JDCS
디지털콘텐츠학회논문지
Journal of Digital Contents Society
Vol. 18, No. 7, pp. 1333-1339, Nov. 2017

패러디의 의미와 표현의 자유

장 연 이[1] · 김 희 권[2]
[1]안산대학교 IT응용보안과
[2]글로벌아트미디어

The Meaning of Parody and the Freedom of Expression

Yeon-Yi Jang[1] · Hee-Kweon Kim[2]
[1]Department of Applied Information Technology and Security, Ansan University, Ansan 15328, Korea
[2]CEO, Global Art Media, Gwangju 12814, Korea

[요 약]

패러디는 예술적 표현 형식의 하나로 인정받고 있고 그 활용도는 나날이 증가하고 있다. 그러나 법령 또는 판례에 명확한 규정이 없다. 패러디는 보통 원저작자의 이용허락을 받지 않고 만들어지기 때문에 저작권법 침해 논란을 늘 수반하게 된다. 우리 헌법에서는 표현의 자유와 예술의 자유를 보장하고 있지만, 또 저작자의 권리도 보호하고 있다. 이 기본권 충돌 문제를 어떻게 해결할 것인가가 쟁점이다. 헌법이 추구하는 기본 가치와 저작권법의 목적인 문화의 향상발전이라는 견지에서 패러디에 관한 다양한 논의가 전개되어야 한다.

[Abstract]

Parody is credited for one of the forms of artistic presentation, and the utilization has been increasing day by day. However, there is no clear regulation in legislation or case. Parody is usually made without authorization to exploit of original author, so there is a lot of controversy over its infringement of copyright. Constitutional Law guarantees the freedom of expression and that of art, but it protects the author's right as well. So it is important how settle the collision of fundamental rights. It is expected the development of a variety of discussion on parody from the views of the basic value the Constitution pursues and the improvement and development of the culture that is the purpose of Copyright Act.

색인어 : 패러디, 직접적 패러디, 2차적 저작물작성권, 동일성유지권, 표현의 자유

Key word : Parody, Direct Parody, Right of the production of derivative works, Right to preserve the integrity, Freedom of expression

http://dx.doi.org/10.9728/dcs.2017.18.7.1333

This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-CommercialLicense(http://creativecommons.org/licenses/by-nc/3.0/) which permits unrestricted non-commercial use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

Received 05 October 2017; **Revised** 12 November 2017
Accepted 25 November 2017

***Corresponding Author; Hee-Kweon Kim**

Tel: +82-70-8711-8900
E-mail: prospering@nate.com

Ⅰ. 서 론

패러디가 범람하는 시대이다. 최근에는 선거 등 정치 분야에서 패러디가 많이 만들어지고 있다. 사회적으로 관심의 대상이 되는 이슈가 발생했을 때에도 패러디가 널리 유포된다. 패러디는 특정 영역에만 머무르지 않고 우리 일상에서 다양하게 활용되고 있다. 특히 기술의 발전에 힘입어 이미지나 영상물의 변형을 통한 패러디가 손쉽게 탄생할 수 있는 환경이 조성되어, 패러디를 즐기는 현상은 더더욱 확산될 것으로 예측된다.

그런데 패러디에는 아무런 문제가 없는 것일까. 보통 유명인사나 저명한 작품을 상대로 하기 때문에 무엇인가 제약이 있을 수 있다는 생각은 누구나 하게 될 것이다. 그런데 법조문을 아무리 찾아보아도 패러디에 관한 규정은 발견되지 않는다. 법이 시대의 흐름을 따라가지 못한 결과일 수 있는데, 법에 명확한 규정이 없기 때문에 해석론에 의지할 수밖에 없게 된다. 이는 규범이 이용자들과 괴리되는 상황을 초래한다.

한편 표현의 자유를 강조하는 입장에서는 패러디에 대한 규제가 존재한다는 사실 자체를 받아들이기 어려울 것이다. 저명한 작품에 기대어 자기 생각과 감정을 표현한 것일 뿐 원작의 가치를 훼손하려 한다는 인식 자체가 없으며, 실제로도 원작의 의미가 퇴색되지 않기 때문이다. 패러디는 표현의 자유와 다양성을 신장시키는 기능을 지녀, 문화의 향상발전에 기여한다는 긍정적인 측면이 있다.

그럼에도 불구하고 패러디에는 어느 정도 제약이 가해지는 것이 현실이다. 그러므로 이 논문에서는 패러디에 대한 법적인 의미를 탐구하고, 패러디와 표현의 자유의 관계에 대해서 고찰해보기로 한다.

Ⅱ. 패러디의 의의

2-1 개념

‘패러디(parody)’라는 용어는 반대하다 또는 대응하다라는 뜻의 그리스어인 ‘para’와, 노래를 의미하는 ‘odia’의 합성어 ‘paroeia’에서 유래한 것으로 알려져 있다[1]. 그 후 18세기 독일의 시인 베르니케(Wernicke)가 단편시집에서 사회의 유명 인사나 작품에 대해 야유, 조소 등 오락적인 표현 기법을 사용해 작품화하기 시작하였고, 19세기 이후에는 문학의 범주에 한정되지 않고 연극, 영화, 방송 등 다양한 장르에서 패러디가 널리 유행하게 되었다[2].

패러디란 사회적으로 널리 알려졌거나 인정된 저작물을 풍자 또는 조소를 이용해 비평하는 방법으로 자신의 생각을 표현하는 것을 뜻한다[3]. 미국 판례에 따르면 패러디는 타인의 저작물의 언어적 표현이나 스타일과 매우 유사하게 모방하거나 또는 이를 흉내 내어 코믹한 효과나 조소를 유발하는 것으로, 패러디 제작자의 독창성 있는 관점이 반영되어 원저작물에 대한 비평적 논평이나 진술이 곁들여짐으로써 유희적 기능을 초월하여 사회적인 가치가 부여된 것을 의미한다.[1)]

패러디는 두 종류로 나누어진다. 하나는 원작 자체를 대상으로 비평하는 직접적 패러디(direct parody)이고, 다른 하나는 원작을 비평의 수단으로 삼기는 하지만 원작의 내용과는 직접적인 관계가 없이 일반적으로 사회에 대한 비평을 주로 하는 매개적 패러디(vehicle parody)이다.

2-2 특성

패러디는 기성의 권위에 대해 풍자 또는 조소의 방법을 이용해 비평하는 것이므로 불특정 다수인의 관심을 쉽게 받을 수 있고, 전달하려는 메시지를 매우 강하게 표현할 수 있다. 패러디는 기성의 것에 대한 새로운 시각을 제시하는 매우 효과적인 표현 수단으로, 역동적으로 발전하는 문화의 본질적 측면과도 맞닿아 있다고 하겠다[3].

이렇게 패러디가 예술적 표현 장르로서 나름의 존재 의미를 가지고 있는 이상 문화의 향상발전으로 압축되는 저작권법의 목적을 달성하면서 표현의 자유를 실질적으로 보장하기 위하여 일정 요건을 갖춘 패러디에 한해서 그것에 사용된 원저작물에 대한 저작권 침해의 책임은 면제되어야 한다는 인식이 충분히 공유되고 있다[4]-[5].

자신의 저작물을 풍자 또는 조소의 대상으로 삼는다는 점 때문에 원작의 권리자 스스로는 이러한 용도로의 이용허락을 하려 하지 않는다. 따라서 이를 저작권자가 결정하게 한다면 패러디라는 장르 자체가 성립하지 않거나 심히 위축될 가능성이 크다. 이 점 때문에 패러디에 대해서는 저작권 보호의 예외가 인정되어야 한다[3]. 그러나 정확히 어떤 부분에서 저작권법상 예외 규정에 해당한다고 볼 것인지에 대해서는 법령에 명확한 규정도 없고, 일부 학설로만 논의되고 있을 뿐이다.

Ⅲ. 패러디의 저작권법상 문제점

우리 저작권법에는 패러디라는 용어도 등장하지 않고 그에 대한 아무런 규정이 없으며,[2)] 패러디의 개념을 설명한 법원의 판결도 발견되지 않는다. 그럼에도 불구하고 패러디는 저작권법상 보호되는 권리와 충돌할 가능성이 높은 바, 특히 패러디가 2차적 저작물인지 여부 및 동일성유지권을 침해하는지 여부에 대한 검토가 필요하다.

---

1) Metro-Goldwyn-Mayer, Inc. v. Showcase Atlanta Co-op. Productions, Inc., N.D.Ga.1979, 479 F.Supp. 351, 203 U.S.P.Q. 822.

2) 비교법적으로도 저작권법에서 패러디를 직접 규정한 경우는 거의 발견되지 않으며, 프랑스 저작권법 제122조의5 제1항에서 “저작물이 공표된 때에는, 저작자는 다음 각 호의 행위를 금지할 수 없다”라며 제4호에서 “표현형식의 규칙을 지킨 패러디, 파스티슈, 풍자화”를 나열하고 있는 정도가 있다.

3-1 2차적 저작물인지 여부

2차적 저작물이란 "원저작물을 번역·편곡·변형·각색·영상제작 그 밖의 방법으로 작성한 창작물"을 의미한다(저작권법 제5조 제1항). 즉 2차적 저작물이란 원저작물의 창작적 표현 부분을 토대로 원저작물에 대한 실질적 개변(substantial variation)[3]이 이루어진 것이다. 판례는 여기에 더하여 두 저작물 간의 실질적 유사성(substantial similarity)[4]도 요구하고 있다.

원저작물의 저작자의 허락을 받지 않고 2차적 저작물을 작성하였더라도 2차적 저작물로서의 요건을 갖추면 2차적 저작물로 성립하는 데에 지장이 없다. 다만, 원저작물의 저작권이 유효하게 존재하는 한[5] 원저작물의 저작자의 동의 없이 2차적 저작물을 작성하였다면 위 사람이 갖는 2차적 저작물작성권을 침해하게 된다.

그런데 패러디를 제작할 때에는 불가피하게 원작을 수정하거나 개변할 수밖에 없다. 만약 패러디가 원작에 대한 2차적 저작물이라면 원작의 저작권자의 동의를 얻지 않는 한 2차적 저작물작성권 침해 책임으로부터 자유로울 수 없을 것이다. 패러디를 만들면서 동의를 얻는 경우는 그리 흔하지 않을 것이므로, 패러디를 2차적 저작물로 본다면 패러디를 저작물 자유이용의 형태로 인정하기가 어려워진다[5]. 만약 창작성이 결여되어 2차적 저작물의 요건조차 갖추지 못한 경우에는 동의 또는 이용허락의 범위가 명확하게 설정되어 있지 않는 한 저작권 침해라는 결론에 도달할 수밖에 없다[6].

저작권 침해 논란으로부터 자유로울 수 있는 성공한 패러디가 되려면 패러디의 원작이 존재한다는 점, 그것이 원작 그 자체가 아닌 패러디라는 점이라는 두 가지 메시지가 전달되어야 한다. 즉 패러디를 감상하는 사람이 원작 및 그에 대한 패러디를 동시에 느낄 수 있어야 하는 것이다. 이렇게 패러디로 성공하게 되면 이는 원작에 대한 2차적 저작물이 아니라 독립된 별개의 저작물이 되는 것이고, 따라서 저작권 침해 문제는 처음부터 발생하지 않는다고 보아야 할 것이다[5].

3-2 동일성유지권을 침해하는지 여부

패러디를 공표된 저작물의 인용 등 저작재산권 침해에 대한 예외 사유로 본다 하더라도 동일성유지권이나 성명표시권 등 저작인격권 침해 문제는 별도로 논의해야 한다.

동일성유지권이란 자신의 저작물의 내용·형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리로서(저작권법 제13조 제1항), 저작자의 일신에 전속하기 때문에 양도가 불가능한 권리이다(저작권법 제14조 제1항).

패러디가 원작의 동일성유지권을 침해한다고 보면 저작자의 이용허락을 받아야 한다는 문제가 발생하는데, 이는 패러디를 인정하고자 하는 취지에 어긋나게 된다[5]. 패러디는 대부분 원저작자의 동의 없이 원작을 개변한 것이므로, 그 문화적 가치를 고려하지 않은 채 패러디를 저작인격권 침해로 본다면 예술가들이 패러디라는 표현 형식을 이용할 자유를 박탈하는 결과가 초래될 것이다[4].

비록 원작을 변형하였다 할지라도 원저작자의 인격적 이익을 침해하고자 하는 고의는 존재하지 않으므로, 동일성유지권을 내세우면서 패러디를 통한 표현의 자유를 규제하려는 시도는 심히 부당하다 할 것이다[5]. 저작권법에서 동일성유지권의 제한 사유 중 하나로 "그 밖에 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 범위 안에서의 변경"을 규정하고 있는 바, 이를 근거로 패러디가 동일성유지권을 침해하지 않는다고 해석할 소지도 있을 것이다. 이 조문에는 "다만, 본질적인 내용의 변경은 그러하지 아니하다"라는 단서 규정이 있지만, 원저작물이 구분되어 인식되고 그 부분에서 원저작자가 표현하고자 한 본질적인 내용의 변경이 없다면 이 단서 조항에 해당하지 않는다고 볼 것이다[4].

3.3 출처명시의무와의 관계

저작권법 제28조 "공표된 저작물의 인용" 또는 제35조의3 "저작물의 공정한 이용"에 해당하여 저작물을 자유롭게 이용하려는 경우에도 그 출처를 명시해야 하는 것이 원칙이다(저작권법 제37조).

그러나 패러디에 원작의 출처를 명시하는 것은 자연스럽지 않고, 저작권법에 패러디에 대해 아무런 규정이 없기 때문에 위 조문을 패러디의 근거로 본다 하더라도 출처 명시 의무까지 적용된다고 해석하는 것은 무리라고 하겠다[5]. 또 패러디에는 원작이 자연스럽게 드러난다는 점에서 출처를 명시할 필요가 없다고 볼 수도 있다[4].

3-4 성명표시권과의 관계

저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물에 또는 저작물의 공표 매체에 그의 실명 또는 이명을 표시할 권리를 가진다. 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(저작권법 제12조). 성명표시권도 저작자의 일신전속권으로서(저작권법 제14조 제1항) 타인에게 양도가 되지 않아 저

3) 2차적 저작물이 성립하기 위한 요건으로서의 실질적 개변은 단지 남의 것을 베끼지 않았다는 정도의 저작물 성립 요건으로서의 창작성 개념을 넘어서는 실질적인 창작성을 의미한다고 보아야 한다.

4) 판례는 "행복은 성적순이 아니잖아요" 사건에서 실질적 유사성에 대해 "사건의 구성(plot) 및 전개과정과 등장인물의 교차 등에 공통점이 있어야 한다"고 설명하였다(서울민사지방법원 1990. 9. 20. 선고 89가합62247 판결).

5) 그 반대의 경우로는 원저작물의 저작권이 기증되었거나, 공유영역(public domain)에 있거나, 보호기간이 만료된 경우 등을 생각해 볼 수 있다.

작자가 사망할 때까지 가지는 권리이다.

위 규정을 엄격하게 해석할 때 패러디는 원저작물의 "원본이나 그 복제물"이 아니라는 점을 들어 성명표시권 규정이 적용되지 않는다고 볼 수도 있겠다. 또는 "저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우"에 해다한다고 볼 수도 있다.

그러나 패러디라는 개념을 인정하는 한 저작재산권 침해의 책임이 없다고 보고 있으므로 성명표시권 침해 문제도 발생하지 않는 것으로 해석해야 할 것이다[5].

3-5 소결

우리 저작권법에 패러디에 대한 규정이 전혀 없기 때문에 패러디에 대해서는 저작권법의 일반적인 해석론에 비추어 검토해야 할 것이다. 다만 패러디에는 원작을 비판적·창조적으로 변형하여 어떤 현상을 비평하는 기능이 있으며, 그에 따라 변형적 가치에 무게가 실려 있다는 점 등이 고려되어야 할 것이다[5].

패러디가 원저작물을 이용하였다 하더라도 그것과는 더 이상 종속성 또는 실질적 유사성으로 연결되지 않는 별개의 저작물로 인정된다면 저작권 침해의 문제는 발생하지 않는다고 보아야 한다[5].

Ⅳ. 패러디 인정 근거

4-1 저작권법상 근거

기존에는 패러디에 대해 저작권이 제한되는 근거로 저작권법 제28조를 들었었다. 이 조문에서는 '공표된 저작물의 인용'이라는 표제하에 '공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다'고 규정하고 있다.

그러나 현행 저작권법 제35조의3에 포괄적 공정이용에 관한 규정이 도입되었으므로, 이제는 이 규정이 적용돼야 할 것이다.

한편 저작권법상 합법적 행위로 인정된 패러디라 할지라도 과도한 비방이나 인격권 침해 등 타인에게 손해를 가한 경우에는 민사상 손해배상의 일반 원칙에 따라 배상책임이 인정될 수 있다[7].

4-2 패러디의 면책 기준

패러디와 같이 사회적·문화적으로 필요성과 유용성이 인정된 예술장르에 대하여는 저작권법 제28조나 제35조의3의 요건을 보다 완화하여 적용할 필요가 있다. 이와 관련하여 저작권법 제35조의3의 모태가 된 미국 저작권법 제107조 및 이 규정에 따른 패러디 해석 기준이 하나의 참고자료가 될 수 있다[5].

즉, 미국 저작권법 제107조에 대해 법원에서는 패러디라는 이유만으로 공정이용이 추정되는 것으로 보지 않으며,[6] 다른 논평이나 비평과 같이 공정이용 여부를 판단할 때 보다 유리한 지위를 주장할 수 있다고 볼 뿐이다.[7]

4-3 패러디의 대상

패러디는 원작을 비평하거나 풍자하는 것이므로 감상자가 비평 또는 풍자에 원작이 이용되었다는 점을 쉽게 인식할 수 있어야 한다. 만약 패러디를 원작 자체로 오인한다면 이는 이른바 '실패한 패러디'로서 저작권 침해가 될 수 있다[5].

비평이나 풍자의 대상이 원작 그 자체여야 하는지 아니면 원작을 매개로 하되 원작과 무관한 사회현실이어도 되는지 하는 문제가 있다. 즉 직접적 패러디의 경우에만 원작의 자유이용이 가능한지 매개적 패러디의 경우에도 가능한지의 문제이다[5]. 이에 대해 우리 법원은 매개적 패러디의 경우에는 저작권 침해의 책임이 면제되지 않는다는 취지로 판시한 바 있다.

즉 서태지가 작사·작곡한 "Come Back Home"을 이재수가 일부 변형하여 음반을 제작해 판매한 사건에서 법원은 "기존의 저작물에 풍자나 비평 등으로 새로운 창작적 노력을 부가함으로써 사회 전체적으로 유용한 이익을 가져다 줄 수 있는 점이나 구저작권법 제25조에서 '공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다.'고 규정하고 있는 점 등에 비추어 이른바 패러디가 당해 저작물에 대한 자유이용의 범주로서 허용될 여지가 있음은 부인할 수 없다 하겠으나, 그러한 패러디는 우리 저작권법이 인정하고 있는 저작권자의 동일성유지권과 필연적으로 충돌할 수밖에 없는 이상 그러한 동일성유지권의 본질적인 부분을 침해하지 않는 범위 내에서 예외적으로만 허용되는 것으로 보아야 할 것이고, 이러한 관점에서 패러디로서 저작물의 변형적 이용이 허용되는 경우인지 여부는 원저작물에 대한 비평·풍자 여부, 원저작물의 이용목적과 성격, 이용된 부분의 분량과 질, 이용된 방법과 형태, 소비자들의 일반적인 관념, 원저작물에 대한 시장수요 내지 가치에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여 신중하게 판단하여야 할 것이다"라 전제하고 "피신청인들이 원곡에 추가하거나 변경한 가사의 내용 및 그 사용된 어휘의 의미, 추가·변경된 가사 내용과 원래의 가사 내용의 관계, 개사곡에 나타난 음정, 박자 및 전체적인 곡의 흐름 등에 비추어 피신청인들의 개사곡은 신청인의 원곡에 나타난 독특한 음악적 특징을 흉내 내어 단순히 웃음을 자아내는 정도에 그치는 것일 뿐 신청인의 원곡에 대한 비평적 내용을 부가하여 새로운 가치를 창출한 것으로 보이지 아니하고(피신청인들은 자신들의 노래에 음치가 놀림 받는 우리 사회의 현실을 비판하거나 대중적으로 우상화된 신청인도 한 인간에 불과하다는 등의 비평과 풍자가 담겨 있다고 주장하나, 패러디로서 보호되는 것은 당해 저작물에 대한 비평이나 풍자인 경우라 할 것이고 당해

6) Fisher v. Deesm C,A,9 (Cal.) 1986, 794 F. 2d 432, 230 U.S.P.Q. 421.

7) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 114 S.ct. 1164, 1176(1994).

저작물이 아닌 사회 현실에 대한 것까지 패러디로서 허용된다고 보기 어려우며, 이와 같은 제반사정들에 비추어 이 개사곡에 피신청인들 주장과 같은 비평과 풍자가 담겨 있다고 보기도 어렵다), 피신청인들이 상업적인 목적으로 원곡을 이용하였으며, 개사곡이 신청인의 원곡을 인용한 정도가 피신청인들이 패러디로서 의도하는 바를 넘는 것으로 보이고, 개사곡으로 인하여 신청인의 원곡에 대한 사회적 가치의 저하나 잠재적 수요의 하락이 전혀 없다고는 보기 어려운 점 등 여러 사정들을 종합하여 보면, 결국 피신청인들의 개사곡은 패러디로서 보호받을 수 없는 것이라 하겠다"고 판시하였다(서울지방법원 2001. 11. 1. 선고 2001카합1837 판결).

이 판결에서 법원이 이재수의 <컴배콤>을 서태지의 <컴백홈>에 대한 공정한 인용으로 인정하지 않은 이유는 <컴배콤>이 원저작물을 비평 또는 풍자의 대상으로 삼은 '직접적 패러디'가 아니고, 패러디로서 새로운 가치를 창출했다고 보기 어려웠기 때문인 것으로 보인다[4]. 즉 이 판결은 패러디의 성립을 매우 예외적인 경우에만 좁은 범위에서 인정하는 입장에 서 있는 것으로 볼 수 있다[5].

이에 대해서는 직접적 패러디와 매개적 패러디를 구별하는 것이 쉽지 않을 뿐 아니라, 구별을 전제한다 하더라도 매개적 패러디도 허락을 받기 어렵다는 비판이 있다. 패러디라는 예술 장르의 존립을 보호하기 위해서는 직접적 패러디인지 매개적 패러디인지 준별할 필요 없이 권리제한의 문제로써 창작의 자유와 표현의 자유를 보장해 줄 실익이 존재한다는 것이다[8].

미국 연방대법원도 초기에는 Campbell v. Acuff-Rose 사건에서 저작권법이 추구하는 목적에 비추어 볼 때 패러디는 적어도 부분적으로는 원저작물에 대한 비평을 담은 새로운 저작물을 만들어내기 위하여 원저작물의 어떤 요소들을 사용하는 것이라고 함으로써, 적어도 부분적으로는 직접적 패러디로서의 성격을 가지는 것이 패러디의 요건이라고 판시한 바 있다.[8] 그러나 그 후 제2항소법원의 Blanch v. Koons 사건에서 원작은 상품 판매를 위한 광고였으나 패러디물은 패션 사진에 드러난 매스미디어의 사회적·미학적 결과를 비평하고 풍자하기 위한 매개적 패러디였는데 이를 변형적 이용에 해당한다고 하여 공정이용을 긍정하였다[9].

4-4 이용행위의 목적과 성격

원작을 이용하여 패러디를 만드는 행위가 상업적인 것인지 비상업적인 것인지도 기준이 된다. 그러나 이는 결정적인 것은 아니며, 상업적 성격의 이용행위에서 패러디가 인정되기도 한다. 위 Campbell v. Acuff-Rose 사건에서도 미국 연방대법원은 상업적 성격을 가지는 이용행위라 하더라도 패러디가 원저작물과 다른 기능을 하는 변형적 이용(transformative use)[9]으로서의 성격이 강하다면 공정이용에 해당할 수 있다고 하였다[5].

4-5 이용된 분량과 실질적 가치

패러디를 제작할 때 필연적으로 원작을 차용하는데 그 정도는 원작을 떠올리는 정도(conjuring up)여야 한다는 것으로, 종전의 미국 판례와 학설로 인정되는 기준이다. 초기의 미국 판례는 원작을 인식하기에 '필요한' 분량까지만 차용할 수 있다고 하였으나[10] 나중에는 패러디의 목적을 달성하기 위하여 원작을 떠올리기에 '충분한' 분량의 차용까지 허용하였다[5].[11]

일반적으로는 원작을 떠올릴 수 있을 정도로 차용하되 그 차용된 부분의 분량이나 실질적 가치가 적을수록 공정한 이용으로 허용될 가능성이 높아질 것이다. 이와 반대로 차용된 부분이 많을수록 허용 가능성이 낮아질 것이다[5].

4-6 원작의 시장 수요에 미치는 영향

패러디의 경우는 2차적 저작물과 달리 원작의 대체효과가 거의 없기 때문에 시장 수요에 미치는 영향이 크지 않다고 할 수 있다. 미국 연방대법원도 Campbell v. Acuff-Rose 사건에서 "순수한 패러디의 경우 그것이 원저작물을 대체함으로써 원저작물의 시장에 위해를 가져올 가능성은 거의 없다. 패러디와 원저작물은 일반적으로 서로 다른 시장적 기능에 기여하기 때문이다."라고 판시한 바 있다.

그러므로 패러디가 만약 원작에 대한 현재의 또는 잠재적인 시장적·경제적 가치를 감소시킨다거나 그 수요를 대체하는 효과를 초래한다면 이러한 패러디는 인정하지 않겠다는 것이다. 성공한 패러디는 원저작물과는 전혀 다른 감상적 기능을 수행하게 될 것이므로 원작의 시장 수요에 미치는 영향이 거의 없다고 보아도 무방할 것이다[5].

Ⅴ. 패러디와 표현의 자유

5-1 표현의 자유와 그 제한

8) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 114 S.ct. 1164, 1176(1994).

9) 변형적 이용이란 원저작물을 이용해 제작한 결과물이 단순히 원저작물을 대체하는 정도를 벗어나 원저작물에 존재하지 않거나 원저작물과는 완전히 다른 사상 또는 감정을 전달하여 원저작물과 별개의 목적이나 성격을 갖게 되는 경우를 말한다. 원저작물에 가해지는 수정 또는 변형을 2차적 저작물로의 변형과 공정이용에 해당하는 변형으로 나누어, 공정이용에 해당하는 변형의 한 예로 패러디를 들기도 한다. 변형적 이용행위에 의하여 기존 저작물과 다른 문화적 가치를 가지는 새로운 저작물이 생겨난다면 이는 인류의 문화유산 축적에 보탬이 되는 이용행위로서 공공의 이익에 기여한다고 볼 수 있어 공정이용에 해당하는 것으로 판단할 여지가 커지는 것이다[5].

10) Walt Disney Production v. Air Pirates, 581 F. 2d 751(9th Cir. 1978).

11) Campbell v. Acuff-Rose 판결.

표현의 자유란 사상이나 의견을 외부에 표현하는 자유로서[10] 우리 헌법에서는 표현의 자유를 보장하기 위한 구체적 기본권으로 언론·출판의 자유 및 집회·결사의 자유를 보장하고 있다(대한민국헌법 제21조). 이는 정치생활과 사회생활의 방법적 기초를 뜻하면서 민주시민으로서의 매우 중대한 의사표현 수단을 의미하는 것이므로, 현대 민주국가에서 정치적·사회적 질서의 중추신경에 해당한다고 할 수 있는 중요한 기본권이다[11].

헌법재판소에서는 "헌법 제21조 제1항은 모든 국민은 언론·출판의 자유를 가진다고 규정하여 언론·출판의 자유를 보장하고 있는바, 의사표현의 자유는 바로 언론·출판의 자유에 속한다. 의사표현·전파의 자유에 있어서 의사표현 또는 전파의 매개체는 어떠한 형태이건 가능하며 그 제한이 없다고 하는 것이 우리 재판소의 확립된 견해이다. 즉, 담화·연설·토론·연극·방송·음악·영화·가요 등과 문서·소설·시가·도화·사진·조각·서화 등 모든 형상의 의사표현 또는 의사전파의 매개체를 포함한다고 할 것이다."라 판시함으로써 표현의 자유와 관련하여 의사표현의 매개체를 제한 없이 널리 인정하고 있다(헌법재판소 2004. 5. 27. 선고 2003헌가1등 결정). 여기에는 패러디도 포함된다고 해석된다[10].

그러나 표현의 자유도 무제한 허용될 수는 없으며, 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로써 그 본질적 내용을 침해하지 않는 범위에서 일정한 제한을 받을 수는 있다고 할 것이다. 타인의 저작권을 침해하여서는 안 된다는 저작권법상 제약도 이에 해당한다.

5-2 판례 분석

5살짜리 딸이 대중가수 손담비의 노래 <미쳤어>를 부르며 의자춤을 추는 모습을 동영상으로 촬영하여 네이버 블로그에 게시한 사람이 있었다. 이에 대해 ㈜한국음악저작권협회가 저작권 침해를 주장하였고, 네이버에서는 위 동영상이 포함된 게시물에 대해 게시중단 조치를 취하였다. 그러자 아이 아빠는 네이버의 위 행위에 대해 소를 제기하였다.

이 사건에서 법원은 저작권법 제28조 '공표된 저작물의 인용' 규정을 저작재산권 일반에 대한 제한 사유로 보고 원고가 자기 딸이 <미쳤어>의 일부를 따라 부르는 모습을 촬영한 이 사건 동영상을 원고의 블로그에 게시하면서 그 실연자(손담비)와 일부 가사를 게재하는 방법으로 출처를 명시함으로써 '공표된 저작물'인 <미쳤어>를 '인용'한 것으로 인정하였다. 그 다음으로 이 사건 게시물의 인용의 목적에 관하여, 이 사건 동영상은 원고의 어린 딸이 이 사건 저작물의 일부분을 불완전하게 따라 부르면서 춤을 추는 것을 촬영한 것인 점, 이 사건 게시물에는 이 사건 동영상에 덧붙여 '그런데 도대체 이 노래를 어디서 보고 들은 것이기에 이렇게 따라 하는 것일까요? 집에서는 거의 가요 프로그램을 보질 않는데 말입니다. 뭐 그냥 저냥 웃으면서 보기는 했는데, 너무 아이가 춤과 노래를 좋아하는 것은 아닐런지 걱정스럽기도 합니다. 그리고 좀 더 소녀 취향의 노래를 불러 주었으면 좋겠는데 말이지요.'라는 내용의 글과 기타 같은 장소에서 원고의 딸을 촬영한 별개의 사진들이 함께 게시되어 있는 점 등을 종합하여 보면 원고는 가족여행 중에 있었던 어린아이인 원고의 딸의 귀엽고 깜찍한 행동에 대한 기록과 감상, 대중문화가 어린 아이에게 미친 영향 등에 대한 비평 등을 담아 이 사건 게시물을 작성하고 공개한 것으로서 이는 창조적이고 생산적인 목적에 의한 것임을 인정할 수 있으며, 기타 원고가 이 사건 저작물의 상업 가치를 도용하여 영리 목적을 달성하고자 했다는 등의 사정은 찾아볼 수 없다고 하였다. 그러면서 법원은 표현의 자유 및 문화·예술의 자유를 국민의 기본권으로 보장하고 문화국가 실현을 향해 노력한다는 우리 헌법의 이념 등에 비추어 이 사건 저작물을 활용한 UCC 형태의 이 사건 동영상, 게시물 등을 복제하고 공중에 공개하는 것을 제한함으로써 저작권자가 얻는 이익에 비하여 그로 인해 초래될 수 있는 저작권자의 잠재적인 불이익과 표현 및 문화·예술의 자유에 대한 지나친 제약, 창조력과 문화의 다양성의 저해, 인터넷 등의 다양한 표현 수단을 통해 누릴 수 있는 무한한 문화 산물의 손실이 더 크다고 판단되므로, 이러한 측면에서도 원고의 이 사건 게시물은 ㈜한국음악저작권협회가 보유하는 저작재산권이 저작권법으로 정당하게 제한받고 있는 범위 내에서 ㈜한국음악저작권협회의 저작물을 인용한 것이라며 저작권법의 적용은 저작권법의 목적 규정에 합치되게 해야 한다고 강조하였다(서울남부지방법원 2010. 2. 18. 선고 2009가합18800 판결).

이 판결에 대해서는 저작권법상 공표된 저작물의 인용에 관한 해석론을 전개함에 있어 표현의 자유와 관련된 쟁점을 해결하기 위해 헌법적 가치를 고려한 해석을 도모하고 있어 바람직한 방향으로 보인다는 평가가 있다.

Ⅵ. 결 론

패러디와 표현의 자유의 관계에 대한 국내에서의 논의는 그리 활발하지 않은 것이 사실이다. 그러나 IT 기술의 발달로 사진과 동영상의 편집이 용이해져 일반인들도 손쉽게 이를 편집하여 유통할 수 있고 여기에 텍스트의 활용까지 가세하고 있는 현재의 상황에서 패러디를 둘러싼 법적 문제가 점차 증가하리라는 점은 쉽게 예측할 수 있다.

요즘의 디지털 세대는 인터넷을 통해 타인의 저작물을 변형하여 이용하는 것에 익숙해져 버렸으며, 이것은 하나의 문화 현상으로도 자리 잡고 있다. 이에 비례하여 저작자의 권리 보호에 관한 요구도 거세지고 있는 것이 세계적인 추세이다.

패러디에 저작권 침해의 요소가 내재해 있다는 점은 부인할 수 없으나, 그렇다고 해서 패러디의 존재 자체를 부정하거나 이를 모두 위법행위로 간주할 수는 없을 것이다. 인류의 모든 문화가 서로 다른 문화들을 패러디하며, 예술 작품 자체가 자연을

패러디한 것이라고 할 수 있기 때문이다[12]. 이미 하나의 예술 장르로 자리매김하였다고까지 인정할 수 있는 패러디는 그 활용도가 나날이 증가하고 있어, 저작권법의 궁극적 목적인 “문화 및 관련 산업의 향상발전”에 기여하는 측면에서도 긍정적인 평가가 가능해졌다.

원저작자의 권리 보호와 패러디 제작자의 표현의 자유의 충돌 문제를 어떻게 조화롭게 해결할 것인지는 헌법상 기본권과 관련된 논의로까지 거슬러 올라가야 한다. 즉 저작자의 권리 보호와 언론·출판의 자유 보장 간의 상충관계에 대해 보다 깊이 있는 고찰이 이루어져야 하는 것이다. 이 글을 계기로 활발한 논의가 일어나기를 기대해 본다.

참고문헌

[1] D. G. Lim, “A Study on the Problem with Parody Defense in Copyright Law,” *Content Property Law and Policy Review*, Vol. 2, pp. 135-153, November 2011.

[2] Y. C. Cho, “A Study on the Parody Photo and Copyright Infringement,” *AURA*, Vol. 19, pp. 99-116, 2008.

[3] W. S. Lim, *Copyright law of Korea*, 4th ed. Seoul, Korea Copyright Commission, 2014.

[4] H. W. Lee, *Copyright Law*, 4th ed. Seoul, Pakyoungsa, 2015.

[5] S. J. Oh, *Copyright Law*, 4th ed. Seoul, Pakyoungsa, 2016.

[6] S. G. Lee, G. H. Kim and J. G. Kim, “The establishment of the secondary copyright according to the production method of the 3D stereoscopic video content and the attribution,” *Journal of Digital Contents Society*, Vol. 15, No. 2, pp. 237-250, April 2014.

[7] D. S. Yang, “The trademark parody in France : On the basis of leading case,” *Wonkwang Law Review*, Vol. 24, No. 3, pp. 333-353, 2008.

[8] S. H. Park, *Copyright Law*, Seoul, Pakyoungsa, 2014.

[9] Y. S. Park, “Transformative Use Test in the U.S. Copyright Law,” *Quarterly Copyright*, Vol. 110, pp. 73-99, Summer 2015.

[10] J. S. Chong, Constitution law, 9th ed. Seoul, Pakyoungsa, 2014.

[11] Y. Huh, Korean constitutional law, 12th ed. Seoul, Pakyoungsa, 2016.

[12] H. J. Song and E. T. Jeong, “A Study on the utilizing parody and pastiche in Contemporary Art Works,” Journal of the Korea Convergence Society, Vol. 6, No. 6, pp. 201-212, 2015.

장연이(Yeon-Yi Jang)

2003년 : 상명대학교 디지털미디어 대학원 (디지털영상석사)

2011년 : 중앙대학교 첨단영상대학원 (영상예술학박사-애니메이션이론)

2011년～현 재: 안산대학교 IT응용보안과 교수

※관심분야 : 문화콘텐츠(Cultural Contents),영상미디어 (Visual Media), 모션그래픽(Motion Graphics) 등

김희권(Hee-Kweon Kim)

2011년 : 중앙대학교 대학원 (법학석사)

2013년 :한양사이버대학교 경영대학원 (경영학석사)

2016년 :추계예술대학교 대학원 (문화예술학박사-문화예술행정경영)

2012년～2013년: 법무부・대한변호사협회 법교육출장강사

2016년～현 재: 글로벌아트미디어 대표

※관심분야 : 저작권(Copyright), 문화콘텐츠(Cultural Contents), 미디어(Media) 등