

영상광고에 나타난 패러디의 공정이용과 저작권에 관한 연구

A Study of Fair Use of Parody and Copyright Judgement in TV Advertising

주저자 : 이은종(lee, Eun-Jong)

전남도립남도대학 교수 (경희대학교 영상디자인대학원 박사수료)

1. 서 론

2. 영상광고 패러디의 이해

- 2-1 패러디의 개념
- 2-2 영상광고에서 패러디의 효과

3. 패러디의 판정기준과 요건

- 3-1 비평과 논평
- 3-2 이용행위의 목적
- 3-3 저작물의 성격에 따른 기준
- 3-4 이용된 분량과 사실적 가치
- 3-5 저작물의 잠재적인 시장가치에 미치는 효과

4. 패러디의 국가별 판정기준과 인정현황

- 4-1 외국의 판정기준과 저작권법
- 4-2 국내 영상광고 저작물의 판정기준

5. 결 론

참고문헌

(要約)

초고속 인터넷이 일반화 되면서 영상광고 및 저작물의 복제와 표절로 인한 저작권 분쟁은 국내뿐만 아니라 국제적으로 크게 증가하고 있으며 개인 및 기업의 이익과 생존의 문제로 확대되고 있다. 또한 국가간의 저작권 분쟁으로 우리는 한해 약 1000억원 이상의 외화를 낭비하고 있으며 이러한 문제는 그동안 쌓아온 국가의 신용과 대외적 이미지를 실추시키는 요인이 되고 있다.

최근에는 우리 고유의 전통성과 문화적 아이덴티티(identity)를 도용 및 침해당하는 사례가 늘어나고 있으나 국가적 대응책은 미흡한 실정이다. 이러한 시점에서 국내 영상광고, 디자인, 예술 등 관련분야의 저작물 권리보호에 대한 대응 방안과 정책이 매우 절실해지고 있다.

국제연합의 전문기구인 세계지적소유권기구(WIPO)에 의하면 앞으로의 저작권에 대한 권리논쟁은 앞으로 기하급수적으로 증가하는 추세이며 이 모든 것을 법으로 규제하는 것은 사실상 한계가 있으므로 저작물에 대한 권리존중과 교육을 통한 대중의 의식변화를 무엇보다도 강조하고 있다.

이제 패러디에 관한 저작권 판정은 영상광고 및 디자인 관련 실무자와 교육계에서 매우 중요한 현안 문제이며 긴밀한 연관성을 갖고 있다. 따라서 본 연구는 선진국의 판례를 통하여 영상광고에서 패러디의 공정이용에 대한 올바른 방향을 제시하고자 한다.

(Abstract)

Lannon(1994) asserted, "Today consumer market has reached its maturity, and products gets more and more similar. So brands should be distinguished from competitors by emotional values."

Parody ads, one of advertisements appealing to emotion, would distort some original work well known to the public with its blemish or seriousness on target by imitating or exaggerating it regardless of expression styles, and announce the results to criticize the work itself or social situations or excite laughter. Such parody ads are stimulating consumers' emotion in particular and diverse methods. But

This study on parody and especially parody in advertising, deals with the basic concepts of parody in advertising, as well as copyright infringement issues highlighting the different legal interpretations in American and Korean law when dealing with indiscreet cases of parody in advertising. some suggestions are made on desirable and forward-looking solutions. Different to the acceptance of parody in the American culture, Korean law was limiting in allowing parody to be used and applied.

(Keyword)

Parody, Advertising, copyright, Judgement

1. 서론

정보의 가속화 물결은 저작물에 대한 복제 즉 패러디 사례가 급증하고 있다. 이는 단지 영상광고에서만 볼 수 있는 현상이 아니라 문화 전반에 나타나고 있다. 영화, 음악, 미술, 디자인, TV 광고 등 다양한 지적 저작물들이 패러디 되고 있으며 심지어 정치권의 패러디물로 인하여 그 이용목적과 개인 사생활 보호 측면에서 사회적 논란이 제기되고 있다.

최근 미국 정부와 다국적 기업들은 국익을 지키고 기업이익을 확보하기 위하여 인터넷에 올려지는 다양한 정보와 각종 창작 관련 저작물을 보호하기 위해 법률 제정을 마친 상태이며, 일본의 인터넷 관련 전문가들도 창작물 패러디에 대한 불법복제 방지와 보안기술 개발에 앞 다투어 나가고 있다. 이러한 정보화 시대의 특징은 지적재산권의 침해가 훨씬 빠르고 쉽기 때문에 그 적발이나 구제가 어렵다는 것이다. 이미 미국이나 일본 등의 선진국은 국제분쟁에서 자국의 이익을 위해 1980년부터 창작물 보호를 위한 저작권의 제도적 장치에 대한 체계적인 연구와 지속적인 투자를 해 왔다. 우리나라 역시 국제흐름과 기술변화에 따른 저작권의 법개정을 현실성 있게 개정하여 국제분쟁에서 적극적으로 대처해 나가야 할 시점이며, 외화유출 방지와 자국 기술개발 보호측면에서 우리의 저작권 및 지적소유권을 해외 각국에 출원, 등록하여 보호역량을 확충해 나가는 것이 시급한 과제가 되고 있다. 패러디는 저작권 침해가 될 수 있는 사항이므로 구조적으로 지적소유권과 밀접한 상호관계가 있다. 그러므로 저작권 관련사항도 동시에 연구되어야 한다.

현재 지적 소유권의 문제는 특히 국가와 국가 간에 그 보호장치가 되어 있는지의 여부와 국가간의 제도상의 차이 때문에 분쟁의 대상이 되고 있다. 지적 소유권과 관련된 한국의 법률로는 특허법 · 저작권법 · 실용신안법 · 의장법(意匠法) · 상표법 · 컴퓨터프로그램 보호법 등이 있으며 한국에서는 공업소유권은 특허청에서, 저작권은 문화체육부에서, 컴퓨터프로그램 보호권은 과학기술처에서 각각 관장하고 있다. 이러한 정부의 분산된 관리체계는 많은 예산 낭비 및 업무의 책임소재와 효율성을 떨어뜨리고 있어 일괄적 통합관리의 필요와 국제분쟁을 대비한 전담부서 설치가 절실히 요구된다. 2001년 카타르 도하에서 열린 4차 세계무역기구(WTO) 각료회의 결정에 따라 출범한 새로운 다자간 무역협상인 DDA (Doha Development Agenda)는 상품 위주로 범위가 제한된 기존 우루과이 라운드(UR)와는 달리 상품, 서비스, 지적재산권 등을 포괄하고 이행 강제력도 높아 이에 대한 엄청난 사회적 파장이 예고되고 있으며 이에 따른 국내 저작권의 법률적 재정비와 대책이 절실히 요구되고 있다.

따라서 본 연구에서는 패러디에 대한 국가별 판정기준과 법적 판례에 대해 알아보고자 한다. 연구 방법으로는 저작권 침해에 대해 체계적인 미국, 일본의 패러디 법리해석 문제를 다루어 보고자 한다.

2. 영상광고 패러디의 이해

2-1. 패러디의 개념

패러디의 개념은 나름대로 독자적인 방향으로 발전되어 왔으며 동·서양을 불문하고 패러디를 그 유사 형식들과 구별하려

는 시도가 필요하였다. 패러디는 기법상의 차원에서 인정을 받는 모방적 인용 행위를 의미하며, 그렇지 않은 모방 인용의 경우를 표절이라 한다. 패러디와 표절의 차별성은 자신의 텍스트가 기존의 텍스트를 차용하고 있다는 사실과 그 동기를 드러내고 있으나, 은폐하고 있으나에 달려있는데 패러디는 의식적인 모방 인용의 행위이자 그 사실을 고의적으로 드러냄으로써 인정받는 모방 행위가 되므로 윤리적으로는 문제가 되지 않으며 하나의 창작 방법이므로 미학적으로만 문제가 된다. 그러나 의식적 모방 인용임에도 불구하고 이를 고의적으로 감추려는 경우는 윤리적으로나 예술적으로 용납될 수 없는 표절이 된다. 패러디는 아이러니에 의해 새로워지고 자유로워질 수 있다. 패러디의 사전적 의미는 풍자시, 익살스러운 시문, 어떤 곡조를 다른 가사로 바꿔 부르는 노래 등을 일컫는 용어이며, 원작을 풍자적으로 비평하기도 하고 또는 익살스럽게 하기 위하여 문체, 어구 등을 흉내 낸 작품을 지칭한다. 때로는 원작의 명성에 편승하여 자기 의도를 효과적으로 표현하기 위하여 이용되기도 한다.

고전에서부터 최근의 포스트모더니즘에 이르기까지 패러디(Parody)는 문학 창작의 주요한 방법으로 광범위하게 활용되어 왔으나 그럼에도 불구하고 기생적 장치로 치부되어 왔다. 그 근본적인 이유는 현대예술의 형성과정에 주도적 역할을 한 낭만주의적 예술관 때문이다. 이에 비해 모방은 그리스어 '미메시스(mimesis)'와 라틴어 '이미타티오(imitatio)'에 어원을 두고 있다. 이 명칭은 고대로부터 존재해 왔으나 개념은 많은 변화를 겪었다. 모방 개념은 역시 5세기 아테네에서 다른 철학 유파에 의해 형성되었다. 소크라테스가 그것을 최초로 도입, 플라톤과 아리스토텔레스가 더욱 발전시켰다. 그들에게 모방은 사물의 외관을 본뜬다는 것을 의미했다. 이러한 모방 개념은 회화와 조각에 관한 성찰에 의한 결과로 생겨났다. 영상광고에서의 모방은 원작에 대한 재창조의 여지없이 차용하여 흉내 낸다는 점에서 지탄의 대상이 되고 있어 저작권에도 문제가 되며 광고 창작자의 도덕성의 문제를 야기할 수 있다. 전술한 모방과 패러디의 개념으로 미루어 볼 때 패러디 광고와 모방 광고에 대한 구별이 가능하다. 패러디는 해석자가 패러디 된 결과물을 볼 때 원작의 텍스트를 연상시켜 주기를 바라면서 원작이 갖고 있는 메시지나 이미지를 차용하고 재구성하는 것이다. 즉, 원작의 적극적 수용으로서 해석자가 반드시 원작을 알고 있기를 바라는 것이다. 반면에 모방이나 표절은 해석자가 배경이 된 원작의 텍스트를 해석에 개입시키기 보다는 숨겨서 원작의 존재를 알지 못하게 감추려고 한다는 점에서 근본적으로 패러디와 다르다. 여기에는 패러디가 포스트모던 시대에 접어들면서 현저히 부각된 예술적 표현 양식이라는 데에서 그 원인을 찾을 수 있다. 패러디가 저작권 침해로 인정되는지의 여부에 대해서는 아직까지 명백한 기준이 확립되어 있다고는 볼 수 없다. 따라서 현재로서는 법원의 판단이 내려지기 전까지는 패러디스트 본인을 비롯한 어느 누구도 선불리 침해 여부의 판정을 내리기 어려운 실정이다.

2-2. 영상광고에서 패러디의 효과

감성을 자극하는 광고 중 하나인 패러디 광고는 표현형식을 불문하고 대중에게 널리 알려진 원작의 약점이나 진지함을 목

표로 삼아 이를 흉내 내거나 과장하여 왜곡시킨 다음 그 결과를 알림으로써 원작이나 사회적 상황에 대하여 비평하거나 웃음을 이끌어내는 것을 말한다. 이러한 '패러디 광고'는 그 비중이 점차 커지고 있으며 독특하고 다양한 방식으로 소비자들의 감성을 자극하고 있다. 패러디가 금세기에 새로이 나타난 현상은 아니지만 오늘날 텔레비전 영상광고에서부터 영화, 음악, 문학, 미술, 건축에 이르기까지 실로 광범위하게 확산되고 있다. 그동안 영상광고에서는 주로 영화나 드라마를 패러디한 경우가 대부분이었으나 최근 우리나라에서도 다른 광고를 패러디 하는 경우까지도 등장하고 있어 바야흐로 패러디의 전성시대가 아닌가하는 생각이 든다. 이렇게 패러디 광고가 하나의 광고 표현기법으로 자주 인용되는 원인은 대중매체의 발달에 기인한다. 패러디는 그 성격상 이질적인 텍스트간의 역학 관계를 설정해 놓고 있기 때문에 소비자는 자신이 소유한 지식과 회상력을 동원하여 텍스트간의 대화를 읽어내야 하는데 TV, 신문, 라디오, 잡지 등 기존의 4대 매체뿐만 아니라 인터넷 등 뉴미디어의 등장으로 야기된 정보의 범람은 소비자로 하여금 다양한 패러디의 공동 창조자가 되는 기회를 마련하게 되었다. 광고의 효과를 극대화시키기 위한 치열한 아이디어 선의 결과로 패러디 광고가 사용되었다면 하나의 훌륭한 크리에이티브로 인정받을 수 있다. 잘 만들어진 패러디 광고는 광고효과는 물론이고 소비자들에게 웃음과 유머를 선사하는 청량제 역할까지 할 수 있다. 영상광고 표현에 있어서는 방법의 용이성이나 익숙한 장면을 차용할 경우 보다 높은 광고 효과를 기대할 수 있다는 업계 실무자들의 믿음 때문에 패러디 광고는 갈수록 늘어나고 있는 실정이다. 그러나 이러한 패러디 사례의 급증에도 불구하고 이에 대한 연구는 미비한 상태이다. 패러디와 모방·표절을 같은 의미로 보는 시각도 있으며 패러디를 단순히 남의 작품을 유머적으로만 보는 아주 단순한 차원에서 인식하는 경우도 있다.

현대의 광고시장을 흔히 광고전쟁에 빗대어 부르고 있다. 하루에도 수천 개씩 노출되는 광고가 모두 소비자에게 전달되고 기억되지는 않는다. 그래서 광고인들은 자신들의 광고가 소비자에게 보다 잘 기억되기 위해 다양한 기법을 개발하게 된다. 어찌 보면 격심한 경쟁양상을 보이고 있는 광고시장에서 보다 효과적인 기법의 도입을 통해 자신들의 광고가 더욱 효과적이기를 바라는 상황에서 패러디가 광고에 도입되는 것은 지극히 당연한 현상이라 할 수 있다. 패러디 영상광고의 효과는 아직 실증적으로 명백하게 입증되지는 않았지만 그 파급효과가 크기 때문에 최근 들어 많은 패러디 제작물이 <그림1>에서와 같이 TV 화면에 빈번하게 나타나고 있음을 볼 수 있다. 패러디가 광고가 도입되어 노리는 효과는 크게 두 가지로 설명할 수 있다. 첫째, 패러디 영상광고는 감정적 소구를 중시함으로써 보다 높은 커뮤니케이션 효과를 획득할 수 있다. 왜냐하면 패러디의 대상이 이미 이전에 소비자에게 친숙하고 호의적인 감정을 형성하고 있기 때문이다. 패러디 광고는 패러디를 통해 친숙하고 호의적인 감정을 소비자에게 전이시킬 수 있기 때문이다. 둘째, 패러디는 반복효과를 가진다. 패러디의 대상은 소비자에게 1회 이상 학습되었고, 장기기억에 저장되어 있을 가능성이 높기 때문이다. 따라서 패러디 광고는 원작의 해체, 통합을 이룸에 있어 소비자가 가장 기억하기 용이한 장면을 패러디하는 방법을 선택하게 된다.

패러디 광고가 나타나는 분야는 TV프로그램, 영화, 광고, 문화, 공연, 회화, 사회이슈의 반영 등을 들 수 있다. 소비자에게 익숙하고, 호의적인 이미지를 형성한 광고나 영화의 원작에 대한 패러디는 광고된 제품에 대해 유사한 이미지나 감정적 요소가 전이된다는 사실을 통해 패러디 광고의 효과를 검증할 수 있었다. 즉, 모방에서 발전한 보다 창의적인 패러디 광고의 제작을 통해 패러디 광고의 독자적 영역의 확보가 시급하다 할 것이다.¹⁾



<그림 1> 영상매체를 이용한 국내 최초 시사패러디

TV 프로그램을 패러디하는 경우, 대개 시청률이 높은 드라마를 패러디하게 된다. 패러디 광고는 무에서 전혀 새로운 아이디어를 만들어내는 것이 아니라 기존에 있는 사실이나 정보 또는 감정의 경험을 바탕으로 탄생하는 크리에이티브이기 때문에 그러한 경험이 없는 사람들에게 패러디가 재미를 주기는 어렵다. 패러디 광고의 성공적인 조건은 유머이다. 그러므로 패러디는 기존의 정서나 지식을 업고 보다 효과적인 커뮤니케이션을 하는 것에 그 목적이 있다.

3. 패러디의 판정기준과 요건

영상광고에서의 패러디는 기본적으로 풍자나 흉내의 대상이 되는 원작작물이 반드시 필요하다. 일반적으로 공개된 저작물의 이용은 자유롭게 보장될 수 있으나 그렇지 않을 경우는 법원의 판단이나 원칙에 따라 공정이용의 범위 내에서 적법한 절차로 이루어져야 한다(이구현, 2001). 그러므로 패러디 광고가 원작에 대한 저작권 침해가 되지 않기 위해서는 공정 이용(fair use)의 예외에 해당되어야 한다. 결국 패러디의 성립 요건은 공정이용 여부를 심사하기 위한 요건이라고 할 수 있다. 패러디 광고의 저작권 침해 여부는 나라마다 공정 이용의 범위와 법리 적용 및 해석에 따라 차이가 있다. 미국의 경우 공정 이용에 대한 포괄적인 예외 규정을 두면서 사안에 따라서 기준을 융통성 있게 적용하여 판단하는 형식을 갖추고 있으나 우리나라를 비롯한 다수의 대륙법 국가에서는 저작권법에 제한적으로 예외조항을 열거하고 있는 데에 불과하다. 예를 들어 우리나라 저작권법의 경우 "공표된 저작물은 보도, 비평, 교육, 연구 등을 위해서는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다."고 25조에 명시하고 있다. 이

1) 조경섭, 「광고학 연구」, Vol.13 No.2 [2002]

는 꼭 패러디에 대한 법률상의 조항이라기보다는 저작권법 상의 조항이라 할 수 있다. 따라서 패러디 광고에 있어서 공정이용의 범위와 개념이 아직 제대로 정립되지 않은 우리나라의 경우 미국의 판례를 검토해보는 것이 앞으로의 패러디 광고 문제의 해결에 도움이 될 것으로 본다. Campbell 판결에 따라 패러디가 성립하기 위한 요건을 요약하면 우선 패러디의 본질인 비평 또는 논평의 요소를 갖추어야 하며 (threshold test), 그러한 점이 인정된 경우에 한하여 미국 저작권법 제107조에서 열거하고 있는 네 가지 기준을 적용시켜 본 다음 전체적으로 공정이용인지 여부를 가린다는 것이다. 이러한 미국의 포괄적이고 일반적인 기준은 다른 나라에 비해서 상대적으로 패러디의 성립 가능성을 높여준다고 볼 수 있다. 이하에서는 패러디의 구체적 요건에 대해 알아보려고 한다.

3-1 비평과 논평에 대한 기준

원작으로부터 복제한 부분이 패러디 또는 그의 일부로 사용되어야 하며 이를 위해 패러디는 우선 대중에게 잘 알려진 원작을 나타내야 하며 그 다음 새로운 표현을 창작해내기 위해 원저작물 또는 그 일부에 대한 비평을 하여야 한다.²⁾ Campbell 사건에서 피고는 "원곡은 백인중심의 팝 음악이지만 자신의 곡은 백인중심의 Rock- N-Roll음악의 진부함과 원곡의 순진함을 비평한 패러디형식의 노래"라고 항변하였고 이러한 주장이 받아들여졌다. 이와 같이 원저작물을 비평의 주제나 그 일부로 삼을 경우에 한해서 당해 패러디 작품이 다음의 네가지(3-2이하) 기준에 비추어 공정이용에 해당하는가를 판단하게 되는 것이다. 여기서 주의할 것은 패러디 광고가 상업적이라는 이유만으로 실격시켜서는 안 된다는 것이다.

3-2. 이용행위의 목적 및 성격 (Purpose and Character of the Use)

저작물의 이용행위가 상업적 성격을 가지는가 아니면 비상업적 내지 교육적 목적을 가지는 것인가를 살펴보는 것이다. 이 기준을 적용함에 있어서 우선 고려할 요소는 피고가 패러디로 인하여 금전적으로 이익을 얻었는가이다. Tin Pan Apple, Inc. v. Miller Brewing Co.판결³⁾은 상업적인 광고는 본질적으로 예술적이나 오락적인 가치를 갖지 못한다고 판시하며 상업성을 중요한 판단기준으로 삼았다. 그러나 Eveready Battery Co. v. Adolph Coors CO.판결²⁹⁾에서 법원은 Tin Pan Apple 판결을 비판하며 상업적인 목적은 공정이용을 판단함에 있어 한가지 요소에 불과하다고 강조하고 피고의 패러디는 공정이용에 해당한다고 판시하였다. Sony판결에서 밝히고 있듯이 상업성의 문제는 결국 '잠재적 시장잠식'이라는 네번째 기준과 관련된 것이므로 네번째 기준의 적용시 참작되면 될 것이므로 결정적인 의미를 부여해서는 안 될 것이다.⁴⁾ 이용행위의 성격

2) Campbell. 앞의 판결. p 1173 ("패러디항변이 제기될 경우 첫 번째 질문은 합리적인 사고를 하는 대중에게 패러디의 특징이 인식되는지 여부이다.")

3) 739 F Supp 826, 832 (SDNY 1990) (원고인 랩그룹 Fat Boys와 유사한 대역을 써서 그들의 음악을 연주하게 한 Miller맥주사의 TV광고는 그 상업성 때문에 패러디의 요건인 논평이 실종되었다고 판시)

4) Sony. 앞의 판결. p 451("상업적인 이용의 불공정추정은 '상업적인 복제는 저작권자만이 독점하여야 하는 잠재적인 시장에 손상을 끼칠 가능성이 더욱 많기 때문이다'라는 인식. 즉 궁극적으로 네 번째 요소를 겨냥한 것이었음에 주목

을 파악하기 위해서는 일반적으로 피고의 의도나 예술적 목적을 고려하는데 이를 패러디 사건에서 적용시킨 사례도 있다.⁵⁾ 즉, 저작물이 존재하는 사실을 알면서 무단으로 이용한 경우에는 패러디의 가능성이 적어지게 된다고 판단하는 것이다. 이와 반대로 공정이용은 원래 동의를 기대하지 않는 법정 항변(statutory defense)이므로 피고가 동의를 구하려 했다는 점을 고려하는 것은 부적절하다고 판시한 경우도 있다. 패러디스트들의 라이선스 요구는 대부분 거절되기 때문에 피고가 원고에게 라이선스를 요구하였다가 거절당하였다더라도 그러한 사실이 공정이용여부를 판단함에 있어서 영향을 미쳐서는 안 된다는 것이다. 저작권침해에 반드시 피고의 고의가 필요한 것이 아닌 점에 대응하기 위해서라도 패러디 성립여부를 가림에 있어서 반드시 피고의 의도를 고려할 필요는 없다고 생각되므로 후자의 견해가 옳은 것으로 생각된다. 아울러 업계관행도 고려해야 한다.

Triangle Publications v. Knight-Rider Newspapers 판결에서는 유사한 사안에 대해 동종업계의 처리 관행을 고려함으로써 업계에서 용납되지 않는 이용행위에 대해 공정이용을 인정해서는 안 된다는 기준을 제시한 바 있다. Campbell 판결에서는 '이용의 성격'에 관해서 원작으로부터 변형적 (transformative)일수록 패러디는 새로운 것을 더 많이 창조해내게 되며 다른 기준들은 중요성을 덜하게 된다는 점을 지적하였다. 그리고 동 판결은 법학 교육만을 받은 법관이 작품의 가치를 최종적으로 평가하는 역할을 맡는 것은 매우 위험하기 때문에 저작물 이용의 성격을 평가함에 있어서 법관이 자신의 감각으로 패러디의 '수준' 또는 '질'을 평가해서는 안 된다는 주의를 명시하고 있다.⁶⁾

3-3. 저작물의 성격에 따른 기준 (Nature of the Copyright Work)

원작이 창작성이 있는 것일수록 공정이용의 예외가 인정되기 어렵다는 기준으로서 아이디어, 사실, 공유상태(public domain)에 있는 요소들은 저작권보호의 대상이 되지 않는다는 원칙을 전제로 하고 있다. 이에 대해서는 원고나 피고의 작품이 모두 상업적일 때에는 양 당사자에 중립적인 요소로서 작용한다고 판시한 사례도 있고 원작의 창의성을 검토해보는 것이 여전히 중요하다고 판시한 것도 있다.⁷⁾ 어떤 견해를 취하든 패러디는 거의 대부분이 사실적인 작품보다는 대중에게 잘 알려진 창작성이 높은 작품을 대상으로 할 것이므로 위 기준은 패러디스트에는 항상 불리하게 작용한다고 볼 수 있다.

3-4. 이용된 분량과 사실적 가치 (Amount and Substantiality of the Copying)

원작으로부터 어느 정도의 분량을 차용하였는가를 살펴보는

할 필요가 있다")

5) Tin Pan Apple. 앞의 판결, p.838(원래 피고가 원고에게 광고출연을 요청했으나, 원고가 아직 어리고 술 광고에 출연할 수 없다고 하여 거절한 점을 들어 피고에게 악의가 있었다고 판시). Koons. 앞의 판결. p310(피고의 작품이 부정확 목적 및 금전적 이익을 얻을 목적으로 만들어졌다는 이유로 침해를 인정)

6) Ibid p 1173 (Bleistein v Donaldson Lithographing Co. 188 US 239. 251 (1903)을 인용)

7) Steinberg v. Columbia Picture Indus . 663 F Supp 706.715(SDNY1987)

기준이다. 패러디가 되기 위해서는 "원작을 떠올리는 정도 (conjuring up)"를 차용하여야 한다는 데에는 견해가 일치되었으나 그것이 최소한인지 최대한인지에 관하여는 견해가 나뉘었다. 초기의 판결에서는 원작을 인식하기에 필요한 분량까지만 차용할 수 있다고 판시하였으나⁸⁾ 점차 패러디의 목적을 달성하기 위해서라면 원작을 떠올리는 이상의 차용도 허용될 수 있다고 판시하기 시작하였다.⁹⁾ 다만 거의 전적인 차용이나 토씨하나 바꾸지 아니한 복제일 경우에는 아무리 패러디의 성격을 갖추었다고 해도 공정이용에 해당 되지 아니한다고 볼 것이다.¹⁰⁾ Campbell 법원은 세번째 기준에 관해서 가사와 음악부분을 분리하여 피고가 패러디를 달성하기 위해 필요한 이상의 가사를 인용한 것은 아닌 것은 분명하지만¹¹⁾ 도입부의 기타연주부분을 과도하게 복제한 것인지 여부를 가릴 필요가 있다면서 파기 환송하였다.¹²⁾ 이 기준은 첫번째 및 네번째 기준과 밀접한 관련을 맺고 있다. 즉, 토씨까지 그대로 원작의 내용을 따른 경우 첫번째 요소에서 중요시하는 "변형성"이 약화될 것이고 아울러 원작의 시장에 대한 손상가능성이 커지기 때문에 공정이용으로 판정 될 가능성이 적다는 것이다. 앞서 보았듯이 3-3항의 기준("저작물의 성격")은 항상 패러디스트에 불리하게 작용하는 반면, 나머지 세가지 기준들은 보조를 함께 한다는 점을 유의할 필요가 있다.

3-5. 저작물의 잠재적인 시장가치에 미치는 효과 (Effect on the Potential Market)

패러디가 원작의 경제적 가치에 미치는 효과를 분석하는 것으로서 이 기준이 의도하는 바는 현재 또는 잠재적인 시장에서 원작에 대한 수요를 대체하는 경우는 공정이용으로 보지 않음

8) Walt Disney Prods, 앞의 판결, pp 757-758 ('conjure up' 기준을 좁게 해석하여 패러디를 위해 차용할 수 있는 최대한으로 취급함)
 9) Berlin v. E C Publications, 329 F 2d 541, 545 (2d Cir), cert denied, 379 U S 822 (1964) (conjuring up은 패러디스트에게 부여된 최소한의 분량이라고 판시), Elsmere Music, Inc, 앞의 판결, p253 주1 (패러디가 원작에 오라카나 비평 등의 새로운 것을 부가한다면 conjuring up 이상의 차용도 허용된다). MCA, Inc, 앞의 판결. p188, 190년 : Eveready Battery, 앞의 판결. p447 ("Conjure Up Test는 패러디가 원작으로부터 차용할 수 있는 최상 한을 정한 것이 아니다"). Campbell, 앞의 판결, p1176 ("특정 원작을 대상으로 할 경우 패러디는 비평의 목적을 달성하기 위해 충분한 분량의 원작을 "떠올리도록" 허용되어야 한다. 일단 "떠올리기에" 충분한 분량이 차용된 이후에는 그 이상 어디까지의 차용이 적당하는가는 패러디의 목적과 성격에 따라 달라진다").
 10) Fisher, 앞의 판결, p438, MCA, Inc v Wilson, 앞의 판결. p185 (피고의 복제는 너무 지나쳐서 불공정하다고 볼 수밖에 없다) 나아가 분량 뿐 만 아니라 차용된 소재가 패러디에서 어떠한 역할을 하는가도 중요한 요소로 파악되고 있다. Pro Arts. Inc. 앞의 판결 (피고가 원작을 전부 복제하기는 했으나, 피고의 패러디 중 우표만한 크기의 일부를 구성할 뿐 이었다 따라서 쟁점은 차용된 원작의 분량이 아니라 패러디라고 주장되는 부분 중 얼마정도가 원작으로부터 복제된 것인가가 되었다)
 11) 피고가 만든 곡의 가사는 도입부를 원곡의 "Pretty Woman, walking down the street"를 그대로 따른 이후에는 원곡 과 전혀 다른 털이 많은 여성, 대머리 여성, 애인을 배신하는 여성 등 원곡의 아름다운 여성과 반대되는 바람직스럽지 않은 여성들에 대한 언급을 그 내용으로 삼고 있다. Campbell, 앞의 판결, pp1179-1180 App, A 및 B. 전체의 가사내용에 대해서는 한국지적소유권확화연구 (1994). [광고와 저작권]. 공보처. pp102-104 참조
 12) 대법원으로부터 파기환송받은 연방 제6항 소법원은 다시 이를 지방법원으로 파기 환송하였다. 25 F 3d 297 (6th Cir 1994) 그러나 이후 소송이 진전되지 않고 있으며, 현재 화해가 진행중이라고 한다. Bruce Rogow (1996), Artistic Parody - The Art of Making Law From Other People's Art, 14 Cardozo Arts & Ent L J 127, 137.

러는 것이라 볼 수 있다¹³⁾ Harper & Row, Publishers, Inc. v, Nation Enterprises 판결에서는 107조의 네가지 기준 중 가장 중요한 것은 네 번째 기준이라고 판시한 바 있다.¹⁴⁾ 이 기준을 적용함에 있어서 법원은 패러디에 의한 소비자의 혼동 또는 저작자의 신용이나 명성에 대한 손상¹⁵⁾에 초점을 맞추거나 아니면 원작에 대한 직접적인 수요를 침해하였거나 사용 허락권이나 2차적 저작물 작성권 등을 박탈하였는지 여부¹⁶⁾에 초점을 맞추고 있는 것으로 생각된다. 그러나 진정한 패러디라면 소비자들이 저작권자가 이용에 동의하였으리라고 생각할 가능성이 적기 때문에 패러디가 저작권자의 명성을 해한다거나 원작과 혼동할 가능성도 없을 것으로 생각된다. 그리고 진정한 패러디는 저작권자가 '2차적으로 이용하리라고는 예상되지 아니하는 영역' 즉 '비평'에 이용되기 때문에 패러디가 원작의 대체물로서 원작에 대한 수요를 감소시킬 것이라고도 생각되지 않는다.¹⁷⁾

네번째 기준이 우려하는 '대체가능성'은 패러디에 의해 드러나는 원작의 약점에 따른 '부정적인 반응' 과는 구별되어야 한다. Campbell 법원은 패러디가 원작을 심하게 비평할 경우 원작에 대한 수요를 감소시키게 될지도 모르지만 비평만으로는 저작권법에서 예상하는 침해와 같은 해악(원작의 시장을 박탈하는 것)을 가져오지는 않는다고 판시하고 있다.¹⁸⁾

4. 패러디의 국가별 판정기준과 인정현황

4-1. 외국의 패러디 판정기준

현재의 오락, 연예, 문화, 정보산업은 국적을 무너뜨리고 있다. 이에 따라 국경을 초월한 원작의 패러디 역시 일개의 국가를 초월하여 여러 국가에서 저작권 침해문제가 제기될 수 있으므로 우리나라의 법만을 고집 할 것이 아니라 주요 국가의 패러디 인정기준 및 현황을 알아보는 것은 대단히 중요하다. 따라서 저작권 침해에 대한 선진국의 사례를 알아보려고 한다.

13) Fisher, 앞의 판결. pp434, 438 (피고의 곡은 원고의 곡과 기능적인 차이가 있고 경쟁관계에 있지 않으며, 원고의 곡에 대한 수요를 대체하지도 않기 때문에 '상업적 이용이었음에도 불구하고' 침해가 아니라고 판시). Elsmere, 앞의 판결, p253 ("I Love New York"을 패러디한 "I Love Sodom"이 원작의 수요를 충족시킬 수 없다는 이유로 공정이용이라고 판시) : 이와 반대의 판결로는 MCA, Inc, 앞의 판결 p185 (원고의 곡 (Boogie Woogie Bugle Boy of Company B)과 이를 성적 표현을 담은 가사로 바꾼 피고의 곡 (Cunnilingus Champion of Company C)이 모두 동일한 곡조를 사용하고 녹음되었으며 오락용으로 쓰였기 때문에 경쟁관계에 있다는 이유로 패러디가 아니라고 판시)
 14) 471 U S 539, 566 (1985) ("This(fourth) factor is undoubtedly the single most important element of fair use")
 15) Steinberg, 앞의 판결, p715 ("대중으로 하여금 저작권자가 자발적으로 자신의 원작을 상업적 이익을 위해 빌려주었다고 믿게 함으로써 저작권자의 명성에 손상을 입혔다") : 그러나 이러한 요소를 고려하게 되면 저작인격권을 인정하지 않는 미국에서 저작자에게 사실상 "동일성유지권"을 인정해주게 되는 것이 아닌가라는 의문이 있다: 베른협약 6bis (2)에서는 "저작자는 자신의 명예에 손상을 주는 수정, 변경행위에 반대할 수 있다"고 규정하고 있다.
 16) DC Comics, Inc v Crazy Eddie, Inc. 앞의 판결. p1178 ("원고가 자신의 Superman 캐릭터를 무상으로 사용하게 할 경우 원고는 나중에 제3자로부터 사용료를 징수할 수 없게 될 가능성이 높아진다")
 17) A Hunter Farrell (1992). Fair Use Of Copyright Material in Advertisement Parodies, 92 Colum L Rev 1550, 1587-88
 18) Campbell, 앞의 판결. p1178 (Fisher. 앞의 판결, p438을 인용. "The unlikelihood that creators of imaginative works will license critical reviews or lampoons of their own productions removes such uses from the very notion of a potential licensing market")

4-1-1. 미국

미국 최초의 저작권 패러디 사건은 "소위 '보드 빌 (vaudeville)' 극단이 다른 연기자를 패러디하기 위해 저작권으로 보호되는 노래를 부르며 공연한 사안'들이었다. 법원은 이용된 저작물의 분량에 초점을 맞추었을 뿐 패러디라는 성격에는 의미를 두지 않았는데 대부분 피고가 노래를 부른 의도는 원래 연기자를 흉내 내려는 행위에 부수적인 것으로서 다른 표현수단 중 일부에 지나지 않았고 또한 원작과 패러디가 직접적인 경쟁관계에 있지 않다는 이유를 들어 패러디성립을 인정하였다.¹⁹⁾

이어 1950년대에 텔레비전 보급이 확산됨에 따라 TV출연자들이 기존 영화장면을 차용하는 행위를 어디까지 허용해야 하느냐의 문제가 제기 되었는데 법원은 직접 경쟁관계유무라는 과거의 기준을 버리고 원작과의 "상당한 유사성(substantial similarity) 여부"를 기준으로 삼기 시작했다. 그러나 이 기준은 저작권 침해 여부를 가리기 위한 기준이므로 '침해로 인정되지만 공정한 이용에 해당될 경우 면책시킨다.'는 공정이용의 취지와는 부합하지 않는 것이고, 패러디의 특성을 전혀 고려하지 아니한 것이었다는 비판을 받았다. 그러던 중 1964년 *Berlin v. E.C. Publications, Inc.* 판결부터 패러디사건에 '상당한 유사성' 기준을 단순적용하기를 거부하며 패러디를 저작물의 정당한 사용의 형태로 받아들이기 시작하였다.²⁰⁾ 1976년 미국저작권법이 개정되면서 107조에서 그 때까지 보통법(Common law)상 논의되어 왔던 공정이용 예외의 적용요건을 체계화함으로써 성문화하게 되었다. 미국 저작권법 제107조에서는 "위 조문에도 불구하고 비평(criticism), 논평(comment), 뉴스보도, 교육, 학술 또는 연구 등 공정한 목적을 위해 저작물을 복제 또는 기타 방법으로 사용하는 것은 저작권 침해로 보지 않고 있다. 미국 저작권법 107조에서도 명시적으로 패러디를 공정이용의 예로서 열거하고 있지는 않지만, 패러디는 위에서 열거된 것 중 비평 또는 해설에 해당하는 것으로 보아 107조에서 요구하는 여러 가지 기준을 적용하여 평가를 거친 후 공정이용이라고 인정될 경우 보호되어 왔다. 107조가 신설된 초기에는 다른 요소에 비해 패러디광고의 상업적 성격을 지나치게 중시하여 불공정판정을 내리는 경우가 많았다. 예를 들어 1984년 유명한 *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.* 사건에서 '저작물의 상업적 이용은 불공정한 이용이라는 추정 (presumptively unfair)을 받는다'²¹⁾고 판시한 이후 패러디의 공정이용 해당 여부를 판정함에 있어서 상업적 성격이 중요성을 갖게 되었다. 이러한 경향은 아래의 *Campbell* 판결이 내려지기까지 계속되었고 이에 따라 패러디

스트는 공정이용의 항변에 성공하기 위해서는 그러한 추정을 반박 하여야만 했다.

Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc. 판결은 미국 연방대법원이 패러디의 저작권 침해 여부를 가린 최초의 판결이었다. 동 사건은 Roy Orbison과 William Dees가 1964년²²⁾ 만든 "Oh, Pretty Woman"이라는 곡을 '2 Live Crew'라는 그룹이 다소 외설적인 내용의 가사를 담은 랩음악으로 패러디한 사건이었다. 연방대법원에서는 만장일치의 의견으로 항소심법원이 적용한 불공정의 추정(presumptively unfair)을 배척하면서 "피고작품의 상업적 성격이 자동적으로 공정이용의 항변을 배척할 수는 없으며 공정이용에 해당 되는지 여부는 전통적인 공정이용 기준을 적용한 다음 판단하여야 하고 저작권의 목적에 비추어 종합적으로 고려되어야 한다"라고 판시하였다. *Campbell* 판결은 실제 패러디라고 인정한 것은 아니었지만 패러디의 공정이용 해당 여부에 관한 판정기준을 최초로 명확히 제시함에 따라 패러디의 인정가능성을 크게 향상시킨 판결로 평가받고 있다. 무엇보다도 동 판결은 상업적인 패러디는 무조건 불공정이용이라는 추정을 받는다는 과거의 원칙을 불식시켰다는 데에 큰 의미를 갖는다고 할 수 있다. 미국의 한 판결에서는 패러디의 한계에 관해 다음과 같이 말한 바 있다. "패러디스트를 비롯한 제3자는 원고의 이야기나 작품에 대해서 '토론하고 비평'할 권리를 갖지만 단지 원고의 작품을 변경할 권리는 갖지 않는다. 이를 위해서는 패러디에 대한 기준을 제시할 필요가 절실하지만 패러디의 공정이용여부는 구체적인 패러디 작품을 놓고서 결정해야 할 것이기 때문에 결국에는 개별적으로 해결될 수 밖에 없을 것이다.

4-1-2. 일본

일본에도 패러디에 대한 저작권 침해 예외규정은 마련되어 있지 않다. 일본 최초의 패러디판결은 1980.3.28. 최고재판소에서 내려졌다. 사안의 개요는 다음과 같다. 원고는 여섯명의 스키어들이 눈 덮인 산의 급경사면을 활강해 내려오는 모습을 멀리서 찍은 사진을 촬영하여 잡지에 게재했는데 그 후 이 사진은 원고의 허락을 얻은 甲회사에 의해 광고캘린더에 사용되어 원고의 이름이 표시되지 않은 채 일반에게 배포되었다. 한편 피고는 캘린더에 게재된 위 사진을 '자동차공해'를 풍자하는데 쓰기로 마음먹고 사진의 좌측일부를 잘라낸 후에 그 우측 상단의 산 정상에 모 타이어회사의 광고사진에서 복제한 자동차의 스노타이어의 사진을 배치하여 영상을 합성한 흑백 몽타주사진(그 결과 스키어들이 활강해 내려온 눈자국이 마치 타이어의 홈자국처럼 보이게 됨)을 작성하여 이를 자신의 사진집에 게재함과 동시에 乙사의 주간지에도 "쾌적"이라는 제목을 붙여 공개하였다. 원고는 피고의 작품이 자신의 저작재산권 및 저작인격권을 침해하였다고 주장하며 소를 제기하였다. 이에 대해 피고는 자신의 몽타주 사진에서 원고의 사진을 이용한 것은 정당한 범위내의 인용이고 저작권 침해가 되지 않는다고 다투었다. 제1심에서는 원고가 승소하였으나 항소심에서는 피고의 사진은 그 목적이 세상을 풍자하는 것이고, 그

19) *Bloom & Hamlin v. Nixon*. 125 F977 (C C E D Pa 1903). *Green v. Minzenshermer*, 177 F 286. (C C S D N Y 1909), 그러나 *Green v. Ludy* 판결에서는 노래 전곡을 불렀다는 이유로 공정이용으로 인정하지 않는다. 177 F 287, 288 (C C, S D N Y.1909)

20) 329 F 2d 541.545 (2d Cir 1964) ("패러디가 원작에 대한 수요를 대체하려는 의도나 효과를 가지지 않았다는 사실은 분명하다, 그러므로 원작을 떠올리는 정도 이상의 분량을 이용하지 아니한 경우에 침해를 인정하는 것은 부당하다")

21) 464 U.S 417,451, reh'g denied, 465 US 1112(1984) (상업적 수익을 위한 이용의 경우 불공정한 사용으로 추정되고 저작권자에 대한 손재발생이 추정되는 반면, 비상업적 목적을 위해 사용된 경우에는 실제 또는 잠재적인 손해가 입증되어야 한다고 판시)

22) 1964년 이래 저작권은 음반제작자인 Acuff-Rose Music, Inc 가 양도받아 보유하고 있다 이 곡은 줄리아 로버츠가 주연한 'Pretty Woman'의 주제가로 사용되면서 널리 알려졌는데, 피고는 위 영화가 개봉된 이후 랩버전을 만들었다.

를 위해 원고의 사진의 일부를 인용할 것이 필요하였고, 동시에 인용의 방식이 미술상 표현형식으로서 오늘날 사회적으로 받아들여지고 있는 사진 몽타주의 기법에 따른 것으로서 객관적으로 정당시되는 것이므로 정당한 이용이라고 판시하며 제1심판결을 파기하였다. 이에 원고가 상고하였고, 최고재판소에서는 항소심판결을 다시 파기하면서 그 이유로써 "인용(구 저작권법 제30조 제1항 제2호)이란 소개, 참조, 논평 기타의 목적으로 자신의 저작물 중에 타인의 저작물의 일부를 수록하는 것을 말하는 것으로 해석함이 상당하므로 이에 해당하려면 (1) 인용을 포함하는 저작물의 표현형식상 인용하여 이용하는 측의 저작물과 인용되어 이용되는 측의 저작물을 명료하게 구별하여 인식할 수 있고 (2) 동시에 두 저작물사이에 전자가 주이고, 후자가 종의 관계에 있다고 인정되어야 하며 (3) 마지막으로 인용되는 측의 저작물의 저작자인격권을 침해 하는 방식의 인용은 허용되어서는 안 되는데, 피고의 저작물은 위 기준을 충족시키지 못하였다"고 판시하였다.²³⁾

저작권 침해에 대한 포괄적인 예외규정을 두고 있지 않은 일본에서는 "공표된 저작물의 인용" 규정을 근거로 패러디 여부를 판단하며 위 판결은 동 규정을 적용하여 패러디를 인정하는 기준을 최초로 제시한 판결로서 평가되고 있다.

4-1-3. 스페인

스페인에서는 1879년 저작권법에서 "패러디의 경우 저작물의 어떤 가사나 멜로디 일부라도 저작자의 동의 없이 인용될 수 없다"고 명시하여 패러디의 가능성을 원천적으로 봉쇄하였으나²⁴⁾ 1987년 저작권법과 1996년 개정법에서 패러디의 가능성을 명시적으로 인정하였다. 동법 제21조 (1)항에서는 "저작물의 변화(transformation)에는 번역과 번안 기타 모든 형태의 수정을 포함한다"라고 규정하고 동조 (2)항에서는 '그러한 변형으로부터 창작되는 작품에 대한 권리는 후작의 창작자에게 부여되나, 원저작자에게 불리하게 작용되어서는 안된다'라고 규정하였다. 한편 제39조에서는 "공표된 작품의 패러디는 원작자의 동의를 요구하는 '변형'으로 간주되지 아니한다. 다만 패러디는 원저작물과 혼동되게 하거나 원저작물이나 저작권자에게 손상을 입혀서는 안 된다"라고 규정하고 있다. 위 규정을 됴으로써 패러디를 창작하는데 저작자의 동의가 없어도 된다는 성문법적인 예외를 인정하면서도 그 자체에 내재적인 요건상 한계를 됴으로써 적절히 균형을 이루는 입법이 되었다고 생각된다. 스페인 저작권법에서도 우리나라와 마찬가지로 미국의 공정이용과 같은 포괄적이고 융통성 있는 예외를 두고 있지 아니한 점을 고려할 때 위와 같은 입법방식은 우리나라에서도 참고해야 할 것으로 생각된다.

스페인에서는 최근 위 패러디규정을 넓게 해석하여 적용한 판결이 내려졌다. J. Morcillo Uceda and F. Garcia Morcillo v. Gestevisión Telecinco SA 판결인데 그 사안의 개요는 다음과 같다.

원고들은 1947년 "Mi vaca lechera(나의 젖 소)"라는 곡을 만

들었는데 큰 대중적 인기를 누렸기 때문에 대중들은 처음 몇 소절만 듣고도 그 곡을 알아차릴 수 있었다. 피고는 사실 방송국으로서 "Querida Concha"라는 오락쇼에서 위 곡의 가사를 완전히 바꾸고 현대적으로 편곡하여 가창력은 별로 없지만 노출이 심한 여성그룹에게 부르게 했다. 원고가 저작권위탁 관리업체를 통해 알아본 결과 각 50초 동안 세번에 걸쳐 방영된 사실이 밝혀졌다. 원고들은 이차적 저작물 작성권 침해를 주장하며 약 40,000파운드의 손해배상 청구 소송을 제기하였다. 피고는 방영사실은 인정하였으나 자신의 작품이 패러디였으며, 원고의 저작권위탁 관리업체로부터 이미 저작물이용 허락을 받았다고 주장하였다. 결국 피고의 패러디주장이 받아들여져 제1심에서 피고승소판결이 선고되었다.

위 법원은 패러디라고 인정한 이유로써 첫째, 여성그룹의 실연이 암시적(suggestive)이었으며 둘째, 가사를 완전히 교체하였고 그 내용이 성적 호기심을 자극하는 내용이었으며 셋째, 현대풍으로 편곡하면서 원곡의 즐거운 분위기를 과장하였고 넷째, 여성그룹의 떨어지는 가창력과 우스꽝스럽고 감각적인 공연내용이 위 요소들과 조화를 이루었으며, 다섯째, 노래가 원곡보다 훨씬 짧은 50초밖에 되지 않았고, 마지막으로 원곡과 혼동할 가능성이 전혀 없었다는 점을 들었다고 한다.

스페인에서는 오락 프로그램에서 청중들과 함께 노래의 가사를 바꾸어 부르는 경우가 많기 때문에 청중들이 멜로디를 쉽게 알 수 있어야 하는데 이러한 가사 바꾸어 부르기가 모두 패러디로 인정될 경우 저작권자는 큰 수입원을 잃게 된다는 데 위 판결에 중요한 의미가 있다.

4-1-4. 기타 국가

프랑스의 경우 저작권법 제41조(IPC: L122-5)에서는 '저작물이 공개되면 저작권자는 다음과 같은 것을 금지할 수 없다. 해당 장르의 원칙에 충실한 패러디, 패스티슈(pastiche), 캐리커처(cari-cature)'라고 규정함으로써 패러디를 허용하고 있으나 패러디의 정의 규정은 별도로 두고 있지 않다.

패러디의 인정기준으로서 적용되는 '혼동가능성'과 '저작권자에 대한 손해가 없을 것'이라는 요건은 원래 프랑스에서 발달해온 것이라고 한다. 그러나 혼동가능성이란 결국 "비평이나 논평"이라는 패러디의 정의상 요건을 충실하게 적용할 경우 그 안에 내재되어 있는 요건이라고 보는 것이 타당하다고 생각되며 별도로 패러디 인정여부의 요건으로 삼을 것은 아니라고 본다. 프랑스는 저작자인격권의 종주국이라고 할 수 있는 나라로서 패러디라 하더라도 원작에 해를 끼치거나 모욕할 의도를 가진 경우 보호받을 수 없다고 한다.²⁵⁾

반면 독일은 저작권법 제24조 제1항에서는 "타인의 저작물을 자유 사용하여 완성된 독자적인 저작물은 사용된 저작물의 저작권자의 동의 없이도 공표 및 이용될 수 있다"고 규정함으로써 패러디의 가능성을 열어두고 있지만, 동조 제2항에서 "어떤 멜로디가 쉽게 알 수 있는 음악저작물로부터 차용되어 새로운 저작물의 기초가 되는 경우에는 제1항은 적용되지 아니한다"면서 멜로디를 패러디한 경우에는 공정이용의 예외의 범

23) 最高裁判昭和55 3 28 第3小法廷판결(昭和51年 第923號, 判例時報 967號 45面: 피고가 패소한 이유를, 별로 알려져 있지 않았고 따라서 그에 대한 사회적으로 일정한 관념이 형성되어 있지 않은 원저작물을 이용해서 대중들이 패러디의 효과를 느낄 수 없었기 때문이라고 보는 견해도 있다.

24) 1880년 저작권법시행령 제65조.

25) David Goldberg and Denise L Bricker (1996). "That's Not Funny The Limitations of Parody as a Defense to Copyright Infringement in International Forums." New Matter. Fall Issue (URL <http://www.dl.com/funny.htm>)

주에서 벗어난다고 규정하고 있다. 따라서 독일에서는 그림이나 만화의 패러디스트는 면책될 가능성이 있는 반면, 멜로디의 패러디는 원곡이 인식될 수 있는 한 보호받을 수 없도록 되어 있다고 할 수 있다. 독일 연방대법원은 1993년 만화의 캐릭터를 패러디한 소위 'Alcolix' 사건에서 위 제24조 제1항의 '독자적인 저작물'을 판정함에 있어서 "차용한 저작물의 특성을 약화시켰느냐에 초점을 두기 보다는 "이용하는 측의 저작물 그 자체에 창작성이 있느냐를 살펴보아야 한다고 판시함으로써 패러디의 특성을 중시하였다고 한다.

영국에서는 1911년까지는 미국의 공정이용이론의 모태라 할 수 있는 "fair dealing"이라는 법리가 사법부에 의해 발전되어 왔으나 1911년 이를 성문화함으로써 미국의 공정이용과는 다른 것으로 변모하게 되었다.²⁶⁾ 따라서 영국에서는 같은 보통법계 국가인 미국과 달리 포괄적인 공정이용 규정이 인정되고 있지 않으며 저작권법에서 명시적으로 규정하는 경우만 예외로 인정하고 있다. 현재 영국저작권법에서는 조사, 개인적 연구, 비평 및 평론, 시사보도 등 49가지의 상세한 예외 규정을 두고 있으나 그 중 패러디는 열거되어 있지 않다고 한다.²⁷⁾

캐나다에서도 'fair dealing' 규정은 있으나, 패러디에 관한 규정은 없다. 나아가 한 연방지방법원에서는 1996년 12월 패러디는 저작권 침해에 대한 항변이 아니라고 판시하였다. CGEM Micheline v. CAW Canada 사건은 미셸린 타이어회사의 로고인 '타이어 눈을 노바스코시아 소제 세곳의 미셸린타이어 공장에서 노동조합 설립을 위한 캠페인에서 사용한 사안인데 피고조합이 타이어맨을 패러디한 것으로서 캐나다 저작권법의 'fair dealing'으로 허용된다고 주장했으나 배척되었다. 법원은 피고의 패러디는 'fair dealing'에서 규정하는 '비평'의 형태가 아니었다고 판시하며 특히 미국에서 공정이용법리에 따라 인정되는 패러디의 법리는 적용될 수 없고 그와 법체계가 다른 점과 과거 오랫동안 패러디를 부인해온 전통에 비추어 그러한 적용주장이 설득력을 갖지 못한다고 명백히 밝혔다. 위 판결은 현재 항소심 진행 중에 있다.

4.2. 국내 영상광고 창작물의 판정기준과 인정현황

우리나라 저작권법은 저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모하기 위하여 제정된 법률이다(1986.12.31. 법률 3916호). 이는 1987년 10월 1일부터 발효된 세계저작권협약(Universal Copyright Convention:UCC)에의 가입을 전제로 저작권자의 권익과 이용자의 공정한 이용을 보호 신장한다는 취지와 미국의 요구로 한미 저작권 협상이 타결되면서 외국인 저작권의 보호에 역점을 두고 1986년 12월에 전면 개정되었다. 우리나라 저작권법은 저작 행위를 하거나 하면 자동적으로 저작권이 발생하는 무방식주의를 택하고 있다. 즉, 납본행위 등 저작물이 완성된 시점에서 저작권이 발생한다는 의미가 아니라 저작물이 완성되지 않았다 하더라도 타인이 그것을 이용할 수 있을 정도로 저작되었다면 저작권이 발생하는 것으로 이해하는 것이다. 이는 광고업계에서

패러디 광고가 유행하고 있지만 갈수록 이용 허락판정을 받기가 어려워질 수 있다는 점을 시사한다. 저작권법 제25조에서는 "공표된 저작물은 보도, 비평, 교육, 연구 등을 위해서는 상당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다"고 규정하고 있다. 패러디는 원작의 내용을 변경하는 것이기는 하지만, 동일성유지권의 취지에 내재되어 있는 저작자가 저작물에 대해 가지는 인격의 보호라는 면을 해할 목적으로 시도되는 것은 아니며, 대중들도 그러한 사실을 충분히 알 수 있으므로 저작권자를 내세워 패러디에 의한 표현의 자유를 제한할 수 있다고 보는 것은 부당하다. 따라서 저작인격권이 발동될 수 있는 경우는 패러디가 아닌 단순한 변형에 그쳐 원작과의 구별이 어려워짐으로 인해서 저작자의 인격이 훼손될 수 있는 경우로 제한되어야 할 것으로 생각된다. 그렇지 않으면 저작권법 제13조 제2항 제3호에서 규정하는 동일성유지권의 예외인 "그 밖에 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태에 비추어 부득이하다고 인정되는 범위 안에서 변경"하는 경우에 패러디가 해당된다고 해석하는 것도 가능하리라 생각된다. 즉, "원 저작물 이용의 목적(즉, 비평)에 비추어 부득이하다고 인정되는 변경을 한 경우"가 저작물의 필수적 차용이라는 패러디의 정의에 부합하는 면이 있으므로 패러디에 대해서는 동일성유지권을 침해한 것으로 보지 않는다고 볼 수 있으리라 생각한다. 우리나라에서는 현재 "공표된 저작물의 인용"이라는 예외규정만으로는 패러디를 인정할 근거로 부족하다고 생각된다. 현재 일부에서 제기되고 있는 저작권법 개정의견에서는 패러디에 관한 명문의 예외규정을 두자고 주장하지는 않지만 '선언적'인 의미로나마 포괄적인 침해 예외규정을 두는 것이 바람직하다는 결론을 제시하고 있다.²⁸⁾

5. 결론

영상광고에 나타난 패러디는 그동안 실질적인 광고효과 측면보다 모방과 창조 사이에서 더 많은 논란이 되어 왔다. 패러디 광고에 있어서 많은 저작권 시비가 발생한 것도 그러한 맥락에서 비롯되었다고 볼 수 있지만 패러디 광고는 이러한 논란에 앞서 우리사회에 불어 닥친 포스트모더니즘이라는 한 시대의 문화로 이해하는 것이 타당할 것이다. 하루에도 수없이 퍼부어 대는 '광고의 홍수' 속에서 막대한 광고비를 투입하는 기업의 입장에서 본다면 패러디는 소비자에게 보다 친숙하게 접근할 수 있는 독립적인 광고표현 전략의 하나로 볼 수 있으며 현재 패러디가 선풍적인 인기를 끌고 있는 것은 그것이 기존 우리 사회의 통념을 자극하면서도 유풀하기 때문이다. 그렇기에 패러디는 청출어람(靑出於藍)해야 한다. 기존의 것을 모방하는데 그친다면, 또한 그 모방이 조롱과 야유에만 그친다면 그것은 어설픈 흉내에 지나지 않는다. 이는 패러디스트는 원작을 대상으로 비평하여야 하며 '오락적인 효과'만을 염두에 두고 원작의 내용을 바꾸어서는 안 된다는 의미이다. 따라서 원작에 대한 철저한 이해를 바탕으로 '꼬집기'와 '가려운데 굼기'에 성공한 패러디광고야말로 진정한 영상예술로 자리매김 할 것이다.

26) Wilham F Patry (1995). The Fair Use Privilege in Copyright Law (2D ED). The Bureau of National Affairs, Inc. 589 : 영연방국가인 캐나다, 호주, 뉴질랜드도 fair dealing 규정을 두고 있다.

27) Laddie J (1996) "Copyright" Over-strength. Over-regulated. Over-rated" 5 EIPR 253,258.

28) 저작권심의조정위원회 연구실 (1997). "현행 저작권법상의 현안문제", 계간 [저작권] 겨울호. p61. 선언적으로나마 포괄적인 예외규정이 신설되면 우리나라에서도 미국에서 논의된 공정이용의 기준들을 참고할 필요가 생긴다고 할 것이다.

앞에서 살펴본 각국의 패러디 인정기준에서 저작권 침해의 위험 요인을 최소한으로 줄일 수 있는 문제해결 방법을 다음과 같이 제시하고자 한다.

첫째, 일반적으로 사용되는 패러디의 의미보다 법적으로 허용되는 패러디의 의미는 좁다는 점이다. 따라서 패러디스트로서는 단순한 오락이나 웃음 이상의 목적으로 원작을 비평하거나 사회적인 비평을 하더라도 원작에 대한 비평을 수반하는 것이 안전하다. 또한 해당 원작을 대상으로 할 경우 비평의 효과가 커질 수 있었다는 점에 관한 설득을 미리 준비하는 것도 필요할 것이다. 아울러 대중에게 패러디의 대상인 원작을 떠올리게 하는 배려도 중요하다고 할 것이다. 대중들이 패러디라는 사실을 모르게 될 경우에는 의도하는 패러디효과도 없을 것이며 자칫 저작권 침해로 전락해버릴 수 있기 때문이다.

둘째, 패러디로 인정될지 확신이 없는 사안의 경우에는 저작권자와 최대한 교섭의 노력을 하고 가능하면 합리적인 사용료의 지급을 제의하는 것이다. 이는 저작권자가 충분한 사용료를 받을 수 있었음에도 불구하고 사용허락을 거절할 경우 저작권자가 금액과 상관없이 저작물의 이용을 꺼렸다는 점에 대한 증거를 확보해두기 위한 것이다. 저작권자로부터 사용허락을 얻을 경우에도 방송 기타 방법으로 대중에 대하여 전달(communication)할 것만을 허락 받은 경우에는 자동적으로 저작물을 응용할 권한까지 부여 받은 것으로는 해석하지 않는 것이 일반적이다. 따라서 패러디를 위해서는 저작권자로부터 명시적으로 저작물의 응용권 또는 이차적 저작물의 작성권을 확보해야 한다.

셋째, 표현하려고 하는 비평이나 논평이 명확히 전달될 수 있도록 노력하고 원작으로부터 지나친 분량을 차용하지 아니하도록 유의하여야 한다. 가능한 한 원작을 합리적인 근거 없이 비판하거나 성적 호기심을 높일 목적으로만 패러디하는 것은 삼가하는 것이 바람직하다 왜냐하면 저작권자의 침해가 문제될 수 있기 때문이다. 최근 정치권의 패러디에 나타난 사회적 관심은 대중들의 의식수준이 적극적인 참여 형태로 변화되고 있음을 보여주는 사례이다.

따라서 패러디는 창작자의 '표현의 자유'에 대한 윤리성 문제를 고려해야 하는 저작권 관련 사항이기 때문에 패러디와 저작권 침해 사이에 분명한 선을 긋기는 어렵다. 그러나 패러디의 판정은 상업적인 성격에 초점을 맞추기보다는 사회적으로 가치 있는 논평이나 비평을 전달하는지의 여부에 두는 것이 옳으며, 그래야만 창작을 장려하려는 저작권법의 목적을 달성함과 동시에 표현의 자유를 도모하고 공익을 증대할 수 있을 것이다.

참고문헌

- 저작권법에 관한 101가지 질문 앤드루알퍼지음 박중철역. 2000. p.122-128
- 저작권법 이지영편저. 한빛지적소유권센터. 2002, p.154-158
- 미국저작권 판례. 장주영. 육법사. 2003, p.314-329
- 문달주, 「광고연구」, 제54호(2002), p.33-53
- 대흥기획, 「대흥 광고 선집 1」, 대흥기획, 1992, p.180
- 저작권심의조정위원회 연구실 (1997). "현행 저작권법상의 현안문제 점", 계간[저작권] 겨울호. p61.
- 김규철(2001), "스키마를 활성화시키는 패러디광고", 경영연구 10, p.307-326
- 김덕자(1996), "기억을 활성화시키는 영화 패러디 광고", 광고학연구, 7(2), p.215-239
- 이구현(2001), <광고법학>, 제2판, 서울: 법문사, p.209-254
- 이규완(1995), "광고의 저작권 쟁점과 미국의 광고저작권 분쟁처리의 시사점", 광고연구, 27, p.163-188
- 이호정 · 도두형 · 김재형 · 정상조(1998), <세계화 시대의 광고와 저작권>, 서울: 진한도서, p.181-195
- 전영우(1999), "광고에 있어서의 모방과 표절 : 문제점과 해결책", 광고연구, 42, p.78-110
- Aaderson, John R, "Cognitive Psychology and Its Implications.", 이영애 역, 서울 : 을유문화사, 1995, p.44
- Bettman, J. R.(1989), "Memory factors in consumer choice: A review", Journal of Marketing, 43, pp.37-53
- O'Sullivan, C. S. & Durso, F. T.(1984), "Effect of schema-incongruent information on memory for stereotypical attributes", Journal of Personality and Social Psychology, 47(1), pp.255-270.
- Sujan, M.(1985), "Consumer knowledge: Effects on evaluation strategies mediating consumer judgement", Journal of Advertising Research, 12, pp.31-46.
- Eveready Battery Co. v. Adolph Coors Co. 765 F. Supp 440. 447 (N D III 1991); Dr Pepper Co v Sambo's Restaurants. Inc . 517 F Supp 1202. 1208 (N D Tex. 1981). Triangle Publication. 앞의 판결, p.1176
- A Hunter Farrell (1992). Fair Use Of Copyright Material in Advertisement Parodies, 92 Colum L Rev 1550, 1587-88
- Bruce P. Keller. David H Bernstein (1994). As Satiric As They Wanna Be' Parody Lawsuits Under Trademark and Copyright Laws. C962 ALI-ABA pp.151. 158.
- Nimmer, Melville and Nimmer, David (1998), Nimmer on Copyright, Matthew Bender & Co. pp13-22228)
- Tammi A Gauthier (1994), Comments 'Fun & Profit' When Commercial Parodies Constitute Copyright or Trademark Infringement, 21 Pepp L Rev 165, 180-84.
- Bradley J. Freedman (1997). "Parody As a Defense to Copyright Infringement in Canada" Canada Computer Paper. Inc. March Issue