

법학석사학위논문

UGC와 공정이용

2010년 2월

서울대학교 대학원
법학과 지적재산권법전공
임광섭

UGC와 공정이용

지도교수 정 상 조

이 논문을 법학석사학위논문으로 제출함

2009년 10월

서울대학교 대학원
법학과 지적재산권법전공
임광섭

임광섭의 석사학위논문을 인준함

2009년 12월

위원장 _____(인)

부위원장 _____(인)

위원 _____(인)

국문초록

컴퓨터와 인터넷의 발달로 네티즌들이 UGC를 쉽게 만들고 그것을 공유하는 것이 보편화되면서 UGC는 21세기를 대표하는 문화산업으로 성장하였다. 그런데 최근에 본 논문에서 다루고자 하는 사건의 원고는 손담비의 춤을 흉내 내며 “미쳤어”라는 노래를 부르는 어린 딸의 모습을 촬영한 동영상을 네이버 블로그에 게재하였다가 저작권자의 요청에 따라 삭제되는 일이 발생하였고, 결국 동영상 제작자인 원고가 저작권자를 상대로 손해배상을 청구하는 소를 제기하였다. 유사한 사건이 미국에서도 발생하였는데, 어린아이가 Prince의 “Let's Go Crazy”라는 노래에 맞춰 춤을 추는 모습을 동영상으로 촬영하여 YouTube에 업로드하였다가 저작권자의 요청으로 동영상이 삭제되자 그 동영상은 공정이용에 해당하여 적법하다는 이의제기를 하여 다시 게재되었고, 결국 저작권자를 상대로 손해배상청구를 한 사건이었다.

어린 여자아이가 유명 가수의 노래를 부르면서 춤을 흉내 내며 따라 추는 것은 창작성이 부가되었다고 보아 저작물로 평가될 수 있지만 타인의 음악저작물을 실연하는 내용의 동영상을 촬영하여 블로그에 업로드한 것은 음악저작권자의 복제권과 전송권을 침해한 것이 된다. 다른 사람의 노래를 부르는 것을 내용으로 하는 저작물에서 그 노래를 제거하였을 때 남는 부분이 독자적으로 존재 의의를 가진다고 볼 수 없으므로 그 저작물이 노래를 인용하였다고 볼 수는 없고, 따라서 공표된 저작물의 인용에 해당하지 않는다. 그리고 현행 저작권법의 해석상 저작권의 내재적 제한으로서 공정이용의 범리를 도출하는 것도 법해석의 범위를 넘어서는 것이므로 허용되지 않으며, 저작권자의 권리 행사가 권리남용에 해당한

다고 보기도 어렵다.

결국 공정이용이 일반적 저작권 제한사유로 인정되지 않는 현실에서 공정이용만으로는 UGC를 비롯한 새로운 인터넷 기술의 발전으로 인한 저작물 이용형태의 변화를 빠르게 수용하지 못한다는 사실을 알 수 있다. 따라서 근본적으로 공정이용 조항을 공정이용으로 개정하는 것이 저작물의 ‘공정한 이용’을 도모하는 길이라고 할 수 있다.

한편, 온라인 서비스 제공자의 책임과 관련하여 저작권법 제103조는 권리 주장자에게 자신의 권리가 침해된 사실을 소명하도록 규정하고 있으며 복제·전송자에게 자신의 복제·전송이 정당한 권리에 의한 것임을 소명하도록 규정하고 있다. 그런데 복제·전송이 저작재산권 제한사유에 해당할 경우에는 저작권자의 동의가 없더라도 그러한 복제·전송은 저작권 침해가 되는 것이 아니라 정당한 권리에 의한 이용이 된다. 다른 사람의 저작물을 이용하는 것도 헌법상 기본권인 표현의 자유에 의하여 보호될 필요가 있고 ‘저작권의 침해’를 소명할 것을 규정하고 있는 저작권법의 내용에 비추어 저작권자는 자신의 저작권이 침해되고 있다는 사실을 소명하기 위해서는 자신이 저작권자라는 소명뿐만 아니라 다른 사람의 이용이 저작재산권 제한사유에 해당하지 않는다는 사실까지도 소명하여야 한다. 따라서 저작권법 시행령은 저작권자에게 저작재산권 제한사유에 해당하지 않는다는 사실의 소명 의무를 부담시키는 명시적인 규정을 두어야 할 것이다.

이제 우리도 저작권의 보호를 강화하는 차원을 넘어서 저작물의 공정한 이용도 중요한 가치라는 사실을 인식하는 패러다임의 전환이 필요하다. 또한 저작권법이 새로운 기술과 인터넷의 발전에 부응하고 상식에도 부합하기 위해서는 공정이용이라는 일반적 저작재산권 제한사유를 도입할 필요가 있다. 그리고 권리 주장자가 공정이용에 해당하지 않는다는

사실의 소명도 부담하도록 저작권법 시행령을 개정하여야만 할 것이다.

주제어 : UGC, 공정인용, 공정이용, 온라인 서비스 제공자

학 번 : 2005-21825

목 차

국문초록	i
목차	v
제1장 서론	1
제1절 문제의 제기	1
제2절 연구의 배경	4
I. 우중현 사건의 개요	5
II. 쟁점	6
제3절 연구의 목적	7
제2장 UGC와 저작권법	9
제1절 UGC의 의의	9
I. UGC의 개념	9
1. UGC와 UCC	9
2. UGC의 개념	11
II. UGC 관련 산업의 현황	14
1. 국내 UGC 관련 산업	14
2. 해외 UGC 관련 산업	15
제2절 UGC와 저작권법의 관계	18
I. 인터넷 환경과 저작권법	18
II. UGC의 특성과 종래 저작권 법리의 한계	19
제3절 저작권자, UGC 제작자 및 온라인 서비스 제공자 사이의 법률관계	20

I. 저작권자와 UGC 제작자 사이의 법률관계	20
1. UGC의 유형	20
2. 저작권자의 권리와 그 침해	22
3. UGC 제작자의 항변	23
II. 저작권자, UGC 제작자 및 온라인 서비스 제공자 사이의 법률관계	25
제3장 UGC 제작과 저작권 침해	28
제1절 침해되는 저작권	28
제2절 복제권	28
I. 복제의 개념	28
II. UGC 제작과 복제권 침해	29
제3절 2차적 저작물 작성권	30
I. 2차적 저작물의 개념	30
II. 2차적 저작물 작성권 침해의 기준	31
III. 2차적 저작물과 독립 저작물	33
IV. 학설과 검토	37
V. 우종현 사건과 2차적 저작물 작성권 침해	38
1. 2차적 저작물 해당 여부	38
2. 저작물성 여부와 저작권 침해	39
VI. 2차적 저작물 작성과 동일성유지권	40
제4절 전송권	42
1. 전송의 개념	42
2. 우종현 사건과 전송권 침해	43

제4장 UGC 제작과 저작권 제한사유	44
제1절 공정인용(저작권법 제28조)	44
I. 의의	44
II. 판례	45
1. 대법원 1990. 10. 23. 선고 90다카8845 판결	45
2. 서울고법 1996. 7. 12. 선고 95나41279 판결 : 확정	46
3. 대법원 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결	47
4. 대법원 1998. 7. 10. 선고 97다34839 판결	48
5. 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 판결	50
6. 서울남부지법 2008. 6. 5. 선고 2007가합18479 판결 : 확정	52
III. 요건	54
1. 인용의 대상 - 공표된 저작물	54
2. 인용의 목적 - 보도·비평·교육·연구 등	55
3. 인용의 방법 - 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용	58
4. 이용행위 - 인용(引用)	59
5. 소결	60
IV. 우중현 사건의 공정인용 해당 여부	61
1. 문제되는 저작권	61
2. UGC와 공정인용	62
3. 우중현 사건의 검토	63
제5장 공정이용(fair use)	65
제1절 의의	65

제2절	공정이용의 연혁	66
I.	영국의 연혁	66
II.	미국의 연혁	67
1.	Folsom v. Marsh 사건	68
2.	Time Inc. v. Bernard Geis Associates 사건	70
3.	1976년 저작권법 제107조	71
제3절	공정이용의 도입 여부	78
I.	문제의 제기	78
II.	현행 저작권법과 공정이용	79
III.	공정인용과 공정이용의 관계	81
IV.	저작권의 행사와 권리남용	81
V.	검토	84
VI.	공정이용의 도입	85
제6장	UGC와 온라인 서비스 제공자의 책임	87
제1절	문제의 소재	87
I.	Lenz 사건의 개요	87
II.	법적 쟁점	88
1.	저작권법 규정과 쟁점	88
2.	원고 Lenz의 주장	90
3.	피고 Universal사의 항변	91
III.	법원의 판단	91
제2절	우리 저작권법의 검토와 문제점	94
I.	관련 법령	94
1.	저작권법 제103조 (복제·전송의 중단)	94
2.	저작권법 시행령	95

II. 검토	97
III. 문제점	100
IV. 개선책	101
제7장 결론	103
참고문헌	107
ABSTRACT	110

제1장 서론

제1절 문제의 제기

정보통신기술의 발달로 컴퓨터와 인터넷이 일상생활의 필수 재화가 되면서 사람들은 기존의 수동적인 이용자의 지위에서 온라인상의 다양한 정보를 이용하는 단계를 지나 적극적으로 정보를 제공하는 지위로 발전하기 시작하였다. 이와 같이 이용자가 정보 수용자에서 정보 창출자로 발전해 가며 만들어 낸 정보 가운데서도 근래 가장 주목을 받는 것은 UGC(user-generated content)이다. 네티즌들이 UGC를 쉽게 만들고 그것을 공유하는 것이 보편화되면서 UGC는 단순히 친목을 도모하는 장을 넘어서 UGC 산업으로까지 발전하게 되었으며 21세기를 대표하는 중요한 문화산업 중 하나로 자리 잡고 있다. 이러한 이유 때문에 UGC 제작을 쉽게 할 수 있도록 환경을 조성하여 UGC의 활성화와 UGC 산업발전의 기반을 형성하는 것은 중요하다. 그러나 이와 동시에 UGC의 제작과정에서 위법한 저작권 침해행위가 빈번하게 발생하기 때문에 이러한 부작용에 대한 대비책을 마련하는 것도 중요하다. 따라서 UGC와 관련된 법적 논의는 다른 사람의 저작물을 그대로 복제하는 저작권 침해를 방지하면서도 다른 한편으로 UGC의 자유로운 이용을 조장하는 환경을 만듦으로써 상충하는 법익의 조화로운 균형을 모색하는 데 집중되어 있다.

저작권법은 저작자의 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화 및 관련 산업의 향상·발전에 이바지함을 목적으로 한다.¹⁾

1) 저작권법(법률 제9625호, 2009. 4. 22. 일부개정) 제1조.

저작자는 자기가 창작한 저작물에 대하여 배타적 권리를 가지므로 저작물 이용자가 저작권자의 이용허락을 받지 않고 그 저작물을 이용하거나 이용허락의 범위를 넘어서 이용할 경우에는 저작권의 침해가 된다. 그러나 저작자의 권리는 절대적인 권리가 아니라 일정한 경우 법적으로 제한이 되는데, 저작권법 제4절 제2관은 이러한 저작재산권의 제한에 관하여 자세히 규정하고 있으며, 일반적으로 이를 ‘저작권 제한사유’라고 한다. 저작권의 보호를 확장하게 되면 저작자에게 창작 동기를 부여하여 새로 창작물을 만드는 데는 기여하지만, 그러한 창작물이 문화 및 관련 산업 향상 발전에 이바지하는 것이 아니라 저작자만의 향유물로 전락할 위험이 있게 된다. 따라서 저작권법은 저작물의 공정한 이용을 도모하는 것도 중요한 목적으로 삼고 있는 것이다. 이와 같이 저작권의 보호와 저작물의 공정한 이용은 저작권법의 목적이면서 저작권법을 해석하는 데 중요한 기준이 되기 때문에, UGC와 관련한 저작권법적 쟁점을 해결하는데에도 중요한 역할을 하게 된다.

동영상의 제작이 전문가가 아닌 일반인들도 쉽게 만들 수 있게 됨에 따라 UGC의 활성화를 가져 오게 되었다. 그런데 이러한 동영상을 그 내용에 따라 분류해 보면 다른 사람의 저작물 전체 또는 그 일부를 그대로 복제하여 블로그나 UGC 사이트에 업로드한 경우, 기존의 저작물에 의존하지 않고 새로운 영상저작물을 만든 경우, 다른 사람의 저작물을 토대로 새로운 영상저작물을 만든 경우로 나누어진다. 이 중 첫 번째 경우는 단순히 기존 저작물의 복제물에 불과하여 저작자의 이용허락을 받지 않았거나 저작권 제한사유에 해당하지 않는 이상 당연히 저작권 침해가 성립한다. 두 번째 경우는 완전히 새로운 창작물을 만들어 낸 경우이므로 당연히 영상저작물이 되고 그 저작물은 저작권법의 보호를 받게 된다. 따라서 본 논문에서 중요하게 다루려고 하는 것은 세 번째에 해당하

는 UGC와 관련된 문제이다. 이러한 UGC 또한 기존 저작물의 저작자로부터 그 이용허락을 받아 그 이용허락을 받은 범위 내에서 그 저작물을 이용하여 새로운 저작물을 만든 것이라면 저작권법상 아무런 문제가 되지 않는다. 결국 저작권법적으로 문제가 되는 것은 기존 저작물의 이용허락 없이 그 저작물을 이용하여 새로운 UGC를 만든 경우가 될 것이다. 이러한 이용이 당연히 기존 저작물의 저작자에 대한 저작권 침해라고 해석하게 된다면 UGC의 창작의욕이 꺾이면서 UGC를 둘러싼 문화산업은 위축될 것이다.

21세기에 접어들어 새로운 문화산업의 중심축이 되었고 앞으로도 더욱 발전할 가능성이 있는 UGC 산업이 저작권법의 해석 여하에 따라 일시적으로 흥했다가 사라져 버리는 문화의 한 현상이 될 수도 있다. 그동안 저작권법은 저작권의 강화라는 방향으로 계속 개정되어 왔다. 특히 우리나라에서는 불법복제가 만연하고 그것이 외국과의 통상마찰로 이어지면서 외국 특히 미국과의 교류관계에서 저작권을 점점 보호하는 방향으로 저작권법의 개정이 이루어졌다. 그러한 분위기에서 최근에 아주 흥미로운 사건이 하나 발생하였다.

우중현은 딸이 의자에 앉아 당시 선풍적인 인기를 끌고 있던 가수 손담비의 ‘미쳤어’라는 노래를 부르는 모습을 촬영한 동영상을 주된 내용으로 하는 게시물을 네이버 블로그에 게재하였는데, 사단법인 한국음악저작권협회(이하 “음저협”이라 한다)가 신탁 받아 관리하는 음악저작물의 저작권을 침해하였다는 이유로 삭제해 줄 것을 요청하였으며 이 요청에 따라 엔에이치엔 주식회사(이하 “NHN”이라 한다)가 이 게시물을 삭제하면서 우중현에게 그 사실을 통지하였고, 이러한 조치를 부당하다고 생각한 우중현은 NHN을 상대로 삭제된 동영상을 다시 게재하여 줄 것을 요청하였으나 NHN은 거절하였다. 그 후 우중현은 음저협과 NHN을

상대로 문제된 음악저작물을 공정하게 이용할 권리가 있음을 확인하는 소와 손해배상을 청구하는 소를 제기하였고 해당 게시물을 다시 게재하라고 청구하였다. 이 사건을 본 논문에서는 “우중현 사건”이라고 부르기로 한다.

그런데 재미있는 것은 우중현 사건과 매우 유사한 사건이 미국에서 먼저 발생하였는데, 그 사건은 Lenz가 그녀의 어린 아들이 Prince의 “Let's Go Crazy”라는 노래에 맞춰 춤을 추는 모습을 동영상으로 촬영하여 YouTube에 업로드하자, 저작권자인 Universal사가 YouTube에 그 동영상을 삭제해 달라는 통지(takedown notice)를 하였고, YouTube는 이에 응하여 동영상을 삭제하였다. 이에 반발한 Lenz는 자기가 그 노래를 이용한 것은 공정이용(fair use)에 해당하여 적법한 이용이므로 그 동영상을 다시 게재해 달라는 통지를 YouTube에 하였고 YouTube는 이에 응하여 동영상을 다시 게재하였다. 그리고 나서 Lenz는 Universal사를 상대로 손해배상청구를 한 사건이었다. 이 사건을 본 논문에서는 “Lenz 사건”이라고 부르기로 한다.

우중현 사건과 Lenz 사건은 모두 UGC와 관련하여 저작권자와 그 저작물의 자유이용자 사이의 대립이라는 점에서 법적 쟁점이 매우 흡사하며 노래의 제목도 “미쳤어”와 “Let's Go Crazy”로 서로 비슷한 것을 알 수 있다.

제2절 연구의 배경

본 논문에서 연구의 배경이 되는 우중현 사건의 전개과정과 그 사건의 법적 쟁점을 살펴보기로 한다.

I. 우중현 사건의 개요²⁾

원고 우중현은 2009. 2. 2.경 가족여행에서 다섯 살 된 딸이 당시 선풍적인 인기를 끌고 있던 가수 손담비의 ‘미쳤어’라는 노래 전체 중에서 약 3줄에 해당하는 가사 일부분을 어설픈 몸짓으로 따라하는 것을 보고 부모가 가르쳐 주지도 않았는데 아이가 유명 가수의 노래를 따라하는 것이 놀랍고도 신기해서 동영상으로 촬영해 두었고, 그 느낌을 지인들과 나누고 싶어서 자신의 네이버 블로그에 이를 업로드하였다. 원고는 이 동영상에 “집에서 가요 프로그램도 보지 않는데 아이가 춤과 노래를 따라하는 것을 보고 웃기도 하였지만 걱정도 된다.”는 취지의 글과 딸의 사진을 덧붙여서 이 사건 게시물을 완성하여 게시하였다. 이에 대하여 피고 음저협은 신탁 받아 관리하는 음악저작물인 ‘미쳤어’의 저작권을 침해하였다는 이유로 삭제해 줄 것을 요청하였고 피고 NHN은 2009. 6. 17. 이 사건 게시물을 삭제하였으며 2009. 6. 22.자로 원고에게 통지하였다.

원고는 이 사건 게시물에 대한 삭제 조치가 부당하다고 생각하여 2009. 6. 24.과 2009. 7. 10.경에 두 차례에 걸쳐서 피고 NHN의 담당자에게 전화를 걸어 재게시절차에 대한 문의와 함께 재게시를 요청하였으나 정당한 저작권자의 동의나 이용허락을 받았다는 소명자료를 제출하지 않으면 재게시해 줄 수 없다는 답변만을 들었다.

원고는 2009. 8. 25. 피고 음저협을 상대로 이 사건 게시물을 공정하게 인용할 권리가 있음을 확인하는 소와 손해배상을 청구하는 소를 제기하였고 피고 NHN을 상대로 이 사건 게시물을 다시 게시할 것과 손해배

2) <http://blog.peoplepower21.org/PublicLaw/21321>에 있는 소장과 보도자료 참조. (2009. 10. 28. 최종 방문).

상을 청구하는 소를 제기하였다.

II. 쟁점

이 사건의 쟁점은 결국 원고가 UGC를 제작하고 블로그에 게시한 행위가 피고 음저협 의 저작권을 침해하는지 여부와 피고 NHN이 원고의 재개 요청을 거부한 것이 위법한 것인지 여부이다.

소장의 청구원인에 의하면 첫째, 원고가 UGC를 제작하고 업로드한 행위는 저작권법 제28조의 공표된 저작물의 인용(이하 “공정인용”이라 한다)에 해당한다고 주장하고 있으며, 둘째, 공정인용이 아니라고 하더라도 저작권법 제1조의 ‘공정한 이용’에 근거한 저작권의 내재적 제한을 이유로 적법하다고 주장하고 있다. 이러한 원고의 청구가 이유 있다고 판단되면, 원고의 행위는 저작권 침해가 되지 않을 것이다.

NHN이 원고의 재개 요청을 거부한 것은 현재의 저작권법 시행령 제42조에 따른 것으로 보이는데, 그 조의 소명자료 중에는 원고의 UGC가 공정인용에 해당하여 저작권 침해가 되지 않는 경우에 대한 것은 없다. 따라서 원고의 UGC가 저작권 침해가 되지 않는다고 하더라도 피고 NHN의 재개 요청에 대한 거부 행위는 법에 따른 적법한 조치가 되는지 검토할 필요가 있다. 이 쟁점과 관련하여 Lenz 사건에 대한 미국 법원의 판단 내용은 현행 저작권법 시행령의 문제를 해결하는 데 도움을 줄 것이라고 생각된다.

제3절 연구의 목적

본 논문에서는 우중현 사건을 Lenz 사건의 결과와 비교하면서 저작권 법적 쟁점을 분석하고 그것을 바탕으로 우중현 사건의 결론을 도출할 것이다. 그 결과를 바탕으로 현행 저작권법과 저작권법 시행령의 문제점을 파악하고 미국법상의 공정이용을 도입할 필요가 있는지를 검토하기로 한다. 또한 온라인 서비스 제공자를 매개로 한 저작권자와 저작물 이용자의 관계를 검토하여 현행 저작권법 시행령의 문제점을 밝혀내고 그에 대한 방안을 제안하기로 한다.

먼저 원고 우중현의 UGC 게시가 피고 음저협이 저작권을 침해하는지에 관한 법적 쟁점과 관련하여 원고의 청구원인인 공정인용과 공정이용에 대한 검토를 하기로 한다. 우중현 사건의 해결과 관련하여 Lenz 사건에 대한 미국 법원의 입장도 자세히 살펴볼 것이다. 이 사건에서는 Lenz가 UGC의 업로드는 공정이용에 해당한다고 주장하였고 그에 대해서는 양 당사자 사이에 다툼이 없었는데, 우중현 사건에서는 공정인용인지 여부가 중요한 법적 쟁점이다. 따라서 우중현 사건에서는 그 동영상의 게재가 공정인용에 해당하여 저작권 침해가 되지 않는지를 검토할 필요가 있을 것이다. 또한 저작권법 제1조의 규정은 ‘공정한 이용’을 도모한다고 규정하고 있는데, 그 규정에 터 잡아 미국 저작권법상의 공정이용의 판단을 할 수 있는지도 살펴보기로 한다. 덧붙여서 저작권자의 권리 주장이 민법 제2조의 권리남용에 해당하지 않는지도 검토하기로 한다.

저작권법 위반 여부의 검토 결과 위법하다는 결론이 나온다면 이러한 문제와 관련하여 우리 저작권법에도 일반조항으로서의 공정이용을 도입할 필요가 있는지를 검토하기로 한다. 이 논문의 핵심쟁점이 되는 공정

인용과 공정이용을 자세히 검토하기 위하여 우리나라와 미국의 관련 법령과 판례를 중심으로 살펴보기로 한다.

한편, 온라인 서비스 제공자가 저작권 침해의 혐의를 받고 있는 저작물의 중단요청서를 받았을 때 취하는 조치를 저작권법과 저작권법 시행령에 규정된 내용에 따라 검토하고 문제점을 파악하기로 한다. 특히 그러한 절차가 저작권법의 두 가지 목적을 수행하기 위하여 잘 설계되었는지를 검토하고 개선점에 대해서 논하기로 한다.

구체적으로 온라인 서비스 제공자와 저작권자 그리고 이용자 사이에서 저작권의 보호와 저작물의 자유이용이 어떻게 균형을 이루도록 할 것인지에 대하여 저작권법과 저작권법 시행령에 규정되어 있는 절차를 검토하여 Lenz 사건의 결과와 비교하기로 한다. 저작권자의 중단 요구에 따라 온라인 서비스 제공자는 해당 저작물을 삭제하고 이에 대해 이용자는 재개 요구의 요청을 통하여 다시 게재하도록 이루어진 절차가 저작권법의 두 가지 목적을 잘 구현하여 저작권자와 이용자 사이의 분쟁의 조화로운 해결을 위한 장치로 구동되고 있는지 살펴보면서 개선이 필요하지 않은지 검토하기로 한다.

제2장 UGC와 저작권법

제1절 UGC의 의의

I. UGC의 개념

1. UGC와 UCC

UGC는 user-generated content의 두문자어로서 ‘이용자 제작 콘텐츠’라고 해석할 수 있다. 우리나라 문헌³⁾과 일반인들이 많이 사용하는 용어는 UCC(user-created contents)이다. 1999년경부터 다음커뮤니케이션에서 UCC라는 용어를 사용하기 시작하였다고 한다.⁴⁾ 그런데 영어권의 법률 문헌⁵⁾은 거의 대부분 UGC라는 표현을 사용한다. 우리나라에서 영어가 모국어나 공용어가 아닌 이상 우리가 영어를 조어하는 것은 적절하지 않을 뿐만 아니라 일반인이 많이 쓰는 표현이라고 해서 법률 문헌에서 부적절한 용어를 그대로 답습할 필요는 없다고 생각한다. 또한

3) 김경숙, “UCC와 공정이용법리에 관한 미국 판례법리의 전개 -렌즈사건을 통해 본 DMCA상 공정이용의 새로운 해석-”, 계간 저작권, 2009년 여름호
곽재우, “UCC의 저작권법적 문제점 및 해결방안에 관한 연구 -UCC 동영상 을 중심으로-”, Law&Technology, 제4권 제2호(2008. 3) 등 대다수의 문헌에서 UCC라는 용어를 사용하고 있다.

4) 이대회, “UCC와 저작권”, 정보처리학회지, 제14권 제3호(2007. 5.), 69면.

5) Steven Hetcher, User-Generated Content and the Future of Copyright: Part One - Investiture of Ownership, 10 Vand. J. Ent. & Tech. L. 863 (2008); Michael S. Sawyer, Filters, Fair Use & Feedback: User-Generated Content Principles and the DMCA, 24 Berkeley Tech. L. J. 363 (2009) 등 다수의 문헌에서 UGC 또는 User-Generated Content라는 용어를 사용하고 있다.

영어권에서 UCC라는 말은 user-created content의 두문자어로 사용되는 경우도 간혹 있지만⁶⁾ 주로 Uniform Commercial Code⁷⁾ 또는 Universal Copyright Convention의 두문자어로 사용된다.⁸⁾

또한 ‘created’라는 표현에는 ‘창작’이라는 의미가 담겨 있는데 반해, ‘generated’는 ‘창작’의 유무와 상관없이 ‘만들어진 또는 제작된’이라는 의미를 가지게 된다. 따라서 UCC라는 용어를 철저하게 사용하면, 이용자가 만든 동영상이 창작성이 있을 경우에는 UCC가 되고 그렇지 못할 경우에는 UCC가 되지 않는다. 그러나 이렇게 개념을 파악하는 것보다는 이용자가 제작한 정보 또는 자료는 모두 UGC가 되는데 그러한 UGC에 창작성이 포함되어 있으면 영상저작물이 되는 것이며, 그렇지 않은 경우에는 복제물이 되거나 저작물이 되지 않는다고 파악하는 것이 저작권법적 분석에 더 적절한 용어 사용례가 된다고 생각한다.

한편, 국내 문헌에서는 ‘콘텐츠(contents)’라는 표현을 많이 쓴다. 「온라인 디지털콘텐츠산업 발전법」과 같이 법률 이름에서도 ‘콘텐츠’라는 용어가 사용된다. 국립국어원⁹⁾에서 제공하는 ‘표준국어대사전’에서 ‘콘텐츠’를 찾아보면 “인터넷이나 컴퓨터 통신 등을 통하여 제공되는 각종 정보나 그 내용물. 유·무선 전기 통신망에서 사용하기 위하여 문자·부호·음성·음향·이미지·영상 등을 디지털 방식으로 제작해 처리·유통하는 각종 정보 또는 그 내용물을 통틀어 이른다.”라고 정의되어 있다. 그런데 Macmillan English Dictionary를 찾아보면 ‘contents’는 ‘내용물 또는 목차’를 의미하며 ‘content’는 불가산명사로서 “웹사이트나 CD-ROM에

6) OECD, Participative Web: User-Created Content, Working Paper, 2007.4.12.

7) Hetcher, supra note 5, at 871.

8) WIKIPEDIA 영어 버전에서 UCC를 검색하면, 법 분야에서 Uniform Commercial Code와 Universal Copyright Convention이 나와 있다.

9) <http://www.korean.go.kr>

나타나는 글, 그림 또는 음악과 같은 자료”로 정의되어 있다.¹⁰⁾ 따라서 영어를 사용할 때는 ‘contents’라고 표기하면 잘못된 것이고 반드시 ‘content’라고 표기하여야 한다. 다만 국어의 ‘콘텐츠’라는 표현은 잘못된 것임에도 이미 언어생활에서 널리 사용되고 있고 국어사전에 실리기 까지 한 상태이므로 한글 표현에서는 콘텐츠라고 사용할 수밖에 없을 것이다. 본 논문에서는 영어를 사용할 때는 ‘content’라고 표기하고 국어를 사용할 때는 ‘콘텐츠’라고 하기로 한다.

결론적으로 이 논문에서는 UCC라는 표현은 사용하지 않고 UGC라는 표현을 사용하기로 한다. 법률 문헌에서 정확한 용어를 사용하는 것은 매우 중요하기 때문이다.

2. UGC의 개념

UGC는 ‘이용자 제작 콘텐츠’로서 일반인이 만든 글, 사진, 동영상 등의 자료 또는 정보를 의미한다. 과거에는 콘텐츠의 제작이 주로 전문가들에 의해서 만들어진 반면, 21세기 인터넷 시대에는 그 주체가 이용자로 이동하고 있다. 21세기의 인터넷을 특징짓는 말로 주로 사용되고 있는 ‘웹(web) 2.0’은 특정한 기술이나 서비스 혹은 제품 등을 가리키는

10) 1. contents [plural] the things that are inside something such as a box, bottle, building, or room

2. contents [plural] the things that are written in a book, magazine, letter, document, etc. 2a. a list at the beginning of a book or magazine, showing the parts into which the book or magazine is divided

3. [U] the subject, ideas, or story that a piece of writing or a radio or television program deals with 3a. any material, such as writing, pictures, or music, that appears on a web site or CD-ROM

것이 아니라 인터넷에서 최근 발생하고 있는 웹 환경의 변화와 그 방향성을 종합하여 일컫는 말이다.¹¹⁾ 웹 2.0은 ‘개방’, ‘참여’, ‘공유’라는 단어로 요약되며, 이용자와 생산자가 분리된 상황에서 개별적 생산자가 구축한 환경을 이용자들이 이용하던 기존의 인터넷 환경과 달리 웹 2.0은 이용자의 참여와 이용자가 생산하는 콘텐츠를 활용하는 것을 의미하므로 웹 2.0 환경에서 가장 중요한 것은 이용자의 ‘참여’이고 이용자가 생산하는 콘텐츠인 UGC는 가장 중요한 콘텐츠 공급의 한 유형이다.¹²⁾ 새로운 인터넷 환경에서 기존의 수동적이었던 이용자들이 일방적인 수신자의 지위에 머무르지 않고 적극적으로 공급자의 정보를 수정하고 활용하면서 참여자로 변화하고 있으며, 더 나아가 스스로 정보를 제작하고 공급하는 역할로까지 확대되고 있는 것이다.

OECD는 UGC를 결정하는 세 가지 기준을 제시하고 있다.¹³⁾

첫 번째는 공표 여부이다. UGC가 되기 위해서는 해당 내용물은 공개적으로 다른 이용자들이 접근할 수 있는 웹사이트 등에 게재되어 있어야 한다. 따라서 이용자가 직접 작성하였다고 하더라도 이메일이나 인터넷 메신저 등은 UGC의 범주에서 제외된다.

두 번째는 창작적 노력이다. 이것은 UGC가 되기 위해서는 기존 작품을 이용한다고 하더라도 어느 정도의 창작성이 포함되어 있어야 함을 의미한다. 만일 그렇지 않을 경우, 해당 콘텐츠는 UGC가 아닌 단순 복제물에 불과하기 때문이다.

세 번째는 UGC를 만드는 사용자의 전문성과 관련된 것이다. 일반적으로 UGC는 해당 분야의 전문가가 아닌 아마추어들의 작품을 말한다. 그러나 여기에서 전문성이란 해당 콘텐츠의 성향과의 밀접한 관련성 하에

11) 최경진, “Web 2.0과 저작권”, 계간 저작권, 2008년 가을호, 44면.

12) 최민재, “동영상 UCC와 저널리즘”, 한국언론재단, 2007년, 25~28면 참조.

13) OECD, supra note 6 at 8~9.

서 판단되어야 할 것이다. 예를 들어 사진 기자가 사진을 올리더라도 그 사진이 보도를 목적으로 하지 않고 단순히 또 다른 개인적인 취미 활동으로 찍은 사진인 경우에는 이는 전문가가 아닌 아마추어의 작품으로 생각해 볼 수 있으며, 영화촬영감독이라고 하더라도 집에서 촬영한 홈비디오를 편집해서 올린 경우에는 개인적인 영역의 작품이기 때문에 UGC의 범위에 포함된다고 볼 수 있을 것이다.¹⁴⁾

위에서 살펴본 OECD 논문에서 제시하는 개념을 세 단어로 요약하면, 공표, 창작성, 비전문성이라고 할 수 있다. 공표와 비전문성이라는 요소는 웹 2.0 시대의 UGC의 현황에 비추어 보더라도 적절한 개념요소라고 생각이 들지만 창작성이라는 요소는 법적 논의를 하는 데 있어서 오히려 부적절한 개념요소라고 생각한다. UCC에 대비하여 UGC의 개념을 파악하면서 살펴보았던 것처럼, 창작성의 요건을 UGC에 도입하는 것은 적절하지 않은 것으로 판단된다. 왜냐하면 어떤 UGC가 창작성이 없거나 부족해서 저작물이 아니라 복제물이 되더라도 그 UGC가 기존 저작물을 이용한 방식이 저작권 제한사유에 해당한다면 그 이용은 자유이용이 되어 저작권 침해가 되지 않을 것이다. 그렇다면 굳이 UGC를 창작성이 있는 저작물에 국한해서 논하는 것보다는 더 넓은 의미로 파악하여 궁극적으로 UGC가 기존 저작권자의 저작권을 침해하는지 여부를 파악하는 것이 더 나은 법적 답론이 될 것이다.

따라서 본 논문에서 UGC라는 용어를 사용할 때에는 공표와 비전문성을 중요한 개념요소로 사용하기로 하고, 창작성이라는 개념요소는 사용하지 않기로 한다. 이와 같은 해석이 창작성이 없어 기존 저작물의 복제물에 불과한 UGC라 하더라도 저작권 침해가 되지 않을 수 있는 여지를

14) 한지영, “UCC에 관한 법적 문제에 대한 연구”, 창작과 권리, 2009년 봄호, 114면.

만들어 주기 때문에 더 의미 있는 논의라고 생각한다.

II. UGC 관련 산업의 현황

1. 국내 UGC 관련 산업

국내에서는 2006년부터 인터넷업계의 초점이 UGC로 옮겨가면서 UGC 관련 산업이 급속한 신장세를 보이고 있으며, 인터넷 사이트 가운데 UGC를 다루고 있는 주요 동영상 사이트가 급속하게 성장하고 있다. 주요 동영상 사이트의 2006년 1월부터 2007년 3월까지 월간 순방문자는 월평균 12%씩 성장한 약 4,724만 명으로 약 3배 이상 증가하였고, 페이지뷰는 월평균 10%씩 성장하였다. 동영상 UGC 사이트를 이용하는 접속자 수가 증가한 이유는 100Mbps 이상의 초고속 인터넷 보급이 확산되고있고, PMP 및 디지털 카메라, 디지털 캠코더 등 디지털 기기의 보급이 확대되고 있기 때문이다. 그리고 단시일 내에 호소력을 가질 수 있는 엔터테인먼트 UGC에서 최근에는 지식정보 UGC 등으로 그 범위가 다양해지고 있다는 점도 동영상 UGC 사이트의 접속자 수 급증에 기여하였다.¹⁵⁾

국내 디지털 콘텐츠 산업규모는 2005년을 기준으로 할 때, 전체 시장 규모는 약 6조 8천억 원에 해당한다. 그 가운데 국내 동영상 UGC 시장에서는 판도라 TV, SM 온라인 등 동영상 UGC 전문업체, 다음(daum), 네이버(naver) 등 대형 포털업체와 방송 등 언론사들이 서비스 경쟁을 벌이고 있다. 2007년 초반까지는 UGC 전문업체들의 트래픽 점유율이 높았으나, 최근에는 대형 포털업체의 UGC 서비스가 높은 상승세를 보

15) 유선실, “국내 UCC 시장 현황”, 정보통신정책 제19권 제15호, 2007년 8월 16일, 36면.

이고 있다. 특히 다음은 UGC와 관련한 다양한 서비스와 마케팅 강화로 “tv팟”의 월간 순 방문자수가 2007년 1월부터 6월까지 월평균 23%씩 성장

하여 2007년 6월 말 831만 명을 기록하고 있다.¹⁶⁾

저작권보호센터가 2006년 7월부터 10월까지 6회에 걸쳐 10개 UGC 전문 포털업체의 저작권 침해 실태를 조사한 결과 이용자가 직접 창작한 UGC는 전체의 16.25%에 불과하였고, 나머지 UGC는 방송 프로그램이나 광고, 뮤직 비디오, 영화 등 기존 저작물을 편집, 재가공한 것으로 2006년 10월 16일 현재 유통되는 UGC 중 83.5%가 저작권 침해물이었다. 그런데 인기 있는 UGC 동영상의 70% 이상이 방송저작물을 불법 복제한 콘텐츠여서 이용자 복제 콘텐츠라는 말이 나올 정도다.¹⁷⁾

2. 해외 UGC 관련 산업

웹 2.0 시대에 인터넷 사업 모델은 점점 UGC로 이동하였다. UGC 사이트는 콘텐츠를 제공하는 이용자들에게 의존한다. 블로그, 위키, 소셜, 네트워킹 사이트와 YouTube 같은 비디오 공유 사이트는 가장 인기 있는 UGC 기술이다. 이 기술은 개인이 전 세계의 청중에게 다다르게 하고 전례가 없는 규모로 의사소통을 가능하게 함으로써 미디어에 혁명을 일으키고 있다.¹⁸⁾

그러나 저작권자는 UGC의 맹공격으로 위협에 처해 있다. UGC는 이미 혼잡한 미디어 시장에서 새로운 경쟁자를 의미할 뿐만 아니라 UGC

16) 유선실, 전계 논문, 38면.

17) 김주현, “UCC도 불법 논란 ‘저작권 대란’ 오나 - 방송사들, UCC 업체 상 대소송 여부 곧 결정”, 경향신문, 2007년 3월 29일 45판 K3면.

18) Michael S. Sawyer, supra note 5 at 364.

를 위하여 설계된 기술의 상당한 부분이 결국에는 저작물을 불법적으로 제공하는 것으로 끝나게 된다. 어떤 이용자가 뮤직 비디오를 YouTube에 업로드하거나 뉴스 기사가 개인 블로그에 통째로 복사되기도 한다. 저작권자는 UGC의 양이 너무 많기 때문에 업로더(uploader)들을 상대로 소송을 제기함으로써 효과적으로 그들의 저작물을 방어할 수 없다. 예를 들면, 13시간 분량의 비디오가 매분마다 YouTube에 업로드 되고 있다.¹⁹⁾

따라서 저작권자는 그들의 저작물을 보호하기 위하여 UGC 사이트를 목표로 삼게 된다. 그들이 2차 책임의 이론(theories of secondary liability) 아래 권리를 침해하는 UGC의 호스트 역할을 하는 사이트를 상대로 소송을 제기할지도 모르지만, 이 사이트는 종종 디지털 밀레니엄 저작권법(DMCA)의 면책조항(safe harbor)²⁰⁾ 또는 다른 저작권 이론²¹⁾ 아래에서 은신처를 찾을 수 있다. DMCA는 대개 권리를 침해하는 자료의 위치를 찾아내서 중단요청서(takedown notice)를 통지하도록 저작권자에게 짐을 지운다.²²⁾ 권리를 침해하는 활동을 단속하는 이러한 부담은 저작권자가 참을 수 없는 또는 적어도 참아서는 안 되는 것일지도 모른다. 인터넷에서 권리를 침해하는 자료의 양은 엄청나기 때문에 사람이 단속하게 되면 너무 많은 비용이 들게 된다.

YouTube와 같은 UGC 사이트는 권리를 침해하는 활동으로부터 직접

19) Brian Stelter, Some Media Companies Choose to Profit from Pirated YouTube Clips, N.Y. Times, Aug. 16, 2008 at C1.

20) 17 U.S.C. §512 (2006).

21) 예를 들면 Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 442 (1984) (상업적으로 중요하게 권리를 침해하지 않는 이용을 하는 한 저작권 침해를 가능하게 하는 기술을 용서하기 위하여 특허법으로부터 주요상품 이론(staple article of commerce doctrine)을 빌려 옴).

22) 17 U.S.C. §512(c)(1)(A)(ii).

또는 간접으로 이익을 얻고 있기 때문에 UGC 사이트는 권리를 침해하는 자료를 단속하는 데 들어가는 비용을 부담하여야 한다고 주장하기도 한다.²³⁾ 더욱이 UGC 사이트는 비용이 많이 드는, 사람에 의한 검사를 줄이거나 제거하는 기술적 해결방법을 개발하는 데 가장 적합한 위치에 있다.²⁴⁾

2007년 10월 MySpace, Veoh, DailyMotion, Soapbox를 포함한 몇몇 UGC 사이트는 자발적으로 Disney, CBS, NBC Universal과 Viacom을 포함한 큰 콘텐츠 회사와 함께 “이용자 제작 콘텐츠 서비스를 위한 원칙(Principles for User Generated Content Services, UGC Principles)”을 제안하는 데 협력 하였다.²⁵⁾ UGC 원칙에서 제안된 주요 변화는 UGC 사이트가 저작권 필터링 기술을 이용하여야 한다는 권고이다. 이 기술은 저작권자에 의해 제공된 저작물(참조 자료, Reference Material)의 샘플과 업로드 되는 자료를 비교하는 것이다. 업로드 되는 자료가 참조 자료와 일치하면 그것이 업로드 되기 전에 차단되거나 저작권자로부터 이용허락을 받아야 한다. 저작권자와 UGC 사이트가 (1) 이용자가 저작권 침해 콘텐츠를 업로드하는 것을 막고, (2) 완전히 독창적이고 이용허락을 받은 업로드를 허가하고, (3) 공정이용을 수용하는 데 있어 합법적 이익을 효과적으로 균형을 맞추는 방법으로 필터링 기술을 구현하는 데 협동하게끔 한다.

23) Brandon Brown, Note, Fortifying the Safe Harbors: Reevaluating the DMCA in a Web 2.0 World, 23 Berkeley Tech. L.J. 437, 463-66 (2008).

24) Michael S. Sawyer, supra note 5 at 365.

25) Principles for User Generated Content Services, <http://ugcprinciples.com> (2009. 10. 28. 마지막 방문).

제2절 UGC와 저작권법의 관계

I. 인터넷 환경과 저작권법

인터넷 환경은 저작권의 보호범위의 확대에 큰 영향을 미쳤다. 저작물의 유포가 상대적으로 간단하고 신속하게 이루어지고, 어느 누구든지 일반인들에게 저작물을 보급하고 공표할 수 있으며, 인터넷상으로 전송되는 복제물의 질적인 면이 원저작물과 사실상 구별될 수 없을 정도로 같아졌고, 인터넷에서 공표하는 데 거의 비용이 들지 않는다.²⁶⁾ 이러한 인터넷 환경의 특성은 이미 정치·경제·사회적 세력으로 성장한 문화산업으로 하여금 저작권 보호를 강화하도록 압력을 행사하게 하였고, 전송권의 도입이나 기술적 보호조치의 무력화금지규정의 신설도 그 결과 중 하나라고 할 수 있다.²⁷⁾

그러나 대부분의 문화적 창조는 선행하는 문화적 창조의 결과를 바탕으로 하여 이루어지므로 문화 산업을 향상 발전시키기 위해서는 기존의 문화적 창조의 결과인 저작물을 이용할 수 있어야 한다. 따라서 저작권법은 저작자의 권리를 보호하는 것을 목적으로 하는 한편, 저작물의 공정한 이용을 도모하여 문화 산업의 향상 발전에 이바지하는 것도 목적으로 한다.

UGC는 이러한 인터넷 환경에서 중요한 의미를 갖는다. 저작권 침해를 극단적으로 용이하게 해 준 장본인인 UGC 공유 서비스는 저작권 침해 등 불법적인 목적만이 아니라 문화의 향상 발전 등 적법하고 바람직한 목적에도 이용될 수 있음을 보여준 구체적이고도 거의 유일한 예이다.²⁸⁾

26) 이대희, 전계 논문, 340면.

27) Lawrence Lessig 지음, 이주명 옮김, 자유문화, 2005, 187면 이하 참조.

28) 이동진, “동영상 UCC(User-Created-Content) 공유와 저작권 - 동영상

따라서 저작권법이 UGC 공유 서비스를 불법화하지 아니한다는 소극적인 판단을 넘어서 UGC의 긍정적인 측면 내지 가능성을 적극적으로 수용하여 이를 보호하고 육성할 수 있도록 적절한 조정을 해 주어야 하는 것은 아닌지 하는 문제가 제기될 수 있다.²⁹⁾

II. UGC의 특성과 종래 저작권 법리의 한계

UGC 공유 서비스가 저작권 침해에 이용될 소지가 있다 하더라도 이에는 동시에 개인의 자유롭고 창의적인 표현과 자발적 공동체의 형성을 통하여 문화 창조, 정치적·경제적 욕구 형성이 이루어질 잠재력을 갖고 있다.³⁰⁾ 그런데 개인이 할 수 있는 창작성의 부과 내지 변형의 정도는 많은 경우 그다지 크지 않아서 원저작물의 특정한 부분을 부각시키거나 패러디를 하더라도 그것이 독자적인 예술적, 학문적 가치를 가지기에는 턱 없이 부족하거나 개인 창작자의 표현능력의 한계를 보충하기 위해 기존 저작물들 가운데 필요한 부분을 편집하여 이용한 경우가 그 대부분일 것이다.³¹⁾

그러나 인터넷 공간에서 한 개인의 창작·변형은 다시 제2, 제3의 창작·변형의 원천이 될 수 있고, 이러한 창작·변형이 반복적으로 누적되어 원래의 저작물에서는 전혀 예상하지 못한, 전혀 다른 가치를 지닌 새로운 창작물을 만들어 낼 수도 있다.³²⁾ 이러한 집단적 창작의 의도되지 아니한 효과는 분명 문화의 향상·발전에 크게 기여할 가능성을 갖고 있고, 또

UCC에 의한 저작권 침해 논란에 관한 법적 고찰 -, Law & Technology, 제4권 제1호, 2008년 1월, 94면.

29) 이동진, 전계 논문, 94면.

30) 마뉴엘 카스텔 지음/박행웅 옮김, 인터넷 갤러리, 2004, 180면 이하.

31) 이동진, 전계 논문, 94면 참조.

32) 이동진, 전계 논문, 94면.

한 종래의 저작권자를 해치는 면도 크지 않다.³³⁾ 그러나 소수의 천재에 의한 의도된 창작과 나머지 다수에 의하여 의도된 복제만을 알고 있던 종래의 저작권법은 이를 충분히 배려하고 있지 않다.³⁴⁾ 나아가 단순한 일부의 발췌에 불과하다 하더라도 정보의 홍수로 오히려 관심이 줄어들어 있다는 지적이 있는 오늘날, 일부의 발췌·소개로 어떤 저작물에 관심을 모으는 데 기여하였다면 그 자체가 하나의 가치를 창출하였다고 볼 여지도 있다.³⁵⁾

제3절 저작권자, UGC 제작자 및 온라인 서비스 제공자 사이의 법률관계

I. 저작권자와 UGC 제작자 사이의 법률관계

1. UGC의 유형

UGC의 내용을 살펴보면 크게 세 가지 유형의 UGC가 있음을 알게 된다. 첫째는 제작자가 기존의 다른 저작물을 전혀 이용하지 않고 완전히 새로운 저작물을 만들어 낸 경우이다. 이때의 UGC는 저작물로서 보호받는 데 아무런 의문의 여지가 없다. 둘째는 다른 사람이 만든 저작물을 그대로 복제한 복제물이거나 그 저작물의 일부만을 복제한 복제물로서 저작권자로부터 복제의 이용허락을 받지 않은 경우이다. 이때의 UGC는 저작권을 침해하는 것으로 당연히 저작권법의 보호를 받을 수 없다. 마

33) 이동진, 전계 논문, 94면.

34) 이동진, 전계 논문, 94~95면.

35) 이동진, 전계 논문, 95면.

지막으로 기존의 저작물을 이용하여 UGC를 만든 경우이다. 이때의 UGC는 그 내용이 원저작물과 실질적 유사성이 인정될 경우에는 창작성의 유무에 따라 복제물 또는 2차적 저작물이 될 것이고 실질적 유사성이 인정되지 않을 경우에는 새로운 독립 저작물이 될 것이다. 복제물 또는 2차적 저작물이 될 경우에는 원저작물의 저작권자로부터 2차적 저작물을 작성할 수 있는 이용허락을 받은 경우와 저작권 제한사유에 해당하는 경우에는 적법한 이용으로 저작권 침해가 되지 않지만, 그렇지 않은 경우에는 원저작물의 저작권을 침해하는 것이 될 것이다. 다만 2차적 저작물 자체는 저작권법의 보호를 받게 된다.

한편, 원저작물과 실질적 유사성이 인정되지 않는 경우에는 새로운 독립 저작물이 되므로 비록 원저작물의 저작권자로부터 이용허락을 받지 않았다고 하더라도 아무런 저작권 침해가 되지 않는다.

본 논문에서는 세 번째 유형의 UGC에 초점을 맞추어 논의를 하기로 한다. 첫 번째 유형은 당연히 보호를 받게 되고 특별히 논의할 실익이 없고 두 번째 유형은 당연히 저작권 침해가 성립하므로 그러한 불법 복제물의 이용을 어떻게 막을 것인가에 대한 논의의 여지만 있을 뿐이다.

세 번째 유형의 UGC는 다른 사람의 저작물을 그 저작권자의 이용허락을 받지 않고 이용하여 만든 것이다. 이렇게 만들어진 UGC가 항상 원저작물의 저작권을 침해한다고 해석하게 된다면 UGC의 제작은 설 땅을 잃게 되고 UGC라는 새로운 문화산업은 크게 위축될 것이다.³⁶⁾ 사실 저작물의 창작과정에서 완전히 독창적인 아이디어만으로 이루어진 저작물은 매우 드물 것이다. 거의 언제나 기존의 저작물의 이용을 수반하기 마련이다. 그렇다면 이렇게 만들어진 저작물이 저작권을 침해한 것인지 그

36) 윤종수, “UCC 저작권의 차별적 취급과 보상체제”, 저스티스 통권 제106호, 한국법학원, 2008년 9월, 426면도 같은 취지.

렇지 않은지는 저작권 제한사유에 해당하는지에 관한 해석과 결부된다.

2. 저작권자의 권리와 그 침해

저작자는 저작물에 대한 저작재산권과 저작인격권을 갖는다. 저작권법 제16조에서 제22조의 규정에 의하면 저작재산권에는 복제권, 공연권, 공중송신권, 전시권, 배포권, 대여권, 2차적 저작물 작성권이 있고 저작권법 제11조에서 제13조의 규정에 의하면 저작인격권에는 공표권, 성명 표시권, 동일성유지권이 있다.

UGC를 제작하는 데 있어 문제가 되는 저작권에는 무엇이 있는지 저작재산권과 저작인격권의 순서대로 살펴보기로 한다.

(1) 저작재산권

UGC를 제작하여 UGC 사이트에 업로드하는 과정에서 저작재산권의 침해가 문제될 수 있는 것은 복제권, 2차적 저작물 작성권, 전송권이다. 원저작물과 그것을 이용하여 만든 UGC 사이에 실질적 유사성이 인정된다면 그 UGC는 창작성의 유무에 따라 원저작물의 복제물이 되거나 2차적 저작물이 된다. 즉, 원저작물과 UGC 사이에 실질적 유사성이 인정되는 반면에 새로운 창작성이 부가되지 않은 경우에 그 UGC는 원저작물의 복제물이 될 뿐이고 원저작권자의 이용허락을 받지 않은 이상 복제권 침해가 된다. 그리고 원저작물과 UGC 사이에 실질적 유사성이 인정되면서 동시에 새로운 창작성이 부가된 경우에 그 UGC는 2차적 저작물이 되지만 원저작권자의 이용허락을 받지 않은 이상 2차적 저작물 작성권 침해가 된다.

마지막으로 전송권이 문제되는데, 전송권은 공중송신권의 일종으로서 저작권을 침해하는 UGC를 UGC 사이트에 업로드하게 되면 전송권의 침해가 있게 되는 것이다.

(2) 저작인격권

UGC를 제작하면서 원저작물의 저작자의 성명을 표시하지 않은 경우에는 성명표시권이 문제가 되고, 원저작물의 내용, 형식 및 제호의 동일성을 변경하여 UGC를 제작한 경우에는 동일성유지권이 문제된다. 동일성유지권은 특히 2차적 저작물과 관련하여 문제가 될 수 있다. 왜냐하면 2차적 저작물은 원저작물을 변경하여 만들게 되는데 그 과정에서 원저작물의 동일성이 유지되지 않을 가능성이 높기 때문이다.

일반적으로 UGC는 이미 공표된 저작물을 이용하여 만드는 경우가 대부분이므로 공표권이 문제가 되는 경우는 그다지 많지 않을 것이다.

3. UGC 제작자의 항변

원저작물의 저작권자로부터 이용허락을 받지 않고 원저작물을 이용하면 저작재산권 제한사유에 해당하지 않는 한 저작권 침해가 성립한다. 따라서 UGC 제작자는 원저작물을 이용한 것이 저작재산권 제한사유에 해당한다는 항변을 통하여 저작권 침해의 위험을 모면할 수 있다. 저작권법은 제23조에서 제35조에 걸쳐 저작재산권 제한사유를 규정하고 있는데 UGC 제작과 관련하여 쟁점이 되는 조항은 저작권법 제30조의 사적 이용을 위한 복제와 저작권법 제28조의 공정인용이 된다.

한편, 미국 저작권법에서는 우리 저작권법과 달리 일반조항으로서의

공정이용이라는 저작권 제한사유가 규정되어 있다. 이러한 미국법상의 공정이용이 우리 저작권법의 해석에도 사용될 수 있는지 검토할 필요가 있을 것이다.

(1) 사적 이용을 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.³⁷⁾ UGC를 제작해서 업로드하는 과정을 살펴보면, 그 UGC의 제작 목적이 영리를 목적으로 하지 않는다고 하더라도 그 UGC를 UGC 사이트에 업로드를 하게 되면 공중이 그것을 이용할 수 있게 된다. 그렇다면 그 이용의 범위가 가정 및 이에 준하는 한정된 범위에 제한된다고 할 수 없게 되고 결국 사적 이용을 위한 복제가 되는 경우는 거의 존재하지 않을 것이다. 이러한 업로드는 전송 행위로 포섭이 되는데, 전송의 개념을 공중의 구성원에게 저작물의 이용을 제공한다는 개념요소를 이용하여 정의하는 이상,³⁸⁾ 사적 이용을 위한 복제는 해당 사항이 없게 될 것이다.

(2) 공정인용

저작권법 제28조는 ‘공표된 저작물의 인용’이라는 제목 아래 “공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 따라서

37) 저작권법 제30조 본문.

38) 저작권법 제2조 제10호 참조.

UGC의 내용을 검토한 결과 원저작물을 이용한 것이 공정한 인용에 해당하게 되면 저작권재산권 제한사유에 해당하게 되어 저작권 침해가 되지 않는다. 이 문제의 논의는 이하에서 자세히 논하기로 한다.

(3) 공정이용(fair use)

저작권법 제1조는 저작물의 ‘공정한 이용’을 도모함으로써 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지함을 목적으로 한다고 규정하고 있다. 여기서 ‘공정한 이용’을 명백히 표명하고 있는데 이러한 목적 조항을 근거로 하여 우리 저작권법에서도 저작권 행사의 내재적 한계로서 공정이용이라는 항변을 할 수 있는지 살펴보기로 한다.

한편, 미국법상의 공정이용의 법리를 우리 저작권법에 도입할 필요성이 있는지에 대하여도 검토하기로 한다.

II. 저작권자, UGC 제작자 및 온라인 서비스 제공자 사이의 법률관계

저작권법 제6장에서는 온라인 서비스 제공자의 책임 제한에 관하여 규정하고 있다. UGC 사이트는 대부분 온라인 서비스 제공자에 해당하는데, UGC 사이트에서 위법한 저작물의 복제, 전송이 이루어질 때 온라인 서비스 제공자는 일정한 요건을 만족할 때 책임이 제한된다는 내용을 규정하고 있다. 미국 저작권법의 면책조항과 비슷한 내용이다. 본 논문에서는 저작권법 제103조의 규정을 중심으로 저작권자와 이용자 사이의 관계를 살펴보기로 한다.

온라인 서비스 제공자의 서비스를 이용한 저작물 등의 복제·전송에 따라 저작권 또는 저작인접권이 침해됨을 주장하는 자(이하 “권리 주장자”

라 한다)는 그 사실을 소명하여 온라인 서비스 제공자에게 그 저작물 등의 복제·전송을 중단시킬 것을 요구할 수 있다. 온라인 서비스 제공자는 권리 주장자의 복제·전송의 중단 요구가 있는 경우에는 즉시 그 저작물 등의 복제·전송을 중단시키고 해당 저작물 등을 복제·전송하는 자(이하 “복제·전송자”라 한다) 및 권리 주장자에게 그 사실을 통보하여야 한다. 이 통보를 받은 복제·전송자가 자신의 복제·전송이 정당한 권리에 의한 것임을 소명하여 그 복제·전송의 재개를 요구하는 경우 온라인 서비스 제공자는 재개 요구 사실 및 재개 예정일을 권리 주장자에게 지체 없이 통보하고 그 예정일에 복제·전송을 재개시켜야 한다.

온라인 서비스 제공자가 수령인의 공지를 하고 권리 주장자 또는 복제·전송자의 요구에 따라 그 저작물 등의 복제·전송을 중단시키거나 재개시킨 경우에는 다른 사람에 의한 저작권 또는 저작인접권의 침해에 대한 온라인 서비스 제공자의 책임 및 복제·전송자에게 발생하는 손해에 대한 온라인 서비스 제공자의 책임을 감경 또는 면제할 수 있다.

정당한 권리 없이 저작물 등의 복제·전송의 중단이나 재개를 요구하는 자는 그로 인하여 발생하는 손해를 배상하여야 한다.

위에서 살펴본 것을 요약하면 다음과 같다.

이용자의 저작권 침해 행위(저작물 등의 복제·전송)에 대하여 저작권자는 온라인 서비스 제공자에게 복제·전송의 중단을 요구하면 그에 따라 온라인 서비스 제공자는 즉시 해당 게시물의 복제·전송을 중단하여야 한다. 이용자가 그러한 조치에 불복하면 다시 복제·전송을 재개해달라는 요구를 하게 되고 온라인 서비스 제공자는 그 적법성을 검토하여 다시 재개하게 된다. 이 절차는 저작권자와 이용자가 온라인 서비스 제공자를 매개로 서로 줄다리기를 하고 있는 형국인데, 자세히 들여다보게 되면 힘의 균형이 저작권자에게 치우치고 있다는 사실을 알게 된다. 그러한

자세한 분석과 그에 대한 대책은 이하에서 논의하기로 한다.

제3장 UGC 제작과 저작권 침해

제1절 침해되는 저작권

UGC를 제작하고 업로드하는 과정에서 기존의 저작물을 이용하였을 경우 원저작물에 대한 어떠한 저작권의 침해가 성립하는지 살펴보기로 한다.

먼저 타인의 저작물을 이용하여 UGC를 만드는 과정에서 그 저작물을 그대로 모방하면 복제권 침해가 되고 새로운 창작성을 가미하여 변경하면 2차적 저작물 작성권 침해가 된다. 2차적 저작물 작성과 관련하여 원저작물의 내용, 형식 및 제호를 변경하면 동일성유지권의 침해가 된다.

마지막으로 만들어진 UGC를 업로드하는 것은 전송권의 침해가 될 수 있다.

제2절 복제권

I. 복제의 개념

저작권법상 “복제”는 인쇄, 사진촬영, 복사, 녹음, 녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것을 말한다.³⁹⁾ 복제에는 인쇄, 사진촬영, 복사 등의 ‘가시적인 복제’뿐만 아니라 녹음, 녹화 등의 ‘재생 가능한 복제’가 포함되며, 유형물로 다시 제작되는 경우에도 ‘유형물에의 고정’이 수반되는 것이므로 저작권법상의 복제로 인정되기 위해서는 반드시 유형물에서 고정이 있어야 한다.⁴⁰⁾ 저작물을 인간

39) 저작권법 제2조 제22호.

이 감지할 수 있으면 그 유형물의 형태에는 제한이 없고 무형의 저작물이 유형물에 최초로 고정되는 경우뿐만 아니라 유형의 저작물이 유형물로 다시 제작되는 경우도 포함된다.⁴¹⁾ 복제는 저작물 이용의 가장 기본적인, 보편적 모습이며 유형물에 고정된다는 점에서 상연, 연주, 가창, 구연, 낭독, 상영, 재생 등의 무형의 방법으로 저작물을 이용하는 것과 다르다.⁴²⁾ 강학상 무형복제에 해당하는 저작물의 공연, 방송, 연주, 가창 등은 유형물에의 고정이 이루어지지 않으므로 복제의 개념에 포함되지 않는다.⁴³⁾

II. UGC 제작과 복제권 침해

UGC를 제작하는 과정에서 통상적으로 다른 사람의 저작물을 복제하는 행위가 이루어질 것이다. 따라서 UGC 제작은 복제권 침해로 이어질 가능성이 높다. 다만, UGC 동영상은 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 경우에는 사적 이용을 위한 복제에 해당하여 저작권 침해가 되지 않는다. 그러나 UGC를 공유 서비스 사이트에 업로드함으로써 공중이 그것을 이용할 수 있게 되면 사적 이용을 위한 복제에 해당하지 않으므로 복제권 침해가 되는 것이다.

우중현 사건에서 우중현의 딸이 손담비의 춤을 흉내 내며 “미쳤어”라는 노래를 부른 것은 타인의 음악저작물을 실연한 것에 불과하므로 그 자체는 복제에 해당하지 않지만, 그러한 실연을 비디오로 촬영함으로써 비디오의 저장장치에 그 음악저작물이 저장되는 것은 그 저작물이 유형

40) 오승중, 저작권법, 박영사, 2007, 285면.

41) 정상조, 저작권법 주해, 박영사, 2007, 141면 (박익환 집필 부분).

42) 하용득, 저작권법, 재단법인 법령편찬보급회, 1988, 153면.

43) 오승중, 전거서, 288면.

물에 고정되는 것이므로 음악저작물의 복제행위가 된다. 그리고 그 동영상
상을 NHN의 블로그 게시판에 업로드함으로써 공중의 이용에 제공하였
으므로 사적 이용을 위한 복제에 해당하지 않는다. 따라서 우중현이 타
인의 음악저작물을 실연하는 것을 비디오 촬영한 것만으로는 복제권 침
해가 되지 않는데, 그 동영상을 블로그에 업로드함으로써 복제권 침해가
된다고 할 수 있다.

사적 이용을 위한 복제에 해당하지 않기 때문에 다른 저작권재산권 제한
사유에 해당하지 않는 이상, 우중현의 행위는 복제권 침해가 될 것이다.

제3절 2차적 저작물 작성권

I. 2차적 저작물의 개념

2차적 저작물은 원저작물을 번역, 편곡, 변형, 각색, 영상제작 그 밖의
방법으로 작성한 창작물을 말한다.⁴⁴⁾ 예컨대 노래의 가사를 바꾸거나 멜
로디를 변경하면 2차적 저작물에 해당할 수 있다.

2차적 저작물은 원저작물을 이용할 것과 원저작물과 구별되는 새로운
창작성이 존재할 것을 그 두 요건으로 한다. 원저작물의 이용정도에 비
하여 창작성 부가정도가 훨씬 많아서 원저작물과 새 저작물 사이에 실질
적 유사성이 인정되지 않을 정도가 되면, 그 새 저작물은 원저작물의 2
차적 저작물이 아니라 독립된 저작물이 된다. 원저작물에 대한 변경의
정도가 커짐에 따라 순차적으로 원저작물의 복제(다소의 수정, 증감을
가한 것에 불과한 경우), 2차적 저작물의 작성(창작성을 부가한 경우),
새로운 저작물의 작성(원저작물과 실질적 유사성을 인정할 수 없을 정도

44) 저작권법 제5조 제1항.

로 많은 변경이 일어난 경우)으로 인정받게 된다.⁴⁵⁾

‘원저작물의 이용’과 ‘창작성의 부가’라는 두 가지 요소는 2차적 저작물의 이중적 성격에 그대로 반영된다. 우선 2차적 저작물은 원저작물에 대하여 종속성을 가지기 때문에 원저작권자의 동의 없이 원저작물을 이용하여 2차적 저작물을 만드는 경우에는 2차적 저작물 작성권의 침해를 구성하지만, 2차적 저작물은 원저작물에 별도의 창작성이 부가된 것이기 때문에 그 창작성의 범위 내에서는 원저작물과 별도로 독자적인 저작물로 보호된다.⁴⁶⁾ 따라서 제3자가 2차적 저작물을 무단으로 이용하는 경우에 2차적 저작물 작성자는 제3자에 대하여 저작권 침해를 주장할 수 있다.

원저작물을 이용하여 만든 UGC 동영상도 2차적 저작물로 인정된다면 원저작권자의 이용허락이 없는 경우 2차적 저작물 작성권을 침해한 것이 된다.

II. 2차적 저작물 작성권 침해의 기준

2차적 저작물 작성권 침해에 관하여서도 복제권 침해와 마찬가지로 ‘실질적 유사성’ 판단기준이 그대로 적용된다. 2차적 저작물은 ‘원저작물의 이용’과 ‘창작성의 부가’라는 두 가지 요소로 구성되는데, 그 중 ‘원저작물의 이용’이라는 측면에 있어서는 복제권 침해와 2차적 저작물 작성권 침해는 다를 것이 없다. 이용된 부분이 ‘원저작물’ 안에서 양적으로나 질적으로 차지하는 비중이 크다면 실질적 유사성이 인정된다. ‘창작성의 부가’라는 측면에 있어서 복제권 침해와 2차적 저작물 작성권 침해는 차

45) 권영준, 저작권 침해판단론 -실질적 유사성을 중심으로-, 박영사, 2007, 283~284면.

46) 권영준, 전거서, 284면.

이가 있다. 그러나 원저작물에서 이용한 부분에 새로운 부분을 추가하였다고 하여 실질적 유사성이 부정되는 것은 아니다. 그러므로 2차적 저작물도 원저작물과 사이에 실질적 유사성이 존재한다. 따라서 실질적 유사성의 법리는 2차적 저작물에도 그대로 적용된다.⁴⁷⁾

대법원은 2차적 저작물로 보호받기 위한 요건에 관하여 “2차적 저작물로 보호받으려면 원저작물을 기초로 하되 원저작물과 실질적 유사성을 유지하고, 이것에 사회통념상 새로운 저작물이 될 수 있을 정도의 수정·증감을 가하여 새로운 창작성이 부가되어야 하는 것이며, 원저작물에 다소의 수정·증감을 가한 데 불과하여 독창적인 저작물이라고 볼 수 없는 경우에는 저작권법의 보호를 받을 수 없다”라고 판시함으로써⁴⁸⁾ 원저작물과 2차적 저작물 사이에는 실질적 유사성 관계가 존재한다는 입장을 취하고 있다.⁴⁹⁾

이와 같이 원저작물과 실질적 유사성이 인정되는 한도 내에서만 2차적 저작물성을 인정한다는 법리는 2차적 저작물의 범위를 합리적으로 제한함으로써 적절한 저작권 보호범위 설정에 크게 기여한다. 타인의 저작물에 기초하여 자신의 창작성을 부가하는 창작행위는 매우 널리 퍼져 있는 창작관행이다. 이를 2차적 저작물 작성행위로 보게 되면 원저작자와의 관계에서 저작권 침해행위가 되는 것이고, 새로운 저작물 작성행위로 보게 되면 저작권 침해행위가 되지 않는다. 따라서 2차적 저작물의 범위가 지나치게 넓어지면 원저작물의 저작권자는 강하게 보호되는 반면 다른 창작자의 창작활동에 장애가 될 수 있고, 반대로 2차적 저작물의 범위가 지나치게 좁아지면 원저작물의 저작권자 보호가 소홀하다는 지적을 받을 수 있다. 이 때 실질적 유사성은 2차적 저작물의 범위를 합리적으로 설

47) 권영준, 전거서, 285~286면.

48) 대법원 2002. 1. 25. 선고 99도863 판결.

49) 권영준, 전거서, 286면.

정하는 도구로 기능한다.⁵⁰⁾

III. 2차적 저작물과 독립 저작물

UGC 제작 과정에서 기존의 저작물을 이용하면서 원저작자의 이용허락을 얻을 수 있다면 저작권 침해 문제는 일어나지 않게 된다. 그러나 많은 경우 원저작자가 이를 원하지 않거나 많은 이용료를 요구하여 원저작자의 이용허락을 얻기 어렵기 때문에 문제가 생기는 것이다. 그러므로 기존 저작물을 이용하여 UGC를 제작하는 입장에서는 가장 걸림돌이 되는 것이 2차적 저작물 작성권이라고 볼 수 있다.⁵¹⁾

원저작자가 동의하지 않음에도 불구하고 저작권을 침해하지 않고 UGC를 제작하려면 2차적 저작물이 되는 데 필요한 변경보다 더 많은 변경이 있어야 한다. 그리하여 독립된 창작물로서 인정받을 경우 저작권을 침해하지 않은 것으로 볼 수 있다. 그렇다면 2차적 저작물이 아니라 독립된 창작물이 되는 데 어느 정도의 변경이 필요할 것인가? 원저작물과 실질적 유사성을 인정할 수 없을 정도로 많은 변경이 일어난 경우에 2차적 저작물이 아니라 별개의 독립적인 저작물이 된다.

따라서 2차적 저작물과 독립 저작물의 경계는 실질적 유사성의 유무가 되는데 이러한 2차적 저작물과 관련한 실질적 유사성이 구체적으로 어떤 의미를 가지는 것인지, 기존 저작물에 적용하는 기준을 그대로 UGC에도 적용하는 것이 타당한 것인지 살펴보기로 한다.

독립 저작물이 되기 위한 변경의 정도가 구체적으로 어느 정도인지에 대하여 원저작물과 새로운 저작물이 서로 시장적 경쟁관계에 있는지 여부를 기준으로 판단할 수도 있다는 견해가 있다.⁵²⁾ 즉, UGC가 원저작물

50) 권영준, 전제서, 286~287면.

51) 이대회, “사용자제작콘텐츠의 저작권 관련 쟁점에 관한 연구”, 정보법학, 제11권 제1호, 2007, 71면.

과 시장적 경쟁관계에 있다면 2차적 저작물이 되고, 경쟁관계에 있지 않다면 독립 저작물이 된다는 것이다. 시장적 경쟁관계를 기준으로 독립 저작물 여부를 판단하는 것은 저작권 제도의 원칙과도 합치하는 것이라고 볼 수 있는데, 원저작물의 시장적 수요를 잠식하지 않기 때문에 원저작자에게 권리를 부여하지 않아도 불공평하지 않을 뿐 아니라, 시장에서의 경쟁관계가 없다는 것은 새롭게 만들어진 저작물이 전체적인 정보환경에 존재하지 않던 새로운 의미와 가치를 생산했다는 것을 의미할 수 있기 때문이다.⁵³⁾

그러나 새로운 저작물이 원저작물과 시장적 경쟁관계에 있지 않다고 해서 반드시 2차적 저작물이 아니라고 볼 수 있는 것은 아니다. 소설과 영화, 만화와 캐릭터 등 시장에서의 경쟁관계는 뚜렷이 나타나지 않지만 소설을 영화화하는 것이나 만화에서의 캐릭터를 이용한 인형을 제작하는 것 등은 2차적 저작물 작성권의 대표적인 예인 것이다. 따라서 시장적 경쟁관계의 유무는 UGC의 독립 저작물 여부를 판단하는 중요한 참고적 기준이 되기는 하지만 결정적인 조건이 되지는 않는다는 한계가 있다.⁵⁴⁾

이렇게 UGC에 독립 저작물과 2차적 저작물 개념을 적용하는 것에 대한 구체적인 기준은 아직 명확하게 정리되지 않았다.

종래의 2차적 저작물은 번역, 편곡, 극화물, 소설화물, 영화화물, 녹음, 미술복제, 편집 수정물, 주석물 등과 같이 주로 전문가나 전문기업에 의한 변경을 대상으로 하고 있는 경우가 많았기 때문에 대부분의 2차적 저작물이 전문적, 상업적인 차원에서 이루어졌으며, 관련되는 이해관계 역시 재정적으로 큰 것이었다. 사적인 차원에서 만들어지는 2차적 저작물은 별로 없었고, 개인이 2차적 저작물 작성의 주체가 되는 경우에도

52) 오승중, 전게서, 156면 참조.

53) 오승중, 전게서, 156~157면 참조.

54) 오승중, 전게서, 157면 참조.

예술, 엔터테인먼트, 학문 등의 분야에 전문성을 가진 개인들이었다. 그러다보니 원저작자와 2차적 저작물의 저작자 간에는 시장 또는 전문 분야에서의 경쟁관계가 성립하는 경우가 많았다고 볼 수 있다. 그렇기 때문에 원저작자의 동의 없이 2차적 저작물을 만드는 것은 대부분의 경우 원저작자의 이익을 해치고 시장의 질서를 왜곡하는 것이며, 원저작자에게 배타적인 2차적 저작물 작성권을 부여하더라도 결과적으로 창작의 의욕을 크게 꺾는 것은 아니라고 보았던 것이다.⁵⁵⁾

그러나 디지털 환경에서의 UGC 제작은 이전과는 다른 속성을 많이 가지고 있다. 편집기술의 발달로 자본과 전문성을 갖지 않은 개인들도 쉽게 창작성을 가미하여 새로운 저작물을 만들 수 있게 되었고, 이렇게 해서 만들어진 새로운 저작물들은 상업적인 의미를 갖지 않는 경우도 많으며 전문 분야에서 경쟁관계 또한 갖지 않는 경우가 많다. 수익을 낼 수 있는 잠재성도 천차만별이다. 그러므로 이러한 다양한 종류의 UGC 제작에 대해 2차적 저작물 작성권을 엄격히 적용하면, 원저작물이 시장성이나 전문 분야에서 갖는 위치에 영향을 미치지 않을 상황에서도 UGC 제작을 금지하는 경우가 발생할 수 있다. 따라서 2차적 저작물 작성권을 종래의 저작물에 적용하는 것과 똑같이 UGC에 적용하게 되면, 저작권법의 목적에 비추어 반드시 필요하지 않은 범위에서까지 UGC 창작을 위축시키게 될 우려가 있다.⁵⁶⁾

이러한 문제를 해결하기 위해 원저작자들이 2차적 저작물 작성에 대해 보다 허용적인 입장을 취해야 한다는 주장도 있으나,⁵⁷⁾ 이를 강제하기는

55) 우지숙, “UCC 창작물에 대한 저작권법 적용의 쟁점 및 미국 패러디 관련 판례의 시사점: 변형적 이용(transformative use) 개념의 도입을 제안함”, 계간 저작권, 2008년 가을호, 88면.

56) 우지숙, 전계 논문, 88면.

57) 김중태, “UCC 등을 둘러싼 저작권 문제와 해결방법”, issue inside, 한국인터넷진흥원, 2007. 2.

어렵다는 것이 그 한계이다. 그동안 여러 학자들은 이용허락제도 또는 이용허락 라이선스의 활성화를 통해 이용자가 합법적으로 저작물을 이용하도록 하는 것을 제안해 왔다.⁵⁸⁾ 정보 관련 국내 시민단체인 정보공유연대에서 만든 정보공유라이선스나 미국의 Lessig 교수가 주도하는 Creative Commons License(CCL)가 그 예인데, 권리자가 자신의 저작물에 대해 어떤 권리를 인정받기 원하는지를 쉽게 선택할 수 있도록 세부적으로 유형화한 라이선스 계약을 만든 것이다.⁵⁹⁾ 이러한 라이선스를 저작물에 표시하면 이용자는 별도의 절차 없이 저작자가 허용한 방식으로 저작물을 사용할 수 있기 때문에 원저작자 접촉에 드는 시간적, 재정적 비용을 절감하고 합법적인 저작물 이용을 통한 UGC의 제작을 독려할 수 있을 것이다.⁶⁰⁾ 특히 UGC와 관련해서 공영방송이 우선적으로 CCL을 도입해야 한다는 주장도 제기되었는데, 시청료가 주요한 재원인 KBS 1의 방송 프로그램은 저작권을 인정하지 않는 것이 적절하다는 측면에서 더욱 그렇다는 것이다.⁶¹⁾

그런데 이용허락라이선스는 디지털 환경에서 새로운 저작물 생산을 독려하기 위해서 큰 잠재력을 가진 방법이기도 하지만, 한편으로는 기본적으로 원저작자의 이해와 의지에 의존하는 방법이라는 점에서 한계를 가질 수밖에 없는 부분도 있다. 특히 패러디를 내용으로 하는 UGC를 만들기 위해서는 일반인들이 쉽게 인지하는 저작물을 이용해야 그 효과가 큰 경우가 많은데, 그러기 위해서는 엔터테인먼트 기업에서 상업적으로 만

58) 김중태, 전계 논문. 방석호, 디지털 시대의 미디어와 저작권, 커뮤니케이션 북스, 2007. 277~281면 윤종수, 전계서, 각주 13번.

59) 방석호, 전계서.

60) 정제호, “UCC 시대의 저작권: Creative Commons License”, SW Insight 정책리포트, SW 정책연구센터, KIPA, 2006. 9.

61) 이대회, “UCC 관련 저작권 쟁점”, UCC 가이드라인 컨퍼런스 발표문, 2007. 3. 21.

든 저작물을 활용해야 하는 경우가 많고 이들 기업에 CCL을 통한 허락을 기대하기는 어렵다.⁶²⁾ 가장 엄격한 CCL조차 저작물을 복제하고 유통하는 것을 허락하는 상황에서 저작물의 복제와 유통을 통제하는 비즈니스 모델에 의존하는 미디어 기업은 이를 받아들이기 어렵기 때문이다.⁶³⁾

IV. 학설과 검토

2차적 저작물 작성권의 적용은 기존 저작물을 사용하여 UGC를 창작하는 개인들에게 큰 법적 부담을 줄 수 있으므로, 2차적 저작물인지 독립 저작물인지를 구별하는 기준에 대한 논의는 중요한 의미를 지닌다.

앞에서 본 것처럼 원저작물과 새로운 저작물이 시장 경쟁관계에 있는 지 여부에 따라 2차적 저작물인지 독립 저작물인지를 판단하는 것은 유용한 기준이 될 수 있지만 그 한계가 있음을 보았다.

2차적 저작물과 독립 저작물의 한계를 설정하는 실질적 유사성에 대하여 시장경쟁성뿐만 아니라 원저작물을 이용한 정도 그리고 새로운 저작물의 창작성의 정도에 따라 판단하여야 한다는 학설이 있다.⁶⁴⁾ 이 학설에 의하면, 변경의 정도나 새로운 저작물의 창작성을 가늠하는 다양한 기준들을 적용하는 것이 2차적 저작물 작성권의 행사로 인해 창작성 있는 UGC 제작이 위축되지 않도록 하는 데 도움을 줄 수 있으며, 미국 저작권법에서도 공정이용 여부를 판단할 때 시장에 미치는 영향 또는 시장 대체성의 문제와 함께 원저작물 사용의 목적의 상업성 및 영리성 여부, 원저작물의 이용 정도 및 그 이용된 부분의 중요성 등을 함께 살피고 있

62) 우지숙, 전계 논문, 88~89면.

63) Tim Wu, Tolerated Use, 31 Colum. J. L. & Arts 617, 634 (2008).

64) 우지숙, 전계 논문, 89면 참조.

다는 것을 그 근거로 들고 있다.

위의 견해는 UGC를 특별히 차별적으로 취급하기 위하여 실질적 유사성을 좁게 봄으로써 2차적 저작물의 성립보다는 독립 저작물의 성립을 더 쉽게 인정함으로써 그 이용자의 권리를 강조하는 것으로 보이며, 그에 대한 근거로 미국법상의 공정이용 법리를 차용하고 있다.

그러나 2차적 저작물은 원저작물을 변경하여 만들어지는 것이고 그 변경이 실질적 유사성이 인정되지 않을 정도로 커지면 독립 저작물이 된다는 기존의 저작권법상의 법리를 UGC의 차별적 취급을 위하여 바꾸는 것은 타당하지 않다고 생각한다. 2차적 저작물이 원저작물을 창작성이 가미되도록 변경한 것이므로 2차적 저작물의 법리에서는 ‘변경’이라는 개념이 중요한 표지가 된다. 따라서 2차적 저작물을 넘어서는 독립 저작물도 결국은 변경의 정도에 따라 결정된다고 보는 것이 타당하다고 생각한다. 또한 실질적 유사성을 해석하는 데 공정이용 법리처럼 다양한 기준을 가지고 판단할 때에는, 경우에 따라서 변경의 정도가 얼마 되지 않아 2차적 저작물의 창작성이 인정되지 않을 경우에도 시장 대체성이 없거나 비영리적 목적이며 이용된 부분의 양과 질이 미미하다는 등의 이유로 독립 저작물이 된다는 판단을 하게 될 수도 있다. 그럴 경우에는 기존의 저작권 법리의 왜곡을 가져올 수 있고 혼란만 가중시킬 뿐이다. 오히려 이러한 해석론으로서가 아니라 저작권법의 개정을 통한 해결이 보다 근본적인 방법이라고 생각한다.

V. 우중현 사건과 2차적 저작물 작성권 침해

1. 2차적 저작물 해당 여부

먼저 우중현 사건에서 문제가 된 UGC 동영상의 2차적 저작물에 해당 하는지 보기로 한다.

앞에서도 보았던 것처럼 2차적 저작물이 되기 위해서는 원저작물의 이용과 창작성이 있어야 하는데, 여기에 반드시 필요한 것은 ‘변경’이다. 그것은 2차적 저작물이 원저작물을 ‘번역, 편곡, 변형, 각색, 영상제작 그 밖의 방법’으로 작성한 저작물이라고 정의한 것에서 명확히 알 수 있다. 그 정의에서 예시하고 있는 ‘번역’, ‘편곡’, ‘변형’, ‘각색’, ‘영상제작’의 공통점은 ‘변경’이라고 할 수 있다. 즉, 원저작물을 그대로 이용한 것은 2차적 저작물이 될 수 없고 단지 인용되거나 이용된 것에 불과하다.

우중현 사건에서 원고의 딸이 손담비의 춤을 흉내 내며 “미쳤어”라는 노래를 부른 것은 타인의 음악저작물을 실연한 것에 불과하고 음악저작물의 가사 또는 멜로디에 어떠한 변경을 가하지 않았으므로 이것은 2차적 저작물이 아니다.

2. 저작물성 여부와 저작권 침해

그렇다면 우중현 사건의 UGC 동영상은 그 자체가 저작물이 될 수는 있을 것인가? 결국 이 문제는 창작성의 문제로 돌아오게 된다. 2차적 저작물이 되기 위해서는 앞에서 보았던 것처럼 일반적인 저작물보다 창작성의 정도가 더 크다.

그러나 저작권법에 의하여 보호되는 저작물이기 위하여는 그 요건으로서 창작성이 요구되나 여기서 말하는 창작성이란 완전한 의미의 독창성을 말하는 것은 아니며 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있음을 의미할 뿐이어서 이러한 요건을 충족하기 위하여는 단지 저작물에 그 저

작자 나름대로의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있고 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있을 정도이면 충분하다.⁶⁵⁾

우종현 사건의 UGC 동영상은 우종현의 어린 딸이 의자를 이용하여 섹시하게 춤을 추면서 “미쳤어”라는 노래를 부르는 손담비를 흥내 내는 것은 독창적이지는 않지만 남의 것을 단순히 모방한 것은 아니고 저작자의 나름대로의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있다고 할 수 있다. 특히 어린 아이가 성년의 몸짓과 노래를 흥내 내는 것을 내용으로 하는 UGC는 충분히 창작성이 있는 저작물이라고 평가될 수 있다.

결론적으로 우종현 사건의 UGC는 2차적 저작물은 아니지만 그 자체가 저작물이 된다고 할 수 있다. 그리고 그 UGC는 타인의 음악저작물을 허락 없이 이용하였으므로 저작권 침해가 되는데, 침해되는 저작권은 앞에서 본 복제권이며, 뒤에서 보게 될 전송권이 될 것이다.

VI. 2차적 저작물 작성과 동일성유지권

저작자는 그의 저작물의 내용, 형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리를 가진다.⁶⁶⁾ 이러한 동일성유지권은 저작인격권의 하나로 인정되는 것인데, 저작자의 일신에 속하는 것으로서 타인에게 양도나 상속을 할 수 없고 저작자의 사망과 동시에 소멸되는 것이 원칙이다. 저작물이란 저작자의 사상과 감정을 표현한 것이고 그의 인격이 포함되어 있는 것이라는 점에서 저작재산권과는 별개로 저작자의 동의 없이 저작물을 변경, 삭제하지 못하도록 하는 것이다.

기존의 저작물을 사용하여 새로운 저작물을 만들어 냈을 때 원저

65) 대법원 1995. 11. 14. 선고 94도2238 판결 참조.

66) 저작권법 제13조 제1항.

작자로부터 2차적 저작물 작성에 대한 동의를 받았다면, 2차적 저작물 작성에 수반되는 내용의 변경에 대해서는 원저작자의 동의를 받은 것으로 간주할 수 있다. 학설은 원저작물의 본질을 변경하는 경우에는 이에 대한 동의를 받을 필요가 있다고 보고 있다.⁶⁷⁾ 그러나 본질적인 변경이 일어남으로 해서 원저작물과 실질적 유사성이 인정되지 않는 새로운 저작물이 만들어지는 경우에는 독립된 저작물로 인정되어 동일성유지권 침해의 문제도 사라지게 된다. 그러므로 동일성유지권의 침해는 주로 2차적 저작물 작성에 대한 동의를 받지 않은 경우에 문제가 된다.

동의 없이 원저작물을 이용하여 새로운 저작물을 만들었을 경우 2차적 저작물 작성권의 침해와 동일성유지권의 침해가 별도로 성립할 수 있는가에 대해서는 논란이 있다. 현재의 저작권법이 저작재산권과 저작인격권을 독립적으로 보호하는 구조를 갖고 있으며 저작재산권의 제한 규정은 저작인격권에 영향을 미치는 것으로 해석되어서는 아니 되므로,⁶⁸⁾ 동일성유지권이 별도로 성립한다고 보는 견해가 타당하다.⁶⁹⁾ 따라서 UGC 제작자가 저작자의 동의를 받지 않고 UGC 저작물을 만들기 위해 원저작물의 내용을 변경한 경우 2차적 저작물 작성권뿐만 아니라 동일성유지권까지 침해한 것으로 볼 수 있다.

동일성유지권이 침해되기 위해서는 저작물의 내용, 형식 또는 제호에 변경이 이루어지고, 이로 인하여 원저작물에 손상이 가해져야 하는 동시에 저작물의 변경 후에도 원저작물의 특성이 직접적으로 감지될 수 있어야 한다.⁷⁰⁾ 변경의 정도에 따라 저작권 침해 여부가 결정되는데, 단순한 오자나 탈자를 수정한 것은 동일성유지권의 침해가 되지 않으며, 변경의

67) 오승중, 전계서, 374면.

68) 저작권법 제38조.

69) 오승중, 전계서, 374면도 동지.

70) 오승중, 전계서, 371면.

정도가 지나치게 크면 원작과는 별개의 독립된 저작물이 되어 동일성유지권 침해는 성립하지 않는다.⁷¹⁾ 즉, 변경의 정도가 일정한 한도를 넘어서 원래의 형태를 알아볼 수 없을 정도가 되었을 경우에는 동일성유지권을 침해한 것으로 볼 수 없고, 이러한 측면에서 2차적 저작물이 아닌 독립 저작물로 인정될 경우 저작권 침해로 보지 않는다는 저작재산권에서의 법리와도 연결이 된다.⁷²⁾

제4절 전송권

1. 전송의 개념

“공중송신”은 저작물, 실연·음반·방송 또는 데이터베이스(이하 “저작물 등”이라 한다)를 공중이 수신하거나 접근하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것을 말한다.⁷³⁾

그리고 “전송”은 공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물 등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함한다.⁷⁴⁾ 따라서 전송은 공중송신의 한 유형으로 파악된다.

한편, 저작자는 그의 저작물을 공중송신할 권리를 가진다.⁷⁵⁾ 따라서 저작권자는 공중송신권을 갖게 되고 공중송신권의 내용 중 하나인 전송

71) 오승중, 전게서, 371면.

72) 우지숙, 전계 논문, 90면.

73) 저작권법 제2조 제7호.

74) 저작권법 제2조 제10호.

75) 저작권법 제18조.

권도 갖게 된다.

UGC 동영상을 UGC 사이트에 업로드하게 되면 공중의 구성원은 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 인터넷을 통하여 그 UGC에 접근할 수 있다. 따라서 UGC를 업로드하는 것은 법적으로는 전송하는 것이 된다.

2. 우중현 사건과 전송권 침해

타인의 음악저작물을 실연한 내용을 담은 동영상을 업로드한 것은 타인의 음악저작물을 동의 없이 전송한 것으로 볼 수 있고, 바로 저작권자의 전송권을 침해한 것이다. 또한 이러한 전송행위를 하였기 때문에 사적 이용을 위한 복제가 되지 않아 복제권도 침해하게 된다.

결국 우중현 사건의 UGC는 음악저작물 저작권자의 복제권과 전송권을 침해한 것이다. 이러한 저작권 침해로부터 벗어나기 위해서는 저작권 제한사유에 해당하여야 하는데 이하의 논의에서 자세히 살펴보기로 한다.

제4장 UGC 제작과 저작권 제한사유

제1절 공정인용(저작권법 제28조)

I. 의의⁷⁶⁾

공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다. ‘인용’이란 자기의 논문 중에 자기가 주장하는 학설을 뒷받침하기 위하여 타인의 논문 일부를 빌려 온다든가, 소설 작품 속에 타인의 시문(詩文) 등을 이용하는 것과 같이 자기의 저작물 중에 타인의 저작물을 이용하는 것을 말한다. 원래 인용은 타인의 저작물을 복제하는 것과 다름이 없어 원저작물의 저작권 재산권에 대한 침해가 될 것이지만 새로운 문화발전을 위하여 필요 불가결한 것이므로 공익과의 조화라는 관점에서 자유로운 이용을 허락하는 것이다.⁷⁷⁾

여기서 ‘인용(引用)’이라고 하는 것은 타인이 자신의 사상이나 감정을 표현한 저작물을 그 표현 그대로 끌어다 쓰는 것을 말한다. 인용을 하면서 약간의 수정이나 변경을 하였다 하더라도 인용되는 저작물의 기본적인 동일성에 변함이 없고 그 표현의 본질적 특성을 그대로 감지할 수 있다면 역시 인용이라고 보아야 할 것이다. 저작권법 제28조의 인용 규정이 적용되는 것은 타인의 저작물의 ‘표현’을 인용한 경우이다. 타인의 ‘사상’이나 ‘감정’ 그 자체는 저작권법의 보호를 받지 못하는 아이디어에 해당하므로 저작자가 독점·배타권을 행사할 수 없고 누구라도 자유로이 이용

76) 오승중, 전게서, 590~591면 참조.

77) 하용득, 전게서, 184면.

할 수 있는 것이기 때문이다. 따라서 타인의 저작물을 보고 거기에 나타난 사상과 감정을 소화하여 자신의 표현으로 나타내었다면 이는 인용이 아니라 독자적인 저작이라고 할 것이다.

II. 판례

저작권법 제28조의 공정인용에 관한 판례들을 살펴보고 우리 법원이 공정인용을 어떻게 운용하는지 검토하기로 한다.

1. 대법원 1990. 10. 23. 선고 90다카8845 판결

저작권법 제25조 소정의 보도, 비평 등을 위한 인용의 요건 중 하나인 “정당한 범위”에 들기 위하여서는 그 표현 형식상 피인용저작물이 보족, 부연예증, 참고자료 등으로 이용되어 인용저작물에 대하여 부종적 성질을 가지는 관계(즉, 인용저작물이 주이고, 피인용저작물이 종인 관계)에 있다고 인정되어야 할 것이다.

원심판결은 피고들의 발행잡지에 위 사진들을 게재함에 있어 그 방법과 범위가 보도, 비평의 인용에 있어서 정당한 범위이거나 공정한 관행에 합치되게 게재하였다고 보기 어렵다고 판단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 이 사건 기사 중 사진부분을 제외한 해설기사는 “직장인” 및 “뷰티라이프”의 해당 2면 중 3분의 1 정도에 그치고 그것도 대부분이 위 “플래쉬”지의 해설을 그대로 번역한 것인바, 이 사실과 위에서 본 이 사건 게재사진들의 성상, 크기, 배치 등을 종합해 보면 이 사건 인용저작물이 종이고, 피인용저작물이 주의 관계에 있다고 보여져 피고들의 이 사건 저작물의 인용은 보도, 비평 등을 위한 정당한 범위에 합치되지 않

는다.

2. 서울고법 1996. 7. 12. 선고 95나41279 판결 : 확정

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 표현 형식이나 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 아니 되는 등 인용이 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되어야 한다는 제한이 있다 할 것이다.

... (중략) ...

이 사건 침해저작물이 대학입시 준비를 하는 학생들을 위하여 소설감상 능력을 키워주기 위한 목적으로 우리나라의 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 실고는 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 있는 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. 대법원 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결

논지는, 피고인 2 주식회사의 대표이사인 피고인 1이 ‘95대학별고사국

어’란 제목의 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 인용저작물은 대학진학지도라는 교육목적을 위한 것이고 또 위 문제집에서 차지하는 위 각 대학의 본고사 문제의 비율이 국어 9.7%, 논술 2.8%, 영어 6.9%, 수학 I 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 교육 목적을 위한 이용은 비영리적 교육 목적을 위한 이용의 경우에 비하여 자유이용이 허용되는 범위가 상당히 좁아진다고 볼 것이다.

이 사건에서 보건대, 피고인 1은 대학입시용 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 위 대학입시용 문제집에 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 누구도 대학입시문제에 관하여 저작권을 주장한 바 없었다고 하여 결론이 달라진다고 할 수도 없다. 논지는 모두 이유가 없다.

4. 대법원 1998. 7. 10. 선고 97다34839 판결

1. 저작권법 제25조는 공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다고 규정하고 있는바, 위 규정에 해당하기 위하여는 그 인용의 목적이 보도·비평·교육·연구에 한정된다고 볼 것은 아니지만, 인용의 정당한 범위는 인용저작물의 표현 형식상 피인용저작물이 보족, 부연, 예증, 참고자료 등으로 이용되어 인용저작물에 대하여 부종적 성질을 가지는 관계(즉, 인용저작물이 주이고, 피인용저작물이 종인 관계)에 있다고 인정되어야 하고, 나아가 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.

또한 저작권의 보호대상은 학문과 예술에 관하여 사람의 정신적 노력에 의하여 얻어진 사상 또는 감정을 말, 문자, 음, 색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현 형식이고, 표현되어 있는 내용, 즉 아이디어나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체는 설사 그것이 독창성, 신규성이 있다 하더라도 원칙적으로 저작권의 보호대상이 되지 아니하나, 소설의 줄거리의 경우에는 저작자의 창작성이 나타난 구체적인 부분은 표현 형식으로서 보호받는 부분도 있다 할 것이며, 한편 어떤 저작물이 기존의 저작물을 다소 이용하였다라도 기존의 저작물과 실질적인 유사성이 없는 별개의 독립적인 신저작물이 되었다면, 이는 창작으로서 기존의 저작물의 저작권을 침해한 것이 되지 아니한다 할 것이다.

2. 원심판결 이유에 의하면, 원심은, 이 사건 소설 중 원심판결 첨부 별지 비교표 1-1 내지 1-4의 우측란 기재부분(이하 이 사건 제1 이용 부분이라 한다)은 핵물리학자 이휘소 중 같은 표 좌측란 기재부분에서의 표현 형식을 그대로 옮겨 온 것이므로, 이 사건 제1 이용부분에 관한 한 피신청인들이 신청인의 저작권을 일응 침해하였다고 할 것이나, 저작권법 제25조 소정의 인용의 목적인 보도, 비평, 교육, 연구는 예시적 규정으로서 그 밖에 예증, 해설, 보충, 강조를 위한 인용도 가능하다 할 것이고, 위 규정 소정의 정당한 범위에 속하기 위하여는 그 표현 형식상 피인용저작물이 보충, 부연, 예증, 참고자료 등으로 이용되어 인용저작물에 대하여 부종적 성질을 가지는 관계(즉, 인용저작물이 주이고, 피인용저작물이 종인 관계)에 있다고 인정되어야 하며, 소설 중에 설정된 상황을 설명하기 위하여 타인의 저작물 등의 자료를 인용함에 있어, 그 출처를 명시하는 등 적절한 방법으로 피인용부분을 자신의 창작부분과 구별될 수 있도록 하고 피인용저작물을 지나치게 많이 인용하지 아니하며 또 그 인용으로 말미암아 원저작물에 대한 시장수요를 대체할 수 있는 정도에

이르지 않는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 인용행위는 공정한 관행에도 합치된다 할 것인데, 이 사건 제1 이용부분은 이 사건 소설 총 854면 중 10면 정도로서 극히 일부일 뿐만 아니라, 소설 구성상의 필요, 즉 핵무기개발을 둘러싼 이용후와 박정희의 연결고리를 당시의 시대 상황에 부합하고 그럴듯하게 맞추기 위하여 원문의 동일성을 해하지 않은 채 거의 그대로 인용하였으며, 피인용부분과 창작부분 사이에 행을 비우고 각 인용부분 말미에 (위의 내용은 공◇하 편저, 도서출판 뿌리에서 출간한 「핵물리학자 이휘소」에서 인용함) 또는 (박정희 대통령의 편지와 이 박사의 일기는 도서출판 뿌리에서 펴낸 공◇하 편저, 「핵물리학자 이휘소」에서 인용한 것임을 밝힙니다)라는 인용문구를 명시함으로써 이 사건 소설의 독자들로 하여금 그 부분의 출전을 쉽게 알 수 있게 하였고 {위와 같이 인용구를 명시하였으므로 뒤에서 다시 그 중 일부를 인용하면서도 위와 같은 인용구를 거듭 기재하지 않고 < > 속에 그 인용부분을 기재하여 자신의 창작부분과 구별하였다, 한편 핵물리학자 이휘소는 1992. 7. 10. 제5판 이후 절판되어 이 사건 제1 이용부분으로 인하여 그 시장수요가 침해될 가능성이 거의 없었으므로, 이 사건 제1 이용부분은 그 표현 형식상 이 사건 소설의 보족, 부연, 예증, 참고자료 등으로 이용되어 부종적 성질을 가지는 관계에 있고 원저작물의 시장수요를 대체할 정도에 이르지 아니하였으며 또한 창작부분과의 구별을 가능하게 함과 아울러 인용 출처를 밝힌 점에서 저작권법 제25조 소정의 공표된 저작물의 인용에 해당하므로 저작권침해행위가 면책된다 할 것이고, ... (후략)

...

5. 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 판결

저작권법 제25조는 공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다고 규정하고 있는데, 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것인지 여부는 인용의 목적, 저작물의 성질, 인용된 내용과 분량, 피인용 저작물을 수록한 방법과 형태, 독자의 일반적 관념, 원저작물에 대한 수요를 대체하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

원심은, 그 채용 증거들을 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고인 2 주식회사(이하 '피고인 회사'라 한다)의 검색사이트에 썸네일 이미지의 형태로 게시된 공소외인의 사진작품들은 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 제공하는 데 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 2.5cm 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 열화현상으로 작품으로서의 사진을 감상하기는 어려운 만큼 피고인 회사 등이 저작물인 공소외인의 사진을 그 본질적인 면에서 사용한 것으로는 보기 어려운 점, 피

고인 회사의 검색사이트의 이 사건 썸네일 이미지에 기재된 주소를 통하여 박범용의 홈페이지를 거쳐 공소외인의 홈페이지로 순차 링크됨으로써 이용자들을 결국 공소외인의 홈페이지로 끌어들이게 되는 만큼 피고인 회사가 공소외인의 사진을 이미지 검색에 제공하기 위하여 압축된 크기의 이미지로 게시한 것이 공소외인의 작품사진에 대한 수요를 대체한다거나 공소외인의 사진저작물에 대한 저작권 침해의 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 공소외인의 허락을 받지 아니하고 공소외인의 사진작품을 이미지 검색의 이미지로 사용하였다고 하더라도 이러한 사용은 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 사용한 것으로 봄이 상당하다

6. 서울남부지법 2008. 6. 5. 선고 2007가합18479 판결 : 확정

1) 인정 사실

가. 당사자의 지위

(1) 극동홍업의 대표 소외 1은 1967년 영화 “대피수 용가리”(이하 ‘이 사건 영화’라고 일컫는다)를 제작하였다. 소외 1이 2003. 5. 29. 사망한 후 원고는 이 사건 영화의 저작권을 상속하였다.

(2) 피고 주식회사 에스비에스(이하 ‘피고 에스비에스’라고 일컫는다)는 방송사업 및 문화서비스업 등을 목적으로 한 방송사업자이고, 피고 2는 피고 에스비에스가 방영하는 “신동엽의 있다! 없다!” 프로그램(이하

‘이 사건 프로그램’이라고 일컫는다)의 담당 프로듀서이다.

나. 이 사건 영화의 인용·방영

(1) 피고들은 2007. 3. 23. 18:50경 이 사건 프로그램 중 스타의 숨은 이야기를 발굴하는 코너인 ‘스타 UCC’ 편에서 연기자 이순재가 이 사건 영화에 출연한 사실이 있는지를 확인하는 내용을 방송하였다. 그 과정에서 피고들은 원고의 허락 없이 이 사건 영화 중 일부 장면을 3분 정도 방영하였다.

(2) 피고 에스비에스는 그 무렵 자신의 인터넷 홈페이지(www.sbs.co.kr)를 통하여 유료로 이 사건 프로그램을 방송하다가, 원고의 항의를 받고 중단하였다.

2) 판단

가. 피고들의 손해배상책임

위 인정 사실에 의하면 소외 1이 제작한 저작물인 이 사건 영화에 대한 저작권은 그 상속인인 원고에게 있고, 피고들은 원고의 허락 없이 이 사건 영화를 무단으로 방송함으로써 원고의 저작권을 침해하였으므로, 원고에게 이로 인한 손해를 배상할 책임이 있다.

나. 피고들의 항변

피고들은 이 사건 영화를 일부 인용하여 방영한 것은 저작권법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 저작권법’이라고 일컫는다) 제28조에 정해진 공정이용에 해당한다고 항변을 한다.

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.

살피건대 피고들이 이 사건 프로그램에서 이 사건 영화를 일부 인용한 것이 시청자들에게 정보와 재미를 주기 위한 목적이었다고 하더라도 그 인용의 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.

III. 요건

위에서 살펴본 판례를 통하여 공정이용의 요건을 자세히 분설하기로 한다.

1. 인용의 대상 - 공표된 저작물

인용할 수 있는 것은 공표된 저작물에 한하며 공표된 저작물이라면 저작물의 종류에 관계없이 공정이용의 대상이 된다. 공표되지 않은 저작물을 인용한다면 본 요건에 부합하지 않을 뿐만 아니라 저작권권 중 공표권을 침해하는 것이 될 수 있다.

2. 인용의 목적 - 보도·비평·교육·연구 등

저작권법 제28조에서 ‘보도·비평·교육·연구 「등」’이라고 하고 있으므로 이는 제한적 규정이 아니라 예시적 규정이다.⁷⁸⁾ 따라서 보도, 비평, 교육, 연구의 목적뿐만 아니라 친목, 오락 등의 목적을 위하여도 인용을 할 수 있다. 대법원 판례는 인용의 목적인 보도, 비평, 교육, 연구는 예시적 규정으로서 그 밖에 예증, 해설, 보충, 강조를 위한 인용도 가능하다고 판시하고 있다.⁷⁹⁾ 이에 대해서 다음과 같은 반대견해가 있다.⁸⁰⁾

베른 협약은 저작권 제한사유 중 하나를 “적법하게 공중에게 제공된 저작물의 인용은 공정한 관행에 합치되고 목적상 정당한 범위 내에서 행하여질 경우에는 해당 권리자의 허락 없이 이를 이용할 수 있다.”라고 규정하고 있다.⁸¹⁾ 그런데 우리 저작권법에서는 인용의 목적을 보도·비평·교육·연구 등으로 명시적으로 규정하고 있다. 인용의 목적을 이렇게 한정된 것은 저작에 소요되는 시간과 노력을 절약하기 위해서 타인의 저작물 이용을 허락하는 것이 아니라 공공적이고 사회적인 이익을 위해 인용을 허락하는 것이기 때문이며, 그렇다면 UGC 제작의 경우 다른 목적들을 포괄하여 해석한다고 하더라도 타인의 저작물을 인용하여 제작한

78) 오승중, 전게서, 591면.

79) 대법원 1998. 7. 10. 선고 97다34839 판결.

80) 우지숙, 전계 논문, 92면 참조.

81) Berne Convention Article 10 Certain Free Uses of Works: Quotations

(1) It shall be permissible to make quotations from a work which has already been lawfully made available to the public, provided that their making is compatible with fair practice, and their extent does not exceed that justified by the purpose, including quotations from newspaper articles and periodicals in the form of press summaries.

UGC가 사회적 가치를 가지고 있는가 하는 점에 초점을 두게 될 가능성이 높다.⁸²⁾ 저작물의 사회적 가치를 평가하는 것은 쉬운 일이 아니지만, 지금까지의 사회적 분위기나 법원의 입장 등을 고려해 보면 유머나 재미를 위해 만들어진 UGC에 대해 사회적 가치를 인정해 주리라고 기대하기가 어려워 결국 제28조에서 명시하고 있는 보도, 비평, 교육, 연구의 목적을 벗어나는 종류의 저작물에 대해 인용을 허용하기는 어렵게 될 것이다.⁸³⁾

그러나 위의 반대견해에서 목적 조항의 해석을 ‘사회적 가치를 가지는지 여부’라는 기준을 가지고 설명하는 것은 타당하지 않다고 생각한다. 우선 저작권법 제28조에서 규정하고 있는 보도, 비평, 교육, 연구를 목적으로 하는 저작물이라고 하더라도 반드시 사회적 가치를 가지거나 그에 기여하는 것만 있는 것은 아니다. 또한 ‘사회적 가치’라는 말의 의미도 반드시 분명한 것은 아니다. 그리고 위의 네 가지 목적에 포함되는 경우에도 아래에서 보는 것처럼 영리나 상업적 목적이라면 공정인용으로 평가되지 않을 수 있다. 오히려 규정 자체에서 분명히 하고 있듯이 보도·비평·교육·연구 ‘등’이라는 표현과 같이 네 가지 목적 이외의 목적을 위해서도 공정인용이 적용될 수 있다고 보는 것이 타당하다. 앞에서 살펴본 다른 사진저작물의 축소 이미지를 게시하고 링크를 통하여 원저작물의 위치를 연결한 대법원 판례⁸⁴⁾의 사안에서도 보는 것처럼 사진저작물의 축소 이미지를 게시하고 링크하는 것은 보도, 비평, 교육, 연구의 네 가지 목적에 포섭되기 어렵다는 것을 쉽게 알 수 있다. 하지만 이 사안에서 대법원은 공정인용을 인정하고 있는 것이다. 또한 명시적으로 예시적 규정이라고 판시하고 있는 대법원 1998. 7. 10. 선고 97다34839 판결

82) 우지숙, 전계 논문, 92면.

83) 우지숙, 전계 논문, 92면.

84) 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 판결 참조.

에서도 소설 속에 다른 책의 내용이 인용되는데, 소설을 쓰는 목적을 보도·비평·교육·연구를 위한 것이라고 보기는 힘들 것이다.

단순히 저작에 소요되는 시간과 노력을 절약하기 위하여 타인의 저작물을 이용하거나 자신의 저작물을 아름답게 꾸며서 독자의 호기심을 자극하기 위한 장식용으로 타인의 저작물을 표지 등에 이용하거나 대중에게 잘 알려진 타인의 저작물을 이용하여 자신의 저작물의 상품가치를 높이려는 것 따위는 본조가 허용하는 인용의 목적이라고 할 수 없다.⁸⁵⁾

한편, 영리를 목적으로 하는 경우에도 공정인용이 될 수 있는지 여부에 대한 문제가 있다. 영리를 목적으로 하는 상품 광고에 타인의 저작물을 이용하는 것은 공정한 인용이 되지 않는다는 견해⁸⁶⁾와 저작권자의 허락 없이도 인용을 허용하는 것은 타인의 저작물을 인용할 사회적 필요성이 높기 때문이므로 상업적인 목적을 위한 저작물 이용은 아예 인용이라 할 수 없다는 견해⁸⁷⁾가 있다.

대법원 판례⁸⁸⁾는 반드시 비영리적인 이용이어야만 교육을 위한 것으로 인정될 수 있는 것은 아니라 할 것이지만, 영리적인 교육 목적을 위한 이용은 비영리적 교육 목적을 위한 이용의 경우에 비하여 자유이용이 허용되는 범위가 상당히 좁아진다고 판시함으로써 영리적인 교육 목적을 위한 경우에 공정인용이 될 수 있는 여지를 남겨두고 있다. 이러한 태도는 뒤에서 살펴볼 미국 판례의 공정이용에 대한 해석과 일맥상통한다.

판례와 통설의 견해와 같이 목적 조항은 예시적 규정에 해당하기 때문에 대부분의 UGC가 그런 것처럼 재미와 오락 등의 목적을 위하여 인

85) 오승중, 전거서, 592면.

86) 이형하, “저작권법상의 자유이용”, 지적소유권에 관한 제문제 (하), 재판자료 제57집, 법원행정처, 1992, 354면 참조.

87) 이대회, “사용자제작콘텐츠의 저작권 관련 쟁점에 관한 연구”, 정보법학, 제11권 제1호, 2007, 255면.

88) 대법원 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결.

용을 하는 것도 다른 요건들을 만족한다면 가능하다고 보아야 할 것이다.

3. 인용의 방법 - 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용

정당한 범위 안에서 인용한 것인지 여부는 인용되는 분량과 내용, 저작물의 형태, 이용 목적 등에 따라 개별적으로 판단하여야 한다.⁸⁹⁾

대법원 판례는 이 요건과 관련하여 ‘주종관계’라는 기준을 내세우고 있다. 주종관계란 이용자의 저작물(인용저작물) 중에서 원저작물(피인용 저작물)이 분명하게 구별되어 인식될 수 있어야 하고 양 저작물 사이에 전자가 주된 것이고 후자가 이에 종속되는 관계를 의미한다.⁹⁰⁾ 이러한 주종관계를 판단함에 있어서는 각 저작물의 분량도 참작하여야 하지만 그 보다는 오히려 질적인 측면을 중심으로 주종관계를 판단하여야 할 것이다.⁹¹⁾ 자신이 저작한 부분의 분량이 인용된 부분보다 많다고 하더라도 그 내용면에서는 피인용부분이 월등한 가치를 가질 수 있는 것이다. 인용저작물이 주가 되려면 피인용부분을 제외하더라도 저작물로서의 독자적인 존재의의를 가지는 창작부분이 존재하여야 한다. 피인용저작물이 종된 관계에 있다고 하는 것은 피인용부분만으로는 독자적인 존재의의를 갖지 못하고 오히려 인용저작물과 연관이 될 때에 비로소 그 존재이유를 갖게 된다는 것을 의미한다.⁹²⁾

대법원 판례의 표현에 의하면, 표현 형식상 피인용저작물이 보족, 부연, 예증, 참고자료 등으로 이용되어 인용저작물에 대하여 부종적(附從

89) 오승중, 전게서, 592~593면.

90) 오승중, 전게서 593면.

91) 이해완, 저작권법, 박영사, 2007년, 373면.

92) 이형하, 전계 논문 366면 참조.

的) 성질을 가지는 관계에 있다고 인정되어야 한다.⁹³⁾

또한 ‘정당한 범위 안’인지 여부를 가림에 있어서 ‘시장 수요의 대체 가능성’이 실질적으로 매우 중요한 판단기준이 된다.⁹⁴⁾ 인용의 정도에 있어서도 피인용저작물을 지나치게 많이 인용하거나 전부 인용하여 원저작물에 대한 시장수요를 대체할 수 있는 정도가 되어서는 아니 된다.⁹⁵⁾ 판례⁹⁶⁾도 저작권법 제25조는 공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다고 규정하고 있는데, 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것인지 여부는 인용의 목적, 저작물의 성질, 인용된 내용과 분량, 피인용저작물을 수록한 방법과 형태, 독자의 일반적 관념, 원저작물에 대한 수요를 대체하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 판시함으로써 시장 수요의 대체 가능성을 고려하여야 한다고 하였다.

4. 이용행위 - 인용(引用)

국립연구원의 표준국어대사전에 의하면, ‘인용(引用)’은 ‘남의 말이나 글을 자신의 말이나 글 속에 넣어 씀’이라고 정의되어 있다. 이 정의에 의하면 인용은 마치 저작권의 제한사유로서 자유이용을 할 수 있는 저작물이 어문저작물에 한정될 것으로 보인다. 그러나 법적으로는 사전적 의미를 넘어서서 어문저작물 이외의 저작물에도 인용이라는 개념은 적용될 수 있다는 견해가 지배적이다.⁹⁷⁾ 따라서 인용되는 저작물은 어문저작물

93) 대법원 1990. 10. 23. 선고 90다카8845 판결 참조.

94) 이해완, 전제서, 374면.

95) 대법원 1998. 7. 10. 선고 97다34839 판결.

96) 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 판결.

만 가능한 것이 아니라 음악, 영화, 라디오, TV 프로그램 등의 저작물도 가능하다. 그러나 어문저작물 이외의 저작물에서는 인용의 방법을 이용하기에 실제상의 어려움이 따르기 때문에 그 활용범위가 협소할 수밖에 없다.⁹⁸⁾

저작권 제한사유가 되는 여러 가지 행위 유형들이 각 규정에 따라 정해져 있는데, 공정인용에서는 ‘인용’ 행위를 하여야 한다. 인용을 더 넓은 의미로 파악하여 ‘이용’으로 해석을 하게 되면 문언의 취지에 반할뿐만 아니라 해석으로써 일반조항으로서의 저작권 제한사유를 창설하게 되므로 우리 저작권법의 입법자의 결단에 반하는 해석이 될 것이다. 따라서 이용행위가 ‘인용’으로 평가되지 못한다면 다른 요건을 충족하더라도 제28조의 공정인용에는 해당하지 않을 것이다.

법문은 ‘인용할 수 있다’라고만 규정하고 있으나 이는 소극적으로 타인의 저작물을 복제하여 그 용도대로 이용하는 데 그치지 아니하고, 적극적으로 자신이 저작하는 저작물 중에 타인의 저작물을 인용하여 이용하는 것까지 포함하는 것으로 해석된다.⁹⁹⁾ 따라서 인용된 부분이 복제, 배포되거나 공연, 방송되는 것도 허용하고 있다고 할 것이므로, 결국 정당한 인용은 그것이 인용을 통한 이용일 경우에 한하여 배포권 및 방송·공연권 등 저작재산권 일반에 대한 제한사유에 해당한다.¹⁰⁰⁾

5. 소결

97) 하용득, 전계서, 184면 김양수, 패러디의 지적재산권법상 문제에 관한 연구, 서울대학교 박사학위 논문, 2007, 106면.

98) 김양수, 전계 논문, 106면 참조.

99) 이형하, 전계 논문, 363면 윤경, 저작권법, 육법사, 2005, 461면.

100) 윤경, 전계서, 461면.

우리 저작권법의 저작권 제한사유는 미국과 같은 공정이용의 일반조항이 없고 개별적인 규정이 있을 뿐이다. 그 중에서 UGC와 관련하여 가장 중요한 조항이 바로 저작권법 제28조의 공정이용이 될 것이다. 이 조항의 해석에서 인용의 목적은 열거적 규정이 아니라 예시적 규정으로 보아야 한다. 따라서 대다수의 UGC와 같이 오락, 재미 등 단순한 친목 도모를 위해서 UGC를 만들더라도 다른 요건이 만족되면 공정이용이 된다고 할 것이다. 이러한 해석은 반드시 UGC와 관련하여서만 의미 있는 것은 아니고 앞의 대법원 판례에서도 보았듯이 다른 저작물에서도 실질적인 의미를 가진다. 이와 같은 해석을 하여야만 적법한 저작물의 이용이 될 수 있는데도 우리 저작권법의 저작권 제한사유의 한정으로 인하여 저작권 침해가 되는 많은 사례를 구제하게 될 것이며, 저작권법의 두 축인 저작권의 강화와 저작물의 공정한 이용이라는 목적에도 부합하게 될 것이다.

한편, 성문법의 해석은 그 문언적 의미를 넘어서서 해석을 할 수는 없다. 이와 같은 해석을 하게 된다면 헌법상 대원칙인 권력분립의 원칙에 위배될 것이다. 왜냐하면 사법적 판단이 그 확대해석으로 말미암아 입법권의 고유영역을 침해하게 되기 때문이다. 이러한 차원에서 저작권법 제28조의 공정이용은 저작물의 이용이 저작물의 '인용'인 경우에만 적용되는 제한적인 규정이라고밖에 해석할 수 없다.

공정이용 규정은 바로 이러한 제한으로 말미암아 UGC와 관련한 저작권 분쟁에서 큰 힘을 발휘하기는 힘들 것이다.

IV. 우종현 사건의 공정이용 해당 여부

1. 문제되는 저작권

우종현 사건에서 어린 딸이 노래를 부른 것은 손담비의 저작인접권인 실연권을 침해하지는 않는다. 실연은 저작물을 연기·무용·연주·가창·구연·낭독·상영·재생 그 밖의 예능적 방법으로 표현하는 것을 말한다.¹⁰¹⁾ 노래를 부르는 것은 음악저작물을 가창하는 것으로 저작물의 실연에 해당한다. 실연자는 실연자의 인격권으로서 성명표시권과 동일성유지권을 가지며, 저작인접권으로서 복제권, 배포권, 대여권, 공연권, 방송권, 전송권을 가질 뿐 실연권이라는 권리를 갖는 것은 아니다. 따라서 실연자의 실연을 모방하는 것은 저작인접권의 침해라고 볼 수 없다.

그렇다면 결국 다른 사람의 노래를 춤을 추며 부르는 내용의 UGC가 저작권법적으로 문제가 되는 것은 “미쳤어”라는 노래의 작사자, 작곡자의 음악저작물이다.

또한 앞에서 본 것처럼 음악저작물의 복제권과 전송권의 침해가 될 뿐이며, 2차적 저작물 작성권이 문제가 되는 것은 아니다.

2. UGC와 공정인용

기존 저작물을 이용하여 만든 UGC의 저작권 침해 여부를 공정인용에 의해 판단하기 위해서는 UGC 저작의 목적이 무엇인지, 새로운 저작물을 제작하는 데 기존 저작물을 질적으로 종속되게 사용하였다고 볼 수 있는지, 새로운 저작물이 기존 저작물의 수요를 대체할 정도로 시장경쟁적인 관계에 있는지, 관련 분야의 관행에 합치하였는지, 출처를 제대로 표기하였는지 등을 살펴볼 필요가 있다.

101) 저작권법 제2조 제4호 참조.

일반적으로 UGC 제작의 목적은 보도, 비평, 교육, 연구라고 보기는 힘들 것이다. 주로 가족, 친구, 동호회 사이에서 오락, 재미, 친목 도모, 자기만족과 같은 목적으로 UGC를 만드는 경우가 대부분일 것이다. 위에서 살펴본 것처럼 이러한 목적을 위하여 기존의 공표된 저작물을 인용하는 것도 인정될 것이다. 또한 영리를 목적으로 하기보다는 비영리를 목적으로 하는 경우가 더 많을 것이다. 따라서 UGC가 다른 저작물을 인용하여 만든 경우에는 상업적으로 수익을 얻기 위하여 UGC를 제작하였다는 등의 특별한 사정이 인정되지 않는 한, 목적의 측면에서는 문제가 없어 보인다.

3. 우중현 사건의 검토

우중현 사건에 대하여 공정인용을 적용시켜 보기로 하자. 먼저 원고의 소장에 나타난 청구원인을 살펴보면 다음과 같다.

이 사건 게시물의 내용은 비상업적, 비영리적이고 이 사건 음악저작물이 상업적 음반용으로 녹음된 음원을 사용하지도 않았을 뿐만 아니라 어린 아이가 유명가수의 노래를 몸짓과 음성으로 흉내 낸 것으로 그 인용도 전체 31줄(후렴구 포함)의 가사 중에서 후렴구에 해당하는 3줄가락을 반복적으로 부르고 있는 50초가 되지 않는 동영상에 불과하다. 대중이 자신이 좋아하는 가수를 흉내 내거나 따라 부르는 것은 수 천 년을 되풀이해 온 인류 사회의 ‘공정한 관행’이며, 불과 몇 소절 되지 않는 노래의 일부분을 부르는 것은 ‘정당한 범위’에 속하는 ‘인용’이라는 것이다.

원고의 소장에 나타난 사실관계가 인정된다는 전제 하에 판단해 보면, 비상업적, 비영리적 목적이므로 목적 요건에는 아무런 문제가 없다. 또한 유명한 가수의 인기 있는 노래를 따라 부르면서 실연을 할 경우에 그

노래가 누구의 노래라는 것을 분명히 밝히지 않더라도 그것을 듣는 사람이 그 노래가 누구의 것이라는 것을 쉽게 인식할 수 있다면 굳이 음악저작물의 작사, 작곡가가 누구인지, 그 노래의 가수가 누구인지 등을 명시적으로 밝히지 않더라도 공정한 관행에 배치된다고 보기도 힘들어 보인다.

전체 31줄의 가사 중 후렴구 3줄 정도의 분량이라면 인용의 정당한 범위에 포함되는 것으로 볼 수 있다. 그러나 이 요건은 음악저작물의 이용행위가 '인용'에 해당한다는 것을 전제로 할 때에만 의미를 가지므로, 타인의 음악저작물을 춤을 추며 부르는 것이 '인용'에 해당하는지 여부를 따져볼 필요가 있다.

앞에서도 보았듯이 인용은 자기 저작물에 남의 저작물을 끌어다 쓰는 것을 의미한다. 어린 여자아이가 노래에 맞춰 섹시한 춤을 추는 것에 대하여 음악저작물 이외의 창작성이 인정되어 그 자체는 하나의 저작물이 될 수도 있다. 그러나 피인용저작물인 음악저작물을 제외한 나머지 부분인 춤을 추는 것이 독자적으로 존재의미를 가진다고 보기 어려울 뿐만 아니라 그 노래를 이용한 것이 예증, 해설, 보충, 강조를 위한 인용으로 보기도 힘들다. 오히려 주가 되는 것은 노래라고 할 것이며, 그 노래와 그 노래에 따른 안무를 강조하기 위하여 춤이 이용되어 오히려 춤을 추는 것이 종의 되는 관계에 있다고 생각된다.

따라서 그 음악저작물을 실연의 대상으로 삼는 이용행위에는 해당할지라도 '인용'의 의미로 보기는 어렵다. 설사 인용이 된다고 하더라도 주종 관계가 성립하지 않아 '정당한 범위 안에서의 인용'이라고 할 수는 없을 것이다.

결론적으로 우중현 사건에서 어린 딸이 다른 사람의 노래를 흥내 내어 부르는 것은 공정인용에 포함되지 않는 것으로 보인다. 결국 현행 저작

권법에 의하면 저작권 침해로 판단될 것이다. 이하에서는 미국법상의 공정이용을 살펴보고 그러한 해석을 현행 저작권법 아래에서도 적용할 수 있는지, 그 이외의 권리남용 금지의 법리가 적용될 여지는 없는지에 대하여 검토하기로 한다.

제5장 공정이용(fair use)

제1절 의의

미국에서는 저작권자의 보호와 저작물의 이용 사이의 균형을 위하여 공정이용 항변을 허용하고 있다.¹⁰²⁾ 미국법상 공정이용의 원칙은 저작권법의 기본 이념 및 목적과 밀접하게 연관되어 있다.¹⁰³⁾ 근대 저작권법은 그 목적을 사회 전체의 이익에 두고 있으며, 저작자들에게 독점적 권리와 재정적인 보상을 주는 것은 저작자들로 하여금 저작활동을 계속하게 하기 위한 인센티브를 줌으로써 사회의 정보환경을 풍부하게 하기 위함이다.¹⁰⁴⁾ 독점권의 부여와 이에 대한 제한 사이의 균형은 저작권법의 체제에 매우 중요한 요인으로서 공정이용의 원칙은 이러한 맥락에서 만들어진 중요한 도구이다.¹⁰⁵⁾

국가들 중에는 저작권 침해에 대한 예외적인 허용사유를 열거하는 형식의 입법례를 취하는 경우가 많은데,¹⁰⁶⁾ 우리나라도 저작권법 제2장 제4절 제2관 저작재산권의 제한(제23조~제38조)의 규정을 보면 이러한 입법례를 취하고 있음을 알 수 있다.

저작권자는 자신의 저작물을 제3자에게 다시 복제하거나 2차적 저작

102) Ralph S. Brown & Robert C. Denicola, Copyright, 9th ed. (2005), p.360.

103) William F. Patry, *The Fair Use Privilege*, PLI Order No. G4-3760, 1980.

104) 우지숙, 전계 논문, 96면.

105) Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 Harvard Law Review 1105, 1990.

106) Cohen, Loren et al, *Copyright in a Global Information Economy*, Aspen Law & Business (2002) p.492.

물을 작성할 수 있도록 허락할 수 있는 권리를 가지고 있다. 이러한 권리를 통하여 저작권자는 수익성을 확보할 수 있다.¹⁰⁷⁾ 미국 저작권법은 이러한 저작권자의 권리를 인정하면서 동시에 제107조에서 제118조를 규정하여 이러한 저작권자의 권리에 대한 제한을 두고 있다. 이러한 여러 저작권을 제한하는 범주 중에서 공정이용 법리는 미국 저작권법 제107조에 규정되어 있는 범주이다.¹⁰⁸⁾ 미국 저작권법상의 공정이용이라는 개념은 저작권자 이외의 자가 저작권자의 독점적인 권리에도 불구하고 저작권자의 동의 없이 저작물을 합법적으로 이용할 수 있도록 하는 제도적인 장치이다.¹⁰⁹⁾

제2절 공정이용의 연혁

I. 영국의 연혁

공정이용 법리는 원래 영국법상의 공정한 인용 법리(fair abridgement doctrine)에서 발전한 것이다.¹¹⁰⁾ 영국의 공정한 인용 법리는 보통법(common law)의 일부로서 사법부에 의하여 받아들여져서 발전해 오다가 1709년 앤 여왕법(Statute of Anne of 1709)으로 입법화되었다. 현대적인 의미에서의 영국 저작권법은 1911년 이 법리를 공정사용(fair

107) 최승재, “미국에서의 디지털 콘텐츠의 공정이용항변의 적용과 한계 -유튜브(YouTube)를 둘러싼 일련의 소송을 중심으로-”, 계간 저작권, 2008 겨울호, 45면.

108) Ralph S. Brown et. al., op. cit. p.360.

109) Cohen, Loren et. al., op cit. p.492.

110) 최승재, 전계 논문, 45~46면.

dealing)이라는 명칭으로 재정의하였다.¹¹¹⁾ 입법 당시 영국은 공정사용의 예로 교육목적, 보도 목적, 개인적 연구를 위한 목적, 연구를 위한 사용 등으로 범주화하였다. 영국 저작권법의 1956년 개정과 1988년 개정 시에도 이러한 공정사용은 계속적으로 유지되었지만 인정의 범위는 미국의 공정이용보다 좁았다.¹¹²⁾

II. 미국의 연혁

미국 저작권법상 공정이용 법리는 저작권자의 허락 없이 다른 사람이 정당한 방법으로 저작물을 이용하는 것을 허용하는 저작권 침해에 대한 항변으로서 판례법상 창설되었다.¹¹³⁾ 공정이용 법리는 19세기 중반 Folsom v. Marsh 사건에서 처음으로 명언되었는데, 이후 판례에 의하여 발전하여 왔다. 이 사건에서 Story 대법관은 저작권자의 보호와 공중의 이용에 대한 균형의 필요성을 언급한다.¹¹⁴⁾ 그리고 28년 후 Story 대법관의 저서인 국제법 요론(Elements of International Law)의 저작권을 침해하였는지가 문제된 Lawrence v. Dana 사건에서 처음으로 판결에서 공정이용(fair use)이라는 문구가 등장한다.¹¹⁵⁾ 이후 공정이용 법리는 매우 규범적인 판단이 필요한 영역으로 개별적인 사안에 따라 합리성을 가지고 판단하여야 하였기 때문에 소송대리인의 입장에서 저작권 소송에서 가장 결과를 예측하기 어려운 부분으로 남았다.¹¹⁶⁾

111) 최승재, 전계 논문 46면.

112) Paul Goldstein, International Copyright: Principles, Law and Practice, Oxford University Press, NY (2001), p.293.

113) 김경숙, 전계 논문, 126면.

114) 최승재, 전계 논문 46면.

115) Ralph S. Brown et. al., op. cit. p.360.

116) Dellar v. Samuel Goldwyn, Inc., 104 F.2d. 661, 662 (2d. Cir. 1939).

그러다가 1976년 저작권법 개정시 공정이용 법리가 저작권법 제107조로 입법화되었다. 의회는 공정이용의 법리가 사법부에 의하여 지속적으로 언급되면서 인정되고 발전하였음에도 아무런 법적인 정의가 존재하지 않았기 때문에 입법을 통하여 사법부에 약간의 가이드를 주는 것을 목적으로 한다고 입법이유를 밝히고 있으며, 제107조의 입법은 공정이용 법리를 동결시키려는 것이 아니라 오히려 판례법을 통한 지속적인 발전과 시간과 기술의 변화를 수용하기 위한 것으로서 이해되어야 한다.¹¹⁷⁾ 미국 저작권법 제107조는 비평, 해설, 시사보도, 수업, 학문, 또는 연구 목적으로 저작물을 복제하는 행위를 공정이용에 해당하는 행위로 예시하고 있다.

제107조의 입법에도 불구하고 입법은 공정이용과 관련된 명확한 기준을 제시하지는 못하였고 공정이용인지 여부를 판단하기 위한 몇 가지 고려요소를 제시하였을 뿐이기 때문에, 공정이용은 여전히 판단요소의 명확화를 위한 법원의 노력이 계속적으로 필요한 영역이다.¹¹⁸⁾

새로운 기술의 도입도 저작권법에서의 공정이용 적용과 관련된 환경을 바꾸게 된다.¹¹⁹⁾ 이하에서는 공정이용과 관련된 주요 판례를 살펴보기로 한다.

1. Folsom v. Marsh 사건¹²⁰⁾

이 사건은 미국에서 처음으로 공정이용 법리가 언급된 사안이다. 이 사건은 Charles W. Upham경이 Jared Sparks 저(著)의 기념비적인 12

117) H.R. Rep. No. 94-1476, 94th Cong., 2nd Sess. 65 (1976).

118) 최승재, 전계 논문, 46~47면.

119) 최승재, 전계 논문, 47면.

120) 9 F.Cas. 342 (C.C.Mass. 1841).

권으로 구성된 George Washington의 전기 ‘The Writings of George Washington’을 2권짜리로 압축하여 ‘The Life of Washington in the Form of an Autobiography’를 출간하는 과정에서 기존의 12권짜리 전기의 내용 중 353면이나 되는 부분을 옮긴 것이 문제가 된 사안이었다. 원고는 피고의 저작권 침해를 문제 삼아 소송을 제기하였다. 미국 연방 대법원은 Joseph Story 대법관이 작성한 다수의견에서 기존의 창작물에 대하여 비평을 하고자 하는 자는 공정하고 합리적인 비평의 목적을 위하여 원작의 상당한 부분을 인용할 수 있다고 판시하였다.¹²¹⁾ 이 판결문에서는 공정이용이라는 표현을 직접적으로 사용하지는 않았는데, 판결문에서 공정이용이라는 용어가 처음 사용된 것은 이로부터 28년 후에 이루어진 Lawrence v. Dana 사건¹²²⁾에서였다. 그럼에도 불구하고 Folsom v. Marsh 사건을 공정이용 법리가 사용된 최초의 사건으로 보는 이유는 Joseph Story 대법관이 사용한 판단의 고려요소¹²³⁾가 이후 계속해서 법원에 의하여 사용되었기 때문이다.¹²⁴⁾ 한편, 원작의 가장 중요한 부분을 옮겨옴으로써 비평이 아니라 원작을 대체할 목적으로 사용되는 경우에는 정당화될 수 없고, 이는 저작권 침해행위라고 보았다.¹²⁵⁾

121) 9 F.Cas. 342, 344 (C.C.Mass. 1841) : Thus, for example, no one can doubt that a reviewer may fairly cite largely from the original work, if his design be really and truly to use the passages for the purposes of fair and reasonable criticism.

122) 15 F.Cas. 26, 60 (C.C.Mass. 1869).

123) 9 F.Cas. 342, 348 (C.C.Mass. 1841) : In short, we must often, in deciding questions of this sort, look to the nature and objects of the selections made, the quantity and value of the materials used, and the degree in which the use may prejudice the sale, or diminish the profits, or supersede the objects, of the original work. Many mixed ingredients enter into the discussion of such questions.

124) 최승재, 전계 논문, 47면 각주 26)

미국 연방 대법원은 저작권 침해행위와 공정이용의 구별을 위한 기준으로 (i) 선별행위의 성격과 목적(the nature and objects of the selections made), (ii) 이용된 부분의 분량과 원저작물에서의 가치(the quantity and value of the materials used), (iii) 이러한 이용이 원저작물의 판매에 미치는 영향의 정도 내지 수익 감소의 정도(the degree in which the use may prejudice the sale, or diminish the profits),¹²⁶⁾ (iv) 원저작물을 대체하는 정도(supersede the objects of the original work)를 제시하였다.¹²⁷⁾

2. Time Inc. v. Bernard Geis Associates 사건¹²⁸⁾

이 사안은 Zapruder 필름과 관련된 사건이다. Abraham Zapruder는 1966. 11. 22. Kennedy 대통령이 카피레이드 과정에서 암살되는 일련의 모습을 촬영하였다.¹²⁹⁾ 사건 당시 이 필름의 저작권은 원고가 가지게 되었고, 피고는 저작자의 책을 출판한 출판사이다. 저작자인 Thompson

125) 9 F.Cas. 342, 344 (C.C.Mass. 1841) : On the other hand, it is as clear, that if he thus cites the most important parts of the work, with a view, not to criticise, but to supersede the use of the original work, and substitute the review for it, such a use will be deemed in law a piracy.

126) Iowa State University Research Foundation, Inc. v. American Broadcasting Co., 621 F.2d. 57 (2d Cir. 1980) 사건에서 법원은 피고 ABC의 공정이용 항변을 받아들이지 않았다. 법원은 피고가 사용한 부분은 2분 30초에 불과하지만 ABC의 방송에 대한 영향력을 감안하면 방송을 통한 판매라는 점이 ABC의 사용으로 인하여 봉쇄되었기 때문에 이로 인하여 수익이 저하된다는 점을 공정이용 항변을 배척하는 이유로 사용하였다.

127) 9 F.Cas. 342, 348 (C.C.Mass. 1841).

128) 293 F.Supp. 130, 146 (D.C.N.Y. 1968).

129) 최승재, 전계 논문, 48면.

은 피고 출판사를 통하여 “Six Seconds in Dallas”라는 책을 출판하면서 이 사진의 일부를 사용하였다. 책은 Kennedy 암살과 관련된 내용을 기술한 것으로 Kennedy 대통령 암살에 대한 Warren 보고서¹³⁰⁾에 의문을 제기하는 내용이 담겨있었다. 이 필름의 일부는 암살 직후 Life지에 실렸다.¹³¹⁾

원고 타임사(Time Inc.)는 피고가 역사책에 이 사진 중의 일부를 게재한 것이 저작권 침해라고 주장하면서 그 출판금지가처분을 구하였다.¹³²⁾

이 사건에서 피고는 공정이용의 항변을 하였고, 법원은 이 항변을 받아들였다. 법원은 저작자인 Thompson이 피고 출판사를 통하여 “Six Seconds in Dallas”라는 책을 출판함에 있어 일부 Zapruder가 촬영한 사진을 사용한 점은 인정되나, Kennedy 대통령의 암살과 관련된 사항은 일반 공중이 많은 관심을 가지고 있는 사안으로 Thompson의 책은 이러한 관심을 충족시켜 주기 위한 것으로 공정이용에 해당한다고 판시하였다.¹³³⁾

3. 1976년 저작권법 제107조¹³⁴⁾

130) Warren은 당시 미국 연방 대법원장으로서 케네디암살조사위원회의 위원장이었다. 최승재, 전계 논문 48면 각주 29).

131) 최승재, 전계 논문 48면.

132) 최승재, 전계 논문 48면.

133) 최승재, 전계 논문 48면.

134) § 107. Limitations on exclusive rights: Fair use

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether

(1) 제107조 전단

공정이용의 항변을 주장하는 당사자는 제107조에서 규정하고 있는 “비평, 해설, 시사보도, 수업(교실에서 이용하기 위한 다수의 복제를 포함), 학문, 또는 연구 목적으로 저작물을 복제 또는 레코드 복제 또는 다른 수단에 의한 이용”을 하고 있음을 보여주어야 한다.¹³⁵⁾ 여기서 열거된 예들은 한정적인 것이 아니라 예시적인 것이므로, 예컨대 패러디를 위한 목적은 비평이나 해설을 위한 목적에 포함되는 것으로 해석하는 것이 가능하다.¹³⁶⁾

일반적으로 공정이용의 항변에서는 피고(이용자)가 저작권자의 작품을 재현적으로 이용한 경우(원저작물을 그대로 복제하여 재현하는 경우)보다 변형적으로 이용한 경우에 공정이용의 증명이 쉽기 때문에, 제107조 전단에 열거된 범주의 이용이 보다 쉽게 공정이용으로 인정받기 위한 공통된 요소로 ‘변형적(transformative) 이용’을 그 예로 드는 경우가 많

the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include —

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

135) Ass'n of Am. Med. Colls. v. Mikaelian, 571 F. Supp. 144 (E.D.Pa. 1983), aff'd, 734 F.2d 3(3d Cir. 1984).

136) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 579 (1994).

다.¹³⁷⁾

변형적 이용은 타인의 작품에 사회적으로 가치 있는 창조적인 요소를 부가하는 것을 말하며, 침해로 의심받는 작품이 원저작물과는 다른 방법 또는 다른 목적으로 이용되는 것을 의미한다.¹³⁸⁾ 요컨대, 이러한 변형적 이용은 원저작물을 변형하는 과정에서 “새로운 정보, 새로운 미, 새로운 식견 및 이해”를 창조함으로써 그 가치를 부가하는 이용을 말하며,¹³⁹⁾ 그 결과 변형적 이용은 지식과 정보라는 우리들의 자산을 증가시킴으로써 저작권법의 목적 실현에 도움을 주는 것이다.¹⁴⁰⁾ 이러한 변형적 이용의 법리는 부정형한 공정이용의 법리에 통일성을 주는 한편, 저작권법의 목적 실현에 부합하다는 점에서 매력적이다.¹⁴¹⁾

그러나 그 매력적인 요소 때문에 판례¹⁴²⁾에서 종종 인용되고 있음에도 불구하고, 1976년 저작권법에서는 변형적 이용의 법리를 제107조 본문에 직접 명시하지는 않았는데, 그 가장 중요한 이유는 이 법리가 성문화되면 연구나 조사 또는 수업을 위한 복제와 같은 소위 ‘재현적 이용’의 경우를 공정이용으로 파악하는 데 곤란할 수 있게 되기 때문이다.¹⁴³⁾ 그러한 복제는 변형적 이용은 아니지만, 분명히 ‘과학과 학문의 발전’을 촉진시킨다고 볼 수 있는 것이다.¹⁴⁴⁾ 다시 말하면 공정이용의 판단을 위

137) Pac. & S. Co., v. Duncan, 744 F.2d 1490 (11th Cir. 1984).

138) 김경숙, 전계 논문, 127면.

139) Pierre N. Leval, Toward a Fair Use Standard, 103 Harv. L. Rev. 1105, 1111 (1990) 참조.

140) 김경숙, 전계 논문, 127면.

141) 김경숙, 전계 논문, 127면.

142) 예컨대, American Geophysical Union v. Texaco 37 F.3d 881 (2d Cir. 1994)사건에서 제2 연방 순회 법원은 “문제가 된 복사행위는 변형적 이용이 아니므로 공정이용에 해당하지 않는다.”고 판시하였다.

143) Laura G. Lape, “Transforming Fair Use: The Productive Use Factor in Fair Use Doctrine,” 58 Alb. L. Rev. 677 (1995).

해서는 변형적 이용 그 자체가 아니라 정보의 유통에서 공공의 이익에 합치하는 가치를 갖는 이용을 촉진하는 것인지의 여부에 중점이 두어져야 한다.¹⁴⁵⁾ 따라서 변형적 이용의 법리가 공정이용 판단의 기초가 된다는 이론에는 한계가 있을 수밖에 없으며, 그것을 보여준 대표적인 사례가 Sony Corp. of America v. Universal City Studios 사건이다.¹⁴⁶⁾ 이 사건에서 베타맥스 VTR을 이용한 녹화행위는 제107조의 전단에 열거되어 있는 어떠한 것에도 해당하지 않으므로, 그것은 분명히 변형적 이용이 아니라 단순히 편리성을 위한 재현적 이용에 불과하다.¹⁴⁷⁾ 요컨대, 소니 사건에서 분명한 것은, 그 이용이 엄밀하게 제107조 전단에 열거된 범주에 해당하지 않으므로 해당 이용은 변형적 이용과는 거리가 멀다고 할 수 있음에도 불구하고 공정이용을 주장할 수 있는 경우가 있다는 것이다.¹⁴⁸⁾

그럼에도 불구하고, 변형적 이용의 개념이 UGC의 공정이용 판단에 일정부분 기여할 수 있을 것이라는 점은 부인할 수 없다.¹⁴⁹⁾ 그러나 문제는 “변형성” 내지 창작성을 어떻게 증명할 것인가의 여부인데, 예컨대, 타인의 저작물의 일부를 그대로 재현하면서 극히 일부의 변형만을 첨부하였다면 공정이용인가를 증명하기란 쉬운 일이 아니며, 결국은 UGC의 공정이용 문제도 다음에 설명하는 공정이용을 위한 4가지 요소를 모두 고려하여 종합적으로 판단할 수밖에 없다.¹⁵⁰⁾

144) 김경숙, 전계 논문, 127면.

145) Marshall Leaffer, Understanding Copyright Law (New York: Matthew Bender LexisNexis, (2005), §10.05.

146) 김경숙, 전계 논문, 127면 각주 26).

147) 김경숙, 전계 논문, 127면 각주 26).

148) 김경숙, 전계 논문, 127면 각주 26).

149) 김경숙, 전계 논문, 128면. 각주 26).

150) 김경숙, 전계 논문, 128면. 각주 26).

(2) 제107조 후단

미국 저작권법 제107조가 규정하고 있는 공정이용의 판단기준인 네 가지 요소는 (i) 그러한 이용이 상업적 성질인지 또는 비영리적인 교육 목적을 위한 것인지를 포함한, 그 이용의 목적과 성격, (ii) 그 저작물의 성질, (iii) 그 저작물 전체와 관련하여 이용된 부분의 양과 실질, (iv) 그 이용이 그 저작물을 위한 잠재적 시장에 또는 그 저작물의 가치에 미치는 영향이다. 다만 미국 연방 대법원 및 하급심 법원은 위의 각 요소는 모두 증명되어야 하는 것은 아니며 어느 하나의 요소를 들어 공정이용의 항변을 할 수 있지만 저작권자의 수익기회를 봉쇄하는 효과가 발생하는지가 가장 중요한 요소로 판단되고 있는 것으로 보인다.¹⁵¹⁾ 이러한 미국 연방 대법원 및 하급심 법원의 판례에 의하면 피고의 이용행위가 저작권 침해를 주장하는 원고의 저작물 내지 그것을 원작으로 하는 2차적 저작물의 시장가치를 감소시키는 정도가 크면 클수록 공정이용으로 인정되기 어렵다는 것이다.¹⁵²⁾

특정한 사안에서 문제가 된 이용이 공정이용인지를 결정하기 위해 법원은 제107조 후단에 규정된 다음의 4가지 요소를 전부 고려하여야 한다. 그러나 네 가지 요소만이 고려되어야 한다는 의미는 아니다.

1) 이용의 목적 및 성질

첫 번째 요소는 해당 이용이 상업적인 성질의 것인지 아니면 비영리적

151) 최승재, 전계 논문, 50면.

152) 최승재, 전계 논문, 50면.

인 교육 목적의 것인지를 포함한, 이용의 목적 및 성질이다. 비영리적인 교육적 이용은 공정이용으로 인정받기가 쉽다.¹⁵³⁾ 왜냐하면 이러한 이용은 상업적 이용보다도 저작물의 시장을 해하는 경향이 적기 때문이다.¹⁵⁴⁾ 상업적 이용이란 경제적 이익을 얻는 이용으로서, 그 이용이 비록 교육, 보도와 같은 제107조에 예시된 이용이라 하더라도 경제적 이익을 얻었다면 상업성을 잃는 것은 아니다. 예컨대, Ass'n of Am. Med. Colls. v. Mikaelian 사건¹⁵⁵⁾에서 피고는 시험 준비를 위한 소책자를 만들기 위해 Medical College Admission Test에서 시험문제를 복제했는데, 이에 대해 법원은 상업적 이용이라고 판시하였다.

2) 저작물의 성질

두 번째 요소인 저작물의 성질이란, 예컨대 오락과 관련된 저작물보다는 과학적, 전기적 또는 역사적인 저작물이 공정이용으로서 인정받기 쉽다는 것을 의미한다.¹⁵⁶⁾ 두 번째 요소의 기본적인 생각은 공공의 이익을 촉진하기 위해서는 몇몇 종류의 저작물에는 다른 저작물보다 보다 많은 접근이 필요하다는 것이다.¹⁵⁷⁾ 예컨대 록콘서트의 비디오테이프보다는 물리학 논문의 이용을 보다 광범위하게 인정할 필요가 있으며, 가령 그와 같은 논문작품이 그 이용이 불가능하거나 절판이 된 경우에는 공중의 접근과 배포의 필요성이 보다 커지게 됨에 따라 공정이용이 허용되는 범

153) 김경숙, 전계 논문, 128면.

154) Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984) 참조.

155) 571 F. Supp. 144 (E.D.Pa. 1983), aff'd, 734 F.2d 3 (3d Cir. 1984).

156) Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984) 참조.

157) Id.

위는 보다 넓어지게 된다.¹⁵⁸⁾

3) 저작물 전체와 관련하여 이용된 부분의 양 및 실질

세 번째 요소는 이용자가 특정의 공정이용의 목적을 만족시키기 위해 필요 이상의 행위를 했는지에 초점을 맞춘다.¹⁵⁹⁾ 이용의 목적을 넘어선 지나친 복제는 공정이용이 아니게 된다.¹⁶⁰⁾ 이 원칙은 자주 패러디 사건에 적용되는데, 패러디 사건에서 공정이용의 쟁점은 항상 원작품을 상기시키기 위해 필요한 정도를 넘어서 이용자가 원작품을 이용하였는지의 여부에 초점을 맞춘다.¹⁶¹⁾

한편, 세 번째 요소의 판단에서는 양적인 면뿐만 아니라 질적인 면도 참고가 되는데, 복제한 부분이 작품의 핵심 부분이였다면 그 복제가 사소한 양이었다 하더라도 공정이용이 아닐 수 있다.¹⁶²⁾ 예컨대, Nation지가 200,000 이상의 단어로 구성된 원고에서 불과 약 300 단어를 복제했다고 하더라도 복제한 부분이 저작물의 핵심적인 부분이었기 때문에 공정이용이 아니라고 판단한 Harper & Row v. Nation Enterprises 사건¹⁶³⁾은 그 좋은 예이다.

4) 저작물을 위한 잠재적 시장에 또는 저작물의 가치에 미치는 해당 이용의 영향

158) S. Rep. No. 94-473, 94th Cong., 1st Sess. 64 (1975); H. R. Rep. No. 94-1476, 94th Cong., 2d Sess. 67 (1976).

159) 김경숙, 전계 논문, 129면.

160) Id.

161) Leaffer, §10.14[E].

162) 김경숙, 전계 논문, 129면.

163) 471 U.S. 539 (1985).

판례법이 반복해서 지적하는 바에 의하면, 네 번째 요소는 공정이용의 판단에 있어 단독으로 가장 중요한 요소이다.¹⁶⁴⁾ 왜냐하면 저작권이 침해됨으로써 저작권자의 저작물 시장에 손해가 생긴다는 것은 독점적인 권리를 창작자에게 부여함으로써 창작의 인센티브를 고조시키려는 저작권법의 목적에 반하는 것이기 때문이다.¹⁶⁵⁾ 네 번째 요소는 여러 가지 점에서 다른 세 가지의 요소와 관련성을 갖고 있으나, 저작물 이용의 목적 내지 성질이 상업적인 것인가의 여부가 중시되는 첫 번째 요소와 가장 밀접한 관련이 있다.¹⁶⁶⁾

제3절 공정이용의 도입 여부

I. 문제의 제기

우리 헌법은 그 전문에서 문화민족의 이념을 천명하고 있고, 이러한 문화민족의 이념을 실현하기 위하여 헌법 제9조에서 국가에게 전통문화의 계승·발전과 민족문화 창달을 위한 의무를 부과하고 있다. 나아가 헌법은 학문과 예술의 자유를 규정한 제22조 제2항에서 “저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로서 보호한다.”고 하여 저작자의 권리를 재산권 일반규정인 헌법 제23조에서 규정하지 아니하고 별도로 규정하고 있다. 이와 같이 헌법이 저작권과 일반적인 재산권을 별도로 규정하고 있는 것에 대하여는 여러 가지 해석이 있을 수 있다. 그러나 헌법의 조문에 비추어 분명한 것은 저작권은 법률에 의하여 보호되는 권리라는 것이며, 저작권 중 저작재산권은 그것이 재산권인 이상 헌법 제23조

164) 김경숙, 전계 논문, 129면.

165) Leaffer, §10.10.

166) 김경숙, 전계 논문, 129면.

의 적용대상이 되며, 따라서 그 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다는 점도 분명하다. 그리고 저작권을 보호하기 위하여 제정된 법률인 저작권법은 저작자의 권리만을 보호하는 것이 아니라 ‘이용자의 공정한 이용을 도모’함으로써 궁극적으로는 문화의 향상발전에 이바지함을 목적으로 하고 있다. 이러한 점에서 저작권은 다른 일반적인 재산권보다 사회적 권리로서의 성격을 더 강하게 가지고 있다고 할 수 있다.¹⁶⁷⁾

저작권법은 이용자들의 ‘공정한 이용’을 보호하며 그로 인하여 저작자의 권리가 제한된다는 관점에서 저작재산권 제한규정을 구체적으로 열거하고 있다.¹⁶⁸⁾ 그런데 성문법 체계를 취하고 있는 우리나라에서 저작재산권 제한에 관하여 구체적으로 열거된 사항 외에 명시적인 일반 조항이 존재하지 않는에도 불구하고 미국 저작권법에서와 같은 ‘공정이용’에 관한 법리를 채용할 수 있는 것인지, 만약 채용할 수 없다면 저작권법이나 그 밖에 다른 법률에서 공정이용을 적용할 수 있는 근거규정을 찾을 수 없는지, 또는 ‘공정이용’의 법리를 채용할 필요가 있는지 등의 문제를 검토하기로 한다.

II. 현행 저작권법과 공정이용

우리 저작권법상 공정이용과 관련되는 규정으로는 저작재산권의 제한 규정, 저작재산권의 보호기간에 관한 규정, 그리고 보호받지 못하는 저작물에 관한 규정 등이 이에 해당한다고 볼 수 있다.¹⁶⁹⁾ 그 중에서도 가장 중요한 것은 물론 저작재산권 제한 규정이다.

시간의 흐름에 따라 사회는 변동하고 새로운 저작물이나 그 이용방법

167) 오승중, 전게서, 694면.

168) 오승중, 전게서, 695면.

169) 오승중, 전게서, 701~702면.

들이 등장하고 있으며, 그 변화의 속도는 점점 빨라지고 있다. 그리하여 문화의 향상발달이라고 하는 저작권법의 목적에 비추어 저작권자의 권리를 제한하고 공정이용을 허용하여야 할 필요성이 있는 새로운 분야들도 속속 생겨나고 있다. UGC도 그러한 분야 중의 하나이다. 그런데 이러한 필요성이 나타날 때마다 일일이 입법적으로 대응을 하는 것에는 한계가 있으므로 저작재산권 제한 규정에 열거되어 있지 않더라도 일반 법리로서 공정이용의 법리를 적용할 수는 없는 것인가 하는 의문이 제기되고 있다.¹⁷⁰⁾ 일반 법리로서 공정이용의 법리를 적용한다면 매번 번거로운 입법 절차를 거치지 않더라도 그때그때의 새로운 이용의 필요성에 대응을 할 수 있기 때문이다.¹⁷¹⁾

우리나라에서는 아직 공정이용 법리의 적용 가능성에 대한 본격적인 논의는 이루어지고 있지 않은 것으로 보인다.¹⁷²⁾ 다만, 최근의 논문에서 “저작권법이 설정한 공사의 간의 경계선이라고 할 수 있는 저작재산권 제한 규정은 저작권자의 권리 내용을 공익성 등 특별한 관점에서 특별적으로 제한하는 것이라고 볼 수 있으므로, 이를 해석함에 있어서는 자유이용으로 이용되는 조건을 엄격하게 해석하여야 하며, 저작물의 이용행위에 대한 권리행사의 제한은 법문에 구체적으로 열거되어 있는 것에 한정하여 해석하여야 한다.”라고 하여 부정설의 입장을 취한 견해가 있다.¹⁷³⁾

또한 우리나라는 성문법 내지 제정법 체계를 취하고 있고 저작권법상 저작재산권 제한 규정은 열거 규정이라고 해석하지 않을 수 없으며, 일

170) Id.

171) Id.

172) 오승중, 전제서, 710면.

173) 유대중, “저작권 남용의 법리에 관한 연구”, 경희대학교 박사학위 논문 (2006), 232면.

반조항에 관한 명문의 규정이 없음에도 불구하고 판례법 국가인 미국 저작권법에서 발달한 공정이용의 법리를 그대로 적용한다는 것은 성문법 체계를 흔들고 법적 안정성을 심히 훼손할 우려가 있기 때문에 부정설의 입장을 취한 견해가 있다.¹⁷⁴⁾

부정설이 타당하다고 생각한다. 위에서 들고 있는 논거와 같이 성문법 체계를 취하고 있는 우리나라에서 해석으로 저작권재산권 제한사유를 만들어 내는 것은 사법권의 한계를 넘어서는 것이며 헌법에 규정된 권력 분립의 원칙에도 반한다. 그러나 미국 저작권법상의 공정이용과 매우 유사한 우리 저작권법상의 공정인용의 해석에 미국 판례법의 논리는 매우 유용할 것이다.

III. 공정인용과 공정이용의 관계

앞에서도 살펴보았던 것처럼 미국의 판례에서 시작된 공정이용의 법리는 그 시작이 되었던 사건¹⁷⁵⁾은 ‘인용’과 관련되어 있었고, 그 이후 이용의 형태가 ‘인용’ 이외의 이용행위에도 확대되어 왔다. 그러나 판례법에 나타난 공정이용의 법리는 우리 공정인용의 법리에도 크게 도움이 된다.

우리 저작권법상의 공정인용 규정의 목적 요건이 미국 저작권법의 공정이용과 거의 비슷하다고 할 수 있고, 그 이외의 요건 또한 미국 저작권법의 공정이용의 법리가 많이 참작될 수 있다. 우리나라 판례가 제기하고 있는 정당한 범위 안에서의 공정한 관행에 합치되는 인용의 기준은 ‘인용의 목적, 저작물의 성질, 인용된 내용과 분량, 피인용저작물을 수록한 방법과 형태, 독자의 일반적 관념, 원저작물에 대한 수요를 대체하는

174) 오승중, 전게서, 711면.

175) Folsom v. Marsh 사건

지 여부'인데, 이러한 내용은 결국 미국의 공정이용 법리의 영향을 받았다고 하지 않을 수 없다.

그러나 앞에서도 언급했던 것처럼 우리 저작권법의 공정이용은 저작물의 이용형태를 '인용'에만 국한하고 있다는 것이며, 그것을 확대해석하여 공정이용과 같이 법을 운영하는 것은 타당하다고 할 수 없을 것이다. 그리고 그것이 우리 저작권법의 한계에 해당한다.

IV. 저작권의 행사와 권리남용

현행 저작권법상 명문의 규정이 없기 때문에 공정이용 법리의 일반적 적용이 부정된다면, 기술과 미디어의 발달 등 사회적 변화에 따라 저작권법이 미처 예상하지 못하였던 방향으로 권리자 및 이용자 사이의 균형이 어느 한쪽으로 기울어지는 상황이 발생하였을 때 법의 목적을 충실하게 달성할 수가 없다.¹⁷⁶⁾ 따라서 그러한 부작용을 합리적으로 해소할 수 있는 방안의 존재가 필요하며 이 점과 관련하여 저작재산권 제한 규정이 없는 경우에 저작물의 자유이용을 허용하는 근거가 될 수 있는 법리로서 생각해 볼 수 있는 것은 결국 권리남용 금지의 법리이다.

지적재산권의 남용을 불공정 거래행위의 한 유형으로 파악하는 미국 판례법에서는 일찍부터 특허권 등과 관련하여 권리남용(patent misuse)의 법리가 발달하여 왔다.¹⁷⁷⁾ 그러다가 1990년 Lasercomb America, Inc. v. Reynolds 판결¹⁷⁸⁾에서 처음으로 저작권 남용의 항변이 인정되었다.¹⁷⁹⁾ 이 사건에서 컴퓨터 소프트웨어 저작권자인 원고 Lasercomb

176) 오승중, 전게서, 713면.

177) 유대중, 전계 논문, 125면.

178) 911 F.2d 970 (4th Cir. 1990).

179) 유대중, 전계 논문, 125면.

은 자신의 소프트웨어에 대한 이용허락을 해 주면서 그 표준이용허락계약서에 원고 Lasercomb과 이용허락계약을 체결한 회사의 임원 및 종업원은 계약 체결 이후 100년 동안 원고의 서면에 의한 동의 없이는 원고의 소프트웨어와 경쟁적인 소프트웨어를 설계, 개발, 생산 및 판매할 수 없다는 조항을 넣은 것이 저작권 남용에 해당하는지 여부가 다투어졌다.¹⁸⁰⁾ 연방 제4 항소법원은 어떠한 행위가 반드시 독점규제법 위반이 되어야만 저작권 남용이 성립하는 것은 아니며, 저작권 남용은 원고가 자신의 저작권을 이용하는 방법이 저작권을 부여하는 배경이라고 할 수 있는 공공정책에 부합하는지 여부를 그 판단기준으로 하여야 한다고 판시하면서, 이 사건에서 원고의 청구는 저작권 남용에 해당한다고 하였다.¹⁸¹⁾

그 이후 Practice Management Information v. American Medical Association 판결¹⁸²⁾에서도 연방 제9 항소법원은, 진료절차를 확인하기 위하여 의사들이 사용하는 의료절차를 번호로 표시한 분류표의 저작권자인 미국의료협회(American Medical Association, AMA)가 연방보건재정국(Health Care Financing Administration)에 대하여 위 분류표의 이용허락을 하는 대신 연방보건재정국이 미국의료협회의 분류표 이외에는 다른 어떠한 분류표도 사용할 수 없게 하는 것을 조건으로 약정을 체결한 것에 관하여, 이는 불공정한 반경쟁적 방법으로 저작권을 행사한 것으로서 저작권의 남용에 해당한다고 판시하였다.

그러나 이와 같이 저작권의 남용을 불공정 거래행위의 한 유형으로 파악하는 미국과는 달리 우리나라는 저작권 남용의 항변을 민법상 권리남용 금지의 원칙의 테두리 내에서 파악하게 된다.¹⁸³⁾ 그런데 민법의 일반

180) Id.

181) Id.

182) 121 F.3d 516 (9th Cir. 1997).

원칙인 권리남용 금지의 원칙은 기본적으로 사권을 대상으로 한 것이어서 그 적용 요건이 매우 엄격하고, 따라서 실제 사건에서 권리남용이라고 판단되는 경우는 매우 드물다.¹⁸⁴⁾ 대법원 판례에 의하면, 권리 행사가 권리의 남용에 해당한다고 할 수 있으려면, 주관적으로 그 권리 행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없는 경우이어야 하고, 객관적으로는 그 권리 행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 하는 것이며, 이와 같은 경우에 해당하지 않는 한 비록 그 권리의 행사에 의하여 권리 행사자가 얻는 이익보다 상대방이 잃을 손해가 현저히 크다고 하여도 그러한 사정만으로는 이를 권리남용이라 할 수 없다.¹⁸⁵⁾ 하급심 판결도 이러한 대법원 판례의 입장을 따라 권리남용의 요건을 실시하면서 권리남용 항변을 배척하고 있다.¹⁸⁶⁾

V. 검토

성문법 체계가 어쩔 수 없이 내포하고 있는 유연성의 결여를 해소하는 가장 유효적절한 방법은 결국 기존 저작권제한 규정의 해석을 유연하게 하는 것밖에 없다. 그렇다면 저작권제한 규정을 해석함에 있어서는 기본적으로 어떠한 태도를 취하여야 할 것인가를 검토해 볼 필요가 있다.

미국 저작권법에서와 같은 공정이용에 관한 일반조항을 두고 있지 않

183) 오승종, 전게서, 714면.

184) Id.

185) 대법원 1986. 7. 22. 선고 85다카2307 판결, 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008다67651, 67668 판결 참조.

186) 서울지방법원 2003. 9. 30.자 2003카합2114 결정 참조.

은 우리 저작권법 체계에서 저작권법의 목적에 합치하는 결과를 위해서 저작재산권 제한 규정은 좀 더 유연하게 합목적적으로 해석할 필요가 있으며, 그 경우 목적 규정인 저작권법 제1조가 곧바로 공정이용의 법리에 관한 각 규정들을 해석하는 일반적인 지도원리로서의 역할은 충분히 수행할 수 있다고 본다.¹⁸⁷⁾ 그리고 그것이 성문법 체계에서 결여되기 쉬운 유연성과 구체적 타당성을 확보할 수 있는 하나의 중요한 수단이 될 수 있을 것으로 생각한다.¹⁸⁸⁾ 나아가 미국 저작권법상 공정이용 여부의 판단기준인 4가지 요소가 우리 저작권법상 공정이용의 적용 여부를 판단함에 있어서 중요한 참고자료가 될 수 있음은 물론이다.

VI. 공정이용의 도입

우리나라 저작권법의 공정이용은 미국 저작권법의 공정이용 법리의 초기 형태로부터 유래하였다고 할 수 있다. 그러나 근본적으로 공정이용은 ‘인용’이라는 범위 안에서 저작재산권 제한이 가능하므로 그 적용범위는 공정이용만큼 다양할 수가 없다.

특히, 우중현 사건은 현행 저작권법의 해석론에 비추어 보면 저작재산권 침해가 되고 공정이용으로 포섭되어 적법한 행위가 될 수 없을 것이라고 생각된다. 이와 유사한 미국의 Lenz 사건은 그 UGC 안에 비록 음질이 떨어지긴 하지만 저작권이 있는 음원까지 들어있었음에도 불구하고 공정이용이라는 점에 대해서는 아무런 의문의 여지가 없다. 뒤에서 보는 것처럼 실제로 양 당사자는 그 점에 대해서는 다투지도 않았으며, YouTube 측에서도 Lenz의 재개요청서(counter-notification)를 받고 공정이용으로 판단하여 다시 게재하여 주었다. 저작권의 보호가 우리나라

187) 오승중, 전게서, 716면.

188) Id.

보다 훨씬 더 엄격한 미국의 압력에 의해 저작권의 보호를 강화하는 방향으로 저작권법을 개정해 온 우리나라에서 미국과 비슷한 사안에서 미국은 공정이용을 인정하여 저작권 침해가 되지 않는데도 우리나라에서는 저작권 침해가 된다고 해석을 하게 된다면 이는 모순이 아닐 수 없다.

결국 우중현 사건이 내포하고 있는 이러한 모순은 비단 UGC에만 국한되는 것은 아니다. 인터넷과 정보통신기술의 발달로 인하여 새로운 신기술이 등장하고 그러한 기술을 바탕으로 새로운 문화산업이 발달할 때마다 저작권법적 분쟁은 더 활발해질 수밖에 없다.

현재의 저작권법은 그러한 상황에 대처하기에는 다소 불완전한 모습을 하고 있다. UGC와 관련하여 2차적 저작물과 독립 저작물의 구별기준이 되는 실질적 유사성의 판단에 다양한 기준을 내세워 판단하자는 학설의 견해도 공정이용의 법리를 활용하자는 취지로 선택할 수 있으며 이러한 방식이 현행 저작권법을 유연하게 해석하는 한 가지 방법이 될 수도 있다. 그러나 우중현 사건에서 보는 것처럼 2차적 저작물조차 되지 않는 경우에도 저작권자의 저작권을 보호하는 것보다 저작물의 공정한 이용을 도모하는 것이 더 우선되어야 할 때도 많을 것이다. 결국 해석을 통한 문제 해결에는 한계가 있을 수밖에 없고 궁극적인 문제 해결이 될 수는 없다. 따라서 현행 저작권법에 공정이용을 도입하여 기술 발전에 따라 계속 등장할 수 있는 다양한 분쟁 양상에서 저작권자의 보호와 이용자의 공정한 이용을 조화시키는 합리적 결론을 도출할 수 있는 돌파구를 마련하여야 한다.

저작권법에 공정이용을 도입하더라도 기존의 제한 규정들은 그대로 유지하는 것이 더 나으며, 공정인용의 규정을 공정이용으로 개정하는 것이 가장 적절한 방법이라고 생각한다. 공정이용 자체가 개방적인 일반조항이므로 그것만으로는 법적 안정성의 측면에서 다소 불안한 측면이 있으

므로 구체적인 제한 규정들이 함께 공정이용의 범리 발전에 도움을 줄 수 있기 때문이다.

제6장 UGC와 온라인 서비스 제공자의 책임

제1절 문제의 소재

I. Lenz 사건의 개요¹⁸⁹⁾

2007. 2. 7. 원고 Stephanie Lenz는 그녀의 어린 아들이 프린스의 노래 “Let's Go Crazy”를 배경으로 부엌에서 춤을 추고 있는 것을 비디오로 찍었다. 이 비디오는 29초의 길이로서 비디오상의 음질은 그다지 좋지 않았으나 약 20초가량 Prince의 노래 “Let's Go Crazy”를 들을 수 있다. 2007. 2. 8. Lenz는 이 비디오에 “Let's Go Crazy #1”이라는 제목을 붙여 자신의 친구들과 가족이 함께 볼 수 있도록 YouTube에 업로드하였다.

2007. 6. 4. “Let's Go Crazy”의 저작권을 소유한 Universal사가 DMCA §512를 근거로 YouTube에 Lenz의 비디오 전송의 중단을 요구하는 요청서(takedown notice)를 보냈다. YouTube는 다음 날 Lenz의 비디오를 제거하고 Universal의 요구에 대응한 조치임을 알리는 전자우편을 Lenz에게 보내면서, 동시에 Lenz에게 DMCA의 재개 요구 절차에 대해서도 조언을 해 주었다. 또한, 저작권 침해가 반복될 경우에는 Lenz의 계정 및 Lenz가 업로드한 모든 비디오를 삭제하겠다는 경고도 하였다.

Lenz는 이에 대해 2007. 6. 27. YouTube에 대하여 DMCA §512(g)에 따라 재개요청서를 발송하였다. Lenz는 자신이 만든 비디오는 “Let's

189) Lenz v. Universal Music Corp., 572 F.Supp.2d 1150, 1151-53 (N.D.Cal. 2008).

Go Crazy”의 공정이용에 해당하므로 저작권 침해가 아니라고 주장하면서, 문제의 비디오를 다시 게시해 줄 것을 요구하였고, 이에 따라 YouTube는 그 비디오를 다시 게시해 주었다.

Lenz는 2007. 7. 24. DMCA §512(f)의 허위 진술 규정에 따라 Universal사를 상대로 손해배상청구소송을 제기하였다.

II. 법적 쟁점¹⁹⁰⁾

1. 저작권법 규정과 쟁점

(1) DMCA §512(c)(3)(A)¹⁹¹⁾의 규정

190) Lenz v. Universal Music Corp., 572 F.Supp.2d 1150, 1153-54 (N.D.Cal. 2008).

191) §512(c)(3)(A) To be effective under this subsection, a notification of claimed infringement must be a written communication provided to the designated agent of a service provider that includes substantially the following:

(i) A physical or electronic signature of a person authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed.

(ii) Identification of the copyrighted work claimed to have been infringed, or, if multiple copyrighted works at a single online site are covered by a single notification, a representative list of such works at that site.

(iii) Identification of the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity and that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate the material.

(iv) Information reasonably sufficient to permit the service provider to contact the complaining party, such as an address, telephone number, and, if available, an electronic mail address at which the complaining

DMCA §512(c)(3)(A)는 저작권자가 온라인 서비스 제공자에게 중단요청서를 보낼 경우 다음의 정보를 제공할 것을 요구하고 있다.

(i) 침해되었다고 주장되는 배타적 권리의 권리자를 대신하여 행동할 것을 허락받은 사람의 실제 또는 전자 서명

(ii) 침해되었다고 주장되는 저작물의 확인 또는 하나의 통지가 하나의 온라인 사이트에 있는 다수의 저작물을 포함한다면, 그 사이트의 그러한 저작물의 대표 목록

(iii) 침해하고 있거나 침해행위의 실체라고 주장되는 그리고 제거되거나 접근이 불가능하게 되어야 할 자료의 확인과 서비스 제공자가 그 자료를 확인하기에 합리적으로 충분한 정보

(iv) 서비스 제공자가 권리 주장자(complaining party)에게 연락하기에 합리적으로 충분한 정보. 예를 들면 주소, 전화번호, 그리고 가능하다면 권리 주장자와 연락될 수 있는 전자우편주소.

(v) 그 자료를 불만이 제기된 방식으로 이용하는 것이 저작권자, 그의 대리인 또는 법에 의하여 인정되지 않는다는 성실한 믿음을 권리 주장자가 가지고 있다는 진술

(vi) 통지에 들어 있는 정보가 정확하고 위증의 벌을 받는 조건으로 권리 주장자가 침해되었다고 주장되는 배타적 권리의 권리자를 대신하여

party may be contacted.

(v) A statement that the complaining party has a good faith belief that use of the material in the manner complained of is not authorized by the copyright owner, its agent, or the law.

(vi) A statement that the information in the notification is accurate, and under penalty of perjury, that the complaining party is authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed.

행동할 권한이 있다는 진술

(2) DMCA §512(f) 허위 진술(Misrepresentations)¹⁹²⁾

자료나 행위가 권리를 침해하고 있다는 사실을 고의로 현저하게 허위 진술하는 사람은 그로 인해 손해를 받은 사람이 입은 손해에 대하여 책임이 있으며, 이러한 손해에는 변호사 수임료도 포함된다.

(3) 법적 쟁점

Lenz가 제작한 비디오에 저작물을 이용하였다는 사실 또는 Universal사가 Prince의 음악저작물에 대한 저작권을 가지고 있다는 사실에 대해서는 다툼이 없었다. 따라서 Lenz 사건의 쟁점은 불만이 제기된 방식으로 그 자료를 이용하는 것이 저작권자, 그의 대리인 또는 법에 의하여 인정되지 않는다는 성실한 믿음을 형성할 때 저작권자가 공정이용 원칙을 고려할 것을 DMCA §512(c)(3)(A)(v)의 규정이 요구하는지 여부이다.

192) DMCA §512(f) Misrepresentations. - Any person who knowingly materially misrepresents under this section -

(1) that material or activity is infringing, or

(2) that material or activity was removed or disabled by mistake or misidentification,

shall be liable for any damages, including costs and attorneys' fees, incurred by the alleged infringer, by any copyright owner or copyright owner's authorized licensee, or by a service provider, who is injured by such misrepresentation, as the result of the service provider relying upon such misrepresentation in removing or disabling access to the material or activity claimed to be infringing, or in replacing the removed material or ceasing to disable access to it.

DMCA에 따른 중단요청서와 관련하여 공정이용이 ‘법에 의하여 공인된’ 이용의 자격을 주는지 여부는 선례가 없는 쟁점이었다.

2. 원고 Lenz의 주장

이 사건에서 Lenz는 공정이용은 저작권법의 명시된 구성요소로서 저작물의 공인된 이용이라고 주장하였다. Lenz는 또한 저작권자는 이용자가 만든 자료에 이용된 저작물이 공정이용을 포함하여 모든 허용된 범위 내의 이용인지의 여부에 대해 검토도 하지 않고 그 자료가 저작권을 침해하였다는 성실한 믿음을 가지고 있다는 진술을 해서는 안 된다고 주장하였다. 실제로 1976년 저작권법 제107조는 “제106조와 제106A조에도 불구하고 저작물의 공정이용은 저작권 침해가 아니다.”라고 규정하고 있다.

3. 피고 Universal사의 항변

Universal사는 공정이용은 “저작권자 또는 법에 의해 공인된 이용”이 아니라 단지 저작권 침해를 용서하는 것에 불과하므로 저작권자가 중단요청서를 보내기 전에 공정이용의 문제를 검토할 필요는 없다고 주장하였다. 또한 Universal사는 DMCA에 의해 저작권자가 저작권 침해로 여겨지는 자신의 저작물의 이용이 공정이용인지를 미리 고려해야 한다고 하더라도 그러한 의무는 저작권자가 재개요청서를 받고 소를 제기할 것을 고려한 후에나 생기는 것이라고 주장하였다.

III. 법원의 판단¹⁹³⁾

제정법을 해석할 때 법원은 먼저 “제정법의 문언과 의회가 그 이전에 그 문제에 대해 어떻게 설명을 하고 있는지”부터 검토를 시작해야 한다.¹⁹⁴⁾ 혹시, 의회가 그 의도를 분명히 하고 있다면, 법원은 그 의도대로 판단하여야 한다.¹⁹⁵⁾ 이 사건에서 “법에 의하여 공인된(authorized by law)”이라는 문구의 의미는 애매하지 않다. “법에 의하여 공인된” 활동 또는 행동은 법으로 허용된 혹은 법에 위반되지 않는 것을 의미한다.

의회는 DMCA에서의 공정이용에 대해서는 분명하게 언급하고 있지 않지만, 저작권법에는 분명히 “저작물의 공정이용은 저작권 침해가 아니다”라고 명시하고 있다.¹⁹⁶⁾ 가령 공정이용이 저작권 침해에 대한 용서에 불과하다는 Universal사의 주장이 정당하다고 하더라도 공정이용은 저작물의 적법한 이용이라는 사실에는 변함이 없는 것이다.

따라서 저작권자가 DMCA에 따른 중단요청서의 절차를 밟기 위해서는 저작권자는 그 저작물의 이용이 공정이용인지를 살펴보아야 한다. 저작권자가 공정이용인지에 대해 성실하게 살펴보지도 않고 중단요청서를 보낸다면 그것은 불성실한 행동이며 이는 DMCA §512(f)의 허위 진술에 해당한다는 렌즈의 주장은 충분히 타당하다.

또한 이렇게 해석하는 것이 DMCA와 일반적인 저작권법의 목적을 촉진시키는 것에 부합한다. 의회는 DMCA를 제정할 때 “DMCA 법안은 잠재적인 침해에 신속하게 대응할 필요성뿐만 아니라 최종 이용자들이 의지할 곳도 없이 자신들의 자료가 삭제당하지 않도록 그들의 이익도 도모

193) Lenz v. Universal Music Corp., 572 F.Supp.2d 1150, 1154-56 (N.D.Cal. 2008).

194) Norfolk and Western Ry. Co. v. American Train Dispatchers Ass'n, 499 U.S. 117, 128 (1991).

195) Miller v. French, 530 U.S. 327, 326 (2000).

196) 17 U.S.C. §107.

함으로써 저작권 제도의 균형을 이루도록 규정되어야 한다.”고 기록하고 있다.¹⁹⁷⁾

중단요청서를 발송하기 전에 공정이용에 대해 저작권자 측이 살펴보아야 한다면, 저작권자들은 잠재적 침해에 대해 신속하게 대응할 수 없을 뿐만 아니라 저작물의 특정한 이용이 공정이용을 구성하는지의 문제는 사실집약적인 심리이며 또한 법원이 최종적으로 저작권자에게 유리한 판결을 해 줄지는 저작권자들로서는 예측하기 어려운 일이라고 Universal 사는 주장하였다. 이러한 우려를 이해 못할 바는 아니지만 실제적인 영향은 과장된 것으로 보인다.

저작권법은 특정한 경우에 이용된 저작물이 공정한 것인지를 결정할 때에 고려되어야 할 네 가지 요소를 제107조에 명백하게 규정하고 있다. 틀림없이 몇몇 사건에서 공정이용의 평가는 다른 사건보다 더 복잡하겠지만, 대다수의 사건에서는 중단요청서를 발송하기 전에 공정이용인지를 검토하는 것이 잠재적 침해에 신속하게 대응하려는 저작권자의 능력을 위협에 빠뜨릴 만큼 복잡하지는 않을 것이다.

기술한 바와 같이 DMCA는 저작권자들이 중단요청서를 발송하기 전에 해당 이용이 공정이용인지를 먼저 검토할 것을 요구하고 있으며 그렇게 하지 않으면 §512(c)의 모든 조건을 만족시키는 것은 불가능하게 될 것이다. 공정이용의 원칙이 적용될 수 있는지 여부를 고려하는 것은 최초 검토의 일부이며, 침해 주장의 정확성을 증명하기 위하여 철저한 조사를 필요로 하는 것은 아니다.¹⁹⁸⁾

§512(f)의 목적은 중단요청서의 남용을 막는 것이다. 만약 저작권자가 자신이 단지 저작권자인 것만으로 이러한 책임을 면할 수 있다면

197) Sen. Rep. No. 105-190 at 21 (1998).

198) Rossi v. Motion Picture Ass'n of America, Inc., 391 F.3d 1003, 1004 (9th Cir. 2004).

§512(f)는 대부분 불필요할 것이다.

만약 저작권을 침해하지 않은 자료를 불필요하게 삭제하는 일이 발생한다면 그것은 공중의 이익을 해하는 것이 된다. 따라서 해당 이용이 공정이용인지에 대한 성실한 고려는 성문법의 목적과 부합하는 것이다. 중단요청서 전에 공정이용인지를 검토하도록 저작권자들에게 요구하는 것은 인터넷의 효율적인 발전을 돕고 또한 창조적인 천재들이 만들어 낸 영화, 음악, 소프트웨어 및 문학작품에 해를 주지 않으면서 인터넷상의 다양하고 개선된 품질의 서비스를 확대시키는 데 도움을 줄 것이다.¹⁹⁹⁾

제2절 우리 저작권법의 검토와 문제점

I. 관련 법령

1. 저작권법 제103조 (복제·전송의 중단)

① 온라인 서비스 제공자의 서비스를 이용한 저작물 등의 복제·전송에 따라 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 자신의 권리가 침해됨을 주장하는 자(이하 이 조에서 “권리 주장자”라 한다)는 그 사실을 소명하여 온라인 서비스 제공자에게 그 저작물 등의 복제·전송을 중단시킬 것을 요구할 수 있다.

② 온라인 서비스 제공자는 제1항의 규정에 따른 복제·전송의 중단 요구가 있는 경우에는 즉시 그 저작물 등의 복제·전송을 중단시키고 당해 저작물 등을 복제·전송하는 자(이하 “복제·전송자”라 한다) 및 권리 주장자에게 그 사실을 통보하여야 한다.

199) Sen. Rep. No. 105-190 at 2 (1998).

③ 제2항의 규정에 따른 통보를 받은 복제·전송자가 자신의 복제·전송이 정당한 권리에 의한 것임을 소명하여 그 복제·전송의 재개를 요구하는 경우 온라인 서비스 제공자는 재개 요구 사실 및 재개 예정일을 권리 주장자에게 지체 없이 통보하고 그 예정일에 복제·전송을 재개시켜야 한다.

④ 온라인 서비스 제공자는 제1항 및 제3항의 규정에 따른 복제·전송의 중단 및 그 재개의 요구를 받을 자(이하 이 조에서 “수령인”이라 한다)를 지정하여 자신의 설비 또는 서비스를 이용하는 자들이 쉽게 알 수 있도록 공지하여야 한다.

⑤ 온라인 서비스 제공자가 제4항의 규정에 따른 공지를 하고 제2항 및 제3항의 규정에 따라 그 저작물 등의 복제·전송을 중단시키거나 재개시킨 경우에는 다른 사람에 의한 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해에 대한 온라인 서비스 제공자의 책임 및 복제·전송자에게 발생하는 손해에 대한 온라인 서비스 제공자의 책임을 감경 또는 면제할 수 있다. 다만, 이 항의 규정은 온라인 서비스 제공자가 다른 사람에 의한 저작물 등의 복제·전송으로 인하여 그 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 안 때부터 제1항의 규정에 따른 중단을 요구받기 전까지 발생한 책임에는 적용하지 아니한다.

⑥ 정당한 권리 없이 제1항 및 제3항의 규정에 따른 그 저작물 등의 복제·전송의 중단이나 재개를 요구하는 자는 그로 인하여 발생하는 손해를 배상하여야 한다.

⑦ 제1항 내지 제4항의 규정에 따른 소명, 중단, 통보, 복제·전송의 재개, 수령인의 지정 및 공지 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. 이 경우 문화체육관광부 장관은 관계 중앙 행정기관의 장과 미리 협의하여야 한다.

2. 저작권법 시행령

(1) 제40조 (복제·전송의 중단 요청)

법 제103조 제1항에 따라 온라인 서비스 제공자에게 복제·전송을 중단시킬 것을 요구하려는 자(이하 “권리 주장자”라 한다)는 문화체육관광부령으로 정하는 요청서(전자문서로 된 요청서를 포함한다)에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 소명 자료(전자문서를 포함한다)를 첨부하여 온라인 서비스 제공자에게 제출하여야 한다. 다만, 권리 주장자가 저작권 신탁관리업자이거나 최근 1년 이내에 반복적인 침해행위에 대하여 권리자임을 소명할 수 있는 자료를 이미 제출한 사실이 있는 경우에는 요청서만 제출하여도 된다.

1. 자신이 그 저작물 등의 권리자로 표시된 저작권 등의 등록증 사본 또는 그에 상당하는 자료
2. 자신의 성명 등이나 이명으로서 널리 알려진 것이 표시되어 있는 저작물 등의 사본 또는 그에 상당하는 자료

(2) 제41조 (복제·전송의 중단 통보)

① 법 제103조 제2항에 따라 저작물 등의 복제·전송을 중단시킨 온라인 서비스 제공자는 복제·전송을 중단시킨 날부터 3일 이내에 복제·전송자 및 권리 주장자에게 문화체육관광부령으로 정하는 통보서(전자문서로 된 통보서를 포함한다)에 권리 주장자가 제출한 복제·전송 중단 요청서(복제·전송자에 한정하며, 전자문서를 포함한다)를 첨부하여 통보하여야

한다.

② 온라인 서비스 제공자는 복제·전송자에게 제1항에 따른 통보를 할 때 자신의 복제·전송이 정당한 권리에 의한 것임을 소명하여 복제·전송의 재개를 요구할 수 있음을 알려주어야 한다.

(3) 제42조 (복제·전송의 재개 요청)

법 제103조 제3항에 따라 복제·전송의 재개를 요구하려는 복제·전송자는 온라인 서비스 제공자로부터 복제·전송의 중단을 통보받은 날부터 30일 이내에 문화체육관광부령으로 정하는 재개요청서(전자문서로 된 요청서를 포함한다)에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 소명 자료(전자문서를 포함한다)를 첨부하여 온라인 서비스 제공자에게 제출하여야 한다.

1. 자신이 그 저작물 등의 권리자로 표시된 저작권 등의 등록증 사본 또는 그에 상당하는 자료
2. 자신의 성명 등 또는 널리 알려진 이명이 표시되어 있는 그 저작물 등의 사본 또는 그에 상당하는 자료
3. 저작권 등을 가지고 있는 자로부터 적법하게 복제·전송의 허락을 받은 사실을 증명하는 계약서 사본 또는 그에 상당하는 자료
4. 그 저작물 등의 저작재산권의 보호기간이 끝난 경우 그 사실을 확인할 수 있는 자료

(4) 제43조 (복제·전송의 재개통보 등)

① 제42조에 따라 재개 요구를 받은 온라인 서비스 제공자는 복제·전송의 재개를 요구받은 날부터 3일 이내에 복제·전송자의 복제·전송이 정

당한 권리에 의한 것인지의 여부를 결정하여야 하고, 정당한 권리에 의한 것으로 인정되면 복제·전송의 재개 예정일을 정하여 문화체육관광부령으로 정하는 통보서(전자문서로 된 통보서를 포함한다)를 권리 주장자에게 송부하여야 한다.

② 제1항에 따른 재개 예정일은 그 복제·전송의 재개를 요구받은 날의 7일 이후부터 14일까지의 기간 중에 속하는 날로 하여야 한다.

II. 검토

저작권법 제103조 제1항은 권리 주장자가 저작권이 침해되었다는 사실을 소명하여 온라인 서비스 제공자에게 그 저작물 등의 복제·전송을 요구할 경우, 온라인 서비스 제공자는 즉시 그 저작물 등의 복제·전송을 중단하여야 한다. 이것은 미국 DMCA가 규정하는 ‘침해 주장의 통지(notification of claimed infringement)’의 규정 내용의 많은 부분을 그대로 수용한 것이다.²⁰⁰⁾

그런데 권리 주장자가 소명하여야 하는 ‘저작권이 침해되었다는 사실’의 내용이 구체적으로 무엇인가가 문제이다. Lenz 사건에서는 이 부분에 대한 해석론이 법적 쟁점이었다. 미국법상 “성실한 믿음을 가지고 있다는 진술”은 한국법상으로는 “소명”으로 대체되어 있다.²⁰¹⁾

이 문제에 관하여 저작권법 시행령 제40조를 보게 되면, 소명하여야 할 자료가 자신이 권리자임을 증명하는 자료에 국한되어 있음을 알 수 있다. 즉, 우리 저작권법 시행령은 “침해 사실의 소명”을 단지 “저작권의 소명”으로 해석하고 있는 것이다.²⁰²⁾ 그렇다면 이들 규정에 의하면

200) 정상조, 저작권법 주해, 박영사, 2007, 984면 (박준석 집필).

201) 김경숙, 전계 논문, 141면.

202) Id.

저작권자는 자신이 저작권자임을 소명할 수 있는 자료를 제출하기만 하면 자신의 저작물을 복제하여 제작된 어떠한 UGC에 대해서도 그 중단 요청이 가능하다는 결론이 된다.²⁰³⁾

한편, 저작권법 제103조 제3항은 복제·전송자는 “정당한 권리에 의한 것임을 소명”하여 그 복제·전송의 재개를 요구할 수 있다. 그런데 “정당한 권리의 소명”이 구체적으로 무엇인지 파악하기 위하여 저작권법 시행령 제42조를 보게 되면, 제1호와 제2호는 자신이 저작권자임을 소명하는 자료이며 제4호는 해당 저작물의 보호기간이 만료되었다는 소명자료이고 정작 중요한 것은 제3호에 규정되어 있는 저작권자로부터 적법하게 복제·전송의 허락을 받았다는 것을 소명하는 자료이다.

결국 우리 저작권법 시행령의 태도는 권리 주장자에게 자신이 저작권자임을 소명할 것을 요구하고 있고, 복제·전송자에게는 복제·전송의 재개를 위하여 저작권자로부터 복제·전송의 허락을 받았다는 사실을 소명할 것을 요구하고 있다.

저작권자의 복제·전송의 중단 요구가 있으면 온라인 서비스 제공자는 “즉시” 그 저작물의 복제·전송을 중단시켜야 하며, 복제·전송을 중단시킨 날부터 3일 이내에 복제·전송자에게 권리 주장자가 제출한 복제·전송의 중단요청서를 첨부하여 통보하여야 한다.

복제·전송의 재개를 요구하려는 복제·전송자는 온라인 서비스 제공자로부터 복제·전송의 중단을 통보받은 날부터 30일 이내에 재개요청서를 온라인 서비스 제공자에게 제출하여야 하며, 재개 요구를 받은 온라인 서비스 제공자는 복제·전송의 재개를 요구받은 날부터 3일 이내에 복제·전송자의 복제·전송이 정당한 권리에 의한 것인지의 여부를 결정하여야 하고, 정당한 권리에 의한 것으로 인정되면 그 복제·전송의 재개를 요구받

203) Id.

은 날의 7일 이후부터 14일까지의 기간 중에 복제·전송의 재개 예정일을 정하여 복제·전송을 재개시켜야 한다.

이와 같이 우리 저작권법과 저작권법 시행령의 규정을 보면, 저작권자의 권리 구제는 신속하게 ‘즉시’ 이루어지고 그에 대한 이용자의 대응에 대한 구제절차는 재개를 요구받은 날의 7일 이후부터 14일까지의 기간 중에 이루어지는 것을 알 수 있다. 이러한 규정의 취지는 저작권자의 저작권 보호에 신속하게 대처하기 위하여 중단 조치는 저작권의 소명만으로 이루어질 수 있도록 설계된 반면에, 이용자의 재개 요구에 대해서는 3일이라는 판단기간을 포함하여 7일 이후에 그 요청이 받아들여지도록 설계됨으로써 신속한 대처보다는 정확하고 신중한 대처를 위하여 그렇게 규정한 것으로 생각된다.

III. 문제점

기간에 있어서 저작권자에게 다소 유리하게 설계된 중단 및 재개 요구절차는 그 소명 내용을 자세히 들여다보면 더 큰 문제가 내재되어 있음을 알게 된다.

저작권법 제103조 제1항에서는 “저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 자신의 권리가 침해됨을 주장하는 자는 그 사실을 소명”하도록 되어 있는바, 여기서 저작권이 침해된다는 것이 무엇인지를 파악하여야 한다.

저작권의 침해가 인정되는 경우는 허락 없이 복제·전송을 한 경우와 저작재산권 제한사유에 해당하지 않는 경우를 생각해 볼 수 있다.

그런데 이용허락을 하지 않았다는 사실의 소명은 민사소송상 부존재의 증명으로서 그 이익의 향수자인 저작물 이용자가 소명하는 것이 타당하다. 즉, 이용허락을 받은 사람이 이용허락을 받은 사실을 소명하는 것은

쉽지만, 허락을 하지 않은 저작권자가 허락하지 않았다는 사실을 소명한다는 것은 매우 어려운 일이기 때문이다.

결국 남는 것은 이용자의 저작물 이용행위가 저작권재산권 제한사유에 해당하는지 여부이다. 민사소송에서 저작권 침해 공방이 이루어질 때는 저작권자는 저작권이 있다는 사실을 주장, 증명하면 되고, 이용자는 항변 사유로서 저작권 제한사유에 해당한다는 사실을 주장, 증명하면 된다. 그런데 이에 대한 내용은 저작권법 시행령에 전혀 규정되어 있지 않다. 저작권법에서는 분명히 “저작권이 침해된다는 사실”을 소명하도록 하였고 Lenz 사건에서의 판결 내용에서도 언급된 것처럼 저작권 제한사유에 해당하는 행위는 저작권을 침해하는 것이 아니라 적법한 행위라고 볼 수 있다. 따라서 저작권법 시행령이 저작권 침해가 아닌 행위 모두에 대한 소명을 할 수 있는 절차를 규정하고 있지 않다면 모법에 위반된 것이라고 할 수 있다.

위에서 살펴본 조문의 문제점은 실제 사례에서도 그대로 드러난다. 우종현 사건을 보면, NHN은 저작권법 시행령의 규정에 따라 원고가 정당한 권리에 의한 이용을 소명하지 못하였다고 보았기 때문에 재게시를 거절하였던 것이다. 원고는 음저협으로부터 음악저작물의 이용허락을 받지 않았으므로 정당한 권리에 의한 이용이라는 소명은 저작권법 시행령을 그대로 따르게 되면 결국 불가능하게 될 것이다. 그러나 Lenz 사건에서는 Lenz의 재게 요구에 대하여 YouTube 측은 공정이용이라고 인정하여 다시 게시를 하였다.

Lenz 사건에서의 법원의 판단은 한 걸음 더 나아가 저작권자가 이용자의 해당 이용행위가 공정이용에 해당하지 않는다는 것을 성실하게 믿을 것까지 요구하고 있다.

IV. 개선책

저작권법 시행령의 태도는 기간의 측면에서 저작권자의 권리 보호에 치중하였다고 볼 수 있다. 저작권자의 권리 소명에 대한 판단과 저작권자로부터 이용허락을 받았다는 소명에 대한 판단 사이에 기간의 장단을 둘 만큼 본질적으로 차이가 있는 것은 아니다. 또한 이용자의 재개 요구에 대하여는 요구받은 시점으로부터 7일 이후에 재개하도록 하는 것은 저작권자의 보호에 과다하게 치중한 것으로 볼 수 있다. 뿐만 아니라 저작권법 제103조 제1항은 분명히 저작권을 “침해”한 사실을 소명하도록 되어 있음에도 불구하고 같은 법 시행령에서 저작권자의 소명 사실을 축소하여 요구하고 있는 것은 문제가 있다. 따라서 저작권법 시행령을 개정하여 소명 자료에 저작권 제한사유에 해당하는지 여부에 대한 내용도 추가하여야 한다.

만약 저작재산권 제한사유에 대한 소명을 규정한다면 어떻게 규정하는 것이 좋을까? 소송구조를 그대로 반영하여 이용자의 소명 사유에 저작재산권 제한사유가 있다는 사실을 추가할 수도 있다.

그런데 모든 사람은 헌법 제21조 제1항에서 도출되는 표현의 자유를 가진다. 이러한 헌법상 기본권을 보호하는 것은 국가의 중요한 의무이다. 또한 앞에서 지적한 것처럼 저작권은 소유권과 유사한 배타적 권리로서의 성격을 가지는 동시에 법률로써 보호되는 법률유보의 성격을 강하게 가지므로 저작권법의 보호를 받는 저작권의 권리 범위에 대한 해석은 엄격하게 하여야 한다. 그렇다면 저작권법에서 ‘저작권의 침해’를 소명할 것을 요구하였다면 저작권자는 자신이 저작권자라는 사실뿐만 아니라 저작재산권 제한사유에 해당하지 않는다는 사실도 소명하여야 할 것이다. 따라서 권리 주장자가 저작재산권 제한사유에 해당하지 않는다는

사실에 대한 소명을 하도록 저작권법 시행령을 개정하는 것이 더 타당하다고 생각한다. Lenz 판결은 이 점에 대하여 새로운 관점의 해석론을 제시하였다는 점에서 의의가 있다.²⁰⁴⁾

204) 김경숙, 전제 논문, 143면.

제7장 결론

우중현 사건을 언론보도를 통하여 접하면서 UGC와 관련된 저작권법적 논쟁에 대하여 다시 검토하는 계기가 되었다. 특히 우중현 사건보다 먼저 미국에서 있었던 Lenz 사건은 우중현 사건에 대한 중요한 시사점을 제공하였다. 우중현 사건에서 그의 딸이 유명 가수의 노래를 부른 것은 타인의 음악저작물을 실연한 것이고 그러한 내용의 동영상을 촬영한 것은 사적 이용을 위한 복제에 해당하여 위법하지 않다. 그러나 그 동영상을 블로그에 게시함으로써 저작권자의 복제권과 전송권을 침해한 것이 된다.

저작권 침해가 문제되는 대다수의 UGC는 타인의 저작물을 단순 복제한 경우와 타인의 저작물을 이용하여 2차적 저작물을 만든 경우가 될 것이다. UGC는 인터넷에 공개를 하는 것이 통상적이므로 단순 복제의 경우에 사적 이용을 위한 복제에 해당하여 적법하게 되는 경우는 거의 없을 것이다.

2차적 저작물의 경우 원저작권자로부터 동의를 받지 않았다면 2차적 저작물 작성권을 침해하게 된다. 그런데 새로운 저작물이 원저작물과 실질적 유사성이 존재할 때에만 2차적 저작물이 되는 것이며 실질적 유사성이 없을 때에는 독립 저작물이 된다. 이렇게 독립 저작물이 되면 원저작물의 변경에 대하여 2차적 저작물 작성권 침해도 되지 않을 뿐만 아니라 동일성유지권 침해도 되지 않는다. 따라서 어떠한 저작물이 2차적 저작물인지, 독립 저작물인지를 구별해 주는 실질적 유사성은 매우 중요한 기준이 된다. 2차적 저작물과 관련된 실질적 유사성에 대한 기존의 논의는 변경의 정도 또는 창작성의 정도이다. 즉, 변경이 많으면 또는 창작성이 많이 가미되면 실질적 유사성이 없으므로 더 이상 2차적 저작

물이 아니라 독립 저작물이 된다는 것이다. 이러한 기존의 논의에 대하여 실질적 유사성을 판단하는 구체적 내용을 미국법상의 공정이용과 유사한 “시장경쟁성, 원저작물의 이용 정도, 창작성의 정도”와 같은 다양한 기준을가지고 판단해야 한다는 견해가 있었다. 이러한 해석에 따르면 변경의 정도 내지 창작성의 정도가 큰 경우뿐만 아니라 그 정도가 작더라도 다른 기준에 비추어 독립 저작물로 평가될 가능성이 있는 것이다. 이러한 해석론은 부분적으로나마 UGC 제작이 저작권 침해가 되는 위험을 해소시켜 줄 것이다. 그러나 2차적 저작물의 개념은 변경을 그 중요한 표지로 하며 그로부터 더 나아가 독립 저작물 여부를 논하는 것이므로 그 개념을 철저히 밀고나가 기존의 논의대로 변경의 정도라는 단일한 기준으로 판단하는 것이 타당하다고 생각한다. 학설과 같은 해석은 오히려 기존의 법리에 혼란만 가중시키는 결과를 초래할 뿐만 아니라 UGC의 차별적 취급을 위하여 법리를 바꾸는 것은 법적 안정성을 침해하는 이론이 될 뿐이다.

우종현 사건에서는 타인의 노래를 부르면서 어린 여자아이가 춤을 따라 추는 것이 창작성이 부가되었다고 보아 저작물로 평가할 수 있다고 생각한다. 다만 노래에 대하여 어떠한 변경도 가한 것이 아니기 때문에 2차적 저작물이 되는 것이 아니라 그 자체가 최초의 저작물이 된다고 볼수 있다. 결국 우종현 사건의 UGC는 그 자체가 저작물이지만 타인의 음악저작물을 허락 없이 이용하여 복제하고 전송하였으므로, 그 UGC의 게시로 말미암아 침해되는 저작권은 복제권과 전송권이 될 것이다. 포털 사이트의 블로그에 공개함으로써 공중의 이용에 제공한 이상 사적 복제에 해당할 여지는 없고 공정인용이 될 수 있는 여지만 있을 뿐이다.

그런데 공정인용의 중요한 점 중에 하나는 그 이용행위가 ‘인용’에 한정된다는 것이다. 다른 사람이 작사하고 작곡한 노래를 부르는 행위는

그 노래를 가창함으로써 실연이 될지언정 다른 저작물 속에서 ‘인용’되는 것이라고 볼 수 없다. 특히 인용이 되기 위해서는 인용저작물과 피인용저작물이라는 두 가지 개념이 뒤따르게 되고 인용저작물에서 피인용저작물을 제거하였을 때 남는 부분이 독자적으로 존재 의의를 가져야만 인용이라고 할 수 있다. 그런데 노래에 맞춰 춤을 추는 동영상에서 노래를 제거하고 남는 것만으로 존재 의의를 갖는다고 평가하기는 힘들다. 따라서 다른 요건에 부합하는지 여부와 상관없이 공정인용이 되지 않는다.

그리고 현행 저작권법의 해석상 저작권의 내재적 제한으로서 공정이용의 법리를 도출하는 것도 법해석의 범위를 넘어서는 것이라고 평가된다. 마지막으로 권리남용을 생각해 볼 수 있는데, 그것도 권리남용의 주관적 요건과 객관적 요건을 요구하는 엄격한 법원의 태도에 비추어 보면 인정받기 어려운 법리이다.

우중현 사건과 같이 저작권 침해로 보는 것이 오히려 부적절해 보이는 사안에서도 현행법의 해석상 저작권 침해로 해석할 수밖에 없다. 이 사건과 유사한 미국의 Lenz 사건에서는 음원이 사용되었음에도 공정이용에 해당한다는 사실에 다툼이 없었다는 것과 비교하여 생각해 본다면 분명 문제가 있다. 저작권자의 보호는 중요하지만 급변하는 정보통신기술과 인터넷의 발달에 따른 저작권의 변화에 탄력적으로 대응하지 못하고 그 결함을 드러낸 것이 우중현 사건이라고 생각한다.

결국 공정이용이 일반적 저작권 제한사유로 인정되지 않는 현실에서 공정이용만으로는 UGC를 비롯한 새로운 인터넷 기술의 발전으로 인한 저작물 이용형태의 변화를 잘 빠르게 수용하지 못한다는 사실을 알 수 있다. 따라서 근본적으로 공정이용 조항을 공정이용으로 개정하는 것이 저작물의 ‘공정한 이용’을 도모하는 길이라고 생각한다.

마지막으로 온라인 서비스 제공자의 책임과 관련하여 저작권자와 이용

자 사이의 분쟁을 조절하는 장치로 중단 요구와 재개 요구라는 절차를 규정한 저작권법 제103조와 저작권법 시행령을 Lenz 판결과 비교하여 살펴보았다. Lenz 판결에서는 저작권자가 중단요청서를 통지하기 전에 그 이용이 공정이용에 해당하는지에 대한 성실한 검토를 할 것을 요구하는 해석을 하였다. 우리 저작권법은 권리 이용자로 하여금 저작권 침해 사실을 소명하도록 하고 있는데, Lenz 사건이 지적하는 바와 같이 저작재산권 제한사유에 해당하는 것은 저작권 침해가 될 수 없다. 따라서 저작권법 시행령의 소명 사유에는 반드시 저작재산권 제한사유에 해당하는지 여부에 대한 내용이 규정되어야만 한다. 다만, 이러한 소명 의무를 누구에게 부담하도록 할 것인지에 대한 문제는 헌법상 기본권인 표현의 자유에 대한 보장과 저작권의 법률유보적 성격에 비추어 저작권법상 침해에 해당하는 사실에는 저작재산권 제한사유에 해당하지 않는다는 사실까지도 포함되는 것으로 보아야 한다. 따라서 Lenz 판결의 취지와 같이 저작권법 시행령의 내용을 저작권자에게 저작재산권 제한사유에 해당하지 않는다는 사실의 소명 의무를 부담시키는 것으로 규정하여야 할 것이다.

이제 우리도 저작권의 보호를 강화하는 차원을 넘어서 저작물의 공정한 이용도 중요한 가치라는 사실을 인식하는 패러다임의 전환이 필요하다. 또한 새로운 기술의 등장으로 기존에 문제되지 않던 저작권법상의 문제들이 새롭게 문제가 되기도 한다. 그러한 대표적인 예가 UGC라고 생각하며 특히 우종현 사건에서 시대에 부응하고 상식에도 부합하는 결론의 도출을 위해서는 공정이용이라는 일반적 저작재산권 제한사유를 도입할 필요가 있다. 그리고 권리 주장자는 침해라고 주장되는 이용이 공정이용에 해당하지 않는다는 사실의 소명도 부담하는 것이 저작권법의 태도에 부합하므로 저작권법 시행령을 그러한 내용이 편입되도록 개정하

여야만 할 것이다.

참고문헌

<단행본>

- 권영준, 저작권 침해판단론 -실질적 유사성을 중심으로-, 박영사, 2007.
마누엘 카스텔 지음/박행웅 옮김, 인터넷 갤러리, 2004.
방석호, 디지털 시대의 미디어와 저작권, 커뮤니케이션북스, 2007.
오승중, 저작권법, 박영사, 2007.
이해완, 저작권법, 박영사, 2007.
정상조, 저작권법 주해, 박영사, 2007.
하용득, 저작권법, 재단법인 법령편찬보급회, 1988.
Lawrence Lessig 지음, 이주명 옮김, 자유문화, 2005.
Ralph S. Brown & Robert C. Denicola, Copyright, 9th ed. 2005.
William F. Patry, The Fair Use Privilege, PLI Order No. G4-3760, 1980.

<논문>

- 곽재우, “UCC의 저작권법적 문제점 및 해결방안에 관한 연구 -UCC 동영상을 중심으로-”, Law&Technology, 제4권 제2호. 2008. 3.
김경숙, “UCC와 공정이용법리에 관한 미국 판례법리의 전개 -렌즈사건을 통해 본 DMCA상 공정이용의 새로운 해석-”, 계간 저작권, 2009년 여름호.
김양수, 패러디의 지적재산권법상 문제에 관한 연구, 서울대학교 박사학위 논문, 2007,
김중태, “UCC 등을 둘러싼 저작권 문제와 해결방법”, issue inside, 한국인터넷진흥원, 2007. 2.
유대중, “저작권 남용의 법리에 관한 연구”, 경희대학교 박사학위 논문. 2006.
유선실, “국내 UCC 시장 현황”, 정보통신정책 제19권 제15호, 2007. 8.
윤종수, “UCC 저작권의 차별적 취급과 보상체제”, 저스티스 통권 제106호, 한국법학원, 2008년 9월,
이대회, “사용자제작콘텐츠의 저작권 관련 쟁점에 관한 연구”, 정보법학, 제11권 제1호, 2007,
이대회, “사용자제작콘텐츠의 저작권 관련 쟁점에 관한 연구”, 정보법학, 제11권 제1호, 2007.
이대회, “UCC 관련 저작권 쟁점”, UCC 가이드라인 컨퍼런스 발표문, 2007. 3.

21.

- 이대희, “UCC와 저작권”, 정보처리학회지, 제14권 제3호. 2007. 5.
- 이동진, “동영상 UCC(User-Created-Content) 공유와 저작권 - 동영상 UCC에 의한 저작권 침해 논란에 관한 법적 고찰 -, Law & Technology, 제4권 제1호, 2008년 1월.
- 정제호, “UCC 시대의 저작권: Creative Commons License”, SW Insight 정책 리포트, SW 정책연구센터, KIPA, 2006. 9.
- 최경진, “Web 2.0과 저작권”, 계간 저작권, 2008년 가을호.
- 최민재, “동영상 UCC와 저널리즘”, 한국언론재단, 2007.
- 최승재, “미국에서의 디지털 콘텐츠의 공정이용항변의 적용과 한계 -유튜브(YouTube)를 둘러싼 일련의 소송을 중심으로-”, 계간 저작권, 2008 겨울호,
- 한지영, “UCC에 관한 법적 문제에 대한 연구”, 창작과 권리, 2009년 봄호.
- Brian Stelter, Some Media Companies Choose to Profit from Pirated YouTube Clips, N.Y. Times, Aug. 16, 2008 at C1.
- Cohen, Loren et al, Copyright in a Global Information Economy, Aspen Law & Business (2002).
- Laura G. Lape, “Transforming Fair Use: The Productive Use Factor in Fair Use Doctrine,” 58 Alb. L. Rev. 677 (1995).
- Marshall Leaffer, Understanding Copyright Law (New Your: Matthew Bender LexisNexis, (2005), §10.05.
- Michael S. Sawyer, Filters, Fair Use & Feedback: User-Generated Content Principles and the DMCA, 24 Berkeley Tech. L. J. 363. 2009
- OECD, Participative Web: User-Created Content, Working Paper, 2007.4.12.
- Paul Goldstein, International Copyright: Principles, Law and Practice, Oxford University Press, NY (2001).
- Pierre N. Leval, Toward a Fair Use Standard, 103 Harv. L. Rev. 1105, 1111 (1990).
- Pierre N. Leval, Toward a Fair Use Standard, 103 Harvard Law Review 1105, (1990).
- Steven Hetcher, User-Generated Content and the Future of Copyright:

Part One - Investiture of Ownership, 10 Vand. J. Ent. & Tech.
L. 863. (2008).

판례

대법원 1986. 7. 22. 선고 85다카2307 판결,
대법원 1990. 10. 23. 선고 90다카8845 판결.
대법원 1995. 11. 14. 선고 94도2238 판결.
대법원 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결.
대법원 1998. 7. 10. 선고 97다34839 판결.
대법원 2002. 1. 25. 선고 99도863 판결.
대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 판결.
대법원 2009. 2. 12. 선고 2008다67651, 67668 판결.
서울지방법원 2003. 9. 30.자 2003카합2114 결정.

Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 442
(1984)

Dellar v. Samuel Goldwyn, Inc., 104 F.2d. 661, 662 (2d. Cir. 1939).

Iowa State University Research Foundation, Inc. v. American
Broadcasting Co., 621 F.2d. 57 (2d Cir. 1980)

Ass'n of Am. Med. Colls. v. Mikaelian, 571 F. Supp. 144 (E.D.Pa. 1983),
aff'd, 734 F.2d 3(3d Cir. 1984).

Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 579 (1994).

Pac. & S. Co., v. Duncan, 744 F.2d 1490 (11th Cir. 1984).

American Geophysical Union v. Texaco 37 F.3d 881 (2d Cir. 1994)

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

Lenz v. Universal Music Corp., 572 F.Supp.2d 1150, 1151-53 (N.D.Cal.
2008).

Norfolk and Western Ry. Co. v. American Train Dispatchers Ass'n, 499
U.S. 117, 128 (1991).

Miller v. French, 530 U.S. 327, 326 (2000).

Rossi v. Motion Picture Ass'n of America, Inc., 391 F.3d 1003, 1004
(9th Cir. 2004).

<웹문서>

<http://blog.peoplepower21.org/PublicLaw/21321>

<http://ugcprinciples.com> Principles for User Generated Content Services.

ABSTRACT

UGC and Fair Use

Im, Gwangsup

Dept. of Law

The Graduate School

Seoul National University

The development of computer technology and the Internet has made it easier to create and share UGC(User-Generated Content), and UGC services have become the leading cultural industry in the 21st century. Recently a father videotaped his young daughter dancing like the well-known woman singer who sang a song "I'm crazy", and posted it on Naver.com, a popular Korean UGC site. But Naver removed the video at the request of the copyright owner of the song, and the father claimed damages against the copyright owner and the NHN Corp. asserting that it was non-infringing use.

A similar case happened in US. Lenz videotaped her young son dancing in her family's kitchen. The song "Let's Go Crazy" by the artist professionally known as Prince played in the background. Lenz uploaded the video, twenty-nine seconds in length, to YouTube.com, a popular Internet video hosting site, for the

purpose of sharing her son's dancing with friends and family. But the owner of the copyright to "Let's Go Crazy" sent YouTube a takedown notice pursuant to Title II of the DMCA, 17 U.S.C. §512(g). Lenz asserted that her video constituted fair use of the song and thus did not infringe Universal's copyrights. The video was reposted. And Lenz filed suit against Universal claiming for damages.

Copyright infringement may occur whenever somebody reproduces and distributes copyrighted works without authorization. In the above case, it is difficult to interpret the UGC as an fair citation under Korean Copyright Law, for if the musical works are removed from the UGC, the remnant is meaningless by itself as a copyrighted work. On the contrary interpreting the UGC as an fair citation would exceed the limit of legitimate interpretation of the fair citation clause(Article 28) of Korean Copyright Law.

Article 103 of Korean Copyright Law provides that the complaining party should prove that their copyright was infringed and that the users should prove their use is allowed by the right authority. If a use of the copyrighted material comes under the limitation clauses on copyright, the use is authorized by law.

Unnecessary removal of non-infringing material causes significant injury to the public where time-sensitive or controversial subjects are involved and the conter-notification remedy does not sufficiently address these harms. Thus, the

Regulation for Korean Copyright Law should be revised to the provision that a copyright owner should consider the limitations on copyright in the determination of the copyright infringement. A good faith consideration of the limitations on copyright prior to issuing a takedown notice will not be so complicated as to jeopardize a copyright owner's ability to respond to potential infringement. Requiring owners to consider the limitations will help ensure that the efficiency of the Internet will continue to improve and that the variety and quality of services on the Internet will expand.

UGC continues to grow in popularity and feature one of the most important media industries. The fair use of copyrighted works is as important as the protection of the copyright works. Now such a paradigm shift as the balance between two values is needed in Korea.

Consequently, I suggest that Korean Copyright Law provide the fair use clause, and that the provision require the copyright owners to consider the limitations on copyright before the takedown notice.

keywords : UGC, fair use, fair citation, online service provider

Student Number : 2005-21825