

저작권 공정이용 제도의 개혁 논의*

— 온라인서비스제공자의 삭제통지 절차 및 저작권 침해 판단을 중심으로 —

손 승 우**

[目 次]

I. 서 론	2. 침해판단 시 공정이용의 적용 문제
II. 공정이용 법리의 개관	V. OSP 삭제통지 절차와 공정이용의 적용 방안
III. OSP 삭제통지 절차에 있어서 공정이용 법리의 적용사례의 비교 분석	1. 복제·전송의 중단 절차
1. 손담비 “미쳤어” 노래 사건	2. 복제·전송의 재개 요청 절차의 문제점
2. 미국 렌즈 사건	3. 미국 DMCA상 삭제통제 및 재개 절차
3. 비교 분석	4. 복제·전송 재개절차에 있어서 공정이용의 적용 방안
IV. 저작권 침해 판단 시 공정이용 적용 논의	VI. 결 론
1. 최근 저작권 개혁 논의	

I. 서 론

2009년 손담비의 ‘미쳤어’ 사건에서, 5세 된 여자 아이가 손담비의 노래 ‘미쳤어’ 후렴구 일부를 따라 부르며 춤을 추는 것을 촬영한 53초 분량의 동영상을 저작권집중관리단체인 한국음악저작권협회가 저작권 침해로 주장하며 네이버 블로그에서 삭제해 줄 것을 요청하였고, 네이버는 즉시 삭제조치 후 게시자인 아이의 아버지(이 사건 원고)에게 그 사실을 통지하였다. 원고는 다시 자신의 동영상을 재개해 줄 것을 네이버에게 요구하였으나 저작권법에서 명시한 소명자료의 부족으로 네이버는 해당 요구를 거절하였다.¹⁾ 우리나라 저작권법은 복제·전송자가 온라인 게시판에서 삭제된 자신의 저작물을 재 게시할 것을 요구

[논문접수일: 2014. 11. 30. / 심사개시일: 2014. 12. 07. / 게재확정일: 2014. 12. 24.]

* 이 연구는 2013학년도 단국대학교 대학연구비 지원으로 연구되었음. 이 논문은 2014년 미래창조과학부 「인터넷 산업 발전을 위한 규제 개선 방안 연구」의 일부로 저자가 작성한 글 “인터넷 산업에서의 공정이용 제도 확립 방안(제4장 제3절)”을 기반으로 수정·보완한 것임을 밝힙니다.

** 단국대학교 법학과 / 대학원 IT법학협동과정(BK21+ 지식재산·정보보호법 사업단) 부교수. 법학박사

1) 서울남부지방법원 2010. 2. 18. 선고 2009가합18800 판결; 서울고등법원 2010. 10. 13. 선고 2010나35260 판결(이하 ‘손담비 미쳤어 사건’).

하기 위해서는 그 요구자가 저작권자이거나 아니면 그로부터 복제·전송의 허락을 받은 자여야 한다. 그러한 범주에 속하지 않는 복제·전송자는 자신의 저작물 이용이 공정이용(fair-use)에 해당한다고 주장하더라도 온라인서비스제공자(Online Service Provider: OSP)는 이를 받아들일 법적 근거가 없다. 반면, 미국 디지털밀레니엄저작권법(Digital Millennium Copyright Act: DMCA)²⁾는 OSP의 삭제통제 절차에 있어서 게시자의 공정이용(fair-use) 주장이 가능하도록 규정하고 있으며, OSP는 그 주장을 받아들여 게시물을 다시 재개할 수 있다.

한편, 저작권침해 사건에서 대부분의 이용자들은 공정이용에 대한 인식이 부재하여 원고의 침해 주장에 대하여 단순히 순응하고 손해배상금이나 형사 합의금을 지급하는 경우가 많다. 또한 공정이용에 해당될 수 있는 패러디, UCC(User Created Contents) 등과 같이 변형적 이용을 포함한 콘텐츠의 온라인 게시에 있어서도 대부분의 이용자들은 공정이용을 주장하지 않고 있다. 최근 공정이용에 해당될 수 있는 이용에 대해서도 침해판단이 내려진 사례가 존재한다. 예를 들면, ‘내저장함 사건’에서 법원은 개인적 감상을 위하여 13장의 사진을 보관하고(비상업적 이용), 또한 이용된 분량이 웹사이트에 게시된 사진들 중 일부만 복제하였으며 복제된 사진을 공중에 배포하지 않아 원고 저작물 시장을 대체하지 않는 경우에도 저작권 침해에 해당한다고 판결하였다.³⁾

현재 공정이용은 저작권침해 판단에서 피고의 적극적 항변(affirmative defense) 수단으로서만 기능하고 있으므로 외관상 공정이용이 명백한 경우에도 피고가 항변을 주장하지 않으면 이에 대한 심리가 이루어지지 않는다. 이와 관련하여 최근 미국과 유럽을 중심으로 진행되고 있는 저작권 개혁 논의⁴⁾에서 저작권 침해 판단 시 공정이용의 요건을 적극적으로 고려하도록 제안하고 있으며, 또한 호주, 영국, 독일 등에서 저작권 제한의 확대를 위한 입법적 시도가 등장하고 있다.

이하에서는 인터넷과 디지털 시대가 깊어 가면서 나타나고 있는 권리의 확대와 이와 더불어 상대적으로 축소되고 있는 공정이용(fair-use)의 모습을 살펴보고, 최근 전개되고 있는 저작권 개혁 논의 중 공정이용과 관련된 내용을 검토하였다. 특히 국내 OSP의 삭제통지(notice and takedown) 절차에 있어서 공정이용 법리의 적용 문제점을 사례를 중심으로 상세히 분석하였으며, 이와 관련된 저작권법의 개선 방안을 미국의 DMCA와 비교하여 제시하였다. 그리고 항변수단으로서 공정이용 법리를 저작권 침해 판단 단계에서 적극적으로 고려할 필요성에 대해서도 논하였다.

2) Digital Millennium Copyright Act, PUBLIC LAW 105-304—OCT. 28, 1998.

3) 서울중앙지방법원 2005. 7. 22. 선고 2005나3518 판결.

4) Pamela Samuelson & Members of The CPP, *The Copyright Principles Project: Directions for Reform*, 25 Berkeley Tech. L.J. 1175, 1211 (22010); European Copyright Code <<http://www.copyrightcode.eu>> (방문일: 2014.11.26.)

II. 공정이용 법리의 개관

공정이용 법리(fair-use doctrine)는 저작권에 의해 보호 받는 저작물의 표현을 복제 등으로 이용할 수 있도록 허용하는 법리로서 저작권자가 복제 등을 허용하지 않더라도 이용자는 저작권 침해로 인한 책임으로부터 면책된다. 이러한 공정이용 법리는 저작권자와 이용자의 이익균형을 위하여 형평의 견지에서 미국 판례에 따라 발전되어온 이론이다. 저작권 제도의 한쪽 스펙트럼에서는 저작권자의 권리보호 장치를 마련하여 창작자에게 배타적 권리를 부여하여 인센티브를 제공하고 이로써 창작적 활동을 장려하고 있으며, 다른 한쪽 스펙트럼에서는 권리의 지나친 보호를 견제하고 공정한 경쟁적 환경을 유지하기 위하여 배타적 권리를 제한하고 있다. 후자를 실현하기 위하여 발전된 이론이 바로 공정이용 법리이다.⁵⁾

이하에서 상술하는 바와 같이 공정이용은 과거 저작권 침해판단 요건으로 기능하였으나 현재는 저작권 침해 책임으로부터 면책 받기 위한 피고의 적극적 항변(affirmative defense) 수단으로서 역할을 하고 있다.⁶⁾ 과거에는 권리자인 원고가 공정이용의 요소를 고려하도록 하였으나 지금은 피고가 저작권 침해의 책임으로부터 면책을 받기 위해서 적극적으로 주장해야 하는 법리가 되었다.

공정이용은 미국 저작권법 제107조에 규정되어 있는데, 즉 “비판, 논평, 보도, 교육, 학문 또는 연구 목적의 … 저작권이 있는 저작물의 공정이용은 … 저작권의 침해가 아니다.”라고 규정하고 이를 판단하기 위한 4가지 요소를 제시하고 있다.⁷⁾ 저작물의 이용이 공정한지를 판단하기 위하여, ①저작물 이용의 목적과 성격(상업적 성격인지 아니면 비영리적인 교육적 목적을 위한 것인지 등), ②저작물의 특성(창작성이 높은 저작물에 대해서는 보다 강한 보호 인정, 접근성), ③이용된 부분이 차지하는 분량과 중요도, ④이용이 저작권자의 현재 그리고 잠재적 시장에 미치는 영향이 그것이다.

공정이용은 짧은 구절을 인용하는 경우와 같이 라이선스 거래비용이 높은 반면 아무런 손해를 주지 않는 경우에 인정될 수 있으며, 또한 서평을 위해서도 저작물이 이용되지만 일종의 광고 효과를 기대할 수 있어 거래비용을 절감시켜 주는 순기능이 있다. 그리고 공정이용은 교육이나 소수자 보호와 같은 공익적 목적 또는 비판 등과 같은 헌법상 표현의 자유를 보호하기 위해 인정되기도 한다.⁸⁾

우리나라 저작권법은 저작재산권 제한 사유를 제한적으로 열거하는 방식으로 규정하고 있는데, 이는 저작물 이용환경의 급격한 변화 속에서 저작물의 공정한 이용을 도모하는데 충분하지 못하였다. 이에 한미 FTA를 이행하기 위한 개정 저작권법에서 저작물의 공정이

5) 손승우, “디지털 저작권보호의 확대경향과 공정한 경쟁”, 「상사판례연구」 제19집 제1권(한국상사판례학회, 2006.3.31).

6) Fisher v. Dees, 794 F.2d 432, 435 (9th Cir. 1986).

7) 17 U.S.C. §107.

8) 공정이용이 인정되지 않는다면 비우호적인 서평을 하는 경향이 있는 서평자들에게 출판업자는 인용을 허락하지 않을 것이다. 윌리엄 M. 랜디스·리처드 A. 포스너(정갑주·정병석·정기화 번역), 지적재산권법의 경제구조, 일조각, 2011, 176-189면.

용에 관한 일반 조항을 신설하게 되었다. 즉 법 제35조의3 제1항에서 저작권법 제23조부터 제35조의2까지, 제101조의3부터 제101조의5까지 규정된 제한사유 외에도 저작물의 통상적인 이용과 충돌하지 아니하고 저작자의 합리적인 이익을 부당하게 침해하지 않는 범위 내에서 보도·비평·교육·연구 등을 위하여 저작물을 이용할 수 있도록 한 것이다(저작권법 제35조의3 제1항).

저작물 이용 행위가 공정이용에 해당하는지 여부를 판단할 때에는 ①영리성 또는 비영리성 등 이용의 목적 및 성격, ②저작물의 종류 및 용도, ③이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성, ④저작물의 이용이 그 저작물의 현재 시장 또는 가치나 잠재적인 시장 또는 가치에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하게 된다(저작권법 제35조의3 제2항). 공정이용 조항은 저작재산권자의 경제적 이익을 고려한 것이므로 저작인격권에는 적용되지 않는다. 또한 그 판단에 있어서도 네 가지 기준 중 저작물의 시장수요를 대체하는지 여부가 가장 중요하다. 그리고 첫 번째 요건인 이용의 목적 및 성격은 네 번째 요건인 시장에 미치는 영향과 밀접한 관련이 있다. 저작권법은 위 네 가지 요소를 규정하고 있으나 이는 예시일 뿐이므로 법원은 폭넓게 고려할 수 있다.

한편 저작권법에서 구체적으로 열거되어 있는 저작재산권 제한 사유 중에는 이용의 목적이 반영되어 있는 경우도 있으며, 또한 제한 사유 중 이용의 목적 및 성격상 복제가 허용되는 경우라도 그 저작물의 종류와 복제의 부수 및 형태 등에 비추어 저작재산권자의 이익을 부당하게 침해하는 경우에는 복제를 허용하지 않는 경우가 있는데, 이는 위 두 번째 및 세 번째 요소와 관련되어 있다.⁹⁾

Ⅲ. OSP 삭제통지 절차에 있어서 공정이용 법리의 적용사례의 비교 분석

1. 손담비 “미쳤어”노래 사건¹⁰⁾

원고는 2009. 2. 2. 다섯 살 된 원고의 딸이 의자에 앉아 가수 손담비가 가창한 ‘미쳤어’라는 노래의 후렴구 일부분을 따라 부르면서 춤을 흥내 내는 것을 촬영한 이용자제작콘텐츠(UCC) 형태의 53초 분량의 동영상상을 주된 내용으로 하는 게시물을 원고가 운영하는 네이버 블로그에 게시하였다. 원고는 동영상을 게시하면서 “이 노래를 어디서 보고 들은 것이기에 이렇게 따라 하는 것일까요? <중략> 좀 더 소녀 취향의 노래를 불러 주었으면 좋겠는데 말이지요.”라는 내용의 글을 원고의 딸이 찍힌 다른 사진들과 게시하였다.

이에 대하여 피고 한국음악저작권협회가 위 게시물이 동 협회가 저작자들로부터 신탁받아 관리하고 있는 이 사건 음악저작물에 대한 저작재산권을 침해한 것이라고 하면서 피고

9) 이러한 예로서, 재판절차 등에서의 복제(제23조), 공표된 저작물의 인용(제28조), 도서관 등에서의 복제(제31조) 등이 있다. 손승우, 지식재산권법의 이해, 2014년 지식재산권법 강의교재, 79면.

10) 서울고등법원 2010. 10. 13. 선고 2010나35260 판결.

회사(NHN)에게 삭제요청을 하였고, 이에 피고회사는 임시 게시 중단 조치를 한 후 원고에게 그 사실을 통보하였다. 복제·전송의 중단 통보를 받은 원고는 이 사건 동영상상을 다시 게시해 줄 것을 요청하였지만 피고회사는 소명부족을 이유로 응하지 않았다.

이에 원고는 이 사건 저작물 이용이 저작권법 제28조 등에 따른 ‘공정이용’으로 인정될 수 있어 저작권 침해가 성립되지 않음에도 불구하고 위와 같이 삭제요청을 한 피고 협회와 그에 따라 게시 중단 조치 등을 취한 피고 회사의 행위는 위법하다고 주장하면서 1심법원인 서울남부지방법원에 원고의 이 사건 게시물 게재행위가 저작권 침해행위가 아니라는 확인을 구하는 동시에 손해배상을 청구하였다.

이 사건 1심 법원은 우선 원고의 동영상 제작행위와 게시행위는 피고의 복제권과 전송권을 침해한다고 판단하였다. 그러나 해당 행위는 저작권법 제28조에 의한 ‘공표된 저작물’의 정당한 ‘인용’에 해당하여 저작권 침해를 구성하지 않는다고 판시하고 원고의 확인청구를 인용하였다. 그리고 원고의 정당한 자유이용권을 피고가 침해하였다는 이유로 20만원의 위자료 배상을 인정하였다.¹¹⁾

이에 피고 협회는 항소하였으며, 항소 법원은 원고가 동영상을 게시하면서 함께 덧붙인 글과 사진으로 인하여 문제의 동영상은 원고의 사상과 감정을 표현한 새로운 창작물이 되었다고 판단하였다.¹²⁾ 그리고 인용된 음악저작물의 양은 전체 74마디 중 7-8마디에 불과하므로 인용의 목적에 비추어 필요한 최소한에 그쳤고 그나마도 음정, 박자, 가사가 상당히 부정확하여 약 53초 분량의 동영상 중 초반부 약 15초 정도만 문제의 음악저작물을 가창하고 있음을 식별할 수 있다고 판단하였다. 그리고 일반 공중의 관념에 비추어 원고의 동영상은 해당 가요에 대한 시장의 수요를 대체하거나 또는 그 가치를 훼손한다고 보기 어려운 점, 게시물에 음악저작물의 실연자를 언급함으로써 일반적으로 대중가요에서 행해지는 방식의 출처표시를 한 점에 비추어 저작권법 제28조의 공정한 인용에 해당하는 것으로 판결하였다.

그리고 동 법원은 ‘손담비 노래 사건’에서 문제가 된 동영상의 삭제를 온라인서비스제공자(OSP)에게 요청한 저작권신탁관리업자인 한국음악저작권협회에게 정당한 권리 없이 저작물 등의 복제·전송의 중단요구를 하였다는 이유로 저작권법 제103조 제6항 소정의 손해배상책임을 인정하였다. 그리고 그 이유로 “저작물 등의 복제·전송의 중단을 요구한 자에게 저작권 그 밖에 저작권법에 따라 보호되는 권리가 있더라도 그러한 저작물 등의 복제·전송이 저작권법 제28조 소정의 공표된 저작물의 인용과 같이 저작권법에서 규정하고 있는 저작권 제한사유에 해당하는 것인지에 대한 성실하고 합리적인 검토 없이 복제·전송의 중단을 요구한 자는 그러한 요구로 인하여 OSP의 서비스를 이용하여 저작물 등을 복제·전송하는 사람이 입은 손해를 배상할 책임이 있다.”고 설시하였다. 이러한 법원의 판단은 이용자의 저작물 이용행위가 저작권 제한사유 또는 공정이용에 해당하는 것이 명확한 경우에는 해당 저작물 이용행위가 저작권 제한사유에 해당하지 않는다는 것을 원고가 검토해야 할 주의의무가 있음을 말해주고 있다.

11) 서울남부지방법원 2010. 2. 18. 선고 2009가합18800 판결.

12) 서울고등법원 2010. 10. 13. 선고 2010나35260 판결.

2. 미국 렌즈 사건¹³⁾

이 사건의 원고 렌즈(Lenz)는 자신의 아이가 부엌에서 가수 프린스의 “Let’s Go Crazy” 음악에 맞추어 춤을 추면서 노는 동영상을 유튜브(YouTube)에 게시하였다. 원고는 가까운 지인들과 동영상을 공유하기 위해 동영상을 게시했다고 주장한다. 피고 유니버설 음악사(Universal Music)는 이 사건 음악의 저작권자이다. 2007년 6월 4일 “Let’s Go Crazy”의 저작권을 소유한 피고가 미국 저작권법 DMCA(Digital Millennium Copyright Act)를 근거로 유튜브에 렌즈의 동영상을 삭제해줄 것을 요구하는 삭제통지(takedown notice)를 보냈다. 원고의 동영상을 삭제한 유튜브는 원고에게 저작권자인 피고의 삭제통지에 대응한 조치임을 알리는 이메일을 렌즈에게 보내면서 DMCA 대응통보(counter-notification) 절차에 대하여 알려주었다. 원고는 피고 저작물의 이용행위는 공정이용(fair-use)에 해당한다고 주장하였고, 유튜브에 재게시 요청을 하였다. 이에 유튜브는 원고의 동영상을 다시 게시하였다.¹⁴⁾

2007년 7월 24일, 원고는 자신의 저작물이용행위가 저작권 침해에 해당하지 않음을 확인하는 소송을 제기하면서 자신의 이용은 공정이용에 해당한다고 주장하였다. 피고는 재판 무효신청을 하였다. 이에 지방법원은 원고의 공정이용 주장에 대하여 저작권자가 공정이용을 적절히 고려하지 않고 삭제요청을 함으로써 악의적으로(in bad faith) 행동한 것이 인정되며 DMCA 제512조 제(f)항의 허위진술(misrepresentation)을 구성하기에 충분하다고 판단하였다.

이 사건의 쟁점은 저작권의 침해를 주장하는 저작권자가 그 이용이 공정이용인지의 여부를 검토할 주의의무가 저작권자에게 발생하는지 여부이다. 이 사건에서 원고 렌즈는 공정이용은 저작권법에 명시된 제도로서 저작권자는 이용자가 제작한 콘텐츠에 포함된 자신의 저작물이 공정한 이용을 위한 것인지 여부를 포함하여 전반적으로 허용된 범위내의 이용인지에 대하여 검토하지 않은 채 저작권 침해에 대한 성실한 믿음을 가지고 있다고 진술해서는 안 된다고 주장하였다. 이에 대해, 피고 유니버설 음악사는 공정이용은 ‘저작권자 또는 법으로 허용되는 이용(a use authorized)’이 아니라 면책사유(an excused infringement of a copyright)이므로 저작권자가 삭제통지를 보내기 전에 해당 이용이 공정이용에 해당하는지 여부를 검토할 필요는 없다고 반박하였다. 또한 DMCA가 저작권자에게 공정한 이용인지 여부를 검토할 주의의무를 부여하고 있다고 하더라도 그 의무는 저작권자가 대응통지를 받고 소송을 제기할 것을 고려한 후에 발생한다고 주장하였다.

이와 관련하여, 법원은 공정이용은 저작권의 합법적인 이용이므로 저작권자가 선의로 DMCA 삭제요청을 통지하려면 그 이용이 저작권의 공정이용인지 여부를 먼저 검토해야만 한다고 밝혔다.¹⁵⁾ 그리고 동 법원은 “특정 이용이 공정이용인지 여부에 대한 선의의 고려

13) Lenz v. Universal Music Corp. 572 F. Supp. 2d 1150 (N.D. Cal. 2008)(이하 ‘Lenz 사건’이라 한다.).

14) 이와 관련된 자세한 사항을 위하여, 김경숙, UCC와 공정이용법리에 관한 미국 판례법리의 전개, 계간저작권, 2009년 여름호 참조.

는 삭제통지의 남용을 방지하기 위한 규정(제512조 제(f)항)의 목적과 일치한다. 공정이용을 고려하도록 저작권자에게 요구하는 것은 인터넷의 효율성을 지속적으로 향상시키고 인터넷 서비스의 다양성과 질을 발전시키는 것을 보장할 것이다.”¹⁵⁾라고 밝혔다.

3. 비교 분석

손담비 미쳤어 노래 사건과 미국 렌즈 사건은 모두 원고의 자식이 유명 가수의 노래와 춤을 흉내 내는 모습을 동영상으로 촬영하여 인터넷 게시판에 올려놓았고, 이를 저작권자의 요청에 의해서 삭제되면서 문제된 사건들이다. 또한 문제의 동영상을 검토해 보면 동영상에서 흘러나오는 음악의 이용이 외관상 공정이용임이 상대적으로 분명히 들어나는 사건이어서 저작권자가 아닌 동영상의 게시자가 저작권 비침해의 확인을 구하는 소를 제기한 것이 특징이다. 그리고 양 법원 모두 이용자에 의한 저작물의 복제·전송이 저작권제한사유 또는 공정이용에 해당하는 것인지에 대하여 저작권자는 OSP에게 삭제요청을 통지하기 전에 성실하고 합리적으로 검토할 주의의무가 있다고 판시하였다. 한편 위 두 사건은 공정이용이 명백히 드러나는 경우인데, 우리나라 사건에서 한국음악저작권협회는 원심 판결에 불복하여 항소를 하였다는 점에서 차이를 보인다. 원심 판결에서 피고가 항소를 할 만큼 쟁점이 되는 사안이 특별히 발견되지 않음에도 불구하고 렌즈사건과 달리 이 사건은 항소로 이어졌고 서울고등법원은 해당 주장을 기각하였다.

사실관계가 유사한 사건에서 우리 법원과 미국 법원은 동일한 결정을 내렸지만 OSP의 삭제조치 절차에 있어서 양 국가의 저작권법에는 차이가 존재한다. 손담비 미쳤어 노래 사건에서는 복제·전송 재개 절차에 있어서 복제·전송자(원고)가 OSP에게 공정이용을 주장할 법적 근거가 없어서 소송을 제기할 수밖에 없었다. 즉 저작권법 시행령에서는 삭제된 게시물의 재개를 요청하기 위해서는 게시자가 저작권자이거나 아니면 저작권자로부터 복제·전송의 허락을 받은 자이어야 한다. 따라서 이 사건에서 원고는 이러한 권한을 소명하지 못하였기에 OSP인 네이버는 재게시 요청을 거절할 수밖에 없었다. 다만, 법원은 저작권법 제103조 제6항에 따라 이 사건 협회가 정당한 권리 없이 저작물 등의 복제·전송의 중단을 요구하였으므로 손해배상책임을 진다고 판시하였다.

반면 렌즈 사건에서는 동영상 게시자가 이하에서 상술하는 바와 같이 DMCA에 근거하여 OSP에게 공정이용을 주장할 수 있었고, 유튜브는 이를 받아들여 해당 동영상을 다시 게시하였다. 온라인상의 콘텐츠 삭제조치 절차에 있어서 미국은 우리나라보다 저작권자와 이용자의 이익을 균형 있게 규율하고 있다고 평가되며, 이러한 점에서 우리에게 시사점을 주고 있다.

15) “... the fact remains that fair use is a lawful use of a copyright. Accordingly, in order for a copyright owner to proceed under the DMCA with” a good faith belief “...; the owner must evaluate whether the material makes fair use of the copyright.” *Lenz*, at 1154.

16) *Lenz v. Universal Music Corp.* 572 F. Supp. 2d 1150, 1156 (N.D. Cal. 2008).

한편 렌즈 사건에서 피고는 공정이용이 면책사유에 해당되므로 삭제통제 전에 해당 이용이 공정이용에 해당하는지를 검토할 필요가 없다고 주장하였는데, 이는 이하에서 상술하고 있는 공정이용 제도의 개혁논의와 맞물려서 검토할 필요가 있다.

Ⅳ. 저작권 침해 판단 시 공정이용 적용 논의

1. 최근 저작권 개혁 논의

인터넷과 디지털 환경은 정보의 교류, 다양한 저작물의 출현, 문화의 향유 등을 증진시키고 있으나, 동전의 양면처럼 이러한 특징은 저작권 침해 또한 양산하고 있다. 이와 같이 저작물 이용 환경의 변화는 필연적으로 저작권법 개선의 필요성으로 이어지고 있다. 최근 미국, 유럽, 호주 등 주요국을 중심으로 저작권법 개혁 논의가 활발하게 진행되고 있으며,¹⁷⁾ 그 주요 내용으로 저작권 보호기간 단축, 공정이용의 확대, 도서관 보존 등을 위한 저작권 제한의 확대, 업무상저작권에 대한 창작자주의 도입, 등록제도 개선, 보상금청구권의 확대 등 다양한 이슈를 포함하고 있다. 이러한 논의의 중심에는 공정이용의 확대가 위치하고 있다.

미국의 경우 2007년 버클리 로스쿨(Berkeley Law School)의 파멜라 사무엘슨(Pamela Samuelson) 교수의 주도로 저작권 관련 전문가들이 모여 ‘저작권 원칙 프로젝트(Copyright Principles Project; CPP)’를 결성하고, 2010년에 지난 3년간의 연구와 논의 결과를 종합하여 개혁방안을 제시하였다. 저작권자와 이용자 간의 이익을 균형적으로 반영하기 위한 저작권 제도의 개혁에 관한 ‘저작권 개혁 방향(Copyright Principles Project: Directions for Reform)’ (이하 ‘보고서’)에서는 저작권 등록, 공정이용 가이드라인, 복제권 침해 판단의 접근법, OSP 책임, 저작권 보호대상 제외, 공정이용의 확대, 도서관 및 아카이빙을 위한 저작권 제한 확대 등 다양한 주제를 다루고 있다.¹⁸⁾

특히 이 보고서에서는 저작권 침해의 판단과 관련하여 공정이용의 판단 요소인 ‘시장수요의 대체여부’를 저작권 침해판단 시 고려해야 한다는 견해를 밝히고 있다. 이 보고서는 저작물의 전부 또는 거의 전부를 그대로 사용한 것이 아니라면 저작물의 일부를 이용하여 새로운 작품을 창작하는데 ‘차용(reuse)’하는 것은 저작권자의 시장수요를 크게 대체하지 않는다고 보았다.¹⁹⁾ 따라서 저작권 침해의 추정여부를 판단함에 있어 “저작물의 전부 또는

17) 이러한 세계적인 추세에 따라 국내에서도 저작권 개혁에 관한 논의가 전개되고 있다. 2014년 11월 7일 한국저작권법학회는 “저작권 제도의 새로운 틀과 개혁의 방향”이라는 주제로 추계학술대회(섬유센터 컨퍼런스홀 C1)를 개최한 바 있다. 또한 2014년 10월 8일 문화체육관광부는 2014 서울저작권포럼을 통해 “디지털 시대, 저작권 시스템의 현재와 미래”라는 주제(인터콘티넨탈 서울 코엑스)로 해외 저작권 개혁에 대하여 논의한 바 있다.

18) 윤종수, 저작권 개혁(copyright reform)에 관한 미국의 논의”, 저작권 제도의 새로운 틀과 개혁의 방향, 2014년 한국저작권법학회 추계학술대회, 섬유센터 컨퍼런스홀 C1, 2014.11.7., 8-9면 참조.

19) Pamela Samuelson & Members of The CPP, *The Copyright Principles Project: Directions for*

거의 전부(all or virtually all of a work)”를 그대로 이용하여 저작권자의 시장수요를 대체하는 경우와 “사회적으로 생산적인 이용(socially productive use)”, 을 위하여 이용자가 저작물의 일부를 사용하는 경우를 구별하여 저작권 침해를 판단해야 한다고 제안하였다.²⁰⁾ 그리고 저작물의 일부를 사용하는 무단이용이 원저작물의 시장수요를 대체하는지 여부를 저작권자가 입증하도록 해야 한다고 제안하였다.²¹⁾

유럽연합(EU)의 경우도 저작권법을 디지털 환경에 맞게 개선하기 위하여 2013년 12월 5일부터 2014년 3월 5일까지 전 세계 저작권 관련 기관에 저작권법 검토 의견을 요청하였다.²²⁾ 이에 유로피아나(Europeana)는 유럽 전역에 적용할 통일된 저작권 규칙의 필요성을 강조하였고, 또한 저작권 보호기간을 사후 70년에서 50년으로 단축하고, 기술변화에 유연하게 적용할 수 있는 법의 필요성 및 문화유산기관 등을 위하여 보존의 목적으로 복제를 허용하는 조항의 확대를 제안하였다. 미국 도서관저작권동맹(Library Copyright Alliance: LCA)도 유로피아나와 유사한 의견을 제시하면서 기술발전을 적절하게 수용할 수 있도록 유동적인 공정이용 조항의 채택을 강조하였다.

2. 침해판단 시 공정이용의 적용 문제

위에서 언급한 저작권 개혁 논의에서 미국 학계에서는 저작권침해 소송에서 적극적 항변으로 기능하고 있는 공정이용(fair use)을 저작권 침해판단 요건으로 고려하도록 제안하고 있는 점이 눈에 띈다. 이는 저작물 이용자가 항변으로서 주장하지 않더라도 법원이 침해판단 시 공정이용 여부를 고려하도록 하는 효과가 있다. 이는 DMCA에서도 복제·전송 중단 요구 시 권리자가 공정이용 여부를 사전에 판단하도록 한 것과 일맥상통한다.

이 제안은 우리나라 저작권 이용 환경에 시사점을 주고 있다. 저작권법은 거듭되는 개정으로 방대하고 복잡한 모습으로 변화하여 일반인은 도저히 이해하기 어려운 정도가 되었다. 특히 저작권침해 사건에서 대부분의 이용자들은 공정이용에 대한 인식이 없으므로 저작권자의 침해 주장에 순응하여 손해배상금이나 형사 합의금을 지급하는 경우가 많다. 또한 공정이용으로 볼 수 있는 패러디와 같은 변형적이고 창작적인 저작물 이용이나 손담비의 미쳤어 사건처럼 이용자의 콘텐츠의 사소한 일부를 구성하는 경우에도 이용자는 공정이용이나 저작권 제한사유를 주장하지 못한 채 자신의 콘텐츠가 삭제되는 것을 마냥 보고만 있는 경우가 많다. 또한 저작물의 공정한 이용이 외관상 명백하게 드러나는 경우에도 피고의 항변 주장이 없으면 법원은 이에 관한 심리를 하지 않는다.

2005년 ‘내저장함 사건’에서 법원은 개인적 감상을 위하여 인터넷에 게시된 몇 장의 사

Reform, 25 Berkeley Tech. L.J. 1175, 1211 (2010).

20) *Id.* at 1209-14.

21) *Id.* at 1211.

22) World Library, EU 저작권 제도 개혁에 대한 세계의 반응은?
<<http://http://wl.nl.go.kr/?p=20605>> (방문일: 2014.11.30.)

진을 복제하고 공개되지 않은 자신의 디렉토리에 저장한 행위에 대하여 저작권 침해를 인정하고 손해배상을 인정한 바 있다.²³⁾ 이 사건의 원고는 프리랜서 사진작가로서 홍보 목적으로 인터넷 사이트상에 풍경사진을 무단 복제 금지 문구와 함께 게시하였다. 피고는 인터넷에 게시된 원고의 사진 중 마음에 드는 13장의 사진들을 감상할 목적으로 복제하여 ‘내 저장함’이라는 디렉토리내에 저장하였다. 그 후 원고는 피고의 복제 사실을 알고 피고를 저작권법 위반으로 형사고소를 하였고, 피고는 저작권법 위반으로 기소되어 서울중앙지방법원에서 벌금 20만 원을 선고받은 후 벌금을 납부하였다. 원고는 사진 1장당 통상 150만원의 사용료를 받을 수 있음을 전제로 추가 손해배상(총 1,950만원)을 구하기 위하여 소를 제기하였다.

법원은 우선 원고 사진의 저작물성을 인정하고 이를 무단 복제한 피고의 행위는 저작권 침해를 구성하며 손해배상 책임이 있다고 판결하였다. 그러나 법원은 원고 사진 1장당 손해액을 산정함에 있어서 다음과 같은 사정을 고려하여 피고에게 총 130만원의 손해배상액을 명하였다. 즉 법원은 ① 피고가 상업적인 목적으로 이용하거나 타인에게 공개할 의사로 원고의 사진들을 복제한 것이 아니라, 피고의 마음에 드는 사진들만 따로 모아놓고 이를 나중에 다시 감상하고픈 생각에 원고가 인터넷 사이트상에 게시해 놓은 사진들을 복제하기에 이른 점, ② 피고가 인터넷 사이트상에 게시해 놓은 원고의 사진들 중 비교적 소량인 자신의 마음에 드는 사진 13장만 복제하였던 점, ③ 원고가 피고를 저작권법 위반으로 형사고소하자, 피고가 즉시 디렉토리 내에 저장해 두었던 사진들을 삭제한 점, ④ 피고가 원고의 사진들을 무단으로 복제한 자신의 잘못을 뉘우치고, 원고가 이 사건 소를 제기하기 이전부터 원고와 합의하기 위해 계속 노력해 온 점 등을 참작하였다.

그러나 이 사건은 피고가 원고 사진을 개인적 감상을 위하여 복제하였으며 그 이용된 분량이 인터넷 사이트에 게시된 사진들 중 일부만 복제하였으며 이를 공중에 전송하지 않아 원고 저작물 시장을 대체하지 않고 있어 공정이용에 해당될 수 있으며, 현행 저작권법상 사적이용을 위한 복제²⁴⁾에 해당되어 저작권 침해를 구성하지 않는 것으로 평가된다.

미국의 저작권 개혁 논의에서 현재 항변수단인 공정이용의 판단 요소를 저작권 침해판단의 구성요소로 전환하자는 제안은 완전히 새로운 것이 아니다. 공정이용의 역사를 거슬러 올라가면 공정이용 법리를 최초로 정립한 판례인 *Folsom v. Marsh* 사건²⁵⁾에서 Story 판사는 저작권 침해 판단 시에 ①선택된 부분의 성질과 목적, ②이용된 부분의 양과 가치, ③그 이용이 원고작품의 판매에 미칠 영향(손해), 이윤의 감소 또는 원고작품의 목적을 대체하는 정도를 고려하도록 하였다. 이 사건 이후 미국 법원들은 공정이용을 저작권 침해 판단 요건으로 고려하였는데, 1955년 *Loew's v. Columbia Broadcasting System* 사건²⁶⁾에서 공정

23) 서울중앙지방법원 2005. 7. 22. 선고 2005나3518 판결.

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

25) *Folsom v. Marsh*, 9 F.Cas.342 (1841).

이용을 최초로 항변(defense)으로 인정하게 되었다. 이후 공정이용은 저작권 침해가 인정된 후 피고의 적극적인 항변사유로서 정립되었으며 1976년 연방 저작권법에 규정되게 되었다.

생각건대, 저작권법은 저작권자와 이용자의 정치한 이익 균형을 유지하는 장치로서 공정이용 법리를 발전시켰으나 오늘날 인터넷과 디지털 환경 속에서 공정이용이 그 역할을 제대로 하지 못하고 있는 것이 현실이다. 이러한 문제를 개선하기 위하여 미국의 학계에서는 공정이용의 일부 요건을 저작권 침해 판단 단계에서 고려하도록 제안하고 있는 것이다. 이러한 제안에 적극적으로 동의하는 바이다. 나아가 저작물의 이용이 외관상 명백히 공정이용에 해당한다고 보이는 경우에는 법원이 이를 적극적으로 개입하여 적용하는 것이 필요하다고 본다. 저작권 분쟁은 대개의 경우 소액분쟁이 많아 변호사 등 전문가의 조력을 받지 못하는 경우가 많으므로 소송에서 판사의 적극적인 판단이 필요하다.

한편 우리 민사소송법에서는 법원이 사건의 진상을 명확하게 하기 위하여 당사자에게 법률적, 사실적인 사항에 대하여 설명할 수 있는 기회를 주고 입증을 촉구하는 권한을 부여하고 있다.²⁷⁾ 이를 석명권(釋明權)이라고 한다. 실체적 진실을 밝혀야 하는 형사소송에 비하여 당사자주의를 취하고 있는 민사소송 실무에서는 법원이 석명권을 적극적으로 적용하지는 않고 있다.²⁸⁾ 석명은 변론주의를 보충하는 것이기 때문에 판사의 적극적인 개입을 기대하기는 어려우나 전문성을 요하는 저작권 분쟁에서 변호사의 조력을 받지 못하는 이용자들을 위하여 공정이용이 분명한 경우에는 판사의 석명권을 최대한 발휘할 필요가 있다고 본다.

V. OSP 삭제통지 절차와 공정이용의 적용 방안

1. 복제 · 전송의 중단 절차

현행 저작권법은 온라인서비스제공자(OSP)의 유형을 네 가지로 분류하고 각 유형별 면책요건을 규정하고 있다.²⁹⁾ 우리나라의 OSP 면책규정은 미국 DMCA의 면책(safe harbor) 규정과 유사한 구조를 띄고 있다. 저작권법 제102조제1항에서는 OSP를 ①단순 도판서비스

26) Loew's Inc. v. Columbia Broadcasting System., 131 F. Supp. 165 (S.D. Cal. 1955).

27) 민사소송법 제136조(석명권 · 구문권 등) ①재판장은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 질문할 수 있고, 증명을 하도록 촉구할 수 있다.

②합의부원은 재판장에게 알리고 제1항의 행위를 할 수 있다.

③당사자는 필요한 경우 재판장에게 상대방에 대하여 설명을 요구하여 줄 것을 요청할 수 있다.

④법원은 당사자가 간과하였음이 분명하다고 인정되는 법률상 사항에 관하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.

28) 이에 관하여 자세한 내용을 위하여, 김영, 석명권의 역사 변론주의와 석명권의 역사적 고찰, 한국 학술정보, 2010 참조.

29) 2011년 6월 30일 제정한 한·EU FTA 이행을 위한 개정 저작권법(한·EU FTA 이행을 위한 저작권법 개정, 법률 제10807호)에서는 OSP의 유형을 4가지로 구분하고 있다.

(인터넷 접속서비스)³⁰⁾(제1호), ②캐싱 서비스³¹⁾(제2호), ③저장 서비스³²⁾(제3호), ④정보검색도구 서비스³³⁾(제4호) 등으로 구별하고, 각 유형별로 개별 면책요건을 규정하고 있다. 이 면책요건은 모든 유형에 보편적으로 적용되는 일반 면책요건과 해당 유형에만 적용되는 개별 면책요건으로 나뉜다.

저작권법 제103조에서는 권리주장자가 복제·전송의 중단을 요청한 경우에 OSP가 즉시 복제·전송 중단 조치를 취하고 권리주장자 및 복제·전송자에게 그 사실을 통보할 경우 책임으로부터 면제되도록 규정하고 있다. 이와 같이 저작권법은 제102조와 제103조에 걸쳐 OSP의 면책을 이중적으로 규정하고 있다. 제102조에 규정된 네 가지 유형 중에 면책을 위하여 복제·전송 중단 요구에 따른 중단조치 및 통보를 해야 하는 유형은 저장 서비스(제3호) 및 정보검색도구 서비스(제4호)이다. 단순한 인터넷 접속만을 제공하는 도관 서비스는 복제·전송 중단을 요구할 수 있는 대상이 아니다. 또한 캐싱 서비스는 원 서버에서 삭제된 저작물이 캐시 서버에 존재할 수 있으므로 권리주장자는 그 삭제를 요구할 수 있을 뿐, 복제·전송자에 대한 통보의무는 발생하지 않는다. 권리주장자의 요청에 의해 중단된 사실은 3일 이내에 복제·전송자에게 통보되어야 하며, 복제·전송자의 재개 요구 권한에 대하여 알려주어야 한다(시행령 제41조).

한편, 저작권법 제102조제3항은 OSP가 자신의 서비스 내에서 침해행위가 일어나는지를 모니터링하거나 그 침해행위에 관하여 적극적으로 조사할 의무가 없음을 명시적으로 규정하고 있다.³⁴⁾ 이는 무수히 많은 콘텐츠가 OSP를 통해서 유통되는데 특정한 침해행위를 일일이 찾아 낼 수 없는 현실을 고려한 것이다.³⁵⁾

2. 복제·전송의 재개 요청 절차의 문제점

저작권법 시행령 제42조제1항에서 복제·전송의 재개를 요구하려는 복제·전송자는 OSP

- 30) 도관서비스는 다른 사람이 송신한 정보를 그대로 전달하는 서비스로 우리나라의 KT, SK브로드밴드, LG데이콤 등의 서비스가 여기에 해당한다.
- 31) 캐싱은 다른 자료부터 송신된 정보를 후속 사용자의 이용에 제공하기 위해 일시적으로 캐싱하는 것을 말한다. 이는 중앙서버와 독립적으로 구축된 캐시서버에 자동 임시 저장하여 이용하는 서비스이다.
- 32) 저장(호스팅)서비스는 이용자의 요청에 따른 서비스제공자의 시스템 또는 네트워크상의 정보를 저장하는 서비스로서 하드디스크나 서버에 저장하여 사용하는 서비스, 인터넷 게시판 등이 있다.
- 33) 정보검색도구 서비스는 OSP가 정보검색도구를 사용하여 온라인상의 자료에 대한 접근을 돕는 서비스인데, 네이버, 다음, 구글 등의 검색 서비스가 여기에 속한다.
- 34) 2011.11.24. EU사법재판소는 벨기에 작가작곡가출판사연합(SABAM)이 P2P 서비스를 제공하는 스칼릿(Scarlet)사를 상대로 제기한 소송에서 피고는 이용자들의 다운로드를 필터링할 의무가 없다고 판시한 바 있다. 이 판결은 ISP의 네트워크에서 전송되는 정보를 ISP가 모니터링하는 것을 금지하는 EU ‘전자상거래에 관한 유럽의회 지침’에 기초하고 있다. Court of Justice of the European Union, 2011.11.24.; 미국 DMCA §512(m)(1)에서도 OSP의 일반적인 모니터링 의무를 부정하고 있다.
- 35) 손승우, “YouTube 사건을 통해 본 의도적 외면이론”, 「지식재산 교육과 연구」 Vol.2, 2014.5.25 참조.

로부터 복제·전송의 중단을 통보받은 날부터 30일 이내에 문화체육관광부령으로 정하는 재개요청서에 일정한 소명 자료를 OSP에게 제출하도록 규정하고 있다. 소명자료에는 첫째, 자신이 그 저작물등의 권리자로 표시된 저작권 등의 등록증 사본 또는 그에 상당하는 자료, 둘째, 자신의 성명등 또는 널리 알려진 이명이 표시되어 있는 그 저작물등의 사본 또는 그에 상당하는 자료, 셋째, 저작권 등을 가지고 있는 자로부터 적법하게 복제·전송의 허락을 받은 사실을 증명하는 계약서 사본 또는 그에 상당하는 자료, 넷째, 그 저작물등의 저작권의 보호기간이 끝난 경우 그 사실을 확인할 수 있는 자료 등이다.

이와 같은 절차를 둔 이유는 통보를 받은 복제·전송자가 자신의 복제·전송이 정당한 권한에 따른 것임을 소명함으로써 복제·전송을 재개할 수 있도록 한 것인데, 문제는 재개를 요구할 수 있는 자의 범위가 저작권자 또는 그로부터 복제·전송의 허락을 받은 자로 한정되어 있다는 것이다. 손담비의 ‘미쳤어’ 사건이나 렌즈 사건과 같이 분명히 저작권 침해를 구성하지 않는 상황이나 외관상 공정이용이 뚜렷이 식별되는 상황에 있어서도 복제·전송자가 저작권자나 정당한 이용권자가 아닌 경우에는 재개를 요구할 수 없다. 이와 같이, 시행령은 OSP에 대한 복제·전송자의 공정이용 주장을 원천적으로 차단하고 있으며, 이를 주장하는 복제·전송자는 법원을 통해서만 복제·전송 행위의 정당성을 인정받아 구제받을 수 있을 뿐이다.

저작권법은 권리자와 이용자 상호간의 이익균형을 위하여 저작자에게는 저작권이라는 배타적 권리를 부여한 반면, 이용자에게는 저작권 제한사유나 공정이용을 주장할 수 있도록 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고, 온라인서비스에 게시된 콘텐츠에 대하여 저작권자는 복제·전송 중단을 요구할 수 있는 반면, 복제·전송자는 권리자 지위에 있지 않는 한 공정한 복제·전송 행위에 대해서도 그 재개를 주장할 수 없다. 이는 형평에 부합하지 않으며 저작권법의 궁극적인 목적 실현 방법과도 일치하지 않는다. 또한 온라인서비스제공자의 입장에서 서비스 이용자의 불만을 해소해 줄 길이 없으므로 권리자에 대한 비난을 함께 감내해야 하는 실정이다.

그리고 동 시행령 제42조제2항에서 복제·전송의 재개를 요구하는 복제·전송자는 정당한 권리 없이 복제·전송의 재개를 요구한 경우 손해를 배상하고(법 제103조제6항), 정당한 권리가 없음을 알면서 고의로 복제·전송의 재개를 요구하여 OSP의 업무를 방해한 경우 처벌을 받겠다는 취지의 진술서를 재개요청서에 첨부하였을 때에는 제1항의 소명자료를 첨부하지 아니할 수 있도록 규정하고 있다. 이는 복제·전송자가 정당한 권한 없이 재개를 요구하여 권리자나 OSP에게 손해를 입힌 경우 배상을 하도록 함으로써 복제·전송 재개요구의 남발을 방지하기 위한 것이다.³⁶⁾

이상에서 본 바와 같이 우리나라 저작권법은 복제·전송자가 공정이용에 근거하여 복제·전송의 재개를 요구할 수 있는 법적 근거를 마련하고 있지 않다.

36) 최경수, 저작권법 개론, 한울, 2010, 583면.

3. 미국 DMCA상 삭제통제 및 재개 절차

앞서 렌즈 사건에서 살펴본 바와 같이, 미국 DMCA상의 OSP 삭제통제 절차에는 공정 이용을 고려하도록 하는 규정을 두고 있다. 또한 DMCA는 복제·전송 중지 요구 절차 외에도 복제·전송 재개 절차에도 공정이용을 주장할 수 있는 근거를 마련하고 있다. 이는 우리나라 저작권법에 비해 권리자와 이용자가 자신의 주장을 보다 공평하게 제기할 수 있는 기회를 보장해 준다는 측면에서 시사하는 바가 있다.

DMCA §512(g)(3)(C)는 복제·전송 재개를 위한 대응통보에 관하여 규정하고 있다. 즉 유효한 대응통보가 되기 위해서는 ①가입자의 (전자)서명, ②저작물이 삭제되었던 위치, ③그런 삭제 또는 접근통제가 오인으로 인하여 이루어졌다는 선량한 믿음(good faith belief)이 포함된 위증죄의 대상이 되는 진술, ④가입자의 성명, 주소 및 연락처 등이 포함되어야 한다.

또한 DMCA §512(c)(3)(A)에서 권리주장자가 OSP에게 삭제통지를 요구하기 위해서는 권리주장자가 주장하는 방법으로 저작물을 이용하는 것이 저작권자, 그의 대리인 또는 법에 따라 허용되지 않는 것이라는 선량한 믿음(good faith belief)을 포함하는 진술을 서면으로 제출하도록 규정하고 있다. 즉 권리주장자가 복제·전송 중지를 주장할 때 해당 복제·전송이 저작권을 침해하는 것인지 아니면 공정이용에 해당하는 것인지를 검토하도록 하고 있다. 이러한 규정은 우리 법에는 존재하지 않는다.

한편 복제·전송 중지 및 재개 절차에 관한 DMCA의 이러한 규정은 한미 FTA 합의서에 규정되어 있다. 즉 합의서 제18장 제18.10조 9)항에서 “1목다(저장서비스) 및 1목라(정보검색도구 서비스)에 규정되어 있는 기능에 대한 통보와 중단 절차의 목적상, 각 당사국은 침해주장의 효과적인 통보를 위하여, 그리고 실수 또는 오인을 통하여 자료가 제거되거나 접근이 무력화된 자에 의한 효과적인 반대 통보를 위하여 자국 법 또는 규정에 적절한 절차를 수립한다. 각 당사국은 또한, 통보 또는 반대 통보에서 고의로 중요한 허위 표시를 하여 서비스 제공자가 그 허위 표기에 의존한 결과로 이해당사자에게 피해를 야기한 인에 대한 금전적 구제를 규정한다.”고 규정하고 있다.³⁷⁾

4. 복제·전송 재개절차에 있어서 공정이용의 적용 방안

이상에서 OSP 복제·전송 재개절차에 있어서 저작권자와 이용자 간에 정치한 이익균형을 실현하고 불필요한 소송이나 비용을 절감하며, 저작권 침해 비율을 낮추기 위해서 보다

37) 한미 FTA 합의서 제18장 제18.10조 9)항. (“For purposes of the notice and take down process for the functions referred to in clauses (i)(C) and (D), each Party shall establish appropriate procedures in its law or in regulations for effective notifications of claimed infringement, and effective counter notifications by those whose material is removed or disabled through mistake or misidentification. Each Party shall also provide for monetary remedies against any person who makes a knowing material misrepresentation in a notification or counter-notification that causes injury to any interested party as a result of a service provider relying on the misrepresentation.”)

형평의 견지에서 재개 기준이 보장될 필요가 있다. 즉 저작권법 시행령 제42조제1항에서 복제·전송의 재개를 요구하기 위하여 복제·전송자가 제출해야 하는 소명자료에 권리자나 이용허락권 외에도 공정이용에 관한 진술을 포함할 수 있도록 법 개정이 이루어져야 할 것이다. 소명자료에 나타난 공정이용 진술이 타당하다고 평가될 때에는 OSP는 복제·전송을 재개하고 그 재개사실을 권리주장자와 복제·전송자에게 성실하게 통보할 경우에는 OSP의 면책을 인정해 주어야 할 것이다.

특히 오늘날 수많은 저작물들이 인터넷 포털 등 온라인서비스제공자를 통해 게시되고 있는데 복제·전송 중지 조치 단계에서 이들을 일일이 공정이용에 해당하는지 여부를 판단하는 것은 현실적으로 어렵다. 현재 포털 등 OSP들은 불법 복제물이라고 평가되는 게시물을 자동 필터링 프로그램을 통해서 걸러내고 임시삭제조치를 요구하고 있다. 다만, 미국 렌즈 사건에서 보듯이 권리자가 복제·전송 중지 및 재개와 관련된 소송을 제기하는 경우에는 최소한 복제·전송이 공정이용에 해당하는지를 성실하게 살펴보아야 할 것이다. 따라서 복제·전송 중지 요구단계에서 공정이용 판단이 어렵다면 최소한 재개요구 단계에서는 공정이용을 주장할 수 있도록 하는 것이 형평의 견지에서 타당할 것이다.

그리고 앞서 상술한 바와 같이, 복제·전송 중지 및 재개 단계에서 공정이용에 대한 고려를 하도록 한 것은 이미 한미 FTA 합의안에 포함된 것인데 아직 우리 법에서는 이를 반영하고 있지 않다.

또한 앞서 설명한 바와 같이, 권리주장자의 복제·전송 중단 요구가 있으면, OSP는 해당 저작물의 복제·전송을 중단하고 그 사실을 복제·전송자 및 권리주장자에게 통보하여야 한다. 이 때 복제·전송자에게는 재개 요구 권한에 대하여 알려주어야 하는데, 공정이용에 따른 소명을 할 수 있음을 함께 안내해 주는 것이 바람직하다고 본다. 저작권침해 사건에서 많은 대부분의 이용자들이 공정이용에 대한 인식이 부족하여 원고의 침해 주장에 단순히 순응하고 벌금 또는 손해배상 지급하는 일이 많다. 온라인 게시물의 경우에도 대부분 권리주장자의 요구에 따라 저작물이 삭제될 뿐 공정이용을 주장하는 경우는 거의 없는 실정이다. 이러한 현실을 고려해 본다면, OSP가 임시삭제조치에 대하여 복제·전송자에게 통보하는 경우 공정이용을 주장할 수 있다는 사실을 함께 알려주는 것은 적절하다고 본다.

Ⅵ. 결 론

저작권법은 저작권자와 이용자 간의 이익을 균형 있게 발전시킴으로써 궁극적인 목적인 관련 산업과 문화의 발전을 효과적으로 실현하고자 한다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이, 우리나라의 공정이용 법리의 적용 현실은 저작권 침해 판단에서, 그리고 OSP의 삭제조치 절차에서 그 역할을 제대로 하지 못하는 실정이다. 최근 미국, 유럽 등에서 전개되고 있는 저작권 개혁 논의와 우리 저작권법상 OSP 규정의 모델이 된 미국의 DMCA는 이러한 문제를 해결하고 우리 저작권법을 개선하는데 다음과 같은 시사점을 주고 있다.

첫째, 인터넷 게시판에 복제·전송된 콘텐츠에 대하여 저작권자의 요청에 따라 삭제된 콘텐츠를 복제·전송자가 공정이용 사유에 터 잡아 복제·전송을 재개해 줄 것을 OSP에게 요구할 수 있도록 법적 근거를 마련하여야 한다. 미국 DMCA상의 OSP 삭제통제 절차에는 공정이용을 고려하도록 규정을 두고 있다. 구체적으로 저작권법 시행령 제42조제1항에서 복제·전송의 재개를 요구하기 위하여 복제·전송자의 소명자료에 공정이용에 관한 진술을 포함할 수 있도록 할 필요가 있다.

둘째, 권리주장자의 복제·전송 중단 요구에 따라 OSP가 해당 저작물의 복제·전송을 중단한 경우 그 사실을 복제·전송자에게 통보하여야 하는데, 이 단계에서 공정이용에 따른 소명을 할 수 있음을 안내해 주는 것이 바람직할 것이다.

셋째, 미국의 학계에서 제안했듯이 공정이용의 일부 요건을 저작권 침해 판단 단계에서 고려하도록 하여 저작권자와 이용자 간의 균형을 유지할 필요가 있다. 특히 저작물의 이용이 외관상 명백히 공정이용에 해당한다고 보이는 경우에는 판사의 적극적인 개입으로 공정이용을 고려하도록 하여 저작권 침해 여부를 판단하는 것이 바람직할 것이다. 아울러 우리 민사소송법상 석명권을 저작권 침해 소송의 특수성을 감안하여 적용하여 공정이용에 대한 적극적인 고려가 있을 수 있도록 하는 방안도 고려해 볼 수 있다. 이와 같이 공정이용을 항변 단계가 아닌 침해 판단 단계에서 고려하도록 함으로써 공정이용에 대한 이용자의 인식을 제고시키고 저작권자에 의한 남소를 방지하며 부당한 저작물 삭제조치와 손해배상 요구가 점차적으로 개선되기를 기대한다.

한편 저작권 침해 판단의 구성요건으로서 공정이용의 적용에 대해서는 향후 심도 있는 연구가 진행되어야 한다. 예컨대, 미국의 개혁 보고서에서 주장하듯이 공정이용의 네 가지 요건 중 시장수요의 대체 여부만을 추가로 침해판단 요건으로 볼 것인지, 아니면 나머지 다른 요소도 포함시킬 것인지 여부, 그리고 이 경우 항변으로서 공정이용의 역할이 여전히 존재하는지 여부, 그리고 현행법상 공정이용과 저작권 제한 사유가 병존하고 있으므로 그 관계 등에 관해서도 연구가 있어야 할 것이다.

◇ 주제어 ◇

공정이용, 온라인서비스제공자, 저작권 침해, 삭제통지, 미국 디지털밀레니엄저작권법, 저작권 개혁

◆ 참 고 문 헌 ◆

〈국내 문헌〉

- 김영, 석명권의 역사 변론주의와 석명권의 역사적 고찰, 한국학술정보, 2010.
- 김정숙, UCC와 공정이용법리에 관한 미국 판례법리의 전개, 계간저작권, 2009년 여름호.
- 문화체육관광부, 디지털 시대, 저작권 시스템의 현재와 미래, 2014 서울저작권포럼, 인터콘티넨탈 서울 코엑스, 2014.10.8.
- 손승우, “디지털 저작권보호의 확대경향과 공정한 경쟁”, 『상사판례연구』 제19집 제1권(한국상사판례학회, 2006.3.31).
- _____, 지식재산권법의 이해, 2014년 지식재산권법 강의교재, 2014.
- _____, “YouTube 사건을 통해 본 의도적 외면이론”, 『지식재산 교육과 연구』 Vol.2(2014.5.25).
- 윌리엄 M. 랜디스 · 리처드 A. 포스너(정갑주 · 정병석 · 정기화 번역), 지적재산권법의 경제구조, 일조각, 2011.
- 윤종수, 저작권 개혁(copyright reform)에 관한 미국의 논의”, 저작권 제도의 새로운 틀과 개혁의 방향, 2014년 한국저작권법학회 추계학술대회, 섬유센터 컨퍼런스홀 C1, 2014.11.7.
- 한국저작권법학회, 저작권 제도의 새로운 틀과 개혁의 방향, 추계학술대회, 섬유센터 컨퍼런스홀 C1, 2014.11.7.
- 최경수, 저작권법 개론, 한울, 2010.

〈해외 문헌〉

- Pamela Samuelson & Members of The CPP, *The Copyright Principles Project: Directions for Reform*, 25 Berkeley Tech. L.J. 1175 (2010).
- European Copyright Code <<http://www.copyrightcode.eu>> (방문일: 2014.11.26.)
- Digital Millennium Copyright Act, PUBLIC LAW 105-304—OCT. 28, 1998.
- World Library, EU 저작권 제도 개혁에 대한 세계의 반응은?
<<http://http://wl.nl.go.kr/?p=20605>> (방문일: 2014.11.30.)

〈Abstract〉

Legal Reform of Copyright Fair-use in Notice & Takedown Procedure of the Online Service Provider and Copyright Infringement

Seung-Woo Son

In Son Dambi's "Are you Crazy" Case of 2009, a plaintiff posted on NAVER(Online Service Provider: OSP) a home video of his 5-year-old daughter dancing to Son Dambi's song "Are you Crazy." A defendant, Korea Music Copyright Association(KOMCA) who was the collective management entity of copyright, sent NAVER a takedown notice pursuant to the Copyright Act claiming that the video violated its copyright in the song. However, NAVER refused the claim raised by the plaintiff for resuming the reproduction and interactive transmission of the home video on the website. The Korea Copyright Act only allows the resumption of the reproduction and interactive transmission to a reproducer/interactive transmitter who is a copyright holder or a licensee. Therefore, the plaintiff who was not a copyright holder nor a licensee, could not claim fair use of the copyrighted material to OSP. At the end, he sued KOMCA for knowingly misrepresenting his work as copyright infringement and argued the his use of the song was covered by the fair use doctrine. In a decision, the court held that the defendant must consider fair use when filing a take down notice. This article insists that the Decree of the Copyright Act should be revised in order to allow a reproducer/interactive transmitter to claim fair use in the resumption procedure just as the Digital Millennium Copyright Act (DMCA).

Meanwhile, it also suggests that fair use elements especially commercial harm should be concerned by a court to determine infringement of the owner's exclusive rights. The copyright users have recently faced with hardship regarding fair use claim because of the complexities and ambiguity of copyright rules. Since most of unlicensed users do not have knowledge on fair use doctrine, copyright owners often misuse the copyright suits and accusation. This article asserts that fair use elements should play an important role in the determination of infringement not just as a affirmative defense in certain cases, so that the law strikes a better balance between copyright owner's interests and public interests.

◇ KEY WORDS ◇

Fair-use Doctrine, Notice and Takedown, Copyright Infringement, Online Service Provider, Digital Millennium Copyright Act(DMCA), Copyright Reform