



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

시사보도를 위한 공정이용

- 미국 · 유럽 · 한국의 비교법적 연구 -

2015년 8월

서울대학교 대학원

법학과 지식재산전공

오 찬 미

국 문 초 록

공정이용이란 특정 조건하에서, 저작권자로부터 허락을 받거나 이용의 대가를 지불하지 않고 어떤 저작물을 이용할 수 있도록 허락해주는 것으로, 언론의 자유와 저작권의 긴장관계를 해결하기 위해서 각 국가마다 해당 법리를 통해 균형을 추구해오고 있다. 공정이용의 다양한 양태를 포괄하는 많은 연구가 그동안 이루어져 왔으나 시사보도에 관해서만 별도로 구분하는 것은 드물었다. 시사보도를 위한 저작물이 상업성, 사실성, 질적 중요성의 뚜렷한 특징을 갖고 있기 때문에 본 연구에서는 시사보도를 위한 공정이용만을 구분하여 분석함으로써 정확한 판단기준을 도출해 내고자 한다. 공정이용의 원리를 규명함으로써 언론인들은 저작권 침해의 위험을 줄일 수 있으며 결국 이를 통해 언론의 검열을 막을 수 있다.

이 연구는 먼저 언론인들이 일상적으로 공정이용을 이용하는 미국의 열두 가지 판례를 규명한다. 시사보도를 위한 공정이용만을 분석했을 때에는 여덟 가지의 판단요건 가운데 특히 시장대체·상업성·변형성의 세 가지 요건 판단만으로도 정확한 결론에 도달할 수 있었다. 판례분석을 통해서 상업성·변형성이 각각 공정이용에 불리(X)·유리(O)하게 작용하여 판단이 갈리고 있을 경우에는 결과적으로 유리(O)하게 작용한다는 결론에 도달했다. 최종판결은 시장대체 판단만으로도 정확히 일치함을 보였다.

그 다음으로, 영국의 공정이용에 대한 아홉 가지 판례와, 독일의 자유이용에 대한 네 가지 판례를 소개한다. 영국에서는 시장대체·양적 중요성·변형성·공표가, 독일에서는 공표·양적중요성·변형성이 각각 판단기준으로 도출되었다. 영국과 독일에서 공표와 양을 중요하게 생각하고 있다는 것이 공통적이고, 이에 더해 영국법원은 공익을 상당히 중요하게 고려하였으며, 독일에서는 상업성 여부 자체를 고려하지는 않았지만, 공

정이용의 일부 조항에 해당되는 경우에는 저작권자의 권리 보호를 위해 보상청구권을 부여하는 특징이 있었다.

세 관할권의 공통점은 변형성을 중요하게 고려한다는 것이다. 미국에서는 변형성을 강조함으로써 언론사의 상업성을 감소시킬 수 있다고 보았고, 영국에서는 변형성이 양과 동시에 고려되어 선량하고 정직한 사람이 저작물을 이용할 때 통상적으로 취하는 태도가 공정이용의 기준이 된다고 하였다. 독일에서는 어떠한 저작물을 완전히 새롭게 변형함으로써 원저작물과 본질적인 부분에서 차이가 있는 경우에는 저작물을 자유롭게 이용할 수 있다는 별개의 조항까지 두고 있었다. 따라서 언론사가 비평을 많이 실어서 변형성이 크게 인정되면 그 외의 결정적인 요소가 과소평가 된다.

우리나라의 경우에도 개별적 조항인 저작권법 제28조에서 상업성·변형성을 판단기준으로 두고 있는데, 적은 양과 공표된 저작물을 이용했을 때 본조가 우선 적용되어 사실상 변형성을 강조하고 있다. 특히 저작인격권을 별개의 침해로 구분하고 있는 우리나라에서 변형성이 강조될 때에는 저작인격권의 침해에서도 자유로울 수 있게 된다. 저작물의 상당량을 이용하거나 미공표 저작물을 이용했다는 것이 전제된 사안에서는 개별적 공정이용의 적용 후에 포괄적 공정이용의 법리가 보충적으로 적용되는데, 법리가 두 번씩 검토되어야 하는 번거로움이 있으나 반대로 그만큼 언론의 자유를 위해서 공정이용이 한 번 더 고려되고 있다는 효과를 낳는다. 포괄적 조항인 제35조의3은 계약가능성·시장대체가 판단기준이 되기에, 결국 제28조와 제35조의3에서 미국의 판단기준을 나눠서 제시하고 있을 뿐, 사실상 동일한 판단기준을 갖는다고 볼 수 있다.

주요어 : 공정이용 제28조와 제35조의3, 미국에서의 공정이용 제107조, 시사보도, 영국과 독일에서의 공정이용, 상업성, 변형성, 시장대체, 저작인격권

학 번 : 2013-21306

목 차

제1장 서론	1
제1절 연구의 배경	1
I. 공정이용의 헌법적 해석	1
1. 기본권인 재산권과 언론의 자유	1
2. 공정이용 법리 규명의 필요성	2
II. 디지털 미디어 시대 공정이용의 의의	3
1. 언론매체의 증가	3
2. 저작권 인식의 변화	4
제2절 연구의 범위와 방법	4
I. 연구의 범위	5
1. 본 연구에서 배제되는 논의	5
2. 연구대상 및 범위확정	5
II. 연구의 방법	7
1. 관련정보 수집 및 전문가 자문	7
2. 비교 분석을 통한 공정이용의 기준 도출	9
제2장 미국에서의 시사보도를 위한 공정이용	10
제1절 의의	10
제2절 법적 요건	11
I. 제107조 네 가지 요건의 구체화	12
1. 상업성과 변형성	13
2. 공표와 사실적 성격	15
3. 양적·질적 중요성	16
4. 계약가능성과 시장대체	16
II. 시사보도를 위한 저작물의 특성	17

1. 상업성	17
2. 사실적 성격	18
3. 질적 중요성	18
III. 요건 해석 시 구분되어야 할 개념	19
1. 사실의 전달에 불과한 시사보도와 의 구분	19
2. 사실적 저작물과 창작적 저작물의 구분	22
IV. 각 요건 간의 관계 분석	23
1. 표 분석	23
2. 각 요건 판단의 결정적 요인	24
제3절 시사보도를 위한 공정이용의 판단기준	28
I. 상업성	28
1. AFP v. Morel 사건	29
3. Los Angeles News Service v. KCAL-TV Channel 9 사건	33
4. Los Angeles News Service v. Tullo 사건	36
5. Los Angeles News Service v. Reuters 사건	39
II. 변형성	42
7. Los Angeles News Service v. CBS 사건	43
8. Nuñez v. Caribbean International News 사건	47
11. Katz v. Chevaldina 사건	51
12. NJ Media Group v. Fox News 사건	53
III. 시장대체	56
2. AP v. Meltwater 사건	56
6. LA Times & Washington Post v. Jim Robinson 사건	59
9. Roy Export v. CBS 사건	62
10. Harper & Row v. Nation Enterprise 사건	66
제4절 저작인격권과의 관계	70
I. 의 의	70

II. 저작인격권의 제한	72
1. 제107조의 공표	73
2. 제106조A의 성명표시권과 동일성유지권	74
제5절 소 결	74

제3장 유럽에서의 시사보도를 위한 공정이용

제1절 영국에서의 시사보도를 위한 공정이용	76
I. 영국에서의 공정이용	76
1. 의의	76
2. 공익과 공정이용	76
II. 제30조에서의 판단기준의 부재	77
III. 판례법상의 판단기준 추출	79
1. 시장대체	80
가. Associated Newspapers Group v. News Group 사건	80
나. Newspaper Licensing Agency v. Marks & Spencer 사건 ·	80
다. Newspaper Licensing Agency v. Meltwater 사건	81
2. 양적 중요성 · 변형성	81
가. Time Warner Entertainment v Channel 4 사건	81
나. Sillitoe and Others v. McGraw-Hill Book Company 사건 ·	82
다. Pro sieben Media v. Carlton UK Television 사건	82
3. 공표	83
가. Hyde Park Residence v. Yelland 사건	83
나. Ashdown v. Telegraph Group Ltd 사건	84
다. Lion Laboratories v. Evans 사건	85
IV. 최신 사례에의 적용 : Andy Mabbet v. BBC 사건	85
1. 사실관계	85

2. 공정이용의 적용	86
3. 기타 문제되는 쟁점	87
V. 저작인격권과의 관계	87
VI. 소결	90
제2절 독일에서의 시사보도를 위한 공정이용	91
I. 독일에서의 공정이용	91
1. 의의	91
2. 자유이용(Freie Benutzung)과 공정이용의 구별	92
- Pippi Longstocking v. Penny Markt 사건	94
II. 제49조의 공표·양적 중요성	95
1. Handelsblatt and DM v. Paperboy 사건	96
2. Agence France Press 사건	98
III. 제50조의 무작위성	98
IV. 제51조의 공표·양적 중요성·변형성	99
- Frankfurt Allgemeine Zeitung v. Perlentaucher 사건	100
V. 저작인격권과의 관계	102
VI. 소결	103

제4장 우리나라에서의 시사보도를 위한 공정이용

제1절 개별적 공정이용의 법리 해석	104
I. 제26조의 무작위성	105
1. 시사보도 과정에서 보이거나 들리는 저작물일 것	106
2. 보도를 위한 정당한 범위 안에서	107
3. 복제·배포·공연·공중송신할 것	107
4. 출처의 명시 면제	107
II. 제27조의 금지표시	108

1. 이용을 금지하는 표시가 없을 것	108
2. 신문·인터넷신문·뉴스통신의 기사나 논설일 것	108
3. 언론기관이 복제·배포·방송할 것	109
4. 출처의 명시	110
III. 제28조의 상업성·변형성	110
1. 공표된 저작물일 것	111
2. 보도를 위한 목적으로 인용할 것	111
3. 정당한 범위 안에서	113
4. 공정한 관행에 합치되게	114
5. 출처의 명시	115
IV. 제29조의 비영리성	117
1. 영리 목적이 아닐 것	117
2. 입장료 등 반대급부를 징수하지 않을 것	118
3. 공표된 저작물일 것	118
4. 출연자에게 보수를 지급하지 않을 것	119
5. 출처의 명시 면제	119
제2절 포괄적 공정이용의 법리 해석	119
I. 제35조3의 의의	119
II. 제35조의3의 계약가능성·시장대체	120
1. 개별적 공정이용에 해당하지 않는 경우	121
2. 통상적인 이용방법과 충돌하지 않을 것	123
3. 저작권자의 정당한 이익을 해치지 않을 것	126
4. 미국의 네 가지 요건과의 비교	128
제3절 시사보도를 위한 공정이용의 판단기준	129
I. 상업성 : NHK v. TV조선 사건	129
1. 사실관계	129

2. 공정이용의 적용	129
3. 기타 쟁점이 되는 법리	131
가. 성명표시권의 침해	131
나. 출처의 명시 침해	131
II. 변형성 : 주권방송 v. 채널A 외 3사 사건	132
1. 사실관계	132
2. 공정이용의 적용	133
3. 기타 쟁점이 되는 법리	134
가. 동일성유지권 침해	134
나. 명예훼손	135
III. 시장대체 : 경향신문 v. JTBC 사건	135
1. 사실관계	135
2. 공정이용의 적용	136
3. 기타 쟁점이 되는 법리	140
가. 공표권 침해	140
나. 사후 인격권 침해	141
제4절 저작인격권과의 관계	142
I. 저작인격권의 불가침성	142
II. 저작인격권의 적용	142
1. 제11조 공표권	142
2. 제12조 성명표시권	144
3. 제13조 동일성유지권	147
제5절 소 결	149
제5장 결 론	153
참 고 문 헌	155
Abstract	161

제1장 서론

제1절 연구의 배경

I. 공정이용의 헌법적 해석

1. 기본권인 재산권과 언론의 자유

저작권¹⁾은 물권(物權)과 같은 절대적인 사권이 아닌 문화 및 관련 산업의 발전을 위해 보호되는 권리²⁾이다. 따라서 저작물에 대한 저작권자 고유의 권리를 보호함으로써 저작물 생성의 기여를 인정하고 나아가 지속적으로 투자를 고무하는 의의를 갖는다. 저작자의 권리는 저작재산권과 저작인격권으로 구분되는데, 언론의 자유라는 또 다른 헌법적 가치와 상충될 때 저작자의 저작재산권 행사에 일정한 제한이 가해진다. 이를 저작권의 제한 즉 공정이용이라고 부른다.

헌법의 기본권인 재산권의 행사는 공리에 적합하도록 해야³⁾ 하므로, 시사보도를 위해 저작권을 공정이용 할 수 있는 근거가 마련된다. 많은 나라가 언론의 자유, 국민의 알 권리를 최고규범의 권리로 인식하면서 우선적으로 지켜나가려는 노력을 기울여 왔고, 우리나라 또한 헌법 제21조 1항⁴⁾에서 언론의 자유를 최고규범 중 하나로 보호하고 있다. 이는

-
- 1) 헌법 제22조 제2항 저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.
 - 2) 저작권법 제1조 이 법은 저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지함을 목적으로 한다. <개정 2009.4.22.>
 - 3) 헌법 제23조 제1항 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다. 제2항 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다. 제3항 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.

민주주의에서 합의된 본질적 요소에 해당한다.

재산권과 언론의 자유라는 두 헌법적 가치가 상호 충돌하고 대립하는 경우에 하나의 가치만을 선택하여 나머지 가치를 희생시켜서는 안 될 것이다. 따라서 충돌하는 가치 모두를 최대한 실현시킬 수 있는 규범조화적 해석원칙을 통해 결론을 도출해야 한다. 저작권과 언론의 자유라는 헌법적 가치가 비례적으로 가장 잘 조화되고 실현될 수 있는 교점을 찾는 것이 시사보도를 위한 공정이용의 목적이라고도 할 수 있다.

2. 공정이용 법리 규명의 필요성

공정이용 규정은 모든 경우에 저작권자의 사전허락을 받도록 요구하는 경우 수반될 수 있는 상당한 거래비용의 부담을 없애줌으로써 문화산업 전체의 총이익을 극대화해 줄 수 있다⁵⁾는 의의를 갖는다. 그러나 저작자의 허락을 받지 않고도 자유롭게 저작물을 이용할 수 있도록 하는 권한을 가진 법리이므로, 명확하게 규정되지 않을 때에는 저작권자의 권리가 심각하게 침해될 수 있다. 따라서 기본권을 제한하는 법률은 명확해야 하며, 명확성의 원칙은 기본권 중에서도 특히 표현의 자유에 대해 강조되고 중요한 의미를 가진다.⁶⁾

불명확한 입법은 사람들에게 예측가능성을 주지 못하고 합법적으로 표현할 수 있는 것까지도 스스로 자제하게 하는 이른바 ‘위축효과(chilling effect)’를 낳게 된다.⁷⁾ 시사보도에 위축효과가 나타나게 되

4) 헌법 제21조 제1항 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다. 제2항 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다. 제3항 통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다. 제4항 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.

5) 정상조·박준석, 『지식재산권법』, 홍문사, 2013, 422쪽.

6) 양건, 『헌법강의』, 법문사, 2013, 506쪽.

7) 앞의 책, 506쪽.

면 언론의 표현의 자유는 제대로 보장받기 힘들다. 공정이용의 법리는 시사보도와 관련된 저작권 침해소송에서 피고가 가장 많이 활용하는 항변수단이지만, 공정이용의 법리 적용 결과가 각 사안에 따라 상이하기 때문에 저작권 침해가 발생할 때마다 매번 소송을 해야 하는 소모적 논쟁이 뒤따른다. 본 연구에서는 공정이용 법리의 명확한 해석을 통해 추상적 법리의 한계를 보완하고, 언론인 스스로 공정이용 법리 적용을 예측할 수 있도록 함으로써 언론의 자유를 증진시키고자 한다.

II. 디지털 미디어 시대 공정이용의 의의

1. 언론매체의 증가

2012년 종편방송사의 신설에 이어서 인터넷 언론사들이 크게 증가하였다. 언론사는 보다 질 높은 보도를 위해 경쟁사와 치열한 생존경쟁을 하게 되었고, 차별화된 영상, 음반, 사진 저작물을 이용한 뉴스보도가 언론사의 가치를 결정했다. 신문·방송·인터넷 언론사들은 자체적으로 취재기자, 촬영기자, 뉴스피디 등의 창작자를 고용하여 시사보도를 위한 저작물을 직접 생산하고, 뉴스 통신사와 이용계약을 체결하거나 프리랜서 개인과의 별도 계약을 통해 세계 곳곳, 지역 곳곳에서 일어나는 뉴스를 빠짐없이 받아왔다. 제보 영상 또한 시민의 자발적 참여로 이뤄지기 때문에 언론사가 받아서 목적 안에서 자유롭게 사용할 수 있었다.

과거에는 모든 저작권이 회사에 귀속되어 자연스럽게 저작권 문제가 해결되었으나, 디지털 미디어 시대로 접어들면서 언론사가 촬영·편집한 저작물을 넘어서서 인터넷상의 방대한 저작물을 자유롭게 다운로드하거나 캡처하여 손쉽게 이용할 수 있게 되자 문제가 발생하게 되었다. 대표적인 예가 소셜 네트워크 서비스를 통해 확산되는 개인의 영상, 사진, 글 등의 저작물이다. 개인이 고품질의 영상기와 음향기를 이용하여 저작물을 창조해낸 것을 언론사가 뉴스를 제작할 때 이를 무단으로 이용

하고 있었다. 대다수의 언론사가 영리기업에 해당하기에 상업성을 내포하고 있어서 시사보도를 위한 목적에서 저작물을 이용한다고 하더라도, 공정이용에 불리하게 작용한다.

최근에는 시사보도의 결과물인 뉴스 저작물을 판매하려는 움직임도 늘고 있어서 시사보도를 위한 저작물의 이용이 공정이용이 아닌, 저작권 침해 문제로 귀결될 가능성은 더욱 커졌다. 디지털 생태계 발전 하에 언론사, 저널리스트의 개념과 뉴스 자체의 특성 또한 광범위해 지고 변화되었기에 시사보도에 필요한 저작물의 공정이용 범위에 대해 보다 구체적인 논의가 필요해 보인다.

2. 저작권 인식의 변화

그동안은 언론사가 타인의 저작물을 사용해서 뉴스 저작물을 매일같이 생성해 왔어도, 뉴스를 만들기 위해 사용하는 저작물에 대해 별다른 제제나 논의가 많지 않았다. 그러나 저작권 침해 소송이 점점 증가하는 추세를 띠고 있어서 언론사에게도 ‘저작권’이 더욱 중요한 쟁점이 되었다.

일반 개인이 소셜 네트워크 서비스나 블로그를 통해서 다양한 저작물을 생성하고 있고, BJ나 VJ, 프리랜서 사진가 등 저작물 창작을 업으로 삼아서 생계를 유지하는 경우도 늘고 있어서 저작물의 재산적 권리가 더욱 강조된다. 유명 작곡가나 작사가가 저작권으로 큰 수익을 지속적으로 창출하는 사례가 대중에게 전달되면서 저작권이 상당한 재산권으로 작용한다는 인식이 보편화되기도 하였다. 최근에는 초등학교에서도 저작권 교육을 하고 있는 곳이 늘고 있어서, 이러한 사실로부터 시민들의 저작권 인식과 관심 또한 증가되었음을 알 수 있다.

제2절 연구의 범위와 방법

I. 연구의 범위

1. 본 연구에서 배제되는 논의

본 연구는 시사보도를 위한 저작물의 공정이용에 대해 다루고 있다. 자연스럽게 시사보도의 결과물인 ‘뉴스 저작물’ 또한 ‘시사보도를 위한 저작물’로 다루었다. 그러나 있는 그대로의 사실만을 간단히 명시한 저작권법 제7조 5항의 ‘사실의 전달에 불과한 시사보도’는 저작권의 보호 대상이 되지 않기 때문에 공정이용의 적용에서 제외됨을 먼저 밝힌다.

뉴스가 전하는 정보나 기사 자체가 저작권으로 보호되기 위해서는 이른바 ‘저작물’에 해당해야 한다. ‘저작물’이란 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물을 말한다. 저작물로 보호되기 위해서는 첫째, 인간의 사상과 감정이 담길 것, 둘째, 창의적인 표현을 해야 할 것, 그리고 외부로 표현될 것을 그 요건으로 하고 있다.⁸⁾ 우리 법원은 “정치계나 경제계의 동향, 연예·스포츠 소식을 비롯해 각종 사건이나 사고, 수사나 재판 상황, 판결 내용, 기상 정보 등 여러 가지 사실이나 정보들은 언론매체의 정형적이고 간결한 문체와 표현 형식을 통해 있는 그대로 전달하는 정도에 그치는 것임을 알 수 있어 설사 피고인이 이러한 기사 및 사진을 그대로 복제해 다른 신문에 게재했다고 하더라도 이는 단지 저작재산권자의 복제권을 침해하는 행위일 뿐 저작권법 위반죄를 구성한다고 볼 수는 없다”⁹⁾고 하였다.

2. 연구대상 및 범위확정

8) 류종현, 『방송과 저작권』, 커뮤니케이션북스, 2013, 131쪽.

9) 대법원 2006.9.14. 선고2004도5350판결.

이 연구는 디지털 미디어 환경에서 중요한 정보콘텐츠인 뉴스콘텐츠에 대해 미국, 영국, 독일 등 저작권 및 미디어법제 선진국의 시사보도를 위한 공정이용 관련 판례를 조사하고 이를 분석함으로써 판결을 예측하는 자료의 제공을 목표로 하고 있으며 다음과 같은 내용으로 구성한다.

먼저 미국 저작권법의 공정이용 법리를 면밀히 분석한 후, 판단기준을 제시한다. 그 다음 미국의 축적된 여러 판례들에 공정이용의 각 기준이 어떻게 적용되고 있는지를 파악한다. 이는 우리나라에서 공정이용을 적용하여 판단을 내리기 위해 미국의 공정이용 기준을 원용하고 있을 뿐만 아니라, 신설된 제35조의3 공정이용의 조항에서는 직접적으로 미국 저작권법 제107조¹⁰⁾의 판단기준을 적용했기 때문이다.

그 다음으로 영국과 독일 등 유럽에서의 시사보도를 위한 공정이용 법리를 살펴본다. 두 나라의 법리를 비교분석함으로써 판단기준, 저작권격권과의 관계 등 법리 적용의 미묘한 차이를 밝혀내고 이러한 차이가 판결에 어떠한 영향을 미치는지 알아보려고 한다.

마지막으로 우리나라 저작권법으로 넘어와서 시사보도와 관련한 개별적 공정이용 조항과 포괄적 공정이용 조항 안에 내포된 요건을 분석하고, 이 둘 간의 해석 관계를 살필 것이다. 또 각 사안에 공정이용을 적용함에 있어서 무엇을 기준으로 적용될 법리를 결정해야 하는지, 그리고 그 때 판단기준은 무엇인지를 분석한다. 국내의 다양한 저작권 침해 소송 사례에 공정이용의 법리를 적용하여 결과를 예측해 볼 것이다. 여기

10) 미국 저작권법 제107조 배타적 권리에 대한 제한 : 공정이용. 구체적인 경우에 저작물의 사용이 공정 이용이냐의 여부를 결정함에 있어서 다음을 참작하여야 한다. (1) 그러한 이용이 상업적 성질의 것인지 또는 비영리적인 교육목적을 위한 것인지 등 그 이용의 목적 및 성격 (2) 저작권으로 보호되는 저작물의 성격 (3) 이용된 부분이 저작권으로 보호되는 저작물 전체에서 차지하는 양과 상당성, 그리고 (4) 이러한 사용이 저작권으로 보호되는 저작물의 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향. 위의 모든 사항을 참작하여 내려지는 결정인 경우에, 저작물이 미공표되었다는 사실 자체는 공정 이용의 결정을 방해하지 못한다.

에서 미국의 공정이용 법리가 각각의 판결에 어떻게 적용되었는지를 인용하여 보다 정확한 기준을 정립해 나갈 수 있도록 할 것이다.

디지털 미디어 시대에 저작권의 중요성이 커지고 있는데도 추상적 법리 해석의 어려움으로 실무자들이 저작권을 어떻게 실전에 적용해야 하는지에 대한 어려움이 크다. 물론 상당부분의 해석을 사법부의 판단에 맡김으로써 법리 적용의 유연성을 기를 수 있다. 그러나 공정이용의 법리를 사전에 예상하기 불가능하다면 언론의 자유를 향유하기 어렵다. 판례 분석을 통해 실질적인 판단기준을 마련함으로써 언론의 자유를 보장함과 동시에 저작권자의 권리 또한 명확히 할 수 있다.

II. 연구의 방법

1. 관련정보 수집 및 전문가 자문

지상파 3사 뉴스 프로그램의 저작물 불법이용 실태를 조사한 결과, KBS, MBC, SBS 모두 메인 뉴스 프로그램에서 저작물의 무단 이용이 빈번하게 일어나고 있었다. 특히 원저작물의 제호를 가리고 자사의 제호를 덧입혀서 이용하거나, 자막이나 제호 부분을 자르거나 흐리게 한 뒤 클린화면인 것처럼 이용하는 경우가 자주 발생했다. 저작재산권을 넘어 저작인격권의 침해까지도 심각하게 우려되는 단계이다.

아침 혹은 오후 뉴스 프로그램에서는 내부 코너의 아이템으로 유튜브나 소셜 네트워크 서비스 상의 인기있는 저작물만을 모아서 다루고 있는 것도 확인할 수 있다. 특정 사안에 대한 공공의 의견을 제시하는 근거자료로도 소셜 네트워크 서비스 상의 개인 저작물이 자주 활용되었다. 종편이나 인터넷 매체 언론사의 경우에는 저작물의 불법이용이 더욱 심각하다. 그럼에도 불구하고 공영방송을 제외한 대부분의 방송사가 온라인 뉴스 다시보기 서비스에 대부분 광고를 붙여서 내보내고 있었다.

실무자들의 상당수 의견은 공공을 위해 시사보도를 위한 목적으로 저

작물을 이용하는 것이 저널리스트 개인의 이익을 위한 것이 아니기 때문에, 보도를 위해 필요하다면 당연히 이용할 수 있다는 입장이었다. 그러면서도 내부적으로 저작권 문제에 대해서 ‘조심’ 해야 한다는 분위기가 형성되어 있었다. 지금까지는 대부분의 언론사에서 공정이용이 된다는 전제하에 저작물을 불법적으로 다운로드하여 이용해왔다고 추정되나, 우리나라와 동일한 공정이용의 판단기준을 갖고 있는 미국의 축적된 판례를 분석한 결과, 시사보도를 위해 저작물을 이용하더라도 공정이용의 법리가 적용되지 않는 경우가 상당했다.

특히 저작권자의 이익에 반하는 경우라면 대부분 불리하게 작용하고 있었기 때문에, 저작물을 상당히 변형하여 이용하거나 원저작물의 일부만을 이용하더라도 출처를 반드시 밝혀야 함을 발견하였다. 그렇지 않고는 저작물의 자유로운 이용을 위해서는 애초에 저작권자에게 이용허락을 얻는 것이 안전하다. 이러한 이유로 인하여 뉴스통신사가 발전되어 왔다고도 볼 수 있다.

불법 이용에도 불구하고 지금까지 언론사들의 저작물 이용 실태가 크게 문제 되지 않았던 것은 이런 행위가 시사보도를 위한 공정이용에 해당했기 때문도, 그렇다고 합법적 이용이었기 때문도 아니다. 단지 저작권자가 본인의 저작물에 대한 권리를 제대로 인식하지 못했거나, 혹은 크게 문제 삼지 않았기 때문이었다. 그러나 저작권 교육을 받고 있는 세대가 성장하고 있고, 국내외를 막론하고 블로그나 웹에서 자신의 이름을 내걸고 사진 및 영상을 생성해냄으로써 작가로서 새로운 직업, 혹은 제2의 직업을 얻고 있는 이들 또한 늘고 있기 때문에 저작권에 대한 각성이 언론사에도 불가피해 보인다.

이를 해결하기 위해서는 우리나라에서의 공정이용의 법리가 추상적이고, 국내 판결도 축적되지 않아서 적절한 판단기준을 찾는 데 어려움이 있다는 문제의 원인에서 출발해야 한다. 이러한 고충을 토대로 언론인들에게 저작물을 어디까지 공정이용 할 수 있는 것인지 명확한 답을 주는 것을 목표로 한다. 그동안 언론사에서는 관행적으로 저작물을 공정이용

해왔지만, 실제로 언론인들이 저작물을 이용하는 목적은 ‘추가적인 수익 창출을 위해서’가 아닌, 더 좋은 뉴스를 만들려는 사명감에서 기인한다. 따라서 공정이용 적용범위를 우선 분명하게 밝히는 것이 활발한 업무 장려를 위해서 반드시 필요하다.

아직까지 온라인상이나 SNS에 게시된 개인의 저작물을 어느 정도까지 이용할 수 있는지에 대한 언론사 내부의 구체적인 기준은 마련되지 않았다. 따라서 향후 발생할 수 있는 언론과 개인의 불필요한 충돌을 예방하기 위해서 지금부터라도 분쟁이 발생하기 전에 미리 내부의 가이드라인 정립이 필요하다. 더불어 언론사에는 언론인들뿐만 아니라 이들의 업무를 함께 도와주는 많은 임시 직원들이 있는데, 뉴스 제작에 참여하는 모든 이들에게 저작물을 공정이용하기 위해서 어떻게 해야 하는지를 교육할 필요가 있다고 생각된다. 잘못된 관행을 바로잡으려는 지속적인 노력이 필요해 보인다.

2. 비교 분석을 통한 공정이용의 기준 도출

미국, 영국, 독일에서의 공정이용의 법리를 비교 분석하고 저작권재산권의 제한인 공정이용이 각 나라에서 어떠한 판단기준을 통해서 인정되는지를 살펴본다. 또한 우리나라에서는 공정이용이 인정되더라도 저작인격권은 제한되지 않는 특징을 갖고 있는데, 이를 앞에서 언급한 국가들과 비교함으로써 공정이용에서 저작인격권이 함의하는 바를 살펴본다.

미국과 영국, 독일의 신문, 방송, 인터넷 언론사들의 저작물 이용양태를 비교 분석함으로써 우리나라의 비슷한 사례에는 공정이용의 법리가 어떻게 적용될 수 있는지를 살펴본다. 이를 통해 한국 언론사의 무단 녹화 및 다운로드 관행으로 인하여 매일같이 대량의 불법 저작물 이용이 이뤄지고 있는 실정을 되짚고, 시사보도라는 목적으로 저작물을 이용하더라도 무조건적으로 공정이용이 성립하는 것은 아님을 확인한다.

그동안 잘못된 확산에서 비롯된 저작물의 이용이 있었다면, 이제부터

라도 국내, 국외의 저작자의 권리를 적극적으로 고려하면서 뉴스제작에 참여하는 것이 보다 자유로운 언론활동을 지향함은 물론이고 소모적 논쟁 발생도 사전에 예비할 수 있는 길일 것이다. 국민의 알권리, 언론의 자유라는 가치에 반하지 않으면서 동시에 뉴스 저작물의 원저작자에게 저작물에 대한 정당한 대가를 보상하고 동의를 얻는 상호보완적 소통의 구축을 지향한다.

제2장 미국에서의 시사보도를 위한 공정이용

제1절 의 의

공정이용이란 저작권이 보호하는 저작물을 저작권자의 허락을 구하지 않고 자유로이 이용할 수 있도록 허용하는 것으로 저작권자에게 부여한 배타적 권리를 다시 제한하는 것이다.¹¹⁾ 개개의 사안에 따라 법원이 저작권법을 융통성 있게 적용할 수 있도록 마련된 사법적 판단의 완충장치로서, 저작자가 어떤 저작물을 창작하여 얻게 되는 사적 이익이 그 저작물이 창작되어 사회에 기여하는 공적 이익을 넘지 못하도록 하는 의의를 갖는다.¹²⁾ 이로써 저작자와 이용자 간의 정교한 균형을 유지시켜 저작권법의 목적을 실현할 수 있다.

미국의 공정이용은 판례법으로 오랫동안 인정해 오다가 1976년 명문화되었다. 법에 판단기준을 명시함으로써 법리의 적용 여부를 사용자가 판단할 수 있도록 일정한 기준을 제공하면서도 포괄적으로 법리가 적용될 수 있도록 길을 열어둠으로써 기술의 변화가 빠른 시대에 상황에 따

11) 권세기, “인터넷에서 저작물의 공정이용”, 입법정보 제59호, 국회도서관 입법전자정보실, 2002, 1쪽.

12) 류종현, 『온라인 저작권』, 도서출판 한울, 2011, 75쪽.

라 알맞게 적용될 수 있게 하였다. 이를 통해서 미국 수정헌법에서 보호하는 언론의 자유¹³⁾를 확보할 수 있다.

제2절 법적 요건

공정이용은 Folsom v. Marsh 사건을 담당한 매사추세츠 주 법원에 의해 형평법상 판례로서 최초 정립되었다. 판사는 영국의 판례를 참조하여 피고의 이용이 정당화가 가능한 이용인지를 검토했는데 판단 기준으로 ① 이용된 저작물의 성격과 목적, ② 이용된 부분의 양과 가치, ③ 원저작물의 시장 대체 및 이익 감소의 정도¹⁴⁾ 등을 들었다. 이 판례는 이후 재판에 많이 참조되어 1960년대부터 법문화를 시도하다가 1976년 저작권법 개정 시 현재의 4개 요건으로 입법화되었다.

제107조 배타적 권리에 대한 제한: 공정이용¹⁵⁾

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

13) Amendment I (미국 수정헌법 제1조) Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.

14) Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841)

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.

I. 제107조 네 가지 요건의 구체화

1976년 저작권법 개정 이후 법원의 판결은 일관되게 네 요인에 의존하여 판단을 내린다.¹⁶⁾ 미합중국 저작권청의 2015년도 4월 업데이트

15) 17 U.S. Code § 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. The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

16) Lee Ann W. Lockridge, 「The Myth of Copyright' s Fair Use Doctrine as a Protector of Free Speech」, Santa Clara Computer & High Tech. Law Journal, Vol. 24, 2007, pp. 94~95.

된 공정이용에 대한 정보¹⁷⁾에서도 법원 판결을 통해 도출된 네 가지 요건의 해석에 대해 세부적으로 정리하고 있는데 이는 각각 ‘① 이용의 목적과 성격 : 상업성 · 변형성, ② 저작물의 성격 : 공표 · 사실적 성격, ③ 이용된 부분이 차지하는 양과 상당성 : 양적 · 질적 중요성, ④ 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향 : 계약가능성 · 경쟁시장’ 을 의미한다.

1. 상업성과 변형성

첫 번째 요건인 이용의 목적과 성격은 상업적(commercial)인지, 변형적(transformative)인지, 악의(bad faith) 또는 고의(willfulness)에 의한 것인지¹⁸⁾로 구분할 수 있는데, 특히 다수 판례에서 상업성과 변형성이 판단의 중요한 쟁점이 되고 있었다. Roy 사건¹⁹⁾에서 법원은 피고가 자신의 상업적 이익과 명성을 위해 원고의 저작권을 무시하였다며 피고에게 고의가 있다고 보고, 공정이용의 성립에 불리하게 작용한다고 판단하였는데 이를 통해 악의나 고의에 의한 이용인지 여부는 상업성에 내포되어 해석됨으로 충분하다고 보인다.

먼저 상업적인지 여부를 고려하는 이유는 저작물의 이용에 대해 아무런 대가를 지급하지 않은 채 그로부터 상당한 이익을 얻는 것은 형평에 어긋난다는 점에 근거한다. 그러나 법원은 Campbell 사건²⁰⁾에서 저작물의 이용이 상업적인 성격을 갖는다는 사실 자체만으로는 공정이용에 불리하게 작용하지 않는다고 분명히 하였고, 변형적 이용이 있었음을 근거로 공정이용에 유리하게 작용한다는 판결을 내렸다.

Los Angeles News Service 사건,²¹⁾ Nunez 사건,²²⁾ Calkins 사

17) <http://copyright.gov/fair-use/more-info.html>, 2015.06.

18) Robert C. Lind, *Copyright Law*(3rd ed.), Carolina Academic Press, 2006, p. 198-208.

19) Roy Export Co. Establishment etc. v. Columbia Broadcasting System, Inc. 503 F. Supp. 1137, 1146-47 (S.D.N.Y. 1980)

20) Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569, 584 (1994)

21) Los Angeles News Service v. CBS Broadcasting, Inc., 305 F.3d

건,²³⁾ Lennon 사건²⁴⁾ 등에서도 저작물을 변형적으로 이용하여 공정이용에 해당한다고 판시하였다. 현대 사회에서는 시사보도에서도 기업의 영리성을 배제하기 힘들기 때문에, 저작물의 상업성만을 첫 번째 공정이용의 판단 요건으로 두게 되면 정확한 판단을 내리기 어렵다.

따라서 그 범위의 설정이 중요하다. 영리 법인이나 상인의 행위도 일정한 경우에는 영리성이 미약하다고 볼 수 있고, 비영리 법인이나 개인의 사적 행위도 일정한 대가를 지불하지 아니하고 저작물을 사용하는 것은 영리성이 강하다고 볼 수도 있다. 시사보도의 경우, 기본적인 정보제공의 정도를 넘어서서 타인의 저작물을 이용하는 경우에는 영리성 판단 대상의 범위를 넓게 보아 영리성을 강하게 인정하였다.²⁵⁾

변형적 이용(transformative use)이란 원저작물에 새로운 표현이나 메시지를 추가한 것으로 이를 통해서 저작물이 기존과 다른 목적·기능을 갖게 된다.²⁶⁾ 변형의 정도가 더 클수록 상업적 이용 등 다른 요소의 적용 가능성은 더욱 낮아진다. 제2순회항소법원과 제9순회항소법원은 ‘변형적 이용이 첫 요건에 있어서 가장 중요하게 고려하여야 할 사항’이라는 취지를 내비쳤다. 미국 법원에서는 저작물을 비평의 대상으로 삼거나, 다른 의도나 목적으로 이용한 경우 변형적 이용이라고 인정했다. 법원의 판결은 변형적 이용의 인정 범위가 넓어지고 있는 경향을 보인다. 2009년과 2010년 사이에 변형적 이용에 관하여 검토한 15건의 공정이용 사례 연구에서는 변형적 이용여부에 대한 판단이 공정이용여부에

924, 939 (9th Cir. 2002)

22) Nunez v. Caribbean International News Corp., 235 F.3d 18, 23 (1st Cir. 2000)

23) Calkins v. Playboy Enterprises International, Inc., 561 F. Supp. 2d 1136, 1141-42 (E.D. Cal. 2008)

24) Lennon v. Premise Media Corp., 556 F. Supp. 2d 310, 322-34 (S.D.N.Y., 2008)

25) 최호진, 「개정 저작권법 제35조의3(저작물의 공정한 이용)에 따라 공정이용을 판단할 때 발생할 수 있는 문제점에 대한 고찰과 해석론의 제시」, 『계간저작권』 99호, 한국저작권위원회, 2012, 80쪽.

26) Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569, 579 (1994)

대한 결론과 일치하였다.²⁷⁾

2. 공표와 사실적 성격

두 번째 요건인 저작물의 성격에서는 저작물이 공표되었는지, 공표되지 않은 저작물인지를 먼저 판단한다. 대부분은 공표된 저작물이 문제가 되었지만 시사보도를 위한 일부 저작물은 공표되지 않은 다소 비밀스러운 내용에 해당할 수 있는 상당한 가능성을 안고 있다. 이는 언론의 역할이 비밀스러운 사건의 내역을 폭로 하는 데에도 있기 때문으로, 특히 탐사보도 분야에서 이뤄지는 저작물의 대다수가 미공표의 특징을 띠고 있다. 그러나 대부분이 미공표 ‘저작물’이 아닌 미공표 ‘사실’에 해당하여 공정이용의 적용 밖에 있다. 미국 법리에서는 공표를 저작인격권으로 구분하여 보지 않고 공정이용이 적용될 수 있도록 공정이용 조항의 서두에 언급하고 있어서, 공표되지 않은 저작물일지라도 공정이용이 가능하다.

그 다음으로 저작물의 성격이 창작적인지, 사실적인지를 구분한다. 미국 법원의 태도는 저작권법이 보호하고자 하는 핵심이 구체적이고 창작적인 표현이라는 점에 기인하여, 사실적 저작물의 경우 공정이용이 인정될 수 있는 범위가 창작적·허구적 저작물보다 더 넓다고 하였다. 시사보도는 사실을 바탕으로 창작하기 때문에 사실성을 떨 수밖에 없어서 보다 공정이용에 유리하게 작용하고 있다.

해당 시사보도가 심층뉴스나 탐사보도에 비해 길이가 짧고 사실적 기술을 위주로 할지라도 현장의 생생한 사실을 다루는 언론사의 취재가 빛을 발하기 위해서는 저작물의 표현에도 상당 부분 집중할 필요가 있어 보인다. 시사보도가 사실을 바탕으로 하기에 공정이용의 법리를 적용함

27) Nolan, Jason M., “The Role of Transformative Use: Revisiting the Fourth Circuit’s Fair Use Opinions in *Bouchat v. Baltimore Ravens*”, *Virginia Journal of Law and Technology*, vol.16 no.4(2011), pp. 538~561.

에 있어서 사실적 저작물의 창작적 기여도를 살피지 않고 무조건 사실적 저작물이라고 분류하는 것은 아닌지도 재고할 필요가 있다고 생각된다.

3. 양적 · 질적 중요성

세 번째 요건인 이용된 부분이 차지하는 양과 상당성의 판단에 있어서는 원저작물이 차지하는 비중이 어느 정도까지 합리적인 수준으로 해석되는지가 판단 기준으로 작용한다. 이에 관하여 절대적인 기준은 존재하지 않지만 일반적으로 이용된 부분이 많거나 그 중요성이 클수록 저작권자의 이익을 침해하는 정도가 커져서 공정이용에 불리하게 작용한다고 해석하였다. 그러나 미국 판례에서 어문 저작물과 영상 저작물과는 달리, 사진 저작물은 일부를 이용하는 것이 큰 의미가 없다고 보아서 요건 판단에서 중립적으로 작용한다고 판결하였다.

4. 계약가능성과 시장대체

네 번째 요건인 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향은 사실상 미국 법원이 공정이용의 여부를 적용할 때 가장 중요하게 판단하였던 쟁점이다. 미연방대법원은 이를 두고 ‘의심할 여지없이 공정이용 판단의 가장 중요한 단일 요소’ 라고 하였다. 저작권이 저작권자의 재산권으로서 기능하기 때문에 이를 보호해 주는 것이 당연하고, 그러한 저작물이 공익을 위해 사용될 수 있을 지라도, 저작권자의 권리를 심각하게 침해하면 서까지 사용되어서는 안 된다는 취지다.

원저작물의 시장 또는 가치에 실제로 손해가 발생하였거나 혹은 장래에 손해가 발생할 것이 확실한 경우에만 공정이용에 불리하게 작용하는 것은 아니고, 손해가 발생할만한 상당한 개연성이 인정된다고 하더라도 공정이용에 불리하게 작용할 수 있다. 계약이 형성되어 저작권자가 저작물을 판매하고 있음에도 이를 무단 이용한 경우에는 현존하는 시장에 영

향을 미치는 것으로 해석하였고, 원저작물의 시장과 경쟁적인 관계를 형성하는 이용자가 저작물을 이용해 시장을 대체하는 경우에는 장래 시장을 포함한 시장성에 영향이 있다고 보아 공정이용의 성립에 불리하게 작용하였다. 저작물 이용이 원저작물의 판매를 증가시켰다고 할지라도 이런 사정만으로 공정이용에 유리하게 작용하는 것은 아니라고 하였다.

II. 시사보도를 위한 저작물의 특징

시사보도를 위한 저작물의 특징은 공정이용의 법리를 적용하기에 앞서서 파악될 수 있는 것으로 시사보도와 관련된 사건에서 공통적으로 강조되는 부분이다. 따라서 ‘시사보도를 위한 공정이용’ 판단을 내리는데 있어서도 역시 중요한 역할을 한다. 실제로 상업성·사실성·질적 중요성은 4가지 요건에서 각각 강조되는 특성과도 일치한다.

1. 상업성

현대 사회에서는 대부분의 언론이 일정한 정도의 상업성을 추구하고 있다. 방송·인터넷 뉴스와 같은 경우에는 대중들에게 뉴스 서비스를 무료로 제공하지만, 다수의 이용자들을 유치함으로써 광고 등 다른 방법으로 수익을 얻고 있다. 신문 뉴스의 경우, 종이 신문과 온라인 신문을 동시에 제공하고 있는데 이를 통해서 직접적인 수익을 얻고 있으며 광고수익 또한 동시에 추구하고 있다.

이러한 차이 때문에 그동안 언론사 중 신문사에서 저작권 분쟁이 앞서 발생하였고, 이러한 점은 한국에서도 마찬가지다. 신문사의 저작물 이용이 공정이용이 아니라는 연합뉴스 v. 경상매일 사건²⁸⁾판례 등 법원의 입장을 통해서 출처명시의무나 계약활성화가 공고히 되어왔다. 신문 보도윤리지침에도 저작권 내용이 잘 명시되어 있다.

28) 대법원 2006.9.14. 선고2004도5350 판결.

이에 반해 방송이나 인터넷 매체의 경우에는 아직까지도 저작권에 대한 인식의 부족이 드러난다. 미국의 뉴스산업 구조에 있어서 대다수의 언론사들이 자사의 뉴스 콘텐츠를 다른 언론사나 뉴스 클리핑사에 이용 계약을 통해 판매해오고 있었던 점 또한 상업성을 입증한다. 시사보도를 위한 언론사의 저작물 이용이 대개 상업적 성격을 띠는 점이 그동안 간과되거나 인지하지 못했던 부분으로 바로 공정이용 부정적 논거의 핵심이 되고 있었다.

2. 사실적(factual) 성격

시사보도를 위한 공정이용의 거의 모든 판례에서 저작물의 성격이 사실적이라고 판단하였다. 사실적(factual) 성격을 많이 가지고 있을수록 공정이용에 유리하고, 창작적(creative)일수록 불리하다. 이는 표현의 자유 및 알 권리의 관점에서 사실적 저작물의 자유로운 유통의 필요성이 상대적으로 높기 때문이다.

그러나 어문 저작물의 경우에는 사실과 창작적 표현의 구분이 가능한 반면 사진 저작물이나 영상 저작물에서는 사실과 창작적 표현을 구분하기 힘들다는 것이 문제가 된다. 이는 카메라 렌즈에 담아내는 것이 사실적 현장이라고 하더라도 카메라기자나 사진기자의 촬영에는 촬영 각도, 명도, 프레이밍 등의 전문적인 표현이 담겨있을 수밖에 없기 때문이다. 이러한 이유에도 불구하고 공정이용 판단의 거의 모든 사례에서 시사보도를 위한 저작물은 단순히 사실적 저작물이라고 평가하고 있다. 따라서 대부분 사실적·공표 저작물로 인정되어 거의 모든 공정이용의 판단에서 유리하게 작용하고 있었다.

3. 질적 중요성

시사보도를 위한 공정이용의 거의 모든 판례에서 저작물의 질적 중요

성이 높게 평가된 것이 특징이다. 시사보도를 위한 저작물이 뉴스가치를 띠고 있기 때문인데 이러한 점은 공정이용에 불리하게 작용하였다. 그러나 사진의 경우에는 사진 전체를 이용하였다고 할지라도 사진의 일부만을 복제하는 것은 시사보도의 목적에 사용될 가치가 없었을 것이라고 보아 해당 요건을 공정이용의 판단에서 중요하게 생각하지 않았다²⁹⁾.

반면 영상의 경우에는 비록 장면이 길지 않더라도 그 길지 않은 장면 자체가 중요한 부분에 해당하면 원저작물의 아주 일부분만을 사용했다고 하더라도 공정이용에 불리하게 작용한다고 판단³⁰⁾하였다. 그러나 이때에도 이용된 영상물이 단지 몇 초에 불과하여 현저히 적을 때에는 중요성이 감소된다고 판시하였다.³¹⁾

III. 요건 해석 시 구분되어야 할 개념

1. 사실의 전달에 불과한 시사보도와 사실적 저작물의 구분

시사보도를 위한 저작물의 성격이 사실적이라는 것은 먼저 ‘사실의 전달에 불과한 시사보도³²⁾’와 구별되어 해석되어야 한다. 사실적 저작물(factual works)이 사실을 소재로 하는 글, 사진, 영상을 대상으로 하

29) *Agence France-Presse v. Morel*, U.S. District Court for the Southern District of New York, No. 10-02730.(2014), *Núñez v. Caribbean International News, Corp.*, 235 F.3d 18 (1st Cir. 2000), *Katz v. Chevaldina*, 2014 WL 2815496 (S.D. Fla. June 17, 2014), *North Jersey Media Group Inc. v. Pirro*, 2015 WL 542258 (S.D.N.Y. Feb 10, 2015)

30) *Los Angeles News Service v. KCAL-TV Channel 9*, 108 F.3d 1119(1997), *Los Angeles News Service v. Tullo*, 973 F.2d 791(1992), *Los Angeles News Service v. Reuters Television International, Inc.*, 149 F.3d 987 (9th Cir. 1998)

31) *Los Angeles News Service Robert Tur v. CBS Broadcasting, Inc. Courtroom Television Network*, 305 F.3d 924 (9th Cir. 2002)

32) 한국 저작권법 제7조 제5호에서 ‘사실의 전달에 불과한 시사보도’를 구분하고 있는 것과는 달리 미국은 이에 대한 법문이 존재하지 않는다.

더라도 창작성이 인정되는 것을 뜻하는 반면 ‘사실의 전달에 불과한 시사보도’는 사실을 소재로 하지만 저작권 보호를 받을 가치가 없을 정도로 최소한도의 창작성조차 인정되지 않는 시사보도를 뜻한다. 저작물성이 인정되지 않기에 공정이용의 여부를 따질 필요 없이 자유롭게 이용할 수 있다.

저작권법이 아이디어는 보호하지 않고 표현만 보호한다는 아이디어와 표현의 이분법(idea-expression dichotomy)에 근거하는 이 이론은 미국 판례 Baker v. Selden, 101 U.S. 99³³⁾에서 오래 전부터 인정되어 미국 저작권법 제102조(b)³⁴⁾에 명문화되어 있다. 우리나라 법원도 아이디어와 표현이 구분된다는 입장³⁵⁾을 지지하고 있다. 그러나 무엇이 아이디어이고 표현인지를 구별하는 것은 매우 어려운 문제이다.³⁶⁾

특히 어문 저작물 보다는 영상 저작물이나 사진 저작물의 경우에 아이디어와 표현을 구분하는 것이 어렵다. 대부분 사진작가에 의하여 주관적으로 행하여지는 피사체의 선택, 사진 찍는 위치, 조도 및 촬영속도의 선택이 포함되기 때문에 독창적 표현이라는 요건을 충족하게 되어 저작물로 인정될 수 있기 때문이다.³⁷⁾ 일본에서도 보도사진이나 TV에 보도

33) Baker v. Selden 사건 (101 U.S.99 1880)

34) 미국 저작권법 제102조(b) “저작권의 보호는 독창적인 저작물에 대한 것으로, 저작물이 어떠한 형태로 묘사, 설명, 예시, 구체화되어 있건 간에, 어떠한 아이디어, 절차, 과정, 체계, 작동방법, 관념, 원리, 발견에는 적용되지 아니한다.(§ 102 Subject matter of copyright: In general (b) In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.)

35) “저작권법이 보호하고 있는 것은 사상, 감정을 말, 문자, 음, 색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현형식이니, 표현되어 있는 내용, 즉 아이디어나 이론 등의 사상 및 감정 그 자체가 아니다” (대법원 1993.6.8. 선고 93다3073, 3080판결)

36) 미국의 Learned Hand 판사는 그 누구도 아이디어와 표현의 경계선을 고정하지 못하였고, 앞으로 누구도 그 일을 하지 못할 것이라고 하였다.

37) Time Inc. v. Bernard Geis Associates, 293 F. Supp. 130 (S.D.N.Y. 1968)

되는 뉴스 영상은 일본 저작권법상의 사실의 전달에 불과한 시사보도에 해당하지 않는 것으로 보는 견해가 주를 이루고 있다.³⁸⁾ 이는 가공의 노력을 기울였음에도 최소한도의 창작성조차 인정되지 않게 되면 제작자의 권리가 침해되거나 하향평가 될 수 있기 때문이다.

이러한 주장은 어문 저작물이나 영상 저작물의 경우에도 마찬가지로 적용된다. “객관적 사실을 설명한 글이라 하더라도 작성자의 전문지식과 경험 등을 바탕으로 다른 사람이 이해하기 쉽게 표현하여 그 내용에 독창성이 있는 경우, 저작물로 인정되고”³⁹⁾ “그 점은 보도용 동영상의 경우도 마찬가지일 것이다.”⁴⁰⁾는 주장이 각각 존재한다.

이는 우리나라의 판례에서 보도사진의 경우에 “상당수의 사진이 언론매체의 정형적이고 간결한 표현 형식을 통하여 있는 그대로 전달하는 정도에 그쳐 사실의 전달에 불과한 시사보도에 해당한다”⁴¹⁾고 판시한 것과는 상당히 다른 입장이다. 그러나 사진 촬영 시 피사체의 선택, 구도의 결정, 광량의 조절, 앵글의 조정, 단추를 누르는 순간적 기회의 포착 등에 촬영자의 개성적 표현이 표출될 여지가 많아서 상대적으로 저작물로 분류될 가능성이 크기 때문에 우리나라에서도 대부분의 판례에서 보도사진을 사실의 전달에 불과한 시사보도에서 제외되는 것으로 보고 있다.⁴²⁾

저작물로 인정할 만큼의 가치가 없음에도 불구하고 창작성을 인정하여 자유로운 이용을 제한하는 것은 상당히 위험하다. 그러나 사진·영상 저작물은 상대적으로 저작물 생성의 기여도가 더 높기 때문에 언론매체의 관습적 형식이 사용되지 않고, 저작물을 기계적으로 찍어내어 그대로

38) 半田正夫 松田政行 生駒正文 집필부분 (1卷), 著作権法コンメンタール1, 東京都 (2009), 572쪽.

39) 문화체육관광부, http://www.mcst.go.kr/web/s_policy/copyright/netizen/netizen02.jsp

40) 이해완, 「저작물의 공정이용에 관한 가이드라인」, 저작권상생협의체, 2010, 41쪽.

41) 대법원 2006.9.14.선고 2004도5350 판결.

42) 송영식·이상정, 『저작권법개설 제8판』, 세창출판사, 2012, 104쪽.

전달하는 것이 아니라면 저작물로서 인정해줌이 타당하다고 판단된다.

2. 사실적 저작물과 창작적 저작물의 구분

시사보도를 위한 저작물은 대부분 사실적 저작물로 분류된다. 사실적 성격을 갖는 저작물은 “사실과 정보의 전달 또는 일정 기능의 수행을 주된 목적으로 하고 있어서 표현방법이 제한되어 있기에 저작권 보호범위를 좁게 해석하지 않으면 사실과 정보까지 보호하는 불합리한 결과를 가져올 수도 있다.”⁴³⁾ 그러나 시사보도를 위한 저작물이라고 하여 무조건 사실적이라고 단순 해석하게 되면 결과적으로 공정이용의 판단에 유리하게 작용하여 저작물 생성 주체의 권리를 좁히는 결론에 이른다.

사실적 내용이라고 하더라도 그 내용을 구성함에 있어서 기자나 개인의 창작적 개입이 어느 정도 있었는지를 구체적으로 보아야 하는데 이는 ‘사실성’을 구분하고 있는 대조적 요소가 ‘허구성’이 아닌, ‘창작성’에 해당하기 때문이다. 구분에 혼동이 오는 이유는, ‘창작성’ 유무로 저작물로 인정되는지 여부를 이미 구분하여 ‘창작성’이 있다고 인정된 저작물을 두고 다시 창작성을 기준으로 판단을 하고 있어서다.

Harper&Row v. Nation 사건에서 문제된 저작물이 자서전이었던 것과 달리 Roy Export v. CBS 사건에서 문제된 저작물은 자전 영화에 해당하였는데, 미국 법원은 자전 영화의 경우에만 ‘창작성’을 인정하였다. 이에 영화와 같은 현장을 재구성한 영상저작물의 경우 창작성이 인정될 확률이 높다는 것을 알 수 있다. 그러나 Nuñez v. Caribbean International News 사건에서는 저작물이 모델 프로필 사진에 해당하여 재구성이 인정되었음에도 사실적 성격 또한 동등하게 인정되어 중립으로 평가되었다. 그 외 다수의 미국 판례에서는 창작성을 부정하였다.

43) 정상조, 「창작과 표절의 구별기준」, 『法學』 제44권 제1호, 서울대학교, 2003, 127쪽.

IV. 각 요건들 간의 관계 분석

1. 표 분석

* 공정이용에 유리:O / 불리:X

연도	판례	저작물	요건1- 피고			요건2- 원고			요건3- 피고			요건4- 원고			판단	
			비 상 업	변 형 적	중 합	공 표	사 실 적	중 합	적 은 양	덜 중 요	중 합	계 약 미 형 성	시 장 비 대 체	중 합		
1	2014	AFP v. Morel	사진	X	X	X	O	O	O	X	X	△ 사 진	O	X	X	X
2	2013	AP v. Meltwater	기사	X	X	X	O	O	O	X	X	X	X	X	X	X
3	1997	LANS v. KCAL-TV	영상	X	X	X	O	O	O	O	X	X	X	X	X	X
4	1992	LANS v. Tullo	영상	X	X	X	O	O	O	O	X	X	X	X	X	X
5	1998	LANS v. Reuters	영상	X	X	X	O	O	O	O	X	X	X	X	X	X
6	2000	LA Times v. Jim Robinson	기사	△	X	X	O	O	O	X	X	X	X	X	X	X
7	2002	LANS v. CBS(홍보)	영상	X	O	O↓	O	O	O	O	X	△	X	O	O	O
8	2000	Nuñez v. Caribbean News	사진	X	O	O, △	O	△	O	X	X	△ 사 진	O	O	O	O
9	1980	RoyExport v. CBS	영화	X	O	X	O	X	X 상 업	O	X	X	X	X	X	X
10	1985	Harper&Row v. Nation	어문	X	X	X	X	O	X	O	X	X	X	X	X	X
11	2014	Katz v. Chevaldina	사진	O	O	O	O	O	O	X	X	△ 사 진	O	O	O	O
12	2015	NJMG v. Fox	사진	X	X	X	O	O	O	X	X	△ 사 진	X	X	X	X

4가지 요소들 중 어느 하나가 존재하거나 존재하지 않는다고 하여 공정이용이 추정되거나 그 반대의 결과로 되는 것은 아니다. 그러나 네 가지 요건의 공정이용 여부를 각각 판단함에 있어서는 몇 가지 예외사항을 제외하고 두 번째 요건은 공정이용에 유리하게, 반대로 세 번째 요건의 양적·질적 중요성은 공정이용에 불리하게 작용하고 있었다. 따라서 시사보도를 위한 공정이용에서 주로 이 두 번째와 세 번째 요건판단이 유리·불리함으로 서로 상쇄된다. 이는 시사보도를 위한 저작물의 특징에서 기인한 것으로 해석된다.

첫 번째 요건 또한 거의 모든 판례에서 상업성이 인정되고 있었지만 최신 판례에서 변형성이 크다고 인정될 때 공정이용에 유리하거나 중립적으로 판단을 내리고 있어서 이는 각 사안별로 살펴봐야 할 필요가 있다. 따라서 시사보도를 위한 공정이용의 판례에서는 대개 첫 번째 요건과 네 번째 요건을 통해서 최종 판단이 내려지고 있다. LANS v. CBS 사건과 Nuñez v. Caribbean News 사건은 첫 번째 요건에서 상업성이 인정됨에도 변형성이 인정되어 공정이용에 유리하게 작용한다는 판단을 내렸다. 이를 통해 상업성·변형성 모두 사실상의 판단 기준으로 삼게 되었다.

네 번째 요건의 판단에서는 대부분의 사건이 모두 시장영향 즉 시장 대체성에 무게를 두어 공정이용에 불리하게 판단되고 있었다. LANS v. CBS 사건에서는 계약가능성이 있었음에도 시장대체에 해당하지 않는다는데 무게를 두어 공정이용에 유리하게 작용한다는 판단을 내리고 있었고, AFP v. Morel 판결에서는 계약이 미형성되어 있었지만 시장대체에 해당하여 공정이용에 불리하다는 데에 도달했다. 따라서 시장대체가 마지막 사실상의 판단 기준이 되었다. 특히 시장대체에 대한 판단은 공정이용의 최종판결과 정확하게 일치하고 있어서 이를 살펴봄에 상당한 의미가 있었다.

2. 각 요건 판단의 결정적 요건

요건1-피고		요건2-원고		요건3-피고		요건4-원고	
비상업	변형성	공표	사실성	양	질	계약형성	시장대체

가. 상업성 = 변형성

첫 번째 요건 판단에서는 두 가지 요건 모두가 결정적으로 작용하고 있어서 상업성과 변형성 모두를 살펴봄에 의의가 있다. 물론 두 요건이 공정이용에 모두 불리하거나 유리하게 작용되고 있을 때에는 일관된 판결이 나왔다. 시사보도를 위한 저작물의 특성상 대부분의 사건에서 상업성이 있다고 인정되었으나, 그러함에도 불구하고 7. LANS v. CBS 사건, 8. Nuñez v. Caribbean International News 사건에서는 변형성이 인정되어 공정이용에 불리(X)·유리(O)하게 작용하여 판단이 갈리고 있을 경우, 결국 유리(O)하게 작용한다는 결론에 도달했다. 변형성이 상업성에 대한 공정이용의 불리함을 감소시킨 것이다. 따라서 상업성을 갖는 언론사가 저작물을 공정이용하기 위해서는 저작물에 변형을 가하거나 변형적 목적으로 사용하여 상업성에 대한 판단 자체를 감소시켜야 함을 알 수 있다. 그러나 9. Roy Export v. CBS 사건에서는 변형성이 인정되었음에도 상업성이 크게 작용하여 공정이용에 불리하게 작용한다는 결론에 도달하였는데, 이러한 이유는 영화 저작물이 창작적 저작물에 해당하여 특히나 계약을 형성하고 있던 상황에서 이를 무단 이용한 것은 뉴스 보도의 목적을 넘었다고 판단하였기 때문이다. 이에 공정이용에 불리하게 작용하였다.

목적의 변형적이라는 것은 바로 저작물의 이용이 다른 시장에 있다는 것까지 증명하는 것으로 네 번째 요건의 시장대체에서도 결정적인 역할을 하였다. 그 외의 특이한 판결을 낸 사건을 살펴보면 6. LA Times

v. Jim Robinson이 있다. 이 사건에서는 법원에서 상업성 여부를 가름하기 힘들다고 보아서 상업적 요인을 중립(△)에 두어 변형성의 판단에 따라 결론이 내려졌다.

나. 사실적 > 공표

두 번째 요건 판단에서는 공표·사실적 성격 모두가 사실상 공정이용의 판단에서 대부분 유리하게 작용하고 있었다. 이는 시사보도를 위해 뉴스 콘텐츠를 구성하는 저작물이 대부분 사실적 성격을 띠고 있고, 보통은 타 언론사, 뉴스통신사, 뉴스서비스사, 혹은 SNS 등의 인터넷에 공표되어 있기 때문이다. 법은 일반적으로 소설 또는 판타지 작품보다 사실적인 저작물을 보급하기 위한 더 큰 필요성을 인식하고 있어서 대부분의 사건에서 사실적 성격이 공정이용에 유리하게 작용해왔다. 그러나 9. Roy Export v. CBS 사건에서는 문제되는 저작물이 영화 저작물로 사실적 내용과 소설적 내용이 섞여 있었지만, 창작성이 인정되었다. 반면 10. Harper & Row v. Nation Enterprise 사건에서는 주관적인 표현과 저자의 개인적 표현 부분의 이용이 문제가 되었지만, 문제되는 저작물이 자서전 단행본에 해당하여 사실적 성격이 인정되었다. 그러나 이때에는 해당 저작물이 미공표되어 있었기에 법원은 저작물의 미공표가 공정이용의 범위를 더 좁혀서 결과적으로 공정이용에 불리하게 작용한다고 판단하였다. 그 외의 특이한 판결을 낸 사건은 다시 앞에서 언급한 9. Roy Export v. CBS(1980년도)이다. 두 번째 요건 판단에서 상업적 성격에 집중하여 공정이용에 불리하게 작용한다고 판단하였다.

다. 질적 중요성 > 양적 중요성

세 번째 요건 판단에서는 질적 중요성이 양적 중요성보다 더 결정적으로 작용하였다. 물론 두 요건이 공정이용에 모두 불리하거나 유리하게

작용되고 있을 때에는 일관된 판결이 나왔다. 그러나 판례에서 질적·양적 정도가 공정이용에 각각 불리(X)·유리(O)하게 작용하여 판단이 갈리고 있을 경우에는, 대부분의 판례에서 결국 불리(X)하게 작용한다는 결론에 도달했다. 이러한 일관된 입장과 의견을 달리한 판결이 7. LANS v. CBS 이다. 질적으로 중요하더라도 공정이용에 독립적으로 작용한다는 결론을 내린 것인데, 법원은 이때 이용한 저작물의 양이 현저히 작다는 데에 집중하여 양이 적다면 질적 중요성에 대한 판단 자체도 감소시킬 수 있다고 보았다. 그 외의 특이한 판결을 낸 사건을 살펴보면 1. AFP v. Morel 사건, 8. Nuñez v. Caribbean News 사건, 11. Katz v. Chevaldina 사건, 12. NJ Media v. Fox News 사건이 있다. 이 사건에서 쟁점이 된 저작물은 사진 저작물에 해당했는데 이때 법원은 사진 저작물의 경우 전체를 다 복제하지 않고 일부만을 복제하는 것은 시사보도의 목적에 사용될 가치가 없었을 것이기에 해당 요건이 공정이용의 판단에서 크게 중요하지 않아 독립적이라고 판시하였다.

라. 시장대체 > 계약가능성

네 번째 요건 판단에서는 저작물 계약이 형성되어 원고가 이를 통해 판매수익을 얻고 있었거나 충분히 그렇게 할 수 있었는지의 여부보다 원고의 시장을 피고가 대체하는지가 더 결정적으로 작용하였다. 물론 두 요건이 공정이용에 모두 불리하거나 유리하게 작용되고 있을 때에는 일관된 판결이 나왔다. 그러나 판례에서 계약가능성·시장대체가 각각 공정이용에 불리(X)·유리(O)하게 작용하여 판단이 갈리고 있을 경우에는, 결국 유리(O)하게 작용한다는 결론에 도달했다. 반대로 유리(O)·불리(X)하게 작용하여 판단이 갈리고 있을 경우에는, 결국 불리(X)하게 작용한다는 결론에 도달했다. 이를 통해서 법원은 시장대체 관계에 있지 않아 시장에 영향이 없다면 계약이 형성되어 있었더라도 이에 대한 판단 자체를 감소시킬 수 있다고 보았음을 알 수 있다.

제3절 시사보도를 위한 공정이용의 판단기준

I. 상업성

	연도	판례	저작물	요건1			요건2			요건3			요건4			판단
				비상업	변형적	종합	공표	사실적	종합	적은양	덜중요	종합	계약미형성	시장비대체	종합	
1	2014	AFP Morel v.	사진	X	X	X	O	O	O	X	X	△사진	O	X	X	X
3	1997	LANS KCAL-TV v.	영상	X	X	X	O	O	O	O	X	X	X	X	X	X
4	1992	LANS Tullo v.	영상	X	X	X	O	O	O	O	X	X	X	X	X	X
5	1998	LANS Reuters v.	영상	X	X	X	O	O	O	O	X	X	X	X	X	X

제2장 제2절에서 명시한 시사보도를 위한 저작물의 특징에 따라 시사보도를 위한 공정이용의 다수 판례에서 언론사 주체가 저작물을 이용함에 대부분 상업성이 인정된다고 판단하였다. 그러나 상업성에도 정도의 차이가 있기 때문에 시사보도를 위한 공정이용의 판단기준에서 상업성을 검토함에 있어서 저작물 이용과 관련된 피고의 직접적인 상업적 이익 추구가 있었는지를 기준으로 삼아 검토할 필요가 있다. 대개 직접적인 상업적 목적이 있다면 고의까지 인정되어 공정이용에 더욱 불리하게 작용한다. 물론 미국 판례 중 상업성이 인정되더라도 공정이용에 해당한다고 본 판례⁴⁴⁾가 있다. 그러나 이때에는 변형성이 강조되어 상업성을

감소시켰다. 저작물을 공정이용 하는 주체가 상업적 목적을 갖는 것은 동시에 원저작권자의 계약형성을 침해하거나, 시장을 대체함으로써 ‘잠재적 시장이나 가치’에 상당한 영향을 미치는 것을 뜻한다. 이처럼 첫 번째와 네 번째 요건은 유기적으로 연결되어 있어서 다수의 판례에서 상업성이 인정될 경우, ‘잠재적 시장이나 가치’ 판단에서도 공정이용에 불리하게 작용하고 있었다. 최근에는 SNS상의 저작물도 시사보도를 위해 빈번하게 이용하고 있어서 이와 관련 판례도 이하에서 검토하였다.

1. AFP v. Morel 사건⁴⁵⁾

트위터 사진 무단 이용, 공정이용 아니다 (뉴욕지방법원, 2014)

가. 사실관계

2010년 1월 12일 프리랜서 사진작가 다니엘 모렐(Daniel Morel)은 아이티 대지진이 발생한 후 2시간도 지나지 않은 시점에 자신의 트위픽(Twipic)을 통해 지진 피해 상황을 담은 사진들을 트위터에 올렸고 이 사진들은 Lisandro Suero라는 트위터 이용자에 의해 무단으로 다시 게재되었다. 프랑스 뉴스통신사 AFP(Agence France-Press)는 해당 사진들을 Suero의 트위터 계정에서 발견한 이후 그를 저작권자로 표시하여 미국의 이미지 전문 사이트인 게티이미지(Getty Image)사에 송부하였으며 이후 해당 사진은 워싱턴포스트(Washington Post), CNN 등을 통하여 배포되었다. 다음날인 2010년 1월 13일 AFP는 사진의 저작

44) Los Angeles News Service Robert Tur v. CBS Broadcasting, Inc. Courtroom Television Network, 305 F.3d 924 (9th Cir. 2002), Nuñez v. Caribbean International News, Corp., 235 F.3d 18 (1st Cir. 2000)

45) Agence France-Press v. Morel, U.S. District Court for the Southern District of New York, No. 10-02730. (2014)

권 출처(caption)를 해당 사진의 저작권자인 원고 모델로 변경하였다. 2010년 1월 14일 AFP는 원고의 대리인으로부터 해당 사진들의 삭제 통지를 받은 후 해당 사진들을 자사의 데이터베이스로부터 삭제하였으며 이러한 삭제 사실을 게티이미지사에 통지하였다. 다니엘 모델은 그 사실을 알고 사진을 사용한 언론사와 게티이미지사에 항의를 했다. CNN, CBS, ABC, 워싱턴포스트 등은 무단 사용에 대해 보상금을 지급하기로 하고 다니엘 모델과 합의를 했으나, AFP는 소송을 선택했고, 2013년 1월 미 법원에서는 저작권을 위반한 것으로 판결을 내렸다. 이에 AFP는 항소를 했는데, 그 이유가 다른 트위터 사용자가 다니엘 모델의 사진을 출처도 없이 올렸기 때문에 AFP는 사진을 자유롭게 이용할 수 있는 것으로 믿었다는 것이다. 저작권 침해는 실수였고 이 실수에 대한 책임은 출처를 표시하지 않고 사진을 게시한 트위터 이용자에게 있다고 주장하였다. Morel이 사진의 무단 사용에 대하여 AFP에 문제를 제기하자 AFP는 Morel을 상대로 저작권 침해가 아니라는 것을 확인하기 위해 2010년에 뉴욕 남부 지방법원에 소를 제기하였고, Morel은 이에 대해 반소를 제기하였다.⁴⁶⁾

나. 법원의 판단

AFP는 트위터의 이용 약관이 트위터에 업로드 된 사진을 자유롭게 이용할 수 있도록 허용하고 있다고 주장하였으나, 뉴욕 주 남부지방법원 판사 William H. Pauley III는 이를 거부하면서 트위터의 이용약관은 사진의 게시와 리트윗(retweet)만을 허용하고 있을 뿐 사진을 상업적으로 이용할 권리를 인정하고 있지는 않으므로 SNS상의 저작물을 이용하기

96) Joseph, 「Photographer wins \$1.2 million from companies that took pictures off Twitter」, REUTERS, 2013.11.22. (<http://www.reuters.com/article/2013/11/22/us-media-copyright-twitter-idUSBRE9AL16F20131122>)

위해서는 저작권자의 허락이 있어야 한다고 판단하였다. 트윗픽에 올라온 이용자의 콘텐츠를 이용, 복제, 재구성, 출판 및 배포할 수 있는 파트너나 협력 업체 혹은 이용계약을 체결한 업체에 해당하지 않기 때문에 저작권자의 허락 없이 해당 사진들을 상업적으로 이용할 권리가 언론사 측에 없다고 하였다. 트위터 등의 SNS에 올라온 자료들도 저작권의 보호를 받는 저작물이 됨을 인정하였으며, 따라서 트위터 혹은 트윗픽이나 그 제휴 회사 이외의 사람은 저작물을 이용하기 위해 이용계약을 체결해야 함을 확인하였다. SNS상에서 저작물이 널리 전파되고 누구나 쉽게 접근할 수 있다는 사실이 저작권 침해의 항변 사유가 되는 것은 아니다.

법원은 2013년 10월 AFP와 게티이미지사가 Morel의 저작권을 침해하였다고 판단하였고, 이 침해가 고의에 의한 것인지 여부와 Morel이 입은 피해액에 대해서는 배심원의 평결로 남겼다. 이에 2013년 11월 22일 배심원은 아이티에서 25만 명이 사망한 지난 2010년의 지진 직후 Morel이 찍어 트위터에 게시한 8장의 사진을 뉴스통신사 AFP와 게티이미지가 무단으로 사용하였고, 저작권 침해 사실을 알게 된 이후에도 SNS에 업로드 된 해당 사진들을 약관을 핑계대며 상업적 고의로 계속 이용하였기에 각 사진에 대한 법정 손해배상의 최고액인 15만 달러를 적용하여 총 120만 달러 즉 한화 약 13억원을 사진작가에게 지급하라고 평결하였다. 2014년 8월 13일 뉴욕 남부 지방법원도 배심원이 평결한 법정 손해배상액이 적절하다고 판시하였다. AFP와 게티이미지사는 저작권 문제가 만연한 동종업계에 종사하고 있어서 저작권에 관한 광범위한 경험을 가지고 있으므로 저작권 침해의 고의성을 입증하기에도 충분하다고 하였다.

다. 공정이용의 적용

(1) 이용의 목적 및 성격

이번 판결은 고의와 상업성을 기준으로 사실상 공정이용의 적용 여부가 판단된다. AFP와 게티이미지사가 저작권 침해 사실을 알게 된 이후에도 SNS에 업로드 된 해당 사진들을 SNS 이용약관을 근거로 계속 이용했기 때문이다. 사진 이용의 넓은 목적은 보도를 위한 목적이 될 수 있지만, 피고 게티이미지사는 저작물을 언론사에 판매하는 것을 주요 목적으로 하고 있어서 상업적 성격이 두드러진다고 보았다. 이때 사진 저작물은 변형없이 그대로 이용되었다. 피고의 저작물 이용의 상업적 성격에 더해 원고가 지진 현장을 촬영하는데 들인 경제적 노력을 인정할 필요가 있어서 공정이용에 불리하게 작용하였다.

(2) 저작물의 성격

모렐의 사진 저작물은 모렐의 트위터픽을 통해 공표되었고, 아이티 지진 현장을 담은 사실적인 저작물에 해당하므로 해당 요인은 공정이용에 유리하게 작용한다.

(3) 이용된 부분이 차지하는 양과 상당성

모렐의 아이티 지진 현장 사진은 지진이 발생한 직후 현장에서 촬영된 것으로 대단히 중요한 질적 중요성을 함의한다. 그러나 미국 법원은 사진저작물의 경우 일부를 이용하는 것은 시사보도의 가치가 없다고 보아 해당 요건이 공정이용의 판단에서 크게 중요하지 않다고 판시하여 왔다.

(4) 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향

프리랜서 사진작가인 다니엘 모렐이 자신의 트위터에 올린 아이티 지진 참사 현장사진을 게티이미지사가 트위터의 기능 중 하나인 리트윗

(RT)이나 어떠한 인용 없이 직접 사진을 올리는 방법을 사용해 문제가 생겼다. 게티이미지사는 전 세계 이미지 시장의 50% 이상을 가진 거대 사이트이기 때문에 모르는 사람이 보면 당연히 게티이미지사가 해당 사진의 저작권을 갖고 있을 것이라는 생각을 하게 된다. AFP를 비롯한 미국의 주요 언론사들도 게티이미지사로부터 저작권료를 지불하고 다니엘 모렐의 사진을 사용했다. 다니엘 모렐은 프리랜서 사진작가였으므로 자신의 사진을 독자적으로 시장에 내놓을 가능성이 충분했고 다른 언론사들과 이용계약을 체결함으로써 경제적 이득을 얻을 수도 있었다. 또한 사진작가로서 명예를 얻을 수도 있다는 점이 고려되므로 게티이미지사는 네 번째 항목을 가장 현저하게 침해한 것으로 확인되어 공정이용에 불리하게 작용하였다.

3. Los Angeles News Service v. KCAL-TV Channel 9 사건⁴⁷⁾

뉴스 서비스사의 영상 무단이용, 공정이용 아니다 (1997)
(지방법원: 공정O, 항소법원: 공정X)

가. 사실관계

원고 Los Angeles News Service는 1992년 4월 29일 발생한 LA 폭동현장에서 레지날드 데니(Reginald Denny)가 폭행당하는 장면을 촬영했다. 원고는 이 저작물을 다른 언론매체에게 이용계약을 체결하고 있었는데, 피고 KCAL-TV가 이 자료를 상업적으로 무단이용하자 원고가 저작권침해를 주장하였다.

나. 법원의 판단

47) Los Angeles News Service v. KCAL-TV Channel 9, 108 F.3d 1119 (1997)

먼저 지방법원에서는 피고가 무단 이용한 비디오테이프는 유일하면서도 보도가치가 있는 자료로서, 공중은 이를 알 필요성이 있고 이용 목적도 오직 보도에 한정되며, 원고가 피고의 행위로 인해 발생한 손해를 입증하지 못했다는 이유로 공정이용에 해당한다고 판시했으나, 항소법원에서는 이를 번복했다.⁴⁸⁾ 항소법원은 당해 사안에 연방저작권법 제107조의 요건들을 적용한 다음, 저작물의 사실적 성격만이 공정이용에 유리할 뿐 그 외의 요건들은 공정이용에 불리하게 작용한다고 결론내리면서 파기하였다. 법원은 그 테이프를 피고가 사용한 것이 뉴스가치가 있는 사건의 의식적인 녹화물에 해당하기 때문에 해당 영상의 보도가 공익에 부합한다는 사실에도 불구하고 그 이용의 상업적 성격에 근거하여 이러한 결론에 도달하였다.⁴⁹⁾

다. 공정이용의 적용

(1) 이용의 목적 및 성격

원고는 취재원을 태운 헬리콥터를 띄움으로써, 해당 보도에 대한 라이선스 비용을 지불했다고 보았지만 피고는 영리기업으로, 역시 뉴스를 모으고 파는 상업적인 기업에 해당하지만 관습상의 비용을 지불하지 않은 채 저작물 이용으로부터 이익을 추구했다. 해당 저작물이 시사보도를 위한 목적으로 사용되었더라도, 원고와 피고가 모두 뉴스를 수집하고 판매하는 사업을 하고 있었는데 원고가 사실상 해당 저작물을 다른 언론매체에 이용계약을 체결함으로써 판매하고 있었음에도 피고가 해당 저작물을 무단으로 사용한 점, 피고가 원고의 저작물에 어떠한 기여도 하지 않았고, 새로운 것을 덧붙이지도 않았으며, 변형시키지도 않았음에도 원고

48) Ibid.

49) Id., at 1120.

의 저작물을 단순히 복사하여 이것이 마치 그들의 소유인 것처럼 제호를 갖다 붙인 정황 등에서 고의가 추정되어 첫 번째 요인은 공정이용에 불리하게 작용한다고 판단했다.

(2) 저작물의 성격

피고가 보도 목적으로 이용한 레지날드 데니가 폭행당하는 장면은 사실적인 저작물에 해당하고 또한 KCAL이 사용하기 전에 이미 공표되었으므로 이는 전적으로 공정이용에 유리하게 작용한다고 판단했다.

(3) 이용된 부분이 차지하는 양과 상당성

레지날드 데니가 폭행당하는 장면이 비록 길지는 않지만, 그 길지 않은 장면 자체가 중요한 것이라고 하면서 KCAL이 원저작물의 아주 일부만을 사용했다고 하더라도 바뀌는 것은 없다고 하며 이 요인은 공정이용에 불리하게 작용한다고 판단했다.⁵⁰⁾

(4) 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향

원고와 피고가 동종업계에 종사하면서 보도자료를 수집하고 판매하는 행위를 한다고 볼 수 있기 때문에 더욱 원고가 문제의 장면을 촬영하는데 들인 경제적 노력을 인정할 필요가 있다고 보았다. 항소법원은 특히 저작물의 독특한 성격을 고려해야 한다고 했는데, 이는 바로 뉴스 저작물의 이차적 시장이 거의 존재하지 않는다는 것이다. 원고의 비디오테이프는 피고의 침해행위 이전에도 이미 이용계약이 체결되고 있었고, 심지어 피고의 침해행위 이후에도 여전히 이용계약이 진행되고 있었다는 점을 들어 이를 회피한 것은 시장이나 가치에 미치는 영향을 훼손시켜 공

50) Ibid.

정이용에 불리하게 작용한다고 판단했다.⁵¹⁾

4. Los Angeles News Service v. Tullo 사건⁵²⁾

뉴스서비스사의 영상 무단이용, 공정이용 아니다 (1992)
(지방법원: 공정X, 항소법원: 공정X)

가. 사실관계

원고 Los Angeles News Service는 사건사고를 촬영하여 촬영 원본을 자료화면으로 쓰거나 편집해 사용할 수 있도록 TV 방송국 등에 판매해 오고 있었다. 피고 오디오비디오뉴스클리핑사(Audio Video Reporting Services)는 TV 뉴스 프로그램을 보면서 비디오테이프를 녹화하여 비디오테이프를 개인 또는 법인에 판매하는 뉴스 클리핑(News Clipping) 서비스를 제공해왔다. 원고는 항공기 및 열차 사고를 촬영하여 해당 비디오테이프를 저작권 등록하였고 LA지역의 방송사에 그들의 뉴스프로그램에 사용할 수 있도록 판매했다. 피고는 원고가 촬영한 항공기 및 열차 사고 영상이 들어있는 뉴스프로그램을 비디오테이프에 녹화하여 이를 무단 판매했다. 이에 원고가 저작권 침해 소송을 하자, 피고는 비디오테이프 원본은 저작권 보호를 받기에 충분하지 않고, 충돌이나 사고소식 같은 뉴스에 대한 공중의 접근권은 수정헌법 제1조에 의해 보장되어야 하며, 비디오테이프가 저작물에 해당한다고 할지라도 공정이용 법리를 적용할 수 있기에 저작권침해가 아니라고 주장했다. 또 방송을 통해 피고가 저작권을 침해했다는 것을 알았으면 법원이 피고에게 이용계약을 체결하지 않고서는 원고의 저작물을 복제하는 것을 영구적으로 막았어야 했거나, 원고가 피고에게 저작권 침해 사실을 통지했

51) Id., at 1122-1123.

52) Los Angeles News Service v. Tullo, 973 F.2d 791(1992)

어야 한다고 주장했다.

나. 법원의 판단

지방법원은 피고에게 원고의 저작권을 침해한 데에 대하여 각각의 침해 건마다 1만 달러의 손해배상액을 지급하라고 판결했고, 총 금액은 2만 달러에 해당되었다. 이에 피고가 항소하자 항소법원은 손해배상액이 과하지만, 편집되지 않은 비디오테이프 원본도 저작권의 보호범위에 든다고 전제한 후, 피고의 저작물 이용 목적이 상업적이고 이용계약을 체결하지 않은 채 무단으로 원고의 저작물을 이용했기에 원고의 시장 일부를 대체하는 효과를 가져와서 잠재적 시장을 침해한다며 공정이용의 범위에 포함되지 않는다고 판시하였다.⁵³⁾

다. 공정이용의 적용

(1) 이용의 목적 및 성격

피고는 피고의 고객이 저작물을 이용하는 목적이 연구, 학문, 사적이용에만 해당되므로, 피고의 이용은 Sony판결⁵⁴⁾에 비추어 보았을 때 공정이용에 해당한다고 주장하였다. 그러나 법원은 피고가 고객의 이용 목적을 마치 피고의 이용 목적인 것처럼 주장하는 것은 뻔뻔스럽다고 비난하며, 피고의 이용 목적은 상업적 목적에 해당하고 이에 공정이용에 불리하게 작용한다고 판단했다. 게다가 만약 피고의 악의적 고의성이 입증된다면, 피고의 고객들이 원고의 저작물을 연구, 학문, 사적 이용에 이용한다고 해서 자동으로 공정하게 간주되는 것은 아니라고 하였다. Sony

53) <http://openjurist.org/973/f2d/791>

54) Sony, 464 U.S. at 454, 104 S.Ct. at 795 (interest in expanding public access to television broadcasting is factor to be considered in determining fair use)

판결에서는 “VTR의 오너가 방송에서 내보내고 있는 영화 저작물을 집에서 나중에 보기 위해 이를 녹화한 것은 공정이용에 해당하지만, VTR 오너가 영화 저작물을 녹화하여 그 사본을 저작권자의 동의 없이 다른 이들에게 판매하는 것은 민·형사 소송의 대상이 된다” 고 판시한 바 있다.⁵⁵⁾ 따라서 해당 요건은 공정이용에 불리하게 작용한다.

(2) 저작물의 성격

법원은 창작적 저작물보다 사실적 저작물이 널리 배포되어야 할 필요성을 인정하였다. 법원의 이러한 입장은 *Harper & Row v. Nation* 판결⁵⁶⁾을 포함한 대부분의 판례에 잘 드러나 있다. 해당 저작물이 공표된 사실적 저작물이므로, 공정 이용에 유리하게 작용한다고 판단했다.⁵⁷⁾

(3) 이용된 부분이 차지하는 양과 상당성

법원은 원고의 저작물의 일부를 편집하여 이용한 것이므로 상당한 양에 해당하지는 않지만 피고가 이용한 부분이 해당 저작물 중 가장 중요한 가치를 지니는 부분이라고 보았다. 법원은 앞서서 저작물의 적은 부분을 이용하더라도 해당 부분이 저작물의 중요한 부분에 해당된다면 공정이용의 범위를 넘을 수 있다고 판결한 바 있다.⁵⁸⁾ 따라서 세 번째 요

55) See, e.g., *id.* at 434 n. 15, 104 S.Ct. at 784 n. 15 "anyone who willfully infringes the copyright to reproduce a motion picture for purposes of commercial advantage or private financial gain is subject to substantial criminal penalties"

56) *Harper & Row*, 471 U.S. at 563, 105 S.Ct. at 2232.

57) *Id.*, at 798.

58) See *Harper & Row*, 471 U.S. at 564–65, 105 S.Ct. at 2232–33 (while words quoted by copyright infringers were "an insubstantial portion" of President Ford's unpublished memoirs, they were the "heart of the book" in that they were among the most "interesting," "moving" and "powerful" passages)

인은 공정이용에 불리하게 작용한다고 판단했다.⁵⁹⁾

(4) 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향

법원은 네 번째 요인이 공정이용을 판단하는 데 중요하다고 전제한 후, 피고는 뉴스 프로그램의 편집된 뉴스 사본을 개인이나 사업자에게 판매하고, 원고는 방송국에 촬영 원본의 이용계약을 판매하기 때문에 원고와 피고의 시장이 완전히 동일하지는 않지만, 잠재적 시장에 일부 겹치는 부분이 존재한다고 보았다. 따라서 원고가 자신의 비디오테이프를 방송사에게 판매하고 있는 상황에 피고가 원고의 저작물을 무단 이용한 행위는 원고의 잠재적 시장을 침해한 것으로서 공정이용에 불리하게 작용한다고 판단하였다.⁶⁰⁾

5. Los Angeles News Service v. Reuters 사건⁶¹⁾

뉴스서비스사의 영상 무단이용, 공정이용 아니다 (1998)

(지방법원: 공정X, 항소법원: 공정X)

가. 사실관계

원고 Los Angeles News Service사는 뉴스가치 있는 비디오와 오디오를 녹화하여 다른 회사에 이용계약을 체결하여 판매함으로써 수익을 얻는 회사다. 1992년 4월 LA폭동 당시 원고는 헬기를 타고 Florence 거리와 Normandie 대로를 촬영하며 레지널드 데니(Reginald Denny)의 구타 장면과 흰 트럭에서 맞고 있는 남자를 촬영하였다. 원고는 해당

59) Ibid.

60) Id., at 798-799.

61) Los Angeles News Service v. Reuters Television International Inc., 149 F.3d 987 (9th Cir. 1998)

저작물을 NBC(National Broadcasting Company)에 판매하는 이용계약을 체결하였고, 따라서 본 저작물은 NBC사의 지방방송사 KCOP의 로고를 단 채 '투데이 쇼'에 나가게 되었다. 원고에게 저작물의 소유권과 이용계약 체결 권리가 있음을 NBC가 동의하였다.

피고 Reuters는 뉴스통신사인데 그들의 제휴사로부터 매해 일정한 요금을 받고서 저작물을 제공해오고 있었다. 피고는 원고로부터 이용허락을 받은 자인 NBC(National Broadcasting Company)의 비디오테이프의 복제물을 획득하여 그 필름을 회원들에게 배포하였다. NBC가 원고의 저작물을 투데이 쇼로 이들의 제휴사에게 방송할 때, 동시에 이 쇼는 뉴욕의 Visnews사에게 전송되었고, 로이터와 NBC, BBC 방송사들의 합작투자사인 Visnews는 NBC 뉴스의 비디오테이프 사본을 만들어서 유럽과 아프리카의 제휴사들에게 전송하였다. Visnews는 비디오테이프의 복사본을 유럽방송연합(EBU)의 뉴욕지사에 전달하였고, 이것은 위성을 통해 로이터의 런던지사에 전달되었다. 로이터의 런던지사 역시 제휴사에 저작물의 사본을 제공하고 있었다. 원고는 로이터와 Visnews의 이러한 행위가 저작권 침해라고 주장하였다.

나. 법원의 판단

법원은 연방 저작권법 제107조를 적용하여 저작물의 사실적 성격은 공정이용에 유리하게 적용되지만 피고의 저작물 무단이용은 나머지 세 요건에 불리하게 작용한다고 판단하였다. KCAL-TV Channel 9 사건과 마찬가지로, 법원은 뉴스 보도의 기능보다는 저작물 이용의 상업성, 고의성을 강조하였다. 저작물의 이용이 상업적 목적에 있었고 그 이용 또한 그다지 변형적이지 않았다고 하면서, 피고가 저작물의 핵심 내용을 무단 이용함으로써 원저작물의 시장 대체라는 영향을 끼쳤기 때문에 공정이용에 해당하지 않는다고 판시하였다.⁶²⁾

62) https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/149_F3d_987.htm

다. 공정이용의 적용

(1) 이용의 목적 및 성격

비록 피고 로이터의 서비스가 시사보도를 목적을 갖는다고 하더라도 이를 위해 저작물을 이용하는 것이 변형적이지 않다고 하였다. 피고가 촬영본을 복제하여 다른 언론사들에게 전달하였고, 이 때 촬영본을 설명하거나, 촬영된 내용을 편집하거나, 추가적인 평가를 담지는 않았기 때문이다. 비록 공정이용을 주장하기 위해 변형적 이용이 절대적으로 필요한 것은 아니지만, 새로운 저작물을 더 많이 변형시킬수록 공정이용에 불리하게 적용되는 고의, 상업성 같은 다른 요소의 감안이 감소할 것이라고 하였다. 피고는 매년 일정의 금액을 받고서 저작물을 다른 언론사에 제공해왔기 때문에 저작물을 상업적인 목적으로 이용하였다고 본다. 따라서 법원은 이 요건이 공정이용에 불리하게 작용한다고 판단하였다.

(2) 저작물의 성격

해당 저작물은 사실적이고 정보전달적인 목적을 띠고 있으며, 피고의 저작물 이용 전에 원고에 의해 이미 공표되어져서 법원은 해당 요건이 공정이용에 유리하게 작용한다고 판단하였다.

(3) 이용된 부분이 차지하는 양과 상당성

법원은 원고의 저작물 중 중심내용을 골라서 편집한 NBC 뉴스방송의 영상을 Visnews가 복사하였고, 아마도 피고는 뉴스방송으로부터 영상을 사용하였다고 보았다. 피고 로이터가 해당 저작물의 아주 적은 부분만을 이용하였다고 하더라도, 저작물의 핵심적 부분을 무단 이용한 것

이기 때문에 이 요건은 공정이용에 불리하게 작용한다고 하였다.

(4) 잠재적 시장에 미치는 영향

법원은 비록 원고가 저작물 판매의 지속적인 손실을 입증하지 못한다고 할지라도, 원저작물의 잠재적 시장에 부정적인 영향을 끼쳤을 것이 분명하기 때문에 비디오테이프 영상이 시장에서 실질적으로 부정적인 효과를 얻었다고 주장하였다. 원고와 피고는 언론사에 뉴스 저작물을 제공하는 같은 사업을 하고 있는데, 기업들이 영상물을 피고에게서 구매하는 이상, 원고에게서 구입하지 않았을 것이므로 원고의 영상 판매 시장을 좁힌 것으로 해석되기 때문이다. 따라서 이 요건이 공정이용에 불리하게 작용한다고 판단하였다.

II. 변형성

연도	판례	저작물	요건1			요건2			요건3			요건4			판단
			비상업	변형적	종합	공표	사실적	종합	적은양	덜중요	종합	계약미형성	시장비대체	종합	
7	2002 LANS v. CBS(홍보)	영상	X	O	O ↓	O	O	O	O	X	△	X	O	O	O
8	2000 Nuñez v. Caribbean News	사진	X	O	O, △	O	△	O	X	X	△ 사진	O	O	O	O
11	2014 Katz v. Chevaldina	사진	O	O	O	O	O	O	X	X	△ 사진	O	O	O	O
12	2015 NJMG v. Fox	사진	X	X	X	O	O	O	X	X	△ 사진	X	X	X	X

저작권법의 본래 목적이 대중의 창조성을 고무시키기 위한 것이기에 ‘이용의 목적과 성격’ 요건이 공정이용 판단의 핵심이 된다. 그리고 이에 해당하기 위해서는 원저작물 이용 방법과 목적이 변형적인지가 고려된다. 먼저 변형적 방법이 인정되기 위해서는 단순히 원래의 저작물을 대체하는 것이 아니라 표현과 의미를 바꾸면서 추가적으로 새로운 것을 더해야⁶³⁾ 한다. 변형적 방법으로 이용하면서 동시에 변형적 목적으로까지 원저작물을 이용⁶⁴⁾하게 되면 변형성은 보다 강조된다. 바로 원저작물이 동일하게 시사보도를 위한 목적으로 이용되고 있지 않을 때를 의미하는데 시장을 대체하지 않는다는 의미를 내포하고 있어서 상업성이 감소되어 공정이용에 유리하게 작용하고 있었다. 새로운 표현방법으로 변형한 것이라 하더라도, 원고의 저작물을 이용하는데 변형적 목적(transformative purpose)이 없어서 공정이용으로 인정될 수 없다고 판시한 사례⁶⁵⁾도 있어서, 공정이용으로 판단되기 위해서는 내용을 변형하였는지 여부와 관계없이 ‘변형적 목적’이 인정되어야 유리하다는 주장⁶⁶⁾이 존재한다.

7. Los Angeles News Service v. CBS 사건⁶⁷⁾

뉴스서비스사의 영상 무단 이용, 공정이용이다 (2002)

가. 사실관계

63) Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569 (1994), para, 579.

64) Leval, Pierre N., “Toward a Fair Use Standard”, Harv. L. Rev. 103 (1990), p. 1111.

65) Castle Rock Entertainment v. Carol Publishing Group, 50.

66) Reese, R. Anthony,, “Transformativeness and the Derivative Work Right”, Colum. J.L. & Arts, 31 (2008), pp. 14~15.

67) Los Angeles News Service Robert Tur v. CBS Broadcasting, Inc. Courtroom Television Network, 305 F.3d 924 (9th Cir. 2002)

피고는 Viacom회사의 일부로, Westinghouse Electric 회사의 전신을 포함한다. Westinghouse는 이후 CBS로 이름이 바뀌었기에 이하 CBS로 칭한다. 피고는 뉴스영상 서비스를 하는 뉴스피드를 갖고 있었는데, 위성과 비디오테이프를 사용하여 제휴사들에게 뉴스 내용과 가치 있는 촬영 원본을 함께 제공해왔다. 피고는 뉴스피드 제공을 위해 원고와도 촬영영상본의 이용계약을 체결해오고 있었고 원고에게 LA폭동 영상을 제공받았다. 그러나 원고는 CBS의 뉴스피드 배포로 피고 뉴스피드의 많은 수령인들이 자신의 저작물을 무단 이용해 재방송해 왔다고 주장하였다.

Court TV는 여기서 문제되는 수령인 중 한명이었다. Court TV는 레지널드 데니의 폭행 장면 영상의 몇 초를 이용하였는데, 주로 윌리엄이 데니의 머리를 때리고 있는 구도로, 이는 윌리엄과 공범 헨리 왓슨의 재판보도방송의 예고로 홍보하는데 이용되었다. 또 한 번은 '프라임 타임 저스티스' 쇼의 도입 부분에서 원고의 비디오 저작물이 몇 초 동안 배경으로 잠깐 이용되었다. Court TV는 CBS의 뉴스피드를 통해서 영상을 이용한 것이 아니라, 윌리엄과 왓슨 재판이 진행 중일 때 법정 비디오 모니터를 통해서 해당 영상저작물을 얻게 되었다고 설명하였다. 원고는 CBS와 Court TV, 그리고 수많은 다른 수령인을 대상으로 저작권 침해 소송을 제기하였다.

나. 법원의 판단

법원은 연방저작권법 제107조의 네 가지 요건 중 세 요건이 공정이용을 도출한다고 인정하였다.⁶⁸⁾

다. 공정이용의 적용

68) <https://www.courtlistener.com/opinion/779337/los-angeles-news-service-robert-tur-v-cbs-broadcas/>

(1) 이용의 목적 및 성격

원고의 폭동 촬영 비디오에 뉴스가치가 있음에도 불구하고, 이것을 단순히 재방송하는 것은 변형적이지 않다. 법원은 앞선 3. Los Angeles News Service v. KCAL-TV Channel 9 사건⁶⁹⁾과 5. Los Angeles News Service v. Reuters 사건⁷⁰⁾판결에서는 대부분 Court TV가 영상을 이용할 때 9분에 해당하는 원고의 영상에서 일부를 발췌한 것일 뿐 새로운 것을 추가하지 않았기 때문에 변형적 이용으로 보지 않았다. 하지만 이번 ‘프라임 타임 저스티스’ 프로그램에 소개된 비디오 영상은 드라마틱한 효과로 편집되었기 때문에 창의적인 요소를 포함하여 재생산에 불과한 것을 넘어섰다고 보았다. 이것은 보도 가치가 있는 것을 넘어서는 목적을 제공하여 변형성이 인정된다. 그러나 이번 사건의 또 다른 Court TV의 저작물 이용은 단순히 시사보도를 위한 것이 아니라 홍보의 목적을 띄고 있었기 때문에 대단히 상업적이라고 하였다. 비록 홍보 목적으로 이용한 것과 몽타주에서 쓰인 두 부분 모두 3.Los Angeles News Service v. KCAL-TV Channel 9 사건⁷¹⁾과 5. Los Angeles News Service v. Reuters 사건⁷²⁾에서의 완전 침해와는 구별되지만, Court TV의 상업적 동기가 이번 두 사건에서도 모두 저평가되는 것은 아니라고 하였다. 따라서 TV프로그램을 홍보하기 위하여 비디오테이프를 무단 사용한 이번 판결은 공정이용의 긍정에 약하게(weighs weakly in favor of fair use) 작용한다.

69) Los Angeles News Service v. KCAL-TV Channel 9, 108 F.3d 1119(1997)

70) Los Angeles News Service v. Reuters Television International, Inc., 149 F.3d 987 (9th Cir. 1998)

71) Los Angeles News Service v. KCAL-TV Channel 9, 108 F.3d 1119(1997)

72) Los Angeles News Service v. Reuters Television International, Inc., 149 F.3d 987 (9th Cir. 1998)

(2) 저작물의 성격

법원은 데니의 폭행장면을 담은 비디오테이프는 정보를 제공하고, 사실적이며, 뉴스사건에 해당하여 공정이용의 판단에 유리하게 작용한다고 하였다. 비디오테이프가 피고의 사용이 있기 전에 공표되었다는 사실 또한 그렇다. 비록 비디오테이프는 원고의 촬영 기술의 결과이지만 창작성이 배제되어 있다고 보아서 법원은 모든 요건들이 공정이용에 유리하게 작용한다고 판단하였다.

(3) 이용된 부분이 차지하는 양과 상당성

Court TV는 9분에 해당하는 원저작물 중 중요한 일부만을 이용했다고 주장하였으나, 이에 원고는 고의적으로 적은 양을 선택해서 이용한 것이 아니냐는 혐의를 제기했다. 미국 판례법은 그동안 저작물의 중요한 부분을 불법으로 이용한 것은 정당하지 않고 복제에 해당한다고 경고해 왔다. 실제로 다수의 판례에서도 저작물의 아주 일부분만을 이용했다고 할지라도, 이용된 부분이 저작물의 아주 중요한 부분이라면 저작권 침해에 해당한다고 판시해 왔었다. 그러나 법원은 이번 판례에서 기존의 입장과 다르게 판결하였는데, Court TV가 이용한 레지널드 데니의 폭행 장면은 최대 몇 초에 불과하여 그 분량이 매우 적었기 때문에 의미가 없다고 판결하였다. Court TV가 홍보의 목적으로 사용한 프레임은 윌리엄과 왓슨의 재판이라는 홍보의 주제에 한정되어 있었고, 가장 인식할만한 프레임을 선택함으로써 저작물을 더 많이 이용해야 할 필요가 없었다. 시청자들이 촬영본을 통해서 윌리엄이 누구이고 왜 그들의 재판에 시청자들이 흥미를 가질 만한지에 대해서 단순히 기억만 해내면 될 뿐이었다. 따라서 법원은 세 번째 요건이 중립적으로 작용한다고 하였다.

(4) 잠재적 시장에 미치는 영향

3. Los Angeles News Service v. KCAL-TV Channel 9 사건⁷³⁾과 5. Los Angeles News Service v. Reuters 사건⁷⁴⁾과 비교하여, 이번 사건에서 저작물의 이용은 뉴스보도 산업에서의 원고와 직접적 경쟁관계가 아니었기에 시장이나 가치에 미치는 영향이 적었다. “프라임 타임 저스티스”에서 영상 저작물의 변형적인 이용은 관련 시장에 거의 영향을 미치지 않았다. 원고는 데니의 영상이 본시장에서도 유효하게 존재하는 같은 시각에 Court TV의 저작물 무단 이용이 이뤄졌다고 주장하였지만, Court TV는 원고와는 상당히 다른 시장을 운영하고 있었고, 폭동사건을 뉴스 보도하는 원고와 경쟁관계에 있지 않았으며, 같은 종류의 속보 뉴스를 전달하지도 않았다. 게다가 이용계약을 피하기 위한 별다른 고의적인 노력도 없었다. 따라서 법원은 해당 요인이 공정이용에 유리하게 작용한다고 판단하였다.

8. Nuñez v. Caribbean International News 사건⁷⁵⁾

사진가의 사진 무단 이용, 공정이용이다 (2000)

(지방: 공정O, 항소: 공정O)

가. 사실관계

원고 Nuñez는 전문적인 사진가로서 모델 포트폴리오에 사용을 위한

73) Los Angeles News Service v. KCAL-TV Channel 9, 108 F.3d 1119(1997)

74) Los Angeles News Service v. Reuters Television International, Inc., 149 F.3d 987 (9th Cir. 1998)

75) Nuñez v. Caribbean International News, Corp., 235 F.3d 18 (1st Cir. 2000)

Joyce Giraud의 사진을 몇 장 찍었다. Nuñez는 관행에 따라 해당 사진을 Puerto Rico(푸에르토리코)모델 커뮤니티의 다양한 사람들에게 배포하였다. 사진을 찍은 후, 사진 중 적어도 한 장에 Giraud의 전신 노출 혹은 거의 노출한 것이 포함되어 있었는데, 이를 두고 미스 유니버스 푸에르토리코를 위한 목적으로 적합한지에 대해 몇 가지 분쟁이 생겼다.

지역방송국 프로그램은 해당 사진들을 스크린을 통해 보여주었고, 시민들을 대상으로 그들이 생각하기에 해당 사진이 포르노사진으로 보이는지에 대해 무작위로 물었다. Giraud는 두 지역방송사로부터 미스 유니버스 푸에르토리코의 왕관을 갖게 된 것이 그녀에게 적합한지에 대한 인터뷰를 받게 되었다. El Vocero는 다양한 방법을 통해서 사진 중 몇 장을 얻었다. 한 주 뒤, 원고의 동의 없이 세 장의 사진이 El Vocero에 소개되었고, 관련 논쟁에 대한 몇 가지의 기사도 함께 실렸다. 원고는 그의 허락 없이 El Vocero에 그의 사진을 이용한 것이 저작권법을 침해한 것이라고 주장하였다.

나. 법원의 판단

지방법원은 공정이용의 법리를 적용하여 El Vocero의 사진저작물 이용이 미연방저작권법 제107조 공정이용의 요건에 부합한다고 판단하였다. 저작물의 성격이 “뉴스가치”가 있다는 것에 주목하였고, 사진 없이는 그 이야기를 꺼내기 어렵다는 것, 그리고 그러한 이용이 원고의 사진 사업에 미미한 영향을 끼쳤을 뿐이라는 것에 근거하였다. 법원은 전문적인 사진저작물이 신문뉴스에 재발행 되는 것은 원래 저작권침해에 해당한다고 강조하였지만, 만약 사진이 그 자체로 뉴스 보도의 가치가 있다면 사진은 선의에 의해서 이용되어야 할 것이라고 보았다. 또한 사진이 이미 퍼져있었기 때문에 해당 사진저작물의 출판은 공정이용에 해당한다고 판시하였다.⁷⁶⁾

다. 공정이용의 적용

(1) 이용의 목적 및 성격

지방법원은 피고 Caribbean이 정보전달의 목적과 상업적 이익을 얻기 위한 목적 두 가지 모두를 추구한다고 하였다. 신문은 상업적 기업에 해당하고, 해당 사진 저작물의 이용도 신문의 판매를 증진시켰기 때문이다. 그러나 신문에 이용된 사진은 변형적 성격을 갖는다. 사진의 원래 목적이 판촉을 위한 것이지만, 신문은 뉴스사건을 공중에게 알리기 위해서 해당 사진 저작물을 이용했기 때문이다. 사진을 이용한 신문의 선의와 그 사진 없이는 뉴스 리포팅이 어렵다는 점을 고려하여 법원은 정보전달의 목적으로 사진 저작물을 이용한 것이라 보았다. 몇 개의 TV쇼에서 해당 사진들을 언급하며 이야기했기 때문에, Puerto Rico의 사람들은 미스 유니버스 푸에르토리코로서 Giraud의 자격을 고민할 수 있었다. 이러한 정보 제공의 기능은 다양한 뉴스기사들과 인터뷰를 포함한 신문이 있었기에 가능했다. 따라서 El Vocero의 커버 사진에 초점을 맞추면 무단 이용의 상업성이 두드러져서 피고에게 불리하게 작용하지만 저작물 이용의 정보전달적 성격과 피고의 선의 그리고 사진 이용 없이는 뉴스 보도가 어려울 수 있었던 점 등 전반적인 부분은 첫 번째 요건이 공정이용에 중립적이거나 유리하게(either neutral or favors a finding of fair use) 작용한다고 판단하였다.

(2) 저작물의 성격

법원은 이용된 사진 저작물이 사실적인지 창작적인지 그 특징을 구별

76) http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/IP/2000_Nunez.pdf
<http://www.invispress.com/law/copyright/nunez.html>

하기 어렵다고 하였다. 원고의 사진이 예술적인 형태를 띠기 때문에, 중요한 기술을 필요로 한다고 보았으나, 사진은 원고의 생각, 감정, 느낌을 표현하도록 예술적으로 표현되지 않았고 잠재적인 모델로서 원고의 능력이 돋보이도록 출판되었기 때문이다. 따라서 사진 저작물의 성격 파악의 어려움으로, 공정이용에 미치는 창작성은 중립적으로 평가되었다. 그러나 해당 사진은 El Vocero에 의해 공표된 때에 앞서서 이브닝 쇼에서 소개되었다. 사진저작물이 텔레비전 뉴스에서 이미 공표된 것이었기 때문에 저작물의 이용이 공표권을 침해하지 않는다. 또한 원고가 해당 사진저작물의 수령인에게 출판의 제한이나 재판매의 제한을 요구하지 않았고, 배포하지 않을 것에 대해 구두 약속으로도 언급하지 않았다. 결과적으로 이 요건은 공정이용에 유리하게 작용한다고 판단하였다.

(3) 이용된 부분이 차지하는 양과 상당성

이 사건에서 El Vocero는 사진 전체를 복제하였다. 각각의 사진저작물 전체가 복제되었으나, 그렇다고 저작물 전체를 다 복제하지 않고 일부만을 복제하는 것은 시사보도의 목적에 사용될 가치가 없을 것이다. 따라서 법원은 이 요건이 크게 중요하지 않다고 하였다.

(4) 잠재적 시장에 미치는 영향

원고의 사진을 사려는 고객들은 신문에 좋지 않은 화질로 발행된 사진을 보기 위해서 해당 신문을 사지는 않을 것이기 때문에, 해당 사진이 신문에 재생산되는 것은 전문 사진 시장을 대체하지 않는다고 하였다. 따라서 원저작물의 시장에 거의 영향을 미치지 않으며, 오히려 신문의 공표로 인해 원고의 사진에 대한 대중의 수요가 증대될 수도 있기에 법원은 이 요건을 공정이용에 유리하게 작용한다고 판단하였다.

11. Katz v. Chevaldina 사건⁷⁷⁾

신문의 사진 무단 이용, 공정이용이다 (플로리다 지방법원, 2014)

1. 사실관계

2011. 5.부터 2012. 9. 사이 원고의 전 임차인이었던 피고는 부동산 재벌인 원고와 원고의 사업 관행에 관하여 비판하는 블로그를 운영하면서 이스라엘 신문에 최초로 게재되었던 원고의 상반신 초상 사진을 원고를 비난하는 게시 글에 그대로 이용하거나 비판적인 문구나 이미지와 함께 이용했다. 원고는 사진에 대한 저작권을 보유하고 있던 사진작가로부터 2012. 5. 5. 저작권을 양수받은 후 피고에게 블로그에서 사진을 삭제하도록 요구하였으나 피고가 이를 거절하자 피고를 상대로 플로리다 남부 지방법원에 저작권 침해 소송을 제기하였다.⁷⁸⁾

2. 법원의 판단

2014. 6. 17. 플로리다 남부 지방법원은 뉴스 매체에 게재된 저작권자를 촬영한 사진을 저작권자를 비평할 목적으로 이용한 행위는 공정 이용에 해당한다고 판시하였다.

3. 공정이용의 적용

77) Katz v. Chevaldina, 2014 WL 2815496 (S.D. Fla. June 17, 2014)

78) 한국저작권 위원회, 「저작권동향 2014 뉴스에 게재된 사진의 대상 인물을 비평할 목적으로 그 사진을 이용한 경우 공정 이용에 해당」, 2014, <http://www.copyright.or.kr/information-materials/trend/the-copyright/view.do?brdctsn=11717&list.do?pageIndex=1&brdctstatecode=&brdclasscode=&servicecode=06&nationcode=&searchText=&searchTarget=ALL>

가. 이용의 목적 및 성격

뉴스 매체는 원고에 관한 우호적인 기사에서 독자들이 원고를 알아보게 하기 위하여 사진을 이용한 반면 피고는 원고를 알아보게 할 목적으로 해당 사진을 이용한 것이 아니라 원고를 희화화하고 원고의 사업 방침을 비평할 목적으로 사진을 이용하였으므로 피고가 해당 사진을 이용한 행위에는 변형적 성질이 인정된다고 하였다. 타인의 저작물을 이용하는 행위가 변형적인지 여부는 원저작물을 대체하는지 아니면 새로운 목적에 기여하는지 여부에 달렸으며 타인의 저작물을 그대로 복제한 경우에도 복제물이 원저작물과 다른 기능을 수행한다면 변형적 성질이 인정될 수 있다. 따라서 공정이용의 판단에 유리하게 작용하였다.

나. 저작물의 성격

해당 사진 저작물은 사진작가가 공식 석상에서의 원고를 포착한 것으로 신문의 독자들에게 원고가 누구인지를 알아보게 하기 위해서 촬영되었다. 따라서 사실적 저작물에 해당하므로 공정 이용의 판단에 유리하게 작용하였다.

다. 이용된 부분이 차지하는 양과 상당성

피고가 사진 전체를 복제하였거나 일부를 이용하였다는 사실이 인정되나 피고는 블로그의 주제에 따라 비평 목적을 달성하기 위하여 필요한 한도 내에서 사진을 이용한 사실은 공정이용의 판단에 유리하게도 불리하게도 작용하지 않는다고 판단하였다.

라. 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향

법원은 피고가 해당 사진을 이용함으로써 원고나 원고의 회사에 어떠한 경제적 손해도 입히지 않았다고 하였고, 원저작물의 이용계약이 형성되어 있었는지에 대해서도 부정적으로 보았다. 해당 사진의 잠재적 시장이 존재하는지 여부나 피고의 사진 이용 행위가 해당 사진의 잠재적 시장을 위협하는지 여부가 입증되지 않았기 때문에 해당 요건은 공정이용의 판단에 유리하게 작용하였다.⁷⁹⁾

12. North Jersey Media Group v. Fox News 사건⁸⁰⁾

언론사 사진의 SNS 무단 게재, 공정이용 아니다 (2015)

가. 사실관계

사진작가 토마스 프랭클린은 2001년 9.11 테러 직후 세계 무역 센터의 잔해에서 미국 국기를 게양하는 소방관들을 촬영하여 사진저작권을 North Jersey Media Group에게 양도했다. 피고 폭스(Fox News)의 직원은 구글에서 원고의 사진을 검색한 후 사진의 해상도를 낮추고 “#neverforget” 이라는 #해시 태그(hash tag)를 붙여 제 2차 세계대전 중 이오 섬에 상륙한 해병 대원들이 미국 국기를 게양하고 있는 이오 섬 사진과 함께 폭스 뉴스 프로그램의 페이스북 페이지에 게재했다. 이에 원고는 2013년 10월 뉴욕 남부 지방법원에 저작권 침해 소송을 제기했고, 피고는 논설을 목적으로 이 사건 사진을 이용하였으므로 공정이용이 인정된다고 주장하였다.⁸¹⁾

79) 위 페이지.

80) North Jersey Media Group Inc. v. Pirro, 2015 WL 542258 (S.D.N.Y. Feb 10, 2015)

81) 박경신, 「법원, 방송국이 언론사의 사진을 소셜 미디어에 게재한 행위는 공정 이용에 해당하지 않는다」, 한국저작권위원회, 2015. (<http://www.copy>

나. 법원의 판결

2015년 2월 9일 뉴욕 남부 지방법원은 방송국이 다른 언론사의 사진을 소셜미디어 즉 자사 페이스북에 게재한 행위는 공정 이용에 해당하지 않는다고 판시하였다. 피고가 이 사건 사진을 잘라 내고 해상도를 낮춘 후 이오 섬 사진과 함께 붙인 후 ‘#neverforget’ 라는 해시 태그를 추가한 행위는 변형성을 인정하기에 충분하지 않아서 공정 이용의 판단에 불리하게 작용한다고 강조했다. 두 개의 사진을 함께 결합하는 방식은 피고가 최초로 생각해 낸 것이 아니며 ‘#neverforget’ 역시 소셜미디어에서 흔한 것이라고 판단하였다.⁸²⁾

다. 공정이용의 적용

(1) 이용의 목적 및 성격

사진저작물의 내용과 메시지에 변경을 가했지만 그 정도가 미약하며 변형성이 인정되지 않는다고 판단했다. 법원은 피고가 이 사진을 프로그램 홍보라는 상업적 목적으로 이용했다는 것에 대해서는 정확한 결정을 내리지 않았는데, 피고가 저작물을 이용함으로써 어떠한 수익을 얻지 않았기 때문이다. 그러나 원고는 논설 목적으로 이 사건 사진을 이용하고자 하는 언론사들과도 라이선스를 체결하고 있으며 논설 목적으로 이루어지는 이 사건 사진에 대한 지속적인 수요는 피고가 주장하는 논설 목적의 이용에 있다고 주장하였다. 언론사가 해당 사진 저작물의 1차 시장

right.or.kr/mobile/information-materials/trend/the-copyright/view.do?brdctsn=16742&list.do?pageIndex=1&brdctstatecode=&brdclasscode=&servicecode=06&nationcode=&searchText=&searchTarget=ALL

82) <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2013cv07153/418553/71/>

에 해당하여⁸³⁾ 공정이용에 불리하게 작용하였다.

(2) 저작물의 성격

해당 사진이 공표되었고, 역사적 중요성을 갖는 사실적 사건을 담은 저작물에 해당하였기 때문에 공정이용의 판단에 유리하게 작용한다.

(3) 이용된 부분이 차지하는 양과 상당성

피고가 원고의 사진 전체를 이용하였지만, 9.11 사건을 기억하기 위한 해당 사진의 목적을 고려할 때, 피고가 사진저작물의 일부만을 사용할 경우 해당 사진을 관객이 인식할 수 있을지 여부가 확실하지 않으므로 사진의 이용된 분량이 공정 이용의 판단에 불리하게 작용하는 것은 아니라고 보았다.⁸⁴⁾

(4) 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향

피고는 해당 사진이 지니고 있는 역사적 의미 때문에 사진을 이용하였는데 이러한 역사적 의미로 인해 원고는 100만 달러 이상의 라이선스 수익을 올리고 있었다. 원고와 피고가 모두 언론사에 해당하고, 피고가 해당 사진을 무단 이용하여 자사의 페이스북 페이지에 게재함으로써 원고의 라이선싱 시장에 엄청난 위협을 주고 있었는데, 그것은 단 한 번의 이용계약 수익 손실을 뛰어넘는 것으로 시장 대체의 가능성이 인정된다. 따라서 공정이용에 불리하게 작용한다고 판단하였다.⁸⁵⁾

83) 위 페이지.

84) 위 페이지.

85) 위 페이지.

IV. 시장대체

	연도	판례	저작물	요건1			요건2			요건3			요건4			판단
				비상업	변형적	종합	공표	사실적	종합	적은양	덜중요	종합	계약미형성	시장비대체	종합	
2	2013	AP v. Meltwater	기사	X	X	X	O	O	O	X	X	X	X	X	X	X
6	2000	LA Times v. Jim Robinson	기사	△	X	X	O	O	O	X	X	X	X	X	X	X
9	1980	Roy Export v. CBS	영화	X	O	X	O	X	X상업	O	X	X	X	X	X	X
10	1985	Harper & Row v. Nation	어문	X	X	X	X	O	X	O	X	X	X	X	X	X

공정이용의 판단에서 가장 중요한 것은 결국 침해 그 자체와 밀접하게 관련된 ‘잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향’이다.⁸⁶⁾ 원저작물의 시장을 직접적으로 대체하는지가 인정되면 전체 판결에서도 공정이용이 아니라고 판시하고 있었다. 시장대체가 인정되어 시장영향에 불리하게 작용하고 있을 때는 앞서 언급했던 상업성이 모두 인정되었고, 변형성은 부정되었다. 다만 1980년도의 Roy Export v CBS사건에서는 변형성에 대해 직접적인 판단을 내리고 있지는 않았지만 영화 저작물을 시사보도에 이용하였으므로 변형적 이용 목적이 확인되는데, 그러함에도 불구하고 시장에 불리한 영향을 주고 있다고 판결한 것이 특징이다.

2. AP v. Meltwater 사건⁸⁷⁾

86) Harper & Row v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985), para, 566.

뉴스통신사의 기사 무단이용, 공정이용 아니다 (뉴욕지방법원, 2013)

가. 사실관계

원고 AP(Associated Press)는 미국 전역의 1,400개 이상의 신문, 라디오, TV 방송사가 공동으로 소유하고 운영하는 뉴스통신사로 매일 약 2천 건 정도의 뉴스 기사를 발행하고 있다. 피고 Meltwater사는 전 세계 27개국에 사무소를 두고 운영되는 뉴스 클리핑 서비스(news clipping service, 뉴스를 선별하여 제공해 주는 서비스)업체로 자동화된 시스템을 통해 유료 가입자들이 선정한 키워드와 연관된 뉴스를 인터넷에서 검색한 후 제목, 헤드라인, 키워드, 본문 발췌 등으로 구성된 300자 정도의 요약본인 뉴스를 이메일을 통해 가입자들에게 전달하고 있다. 원고 AP는 2012년 AP와 이용계약을 체결하지 않은 멜트워터(Meltwater)사가 허락을 받지 않은 채 자사의 뉴스 기사 33건을 상업적으로 이용하여서 저작권을 침해했다고 주장하며 멜트워터사를 뉴욕 남부지방법원에 제소하였다. 멜트워터사는 AP의 주장에 대해 자사의 서비스는 구글과 같은 검색 엔진 서비스에 해당하기 때문에 공정 이용으로 보아야 한다고 항변하였다.

나. 법원의 판단

2013년 3월 20일 뉴욕 남부지방법원은 공익을 위해 창작적 활동을 촉진하는 저작권법의 목적에 비추어 볼 때에도 피고의 이용은 원고 AP에 대한 보상 없이 이루어지면서 대규모 상업적 이익을 추구하고 있었기 때문에 공정 이용으로 인정할 수 없다고 판시하였다.

87) Associated Press v. Meltwater US Holdings, Inc., 2013 WL 1153979 (S.D.N.Y., March 20, 2013)

다. 공정이용의 적용

(1) 이용의 목적 및 성격

법원은 일반 검색엔진과는 달리, 멜트워터사의 검색 서비스는 값을 지불한 구독자에 대해서만 판매되는 상업적 제품으로, 피고의 저작물 이용 행위가 상당히 상업성을 띠고 있다고 판단했다. 또한 AP의 콘텐츠를 스크랩하여 자신의 사이트에 업로드하거나 이메일을 통해 최종 이용자에게 전달하는 행위가 충분히 변형적(transformative)으로 이루어지지 않았다고 판단하였다. AP의 사실에 멜트워터사는 어떠한 논평이나 의견을 추가하지 않고 원저작물 그대로를 전달하였기 때문에 공정이용에 불리하게 작용하였다.

(2) 저작물의 성격

원저작물은 뉴스기사로서 공표된 사실적 저작물이라는 점에서 공정이용에 유리하게 작용하였다.

(3) 이용된 부분이 차지하는 양과 상당성

멜트워터사는 AP통신사의 저작물을 4.5%~60%까지 무단으로 이용하였고, 그러한 저작물에는 AP통신사 뉴스 기사의 핵심적 내용인 헤드라인 등이 포함되어 있다는 점 때문에 공정이용에 불리하게 작용하였다.

(4) 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향

법원은 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향이 상당하다고 판시하였

다. 멜트워터사 유료 가입자의 99%가 원저작물을 보기 위해 AP페이지 링크를 클릭할 필요를 못 느꼈기 때문에, 멜트워터사의 콘텐츠가 AP 기사를 대체하는 역할을 하였다고 보았다. 또한 원고는 하루가 지난 뉴스 저작물에 대해 이용계약을 체결하여 개인이나 사업자에게 판매하고 있었기에 원고의 수입을 잃게 했을 뿐만 아니라 기사의 시장가치를 저하시킴으로써 심각한 악영향을 미쳤다고 보아 공정이용이 아니라고 판단했다.

6. LA Times & Washington Post v. Free Republic 사건⁸⁸⁾

신문사의 기사 무단 이용, 공정이용 아니다 (2000)

(지방법원: 공정X, 항소법원: 공정X)

가. 사실관계

원고는 로스앤젤레스 타임스(Los Angeles Times)와 워싱턴 포스트(Washington Post)로 일간지를 발행하면서 동시에 온라인으로 기사를 제공하는 신문사들이다. 그들 기사에는 광고가 달려있다. 기사 접근의 트래픽 양만큼 수익을 창출한다. 또한 이들은 온라인 뉴스의 경우 당일 신문에 게재된 내용은 무료로 제공하고 지나간 기사는 유료로 제공하고 있다. 피고 짐 로빈슨(Jim Robinson)은 회원제로 운영되는 정치평론 웹사이트인 Free Republic을 무료로 운영하면서 회원들로 하여금 뉴스 기사를 올리고 이에 대해 비평할 수 있도록 해왔다. 또한 사이트에 방문한 다른 사람들은 이러한 기사를 읽고 그들의 의견을 남길 수 있다. Free Republic 사이트는 주로 원고의 웹사이트에서 그들이 관심 있는 기사 전문을 게재하였고, 이에 1998년 9월 28일 원고는 자신들이 저작권을

88) Los Angeles Times and Washington Post v. Free Republic., 2000 U.S. Dist. LEXIS 5669, 54 U.S.P.Q.2D (BNA) 1453; Copy. L. Rep. (CCH) P28,075; 28 Media L. Rep. 1705 (D.C. Cal. March 31, 2000)

가지고 있는 뉴스 기사의 무단 복제와 게재는 저작권 침해에 해당한다고 캘리포니아의 연방법원에 소송을 제기하였다.

나. 법원의 판단

법원은 2000년 11월 최종판결에서 Free Republic의 무단복제가 공정이용에 해당하지 않는다고 판단하였다. Free Republic에 게재된 원고의 모든 저작물을 지우고 앞으로도 새롭게 게재할 수 없다고 판결하였다. 또한 손해배상액에 대하여 법원은 피고 Robinson과 Free Republic이 원고 The Times에게 5000달러, The Post에게 5000달러의 손해배상금을 지불하라고 하였다.

다. 공정이용의 적용

(1) 이용의 목적 및 성격

Free Republic에 게재된 기사는 원고의 원문기사 그대로를 복제한 것으로서 변형성이 인정되지 않아서 공정이용에 불리하게 작용하였다. 법원은 원고의 뉴스 기사를 변형적으로 이용할 때만 피고의 기사 복제의 목적이 인정될 것이라고 하였다. 저작물의 이용 목적은 새로운 저작물이 원저작물의 원래 목적을 초과하거나 원저작물에 새로운 어떠한 것이 추가되었는지 그 변형성 정도에 따라서 공정이용이 판단된다. 또한 피고의 사이트는 비영리적이었지만, 원고의 기사에 대한 접근을 대체함으로써 피고와 피고 사이트의 방문자들이 원고에게 정당한 댓가를 지불하지 않고 무료로 원고의 기사를 이용하게 하는 효과를 가져왔다. 그러나 법원은 피고가 신문기사의 게재를 통해 어떤 상업적 이익을 얻었는지 구체적인 증거가 제시되지 않았다는 점에 따라서 해당 요건은 변형적 이용에 중점을 두어 공정이용에 불리하게 작용하였다.

(2) 저작물의 성격

시사보도를 위한 목적으로 사용한 공표된 사실적 저작물로 공정이용에 유리하게 작용한다고 판단하였다.

(3) 이용된 부분이 차지하는 양과 상당성

피고는 Free Republic 웹사이트의 비평목적에 위하여 또한 전문을 복제하거나 기사의 중요한 부분을 복제하는 것은 필수적이라고 주장하였는데, 법원은 뉴스 기사 전문의 복제가 왜 필요한지에 대한 피고의 입증이 부족하다고 보았다. 또한 피고는 원고의 저작권 제한이 신문 전체의 저작물에만 해당하고 신문에 있는 각각의 개별 기사는 저작물이 아니라고 주장하면서, 개별 기사를 복제하는 것은 저작물 일부의 재생산에 해당한다고 주장하였다. 그러나 뉴스 저작물 전문의 복제는 공정이용에 불리하게 작용하였다.

(4) 잠재적 시장에 미치는 영향

저작권 침해로 야기되는 시장의 손해뿐만이 아니라, 잠재적 판매를 축소하는 것도 역시 상업상 침해로 간주된다. 원고는 온라인 뉴스의 경우 당일 신문에 게재된 내용은 무료로 제공하고 지나간 기사는 유료로 제공하고 있었다. 그러나 Free Republic 회원의 경우 원고의 웹사이트를 방문하지 않고도 기사를 읽을 수 있었는데 이 때문에 사본이 원본 기사를 대체하고 있다고 보았다. Free Republic은 약 2만 명의 회원이 있고 매일 10만 조회수를 기록하며, 매달 2천5백만에서 5천만 페이지 뷰를 기록한다. 따라서 마지막 요소는 공정이용에 불리하게 작용하였다.

9. Roy Export v. CBS 사건⁸⁹⁾

영화 영상의 무단 이용, 공정이용 아니다 (1980)

가. 사실관계

이 사건에서 이슈가 된 저작물은 찰리 채플린 자서전 영화와 파생저작물이다. 원고는 이들의 저작권을 소유하고 있었고 이 사건과 관련된 6개의 영화 작품의 배포권을 갖고 있다. 각각의 영화는 찰리 채플린이 주연이자 극본부터 연출까지 맡은 것이다. 1956년에서 1971년 사이에 원고는 채플린과 그의 회사로부터 저작물의 완전하고 배타적인 소유권을 양도받았다. Black사는 저작물에 대해 1986년까지 완전하고 배타적인 해외 배포권을 소유하고 있었고, De Dam은 Black사로부터 1986년까지 유효한 영화에 대한 배타적인 미국 TV 방영권과 미국에서의 배타적 영화 상영권을 취득하였다. RBC영화사는 미국에서의 극장상영 이외의 채플린 영화 배포권에 대하여 1973년부터 이용허락을 체결하였다.

1973년 피고 CBS는 채플린의 사망일에 사용하기 위해서 채플린을 회고하는 프로그램을 만들어 왔다. 피고는 곧 채플린 영화에 원고의 저작권이 있으며, 원고가 그들 스스로 회고 자서전인 “The Gentleman Tramp” 를 만들기 위해 계획하고 있는 것을 알게 되었다. 피고 CBS사는 원고 Roy사에게 여러 차례 찰리 채플린 영화의 일부를 사용할 수 있도록 이용을 허락해달라고 요청하였으나, 원고는 그들이 최종적인 채플린 자서전 영화를 제작하고 있다는 이유로 거절하였다. 그럼에도 불구하고 CBS는 영상을 이용하였는데, 그 중 피고가 피고 회사의 “60분 “ 프로그램을 위하여 1972년에 이용 허락을 얻었던 저작권 있는 영화의 두 장면이 포함되었다.

89) Roy Export, etc. v. Columbia Broadcasting System No. 78-Civ. 2417. 503 F.Supp. 1137 (1980)

“The Gentleman Tramp” 는 1975년 완성되었는데 채플린 영화들의 하이라이트 부분이 편집본에 포함되어 “The Gentleman Tramp” 에 이용되었다. “The Gentleman Tramp” 의 두 가지 버전이 준비되었는데, 하나는 90분 스페셜로 미국 텔레비전 시장을 위한 것이었고, 다른 하나는 해외 극장판이었다. 원고는 1975년부터 미국에서의 극장상영 이외의 “The Gentleman Tramp” 의 배포권에 대해 배타적인 이용계약을 체결하였다. 원고는 채플린 영화의 이용을 승인받는 데 있어서 Black사와 De Dam대신에 이용할 권리는 전혀 갖지 않았다.

1977년 12월 25일, 찰리 채플린이 사망했다. 피고는 NBC로부터 아카데미 수상 방송에 내보냈던 편집본의 사본을 얻었다. 비록 피고는 원고에게 연락을 하지 못했지만, 채플린의 회고전을 진행하기로 결정하였다. 피고는 방송이 가능한 두 개의 버전을 갖고 있었는데, 하나는 주로 공용 도메인에 등록된 “1차 편집본” 이었고, 다른 새로운 버전은 또 다른 저작물들을 포함하는 편집본이었다. 결국 피고는 두 번째 버전을 사용하기로 결정하였고, 편집본의 40%는 원고의 영화 저작물로 구성되어 있었다. “The Gentleman Tramp” 의 저작권은 원고에게 있었다. 1976년 RBC 영화사는 피고에게 그 영화에 대한 이용권을 판매하기 위해서 “The Gentleman Tramp” 이용계약서를 보냈다. 1977년 12월, RBC는 CBS에 “The Gentleman Tramp” 의 이용권을 판매하기 위해서 다시 시도했지만 실패하였다. 1977년 12월 26일 쇼는 방송되었다.

나. 법원의 판단

법원은 피고의 채플린 영화의 사용이 원고의 영화 저작물에 대한 저작권을 침해한다고 판결하였고, 피고의 행위는 원고의 채플린 회고전인 “The Gentleman Tramp” 와 불공정 경쟁을 구성한다고 하였다. 거기에는 채플린 영화에 나오는 장면과 같은 부분이 포함되어 있었다. 해당 영상은 72분의 찰리 채플린 영화 중 1분 15초에 해당하는 부분이었지

만 법원은 이용된 부분이 중요하고 영화의 핵심적인 부분이라고 하였다. 피고가 원고의 저작물 이용으로 얻게 된 시청률은 피고가 원고가 취할 수 있었던 고유의 상업적 이익과 명성에 대한 권리를 무시했다는 추론을 낳는다. CBS의 행위는 자사의 가이드라인뿐만 아니라 도덕적 행위에 대한 업계 기준을 훼손한 것이다. 원고는 자서전 영화를 해외 영화관과 미국의 텔레비전 방송사와 이용계약을 맺을 계획을 갖고 있었고, 두 번에 걸쳐서 피고에게도 이용계약 체결을 시도했지만 피고는 계약을 체결해야 쓸 수 있는 장면을 무단 이용했음에도 끝내 이용계약을 체결하지 않았다.⁹⁰⁾

다. 공정이용의 적용

(1) 이용의 목적 및 성격

피고는 찰리 채플린의 죽음은 공익의 큰 관심 사안으로, 피고의 뉴스가 이에 대해 특별히 제작된 뉴스 리포팅이었기 때문에 첫 번째 요건은 공정이용에 유리하게 작용해야 한다고 주장하였다. 채플린의 사후 20년이나 되었고 미국 시장에서 그의 마지막 영화를 본 지도 오래 되었기에, 발췌 부분을 보여주지 않고는 그의 일생의 중요성에 대해 적절히 전달할 수 없었을 거라는 주장이다. 그러나 법원은 피고의 주장대로 약간의 영화 영상을 보여주는 것이 채플린 사망 보도에 중요했다면 퍼블릭 도메인상의 영화 발췌 부분만을 보여주는 것으로 충분했고, 따라서 문제가 되는 영상을 방송하기로 한 피고의 결정은 교육적 고려를 넘어서서 상업적 목적으로 이뤄진 것이라고 보았다. 따라서 피고의 저작물 이용의 목적과 성격이 공정이용에 불리하게 작용한다고 판단하였다.

90) http://www.leagle.com/decision/19801640503FSupp1137_11488.xml/ROY%20EXPORT,%20ETC.%20v.%20COLUMBIA%20BROADCASTING%20SYSTEM

(2) 저작물의 성격

해당 사건에서 영화 저작물은 픽션 요소가 가미되어 있기에 공표된 창작적 저작물에 해당하나, 1980년대의 법원은 이번 요건에서 저작물이 사실적인지 창작적인지 여부, 공표되었는지의 여부를 확인하는 것이 아니라 상업성이 있었는지를 판단하였다. 피고는 문제되는 채플린의 영화가 1972년도부터 1977년도까지 단지 산발적으로만 미국 극장에서 개봉되었기 때문에, 원고의 저작물은 상업적 성격을 갖지 않아 저작물의 성격이 공정이용에 유리하게 작용한다고 주장하였다. 그러나 피고는 여기서 중요한 쟁점을 놓치고 있는데, 바로 채플린 영화의 여섯 작품이 상업적 이익을 위해서 만들어졌다는 중요한 사실이다. 따라서 법원은 창작적 저작물인 영화를 피고가 상업적으로 이용하였다고 결론내리면서 해당 요건은 공정이용에 불리하게 작용한다고 판단하였다.

(3) 이용된 부분이 차지하는 양과 상당성

피고는 각각의 채플린 영화에서 아주 조금씩만을 떼어 이용했다고 주장하였다. 1시간 20분 분량의 'City Lights' 영화에서 1분 45초 분량이 이용되었고, 1시간 분량의 'The Kid' 영화에서 3분 45초가, 총 1시간 12분의 'The Circus' 영화 중 1분 25초, 1시간 29분의 'Modern Times' 중 55초, 1시간 12분의 'The Gold Rush' 영화 중 1분 15초가 사용되었다. 그러나 법원은 비록 피고의 저작물 사용 분량이 그렇게 많지 않다고 할지라도 이용된 부분이 질적으로 매우 중요하기 때문에 공정이용에 불리하게 작용한다고 판단하였다.

(4) 잠재적 시장에 미치는 영향

피고는 네 번째 요건인 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향에 관하여는 논쟁이 있을 수 있지만, 텔레비전 방송이 체플린 영화의 향후 시장에 영향을 미칠 것이라는 증거가 없기 때문에 법원의 판단에서 ‘The Gentleman Tramp’ 영화의 잠재적인 시장 손해를 고려하도록 하는 것은 공정이용의 결정을 하는 데 있어서 적절하지 않다고 주장했다. 그러나 원고는 피고의 쇼에 저작물이 사용되도록 승인하지 않았다고 주장했다. 만약 허락받지 않는 이용이 단지 ‘The Gentleman Tramp’ 라는 파생저작물에만 침해를 구성하고 영화의 원저작물 그 자체의 잠재적인 시장에는 침해가 되지 않는다는 이유로 피고가 저작권자의 영화 저작물을 사용한다면, 저작권자가 저작물의 이용허락을 해주는 것의 가치는 심각하게 축소될 것이라고 이유를 들었다. 이에 법원은 원저작물뿐만 아니라 파생저작물의 시장에까지도 모두 저작권 침해의 영향이 있다고 보아 공정이용에 불리하게 작용한다고 판시하였다.

10. Harper & Row, Publishers v. Nation Enterprise 사건⁹¹⁾

어문 저작물 무단 이용, 공정이용 아니다 (1985)

(지방: 공정X, 항소: 공정O, 대법원: 공정X)

가. 사실관계

포드 전 대통령은 1977년 2월 백악관을 떠난 직후 원고 Harper & Row사 및 리더스 다이제스트사와 회고록 ‘A Time to Heal: The Autobiography of Gerald R. Ford’ 을 출간하기로 합의하였다. 회고록은 워터게이트 사건의 내용과 닉슨 전 대통령에 대한 사면, 그리고 당시의 역사에 대한 포드의 회상 등 주요 비공개 내용을 담을 예정이었다.

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

포드는 원고에게 단행본으로 된 회고록의 출간 외에 최초로 연재할 권리와 내용의 발췌 및 출판권의 독점적인 권리(first serial rights)를 부여하였다.

2년 뒤 회고록이 거의 완성되어 갈 때 원고는 타임지와 계약을 맺고 닉슨 사면과 관련된 포드의 이야기 중에서 7,500개의 단어에 해당하는 분량을 발췌하여 미리 출판하는 것을 허락하는 이용계약을 체결하였다. 이에 타임지는 총 25,000달러를 지불하기로 하고 선금금으로 12,500달러를 지불하였다. 그리고 나머지 12,500달러는 타임지가 회고록의 발췌 부분을 회고록의 서점 배포 1주일 전에 출판하면서 지불하기로 합의하였다. 독점계약이 중요한 고려사항이었으며 타임지의 발췌문 공표 전에 단행본 내용이 공중들에게 알려지면 타임지가 후불 지급 부분에 대해 달리 정할 수 있는 권한이 유보되었다.

타임지의 기사가 나오기 2, 3주 전에 미확인된 정보원이 회고록 원고의 사본을 정치비평 잡지인 <더 네이션(The Nation)>의 편집자 Victor Navasky에게 비밀리에 넘겼다. Nation사는 그 원고 가운데 가장 흥미롭고 핵심적인 부분인 닉슨 사면에 대한 부분만 골라 2,250단어 분량의 전체 기사를 축약한 300단어를 타임지보다 앞질러 공표하였다. 어떤 독자적인 논평이나 연구, 비평을 시도하지 않았다. 특종보도에 실패한 타임지는 원고와의 계약을 취소하고, 나머지 12,500달러의 지급을 거부하였다. 원고는 Nation을 상대로 뉴욕 남부 연방지방법원에 저작권 범위반 등을 주장하면서 소송을 제기하였다.

나. 법원의 판단

지방법원은 해당 저작물은 공표되지 않은 저작물에 해당하였기에 공정이용의 적용이 배척되고 피고의 행위는 저작권침해라고 판단하였다.

그러나 연방 제2항소법원은 Nation사의 행위는 공정이용에 해당한다고 판단하면서 지방법원의 판결을 파기하였다. 항소법원의 다수의견은

포드의 회상이 저작권으로 보호되는 독창적인 표현이라고 인정하였으나, 회고록이 본질적으로 사실적인 내용이며, 사실에 해당되는 역사적인 사실, 비망록, 다른 공적인 서류, 인용된 제3자의 이야기 등은 저작권침해 여부를 판단함에 있어서 배제되어야 한다고 보았다.

항소법원은 특히 해당 회고록은 정치적으로 의미가 있으며 Nation사의 이용이 시사보도를 위한 목적이었다며, 민주국가에 필요한 지식을 얻거나 출판행위를 위촉시키는 것이 저작권법의 목적이 아니라는 확신으로 공정이용에 해당한다고 판결하였다. 항소법원은 저작권으로 보호되지 않는 부분을 제외하고 저작권법상 보호대상이 되는 저작물 중에서 회고록을 그대로 베낀 부분이 300단어에 불과하고 이는 전체 2,250개의 단어 중 차지하는 비중이 크지 않아서 시장에 미치는 효과 또한 매우 작다고 판단하였다.

그러나 대법원은 항소법원이 Nation의 저작물 무단이용이 공공의 관심 때문에 용서된다고 본 것은 잘못이며 저작물의 미공표와 허가없는 발췌본의 사전공개가 연재권의 잠재적 시장에 대한 충격을 간과한 잘못이었다고 지적했다. 300단어에 해당하는 도용을 극히 미미하다고 본 것은 인용된 내용들이 원래의 표현에서 핵심적인 내용에 해당된다는 질적인 중요성을 무시한 것이라 보았다. 또한 어떤 저작권 침해자도 저작물에 대한 공공의 접근을 늘림으로써 공중에 혜택을 준다고 주장할 수는 없다고 하며, 공인의 미공표된 저작물에 대해서 제한없이 접근을 허용하는 강제허락(compulsory license)제도는 법률적으로 근거 없다고 하였다. Nation지가 미공표 원고에서 글자 그대로 베낀 행위는 공정이용에 해당하지 아니한다고 하여 항소법원의 판결을 파기환송하였다.

다. 공정이용의 적용

(1) 이용의 목적 및 성격

기사의 공표 목적이 뉴스보도에 해당하고 정치적으로 중요한 문제이나, Nation사는 공인의 표현을 허락 없이 처음으로 공개함으로써 뉴스거리를 만들었기에 적극적 침해행위에 해당한다. 공정이용은 선의와 공정한 취급을 전제로 하기 때문이다. 또한 잡지발행이 비영리가 아닌 상업적이었다는 사실도 공정이용의 인정에 불리한 요소이다. Nation사가 훔친 원고라는 사실을 알면서 앞으로 나올 책과 타임지 기사를 앞지르려는 의도로 상업적으로 가치 있는 저작권자의 최초 발행권을 탈취하였다고 볼 수 있다. 게다가 인용된 부분은 포드의 독특한 표현을 담고 있었는데 작품의 실질적인 부분이 글자 그대로 베껴졌다는 사실은 변형성이 인정되지 않는다. 저작자와 다른 사람의 표현을 판매함으로써 이익을 얻고자 하는 것과 같다. 따라서 법원은 이용의 목적 및 성격이 공정이용에 불리하게 작용한다고 판단했다.

(2) 저작물의 성격

Nation사는 저작권자의 개인적인 표현에 기초한 공인에 대한 주관적인 설명이나 묘사들을 발췌함으로써 작품의 표현적인 요소에 초점을 맞췄으나, 회고록은 공표되지 않은 자서전으로 사실적 저작물에 해당한다. 공정이용의 범위가 미공표 저작물에 관하여는 좁기 때문에 저작물이 공표되지 않았다는 사실 또한 중요한 요소다. Nation사가 타인의 공표되지 않은 저작물을 은밀하게 발행함으로써 저작권자는 기사에 대해 창작적·질적으로 검토할 기회를 갖지 못했으므로 기밀보호와 창작적 관리에 관한 저작권자의 이해관계를 명백히 침해한 사용으로 보여진다. 따라서 법원은 두 번째 요소가 공정이용에 불리하게 작용한다고 판단했다.

(3) 이용된 부분이 차지하는 양과 상당성

미공표 원고를 직접 인용한 부분이 20만 단어 중 300단어에 불과하

여 약 13%에 이르기 때문에 저작물 전체에서 차지하는 분량은 극히 적다고 보았지만, 해당 분량인 Nation이 닉슨 사면에 관해 서술된 부분이 질적으로 중요성을 띄고 있었기 때문에 저작물에서 핵심적인 부분이라 인정되었다. 따라서 이를 무단으로 공표한 것은 책의 핵심적인 내용을 도용한 것과 같다고 판단했다. 따라서 해당 요소는 공정이용에 불리하게 작용한다고 판단하였다.

(4) 잠재적 시장에 미치는 영향

마지막 요소는 가장 중요한 공정이용의 요소에 해당한다. 타임지의 계약취소와 12,500달러의 지급거절은 침해의 직접적인 결과이다. 저작권침해소송에서 이번처럼 실제손해의 명확한 증거가 제시되는 경우는 매우 드물다. 또한 원고는 타임지에 1979년 4월 23일 전에 원고의 어떤 내용도 공개를 허락하지 않을 것임을 보장하였는데, 타임지는 추후 이 약속에 대한 불이행의 근거로서 Nation사의 기사에서 회고록의 글자를 그대로 인용한 부분을 제시하였다. 저작권자가 침해의 인과관계를 상당한 개연성으로 입증한 이상 입증책임은 Nation사에게 넘어간다. Nation사의 공정이용을 반박하기 위해서는 이들의 사용이 널리 퍼진다면 잠재적인 시장에 부정적인 영향을 끼칠 것이라는 점만 밝힐 필요가 있다. 미 공표 원고로부터 사전공개를 하며 광범위한 인용을 한 것은 일반적으로 연속물로 처음 연재할 권리가 있는 시장에 실질적이고 잠재적인 피해를 가져오게 되기 때문에 해당 요소는 공정이용에 불리하게 작용한다고 판단하였다.

제4절 저작인격권과의 관계

I. 의 의

저작인격권은(moral rights) 저작자가 자신의 인격의 표현에 해당되는 저작물에 대해서 인격권적 보호를 받을 수 있도록 부여하는⁹²⁾ 권리다. 이것은 개인의 인격 자체를 보호하는 일반적인 인격권과는 구별되는 것으로, 그 보호하는 대상이 개인의 인격이 투영된 저작물에 있다. 독일 등의 대륙법계 국가에서는 저작자가 자신의 인격의 표현에 해당되는 저작물에 대해서 인격권적 보호를 받을 수 있도록 저작인격권(moral rights)을 부여해 주고 있는 반면, 영미법계의 국가에서는 전통적으로 저작물을 저작권자의 창작을 유도하기 위한 인센티브로 보기 때문에 저작인격권을 저작권자의 본질적인 권리로 보지 않았다.⁹³⁾

저작인격권은 프랑스 저작권법이 처음 인정하였고, 그 외의 대륙법계 국가에서도 저작재산권과 더불어 저작인격권을 적극적으로 보호해오고 있다. 베른협약에도 성립 당초에는 저작인격권 조항이 없었으나 1928년 로마회의에서 이를 명문으로 규정하여 보호하기 시작했다.⁹⁴⁾ 영미법계 국가에서는 별도의 규정 없이 계약, 명예훼손, 프라이버시 보호 등을 통해 저작권자의 인격적 이익을 보호해오다가, 1988년 저작권법 개정에서 이를 보호하기 시작했다.

미국은 1989년 베른협약에 가입했음에도, Visual Artists Rights Act of 1990(VARA)에서 시각예술가의 저작인격권에 한해서만 제한적으로 보호하고 있을 뿐 일반적인 저작인격권 보호 조항은 두지 않고 있다. 저작권법 제106조A에서 시각예술저작물(work of visual art)의 저작자는 제106조의 배타적 권리인 저작재산권과는 별개로 성명표시권과 동일성유지권의 인격적 권리를 가진다고 규정하고 있다.

저작인격권이 구체적으로 보호하는 권리가 무엇인지에 대해서는 나라마다 조금씩 차이가 있으나, 대개는 공표권, 성명표시권, 동일성유지권을

92) 정상조·박준석, 『지식재산권법 제3판』, 2013, 358쪽.

93) 위의 책, 358쪽.

94) 베른협약 제6조의 2.

포함한다. 저작인격권은 저작자 일신에 전속하는 일신전속성을 가지고 있기 때문에 저작자가 저작재산권을 다른 사람에게 양도 하더라도 저작인격권은 여전히 저작자에게 남아있게 된다.

II. 저작인격권의 제한

제107조 배타적 권리에 대한 제한: 공정이용

제106조와 제106조의 A의 규정에도 불구하고, (생략) 위의 모든 요소를 참작하여 내려지는 결정인 경우에, 저작물이 미공표되었다는 사실 자체는 공정이용이라는 결정을 방해하지 못한다.⁹⁵⁾

제106조의A 특정 저작자의 성명표시권과 동일성유지권

(a) 성명표시권과 동일성유지권

시각예술저작물의 저작자는, 제107조에 따를 것을 조건으로 그리고 제106조에 규정된 배타적 권리와는 별개로-

(1) 다음의 권리를 가진다. (A) 그 저작물의 저작자임을 주장할 권리, 그리고 (B) 그의 이름이, 그가 창작하지 아니한 시각예술저작물의 저작자로서 이용되는 것을 금지할 권리 (2) 그의 명예나 명성을 손상할 수 있는 저작물의 왜곡, 훼손, 또는 그 밖의 변경의 경우에 그의 이름이 그 시각 예술저작물의 저작자로서 사용되는 것을 금지할 권리를 가진다; 그리고 (3) 제113조 (d)항에 규정된 제한에 따를 것을 조건으로, 다음의 권리를 가진다. (A) 그의 명예나 명성을 손상할 수 있는 저작물의 고의적 왜곡, 훼손, 또는 그 밖의 변경을 금지할 권리. 저작물의 고의적 왜곡, 훼손, 또는 그 밖의 변경은 이 권리에 대한 침해가 된다; 그리고 (B) 인정된 업적인 어느

95) 우리나라 저작권법처럼 저작인격권에서 공표권에 대해 별도로 다루고 있지 않지만, 공정이용 법리에서 공표의 해석 여부를 유추할 수 있다.

저작물의 파괴를 금지할 권리. 그리고 그 저작물의 파괴가 고의적이거나 중대한 과실에 의한 파괴는 그 권리에 대한 침해가 된다.

(b) 권리의 범위와 행사

저작자가 저작권자인지의 여부와 관계없이⁹⁶⁾ 시각예술저작물의 저작자만이 (a)항에 의하여 그 저작물에 부여된 권리를 가진다. 시각예술저작물의 공동저작자들은 (a)항의 규정에 의하여 그 저작물에 부여된 권리의 공동소유자가 된다. (생략)

제107조 공정이용 법리의 앞부분에서 ‘제106조(저작권재산권)와 제106조A(저작인격권) 규정에도 불구하고’ 이러한 범위를 넘어서는 범위에 대해서도 공정이용이 가능할 수 있다고 명시하여, 공정이용을 적용하여 저작권재산권과 저작인격권을 모두 제한시킬 수 있다. 반면에, 우리 저작권법은 공정이용을 저작권재산권에만 한정하여 해석하고 있다.

1. 제107조의 공표

미국에서는 저작권법 제107조에서 모든 저작물의 ‘공표’ 여부에 대해 다른 저작인격권 조항과는 별개로 언급을 하고 있다. 그리고 저작물이 미공표 되었다는 사실이 공정이용의 결정을 방해하지 못한다고 하여, 미공표 저작물임에도 공정이용이 될 수 있다고 규정한다.

96) 저작자가 저작권자가 되는 것이 원칙이지만, 저작권을 양도하거나 상속하게 되면 저작자와 저작권자가 분리된다(제41조). 저작자가 저작권을 양도한다고 해도 저작인격권은 여전히 저작자에게 남아 있게 되므로, 통상 저작권자라고 할 때에는 저작권재산권자를 의미한다. 저작권 이전의 경우에는 양수인, 상속인이 저작권자가 된다. 공모에 의한 저작물의 당선, 다른 사람의 부탁을 받고 저작물을 작성하여 촉탁자의 명의로 이를 공표하는 경우, 초상화를 부탁하거나 사진을 찍는 경우 등에 있어서도 당사자간의 계약에 의해 저작권의 귀속 여부가 결정되어 저작자와 저작권재산권자가 처음부터 분리될 수 있다.

2. 제106조A의 성명표시권과 동일성유지권

제106조A의 성명표시권과 동일성유지권은 시각예술저작물의 저작인격권으로 시각저작물의 저작자에게만 한정적으로 인정하고 있다. “제106조와 제106조A의 규정에도 불구하고, 비평, 논평, 시사보도, 교육(학습용으로 다수 복제하는 경우를 포함), 학문, 또는 연구 등의 목적을 위하여 보호되는 저작물을 복제하거나, 음반으로 복제하거나 또는 제106조와 제106조의A에서 규정한 그 밖의 방법으로 이용하는 경우를 포함하여 공정이용 하는 것은 저작권 침해가 되지 아니한다” 고 제107조 공정이용조항에서 시각예술저작자의 저작인격권을 의미하는 제106조A가 제한됨을 명시하고 있기 때문이다. 따라서 시각예술저작물이 공정이용에 해당할 경우 성명표시권과 동일성유지권도 제한된다.

제5절 소 결

미국에서 공정이용의 판단은 저작권법 제107조의 네 가지 요건인 상업성·변형성, 공표·사실성, 양적·질적 중요성, 계약가능성·시장대체에 따른다. 그 중 시사보도를 위한 저작물은 상업성, 사실성, 질적 중요성의 특징을 갖는데, 언론사들이 대부분 수익으로 운영되고 있기 때문에 상업성이 있다고 보았고, 뉴스가 사실을 기반으로 하므로 창작적 성격이 과소평가 되었으며, 뉴스가치가 있는 저작물이 대상이 되므로 질적 중요성이 크다고 인정되었다.

시사보도를 위한 대부분의 판례에서 두 번째 요건은 공표와 사실적 성격이 인정되어 공정이용에 유리하게 작용하였다. 원저작물이 영화일 때에는 사실성을 넘어 창작성을 인정한 판결이 있었고, 모델 프로필 사진일 때에는 성격 파악이 어렵다하여 중립으로 판단하였다. 이때 사실적 저작물을 분류하는 성격이 ‘허구성’ 이 아니고 ‘창작성’ 인 것이 구분을

어렵게 하는 요소인데, ‘창작성’ 유무로 저작물로 인정되는지 여부를 이미 구분하여 ‘창작성’이 있다고 인정된 저작물을 다시 같은 기준으로 판단하는 것이기 때문이다. 시사보도를 위한 저작물의 성격을 미국 법원이 단순히 사실적이라고 판단해온 것은 유독 창작성을 낮게 평가한 것이라고 생각된다. 시사보도를 위한 저작물 또한 촬영 각도와 기술적 표현의 결과물이기 때문이다.

반면에 세 번째 요건의 양적·질적 중요성은 시사보도를 위한 대부분의 사건에서 법원이 공정이용에 불리하게 작용한다고 판단하였다. 그러나 사진저작물일 때는 이용된 저작물의 양을 따지는 것이 무의미하다고 하여 중립적이라고 판결하였고, 영상저작물의 이용에 있어서도 이용된 분량이 몇 초에 불과하여 아주 짧은 경우 중립적이라고 판결하였다. 이렇게 두 번째와 세 번째 요건이 각각 상쇄되어 시사보도를 위한 공정이용에서 실질적인 판단기준은 첫 번째와 네 번째 요건이 된다.

첫 번째 요건에서는 상업성이 인정될 때 공정이용에 불리하게 작용하였으나, 이 때 변형성이 강조되면 상업성이 감소하여 공정이용에 유리하거나 중립적으로 작용하였다. 네 번째 요건에서는 시장대체가 공정이용의 최종 판결에 정확히 일치하여 이를 살펴봄에 의의가 컸다. 이에 상업성, 변형성, 시장대체를 공정이용의 판단기준으로 도출하였다. 따라서 언론사의 상업성을 감소시키기 위해서는 비평 등의 변형적 요소를 높여야 하며, 시사보도를 위해 저작물을 이용하더라도 원저작물의 시장을 대체하는 효과는 자제해야 한다.

마지막으로 미국에서는 저작재산권 뿐만 아니라 저작인격권에 대해서도 공정이용을 적용하고 있다. 미공표 저작물이 공정이용에 불리하게 작용한다는 판결이 계속되자 저작물의 미공표가 공정이용의 결정을 방해하지 못한다는 내용을 미연방저작권법 제107조에 추가하면서까지 저작인격권을 별개로 보지 않는다는 입장을 강하게 밝혀 왔다. 이러한 점이 뒤이어 나오는 우리나라의 공정이용 적용에서 차이가 발생하는 부분이다.

제3장 유럽에서의 시사보도를 위한 공정이용

제1절 영국에서의 시사보도를 위한 공정이용

I. 영국에서의 공정이용

1. 의의

영국의 공정이용(fair dealing)은 1709년 '앤법(Statute of Anne)'을 통해 최초로 저작권법의 초석을 다진 이후, 거의 2세기에 걸쳐 판례로 발전해오다가 1911년 영국 저작권법에 최초로 성문화되었다.⁹⁷⁾ 이후 1988년도에 저작권, 디자인 및 특허법(Copyright, Designs and Patents Act)을 제정하여 수차례 개정을 통해 발전해 왔다. 현재 영국 저작권법에서는 제28조부터 제76조에 이르기까지 다양한 저작권 제한조항을 명시하고 있다. 영국의 공정이용 법리는 영미법계 국가에 해당함에도 미국의 포괄적 공정이용과는 달리 사실상 개별적 조항의 형태를 띤다. 따라서 법문에 구체적으로 명시된 목적에 한해서만 허용된다는 점이 중요한 특징이다. 저작권의 보호가 원칙이고 이것을 제한하는 공정이용 규정 등은 제한적으로 적용되어야 한다는 태도를 취하고 있다. 그 중 시사보도를 위한 공정이용은 제30조에서 규정하고 있다.

2. 공익과 공정이용

97) 1 & 2 Geo 5 c 46 An Act to Amend and Consolidate the Law Relating to Copyright.

영국 법원은 저작권 침해에 대한 항변으로 공익(public interest)을 주장할 수 있다는 입장을 분명히 해왔다. 1973년 *Beloff v. Pressdram* 사건⁹⁸⁾에서 이를 처음 밝혔다. 이후 영국 의회는 1988년 저작권법 제 171조 제3항에 “공익 등을 근거로 저작권의 행사를 금지하거나 제한하는 공정이용은 어떠한 경우에도 영향을 받을 수 없다.”⁹⁹⁾는 규정을 두어, 공정이용 조항에 열거된 사유에 해당하는지와 무관하게 법원이 자유롭게 공익을 적용할 수 있는 길을 열어 놓았다.¹⁰⁰⁾ 그러나 이에 대해 ‘공익’이라는 이유로 공정이용을 확대 적용하는 것은 아니며, 구체적으로 열거된 경우에만 공정이용의 적용이 가능하다는 해석도 있다.¹⁰¹⁾

공익이 무엇인지에 대하여는 ‘공중에게 흥미를 주는 것’ 과 구별하여 공중의 보건이나 안전, 선량한 풍속(public moral), 공무원의 부패, 규제기관의 자격 등과 관련된 사안이 해당한다고 보았다.¹⁰²⁾ 실제로 영국 공정이용의 많은 사례에서 공익이 원용되어 공정이용에 보다 유리하게 작용하였다.

II. 제30조에서의 판단기준 부재

제30조(비평, 평론 및 시사보도)

(1) 당해 저작물이나 다른 저작물 혹은 저작물의 실연에 대한 비평 또는 평론을 위한 저작물의 공정이용은 충분한 출처 명시가 수반되고

98) *Beloff v. Pressdram* [1973] 1 All ER 241.

99) “Nothing in this Part affects any rule of law preventing or restricting the enforcement of copyright, on grounds of public interest or otherwise.”

100) Dinusha Mendis, “The Historical Development of Exceptions to Copyright and Its Application to Copyright Law in the Twenty-First Century” , *EJCL* Vol. 7.5, 2003.

101) Lionel Bently and Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, oxford, 2014.

102) 남희섭, 「저작권 제도 개혁과 이용자」, 『저작권 정책 연구 보고서』, 한국 인터넷 기업협회, 2015, 53쪽.

그 저작물이 공중에 배포되었을 경우에는 그 저작물의 어떠한 저작권도 침해하지 아니한다.

(a) 복제물의 공중에의 배포

(b) 전자적 검색시스템을 사용하여 저작물을 제공하는 경우

(c) 저작물의 복제물을 공중에게 대여하는 경우

(d) 저작물의 공공연한 실연, 전시, 연주 또는 상영,

(e) 저작물의 공중에게로의 전달. 다만 저작물이 공중에게 제공되어 있는지 여부를 동항의 목적에 따라 일반적으로 결정할 때에는 허락 없는 행위인지 고려되지 않는다.

(2) 시사보도를 목적으로 하는 저작물(사진을 제외함)의 공정 취급은 제3항에 따라 출처표시를 하는 것을 전제로 하여 그 저작물의 어떠한 저작권도 침해하지 않는다;

(3) 녹음물, 영화 또는 방송을 이용하여 시사사건을 보도하는 것과 관련해서는 어떠한 출처표시도 요구되지 않는다.

영국 저작권법 제30조 제1항은 비평 또는 평론을 위한 저작물의 경우, 공표와 출처표시를 공정이용의 판단기준으로 삼고 있다. 제2항에서는 시사보도를 위한 저작물의 경우, 출처표시를 공정이용의 판단기준으로 한다. 단 사진은 그 대상에서 제외된다고 보고 있다. 영국 저작권청의 공표한 시사보도를 위한 공정이용의 가이드라인에서도 “시사보도를 위한 공정이용(fair dealing)은 현재의 사건에 대한 보도를 목적으로 하는 비평이나 평론에 대해서는 어떤 형태의 저작물이든 허용이 되고, 이 경우 충분한 저작권자의 인지(acknowledgement)가 필요하다. 다만 사진(photograph)은 경쟁사의 출판물에 공표된 사진을 시사보도를 위한 목적으로 신문이나 잡지가 재이용(reproduce)하는 것을 막기 위해 허용되지 않는다”¹⁰³⁾라고 나와 있다. 출처표시 외의 판단요건에 대해서는

법문에서 별달리 명시하고 있지 않다. 따라서 판례로부터 무엇이 공정한 것인지에 대한 몇 가지 판단기준을 도출해 내었다.

Ⅲ. 판례법상의 판단기준 추출

미국에서 공정이용의 판단기준을 명시한 것과는 달리, 영국 저작권법은 어떤 기준들을 고려해서 판단을 내려야 하는지에 대해 성문화하지 않고 사안에 따라 법원의 판례를 통해 공정이용을 판단해 왔다. 법원은 주로 원저작물의 발행 여부, 습득 경로, 이용된 양, 이용된 방법, 이용 동기, 시장에 미치는 영향, 다른 수단에 의해 달성될 수 있는지 여부 등을 검토하였다.¹⁰⁴⁾ 즉 공표·습득경로·양적 중요성·변형성·상업성·계약가능성·시장대체가 기준이 된다.

2014년 10월 29일, 영국의 지식재산청(UKIPO)은 저작권자의 허락 없이도 저작물을 제한적으로 사용할 수 있는 저작권 예외 사항을 발표하면서 “영국 저작권법에서 공정이용을 해석할 때는 선량하고 정직한 사람이 저작물을 이용할 때 통상적으로 취하는 태도가 기준이 된다고 하였다. 대표적으로 1. 원저작물을 대체하여 저작권자의 수익을 감소시키는 경우, 2. 과도한 양을 복제하여 저작물의 사용의 정도가 적절하고 합리적이지 않은 경우, 3. 공식적으로 출판·유통이 되지 않은 저작물을 복

103) Criticism, review and reporting current events

Fair dealing for criticism, review or quotation is allowed for any type of copyright work. Fair dealing with a work for the purpose of reporting current events is allowed for any type of copyright work other than a photograph. In each of these cases, a sufficient acknowledgment will be required. As stated, a photograph cannot be reproduced for the purpose of reporting current events. The intention of the law is to prevent newspapers or magazines reproducing photographs for reporting current events which have appeared in competitor's publications. <https://www.gov.uk/exceptions-to-copyright>

104) 민경재, 「저작권법상 권리제한 일반규정에 관한 연구」, 전남대학교 박사학위 논문, 2011년, 127쪽.

제하는 경우 공정이용이라 볼 수 없다.”¹⁰⁵⁾ 이에 시장대체, 양적 중요성, 변형성, 공표의 판단기준이 강조된다.

1. 시장대체

가. Associated Newspapers Group v. News Group 사건¹⁰⁶⁾

Associated Newspapers Group v. News Group 사건에서는 Daily Mail이 배타적으로 소유한 서신 저작물을 경쟁신문사인 The Sun이 이용하여 문제가 되었다. The Sun의 저작물 이용 동기는 비평이나 평론의 목적을 위한 것이 아닌, 독자를 유치하기 위한 것으로, 시장을 대체하는 효과를 가져왔다. 법원은 이 사건에서 공작부인의 사망 사실을 보도하면서 서신의 내용을 굳이 이용할 필요가 없다고 판단하여 공정이용이 아니라고 판시하였다.

나. Newspaper Licensing Agency v. Marks & Spencer 사건¹⁰⁷⁾

Newspaper Licensing Agency v. Marks & Spencer 사건에서는 피고 Marks & Spencer가 원고 NLA의 저작물을 상업적으로 이용하여 피고에게 불리하게 작용한다고 판시하였다. 이는 피고가 상업적 목적으로 원고의 저작물을 이용함을 통해서 시장을 대체하는 효과를 불러올 수 있기 때문이다.

105) Exceptions to copyright : Fair dealing (영국 저작권재판청), <https://www.gov.uk/exceptions-to-copyright>

106) Associate Newspapers Group v. News Group [1986] RPC 515, 518. <http://rpc.oxfordjournals.org/content/103/19/515.full.pdf+html>

107) Newspaper Licensing Agency v. Marks & Spencer plc. [1999] EMRL 369.

다. Newspaper Licensing Agency v. Meltwater 사건¹⁰⁸⁾

Newspaper Licensing Agency v. Meltwater 사건에서 원고 뉴스 라이선싱 관리회사(News Licensing Agency)는 웹 이용자 라이선싱 요약본(Web User Licensing Scheme)을 작성하여 2010년 온라인 뉴스 클리핑 회사들에게 통지하였다. 피고 Meltwater Holdings는 전 세계 27개국에 사무소를 두고 운영되는 뉴스 클리핑 서비스(news clipping service)사로 자동화된 시스템을 통해 유료 가입자들이 선정한 키워드와 연관된 뉴스를 인터넷에서 검색한 후 각 사설별로 제목, 헤드라인, 키워드, 본문 발췌 등으로 구성된 300자 정도의 요약본인 “News Reports” 를 이메일을 통해 가입자들에게 전달하고 있었다. 원고는 피고의 고객들이 피고의 뉴스클리핑서비스를 통하여 온라인상의 뉴스에 접속하고 있으므로 이에 대해 접속료를 지불하라고 청구하였다. 이에 대해 피고는 뉴스의 일부분만을 발췌하여 제공하는 서비스이므로 저작권 침해 행위를 구성하지 않는다고 주장하였다. 법원은 피고의 이용자들이 링크를 통하여 원고가 신탁 받아 관리하는 뉴스콘텐츠에 접근함으로써 시장을 대체하고 있다고 보았는데, 원고가 피고의 이용자들에게까지 이용허락이 있었다고 보기는 어렵다고 결정하였다. 따라서 피고의 이용자들이 그 뉴스콘텐츠를 이용하기 위해서는 추가적인 사용료를 지급하여야 하므로 이 사안에서는 이러한 허락 없이 광범위하게 뉴스 콘텐츠를 이용하는 것은 저작권 침해라고 판결하였다.

2. 양적 중요성 · 변형성

가. Time Warner Entertainment v Channel 4 사건¹⁰⁹⁾

108) The Newspaper Licensing Agency and others v Meltwater Holding BV and others [2011] EWCA Civ 890.

109) Time Warner Entertainment Co. Ltd. v Channel 4 Television [1993] 28 IPR 459 [1994] EMLR 1. <http://www.independent.co.uk>

Time Warner Entertainment v Channel 4 사건에서 비평이나 평론을 위해 텔레비전 프로그램에 ‘시계태엽 오렌지(A Clockwork Orange)’ 영화의 8%에 해당하는 12분짜리 영상이 이용되어 프로그램의 40%를 차지하였다. 이에 판사는 처음에는 금지가처분을 승인하였으나, 나중에 이러한 저작물의 이용은 비평이나 평론을 위한 목적으로 공정이용이 인정된다고 하여 기각하였다. 사용의 정도가 적절하고 합리적이어서 공정이용에 해당한다고 보았다. 해외에서 구입하였다는 저작물의 획득 방법 또한 적법하였다. 따라서 공정이용의 범위를 넘어서지 않았다고 법원은 판단하였다.¹¹⁰⁾

나. Sillitoe and Others v. McGraw-Hill Book Company 사건¹¹¹⁾

Sillitoe and Others v. McGraw-Hill Book Company 사건에서 ‘Coles Notes’ 에 본래의 요약문을 포함하여 이용하는 것은 공정이용이 아니라고 판시하였다. 그 이유는 저작물의 이용이 상업성을 띠지 않은 연구였음에도, Coles Notes의 저작자들이 충분히 인식하지 못한 상태에서 상당한 길이의 저작물을 그대로 발췌문으로 이용했기 때문이다. 복제된 요약문 중 일부에만 간략한 논평을 붙이는 행위 또한 비평 또는 평론을 위한 변형이 충분하지 않다고 하였다. ¹¹²⁾

다. Pro sieben Media v. Carlton UK Television 사건¹¹³⁾

[/news/uk/channel-4-to-use-clockwork-orange-scenes-appeal-court-ruling-on-banned-kubrick-film-may-have-wide-implications-reports-heather-mills-1512450.html](http://news/uk/channel-4-to-use-clockwork-orange-scenes-appeal-court-ruling-on-banned-kubrick-film-may-have-wide-implications-reports-heather-mills-1512450.html)

110) <http://ukpatents.wikispaces.com/Fair+dealing>

111) Sillitoe and Others v. McGraw-Hill Book Company, [1983] FSR 545.

112) <http://ukpatents.wikispaces.com/Fair+dealing>

113) Prosieben Media AG v Carlton UK Television Ltd [1998] FSR 43,

Pro sieben Media v. Carlton UK Television 사건에서는 Pro Sieben이 Taff 라는 프로그램에서 여덟 쌍둥이를 임신한 만디 알우드(Mandy Allwood)와 인터뷰 한 것을 내보냈다. Carlton Television은 시사보도 프로그램을 제작하는데 해당 인터뷰의 30초를 인용하였고, 인용된 부분을 추출해 내기 위해서 전체 프로그램을 복제하였다. Pro Sieben Media는 Carlton을 저작권 침해로 고소하였다. Pro Sieben의 영상은 8월 27일 독일에서 방송되었는데, 그들이 만디 알우드와 그의 남편에게 인터뷰의 독점권을 위해 상당히 큰돈을 지불하였기 때문이다. 피고는 비평 또는 평론의 목적으로 또는 현재 사건의 시사보도를 위하여 저작물을 인용하였기에 공정이용에 해당한다고 주장하였다. 지방법원에서는 공정이용에 해당하지 않는다고 하였으나, 항소법원에서 판결을 뒤집었다. 따라서 피고가 원고의 저작물 중 일부를 인용한 것은 공정이용에 해당한다. 법원은 저작물 이용의 목적이 원저작권자의 이익을 해할 목적인 것인지 아니면 공익을 위한 것인지 여부도 함께 고려하였다. 상업적으로 경쟁하는 것은 공정이용에 불리하다고 덧붙였다.¹¹⁴⁾

3. 공표

가. Hyde Park Residence v. Yelland 사건¹¹⁵⁾

모하메드 알 파예드의 보안 회사는 다이애나 왕세자(웨일즈 공주)와 남자친구인 도디 파예드(Dodi Fayed)가 죽기 하루 전 함께 별장을 방문한 사진을 몰래 공개한 The Sun지를 고소하였다. 이에 The Sun은

[1999] FSR 610.

114) http://s2s.focalint.tv/Publications/AZ_articles/az1999spring_iss31_pro_sieben_media_ag_v_carlton_and_twenty_twenty.pdf

115) Hyde Park Residence Ltd. v. David Yelland, [1999] RPC 655~672; [2000] 3 WLR 215~241.

도디 파예드의 아버지가 사진 공개 이틀 전에 다이애나와 도디가 결혼을 약속했으며 별장에 2시간 동안 머물렀다고 한 발언이 사실이 아님을 보이기 위한 것이었으며, 이는 공익에 해당한다고 주장하였다. 1심 법원은 “사진을 이용한 것은 저작권법 제30조(2)에서 말하는 시사보도를 위한 공정이용이며, 공공의 이익에 부합된다” 고 하였으나 항소법원은 다이애나 공주의 사진을 공표하는 것은 단지 비영리적인 경우에 한하여 사진의 관련 부분을 묘사하는 것으로도 충분할 것이기에, 사진의 공표를 필요로 하지 않는다고 판시하였다. 법원은 저작권 침해는 만약 저작물이 부도덕적이고, 스캔들거리이거나, 공익의 건강과 안전 혹은 법의 집행에 해당하는 오직 극히 제약적인 상황에서만 미공표가 정당화될 수 있다고 판시하였다. 따라서 이 경우에는 적용되지 않았다. 항소법원은 공정이용을 판단하기 위한 고려사항으로 “선량하고 정직한 사람(fair minded and honest person)의 (i) 저작물 이용 행위의 동기, (ii) 이용의 범위와 목적, (iii) 이용 목적에 비추어 이용의 범위가 필요한지 여부 등을 제시하였다.¹¹⁶⁾

나. Ashdown v. Telegraph Group Ltd 사건¹¹⁷⁾

자유민주당(Liberal Democrat Party)의 총수인 원고(Paddy Ashdown)가 1997년 10월 수상(Toni Blair)과의 회의에서 작성한 의사록을 피고 신문사(Sunday Telegraph)가 2년 뒤 공개하자 원고는 저작권 소송을 제기하였다. 이에 피고는 제30조 시사보도를 위한 공정이용과 제171조 공공의 이익에 대한 항변을 주장하였다. 이와 더불어 유럽인권협약의 표현의 자유를 주장하였다. 1심 법원과 항소법원은 피고의 행위는 원고가 만든 회고록의 가치를 떨어뜨렸고, 의사록의 많은 부분을

116) <http://www.theguardian.com/media/2001/jul/30/mondaymediasection2>

117) Paddy Ashdown MP PC v Telegraph Group Ltd, [2001] WLR 967~981; 1368~1391.

그대로 복제하였기에 반드시 필요한 이용이 아니며, 의사록을 정당하게 입수하지 않았기 때문에 시사보도를 위한 공정이용에 해당하지 않고, 공공의 이익 항변도 성립하지 않는다고 판시하였다.

다. Lion Laboratories v. Evans 사건¹¹⁸⁾

해당 사건에서 법원은 원고의 음주측정기가 잘못되었다는 설명의 내부 문건을 일부 출판하는 것은 정당하다고 보았다. 그 이유는 만약 이것을 금지한다면 특정 사람들에게 잘못된 확신을 줄 수 있기 때문에 공익에 반하기 때문이라고 했다¹¹⁹⁾ 이를 통해서 미공표 저작물의 경우 원칙적으로는 공정이용에 불리하게 작용하지만, 분량이 적다면 예외적으로 인정될 수 있음을 파악할 수 있다.

IV. 최신 사례에의 적용 - Andy Mabbet v. BBC 사건¹²⁰⁾

트위터의 사진 무단 이용, 공정이용 아닐 것이다(2014)

1. 사실관계¹²¹⁾

지난 2011년 8월 런던 폭동이 발생했을 때 BBC도 빠른 정보를 제공하기 위해 트위터의 사진을 인용하였는데 출처를 “from Twitter(트위터)” 라고만 기재한 채 보도하였다. 트위터에 사진을 올린 저작권자는

118) Lion Laboratories Ltd v Evans [1985] QB 526 1985, CA.

119) Robert Burrell and Allison Coleman[2005), Copyright Exceptions - The Digital Impact, Cambridge Uncased Press, p. 82.

120) <http://www.techeye.net/internet/bbc-took-content-from-twitter-without-a-permit?mobilesite>

121) http://www.bbc.co.uk/blogs/theeditors/2011/08/use_of_photographs_from_social.html

앤디 매벗(Andy Mabbet)¹²²⁾으로, 그는 자신의 사진을 BBC가 무단 도용한 것에 대해 공식 항의하고 이를 자신의 블로그에 올렸다.¹²³⁾ BBC 측은 SNS가 컴퓨터와 온라인으로 누구든 접근 가능한 형태의 포맷이기 때문에 매벗의 사진이 SNS에 올라간 이상 이미 퍼블릭 도메인 상태가 되어¹²⁴⁾ 저작권법상 위반이 아니라고 주장하였다. 퍼블릭 도메인은 대체로 보호기간이 만료되거나 외국 저작물의 경우 보호를 위한 국제 협정이 존재하지 않기 때문에, 누구든지 어떠한 허락 없이도 저작물을 이용할 수 있는 상태를 의미한다.

트위터 약관에 의하면 트위터에 게재된 콘텐츠는 트위터와 그 파트너 사에게만 이용이 허락되며, 트위터 서비스의 일종인 리트윗(retweet)도 트위터 내에서 재사용되는 것을 전제로 한다. SNS를 통해 다수가 사진을 공유할 수 있다는 이유로 매벗의 사진이 퍼블릭 도메인이라고 볼 수는 없다. SNS 저작물에 대한 이러한 오인은 Daily Mail의 온라인 편집장인 Elliot Wagland가 “트위터나 트위픽에 게재된 모든 사진은 퍼블릭 도메인에 해당한다” 라고 주장했던 것에서도 잘 드러난다.¹²⁵⁾ 따라서 트위터에 사진을 게재한다고 하더라도 퍼블릭 도메인이 되는 것은 아니기에 언론사가 SNS상의 저작물을 이용하기 위해서는 공정이용의 판단기준에 합당해야 한다.

2. 공정이용의 적용

122) <https://twitter.com/pigsonthewing> 앤디매벗의 트위터 계정.

123) <http://pigsonthewing.org.uk/bbc-fundamental-misunderstanding-copyright/> 앤디매벗의 블로그 계정.

124) This is a similar response to the Daily Mail's online picture editor, Elliot Wagland, who once claimed that all pictures posted on Twitter and TwitPic were in the public domain. - See more at: <http://www.techeye.net/internet/bbc-took-content-from-twitter-without-a-permit?mobilesite#sthash.9lPKyz48.dpuf>

125) 위 페이지.

해당 사건에서 이용된 저작물은 사진 저작물로, 판단기준을 적용하지 않고도 영국 저작권법 CDPA 제30조에 따라서 공정이용에 불리하게 작용한다. 만약 SNS에서 공표된 저작물이 영상이나 어문 저작물이었을 경우라면, 시장대체, 공표, 양적 중요성이 차례로 판단될 것이다.

3. 기타 문제되는 쟁점

먼저 공정이용으로 공표된 저작물을 이용했다고 하더라도, 영국의 공정이용 법리 적용에 있어서 저작인격권의 침해나 출처의 명시 의무 위반을 피해하기 힘들 것으로 보인다. 이러한 점은 우리나라에서도 동일한 효과를 갖는데, 특히 최근 우리나라의 주요 언론사들이 공중의 의견을 제시하는 근거자료로 SNS를 자주 활용하고 있어서 영국의 이번 사건은 좋은 참고자료가 된다. SNS의 저작물을 이용하는 경우 원칙적으로는 언론사들이 저작권자에게 사전에 이용허락을 얻어야 한다. 하지만 현재까지 “개인의 SNS서비스에 게시된 글이나 그림, 사진 등을 어느 정도까지 이용할 수 있는지에 대한 구체적인 기준이 없는 실정이다. 향후 언론과 개인 간의 불필요한 마찰과 충돌을 예방하기 위해서는 분쟁이 발생하기 전에 미리 언론기관 내부에서라도 가이드라인 등을 정립하는 노력이 필요하다.”¹²⁶⁾

V. 저작인격권과의 관계

제30조(비평, 평론 및 시사보도)

(1) 당해 저작물이나 다른 저작물 혹은 저작물의 실연에 대한 비평 또는 평론을 위한 저작물의 공정이용은(생략) 그 저작물이 공중에 배포되었을 경우에는 그 저작물의 어떠한 저작권도 침해하지 아니한다.

126) 정인숙·성재호·지성우, 『해외 뉴스저작권 관련 제도 및 판례 연구』, 한국언론진흥재단, 2012, 53쪽.

제77조(저작자 또는 감독으로 확인되는 권리)

(1) 보호되는 어문, 연극, 음악 및 미술저작물의 저작자 또는 보호되는 영화의 감독은, 이 조에서 정하는 상황에서 그 저작물의 저작자 또는 감독으로서 확인되는 권리를 가진다; 다만, 그 권리는 제78조에 따라 주장되지 않는 한 침해되지 아니한다.

(2) 어문저작물 또는 연극저작물의 저작자는 다음 각 호의 경우에 확인되는 권리를 가진다. (a) 저작물이 상업적으로 발행, 공연, 방송되거나 또는 유선 프로그램 서비스에 수록되는 경우; 또한 이 권리는, 저작물의 개작과 관련하여, 위의 사항이 발생된 때에, 개작 원작물의 저작자로 확인되는 권리를 포함한다. (생략)

(7) 본 조에 따른 저작자 및 감독의 권리는 다음 각 호와 같다. (a) 영화 또는 녹음물의 복제물을 상업적으로 발행하거나 또는 공중에 대하여 배포하는 경우, 또는 그것이 적합하지 않은 때에는 그 신분을 복제물의 취득자에게 알릴 수 있는 다른 방법으로 확인되는 것, (생략) 그 밖의 경우에는 신분을 당해 공연, 현시, 재생, 방송 및 유선 프로그램을 시청하는 사람에게 알릴 수 있는 방법에 의하여 확인되는 것. 확인은 어떤 경우에도 명백하고 합리적으로 하지 않으면 안 된다.

(8) 저작자 또는 감독이 확인되는 권리를 주장함에 있어서 이명 또는 다른 특정의 확인 형식을 명시하는 경우에는, 그 형식이 사용된다; 그 밖의 경우에는 다른 합리적인 확인 형식을 사용할 수 있다.

(9) 본 조는 제79조(권리에 대한 예외)에 따를 것을 조건으로 효력을 갖는다.

제80조(저작물의 훼손적 취급에 대한 항의권)

(1) 보호되는 어문, 연극, 음악 및 미술 저작물의 저작자 또는 보호되는 영화의 감독은 이 조에 정하는 상황에서 그의 저작물의 훼손적 취급에 항의할 권리를 가진다.

(2) 이 조의 목적상-(a) 저작물의 '취급'이라 함은 다음의 것 이외의 저작물에 대한 어떤 추가, 삭제, 변경 또는 개작을 말한다. (생략)
 (b) 저작물의 이용이 왜곡이 되거나, 그 밖의 저작자 또는 감독의 명예 또는 명망을 해하게 되는 경우에는 명예훼손이 된다; 또한 본 조 이하의 규정에서 저작물의 훼손에 대한 언급은 이에 따라 해석된다.

(3) 어문, 연극 및 음악 저작물의 경우에는, 이 권리는 다음 각호의 사람에게 의하여 침해된다 (a) 훼손적 취급이 된 저작물을 상업적으로 발행하거나, 공중에 공연 또는 공중에 전달하는 자; 또는 (b) 훼손적 취급이 된 저작물, 또는 그러한 것이 포함되어 있는 영화 또는 녹음물의 복제물을 공중에 발행하는 자. (생략)

(7) 이 조에 의하여 부여된 권리는 저작자 또는 감독 이외의 자에 의한 종전의 취급으로 인하여 나타나는 저작물 일부가 저작자 또는 감독의 저작물로 인식되거나, 간주될 우려가 있는 경우에는, 그러한 부분의 취급에도 미치게 된다.

(8) 이 조는 제81조와 제82조(권리에 대한 예외 및 제한)에 따르는 것을 조건으로 하여 효력을 갖는다.

영국에서는 1988년에 저작권법을 개정하면서 저작인격권을 새로 도입하였다. 영국에서 인정하는 저작인격권은 저작자 또는 감독으로 확인되는 권리(제77조), 저작물의 훼손적 취급에 대한 항의권(제80조)으로 베른 협약과 마찬가지로 각각 성명표시권과 동일성유지권을 의미한다. 공표에 대해서는 제30조의 공정이용에서 언급하면서, 공표된 저작물에 대해서만 해당 법리가 적용될 수 있음을 명시하였다. 따라서 영국에서는 공정이용의 적용에서 저작인격권은 별개의 것으로 보고 있다. 이는 우리나라의 입장과 같다.

VI. 소결

영국의 공정이용의 법리는 각 조문에 목적이 명시되어 있음으로써 포괄적이기보다는 개별적인 성격을 띠고 있다. 영국 판례들도 저작권의 보호가 원칙이고, 이것을 제한하는 공정이용은 명시된 목적에 한하여 제한적으로 적용되어야 한다는 태도를 취하고 있었다. 시사보도를 위한 공정이용의 적용에 있어서도 저작권자의 충분한 인지(acknowledgement)를 필요로 하고 있었으며, 사진(photograph)에 대해서는 공정이용 자체가 불가능하다고 법문에 명시하였다.

그러나 어문 저작물이나 영상 저작물과 달리 사진 저작물에 대해서만 굳이 엄격하게 권리를 보호하는 정당성이 부족하다고 생각된다. 노동의 수고로움에 기인하여 엄격한 보호주의적 입장을 택했다고 하더라도 어문과 영상 또한 고도의 창작성을 요구하는 것임에는 틀림없기 때문이다.

영국의 공정이용의 판단기준이 법문에 명시되어 있지 않기 때문에 판례를 통해서 시장대체·양적 중요성·변형성·공표의 판단기준을 확인하였다. 이 외에도 영국에서는 시사보도를 위한 공정이용의 모든 사안에서 보충적으로 ‘공익’을 상당히 중요하게 해석하고 있었다. 또한 공정이용의 적용에 있어서 저작권권은 별도의 것으로 구분하고 있었는데, 이는 저작권자의 경제적 측면을 중시하는 특성에서 비롯하였다.

우리나라의 언론사가 영국 공영방송 BBC의 개혁과 변화에 민감하게 반응하고 있어서 시사보도를 위한 공정이용의 판례를 살펴보면 영국의 전반적인 분위기를 참고함은 의의가 있다. 특히 AP, AFP, 로이터 등 각종 통신사로부터 받은 기사를 가공해서 실시간으로 인터넷에 올리는 BBC의 24시간 뉴스 서비스는 디지털 미디어 시대에서 언론사가 지향하는 바이다. 영국의 최신 사례에서 살펴본 바와 같이 SNS까지 저작권 문제가 확대되고 있기에 이를 참고자료로 삼아 우리가 나아가야 할 방향을 재조정할 필요가 있다.

앞으로 인터넷 저작물의 활발한 이용과 전파는 더욱 증가할 것으로

예측된다. 특히 BBC나 ITV, Channel 4 등 영국의 미디어 기업은 출판, 신문, 방송 등을 교차로 소유한 형태를 띠고 있어서 디지털 미디어 시대에 점점 더 많은 저작물을 생성하고 소비하는 주체가 되었다. 이에 앞으로 공정이용을 어떻게 적용해야 하는가에 대해 영국에서는 공익을 강조하여 해답을 마련하고 있었다는 데에서, 우리나라의 언론사가 주시할 방향 또한 예측할 수 있었다.

제2절 독일에서의 시사보도를 위한 공정이용

I. 독일에서의 공정이용(freie Benutzung)

1. 의의

독일 저작권법은 개별적 공정이용 조항을 갖고 있다. 이는 미국의 법리와는 상당히 다르며, 일반적으로 저작권자와 공익의 조화를 목적으로 한다. 이러한 권리들의 균형은 독일 저작권법의 가장 중요한 원리 중 하나로 간주된다. 비록 공정이용에 포괄적 해석을 도입하자는 새로운 경향이 대두되는 것으로 보이나, 법리의 기본적인 범위는 각각의 조항의 좁은 범위에 한정되어 있다. 미연방저작권법 제107조와 유사한 포괄적 공정이용 규정을 갖고 있는 영국, 캐나다 등의 영미법계 국가들과 다르게, 대부분의 대륙법계 국가들은 개별적인 공정이용 규정을 갖고 있다.¹²⁷⁾

독일의 저작권법인 저작권 및 인접보호권에 관한 법률(Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrecht und verwandte Schutzrechte : Urheberrechtswahrnehmungsgesetz)에서는 제6절 저작권의 제한에

127) Florian Pützlberger, “Google and the Thumbnail Dilemma—Fair Use in German Copyright Law?”, *Journal of Law and Policy for the Information Society* Vol. 9:1, 2013, pp.146~147.

서 제44a조부터 제63a조에 해당하는 개별적 공정이용(Schranken des Urheberrechts)조항들을 구체적으로 열거하고 있다. 즉 일정하고 제한된 요건을 충족시키는 경우에만 저작권자의 권리가 제한되도록 명시하고 있는 것이다. 이 중 시사보도를 위한 공정이용의 범례로는 ‘제49조의 신문기사 및 방송해설, 제50조의 영상 및 음성의 보도, 제51조의 인용’ 이 있다.

독일 저작권법은 저작재산권(Verwertungsrecht)과 저작인격권적(Persönlichrecht)이 하나로 되어 있는 일원적인 형태를 띠고 있는데, 이에 따라서 공정이용의 적용에도 저작인격권이 포함된다. 제12조 공표권, 제13조 저작자임의 인정, 제14조 저작물의 왜곡이 이에 해당한다. 공정이용을 판단하기 위해서는 먼저 저작물성이 인정되어야 하는데 제2조에서 보호되는 저작물의 종류를 설명하고 있다. 뉴스는 독일 저작권법상 어문작품(1호), 사진작품(5호), 영상작품(6호)의 총체로 구성된다.

2. 자유이용(Freie Benutzung)과 공정이용의 구별

독일 저작권법 제4절 저작권의 내용 중 ‘이용권’ 부분에 해당하는 제24조는 미국에서의 공정이용(Fair Use)과 용어가 유사한 ‘자유이용(Freie Benutzung)¹²⁸⁾’ 을 포함하고 있다. “공정이용(Fair Use) 용어와의 혼동을 피하기 위해서, 이 용어를 자유이용(Free Utilization) 이라 번역한다.”¹²⁹⁾ 자유이용의 법리는 원래 아이디어-표현의 이분법의 개념상의 장치로서, 저작권 침해 분석에 이용되었다.¹³⁰⁾ 독일 저작권법

128) Urhebergesetz § 24(1) (Ger.) “A self-standing work, which has been created through the free utilization of the work of another, may be released and exploited without the authorization of the author of the utilized work.”

129) Holger Postel, “The Fair Use Doctrine in the U.S. American Copyright Act and similar regulations in the German Law”, Chicago-Kent Journal of Intellectual Property, 2006, p. 555.

130) Id. at 555.

제24조 제1항은 “타인의 저작물을 자유 이용하여 작성된 독자적인 저작물은 이용된 저작물의 저작자의 동의 없이도 공표 및 이용될 수 있다”라고 규정하고 있는데 이는 ‘어떠한 저작물을 이용하여 완전하게 새롭게 변형됨으로써 원저작물과 본질적인 부분에 있어서 충분히 차이가 있는 경우에는 자유로운 이용이 가능하다는 의미’이다.¹³¹⁾ 이와 관련하여 독일 법원은 새로운 저작물의 독창성을 고려하여, 원저작물의 독창적인 특성이 퇴색하는 경우¹³²⁾에만 저작물을 자유 이용할 수 있다고 판시하고 있다.¹³³⁾ “이러한 해석은 미국 법원에서 공정이용과 관련하여 첫 번째 판단요소인 ‘변형적 이용’ 과는 접근 방법에서 차이가 있다고 볼 수 있다.¹³⁴⁾ 말하자면 원저작물과 이를 변형시킨 저작물은 그 본질이 동일하지만, 자유이용을 통해 완성된 저작물은 원저작물과는 다른 새로운 점을 가지고 있어야 한다고 보고 있는 것이다.”¹³⁵⁾ 변형적 이용에 대한 판례에서, 독일 법원은 독일 헌법이 표현의 자유¹³⁶⁾를 보장하고 있음을

131) 한지영, “유럽에 있어서 공정이용(Fair Use)에 관한 연구- 미국, 영국 및 독일의 비교법적 고찰”, 민사법의 이론과 실무학회, 2013, 240쪽.

132) BHG, GRUR 1971, 588, 589.

133) Brunhilde Steckler, 『Urheber-, Medien- and Werberecht: Grundlagen Rechtssicherheit im Internet』, Cornelsen Verlag Scriptor GmbH & Co. KG, Berlin, Germany, 2004.; 『독일의 인터넷 법제』, 커뮤니케이션북스, 2007, 29쪽.

134) BGHZ 122, 53, 60 mwN - Alcolix; Schricker/Lowenheim § 24 UrhG Rn. 10 OGH GRUR Int. 1993, 176-177 - Robert-Stolz-Biografie.

135) Haimo Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 5. Aufl., Mohr Siebeck, 2010, S. 138.

136) Grundgesetz Artikel 5 (1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt. (2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre. (3) Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung. (“(1) Every person

언급하였다.¹³⁷⁾

- Pippi Longstocking v. Penny Markt 사건¹³⁸⁾

원고는 말괄량이 삐삐(Pippi Longstocking)의 저자인 스웨덴의 동화작가 아스트리드 린드그렌(Astrid Lindgren)에게 저작물 이용권을 상속받았는데, 피고 페니 마르크트(Penny Markt)가 독일에서 말괄량이 삐삐와 유사한 의상을 사람들에게 입혀서 찍은 사진을 광고 목적으로 이용하자 저작권침해로 고소했다. 이에 대해 제1심 법원인 쾰른 지방법원과 항소법원인 쾰른 고등법원은 원고 승소 판결을 내렸다. 삐삐라는 가상의 캐릭터는 독일 저작권법의 보호를 받는 저작물이 명백하기 때문에 저작권 침해가 되지 않기 위해서는 독일 저작권법 제24조 자유이용에 해당해야 한다. 독일 저작권법상 자유이용은 공공의 이익을 보장하면서 저작권자의 경제적 이익을 심하게 제약하지 않는 범위 내에서 저작물의 이용을 허락하는 저작재산권의 제한 규정이다. 그런데 피고가 자신의 의상을 광고하기 위해 이용한 사진에는 삐삐의 창작성이 그대로 드러나기 때문에 창의적이거나 독자적인 저작물로 볼 수 없다고 하였다. 그러나 2013년 7월 17일, 대법원은 ‘삐삐’ 라는 창작 캐릭터는 독일 저작권법상 명백한 저작물로서 보호된다는 점은 인정하나 피고의 광고에 등장하는 캐

shall have the right freely to express and disseminate his opinions in speech, writing, and pictures and to inform himself without hindrance from generally accessible sources. Freedom of the press and freedom of reporting by means of broadcasts and films shall be guaranteed. There shall be no censorship. (2) These rights shall find their limits in the provisions of general laws, in provisions for the protection of young persons, and in the right to personal honor. (3) Art and scholarship, research, and teaching shall be free. Freedom of teaching shall not release any person from allegiance to the constitution.”)

137) Holger Postel, at 557.

138) BGH, 17.07.2013 - I ZR 52/12.

릭터는 저작권법으로 보호받는 찌찌의 표지들 중 몇 캐릭터의 외부 표지 뿐만 아니라 성격적 캐릭터가 결합되어 있어서 캐릭터 저작물로서의 찌찌로 보기에 불충분하다고 보았다. 따라서 저작권 침해의 폭을 상당히 축소 해석해 저작권자의 권리를 제한한 판결을 내렸다.

II. 제49조의 공표·양적 중요성

제49조(신문기사 및 방송해설)

① 개개의 방송해설과 신문 및 기타 단지 일상의 관심사를 위한 정보잡지의 개개 기사와 관련하여 공표되는 삽화를 다른 신문 및 같은 종류의 정보잡지에서 복제 및 배포하며, 위 해설 및 기사와 삽화를 공개 재현하는 것은, 이들이 정치, 경제 혹은 종교에 관한 시사문제에 관한 것으로 권리 유보가 되어 있지 않은 경우에 허용된다. 이와 같은 복제, 배포, 또는 공개재현에 관하여 저작자에게 상당한 보상이 지급되어야 하지만, 개관하는 형태로 수 개의 해설 또는 기사로부터 짧은 발췌물로 복제, 배포, 또는 공개 재현하는 것은 예외로 한다. 이 청구권은 관리단체를 통하여만 행사될 수 있다. ② 언론 혹은 방송에 의하여 공표된 사실에 관한 다양한 정보 및 일상 뉴스를 복제, 배포 및 공개 재현하는 것은 무제한으로 허용된다. 다른 법률의 규정에 의하여 주어지는 보호는 이로 인하여 영향을 받지 아니한다.

독일 저작권법 제49조 제1항은 사회적 문제에 대한 토론을 촉진시키기 위해 “개별 방송해설 및 신문 또는 기타 시사적인 관심사만을 취급하는 정보지의 개별 기사가 정치, 경제 또는 종교에 관한 시사문제에 관한 것이고, 권리가 유보되어 있지 않은 경우, 그 해설 또는 기사를 다른 신문 및 동종의 정보지에서 복제 및 배포하거나 공중재현하는 것은 허용된다. 이와 같은 복제, 배포 또는 공중재현에 대해서는 저작자에게 상당한

보수를 지급해야 하나, 다수의 해설 또는 기사로부터의 짧은 발췌물로써 개관하는 형태로 이를 복제, 배포 또는 공중재현하는 경우에는 그렇지 않다. 이 청구권은 저작권관리단체를 통해서만 행사할 수 있다” 고 신문 기사 등에 관한 공정이용을 규정하고 있다.

동조 제2항은 “언론 또는 방송에 의하여 공표된 다양한 사실적 정보와 일상 뉴스를 복제, 배포 및 공중재현하는 것은 무제한으로 허용된다. 다른 법률의 규정에 의하여 인정되는 보호는 이로 인하여 영향을 받지 아니한다.” 고 규정하고 있는데, 이는 한국 저작권법 제7조 제5호와 베른협약 제2조 제8항에 상응하는 규정으로 공중의 알 권리를 위해 ‘사실적 내용 및 일상적인 새 소식을 대상으로 하는 혼합된 보도’ 를 저작권 보호로부터 제외시키려는 취지의 규정이다. 이에 해당 조항에서는 양과 공표여부가 판단기준이 됨을 알 수 있다.¹³⁹⁾

독일 저작권법은 오직 뉴스가 ‘공중에 널리 공표되었을 때’ 에 한해서만 제49조의 2항을 적용할 수 있도록 하고 있다. 따라서 공표되지 않은 저작물에 대해서는 본조가 적용되지 않는다. 이러한 개념은 저작권법 제12조에서도 발견된다. 제12조는 저작자의 동의하에 저작물이 공표되었을 때에만 한하여 저작물의 내용을 공개 전달하거나 서술하는 것을 허락한다.¹⁴⁰⁾

1. Handelsblatt and DM v. Paperboy 사건¹⁴¹⁾

가. 사실관계

139) 안효질, “독일 저작권법상 업무상 창작한 컴퓨터 프로그램에 대한 권리 관계(상)”, 『계간 저작권』 35호, 한국저작권위원회, 1996, 153쪽.

140) Holger Postel, “The Fair Use Doctrine in the U.S. American Copyright Act and similar regulations in the German Law”, Chicago -Kent Journal of Intellectual Property, 2006, p. 153.

141) BGH, Urteil vom 17.07.2003, I ZR 259/00.

원고는 Handelsblatt와 DM 신문사로, 그들의 인터넷 사이트에 개인 기사를 제공하고 있다. 피고는 인터넷 검색서비스 제공자 paperboy로 현재의 언론 기사에 대한 수많은 미디어의 웹사이트를 검색 검색해준다. 인터넷 이용자들은 특정 단어를 포함하는 모든 기사에 대한 리스트를 불러오는 이 검색 엔진을 무료로 이용할 수 있다. 또한 그 단어를 포함하는 기사의 리스트를 매일 이메일로 받아볼 수도 있다. 기사가 제공될 때, 하이퍼링크가 첫 번째 줄에 제공된다. 이것은 실제 기사를 담고 있는 웹페이지에 곧바로 접속할 수 있도록 한다. 또 딥링크를 통해서도 특정 인터넷 사이트의 홈페이지를 우회한다. 더 많은 정보는 하이퍼링크를 통해서 주어지나, 피고의 홈페이지에 관련된 각각의 기사를 이용자들이 평가할 수 있도록 헤드라인, 기사의 몇 문장, 키워드가 공개된다. 원고는 기사의 일부를 재생산하는 것과 홈페이지를 우회하는 링크를 제공함으로써 피고가 저작권(Urheberrecht)과 경쟁법(Wettbewerbsrecht) 위반으로 고소하였다.

나. 법원의 판결

연방대법원 BGH는 원고의 주장에 동의하지 않았다. 먼저 저작권자가 딥 링크를 제한하려는 어떠한 기술적 보호 장치 없이 인터넷상에서 저작물을 공공의 이용이 가능하게 함으로써 피고가 그들의 저작물을 이용할 수 있도록 만들었다고 하였다. 또한 하이퍼링크의 이용이 오직 검색엔진에 의해 이용되는 데이터베이스의 창작자나 저작권자에게만 부여되는 과정이 아니라고 하였다. URL을 알고 있는 이용자들 또한 하이퍼링크 없이도 그 페이지에 바로 접속할 수 있기 때문이다. 하이퍼링크는 인터넷 사용자에게 편의를 제공하는 수단으로, 피고가 하이퍼링크를 통해 저작물을 이용하였다고 하여 경쟁적 과실에 반하는 것이 아니며, 홈페이지를 우회함으로써 원고가 단지 광고 수입을 잃었다고 하여 경쟁법의 위반이 되는 것도 아니라고 판시하며, 법원은 원고가 인터넷상에 기사를 공표할

때에는 일정한 피해를 감안해야 한다고 판시하였다.

2. Agence France Press 사건¹⁴²⁾

가. 사실관계

지방법원 만하임에서 결정된¹⁴³⁾ 프랑스 통신사(AFP, Agence France Press)의 14개의 기사에 해당하는 짧은 뉴스와 정보의 송신에 대한 저작권법 기각 판결이 고등법원에서 번복되어 승소판결이 났다. 이번 판결은 기존의 뉴스기사의 저작권법 인정에 대한 이례적인 법원의 판결에 해당한다.

나. 법원의 판결

칼스루헤 고등법원은 모든 텍스트는 저작권법에 의해 보호되어야 한다고 강조하였다. 왜냐하면 뉴스 저작물은 선택된 자료에 해당하여 개인의 정신적 창조물로 판단 될 수 있기에 저작권법 제2조 1항 1호(문서작품은 저작권법의 보호대상)와 2항(개인의 정신적 창작물에 대한 보호)에 따라 통신사의 기사는 법적 보호를 받을 수 있다. 저작권법 제49조 2항의 복합적인 사실에 대한 뉴스는 이미 논평과 보도, 보충 그리고 해석의 의미를 담고 있어서 정신적 창조물로 판단된다. 이번 판결은 뉴스 저작물의 이용을 위해서 이용계약을 체결해야 함을 공고히 하였다.

III. 제50조의 무작위성

제50조(영상 및 음성의 보도)

142) OLG Karlsruhe, Urteil vom 10.08.2011, 6 U 78/10.

143) LG Mannheim, 16.04.2010 - 7 O 175/09.

방송 및 영상물에 의하여 그리고 주로 일상 관심사를 다루는 신문 혹은 잡지에서 일상사건에 관한 영상 혹은 음성의 보도를 위하여 보도되는 사건집행에 감지되는 저작물은 위 목적의 범위 내에서 복제, 배포 및 공개재현 될 수 있다.

우리나라의 저작권법 제26조와 사실상 비슷한 내용을 갖고 있다. 시사보도 과정에서 보이거나 들리는 저작물의 경우 공정이용이 인정되는 것으로, 공정이용 되는 저작물이 시사보도를 하는 도중에 카메라 렌즈나 마이크에 저절로 감지되는 것에 한정되므로 적용 범위가 매우 좁다.

IV. 제51조의 공표 · 양적 중요성 · 변형성 · 변형성

제51조(인용)

인용의 목적인 공표된 저작물의 복제, 배포 및 공개 재현은 목적상 정당화되는 범위 내에서 허용된다. 특히 다음 각 호의 인용이 허용된다.

1. 개개 저작물을 그것이 발행된 후 독자적인 학술저작물에 내용을 설명하기 위하여 수록하는 경우
2. 저작물의 부분을 그것이 공표된 후 독자적인 어문저작물에 인용하는 경우
3. 발행된 음악저작물의 개개 부분을 독자적인 음악저작물에 인용하는 경우

독일 저작권법 제51조의 각 호에서는 학술 저작물, 언어 저작물, 음악 저작물에 대해서만 언급하고 있다. 그러나 본 조에서 “특히 다음 각 호의 인용이 허용되는데” 라고 함으로써 그 외의 저작물에 해당되더라도 본 조를 적용할 수 있도록 하였다.

먼저 타인의 저작물을 인용하는 경우 그 저작물이 ‘독립저작물’ 이어야 한다. 즉 인용하는 저작물이 주가 되고, 인용되는 저작물이 종이라는 주종관계의 성립이 필요하다. 따라서 인용되는 저작물이 오히려 주된 내용이 되는 저작물은 ‘독립 저작물’ 로써 인정되지 않고, 그 경우에는 적법한 인용이 될 수 없다고 본다.

또한 공표된 저작물에 한하여 본조를 적용함으로써 인용이 가능함을 명시하고 있다. 공표된 저작물의 복제, 배포, 공개 재현은 인용의 목적상 정당화되는 범위 내에 있어야 하는데, 이는 우리나라 저작권법 제28조의 ‘정당한 범위’ 와 동일하게 베른조약에 의하여 규정된 것이다. 따라서 양적 중요성이 판단기준으로 작용한다.

- Frankfurt Allgemeine Zeitung v. Perlentaucher 사건¹⁴⁴⁾

가. 사실관계

원고들은 남부독일신문(Süddeutsche Zeitung, SZ)과 프랑크푸르트신문(Frankfurt Allgemeine Zeitung, FAZ)이라는 유명 신문사이다. 피고는 'Perlentaucher'라는 온라인 문화잡지사이며 피고가 원고 등의 다양한 신문사의 문화 서평(Feuilleton) 기사를 요약하여 ‘notice from SZ/FAZ’ 라고 표기하고 온라인 서점 www.perlentaucher.de에서 인터넷 도서판매자 amazon사와 bucher사에게 본 서비스에 대한 유료 허가를 판매하였다. 이에 원고는 피고가 원고의 독특한 표현을 직접 인용한 요약문에 대해 판매금지 가처분을 신청하고 손해배상을 청구하였다.

나. 법원의 판단

144) 2010년 7월 15일 대법원 I ZR 12/08 사건.

대법원은 서평 기사의 보호 대상은 기사의 내용 자체가 아니라 기사의 형식, 특히 문장의 내용이므로 원문과 다른 독자적인 표현과 문체로 요약한 요약문만이 허용될 수 있다고 하였다. 프랑크푸르트 법원은 제1심과 고등법원에서 모두 원고에 패소판결을 하였다. 즉 원고가 주장한 피고의 요약문에 대한 저작권 침해성을 인정하지 않았다. 하지만 그 후 대법원은 피고의 요약문에 대해 전체적으로 판단할 것이 아니라 요약문을 하나씩 개별적으로 판단하여야 한다고 하면서 프랑크푸르트 고등법원의 판결을 파기 환송하였다. 이에 따라 프랑크푸르트 고등법원은 원고의 주장에 따른 저작권 침해를 개별적으로 판단하였다. 저작권법 제24조는 독립적인 저작물에 대한 자유로운 이용권 보장이 명시(신문사에 소속된 기자의 글이 아닌, 외부 투고라는 점을 강조해 자유로운 사용권 보호)되어 있다. 저작권법 외, 상표 및 기타 고유 표시의 보호에 관한 법률(Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen) 제14조 5,6항에 의거해서도, 피고는 FAZ의 상표를 사용하지 않고 FAZ의 Feuilleton 기사만을 제공했을 뿐이다. 또한, 부정경쟁에 대한 법(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) 제4조 9a항에 반하는 원고에게 경쟁적 위법을 가하지 않았다.

다. 공정이용 관련 쟁점

먼저 저작권법 제24조¹⁴⁵⁾에 의하여 자유로운 이용 요건에 해당되기 위해서는 요약문에 독자성이 있어야 한다. 독자성의 판단 기준은 ‘인상 깊고 창의성이 돋보이는’ 독특한 문장과 ‘진부하고 기술적인 문장’을 구분하여 독특한 문장을 인용한 비율을 판단하여야 한다고 하였다. 또한 독특한 문장을 인용한 경우라 할지라도 1. 인용된 구절을 빼더라도 요약

145) 독일 저작권법 제24조(자유사용) 제1항 타인의 저작물을 자유사용하여 작성된 독자적인 저작물은 사용된 저작물 저작자의 동의 없이도 공표 및 이용될 수 있다.

문의 완성도가 높아 저작권법 제51조 제2호의 인용 요건에 적합한 경우, 2. 설명을 위해서는 인용된 단어 및 구절을 반드시 인용해야 하는 경우, 3. 내용의 구성이 완전히 변경되어 구성상의 독창성만으로도 새로운 저작물을 창작했다고 볼 수 있는 경우 등에서는 독창성이 인정된다고 하였다.

프랑크푸르트 고등법원은 이러한 기준에 의하면 피고가 요약한 요약문 중 13개 정도가 독일 저작권법상의 '공정이용'의 요건에 해당하지 않으며, 따라서 저작권을 침해한 것으로 판단하였다. 이 판결에 따르면 기사의 요약문을 게재하여 다수의 침해가 발생한 경우에는 요약문의 위법성 여부에 의하여 원고의 저작권을 침해하였는지를 판단하되 그 기준으로 원본의 표현을 얼마나 직접 인용하였는지에 따라 판단하여야 한다고 판시하였다. 이 판결은 기사의 내용을 요약할 때에 어떤 정도까지 가능한지에 대한 범위의 문제를 확정하였다는 데 큰 의미가 있다. 이 판결에 따라 향후에는 기사의 요약문의 경우에도 각 문장들이 개별적으로 원고의 기사 내용을 침해하였는지에 대해 판단하여야 할 것이다.

V. 저작인격권과의 관계

제12조(공표권)

① 저작자는 자신의 저작물의 공표 여부 및 그 방법을 결정할 권리를 가진다. ② 저작물이나 그 본질적 내용 혹은 그 서술이 저작자의 동의를 얻어 공표되지 아니하는 한, 저작자의 저작물의 내용을 공개 전달하거나 서술하는 것은 저작자에게 유보된다.

제13조(저작권자임의 인정)

저작자는 저작물상 자신이 저작자임을 인정하는 권리를 가진다. 저작자는 저작물에 저작자 표시를 할 것인지의 여부 및 어떤 표시를 할 것인지의 여부를 결정할 수 있다.

제14조(저작물의 왜곡)

저작자는 저작물상 자신의 정당한 정신적 또는 인격적 이익을 해치게 하는 자신의 저작물에 대한 왜곡 혹은 여타 침해를 금지시킬 권리를 가진다.

제12조 내지 제14조는 각각 공표권, 성명표시권, 동일성유지권을 뜻한다. 독일에서는 저작권자에게 저작인격권과 저작재산권이 부여되고, 저작권적 내용의 이용권과 인격권적 내용의 인격권이 하나로 되어 있는 일원적인 권리를 형성한다. 이러한 이용권과 인격권 또는 다양한 권능으로 구성된 권리를 가진 저작권자는 당해 이용권 또는 인격권 자체를 전체 혹은 부분적으로 타인이 이용하도록 할 수 있다. 다수의 저작자가 자신들의 저작물을 공동이용하기 위하여 결합시킨 경우, 각 저작자는 다른 저작자로부터 결합저작물의 공표, 이용 및 변경을 위한 동의를 요구할 수 있다. 독일 저작권법에 따르면 시사보도를 위한 공정이용으로 저작재산권이 제한될 때 공표권, 성명표시권, 동일성유지권의 저작인격권 또한 제한된다.

VI. 소결

독일에는 미국의 공정이용과 구별되는 법문으로, 제24조의 자유이용이 있다. 이는 저작물 이용권에 속하는 규정으로 어떠한 저작물을 완전히 새롭게 변형함으로써 원저작물과 본질적인 부분에 있어서 충분히 차이가 있는 경우라면 자유로운 이용이 가능하다는 것이다. 이에 개별적인 공정이용의 조항을 판단하기에 앞서서 독일에서는 변형성이 강조되고 있음을 알 수 있다.

그 다음으로 제49조 내지 제51조에서 시사보도를 위한 공정이용의 개별조항을 명시하고 있다. 제49조에서는 공표·양적 중요성이, 우리나라의 제26조와 유사한 조항인 제50조에서는 무작위성이, 제51조에서는

공표·양적 중요성·변형성이 각각의 판단기준이 되고 있다. 따라서 공표·양적 중요성·변형성이 독일에서의 공정이용의 판단기준에 해당한다. 대륙법계 국가인 독일의 법리는 일원적인 권리를 형성하고 있기 때문에 공정이용이 적용될 때에는 공표권, 성명표시권, 동일성유지권에 해당하는 저작인격권도 제한된다.

독일의 공정이용 법리를 해석함에 있어서 몇 가지 특징을 발견하였는데, 첫째는 저작물의 공표 여부를 상당히 중시하고 있다는 것이다. 저작자의 동의하에 일반 공중에게 널리 공표된 저작물이라면 공정이용에 상당히 유리하게 작용하고 있었다. 두 번째 특징은 독일에서는 영미법계 국가들과 달리 시사보도를 위한 공정이용 법리에서 상업성 그 자체를 판단기준으로 삼지 않는다는 것이다. 마지막으로 사회·정치 등 공익과 관련된 부분에서 공정이용이 유리하게 작용한다는 특징이 있다.

또 한편으로 독일에서는 저작자의 권리를 최대한 보호할 수 있도록 사용자에 의해 권리가 제한되었을 때 저작권자에게 보상청구권을 부여하고 있다. 독일의 저작권법에서 저작권자를 보호하기 위해 어떤 법적인 조치를 취하고 있고 어떤 방법으로 저작권이 지켜지고 있는지에 관하여 수용할 필요성이 있는 부분은 우리 법의 적용을 위해 법리 검토가 필요하다.

제4장 우리나라에서의 시사보도를 위한 공정이용

제1절 개별적 공정이용 법리 해석

저작권법은 표현을 보호하는 법인 까닭에 본질적으로 헌법상 표현의 자유와 밀접한 관계에 있다. 환언하면 지나치게 강화된 저작권은 경우에

따라 헌법상 기본권인 표현의 자유를 억압할 수 있다는 유력한 주장이 자주 제기된다. 헌법 제22조에서 저작자의 권리는 법률로써 보호한다고 규정하고 있기 때문에 그러한 헌법적 근거 하에서 제정된 저작권법은 언론의 자유와 저작권의 보호를 조화시키기 위한 규정을 두어야 할 필요가 있고 바로 그러한 조화규정이 저작권법 제26조와 제28조에 규정된 ‘시사보도를 위한 이용’ 과 ‘공표된 저작물의 인용’ 을 위한 저작권의 제한이다.¹⁴⁶⁾

저작권의 제한 곧 공정이용은 저작권자의 이익과 공공의 이익이라고 하는 대립되는 이해의 조정 위에서 성립하므로 이를 위해서는 그 요건이 명확하게 규정되어 있을 것이 필요한데, 구 저작권법(2009. 3. 개정 전)은 이에 관하여 명시적 규정을 두지 않으면서(2011. 12. 저작권법 제35조의3 신설) 제23조 이하에서 저작재산권의 제한사유를 개별적으로 나열하고 있었기에, 널리 공정이용의 법리가 인정되는 것으로 보기는 어렵다.¹⁴⁷⁾ 저작권법 제35조의3 포괄적 공정이용조항이 신설되기 전까지, 대한민국에서 시사보도를 위한 공정이용의 논의는 주로 저작권법 제28조와 연관해 논의되어 왔다. 제28조를 포함하여 우리나라 저작권법에서 시사보도를 위해 저작권을 제한시키는 관련 개별 조항을 모두 정리해보고자 한다.

I. 제26조의 무작위성

제26조(시사보도를 위한 이용)

방송·신문 그 밖의 방법에 의하여 시사보도를 하는 경우에 그 과정에서 보이거나 들리는 저작물은 보도를 위한 정당한 범위 안에서 복제·배포·공연 또는 공중송신 할 수 있다.

146) 정상조·박준석, 『지식재산권법』, 2013, 455쪽.

147) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2011도5835 판결.

타인의 저작물이 시사보도에 ‘불가피하게 출연’ 하는 경우나 그럴 수밖에 없는 정황이 있고, 보도 시점에서 화면에 바로 보이거나 들리는 것에 한정한다. 보도를 꾸미기 위해 사진, 회화, 음악 등의 다른 저작물을 추가하는 것은 공정이용에 해당되지 않는다.

1. 시사보도 과정에서 보이거나 들리는 저작물일 것

저작권법 제26조는 뉴스 보도에 저작물이 불가피하게 노출된 경우 발생하는 분쟁을 미연에 방지하고 있다. 만약 타인의 저작물이 시사보도에 불가피하게 출연하는 경우나 그럴 수밖에 없는 정황에 놓여 있는데, 이때마다 일일이 저작자의 허락을 받도록 한다면 신속하게 보도되어야 할 뉴스에 치명적 제약이 될 수 있다. 따라서 이 조항은 시사보도에 종사하는 저널리스트의 직무상 저작권침해 소지를 축소시켜 주는 역할을 한다. 시사보도를 위한 이용 대상은 시사 사건이어야 하고, 이 조항에서 저작물은 보도 시점에서 바로 보이거나 들리는 것에 한정하고 있으므로 본조의 대상이 되는 저작물은 사진, 영상, 음악에 한정된다. 보도를 꾸미기 위해 사진, 회화, 음악 등의 다른 저작물을 추가하는 것은 해당되지 않는다. 만약 명화 도난 사건을 보도할 때 도난당한 명화를 과거의 영상 자료에서 찾아 보여주는 경우라면, 이는 시사보도 과정에서 자연스럽게 보이는 저작물이 아니라 의도적으로 과거의 영상자료를 찾아서 이용하는 것이므로 따라서 이 경우 도난당한 명화의 과거 영상은 “시사보도를 하는 과정에서 보이거나 들리는 저작물” 이라고 보기 어려우며, 법 제26조에 따라 이용할 수는 없고 ‘공표된 저작물의 인용’에 관한 법 제28조를 적용하여 허용 여부를 결정해야 한다. 또 ‘방송의 경우도 시사성이 없는 오락 또는 교양프로그램에서 허락 없이 저작물을 이용하는 것은 법적으로 허용되지 않는다.’¹⁴⁸⁾

148) 김기태, 『저널리즘과 저작권』, 이채, 2011, 143쪽.

2. 보도를 위한 정당한 범위 안에서

‘정당한 범위’란 ‘보도의 목적에 비추어’ 정당화되는 범위로서 회화전시회 상황을 보도할 때 보도화면에 전시된 그림이 보이는 것과 라디오나 TV 보도 중 행진곡의 연주나 음악이 들리는 경우 등을 말한다. 우리 판례는 “시사보도를 위해 타인 저작물의 자유이용이 허용되기 위하여는 사회통념과 시사보도의 관행에 비추어 보도의 목적상 정당한 범위 안에서의 이용이어야 한다고 할 것인바, 잡지에 게재된 사진이 칼라로 된 양질의 사진으로서 그 크기나 배치를 보아 전체적으로 3면의 기사 중 비평기사보다는 사진이 절대적 비중을 차지하는 화보형식으로 구성되어 있는 경우 위 사진들은 보도의 목적이라기보다는 감상용으로 인용되었다고 보이므로 보도를 위한 정당한 범위 안에서 이용되었다고 볼 수 없다” 149)고 판시하였다.

3. 복제 · 배포 · 공연 · 공중송신할 것

공중송신의 개념에는 방송, 전송, 디지털음성송신 등이 포함된다. 이에 따라 신문이나 잡지에 게재하여 배포하거나 방송을 하는 것 외에 인터넷 신문 또는 온라인 신문에 게재하는 것, 웹캐스팅으로 인터넷 방송을 하는 것 등이 모두 허용된다.¹⁵⁰⁾

4. 출처의 명시 면제

제26조에 해당하는 경우에는 출처 명시 의무를 지지 않는다.

149) 대법원 1990.10.23, 선고, 90다카8845, 판결.

150) 이해완, 「저작물의 공정이용에 관한 가이드라인」, 저작권상생협의회, 2010, 75쪽.

II. 제27조의 금지표시

제27조(시사적인 기사 및 논설의 복제 등)

정치·경제·사회·문화·종교에 관하여 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조의 규정에 따른 신문 및 인터넷신문 또는 「뉴스통신진흥에 관한 법률」 제2조의 규정에 따른 뉴스통신에 게재된 시사적인 기사나 논설은 다른 언론기관이 복제·배포 또는 방송할 수 있다. 다만, 이용을 금지하는 표시가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

‘이용을 금지하는 표시’가 없는 경우, 언론사에 한해서 시사적인 기사 및 논설의 복제를 할 수 있고 개인 또는 단체가 무단 복제해서는 안 된다.

1. 이용을 금지하는 표시가 없을 것

기사 및 논설 저작물의 보호를 원하는 경우 언론사가 ‘이용을 금지하는 표시’에 자사의 의사를 반영하기만 하면 본 규정에 따라 적극적으로 보호될 수 있다. 대부분의 언론사들이 자사의 귀속 권리를 지키기 위해서 “<저작권자(c) 연합뉴스, 무단 전재-재배포 금지>”와 같은 무단 복제 또는 전재 금지 조항을 표시하고 있다. 따라서 제27조의 공정이용을 위해서는 이러한 표시가 없어야 한다.

2. 신문·인터넷신문·뉴스통신의 기사나 논설일 것

신문¹⁵¹⁾ 및 인터넷신문¹⁵²⁾, 뉴스통신¹⁵³⁾에 게재된 시사적인 기사나

151) “신문”이란 정치·경제·사회·문화·산업·과학·종교·교육·체육 등 전체 분야 또는 특정 분야에 관한 보도·논평·여론 및 정보 등을 전파하기

논설의 복제, 배포, 방송을 할 수 있다. 이때 명시된 세 매체를 제외하고, 방송이나 다른 매체의 기사나 논설은 포함되지 않았음에 주의가 필요하다. 외국의 시사적인 기사 및 논설도 번역하여 전재할 수 있으나 역시 이용을 금지하는 표시를 한 경우에는 전재를 할 수 없다.

3. 언론기관이 복제·배포·방송할 것

오직 ‘복제, 배포, 방송’ 을 할 수 있다고 하였기 때문에 복제물을 인터넷으로 전송하는 것은 불가능하다. “시사적인 기사 및 논설의 복제는 언론사끼리만 할 수 있는 것이므로 개인 또는 단체가 무단 복제해서는

위하여 같은 명칭으로 월 2회 이상 발행하는 간행물로서 ① 정치·경제·사회·문화 등에 관한 보도·논평 및 여론 등을 전파하기 위하여 매일 발행하는 간행물인 일반일간신문, ② 산업·과학·종교·교육 또는 체육 등 특정 분야(정치를 제외한다)에 국한된 사항의 보도·논평 및 여론 등을 전파하기 위하여 매일 발행하는 간행물을 뜻하는 특수일간신문, ③ 정치·경제·사회·문화 등에 관한 보도·논평 및 여론 등을 전파하기 위하여 매주 1회 발행하는 간행물(주 2회 또는 월 2회 이상 발행하는 것을 포함한다)을 뜻하는 일반주간신문, ④ 산업·과학·종교·교육 또는 체육 등 특정 분야(정치를 제외한다)에 국한된 사항의 보도·논평 및 여론 등을 전파하기 위하여 매주 1회 발행하는 간행물(주 2회 또는 월 2회 이상 발행하는 것을 포함한다)을 뜻하는 특수주간신문을 포함한다. (신문 등의 진흥에 관한 법률 제2조 제1호)

152) “인터넷 신문” 이란 ① 독자적인 기사 생산을 위한 요건으로서 취재 인력 2명 이상을 포함하여 취재 및 편집 인력 3명 이상을 상시적으로 고용하고, 주간 게재 기사 건수의 100분의 30 이상을 자체적으로 생산한 기사로 게재해야 한다. ② 지속적인 발행요건으로서 주간 단위로 새로운 기사를 게재해야 한다. ③ 신문사업자, 잡지 또는 기타간행물을 발행하는 자, 뉴스통신 사업을 영위하는 자 어느 하나에 해당하는 자의 계열회사가 앞에 자가 생산하는 기사를 인터넷을 통하여 일반에 제공하는 경우에는 자체적으로 생산한 기사가 100분의 30 미만인 경우에도 ‘주간 게재 기사 건수의 100분의 30 이상을 자체적으로 생산한 기사’ 의 기준을 충족한 것으로 본다. (신문 등의 진흥에 관한 법률 시행령 제2조)

153) “뉴스통신” 이란 「전파법」 에 따라 무선국(無線局)의 허가를 받거나 그 밖의 정보통신기술을 이용하여 외국의 뉴스통신사와 뉴스통신계약을 체결하고 국내외의 정치·경제·사회·문화·시사 등에 관한 보도·논평 및 여론 등을 전파하는 것을 목적으로 하는 유무선을 포괄한 송수신 또는 이를 목적으로 발행하는 간행물을 말한다. (뉴스통신 진흥에 관한 법률 제2조 제1호)

안 된다. 기사 및 논설의 복제를 허용하는 것은 어디까지나 시사적인 보도를 신속하게 할 수 있도록 하자는 공익적 목적 때문이다.” 154)

4. 출처의 명시

제27조에 의해서 저작물을 이용하고자 할 때에는 저작권법 제37조 제1항에 의해서 출처 명시 의무가 있다.

Ⅲ. 제28조의 상업성·변형성

제28조(공표된 저작물의 인용)

공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다.

우리 법원은 “저작물 이용의 성격이 상업적·영리적이고, 인터넷 홈페이지를 통하여 유료로 이 사건 프로그램을 방송하면서 인용에 대한 원고의 동의를 받는 것이 어렵지 아니한 것은 공정이용이 인정되지 않는다.” 155)라고 하여 상업성 판단의 중요성을 밝혔다.

또한 ‘기사에서 인용한 부분을 제외한 부분만으로도 원칙적으로 저작물성을 갖추고 있어야 정당한 인용의 요건이 성립’ 156)되므로 ‘기사의 일부만을 수정하여 직접 작성한 것처럼 무단 전제하면서 출처를 표시하지 않은 것’ 157)이나 ‘비평이나 연구가 실질적으로 행해지지 않으면서, 그 출처가 명시되지도 않고 자신의 저작물과 피인용 저작물이 분명히 구분되고 있지도 않는 것’ 158)은 공정한 관행에 합치된 인용이라고 보기

154) 김기태, 『저널리즘과 저작권』, 이채, 2011, 144쪽.

155) 서울남부지법 2008.6.5.선고 2007가합18479 판결.

156) 지성우·김영우, 『뉴스저작물의 저작권』, 한국언론재단, 2005.

157) 대법원 2006.9.14. 선고2004도5350 판결. (연합뉴스 v. 경상매일 사건)

어렵다고 하였다. 사진의 경우에도 “3면의 기사 중 칼라로 된 양질의 사진이 비평기사보다 절대적 비중을 차지하는 화보형식으로 구성되어 있는 경우에 위 사진들은 보도의 목적이거나보다는 감상용으로 인용된 것이다”¹⁵⁹⁾고 하여 사진을 인용함에 있어서도 원본 그대로의 인용이 아닌 변형성 부여를 강조하였다. ‘원본 사진과 같은 크기로 보여지지 아니할 뿐만 아니라, 포토샵 프로그램을 이용하여 원본 사진과 같은 크기로 확대한 후 보정작업을 거친다 하더라도 열화현상으로 작품으로서의 사진을 감상하기는 어려운’ 정도로 변형이 되어야 변형성이 인정되었다.

제28조의 공정이용 판단기준은 상업성과 변형성에 해당한다. 대부분의 언론사가 존립을 위해 필연적으로 상업성을 띠고 있기 때문에, 공정 이용이 인정되기 위해서는 저작물을 변형적으로 이용하여 상업성을 감소시키는 것이 유일한 방법이다.

1. 공표된 저작물일 것

저작권법 제2조 25호에서 “공표”는 저작물을 공연, 공중송신 또는 전시 그 밖의 방법으로 공중에게 공개하는 경우와 저작물을 발행하는 경우를 말한다고 규정한다. 아직까지 공표되지 않은 저작물을 인용할 경우에는 본조의 요건을 충족하지 못하는 것이 되며, 이때에는 저작자의 저작인격권 중 공표권을 침해하는 것으로 봐야한다.

2. 보도를 위한 목적으로 인용할 것

저작권법 제26조가 ‘시사보도 과정에서 보이거나 들리는 저작물’을 보도를 위한 정당한 범위 안에서 이용하는 것을 말하는 반면, 저작권법 제28조는 ‘이미 공표된 저작물을 보도를 위해 인용하는 경우’를 말

158) 서울민사지법 1994.4.18. 고지94카합2872 판결.

159) 대법원 1990.10.23, 선고, 90다카8845, 판결.

한다.¹⁶⁰⁾ 이 때 인용이란 ‘다른 저작물의 내용 가운데서 한 부분을 참고하여 끌어다 쓰는 것’으로, 학술적으로나 예술적으로 가치를 지닌 저작물이 공표되었다면 독자들이 가능한 여러 저작물에 접할 수 있도록 함으로써 그 가치를 누리게 하려는 취지에서 장려된 것이다. “인용의 목적이 보도·비평·교육·연구에 한정된다고 볼 것은 아니다”¹⁶¹⁾고 하였기에 보도·비평·교육·연구의 네 가지 목적 외에 다른 목적도 포함될 수 있으나, 그 목적이 ‘문화 및 관련 산업의 향상·발전’이라고 하는 저작권법의 목적에 비추어 정당화될 수 없는 것이라면, 이 규정에 의한 공정이용으로 인정하기 어렵다.

“제28조를 다른 판례들은 유난히 저작물 이용을 둘러싸고 창출되는 이윤이 큰 것으로, 대법원 2007.11.30. 선고 2005도 8981판결, 대법원 1997. 11. 25. 선고 97도2227 판결, 서울중앙지방법원 2010.4.30. 선고 2010노239 판결, 서울남부지방법원 2006.10.11. 선고 2006노930 판결 등 대부분의 판결에서 우리 법원이 상당히 오랜 기간 영리성 유무를 제28조 공정이용의 중요한 열쇠로 판단하여 제28조에 의한 저작권 제한을 부정하고 있었다.”¹⁶²⁾ 그러나 공정이용이 반드시 비영리적인 것에 한하는 것은 아니다. 영리목적의 보도·비평·교육·연구에 영리적인 목적이 있다고 하여 그것만으로 공정이용이 부정되는 것은 아니다. 우리 판례가 영리성 유무를 중시하다가 검색엔진의 썬네일 사건에 이르러 영리성이 있더라도 제28조의 공정이용을 긍정하였다. 다만, 영리적인 목적을 위한 이용은 비영리적 목적을 위한 이용의 경우에 비하여 자유이용이 허용되는 범위가 상당히 좁아진다고 보는 것이 판례의 태도이다. 공익성 인정의 범위에 대해서는 시의성이 있는지, 생방송이라는 긴급성을 갖는지도 또한 중요한 요건이 된다.

160) 오승종·이해완, 『저작권법』, 박영사, 2006, 319쪽.

161) 대법원 1998. 7. 10. 선고 97다34839 판결.

162) 박준석, 「한국저작권법 상의 ‘저작권 제한’에 관한 고찰」, 『계간저작권』 100호, 한국저작권위원회, 2012, 135쪽~136쪽.

3. 정당한 범위 안에서

“정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것인지의 여부는 인용의 목적, 저작물의 성질, 인용된 내용과 분량, 피인용저작물을 수록한 방법과 형태, 독자의 일반적 관념, 원저작물에 대한 수요를 대체하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”¹⁶³⁾ 인용의 ‘정당한 범위’는 인용저작물의 표현 형식상 피인용저작물이 보족, 부연, 예증, 참고자료 등으로 이용되어 인용저작물에 대하여 부종적 성질을 가지는 관계여야 한다.¹⁶⁴⁾ 즉, 인용하는 저작물이 차지하는 비중이 현저히 적어야 하며 주된 내용이 아닌 보조적이고 예시적인 역할로 사용되어야 하는데”¹⁶⁵⁾정당한 범위에 대해서 일정한 기준이 명시된 것은 아니나, “인용 분량이 본문의 3분의 1이상을 차지하는 방대한 분량이라면 정당한 인용의 범위를 넘어 원저작물의 시장수요를 대체할 수 있는 정도라고 판단된다.”¹⁶⁶⁾고 보았다. 따라서 “정당한 범위에 들기 위해서는 기사에서 인용한 부분을 제외한 부분만으로도 원칙적으로 저작물성을 갖추고 있어야 정당한 인용의 요건이 성립된다.”¹⁶⁷⁾

피고 경상매일 신문이 연합뉴스 통신사의 뉴스 기사를 상당량 무단 이용한 사건에 대해 우리 판례는 ‘정당한 범위 안에서’ 인용 되었다고 볼 수 없다¹⁶⁸⁾고 하였다. 인용된 저작물이 원저작물의 시장 수요를 대체하거나 잠재적 시장가치를 훼손하는 경우에는 인용의 정당한 범위를 넘어서는 것으로 본다.¹⁶⁹⁾

163) 대법원 2006.2.9, 선고 2005도7793 판결, 대법원 1998. 7. 10. 선고 97다34839 판결, 2004. 5. 13. 선고 2004도1075 판결 등.

164) 대법원 1998. 7. 10. 선고 97다34839 판결.

165) 대법원 1990년 10월 23일 선고 90다카8845.

166) 서울민사지법 1994.4.18. 고지94카합2872 판결.

167) 지성우·김영우, 『뉴스저작물의 저작권』, 한국언론재단, 2005.

168) 대법원 2006.9.14. 선고2004도5350 판결.

169) 대법원 1997.11.25. 선고 97도2227 판결.

4. 공정한 관행에 알맞게

‘공정한 관행’이란 보도 목적으로 인용 하여야 하며, 인용된 부분이 어디인지 구별이 가능하여야 하고, 출처를 표시하고, 저작물을 변형·개작하지 않아 동일성을 유지할 수 있어야 함을 뜻한다. 우리 판례는 “강연내용을 거의 그대로 전재하면서 그 비평이나 연구는 실질적으로 행해지지 않아 단순한 소개정도에 그치고 있으면서, 그 출처가 명시되지도 않고 자신의 저작물과 피인용 저작물이 분명히 구분되고 있지도 않는 것은 공정한 관행에 합치된 인용이라고 보기 어렵다.” 170)고 하였다. 연합뉴스 대 경상매일 사건¹⁷¹⁾에서도 이용계약을 체결하지 않고 기사를 일부 수정하여 자신들이 직접 기사를 취재하여 작성한 것처럼 몇 차례에 걸쳐 무단 전재하면서 출처를 표시하지 않아 ‘공정한 관행에 합치’ 되지 않는다.” 172)고 보았다.

인용의 목적과 방법이 저작자의 경제적·인격적 이익을 지나치게 희생시키지 않으면서 문화발전과 공공복리에 기여할 수 있어야 하며, 저작물의 인용 행위가 신의성실하고 합리적인 방식으로 행해져야 한다.¹⁷³⁾ 따라서 “일반 공중의 관념으로 볼 때 원저작물의 가치를 침해한다거나 대체한다고 느껴지거나, 원저작물의 시장가치에 악영향을 끼쳐 시장수요를 대체할 정도에 이르렀다고 볼 여지가 없고, 오히려 이 사건 저작물의 인지도를 높이는 방향으로 기여한다고 볼 수 있다면 저작물을 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것이다.” 174) 반면 “저작물 이용의 성격이 상업적·영리적이고, 인터넷 홈페이지를 통해 유료로 이 사건 프로그램을 방송하면서 인용에 대한 원고의 동의를 받는 것이 어렵지 아니하였던 정황은 제28조의 공정이용이 인정되지 않는다.” 175)

170) 서울민사지법 1994.4.18. 고지94카합2872 판결.

171) 대법원 2006.9.14. 선고2004도5350 판결. (연합뉴스 v. 경상매일 사건)

172) 위의 판례.

173) 위의 판결. (대법원 1997.11.25. 선고 97도2227 판결)

174) 서울남부지법 2010.2.18. 선고 2009 가합18800 판결.

5. 출처의 명시

제28조에 의해 저작물을 인용할 시에는 저작권법 제37조에 따라서 출처 명시 의무가 있다. 저작자의 실명 또는 이명이 표시된 저작물을 이용할 때 그 실명 또는 이름을 명시하여야 하는데, 텔레비전 뉴스 프로그램에서는 일일이 출처를 밝히는 것이 현실적으로 어려울 수 있으므로 프로그램 말미의 엔딩 크레딧에 포함시키는 방식¹⁷⁶⁾으로 이를 대신할 수 있다. 그러나 아직까지도 방송 현실에서는 출처 명시가 잘 지켜지지 않고 있다. 심지어 기자윤리강령¹⁷⁷⁾, KBS¹⁷⁸⁾, SBS¹⁷⁹⁾, MBC¹⁸⁰⁾ 각 방송사 윤리강령을 살펴봐도 저작물 이용 시 출처의 명시에 대한 명확한 고지가 부족하다.

이러한 점은 미국 언론사들과 특히 대조되는데, 먼저 “미국 워싱턴포스트는 표절을 저널리즘의 용서할 수 없는 최악 중의 하나로 규정하여 다른 신문사나 매체의 보도를 사용할 경우 완전한 인용을 하고 출처를 명시하도록 했으며, 뉴욕타임스도 풀기자¹⁸¹⁾로부터 공급받은 기사까지 풀기자 공급이라는 점을 명시하고 계약사인 AP 등 통신사의 보도 역시 출처를 밝히도록 규정하고 있었다. 또한 AP는 보도자료를 그대로 보도하는 것을 금지하고, 내용을 확인하고 보충해 재구성해야 한다고 윤리강령에서 규정하고 있다.”¹⁸²⁾

저작물 이용계약을 맺었다고 하더라도 일명 크레딧 명기라고 하는 출처

175) 서울남부지법 2008.6.5.선고 2007가합18479 판결.

176) 김기태, 『저널리즘과 저작권』, 이체, 2011, 148쪽.

177) http://www.journalist.or.kr/news/section4.html?p_num=4

178) <http://www.kbs.co.kr/openkbs/organization/sub10.html>

179) <http://ethics.sbs.co.kr/moral.html>

180) <http://withmbc.imbc.com/clean/criteria/index.html>

181) 풀기자단이란 줄여서 풀단, 풀기자라고도 하는데 공동취재를 위해 각 언론사에서 기자를 몇 명씩 추려서 만든 공동기자단을 뜻한다.

182) 남재일, 『한국 언론윤리 현황과 과제』, 한국언론재단, 커뮤니케이션북스, 2006, 39~40쪽.

처 명시의 의무가 여전히 존재한다. 연합뉴스는 “계약사 3곳이 연합뉴스 기사를 크레딧 없이 사용하고 중앙일보 등 계약사 자체 제휴사들에게 자사 기사인 것처럼 공급해 왔다” 며 연합뉴스와 계약사 사이에 체결하는 뉴스공급계약 상의 ‘출처의 명시 의무’ 와 ‘제3자 무단제공 금지’ 조항을 명백히 어겼음을 밝히기도 했다.¹⁸³⁾ 그러나 최근 한국 신문은 통신사나 프리랜서에게 제공받은 사진·기사 밑에 저작물의 크레딧을 명기하는 것을 공고히 하고 이를 지켜오려는 노력을 해나가고 있다. 이러한 내용을 담고 있는 것이 신문윤리실천요강에도 나와 있다.

<신문윤리실천요강 제8조 출판물의 전제와 인용>

언론사와 언론인은 신문, 통신, 잡지 등 기타 정기간행물, 저작권 있는 출판물, 사진, 그림, 음악, 기타 시청각물의 내용을 표절해서는 안되며 내용을 전제 또는 인용할 때에는 그 출처를 밝혀야 한다. ①(통신기사의 출처명시) 언론사와 언론인은 통신기사를 자사 기사와 구별하여 출처를 밝혀 사용하여야 하며 사소한 내용을 변경하여 자사 기사로 바뀌서는 안된다. ②(타언론사 보도 등의 표절금지) 언론사와 기사는 타언론사의 보도와 논평을 표절해서는 안되며 출처를 명시하지 않고 실체적 내용을 인용해서는 안된다. 복수의 매체나 웹사이트 등을 통해 공개된 정보는 예외로 하며, 출처가 여럿일 경우 이를 포괄적으로 명시할 수 있다. ③(타출판물의 표절금지) 언론사와 언론인은 타인의 저작권을 침해해서는 안되며 저작자의 동의 아래 인용할 경우 그 출처를 밝혀야 한다. ④(사진 및 기타 시청각물의 저작권보호) 언론사와 언론인은 개인이나 단체의 사진, 그림, 음악, 기타 시청각물의 저작권을 보호해야 하며 보도나 평론에 사용할 경우 그 출처를 밝혀야 한다.

183) <http://www.mediaus.co.kr/news/articleView.html?idxno=34886>, 김수정 기자, 미디어뉴스, 2013.06.11.

신문윤리실천요강의 내용은 사실상 앞서 살펴본 시사보도를 위한 공정이용의 법리와 유사하다. 언론이 보도를 위해 저작물을 사용 할 때에는 법적용 단계까지 나아가지 않고도 도의적으로 문제를 해결할 수 있음을 시사한다. 따라서 이를 위해 방송사 또한 윤리강령의 내용에 저작물 이용과 출처의 명시에 대한 보충적 해석을 담을 필요가 있어 보인다.

IV. 제29조의 비영리성

제29조(영리를 목적으로 하지 아니하는 공연·방송)

① 영리를 목적으로 하지 아니하고 청중이나 관중 또는 제3자로부터 어떤 명목으로든지 반대급부를 받지 아니하는 경우에는 공표된 저작물을 공연 또는 방송할 수 있다. 다만, 실연자에게 통상의 보수를 지급하는 경우에는 그러하지 아니하다.

제29조에서는 영리를 목적으로 하지 아니하고 청중이나 관중 또는 제3자로부터 어떤 명목으로든지 반대급부를 받지 아니하는 경우에 공표된 저작물을 공연 또는 방송할 수 있다고 규정한다.

1. 영리 목적이 아닐 것

공표된 저작물을 공연 또는 방송하는 경우, 공연 또는 방송의 목적이 영리적 목적에 해당하지 않는다면 저작권법 제28조에서 말하는 인용의 목적에 해당하지 않더라도, 저작권법 제29조에 의하여 허용된다. 단, 영리를 목적으로 하지 않는다는 것은 직접적 영리도모를 목적으로 하지 않는 것만을 말하는 것이다. 방송사가 광고를 통하여 수입을 얻는 것은 ‘영리 목적’이 있는 것으로 보아야 한다. 따라서 민영방송이나 광고가 붙는 공영방송 프로그램이 저작물을 그대로 이용하여 방송을 한 경우에

는 영리목적이 인정되므로 저작권 침해가 인정된다.

공영방송의 수신료를 놓고는 이견이 있다. 일정량의 수신료에 대하여 그 목적이 방송설비의 유지 보수에 있다고 판단하여 이를 영리적 목적으로 보지 않는 경우가 있지만, 그러하더라도 방송사 자체가 광고비에 의해 운영되고, 고용인인 언론인들이 이를 통해 보수를 지급받는 것으로 볼 때에는 영리적 목적이 있다고 판단될 가능성이 높다. 물론 공영방송이 방송설비를 이용하기 위하여 최소한의 시청료만을 징수하는 것은 영리목적이 없는 것으로 보아야 한다는 의견이 설득력이 있어 보인다. 그러나 공영방송의 공영성에 대해 비판적인 목소리가 지속적으로 제기되어 방송의 영리성 여부를 달리 해석할 수 있는 흐름을 막지 못하는 한, 당연히 영리적 목적이 없다고 판단할 근거는 사라지게 된다.

2. 입장료 등 반대급부를 징수하지 않을 것

입장료의 징수가 별도로 없었지만, 일정한 회비를 납부한 회원에 한 정하여 공연에 초청하는 경우에는 그 회비의 일부를 반대급부의 지불로 본다. 반대로 입장료를 징수했지만 수익금 전부를 공익사업에 기부한 경우라 하더라도 이 조항을 적용할 수 없다.

3. 공표된 저작물일 것

저작자는 그의 저작물을 공표하거나 공표하지 않을 것을 결정할 권리를 가진다.¹⁸⁴⁾ 저작물을 공표하는 방법이나 공개 여부에 대한 판단이

184) 저작권법 제11조(공표권) ① 저작자는 그의 저작물을 공표하거나 공표하지 아니할 것을 결정할 권리를 가진다. ② 저작자가 공표되지 아니한 저작물의 저작재산권을 제45조에 따른 양도, 제46조에 따른 이용허락, 제57조에 따른 배타적발행권의 설정 또는 제63조에 따른 출판권의 설정을 한 경우에는 그 상대방에게 저작물의 공표를 동의한 것으로 추정한다. ③ 저작자가 공표되지 아니한 미술저작물·건축저작물 또는 사진저작물(이하 "미술저작물등"이라 한다)의 원본을 양도한 경우에는 그 상대방에게 저작물의 원본의 전시

전적으로 저작자의 권리라는 의미다. 따라서 공표를 원하지 않는 저작자의 미공표 저작물을 언론사가 ‘통상적인 보도행위’ 라는 이유로 허락 없이 공표하게 되면 저작인격권으로서의 공표권 침해가 될 수 있다. 185)

4. 출연자에게 보수를 지급하지 않을 것

출연자에게 통상의 보수를 지급하지 않아야 한다. 출연료, 사례비 등 명목 여하를 불문하고 출연자에게 출연대가를 지급하는 것은 보수 지급으로 보기 때문에 면책되지 않지만, 교통비나 식대 등과 같은 실비 변상의 경우는 그에 상당한 금액을 초과하지 않는 한 면책된다.

5. 출처의 명시 면제

제29조의 경우에 해당하는 경우, 저작권법 제37조 제1항에 따라서 출처를 명시할 필요가 없다.

제2절 포괄적 공정이용 법리 해석

I. 제35조3의 의의

우리나라의 저작권법은 영국이나 독일의 저작권법과 같이 본래 인정되는 저작물의 이용에 대한 권리는 법문에 구체적으로 열거되어 있는 경

방식에 의한 공표를 동의한 것으로 추정한다. ④원저작자의 동의를 얻어 작성된 2차적저작물 또는 편집저작물이 공표된 경우에는 그 원저작물도 공표된 것으로 본다. ⑤ 공표하지 아니한 저작물을 저작자가 제31조의 도서관등에 기증한 경우 별도의 의사를 표시하지 않는 한 기증한 때에 공표에 동의한 것으로 추정한다.

185) 김기태, 『저널리즘과 저작권』, 이채, 2011.

우에 한하여 제한되어야 한다고 보는 것이 통설이다. 제23조 내지 제37조 제한규정을 한정적 열거로 보게 되면 경우에 따라서 저작권의 제한이 필요한 경우에도 저작권이 제한되지 않을 우려가 있다. 저작권의 제한규정을 아무리 세세하게 입법한다고 하더라도 기술적인 발전과 새로운 저작물이 등장하면서 예측할 수 없는 상황이 발생할 수 있기 때문이다. 급격한 디지털 변화와 예측가능성이 낮은 미디어 환경에서 예외 사항을 한정시켜 두기보다는 예외에 대한 일반원칙을 마련함으로써 저작권법을 좀 더 탄력적으로 운용할 필요성을 검토하게 되었다.

이에 우리나라에서는 2011년 12월 2일에 공정이용의 규정을 신설하여, 저작권법 제23조부터 제35조의2와 101조의3부터 5에 이르기까지 개별적 사안에 따라 저작권을 제한해 오던 것을, 제35조의3에서 포괄적으로 규정함으로써 법원이 판단할 수 있는 재량을 열어놓았다. 우리나라가 미국 연방저작권법의 내용 중 권리보호 수준을 높이는 내용을 도입하면서, 한편으로 이용자의 공정이용을 보장하는 규정을 도입하지 않는다면 제도적 균형의 상실을 악화시킬 수 있다는 우려를 잠식시키기 위해 해당 법리가 반영된 것이라는 평가도 있다.¹⁸⁶⁾

II. 제35조의3의 계약가능성 · 시장대체

제35조의 3(저작물의 공정한 이용)

- ① 제23조부터 제35조의 2까지, 제101조의 3부터 제101조의 5까지의 경우 외에 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작권자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우에는 보도·비평·교육·연구 등을 위하여 저작물을 이용할 수 있다.
- ② 저작물 이용 행위가 제1항에 해당하는지를 판단할 때에는 다음 각 호의 사항 등을 고려한다.

186) 이해완, 『저작권법』 제2판 (전면개정판), 박영사, 2012년, 389면.

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 영향 [본조신설 2011.12.2.]

저작물을 상당량 이용하거나 미공표 저작물을 이용하였을 때 본조가 적용되므로, 제35조의3에서는 원저작자의 시장피해 여부를 중점적으로 판단하고 있다. 따라서 시장대체나 계약가능성이 인정된다면 애초에 공정이용이 불리하게 적용된다. 우리나라에서의 공정이용의 법리가 개별적, 포괄적 조항으로 나뉘고 있어서 보다 구체적인 판단기준을 명시할 수 있다.

우리 법원은 최근 제35조의3이 적용된 판례에서 “이 사건 동영상 강의는 서버에 저장되어 일정한 기간 동안 계속적으로 수강생들에게 제공되고, 지역적으로 국한되지도 아니하며, 반복적으로 동영상 강의를 시청할 수도 있다는 점에서 상당한 정도의 계속성과 파급력을 지니고 있는 바, 저작권자의 잠재적 가치가 상당히 훼손될 가능성이 있다.”¹⁸⁷⁾고 하여 계약가능성·시장대체를 강조하였다. 따라서 제35조의3에서 정하고 있는 ‘저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우’에 해당한다고 볼 수 없다”¹⁸⁸⁾고 판시하였다.

1. 개별적 공정이용에 해당하지 않는 경우

가. 제35조의3의 보충적 성격

187) 앞의 판결.

188) 서울중앙지법 2015.2.12, 선고, 2012가합541175, 판결.

저작권법 제35조의3은 조문에서 파악할 수 있듯이 개별적 공정이용 조항에 대한 보충적 성격을 갖는다. 따라서 제35조의3이 입법되었다고 하더라도 시사보도를 위해 저작물을 이용하는 경우, 그 논리적인 판단의 순서는 먼저 저작권법 제26조, 제27조, 제28조, 제29조에 해당하는지를 보고, 해당여부가 없을 때에 제35조의3을 적용해서 판단해야 한다.

나. 제28조와 제35조의3을 구분하는 양·공표

제35조의3이 신설되기 전에는 우리 법원이 제28조의 포용범위를 넘는 사안에 대하여도 제28조를 적용하여 판단을 내려왔다. 그러나 제35조의3의 법리 해석을 통해서 제28조의 적용과 구분되는 기준이 양·공표임을 알 수 있었다. 먼저 제28조에서 포용되는 저작물은 ‘공표된 저작물’에만 해당함을 밝히고 있어서 그 외의 미공표 저작물에 대해서는 제35조의3이 적용됨을 알 수 있다.

그 다음으로 ‘정당한 범위’ 안에서 ‘인용’ 되어야 하기에 분량이 중요한 쟁점이 된다. 제28조의 “정당한 범위에 들기 위해서는 인용하는 저작물이 차지하는 비중이 현저히 적어야하며 주된 내용이 아닌 보조적이고 예시적인 역할로 사용되어야 한다.”¹⁸⁹⁾ 반면 ‘공표된 저작물의 인용이 본문의 3분의 1이상을 차지하는 방대한 분량이라면 정당한 인용의 범위를 넘어 원저작물의 시장수요를 대체할 수 있는 정도라고 판단된다’¹⁹⁰⁾고 하였기에 인용된 분량이 클 경우에는 제35조의3을 적용해서 시장대체 여부를 살펴봄이 타당하다.

(1) 삽입형 인용과 전유형 이용

189) 대법원 1990년 10월 23일 선고 90다카8845 판결.

190) 서울민사지법 1994.4.18. 고지94카합2872 판결.

썸네일 이미지 사건¹⁹¹⁾에서는 저작물을 인용할 때 '삽입형' 뿐 아니라 '전유형' 인용까지 모두 제28조가 적용될 수 있다고 판단하였지만, 제35조의3이 신설됨으로써 그 후 판결¹⁹²⁾에서는 피인용저작물이 인용 저작물과의 관계에서 '부종적 성질'을 가질 때만이 '인용의 정당한 범위'를 충족시켜서 제28조를 적용할 수 있다고 확인하였다. 인용과 이용이 범위해석에 차이가 있는데도 일부 비판에도 불구하고 저작물의 개작 여부까지도 포함하여 제28조를 고려해 온 것은, 공정이용 조문상의 흠을 메우기 위한 부득이한 판단이었다. 제35조의3에 따라 그런 고충의 대부분이 해소되었으므로 앞으로는 제28조의 적용범위를 해석상 좁혀도 무방하다. 하지만 제28조에 관한 종전의 판례들이 무의미하게 되는 것이 아니라 제35조의3 해석 기준으로 준용될 수 있다.¹⁹³⁾ 따라서 제28조가 적용될 수 없는 양태인 '전유형' 이용(利用)이 문제가 될 시에는 제35조의3을 적용하여 해석하는 방향으로 두 법리의 적용범위를 구분한다.

(2) 공표와 미공표

제28조의 법리는 공표된 저작물만 공정이용이 가능하다는 취지로 정립되었다. 우발적인 시사보도의 공정이용에 대해 규정하고 있는 제26조를 제외하고, 제27조와 제29조 또한 저작물이 '공표' 되어야 함이 명시되거나 내포되어 있기 때문에 맥락이 같다. 그러나 신설된 포괄적 공정이용 조항에서는 '공표된'을 삭제함으로써 미공표 저작물까지도 포괄하여 공정이용 조항을 적용할 수 있음을 밝혀두었다.

2. 통상적인 이용방법과 충돌하지 않을 것

191) 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 판결.

192) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2011도5835 판결.

193) 정상조·박준석, 『지식재산법』 제3판, 홍문사, 2013, 455쪽.

저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 않을 것을 전제 조건으로 한다. 미국 저작권법 제107조에는 직접적으로 언급되지 않은 베른협약(Berne Convention) 제9조 제2항¹⁹⁴⁾의 3단계 기준(three-step test)¹⁹⁵⁾을 명시한 것이다. 저작권 관련 국제조약인 베른협약, WCT¹⁹⁶⁾, WPPT¹⁹⁷⁾, TRIPs¹⁹⁸⁾ 네 가지 조약 모두 ‘저작물의 통상적인 이용과 충돌하지 아니할 것’ 이라고 하여 ‘통상적인 이용’ 이라 칭하였으나, 우리나라에서 이를 도입하는 과정에 ‘통상적인 이용방법’ 이라 변형한 것은 흥미롭다. 이에 ‘이용방법’ 이 의미하는 바가 무엇인지에 대한 설명이나 구체적 의미 파악이 필요해 보인다.

‘이용’ 과 ‘이용방법’ 은 해석상 차이가 없다는 것이 통설이나 지금까지는 별다른 논의가 없었다고 하더라도 ‘이용방법’ 을 양도¹⁹⁹⁾와 이

194) 베른협약 제9조 2항 특별한 경우에 있어서 그러한 저작물의 복제를 허락하는 것은 가맹국의 입법에 맡긴다. 다만, 그러한 복제는 저작물의 통상적인 이용과 충돌하지 않아야 하며 저작자의 합법적인 이익을 불리하게 해치지 않아야 한다.

195) 3단계 테스트란 "1 일정한 특별한 경우에, 2 저작물의 통상적인 이용과 저촉되지 않고, 3 권리자의 정당한 이익을 해치지 않아야 한다."는 것이다.

196) WCT 제10조(제한 및 예외) "1 체약국은 저작물의 통상적인 이용을 방해하지 않고, 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 않는 특별한 경우에는 동 조약에 기인하여 문학적 및 예술적 저작물의 저작자에게 부여되는 권리의 제한 또는 예외를 국내법에 규정할 수 있다 2 베른협약을 운영하는 경우에 체약국은 동조약에서 정하는 권리의 제한 또는 예외를 저작물의 통상적인 이용을 방해하지 않고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 않는 특별한 경우로 한정한다."

197) WPPT 제16조(제한 및 예외) "1 체약국은 실연자 및 음반제작자의 보호에 관하여 문학적 및 예술적 저작물의 저작자의 보호에 관하여 국내법에 규정하는 것과 동일한 종류의 제한 또는 예외를 국내법에 규정할 수 있다. 2 체약국은 이 조약에서 정하는 권리의 제한 또는 예외를 실연 또는 음반의 통상적인 이용을 방해하지 않고 실연자 또는 음반 제작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 않는 특별한 경우로 한정한다."

198) WTO/TRIPs 제13조(제한 및 예외) "가맹국은 배타적 권리의 제한 또는 예외를 저작물의 통상적인 이용을 방해하지 않고, 권리자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 않는 특별한 경우로 한정한다."

199) 제45조(저작재산권의 양도) ① 저작재산권은 전부 또는 일부를 양도할 수 있다. ② 저작재산권의 전부를 양도하는 경우에 특약이 없는 때에는 제22조에 따른 2차적저작물을 작성하여 이용할 권리는 포함되지 아니한 것으로

용계약²⁰⁰)으로 해석하는 것이 법규를 보다 명확하게 하는데 도움을 줄 수 있을 것이라고 생각된다. 3단계 기준의 구체적인 의미에 대한 권위 있는 해석²⁰¹)에서도 “저작물의 통상적인 이용(normal exploitation)이란 그 저작물이 일반적으로 지향하고 있는 시장을 말한다.”²⁰²)고 하였다. ‘현재 상당하거나 가시적인 수익을 창출하는 이용 형태에 덧붙여, 일정한 정도의 가능성과 개연성을 가지고(with a certain degree of likelihood and plausibility) 상당히 경제적이거나 실제적인 중요성이 있는 이용의 형태들을 고려하는 것’이다. “권리자가 그 저작물에 대한 권리로부터 통상적으로 경제적 가치를 획득하고 그로부터 상당하거나 가시적인 상업적 이득을 얻고 있는 방법과 경제적으로 경쟁하게 된다면 저작물의 통상적인 이용과 충돌하는 수준에 이르렀다고 본다.”고 하였다.²⁰³) 3단계 테스트의 내용에 대한 다른 설명²⁰⁴)에서도 ‘통상적인 이용과 충돌하지 아닐 것’을 두고, ‘권리자 측이 경제적 이득을 얻는 과정과 경쟁관계에 놓여서는 안 될 것’이라고 해석하였다.²⁰⁵)

저작물을 전유이용 하거나, 미공표 저작물을 이용하여 일반적 인용을

추정한다. 다만, 프로그램의 경우 특약이 없는 한 2차적저작물작성권도 함께 양도된 것으로 추정한다. <개정 2009.4.22.>

200) 제46조(저작물의 이용허락) ① 저작재산권자는 다른 사람에게 그 저작물의 이용을 허락할 수 있다. ②제1항의 규정에 따라 허락을 받은 자는 허락받은 이용 방법 및 조건의 범위 안에서 그 저작물을 이용할 수 있다. ③제1항의 규정에 따른 허락에 의하여 저작물을 이용할 수 있는 권리는 저작재산권자의 동의 없이 제3자에게 이를 양도할 수 없다.

201) 미국의 개정된 저작권법 제110조(5)가 TRIPs 협정의 3단계 검사를 규정한 관련 규정을 위반하였다는 유럽연합의 제소에 대한 2000년의 WTO 패널 보고서.

202) 임원선, 『실무자를 위한 저작권법』 제4판, 한국저작권위원회, 2015.

203) 위의 책.

204) Standing Committee on Copyright and Related Rights, “Study on the Limitations and Exceptions to Copyright and Related Rights for the Purposes of Educational and Research Activities in Latin America and the Caribbean”, Sccr/19/4 (Nineteenth Session in Geneva, December 14 To 18, 2009), p. 30.

205) 박준석, 「한국저작권법 상의 ‘저작권 제한’에 관한 고찰」, 『계간저작권』 100호, 한국저작권위원회, 2012, 128쪽.

넘어서서 경우에만, 본조에 따른다. 둘 중 어느 경우라 하더라도 시장을 대체하는 효과를 가져오게 되므로, 제35조의3에 해당하는 경우에는 본조의 네 가지 요건을 적용하기에 앞서서, 양도나 이용계약의 통상적인 이용 방법이 있는지를 먼저 고려함으로써 계약형성에 충돌하는 경우에는 사실상 공정이용에 불리하다고 이해하는 것이 보다 명확한 기준으로서 작용할 것이다. 시사보도를 위해 공정이용의 법리를 적용할 때 저작물의 양도나 이용허락이 이루어지고 있는 경우, 이를 공정이용에서 배제시키는 것이 상당한 중요성을 갖는다고 생각되는데, 그 이유는 저작물이 이미 해당 시장에서 계약의 체결을 통해 이용되고 있는 경우에는 그것이 저작물의 통상적인 이용 방법에 해당한다고 봄이 타당하고, 그러함에도 불구하고 타인이 원저작자와 양도나 이용계약을 체결하지 않고 무단으로 이용하는 경우에는 고의나 악의를 추정할 수 있기 때문이다. 이때 이용자가 상업적 성격을 갖고 있으면 고의성은 더 강해진다고 볼 수 있는데 기부나 비영리로 운영되는 언론사가 아닌 한 앞선 미국의 수많은 판례에서는 언론사 모두에게 상업성이 인정되었다.

또한 저작물 창작의욕의 고취를 위해 저작권자가 저작권료를 받음으로써 인센티브를 누릴 수 있도록 저작권법이 보호해주어야 할 필요가 있으며, 이는 저작물의 양도 또는 저작물의 이용허락과 같은 저작권 계약을 통해서 이용될 때 활성화될 수 있다. 호주²⁰⁶⁾와 싱가포르,²⁰⁷⁾ 뉴질랜드²⁰⁸⁾에서는 공정이용 판단의 4가지 요건 이외에 ‘저작물이 합리적인 기간 내에 보통 가격으로 구입될 수 있는지 여부’를 추가하는 것을 검토하고 있다. 우리도 제35조의3에 해당하는 전유형 이용이나, 미공표 저작물에 대해서 시장성을 추가적인 판단기준으로 삼을 수 있다.

3. 저작권자의 정당한 이익을 해치지 아니할 것

206) 호주 저작권법 제40조제2항.

207) 싱가포르 저작권법 제35조제2항.

208) 뉴질랜드 저작권법 제43조제3항.

‘저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니할 것’을 그 다음으로 명시하였다. 그러나 이는 사실상 바로 앞의 조건인 ‘통상적인 이용방법과 충돌하지 않을 것’과 동어반복에 가깝다는 비판을 할 수 있다.²⁰⁹⁾ 동시에 공정이용 판단의 네 번째 요건인 잠재적 시장과 가치에 피해를 주지 않아야 함을 이를 통해 우선적으로 강조하고 있다고도 해석할 수 있다. 시장에의 영향을 전반적으로 고려하여 원저작자의 시장을 대체할 만큼인가를 전제함으로써 우리 법리에서 그만큼 저작재산권을 중요하게 고려하고 있음을 알 수 있다.

언론사가 늘어나면서 뉴스통신사 소속 혹은 프리랜서 사진기와 촬영 또는 취재기자가 자연스럽게 늘어났고, 365일 움직이는 언론 시장 또한 점점 증가하고 있다. 갈수록 해외 언론사들과 뉴스통신사에까지 계약 체결이 넓혀져 나가고 있어서 저작권 시장을 장려하고 이를 우선적으로 보호하는 것이 불필요한 논쟁을 사전에 막을 수 있는 유일한 방법이 되었다. 영미권 국가에서는 뉴스보도라고 할지라도 상업적 이익을 추구하는 경향이 높다고 보고 있어서 대부분 저작료 사용에 대한 정당한 값을 지불하고 저작물을 이용하여 뉴스 저작물을 생성해내고 있다.

우리도 디지털 미디어 시대에서 시사보도를 위한 저작물뿐만 아니라 이를 이용한 결과물인 뉴스저작물을 통해서도 수익을 추구하려는 경향이 높아졌다. 신문사에서는 이미 온라인 뉴스서비스를 만들어서 지난 신문에 대해 일정 금액을 지불해야 접근이 가능 하도록 하였고, 방송뉴스는 온라인에서 아직까지 지나간 뉴스를 무료로 공개하고 있지만 그 외 광고를 통해서 꾸준히 간접적 수익을 얻고 있다. 디지털미디어 시대에서는 신문, 방송, 온라인이 구분되지 않고 하나의 언론사가 이를 모두 운영하는 통합체제이기에 저작물 활용의 폭은 점점 더 활발해질 것이다. 해외 시장으로 뉴스저작물을 수출하려는 움직임도 증가하고 있다. 때문에 공

209) 박준석, 「한국저작권법 상의 ‘저작권 제한’에 관한 고찰」, 『계간저작권』 100호, 한국저작권위원회, 2012, 128쪽.

익의 알권리를 위해서 공정이용을 인정하고 있더라도, 저작물을 대량 이용하거나 미공표된 저작물을 이용하는 것은 시장을 대체할 수 있어서 시사보도를 위한 저작물의 이용 목적을 훨씬 넘어서는 것으로, 결과적으로 원저작권자의 저작물에 대한 정당한 권리를 현저히 침해하는 것으로 해석된다.

4. 미국의 네 가지 요건과의 비교

그 다음으로 네 가지 요건을 공정이용 법리의 판단기준으로 하여 보도·비평·교육·연구 등을 위하여 저작물을 이용할 때 저작권 침해를 면책하고 있다. 그런데 이 네 가지 요건은 미국 연방저작권법 제107조에 규정된 공정이용의 판단기준을 사실상 그대로 수용한 것이어서, 개정 저작권 법리를 해석하고 적용함에 있어서 미국 법원에서 이를 실제 사건에 어떻게 적용해 왔는지를 먼저 살펴보았었다. 상업성, 변형성, 시장대체를 사실상의 판단기준으로 두고 있었고, 시사보도를 위한 저작물은 상업성, 사실성, 질적 중요성을 특징으로 갖고 있다고 하였다.

우리나라는 인용의 범위를 넘어서서 저작물을 상당량 이용하거나 미공표 저작물을 이용할 경우에는 35조의3의 공정이용의 법리가 적용된다. 이때 시장침해를 가장 우선적으로 고려해 판단을 내린다고 본조에서 명시하고 있다. 일단 제28조의 '인용'의 범위를 넘어서는 것은 저작물의 본질적인 부분을 상당량 이용한 것으로, 세 번째 요건에 불리하게 작용하여 실질적으로 파악이 가능한 시장침해의 명백한 부분에 해당한다. 미공표 저작물을 이용한 것 역시 두 번째 요건에 불리하게 작용한다. 이는 본조의 '저작물의 통상적인 이용방법'과 충돌하여 '저작자의 정당한 이익'을 부당하게 해치는 경우에 해당하여 네 번째 요건인 시장에도 불리하게 작용한다. 따라서 제35조의3의 공정이용 판단을 내리는 데 있어서 두 번째, 세 번째, 네 번째 요건이 또 한 번 강조됨을 알 수 있다.

제3절 시사보도를 위한 공정이용의 판단기준

I. 상업성 : NHK v. TV조선 사건

뉴스영상의 무단 이용, 공정이용 아닐 것이다(2013)

1. 사실관계²¹⁰⁾

TV조선은 2013년 12월 26일 TV조선 뉴스특보에서 아베 총리의 야스쿠니 신사참배 사실을 전하고 이에 대한 전문가 패널들의 분석을 듣는 과정에서, 아베 총리가 야스쿠니 신사를 참배하는 장면을 담은 NHK 영상을 무단으로 사용했다. TV조선은 NHK의 로고와 자막을 모자이크로 지우고 자사의 로고를 덧씌워 내보냈다. NHK 측은 TV조선이 NHK 영상을 무단으로 중계한 사실을 확인한 뒤 이를 저작권 침해라고 보고, TV조선에 경위를 묻고 항의하는 내용의 공문을 보냈다. TV조선 고위 관계자는 아베의 야스쿠니 신사참배와 같은 국가적 사안에 대해서 당연히 생중계로 해야 한다고 판단을 했기 때문에 보도지시를 내렸고 추후에 무단도용 사실을 알게 된 것이라며 긴급하고 중요한 사안에서는 보도부터 하는 것이 원칙이고, 저작권 위반 문제는 거기에 맞게 대응하면 되는 부차적 문제라고 주장했다.

2. 공정이용의 적용

가. 저작권법 제28조와 제35조의3 해석의 관계

210) <http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=114089>

해당 사건은 시사보도를 위해 공표된 저작물을 인용한 것에 해당하므로 우리나라의 공정이용 법리에 적용하기 위해서는 적용 순서에 따라서 먼저 개별적 공정이용 조항인 저작권법 제28조가 적용된다.

나. 저작권법 제28조의 적용

(1) 공표된 저작물일 것

해당 사건에서 NHK의 ‘아베 총리의 야스쿠니 신사참배’ 영상은 공표된 저작물에 해당한다. 따라서 해당 요건은 공정이용의 판단에 유리하게 작용할 것이다.

(2) 보도를 위한 목적으로 인용할 것

TV조선이 아베의 야스쿠니 신사참배와 같은 국가적 사안에 대해서 당연히 생중계로 해야 한다고 판단하여 해당 저작물을 시사보도를 목적으로 이용하였다. 따라서 해당 요건은 공정이용의 판단에 유리하게 작용할 것이다.

(3) 정당한 범위 안에서

NHK가 저작물을 다른 언론매체에 이용허락 계약을 체결함으로써 판매하고 있었던 정황은 불리하게 작용한다. 그러나 TV조선이 아베의 야스쿠니 신사참배 생중계 영상의 일부를 시사보도를 위하여 필요한 한도 내에서 이용하였기 때문에 공정이용의 판단에 유리하게 작용할 것이다.

(4) 공정한 관행에 합치되게

TV조선은 비영리기업이 아니기 때문에 상업성이 인정되는데, “원고와 피고가 같은 시장에 있을 때 피고의 이용이 상업성을 띠면 공정이용에 불리하게 작용한다.”²¹¹⁾ TV조선은 영상의 출처가 NHK라는 것을 가리고 영상 내용을 크게 변형하지 않은 채, NHK가 이를 생중계 하듯 비슷한 방법으로 보도에 이용하였다. NHK가 보도자료를 판매하는 행위를 하고 있었음에도 TV조선이 상업적으로 이를 이용하였고, 저작물의 내용을 크게 변형하지 않았다. 따라서 상업성이 감소되지 않아서 최종적으로 공정이용의 판단에 불리하게 작용할 것이다.

3. 기타 쟁점이 되는 법리

가. 성명표시권의 침해

제12조 2항에서 “저작물을 이용하는 자는 그 저작자의 특별한 의사 표시가 없는 때에는 저작자가 그의 실명 또는 이명을 표시한 바에 따라 이를 표시하여야 한다.” 고 규정한다. 따라서 피고 언론사들이 원고의 저작물을 이용했을 경우, 설사 이러한 이용이 공정이용에 해당한다고 하더라도 저작인격권인 성명표시권은 이와 별개로 보호되어야 하기에, 저작자가 그의 실명 또는 이명을 표시한 바에 따라 이를 표시하여야 한다. TV조선이 NHK의 성명표시권을 고의적으로 침해하였기 때문에 성명표시권의 침해에 해당한다고 볼 수 있다.

나. 출처의 명시 침해

37조 출처의 명시 규정에 따라 저작물을 이용하는 자는 그 출처를 명시해야 하며 이를 위반 시 500만 원 이하의 벌금에 처할 수 있다.

211) Los Angeles News Service v. KCAL-TV Channel 9, 108 F.3d 1119 (1997)

TV조선은 NHK와 이용계약을 체결하지 않은 채, 중계 영상을 무단이용 하면서 출처를 명시하지 않았다. 오히려 NHK의 로고와 자막을 모자이크로 지우고 TV조선 로고를 덧씌워 내보냈기 때문에 고의와 악의가 추정된다.

II. 변형성 : 주권방송 v. 채널A의 3사²¹²⁾사건²¹³⁾

뉴스영상의 무단 이용, 공정이용에 해당 할 것이다(2013)

1. 사실관계

황선 희망정치연구포럼 대표와 신은미씨의 문화콘서트 및 폭탄테러를 인터넷 매체 주권방송이 단독으로 촬영하여 방송하였고, 주권방송의 영상을 채널A와 TV조선 등이 무단 이용하여 방송하였다. 주권방송이 집계한 방송사들의 황선, 신은미 영상 이용 현황을 보면, 연합뉴스TV 31건, MBN 11건, KBS 8건, 채널A 34건, MBC 13건, YTN 12건, TV조선 42건 등이다. 2015년 1월 6일 주권방송은 채널A와 TV조선을 상대로 종북콘서트 영상 사용과 관련해 ‘저작권침해 게시물 삭제 및 게시금지가처분 신청’을 냈고 본안소송에도 들어갈 것이라고 입장을 밝혔다. 고소 대상자에 저작물을 무단 도용한 프로그램 제작자들 까지도 모두 포함되었다.

그 외에도 주권방송에서는 채널A 대표와 담당 영상제작PD를 저작권법 위반 혐의로 서울중앙지검에 고소했는데, 2014년 12월 18일 채널A에서 방송된 <박정훈의 뉴스 TOP10>과 22일 <논설주간 세상보기>(75회)에서 인천아시안게임 입국 장면(9월 16일)이 문제되었다. 이

212) 채널A외의 3사에는 TV조선, 연합뉴스TV, MBN이 포함된다.

213) <http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=120970>,
<http://www.615tv.net/?p=128>

영상은 인터넷 주권방송이 9월 17일 ‘인천아시안게임 북측 선수단 본진 입국’ 이라는 보도영상의 한 대목으로 채널A가 이를 이용하면서 ‘출처-주권방송’ 이라고 출처 표기는 했으나, 황선씨의 남편 윤기진씨의 음성을 덧입혀 문제가 되었다. 윤기진씨가 마치 당일 입국장에서 “박근혜 때문에 죄송합니다, 걱정마십시오, 통일합니다, 박근혜 좋아하는 국민 하나도 없습니다, 박근혜는 저희가 알아서 하겠습니다” 라고 외친 것처럼 육성과 자막을 해당 영상에 입혀서 함께 방송한 것이다. 주권방송 본래 영상엔 이런 목소리와 윤씨 모두 나오지 않는다. 주권방송은 본래 영상은 북한 선수단의 입국 및 환영 장면인데, 채널A가 박 대통령을 비판하는 목소리를 입힘으로써 저작물의 동일성을 훼손하고, 회사가 오명을 얻게 돼 명예가 훼손됐다고 비판했다.

2. 공정이용의 적용

가. 저작권법 제28조와 제35조의3 해석의 관계

해당 사건은 시사보도를 위해 공표된 저작물의 일부를 ‘인용’ 한 것에 해당하므로 우리나라 법리의 공정이용 적용 순서에 따라서 개별적 공정이용 조항인 저작권법 제28조가 적용된다.

나. 저작권법 제28조의 적용

(1) 공표된 저작물일 것

해당 사건에서 주권방송의 영상저작물은 주권방송의 인터넷 방송을 통해 공표되었다. 따라서 해당 요건은 공정이용의 판단에 유리하게 작용할 것이다.

(2) 보도를 위한 목적일 것

정확한 시사보도를 위해 해당 저작물을 인용했다고 인정된다. 따라서 해당 요건은 공정이용의 판단에 유리하게 작용할 것이다.

(3) 정당한 범위 안에서

채널A는 적게는 4초에서 많게는 4분 정도를 신은미씨와 황선씨가 문화콘서트에서 어떤 발언과 행동을 했는지 명시하기 위해 저작물을 참고 자료로 사용했다. 비평 목적을 달성하기 위하여 필요한 한도 내에서 이용하였기 때문에 공정이용의 판단에 유리하게 작용할 것이다.

(4) 공정한 관행에 합치되게 (상업성, 변형성)

채널A가 영리기관이기 때문에 상업성이 인정되나, 채널A가 저작물을 이용함에 있어서 대부분 주권방송의 출처를 표시해서 내보냈고, 방송사 나름의 해석과 비평을 덧붙였기 때문에 변형성이 인정된다. 2014년도 미국 판결에서는 변형성의 정도가 클 때 상업성이 덜 중요하게 판단된다고 하였다.²¹⁴⁾ 따라서 첫 번째 요건은 공정이용의 판단에 유리하게 작용할 것이다.

3. 기타 쟁점이 되는 법리

가. 동일성유지권 침해

주권방송은 고소장에서 “우리 저작물에 목소리를 입히는 방식으로 저작물의 동일성과 우리 방송의 저작인격권을 침해했다” 고 주장했다.

214) Katz v. Chevaldina, 2014 WL 2815496 (S.D. Fla. June 17, 2014)

주권방송의 원저작물은 북한 선수단의 입국 및 환영 장면을 담은 영상저작물인데, 채널A는 이 영상을 이용하면서 출처 ‘주권방송’ 을 표시하였고, 동시에 황선씨의 남편 윤기진씨의 목소리를 덧입혔다. 윤기진씨가 9월 17일 북한선수단 입국 현장에 있지 않았음에도 원저작물에 개작, 변경을 가함으로써 마치 현장에서 박근혜 대통령을 비판한 것으로 오인하게 만든 것이다. 원저작물에 육성과 자막을 입혀 함께 방송한 것은 저작권인격권에 해당하는 동일성유지권을 침해한 것이라고 판단된다.

나. 명예 훼손

채널A가 주권방송의 영상에 박근혜 대통령을 비판하는 목소리를 입힘으로써, 마치 박근혜 대통령을 비판하는 영상을 제작·게시한 인터넷 방송이라는 오명을 얻게 돼 명예가 훼손됐다고 주권방송측이 주장하고 있다. 채널A가 저작물의 동일성유지권을 침해함으로써 저작권자의 명예를 훼손하였다고 추정할 수는 있지만, 이 정도로 주권방송사의 명예가 훼손되었다고 판단하기에는 입증이 부족하다고 생각된다.

Ⅲ. 시장대체 : 경향신문 v. JTBC 사건²¹⁵⁾

미공표 녹취록 무단 이용, 공정이용 아닐 것이다(2014)

1. 사실관계

경향신문은 고 성완중 경남기업 회장과 전화 인터뷰를 했고, 관련 사안을 취재하여 연속 기사화 해왔다. 검찰에 수사협조 차원에서 전화 인터뷰 녹음파일을 넘겨주고, 유족의 동의를 얻어 전문을 16일 녹취록 형

215) <http://www.journalist.or.kr/news/article.html?no=36325>

식으로 신문에 공개하겠다고 예고했다. 경향신문은 성완중 전화 인터뷰 녹음파일을 검찰에 제출하기 전, 원본 녹음파일의 보안 강화 작업을 도와주겠다고 디지털 포렌식 전문가 김인성씨가 자진 참여하였고, 이에 경향신문측은 녹음파일이 담긴 전화기를 맡겼다. 김씨는 검찰에서 작업을 마치고 나온 뒤 JTBC에게 해당 녹취를 넘겨주면서 경향신문 보도 후에 활용하라는 약속을 받았다.

그러나 경향신문이 16일 신문 공고를 예고한 바로 전날 저녁, JTBC는 방송을 단행했다. 성 전 회장의 유족과 경향신문 보도국장이 JTBC에 전화를 걸어서 방송 중단을 요청했지만, JTBC는 자사 메인 뉴스프로그램인 뉴스룸의 2부에서 성 전 회장의 인터뷰 녹음파일을 그대로 내보냈다. 경향신문이 녹음파일 전문을 공개하기 9시간을 앞둔 시점이었다. 유족과 경향신문은 jtbc와 녹음파일을 무단으로 유출한 김씨에 대해 법적 대응을 하겠다고 밝혔다.

방송 다음 날, JTBC 보도국 사장이자 앵커인 손석희씨는 클로징 멘트에서 녹음파일 방송 강행에 대해 "녹취록 파일이 검찰로 넘어간 이상 공적 대상물이라 판단했고, 편집 없이 진술 흐름에 따라 공개하는 것이 공익에 부합하는 것이라고 봤다", "경향신문이 전문을 공개하는 것도 바로 그 때문이라고 생각했고 육성이 갖고 있는 현장성에 의해 시청자가 사실을 넘어 진실에 가까이 갈 수 있다고 믿었다"고 입장을 표명했다. 녹음파일을 JTBC에 건넨 디지털 포렌식 전문가 김인성 소장도 사과문을 발표했다.

2. 공정이용의 적용

가. 저작권법 제28조와 제35조의3 해석의 관계

경향신문 v. JTBC 사건에서 문제시 된 저작물은 공표되지 않은 녹취록에 해당한다. 따라서 우리나라의 개별적 공정이용 조항인 저작권법 제

28조의 ‘공표된 저작물일 것’의 전제조건을 충족시키지 못해서 해당 법리의 범위를 벗어난다. 또한 해당 저작물은 전체를 이용한 전유형 이용에 해당하기 때문에 제28조의 ‘인용’ 범위 역시 넘어서게 되어 당해 법리를 충족시키지 못한다. 이 역시 제35조의3에 대입하여 공정이용의 판단을 고려함이 당연하다.

나. 통상적인 이용방법 · 저작권자의 정당한 이익

불법적인 경로로 미공표 저작물을 입수한 점, 무단으로 이용한 점, 유족의 반대에도 무릅쓰고 저작물을 이용한 점 등의 쟁점을 모두 고려할 수 있다고 판단된다. 위의 3가지 쟁점에 의해서 JTBC의 저작물의 이용방법은 통상적이지 않다고 보아야 함이 타당하고, 따라서 제35조의3에서 네 가지 요건에 대입해 보기 이전에 해당 전제조건에 충돌되어 바로 공정이용에 불리하게 적용될 수 있다고 판단된다.

다. 네 가지 요건의 적용

(1) 이용의 목적 및 성격

해당 사건에서 경향신문의 ‘성완종 전 경남기업 회장 단독 인터뷰’ 녹음파일을 JTBC가 이용한 것에 대해 변형성이 크다고 볼 수 없다. 사실상 경향신문에서 사실관계를 밝혀 전문을 실었기 때문이고, 그렇기 때문에 JTBC가 고인의 육성을 내보낸 것만으로는 중요한 추가 정보를 제공한다고 보이지 않는다. 저작물 이용의 상업성에 대해서는 종편 방송사의 시청률 경쟁 문제에서 기인한 것이라는 가능성을 배제하기 어렵다.

사실 이미 경향신문은 15일 녹취 파일을 검찰에 증거로 제출했고, 다음날 16일 인터뷰 전문을 신문지면에 공개하겠다고 미리 밝힌 상태였다. 저작물을 건넨 김씨도 경향신문 보도 후 보도라는 전제조건을 달았

었다. 따라서 이에 앞서 보도한 JTBC의 행위는 저작물의 절도행위로 판단될 가능성이 크다. JTBC가 녹음파일을 신문지면이 아닌, 방송을 통해서 생생하게 전달하고 싶은 순수한 의도였다면, 불법적인 유통경로를 통해서가 아니라 당연히 경향신문에게 이용허락을 얻었어야 했다. 또한 경향신문이 최초발행하기 전에 JTBC가 해당 저작물을 서둘러서 발행하였던 경위는 고의나 악의 등 주관적 요소의 판단 기준이 될 수 있다.

미공표 저작물이 문제된 Harper & Row Publishers 사건에서 O'Connor 미연방대법관은 포드 대통령이 퇴임 후 원고와 회고록에 대한 독점 계약을 체결하였고, 원고가 그 중 일부를 발췌하여 타임지에 권리를 양도하였는데, 타임지가 보도하기 전에 피고 잡지사가 이를 입수하여 ‘닉슨 탄핵에 관한 포드 회고록’을 보도한 사안에 대해 “잡지발행이 비영리가 아닌 영리적이었다는 점은 공정이용 판단에 부정적인 요인이고, 특히 미공표 저작물을 이용한 점에 대해서 “Nation이 앞으로 나올 책과 타임지 기사를 앞지르려는 의도와, 저작권자가 가지고 있는 상업적으로 가치 있는 최초발행권을 탈취하려는 의도를 가지고 있었다고 보인다고 판시한 바 있다²¹⁶⁾고 하였다. 이를 통해서 원저작자의 시장을 저작물 이용자가 대체할 수 있기 때문인데, 특히 제35조의3에 해당되는 미공표 저작물이나 상당량의 저작물 이용이 문제될 경우에는 시장대체의 여부와 상당히 밀접한 관련을 갖고 있어서 절대적 판단기준이 된다고 볼 수 있다.

따라서 경향신문이 녹음파일을 갖고 있음에도 숨기고 있을 때 JTBC가 무단으로 이용하여 공개한 경우에 해당되어야 미공표 저작물의 최초발행권 상업성 여부가 중요하지 않게 판단 될 수 있는 것이지, 그렇지 않고서는 공정이용에 불리하다고 해석된다. 따라서 첫 번째 요건은 공정이용의 판단에 불리하게 작용할 것이다.

216) Harper & Row v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985)

(2) 저작물의 성격

해당 사건에서 경향신문의 ‘성완중 전 경남기업 회장 단독 인터뷰’ 녹음파일은 사실적 저작물에 해당하나, 공표되기 전의 것으로 “일반적으로 출판되어 알려진 저작물과 달리 아직 출판되지 아니한 상태에서 저작권은 보다 더 강한 보호를 받게 되기 때문에 이런 침해에 공정이용의 법리가 적용되기는 어려울 것이다.”²¹⁷⁾ 저작물이 미발행되었다는 점은 공정이용이라는 항변을 배척함에 있어서 반드시 결정적인 것은 아니지만, 적어도 중요한 요소라고 본다.²¹⁸⁾ 따라서 해당 요건은 공정이용의 판단에 불리하게 작용할 것이다.

(3) 이용된 부분이 차지하는 양과 상당성

JTBC 뉴스룸 2부 전체에서 원저작물 녹취록의 상당량이 공개되었다. 질적으로도 중요성을 띠고 있었기 때문에 양적 질적 중요성 모두 인정되어 공정이용의 판단에 불리하게 작용할 것이다.

(4) 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향

JTBC는 방송 뉴스의 포맷을 갖고 있고 경향신문은 신문 뉴스에 해당하기 때문에 사실상 직접적인 경쟁관계에 있지는 않으나, 양자 모두 언론사에 종사하고 있다는 포괄적인 범위 내에서는 동종업계 종사자로 인식된다. 사실상 15일 녹취록을 공개한 JTBC 뉴스룸 2부는 시청률 4%를 기록했다. 1부 시청률이 2%대 인 것을 감안하면 녹취록 공개로 인해 시청률이 약 2% 포인트 정도 상승했다고 해석될 수 있다. 다양한 미디어 매체들이 포맷을 가리지 않고 경쟁하는 상황에 대입해 볼 때,

217) Harper & Row v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985)

218) 위의 판례.

JTBC가 단순히 특종 보도 자체에 초점을 두어 저작물을 무단으로 이용함으로써 경향신문이 독점할 수 있었던 잠재적 시장을 대체하여 그 가치에 부정적인 영향을 끼쳤다고 해석할 수 있다.

“저작권자의 동의 없이 미공표 저작물 공개를 위한 광범위한 인용을 허락하는 것은 일반적으로 연속물로 처음 연재할 권리가 있는 시장에 실질적이고 잠재적인 피해를 가져온다.”²¹⁹⁾ 따라서 시장대체 판단요건에 불리하게 작용하여 이번 경향신문 사건에서도 해당 요건은 공정이용의 판단에 불리하게 작용할 것이다.

3. 기타 쟁점이 되는 법리

가. 공표권 침해

해당 사안은 공표²²⁰⁾되지 않은 저작물을 도용하여 방송하였기에 당연히 저작인격권인 공표권 침해에 해당된다. 물론 아직 공표되지 않은 저작물일 지라도 국민의 알권리를 위해서 반드시 시사보도를 해야 하는 부분도 있을 터인데, 이때에는 공표되지 않은 저작물을 갖고 있는 자의 의도를 살펴야 한다. 시사보도의 가치가 있고, 국민이 알아야 하는 저작물을 원저작자가 보유하고 있음에도 이를 묵인하려 할 때에 한해서만, 그 이용을 공정이용으로 인정해 줄 필요가 있다. 그 외의 경우에는 공표권의 침해로 간주하는 것이 옳은 해석이라고 생각한다.

물론 이번사건에서처럼 원저작자인 경향신문이 다음날 보도를 하겠다고 공고한 상태에서는 저작권자에게 묵인의 의도가 없었기 때문에 불법적으로 해당 저작물을 무단 도용한 고의의 사실관계는 상업성을 부각시킨다. 따라서 저작물의 공정이용에 해당하지 않는다고 봄이 타당하다.

219) Harper & Row v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985)

220) 제2조의25 "공표"는 저작물을 공연, 공중송신 또는 전시 그 밖의 방법으로 공중에게 공개하는 경우와 저작물을 발행하는 경우를 말한다.

법에서 ‘공표되지 않은 저작물이 국민의 알권리를 위해서 공표되어야 함에도 저작권자에게 공표의 의도가 없었을 때에 한해서 통상적인 이용 방법을 넘어서 공표하더라도 공정이용으로 본다.’ 는 명시가 있다면 해당 부분의 법 적용여부를 좀 더 명확하게 알 수 있을 것으로 생각된다.

나. 사후 인격권 침해

녹취록은 성 전 회장과 경향신문과의 통화 녹음으로, 저작물은 경향신문이 보유하고 있지만 성완중 회장의 유족이 사후 인격권 침해를 주장할 수 있다. 우리나라 판례에 의하면, 특정의 실제인물을 모델로 하여 창작된 소설에서 모델이 된 사람의 명예를 훼손하는 경우에는 명예훼손 또는 인격권침해를 이유로 그 소설의 출판금지를 구할 수 있고 그 모델이 된 사람이 이미 사망한 경우에도 그 유족이 명예훼손 또는 인격권 침해를 이유로 그 금지를 구할 수 있다.²²¹⁾

그러나 저작자의 사후에는 저작자의 명예를 훼손하지 아니하는 공표는 허용된다고 볼 수 있는데 저작자에 해당되는 편지발신인이 우리 사회에 널리 알려져 있는 인물이고 그 저작자의 사후 10여 년이 경과한 후에 동 저작자를 소재로 한 소설에서 편지를 공개한 것은 저작자의 명예를 훼손하는 정도의 저작인격권 침해행위에는 해당되지 않는다고 판시된 바 있다.²²²⁾ 해당 사건에서 故성완중씨는 ‘우리 사회에 널리 알려져 있는 인물’ 에 해당하였고, 사망한지 오랜 시간이 경과하지는 않았으며, 녹취록을 JTBC가 직접 공개한 것이 사의 명예를 훼손하는 정도의 저작인격권 침해행위에 해당하는지의 여부는 아직 명확하지 않기 때문에 저작인격권의 침해에 해당할지 여부에 대해서는 불확실 하다고 판단된다.

221) 서울지방법원 1995.6.23. 선고 94 카합9230 판결.

222) 위 94 카합 9230 판결.

제4절 저작인격권과의 관계

I. 저작인격권의 불가침성

제38조(저작인격권과의 관계)

이 관(제2관 저작재산권의 제한)²²³⁾각 조의 규정은 저작인격권²²⁴⁾에 영향을 미치는 것으로 해석되어서는 아니 된다.

우리나라 저작권법 제38조(저작인격권과의 관계)에서는 이 관 각 조의 규정이 저작인격권에 영향을 미치는 것으로 해석되어서는 아니 된다고 명시함으로써, 저작권법 제23조부터 제37조에서 저작재산권이 제한되는 공정이용에 해당하더라도 그로 인하여 저작자인격권까지 제한되지 않는다는 취지를 규정하고 있다. 즉 공표권(제11조), 성명표시권(제12조), 동일성유지권(제13조)은 어떤 상황에라도 존중되어야 한다는 뜻이다. 이는 우리 저작권법이 독일 등의 대륙법계 저작권법의 영향을 받아서 저작자의 저작재산권(저작권법 제16조 내지 제22조의 규정에 의한 권리)과 별개로 저작인격권(저작권법 제11조 내지 제13조의 규정에 의한 권리)을 규정하고 있어서이다.

II. 저작인격권의 적용

1. 제11조 공표권

223) 제2관 저작재산권의 제한은 제23조부터 제38조까지 해당하는데, 저작재산권을 공정이용 할 수 있는 경우를 규정하고 있다.

224) 제3절 저작인격권으로 제11조에서 제13조까지 저작인격권의 종류를 언급하고 있고 제14조와 제15조에서는 각각 저작인격권의 일신전속권과 공동저작물의 저작인격권에 대해서 규정하고 있다.

제11조(공표권)

① 저작자는 그의 저작물을 공표하거나 공표하지 아니할 것을 결정할 권리를 가진다. ② 저작자가 공표되지 아니한 저작물의 저작재산권을 제45조에 따른 양도, 제46조에 따른 이용허락, 제57조에 따른 배타적발행권의 설정 또는 제63조에 따른 출판권의 설정을 한 경우에는 그 상대방에게 저작물의 공표를 동의한 것으로 추정한다.<개정 2009.4.22., 2011.12.2.> ③ 저작자가 공표되지 아니한 미술저작물·건축저작물 또는 사진저작물(이하 "미술저작물등"이라 한다)의 원본을 양도한 경우에는 그 상대방에게 저작물의 원본의 전시방식에 의한 공표를 동의한 것으로 추정한다. ④ 원저작자의 동의를 얻어 작성된 2차적저작물 또는 편집저작물이 공표된 경우에는 그 원저작물도 공표된 것으로 본다. ⑤ 공표하지 아니한 저작물을 저작자가 제31조의 도서관등에 기증한 경우 별도의 의사를 표시하지 않는 한 기증한 때에 공표에 동의한 것으로 추정한다. <신설 2011.12.2.>

공표권은 저작자가 저작물을 공표하거나 공표하지 아니할 것을 결정할 수 있는 권리이다. 이때 공표는 저작물을 공연, 공중송신 또는 전시 그 밖의 방법으로 공중에게 공개하는 경우와 저작물을 발행하는 경우를 말하고, 또 여기서 발행이란 저작물 또는 음반을 공중의 수요를 충족시키기 위하여 복제·배포하는 것을 말한다.²²⁵⁾ 우리 법리는 저작재산권이 공정이용에 해당하더라도 이 때문에 저작인격권까지 공정이용 되는 것은 아니라고 제38조²²⁶⁾에서 밝히면서 공정이용과 공표를 구분하였다.

제35조의3 공정이용 조항에서는 ‘공표된 저작물’이라는 요건을 삭제함으로써 미공표 저작물까지도 공정이용 판단의 대상이 될 수 있는 가

225) 저작권법 제2조 제24호.

226) 제38조(저작인격권과의 관계) 이 관 각 조의 규정은 저작인격권에 영향을 미치는 것으로 해석되어서는 아니 된다.

능성을 밝혀두었으나, 공정이용에 해당하더라도 공표권이 여전히 침해될 수 있다. 따라서 공표를 원하지 않는 저작자의 미공표 저작물을 언론사가 시사보도를 위한다는 이유로 허락 없이 공표하게 되면 저작인격권의 공표권 침해가 된다. 공표의 여부가 제35조의3 공정이용의 법리의 4가지 요건 중 두 번째 요건에도 해당하기 때문에 저작권 침해의 여부를 가릴 수 있는 중요한 기산점으로도 동시에 작용한다.

미국의 Harper 판결에서도 “미공표(unpublished)가 결정적인 것은 아니지만 공정이용을 부정하는 중요한 요소” 라고 판시하여, 미공표 저작물이 공정이용의 판단에 부정적으로 작용한다고 보았다. 그러나 미공표 저작물에 공정이용이 적용되지 않는다고 판시한 것은 아니다. 그런데 그 후 미국 제2항소법원은 미공표 저작물이기만 하면 그 자체로 공정이용을 부정하는 판결을 내렸고, 이에 의회는 1992년 제107조를 개정하여 ‘저작물이 미공표되었다는 사실이 공정이용의 결정을 방해하지 못한다’ 는 문구를 추가하기에 이르렀다. 대부분 공표된 저작물에 대해서만 공정이용을 인정하는 우리의 경우에는 미공표 저작물에 대해 공정이용의 법리가 적용된다고 해석해서는 안 될 것이다.²²⁷⁾ 우리 법은 오직 ‘부득이하다고 인정되는’ 경우에 저작인격권이 제한될 수 있다고 하였다.

2. 제12조 성명표시권

제12조(성명표시권)

① 저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물에 또는 저작물의 공표 매체에 그의 실명 또는 이명을 표시할 권리를 가진다. ② 저작물을 이용하는 자는 그 저작자의 특별한 의사표시가 없는 때에는 저작자가 그의 실명 또는 이명을 표시한 바에 따라 이를 표시하여야 한다. 다만, 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

227) 송영식·이상정, 저작권법개설 제8판, 세창출판사 2012, 312쪽.

성명표시권이란 저작자가 그의 저작물에 대해 자신이 저작자임을 표시할 수 있는 권리를 말한다. 저작자의 성명 또는 칭호를 변경 표시 또는 은닉하거나 표시된 성명을 고의 또는 과실로 삭제하면 성명표시권의 침해가 된다.²²⁸⁾ 원저작물에 다소의 변경을 가한 것도 동일성이 인식 또는 감지되는 정도이면 복제로 볼 수 있고, 복제물이 타인의 저작물로 공표하면 원저작자의 성명표시권을 침해한 것으로 본다.²²⁹⁾ 저작물의 원작품이나 그 복제물에 저작자 성명 표시가 없으면 발행자 등에게 저작권이 귀속되는 것으로 추정되며, 저작자는 그 저작재산권의 양도 또는 질권의 설정·이전·변경·소멸·처분·제한 등에 있어서 제3자에게 대항하지 못한다. 아울러 저작자는 자기의 저작물임을 확실하게하기 위해 무명 또는 이명의 저작물에 대해 실명 등록의 권리를 갖는다.²³⁰⁾

저널리스트가 다른 사람의 저작물을 인용하거나 외부 기고자의 원고를 게재하는 경우 해당 저작자의 성명을 정확하게 표시해야 하며, 이를 지키지 않는다면 성명표시권 침해를 구성한다. 물론 법에서 저작물의 성질이나 그 이용 목적 및 형태 등에 비추어 성명표시가 곤란한 경우에는 저작자의 성명을 표시하지 아니할 수도 있다고 제12조 2항 단서에서 규정하고 있는데, 이러한 경우는 대표적으로 시사보도를 하는 도중에 의도치 않게 그 과정에서 보이거나 들리는 저작물이 찍히는 경우²³¹⁾를 말한다. 따라서 의도적으로 저작물을 가져다가 쓴 경우에는 예외에 해당하지 않는다. 교육 목적상 필요한 저작물의 게재라고 하더라도 저작자의 성명을 생략하거나 변경해야 할 부득이한 사유가 입증되지 못한다면 성명표시권 침해의 책임을 면하기 어렵다²³²⁾고 판결한 판례를 보았을 때, 성

228) 대법원 1995.10.2. 선고 94마2217 결정(전례:1962.10.29. 선고62마12 결정).

229) 대법원 1989.10.24. 선고 89다카12824 판결.

230) 저작권법 제53조.

231) 제26조(시사보도를 위한 이용) 방송·신문 그 밖의 방법에 의하여 시사보도를 하는 경우에 그 과정에서 보이거나 들리는 저작물은 보도를 위한 정당한 범위 안에서 복제·배포·공연 또는 공중송신 할 수 있다.

명표시를 생략하거나 변경해야 할 부득이한 사유의 입증책임이 주어진다
고 보아야 할 것이다.

우리 저작권법에서 저작인격권에 해당하는 성명표시권과 결과적으로
같은 효과를 가져 오나, 저작인격권은 아니기에 조금 구별이 필요한 법
리로 ‘출처의 명시(제37조)²³³⁾’ 의무가 있다. “한국 저작권 제한조항
들 중 적어도 지금까지 가장 넓게 원용되던 제28조가 가장 운신의 폭을
크게 제약하였던 것으로도 저작권법 제37조²³⁴⁾의 출처명시의무를 꼽을
수 있다.²³⁵⁾” 이것은 성질상 성명표시권에 연결되는 것으로, 제26조,
제29조의 경우에는 출처의 명시 의무가 면제된 반면, 제27조, 제28조,
제35조의3에 해당하여 공정이용 되는 경우에는 출처명시가 반드시 필요
하다.

몇 가지 제한 사유²³⁶⁾를 제외하고는 개별적· 포괄적 공정이용을 망
라하여 저작물을 이용하고자 하는 자가 출처를 명시해야 하며, 저작자의
실명 또는 이명이 표시된 저작물은 그것을 그대로 표시해야 한다고 규정
하고 있다. 규정 법리 자체가 다르기에 효과 또한 다른데, 출처의 명시
의무 위반은 저작인격권의 침해(제136조 제2항 제1호)²³⁷⁾가 아닌, 출

232) 대법원 1989.10.24. 선고 88다카29269 판결.

233) 제37조(출처의 명시) ① 이 관에 따라 저작물을 이용하는 자는 그 출처
를 명시하여야 한다. 다만, 제26조, 제29조부터 제32조까지, 제34조 및 제
35조의2의 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2011.12.2.> ② 출처의 명
시는 저작물의 이용 상황에 따라 합리적이라고 인정되는 방법으로 하여야 하
며, 저작자의 실명 또는 이명이 표시된 저작물인 경우에는 그 실명 또는 이
명을 명시하여야 한다.

234) 제37조(출처의 명시) ① 이 관에 따라 저작물을 이용하는 자는 그 출처
를 명시하여야 한다. 다만, 제26조, 제29조부터 제32조까지, 제34조 및 제
35조의2의 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2011.12.2.> ② 출처의 명
시는 저작물의 이용 상황에 따라 합리적이라고 인정되는 방법으로 하여야 하
며, 저작자의 실명 또는 이명이 표시된 저작물인 경우에는 그 실명 또는 이
명을 명시하여야 한다.

235) 박준석, 「한국저작권법 상의 ‘저작권 제한’ 에 관한 고찰」, 『계간저작
권』 100호, 한국저작권위원회, 2012, 145쪽.

236) 우리 저작권법 제26조, 제29조 내지 제32조까지, 제34조 및 제35조의2
에 해당하는 경우.

237) 제136조 벌칙 ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의

처 명시위반죄(제138조)에 의해 500만원 이하의 벌금형에 해당하는 처벌을 받는다. 그러나 “2010년 내려진 대법원 판결은 성명표시권의 제한사유를 참작하여 위 제37조에 따른 출처 명시도 합리적인 범위 내에서 행하면 족하다는 사실을 분명히 하였다.” 238)

3. 제13조 동일성유지권

제13조(동일성유지권)

① 저작자는 그의 저작물의 내용·형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리를 가진다. ② 저작자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 변경에 대하여는 이의(異議)할 수 없다. 다만, 본질적인 내용의 변경은 그러하지 아니하다.<개정 2009.4.22.> 1. 제25조의 규정에 따라 저작물을 이용하는 경우에 학교교육 목적상 부득이하다고 인정되는 범위 안에서의 표현의 변경 2. 건축물의 증축·개축 그 밖의 변형 3. 특정한 컴퓨터 외에는 이용할 수 없는 프로그램을 다른 컴퓨터에 이용할 수 있도록 하기 위하여 필요한 범위에서의 변경 4. 프로그램을 특정한 컴퓨터에 보다 효과적으로 이용할 수 있도록 하기 위하여 필요한 범위에서의 변경 5. 그 밖에 저작물의 성질이나 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 범위 안에서의 변경

동일성유지권은 저작물의 내용·형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리를 말한다. 즉, 저작물이 저작자가 창작한 본래의 모습대로 활용되도록 할 권리로, 타인이 저작자의 의사에 반하여 마음대로 저작물의 내용

징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다. <개정 2011.12.2.> 1. 저작인격권 또는 실연자의 인격권을 침해하여 저작자 또는 실연자의 명예를 훼손한 자
238) 박준석, 「한국저작권법 상의 ‘저작권 제한’에 관한 고찰」, 『계간저작권』 100호, 한국저작권위원회, 2012, 145쪽.

을 변경하는 것은 저작자의 인격을 훼손하는 것이므로 저작자의 허락을 받아야 한다. 그러나 저작권자의 허락을 받지 않고 저작물을 이용할 수 있도록 규정하는 공정이용의 법리에서는 변형적 이용이 클수록 공정이용에 유리하게 작용한다고 밝히고 있어서, 동일성유지권의 침해가 필연적으로 수반된다. 이러한 점에서 저작인격권에는 공정이용이 적용되지 않는 우리나라 법리의 실효성이 의심받을 가능성이 있다.

교육의 목적으로서 공정이용에 해당하는 경우라도 교과서에 수필을 게재하면서 저작자의 허락 없이 내용에 수정을 가하는 것은 교육 목적상 필요한 수정의 범위를 벗어난 것으로 동일성유지권의 침해라고 판시²³⁹⁾되었고, 극장용 영화를 텔레비전으로 방영하면서 방영시간의 제한 때문에 일부 내용을 삭제·재편집하는 것²⁴⁰⁾도 동일성유지권을 침해하는 것이라 판시된 바 있다. 따라서 언론사가 시사보도를 위해 저작물을 공정이용하는 경우에도 편집권을 내세워 원저작자의 허락 없이 어문 저작물 또는 사진, 영상 및 음악 저작물의 원래 목적·의도와 다르게 내용에 일부 수정을 가하는 것은 동일성유지권 침해에 해당된다.

내용·형식뿐만 아니라 제호도 동일하게 유지되어야 함을 밝히고 있는데, 비록 제호는 사상 또는 감정의 표현이 아니기 때문에 저작물로 보호받을 수 없지만²⁴¹⁾ 상표로서 등록이 허용되어 있다. 그러나 저작물의 제호는 저작물과 결합하여 저작물의 동일성을 표징하기 때문에 저작물의 제호를 함부로 변경하면 저작인격권인 동일성유지권을 침해한 것이 된다. 언론사에서 시사보도를 위해 인터넷상의 공표된 저작물을 사용하면 원저작물의 제호부분을 가리고 방송하는 경우가 종종 있는데, 방송 뉴스에서 이를 위반한 행태가 많이 발견된다. TV화면의 좌, 우 상단에 희미하게 가려진 제호의 흔적을 자료를 통해서도 발견할 수 있다. 시사보도를 위한 목적으로 공정이용법리가 적용된다고 할지라도, 제호의 동

239) 위 88다카29269 판결.

240) 서울고등법원 2001.8.23. 선고 2000나36738 판결.

241) 대법원 1977.7.12. 선고 77다90 판결.

일성유지권은 저작인격권에 해당하여 공정이용과는 별개로 보호된다고 봐야 할 것이다.

물론 저작자의 동의가 있는 경우에는 저작물에 수정 또는 변경을 하더라도 동일성유지권이 침해되었다고 보지 않는다. 따라서 언론에서 해당 영상물의 제호를 가리고 사용하려 한다면 원저작자의 사전 동의를 받아야 한다. 저작물의 제호는 저작물과 결합되어 있는 경우에만 보호대상이 되므로 저작물의 내용이 다르면 동일성유지권의 침해에 해당하지 않는다.²⁴²⁾ 원저작물과의 동일성의 범위를 벗어나 전혀 별개의 저작물을 창작하는 경우에는 비록 그 제호가 동일하다 하더라도 원저작물에 대한 동일성유지권을 침해하는 것으로 볼 수는 없다²⁴³⁾고 우리 법원에서 판시하고 있다.

또한 저작권법은 본질적인 내용의 변경이 아니라면, 동조에서 나열하는 일정한 경우에는 동일성유지권이 제한될 수 있도록 하고 있다. 언뜻 보아서는 법이 저작인격권 중 동일성유지권에 관해서는 제13조 제2항 제1호부터 제5호까지 무려 5가지 제한사유를 제시하고 있어 마치 다양한 사유를 인정하는 것처럼 보이지만 이때도 성질상 ‘부득이하다고 인정되는’ 경우에만 권리제한이 가능할 뿐이므로 제1호부터 제4호는 제5호의 예시에 불과하다. ²⁴⁴⁾

제5절 소 결

우리나라의 시사보도를 위한 공정이용은 먼저 제26조 내지 제29조의 개별적 조항이 적용되어 판단된다.

242) 서울민사지방법원 1991.4.26. 선고 90카98799 판결.

243) 서울민사지방법원 1991.4.26. 선고 90카98799 판결.

244) 박준석, 「한국저작권법 상의 ‘저작권 제한’ 에 관한 고찰」, 『계간저작권』 100호, 한국저작권위원회, 2012, 121~122쪽.

26조의 경우는 시사보도를 하는 현장에서 카메라 앵글이나 마이크에 자연스럽게 노출되는 저작물에 해당하기 때문에, 무작위성을 갖고 있어야 공정이용이 인정된다. 본조의 경우 ‘보이거나 들리는’ 저작물의 요건만 충족된다면 다른 요건들을 따지지 않기에 폭넓은 언론활동의 자유를 보장하는 의미를 갖는다.

27조의 경우에는 시사적인 기사나 논설을 다른 언론기관이 공정이용하기 위해서, 금지 표시가 없어야 인정된다. 그러나 오늘날 대부분의 언론사에서 금지표시를 확인하고 있기 때문에 사실상 유명무실한 조항이라 판단된다.

제28조는 공표된 저작물을 시사보도를 위해 인용할 수 있도록 하고 있다. ‘정당한 범위’ 안에서 ‘인용’ 해야 하기에 해당 법리를 적용할 때 분량이 중요한 쟁점이 되고, 공정한 관행에 합치되는지의 여부는 언론사가 저작물을 변형적으로 이용하였는지, 상업적 목적을 갖는지가 판단요건이 된다. 대부분의 언론사가 존립을 위해 필연적으로 상업성을 띠고 있어서, 본 조에서는 얼마만큼의 분량을 얼마나 변형적으로 이용하였는지 여부가 상업성을 감소시키는 요인으로 작용한다.

제29조는 비영리 공연·방송만이 대상이 될 수 있는데, 방송국이 비영리로 운영되고 해당 방송뉴스의 실연자가 무보수로 임할 때만 공정이용이 인정되므로 적용될 수 있는 범위가 상당히 제약적이다.

제35조의3의 표괄적 공정이용 법리 신설로 제28조의 ‘인용’ 범위를 넘어서서 저작물 상당량을 이용했거나 미공표 저작물을 이용했을 시 ‘제35조의 3’ 이 적용된다. 여기에는 미연방저작권법 제107조의 네 가지 요건이 동일하게 적용되어 있다. 따라서 미국 법원이 상업성·변형성·시장대체를 판단기준으로 두고 있음은 우리 법원 판결에도 상당한 영향을 미친다.

그러나 엄밀히 말해서 미국의 공정이용 법리와 달리 우리나라의 포괄적 공정이용 법리는 개별적 공정이용의 적용 후에 보충적으로 적용되기 때문에, 이미 상당량을 이용하거나 미공표 저작물을 이용했다는 것이 전

제된 사안이라는 점에서 차이를 갖는다. 그러함에도 결국 제28조는 상업성·변형성이, 제35조의3는 계약가능성·시장대체가 각각 판단기준이 됨을 통해서 우리의 법리가 개별적, 포괄적 조항을 모두 갖고 있음으로써 미국의 판단요건을 구분하여 구체적으로 제시하고 있을 뿐, 사실상 동일한 기준을 갖는다고 볼 수 있다.

그러나 사진저작물의 경우에 제28조를 적용할 것인지 제35조의3를 적용할 것인지를 구분한 판례가 아직 없다. 사진저작물의 경우 분량에 대한 판단기준이 구체화될 필요가 있을 것인데, 개인적으로는 사진의 경우 저작물 전체를 이용한 것으로 파악하여 제35조의3을 적용해야 한다고 생각한다. 이는 다수의 미국 판례에서도 살펴보았듯이, 시사보도를 위해 사진 저작물의 일부만을 이용하는 것은 의미가 없어서이다.

우리 판례에서도 “일반 공중의 관념으로 볼 때 이 사건 게시물이 이 사건 저작물의 가치를 침해한다거나 대체한다고 느껴진다거나, 이 사건 게시물이 실제로 피인용저작물인 이 사건 저작물의 시장가치에 악영향을 미치거나 시장수요를 대체할 정도에 이르렀다고 볼 만한 여지가 없고, 오히려 이 사건 저작물의 인지도를 높이는 방향으로 기여한다고 볼 수도 있는 점 등을 종합하여 본다”²⁴⁵⁾라고 하여 시장대체를 판단기준으로 두고 있었다.

저작인격권과의 관계에 있어서는 불확실한 측면이 남아있다. 우리나라는 공정이용과 저작인격권은 별개의 것으로 해석하고 있어서 공정이용의 법리를 적용할 때 몇 가지 문제가 발생한다. 먼저 중첩의 문제로, 시사보도를 위해 저작물의 일부를 인용하거나 전부를 이용하였지만, 저작자의 실명, 이명, 출처, 또는 제호를 밝히지 아니할 경우, 별도의 침해를 구성한다. 성명표시권의 침해, 출처의 명시 의무 위반, 동일성유지권의 침해 중 어떠한 법리를 적용할 수 있는가 하는 쟁점에 대해 법에서는 명확한 논리를 밝히고 있지 않다.

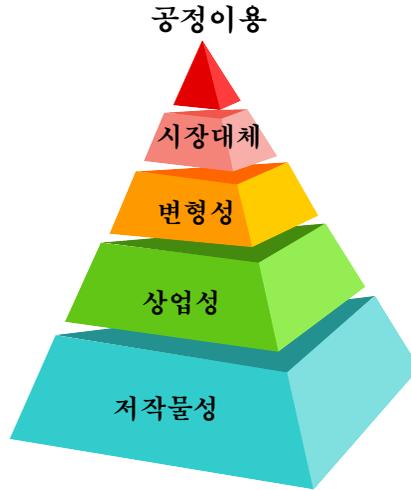
다만 저작물의 일부를 인용하면서 출처를 명시하지 않는 것은 저작물

245) 서울남부지법 2010.2.18.선고 2009 가합18800 판결.

의 공정이용에 따른 출처 명시의 의무위반 행위에만 해당²⁴⁶⁾한다는 논리에 비추어 이를 해석을 할 때 저작물의 일부 인용에는 출처의 명시 의무 위반이, 저작물의 전체를 이용하여 제35조의3 법리가 적용되는 경우에는 성명표시권과 동일성유지권에 해당하는 저작인격권 침해를 구성한다고 해석될 수 있을 뿐이다.

246) 유일상, 『미디어저작권과 퍼블리시티권』, 사회평론, 2010, 210쪽.

제5장 결 론



그동안 우리나라에서 축적된 시사보도를 위한 공정이용의 판례는 단 두 건으로, 모두 어문저작물에 해당하여 다양한 판례를 살펴볼 수 없었다. 사진저작물, 영상저작물에 대한 수요와 소비가 꾸준히 이어지고 있고, 디지털 미디어 시대에 SNS 저작물도 새로운 유형으로 제시되고 있어서, 시사보도를 위한 공정이용의 구체적인 기준 마련이 필요하다.

미국과 영국의 일부 언론사에서는 최근 SNS 저작물을 공공저작물이라고 오인하여 주장하다가 저작권 침해 판결을 받아 수십억대의 손해배상금을 지급하였다. 미국 법원은 SNS 저작물의 자유로운 이용은 그 안에서 이루어질 뿐이지, 다른 목적으로 쓰일 수 없다고 판시하였는데, 이러한 판결은 우리나라의 법리 해석에 있어서도 유용한 기준이 될 수 있다. 개인용 스마트폰이나 디지털 카메라 등 전문적인 영상기기의 보급이 확대되어 개인이 생생한 뉴스 장면을 포착할 수 있게 되었지만, 공익을 위하는 언론의 자유가 저작권자의 사익을 광범위하게 제한하는 것은 아니라는 게 미국, 영국, 독일 국가들의 판단이었다.

미국에서는 상업성·변형성·시장대체의 특징이 판단기준으로 도출되

어 우리나라와 가장 유사한 기준을 갖고 있었다. 영국에서는 시장대체·양적 중요성·변형성·공표가, 독일에서는 공표·양적 중요성·변형성이 각각 판단기준으로 도출되었다. 네 관할권에서 공통적으로 강조되고 있는 기준은 변형성이다. 언론의 자유를 위해서 저작물을 자유롭게 이용하되, 원저작자에게 영향을 끼치지 않기 위해서는 변형적으로 이용해야 한다는 원리가 국가영역을 넘어서서 전 세계적으로 강조되고 있었다.

공익을 강조하며 공정이용을 허용했던 영국의 사례를 통해서, 언론이 시사보도를 위해 불가피하게 저작물을 사용해야 할 수 밖에 없는 상황이라면 우리 법원 또한 같은 이유로 이를 인정해 줄 수 있도록 할 수 있음을 유추할 수 있다. 그러나 저작권자의 권리 또한 침해할 수 없는 기본권이기 때문에 해당 상황에서는 언론의 자유를 최대한 보장하면서도 이익이 조화를 이루게 해야 할 것이다.

이에 기존의 관리 기준을 넘어서서 소셜 네트워크 서비스나 개인 소유 저작물 등 등록되지 않은 저작물까지도 관할하는 저작물 관리 기관의 도입도 필요해 보인다. 물론 이들의 역할은 저작물을 선 이용하고, 추후에 금전적인 보상이나 건당 사용료를 계약하는 독일식 방법으로 이루어 질 수 있을 것이다.

저작물의 이용을 활발하게 장려하면서 동시에 불필요한 저작권 분쟁을 종식시킬 수 있는 기회가 마련될 것을 기대한다. 개인의 재산권과 언론의 자유라는 두 헌법적 가치가 상호 충돌하는 시사보도를 위한 공정이용의 쟁점에서, 이 권리가 비례적으로 가장 잘 조화되고 실현될 수 있는 교점을 지속적으로 찾아가는 것이 우리에게 주어진 과제일 것이다.

참 고 문 헌

【국내문헌】

[단행본]

- 김기태, 『저널리즘과 저작권』, 이채 (2011)
- 남재일, 『한국 언론윤리 현황과 과제』, 한국언론재단, 커뮤니케이션
북스 (2006)
- 류종현, 『방송과 저작권』, 커뮤니케이션북스 (2013)
『온라인 저작권』, 도서출판 한울 (2011)
- 박덕영, 『영국 저작권법』, 저작권심의조정위원회, 2005.
- 송영식·이상정, 『저작권법개설』(제8판), 세창출판사 (2012)
- 양건, 『헌법강의』, 법문사 (2013)
- 오승중, 『저작권법』(제3판), 박영사 (2013)
- 유일상, 『미디어저작권과 퍼블리시터권』, 사회평론 (2010)
- 이상정 외 8인, 『세계의 언론법제』 하권 (통권 제22호), 한국언론재단
(2007)
- 이해완, 『저작권법』(전면개정판), 박영사 (2012)
- 임원선, 『실무자를 위한 저작권법』(제4판), 한국저작권위원회 (2015)
- 정상조·박준석, 『지식재산권법』(제3판), 홍문사 (2013)
- 정인숙·성재호·지성우, 『해외 뉴스저작권 관련 제도 및 판례연구』,
한국언론진흥재단 (2012)
- 지성우·김영우, 『뉴스저작물의 저작권』, 한국언론재단 (2005)

[논문]

- 권세기, 「인터넷에서 저작물의 공정이용」, 『입법정보』 제59호, 국회도서관 입법전자정보실 (2002)
- 남희섭, 「저작권 제도 개혁과 이용자」, 『저작권 정책 연구 보고서』, 한국 인터넷 기업협회 (2015)
- 민경재, 「저작권법상 권리제한 일반규정에 관한 연구」, 전남대학교 박사학위논문 (2011)
- 박준석, 「한국저작권법 상의 ‘저작권 제한’에 관한 고찰」, 『계간저작권』 100호, 한국저작권위원회 (2012)
- 안효질, 「독일 저작권법상 업무상 창작한 컴퓨터 프로그램에 대한 권리관계(상)」, 『계간 저작권』 35호, 한국저작권위원회(1996)
- 이해완, 「저작물의 공정이용에 관한 가이드라인」, 저작권상생협의체 (2010)
- 정상조, 「창작과 표절의 구별기준」, 『法學』 제44권 제1호, 서울대학교 (2003. 3.)
- , 「영국에서의 저작자 - 저작권의 귀속 주체」, 『저작권』 33호, 저작권심의조정위원회 (1996)
- 최호진, 「개정 저작권법 제35조의3(저작물의 공정한 이용)에 따라 공정이용을 판단할 때 발생할 수 있는 문제점에 대한 고찰과 해석론의 제시」, 『계간저작권』 99호, 한국저작권위원회 (2012)
- 한지영, 「유럽에 있어서 공정이용(Fair Use)에 관한 연구-미국, 영국 및 독일의 비교법적 고찰」, 『민사법이론과 실무』 17권 1호, 민사법의 이론과 실무학회 (2013)

【외국문헌】

[단행본]

Haimo Schack, *Urheber-und Urhebervertragsrecht* (Auflage 5),
Mohr Siebeck (2010)

Lionel Bently and Brad Sherman, *Intellectual Property Law*
(fourth edition), oxford(2014)

Robert C. Lind, *Copyright Law* (third Edition), Carolina Academic
Press (2006)

[논문]

Dinusha Mendis, “The Historical Development of Exceptions to
Copyright and Its Application to Copyright Law in the
Twenty-First Century” , EJCL Vol. 7.5 (2003).

Florian Pützberger, “Google and the Thumbnail Dilemma—Fair Use
in German Copyright Law?” , Journal of Law and Policy for the
Information Society Vol. 9:1 (2013)

Holger Postel, “The Fair Use Doctrine in the U.S. American
Copyright Act and similar regulations in the German Law” ,
Chicago-Kent Journal of Intellectual Property (2006)

Lee Ann W. Lockridge, “The Myth of Copyright’s Fair Use
Doctrine as a Protector of Free Speech” , Santa Clara Computer &
High Tech. Law Journal, Vol. 24 (2007)

Leval, Pierre N., “Toward a Fair Use Standard” , Harv. L. Rev.
103 (1990)

Nolan, Jason M., “The Role of Transformative Use: Revisiting the

Fourth Circuit' s Fair Use Opinions in Bouchat v. Baltimore Ravens” , Virginia Journal of Law and Technology, vol.16 no.4 (2011)

Paul Edward Geller, “A German Approach to Fair Use: Test Cases for TRIPs Criteria for Copyright Limitations?” , Journal of the Copyright Society of the U.S.A., Vol. 57 (2010)

Robert Burrell and Allison Coleman, “Copyright Exceptions –The Digital Impact” , Cambridge Uncased Press (2005)

Reese, R. Anthony, “Transformativeness and the Derivative Work Right” , Colum. J.L. & Arts 31 (2008)

Standing Committee on Copyright and Related Rights, “Study on the Limitations and Exceptions to Copyright and Related Rights for the Purposes of Educational and Research Activities in Latin America and the Caribbean” , Sccr/19/4 (Nineteenth Session in Geneva, December 14 To 18, 2009).

半田正夫 `松田政行 生駒正文 (1卷), 《著作権法コンメンタール1》, 東京都 (2009)

【인터넷 검색】 최종 검색일 : 2015.07.07.

정철운(미디어오늘), <http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=114089>

조현호(미디어오늘), <http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?dxno=120970>

김희영(한국기자협회), <http://www.journalist.or.kr/news/article.html?no=36325>

주권방송, <http://www.615tv.net/?p=128>

김수정(미디어뉴스), <http://www.mediaus.co.kr/news/articleView.html?idxno=34886>

윤리강령시행기준(MBC), <http://withmbc.imbc.com/clean/criteria/index.html>.

윤리강령(SBS), <http://ethics.sbs.co.kr/moral.html>

윤리강령(KBS), <http://www.kbs.co.kr/openkbs/organization/sub10.html>

한국기자협회 윤리강령 및 실천요강, http://www.journalist.or.kr/news/section4.html?p_num=4

박경신(한국저작권위원회), <http://www.copyright.or.kr/information-materials/trend/the-copyright/view.do?brdctsno=11717&list.do?pageIndex=1&brdctsstatecode=&brdclasscode=&servicecode=06&nationcode=&searchText=&searchTarget=ALL>

박경신(한국저작권위원회), <http://www.copyright.or.kr/mobile/information-materials/trend/the-copyright/view.do?brdctsno=16742&list.do?pageIndex=1&brdctsstatecode=&brdclasscode=&servicecode=06&nationcode=&searchText=&searchTarget=ALL>

문화체육관광부, http://www.mcst.go.kr/web/s_policy/copyright/netizen/netizen02.jsp

Exceptions to copyright : Fair dealing (영국 저작권법) <https://www.gov.uk/exceptions-to-copyright>

Chris Hamilton(BBC), http://www.bbc.co.uk/blogs/theeditors/2011/08/use_of_photographs_from_social.html

Joseph(REUTERS), <http://www.reuters.com/article/2013/11/22/us-media-copyright-twitter-idUSBRE9AL16F20131122>.

North Jersey Media Group Inc. v. Pirro, (Justia), <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2013cv07153/418553/71/>

Sixto NUNEZ v. Caribbean International News Corp(Havard edu), http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/IP/2000_Nunez.pdf

Los Angeles News Service v. Reuters Television International (Cornell edu), https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/149_F3d_987.htm

Roy Export, ETC. v. Columbia Broadcasting System(Leagle), http://www.leagle.com/decision/19801640503FSupp1137_11488.xml/ROY%20EXPORT,%20ETC.%20v.%20COLUMBIA%20BROADCASTING%20SYSTEM.

Los Angeles News Service Robert Tur v. CBS Broadcasting, Inc. Courtroom Television Network(Court Listener), <https://www.courtlistener.com/opinion/779337/los-angeles-news-service-robert-tur-v-cbs-broadcas/>

LOS ANGELES NEWS SERVICE v. Frank TULLO(Open Jurist) <http://openjurist.org/973/f2d/791>

Andy Mabbett(Twitter), <https://twitter.com/pigsonthewing>

Andy Mabbett(WordPress blog)<http://pigsonthewing.org.uk/bbc-fundamental-misunderstanding-copyright/>

Abstract

COPYRIGHT IN FAIR USE FOR JOURNALISM

- A Study on U.S., U.K., German
and Korean Fair Use -

Oh, Chan-Mi

Graduate School of Law
Seoul National University

Fair Use permits the use of copyrighted works without permission or payment under certain conditions. For this reason, fair use helps to keep copyright from violating the First Amendment: Freedom of Speech. There have been growing numbers of comprehensive studies on how to address the tension between copyright holders and the users, but usually these discussions are not only for the journalism. As fair use for journalism has a distinct characteristics such as commerciality, factuality and importance of quality, this study has induced substantial standards of judgment. By clarifying the meaning of fair use principle, journalists could reduce the risk of copyright infringement. It allows them to stop censoring their journalistic choices.

Firstly, this study identifies twelve cases of Fair use in the U.S. where journalists routinely employ fair use. Normally eight standards are applied, but for journalism, only three standards - Replacing Market, Commerciality and Transformative purpose - are required. Through the analysis on fair use cases, fair use outcome weighed heavily on transformative purpose when it works positively while commerciality works negatively. The final decision of the court could also be concluded only with the factor of replacing market. This study focuses highly on the comparative study between the cases found in U.S. federal court and to those of U.K., Germany, and Korea.

Consecutively, nine cases of fair dealing in U.K. and four cases of German free utilization are also analysed. In U.K., four factors - replacing market, importance of quantity, transformative use, and right to attribution - have been the standards of judgement, and In Germany, three factors - right to attribution, importance of quantity and transformative use - are considered. Right to attribution and importance of quantity are applied in both countries. Public interest takes up significantly in U.K. court, but for german court, right to copyright holder seems more protected with claim for compensation while commerciality does not quitely considered in itself.

In all jurisdictions, transformative factor is what matters most in determining whether such an act is copyright infringement or not. In the U.S., transformative use of copyright work could reduce the commerciality while U.K. equally considers the transformative use and

the amount of the work by asking whether a fair minded and honest person would have dealt with the copyright work. In Germany, separate article about free utilization, which emphasizes transforming intrinsic part of copyright work exists. As a result, the importance of other factors are being lessened by transforming the original work.

In Korea, Article 28 also considers commerciality and transformative use in determining the fair use. Korea is free from the infringement of moral rights only if transformative factor is emphasized, as moral right is not restricted under fair use. If the amount of work used is minimal or published to the public, Article 28 will have precedence, and it actually emphasizes the transformative use. When the amount of work used is huge or unpublished, this article will be applied in the second place. Although applying article twice can be quite cumbersome, that is to say that it pursues freedom of speech strongly. Comprehensive article 35(3) considers factors of possibility of contract and replacing market. Therefore, we may say that Korean fair use is actually suggesting identical standards of judgement from U.S.

Keywords : Korean Fair Use §28-§35(3), U.S. Fair Use §107, Journalism, U.K. Fair dealing · German Fair utilization, Commerciality, Transformative purpose, Replacing Market, Moral Rights

Student Number : 2013-21306