

〈논문〉

## 저작권법 제28조 인용조항 해석론의 변화 및 그에 대한 비평\*

朴俊錫\*\*

### 요약

우리 저작권법 제28조 인용조항이 1986년 개정으로 변화하기 전후의 구체적 모습, 당해 조항에 대한 학설 및 판례의 논의에서 일본의 영향력이 지대하였음을 부정하기 어렵다. 조항이나 판시의 세세한 표현문구에서조차 일본의 그것과 상당부분 일치한다. 그렇지만 다른 한편으로는 다른 지적재산권법 분야보다 저작권법 분야에서 상대적으로 강했던 미국의 영향을 받아, 인용조항을 가급적 미국식 포괄적 공정이용조항처럼 해석하고자 하는 기류도 일정하게 지속되었다. 이런 상황에서 2011년 포괄적 공정이용조항이 도입되기 이전 시점까지 순차로 변화하여 온 대법원 판례의 입장은 ① 1990년 ‘플래쉬(Flash) 잡지 외설사진’ 사건, ② 1997년 ‘대학입시용 문제집’ 사건, ③ 1998년 소설 ‘무궁화꽃이 피었습니다’ 사건, ④ 2006년 ‘검색엔진의 썸네일 이미지 제공’ 사건이 각각 취했던 입장으로 정리해볼 수 있다. ①번 판결은 일본 최고재판소의 주종관계 이론을 충실히 따르고 있다. ②번 판결은 비록 일본 도쿄고등재판소의 판시를 일부 그대로 참조하였지만 실질적인 논리에서는 일본에서 나중에 유력해진 입장을 오히려 먼저 제시하고 있다는 점에 의의가 크다. ③번 판결은 인용조항 해석론의 현재 버전이라고 할 수 있는 아래 ‘리프리놀’ 사건과 같은 입장을 최초로 표방한 것이다. ④번 판결에서는 인터넷시대를 맞아 인터넷 공간에서의 저작권 분쟁에 효율적으로 대응하고자 인용조항을 극히 확장해석하고 있다.

이렇게 극히 확장해석되던 인용조항은 2011년 포괄적 공정이용조항이 도입됨으로써 종전보다 축소해석하는 것이 불가피해졌다. 그런 견지에서 2013년 ‘리프리놀’ 사건(⑤번 판결)은 주종관계를 요구함과 동시에 인용의 목적 등 다양한 요소들을 종합적으로 고려하도록 함으로써 앞서 ③번 판결의 기준으로 복귀하고 있다. 하지만

\* 이 글 중 일부분은 2016. 7. 23. 일본 와세다대학에서 열린 ‘한일지재심포지엄(日韓知財シンポジウム)’에서 “한국에서의 인용조항 해석 및 공정이용규정 도입 후의 논의상황” 제목으로 발표된 원고를 원용하고 있다. 이 글은, 한국의 관련 상황을 일본에 알리는 데 중요목적을 두었던 위 원고를 크게 변경하여 한국의 관련 상황 중 문제 있는 부분을 비평할 목적으로 작성되었다. 아울러 이 글은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2016학년도 학술연구비 지원을 받았다.

\*\* 서울대학교 법과대학/법학대학원 부교수.

주종관계의 존재를 반드시 요구하게 되면 종합적 고려가 무의미해질 수 있다는 점, ‘정당한 범위’와 같은 불확정개념을 해석하면서 주종관계의 존재가 항상 요구된다고 단정하기 어려운 점에 비추어 그 기준에 수긍하기 어렵다. 포괄적 공정이용조항과의 충돌을 피하고자 인용조항의 적용범위를 제한하려면 주종관계라는 넓은 기준을 계속 적용하기보다 ‘공표된 저작물’이나 ‘인용’과 같이 어느 정도 확정이 가능한 개념을 엄격히 해석하는 것이 옳다.

주제어: 저작권법 상의 인용조항, 공표된 저작물의 정당한 인용, 포괄적 공정이용조항, 인용저작물의 주종관계, 저작권제한조항, 저작재산권의 제한

## I. 인용조항의 역할과 그 적용범위를 논의할 필요성

특허법이나 상표법과 비교할 때 우리 저작권법에는, 특허실시권·상표사용권이라는 1개의 단일한 권리 대신 아주 다양한 종류의 권리들이 존재하고 아울러 그 권리의 가짓수보다 훨씬 더 다채로운 권리 제한조항들이 등장할 뿐 아니라 그런 권리와 권리 제한을 둘러싼 복잡한 논의가 그 핵심을 이룬다는 데 특징이 있다. 이런 특징은 일본에서도 마찬가지이다. 우리 저작권법 제23조(재판절차 등에서의 복제) 이하 부분이나 일본 저작권법 제30조(사적사용을 위한 복제) 이하 부분을 구체적으로 살펴보자면 공통적으로 10여 개 이상의 복잡한 개별적 저작권제한조항들을 통하여 광의(廣義)의 공정이용을 달성하고자 노력하고 있음을 확인할 수 있다. 이런 한국·일본 저작권법의 태도와 다르게 미국 저작권법은, 비록 공정이용이 실제 인정되는 판례법상의 구체적 상황에 있어서는 복잡할지 모르지만, 적어도 ‘형식적 의미에서의 법률’에서는 포괄적 공정이용조항 중심으로 간명한 권리제한 체계를 갖추고 있다.<sup>1)</sup> 개별적 저작권제한조항들을 통한 접근방식이 포괄적 공정이용조항 중심의 접근방식과 비교할 때 가지는 장단점은 굳이 여기서 다시 언급할 필요가 없을 것이다. 그렇지만 전자의 접근방식이 가진 가장 큰 단점으로 꼽을 수 있는 신축성 결여 내지 공정이용보호에서의 법적 공백 우려를 극복하는 데 큰 역할을 하였던 것이, 다름 아니라 이 글의 고찰대상인 인용조항이라는 점은 지적할 필요가 있다.

1) 미국 저작권법에도 개별적 권리제한규정들이 존재하기는 한다. 하지만 그것에 해당하는 제108조부터 제122조까지의 조항들은 미국 저작권법을 둘러싼 논의에서 실제 차지하는 비중이 미미하므로 논외로 한다.

이런 인용조항은 현행법을 기준으로 “정당한 범위”, “공정한 관행”과 같이 지극히 추상적인 문구를 핵심부분으로 삼고 있다. 그보다는 구체적인 것 같은 “보도·비평·교육·연구”라는 문구부분도 “... 등”이란 수식어로 인하여 절반쯤은 불확정 개념화될 수 있는 형편이다. 결국 “공표된 저작물”이나 “인용”이란 문구를 제외한다면 ‘정당하고 공정하게 이용할 수 있다’는 일반적 선언 수준의 내용에 불과하다. 문구순서가 바뀌었을 뿐 거의 대동소이한 일본의 인용조항에서도 사정은 마찬가지이다. 이런 추상성 때문에 인용조항은, 공정이용으로 보호할 가치가 충분한 사안임에도 곧바로 적용할 수 있는 특정한 저작권 제한조항이 존재하지 않는 사안에 대해서도 비교적 어렵지 않게 권리제한의 근거로 활용될 수 있었다. 특히 한국에서는 미국 저작권법의 영향이 일본에서보다 강하여 인용조항이 한때나마 마치 미국 저작권법 제107조와 흡사한 역할을 수행하기도 하였다. 그렇지만 2011년 저작권법 개정으로 진정한 의미의 포괄적 공정이용조항이 도입되었으므로 그동안 너무 확장되었다고 볼 수 있는 인용조항의 적용범위를 이제는 적절히 축소하는 방향으로 조절할 필요가 생긴 상황이다. 일본에서도 환태평양경제동반자협정(Trans-Pacific Partnership, TPP) 발효 등으로 저작권 강화조치가 외부로부터 요구되는 상황이라 저작권보호 대 공정이용보장 사이의 균형을 계속 유지하기 위한 방편으로 포괄적 공정이용조항의 도입이 다시 거론되고 있지만,<sup>2)</sup> 그럴 경우 인용조항과의 관계 설정이 어떻게 이루어져야 하는지에 관해 논란이 있다.

이런 상황에서 이 글은 우리 저작권법 중 인용조항의 해석 및 포괄적 공정이용조항 도입후의 논의상황을 검토하고자 한다. 이런 검토가 우리 스스로 인용조항이 나아갈 바람직한 방향을 재확인하는 데 도움을 줄 것이라 본다. 먼저 제2장에서는 1986년 개정 전후로 인용조항의 조문이 변화한 모습을 살핀 다음 2011년 포괄적 공정이용조항의 도입 시점 이전까지 1986년 개정법상의 인용조항에 대한 대법원의

2) 일본에서는 여러 해 전부터 포괄적 공정이용 조항의 도입이 논의되었지만, 지금까지는 2012년 신설된 제30조의2(그 조문내용은 각주 110번 참조) 등과 같이 적용범위가 협소한 보충적 공정이용규정들이 도입되었을 따름이었다. 이후 2015. 11.경 일본 문화청 산하 관련위원회에서 TPP협정에 따른 일본 저작권법 개정내용을 점검함에 있어, 저작권 강화조치에 대한 반대방향의 균형을 위해 포괄적 공정이용조항을 일본에도 도입하자는 일본 인터넷이용자협회의 주장과 그에 반대하는 일본 영화제작자연맹 등의 주장이 소개되고 있다. 이는 文化審議會著作権分科会法制・基本問題小委員会, “法制・基本問題小委員会(第6回)における主な意見の概要” (第7回 會議 添附資料2) <[http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hoki/h27\\_07](http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hoki/h27_07)>(2016. 6. 30. 최종방문, 이하 인터넷소스는 모두 같음).

해석론이 여러 번에 걸쳐 미묘하게 바뀌었음을 시간순서대로 고찰할 것이다. 그 과정에서 한국의 판례가 일본의 그것으로부터 받은 영향이 아주 크지만 어떤 국면에서는 오히려 일본 판례가 참조해도 좋을 만한 성취를 이루기도 하였음을 지적하고자 한다. 다음으로 제3장에서는, 포괄적 공정이용조항 도입이후 인용조항이 적용되려면 인용저작물이 피인용저작물보다 더 핵심을 차지하는 이른바 주종관계가 요구된다고 파악한 우리 대법원의 최근 판례를 설명하고 그런 견해의 문제점을 밝힐 것이다.

## II. 포괄적 공정이용조항 도입 이전의 인용조항 해석

### 1. 미국과 일본의 관련 동향이 한국의 인용조항 운용에 미친 영향

#### 가. 미국법이 영향을 미친 부분

한국의 저작권법은 그동안 수십 번이나 개정되었지만 가장 큰 변화는 1986년에 이루어졌고, 인용조항의 모습도 그 이전과 이후로 크게 나눌 수 있다. 구법 체제<sup>3)</sup> 하에서 거의 30년에 가까운 오랜 기간 동안 전혀 개정되지 않았고 아울러 규범으로서의 존재가치도 미약하였던 1957년 저작권법은 1986. 12. 31.에 이르러서야 비로소 최초의 개정이 이루어졌고, 이것은 미국의 통상압력이 크게 작용한 결과였다. 저작권법 등 지적재산권법 분야의 보호수준을 높이지 않으면 대미 수출품에 보복 관세를 부과하겠다는 골자로 가해진 미국의 압력을 외면하기 어려웠던 한국으로서 부득이하게 저작권 보호수준 강화 등에 대한 미국의 요구를 대부분 수용하게 되었다. 이에 따라 한국에서는 인용조항을 비롯하여 저작권법 전반의 모습이 크게 바뀌게 되었을 뿐만 아니라, 이때부터 한국의 학계와 법원에서 미국 저작권법의 관련동향에 대한 관심이 대폭 증가하였다.

여기서 꼭 언급하고 싶은 사실은, 제반사정상 미국의 영향력이 작지 않았던 한국 지적재산권법의 여러 법률들 중에서도 저작권법에서 특허나 상표 등 다른 법률 분야에서보다 상대적으로 그 영향력이 더 두드러지며 인용조항의 해석론에서도 그런 특색이 반영되고 있다는 점이다. 다른 지적재산권법 분야에서보다 저작권법

3) 1957. 1. 28. 법률 제432호로 제정된 저작권법을 가리킨다.

분야에서 미국법의 영향이 상대적으로 더 컸던 이유는 크게 2가지 이유로 요약할 수 있겠다. 첫째, 앞서 설명한 대로 1986년 저작권법 개정 과정에서 미국 저작권법에 대한 한국 논자들의 관심이 대폭 증가하였다.<sup>4)</sup> 둘째, 한국에서 인터넷시대의 저작권 분쟁을 처리하는 데 미국의 판례나 관련 논의를 많이 참조하는 과정에서 미국 저작권법의 논리에 상당히 익숙해졌다. 즉 한국은 1990년대 중·후반부터 인터넷 보급을 크게 진전시켜 적어도 2000년대 중반까지는 인터넷 관련 산업의 발전 속도나 그로 인한 인터넷상 저작권 분쟁사태의 등장시기 면에서 사실 견줄 만한 국가를 찾기 힘들었다. 이런 시기에 한국의 논자들이 참조할 수 있었던 것은 인터넷이 처음 등장해 발전하던 미국의 관련 동향이 유력하였다.<sup>5)</sup>

다만 여기서 미국법의 영향이 ‘상대적으로’ 컸다는 것은 미국법이 한국의 다른 지적재산권 분야에 미친 영향력에 비하여 그렇다는 것일 뿐 일본법이 미친 영향력과 비교하여서까지 그렇다는 취지가 아니라는 점에 유의하여야 한다. 바로 아래에서 설명하는 것처럼 우리 인용조항은 1986년 개정 전후의 각 조문 내용이 1970년(소화 45년) 전면개정을 전후한 일본의 인용조항과 거의 흡사할 뿐만 아니라, 그 조항 해석론의 전개에서도 주종관계를 중시한다는 점 등 일본 판례·학설의 논의에 지대한 영향을 받아왔다. 그렇게 일본의 조문이나 해석론에 지나치게 의지하는 태도에서 벗어나 한국 나름으로 인용조항을 포괄적 공정이용조항에 훨씬 가깝도록 확장 해석하는 입장이 등장할 수 있었던 배경에 미국법의 영향이 발견된다고 볼 수 있다는 것이다.

4) 당시 미국의 저작권법개정 압력이 이루어진 원인이기도 했던 한국 전반의 저작권보호 의식 부재를 드러낸 일화를 소개하면서 “우리가 지금껏 검토해 보았듯이 미국의 저작권법에서는 소위 저작권에 대한 보호가 물샐틈없이 완비되어 있다”고 진단한 김문환, “미국 저작권법의 개관(하)”, **대한변호사협회지**, 제140호(대한변호사협회, 1988), 68면; “프로그램 이용자의 이익보호를 위해서 우리 법은 저작권자의 동일성유지권을 제한하고 공정이용과 사적 이용의 개념을 한정적으로나마 인정하고 있지만, 미국저작권법상의 공정이용원칙에 관한 일반조항에 상응한 규정이 우리 법에서는 결여되어 있어서, 프로그램 이용자의 이익보호에 미흡하고 기존 소프트웨어의 연구·분석에 중대한 장애가 될 수도 있다”고 진단한 송상현, “컴퓨터 소프트웨어의 개발자와 이용자 간의 법률관계”, **서울대학교 법학**, 제28권 제3·4호(통권 제71·72호)(서울대학교 법학연구소, 1987. 12), 140면 등.

5) 이상 저작권법 분야에 미국법의 영향이 커진 사정에 관해서는 박준석, “한국 지적재산권법의 과거·현재·미래”, **저스티스**, 통권 제136호(한국법학원, 2013. 6), 129-130면 및 148-150면 각 참조.

나. 계속 지대하였던 일본법의 영향

최초 저작권법이었던 1957년 법은 제64조 제2호에서 이미 발행된 저작물을 정당한 범위 내에서 절록인용(節錄引用)하는 것은 저작권침해가 아니라는 요지<sup>6)</sup>로 인용조항을 규정하고 있었다. 제64조 제2호의 내용, 나아가 제64조 전체가 1970년(소화 45년) 전면개정 이전의 일본 구 저작권법 제30조<sup>7)</sup>의 내용을 거의 그대로 번역해 옮긴 수준으로 흡사하였다. 실질적인 차이가 있다면 일본 저작권법 제30조 제1항 제9호(오로지 관청의 용도에 쓸 목적으로 복제하는 것)가 우리 저작권법 제64조 제2호에는 포함되어 있지 않다는 정도에 불과하다.

1957년 저작권법은 1986년 개정될 때까지 약 30년에 가까운 긴 세월동안 진정한 규범으로서 뿌리내리지 못하였기 때문에 1957년 저작권법 상의 인용 조항에 대한 판례라고는 ‘노가바 패러디’ 사건<sup>8)</sup>이 유일하다. 그런데 이 사건은 운동권 활동을 움아매는 데 개사곡(改詞曲) 활용을 빌미로 이례적으로 저작권법이 동원된 것이어서<sup>9)</sup> 학문적 선례로서의 의미를 부여하기가 어렵다. 또한 이 사건은 1986년 개정법상 인용 조항이 문제된 1990년 ‘플래쉬(Flash) 잡지 외설사진’ 사건(아래 설명할 ①번 판결) 이후 시점인 1991년경에 이르러서야 1986년 개정 전의 인용조항이 뒤늦게 다투어진 사례로 플래쉬 잡지 외설사진 사건과 마찬가지로 주종관계(主從關係) 이론을 따르고 있다.<sup>10)</sup> 한편 1986년 개정 이전에는 저작권법에 대한 학계의 논의가 제대로 이루어지지 못했으므로 인용 조항에 대한 언급도 아주 드물게만 발견할 수 있었다.<sup>11)</sup>

- 
- 6) “제64조(비침해행위) 이미 발행된 저작물을 다음 방법에 의하여 복제하는 것은 이를 저작권침해로 보지 않는다.  
 1. 발행할 의사없이 기계적 또는 화학적 방법에 의하지 아니하고 복제하는 것  
 2. 자기의 저작물 중에 정당한 범위내에 있어서 절록인용(節錄引用)하는 것 [이하, 제3호 내지 제8호는 편의상 생략함].”
- 7) “제30조(저작권의 제한) 이미 발행된 저작물을 다음의 방법에 의해 복제하는 것은 위작(僞作)으로 간주하지 않음  
 1. 발행할 의사없이 기계적 또는 화학적 방법에 의하지 아니하고 복제하는 것  
 2. 자기의 저작물 중에 정당한 범위내에 있어서 절록인용하는 것(自己の著作物中に 正當の範圍内に於て節錄引用すること) [이하, 제3호 내지 제9호는 편의상 생략함].”
- 8) 대법원 1991. 8. 27. 선고 89도702 판결.
- 9) 이와 같은 비판적 평석으로는 박성호, “노가바 저작권법 위반사건”, **민주사회를 위한 변론**, 창간호, 역사비평사(1993년), 143면 이하 참조.
- 10) 대법원은 절록인용이라면 “자기 저작물의 종된 자료로서 이를 인용하거나 또는 ... 저작물을 설명하는 자료로서 이를 삽입한 것”이어야 한다고 판시하고 있다.
- 11) 이 시기 동안 한국에서 출간된 저작권법 교과서는 극히 드문데 허희성, **저작권법 개설** (태양출판사, 1977)가 그 중의 하나이다. 이 책에서는 총 383면의 내용 중 약 1면 정도

1986년에 이르러 저작권법이 전면개정되면서 인용조항은 ‘공표된 저작물의 인용’이란 제목 하에 “공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구등을 위하여는 상당한 범위안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다.”라고 규정한 제25조로 변경되었다. 사실 1986년 전면개정된 저작권법은, 굳이 인용조항이 아니라도, 전체적 체제나 개별 조문들의 내용에서 1970년(소화 45년) 전면개정된 일본 저작권법<sup>12)</sup>의 모습과 지나칠 정도로 흡사한 면면을 보이고 있다. 인용조항도 사실 일본의 위 저작권법 제32조 제1항<sup>13)</sup>의 내용을 참조한 것으로 보인다. ‘보도·비평·교육·연구등’과 같이 아주 구체적 표현에서 일치하기 때문이다. 물론 베른협약 제10조 제1항에서도 “이미 공중에게 적법하게 이용가능하게 된 저작물을 인용하는 것은, 그 인용이… 공정한 관행에 합치하고 그 목적상 상당한 범위를 초과하지 않는 한 허용된다.”라고 하여 실질적으로 동일한 규정을 포함하고 있었다. 하지만 한국이 베른협약에 가입한 시점은 훨씬 나중인 1996년경이었음을 고려할 때 우리 입법자가 1986년 전면개정 당시 굳이 인용조항에 있어서만 일본법이 아니라 베른협약의 내용을 참조하였다고 보기 어렵다. 다만 일본의 인용조항은 ‘보도·비평·교육·연구등’이란 인용의 목적 관련 문구가 ‘정당한 범위’를 수식하는 문법적 관계에 있음에 비하여 우리 인용조항에서는 외형상 서로 독립되어 있다는 점<sup>14)</sup>, 그리고 ‘정당한 범위’ 및 ‘공정한 관행’ 문구가 등장하는 순서 등에서 우리 인용조항과 차이가 있다.

이후 2006년 전면개정<sup>15)</sup>을 통하여 조문의 위치만 제28조로 조금 뒤로 옮겨졌을 뿐 조문의 내용이나 체계상 지위는 현행 저작권법<sup>16)</sup>에까지 변함없이 유지되고 있다. 이렇게 1986년 이후 인용조항은 외형상 변함이 없었지만 인용조항에 대한 해석론은 시기별로 조금씩 변화해 왔다. 이런 변화를 우리 대법원 판례를 중심으로 시간 순서대로 살펴보면 다음과 같이 4단계로 정리할 수 있겠다.

---

만을 할애하여 절록인용 조항을 일본의 논의를 원용하면서 짙막하게 설명하고 있을 뿐이다. 참고로 당시 일본은 1970년 전면개정을 통하여 절록인용 조항을 현재와 같은 인용조항으로 개정된 뒤였다.

12) 昭和45年5月6日 法律48号.

13) “공표된 저작물은 인용하여 이용할 수 있다. 이 경우에 그 인용은 공정한 관행에 합치하는 것이고, 또한 보도, 비평, 연구 기타 인용의 목적 상 상당한 범위 안에서 행해지는 것이 아니면 안 된다.”

14) 그러나 우리 판례에서는 대학입시용 문제집 사건(아래 설명할 ②번 판결)에서처럼 그런 차이점에 주목하지 않고 ‘보도·비평·교육·연구 등’이란 인용의 목적에 관한 논의를 ‘정당한 범위’에 대한 논의 속에서 함께 진행하고 있다.

15) 2006. 12. 28. 법률 제8101호로 개정된 법률을 가리킨다.

16) 2013. 12. 30. 법률 제12137호로 개정된 법률을 가리킨다.

## 2. 인용조항에 대한 해석론의 변화

가. 주종관계 중심의 해석론을 취한 초기 입장(① ‘플래쉬 잡지 외설사진’ 사건)

### (1) 총설

저작권법 제25조 인용조항의 해석에 있어서 한국의 초기 학설은 거의 대부분, 주종관계가 인정되어야 인용조항의 적용이 가능하다는 견해를 드러내고 있었다.<sup>17)</sup> 동일한 견해를 취한 초기의 판례로 대표적인 것이 ‘플래쉬(Flash) 잡지 외설사진’ 사건(편의상, 이하에서는 “①번 판결”이라 칭함)에 대한 1990년 대법원 판결<sup>18)</sup>이다. 이는 판례에서 주종관계를 요구한 최초의 사례로 보인다.<sup>19)</sup>

### (2) 당해 사건의 사실관계 및 법원 판단의 개요

사안은 원고인 한국의 사진작가가 투고하여 일본잡지 ‘플래쉬’가 게재한 외설사진을 피고였던 한국 잡지사들이 무단으로 자신들의 잡지에 전재하자 저작권 침해로 인한 손해배상 등을 구한 사건이었다.

피고들이 제기한 항변들 중 인용조항에 기한 항변에 대하여 대법원은 “저작권법 제25조 소정의 보도, 비평 등을 위한 인용의 요건 중 하나인 ‘정당한 범위’에 들기 위하여서는 그 표현형식상 피인용저작물이 보족, 부연예증, 참고자료 등으로 이용되어 인용저작물에 대하여 부종적 성질을 가지는 관계(즉, 인용저작물이 주이고, 피인용저작물이 종인 관계)에 있다고 인정되어야 할 것이다.”라고 먼저 판시하였다. 그 다음, 전재기사 총 2면 중 피고들의 사진해설 기사는 1/3정도 분량에 그치는 데다 그마저도 플래쉬의 해설을 그대로 번역한 것에 불과한 점에 비추어 피고들의 해설기사가 아니라 인용된 사진이 주(主)라고 보아 인용조항 항변을 배척하고 있다.

17) 이런 예로는 한승헌, **저작권의 법제와 실무**(삼민사, 1988. 3), 321면; 황적인 외 2인, **저작권법**(법문사, 1988. 9), 285면; 이형하, “저작권법상의 자유이용”, **지적소유권에 관한 제문제**, 하권, 재판자료 제57집(법원행정처, 1992. 12), 364-367면.

18) 대법원 1990. 10. 23. 선고 90다카8845 판결.

19) 이런 설명으로는 박성호, “인터넷 환경 하에서 저작권의 제한에 관한 연구 - 저작권법 제28조 및 제30조를 중심으로 -”, **정보법학**(한국정보법학회, 2015. 12), 137면. 필자 역시 재확인해보았으나, 모든 심급을 통틀어 주종관계를 요구한 최초 판결로 보인다. 플래쉬 잡지 외설사진 사건의 원심판결은 법리 실시부분에서 당해 사안이 인용조항의 요건에 해당하지 않는다고 간단히 배척하였을 뿐이다.



(3) 평가

초기 학설이든 현재의 학설이든 상관없이, 인용조항의 적용요건으로 주종관계를 요구하는 입장을 취하는 한국의 학설이라면 거의 예외 없이 그 참조문헌으로 일본의 자료를 원용하고 있는 점<sup>20)</sup>에 비추어 우리 인용조항의 해석론에 등장하는 주종관계 기준이 일본 인용조항에 대한 명료구별성과 주종관계라는 2가지 요건 중 후자의 요건에서 유래한 것은 거의 확실하다.<sup>21)</sup> 일본 최고재판소는 1980년 ‘패러디 몽타주(パロディーモンタージュ)’ 사건<sup>22)</sup>을 통하여 “인용하는 측의 저작물과 인용되어 이용되는 측의 저작물을 명료하게 구별하여 식별할 수 있고 또 좌우 저작물 사이에 전자가 주, 후자가 종인 관계가 있다고 인정되는 경우여야 한다.”고 판시함으로써 명료구별성과 주종관계라는 2가지 요건을 제시한 바 있다. 위 사건은 1970년 전면개정 이전의 구 일본 저작권법 제30조 ‘절록인용’에의 해당여부가 문제된 사안이었지만, 이때 제시된 요건이 이후 전면개정된 저작권법 제32조의 해석에서도 여전히 하급심 판결들의 기준이 되어 왔다.<sup>23)</sup>

한편, 우리 인용조항의 해석론에서 명료구별성이 어떤 위치를 차지하는지는 다소 불명확한 면이 있다. 학설 중에는 일본의 패러디 몽타주 사건에서처럼 명료구별성도 더불어 요구하는 견해,<sup>24)</sup> 우리 저작권법 제37조의 출처명시의무를 준수하는 것이 다름 아니라 명료구별성을 충족한다는 취지의 견해<sup>25)</sup> 등이 존재한다. 후자의

20) 대표적으로는 이형하, 앞의 논문(각주 17), 364면 이하.  
 21) 같은 진단은 박성호, 앞의 논문(각주 19), 138면. 또한 이성호, “기술의 발전과 저작권법”, **인터넷과 저작권**, 법관연수 자료집, 미공간(사법연수원, 2007. 6), 28면 등.  
 22) 最高判 昭和55.3.28 民集34卷3号244頁. 이 사건을 中山信弘 著(윤선희 편역), **저작권법** (법문사, 2008), 227면에서는 “몽타주 사건”으로, 飯村敏明, “引用(1) - パロディ [モンタージュ 寫眞事件: 上告審] 最高裁昭和55年3月28日第三小法廷判決”, **著作権判例百選**, 第4版(有斐閣, 2009. 12), 118면에서는 “몽타주 사진 사건”으로, 小倉秀夫/金井重彦, **著作権法コンメンタル**(LexisNexis, 2013. 5), 631면에서는 “사진 패러디 사건”으로, 高林龍, **標準 著作権法**(有斐閣, 2010. 12), 167면에서는 “패러디 몽타주 사건”으로 상이하게 호칭하고 있다. 한국의 학자 중 위 사건을 “패러디 몽타주 사건”으로 호칭하는 예{박성호, 앞의 논문(각주 19), 138면}가 발견되므로 여기서의 편의상 ‘패러디 몽타주’ 사건이라고 호칭하기로 한다. 마찬가지로, 이 글에서 언급하는 한국과 일본의 판례들에 대한 호칭은 필자가 기존 논의 중에서 임의로 선택하거나 적절하게 새로 작명한 것이다.  
 23) 高林龍, 앞의 책(각주 22), 167-168면 및 中山信弘 著(윤선희 편역, 앞의 책(각주 22), 227-228면 참조.  
 24) 박성호, **저작권법**(박영사, 2014. 9), 541-542면 및 이해완, **저작권법**, 제3판(박영사, 2015. 4), 599-600면.  
 25) 오승중, **저작권법**, 제3판(박영사, 2013. 3), 633면. 아울러 여기에 속하는 것으로 보이는 입장으로 정상조 대표편저, **저작권법 주해**(박영사, 2007. 12), 521면(김기영 집필부분).

견해에서는 출처명시의무를 준수하지 않더라도 그것만으로 곧바로 인용조항의 적용이 곤란해지는 것은 아니라는 입장을 취하는바<sup>26)</sup> 그렇다면 명료구별성을 인용조항의 향변이 성립되기 위한 필수적인 2대 요건으로 취급하지 않는 듯하다. 판례 중에는 소설 ‘무궁화꽃이 피었습니다’ 사건(아래 설명할 ③번 판결)의 원심판결<sup>27)</sup>에서 “그 출처를 명시하는 등 적절한 방법으로 피인용부분을 자신의 창작부분과 구별될 수 있도록 하(는 것)”을 인용조항 향변이 성립하기 위한 요건의 하나로 실시하는 등 비교적 소수의 사건<sup>28)</sup>에서만 명료구별성을 언급하고 있다. 다만, 주종 관계를 요구할 뿐 명료구별성에 관해서는 아예 언급조차 하지 않는 재판관들도 명료구별성을 요구하지 않는 입장이라기보다 그 요건의 결여가 실제 문제되는 상황이 그다지 많지 않아 언급하지 않고 있을 뿐이라고 이해된다.

#### 나. 종합적 고려를 요구한 해석론의 첫 등장(② ‘대학입시용 문제집’ 사건)

##### (1) 총설

1986년 저작권법 개정 이후 저작권법 분야에서 미국 법의 영향력이 증대하였다는 점은 앞서 설명하였는데, 그런 실례의 하나가 1986년 개정된 인용조항의 해석론에 점차 미국 저작권법 제107조 관련 논의가 접목된 현상이었다. 이런 현상을 단적으로 보여준 것이 ‘대학입시용 문제집’ 사건에 대한 1997년 대법원 판결<sup>29)</sup>(편의상, 이하에서는 “②번 판결”이라 칭함)이었다. 이 판례에서는 인용조항의 적용요건에 관해 주종 관계를 요구하기보다, 미국 저작권법 제107조가 제시한 4가지 세부요소<sup>30)</sup>를 포함한 다양한 사정을 종합적으로 고려하여 판단할 것을 요구하고

26) 오승중, 앞의 책(각주 25), 637면.

27) 서울고등법원 1997. 7. 9. 선고 96나18627 판결.

28) 위 판결 외에도 서울중앙지방법원 2008. 10. 9. 선고 2006가합83852 판결 등.

29) 대법원 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결.

30) 17 U.S.C. §107 (Limitations on exclusive rights: Fair use)에서는 다음과 같이 4가지 세부 요소를 고려해 공정이용을 판단하도록 요구한다.

“(저작자의 독점적 권리)의 규정에 불구하고, 비평, 주석, 뉴스보도, (수업을 위한 다수의 복제를 포함하여) 교육, 학술, 혹은 연구 같은 목적으로 서적이거나 음반을 복제하거나 혹은 제106조에 정해진 다른 수단에 의하여 이용하는 것을 포함하여 저작물의 공정이용(fair use)은 저작권의 침해행위가 아니다. 특정한 사안에서 저작물을 포함한 이용행위가 공정이용인지 여부는 아래사항을 고려하여야 한다.

(1) 당해 이용이 영리적 성격의 이용(use of a commercial nature)인지 아니면 비영리적 교육 목적인지를 포함하여, 저작물 이용의 목적 및 성격,

있다. ②번 판결의 이런 접근은 당시 일본에서의 논의와 분명히 구별되는 것이었고, 2006년 ‘검색엔진의 썸네일이미지 제공’ 사건(아래 설명할 ④번 판결)을 통하여 같은 접근방법이 재확인되었다. 다만 후자의 사건에서와 달리 ②번 판결이 주종 관계 이론으로부터 완전히 벗어난 것인지는 논란이 있다.

(2) 당해 사건의 사실관계 및 법원 판단의 개요

이 사안은 피해자인 국내 유명 사립대학들이 실제 출제한 대학입시 문제들 중 일부를 선별하여 피고인이 대학입시문제집을 출판한 행위를 저작권침해죄로 처벌한 형사사건이었다.

인용조항에 따라 범죄가 되지 않는다는 주장을 배척하면서 대법원은 먼저 “정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것인가의 여부는 인용의 목적, 저작물의 성질, 인용된 내용과 분량, 피인용저작물을 수록한 방법과 형태, 독자의 일반적 관념, 원저작물에 대한 수요를 대체하는지의 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이고, 이 경우 반드시 비영리적인 이용이어야만 교육을 위한 것으로 인정될 수 있는 것은 아니라 할 것이지만, 영리적인 교육목적을 위한 이용은 비영리적 교육목적을 위한 이용의 경우에 비하여 자유이용이 허용되는 범위가 상당히 좁아진다고 볼 것이다.”라고 판시하였다. 다음으로 대법원은, 피고인이 자신의 대학입시문제집에 수록한 질문을 만들려고 “질문의 일부분”으로 피해자들의 대학입시 문제를 인용한 것이 아니라 대학입시 문제를 그대로 베껴 피고인 문제집의 분량을 늘렸으며 특히 피해자들의 본고사(本考査) 문제는 전부 수록하여 그 시장 수요를 대체하였다는 이유로 인용조항에 부합하지 않는다고 보았다.

(3) 평가

(가) 일본 판례의 큰 영향이 역시 발견됨

이 판결의 법리 설시에도 일정부분 일본 판례의 영향이 발견된다. 다음 아니라, 일본 저작권법상 인용조항에 관한 주요사례로 언급되어 온 ‘후지다 쓰구하루(藤田嗣治) 그림복제’ 사건에 대한 1985년 10월 17일 도쿄고등재판소 판결<sup>31)</sup>이 그것이다.

- (2) 저작물의 성격(the nature of the copyrighted work),
- (3) 이용된 부분이 특정한 저작물 전체에서 차지하는 양과 질,
- (4) 이러한 이용이 저작물의 잠재적 시장 또는 가치에 대하여 미치는 영향”

31) 東京高判 昭和60.10.17 無体裁集17卷3号462頁.

사실 이 판결은 앞서 언급한 최고재판소의 ‘패러디 몽타주’ 사건 판결에서 제시된 명료구별성 및 주종관계라는 2가지 요건이 개정 저작권법 제32조 인용조항의 해석에서도 여전히 유효함을 확인하고 나아가 주종관계 유무를 판단하는 세부적 요소를 자세히 제시하였다는 점 때문에 주종관계론에 대한 대표적 하급심 판례로 자주 인용되는 것이다.<sup>32)</sup> 이 판결에서는 주종관계 여부를 판단함에 있어 구체적으로 “양 저작물의 관계를 인용의 목적, 양 저작물 각각의 성질, 내용 및 분량 그리고 피인용저작물이 채록된 방법, 태양 등의 여러 가지 사항에 걸쳐 확정된 사실관계에 기초하여, 또한 당해 저작물이 상징하는 독자의 일반적 관념에 비추어” 판단할 것을 요구하고 있다. 이런 판시 문구를 대법원의 ②번 판결의 문구와 대조해보면 ②번 판결은 “원저작물에 대한 수요를 대체하는지의 여부”라는 요소를 새로 추가하고 있지만 나머지는 도쿄고재의 판시를 거의 그대로 옮기고 있음을 확인할 수 있다. 이렇게 일본 판례의 표현이 ②번 판결에 수용된 경위에 관하여, 한국에서 아직 인용조항에 대한 심도 있는 논의가 없었던 1992년 무렵 일본의 관련동향을 상세히 소개한 어떤 판사의 실무적 논문<sup>33)</sup>에서 도쿄고재의 ‘후지다 쓰구하루 그림 복제’ 사건 중 관련 판시 문구를 소개하였는데 이런 소개가 계기가 되어 ②번 판결에서 그 문구를 거의 그대로 따오면서도 전혀 새로운 차원에서 활용한 것이라는 유력한 추측이 있다.<sup>34)</sup> 그런 추측에 상당한 설득력이 있다고 본다.

나아가 ②번 판결에서 도쿄고재 판결에는 없었던 “원저작물에 대한 수요를 대체하는지의 여부”라는 요소가 추가된 경위에 관해, 이미 도쿄고재의 ‘후지다 쓰구하루 그림복제’ 사건에 관해 미국 저작권법 제107조의 공정이용 판단요소 4가지와 비교할 때 경제적 측면에 대한 고려가 적은 감이 있다는 일본 내부의 비판적 의견<sup>35)</sup>이 존재하였으므로 이런 비판적 의견을 의식한 것이거나 혹은 베른협약이 제시하고 있는 3단계 테스트<sup>36)</sup> 중 2번째와 3번째 기준의 준수를 지향한 의도가 섞여있을

32) 이런 인용의 예로 高林龍, 앞의 책(각주 22), 167면.

33) 이형하, 앞의 논문(각주 17)을 말한다.

34) 이런 추정은 박성호, 앞의 논문(각주 19), 144면.

35) 山中伸一, “引用(3) - 藤田嗣治繪画複製事件”, 著作權判例百選, 第2版, 有斐閣(1994), 157면. 이는 박성호, 앞의 논문(각주 19), 144-145면에서 재인용.

36) “저작물의 통상적인 이용(normal exploitation)과 충돌하지 아니하고 권리자의 합법적 이익(legitimate interests)을 부당하게 해치지 아니하는 조건으로 한 특별한 경우에, 그 저작물의 복제를 허용하는 것은 동맹국의 국내법에 맡긴다.”고 규정한 베른협약 제9조 제2항은 ① 특별한 경우일 것, ② 저작물의 통상적 이용과 충돌하지 아니할 것, ③ 권리자의 합법적 이익을 부당하게 해치지 아니할 것 등 3가지 요건을 규정하고 있다.

수 있다는 추측<sup>37)</sup>이 있다. 살피건대, 배른협약의 3단계 테스트는 그 3가지 요건의 정확한 의미에 관해 다툼이 지속될 정도로 지극히 추상적 기준에 불과하고 특히 “저작물의 통상적인 이용과 충돌하지 아니하고 권리자의 합법적 이익을 부당하게 해치지 아니한다.”는 2번째 및 3번째 기준의 문구는 ②번 판결의 ‘원저작물에 대한 수요를 대체하는지의 여부’라는 요소와 궁극적 취지를 같이할지는 모르지만 직접 영향을 주었다고 보기에는 외형상 표현이 너무 동떨어져 있다고 본다. 따라서 앞서 일본 내부의 비판적 의견을 의식한 것이라는 추측 부분이 맞거나, 설령 그것이 아니더라도 그런 비판적 의견과 같은 맥락에서 개진된 국내의 견해<sup>38)</sup>를 참조한 것으로 짐작된다.

(나) 그러나 참고했던 일본 판례 등보다 오히려 진일보한 면을 보임

대법원의 ②번 판결에서 종합적으로 고려하는 요소들로 나열된 것들이 사실은 이미 일본의 판례나 학설에서 언급된 표현을 직접 혹은 간접적으로 참조한 것일지라도, 종합적으로 고려한 분석결과가 인용조항의 해석론에서 차지하는 체계상 지위만큼은 일본의 논의에서보다 확연하게 격상되었다. 즉 인용의 목적 등 여러 가지 사정들이 도쿄고재 판례나 일본 학설의 논의에서는 단지 주종관계 요건의 충족 여부를 판단하기 위한 하위 세부요소들에 불과하였는데,<sup>39)</sup> ②번 판결에서는 인용

37) 박성호, 앞의 논문(각주 19), 145-146면.

38) ②번 판결이 나오기 2년 전 한국에서 개진된 견해(박성호, “포스트모던 시대의 예술과 저작권”, **저작권관계자료집**, 제18집(저작권심의조정위원회, 1995. 12), 216면)에서는 인용조항의 ‘정당한 범위’안으로 취급되기 위해 요구되는 주종관계 유무를 결정함에 있어 (i) 인용의 목적과 성격, (ii) 인용되는 저작물의 성질, (iii) 저작물 전체와의 관계에서 인용된 부분의 질과 양, (iv) 인용이 원저작물의 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향 등을 고려하여야 할 것이라는 점, 아울러 그런 구체적 고려에 있어 미국 저작권법 상의 공정이용을 주목하여야 한다는 점 등을 설명하면서 그 참고문헌으로 일본문헌을 인용하고 있음{첫 번째 점에 관해 半田正夫, 紋谷暢男, **著作権のノウハウ**, 有斐閣(1989), 202면을, 두 번째 점에 관해 尾中普子 外 3人, **著作権法**, 3訂版, 学陽書房(1989), 79면을 각각 인용하고 있음}을 볼 때, 일본 인용조항 해석에서 주종관계 유무를 판단하기 위한 여러 가지 고려요소들을 제시하는 가운데 미국 저작권법 제107조의 4가지 요소를 의식하여 제안된 일본에서의 견해가 한국에도 소개되어 ②번 판결에 영향을 미쳤을 수 있다.

39) 각주 31번에 언급한 동경고재의 ‘후지다 쓰구하루 그림복제’ 사건에서는 “... 공정한 관행에 합치하고 또한 인용의 목적 상 정당한 범위 내에서 행해지는 것이란 요건은 ... 인용하여 이용하는 측의 저작물과 인용되어 이용되는 측의 저작물 사이를 명확하게 구분하여 인식할 수 있을 것 및 두 저작물 사이에 전자가 주이고 후자가 종인 관계가 있다고 인정되는 것을 요구한다고 보아야 한다. 그리고 주종 관계는, 두 저작물의 관

조항이 명문으로 제시한 ‘정당한 범위’ 및 ‘공정한 관행’이란 기준에 해당되는지 직접적으로 판단하는 요소로 활용되고 있다.<sup>40)</sup> 그 결과 미국 저작권법 제107조에서 4가지 요소를 종합적으로 고려하여 당해 이용행위가 공정이용(fair use)인지 여부를 판단하도록 한 것과 기본적 논리구조가 흡사해졌다. 아울러 도쿄고재의 판시에서는 원래 존재하지 않았던 ‘원저작물에 대한 수요를 대체하는지의 여부’라는 요소를 가미함으로써 미국 저작권법 제107조에서 나열한 (1) 내지 (4)의 각 요소가 사실상 빠짐없이 인용조항 해석론의 종합적 고려요소에 등장하게 되었다. 결국 인용조항 중 ‘정당한 범위’ 및 ‘공정한 관행’이란 지극히 추상적인 문구를 해석함에 있어 미국 저작권법 제107조의 포괄적 공정이용조항에 상당히 가깝도록 풀이한 입장이 ②번 판결이다.<sup>41)</sup>

엄연히 한국은 일본과 마찬가지로 대륙법계에 속하므로 저작권 법제에 있어서도 개별적으로 제한조항들을 수립하여 운용하여 왔기 때문에 미국식 포괄적 공정이용 법리와는 큰 거리가 있었다. 그런 법리의 차이를 중시한다면 인용조항을 미국 저작권법 제107조와 비슷한 포괄적 공정이용조항에 가깝게 풀이하려는 시도는 혹자가 보기에 따라서는 매우 위험스러울 수 있다. 뿐만 아니라 일본 도쿄고재가 기초한 일본의 인용조항<sup>42)</sup>과 다르게 우리 인용조항의 문법적 구조는 “보도·비평·교육·연구 등”이란 ‘인용의 목적’을 ‘정당한 범위’로부터 독립시키고 있음에도 ‘정당한 범위’ 및 ‘공정한 관행’의 해석 속에 ‘인용의 목적’까지 포함시킨 것도 혹자가 보기에 따라서는 억지스럽기까지 하다.<sup>43)</sup>

이상과 같은 위험과 억지를 감수하게 만든 계기가 과연 무엇이었는지 정확히 추적하기는 곤란하지만 어느 정도 추측은 가능하다. 다름 아니라 1986년 저작권법 개정 전후부터 한국 저작권법 분야에 미국법의 영향이 크게 증가하였다는 사실은

---

계를 인용의 목적, 두 저작물의 각 성질, 내용 및 분량 또는 피인용 저작물의 채록 방법, 형태 등의 여러 가지 사정에 의해 확정된 사실관계에 근거하고, 또한 해당 저작물이 상정하는 독자의 일반적 관념에 비추어...” 결정하여야 한다고 판시하고 있다.

40) 이런 평가를 내리고 있는 입장은 박성호, 앞의 논문(각주 19), 145-146면.

41) 비슷한 시각의 견해로 박익환, “공정이용조항의 도입논의”, *디지털재산법연구*(세창출판사, 2007), 166-167면.

42) 각주 13번 및 관련 본문의 설명 참조.

43) 종합적 고려를 내세운 한국의 이후 판례들은 ②번 판결과 같은 태도를 반복하고 있다. 학설의 경우 판례와 다르게 ‘인용의 목적’ 등에 관한 논의를 ‘정당한 범위’ 등에 관한 논의로부터 형식상 독립시켜 설명하고 있다(박성호, 앞의 책(각주 24), 534면; 이해완, 앞의 책(각주 24번), 593면 및 595면)}. 다만 학설도 ‘정당한 범위’에 관한 논의과정에서 ‘인용의 목적’ 등을 결부 짓는 ②번 판결의 태도를 특별히 비판하지는 않는다.

앞에서 설명하였는데, 이런 영향력이 권리제한조항들 중 가장 추상적이어서 넓게 해석할 가능성이 있던 인용조항을 미국의 포괄적 공정이용조항에 가깝게 풀이하는데 중요한 동력이 되었을 듯싶다. 인용조항의 해석론에 있어서만큼은 일본의 그것과 의미 있게 차별된 논의를 성취하였다는 점, 아울러 그런 성취의 배경에 사실은 미국의 영향력이 일정부분 작용한 것 같지만 우리 자신의 문제를 해결하려고 노력하는 과정에서 조문해석론의 힘으로 조문이 전혀 다른 법제까지 널리 참고했다는 점에서 긍정적 평가를 내리기에 충분하다.

②번 판결은 저작권법 분야의 입법, 관례 및 학설에서 일본의 앞선 동향을 거의 그대로 따르기만 하는 경우가 많았던 한국에서 오히려 일본보다 앞서 특정한 해법을 찾아낸 드문 경우이다.<sup>44)</sup> 원래 일본에서 주종관계론은 절록인용에 관한 구 저작권법 조문에 대한 최고재판소의 해석에 대한 것이었지만 1970년 개정된 제32조의 ‘정당한 범위’ 및 ‘공정한 관행’이란 문구의 해석론으로까지 줄곧 이어져 왔다. 그렇기에 실제 법조문과는 동떨어진 해석론이 된 것이 아닌가하는 의문의 목소리가 10여 년 전부터 일본 내부에서 유력하게 제기되었고 현재는 오히려 제32조의 위와 같은 문구 자체에 초점을 두고 다양한 요소들을 고려하여 판단하여야 한다는 입장이 점차 힘을 얻어가는 것 같다. 이런 변화된 해석론의 시발점이 무엇이었는지에 관해 이무라 토시아키(飯村敏明) 전 지적재산고등재판소장과 우에노 타츠히로(上野達弘) 현 와세다대학 교수의 각 논문,<sup>45)</sup> 그리고 이무라 토시아키가 재판장으로 활약한 ‘절대음감(絶對音感)’ 사건에 대한 2001년(平成 13년)의 동경지방법 재판소 판결<sup>46)</sup> 등이 꼽힐 수 있다는 점에 일본에서는 거의 이견이 없다.<sup>47)</sup> 절대

44) “비록 동경고재 판결에서 ‘힌트’를 얻은 것이었지만 그러한 실마리를 통해 도출한 법리는 일본 하급심 판결과는 차원을 달리하여 그 수준을 한 단계 높인 것이었다는 점, 다시 말해 ‘원저작물에 대한 수요를 대체하는지 여부’라는 3단계 테스트(3 step test)와 관련성이 있는 경제적 판단사항까지 고려요소에 포함시킴으로써 ‘종합고려설’을 일본보다 이론적으로 선취(先取)하여 우리 이론과 실무를 선도(先導)한 판결이었다는 점에서 그 학설사적 의의를 평가할 수 있을 것”라는 긍정적 평가로는 박성호, 앞의 논문(각주 19), 146면.

45) 飯村敏明, “裁判例における引用の基準について”, **著作権研究**, 26号, 著作権法学会(1999) 및 上野達弘, “引用をめぐる要件論の再構成”, **著作権法と民法の現代的課題(半田古稀記念)**, 法学書院(2003)를 가리킨다. 이는 각주 47번의 문헌에서 재인용함.

46) 東京地判 平成13.6.13 判時1757号138頁.

47) 이상과 같이 이무라 재판장과 우에노 교수의 각 논문, 그리고 동경지재의 절대음감 판결을 지목하는 논의로는 田村善之, “日本版フェア・ユース導入の意義と限界”, **知的財産法政策學研究**, Vol. 32(北海道大学, 2010), 13면. 또한 中山信弘 저(윤선희 편역, 앞의 책(각주 22), 228-229면 각주 41번 내지 43번 등. 비록 위 논문 2개와 절대음감 판

음감 사건에서 당사자들의 주장은 명료구별성과 주종관계의 요건에 따른 것이었지만 법원의 판단은 제반 사실관계를 적시한 다음 “① 본건 서적의 목적, 주제, 구성, 성격, ② 인용 복제된 원고 번역 부분의 내용, 성질, 지위, ③ 인용의 태양, 원고 번역부분이 이 사건 서적에서 차지하는 분량 등을 종합적으로 고려하면 저작자인 원고의 허락을 얻지 않고 원고 번역부분을 복제하여 게재하는 것이 공정한 관행에 합치한다고 말할 수도 없고 또한 인용의 목적상 정당한 범위 내에서 행해진 것이라고 할 수도 없다”라는 방식으로 이루어졌다. 이런 견지에서 볼 때 ②번 판결은 일본의 새로운 논문들이나 절대음감 사건보다 오히려 시기적으로 앞서, 주종관계 유무 판단이 아니라 여러 가지 요소에 대한 종합적 고려를 통해 인용조항에 명시된 요건에 해당하는지를 판단해야함을 분명히 밝혔다는 점에 의의가 있다.

(다) 주종관계를 묵시적으로 요구하고 있다는 점에 대한 논란

한편 ②번 판결에서는 명시적으로 주종관계를 요구하고 있지는 않지만 묵시적으로는 여전히 주종관계를 따지고 있다는 견해<sup>48)</sup>가 있다. 피고인이 자신의 대학입시 문제집에 수록한 질문을 만들려면 대학입시 문제를 그대로 베끼지 말고 “그 질문의 일부분으로서 위 대학입시문제를 인용한 것”이어야 한다는 판시를 통하여 피인용저작물은 여전히 중적 지위에 머물러있어야 함을 요구하고 있다는 주장이다.

일단 ‘질문의 일부분’이란 문구만으로 주종관계를 염두에 둔 것으로 인정하기는 어렵다고 본다. 대법원이 당해 사안에 주종관계론을 만일 적용하려 하였다면, 특정 질문의 일부분으로 대학입시문제를 이용한 것인지 아니면 당해 특정 질문이 대학입시문제를 그대로 베낀 것이냐를 따지기보다 피고인의 문제집 전체를 기준으로 피해자들의 대학입시문제로부터 차용한 부분의 비중이 주(主)인지 종(從)인지를 따졌을 것이다. 원심판결<sup>49)</sup>에서는 주종관계를 명시적으로 요구하는 입장을 취하였는데, 그 결과 원심은 피고인이 “기출문제”란 표제 하에 피해자들의 대학입시문제를 먼저 인용한 다음 “유제”라는 표제 하에 그 문제와 유사한 문제들을 싣고 있는 형식이어서 피해자들의 대학입시문제가 오히려 주된 지위에 있다고 판단하

결을 동시에 거론하지는 않더라도 그 중 일부를 새로운 해석론의 선구로 원용하는 예는 수없이 많다. 가령 上野達弘의 견해를 원용하면서 사실상 같은 입장을 밝힌 글로는 高部眞規子, “引用(2) - 美術全集への掲載 [藤田嗣治事件: 抗訴審] 東京高裁昭和60年10月17日判決”, 著作権判例百選, 第4版(有斐閣, 2009. 12), 121면 참조.

48) 박성호, 앞의 논문(각주 19), 142면.

49) 서울지방법원 1997. 8. 12. 선고 97노50 판결.



였었다.

그렇지만, ②번 판결이 주종관계 이론으로부터 완전히 벗어난 것인지도 역시 모호하다. 왜냐하면 당해 판결이 선고된 바로 다음해에 대법원은 종합적 고려와 주종관계 분석을 동시에 명시적으로 요구한 판결(바로 아래 ③번 판결)을 내놓았기 때문이다. 참고로 대법원은 그로부터 다시 몇 년 뒤에는, ②번 판결의 법리 실시 부분을 그대로 취하면서 동시에 주종관계 요구로부터도 완전히 이탈하였음이 분명한<sup>50)</sup> ‘검색엔진의 썸네일이미지 제공’ 사건(아래 설명할 ④번 판결)을 내렸다. 결국 ④번 판결과 다르게 ②번 판결은, 주종관계를 언급하지 않았지만 여전히 묵시적으로 요구한 것인지 혹은 주종관계가 필요 없다고 본 것인지가 불명확하다고 평가하는 것이 정확하다.

다. 종합적 고려와 주종관계 분석의 기묘한 결합(③ 소설 ‘무궁화꽃이 피었습니다’ 사건)

(1) 총설

주종관계를 요구한 ①번 판결과 종합적 고려를 요구한 ②번 판결의 입장을 결합한 듯한 태도를 보인 판례가 소설 ‘무궁화꽃이 피었습니다’ 사건에 대한 1998년 대법원 판결<sup>51)</sup>(판의상, 이하에서는 “③번 판결”이라 칭함)이다.

(2) 당해 사건의 사실관계 및 법원 판단의 개요

이 사건은, 한국의 유명한 재미 물리학자였던 ‘이휘소’를 모델로 삼은 소설의 작가가 자신의 소설에서 가공으로 창작한 에피소드 등이 도용당하였다고 주장하면서 역시 동일인을 모델로 설정하여 한참 나중에 출판된 또 다른 소설(‘무궁화꽃이 피었

50) 가령 ②번 판결은 묵시적으로 주종관계를 요구한 것이라고 이해하는 견해{박성호, 앞의 논문(각주 19), 142면}도 ④번 판결에 관하여는 주종관계에 구애받을 필요가 없다는 입장이라고 이해하고 있다{같은 이, 앞의 논문, 147면}. 또한, 주종관계를 요구한 ①번 판결이 대법원 전원합의체 판결에 의해 명시적으로 번복된 적이 없다는 점을 근거로(그러나 대법원이 전원합의체 판결 없이도 사실상 특정 쟁점에서의 입장을 바꾼 예가 드물지 않아 이런 근거제시에 전적으로 찬성하는 데 어려움이 있다) ②번 판결은 물론 ④번 판결조차도 주종관계 이론을 전제한 것이라는 견해{이해완, 앞의 책(각주 24), 596면}도 ④번 판결만큼은 주종관계 인정에 어려움이 있음을 인정한다{같은 이, 앞의 책, 605면 및 713면 참조}.

51) 대법원 1998. 7. 10. 선고 97다34839 판결.

습니다’)의 작가와 그 출판사를 상대로 서적판매금지를 구한 사건이었다.

피고들의 인용조항 항변에 대하여 대법원은 먼저 “인용의 ‘정당한 범위’는 인용 저작물의 표현 형식상 피인용저작물이 보족, 부연, 예증, 참고자료 등으로 이용되어 인용저작물에 대하여 부종적 성질을 가지는 관계(즉, 인용저작물이 주이고, 피인용 저작물이 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(대법원 1990. 10. 23. 선고 90다카8845 판결, 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결 등 참조)”라고 법리를 제시하였다. 다음으로 대법원은 피고의 소설에서 인용하고 있는 원고 소설 부분을 분명하게 구별하였으며 인용 분량도 피고의 소설 총 854면 중 10면 정도에 그쳤고 당시 원고 소설은 이미 절판되어 시장수요를 대체하지도 않았던 점 등에 비추어 인용조항의 요건에 부합한 적법한 인용이라고 결론짓고 있다.

### (3) 평가

이 사건에서 대법원은 주종관계를 요구한 ①번 판결과 종합적 고려를 요구한 ②번 판결에서 각각 핵심적인 판시부분들을 ‘나아가’란 순접(順接)의 연결어로 그 대로 연결하고 있다. 특히 이런 태도는 이후 2013년 리프리놀 사건(아래 설명할 ⑤번 판결)에서 대법원이 취할 입장과 완전히 동일하다. 그런데 ⑤번 판결은 시간에 따라 조금씩 변화해 온 대법원에 의한 인용조항 해석론의 최신 버전(the last version)에 해당하므로 결국 ③번 판결이 현재 대법원의 공식입장이 비롯된 시점이라고 이해하여도 크게 무리가 없다.<sup>52)</sup> 특히 ⑤번 판결에서는 인용조항의 해석과 관련하여 ③번 판결을 유일하게 선례로 인용하고 있을 뿐만 아니라, ⑤번 판결의 입장을 좇아 주종관계와 종합적 고려를 모두 요구하는 태도를 취한 더 나중의 하급심 재판례들<sup>53)</sup>도 ⑤번 판결보다 오히려 ③번 판결을 자신들의 참조 선례로 적시하고 있다.

52) 다만 이런 진술은, ⑤번 판결 이후 내려진 ‘Be the Reds 도안’ 사건(대법원 2014. 8. 26. 선고 2012도10786 판결)이 새로운 입장을 제시하지 못했음을 전제한 설명이다.

53) 서울중앙지방법원 2015. 8. 21. 선고 2014가합594029 판결(‘메가스터디 강의’ 사건 II); 서울중앙지방법원 2015. 12. 16. 선고 2013가합93192 판결(‘전통주 집에서 쉽게 만들기’ 사건); 서울중앙지방법원 2016. 1. 27. 선고 2015가합513706 판결(‘통일토크콘서트 동영상’ 사건) 등 다수.

이렇게 우리 판례의 흐름에서 가진 중요성에 불구하고, 그동안 학설상의 논의에서는 기이하리만큼 ③번 판결이 주목을 받지 못하였다. 어째서 그렇게 외면당하여 왔는지 짐작해 보자면 ③번 판결은 시기적으로 바로 앞이었던 ②번 판결과 다르게 명시적으로 주종관계를 요구하고 있지만 그런 추가적 요구에 불구하고 결론에서는 피고의 행위가 인용조항의 요건을 모두 갖춘 적법한 행위라고 판단하였다. 반면 나중의 ⑤번 판결에서는 그 직전의 입장을 바꾸어 주종관계를 다시금 요구한 결과 당해 피고의 행위가 아예 ‘인용’조차 아니라고 판단되었다. 요컨대 ③번 판결은 그 이전 법리를 적용했을 경우와 비교하여 결론에서 달라진 것이 없었다는 점이 논자들의 관심 밖으로 밀려나는 데 기여한 듯하다.

어쨌든 학자들의 관심이 기울여지지 않아 사실 이 판결의 입장에 대한 직접적인 찬반 의견을 발견하기도 어렵다. 하지만 이 판결과 완전히 동일한 법리를 재차 확인한 ⑤번 판결에 관해 학자들의 비판적 의견을 찾아보기 어려운 점<sup>54)</sup>을 감안하면 ③번 판결에 관한 평가 역시 비슷하게 긍정적일 것이라고 추측된다. 하지만 ⑤번 판결을 이하 해당부분<sup>55)</sup>에서 비판하는 것처럼 ③번 판결도 마찬가지로의 문제가 있다고 본다.

라. 주종관계 분석을 완전배제하고 종합적 고려만을 내세운 입장(④ ‘검색엔진의 썸네일이미지 제공’ 사건)

#### (1) 총설

앞서 ③번 판결을 통하여 종합적 고려를 하더라도 여전히 주종관계는 필요하다는 입장을 보였던 대법원은 그로부터 약 8년 뒤 인터넷을 배경으로 한 분쟁을 해결하면서 주종관계 이론을 완전히 배제한 입장을 취하기에 이른다. 검색엔진의 썸네일(thumbnail) 이미지 제공사건에 대한 2006년 대법원 판결<sup>56)</sup>(편의상, 이하에서는 “④번 판결”이라 칭함)이 그것이다. 이 판결이 제시한 법리는 외형상으로는 앞서 ②번 판결 판시내용과 거의 같다.<sup>57)</sup> 하지만 아예 인용주체의 저작물이라고 불

54) 각주 93번 참조.

55) III. 2. 나. (3) 부분.

56) 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 판결.

57) ②번 판결의 판시 중 “영리적인 교육목적을 위한 이용은 비영리적 교육목적을 위한 이용의 경우에 비하여 자유이용이 허용되는 범위가 상당히 좁아진다고 볼 것이다.” 부분은 제외되어 있다.

만한 것이 딱히 없는 사안이었기 때문에 인용저작물과 피인용저작물의 주종관계 성립을 거론하기 어려움은 물론, ‘인용’은 인용주체의 저작물 중에서 이용함을 뜻한다는 종래 지배적 견해<sup>58)</sup>에 따르자면 아예 ‘인용’에 해당한다고 볼 수 없을 사안에 인용조항을 적용함으로써 그 적용범위를 극도로 확대하는 태도를 취하였다. 그 점에서, 인용주체의 저작물이 분명히 존재하는 사안이어서 ‘인용’ 문구의 해석에 관한 지배적 견해와 충돌할 우려가 없었던 ②번 판결과 구별된다.

④번 판결에서 제시된 대법원의 입장 변화를 이해하려면 한국의 인터넷산업이 90년대 중·후반 경부터 집중 육성되었고 그 결과 2000년대 중반까지 인터넷과 저작권 분쟁에 관하여서는 한국이 세계 첨단에서 있었다는 사실을 먼저 환기할 필요가 있다. 인터넷에서는 오프라인에서와 달리 전혀 예상하기 힘든 형태의 저작물 이용이 가능해진 결과 종전의 저작권 조문을 아예 뜯어 고치거나 혹은 미처 변하지 못한 조문의 해석을 신축적으로 하지 않고서는 도저히 온라인공간에서의 저작권 분쟁에 적절히 대처하기 곤란하였다는 점은 이미 세계 각국에서 공통적으로 체험된 사실이기도 하다. 이런 전반적 상황변화에 직면하여 대법원은 인용조항의 해석에 있어 주종관계 이론 대신 ②번 판결과 마찬가지로 제반요소를 종합적으로 고려하여 판단하도록 하였고 특히 ‘인용’이라는 문구를 ‘이용’ 전반을 뜻하는 것으로 확장해석하기에 이른 것이다.

## (2) 당해 사건의 사실관계 및 법원 판단의 개요

이 사건의 고소인이자 저작권자는 사진작가였고 피고인들은 다음(Daum) 등이었다. 피고인 측이 이미지 검색서비스를 제공하는 과정에서 피해자 스스로 인터넷에 게시 하였던 사진 수십 장을 원본보다 크게 축소한 썸네일이미지로 피고인 서버에 저장한 후 검색서비스이용자에게 제공하는 행위가 인용조항에 따른 적법한 행위인가가 문제되었다.

대법원은 먼저 “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”라고 법리를 제시하였다. 다음으로 이 사건의 경우 썸네일이미지가 예술작품으로 판매하는 것이 아니라 원본이미지의 위치정보를 제

<sup>58)</sup> 이런 입장으로 이해되는 것으로는 이해완, 앞의 책(각주 24), 597면 및 604-605면 및 오승중, 앞의 책(각주 25), 623-624면 등 다수.

공하는 것이어서 상업적 성격은 부차적인 점, 썸네일이미지는 원본보다 훨씬 작기 때문에 보정하더라도 원본처럼 감상하기가 어려운 점, 검색서비스가 제공한 위치 정보를 통하여 이용자들이 피해자의 사진원본을 찾게 됨으로써 피해자에게 오히려 수요를 창출하는 점, 썸네일이미지가 이용자들에게 더 완벽한 정보를 제공한다는 공익적 측면이 강한 점 등을 제시한 뒤 “이러한 사용은 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 사용한 것으로 봄이 상당하다”고 결론 내렸다.

### (3) 평가

인터넷이란 바다를 항해하는 데 검색엔진이 제공하는 위치정보는 없어서는 안될 중요한 것이고, 그런 정보제공의 효율성은 썸네일이미지와 같은 부수적 수단에 의하여 더욱 높아지는 것이다. 그렇기 때문에 세계 각국은 검색엔진의 썸네일(thumbnail) 이미지 제공에 관해 그 논리아 어찌되었든 저작권침해의 책임을 추궁하지 않는다는 데 거의 의견의 일치를 보고 있다. 다만 그런 결론에 이르는 경로는 상이하다.

일본의 경우 기존의 인용조항으로 이것을 포섭할 수 있다는 견해<sup>59)</sup>도 존재하였지만 실제로는 2009년의 저작권법 개정<sup>60)</sup>으로 제47조의<sup>61)</sup>이 신설됨으로써 입법적으로 해결되었다. 독일의 경우는 자국의 저작권법 중 권리제한규정을 협소하게 해석하고 있기 때문에 이에 의하는 대신 2010년 연방대법원(BGH) 판결을 통하여 구글(Google)이 원고의 행위를 묵시적 동의로 해석한 것에 근거가 있다고 보아 썸네일 서비스를 보호하였다.<sup>62)</sup> 미국의 경우는 2000년대 초반 Kelly v. Arriba Soft 판결<sup>63)</sup>을 통하여 포괄적 공정이용조항에 의하여 검색엔진의 썸네일서비스 제공을 보호한 바 있고, 이어서 Perfect 10 v. Google 사건<sup>64)</sup> 판결에서도 마찬가지로 입장을 확인한

59) 田村善之, “検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題”, 知的財産法政策學研究, Vol. 18 (北海道大学, 2007), 36-39면.

60) 平成21年6月19日 法律53号.

61) 소정기준을 충족하는 인터넷정보검색서비스 사업자가 그 서비스를 제공하기 위해 필요한 한도에서 일정 조건 하에 복제 등을 할 수 있도록 허용한 조항이다.

62) 이는 Florian Potzlberger, “Google and the Thumbnail Dilemma – “Fair Use” in German Copyright Law?”, 9 *Journal of Law and Policy for the Information Society* 139 (Spring 2013), pp. 147-148 참조.

63) 280 F.3d 934 (9th Cir. 2002). 그리고 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003).

64) 416 F.Supp.2d 828 (C.D.Cal., 2006). 이 사건은 항소심에 이르러 다른 사건과 병합되어 Perfect 10 v. Amazon.com 사건으로 호칭된다.

바 있다.

이런 흐름 속에 동반한 한국은 2000년대 중반 ④번 판결 등 비슷한 사건들<sup>65)</sup>을 처리하면서, 일본과 거의 흡사한 인용조항을 가지고서도 미국 법원과 마찬가지로 저작권법상의 권리제한규정으로 처리하고 있다. 그런데 인용조항을 가지고 썬네일 이미지 사건을 처리하고자 할 때 큰 문제점은, ‘인용’이라면 인용주체의 저작물 중에 이용하는 경우이어야 한다는 지배적 견해를 전제할 때, 이 사건 사안이 과연 ‘인용’문구 자체에 해당하느냐 여부이다. 왜냐하면 원본이미지를 변형하여 ‘이용’한 것은 누구나 쉽게 인정할 수 있지만 ‘인용’이기 위해 일단 ‘인용저작물’이 무엇인지를 특정하는 것부터 어려움이 있기 때문이다. 검색엔진의 이미지제공 서비스 화면 전체가 일종의 편집저작물이 되므로 ‘인용저작물’에 해당된다는 논리구성도 불가능하지는 않겠지만<sup>66)</sup> 그것이 아니라 아예 인용저작물이 없다는 입장이 더 지배적이다. 한국의 지배적 학설<sup>67)</sup>은 ④번 판결은 엄격히 보자면 조문상의 ‘인용’이 존재하지 아니함에도 인용조항을 적용한 사안이고, 그렇지만 미국식 포괄적 공정이용조항의 부재 상황에서 인용조항을 확장해석하여 인터넷공간의 저작물이용을 적절히 규율하고자 한 노력이라면서 긍정적으로 평가한다.

다만 위 ④번 판결의 입장에 따르더라도 여전히 인용조항의 문구 중 ‘공표된 저작물’과 같이 명확하게 적용범위를 한정하는 요소가 있었으므로 미국식 포괄적 공정이용조항과 완전히 일치하였다고까지 말하는 것은 과장이다. 나아가 지배적 학설은 이제는 포괄적 공정이용조항이 입법되어 굳이 인용조항을 확장해석할 필요가 없어졌으므로 ④번 판결에 의한 확장해석 이전시점으로 인용조항의 해석을 복원하여야 한다는 입장인데, 그런 복원의 방향으로 종전의 주종관계 이론을 도입한 2013년 리프리블 사건(아래 ⑤번 판결)에 찬동하는 듯하다.<sup>68)</sup>

65) ④번 판결의 고소인이자 저작권자인 이○○는 한국의 유명 검색엔진 업체와 관련 중사자들을 상대로 썬네일 이미지 제공 관련하여서만 9건이나 되는 별도 소송을 진행하였기에 2004년부터 2007년까지 대법원과 관련 하급심 판결들이 여럿 있었다. 이에 관해 자세히는 박준석, “이미지 검색엔진의 인라인링크 등에 따른 복제, 전시, 전송 관련 저작권침해 책임”, **민사판례연구**, 제33권 상(박영사, 2011. 2), 637면 및 661-666면.

66) 검색서비스화면을 편집저작물로 취급하는 것이 작위적이라는 비판은 이해완, 앞의 책(각주 24), 604면.

67) 이해완, 앞의 책(각주 24), 604-605면; 박성호, 앞의 논문(각주 19), 149면; 이성호(각주 21), 앞의 논문, 29-30면. 마찬가지로 당해 사안은 ‘인용’이 아니라 ‘이용’일 뿐이라는 견해는 이규호, **저작권법**, 제4판(진원사, 2014. 2), 263면.

68) 이해완, 앞의 책(각주 24), 605면; 박성호, 앞의 논문(각주 19), 148-149면; 이규호, 앞의 책(각주 67), 262면 등

### Ⅲ. 포괄적 공정이용조항 도입 후의 인용조항 관련 논의

#### 1. 포괄적 공정이용조항 도입의 배경과 실제 입법 내용 등

##### 가. 포괄적 공정이용조항 도입의 배경

2011. 12. 2. 개정법(법률 제11110호)으로 우리 저작권법에도 미국 저작권법 제107조와 상당히 흡사한 포괄적 공정이용조항이 도입되었다. 이 개정법은 다름 아니라 한·미 자유무역협정에서 합의된 저작권 관련 사항을 반영하는 것이 주된 목적인 법률이었다. 포괄적 공정이용조항의 도입을 추진한 정부가 제시한 이유<sup>69)</sup>는 “열거적인 저작권재산권 제한규정으로는 제한 규정이 필요한 다양한 상황 하에서의 저작물 이용을 모두 아우르기 어려운 한계”가 있음을 지적하고 있지만, 그런 한계를 피하고자 미국식의 포괄적 공정이용조항을 도입하게 되면 오랫동안 한국이 터 잡아왔던 대륙법계 저작권법 조항들과 충돌이 불가피하다는 우려의 목소리<sup>70)</sup> 역시 만만치 않았다. 정부의 위와 같은 이유 제시는 사실 그 이전까지 거론되었던 포괄적 공정이용조항 도입의 장점과 단점 중 장점 일부만을 다시 언급한 것에 지나지 않으며 왜 한국에서 들인 포괄적 공정이용조항을 도입하게 되었는지를 설득력 있게 설명하기 어렵다.

한·미 자유무역협정에서 합의된 저작권 관련사항은 거의 예외 없이 미국에서 이미 시행하고 있는 제도를 한국이 수용하는 것들이었고, 특히 그것들은 대체로 저작권을 강화하는 데 초점이 맞추어져 있었다.<sup>71)</sup> 그런 경향에서 예외에 속하는 것 중 하나가 동 협정 제18.4조 10.항이다. 여기서는 당초 복제권의 제한에 인정되었던 베른협약의 3단계 테스트를 저작권 제한 전반으로 확대한 ‘무역관련 지적재산권에 관한 협정’(이하, TRIPs) 제13조가 정한 기준에 따라 저작권 등을 제한할 수 있음을 확인하고 있다. 그렇지만 미국 저작권법 제107조와 직접 관련된 합의는 협정 어디에서도 발견할 수 없다. 베른협약의 3단계 테스트 및 미국 저작권법 제

69) 문화체육관광부·한국저작권위원회, **개정 저작권법 해설서**(2012), 32면 혹은 이와 거의 동일한 문화체육관광부·한국저작권위원회, 한·미 FTA 이행을 위한 개정 저작권법 설명자료(2011. 12), 8면.

70) 가령 박익환, 앞의 논문(각주 41), 166-170면 등.

71) 가령 저작권보호기간을 저작자 사후 70년으로 연장하는 것, 일시적 복제도 복제의 개념 안에 포함시키는 것, 기술적 보호조치의 범위를 접근통제조치까지 확대하는 것 등이 대표적이다.

107조는 모두 일반적인 저작권제한 규범이라는 점에서는 공통되지만 구체적인 내용에 있어서는 상당한 차이가 있고 특히 미국식 포괄적 공정이용조항은 널리 보편적으로 적용되는 권리제한조항이기 때문에 베른협약 3단계 테스트 중 ‘특별한 경우’에만 권리제한을 하여야 한다는 기준에 저촉되지 않느냐는 논란이 국제적으로도 이미 여러 논자에 의해 제기되었던 상황<sup>72)</sup>인 것을 고려하면, 한·미 자유무역협정 제18.4조 10.가항을 계기로 삼아 우리 당국자가 미국식 포괄적 공정이용조항을 입법 추진하게 되었다고 보기에 는 다소간 어폐(語弊)가 있다.

따라서 한·미 자유무역협정의 합의사항을 저작권법에 반영하는 것을 주목적으로 이루어진 2011년 저작권법 개정에서 포괄적 공정이용조항이 포함된 가장 큰 원인은, 당시 저작권법에 새로 반영될 한·미 자유무역협정 상의 합의사항들이 저작권 강화에만 중점을 두고 있다는 사정<sup>73)</sup>을 고려하여 그 상대방인 이용자들의 권익을 지켜 나아가 저작권법 목적조항이 지향하는 균형점을 지키기 위한 특별한 대책조치였다고 추정<sup>74)</sup>하는 것이 가장 합리적이다.

#### 나. 신설된 포괄적 공정이용조항의 특징 및 2016년 추가개정

##### (1) 신설된 포괄적 공정이용조항의 특징

제35조의3 포괄적 공정이용조항<sup>75)</sup>의 모습을 살펴보면 무엇보다 두드러진 특색

72) 이런 상황에 관하여는 Christophe Geiger, Daniel Gervais & Martin Senftleben, “The Three-Step Test Revisited: How to Use the Test’s Flexibility in National Copyright Law”, *Program on Information Justice and Intellectual Property (PIJIP) Research Paper* no. 2013-04 (2013), pp. 31-34 및 Martin Senftleben, “The International Three-Step Test – A Model Provision for EC Fair Use Legislation –”, 1 *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* 67 (2010), p. 76 & FN 80 참조.

73) 각주 71번 참조.

74) 이런 추정을 제시하는 견해로 이해완, 앞의 책(각주 24), 511면 및 711면.

75) 제35조의3(저작물의 공정한 이용) ① 제23조부터 제35조의2까지, 제101조의3부터 제101조의5까지의 경우 외에 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우에는 보도·비평·교육·연구 등을 위하여 저작물을 이용할 수 있다.

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

1. 영리성 또는 비영리성 등 이용의 목적 및 성격
2. 저작물의 종류 및 용도
3. 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성



은 베른협약의 3단계 테스트를 제1항의 앞부분에 수용하는 동시에 제1항 뒷부분 및 제2항에서 미국 저작권법 제107조와 거의 동일한 내용을 규정함으로써 베른협약 3단계 테스트(혹은 그 기준을 확대한 TRIPs 제13조의 기준)와 미국식 공정이용을 동시에 명문화하고 있다는 점이다. 이렇게 양자의 기준을 동시에 명시적으로 규율한 예는 주요국가들 중에서 전례가 없는 것으로 보인다. 특히 양자의 기준이 일부 상충하지 않느냐는 의구심이 지속적으로 제기되어온 것도 사실<sup>76)</sup>이기 때문에 앞으로의 운용에 국내는 물론 일본 등 외국에서도 큰 관심을 가질 만하였다.<sup>77)</sup>

당초 미국식 포괄적 공정이용조항을 입법하려는 노력의 결과로 이렇게 전례 없는 입법이 수립된 경위는 아직 정확히 알려진 바 없다. 다만 추측하자면 다음과 같다. 한국 입장에서는 미국식 포괄적 공정이용조항이 저작권강화에 대항하여 이용자의 권익을 지키고 저작권보호에서의 균형을 지켜주는 것이더라도 제3국으로부터 베른협약 3단계 테스트나 TRIPs 등 국제조약에 저촉된다는 항의가 있을 수도 있다. 그래서 포괄적 공정이용조항 중 미국 저작권법 제107조와 엇비슷한 문구를 규정한 부분보다 앞선 부분에 국제조약을 준수한다는 뜻을 분명히 명기한 것일 수 있다.<sup>78)</sup>

이런 추측과는 다르게, 제35조의3 포괄적 공정이용조항에서 “보도·비평·교육·연구 등” 목적 관련 문구는 예시적 나열에 불과하여 포괄적 공정이용조항은 그것을 국한하지 아니하고 널리 적용되기 때문에 결국 위 포괄적 공정이용조항은 베른협약 3단계 테스트 중 ‘특별한 경우일 것’이란 기준을 충족하지 못하였다는 비판적 지적<sup>79)</sup>도 존재한다. 이런 비판적 지적이 타당한지는 궁극적으로, 미국식 포괄적 공정이용조항이 과연 베른협약 3단계 테스트, 특히 ‘특별한 경우일 것’이란 기준에 반하는 것인지 둘러싼 다툼에서 어떤 입장을 취하느냐에 달려있는데, 사실 이 다툼은 아직 확실히 종결되었다고 보기는 어렵다. 때문에 위 비판적 지적이 옳은지, 그른지에 관해 아직 확실히 단정하기는 어렵다. 하지만 미국식 포괄적 공정이용조항의 적용에 있어서도 당해 법원이 특정한 사실관계를 기초로 저작권제한을 인

4. 저작물의 이용이 그 저작물의 현재 시장 또는 가치나 잠재적인 시장 또는 가치에 미치는 영향

76) 각주 72번 및 관련 본문의 설명 참조.

77) 일본에서 한국 저작권법 제35조의3 입법동향에 주목하였다는 사실은 박성호, 앞의 책(각주 24번), 각주 265번 참조.

78) 엇비슷한 추측은 이규호, 앞의 책(각주 67), 274면 참조.

79) 박성호, 앞의 책(각주 24), 607-609면.

정할지를 판단하고 있고 이것이 다름 아니라 베른협약 3단계 테스트 중 ‘특별한 경우일 것’에 상응한다는 볼 수 있는 점,<sup>80)</sup> 미국식 포괄적 공정이용조항은 그 개념 자체로 베른협약 3단계 테스트 중 ‘특별한 경우일 것’이란 요건과 상충한다는 주장을 1999년 WTO 패널의 분쟁판정<sup>81)</sup>에서 배척한 적이 있는 점, 미국이 베른협약에 가입한 때로부터 제법 시간이 흘렀지만 아직 미국 저작권법 제107조가 수정되어야 한다고 강제받은 바 없다는 점 등<sup>82)</sup>을 두루 고려하여 보면 미국식 포괄적 공정이용조항이 ‘특별한 경우일 것’을 요구하는 베른협약의 기준에 어긋난다고 보기는 어렵다고 사료된다. 마찬가지로 우리 저작권법 제35조의3 중에서 미국 저작권법 제107조를 따른 문구 부분도 ‘특별한 경우일 것’을 요구하는 베른협약의 기준에 부합한다고 생각한다.<sup>83)</sup>

## (2) 2016년 일부 개정된 포괄적 공정이용조항의 내용

2011년 신설된 포괄적 공정이용조항은 2016. 3. 22. 일부 문구가 개정되었다. 이 개정법률<sup>84)</sup>은 다음과 같이 2가지 수정사항을 포함하고 있는바, 2016. 9. 23.부터 시행될 예정이다.

첫째, 제35조의3 제1항 중 “보도·비평·교육·연구 등을 위하여” 부분을 삭제하였다. “보도·비평·교육·연구 등”이 예시적(例示的)이기는 하지만 그럼에도 포괄적 공정이용조항의 본질에 어긋나게 저작물 이용의 목적을 제한할 우려가 있음을 고려한 개정이라는 설명<sup>85)</sup>이다. 처음 제출된 법안에서는 인용조항 중에 이미 존재하는 동일한 문구와의 중복을 피하기 위해 “보도·비평·교육·연구 등”이란

80) 이 점을 논거로 역시 미국식 포괄적 공정이용조항이 베른협약 3단계 테스트 중 ‘특별한 경우일 것’ 요건에 부합한다는 일본에서의 분석은 文化審議會著作權分科會 法制問題小委員會, 權利制限の一般規定に関する報告書(2010. 12), 33면.

81) WTO Document WT/DS160/R. 이는 Christophe Geiger, Daniel Gervais & Martin Senfleben, *op. cit.*, p. 32에서 재인용.

82) 이상의 근거들은 모두 Christophe Geiger, Daniel Gervais & Martin Senfleben, *op. cit.*, pp. 31-34에서 저자들이 지지한 논거를 인용한 것이다.

83) 엇비슷한 논거로 동일한 진단을 내리는 견해로는 김호철, “한·미 FTA 저작권 분야 협상결과 및 국내법 이행 검토”, **계간 저작권**, 2009년 여름호(한국저작권위원회, 2009. 6), 91면.

84) 법률 제14083호(2016. 3. 22. 일부개정).

85) 이런 설명은 국회 교육문화체육관광위원회, 저작권법 일부개정법률안 심사보고서(2016. 2), 22-23면 및 국회 교육문화체육관광위원회, 저작권법 일부개정법률안(이군현 의원 대표발의) 검토보고서(2013. 2), 24-25면 각 참조.

문구가 포함되어 있지 않았는데, 나중의 입법과정에서 성급하게 포함되었다고 한다.<sup>86)</sup>

둘째, 제35조의3 제2항 제1호 중 “영리성 또는 비영리성 등” 문구 부분을 삭제하였다. 이것은 삭제 전의 수식어 때문에 영리성·비영리성을 우선적으로 고려하거나 그것에 한정하여 판단함으로써 영리성이 있더라도 공정이용에 해당하는 행위를 사장시킬 우려가 있어 개정하였다는 설명<sup>87)</sup>이다.

2016년 개정내용의 의의를 고찰해 보면, 첫 번째 개정사항의 경우 나름의 의미가 있다. “보도·비평·교육·연구 등”이란 문구가 예시적이기는 하지만, 통상적인 조문해석의 방법에 비추어 볼 때 “... 등”의 해석에 있어 아무래도 그 앞에 제시된 보도·비평·교육·연구에 준하는 상황만을 저작물이용의 목적으로 한정시킬 우려가 없지 않았다. 미국 저작권법 제107조도 입법형식 상으로는 “비평, 주석, 뉴스 보도, (수업을 위한 다수의 복제를 포함하여) 교육, 학술, 혹은 연구 같은 목적으로”라는 예시적 문구를 두고 있기는 하다. 하지만 우리의 포괄적 공정이용조항보다는 그 예시내용이 풍부한 데다가 미국법원은 이런 문구에 크게 구애받지 않고 비교적 폭넓은 재량을 발휘해 온 전통이 있다. 이번 개정의 결과로 인용조항과 중복된 부분이 조금이나마 더 줄어들게 되어 양자의 규정이 서로 독자적으로 발전해 나가는 데도 도움을 줄 것 같다.

반면 두 번째 개정사항의 경우는 그다지 의미가 없다고 본다. 우리 재판례들은 이미 오래전에 영리성이 있더라도 저작권이 제한되어 침해가 아닐 수 있음을 분명히 인정하였고(앞서 ②번 판결) 나아가 실제 결론에서도 그렇게 침해를 부정한 적이 있었다(앞서 ④번 판결). 이런 판례들은 비록 신설된 제35조의3이 아니라 인용조항에 관한 판단이었지만 제35조의3에도 그대로 적용되어야 할 것임이 이미 분명하다. 판례 입장에 따르면 인용조항과 관련하여 종합적으로 고려할 요소들 중에 미국 저작권법 제107조의 4가지 요소, 바꾸어 말하면 한국의 포괄적 공정이용조항인 제35조의3이 제시한 4가지 요소가 모두 포섭되어 있었고, 그 요소 중 ‘인용(혹은 이용)의 목적’이 영리성을 가지는지 여부에 관련해 판례가 답한 것이기 때문이다. 한편 위 개정주체의 또 다른 설명은 “영리성·비영리성을 우선적으로 고려”하는 것을 피하기 위해

86) 이런 사실은 오승중, 앞의 책(각주 25), 743면 및 국회 교육문화체육관광위원회, 전계심사보고서(각주 85), 22-23면 각 참조.

87) 이런 설명은 국회 교육문화체육관광위원회, 전계심사보고서(각주 85), 23면 및 국회 교육문화체육관광위원회, 전계검토보고서(각주 85), 25-26면 각 참조.

서라고 말하지만 이는 잘못된 인식이거나 다분히 오해의 소지가 있는 설명이다. 왜냐하면, 포괄적 공정이용조항의 판단에 있어 영리성 유무는 다른 여러 요소들과 더불어 종합적으로 고려되는 요소들 중 하나에 해당하지만 “영리적인 ... 이용은 비영리적 ... 이용의 경우에 비하여 자유이용이 허용되는 범위가 상당히 좁아진다 ...”고 판단하여야 타당하므로(앞서 ②번 판결의 판시 참조) 영리성 유무는 시장대체성과 더불어 다른 요소들보다는 상대적으로 더 중요한 요소에 해당되어<sup>88)</sup> 그런 견지에서 표현하기에 따라서는 “우선적으로 고려”된다고 할 수도 있기 때문이다.

## 2. 포괄적 공정이용조항과 기존 인용조항의 상호관계

### 가. 총설

포괄적 공정이용조항 신설로 대두된 주요문제 중 하나가 인용조항과의 상호관계를 어떻게 정립해 나가느냐 하는 것이다. 앞서 ②번 판결 내지 ④번 판결의 판시 내용에서 확인할 수 있듯이 우리 법원은 인용조항을 해석함에 있어 직·간접적으로 미국 저작권법 제107조가 제시한 4가지 요소를 포함시켜 왔고 나아가 ④번 판결에서처럼 인용조항이 마치 포괄적 공정이용조항인 것처럼 풀이하기도 하였다. 그런데 2011년 개정법에 의하여 진정한 포괄적 공정이용조항이 신설된 이상 인용조항을 계속 확장 해석하여서는 양 규정 사이에 불필요한 중복 내지 혼란이 생길 수 있게 되었다. 바꾸어 말하자면 인용조항을 마치 포괄적 공정이용조항처럼 활용하기 위해서는 ④번 판결이 그러하였듯이 ‘인용’이란 문구를 ‘이용’을 의미하는 것처럼 풀이하는 등 다소 무리한 해석론이 전제되어야 하는데 진정한 포괄적 공정이용조항이 도입된 시점 이후에까지 굳이 그렇게 무리한 입장을 취할 필요는 없게 되었다. 이런 상황에서 인용조항에 대한 새로운 해석론을 제시한 판례가 2013년 리프리놀(Lyprinol) 사건에서의 대법원 판결<sup>89)</sup>(편의상, 이하에서는 ⑤번 판결이라 칭함)이다.

나아가 리프리놀 사건 다음해인 2014년 대법원은 ‘Be The Reds 도안’ 사건<sup>90)</sup>에서 다시 한 번 인용조항에 관련된 판결을 내렸다. 하지만 이 판결은 ⑤번 판결에서의

88) 이런 취급태도가 미국 저작권법 제107조가 제시한 4요소에 대한 미국 법원들의 입장이다. 이에 대한 한국에서의 실증적 분석으로는 이규호·서재권, **공정이용 판단기준 도출을 위한 사례연구**(한국저작권위원회, 2009. 12), 136-155면. 나아가 한국 법원이 그동안 보인 입장 역시 크게 다르지 않다.

89) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2011도5835 판결.

90) 대법원 2014. 8. 26. 선고 2012도10786 판결.

입장을 바꾸었다고 보기 어렵다. 아직 ⑤번 판결이 가장 최신버전의 인용조항 해석론이라고 볼 수 있다. 한편 하급심의 경우 ⑤번 판결이 제시한 입장을 따르고 있는 판결들이 여러 건 존재하는데 이들 판결들의 내용을 잘 분석해보면 포괄적 공정이용조항과 인용조항의 관계에 대해 유의미한 시사점을 찾을 수 있다.

나. 종합적 고려와 주종관계 분석을 결합한 입장으로서의 회귀(⑤ ‘리프리놀’ 사건)

(1) 총설

앞서 ④번 판결을 통하여 적용범위가 가장 크게 확대되었던 인용조항은 2011년 포괄적 공정이용조항이 도입됨으로써 다시 적용범위를 축소할 필요가 있게 되었다. 이렇게 인용조항의 적용범위를 축소시킴에 있어 대법원은 리프리놀 사건에 대한 2013년 대법원 판결, 즉 ⑤번 판결에서 1998년경 ③번 판결이 취하였던 입장으로 회귀하고 있다.

(2) 당해 사건의 사실관계 및 법원 판단의 개요

리프리놀(Lyprinol)은 뉴질랜드산 초록입 홍합에서 추출한 오일이며, 이것은 퇴행성 관절염 치료에 쓰이는 건강기능식품의 원료이다. 외국회사 A로부터 리프리놀을 수입·판매하던 한국회사 B의 대표이사였던 피고인은 리프리놀을 건강기능식품의 기능성 원료로 한국 식품의약품안전처로부터 승인받는 행정절차에서 리프리놀의 유효성 및 안정성에 관해 타인이 작성한 의학논문 전체를 그대로 복사한 뒤 첨부자료로 제출하였다. 그런데 이 논문은 외국회사 A의 종전 한국거래처였던 회사 C의 발주에 의하여 이 사건 피해자인 정형외과 의사들이 저술한 것이었다. 피해자들의 허락 없이 논문을 복제하여 저작권침해를 하였다고 검사가 기소하자 피고인은 ‘공정 이용’이라고 다투었다.

이런 사안에 대하여 대법원은 먼저 포괄적 공정이용조항이 뒤늦은 2011년에야 신설되었기 때문에 개정 전의 저작권법 하에서 일반적인 공정이용 법리는 아예 인정되지 않는다고 판시한 다음,<sup>91)</sup> 그렇더라도 피고인 주장취지 속에는 인용조항에

91) 2011년 개정 저작권법의 부칙 중 관련 경과규정이 모호하므로, 범죄 후 (위법성 조각사유에 관한) 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니한 경우에 해당한다는 주장이 있다고 보아 신법 상의 포괄적 공정이용조항 해당 여부를 위법성 조각사유 유무 판단의 차원에서 검토할 여지가 있었다고도 보인다. 하지만 이 쟁점은 이 글의 논의 진행과 큰 관련이 없으므로 생략한다.

기초한 항변도 포함되어 있다고 보았다. 인용조항에 근거한 주장을 판단하기에 앞서 관련 법리를 판시하면서 대법원은 소설 ‘무궁화꽃이 피었습니다’ 사건(앞서 ③번 판결)의 법리제시<sup>92)</sup>를 완전히 그대로 옮겨 주종관계와 종합적 고려를 동시에 요구하는 태도를 취하였다. 다만 법리제시 말미에 원용한 선례만 이번에는 ③번 판결로 바꾸었을 따름이다.

나아가 당해 사건의 경우 논문전체를 그대로 복사하여 첨부한 것이어서 ‘인용’에 해당하지 않으며, 설령 인용에 해당하더라도 논문이 첨부자료가 되어 식약청의 승인이 내려질 경우 상당한 이익이 예상되고 논문전체가 그대로 전제되었으며 학술정보 데이터베이스제공업자로부터 적은 비용으로 이 사건 논문의 복제물을 쉽게 입수할 수 있었음에도 무단복제한 사정에 비추어 인용조항의 요건을 갖추지 못하였다면서 원심의 유죄판결을 유지하였다.

### (3) 평가

(가) 인용조항의 적용범위 축소라는 목적에는 찬성하지만 그 축소의 접근방식이 잘못되었다고 봄

이 판결의 선고시점은 이미 한국에 포괄적 공정이용조항이 도입된 이후였지만 대법원이 당해 사건에 적용한 법률은 개정 전의 구법이었다. 그렇지만 대법원은 이미 포괄적 공정이용조항이 도입되었다는 사실을 바탕에 두고 당해 사건에 적용한 인용조항의 적용범위에 관해 고민하였다고 볼 수 있다. 그런 고민의 결과로 ④번 판결에서 지극히 확장 해석된 인용조항을 그보다 앞선 ③번 판결에서의 수준으로 제한하려는 입장을 취하였다.

지금까지의 학설은 전반적으로 대법원의 입장에 대하여 긍정적 평가를 내리고 있는 듯하다.<sup>93)</sup> 대법원의 이런 태도에 따르자면 향후에 만일 주종관계가 인정되지 않거나 그에 앞서 인용주체의 저작물이 아예 존재하지 않는다고 볼 만한 사안, 즉 ④번 판결과 같은 사안이 다시 문제된다면 이제는 인용조항이 아니라 신설된 포괄

92) 앞서 ③번 판결에 대한 설명 중 “인용의 ‘정당한 범위’는 ... 판단하여야 한다.”라는 부분을 말함.

93) 박성호, 앞의 책(각주 24), 612면 및 같은 이의 앞의 논문(각주 19), 148-149면; 이해완, 앞의 책(각주 24), 605면, 624면, 그리고 714면; 이규호, 앞의 책(각주 67), 259면; 오승중, 앞의 책(각주 25), 744면; 임원선, **실무자를 위한 저작권법**, 제3판(한국저작권위원회, 2013. 11), 249-250면 등 다수.

적 공정이용조항에 의하여 해결될 것이라고 학설은 정리하고 있다.

포괄적 공정이용조항의 도입에 따라 종전 인용조항과의 관계가 정리될 필요성이 분명하다는 점, 그리고 그런 정리의 방향은 일면 지나치게 확장되어 온 인용조항의 적용범위를 다소간 제한하는 해석으로 이루어지는 것이 가장 무난하리라는 점에 있어서는 필자도 다른 학자들의 주장<sup>94)</sup>에 공감한다. 그런 한도까지는 ⑤번 판결을 평가하고 싶다. 하지만 해석론의 접근 방법이 틀렸다고 본다. 과거 판례에서 ‘주종 관계’를 들고 나올 것이 아니라, 인용조항에 명문으로 규정된 ‘인용’, ‘공표된 저작물’과 같은 문구를 엄격히 해석하는 방법이 더 합리적이었을 것이다. 이에 관한 상세히 살펴보면 다음과 같다.

(나) ‘정당한 범위’라는 추상적 문구로부터 주종관계가 반드시 있어야 한다는 단정적 해석을 도출하는 것은 무리임

한국이나 일본이 속한 대륙법계의 개별적 권리제한규정들과 미국 저작권법 제107조의 포괄적 공정이용조항이 가진 조문상의 특징이나 장단점은 일응 분명하다. 후자(後者)의 규정이 전자의 규정들에 비하여 신축성이 있지만 그만큼 법적 불확실성도 크다. 후자는 법원이 제도운명을 주도하지만 전자는 입법기관이 그것을 주도하는 측면이 강하다.<sup>95)</sup> 그런데 우리 인용조항은 개별적 권리제한규정에 속하면 서도 ‘정당한 범위’ 및 ‘공정한 관행’과 같이 지극히 추상적인 문구를 조문 일부에 수용하고 있다는 점에 큰 특색이 있다. 이런 입법형태는 전형적인 대륙법계의 개별제한규정의 모습 혹은 미국 저작권법 제107조의 모습 어디에도 딱히 해당하지 않고 혼합적인 모습을 가지고 있는 것이다. 따라서 인용조항 조문의 구조를 획기적으로 바꾸지 않는 한, 그 운영에 있어 비교적 명확하게 개념범위를 획정하는 방식의 논의와 신축적으로 사안별로 제반요소를 고려해 나가는 방식의 논의가 일정 부분 병존할 수밖에 없는 운명이다. 더 세부적으로 나누어 보자면 ‘공표된 저작물’, ‘인용’ 등의 문구해석에서는 전자 방식의 논의가 이루어질 것이고, ‘정당한 범위’ 및 ‘공정한 관행’이란 요건 해석에서는 후자 방식의 논의가 불가피할 것이다.

그런데 종전까지 주류적인 일본 판례의 태도<sup>96)</sup>는 일본 저작권법 제32조에 따라

94) 박성호, 앞의 책(각주 24), 541면 및 같은 이, 앞의 논문(각주 19), 149면; 이해완, 앞의 책(각주 24), 597면; 한지영, “저작권법상 인용에 관한 고찰”, **창작과 권리**, 제68호(세창출판사, 2012), 133면 등.

95) 이런 견지의 주목할 만한 논의로 田村善之, 앞의 논문(각주 47), 34-36면 등이 있다.

96) 각주 31번에 제시한 도쿄고재의 ‘후지다 쓰구하루(藤田嗣治) 그림복제’ 사건이 대표적

‘공정한 관행’ 및 ‘정당한 범위’를 충족하려면 인용자의 저작물과 피인용된 저작물을 명료하게 구별할 수 있어야 하며, 인용자의 저작물이 주(主)가 되고 피인용된 저작물이 종(從)이어야 할 필요가 있다고 해석하였다. 한국에서도 앞서 ⑤번 판결처럼 판례나 학설은 거의 예외 없이 ‘정당한 범위’ 문구만의 해석으로부터 주종관계의 요구를 이끌어낸다.<sup>97)</sup>

하지만 무엇이 공정한 것인지, 정당한 것인지를 평가하는 것은 지극히 추상적인 과정이다. 그럼에도 주종관계가 있는지 파악하는 데 집중하면서 추상적 평가과정을 진행하는 것은 타당하지 않다. 환언하여 ‘공정한 관행’ 및 ‘정당한 범위’ 문구는 명확하게 확정짓는 것이 불가능한 불확정개념이어서 ‘주종관계’ 말고도 인용의 목적 등 다른 요소들이 얼마든지 하위의 고려요소로 포섭될 수 있는 것이다. ‘공정한 관행’ 혹은 ‘정당한 범위’ 문구로부터 ‘주종관계의 존재가 반드시 있을 것’이란 명확하고 단정적인 명제를 곧바로 도출하는 것이 아주 곤란하다는 점은, 주종관계론을 지지하는 일본의 견해들이 ‘공정한 관행’ 혹은 ‘정당한 범위’ 중 어떤 문구로부터 그 요청을 도출할지에 관해 크게 엇갈리고 있다는 사실<sup>98)</sup>에서도 드러난다.

(다) 주종관계를 반드시 요구하면 종합적 고려의 가치가 크게 퇴색됨

우리 대법원은 ⑤번 판결을 통하여 주종관계 필수론(①번 판결의 입장)과 종합적 고려 이론(②번 판결의 입장)을 ‘나아가’란 순접(順接)의 연결어<sup>99)</sup>를 통하여 결합

이다.

97) 일본과 한국의 관련 논의에서 ‘정당한 범위’만으로 주종관계를 이끌어 낼 수 있으나, 아니면 ‘공정한 관행’이란 문구도 아울러 동원되어야 하느냐를 둘러싼 차이점은 이 글의 분석에서 중요하지 않으므로 더 상론하지 않는다. ‘정당한 범위’이든 ‘공정한 관행’이든 모두 지극히 추상적이고 불확정적인 문구에 불과하므로 ‘주종관계 존재’라는 확정적 명제를 도출하기 곤란하다는 사정은 마찬가지라는 것이 이 글 분석이기 때문이다.

98) 上野達弘, “引用をめぐる要件論の再構成”, 著作権法と民法の現代的課題(半田古稀記念), 法学書院(2003), 307면에서는 명료구별성은 ‘공정한 관행’에서, 주종관계는 ‘정당한 범위’에서 각각 도출하는 견해, 명료구별성 및 주종관계 양자 모두를 ‘공정한 관행’에서 도출하거나 혹은 ‘정당한 범위’에서 도출하는 견해, ‘공정한 관행’ 혹은 ‘정당한 범위’와 별개로 도출하려는 견해, 저작권법 제32조 전체로부터 도출하려는 견해 등으로 분류하고 있다고 한다{이는 高林龍, 앞의 책(각주 22), 168면에서 재인용}. 마찬가지로 명료구별성 및 주종관계라는 두 가지 요건을 일본의 현행 인용조항 중 ‘정당한 범위’, 그리고 ‘공정한 관행’ 중 어디에서 도출할 것인가에 관해서도 의견이 엇갈린다는 점은 高部眞規子, 앞의 논문(각주 47), 121면 참조.

99) “인용의 ‘정당한 범위’는 ... 인용저작물이 주이고, 피인용저작물이 종인 관계[가] ... 인정되어야 하고, 나아가 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것인지 여부는 인용의 목적 ... 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”



시키고 있지만, 실제로는 본질적으로 충돌하는 2개의 논리를 거칠게 연결한 것에 가깝다. 그렇기 때문에 순접의 외형을 가진 ⑤번 판결의 판시부분은 실제로 ‘정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것인지 여부는 인용의 목적 … 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 그러나 인용저작물이 주이고 피인용저작물이 종인 관계에 있지 않으면 아니 된다.’라는 역접의 논리이다. 그 존재가 부정될 경우 다른 여러 가지 요소들이 제아무리 정당성에 부합하는 경우이더라도 인용조항의 적용을 부정하겠다는 태도를 취하고 있다.

주종관계의 존재를 ‘정당한 범위’의 문구와 관련 있는 ‘인용의 목적’ 등 여러 가지 요소들과 더불어 종합적으로 고려될 요소 중 하나로 파악하는 것은 별다른 문제가 없다. 나아가 시각에 따라서는, 주종관계의 존재를 다른 요소들보다 중요하게 취급하는 것까지는 가능하다. 하지만 위와 같이 결론을 완전히 좌지우지하는 요소로 보게 되면 인용의 목적 등 제반요소들을 종합적으로 고려하는 과정은 많은 경우 무의미해질 것이다. 이런 결과는 인용의 목적 등 제반요소들을 종합적으로 고려하는 과정이야 말로 추상적·불확정적 문구의 본질에 더 가까울 수 있음을 고려할 때 온당하지 않다.

(라) 주종관계 판단의 하위요소로 종합적 고려를 하겠다는 방식은 혼란만 자초함  
우리 대법원의 ⑤번 판결, 그리고 그보다 앞서 동일한 견해를 취한 앞서 ③번 판결처럼 ‘주종관계’와 ‘종합적 고려’를 적어도 외형상 순접(順接)으로 나란히 배치한 논리를 일본 판례에서는 찾기 힘들다. 종전까지 주류적인 일본 판례의 논리에서는 ‘인용의 목적’ 등 여러 가지 사정들을 종합적으로 고려하는 과정이 단지 주종관계의 존부를 판단하기 위한 하위 요소에 불과하였음은 앞에서 설명하였다.<sup>100)</sup>

그러나 이렇게 ‘인용의 목적’ 등 여러 가지 사정들을 ‘주종관계’의 하위요소로 놓는 것은 개념충돌이나 혼란을 자초하는 것이다. 하위요소로 포섭된 것들은 실로 다양한 성격을 가지고 있어 확정개념에 가까운 ‘주종관계’라는 문구와 잘 호응하기 어려운 것들도 포함되어 있다. ‘저작물의 성질’이나 ‘인용된 내용과 분량’을 고려하여 주종관계 유무를 판단하겠다는 논리는 자연스러울지 몰라도, ‘인용의 목적’과 관련하여 인용자가 영리적인 목적을 가지고 인용하는 것인지 여부가 인용자의 저작물과 피인용된 저작물 중에서 무엇이 주(主)가 되는지 결정하는 데 영향을 미치는 요소가 된다는 논리는 억지스럽다. 이미 일본 내에서도 주종관계 개념 속에

100) 각주 39번 및 관련 본문의 설명 참조.

이질적이며 잡다한 하위개념들을 포섭하려는 입장의 문제점이 이미 강하게 비판 받고 있다.<sup>101)</sup>

(마) ‘인용’과 같은 확정개념 해석을 통해 인용조항의 차별화를 꾀하는 해석이 바람직함

포괄적 공정이용조항과 충돌하지 않도록 종전 인용조항의 적용범위를 축소하고자 하였으면 ‘정당한 범위’ 및 ‘공정한 관행’이라는 불확정적·추상적 문구에 근거하기보다는 ‘공표된 저작물’, ‘인용’과 같이 상대적으로 확정이 용이한 개념적 요소를 동원하여 적용요건이나 적용범위에 제한을 가하는 방법을 취하였어야 옳다.

포괄적 공정이용조항의 성질에 비추어, 불확정적·추상적 문구에 불과한 ‘정당한 범위’ 및 ‘공정한 관행’이란 문구에 기초한 해석론으로는 인용조항의 차별화를 제대로 이루기 어렵다. 이런 문구들에 근거하여 포괄적 공정이용조항과의 차별화를 무리하게 시도할 경우 당장 ‘그렇다면 인용조항과 달리 포괄적 공정이용조항의 운용에서는 정당한 범위를 초과하거나 공정한 관행에 어긋남에도 당해 포괄적 공정이용조항이 적용되는 상황이 인정될 수 있다는 것인가?’라는 반박, 환언하여 ‘정당한 범위’ 및 ‘공정한 관행’이란 기준이 인용조항만의 기준이나라는 근본적 반론에 직면하게 될 것이다. 또 위와 같이 추상적 문구로부터 곧장 ‘주종관계가 반드시 있을 것’이란 구체적 요건을 도출하는 경우 바로 위의 근본적 반론은 피할 수 있을지 모르겠지만 그렇게 구체적·확정적 명제가 도출된다고 보기도 어렵고 설령 도출된다고 하더라도 그럴 경우 추상적 문구의 본질을 반영하는 ‘종합적 고려’가 가치를 잃게 될 것임은 이미 분석하였다.

결국 ‘공표된 저작물’, ‘인용’과 같이 보다 확정적인 개념이 한정해 주는 구획 안으로 인용조항의 적용범위를 잡아야 할 것이다. 가령 미공표(未公表) 저작물의 인용행위가 문제된 사안에서는 인용조항이 적용될 수 없고 새로운 포괄적 공정이용조항이 적용되어야만 한다는 것<sup>102)</sup>과 같다. 또한 ‘인용’이란 한국과 일본의 사전적인

101) 上野達弘, “引用をめぐる要件論の再構成”, 著作権法と民法の現代的課題(半田古稀記念), 法学書院(2003), 323-324면의 비판이 비슷한 맥락인 것으로 짐작된다. 上野達弘의 문헌출처는 高瀬亜富, “平成22年著作権関係裁判例紹介”, *パテント*, Vol. 64. No. 8(日本弁理士会, 2011), 67면 및 川原健司, “引用の適法要件”, *東京大學法科大学院ローレビュー*, Vol. 1(東京大学, 2006. 8), 61면에서 재인용하여 확인한 것임.

102) 미국 저작권법 제107조는 미공표저작물이라는 점이 공정이용 성립에 문제가 될 수

의미 혹은 통념적 의미에서 “남의 말이나 글을 자신의 말이나 글 속에 끌어 씬”<sup>103)</sup> 혹은 “특정인의 말이나 글을 자신의 이야기나 문장 안에 끌어 쓰는 것(人の言葉や文章を、自分の話や文の中に引いて用いること)”<sup>104)</sup>이라고 각각 정의되고 있는 이상, 적법한 인용이라고 주장하는 인용주체의 말이나 글이 아예 존재한다고 보기 어려운 경우라면 인용조항이 적용될 수 없고 포괄적 공정이용조항의 적용이 검토될 수 있을 뿐이다.

한편 ‘인용’이라면 적어도 인용주체의 말이나 글이 저작물에 해당해야 한다는 것이 아직 우리의 지배적 견해<sup>105)</sup>이다. 일본의 경우<sup>106)</sup>도 종전까지 우리의 지배적 견해와 마찬가지로 파악하고 있었지만,<sup>107)</sup> 2010년 ‘감정증서의 그림복사(鑑定証書 絵画コピー)’ 사건에 대한 지적재산고등재판소 판결<sup>108)</sup>은 인용주체의 그것이 반드시 저작물이어야 할 필요는 없다는 새로운 입장을 취하고 있다. 위 지재고재 판결은, 구법의 절록인용 규정은 “자기의 저작물 중에” 타인의 저작물을 인용하는 것을 명시적으로 요구하였었지만 현행 인용규정은 그렇지 않음을 논거로 제시하고 있다. 그런 논거의 설명은 한국의 상황에도 그대로 적용될 것이다. 그런 까닭에 필자도 ‘인용’이란 문구만으로 인용주체의 말이나 글이 반드시 저작물일 것까지 요구하는 것은 지나친 해석이라고 본다.

또한, “보도·비평·교육·연구 등”이란 문구도 열거적인 문구라기보다 예시적 문구이기는 하지만, “... 등”의 포섭범위를 무한정 확장하여서는 곤란하고 보도·비평·교육·연구에 준하는 경우들을 뜻하는 것으로 풀이할 필요가 있다. 그런 해석론을 통하여, 보도·비평·교육·연구에 준하는 경우들에 한정되지 아니하는 포괄적 공정이용조항과의 차별성이 부각될 수 있을 것이다.

---

없음을 아예 명문으로 규정하고 있다(17 U.S.C. §107 후문 참조). 주의할 것은 한국, 미국 어디에서든 구체적 상황에 따라서는 미공표저작물을 함부로 공표하였음이 포괄적 공정이용조항의 요건 충족에 부정적으로 작용할 수도 있다는 것이다. 실제로 그런 이유 등을 들어 포괄적 공정이용조항 적용을 거부한 예로는 서울북부지방법원 2015. 10. 28. 선고 2015노581 판결(‘광어회 사진’ 사건) 참조.

103) 한국 네이버(Naver)에서 제공하는 표준국어대사전 자료상의 정의이다.

104) 일본 야후(Yahoo Japan)에서 제공하는 ‘小学館’의 ‘デジタル大辞泉’의 정의이다.

105) 각주 58번 및 관련 본문의 설명 참조.

106) 이 부분 일본의 상황설명은 東海林保, “引用, パロディ, 写り込みとフェアユース” (본 논문 첫머리에 언급한 한일십포지업에서의 비공간 발표문임), 10-11면 참조.

107) 이런 견해를 취한 판결례로는 ‘반즈 컬렉션(バーンズコレクション)’ 사건에 대한 東京地判 平成10.2.20 判時1643号176頁.

108) 知財高判 平成22.10.13 判時2092号135頁.

다. 리프리놀 사건 이후 인용조항과 포괄적 공정이용조항의 관계를 다룬 판결들

(1) 큰 의미를 부여하기 어려운 2014년의 ‘Be The Reds 도안’ 사건

2014년 ‘Be The Reds 도안’ 사건<sup>109)</sup>에서 피해자는, 2002년 한일월드컵 당시 한국의 축구응원객들이 즐겨 착용한 빨간색 티셔츠 위에 인쇄된, ‘Be The Reds’ 도안을 만든 저작권자였다. 그런데 피고인들이 위 도안이 새겨진 티셔츠 등을 착용한 모델들의 사진을 촬영한 후 사진판매업체에 제공한 행위가 위 도안의 저작권침해인지가 다투어졌다. 가장 큰 쟁점은 당해 사진촬영과정에서 우발적·부수적으로 도안이 포함된 것에 불과하여 이른바 ‘저작물의 부수적 이용’에 해당하는지 여부였다. 일본에서라면 2012. 6. 27. 신설된 제30조의2(부수적 대상저작물의 이용) 규정<sup>110)</sup>의 적용이 검토되어 과연 사진촬영에서 대상저작물을 분리하여 제외하는 것이 곤란하였는지가 검토되었을 만한 사안이었겠지만,<sup>111)</sup> 아직 한국에서는 대응규정이 존재하지 않아 ㉠ ‘부수적 저작물의 이용’이란 개념을 인정할지 여부, ㉡ 만일 인정하더라도 그것을 ‘복제’ 개념 자체에서 배제할 것인지,<sup>112)</sup> 아니면 일단 복제에는 해당하지만 권리제한규정에 의해 구제할 것인지가<sup>113)</sup> 지금까지도 모호한 상황이다.

원심<sup>114)</sup>은 아예 실질적 유사성 등을 찾기 어려워 복제에 해당하지 않는다는 입장을 취하면서 피고인의 행위는 도안에 대한 부수적 이용에 해당한다고 보았다.<sup>115)</sup> 그렇지만 대법원은 우선, 부수적 이용에 그치지 아니하고 당해 도안이 피고인의 사진에서 “중심적인 촬영의 대상 중 하나”이므로 실질적 유사성이 있다고 판단하였다. 다음으로 대법원은, 그렇게 복제가 성립하였을 경우 인용조항에 근거한 항변

109) 대법원 2014. 8. 26. 선고 2012도10777 판결. 당해 사실관계에 등장하는 사진판매업체가 피고인으로 기소된 또 다른 판결(대법원 2014. 8. 26. 선고 2012도10786 판결) 및 그 원심의 판시내용은 이 사건 판결 및 그 원심과 거의 동일하다.

110) ‘사진촬영, 녹음 또는 녹화에 의해 저작물을 창작함에 있어 사진촬영 등의 대상이 되는 사물 또는 소리로부터 분리하는 것이 곤란하기 때문에 부수적으로 대상이 되는 사물 또는 소리에 관한 다른 저작물은 당해 창작에 수반하여 복제 또는 개작할 수 있다’는 요지로 규정하고 있다.

111) 일본의 동향에 관해서는 小倉秀夫/金井重彦, 앞의 책(각주 22), 581 및 583면 참조.

112) 이런 입장을 취한 것으로는 오승중, 앞의 책(각주 25), 612면.

113) 이런 입장으로 볼 수 있는 것은 이해완, 앞의 책(각주 24), 728면 및 박성호, “2014년 지적재산법 중요 판례”, **인권과 정의**(대한변호사협회, 2015. 3), 214면. 위 사안은 구법이 적용된 것이지만 만일 가능하다면 신설된 포괄적 공정이용조항이 적용될 사안이라는 견지이다.

114) 서울서부지법 2012. 8. 23. 선고 2012노485 판결.

115) 원심 판결문 중 6-7면.

이 가능한지에 관해 법리설시를 하였는데 앞의 ⑤번 판결과 다르게 주종관계 요구에 관해서는 전혀 언급하지 않은 채 종합적 고려 관련 법리만을 제시하였다. 판결문에서 ②번 판결과 ⑤번 판결을 선행으로 인용하고 있지만, 법리설시내용은 실제로 ②번 판결의 그것과 가장 흡사하다. 나아가 도안이 사진의 중심부에 위치해 양적·질적으로 상당한 비중을 차지한다는 점 등 여러 가지 요소를 순차적으로 분석한 다음 저작권을 침해하여 유죄라는 결론에 이르고 있다.

이 판결에서 받을 수 있는 첫 인상은, 판결문 어디에서도 주종관계를 명시적으로 요구하고 있지 않으므로 ⑤번 판결과 다른 입장을 취한 것이라는 견해도 일단은 성립가능하리라는 점이다. 이번 사건에서 ⑤번 판결을 선행으로 인용하였다고 하더라도 그런 이해가 불가능해지지 않는다는<sup>116)</sup> 하지만 ‘부수적 이용’에 해당하지 않고 저작권침해행위인 복제가 인정된다는 쟁점을 판단하는 단계에서 대법원은 원심과 반대로 이미 피고인의 사진 속에서 피인용저작물인 ‘Be The Reds’ 도안이 주(主)를 차지한다는 점을 아주 뚜렷하게 정리하였기 때문에, 인용조항의 판단단계에서는 주종관계가 인정됨을 묵시적으로 전제하고 곧바로 종합적 고려를 진행한 것으로 이해해 볼 여지가 있다.

이처럼 이 판결이 주종관계에 관해 어떤 입장을 취한 것인지는, 서로 대립된 견해가 모두 성립가능하기에, 상당히 불명확하다. 하지만 분명한 것은, 설령 주종관계를 요구하지 않은 입장이라고 하더라도 위 대법원 판결은 인용조항 해석론의 시기별 전개에 있어 아주 큰 의미를 부여받기가 곤란하다는 점이다. 왜냐하면 ⑤번 판결 이후 하급심들은 거의 일관되게 ⑤번 판결의 흐름에 동참하고 있기 때문이다.

(2) 리프리놀 사건 이후 인용조항과 포괄적 공정이용조항의 관계를 다룬 하급심 판결들 앞서 ⑤번 판결이 내려진 이후 서울중앙지법을 중심으로 여러 건의 하급심 관련 사례가 있었다. 그 중 분석대상 판결들<sup>117)</sup>에 국한하여 볼 때 다음과 같은 경향을

116) 한국의 논자들이 거의 이견 없이 ‘인용’이란 문언의 엄격한 해석으로부터는 이탈하였다고 공인하는 ④번 판결도, 그 법리설시 부분에서 실제 입장이 전혀 달랐던 ③번 판결을 인용하고 있다. 이런 예에서 보듯이 이번 사건에서 ⑤번 판결을 선행으로 인용하였다고 반드시 그 판결에서처럼 곧바로 ‘주종관계’가 요구되는 입장을 취하고 있다고 풀이할 수는 없다. 이번 사건에서 아울러 ②번 판결을 인용하였다고 그 판결의 입장 전체를 따르고 있다고 보기 어려운 것과 마찬가지로이다.

117) 여기서는 서울중앙지방법원 2015. 2. 12. 선고 2012가합541175 판결(‘메가스터디 강의’ 사건 I); 서울중앙지방법원 2015. 3. 26. 선고 2014노1916 판결(‘미네르바 비방’ 사건); 서울중앙지방법원 2015. 8. 21. 선고 2014가합594029 판결(‘메가스터디 강의’ 사건 II);

발견할 수 있다.

첫째, 예외 없이 주종관계와 종합적 고려를 나란히 요구한 ⑤번 판결, 즉 2013년 리프리놀 사건의 법리를 그대로 따르고 있다.<sup>118)</sup>

둘째, 포괄적 공정이용조항은 인용조항 등 기존 제한규정의 보충적 규정임이 더욱 분명해졌다. 입법초기에는 인용조항과 일용 중복적용될 수도 있다는 견해<sup>119)</sup>가 제시되었지만, 이것은 “제23조부터 … 제101조의5까지의 경우 외에 … 이용할 수 있다”고 명시한 제35조의3 제1항 문구에 비추어 쉽게 수긍하기 어려운 견해였다. 반대견해<sup>120)</sup>가 지배적이라고 할 수 있다. 그런데 현재 하급심 실무는 예외 없이 인용조항에 근거한 항변을 판단한 다음에야 포괄적 공정이용조항의 항변을 판단함으로써, 은연중에 후자의 견해에 동참하고 있는 듯하다.<sup>121)</sup> 보충적 규정에 불과하지만 포괄적 공정이용조항 때문에 기존의 제한규정들의 실질적 가치가 변질되거나<sup>122)</sup> 심지어 포괄적 공정이용조항과 제한규정들 사이에 논리적인 충돌<sup>123)</sup>이 나타날 가능성을 지적하는 견해가 존재하는데, 제도의 시행기간이 아직 짧은 탓에 그런 견해의 당부를 평가하는 것은 무리이다.

서울중앙지방법원 2015. 12. 16. 선고 2013가합93192 판결(‘전통주 집에서 쉽게 만들기’ 사건); 서울중앙지방법원 2016. 1. 27. 선고 2015가합513706 판결(‘통일토크콘서트 동영상’ 사건)을 이하의 분석대상으로 삼는다.

- 118) 위 각주에서 제시한 5건 모두 그러하다.
- 119) 문화체육관광부·한국저작권위원회, **개정 저작권법 해설서**(2002), 34면. 비슷한 견해로 최호진, “개정 저작권법 제35조의 3(저작물의 공정한 이용)에 따라 공정이용을 판단할 때 발생할 수 있는 문제점에 대한 고찰과 해석론의 제시”, **계간 저작권**, 2012년 가을호(한국저작권위원회, 2012. 9), 90-92면.
- 120) 박성호, 앞의 논문(각주 19), 135면; 이해완, 앞의 책(각주 24), 714면; 정진근, “저작권의 공정사용원칙의 도입에 따른 문제와 개선방안”, **계간 저작권**, 2013년 여름호(한국저작권위원회, 2013. 6), 60-61면 등 다수.
- 121) ‘미네르바 비방’ 사건을 제외한 나머지 4건이 모두 그러하다. ‘미네르바 비방’ 사건도 막연히 공정이용을 주장했기 때문에 ⑤번 판결에서처럼 포괄적 공정이용조항의 적용 가능시점 이전이지만 주장취지상 인용조항 항변만큼은 있다고 본 사건이다.
- 122) 포괄적 공정이용조항의 입법으로 인해 굳이 개별제한규정을 충족하지 않아도 앞으로는 침해책임을 면할 수 있는 길이 열리게 되었기 때문에, 기존의 규정들은 현실적 가치면에서는 단순한 예시규정에 가깝게 변질될 수도 있다는 의미이다. 이런 방향과 관련 있는 논의로는 오승중, 앞의 책(각주 25), 768면 및 정진근, 앞의 논문(각주 120), 55면 참조.
- 123) 가령 저작권법 제25조에 따른 학교에서의 이용은 보상금 지급이 필요하지만, 엇비슷한 사안에서 다른 요소가 고려된 결과 포괄적 공정이용조항 적용이 긍정되는 경우라면 보상금 지급이 필요 없게 된다. 이런 차이는 사실상 제25조의 입법취지를 우회적으로 형해화시키는 것이 아니냐는 우려로는 정진근, 앞의 논문(각주 120), 62면.

셋째, 아직 종전 인용조항과 구별되게 포괄적 공정이용조항만의 보호영역을 명확하게 제시한 사례는 나타나지 않고 있다. 비록 ⑤번 판결에 의해 인용조항의 적용범위가 다소 축소되었지만 여전히 그 규정이 없었다면 포괄적 공정이용조항이 활약했을 법한 무대의 상당부분을 인용조항이 선점하고 있는 셈이다. 인용조항의 검토에서 종합적으로 고려되는 요소들이 포괄적 공정이용조항의 4가지 요소와 중복된다는 점도 원인 중 하나일 것이다. 인용조항 중 추상적·불확정 개념을 가진 ‘정당한 범위’와 같은 문구를 없애거나 고치지 않는 한, 인용조항에서도 제반 요소가 종합적으로 고려되는 과정은 문제점이라기보다 오히려 적절한 고려방법에 속한다. 따라서 이런 영역에서는 설령 두 조항간의 중복이 생기더라도 이를 피할 수 있는 뾰족한 해결방법은 없다. ‘공표된 저작물’이나 ‘인용’처럼 구체적으로 확정 가능한 문구를 보다 엄격히 해석하는 것이 장차 포괄적 공정이용조항의 무대를 조금이나마 넓히게 해 줄 것이다. 어쨌든 현재까지는 일단 당해 사건에서 인용조항의 항변이 배척되면 그 다음으로 포괄적 공정이용조항의 항변도 인용조항 항변의 배척사유를 단지 요약하여 실시하는 수준에서 마찬가지로 법원이 배척하고 있다.<sup>124)</sup>

넷째, 포괄적 공정이용조항이 제시한 4가지 요소마다 공정이용의 성립에 긍정적·부정적인지를 개별적으로 나누어 판단하는 판결례를 전혀 찾아볼 수 없고 단지 종전에 다른 법이나 저작권법 분야에서 여러 가지 요소를 복합적으로 고려해야 하는 불확정개념에 관한 실시에서처럼 하나로 뭉뚱그린 판단이 이루어지고 있다. 즉 전반부에 4가지 고려요소가 있다는 법리를 제시한 뒤, 각 요소에 대한 사실판단은 모두 묶어 뒷부분에서 함께 제시하는 방식이다. 미국 저작권법 제107조를 구체적 사례에서 적용함에 있어 4가지 요소별로 원고나 피고 누구에게 유리한지 일일이 밝히고, 나아가 요소마다 서로 엇갈린 판단결과를 드러내는 것도 주저하지 않는 미국법원의 태도<sup>125)</sup>와 상반되는 것임은 물론이다. 아직 단언하기는 시기상조일지 모르나, 이 부분은 특정 법조문 하나가 좌우할 수 있는 영역이라기보다 법원의 역사적 관행, 그 배경을 이루는 법조문의 전반적 특색이 더 크게 작동할 영역이므로 앞으로도 쉽게 바뀌지 않을 개연성이 있다.

124) ‘미네르바 비방’ 사건을 제외한 나머지 4건이 모두 그러하다. 미네르바 비방 사건에서는 포괄적 공정이용조항의 적용가능시점 이전이라는 이유로 배척되었다.

125) 이런 태도에 대한 잘 정리된 분석으로는 이규호·서재권, 앞의 논문(각주 88), 136-155면.

### 3. 포괄적 공정이용조항 도입에 불구하고 여전히 해결하기 어려운 난제

신설된 포괄적 공정이용조항은 그동안 개별적 제한조항들이 가졌던 단점을 메워 줄 긍정적 역할을 수행할 것으로 기대되고 있다. 하지만 구조적 한계도 분명하다.

무엇보다 제35조의3에 신설된 포괄적 공정이용조항은 저작권재산권에 대한 제한 규정일 뿐 저작인격권은 제한하지 않는다. 저작인격권은 그 나름의 독자적인 제한 사유가 규정되어 있는데, 이를 한마디로 쉽게 요약하면 부득이한 경우라야 제한할 수 있다는 것이다. 가령 동일성유지권에 관해 저작권법 제13조 제2항 제5호는 “... 부득이하다고 인정되는 범위 안에서의 변경”이라고 규정하는바, 그에 대응하는 규정인 일본 저작권법 제20조 제2항 제4호에서도 “... 부득이하다고 인정되는 개변(やむを得ないと認められる改変)”이란 문구와 대동소이하다. 공정이용이 시장실패를 교정한다는 등 주로 경제적인 합리성·효율성에 기초하여 작동하는 구조임에 비하여, 동일성유지권의 제한사유는 단순히 더 합리적이고 더 높은 효율을 달성하기 위해서가 아니라 정말 어쩔 수 없는 상황이라야 제한을 허락한다는 측면에서 기본적으로 자연권(自然權)의 보장과 그 제한 이론에 맞닿아 있다고 파악될 수 있다. 그 결과 인터넷시대를 맞아 앞서 ④번 판결의 사안에서처럼 저작물을 변형하여 이용하는 것이 불가피한 상황은 폭증하고 있는데 원래대로 엄격하게 저작인격권의 제한사유를 풀이하게 되면 공정이용이 인정되더라도 저작인격권 침해책임은 면할 수 없게 되고, 그 결과 이용행위가 위축되고 포괄적 공정이용조항 취지도 훼손될 것이다.<sup>126)</sup>

이런 부당한 결과를 피하려면 결국 저작인격권의 제한사유를 공정이용의 인정여부와 긴밀하게 연동시킬 필요성이 있다고 볼 수 있다.<sup>127)</sup> 하지만 이렇게 연동시킨다면 과연 저작권재산권(일본에서는 저작권)과 저작인격권(일본에서는 저작자인격권)

126) 이 부분과 같은 맥락의 진술은 中山信弘 저(윤선희 편역), 앞의 책(각주 22), 6-7면. 덧붙여 비록 전면적으로 저작인격권의 성명표시권과 연결짓는 것은 어려울지 몰라도 그 권리와 상당히 밀접한 관계에 있다고 볼 수 있는 출처의 명시무조항(우리 저작권법 제37조, 이에 일본 저작권법 제48조가 대응함)이 다른 제한규정들처럼 한국의 포괄적 공정이용조항에도 적용된 결과로, 포괄적 공정이용조항이 저작인격권에는 미치지 않아 저작인격권의 존재가 경우에 따라 포괄적 공정이용조항의 의미를 퇴색시키는 것과 엇비슷한 폐단이 생길 수 있다.

127) 공정이용에 해당하는 경우에는 부득이한 변경이라는 동일성유지권 제한사유에 해당한다는 견해는 이미 일본과 한국 모두에서 강하게 등장하고 있다. 가령 한국에서는 이해원, 앞의 책(각주 24), 722-723면 등; 일본에서는 文化審議會著作權分科會 法制問題小委員會, 앞의 글(각주 81), 31면 등.



으로 양분하여 저작권이란 전체권리를 구성하는 2개의 기둥을 세운 한국과 일본 저작권법의 기본적 전제는 제대로 지켜지는 것인가라는 의문이 다시 들 수밖에 없다. 결국 이 문제는, 양도가 원칙적으로 불가능한 인격적인 권리로 파악하느냐 혹은 양도가 전면허용되는 재산적 권리로 파악하느냐에 관해서는 입장이 크게 갈리지만 적어도 일원론(一元論)에 입각하여 저작권을 설계한 독일 및 미국에서와 다르게, 한국이나 일본에서는 이원론적 사고에 따라 저작인격권과 저작재산권을 나누고 있는 데서 비롯된 것이다. 일본이나 한국의 이런 태도가 부여한 장점도 적지 않았지만, 저작물이 특허제품이나 상표상품처럼 대량유통되고 대중의 향유가 강조되는 현재시점에서는 단점이 점차 더 두드러지고 있다고 진단된다.<sup>128)</sup> 이 점에 대한 장기적 검토가 필요하다는 점만 밝히고 지면제약으로 더 부연하지는 않는다.

#### IV. 결 론

이 글은 공표된 저작물의 정당한 인용을 허용하는 저작권법 제28조(인용조항)의 해석론을 개관하고 2011년 신설된 포괄적 공정이용조항(제35조의3)으로 인용조항에 대한 해석론은 어떻게 변화하였는지를 살펴본 다음, 현재의 해석론에서 문제가 있는 부분을 비판하기 위한 것이다. 우리 저작권법이나 관련 논의가 일본으로부터 많은 영향을 받았던 탓에 어떤 부분에서는 일본의 그것과 너무 흡사한 모습을 새삼 발견하고 자괴감을 가지기도 하였지만, 다른 부분에서는 열악한 환경 속에서도 오히려 일본에 앞서 의미 있는 성취를 하였다는 뿌듯한 사실을 필자도 확인할 수 있었다.

제2장의 전반부에서는 저작권법상 인용조항의 입법연혁을 살펴보았는데, 1986년 개정을 통한 인용조항의 변화는 1970년 개정 전후의 일본 저작권법상 인용조항의 변화모습과 거의 같음을 확인하였다. 같은 장 후반부에서는 2011년 포괄적 공정이용조항이 도입되기 이전 시점까지 인용조항의 해석론이 어떻게 변화하여 왔는지를 특히 대법원 판례를 중심으로 시기별로 나누어 고찰하였다. 그 중 유심히 살펴볼 만한 것이 1997년 ‘대학입시용 문제집’ 사건의 판결(앞서 ②번 판결)이다. 다음 아니라 이 판결에서, 1990년 ‘플래쉬(Flash) 잡지 외설사진’ 사건(앞서 ①번 판결)이 일

128) 역시 이 부분과 같은 맥락의 진술은 中山信弘 저(윤선희 편역), 앞의 책(각주 22), 274면.

본 최고재 판례에서 도입한 주종관계 이론을 버리고 제반사정을 두루 종합적으로 고려하여 인용조항에 해당하는지 판단하자는 선구적 이론을 제시하였음을 앞에서 자세히 살펴보았다. ②번 판결은 비록 시기적으로 앞서 이루어진 일본 도쿄고재의 판시문을 일부 참조하고는 있지만 그것을 활용하여 실질적인 논리에서는 새로운 도약을 이루고 있다. 그리고 그런 논리적 도약과정에서 드러난 특색, 가령 도쿄고재의 판결 원문에는 없었던 시장대체성을 종합적 고려요소에 추가한 것 등은 미국 저작권법 논의에 일찍부터 눈뿜던 한국의 논자들이 자국의 문제해결에 미국식 논리가 더 적합하다고 능동적으로 판단한 결과로 이해된다. 이런 종합적 고려의 입장은 2006년 ‘검색엔진의 썸네일이미지 제공’ 사건(앞서 ④번 판결)에서 더 발전하였다. 여기서는 주종관계 이론을 버리는 데 그치지 않고 인용주체의 저작물이 아예 존재하지 않아 기존 인용규정의 해석상으로는 ‘인용’ 자체가 없는 경우까지 인용조항의 적용을 긍정함으로써, 사실상 미국식 포괄적 공정이용조항에 가깝게 인용조항을 지극히 넓게 해석하고 있다. 인용조항의 해석에 있어 문구적 해석의 범위를 크게 벗어나지 않았던 일본에서와 달리 한국의 법원은 위 ④번 판결과 같은 과감한 태도를 통하여 사실상 미국식 포괄적 공정이용조항에 상당히 근접한 범리를 갖추고 있었던 셈이다. 다만 위 ④번 판결의 입장에 따르더라도 여전히 가령 ‘공표된 저작물’과 같이 명확하게 인용조항을 제약하는 요소는 남아있어 미국식 포괄적 공정이용조항과 완전히 일치하지는 않았음도 설명하였다.

나아가 이 논문의 제3장에서는 2011년 포괄적 공정이용조항 도입 후의 인용조항 관련 논의를 고찰하였는데, 그 중 제1절에서 한국의 포괄적 공정이용조항 도입은 한·미 자유무역협정에서의 합의내용이 저작권강화에만 치우쳐 있었기 때문에 이용자의 권익도 강화하고 균형을 달성하고자 의도된 결과물임을 밝혔다. 또한 포괄적 공정이용조항이 베른협약의 3단계 테스트에 어긋난다는 논란에 대하여도 사실은 그렇지 않음을 논증하였다. 제3장 제2절에서는 2011년 포괄적 공정이용조항 도입을 전후하여 한국에서 어떻게 기존 인용조항과의 상호관계를 모색해 나가는지를 고찰하였는데, 먼저 그런 모색의 결과로 이루어진 2013년 리프리놀 사건(앞서 ⑤번 판결)을 자세히 분석하였다. 여기서는 주종관계를 요구함과 동시에 인용의 목적 등 다양한 요소들을 종합적으로 고려하도록 요구하고 있지만, 이런 절충적 견해는 실제로는 문제가 많음을 논증해 보았다. 주종관계의 존재를 반드시 요구하게 되면 더 중요할 수 있는 종합적 고려 부분을 무의미하게 할 수 있는 점, ‘정당한 범위’와 같은 불확정개념 속에서 주종관계가 반드시 있어야 한다는 명제를 선뜻 확정적

으로 도출하고 있는 점에서 불합리하다는 것이 그 비판의 골자이다. 포괄적 공정이용조항과의 충돌을 피하고자 인용조항의 적용범위를 제한하는 올바른 길은 주종관계라는 과거 기준에 의하는 방법이 아니라, ‘공표된 저작물’이나 ‘인용’과 같이 어느 정도 확정이 가능한 개념을 엄격히 해석하는 방법이 되어야 한다. 또한 주종관계 존부는 다른 요소들처럼 종합적 고려의 요소들 중 하나 정도로 파악하는 것이 타당하다. 제2절의 다음부분에서는 위 ⑤번 판결 이후 인용조항과 포괄적 공정이용조항의 관계를 다룬 판결들을 두루 분석하였는데, 특히 ⑤번 판결 이후 내려진 여러 건의 하급심 판결들을 면밀히 살펴보면 포괄적 공정이용조항을 보충적으로 운영하고 있지만 아직 인용조항과의 차별성을 부각시키지 못하고 있음을 실증적으로 확인할 수 있었다.

덧붙여 제3장 제3절에서 언급한 대로 포괄적 공정이용조항 도입에 불구하고 여전히 해결하기 어려운 난제로 저작재산권과 저작인격권을 대별하는 이원적인 태도를 취하고 있는 상황 때문에 설령 포괄적 공정이용조항으로 보호되는 사안 조차 여전히 저작인격권 침해로 제재될 위험에 노출되는 등 문제점이 드러나고 있음을 지적하고, 이에 대해 장기적 검토가 필요함을 밝혔다.

투고일 2016. 7. 13	심사완료일 2016. 8. 8	게재확정일 2016. 8. 25
-----------------	------------------	-------------------

## 참고문헌

- 국회 교육문화체육관광위원회, 저작권법 일부개정법률안 심사보고서(2016. 2).  
\_\_\_\_\_, 저작권법 일부개정법률안(이군현 의원 대표발의) 검토보고서(2013. 2).
- 김문환, “미국 저작권법의 개관(하)”, **대한변호사협회지**, 제140호(대한변호사협회, 1988).
- 김호철, “한·미 FTA 저작권 분야 협상결과 및 국내법 이행 검토”, **계간 저작권**, 2009년 여름호(한국저작권위원회, 2009. 6).
- 문화체육관광부·한국저작권위원회, **개정 저작권법 해설서**(2012).  
\_\_\_\_\_, 한·미 FTA 이행을 위한 개정 저작권법 설명자료(2011. 12).
- 박성호, “2014년 지적재산법 중요 판례”, **인권과 정의**(대한변호사협회, 2015. 3)  
\_\_\_\_\_, “인터넷 환경 하에서 저작권의 제한에 관한 연구 - 저작권법 제28조 및 제30조를 중심으로 -”, **정보법학**(한국정보법학회, 2015. 12)  
\_\_\_\_\_, **저작권법**(박영사, 2014. 9).  
\_\_\_\_\_, “포스트모던 시대의 예술과 저작권”, **저작권관계자료집**, 제18집(저작권심의조정위원회, 1995. 12)
- 박익환, “공정이용조항의 도입논의”, **디지털재산법연구**(세창출판사, 2007).
- 박준석, “이미지 검색엔진의 인라인링크 등에 따른 복제, 전시, 전송 관련 저작권침해 책임”, **민사판례연구**, 제33권 상(박영사, 2011. 2).  
\_\_\_\_\_, “한국 저작권법 상의 ‘저작권 제한’에 관한 고찰”, **계간 저작권**, 2012년 겨울호(한국저작권위원회, 2012. 12).  
\_\_\_\_\_, “한국 지적재산권법의 과거·현재·미래”, **저스티스**, 통권 제136호(한국법학원, 2013. 6).
- 송상현, “컴퓨터 소프트웨어의 개발자와 이용자 간의 법률관계”, **서울대학교 법학**, 제28권 3·4호(서울대학교 법학연구소, 1987. 12).
- 오승중, **저작권법**, 제3판(박영사, 2013. 3).
- 이규호, **저작권법**, 제4판(진원사, 2014. 2).
- 이규호·서재권, **공정이용 판단기준 도출을 위한 사례연구**(한국저작권위원회, 2009. 12).
- 이성호, “기술의 발전과 저작권법”, **인터넷과 저작권**(법관연수 자료집, 미공간)(사법

- 연수원, 2007. 6).
- 이해완, **저작권법**, 제3판, 박영사(2015. 4).
- 이형하, “저작권법상의 자유이용”, **지적소유권에 관한 제문제**, 하권, 재판자료 제57집 (법원행정처, 1992. 12).
- 임광섭, “UCC동영상과 저작권”, **Copyright Issue Report 2010**(한국저작권위원회, 2010).
- 임원선, **실무자를 위한 저작권법**, 제3판(한국저작권위원회, 2013. 11).
- 정상조 대표편저, **저작권법 주해**(박영사, 2007. 12).
- 정진근, “저작권의 공정사용원칙의 도입에 따른 문제와 개선방안”, **계간 저작권**, 2013년 여름호(한국저작권위원회, 2013. 6).
- 中山信弘 著(윤선희 편역), **저작권법**(법문사, 2008).
- 최호진, “개정 저작권법 제35조의 3(저작물의 공정한 이용)에 따라 공정이용을 판단 할 때 발생할 수 있는 문제점에 대한 고찰과 해석론의 제시”, **계간 저작권**, 2012년 가을호(한국저작권위원회, 2012. 9).
- 한승헌, **저작권의 법제와 실무**(삼민사, 1988. 3).
- 한지영, “저작권법상 인용에 관한 고찰”, **창작과 권리**, 제68호(세창출판사, 2012).
- 허희성, **저작권법 개설**(태양출판사, 1977).
- 황적인 외 2인, **저작권법**(법문사, 1988. 9).
- 高瀬亜富, “平成22年著作権関係裁判例紹介”, **パテント**, Vol. 64. No. 8(日本弁理士会, 2011).
- 高林龍, **標準 著作権法**(有斐閣, 2010. 12).
- 高部眞規子, “引用(2) - 美術全集への掲載 [藤田嗣治事件:抗訴審] 東京高裁昭和60年10月17日判決”, **著作権判例百選**, 第4版(有斐閣, 2009. 12).
- 文化審議會著作権分科会 法制問題小委員会, 権利制限の一般規定に関する報告書 (2010. 12).
- 飯村敏明, “引用(1) - パロディ [モンタージュ寫真事件:上告審] 最高裁昭和55年3月28日第三小法廷判決”, **著作権判例百選**, 第4版(有斐閣, 2009. 12).
- 小倉秀夫/金井重彦, **著作権法コンメンタル**(LexisNexis, 2013. 5).
- 田村善之, “検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題”, **知的財産法政策學研究**, Vol. 18 (北海道大学, 2007).
- \_\_\_\_\_, “日本版フェア・ユース導入の意義と限界”, **知的財産法政策學研究**, Vol. 32

(北海道大学, 2010).

川原健司, “引用の適法要件”, *東京大學法科大学院ローレビュー*, Vol. 1(東京大学, 2006. 8).

Geiger, Christophe, Daniel Gervais & Martin Senfleben, “The Three-Step Test Revisited: How to Use the Test’s Flexibility in National Copyright Law”, *Program on Information Justice and Intellectual Property (PIJIP) Research Paper* no. 2013-04 (2013).

Potzlberger, Florian, “Google and the Thumbnail Dilemma – “Fair Use” in German Copyright Law?”, 9 *Journal of Law and Policy for the Information Society* 139 (Spring 2013).

Senfleben, Martin, “The International Three-Step Test – A Model Provision for EC Fair Use Legislation –”, 1 *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* 67 (2010).

<Abstract>

## The Change of Interpretation on the Quotation Provision in the Korean Copyright Act (Article 28) and the Review of It

Park, Jun-seok\*

In the specific feature of the quotation provision, Art. 28 in the Korean Copyright Act before and after the provision was changed by the amendment in 1986, in the discussion made by scholars and courts cases about the provision, it is hard to deny the really heavy affluence from Japan. Even the detailed expressions in the provision or the related rulings are same with those of Japan in a significant portion. But on the other hand, under the stronger US influence on the field of copyright law than on the other areas of intellectual property laws in South Korea, the attitude trying to interpret the quotation provision as a US-style comprehensive fair use provision as much as possible has been continuously maintained. In such a situation, the continually changing view of the Korean Supreme Court precedents about the quotation provision until the comprehensive fair use provision is introduced in 2011 could be summarized as follows: ① the ‘Obscene Photos of the Flash Magazine’ case in 1990, ② the ‘College Entrance Examination Questionnaire Book’ case in 1997, ③ the Novel *The Roses of Sharon have blossomed* case in 1998, and ④ the ‘Thumbnail Image Service by The Search Engine’ case in 2006. Number ① ruling is deadly following the theory of the master-servant relationship set by the Japanese Supreme Court. Num. ② ruling, has great significance because, earlier than Japanese rulings, it presented the same standpoint as that later becomes influential in Japan even though the num. ② ruling took a part of the Tokyo High Court’s ruling as it is. Num. ③ ruling is the first case supporting the exactly same position as in the below Lyprinol case which is the current version of the court’s interpretation about the quotation provision. Num. ④ ruling is interpreting the quotation

---

\* Associate Professor, College of Law / School of Law, Seoul National University.

provision extremely broadly in the Internet era, to respond effectively against copyright disputes in the Internet space.

It became unavoidable to reduce the shooting range of the quotation provision which had been expanded too far after the comprehensive fair use provision was introduced into the Korean Copyright Act on 2011. From that context, the Korean Supreme Court in Lyprinol case (num. ⑤ ruling) in 2013 returned to the position of the previous Num. ③ ruling by requiring not only the master-servant relationship but also the comprehensive consideration of various factors such as the purpose of the quotation. However, the position taken by Lyprinol case is unreasonable because such automatous requiring of the master-servant relationship could make the procedure of the comprehensive consideration meaningless and because it is illogical to conclude there always should be the master-servant relationship while interpreting a uncertain legal concept as ‘justifiable extent.’ To limit the scope of the quotation provision and finally to avoid a collision with the new comprehensive fair use provision, not to maintaining the outdated standard as the master-servant relationship but to interpret strictly the concepts such as “published work” & “quotation” which are relative certain to some extent is an appropriate way.

Keywords: quotation provision in the Korean Copyright Act, justifiable quotation of a published work, comprehensive fair use provision, master-servant relationship of the cited work, limitation provisions on copyright