

미국 연방저작권법상 공정이용 판단 요소의 적용 사례 분석

송 재 섭

〈법무법인 세종, 변호사·법학박사〉

● 초 록 ●

이른바 ‘한·미 FTA’ 이행조치의 일환으로 최근 개정된 저작권법은 제35조의3에서 공정이용에 관한 일반적인 규정을 추가하였다. 이에 의하면 저작물 이용 행위가 공정이용에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는 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 영향이라는 4가지 요소를 고려하여야 하는바, 이러한 4가지 요소는 미국 연방저작권법 제107조에 규정된 공정이용의 판단 요소를 사실상 그대로 수용한 것이다. 미국 법원들은 종래 상업적 이용 여부, 원저작물의 발행 여부 또는 원저작물의 이용이 그 시장가치에 미치는 영향을 공정이용 성립 여부 판단의 결정적인 요소로 고려하기도 하였으나, 이후 연방대법원의 판례 변경 및 연방저작권법 개정 등을 거치며 현재는 위 4가지 요소들 중 어느 특정 요소의 중요성을 강조하기보다는 모든 요소들을 종합적으로 고려하여야 한다는 입장으로 정리되었다. 그럼에도 불구하고 실제로는 많은 사례에서 변형적 이용에 해당하는지 여부가 공정이용 여부의 판단에 있어 사실상 결정적인 역할을 수행하고 있는 경향을 보이고 있다. 저작권 보호의 근본 목적이 ‘저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지함’에 있다는 점 등을 고려해 보면, 이와 같이 연방저작권법 제107조의 4가지 요소를 모두를 종합적으로 고려하되 특히 변형적 이용을 중요하게 검토하는 미국 법원들의 태도는 향후 개정 저작권법 제35조의3의 해석·적용에 있어서도 좋은 참고가 될 수 있을 것이다. 이처럼 변형적 이용을 중요하게 검토함으로써 공정이용 판단 요소에 관한 법규정의 불명확성·추상성을 극복하고 개별 사례에서 보다 일관된 판단 기준을 제시할 수 있는 한편, 저작권이 언론·표현의 자유를 제약하는 수단으로 악용되는 것을 방지할 수 있기 때문이다.

■ 주제어 ■ 공정이용, 저작물 이용의 목적 및 성격, 저작물의 종류 및 용도, 이용된 부분의 비중과 중요성, 저작물의 이용이 그 저작물의 시장 또는 가치에 미치는 영향, 상업적 이용, 변형적 이용

목 차	I. 서언 1. 개정 저작권법상 공정이용 규정 2. 연방저작권법상 공정이용의 판단 요소 II. 제1요소 - 저작물 이용의 목적과 성격 1. 상업적 이용 2. 변형적 이용 3. 악의 또는 고의에 의한 이용 4. 합리적이고 관습적인 이용 III. 제2요소 - 원저작물의 성격 1. 발행된 저작물인지 또는 발행되지 않은 저작물인지 2. 창작적 저작물인지 또는 사실적 저작물인지 IV. 제3요소 - 이용된 부분의 양과 중요성 1. 일반 원칙 2. 구체적 사례 3. 제1요소 및 제4요소와의 관계 V. 제4요소 - 원저작물의 잠재적 시장 또는 가치에 미치는 영향 1. 의의 및 중요성 2. 판단 기준 3. 잠재적 시장의 범위 4. 입증책임 VI. 개정 저작권법상 공정이용 판단 요소의 해석 및 적용 기준 VII. 결론
------------	--

※ 투고일자: 2012년 5월 12일, 심사일자: 2012년 6월 10일, 게재확정일자: 2012년 6월 13일

I. 서언

1. 개정 저작권법상 공정이용 규정

국회는 최근 ‘대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정’ (이하 ‘한·미 FTA’라고 한다)체결에 따른 이행조치의 일환으로 저작권법을 개정(2011. 12. 2. 법률 11110호, 이하 ‘개정 저작권법’이라고 한다)하여, 종래 저작권법상 인정되고 있던 저작재산권의 제한 사유¹⁾ 이외에도 다음과 같이 공정이용에 관한 일반적인 규정을 추가하였다.

제35조의3 (저작물의 공정한 이용) ① 제23조부터 제35조의2까지, 제101조의 3부터 제101조의5까지의 경우 외에 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우에는 보도·비평·교육·연구 등을 위하여 저작물을 이용할 수 있다.
 ② 저작물 이용 행위가 제1항에 해당하는지를 판단할 때에는 다음 각 호의 사항 등을

1) 저작권법 제23조 내지 제35조.

고려하여야 한다.

1. 영리성 또는 비영리성 등 이용의 목적 및 성격
2. 저작물의 종류 및 용도
3. 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성
4. 저작물의 이용이 그 저작물의 현재 시장 또는 가치나 잠재적인 시장 또는 가치에 미치는 영향

위 개정 저작권법 규정은 한·미 FTA가 발효됨에 따라 2012. 3. 15.부터 시행되고 있는바, 앞으로 저작물 이용 행위가 공정이용에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는 제2항 제1호 내지 제4호에 열거되어 있는 4가지 요소를 고려하여야 한다.

그런데 이러한 4가지 요소는 미국 연방저작권법(Title 17 of the United States Code, 이하 ‘연방저작권법’이라고 한다) 제107조에 규정된 공정이용의 판단 요소를 사실상 그대로 수용한 것이어서, 개정 저작권법상 공정이용 여부의 판단이 쟁점으로 되는 사례에서 위 개정 저작권법 규정을 해석·적용함에 있어서는 미국 법원들이 연방저작권법 제107조가 규정하는 4가지 요소를 실제 사건에 적용한 선례가 좋은 참고가 될 수 있다. 이 점에서 미국 판례상 공정이용 판단 요소의 해석·적용 기준을 살펴보는 것은 중요한 의미를 가진다.

그럼에도 불구하고 연방저작권법상 공정이용 성립 여부를 판단하기 위한 개별 요소들이 구체적인 사례에서 어떻게 해석·적용되고 있는지에 관하여는 체계적이고 깊이 있는 연구가 활발히 이루어지지 못하고 있는 실정인바,²⁾ 본고에서는 연방저작권법 제107조에 규정되어 있는 공정이용의 판단 요소들이 실제 사례에서 어떻게 해석·적용되고 있는지 검토·분석해 보기로 한다. 이는 앞으로 등장하게 될 공정이용에 관한 다양한 사례들을 해결하기 위한 기준을 제시하는 데에 도움을 줄 수 있을 것이다.

2) 연방저작권법상 공정이용 규정의 일반적인 내용에 관하여는, 이형하, 미국저작권법상의 공정사용, 재판자료 58집 - 외국사법연수논집(9), 대법원 법원행정처(1992), 647-701면 참조. 공정이용 법리의 발달 과정과 최근의 논의 동향 및 미국의 주요 사례 검토를 통한 판단 요소별 비중과 상호관련성 분석에 관하여는, 이규호·서재권, 『공정이용 판단기준 도출을 위한 사례연구』, 한국저작권위원회(2009) 참조.

2. 연방저작권법상 공정이용의 판단 요소

미국의 경우 Folsom 판결이 ‘저작권 침해 여부를 판단함에 있어서는 원저작물 이용의 본질과 목적, 이용된 부분의 양과 가치, 원저작물의 이용으로 인해 원저작물의 판매나 원저작자의 이익에 손해가 발생하거나 또는 원저작물이 대체되는 정도를 고려해야 한다’고 판시하여³⁾ 보통법상 공정이용의 관념을 최초로 인식한 것으로 평가받고 있으며,⁴⁾ 이후 1976년 연방저작권법 개정 당시 Folsom 판결에서 제시되었던 저작권 침해 여부 판단 요소들을 공정이용의 판단 요소로서 명문화하기에 이르렀다. 즉 연방저작권법 제107조는 “배타적 권리에 대한 제한 : 공정이용(Limitations on exclusive rights : Fair use)”이라는 표제 하에, 구체적인 경우에 ‘논평·비판·뉴스 보도·교육·학문·연구 등의 목적을 위하여’ 저작권자의 동의나 허락 없이 원저작물을 이용하는 행위가 공정이용에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 다음 4가지 요소를 고려하도록 규정하고 있다.

- ① 제1요소 : 원저작물 이용의 목적과 성격(the purpose and character of the use)
- ② 제2요소 : 원저작물의 성격(the nature of the copyrighted work)
- ③ 제3요소 : 이용된 부분의 양과 중요성(the amount and substantiality of the portion used)
- ④ 제4요소 : 원저작물의 잠재적 시장 또는 가치에 미치는 영향(the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work)

다만 연방저작권법 제107조는 공정이용 성립 여부의 판단을 위한 4가지 요소를 ‘예시’하고 있을 뿐 ‘한정’하고 있는 것이 아니어서, 미국 법원들은 공정이용의 성립 여부를 판단함에 있어서 제1요소 내지 제4요소 이외에 추가로 다른 요소들을 고려하기도 한다. 예를 들어 피고가 원저작물 이용을 통해 저작권자의 이익을 침해하여 전국적으로 출판업과 연관된 새로운 산업을 창출하였다는 점은 창작적 표현을 보호하고자 하는 저작권법의 목적에 상반되는 결과를 초래한다는 점에서 공정이용의 인정 근거가 될 수 없다고 본 예가 있는가 하면,⁵⁾ 원저작물의 이

3) Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342, 348 (C.C.D. Mass. 1841) (No. 4901).

4) Gorman, Robert A., Copyright Law(2nd ed), Federal Judicial Center(2006), p. 139.

5) Basic Books, Inc. v. Kinko's Graphics Corp., 758 F. Supp. 1522, 1534 (S.D.N.Y. 1991). 이 사건에서 법원은 위와 같은 사정을 제1요소 내지 제4요소와 별개의 요소로 언급하고 있으나, 이는 넓은 의미에서 제1요소 중 상업적 이용이나 제4요소에 포함된다고 볼 여지도 있다고 생각된다.

용이 공중의 이익에 관련되었다는 점⁶⁾이나 패러디가 사회적 비평으로서의 가치를 가진다는 점⁷⁾을 제1요소 내지 제4요소와 별개로 공정이용의 성립에 유리한 요소로 작용한다고 본 예가 있다. 이 외에 연방대법원은 언론과 표현의 자유가 공정이용의 성립 여부를 판단하기 위해 필요한 요소인지 여부를 검토하기도 하였으나, 이를 부정한 바 있다.⁸⁾

한편 공정이용이 문제되는 사례의 다양성은 끝이 없으므로 공정이용 성립 여부를 검토함에 있어서 구체적인 상황을 고려하지 않고 언제나 적용될 수 있는 기준(per se rule)을 세우는 것은 적당하지 않다⁹⁾는 점을 고려하더라도, 위와 같은 4가지 요소는 일반적이고 추상적인 용어로 규정되어 있을 뿐이어서 그 자체만으로는 모호하고 불확실한 측면이 있음을 부인하기 어렵다.¹⁰⁾ 이에 공정이용의 성립 범위를 명확히 하기 위한 차원에서 종래에는 연방저작권법 제107조가 공정이용의 유형으로 예시하고 있는 ‘논평·비판·뉴스 보도·교육·학문·연구 등’과 같이 사회적으로 생산적(productive)인 결과를 가져오는 경우에만 공정이용이 성립할 수 있다는 논의도 있었고,¹¹⁾ 이러한 논의를 실제 사안에 적용한 판결례도 있었다.¹²⁾ 그러나 이후 연방대법원은 원저작물의 이용이 생산적인 결과를 가져오는 경우에만 공정이용이 성립할 수 있고 그 밖에 통상적이거나 비생산적인 결과를 가져오는 원저작물의 이용은 공정이용이 될 수 없다는 식의 이분법적 논의는 연방저작권법 제107조의 규정에 부합하지 않는 잘못된 논의라고 판단하였다.¹³⁾

이러한 연방대법원 판결로 인해 공정이용에 해당하는지 여부의 판단을 위해서는 연방저작권법 제107조가 규정하고 있는 4가지 요소를 종합적으로 해석·적용하는 것이 중요하게 되었는데, 이하에서 항을 바꾸어 위 4가지 요소의 내용에 관해 차례로 살펴보기로 한다.

6) *Mattel Inc. v. Walking Mountain Productions*, 353 F.3d 792, 806 (9th Cir. 2003); *Rosemont Enterprises, Inc. v. Random House, Inc.*, 366 F.2d 303 (2d Cir. 1966); *National Rifle Association of America v. Handgun Control Federation*, 15 F.3d 559, 562 (6th Cir. 1994).

7) *Acuff-Rose Music, Inc. v. Campbell*, 972 F.2d 1429, 1446 (6th Cir. 1992).

8) *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 555-560 (1985).

9) *Bond v. Blum*, 317 F.3d 385, 394 (4th Cir. 2003).

10) Melville B. Nimmer & David Nimmer, 4 Nimmer on Copyright §13.05[A] (2011).

11) Seltzer, Leon E., “Exemptions and Fair Use in Copyright”, Harvard University Press(1978), p. 24.

12) *Universal City Studios v. Sony Corp. of America*, 659 F.2d 963 (9th Cir. 1981); *Pacific & Southern Co. v. Duncan*, 572 F. Supp. 1186 (N.D. Ga. 1983).

13) *Sony Corp. of America v. Universal City Studios*, 464 U.S. 417, 455-56 (1984).

II. 제1요소 - 저작물 이용의 목적과 성격

미국 법원들은 제1요소인 ‘원저작물 이용의 목적과 성격’과 관련하여, 원저작물의 이용이 본질적으로 상업적(commercial in nature)인지 여부, 원저작물의 이용이 변형적(transformative)인지 여부 및 악의(bad faith) 또는 고의(willfulness)에 의한 이용인지 여부를 중요하게 검토하고 있으며,¹⁴⁾ 그 밖에 합리적이고 관습적인(reasonable and customary) 이용인지 여부를 고려하기도 한다.¹⁵⁾

1. 상업적 이용

(1) 의의

미국 법원들은 공정이용 여부가 문제되는 구체적인 사례에서 당해 이용 행위가 상업적인 성격을 띠는 것인지 아니면 비영리적·교육적 목적으로 이루어진 것인지 여부를 고려하고 있다. 상업적 이용인지 또는 비상업적 이용인지를 구별함에 있어 가장 핵심이 되는 것은, 원저작물의 이용자가 그 이용에 대해 통상적인 대가를 지불하지 않은 채 원저작물의 이용으로부터 이익을 얻고 있는지 여부라고 할 수 있다.¹⁶⁾ 이처럼 원저작물 이용의 성격이 상업적인지 여부를 고려하는 이유는, 원저작물의 이용에 대해 아무런 대가를 지급하지 않은 채 그로부터 상당한 이익을 얻는 것은 형평에 어긋난다는 점에 근거하고 있다.¹⁷⁾ 따라서 원저작물의 이용 행위가 상업적인 성격을 가진다는 사실은 그것이 공정이용에 해당한다고 인정하기 어려운 요소로 작용하는 반면, 저작물을 비영리적·교육적 목적으로 이용하였다는 사실은 그와 같은 이용이 공정행위에 해당한다는 점을 뒷받침하게 된다.

종래에는 원저작물의 이용이 상업적인 성격을 가지는 경우에는 공정이용이 성립하지 않는다고 추정될 수 있다고 판시한 것처럼 해석될 수 있는 사례도 있었으나,¹⁸⁾ 이후 연방대법원은

14) Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Supra*(주 10), at §13.05[A][1]; Lind, Robert C., *Copyright Law*(3rd ed.), Carolina Academic Press(2006), p. 198-208.

15) American Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913, 924 (1994).

16) Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, 562 (1985).

17) Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc., 977 F.2d 1510, 1522-23 (9th Cir. 1992); American Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913, 922 (2d Cir. 1994).

Campbell 사건에서 원저작물의 이용이 상업적인 성격을 갖는다는 사실 자체만으로는 공정이용이 성립하지 않는다고 추정할 수 없다는 점을 분명히 한 바 있다.¹⁹⁾ 이는, 연방저작권법 제 107조에 공정이용의 유형으로 예시되어 있는 논평·비판·뉴스 보도·교육·학문·연구 등도 현대 사회에서는 결국 기업의 영리를 위해 행하여지는 것이 보통이므로, 만일 상업적 이용이 공정이용에 해당하지 않는다고 추정하는 경우에는 위와 같은 행위들을 공정이용으로 예시하고 있는 저작권법 규정을 사실상 무력화하는 결과가 되기 때문이라는 점²⁰⁾ 등을 고려한 것이다. 이러한 연방대법원 판결에 따라 원저작물의 이용이 상업적 이용에 해당하는 경우에도 다른 요소들이 공정이용의 성립을 뒷받침하는 경우에는 여전히 공정이용이 인정될 수 있게 되었으며, 최근에는 많은 사례에서 상업적 이용에 해당하는 경우에도 공정이용의 성립을 인정하고 있다.²¹⁾

(2) 상업적 이용의 범위

원저작물을 복제하여 판매함으로써 이익을 얻은 경우²²⁾와 같이 원저작물을 직접 상업적 이용에 제공하는 경우뿐만 아니라, 원저작물을 직접 상업적 이용에 제공하지는 않았더라도 예컨대 영리를 목적으로 연구를 수행하면서 원저작물을 복제하여 이용하는 경우와 같이 원저작물을 이른바 ‘중간적 이용(intermediate use)’에 제공하는 경우²³⁾에도 상업적 이용이 인정될 수 있다. 다만 이처럼 원저작물의 이용을 통해 직접적으로 이익을 얻는 것이 아니라 간접적으로 이익을 얻은 것에 불과한 경우에, 그러한 사정은 (상업적 이용에 해당한다고 하더라도) 상대적으로 공정이용의 성립을 인정하는 데에 유리한 요소로 작용할 수 있다.²⁴⁾

또한 원저작물의 이용자가 그 결과물을 제3자에게 제공하고 이에 대해 대가를 지급받는 것은 상업적 이용에 해당하는 것으로 간주되어 왔다.²⁵⁾ 그러나 원저작물을 이용하여 제작된 영

18) Sony Corp. of America v. Universal City Studios, 464 U.S. 417, 451 (1984); Acuff-Rose Music v. Campbell, 972 F.2d 1429, 1436 (6th Cir. 1992).

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

20) Id.

21) ‘변형적 이용’에 관한 2.라.항 참조.

22) Basic Books, Inc. v. Kinko's Graphics Corp., 758 F. Supp. 1522 (S.D.N.Y. 1991).

23) Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc., 977 F.2d 1510, 1522-23 (9th Cir. 1992); American Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913, 921 (2d Cir. 1994).

24) Sony Computer Entertainment, Inc. v. Connectix Corp., 203 F.3d 596, 607 (9th Cir. 2000); American Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913, 921 (2d Cir. 1994).

상물을 제3자에게 유상으로 판매하였다고 하더라도, 그 대부분이 교육을 위한 목적으로 이루어진 판매이고, 판매를 통해 얻은 이익이 크지 않으며, 판매 수익은 다른 교육 사업에 제공되었다는 등의 사정이 있는 경우에는, 원저작물의 이용이 전체적으로 상업적 이용에 해당하지 않는다고 인정된 사례도 있다.²⁶⁾ 이러한 측면에서 상업적 이용인지 또는 비상업적 이용인지 여부는 ‘이것 아니면 저것’식의 이분법적 문제가 아니라 ‘정도’의 문제라고 할 수 있다.²⁷⁾

아울러 웹사이트 운영자가 광고를 유치하거나 또는 그 밖의 다른 방법으로 이익을 얻으려는 수단으로 많은 수의 방문자를 유인하기 위해 원저작물을 이용하는 행위는 상업적 이용에 해당한다.²⁸⁾ 그 밖에 반복적인 원저작물의 무단복제 행위는 원저작물의 구입에 필요한 비용을 절감하기 위해 이루어지는 것이라는 점에서, 그와 같은 복제의 결과물을 판매에 제공하지 않는 경우에도 상업적 이용에 해당할 수 있다.²⁹⁾ 다만 단순히 원저작물의 이용을 통해 이익을 기대하였다는 사정만으로는 상업적 이용이라고 할 수 없다.³⁰⁾

원저작물 이용의 주체와 관련하여, 원저작물의 이용자가 영리기업이라는 사정만으로 공정이용이 성립하지 않는다고 추정되는 것은 아니다.³¹⁾ 반대로 비영리단체가 교육적 목적으로 원저작물을 이용하였다는 사정만으로 당연히 공정이용이 성립하는 것도 아니다.³²⁾

2. 변형적 이용

(1) 의의

변형적 이용(transformative use)이란, 원저작물을 이용한 결과물이 단순히 원저작물을 대체

25) 예컨대 Video Pipeline, Inc. v. Buena Vista Home Entertainment, Inc., 342 F.3d 191, 198 (3d Cir. 2003). 웹사이트를 통해 저작권자의 영화에 대한 2분 분량의 미리보기를 제공하면서 요금을 지급받는 것은 상업적 이용에 해당한다고 판단한 사례이다.

26) Higgins v. Detroit Educational Television Foundation, 4 F. Supp. 2d 701, 705 (E.D. Mich. 1998).

27) Maxtone-Graham v. Burtchaell, 803 F.2d 1253, 1262 (2d Cir. 1986), cert. denied, 481 U.S. 1059 (1987).

28) UMG Recordings, Inc. v. MP3.com, Inc., 92 F. Supp. 2d 349, 351 (S.D.N.Y. 2000).

29) A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004, 1015 (9th Cir. 2001).

30) Wright v. Warner Books, Inc., 953 F.2d 731, 736-37 (2d Cir. 1991).

31) Kelly v. Arriba Soft Corp., 280 F.3d 934, 940 (9th Cir. 2002); Warner Bros., Inc. v. American Broadcasting Companies, Inc., 523 F. Supp. 611 (S.D.N.Y.), aff'd, 654 F.2d 204 (2d Cir. 1981).

32) Encyclopedia Britannica Educational Corp. v. Crooks, 447 F. Supp. 243 (W.D.N.Y. 1978).

하는 수준을 넘어, 원저작물에서 찾아볼 수 없는 새로운 표현이나 의미 또는 메시지를 추가함으로써 원저작물과는 다른 별개의 목적이나 성격을 갖기에 이르는 것을 의미한다.³³⁾ 비평을 위한 인용이나 원저작자의 성격을 나타내기 위한 인용 또는 원저작물에서 주장되고 있는 내용을 반박하기 위한 요약이 변형적 이용의 전형적인 예이며, 그 밖에 패러디나 상징화(symbolism) 등도 변형적 이용의 한 예라고 할 수 있다.³⁴⁾

이러한 변형적 이용은 원저작물에 새로운 표현이나 메시지를 추가한 것이라는 측면에서, 연방저작권법 제101조에 정의되어 있는 파생저작물(derivative works)³⁵⁾과 유사한 개념으로 이해할 여지가 있다. 이에 대해 양자의 개념을 구별하여 전자는 원저작물과 다른 목적·기능을 가지는 것인 반면 후자는 원저작물과 같은 목적·기능을 가지는 것이라고 이해한 사례가 있는가 하면,³⁶⁾ 이와 달리 파생저작물 역시 원저작물과 다른 기능을 수행할 수도 있다고 보는 사례도 있어,³⁷⁾ 아직까지 그 태도가 일관되어 있지는 않은 것으로 보인다.

저작권 침해 여부의 판단에 있어 원저작물이 그대로 이용되었는지 여부의 문제는 앞서 언급한 Folsom 판결에서부터 그 중요성이 일찌감치 강조되고 있는바,³⁸⁾ ‘과학과 유용한 기술의 발전을 증진시킨다(to promote the progress of science and useful arts)’는 연방저작권법의 목적³⁹⁾은 변형적 이용을 통해 유효적절하게 도모될 수 있을 뿐만 아니라,⁴⁰⁾ 원저작물의 창작적 표현에 새로운 정보, 미감, 통찰, 이해 등을 가미하는 등 원저작물을 소재로 사용함으로써 그

33) Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569, 579 (1994). 연방대법원이 종래 Sony Corp. of America v. Universal City Studios, 464 U.S. 417 (1984) 판결에서 제시한 ‘생산적 이용(productive use)’과 유사한 개념이라고 할 수 있다.

34) Leval, Pierre N., “Toward a Fair Use Standard”, Harvard Law Review, vol.103 no.5(1990), p.1105, 1111.

35) 연방저작권법 제101조는 파생저작물을 번역물, 편곡물, 극화물, 소설화물, 영화화물, 녹음물, 미술복제물, 축약물, 요약물, 기타 저작물을 개작, 변형, 또는 각색한 형태와 같이, 하나 이상의 기존 저작물을 기초로 하여 작성된 저작물(a work based upon one or more pre-existing works, such as a translation, musical arrangement, dramatization, fictionalization, motion picture version, sound recording, art reproduction, abridgment, condensation, or any other form in which a work may be recast, transformed, or adapted)이라 정의하고 있다. 이러한 파생저작물은 우리 저작권법상 ‘2차적 저작물’과 유사한 개념이라고 할 수 있다.

36) Castle Rock Entertainment, Inc. v. Carol Publishing Group, Inc., 150 F.3d 132, 143 (2d Cir. 1998).

37) Blanch v. Koons, 467 F.3d 244, 252 n.2 (2d Cir. 2006).

38) Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342, 344-45 (C.C.D. Mass. 1841) (No. 4901).

39) 미국 연방헌법 제1장 제8절 제8문.

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

것에 새로운 가치를 추가하는 것이야말로 사회 전체의 문화를 풍부하게 할 수 있는 길이라는 관점에서 공정이용이 보호하고자 하는 행위 양태라고 할 수 있으므로,⁴¹⁾ 변형적 이용은 저작권 제한사유로 작동하는 공정이용에 있어 핵심적인 요소라고 할 수 있다. 이는 제2순회항소법원과 제9순회항소법원이 ‘변형적 이용은 제1요소에 있어서 가장 중요하게 고려하여야 할 사항’이라는 취지로 언급⁴²⁾한 데에서도 잘 확인할 수 있다. 이러한 측면에서는 공정이용 여부가 문제된 개별 사안에서 원저작물을 이용한 결과물이 원저작물을 더 많이 변형한 것일수록 상업적 이용 등 다른 요소들의 비중은 더욱 낮아지게 된다고 할 수 있다.⁴³⁾

한편 공정이용의 판단 요소로서 변형적 이용 개념은 상대적으로 비교적 최근에 정립되었음에도 불구하고⁴⁴⁾ Campbell 사건에서 연방대법원에 의해 최초로 수용된 이래⁴⁵⁾ 여러 법원에서 계속적으로 그 중요성이 강조되어 오고 있다. 따라서 변형적 이용의 의미와 내용에 관해서는 보다 자세히 검토해 볼 필요성이 있다고 생각되는바, 이하에서는 미국 판례들 중 변형적 이용에 관한 주요 사례들을 몇 가지 검토해 보고자 한다.

(2) 변형적 이용에 관한 몇 가지 사례들

1) Campbell 사건

랩 음악 그룹인 피고는 원고의 “Oh, Pretty Woman” 가사를 차용하여 “Pretty Woman”을 작곡하였다. 피고는 원고에게 “Oh, Pretty Woman”의 이용허락을 요청하였으나 원고는 이를 거절하였고, 그럼에도 불구하고 피고는 “Pretty Woman”을 수록한 음반을 발매하여 수십만 장을 판매하는 큰 성공을 거두었다. 이 사건에서 연방대법원은, 앞서 언급한 바와 같이 원저작물의 이용이 상업적인 성격을 갖는다는 사실 자체만으로는 공정이용이 성립하지 않는다고 추정할

41) Pierre N. Leval, Supra(주 34).

42) Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd, 448 F.3d 605, 608 (2d Cir. 2006); Elvis Presley Enterprises, Inc. v. Passport Video, 349 F.3d 622, 628 (9th Cir. 2003).

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

44) ‘변형적 이용’이라는 표현을 사용하며 이를 공정이용의 중요한 판단 요소로 고려하여야 한다는 논의는 Pierre N. Leval 판사의 1990년 논문(Supra(주 34))에서 최초로 제시된 것으로 평가되고 있다. Gorman, Eric D., “Appropriate Testing and Resolution: How to Determine Whether Appropriation Art is Transformative “Fair Use” or Merely an Unauthorized Derivative?”, St. Mary’s Law Journal, v.43 no.2(2012). p. 289, 324.

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

수 없다는 점을 밝히는 한편,⁴⁶⁾ 제1요소를 검토하는 주된 목적은 피고의 이용이 원저작물을 대체하는 수준의 것인지 아니면 ‘변형적’ 이용인지 여부를 판단하는 데에 있다고 하면서,⁴⁷⁾ 피고의 음악은 원고의 가사를 패러디하여 남자의 로맨틱한 환상을 섹스에 대한 음탕한 욕구나 아버지로서 짝지어야 하는 책임감으로부터의 해방과 동등한 것으로 치부하고 있고 이는 원저작물에 대한 비평으로서 용인될 수 있는 패러디라고 볼 수 있다는 이유에서 피고의 음악이 변형적 이용에 해당한다고 판단한 후,⁴⁸⁾ 결론적으로 피고의 행위는 공정이용에 해당한다고 보아, 피고의 행위가 상업적이어서 공정이용에 해당하지 않는다는 이유에서 금지명령을 발부한 제6 순회항소법원의 판결⁴⁹⁾을 파기하였다.

2) Castle Rock 사건

피고는 인기 드라마 시리즈 “Seinfeld”의 내용과 관련된 여러 잡다한 지식과 정보를 정리하여 “The Seinfeld Aptitude Test”라는 제목의 잡학사전(trivia book)을 저술하였는데, 위 책에는 드라마에 등장한 여러 캐릭터들에 관한 643개의 퀴즈도 포함되어 있었다. 이에 대해 제2순회 항소법원은, 피고가 저술한 책에는 어떠한 해석(commentary)도 포함되어 있지 않고, 저술의 목적이 원저작물에 대한 비평에 있는 것이 아니라 단지 원저작물을 다른 방법으로 즐기고자 하는 데에 있다는 등의 이유로, 피고의 책이 변형적 이용에 해당하지 않는다고 판단하였다.⁵⁰⁾

3) SunTrust Bank 사건

피고는 유명 소설인 “바람과 함께 사라지다(Gone With the Wind)”의 등장인물들을 소재로 한 “사라져 버린 바람(The Wind Done Gone)”이라는 소설을 출판하였다. 다만 원작 소설의 주인공이 스칼렛 오히라(Scarlett O’Hara)라는 이름의 상류층 아가씨인 반면, 피고 소설의 주인공 시나라(Cynara)는 스칼렛의 이복자매로서 노예계층이라는 점에서 차이가 있었다. 또한 원작 소설이 낭만적인 분위기로 남북전쟁 이전 남부 사회의 이상향을 그리는 한편 노예제도의 문제점을 경시하고 있는데 반해, 피고 소설은 동시대 남부 사회의 낭만적 분위기를 배척하면서 노예제도의 문제점을 강조하고 있었다. 이 사건에서 제11순회항소법원은, 피고 소설이 원작

46) Id. at 584.

47) Id. at 579.

48) Id. at 583.

49) Acuff-Rose Music v. Campbell, 972 F.2d 1429 (6th Cir. 1992).

50) Castle Rock Entertainment, Inc. v. Carol Publishing Group, Inc., 150 F.3d 132, 141-43 (2d Cir. 1998).

소설의 여러 요소들을 새로운 관점에서 재구성함으로써 원작 소설의 ‘신화’를 비판하고 있다는 등의 이유로, 피고 소설은 변형적 이용에 해당한다고 판단하였다.⁵¹⁾

4) Clean Flicks 사건

피고는 원저작물 중 단순히 성, 노출, 신성 모독 및 잔인한 폭력에 관한 장면을 삭제한 편집 필름을 작성하였다. 이에 대해 콜로라도주 지방법원은, 변형적 이용이라고 하기 위해서는 과학과 유용한 기술의 발전을 증진시키기 위해 저작권을 보호한다는 잠재적 목적에 이바지할 수 있을 뿐만 아니라 공중에도 이익이 될 수 있는 창작적 기여가 필요하다는 전제 하에, 단순히 위와 같은 장면을 삭제한 것만으로는 변형적 이용이라고 인정되기에 부족하다고 판단하였다.⁵²⁾

5) Elvis Presley 사건

피고는 엘비스 프레슬리(Elvis Presley)의 일생에 관한 16시간 분량의 비디오 다큐멘터리를 제작·판매하였는데, 여기에 수록된 음악·사진 및 다양한 공연 장면에 대하여 이용허락을 받지 않았다. 이러한 피고의 행위와 관련하여 제9순회항소법원은, 피고의 다큐멘터리가 단순히 엘비스 프레슬리의 일생에 대한 참고자료로서의 역할에만 그치는 것이 아니라, 더 나아가 원고들의 저작권에 의해 보호되는 고유한 엔터테인먼트 기능과 동일한 기능을 수행한다는 이유에서, 피고가 제작·판매하는 다큐멘터리는 변형적 이용에 해당하지 않는다고 판단하였다.⁵³⁾

6) Davis 사건

원고는 안경과 유사하면서도 독특한 형태의 금속제 장신구를 디자인하여 판매하였고, 피고는 자신의 의류 광고에 원고의 장신구를 착용하고 있는 모습의 사진을 사용하였다. 이 사건에서 제2순회항소법원은, 피고는 원고의 디자인이 당초 의도하고 있던 방법대로 사용한 것에 불과하므로 피고의 광고를 변형적 이용이라고 볼 수 없다고 판단하였다.⁵⁴⁾

51) SunTrust Bank v. Houghton Mifflin Co., 268 F.3d 1257, 1269-71 (11th Cir. 2001).

52) Clean Flicks of Colorado, LLP v. Soderbergh, 433 F. Supp. 2d 1236, 1241 (D. Colo. 2006).

53) Elvis Presley Enterprises, Inc. v. Passport Video, 349 F.3d 622, 628-29 (9th Cir. 2003).

54) Davis v. The Gap, Inc., 246 F.3d 152, 174-75 (2d Cir. 2001).

7) Los Angeles News Service 사건

피고는 원고의 뉴스 자료 영상 일부를 다른 자료들과 합성하여 폭행 사건으로 기소된 자의 재판에 관한 프로그램 소개 영상을 제작하였다. 피고의 영상에 대해 제9순회항소법원은, 피고의 영상이 드라마틱한 효과를 위해 편집되었고, 단순한 복제가 아닌 창작의 요소를 포함하고 있으며, 뉴스 전달 이외의 목적을 가지고 있다는 등의 이유로, 그것이 변형적 이용에 해당한다고 판단하였다.⁵⁵⁾

8) Nunez 사건

사진작가인 원고는 1997년도 미스 푸에르토리코 유니버스의 사진을 촬영하였는데, 이 사진은 그녀를 거의 나체 상태로 묘사하고 있다는 점에서 논란이 되었고, 피고는 신문 기사를 통해 이 사건을 소개하면서 원고가 촬영한 사진을 함께 게재하였다. 이에 대해 제1순회항소법원은, 피고가 원고의 사진을 이용한 것은 단순히 독자를 자극하기 위한 목적에서가 아니라 (원래의 목적과 달리) 정보를 제공하기 위한 목적에서 비평의 대상으로 삼은 것이라는 등의 이유로, 피고의 행위가 변형적 이용에 해당한다고 판단하였다.⁵⁶⁾

9) Perfect 10 사건

원고는 인터넷을 통해 누드 사진을 판매하는 사업을 영위하고 있었는데, 일부 웹사이트 운영자들이 원고의 사진을 자신들이 운영하는 웹사이트에 무단으로 게재하였다. 이로 인해 피고의 검색 엔진은 인터넷 이용자들이 원고의 사진을 검색하는 경우 자동적으로 원고 사진의 썸네일 이미지(thumbnail image)를 출력하여 그것이 무단 게재된 웹사이트 주소로 연결시켜 주게 되었다. 피고의 저작권 침해 여부와 관련하여 제9순회항소법원은, 검색 엔진의 썸네일 이미지는 인터넷상의 정보를 검색하기 위한 것이므로 원저작물과 다른 기능을 수행한다는 점에서 고도의 변형적 이용에 해당하고, 나아가 그것이 원고 사진에 연결되어 있다는 사실만으로는 변형적 이용으로서의 성격에 영향을 미칠 수 없다고 판시하였다.⁵⁷⁾

55) Los Angeles News Service v. CBS Broadcasting, Inc., 305 F.3d 924, 939 (9th Cir. 2002).

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

57) Perfect 10, Inc. v. Google, Inc., 508 F.3d 1146, 1164-66 (9th Cir. 2007). 인터넷 검색 엔진에 출력되는 썸네일 이미지는 원본사진의 심미적·예술적 기능과 달리 인터넷상의 접속을 용이하게 하는 기능을 수행하기 때문에 변형적 이용에 해당한다고 판시한 Kelly v. Arriba Soft Corp., 336 F.3d 811, 819 (9th Cir. 2003)도 같은 취지라고 할 수 있다.

10) Calkins 사건

피고는 원고가 촬영한 초상 사진을 자신이 발행하는 “플레이보이(Playboy)” 잡지에 게재하였다. 이에 대해 캘리포니아주 동부지방법원은, 피고 잡지에 게재된 사진은 원본에 비해 크기가 작고 화질이 열악할 뿐만 아니라 독자들에게 정보와 즐거움을 제공한다는 의미에서 원본 사진과 완전히 다른 기능을 수행하므로 변형적 이용에 해당한다고 판단하였다.⁵⁸⁾

11) Lennon 사건

피고는 과학과 종교 사이의 갈등을 소재로 한 다큐멘터리 영화 “Expelled”를 제작하였다. 이 다큐멘터리 중에는 종교에 대한 부정적인 관점을 설파하거나 종교의 사회적 영향력 감소를 주장하는 인터뷰가 포함되어 있었는데, 이후 여러 이미지 영상과 함께 존 레논(Jonh Lennon)의 노래 “이미진(Imagine)” 중 15초 분량이 배경음악으로 흘렀고, 동시에 해당 부분의 가사인 “Nothing to kill or die for / And no religion too”가 자막으로 표시되었다. 피고의 다큐멘터리가 위 노래의 저작권을 침해한 것인지의 여부와 관련하여 뉴욕주 남부지방법원은, 피고의 다큐멘터리에서는 존 레논의 노래를 비평의 목적으로 이용하였으므로 변형적 이용에 해당한다고 결론내렸다.⁵⁹⁾

12) RDR Books 사건

피고는 조앤 케슬린 롤링(J.K. Rowling) 원작의 유명 소설 “해리포터(Harry Potter)”에 등장하는 인물, 사물, 단체, 사건, 장소, 마법약, 주문, 장치 등의 용어를 알파벳순으로 정리한 용어집 (lexicon)을 출간하였다. 피고의 용어집에는 총 2,437개의 용어가 수록되어 있었는데, 각각의 용어에 대한 설명 중에는 원작 소설의 표현을 아무런 출처표시나 인용부호 없이 그대로 인용하고 있는 경우가 상당 수 포함되어 있었다. 이와 같은 피고의 용어집에 대해 뉴욕주 남부지방법원은, 비록 용어집이 원작 소설에 대한 정보 제공 기능을 수행한다는 측면에서 그 목적이 변형적이기는 하지만, 원작 소설의 표현을 축약하지 않은 채 그대로 차용한 부분이 필요 이상으로 많고 출처표시가 없어 참고자료로서 기능하기 어렵다는 점 등으로 인해 변형적 이용으로서의 성격이 상쇄되고 있다고 판단하였다.⁶⁰⁾

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

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

60) Warner Brothers Entertainment Inc. v. RDR Books, 575 F. Supp. 2d 513, 541-44 (S.D.N.Y. 2008).

13) Salinger 사건

피고는 원작 소설인 “The Catcher in the Eye”의 등장인물과 설정을 이용하여 “60 Years Later : Coming Through the Rye”라는 소설을 집필하였다. 원작 소설은 1951년의 뉴욕을 배경으로 사립학교에서 도망친 17세 소년 홀든 카우필드(Holden Caulfield)의 경험담을 주된 내용으로 하는 반해, 피고 소설은 현재의 뉴욕을 배경으로 요양원에서 도망친 76세 노인 홀든 카우필드의 경험담을 주된 내용으로 하고 있었다. 한편 원작 소설의 작가 이름은 ‘J.D. Salinger’였는데, 피고는 ‘J.D. California’라는 필명을 사용하는 한편 원작 소설의 작가를 자기 소설 중의 인물로 등장시켰다. 제2순회항소법원은, 피고 소설은 원작 소설의 등장인물들을 새로운 관점에서 재조명하는 것이 아니라 단지 시간적인 배경만을 달리하여 원작 소설과 동일한 등장인물 및 주제를 다루고 있을 뿐만 아니라, 원작 소설의 작가를 소설 중의 인물로 등장시키는 것은 작가에 대한 비평이 될 수 있을지언정 원작 소설 자체에 대한 비평은 될 수 없다는 등의 이유로, 피고 소설이 변형적 이용으로서의 가치를 갖는다고 인정하기 어렵다고 판단하였다.⁶¹⁾

14) Gaylord 사건

피고는 원고가 촬영한 “한국전쟁 참전용사 기념비” 사진을 이용하여 우표를 제작하였다. 원고가 촬영한 사진은 전체적으로 어두운 청색조였던 반면, 피고가 제작한 우표는 다소 밝은 회색조로서 흑백사진 같은 느낌을 주는 것이었다. 1심을 담당한 연방배상청구법원은 피고의 우표가 더욱 초현실적인 느낌을 주도록 변형되는 등 원고 사진과는 다른 특징과 표현을 가진다는 등의 이유로 그것이 변형적 이용에 해당한다고 판단하였다.⁶²⁾ 그러나 연방순회항소법원은 1심과 달리, 피고의 우표는 여전히 한국전쟁 참전용사를 기리기 위한 것으로서 원고의 사진과 목적이 같고, 그 밖에 원고의 사진에 대한 비평 등 다른 목적을 찾아볼 수 없으며, 피고의 우표에 나타나는 초현실적인 분위기 역시 원고의 사진에서도 공통적으로 찾아볼 수 있는 특징일 뿐 본질적으로 다른 특색이라고 보기 어렵다는 등의 이유로, 피고의 우표는 변형적 이용에 해당하지 않는다고 결론내렸다.⁶³⁾

(3) 전유미술과 변형적 이용

61) Salinger v. Colting, 641 F. Supp. 2d 250, 261-63 (S.D.N.Y. 2009).

62) Gaylord v. U.S., 85 Fed. Cl. 59, 68-69 (Fed. Cl. 2008).

63) Gaylord v. U.S., 595 F.3d 1364, 1372-74 (Fed. Cir. 2010).

한편 변형적 이용은 특히 전유미술(appropriation art)과 관련된 사안에서 문제되는 경우가 많다. 전유미술이란 실제의 사물이나 다른 미술작품의 소재를 원본의 문맥과 다르게 자기 작품에 원용하는 것을 의미하는바, 그림에 신문지 조각들을 붙인 콜라주 작품이 그 대표적인 예이다. 이와 같은 전유미술은 그 본질상 원본인 미술작품을 변형적으로 이용하는 것이라고 할 수 있어서, 전유미술의 저작권 침해 여부가 문제되는 사례에서는 공정이용의 요건 중 특히 변형적 이용에 해당하는지 여부가 문제된다. 이하에서는 전유미술과 변형적 이용에 관한 대표적인 사례들을 살펴보기로 한다.

1) Blanch 사건

피고가 제작한 “나이아가라(Niagara)”라는 제목의 시각미술품은, 나이아가라 폭포를 배경으로 전면에 캔버스 높이의 2/3 정도 크기로 4쌍의 여자 다리를 배치하는 한편 그 뒤에 아이스크림이 올려진 커다란 초콜릿 브라우니를 배치하고, 그 아래로는 양쪽에 각각 도넛 상자와 사과 패스트리 상자를 배치한 것이었다. 위 미술품에 이용된 4쌍의 여자 다리 중 1쌍은 원고가 촬영한 패션 광고 사진에서 차용한 것이었는데, 원고의 광고 사진은 남자의 무릎 위에 올려진 여자의 다리를 촬영한 것이었다. 이에 대해 제2순회항소법원은, 피고가 대중매체의 사회적·심미적 영향에 대한 비평을 위한 재료로서 원고의 사진을 이용하였으며, 피고의 미술품과 원고의 사진에 나타난 여자의 다리는 색상·배경·크기·의미 등을 달리하고 있으므로, (피고가 원저작물의 이용을 통해 막대한 이익을 얻었다고 하더라도) 피고의 미술품은 변형적 이용이라고 보기에 충분하다고 판단하였다.⁶⁴⁾

2) Friedman 사건

피고는 원고가 촬영한 유명 힙합 그룹 Run-D.M.C의 사진 중 배경을 없애고 인물 부분의 외곽선만 남겨 두는 등의 방법으로 원고의 사진을 변형하여 새로운 이미지를 창작하였다. 캘리포니아주 중부지방법원은, 피고가 창작한 이미지에는 원고의 사진에 대한 비평이 없고, 비록 표현 방법이나 매개체가 달라졌다고 하더라도 피고가 원고 사진에서 인물 부분을 차용한 것 자체는 변형적 이용이라고 할 수 있을 정도로 특별히 새롭다고 보기 어렵다고 판단하였다.⁶⁵⁾

64) Blanch v. Koons, 467 F.3d 244, 251-53 (2d Cir. 2006).

65) Friedman v. Guetta, Friedman v. Guetta, 2011 U.S. Dist. LEXIS 66532, 15-17(C.D. Cal. May 27, 2011).

3) Cariou 사건

피고는 원고의 사진들을 패러디하여 사진집을 제작하였다. 뉴욕주 남부지방법원은, ‘공정이 용으로 인정되기 위해서는 원작을 평가하는 동시에 원작의 창작 목적과는 명백히 다른 새로운 목적을 가진 작품을 창조하여야 하는 것으로서 단순한 변형을 통한 예술적 가치의 증진만으로는 공정이용으로 인정될 수 없다’는 전제 하에, 피고의 사진에는 원고의 사진과 특별히 다른 메시지가 담겨 있지 않을 뿐만 아니라 피고가 원고의 사진에 대한 평가를 시도한 것도 아니라는 이유에서, 피고의 사진은 변형적 이용에 해당하지 않는다고 판단하였다.⁶⁶⁾

(4) 변형적 이용에 관한 사례 분석

이상의 사례들을 종합하면, 미국 법원에서 변형적 이용이라고 인정된 사례는 크게 두 부류로 나누어 볼 수 있다. 이른바 패러디를 포함하여 원저작물을 비평의 대상으로 삼은 경우(예컨대, Campbell 사건과 SunTrust Bank 사건)가 그 하나이고, 원저작물을 다른 목적·기능에 제공하기 위해 이용한 경우(예컨대, Los Angeles News Service 사건, Nunez 사건, Perfect 10 사건, Calkins 사건, Lennon 사건 및 Blanch 사건)가 다른 하나이다. 이와 달리 변형적 이용이 인정되지 않은 사례들은 대부분 원저작물의 고유한 목적과 동일한 목적으로 원저작물을 이용한 경우 등 단순히 원저작물의 핵심적인 부분을 용이하게 복제하거나 발췌하여 그 주된 가치를 그대로 유지하는 경우임을 확인할 수 있다. 그 밖에 라디오 방송을 전화회선으로 재전송한 경우⁶⁷⁾나 오디오 CD를 컴퓨터용 MP3 파일로 복제한 경우,⁶⁸⁾ MP3 파일을 다운로드 받도록 하는 경우⁶⁹⁾ 및 방송된 뉴스 영상을 그대로 복제하여 광섬유나 위성으로 전송한 경우⁷⁰⁾ 등과 같이, 원저작물과 동일한 목적과 기능을 가지고 있으면서 단순히 그 전달 매체나 경로만을 달리하고 있는 경우에는 변형적 이용이 인정되기 어렵다고 본 사례들도 이와 연장선상에서 이해할 수 있다.

이렇게 볼 때 원저작물의 이용이 변형적 이용에 해당한다고 인정되기 위해서는, 원저작물의 내용이나 형태를 실제로 변형시켰는지 여부보다도 원저작물을 다른 의도나 목적으로 이용하였

66) Cariou v. Prince, 784 F. Supp. 2d 337, 347-50 (S.D.N.Y. 2011).

67) Infinity Broadcast Corp. v. Kirkwood, 150 F.3d 104, 108 n.2 (2d Cir.1998).

68) UMG Recordings, Inc. v. MP3.com, Inc., 92 F. Supp. 2d 349, 351 (S.D.N.Y.2000).

69) A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004, 1015 (9th Cir. 2001).

70) Los Angeles News Service v. Reuters Television International Ltd., 149 F.3d 987, 993 (9th Cir.1998).

는지 여부가 더욱 중요한 문제라고 할 수 있다. 앞서 살핀 Castle Rock 사건에서 인기 드라마 시리즈를 소재로 제작한 잡학사전이 변형적 이용에 해당하지 않는다고 본 것이나, Salinger 사건에서 원작 소설에 등장하는 주인공의 60년 후를 가정하여 집필한 소설이 변형적 이용에 해당하지 않는다고 본 것은 모두 이러한 관점에서 이해할 수 있을 것으로 생각된다. 다만 원저작물과 다른 의도·목적으로 이용하였다는 점을 어떤 기준으로 인정할 수 있는지가 문제될 수 있는데, 단지 원저작물 이용자가 비판·교육·논평 등의 목적을 가지고 원저작물을 이용하였다는 주관적인 측면만으로는 변형적 이용이라고 인정되기 부족하고, 객관적인 측면에서 원저작물의 이용 동기와 양태 등에 비추어 실제로 그 의도나 목적이 다르다는 점이 인정될 수 있어야 한다고 할 수 있을 것이다. 이와 관련하여 위 Castle Rock 사건에서 법원은, 원고의 저작물을 비판·교육·논평 등의 목적으로 이용하였다는 취지의 피고 주장은 단지 '사후적 합리화(post hoc rationalizations)'에 불과하다는 등의 이유로 이를 배척한 바 있다.⁷¹⁾

나아가 원고의 장신구를 착용한 광고 사진이 변형적 이용에 해당하지 않는다고 본 Davis 사건은, 특히 원저작물을 이용한 결과물이 원저작물과 전혀 다른 형태나 매체인 경우 '원저작물 자체를 어떤 의도·목적에서 이용하였는지'의 문제와 '원저작물을 이용한 결과물이 어떤 의도·목적에서 이용되는 것인지'의 문제를 구별하여, 전자의 문제만을 변형적 이용 여부 판단에 고려하고 있음을 시사한다. 즉 Davis 사건의 경우 원저작물을 이용한 결과물은 광고 사진으로서 원저작물인 장신구와 그 목적과 기능이 전혀 달라졌으나, 법원은 이러한 사정보다도 원저작물 자체가 어떤 목적으로 이용되었는지를 중요하게 고려하여 변형적 이용에 해당하지 않는다고 판단하였던 것이다.

한편 종래 연방대법원은 Campbell 사건에서 패러디와 풍자(satire)를 엄격히 구별하여, 패러디는 원저작물 자체를 희화의 대상으로 삼는 것으로서 사안에 따라 공정이용이 성립할 수 있으나, 풍자는 원저작물 이외의 다른 대상을 희화하는 것으로서 이를 위해서는 원작의 차용을 정당화할 수 있는 사유가 필요하다고 판시함으로써,⁷²⁾ 풍자의 경우에는 패러디에 비해 상대적으로 공정이용의 성립 범위가 제한되는 것처럼 인식한 바 있었다. 하지만 Campbell 사건 이후의 Lenon 사건과 Blanch 사건에서 문제된 원저작물 이용 형태는 원저작물 자체의 비평을 위한 것이 아니라 원저작물과 별개의 다른 대상을 비평하기 위한 것으로서, 이는 위와 같은 연방

71) Castle Rock Entertainment, Inc. v. Carol Publishing Group, Inc., 150 F.3d 132, 142 (2d Cir. 1998).

72) Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569, 580-81 (1994).

대법원의 구별에 따를같은 ‘패러디’라기보다 ‘풍자’에 가까운 성질을 가지는 것임에도 불구하고, 법원은 이러한 원저작물의 이용 역시 변형적 이용에 해당한다고 보아 결과적으로 공정이용의 성립을 인정하였다. 이러한 법원의 태도는, 패러디와 풍자를 엄격히 구별하던 종래의 입장에서 탈피하여, 원저작물 이용의 의도나 목적 및 형태에 따라 변형적 이용에 해당할 수 있다는 점에서는 패러디와 풍자를 차별하지 않겠다는 것으로 해석될 수 있는바, 이는 변형적 이용의 인정 범위가 넓어지고 있는 (나아가 이로 인해 공정이용의 성립 범위가 넓어지고 있는) 경향을 시사하는 것으로 보인다.

다만 원저작물을 이용하는 행위가 공정이용에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 제1요소 내지 제4요소를 모두 고려하도록 하고 있는 연방저작권법 제107조의 규정상, 공정이용 여부의 판단과 관련하여 변형적 이용만이 절대적이고 필수적인 요소라고 보기는 어렵다.⁷³⁾ 그럼에도 불구하고 미국 법원의 최근 실무는 변형적 이용 여부가 공정이용 판단에 있어 사실상 가장 결정적인 요소로 작용하고 있는 것으로 보인다. 실제로 (Gaylord 사건의 1심 및 각주 57에서 언급한 Kelly 사건을 포함하여) 앞서 나.항과 다.항에서 언급된 18개의 사례들의 경우 변형적 이용인지 여부에 대한 결론이 (단순히 제1요소가 공정이용의 성립에 유리한 요소로 작용하는지 여부에 대한 결론뿐만 아니라) 중국적으로 공정이용에 해당하는지 여부에 대한 결론과 모두 동일하다. 또한 공정이용 관련 사례들에 관한 실증적 연구에 의하면, 연방대법원의 Campbell 사건 이후 2005년 사이에 공정이용 여부가 문제된 28건의 사례에서 원저작물 이용 행위가 상업적 이용인 동시에 변형적 이용에 해당한다고 인정되었는데, 그 중 26건의 사례에서 당해 행위가 제1요소와의 관계에서 공정이용의 성립에 유리한 요소로 작용한다고 판단되었을 뿐만 아니라 더 나아가 결과적으로 공정이용에 해당한다고 판단되었고, 나머지 2건 중 1건은 항소심에서 그 결론이 번복되었다고 한다.⁷⁴⁾ 그 외에, 2009년과 2010년 사이에 공정이용의 판단 요소로서 변형적 이용에 관하여 검토한 15건의 사례들의 경우에도 모두 변형적 이용 여부에 대한 판단이 공정이용 여부에 대한 결론과 일치하였다는 연구 결과도 있다.⁷⁵⁾

이처럼 변형적 이용은 제1요소의 검토에 있어서 뿐만 아니라 중국적으로 공정이용 여부를

73) Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569, 580 (1994).

74) Beebe, Barton, "An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Options", University of Pennsylvania Law Review, vol.156 no.3(2008), p. 549, 606.

75) 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), p. 538, 560-61.

판단함에 있어서도 매우 중요한 역할을 수행하고 있으며, 이러한 경향은 앞으로도 지속될 것으로 보인다. 저작권법의 목적이 과학과 문화의 발전에 있으며, 공정이용이 인정되는 근거 역시 일정한 경우에는 원저작물의 무단이용을 정당화하고 저작권을 제한하는 것이 과학과 문화의 발전이라는 저작권법의 목적 달성에 이바지할 수 있기 때문이라는 점을 생각해 보면, 원저작물을 새로운 목적과 방식으로 이용함으로써 원저작물이 지닌 창작적 표현에 새로운 가치를 추가하였는지 여부를 공정이용의 핵심 요소로 고려하고 있는 미국 법원들의 태도는 일응 수긍할 만한 측면이 있다고 사료된다. 다만 미국 법원들은 많은 사례에서 결과적으로 변형적 이용을 사실상 공정이용 성립 여부의 판단을 위한 결정적인 요소로까지 해석·적용하고 있는 것처럼 보이는데, 이러한 법원의 태도는 마치 ‘사회적으로 생산적인 결과를 가져오는 원저작물의 이용에 대해서만 공정이용이 성립할 수 있다’는 식의 종래 논의로 복귀한 것과 같다는 인상마저 준다. 하지만 이는 공정이용의 판단 요소로서 변형적 이용의 중요성을 지나치게 과대평가한 것으로서, 결과적으로는 제1요소 내지 제4요소를 모두 고려하도록 하고 있는 연방저작권법 제107조의 규정에 다소 부합하지 않는 측면이 있지 않은가 생각된다.⁷⁶⁾

3. 악의 또는 고의에 의한 이용

미국 법원들은 제1요소를 고려함에 있어 원저작물 이용자의 악의 또는 고의를 검토하기도 한다. 예컨대 Roy 사건에서 법원은, ① 피고는 원고에게 여러 차례 찰리 채플린(Charlie Chaplin) 영화들에 대한 이용허락을 요청하였으나, 원고가 계속해서 이를 거절하였고, ② 피고는 위 영화들을 일부 발췌하여 심야 뉴스에만 사용하겠다고 하여 그 편집본에 대한 이용허락을 취득하였으며, ③ 피고의 행위는 방송업계의 윤리기준에 위반될 뿐만 아니라, ④ 피고는 위 영화를 이용한 프로그램을 방송하여 높은 시청률 상승 효과를 얻었는데, 이는 피고가 자신의 상업적 이익과 명성을 위해 원고의 저작권을 무시하였다는 사정을 추론하게 한다는 이유에서 피고에게 고의가 있다고 보고, 이러한 고의는 공정이용의 성립에 불리한 요소로 작용한다고 판단하였다.⁷⁷⁾

76) 앞서 언급한 것과 같이, 종래 연방대법원은 생산적인 결과를 가져오는 경우에만 공정이용이 성립할 수 있다는 식의 이분법적 논의가 연방저작권법 제107조의 규정에 부합하지 않는다고 판단한 바 있다(I.2.항 참조).

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

이처럼 원저작물의 이용자가 악의나 고의로 원저작물을 이용하였다는 사정이 공정이용 성립 여부를 판단함에 있어 고려되기도 하나, 실제로는 다른 저작물들에 대해서는 모두 이용허락을 받았으면서도 유독 원고의 저작물에 대해서만 이용허락을 받지 않고 영화를 제작한 경우에도 공정이용이 인정되기도 하는 등,⁷⁸⁾ 법원은 공정이용 여부를 판단함에 있어 악의나 고의로 이용허락을 받지 않고 원저작물을 이용하였다는 사정을 다른 요소들에 비해 그다지 중요하게 고려하고 있지는 않은 것으로 보인다.

실제로 연방대법원 역시 원저작물의 이용자가 저작권자로부터 이용허락을 받으려고 했으나 저작권자가 이용허락을 거절함으로써 이용허락을 받는 데에 실패하였다는 사정은 (원저작물의 이용자가 소송을 피하려는 의도를 가지고 있었음을 나타내는 것에 불과하기 때문에) 공정이용의 성립에 부정적인 요소로 작용하지 않는다는 점을 언급한 바 있다.⁷⁹⁾ 또한 비밀유지약정에 위반하여 제공된 자료를 인용한 경우에도 그것이 변형적 이용에 해당하는 한 제1요소가 공정이용의 성립에 유리하게 작용한다고 판단한 사례도 있다.⁸⁰⁾ 이러한 사례들은 원저작물에 대한 접근에 있어서의 선의 또는 악의 여부가 사실상 공정이용의 성립에 영향을 미치지 않는다는 취지로 해석될 수 있다.⁸¹⁾

4. 합리적이고 관습적인 이용

공정이용의 법리는 저작권자가 원저작물을 공중에 공개한 이상 이를 합리적이고 관습적으로 이용하는 행위에 대해서는 묵시적으로 동의하였을 것이라는 전제 하에 있는 것으로서,⁸²⁾ 공정이용의 분석에 있어서는 관행적으로 행해지고 있으며 널리 양해되어 있는 이용 양태가 가장 중요하다는 전제 하에,⁸³⁾ 미국 법원들은 제1요소를 고려함에 있어서 간혹 원저작물의 이용이 합리적이고 관습적인 것인지 여부를 검토하기도 한다. 예컨대 영리를 목적으로 연구를 수행하면서 원저작물을 복제하여 이용하는 행위는 합리적이고 관습적인 이용이 아니라고 하여, 이를 제1요소의 판단에 있어 불리한 요소로 언급한 사례가 있다.⁸⁴⁾ 또한 1976년 연방저작권법

78) *Lennon v. Premise Media Corp.*, 556 F. Supp. 2d 310 (S.D.N.Y., 2008).

79) *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569, 585 n.18 (1994).

80) *NXIVM Corp. v. Ross Inst.*, 364 F.3d 471, 479 (2d Cir.), cert. denied, 543 U.S. 1000 (2004).

81) *Melville B. Nimmer & David Nimmer*, *Supra*(주 10) at §13.05[A][1][d].

82) *Harper & Row, Publishers v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 550 (1985).

83) *Weinreb, Lloyd L.*, "Fair's Fair: A Comment on the Fair Use Doctrine", *Harvard Law Review*, vol.103 no.5(1990), p. 1137, 1140.

개정 이전의 사례로서, 도서관에서 일정한 제한 하에 이용자들에게 논문의 일부가 아닌 전체를 복사해 주는 것은 오랜 기간 널리 행해져 온 관행이라는 이유로 공정이용에 해당한다고 본 예도 있다.⁸⁵⁾ 한편 이 밖에 원저작물을 외설적이거나 음란한 방법으로 이용한 경우에는 공정이용이 성립하지 않는다고 본 사례가 있으나,⁸⁶⁾ 저작권법은 외설이나 음란을 방지하기 위한 법이 아니라는 점에서 위와 같은 일반화는 타당하지 않다고 하겠다.⁸⁷⁾

III. 제2요소 - 원저작물의 성격

공정이용 여부의 판단에 있어 제2요소와 관련하여 중요하게 검토되는 사항은, 그것이 ① 발행(published) 저작물인지 또는 발행되지 않은 저작물인지 여부와 ② 창작적(creative) 저작물인지 또는 사실적(factual) 저작물인지 여부이다.⁸⁸⁾

1. 발행된 저작물인지 또는 발행되지 않은 저작물인지

일반적으로 원저작물이 발행되었다는 사정은 공정이용의 성립에 유리한 요소로 작용한다.⁸⁹⁾ 또한 원저작물이 발행되었으나 이후 절판되어 더 이상 공중에 제공되지 않고 있다는 사정 역시 공정이용의 성립에 유리한 요소가 된다.⁹⁰⁾

종래 미국 연방대법원은, 원저작물이 이용될 당시 그것이 발행되지 않았다는 사정은 (만일 그와 같은 이용이 발행된 저작물에 대하여 이루어졌다면 공정이용에 해당할 수는 있을지라도) 공정이용의 인정을 방해하는 결정적인(critical) 요소가 될 수 있다고 판시하였다.⁹¹⁾ 이는 저작자가 자신의 저작물을 최초로 발행할 수 있는 권리가 그 발행 이전에 제3자가 이를 이용해야

84) American Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913, 924 (1994).

85) Williams & Wilkins Co. v. U.S., 487 F.2d 1345, 1354-56 (Ct. Cl. 1973), aff'd by an equally divided Court, 420 U.S. 376 (1975).

86) Fisher v. Dees, 794 F.2d 432, 437 (9th Cir. 1986).

87) Michell Brothers Film Group v. Cinema Adult Theater, 604 F.2d 852 (5th Cir. 1979); Jartech, Inc. v. Clancy, 666 F.2d 403 (9th Cir. 1982).

88) Melville B. Nimmer & David Nimmer, Supra(주 10), at §13.05[A][2]; Robert C. Lind, supra(주 14) at 208-10.

89) Kelly v. Arriba Soft Corp., 280 F.3d 934, 940 (9th Cir. 2002).

90) Senate Report No. 473, 94th Congress, 64 (1975).

91) Harper & Row, Publishers v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, 564 (1985).

할 필요성보다도 더욱 중요하다는 의미로서,⁹²⁾ 결국 저작물을 공중에 공개할 것인지 여부를 결정할 수 있는 저작자의 권리가 공정이용에 우선한다고 본 것으로 해석할 수 있다. 이후 제2순회항소법원 역시 위 연방대법원 판결을 인용하면서, 저작권 침해 사건에서 원저작물이 발행되지 않았다는 사정을 중요하게 고려하면서 공정이용의 성립을 부정하고 저작권 침해를 인정한 바 있다.⁹³⁾

그러나 이처럼 원저작물의 발행 여부를 중요하게 고려하는 것은 결과적으로 공정이용의 성립을 지나치게 제한한다는 점이 지적되었다.⁹⁴⁾ 실제로 위 연방대법원 및 제2순회항소법원의 태도에 따르면, 예컨대 유명인사의 전기나 평전을 작성하면서 일반 대중에 알려지지 않은 미공개 자료들의 내용을 인용하는 경우에는 공정이용이 성립하지 않고 저작권 침해가 발생한다는 결론이 되어, 비판과 표현의 자유를 지나치게 침해하는 결과를 초래할 우려가 있다. 이에 미국 의회는 1992년 저작권법 제107조를 개정하여 ‘다른 모든 요소를 참작하여 내려지는 결정인 한, 저작물이 발행되지 않았다는 사실 자체는 공정이용의 성립을 인정하는 데에 장애가 될 수 없다’는 내용을 추가하기에 이르렀다. 이 점에서 미국 의회는 원저작물의 발행 여부가 공정이용 여부의 판단에 결정적인 요소가 될 수 있다는 종래 법원들의 태도를 배척하고, 저작권법 제107조의 모든 요소가 종합적으로 고려되어야 한다는 점을 확인한 셈이다.

2. 창작적 저작물인지 또는 사실적 저작물인지

미국 법원들은 공정이용 성립 여부를 판단함에 있어서 원저작물의 성격이 창작적인지 또는 사실적인지 여부도 중요하게 고려하고 있다. 예컨대 뉴저지주 지방법원은, 120여년 동안 매년 출판된 신문사의 인물색인은 창작적이거나 가상적이라기보다는 사실적인 정보의 집합체로서 창작성이나 상상력의 산물이 아닌 부단한 노력의 산물에 가깝다는 전제 하에, 이러한 인물색인을 이용하는 행위는 창작적 저작물을 이용하는 경우보다도 더 넓은 범위에서 공정이용이 성립될 수 있다고 보아, 결과적으로 원고의 금지청구를 기각한 예가 있다.⁹⁵⁾

92) Id.

93) *Salinger v. Random House*, 811 F.2d 90 (2d Cir. 1987), cert. denied, 484 U.S. 890 (1987), and *New Era Publications International, ApS v. Henry Holt & Co.*, 873 F.2d 576 (2d Cir. 1989), rehearing denied, 884 F.2d 659 (2d Cir. 1989).

94) 예를 들어 저작권이 유족들 의사에 반하는 내용의 평전 저술을 금지하는 수단으로 악용될 수 있음을 지적한 것에, *Pierre N. Leval*, *Supra*(주 34) at 1118.

95) *New York Times Co. v. Roxbury Data Interface, Inc.*, 434 F. Supp. 217 (D.N.J. 1977).

이러한 법원의 태도는, 저작권법이 보호하고자 하는 핵심은 구체적이고 창작적인 표현이라는 원칙에 주목하여, 사실적 저작물보다 창작적 저작물에 대해 더 많은 보호가 주어져야 한다⁹⁶⁾는 점을 고려한 것으로 보인다. 즉 사실적 저작물의 경우 공정이용이 인정될 수 있는 범위가 비사실적 저작물보다 더 넓다는 것이다.⁹⁷⁾

다만 실제 사례에 있어서 원저작물의 성격이 창작적인지 또는 사실적인지 구별하는 것이 반드시 쉬운 일은 아니다. 한 예로 피고가 사이언톨로지 교회(Church of Scientology)의 창립자 론 허바드(Ron Hubbard)의 전기를 작성하며 그의 저작물을 이용한 사안에서, 제2순회항소법원은 피고가 이용한 부분이 론 허바드의 삶과 종교관 및 인간관계 등을 다룬 부분으로서 이를 단순히 사실적인 것 또는 비사실적인 것으로 구분하는 것이 어렵다는 점을 인정하면서도, 다른 한편 전체적으로 고려할 때 위와 같은 내용들은 상대적으로 사실적 내지 정보제공적인 성격을 가진다고 보는 것이 보다 더 적절하다고 결론내린 바 있다.⁹⁸⁾

같은 맥락에서, 기능적 저작물의 일종인 컴퓨터프로그램저작물의 경우에도 그 기능적인 특징을 이용하는 경우에는 (가사 이용된 부분이 저작권법의 보호 대상이 되는 경우라고 하더라도) 상대적으로 공정이용이 성립할 여지가 많다고 볼 수 있다. 예를 들어, 역분석(reverse-engineering)을 위해 저작권법으로 보호되지 않는 기능적인 부분을 포함하고 있는 컴퓨터 바이오스(BIOS ; Basic Input/Output System)⁹⁹⁾를 복제하는 것은 제2요소와의 관계에서 공정이용의 성립을 인정하는 데에 유리한 요소로 작용하는 반면,¹⁰⁰⁾ 게시판 이용자들이 하여금 가상적인 판타지 게임을 다운로드 받을 수 있도록 하는 것은 제2요소와의 관계에서 공정이용의 성립을 인정하는 데에 불리한 요소로 작용하는 것이다.¹⁰¹⁾

96) Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569, 586 (1994); Castle Rock Entertainment, Inc. v. Carol Publishing Group, Inc., 150 F.3d 132, 144 (2d Cir. 1998).

97) Harper & Row, Publishers v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, 563 (1985).

98) New Era Publications International v. Carol Publishing Group 904 F.2d 152, 157 (2d Cir. 1990).

99) 컴퓨터에 탑재된 프로그램 중에서 하드웨어와 가장 낮은 수준에서 입출력을 담당하는 프로그램을 가리킨다. 이러한 바이오스는 대부분 소프트웨어가 하드웨어를 제어하고 하드웨어에 의해 변경되거나 생성된 정보를 소프트웨어에서 처리할 수 있도록 전달하는 등 인간의 신경망과 같은 기능을 수행한다.
<http://ko.wikipedia.org/wiki/바이오스> (2012. 5. 2. 접속).

100) Sony Computer Entertainment, Inc. v. Connectix Corp., 203 F.3d 596, 603-5 (9th Cir. 2000).

101) Sega Enterprises Ltd v. Maphia, 857 F. Supp. 679, 687 (N.D. Cal. 1994).

IV. 제3요소 - 이용된 부분의 양과 중요성

1. 일반 원칙

공정이용의 성립 여부를 판단하는 데에 있어서 제3요소인 '이용된 부분의 양과 중요성'이 가지는 의미는, 이용된 부분이 목적 달성에 필요한 수준을 초과하여서는 아니되고,¹⁰²⁾ 이용된 부분의 양은 이용하고자 하는 목적과 관련하여 합리적인 수준이어야 한다¹⁰³⁾는 것이다. 제3요소는 단순히 양적인 측면에서의 분석뿐만 아니라 질적인 측면에서의 분석도 요구한다.¹⁰⁴⁾

여기서 과연 어느 정도의 이용이 목적 달성에 필요하고 합리적인 수준인지 문제된다. 이용된 부분의 양과 중요성이 어느 정도에 이르러야 공정이용의 성립을 방해하는지 또는 어느 정도까지의 이용만이 공정이용에 해당하는지에 관하여 절대적인 기준은 존재하지 않겠지만, 일반적으로는, 이용된 부분이 많거나 그 중요성이 클수록 저작권자의 이익을 침해하는 정도가 커지고, 따라서 공정이용으로 인정될 가능성이 낮다고 할 수 있다.¹⁰⁵⁾

다만 이러한 일반 원칙이 기계적으로 적용되는 것은 아니다. 즉 원저작물의 전체를 복제하는 경우에도 다른 요소들을 고려한 결과 여전히 공정이용이 인정될 수 있는 것이다.¹⁰⁶⁾ 또한 원저작물을 인용함에 있어서 특히 정확성이 요구되거나¹⁰⁷⁾ 원저작물을 분리하는 것이 어려운 경우¹⁰⁸⁾에는 상대적으로 보다 많은 양을 이용하더라도 공정이용이 성립에 유리한 요소로 작용할 수 있는 여지가 있다.

2. 구체적 사례

구체적으로 몇 가지 사례를 살펴보면, 피고가 저술한 책 중 40%가 원고의 미발행 편지를 인

102) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 586-87 (1994).

103) American Geophysical Union v. Texaco, Inc., 60 F.3d 913, 926 (2d Cir. 1995).

104) Marcus v. Rowley, 695 F.2d 1171, 1176 (9th Cir. 1983).

105) Pierre N. Leval, Supra(주 34) at 1122.

106) Williams & Wilkins Co. v. United States, 487 F.2d 1345, 1353 (Ct. Cl. 1973), aff'd by an equally divided Court, 420 U.S. 376 (1975); Sony Corp. of America v. Universal City Studios, 464 U.S. 417, 449-50 (1984); Hustler Magazine v. Moral Majority, 796 F.2d 1148, 1155 (9th Cir. 1986).

107) Meeropol v. Nizer, 560 F.2d 1061, 1071 (2d Cir. 1977); Walt Disney Productions v. Air Pirates, 581 F.2d 751, 756-57 (9th Cir. 1978).

108) Mattel Inc. v. Walking Mountain Productions, 353 F.3d 792, 804 (9th Cir. 2003).

용한 것인 경우,¹⁰⁹⁾ TV 드라마의 대사 중 89행 분량을 인용한 경우,¹¹⁰⁾ 피고가 출판한 217쪽 분량의 책 중 168쪽이 원고 제작의 TV 시리즈와 실질적으로 유사한 경우,¹¹¹⁾ 200,000단어 분량의 저작물 중 가장 핵심적인 300단어를 인용한 경우¹¹²⁾에는 제3요소가 공정이용의 성립에 불리하게 작용한다고 판단한 예가 있다.

반면에 2,100단어 분량의 자료 중 1단락 또는 29단어를 인용한 경우,¹¹³⁾ 35초 분량의 악곡을 가사 없이 TV용 교육프로그램의 배경음악으로 사용한 경우¹¹⁴⁾에는 제3요소가 공정이용의 성립에 유리하게 작용한다고 판단한 예도 있다.

한편 인터넷 검색 엔진에서 검색 결과에 썸네일 이미지를 출력하는 것은, 비록 저작물 전체를 복제하는 것이기는 하지만 크기가 축소되고 화질이 열악할 뿐만 아니라 검색 엔진의 기능을 수행하기 위해서는 필수적이라는 측면에서, 제3요소가 공정이용의 성립에 유리하게도 불리하게도 작용하지 않는다고 본 예도 있다.¹¹⁵⁾

3. 제1요소 및 제4요소와의 관계

제3요소는 공정이용 성립 여부의 판단 과정에서 제1요소 및 제4요소와 상호보완관계에 있는 요소라고 할 수 있다.¹¹⁶⁾

먼저 제3요소는 전술한 제1요소 및 후술하는 제4요소를 판단함에 있어서 하나의 고려 사항이 된다는 점에서 중요한 의미를 갖는다. 즉 (제1요소와의 관계에서) 원저작물의 이용이 변형적 이용이라고 할 수 있는지 여부 및 (제4요소와의 관계에서) 그것이 원저작물의 시장가치에 영향을 미치지 않는지 여부를 판단함에 있어서, ‘이용된 부분의 양과 중요성’을 비중있게 고려

109) *Salinger v. Random House*, 811 F.2d 90, 98-99 (2d Cir. 1987).

110) *Twin Peaks v. Publications International, Ltd.*, 996 F.2d 1366, 1376-77 (2d Cir. 1993).

111) *Paramount Pictures Corp. v. Carol Publishing Group*, 11 F. Supp. 2d 329, 336 (S.D.N.Y. 1998).

112) *Harper & Row, Publishers v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 566 (1985).

113) *Consumers Union of U.S., Inc. v. General Signal Corp.*, 724 F.2d 1044, 1050 (2d Cir. 1983), cert. denied, 469 U.S. 823 (1984).

114) *Haggins v. Detroit Education Television Foundation*, 4 F. Supp. 3d 701, 707 (E.D. Mich. 1998).

115) *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811, 820-21 (9th Cir. 2003); *Perfect 10, Inc. v. Google, Inc.*, 508 F.3d 1146, 1167-68 (9th Cir. 2007).

116) 통계학적으로도 제1요소, 제3요소 및 제4요소의 조합이 보편적이며, 이 요소들 사이에 상호관련성이 존재한다고 한다. 이규호, 『연방저작권법상 공정이용 판단 기준에 대한 연구: 공정이용 여부를 판단하기 위한 요인 상호간의 비중 및 관련성을 중심으로, 세계화시대의 기업법』, 박영사(2010), 943-946면.

할 수 있는 것이다.¹¹⁷⁾ 원저작물을 그대로 이용한 부분의 양이 많고 그 중요성이 클수록, 원저작물이 변형적으로 이용되지 않았을 가능성 또는 원저작물의 시장가치에 영향을 미칠 가능성이 높기 때문이다. 실제로 앞서 변형적 이용과 관련하여 검토한 RDR Books 사건의 경우 원저작물의 표현을 그대로 차용한 부분이 필요 이상으로 많다는 점 등이 변형적 이용으로서의 성격을 상쇄시킨다고 판단되었는데,¹¹⁸⁾ 이는 제3요소가 제1요소와의 관계에서 중요한 고려 사항이 된 예라고 할 수 있다.

다른 한편으로 제3요소는 제1요소 및 제4요소와의 관계에서 보다 실질적이고 구체적인 의미를 갖는다고 볼 수도 있다. 제3요소는, 제1요소와의 관계에서 ‘원저작물을 변형적으로 이용하기 위해 필요한 합리적인 범위 내에서 이용되었는가’의 문제가 되고, 제4요소와의 관계에서 ‘원저작물의 시장가치에 영향을 미치지 않을 정도로 이용되었는가’의 문제가 될 수 있는 것이다.

V. 제4요소 - 원저작물의 잠재적 시장 또는 가치에 미치는 영향

1. 의의 및 중요성

제4요소인 ‘원저작물의 잠재적 시장 또는 가치에 미치는 영향’에 대한 검토는, 원저작물의 이용을 허락함으로써 일반 공중이 얻을 수 있는 이익과, 원저작물의 이용을 통제함으로써 저작권자가 얻을 수 있는 이익 사이의 형량을 요구하는 것이다. 이는 곧 원저작물의 이용으로 인해 저작권자에게 발생하는 손해가 작을수록 일반 공중이 얻을 수 있는 이익이 크지 않은 경우에도 공정이용의 성립에 유리한 요소로 작용할 여지가 크다는 것을 의미한다.¹¹⁹⁾

제4요소는 종래 미국 법원들이 공정이용 성립 여부를 판단함에 있어서 가장 중요한 요소로서 가장 빈번하게 언급하였던 요소로서,¹²⁰⁾ 연방대법원도 제4요소를 ‘의심할 여지 없이 공정이용의 가장 중요한 단일 요소’라고 지적한 바 있다.¹²¹⁾ 이처럼 미국 법원들이 제4요소를 중요하게 고려했던 배경에는, 저작권이 저작자에게 인정되는 천부적인 권리가 아니라 ‘과학과 유용한

117) Pierre N. Leval, *Supra*(주 34) at 1123.

118) II.2.나.(12)항 참조.

119) MCA, Inc. v. Wilson, 677 F.2d 180, 183 (2d Cir. 1981).

120) Samuels, Edward, "Campbell v. Acuff-Rose: Bringing Fair Use Into Focus?", *Media Law & Policy*, spring(1994), p. 4, 5.

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

기술의 발전을 증진'시키기 위해 정책적으로 부여된 권리라는 점이 자리잡고 있는 것으로 보인다. 만일 저작권이 저작자에게 인정되는 천부적인 권리라면 모든 원저작물의 무단 이용은 그것이 원저작물의 시장가치에 미치는 영향과 무관하게 그 자체로 금지되어야 할 것인바,¹²²⁾ 저작권이 정책적으로 부여된 권리인 이상 원저작물의 시장가치에 영향을 미치지 않는 경우에만 저작권자를 특히 보호해야 할 필요가 크지 않기 때문이다.

그러나 제4요소 역시 다른 요소들과 마찬가지로 그 자체만으로는 모든 구체적인 사례에서 공정이용 성립 여부를 결정짓는 요소가 될 수 없으며, 다른 요소들과의 종합적인 관계에서 공정이용 성립 여부가 결정되어야 한다.¹²³⁾ 연방대법원 역시 이후 위와 같이 제4요소를 가장 중요하게 고려하던 종전의 태도를 변경하여 '공정이용 성립 여부를 판단하기 위해서는 저작권 보호의 목적이라는 관점에서 모든 요소들을 검토한 후 그 결과를 종합적으로 고려하여야 한다'는 취지로 판시하여,¹²⁴⁾ 제4요소의 중요성을 다른 요소들과 동등하게 보았다.

2. 판단 기준

원저작물의 이용이 그 시장가치에 어느 정도의 손해를 발생시켜야 공정이용의 성립에 불리한 요소로 작용하는가? 이는 일률적으로 결정할 수 없는 문제이기는 하나, 일반적으로 원저작물이 변형된 정도가 클수록 그 이용으로 인해 원저작물의 잠재적 시장 또는 가치에 발생하는 손해가 작다고 할 수 있으며,¹²⁵⁾ 이 점에서 제4요소는 제1요소(중 특히 변형적 이용 여부)와도 밀접한 관계를 갖는다.

나아가 공정이용이란 그 개념상 저작권자에게 최소한 이용료 상당의 손해를 발생시키는 것이라는 점에서, 원저작물의 잠재적 시장 또는 가치에 미치는 일체의 사소한 영향까지도 공정이용의 성립에 불리한 요소로 작용한다고 한다면, 위와 같은 이용료 상당의 손해가 발생한다는 사정으로 인해 제4요소가 원저작물을 허락 없이 이용한 자에게 유리한 요소로 작용할 여지

122) Pierre N. Leval, *Supra*(주 34) at 1124.

123) 예컨대 *Williams & Wilkins Co. v. U.S.*, 487 F.2d 1345 (Ct. Cl. 1973), *aff'd* by an equally divided Court, 420 U.S. 376 (1975) 판결에서 제2순회항소법원은, 과학과 의학의 발전에 미치는 영향이 저작권자에게 발생할 수 있는 손해보다도 더욱 중대하다는 등의 이유로, 도서관에서 과학 분야의 연구에 종사하는 이용자들에게 논문을 복사해 주는 것은 공정이용에 해당한다고 판단한 바 있다.

124) *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569, 578 (1994).

125) *A.V. ex rel. Vanderhye v. iParadigms, LLC*, 562 F.3d 630, 643 (4th Cir. 2009).

는 사실상 없는 셈이 되어 버린다.¹²⁶⁾ 이러한 측면에서 원저작물의 무단 이용이 원저작물의 시장가치에 ‘상당히 중요한(reasonably substantial)’ 영향을 미침으로써 저작자의 창작 의욕을 저해하기에 이르는 경우에만 비로소 공정이용의 성립에 불리한 요소로 작용한다고 이해하는 것이 타당하다.¹²⁷⁾ 미국 연방대법원 역시 제4요소를 검토함에 있어 원저작물의 잠재적 시장에 대해 ‘중대한 악영향(substantially adverse impact)’을 미치는지 여부를 고려해야 한다고 판시한 바 있다.¹²⁸⁾ 다만 원저작물의 시장 또는 가치에 실제로 그와 같은 손해가 발생하였거나 혹은 장래에 그와 같은 손해가 발생할 것이 확실한 경우에만 제4요소가 공정이용의 성립에 불리하게 작용하는 것은 아니며, 단지 ‘장래에 손해가 발생할 상당한 가능성(meaningful likelihood of future harm)’이 인정되는 경우에도 제4요소가 공정이용의 성립에 불리한 요소로 작용하게 된다.¹²⁹⁾

구체적으로는, 원저작물의 무단이용함으로 인해 저작권자가 원저작물에 대한 이용허락계약을 체결하지 못하게 되었다면 명백하게 원저작물의 시장가치에 손해가 발생한 것인 반면,¹³⁰⁾ 저작권자가 원저작물을 발행하지도 않았고 이용허락한 사실도 없으며 원저작물의 이용으로 인해 저작권자의 경력이나 향후 계획에 아무런 영향을 미치지 않았다면 원저작물의 시장가치에 손해가 있다고 볼 수 없다고 한다.¹³¹⁾ 또한 원저작물의 이용자가 저작권자와 시장에서 경쟁 관계에 있다는 사정은 제4요소와의 관계에서 공정이용의 성립에 불리한 요소로 작용한다.¹³²⁾ 그러나 원저작물의 이용이 원저작물의 판매를 증가시키는 등 그 시장 또는 가치에 긍정적인 영향을 미치는 경우에도, 그러한 사정만으로 당연히 제4요소가 공정이용의 성립에 유리하게 작용하는 것은 아니다.¹³³⁾

3. 잠재적 시장의 범위

한편 잠재적 시장의 범위를 지나치게 확대하여, 예컨대 ‘당해 원저작물의 이용에 따른 이용

126) Fisher, William W., "Reconstructing the Fair Use Doctrine", Harvard Law Review, vol.101 no.8(1988), p. 1671-72.

127) Pierre N. Leval, Supra(주 34) at 1124-25.

128) Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569, 590 (1994).

129) Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 451 (1984).

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

131) Blanch v. Koons, 467 F.3d 244, 258 (2d Cir. 2006).

132) Los Angeles News Service v. Reuters Television International, Ltd., 149 F.3d 987, 994 (9th Cir.1998).

133) Ringgold v. Black Entertainment Television, 126 F.3d 70, 81 n.16 (2d Cir. 1997); UMG Recordings, Inc. v. MP3.com, Inc., 92 F. Supp. 2d 349, 352 (S.D.N.Y. 2000).

료를 지급받을 수 있는 시장'에까지 그 범위를 확대하는 경우에는, 앞서 언급한 바와 같이 제4 요소가 공정이용의 성립에 유리하게 작용할 여지를 사실상 박탈할 우려가 있다. 이러한 측면에서, 제4요소가 규정하는 '잠재적 시장'이 어떤 범위까지 인정될 수 있는지의 문제가 많은 사례에서 논의되어 왔다. 이에 대해 미국 법원들은 원저작자의 기존 시장¹³⁴⁾이 여기에 해당하는 것은 물론이고, 원저작물의 파생저작물에 대한 시장,¹³⁵⁾ 현존하는 대체시장,¹³⁶⁾ 저작권자가 개발할 가능성이 있는 시장,¹³⁷⁾ 그 개발이 전통적이거나 합리적이거나 가능성 있는 시장,¹³⁸⁾ 저작권자가 개발하거나 또는 제3자로 하여금 개발할 수 있도록 허락하는 것이 일반적인 시장,¹³⁹⁾ 저작권자가 이용허락을 할 가능성이 있는 시장¹⁴⁰⁾ 등은 '잠재적 시장'의 범위에 포함된다고 보았다.

반면 당해 사건에서 원저작물의 이용자가 저작권자에게 지급하였어야 하는 이용료,¹⁴¹⁾ 원저작물을 패러디 등 변형적으로 이용하는 자에 대해 이용료를 청구할 수 있는 권리,¹⁴²⁾ 패러디

134) Sega Enterprises Ltd v. Maphia, 857 F. Supp. 679, 688 (N.D. Cal. 1994).

135) Harper & Row, Publishers v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, 568 (1985); Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569, 590 (1994).

136) A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004, 1017 (9th Cir. 2001). 전통적인 음반시장에 대한 디지털 다운로드 시장은 '현존하는 대체시장'에 포함된다고 본 사안이다.

137) Lewis Galoob Toys, Inc. v. Nintendo of America, Inc., 780 F. Supp. 1283, 1295 (N.D. Cal. 1991). 기존 비디오 게임에 대한 후속작 게임 시장은 '저작권자가 개발할 가능성이 있는 시장'이라고 본 사안이다.

138) American Geophysical Union v. Texaco, Inc., 60 F.3d 913, 930 (2d Cir. 1995). 원저작물에 대한 이용허락 시장은 '전통적이거나 합리적이거나 가능성 있는 시장'에 해당한다고 본 사안이다; Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd., 448 F.3d 605, 614 (2d Cir. 2006). 음악 그룹의 포스터와 공연 티켓을 인용하여 작성한 평전의 출판 시장은 음악 시장에 대해 '전통적이거나 합리적이거나 가능성 있는 시장'에 해당하지 않는다고 본 사안이다.

139) Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569, 592 (1994). 원저작물에 대한 비평 또는 패러디 시장은 '저작권자가 개발하거나 또는 제3자로 하여금 개발할 수 있도록 허락하는 것이 일반적인 시장'에 해당하지 않는다고 본 사안이다; Castle Rock Entertainment, Inc. v. Carol Publishing Group, Inc., 150 F.3d 132, 145 (2d Cir. 1998). 드라마의 내용과 관련된 여러 잡다한 지식과 정보를 정리한 잡학사전의 시장은 '저작권자가 개발하거나 또는 제3자로 하여금 개발할 수 있도록 허락하는 것이 일반적인 시장'에 해당한다고 본 사안이다.

140) Mattel, Inc. v. Walking Mountain Productions, 353 F.3d 792, 805 (9th Cir. 2003). 인형을 누드 내지 성적으로 묘사한 사진의 출판 시장은 '저작권자가 이용허락을 할 가능성이 있는 시장'에 해당하지 않는다고 본 사안이다.

141) Ringgold v. Black Entertainment TV, 126 F.3d 70, 81 (2d Cir. 1997); Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd., 448 F.3d 605, 614 (2d Cir. 2006); Fitzgerald v. CBS Broadcasting, Inc., 491 F. Supp.2d 177, 189 (D. Mass. 2007). 앞서 언급한 바와 같이 공정이용은 그 자체로 저작권자에게 이용료 상당의 손해를 발생시키는 것이기 때문에, 이를 제4요소로 고려하는 경우에는 제4요소가 언제나 공정이용의 성립에 불리한 요소로 작용하기 때문이다.

또는 비평으로 인한 원저작물의 수요 감소,¹⁴³⁾ 저작권자가 보유한 다른 저작물에 대한 수요 감소 등의 손해,¹⁴⁴⁾ 기업의 판매전략이 되는 기업문화에 대한 영향¹⁴⁵⁾ 등은 제4요소를 검토함에 있어 잠재적 시장 또는 가치에 발생한 손해로 고려되지 않는 사항들이다. 이 외에도 기술의 발전 등으로 인해 저작권자가 예상하지 못했던 시장이 형성되고 이러한 시장에서 원저작물을 이용하는 경우에는 제4요소가 공정이용의 성립에 유리하게 작용할 수 있다고 할 것이다.

그 밖에 저작권자가 원저작물을 판매하지 않은 경우와 같이 원저작물에 대한 시장이 형성되어 있지 않았다고 하더라도, 원저작물의 이용으로 인해 그 가치를 침해하게 되면 제4요소는 공정이용의 성립에 불리한 요소로 작용하게 된다.¹⁴⁶⁾

4. 입증책임

공정이용의 주장은 적극적 항변(affirmative defense)에 해당하므로, 공정이용의 성립을 주장하는 자가 그 사실의 존재를 입증하여야 한다. 따라서 제4요소의 경우에도 저작권자로부터 저작권 침해의 책임을 추궁받는 자가 ‘원저작물의 이용으로 인해 원저작물의 잠재적 시장 또는 가치에 손해가 발생할 가능성이 낮다’는 점에 대한 입증책임을 부담하는 것이 증거법상의 원칙이라고 할 수 있다.¹⁴⁷⁾

그러나 연방대법원은, 상업적 이익을 얻기 위하여 원저작물을 이용한 경우에는 그 잠재적 시장 또는 가치에 대한 손해 발생의 가능성이 추정되는 반면, 비상업적 목적으로 원저작물을 이용한 경우에는 손해 발생의 가능성이 추정되지 않으며 저작권자가 그와 같은 손해 발생의 가능성을 입증하여야 한다는 입장을 취해,¹⁴⁸⁾ 일정한 경우 저작권자에게 제4요소의 부존재에 대한 입증책임을 부담시키고 있다. 여기서 더 나아가 연방대법원은, 위와 같이 상업적 이용의

142) Castle Rock Entertainment, Inc. v. Carol Publishing Group, Inc., 150 F.3d 132, 146 (2d Cir. 1998); Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd., 448 F.3d 605, 615 (2d Cir. 2006).

143) Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569, 592 (1994); Fisher v. Dees, 794 F.2d 432, 438 (9th Cir. 1986); Dr. Seuss Enterprises, L.P. v. Penguin Books USA, Inc., 924 F. Supp. 1559, 1568 (S.D. Cal. 1996).

144) Consumers Union of U.S., Inc. v. General Signal Corp., 724 F.2d 1044, 1050-51 (2d Cir. 1983), cert. denied, 469 U.S. 823 (1984).

145) Lewis Galoob Toys, Inc. v. Nintendo of America, Inc., 780 F. Supp. 1283, 1296-98 (N.D. Cal. 1991).

146) Chicago Board of Education v. Substance Inc., 354 F.3d 624, 630 (7th Cir. 2003).

147) Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569, 590 (1994).

148) Sony Corp. of America v. Universal City Studios, 464 U.S. 417, 451 (1984).

경우 손해 발생의 가능성이 추정된다는 법리는 원저작물을 단순히 복제한 사안에 대해서만 적용될 수 있고, 패러디 등 원저작물을 변형적으로 이용한 사안에 있어서는 원저작물을 상업적으로 이용하였다는 사정만으로 그 잠재적 시장 또는 가치에 대한 손해 발생의 가능성이 추정되어서는 안된다고 하여,¹⁴⁹⁾ 손해 발생 가능성 추정의 법리를 적용 범위를 더욱 제한하고 있다.

이러한 연방대법원의 태도에 따라 많은 사안에서는 저작권자가 손해 발생의 가능성을 입증하지 못하였다는 사정이 제4요소가 공정이용의 성립에 유리한 근거로 작용되고 있는바,¹⁵⁰⁾ 이로 인해 변형적 이용이 인정되는 사안에서는 사실상 저작권자에게 제4요소의 존재에 대한 입증책임이 전환되고 있는 것과 마찬가지로 결과가 나타나고 있는 셈이다.

VI. 개정 저작권법상 공정이용 판단 요소의 해석 및 적용 기준

지금까지 연방저작권법 제107조가 규정하고 있는 공정이용 판단 요소들의 적용 사례를 검토·분석해 보았다. 연방저작권법 제107조에 규정된 4가지 요소들을 해석하는 데에 가장 어려운 문제는, 위 규정이 공정이용의 성립 여부를 판단하기 위한 일률적인 기준을 제시하고 있지 않을 뿐만 아니라, 위 규정은 각각의 요소들이 상호관계에서 얼마나 중요한 영향력을 미치는지에 관하여 아무런 지침도 제시하고 있지 않다는 점이다.¹⁵¹⁾ 예컨대 제1요소 내지 제4요소 중 2가지 요소는 공정이용의 성립에 불리하게 작용하는 반면 나머지 2가지 요소는 공정이용의 성립에 유리하게 작용한다고 판단된 경우, (많은 법원이 변형적 이용 여부를 사실상 결정적인 요소로 받아들이고 있기는 하지만) 연방저작권법 제107조 자체는 공정이용의 성립에 관하여 어떻게 결론내려야 하는지에 관하여 아무런 해답을 제시하지 못한다.

이에 미국 법원들은 연방저작권법 제107조를 해석·적용함에 있어 종래 상업적 이용 여부, 원저작물의 발행 여부 또는 원저작물의 이용이 그 시장가치에 미치는 영향을 공정이용 성립 여부를 판단하기 위한 결정적인 요소로 고려하기도 하였으나, 이후 연방대법원의 판례 변경 및 연방저작권법 개정 등을 거치며 현재는 위 4가지 요소들 중 어느 특정 요소의 중요성을 강

149) Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569, 591 (1994).

150) 예를 들어, Righthaven, LLC v. Jama, 2011 U.S. Dist. LEXIS 43952, *12-13 (D. Nev. 2011)

151) Melville B. Nimmer & David Nimmer, Supra(주 10) at §13.05[A][5][a].

조하기보다는 모든 요소들을 종합적으로 고려하여야 한다는 입장으로 정리되었다. 그럼에도 불구하고 현실적으로는 제1요소 중 특히 변형적 이용에 해당하는지 여부가 공정이용 여부의 판단에 있어 사실상 결정적인 역할을 수행하고 있는 경향을 보이고 있으며, 이러한 경향은 당분간 계속될 것으로 보인다.

하지만 변형적 이용이 공정이용에 있어 절대적인 필요조건이 될 수 없는 것¹⁵²⁾과 마찬가지로, 단순히 원저작물을 변형적으로 이용하였다는 사실만으로 당연히 공정이용이 인정될 수 있는 것은 아니다. 즉 단순히 새롭게 변형된 부분의 양이 상당하고 중요하다는 사정만으로 저작권 침해의 책임을 회피할 수는 없다는 것이다.¹⁵³⁾ 예컨대 저작권자의 허락을 받지 않은 채 원작 소설을 비평의 대상으로 삼으면서 전체 내용을 거의 대부분 그대로 인용한 경우, 이러한 형태의 이용이 설령 원저작물을 비평하기 위한 것으로서 변형적 이용으로 인정된다고 하더라도¹⁵⁴⁾ 공정이용에 의해 면책될 수 있다고 보기는 어렵다. 이 점에서 공정이용에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는 어디까지나 다른 요소들을 종합적으로 고려하는 것이 여전히 필요하다.¹⁵⁵⁾ 따라서 위 예에서 보는 바와 같이, 공정이용 여부를 판단하기 위해서는 원저작물로부터 변형된 부분의 양과 성격 못지않게, 원저작물 중 이용된 부분의 양과 중요성 역시 중요하게 고려될 수밖에 없다. 이는 곧 공정이용 여부의 판단에 있어서 ‘변형적 이용’이라는 요소가 ‘원저작물 중 얼마나 많은 부분이 이용되었는가?’의 문제를 ‘얼마나 많은 내용이 변형되었는가?’의 문제로 대체할 수 없다는 것을 의미한다고 할 수 있을 것이다.¹⁵⁶⁾

공정이용 성립 여부를 판단하기 위해서는 각각의 개별 사안에 있어서 제1요소 내지 제4요소를 종합적으로 모두 고려하되 ‘저작권 보호의 목적’이라는 관점에서 판단하여야 한다는 연방대법원의 판시¹⁵⁷⁾에도 불구하고, 많은 법원들이 실제 사안에서 공정이용 성립 여부를 판단함에 있어 변형적 이용 여부를 사실상 결정적인 요소로 적용하고 있는 배경에는, 위와 같은 연방지

152) Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569, 579 (1994). 연방대법원은 그 예로서 교육 목적으로 원저작물을 변형하지 않고 그대로 복제하여 배포하는 경우를 들고 있다(Id. at n.11).

153) Edward Samuels, Supra(주 120) at 6.

154) 제3요소는 제1요소와의 관계에서 중요한 고려 사항으로 작용하는바, 같은 맥락에서 원저작물의 표현을 그대로 차용한 부분이 필요 이상으로 많다는 점 등이 변형적 이용으로서의 성격을 상쇄시킨다고 본 RDR Books 사건(III.2.나.(12)항 참조)의 예에 비추어 보면, 본문과 같은 경우 변형적 이용 자체가 인정되지 않는다고 볼 여지도 있을 것이다.

155) Pierre N. Leval, Supra(주 34) at 1111-12.

156) Edward Samuels, Supra(주 120) at 6.

157) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 577-78, (1994).

저작권법 제107조의 모호함이나 불명확성이 큰 영향을 미친 것으로 보인다. 즉 이와 같이 연방 저작권법 제107조의 4가지 요소들 모두를 종합적으로 고려하면서도 변형적 이용을 결정적인 요소로 적용하는 법원의 태도는, 연방저작권법 규정의 불명확성·추상성이라는 한계를 극복하고 개별 사례에서 일관된 기준을 제시하기 위한 노력으로 생각된다. 하지만 그럼에도 불구하고 실제 사례에서는 구체적인 타당성을 도모하려는 등의 이유에서 공정이용 성립 여부에 관해 미리 결론을 내린 다음 그 결론을 뒷받침하기 위한 방편으로 위 4가지 요소들 및 특히 변형적 이용에 관한 판단 내용을 조정하는 문제가 발생할 여지도 배제할 수 없을 것으로 예상된다.¹⁵⁸⁾

이상과 같은 미국 법원들의 태도는 연방저작권법 제107조가 규정하는 공정이용의 판단 요소들과 대동소이한 내용을 규정하고 있는 개정 저작권법 제35조의3 제2항 각호의 요소를 해석·적용함에 있어서도 좋은 참고가 될 수 있을 것이다. 종래 대법원은 공표된 저작물의 인용과 관련하여 “저작권법 제25조¹⁵⁹⁾는 공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다고 규정하고 있는데, 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용한 것인지 여부는 인용의 목적, 저작물의 성질, 인용된 내용과 분량, 피인용저작물을 수록한 방법과 형태, 독자의 일반적 관념, 원저작물에 대한 수요를 대체하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”고 판시함으로써¹⁶⁰⁾ 정당하고 공정한 인용인지 여부를 판단하는 기준으로 개정 저작권법 제35조의3 제2항 각호와 유사한 요소들을 제시하고 있었지만 그 구체적인 내용과 기준에 관하여는 아무런 언급이 없었는바, 앞서 살펴본 미국 법원들의 사례는 공정이용의 판단 기준에 관한 구체적인 내용과 기준을 제시해 줄 수 있는 것이다.

개별적으로 살펴보면, 먼저 제1호와 관련해서는 원저작물이 상업적으로 이용되었는지 여부, 원저작물에서 찾아볼 수 없는 새로운 표현이나 의미 또는 메시지를 추가하는 등 원저작물을 변형적으로 이용하였는지 여부, 원저작물의 이용자가 악의나 고의로 원저작물을 이용하였는지 여부 및 원저작물의 이용이 사회통념상 합리적이고 관습적인 것인지 여부 등을 검토한다. 이때 상업적 이용 여부와 관련하여, 원저작물의 이용자가 그 결과물을 제3자에게 제공하고 이에

158) Melville B. Nimmer & David Nimmer, Supra(주 10) at §13.05[A][5][a]&[e].

159) 2006. 12. 28. 법률 제8101호로 개정되기 전의 것으로서, 현행 저작권법 제28조에 해당한다.

160) 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 판결 등.

대해 대가를 지급받거나 원저작물을 직접 상업적 이용에 제공하는 경우에는 원칙적으로 상업적 이용이 인정될 수 있겠지만, 원저작물을 이용함에 있어 일부 영리적인 목적이 개입되어 있다고 하더라도 비영리적인 목적이 더 큰 경우에는 전체적으로 상업적 이용에 해당하지 않는다고 볼 여지도 있을 것이다.

다음으로 제2호와 관련하여서는 발행된 저작물인지 또는 발행되지 않은 저작물인지 여부와 창작적 저작물인지 또는 사실적 저작물인지 여부 등을 검토한다. 원저작물이 널리 발행된 것으로서 사실적인 성격이 더 큰 것일수록 공정이용의 성립에 유리한 요소로 작용하게 될 것인 반면, 원저작물이 공표되지 않았다거나 독창적인 성격이 크다는 사정은 공정이용의 성립에 불리한 요소로 작용하게 될 것이다.

또한 제3호와 관련하여서는 이용된 부분이 이용하고자 하는 목적을 달성하는 데에 필요하고 합리적인 수준을 초과하고 있는지 여부를 검토한다. 여기서 필요하고 합리적인 수준을 초과하였는지 여부는 단순히 양적인 측면에서 뿐만 아니라 질적인 측면에서 판단해야 할 것이다.

마지막으로 제4호와 관련하여서는 원저작물의 시장가치에 중대한 손해가 발생한다고 볼 수 있는 상당한 가능성이 있는지 여부를 고려할 필요가 있다. 공정이용의 취지를 살리기 위해서는, 원저작물의 잠재적 시장 또는 가치에 미치는 일체의 사소한 영향까지 ‘중대한 손해’에 포함된다고 볼 것이 아니라, 원저작물의 무단 이용이 원저작물의 시장가치에 상당히 중요한 영향을 미침으로써 저작자의 창작 의욕을 저해하기에 이르는 경우에만 비로소 공정이용의 성립에 불리한 요소로 작용한다고 이해하되, 손해 발생의 현실성 내지 확실성까지 요구할 것은 아니고 손해 발생의 상당한 가능성 내지 개연성만 있으면 충분하다고 보는 것이 타당하다.

다만 저작권 보호의 근본 목적이 ‘저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지함’에 있으며,¹⁶¹⁾ 원저작물을 비평이나 패러디의 소재로 사용하는 경우와 같이 원저작물에 다른 목적과 기능을 부여하여 새로운 가치를 추가하는 것은 사회 전체의 문화를 풍부하게 한다는 관점에서 저작권법의 목적에 부합한다는 점 등을 고려해 보면, 공정이용의 성립 여부를 판단함에 있어서는 위 요소들을 종합적으로 고려하는 한편 특히 원저작물이 변형적으로 이용되었는지 여부를 보다 중요하게 검토할 필요가 있다고 생각한다. 즉 패러디 등과 같이 원저작물을 비평의 대상으로 삼거나 원저작물을 다른 목적·기능에 제공하기 위해

161) 저작권법 제1조.

이용한 경우에는 상대적으로 넓은 범위에서 공정이용의 성립을 인정하는 반면, 단순히 원저작물의 핵심적인 부분을 용이하게 복제 또는 발췌하여 그 주된 가치를 그대로 유지하고 있거나 원저작물과 동일한 목적과 기능을 가지고 있으면서 단순히 그 전달 매체나 경로만을 달리하고 있는 경우에는 공정이용의 성립을 제한적으로 인정하는 것이다. 이는 공정이용 성립 여부의 판단 요소에 본질적으로 내재되어 있는 불명확성과 추상성의 한계에도 불구하고 구체적 타당성을 도모하는 한편 일관된 판단 기준을 제시할 수 있으며, 아울러 저작권이 언론·표현의 자유를 제약하는 수단으로 악용되는 것을 방지할 수 있는 길이기도 하다.

이와 관련하여 어떠한 기준에서 변형적 이용 여부를 판단하여야 할 것인지 문제될 수 있다. 앞서 본 바와 같이, 변형적 이용이라고 인정되기 위해서는 원저작물의 내용이나 형태를 실제로 변형시켰는지 여부보다도 원저작물을 다른 의도나 목적으로 이용하였는지 여부가 더욱 중요한 문제라고 할 수 있는바, 저작물의 자유로운 이용과 유통을 통해 문화의 향상발전을 도모하면서도 저작권자의 정당한 이익을 보호하기 위해서는, 원저작물을 다른 의도나 목적으로 이용하였는지 여부를 단순히 원저작물 이용자의 관점에서만 판단할 것이 아니라 사회통념상 평균적인 독자(내지 청중)의 관점에서 객관적으로 판단하여야 한다.¹⁶²⁾ 즉 사회통념상 평균적인 독자의 관점에서 볼 때 원저작물에 새로운 표현이나 의미 또는 메시지가 추가되는 등 원저작물을 원래와 다른 의도나 목적으로 이용하였다고 볼 수 있는 경우에는 변형적 이용이 인정될 수 있는 것이다. 이 점에서, 예컨대 원저작물과 이를 이용한 결과물이 각각 전혀 다른 별도의 수요자층을 갖는다는 사정은 원저작물의 이용 행위가 변형적 이용에 해당한다고 인정할 수 있는 판단 요소가 될 수 있을 것이다.¹⁶³⁾

한편 개정 저작권법 제35조의3 제1항은 “저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우”에 공정이용이 성립할 수 있음을 규정하는 한편, 제2항은 공정이용에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 제1호 내지 제4호 ‘등’을 고려하도록 하고 있다. 그러므로 개정 저작권법 제35조의3 제2항 각호의 사항은 원저작물

162) 이는 실질적 유사성의 판단 기준으로서 청중 테스트(the audience test) 또는 보통 관찰자 테스트 (ordinary observer test)가 채택되고 있는 것과도 비슷한 맥락이라고 할 수 있을 것이다. 이처럼 변형적 이용 여부를 독자의 관점에서 판단함으로써 원저작물의 이용이 저작권법의 궁극적인 목표인 ‘저작물의 자유로운 유통 증진’에 이바지하는지 여부를 보다 제대로 판단할 수 있다고 보는 견해도 제시되고 있다. Heymann, Laura A., "Everything is Transformative: Fair Use and Reader Response", The Columbia Journal of Law & the Arts, vol.31(2008), p. 445, 448-49.

163) Id. at 449.

의 이용이 제1항에서 규정하는 공정이용에 해당하는지 여부를 판단하기 위해 필요한 최소한의 요소를 '예시'하는 것이라고 할 수 있고, 그 밖의 다른 판단 요소에 대한 고려 가능성을 배제하고 있지 아니하다. 이처럼 개정 저작권법 제35조의3 제2항은 공정이용의 판단 요소를 '한정'하고 있지는 않으므로, 예컨대 원저작물의 이용이 공공의 이익에 특히 이바지한다는 등¹⁶⁴⁾ 제1호 내지 제4호에서 규정하는 사항 이외에 다른 사정도 공정이용의 판단에 고려될 수도 있을 것이다. 구체적으로 어떠한 사정들이 제1호 내지 제4호에서 규정하는 사항 이외에 공정이용의 판단 요소로 고려될 것인지는 향후 각 법원이 개별 사건에서 검토하여야 할 문제이지만, 결국은 어떠한 저작물 이용 행위가 “저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하”면서도 나아가 ‘문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지’한다는 저작권법의 목적 달성에 부합하는지 여부가 중요하게 검토되어야 할 것이다.

VII. 결론

이상에서 연방저작권법 제107조가 규정하고 있는 공정이용의 판단 요소들이 실제 사례에서 어떻게 해석·적용되고 있는지 검토·분석한 후, 이에 따라 개정 저작권법 제35조의3 제2항 각호에 규정된 공정이용 판단 요소들의 개략적인 해석 기준을 제시해 보았다. 미국 사례에서 확인할 수 있는 바와 같이, 미국 법원들은 연방저작권법 제107조의 판단 요소들 중 특정 요소의 중요성을 강조하는 대신 모든 요소들을 종합적으로 고려하여야 한다는 입장을 취하고는 있으나, 현실적으로는 변형적 이용이 공정이용 여부의 판단에 있어 사실상 결정적인 요소로 작용하고 있다. 저작권 보호의 근본 목적이 저작물의 활발한 유통을 통해 새로운 가치를 창출함으로써 문화를 풍부히 하는 데에 있다는 관점에서, 변형적 이용을 중요하게 고려하는 미국 법원의 태도는 일응 수긍할 점이 있으며, 개정 저작권법상 공정이용 판단 요소의 해석에 있어서도 좋은 참고가 될 수 있다.

이러한 측면에서 개정 저작권법에 새로이 도입된 공정이용 판단 요소들을 해석·적용함에 있어서도 제35조의3 제2항 각호의 요소들을 종합적으로 고려하되 특히 원저작물이 변형적으로

164) 미국의 경우에도, 법원이 공정이용 여부를 판단함에 있어서 원저작물의 이용을 통해 얻어지는 사회적 이익을 추가 요소로 고려하여야 한다는 견해가 제시되고 있다. Miller, Lynn I., "Fair Use, Biographies, and Unpublished Works: Life After H.R. 4412", Journal of the Copyright Society of the U.S.A., 40(1993), p. 349, 398-99.

이용되었는지 여부를 중요하게 검토할 필요가 있으며, 이를 통해 공정이용 판단 요소에 관한 법규정의 불명확성·추상성을 극복하고 개별 사례에서 보다 일관된 기준을 제시할 수 있을 것으로 기대된다. 개정 저작권법이 시행됨에 따라 향후 공정이용에 관한 일반 규정의 적용이 문 제되는 다양한 사례들이 나타나게 될 것으로 예상되는데, 이에 관하여 보다 깊이 있는 연구가 이루어짐으로써 많은 학설과 판례의 발전이 있기를 기대해 본다.

참고문헌

이규호, 『연방저작권법상 공정이용 판단 기준에 대한 연구: 공정이용 여부를 판단하기 위한 요인 상호간의 비중 및 관련성을 중심으로, 세계화시대의 기업법』, 박영사, 2010.
이규호·서재권, 『공정이용 판단기준 도출을 위한 사례연구』, 한국저작권위원회, 2009.

Beebe, Barton, "An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Options", *University of Pennsylvania Law Review*, vol.156 no.3(2008).

Fisher, William W., "Reconstructing the Fair Use Doctrine", *Harvard Law Review*, vol.101 no.8(1988).

Gorman, Eric D., "Appropriate Testing and Resolution: How to Determine Whether Appropriation Art is Transformative "Fair Use" or Merely an Unauthorized Derivative?", *St. Mary's Law Journal*, v.43 no.2(2012).

Gorman, Robert A., *Copyright Law(2nd ed)*, Federal Judicial Center, 2006.

Heymann, Laura A., "Everything is Transformative: Fair Use and Reader Response", *The Columbia Journal of Law & the Arts*, vol.31(2008).

Leval, Pierre N., "Toward a Fair Use Standard", *Harvard Law Review*, vol.103 no.5(1990).

Lind, Robert C., *Copyright Law(3rd ed.)*, Carolina Academic Press, 2006.

Miller, Lynn I., "Fair Use, Biographies, and Unpublished Works: Life After H.R. 4412", *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, 40(1993).

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).

Samuels, Edward, "Campbell v. Acuff-Rose: Bringing Fair Use Into Focus?", *Media Law & Policy*, spring(1994).

Seltzer, Leon E., *Exemptions and Fair Use in Copyright*, Harvard University Press(1978).

Weinreb, Lloyd L., "Fair's Fair: A Comment on the Fair Use Doctrine", *Harvard Law Review*, vol.103 no.5(1990).

<http://ko.wikipedia.org/wiki/바이오스> (2012. 5. 2. 접속).

Abstract

Analysis of the Cases regarding the Fair Use Factors in the U.S. Copyright Law

Song, Jae-Seop

Recently, the general provision of a fair use was introduced in the Copyright Act §35-3 as a 'KORUS FTA' implementing legislation. According to this provision, in determining whether a use of a copyrighted work is a fair use, four factors shall be considered; (i) the purpose and character of the use including commercial or non-commercial property, (ii) the nature and uses of the copyrighted work, (iii) the amount and substantiality of the portion used in the copyrighted work, (iv) the effect of the use upon the present or potential market for or value of the copyrighted work. These factors actually follow four factors of 17 USC §107. The U.S. courts considered the fact that the use was commercial, the copyrighted work had been unpublished, or the use had likelihood to harm upon an actual or potential market for the original work as a decisive element against a finding of fair use for some time. However, courts are now evaluating all four factors according to the Supreme Court cases and the revision of the Copyright Act. Nevertheless, actually in many cases, the problem whether secondary use is transformative or not has a tendency to play a dispositive role in the fair use test. Considering that the purpose of the Copyright Act is "to promote fair use of works in order to contribute to the improvement and development of culture and related industries," the U.S. courts' practice of evaluating all four factors, but especially whether the use is transformative or not, may be a good reference for construction and application of the Copyright Act §35-3. It is a way to overcome ambiguity and abstraction of the fair use factors provisions to present more consistent standard in each case, and to prevent abuse of copyright to restrain on free speech and free press.

Keywords: Fair use, The purpose and character of the use, The nature and uses of the copyrighted work, The amount and substantiality of the portion used, The effect of the use upon the market for or value of the copyrighted work, Commercial use and Transformative use