

# 대학수업에서의 저작권 관리 현안

이규호 (중앙대학교 법학전문대학원 부교수)  
GyooHo Lee (Associate Professor, Chung-Ang University School of Law)

## I. 서론

교육은 백년지대계라는 말이 일반인 사이에 널리 사용되고 있다. 국가와 사회의 미래를 좌우하는 교육의 공공성을 생각하면 저작권법상 고려할 요소가 많다고 본다. 교수나 학생은 저작자 내지 저작권자가 되거나 저작물의 이용자가 될 수 있는 이중적인 지위에 놓일 수 있기 때문에 교육의 공공성이 창작자인 저작자를 보호하려는 입장보다 항시 우선시되어야 한다는 태도를 취하기란 쉽지 않다. 따라서 학교에서의 저작물 이용에 있어 공공성을 실현하면서도 저작물의 창작자를 보호하려는 균형감 있는 입장을 정립할 필요가 있다고 생각한다. 더욱이 교육현장에서 저작권법에 대한 부정적인 인식이 확산되는 것은 저작권문화 발전을 위해서나 사회와 국가의 미래를 위해서나 바람직하지 않다. 창작자를 보호하고 인류문화 창달에 이바지할 수 있는 저작권법의 긍정적인 이미지를 교육현장에 확산하기 위한 노력이 필요하고 저작권법을 이러한 목표를 달성하기 위한 수단으로 적극적으로 활용할 필요가 있다고 본다. 이러한 노력은 초중고 교육 뿐만 아니라 대학교육에서도 필요하다고 생각한다.

대학교육과 관련하여 중요하게 여길 쟁점으로는 다음과 같은 것들이 있을 것으로 생각한다.

첫째, 저작권법 제25조 제10항의 복제방지조치를 위반한 효과 및 같은 조문상 복제방지조치의 한계가 문제된다.

둘째, 경제적 관점에서 복제방지조치가 저작재산권자에게 유리한 것인지 여부를 살펴본다.

셋째, 향후 도입가능성이 있는 포괄적인 공정이용항변과 저작권법 제25조, 제28조 등 저작재산권제한사유와의 상관관계가 문제될 수 있다.

넷째, 대학교육목적에 의한 저작물 이용과 저작자의 저작인격권과의 상관관계를 문제될 수 있다.

다섯째, 저작권법 제25조의 범위를 벗어난 대학교육 목적등에의 이용에 저작재산권자의 이용허락이 필요한지 여부가 문제된다.

본고의 결론 부분에서는 위에서 언급한 쟁점에 대한 필자의 줄거리를 정리하고자 한다.

## II. 대학교육에서 저작권 현안

### 1. 학교교육 목적 등에의 이용에 의한 저작재산권 제한

저작권법 제25조에서는 '학교교육 목적 등에의 이용'이란 표제하에 저작재산권 제한사유를 규정하고 있다.

2009년 7월 23일 시행된 저작권법에서는 종전의 저작권법과는 달리 (i) 교육기관의

수업을 지원하기 위하여 국가나 지방자치단체에 소속된 교육지원기관의 경우에도 그 지원 목적 등에의 이용에 의하여 저작권제한사유에 해당할 수 있음을 밝히고 있고, (ii) 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 인정할 때에는 공표된 저작물의 일부 또는 전부를 배포하는 경우에도 적용하고 있으며, (iii) 고등학교 및 이에 준하는 학교 이하의 학교에서 수업 또는 지원의 목적상 필요할 때에는 기존과는 달리 배포의 경우에도 보상금을 지급하지 아니하도록 규정하였다.

<b>저작권법</b> [시행 2007. 6.29] [법률 제8101호, 2006.12.28, 전부개정]	<b>저작권법</b> [시행 2008. 2.29] [법률 제8852호, 2008. 2.29, 타법개정]	<b>저작권법</b> [시행 2009.7.23] [법률 제9625호, 2009.4.22, 일부개정]
<b>제25조 (학교교육 목적 등의 이용)</b>	<b>제25조 (학교교육 목적 등의 이용)</b>	<b>제25조 (학교교육 목적 등의 이용)</b>
① 고등학교 및 이에 준하는 학교 이하의 학교의 교육 목적상 필요한 교과용 도서에는 공표된 저작물을 게재할 수 있다.	① 좌동	① 좌동
② 특별법에 의하여 설립되었거나 「초·중등교육법」 또는 「고등교육법」에 따른 교육기관 또는 국가나 지방자치단체가 운영하는 교육기관은 그 수업목적상 필요하다고 인정되는 경우에는 공표된 저작물의 일부분을 복제·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.	② 좌동	② 특별법에 따라 설립되었거나 「 <u>유아교육법</u> 」, 「초·중등교육법」 또는 「고등교육법」에 따른 학교, 국가나 지방자치단체가 운영하는 교육기관 <b>및 이들 교육기관의 수업을 지원하기 위하여 국가나 지방자치단체에 소속된 교육지원기관</b> 은 그 수업 또는 지원 목적상 필요하다고 인정되는 경우에는 공표된 저작물의 일부분을 복제· <b>배포</b> ·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. <개정 2009.4.22>
③ 제2항의 규정에 따른 교육기관에서 교육을 받는 자는 수업목적상 필요하다고 인정	③ 좌동	③ 좌동

<p>되는 경우에는 제2항의 범위 내에서 공표된 저작물을 복제하거나 전송할 수 있다.</p>		
<p>④ 제1항 및 제2항의 규정에 따라 저작물을 이용하고자 하는 자는 문화관광부장관이 정하여 고시하는 기준에 의한 보상금을 당해 저작재산권자에게 지급하여야 한다. 다만, 고등학교 및 이에 준하는 학교 이하의 학교에서 제2항의 규정에 따른 복제·공연·방송 또는 전송을 하는 경우에는 보상금을 지급하지 아니한다.</p>	<p>④ 제1항 및 제2항의 규정에 따라 저작물을 이용하고자 하는 자는 <b>문화체육관광부장관</b>이 정하여 고시하는 기준에 의한 보상금을 당해 저작재산권자에게 지급하여야 한다. 다만, 고등학교 및 이에 준하는 학교 이하의 학교에서 제2항의 규정에 따른 복제·공연·방송 또는 전송을 하는 경우에는 보상금을 지급하지 아니한다. &lt;개정 2008.2.29&gt;</p>	<p>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·<b>배포</b>·공연·방송 또는 전송을 하는 경우에는 보상금을 지급하지 아니한다. &lt;개정 2008.2.29, 2009.4.22&gt;</p>
<p>⑤ 제4항의 규정에 따른 보상을 받을 권리는 다음 각 호의 요건을 갖춘 단체로서 문화관광부장관이 지정하는 단체를 통하여 행사되어야 한다. 문화관광부장관이 그 단체를 지정할 때에는 미리 그 단체의 동의를 얻어야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 대한민국 내에서 보상을 받을 권리를 가진 자(이하 "보상권리자"라 한다)로 구성된 단체</li> <li>2. 영리를 목적으로 하지 아니할 것</li> <li>3. 보상금의 징수 및 분배 등의 업무를 수행하기에 충분한 능력이 있을 것</li> </ol>	<p>⑤ 제4항의 규정에 따른 보상을 받을 권리는 다음 각 호의 요건을 갖춘 단체로서 <b>문화체육관광부장관</b>이 지정하는 단체를 통하여 행사되어야 한다. <b>문화체육관광부장관</b>이 그 단체를 지정할 때에는 미리 그 단체의 동의를 얻어야 한다. &lt;개정 2008.2.29&gt;</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 대한민국 내에서 보상을 받을 권리를 가진 자(이하 "보상권리자"라 한다)로 구성된 단체</li> <li>2. 영리를 목적으로 하지 아니할 것</li> <li>3. 보상금의 징수 및 분배 등의 업무를 수행하기에 충분한 능력이 있을 것</li> </ol>	<p>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. &lt;개정 2008.2.29&gt;</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 대한민국 내에서 보상을 받을 권리를 가진 자(이하 "보상권리자"라 한다)로 구성된 단체</li> <li>2. 영리를 목적으로 하지 아니할 것</li> <li>3. 보상금의 징수 및 분배 등의 업무를 수행하기에 충분한 능력이 있을 것</li> </ol>
<p>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 명</p>	<p>⑥ 좌동</p>	<p>⑥ 좌동</p>

<p>의로 그 권리에 관한 재판상 또는 재판 외의 행위를 할 권한을 가진다.</p>		
<p>⑦문화관광부장관은 제5항의 규정에 따른 단체가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 지정을 취소할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 제5항의 규정에 따른 요건을 갖추지 못한 때</li> <li>2. 보상관계 업무규정을 위배한 때</li> <li>3. 보상관계 업무를 상당한 기간 휴지하여 보상권리자의 이익을 해할 우려가 있을 때</li> </ol>	<p>⑦<b>문화체육관광부장관</b>은 제5항의 규정에 따른 단체가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 지정을 취소할 수 있다. &lt;개정 2008.2.29&gt;</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 제5항의 규정에 따른 요건을 갖추지 못한 때</li> <li>2. 보상관계 업무규정을 위배한 때</li> <li>3. 보상관계 업무를 상당한 기간 휴지하여 보상권리자의 이익을 해할 우려가 있을 때</li> </ol>	<p>⑦문화체육관광부장관은 제5항의 규정에 따른 단체가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 지정을 취소할 수 있다. &lt;개정 2008.2.29&gt;</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 제5항의 규정에 따른 요건을 갖추지 못한 때</li> <li>2. 보상관계 업무규정을 위배한 때</li> <li>3. 보상관계 업무를 상당한 기간 휴지하여 보상권리자의 이익을 해할 우려가 있을 때</li> </ol>
<p>⑧제5항의 규정에 따른 단체는 보상금 분배 공고를 한 날부터 3년이 경과한 미분배 보상금에 대하여 문화관광부장관의 승인을 얻어 공익목적용을 위하여 사용할 수 있다.</p>	<p>⑧제5항의 규정에 따른 단체는 보상금 분배 공고를 한 날부터 3년이 경과한 미분배 보상금에 대하여 <b>문화체육관광부장관</b>의 승인을 얻어 공익목적용을 위하여 사용할 수 있다. &lt;개정 2008.2.29&gt;</p>	<p>⑧제5항의 규정에 따른 단체는 보상금 분배 공고를 한 날부터 3년이 경과한 미분배 보상금에 대하여 문화체육관광부장관의 승인을 얻어 공익목적용을 위하여 사용할 수 있다. &lt;개정 2008.2.29&gt;</p>
<p>⑨제5항·제7항 및 제8항의 규정에 따른 단체의 지정과 취소 및 업무규정, 보상금 분배 공고, 미분배 보상금의 공익목적 사용 승인 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.</p>	<p>⑨ 좌동</p>	<p>⑨ 좌동</p>
<p>⑩제2항의 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.</p>	<p>⑩ 좌동</p>	<p>⑩ 좌동</p>

## 2. 복제방지조치 등과 관련된 쟁점

### 가. 복제방지조치의무를 위반한 경우의 효과 (저작권법 제25조 제10항의 법적 성격)

디지털 시대를 맞아 정보 전달 매체를 통하여 교수·학습이 일어나는 새로운 교육방법으로 부상하고 있는 원격교육을 고려하여 2006년 개정된 저작권법[법률 제8101호, 2006. 12. 28 (2007. 6. 29. 시행)] 제25조 제2항 및 제3항은 원격교육의 근거를 마련하였다. 이에 따라 2006년 개정이전 저작권법상 “교육목적상 필요하다고 인정되는 경우에는 공표된 저작물을 공연 또는 방송하거나 복제할 수 있다”라는 규정을 “수업목적상 필요하다고 인정되는 경우에는 공표된 저작물의 일부분을 복제·공연·방송 또는 전송할 수 있다.”로 개정하였다.<sup>1)</sup> 즉, 수업목적을 위하여 저작물을 전송할 수 하는 권리를 추가하되, 확대된 권리로 인하여 무분별한 권리침해가 이루어질 것을 참작하여 저작물의 일부분에 한정하여 전송 등을 할 수 있도록 명문화하였다. 다만, 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 저작물의 전부를 이용하는 것이 부득이한 경우에는 전부를 이용할 수 있도록 하였다. 통상 교육목적이라고 하면 수업목적으로 해석되고 원격교육의 도입으로 인하여 저작재산권자의 재산적 이익이 추가적으로 불가피하게 제한되는 점 등을 감안하여 원격교육을 그 목적상 꼭 필요한 범위로 한정할 필요가 있어 기존의 “교육목적”을 “수업목적”으로 변경하여 그 의미를 확실히 하였다.

한편, 교육은 피동적으로 교수의 자료제공만으로 한정될 수 없고 수업을 받는 학생 각자의 자료제공도 포섭하는 쌍방향적인 성격을 가지는 것이 이상적이므로 교육을 받는 학생도 수업과 관계된 저작물(리포트)등을 복제하거나 전송할 수 있도록 하였다.(제25조 제3항)

그리고 원격교육과정에 보호되는 저작물이 이용되면서 저작권침해행위에 노출될 위험성을 방지하기 위하여 교육기관이 전송을 하는 경우에는 저작권법시행령 제9조에서 정한 복제방지조치 등 필요한 조치를 하도록 하였다.<sup>2)</sup> 이는 복제방지조치 등이 없는 상태에서 전송을

---

1) 현행 저작권법 제25조 제2항에서는 “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.”라고 규정하고 있다. 2010년 2월 문화체육관광부가 마련한 저작권법 개정안 제25조 제2항 및 제3항은 현행 저작권법 제25조 제2항의 내용을 보다 명료하게 하는데 의미가 있다고 하겠다. 특히 이 저작권법 개정안은 교육기관과 교육지원기관의 저작물 이용을 분리하여 규정하고 있다. 이 저작권법 개정안 제25조 제2항 및 제3항은 다음과 같이 규정하고 있다.

“② 「유아교육법」, 「초·중등교육법」 또는 「고등교육법」에 따른 학교, 특별법에 따라 설립되었거나 국가나 지방자치단체가 운영하는 교육기관(이하 ‘교육기관’이라 한다)은 그 수업 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 교육기관의 수업을 지원하기 위하여 국가나 지방자치단체에 소속된 교육지원기관은 그 지원 목적상 필요하다고 인정되는 경우에 공표된 저작물을 제2항의 범위내에서 이용할 수 있다.”

2) 문화관광부, 「개정 저작권법 길라잡이」, 2007년 7월, 문화관광부·저작권위원회, 33면.

허용하게 되면 인터넷을 통해 널리 유통됨으로써 저작권자의 정당한 권익을 크게 훼손할 수 있을 것을 우려한 입법이다. 하지만 교육기관이 이러한 복제방지조치 등을 이행하지 않은 경우에 저작권침해자로 보겠다는 것인지 여부는 이 규정만으로는 확인하기 어렵다. 이와 관련하여 이러한 복제방지조치 등을 교육기관이 불이행한데 대한 제재규정이 없으므로 그 실효성에 의문을 제기하는 견해도 있다.<sup>3)</sup> 이는 디지털형태의 복제가 저작권자의 이익을 침해할 수 있는 위험요소를 최대한 회피할 수 있도록 하기 위한 규정<sup>4)</sup>일 뿐이고, 이 의무를 위반한 것으로는 교육기관의 저작권침해책임을 묻기 어렵다고 생각한다. 왜냐 하면 ICT수업의 경우에 접근제한조치만으로 교수와 피교육자 이외의 자의 진입을 막을 수 있고, 교수와 피교육자가 외부의 자에 유통하게 되면 그 때 비로소 그들의 저작권침해책임을 물어도 늦지 않기 때문이다.

그리고 저작권법 제25조 제10항에 따르면 교육기관에는 복제방지조치 등을 요구하고 있고, 교육지원기관에는 그러한 조치를 요구하지 않고 있는데, 이 점 역시 복제방지조치 등의 불이행만으로는 교육기관의 저작권침해책임을 바로 물을 수 없다는 점을 시사한다. 왜냐 하면 교육기관과 교육지원기관이 동일한 저작물을 다루는 경우에 달리 취급되어야 할 이유가 없기 때문이다.

전술한 바와 같이 저작권법 제25조 제10항에서는 교육기관이 전송하는 경우에는 복제방지조치 등 저작권법시행령이 정하는 필요한 조치를 취하도록 하고 있다. 이 규정을 문리해석하자면 저작권법 제25조 제2항에서는 교육기관 뿐만 아니라 교육지원기관으로 확대하여 저작재산권을 제한하고 있는데 반해, 저작권법 제25조 제10항에서는 교육기관으로 한정하여 복제방지조치 등 저작권법시행령이 정하는 필요한 조치를 취하도록 하고 있다. 따라서 제25조 제2항에 규정된 교육지원기관은 문리해석상 복제방지조치 등을 할 필요가 없게 된다. 입법론상 이렇게 규정하는 것이 타당한지 여부를 떠나 문리해석상으로는 교육지원기관은 분명히 복제방지조치를 할 필요가 없게 된다.<sup>5)</sup> 다만, 2010년 2월 문화체육관광부가 마련하고 있는 저작권법 개정안 제25조 제10항에서는 교육기관 뿐만 아니라 교육지원기관의 경우에도 복제방지조치 등 저작권법시행령이 정하는 필요한 조치를 취하도록 하고 있어 현행 저작권법의 문제점을 입법에 의해 해결하려는 입장을 취하고 있다.<sup>6)</sup>

## 나. 복제방지조치의 한계

저작권법 시행령<sup>7)</sup>에서는

“제9조 (교육기관의 복제방지조치 등 필요한 조치)

법 제25조 제10항에서 "대통령령이 정하는 필요한 조치"란 다음 각 호의 조치를 말한다.

1. 불법 이용을 방지하기 위하여 필요한 다음 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

3) 허희성, 「2007 신저작권법 축조개설 (상)」, 명문프리컴, 2007년, 206면.

4) 이해완, 「저작권법」, 박영사, 2007년, 431면.

5) 반대의견: 이해완, “디지털환경에서의 저작권법의 새로운 과제”, 제1회 저작권포럼(2009. 11. 25.).

6) 2010년 2월 문화체육관광부가 마련한 저작권법 개정안 제25조 제10항은 “제2항에 따른 교육기관 및 제3항에 따른 교육지원기관이 전송을 하는 경우에는 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해를 방지하기 위하여 복제방지조치 등 대통령령이 정하는 필요한 조치를 하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

7) [시행 2009.8.7] [대통령령 제21676호, 2009.8.6, 타법개정].

2. 저작물에 저작권 보호 관련 경고문구의 표시

3. 전송과 관련한 보상금을 산정하기 위한 장치의 설치“라고 규정하고 있다. 따라서, 저작권 법시행령에 따르면, 교육기관이 학교수업을 목적으로 저작물을 전송하는 경우 전송하는 저작물을 수업에 받는 자 외에는 이용·복제할 수 없도록 하는 접근제한조치 및 복제방지조치와 저작물에 저작권 보호 관련 경고문구를 표시하는 등의 조치를 하도록 하고 있다. 이 경우에 복제방지조치의 한계가 문제될 수 있다.

문화체육관광부는 유권해석을 통해 ‘마우스 우측버튼 사용제한’도 복제방지조치의 일유형으로 보고 있다. 마우스의 우측버튼 사용 제한을 위해서는 다음과 같이 HTML과 일의 태그 속성을 수정하여 사용하면 된다.

**oncontextmenu='return false' onselectstart='return false'**

※ oncontextmenu : 마우스 우측메뉴를 활성화 또는 비활성화하는 속성

※ onselectstart : 마우스 드래그의 선택을 활성화 또는 비활성화하는 속성

그리고 마우스 이외의 방법으로 복사를 제한하기 위한 방법으로 사용되는 ‘키보드의 복사 단축키 사용 제한’도 복제방지조치로 보게 된다.

#### 다. 복제방지조치에 대한 저작권자의 경제적 관점 분석

디지털 저작물은 복제가 용이해서 복제방지를 위한 법적, 기술적 보호가 없이는 저작권자는 생산을 하지도 않을 것이며 설령 저작물을 생산한다고 하더라도 소비자들은 구매를 하지 않을 것이다. 특히 한국은 디지털 저작물의 복제수준이 높을 것으로 추정되는데 단편적인 예로서 디지털 저작물중 하나인 소프트웨어의 복제 수준만 하더라도 45%로서 세계 평균 35%를 훨씬 웃도는 현실이다. 디지털 저작물을 보호하는 기술들을 집합적으로 통칭하여 디지털 저작권 관리 (Digital Rights Management)라고 한다. 하지만 이러한 디지털 저작권 관리 역시 완벽한 보호가 아니며 높은 수준의 보호를 위해서는 지속적인 기술관리 및 이를 위한 투자 및 관리 비용을 발생시키게 된다. 또한 이러한 기술적인 보호의 수준을 높이는 것이 저작권자의 이익을 얼마나 증가시키는지 그 효과성에 대해서는 고려해볼 필요가 있다.

디지털 저작물은 가지고 있는 정보 및 서비스에 의해서 그 가치가 결정된다. 정보상품의 경우 하드웨어나 소프트웨어에 기반을 둔 기술적인 방지 조치는 저작권자의 이익을 오히려 감소시키며 교육, 법, 수사 등과 같은 활동을 통해 사용자들의 복제를 단념시키는 것이 이익을 증가시킨다는 해외 연구결과가 있다<sup>8)</sup>. 다소 역설적이지만 기술적인 방지 조치를 하지 않는 것이 불법 사용자 및 구매 사용자 모두의 수요를 증가시키는 네트워크 효과를 증진시키므로 저작권자의 이익을 증가시킨다는 연구결과가 학계에서는 지배적이다<sup>9)</sup>.

국내 사례로 안철수 연구소가 개발 배포하고 있는 바이러스 백신의 경우 인증번호만 입력하면 되도록 하는 기본적인 수준의 기술적인 복제방지조치를 하고 있다. 2007년 4월부터

8) Gopal, R. and Sanders, L. (1997), "Preventive and Deterrent Controls for Software Piracy," *Journal of Management Information Systems*,13(4):29-47.

9) 김태하 외, "디지털 저작권 관리를 통한 효과적인 소프트웨어 보호전략: 한국 기업의 사례를 중심으로," 「인터넷전자상거래연구」, 2009년, 362면.

출시된 악성코드 및 스파이웨어 탐지 프로그램의 경우는 아예 무료로 제공하고 있다. 바이러스 백신의 복제율은 58%로 앞서 언급한 국내 평균 45% 보다도 매우 높은 수준임에도 불구하고 기본적인 수준의 복제방지조치를 하고 있는 것은 주목할 가치가 있다. 일단 등록된 사용자들은 1년간 무료로 업데이트 서비스를 받을 수 있도록 하고 있으며 불법복제사용으로 등록이 된 사용자에게는 정품 소프트웨어를 구매할 것을 권유하고 최신 업데이트를 제한하고 있다. 기본 소프트웨어의 복제방지 조치가 기본적인 이유는 우선, 안철수 연구소의 바이러스 백신의 경우 기본 소프트웨어 엔진보다는 새로이 유행하는 바이러스로부터 소비자의 컴퓨터를 보호하도록 해주는 업데이트 기능이 보다 많은 가치를 창출하기 때문이다. 다음 이유로는 기본 소프트웨어를 정품 사용자 및 불법 사용자들에게 널리 보급하는 것이 추후 이러한 업데이트로 인한 수익창출에 오히려 도움이 되기 때문이다. 실제로 1999년 CHI 바이러스가 유포되었을 때 정식으로 등록된 사용자들에게 신속하게 업데이트를 배포함으로써 매출이 24억원에서 115억으로 급증하는 효과를 보았다. 불법으로 안철수 연구소의 백신 프로그램을 사용하던 소비자들 역시 이러한 긴급한 업데이트를 보고 정품을 구매하게 되었기 때문이다.

세무회계프로그램을 제공하는 더존디지털웨어의 경우도 비슷한 사례인데 기본 상품의 보호는 다소 전통적인 key-lock 방식을 채택하고 있으나 불법복제율은 매우 낮은 편이다. 세무회계프로그램 소비자가 국한되어 있는 이유로 소비자가 한정되어 있는 것도 한가지 이유이지만 기업회계기준의 변화에 따라 세무회계프로그램이 연동되어 업데이트가 되어야만 하기 때문이기도 하다. 더존의 경우는 2006년 4분기이 기업회계기준 개정 후 매출이 52억(전년대비 7.8%) 상승하였고 단위생산비용이 전혀 들지 않는 소프트웨어 산업의 특성상 영업이익이 31억원(전년대비 36.2%) 상승하게 되었다<sup>10)</sup>.

김태하 교수는 이러한 기존 연구 및 사례의 경우를 고려한 다음, 교육관련 저작권자가 복제방지조치를 해야만 하는지는 저작물의 복제율, 소비자의 특성, 시장 점유율, 후속 저작물의 구매 가능성 등을 고려하여 저작권자가 결정하여야 하며 오히려 복제방지조치를 하지 않는 것이 수익을 증대하는 경우도 이상의 사례에서 보건대 충분히 발생할 수 있다고 한다. 그의 주장에 따르면, 일단 저작물을 사용 및 전송하게 되는 교육기관이 복제방지기술 설치 및 관리 비용을 지불하는 실질적인 주체가 되어야 되는 것에 대해 의문을 제기한다. 경제학적 관점에서 연구한 기존 문헌을 참고할 때, 저작물에 저작권 보호 관련 경고문구의 표시가 오히려 기술적인 조치보다 저작권자의 수익을 증가시키는 효과가 있을 것이라고 한다.

### 3. 포괄적 공정이용규정 도입과 저작재산권 제한사유와의 관계

#### 가. 공정이용 제도 도입에 대한 기존의 논의

##### (1) 국내의 입법 동향

장기갑, 강봉균, 강성중, 권영길, 김종률, 백원우, 변제일, 안규백, 양승조, 이시중, 이춘석, 홍재형 등 12인의 국회의원이 2008년 12월 5일 발의한 저작권법 개정안(의안번호 2888호)은 다음과 같이 규정하고 있다.

10) 위의 논문, 374면.



제35조의2(저작물의 공정이용)① 제23조부터 제35조까지에 규정된 경우 외에도 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 합법적인 이익을 불합리하게 해하지 아니하는 특정한 경우에는 저작물을 이용할 수 있다.

② 저작물의 이용행위가 제1항에 따른 이용행위인지의 여부는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.

1. 영리 또는 비영리 등 이용의 목적 및 방법
2. 저작물의 종류 및 성격
3. 저작물 중 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 분량 및 비중
4. 저작물의 이용이 저작물의 현재 또는 장래의 시장이나 가치에 미치는 영향<sup>11)</sup>

위 저작권법 개정안은 우리 사회에 시사하는 바가 크다. 위 개정안 제35조의2 제1항은 베른협약의 3단계 테스트를 그대로 이행입법한 것이다. 이는 다분히 미국이 공정이용 법리가 베른협약과 TRIPs협정을 위반하였는지 여부에 대한 과거의 논의를 반영하여 국제조약을 준수함을 명쾌하게 밝히기 위하여 조문화한 것으로 판단된다.

그리고 위 개정안 제35조의2 제2항은 미국 연방저작권법 제107조를 모델로 하여 같은 법 제107조에 열거된 네 가지 요인을 그대로 수용하고 있다고 생각한다. 다만, 미국 연방저작권법 제107조에서는 이 네 가지 요인에 한정하는 것은 아니나, 위 저작권법 개정안은 네 가지 요인에 한정하는 것으로 규정하고 있다는 점에서 차이가 있다. 또한, 미국 연방저작권법 제107조는 포괄적인 공정이용 법리를 원칙으로 하고, 같은 법 제1201조 등에서 공정이용 법리를 명문화하는 예외를 취하는 방식으로 규정되어 있다. 반면에 위 개정안 제35조의

---

11) 2010년 2월 문화체육관광부에서 마련한 저작권법 개정안 제35조의2는 ‘저작물의 공정한 이용’이란 표제하에 “① 제23조부터 제35조까지, 제101조의3부터 제101조의5까지의 경우 외에 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 예외적인 경우에는 저작물을 이용할 수 있다.

② 저작물 이용 행위가 제1항에 해당하는지를 판단할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.

1. 영리 또는 비영리 등 이용의 목적 및 성격
2. 저작물의 종류 및 용도
3. 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성
4. 저작물의 이용이 저작물의 현재 또는 장래의 시장이나 가치에 미치는 영향”라고 규정하고 있다.”라고 규정하고 있다.

[1] 이 개정안에서 “제101조의3부터 제101조의5까지”란 문구를 추가하는 이유는 컴퓨터프로그램보호법이 저작권법에 통합되면서 ‘컴퓨터프로그램저작물에 대한 저작재산권제한사유’를 이 공정이용 관련 조문에서 포섭하여 규정할 필요가 있기 때문이다.

[2] 이 개정안은 국제조약상 3단계 테스트 중 하나의 요건인 “certain special cases”란 용어를 “예외적인 경우”란 표현으로 한정하여 규정하고 있다. 2008년 국회의원이 발의한 저작권법 개정안(‘2008년 개정안’으로 표시) 제35조의2는 “특정한 경우”란 용어를 사용하고 있으나, 이는 국제조약상 3단계 테스트 중 하나의 요건인 ‘certain special cases’를 오역한 것이고, ‘특정한 경우’가 국제조약상 3단계 테스트 중 하나의 요건인지 여부가 불투명하다. 따라서 2010년 2월 정부발의 저작권법 개정안(‘2010년 개정안’으로 표시)은 이러한 측면에서 적절한 용어로 대체한 것으로 볼 수 있다.

[4] 그리고 2010년 개정안은 공정이용을 판단하는 요소 중 하나로서 ‘이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성’을 제시하고 있는데, 이 또한 타당하다고 생각한다. 왜냐 하면 ‘이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 분량’은 공정이용판단요소로서 중요하지 않다는 점이 미국의 판례를 통해 증명되었기 때문이다. 오히려 ‘이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 분량’ 보다는 ‘이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 중요성’이 공정이용판단요소로서 평가할 만하다는 점에서 2010년 개정안은 2008년 개정안보다 진일보한 것이라고 생각한다.

2는 기존의 자유이용 항변을 그대로 둔 채로 별도의 조문을 두는 방식을 취하고 있다. 이는 미국 연방저작권법 제107조와는 달리 해석될 여지가 많음을 시사한다고 생각한다.

## (2) 한미 FTA 공정이용 관련 조항

한미 FTA협정문 제18.4조 제1항은 다음과 같이 규정하고 있다.

1. 각 당사국은, 저작자·실연자 및 음반제작자가 어떠한 방식이나 형태로, 영구적 또는 일시적으로(전자적 형태의 일시적 저장을 포함한다), 그의 저작물·실연 및 음반의 모든 복제를 허락하거나 금지할 권리를 가지도록 규정한다.<sup>11)</sup>

<sup>11)</sup>각 당사국은 이 항에서 기술된 권리에 대한 제한 또는 예외를 그 저작물, 실연 또는 음반의 통상적인 이용과 충돌하지 아니하고, 그 권리자의 정당한 이익을 불합리하게 저해하지 아니하는 특정한 경우로 한정한다. 보다 명확히 하기 위하여, 각 당사국은 공정이용을 위하여 이 항에서 기술된 권리에 대한 제한과 예외를 채택하거나 유지할 수 있다. 다만, 그러한 제한 또는 예외는 이전 문장에서 규정된 대로 한정된다.

한미 FTA 제18.4조 제1항 및 각주 11)은 베른협약 제9조의 3단계 테스트를 준수하는 범위 내에서 ‘공정이용’을 위하여 복제권에 대한 제한과 예외를 채택 또는 유지할 수 있다는 점을 밝히고 있다. 이 협정문에 따르면 일시적 저장을 복제행위로 보도록 이행입법 하여야 한다. 그렇게 되면 불가피하게 공정이용 제도를 도입하여야 한다고 본다. 물론 공정이용 제도를 도입할 의무가 이 협정문상 존재하는 것은 아니나<sup>12)</sup>, 일시적 저장을 복제행위로 보게 되는 이상, 공정이용 제도를 도입하지 않으면 저작권법이 자칫 권리자 편향적으로 해석될 수도 있어 저작권산업의 성장 동력의 한 축을 상실하게 할 우려가 있으므로, 한미 FTA가 한국과 미국 양국에 의하여 비준되는 경우에 포괄적인 형태의 공정이용 제도를 도입하는 것이 타당하다고 생각한다. 위 조문과 관련하여 공정이용 제도를 도입하는 경우에 국제조약의 3단계 테스트와 미국의 공정이용 제도의 연혁과 한계를 집중적으로 분석할 필요가 있다.

### 나. 국제조약상 3단계 테스트

#### (1) 베른협약상 3단계 테스트

문학저작물 및 예술저작물의 보호에 관한 베른협약(Berne Convention for the

12) 이해완, “디지털환경에서의 저작권법의 새로운 과제”, 제1회 저작권포럼(2009. 11. 25.), 14면.

Protection of Literary and Artistic Works: 이하 ‘베른협약’이라 한다)은 1886년 제정된 후, 수차례 개정을 거쳐 1971년 파리의정서에 의해 최종적으로 개정되었다. 베른협약 파리의정서 제9조는 다음과 같이 규정하고 있다.

- (1) 이 협약이 보호하는 문학저작물 및 예술저작물의 저작자는 어떠한 방법이나 방식으로건, 이 저작물의 복제를 허락할 배타적 권리를 가진다.
- (2) 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.
- (3) 녹음이나 녹화는 이 협약의 적용상 복제로 간주한다.

베른협약상 3단계 테스트를 복제권에 대해서만 인정할 것은 다른 권리에 대한 예외에 대해서는 이미 다른 규정에서 언급하고 있으므로 포함할 필요가 없다는 점과 최소한의 개정을 통하여 법적 안정성 및 입법의 경제성을 도모하려고 했던 점에 기인한다.<sup>13)</sup>

전술한 바와 같이 베른협약 3단계 테스트는 베른협약의 1971년 개정회의에서 비롯된 것이다. 베른협약 3단계 테스트는 복제권의 도입에 내재적으로 연계된 포괄타협안이었다.<sup>14)</sup> 복제권의 도입은 복제권의 제한범위에 대한 분쟁을 정점에 이르게 하였고 심하게 다투어졌다. 명백히 개정회의시에 베른협약 3단계 테스트는 제한사유를 고안함에 있어 적용의 탄력성 측면에서 국내 입법자와 법원이 이용해 오던 한계를 포함하였다.<sup>15)</sup>

둘째, 마찬가지로 베른협약 3단계 테스트의 영향은 1970년대 초 측면에서 급진적으로 변하지 아니할 기존의 경제적 현실에 한정하는 것으로 인식되어야 한다. 최초 복제기술의 결과로서 나오게 된 이 3단계 테스트는 주로 특정 저작물의 현존 시장을 보호할 수 있는 방식으로 해석되고, 사적 복제의 예외 등에 해당하는 경우에는 저작자에게 보상금을 지급할 수 있도록 보장한 것이었다. 이는 직접 경쟁이 존재하는 시장에서 예외 사유를 제한하는 조건을 부과하고 있다는 점으로부터 추론할 수 있다.<sup>16)</sup>

따라서 베른협약 제9조 제2항은 이용의 통상적인 상태(normalcy of exploitation)라는 요건 하에 저작자의 시장을 보존하고자 한 것으로 이해할 수 있다. 이용의 통상적인 상태란 (i) 실제로 이용이 존재하는지 여부에 관한 규범적인 평가 및 (ii) 실제로 이용이 존재한다면 상당한 경제적 또는 실제적 중요성을 얻거나 얻을 수 있는 저작물 이용의 모든 형태에 대하여 그 이용을 보호하는 목적을 포함한다.<sup>17)</sup> 이 테스트는 기존 시장을 유지하는 방향으로 작용한다. 예컨대 교과용 도서와 같이 협소하고 독특한 시장 또는 악보(sheet music)시장과

13) 정찬모, “국제저작권법상 3단계 테스트의 변천”, 「계간 저작권」, 2004년 봄호 (제65호), 46면.

14) Martin Senftleben, Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law, Ch. 3 (2004).

15) Mihály Ficsor, The Law of Copyright and the Internet: The 1996 WIPO Treaties, Their Interpretation, and Implementation § 5.50, at 280 (2002).

16) Study Group Report 1964, at 111 (Records 1967 Stockholm Revision Conference).

17) Id. at 112.

같이 대량 복제를 가능하게 하는 일반적인 제한사유에 의하여 중대한 손해를 입을 수 있는 시장이 있을 때, 이 두 경우에 각각 연구 및 학습(general research and study)에 대한 일반적 국내 예외조항이 적용된다면, 이용의 통상적인 상태의 의미는 기존 시장을 유지할 수 있는 방향으로 영향을 미친다. 마찬가지로 저작자의 경제적 이득을 저해할 수 있는 추가적 이용을 허용하지 않았을 것이다. 또한 법정이용료(statutory license fees)의 지불은 3단계 테스트의 모든 단계를 통과해야 제한사유의 적용을 받았다.<sup>18)</sup> 대부분의 학자들은 이러한 견해를 더 이상 지지하지 않고 있다.<sup>19)</sup> 3단계 테스트는 단계별로 분석되어야 한다고 주장되었지만 그 테스트들은 중요도 순으로 전개된다는 것이 승인되었다. 이는 제한사유가 구체적일 수록 저작자의 시장에 보다 덜 부정적인 영향을 미치는 것으로 간주될 수 있었기 때문에 중요한 의미를 지닌다.

더욱이 3단계 테스트는 엄격히 국내입법자에게 소개되는 정도에 그쳤다. 따라서 판례의 논거로 인용되는 데는 영향을 미치지 못했고,<sup>20)</sup> 저작권을 제한하는 국내 법규정을 강요하는 기능도 하지 못했다. 요컨대 국내입법자들은 그 애매모호한 추상적인 테스트가 제한적인 것으로 인식하지 않았다는 점을 시사한다. 그것은 일반적인 관점에서 보다 구체적인 규범을 고안함에 있어, 면밀히 검토되어야 할 요인들을 요약한 것에 불과하므로 3단계 테스트 자체로만으로는 저작권 제한사유의 외적 한계를 지닌다고 할 수 있다. 그것에 의하여 그것은 제한사유를 인정할 자유를 보장함에 있어 상이한 기능을 가진다.

추가적인 견해로는 베른협약 3단계 테스트의 채택 당시에 존재한 기술적·사회적 변화의 구체적인 역학관계에 관한 것이다. 이는 구체적인 경제적 현실의 맥락에서 이해되어야 한다. 1960년대 후반의 기술적·경제적 상황은 현재의 상황과 현저히 상이하였고, 베른협약의 맥락에서 이해할 때 3단계 테스트의 성립은 구체적이고 투명한 경제적 현실을 보다 많이 반영한다. 과거에는 저작물은 구체적이고 확정할 수 있는 주된 시장에서 이용되었다. 예컨대 교과용 도서는 필연적으로 학교교육과 관련된 시장에서 이용되었고, 영인본 이외에 다른 포맷으로 그 저작물을 제공하는 관련 시장이나 2차적 시장은 없었다. 마찬가지로 도서관은 열람 및 대여를 위한 인쇄복제물을 보관하는 범위를 넘어 저작물을 이용하지 않았다. 따라서 제3자는 저작물의 주된 시장을 가정의 범위 내에서 침해하는 것 이외에 저작물 이용과 관련된 구체적인 이해관계를 갖고 있지 않았다. 본질적으로 관련 시장에 대한 이해관계 또는 이용 자원의 전체적인 분배를 검토할 필요가 없다. 왜냐 하면 이용 양태가 하나의 주된 이용 형태에 제한되었기 때문이다. 기술적 변화가 느린 그러한 환경에서는 3단계 테스트가 도입되어도 저작자에게 크게 해가 되지 않았는데, 그 이유는 신규 시장이 형성된다 하더라도 그 시장을 형성하는 주체는 주로 저작자가 차지하고 있었기 때문이다. 이러한 예들은 통상적인 이용이 보장된다는 의미와 베른협약의 이행 강제가 어떻게 조화될 수 있었는지를 보여주는 것이다.

---

18) Fisor, supra note 12, at § 5.58, at 288.

19) Declaration on the Three Step Test (presented at the Conference of the Association for Teaching and Research in Intellectual Property, Munich (July 2008)).

20) Fisor, supra note 12, at § 5.49, at 280.

## (2) TRIPs협정상 3단계 테스트

무역관련지적재산권협정(TRIPs협정) 제13조에서는 저작권의 제한과 예외를 다음과 같이 규정하고 있다.

회원국은 배타적 권리에 대한 제한 또는 예외를 저작물의 통상적인 이용과 충돌하지 아니하고 권리자의 합법적인 이익을 부당하게 해치지 아니하는 일부 특별한 경우로 한정한다.

저작권에 관한 제한과 예외를 규정한 TRIPs협정 제13조는 베른협약 제9조의 3단계 테스트와 상이한 점이 발견된다.

첫째 베른협약 제9조는 복제권에 한정하고 있으나 TRIPs협정 제13조는 “배타적인 권리”를 적용대상으로 하고 있다. TRIPs협정 제13조는 베른협약 3단계 테스트가 저작자뿐만 아니라 다른 지분권의 권리자 및 TRIPs 제30조에 따라 보호되는 지적재산권자에게도 적용될 수 있도록 하고 있다.<sup>21)</sup> 하지만 배타적인 이용권자(exclusive licensee)라는 사실만으로 입법 이전에 그 3단계 테스트에 의존할 수 있는지 여부 또는 TRIPs협정이 저작인접권자, 특히 로마협약 및 WIPO 실연 및 음반 조약에 따라 보호받는 저작인접권자를 보호하는지 여부에 관해서는 여전히 논쟁의 대상으로 남아 있다. TRIPs협정의 3단계 테스트를 해석한 유일한 판례에 따르면,<sup>22)</sup> 시장분배의 쟁점의 핵심은 구체적인 국내법상 제한사유의 토대가 되는 공공정책상 의도에서 상대적 강도에 근거하기 보다는 예측한 배타적 권리의 범위에 의존한다는 것이다. 그러나 이 판례에서는 판결의 효과가 비생산적일 수 있다는 이유로 디지털과 관련된 특이한 쟁점을 다루지 않았다. 복제행위에는 일시적인 복제물을 수반하므로 복제권의 범위에 대한 국제적 공감대가 존재하지 않을 뿐만 아니라<sup>23)</sup> 공중에게 이용하게 할 권리의 맥락에서조차 여러 해석론적 견해가 존재한다.<sup>24)</sup>

WTO 패널 보고서가 국내입법자를 구속하는 것은 아니더라도 TRIPs협정상 제13조에 따른 첫 번째 단계는 제한사유가 그 범위에 있어 명백히 확정되어 있고 협소한 것<sup>25)</sup>을 요건으로 하고, 두 번째 단계는 실증적으로 입증 가능한 이용<sup>26)</sup> 또는 중요하거나 현실적인 수입을 발생시키는 이용<sup>27)</sup>을 의미하는 것으로 해석되어야 한다고 하고 있다. 아무튼 TRIPs협정에 따르면, 복제권을 포함한 베른협약상 모든 배타적 권리와 TRIPs협정에 의해서 새롭게

---

21) Guido Westkamp, The "Three-Step Test" and Copyright Limitations in Europe: European Copyright Law between Approximation and National Decision Making, 56 J. Copyright Soc'y U.S.A. 1, 8 (2008).

22) World Trade Organization, Report of the Panel: United States-26. Section 110(5) of the Copyright Act, Doc. No. WT/DS 160/R (2000)[hereinafter 'WTO Panel Report'].

23) Marshall A. Leaffer, Understanding Copyright 299 (4th ed. 2005).

24) Guido Westkamp, Transient Copying and Public Communications: The Creeping Evolution of Use and Access Rights in European Copyright Law, 36 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 1057, 1068 (2004).

25) WTO Panel Report. paras. 6.107-6.112.

26) Id. paras. 6.178, 6.180.

27) Id. para. 6.180.

부여된 대여권을 포함한다고 보는 것이 다수의견 및 판결레다.<sup>28)</sup>

두 번째로 베른협약 제9조 제2항은 “동맹국의 입법에 맡긴다.”라고 규정하여 각국의 다양한 법 현실을 수용하는 태도를 취하고 있으나, TRIPs협정 제13조는 “회원국은 ... 한정한다.”라고 규정하여 각국의 입법을 통제하려는 입장을 취하고 있다.<sup>29)</sup>

세 번째로 TRIPs협정 제13조는 TRIPs협정상 다른 조항과의 관계 및 베른협약 제9조 제2항과의 관계에서 이해하여야 한다. TRIPs협정상 제7조에 따르면 “지적재산권의 보호와 시행은, 기술혁신의 증진과 기술의 이전 및 전파에 기여하고 기술지식의 생산자와 사용자에게 상호이익이 되고 사회 및 경제복지에 기여하는 방법으로 권리와 의무의 균형에 기여하여야 한다”고 규정하고 있으며, 동협정 제8조에서는 “1. 회원국은 자국의 법 및 규정을 제정 또는 개정함에 있어, 이 협정의 규정과 일치하는 범위 내에서 공중보전 및 영양상태를 보호하고, 자국의 사회·경제 및 기술적인 발전에 매우 중요한 분야의 공공이익을 증진시키기 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이들 규정과 TRIPs협정 제13조를 서로 조화롭게 해석하면 위생, 개발, 교육과 같은 다른 공익상 이유로 저작권을 제한할 수 있는 여지를 넓게 인정하는 것으로 보인다. 하지만 TRIPs협정 제2조 제2항에서는 “이 협정의 제1부에서 제4부까지 어느 규정도...베른협약...에 따라 회원국 상호간에 존재하는 의무를 면제하지 아니한다.”고 규정하고 있어서 최소한 베른협약 회원국 상호간에는 베른협약에서 인정되지 않는 예외를 TRIPs협정에서 인정하기 어려울 것이다.<sup>30)</sup>

TRIPs협정 제13조는 베른협약과의 상관관계에서 문제될 수 있다. 베른협약 제20조에서는 “동맹국 정부는 그들 사이의 개별협정이 저작자에게 이 협약보다 광범위한 권리를 부여하거나 이 협약에 저촉되지 아니하는 다른 규정들을 담고 있는 한, 그 협정을 체결할 권리를 유보한다.”고 규정하고 있으므로 그 반대해석에 의하여 베른협약이 이미 규정하고 있는 권리에 대해서는 TRIPs협정 제13조를 근거로 새로운 예외를 인정할 수 없다고 해석해야 한다는 주장이 가능하다.<sup>31)</sup> 예컨대 번역, 공연, 방송, 공개낭송, 개작권과 같이 베른협약에 의해 인정된 배타적인 권리의 경우 TRIPs협정 제2조 제2항 및 베른협약 제20조의 적용을 받기 때문에 회원국이 취할 수 있는 예외 설정은 베른협약의 실제규정상 의무로부터 벗어날 수 없다.<sup>32)</sup> 반면에 TRIPs협정에서 새로 규정한 대여권의 경우에는 TRIPs협정 제13조만 적용될 것이다.

### (3) 세계지적재산권기구 저작권조약상 3단계 테스트

세계지적재산권기구 저작권조약(WIPO Copyright Treaty; 이하 ‘WCT’라 한다) 제1조 제4항은 베른협약 제9조 제2항을 비롯한 실제규정 및 부속서를 준수할 것을 규정하고 있다. 또한 WCT 제10조에서는 다음과 같이 3단계 테스트를 규정하고 있다.

28) 정찬모, 앞의 논문, 46면.

29) 위의 논문, 46면.

30) 위의 논문, 47면.

31) 위의 논문, 47면.

32) 위의 논문, 47면.

(1) 계약 당사자는 저작물의 통상적인 이용과 충돌하지 아니하고 저작자의 합법적인 이익을 부당하게 해치지 아니하고는 특별한 경우에, 이 조약에서 문학저작물 및 예술저작물의 저작자에게 부여한 권리에 대한 제한과 예외를 국내법으로 규정할 수 있다.

(2) 계약 당사자는 베른협약을 적용할 경우에, 동 협약에서 규정한 권리에 대한 제한과 예외를 저작물의 통상적인 이용과 충돌하거나 저작자의 합법적인 이익을 부당하게 해치지 아니하는 특별한 경우로 한정하여야 한다.

#### **(4) 세계지적재산권기구 실연 및 음반조약상 3단계 테스트**

세계지적재산권기구 실연 및 음반조약 (WIPO Performances and Phonograms Treaty; 이하 'WPPT'라 한다) 제16조(제한과 예외)에서는 다음과 같이 3단계 테스트를 규정하고 있다.

(i) 계약국은 실연자와 음반제작자의 보호에 관하여, 문학저작물 및 예술저작물에 대한 저작권 보호와 관련하여 규정한 바와 같은 종류의 제한이나 예외를 국내법으로 규정할 수 있다.

(ii) 계약국은 이 조약에서 규정한 권리에 대한 제한이나 예외를 실연이나 음반의 통상적인 이용과 충돌하거나 실연자나 음반제작자의 합법적인 이익을 부당하게 해치지 아니하는 특별한 경우로 한정하여야 한다.

WPPT 제16조 제1항은 강행규정이 아니나, 저작권에 대한 제한 및 예외와 저작인접권(방송사업자의 저작인접권은 제외)에 대한 제외 및 예외 간에 균형을 유지하기 위한 것이다.

#### **(5) 3단계 테스트의 주요 내용**

##### 1) 의의

3단계 테스트는 외형상 3단계의 구조를 가지고 있으나, 첫 번째 요건인 '특별한 경우'에 해당하는지 여부에 관해 두 번째 요건(해당 저작물의 통상적 이용과 저촉되지 않아야 한다는 요건)과 세 번째 요건(저작자의 합법적인 이익을 부당하게 해치지 않아야 한다는 요건)의 내용이 판단기준으로 작용하므로, 실제로 심사는 두 번째 요건과 세 번째 요건에 초점을 둔다.<sup>33)</sup>

두 번째 요건은 저작자와 이용자의 이해 조절을 위한 전 단계로서, 비례성원칙을 명백히 침해하는 저작물 이용을 선별하는 기능을 한다.<sup>34)</sup> 복제권의 제한과 관련하여 “저작물의 통

33) 최상필, “독일 저작권법상의 프로그램저작권 제한규정에 대한 비교법적 고찰”, 『경남법학』, 제22집, 2007년, 100면.

상적인 이용과 충돌하는 경우”란 일반적으로 과도하게 많은 양의 복제물이 제작된 경우로 해석할 수 있다.<sup>35)</sup> 따라서 사적 이용을 위하여 필요한 범위를 초과하는 수량을 복제하였다면 그러한 사적 이용을 위한 복제는 허용되지 아니할 것이다.<sup>36)</sup>

다음으로 세 번째 요건인 “저작자의 합법적인 이익을 부당하게 해치지 않는 경우”는 이러한 복제물 제작시 저작자에 대해 적절한 보상이 이루어지는 경우로 해석된다.<sup>37)</sup> 따라서 이 요건과 관련해서는 저작자와 이용자의 이익균형이 심사의 초점이다.<sup>38)</sup>

3단계 테스트는 국제조약에 따른 기준이므로 결국 3단계 테스트의 해석과 관련해서는 WTO 분쟁사례를 검토할 필요가 있다. EC는 미국 연방저작권법 제110조 제5항 (A)와 (B)가 같은 법 제106조에 규정된 저작권자의 배타적인 권리를 제한함에 있어 TRIPs협정을 위반하였다고 하면서 WTO에 제소하였다.<sup>39)</sup> 동 사건은 2000년 6월 WTO 분쟁해결기구에 의해 소집된 패널이 아일랜드 공연·실연단체를 대표하여 유럽공동체가 제기한 분쟁에 대해 판단한 것이었다.<sup>40)</sup> 미국 연방저작권법은 저작권료를 지불하지 않더라도 공공장소나 대중업소 등에서 음악을 연주 또는 재생할 수 있도록 허용하고 있는데, 이로 말미암아 유럽 음악인들이 저작권을 가지고 있는 음악 작품들이 그동안 미국의 술집, 레스토랑, 소매점포, 쇼펍 등에서 라디오나 텔레비전을 통해 무단으로 연주 또는 재생되어 왔으며, 이에 따라 유럽 전체 음악인들의 저작권료 수입 손실액이 막대하다는 것이다.

여기에서 신청인은 1998년 미국 음악이용허락공정화에 관한 법률(Fairness in Music Licensing Act of 1998)에 의해 개정된 미국 연방저작권법 제110조 제5항 (A)와 (B)가 TRIPs협정 제9조 제1항에 의하여, TRIPs협정의 일부가 된 베른협약 제11조의2 제1항 제3호 (방송물의 공중전달권)와 제11조 제1항 제2호(연극 및 악극 공연권 및 실연의 공중전달권)상의 의무에 위반한 것이므로 이를 TRIPs협정상 의무에 부합하도록 개정하여야 한다고 주장하였다. 이 사건에서 쟁점이 된 것은 미국 연방저작권법상 관련규정에 의한 예외 인정이 TRIPs협정 제13조상 3단계 테스트를 충족하는지 여부다. WTO 분쟁해결패널은 미국 연방저작권법 제110조 제5항 중 가정용의 공중전달에 대한 면제인 제A호는 TRIPs협정 제13조에 저촉되지 않으므로, 베른협약 제11조 제1항 제2호에 저촉되지 않고, 사업용의 공중전달에 대한 면제인 제110조 제5항 제B호는 TRIPs협정 제13조에 반하므로, 베른협약 제11조의2 제1항 제3호와 동협약 제11조 제1항 제2호에 저촉된다고 결정했다.<sup>41)</sup> 이 사건에 있어 결정된 내용을 중심으로 3단계 테스트를 설명하기로 한다.

## 2) 일부 특별한 경우

34) 김병일, “저작권 제한”, 「제1회 저작권 포럼」, 2009년 11월 25일, 116면.

35) Senftleben, "Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests", GRUR Int. 2004, S. 205 (김병일, 앞의 토론문, 116면에서 재인용)

36) 김병일, 앞의 토론문, 116면.

37) Senftleben, a.a.O., S. 205 (김병일, 앞의 토론문, 116면에서 재인용).

38) 김병일, 앞의 토론문, 116면.

39) EC v. US: Section 110(5) of the US Copyright Act (WT/DS 160).

40) [http://www.wto.org/english/news\\_e/news00\\_e/1234db.pdf](http://www.wto.org/english/news_e/news00_e/1234db.pdf) (last visit on Nov. 29, 2009).

41) WT/DS 160/R, 15/06/2000.



(i) '일부'의 정의

WTO 분쟁해결패널은 '일부(certain)'라는 용어란 동 사안에서 각 국가내의 법규에 의한 예외나 제한이 명백하게 정의되어야 한다는 것을 의미한다고 보았다.

하지만 패널은 각각의 모든 가능한 상황을 정해 둘 필요는 없다고 판시하였다.

(ii) '특별한 경우'의 의미

이 요건은 '일부'의 의미보다 양적으로나 질적으로나 더욱 협소할 것을 요구하는 것이고, 적용범위 내지 예외의 범위가 제한되어야 한다는 것을 의미한다.<sup>42)</sup>

(iii) 정리

요컨대 WTO 분쟁해결패널은 특별한 경우 (certain special cases)란 용어의 정의를 각 국가 내에서 법규로 정하는 저작권에 대한 예외 또는 제한이 명확하게 규정되어야 하고, 그 범위를 좁게 정해야 한다고 하였다.<sup>43)</sup>

(iv) 미국 연방저작권법 제110조 제5항 제A호의 TRIPs협정 위반 여부

WTO 분쟁해결패널은 '가정용(homestyle)'이라는 단어가 국가에 따라 상이하게 사용될 수 있을 뿐만 아니라 기술의 발전과도 관계가 있다는 점을 인정하였지만 '일부 특별한 경우'의 의미가 '알려지고 상술되어 있으나 명백히 확정되어(known and particularised, but not explicitly identified)" 있을 필요는 없으므로 그 규정이 TRIPs협정의 요건을 충족한다고 판시하였다.<sup>44)</sup> 나아가 이 패널은 가정용 면제는 연극적 음악저작물에 적용되는 것으로 범위가 한정되므로 별 문제가 없다고 했다.

(v) 미국 연방저작권법 제110조 제5항 제B호의 TRIPs협정 위반 여부

미국 연방저작권법 제110조 제5항 제B호는 그 범위가 너무 광범위하다고 판시하였다. WTO 분쟁해결패널은 유럽공동체의 주장을 받아들여 잠재적으로 혜택을 받을 수 있는 사업장의 수를 판단의 대상으로 하였다. 미국의 경우 일정규모 이상의 사업장은 같은 종류의 영업을 하는 곳, 즉 음식점 등일지라도 저작권료를 지불하도록 하고 있으므로, 면제의 대상을 사업장의 유형적 규모에 의해 선정하도록 하고 있다. WTO 분쟁해결패널은 미국 연방저작권법 제110조 제5항 제B호에서 그러한 차별을 둔 이유가 불분명하다고 판시하였다. 또한 실질적으로 사업상 면제의 혜택을 받을 사업장의 수가 감소할 것이라는 미국의 주장에 대한 입증에 설득력이 없다고 보아 WTO 분쟁해결패널은 요식업의 70%, 소매상의 45%를 면제시키는 것은 TRIPs협정 제13조상 첫 번째 요건인 '일부 특별한 경우'의 요건을 충족하지 못한다고 판시하였다.<sup>45)</sup>

---

42) Sam Ricketson, WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment, WIPO/SCCR/9/7, April 5, 2003, p. 53-54.

43) Id.

44) WT/DS 160/R para. 6. 135-6.153.

45) WT/DS 160/R para. 6. 114-6.134.

### 3) 저작물의 통상적인 이용과 저촉하지 않을 것

#### (i) 저작물의 이용

저작물에 관한 배타적 권리의 이용을 의미한다.

#### (ii) 이용

배타적인 권리를 가지는 저작권자가 그 저작물을 통해 경제적인 가치를 획득하는 것을 뜻한다.<sup>46)</sup>

#### (iii) ‘통상적인’이란 개념의 의미

WTO 분쟁해결패널은 ‘통상적인’이란 개념이 경험적(empirical)이고 어느 정도 규범적인 의미를 내포하는 것으로 보아 실제로 이용하는 자 뿐만 아니라 법률상 이용할 자격이 있는 자를 포함하였으며, 현재 뿐만 아니라 예측 가능한 장래에 상당한 수익을 가져오는 이용을 포함하는 것으로 보았다. 나아가 통상적인 이용이라는 개념이 배타적인 권리에 대한 면제를 주는 것으로 이용되는 것이라는 점에서 “통상적인” 이용의 범위는 “배타적인” 이용보다 협소할 것으로 판시하였다.<sup>47)</sup>

#### (iv) 미국 연방저작권법 제110조 제5항 제A호가 저작물의 통상적인 이용과 충돌하는지 여부

WTO 분쟁해결패널은 가정용 면제조항으로 인하여 저작권자에게 큰 경제적 영향을 미치지 않으므로 저작물의 통상적인 이용과 충돌하지 않는다고 판시하였다.

#### (v) 미국 연방저작권법 제110조 제5항 제B호가 저작물의 통상적인 이용과 충돌하는지 여부

WTO 분쟁해결패널은 사업용 면제혜택을 음식점 소매업자 중 절반 정도가 누리고 있으므로 이 경우가 배타적인 권리를 행사하여 저작권료를 받을 수 있는 경우이어서 저작물의 통상적인 이용에 저촉된다고 판시하였다.

### 4) 저작권자의 합법적인 이익을 부당하게 해하지 아니할 것

#### (i) WTO 분쟁해결패널의 판단

WTO 분쟁해결패널은 저작권자의 합법적인 이익을 어느 정도 부당하게 해하는 것인지 여부는 각 당사국이 WTO 분쟁해결패널에 제출한 시장상황조사 등을 고려해서 판단하였다. 미국은 미국의 최대 음반회사와 규모로 2위에 해당하는 음반회사가 1996년부터 1998년까지

46) WT/DS 160/R para. 6. 165.

47) WT/DS 160/R para. 6. 167.

지 거둬들인 평균수익을 기준으로 하는 탑다운(top-down) 방식을 취해 그 손실액을 연간 294,113달러 내지 586,332 달러 사이로 추정하였다. 반면에 유럽공동체는 처음부터 모든 권리자에게 사업상 면제조항이 어느 정도 영향을 미쳤는지 여부를 조사했고, 기초 원리로부터 출발하여 전체를 구성하는 방식(bottom-up)을 취하였다. WTO 분쟁해결패널은 어떠한 손해액산출방식이 적절한지 여부에 대해서는 판단하지 아니하였다.

#### (ii) 가정용 면제에 대한 판단

이 사건 이전에 이용허락이 이루어지지 않은 사실에 초점을 두어 저작권자에게 큰 손해를 입히고 있다는 것을 증명할 실체적 증거가 없다는 이유로 가정용 면제는 3단계 테스트의 3번째 요건에 반하지 않는다고 판시하였다.<sup>48)</sup>

#### (iii) 사업용 면제에 대한 판단

사업상 면제로 인해 저작권자들의 합법적인 이익이 부당하게 침해되지 않았다는 것을 미국이 궁극적으로 증명하여야 하나, 미국이 이를 증명하지 못했다고 하면서 미국 연방저작권법 제110조 제5항 제B호의 사업상 면제는 TRIPs협정 제13조상 3단계 테스트의 세 번째 요건을 충족하지 못한다고 판시하였다.<sup>49)</sup>

### 5) 시사점

우리나라에서 저작재산권의 제한과 예외사유를 개정하고, 포괄적 공정이용 범리를 도입함에 있어 국제조약상 3단계 테스트를 위반하지 않도록 주의하여야 할 것이다. 그러한 점에서 저작권법 개정안이 이 3단계 테스트를 수용하여 규정한 것은 적절하다고 생각한다.

## 다. 공정이용의 의의 및 연혁

### (1) 공정이용의 의의

공정이용은 현재에 있어서 뿐만 아니라 연혁적으로도 미국 연방저작권법의 중요한 부분이다. 공정이용 범리는 250년 이상의 역사를 가지고 있고<sup>50)</sup> 미국 연방대법원에 있어서도 생소한 범리가 아니다.<sup>51)</sup> 공정이용 범리는 변하기 쉬운 형태로 유지되고 있고 법원은 명쾌한

48) WT/DS 160/R para. 6. 271-6.272.

49) WT/DS 160/R para. 6. 266.

50) Lawrence v. Dana, 15 F.Cas. 26, 44 (C.C.Mass. 1869)(공정이용이란 용어를 최초로 사용한 판례); Folsom v. Marsh, 9 F.Cas. 342, 348 (C.C.Mass. 1841)(미국 연방법률 제17편 107조에 도입된 공정이용의 요소를 논의한 최초의 미국 사례); Gyles v. Wilcox, (1740) 26 Eng. Rep. 489, 490 (공정요약(fair abridgement)을 논의한 사례).

51) See, e.g., Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994); Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539 (1985); Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S.

기준을 채택하기를 거부하면서 형평법상 조리로서 그 법리를 선호하고 있다.<sup>52)</sup> 공정이용이란 명칭을 붙인 판례법상 판례<sup>53)</sup>가 1841년 성립된 이래 그 판례에서 논의된 요인들을 공정이용 판단 기준이 되는 네 가지 요인으로 유지하고 있는 것은 바로 사례별 분석을 강조한 구체적 타당성에 기인한 것이다.<sup>54)</sup> 하지만 이러한 구체적 타당성 때문에 예측불가능한 적용 사례를 초래하기도 하였고,<sup>55)</sup> 공정이용 분석의 개정 요구로 이어졌다.<sup>56)</sup>

저작권은 1710년 영국의 앤여왕법에서 탄생하였다.<sup>57)</sup> 공정이용 법리는 그 이후 거의 300년에 걸쳐 영국<sup>58)</sup>과 미국에서 발달하였고 현재 양국의 저작권법에서 규정되어 있다.<sup>59)</sup> 저작권의 목적은 공중이 기술과 과학의 발달로부터 지속적으로 혜택을 향유할 수 있게 하는 것이다.<sup>60)</sup> 또한 저작권은 저작권침해로 인하여 저작자 및 그의 가족이 피폐하게 되는 것을 방지하는 역할도 한다.<sup>61)</sup>

이러한 연혁적 맥락 이외에 저작권의 목적을 적용하는 것은 문제가 있다. 지식을 증진하려는 저작권의 목적으로부터 저작자에게 보상하려는 저작권의 수단을 분리하기란 어려운 일이다.<sup>62)</sup> 저작자는 보상금 이외의 이유로 창작하지만 ‘얼간이가 아닌 자는 금전 이외의 사유로 집필하지 않는다’는 고대 격언에 어느 정도 힘이 실린다.<sup>63)</sup> 보상금이 새로운 창작을 제고하기에 필요하다는 사실을 수용한다면<sup>64)</sup> 목적과 수단이 분리될 수 없다는 것이 바로 명백하여진다. 새로운 창작이라는 저작권의 목적을 촉진하고자 한다면 저작자에게 저작권의 수단을 제고하기 위하여 반드시 보상하여야 한다. 하지만 그 두 가지(새로운 창작과 저작자에 대한 보상)가 서로 실타래처럼 엉켜있는 경우에 법원이 어떻게 비교형량하여야 하는지 여부와 관련하여 저작권의 정신은 실무상 별로 도움이 되지 않는다.<sup>65)</sup>

하지만 어떠한 측면에서 저작권법의 정신은 연방의회와 법원이 보상과 기술의 진전을 비교형량하는 수단을 제공하는데 도움이 되었다. 그것이 공정이용 법리다.<sup>66)</sup> 공정이용 법리는 연방법률 제17편 107조에 명문화되었고 각 사례에서 네 가지 요인에 따른 판단기준을 법원

---

417 (1984).

52) Infinity Broad. Corp. v. Kirkwood, 150 F.3d 104, 107 (2d Cir. 1998)(citing Sony, 464 U.S. at 448).

53) 법원들은 “공정요약(fair abridgement)”이란 용어를 사용하면서 1841년 이전에 공정이용에 대해 논의하였다. See generally Gyles, (1740) 26 Eng. Rep. at 489-90.

54) Harper & Row, 471 U.S. at 561.

55) See, e.g., 4 Melville B. Nimmer & David Nimmer, Nimmer on Copyright § 13.05 (2006); Pierre N. Leval, Toward a Fair Use Standard, 103 Harv. L. Rev. 1105, 1105 (1990).

56) Alex Kozinski, What's So Fair About Fair Use?: The 1999 Donald C. Brace Memorial Lecture, 46 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 513, 515 (1999).

57) Copyright Act, 1709, 8 Ann., c. 19 (Eng.).

58) William F. Patry, The Fair Use Privilege in Copyright Law 6-18 (2d ed. 1995).

59) 17 U.S.C. § 107; Copyright, Designs and Patents Act, 1988, c. 48, §§ 29-30 (U.K.).

60) Copyright Act of 1790, 1 Stat. 124 (repealed 1831).

61) 8 Ann., c. 19.

62) See generally, e.g., Stewart E. Sterk, Rhetoric and Reality in Copyright Law, 94 Mich. L. Rev. 1197 (1995).

63) <http://www.logicalcreativity.com/jon/quotes.html#j> (November 12, 2009).

64) See, e.g., Sterk, supra note 59, at 1225-26.

65) Roy Export Co. Establishment of Vaduz, Liechtenstein, Black Inc. v. Columbia Broad. Sys. Inc., 503 F.Supp. 1137, 1143-44 (S.D.N.Y. 1980).

66) 17 U.S.C. § 107 (2000).

이 적용하도록 요구한다. 네 가지 요인에 따른 판단기준이 별로 지침을 제공하지 못한다는 불만이 법원에서는 거의 나오지 않았지만,<sup>67)</sup> 학계 중진들은 네 가지 요인을 어떻게 적용할 것인지 여부 및 전체로서 그 네 가지 요인을 어떻게 비교형량할 것인지 여부에 관해 미국 연방저작권법 제107조는 애매모호하다고 비판하였다.<sup>68)</sup> 이러한 주장은 법원의 판결에 의하여 뒷받침되었다. 왜냐 하면 공정이용에 관한 연방대법원의 판례가 서로 엇갈리는 경우가 생겨났기 때문이다.<sup>69)</sup> 이러한 예측불가능성<sup>70)</sup>은 바람직하지 아니하다. 하지만, 사례별 판단을 유지하려면<sup>71)</sup> 다른 대안이 존재할 수 없다.

저작권의 발달을 통하여 공정이용에 대한 상당한 변화를 초래할 기술적 진전이 이루어졌다. 저작권의 발달초기부터 법원은 기존의 판례법상 법리를 기술적인 혁신에 조심스럽게 적용하는 것의 중요성을 인식하였다.<sup>72)</sup>

## (2) 공정이용의 연혁

### 1) 1976년 연방 저작권법 개정 이전 단계

1790년 미국 연방헌법 제1조에서 정한 권한에 따라 연방의회는 저작권법을 제정하였다.<sup>73)</sup> 그 당시 공정이용 법리는 채택되지 아니하였다.<sup>74)</sup> 현재 알려진 바와 같은 공정이용은 Folsom 대 Marsh 사건을 담당한 매사추세츠 주 법원에 의해 형평법상 판례로서 최초 정립되었다.<sup>75)</sup> Folsom 사건 판결에서 피고는 취임 대통령에 관한 7천여 쪽에 달하는 원고 저작물로부터 조지 워싱턴이 저작한 미발행 편지의 319면을 복제하였다.<sup>76)</sup> 피고의 최초 주장을 논의하고 받아들이지 않은 후, 법원은 그 사안의 핵심으로 간주되는 것에 초점을 맞추었다. 즉 그 법원은 미발행 편지를 피고가 사용하는 행위가 법이 원고의 저작권의 침해를 인정하지 아니할 정도로 정당화할 수 있는지 여부에 초점을 둔 것이었다.<sup>77)</sup> 그러한 사용이 정당화되는지 여부를 판단함에 있어 법원은 선택되어 복제된 부분의 성격, 그러한 자료의 가치 및 피고의 복제가 나중에 원고의 책 판매에 악영향을 미칠 정도를 살펴보았다. 그 사례에서 법원은 그 분석이 대개 “새로운 저작물의 성격, 복제물의 가치 및 범위, 그리고 원저작자가 그것에 의하여 입을 피해의 정도(the nature of the new work, the value and extent of

67) Leval, supra note 52, at 1106.

68) See, e.g., Nimmer & Nimmer, supra note 52, at § 13.05.

69) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994); Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539 (1985); Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984); Nimmer & Nimmer, supra note, at § 13.105, at 13-156 to -157 & nn. 10-12.

70) See generally Nimmer & Nimmer, supra note 52, at § 13.05.

71) Harper & Row, 471 U.S. at 549.

72) Carey v. Kearsley, (1802) 170 Eng. Rep. 679, 681 (K.B.).

73) Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186, 194 (2003)(referring to the Act of May 31, 1790, ch. 15, § 1, 1 Stat. 124, 124 (1790)).

74) Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc. 464 U.S. 417, 447 n. 29 (1984).

75) 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841).

76) Folsom, 9 F.Cas. at 345.

77) Id. at 348.

the copies, and the degree in which the original authors may be injured thereby)"에 달려 있다고 판시하였다.<sup>78)</sup> 이러한 경합적인 요인을 비교형량한 다음, 법원은 그 사용이 정당화된다고 결론 내렸다.<sup>79)</sup> Folsom사건 법원이 공정이용 법리를 창설하고 승인하였음에도 불구하고 그 법리는 그 이후 28년간 그 공식적인 명칭을 얻지 못하였다.<sup>80)</sup>

Lawrence 대 Dana사건<sup>81)</sup>에서 연방항소법원은 그 항변의 명칭을 공정이용으로 명명하게 되었다.<sup>82)</sup> 저작권침해가 발생하였는지 여부를 판단함에 있어 그 법원은 원저작자가 추후의 저작자에게 암묵적으로 양해해 준 발췌행위의 특권을 논의하였고 그것을 공정이용이라고 명명하였다.<sup>83)</sup> 이 사건에서 법원은 침해행위가 발생하였다고 결론내리기 위하여 각 요인을 분석하는 방식을 채택하였다.<sup>84)</sup>

그 이후 107년<sup>85)</sup>에 걸쳐 개별요인에 토대를 둔 분석은 약간 상이한 형태로 존속하기는 하지만 여전히 유지되고 있다.<sup>86)</sup> 연방하급심법원 및 주법원은 공정이용과 관련하여 다양한 공식을 적용하였지만, 연방대법원은 확정적인 지침을 제공하지 못하였다.<sup>87)</sup> 이 기간 동안 연방대법원에 그 쟁점이 제출된 두 사건판결인 Williams & Wilkins Co. 대 United States 사건<sup>88)</sup> 및 Benny 대 Loew's, Inc.사건<sup>89)</sup>에서 연방대법원은 견해를 달리하여 선례적 가치를 있는 의견을 표명하지 못하였다. 연방의회는 1870년 및 1909년 저작권법<sup>90)</sup>을 전면 개정하였음에도 불구하고 그 기간 동안 그 쟁점에 대해 침묵하였다. 그러한 연방의회의 침묵은 1976년에 비로소 깨어졌다.

## 2) 1976년 연방저작권법

1955년에 그 당시 연방저작권법의 전면 개정 움직임이 시작되었고 미국 저작권청은 공정이용에 대한 전면적인 연구를 실시할 임무를 띠었다.<sup>91)</sup> 20년간의 연구 후 이러한 시도는 미국 연방저작권법 가운데 가장 최근의 전면개정에 해당하는 1976년 저작권법을 탄생시켰다. 그 밖의 두드러진 업적 가운데 1976년 저작권법은 최초로 연방법전 제17편 제107조에 공정이용 법리를 명문으로 규정하였다는 점을 들 수 있다.<sup>92)</sup> 그 조문은 구체적인 사용의

---

78) Id. at 348-49.

79) Id. at 349.

80) Joseph B. Baker, Note, Contracting to Supplement Fair Use Doctrine, 39 U. Mem. L. Rev. 757, 760 (2009).

81) 15 F.Cas. 26 (C.C.D. Mass. 1869) (No. 8136).

82) Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 475 n. 27 (1984)(Blackmun, J., dissenting).

83) Lawrence, 15 F.Cas. at 61.

84) Id.

85) 107년이란 Lawrence 사건판결과 1976년 연방저작권법 사이의 기간을 의미한다.

86) Sony, 464 U.S. at 475 n. 27 (Blackmun, J., dissenting).

87) Id. at 476.

88) 487 F.2d 1345 (Ct. Ci. 1973), aff'd, 420 U.S. 376 (1975).

89) 293 F.2d 532 (9th Cir. 1956), aff'd sub nom., CBS, Inc. v. Loew's, Inc., 356 U.S. 43 (1958).

90) H.R.Rep. No. 94-1476, at 47 (1976), reprinted in 1976 U.S.C.C.A.N. 5659, 5660.

91) Id.

92) Id. at 65.

성격을 판단함에 있어 고려할 다음의 네 가지 요인을 규정하였다.

첫째, 사용의 목적 및 성격. 그러한 사용이 상업적인 성격을 가지고 있는지 아니면 비영리의 교육목적을 위한 것인지 여부를 포함한다.

둘째, 저작권법의 보호를 받는 저작물의 성격

셋째, 저작물 전체와 관련하여 사용된 부분의 양과 상당성 및

넷째, 그 사용이 저작물을 위한 잠재적 시장 또는 저작물의 가치에 대하여 미치는 영향<sup>93)</sup>

이러한 명문화 이전의 일반적인 의도는 특히 급속한 기술변화의 시대에 법률에 공정이용 법리를 동결시키지 아니한 채로 언제 그 원칙이 적용될 것인지 여부를 판단함에 있어 사용자에게 약간의 지침을 제공하는 것이었다.<sup>94)</sup> 더욱이, 연방의회는 연방저작권법 제107조를 제정함에 있어 공정이용에 관한 판례법상 법리를 재확인하여 규정하려고 의도하였을 뿐이고 그 법리를 변경, 축소 또는 확대하려고 한 것은 아니었다.<sup>95)</sup> 이러한 의도는 구체적인 사건에서 저작물에 대한 사용이 공정이용인지 여부를 판단함에 있어 고려할 요인들은 앞에 열거한 요인들을 포함한다고 규정한 연방저작권법 조문내용으로부터 명백해진다.<sup>96)</sup> 기존의 판례법상 공정이용 법리를 유지하려는 연방의회의 명백한 의도에도 불구하고 법원들은 일관되게 1976년 저작권법 개정 이후에는 이 구체적인 네 요인에 의존하였다.<sup>97)</sup>

예컨대 획기적인 공정이용 관련 사건인 Sony Corp. of America 대 Universal City Studios, Inc. 사건<sup>98)</sup>에서 연방대법원은 명문화된 네 가지 요인에 입각하여 그 분석을 실시하였다.<sup>99)</sup> 원고의 TV프로그램의 무단녹화가 공정이용에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 연방대법원은 연방저작권법 제107조가 구체적인 침해청구에 형평법상 조리(equitable rule of reason)를 법원이 적용할 수 있도록 하는 다양한 요인을 특정하고 있다고 판시하였다.<sup>100)</sup> 연방대법원은 연방저작권법 제107조상 열거된 처음 세 가지 요인을 비교형량한 다음, “하지만 이것이 심리의 끝이 아니다. 왜냐 하면 연방의회는 또한 법원이 저작물의 잠재적 시장 또는 그 저작물의 가치에 그 사용이 미치는 영향도 고려하도록 하였기 때문이다.”고 판시한 바 있다.<sup>101)</sup> 요컨대 연방대법원은 그에 반하는 명백한 연방의회의 의도에도 불구하고 연방저작권법 제107조상 구체적인 네 가지 요인에 주로 의존하였다.

이와 같이 공정이용 규정이 개별적인 저작권 제한 규정과 달리 탄력적으로 운용될 수 있는 장점이 있으나 구체적 판단기준이 너무 모호하기 때문에 예측가능성이 없어 법적 안정성을 해친다는 비판은 여전히 피해갈 수 없는 과제로 남는다.

전술한 바와 같이 미국 연방대법원은 공정이용 분석이 구체적 사건별로 행해져야 한다고 판시하였다.<sup>102)</sup> 이렇게 되면, 법적 안정성을 추구하기 어려울 수 있기 때문에 분야에 따라

93) 17 U.S.C. § 107 (2006).

94) H.R.Rep. No. 94-1476, at 66.

95) Id.

96) Sony, 464 U.S. 417, 476 (1984)(Blackmun, J., dissenting).

97) Lee Ann W. Lockridge, The Myth of Copyright's Fair Use Doctrine as a Protector of Free Speech, 24 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 31, 94-95(2007).

98) 464 U.S. 417 (1984).

99) Id. at 447-55.

100) Id. at 448.

101) Id. at 450.

서는 지침을 마련하기도 하였다. 예컨대 1976년 저작권법과 관련하여 발행된 연방의회는 지침은 저작권법 자체도 아니고 법원을 구속하는 것도 아니지만 교육목적 위하여 교육청이 저작물을 복제하는 경우에 공정이용에 해당하는지 여부를 평가하는데 도움이 된다.<sup>103)</sup> 즉 1976년 연방저작권법을 개정함에 있어 ‘도서와 정기간행물의 수업목적 복제를 위한 지침’ 및 ‘음악저작물의 교육목적 이용을 위한 지침’등을 마련하였다.<sup>104)</sup> 이러한 지침은 법의 효력을 가질 것을 의도한 것은 아니다.<sup>105)</sup> 그리고 저작권청은 최근에 어떠한 유형의 저작물이 그 저작물에 대한 접근통제 우회조치에 관한 책임면제를 받을 수 있는지에 관한 가이드 라인을 발행하였다.<sup>106)</sup>

### (3) 도서와 정기간행물의 수업목적 복제를 위한 미국 저작권청 지침

[표 1] 도서와 정기간행물의 수업목적 복제를 위한 미국 저작권청 지침

<p><b>교사<sup>107)</sup>에 의한 저작물의 1부 복제</b></p> <p>교사는 학술적 연구, 수업에 이용 또는 수업 준비를 위해 직접 또는 다른 사람을 시켜서 다음에 해당하는 저작물 1부를 복제할 수 있음.</p> <p>a. 책의 한 장(chapter)  b. 정기간행물 또는 신문의 1편의 논문  c. 짧은 글(short story), 단편 수필, 짧은 시  d. 책, 정기간행물 또는 신문에서 하나의 차트·그래프·도형·그림·만화·사진</p> <p><b>교실 수업을 위한 여러 부의 복제</b></p> <p>교사는 교실 수업의 진행이나 토론을 위하여 직접 또는 다른 사람을 시켜서 저작물을 여러 부 복제할 수 있음. 다만, 어떤 경우에도 학생당 복제물 1부를 초과하지 않아야 하고, 다음에서 기술하는 사소성 기준(brevity test), 자발성 기준(spontaneity test), 누적효과 기준(cumulative test)을 충족하며, 또 각 복제물에는 저작권 표시가 되어야 함.</p> <p>a. 사소성 기준  - 250단어 이내 또는 2쪽을 넘지 않는 시의 경우: 전부  - 250단어 이상 또는 2쪽을 넘는 시의 경우: 250단어 이내  - 2,500단어를 넘지 않는 이야기 또는 산문의 경우: 전부</p>
---

102) Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, 105 S.Ct. 2218, 85 L.Ed. 2d 588 (1985).

103) See 1976 U.S. Code Cong. & Admin. News 5678 et seq.

104) William F. Patry, Legislative Reports on Fair Use, Patry on Fair Use Appendix B (2009).

105) Marcus v. Rowley, 695 F.2d 1171, 8 Ed. Law Rep. 258, 217 U.S.P.Q. 691 (9th Cir. 1983); Addison-Wesley Pub. Co., Inc. v. New York University, 1983 Copr. L. Dec. P 25544, 1983 WL 1134 (S.D.N.Y. 1983).

106) See, Jonathan D. Robbins, The Digital Millennium Copyright Act (DMCA), Advising e Bus. § 3:73 (2009).



<p>- 모든 산문의 경우: 1,000단어 이내 또는 전체의 10% 중 적은 것의 발췌. 다만, 어떤 경우에도 최소한 500단어 발췌 가능</p> <p>- 책 또는 정기간행물 당 하나의 차트·그래프·도형·그림·만화·사진</p> <p>- 삽화를 수록한 시집이나 산문의 경우: 전부에서 2,500단어 이내</p> <p><b>b. 자발성 기준(spontaneity test)</b></p> <p>- 복제는 교사 개인의 발의와 생각으로 이루어져야 함</p> <p>- 저작물을 이용하겠다고 결정한 때와 교육효과를 극대화하기 위한 이용의 시기가 너무 급박해서 저작물의 이용허락을 신청하여 답변을 얻기에 시간적으로 불합리해야 함.</p> <p><b>c. 누적효과 기준(cumulative test)</b></p> <p>- 자료의 복제는 오로지 그러한 복제물을 만드는 학교의 수업을 위해서만 이루어져야 함.</p> <p>- 같은 저작자의 저작물로서 하나의 짧은 시·논문·글·수필 또는 2개의 발췌문만 복제가 가능하고, 한 학기 동안 같은 편집물이나 날권 정기간행물에서 3개 이내의 것만 복제할 수 있음.</p> <p>- 한 학기 동안 한 과정을 위해 여러 부를 복제하는 경우는 아홉 번 이내여야 함.</p> <p><b>금지사항</b></p> <p>어떠한 경우에도 위와 같은 복제가 선집, 편집물 또는 결합저작물(collective work)을 만드는 데 이용되거나 그것을 대체하는데 이용되어서는 안됨.</p>
--

## 라. 포괄적인 공정이용 법리 도입과 저작재산권 제한사유와의 상관관계

공정이용 법리를 도입함에 있어 생각할 수 있는 방안은

첫째, 일반적 공정이용 법리만을 규정하고, 저작재산권 제한사유를 삭제하는 방안;

둘째, 일반적인 공정이용 법리를 먼저 규정하고, 저작재산권 제한사유를 열거하는 방안;

셋째, 저작재산권 제한사유를 열거하여 규정한 다음 그 밖의 경우에 공정이용 법리를 적용하는 방안(기존의 조문을 제한적으로 개정으로 하는 방안(기존조문에서 ‘-등’의 삭제) 병치)<sup>107)</sup>;

넷째, 저작재산권 제한사유를 열거하여 규정한 다음 공정이용 법리에 관한 일반규정을 두는 방안;

다섯째, 셋째 또는 넷째 방안과 관련하여 저작재산권침해로 간주되는 행위에 공정이용을 적용하는 방안 및 우리저작권법상 출처명시의무가 적용되는 조문과 그렇지 않은 조문으로 나누어져 있으므로 출처명시 여부를 고려요인으로 포함하는 방안;

여섯째, 새로운 유형의 저작재산권제한사유를 확대하여 입법하는 방안;

일곱째, 영국식 공정처리(fair dealing)를 도입하는 방안<sup>109)</sup> 등이다.

107) 이는 교수를 포함하는 개념이다.

108) 이해완, 앞의 발표논문, 64면에서는 공정이용 법리를 도입한 저작권법 개정안을 지지하고 있다.

109) 2009년 11월 25일 “디지털 환경에서의 저작권법의 새로운 과제”란 대주제하에서 개최된 ‘제1회 저작권포

사건으로는 위 [3]의 견해를 취하고자 한다. 왜냐 하면 출처명시의무가 부과되어 있는 저작권 제한사유가 존재하고, 출처명시의무를 위반한 경우에 형사상 제재를 가하는 규정이 있기 때문이다. 현행 저작권법 제23조 내지 제35조에 규정된 저작권 제한사유를 적용한 다음, 그 사유에는 해당하지 않지만 포괄적인 공정이용에 해당한다고 하는 경우에는 출처명시의무를 전혀 부담하지 않게 되어 형평성의 문제가 발생할 수 있다고 생각한다. 따라서 현행 저작권법 제23조 내지 제35조의 적용범위를 보다 확대하여 명확하게 규정하고, 저작권법 제23조 내지 제35조가 적용되는 경우에는 포괄적인 공정이용 조문이 적용되지 않도록 하여 법적 안정성과 구체적인 타당성을 적절히 조화롭게 할 필요가 있다고 본다. 그 예로 저작권법 제28조 및 제32조를 아래에서 별도로 논의하기로 한다.

저작권법 제23조 내지 제35조가 적용되는 경우이든지 아니면 포괄적인 공정이용 법리가 적용되는 경우이든지 간에 공정이용 가이드라인을 함께 논의할 필요가 있다고 생각한다. 현재 저작권상생협의체 실무협의체에서 공정이용 가이드라인이 논의되고 있다. 이 경우 공정이용 가이드라인의 법률적 성격이 문제가 될 것이다. 공정이용 가이드라인은 법원의 판단을 강제할 수 없다. 즉 공정이용 가이드라인의 실효성이 문제된다. 따라서 공정이용 가이드라인을 제정하는 것에 대해 회의적인 시각을 가지는 이도 존재한다. 하지만 합법적인 국내 포털과 불법적인 외국 포털이 경쟁하는 경우에 실제로는 국내 문화산업이 쇠퇴할 가능성도 존재한다. 교육관련 정보도 포털을 통해 전달되는 경우가 빈번하다. 따라서 국내 문화산업의 규모를 증대시키고 우리 청소년의 올바른 가치관형성에 주도적인 역할을 할 포털을 측면 지원하기 위하여 이용자, 포털 및 저작권자가 상생하는 모델 및 가이드라인을 반드시 만들 필요가 있다고 생각한다. 다만, 이 공정이용 가이드라인에 이의를 제기하는 단체나 개인 및 공정이용 가이드라인에 불만을 품고 소를 제기한 당사자와 관련하여 법원이 공정이용 여부(자유이용 포함)를 판단함에 있어서는 공정이용 가이드라인을 최대한 존중하는 입장을 취하는 것이 구체적 타당성과 법적 안정성을 동시에 도모할 수 있다고 생각한다. 공정이용 가이드라인을 만드는 것은 일본의 전자상거래 및 정보재 거래 등에 관한 준칙처럼 일종의 연성법(soft law)을 만드는 방안이라고 생각한다.

#### 4. 공표된 저작물의 인용 적용여부

대학교육과 관련하여 저작권법 제25조와 아울러 같은 법 제28조를 언급하지 않을 수 없다. 왜냐 하면, 같은 법 제28조는 “공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다.”라고 규정하고 있기에 교사나 교수는 교육을 위하여 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 공표된 저작물을 인용할 수 있기 때문이다.

---

럼'에서 토론한 내용인 김병일, “저작권 제한”, 제1회 저작권포럼, 2009년 11월 25일, 120-121면에서는 “공정처리(fair dealing)에서는 개별 권리제한 내용에 따라 다음과 같은 제한적인 일반조항을 설정을 하고 있는 것이 특징이다.”라고 하면서 ‘사적연구·비영리의 연구를 목적으로 하는 공정처리 (fair dealing)(영국 저작권법 제29조)’ 및 ‘비평·평론 및 시사보도를 목적으로 하는 공정처리(fair dealing)(영국 저작권법 제30조)’란 제한적인 일반조항을 설명하고 있다. 그러면서 위의 토론문, 123면에서는 공정처리 규정에 의한 중간조항과 같은 입법형식으로 공정이용 규정을 도입하는 것이 적절하다고 주장한다.

우리나라 판례는 미국의 공정이용항변에서 적용한 네 가지 요인들을 저작권재산권의 제한사유에 해당하는지 여부를 판단하기 위한 기준으로 적용하고 있다. 따라서 포괄적인 공정이용법리를 저작권재산권제한사유와 아울러 도입하는 경우에 기존의 판례는 대체로 유지할 필요가 있다고 본다. 하지만 기존 판례를 유지하기 힘든 경우도 나타날 것이다.

저작권법 제25조(현행 제28조)에서 정한 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것인지 여부의 판단기준과 관련하여 판례는 “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.”고 언급하면서, 인터넷 검색사이트에서 원저작자의 허락을 받지 아니하고 그의 사진작품을 이미지 검색의 이미지로 사용한 경우, 저작권법상 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 사용한 것이라고 판시하였다.<sup>110)</sup> 그런데 이 판결이 포괄적인 공정이용법리를 도입하는 경우에 여전히 저작권법 제28조를 적용할 수 있을지 의문이다. 왜냐 하면 저작권법 제25조(현행 제28조)에서 정한 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것인지 여부의 판단기준을 보면, 실제로는 미국의 공정이용 법리에 따라 판단하였기 때문이다. 즉 이 판결에 따르면, “피고인 회사의 검색사이트에 썸네일 이미지의 형태로 게시된 공소외인의 사진작품을 공소외인의 개인 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 공소외인의 사진을 예술작품으로서 전시하거나 판매하기 위하여 이를 수집하여 자신의 사이트에 게시한 것이 아닌 만큼 그 상업적인 성격은 간접적이고 부차적인 것에 불과한 점, 공소외인의 사진작품은 심미적이고 예술적인 목적을 가지고 있다고 할 수 있는 반면 피고인 회사의 사이트에 이미지화된 공소외인의 사진작품의 크기는 원본에 비해 훨씬 작은 가로 3cm, 세로 2.5 cm 정도이고, 이를 클릭하는 경우 독립된 창으로 뜬다고 하더라도 가로 4cm, 세로 3cm 정도로 확대될 뿐 원본 사진과 같은 크기로 보여지지 아니할 뿐만 아니라 포토샵 프로그램을 이용하여 원본 사진과 같은 크기로 확대한 후 보정작업을 거친다 하더라도 열화현상을 작품으로서의 사진을 감상하기는 어려운 만큼 피고인 회사 등이 저작물인 공소외인의 사진을 그 본질적인 면에서 사용한 것으로는 보기 어려운 점, 피고인 회사의 검색 사이트의 이 사건 썸네일 이미지에 기재된 주소를 통하여 박 모의 홈페이지를 거쳐 공소외인의 홈페이지로 순차 링크됨으로써 이용자를 결국 공소외인의 홈페이지로 끌어들이게 되는 만큼 피고인 회사가 공소외인의 사진을 이미지검색에 제공하기 위하여 압축된 크기의 이미지로 게시한 것이 공소외인의 작품사진에 대한 수요를 대체한다거나 공소외인의 사진 저작물에 대한 저작권침해의 가능성을 높이는 것으로 보기는 어려운 점, 이미지 검색을 이용하는 사용자들도 썸네일 이미지를 작품사진으로 감상하기 보다는 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 공소외인의 허락을 받지 아니하고 공소외인의 사진작품을 이미지검색의 이미지로 사용하였다고 하더라도 이러한 사용은 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 사용한 것으로

110) 대법원 2006. 2.9. 선고 2005도7793판결.

봄이 상당하다고 판단하였다.” 이 판시내용에서 보듯이 썸네일 이미지 사건은 공표된 저작물의 정당한 인용에 관한 사안이라기 보다는 공표된 저작물의 정당한 이용에 해당하는 사안이다. 저작권법 제28조에 따른 적법한 인용이 되기 위해서는 이용자의 저작물(인용저작물) 중에서 저작재산권자의 저작물(표인용저작물)이 분명하게 구별되어 인식될 수 있어야 하고, 양 저작물 사이에 전자가 주된 것이고 후자가 이에 종속된다고 하는 주종관계가 있어야 한다.<sup>111)</sup> 하지만, 썸네일 이미지 사건에서는 이러한 주종관계를 찾기 어렵다.

만약 저작권법에 포괄적인 공정이용법리가 도입된다면 이 판결은 저작권법 제28조에 의하기 보다는 포괄적인 공정이용법리에 관한 규정이 적용될 것으로 예상된다. 그리고 기존의 저작재산권 제한사유를 한정적으로 해석하고, 포괄적인 공정이용법리를 예외적으로 적용하기 위해서는 저작권법 제28조를 한정적으로 해석할 수 있도록 개정할 필요가 있다. 즉 현재의 해석론으로는 저작권법 제28조에서 보도·비평·교육·연구 등을 인용하는 목적의 예시로 열거하고 있다. 하지만 포괄적인 공정이용법리를 도입할 경우에는 저작권법 제28조의 인용하는 목적을 ‘보도·비평·교육·연구’로 제한하는 것으로 개정하여야 할 것이다. 이렇게 개정하는 경우에 썸네일 이미지 판결의 사실관계는 이 인용하는 목적에도 해당하지 아니한다. 그리고 교수들이 저작권법 제28조에 해당하는지 여부를 용이하게 판단할 수 있도록 교육계 차원에서 이에 대한 가이드라인을 만드는 작업을 지금부터라도 시작할 필요가 있다고 생각한다.

## 5. 대학교에서의 저작물 이용과 저작인격권과의 상관관계

수업 목적으로 원저작물을 변형하여 이용하는 경우에 동일성유지권 침해가 문제될 수 있다. 이 경우 저작권법 제13조에 해당하는지 여부를 검토하여야 할 것이다.

## 6. 보상금 쟁점

대학교는 「고등교육법」에 따른 학교에 해당한다. 따라서 대학교에서는 그 수업 목적상 필요하다고 인정되는 경우에 공표된 저작물의 일부분을 복제, 배포, 공연, 방송 또는 전송할 수 있고, 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 저작물의 전부를 이용하는 것이 부득이한 경우에는 전부를 이용할 수 있다(저작권법 제25조 제2항). 이 경우에 저작물을 이용하려는 교수는 문화체육관광부장관이 정하여 고시하는 기준에 따른 보상금을 해당 저작재산권자에게 지급하여야 한다(저작권법 제25조 제5항). 왜냐 하면 대학의 경우에는 저작권법 제25조 제4항 단서에 따른 보상금면제사유에 해당하지 않기 때문이다. 그런데 문화체육관광부는 **2010년도 「교과용 도서의 저작물 이용 보상금」 기준**(문화체육관광부 고시 제2010-8호) 및 **2010년도 「도서관의 저작물 복제·전송**

111) 참고 오승중, 「저작권법」, 박영사, 2007년, 592-593면; 윤경, “검색 서비스를 위한 썸네일(Thumbnail) 이미지 제공이 정당한 사용인지 여부”, 「계간 저작권」, 제76호, 2007년 1월; 김윤명, “정보검색 서비스에 관한 저작권법적 고찰”, 「산업재산권」, 제24호, 2007년 12월; 백창훈, “사진에 대한 저작권의 보호범위”, 「정보법 판례백선(1)」, 박영사, 2006년; 이일호, “독일의 저작권법 개정과 우리의 과제”, 「계간 저작권」, 제82호, 2008년 6월; 이병준, “인터넷 포털의 사회적 책임강화를 위한 입법(안)과 그 문제점: 검색서비스 사업자로서의 지위를 중심으로”, 「인터넷법률」, 제44호, 2008년 10월; 최정락, “일본의 전자상거래 및 정보거래 등에 관한 준칙(2007. 2.)의 분석 및 한국 디지털통칙의 제정방향”, 「인터넷법률」, 제41호, 2008년 1월.

**이용 보상금」 기준**(문화체육관광부 고시 제2010-9호)에 대해서 고시하고 있지만, 사이버대학을 비롯한 「고등교육법」에 따른 학교에서의 저작물 이용에 대한 보상금 기준은 아직까지 마련하지 않은 상태다. 이에 대한 적절한 보상금 기준이 제시될 필요가 있다고 생각한다.

대학교 내지 사이버대학에서 수업목적상 음악저작물이나 영상저작물의 일부 내지 전부를 공연하는 경우 저작권법 제25조 제4항 본문에 따르면, 보상금을 지급하여야 하나, 비영리의 목적의 공연에 해당하기 때문에 저작권법 제29조 제1항<sup>112)</sup>에 따라 보상금을 지급할 필요가 없게 된다. 그리고 전자책의 내용을 음성으로 재생하는 경우에 이를 ‘공연’의 개념에 포함시킬 수 있는지 여부는 향후 검토할 과제라고 생각한다. 이에 대해 보다 심도있는 연구가 필요하다고 생각한다.

## 7. 대학 내지 대학교의 교육 지원을 위한 저작물의 이용허락 필요 여부

저작권법상 저작재산권 제한사유에 해당하면 저작재산권자의 이용허락없이 저작물을 자유로이 이용할 수 있다. 그리고 저작재산권 제한사유에 해당하지 않더라도 일정한 경우에 저작권법 제50조 내지 제52조를 통해 명문으로 법정허락을 인정하고 있다. 저작재산권자가 불명인 경우(제50조 제1항), 공표된 저작물을 방송할 경우(제51조), 판매용 음반을 제작하는 경우(제52조)에 일정한 요건이 충족되면 법정허락을 허용하고 있다. 따라서 저작재산권 제한사유 중 하나에 해당하는 한, 저작재산권자의 이용허락은 불필요하다. 고등교육법에 의한 대학 및 전문대학의 교재는 저작권법 제25조 제1항에 해당하지 아니하므로 그 내용이 다른 저작자의 저작물을 포함하고 있는 경우에 그 저작재산권자의 이용허락을 받아야 한다. 그리고 저작권법 제25조 제2항의 범위를 벗어나 수업 이외의 교육목적으로 공표된 저작물의 일부를 활용하는 경우나 수업목적상 필요한 범위를 벗어나 공표된 저작물의 일부를 복제, 배포, 공연, 방송 또는 전송하는 경우에는 저작재산권자의 이용허락을 받아야 한다. 즉 에매도호한 상황을 벗어나려면 저작권신탁관리단체와 이용허락계약을 체결하는 것이 법적 안정성을 도모할 수 있을 것이다. 수업 이외의 교육목적으로 교수가 공표된 음악저작물의 일부 내지 전부를 복제, 배포, 공연, 방송 또는 전송할 경우에는 저작자로부터 저작물 이용허락을 받아야 하고, 이러닝업체가 수업을 지원할 목적으로 공표된 저작물의 일부 내지 전부를 복제, 배포, 공연, 방송 또는 전송하는 경우에도 저작자로부터 저작물 이용허락을 받아야 한다. 하지만 이해관계가 있는 저작권신탁관리단체가 여럿 존재하는 경우에 그 저작권신탁관리단체 전부로부터 저작물 이용허락을 받지 않는 한, 학교 현장에서 그 저작물을 활용하는 기회가 박탈될 수 있다는 점에서 이에 대한 심도있는 논의가 필요하다고 생각한다.

---

112) 저작권법 제29조에 따르면,

“①영리를 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.

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

### III. 결론

위에서 논한 쟁점에 대한 필자의 줄거움을 아래에서 정리하여 요약하면 다음과 같다.

[1] **복제방지조치의무를 위반한 경우의 효과:** 저작권법 제25조 제10항에 따르면 교육기관에는 복제방지조치 등을 요구하고 있고, 교육지원기관에는 그러한 조치를 요구하지 않고 있는데, 이 점 역시 복제방지조치 등의 불이행만으로는 교육기관의 저작권침해책임을 바로 물을 수 없다는 점을 시사한다. 왜냐 하면 교육기관과 교육지원기관이 동일한 저작물을 다루는 경우에 달리 취급되어야 할 이유가 없기 때문이다. 저작권법 제25조 제10항에서는 교육기관이 전송하는 경우에는 복제방지조치 등 저작권법시행령이 정하는 필요한 조치를 취하도록 하고 있다. 이 규정을 문리해석하자면 저작권법 제25조 제2항에서는 교육기관 뿐만 아니라 교육지원기관으로 확대하여 저작재산권을 제한하고 있는데 반해, 저작권법 제25조 제10항에서는 교육기관으로 한정하여 복제방지조치 등 저작권법시행령이 정하는 필요한 조치를 취하도록 하고 있다. 따라서 저작권법 제25조 제2항에 규정된 교육지원기관은 문리해석상 복제방지조치 등을 할 필요가 없게 된다. 입법론상 이렇게 규정하는 것이 타당한지 여부를 떠나 문리해석상으로는 교육지원기관은 분명히 복제방지조치를 할 필요가 없게 된다.

[2] **복제방지조치의 한계:** 문화체육관광부는 유권해석을 통해 ‘마우스 우측버튼 사용 제한’도 복제방지조치의 일유형으로 보고 있다. 그리고 마우스 이외의 방법으로 복사를 제한하기 위한 방법으로 사용되는 ‘키보드의 복사단축키 사용 제한’도 복제방지조치로 보게 된다.

[3] **복제방지조치에 대한 저작권자의 경제적 관점 분석:** 기존 연구 및 사례의 경우를 고려해 보면 교육관련 저작권자가 복제방지조치를 해야만 하는지는 저작물의 복제율, 소비자의 특성, 시장 점유율, 후속 저작물의 구매 가능성 등을 고려하여 저작권자가 결정하여야 하며 오히려 복제방지조치를 하지 않는 것이 수익을 증대하는 경우도 이상의 사례에서 보건대 충분히 발생할 수 있다. 저작물을 사용 및 전송하게 되는 교육기관이 복제방지기술 설치 및 관리 비용을 지불하는 실질적인 주체가 되어야 되는 것 또한 받아들이기 힘든 논거이며 앞서 언급한 기존연구에 따르면 저작물에 저작권 보호 관련 경고문구의 표시가 오히려 기술적인 조치보다 저작권자의 수익을 증가시키는 효과가 있을 것이다.

[4] **포괄적인 공정이용 법리 도입과 저작재산권 제한사유와의 상관관계:** 필자는 저작재산권 제한사유를 열거하여 규정한 다음 그 밖의 경우에 공정이용 법리를 적용하는 방안(기존의 조문을 제한적으로 개정으로 하는 방안(기존조문에서 ‘-등’의 삭제) 병치)을 입법론으로 제시한다. 왜냐 하면 출처명시의무가 부과되어 있는 저작재산권 제한사유가 존재하고, 출처명시의무를 위반한 경우에 형사상 제재를 가하는 규정이 있기 때문이다. 현행 저작권법 제23조 내지 제35조에 규정된 저작재산권 제한사유를 적용한 다음, 그 사유에는 해당하지 않지만 포괄적인 공정이용에 해당한다고 하는 경우에는 출처명시의무를 전혀 부담하지 않게 되어 형평성의 문제가 발생할 수 있다고 생각한다. 따라서 현행 저작권법 제23조 내지 제35조의 적용범위를 보다 확대하여 명확하게 규정하고, 저작권법 제23조 내지 제35조가 적용되는 경우에는 포괄적인 공정이용 조문이 적용되지 않도록 하여 법적 안정성과 구체적인 타당성을 적절히 조화롭게 할 필요가 있다고 본다. 그 예로 저작권법 제28조 및 제32조를 아래에서 별도로 논의하기로 한다.

저작권법 제23조 내지 제35조가 적용되는 경우이든지 아니면 포괄적인 공정이용 법리가 적용되는 경우이든지 간에 공정이용 가이드라인을 함께 논의할 필요가 있다고 생각한다. 현

재 저작권상생협의체 실무협의체에서 공정이용 가이드라인이 논의되고 있다. 이 경우 공정이용 가이드라인의 법률적 성격이 문제가 될 것이다. 공정이용 가이드라인은 법원의 판단을 강제할 수 없다. 즉 공정이용 가이드라인의 실효성이 문제된다. 따라서 공정이용 가이드라인을 제정하는 것에 대해 회의적인 시각을 가지는 이도 존재한다. 하지만 합법적인 국내 포털과 불법적인 외국 포털이 경쟁하는 경우에 실제로는 국내 문화산업이 쇠퇴할 가능성도 존재한다. 교육관련 정보도 포털을 통해 전달되는 경우가 빈번하다. 따라서 국내 문화산업의 규모를 증대시키고 우리 청소년의 올바른 가치관형성에 주도적인 역할을 할 포털을 측면 지원하기 위하여 이용자, 포털 및 저작권자가 상생하는 모델 및 가이드라인을 반드시 만들 필요가 있다고 생각한다. 다만, 이 공정이용 가이드라인에 이의를 제기하는 단체나 개인 및 공정이용 가이드라인에 불만을 품고 소를 제기한 당사자와 관련하여 법원이 공정이용 여부(자유이용 포함)를 판단함에 있어서는 공정이용 가이드라인을 최대한 존중하는 입장을 취하는 것이 구체적 타당성과 법적 안정성을 동시에 도모할 수 있다고 생각한다. 공정이용 가이드라인을 만드는 것은 일본의 전자상거래 및 정보재 거래 등에 관한 준칙처럼 일종의 연성법(soft law)을 만드는 방안이라고 생각한다.

[5] **공표된 저작물의 인용 적용여부:** 저작권법에 포괄적인 공정이용법리가 도입된다면 이 판결은 저작권법 제28조에 의하기 보다는 포괄적인 공정이용법리에 관한 규정이 적용될 것으로 예상된다. 그리고 기존의 저작재산권 제한사유를 한정적으로 해석하고, 포괄적인 공정이용법리를 예외적으로 적용하기 위해서는 저작권법 제28조를 한정적으로 해석할 수 있도록 개정할 필요가 있다. 즉 현재의 해석론으로는 저작권법 제28조에서 보도·비평·교육·연구 등을 인용하는 목적의 예시로 열거하고 있다. 하지만 포괄적인 공정이용법리를 도입할 경우에는 저작권법 제28조의 인용하는 목적을 ‘보도·비평·교육·연구’로 제한하는 것으로 개정하여야 할 것이다. 이렇게 개정하는 경우에 썬네일이미지 판결의 사실관계는 이 인용하는 목적에도 해당하지 아니한다. 그리고 교수들이 저작권법 제28조에 해당하는지 여부를 용이하게 판단할 수 있도록 교육계 차원에서 이에 대한 가이드라인을 만드는 작업을 지금부터라도 시작할 필요가 있다고 생각한다.

[6] **보상금 쟁점:** 대학교는 「고등교육법」에 따른 학교에 해당한다. 따라서 대학교에서는 그 수업 목적상 필요하다고 인정되는 경우에 공표된 저작물의 일부분을 복제, 배포, 공연, 방송 또는 전송할 수 있고, 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 저작물의 전부를 이용하는 것이 부득이한 경우에는 전부를 이용할 수 있다(저작권법 제25조 제2항). 이 경우에 저작물을 이용하려는 교수는 문화체육관광부장관이 정하여 고시하는 기준에 따른 보상금을 해당 저작재산권자에게 지급하여야 한다(저작권법 제25조 제5항). 왜냐 하면 대학의 경우에는 저작권법 제25조 제4항 단서에 따른 보상금면제사유에 해당하지 않기 때문이다. 그런데 문화체육관광부는 **2010년도 「교과용 도서의 저작물 이용 보상금」 기준**(문화체육관광부 고시 제2010-8호) 및 **2010년도 「도서관의 저작물 복제·전송이용 보상금」 기준**(문화체육관광부 고시 제2010-9호)에 대해서 고시하고 있지만, 사이버대학을 비롯한 「고등교육법」에 따른 학교에서의 저작물 이용에 대한 보상금 기준은 아직까지 마련하지 않은 상태다. 이에 대한 적절한 보상금 기준이 제시될 필요가 있다고 생각한다.

대학교 내지 사이버대학에서 수업목적상 음악저작물이나 영상저작물의 일부 내지 전

부를 공연하는 경우 저작권법 제25조 제4항 본문에 따르면, 보상금을 지급하여야 하나, 비영리의 목적의 공연에 해당하기 때문에 저작권법 제29조 제1항113)에 따라 보상금을 지급할 필요가 없게 된다. 그리고 전자책의 내용을 음성으로 재생하는 경우에 이를 ‘공연’의 개념에 포함시킬 수 있는지 여부는 향후 검토할 과제라고 생각한다. 이에 대해 보다 심도있는 연구가 필요하다고 생각한다.

[9] **대학(교)의 교육 지원을 위한 저작물의 이용허락 필요 여부:** 저작권법상 저작재산권 제한 사유에 해당하면 저작재산권자의 이용허락없이 저작물을 자유로이 이용할 수 있다. 그리고 저작재산권 제한사유에 해당하지 않더라도 일정한 경우에 저작권법 제50조 내지 제52조를 통해 명문으로 법정허락을 인정하고 있다. 저작재산권자가 불명인 경우(제50조 제1항), 공표된 저작물을 방송할 경우(제51조), 판매용 음반을 제작하는 경우(제52조)에 일정한 요건이 충족되면 법정허락을 허용하고 있다. 따라서 저작재산권 제한사유 중 하나에 해당하는 한, 저작재산권자의 이용허락은 불필요하다. 고등교육법에 의한 대학 및 전문대학의 교재는 저작권법 제25조 제1항에 해당하지 아니하므로 그 내용이 다른 저작자의 저작물을 포함하고 있는 경우에 그 저작재산권자의 이용허락을 받아야 한다. 그리고 저작권법 제25조 제2항의 범위를 벗어나 수업 이외의 교육 목적으로 공표된 저작물의 일부를 활용하는 경우나 수업목적상 필요한 범위를 벗어나 공표된 저작물의 일부를 복제, 배포, 공연, 방송 또는 전송하는 경우에는 저작재산권자의 이용허락을 받아야 한다. 즉 에매모호한 상황을 벗어나려면 저작권신탁관리단체와 이용허락계약을 체결하는 것이 법적 안정성을 도모할 수 있을 것이다. 수업 이외의 교육목적으로 교수가 공표된 음악저작물의 일부 내지 전부를 복제, 배포, 공연, 방송 또는 전송할 경우에는 저작자로부터 저작물 이용허락을 받아야 하고, 이러닝업체가 수업을 지원할 목적으로 공표된 저작물의 일부 내지 전부를 복제, 배포, 공연, 방송 또는 전송하는 경우에도 저작자로부터 저작물 이용허락을 받아야 한다. 하지만 이해관계가 있는 저작권신탁관리단체가 여럿 존재하는 경우에 그 저작권신탁관리단체 전부로부터 저작물 이용허락을 받지 않는 한, 학교 현장에서 그 저작물을 활용하는 기회가 박탈될 수 있다는 점에서 이에 대한 심도있는 논의가 필요하다고 생각한다.

---

113) 저작권법 제29조에 따르면,

“①영리를 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.

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