공정이용의 판단에 있어서 저작인격권을 무시하여도 좋다는 것은 결코 아니므로, 공정이용 여부를 판단할 때 저작자의 저작인격권이 부당하게 해쳐지지 않도록 유의하여야 할 것이다. 저작권자등의 '정당한' 이익이 '부당하게' 해쳐지는 경우인지 여부에 대한 판단은 구체적, 개별적으로 사안에 따라 신중하게 이루어져야 할 것인데, 개정 저작권법상, 그 판단에 있어서는 역시 XI-1부터 XI-4까지에서 설명하는 네 가지 요소들을 종합적으로 고려하여야 한다.

378) 우리 저작권법 제1조는 "이 법은 저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지함을 목적으로 한다"고 규정하고 있다.

379) 그러한 의미에서 'certain special case'라는 표현은 실질적으로 'some special cases'라는 표현과 동일시할 수 있다고 본다. Martin Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test - An Analysis of the Three-Step Test in international and EC Copyright Law*, 2004(이하 Martin Senftleben(2004)라고만 표시), 134-137

380)Martin Senftleben(2004), 137-138

381) 임원선(2009), 165면

382) Martin Senftleben(2004), 219-221

XI-1. 영리성 또는 비영리성 등 이용의 목적 및 성격 (제35조의 3 제2항 제1호)

공정이용 여부의 판단에 있어서는 첫 번째로, 저작물등의 이용의 목적 및 성격을 고려하여야 한다. 이것이 공정이용 판단의 제1요소이다. 여기서 고려되어야 할 구체적인 요소들을 나누어 살펴보면, 다음과 같다.

[요약]

XI-1-a. 이용이 영리적 목적을 가진 것인지 여부
XI-1-b. 이용이 사적(私的)인 성격을 가지는지 여부
XI-1-c. 이용이 '변용적 이용' 또는 '생산적 이용'의 성격을 가지는지 여부
XI-1-d. 이용의 목적이 공익적 가치를 가지고 있는지 여부
XI-1-e. 이용이 '부수적 이용'으로서의 성격을 가지고 있는지 여부
XI-1-f. 저작물을 이용하게 된 경위 등이 정당한지 여부 등
XI-1-g. 패러디의 경우

XI-1-a. 이용이 영리적 목적을 가진 것인지 여부

[설명]

(1) 저작물의 이용이 영리적 목적을 가진 것인지 여부는 법문 자체에서도 명시하고 있듯이 공정이용 판단의 제1요소를 판단함에 있어서 중요한 고려요소가 된다. 그러나 영리적 목적을 가지면 언제나 공정이용이 될 수 없고 비영리적 목적을 위한 것이면 무조건 공정이용이 되는 것은 결코 아니다. 미국의 판례도 "저작물의 이용이 교육적이고, 영리를 목적으로 한 것이 아니라는 사실만으로 침해의 인정으로부터 자유로울 수 없는 것과 마찬가지로 이용의 상업적인 성격만으로 공정이용의 인정이 전적으로 배제되는 것은 아니다"라고 하고 있다.[383)]

383) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569

그렇지만 이용의 목적이 영리적인 성격을 가질 경우가 그렇지 않은 경우에 비하여 공정이용으로 인정되기에 불리한 면이 있고, 거꾸로, 이용의 목적이 비영리적인 성격을 가질 경우가 상대적으로 유리한 면이 있는 것은 사실이다. 우리나라 판례가 공표된 저작물의 인용에 관한 저작권법 제28조의 적용과 관련하여 "이 경우 반드시 비영리적인 목적을 위한 이용만이 인정될 수 있는 것은 아니라 할 것이지만, 영리적인 목적을 위한 이용은 비영리적 목적을 위한 이용의 경우에 비하여 자유이용이 허용되는 범위가 상당히 좁아진다"고 판시해 온 것[384]은 보충적 일반조항인 제35조의 3에 대하여도 마찬가지로 적용될 것이다.

(2) 영리적 목적의 이용이라고 해도 그 안에는 그 상업성의 정도에 있어 매우 다양하고 광범위한 스펙트럼이 있다. 그 스펙트럼의 한 쪽 끝에는 이용자의 상품 광고에 사용하는 것이 있고, 다른 한 쪽 끝에는 시청료를 받고 뉴스보도를 하는 공영방송의 경우 또는 비영리 공익법인이 그 사업목적에 따라 책을 판매용으로 출판하는 경우 등에서의 저작물 이용이 있다.[385] 이처럼 서로 다른 상업성의 정도도 공정이용의 판단에 영향을 미칠 수 있다. 즉, 일반 상품광고의 경우는 가장 대표적으로 강하게 상업성을 띤 경우라고 할 수 있으므로, 공정이용의 인정범위가 상대적으로 가장 좁다고 할 수 있고, 시청료나 광고 등 수입으로 운영되는 방송사의 뉴스보도나 비영리 법인의 판매용 책자 출판과 같은 경우는 공정이용의 인정범위가 다른 영리 목적 이용의 경우에 비하여 상대적으로 넓은 것으로 보아야 할 것이다.

(3) 상품 광고의 경우가 영리성 또는 상업성의 정도가 가장 높은 편에 속하는 것은 사실이지만, 상품 광고에 저작물을 이용하는 경우라고 하여 그 저작물에 대한 공정이용의 가능성이 전적으로 부정되는 것은 아니다. 특히, 예를 들어 영화의 광고포스터 등과 같이, 광고가 특정한 저작물의 연장으로서의 의미를 가지고 있는 경우에는 그 상업성의 정도는 다소 완화

384) 대법원 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결 등

385) Melvile B. Nimmer, Dvid Nimmer, *Nimmer on Copyright* IV, 1995(이하 Nimmer(1995)라고만 표시), 13-164

되는 것으로 볼 수 있고[386], 따라서 공정이용의 인정 가능성이 상대적으로 넓어진다고 할 수 있다. 또한 상품 광고가 아니라 정치적인 광고[387] 등의 경우이거나 또는 상품광고 중에서도 다른 상품에 대한 비평의 요소를 내포한 '비교광고'의 경우[388] 등에는 표현의 자유 및 국민 또는 소비자의 '알 권리' 등의 측면에서 공정이용의 인정범위가 다소 넓어질 수 있는 측면이 있다.

(4) 영리목적이라고 함은 반드시 직접적으로 금전적 대가를 취득할 목적만을 의미하는 것이 아니라 간접적으로라도 이윤창출에 기여하고자 하는 것이라면 이에 해당한다. 따라서 기업 내부에 설치된 자료실 등의 직원이 조사 또는 연구의 목적으로 학술논문 등을 복제하는 것도 궁극적으로 기업의 이윤창출 활동에 기여하고자 하는 목적으로 행해지는 것인 이상 영리의 목적이 있는 것으로 볼 수 있다.[389] 또한, 출판되지 않은 종교적 서적을 무단 복제하여 교인들에게 배포하는 것도 이익을 취하는 행위이므로 직접적인 상업적 이익을 목적으로 하지 않는다는 이유로 첫번째 고려요소에서 유리하게 취급할 것은 아니라고 한 미국 판례가 있다.[390] 그 사건에서 영리적 목적의 유무 판단에 있어서 기준으로 삼은 것은 금전적

386) Leibovitz v. Paramount Pictures Corp. 137 F.3d(임신한 여성의 몸 위에 남자 배우의 얼굴을 결합하여 보여주는 사진이 개봉 예정인 영화의 광고포스터에 사용된 것이 임신한 여자배우, 데미 무어의 사진(원저작물)의 공정이용인지가 문제된 사건인데, 법원은 그 이용자가 필요 이상으로 저작물을 이용하지 않았고 소비자들이 원저작물인 사진 대신 패러디 사진을 구매할 가능성은 거의 없다는 점 등을 감안하여 그것을 공정이용으로 인정하였다.) ; Nimmer(1995), 13-165

387) MasterCard Intern. Inc. v. Nader 2000 Primary Committee, Inc., S.D.N.Y.2004, 70 U.S.P.Q.2d 1046, 2004 WL 434404(대통령 후보와 그의 정치적 조직이 금융서비스 회사의 저작물로서 서비스마크에 사용된 문구, 즉 "돈이 살 수 없는 것들이 있다. 그 밖의 모든 것들을 위해 마스터카드가 있다."를 정치적 광고에 사용한 것은 그 정치광고가 일종의 패러디로서 피고가 전하고자 하는 메시지의 내용이 원고의 광고와는 다르고 침해로 주장되는 광고의 사용이 저작물의 잠재적 시장 또는 그 가치에 악영향을 미치지도 않음을 감안할 때 공정이용에 해당한다고 보아야 한다.

388) Triangle Publications, Inc. v. Knight-Ridder Newspapers, Inc., C.A.5 (Fla.) 1980, 626 F.2d 1171, 207 U.S.P.Q. 977

389) American Geophysical Union v. Texaco Inc. 60 F.3d 913

390) Worldwide Church of God v. Philadelphia Church of God, Inc. 227 F.3d 1110

이익을 유일한 목적으로 하는지 여부가 아니라 통상의 대가를 지급하지 않고 저작물로부터 이익을 취하는 지위에 있는지 여부였다.[391] 이러한 기준에 따라, P2P 프로그램을 이용하여 불법복제 음원을 다운로드 받은 이용자들에게도 '영리의 목적'이 있는 것으로 인정된 바 있다.[392]

(5) 비록 영리의 목적으로 타인의 저작물을 이용하였고, 그것이 큰 상업적 성공을 거둔 경우라 하더라도, 예를 들어 타인의 음악저작물을 패러디하여 만든 악곡이 실린 판매용 음반이 큰 성공을 거둔 경우[393]나 타인의 저작물을 인용한 전기저작물이 베스트셀러가 된 경우[394]와 같이, 저작물의 이용이 가지는 다른 여러 가지 가치, 효용 등의 측면을 다른 고려사항들과 함께 고려하여 공정이용으로 인정한 사례들이 있다. 우리나라의 경우에도 공정이용에 관한 보충적 일반조항이 입법화되기 전에 제28조를 적용한 사안이긴 하지만, 대법원 판례가 포털사이트에서 이미지 검색 서비스를 구축하여 서비스함에 있어서 타인의 사진저작물을 축소한 썸네일 이미지를 검색용으로 복제, 전송한 것을 공정한 인용으로 인정한 바 있는데[395], 그것은 그 서비스가 영리적·상업적인 성격을 가지고 있긴 하지만, 그러한 성격이 그다지 강하다고 할 수는 없는 반면, 그 서비스가 가지는 공익적 측면은 강하다는 점을 고려한 것이었다.[396]

---

391) Nimmer(1995), 13-166

392) A&M Records, Inc. v. Napster, Inc. 239 F.3d 1004. 이 사건에 적용된 미국 저작권법 제107조의 규정(개정 저작권법 제35조의 2의 규정에 상응하는 것)에 의한 '영리의 목적'을 판단함에 있어서 적용한 이러한 기준과 우리 저작권법 제30조의 '사적 이용을 위한 복제'의 요건과 관련하여 '영리의 목적'을 판단하는 기준은 서로 상이하다. 우리 저작권법 제30조를 적용할 때의 영리의 목적은 "소극적으로 저작물의 구입비용을 절감한다는 의미가 아니라 복제물을 타인에게 판매하거나 타인으로부터 복제의뢰를 받아 유상으로 복제를 대행하는 등 복제행위를 통하여 직접 이득을 취할 목적을 의미한다"고 해석되고 있음에 반하여[☞ 이에 대하여는 VI-b. (2)의 설명 참조], 공정이용 일반조항에 있어서의 영리의 목적은 직접적인 금전적 이득의 목적만을 뜻하는 것은 아니므로, 경우에 따라 판매용음원을 구입하는 돈을 절약하기 위한 것도 영리의 목적으로 인정될 수 있는 것이다.

393) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569

394) Rosemont Enterprises, Inc. v. Random House, Inc. 366 F.2d 303

395) 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 판결

396) 이 판결 및 그 원심판결에서 공정이용으로 판단한 데 전제가 된 고려요소들을 판결문으로부터 발췌, 인용해 보면, 다음과 같다. "피고인 주식회사 ○○○(이하 '피고인 회사'라 한다)의 검색사이트에 썸네일 이미지의 형태로 게시된 ○○○의 사진작품들은 ○○○의 개인

(6) 미국의 연방대법원은 Sony 사건에서 "저작물의 영리적 이용은 추정적으로 저작물의 불공정한 이용에 해당하지만, 비영리적 이용은 다른 문제이다. 저작물의 비영리적 사용을 침해라고 하기 위해서는 그 특정한 이용이 저작권자에게 해악을 끼친다는 것 또는 그것이 널리 만연하게 되면 저작물의 잠재적 시장에 부정적인 영향을 미칠 것이라는 것을 입증하여야 한다"고 판시한 바 있다.[397] 그러나 이후 Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc 사건에 대한 미국 연방대법원 판결은 Sony 사건에 대한 대법원의 위와 같은 판시내용은 단지 영리적 이용이 공정이용의 판단에 불리한 영향을 미칠 수 있다는 것을 뜻하는 것일 뿐이고, 영리적 이용(commercial use)에 추정적 효력을 부여하고자 한 것은 아니라고 하면

홈페이지에서 이미 공표된 것인 점, 피고인 회사가 썸네일 이미지를 제공한 주요한 목적은 보다 나은 검색서비스의 제공을 위해 검색어와 관련된 이미지를 축소된 형태로 목록화하여 검색서비스를 이용하는 사람들에게 그 이미지의 위치정보를 제공하는데 있는 것이지 피고인들이 ○○○의 사진을 예술작품으로서 전시하거나 판매하기 위하여 이를 수집하여 자신의 사이트에 게시한 것이 아닌 만큼 그 상업적인 성격은 간접적이고 부차적인 것에 불과한 점, ○○○의 사진작품은 심미적이고 예술적인 목적을 가지고 있다고 할 수 있는 반면 피고인 회사의 사이트에 이미지화된 ○○○의 사진작품의 크기는 원본에 비해 훨씬 작은 가로 3㎝, 세로 2.5㎝ 정도이고, 이를 클릭하는 경우 독립된 창으로 뜬다고 하더라도 가로 4㎝, 세로 3㎝ 정도로 확대될 뿐 원본 사진과 같은 크기로 보여지지 아니할 뿐만 아니라 포토샵 프로그램을 이용하여 원본 사진과 같은 크기로 확대한 후 보정작업을 거친다 하더라도 열화현상으로 작품으로서의 사진을 감상하기는 어려운 만큼 피고인 회사 등이 저작물인 ○○○의 사진을 그 본질적인 면에서 사용한 것으로는 보기 어려운 점, 피고인 회사의 검색사이트의 이 사건 썸네일 이미지에 기재된 주소를 통하여 ○○○○○의 홈페이지를 거쳐 ○○○의 홈페이지로 순차 링크됨으로써 이용자들을 결국 ○○○의 홈페이지로 끌어들이게 되는 만큼 피고인 회사가 ○○○의 사진을 이미지검색에 제공하기 위하여 압축된 크기의 이미지로 게시한 것이 ○○○○○의 작품사진에 대한 수요를 대체한다거나 ○○○○○의 사진 저작물에 대한 저작권침해의 가능성을 높이는 것으로 보기는 어려운 점, 이미지 검색을 이용하는 사용자들도 썸네일 이미지를 작품사진으로 감상하기보다는 이미지와 관련된 사이트를 찾아가는 통로로 인식할 가능성이 높은 점 및 썸네일 이미지의 사용은 검색사이트를 이용하는 사용자들에게 보다 완결된 정보를 제공하기 위한 공익적 측면이 강한 점 등 판시와 같은 사정 등을 종합하여 보면, 피고인 회사가 ○○○○○의 허락을 받지 아니하고 ○○○○○의 사진작품을 이미지검색의 이미지로 사용하였다고 하더라도 이러한 사용은 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 사용한 것으로 봄이 상당하다고 판단하였다. 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 사실인정과 판단은 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 채증법칙 위배로 인한 사실오인 또는 저작권법 제25조 소정의 정당한 이용에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다."

397) Sony v. Universal City 464 U.S. 417 at 451

서, 그러한 불리한 영향조차도 상황적 맥락에 따라 변동될 수 있다고 판시하였다.[398] 다만 이 판결에서도 순수한 복제의 방법으로 이용하는 것이 상업적 이용의 성격을 가진다면 그것은 공정이용이 아니라고 추정될 수 있다고 보았다.[399]

XI-1-b. 이용이 사적(私的)인 성격을 가지는지 여부

[설명]

(1) 미국 저작권법상으로는 사적 이용을 위한 복제에 관한 규정이 없으므로 사적인 이용을 위한 복제의 경우도 그 이용의 목적이 사적인 이용(private use)에 있다는 것을 중요한 고려사항의 하나로 하여 공정이용에 해당할지 여부를 판단하여 왔다.[400] 우리 저작권법의 경우에는 사적 이용을 위한 복제에 대하여는 별도의 권리제한규정(저작권법 제30조)을 두고 있으므로, 기본적으로는 그 규정에 의한 자유이용의 대상이 될지 여부를 판단하면 족하다고 할 수 있다. [☞ 사적 이용을 위한 복제등에 대하여 자세한 것은 이 가이드라인 VI의 설명 참조]

(2) 저작재산권의 권리범위에 속하는 이용행위 중 복제 또는 2차적 저작물 작성을 제외한 나머지 모든 이용행위들, 즉, 공연, 공중송신, 전시, 배포 등의 경우는 모두 그 개념 자체가 '공중'을 대상으로 한 이용행위를 뜻하는 것이므로 '공중'을 대상으로 하지 않는 사적인 연주 또는 가창, 사적인 송신, 가족 대상의 전시, 사적인 양도 또는 대여 등의 경우는 처음부터 저작재산권의 범위에 포함되지 않는 행위이므로 권리자의 허락을 받지 않아도 자유롭게 할 수 있다. 즉, 이러한 경우에 이용의 사적인 성격은 단순히 공정이용의 한 가지 판단요소에 불과한 것이 아니라, 저작권자의 배타적 권리 범위에 개념적으로 포함될지 말지를 좌우하는 요소가 되며,

398) 510 U.S. 569 at 585
399) 510 U.S. 569 at 591
400) Sony v. Universal City 464 U.S. 417, 104 S.Ct. 774

그 이용이 사적인 성격을 가질 경우, 다른 요소를 더 살펴볼 필요 없이 자유이용의 대상이 된다.

나머지 두 가지의 이용행위 유형 중 복제는 사적 이용을 위한 복제의 요건을 갖출 경우 저작권법 제30조의 규정에 의한 자유이용의 대상이 될 수 있고, 그러한 경우에는 저작권법 제36조에 의하여 번역·편곡 또는 개작하여 이용하는 것도 허용되므로, 나머지 한 가지 이용행위 유형인 '2차적 저작물 작성'도 법 제30조의 요건을 갖춘 경우이기만 하면 자유이용의 대상이 된다.

전체적으로 정리를 해 보면, 사적인 이용을 목적으로 한 복제 및 2차적 저작물 작성은 저작권법 제30조의 조건을 모두 충족할 경우에 그 규정에 의한 공정이용이 성립하여 자유이용의 대상이 되고, 나머지의 경우에는 사적인 성격의 이용이면 처음부터 저작재산권의 권리범위에 포함되지 않아 자유이용의 대상이 된다. 이 두 가지의 이용행위가 결합된 경우에는 역시 자유이용의 대상이 될 수 있다. 예를 들어 사적인 이용을 위한 복제로서 제30조의 조건을 충족한 복제행위와 사적인 성격을 가진 송신행위가 결합된 경우라고 할 수 있는, 특정한 친구 한 명을 대상으로 한 이메일 송신 행위는 그 과정에 수반되는 복제는 사적 이용을 위한 복제로서 저작권법 제30조에 의하여 허용되고, 그러한 송신행위가 공중을 대상으로 한 것이 아니어서 저작권법 상 공중송신(전송)에 해당하지 않아 저작권자의 배타적 권리가 미치지 아니하므로 결과적으로 자유이용의 대상이 된다.

XI-1-c. 이용이 '변용적 이용' 또는 '생산적 이용'의 성격을 가지는지 여부

[설명]

(1) Acuff-Rose 사건에서 미국 연방대법원은 공정이용의 첫 번째 고려요소인 '이용의 목적 및 성격'에 관한 판단에 있어서 가장 핵심적인 것은 "그

이용이 단순히 이용되는 저작물을 대체(supersede)하는 것인지 아니면 그 이용이 원저작물을 새로운 표현, 의미, 메시지로 변경하는 변용적인 것인지 여부 및 만약 그러하다면 어느 정도로 그러한지 여부"의 판단이라고 하였다.[401] 즉, 그 이용이 '변용적 이용(transformative use)'[402]에 해당할 경우에는 공정이용에 해당할 가능성이 상대적으로 높고, 그렇지 않고 '대체적 이용'에 해당할 경우에는 공정이용에 해당할 가능성이 상대적으로 낮다는 것이다.

(2) 변용적 이용에는 저작물 자체의 변형을 수반하는 경우도 있지만, 반드시 그러한 경우에 한정되지 않고 기존 저작물을 새로운 정보 제공 등의 용도로 복제하는 등의 경우도 포함될 수 있다.[403] 예를 들어, 포털 등의 웹사이트에서 이미지 검색서비스를 제공하기 위한 준비과정에서 타인의 사진저작물 또는 미술저작물에 해당하는 이미지파일을 복제하는 것은 저작물을 변형하는 것이 아니지만, 인터넷 검색서비스를 통해 이용자들에게 '새로운 정보'를 제공하기 위한 복제라는 이유로 공정이용에 해당하는 것으로 인정한 사례들이 있다.[404]

(3) 변용적 이용과 관련하여 한 가지 주의를 요하는 것은, 저작권법에서 저작권자에게 2차적 저작물 작성권을 인정하고 있는 이상, 2차적 저작물에

---

401) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc 510 U.S. 569 at 569

402) 영어 'transformative use'를 '변형적 이용'이라고 번역하는 예가 많으나, '변형적'이라는 말이 저작물 자체의 변형을 의미하는 것으로 오해될 여지가 많다고 여겨져, 여기에서는 그것을 사용하지 않고 대신에 '변용적 이용'이라는 표현을 사용하기로 하였다. '변용적 이용(transformative use)'은 저작물 자체의 변형을 수반하는 경우도 있지만 그렇지 않은 경우도 있고, 저작물 자체의 변형은 우리 저작권법상 저작인격권 중의 하나인 동일성유지권과의 관계에서 문제가 될 수 있는 부분도 있음을 감안할 때, 공정이용 인정에 유리한 요소로서 '변형적 이용'이라는 표현을 사용하는 것이 여러 가지 혼란을 초래하는 면이 있다고 생각되기 때문이다. 그런데 '변용적 이용'도 근본적으로 강조하는 중점은 변용(transformation)에 있고, 그 결과로서의 생산적인 면에 있는 것이 아닌데, 실질적으로 공정이용의 판단에 긍정적으로 기여할 수 있는 것은 변용이 아니라 생산적인 결과라는 관점에서 '생산적 이용'이라는 말을 사용하는 것이 보다 적합할 수 있다는 것은 아래 (5)에서 설명하는 바와 같다.

403) 미국 판례 가운데는 변용적 이용으로 인정되려면 저작물 자체의 변형을 요한다고 본 사례들도 있으나 보다 주류적인 판례들은 저작물 자체의 변형이 없더라도 그것이 새로운 맥락(context) 속에 이용된 것도 변용적 이용으로 보는 입장을 보이고 있다. Paul Goldstein, *Goldstein on Copyright*(3d ed. 2008), 12:51-53

404) Kelly v. Arriba Soft Corp. 336 F.3d 811; Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc. 508 F.3d 1146

해당할 정도로 원저작물에 새로운 창작성을 부가하였다는 이유만으로 공정이용으로 인정되는 것은 아니며, 그러한 경우에 원칙적으로는 2차적 저작물 작성권을 가진 저작권자의 허락을 받아야 한다는 것이다. 2차적 저작물을 작성하더라도 원저작물에 대한 대체적 성격이 클 경우에는 변용적 이용이라고 볼 수 없을 것이다.[405] 그렇지 않고 변용적 이용에 해당하는 경우라 하더라도, 변용적 이용이라고 하는 것은 공정이용의 판단에서 고려할 여러 가지 요소 중의 하나에 불과하고, 나머지 고려요소들을 종합하여 최종적인 결론을 내려야 한다. 인용·패러디 등의 경우를 제외하고 일반적으로는 2차적 저작물 작성에 관한 시장도 저작물에 대한 통상의 시장이 될 수 있으므로, 2차적 저작물 작성을 너무 쉽게 공정이용으로 인정할 경우 저작물의 잠재적 시장에 부당한 영향을 미치는 것이 될 수 있음을 유의하여야 한다. 그렇다면, 변용적 이용이란 2차적 저작물의 범위를 넘어서서 완전히 독립 별개의 새로운 저작물을 작성한 경우에만 인정되는 것일까? 그것은 아니다. 만약 그러한 경우라면 그것은 그 자체로 이미 저작권침해가 될 수 없는 경우이므로, 공정이용이 문제될 수 있는 영역이 아니다. 타인의 저작물(원저작물)을 이용하여 무언가를 만든 것이 공정이용에 해당하는지 여부, 그와 관련하여 변용적 이용에 해당하는지 여부를 따지는 것은 그 무언가가 원저작물의 복제물이거나 아니면 2차적 저작물에 해당함을 전제로 하는 것이다. 그러한 경우 중에서, 그것이 위에서 본 바와 같은 변용적 이용에 해당할 경우에 그것이 가지는 생산적이고 창조적인 요소를 다른 여러 요소와 함께, 공정이용의 판단에 있어서 긍정적인 관점으로 고려할 수 있다고 생각하면 족할 것이다.

(4) 또한 저작물 자체의 변형은 우리 저작권법상 저작자의 저작인격권인 동일성유지권의 침해가 될 소지도 있고, 동일성유지권을 충분히 존중하지 않는 것은 3단계 테스트와의 관계에서 저작권자의 이익을 부당하게 해치는 것으로 볼 수도 있다. 따라서 저작물의 변형 또는 변경행위 자체는 공정

405) 예를 들어, 번역은 2차적 저작물 작성행위의 대표적인 예이지만, 번역은 변용적 이용이라고 보기 어렵다. *see* Nihon Keizai Shimbun, Inc. v. Comline Business Data, Inc. 166 F.3d 65

이용의 판단에서 반드시 유리한 영향만 미치는 것이 아니라는 것을 염두에 둘 필요가 있다. 변용적 이용에 있어서 공정이용의 판단에 긍정적으로 영향을 미칠 수 있는 것은 그러한 이용행위의 결과로서 사회적 부요를 증대시킬 수 있는 "새로운 정보, 새로운 미감, 새로운 통찰과 이해가 창조"된다는 것에 있지, 그 과정에 수반되는 저작물의 변경 등 행위 자체에 있는 것은 아니라고 말해도 틀린 말은 아닐 것이다. 그러한 생산적 결과 등을 종합하여 신중하게 판단한 결과로서 그 이용행위가 공정이용에 해당하는 것으로 볼 경우에 그것을 위해 부득이하게 저작물을 변경한 행위에 대하여는 동일성유지권에 대한 제한사유(제13조 제2항 제5호)가 적용되어 저작인격권침해의 책임으로부터도 벗어날 수 있는 것으로 보게 될 것이다.

(5) 그런 관점에서 보면, '변용적 이용'보다는 미국 법원이 Sony사건 판결[406] 등에서부터 전통적으로 사용해 온 '생산적 이용'이라는 말을 쓰는 것이 보다 바람직한 면이 있다. 그리고 위에서 본 바와 같이, '변용적 이용'이라는 말을 공정이용의 판단요소의 하나로 처음 제시한 Pierre N. Leval의 글도 변용적 이용을 사실상 '생산적 이용'과 동의어로 사용하고 있음을 알 수 있다. 그리고 최근 우리나라의 하급심 판결이 공표된 저작물의 인용에 관한 저작권법 제28조에서 "공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다"고 규정하여 그 인용의 목적으로 보도·비평·교육·연구 등을 나열하고 있는 것과 관련하여, "위 규정에 열거된 목적은 예시적인 것이고 열거적인 것이 아니며 다만 그 인용이 창조적이고 생산적인 목적을 위하여 타인의 저작물을 이용하는 것이어야 한다고 할 것"이라고 하여 "창조적이고 생산적인 목적"을 강조하고 있는 것도 비슷한 맥락이라고 할 수 있다.[407]

---

406) Sony v. Universal City 464 U.S. 417 at 455

407) 이른바 '손담비 사건'에 대한 서울남부지방법원 2010. 2. 18. 선고 2009가합18800 판결. 이 판결은 "이 사건 동영상은 원고의 어린 딸이 이 사건 저작물의 일부분을 불완전하게 따라 부르면서 춤을 추는 것을 촬영한 것인 점, 이 사건 게시물에는 이 사건 동영상에 덧붙여 '그런데 도대체 이 노래를 어디서 보고 들은 것이기에 이렇게 따라 하는 것일까요? 집에

(6) '변용적 이용' 또는 '생산적 이용'은 공정이용의 필수적 요건은 아니라는 것이 미국 판례의 태도이다. Sony 사건에서 항소심 판결은 생산적 이용일 것을 공정이용의 필수요건으로 보았으나, 연방대법원은 "의회는 단지 공정이용의 분석이 이해관계의 미묘한 균형을 잡아 줄 것을 요구하였을 뿐이다. 생산적인 이용과 비생산적인 이용 사이의 구별은 그 균형점을 찾는 데 도움이 될 수는 있지만, 그것이 전적으로 결정적인 기준이 될 수는 없다."고 판시하였다.[408] Sony 사건에서 문제된 것은 TV 방송을 다른 편한 시간대에 보기 위한 목적으로 가정용 VTR로 녹화해 두는 행위가 공정이용에 해당하는가 하는 것이었는데, 그 행위는 생산적인 이용은 아니지만, 사적인 목적의 비영리적인 이용이라는 점 등을 감안할 때 공정이용에 해당할 수 있는 것으로 본 것이다.[409] Acuff-Rose 사건의 연방대법원 판결도 변용적 이용의 중요성을 상당히 강조하면서도 Sony판례의 입장을 존중하여 그것이 공정이용의 필수적 요소는 아니라고 인정하였다.[410] 물론 그것이 필수적인 요소는 아니라도 하여도 비생산적 이용이나 단순복제 등의 경우에 비하여 공정이용에 유리한 요소로 작용할 가능성이 많음은 부정할 수 없다.

(7) 변용적 이용 또는 생산적 이용에의 해당여부를 판단함에 있어서 하나의 기준이 되는 것은 저작물을 이용하는 목적 및 그것이 이바지하는 기능이 원저작물의 목적 또는 기능과 동일한지 여부이다. 그것이 동일한 경우에

서는 거의 가요 프로그램을 보질 않는데 말입니다. 뭐 그냥 저냥 웃으면서 보기는 했는데, 너무 아이가 춤과 노래를 좋아하는 것은 아닐런지 걱정스럽기도 합니다. 그리고 좀 더 소녀 취향의 노래를 불러 주었으면 좋겠는데 말이지요.'라는 내용의 글과 기타 같은 장소에서 원고의 딸을 촬영한 별개의 사진들이 함께 게시되어 있는 점 등은 별지 제2목록 기재와 같은 바, 이를 종합하여 보면 원고는 가족여행 중에 있었던 어린아이인 원고의 딸의 귀엽고 깜찍한 행동에 대한 기록과 감상, 대중문화가 어린 아이에게 미친 영향 등에 대한 비평 등을 담아 이 사건 게시물을 작성하고 공개한 것으로서 이는 창조적이고 생산적인 목적에 의한 것임을 인정할 수 있으며, 기타 원고가 이 사건 저작물의 상업가치를 도용하여 영리목적을 달성하고자 했다는 등의 사정은 찾아볼 수 없다."고 판시하여 해당 사건에 대하여 생산적 이용으로서의 목적 또는 성격을 인정하고 있다.

408) Sony v. Universal City 464 U.S. 417 at 455

409) Sony 사건의 사안에 대하여는 우리나라 저작권법 하에서라면 사적 이용을 위한 복제에 관한 제30조가 적용될 것이나, 미국 저작권법상은 이러한 경우에 대한 별도의 면책조항이 없으므로 공정이용에 관한 일반조항이 적용된다.

410) 510 U.S. 569 at 579

는 변용적 이용이라고 보기 어렵고, 공정이용의 다른 고려요소의 면에서도 불리하게 판단될 가능성이 높을 것이다. 이와 관련하여 "어느 교사에 의하여 케익 장식을 가르치기 위한 목적으로 준비된 '학습활동 패키지'가 케익 장식에 관한 소책자에 대하여 등록 저작권을 보유하고 있는 공립학교 교사의 소책자 집필과 동일한 목적에 기한 것이라는 사실은 공정이용의 인정에 부정적인 영향을 미친다"고 본 판례[411]가 있다. 또 다른 판례[412]에서는 "피고의 저작물 사용은 그 이용이 원고의 것과 다른 기능에 이바지하는 것이면 공정하다고 인정될 가능성이 상대적으로 높아진다"고 판시한 바 있다.

XI-1-d. 이용의 목적이 공익적 가치를 가지고 있는지 여부

[설명]

(1) 이용의 목적이 공익적 가치를 가지고 있는지 여부는 공정이용의 판단에 상당히 중요한 요소라고 여겨진다. 미국 저작권법 제107조는 공익적 가치를 가지는 목적으로서 "비평, 논평, 시사보도, 교수(학습용으로 다수 복제하는 경우를 포함), 학문, 또는 연구 등"을 나열하고 있다. 우리 저작권법은 제35조의 2에서 그러한 목적을 나열하고 있지 않으나, 역시 중요한 공정이용조항의 하나라고 할 수 있는 저작권법 제28조가 보도·비평·교육·연구 등의 목적을 나열하고 있다. 미국 저작권법 제107조에 나열된 목적이나 한국 저작권법 제28조에 나열된 목적이나 모두 예시적인 성격의 것이고[413] 그 외에도 공정이용을 인정하기에 유리한 목적들이 있을 수 있으나, 이와 같이 공정이용의 목적으로 나열된 보도, 비평, 교육, 연

411) Marcus v. Rowley, C.A.9 (Cal.) 1983, 695 F.2d 1171, 217 U.S.P.Q. 691

412) Hustler Magazine, Inc. v. Moral Majority, Inc., C.D.Cal.1985, 606 F.Supp. 1526, 226 U.S.P.Q. 721

413) 미국 저작권법 제107조에 나열된 목적이 예시적이라는 것에 대하여는 Ringgold v. Black Entertainment Television, Inc. 126 F.3d 70, 우리 저작권법 제28조에 나열된 목적이 예시적이라는 것에 대하여는 서울고등법원 1996. 10. 8. 선고 96나18627판결 등을 각 참조.

구 등의 목적에 해당할 경우에는 공정이용의 판단에 유리한 요소가 될 수 있다. 물론 그 영향이 절대적인 것은 결코 아니며, 여러 가지 요소들을 함께 고려하여 신중하게 결론을 내려야 한다. 우리 저작권법은 보도, 비평, 교육, 연구 등의 목적으로 '인용'하는 경우에 대하여 제28조[☞ 그 적용의 조건에 대하여는 이 가이드라인 IV의 설명 참조]를 두고 있고, 그 외에도 보도 과정에서 보이거나 들리는 저작물의 이용에 관하여 제26조[☞ 그 적용의 조건에 대하여는 이 가이드라인 III-2의 설명 참조]의 규정을 두고 있으며, 학교교육 목적 등에의 이용에 대하여는 제25조[☞ 그 적용의 조건에 대하여는 이 가이드라인 II-1의 설명 참조], 역시 교육과 관련된 것으로 볼 수 있는, 시험문제로의 복제등에 대하여는 제32조[☞ 그 적용의 조건에 대하여는 이 가이드라인 II-2의 설명 참조]를 각 두고 있고, 연구와 관련된 이용으로서 도서관 등에서의 저작물 이용에 관해서는 제31조[☞ 그 적용의 조건에 대하여는 이 가이드라인 VII의 설명 참조]의 규정을 두고 있다. 이와 같이 특별한 규정이 있는 경우에 대하여는 기본적으로 그 규정의 적용조건을 충족할 경우에 공정이용으로 인정되는 것으로 볼 수 있으나, 그러한 특칙규정에 해당하지 않을 경우에도 여러 가지 고려요소들을 감안할 때 예외적으로 보충규정인 제35조의 2의 일반조항에 해당하는 경우가 있을 수 있고, 그 경우에, 그 목적이 가지는 공익적 가치는 긍정적인 고려요소가 될 수 있을 것이다.

(2) 공공기관에서 업무상으로 이용할 경우에는 공익적 가치가 인정될 가능성이 높으나, 그 공익적 가치를 절대화하여 공정이용을 너무 쉽게 인정하는 것은 바람직하지 않다. 공공기관에서의 이용과 관련하여서는 우리 저작권법 제23조가 "재판절차를 위하여 필요한 경우이거나 입법·행정의 목적을 위한 내부자료로 필요한 경우에는 그 한도 안에서 저작물을 복제할 수 있다. 다만, 그 저작물의 종류와 복제의 부수 및 형태 등에 비추어 당해 저작재산권자의 이익을 부당하게 침해하는 경우에는 그러하지 아니하다."고 규정하고 있으므로[☞ 이 규정의 적용조건에 대하여는 I-2의 설명 참조], 기본적으로는 그 규정의 적용을 통해 해결하고, 그 규정에 해당하지 않는 경우 가운데, 여러 가지 고려요소를 종합할 때 공정이용을 인정할

만한 예외적인 경우에만 공정이용이 인정될 수 있을 것이다.

(3) 장애인을 위한 저작물의 이용의 경우도 공익적 가치를 높게 평가할 만한 경우라고 할 수 있다. 현행 저작권법 제33조가 시각장애인 등을 위한 저작물 이용을 일정한 조건 하에 자유이용의 대상으로 허용하고 있으나[☞ 제33조의 적용조건에 대하여는 VIII의 설명 참조], 아직 청각장애인 등을 배려하는 특별규정이 없는 점 등 입법적으로 개선이 필요한 점이 없지 않다. 따라서 이후 법 개정이 기대되는 부분이 있으나, 그러한 법 개정이 이루어지기 전이라도, 장애인을 위한 저작물 이용으로서 공익적 가치를 가지는 한편, 저작권자의 이익을 부당하게 해치지 않는 이용이라고 보이는 경우에 대하여는 이 규정에 따른 공정이용으로 보아 허용하여야 할 경우가 있을 수 있다.

(4) 온라인상의 새로운 이용행위 중에서도 공익적 가치를 인정할 수 있는 경우가 있을 수 있다. 우리 대법원 판례가 명시적으로 공익적 가치가 있다고 인정한 예로서는 웹상에서 이미지 검색서비스를 구축하여 제공함에 있어서, "사용자들에게 보다 완결된 정보를 제공하기 위해 썸네일 이미지를 사용"한 경우를 들 수 있다.[414] 또한 일반 네티즌들의 온라인상의 일상적 표현활동도 인터넷상의 표현의 자유 또는 문화적 다양성 등의 공익적 가치의 관점에서 조명될 수 있다. 딸이 유명가수의 춤동작을 흉내내면서 그 노래를 부르는 장면을 촬영한 동영상을 인터넷 블로그 등에 올리면서 간략한 코멘트를 단 네티즌의 행위와 관련하여 서울남부지방법원 2010. 2. 18. 선고 2009가합18800 판결이 "이 사건 저작물을 활용한 UCC 형태의 이 사건 동영상, 게시물 등을 복제하고 공중에 공개하는 것을 제한함으로써 저작권자가 얻는 이익에 비하여 그로 인해 초래될 수 있는 저작권자의 잠재적인 불이익과 표현 및 문화예술의 자유에 대한 지나친 제약, 창조력과 문화의 다양성의 저해, 인터넷 등의 다양한 표현수단을 통해 누릴 수 있는 무한한 문화 산물의 손실이 더 크다고 판단되므

414) 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793판결. 공정이용에 관한 일반조항이 마련되지 않은 상태에서, 공표된 저작물의 인용에 관한 제28조의 규정을 적용하였으나, 개정 저작권법 하에서는 일반조항인 제35조의 2를 적용하여 결론을 내리는 것이 타당할 것으로 보이는 사안에 대한 판결이다.

로, 이러한 측면에서도 원고의 이 사건 게시물은 피고 협회가 보유하는 저작재산권이 저작권법으로 정당하게 제한받고 있는 범위 내에서 피고 협회의 저작물을 인용한 것이라 하겠다"고 판시한 것에 그러한 관점이 반영되어 있다고 할 수 있다. 그러한 행위 하나만을 떼어 놓고 보면 공익적 가치와 무관한 것처럼 보일지라도, 그러한 행위를 허용할 때의 누적적 효과와 그 반면에서 그러한 행위를 제약할 경우의 누적적 효과를 비교할 때에 드러나는 공익적 가치의 득실이 있을 경우 그것이 중요한 요소로서 고려되어야 할 것이라고 보는 것은 타당하다고 할 수 있다. 그러나 인터넷 상의 표현의 자유의 측면만을 지나치게 강조함으로써 저작권자의 이익을 부당하게 해치는 결과가 되어서는 안 되므로, 이 부분의 판단에 있어서도 예민한 균형의식이 유지되어야 할 것이다.

(5) 산업적인 측면에 있어서는 독점의 방지와 경쟁의 촉진이라는 것이 하나의 공익적 가치로 인정될 수 있다. 우리 저작권법 제101조의 4[☞ 이 규정의 적용조건에 대하여는 이 가이드라인 X-2의 설명 참조]가 호환을 위한 프로그램코드 역분석(리버스 엔지니어링)을 공정이용으로 허용하고 있는 것은 그것이 경쟁의 촉진에 도움이 되기 때문이다. 미국 저작권법에는 우리 저작권법 제101조의 4에 상응하는 규정이 없지만, 미국의 법원은 공정이용 일반조항인 제107조에 의하여 타사의 게임콘솔과 호환되는 게임을 제작하기 위해 콘솔에 내장된 프로그램의 코드 역분석을 한 경우 등을 공정이용으로 인정한 바 있다. 리버스 엔지니어링 이외에도 산업상의 경쟁을 촉진하는 데 도움이 되는 이용에 대하여는 공익적 가치를 인정할 수 있으리라 여겨진다.

XI-1-e. 이용이 '부수적 이용'으로서의 성격을 가지고 있는지 여부

[설명]

(1) 우리 저작권법 제26조는 "방송·신문 그 밖의 방법에 의하여 시사보도를 하는 경우에 그 과정에서 보이거나 들리는 저작물은 보도를 위한 정당한 범위 안에서 복제·배포·공연 또는 공중송신할 수 있다"고 규정하고 있는데, 여기서 "그 과정에서 보이거나 들리는 저작물"을 특별한 의도 없이 보도 사진 또는 보도 영상에 이용하게 되는 것이 '부수적 이용(incidental use)'의 전형적인 예라고 할 수 있다. 저작권법 제26조는 시사보도의 목적이 가지는 공익적 가치와 함께 그러한 이용행위가 가지는 부수적 성격을 함께 고려하여 자유이용의 대상으로 한 것으로 볼 수 있다. 그런데 이러한 부수적 이용의 경우는 반드시 시사보도를 위한 경우가 아니더라도 저작권침해로 문제 삼기보다 자유이용의 대상으로 하는 것이 바람직한 경우가 많다. 특히 오늘날 인터넷 및 모바일 등의 다양한 채널을 통해 누구나 쉽게 대중을 상대로 한 표현활동을 할 수 있는 상황에서는 저작권법을 형식적으로 경직되게 적용할 경우에 저작권침해가 성립할 부수적 이용의 예가 부지기수로 많이 있을 수 있다.

그러한 점을 감안하여 EU 저작권지침 및 영국, 독일 등의 저작권법에서는 부수적 이용에 대하여 보다 포괄적으로 면책을 인정하는 규정을 두고 있다. 우리 저작권법상 별도의 규정이 없는 가운데서도, 어떤 저작물의 이용이 전혀 의도된 것이 아니고, 다른 목적으로 촬영하는 과정에서 우발적, 부수적으로 촬영대상에 일부 포함된 것과 같은 경우는 저작권법 제26조의 시사보도를 위한 이용에 해당하지 않더라도 아예 저작물의 이용에 해당하지 않는다고 보아야 한다는 견해[415]가 있다. 이 견해에서 그러한 상황으로 예를 드는 것에는 ① 어느 유명 인사를 인터뷰하는 과정에서 그 사람의 배경에 미술작품이 걸려 있어서 TV 방송이나 사진 중에 그 그림이 필연적으로 보이게 되는 경우[416], ② TV 방송에 출연한 사람

415) 오승종(2007), 584-585면; 허희성(2007), 208-209면; 加戸守行(2006), 288면
416) 오승종(2007), 584면; 加戸守行(2006), 288면 등.

이 입은 티셔츠에 미술저작물로 볼 수 있는 것이 그려져 있어, 그것이 방영된 경우[417] 등이 있다. 그 중 ①의 경우와 관련하여, 이 견해를 취하는 학설은 다음과 같은 보충 설명을 하고 있다.

"다만 그 배경에 있는 미술작품에 의식적으로 카메라의 초점을 맞추어 촬영하는 경우는 저작권이 작동할 수 있다. 이러한 의미에서 본다면 본조에서 사건 과정에서 나타나는 저작물이라고 하는 것은 저작물의 실질적 이용이라고 할 수 있는 경우를 말하는 것이고, 배경에 잠깐 나타나는 정도로서 크게 눈길을 끌지 못하는 정도라면 아예 저작물을 이용하는 것이 아니라고 보는 것이 옳다고 생각한다."[418]

이 견해는 이른바 '형식적 저작권 침해'를 저작권침해의 책임으로부터 면제할 수 있는 나름대로의 근거를 제공하고 있다는 점에서 주목할 만한 견해라고 할 수 있으나, "아예 저작물을 이용하는 것이 아니라고 보는" 근거가 불분명하고, 그 적용기준이 명료하지 않다는 것이 문제점으로 지적될 수도 있다.[419] 우리 저작권법상으로 공정이용에 관한 보충적 일반조항이 마련된 상황에서는 이러한 부수적 이용도 공정이용에 해당할 수 있는 것으로 보는 것이 타당할 것이다.

(2) 부수적 이용에 관한 권리제한규정[420]을 두고 있는 영국 저작권법상의 '부수적'이라는 말의 의미 등에 관하여 영국 법학자들은 다음과 같이 해석하고 있다.[421]

---

417) 오승종(2007), 585면

418) 오승종(2007), 584-585면. 허희성(2007), 208-209면 및 加戸守行(2006), 288면도 같은 취지의 언급을 하고 있다.

419) フエアユース研究会, 著作権・フエアユースの最新動向 - 法改正への提言, 第一法規, 2010, 34면(上野達弘교수의 의견) 참조

420) 제31조 (저작물의 부수적 수록)

(1)저작물의 저작권은, 미술저작물, 녹음물, 영화, 방송 및 유선 프로그램에의 부수적인 수록에 의하여는 침해되지 아니한다.

(2)제1항에 의하여 그 제작이 저작권 침해로 되지 아니하는 어떤 것의 복제물을, 공중에게 배포, 재생, 현시, 방송 또는 유선 프로그램 서비스에 수록하는 것은 저작권 침해가 되지 아니한다.

(3)음악저작물, 음악과 함께 말하여지거나 노래되는 가사 혹은 그러한 음악저작물이나 가사를 수록하고 있는 녹음물, 방송, 유선 프로그램은, 그것이 고의적으로 수록되었을 경우에는 다른 저작물에 부수적으로 수록된 것으로는 보지 아니한다.

421) Kevin Garnett et al., *Copinger and Skone James on Copyright*, *Volume*

"부수적(incidental)'이라고 하는 말의 의미는 음악저작물에 대하여 3항에서 특칙을 둔 것 외에는 일반적인 영어 단어의 의미로 해석될 수 있도록 의도적으로 아무런 정의규정을 두지 않고 있다. 모든 목적을 위해 정당화될 수 있는 명확한 정의규정을 두는 것은 불가능했다고 한다. 무엇이 부수적인지는 구체적인 사례에서 모든 상황을 종합하여 판단하여야 할 것이고, 반드시 비의도적(unintentional)인 것임을 의미하는 것은 아니다. 실제로도 비의도적이거나 비고의적인 수록에 한정되지 아니한다. 부수적인 저작물 이용과 필수적인 저작물이용 사이에 정확한 구별기준이 만들어질 필요는 없으며, 둘 사이의 이분법이 존재할 필요도 없다. 예컨대 어떤 예술작품이 사진사가 그 대상으로 하는 배경의 한 부분이기 때문에 사진에 들어갔다면, 그것은 별도로 삭제하지 않는 한 사진에 반드시 나타날 것이다. 그리고 그러한 의미에서 필수적이라고 말할 수도 있을 것이다. 그러나 그런 경우에도 그 수록이 부수적일 수도 있고, 부수적이지 않을 수도 있다. 유일한 의미 있는 질문은 당해 미술저작물, 녹음물, 영상저작물 또는 방송의 수록이 부수적이었는가 여부일 뿐인데, 그것은 다음의 질문과 연관된다. 즉 당해 저작물이 만들어진 정황과 관련하여 왜 그 저작물이 수록되었는가 하는 것이다. 상황에 따라서는 그것을 수록한 이유가 심미적인 경우뿐만 아니라 상업적인 이유에 있다고 하더라도 그 점에서 부수적이지 않다고 판단될 수 있다.[422)]"

즉, 영국의 학설 및 판례는 어떤 저작물이 다른 저작물에 포함된 이유가 심미적인 관점에서 필요하였거나 아니면 상업적 또는 영리적인 관점에서 필요하였다고 판단되면 그것은 부수적 이용이 아니라고 하는 판단기준만을 유의미한 기준으로 채택하고 있다고 할 수 있다.

(3) 역시 부수적 이용에 관한 권리제한규정[423)]을 두고 있는 독일 저작권법과

One(15th ed. 2005) 501-502

422) Football Association Premier League Ltd and others v Panini UK Ltd. 이 사건은 어린이들을 위한 축구 키트에 있는 유명한 축구선수들의 카드에 프리미어 리그 등의 로고가 나온 것이 부수적인 것인지가 문제 된 사건인데, 법원은 그 로고가 카드에 나오는 것이 고객을 끌기 위한 상업적 이유에서 필요하였다는 근거 하에 부수적인 이용으로 인정하지 않는 결론을 내렸다.

423) 제57조 (중요하지 아니한 부수적 저작물)

관련하여 독일의 사례 중에 위 규정이 적용된 것과 적용되지 않은 것을 살펴보면, 다음과 같다.[424]

① 독일 저작권법 제57조가 적용된 사례[425]

잡지의 표지에 「직업과 캐리어, 나는 장래 무엇이 되어야 할까?」라는 제호와 함께 실린 사진 속에 젊은 남성이 입고 있는 티셔츠의 영상이 포함되어 있었는데, 그 티셔츠에는 "Fallguy"라고 하는 문자와 자동차의 사진이 디자인되어 있었다. 이에 대하여, 그 티셔츠의 디자이너가 잡지사를 상대로 해당 티셔츠를 복제한 것이 저작권침해라는 이유로 소를 제기하였다. T 셔츠를 복제한 점에 대해 저작권 침해를 이유로 소를 제기했다.

뮌헨지방법원 및 항소심인 뮌헨 상급지방법원은 이 사건에 대해, 저작물의 복제에 해당하긴 하지만, 그 복제된 티셔츠는 잡지 표지 디자인의 중심적 부분을 구성하고 있지 않고, 그 티셔츠를 다른 디자인으로 바꾸어 넣었다고 해도 표지로서의 디자인을 해치지 않는 것으로 보이고(교체 가능성), 원고는 해당 "Fallguy"라고 하는 표기가 약 20년 전에 미국에서 방송된, 스턴트맨을 테마로 한 텔레비전 드라마의 제호이며, 따라서 직업을 테마로 한 잡지의 내용과 관련되어 이용되었다고 주장하고 있지만, 원래 해당 드라마는 독일에서는 완전히 다른 이름으로 방송된 것이어서 해당 표현을 가지고 스턴트맨이라고 하는 특정의 직업을 상기하기 어려운 점 등을 이유로 하여, 제57조를 적용하였다.

② 독일 저작권법 제57조의 적용이 부정된 사례[426]

가구 판매점의 카탈로그의 어느 면에, 상품인 소파의 거실에 고정된

복제, 배포 또는 공중재현의 본래적 대상 이외에 중요하지 아니한 부수적 저작물로서 저작물을 복제, 배포 또는 공중재현하는 것은 허용된다.

424) 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会　権利制限の一般規定ワーキングチーム , 権利制限一般規定ワーキングチーム　報告書 (平成２２年 1月), 18면 (http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/h21_shiho_07/pdf/shiryo_3_2.pdf)

425) OLG Muenchen, 13 3 2008, 29 U 5826/27

426) OLG Muenchen, 9 6 1988, 6 U 4132/87

사진이 있고, 그 소파 윗부분에 그림이 걸려 있었다. 이 그림의 저작자가 저작권 침해를 주장했다.

이 사건에서 법원은 그 그림의 디자인이 소파의 디자인과 잘 어울리고 있는 점을 파악하고, 그 그림을 다른 그림과 교환할 경우에는 전체의 디자인이 바뀌어 버린다는 것을 인정하여, 결과적으로 제57조의 적용을 부정하였다.

독일의 위 판례 입장은 영국의 학설 및 판례와 크게 다르지 않으나, 교체가능성이라고 하는 추가적인 기준을 제시하고 있는 것이 참고할 만한 부분이다.

(4) 미국의 판례 가운데도 영화에 다른 저작물이 부수적으로 촬영되어 들어간 경우에 대하여 공정이용을 인정한 사례들이 있는데, 그것은 그러한 경우에는 비록 전원고의 저작물이 전부 이용되었다 하더라도 원고의 저작물의 기능을 대체하는 것이 아니라는 점에 의하여 정당화될 수 있다고 보고 있다.[427] 최근에 문제가 된 이른바 렌즈 사건도 부수적 이용의 한 예라고 볼 수도 있는데[428], 이에 대하여 법원은 공정이용에 해당한다는 전제 하에 권리자의 OSP에 대한 삭제통지의 위법성을 긍정하는 결론을 내리고 있다.[429] 다만 미국의 판례 또는 학설은 부수적 이용의 기준을 명료하게 제시하고 있지는 못하다.

(5) 우리 저작권법상 위와 같은 영국 및 독일의 학설 및 판례에 의하여 부수

---

427) Ringgold v. Black Entertainment Television, Inc. 126 F.3d 70(2d Cir. 1997). 그럼에도 불구하고, 미국의 영화산업에서는 법적 분쟁의 발생을 방지하기 위해서 저작권에 의하여 보호되지 않는 배경 장면만을 촬영하기 위해 주의를 기울이고 있다고 한다. Melvile B. Nimmer et al., supra 13-222.

428) 사안의 내용은 다음과 같다. 2007년 2월 7일 원고 렌즈(Stephanie Lenz)는 자기 아들이 프린스의 노래 'Let's Go Crazy'를 배경으로 부엌에서 춤을 추고 있는 것을 비디오로 찍었다. 이 비디오는 29초 정도의 길이로서 비디오상의 음질은 그다지 좋지 않았으나 약 20초정도 프린스의 노래 'Let's Go Crazy'를 들을 수 있다. 2007년 2월 8일, 렌즈는 이 비디오에 'Let's Go Crazy #1'55)이라는 타이틀을 붙여서 자신의 친구들과 가족이 함께 볼 수 있도록 유튜브에 동영상으로 업로드하였다. 이에 대하여 저작권자 측에서 유튜브에 삭제통지를 함으로 말미암아 분쟁이 발생하였다. 김경숙, "UCC와 공정이용법리에 관한 미국 판례법리의 전개- 렌즈사건을 통해 본 DMCA상 공정이용의 새로운 해석 -", 계간 저작권 2008 겨울호, 134-135면 참조.

429) Stephanie Lenz v. Universal Music Corp., No 5:07-cv-03783 JF (N.D.Cal. filed Aug. 20, 2008).

적 이용으로 인정되는 경우, 즉 그 저작물이 촬영 등에 의하여 다른 저작물에 포함되어 있지만, 그 저작물이 들어가야 할 심미적 또는 영리적인 필요성이 인정되지 않거나 다른 것으로 교체해도 무방하였던 것으로 여겨지는 경우에는 부수적인 이용의 성격을 가지는 것으로 보아 공정이용으로 인정하는 데 유리한 요소로 고려하여야 할 것이다. 다만, 이러한 부수적 이용은 특별한 예외적인 경우 중의 하나일 뿐이므로, 부수적 이용의 성격이 없다는 것을 공정이용의 인정에 있어서 불리한 요소로 고려할 것은 아니다.

XI-1-f. 저작물을 이용하게 된 경위 등이 정당한지 여부 등

[설명]

(1) 미국 판례상으로 공정이용이 인정되기 위해서는 그 이용자의 행위가 신의성실의 원칙에 비추어 볼 때 정당한 것으로 인정되어야 하고, 거짓말 등으로 불법 또는 부당하게 저작물을 입수하여 이용한 경우 등에는 이른바 악의적 이용이라고 하여, 공정이용의 인정을 어렵게 하는 사유의 하나로 보고 있다. 예를 들어 사용목적에 대하여 거짓말을 하여 필름 프린트를 교부받은 후 얘기한 것과 다른 목적으로 이용하였다는 것은 공정이용을 부정할 하나의 근거가 된다고 본 판례가 있다.[430] 도난당한 원고를 그것을 알고 이용하는 경우도 마찬가지이나, 기술적 보호조치를 허락 없이 무력화하였다는 것만으로는 공정이용의 인정에 불리한 요소가 되지 않는다.[431]

(2) 그러나 협상 등 거래비용이 높지 않음에도 불구하고 저작권자의 동의를 구하지 않았다는 것만으로는 그러한 '악의적 이용'에 해당하지 않는다는 것이 미국의 다수 판례의 입장이다. 저작권자에게 허락 여부를 물어본 데

430) Roy Export Co. Establishment of Vaduz, Liechtenstein, Black Inc., 503 F.Supp. 1137(S.D.N.Y. 1980) at 1146

431) Nimmer(1995), 13-169.

대하여 저작권자가 거절을 하였음에도 불구하고 이용을 한 사실도 공정이용의 인정에 아무런 부정적 영향을 주지 않는다는 것이 지배적인 판례 및 학설의 입장이고[432], Acuff-Rose 사건에서 연방대법원도 같은 입장을 표명하고 있다.[433] 만약 판례가 그와 다른 입장을 표명하였다면, 공정이용인지 여부가 애매한 상황에서 권리자의 허락을 구하려는 노력을 가로막는, 바람직하지 않은 결과가 초래되었을 가능성이 있다.

(3) 저작자의 저작인격권을 존중하기 위한 노력이 잘 기울여졌는지 여부는 공정이용 판단에 있어서 하나의 중요한 고려요소가 될 수 있다. 사회통념에 비추어 볼 때 부득이한 경우가 아니라면 저작자의 성명을 포함한 출처를 표시하고, 저작물의 불필요한 개변을 하지 않도록 주의할 필요가 있다.

XI-1-g. 패러디의 경우

[설명]

(1) 패러디의 의의 : 패러디는 일반적으로 해학적인 비평 형식의 예술표현기법 또는 이러한 기법으로 작성된 저작물을 지칭하는 용어로 알려져 있다.[434] 패러디에 대하여는 프랑스 저작권법 제122조의 5 제1항 제4호[435] 등과 같이 명시적으로 권리제한사유로 허용하고 있는 입법례도 있

---

432) Nimmer(1995), 13-168.

433) Campbell v. Acuff-Rose Music 510 U.S. 569 at *585. 이 사건에서 미 연방대법원은 "우리는 2 Live Crew의 원저작물 사용에 대한 허락 요청이 공정이용의 인정에 불리한 요소로 고려되어야 한다는 Acuff-Rose의 주장을 받아들이지 않는다. 비록 선의가 공정이용에 중심적 지위를 갖지만, 2 Live Crew의 행동은 반드시 그들이 그들의 버전이 공정이용이 아니라고 믿었음을 뜻하는 것이 아니다. 그 요청은 단지 지금 제기된 것과 같은 소송의 피하기 위한 선의의 노력으로 행해진 것일 수 있다. 그 사용이 권리자의 허락 없이도 공정한 것이라면 아무런 허락이 요청되거나 주어질 필요가 없다. 따라서 저작물을 사용하는 데 대한 허락이 거절된 사실은 공정이용의 인정에 불리한 요소로 작용하지 않는다."라고 판시하였다.

434) 김원오, "패러디 항변을 둘러싼 저작권법상 쟁점과 과제", 계간 저작권 2001년 겨울호(제56호), 저작권심의조정위원회, 2001, 13면 참조

435) 제122조의 5 (1) 저작물이 공표되었을 경우에는 저작자는 다음 각 호의 행위를 금지할 수 없다.

제4호 패러디, 파스티슈 및 풍자화. 다만, 해당 분야의 규칙을 고려한다.

지만, 대부분의 나라에서 특별한 규정을 두고 있지는 않다. 미국 저작권법 상으로도 따로 규정을 두고 있지는 않으나, 판례는 일정한 요건을 갖춘 패러디를 공정이용의 한 유형으로 인정하고 있다. 미국 판례는 패러디를 "타인의 저작물의 언어적 표현 또는 스타일이 매우 흡사하게 모방되거나 흉내 내어져 코믹한 효과나 조소를 자아내는 것으로서 거기에 패러디 작가의 독창적인 관점을 반영하여 원저작물에 관한 비평적 논평이나 진술이 곁들여져 패러디에 그것의 유희적 기능을 넘어선 사회적 가치가 부여된 것을 말한다"고 정의하고 있다.[436]

(2) 공정이용의 추정 여부: 미국 판례는 패러디라는 이유만으로 공정이용이 추정되는 것으로 보고 있지는 않으며,[437] 패러디도 다른 논평이나 비평과 같이 공정이용의 판단에 유리한 지위를 주장할 수 있는 것으로 보고 있다.[438]

(3) 영리적 이용 및 변용적 이용 등 : 패러디가 영리적 이용과 결부된 것이라고 하여 공정이용을 인정할 수 없는 것은 아니며, 특히 성공적으로 잘 만들어진 패러디의 경우에 그것이 원저작물과는 완전히 다른 새로운 의미를 자아내고 원저작물과는 전혀 다른 기능을 수행한다는 의미에서 변용적 이용으로 인정될 가능성이 많다. 그러한 변용적 이용의 정도가 높게 인정될 경우에 이용의 영리성이 가지는 불리한 영향은 크게 줄어들 수 있다. '2 Live Crew'가 Roy Orbison의 노래 "Oh, Pretty Woman"을 패러디하여 랩버전의 "Pretty Woman"을 만들어 자신들의 음반에 수록하여 판매함으로써 상업적으로도 큰 성공을 거둔 사안과 관련하여, 미국 연방 대법원은 피고가 패러디한 것이 가지는 변용적 성격을 인정하면서, "새로운 저작물이 변용적일수록 공정이용의 판단에 불리할 수 있는 상업성과 같은 다른 요소들의 중요성은 줄어들 것이다. 비록 변용적 이용이 공정이용의 인정에 절대적으로 필요한 요소는 아니지만, 변용적인 저작물

436) Metro-Goldwyn-Mayer, Inc. v. Showcase Atlanta Co-op. Productions, Inc., N.D.Ga.1979, 479 F.Supp. 351, 203 U.S.P.Q. 822
437) Fisher v. Dees, C.A.9 (Cal.) 1986, 794 F.2d 432, 230 U.S.P.Q. 421.
438) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569

은 저작권의 틀 안에서 공정이용 법리를 통해 숨쉴 수 있는 공간이 보장되는 핵심에 위치한다."고 판시한 바 있다.[439]

(4) 패러디의 대상 : 위 (1)에서 살펴본 미국 판례의 패러디에 대한 정의는 원저작물을 비평의 대상으로 삼는 것을 전제로 하고 있어, 원저작물을 비평의 대상으로 하지 않고 단지 그것을 매개로 하여 사회, 정치, 문명 등을 비평의 대상으로 하는 이른바 '매개패러디'를 개념적으로 제외하고 있음을 알 수 있다. Acuff-Rose 사건의 대법원 판결도 "저작권법의 목적상, 패러디는 이전 저작자의 저작물의 어떤 요소들을 적어도 부분적으로 원저작자의 저작물에 대한 논평을 담은 새로운 저작물을 만들기 위하여 사용하는 것이다"라고 하여 적어도 부분적으로 직접적 패러디의 성격을 가질 것이 패러디의 조건임을 명백히 하였다.[440] 이와 같이 직접적 패러디에 대하여만 공정이용에 있어서 유리한 지위를 인정하는 것이 미국의 판례[441] 및 통설일 뿐만 아니라 우리나라의 학설상으로도 다수설이라고 할 수 있다.[442] 우리나라의 하급심판례 중에서도 공정이용에 관한 일반조항이 없는 상태에서 공표된 저작물의 인용에 관한 저작권법 제28조와의 관계에서 판단한 것이긴 하지만, 원저작물을 비평의 대상으로 한 경우에만 패러디로서의 자유이용이 허용될 가능성이 있다는 취지를 표명한 판례가 있다.[443]

---

439) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 at 579

440) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 at 580

441) Rogers v. Koons, 960 F.2d 301 : 이 사건에서 미국 연방 제2항소법원은 "조각가의 "한 줄의 강아지들"은 공정이용 법리와 관련하여 사진작가의 사진에 대한 패러디로 인정될 수 없는데, 그 이유는 사진작가의 "강아지들"이란 작품 자체는 부분적으로조차 패러디의 대상이 아니었기 때문이다. 복제된 저작물은 적어도 부분적으로 패러디의 대상이 되어야 하며, 그렇지 않으면 원저작물을 떠올릴 필요가 없을 것이다."라고 판시하였다.

442) 이해완(2007), 400면; 오승종(2007), 610면 등 참조.

443) 가수 서태지씨의 'Come Back Home'이라는 노래를 가수 이모씨가 패러디한 것이 문제가 된 사건에서 서울민사지방법원 2001.11. 2. 선고 2001카합1837결정은 다음과 같이 설시하였다.

"피신청인들은 이에 대하여, 피신청인들의 이 사건 개사곡은 신청인의 이 사건 원곡에 담긴 진지한 고민을 풍자하고 희화화함으로써 대중들에게 비평이나 새로운 웃음을 선사한 것으로서 이른바 패러디에 해당하므로, 이러한 저작물의 일부 변형은 정당한 이용으로 허용되어야 한다고 주장한다.

(5) 패러디가 저속한 성격의 것인지 여부 : 이와 관련하여 Acuff-Rose사건의 미국 대법원 판결은 "저작물의 패러디가 공정이용인지 여부를 결정하기 위한 목적상, 관건이 되는 것은 패러디적 특성이 합리적으로 인식될 수 있는지 여부이다. 패러디가 고상한 성격인지 저속한 성격인지는 중요하지 않고 중요시되어서도 아니된다."고 판시한 바 있다.[444)]

(6) 패러디 저작물을 선전하기 위한 광고 : 다른 저작물의 공정이용에 해당하는 패러디 작품을 선전하는 광고물에 그 패러디 저작물이 복제된 경우에

살피건대, 기존의 저작물에 풍자나 비평 등으로 새로운 창작적 노력을 부가함으로써 사회전체적으로 유용한 이익을 가져다 줄 수 있는 점이나 저작권법 제25조에서 '공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다'고 규정하고 있는 점 등에 비추어 이른바 패러디가 당해 저작물에 대한 자유이용의 범주로서 허용될 여지가 있음은 부인할 수 없다 하겠으나, 그러한 패러디는 우리 저작권법이 인정하고 있는 저작권자의 동일성유지권과 필연적으로 충돌할 수 밖에 없는 이상 그러한 동일성유지권의 본질적인 부분을 침해하지 않는 범위 내에서 예외적으로만 허용되는 것으로 보아야 할 것이고, 이러한 관점에서 패러디로서 저작물의 변형적 이용이 허용되는 경우인지 여부는 저작권법 제25조 및 제13조 제2항의 규정취지에 비추어 원저작물에 대한 비평·풍자 여부, 원저작물의 이용 목적과 성격, 이용된 부분의 분량과 질, 이용된 방법과 형태, 소비자들의 일반적인 관념, 원저작물에 대한 시장수요 내지 가치에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여 신중하게 판단하여야 할 것이다.

이 사건에 관하여 보건대, 피신청인들이 이 사건 원곡에 추가하거나 변경한 가사의 내용 및 그 사용된 어휘의 의미, 추가·변경된 가사내용과 원래의 가사내용의 관계, 이 사건 개사곡에 나타난 음정, 박자 및 전체적인 곡의 흐름 등에 비추어 피신청인들의 이 사건 개사곡은 신청인의 이 사건 원곡에 나타난 독특한 음악적 특징을 흉내내어 단순히 웃음을 자아내는 정도에 그치는 것일 뿐 신청인의 이 사건 원곡에 대한 비평적 내용을 부가하여 새로운 가치를 창출한 것으로 보이지 아니하고(피신청인들은 자신들의 노래에 음치가 놀림받는 우리사회의 현실을 비판하거나 대중적으로 우상화된 신청인도 한 인간에 불과하다는 등의 비평과 풍자가 담겨있다고 주장하나, 패러디로서 보호되는 것은 당해 저작물에 대한 비평이나 풍자인 경우라 할 것이고 당해 저작물이 아닌 사회현실에 대한 것까지 패러디로서 허용된다고 보기 어려우며, 이 사건 개사곡에 나타난 위와 같은 제반사정들에 비추어 이 사건 개사곡에 피신청인들 주장과 같은 비평과 풍자가 담겨있다고 보기도 어렵다), 피신청인들이 상업적인 목적으로 이 사건 원곡을 이용하였으며, 이 사건 개사곡이 신청인의 이 사건 원곡을 인용한 정도가 피신청인들이 패러디로서 의도하는 바를 넘는 것으로 보이고, 이 사건 개사곡으로 인하여 신청인의 이 사건 원곡에 대한 사회적 가치의 저하나 잠재적 수요의 하락이 전혀 없다고는 보기 어려운 점 등 이 사건 기록에 의하여 소명되는 여러 사정들을 종합하여 보면, 결국 피신청인들의 이 사건 개사곡은 패러디로서 보호받을 수 없는 것이라 하겠다."

444) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 at 582

그 광고물에 원저작물의 요소들이 사용된 것 역시 공정이용으로 인정된 사례가 있다.[445]

(7) 저작인격권과의 관계 : 패러디의 경우에는 그 특성상 저작물에 대한 변형이 필연적으로 수반되므로, 다른 모든 요소를 고려할 때 공정이용으로 판단되는 경우라면 동일성유지권과의 관계에서는 제13조 제2항 제5호[446]에 의한 부득이한 사유가 있는 것으로 인정하여 동일성유지권의 책임에서 벗어날 수 있도록 하여야 할 것이다.[447] 또한 다른 요소들을 종합적으로 고려할 때 공정이용으로 인정되는 경우에도 표현형식상의 제약으로 인하여 저작자의 성명을 표시하기가 곤란한 경우들이 많이 있을 것인데, 그러한 경우에는 역시 성명표시권에 대한 제한사유인 제12조 제2항[448] 단서 규정이 적용되어 성명표시권 침해의 책임을 지지 않는 것으로 볼 수 있을 것이다.[449]

---

445) Steinberg v. Columbia Pictures Industries, Inc., S.D.N.Y.1987, 663 F.Supp. 706, 3 U.S.P.Q.2d 1593

446) 개정저작권법 제13조 제2항 제5호 : "제35조의2에 따라 저작물을 이용하는 경우로서 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 범위 안에서의 변경"

447) 이해완(2007), 403-404면 등 참조.

448) 제12조 제2항 : 저작물을 이용하는 자는 그 저작자의 특별한 의사표시가 없는 때에는 저작자가 그의 실명 또는 이명을 표시한 바에 따라 이를 표시하여야 한다. 다만, 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

449) 이해완(2007), 407면 등 참조.

XI-2. 저작물의 종류 및 용도(개정안 제35조의 3 제2항 제2호)

공정이용 여부의 판단에 있어서는 두 번째로 저작물의 종류 및 용도를 고려하여야 한다. 이것이 공정이용 판단의 제2요소이다. 여기서 고려되어야 할 구체적인 요소들을 나누어 살펴보면, 다음과 같다.

[요약]

XI-2-a. 저작물이 사실적 저작물 등인지 여부
XI-2-b. 저작물이 공표된 저작물인지 여부
XI-2-c. 패러디의 경우
XI-2-d. '고아저작물' 등의 경우

XI-2-a. 저작물이 사실적 저작물 등인지 여부

[설명]

(1) 제2요소와 관련하여, 미국의 판례는 저작물의 성격이 사실적·정보적인 성격을 많이 가지고 있을수록 그 이용행위가 공정이용으로 인정될 가능성이 높은 것으로 보고,[450] 역으로, 이용되는 저작물의 성격이 창조적인 것으로 인정될 경우에는 공정이용이 인정될 가능성이 상대적으로 낮아지는 것으로 보고 있다.[451] 여기서 주의할 것은 이용의 대상이 사실의 전달에 불과한 시사보도 등에 해당하여 저작물로 보호되지 않는 경우에는 그 이용이 공정이용에 해당하는지 여부를 따질 필요가 없이 처음부터 자유이용의 대상이 된다는 점이다. [☞ '사실의 전달에 불과한 시사보도'에 대하여는 이 가이드라인 III-1의 설명 참조] 여기서 사실적 저작물(factual works)이라고 하는 것은 사실을 소재로 하면서도 그것을 글로 표현하는 과정에서 창작성 있는 표현이 반영되어 있는 경우(어문저작물에

450) *E.g.* National Business Lists, Inc. v. Dun & Bradstreet, Inc., N.D.Ill.1982, 552 F.Supp. 89
451) *E.g.* Bridge Publications, Inc. v. Vien, S.D.Cal.1993, 827 F.Supp. 629

해당함)나 사실적 소재를 선태, 배열 또는 구성함에 있어서의 창작성이 인정될 수 있는 경우(편집저작물에 해당함) 등을 말하는 것으로서, 그러한 경우에도 그 중 창작성 있는 표현을 이용하지 않고 그 안에 포함된 사실, 정보, 아이디어 등만을 가져다 이용하는 것은 역시 원래부터 저작권자의 허락 없이 자유롭게 할 수 있는 것이므로, 그 경우도 공정이용이 문제되지 아니한다.

(2) 결국 공정이용 여부가 문제가 되는 것은 그러한 사실적 저작물의 창작성 있는 표현까지 이용하게 되는 경우인데, 그러한 경우에 저작권자의 허락 없는 이용은 원칙적으로는 저작권 침해가 되는 것이지만, 그 이용되는 저작물이 사실적 저작물이라는 것을 공정이용에 다소간 유리한 요소로 삼아 나머지 여러 가지 요소들과 함께 판단할 때 결과적으로 공정이용이 될 수 있는 가능성이 상대적으로 다소나마 높아질 수 있다는 것이다. 이것은 예를 들어 시사보도 또는 역사물, 과학 기타 학술논문 등의 사실적·정보적 성격의 저작물은 표현의 자유 및 알 권리의 관점에서 자유로운 유통의 필요성이 상대적으로 높고, 소설 등의 창조적 저작물의 경우에는 그러한 요청이 상대적으로 크지 않다는 것을 고려한 것이다. 그러나 공정이용의 판단에 있어서 이 두 번째 고려요소가 가지는 중요성이 상대적으로 낮은 편이므로[452], 이 요소가 가지는 영향을 과대평가하여서는 안 될 것이다. 즉, 사실적· 정보적 성격의 저작물이라고 하더라도 그것이 인간의 사상, 감정을 창작성 있게 표현한 것으로서 저작물로 보호되는 것인 이상 그에 대해 공정이용을 너무 용이하게 인정하여서도 안 되고, 창조적 성격의 저작물이라고 하여 그것만을 이유로 공정이용의 인정에 있어서 너무 높은 장벽을 세워서도 안 될 것이다.

(3) 저작물에 따라서는 사실적 저작물의 성격과 창조적 저작물의 성격이 혼합되어 있는 경우가 있다. 그러한 경우에는 저작물의 종류와 용도라고 하는 이 두 번째 고려요소의 비중을 더욱 낮게 판단하여야 할 것이다. 같은 취지에서, 미국 판례 가운데 "케익 장식에 관한 저작물인 소책자가 그 중

452) Nimmer(1995), 13-170-170.1

의 어떤 페이지들은 다른 케익 장식 관련 서적이나 요리법에 관한 책들에서 이용할 수 있는 정보를 포함하고 있지만 다른 부분에는 저작권자가 그녀 자신의 경험이나 아이디어에서 이끌어낸 창조적인 부분을 포함하고 있는 등 정보적인 면과 창조적인 면을 모두 가지고 있을 경우에, 저작물의 성격은 교사가 '학습활동 패키지'를 준비하면서 그 저작물을 사용한 것이 공정이용에 해당하는지 여부에 관하여 중요한 기준은 아닌 것으로 판단된다"고 판시한 사례가 있다.[453]

(4) 한편, 컴퓨터프로그램 등의 기능적 저작물과 관련하여, 미국의 판례는 "주로 기능적 고려에 의하여 작성된 저작물은 공정이용 보호의 스펙트럼 중에서 허구적 저작물보다는 사실적 저작물에 보다 가깝다"고 보고 있다.[454] 이것은 '리버스 엔지니어링'의 경우와 같이, 기능적 저작물의 이용이 그 기능이나 아이디어의 이용과 밀접 불가분의 관계에 있을 경우에 공정이용의 가능성이 상대적으로 높아진다는 것을 뜻하는 것으로 볼 수 있다.

XI-2-b. 저작물이 공표된 저작물인지 여부

[설명]

(1) 미국 저작권법 제107조는 아직 공표되지 않은 저작물도 공정이용의 대상이 될 수 있음을 명시하고 있다. 우리 저작권법상의 기존의 저작재산권 제한사유들을 보면, 공표된 저작물일 것을 요건으로 하고 있는 것이 대부분이고, 공표된 저작물일 것을 요하지 않는 경우는 재판절차등에서의 이용에 관한 저작권법 제23조, 시사보도를 위한 이용에 관한 제26조, 미술저작물 등의 원본소유자의 전시 등에 관한 제35조 제1,3항 등의 규정뿐이다. 특히 '인용'에 관한 제28조, 사적 이용을 위한 복제에 관한 제30조가 모두 '공표된 저작물'일 것을 요건으로 하고 있어 원칙적으로 공표된

453) Marcus v. Rowley, C.A.9 (Cal.) 1983, 695 F.2d 1171, 217 U.S.P.Q. 691
454) Lotus Development Corp. v. Borland Intern., Inc., D.Mass.1993, 831 F.Supp. 223, 30 U.S.P.Q.2d 1081

저작물을 대상으로 하여야 공정이용으로 인정될 수 있다는 원칙이 우리 저작권법에 반영되어 있다고 할 수 있다. 미국 저작권법상으로도 공표되지 않은 저작물이 공정이용의 대상이 되는 것을 부정하지는 않지만, 공표되지 않은 저작물과 공표된 저작물 사이에는 공정이용의 인정에 있어서 큰 차이가 있을 수 있다는 것이 판례에 의하여 인정되고 있다. 특히 Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises 사건에서 미국 연방 대법원은 "저작물의 성격 중 아직 미공표 상태라는 것은 반드시 결정적인 것은 아닐지라도 저작권침해소송에서 제기되는 공정이용 항변을 물리치는 데 매우 중요한 요소 중의 하나이다"라고 판시한 바 있다.[455] 이것은 우리 저작권법 제35조의 2의 해석에 있어서도 마찬가지일 것이다. 즉, 우리 저작권법상으로도 공정이용에 관한 보충적 일반조항으로서의 제35조의 2의 규정의 해석상으로, 아직 공표되지 않은 저작물도 공정이용의 대상이 되는 경우를 완전히 배제할 수는 없지만, 공표된 저작물에 비하여 그 인정가능성이 매우 낮을 것으로 예상할 수 있다.

(2) 미국 판례상 미공표 저작물에 대한 공정이용이 인정된 사례는 주로 전기작가가 전기대상인물이 쓴 편지 등을 전기에 이용한 경우[456]인데, 그러한 경우에는 사안에 따라 우리 저작권법상으로도 '공표된 저작물의 인용'에는 해당할 수 없어도 보충적 일반조항인 제35조의 2의 규정에는 해당하는 것으로 볼 수 있는 경우가 있을 수 있다. 다만 저작자의 저작인격권으로 우리 저작권법상 보장되고 있는 공표권이 침해되지 않도록 유의할 필요가 있는데, 우리 저작권법상으로도 대상인물이 고인이 된 후라면 그 공표가 사회통념상 대상인물의 명예를 훼손하는 것이 되지 않는 이상 문제는 없다.[457]

---

455) 471 U.S. 539 at *554

456) *E.g.* Wright v. Warner Books, Inc., C.A.2 (N.Y.) 1991, 953 F.2d 731, 20 U.S.P.Q.2d 1892 : "학술적 전기에서 대상인물의 일기의 세 부분을 다른 표현으로 인용하고 그 인물이 전기 작가에게 보낸 편지의 네 부분을 직접적으로 인용한 것은 비록 편지와 일기의 내용이 미공표 상태에 있었고 그 편지를 공표하지 않기로 하는 합의가 있었다고 하더라도 428페이지의 전기 중에 두 페이지에 걸쳐 사실적인 논점을 예증하거나 전기작가의 대상인물과의 관계를 입증하기 위하여 그 일기 내용과 편지들을 사용한 것으로서 편지나 일기의 시장을 해칠 가능성도 없다는 점을 감안할 때 공정이용에 해당하는 것으로 판단된다."

☞ 공표, 공표권 등의 의미에 대하여는 이 가이드라인 I-2-1-a. (4)의 설명을 참고하세요.

XI-2-c. 패러디의 경우

[설명] 패러디의 경우에는 널리 알려진 저작물을 이용하는 것을 그 속성의 하나로 하고 있으므로 미공표 저작물의 경우는 패러디의 대상으로 상정될 수 없고, 사실적·정보적 저작물의 패러디라는 것도 생각하기 어려우므로, 공정이용의 두 번째 고려요소는 패러디와의 관계에서는 거의 의미가 없다고 할 수 있다.[458]

XI-2-d. '고아저작물' 등의 경우

[설명]

(1) 저작권자의 소재 불명 등으로 저작물에 대한 정당한 권리자를 찾을 수 없는 경우 그 저작물을 '고아저작물(Orphan Works)'이라고 부른다. 이러한 고아저작물에 대하여 그 이용을 활성화하기 위한 다양한 제도적 방안이 탐색되고 있으나, 현행 저작권법상으로는 법정허락[459]에 관한 제50조[460]에

457) 제14조 (저작인격권의 일신전속성)
① 저작인격권은 저작자 일신에 전속한다.
② 저작자의 사망 후에 그의 저작물을 이용하는 자는 저작자가 생존하였더라면 그 저작인격권의 침해가 될 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 그 행위의 성질 및 정도에 비추어 사회통념상 그 저작자의 명예를 훼손하는 것이 아니라고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

458) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 at 586

459) 저작권법상 법정허락은 이러한 고아저작물의 경우 외에, 공표된 저작물을 공익상 필요에 의하여 방송하고자 하는 방송사업자가 그 저작재산권자와 협의하였으나 협의가 성립되지 아니하는 경우(법 제51조)와 판매용 음반이 우리나라에서 처음으로 판매되어 3년이 경과한 경우 그 음반에 녹음된 저작물을 녹음하여 다른 판매용 음반을 제작하고자 하는 자가 그 저작재산권자와 협의하였으나 협의가 성립되지 아니한 경우(법 제52조) 등에 인정된다.

의하여 이용하는 방법밖에 없다. 이것은 일정한 요건 하에 문화체육관광부장관의 승인을 받고 보상금을 사전 공탁함으로써 권리자의 허락을 받은 것과 같은 법적 효과를 부여받는 것으로서, 다른 요건을 갖춘 경우에도 절차적으로 장관 승인 및 공탁 없이 저작물을 이용할 경우에는 원칙적으로 저작권침해가 성립한다.[461] 이러한 법정허락 제도를 이용하지 않고 고아저작물을 이용한 경우에 그것이 공정이용의 고려요소로 참작될 수 있을지는 불분명하다. 법정허락과 관련한 구체적인 상담을 원할 경우에는 한국저작권위원회 홈페이지(http://www.copyright.or.kr)의 고객지원 메뉴 중 법정허락 서브메뉴에 있는 정보를 이용하여 상담신청을 할 수 있다.

(2) 한편, 저작권법상 저작재산권은 영구적으로 보호되는 것이 아니라 일정한

---

460) 제50조 (저작재산권자 불명인 저작물의 이용)

① 누구든지 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 상당한 노력을 기울였어도 공표된 저작물(외국인의 저작물을 제외한다)의 저작재산권자나 그의 거소를 알 수 없어 그 저작물의 이용허락을 받을 수 없는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 문화체육관광부장관의 승인을 얻은 후 문화체육관광부장관이 정하는 기준에 의한 보상금을 공탁하고 이를 이용할 수 있다. [개정 2008.2.29 제8852호(정부조직법)]

② 제1항의 규정에 따라 저작물을 이용하는 자는 그 뜻과 승인연월일을 표시하여야 한다.

③ 제1항의 규정에 따라 법정허락된 저작물이 다시 법정허락의 대상이 되는 때에는 제1항의 규정에 따른 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 상당한 노력의 절차를 생략할 수 있다. 다만, 그 저작물에 대한 법정허락의 승인 이전에 저작재산권자가 대통령령이 정하는 절차에 따라 이의를 제기하는 때에는 그러하지 아니하다.

④ 문화체육관광부장관은 대통령령이 정하는 바에 따라 법정허락 내용을 정보통신망에 게시하여야 한다.

461) 서울지방법원 1998.12. 4. 선고 98가합2216 판결 : 이 판결의 기초가 된 사실관계는 다음과 같다. 원고가 저작재산권을 양수한 악곡 및 가사를 그 저작자 또는 원고의 허락 없이 컴퓨터영상가요반주기에 수록한 뒤 그 반주기기들을 판매하였다. 이에 원고가 손해배상청구소송을 제기하자 피고는 "위 악곡 및 가사를 사용할 당시에는 각 저작권자를 찾을 수 없었기 때문에 사용허락을 받을 수 없었고, 그리하여 피고는 우선 위 각 악곡 및 가사를 사용하고 난 뒤에 저작권자를 찾으면 그 때 적절한 이용료를 지급할 생각이었을 뿐 저작권자가 누구인지 알면서도 그의 승낙 없이 사용한 것은 아니라"고 주장하였다. 이에 대하여 법원은 "위 악곡 및 가사의 저작권자가 누구인지 또는 그의 거소가 어디인지 알 수가 없어서 위 각 저작물의 사용허락을 받을 수 없었다고 하더라도, 피고로서는 저작권법 제47조[1] 제1항이 정한 바에 따라 문화관광부장관으로부터 승인을 얻고 문화관광부장관이 정한 보상금을 공탁하지 않고서는 그 저작물을 사용할 권한이 없다 할 것인바, 피고가 위 법조에서 정한 절차를 거치지 않았음은 피고 스스로 인정하고 있으므로, 저작권자를 찾을 수가 없어 그로부터 사용허락을 받을 수 없었다는 위와 같은 사정만으로 피고의 위 저작권침해행위의 위법성이 조각된다고 할 수 없다."고 판시하였다.

보호기간이 만료되면, 권리가 소멸하는 것으로 규정되어 있다. 그 규정내용은 다음과 같은데, 이러한 보호기간이 만료된 저작물은 이른바 '공중의 영역'(public domain)에 있으므로 누구나 자유롭게 이용할 수 있다. 이것은 공정이용과는 개념적으로 다른 문제이나, 저작재산권의 시적 한계를 정한 것으로 볼 수 있고, 결과적으로 자유이용이 허용됨에 있어서는 권리제한사유가 있는 경우와 마찬가지라고 할 수 있다. 저작재산권이 소멸하였더라도 저작인격권은 저작자에게 남아 있는 경우가 있을 수 있고[462], 저작자가 사망한 후에도 사회통념상 저작자의 명예를 훼손하는 것이 아니라고 인정되는 경우를 제외하고는, 저작자가 생존하였더라면 그 저작인격권의 침해가 될 행위를 하여서는 아니 된다는 것[463]에 유의하여야 한다.

저작권법상의 저작재산권 보호기간에 관한 규정

제3관 저작재산권의 보호기간

제39조 (보호기간의 원칙)

① 저작재산권은 이 관에 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.

462) 업무상 저작물의 경우에 공표일로부터 50년이 지났지만, 그 저작자로 보는 법인 등은 존속하고 있는 경우가 그러한 경우의 예이다.

463) 저작권법 제14조 제2항

제39조(보호기간의 원칙)

① 저작재산권은 이 관에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 저작자가 생존하는 동안과 사망한 후 70년간 존속한다. 〈개정 2011.6.30〉

② 공동저작물의 저작재산권은 맨 마지막으로 사망한 저작자가 사망한 후 70년간 존속한다. 〈개정 2011.6.30〉 [시행일 : 2013.7.1]

제40조 (무명 또는 이명 저작물의 보호기간)

① 무명 또는 널리 알려지지 아니한 이명이 표시된 저작물의 저작재산권은 공표된 때부터 50년간 존속한다. 다만, 이 기간 내에 저작자가 사망한지 50년이 경과하였다고 인정할만한 정당한 사유가 발생한 경우에는 그 저작재산권은 저작자 사망 후 50년이 경과하였다고 인정되는 때에 소멸한 것으로 본다.

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항의 규정은 이를 적용하지 아니한다.

1. 제1항의 기간 이내에 저작자의 실명 또는 널리 알려진 이명이 밝혀진 경우
2. 제1항의 기간 이내에 제53조제1항의 규정에 따른 저작자의 실명 등록이 있는 경우

제40조(무명 또는 이명 저작물의 보호기간)

① 무명 또는 널리 알려지지 아니한 이명이 표시된 저작물의 저작재산권은 공표된 때부터 70년간 존속한다. 다만, 이 기간 내에 저작자가 사망한지 70년이 지났다고 인정할만한 정당한 사유가 발생한 경우에는 그 저작재산권은 저작자가 사망한 후 70년이 지났다고 인정되는 때에 소멸한 것으로 본다. 〈개정 2011.6.30〉

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항의 규정은 이를 적용하지 아니한다.

1. 제1항의 기간 이내에 저작자의 실명 또는 널리 알려진 이명이 밝혀진 경우
2. 제1항의 기간 이내에 **제53조제1항**의 규정에 따른 저작자의 실명등록이 있는 경우[시행일 : 2013.7.1]

제41조 (업무상저작물의 보호기간)

업무상저작물의 저작재산권은 공표한 때부터 50년간 존속한다. 다만, 창작한 때부터 50년 이내에 공표되지 아니한 경우에는 창작한 때부터 50년간 존속한다.

제41조(업무상저작물의 보호기간)

업무상저작물의 저작재산권은 공표한 때부터 70년간 존속한다. 다만, 창작한 때부터 50년 이내에 공표되지 아니한 경우에는 창작한 때부터 70년간 존속한다. 〈개정 2011.6.30〉 [시행일 : 2013.7.1]

제42조 (영상저작물 및 프로그램의 보호기간)

영상저작물 및 프로그램의 저작재산권은 제39조 및 제40조에도 불구하고 공표한 때부터 50년간 존속한다. 다만, 창작한 때부터 50년 이내에 공표되지 아니한 경우에는 창작한 때부터 50년간 존속한다.

제42조(영상저작물의 보호기간)

영상저작물의 저작재산권은 **제39조** 및 **제40조**에도 불구하고 공표한 때부터 70년간 존속한다. 다만, 창작한 때부터 50년 이내에 공표되지 아니한 경우에는 창작한 때부터 70년간 존속한다. 〈개정 2011.6.30〉 [제목개정 2011.6.30][시행일 : 2013.7.1]

제43조 (계속적간행물 등의 공표시기)

① **제40조제1항** 또는 **제41조**에 따른 공표시기는 책·호 또는 회 등으로 공표하는 저작물의 경우에는 매책·매호 또는 매회 등의 공표시로 하고, 일부분씩 순차적으로 공표하여 완성하는 저작물의 경우에는 최종부분의 공표 시로 한다. 〈개정 2011.6.30〉

② 일부분씩 순차적으로 공표하여 전부를 완성하는 저작물의 계속되어야 할 부분이 최근의 공표시기부터 3년이 경과되어도 공표되지 아니하는 경우에는 이미 공표된 맨 뒤의 부분을 제1항의 규정에 따른 최종부분으로 본다.

제44조 (보호기간의 기산)

이 관에 규정된 저작재산권의 보호기간을 계산하는 경우에는 저작자가 사망하거나 저작물을 창작 또는 공표한 다음 해부터 기산한다.

XI-3. 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성 (제35조의 3 제2항 제3호)

공정이용 여부의 판단에 있어서는 세 번째로, 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성을 고려하여야 한다. 이것을 일반적인 경우와 패러디의 경우로 나누어 살펴보면, 다음과 같다.

[요약]

XI-3-a. 일반적인 경우

XI-3-b. 패러디의 경우

XI-3-a. 일반적인 경우

[설명]

(1) 이 세 번째의 고려요소(제3요소)는, 이용된 부분이 이용된 저작물 전체에서 차지하는 양적 비중과 질적 중요성을 고려할 것을 요구하고 있다. 기본적으로 이용된 저작물 전체를 기준으로 하여 양적, 질적 비중을 판단하여야 하고, 그것을 이용하여 새로 만들어진 저작물을 기준으로 하여서만 판단하여서는 아니 된다. 이러한 원칙과 관련하여 미국의 Learned Hand 판사는 판결문에서 "어떤 표절자도 자신이 표절하지 않은 부분이 얼마나 많은지를 입증함으로써 자신의 잘못에 대한 책임을 벗어날 수 없다"고 선언한 바 있다.[464] 다만, 일부 법원은 다른 저작물을 이용하여 작성한 저작물에서 이용된 저작물이 차지하는 비중도 고려요소로 삼는 경우가 있고, Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises 사건에서 미국 연방 대법원도 "침해 저작물 중 상당한 부분이 원고 저작물을 그대로 베낀 것이라는 사실은 이용된 저작물의 질적 가치를 보여주는 증거이다"라고 하여 침해 저작물 중 이용된 저작물이 차

464) Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp., 81 F.2d 49, 56 (CA2), cert. denied, 298 U.S. 669, 56 S.Ct. 835, 80 L.Ed.1392 (1936).

지하는 비중이 높은 경우를 공정이용에 불리한 고려요소로 삼은 바 있다.[465] 우리나라 판례가 공표된 저작물의 인용에 관한 제28조의 적용에 있어서 주종관계를 고려하는 것이 바로, 다른 저작물을 이용하여 작성한 저작물 중에서 이용된 저작물이 차지하는 비중을 고려하는 것이라 할 수 있는데, 미국 법원에서도 그것이 공정이용에 불리한 영향을 줄 만한 것일 경우에는 고려하고 있다고 할 수 있다. 실제로 우리나라의 판례에서 적용한 주종관계의 기준은 그 주종관계가 없다는 것만으로 이용자의 자유이용을 허용하는 기준으로 사용되기는 어려워 일종의 편면적인 기준으로 보아야 할 측면이 있고, 판례상으로도 주종관계 기준을 이용자에게 유리하게 적용한 사례는 보이지 않으며, 나아가 최근에는 주종관계 기준을 적용하지 않은 사례가 더 많으므로, 우리나라와 미국의 입장에 근본적 차이가 있다고 보기는 어렵다. [☞ 공표된 저작물의 인용과 관련하여 '주종관계'의 문제에 대하여는 이 가이드라인 IV-c. (1),(2)의 설명 참조] 따라서 이러한 제3요소를 고려함에 있어서는 원칙적으로 이용된 저작물의 전체에서 이용된 부분이 차지하는 비중을 고려하여야 하고, 예외적으로 그것을 이용하여 작성한 저작물 중에서 이용된 부분이 차지하는 비중이 높을 경우에 그것을 공정이용의 인정에 불리한 요소로서 고려할 수는 있다고 보면 좋을 것이다.

(2) 타인의 저작물 중 일부만을 이용할 경우에 그 양이 극히 적어 양적인 상당성을 갖추지 못할 경우에는 저작권침해의 요건인 '실질적 유사성'이 인정되지 않는 경우가 있을 수 있다.[466] 그러한 경우에는 공정이용 여부를 따지기 이전에 이미 침해가 부정되는 것이므로, 논리적으로는 공정이용과 무관한 영역이라고 할 수 있다. 따라서 그러한 경우에 공정이용의 다른 고려요소를 함께 고려하여 판단할 것은 아니고, 구체적인 사안에서 이용되는 부분의 창작성의 정도 등을 함께 살펴서 침해 여부를 판단하면 족

465) 471 U.S. 539 at 565

466) 양적인 상당성에 관한 명백한 기준은 없다. 음악저작물의 경우에 단지 세 소절을 무단복제하였다고 하여 침해책임을 지지 않는다는 기준은 없고, 어문저작물의 경우에 단지 한 문장만을 복제하였다고 하여 침해책임을 지지 않는다는 기준도 없다. 다만, 구체적인 사안에서 한두 문장만을 복제한 것에 대해 '실질적 유사성'이 없다는 이유로 침해책임을 부정한 사례는 있다. 이에 대하여 자세한 것은 이해완(2007), 667면 등 참조.

하다. 한편으로 저작권법상 보호되는 것은 인간의 사상 또는 감정의 창작성 있는 '표현'이지 그 표현된 사상이나 감정 기타 '아이디어'가 아니므로 타인의 저작물 속에 있는 아이디어만을 이용하는 것은 저작권침해가 되지 아니한다. 이것도 마찬가지로 공정이용의 여부를 따지기 이전의 문제이므로, 논리적으로는 공정이용과 무관한 것이다. 결국 타인의 저작물 가운데 창작성 있는 표현에 해당하여 저작물로서의 보호범위에 해당하는 부분을 최소한의 양적 상당성을 넘어 이용한 경우에 공정이용 여부가 문제될 수 있고, 그러한 경우에 다시 그 이용한 양적 비중과 질적 중요성이 공정이용의 여러 가지 고려요소 중 하나의 고려요소로 작용하는 것으로 이해하여야 할 것이다.

(3) 다만 이것은 공정이용의 고려요소 중 하나의 요소일 뿐이므로, 타인의 저작물을 전부 복제하였다고 하여 공정이용의 가능성이 전적으로 부정되는 것은 아닐 뿐만 아니라[467] 전부이용을 공정이용으로 인정한 사례가 상당수 있다.[468] 이것은 다른 고려요소들이 공정이용의 인정에 유리한 경우들로서, 특히 그 이용을 인정함에 따르는 이용자의 이익 및 공익적 가치가 권리자의 손실을 훨씬 상회하고 저작권자의 권리행사에 따르는 거래비용이 현저히 높은 경우에 그러하다고 할 수 있다. 다만 예외적으로 저작물 전체의 복제를 인정하더라도 그 복제의 부수 등은 필요 최소한도로만 인정하여야 할 것이다.

(4) 일반적인 경우에, 양적인 비중과 질적인 중요성 중에서 판례는 질적인 측면이 더 큰 중요성을 가지는 것으로 보고 있다. 예를 들어 Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation 사건에서 미국 연방대법원은 비록 약 20만 단어로 이루어진 원고의 저작물 중 피고가 이용한 것은 300단어에 불과하지만, 그 부분이 전체 저작물 중에 '가장 흥미롭고 감동적인 부분'이라는 것을 중시하여 공정이용을 부정하고 침해를 인정하는 결론을 내린 바 이다.[469]

---

467) 미국의 통설이다. Paul Goldstein, *supra* 12:64; Melvile B. Nimmer et al., *supra* 13-181

468) *E.g.* Sony Corp of America v Universal City Studios, Inc, 464 US 417 (1984); Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc., 977 F.2d 1510 (Cal, 1992); Belmore v. City Pages, Inc. 880 F.Supp. 673(D.Minn.1995)

XI-3-b. 패러디의 경우

[설명]

(1) 패러디의 경우에는 제3요소와 관련하여, 그 특성에 따라 일반적인 경우와는 다른 특수한 기준이 개발되어 있는데, 그것이 바로 '원저작물을 떠올리는(conjure up) 데 필요한 정도'라고 하는 기준이다. 패러디 작품을 감상하는 사람이 그 작품이 무엇을 패러디한 것인지를 모른다면 그것은 그 자체로 실패한 패러디가 되는 것이므로, 패러디스트로서는 최소한 패러디의 대상이 된 원저작물을 이용하였음을 누구나 알 수 있도록 할 필요가 있고, 따라서 원저작물을 떠올릴 수 있도록 하기 위해 그것의 실질적으로 중요한 부분을 이용하는 것도 공정이용의 관점에서 보다 관대하게 용인되어야 할 경우가 많다는 판단에 기하여 이러한 특화된 기준이 미국의 통설 및 판례에 의하여 채택되어 온 것으로 볼 수 있다.

(2) 다만, 패러디스트가 이용할 수 있는 범위가 원저작물을 떠올리는 정도에 엄격하게 한정되는 것은 아니다. 원저작물을 떠올리는 정도는 패러디가 효과적인 것이 되기 위해 필요한 최소한의 정도이므로, 실제의 사안에서는 그러한 정도를 넘는 경우들이 있을 수 있고, 그것이 해당 패러디의 특성에 비추어 합리적인 이용범위 내라고 판단되면 원저작물을 떠올리기 위해 필요한 최소한의 정도를 넘었다는 것만으로 공정이용이 인정될 수 없는 경우라고 단정할 수는 없다.[470] 다만, 그러한 합리적인 범위를 넘어서 이용되고 있는지, 만약 그렇다면 그 정도는 어느 정도인지는 공정이용의 인정에 있어서 중요한 고려사항이 될 수 있다. 즉, 그러한 정도를 넘어서 이용하는 부분이 클수록 공정이용의 인정에 불리하게 작용하게 됨은 당연한 것이다.

---

469) 471 U.S. 539 at 565

470) Paul Goldstein, *supra* 12:66. 미국의 초기판례에 있어서는 이 점이 분명하지 않았으나, 최근의 판례는 '원저작물을 떠올리는 정도'가 패러디스트가 이용할 수 있는 최대한을 말하는 것이 아님을 분명히 하고 있다. E.g. Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569 at 588; e.g., Elsmere Music, 623 F.2d, at 253, n. 1; Fisher v. Dees, 794 F.2d, at 438-439.

XI-4. 저작물의 이용이 그 저작물의 현재 시장 또는 가치나 잠재적인 시장 또는 가치에 미치는 영향(제35조의 3 제2항 제4호)

공정이용 여부의 판단에 있어서는 네 번째로, 저작물의 이용이 저작물의 현재 또는 장래의 시장이나 가치에 미치는 영향을 고려하여야 한다. 이것을 일반적인 경우와 패러디의 경우로 나누어 살펴보면, 다음과 같다.

[요약]

XI-4-a. 일반적인 경우

XI-4-b. 패러디의 경우

XI-4-a. 일반적인 경우

[설명]

(1) 저작물의 이용이 저작물의 현재 또는 장래의 시장이나 가치에 미치는 영향(제4요소)은 네 가지 고려요소 중에 결론에 해당하는 부분으로서 가장 중요하게 취급되어야 할 요소라고 할 수 있다. 이것은 앞에서 설명한 3단계 테스트 중에서 제2단계 [저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니할 것] 및 제3단계[저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니할 것]의 기준과도 일맥상통하는 고려요소이다.

(2) 우선, 피고의 저작물이 원고의 그것과 경쟁관계에 있을 때 제4요소에 있어서 공정이용의 인정에 매우 불리한 요소가 된다. 즉 피고의 저작물이 원고가 이미 진입해 있는 기존의 시장에서 경쟁관계를 형성할 경우에는 공정이용을 인정하기가 매우 어려울 것이다. 우리 저작권법 상 공표된 저작물의 인용에 관한 제28조의 적용이 문제된 사안에서 대법원이 "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"[471]고 할 때의 나열된 고려요소들 중 "원저작물에 대한 수요를 대체하는지 여부"라고 하는 것이 바로 시장에서 일종의 '대체재'로서 경쟁하는 관계에 있음을 의미한다고 할 수 있다. 예를 들어 원저작물을 압축, 요약하여 일목요연하게 정리한 인쇄물을 판매할 경우에 원저작물에 대한 수요를 대체하는 효과가 상당히 있을 수 있으므로, 그러한 경우에 공정이용을 인정하기는 어렵다.[472]

(3) 시장 경쟁 여부를 판단할 때에 권리자가 이미 진입한 시장만을 고려대상으로 하는 것은 타당하지 않다. 미국의 과거 판례 가운데 "아직 진입하지 않은 2차 시장에서의 허락 없는 이용에 의하여 실질적으로 손해를 입을 수는 없다"고 한 사례[473]가 있으나, 이러한 태도는 이후의 판례에 의하여 명백히 번복되었다.[474] 즉, 아직 진입하지 않은 시장이라도 권리자가 진입할 것으로 예상되는 시장은 경쟁관계 등을 판단할 때 함께 고려되어야 한다. 우리의 개정 저작권법이 "저작물의 현재 또는 장래의 시장이나 가치"라는 표현을 사용하고 있는 것도 아직 진입하지 않은 장래의 시장을 포함시키고자 하는 취지임이 분명하다. 원저작물 자체에 대한 시장뿐만 아니라 원저작물을 기초로 하여 작성되는 2차적 저작물에 대한 시장도 여기에 포함될 수 있다.[475] 아직 원저작물에 대한 2차적 저작물이 작성된 바 없고, 따라서 그에 대한 이용허락으로 수입을 얻은 바가 없더라도 그러한 2차적 저작물이 작성될 개연성이 있고, 그럴 경우 그 이용허락으로 인한 수입이 기대될 수 있다고 하면, 피고가 유사한 2차적 저작물을 작성한 것이 제4요소에 있어서 불리하게 고려될 수 있다. 제4요소와 관련하여, Sony 사건의 연방 대법원 판결도 "실제의 손해가 있다는 것이 입증될 필요는 없고, 미래에 손해가 발생할 상당한 정도의 개연성(some

471) 대법원 2004. 5. 13. 선고 2004도1075 판결, 1998. 7. 10. 선고 97다34839 판결, 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 판결 등

472) Wainwright Securities, Inc. v. Wall St. Transcript Corp., 558 F.2d 91

473) Williams & Wilkins Co. v. U. S. 203 Ct.Cl. 74, 487 F.2d 1345

474) *E.g.* Consumers Union of United States, Inc. v. General Signal Corp. 724 F.2d 1044

475) Melvile B. Nimmer et al., *supra* 13-183; Cable-Home Communication Corp. v. Network Productions, Inc., 902 F.2d 829, 15 U.S.P.Q.2d 1001

meaningful likelihood of future harm)"이 입증되면 족하다고 판시하였는데,[476] 그 의미는 "피고에 의해 행해지는 이용유형을 위한 시장이 존재할 개연성이 있다는 것"이 밝혀지는 것으로 족하다는 것으로 이해되고 있다.[477]

(4) 위와 같이 아직 진입하지 않은 시장도 고려됨에 따라 구체적인 사안에서 다음과 같은 판단이 이루어진 바 있다.

① 원고가 앞으로 출판하지 않겠다고 서약한 경우에도 잠재적 시장은 있다고 보아야 하므로, 시장에 대한 영향이 없다고 할 수 없다.[478]

② 원고(이용자)가 피고(저작권자)의 시장에 책을 팔고 있지는 않지만, 원고가 피고의 경쟁자들에게 그 책에 나타나는 정보를 사용할 수 있도록 이용허락을 하여 일종의 라이선스 시장을 형성한 경우, 시장에 대한 악영향이 인정된다.[479]

③ 원고의 저작물을 토대로 작성된 2차적 저작물의 배포가 저작물의 새로운 버전을 위한 원고의 시장을 침범한 것으로 인정되었다.[480]

④ 허락 없이 피고들의 책에 삽입된, 원고의 부모들에 의하여 작성된 저작물인 편지들이 20년 동안 출판되지 않고 있었다는 사실은 반드시 공정이용과의 관계에서 그 편지들이 피고들의 행위에 의하여 손상될 수 있는 장래의 시장을 가지고 있지 않다는 것을 의미하는 것은 아닌 것으로 판단되었다.[481]

⑤ 원고의 책이 절판된 것과 관련하여서는 그것을 공정이용의 인정을 뒷받침하는 사실의 하나로 고려한 판례[482]와 그렇지 않고 현재 절판되어 있지만, 2차적 저작물에 대한 시장이 형성될 개연성이 있다고 본 판례[483]가 있다.

---

476) Sony v. Universal City, 464 U.S. 417 at 451
477) Paul Goldstein, *supra* 12:70
478) Worldwide Church of God v. Philadelphia Church of God, Inc., 227 F.3d 1110 at 1119; Salinger v. Random House, Inc., 811 F.2d 90 at 99
479) United Telephone Co. of Missouri v. Johnson Pub. Co., Inc., 855 F.2d 604
480) Stewart v. Abend, 495 U.S. 207, 110 S.Ct. 1750
481) Meeropol v. Nizer, 560 F.2d 1061, 195 U.S.P.Q. 273 (C.A.2 (N.Y.) 1977)
482) Maxtone-Graham v. Burtchaell, 803 F.2d 1253, 231 U.S.P.Q. 534 (C.A.2 (N.Y.) 1986)

(5) 그런데 저작권자가 장래 진입할 개연성이 있는 모든 시장이 포함된다고 할 때에 공정이용과 관련된 모든 사안에서 피고가 사용한 바로 그 이용에 대한 라이선스 시장도 '저작물의 현재 또는 장래의 시장'으로 인정될 가능성이 있고,[484] 그렇게 되면 공정이용을 통해 달성하고자 하는 미묘한 균형을 파괴하는 결과를 초래할 가능성이 있다. 따라서 '통상의 시장(normal market)'이라는 개념을 통해 그 시장의 영역을 적절하게 합리적으로 정하기 위한 노력을 기울일 필요가 있다. 미국의 판례 중에도 현재 또는 장래의 모든 가능한 시장이 아니라 통상의 시장이라고 인정되는 범위 내에서 제4요소로 고려할 수 있다고 보는 입장을 표명한 판례들이 있고,[485] 어떤 판례는 '전통적·합리적이거나 또는 개발개연성이 있는 시장'이라는 표현을 사용하기도 하였다.[486] '통상의 시장'이라는 개념은 공정이용조항과 관련한 미 상원의 보고서에서도 사용한 바 있고[487], 개정 저작권법 제35조의 2에 반영된 3단계 테스트 중 "저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 않는 경우인지 여부"에 관한 2단계의 기준과 일치하는 개념이기도 하므로, 우리 저작권법의 해석상으로는 '통상의 시장'이라는 개념을 통해 적절한 균형을 도모할 필요가 있다고 여겨진다.

(6) 시장이 통상적 시장인지 여부를 판단함에 있어서 중요한 고려요소가 될 수 있는 것이 바로 거래비용의 문제이다. 예를 들어 우리나라 판례가 공정한 인용으로 인정한 포털 사이트 등의 이미지 검색 서비스의 경우에 썸네일 형태의 이미지 파일을 복제, 전송하는 것에 대하여 저작권자의 라이선스 시장이 통상적 시장으로 존재하는지 여부에 대하여 생각해 보면, 거래비용의 측면이 가지는 중요성을 쉽게 알 수 있다. 즉, 이 경우에 그러한 라이선스(이용허락)를 받는 것에 거래비용으로 인한 장벽이 없다면,

---

483) Robinson v. Random House, Inc., 877 F.Supp. 830, 34 U.S.P.Q.2d 1257, 35 U.S.P.Q.2d 1635 (S.D.N.Y. 1995)

484) Melvile B. Nimmer et al., *supra* 13-184

485) Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 at 568; Mathieson v. Associated Press, 1992 WL 164447 (S.D.N.Y.)

486) American Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913

487) "특수한 예외가 있지만... 저작물에 대한 통상적 시장의 어느 부분을 대체하는 이용은 일반적으로 침해로 판단될 것이다." Senate Report, at 65.

그 라이선스 시장이 아직 출현하지 않았지만 곧 출현할 것으로 합리적으로 예측할 수 있는 시장영역이라 할 수 있지만, 그러한 이용허락을 사전에 일일이 받는다는 것은 새로운 저작물과 새로운 저작자가 계속 등장하는 인터넷의 속성에 비추어 거의 불가능에 가까운 일이고, 결국 사전의 이용허락을 요구할 경우에는 공익적 가치를 가진 해당 서비스에 대하여 라이선스를 받도록 하기보다는 그 서비스를 중단시키는 결과를 초래할 뿐이라고 여겨진다. 바로 이러한 사례를 통해 거래비용이 시장의 형성에 얼마나 큰 영향을 미치는지를 확인할 수 있다. 결국 거래비용이 클 경우에는 '통상의 시장'을 인정하기가 어렵고, 그것은 공정이용의 인정에 유리한 요소가 된다고 할 수 있다. 사적 이용에 대하여 공정이용을 인정한 미국의 Sony 판결도 같은 관점에서 이해할 수 있다. 거래비용만이 통상의 시장을 결정하는 중요한 요소라는 것은 물론 아니며, 거래비용이 하나의 요소로서 중요하게 고려될 수 있음을 의미할 뿐이다.

(7) 위와 같은 맥락에서 미국의 판례들이 시장에의 부당한 영향이 있는 경우와 그렇지 않은 경우를 적절히 구분해 온 사례들을 살펴보면 다음과 같다.[488] 물론 구체적 사안에 대하여 개별적으로 여러 요소들을 종합하여 판단하여야 하는 것이지만, 판례의 취지를 간략히 요약한 것만으로도 판단기준에 대하여 일정한 시사를 받을 수는 있다고 생각되어 소개한다.

① 원고의 노래 가사의 패러디가 피고의 노래 가사 잡지에 실린 경우에는 시장영향이 긍정되었으나,[489] 그러한 패러디가 유머 잡지에 실린 경우에는 시장 영향이 부정되었다.[490]

② 피고가 원고의 교육 프로그램 방송을 공립학교에 체계적으로 배포하기 위해 복제한 경우는 시장에의 악영향이 인정되었으나,[491] 피고가 원고의 오락 프로그램을 가정 내에서의 사적사용을 위하여 복제한 경우에는 시장에의 악영향이 부정되었다.[492]

---

488) Paul Goldstein, *supra* 12:72-72.1
489) Leo Feist, Inc. v. Song Parodies, 146 F.2d 400
490) Berlin v. E. C. Publications, Inc., 219 F.Supp. 911
491) Encyclopaedia Britannica Educational Corp. v. Crooks, 542 F.Supp. 1156
492) Sony Corp of America v Universal City Studios, Inc, 464 US 417 (1984)

③ P2P 프로그램을 이용하여 이른바 공간이동(space shifting)을 위해 복제된 경우에는 시장에의 악영향이 긍정되었으나,[493] 이른바 시간이동(time shifting)을 위해 복제된 경우에는 시장에의 악영향이 부정되었다.[494]

(8) 한편, 시장에의 영향을 판단함에 있어서 이용자의 저작물 중 원저작물을 이용한 것으로 인한 영향[495], 나아가 원저작물 중에서도 '창작성 있는 표현'에 해당하는 부분을 이용한 것으로 인한 영향만을 고려하여야 하고,[496] 그 나머지 부분, 즉 원저작물로부터 아이디어 등 보호되지 않는 부분을 이용한 것으로 인한 영향은 고려대상에서 제외되어야 한다.

(9) 원저작물을 이용한 저작물이 원저작물을 비평한 것으로 인한 시장가치의 저하는 제4요소를 고려함에 있어서 제외되어야 한다. 전기 작가가 대상인물의 저작물을 일부 이용하면서 대상인물을 비판한 것이 미치는 시장에의 악영향과 관련하여 판례는 "전기작가의 대상인물에 대한 혹독한 비평이 대상인물의 현재 공표된 또는 아직 공표되지 않은 저작물들에 대한 고객 수요에 미칠 수 있는 부정적 영향은 비평의 본질에 기한 것으로서 대상인물 자신의 저작물을 비평의 목적 범위 내에서 전기작가가 이용한 것이 공정이용 법리 하에서 보호되어 금지청구를 물리칠 수 있는지 여부를 결정함에 있어서 고려할 요소는 아니다. 공정이용 보호는 우호적인 비평에만 주어지는 것이 아니다."라고 판시한 바 있다.[497] 이것은 미국 판례의 확립된 태도이다.[498]

---

493) A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004
494) Sony Corp of America v Universal City Studios, Inc, 464 US 417 (1984)
495) Arica Institute, Inc. v. Palmer, 970 F.2d 1067
496) Melvile B. Nimmer et al., *supra* 13-181
497) New Era Publications Intern., ApS v. Henry Holt and Co., Inc., S.D.N.Y.1988, 695 F.Supp. 1493, 8 U.S.P.Q.2d 1713
498) *E.g.* NXIVM Corp. v. Ross Institute, C.A.2 (N.Y.) 2004, 364 F.3d 471, 70 U.S.P.Q.2d 1538

XI-4-b. 패러디의 경우

[설명]

(1) 패러디의 경우에도 제4요소와 관련하여, 기본적으로는 XI-4-a에서 설명한 바와 같은 기준이 적용된다. 패러디로서 공정이용 여부가 문제되는 것은 대부분 2차적 저작물에 해당하는 것으로 볼 수 있고, 따라서 2차적 저작물에 대한 시장에 악영향을 줄지 여부가 문제될 수 있다. 그러나 패러디가 효과적으로 그 기능을 수행할 경우에 그것은 원저작물에 대한 비평적 기능을 포함한 완전히 새로운 의미를 가지게 되므로, 그러한 경우에 '통상의 시장'에 대한 악영향을 크게 인정하기는 어려울 것으로 여겨진다. Acuff-Rose 사건에서 미국 연방 대법원도 "영리적 이용이 단지 원저작물 전부의 복제에 해당할 경우에 그것은 명백히 그 원저작물이 가지는 목적을 대체하며, 그 시장 대체물로 기능하므로, 이 경우 원저작물의 시장에 대한 악영향이 있을 것으로 보는 데는 문제가 없다. 그러나 역으로 2차적 이용이 변용적일 때에는 시장 대체성이 적어도 덜 분명하고, 시장에의 악영향이 곧바로 추정될 수는 없다. 순수하고 명백한 패러디에 관한 한, 그것이 원저작물을 대체함으로써 제4요소 하에서 인식 가능한 방식으로 원저작물의 시장에 악영향을 미치지는 않을 가능성이 보다 높다. 패러디와 원저작물은 대개 다른 시장 기능에 기여하기 때문이다."라고 판시한 바 있다.[499] 다만, 패러디라는 이름으로 만들어진 작품이라고 하더라도 실제로 그것이 패러디로서의 풍자적 기능에 충실하기보다 원저작물을 대체하는 효과가 있는 경우도 있을 수 있으므로 구체적인 사안에 따라 그 영향의 유무를 신중하게 판단할 필요가 있다.

(2) 한편, 패러디의 경우에 그것이 가지는 비평적 요소 때문에 원저작물의 시장가치가 저하되는 경우가 있을 수 있는데, 그에 대하여는 XI-4-a. (9)에서 소개한 판례의 입장이 그대로 적용된다. 즉, 패러디가 그 비평적 논평의 효과성으로 인해 원저작물 또는 그 이차적 이용을 위한 시장에 손상을 줄 수 있다는 사실은 저작권법상 고려대상이 아니다.[500]

---

499) Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569 at 591

XII 사례 예시

1. 공공기관에서 공개한 사진, 동영상, 음악, 파일, 보고서 등을 자신의 홈페이지에 올리는 경우는 저작권 침해 행위 인가?

[답] 공공기관에서 공개한 사진, 동영상 등의 경우도 다른 저작물과 똑같이 저작권에 의한 보호를 받게 되는 경우일 가능성이 높습니다. 우리 저작권법은 판례, 법령, 국가 또는 지방자치단체의 고시·공고·훈령 그 밖에 이와 유사한 것, 그러한 것 등의 편집물이나 번역물 등의 일부 공공저작물에 대하여만 저작권법의 보호를 부정하는 규정(저작권법 제7조 제1-4호)을 두고 있고, 나머지 공공저작물에 대하여 특별한 규정을 두고 있지는 않기 때문입니다. 따라서 이러한 사진, 동영상 등을 권리자의 허락 없이 개인 홈페이지에 올려서 불특정 다수인이 이용할 수 있게 제공하는 행위는 그 저작권자(국가 등)의 저작재산권 중 복제권 및 공중송신권을 침해하는 행위로 보게 될 가능성이 있습니다.

☞ 저작권법 제7조 제1-4호와 공공저작물의 이용에 대하여 자세한 것은 이 가이드라인 I-1의 설명을 참고하세요.

2. 사건 당사자로서 법원에 제출할 준비서면에 관련 문제를 다루고 있는 책 내용의 일부분을 발췌, 복사하여 첨부하는 것이 공정이용에 해당되는가?

[답] 저작권법 제23조는 재판절차를 위해 필요한 경우에는 그 필요한 한도 안에서 타인의 저작물을 이용할 수 있다고 규정하고 있습니다. 재판절차를 위한 필요가 인정되면, 법원, 검찰청 등 국가기관만이 아니라 사건의 당사자인 원고, 피고, 변호사, 감정인 등이 준비서면이나 의견서의

500) Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569 at 593

내용에 포함하거나 참고자료로 첨부하기 위해 저작물을 복제하는 것도 가능합니다. 다만, 필요한 한도 안에서만 복제하여야 하고 저작물의 종류와 복제의 부수 및 형태 등에 비추어 당해 저작재산권자의 이익을 부당하게 침해하는 경우가 아닐 것 등의 요건에 유의하여야 합니다.

☞ 재판절차 등에서의 복제에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 I-2-1의 설명을 참고하세요.

3. 고등학교 또는 대학교 수업을 위하여 저작물을 사례로 하여 교육행위를 하였다면 공정이용에 해당되는가?

[답] 고등학교, 대학교 등의 교육기관에서 수업을 위한 목적으로 저작물을 이용한 경우에는 저작권법 제25조 제2항에 따라 일정한 조건 하에 공정이용에 해당할 수 있습니다. 다만, 대학교의 경우에는 **문화관광부가 정하여 고시하는 보상금 지급기준에 따라** 저작재산권자에 대하여 **보상할 의무가** 있습니다. **보상금은 지정단체(한국복사전송권협회)에 지급되어야 하고, 단체에서 개별권리자에게 분배합니다.**

☞ 교육기관에서의 이용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 II-1-2의 설명을 참고하세요.

4. 학생들이 교육적, 창조적 목적으로 스스로 작품을 만드는 과정에서 저작물을 사용하는 경우는 공정이용에 해당되는가?

[답] 교육기관에서 교육을 받는 자도 수업목적 상 필요하다고 인정되는 경우에는 저작권법 제25조 제3항에 따라 공표된 저작물을 복제하거나 전송할 수 있습니다. 그러한 요건을 충족하지 않는 경우, 예를 들어 학생들이 수업목적과는 무관하게 스스로 작품을 만드는 과정에서 타인의 저작물을 사용하는 경우에는 저작권법 제25조가 적용되지 않습니다. 그러므

로 그러한 경우에는 그것이 사적 이용을 위한 복제 또는 제28조에 의한 공표된 저작물의 인용 등에 해당하지 않는 이상 공정이용에 해당하는 것으로 보기 어려울 것입니다.

☞ 교육기관에서의 이용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 II-1-2의 설명을 참고하세요.
☞ 사적 이용을 위한 복제에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 VI의 설명을 참고하세요.
☞ 공표된 저작물의 인용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 IV의 설명을 참고하세요

5. 학생들의 작품(연극, 영화, 공연, 사진, 그림 등)의 전시, 상영 등의 행위를 위해 관객을 모으는 경우는 공정이용에 해당되는가?

[답] 교육기관의 학생들이 수업목적을 위하여 타인의 저작물의 창작성 있는 표현을 이용하여 그 복제물의 범위에 포함되거나 2차적 저작물에 해당하는 것을 만든 경우에도 그것을 수업목적으로 사용하는 범위 내에서는 저작권법 제25조 제3항에 의하여 허용될 수 있습니다. 예를 들어 학교 미술시간에 타인의 작품을 이용하여 미술작품을 만들거나 음악시간에 다른 사람의 음악을 이용하여 새로운 악곡을 만드는 등의 행위를 학습 목적으로 하였다면 그러한 행위는 저작권법 25조 제2항에 따라 면책될 것입니다.

그러나 학생들이 위와 같이 원저작물을 이용하여 작성한 미술작품을 복도 등에 상시 전시하거나 외부인들을 초청한 자리에서 공연하는 등의 방법으로 수업목적의 범위를 벗어나 이용할 경우에는 원저작물에 대한 저작권자의 2차적 저작물 작성권 및 전시권 등을 침해한 것으로 보게 될 가능성이 있습니다.

☞ 교육기관에서의 이용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 II-1-2의 설명을 참고하세요.

☞ 저작권법 제29조 제1항의 적용조건 등에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 V-1의 설명을 참고하세요.

6. 미디어교육 교재를 제작하기 위하여 저작물을 활용(일부 또는 전부)한 경우 공정이용에 해당되는가?

[답] 그것이 교육기관이나 교육지원기관에서 수업 또는 지원 목적으로 제작하는 것으로서 그러한 목적을 위해서만 활용되고, 그 밖에 저작권법 제25조 제2항의 여러 요건을 충족할 경우에는 그 조항에 따라 저작권자의 허락 없이 이용할 수 있습니다. 다만, 초·중·고등학교, 장애인 등에 대한 특수교육법에 따른 특수교육기관에서의 교육목적 이용 등 일부 면제되는 경우를 제외하고는 저작재산권자에게 보상금을 지급할 의무가 있습니다.

☞ 교육기관에서의 이용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 II-1-2의 설명을 참고하세요.

7. 만화책의 내용을 소재로 하여 학생들이 공연(연극, 춤, 뮤지컬 등)을 창작하여 무료로 공연을 하였다면 공정이용에 해당되는가?

[답] 교육기관의 학생들이 수업목적을 위하여 타인의 저작물을 이용하여 2차적 저작물에 해당하는 것을 만든 경우에, 그것을 수업목적으로 사용하는 범위 내에서는 저작권법 제25조 제3항에 의하여 허용될 수 있습니다. 즉, 만화책의 내용을 소재로 하여 공연(연극, 춤, 뮤지컬)을 창작한 것이 수업목적의 범위 내라면 허용될 수 있다고 봅니다. 그러나 그것이 수업목적의 범위를 벗어나 대외적으로 공연되게 되면, 수업목적의 범위 내에서 이용하여야 한다는 저작권법 제25조 제3항의 요건을 충족하지 못하는 것이 되어 저작권침해가 될 가능성이 있습니다.

☞ 교육기관에서의 이용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 II-1-2의 설명을 참고하세요.

8. 신문기사를 출처를 명기하여 블로그에 퍼온 경우 저작권법에 위반되는가?

[답] 신문기사 중에 사실의 전달에 불과한 시사보도에 해당하는 것은 저작물로 보호되지 않으므로(저작권법 제7조) 자유롭게 이용할 수 있으나, 단순한 사건사고 기사 등과 같이 6하 원칙에 따라 간결하게 작성한 기사만 그러한 경우에 해당하고, 그렇지 않은 많은 기사들은 저작물로서 보호됩니다. 논평, 해설 등의 기사만이 아니라 보도기사도 사실의 선별 및 기사 내용의 구성, 문장 표현 등에 그것을 작성한 기자의 개성이 반영된 것인 한, 저작권보호의 대상이 됩니다. 이러한 신문기사를 저작권자의 허락 없이 복제하여 블로그에 그대로 전재한 경우에는 그것이 공정이용에 해당한다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 그 저작권자인 신문사 등의 해당 기사에 대한 복제권 및 전송권을 침해한 것으로 보게 됩니다.

이러한 행위가 공정이용에 해당하는지 여부에 관하여 살펴보면 다음과 같습니다. 먼저, 블로그에 게재함으로써 널리 많은 사람이 이용할 수 있게 제공하는 것은 개인적인 이용이나 가정 또는 이에 준하는 한정된 범위의 사람들 사이에 공유하는 것을 넘어선 것이므로, 사적 이용을 위한 복제(저작권법 제30조)에 해당하지 않습니다. 그리고 자신의 생각이나 감정의 표현 없이 단순히 기사를 자신의 블로그에 그대로 퍼온 것에 불과하다면, 저작권법 제28조의 '공정한 저작물의 인용'에 해당할 가능성도 없습니다. 또한 공정이용의 일반조항(제35조의 3)과 관련하여서는, 비록 그것이 비영리적인 목적에 의한 것이라 하더라도 신문기사를 그대로 복제하여 전재하는 것은 생산적 이용이라 보기 어렵고, 개별 기사를 기준으로 볼 때 저작물의 전부이용에 해당하며, 신문기사의 온라인 유료 서비스 등의 수요를 대체하는 효과를 가져 그 현재 및 장래의 시장이나 가치에 미치는 영향을 무시할 수 없으므로, 공정이용에 해당한다고 보기 어렵습니다. 따라

서 신문기사를 그대로 복제하여 블로그에 싣는 것은 일반적으로 공정이용에 해당한다고 보기는 어려울 것입니다.

다만 기사 내용을 그 제목만 표시하고 그것을 하이퍼링크로 연결해 두기만 하는 방법을 취할 경우에는 기사의 제목만으로는 저작물성이 인정된다고 보기 어렵고, 그 내용을 하이퍼링크로 연결시티는 것만으로는 저작물인 신문기사의 복제 또는 전송에 해당하지 않아 저작권침해로 인정되지 않을 가능성이 많습니다. 그리고 자신의 주장이나 의견은 없이 단순히 신문기사를 그대로 퍼오는 것이 아니라 자신의 주장이나 의견을 상당한 정도로 작성하여 올리면서 자신의 의견에 대한 근거를 밝히기 위한 목적 등을 위해 신문기사 일부를 '인용'할 경우에는 일정한 요건 하에 저작권법 제28조의 "공표된 저작물의 인용"에 해당하여 공정이용으로 인정될 가능성이 있습니다.

- ☞ 사실의 전달에 불과한 시사보도의 기준 등에 대하여 자세한 사항은 이 가이드라인 III-1의 설명을 참고하세요.
- ☞ 사적 이용을 위한 복제에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 VI의 설명을 참고하세요.
- ☞ 공표된 저작물의 인용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 IV의 설명을 참고하세요.
- ☞ 공정이용 일반조항의 적용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 XI의 설명을 참고하세요.
- ☞ 링크의 법적 성격에 대하여 자세한 사항은 IV-a. (3)의 설명을 참고하세요.

9. 시민단체에서 자신의 행사를 알리기 위해 언론사에 보도자료를 보냈고, 이를 받은 언론사에서 일부 내용을 수정한 후 신문에 게재 하였으며, 이러한 기사내용을 시민단체에서 복사하여 단체 홈페이지에 올렸다면 저작권 침해에 해당되는가?

[답] 언론사에서 보도자료의 내용을 일부 수정하였지만, 새로운 창작성을 부가한 것으로 보기 어렵거나 그 자체가 사실의 전달에 불과한 시사보도에 해당할 경우에는 언론사의 저작물로 보호될 수 없는 경우들이므로, 그러한 경우에 시민단체의 위와 같은 행위는 저작권침해가 되지 않는 것으로 봅니다. 그러나 언론사에서 보도자료의 내용을 참고하여 새로운 저작물을 작성한 것으로 인정되고 그것이 사실의 전달에 불과한 시사보도는 아닌 것으로 인정될 경우에는 위와 같은 행위가 저작권침해가 될 가능성이 많습니다.

이러한 경우에 시민단체의 행위를 공정이용으로 인정할 것인지를 검토해 보면, 그것이 가지는 비영리적인 성격, 이용된 저작물이 가지는 사실적·정보적 성격 등은 공정이용 인정에 유리한 요소이지만, 기사 내용을 그대로 단순 복제한 것으로서 변용적 이용이나 생산적 이용의 성격을 인정하기 어렵고, 신문사의 이용조건에 따라 쉽게 이용허락을 받을 수 있어 거래비용이 높지 않고, 이러한 행위가 저작물의 현재 및 장래의 시장 및 가치에 미치는 악영향도 전적으로 부정하기 어렵다는 점 등은 불리한 요소라고 생각됩니다. 따라서 공정이용으로 인정하기 어려운 경우라고 보게 될 가능성이 많다고 생각됩니다.

☞ 사실의 전달에 불과한 시사보도의 기준 등에 대하여 자세한 사항은 이 가이드라인 III-1의 설명을 참고하세요.
☞ 공정이용 일반조항의 적용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 XI의 설명을 참고하세요.

10. 개인이 구입한 상품에 대해 사진을 찍고 홈페이지에 올린 후 리뷰 또는 상품 후기를 올렸는데 이 경우 저작권 침해에 해당하는가?

[답] 그 상품이 미술저작물 등 저작물로서의 성격을 가지고 있지 않다면, 그것을 사진촬영하여 올린 것이 저작권침해가 될 수는 없고 따라서 별다른 문제가 없을 것입니다. 그 상품이 미술저작물 등으로 인정된다고 가정하면, 그것을 촬영한 사진을 홈페이지에 올리는 것은 복제 및 전송에 해당하므로 그 저작권자의 복제권 및 공중송신권을 침해하는 것으로 인정될 가능성이 있습니다. 다만, 그러한 경우에도 그것을 구입하여 이용하는 소비자가 상품에 대한 리뷰를 하면서 그 상품 사진을 이용하는 경우에는 일정한 요건 하에 저작권법 제28조의 공표된 저작물의 '인용'에 해당하여 저작권법상 허용되는 공정이용으로 인정될 가능성이 있을 것으로 생각됩니다. 이 경우에 '리뷰'라고 하는 것은 인용의 정당한 목적 중 하나인 '비평'에 해당하거나 그와 유사한 것으로 볼 수 있고, 저작물의 이용행위가 저작권법 제28조의 공표된 저작물의 인용으로서 정당하다고 볼 것인지의 여부를 판단함에 있어서 그 이용이 원래의 저작물에 대한 시장의 수요를 대체하는지 여부가 중요한 고려요소 가운데 하나인데, 위와 같은 리뷰만으로는 원래의 저작물에 대한 시장 수요를 대체한다고 보기는 어렵기 때문입니다.

☞ 공표된 저작물의 인용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 IV의 설명을 참고하세요.

11. 제품 카탈로그의 사진 또는 영화 포스터 등을 스캔하여 리뷰를 작성하고 이를 블로그에 올렸는데 이 경우는 저작권 침해에 해당하는가?

[답] 제품 카탈로그의 사진 또는 영화 포스터 등은 대개 사진저작물이나 영상저작물에 해당할 것이고, 그것을 스캔하여 블로그에 올리는 행위는 복제 및 전송에 해당하므로, 저작권자의 허락 없이 할 경우에 원칙적으로 저작권자의 복제권 및 공중송신권을 침해하는 것으로 인정될 수 있

습니다. 다만 그것이 제품 또는 영화의 리뷰를 위한 것일 경우에는 공표된 저작물의 인용에 관한 저작권법 제28조의 요건을 충족할 경우 저작권법상 허용되는 공정이용으로 인정될 가능성이 있습니다.

☞ 공표된 저작물의 인용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 IV의 설명을 참고하세요.

12. 영화의 스틸컷을 홈페이지 등에 올리는 경우 공정이용에 해당되는가?

[답] 영화의 스틸컷에도 그 영화(영상저작물)의 창작성 있는 표현이 담기게 되므로, 그 스틸컷은 영상저작물의 복제물에 해당한다고 할 수 있고, 그것을 홈페이지 등에 올리는 행위는 복제 및 전송에 해당합니다. 따라서 그러한 복제나 전송에 대하여 그 저작권자로부터 허락을 받지 않은 경우에는 원칙적으로 저작권자의 저작재산권 중 복제권 및 공중송신권을 침해하는 것으로 보게 될 가능성이 많습니다. 다만, 그 스틸 컷이 영화에 대한 리뷰 등을 위해 인용한 것일 경우에는 공표된 저작물의 인용에 관한 저작권법 제28조에 따라 공정이용으로 허용될 가능성이 있습니다.

☞ 공표된 저작물의 인용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 IV의 설명을 참고하세요.

13. 음반 자켓 이미지를 음악 소개를 위해 캡처하여 블로그나 카페 등에 올리는 것은 공정이용으로 허용되는가?

[답] 음반을 소개하기 위한 목적으로 캡처한 이미지를 인용하는 것은 소개의 글이 질적· 양적으로 상당한 정도에 이르고 캡처 이미지를 이용한 정도가 과도하지 않아 전체적으로 소개의 글이 차지하는 비중이 보다 높다고 할 수 있으며 그 출처를 명시하는 등의 일정한 요건을 갖춘 경우에 한하여 저작권법 제28조의 '공표된 저작물의 인용'으로 허용될 가능성이

있습니다. 소개의 글은 없이 단순히 캡처 이미지만 올린 경우에는 사진저작물 또는 미술저작물에 해당하는 음반 자켓 이미지에 대한 저작권자의 복제권 및 공중송신권(전송권)의 침해가 인정될 수 있습니다. 그러한 경우에 저작권 침해의 우려를 해소하기 위해서는 적법하게 관련 이미지를 제공하고 있는 사이트에 하이퍼링크를 시키는 방법을 취하는 것도 하나의 방법입니다.

☞ 공표된 저작물의 인용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 IV의 설명을 참고하세요.
☞ 링크의 법적 성격에 대하여 자세한 사항은 IV-a. (3)의 설명을 참고하세요.

14. 분식집 등에서 노래, 영상 등의 저작물을 시청하게 하는 행위는 공정이용에 해당하는가?

[답] 판매용 음반(CD 등)이나 판매용 영상저작물(DVD 등)을 재생하는 방법으로 공연할 경우에 그러한 저작물 시청에 대한 대가를 손님들로부터 받지 않는 한 저작권법 제29조 제2항에 따라 허용되는 행위라고 할 수 있습니다. 저작권법 시행령에서 정하고 있는 예외사유에 해당하면, 권리자의 허락을 받아야 하는데, 일반 식당의 경우에는 예외사유로 정해지지 않았습니다.

참고로, 유흥주점이나 단란주점 등은 예외사유로 정해져 있으므로 권리자의 허락 없이 위와 같은 행위를 할 수 없습니다. 음악 또는 영상저작물을 감상하는 설비를 갖추고 음악이나 영상저작물을 감상하게 하는 것을 영업의 주요내용의 일부로 하는 경우도 마찬가지입니다. 또한 '판매용 음반'이 아니라 자신이 녹음을 한 CD를 재생하는 경우나 가수를 초청하여 라이브로 공연을 하게 하는 것 등은 제29조 제2항에 해당하지 않고, 그것이 영업을 위한 것인 이상 제29조 제1항에도 해당하지 않아, 권리자의 허락을 받아야만 허용되는 경우라고 할 수 있습니다.

☞ 저작권법 제29조의 적용조건 등에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 V의 설명을 참고하세요.

15. 유명한 피겨선수의 동작을 따라하여 스케이팅 동작을 취하였다면 공정이용에 해당되는가?

[답] 유명한 피겨 선수의 피겨 스케이팅 동작에는 안무가가 작성한 무용저작물(연극저작물의 일종)이 표현되어 있다고 할 수 있으므로 그것을 그대로 따라 하는 행위를 많은 사람들 앞에서 할 경우에는 안무가의 무용저작물을 공연하는 것이라고 볼 수 있을 것입니다. 그러나 개인적으로 또는 가족이나 소규모의 친지들 앞에서만 한 경우에는 공중을 대상으로 한 것이 아니어서 저작권법상 저작권자의 배타적 권리에 속하는 행위 중 하나인 '공연'에 해당하지 않고 따라서 자유롭게 할 수 있습니다.

저작물의 공연에 해당하는 경우에도 영리를 목적으로 하지 아니하고, 관중 또는 제3자로부터 그에 대한 반대급부를 받지도 않은 경우에는 저작권법 제29조 제1항의 규정에 의한 자유이용의 범위에 포함되어 허용되는 것으로 볼 수 있습니다.

☞ 저작권법 제29조 제1항의 적용조건 등에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 V-1의 설명을 참고하세요.
☞ 저작권법상 공연의 개념에 대하여 자세한 것은 이 가이드라인 V-1-a.(1)의 설명을 참고하세요.

16. 기존의 음악, 예를 들면 '한국을 빛낸 100명인'이라는 노래를 활용하여 가사를 개사하여 불렀다면 공정이용에 해당되는가?

[답] 단지 가창만을 하였고, 그것도 가족 등의 소규모의 특정한 사람들을 대상으로 한 경우라면, '공중'을 대상으로 한 것으로 볼 수 없으므로

저작권법상의 공연에 해당하지 않아 저작권침해가 될 여지가 처음부터 없습니다. 그러한 범위를 넘는 다수의 사람들에게 가창을 한 경우에도, 영리를 목적으로 하지 않고 청중이나 제3자로부터 반대급부를 받지 않았다면 저작권법 제29조 제1항에 의하여 허용되는 행위가 될 수 있습니다. 그러한 규정이 적용될 경우에, 저작권법 제36조는 '개작'도 허용하고 있으므로 가사를 개사하여 가창하는 것도 허용되는 행위로 볼 수 있을 것입니다.

그러나 단지 가창만을 한 경우가 아니라, 개사한 가사 등을 복제, 배포하거나 온라인상으로 전송하는 등의 행위를 한 경우에는 저작재산권의 침해는 물론, 가사의 저작자가 가지는 저작인격권 중 동일성유지권을 침해하는 것이 될 수 있고, 패러디로서의 공정이용 요건을 갖추고 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 공정이용에 해당한다고 보기는 어려울 것입니다. 가사의 개사가 패러디로서 공정이용에 해당하기 위해서는 그것이 이용된 저작물 자체에 대한 비평 또는 풍자의 요소를 포함하고 있고('직접적 패러디'에 해당함), 패러디를 통해 원저작물과는 완전히 다른 새로운 의미, 기능을 창출하는 데 성공하고 있으며('변용적 이용'의 정도가 높은 것으로 인정됨), 원저작물을 패러디의 효과를 내기 위해 합리적으로 필요한 범위를 초과하여 이용하지 않았고, 원저작물의 시장을 대체하는 영향을 인정하기 어려운 등의 조건을 갖추어야 할 것입니다.

☞ 저작권법 제29조 제1항의 적용조건 등에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 V-1의 설명을 참고하세요.
☞ 저작권법상 공연의 개념에 대하여 자세한 것은 이 가이드라인 V-1-a의 설명을 참고하세요.
☞ 패러디를 공정이용으로 볼 것인지 여부의 판단에 관한 자세한 사항은 이 가이드라인 XI의 설명 중 패러디에 대한 부분을 참고하세요.

17. 결혼식장 등에서 축가를 불렀다면 저작권 침해에 해당되는가?

[답] 통상의 결혼식장에 모인 사람들은 가족, 친지 등의 범위를 넘어서지 않을 것이므로 공중의 개념에 해당하지 않고, 따라서 결혼식장에서 가족, 친지의 일원으로서 축가를 부른 행위는 저작권법상 공연에 해당하지 않아 저작권자의 권리가 처음부터 미치지 않는 것으로 볼 수 있습니다. 그러한 통상의 결혼식장의 하객의 범위를 넘어 상당 다수의 사람이 모여 저작권법상 공중에 해당하는 것으로 보고 따라서 축가를 부르는 것도 공연에 해당한다고 볼 경우에도, 그 공연이 영리를 목적으로 한 것이 아니고, 하객은 물론이고 다른 제3자로부터 공연에 대한 아무런 반대급부를 받지 않은 경우에는 저작권법 제29조 제1항에 따라 허용되는 행위가 되어, 저작권침해에는 해당하지 않을 가능성이 많습니다. 다만 그와 같이 공연에 해당할 경우에 축가를 부르는 사람이나 그 음악의 연주자 등이 통상의 보수를 지급받았을 때에는 저작권법 제29조 제1항의 요건을 갖추지 못한 것이 되어 저작권자의 허락을 받지 않는 한 저작권 침해로 인정될 수 있습니다.

☞ 저작권법 제29조 제1항의 적용조건 등에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 V-1의 설명을 참고하세요.
☞ 저작권법상 공연의 개념에 대하여 자세한 것은 이 가이드라인 V-1-a의 설명을 참고하세요.

18. 아마추어 밴드가 일반 저작물의 음악을 무료로 공개된 장소에서 공연을 하였다면 공정이용에 해당되는가?

[답] 청중뿐만 아니라 제3로부터도 그에 대한 반대급부를 전혀 받지 않아 저작권법 제29조 제1항의 조건을 충족할 경우에는 그 규정에 따라 허용되는 행위로 볼 수 있습니다.

☞ 저작권법 제29조 제1항의 적용조건 등에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 V-1의 설명을 참고하세요.

19. 일반인들을 대상으로 노래자랑 대회를 주최하여 상금을 주고자 한다면 이는 공정이용에 해당되는가?

[답] 저작권법 제29조 제1항은 "영리를 목적으로 하지 아니하고 청중이나 관중 또는 제3자로부터 어떤 명목으로든지 반대급부를 받지 아니하는 경우에는 공표된 저작물을 공연 또는 방송할 수 있습니다. 다만 실연자에게 통상의 보수를 지급하는 경우에는 그러하지 아니하다."고 규정하고 있습니다. 따라서 설문의 경우에, 대회 주최자가 영리를 목적으로 하지 않고, 청중이나 제3자 등으로부터 어떠한 명목의 반대급부를 받은 바도 없다면, 제29조 제1항에 해당하여 자유이용이 허용될 가능성이 많을 것입니다. 실연자라고 할 수 있는 참가자들 중에서 선정된 일부 사람들에게 '상금'을 주는 것만으로는 실연자에게 실연에 대한 통상의 보수를 지급하는 것으로 보기는 어려울 것이라고 생각되기 때문입니다. 다만 그러한 상금이 적어도 그것을 받는 실연자에게는 통상의 보수에 해당한다고 보는 견해도 있을 수 있고, 그러한 견해를 취할 경우에는 침해가 인정될 가능성을 배제할 수 없을 것입니다. 또한 그 노래자랑 대회를 진행함에 있어서 연주자들을 불러 연주하게 하고 그 연주자들에게 연주에 대한 대가를 지급할 경우에는 결국 실연자에게 통상의 보수를 지급하는 것으로 볼 수 있어, 결국 저작권자의 허락 없이 공연하는 것이 공연권 침해에 해당할 수 있습니다.

☞ 저작권법 제29조 제1항의 적용조건 등에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 V-1의 설명을 참고하세요.

20. 비공개 카페, 블로그 또는 가상의 저장공간(클라우드 서비스에 의하여 제공되는 것 중 공유형이 아닌 것) 등에 본인만 볼 수 있도록 한 경우는 공정이용에 해당하는가?

[답] 본인만 볼 수 있는 비공개 카페, 블로그 또는 가상의 저장공간(클라우드 서비스에 의하여 제공되는 것 중 공유형이 아닌 것) 등에 자료를 올릴 경우에는 공중을 대상으로 한 것이 아니므로 전송에 해당하지 않고, 그 과정에 수반되는 디지털 복제는 개인적인 이용으로서 영리를 목적으로 한 것도 아니므로 저작권법 제30조의 사적 이용을 위한 복제로서 허용되는 것으로 볼 가능성이 많습니다. 그러므로 공정이용에 해당하는 것으로 보게 될 가능성이 많다고 생각됩니다. 다만 저작권을 침해한 불법 파일임을 알면서 복제하는 경우에는 사적 이용을 위한 복제라고 보기 어렵다는 취지로 판단한 하급심 결정례가 있음을 유의하여야 할 것입니다.

☞ 전송의 개념에 관하여는 III-2-d.(1)의 설명을 참고하세요.
☞ 사적 이용을 위한 복제에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 VI의 설명을 참고하세요.

21. 노래 가사를 블로그에 올린 경우 저작권 침해에 해당하는가?

[답] 노래 가사를 그 저작권자의 허락 없이 불특정 또는 다수의 사람이 방문할 수 있는 블로그에 올릴 경우에는 그 과정에 저작물인 가사의 복제와 전송이 수반되므로, 그것이 공정이용에 해당한다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한, 저작권자의 복제권 및 전송권 등 저작재산권을 침해하는 행위가 될 것입니다.

이러한 행위가 공정이용에 해당하는지 여부에 관하여 살펴보면 다음과 같습니다. 먼저, 블로그에 게재함으로써 널리 많은 사람이 이용할 수 있게 제공하는 것은 개인적인 이용이나 가정 또는 이에 준하는 한정된 범위의 사람들 사이에 공유하는 것을 넘어선 것이므로, 사적 이용을 위한 복제

(저작권법 제30조)에 해당하지 않습니다. 그리고 자신의 생각이나 감정의 표현 없이 단순히 가사를 자신의 블로그에 그대로 퍼온 것에 불과하다면, 저작권법 제28조의 '공표된 저작물의 인용'에 해당할 가능성도 없습니다. 또한 공정이용의 일반조항(제35조의 3)과 관련하여서는, 비록 그것이 비영리적인 목적에 의한 것이라 하더라도 가사를 그대로 복제하여 전재하는 것은 생산적 이용이라 보기 어렵고, 가사를 포함한 악보의 온라인 유료 서비스 등의 수요를 대체하는 효과를 부정하기 어려우므로 공정이용에 해당한다고 보기 어렵습니다. 따라서 가사를 그대로 복제하여 블로그에 싣는 것은 일반적으로 공정이용에 해당한다고 보기는 어려울 것입니다.

다만 자신의 주장이나 의견을 상당한 정도로 작성하여 올리면서 그 근거를 밝히기 위한 목적 등을 위해 가사의 전부가 아닌 일부를 '인용'할 경우에는 일정한 요건 하에 저작권법 제28조의 "공표된 저작물의 인용"에 해당하여 공정이용으로 인정될 가능성이 있습니다.

☞ 사적 이용을 위한 복제에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 VI의 설명을 참고하세요.
☞ 공표된 저작물의 인용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 IV의 설명을 참고하세요.
☞ 공정이용 일반조항의 적용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 XI의 설명을 참고하세요.

22. 공개 광장에서 개최된 음악 공연을 사진 또는 동영상으로 촬영하여 블로그에 올린 경우 공정이용에 해당하는가?

[답] 그 공연의 장면을 찍은 사진을 블로그에 올리는 것만으로는 음악 저작물에 대한 복제 및 전송이 이루어진 것으로 볼 수 없으므로, 음악에 대한 저작권이 침해된 것으로 보기는 어렵습니다. 그 경우 사진에 찍힌 사람들의 초상권을 침해한 것으로 보게 될 가능성이 있을 수는 있으나, 가수 등 유명인의 경우에는 그 사진을 영리적인 목적으로 올린 것이 아닌 한 초상권의 침해가 문제되지 않을 것입니다.

그러나 그 공연을 동영상으로 촬영하여 블로그에 올린 경우에는 음악저작물(가사, 악곡)이 복제, 전송되는 경우이므로, 그것이 공정이용에 해당한다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한, 저작권자의 복제권 및 전송권 등 저작재산권을 침해하는 행위가 될 것입니다.

이러한 행위가 공정이용에 해당하는지 여부에 관하여 살펴보면 다음과 같습니다. 먼저, 블로그에 게재함으로써 널리 많은 사람이 이용할 수 있게 제공하는 것은 개인적인 이용이나 가정 또는 이에 준하는 한정된 범위의 사람들 사이에 공유하는 것을 넘어선 것이므로, 사적 이용을 위한 복제(저작권법 제30조)에 해당하지 않습니다. 그리고 자신의 생각이나 감정을 글로 표현하는 것 없이 공연 내용을 촬영한 것을 그대로 블로그에 올린 것에 불과하다면, 저작권법 제28조의 '공정한 저작물의 인용'에 해당하는 것으로 보기도 어렵습니다. 또한 공정이용의 일반조항과 관련하여서는, 비록 그것이 비영리적인 목적에 의한 것이라 하더라도 공연 내용을 그대로 촬영하여 올리는 것만으로는 '생산적 이용'이라고 보기 어렵고, 음악저작물이나 가수 및 연주자의 실연 등에 대한 시장의 수요를 대체하는 효과를 가지는 것으로 볼 가능성이 많으므로, 공정이용의 일반조항(제35조의 3)에 해당한다고 보기 어렵습니다. 따라서 위와 같은 이용행위는 일반적으로 공정이용에 해당한다고 보기 어려울 것입니다.

다만 그 음악저작물 및 공연과 관련하여 자신의 주장이나 의견을 상당한 정도로 작성하여 올리면서 그 근거를 밝히기 위한 목적 등을 위해 공연의 일부분만 동영상파일로 올릴 경우에는 일정한 요건 하에 저작권법 제28조의 "공표된 저작물의 인용"에 해당하여 공정이용으로 인정될 가능성이 있습니다.

☞ 사적 이용을 위한 복제에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 VI의 설명을 참고하세요.
☞ 공표된 저작물의 인용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 IV의 설명을 참고하세요.
☞ 공정이용 일반조항의 적용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 XI의 설명을 참고하세요.

23. 미니홈피에 스크랩 기능을 통해 퍼오는 행위는 공정이용에 해당하는가?

[답] 그러한 스크랩 기능이 이용되는 정보를 단순히 링크만 시키는 것이 아니라 그 정보를 다른 저장공간으로 옮김으로써 디지털 복제 및 전송이 수반되는 경우라고 하면, 그 이용되는 정보가 저작물로서의 성격을 가질 경우 그에 대한 권리자의 허락이 없는 한, 그의 저작재산권 중 복제권 및 공중송신권의 침해가 인정될 수 있습니다.

그리고 그러한 경우에 공정이용을 인정하기도 어렵습니다. 우선, 불특정 다수인이 방문할 수 있는 미니홈피 등에 올려 두는 것은 사적 이용을 위한 복제(저작권법 제30조)에 해당하지 않습니다. 그리고 그것이 비록 영리를 목적으로 한 것이 아니라 하더라도, 생산적 이용이라고 볼 수 없고, 그 이용에 특별한 공익적 가치를 인정하기도 어려우며, 저작물의 현재 및 장래의 시장 및 가치에 악영향을 끼친다는 것을 부정하기도 어려우므로, 공정이용의 일반조항(제35조의 3)에 해당한다고 보기도 어렵습니다.

만약 스크랩 방식이 단순히 링크를 하는 방식이라면 링크에는 복제 및 전송 등이 수반되지 않으므로, 특별한 사정이 없는 한, 공정이용 여부를 따질 필요도 없이 저작권침해가 성립하지 않는 것으로 보게 됩니다.

☞ 사적 이용을 위한 복제에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 VI의 설명을 참고하세요.
☞ 공정이용 일반조항의 적용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 XI의 설명을 참고하세요.
☞ 링크의 법적 성격에 대하여 자세한 사항은 IV-a. (3)의 설명을 참고하세요.

24. 외부에서 볼 수 없는 사내 인트라넷에 저작물을 올린 경우 공정이용에 해당하는가?

[답] 외부에서 볼 수 없다고 하더라도 회사 내에서 업무를 위하여 제공되고 다수의 사원에 의하여 접근 가능한 형태로 운영되는 인트라넷에 저작물을 올리는 것은 그 저작권자의 복제권 및 공중송신권(전송권)을 침해하는 것으로 보게 될 볼 가능성이 많습니다. 사원수가 많지 않다고 하더라도 회사의 업무용으로 복제하는 경우에는 사적 이용을 위한 복제(제30조)에 해당하지 않는 것으로 보는 것이 일반적인 견해입니다.

☞ 사적 이용을 위한 복제에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 VI의 설명을 참고하세요.

25. 출판된 서적, 시집 등 중의 일부를 블로그에 올렸다면 공정이용에 해당되는가?

[답] 출판된 타인의 서적, 시집 등 중의 일부를 그 저작권자의 허락 없이 블로그에 올리는 행위는 그것이 공정이용에 해당한다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한, 어문저작물인 서적, 시집 등에 대한 저작권을 침해한 것으로 볼 가능성이 많습니다.

이러한 행위가 공정이용에 해당하는지 여부에 관하여 살펴보면 다음과 같습니다. 먼저, 블로그에 게재함으로써 널리 많은 사람이 이용할 수 있게 제공하는 것은 개인적인 이용이나 가정 또는 이에 준하는 한정된 범위의 사람들 사이에 공유하는 것을 넘어선 것이므로, 사적 이용을 위한 복제(저작권법 제30조)에 해당하지 않습니다. 그리고 자신의 생각이나 감정을 글로 표현하는 것 없이 타인의 서적이나 시집의 일부를 그대로 블로그에 올린 것에 불과하다면, 저작권법 제28조의 '공정한 저작물의 인용'에 해당하는 것으로 보기도 어렵습니다. 또한 공정이용의 일반조항(제35조의 3)과 관련하여서는, 비록 그것이 비영리적인 목적에 의한 것이라 하더라도

서적이나 시집의 내용을 복제하여 올리는 것만으로는 '생산적 이용'이라고 보기 어렵고, 그 저작물에 대한 시장의 수요를 대체하는 효과를 가지는 것으로 볼 가능성이 많으므로, 공정이용의 일반조항에 해당한다고 보기 어렵습니다. 따라서 위와 같은 이용행위는 일반적으로 공정이용에 해당한다고 보기 어렵습니다.

다만 그 서적이나 시집의 내용과 관련하여 자신의 감상이나 비평 등을 내용으로 하는 글을 상당한 정도로 작성하여 올리면서 자신의 의견에 대한 근거를 밝히기 위한 목적 등을 위해 관련된 내용을 일부분만 그 출처를 명시하여 인용할 경우에는 일정한 요건 하에 저작권법 제28조의 "공표된 저작물의 인용"에 해당하여 공정이용으로 인정될 가능성이 있습니다.

☞ 사적 이용을 위한 복제에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 VI의 설명을 참고하세요.
☞ 공표된 저작물의 인용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 IV의 설명을 참고하세요.
☞ 공정이용 일반조항의 적용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 XI의 설명을 참고하세요.

26. 기존 저작물을 장애인을 위하여 점자, 소리, 영상, 자막 등을 제작하였다면 공정이용에 해당되는가?

[답] 시각장애인 등을 위하여 점자 등으로 복제, 배포하는 것은 공표된 저작물이기만 하면 자유롭게 할 수 있는 것으로 저작권법 제33조 제1항이 규정하고 있습니다. 그 외에 소리의 경우에는 제33조 제2항의 요건에 해당할 경우, 즉 시각장애인 등의 복리증진을 목적으로 하는 시설 중 저작권법시행령이 정하는 일정한 시설이 주체가 되어 영리를 목적으로 하지 아니하고 시각장애인 등의 이용에 제공하기 위하여 공표된 어문저작물을 녹음한 것인 경우에 한하여 그 규정에 따라 공정이용으로 허용될 수 있습니다. 그 외에 자막 등은 시각장애인 등을 위한 것이 아니라 청각장애인 등을 위한 것일 수 있는데, 아직 우리 저작권법상 청각장애인 등을

위한 권리제한규정은 없습니다. 공정이용에 관한 일반조항(제35조의 3)에 의하여 공정이용에 해당하는 경우가 있을지 검토해 볼 필요가 있을 것입니다.

이 경우, 일반조항의 적용에 있어서는 특히 '영상'의 경우에, 그것이 장애인 등을 위해서만 제공되고, 비장애인에게는 제공되지 않는다는 것이 확실하게 보장되어 저작물에 대한 현재 또는 장래의 시장 및 가치를 위협하는 정도가 약할 것을 가장 중요한 요소로 고려하여야 할 것입니다. 그러한 보장이 없어서 비장애인에게도 제공될 가능성이 많다면 비록 장애인을 위한 면에서의 공익적 가치가 크더라도 공정이용을 인정하기가 어려울 것으로 생각됩니다. 물론 그러한 보장이 있는 경우에도, 그것을 허용하는 개별규정이 없는 상태에서 일반조항을 통해 공정이용으로 인정될 지 여부는 불분명한 면이 있습니다.

☞ 시각장애인등을 위한 저작물 이용이 어떤 조건 하에 허용되는지에 대하여 자세한 것은 이 가이드라인 VIII의 설명을 참고하세요.
☞ 공정이용에 관한 일반조항의 적용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 XI의 설명을 참고하세요.

27. 공원에 있는 조각작품을 촬영한 후 그 사진 이미지를 인터넷에 올리는 것도 저작권침해에 해당하는가?

[답] 저작권법 제35조 제2항은 가로·공원·건축물의 외벽 그 밖에 공중에게 개방된 장소에 항시 전시되어 있는 미술저작물등은 일정한 예외적 경우를 제외하고는 어떠한 방법으로든지 이를 복제하여 이용할 수 있다고 규정하고 있습니다. 여기서 미술저작물등이란 미술, 사진, 건축저작물을 의미합니다. 누구나 특별한 제한 없이 출입할 수 있고 촬영제한조치도 없는 공원에 설치된 조각을 촬영하여 그 이미지 파일을 인터넷에 올리는 것은 위 조항에 의하여 허용되는 행위라고 할 수 있습니다.

☞ 개방된 장소에 항시 전시된 미술저작물 등의 복제에 대하여 자세한 것은 이 가이드라인 IX-2의 설명을 참고하세요.
☞ 공정이용에 관한 일반조항의 적용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 XI의 설명을 참고하세요. 특히 부수적 이용과 관련하여서는 XI-1-e의 설명을 참고하세요.

28. 네티즌이 유명 가수의 안무를 모방한 장면을 인터넷에 동영상으로 공유하였을 경우 공정이용의 범위는 어디까지인가?

[답] 안무가 연극저작물(무용)로서의 창작성을 갖춘 경우에 그 저작권자의 허락 없이 그 안무를 모방한 장면을 동영상으로 촬영하여 인터넷에 올린 것은 연극저작물의 복제, 전송에 해당하여, 연극저작물의 저작재산권 중 복제권 및 공중송신권 침해가 문제될 수 있습니다.

다만 전문 무용수가 아닌 일반인이 영리의 목적 없이 단순히 개인적인 취미 내지 표현활동의 일환으로 유명가수의 안무를 흉내 내어 춤을 춘 것으로서 그 무용저작물의 전부가 아닌 일부를 이용한 것이고, 그것을 동영상으로 촬영하여 인터넷에 올린 것도 춤을 춘 본인이나 그의 동의를 받은 친구 등에 의하여 단순히 온라인상의 정보 공유 등 개인적인 표현활동을 위하여

행한 것일 뿐, 영리적인 목적을 위한 것이 아닐 경우에는 공정이용의 일반조항에 따라 공정이용으로 인정될 가능성이 많을 것으로 생각됩니다. 그러한 이용행위가 가지는 비영리적인 성격 및 그 이용의 분량 등과 함께, 그러한 행위를 허용하더라도 무용저작물에 대한 시장수요를 대체하는 영향이 있다고 할 수 없고, 오히려 그 저작물의 인지도를 높이는 방향으로 기여한다고 볼 수도 있는 반면, 그러한 행위를 전체적으로 허용하지 않을 경우 인터넷 상의 표현 및 문화·예술의 자유에 대한 지나친 제약, 창조력과 문화의 다양성의 저해 등의 부정적 영향을 끼칠 수 있다는 점을 고려할 때 그러합니다.

그러나 예를 들어 무용학원이 자신의 학원을 광고할 목적으로 수강생들이 춤을 추는 장면을 촬영한 동영상을 인터넷에 올리는 경우와 같이 영리의 목적이 인정되는 경우라면 공정이용으로 인정되기 어려울 것입니다. 또한 비록 비영리적인 이용이라 하더라도, 녹화의 질 등의 면에서 우수하고 그 이용한 분량도 상당하여 원래의 무용저작물이 가지는 시장수요를 대체하는 영향이 인정될 경우에는 공정이용으로 보기 어려울 것입니다. 또한 춤을 춘 사람의 동의 없이 그 동영상을 올리는 것은 그의 초상권 등을 침해하는 행위가 되어 적법하지 않습니다.

한편, 춤을 출 때 틀어놓은 배경음악이 함께 녹음되어 복제, 전송될 경우에는 음악저작물에 대한 저작권침해가 함께 문제될 수 있습니다. 그것이 공정이용에 해당할지 여부에 대하여는 40번 사례를 참고하시기 바랍니다.

☞ 공정이용에 관한 일반조항의 적용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 XI의 설명을 참고하세요.

29. 저작권자를 알 수 없는 인터넷상의 사진 등의 저작물을 사용한 경우 공정이용에 해당하는가?

[답] 저작권자를 알 수 없다는 이유만으로는 공정이용에 해당한다고 보기는 어렵습니다. 저작권자의 소재를 확인하기 위한 상당한 노력을 기울여도 소재 확인이 어려운 경우에는 저작권법 제50조에 의한 법정허락 제도에 따른 절차를 밟아 문화체육관광부장관의 승인을 얻고 그에 따른 보상금을 공탁한 후 이용할 수는 있습니다.

☞ 저작권자를 확인하기 어려운 이른바 고아저작물 및 법정허락과 관련하여서는 XI-2-d.(1)의 설명을 참고하세요.

30. 노래방에서 노래 부른 파일을 개인 홈페이지에 올렸을 때 처벌대상이 되는가?

[답] 노래방에서 손님들이 노래를 부르는 행위 자체는 그 노래방을 경영하는 입장에서는 불특정 다수인을 대상으로 음악저작물 등을 '공연'하는 것으로 평가되어 저작권자의 허락을 요하지만, 그 손님들의 입장에서 볼 때 일반적으로 소수의 친구 등과 어울려 노래하는 것은 공중을 대상으로 하는 것으로 보기 어려우므로 저작권법상의 '공연'에 해당하지 않고 따라서 자유롭게 할 수 있습니다. 그러나 그 노래 부르는 장면을 동영상 등으로 촬영할 경우에는 그 노래의 가사 및 악곡과 함께 노래방기기에 저장된 연주음(실연자인 연주자들의 실연 및 음반제작자의 음반에 해당함)을 '복제'하는 것에 해당하고, 그것을 불특정 또는 다수의 사람이 방문할 수 있는 인터넷 웹사이트 등에 올리는 것은 그것을 복제, 전송하는 것에 해당하므로, 저작권자 및 실연자의 허락 없이 그렇게 할 경우에는 음악저작권자의 저작재산권과 실연자 및 음반제작자의 권리를 동시에 침해하는 것이 될 가능성이 있습니다.

다만, 그 파일을 인터넷에 올린 행위에 아무런 영리적인 목적이 없고,

녹음의 질이 좋지 않은 등의 사정이 있어 전체적으로 음악저작물등의 시장수요를 대체하는 효과가 있다고 보기 어려울 경우에는 공정이용의 일반조항(제35조의 3)에 따라 공정이용으로 인정될 가능성이 있을 것으로 생각됩니다. 그러한 이용행위가 가지는 비영리적인 성격 및 그 이용의 분량 등과 함께, 그러한 행위를 허용하더라도 음악저작물등의 시장에 미치는 악영향이 있다고 할 수 없고, 오히려 그 저작물 등의 인지도를 높이는 방향으로 기여한다고 볼 수도 있는 반면, 그러한 행위를 전체적으로 허용하지 않을 경우 인터넷 상의 표현 및 문화·예술의 자유에 대한 지나친 제약, 창조력과 문화의 다양성의 저해 등의 부정적 영향을 끼칠 수 있다는 점을 고려할 때 그러합니다.

그러나 녹음의 질 등의 면에서 우수하고(특히 노래방에서 제공하는 녹음서비스를 이용한 경우 등) 이용한 분량도 상당하여 원래의 음악저작물 등의 시장수요를 대체하는 영향이 인정될 경우에는 비록 그것이 비영리적인 이용이라고 하더라도 공정이용으로 인정되기가 쉽지 않을 수 있습니다. 또한 노래를 부른 사람의 동의 없이 그 동영상을 올리는 것은 일반적으로 그의 초상권 등을 침해하는 행위가 되어 적법하지 않습니다.

☞ 공정이용에 관한 일반조항의 적용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 XI의 설명을 참고하세요.

31. 인터넷을 활용하여 개인이 DJ처럼 음악 방송하는 행위는 공정이용에 해당하는가?

[답] 인터넷을 이용하여 실시간 음악방송을 하는 것은 현행법상 공중송신 중 방송이나 전송이 아닌, '디지털음성송신'에 해당합니다. 그렇지 않고 만약 이용자가 특정한 프로그램을 클릭하였을 때 그것을 처음부터 들을 수 있도록 하는 방식의 비실시간의 주문형 서비스를 제공할 경우에는 '전송'에 해당합니다. 비영리 목적의 공연, 방송에 관한 저작권법 제29조는 방송이 아닌 디지털음성송신이나 전송에는 적용되지 않으므로 그 조항에 의한 공정이용으로 인정하기는 어렵습니다. 또한, 비록 비영리적인 목적으로 그러한 서비스를 제공하더라도, 그것을 생산적 이용으로 보거나 특별한 공익적 가치를 인정하기가 어렵고, 개별 음악저작물을 기준으로 볼 때 전부 이용에 해당하는 경우가 대부분일 것이며, 저작물의 현재 또는 장래의 시장이나 가치에 악영향을 끼치지 않는다고 보기도 어려우므로, 공정이용에 관한 일반조항(제35조의 3)에 해당한다고 보기도 어렵습니다. 따라서 저작권자의 허락 없이 그러한 행위를 할 경우에, 달리 공정이용이라고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한, 저작권자의 공중송신권을 침해한 것으로 보게 될 가능성이 많고, 가수 등 실연자와 음반제작자와의 관계에게는 그것이 주문형 서비스로서 전송에 해당할 경우에는 그들의 전송권을 침해하는 것으로 보게 될 가능성이 많으며, 비주문형의 서비스로서 디지털음성송신에 해당할 경우에는 저작권법 제76조 및 제83조에 따라 보상금을 지급할 의무가 있습니다.

☞ 공중송신, 방송, 전송, 디지털음성송신 등의 개념에 대하여는 이 가이드라인 III-2-d.(1)의 설명을 참고하세요.
☞ 공정이용 일반조항의 적용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 XI의 설명을 참고하세요.

32. 타 쇼핑몰에서의 각 상품에 대한 사용후기를 그대로 복사하여 자신의 쇼핑몰 사이트에 올린 경우 저작권 침해에 해당하는가?

[답] 그 사용후기가 어문저작물로서의 최소한의 창작성을 가진 것으로 전제할 경우에 그것을 복제하여 자기의 쇼핑몰 사이트에 올린 행위는 어문저작물의 복제 및 전송에 해당하여 그 저작권자의 허락이 없다면 그의 저작재산권 중 복제권 및 공중송신권을 침해한 것으로 보게 될 것입니다.

이러한 경우에는 영리를 목적으로 한 것으로서 생산적 이용이라고 할 수 없고, 전부 이용에 해당하며, 부정경쟁행위의 요소도 있는 등 여러 측면에 비추어 볼 때, 공정이용에 관한 일반조항을 적용하여 공정이용이라고 보기는 어려운 경우라고 생각됩니다.

☞ 공정이용 일반조항의 적용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 XI의 설명을 참고하세요.

33. 영화를 패러디한 것을 인터넷에 올린 것이 공정이용에 해당되는가?

[답] 패러디의 경우에는 공정이용의 일반조항에 관한 여러 가지 요소들을 고려하여 공정이용 여부를 신중하게 판단하여야 할 것입니다. 그 패러디가 이용된 저작물 자체에 대한 비평 또는 풍자의 요소를 포함하고 있고('직접적 패러디'에 해당함), 패러디를 통해 원저작물과는 완전히 다른 새로운 의미, 기능을 창출하는 데 성공하고 있으며('변용적 이용'의 정도가 높은 것으로 인정됨), 원저작물을 패러디의 효과를 내기 위해 합리적으로 필요한 범위를 초과하여 이용하지 않았고, 원저작물의 시장을 대체하는 영향을 인정하기 어려운 등의 조건을 갖춘 경우에는 공정이용으로 보게 될 가능성이 많습니다.

☞ 패러디를 공정이용으로 볼 것인지 여부의 판단에 관한 자세한 사항은 이 가이드라인 XI의 설명 중 패러디에 대한 부분을 참고하세요.

34. 놀고 있는 아기의 영상을 촬영한 후 영상에 음악 배경을 같이 포함하여 홈페이지에 올린 경우 공정이용에 해당되는가?

[답] 음악 배경이라고 하는 것이 우연히 가족 중 누군가가 틀어 놓은 방송에서 흘러나온 음악이거나 우연히 CD를 재생하여 틀어놓은 음악인지 여부, 그 음질 여하 등에 따라 공정이용 여부의 판단이 달라질 수 있을 것으로 생각됩니다.

만약 그 음악이 들려지는 여러 가지 상태 등에 비추어 우연히 마침 틀어놓은 음악이 포함된 것으로 볼 수 있고 특별히 음악을 골라서 이용한 것으로 볼 만한 사정이 없다면, 그 이용이 비영리적 성격과 부수적 이용으로서의 특성을 함께 가지고 있다는 점, 통상 녹음된 음질 등이 좋지 않을 것이라는 점과 아기가 노는 장면의 동영상과 결합되어 있다는 점에서 음악저작물의 시장수요를 대체하는 등의 영향을 인정하기 어려운 반면, 그러한 행위를 전체적으로 허용하지 않을 경우 인터넷 상의 표현의 자유에 대한 지나친 제약, 문화적 다양성의 저해 등의 부정적 영향을 끼칠 수 있다는 점을 고려할 때, 공정이용의 일반조항에 따라 공정이용으로 인정될 가능성이 많을 것으로 생각됩니다.

☞ 공정이용에 관한 일반조항의 적용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 XI의 설명을 참고하세요. 특히 부수적 이용과 관련하여서는 XI-1-e의 설명을 참고하세요.

35. 영화의 일부분을 캡처 등의 방식으로 일부를 잘라내어 패러디를 제작하였다. 공정이용에 해당되는가?

[답] 패러디의 경우에는 공정이용의 일반조항에 관한 여러 가지 요소들을 고려하여 공정이용 여부를 신중하게 판단하여야 할 것입니다. 그 패러디가 이용된 저작물 자체에 대한 비평 또는 풍자의 요소를 포함하고 있고('직접적 패러디'에 해당함), 패러디를 통해 원저작물과는 완전히 다른

새로운 의미, 기능을 창출하는 데 성공하고 있으며('변용적 이용'의 정도가 높은 것으로 인정됨), 원저작물을 패러디의 효과를 내기 위해 합리적으로 필요한 범위를 초과하여 이용하지 않았고, 원저작물의 시장을 대체하는 영향을 인정하기 어려운 등의 조건을 갖춘 경우에는 공정이용으로 보게 될 가능성이 있습니다.

☞ 패러디를 공정이용으로 볼 것인지 여부의 판단에 관한 자세한 사항은 이 가이드라인 XI의 설명 중 패러디에 대한 부분을 참고하세요.

36. 기존의 그림, 예를 들면 모나리자 그림을 약간 희화화하여 표현하였는데 이는 공정이용에 해당되는가?

[답] 실제 모나리자 그림의 경우라면 저작재산권 보호기간이 지나 이른바 공중의 영역에 있는 저작물이므로, 적어도 저작재산권의 면에서는 자유롭게 이용할 수 있습니다. 따라서 그 경우에는 공정이용이 문제되지 않습니다.

그 그림이 저작재산권이 존속하고 있는 그림이라고 가정하면, 그것을 '희화화' 하여 표현한 것이 일종의 패러디로서 경우에 따라 공정이용에 해당할 가능성이 있을 수 있습니다. 패러디로서 공정이용에 해당하기 위해서는 그것이 이용된 저작물 자체에 대한 비평 또는 풍자의 요소를 포함하고 있고('직접적 패러디'에 해당함), 패러디를 통해 원저작물과는 완전히 다른 새로운 의미, 기능을 창출하는 데 성공하고 있으며('변용적 이용'의 정도가 높은 것으로 인정됨), 원저작물을 패러디의 효과를 내기 위해 합리적으로 필요한 범위를 초과하여 이용하지 않았고, 원저작물의 시장을 대체하는 영향을 인정하기 어려운 등의 조건을 갖추어야 할 것입니다.

☞ 패러디를 공정이용으로 볼 것인지 여부의 판단에 관한 자세한 사항은 이 가이드라인 XI의 설명 중 패러디에 대한 부분을 참고하세요.

37. 결혼식장 등에서 부른 축가와 춤 등과 같은 축하 공연을 촬영하여 홈페이지에 올리면 공정이용에 해당되는가?

[답] 결혼식장에서 축가를 부르거나 춤을 추는 행위 자체는 특별한 경우가 아닌 한 저작권법상의 공연에 해당하지 않거나 저작권법 제29조 제1항에 의한 비영리 목적의 공연에 해당하여 저작권자의 허락을 필요로 하지 않는 것으로 볼 수 있습니다. 그러나 그러한 장면을 촬영한 동영상 파일을 홈페이지에 올리는 행위는 음악저작물(가사 및 악곡) 및 연극저작물(무용)의 복제 및 전송에 해당하므로, 저작권자의 허락 없이 할 경우에 그 저작재산권 중 복제권 및 공중송신권의 침해에 해당할 가능성이 있습니다.

다만 그 축가와 춤이 결혼식의 하객 등에 의한 것으로서 그것을 올린 것에 영리적 목적이 없고, 그 녹음 및 녹화의 질이 좋지 않은 등의 사정이 있을 경우에는 공정이용의 일반조항에 따라 공정이용으로 인정될 가능성이 있을 것으로 생각됩니다. 그러한 이용행위가 가지는 비영리적인 성격 및 그 이용의 분량 등과 함께, 그러한 행위를 허용하더라도 원래의 음악저작물 등에 대한 시장수요를 대체하는 영향이 있다고 할 수 없고, 오히려 그 저작물 등의 인지도를 높이는 방향으로 기여한다고 볼 수도 있는 반면, 그러한 행위를 전체적으로 허용하지 않을 경우 인터넷 상의 표현 및 문화·예술의 자유에 대한 지나친 제약, 창조력과 문화의 다양성의 저해 등의 부정적 영향을 끼칠 수 있다는 점을 고려할 때 그러합니다.

그러나 녹음의 질 등의 면에서 우수하고 이용한 분량도 상당하여 원래의 음악저작물이나 무용저작물 등의 시장수요를 대체하는 영향이 인정될 경우에는 비록 그것이 비영리적인 이용이라고 하더라도 공정이용으로 인정되기가 쉽지 않을 수 있습니다.

한편으로, 촬영된 사람의 동의 없이 동영상을 올리는 것은 그의 초상권 등을 침해하는 행위가 될 수 있습니다.

☞ 공정이용에 관한 일반조항의 적용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 XI의 설명을 참고하세요.

38. 해외에서 절판된 저서를 번역하여 블로그에 무료로 올렸다면 공정이용에 해당되는가?

[답] 해외에서 절판이 된 저서도 아직 저작재산권 보호기간이 남이 있는 한 그 저작권을 부정할 수 없고, 그것을 번역하여 블로그에 올려 불특정 다수인이 이용할 수 있도록 제공한 것은 저작권자의 허락을 받지 못한 이상 저작권자의 저작재산권을 침해한 것이 될 것입니다. 이용하고자 하는 도서가 절판된 사실은 경우에 따라 공정이용 인정에 유리한 요소로 보게 될 경우도 있을 수는 있지만, 설문과 같이, 해외에서 절판된 저서라는 것만을 이유로 무단 번역하여 인터넷에 올린 것을 공정이용으로 인정하기는 어렵습니다. 그 저작권자가 나중에라도 새로운 판의 출간을 준비하면서 우리나라에서도 역자를 물색하여 번역서를 내고자 할 가능성을 배제할 수 없으므로, 위와 같은 번역 및 전송행위는 저작물의 장래의 시장(2차적 저작물에 대한 시장) 및 가치에 부정적인 영향을 미치는 것으로 보게 될 가능성이 많을 것이기 때문입니다.

☞ 공정이용에 관한 일반조항의 적용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 XI의 설명을 참고하세요.

39. 만화의 일부 캐릭터(예를 들면 '둘리')를 활용하여 해당 만화에 대한 패러디를 하였다면 공정이용에 해당하는가?

[답] 패러디의 경우에는 공정이용의 일반조항에 관한 여러 가지 요소들을 고려하여 공정이용 여부를 신중하게 판단하여야 할 것입니다. 그 패러디가 이용된 저작물 자체에 대한 비평의 요소를 포함하고 있고('직접적 패러디'에 해당함), 패러디를 통해 원저작물과는 완전히 다른 새로운 의미, 기능을 창출하는 데 성공하고 있으며('변용적 이용'의 정도가 높은 것으로 인정됨), 원저작물을 패러디의 효과를 내기 위해 합리적으로 필요한 범위를 초과하여 이용하지 않았고, 원저작물의 시장을 대체하는 영향을 인정

하기 어려운 등의 조건을 갖춘 경우에는 공정이용으로 보게 될 가능성이 있습니다.

☞ 패러디를 공정이용으로 볼 것인지 여부의 판단에 관한 자세한 사항은 이 가이드라인 XI의 설명 중 패러디에 대한 부분을 참고하세요.

40. 음악을 틀고 춤을 춘 동영상을 홈페이지에 올렸다면 공정이용에 해당되는가?

[답] 음악을 틀고 춤을 춘 동영상을 인터넷에 올리는 경우에 해당 음악저작물과 가수 또는 연주자의 실연, 음반제작자의 음반 등을 복제, 전송하는 것에 해당하므로, 저작권자, 실연자, 음반제작자 등의 허락 없이 그렇게 할 경우에는 원칙적으로 음악저작권자의 저작재산권(복제권, 공중송신권)과 실연자 및 음반제작자의 권리(복제권, 전송권)를 동시에 침해하는 것이 될 수 있습니다. 춤을 춘 것이 가수의 춤을 흉내낸 것일 경우에는 그것을 안무한 사람이 무용저작물에 대하여 가지는 저작재산권(복제권, 공중송신권)을 침해한 것이 될 수도 있습니다.

다만, 그 파일을 인터넷에 올린 행위에 아무런 영리적인 목적이 없고, 음악저작물등의 이용 분량이 상대적으로 적으며, 녹음 및 녹화의 질이 좋지 않은 등의 사정이 있어 전체적으로 음악저작물 및 무용저작물의 시장수요를 대체하는 영향이 있다고 보기 어려울 경우에는 공정이용의 일반조항에 따라 공정이용으로 인정될 가능성이 있을 것으로 생각됩니다. 그러한 이용행위가 가지는 비영리적인 성격 및 그 이용의 분량 등과 함께, 그러한 행위를 허용하더라도 음악저작물등의 시장에 대한 악영향이 있다고 보기 어렵고 오히려 그 저작물 등의 인지도를 높이는 방향으로 기여한다고 볼 수도 있는 반면, 그러한 행위를 전체적으로 허용하지 않을 경우 인터넷 상의 표현 및 문화·예술의 자유에 대한 지나친 제약, 창조력과 문화의 다양성의 저해 등의 부정적 영향을 끼칠 수 있다는 점을 고려할 때 그러합니다.

그러나 녹음, 녹화의 질 등이 우수하고 이용한 분량도 상당하여 원래의 음악저작물 등의 시장수요를 대체하는 영향이 인정될 경우에는 비록 그것이 비영리적인 이용이라고 하더라도 공정이용으로 인정되기가 쉽지 않을 수 있습니다.

☞ 공정이용에 관한 일반조항의 적용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 XI의 설명을 참고하세요.

41. 인터넷 검색 사이트에서 검색어를 치면 나열되는 뉴스 검색결과 화면에 뉴스 제목이나 기사의 요약내용, 출처 등이 표시되고 그것을 클릭하면 아웃링크의 방식으로 언론사의 해당 홈페이지로 연결되도록 하는 것은 공정이용에 해당하나요?

[답] 아웃링크(outlink)란 해당 사이트에서 벗어나 링크로 연결된 외부 사이트로 나가도록 하이퍼링크를 거는 것을 말합니다. 검색서비스의 결과 페이지에 아웃링크로 온라인뉴스를 연결시키는 것 자체는 저작권법상 복제, 전송, 전시, 배포 등의 개념에 해당하지 않는 것으로서 저작권자의 배타적 권리가 미치지 않는 것으로 볼 수 있습니다. 즉 그러한 링크를 하더라도 저작권침해에 해당하지는 않습니다. 다만 뉴스의 제목, 요약(여기서 요약이란 자동으로 검색어 주변의 일부분을 제시하는 것을 말하는 것으로 보입니다), 출처 등을 간단하게 소개하는 내용을 포털의 서버에 저장(복제)하여 서비스(전송)하고 있는 부분은 만약 그 요약등이 타인(온라인 신문사등)의 저작물(뉴스) 중 창작성 있는 표현을 포함할 경우에는 그 저작권자의 저작재산권(복제권, 공중송신권)을 침해하는 것으로 인정될 가능성이 있습니다. 그렇지 않고 그 요약 등의 내용에 창작성 있는 표현이 없고, 사실의 전달에 불과한 시사보도에 해당하는 성격의 것만 포함되어 있다면, 그것은 저작물로 보호되지 않으므로 공정이용 여부를 따질 필요 없이 자유롭게 이용할 수 있다고 볼 수 있습니다.

그 요지 중에 일부라도 저작자의 창작성 있는 표현이 있을 경우에는

그것을 이용한 서비스로 인한 저작권침해의 책임을 벗어나기 위해서는 그러한 서비스가 저작권법상 공정이용으로 인정될 수 있어야 할 것입니다. 이때 공정이용의 판단에 있어서는, 그러한 검색서비스를 제공하는 서비스가 약간의 상업적 성격이 있다고 하지만 그 상업성이 강하지 않고 부차적이라는 점, 검색서비스를 통해 이용자들이 전에 없던 혜택을 누리고 있는 면에서 공익적 가치가 인정된다는 점, 아웃링크 방식으로 원저작물의 인터넷 서비스로 트래픽이 연결된다는 점에서 시장수요를 대체하기보다는 오히려 이끌어내는 역할을 수행하는 면이 있다는 점 등이 공정이용 판단에 유리한 사유가 될 수 있을 것입니다. 따라서 자동으로 추출 제시되는 일부 기사 내용('요약')의 분량이 적어 그것만으로는 온라인 뉴스 서비스의 시장 수요를 대체하는 영향이 있다고 인정될 수 없을 경우에는 공정이용으로 인정될 가능성이 많을 것입니다.

☞ 공정이용에 관한 일반조항의 적용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 XI의 설명을 참고하세요.

42. 다수의 사진 저작물을 편집하여 하나의 이미지파일로 편집하였다면 공정이용에 해당되는가?

[답] 설문은 컴퓨터를 활용하여 여러 사진을 붙여 하나의 새로운 작품을 만드는 일종의 포토몽타주 기법을 이용하는 것에 대한 것으로 생각됩니다. 그러한 포토몽타주 기법을 이용하여 만들어진 파일이 하나의 새로운 저작물, 즉 2차적 저작물이 될 수 있을 정도로 새로운 창작성이 인정될 경우에도 사진저작물의 저작권자들의 허락 없이 그렇게 하였을 경우에, 저작권침해의 책임에서 벗어나기는 어려울 것으로 생각됩니다. 그러한 경우에 사진저작물 저작권자의 저작재산권인 2차적 저작물 작성권과 저작인격권인 동일성유지권을 침해한 것으로 보게 될 것이기 때문입니다. 만약 2차적 저작물이라고 볼 만한 새로운 창작성이 인정되지 않을 경우에는 복제권 침해와 함께 이 경우에도 역시 동일성유지권 침해가 인정될 것입

니다. 그러한 경우에 패러디로서의 공정이용 요건을 갖추고 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 공정이용에 해당한다고 보기는 어려울 것입니다. 포토몽타주 등이 패러디로서 공정이용에 해당하기 위해서는 그것이 이용된 사진저작물 자체에 대한 비평 또는 풍자의 요소를 포함하고 있고('직접적 패러디'에 해당함), 패러디를 통해 원저작물과는 완전히 다른 새로운 의미, 기능을 창출하는 데 성공하고 있으며('변용적 이용'의 정도가 높은 것으로 인정됨), 원저작물을 패러디의 효과를 내기 위해 합리적으로 필요한 범위를 초과하여 이용하지 않았고, 원저작물의 시장을 대체하는 영향을 인정하기 어려운 등의 조건을 갖추어야 할 것입니다.

☞ 패러디를 공정이용으로 볼 것인지 여부의 판단에 관한 자세한 사항은 이 가이드라인 XI의 설명 중 패러디에 대한 부분을 참고하세요.

43. 저작물을 이용하고자 하는데 저작권자를 알수 없다. 저작권자를 찾기 위하여 인터넷(예: 한국저작권위원회 권리찾기 사이트)에 저작물을 업로드하는 것이 가능한가?

[답] 저작권자를 찾기 위한 것이라 하여도 다른 사람들이 그 저작물을 이용할 수 있는 정도로 상세하거나 충분한 양을 업로드할 경우에는 저작권자의 권리를 침해하게 될 가능성이 높습니다. 다만, 해당 저작물의 권리자를 찾기 위한 최소한의 저작물 일부분(예를 들어 음악의 경우 30초 미만, 그림의 경우 픽셀 100x200미만 등)을 업로드하는 경우는 저작물의 시장 수요에 악영향을 미친다고 보기 어려우므로 그 이용의 목적, 성격 등을 고려할 때 공정이용에 관한 일반조항에 해당하여 결국 저작권자의 권리를 침해하지 않는 것으로 볼 가능성이 많다고 생각됩니다.

☞ 공정이용에 관한 일반조항의 적용에 관하여 자세한 사항은 이 가이드라인 XI의 설명을 참고하세요.

44. 가사가 없는 연주곡에 가사를 붙이고 노래를 불러서 배포하면 저작권에 위배되는가?

[답] 배포를 하기 전에, 음반 등에의 녹음, 즉 복제가 이루어진 경우라고 볼 수 있을 것입니다. 그러한 경우에 음악저작물인 연주곡이 음반 등에 복제되어 배포된 것이므로, 그 저작권자의 허락 없이 그러한 행위를 하였을 때에는 그의 저작재산권 중 복제권 및 배포권을 침해하는 행위라고 보아야 할 것입니다. 만약 온라인상으로 불특정 다수인 등에게 제공한 경우라면, 배포가 아니라 전송에 해당하고, 그 경우에는 공정이용으로 볼 만한 다른 특별한 사정이 없는 한 복제권 및 공중송신권을 침해한 것으로 보게 됩니다.