

의견서

박경신 고려대학교 법학전문대학원 교수

저작권법의 목표는 ‘저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지함을 목적으로 한다’는 것입니다. (저작권법 제1조, 편집자 강조). 즉 저작자의 권리와 저작물의 공정한 이용은 상호 동등한 지위를 가지고 있으며 더 높은 목적 즉 ‘문화 및 관련 산업의 향상발전’에 봉사합니다.

비평은 기존의 저작물을 비판하는 ‘문화 및 관련 산업’의 일부이며 이를 ‘향상발전’하기 위해서는 비평이 가능하도록 기존의 저작물에 대해 허락을 받지 않더라도 일부 ‘공정한 이용’을 수월히 할 수 있어야 합니다. 셰익스피어 작품의 일부를 읊지않고 문학비평을 할 수 없고 영화 <기생충>의 영상 일부를 재생하지않고 그 영화에 대한 비평을 할 수 없을 것입니다. 그렇다면 비평에 해당되는 ‘문화 및 관련 산업’의 ‘향상발전’을 위해서는 타인의 저작물을 허락없이 ‘이용’할 수 있도록 해야만 합니다.

이 사건 피고의 창작행위는 언론비평에 해당하며 이는 ‘문화 및 관련 산업’의 일부라고 할 정도로 수많은 사람들에 의해 이루어지고 있습니다. 언론비평이 이루어지려면 어느 정도 타인의 언론저작물 즉 기사들을 허락없이 ‘이용’할 수 있어야 합니다. 즉 저작권법의 목적을 달성하기 위해서는 반드시 피고는 “저작물의 일반적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우” 언론저작물을 허락없이 이용할 수 있어야 하는 것이며 이 원리가 저작권법 제35조의5에 다음과 같이 명시되어 있습니다.

제35조의5 . . . ①저작물의 일반적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우에는 저작물을 이용할 수 있다.

② 저작물 이용 행위가 제1항에 해당하는지를 판단할 때에는 다음 각 호의 사항등을 고려하여야 한다.

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

원고는 다음과 같은 이유로 피고의 언론비평이 ‘공정한 이용’에 해당하지 않는다고 주장합니다. 즉 공정이용의 4가지 고려요건인 (1) ‘이용의 목적 및 성격’을 보았을 때 원저작물인 원고의 사진이 가진 “동일한 목적 즉 보도” 를 다시 하고 있으며 이 새로운 보도물을 “일정한 구독료를 결제한 구독자에게 판매하는 방식의 영리활동” 하고 있어 ‘영리적 이용’에 해당한다는 것입니다. (2) ‘저작물의 종류’ 역시 “국내 언론사들의 보도사진과 달리 사진 저작물로서의 창작성 뿐만 아니라 그 완성도와 저널리즘 가치가 매우 높은 저작물”이며 (3) ‘이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중’ 역시 “게시물의 목적에 비추어 텍스트의 기사 외에 원고의 사진이 수반될 필요가 없[어]. . . 제외하고 이용하는 것이 가능하였[음]”에도 피고가 사

진을 이용하였다고 지적하며 과도하게 이용했다고 합니다. (4) 마지막 ‘저작물의 시장가치에 미치는 영향’에 대해서는 “원고의 사진 저작물을 이용하려는 자가 원고로부터 이용허락을 받고 원고에게 사용료를 지급하는 시장이 형성되어” 있어 피고의 행위가 원고 사진의 시장가치를 훼손하고 있다고 합니다.

하나씩 살펴보도록 하겠습니다. 첫째 ‘이용의 목적 및 성격’이라는 요소의 의미를 해설하자면 위에서 말한 저작권법의 목적에 비추어 후속저작물이 원저작물의 창작목적 및 성격과 완전히 다른 창작적 목표와 성격을 가지고 있을 경우 후속저작물의 원작이용이 수월하게 허용되어야 함을 의미합니다. 예를 들어 문학작품에 대한 비평은 문학작품의 창작목적과 완전히 다르다는 것은 비평을 위한 문학작품의 전제가 수월하게 허용되는 이유입니다. 또 원작품을 패러디한 예술작품이 수월하게 공정한 이용으로 인정되는 것 역시 마찬가지입니다. 그렇게 되지 않으면 비평이나 패러디라는 장르의 창작이 불가능해지고 ‘문화 및 관련 산업의 향상발전’이라는 저작권법의 목적이 훼손되기 때문입니다.

이 기준으로 살펴볼 때 피고가 원고의 사진을 이용하는 목적은 ‘보도’가 아닙니다. 언론비평은 비평대상인 보도물과 창작목적이 완전히 다릅니다. 피고는 원고의 사진이 포함된 외신 보도에 대해 비평하기 위해 외신보도가 이루어졌다는 증거를 생생하게 독자에게 제시하기 위해 외신 기사를 있는 그대로 보여준 것입니다.

또 “피고의 저작물이 일정한 구독료를 댓가로 대중에게 제공된다”고 하여 ‘영리적 이용’이라고 강조하는 원고의 주장은 공정이용 원리의 작동과 무관합니다. ‘구독료를 받는다’고 영리적 이용이라면 원고의 사진이 실려있는 뉴욕타임즈사도 구독료를 받고 있으니 영리적 이용이 되어 뉴욕타임즈 기사에 제3자의 저작물이 조금이라도 실려있어서는 안될 것입니다. 심지어 원고의 사진들도 원고가 뉴욕타임즈에게 돈을 받고 제공하고 있는데 사진 내에는 각종 제3자의 저작물들이 포함되어 있습니다. 예를 들어 윤석열 전 대통령이 매고 있는 넥타이에 있는 문양도 저작권으로 보호될 수 있으나 원고는 넥타이 디자이너의 허락을 받지 않고 저 사진을 찍어 언론사들에 제공하여 이익을 남기고 있습니다. 화가들이 자신이 그린 그림을 돈을 받고 판매하는데 그렇다고 해서 이들이 제3자의 저작물을 묘사할 자유가 더 제한되어야 한다는 모순에 빠지게 됩니다. 공정이용 관련 판결들이 ‘영리적 이용’을 공정이용 허용의 부정적 요소로 언급하는 것은 후속저작물이 유료인가 무료인가를 의미하는 것이 아니라 ‘원작이 가진 창작적 의도와 효과 즉 원작이 시장에서 갖는 메리트를 그대로 차용한다면 공정이용이라고 보기 어렵지만 비평, 패러디의 사례와 같이 원작의 창작적 의도와 효과와는 다른 의도와 효과를 가지고 있다면 공정이용이라고 볼 여지가 넓다’는 의미입니다.¹⁾

1) 공정이용에 대한 미국판례들은 이와 같은 해석을 지지합니다. 미연방대법원은 내이션(Nation)이라는 시사잡지가 포드대통령의 연설문의 일부를 허락없이 게재하였을 때 내이션측이 자신은 시사잡지로서 ‘비상업성’ 및 ‘보도’를 목표로 하고 있다고 항변한 것에 대해 “영리성 여부는 금전적인 이득의 문제가 아니다”라고 하여 내이션이 금전적인 이득을 추구하지 않는 공익성 잡지라는 사실에 큰 비중을 두지 않았다. [Harper & Row, 471 U.S. at 562, 105 S.Ct. 2218.](#)

가장 대표적으로는, 랩그룹 2 Live Crew가 로이 올비슨의 “Oh Pretty Woman!”을 흑인문화에 맞게 패러디하여 자신들의 음반에 포함시켜 1백만장 이상이 팔리는 상업적 성공을 거둔 것에 대한 미연방대법원의 판결이 있었다. 이때 2 Live Crew는 Oh Pretty Woman!의 저작권자로부터 소송을 당하였는데, 미연방소법원이 음반의 ‘상업성’에 천착하여 약식판결을 통해 공정이용을 부인하는 판시를 한 것에 대하여, 미연방대법원은 “인용저작물의 상업성은 공정이용을 부인할 추정을 발생시키지 않는다”고 판시하며 하급심 판결을 파기하였다. [Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 577-78, 114 S.Ct. 1164, 127 L.Ed.2d 500 \(1994\)](#)

또 가장 극단적인 상업적 이용의 예로 ‘상업영화의 광고’에 타인의 저작물이 이용된 경우도 공정이용으로 인정된 바 있다. Leibovitz라는 사진작가가 찍은 데미무어의 Vanity Fair표지 사진이 Naked Gun 33 1/3: Final

두 번째 ‘저작물의 종류’는 피고도 인정하듯이 저작물이 순수하게 창작된 것인지 저작물이 사실의 포착 또는 제3자의 저작물의 묘사와 같이 일부 원작자의 창작에 포함되지 않은 것이지에 따라 공정이용을 더 넓거나 좁게 인정해야 함을 의미합니다.

그런데 피고 스스로도 서면에서 원고의 사진은 순수하게 창작된 것이 아니라 “사실의 전달”임을 인정하고 있습니다. 윤석열 전 대통령이나 한강 작가의 사진만 보더라도 사진의 ‘힘’의 많은 부분은 대상인물 자신의 외모와 배경 등 사진작가의 창작이 미치지 않는 요소에서 나옵니다. 그것이 절대로 원고 사진의 가치를 떨어뜨리는 것이 아니며 보도사진의 생명은 바로 보도되는 사실 및 피사체가 가진 ‘힘’을 그대로 과장없이 강약조절없이 전달하는 것입니다.

바로 그렇기 때문에 자신의 사진이 “국내언론사들의 사진에 비하여 창작성이나 저널리즘의 가치”가 높다는 원고의 주장은 자기모순입니다. 원고의 사진이 창작성이 그렇게 높다면 그것은 보도사진의 생명과 저널리즘의 가치에 반하는 것이기 때문입니다. 저작권법에서 공정이용 여부를 판단할 때 말하는 ‘저작물의 종류’의 방점은 ‘종류’에 있습니다. 원고 사진의 주 목표는 사실의 전달이며 그렇기 때문에 창작성이 화가의 그림이나 사진작가의 작품 때문에 낮을 수 밖에 없으며 피고는 이를 수인해야만 자신의 직업을 자가당착으로 몰아넣은 우를 범하지 않을 수 있을 것입니다.

세 번째 ‘이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중’이라는 요소는 자세한 해설을 필요로 하지 않을 것입니다. 당연히 원저작물에서 더 크고 많거나 더 중요한 부분을 허락없이 이용하려면 거기에 상응하는 더욱 강한 정당화 논리가 있어야 함을 말합니다. 이를 원고도 잘 이해하여 서면에서 피고의 원고사진 이용의 양적인 부분을 공격하고 있습니다.

그러나 세 번째 요소는 첫 번째 요소에 비추어서 이해되어야지 허공에서 이해될 수 없습니다. (참조: 즉 첫 번째 요소의 고려에서 후속저작물이 가진 새로운 창작적 목적에 비추어 “필요한 만큼” 이용했는지를 따져야 할 것이지 무턱대고 많이 이용했는지를 따져서는 안됩니다. (박경신, “공정이용의 새로운 정의”, 계간 저작권 23권 4호, 통권 92호 42-60쪽 (2010)) 피고는 원고의 사진 중에서 기사 제목에 붙어 있는 사진 만을 이용했습니다. 원고의 사진이 게시된 외신언론사의 보도사실을 생생하게 알리기 위해서입니다. 원고의 사진이 게시된 이유는 원고의 사진이 게시되었는지 게재되지 않았는지에 따라 외신이 해당 사실을 얼마나 비중있게 다루었는지가 달라지기 때문입니다. 그렇다면 그런 목적에 부합하게 원고 사진의 이용이 이루어졌는가를 보면 됩니다.

물론 ‘외신의 보도사실을 단순히 알리기 위한 목적만 있다면 반드시 원고의 사진을 실었어야 하는가’를 묻는다면 당연히 답은 ‘아니오’입니다. 그러나 공정이용 원리를 그렇게 편협하

Insult라는 코미디영화의 광고포스터에 패러디된 것입니다. *Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.*, 137 F.3d 109 (2nd Cir. 1998)

실제로 미국법원들은 공정이용 여부를 판단하면서 변용 또는 변형적 이용(transformative use)을 공정이용을 인정하는 근거로 삼아 왔습니다. 예를 들어 공정이용을 부인하는 판결에서 서 “이 다큐멘터리는 ‘상업적’이다. ... 저작물 자체로부터 직접 이득을 취하려고 한다. ... 원고의 저작권이 보호하는 원래의 오락적 가치를 그대로 재연하는 것이다”라고 판시합니다. *Elvis Presley Enterprises v. Passport Video*, 349 F.3d 622 (9th Cir. 2003) 실제로 미연방대법원은 위의 2LiveCrew판결에서도 “변용이 상업성 여부보다는 더욱 중요한 기준이며, 변용의 폭이 클수록 최종저작물의 상업성의 중요성은 줄어든다”고 판시하면서 상업적인 후속저작물이 원저작물의 패러디로서 변용의 폭이 넓은 점을 강조하며 공정이용을 부인한 하급심을 파기했습니다. [Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.](#), 510 U.S. 569, 577-78, 114 S.Ct. 1164, 127 L.Ed.2d 500 (1994)

게 이해한다면 공정이용 원리는 고사할 것이며 공정이용 원리에 의존하여 성장해야 할 문화 예술장르도 같이 고사할 것입니다. 영화비평을 할 때 반드시 영화의 영상 일부를 보여줄 절대적인 필요성은 없을 것입니다. 1초단위로 화면캡처를 해서 하나씩 설명해도 될 것입니다. 심지어는 화면캡처를 반드시 할 필요도 없을 것입니다. 글로 각 화면을 설명하면 되니까요. 하지만 그렇게 영화비평을 한다면 얼마나 지루하고 답답할까요. 결국 영화비평을 ‘생생하게’ 하기 위해서는 영화의 영상 일부를 재생해줄 필요가 법적으로 인정되고 있기 때문에 수많은 영화비평물들이 영화저작권자의 허락없이 비평대상 영화의 영상 일부를 보여주는 관행이 자리잡은 것입니다.

현재 언론사들이 외신의 보도사실을 보도할 때 원외신보도에 포함된 사진을 제외하지 않고 보도하는 관행이 자리잡은 것도 같은 이유입니다. 원고는 이를 일방적으로 ‘불법적인 관행’이라고 치부하고 있으나 원고가 그렇게 주장한다고 해서 관행이 무효가 되는 것이 아닙니다. 원고가 금번에 피고를 포함하여 타 언론사들을 상대로 제기한 일련의 소송 이전에 위와 같이 사진을 포함하는 관행이라고 불법이라고 천명한 판례는 국내외 어디에도 없었습니다. 도리어 지금까지 사진을 제외하지 않고 외신보도사실을 보도하는 관행이 존재한다는 것은 피고의 이용행위가 저작권법 제35조의5가 요구하는 ‘저작물의 일반적인 이용방법’에 해당함을 웅변한다고 하겠습니까.

만약 외신의 보도사실을 생생하게 있는 그대로 전달하기 위해 사진을 포함한 것이 ‘불필요한 것’이라면 원고도 스스로 사진을 촬영하면서 타인의 저작물을 ‘불필요하게’ 포함하고 있습니다. 예를 들어 윤석열 대통령의 넥타이 문양이 저작권으로 보호될 수 있으니 원고가 그토록 공정이용원리에 엄격하다면 넥타이 문양을 지우고 사진 촬영을 할 수 있었을 것입니다. 그렇게 하더라도 ‘윤석열 대통령에 대한 기사에 보도대상 인물의 사진을 포함하여 그 기사를 더 생생하고 권위있게 만든다’는 창작목적은 달성할 수 있었을 것입니다. 원고는 그렇게 하지 않았습니다. 왜 그럴까요? 그렇게 한다면 보도사진의 저널리즘적 가치가 훼손되었을 것입니다.

피고도 똑같은 상황입니다. 그렇기 때문에 이 사건의 탄원인 손석희는 수십년간 언론인의 경력에 터잡아 이렇게 말하고 있습니다. ‘보도사진은 사건의 현장성과 진실성을 담보하는 요소입니다. 외신보도에 대한 논평 과정에서 해당 사진을 보여주지 않고 온전한 맥락 전달이 불가능한 경우도 있으며, 외신 보도를 인용하거나 논평하는 과정에서 외신 보도에 포함된 사진만 임의로 편집하거나 삭제하여 보도하는 것은 그 자체로 외신보도를 존중하지 않거나 맥락을 변경하는 행위로 해석될 수 있을 것입니다.’

저작권법은 ‘문화’를 융성시키려는 법입니다. 문화는 절대적인 필수불가결성이 있어야만 이루어지는 행위들의 총합이 아닙니다. 조금 더 아름답게, 조금 더 생생하게, 조금 더 진실되게 보이게 하려는 노력들이 다양한 예술적 지적 표현물로 꽃피워진 것이 문화입니다. 저작권법은 반드시 사진을 포함시켜야만 또는 사진 안에 넥타이 문양이 드러나야만 하는 절대적인 필수불가결성이 있어야만 공정이용을 허락하는 제도가 아닙니다. 그렇다면 조금 더 아름답게, 조금 더 생생하게 조금 더 진실되게 보이게 하기 위해 필요하다면, 필요한 만큼만 저작권자의 이익을 해하지 않는 선에서 저작물을 이용하도록 허용합니다. 그것이 저작권법 공정이용 원리입니다. 그렇게해서 다양한 저작활동이 꽃피도록 하기 위해 필요하다면 저작권자의 부분적인 권리제한은 어느 정도 감수해야 한다는 것이 저작권법의 법리입니다.

네 번째 ‘저작물의 시장가치에 미치는 영향’이라는 요소 역시 그 의미의 해설에 있어 다

언을 요구하지 않습니다. 기본적으로 저작권법의 목표 중의 하나는 ‘저작자의 권리’ 보호이며 저작권자가 시장에서 제대로 보상받지 못한다면 저작자가 로열티를 받을 수 있게 하여 장래의 창작활동을 장려한다는 목표가 훼손될 것입니다.

그런데 ‘시장가치에 미치는 영향’에 대한 원고의 주장은 ‘원고의 사진 중 보도사진에 대해서도 사진사용권(라이선스)과 관련한 시장이 이미 형성되어 있을 뿐만 아니라, 원고는 이미 사진사용권 판매 대가로 수익을 얻고 있습니다’ 에 터잡고 있는데 이는 동어반복입니다. 원고의 주장은 ‘원고의 사진을 피고가 이용한 행위는 원래 돈을 내도록 내어 있으니 돈을 냈어야 한다’는 주장과 다르지 않습니다. 원고가 말한 시장은 언론사들이 기사를 처음 낼 때 기사에 포함시킬 사진을 선정할 때 형성됩니다. 원고는 그 시장에서 비싼 값에 자신의 사진을 판매해왔습니다. 피고는 그 시장에 있지 않습니다. 피고는 외국언론사들의 기사에 대해 논평을 하는 것이며 사진을 자신이 선정하지 못합니다. 피고의 행위는 외국언론사들의 기사를 있는 그대로 보여주고 -사진을 포함한 상태에서- 언론비평을 하는 것입니다. 원고가 피고의 행위가 자신의 사진의 시장가치를 훼손한다고 주장하려면 ‘외국언론사들의 기사에 대해 비평하면서 그 기사 1면에 이미 포함되어 있는 사진을 그대로 보여주기’라는 행위에 대해 돈을 내는 관행이 있는지 즉 시장이 형성되어 있는지를 먼저 파악해야 합니다. 원고 자신의 말에 따르면 그런 관행이나 시장은 존재하지 않습니다. 적어도 우리나라 법원은 그런 행위에 대해 판결을 내린 적이 없기 때문에 특별히 당사자들이 그렇게 돈을 주고 받을 이유가 없기 때문입니다. 도리어 관행이 있다면 그런 ‘시장은 존재하지 않습니다.’ 원고의 서면 내 주장이 이를 뒷받침합니다.

주로 국내 언론사들이 외신 보도를 인용할 때 사진 및 영상을 무분 별하게 인용하는 경우가 자주 있[습니다]. 특히 언론사들은 뉴스통신사를 통하여 뉴스저작물 사용 계약을 체결하고, 사용료를 지급하면서도 보도사진에 대한 상당한 투자를 아끼지 않는 외신의 양질의 보도(보도사진 포함)를 단순히 인용하여 보도하는. . . 관행을 계속하고 있습니다.

원고는 금번 피고 및 국내언론사들에 대한 소송을 통해서 여태까지 존재하지 않던 시장을 새롭게 창출하려는 것입니다. 법원은 이와 같은 시도에 쉽게 현혹되지 말고 정확히 원고의 사진이 어떤 시장에서 유통되고 있는지를 정확히 파악한 연후에야 피고의 행위가 원고의 시장가치를 훼손하고 있는지 판단해야 할 것입니다.

결론적으로, 피고의 행위는 저작권법의 목적 즉 ‘문화 및 관련 산업의 향상발전’에 비추어 볼 때 법제35조의5가 요구하는 공정이용의 요건을 넉넉히 충족하고 있습니다. 원고의 사진이 가진 창작의도와 달리 피고는 원고의 사진을 게시한 언론사의 보도사실을 생생하게 독자들에게 알리기 위한 새로운 목적으로 원고의 사진을 포함한 언론사 기사를 그대로 보여주려 하였고(제1요소), 그 목적에 필요한 양 만큼만 이용하였으며 (제3요소) 원고의 사진은 순수한 창작의 결과물이 아니라 사실의 전달에 해당되며 (제2요소) 원고의 사진을 포함한 언론사의 기사에 대해 비평을 하기 위해 그 기사의 1면을 사진을 포함해서 그대로 보여주는 관행이 이미 정착되어 있어 피고의 행위로 훼손될 원고 사진의 시장가치는 존재하지 않습니다(제4요소).