

디지털 저작물의 이용과 일시적 복제

- 대법원 2017. 11. 23. 선고 2015다1017(본소) 등
판결에 대한 검토 -

조영선*

▶ 목 차 ◀

I. 서론	III. 평석
II. 대상 판결의 내용	1. 일시적 복제의 개념과 범위
1. 사안의 요지	2. 제35조의2에 관한 해석상 논점 및 대상 판결의 문제점
2. 판단의 요지	3. 해결 방안의 모색
	IV. 정리와 결론

I. 서론

한·미 FTA를 반영해 2011. 12. 2 개정된 저작권법(법률 제11110호)은 일시적 복제를 복제의 일종으로 하는 한편(법 제2조 제22호), 디지털 저작물의 이용에 불가피하게 수반되는 일시적 복제에 관하여 복제권 침해의 면책 사유를 규정하였다(제35조의2). 위와 같은 법 개정 이후, 일시적 복제의 개념과 법 제35조의2의 본질, 적용 요건 및 범위, 제124조 제1항 제3호와의 관계 등에 관하여 다양한 논의가 이어져 왔다. 대법원 2017. 11. 23. 선고 2015다1017(본소) 등 판결(이하 ‘대상 판결’이라고 한다)은 디지털 저작물의 이

* 고려대학교 법학전문대학원 교수.

용과 일시적 복제를 둘러싼 여러 논점들에 관하여 대법원의 입장을 밝힌 최초의 판결이라고 할 수 있다. 대상 판결은 법 제35조의2의 해석 기준에 관해 의미 있는 단서를 제공하고 있지만, 이론적·정책적 측면에서 동의하기 어려운 점도 있다. 아래에서는 이런 문제들을 차례로 점검하면서 대상 판결을 평석하고 제35조의2의 바람직한 개정 방안도 제안해 보기로 한다.

II. 대상 판결의 내용

1. 사안의 요지

① 피고는 화면 캡처 프로그램인 “오픈캡처”의 저작권자이다. 오픈캡처는 본디 무료버전으로 배포되었는데 2012. 2. 5.에 종전의 6.7 버전이 7.0 버전으로 업그레이드 되면서부터 피고가 이용정책을 바꾸어 비상업용·개인용인 경우에는 여전히 무료로 이용할 수 있으나 그 밖의 경우에는 기업용 라이선스 구매를 통해 유료로만 이용할 수 있게 되었다.

② 오픈캡처 6.7 버전을 실행하면 자동으로 업데이트가 시작되어 유료 버전이 사용자의 컴퓨터에 설치된 후, 라이선스 약관이 화면에 나타나며, 그 가운데는 “비업무용으로 사용하는 경우 무료로 사용할 수 있고, 업무용으로 사용하는 경우 라이선스를 구매한다”는 내용이 들어 있다. 안내에 따라 최종적으로 확인버튼을 누르면 업그레이드 된 버전을 컴퓨터에서 사용할 수 있는 상태가 된다.

③ 원고의 직원들은 위와 같은 경위로 컴퓨터에 설치된 오픈캡처 유료 프로그램을 별도의 라이선스 구매 없이 업무용으로 사용하였다.

④ 원고는 직원들의 행위가 오픈캡처 프로그램에 대한 복제권 침해를 구성하지 않는다고 주장하면서 피고를 상대로 불법행위 책임(사용자 책임)의 부존재확인을 구하는 본소를 제기하였고, 피고는 이에 대하여 원고에게 복제권 침해의 사용자 책임이 존재함을 전제로 손해배상금의 지급을 구하는 반소를 제기하였다.

2. 판단의 요지

(1) 저작권법 제35조의2에 적용되는 법리들

① 컴퓨터 하드디스크 등에 설치된 프로그램을 실행하는 행위, 인터넷으로 디지털 저작물을 검색·열람·전송하는 등의 과정에 수반되는 RAM 저장은 모두 일시적 복제에 해당한다.

② 같은 조 본문 관련, 컴퓨터에 인스톨(복제)된 프로그램을 실행하는 것도 저작물을 “이용”하는 행위이다.

③ 같은 조 단서 관련, 저작권자의 이용허락을 받아 이미 인스톨(복제) 완료된 프로그램이라면 그 실행 과정에서 저작물 이용의 방법이나 조건을 위반하더라도 채무불이행의 문제일 뿐 복제권의 침해는 아니다. 따라서 그 실행 과정에 수반되는 일시적 복제에도 같은 조 본문이 적용되어 면책되고, 같은 조 단서가 적용될 여지는 없다.

④ 다만, 같은 조 본문이 적용되기 위해서는 일시적 복제가 저작물의 주된 이용에 부수적인 것이야 하고, 일시적 복제 자체가 “독립한 경제적 가치”를 가지는 경우에는 그렇지 않다.

(2) 사안에의 적용

① 오픈캡처 프로그램이 이용자의 컴퓨터에 설치되는 과정에서 피고의 허락에 기한 영구적 복제가 완료되었으므로 그 뒤 컴퓨터에서 그 프로그램을 사용하는 것은 저작권법 제35조의2 단서 소정의 ‘저작물의 이용이 저작권을 침해하는 경우’가 아니다. 나아가 원고의 직원들이 이미 복제 완료된 프로그램을 이용하면서 약관에서 정한 사용방법이나 조건을 위반하더라도 이는 채무불이행의 문제일 뿐 새삼 복제권의 침해를 구성하는 것은 아니다.

② 원고의 직원들이 오픈캡처 유료버전을 실행할 때 그 컴퓨터프로그램의 일부가 컴퓨터의 RAM에 저장됨으로써 일시적 복제가 이루어지지만, 이는 통상적인 프로그램 작동과정의 일부로서 그 이용에 불가피하게 수반되는 것이어서 독립적·경제적 가치를 가지지 않는다.

③ 따라서 오픈캡처 유료버전을 실행하는 과정에서 발생하는 일시적

복제는 저작권법 제35조의2 본문이 규정하는 ‘컴퓨터에서 저작물을 이용하는 경우에 원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요하다고 인정되는 범위’ 내의 것으로 볼 수 있으므로, 원고의 직원들이 피고의 오픈캡처 유료버전에 대한 일시적 복제권을 침해한 것이 아니다.

Ⅲ. 평 석

1. 일시적 복제의 개념과 범위

종래, 일시적 복제의 개념과 관련하여, “일시적(temporary) 복제”와 “순간적·과도적(transitory) 복제”를 구별하면서, 전자는 순간적 기간(transitory duration) 이상 저작물을 인식·복제·전달할 수 있는 지속성을 가진 것이어서 복제의 일종이지만, 후자는 그에 미치지 못하는 찰나적 저장에 불과하여 복제가 아니라고 하는 견해들이 유력하다.¹⁾ 아울러 찰나적 저장의 예로는 비디오 RAM에의 입력과 디지털 TV 시청에 있어서 음성이나 영상의 버퍼에의 저장, 이메일 전달 과정에서의 네트워크에의 저장 등이 거론되기도 한다.²⁾ 그렇지만 순간적·과도적 기간과 그 이상의 기간을 결정하는 기준은 모호할 수밖에 없고, 저장 매체와 저장방법, 시간의 찰나성 등은 기술의 발달과 함께 얼마든지 변할 수 있다는 점을 감안하면 이러한 이분법에는 한계가 있는 것으로 생각된다.³⁾ 일본에서도 과거 일시적 복제 개념에 소극적이

1) 이해완, 저작권법(제3판), 박영사, 2015, 703-704면; 박성호, 저작권법(제2판), 박영사, 2017, 327-328면(위 견해는, 이처럼 일시적 복제의 개념에 관하여 규범적 판단의 여지를 남김으로써 우리 나름의 능동적 해석방향을 확보할 수 있다고 제안한다. 328면 각주 258).

2) 이해완, 앞의 책, 704면.

3) 半田正夫, 松田政行 編, 著作権法 コメントール[第2版], 剋草書房, 2015, 584면; RAM에 이루어지는 복제만을 일시적 복제로 개념 규정하여 논의하는 것은 그 밖의 기기와 환경에서 다양한 형태로 일어나는 일시적 복제를 포섭하지 못하게 한다는 비판으로는, 박인회, “저작권법상 일시적 복제에 관한 소고”, 외법논집, 제34권 제1호(2010. 2.), 116면; 나강, “일시적 복제에 관한 소고-최근 사례를 중심으로”, 중앙대학교 법학연구원

던 입장의 반영으로 “순간적·과도적 저장”은 복제가 아니라는 논의가 있었다.⁴⁾ 그러나 2009년 저작권법 개정으로 디지털 저작물에 대한 일시적 복제 개념을 수용한(일본 저작권법 제47조의 8) 이후에는, 규범적 해석을 통해 일시적 복제의 성립 여부를 판단하기 보다는 널리 일시적 복제 개념을 인정하되, 어떤 요건 아래 이를 합리적으로 제한할 지를 고민함이 바람직하다는 태도가 주류로 보인다.⁵⁾ EU 저작권지침(Directive 2001/29) 제5조 제1항 역시 “저작물의 일시적 복제(temporary reproduction)에 해당하기 위해서는 복제가 순간적(transient)이거나 부수적(incidental)이며 기술적 과정에서 필수적·본질적으로 일어나는 것이어야 한다”고 하여 순간적·찰나적 복제를 일시적 복제의 범주에 넣고 있으며, 유럽 사법재판소도 “웹 서핑 과정에서 일어나는 콘텐츠의 화면복제는 순간적(transient)이거나 부수적(incidental)인 것이어서 EU 저작권지침 제5조 제1항 소정 일시적 복제의 면책 요건을 충족한다”고 판시하고 있다.⁶⁾

대상 판결의 사건에서 원고들은 “전체가 하드디스크에 저장되어 있는 컴퓨터 프로그램의 경우, 각각의 명령어는 RAM 메모리에 일시적으로 저장되었다가 실행 이후 즉시 삭제되며, 그 존재 시간 역시 찰나에 불과하여 이를 저작물의 복제라고 볼 수 없다”고 주장하였다.⁷⁾ 원심(서울고등법원 2014. 11. 20. 선고 2014나19361(본소) 등 판결)은 “컴퓨터 프로그램의 실행 과정에서 내용이 RAM에 실리는 것은 물론 인터넷으로 디지털 저작물을 검색, 열람하는 등의 과정에서 이루어지는 RAM 복제는 모두 일시적 복제에 해당한다”고 하여 이런 주장을 배척하였고, 대상 판결 역시 동일한 설시를 반복함으로써 원심의 판단을 지지하였다. 이처럼 대상 판결은, 매체에 복제되는 시간의 찰나성에 따라 일시적 복제의 성립 여부를 판단하는 태도는 취하지 않

법학논문집 제38집 제2호(2014), 260면 등.

4) 일본에서 2000년대 중·후반에 일시적 복제 개념이 저작권법이 편입되는 과정과 논의의 실태를 보여주는 자료로는, 이해완, 앞의 책, 466~470면.

5) 半田正夫, 松田政行 編, 앞의 책, 583~584면.

6) ECLI: EU: C: 2014: 1195.

7) 대상 판결의 1심인 서울중앙지방법원 2014. 2. 21. 선고 2013가합63771(본소) 등 판결의 9면.

고 있다.

2. 제35조의2에 관한 해석상 논점 및 대상 판결의 문제점

(1) “저작물의 이용” 개념

제35조의2는 “컴퓨터에서 저작물을 이용하는 경우에는 원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요하다고 인정되는 범위 안에서 그 저작물을 그 컴퓨터에 일시적으로 복제할 수 있다. 다만, 그 저작물의 이용이 저작권을 침해하는 경우에는 그러하지 아니하다”고 한다. 이처럼 일시적 복제를 야기하는 “저작물의 이용”이 구체적으로 무엇을 의미하는지에 관하여 서로 다른 입장이 가능하다.

1) 협의설(狹義說)과 광의설(廣義說)

저작권법상 저작물의 이용이란 대체로 복제, 공연, 전송, 방송 등 지분권의 대상 행위를 의미하고,⁸⁾ 단서가 그 저작물의 이용이 저작권을 침해하는 경우가 아닐 것을 요건으로 함에 비추어 본문에서의 “저작물의 이용”은 허락이 없다면 저작권 침해를 구성하는 행위, 즉 개별 저작지분권의 행사태양으로 보아야 한다는 시각이 가능하다(편의상 ‘협의설’이라고 한다).⁹⁾ 협의설은 문리 상 저작권법 전체와 정합성을 가지며, 뒤에서 보는 대로 저작물의 “사용”에 수반되는 일시적 복제의 규율을 모색하는데 대안으로 활용될 여지도 있다. 이는 3.(1)3)에서 별도로 살펴본다.

한편, 우리나라와 일본에서 다수의 견해는, 제35조의2 본문에서 말하는 “저작물의 이용”에는 복제, 공연, 공중송신 등 저작지분권의 대상인 행위는

8) 판례(대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결) 또한, “저작물을 이용한다고 함은 저작권법에서 저작자의 권리로서 보호하는 복제, 전송, 전시 등과 같은 방식으로 저작물을 이용하는 것을 의미한다”고 한다.

9) 그런 해석의 가능성을 언급하는 예로, 로앤비, 온주 저작권법 제35조의2 (강태욱 집필부분), 각주 1(http://www.onju.com/onju/service/writer/edit/SER_WEB03_1.aspx?lawid=291&lawtitle=%uC800%uC791%uAD8C%uBC95&commentid=0&lawnbId=00243500&decl=%uC81C1%uC870&state=0#98844|1%uC81C35%uC870%uC7582|47).

물론, 이미 구입한 DVD를 “시청”하거나, 컴퓨터에 설치한 프로그램을 “구동”하거나, 인터넷 콘텐츠를 “열람”하는 것처럼 저작물을 보고, 읽고 듣거나 작동하는 등 그 자체로는 지분권 행사와 무관한 이용행위(사용)¹⁰⁾도 포함된다고 한다(이를 편의상 ‘광의설’이라고 한다). 광의설은 저작물의 사용 과정에서 원활하고 효율적인 정보처리를 위해 필요하다고 인정되면 저작권자로부터 별도의 허락이 없더라도 일시적 복제가 가능하다고 한다.¹¹⁾ 저작권이 미치는 이용에 수반되는 일시적 복제는 면책이 되는 반면, 단순한 사용에 수반되는 일시적 복제가 면책되지 않음은 부당하다는 것 등이 그 근거이다.¹²⁾

2) 대상 판결의 입장

대상 판결 역시, 원고의 직원들이 컴퓨터에 설치한 오픈캡처 유료버전을 “실행”할 때 그 컴퓨터프로그램의 일부가 RAM에 일시적으로 저장되는 일이 일어난다고 하면서 그것이 저작물이 이용에 불가피하게 수반되는 일시적 복제라고 한다. 컴퓨터에 설치된 프로그램을 실행하는 행위 자체는 저작 지분권의 행사 태양 어디에도 속하지 않음을 감안하면 결국 대상 판결은 광의설을 전제로 하고 있음을 알 수 있다.¹³⁾

3) 정리

어느 입장을 취하든, 저작물의 주된 이용이 저작지분권의 적법한 행사인 경우에는 그에 수반되는 일시적 복제도 허용되고, 주된 이용이 저작지분

10) 이를 강학상 “사용”이라고 부르는 것이 일반적이며, 아래에서도 이런 용어를 사용하기로 한다.

11) 이해완, 앞의 책, 704면; 박성호, 앞의 책, 622면; 오승중, 저작권법(제3판), 박영사, 2013, 738면; 임원선, 실무자를 위한 저작권법(제4판), 한국저작권위원회(2014), 289-290면; 김병일, “컴퓨터프로그램의 실행과 일시적 복제 범리에 관한 고찰”, 재산법연구 제33권 제4호(2017. 2), 93면; 이대회, “컴퓨터프로그램의 일시적 복제와 그 예외”, 계간 저작권, 2015년 봄호, 137면 등. 이는 일본에서도 같다(半田正夫, 松田政行編, 앞의 책, 585면).

12) 박성호, 앞의 책, 622면 등.

13) 한편, 대상 판결의 원심에 대한 평석 가운데, 해당 사안에서 주된 이용은 인스톨된 프로그램의 실행이 아니라 해당 프로그램을 컴퓨터에 영구적 복제(인스톨)하는 행위로 보아야 한다는 입장도 있다(이대회, 앞의 논문, 144면).

권의 침해를 구성하는 경우에는 그에 수반되는 일시적 복제가 복제권 침해를 구성한다는 점에는 차이가 없다. 차이는 저작물의 주된 이용이 “사용”에 해당할 때 그에 수반되는 일시적 복제에 별도의 허락이 필요한지 여부에서 나타난다. 이를 표로 정리하면 아래와 같다.

주된 이용		부수되는 일시적 복제	근거
협의를 이용(복제, 공연, 공중송신…)	허락 없는 경우	침해	35조의2 단서
	허락 있는 경우	비침해	35조의2 본문
사용	협의설	허락 필요	35조의2 본문 반대해석
	광의설	허락 불필요	35조의2 단서 반대해석

생각건대, 저작권법 제32조의2 본문의 “저작물의 이용”이 널리 저작물의 사용을 포함하는 광의의 개념이어야 한다는 다수의 견해는 일단 타당하다. 것처럼 해석하지 않는다면 적법하게 취득한 디지털 저작물을 컴퓨터나 휴대폰 등에서 감상하거나 프로그램을 실행하는 경우에도 일시적 복제권의 침해가 성립한다는 결론에 이르게 되어 부적절하고, 경우에 따라서는 저작권자에게 이중의 경제적 이익을 안겨줄 소지도 생기기 때문이다. 그렇지만, 저작물의 사용에 수반되는 일시적 복제를 “언제나 적법한 것”으로 간주해야 하는지는 별개의 문제이며, 이에 대해서는 규범적·정책적 입장에서 따로 검토가 필요하다. 아래에서 이 문제를 살펴본다.

(2) 저작물의 사용에 수반되는 일시적 복제와 대상 판결의 입장

대상 판결은, 일단 프로그램이 저작권자의 허락을 받아 컴퓨터에 설치된 이상, 이를 실행하는 행위는 저작권법 제35조의2 단서 소정의 ‘저작물의 이용이 저작권을 침해하는 경우’가 아니므로 결국 실행에 수반되는 일시적 복제행위도 적법하다고 한다. 이는 동조 단서를 단순히 반대해석 하여, 저작물의 이용이 저작권을 침해하는 경우라면 그에 수반되는 일시적 복제는 당연히 침해를 구성하지만, 저작물의 이용이 단지 저작물의 “사용”에 해당하

여 저작권 침해를 구성하지 않는 한, 그에 수반되는 일시적 복제 역시 원칙상 침해를 구성하지 않는다는 논리이다. 그러면서 대상 판례는 “다만 일시적 복제행위가 독립적·경제적 이익의 대상이 되는 경우에는 그 자체로 복제권 침해를 구성할 수 있다”고도 한다. 그러나 구체적으로 어떤 경우에 일시적 복제로 독립적·경제적 이익의 손상이 인정되는 지에 대해서는 침묵하고 있으며, 적어도 프로그램이 저작권자의 허락을 받아 설치된 이상, 이를 실행하는 과정에 수반되는 일시적 복제는 비록 이용조건을 위반한 것이라 하더라도 여기에 해당하지 않아 일시적 복제권 침해가 아니라고 한다.

아울러 대상 판결의 원심 판결은, “저작권법 제124조 제1항 제3호를 감안하면 저작권을 침해하여 만들어진 복제물을 악의로 취득한 사람이 이를 업무상 이용하는 행위만이 침해를 구성하고, 그 밖의 상황에서 디지털 저작물의 최종 사용자가 행하는 일시적 복제는 복제권 침해가 아니다”라고 하는 한편, “사용계약을 위반한 사용행위에 까지 일시적 복제권 침해를 인정하면 저작권법이 인정하지 않고 있는 컴퓨터프로그램의 사용에 대한 통제권까지 인정하는 셈이 되어 부당하다”고도 한다.¹⁴⁾ 대상 판결은 이에 대해서는 명확한 입장을 밝히지 않고 있다.

(3) 대상 판결의 문제점

그러나 대상 판결의 이런 시각에는 다음과 같은 비판이 가능하다.

1) 일시적 복제권의 유명무실화와 저작권법 제35조의2의 입법취지 오인

저작물의 주된 이용이 저작지분권의 침해행위가 아닌 한, 저작물의 사용과정에서 일시적 복제를 할 수 있고 저작권자는 침해를 주장할 수 없다고 하면, 저작권법이 별도로 일시적 복제권을 인정한 의미는 태반이 사라지게 된다. 어차피 저작권자로서는 저작지분권 침해인 주된 이용을 문제 삼으면

14) 이에 대해서는, 이용허락계약 가운데도 저작물이용에 관한 본질적 내용 위반은 저작권 침해가 될 수 있으므로 이용허락계약 위반이 일반적으로 저작권 침해와 무관하다고 하는 것은 문제라는 지적이 있다(송재섭, “컴퓨터프로그램 실행과정에서의 일시적 복제-오픈캡처(Open Capture) 사건을 중심으로-”, 계간 저작권, 2015년 가을호, 152면).

족하고 굳이 거기에 더하여 일시적 복제권의 침해까지 내세울 실익이 없기 때문이다. 저작권법 제35조의2의 취지는 저작권자가 이미 저작물의 이용허락 등을 통해 정당한 이윤을 회수하였음에도 일시적 복제권을 근거로 또다시 권리행사를 하여 이중이득을 얻고, 그 결과 디지털 저작물의 사용과 유통이 저해되는 것을 막기 위한 것이지,¹⁵⁾ 디지털 저작물의 사용에 수반되는 일시적 복제행위에 일반적 면책권을 보장하기 위한 것은 아니라고 본다. 따라서 저작물의 사용에 수반되는 일시적 복제행위라도 그에 대해 저작권자가 대가의 지급 등 이윤회수를 추구할 근거가 있는 경우라면 저작권자는 여전히 일시적 복제권 침해를 주장할 수 있고 저작권법적 보호가 부여됨이 상당하다. 이를 단지 계약법의 문제일 뿐이라고 하는 것은 일시적 복제권을 도입하고 제35조의2를 둔 입법취지에 맞지 않는다. 그러므로 위 조항을 근거로 디지털 저작물의 사용에 일반적으로 일시적 복제가 허용되는 것으로 전제하고,¹⁶⁾ 저작권자의 일시적 복제권 행사를 그 예외로 받아들이는 입장은 동의하기 어렵다. 오히려 저작권자에게는 일시적 복제권이 있고, 저작물의 이용이나 사용의 과정에서 수반되는 일시적 복제행위는 저작권자의 허락이 없거나 그의 이익에 반하는 한 복제권 침해를 구성하되, 예외적으로 그런 일시적 복제권의 침해책임이 면제될 수 있는 것으로 봄이 상당하다.

15) 이중이득의 금지라는 취지에 관해 같은 의견으로는, 이대희, 앞의 논문, 142면.

16) 대상 판결의 원심 판결에 대한 평석문헌들 가운데는 이런 입장들이 많다. 예컨대, “저작권법 상 컴퓨터프로그램 저작물에 관해 ‘실행권’이라는 유형의 저작재산권은 인정되지 않기 때문에 컴퓨터프로그램의 실행 자체는(저작권법 제124조 제1항 제3호에서 규정하는 경우를 제외하면) 언제나 저작권 침해를 야기하지 않는 것이다. 이처럼 컴퓨터프로그램의 실행 자체가 저작권침해를 야기하지 않는다고 보는 이상, 저작권법 제35조의2 단서의 해석론상 그 과정에서 발생하는 일시적 복제 역시 별도의 침해를 구성하지 않는다고 보는 것이 논리적으로 타당하다”(송재섭, 앞의 논문, 152면), “일시적 복제권을 제한하는 약정이 있더라도 그 약정을 위반하는 행위에 대해 저작권 침해를 인정하는 것은 저작권법에 규정되어 있지 않은 지분권을 창설하는 것이어서 부당하고 죄형법정주의에도 반하므로 저작권법 제35조의2 본문 적용을 배제하는 이용허락계약을 위반하더라도 저작권 침해는 성립하지 않는다”(송재섭, 앞의 논문, 154면); “복제물을 정당하게 취득하여 저장한 자가 이를 사용하는 프로그램이 실행은 물건을 구매한 자가 이를 이용하는 것과 마찬가지로 수반되는 통상적 후속행위이므로 …저작권자가 복제물의 사용을 금지했다 하더라도 이를 사용함으로써 발생하는 일시적 복제는 저작권을 침해하지 않는다.”(김병일, 앞의 논문, 103면)

같은 이유에서, 저작권법 제124조 제1항 제3호가 “프로그램의 저작권을 침해하여 만들어진 프로그램의 복제물을 그 사실을 알면서 취득한 자가 이를 업무상 이용하는 행위는 저작권 침해로 간주한다”고 하는 것을 근거로 “저작권을 침해하여 만들어진 복제물을 악의로 취득한 사람이 이를 업무상 이용하는 행위만이 침해를 구성하고, 그 밖의 상황에서 디지털 저작물의 최종사용자가 행하는 일시적 복제는 복제권 침해가 아니다”라고 하는 것 역시 근거 없이 저작권법의 일시적 복제권의 입지를 박탈하는 것이어서 부당하다. 오히려 이는 저작권을 침해하여 만들어진 프로그램의 복제물을 “선의로” 취득한 경우라면 그 뒤 이를 업무상 이용하더라도 일시적 복제권의 침해를 구성하지 않는다는 의미로 해석됨이 더 합당하다.¹⁷⁾ 특히 위 조항이 저작권법에 일시적 복제권 관련 규정이 도입되기¹⁸⁾ 이전부터 있었던 것임¹⁹⁾을 감안하면 위 조항은 해석이나 법 개정을 통해 일시적 복제(권)과 정합성을 갖도록 정리해야 할 대상이지, 일시적 복제(권)의 존재의미를 무력화하는 근거로 사용되는 것은 온당치 않다.

2) 방법적 과도성

대상 판결은 저작물의 사용에 수반되는 일시적 복제를 원칙상 침해의 영역에서 배제하고 단순히 채무불이행의 문제로 봄으로써 저작물의 원활한 이용과 유통을 보장할 수 있다고 한다. 그러나 디지털 저작물의 사용에 복제권 침해를 부정하는 방법이 아니라도 저작권법 상 디지털 저작물의 원활한 이용과 유통을 보장하는 수단은 충분히 마련되어 있다. 저작물의 주된 이용행위가 저작지분권을 침해하지 않거나 저작권자의 명시적·묵시적 허락에 기한 것이거나 계약의 본질적 부분을 침해하는 경우가 아니라면 여전히 그에 부수되는 일시적 복제는 적법하고(저작권법 제35조의2), 그렇지 않더라도 일시적 복제가 사적이용을 위한 복제(제30조, 제101조의3 제1항 제

17) 제124조 제1항 제3호에 해당하는 경우 대개 일시적 복제권 침해를 구성하므로 위 규정의 독립적 존재의의가 적다는 지적으로는, 조영선, 지적재산권법(제3판), 박영사, 2017, 367면.

18) 2011. 12. 2. 법률 제11110호.

19) 2009. 4. 22. 법률 제9625호로 도입되었다.

호)에 해당하면 침해책임을 지지 아니한다. 아울러 프로그램 복제물의 취득 당시에 선의였던 자라면 그 뒤 그런 사정을 알게 된 이후에도 업무상 이를 계속 사용할 수 있다고 하여(저작권법 124조 제1항 제3호의 반대해석) 그에 수반되는 일시적 복제 역시 허용되는 것으로 볼 수도 있다. 대상 판결의 논리에 따라 저작물 사용의 구체적 태양을 묻지 않고 일시적 복제를 허용하게 되면, 저작권자의 사용허락 자체가 없는 저작물을 일시적 복제의 방법으로 이용하거나 사용계약을 위반하여 저작물을 업무상 이용하는 행위를 정당화할 여지가 생길 뿐, 새삼 저작물의 이용이나 유통의 원활에 도움이 되는 경우를 추가적으로 상정하기는 어렵다. 저작권자의 희생 아래 이런 가능성을 열어 두는 것이 저작물의 이용이나 유통을 증진시키는 바람직한 방법은 아닐 뿐더러 이는 아래에서 보는 것처럼 국제적 입법이나 실무의 추세와도 부합하지 않는다. 만약 사용계약 위반 일체를 일시적 복제권 침해로 규제한다면 이는 분명히 디지털 저작물의 이용이나 유통을 위축시키는 결과를 낳을 것이다. 그러나 계약위반 일체를 그와 같이 다루는 게 아니라 계약의 본질적 부분을 위반하여 저작권자의 이익 침해가 저작권 침해에 준하는 정도인 경우에 한하여 일시적 복제권의 침해로 다룬다면 이는 충분히 의미 있는 일이라고 생각된다.

3) 부당한 사용에 대한 저작권법적 통제 미흡

대상 판결의 논리를 단순히 따른다면 예컨대 ① 인터넷에서 유료로 공급되는 콘텐츠를 부당한 방법으로 스트리밍 받아 대가 없이 열람하거나 사용하는 행위²⁰⁾ ② 유상 프로그램을 설치한 사용자가 사용기간이 만료된 이후에도 해당 프로그램을 대가 없이 계속 사용하는 행위, ③ 정해진 인원만 프로그램을 사용하기로 하고 프로그램을 설치한 뒤 약정을 어기고 그 밖의 종업원들로 하여금 해당 프로그램을 사용하게 하는 행위 등에도 저작권 침해책임을 물을 수 없다. ①에서는 주된 이용이 ‘열람’ 또는 ‘실행’이라는 사용행위이고 ②, ③에서는 주된 이용이 ‘실행’이라는 사용행위에 불과하여 그에

20) 다운로드를 통해 콘텐츠를 사용자의 컴퓨터에 영구 저장하지 않는 한 일시적 복제만이 존재한다.

수반되는 일시적 복제행위도 허용될 수밖에 없기 때문이다. 무엇보다 대상 판결처럼 일단 허락에 의해 복제가 완성된 저작물을 그 뒤 허락 조건에 반해 사용하는 행위에 일시적 복제권 침해가 성립하지 않는다고 보면, 디지털 저작물 유통의 상당비중을 차지하는 “인스톨+사용”의 형태의 저작권 라이선스 계약에서 인스톨 이후에 이루어지는 부당 이용행위에 저작권법적 보호를 포기하는 것이 된다. 그 결과 저작권자로서는 그런 부당 이용행위에 대해 금지청구 등 즉시적·직접적 구제를 받을 수 없고 채무불이행에 기한 손해배상 등으로 만족해야 한다. 그런데 “인스톨+사용” 형태의 저작물 이용 계약을 체결한 후 사용자가 이용조건을 위반한 사용행위를 하고, 저작권자가 그를 이유로 이용계약을 해지하였다면, 그 이후 프로그램을 계속 사용하는 행위는 일시적 복제권의 침해로 다루어야 할 것이다.²¹⁾ 한편 저작권자가 사용자의 위반 사실을 몰라서, 혹은 알더라도 어떤 사정으로 계약을 아직 해지하기 전이라면 동일한 사용행위 및 그에 수반되는 일시적 복제는 단지 채무불이행에 그쳐 저작권법 상으로는 문제가 없는 것이 된다. 이는 단일한 사실관계에 대하여 저작권자가 부정사용을 알고 있었는지 여부 및 그에 따라 계약관계를 종료시켰는지 여부에 따라 저작권법 상의 취급을 달리하는 것이 되어 불합리하다.

4) 비교법적 시사(示唆)

주요 외국의 법제가 디지털 저작물의 이용과정에 수반되는 일시적 복제를 어떻게 취급하는지 살펴보면 다음과 같다.

(가) 유럽(EU)

가) EU 저작권지침(Directive 2001/29) 제5조

EU 저작권지침(Directive 2001/29) 제5조(1)는 일시적 복제가 저작물 이용을 위한 기술적 과정에서 필수적·본질적으로 수반되는 것으로서, 그 목적이 오로지 i) 네트워크에서 타인 간의 정보전달을 매개하는데 있거나, ii) 저작물의 “적법한 이용(lawful use)”을 위한 것이며 그 자체로 독립적·

21) 계약관계가 해지로 종료하였으므로 더 이상 채무불이행의 문제가 아니기 때문이다.

경제적 중요성을 가지지 않는다면 저작권자의 허락이 없더라도 복제권 침해를 구성하지 않는다고 한다. 적법한 이용이 아니라는 것은 그런 일시적 복제행위가 법에 저촉되거나 저작권자의 의사에 반하는 경우를 의미한다고 해석되고 있다.²²⁾ 따라서 저작권자가 설정한 이용 조건이나 기간을 위반하여 저작물을 이용하는 과정에서 일시적 복제가 일어난다면 이는 저작권자의 의사에 반하는 것 이어서 “적법한 이용”의 요건을 충족하지 못해 복제권 침해를 구성한다고 한다.²³⁾ 또한 “독립적·경제적 중요성”이란 디지털 콘텐츠가 단지 전달(transmission)의 대상에 그치지 않고 그에 대한 일시적 복제행위가 콘텐츠의 이용이나 소비를 초래하는 경우를 말한다고 한다.²⁴⁾ 위 지침 제5조(5)는 “일시적 복제의 예외는 해당 저작물의 일반적 이용형태나 저작권자의 정당한 이익을 비합리적으로 해칠 때에는 인정되어서는 안 된다”고도 규정하고 있다. 유럽 사법재판소(CJEU)는 2014년 6월 Meltwater 사건의 판결²⁵⁾에서, “원 저작권자의 허락을 얻은 인터넷 뉴스 콘텐츠의 제공자가 그 구독자들에게 인터넷 상에서 뉴스 콘텐츠를 제공하는 경우, 개별 사용자들이 인터넷 화면에서 해당 뉴스를 열람하는 행위는 위 지침 제5조(1)의 적법한 일시적 복제의 요건을 만족한다. 그리고 이미 콘텐츠 제공자가 저작권자로부터 허락을 받은 이상 그 구독자들이 뉴스 콘텐츠를 열람하는 과정에서 자신들의 웹 화면에 콘텐츠를 일시 복제하더라도 저작권자의 이익을 별도로 해하지 않는다. 따라서 이는 제5조(5)에 비추어 보더라도 적법하므로 개별 사용자들은 그 일시적 복제에 관하여 별도로 원 저작자의 허락을 받을 필요는 없다”고 하였다. 이를 종합하면 저작권자의 허락을 받아 이용에 제공된 디지털 저작물이거나 적어도 저작권자 스스로 인터넷에 올려둠으로서 그 이용을 묵시적으로 허락한 콘텐츠라면 이를 이용하는 과정에

22) Toby Headdon, “Ghosts in the Machine: Copyright and Temporary Copies”, Computers & Law Magazine of SCL, Vol 22(2011), p.16.

23) Ibid, p.17.

24) Ibid, p.17. 따라서 온라인 DB에 임의로 접근하는 행위는 권리자의 허락이 없는 한 일시적 복제권 침해를 구성한다.

25) Case C-360/13 Public Relations Consultants Association Ltd. v. Newspaper Licensing Agency Ltd. and Others, EU: C: 2014: 1195.

일시적 복제가 수반되더라도 저작권자의 독립적·경제적 이익이 해쳐지지 않을 것이나, 그런 사정이 없음에도 저작물을 임의로 이용하는 과정에 수반되는 일시적 복제행위는 저작권자의 독립적·경제적 이익을 해치는 것이 된다.

나) EU 소프트웨어 지침(2009/24)

EU 소프트웨어 지침 제4조(1)a는 “컴퓨터프로그램 저작권자는 프로그램을 탑재, 시현, 실행, 전송, 보존 하는 등의 과정에서 프로그램의 영구적 또는 일시적으로 복제할 권리를 가진다”고 하는 한편, 같은 지침 제5조(1)은 “계약으로 달리 정하지 않았다면 컴퓨터 프로그램을 적법하게 취득한 자가 정해진 목적에 따라 그 프로그램을 이용하기 위해서는 저작권자의 허락 없이도 전부나 일부를 영구적 혹은 일시적으로 복제할 수 있다”고 한다.

(나) 독 일

독일 저작권법 제44조a는 일시적 복제의 면책사유로서 위 EU 저작권 지침(Directive 2001/29) 제5조(1)와 완전히 동일한 내용을 규정하고 있다. 아울러 독일 저작권법 제69조d(1)은 EU 소프트웨어 지침(2009/24) 제5조(1)을 반영하여, “계약으로 달리 정하지 않았다면 컴퓨터 프로그램에 대해 적법한 사용권을 가진 자는 오류의 수정을 포함, 정해진 목적을 위해 저작권자의 허락 없이도 프로그램의 전부나 일부를 영구적 혹은 일시적으로 복제할 수 있다”고 하고 있다.²⁶⁾ 한편, 여기서 컴퓨터 프로그램이 “정해진 목적을 위해 사용 된다”는 것은 프로그램 이용허락 계약을 통해 저작권자로부터 허락을 받은 범위에 속하는 것을 의미하며,²⁷⁾ 구체적으로 프로그램의 일시적 복제행위가 사용자의 허락의 범주 내에 속하는지 여부를 판단함에 있어서는 저작권자의 경제적 이해관계가 중요한 지표가 된다고도 한다.²⁸⁾

26) 이 규정은 독일 저작권법 제44조의 저작물이 소프트웨어인 경우에 적용되는 특칙으로 이해되고 있다(Spindler/Schuster, *Recht der elektronischen Medien 3.Auf*, C.H. Beck, 2015, 13-1-6-§44-1).

27) Dreier/Schulze, *Urheberrechtsgesetz*, 5.Auf, C.H. Beck, 2015, 1-8-§69d- II -7, 8.

28) Wandtke/Bullinger, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 4.Auf, C.H. Beck, 2014, 1-8-§69d- II -1-a-7.

(다) 미 국

가) 관련규정

미국은 일찍이 MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc. 사건의 판결²⁹⁾을 통해 디지털 콘텐츠에 대한 RAM 복제에 복제권 침해를 인정한 바 있고, 그로 인해 야기되는 부작용을 덜기 위해 1998년 저작권법 제117조(c)를 신설하여 “컴퓨터의 유지·관리 또는 수리 목적으로 프로그램을 실행하는 과정에서 그 프로그램의 복제가 이루어지는 경우에는 침해책임을 면제한다”고 규정하였다. 한편, 미국 저작권법 제117조(a)(1)은 컴퓨터 프로그램 복제물의 소유자가 그 프로그램을 컴퓨터로 이용하는 과정에서 불가피하게 복제가 이루어지더라도 복제권의 침해를 구성하지 않는다고 규정하고 있으며, 이는 컴퓨터 프로그램의 정당한 사용자를 침해책임으로부터 보호하기 위해 마련된 입법으로 받아들여지고 있다.³⁰⁾

나) 대상 판결과 유사한 사례

대상 판결과 유사한 논점을 가지는 것으로 MDY Industries, LLC, v. Blizzard Entertainment, Inc. 사례가 있다. 이 사건에서 온라인 게임소프트웨어 업체인 Blizzard는 온라인 게임 “World of Warcraft(WoW)”를 출시하였으며 사용자들은 해당 게임프로그램의 디스크를 구매하거나 온라인에서 다운로드 받아 자신들의 PC에 설치하였다. 구매자들이 설치를 완료하기 위해서는 Blizzard가 제시한 라이선스 조건에 “동의”를 클릭하게 되어 있었는데 그 가운데는 WoW를 온라인에 접속해서만 플레이 하며, 다른 기계장치나 소프트웨어를 통해 WoW를 이용하는 것을 금한다는 내용이 들어 있었다. 그런데 MDY는 WoW의 프로그램 구매자들이 이런 약정을 어기고 이미 설치한 프로그램을 다른 기계장치에 연동시켜 플레이 할 수 있게 하는 프로그램(일명 “Guilder”)을 개발·판매하였다. Blizzard는 위와 같이 이용자들이 라이선스 조건을 어긴 상태에서 게임을 즐기는 이상 정당한 권원이 없는 사용자에게 해당하고, 다른 기계장치에서 이루어지는 RAM 복제는 일시적 복

29) 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993).

30) Richard H. Stern, “Section 117 of the Copyright Act: Chapter of the Software Users’ Right or An Inusory Promise?”, 7 W. New Eng. L. Rev. 459 (1985), p.463.

제권의 침해를 구성한다고 주장하였다. 나아가 그런 복제권 침해를 가능하게 하는 프로그램을 공급한 MDY는 저작권 침해에 대한 기여책임이 있다고 주장하였다. 1심인 District Court of Arizona는 Blizzard의 주장을 모두 받아들여 사용자들에 의한 일시적 복제권 침해 및 그에 대한 MDY의 기여침해 성립을 인정하였다.³¹⁾³²⁾ 제9 연방 순회항소법원은 항소심 판결³³⁾에서 ① WoW의 사용자들이 Blizzard와의 관계에서 프로그램의 소유자가 아니라 단지 실시권자(licensee)의 지위에 있다는 점, ② 그 때문에 실시허락의 범위를 벗어나는 이용행위를 하는 경우 저작권 침해가 성립할 수 있다는 점, ③ 사용자들이 다른 기기에서 WoW를 실행하는 과정에는 RAM 복제가 일어난다는 점을 모두 수용하면서도, 실시허락의 범위를 벗어나는 행위가 저작권 침해에 이르기 위해서는 그것이 계약의 중요부분인 조건(condition)을 위반한 경우라야 하고 단지 계약의 부수적 의무(covenant)을 지키지 않은 경우라면 계약위반의 문제에 그칠 뿐 저작권 침해로까지 이어지지는 않는다고 하면서, 해당 사건에서 사용자가 다른 기기에서 WoW의 구동을 금지하는 것은 계약의 조건이기 보다는 부수적 의무에 가깝다는 이유로 저작권 침해책임을 부정하였다. 다만 항소심 역시 사용자들의 기술적 보호조치 무력화 책임은 인정하였다.³⁴⁾ MDY v. Blizzard 사건은, 컴퓨터프로그램이 저작권자의 허락 아래 이용자의 컴퓨터에 설치된다는 점, 그 일련의 과정에서 저작권자가 일정한 실시허락의 조건을 제시하고 사용자는 이를 수락한다는 점, 그럼에도 불구하고 그 뒤 사용자가 약정을 어기고 프로그램을 임의의

31) MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment, Inc, (D. Ariz. Jul. 14, 2008). 사용자들에게는 DMCA에서 규정하는 ‘기술적보호조치 무력화’ 책임도 아울러 인정되었다.

32) 일시적 복제 문제를 둘러싼 정책적 관점에서 위 1심 판결을 평석하고 있는 문헌으로는, Dennis S. Karjala, “Copying and Piracy in the Digital Age”, Washburn Law Journal, Vol. 52(2013), pp. 257-260.

33) MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment, Inc and Vivendi Games, Inc., 629 F.3d 928 (9th Cir. 2010).

34) 소비자 보호라는 정책적 관점에서 항소심의 결론을 지지하는 평석 문헌으로는, Bill Hinsee, “Wrath of the EULA: Can the Use of Bots Lead to Copyright Infringement?”, B.U.J. SCI. & TECH. L, Vol.17(2011), V.: (https://www.bu.edu/jostl/files/2015/02/Hinsee_Web_171.pdf).

방법으로 사용하며 그 과정에서 사용자의 기계장치 RAM에 프로그램의 일시적 복제가 일어난다는 점, 그런 RAM 복제가 별도로 복제권 침해를 구성하는지가 문제되었다는 점에서 이는 대상 판결과 사안 및 적용법리가 매우 흡사하다. 따라서 이 사건에서 미국법원들이 보인 판단과 논리는 우리에게도 참고 될 점이 있어 보인다.

(라) 일 본

일본 저작권법 제47조의3 제1항은, “프로그램 저작물 복제물의 소유자는 스스로 그 저작물을 컴퓨터에서 이용하기 위해 필요하다고 인정되는 한도에서 그 저작물을 복제하거나 변안할 수 있다. 다만, 그 복제물의 사용에 있어, 제113조 제2항³⁵⁾이 적용되는 경우에는 그렇지 않다”고 한다. 한편, 프로그램 저작물을 컴퓨터에서 사용하는 과정 수반되는 일시적 복제에 관해서는 일본 저작권법 제47조의8가 특칙으로 적용된다.³⁶⁾ 위 규정은 “컴퓨터에서 당해 저작물을 복제물을 통해 이용하거나 유·무선 송수신을 통해 이용하는 경우(그 이용이나 복제물의 사용이 저작권을 침해하지 않는 경우에 한한다), 그 컴퓨터에서의 원활하고 효율적인 정보처리를 위해 필요하다고 인정되는 한도에서 그 컴퓨터의 기록매체에 기록할 수 있다”고 하여 우리 저작권법 제35조의2와 흡사한 내용으로 이루어져 있다. 실제로 위 규정은 디지털 저작물의 사용과정에 필연적으로 수반되는 RAM 복제 등 일시적 복제에 관하여 적법한 사용자들을 복제권 침해책임으로부터 보호하기 위해 입법된 것이라고 한다.³⁷⁾

(마) 시사점

이처럼 유럽이나 독일에서는 컴퓨터 프로그램의 사용자가 일시적 복제권 침해책임을 면하기 위해서는 그 사용행위가 “적법할 것 (lawful use)” 또는 “저작권자의 의사에 반하지 않을 것”을 요구하고 있다. 즉, 면책의 요건으로 우리 저작권법 제35조의2 단서처럼 “저작권의 침해가 아닐 것”을 요구

35) “프로그램 저작권을 침해하여 작성된 복제물을 그 사정을 알면서 취득한 자가 업무상 사용하는 행위는 저작권 침해로 본다”(우리 저작권법 제124조 제1항 제3호와 같은 내용).

36) 半田正夫, 松田政行 編, 앞의 책, 507면.

37) 半田正夫, 松田政行 編, 앞의 책, 583-584면.

하거나, 그 반대해석을 통해 나머지의 사용형태는 모두 일시적 복제권 침해가 아니라고 하지는 않는다. 또한, 컴퓨터프로그램 사용자의 일시적 복제행위가 정해진 목적의 범위 내에서 이루어진 경우에 한해 면책을 인정하면서도 그것이 저작권자의 이익을 해하는 형태로 운용되어서는 안 된다고 하여 저작권자를 두텁게 보호하고 있음도 상기할 필요가 있다. 미국의 판례 역시 원칙상 컴퓨터프로그램 라이선스의 범위를 넘는 이용에 수반되는 RAM 복제는 일시적 복제권의 침해를 구성한다는 전제에서, 개별적으로 라이선스계약 위반의 태양이 침해에 준하는 것인지, 단지 부수적 의무의 위반인지를 가려 구제의 방법을 달리하고 있음을 주목할 필요가 있다.

3. 해결 방안의 모색

일시적 복제권의 침해를 단순한 채무불이행으로 취급할지, 일정한 요건 아래 저작권 침해로도 다룰지는 저작권자의 입장에서는 매우 중요한 문제이다. 저작권 침해가 성립하게 되면 금지청구권의 행사가 가능하고(제123조) 손해배상액 산정의 특칙이나(제125조) 법정손해배상 규정(제125조의2)의 적용이 가능해 지는 등 다양한 구체책이 보장되기 때문이다. 한편, 사용자의 입장에서는 그만큼 법적지위가 불리해 지고 불확실성 또한 높아지는 것이 사실이다. 아울러, 정책적 측면에서는 저작권자의 보호와 디지털 저작물의 자유로운 사용이라는 가치 충돌에서 균형점을 찾는 한편, 일시적 복제권 침해가 민사상 책임은 물론 형벌 가능성과도 연결되는 점 역시 시야에 넣고 그 적절한 한계를 설정해야 하는 고민이 수반된다.

생각건대, 제35조의2의 “저작물의 이용” 개념에 관하여 광의설을 취하더라도, 대상 판결처럼 주된 사용에 수반되는 일시적 복제 일체를 원칙상 적법하다고 볼 것이 아니라, 사용행위의 태양을 개별적으로 판단하여, 필요한 경우 일시적 복제 책임을 물을 필요가 있다. 대상 판결 역시 “일시적 복제가 저작권자의 독립적·경제적 이익을 손상하는 경우에는 복제권 침해가 성립한다”는 원칙을 실시함으로써 제35조의2의 적용 외연이 법 해석을 통해 결정될 수 있음을 분명히 하고 있는 바, 그 외연은 다음과 같이 설정됨이 합

당할 것으로 생각된다.

(1) 해석을 통한 해결: “독립적·경제적 이익이 침해되는 경우”의 외연 확대

저작물의 사용 태양에 따라, 일정한 경우 그에 수반되는 일시적 복제는 저작권자의 독립적·경제적 이익을 해치는 것으로 보아 복제권 침해로 파악함이 상당하다. 구체적으로는 다음과 같다

1) 주된 사용에 허락이 없는 경우

대표적으로, 인터넷 유료 콘텐츠를 부당한 방법으로 실시간 스트리밍 받아 일시적 복제의 방법으로 이용하는 행위가 여기에 속하며, 이는 주된 사용인 저작물의 열람이나 실행에 저작권자의 허락이 없는 경우이다. 유럽에서는 이런 경우 일시적 복제의 예외를 인정하지 않으며 우리나라의 학설도 이때는 일시적 복제가 “독립적·경제적 이익을 해하는 것”이어서 면책 대상이 아니라고 한다.³⁸⁾ 대상 판례가 일시적 복제의 면책 배제 사유로 “저작권자의 독립적·경제적 이익을 해하는 경우”를 언급한 것도 대체로 이런 유형을 염두에 둔 것으로 추측된다.

2) 사용이 계약위반에 기하고, 그 정도가 계약의 본질적 내용을 해치는 경우

저작물의 주된 사용에 허락이 없는 경우 그에 수반되는 일시적 복제를 침해로 본다면, 주된 사용이 계약위반에 기하고 그 정도가 계약의 본질적 내용을 해치는 경우 또한 달리 취급할 합리적 이유가 없다.

종래 저작물 이용계약의 위반 행위가 단지 채무불이행에 그치는지, 저작권침해도 구성하는지를 두고 다양한 견해가 존재한다. 그 판단 기준으로 우리나라와 일본에서는, ① 이용허락계약에서 정한 ‘이용방법’을 위반한 행위는 저작권침해, 단순히 ‘이용조건’을 위반한 행위는 채무불이행에 불과하다는 견해³⁹⁾ ② 이용방법이든 이용조건이든 위반사항이 저작권의 본래적

38) 이해완, 앞의 책, 706면

39) 허희성, (2011) 신저작권법 축조해설(상), 명문프리컴, 2011, 318면. 예컨대 복제의

내용과 관련된 것이라면 저작권 침해, 저작권자가 부가한 부수적 사항이라면 채무불이행이라는 견해,⁴⁰⁾ ③ 이용허락 계약에 따라 부담하는 의무의 내용을 저작권법에 의해 비로소 인정된 것과, 계약에 의해 부여된 것으로 나누어 전자의 위반이라면 저작권 침해, 후자의 위반이라면 단순한 채무불이행이라는 견해⁴¹⁾ 등이 있다. 요컨대 이는 저작물 이용계약을 위반한 사용행위를 규범적으로 평가하여 일정한 경우에는 “사용행위 자체를” 저작권 침해로 보아 저작권법적 구제를 부여하고, 그렇지 않으면 민법상 채무불이행의 영역에 남겨두는 것이다. 그렇다면, 저작물 이용계약을 위반한 사용행위를 규범적으로 평가하여 일정한 경우에는 “그에 수반되는 일시적 복제행위를” 복제권 침해로 취급하여 구제를 부여하고, 그렇지 않으면 사용행위 전체를 채무불이행의 영역에 남겨두는 것 역시 가능할 것이다. 문제는 어떤 사용행위에 그런 취급을 하여 그에 수반되는 일시적 복제행위를 복제권 침해로 다룰 것인가이다. 대체로 사용행위가 이용계약의 해지를 가능하게 할 정도의 채무불이행이라면 여기 해당할 수 있을 것이다. 계약의 목적 달성을 곤란하게 하는 주된 급부 의무의 위반은 저작권자의 “독립적·경제적 이익”을 훼손한다고 볼 수 있기 때문이다. 민법상 계속적 계약의 해지권 발생은 계약의 내용과 성질에 따라 개별적으로 정해진다고 보는 한편,⁴²⁾ 판례는 부수적 채무의 불이행만으로는 계약해제권이 발생하지 않는다고 한다.⁴³⁾ 주된 채무와 부수적 채무의 구별은 계약을 체결할 때 표명되었거나 그 당시 상황으로 보아 객관적으로 나타난 당사자의 합리적 의사에 의하여 결정하되, 계약의 내용·목적·불이행의 결과 등의 여러 사정을 고려하여야 한다.

이런 점을 감안하면, 해지권 발생 및 일시적 복제권 침해를 초래하는

이용허락을 받고 영화화를 한 경우처럼 계약에서 정한 범위 밖의 이용행위를 하는 것은 저작권 침해가 되지만, 복제의 수량제한 위반, 이용료의 미지급 등 단순한 계약 위반은 채무불이행에 그친다는 견해(中山信弘, 著作権法(第2版), 有斐閣, 2014, 425-427면)도 이 부류에 속한다.

40) 作花文雄, 註解著作権法(第4版), きょうせい, 2010, 446면; 오승중, 앞의 책, 524면.

41) 島並良, “著作権ライセンスの法的地位”, コピライト No. 569(2008), 12-13면; 박성호, 앞의 책, 454면.

42) 박준서 대표집필, 주식민법 채권각칙(2), 사법행정학회, 1999, 50면(이은영 집필부분).

43) 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005다53705,53712 판결.

예로, 복제·공연·전송·방송 등 허락된 이용방법이 아닌 다른 방법으로 저작물을 이용하는 행위를 먼저 생각할 수 있다. 그밖에, 계약을 빌미로 대가 없이 저작물을 사용하는 행위 즉, i) 유상사용만이 허락된 저작물을 무상으로 사용하는 행위, ii) 유상 프로그램을 설치한 사용자가 사용기간이 만료된 이후에도 해당 프로그램을 사용하는 행위, iii) 정해진 인원만 프로그램을 사용하기로 하고 프로그램을 복제한 뒤 약정을 어기고 그 밖의 종업원들로 하여금 해당 프로그램을 사용하게 하는 행위 등이 여기에 해당할 수 있다. 유상의 저작물 이용계약에 따른 주된 반대급부는 “대가의 지급”이기 때문이다. 반면에, 이용계약 상 부수적 의무로 평가할 수 있는 것으로는 예컨대, i) 부쟁의무(不爭義務) 약정, ii) 저작물의 사용 시 특정 상표를 표시하기로 하는 약정, iii) 저작물을 일정한 장소에서만 사용하기로 하는 약정,⁴⁴⁾ iv) 저작물을 특정한 소프트웨어를 통해서만 구동하기로 하는 약정,⁴⁵⁾ v) 복제물에 저작자의 성명을 표시하기로 하는 약정, vi) 해당 프로그램의 원시코드에 대한 역 분석을 하지 않기로 하는 약정 등을 생각해 볼 수 있다. 이때는 해당 약정을 위반하더라도 채무불이행의 문제에 그치고 그에 수반되는 일시적 복제 역시 복제권 침해로 다루어서는 안 될 것이다. 문제가 되는 것은 이용료를 지급하지 않은 채 저작물의 이용을 계속하는 경우이다. 이때에는 이용 대가 지급의 지체가 곧바로 일시적 복제권 침해를 야기 한다기 보다는 그 지체의 정도가 심각하여 저작권자에게 계약 해지권을 발생시키는 정도에 이르고 저작권자가 상당한 최고를 하였음에도 여전히 대가의 지급 없이 이용을 계속하는 경우에 장래적으로 복제권 침해를 구성한다고 볼 것이다.⁴⁶⁾

44) 牧野利秋의 3 編, 知的財産法の理論と實務 第4卷 著作権法・意匠法, 新日本法規, 2007, 170면.

45) 앞서 본 MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment, Inc and Vivendi Games, Inc., 629 F.3d 928 (9th Cir. 2010)이 여기에 해당한다.

46) 해지권 발생에 관하여 당사자 간 약정이 있는 경우가 아니라면 유상의 계속적 채권관계에서 해제처럼 한 번의 대가 지체만으로 해지권을 인정하는 것은 부당하며, 최고 및 유예기간의 부여 후에 해지권이 발생한다고 보는 견해로는, 박준서 대표판집, 위주석민법, 50면(이은영 집필부분) 참조. 한편, 실제로 계약해지가 이루어진 이후의 무단 사용분에 대해 복제권 침해가 성립함은 물론이다.

한편, 이런 입장에 대해서는 결과적으로 채무불이행 행위에 대하여 형사처벌이 가능해져서 부당하다는 지적도 있을 수 있다.⁴⁷⁾ 그러나 민사의 형사화 폐단은 현실적으로 저작권법에서만 일어나는 문제는 아니라는 점, 저작권법이 일시적 복제를 복제로 포섭한 이상 일시적 복제권의 침해 역시 원칙상 가벌적 행위가 되는 것은 불가피한 일이며 개별 사안에서 사안의 경중이나 처벌의 필요성을 감안하여 처리될 문제라는 점, 오히려 저작권법에는 공정이용 등 정당화의 예외가 많고, 선의의 일시적 복제권 침해는 과실의 문제로서 형사처벌의 대상이 아니라는 점, 채무불이행 일반을 형사처벌하는 것이 아니라 채권의 본질적 내용을 침해하는 채무불이행에 수반되는 저작권 침해에 대해서만 일시적 복제권 침해를 문제 삼는 것이라는 점, 독일, 미국, 일본 등 다른 나라에서도 고의의 저작권 침해는 형사처벌의 대상이며 일시적 복제에 대하여 다른 취급을 하는 것으로는 보이지 않는 점 등을 감안하면 이런 주장에는 동의하기 어렵다.

이상의 내용을 표로 정리하면 다음과 같다.

주된 이용		일시적 복제의 침해구성 여부	
협의를 이용 (복제, 공연, 공중송신...)	허락 없는 경우	침해 (35조의 2 단서)	
	허락 있는 경우	비 침해 (35조의2 본문)	
사용		비 침해	저작권자가 이미 사용 허락으로 이윤을 회수한 경우
		침해	- 사용에 관하여 허락이 없는 경우 - 사용 과정에서 계약의 본질적 내 용에 채무불이행이 있는 경우

47) 이런 각도에서 ‘민사사건의 형사사건화 가능성’을 우려하는 언급으로는 송재섭, 앞의 논문, 145면.

3) 여론(餘論)

만약 저작권법 제35조의2 본문의 “저작물의 이용”개념에 대하여 협의설(狹義說)을 취한다면, 이 문제는 전혀 다른 각도에서 해결될 것이다. 즉, 일시적 복제는 저작권자의 허락을 받은 협의의 이용행위(복제, 공연, 전송, 방송 등)에 수반되는 경우에만 적법하고, 그 밖의 사용행위에 수반되는 일시적 복제는 원칙상 침해를 구성하는 것이 된다. 다만, 저작권자와의 이용허락 계약의 내용 또는 의사 해석을 통해 사용행위에 수반되는 일시적 복제에 허락이 있는 것으로 인정되는 경우에 한해 예외적으로 침해가 성립하지 않는다. 그런 사정에 대한 주장·증명 책임이 저작물 사용자에게 있음은 물론이다. 결국 이에 따르면 인터넷 저작물을 저작권자의 명시적·묵시적 의사에 반하여 이용하는 경우나 채무불이행을 수반하는 저작물의 사용행위는 주된 채무·부수적 채무를 불문하고 언제나 일시적 복제권의 침해를 야기한다. 그 결과 저작권자의 보호에는 크게 유리한 반면 디지털 저작물의 이용이나 유통은 그만큼 위축되는 결과를 낳을 것이다.

(2) 법 개정을 통한 해결

저작물의 사용에 수반되는 일시적 복제라면 원칙상 면책이 가능하다는 논리는, 바로 저작권법 제35조의2 단서가 면책 배제의 범위를 “이용이 저작권을 침해하는 경우”로 좁혀두고 있기 때문이다. 따라서 일시적 복제권 침해를 야기하는 35조의2 단서의 사유를 널리 “저작권자의 권리를 해치는 경우” 또는 “저작권자의 독립적·경제적 이익을 해치는 경우”라고 규정한다면 주된 이용이 저작권 침해인 경우는 물론, 주된 사용행위에 저작권자의 허락이 없거나 주된 사용이 저작권자의 본질적 이익을 해치는 채무불이행인 때에도 일시적 복제권 침해를 인정할 수 있다. 이로써 저작권자의 보호를 충실히 하고 법관에게도 합리적 판단재량의 여지를 보다 넓게 보장할 수 있다. 유럽과 독일의 입법례가 일시적 복제의 면책사유로 사용행위가 “적법할 것(lawful)” 또는 “저작권자의 의사에 합치할 것”을 요구하여 결과적으로 이런 태도를 취하고 있고, 미국의 판례 또한 유사한 취지로 운용되고 있음은 앞서 본 바와 같다.

IV. 정리와 결론

저작권법 제35조의2의 해석과 관련하여, 같은 조 본문의 “이용”이 저작지분권 대상이 되는 협의의 이용행위는 물론 그 밖의 저작물에 대한 “사용” 전반을 의미하며, 그런 광의의 이용(협의의 이용 + 사용)에 불가피하게 수반되는 일시적 복제가 허용된다고 보는 것은 일단 타당하다. 그러나 같은 조 단서를 단순히 반대 해석하여 주된 이용행위가 저작지분권의 침해만 아니라면 그 밖의 사용행위에 수반되는 일시적 복제는 저작권 침해와 무관하고, 사용이 계약위반을 수반하는 경우 채무불이행 문제일 뿐이라고 보는 것은 불합리하다. 이런 해석은 저작권법이 일시적 복제의 개념을 수용하고 저작권자에게 일시적 복제권을 부여한 취지를 부당하게 몰각시킬 위험이 있으며, 저작권 이용계약에 대한 중대한 신뢰위반 행위를 한 자가 저작물을 계속 사용하는 때에도 저작권법 상 구제를 포기하게 만드는 부작용을 낳는다. 그러므로 저작물의 사용에 수반되는 일시적 복제가 저작권자의 독립적·경제적 이익을 해치는 경우에는 저작권자는 여전히 일시적 복제권 침해를 주장할 수 있어야 한다. 대상 판결 역시 일시적 복제가 “저작권자의 독립적·경제적 이익”을 손상하는 때에는 복제권 침해가 성립한다고 하는 바, 여기에는 “주된 사용에 관하여 저작권자의 허락이 없는 경우” 뿐 아니라, “저작물의 사용행위가 계약의 본질적 내용을 해치는 채무불이행인 경우”도 포함시켜야 한다. 유럽, 독일, 미국 등 다른 나라의 법규나 실무도 대체로 이런 입장이며, 이렇게 보더라도 저작권법에는 사적이용을 위한 복제의 예외, 공정이용, 저작권법 제124조 제1항 제3호의 반대해석 등 디지털 저작물의 원활한 이용과 유통을 보장할 수 있는 여지가 충분히 확보되어 있다. 대상 판결은 일시적 복제의 개념과 저작권법 제35조의2의 해석 상 쟁점을 정면으로 판단한 최초의 판례라는 점에서 의미가 있지만, 디지털 저작물의 이용에 수반되는 일시적 복제에 관하여 침해의 성립 범위를 지나치게 좁혀 저작권자에 불리한 기준을 설정하는 등 이론상·정책상 한계도 드러내고 있다. 이런 문제점들은 우선 제35조의2에 대한 합리적 해석을 통해 극복되어야 하겠지만, 궁극적으로는 제35조의2 단서의 면책 예외사유를 지금처럼 “저작권을

침해하는 경우” 대신 유럽이나 독일처럼 “저작권자의 권리를 해치는 경우” 또는 “저작권자의 독립적·경제적 이익을 해치는 경우”라고 개정함으로써 해결하는 것이 바람직하다.



디지털 저작물의 이용과 일시적 복제 - 조 영 선	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2018.01.26.	2018.02.27.	2018.03.21.

[참고문헌]

1. 국내 단행본

- 박성호, 저작권법(제2판), 박영사, 2017
 박준서 대표집필, 주식민법 채권각칙(2), 사법행정학회, 1999
 오승중, 저작권법(제3판), 박영사, 2013
 이해완, 저작권법(제3판), 박영사, 2015
 임원선, 실무자를 위한 저작권법(제4판), 한국저작권위원회, 2014
 조영선, 지적재산권법(제3판), 박영사, 2017
 허희성, (2011) 신저작권법 축조해설(상), 명문프리컴, 2011

2. 국내 논문

- 김병일, “컴퓨터프로그램의 실행과 일시적 복제 법리에 관한 고찰”, 재산법연구 제33권 제4호(2017. 2)
 나강, “일시적 복제에 관한 소고-최근 사례를 중심으로-”, 중앙대학교 법학연구원 법학논문집 제38집 제2호(2014)
 박인회, “저작권법상 일시적 복제에 관한 소고”, 외법논집, 제34권 제1호(2010. 2.)
 송재섭, “컴퓨터프로그램 실행과정에서의 일시적 복제-오픈캡처(Open Capture) 사건을 중심으로”, 계간 저작권, 2015년 가을호
 이대회, “컴퓨터프로그램의 일시적 복제와 그 예외”, 계간 저작권, 2015년 봄호

3. 일본 문헌

- 牧野利秋 外 3 編, 知的財産法の理論と實務 第4巻 著作権法・意匠法, 新日本法規, 2007
 半田正夫, 松田政行 編, 著作権法 コメントール[第2版], 劉草書房, 2015
 作花文雄, 註解著作権法(第4版), きょうせい, 2010
 中山信弘, 著作権法(第2版), 有斐閣, 2014
 島竝良, “著作権ライセンスの法的地位”, コピライト No. 569(2008)

4. 서양 문헌

- Bill Hinsee, “Wrath of the EULA: Can the Use of Bots Lead to Copyright Infringement?”, B.U.J. SCI. & TECH. L, Vol.17(2011), V.
 Dennis S. Karjala, “Copying” and “Piracy” in the Digital Age, Washburn Law Journal, Vol. 52(2013)
 Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 5.Auf, C.H. Beck, 2015
 Richard H. Stern, “Section 117 of the Copyright Act: Chapter of the Software Users’ Right or An Inusory Promise?”, 7 W. New Eng. L. Rev. 459 (1985)
 Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien 3.Auf, C.H. Beck, 2015
 Toby Headon, “Ghosts in the Machine: Copyright and Temporary Copies”, Computers & Law Magazine of SCL, Vol 22(2011)
 Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4.Auf, C.H. Beck, 2014

【국문초록】

대법원 2017. 11. 23. 선고 2015다1017 판결은 디지털 저작물의 이용과 일시적 복제에 관한 여러 논점들에 관하여 대법원의 입장을 밝힌 최초의 판결이라고 할 수 있다. 대상 판결은 일시적 복제의 개념과 저작권법 제35조의2의 해석 기준에 관해 의미 있는 단서를 제공하고 있지만, 이론적·정책적 측면에서 동의하기 어려운 점도 있다. 주된 이용행위가 저작지분권의 침해만 아니라면 그 밖의 사용행위에 수반되는 일시적 복제 역시 저작권 침해가 아니고 사용행위가 계약위반이면 채무불이행 문제일 뿐이라고 보는 것은 불합리하다. 오히려 저작물의 사용에 수반되는 일시적 복제가 저작권자의 독립적·경제적 이익을 해치는 경우에는 저작권자는 별개로 일시적 복제권 침해를 주장할 수 있어야 한다. 저작권자의 독립적·경제적 이익을 해치는 경우에는 주된 사용에 관하여 저작권자의 허락이 없는 경우 뿐 아니라, 저작물의 사용행위가 계약의 본질적 내용을 해치는 채무불이행인 경우도 포함시켜야 한다. 유럽, 독일, 미국 등 다른 나라의 법규나 판례도 대체로 이런 입장으로 파악된다. 대상 판결은 디지털 저작물의 이용에 수반되는 일시적 복제에 관하여 침해의 성립 범위를 지나치게 좁혀 저작권자에 불리한 기준을 설정한 점에서 문제가 있다. 이는 우선 제35조의2에 대한 합리적 해석을 통해 극복되어야 하고, 궁극적으로는 제35조의2 단서의 사유를 “저작권을 침해하는 경우” 대신 “저작권자의 권리를 해치는 경우” 또는 “저작권자의 독립적·경제적 이익을 해치는 경우”라고 개정하여 해결하는 것이 바람직하다.

【Abstract】

The Use of Copyrighted Digital Work and Temporary
Reproduction

- A Review on 「Supreme Court Decision 2015Da1017,
Decided November 23, 2017」 -

Cho, Youngsun

(Professor, Korea University Law School)

「Supreme Court Decision 2015Da1017, Decided November 23, 2017」 is the initial case that promulgates Supreme Court's view on "temporary reproduction" issues of copyrighted digital works. Though said decision provides meaningful guidelines to interpret Art. 35-2 of Copyright Act, it also leaves some arguability in theoretical and political aspects. It is inappropriate to regard the temporary reproduction is automatically indulged in copyright law and only the 'breach of contract' matters while the main use of work is of non-infringement. Rather, copyright holder shall be allowed to allege distinct infringement claim against the temporary reproduction where it harms independent economic interest of her. The harms of independent economic interest can be recognized where temporary reproduction is directly conducted without permission of the right holder as well as where it stems from gross breach of contract. The regulations and practices in Europe, Germany and the U.S. are analogous with this logic. Said decision projects a shadow on digital

copyright holders by excessively limiting the capability to exercise reproduction right. Initially, it is necessary to avoid the drawback of said precedent by apposite interpretation of Art. 35-2 in individual case. In the long run, it is desirable to amend the proviso of Art. 35-2 from “where the copyright is infringed” to “where the right is infringed” or “where the independent economic interest of right holder is harmed”.



주제어(Keyword) : 일시적 복제(temporary reproduction), 침해(infringement), 계약위반(breach of contract), 저작물(copyrighted work), 독립적 경제적 이익(independent economic interest)