

# 1. 저작권 정리

# Chap.1 침해 총론

● The copyright

## ▼ 제1장 침해 개관

- ① 저작권침해를 주장하는 자가 해당 저작물에 대하여 유효한 저작권을 가지고 있을 것
- ② 주관적 요건으로서 의거성
- ③ 객관적 요건으로서 실질적 유사성
- ④ 제한 사유가 없을 것

### ▶ 침해 목차

#### 1. 저작물 여부

인간의 사상이나 감정의 표현 + 창작성

#### 2. 저작권자

#### 3. 저작권침해 주관적 요건 - 의거성

- 대상 저작물이 기존의 저작물에 의거하여 작성되었다는 점이 인정되어야 한다.

- 접근가능성, 실질적 유사성 등 간접사실 인정시 사실상 추정

#### 4. 저작권침해 객관적 요건 - 실질적 유사성

가. 판단대상 - 아이디어 표현 이분법

창작적 표현형식

나. 의거성 요건의 실질적 유사성과의 관계

의거성(지엽말단적 유사성 포함)

실질적 유사성(기존의 저작물의 내용 및 형식을 감지할 수 있을 정도)

판례(의거성은 저작권으로 보호받지 않는 표현 유사여부 참작 가능)

다. 사안

#### 5. 제한 사유

## ▼ 제2장 침해로 보는 행위(제124조)

**제124조(침해로 보는 행위)** ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 본다.

1. 수입 시에 대한민국 내에서 만들어졌더라면 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 될 물건을 대한민국 내에서 배포할 목적으로 수입하는 행위
  2. 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 침해하는 행위에 의하여 만들어진 물건(제1호의 수입물건을 포함한다)을 그 사실을 알고 배포할 목적으로 소지하는 행위
  3. 프로그램의 저작권을 침해하여 만들어진 프로그램의 복제물(제1호에 따른 수입 물건을 포함한다)을 그 사실을 알면서 취득한 자가 이를 업무상 이용하는 행위
- ② 저작자의 명예를 훼손하는 방법으로 저작물을 이용하는 행위는 저작권격권의 침해로 본다.

### 1. 의의 및 취지

침해로 보는 행위란 저작권법에 의해 보호되는 권리의 직접적인 침해는 아니지만 침해의 개연성이 높은 행위를 말한다. 저작물은 무체물이기 때문에 권리구제의 실효성을 담보하기 위함이다.

### 2. 저작인격권의 침해로 보는 행위

저작자의 명예를 훼손하는 방법으로 그 저작물을 이용하는 행위는 저작인격권의 침해로 간주된다(제124조제2항). 저작재산권 등 정당한 권원을 가진 자가 저작물을 이용하는 경우에도 적용된다. 다만, 명예를 훼손하는 행위는 저작물의 이용에 따른 것이어야 하며, 단순히 저작물의 내용을 비방하는 것과 같은 행위는 본 규정에 해당하지 않는다.

## ▼ 제3장 온라인서비스제공자(OSP)의 법적 책임

### 1. 정의(제2조제30호)

온라인서비스제공자란 정보통신망을 통해 저작물 등을 복제, 전송할 수 있는 서비스 등을 제공하는 자를 말한다(저작권법 제2조 제30호).

OSP의 서비스유형	기술적 특징
인터넷 접속서비스 (제1항 제1호)	네트워크와 네트워크 사이에 통신을 하기 위해서 서버까지 경로를 설정하고 이를 연결해 주는 서비스(ex, KT)
캐싱 (제1항 제2호)	OSP가 일정한 콘텐츠를 중앙서버와 별도로 구축된 캐시서버에 자동적으로 임시 저장하여 이용자가 캐시서버를 통해 해당 콘텐츠를 이용할 수 있도록 하는 서비스
저장 또는 검색서비스 (제1항 제3호)	일정한 자료를 하드디스크나 서버에 저장·사용할 수 있게 하는 서비스(ex. 인터넷게시판, 웹하드) 인터넷에서 정보를 검색하여 정보를 제공하여 주는 서비스(ex. 네이버, 구글)

### 2. 방조에 의한 공동불법행위책임

판례는 OSP에 대하여 원칙적으로 구체적, 개별적인 게시물에 대한 삭제 및 차단 요구를 받은 경우는 물론, 삭제·차단 요구가 없더라도 불법성 있는 게시물에 대한 인식 및 통제가능성이 인정되는 경우 이

에 대한 적절한 조치 등을 취하지 않은 경우 부작위에 의한 방조자로서 공동불법행위책임(민법 제 760조 제3항)이 성립한다고 판시하였다.<sup>1)</sup>

### 3. OSP의 책임 제한 규정(제102조)

#### 4. 저작권침해를 이유로 한 서비스중지요청 등의 절차(제103조)

OSP의 책임제한 규정은 OSP가 관리자의 중단 요청을 받아 복제, 전송 등을 취한 경우에 대한 규정이다. OSP는 권리주장자로부터 복제, 전송 중단을 요구받은 경우 이를 중단시키고, 복제·전송자에게 이를 통보하여야 하고(저작권법 제103조 제1항, 제2항), 통보받은 복제·전송자가 정당한 권리에 의한 것임을 소명하여 그 재개를 요구하는 경우 재개요구사실 및 재개예정일을 권리주장자에게 통보하고 예정일에 재개시켜야 한다(저작권법 제103조 제3항). 또한 이에 따른 복제·전송을 중단 및 그 재개의 요구를 받을 자를 지정하여 이용자들에게 공지하여야 한다(저작권법 제103조 제4항).

### 5. 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 면책요건

#### 가. 의의

다른 사람들 상호 간에 컴퓨터를 이용하여 저작물 등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인 서비스제공자를 특수한 유형의 온라인서비스제공자라고 한다.

관리자의 요청이 있는 경우 특수한 유형의 온라인서비스 제공자는 해당 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 조치 등 필요한 조치를 하여야 한다(제104조제1항).

#### 나. 기술적인 조치의 범위

기술적 조치의 의무와 관련하여 하급심 판례는 기술적 조치로서 적극적 필터링을 상용화한 서비스도 존재하고 있으므로, 소극적 필터링만을 하는 경우 기술적으로 가능한 모든 노력을 다하였다고 볼 수 없어 방조책임을 인정하였다<sup>2)</sup>.

#### 다. 검토

P2P서비스를 제공하는 사업자의 경우 제102조의 요건을 갖추면 면책받을 수 있는데 제104조 해석을 적용한 판례의 입장은 논리적 모순이 존재한다고 볼 수 있다. 결론적으로 판례에 따르면 적극적 필터링 등 모니터링 의무를 다하였다고 보기 어려운 경우 상당한 노력을 하였다고 보기 어렵다.

1) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결

2) 서울고등법원 2007. 10. 10. 선고 2006라1245 판결

## ▼ 제1장 민사구제 - 침해정지청구권, 손해배상청구권

### 1. 침해정지청구권 등(제123조)

i) 저작권자 등은 권리침해가 현존하는 경우 그 권리를 침해하는 자에 대하여 침해의 정지를 청구할 수 있으며, 그 권리를 침해할 우려가 있는 자에 대하여 침해의 예방 또는 손해배상의 담보를 청구할 수 있다(제123조제1항). ii) 이 경우 침해행위에 의하여 만들어진 물건의 폐기나 그 밖에 필요한 조치를 함께 청구할 수 있고(같은 조 제2항), iii) 보전의 필요성을 소명하여 가처분신청을 할 수 있다.

### 2. 손해배상의 청구(민법 제750조, 저작권법 제125조)

i) 침해자의 ① 고의·과실로 ② 저작권이 침해되어 ③ 저작권자에게 손해가 발생하고 ④ 침해와 손해 사이에 인과관계가 인정되는 경우 이는 불법행위에 해당하여 저작권자에게 손해배상청구권이 발생한다. ii) 다만, 저작재산권은 무체물로 침해사실을 인지하기 어렵고, 저작물의 권리범위가 명확하지 않아 침해 여부의 판단이나 손해액의 산정이 곤란하다는 특질이 있어 그 손해액의 입증과 관련하여 특별한 규정을 두고 있다(제125조, 제125조의2, 제126조).

**제125조(손해배상의 청구)** ① 저작재산권을 고의 또는 과실로 권리를 침해한 자에 대하여 그 침해행위에 의하여 자기가 받은 손해의 배상을 청구하는 경우에 그 권리를 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 때에는 그 이익의 액을 저작재산권자등이 받은 손해의 액으로 추정한다.

② 저작재산권자등이 고의 또는 과실로 그 권리를 침해한 자에 대하여 그 침해행위에 의하여 자기가 받은 손해의 배상을 청구하는 경우에 그 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액을 저작재산권자등이 받은 손해의 액으로 하여 그 손해배상을 청구할 수 있다.

③ 제2항의 규정에 불구하고 저작재산권자등이 받은 손해의 액이 제2항의 규정에 따른 금액을 초과하는 경우에는 그 초과액에 대하여도 손해배상을 청구할 수 있다.

④ 등록되어 있는 저작권 ... 권리를 침해한 자는 그 침해행위에 과실이 있는 것으로 추정한다.

#### 가. 제125조제4항 - 과실의 추정

판례는 출판자는 타인의 저작권을 침해한 책을 함부로 출판하지 않기 위해 출판에 앞서 동종서적을 조사해 보는 등의 노력을 기울여야 할 의무가 있다고 하여 과실을 인정한 경우가 있다<sup>3)</sup>.

#### 나. 제125조제1항 - 손해액 추정

① 입증부담의 경감되며 법률상의 사실추정 규정이다. ② 인과관계, 손해액이 추정되는 것이며 손해발생까지 추정되는 것은 아니다. ③ 침해자 이익 산정에 대하여 총이익설, 한계이익설, 순이익설 있으나 판례는 한계이익설(총 매출액에서 제조판매를 위해 직접 사용된 비용을 공제)을 따른다.

3) 서울고등법원 1998. 7. 15. 선고 98나1661 판결

다. 제125조제2항 - 손해액의 의제

통상이용료란 침해행위 당시 저작물의 이용허락을 받았더라면 이용대가로 지급하였을 객관적으로 상당한 금액을 말한다<sup>4)</sup>.

저작물사용계약을 맺고 사용료를 받은 사례가 있는 경우, 그 사용료가 특별히 예외적인 사정이 있어 이례적으로 높게 책정된 것이라거나 저작권 침해로 인한 손해배상청구 소송에 영향을 미치기 위하여 상대방과 공모하여 비정상적으로 고액으로 정한 것이라는 특별한 사정이 없는 한, 통상 얻을 수 있는 금액으로 본다.<sup>5)</sup>

라. 법정손해배상의 청구(제125조의2) - 법정손해액의 인정

침해사실만 입증하면 손해발생 여부와 관계없이 법정 손해액의 배상청구 가능

마. 손해배상의 인정(제126조) - 상당한 손해액 인정

① 손해가 발생한 사실은 인정되나 ② 제125조의 규정에 따른 손해액을 산정하기 어려운 때에는 ③ 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 ④ 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

### 3. 부당이득반환청구(민법 제741조)

저작권자는 법률상 원인 없이 저작권자의 재산인 저작재산권으로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 저작권자에게 손해를 가한 자에 대하여 그 이익을 반환하는 청구를 할 수 있다.

### 4. 부정경쟁방지법<sup>6)</sup>상 손배책임(부경법 제2조제1호파목)

### 5. 저작인격권의 침해(제127조)

### 6. 공동저작물의 권리침해(제129조)

4) 원고료, 인세, 사용료 등의 이름으로 지급되는 각종 금액

5) 대법원 2001. 11. 30. 선고 99다69631 판결

6) 부정경쟁방지법 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 '부경법')

## ▼ 제2장 형사구제(제136조 내지 제141조)

1. 권리의 침해죄(제136조)

2. 부정발행 등의 죄(제137조)

3. 출처명시위반죄 등(제138조)

4. 몰수(제139조)

5. 친고죄(제140조)

저작권범죄에 대한 공소는 고소가 있어야 한다. 다만 공익을 위해 예외규정을 두고 있다.

6. 양벌규정(제141조)

## ▼ 제3장 행정적 구제(제133조)

## ▼ 제1장 저작물

### • 제1절 저작권법의 보호 객체

#### 1. 저작물의 의의(제2조 제1호)

저작물이란 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물을 말한다(제2조제1호). 저작물의 정의규정은 저작권법의 적용범위를 확정하고 저작물의 본질을 제시함으로써 해석상 의문을 줄이고 타 산업재산권법과 구별기준을 제시한다.

#### 2. 저작물의 성립요건과 판단 기준

##### 가. 인간의 사상이나 감정

저작자의 정신활동으로 볼 수 있는 것이면 충분하고, 학문적 또는 예술적이어야 하는 것은 아니다.

##### 나. 표현<sup>7)</sup> - 아이디어와 표현의 이분법<sup>8)</sup>

i) 표현이란 ① 인간의 내면의 아이디어를 외부로 나타낸 것을 말한다. ② 판례는 아이디어와 표현의 이분법상 저작권의 보호 대상은 학문과 예술에 관하여 사람의 정신적 노력에 의하여 얻어진 사상 또는 감정을 말, 음, 색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현형식이고, 표현되어 있는 내용 즉 아이디어나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체는 설사 그것이 독창성, 신규성이 있다고 하더라도 원칙적으로 저작권의 보호 대상이 되지 않는 것이라고 본다.

ii) 외부표현으로 충분하고 유형물에 고정할 필요 없다[예외 - 영상저작물 제2조제13호].

##### 다. 창작성

7) 표현되지 않은 것은 저작물이 아니므로 저작권법으로 보호되지 않으나, 영업 비밀요건 해당시 부정법으로 보호

8) 아이디어와 표현의 이분법은 저작권의 보호범위에 관한 내용으로, 저작물의 성립요건인 표현을 검토하면서 깊게 검토할 내용은 아닙니다. 객관적 요건인 실질적 유사성에서 자세히 검토됩니다.



## • 제2절 창작성

### 1. 창작성의 의의

창작성이란 완전한 의미의 독창성을 말하는 것은 아니며 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있는 것을 의미한다. 특허법에서 신규성과 진보성이 절대적인 개념이라면, 저작권법에서의 창작성은 상대적인 개념에 속한다.

Chap.3

### 2. 요건

i) ① 독자성 및 ② 최소한의 독창성이 인정되어야 한다.

ii) 판례에 따르면 창작성이란 완전한 의미의 독창성을 말하는 것은 아니며 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있음을 의미할 뿐이어서 단지 저작물에 그 저작자 나름대로의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있고 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있을 정도이면 충분하다고 본다<sup>9)</sup>.

### 3. 구체적 검토

#### 가. 2차적저작물

2차적저작물의 창작성이 매우 낮다면 위작에 불과하며, 개작의 결과 현저하게 독창적 발상이 있고 사회 통념상으로도 원저작물과 비교해 별개의 저작물로 인정될 정도의 것이어야 한다. 나아가 더 고도한 창작성을 갖추어서 실질적 유사성이 상실되면, 전혀 별개의 저작물이 될 수 있다.

#### 나. 편집저작물

소재의 수집 분류 및 배열의 창작성이 인정되어야 한다.

#### 다. 기능적·사실적 저작물<sup>10)</sup>

기능적·사실적 저작물에 대한 저작물성 인정 요건에 대해 대법원은 기존 창작성 요건보다 엄격한 기준을 설정하고 있다. 저작권법은 기능적 저작물이 담고 있는 사상을 보호하는 것이 아니라, 그 저작물의 창작성 있는 표현을 보호하는 것이므로, 기술 구성의 차이에 따라 달라진 표현에 대하여 동일한 기능을 달리 표현하였다는 사정만으로 그 창작성을 인정할 수는 없고 창조적 개성이 드러나 있는지 여부를 별도로 판단하여야 한다.<sup>11)</sup>

9) 대법원 1995. 11. 14 선고 94도2238 판결

10) 예로 저작권법 제4조 제1항 제8호 도형저작물과 제9호 컴퓨터프로그램

11) 지하철 통신설비 중 화상전송설비에 대한 제안서도면에 관하여 기능적 저작물로서의 창작성을 인정하기 어렵다는 이유로 그 저작물성을 부인한 사례(대법원 2005. 1. 27 선고 2002도965 판결)

• 제3절 저작물의 종류(제4조)<sup>12)</sup>

1. 어문저작물(제4조 제1항 제1호)<sup>13)</sup>

가. 의의

인간의 사상이나 감정이 언어를 표현수단으로 하여 표현된 창작물

나. 실질적 유사성

- ① 작품 속의 근본적인 본질 또는 구조를 복제함으로써 전체로서 포괄적·비문언적 유사성이 인정되는 경우와 작품 속의 특정한 행이나 절 또는 기타 세부적인 부분이 복제됨으로써 양 저작물 사이에 문장 대 문장으로 대칭되는 부분적·문자적 유사성이 인정되는 경우가 있다. 위 두 가지 유사성 중 어느 하나가 있는 경우에는 실질적 유사성이 인정된다.
- ② 한편 어문저작물 중 소설, 극본, 시나리오 등과 같은 극적 저작물은 등장인물과 작품의 전개 과정의 결합에 의하여, 등장인물이 일정한 배경하에서 만들어 내는 구체적인 사건들의 연속으로 이루어진다. 이러한 사건이 유사하더라도 아이디어 부분이라고 할 수 있는 주제 등을 다루는 데 있어 전형적으로 수반되는 사건, 배경, 필수 장면이라면 포괄적·비문언적 유사성은 인정되기 어렵다. 이와 달리 아이디어의 차원을 넘어 표현에 해당하는 사건 등이 유사한 경우에는 포괄적·비문언적 유사성이 인정될 수 있다<sup>14)</sup>.

2. 음악저작물(제4조 제1항 제2호)<sup>15)</sup>

가. 의의

음에 의하여 표현되는 저작물

나. 구성요소

- ① 멜로디 ② 리듬 ③ 하모니 (가사를 구성요소로 하지 않는다<sup>16)</sup>)

다. 창작성

음악저작물은 일반적으로 가락, 리듬, 화성의 3가지 요소의 일정한 질서에 따라 음악적 구조를 이룬다. 따라서 음악저작물의 표현에 있어서 가장 구체적이고 독창적인 형태로 표현되는 가락을 중심으로 하여 리듬, 화성 등의 요소를 종합적으로 고려하여 판단한다.<sup>17)</sup>

3. 연극저작물(제4조 제1항 제3호)<sup>18)</sup>

- i) 사람의 동작에 의해 표현된 저작물로서 판례는 적합한 일련의 신체적 동작과 몸짓을 창조적으로 조합·배열한 것으로서 저작자의 사상 또는 감정을 표현한 창작물로 정의한다.<sup>19)</sup> ii) 안무가는 저작자, 댄서는 실연가에 해당한다.

12) 음악/미술/건축/사진 중요(제11조제3항, 제19조, 제35조)

13) 소설, 시, 논문, 각본, 연설, 강연, 강의, 설교, 답화

14) 서울중앙지방법원 2017. 6. 2. 선고 2016가합502413 판결

15) 교향곡, 현악곡, 재즈, 오페라, 가곡

16) 베른협약 제2조(1)은 음악저작물을 “가사를 수반하거나 하지 않은 악곡”(musical compositions with or without words)라고 정의한다.

17) 대법원 2015.8.13. 선고 2013다14828 판결

18) 연극, 무용, 무연극

19) 서울고등법원 2012.10.24. 선고 2011나104668 판결

#### 4. 미술저작물(제4조 제1항 제4호)<sup>20)</sup>

##### 가. 의의

인간의 사상이나 감정이 형상 또는 색체에 의하여 미적으로 표현되어 있는 저작물

##### 나. 응용미술저작물

i) (의의) 미술저작물로서 상업적인 대량생산에의 이용 또는 실용적인 기능을 주된 목적으로 하여 창작된 저작물을 말한다.

ii) (요건) ① 물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물로서(복제가능성) ② 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것을 말하며(분리가능성), 디자인 등을 포함한다(제2조 제15호).

즉, 응용미술저작물로서 저작권법의 보호를 받기 위해서는, 산업적 목적으로의 이용을 위한 '복제가능성'과 당해 물품의 실용적·기능적 요소로부터의 '분리가능성'이라는 요건이 충족되어야 한다.<sup>21)</sup>

판례는 “그 자체가 하나의 독립적인 예술적 특성이나 가치를 가지고 있어 예술의 범위에 속하는 창작물에 해당하는 것만이 저작물로 보호된다”고 판시하였다.<sup>22)</sup>

iii) (분리가능성) 실용적인 기능과 분리 인식되어 독립적으로 존재하거나 그 디자인 자체만으로 하나의 미술저작물이라고 할 수 있을 정도의 독자적 실체가 인정되는 경우에 분리가능성이 인정될 수 있다.<sup>23)</sup>

Chap.3

#### 5. 건축저작물(제4조 제1항 제5호)

##### 가. 의의

인간의 사상 또는 감정이 토지상의 공작물에 표현되어 있는 저작물<sup>24)</sup>

##### 나. 창작성

건축물과 같은 건축저작물은 이른바 기능적 저작물로서, 건축분야의 일반적인 표현방법, 그 용도나 기능 자체, 저작물 이용자의 편의성 등에 따라 그 표현이 제한되는 경우가 많고, 합체의 원칙이 엄격히 적용된다.<sup>25)</sup> 따라서 건축물이 그와 같은 일반적인 표현방법 등에 따라 기능 또는 실용적인 사상을 나타내고 있을 뿐이라면 창작성을 인정하기 어렵지만, 사상이나 감정에 대한 창작자 자신의 독자적인 표현을 담고 있어 창작자의 창조적 개성이 나타나 있는 경우라면 창작성을 인정할 수 있다.<sup>26)</sup>

##### 다. 보호 부분

기능적 요소 이외의 요소로서 건축물을 이루는 개개의 구성요소가 아니라 전체적인 디자인이고, 공간과 각종 구성 요소의 배치와 조합을 포함한 전체적인 틀

20) 회화, 서예, 조각, 판화, 공예, 응용미술저작물

21) 서울고등법원 2021. 4. 29. 선고 2020나2024814 판결

22) 대법원 2000. 3. 28. 선고 2000도79 판결

23) 서울북부지방법원 2014. 5. 23. 선고 2014노57 판결

24) 건축물, 건축을 위한 모형 및 설계도(저작권법 제4조 제1항 제8호)

25) 서울고등법원 2004. 9. 22.자 2004라312 결정

26) 대법원 2020. 4. 29 선고 2019도9601 판결

라. 특유제도

건축설계도를 입수하여 건축시 ‘복제’(제2조 제22호<sup>27)</sup>)

## 6. 사진저작물(제4조 제1항 제6호)

가. 의의

이미 존재하는 피사체를 카메라를 통해 재현해 내는 저작물

나. 창작성<sup>28)</sup>

i) (촬영대상) 피사체의 선정, 구도의 설정,

ii) (촬영방법) 빛의 방향과 양의 조절, 카메라 각도의 설정, 셔터의 속도, 셔터찬스의 포착, 기타 촬영방법,

iii) (현상·인화) 현상 및 인화 등의 과정에서 촬영자의 개성과 창조성이 인정되어야 한다.<sup>29)</sup>

다. 소유권과 저작권의 귀속

저작권은 사진사에게 귀속하며 소유권은 계약사항에 따른다.

라. 특유 문제

초상권, 퍼블리시티권 문제 가능<sup>30)</sup>

## 7. 영상저작물(제4조 제1항 제7호)

가. 의의

연속적인 영상을 매개체로 하여 사람의 사상 또는 감정을 표현한 저작물

나. 요건

① 매체에 수록 ② 동일영상 반복재생 가능<sup>31)</sup>

\*저작권법 제6장 영상저작물에 관한 특례 참조

27) 제2조 22호 “복제”는 인쇄·사진촬영·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법으로 일시적 또는 영구적으로 유형물에 고정하거나 다시 제작하는 것을 말하며, 건축물의 경우에는 그 건축을 위한 모형 또는 설계도서에 따라 이를 시공하는 것을 포함한다.

28) 창작성 부정 - 실용목적의 사진, 제품 카탈로그

29) 대법원 2001. 5. 8. 선고 98다43366 판결

30) 위탁에 의한 초상화 또는 이와 유사한 사진저작물의 경우에는 위탁자의 동의가 없는 때에는 이를 이용할 수 없다(저작권법 제35조 제4항)

31) 단순 녹화물은 영상저작물 요건 불성립

## 8. 도형저작물(제4조 제1항 제8호)

### 가. 의의

도형 등에 사람의 사상이나 감정이 표현된 저작물

### 나. 창작성

지도, 설계도 등은 표현 방법이 약속되어 있거나 표현 방법이 극히 제한되어 있는 등의 본질적 특성을 갖는 저작물이므로 창작적 표현에 대한 제한적 해석이 필요하다. 즉, 개개의 소재를 종래와 다른 새로운 방식으로 표현하였는지, 표현된 각종 소재의 취사선택에 창작성이 있는지 고려한다.

Chap.3

## 9. 컴퓨터프로그램저작물(제4조 제1항 제9호)

### 가. 의의

특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보 처리 능력을 가진 장치 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 저작물(제2조16호)

### 나. 보호대상(제101조의2)

설계서, 기술서, 프로그램 언어, 규약<sup>32)</sup>, 해법<sup>33)</sup>은 보호대상이 아니다.

### 다. 게임저작물

i) (의의) 게임 저작물은 어문저작물, 음악저작물, 미술저작물, 영상저작물, 컴퓨터프로그램 저작물 등이 결합되어 있는 복합적 성격의 저작물에 해당한다.

ii) (저작물 여부) 게임을 하는 방법이나 게임규칙, 진행방식 등 게임에 관한 기본 원리나 아이디어까지 저작권법으로 보호되지는 않는다.<sup>34)</sup>

그러나 개별 구성요소의 창작성 인정 여부와 별개로 구성요소들이 선택·배열되고 유기적인 조합을 이루어 선행 게임물과 확연히 구별되는 창작적 개성을 갖추고 있는 경우 저작물로 보호될 수 있다.<sup>35)</sup>

### 라. 서체도안 및 서체파일

#### (1) 서체도안의 저작물 여부(소극)

인쇄용 서체도안과 같이 실용적인 기능을 주된 목적으로 하여 창작된 응용미술 작품으로서의 서체도안은 거기에 미적인 요소가 가미되어 있다고 하더라도 그 자체가 실용적인 기능과 별도로 하나의 독립적인 예술적 특성이나 가치를 가지고 있어서 예술의 범위에 속하는 저작물에 해당 하는 경우에만 저작물로서 보호된다.<sup>36)</sup> 다만, 디자인보호법으로 보호 가능하다.

#### (2) 서체파일의 저작물 여부(적극)

특정한 결과를 얻기 위한 일련의 지시·명령의 해당하여 저작물이 인정된다. 즉, 서체파일(폰트)자체는 저작물로 인정될 수 없으나, 폰트 파일은 컴퓨터프로그램 저작물로 보호된다.

32) http

33) 알고리즘

34) 서울고등법원 2018. 4. 26. 선고 2017나2064157 판결, 대법원 2018.8.16. 선고 2018다237138 판결로 확정

35) 대법원 2019. 6. 27. 선고 2017다212095 판결

36) 대법원 1996. 8. 23. 선고 94누5632 판결

- 제4절 특유 저작물

### 1. 편집저작물

① 편집물로서 소재의 ② 선택 또는 배열에 창작성이 있는 것을 말한다(제2조 제17호, 제18호, 제6조). 소재 저작권자의 허락은 책임요건이지 성립요건이 아니다.<sup>37)</sup> 다만 편집저작물과 소재저작물의 관계가 문제된다.

### 2. 데이터베이스(DB) 제작자의 보호

#### 가. 데이터베이스

편집물의 일종으로, 소재를 체계적으로 배열 또는 구성한 편집물로서 개별적으로 그 소재에 접근하거나 그 소재를 검색할 수 있도록 한 것이다.

#### 나. 요건

배열에 창작성은 없으나 자료를 수집하고 축적하는데 상당한 시간, 노력, 자본이 투입되므로 보호한다. ① 편집물 ② 소재를 체계적으로 배열 또는 구성 ③ 개별적으로 그 소재에 접근하거나 그 소재를 검색 가능해야 한다.

#### 다. 편집저작물과 데이터베이스의 비교

편집저작물은 소재의 선택이나 배열 또는 구성에 창작성이 인정되는 경우에 보호되고, DB제작자의 권리는 소재의 선택이나 배열 또는 구성의 창작성 인정여부와 관계없이 보호된다.

#### 라. 보호(제95조제1항)

### 3. 제호

상품이나 서비스의 명칭, 표어, 슬로건 등과 같은 간단하고 짧은 문구는 창작성을 인정할 수 없어 저작물로 성립하지 않는다. 제호를 부정경쟁방지법으로 보호하는 것은 별론 독자적 저작물은 아니다(통설). 다만, 저작물 제호는 동일성 유지권에 의하여 보호받을 여지가 있다(제13조제1항).

### 4. 캐릭터

#### 가. 의의

대중이 접하는 매체를 통해 등장하는 가공 또는 실재 인물, 동물 등의 형상과 명칭을 말한다.

#### 나. 캐릭터 자체의 저작물성

i) 캐릭터는 캐릭터가 포함된 전체로서 미술저작권이나 영상저작권으로 보호되는 것이 원칙이다.  
ii) 다만, 캐릭터 자체의 저작물성에 대하여 판례는 그 인물, 동물 등의 생김새, 동작 등의 시각적 표현에 작성자의 창조적 개성이 드러나 있으면 원저작물과 별개로 보호되는 저작물이 될 수 있다고 본다고 판시하여 적어도 시각적 캐릭터에 대하여는 독자적인 저작물성을 인정하는 것으로 보인다.<sup>38)</sup>

37) 국문과 교수가 편집저작물(ex.시선집)을 편찬하면서 그 속에 수록된 소재(ex. 특정 시인의 시)를 해당 시인의 허락 없이 선택·배열하여 시선집을 만들더라도 창작성 인정되면 편집저작물로서 적법하게 성립, 저작권 침해책임 부담

38) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2007다6349 판결

## 5. 음란 저작물

판례는 표현되어 있는 내용 즉 사상 또는 감정 자체의 윤리성 여하는 문제 되지 아니하므로, 설령 내용 중에 부도덕하거나 위법한 부분이 포함되어 있다 하더라도 저작권법상 저작물로 보호된다고 판시하였다.<sup>39)</sup>

특허법(제32조)은 공서양속에 반하는 경우 특허받을 수 없도록 하고 있으나, 저작권법은 그러한 규정을 두고 있지 않은바, 판례의 입장이 타당하다.

Chap.3

---

39) 대법원 1990. 10. 23 선고 90다카8845 판결, 대법원 2015. 6. 11. 선고 2011도10872 판결

## ▼ 제2장 저작권자

### • 제1절 저작권자

#### 1. 의의

저작권이란 저작물을 창작한 자를 말한다(제2조제2호). 따라서 저작물을 실제로 작성하여 사상이나 감정을 창작성 있는 표현으로 구체화한 자가 저작자로 된다.

#### 2. 소유권과 저작권의 분리현상

소유권은 자기가 소유하는 물건을 배타적으로 사용·수익·처분할 수 있는 권리이다. 저작권도 이와 유사한 면이 있으나, 유체물에 대하여 성립하는 소유권과 무체물에 대하여 성립하는 저작권은 구분된다.

판례도 “편지 자체의 소유권은 수신인에게 있지만 편지의 저작권은 통상 편지를 쓴 발신인에게 남아 있게 된다.”라고 판시하였다.<sup>40)</sup>

#### 3. 저작자 및 저작권자의 추정

##### 가. 의의 및 취지

저작물의 원본, 복제물 등에 저작자로서의 실명 또는 이명으로서 널리 알려진 것은 일반적인 방법으로 표시된 자는 그 저작물의 저작자로 추정된다(제8조제1항제1호). 입증의 곤란을 구제하기 위함이다.

##### 나. 내용

저작자의 추정규정은 사실상의 추정으로 상대방은 반대사실을 입증하여 추정의 효과를 번복할 수 있다. 추정의 효과는 소급하므로, 저작명의자는 창작시부터 저작자, 저작권자인 것으로 추정된다.

### • 제2절 공동저작물

#### 1. 의의 및 취지

공동저작물은 2인 이상이 공동으로 창작한 저작물로서 각자가 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 것을 말한다(제2조제21호). 저작자 상호간에 밀접한 결합관계가 존재하기 때문에 저작권의 행사에 있어 일정한 특칙을 규정하고 있다.

저작물의 창작에 복수의 사람이 관여하였다고 하더라도 각 사람의 창작활동의 성과를 분리하여 이용할 수 있는 경우에는 공동저작물이 아니라 이른바 결합저작물<sup>41)</sup>에 불과한 것이라고 보아야 한다.<sup>42)</sup>

#### 2. 공동저작물의 성립요건

##### 가. 2인 이상의 창작적 기여

i) 저작물의 창작활동에 동기를 부여한 것에 불과한 경우라면 저작자로 될 수 없다. 따라서 창작

40) 서울중앙지방법원 1995.06.23. 94카합9230 판결

41) 결합저작물: 복수의 단독저작물이 결합되어 외형상 일체적으로 이용되는 것을 말한다

42) 대법원 2005. 10. 4. 자 2004마639 결정



보조자, 감수자, 교열자 창작을 위탁한 자는 공동저작자에 해당되지 않는다.

- ii) 판례는 “저작권은 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현형식만을 보호대상으로 하므로, 2인 이상이 저작물의 작성에 관여한 경우 그중에서 창작적인 표현형식 자체에 기여한 자만이 그 저작물의 저작자가 되고, 창작적인 표현형식에 기여하지 아니한 자는 비록 저작물의 작성 과정에서 아이디어나 소재 또는 필요한 자료를 제공하는 등의 관여를 하였더라도 그 저작물의 저작자가 되는 것은 아니다”라고 판시하였다.<sup>43)</sup>

Chap.3

#### 나. 창작에 공동관계가 존재

- i) 창작행위의 공동(객관적 공동성) 및 공동창작의 의사(주관적 공동성)가 인정되어야 한다.
- ii) 판례는 “공동의 창작행위는 공동창작의 의사를 가지고 공동저작자 모두 창작에 참여하는 것을 의미하지만, 시간과 장소를 같이해야만 하는 것은 아니고 상이한 시간과 상이한 장소에서도 공동저작자들이 공동창작의 의사를 가지고 각각 맡은 부분의 창작”하는 것을 의미한다고 판시하였다.<sup>44)</sup>
- iii) 공동창작의 의사는 공동의 창작행위에 의하여 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 단일한 저작물을 만들어 내려는 의사를 말한다.
- iv) 공동창작의 의사 존재시 공동저작물, 부존재시 2차적저작물에 해당된다.

#### 다. 분리이용 불가능

분리가 불가능한 경우뿐만 아니라 분리할 수는 있지만 현실적으로 그 분리이용이 불가능한 경우도 포함한다.

### 3. 공동저작물의 행사

#### 가. 적극적 행위의 권리행사

저작권법은 전원의 합의에 의하지 아니하고는 저작인격권(제15조제1항) 및 저작재산권(제48조제1항)을 행사할 수 없다고 하고 있다.

#### 나. 소극적 행위의 단독행사 가부

소극적 행위인 저작재산권 침해행위에 대한 정지청구 등은 저작재산권자 전원의 합의 없이 각자가 단독으로 행할 수 있고, 저작재산권 침해로 인한 손해배상도 각자의 지분에 따라 단독으로 청구할 수 있다(제129조).

### 4. 보호기간

공동저작물의 저작재산권은 마지막 저작자 사망 후 70년간 보호된다(제39조제2항).

### 5. 저작인접권의 경우

2인 이상이 공동으로 합창·합주 또는 연극 등을 실연하는 경우에 실연자의 인격권을 제외한 실연자의 권리는 공동으로 실연하는 자가 선출하는 대표자가 이를 행사한다. 다만, 대표자의 선출이 없는 경우에는 지휘자 또는 연출자 등이 이를 행사한다(제77조제1항).

43) 대법원 2020. 6. 25. 선고 2018도13696 판결(조영남 대작 판결)

44) 서울북부지방법원 2008. 12. 30. 선고 2007가합5940 판결

- 제3절 업무상 저작물(제2조 제31호, 제9조)

### 1. 의의 및 취지

i) 업무상 저작물은 법인등의 기획하에 법인등의 업무에 종사하는 자가 업무상 작성하는 저작물을 말한다(제2조제31호). ii) 이때 법인 등의 명의로 공표되는 업무상 저작물의 저작자는 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없는 때에는 그 법인 등이 된다. 다만, 컴퓨터프로그램저작물의 경우 공표를 요하지 아니한다(제9조). iii) 저작물의 창작에 있어 실질상 단체에 의해 창작되는 경우가 많음을 고려하여 사용자에게 원시적으로 저작자의 권리를 부여하고자 하는 것으로 창작자 원칙의 예외이다.

### 2. 요건

가. 법인등이 저작물 작성에 관하여 기획할 것

기획이란 아이디어를 제시하여 방침을 세울 뿐 아니라 저작물 작성행위 전체를 지휘·감독하는 것으로 저작물 작성행위의 전단계에 존재하여야 한다.

나. 업무에 종사하는 자

계약에 한정되지 않으나 고용관계 또는 실질적인 지휘·감독 관계가 존재하여야 한다. 따라서 위임이나 도급시 위임인은 사용자로 볼 수 없다.

다. 업무상 작성

직접 명령 뿐 아니라 통상적으로 업무로서 기대되는 것 포함한다.

라. 공표

통설은 미공표 저작물의 경우 공표 예정된 것<sup>45)</sup>도 포함한다. 업무종사자 명의로 공표시 적용되지 않으나 법인 등의 명의로 병기된 경우 창작자로서 표시인지 단순한 업무분담표시에 불과한 것인지 판단해야 한다.<sup>46)</sup>

### 3. 효과

가. 저작자

법인 등 사용자가 원시적으로 저작자의 지위를 취득한다. 저작인격권의 경우 저작재산권과 달리 일신전속성을 지니므로 사용자가 자연인인 경우에는 그의 사망과 동시에, 법인 등 단체의 경우에는 그 해산과 함께 소멸한다. 그러나 저작권법은 저작자의 사후의 인격적 이익을 보호하고 있으므로 이는 업무상저작물에도 적용되어야 할 것이다(제14조제2항).

나. 보호기간

업무상저작물의 저작재산권은 공표한 때부터 70년간 존속한다. 다만, 창작한 때부터 50년 이내에 공표되지 아니한 경우에는 창작한 때부터 70년간 존속한다(제41조).

45) 창작 공표될 것이 확실한 경우 + 공표 예정이 사정상 보류되었지만 공표 예정이 공시된 경우

46) 신문·잡지의 기자성명표시는 '업무분담표시' - 제9조 적용

## ▼ 제3장 저작인격권

### • 제1절 저작인격권 법적성격

i) 저작인격권은 저작자가 자기의 저작물에 대하여 가지는 인격적·정신적 권리로 일신전속성<sup>47)</sup>을 지닌다(제14조제1항). 이에 대해 저작권법은 공표권, 성명표시권, 동일성유지권을 규정하고 있다(제11조 내지 제13조). ii) 불행사 특약은 저작자의 명예·명성을 해할 우려가 있는 경우가 아니라면 유효하게 성립 가능하다.

Chap.3

### • 제2절 공표권(제11조)

#### 1. 의의 및 취지

공표권이란 미공표 저작물<sup>48)</sup>에 대해 공표 여부를 결정할 권리를 말한다(제11조제1항)<sup>49)</sup>. 공표라 함은 저작물을 공연, 공중송신 또는 전시 등의 방법으로 공중에게 공개하는 경우와 저작물을 발행하는 경우를 말한다(제2조제25호). 발행이란 저작물 또는 음반을 공중의 수요를 충족시키기 위하여 복제, 배포하는 것을 말한다(제2조제24호).

저작물이 공표되면 그 저작물의 가치가 사회적 평가를 받게 되므로 저작물의 공표 여부를 저작자만이 결정할 수 있도록 하기 위함이다.

#### 2. 내용

공표권은 미공표저작물의 최초의 공표 시에만 적용된다. 저작권자는 공표여부 및 공표방법을 결정할 권리를 갖는다. 저작물의 공표시기나 방법에 따라 저작자의 명성 또는 경제적 가치 등이 좌우되므로 이러한 결정을 저작자의 전권에 맡긴 것이다. 다만 저작권의 원활한 이용과 당사자간 이해관계의 조정을 위해 미공표저작물 저작재산권 양도 등의 경우 저작자가 공표를 동의한 것으로 추정하거나 간주하고 있다(제11조제2항 내지 제5항).

또한 공표권은 제3자에 대하여 적극적으로 공표를 청구할 수 있는 권리가 아니라 무단공표를 금지하거나 공표의 조건을 부가하는 권리에 불과하다(소극성).

#### 3. 제한

##### 가. 공표의 동의 추정

저작자가 i) 미공표 저작물의 저작재산권 양도·이용허락(제11조제2항), ii) 미공표 미술저작물 등의 원본의 소유권 양도(제11조제3항) iii) 또는 저작물의 도서관 등에 기증(제11조제5항)하는 경우 그 상대방에게 저작물의 공표를 동의한 것으로 추정한다.

##### 나. 공표의 간주

원저작자의 동의를 얻어 작성된 2차적저작물 또는 편집저작물을 공표하는 경우 원저작물도 공표한 것으로 본다(제11조제4항).

47) 양도, 이전, 포기 불가능, 합의는 무효

48) 공표권은 미공표 저작물에 대해서만 문제된다. 따라서 저작물이 저작자에 의해 공표됨은 물론 제3자에 의해 무단으로 공표된 경우에도 이후의 재공표에 대해 집해를 주장할 수는 없다.

49) 판례는 토플시험 응시생들에게 문제지를 소지, 유출을 허용하지 하니 하고서 제한된 범위의 응시생들에게만 토플시험을 치르게 한 행위만으로는 토플문제가 일반 공중에게 공개된 것으로 볼 수 없다고 한다(서울고등법원 1995. 5. 4 선고 93나 47372 판결). 따라서 특허와 유사하게 비밀유지의무 없는 자에게 공개된 경우에 한한다고 볼 여지가 있음.

- 제3절 성명표시권(제12조)

### 1. 의의 및 취지

성명표시권이란 저작자가 저작물의 창작자임을 주장할 수 있는 권리이다. 저작물의 내용에 대하여 책임의 귀속을 명백히 하고 저작물에 대한 사회적 평가를 저작자에게 귀속시키려는 것으로서 일종의 명예권에 근거하고 있다.

### 2. 내용

#### 가. 저작자의 성명표시권

저작자는 저작물의 원작품이나 그 복제물에 또는 저작물의 공표에 있어서 그의 실명 또는 이명을 표시할 권리를 갖는다(제12조제1항). 즉 표시여부, 표시방법을 결정할 수 있는 권리가 포함된다. 이는 무명으로 할 권리도 포함된다고 해석되며, 이미 공표된 저작물에도 적용된다.

#### 나. 저작물 이용자의 성명표시의무

저작물을 이용하는 자는 저작자의 특별한 의사 표시가 없는 경우 성명표시의무가 있다(제12조제2항). 여기서 '특별한 의사'란 저작자의 적극적 의사표시를 말하며 저작물 이용자에게 의사확인 의 의무까지 부여한 것은 아니다.

### 3. 제한

저작물의 성질, 그 이용목적 또는 형태 등에 비추어 부득이 하다고 인정되는 경우 성명 표시권이 제한된다<sup>50)</sup>(제12조제2항단서). 판례는 공정한 관행에 반하지 않는 최소한의 한도 내에서 허용되어야 한다는 입장이다.<sup>51)</sup>

- 제4절 동일성유지권(제13조)

### 1. 의의 및 취지

i) 저작자는 저작물의 내용, 형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리를 가진다(제13조제1항)<sup>52)</sup>. ii) 헌법상 표현의 자유와 양심의 자유가 반영된 것으로 저작물에 구현된 저작자의 사상과 감정의 표현에 완전성을 유지하기 위함이다.

### 2. 내용

i) 동일성유지권 침해란 저작물의 동일성을 오인하게 만드는 것이며 ① 개변에 의한 동일성의 손상, ② 개변 전 저작물의 본질적 특징 유지<sup>53)</sup>가 요건이다.<sup>54)</sup> ii) 또한, 판례는 개변의 정도가 일정한 한도를 넘는 경우 그 자체로 새로운 저작물이 생기는 것이라고 본다.<sup>55)</sup>

50) 음악저작물 호텔 백화점 등에서 분위기를 위해 연주시 생략가능, 방송국 화면 등에서 생략 불가

51) 대법원 1989. 10. 24. 선고 88다카29269 판결 참조

52) 배른협약 제6조의1①처럼 "명예나 명성을 해치는 것"은 요건이 아님

53) 저작자의 명예·명성을 해할 우려가 있는 변경이 없어야 한다.

54) 따라서 제호는 그 자체로 저작물성을 갖고 있지 않으나 이를 통해 내적 보호가 가능하다.

55) 1990. 9. 20. 선고 89가합62247 판결 참조

### 3. 제한

i) 학교교육목적상 부득이한 경우, 건축물의 변형, 프로그램 이용을 위한 변경, 그 밖에 저작물의 성질 등에 비추어 부득이한 경우에는 동일성유지권이 제한된다(제13조 제2항). ii) 다만, 저작물에 표현된 저작자의 사상·감정이 왜곡되거나 저작물의 내용이나 형식이 오인될 우려가 없는 경우 동일성유지권을 침해한 것이 아니다.<sup>56)</sup>

### 4. 문제 사안

가. 저작물이 표현된 유체물의 파괴

i) 저작물이 표현된 유체물의 물리적 동일성을 변경시 동일성유지권침해<sup>57)</sup>에 해당하며, ii) 저작물이 표현된 유체물 그 자체를 파괴하는 행위<sup>58)</sup>는 저작권 침해에 해당할 수 있다.

나. 2차적저작물 작성권 침해 혹은 복제권 침해와 동일성유지권 침해

i) 2차적저작물 작성권 침해가 성립하면 필연적으로 동일성유지권 침해에도 해당하는지 여부가 문제된다. ii) 부정설이 있으나, 긍정설은 2차적저작물 작성권 침해시 재산권과 인격권을 침해하는 것이므로 동일성유지권의 침해에도 해당된다고 본다. 판례도 긍정설을 취하는 것으로 보인다.

\*음악저작물 미리듣기 서비스 - 긍정설<sup>59)</sup>

[1] 저작권 신탁이 종료되어 저작권이 원저작권자인 위탁자에게 이전된 경우, 저작물 이용자가 신탁종료에 따른 저작권 이전 후의 이용행위에 대하여 수탁자의 이용허락이 있었음을 들어 원저작권자에게 대항할 수 있는지 여부[원칙적 소극]

[2] 어문저작물이나 음악저작물·영상저작물 등의 일부만을 이용하더라도, 부분적 이용이 저작물 중 일부를 발췌하여 그대로 이용하는 것이어서 이용되는 부분 자체는 아무런 변경이 없고, 이용방법도 저작물의 통상적 이용방법을 따른 것이며, 저작물의 이용 관행에 비추어 일반 대중이나 당해 저작물의 수요자가 부분적 이용이 전체 저작물의 일부를 이용한 것임을 쉽게 알 수 있어 저작물 중 부분적으로 이용된 부분이 저작물의 전부인 것으로 오인되거나, 부분적 이용으로 저작물에 표현된 저작자의 사상·감정이 왜곡되거나 저작물의 내용이나 형식이 오인될 우려가 없는 경우에는, 그러한 부분적 이용은 저작물 전부를 이용하는 것과 이용하는 분량 면에서만 차이가 있을 뿐이어서 저작자의 동일성유지권을 침해한 것으로 볼 수 없다. 이는 부분적 이용에 관하여 저작재산권자의 이용허락을 받지 않은 경우에도 마찬가지이다.

→ 이차적 저작권 침해여도 동일성유지권 침해X

다. 경미한 변경

i) 맞춤법에 따라 변경한 것은 2차적저작물을 작성한 것이 아니다. ii) 개사에 이른 경우 그 바뀐 가사가 원래의 가사의 본질적인 특징을 감득할 수 있는 내용이라면 동일성유지권의 침해에 해당한다.<sup>60)</sup>

56) 대법원 2015. 4. 9. 선고 2011다101148 판결

57) 그림의 소유자가 나체화 그림에 페인트 칠을 해서 옷을 입히는 경우

58) 그림의 소유자가 나체화 조각

59) 대법원 2015. 4. 9. 선고 2011다101148 판결

60) 오승중, 『저작권법』 제4판 p.456, 박영사, 2016

- 제5절 저작자 사후의 인격적 이익의 보호(제14조 제2항)

### 1. 의의

저작자의 사망 후에 그의 저작물을 이용하는 자는 저작자가 생존하였더라면 그 저작인격권의 침해가 될 행위를 하여서는 아니된다(제14조 제2항).

### 2. 저작자 사후의 인격권 인정 여부

저작자 사후의 저작인격권에 대하여 i) 저작인격권의 일신전속성을 중시하여 저작자의 사망과 동시에 저작인격권이 소멸된다고 보는 경우가 있으나, ii) 우리나라 저작권법은 저작인격권은 일신전속성에 의해 저작자의 사망과 동시에 소멸하되 일정한 경우 저작자의 사후에도 그 인격적 이익의 보호를 유족 등에게 인정한다(제14조제2항, 제128조).

저작자의 사망과 동시에 저작인격권이 완전히 소멸한다고 하면 저작자 사후에 그 저작물의 내용을 무단히 변경하는 것을 통제할 수 없어 저작물의 완전성을 해치고 저작자의 사후의 인격적 이익이 훼손될 우려가 있기 때문이다.

### 3. 내용

#### 가. 민사상 구제

##### 1) 침해금지청구(제123조) 및 명예회복청구(제127조)

i) 저작자가 사망한 후에 그 유족이나 유언집행자는 당해 저작물에 대하여 침해하거나 침해할 우려가 있는 자에 대하여 침해금지청구를 할 수 있으며, ii) 고의 또는 과실로 저작인격권을 침해한 자에 대하여 명예회복 등의 청구를 할 수 있다(제128조, 제14조 제2항).

##### 2) 손해배상청구 거부

유족이나 유언집행자가 손해배상을 청구할 수 있느냐가 문제된다. 그러나 법문상 침해정지나 명예회복을 위한 조치는 인정되나 손해배상 청구 적격은 인정되지 않는다고 보아야 할 것이다.

##### 3) 법인 등의 해산의 경우

업무상저작물에 있어서 법인 등이 해산 기타 사유로 소멸한 경우에는 명문의 규정이 없으므로 이 경우에는 민사상 구제의 방법이 없고 형사상 구제 수단만이 있다.

#### 나. 형사상 구제

저작권법 제14조 제2항을 위반한 자는 1년 이하의 징역이나 1천만원 이하의 벌금에 처해지며, 이는 비친고죄이다(제137조제1항제3호)

#### 다. 한계 (제14조제2항)

내용상 한계로서 그 행위의 성질 및 정도에 비추어 사회통념상 그 저작자의 명예를 훼손하는 것이 아니라고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다(제14조제2항). 이는 저작자 사후에 저작자의 본의를 해석하는 것이 어렵고 저작자의 생존시를 기준으로 저작물을 고정시켜 이용하게 하는 것은 시대상황의 변화에 비추어 타당하지 않을 수 있기 때문이다. 또한, 시간적 한계로서 민사상 청구의 경우 유족 등이 모두 사망하면 행사할 수 없다.

## ▼ 제4장 저작재산권

### ☑ 일반론 목차

#### 1. 의의 및 취지

#### 2. 요건

#### 3. 내용

##### (1) 발생 및 법적 성질

○○권은 저작재산권의 지분권으로서 저작한 때부터 발생한다. ○○권은 독점배타권으로서 저작자만이 저작물을 ○○할 수 있다.

##### (2) 양도, 행사, 소멸 등

저작재산권의 지분권의 하나로서 저작재산권에 대한 일반규정이 그대로 적용된다. 양도, 행사, 소멸 등에 있어서 저작권법 제45조에서 제49조의 규정이 그대로 적용되며 보호기간에 있어서도 저작재산권에 대한 일반규정인 저작권법 제39조에서 제44조의 규정이 그대로 적용된다.

##### (3) 제한

#### 4. 침해구제

#### 5. 관련문제

Chap.3

### • 제1절 복제권(제16조, 제2조 제22호)

#### 1. 의의 및 취지

i) 저작자는 그 저작물을 복제할 권리를 가진다(제16조). 여기서 복제란 인쇄·사진촬영·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법으로 일시적 또는 영구적으로 유형물에 고정하거나 다시 제작하는 것을 말하며(제2조제22호), 판례는 이러한 복제에는 도안이나 도면의 형태로 되어 있는 저작물을 입체적인 조형물로 다시 제작하는 것도 포함한다고 본다.<sup>61)62)</sup> ii) 저작권자의 경제적 이익을 보호하고 이를 통해 저작 의욕을 고취시키기 위함이다.

#### 2. 요건

##### 가. 인쇄·사진촬영·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법

이는 예시적 규정이므로 복제의 방법이나 수단에는 제한이 없다. 기계적·전자적·화학적 방법에 의하여 하는 것 외에 손으로 베끼는 것도 포함된다.

##### 나. 유형물에 고정하거나 유형물로 제작

복제권은 어떠한 방법으로 복제되었느냐에 불문하고 그 저작물을 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 경우에는 그 효력이 미친다. 유형물への 고정인 수반되어야 하는 것이므로 '저작물'의 요건과 다르다. 따라서 무형복제에 해당하는 공연, 실연, 방송 등은 복제권의 대상이 아니다.

##### 다. 실질적 동일성<sup>63)</sup>

61) 대법원 2019. 5. 10. 선고 2016도15974 판결

62) 나아가, 판례는 "위 조항의 후문은 "건축물의 경우에는 그 건축을 위한 모형 또는 설계도서에 따라 이를 시공하는 것을 포함한다."라고 규정하고 있으나, 이는 저작물인 '건축물을 위한 모형 또는 설계도서'에 따라 건축물을 시공하더라도 복제에 해당한다는 점을 명확히 하려는 확인적 성격의 규정에 불과하다"고 판시하였다(대법원 2019. 5. 10. 선고 2016도15974 판결).

63) 대법원 2014. 1. 29. 선고 2012다73493 판결

(1) 저작물을 원형 그대로 복제하지 아니하고 다소의 수정·증감이나 변경이 가하여진 것이라고 하더라도 새로운 창작성을 더하지 아니한 정도이면 복제권이 미친다.

(2) 저작권의 보호 대상은 학문과 예술에 관하여 사람의 정신적 노력에 의하여 얻어진 사상 또는 감정을 말, 문자, 음, 색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현형식이므로, 두 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는가의 여부를 판단함에 있어서도 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비하여야 한다.

#### 라. 의거성

(1) 복제는 원저작물에 존재 및 내용, 형식을 알고 유형화하는 것이며, 우연히 원저작물과 동일한 것이 제작되었다면 이는 복제물이 아니다.

(2) 의거관계는 i) 기존의 저작물에 대한 접근가능성, 대상 저작물과 기존의 저작물 사이의 유사성이 인정되면 추정할 수 있고, 특히 대상 저작물과 기존의 저작물이 독립적으로 작성되어 같은 결과에 이르렀을 가능성을 배제할 수 있을 정도의 현저한 유사성이 인정되는 경우에는 그러한 사정만으로도 의거관계를 추정할 수 있다. ii) 그리고 두 저작물 사이에 의거관계가 인정되는지 여부와 실질적 유사성이 있는지 여부는 서로 별개의 판단으로서, 전자의 판단에는 후자의 판단과 달리 저작권법에 의하여 보호받는 표현뿐만 아니라 저작권법에 의하여 보호받지 못하는 표현 등이 유사한지 여부도 함께 참작될 수 있다<sup>64</sup>.

#### 마. 인정범위

저작물의 전체적인 복제만이 아니고 일부분만의 복제라도 그것이 저작물의 본질적인 부분을 제한 경우에는 복제권이 미친다.

### 3. 일시적 저장과 복제

‘일시적’으로 유형물에 고정 또는 다시 제작하는 것도 복제에 해당한다.

### 4. 링크행위 관련 문제(복제권, 공중송신권, 전시권 등)<sup>65</sup>

가. 링크 행위가 복제, 전송 및 전시에 해당하는지 여부(직접침해 여부, 소극)

인터넷 링크(Internetlink)는 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지나, 웹사이트 등의 서버에 저장된 개개의 저작물 등의 웹 위치 정보나 경로를 나타낸 것에 불과하여, 비록 링크를 통해 링크된 웹페이지나 개개의 저작물에 직접 연결된다 하더라도 링크 행위는 저작권법이 규정하는 복제, 전송 및 전시에 해당하지 아니한다.

나. 링크 행위의 성명표시권 침해 및 출처표시의무 위반 여부(소극)

성명표시권 침해 또는 출처표시의무 위반이 인정되기 위하여는, 그 전제로 저작자의 권리로서 보호하는 복제, 전송, 전시 등과 같은 방식으로 이용한 사실이 인정되어야 하나, 링크행위의 경우 위와 같이 이용하였다고 보기 어려워 인정되지 않는다.

다. 링크 행위가 방조책임을 지는지 여부(한정 적극)<sup>66</sup>

64) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다8984 판결

65) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결 (썬네일 판례)

66) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2017도19025 전원합의체 판결



링크 행위자가 ① 정법이 공중송신권을 침해한다는 사실을 충분히 인식하면서 ② 그러한 침해 게시물 등에 연결되는 링크를 인터넷 사이트에 영리적·계속적으로 게시하는 등으로 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 침해 게시물에 쉽게 접근할 수 있도록 하는 정도에 이른 경우에는 공중송신권 침해의 방조범이 성립한다.

## • 제2절 공연권(제17조)

Chap.3

### 1. 의의 및 취지

i) 저작자는 그의 저작물을 공연할 권리를 가진다(제17조). 공연이란 저작물, 저작인접물을 공중에 공개하는 것을 말한다(제2조제3호)<sup>67)</sup>. 저작자가 그의 정신적 소산인 저작물을 무형적으로 전달할 수 있는 권리를 부여함으로써 저작권자의 경제적 이익을 보장하고 저작의욕을 고취시키기 위함이다.

### 2. 요건

가. 저작물의 공개일 것

나. 저작물을 일반공중에게 공개할 것

일반공중이란 사적 집단에 속하는 특정의 사람들에 한정하지 않은 청중이나 관중을 말한다.<sup>68)</sup>

다. 저작물을 무형적으로 공개할 것

공연은 저작물을 상연·연주·가창·구연·낭독·상영·재생과 같은 무형적인 방법으로 일반공중에게 공개하는 것이라는 점에서 저작물을 유형적으로 재제작하여 배포하는 발행과 다르다.

### 3. 공연과 실연의 차이

실연은 공중에의 공개가 요건이 아니고, 인간의 직접 표현만 해당하고 재생하는 경우는 포함하지 않는다.

## • 제3절 공중송신권(제18조)

### 1. 의의 및 취지

공중송신권이란 공중에 대하여 저작물을 송신하는 모든 형태의 이용행위를 배타적으로 통제하는 권리<sup>69)</sup>를 말한다(제2조제7호). 디지털 형태의 송신 등이 저작물의 전달형태로 등장함에 맞춰 저작권자의 정당한 권리와 이익이 위협받지 않도록 한 권리이다.

### 2. 요건

가. 저작물의 송신일 것

67) 노래방기기 제작(복제허락 받음), 노래방기기를 설치하여 재생하는 것(공연하는 것은 허락받지 않음), 이는 공연권 침해에 해당(대법원 1996. 3. 22. 선고 95도1288 판결)

68) 판례에 의하면 “일반 공중에게 공개한다 함은 불특정인 누구에게나 요금을 내는 정도 외에 다른 제한 없이 공개된 장소 또는 통상적인 가족 및 친지의 범위를 넘는 다수인이 모여 있는 장소에서 저작물을 공개하거나 반드시 같은 시간에 같은 장소에 모여 있지 않더라도 위와 같은 불특정 또는 다수인에게 전자장치 등을 이용하여 저작물을 전파, 통신하는 것”을 의미한다고 본다(대법원 1996. 3. 22. 선고 95도1288 판결)

69) ① 무형적 형태의 이용 - 방송, 전송, 디지털음성송신 ② 유형적 형태의 이용 - 배포 ex.영상물의 실시간 웹캐스팅(On Air TV)은 방송

나. 일반공중에게 수신케 할 목적일 것

특정소수인에 대한 전화나 팩스, 이메일 등에 의한 송신은 해당하지 않는다.

다. 무선 또는 유선통신의 방법에 의한 것일 것

### 3. 링크행위(복제권, 공중송신권)

복제권 파트 참조

#### • 제4절 전시권(제19조, 제11조 제3항)

##### 1. 의의 및 취지

저작자는 미술저작물 등의 원본이나 그 복제물을 전시할 권리를 가진다(제19조). 저작권법은 ‘전시’에 관하여 별도의 정의 규정을 두고 있지만 판례는 ‘전시’는 미술저작물·건축저작물 또는 사진저작물의 원작품이나 그 복제물 등의 유형물을 일반인이 자유로이 관람할 수 있도록 진열하거나 게시하는 것이라고 본다.<sup>70)</sup>

##### 2. 요건

가. 미술저작물 등

미술저작물 등이라 함은 저작권법 제4조 제1항에서 예시하고 있는 저작물 중 미술·사진·건축저작물의 원본/복제물을 말한다(제11조제3항)<sup>71)</sup>.

나. 일반인이 자유로이 관람할 수 있도록 진열 또는 게시

전시 장소는 전시를 위하여 마련된 장소<sup>72)</sup> 뿐만 아니라 공중에게 개방된 모든 장소<sup>73)</sup>가 포함된다. 공개적인 이상 전시의 방법, 관람료의 징수 여부는 묻지 아니한다.

##### 3. 원본의 소유자와의 관계

저작권법은 원본을 구입한 소유자의 이익을 위해 전시권에 대하여 일정한 제한을 두고 있다. 저작권법은 원본의 소유자나 그의 동의를 얻은 자는 그 저작물을 원본에 의하여 전시할 수 있다. 다만, 공중에게 개방된 장소에 항시 전시하는 경우에는 그러하지 아니하다고 규정한다(제35조).

70) 대법원 2011. 3. 11. 선고 2009다4343 판결

71) 어문저작물 X

저작권법상 ‘미술저작물·건축저작물 또는 사진저작물’외의 저작물은 ‘전시’의 방법으로 그 저작물·다재산권이 침해되는지 여부(소극, 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010도4468 판결)

72) 화랑·도서관·상점의 진열대·진열장

73) 가로, 공원, 건축물의 외벽, 호텔의 로비, 극장의 복도 등

- 제5절 배포권(제20조)

1. 의의 및 취지

배포권이란 저작자가 자신의 저작물이 화체된 물품의 공중에 대한 제공을 통제할 수 있는 배타적 권리를 말한다(제20조본문, 제2조제23호). 배포권을 인정함으로써 외국에서 제작된 복제물의 국내 반입을 용이하게 저지할 수 있고, 저작물의 유통을 시간적, 지역적으로 한정함으로써 저작권의 효율적 관리가 가능하며 배포권을 복제권과 분리해 이전, 행사할 수 있다.

2. 인터넷상 공중송신권과 배포권

저작권법은 저작물을 공중의 이용에 제공하는 것과 관련하여 공중송신권과 배포권을 규정하고 있다. 판례는 ‘소리바다’사건에서 저작권법상 배포는 전송의 개념에 대비되어, 유체물의 형태로서 저작물이나 복제물이 이동하는 것을 의미하는 것으로, 다른 사용자가 이를 다운로드 받을 수 있도록 하는 행위는 전송에 해당함은 별론으로 하고, 배포에도 해당한다고 보기 어렵다고 판시하였다.<sup>74)</sup>

3. 배포권 특유의 제한으로서 권리소진이론

제한 파트 참조

- 제6절 대여권(제21조)

1. 의의 및 취지

배포권 소진이 관철되면 영리목적 대여 증가하는바, 상업용 음반이나 상업용 프로그램의 영리 목적 대여에 관해 저작권자에게 대여권을 부여하는 것이다.

2. 요건

가. 상업용 음반 및 상업적 목적으로 공표된 프로그램

나. 영리를 목적으로 한 대여

74) 서울고등법원 2005. 1. 12. 선고 2003나21140 판결

- 제7절 2차적저작물<sup>75)</sup> 작성권

## 1. 2차적저작물

### 가. 의의 및 취지

원저작물을 기초로 하되 이것에 사회통념상 새로운 저작물이 될 수 있을 정도로 수정·증감을 가하여 새로운 창작성을 부가한 독자적저작물<sup>76)</sup>(제5조)을 말한다. 원저작물에 별개의 창작적 가치가 부가되어 이를 보호할 법익이 있고 나아가 원저작물과의 법률관계를 분명히 하기 위함이다.

### 나. 요건 [기 실 새 창 존]

① 원저작물을 기초로 하되 ② 원저작물과 실질적 유사성을 유지하고 ③ 이것에 사회통념상 새로운 저작물이라고 볼 수 있을 정도의 수정·증감을 가하여 ④ 새로운 창작성을 부가하여야 하는 것이며<sup>77)</sup>, ⑤ 원저작물의 저작권이 존속하여야 한다. 다만, 원저작자의 동의는 요하지 않는다.

### 다. 내용

2차적저작물은 독자적인 저작물로서 보호된다(제5조제1항). 또한 2차적저작물의 보호는 그 원저작물의 저작자의 권리에 영향을 미치지 아니한다(같은 조 제2항). 또한 원저작자가 갖는 저작권산권 중에는 2차적저작물 작성권도 포함되어 있으므로 타인의 원저작물을 이용하여 2차적저작물을 작성하려면 원저작자의 동의를 얻어야 한다.

## 2. 2차적저작물 작성권

### 가. 의의 및 취지

저작자는 자신의 저작물을 원저작물로 하는 2차적저작물을 작성할 권리를 가진다(제22조). 나아가 원저작물의 저작자는 이미 제3자에 의해 작성된 2차적저작물에 대하여 이용할 권리를 가진다.

### 나. 2차적저작물 등의 작성권유보추정

저작권산권의 전부를 양도하는 경우에도 원저작물의 원형을 해칠 우려가 있는 2차적저작물의 작성권은 원저작에게 유보되어 있는 것으로 추정한다(제45조).

## 3. 2차적저작물에서 실질적 유사성 판단

원저작물에 새롭게 부가한 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비하여야 한다.<sup>78)</sup>

75) 번역, 편곡, 변형, 각색·영상제작·그 밖의 방법으로 개장하는 것

76) 대법원 2006. 2. 10. 선고 2003다41555 판결

77) 대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다18736 판결

78) 대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다18736 판결

## ▼ 제5장 저작인접권과 기타 권리 등

- 제1절 저작인접권으로서 실연자, 음반제작자의 보호

저작물을 공중에게 전달하는 매개·중개자 보호(실연자, 음반제작자, 방송사업자)

### 1. 실연자(제2조 제4호)

저작물을 연기·무용·연주·가창·구연·낭독 그 밖의 예능적 방법으로 표현하거나 저작물이 아닌 것을 이와 유사한 방법으로 표현하는 실연을 하는 자를 말하며, 실연을 지휘, 연출 또는 감독 하는 자를 포함한다.

Chap.3

### 2. 법적지위

음반의 경우 ① 작곡자, 작사자 ② 실연자(가수, 연주자) ③ 음반제작자로 이루어진다. ①에게 저작권이 발생하고 ②, ③에게 저작인접권이 발생한다. 이때 ③ 음반제작자란 음을 음반에 고정하는데 있어 전체적으로 기획하고 책임을 지는 자(제2조제6호)<sup>79)</sup>를 말한다.

### 3. 음반제작자 권리 범위

음반제작자가 음반의 제작을 목적으로 전체적으로 기획하고 비용을 부담하였다면, 최종 제작된 '음반' 뿐만 아니라, 그 제작과정에서 제작된 '각 악기별 MR 파일' 즉, 음반의 중간단계에서 발생한 창작물에 대해서도 권리가 미친다.<sup>80)</sup>

### 4. 내용

- 저작인접권: 성명표시권(제66조), 동일성유지권(제67조), 인격권의 일신전속성(제68조)
- 재산적 권리: 복제권(제69조), 배포권(제70조), 대여권(제71조), 공연권(제72조), 방송권(제73조), 전송권(제74조), 보상금청구권(제75조, 제76조, 76조의2)

- 제2절 방송사업자의 보호

정의: 제2조제8호, 제9호

내용: 복제권(제84조), 동시중계방송권(제85조), 공연권(제85조의2)

79) 레코드(음반)회사 X // ex) SM, JYP O

80) 대법원 2021. 6. 3. 선고 2020다244672 판결

- 제3절 영상저작물의 특례

### 1. 영상화 허락계약(이용허락계약)에서 허락범위의 추정(제99조 제1항)

영상저작물의 원활한 이용과 유통을 도모하고자 하는 이 조항의 취지와 규정 내용 등에 비추어 보면, 여기서 말하는 ‘영상화’에는 영화의 주제곡이나 배경음악과 같이 음악저작물을 특별한 변형 없이 사용하는 것도 포함되고, 이를 반드시 2차적저작물을 작성하는 것으로 제한 해석하여야 할 것은 아니다<sup>81)</sup>(판례는 제한 해석 부정설을 취하는 것으로 보임).

### 2. 영상제작계약에서 영상저작물의 저작재산권이 영상제작자에게 양도되는 것으로 추정(제100조 제1항)

**제100조(영상저작물에 대한 권리)** ① 영상제작자와 영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 자가 그 영상저작물에 대하여 저작권을 취득한 경우 특약이 없는 한 그 영상저작물의 이용을 위하여 필요한 권리는 영상제작자가 이를 양도 받은 것으로 추정한다.

- i) 영상저작물이 업무상 저작물인 경우 제9조가 적용되고, 업무상 저작물이 아닌 경우 영화감독들의 공동저작물에 해당한다.
- ii) 특약없는 한 영상제작자가 양도받은 것으로 추정된다.
- iii) 필요한 권리란 복제·배포·공개상영·방송·전송 등(제101조제1항)을 말한다.

81) 대법원 2016. 1. 14. 선고 2014다202110 판결

## • 제4절 배타적발행권

### 1. 의의

i) 저작물을 발행하거나 복제·전송할 권리를 가진 자가 제3자에게 그 저작물을 발행 등의 방법으로 이용하도록 설정해 준 배타적 권리를 말하며, 출판권은 제외된다(제57조 제1항). ii) 배타적이고 대세적인 효력을 가지는 준물권적인 성격의 권리로 독자적으로 정지청구권이나 손해배상청구권을 행사할 수 있다.

### 2. 내용 및 존속기간

i) ① 설정행위에서 정하는 바에 따라 ② 발행 등의 방법으로 이용할 권리를 가진다(제57조 제3항). 이때 '발행 등'은 발행, 복제, 전송하는 것을 말하며(제57조 제1항), 발행은 저작물 또는 음반을 공중의 수요를 충족시키기 위하여 복제·배포하는 것을 말한다(제2조 제24호). ③ 이때 배타적발행권자는 정당한 범위 안에서 그 저작물의 내용을 수정하거나 증감할 수 있다(제58조의2 제1항).

ii) 특약이 없는 때에는 맨 처음 발행 등을 한 날로부터 3년간 존속하나, 저작물의 영상화를 위한 계약은 5년간 존속한다(제59조 제1항).

### 3. 배타적발행권의 제한

i) 배타적발행권은 저작재산자의 동의 없이 이를 양도 또는 질권의 목적으로 할 수 없다(제62조 제1항)

ii) 또한 저작재산권이 제한되는 경우에는 대체로 배타적발행권도 제한된다. 다만 배타적발행권은 복제·배포 및 복제·전송에 관한 권리이므로 제29조(영리를 목적으로 하지 아니하는 공연, 방송) 및 제34조(방송사업자의 일시적 녹음, 녹화)는 배타적발행권에는 준용하지 않고 있다.

### 4. 배타적발행권 등록

배타적발행권의 설정·이전·변경·소멸 또는 처분제한은 등록할 수 있으며, 등록하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없다(제54조 제2호).

### 5. 배타적발행권자의 의무

i) 배타적발행권자는 ① 특약이 없는 한 저작물 등을 받은 날부터 9월 이내에 이를 발행 등의 방법으로 이용하여야 하고, ② 이를 계속 발행 등의 방법으로 이용할 의무가 있다(제58조 제1항 및 제2항). 이를 위반하는 경우 저작재산권자는 6월 이상의 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행하지 아니하면 배타적발행권의 소멸을 통고할 수 있고, 배타적발행권자가 그 저작물을 이용하는 것이 불가능하거나 이용할 의사가 없음이 명백한 경우에는 즉시 배타적발행권의 소멸을 통고할 수 있다(제60조 제1항).

ii) 또한 배타적발행권자는 특약이 없는한 각 복제물에 대한 표지의무(제58조 제3항), 저작권자에 대하여 재이용에 대한 통지의무(제58조의2 제2항)가 있다.

- 제5절 출판권 및 출판권설정계약

### 1. 의의

i) 출판권설정계약은 출판허락계약(제46조의 이용허락계약)보다 강력한 권리를 출판자에게 부여한다. ii) 배타적이고 대세적인 효력을 가지는 준물권적인 성격의 권리로 독자적으로 정지청구권이나 손해배상청구권을 행사할 수 있다.

### 2. 출판권의 내용 및 존속기간

i) ① 설정행위에서 정하는 바에 따라 ② 원작 그대로 ③ ‘출판’할 권리를 가진다(제63조 제2항). 이때 출판이란 저작물을 인쇄 그 밖에 이와 유사한 방법으로 문서 또는 도화로 ‘발행’하는 것을 의미하고(제63조 제1항), 발행은 저작물 또는 음반을 공중의 수요를 충족시키기 위하여 복제·배포하는 것을 말한다(제2조 제24호). ③ 이때 출판권자는 정당한 범위 안에서 그 저작물의 내용을 수정하거나 증감할 수 있다(제58조의2 제1항, 제63조의2).

ii) 아날로그 출판과 시디롬 형태 전자책 출판에 적용된다(온라인상 전자책 출판에는 적용되지 않는다).

iii) 특약이 없는 때에는 맨 처음 발행 등을 한 날로부터 3년간 존속하나, 저작물의 영상화를 위한 계약은 5년간 존속한다(제59조 제1항, 제63조의2).

### 3. 출판권의 제한

i) 출판권은 복제권자의 동의 없이 이를 양도 또는 질권의 목적으로 할 수 없다(제62조 제1항, 제63조의2)

ii) 저작재산권이 제한되는 경우에는 대체로 출판권도 제한된다. 즉, 출판권은 복제·배포에 관한 권리이므로 제29조(영리를 목적으로 하지 아니하는 공연, 방송), 제34조(방송사업자의 일시적 녹음, 녹화)는 출판권에는 준용하지 않고 있다.

### 4. 출판권 등록

출판권의 설정·이전·변경·소멸 또는 처분제한은 등록할 수 있으며, 등록하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없다(제54조 제2호).

### 5. 출판권자의 의무

i) 출판권자는 ① 특약이 없는 한 저작물 등을 받은 날부터 9월 이내에 이를 출판하여야 하고, ② 이를 계속 출판할 의무가 있다(제58조 제1항 및 제2항, 제63조의2). 이를 위반하는 경우 복제권자는 6월 이상의 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행하지 아니하면 출판권의 소멸을 통고할 수 있고, 출판권자가 그 저작물을 이용하는 것이 불가능하거나 이용할 의사가 없음이 명백한 경우에는 즉시 출판권의 소멸을 통고할 수 있다(제60조 제1항, 제63조의2).

ii) 또한 출판권자는 특약이 없는 각 복제물에 대한 표지의무(제58조 제3항, 제63조의2), 저작권자에 대하여 재판(再版)에 대한 통지의무(제58조의2 제2항, 제63조의2)가 있다.



- 제6절 컴퓨터프로그램에 관한 특례

### 1. 의의

어떤 결과를 초래하기 위하여 컴퓨터 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물을 말한다(제2조 제1호).

### 2. 요건

i) 정보처리능력을 가진 장치 내에서 사용되는 것, ii) 특정한 결과를 얻을 수 있을 것, iii) 컴퓨터 내에서 직접·간접으로 사용되는 일련의 지시·명령일 것, iv) 외부에 표현된 것일 것, v) 창작성을 가질 것을 요한다.

Chap.3

### 3. 적용범위의 제한

저작권법은 프로그램을 작성하기 위하여 사용하고 있는 프로그램 언어, 규약, 해법에 대하여는 이를 보호대상에서 제외하고 있다(저작권법 제101조의2). 이 규정은 저작권법의 원리인 아이디어 표현의 이분법을 적용한 것으로 이해되고 있다.

### 4. 프로그램의 창작성

프로그램은 기능적 저작물로서의 특성을 가지고 있으므로 창작성의 유무를 신중하게 해석해야 한다. 하급심 법원은 공중전화 카드에 부착된 워터마크 테이프에 대하여 컴퓨터프로그램에 해당하지 않는다고 하면서, 컴퓨터프로그램이라고 하더라도 지극히 단순한 지시·명령이 포함되어 있다 하여 창작성이 있다고 볼 수 없다고 판시한 바 있다.<sup>82)</sup>

### 5. 업무상 창작한 프로그램의 저작자 요건의 예외

컴퓨터프로그램저작물의 경우 공표될 것을 요하지 않는다(제9조).

### 6. 프로그램 저작권

저작권법은 프로그램에 대하여서도 동일하게 저작재산권 및 저작인격권을 인정하고 있으나, 저작인격권 중 동일성유지권에 관한 제한규정에서 프로그램에 대하여만 동일성유지권이 제한되는 특별한 경우를 규정하고 있다(제13조 제2항 각호).

### 7. 프로그램 저작재산권의 제한

프로그램에 대하여는 제23조(재판절차 등에서의 복제), 제25조(학교교육목적 등에의 이용), 제30조(사적이용을 위한 복제) 및 제32조(시험문제로서의 복제) 규정을 적용하지 아니한다(제37조의 2). 이에 저작권법은 구 컴퓨터프로그램보호법을 흡수통합하면서 제101조의3(프로그램의 저작재산권의 제한), 제101조의 4(프로그램코드 역분석), 제101조의 5(정당한 이용자에 의한 보존을 위한 복제 등) 를 프로그램 저작재산권의 제한 규정으로 두고 있다.

82) 서울지방법원 남부지원 2000. 7. 21. 선고 99가합8750 판결

## ▼ 제6장 저작권 등의 양도

### • 제1절 저작권의 양도 및 이용허락

#### 1. 저작재산권 양도

저작재산권은 전부 또는 일부를 양도할 수 있다(제45조제1항). 저작재산권은 재산권으로서의 성질을 가지므로 저작권자의 의사에 따라 자유롭게 양도할 수 있음은 당연하다. 일반적으로 저작재산권 양도계약은 준물권계약의 성질을 가지고 있다. 다만, 특약이 없는 경우 2차적저작물 작성권을 포함하지 않으나(제45조제2항본문), 컴퓨터프로그램의 경우에는 이를 포함한다(같은 항 단서).

#### 2. 이용허락(제46조)

##### 가. 의의

저작재산권자는 다른 사람에게 그 저작물의 이용을 허락할 수 있다(제46조제1항). 이용허락은 의사표시일 뿐이므로 이용자가 취득하는 이용권은 채권의 성질을 가진다.

##### 나. 독점적 이용허락

###### 1) 의의

독점적 이용허락을 받은 자는 저작재산권자로부터 저작물을 독점적으로 이용할 수 있는 권리를 부여받게 된다. 독점적 이용허락은 이용자가 저작재산권자와의 사이에 일정한 범위 내에서 독점적인 이용을 인정하거나, 이용자 이외의 다른 사람에게는 이용허락을 하지 않기로 하는 특약을 체결한 경우이다.

###### 2) 제3자의 무단이용 행위에 대한 금지청구<sup>83)</sup>

독점적 이용권자는 배타성이 있는 준물권이 아닌 채권적 권리를 가진 것에 불과하므로 제3자의 무단이용행위에 대하여 직접 고유의 금지청구권을 행사할 수 없다. 다만, 판례는 저작권법이 보호하는 이용허락의 대상이 되는 권리들은 일신전속적인 권리도 아니므로 독점적인 이용권자는 자신의 권리를 보전하기 위하여 필요한 범위 내에서 권리자를 대위하여 침해정지청구권을 행사할 수 있다고 본다.<sup>84)</sup>

##### 다. 이용허락과 새로운 이용방법

음악저작권자가 음반제작자에게 녹음물 일체에 이용허락하였을 당시 LP음반과 카세트테이프(기존 매체)이 존재, 그 후 CD음반(새로운 매체) 등장한 경우 문제된다.

판례는 계약당사자가 새로운 매체에 대한 지식, 경험, 계약당사자의 의사 등 고려하고, 새로운 매체가 기존 매체시장을 잠식·대체하는 측면이 강한 지, 아니면 새로운 매체가 별도 새로운 시장을 창출하는 측면이 강한 지 등 고려하여 사회정의·형평 이념에 맞게 해석하여 CD음반 이용허락도 포함된다고 판시하였다.

83) 제3자의 무단이용 행위에 대한 손해배상청구의 경우 학설의 대립은 있으나 독점적 이용허락을 받은 자는 저작물의 독점적 이용에 관하여 밀접한 이해관계를 가지고 있으므로 제3자에 대하여 손해배상청구권을 갖는 것으로 해석함이 타당하다.

84) 대법원 2007. 1. 25. 선고 2005다11626 판결

### 3. 저작권 관련 계약의 해석

저작권 양도계약은 준물권의 성질을 갖고 저작물 이용허락계약은 채권적 계약의 성질을 가져 그 성질과 효력이 상이하나 계약을 해석함에 있어서 분명하지 않은 경우가 많다. 판례는 이 경우 저작권 양도 또는 이용허락 되었음이 외부적으로 표현되지 아니한 경우에는 저작자에게 권리가 유보된 것으로 유리하게 추정함이 상당하며, 계약내용이 불분명한 경우 구체적인 의미를 해석함에 있어 거래관행이나 당사자의 지식, 행동 등을 종합하여 해석함이 상당하다고 하였다.<sup>85)</sup>

Chap.3

#### • 제2절 법정허락

저작재산권자 불명인 저작물(제50조)<sup>86)</sup>

공표된 저작물 협의 불성립(제51조)<sup>87)</sup>

상업용 음반 협의 불성립(제52조)

## ▼ 제7장 저작권의 보호기간

### 1. 의의

저작재산권자가 그 권리를 행사할 수 있는 기간을 말한다. 저작물은 개인의 재산이기도 하지만 공중이 이용해야 할 문화적 산물이라는 점을 감안하여, 일정 기간의 경과 후에는 저작물을 공중이 자유로이 이용할 수 있도록 하기 위하여 저작권에 시간적인 제한을 둔 것이다.

### 2. 원칙적인 보호기간

저작재산권의 보호기간은 저작자가 저작물을 창작한 때에 시작된다(제10조제2항). 이것은 우리나라가 저작권의 향유에 대해 무방식주의를 채택하고 있기 때문이다. "저작물을 창작한 때"란 저작자가 그의 사상·감정을 표현수단을 통하여 외부로 구체화한 시점을 말하며, 그 성격에 따라 그 사상·감정을 반드시 어떤 유형물에 고정시킬 필요가 없는 경우도 있다.

보호기간은 원칙적으로 사망시 기산주의에 입각하여 저작자의 생존기간과 사망 후 70년간이다(제39조 제1항). 개정법에서 이 기간을 사익과 공익을 조정하는 적정 기간으로 보아 일반적인 국제관례에 따라 연장시킨 것이다.

다만, 저작자의 사망시점을 알 수 없거나 이를 기준으로 하기 곤란한 경우 예외적으로 공표시 기산주의에 입각하여 보호기간을 공표 후 70년으로 규정하고 있다.

### 3. 무명 또는 이명 저작물

무명 또는 널리 알려지지 아니한 이명이 표시된 저작물의 저작재산권은 공표된 때부터 70년간 존속한다(제40조제1항). 다만, 이 기간 내에 저작자가 사망한지 70년이 경과하였다고 인정할만한 상당한 사유가 발생한 경우에는 그 저작재산권은 저작자 사망 후 70년이 경과하였다고 인정되는 때에 소

85) 일반적으로 법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서, 당사자가 표시한 문언에 의하여 그 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 그 문언의 내용과 그 법률행위가 이루어진 동기 및 경위, 당사자가 그 법률행위에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 사회 정의와 형평의 이념에 맞도록 놀리와 경험의 법칙, 그리고 사회 일반의 상식과 거래의 통념에 EK라 합리적으로 해석하여야 한다(대법원 1996. 7. 30. 선고 95다29130 판결).

86) 고아저작물, 카페 등의 벽면에 적힌 작자 미상의 시나 글을 수집하여 책을 출판하려는 경우

87) 공익상 필요에 의해 방송하고자 협의하였으나 협의가 성립되지 않은 경우

멸한 것으로 본다(제40조제1항). 그러나, 공표 후 70년의 기간 내에 저작자의 실명 또는 널리 알려진 이명이 밝혀진 경우 혹은 공표 후 70년의 기간 내에 저작자의 실명등록이 있는 경우에는 사망시 기산주의가 적용된다(제40조제2항).

#### 4. 계속적 저작물의 공표시기

일회적 저작물이 아닌 계속적 저작물인 경우에는 그 공표시점을 명확히 할 필요가 있다. 축차저작물의 공표시기는 매책, 매호 또는 매회 등으로 한다. 다만, 순차저작물의 경우 계속되어야 할 부분이 최근 공표시기로부터 3년이 경과되어도 공표되지 아니한 경우에는 이미 공표된 맨 뒤의 부분을 최종 부분으로 본다.<sup>88)</sup> 이러한 순차적 저작물의 공표시기는 최종 부분의 공표시로 한다.

---

88) 축차저작물은 책, 호 또는 회 등으로 번호를 붙여 계속적으로 공표되는 저작물로서 그때마다 주제나 줄거리가 완결되는 저작물을 말한다. 순차저작물은 일부분씩 순차적으로 공표하여 최종회로써 완성되는 계속적 저작물의 하나이다.

## Chap.4 주관적 요건으로서의 의거성

● The copyright

### 1. 의의

의거성이란 저작물을 보거나 접하여 그것을 이용하였을 것을 말한다. 따라서 단순히 우연의 일치이거나, 공통의 소재를 이용한데서 오는 당연한 귀결인 경우 혹은 공유에 속하게 된 다른 저작물을 양자가 이용한데서 오는 결과인 경우에는 인정되지 아니한다.

### 2. 판단기준

i) 판례는 대상저작물이 기존의 저작물에 의거하여 작성되었다는 사실이 직접 인정되지 않더라도 기존의 저작물에 대한 접근가능성, 대상저작물과 기존의 저작물 사이에 실질적 유사성 등의 간접사실이 인정되면 대상 저작물이 기존의 저작물에 의거하여 작성되었다는 점에서 사실상 추정된다고 판시하였다. ii) 특히, 대상 저작물과 기존의 저작물이 독립적으로 작성되어 같은 결과에 이르렀을 가능성을 배제할 수 있을 정도의 현저한 유사성이 인정되는 경우에는 그러한 사정만으로도 의거관계를 추정할 수 있다고 본다.<sup>89)</sup>

89) 대법원 2014. 12. 11. 선고 2012다76829 판결

# Chap.5 객관적 요건으로서의 부당이용

● The copyright

## 1. 객관적 요건으로서 부당이용

저작권침해가 되기 위해서는 객관적으로 양 저작물 사이에 동일성 또는 종속성이 인정되어야 한다. 동일성 또는 종속성의 판단기준으로서 실질적 유사성이 판단기준으로 작용한다.

## 2. 실질적 유사성의 판단기준

### 가. 아이디어와 표현의 이분법

i) 아이디어는 저작물로 보호되지 않고 표현만이 저작물로 보호된다는 원리이다. 판례에 따르면 저작권의 보호 대상은 학문과 예술에 관하여 사람의 정신적 노력에 의하여 얻어진 사상 또는 감정을 말, 문자, 음, 색에 의하여 구체적으로 외부에 표현한 창작적 표현형식으로 실질적 유사성이 있는지 여부는 각각의 저작물에서 저작권법으로 보호되는 창작성이 표현된 부분만을 뽑아낸 다음, 이것이 실질적으로 동일유사한가를 따져보아야 한다.<sup>90)</sup> ii) 따라서 실질적 유사성의 판단에 있어서는 창작성 있는 부분의 양적, 질적인 면에서의 개별적, 구체적 판단에 의한다.

iii) 구체적으로 저작물의 개요, 구조, 주된 구성 등이 유지되고 있는지 여부, 침해자가 이용한 저작물의 상대적인 분량, 수요를 대체할 수 있는 가능성 여부를 종합적으로 고려한다.<sup>91)</sup>

### 나. 아이디어와 표현의 이분법상 한계

#### 1) 합체의 원칙 - 기능적인 저작물<sup>92)</sup>

아이디어를 표현하는 데 실질적으로 한 가지 방법만 있거나, 하나 이상의 방법이 가능하다고 하더라도 기술적인 또는 개념적이 제약 때문에 표현 방법에 한계가 있는 경우 그러한 표현은 저작권법의 보호 대상이 되지 아니하거나 그 제한된 표현을 그대로 모방한 경우에만 실질적으로 유사하다고 보는 원칙이다.

#### 2) 필수장면의 원칙<sup>93)</sup>

저작물에서 어떤 아이디어를 구현하고자 할 때 필연적으로 따르는 표현은 저작권으로서 보호되지 않는다는 것이다.

#### 3) 사실상의 표준과 합체의 원칙<sup>94)</sup>

창작 당시에는 합체가 일어나지 않았으나 시간이 흐른 후 그 표현방식이 업계의 사실상의 표준이 되어 버림으로써 후발적 합체현상이 나타나는 경우 저작권의 보호가 주어지지 않는다는 이론이다.

90) 대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결

91) 대법원 2013. 8. 22. 선고 2011도3599 판결

92) 서울중앙지방법원 2007. 7. 13. 선고 2006나16757 판결

93) ex.헤어지는 슬픔 극대화 위한 비내리는 거리 배회

94) ex.qwert 배열 방식 키보드

### 3. 의거성과 실질적 유사성의 관계

의거성 판단기준으로서의 실질적 유사성과, 부당이용의 판단기준으로서의 실질적 유사성은 별개의 개념으로 엄격히 구분되어야 한다. 의거의 판단기준으로 유사성은 상술한 오탈자 등의 동일한 경우처럼 지엽말단적인 점의 유사성도 포함되나, 객관적 요건인 부당이용, 혹은 종속성의 판단기준으로서의 유사성은 기존의 저작물의 내용 및 형식을 감지할 수 있을 정도의 유사성을 요한다.

판례도 대상 저작물이 기존의 저작물에 의거하여 작성되었는지 여부와 양 저작물 사이에 실질적 유사성이 있는지 여부는 서로 별개의 판단으로서, 전자의 판단에는 후자의 판단과 달리 저작권법에 의하여 보호받는 표현뿐만 아니라 저작권법에 의하여 보호받지 못하는 표현 등이 유사한지 여부도 함께 참작할 수 있다고 판시하여 두 가지를 구분하고 있다.<sup>95)</sup>

Chap.5

95) 대법원 2007. 3. 29. 선고 2005다44138 판결

## Chap.6 저작권 등의 예외와 제한

● The copyright

### ▼ 제1장 서론

#### 의의 및 취지

저작권재산권의 제한이란 특정한 경우 저작권재산권의 배타적인 효력이 제한됨으로써 저작권자의 허락을 받지 않고도 저작물을 자유롭게 이용할 수 있는 것을 말한다. 저작권법은 저작권자의 배타적 지배권을 인정하여 저작자의 이익을 도모하는 한편 일정한 경우 저작물의 자유이용을 허용하여 저작물을 이용하는 일반공중의 이익을 도모함으로써 양자의 이익의 균형을 꾀하고 있다.



## ▼ 제2장 권리소진이론(제20조)

### 1. 권리소진의 원칙의 의의 및 근거

저작권법 제20조는 저작자에게 배포권을 부여하면서, 단서에 저작물의 원본이나 그 복제물에 대해 저작재산권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 경우에는 그러하지 아니하다고 규정하여 제한규정을 두고 있다(전송권에는 적용되지 않음).

### 2. 취지

적법하게 판매되었으므로 저작권의 행사를 제한해도 저작권자의 정당한 이익을 불합리하게 저해하지 않으며 적법하게 판매된 저작물의 거래와 유통에 원활을 기하기 위해 배포권을 제한하며, 저작물의 원작품 또는 복제품의 소유권과 저작권이 경합되는 경우 이를 조정하기 위함이다.

Chap.6

### 3. 근거

근거는 최초 판매에 의하여 저작권자가 자신이 투자한 창작적 노력에 대하여 이미 보상을 받았으므로 그 이후의 처분행위에 대하여 다시 권리를 행사한다면 이중으로 이득을 취한다는 이중이익설을 들 수 있다.

### 4. 요건

#### 가. 원본이나 그 복제물

원본이나 그 복제물은 유형물을 말하고 전송이나 방송, 공연 등과 같이 무형적으로 거래에 제공되는 경우에는 배포권이 적용되지 않고 권리소진의 원칙 역시 적용되지 않는다.

#### 나. 당해 저작재산권자의 허락을 받을 것

선의취득의 경우에도 배포권이 소진되지 않는다.

#### 다. 판매 등의 방법으로 거래에 제공

처분권이 최종적으로 이전되는 경우를 말한다.

### 5. 컴퓨터 프로그램 관련

#### 가. 컴퓨터 프로그램 담긴 CD를 구입한 소비자가 이를 중고 판매 가부 (적극)

컴퓨터 회사의 CD 오프라인상 유통이 판매인지 라이선스인지 여부가 문제된다. 판매라면 배포권이 소진되나 라이선스라면 배포권은 존속한다. 통설에 따르면 CD라는 유형물의 오프라인상 유통을 판매가 아닌 라이선스라고 해석하기 어렵다. 즉 배포권이 소진되므로 중고 판매는 저작권 침해가 아니다.

#### 나. 다운로드 방식의 유통의 경우 전송권 소진 가부 (소극)

배포와 전송 개념 구별되므로 전송권이 소진되지 않는다.

## ▼ 제3장 공공저작물의 자유이용(제24조의2)

### 1. 의의 및 취지

국가 또는 지방자치단체가 업무상 작성하여 공표한 저작물이나 계약에 따라 저작재산권의 전부를 보유한 저작물은 허락 없이 이용할 수 있다(제24조의2제1항). 공공저작물을 새로운 창작의 기반으로 서 공중이 자유롭게 활용하도록 하기 위함이다.

### 2. 요건

- 가. 국가 또는 지자체가 업무상 작성·공표한 저작물이거나 계약으로 저작재산권 전부를 보유한 저작물 저작재산권 중 일부 지분권만을 취득한 경우는 해당하지 않는다.
- 나. 1항 단서 각호에 해당하지 아니하여야 한다.

## ▼ 제4장 학교 교육 목적 등에 의 이용(제25조)

### 1. 의의 및 취지

저작권법은 학교나 기타 교육기관에서 교육과정에서 사용되는 공표된 저작물의 저작재산권을 교육 목적상 필요한 경우에 한하여 제한하고 있다(제25조). 국민교육진흥이라는 공익에 기어코자 함이다.

### 2. 허용되는 유형

- 가. 교과용 도서에의 게재(①)
  - i) 고등학교 및 이에 준하는 학교 이하의 학교의 종류와 내용에 관하여는 초·중등교육법이 규정하고 있고 유치원도 포함한다.
  - ii) 교과용 도서란 고등학교 및 이에 준하는 학교이하에서 사용하는 것이어야 하므로 대학교와 같은 상급 학교의 도서나 사설 참고서는 교과용 도서가 아니다.<sup>96)</sup>
- 나. 교과용도서 발행자의 교과용 도서에 게재한 저작물의 복제·배포·공중송신(②)
 

온라인 등을 통한 다양한 교육 콘텐츠 제공이 가능하도록 교과용도서에 게재된 공표된 저작물을 공중송신할 수 있는 근거를 마련자 함
- 다. 교육기관 등 및 수업지원기관에서의 복제·배포·공연·방송 또는 전송(③, ④)
  - i) 교육기관의 범위에는 제한이 없으므로 대학, 대학원은 물론 널리 각종 특별법에 의한 교육기관도 포함된다.
  - ii) 수업목적상 필요하다고 인정되는 한도는 수업만이 포함되는 것으로 좁게 해석되지 않으나, 저작물의 종류와 형태, 용도, 복제 부수 등에 비추어 저작권자의 경제적 이익을 부당하게 침해하지 않는 범위에 한한다.
  - iii) 저작물의 종류는 가리지 않으나 일부분에 한한다.<sup>97)</sup> 다만 저작물 성질이나 이용목적 및 형태에 비추어 부득이 한 경우 전부 이용 가능하다(제25조 제2항 단서).
- 라. 교육받는 학생에 의한 복제·전송(⑤)
 

저작권법 제25조 제3항 범위 내에 한한다.

96) 서울민사지방법원 1992. 6. 5. 선고 91가합39509 판결

97) 2006년 개정법에서 공표된 저작물의 일부분만을 배포하도록 개정

## ▼ 제5장 시사보도를 위한 이용(제26조)

### 1. 의의 및 취지

시사보도를 하는 경우에 그 과정에서 보이거나 들리는 저작물은 보도를 위한 정당한 범위 안에서 복제·배포·공연 또는 공중송신할 수 있다(제2조). 국민의 알 권리 충족과 언론의 자유를 보호하기 위한 취지이다.

### 2. 요건

가. 시사보도를 하는 과정에서 보이거나 들리는 저작물  
부득이하게 우발적으로 복제되는 저작물이다.<sup>98)</sup>

Chap.6

나. 정당한 범위

지나치게 장시간 또는 고화질의 화보형식으로 보도하거나 당해 사건과 관련이 없는 저작물을 이용하는 것은 정당한 범위 안에서의 이용이라 할 수 없다. 판례는 잡지에 게재된 사진작가의 누드사진을 다른 잡지가 전면 크기의 칼라사진으로, 화보형식으로 이용한 경우 본조에 의한 정당한 이용이라고 볼 수 없다고 판시하였다.<sup>99)</sup>

다. 이용 태양은 복제·배포·공연 또는 공중송신일 것

## ▼ 제6장 시사적인 기사 및 논설의 복제 등(제27조)

### 1. 의의 및 취지

정치·경제·사회·문화·종교에 관하여 신문, 인터넷 신문 또는 뉴스통신에 게재된 시사적인 기사나 논설은 다른 언론기관이 복제·배포 또는 방송할 수 있다(제27조). 시사적인 기사나 논설은 국민의 여론형성에 기여할 필요성을 가지고 있고, 국민의 알권리를 위함이다.

### 2. 요건

가. 신문, 인터넷신문 또는 뉴스통신에 게재된 시사적인 기사나 논설

잡지에 게재된 저작물이나 방송된 저작물은 제외된다. '잡지'란 전체분야 또는 특정분야에 관하여 동일한 제호로 월 1회 이하 정기적으로 발행하는 책자 형태의 간행물을 말한다.<sup>100)</sup>

나. 언론기관

다. 이용금지의 표시가 없을 것

98) 특정한 '사건을 구성하는 저작물' 자체도 본 조가 적용되는지는 논란이 있다. 예를 들어 미술가의 작품 도난 사건의 보도의 경우 도난된 작품이 이에 해당한다. 다만 이러한 적극적 인용의 경우에는 저작권법 제26조가 적용되지 않고 공표된 저작물의 인용(제28조)에 해당한다고 봄이 타당할 것이다.

99) 서울고등법원 1990. 2. 13. 선고 89나32908 판결

100) 「잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률」 제2조 제1호 가목

## ▼ 제7장 공표된 저작물의 인용(제28조)

### 1. 의의

공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다(제28조). 인용은 타인의 저작물을 복제하는 것이지만 저작물이 시대의 문화유산을 기초로 하여 이뤄지는 것이라는 점에서 새로운 저작물의 창작에 기여하도록 일정한 제한을 가하는 것이다.

### 2. 요건

#### 가. 공표된 저작물

#### 나. 보도·비평·교육·연구 등을 위한 것

인용 목적은 예시적 규정에 해당하나, 새로운 문화발전과 무관한 경우 인정되기 어렵다<sup>101)</sup>.

비영리 목적에 한하는지에 대하여 판례는 “비영리적인 이용이어야만 교육을 위한 것으로 인정될 수 있는 것은 아니라 할 것이지만, 영리적인 교육목적을 위한 이용은 자유이용이 허락하는 범위가 상당히 좁아진다”라고 판시하여 비영리적 목적을 위한 인용이어야 하는 것은 아니라고 판시하였다.<sup>102)</sup>

#### 다. 정당한 범위일 것 - 인용의 범위

판례는 인용의 목적, 인용된 내용과 분량, 저작물의 성질, 피인용저작물을 수록한 방법과 형태, 독자의 일반적 관념, 원저작물에 대한 수요를 대체하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.<sup>103)</sup> 주종관계론에 따라 판단하던 종래기준을 보완하였다.

#### 라. 공정한 관행에 합치할 것 - 인용의 방법<sup>104)</sup>

피인용저작물을 원형 그대로 인용, 출처표시 또는 피인용저작물과 인용저작물이 시장에서 경합하지 않는다는 것을 의미한다.

#### 마. 인용할 것

타인의 저작물을 실질적 유사성의 범위 내에서 자신의 저작물 중의 일부분으로서 이용하는 것을 말한다.

101) 다른 여행안내서에 기재되어 있는 내용을 자신의 인터넷 홈페이지에 그대로 베껴 게재한 사안에서 판례는 “여행안내서의 일부를 베낀 목적은 홈페이지에 게재 자료를 작성하는 시간과 노력을 절약하기 위한 것으로 봄이 상당하여 보도, 비평 등과 상관없다 할 것이고, 출처가 원저작물이라는 것을 명시하지 않아 인용방법도 공정한 관행에 합치되지 않는다고 할 것이므로, 저작권법상 허용되는 인용이라고 볼 수 없다”고 판시하였다(서울중앙지방법원 2003. 5. 30. 선고 2001가합64030 판결).

102) 대법원 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결

103) 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 판결

104) 판례에서는 정당한 범위와 공정한 관행의 합치 여부를 나누어 판단하지 않고 종합적으로 판단하는 것으로 보입니다. 그러나 수험적으로는 위와 같이 나누어 검토해주는 것이 타당할 것으로 보입니다.

## ▼ 제8장 영리를 목적으로 하지 않는 공연과 방송(제29조)

### 1. 의의 및 취지

영리를 목적으로 하지 아니하고 반대급부를 받지 않는 경우 공표된 저작물을 공연 또는 방송할 수 있다(제29조). 문화적 창작물에 대한 공중의 접촉, 이용의 기회를 제공하여 문화의 향상 발전을 위함이다.

### 2. 비영리 목적의 공표된 저작물의 공연·방송(제29조제1항)

가. 영리를 목적으로 하지 않을 것

직·간접적으로 영리목적과 연계되지 않아야 한다.

나. 어떤 명목으로든지 반대급부를 받지 않을 것

일체의 비용징수는 요건에 위배된다.

다. 실연자에게 통상의 보수를 지급하지 않을 것

공연대가를 지급하지 않아야 하나 교통비·식비지급은 예외이다.

라. 공표된 저작물의 공연·방송일 것

Chap.6

### 3. 반대급부 없이 이루어지는 상업용 음반·영상저작물의 공연(제29조제2항)<sup>105)</sup>

가. [영리를 목적으로 하더라도]

나. 공연에 대한 반대급부를 받지 않을 것

제1항과 달리 직접적인 반대급부를 받지 않는다면 상관없다. 다만 판례는 무도장에서 입장료를 받은 경우 “입장료는 무도공간의 사용 대가일 뿐만 아니라 무도곡에 대한 반대급부의 성질도 아울러 갖는다”고 판시한 바 있다.<sup>106)</sup>

다. 상업용 음반이나 상업용 영상저작물을 재생하여 공연할 것

시중에 판매할 것을 목적으로 제작한 음반에 한한다.

라. 대통령령(저작권법 시행령 11조)으로 정하는 경우가 아닐 것

#### ☑ 저작권법 시행령 11조

단란주점과 같은 유흥주점과 같이 영업의 주요내용의 일부로 하는 공연

경마장, 경륜장 등

골프장·스키장·에어로빅장·무도장·전문체육시설

여객용 항공기·열차·선박

대형마트·백화점·쇼핑센터

숙박업·목욕장

105) 일반 대중음식점, 다방, 서점 또는 공항휴게실이나 고속버스 대합실 등에서 CD 또는 DVD 재생하는 공연

106) 전주지방법원 1998. 12. 7. 선고 88가소16095 판결

## ▼ 제9장 사적 이용을 위한 복제(제30조)

### 1. 의의 및 취지

공표된 저작물을 영리를 목적으로 하지 아니하고 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 경우에는 그 이용자는 이를 복제할 수 있다(제30조). 저작물을 한정된 범위 안에서 이용하는 것은 저작재산권자의 경제적 이익을 크게 손상할 우려가 없고, 일일이 규제할 수 없다는 고려하에 둔 것이다.

### 2. 요건

가. 공표된 저작물

나. 비영리 목적일 것

영리 목적이란 복제물을 타인에게 판매하거나 타인으로부터 복제 의뢰를 받아 유상으로 복제를 대행하는 등 복제행위를 통해 직접 이득을 취할 목적을 말한다. 직접적 영리목적(ex.판매목적)만 없으면 무방하며 간접적 영리목적(ex.구입비용 절감)은 요건에 부합한다<sup>107)</sup>.

다. 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위의 이용일 것

이는 공간적 제한을 의미하는 것이 아니라 인적인 범위를 전제하는 개념으로 복제 후의 이용행위가 개인, 가정 등에 준하는 인적 범위 내에서 이루어지는 것을 의미한다. 이에 속하기 위해서는 i) 이용 인원이 한정된 소수자일 것, ii) 이용자들 사이에 강한 사적 유대감이 존재할 것이 요구된다. 즉 구성원 사이 개인적 결합관계가 존재하는 경우에 인정된다. 기업 내부에서 업무상 이용하기 위하여 저작물을 복제하는 행위는 이를 해당되지 않는다.<sup>108)</sup>

라. 이용자에 의한 복제

마. 공중용 복제기기 등에 의한 복제가 아닐 것

### 3. 불법복제물

인터넷상 유포되는 불법 복제물도 공표된 저작물인지 문제된다. 판례에 따르면 업로드 된 영화파일이 명백히 불법파일인 경우 이를 원본으로 하여 사적이용을 위한 복제가 허용된다고 보게 되면 저작권 침해의 상태가 영구히 유지되는 부당한 결과가 생길 수 있으므로, 다운로더 입장에서 불법파일인 것을 미필적으로나마 알고 있었다면 이 행위는 사적 이용을 위한 복제로서 적법하다고 할 수 없다.<sup>109)</sup>

107) 다만 판례는 “일반적으로 소극적으로 저작물의 구입비용을 절감하는 정도만으로는 영리의 목적을 인정하기에 부족하다 할 것이나, 시판되는 게임프로그램 등을 다른 사람이 구입한 게임CD로부터 복제하는 경우와 마찬가지로 통상 대가를 지급하고 구입해야 하는 것을 무상으로 얻는 행위에는 영리의 목적이 인정된다”고 한 사례가 있다(수원지법 성남지원 2003. 2. 14. 선고 2002카합284 판결).

108) 서울중앙지방법원 2008. 8. 5. 자 2008카합968 결정

109) 서울중앙지방법원 2008. 8. 5. 자 2008카합968 결정

## ▼ 제10장 도서관 등에서의 복제(제31조)

### 1. 의의 및 취지

저작권법은 도서관 등에서 저작물의 복제가 이용자의 조사·연구를 통해 학술 문화발전에 유익하게 기능할 수 있도록 일정한 경우 저작권을 제한하고 있다(제31조제1항).

### 2. 요건

#### 가. 이용 주체

도서관 등이 복제의 주체일 것

#### 나. 이용 객체

복제 대상은 도서·문서·기록 그 밖의 자료로서 저작물이며 도서관 등이 스스로 보관하고 있는 것이다.

#### 다. 이용 태양

복제방법은 복사에 한하지 않으며 사진·촬영·마이크로 필름화 하는 행위도 모두 포함된다.

#### 라. 각 호별 유형별 요건

### 3. 전자도서관 관련 규정(제31조 제2항 내지 제8항)

Chap.6

## ▼ 제11장 시험문제로의 복제(제32조)

### 1. 의의 및 취지

시험 등을 위하여 필요한 경우에는 그 목적을 위하여 정당한 범위에서 공표된 저작물을 복제·배포 또는 공중송신할 수 있다(제32조). 시험문제는 성질상 비밀리에 작성될 것이 요구되며 비영리 목적의 시험문제는 저작권자의 사용수익권을 해칠 가능성이 낮아 자유이용을 허용하는 것이다.

### 2. 요건

#### 가. 공표된 저작물

#### 나. 시험의 목적상 정당한 범위 내의 이용

#### 다. 비영리 목적

저작물의 복제행위 자체가 직접 영리와 관련되는지 여부에 따라 판단하여야 한다.

#### 라. 복제 · 배포 · 공중송신

## ▼ 제12장 시각장애인, 청각장애인을 위한 복제(제33조, 제33조의2)

### 1. 의의 및 취지

공표된 저작물은 시각장애인 등을 위하여 점자로 복제·배포할 수 있고(제33조), 청각장애인 등을 위하여 수화로 변환할 수 있다(제33조의2). 시각장애인 및 청각장애인의 경우에도 일반인과 동등하게 공표된 저작물을 적극적으로 향유할 수 있도록 하기 위함이다.

### 2. 차이점

시각장애인 등을 위한 저작권권 제한의 경우와는 달리 청각장애인 등을 위한 제한의 경우에는 허용되는 행위태양에 복제·배포·전송 외에 공연과 공중송신이 포함되어 있다.

## ▼ 제13장 방송사업자의 일시적 녹음·녹화(제34조)

### 1. 의의 및 취지

저작물을 방송할 권한을 가지는 방송사업자는 자신의 방송을 위하여 자체의 수단으로 저작물을 일시적으로 녹음하거나 녹화할 수 있다(제34조). 저작물을 방송하는 경우 생방송이 아닌 한 그 전제로서 저작물을 녹음·녹화하여야 하므로 방송의 현실에 비추어 허용하는 것이다.

### 2. 자체수단으로 녹음

방송사업자가 위탁하거나 외부 제작자의 공동사업으로 녹음·녹화물을 작성하는 경우에는 이에 해당하지 않는다.

## ▼ 제14장 미술저작물 등의 전시 또는 복제(제35조)

### 1. 의의 및 취지

저작권법은 미술저작물 등이 양도 등의 사유로 저작자와 소유자가 달라지는 경우에 양자의 이해관계를 어떻게 조절할 것인지 등에 대하여 특별규정을 두어 저작자의 전시권이나 복제권을 제한하고 있다.

### 2. 원본 소유자에 의한 전시(제1항)

#### 가. 의의 및 취지

미술저작물 등의 원본의 소유자나 그의 동의를 얻은 자는 그 저작물을 원본에 의하여 전시할 수 있다. 다만 공중에 개방된 장소에 향시 전시하는 경우에는 그러하지 아니하다(제35조). 미술저작물 등의 소유권을 취득하였음에도 불구하고 전시할 때마다 저작자에게 허락을 받는 것은 오히려 저작물의 유통성이나 상품가치를 떨어뜨리게 되므로 허용하는 것이다. 다만, 소유권자에게 새로운 전시권을 창설하는 것은 아니다.

#### 나. 공중에 개방된 장소가 아닐 것

실내(회사 복도, 호텔 로비 등)에서 전시가 가능하다. 판례는 호텔 로비 라운지 한쪽 벽면에 미



술저작물을 설치한 사안에서 “일반 공중에게 개방된 장소’라고 함은 도로나 공원 기타 일반 공중이 자유롭게 출입할 수 있는 ‘옥외의 장소’와 건조물의 외벽 기타 일반 공중이 보기 쉬운 ‘옥외의 장소’를 말하는 것이고, ‘옥내의 장소’는 비록 일반 공중이 자유롭게 출입할 수 있다고 하더라도 일반 공중이 쉽게 볼 수 있는 곳이라고 볼 수 없으므로 이에 해당하지 않는다”고 판시한 바 있다.<sup>110)</sup>

#### 다. 공표권과의 관계

저작권법상 저작재산권 제한규정은 저작인격권의 행사에 영향을 미치지 아니한다. 따라서 원작품이 미공표저작물인 경우 공표권 침해가 문제된다. 이를 고려하여 저작권법은 미공표 미술저작물 등의 원본을 양도한 경우 공표 동의를 추정하고 있다(제11조제3항).

Chap.6

### 3. 개방된 장소에 항시 전시된 미술저작물 등의 복제 및 이용(제2항)<sup>111)</sup>

#### 가. 의의 및 취지

공중에게 개방된 장소에 항시 전시되어 있는 미술저작물 등은 일정한 경우를 제외하고 이를 복제하여 이용할 수 있다(제35조제2항). 이러한 경우 저작재산권을 제한한다 하더라도 저작자의 경제적 이익을 크게 해치는 것이 아니며 공중의 이익을 위함이다.

#### 나. 요건

복제에 의할 것이어야 한다. 여기서 복제는 유형적 복제만이 아니라 방송이나 공연 등 무형적 복제도 포함한다.

#### 다. 예외(단서 각호)

- 1) 건축물, 조각, 회화를 건축물, 조각, 회화로 복제(제1호, 제2호)
- 2) 개방된 장소에 항시 전시하기 위해 복제(제3호)
- 3) 판매목적으로 복제(단, 상영이나 공중송신 목적으로 복제하는 경우 허용<sup>112)</sup>)(제4호).

### 4. 미술저작물 등의 전시·판매에 수반되는 복제·배포(제3항)

원본을 판매하는 자는 해설이나 소개목적으로 목록형태책자에 미술저작물 등을 복제하여 배포 가능하다. 단, 공중송신은 허용되지 않는다.

### 5. 위탁에 의한 초상화 등(제4항)

위탁에 의한 초상화 또는 이와 유사한 사진저작물의 경우에는 위탁자의 동의가 없는 때에는 이를 이용할 수 없다.

110) 서울중앙지방법원 2007. 5. 17. 선고 2006가합104292 판결

111) 이순신 장군 동상을 사진촬영이나 스케치 등으로 복제하여 실내 공간에 전시하거나 지인들에게 무료로 나누어주는 경우나 사진촬영한 것을 인터넷상에 게시(전송행위)하는 것은 허용

112) 런닝맨 프로그램에 세종대왕 동상이 촬영되어 공중송신된 경우에는 허용

## ▼ 제15장 일시적 복제에 대한 면책(제35조의2)

### 1. 의의 및 취지

저작권법은 일시적 저장을 복제의 개념에 포함시키는 한편(제2조제22호), 일시적 저장의 발생이 기술적 측면에서 필수적으로 요청되는 경우에는 면책되도록 하고 있다(제35조의2).

### 2. 요건

- 가. 컴퓨터에서의 저작물 이용에 다른 부수적 이용일 것
- 나. 원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요한 범위 내일 것
- 다. 일시적으로 복제하는 경우일 것
- 라. 저작권을 침해하는 경우가 아닐 것

## ▼ 제16장 저작물의 공정한 이용(제35조의5)

### ☑ 제35조의3(저작물의 공정한 이용)

- ① 제23조부터 제35조의2까지, 제101조의3부터 제101조의5까지의 경우 외에 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우에는 저작물을 이용할 수 있다.
- ② 저작물 이용 행위가 제1항에 해당하는지를 판단할 때에는 다음 각 호의 사항등을 고려하여야 한다.
  - 1. 이용의 목적 및 성격
  - 2. 저작물의 종류 및 용도
  - 3. 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성
  - 4. 저작물의 이용이 그 저작물의 현재 시장 또는 가치나 잠재적인 시장 또는 가치에 미치는 영향

### 1. 의의

저작물의 디지털화와 유통환경의 변화에 대응하여 적용될 수 있는 보충적·포괄적 일반조항으로 미국저작권법 제107조의 공정이용 조항의 영향으로 2011년 입법되었다(제35조의3).

### 2. 제28조와 제35조의3과의 관계

기존의 저작권법 제28조는 기본적으로 ‘인용(引用)’에 관한 조항으로서, 저작물의 ‘이용(利用)’ 일반에 확대하여 적용하는데 한계가 있었으므로 저작권법 제35조의3과 상호보완적인 관계에 있으나, 포괄적인 일반조항이 도입됨에 따라 예시규정으로 해석될 여지가 있다.