

# 남희섭과 지적재산권, 혁신, 표현권의 연관성

패트리샤 아우프데어하이드 교수, 아메리칸대학교 커뮤니케이션학부

- 국문번역: 사단법인 오픈넷 윤희기, 오경미
- 번역감수: 고려대학교 박경신 교수

- Center for Media & Social Impact의 공정이용자료 모음 사이트: <https://cmsimpact.org/fair-use>
- 공정이용에 관한 다큐멘터리 영화제작자 모범실무 설명서: <https://cmsimpact.org/documentary>

이 자리에 함께 할 수 있어서 영광입니다.

저는 알 권리와 창작의 자유를 중점적으로 연구하는 국제 학술 네트워크의 자랑스러운 일원입니다.

남희섭 박사도 이 네트워크에 참여하셨습니다.

우리는 2011년 FTA 협상에 협력했었습니다. 당시 우리는 저작권 독점에 관한 예외 조항 및 규제 조항의 중요성에 공감하고 있었습니다. 이 예외 조항 및 규제 조항은 저작권의 검열 효과를 완화시킵니다. 결국 FTA에는 공정이용의 도입이 베른 협약의 3단계 테스트를 위반하지 않는다는 내용의

유보조항이 포함되었습니다(실제로 공정이용은 베른 협약을 위배하지 않습니다. 미국은 베른 협약의 서명국이면서도 공정이용이 제약 없이 매우 적극적으로 활용되고 있는 국가입니다). 이 조항으로 한국의 입법부는 저작권법에 제35-5조의 공정이용을 도입할 수 있었습니다. 다른 예외 조항은 플랫폼 제공업체의 사용자 행위에 대한 2차적 책임을 면제하는 내용이었습니다. 미국 저작권법의 기본 조항으로, 인터넷 플랫폼 성장에 필수적이었습니다.

제가 가입해 있는 학술 네트워크는 아메리칸대학교 로스쿨 정보법 및 지식재산권 프로그램의 동료들이 운영하고 있고, 학회는 2년에 한 번씩 개최됩니다. 피터 자시(Peter Jaszi) 교수가 이 학회를 설립해 오랜 기간 이끌었으며, 현재는 셴 플린(Sean Flynn) 교수가 운영하고 있습니다.

남희섭 박사는 이 학회의 적극적이고 영감을 주는 회원이었습니다. 그는 우리 네트워크에서 두 가지 중요한 이슈인 한미 FTA와 의약품 접근성 문제에 있어 국제적 지지를 이끌어냈습니다. 저의 친구이기도 한 셴 플린 교수는 남희섭 박사를 “믿음직하고 통찰력 있는 아군”이라고 회고했습니다. 우리는 그가 병환으로 아메리칸대학교 객원교수(Visiting Scholar)직을 수락하지 못한 것을 매우 안타까워했습니다.

저작권 독점에 관한 예외 규정은 한국의 기술 부문 성장에 큰 도움이 되었습니다. 저희 네트워크의 일원이면서 남희섭 박사와의 가까운 사이였던 저의 동료 마이클 팔메도(Michael Palmedo) 박사가 연구에서 보여준 것처럼 말입니다. 팔메도 박사의 연구에 따르면, 간접 책임으로부터 예외를 인정받은 한국 인터넷 기업들은 그렇지 않은 기업에 비해 연구개발에 더 많은 투자를 하고(혁신 증진), 더 많은 특허를 출원했습니다(혁신의 증거). 예외 규정이 문화와 경제 생산을 촉진한다는 매우 흥미로운 증거입니다.

남희섭 박사는 2011년 FTA의 유보조항이 3단계 테스트 준수 요건으로 인해 공정이용을 제한하는 방향으로 해석될 가능성을 걱정했습니다. 하지만 결국 저작권법의 공정이용 조항은 미국 법률 내용을 그대로 반영했습니다. 미국에서 공정이용이 적극 활용되고 있으므로, 한국에서도 공정이용이 활발히 사용될 것으로 생각했습니다.

그러나 정말 그랬을까요? 한국 영화업계 종사자들을 대상으로 두 차례 설문조사를 실시했는데, 영화 제작자들은 일반적으로 허가없는 자료 사용을 피하고 있었습니다. 대부분 공정이용 제도 자체도 모르고 있었습니다. 실제로 많은 이들이 인용 행위를 허용하는 예외 조항을 전혀 모르고 있었습니다.

이런 무지와 두려움은 많은 비용 소모를 초래합니다. 비용 소모의 문제보다 더 심각한 것은 영화 제작자들이 프로젝트를 변경하거나 포기하게 되는 경우가 많다는 점입니다. 작품성이 떨어지는 작품을 제작하거나 제작을 포기하게 됩니다. 혹은 소수의 관객에게만 소비되는 비상업적인 작품을 제작하게 됩니다.

2005년 우리가 연구를 진행할 당시, 미국의 독립영화 제작자들도 같은 상황에 처해 있었고 유사한 패턴을 보였습니다. 독립영화 제작자들은 공정이용을 활용하지 않았습니다. 반면 미디어 기업들은 공정이용을 활용했습니다. 저와 피터 자시 교수를 비롯한 동료들은 연구를 통해 공정이용을 활용하지 않은 그들의 선택이 큰 비용 소모로 이어졌다는 것을 증명했습니다. 그럼에도 그들은 여전히 공정이용의 활용을 두려워했습니다. 그들은 자신들에게 불리할 수 있는 상황을 피하고 싶어 했고, 도전을 감행한다 해도 참고할 수 있는 확실한 판례법이 없다고 생각했습니다.

실제로 공정이용에 관한 법률은 거의 없습니다. 1990년부터 지금까지 이 상황은 매우 일관되게 유지되어 왔습니다. 판사들은 두 가지 개념에 의거해 공정이용의 &4가지 요소&를 판단합니다. 첫째는 변형적 사용, 즉 다른 목적을 위한 재사용입니다. 둘째는 그 새로운 목적을 위한 인용의 정도입

니다. 이런 법리는 이해하기 쉽고 대부분의 일반적인 경우에 적용하기 용이합니다. 대형 미디어 기업들은 이런 법리를 잘 알고 있었고 2005년 당시에도 공정이용을 적극 활용했습니다. 하지만 독립 영화인들을 그러지 못했습니다.

우리는 영화 제작자들이 공정이용을 필요로 했던 일반적인 상황에서 공정이용 법리를 해석하는 방법을 고민하는데 1년을 보냈습니다. 공정이용이 적용되는 상황은 다음과 같습니다:

- 원작물이 직접 비평의 대상이 되는 경우
- 논점이나 주장을 원작물을 예시로 들어 펼치는 경우
- 원작물이 의도치 않게 배경으로 부수적으로 사용된 경우
- 사실을 기록한 원작물을 사용해야 하는 경우

우리는 미국 내의 영화 제작자를 위한 5개 회원기반 협회와 협력했습니다. 미국 전역의 도시를 방문해 수백명의 영화 제작자들과 소그룹 모임을 가졌습니다. 특정 저작물 사용에 대해 비용을 지불하지 않아도 된다고 생각한 이유와 사용가능 범위에 대해 서로의 생각을 공유했고, 법률전문가 5명이 이를 검토했습니다. “공정이용에 관한 다큐멘터리 영화 제작자 모범실무 설명서(이하, 설명서)”

는 이 과정을 통해 완성한 결과물입니다. 이 설명서는 8페이지에 걸쳐 공정이용이 필요한 4가지 상황에서 모범으로 삼을 수 있는 실무를 기술하고 있습니다.

설명서는 영화 제작자들이 영화 제작자를 위해 만든 것으로, 가장 일반적인 상황을 간단히 다루고 있습니다. 설명서는 법률자문도 아니며 변호사가 작성한 법률문서도 아닙니다. 영화 제작자들이 작품을 만들 때 법률이 어떻게 작동하는지에 대한 그들 나름의 이해를 간단히 서술한 진술서입니다. 공정이용 전반에 대한 내용도 아니며, 적용 가능한 모든 상황을 담고 있지도 않습니다. 가장 일반적이고 논란이 없을 경우만을 다루고 있습니다. 원래 영화 제작자들은 설명서를 만든다고 해도 상황이 달라질 것이라 생각하지 않았었습니다. 영화를 배급하기 위해서 영화 제작자들은 과실책임에 대한 보험에 가입해야 했습니다. 방송사들은 영화 제작자들이 이러한 보험에 가입해 책임을 담보한 경우에만 작품을 방영했습니다. 하지만 보험사들은 공정이용에 대한 위험을 평가할 수 없었기 때문에 공정이용에 대해서는 보험을 제공하지 않았었습니다.

그러나 보험사들은 영화 제작자들이 몰랐던 한 가지, 즉 설명서처럼 실무 분야에서 동의를 얻은 문서가 보다 일반적인 실무에 실질적인 영향을 미친다는 사실을 알고 있었습니다. 법적 소송이 제기

될 경우, 판사를 포함한 모든 당사자들은 해당 분야의 관행이 어떠한지를 실질적으로 고려하기 때  
문입니다. 결국 특정한 실무에 대한 이해는 모든 사람의 행동 방식에 영향을 미칩니다. 보험사들은  
거의 즉시 설명서의 조건에 따라 공정이용에 대한 보험을 제공하기 시작했고, 방송사들은 작품을  
방영할 수 있게 되었습니다. 이로써 영화 제작자들은 더 다양하고 많은 종류의 영화를 더 저렴하  
게 제작할 수 있게 되었습니다. 이제 영화 제작자의 공정이용이 설명서에 포섭되는 경우 보험사가  
공정이용을 보장하더라도 추가비용이 없습니다. 즉 보험사들이 공정이용에 관한 위험 비용을 “0”으  
로 산정하는 것입니다.

오늘날 미국의 영화 제작자들은 가장 일반적이고 보편적인 종류의 공정이용을 걱정없이 활용하고  
있습니다. 다큐멘터리 영화 제작자들의 공정이용 모범 실무 설명서의 조건 내에서 공정이용을 사용  
하는 영화 제작자들에 대한 소송 사례는 없습니다.

또한, 영화계를 본보기삼아 사서, 교수, 저널리스트, 시인, 시각예술가를 포함한 12개의 다른 창작  
커뮤니티도 합의안을 작성하는 선례를 따랐습니다. 각각의 경우 이러한 실무지침은 독립적으로 활  
동하는 창작자들이 대규모 미디어 사업체 소속의 창작자들처럼 공정이용을 자신있게 활용할 수 있

도록 해주었습니다. 이러한 변화는 전 분야에서 공정이용을 위협하게 생각해왔던 인식을 바꾸었습니다. 이제 미술사가들은 20세기와 21세기에 제작된 작품의 경우 작가나 저작권자의 허락없이 출판할 수 있습니다. 교수들은 걱정없이 강의 자료를 온라인에 업로드할 수 있습니다. 사서들은 자료를 디지털화해 온라인에서 제공할 수 있습니다. 논란이나 소송도 전혀 없습니다.

이 변화는 창작 커뮤니티 내의 창작자들이 공정이용을 자신있게 효과적으로 활용할 수 있도록 도운 교육의 힘입니다.

미국 영화 제작자들이 특정 분야에서 공정이용 활용의 기준을 명확히 하기 위한 노력의 결실인 실무 설명서를 한국의 영화 제작자와 다른 분야의 창작자들도 참고할 수 있다고 생각합니다. 우리는 이 설명서와 관련 자료를 한국어로 공유하고자 합니다. 또 타 커뮤니티를 위해 제작한 12가지의 실무 규약도 공유하고자 합니다. 그리고 창작자들을 위한 저작권 교육 전반이 개선되기를 바랍니다. 왜냐하면 남희섭 박사도 잘 알고 있었다시피, 창조성에는 예외가 중요하기 때문입니다.

감사합니다.