
컴퓨터프로그램 실행 과정에서의 일시적 복제

- ‘오픈캡처(OpenCapture)’ 사건을 중심으로 -

송 재 섭*

논문

목 차

I. 들어가며

II. ‘오픈캡처’ 사건의 경위

1. 기본사실
2. 제1심 판결
3. 항소심 판결

III. ‘오픈캡처’ 사건의 쟁점 정리 및 검토

1. 일시적 복제의 면책 요건
2. 이용허락계약 위반에 따른 저작권 침해 성립 여부

IV. ‘오픈캡처’ 사건의 구체적 분석

1. 컴퓨터프로그램 실행 과정에서 일어나는 일시적 복제가 ‘원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요하다고 인정되는 범위 안에서’ 이루어지는 것이라고 할 수 있는가?
2. 이용허락계약을 위반한 컴퓨터프로그램의 ‘실행’이 저작권 침해에 해당하는가?
3. 요약 및 정리

V. 맺으며

* 법무법인 세종, 변호사·법학박사

※ 투고일자 : 2015년 6월 1일 / 심사일자 : 2015년 8월 28일 / 게재확정일자 : 2015년 9월 8일

초 록

2011년 12월 2일 개정된 저작권법은 미국·EU·일본 등 여러 국가의 입법례를 반영하여 ‘복제’의 개념을 “일시적 또는 영구적으로 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것”이라고 정의함으로써 일시적 저장을 복제의 범위에 포함시키는 한편, 컴퓨터에서 저작물을 이용함에 있어 원활하고 효율적인 정보처리를 위해 필요하다고 인정되는 범위 내에서의 일시적 복제를 허용하고 있다. 다만 저작권법 제35조의2 단서는 ‘저작물의 이용이 저작권을 침해하는 경우’를 허용되는 일시적 복제의 범위에서 제외하고 있는데, 이와 관련하여 최근 진행된 ‘오픈캡처(OpenCapture)’ 사건의 제1심과 항소심은 컴퓨터프로그램 실행 과정에서 발생하는 일시적 복제에 대해 저작권법 제35조의2가 적용될 수 있는지에 대해 서로 엇갈린 판결을 내려 주목을 받고 있다. 컴퓨터에서 프로그램의 실행과정에서 이루어지는 일시적 복제는 ‘원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요하다고 인정되는 범위’에 포함된다고 보아야 하고, 따라서 위와 같은 일시적 복제는 제35조의2 본문에 따라 면책되어야 한다. 서울고등법원 판결 역시 컴퓨터프로그램 실행 과정에서 일어나는 일시적 복제가 저작권법 제35조의2에 따라 면책되어야 한다고 보았는데, 이는 컴퓨터프로그램저작권의 보호 범위가 지나치게 넓어지는 것을 경계하고자 한 판결이라는 점에서 의미가 있다. 다만 위 판결에서는, 컴퓨터프로그램의 사용 용도를 제한하는 내용의 이용허락계약은 그 취지가 저작권법 제35조의2의 적용을 배제하고자 하는 데에 있다고 볼 수 있는 것이 아닌지, 나아가 저작권법상 허용되는 행위를 금지하는 등 저작권법상 저작재산권 제한 규정을 무력화하는 취지의 이용허락계약을 위반하는 행위가 저작권 침해를 구성하는지에 관하여 보다 세밀한 검토가 이루어지지 않았다는 점이 아쉬움으로 남는다. 현재 ‘오픈캡처’ 사건의 상고심이 계속 중이어서 상고심 판결의 결론이 주목된다.

주 제 어

오픈캡처, 일시적 복제, 저작물이용허락계약, 컴퓨터프로그램저작물

I. 들어가며

「대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정 및 대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정에 관한 서한교환」의 합의사항에 따라 2011년 12월 2일에 개정된 저작권법(2012. 3. 15. 시행 법률 제11110호)은 ‘복제’의 개념을 “일시적 또는 영구적으로 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것”이라고 정의하여 일시적 저장을 복제의 범위에 포함시키면서(저작권법 제2조 제22호) 컴퓨터에서 저작물을 이용함에 있어 원활하고 효율적인 정보처리를 위해 필요하다고 인정되는 범위 내에서의 일시적 복제를 허용하는 한편(저작권법 제35조의2), 컴퓨터의 유지·보수를 위하여 그 컴퓨터를 이용하는 과정에서 이루어지는 프로그램의 일시적 복제를 허용하는 규정(저작권법 제101조의3 제2항)을 신설하였다. 이와 같은 개정 규정은 미국·EU·일본 등 여러 국가의 입법례를 반영한 것으로,¹⁾ 이로써 일시적 저장 내지 일시적 복제가 저작권법상 ‘복제’의 범위에 포함되는지에 관한 종래의 논의는 일단락되었다고 할 수 있다.²⁾

그런데 저작권법 제35조의2 단서는 ‘저작물의 이용이 저작권을 침해하는 경우’를 허용되는 일시적 복제의 범위에서 제외하고 있다. 당초 2008년 10월 10일에 제안된 정부 개정안(의안번호 1801513)에서는 “해당 이용자가 불법 복제물임을 알았거나 알 수 있었던 경우”에 일시적 복제가 허용되지 않는다는 취지로 규정하고 있었으나, 이러한 개정안에 대해서는 그 내용이 컴퓨터프로그램에 대해서만 적용되고 있던 준사용권(저작권법 제124조 제1항 제3호)을 사실상 디지털 저작물 전반으로 확대하려는 것임에도

1) 각국에서의 일시적 복제 관련 입법례에 관하여는, 김송이, 『저작권법상 일시적 복제에 관한 법적 고찰 - 스마트폰 환경에서 스트리밍 서비스를 중심으로』, 경희대학교 대학원 석사학위논문(2012), 52-69면 참조.

2) 저작권법 개정 이전의 일시적 복제에 관한 논의에는 대표적으로 다음과 같은 것들이 있다. 채명기, 디지털 시대의 복제권 - 일시적 복제를 중심으로, 『계간 저작권』, 통권 37권(1997), 23-33면; 임원선, 새로운 비즈니스모델과 일시적 복제의 보호, 『계간 저작권』, 통권 58권(2002), 32-43면; 최재원, 램(RAM)에의 일시적 저장과 복제권, 『디지털재산법연구』, 제2권 제2호(2003), 203-222면; 이대희, 저작권법상 일시적 복제개념의 인정여부에 관한 연구, 『계간 저작권』, 통권 67권(2004), 77-87면; 이대희, 일시적 복제의 예외범위에 관한 연구, 『지식사회와 기업법 : 황천 이기수 교수 화갑기념논문집』, 박영사(2005), 348-367면; 최상필, 일시적 저장과 공정이용, 『인터넷법률』, 통권 43호(2008), 21-40면; 엄호준, 한미 자유무역협정에 따른 일시적 복제에 관한 검토, 『Law & Technology』, 제5권 제3호(2009), 157-170면; 박인회, 저작권법상 일시적 복제에 관한 소고 - 한미 FTA 합의문을 중심으로, 『외법논집』, 제34권 제1호(2010), 109-129면; 임원선, 일시적 복제의 보호 입법에 관한 연구, 『계간 저작권』, 통권 93권(2011), 4-26면.

과급효과에 대한 연구나 이해당사자의 의견을 조율하는 절차가 없었다는 비판이 제기 되었고,³⁾ 이후 2011년 11월 2일에 제안된 개정안(의안번호 1813727)에서는 해당 단서 규정을 ‘저작물의 이용이 저작권을 침해하는 경우’로 수정하여 그대로 통과되었던 것이다. 이러한 저작권법 제35조의2 단서 규정은 일본 저작권법 제47조의8⁴⁾ 규정에 영향을 받은 것으로 보이는데, 일본 저작권법 제47조의8에 관하여는 컴퓨터프로그램의 불법 복제물에 해당한다는 사실을 알면서도 업무상 이용하는 경우 면책이 되지 않는다는 해석이 있다.⁵⁾

이에 대해 우리나라의 경우 저작권법 제35조의2 단서에 따라 일시적 복제의 허용 범위에서 제외되는 ‘저작물의 이용이 저작권을 침해하는 경우’가 구체적으로 어떠한 경우를 의미하는 것인지에 관해서는 특별한 논의를 찾아보기 어렵다. 다만 일반적으로, 예컨대 ‘유튜브(youtube)’ 등을 통해 불법 복제된 동영상상을 스트리밍 방식으로 시청하거나 인터넷 브라우저(browser)를 통해 불법 복제된 게시물을 단순히 열람(browsing)하는 경우, 그와 같은 시청 내지 열람 행위 자체가 저작권 침해에 해당하지는 않으므로 그 과정에서 발생하는 일시적 복제는 저작권법 제35조의2 본문에 따라 허용된다고 이해할 수 있다.

그런데 최근 진행된 이른바 ‘오픈캡처(OpenCapture)’ 사건의 제1심과 항소심은 컴퓨터프로그램 실행 과정에서 발생하는 일시적 복제에 저작권법 제35조의2가 적용될 수 있는지에 대하여 서로 엇갈린 판결을 내려 주목을 받고 있다. 즉, 위 사건에서는 컴퓨터프로그램 실행 과정에서 발생하는 일시적 복제가 저작권법 제35조의2 본문에 포섭되는지 및 저작물이용허락계약(이하 ‘이용허락계약’) 위반이 저작권법 제35조의2 단서에서 규정하는 ‘저작물의 이용이 저작권을 침해하는 경우’에 해당하는지가 문제되

3) 위의 글, 20-21면.

4) 일본 저작권법 제47조의8 (전자계산기에서 저작물의 이용에 수반하는 복제) 전자계산기에서, 저작물을 당해 저작물의 복제물을 사용하여 이용하는 경우 또는 무선통신이나 유선전기통신을 통해 송신되는 저작물을 당해 송신을 수신하여 사용하는 경우(이러한 이용 또는 당해 복제물의 사용이 저작권을 침해하지 않는 경우에 한한다)에는, 당해 저작물은, 이러한 이용을 위한 당해 전자계산기에 의한 정보처리의 과정에서, 당해 정보처리를 원활하고 효율적으로 수행하기 위해 필요하다고 인정되는 한도에서, 당해 전자계산기의 기록매체에 기록할 수 있다.

5) 文化庁長官官房著作権課 解説, 著作権法の一部を改正する法律(平成21年改正)について, 『月刊コピーライト』, 585号(2010), 37頁. 임원선, 일시적 복제의 보호 입법에 관한 연구, 앞의 글, 21면에서 재인용.

였는바, 본고에서는 위 사건을 중심으로 이용허락계약을 위반하여 컴퓨터프로그램을 실행하는 과정에서 발생하는 일시적 복제가 저작권법 제35조의2에 따라 허용될 수 있는지에 관해 검토해 보기로 한다.

II. ‘오픈캡처’ 사건의 경위

1. 기본사실⁶⁾

‘오픈캡처’는 컴퓨터 사용자에게 화면캡처 기능을 제공하는 컴퓨터프로그램으로, 6.7 버전까지는 무료로 사용자에게 제공되었으나, 2012년 2월 5일에 업데이트된 7.0 버전부터는 비상업용·개인용으로 사용하는 경우에만 무료로 제공되고, 그 밖의 경우에는 기업용 라이선스를 구매한 때에만 사용할 수 있도록 변경되었다. ‘오픈캡처’ 7.0 버전을 설치 또는 업데이트하는 경우, 설치 또는 업데이트가 완료되면 “약관동의 및 비상업용/개인용으로만 사용하겠습니다. 기업용 라이선스⁷⁾ 구매하기”라는 내용이 기재된 “라이선스 약관 동의” 창⁸⁾이 뜨고, 사용자가 “약관동의 및 비상업용/개인용으로만 사용하겠습니다.”는 문구 앞의 상자를 선택한 후 확인 버튼을 선택해야 비로소 프로그램을 사용할 수 있는 상태가 된다.

‘오픈캡처’ 7.0 버전 이후부터 ‘라이선스 약관 동의’ 창에 제공된 이용약관 중 주요 내용은 아래와 같다.

- 6) 제1심 판결문 및 항소심 판결문에 나타난 사실관계를 정리한 것이다.
- 7) 외래어 표기법에 따른 ‘license’의 올바른 표기는 ‘라이선스’이다. 다만 이하에서 원문을 그대로 인용하는 경우에는 ‘라이선스’라 표기하기로 한다.
- 8) “라이선스 약관 동의” 창에 기재된 문구는 7.5 버전 및 8.0 버전에서 “약관동의 및 비업무용/개인용으로만 사용하겠습니다. 단, 라이선스 구매자는 본 내용과 무관합니다. 업무용 라이선스 구매하기”로, 8.1 버전 및 8.5 버전에서 “약관동의 및 비업무용/개인용으로 비업무장소에서 사용하겠습니다. 단, 라이선스 구매자는 본 내용과 무관합니다. 업무용 라이선스 구매하기”로 각각 변경되었다.

1. 사용허가

1. 2. 본 제품을 정당하게 구매한 사용자에게 한하여 제품에 포함된 인증서에 명시된 사용범위 및 사용기간에 한정하여 사용할 권리를 허용합니다.
1. 3. 다만 업무용으로 사용하지 않는 개인의 경우에는 구매하지 않고도 사용할 수 있습니다. 만약 업무장소에 소재한 컴퓨터로 사용한 것은 업무목적으로 사용한 것이라고 간주합니다.
1. 5. 정당한 사용허가를 취득한 사용자는 제품을 정당하게 사용하기 위하여 본 제품을 다운로드하거나 복사할 수 있습니다. 또한 백업이나 보관용으로 본 제품의 복사본을 만들 수 있습니다.

피고는 ‘오픈캡처’의 저작권산권을 양수한 자로서, ‘오픈캡처’의 업무용 라이선스를 구매하지 않은 채 이를 업무용으로 사용한 원고들에 대해 저작권 침해를 경고하는 내용의 공문을 발송하였다. 이에 원고들은 피고를 상대로 원고들의 피용자들이 ‘오픈캡처’의 복제권을 침해하지 않았다고 주장하면서 사용자책임에 기초한 손해배상채무가 존재하지 않는다는 확인을 청구하였고, 피고가 반소로서 원고들에 대하여 그 직원들이 ‘오픈캡처’를 허락 없이 설치하여 사용함으로써 복제권을 침해하였다고 주장하면서 사용자책임에 기초한 손해배상을 청구하였다.

2. 제1심 판결⁹⁾

제1심은, ‘오픈캡처’ 프로그램이 실행되는 과정에서¹⁰⁾ 사용자 컴퓨터의 메모리에 탑재되어 일정 공간을 차지하는 것은 결국 유형물인 램(RAM)에 일시적이거나 전기적인 형태로 고정되는 것을 의미하므로 일시적 복제에 해당한다고 전제한 후, ① 컴퓨터프로그램은 그 자체가 메모리에 복제된 상태에서 일정한 정보의 처리를 위해서 동작하는 것일 뿐, 디지털 저작물과 같이 그 저작물 자체가 정보처리의 대상으로서 효율적인

9) 서울중앙지방법원 2014. 2. 21. 선고 2013가합25649(본소), 2013가합37857(병합), 2013가합48222(병합), 2013가합70595(반소) 판결 및 서울중앙지방법원 2014. 2. 21. 선고 2013가합63771(본소), 2013가합57233(병합), 2013가합72478(병합), 2014가합7105(반소) 판결.

10) 이 사건에서는 ‘오픈캡처’ 프로그램의 설치 또는 업데이트 과정에서 복제권 침해가 발생하는지도 문제가 되었으나, 제1심과 항소심 모두 프로그램의 설치 또는 업데이트 과정에서의 복제는 저작권자의 허락 하에 이루어진 것으로서 복제권 침해가 성립하지 않는다고 판단하였다.

처리를 위해서 메모리에 복제되는 것은 아닌 점, ② 컴퓨터프로그램의 경우에는 메모리에 일시적으로 저장되어 일정한 동작을 수행하는 것 자체, 즉 프로그램을 통한 일정한 업무의 수행이 유상거래의 핵심적 대상이 되는 것이므로 메모리의 복제가 그 자체로 별도의 경제적 가치를 가지지 않는 디지털 저작물과는 차이가 있는 점, ③ 저작권법 제2조 제22호와 함께 신설된 저작권법 제101조의3 제2항은 “컴퓨터의 유지·보수를 위하여 그 컴퓨터를 이용하는 과정에서 프로그램(정당하게 취득한 경우에 한한다)을 일시적으로 복제할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 이와 같이 별도로 프로그램의 일시적 복제에 관한 면책 규정을 도입한 취지에 비추어 볼 때 컴퓨터프로그램을 이용하는 과정에서의 일시적 복제는 저작권법 제35조의2가 규정한 ‘원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요하다고 인정되는 범위’에 포함되지 않는 것으로 볼 여지가 있는 점 등을 이유로, 위와 같이 프로그램 실행 과정에서 일어나는 일시적 복제는 저작권법 제35조의2에 의해 면책되지 않는다고 판단함으로써, 피고의 ‘오픈캡처’ 저작재산권 양수 이후에 이루어진 실행 행위에 따른 원고들의 책임을 일부 인정하였다.

3. 항소심 판결¹¹⁾

항소심은, ‘오픈캡처’ 프로그램의 실행이 저작권법상 일시적 복제에 해당한다는 점에 관하여는 제1심 판결과 태도를 같이 하면서도, ① 컴퓨터 내의 프로그램을 실행하는 행위도 원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요한 범위에 속한다고 보아야 하므로 위와 같은 일시적 복제는 저작권법 제35조의2 본문에 따라 허용된다고 보아야 하고, ② 저작물의 이용허락을 받은 자가 이용방법이나 조건을 위반하여 저작물을 이용한 경우에 이용방법이나 조건이 저작권의 본래적 내용에 해당하는 저작물의 이용을 적법하게 해 주는 방법이나 조건이라면 채무불이행뿐만 아니라 저작권 침해의 불법행위도 성립하지만, 이용방법이나 조건이 저작권의 행사에 있어서 저작권자가 부가한 채권채무관계에 불과하다면 채무불이행만이 성립하게 되고 저작권 침해가 되지는 아니한다고 해석하여야 한다는 이유에서, 개별 사용자가 사용허락계약을 위반하여 컴퓨터에서 프로그램을 실행하여 사용하는 행위 자체는 저작권법상의 복제권 등 지분권을

11) 서울고등법원 2014. 11. 20. 선고 2014나19631(본소), 2014나19648(병합), 2014나19655(병합), 2014나19662(반소) 판결 및 서울고등법원 2014. 11. 20. 선고 2014나19891(본소), 2014나19907(병합), 2014나19914(병합), 2014나19921(반소) 판결.

침해하는 경우에 해당하지 않으므로 저작권법 제35조의2 단서가 적용되지 않는다고 보아, 이 사건에서 개별 사용자가 이용조건에 위반하여 '오픈캡처' 유료 버전을 업무용으로 실행하였다고 하더라도 (사용허락계약 위반에 따른 채무불이행책임을 부담하는 것은 별론으로) 그와 같은 실행 과정에서 이루어지는 컴퓨터 내 램에의 일시적 복제행위는 저작권법 제35조의2 본문에 따라 면책된다고 판단함으로써, 원고들의 책임을 일부 인정한 제1심 판결을 취소하고 원고들의 책임을 전부 부정하였다.

항소심 판결은 위와 같은 판단의 근거로 ① 컴퓨터에서 프로그램의 실행과정에서 이루어지는 램에서의 일시적 저장은 프로그램의 사용에 불가피하게 수반되어 따르는 것인데, 그와 같은 경우에도 복제권이 미친다고 해석하게 되면 원래 프로그램 저작권의 효력이 미치지 아니하는 프로그램의 사용행위까지도 저작권자가 통제할 수 있는 부당한 결과를 초래하게 된다는 점, ② 저작권법 제35조의2 단서에서 정해진 "그 저작물의 이용이 저작권을 침해하는 경우"라고 함은, 일시적 복제의 주체가 행하는 저작물의 주된 이용이 저작권자의 허락을 받아야 하는 이용행위에 해당함에도 저작권자로부터 이용허락을 받지 아니하였거나 저작권법에 의해 허용된 행위(저작권법이 정하고 있는 사적복제 등 각종 제한 규정에 해당하는 행위)에 포함되지 아니하는 이용행위로서 저작권법상 복제권 등 저작권재산권의 지분권을 침해하는 경우 또는 프로그램의 사용을 일정한 요건을 갖춘 경우에 침해로 간주하고 있는 행위(저작권법 제124조 제1항 제3호)에 해당하는 것을 말하며, 이러한 경우에는 그에 부수하여 이루어지는 일시적 복제도 저작권법 제35조의2 본문의 자유이용으로부터 제외된다는 점, ③ 저작권법은 복제·공연·공중송신·전시 등 저작물의 다양한 이용행위에 대하여 저작권자가 이를 통제할 수 있도록 권리를 부여하고 있지만 최종 사용자가 저작물을 사용하는 행위에 대하여는 그 통제 범위 밖에 두고 있고, 다만 프로그램의 저작권을 침해하여 만들어진 프로그램의 복제물을 그 사실을 알면서 취득한 사람이 이를 업무상 이용하는 행위에 대해서만 이를 침해로 보고 있으므로(저작권법 제124조 제1항 제3호), 저작권법 제35조의2 단서에서 규정한 '저작물의 이용이 저작권을 침해하는 경우'에 단순한 사용허락 계약을 위반한 사용의 경우까지 포함하여 사용허락계약을 위반하는 경우까지도 일시적 복제권 침해에 해당하다고 해석하게 되면, 저작권자에게 저작권법에서 일반적으로 인정하고 있지 않은 컴퓨터프로그램에 대한 사용권 내지 접근권까지도 허용하는 결과가 되어 부당하다는 점 등을 제시하고 있다.

이상과 같은 항소심 판결에 대해서는 피고가 상고를 제기하여 현재 상고심이 계속 중이다.¹²⁾

Ⅲ. ‘오픈캡처’ 사건의 쟁점 정리 및 검토

위에서 본 것처럼 컴퓨터프로그램 실행 과정에서 일어나는 일시적 복제가 저작권법 제35조의2에 의해 면책되는지 여부가 ‘오픈캡처’ 사건의 가장 큰 쟁점이다. 즉, 사용자가 컴퓨터에서 ‘오픈캡처’ 프로그램을 실행하는 경우 ‘오픈캡처’ 프로그램은 램의 일정 영역에 일시적으로 저장되는 과정을 거쳐 실행되는데, 이와 같이 컴퓨터프로그램 실행 과정에서 일어나는 일시적 복제가 ‘원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요하다’고 인정되는 범위 안에서 이루어지는 것이라고 할 수 있는지 및 컴퓨터프로그램 이용 허락계약 위반으로 인해 저작권 침해가 성립하는지 문제되는 것이다. 이하에서는 위와 같은 문제를 검토하기 위한 전제로서 일시적 복제의 면책 요건에 관해 규정한 저작권법 제35조의2의 해석론과 이용허락계약 위반에 따른 저작권 침해 성립 여부를 차례로 검토한다.

1. 일시적 복제의 면책 요건

(1) 저작권법 제35조의2 본문의 해석

저작권법 제35조의2는 컴퓨터에서 저작물을 이용하는 경우의 일시적 복제가 허용되는 요건에 관해 규정하고 있는데, 저작권법 제35조의2 본문에 따르면 컴퓨터에서 저작물을 이용하는 과정에서 발생하는 일시적 복제가 면책되기 위해서는 그것이 원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요하다고 인정되는 범위 안에서 이루어져야 한다. 이처럼 저작권법이 면책되는 일시적 복제의 유형을 개별적으로 열거하지 않고 포괄적으로 규정하고 있는 것은, 저작물의 이용과정에서 다양하게 발생하거나 기술의 발전에 따라 새롭게 등장할 수 있는 일시적 복제의 여러 형태들을 포섭하기 위한 정치

12) 대법원 2015다885(본소), 2015다892(병합), 2015다908(병합), 2015다915(반소) 및 대법원 2015다1017(본소), 2015다1024(병합), 2015다1031(병합), 2015다1048(반소).

적 선택이었다고 한다.¹³⁾ 따라서 컴퓨터에서 저작물을 송신 받아 이용하거나 컴퓨터 내의 저장매체나 그 밖의 저장매체에 저장된 저작물을 이용하는 경우, 버퍼링(buffering)이나 캐싱(caching) 등을 포함하여 원활하고 효율적인 정보처리를 위해 필요한 범위 내의 모든 일시적 복제가 여기에 해당하며, 반드시 부수적인 이용이거나 불가피한 것이어야 할 필요도 없다.¹⁴⁾

반면 저작권법 제35조의2 본문이 적용되기 위해서는 컴퓨터에서의 저작물 이용에 따라 이루어지는 ‘부수적 이용’이어야 한다고 설명하는 견해도 있다.¹⁵⁾ 그러나 저작권법 제35조의2 본문이 일시적 복제의 유형을 제한하고 있지 않은 취지는 여러 다양한 형태의 일시적 복제를 포섭하기 위한 것이라는 점, 주된 이용과 부수적 이용의 구분이 언제나 명확하다고 보기도 어렵다는 점 등에 비추어 보면, 반드시 부수적 이용만이 저작권법 제35조의2 본문의 적용대상이라고 보는 견해가 타당한지는 의문이다. 다만 저작권법 제35조의2 본문의 요건을 충족하는 일시적 복제는 별도의 독립된 경제적 가치가 없어 저작권자에게 별도의 통제권을 부여할 실익이 없는 것으로서 대부분 부수적 이용에 해당할 것이라는 점에서, 위와 같은 견해 대립의 실익은 그다지 크지 않을 것으로 생각된다.

한편 저작권법 제35조의2 본문은 ‘컴퓨터에서 저작물을 이용하는 과정에서’ 발생하는 일시적 복제에 적용되는데, 여기서 ‘컴퓨터에서 저작물을 이용’한다는 의미가 무엇인지 문제될 수 있다. 이에 대해서는, 저작물의 ‘이용’과 ‘사용’을 구별하여, 전자는 복제·공연·공중송신 등 저작권법의 규정에 따라 저작권자가 배타적으로 전유하는 형태의 이용행위(즉, 저작재산권의 구체적 지분권에 해당하는 이용행위)만을 의미하고, 후자는 저작물이 화체된 매체를 매개로 저작물을 지각하는 행위 등 저작권법상 금지의 효력이 미치지 아니하는 형태로 저작물의 내용을 향수하는 행위를 의미한다고 보아,¹⁶⁾ 저작권법 제35조의2 본문에서 ‘컴퓨터에서 저작물을 이용’한다는 것 역시 저작

13) 문화체육관광부·한국저작권위원회, 『개정 저작권법 해설서』, 경성문화사(2012), 30면.

14) 위의 책.

15) 오승중, 『저작권법』, 박영사(2014), 523-524면; 이해완, 『저작권법』, 박영사(2012), 512-513면.

16) 일본의 경우 저작물의 ‘이용’과 ‘사용’을 위와 같이 구분하는 것이 실무상 용례인 것으로 보인대金井重彦·小倉秀夫, 『著作権法コンメンタル(上巻)』, 東京布井出版(2000), 539頁; 三山裕三, 『著作権法概説』, レクシスネク스(2005), 21頁; 岡本薫, 『著作権の考え方』, 岩波書店(2003), 2頁.

재산권의 구체적 지분권에 해당하는 이용행위만을 지칭한다고 해석하는 견해가 있을 수도 있다. 그러나 저작권법 자체가 ‘이용’과 ‘사용’을 반드시 위와 같은 의미로 엄격하게 구별하여 사용하고 있다고 단정하기는 어렵다. 예컨대 저작권법은 “음반을 ‘사용’하여 방송·송신·공연하는 경우”에 관한 규정을 두고 있는데(저작권법 제75조 내지 제76조의2 등) 여기서의 ‘사용’이란 저작재산권의 구체적 지분권에 해당하는 이용행위인 방송·송신·공연까지 포함하는 개념이라고 볼 수 있으며, 그 밖에 저작권법은 저작물 ‘이용’에 대한 대가로 지급되는 금원을 ‘사용료’라고 표현하기도 한다(저작권법 제105조 등).¹⁷⁾ 뿐만 아니라 저작권법이 면책되는 일시적 복제의 유형을 포괄적으로 규정한 취지가 다양한 형태의 일시적 복제를 포섭하기 위한 데에 있다는 점을 고려하면, ‘컴퓨터에서 저작물을 이용’한다는 의미는 단지 저작재산권의 구체적 지분권에 해당하는 이용행위뿐만 아니라 여기에 해당하지 않는 일반적 의미에서의 이용도 포함된다고 해석하는 것이 타당하다.¹⁸⁾

(2) 저작권법 제35조의2 단서의 해석

저작권법 제35조의2 단서에 따르면 ‘저작물의 이용이 저작권을 침해하는 경우’에는 저작물을 이용하는 과정에서 발생하는 일시적 복제가 허용되지 않기에 저작권법 제35조의2 단서와 같은 규정을 둔 취지는 애초에 저작물의 이용이 저작권을 침해하는 경우에는 그 과정에서 함께 발생하는 일시적 복제만을 침해가 아닌 것으로 볼 필요가 없기 때문이라고 한다.¹⁹⁾ 이와 관련하여, 저작물의 이용이 저작권을 침해하는 경우에는 그 이용행위를 규제하면 되기에 저작물의 이용 과정에서 발생하는 일시적 복제를 별도로 규제할 필요는 없는 것 아닌지 의문이 있을 수 있으나, 예컨대 우리나라의 사법권이 미치지 않는 해외나 공해상에서 저작물의 이용이 이루어지는 경우에는 사법권의 한계로 인하여 이를 현실적으로 규율할 수 없다고 하더라도 저작권법 제35조의2 단서에 따라 국내에서 이루어지는 일시적 복제를 면책 대상에서 제외할 수 있다는 점에서, 저작권법 제35조의2 단서는 여전히 독자적인 의미를 갖는다고 볼 수 있다.²⁰⁾

17) 일본에서도 실무의 용례와 별도로 저작권법 자체가 ‘이용’과 ‘사용’을 구별하여 사용하고 있는지에 관해 이를 긍정하는 견해[齊藤博, 『著作権法』, 有斐閣(2004), 53頁]과 부정하는 견해[作花文雄, 『詳解著作権法』, ぎょうせい(2004), 226頁]가 대립하고 있다.

18) 같은 취지에 오승종, 앞의 책 738면; 이해완, 앞의 책, 513면. ‘오픈캡처’ 사건의 항소심 판결 역시 이러한 태도를 취하고 있다.

19) 이해완, 위의 책, 514-515면.

한편 여기서 ‘저작물의 이용’이란 일시적 복제 그 자체를 의미하는 것이 아니라, 일시적 복제를 야기하는 원래의 저작물 이용을 의미한다고 해석된다.²¹⁾ 그렇지 않고 ‘저작물의 이용’이 본문의 일시적 복제 자체를 의미한다면, 결과적으로 위 단서는 ‘본문에 의해 예외적으로 저작권 침해를 구성하지 않는 것으로 된 행위가 저작권을 침해하는 경우’에 관해 규정하는 것이 되어 모순이기 때문이다. 결국 저작권법 제35조의2 단서의 의미는, 저작물의 이용이 저작권을 침해하지 않는 경우에는 (저작권법 제35조의2 본문의 요건을 충족하는 한) 저작물을 이용하는 과정에서 발생하는 일시적 복제를 별도의 저작권 침해행위로 규율하지 않겠다는 취지라고 할 수 있다.

저작권법 제35조의2 단서에서 규정하는 ‘저작물의 이용이 저작권을 침해하는 경우’란, 첫째, 저작권자의 허락을 받아야 하는 이용행위임에도 불구하고 저작권자로부터 허락을 받지 않았거나 (또는 저작권법 규정에 따른 법정허락 요건을 충족하지 못하였거나), 둘째, 사적복제 등 저작권법에 의해 허용된 행위에 포함되지 않는 경우이거나, 셋째, 저작권자의 허락을 받아야 하는 이용행위는 아니지만 저작권법 제124조 등 저작권법이 특별히 저작권 침해로 간주하는 행위에 해당하는 경우를 의미한다.²²⁾ 한편 저작권법 제35조의2 단서는 문언상 ‘저작권’을 침해하는 경우를 일시적 복제의 허용범위에서 제외하고 있으나, 그 취지에 비추어 저작인격권이 아닌 저작재산권의 침해만이 여기에 해당한다.²³⁾

2. 이용허락계약 위반에 따른 저작권 침해 성립 여부

(1) 문제의 소재

저작재산권자는 다른 사람에게 그 저작물의 이용을 허락할 수 있고, 저작재산권자로부터 저작물의 이용허락을 받은 자는 허락받은 이용 방법 및 조건의 범위 안에서 그 저작물을 이용할 수 있다(저작권법 제46조 제1항, 제2항). 여기서 ‘이용 방법’이란 복

20) 오승중, 앞의 책, 740면.

21) 같은 취지에 오승중, 앞의 책, 739면; 이해완, 위의 책, 514면.

22) 문화체육관광부·한국저작권위원회, 앞의 책, 30-31면.

23) 이해완, 앞의 책, 515면.

제·상연·연주·방송·유선송신·구술·상영·반포·대여·전시·번역·편곡·변형·각색·영화화·번안 등 저작권법에 의하여 인정되는 각 이용 태양을 말하고, ‘조건’이란 부수·횟수·기간·장소·매체 등 각 이용 태양에 대한 더욱 세부적인 제한을 의미한다.²⁴⁾ 따라서 이와 같은 이용 방법 및 조건의 범위를 위반하여 저작물을 이용한 자에게 단순한 채무불이행 책임 이외에 저작권 침해 책임을 물을 수 있는지가 문제된다. 만일 단순한 채무불이행에 그치지 않고 더 나아가 저작권 침해까지 성립하는 경우에는 이용허락계약상 별도의 규정이 없어도 당연히 금지청구권이 인정된다는 점, 손해액의 증명이 완화되거나 법정손해배상을 청구할 수 있다는 점(저작권법 제125조, 제125조의2, 제126조) 및 형사처벌이 가능해진다는 점 등에서 위 문제를 논의할 실익이 있다.

(2) 이용허락계약 위반에 따른 저작권 침해의 성립 범위

저작권법 제46조 제2항에 따르면 저작물의 이용허락을 받은 자는 허락받은 이용 방법 및 조건의 범위 안에서만 그 저작물을 이용할 수 있으므로, 문언상으로는 저작물 이용허락을 받은 자가 저작물을 이용함에 있어 이용허락계약에 부가된 일체의 제한 사유를 위반하기만 하면 저작물을 권한 없이 이용하는 셈이 되어 저작권 침해가 성립한다고 해석할 여지가 없는 것은 아니다. 그러나 우리나라와 일본의 경우 대부분의 학설은 이용허락계약에 위반한 저작물 이용이라고 하여 당연히 저작권 침해가 성립한다고 보지 않고, 저작권 침해의 성립 범위를 제한하여 해석하는 것이 일반적이다. 예컨대 이용 방법과 조건을 구분하여 이용 방법을 위반하는 경우에는 저작권 침해가 성립하지만 조건을 위반한 경우에는 단순히 채무불이행에 그치는 경우가 많다고 하거나,²⁵⁾ 이용허락계약 범위 외의 이용행위는 계약위반 이외에 저작권 침해도 성립하지만 단순히 계약 내용에 반하는 행위에 대해서는 저작권 침해 성립 인정에 신중해야 한다고 하거나,²⁶⁾ 저작권의 본래적 내용에 관한 사항을 위반한 경우에는 저작권 침해가 성립하지만 저작권의 행사와 관련하여 부가된 채권·채무관계에 불과한 사항을 위

24) 정상조 편, 『저작권법 주해』, 박영사(2007), 644면(박법석 집필 부분). 다만 ‘이용 방법과 조건’을 특별히 구별하지 않고, 이용 태양, 이용 횟수, 이용 기간, 이용 장소, 이용 매체 등이 여기에 해당한다고 설명하기도 한다(오승중, 앞의 책, 523-524면).

25) 加戸守行, 『著作権法逐条講義』, 著作権情報センター(2003), 376頁. 이 견해는 저작권법에 의하여 인정되는 각 이용 태양과 이에 대한 세부적인 제한이 모두 ‘이용 방법’에 해당한다고 보며, ‘조건’에는 대금지급, 양도대상 또는 양도장소의 제한 등 기타 조건이 포함된다고 본다.

26) 中山信弘(윤선희 편역), 『저작권법』, 법문사(2008), 292면.

반한 경우에는 단순한 채무불이행 책임만이 성립할 뿐이라고 한다.²⁷⁾

미국의 경우에도 상황은 비슷하여, 일반적으로 비배타적 이용권을 설정해 준 저작권자는 계약위반을 이유로 한 제소만이 가능하지만,²⁸⁾ 이용허락의 범위가 제한되어 있고 그 범위를 넘어서 저작물을 이용한 경우에는 저작권 침해로 이유로 하는 제소도 가능하다고 해석하고 있다.²⁹⁾ 즉, 단순한 합의사항(covenant)을 위반한 경우에는 계약위반 책임만을 추궁할 수 있으나, 계약의 전제조건(condition)을 위반한 경우에는 저작권 침해 책임을 추궁할 수 있다는 것이다.³⁰⁾ 특정 제한이 합의사항에 해당하는지 또는 전제조건에 해당하는지 여부는 개별 사안에서 구체적인 이용허락계약의 해석에 따라 결정될 사항이나, 저작물 이용에 대한 대가를 지급하기로 하는 제한,³¹⁾ 복사본에 저작권 고지 문구(copyright notice)를 기재하기로 하는 제한,³²⁾ 게임저작물을 자동으로 플레이하도록 해 주는 소프트웨어³³⁾를 사용할 수 없다는 제한,³⁴⁾ 저작물 작성 비용을 지급하거나 저작자로 표시하기로 하는 제한³⁵⁾은 단순한 합의사항에 불과하여 이를 위반하더라도 저작권 침해가 성립하지 않는다고 본 사례가 있다. 반면 오픈소스(open source) 소프트웨어에 관한 Artistic License³⁶⁾ 중 소프트웨어의 복제·수정 및 배포에 관한 제한³⁷⁾은 전제조건에 해당한다고 본 사례가 있다.

27) 오승종, 앞의 책, 524면; 作花文雄, 앞의 책, 413頁.

28) Sun Microsystems, Inc. v. Microsoft Corp., 188 F.3d 1115, 1121 (9th Cir. 1999); Graham v. James, 144 F.3d 229, 236 (2d Cir. 1998).

29) Jacobsen v. Katzer, 535 F.3d 1373, 1380 (Fed. Cir. 2008); S.O.S., Inc. v. Payday, Inc., 886 F.2d 1081, 1087 (9th Cir.1989).

30) Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, Matthew Bender(2011), §10.15[A][2].

31) Graham v. James, 144 F.3d 229, 237 (2d Cir. 1998); Womack+Hampton Architects, L.L.C. v. Metric Holdings Ltd. Partnership, 102 Fed. Appx. 374, 382 (5th Cir. 2004); Madison River Management Co. v. Business Management Software Corp., 387 F.Supp.2d 521, 533 (M.D.N.C. 2005).

32) Fantastic Fakes, Inc. v. Pickwick International, Inc., 661 F.2d 479, 484 (5th Cir. 1981).

33) 이른바 ‘봇(bot)’ 내지 ‘게임 봇(game bot)’을 의미한다.

34) MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment, Inc., 629 F.3d 928, 939 (9th Cir. 2010).

35) Jacob Maxwell, Incorporated v. Veeck, 110 F.3d 749, 753 (11th Cir.1997); RT Computer Graphics, Inc., v. United States, 44 Fed.Cl. 747, 756 (Fed. Cir. 1999).

36) 특정한 자유(free) 소프트웨어나 오픈소스 소프트웨어에 관해 사용되는 라이선스로, 최근에는 Artistic License 2.0이 널리 채택되고 있다. Artistic License 2.0의 구체적인 내용은, <http://www.perlfoundation.org/artistic_license_2_0> 참조(2015. 5. 31. 최종 접속).

37) Jacobsen v. Katzer, 535 F.3d 1373, 1381-1382 (Fed. Cir. 2008).

생각건대 이용허락계약에 따라 부가된 제한 중에는 복제·공중송신·공연 등 저작권법에서 정한 이용 태양에 관한 사항 이외에 다양한 내용이 존재할 수 있으므로 이용허락계약에 따른 권리가 반드시 저작권재산권의 내용과 일치하는 것은 아니라는 점이나 저작권법은 저작권 침해행위에 대해 형사처벌까지 부과하고 있으므로 일체의 이용허락계약 위반행위를 저작권 침해로 규율하는 경우 과도한 ‘민사사건의 형사사건화’를 초래할 수 있다는 점 등에 비추어 볼 때, 위와 같이 이용허락계약을 위반한 저작물 이용행위에 대해 저작권 침해 성립 범위를 제한하여 해석하는 것이 타당하다고 본다.

(3) 구체적 검토

그렇다면 이용허락계약에 위반하여 저작물을 이용하는 경우 어떤 기준에서 저작권 침해를 인정할 것인가?

이용허락계약에서 정한 복제·공중송신·공연 등의 이용 태양에 관한 사항을 위반하는 행위가 저작권 침해에 해당한다는 점에 관하여는 별다른 의문이 없을 것이나, 그 외의 세부적인 제한 사항을 위반하는 행위가 저작권 침해에 해당하는지에 관하여 앞서 본 것처럼 우리나라를 비롯한 미국과 일본에서의 논의는, 대체로 단순한 계약 사항의 위반은 저작권 침해를 구성하지 않는 반면 저작물 이용에 관한 본질적 내용의 위반은 저작권 침해를 구성한다는 취지로 이해할 수 있다. 여기서 단순한 계약 사항의 위반이란 일반적으로 저작물의 본래적 이용과 무관한 부수적 의무, 예컨대 부쟁(不爭) 의무, 특정 상표 사용 의무, 한정된 장소에서만 이용할 의무 등의 위반이라고 볼 수 있을 것이다. 이러한 부수적 의무의 경우 금지청구권 등 저작권법이 부여하고 있는 강력한 권리에 의거하여 그 이행을 강제하거나 위반을 시정해야 할 필요성이 없기 때문이다.³⁸⁾ 또한 저작권법은 이용허락계약을 유상계약으로 규정하고 있지 않으므로, 저작물 이용에 대한 대가를 지불할 의무 역시 부수적 의무에 해당한다고 할 수 있다.³⁹⁾ 이에 반해 한정된 기간 동안만 이용할 의무는 저작물 이용에 관한 본질적 내용이라고 볼 수 있으므로, 저작물 이용허락계약이 정한 이용기간을 경과한 후 저작물을 이용하는 경우에는 저작권 침해가 성립한다고 해석된다.⁴⁰⁾

38) 牧野利秋 의 편, 『知的財産法の理論と実務 第4巻』, 新日本法規(2007), 170頁(松田俊治 집필 부분).

39) 위의 책; 같은 취지에 정상조 편, 앞의 책, 644면 및 오승종, 앞의 책, 524면.

그 밖에 이용이 허락된 부수를 초과하여 저작물을 이용하는 경우에는 단순한 채무불 이행이 성립할 뿐이라는 견해⁴¹⁾와 초과된 부수에 대하여 저작권 침해가 성립한다는 견해⁴²⁾가 있다. 저작물의 이용부수에 대한 제한은 (이용기간에 대한 제한과 마찬가지로) 저작물의 본질적인 이용 범위를 제한하는 성격을 갖는다는 점, 저작권자로서는 저작물의 가치 유지를 위해 저작물의 이용부수를 통제할 이익이 있다는 점, 초과된 부수에 관해 제3자가 적법한 소유권을 취득하지 못한 이상 여전히 이용허락계약의 상대방에 대해 폐기 등 조치를 취할 여지가 있다는 점 등에 비추어 보면, 이용허락계약에서 정해진 이용부수를 초과하여 저작물을 이용하는 경우에는 저작권 침해가 성립한다고 해석하는 견해가 타당하다고 생각한다. 저작물의 이용용도가 한정되어 있는 경우 정해진 용도 외에 다른 용도로 사용하는 행위 역시 저작권 침해에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.

(4) 저작재산권 제한규정과 관계

한편 이용허락계약 중에는 저작권법상 허용되어 있는 행위, 즉 사적복제 등 저작재산권이 제한되는 행위를 금지하는 조항이 포함되어 있는 경우도 흔히 있다. 그렇다면 이러한 이용허락계약 조항을 위반하는 경우는 어떠한가? 만일 저작권법상 저작재산권 제한규정(저작권법 제2장 제4절 제2관)이 강행규정이라면 그 적용을 배제하기 위한 이용허락계약 조항은 무효라고 보아야 하므로, 애초에 해당 조항의 위반으로 인해 저작권 침해 책임이 발생할 여지는 전혀 없을 것이다.

일반적으로 강행규정과 임의규정을 구별하는 표준 내지 기준에 관한 일반적인 원칙이 없고, 구체적으로 각 법규마다 그 입법목적과 종류 및 성질 등을 고려하여 개인의 의사에 의한 적용의 배척을 허용하는 것이냐 아니냐를 개별적으로 판단할 수밖에 없으므로,⁴³⁾ 저작권법의 개별 규정들이 강행규정인지 여부를 판단함에 있어서도 해당 규정의 목적과 성질 등에 비추어 그것이 “저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지”하기 위해 당사자의 의사와 관계없이 언제나 적용되어

40) 같은 취지에 오승종, 앞의 책, 524면. 미국의 경우에도 마찬가지인 것으로 보인다(Nimmer on Copyright, supra at §10.15[A][2]).

41) 中山信弘, 앞의 책, 292면.

42) 오승종, 앞의 책, 524면.

43) 김용담 편, 『주식 민법 - 민법총칙(2)』, 한국사법행정학회(2010), 474면(백태승 집필 부분).

야 하는 성격의 규정인지를 고려하여야 할 것이다. 특히 저작권법상 개별 저작재산권 제한규정이 강행규정인지를 판단함에 있어서는, 저작물의 종류와 특질, 이용행위의 성격과 태양, 권리자 이익의 침해 정도, 제한규정의 보호범의 등의 요소를 고려하여야 한다.⁴⁴⁾ 일본에서의 논의도 대체적으로 비슷한데, 저작재산권이 제한되는 행위를 금지하는 내용의 이용허락계약은 강행규정에 반하는 것으로 민법 제90조⁴⁵⁾ 또는 소비자계약법 제10조⁴⁶⁾에 따라 무효로 해야 한다는 견해도 있으나, 저작재산권 제한 규정은 그 취지가 다양하여 일률적으로 강행규정이라 볼 수 없다는 점 및 계약자유의 원칙상 저작물 이용자가 그와 같은 금지에 적극적으로 동의하는 경우에는 계약을 무효로 볼 필요성이 높지 않다는 점 등을 근거로 저작재산권이 제한되는 행위를 금지하는 내용의 계약 조항이라고 하여 당연히 무효로 볼 것은 아니라는 견해도 제시되고 있다. 이 문제에 대해 일본 문화청은 2007년 1월 문화심의회 저작권 분과회 보고서를 통해 ‘저작재산권이 제한되는 행위를 계약한다는 이유만으로 계약을 무효라고 볼 수는 없고(즉, 저작재산권 제한 규정을 강행규정이라고 볼 수는 없고), 저작재산권 제한 규정의 취지, 거래의 합리성, 이용자에게 미치는 불이익의 정도 및 부정경쟁방지 효과 등을 종합적으로 고려하여 무효 여부를 개별적으로 판단해야 한다’는 입장을 밝힌 바 있다.⁴⁷⁾

그런데 이처럼 저작권법상 저작재산권 제한규정의 적용을 배제하고 저작재산권이 제한되는 행위를 금지하는 내용의 이용허락계약을 일률적으로 무효라고 볼 수는 없고 구체적인 이용허락계약의 내용에 따라 개별적으로 무효 여부를 판단하여야 한다고 하더라도, 저작권법상 허용되는 행위를 금지하는 내용의 이용허락계약을 위반하는 행위는 여전히 저작권 침해에 해당하지 않는다고 보아야 한다. 만일 위와 같은 내용의 이용허락계약 위반에 대해 저작권 침해를 인정하는 경우에는 저작권의 효력이 미치지 않는 저작물의 ‘사용’ 행위에 대해서까지 저작권자가 통제할 수 있도록 함으로써 저작권법에 규정되어 있지 않은 또 다른 유형의 지분권을 창설하는 결과가 되고, 나아가 이용허락계약 위반을 이유로 하는 형사처벌까지 가능하게 되어 죄형법정주의에도 위반하기 때문이다.

44) 오승종, 앞의 책, 784-785면. 예컨대 학술연구를 위한 사적복제나 공표된 저작물의 인용을 금지하는 특약은 무효인 반면, 개인적인 소비를 위한 사적복제를 금지하는 특약은 허용될 수도 있다는 것이다(위의 책, 786-787면).

45) 공서양속에 반하는 법률행위를 무효로 한다는 취지의 조항으로, 우리나라 민법 제103조에 해당한다.

46) 신의칙에 반하여 소비자의 이익을 일방적으로 해하는 계약 조항을 무효로 한다는 취지의 조항이다.

47) 이상 일본에서의 논의는 牧野利秋 외 편, 앞의 책, 167-168頁을 요약·정리한 것이다.

IV. ‘오픈캡처’ 사건의 구체적 분석

이하에서는 제Ⅲ장에서 정리한 ‘오픈캡처’ 사건 관련 쟁점들을 바탕으로 ‘오픈캡처’ 사건을 보다 구체적으로 분석해 보기로 한다.

1. 컴퓨터프로그램 실행 과정에서 일어나는 일시적 복제가 ‘원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요하다고 인정되는 범위 안에서’ 이루어지는 것이라고 할 수 있는가?

앞서 검토한 것처럼 저작권법 제35조의2 본문에서 ‘컴퓨터에서 저작물을 이용’한다는 의미는 단지 저작권재산권의 구체적 지분권에 해당하는 이용행위뿐만 아니라 여기에 해당하지 않는 일반적 의미에서의 이용도 포함된다고 해석하는 것이 타당하다. 그렇다면 컴퓨터프로그램의 ‘실행’ 역시 일반적인 의미에서의 ‘컴퓨터에서 저작물을 이용’하는 행위에 해당하므로, 그 과정에서 발생하는 일시적 복제는 ‘원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요하다고 인정되는 범위’에 포함되는 한 저작권법 제35조의2 본문에 의해 허용된다.

이에 관해 ‘오픈캡처’ 사건의 제1심 판결은 컴퓨터프로그램 실행 과정에서 일어나는 일시적 복제가 ‘원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요하다고 인정되는 범위’에 포함되지 않는다고 판단하여, 컴퓨터프로그램 실행 과정에서 일어나는 일시적 복제에 대해 저작권법 제35조의2에 따른 면책을 부정하였다. 즉 제1심 판결에 따르면, 디지털화된 저작물을 송신 받아 이용하거나 또는 컴퓨터 내 저장매체 등에 저장된 저작물을 이용하는 과정 내지 인터넷 검색 중 디지털화된 저작물을 이용하는 과정에서 버퍼링이나 캐싱 등을 통해 이루어지는 일시적 복제만이 저작권법 제35조의2에 따라 면책받을 수 있다는 것이다.

그러나 컴퓨터프로그램 실행 과정에서도 실행 속도 향상 등을 위해 얼마든지 캐싱을 활용할 수 있다. 그렇다면 ‘명령어와 데이터를 캐시 기억 장치(cache memory) 또

는 디스크 캐시(disk cache)에 일시적으로 저장하는 방법으로 명령어와 데이터의 읽기·쓰기 속도를 단축시켜 컴퓨터의 성능을 향상시킨다'는 캐싱의 기본 개념⁴⁸⁾에 비추어 볼 때, 디지털화된 저작물을 이용하는 과정에서 발생하는 캐싱과 컴퓨터프로그램 실행 과정에서 발생하는 캐싱을 구별하여 유독 전자의 경우에 발생하는 캐싱만이 원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요하다고 보아야 할 아무런 이유가 없다. 즉, 디지털화된 저작물이든 컴퓨터프로그램이든 기본적으로 컴퓨터 내·외부의 저장매체에 저장되어 있는 상태에서 이를 이용 또는 실행하기 위해 일시적 복제가 발생한다는 점은 본질적으로 동일하다고 볼 수 있으므로, 저작권법의 측면에서 볼 때 각각의 경우를 서로 구별하여 달리 평가할 수 있다고 보기는 어렵다.

또한 저작권법은 컴퓨터프로그램 역시 저작물의 한 종류로 규정하고 있으므로(저작권법 제4조 제1항 제9호), 일시적 복제의 면책에 관하여 컴퓨터프로그램과 디지털화된 저작물을 구별하여야 할 특별한 이유도 없다. 다시 말하면, 디지털 저작물은 컴퓨터프로그램에 의해 처리되는 데이터에 불과하므로, 디지털 저작물의 처리 과정에서 발생하는 일시적 복제와 컴퓨터프로그램이 디지털 저작물을 처리하는 과정에서 발생하는 일시적 복제를 다르게 취급할 이유가 없는 것이다. 이에 관해 제1심 판결은 컴퓨터프로그램의 경우 메모리에 일시적으로 저장되어 일정한 동작을 수행하는 것 자체, 즉 컴퓨터프로그램을 통한 일정한 업무의 수행이 유상거래의 핵심적 대상이 된다는 점에서 메모리의 복제가 그 자체로 별도의 경제적 가치를 가지지 않는 디지털 저작물과 다르다고 보았다. 그러나 컴퓨터프로그램을 통한 업무의 수행은 다양한 입·출력장치와 이용자의 행위 등이 연계되어 이루어지는 경우가 대부분이므로 일시적 복제 자체로부터 그 경제적 가치가 비롯된다거나 또는 일시적 복제 자체가 유상거래의 핵심이 된다고 보기는 어렵다. 입출력장치와 이용자의 행위 등과 연계되지 않고 단지 메모리에 저장되어 있는 채로 일정한 기능을 수행하는 컴퓨터프로그램도 있지만, 이러한 컴퓨터프로그램의 경우에도 컴퓨터를 사용하는 시간 동안에만 메모리에 복제된 상태가 유지된다는 점 및 메모리에의 복제 자체는 독립된 거래의 대상도 될 수 없다는 점 등에 비추어 보면, 결국 위와 같이 메모리에 저장된 채 일정한 기능을 수행하는 컴퓨터프로그램의 경우에도 그 실행 과정에서의 일시적 복제 자체로부터 경제적 가치가 발

48) 한국정보기술협회 용어사전(http://word.tta.or.kr/terms/termsView.jsp?gubun=1&terms_num=17606) (2015. 5. 31. 최종 접속).

생한다고 보기는 어렵기 때문이다. 뿐만 아니라, 반대로 생각하면 디지털 저작물의 경우에도 유상거래의 핵심적 대상은 결국 메모리에 일시적으로 저장되어 있는 복제물을 그대로 재생한 결과물에 불과하다는 점에서, 메모리의 복제가 별도의 경제적 가치를 가지지 않는다고 단정할 수도 없다. 이러한 측면에서 위와 같은 제1심 판결의 설시는 부적절하다.

그 밖에 제1심 판결은 저작권법 제101조의3 제2항과의 관계에서 컴퓨터프로그램을 실행하는 과정에서 일어나는 일시적 복제는 저작권법 제35조의2에 따른 면책 대상에 해당하지 않는다고 보았으나, 저작권법 제101조의3 제2항은 컴퓨터의 유지·보수를 위한 컴퓨터 이용 과정에서 일어나는 컴퓨터프로그램의 일시적 복제를 면책시키기 위한 특별 규정이므로, 위 조항이 특히 컴퓨터프로그램을 저작권법 제35조의2에 따른 면책 대상에서 제외할 것을 염두에 두고 있는 규정이라고 보기도 어렵다.

애초에 저작권법 제35조의2 본문이 컴퓨터에서 저작물을 이용하는 경우 발생하는 일시적 복제를 허용하고 있는 취지는, 위와 같은 일시적 복제는 그 결과물이 순간적으로만 지속되고 곧 사라져버리기 때문에 이를 규제할 필요가 없거나 또는 저작물의 이용에 기술적으로 수반되는 것이어서 저작권자에게 별도의 통제권을 부여할 실익이 없기 때문이라고 할 수 있다.⁴⁹⁾ 그런데 컴퓨터프로그램을 실행하는 경우 발생하는 일시적 복제의 결과물이 순간적으로만 지속되고 곧 사라져버리거나 또는 컴퓨터프로그램의 이용에 기술적으로 수반되는 것이어서 이를 별도로 규제·통제할 필요가 없다는 점은 마찬가지이다. 예컨대 컴퓨터프로그램저작권은 컴퓨터프로그램의 복제(컴퓨터프로그램을 저장장치 등에 영구적으로 복제하는 것을 의미한다)나 전송을 규제함으로써 충분히 보호될 수 있으므로, 컴퓨터프로그램저작권의 보호를 위해 컴퓨터프로그램의 사용과정에서 발생하는 일시적 복제까지 규제할 필요성은 거의 없는 것이다. 특히 앞서 언급한 바와 같이, 저작권법이 면책되는 일시적 복제의 유형을 개별적으로 열거하지 않고 포괄적으로 규정하고 있는 취지는 일시적 복제의 여러 형태들을 포섭하기 위한 것으로서, 원활하고 효율적인 정보처리를 위해 필요한 범위 내의 모든 일시적 복제 이기만 하면 (그것이 부수적인 이용인지 또는 불가피한지를 불문하고) 저작권법 제35

49) 자세한 내용에 관하여는, 임원선, 일시적 복제의 보호 입법에 관한 연구, 앞의 글, 9-12면.

조의2 본문에 포섭될 수 있기 때문에, 컴퓨터프로그램 실행 과정에서 일어나는 일시적 복제를 디지털 저작물의 처리 과정에서 발생하는 일시적 복제와 다르게 평가하는 것은 저작권법 제35조의2 본문이 일시적 복제에 관해 포괄적 면책 규정을 두고 있는 취지에도 부합하지 않는다.

결국 ‘오픈캡처’ 사건의 항소심 판결이 적절하게 판시하고 있는 바와 같이, 컴퓨터에서 프로그램의 실행과정에서 이루어지는 램에서의 일시적 저장은 프로그램의 사용에 불가피하게 수반되어 따르는 것인데, 그와 같은 경우에도 복제권이 미친다고 해석하게 되면 원래 프로그램 저작권의 효력이 미치지 아니하는 프로그램의 사용행위까지도 저작권자가 통제할 수 있는 부당한 결과를 초래하게 된다는 점에서, 컴퓨터프로그램 실행 과정에서 일어나는 일시적 복제에 대해 저작권법 제35조의2에 따른 면책을 부정한 제1심 판결의 태도는 수긍하기 어려운 측면이 있다.⁵⁰⁾ 즉, 컴퓨터프로그램 실행 과정에서 일어나는 일시적 복제 역시 저작권법 제35조의2 본문에서 정하는 ‘원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요하다고 인정되는 범위’에 포함될 수 있다고 보아야 하는바, 이하에서는 이를 전제로 이용허락계약을 위반한 컴퓨터프로그램의 실행이 저작권법 제35조의2 단서에서 정하는 ‘저작물의 이용이 저작권을 침해하는 경우’에 해당하는지에 관해 검토하기로 한다.

2. 이용허락계약을 위반한 컴퓨터프로그램의 ‘실행’이 저작권 침해에 해당하는가?

컴퓨터프로그램 실행 과정에서 발생하는 일시적 복제도 저작권법 제35조의2 본문에 포섭될 수 있다고 전제한다면, 이용허락계약을 위반하여 컴퓨터프로그램을 실행하는 과정에서 발생하는 일시적 복제가 저작권법에 의해 허용되는지 또는 금지되는지의 여부는 이용허락계약을 위반한 컴퓨터프로그램의 실행이 저작권법 제35조의2 단서에서 정한 ‘저작물의 이용이 저작권을 침해하는 경우’에 해당하는지에 따라 결정되는 것이 원칙이라고 할 수 있다.

50) 같은 맥락에서 위와 같은 제1심 판결의 결론을 비판하는 견해에, 전용석, 하드디스크에 설치된 컴퓨터프로그램을 실행하는 과정에서 이루어지는 램(RAM)에의 일시적 복제는 저작권법 제35조의2 본문에 따라 복제권 침해로부터 면책된다고 판시한 사례, 『변호사』, 제47집(2014), 253면.

이 점에 관해 ‘오픈캡처’ 사건의 항소심 판결은 “저작권법 제35조의2 단서에서 규정한 ‘저작물의 이용이 저작권을 침해하는 경우’에 단순한 사용허락계약을 위반한 사용의 경우까지 포함함으로써 사용허락계약을 위반하는 경우까지도 일시적 복제권 침해에 해당하다고 해석하게 되면, 저작권자에게 저작권법에서 일반적으로 인정하고 있지 않은 컴퓨터프로그램에 대한 사용권 내지 접근권까지도 허용하는 결과가 되어 부당하다”고 판시하고 있다. 이와 같은 항소심 판결의 판시는 마치 이용허락계약 위반 행위가 일반적으로 저작권 침해에 해당하지 않는 것처럼 비추어질 소지가 있는바, 앞서 검토한 것처럼 이용허락계약 중 저작물 이용에 관한 본질적 내용의 위반은 저작권 침해를 구성한다고 보아야 한다는 측면에서, 위와 같은 항소심 판결의 판시는 다소 적절하지 않은 측면이 있다.

나아가 컴퓨터프로그램의 ‘실행’ 자체는 저작권법이 예정하고 있는 복제·공연·공중송신 등 저작물의 구체적인 이용 태양에 해당하지 않는다는 점에서, 애초에 컴퓨터프로그램의 실행 자체만으로는 저작권 침해 문제가 발생할 여지가 없다. 즉, 저작권법상 컴퓨터프로그램저작물에 관해 ‘실행권’이라는 유형의 저작재산권은 인정되지 않기 때문에 (컴퓨터프로그램의 실행 과정에서 발생하는 일시적 복제는 별론으로) 컴퓨터프로그램의 실행 자체는 (저작권법 제124조 제1항 제3호에서 규정하는 경우를 제외하면) 언제나 저작권 침해를 야기하지 않는 것이다. 이처럼 컴퓨터프로그램의 실행 자체가 저작권 침해를 야기하지 않는다고 보는 이상, 앞서 본 저작권법 제35조의2 단서의 해석론상 그 과정에서 발생하는 일시적 복제 역시 별도의 저작권 침해를 구성하지 않는다고 보는 것이 논리적으로 타당하다. 이 점에서도 단순히 이용허락계약 위반은 저작권법 제35조의2 단서에서 규정한 ‘저작물의 이용이 저작권을 침해하는 경우’에 해당하지 않는다는 논리만으로 저작권법 제35조의2 단서의 적용을 배제한 항소심 판결의 판시에는 아쉬움이 남는다.

그런데 이와 같이 컴퓨터프로그램의 실행 과정에서 발생하는 일시적 복제가 저작권 침해를 구성하지 않는다고 한다면, 이용허락계약을 위반한 컴퓨터프로그램의 실행 역시 저작권 침해를 구성하지 않는 것일까? 예컨대 ‘오픈캡처’ 사건에서와 같이 비업무용으로만 사용할 수 있는 컴퓨터프로그램을 업무용으로 사용한 경우에도 여전히 저작권 침해 문제는 발생하지 않는 것일까? ‘오픈캡처’ 사건의 경우 컴퓨터프로그램 실행 과정

에서는 저작권산권의 구체적 지분권 중 복제권만이 문제되었고, ‘오픈캡처’ 프로그램을 사용하기 위해 사용자가 ‘비업무용 및 개인용으로만 사용할 수 있다’는 취지의 이용약관에 동의를 하여야 한다는 점에서 저작권자와 사용자 사이에 그와 같은 내용의 이용허락계약이 체결되었다고 전제한다면,⁵¹⁾ 사용자가 업무용으로 ‘오픈캡처’ 프로그램을 사용하는 행위는 이용허락계약 위반에 해당한다고 볼 수 있다. 여기서 ‘오픈캡처’ 프로그램의 업무용 사용을 제한하는 내용의 이용허락계약의 내용은 곧 ‘오픈캡처’ 프로그램을 업무용으로 사용하는 과정에서 필연적으로 발생할 수밖에 없는 일시적 복제를 제한한다는 취지로도 해석할 수 있는바, 이는 곧 저작권법 제35조의2 본문의 적용을 배제하는 취지의 이용허락계약에 해당한다.

저작권법 제35조의2 본문은 저작권산권을 제한하는 내용의 규정이라는 측면에서, 만일 저작권법 제35조의2 본문이 강행규정이라면 모든 일시적 복제를 금지하는 내용의 이용허락계약은 그 자체로 무효이므로 이용허락계약 위반으로 인한 저작권 침해의 문제는 발생할 여지가 없다고도 볼 수 있을 것이다. 그러나 저작권법 제35조의2 본문을 강행규정이라고 보기는 어렵다고 생각한다. 먼저 저작권법 제35조의2 본문은 저작권법 개정으로 인해 ‘복제’의 개념에 일시적 복제가 포함된다는 점이 명확해짐에 따라 이로 인해 발생하는 통상적인 컴퓨터 사용 과정에서 발생할 수 있는 일시적 복제를 저작권 침해의 영역에서 배제함으로써 저작물의 원활한 이용을 도모하기 위한 규정이다. 즉, 저작권법 제35조의2 본문은 일시적 복제가 ‘복제’에 포함되는 결과 통상적인 컴퓨터 사용 과정에서 의도치 않은 저작권 침해가 발생하는 문제를 해결하기 위한 정책적 규정이라고 볼 수 있다. 그렇다면 저작권자와 이용자 사이에서 일정한 경우 저작권법 제35조의2 본문의 적용을 배제하고 일시적 복제를 허용하지 않는다는 취지의 합의를 한다고 하더라도, 그러한 합의가 특별히 문화의 향상·발전을 저해한다고 보기는 어렵다. 특히 막대한 선행 투자가 필요한 컴퓨터프로그램 등 소프트웨어의 경우

51) 이와 관련하여 이른바 ‘클릭랩(click-wrap)’ 방식의 약관이 구속력을 가지는지가 문제될 수 있으나, 현재는 디지털형태의 소프트웨어 거래에 있어 클릭랩 방식으로 제시된 약관에 대해서도 구속력을 인정하는 것이 대체적인 추세로 보인다. 다만 클릭랩 방식으로 제시된 약관의 구속력을 인정하기 위해서는, 소비자가 약관의 내용을 쉽게 인지할 수 있도록 합리적인 방법에 의해 제시되었는지 여부 및 소비자가 약관의 내용에 대해 객관적으로 인정할 수 있는 방법으로 동의를 표시하였는지 여부가 중요하게 검토될 필요가 있다. 이에 대해 자세한 내용은, 최광준, 소프트웨어계약과 라이선스약관의 유효성, 『경회법학』, 제44권 제1호(2009), 149-174면 참고.

그 창작을 촉진한다는 차원에서 개발자의 자금 회수에 대한 우려를 해소할 수 있는 유인을 제공하는 방안이 필요한데, 이러한 방안으로 이용허락계약에서 특정한 용도나 형태의 컴퓨터프로그램 '사용'을 제한하는 것이 상당히 유효적절할 수 있고, 이를 위해서는 일정한 경우 (컴퓨터프로그램 사용 과정에서 발생하는) 일시적 복제 자체를 금지하는 것이 허용될 필요가 있다. 나아가 컴퓨터프로그램을 비롯한 디지털 저작물의 경우 복제·공중송신 등 저작권 침해가 용이하게 발생할 수 있어 저작권자의 제한을 넓게 인정하는 경우 자칫 저작권자의 이익을 크게 훼손할 수 있어 주의가 필요하다는 점까지 고려하면, 일시적 복제의 허용에 관한 저작권법 제35조의2 본문을 배제하는 내용의 이용허락계약 역시 다양한 컴퓨터프로그램의 개발과 활용을 촉진하는 효과를 가져올 수 있어 유효하다고 평가하는 것이 타당하다. 다만 이처럼 저작권법 제35조의2 본문이 강행규정에 해당하지 않는다고 평가하더라도, 앞서 검토한 것처럼 저작권법상 허용되는 행위를 금지하는 내용의 이용허락계약을 위반하는 행위에 대해 저작권 침해를 인정하는 경우에는 저작권법에 규정되어 있지 않은 또 다른 유형의 지분권을 창설하는 결과가 될 뿐만 아니라 죄형법정주의도 위반하는 결과가 되기 때문에 저작권법 제35조의2 본문의 적용을 배제하는 취지의 이용허락계약을 위반하는 행위는 여전히 저작권 침해를 구성하지 않는다고 보아야 한다.

결국 '오픈캡처' 사건과 같이 일정한 용도로만 컴퓨터프로그램을 '실행'할 것을 내용으로 하는 이용허락계약을 위반하여 다른 용도로 컴퓨터프로그램을 '실행'하는 경우, 저작권 침해를 인정하기는 어려울 것으로 보인다. '오픈캡처' 사건의 항소심 판결이 컴퓨터프로그램 실행 과정에서 이루어지는 컴퓨터 내 램에의 일시적 복제행위에 대해 저작권법 제35조의2 단서의 적용을 배제하고 저작권법 제35조의2 본문에 따라 면책을 인정한 것은 결론적으로 타당하다.

3. 요약 및 정리

지금까지 검토한 바와 같이, 컴퓨터에서 프로그램의 실행과정에서 이루어지는 일시적 복제 역시 '원활하고 효율적인 정보처리를 위하여 필요하다고 인정되는 범위'에 포함된다고 보아야 하고, 이러한 측면에서 컴퓨터프로그램 실행 과정에서 일어나는 일

시적 복제에 대해 저작권법 제35조의2에 따른 면책을 부정한 제1심 판결의 태도에는 동의하기 어렵다. 한편 항소심 판결은 컴퓨터프로그램 실행 과정에서 일어나는 일시적 복제 역시 저작권법 제35조의2에 따라 면책되어야 한다고 판시하였는데, 위와 같은 일시적 복제가 저작권 침해를 구성하지 않는다는 결론은 타당하지만, ‘오픈캡처’ 사건에서 문제된 이용허락계약의 내용 자체가 저작권법 제35조의2의 적용을 배제하는 것으로 해석될 수 있다는 점을 간과하였다는 측면에서 아쉬움이 있다. 즉, ‘오픈캡처’ 사건은 ‘컴퓨터프로그램 실행 과정에 수반하는 일시적 복제가 저작권법 제35조의2에 따라 면책되는지 여부’가 문제된 사건이라기보다는 ‘(저작권법 제35조의2의 적용을 배제하는) 이용허락계약에 위반하여 컴퓨터프로그램을 실행하는 행위가 저작권 침해를 구성하는지’가 문제된 사건이라고 보아야 하는 것이다.

결론적으로, 컴퓨터프로그램을 특정한 용도로만 실행할 수 있도록 제한함으로써 일시적 복제의 범위를 한정하는 내용의 이용허락계약은 유효하며, 이러한 이용허락계약에 위반하여 다른 용도로 컴퓨터프로그램을 실행하는 행위는 (이용허락계약 위반에 해당함은 별론으로) 저작권 침해를 구성하지 않는다고 해석하는 것이 타당하다. 이와 같은 ‘오픈캡처’ 사건이 시사하는 점은 컴퓨터프로그램이 일단 적법하게 설치된 이상 이용허락계약에서 정한 용도 이외의 다른 용도로 사용하는 등 이용허락계약의 범위를 넘어 컴퓨터프로그램을 실행하는 행위 자체를 저작권 침해로 규율하기는 어렵다는 점이다. 이러한 측면에서 보면 저작권법적 보호를 강구하고자 하는 컴퓨터프로그램의 저작권자로서는 단지 컴퓨터프로그램의 ‘실행’ 과정에서만 그 용도를 제한하는 것만으로는 충분하지 않으며, 더 나아가 컴퓨터프로그램의 ‘설치’ 과정에서부터 “일정 용도로만 설치·사용할 수 있다.”는 내용의 이용허락계약이 체결될 수 있도록 유의할 필요가 있다.⁵²⁾

52) ‘오픈캡처’ 사건의 경우에도 컴퓨터프로그램의 ‘설치’ 과정에서는 이용약관상 특별한 제한이 부가되어 있지 않았던 점을 상기해 보자.

V. 맺으며

지금까지 컴퓨터프로그램 실행 과정에서 발생하는 일시적 복제가 저작권법 제35조의2에 따라 면책되는지 및 이용허락계약을 위반한 컴퓨터프로그램의 ‘실행’이 저작권 침해에 해당하는지에 관하여 최근 문제된 ‘오픈캡처’ 사건을 중심으로 검토해 보았다. ‘오픈캡처’ 사건은 컴퓨터에서 저작물을 이용하는 경우 발생하는 일시적 복제가 저작권법 제35조의2에 따라 면책되기 위한 요건과 판단기준이 문제된 첫 사례라는 점에서 상당히 의미가 있으며, 특히 항소심 판결의 경우 컴퓨터프로그램 실행 과정에서 일어나는 일시적 복제 역시 저작권법 제35조의2에 따라 면책되어야 한다고 보아 컴퓨터프로그램저작권의 보호 범위가 지나치게 넓어지는 것을 경계하고자 했다는 점을 평가할 만하다. 다만 컴퓨터프로그램의 사용 용도를 제한하는 내용의 이용허락계약은 그 취지가 저작권법 제35조의2의 적용을 배제하고자 하는 데에 있다고 볼 수 있는 것이 아닌지, 나아가 저작권법상 허용되는 행위를 금지하는 등 저작권법상 저작재산권 제한 규정을 무력화하는 취지의 이용허락계약을 위반하는 행위가 저작권 침해를 구성하는지에 관하여 보다 세밀한 검토가 이루어지지 않았다는 점이 아쉬움으로 남는다. 현재 ‘오픈캡처’ 사건의 상고심이 계속 중이어서 상고심 판결의 결론이 주목된다. 아울러 디지털 기술의 발전에 따라 컴퓨터에서 저작물을 이용하는 형태가 매우 다양해지고 있는 상황임을 고려할 때, 일시적 복제가 저작권법 제35조의2에 따라 면책될 수 있는지에 관하여는 앞으로 많은 문제가 발생할 것으로 예상된다. 이에 관한 지속적인 연구와 구체적 사건에서의 판결례 축적을 기대해 본다.

Abstract**Temporary Reproduction in the Course of Running
Computer Program****- Focusing on 'OpenCapture' Case -**

Song, Jaeseop*

The revised Copyright Act of 2011 involves temporary reproduction in the scope of reproduction by defining the term 'reproduction' as 'a fixing on a tangible object temporarily or permanently or a remaking' and permits temporary reproduction using works on a computer to the extent deemed necessary for the purpose of smooth and efficient information processing. But the proviso clause of the Copyright Act Article 35-2 prohibits temporary reproduction 'where the use of works infringes on copyright' and this clause is interpreted to regulate download musics, videos, books or files from online. Recently, on 'OpenCapture' case, the first instance court and the appellate court ruled conflicting decisions on the matter that whether Copyright Act Article 35-2 may be applied to temporary reproduction in the course of running computer program. Such temporary reproduction should be interpreted to be in 'the extent deemed necessary for the purpose of smooth and efficient information processing' and to be exempted from responsibility according to the Copyright Act Article 35-2. The Seoul High Court decision also said it should be exempted according to the Copyright Act Article 35-2, and this is a meaningful decision because it was on the lookout for the excessive protection of computer program copyright. However, the Seoul High Court decision did not question further in depth whether the computer program license agreement to limit purpose of use excludes the application of Copyright Act Article 35-2 and whether breach of license agreement to limit author's property rights is copyright infringement. Currently, the 'OpenCapture' case

* Shin&Kim, Partner, Ph.D.

is pending in the Supreme Court and the development is being watched with keen interest.

Keywords

OpenCapture, temporary reproduction, copyright license agreement, computer program works

참고문헌

1. 국내문헌

- 김송이, 『저작권법상 일시적 복제에 관한 법적 고찰 - 스마트폰 환경에서 스트리밍 서비스를 중심으로』, 경희대학교 대학원(2012).
- 김용담 편, 『주석 민법 - 민법총칙(2)』, 한국사법행정학회(2010).
- 문화체육관광부·한국저작권위원회, 『개정 저작권법 해설서』, 경성문화사(2012).
- 박인회, 저작권법상 일시적 복제에 관한 소고 - 한미 FTA 합의문을 중심으로, 『외법논집』, 제34권 제1호(2010).
- 염호준, 한미 자유무역협정에 따른 일시적 복제에 관한 검토, 『Law & Technology』, 제5권 제3호(2009).
- 오승중, 『저작권법』, 박영사(2014).
- 이대회, 일시적 복제의 예외범위에 관한 연구, 『지식사회와 기업법 : 횡천 이기수 교수 화갑 기념논문집』, 박영사(2005).
- 이대회, 저작권법상 일시적 복제개념의 인정여부에 관한 연구, 『계간 저작권』, 통권 67권 (2004).
- 이해완, 『저작권법』, 박영사(2012).
- 임원선, 새로운 비즈니스모델과 일시적 복제의 보호, 『계간 저작권』, 통권 58권(2002).
- 임원선, 일시적 복제의 보호 입법에 관한 연구, 『계간 저작권』, 통권 93권(2011).
- 전용석, 하드디스크에 설치된 컴퓨터프로그램을 실행하는 과정에서 이루어지는 램(RAM)에 의 일시적 복제는 저작권법 제35조의2 본문에 따라 복제권 침해로부터 면책된다고 판시한 사례, 『변호사』, 제47집(2014).
- 정상조 편, 『저작권법 주해』, 박영사(2007).
- 中山信弘(윤선희 편역), 『저작권법』, 법문사(2008).

채명기, 디지털 시대의 복제권 - 일시적 복제를 중심으로, 『계간 저작권』, 통권 37권(1997).
 최광준, 소프트웨어계약과 라이선스약관의 유효성, 『경회법학』, 제44권 제1호(2009).
 최상필, 일시적 저장과 공정이용, 『인터넷법률』, 통권 43호(2008).
 최재원, 램(RAM)에의 일시적 저장과 복제권, 『디지털재산법연구』, 제2권 제2호(2003).

2. 국외문헌

岡本薫, 『著作権の考え方』, 岩波書店(2003).
 加戸守行, 『著作権法逐条講義』, 著作権情報センター(2003).
 金井重彦・小倉秀夫, 『著作権法コンメンタル(上巻)』, 東京布井出版(2000).
 斉藤博, 『著作権法』, 有斐閣(2004).
 作花文雄, 『詳解著作権法』, ぎょうせい(2004).
 文化庁長官官房著作権課 解説, 著作権法の一部を改正する法律(平成21年改正)について,
 『月刊コピーライト』, 585号(2010).
 牧野利秋 외 편, 『知的財産法の理論と実務 第4巻』, 新日本法規(2007).
 三山裕三, 『著作権法概説』, 레크시스넥시스(2005).
 Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, Matthew Bender(2011).