

## 골프존 사건을 통한 저작물의 공정이용에 대한 검토

| 임형주 | 저작권보호심의위원회 심의위원\_법무법인(유) 율촌 구성원변호사 |

### 1. 들어가며

스크린골프는 실존하는 골프코스를 실내에서 3D 골프코스 영상으로 구현하여 필드 골프와 유사한 골프 경기를 즐길 수 있도록 하는 시스템으로, 2000년대 초 국내에 출시된 이래 큰 인기를 끌고 있다. 스크린골프 업체들은 특정 골프장의 골프코스를 3D 골프코스 영상으로 구현하는 과정에서 해당 골프장의 운영자와 협약을 체결하여 골프코스의 모습을 사용하는 것에 대한 허락을 받는 것이 통상적인데, 이와 같이 허락을 받지 아니하고 실존하는 골프코스를 3D 골프코스 영상으로 구현하는 것이 골프장 운영자의 권리를 침해하는 것인지 논란이 되었다.

2014년에는 골프장 운영자들(이하 '원고들')이 대표적인 스크린골프 업체인 주식회사 골프존(이하 '피고')을 상대로, 피고는 원고들의 허락을 받지 아니하고 원고들이 소유·운영하는 골프장(이하 '이 사건 골프장')의 모습을 그대로 구현한 스크린골프 시스템을 개발하여 사용하고 있는바, 이는 이 사건 골프장에 대한 원고들의 저작권을 침해하는 행위라는 취지로 손해배상청구의 소를 제기하였다(서울중앙지방법원 2015. 2. 13. 선고 2014가합520165 판결). 원고들은 항소심에서 피고의 행위가 민법상 불법행위 내지 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법') 제2조 제1호 (차)목[현재 (파)목, 이하 '기타 성과 도용행위']에 해당한다는 취지의 주장을 추가하였다(서울고등법원 2016. 12. 1. 선고 2015나2016239 판결).

원고들의 위 주장들과 관련하여, 피고가 실존하는 골프코스를 3D 골프코스 영상으로 구현하는 것이 저작물의 공정한 이용에 해당하는지가 문제되었다. 대법원은 원고들의 손해배상청구를 일부 인용한 항소심 판결에 대한 상고를 기각하며 위 행위가 공정이용에 해당하지 아니함을 분명히 하였다.

이에 본고에서는 골프존 사건의 배경을 살펴보고, 이 사건의 쟁점이 되는 저작물의 공정이용에 대한 법리, 판례 등의 검토 및 이 사건에서의 공정이용에 대한 판단 방향, 나아가 저작권보호심의 제도에 대한 시사점 등을 제시하고자 한다.

## 2. 이 사건의 배경 및 법원의 판단

피고는 국내외 여러 골프장의 실제 모습을 촬영하고 그 사진 등을 토대로 실제 골프장의 모습을 거의 그대로 재현한 스크린 골프 시뮬레이션 시스템용 3D 골프코스 영상을 제작하여 스크린골프장 운영업체에 제공하여 왔으며, 이 사건 골프장에 대해서는 2009년 무렵부터 2015. 2. 23.까지 3D 골프코스 영상을 스크린골프장 운영업체에 제공하였다.

제1심은 원고들의 저작권 침해를 원인으로 한 손해배상청구에 관하여, 골프장은 다른 골프장들과 구별할 수 있을 정도로 창조적인 개성이 인정되므로 저작권의 보호대상인 저작물에 해당하고, 원고들이 이 사건 골프장에 대한 저작권자라고 보았다. 나아가, 제1심은 피고가 원고들의 허락 없이 이 사건 골프장을 거의 그대로 재현한 시뮬레이션 시스템을 사용하면서 이를 업그레이드하는 한편 스크린골프 운영업체에 그 사용을 위한 온라인 서비스를 제공한 행위는 원고들의 저작권(복제권, 전송권)을 침해한 것으로 보아 원고들의 손해배상청구를 일부 인용하였다.

항소심은 원고들의 저작권 침해를 원인으로 한 손해배상청구에 관하여, 골프장이 저작권의 보호대상인 저작물에 해당한다는 제1심 판단을 긍정하고, 특히 골프장은 건축저작물에 해당한다고 판단하면서도, 건축저작물의 저작자는 골프장 건축주·소유자·운영자가 아닌 설계자이고, 원고들이 이 사건 골프장을 직접 설계하였거나 실제 설계자로부터 저작권을 양수하였다고 인정할 증거가 없다는 이유로 원고들이 이 사건 골프장의 저작권자임을 전제로 한 이 부분 청구를 기각하였다.

다음으로 민법상 불법행위 내지 기타 성과 도용행위를 원인으로 한 손해배상청구에 관하여, 항소심은 “이 사건 각 골프장의 골프코스의 모습, 즉 골프코스를 실제로 골프장 부지에 조성함으로써 외부로 표현되는 지형, 경관, 조경요소, 설치물 등이 결합된 이 사건 각 골프장의 골프코스의 모습 내지 종합적인 ‘이미지’는 원고들의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과에 해당한다”고 인정하였다. 나아가, 항소심은 피고가 이 사건 골프장의 모습을 거의 그대로 재현함으로써 경쟁관계에 있는 원고들의 상당한 노력과 투자에 편승하여 이 사건 골프장의 모습(이미지)을 자신의 영업을 위해 무단으로 이용하여 원고의 경제적 이익을 침해하였다는 이유로 이 부분 청구를 일부 인용하였다.

특히 항소심에서 피고는 저작물인 이 사건 골프장을 이용하여 스크린골프 시뮬레이션용 3D 골프코스 영상을 제작하여 스크린골프장 운영업체에 제공하는 것은 저작권법 제35조의3 제1항에서 규정한 공정이용에 해당하므로 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하지 아니하여 민법상 불법행위 내지 기타 성과 도용행위에 해당하지 아니한다고 주장하였다. 항소심은 다음과 같은 이유로 피고의 공정이용 항변을 받아들이지 아니하였다.

- 2012. 3. 14.까지의 이용행위: 구 저작권법(2011. 12. 2. 법률 제11110호로 개정되기 전의 것)은 저작물의 공정이용에 관하여 명시적인 규정을 두지 아니하면서 제23조 이하에서 저작권자의 제한사유를 개별적으로 나열하고 있을 뿐이므로, 구 저작권법 하에서는 널리 공정이용의 법리가 인정되는 것으로 보기 어렵다. 따라서 ‘저작물의 공정한 이용’에 관한 규정이 신설되어 시행되기 전인 2012. 3. 14.까지의 이용행위에 대해서 공정이용의 항변을 받아들이지 아니한다.
- 2012. 3. 15.부터의 이용행위: 저작물의 이용이 공정이용에 해당하는지 여부를 판단할 때에는 ① 영리성 또는 비영리성 등 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 영향을 고려하여야 한다. 각 사항에 대하여,

- ① 피고는 이 사건 골프장을 기반으로 하여 제작한 3D 골프코스 영상을 스크린골프장 운영업체에 제공하고 그 대가로 사용료를 받았으므로, 피고의 이용은 그 이용의 목적과 성격이 어디까지나 영리적이고, 저작권법 제35조의3에서 예시적으로 규정하고 있는 보도·비평·교육·연구 등과 그 목적이나 성격이 유사하다고 보기 어렵다.
- ② 피고가 제작한 3D 골프코스 영상과 원저작물인 이 사건 골프장은 그 저작물의 종류가 다르기는 하나, 피고가 창작한 3D 골프코스 영상도 실제 골프코스과 마찬가지로 이용자들에게 실제 골프장에서 필드 골프를 치는 것과 비슷한 경험을 제공하므로 그 용도가 크게 다르다고 할 수 없다.
- ③ 피고가 창작한 3D 골프코스 영상은 이 사건 골프장의 각 홀을 거의 그대로 재현하고 있어, 피고가 이용한 부분이 이 사건 골프장에서 차지하는 비중이나 중요성이 낮다고 할 수 없다.
- ④ 스크린골프가 필드 골프의 수요를 어느 정도 대체할 수 있는 점을 고려할 때, 피고의 저작물 이용이 이 사건 골프장의 현재 시장 또는 가치나 잠재적인 시장 또는 가치에 영향을 미치지 않는다고 볼 수 없다.

### 3. 공정이용의 법리

#### (1) 현행법에 따른 저작물의 공정한 이용

2011년 개정 전 우리 저작권법은 제23조에서부터 제35조에 걸쳐 개별적인 저작재산권 제한 사유만을 열거적으로 규정하고 있을 뿐, 포괄적인 일반조항 형태의 ‘공정이용’에 대한 규정은 두고 있지 않았다. 이후 2011년 개정 저작권법은 종전 저작권법상의 저작재산권 제한 규정 이외에 저작물의 통상적인 이용과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 범위 내에서 보도, 비평, 교육, 연구 등을 위해 저작물을 이용할 수 있도록 하는 포괄적 공정이용 조항을 신설하고, 특정한 이용이 공정한 이용에 해당하는지를 판단할 때에 고려할 기준을 예시하는 규정을 두었다.

그 후 2016년 법 개정으로 현행 저작권법은 제35조의5(저작물의 공정한 이용) 제1항에서, “제23조부터 제35조의4까지, 제101조의3부터 제101조의5까지의 경우 외에 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우에는 저작물을 이용할 수 있다”고 규정하였다.<sup>1)</sup>

이와 같은 저작권법 제35조의5에 의한 공정이용이 인정되려면, 우선적으로 저작물의 통상적인 이용방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우여야 한다(제1항). 그리고 공정이용의 허용 여부를 판단하기 위해서는 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 영향이라는 4가지 요소가 모두 고려되어야 한다(제2항).

1) 오승중, 저작권법 제5판, 박영사, 2020, 877-879면

이러한 고려사항은 기본적으로 미국 저작권법 제107조의 공정이용 조항을 도입한 것이다.<sup>2)</sup> 위 4가지 요소와 관련하여, 미국에서는 수많은 판례들을 통해 법리가 확립되어 왔는데, 이를 참고하여 보면, '이용의 목적 및 성격'의 검토 기준으로는 상업적 이용인지, 비영리적인 목적을 위한 것인지와 같이 이용의 목적을 고려하며, 이용자의 이용행위가 변형적 이용인지, 또는 부수적, 우발적 이용인지 여부 등을 고려하여야 한다. 그 외에도 이용된 부분이 원고 저작물 전체에서 차지하는 비중도 고려해야 하고, 이용된 저작물의 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향 등 각 요소마다 구체적 기준에 따라 긍정 요소와 부정 요소를 비교형량하는 과정이 필요하다.

이와 같은 미국 저작권법의 법리를 참고하는 것이 필요한 이유는, 위에서 살펴본 바와 같이 우리 저작권법의 포괄적 공정이용 조항이 사실상 미국 저작권법 제107조의 법리를 거의 그대로 도입한 것이고, 성문법 체계를 취하고 있는 우리나라에서 이 같은 미국의 공정이용 법리를 도입함에 따라 그 구체적인 적용이나 해석에 대해서 아직 확립되지 않은 상황이다. 게다가 기존에 존재하였던 대륙법계 체계에 따른 저작재산권 제한 조항들과의 조화를 이루어야 할 필요가 있기에, 우리 대법원도 미국 법리 등을 참고하여 현행 저작권법의 포괄적 공정이용 조항을 어떻게 구체적으로 적용할 것인지에 대해 일관되고 명확한 기준을 정립하는 것이 더욱 요구되는 현실이다.

## (2) 미국법상 공정이용의 법리

미국 저작권법 제107조의 규정을 다시 정리하면 다음과 같다.<sup>3)</sup>

**제107조(배타적 권리에 대한 제한: 공정이용)<sup>4)</sup>** 제106조와 제106조의 A의 규정에도 불구하고, 비평, 논평, 시사보도, 교수(학습용으로 다수 복제하는 경우를 포함), 학문, 또는 연구 등의 목적을 위하여 보호되는 저작물을 복제하거나 음반으로 복제하거나 또는 제106조와 제106조의 A에서 규정한 그 밖의 방법으로 이용하는 경우를 포함하여 공정이용 하는 것은 저작권 침해가 되지 아니한다. 구체적인 경우에 어떤 저작물의 이용이 공정이용이냐의 여부를 결정함에 있어서 참작하여야 할 요소에는 다음 사항이 포함되어야 한다.

- (1) 그 이용이 상업적 성질의 것인지 또는 비영리적 교육목적을 위한 것인지 등, 그 이용의 목적과 성격;
- (2) 보호되는 저작물의 성격;
- (3) 이용된 부분이 보호되는 저작물 전체에서 차지하는 양과 상당성;
- (4) 그 이용이 보호되는 저작물의 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향.

위의 모든 요소를 참작하여 내려지는 결정인 경우에, 저작물이 미공표되었다는 사실 자체는 공정이용이라는 결정을 방해하지 못한다.

2) 오승중, 저작권법 제5판, 박영사, 2020, 제883면

3) 오찬미, 시사보도를 위한 공정이용 - 미국·유럽·한국의 비교법적 연구, 서울대학교 (2015. 6.)

4) 17 U.S.C. § 107

Limitations on exclusive rights: Fair use

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

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

미국 저작권법 제107에서는 비평, 논평, 시사보도, 교수, 학문 또는 연구 등을 위하여 저작물을 복제하는 행위를 공정이용에 해당하는 행위로 예시하고 있다. 그러나 이러한 행위들 외에도 공정이용에 해당하는 경우는 있을 수 있고, 위 행위에 해당한다고 반드시 공정이용이라고 판단할 수 있다는 의미도 아니다. 따라서 공정이용 여부를 판단함에 있어서는 위에서 제시된 4가지 요소를 함께 고려하여야 한다.

본고에서 미국 법원의 판례를 모두 비교 분석하지는 못하지만, 한국저작권위원회가 2019년 발간한 <국내외 판례 조사 및 분석을 통한 공정이용(Fair Use) 가이드 제시를 위한 연구>를 참고하면, 미국 법원이 공정이용을 판단함에 있어서 가장 중요하게 보고 있는 것은 ① ‘저작물의 이용목적과 성격’, 즉 상업적 이용인지 비상업적 이용인지를 보고,<sup>5)</sup> ② ‘변형적 이용’에 해당하는지<sup>6)</sup> (변형적 이용이란 원저작물을 이용한 결과물이 단순히 원저작물을 대체하는 수준을 넘어 원저작물에 없거나 원저작물과 다른 사상 및 감정을 전달함으로써 원저작물과 별개의 목적이나 성격을 갖게 되는 경우를 말한다.<sup>7)</sup>) 및 ③ ‘시장 가치에 미치는 영향’<sup>8)</sup>, 즉 피고의 저작물이 원고의 저작물과 유사한 기능을 수행한다면 원고 저작물의 잠재적 수요를 충족시킬 가능성이 있고 따라서 원고 저작물의 시장적 가치를 훼손하게 될 수 있는지 여부로 보인다.

미국 판례 중 저작권법 제35조의3 제2항 각호에 열거된 고려 요소들의 경중에 관하여 상세히 논하며 사실관계 역시 이 사건과 유사한 2015. 10. 16.자 미국 연방 제2항소법원의 판결[Authors Guild v. Google, Inc., No. 13-4829-cv (2d Cir. October 16, 2015), 이하 ‘구글북스 판결’]의 판단을 살펴 보면 다음과 같다.

① 이용의 목적 및 성격 - 영리성(제1호): 구글은 도서관들과 협약을 맺어 도서관의 보유 장서들을 스캔한 다음 문자 인식 기술을 이용하여 스캔 이미지에서 어문 부분을 추출하고, 여기에 구글의 검색엔진 기술을 적용하여, 사용자가 임의의 단어로 도서를 검색할 수 있도록 하는 서비스를 제공하고 있다.<sup>9)</sup> 이에 대해 도서관의 저작권자들은 이러한 구글의 도서 검색 서비스가 영리성을 띠므로 공정이용에 해당하지 않는다고 주장하며,<sup>10)</sup> 그 근거로 ① 미국 저작권법 제107조 (1)항에서 영리성 유무를 공정이용 여부를 판단하기 위한 요소의 하나로 명시하고 있고, ② 소니 판결<sup>11)</sup> 에서도 “모든 상업적 사용은 공정이용이 아닌 것으로 추정된다”<sup>12)</sup>고 판시하고 있는 점을 들었다.

그러나 미국 연방 제2항소법원은 ‘연방대법원을 비롯하여 여러 법원들이 소니 판결에서 제시된 위 명제가 지나치게 과장되었음(“enormously overstated”)을 확인하였다’고 하면서, 패러디에 관한 미국 연방대법원 판례(이하 “Campbell 판례”)<sup>13)</sup> 에서 실시된 법리를 인용하여, ‘① 미국 저작권법 제107조에 예시되어 있는 공정이용의 거의 모두가 일반적으로 영리 목적으로 행하여진다는 점에 비추어 입법자가 것처럼 광범위하게 공정이용에 반대되는 추정을 의도하였을 리 없고, ② 원저작물의

5) Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985)

6) Elvis Presley Enters., Inc. v. Passport Video, 349 F.3d 622 (9th Cir. 2003)

7) 오승중, 저작권법 제5판, 박영사, 2020, 제887면

8) Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985)

9) <https://books.google.com> 참조.

10) 구글은 위 서비스로부터 직접적으로 수익을 올리지 않지만, 도서 저작권자들은 검색엔진 시장에서의 지배력을 공고히 하기 위하여 도서 검색 서비스를 이용한다는 취지로 주장하였다.

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

12) “[E]very commercial use of copyrighted material is presumptively ... unfair.”

13) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994). 이 판례는 널리 알려진 “Pretty Woman”이라는 노래를 랩으로 패러디한 사안에 관한 것이다. 이 사건에서 연방 제6항소법원은 ‘모든 상업적 이용은 공정이용이 아닌 것으로 추정된다’는 소니 판결의 명제에 근거하여 문제의 패러디가 공정이용이 아니라고 판결하였으나, 연방대법원은 본문에서 말씀드린 바와 같은 이유로 공정이용에 해당한다고 판결하였다.

이용이 변형적일수록 상업성과 같은 다른 요소들의 중요성은 적어진다'고 하면서, 영리 목적보다는 변형적 목적 및 시장 대체성이 더 중요하다는 취지로 판시하였다.<sup>14)</sup>

- ② 이용의 목적 및 성격 - 변형적 이용(제1호): Campbell 판례도 “지식과 기술의 발전이라는 저작권법의 목적은 일반적으로 변형적 작성물의 창작에 의하여 추구된다. 따라서 변형적 작성물은 공정이용의 법리가 저작권법의 제약 하에서 숨 쉴 공간을 확보함에 있어 핵심을 이루며, ... 새로운 작성물이 변형적일수록, 공정이용을 부정하는 방향으로 작용할 수 있는 상업성 등 다른 요소들의 중요성은 낮아질 것이다”고 하여 공정이용을 인정함에 있어 변형적 이용 여부를 중요한 요소로 보았다.<sup>15)</sup>

구글북스 판결 역시 이를 그대로 인용하며 변형적 이용의 중요성을 강조하고 있다. 위 판결은 이러한 전제에서, 구글의 도서 검색 서비스는 원저작물인 도서의 원문 일부를 그대로 이용하고 있음에도 불구하고 전통적인 방법으로 원저작물을 이용하는 경우와는 달리 검색을 가능하게 하고 해당 도서에 관한 정보를 제공하는 등 변형적 이용으로서의 성격이 뚜렷하다고 판시하였다.

- ③ 저작물의 종류 및 용도(제2호): 저작물의 성질(“the nature of the copyrighted work”)이 독립적으로 중요한 역할을 한 사례는 없다고 판시하였다.
- ④ 이용된 부분이 저작물 전체에서 미치는 비중과 그 중요성(제3호): 구글북스 판결은 “변경 없는 완전한 복제도 복제 행위자의 변형적 목적을 달성하기 위하여 합리적으로 적절하고, 원저작물의 경쟁적 대체재를 제공하는 방식으로 이루어지지 않는 한 공정이용에 의하여 정당화된 사례는 많다”고 하면서, “허용되는 복제의 정도는 이용의 목적과 성격에 따라 바뀐다”는 Campbell 판례를 인용하면서, “이용된 부분의 양과 실질성이 복제의 목적과 관련하여 합리적인지 여부”가 쟁점이라고 하였다. 그리고 이러한 전제에서, 구글의 도서 검색 서비스는 검색을 통하여 원문에 대하여 제한되고 중요한 정보를 제공하기 위한 목적으로 행하여지는 것이므로 위 쟁점에 있어서도 공정이용을 인정하기 위한 기준을 충족한다고 판시하였다.
- ⑤ 저작물의 이용이 그 저작물의 시장 또는 가치에 미치는 영향(제4호): 구글북스 판결은 “복제가 원저작물의 목적과 다른 목적을 위해 이루어질수록 그러한 복제본이 원저작물을 대체할 수 있는 가능성이 낮아진다”는 Campbell 판례를 인용하면서, 도서를 검색 및 일부분(snippet)만을 표시하는 것은 원저작물인 도서를 대체할 수 없으므로 이러한 저작물의 이용이 그 저작물의 시장 또는 가치에 현저한 영향을 미친다고 보기 어렵다고 판시하였다.

14) “우리 법원은 확실한 변형적 목적이 있고 원저작물에 대하여 의미 있는 대체적 경쟁이 없음에도 불구하고 상업적 목적이 우선시되어야 한다는 주장을 반복하여 배척하여 왔다.” - “Our court has since repeatedly rejected the contention that commercial motivation should outweigh a convincing transformative purpose and absence of significant substitutive competition with the original.”

15) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 579 (1984) (“...the goal of copyright, to promote science and the arts, is generally furthered by the creation of transformative works. Such works thus lie at the heart of the fair use doctrine’s guarantee of breathing space within the confines of copyright, ... and the more transformative the new work, the less will be the significance of other factors, like commercialism, that may weigh against a finding of fair use.”)



미국 법원의 판례와 같이, 우리나라 법원 또한 저작권법 제35조의3에서 제시하고 있는 기준에 따라 적극적으로 구체적인 판시사항을 제시함으로써, 공정이용을 적용함에 있어서 어떠한 사례가 상업적 이용으로 볼 수 있을 것인지, 또는 어떠한 사례가 변형적 이용 또는 저작자의 저작물과 유사한 기능을 하여 기존 저작물의 시장적 가치를 훼손하는 것인지에 대한 법리를 확립해가는 과정이 필요해 보인다.

### (3) 공정이용의 적용 기준

위와 같은 유사 사례 및 미국법상 공정이용 법리를 참고할 때, 이 사건에서 공정이용 법리를 적용하기 위한 기준은 보다 구체적으로 아래와 같이 정리할 수 있을 것으로 보인다.

#### ① 통상적인 이용방법과 충돌하지 않는 것과 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우

우선 공정이용에서 말하는 ‘통상적인 이용 방법’이란 저작물 이용에 있어서 저작권자의 허락이나 동의 없이 무단으로 원저작물이나 2차적저작물 등을 복제, 이용, 판매, 변형, 전시 등의 행위를 하지 않는 것이다.<sup>16)</sup> 즉, 저작권자의 허락 또는 동의를 받은 범위 내에서 이용하는 것을 의미할 것이다. 따라서 해당 기준을 판단하기 위해서는 저작권자의 묵시적·포괄적 이용 허락의 범위를 판단하는 것과 유사한 기준을 적용할 수 있을 것으로 보인다. 또한 ‘저작자의 정당한 이익’은 저작자가 본인의 사상 또는 감정을 표현한 창작물을 창작함으로써 법적으로 보호받아야 하는 이익을 의미하는데, 저작물의 이용과 관련해 제3자가 원저작자의 동의를 얻거나 원저작자와의 합의 하에 권리를 양도받는 것이 합리적인 범위 내에서 이용하는 것이며 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우를 의미한다.<sup>17)</sup> 결국 법 제35조의5 제1항은 저작자, 저작권자 등의 허락 또는 동의를 받은 범위 내에서 저작물을 이용해야 한다는 점에서 이용허락의 범위를 해석하는 것이 법원의 역할이 될 것이고, 여기에는 저작물의 묵시적·포괄적 이용허락과 관련한 다양한 판례의 법리를 활용할 수 있을 것으로 보인다.

#### ② 이용의 목적 및 성격

미국 법리를 참고할 때, 저작물의 이용 목적 및 성격을 판단하는 요소로는 (i) 저작물의 이용이 상업적 목적인지 여부를 고려하거나 또, (ii) 저작물의 이용이 변형적인지 여부를 주된 요소로 고려할 수 있어 보인다.

저작물의 이용목적이 상업적이면 공정이용이 될 가능성이 낮고, 비영리적이거나 공익적 목적이라면 공정이용으로 인정될 가능성이 높다고 볼 수 있다. 그러나 반드시 영리성이 공정이용을 배제시키는 요소라고 볼 수는 없는 것이고, 전통적으로 비상업적인 목적을 가진 비평, 교수, 학문, 연구 등의 분야라고 하여 공정이용이 인정된다고 볼 수도 없다. 최근에는 마치 최초로 비영리적인 목적으로 저작물을 이용하는 것 같지만 부수적으로 상업적 효과를 보게 되는 경우도 많기 때문에 간접적으로 이익을 취득하게 되는 경우까지 영리성에 해당할 수 있음을 고려하여 판단할 필요가 있다.

또한, 변형적 이용의 여부와 관련하여, 원저작물을 대체하는 수준을 넘어 사회 전체에 이익을 기여하는 수준의 별개의 목적이나 성격을 갖는 경우 변형적 이용으로 공정이용이 인정될 가능성이 높을 것이다. 앞서 살펴본 바와 같이 ‘변형적 이용’은 공정이용에 관한 미국 판결들에서 빈번하게 등장하고 가장 중요한 요소로 취급되고 있는 요소이다.<sup>18)</sup> 변형적 이용의 대표

16) 김다빈, 행정기관 및 공기업에 의한 저작물의 공정이용에 관한 연구, 경희대학교 (2021. 2.), 41면

17) 김다빈, 행정기관 및 공기업에 의한 저작물의 공정이용에 관한 연구, 경희대학교 (2021. 2.), 41면

18) 정상조, 박준석, 지식재산권법 제5판, 홍문사, 2020, 제424면

적인 예로, 비평, 사실의 증명, 원작품의 사상을 옹호 또는 공격할 목적으로 원작품의 내용을 요약하는 것, 패러디, 상징화, 미학적 선언 등을 들 수 있다.<sup>19)</sup> 따라서 법원은 저작물의 이용이 원저작물을 소재로 하면서도 변형을 통하여 새로운 사상이나 감정, 정보, 이해, 미감 등을 갖도록 하는 것은 아닌지 구체적인 기준을 제시해 줄 필요가 있다.

③ 저작물의 종류 및 용도

이용된 저작물이 사실을 있는 그대로 표현하는 사실적 성격의 저작물인지, 저작자의 창작성이 많은 비중을 차지하는 허구적 저작물인지 여부도 판단기준이 될 수 있고, 또 저작물이 공표된 저작물인지 미공표된 저작물인지도 공정이용 여부를 판단함에 있어서 중요한 요소가 될 수 있다.

예컨대 사실적 저작물의 경우에는 특정인에게 독점시키기 어려운 부분도 많고 누구든지 사용할 수 있어야 하는 경우가 있기 때문에 공정이용이 인정될 가능성이 높을 것이고, 공표된 저작물일 경우 미공표된 저작물보다는 공정이용 성립에 긍정적 요인이 되는 것이다.

④ 이용된 부분이 보호되는 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성

이용된 부분이 보호되는 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성은 상대적으로 기준이 가지는 의미 자체는 명료해 보인다. 이는 이미 저작권 침해에 있어서 실질적 유사성을 판단함에 있어서도 다양한 판결례들이 존재하기 때문에 관련 법리를 참고할 수 있을 것이다.

⑤ 저작물의 이용이 그 저작물의 현재 시장 또는 가치나 잠재적인 시장 또는 가치에 미치는 영향

마지막 요소는 미국 법리에서도 중요하게 고려하고 있는 요소와 마찬가지로, 원저작물과 이를 이용한 저작물이 실질적으로 유사한 기능을 가지고 있어서 수요를 대체할 수 있는지 여부를 기준으로 판단해야 할 것이다. 만일 원저작물을 이용한 저작물을 소비자들이 이용하게 됨으로써 원저작물의 이용이 감소하게 된다면, 원저작물의 이용허락을 받아 이용허락의 범위 내에서 정당하게 사용하고 있는 다른 저작물들의 이용이 감소하게 된다면 공정이용으로 보기는 어렵다고 판단될 가능성이 높다.

19) 박준우, 2차적저작물로의 변형과 공정이용인 변형의 차이, 상사판례연구(제22집 제4권), 한국상사판례학회, 2009, 554면 이하



#### 4. 이 사건에서의 공정이용 여부 판단

이 사건에서 항소심 판결은 ① 피고의 3D 골프코스 영상 사용이 영리적인 점, ② 3D 골프코스 영상과 이 사건 골프장의 용도가 크게 다르다고 할 수 없는 점, ③ 3D 골프코스 영상이 이 사건 골프장을 거의 그대로 재현하여 이용된 부분이 원저작물에서 차지하는 비중이나 중요성이 낮지 않은 점, ④ 스크린골프와 필드 골프를 어느 정도 대체할 수 있는 점을 근거로 비교적 간단히 피고의 공정이용 항변을 배척하였다. 그러나 앞서 검토한 공정이용 법리에 비추어 볼 때, 법원은 아래와 같은 구체적 사정도 고려할 수 있었을 것으로 보인다.

- ① 이용의 목적 및 성격 - 변형적 이용(제1호): 필드 골프는 의도적으로 꾸며진 자연 경관 속에서 매 타, 매 홀마다 긴 거리를 이동하며 하는 것인 반면, 스크린골프는 도심 속에서 짧은 시간 내에, 낮은 비용으로 사용할 수 있도록 한 타를 치고 나면 곧바로 화면이 바뀌면서 다음 플레이어가 공을 쳐야 하는 곳으로 가상 코스 내에서의 위치가 옮겨진다. 이처럼 스크린골프는 필드 골프를 즐기는 데 소요되는 시간을 비약적으로 단축시킴으로써, 필드 골프를 그대로 실내로 옮겨 놓은 것이라고 하기 어렵고, 전체적으로 필드 골프와 전혀 다른 경험을 주는 것이므로 변형적 이용으로 볼 여지가 있다.
- ② 저작물의 종류 및 용도(제2호): 스크린골프의 가상 코스와 실제 필드의 코스는 종류와 용도가 서로 다르며, 저작물의 종류 역시 전자는 영상저작물 내지 컴퓨터프로그램저작물, 후자는 건축저작물로 서로 다르다. 또한 골프코스는 자연에 이미 존재하는 지형을 기반으로 만들어지는 것으로 저작자의 창작성이 크게 개입한다고 보기 어려운 측면이 있고, 공표되어 회원 또는 대중이 누구나 이용할 수 있다는 점을 고려할 수 있다.
- ③ 이용된 부분이 저작물 전체에서 미치는 비중과 그 중요성(제3호): 스크린골프를 통해 필드 골프에 대한 간접체험 및 연습 기회를 제공하기 위해서는 실제 골프 코스의 구성요소들(퍼어웨이, 그린, 러프, 벙커, 워터해저드 등)의 선택·배열·조합을 가급적 똑같이 하여야 하므로, 3D 골프코스 영상이 실제 골프장과 양적으로 유사한 부분이 많은 것은 그 목적을 고려할 때 불가피한 것이고, 이러한 측면만으로 공정이용을 부정하기는 어렵다.
- ④ 저작물의 이용이 그 저작물의 시장 또는 가치에 미치는 영향(제4호): 필드 골프는 스포츠로서의 골프 외에도 아름답게 꾸며진 자연 경관을 즐기는 것에 큰 의미가 있고, 스크린골프는 여러 기술적 한계로 필드 골프에서의 경험을 그대로 구현할 수 없으므로, 스크린골프가 필드 골프를 일대일로 대체할 수 있다고 보기는 어렵다.

## 5. 저작권보호심의 제도에 대한 시사점

저작권법에 따라 심의위원회가 수행하는 저작권보호심의제도를 크게 구분하면, 온라인서비스제공자에 대한 복제·전송자에 관한 정보제공 청구 심의, 정보통신망을 통한 불법복제물 등의 삭제 명령, 그리고 온라인서비스의 이용자들이 게시한 불법복제물에 대한 삭제 또는 전송중단과 해당 이용자에게 대한 경고의 시정권고에 대한 심의 등이 있다. 이 외에도 한국저작권보호원은 저작권 보호를 위한 시책 수립지원, 저작권침해실태조사 및 통계 작성, 그리고 저작권 보호 기술의 연구 및 개발 등의 업무를 수행하고 있다.

최근 인터넷 상의 저작물 무단 이용과 관련하여 이용자들이 가장 많이 궁금해하는 부분이 저작자의 명시적 허락이 없는 상황에서 어디까지 공정이용으로 볼 수 있는지 여부일 것이다. 여기서 저작권보호심의의 기능이 중요한 역할을 할 수도 있지만, 본고에서 검토한 바와 같이 저작물의 공정이용에 대한 포괄적 조항이 우리 저작권법에 도입된 이후 아직 실무에 적용할 수 있는 구체적인 기준은 제시되고 있지 않은 상황이다. 따라서 명시적인 법리가 없는 상황에서 저작권보호원의 심의로 선불리 행정처분이 이루어지는 것 또한 바람직해 보이지는 않을 수 있다.

특히, 공정이용 여부는 이후에 형사책임 부담 여부에도 영향을 줄 수 있는 중대한 문제임을 고려할 때, 죄형법정주의 원칙에 따라 저작권 침해에 따른 저작권법위반죄의 구성요건에 상당한 고려 요소가 되는 공정이용 여부의 판단기준이 정립되어야 할 필요성은 절실하다.

따라서 한국저작권보호원은 우선적으로 저작물의 공정이용의 법리 확립을 위한 다양한 국내외 사례 연구 및 저작물 무단 이용에 대한 조사 등을 수행하여 학계와 실무자들의 활발한 논의를 형성하는 것이 필요해 보인다. 다양한 분야에서의 저작물 공정이용에 대한 구체적 기준 마련의 요구가 이루어지면 이에 대응하는 상급심 법원의 판단이 마련될 것이며, 이후 관련 쟁점을 더 심도있게 검토할 수 있을 것이다.

이러한 방향으로 한국저작권보호원에서 저작권법에 따른 공정이용의 기준과 범위에 대한 이정표를 제시함으로써 기술 및 콘텐츠 산업이 한 단계 더 발전할 수 있도록 도모할 필요가 있어 보인다.

• 본 내용은 저작권보호심의위원회 심의위원의 개인적 견해로, 한국저작권보호원의 공식적인 의견이 아님을 알려드립니다.