

텍스트 및 데이터 마이닝을 목적으로 하는 타인의 저작물의 수집·이용과 저작권의 제한 - 인공지능의 빅데이터 활용을 중심으로 -

박 성 호

변호사·법학박사·한양대 법학전문대학원 교수

A Study on Whether Collecting and Using Other People's Copyrighted Works for the Purpose of Text and Data Mining falls under the Copyright Limitations : Focusing on the use of big data in artificial intelligence

Seong-Ho Park

Professor of Hanyang University, School of Law, Ph.D., Attorney at Law

초록 : 텍스트 및 데이터 마이닝을 목적으로 타인의 저작물을 수집하여 이용할 때 저작권자들로부터 개별적으로 허락을 받는 것은 어려운 일이다. 그래서 텍스트 및 데이터 마이닝 관해서 저작권 침해가 발생하지 않도록 저작권 제한 규정에 해당하는지 여부를 해석하는 것이 중요하다. 독일, 영국, 일본 저작권법과 달리 한국 저작권법에는 텍스트 및 데이터 마이닝에 관한 특별한 저작권 제한 규정이 없다. 미국 저작권법에도 텍스트 및 데이터 마이닝에 관한 특별한 저작권 제한 규정이 없지만 미국은 저작권법 제107조 ‘공정이용’ 규정을 적용하여 텍스트 및 데이터 마이닝 문제를 해결하고 있다. 한국 저작권법 제35조의5 ‘저작물의 공정한 이용’에 관한 규정은 미국 저작권법 제107조 ‘공정이용’ 규정의 영향을 받아 이루어진 입법이다. 이러한 입법 배경을 고려할 때, 미국 법원이 구글 북스 사건과 같은 정보검색 서비스 사건 등에서 공정이용 규정을 적용하여 저작권 침해를 부정한 판결들은 텍스트 및 데이터 마이닝과 관련하여 한국 저작권법 제35조의5를 해석하는데 하나의 지침이 될 수 있을 것이다. 우리는 이러한 미국 판결들을 분석하고 유형화함으로써 우리에게 유용한 해석 지침으로 삼을 수 있을 것이다. 이렇게 함으로써 우리는 텍스트 및 데이터 마이닝에 관하여 제35조의5를 해석하여 적용할 때에 그 예측 가능성을 높일 수 있을 것이다.

Abstract : It is difficult to obtain individual permission from copyright holders when collecting and using other people's copyrighted works for the purpose of Text and Data Mining(hereinafter, TDM). Therefore, it is important to interpret whether or not it falls under the copyright limitation regulations so that copyright infringement does not occur regarding TDM. Unlike German, UK and Japanese Copyright Acts, there are no special copyright limitations on TDM in Korean Copyright Act. Although the US Copyright Act does not have any special copyright limitations on TDM, the US is solving the TDM problem by applying the "fair use" regulation of Article 107 of the Copyright Act. Article 35-5 of the Korean Copyright Act "fair use of works" was created under the influence of Article 107 "fair use" of the US Copyright Act. Considering this legislative background, the rulings that the US courts denied copyright infringement by applying fair use regulations in search engine service cases such as the Google Books case will serve as a guideline for interpreting Article 35-5 of the Korean Copyright Act in relation to TDM. We can create guidelines that are useful to us by analyzing and typifying these US judgments. In this way, we

will be able to increase the predictability of the TDM in the interpretation and application of Article 35-5.

• 논문접수 : 2020. 10. 12.

• 심사 : 2020. 10. 22.

• 게재확정 : 2020. 11. 9.

I. 서론

최근 정보기술의 변화 가운데에서 인공지능은 가장 핵심적인 흐름을 형성하고 있다. 인공지능이 기계학습을 하기 위하여 필요한 빅데이터를 수집·저장하고 활용할 수 있도록 저작권법 환경을 정비하자는 주장이 자주 거론된다. 이때 흔히 앞서우는 것이 ‘4차 산업혁명’이라는 슬로건이다. 4차 산업혁명과 인공지능 시대에 걸맞도록 저작권법을 위시한 지적재산법 제도를 정비하자고 목소리를 높인다. 그러면서 인공지능 기술이 발전하면 산업이 발전하고 사회가 변할 것이라는 ‘기술결정론’ 식의 발전관을 내세운다. 그러다 보니 정보기술 발전과 부딪치는 것처럼 보이는 규범이나 제도는 모두 불합리한 규제로 몰아세우는 경향마저 있다. 정작 중요한 문제는 소박한 기술결정론의 관점에서 벗어나 사회를 합리적으로 변하게 하려는 노력에 의미를 가지는 방식으로 정보통신기술과 과학기술의 역할을 설정하고 조정하는 것이다.¹⁾ 인공지능의 빅데이터 활용과 관련하여 검토가 요구되는 저작권법 문제를 연구함에 있어서도 과학기술의 발전은 사회제도와 무관하게 이루어지는 것이 아니라 밀접한 연관관계를 맺으면서 이루어진다는 인식을 출발점으로 삼아야 한다. 이 글의 목적은 이러한 인식에 주목하면서 텍스트 및 데이터 마이닝을 목적으로 타인의 저작물을 수집·이용하는 경우 저작권의 제한 규정이 적용될

수 있는 범위와 그 한계에 관하여 연구하는 것이다.

이러한 연구를 위해 이 글에서는 인공지능의 빅데이터 활용과 기계학습·심층학습이라는 관점을 중심으로 삼아(II), 기계학습을 목적으로 데이터를 활용하려면 데이터의 수집이 선행되어야 한다는 점에 주목하여 정보검색서비스의 제공과 정보수집의 자유에 관하여 살펴본다(III). 이어서 기계학습을 목적으로 타인의 저작물을 수집·이용하는 경우 논의할 필요가 있는 저작권의 제한 문제를 저작권법 제35조의5에 관한 해석론을 중심으로 살펴본다(IV). 맺음말에서는 이 글의 논의를 정리하고 후속 연구 과제를 제시한다(V).

II. 인공지능의 빅데이터 활용과 기계학습·심층학습

1. 빅데이터의 정의

‘빅데이터’(Big Data)라고 하면 일반적으로 인터넷상에 흘러넘치는 대량의 데이터를 의미하는 것으로 이해한다. 그러나 빅데이터는 단순히 대량의 데이터를 의미하는 것이 아니다. 빅데이터라는 용어에 명확한 정의가 있는 것은 아니지만, 어떠한 관점에서 빅데이터를 바라보는지에 따라 다각적으로 정의하는 것은 가능하다. 크게 두 가지 관점으로 나누자면, 먼저 데이터

1) 홍성욱, “정치적 유행어로서의 ‘4차 산업혁명’ 「과학잡지 에피」 제1호, 이음, 2017. 9., 65~66면.

의 처리방식과 관련기술 등 IT기술적 측면에서 데이터의 처리목적이나 그 사회적 기능에 주목함으로써 넓은 의미에서 빅데이터 개념을 정의하는 방식이 있다. 이는 새로운 가치를 창출하여 시장과 사회의 시스템을 효율적으로 변화시킨다는 측면에서 빅데이터를 파악하는 관점이다. 다음으로 전자보다 좁은 의미에서 지금까지 데이터와는 차원을 달리하여 압도적으로 대용량이고 다종·다양한 데이터라는 측면에 주목하는 정의가 있다.²⁾ 즉 빅데이터라는 것은 데이터의 규모가 방대하며 다종·다양하고 복잡하여 종래의 소프트웨어로는 처리·분석하기 어려운 데이터의 집합체라는 것이다. 따라서 빅데이터라는 것은 데이터의 규모가 방대하고(Volume), 데이터의 종류가 다양하며(Variety), 데이터의 처리 및 분석을 적시에 해결해야 하는 속도(Velocity)를 그 주요 특징으로 한다고 정의한다.³⁾ 그리고 이러한 빅데이터의 정의에는 정형 및 비정형 데이터가 포함된다고 설명한다.⁴⁾

정형 데이터(structured data)라는 것은 고객 데이터나 회계 데이터와 같이 데이터 요소 간의 관계를 쉽게 정의할 수 있는 것을 말하고, 비정형 데이터(unstructured data)라는 것은 데이터 요소 상호의 관계를 정의하는 것이 곤란한 것을 말한다. 전형적인 빅데이터에 해당하는 자유 텍스트(free text), 로그정보, 공간정보 등은 개별 데이터 요소를 예측하는 것이 곤란하거나 데이터 요소의 조합이 매우 다양하다는 점에서 데이터를 정형화 하는 것이 어렵기에 비정형 데이터

에 속한다.⁵⁾

그런데 오늘날에 있어서는 앞서 본 넓은 의미의 빅데이터의 정의에 초점을 맞추어 빅데이터의 보호 문제 등이 폭넓게 다루어지고 있다. 특히 데이터 경제를 강조하는 유럽연합을 중심으로 데이터 소유권이나 지적재산권법에 의한 보호 등이 논의되고 있다.⁶⁾ 이러한 관점에서 빅데이터는 전통적인 제품을 대체할 혁신적인 제품과 서비스를 소비자에게 제공하는 등 새로운 가치를 창출하는데 유용할 뿐 아니라, 다른 비즈니스의 행위자(예컨대, 스마트 자동차에서 수집한 정보를 구글 지도 등의 지리 데이터 사업자에게 제공하는 것)나 공공부문(예컨대, 스마트 자동차에서 수집한 특정 시간의 도로 사용량이나 교통정보를 공공기관에게 제공하는 것)에게도 유용한 것이다.⁷⁾ 이처럼 정보기술의 발전을 배경으로 빅데이터의 이용가치가 향상됨에 따라 산업계에서는 데이터의 활용이나 공유, 분석을 통하여 거래상 이익을 얻거나 경영전략상의 우위를 차지하려는 움직임이 주목을 받고 있다. 이러한 점 때문에 빅데이터의 유통기반이나 그 거래시장의 법적기반을 어떻게 정비해야 하는지 등의 문제가 국가 법정정책상 긴급한 과제로 제기되고 있다.⁸⁾

2. 인공지능·기계학습·심층학습과 ‘TDM’

빅데이터를 분석하여 통계적 규칙, 경향 등 가치 있는 정보를 찾아내는 기술을 ‘텍스트 및

2) 빅데이터의 정의를 넓은 의미와 좁은 의미로 나누어 설명하는 것으로는, 차상욱, “빅데이터의 지적재산법상 보호” 법조, Vol.728, 법조협회, 2018. 4., 75~77면 참조.

3) 안창원/황승구, “빅데이터 기술과 주요 이슈” 『정보과학회지』, Vol.30, No.6, 2012. 6., 10면 ; 차상욱, 위의 논문, 76면.

4) 차상욱, 위의 논문, 76면.

5) 泉恒希, “ビッグデータの法的保護に関する一考察”, 『金融研究』, 日本銀行金融研究所, 2020.1., 77면.

6) 이에 관해서는, 고훈수/임용 편, 『데이터오너십 -내 정보는 누구의 것인가?』, 박영사, 2019., 99면 이하(최경진 집필), 145면 이하(박준석 집필) 각 참조.

7) Josef Drexl, “Designing Competitive Markets for Industrial Data - Between Propertisation and Access”, 8 *J. Intell. Prop. Info. Tech. & Electronic Com. L.*, 2017, pp.262~263.

8) 泉恒希, 앞의 논문, 76면.

데이터 마이닝'(Text and Data Mining)(이하, 'TDM'이라 한다)이라고 한다.⁹⁾ 2019년 6월 7일 발효된 '유럽연합의 디지털 단일시장의 저작권에 관한 지침' 제2조 제2항은 TDM이란 "유형(patterns), 경향(trends) 그리고 상관관계 등의 정보를 생성하기 위해 디지털 형태의 텍스트와 데이터를 분석하는 것을 목적으로 하는 모든 자동화된 분석기술을 말한다"고 정의한다. TDM을 통해서 산출되는 정보의 질은 분석 대상이 된 데이터의 규모의 방대성 등과 그 분석 기술의 수준에 달려 있다. 인공지능은 이러한 빅데이터를 소재로 기계학습(machine learning)이나 심층학습(deep learning) 방식의 학습을 통해 특정한 결과를 구현하는 기술이다. 이를 위하여 데이터를 수집, 저장, 처리하는 과정에서 데이터의 복제, 전송 등이 수반되는데, 그 데이터 중에 저작물이 포함된 경우 저작권 침해 문제가 발생할 수 있다. 이는 인공지능에 의한 빅데이터의 활용에 있어서 해결해야 할 가장 큰 법적 쟁점이다.¹⁰⁾

인공지능은 정의하기 어려운 개념이지만 일응 다음과 같이 정의할 수 있다. 인공지능이라고 함은 '인간이 아니라 기계에 의해서 구현되는 지능', 다시 말해 최소한 인지기능(cognitive function) 또는 학습과 문제해결능력을 가진 기계 또는 그러한 프로그램을 뜻하는 것으로 이해할 수 있다.¹¹⁾ 인공지능의 정의와 관련해서는 인간과 같은 수준을 목표로 하는 '강한 인공지능'과 그렇지 않고 인간의 지능을 참고로 하는 '약한 인공지능'의 두 가지로 나누어 설명하는

것이 일반적이다. 전자는 '인간의 지능 그 자체를 가지는 기계를 만들고자 하는 입장'을 말하고 후자는 '인간이 지능을 사용해서 하는 것을 기계에게 시키고자 하는 입장'을 말한다. 후자의 관점에서 이해하는 인공지능이란 인간이 가지는 지능의 기능을 어느 정도 모방하는 것을 말하고, 그 중에서 인간 지능의 학습기능을 모방한 것이 '기계학습'이다. 기계학습 중에서 인간 뇌세포의 정보처리를 모방한 알고리즘인 뉴럴 네트워크의 한 형태가 '심층학습'이다.¹²⁾

이러한 이해를 전제로 하면, 인공지능·기계학습·심층학습 중에서 인공지능이 가장 넓은 개념이고 그 속에 기계학습과 심층학습이 순차적으로 포함된다. 이들의 대소·포섭관계를 도식적으로 나타내면 '인공지능 > 기계학습 > 심층학습'이 된다. 이러한 기계학습이나 심층학습을 행하는 것이 바로 'TDM'에 해당한다.

인공지능의 기계학습이 실행되기 위해서는 학습용 데이터가 준비되어야 하고 이를 위해서는 빅데이터와 그로부터 데이터의 수집이 선행되어야 한다. 요컨대, 빅데이터 → [데이터 수집] → 생(生)데이터의 집합체인 데이터베이스 구축 → [데이터 처리] → 학습용 데이터 → [인공지능의 기계학습] → 학습완료 모델의 순으로 인공지능의 빅데이터 활용이 이루어진다.¹³⁾ 이처럼 빅데이터가 활용되는 과정을 단계별로 구분하면 데이터의 수집 및 처리 부분은 '정보검색'에, 인공지능의 기계학습 부분은 'TDM'에 해당하는 것으로 이해할 수 있다.

9) 참고로 2020년 9월 1일 공개된 '2020 저작권법 전부개정(안)' 제35조의5에서는 텍스트 및 데이터 마이닝을 '정보분석' 또는 '데이터분석'이라는 용어를 사용하여 표현하고 있다.

10) 김성호/조경희/최창수, "인공지능의 빅데이터 활용과 저작권법" 『최신 외국입법정보』 제107호, 국회도서관 법률정보실, 2019. 10. 29., 1면.

11) 정상조, "인공지능시대의 저작권법 과제" 『계간 저작권』, 한국저작권위원회, 2018. 여름호, 41면.

12) 奥邨弘司, "著作権法≫THE NEXT GENERATION-著作権の世界の特異点は近いか?-", 『コピライト No.666 Vol.56, 著作権情報センター』, 2016. 10., 4~6면.

13) 愛知靖之, "AI生成物・機械学習と著作権法" 『パテント』 Vol.73 No.8 (別冊 No.23), 日本弁理士會, 2020., 131~132면, 139~143면.

3. 데이터의 수집·분석을 핵심으로 하는 플랫폼 자본주의의 성장과 인공지능 플랫폼의 탄생

플랫폼이란 무엇인가? 가장 일반적인 수준에서 플랫폼은 복수의 집단이 교류하는 디지털 사회기반시설이다. 따라서 플랫폼은 소비자, 광고주, 서비스제공자, 생산자, 공급자, 심지어 물리적 객체까지 서로 다른 이용자를 만나게 하는 매개자 위치를 차지한다. 디지털 기술의 변화에 힘입어 데이터는 기업과 그들의 노동자, 소비자뿐 아니라 다른 자본과의 관계에서 가치를 증가시킨다. 플랫폼은 거대한 양의 데이터를 추출하고 통제하게 하는 새로운 사업모델이 되었다. 데이터의 수집이 플랫폼을 기반으로 하는 기업의 가장 중요한 과제라면, 분석은 그와 연관된 필수적 상관물이다. 기업의 경쟁력이 데이터 등 정보의 수집 능력의 확장에 달려 있다면, 그에 못지않게 관련 정보의 분석 역시 중요한 것이다. 따라서 하드웨어, 데이터베이스 구조, 네트워크 사회기반시설 등의 개발이 사업경쟁에서 우위에 서는데 기여한다.¹⁴⁾

이처럼 플랫폼을 중심으로 하는 플랫폼 자본주의의 성장은 인공지능 플랫폼의 탄생으로 이어지면서 비즈니스 생태계에 본질적인 변화가 진행되고 있다. 문제는 이와 관련하여 한편으로는 인공지능의 빅데이터 활용에 대해 저작권권 제한 규정의 적용을 인정하지 않으면, 바꿔 말

해 미국 저작권법상 공정이용으로 인정하지 않으면 장래의 시장이 확대되지 않을 것이고 앞으로 플랫폼이 육성되지 않을 것이라는 우려가 있다. 반면에 다른 한편으로는 구글 등과 같이 플랫폼을 기반으로 하는 기업이 공정이용을 주장하면서 타인의 저작물을 무상으로 이용하도록 허용하는 것이 과연 바람직한 일인가 하는 비판도 제기되고 있다.¹⁵⁾

III. 인공지능의 기계학습을 위한 정보검색서비스의 제공과 정보 수집의 자유

1. 정보 수집의 중요성과 고객 맞춤형 정보검색서비스 산업의 성장

플랫폼 자본주의에서 기업이 성장하는 데에는 데이터 등 정보의 수집과 분석이 핵심을 차지한다. 특히 정보의 수집은 플랫폼을 기반으로 하는 기업의 가장 중요한 과제이다. 관련 기업 스스로 정보를 수집하는 경우도 있겠지만, 비정형 데이터로 이루어진 전형적인 빅데이터를 대상으로 하는 경우 정보검색서비스제공자로부터 고객 맞춤형 정보를 제공받는 것이 보다 일반적이라고 할 수 있다.¹⁶⁾ 최근에는 고객이 지정한 정보를 수집·가공하여 고객 맞춤형으로 제공하는 정보검색서비스도 등장하고 있다. 그 예로는 한국리서치의 eMarket Sensor 서비스와 ‘플레이오토’ 서비스 등을 들 수 있다. 전자는 고객이

14) Nick Srnicek, Platform Capitalism, Polity Press, 2016., 닉 서르닉 지음/심성보 옮김, 『플랫폼 자본주의』, 킹콩북, 2020., 13~14면, 49~50면, 67~68면, 105~106면 각 참조. 다만, 이 책에서 닉 서르닉은 ‘플랫폼 자본주의’를 부정적인 관점에서 분석·비판하고 있음에 유의할 필요가 있다.

15) James Grimmelman, “Copyright for Literate Robots”, 101 Iowa L. Rev., 2016., pp.674~681 ; Benjamin L. W. Sobel, “Artificial Intelligence’s Fair Use Crisis”, 41 Colum. J. L. & Arts, 2017., pp.79~89 각 참조. 이와 유사한 관점에서 플랫폼 사업자들이 저작물에 대한 일종의 빅 유저(big users)로서 온라인 플랫폼을 이용하는 스몰 유저(small users) 뒤에 숨어 이용자의 표현의 자유를 보장하기 위해 마련한 공정이용 제도를 활용하는 것은 매우 우려스러운 현상이라고 비판하는 국내 문헌으로는, 남형두, “신발을 위한 영화 -플랫폼 사업자의 콘텐츠 확보에 따른 법적 문제-” 『경제규제와 법』 제11권 제2호, 서울대 법학연구소, 2018. 11., 292면 이하 참조.

16) 임일, “고객도 시장도 빅데이터 홍수 ‘맞춤형 정보’ 필터링이 필요하다” 『동아 비즈니스 리뷰(DBR)』 제126호 (2013. 4. Issue 1) 참조.

지정하는 온라인 쇼핑몰 타깃 사이트 내에서 각종 정보를 검색엔진을 통해 수집(크롤링)한 뒤 그에 대한 데이터를 분석하여 마케팅 전략 등을 제공하는 것이고, 후자는 고객이 타깃 서비스를 지정하여 의뢰하면 타깃 사이트 내 웹페이지에서 검색엔진을 구동하여 검색(크롤링)한 다음 고객이 원하는 맞춤형으로 정보를 가공하여 제공하는 것이다.

인터넷에는 누구든지 언제 어디서라도 접근할 수 있는 대량의 정보가 존재한다. 인터넷상의 정보는 그 양이 방대할 뿐만 아니라 전 세계 서버에 분산되어 존재하기 때문에 개인이나 기업 등 공중이 원하는 정보에 효율적으로 도달할 수 있도록 하는 정보검색서비스제공자의 도움이 필요하다. 정보검색서비스는 가령 로봇형 검색엔진(크롤러)을 사용하여 인터넷상에서 정보를 수집(크롤링)한 다음 검색용 색인 및 검색결과 표시용 데이터를 작성·저장하고 공중이 원하는 정보의 검색결과를 표시(전송)한다.

이러한 정보검색서비스제공자는 저작권법 제2조 제30호에서 정의하는 온라인서비스제공자로서 ‘저작권법 제6장 온라인서비스제공자의 책임 제한(제102조 내지 제104조)’ 중 제102조 제1항 제3호의 요건을 모두 갖춘 경우에는 온라인서비스제공자의 책임 제한 규정이 적용되어 저작권 등의 침해책임에 대해 면책을 받는다. 아래에서는 ‘고객 맞춤형’ 정보검색서비스제공자가 ‘온라인서비스제공자의 책임 제한’ 규정이 적용되는 정보검색서비스제공자에 해당하는지를 검토한다.

2. 저작권법상 ‘온라인서비스제공자의 책임 제한’ 규정이 적용되는 정보검색서비스제공자

가. 저작권법상 온라인서비스제공자로서의 정보검색서비스제공자의 의미

저작권법 제2조 제30호에서 정의하는 온라인서비스제공자로서 제102조 제1항 제3호 후단에서 규정하는 “정보검색도구를 통하여 이용자에게 정보통신망상 저작물 등의 위치를 알 수 있게 하거나 연결하는 행위”를 하는 자가 정보검색서비스제공자에 해당한다. 정보검색서비스제공자의 의미를 더욱 명확히 이해하기 위해서는 검색서비스의 핵심인 ‘정보검색도구’의 운용구조를 살펴볼 필요가 있다. 이는 온라인서비스제공자에 대한 저작권 등 침해책임이 제한되는 범위를 이해하는 데에 도움이 된다.

나. 정보검색도구의 운용구조

정보검색도구에는 목록(directory), 색인(index), 포인터(pointer), 또는 하이퍼텍스트 링크(hypertext link) 뿐만 아니라 검색엔진, 목록 나열(directory listings)도 포함된다. 검색엔진이란 인터넷상에서 자료를 쉽게 찾을 수 있게 도와주는 소프트웨어 또는 웹사이트를 말한다. 검색엔진은 검색되길 희망하는 각 웹페이지 또는 모든 웹사이트의 대표페이지로 가서 그것을 읽고, 각 페이지상의 하이퍼텍스트 링크를 사용하여 그 사이트의 다른 페이지들을 읽어 오는 크롤러(crawler) 프로그램, 읽어 들인 웹페이지에 대해 색인(카탈로그)을 만드는 프로그램, 사용자의 검색요구를 받아들이고 색인 내에 있는 내용과 비교한 뒤 검색결과를 구동시켜주는 프로그램으로 구성되어 있다.¹⁷⁾

검색엔진을 운용하여 정보검색서비스를 제공하는 작업과정은 정보검색서비스제공자에 따라

17) 김병일, “이미지 검색서비스와 저작권 -Perfect 10 Inc. v. Google Inc 사건을 중심으로-” 『계간 저작권』, 저작권위원회, 2007년 겨울호, 25면.

조금씩 다를 수 있지만, 전형적인 검색엔진서비스에서는 대개 다음의 3단계의 과정으로 이루어진다. ① 소프트웨어에 의한 웹사이트 데이터의 수집·저장(크롤링), ② 검색용 색인 및 검색결과 표시용 데이터의 작성·저장, ③ 이용자의 검색요구에 대응한 검색결과 표시(전송)의 과정이다.¹⁸⁾

① 소프트웨어에 의한 웹사이트 데이터의 수집·저장(크롤링) 단계의 내용은 다음과 같다. 검색로봇(크롤러)이라 부르는 소프트웨어에 의해 웹사이트 정보를 수집하고, 그 데이터를 스토리지 서버에 저장하는 과정이다. 크롤러는 방문한 웹사이트 정보를 분석하고 거기에 포함된 링크를 타고 들어가 탐색함으로써 웹사이트의 정보 데이터를 수집하는 절차를 반복한다. 이미 방문한 웹사이트 정보가 갱신된 경우는 스토리지 서버에 저장한 데이터도 갱신된다. 만일 웹사이트 정보가 삭제 등으로 더 이상 존재하지 않을 경우는 스토리지 서버 내의 해당 웹사이트에 대응하는 데이터도 삭제된다.¹⁹⁾

한편, 이러한 크롤링에 의한 원치 않는 데이터의 자동수집으로부터 데이터의 보호를 원하는 웹사이트 개설자는 사실상의 인터넷 표준으로 널리 이용되는 ‘로봇배제표준’(Robots Exclusion Standard)을 자신의 웹사이트에 설정하여 해당 사이트의 디렉토리 및 파일들에 대한 검색조건을 명시함으로써 검색엔진(크롤러)에게 어떤 페이지(또는 디렉토리)에 접근 또는 차단되는지를 지시할 수 있다. 그러나 로봇배제표준을 준수할 것인지 여부는 크롤러 스스로 판단하기 때문에 로봇배제표준 그 자체는 기술적 강

제력을 지니지 않는다. 또한 로봇배제표준을 계약으로 편입하는 별도의 의사표시가 없는 한 계약상 책임을 지우는 것도 어렵다. 다만 이러한 한계가 있음에도 로봇배제표준의 계속적인 사용은 저작권 등 침해의 고의·과실 등과 관련하여 입증의 편의와 과실상계 주장²⁰⁾에 대한 방어수단을 제공한다.²¹⁾

② 검색용 색인 및 검색결과 표시용 데이터의 작성·저장 단계의 내용은 다음과 같다. 스토리지 서버에 저장된 웹사이트 정보를 분석하고, 이용자로부터의 검색요구에 대해 검색결과로서 표시하기 위한 데이터를 작성·저장하는 과정이다. 검색결과 표시용 데이터는 오리지널 웹사이트의 내용을 소개할 목적으로 제공되는 것이고, 통상 오리지널 웹사이트에 접속할 수 있는 링크(URL 등 웹페이지 위치정보)와 함께 제공된다. 또한 오리지널 웹사이트가 삭제된 경우는 검색결과 표시용 데이터도 순차 삭제되어 검색결과가 표시되지 않는다.²²⁾

③ 검색결과 표시(전송) 단계의 내용은 다음과 같다. 이용자로부터 검색요구에 대해서는 ②에서 작성·저장한 검색용 색인을 사용하여 웹사이트 정보의 검색을 행하고 마찬가지로 ②에서 작성·저장한 검색결과 표시용 데이터를 웹사이트의 위치정보(URL 등)와 함께 검색결과로서 이용자에게 표시(전송)하는 과정이다.²³⁾

18) 池村聰, 「著作権法コメント別冊-平成21年改正解説」, 勁草書房, 2010, 97면.

19) 日本 文化廳 文化審議會著作権分科會報告書, 文化審議會著作権分科會(平成21年1月), 55면.

20) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2007다76733 판결은 “(피고 검색엔진의) 수집 프로그램의 접근을 제한하기 위한 (로봇배제표준) 조치를 … 취하지 않은 (원고의) 잘못”을 항소심이 과실상계사유로 참작하지 않았다는 이유로 파기하였다.

21) 최지혜, “로봇배제표준의 법적 함의” 『Law & Technology』 제16권 제5호, 서울대 기술과법센터, 2020. 9., 29~30면.

22) 앞의 日本 文化廳 報告書, 56면.

23) 앞의 日本 文化廳 報告書, 56면.

다. 저작권법상 온라인서비스제공자의 책임 제한 규정의 입법취지 및 ‘고객 맞춤형’ 정보검색서비스제공자가 온라인서비스 제공자에 해당하는지 여부

정보검색서비스제공자의 ‘행위’는 검색서비스를 개인이나 기업 등 이용자 공중(公衆)의 요청에 따라 오리지널 웹사이트의 내용을 소개하는 ‘검색결과 표시용 데이터’와 오리지널 웹사이트에의 ‘링크’(URL 등 위치정보)를 함께 제공하는 것이다. 정보검색서비스는 이용자가 원하는 정보에 효율적으로 도달할 수 있도록 하는 ‘목적’과 오리지널 웹사이트의 내용을 소개하여 해당 사이트로의 접속을 유도하는 ‘기능’을 가지고 있다.²⁴⁾ 정보검색서비스를 제공하는 작업과정 중의 행위들(①②③)에서 보았듯이 이러한 행위들은 단순히 저작물의 위치를 나타내기 위한 ‘길잡이’로서의 역할을 하는 데에 지나지 않고 저작물의 표현 자체를 지각(知覺)하는 것을 직접적인 목적으로 하는 것이 아니므로 저작물의 본래적 이용이라고 평가할 수 없는 경미한 이용에 지나지 않는다.²⁵⁾ 그렇기 때문에 정보검색서비스의 제공으로 오리지널 웹사이트를 대신하거나 권리자의 이익에 나쁜 영향을 미치지 않는다. 그런데 검색서비스를 제공하는 등 인터넷상에서 정보유통을 매개하는 온라인서비스제공자에게 너무 쉽게 저작권 등의 침해책임을 인정하게 되면 온라인서비스제공사의 사업 활동이 위축되고 결과적으로 인터넷에서 자유로운 커뮤니케이션 환경이 저해될 우려가 있다. 그래서 저작권법은 정보검색서비스제공자의 ‘목적’과 ‘기능’ 및 그 ‘행위’ 등을 고려하여 일정한 요건

을 갖춘 경우 그 법적 책임이 제한되도록 하는 규정을 도입하였다.

우리 저작권법에 온라인서비스제공자의 책임 제한 규정이 도입된 것은 2003년 저작권법이 일부 개정되면서부터이다. 다만, 온라인서비스제공자의 개별 서비스 유형에 관해서는 아무런 규정을 두지 않았고 책임 제한 규정의 내용이 획일적이었던 관계로 다양한 유형의 온라인서비스제공자들 중에는 법적 책임에 대한 부담으로 인해 안정적으로 사업을 영위하기 어려운 측면이 있었다.²⁶⁾ 이러한 연유로 한·EU FTA 및 한·미 FTA 이행에 따라 2011년 두 차례 저작권법을 개정하면서 현재와 같이 온라인서비스제공자의 유형을 인터넷접속서비스, 캐싱(caching)서비스, 호스팅서비스, 정보검색서비스의 네 가지 유형으로 세분화하고 각 유형에 따른 책임 제한 요건을 구체화하였다. 정보검색서비스제공자의 책임 제한 요건은 2020년 저작권법 일부 개정으로 종전보다 다소 강화되었는데(2020년 8월 5일부터 시행),²⁷⁾ 이는 그간 입법의 미비점으로 지적되었던 것을 반영한 것에 불과하다.

저작권법 제2조 제30호에서 정의하는 온라인서비스제공자는 제102조 제1항 제3호 후단에서 규정하는 “정보검색도구를 통하여 이용자에게 정보통신망상 저작물 등의 위치를 알 수 있게 하거나 연결하는 행위”(정보검색서비스 제공행위)를 하더라도 같은 호 (가)목 내지 (라)목의 요건을 모두 갖춘 경우 제102조 제1항 본문 ‘온라인서비스제공자의 책임 제한’ 규정을 적용받는다. 이에 따라 정보검색서비스 제공행위와 관련하여 “저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리가 침해되더라도 … 그 침해에 대하여 책임

24) 앞의 日本 文化廳 報告書, 60면.

25) 池村聰, 앞의 책, 102~103면.

26) 박준석, 「인터넷서비스제공자의 책임」, 박영사, 2006., 148~149면 참조.

27) 정보검색서비스제공자의 개정 전 책임 제한 요건(제102조 제1항 제4호 가목, 나목)은 4가지였는데, 개정 후(제102조 제1항 제3호 가목, 나목, 다목, 라목) 3가지가 추가되어 모두 7가지 요건이 됨으로써 호스팅서비스제공자의 책임 제한 요건과 동일하게 되었다.

을 지지 아니한다.”²⁸⁾ 즉 정보검색서비스제공자로서 ‘저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리’에 대한 침해책임이 면책된다고 규정한다.

저작권법상 온라인서비스제공자로서 책임 제한 규정의 적용대상인 정보검색서비스제공자의 앞서 살펴본 목적과 기능 및 그 행위 등을 고려할 때 ‘고객 맞춤형’ 정보검색서비스제공자가 저작권법상 온라인서비스제공자에 해당하는지를 살펴봐야 한다. 고객 맞춤형 서비스제공자가 (ㄱ) 이용자가 원하는 정보에 효율적으로 도달할 수 있도록 예컨대 이용자의 요청에 검색서비스를 제공하는 등의 공공성이 있는 것인지, 또한 (ㄴ) 서비스를 제공할 때에 검색결과 표시용 데이터와 링크 정보를 함께 제공하여 결과적으로 오리진널 사이트와의 접속을 유도하는지 여부를 검토하여야 한다.²⁹⁾ (ㄱ)에서 상정하는 전형적인 정보검색서비스는 이용자가 검색어를 입력하여 검색을 요구하면 검색서비스가 검색결과를 제공하는 경우이다. 그러나 반드시 이에 국한할 필요는 없다. 이용자가 미리 어떤 검색어를 설정해 두면 이와 관련된 인터넷상의 정보를 검색하여 정기적으로 알려주는 서비스라든가, 나아가 검색서비스 쪽에서 미리 이용자의 성향이나 기호(嗜好)를 분석하여 그에 적합한 맞춤형 정보를 알려주는 이른바 ‘푸시(push)형’ 검색서비스도 결국은 이용자가 원하는 정보에 효율적

로 도달할 수 있도록 서비스를 제공한다는 점에서 (ㄱ)에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.³⁰⁾

앞에서(III. 1.) 언급한 ‘고객 맞춤형’ 정보검색서비스가 (ㄴ)에 해당하는 것이라면 온라인서비스제공자의 책임 제한 규정의 적용대상이 될 수 있을 것이다. 그러나 만일 그렇지 않다면 당연히 온라인서비스제공자의 책임 제한 규정도 적용되지 않을 것이다. 이러한 경우 ‘고객 맞춤형’ 정보검색서비스제공자의 저작권 등 침해행위와 관련해서는 저작권권 제한 규정의 적용을 모색하는 수밖에 없다. 물론 ‘고객 맞춤형’ 정보검색서비스에 대해 온라인서비스제공자의 책임 제한 규정이 적용되는 경우라 하더라도 저작권권의 제한 규정이 적용되는지에 관한 검토는 여전히 필요하다. 이러한 경우 정보검색서비스제공자는 ‘저작권권의 제한’과 ‘온라인서비스제공자의 책임 제한’이라는 두 가지 항변을 방어수단으로 갖는다는 이점(利點)이 있다.³¹⁾

3. 정보검색서비스제공행위에 대한 저작권권의 제한 규정의 적용

가. 검색엔진(크롤러)을 운용하여 발생하는 문제 상황

정보검색서비스제공에 있어서 검색엔진(크롤

28) 구 저작권법(2011년 6월 30일 저작권법을 개정하기 전) 제102조 제1·2항 ‘온라인서비스제공자의 책임 제한’ 규정에서는 “온라인서비스제공자가 저작물 등의 복제·전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여 다른 사람에 의한 저작물 등의 복제·전송으로 인하여 그 저작권, 그밖에 저작권법에 의하여 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 알고…”라고 규정하였다. 따라서 타인의 저작권 침해(직접침해)에 대해 온라인서비스제공자의 저작권 침해의 방조(간접침해) 책임을 제한하는 것으로 이해되었다. 그러나 2011년 7월 1일부터 시행되는 개정 저작권법 제102조 제1항 본문은 “저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리가 침해되더라도 … 그 침해에 대하여 책임을 지지 아니한다”고 규정하여 온라인서비스제공자의 간접침해 책임은 물론이고 직접침해 책임도 제한하는 것처럼 해석된다. 이러한 해석은 특히 정보검색서비스제공자와 관련하여 유의미하다.

29) 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 판결 ; 서울고법 2007. 10. 2. 선고 2006나96589 판결 등은 본문 (ㄱ)에 관하여 실시하고 있다. 비록 이러한 실시는 저작권법 제28조에 해당하는지 여부의 판단기준으로 제시된 것이지만 온라인서비스제공자로서 정보검색서비스에 해당하는지를 판단하기 위한 기준으로 참조할 수 있다.

30) 이에 관해서는 후술하는 각주33) 참조.

31) 이에 관해서는 후술하는 IV. 2. 다. (2) ‘TDM이 공정이용에 해당한다고 추론할 수 있는 재판례’ 중 ⑦ Field v. Google, Inc. 사건 판결 참조.

리)을 운용하여 데이터의 수집·저장 등을 하는 일련의 행위들(①②③)은 전술한 것처럼 저작물의 표현 자체를 지각(知覺)하는 것을 목적으로 하지 않는 경미한 이용에 지나지 않으므로 권리자의 이익에 나쁜 영향을 미치지 않는다.

그러나 이러한 일련의 행위로 타인의 저작권 등을 침해하는 어떠한 문제 상황도 발생하지 않는 것은 아니다. 즉 ① 소프트웨어에 의한 웹사이트 정보의 수집·저장(크롤링) 단계에서 오리지널 데이터 정보가 저작물일 경우에는 해당 정보를 수집하여 그대로 서버에 저장하게 되므로 권리자의 허락을 얻지 않았을 경우 복제권을 침해하는 문제 상황이 발생한다. ② 검색용 색인 및 검색결과 표시용 데이터의 작성·저장 단계에서 검색용 색인은 단순한 문자열, 변환된 수치 데이터에 불과하므로 오리지널 데이터가 저작물이라든가 저작물성이 없는 부분만을 이용한 것에 불과하기 때문에 검색용 색인의 작성·저장은 저작권 침해에 해당하지 않는다. 이에 대해 검색결과 표시용 데이터의 작성·저장은 오리지널 데이터가 저작물일 경우 해당 데이터가 가지는 저작물성이 있는 부분을 포함하는 경우가 있을 수 있다는 점에서 저작권법의 복제에 해당할 가능성이 있다. 다만 검색결과 표시용 데이터에 저작물성이 있는 부분이 포함되었는지 여부는 사안별로 판단하는 수밖에 없다. ③ 검색결과 표시(전송) 단계에서는 바로 위에서 언급한 것처럼 검색결과 표시용 데이터에 오리지널 데이터의 저작물성이 있는 부분을 포함하는 경우가

있을 수 있으므로 그러한 경우에는 역시 전송권 침해가 발생할 수 있다.³²⁾

나. 저작재산권 제한 규정의 모색

정보검색서비스 제공행위로 인해 발생하는 문제 상황을 해결하기 위하여 저작권법에 저작재산권의 제한 규정을 두고 있는 입법례는, 2009년 개정 저작권법에서 명문(明文)으로 권리제한규정 제47조의6을 마련하고 2018년 개정 저작권법 제47조의5 제1항 제1호에서 그 권리제한의 적용받는 검색서비스의 대상을 확대한³³⁾ 일본 정도를 제외하고는 현재까지는 없는 것으로 보인다.³⁴⁾ 일본은 이처럼 명문규정을 둬으로써 전술한 ①②③에서 발생하는 문제 상황은 모두 침해가 아닌 것으로 된다.

물론 일본의 이러한 입법이 있기 전에도 미국은 일반적 권리제한규정인 저작권법 제107조 ‘공정이용’(fair use) 규정을 적용하여 정보검색서비스는 저작권 침해에 해당하지 않는다고 판단하여 이 문제를 해결하여 왔다.³⁵⁾

우리나라는 2011년 개정 저작권법(12월 2일 개정법)에서 미국의 공정이용 규정을 모방하여 제35조의3 (현행 제35조의5) ‘저작물의 공정한 이용’이라는 표제의 보충적 일반조항을 마련하였다. 따라서 미국에서 그간 확립되어온 공정이용에 관한 법리는 현행 저작권법 제35조의5 ‘공정한 이용’의 해석기준을 정립하는 데에 참조가 될 수 있다. 정보검색서비스에 대해 저작재산권

32) 앞의 日本 文化廳 報告書, 57면.

33) 일본은 2009년 개정 저작권법 제47조의6에서 정보검색서비스에 대한 권리제한규정을 처음 마련하였다. 2018년 개정 저작권법은 조문을 제47조의5 제1항 제1호로 옮기고 “공중의 요구에 따라”라는 문언을 삭제함으로써 권리제한을 적용받는 정보검색서비스의 대상을 ‘푸시 형’으로까지 확대하였다.

34) 加戸守行 外 6人, “座談會 平成30年改正著作権法施行に伴う柔軟な権利制限規定による著作物の利用拡大とこれからの課題(中)” 『NBL No.1144, 商事法務, 2019. 4. 15., 39면(上野達弘 발언).

35) 이에 관한 미국 판결로는 Ticketmaster Corp. v. Tickets.com Inc. 사건, Kelly v. Arriba Soft 사건, Field v. Google, Inc. 사건, Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc. 사건 등을 들 수 있다. 이들 판결의 구체적 내용은 후술하는 IV. 2. 다. ‘미국의 입법례 - TDM에 대한 저작재산권의 제한 규정을 별도로 마련하지 않고 일반조항인 공정이용(fair use) 규정을 적용하는 경우’ 참조.

의 제한 규정을 적용하는 문제는 결국 저작권법 제35조의5의 적용 문제로 귀착한다. 아울러 제 35조의5는 데이터베이스제작자의 권리를 제한하는 경우에도 준용된다(제94조 제1항).

다. 검색엔진(크롤러)의 운용을 둘러싸고 저작권법상의 권리 침해가 문제된 국내 판결

(1) 판결의 개관

우리나라에서는 검색엔진(크롤러)을 사용하여 데이터를 수집(크롤링)한 것과 관련하여 저작권법상의 권리 침해, 즉 저작권이나 데이터베이스제작자의 권리 침해가 문제된 사건들이 다수 발생하였고 그에 관한 중요 판결들은 아래에서 보는 바와 같다.³⁶⁾

① 서울중앙지법 2020. 2. 11. 선고 2019고단1777 판결(숙박정보 경쟁 사이트 크롤링 사건), ② 대전지법 2018. 11. 30. 선고 2018고정909 판결(반려동물 분양 경쟁 사이트 크롤링 사건), ③ 서울고법 2017. 4. 6. 선고 2016나2019365 판결(취업정보 경쟁 사이트 크롤링 사건), 서울중앙지법 2016. 2. 17. 선고 2015가합517982 판결, ④ 서울고법 2016. 12. 15. 선고 2015나2074198 판결(온라인 백과사전 경쟁 사이트 크롤링 사건), 서울중앙지법 2015. 11. 27. 선고 2014가합44470 판결, ⑤ 대법원 2010. 3. 11. 선고 2007다76733 판결, 서울고법 2007. 10. 2. 선고 2006나96589 판결(사진저작물에 대한 상세보기 이미지 방식의 검색서비스제공 사건), ⑥ 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결(사진저작물에 대한 상세보기 이미지 방식의 검색서비스제공 사건), 서울고법 2008. 11. 19. 선고 2008나35779 판결, ⑦

대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다76256 판결(사진저작물에 대한 상세보기 이미지 방식의 검색서비스제공 사건), 서울고법 2009. 8. 27. 선고 2009나21043 판결, ⑧ 서울고법 2006. 12. 26. 선고 2006나24171 판결(사진저작물에 대한 썸네일 이미지 및 큰 이미지 방식의 검색서비스제공 사건), ⑨ 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도7793 판결(사진저작물에 대한 썸네일 이미지 방식의 검색서비스제공 사건), ⑩ 서울고법 2005. 7. 26. 선고 2004나76958 판결(사진저작물에 대한 썸네일 이미지 및 큰 이미지 방식의 검색서비스제공 사건) 등이다.

정리하면 ① 내지 ④ 사건의 판결들은 관련 업계 경쟁 사이트 간에 검색엔진(크롤러) 운용을 둘러싸고 발생한 분쟁에 관한 것이고, ⑤ 내지 ⑩ 사건의 판결들은 사진저작물에 대한 이미지 검색서비스를 둘러싸고 발생한 분쟁에 관한 것이다.

(2) 판결의 분석·검토

① 내지 ④ 사건의 판결들에서는 모두 관련 업계에서 경쟁 사이트에 게재된 데이터를 크롤링하여 자신의 사이트 서버에 저장한 다음 사이트에 전부 그대로 (또는 일부 선별하여) 게재하였고 그 결과 저작권법 제93조의 데이터베이스제작자의 권리(복제권·전송권) 침해 책임이 공통으로 인정되었다. 또한 위 판결들에서는 제94조 소정의 데이터베이스제작자의 권리제한에 관한 항변이 제기되지 않았다. 그러나 설령 제94조 제1항에 의해 준용되는 예컨대 제35조의3(현행 제35조의5) ‘공정한 이용’에 관한 권리제한의 항변이 있었다라도 공정한 이용에 해당한다고 인정하기 어려운 사건들이었다고 본다.³⁷⁾

36) 중요 판결의 선정과 관련해서는, 박준석, “이미지 검색엔진의 인라인 링크에 따른 복제, 전시, 전송 관련 저작권침해 책임” 민사판례연구, 제33집(상), 박영사, 2011., 637~639면; 최지예, 앞의 논문, 33~39면에 각 소개된 판결들 참조.
37) 후술하는 IV. 2. 다. (2) ‘TDM이 공정이용에 해당한다고 추론할 수 있는 재판례’ 중 ⑨ Ticketmaster Corp. v.

또한 위 사건의 판결들에서는 온라인서비스제공자의 책임 제한 항변도 제기되지 않았다. 전술한 것처럼 온라인서비스제공자로서 인정되는 정보검색서비스라는 것은 (ㄱ) 이용자가 원하는 정보에 효율적으로 도달할 수 있도록 검색서비스를 제공한다는 점에서 공공성이 있어야 하고, (ㄴ) 서비스를 제공할 때에 검색결과와 링크를 함께 제공하여 오리지널 사이트와의 접속을 유도하는 것이어야 한다. 그러한 점에서 위 ① 내지 ④ 사건의 판결들은 모두 저작권법상 온라인서비스제공자의 지위를 인정하기 어려운 사안들에 관한 것이었다고 판단된다.

⑤ 내지 ⑩ 사건 판결들의 공통점은 사진저작물에 대한 썸네일 이미지 또는 ‘상세보기 이미지’ 방식의 검색서비스제공 사건들이다. 특기할 것은 그 중 ⑤⑥⑦ 사건의 각 대법원 판결은 모두 2010. 3. 11. 선고되었다는 점이다. ⑤ 사건의 서울고법 2006나96589 판결은 상세보기 이미지 방식의 검색서비스가 피고 사이트 서버에 해당 이미지를 저장하여 이루어지므로 권리제한 사유인 ‘공표된 저작물의 인용’에 해당하지 않는다고 판단하였다. 그런데 ⑤ 사건의 대법원 2007다76733 판결은 피고 검색엔진의 “수집 프로그램의 접근을 제한하기 위한 (로봇배제표준) 조치를… 취하지 않은 (원고의) 잘못”을 항소심(서울고법 2006나96589 판결)이 과실상계사유로 참작하지 않았다는 이유로 원고 승소부분을 파기하였고, 파기환송심(2010나31862)에서 2010. 5. 11. 조정으로 종결되었다.³⁸⁾ ⑥ 사건의 서울고법 2008나35779 판결은 상세보기 이미지 방식의 검색서비스에 대해 ‘공표된 저작물의 인용’에 해당하지 않는다고 판단하는 등 ⑤ 사건의 항소

심 판결과 같은 취지로 판시하였으나 ⑥ 사건의 대법원 2009다4343 판결은 상세보기 방식을 (인라인) 링크로도 수행할 수 있으므로 피고 서버에 저장되었다는 증거가 없다고 원고 승소부분을 파기하였다. 파기환송심(2010. 7. 15. 선고 2010나31879 판결)에서는 원고가 전부 패소하였다.³⁹⁾ ⑦ 사건의 항소심과 상고심 및 파기환송심 각 판결은 ⑥ 사건에서 언급한 항소심과 상고심 및 파기환송심 각 판결의 흐름과 동일하게 진행되었다.

⑧ 내지 ⑩ 사건 판결들의 공통점은 사진저작물에 대한 썸네일 이미지 또는 ‘큰 이미지’ 방식의 검색서비스제공 사건들이다. ⑧ 사건의 판결은 큰 이미지 방식의 정보검색서비스제공에 대해 저작권법 제25조 (현행 제28조) 권리제한 사유인 ‘공표된 저작물의 인용’에 해당하지 않으며 저작권 침해의 방조(간접침해)가 아니라 저작권 침해(직접침해)이므로 온라인서비스제공자의 책임 제한 규정도 적용되지 않는다고 판단하였다. ⑨ 사건의 판결은 썸네일 이미지 방식의 정보검색서비스에 대해 저작권법상 권리제한 사유인 ‘공표된 저작물의 인용’에 해당한다고 유연하게 해석한 기념비적 판결이다. 이는 저작권법 제28조 ‘공표된 저작물의 인용’ 규정을 유연하게 해석함으로써 제35조의3 (현행 제35조의5) 규정이 신설되기 전까지 썸네일 이미지 방식의 정보검색서비스제공이 저작권 침해책임에서 면책될 수 있도록 하는 역할을 하였다. ⑩ 사건의 판결은 썸네일 이미지 방식의 검색서비스에 대해 묵시적 허락 이론 주장을 배척하고 ‘공표된 저작물의 인용’에는 해당한다고 보았지만 ‘큰 이미지’ 방식에 대해서는 ‘공표된 저작물의 인용’에

Tickets.com Inc. 사건 판결은 위 ① 내지 ④ 사건 판결들의 파기에 대해 유리하게 인용될 수도 있을 것이다. 다만, 미국 저작권법에서는 창작성이 인정되지 않는 데이터베이스에 대해 우리 저작권법처럼 저작권접권과 유사한 데이터베이스제작자의 권리를 인정하고 있지 않다는 점을 고려한다면, 인용될 가치가 있는 부분은 많지 않을 것이다.

38) 박준석, 위의 논문, 639면.

39) 박준석, 위의 논문, 638면.

해당하지 않는다고 판단하였다. 또한 저작권 침해의 방조(간접침해)가 아니라 저작권 침해(직접침해)이므로 온라인서비스제공자의 책임 제한 규정도 적용되지 않는다고 판단하였다.

다만, 2011년 7월 1일부터 시행되는 현행 저작권법 제102조 제1항 본문은 온라인서비스제공자의 저작권 침해의 방조(간접침해) 책임은 물론이고 저작권의 직접침해 책임도 제한하는 것처럼 해석된다. 이러한 해석은 특히 정보검색서비스제공자와 관련하여 유의미하다.⁴⁰⁾ 만일 ⑧과 ⑩ 사건 판결에 대해 현행 온라인서비스제공자 책임 제한 규정을 적용할 수 있다고 가정한다면 직접침해라는 이유로 책임 제한 규정이 적용되지 않는다고 선불리 판단해서는 안 될 것이다.⁴¹⁾ 앞으로 이 점은 실무상 유의할 필요가 있다.

라. 소결 - 저작권재산권의 제한 규정을 적용하는 문제

검색엔진(크롤러)을 둘러싸고 발생한 저작권법상의 권리 침해 문제에 관한 국내 판결들 중 ① 내지 ④ 사건의 판결들은 관련 업계 경쟁 사이트 간에 발생한 것으로 저작권법상 권리제한 항변이나 온라인서비스제공자의 책임 제한 항변이 제기되지 않았다. 이에 대해 ⑤ 내지 ⑩ 사

건의 판결들은 사진저작물에 대한 이미지 검색 서비스를 둘러싸고 발생한 것으로 저작권법상 권리제한 항변이나 온라인서비스제공자의 책임 제한 항변에 대해 그 적용 여부를 판단하였다. 특히 썸네일 이미지 방식의 검색서비스에 대해서는 저작권법 제28조 ‘공표된 저작물의 인용’ 규정을 유연하게 해석하여 권리제한 항변을 받아들였다. 이러한 해석론은 타인의 저작물을 전부 이용하는 이른바 ‘전유형’(appropriation type) 인용 규정이 없는 상황에서는 부득이한 것이었다. ⑤ 내지 ⑩ 사건의 판결들이 모두 2011년 개정 저작권법(12월 2일 개정법)으로 제35조의3(현행 제35조의5) ‘저작물의 공정한 이용’ 규정이 신설되기 전에 이루어진 것이라는 점을 고려할 때, 앞으로 정보검색서비스에 대해 저작권재산권의 제한 규정을 적용하는 것은 제35조의3(현행 제35조의5) 규정을 해석하여 적용하는 문제로 귀결될 것이다. 유의할 점은 이 규정은 2012년 3월 15일부터 시행되므로 그 시행 전의 저작물 등의 이용행위에 대해 그 시행 후에 이 규정을 적용(내지 준용)할 수 있을 것인지 하는 점이다. 하급심 판결 중에는 그 적용을 부정하는 것도 있지만⁴²⁾ 제35조의3 신설 당시 저작권법 부칙의 경과조치에서 온라인서비스제공자의 책임 제한 규정이나 별칙 규정처럼 그 적용을 제한하고 있지 않으므로⁴³⁾ 그 시행 전 이용행위

40) 전술한 각주28) 참조. 미국 저작권법 제512조(d)에서 규정하는 정보검색서비스제공자의 책임 제한 조항이 저작권의 직접침해에 대해서도 적용 가능하다는 취지의 해석으로는, 田村善之, “檢索サイトをめぐる著作権法の諸問題(1) - 寄与侵害, 間接侵害, フェアユース, 引用等-” 知的財産法政策學研究, 第16号, 2007., 77면, 113면, 128~129면의 각주 60) 각 참조.

41) 이러한 해석은, 기술발전예 따라 새로운 형태의 서비스가 등장할 때마다 해당 서비스제공자에 대해 저작권의 직접 침해 책임을 지음으로써 ‘자유로운 의사에 기한 행위’(volitional conduct) 기준이 빈번히 무시되었다는 점을 고려할 때 실무상 의미하는 바가 적지 않다.

42) 서울고법 2016. 12. 1. 선고 2015나2016239 판결. 이 판결은 골프장 코스를 그대로 재현한 스크린골프 시뮬레이션용 3D 골프영상 제작자(피고)에 대해 골프장(원고) 측이 제기한 저작권 침해사건에 관한 것이다. 피고의 제35조의3(현행 제35조의5) 항변에 대해 법원은 “신설된 ‘저작물의 공정한 이용’에 관한 규정이 시행되기 전인 2012. 3. 14.까지의 이 사건 골프장의 골프코스 모습(이미지) 이용행위에 관한 위 주장은 이유 없다”고 판단하였다.

43) 즉 부칙 제5조(온라인서비스제공자의 책임 제한 등에 관한 경과조치) “이 법 시행 전에 발생한 저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리 침해에 대한 온라인서비스제공자의 책임제한에 관하여는 제102조 및 제103조의2의 개정 규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다”고, 제7조(별칙 적용에 관한 경과조치) “이 법 시행 전의 행위에 대한 별칙의 적용에 있어서는 종전의 규정에 따른다”고 각 규정하고 있다. 그러나 제35조의3(현행 제35조의5) 조항에 관해

라 하더라도 그 시행 후에는 제35조의3 (현행 제35조의5) 규정을 적용할 수 있다고 해석해야 할 것이다.

오늘날 정보의 폭발적 증가로 말미암아 기계 학습·심층학습을 위한 TDM이 더욱더 중요해지고 있다. TDM을 행하기 위해서는 그 전 단계에서 데이터의 수집 및 처리가 이루어져야 하는데 이는 정보검색서비스의 제공에 해당한다. 결국 정보검색서비스의 제공은 TDM을 목적으로 이루어지는 일련의 과정 속에 포함되는 것이므로 정보검색서비스를 포함한 관련 행위 모두를 TDM에 대한 저작권의 제한 문제로 파악하여 논의할 수도 있을 것이다.⁴⁴⁾ 이 또한 저작권법 제35조의5 ‘저작물의 공정한 이용’ 규정을 해석하여 적용하는 문제로 귀결될 것이다. 이에 관한 해석론은 후술한다.⁴⁵⁾

4. 정보 수집의 자유

디지털 기술의 발전은 정보의 소비자가 동시에 생산자가 되는 생산·소비자 효과(prosumer effect)를 발생시켰다. 그래서 온라인상에서는 지금까지 정보의 수신자이었던 자도 정보의 발신자가 되어 정보의 생산자(송신자)와 소비자(수신자)의 구별이 불명확하게 된다. 이처럼 타인의 저작물을 이용·창작하여 발신하는 상황에서는 그 창작의 전제로서 정보수집이 필요불가결하다.

이와 마찬가지로 인공지능의 기계학습을 위해서는 그 전제로서 기계학습을 위한 학습용 데

이터를 만들기 위해 데이터의 수집이 중요하다. 인간이든 인공지능이든 어떠한 표현을 창작하는 생산자가 되기 위해서는 그 전 단계에서 창작을 위한 정보 데이터의 소비자가 되지 않으면 안 된다. 인공지능의 TDM에 대해 저작권 제한 규정의 적용을 논의하는 것은 데이터 등 정보 수집이 그만큼 중요하다는 것을 부각시킨다. 특히 인간을 중심에 놓고 볼 때, TDM을 목적으로 한 데이터의 수집·이용 그 이상으로 인간에게는 그 창작의 전제로서 데이터를 수집하고 이용하는 권리의 확보가 중요하다. 그러한 점에서 개인이든 기업이든 헌법상 보장된 표현의 자유와 그 자유 실현의 전제로서 정보를 수집하는 권리가 보장될 필요가 있다. 이는 저작권을 제한하는 중요한 고려요소가 될 수 있다.⁴⁶⁾ 그러한 점에서 고객 맞춤형 정보검색서비스의 등장은 이용자의 정보 수집의 권리를 보장해주는 데에 일정 부분 기여한다고 평가할 수 있다. 특히 오늘날 저작권법상 ‘이용자의 권리’가 강조되는 국면에서는 더욱더 그러하다.

IV. 인공지능의 기계학습을 위한 타인의 저작물의 수집·이용과 저작권권의 제한

1. 논의의 단서

우리나라에서 인공지능을 둘러싼 저작권법상의 논의는 주로 인공지능 생성물의 저작권 보호 문제를 중심으로 이루어지는 경향이 있는데,⁴⁷⁾

서는 그러한 경과조치 규정이 없다.

44) 이에 관해서는 후술하는 각주52) 및 그에 해당하는 본문 참조.

45) 이에 관해서는 후술하는 IV. 3. ‘현행 저작권법 제35조의5에 의한 ‘TDM’에 관한 해석론 전개’ 참조.

46) 潮海久雄, “스리-스텝 테스트에서フェアユースへの著作権制限規定の変容-機械學習 (AI) における情報解析規定の批判的検討” 『民商法雑誌』 第55卷 第4号, 2019., 713~714면.

47) 이에 관해서는 김윤명, “인공지능에 의한 저작물 이용 및 창작에 대한 법적 검토와 시사점” 『법제연구』 제51호, 2016. 12., 191면 이하; 손승우, “인공지능 저작물의 저작권 보호” 『정보법학』 제20권 제3호, 정보법학회, 2017., 85면 이하; 차상욱, “인공지능(AI)과 지적재산권의 새로운 쟁점” 법조, Vol.723, 법조협회, 2017. 6., 183면 이하 각 참조. 최근 논의로는, 정진근, “영국 CDPA 제9조 제3항은 인공지능 창작을 보호하는가?” 『계간 저작권』, 한국저작권위원회

그에 앞서 검토되어야 하는 것이 인공지능의 기계학습이다. 인공지능의 기계학습이 실행되기 위해서는 학습용 데이터가 준비되어야 하고 이를 위해서는 빅데이터를 활용한 데이터의 수집·처리가 선행되어야 한다. 이것을 단계별로 구분하면 데이터의 수집 및 처리 부분은 ‘정보검색’에,⁴⁸⁾ 인공지능의 기계학습 부분은 ‘TDM’에 각기 해당한다.

앞서 살펴본 것처럼 정보검색에 대한 저작권권의 제한 문제에 관해서는 종전부터 적지 않은 논의가 있었고 이에 관한 대법원 판결 등도 존재한다.⁴⁹⁾ 하지만 TDM에 대해서는 해석론보다는 주로 입법론을 중심으로 저작권권의 제한에 관한 논의가 전개되어 왔고,⁵⁰⁾⁵¹⁾ 그와 관련된 대법원 판결 등은 아직 찾아보기 어렵다. 그런데 인공지능에 의한 빅데이터 활용이라는 전체 과정 속에서 이루어지는 단계별 행위는 모두 ‘TDM(기계학습)’을 목적으로 연속하여 이루어지는 일련의 행위라 볼 수 있으므로, 이러한 행위 모두를 TDM에 대한 저작권권의 제한 문제로 파악하여 논의할 수 있을 것이다.⁵²⁾

2. 현행 저작권법의 해석상 ‘TDM’에 대한 저작권권의 제한 가능성 검토

가. 문제의 소재

인공지능이 콘텐츠를 생성하는 등 활용되는 과정에서 기술적으로 전제되어야 하는 것이 ‘기계학습’이다. 기계학습에서는 각종 데이터를 이용하게 되는데, 이러한 데이터 중에서 저작물을 이용하는 장면에 대해 검토할 필요가 있다. 타인이 저작권을 가지는 저작물을 기계학습에 이용할 때에는 해당 저작물을 컴퓨터에 입력하여 복제할 필요가 있다. 기계학습과 같은 TDM 행위에 대하여 유럽연합 지침이나 독일·영국·일본 저작권법처럼 별도로 저작권권의 제한 규정을 마련하여 대처하는 입법례가 있다. 반면에 미국처럼 저작권권의 제한에 관한 기존의 포괄적 일반규정인 저작권법 제107조를 적용하여 문제를 해결하는 입법례도 있다. 우리 저작권법 제35조의5 (예전 제35조의3) 규정은 미국 저작권법 제107조의 영향을 받아 입법한 것이라는 점에서 ‘TDM’에 대한 저작권권의 제한 문제와 관련하여 우리는 미국의 판결 흐름에 관심을 기울일 필요가 있다.

회, 2020년 겨울호, 8면 이하 참조.

48) 이에 관해서는 전술한 III. 2. 가. ‘저작권법상 온라인서비스제공자로서의 정보검색서비스제공자의 의미’ 참조.

49) 이에 관해서는 전술한 III. 3. 다. ‘검색엔진(크롤러)의 운용을 둘러싸고 저작권법상의 권리 침해가 문제된 국내 판결’ 참조.

50) 김병일/신현철/안창원, “빅데이터 분석과 데이터 마이닝을 위한 저작권 제한” 『계간 저작권』, 한국저작권위원회, 2017년 봄호, 29면 이하; 오승중, “데이터마이닝 및 텍스트마이닝과 저작권권의 제한” 『홍익법학』 제20권 제2호, 홍익대 법학연구소, 2019. 6., 455면 이하; 차상욱, “빅데이터의 지적재산법상 보호” 『법조』 Vol.728, 법조협회, 2018. 4., 71면 이하; 김용주, “텍스트 및 데이터마이닝을 위한 저작권법 개정 방향” 『법학연구』 제61권 제2호, 부산대 법학연구소, 2020. 5., 283면 이하 각 참조.

51) 입법론보다는 해석론 중심으로 TDM 문제를 논의한 문헌으로는, 윤정운, “저작권법상 공정이용에 관한 소고—인공지능의 빅데이터 활용을 포함한 다양한 영역에서의 사례를 중심으로” 『Law & Technology』 제16권 제5호, 서울대 기술과법센터, 2020. 9., 3면 이하 참조.

52) IV. 2. 나. (4)에서 후술하는 일본 저작권법 제30조의4 제2호 “정보해석의 이용에 제공하는 것”에서 정보해석은 TDM을 말하므로 TDM의 “이용에 제공하는 것”이라 함은 TDM을 위한 정보검색 등 일련의 행위를 의미한다고 해석할 수 있다. 또한 ‘다. (2)’에서 후술하는 TDM이 공정이용에 해당한다고 추론할 수 있는 미국의 재판례를 보더라도 그와 같이 해석할 수 있다.

나. 유럽연합 지침과 독일·영국·일본의 입법례 - TDM에 대한 저작권재산권의 제한 규정을 별도로 마련한 경우

(1) 유럽연합 지침

‘유럽연합의 디지털 단일시장의 저작권에 관한 지침’(EU Directive on Copyright in the Digital Single Market)(이하, ‘DSM 저작권지침’이라 한다)은 2019년 5월 17일 유럽연합 관보를 통해 공포되어 같은 해 6월 7일 발효되었다. 이 지침 중에는 ‘TDM’에 관한 저작권재산권의 제한 규정이 있다. 제3조의 ‘과학연구를 목적으로 하는 TDM’과 제4조의 ‘TDM을 위한 권리제한’ 규정이다.

먼저 DSM 저작권지침 제3조의 ‘과학연구를 목적으로 하는 TDM’(text and data mining for the purposes of scientific research)은, 당초 지침(안) 제3조를 기초로 한 것인데, 여기에 연구 기관(research organizations)뿐만 아니라 도서관이나 미술관과 같은 문화유산기관(cultural heritage institutions)을 추가하는 등 수정을 가한 것이다. 다음으로 DSM 저작권지침 제4조는 ‘TDM을 위한 예외와 제한’(exception or limitation for text and data mining)에 관한 것인데, 동조는 과학연구목적으로 한정하지 않아서 폭넓은 목적의 일반적인 TDM이 권리제한의 대상이 될 수 있다. 전자(제3조)의 과학연구목적의 TDM의 예로는 질병연구 등을 들 수 있으며, 후자(제4조)의 일반적인 TDM으로는 시장조사, 기계학습 등 연구 이외의 것도 포함된다. 다만, 후자는 콘텐츠 등 저작물의 권리자가 메타 데이

터를 삽입 설치하는 등 명시적으로 권리를 유보한 경우 적용대상에서 제외되도록 규정하고 있다(제4조 제3항). 이처럼 저작권지침(안)의 논의 과정을 거치면서 당초보다 TDM에 관한 권리제한규정이 확충된 점은 주목할 만한 사항이다.⁵³⁾

그런데 DSM 저작권지침 제4조는 일반적인 TDM으로는 시장조사, 기계학습 등 연구 이외의 것도 포함되도록 규정하면서도, 콘텐츠 등 저작물의 권리자가 메타 데이터를 삽입 설치하는 등 명시적으로 권리를 유보한 경우에는 권리제한의 적용대상에서 제외되도록 규정하고 있다(제4조 제3항). 즉 옵트아웃(opt-out) 형식의 조항으로 규정되어 있다.

(2) 독일

2017년 9월 독일 저작권법 개정(2018년 3월 1일 시행)에서 도입된 TDM에 관한 권리제한규정(제60d조)은, TDM이 학술연구를 위하여(für die wissenschaftliche Forschung), 그리고 이 경우 그 이용자는 비상업적 목적만을 추구하여야 한다(Der Nutzer darf hierbei nur nicht kommerzielle Zweck verfolgen)는 것을 요건으로 하고 있다.⁵⁴⁾

(3) 영국

영국에서 ‘텍스트와 데이터 분석’(text and data analysis), 즉 TDM에 관한 권리제한규정은 2014년 6월 1일부터 시행되는 개정 저작권법에 의해 마련되었다(제29A조). 이 조항은 텍스트와 데이터 분석이 ‘비상업적인 목적에 의한

53) 안효철, “EU 저작권법 개정에 따른 저작권 생태계의 변화” 『C STORY』 Vol.16, 한국저작권보호원, 2019. 5/6., 5면; 上野達弘, “人工知能と機械学習をめぐる著作権法上の課題 - 日本とヨーロッパにおける近時の動向” 『法律時報』 第91卷 第8号, 日本評論社, 2019. 8., 40면.

54) 독일과 영국에 관한 설명은, 차상욱, “빅데이터의 지적재산권법상 보호” 법조, 제67권 제2호, 법조협회, 2018. 4., 108~113면과 113~116면 및 上野達弘, 위의 논문, 39면을 각 요약하여 정리한 것임을 밝혀둔다.

연구를 유일한 목적'(for the sole purpose of research for a non-commercial purpose)으로 이루어질 것을 요건으로 하고 있다. 영국 지적재산청(IPO)의 해설에 의하면, 텍스트와 데이터 분석 자체가 비영리목적으로 행해지기만 하면, 그 성과를 영리목적으로 공개하거나 상업적 이용을 하거나 하는 것은 방해받지 않는다고 한다.⁵⁵⁾ 어쨌든 이에 따르더라도 텍스트와 데이터 분석 자체가 비영리목적인 것은 필요하게 된다.

(4) 일본

일본 저작권법 제30조의4 제2호(개정 전 제47조의7)는 정보해석(TDM)⁵⁶⁾이 비영리목적으로 이루어질 것을 요건으로 하지 않는다. 따라서 “정보해석의 이용에 제공하는 것”이 영리목적으로 행해지는 경우에도 동 규정은 적용된다. 이 점이 영국법·독일법과 비교되는 일본법의 특징이다. 정보해석(TDM)의 “이용에 제공하는 것”이라 함은 TDM에 관한 일련의 행위, 즉 TDM의 전 단계에서 행해지는 정보검색서비스의 제공 등을 포함하는 의미라고 해석할 수 있다. 일본법 제30조의4 제2호는 소위 ‘유연한 권리제한 규정’ 중의 하나로서 2018년 5월 개정되어 2019년 1월 1일부터 시행되는 것으로 ‘저작물에 표현된 사상 또는 감정의 향수(享受)를 목적으로 하지 않는 이용’에 관한 것이다.⁵⁷⁾

다. 미국의 입법례 – TDM에 대한 저작권권의 제한 규정을 별도로 마련하지 않고 일반조항인 공정이용(fair use) 규정을 적용하는 경우

(1) 공정이용과 TDM의 활성화

인공지능의 기계학습(TDM)을 위해서는 방대한 데이터의 크롤링, 복제, 저장 및 활용이 전제되어야 한다. 해당 데이터가 저작권의 보호대상이라면 허락 없이 이루어지는 데이터의 이용이 저작권 침해에 해당하는지 아니면 공정이용에 해당하는지 살펴보아야 한다.⁵⁸⁾ 미국의 공정이용에 관한 판례를 살펴보면, TDM 그 자체에 관한 판결들은 아니지만 그와 관련된 것으로 참조할 수 있거나⁵⁹⁾ 빅데이터 활용과 관련된 것으로 볼 수 있는 판결들이 있다.⁶⁰⁾

미국 저작권법 제107조 ‘공정이용’(fair use) 조문은 “비평, 논평, 시사보도, 교수(학습용으로 다수 복제하는 경우를 포함), 학문 또는 연구 등과 같은 목적을 위하여” 어떤 저작물을 이용하는 경우에 공정이용에 해당하여 저작권 침해를 조각(阻却)하는지 여부를 판단할 때에는, (1) 그 이용이 상업적 성질의 것인지 또는 비영리적 교육목적을 위한 것인지 등 그 이용의 목적과 성격, (2) 저작권으로 보호되는 저작물의 성격, (3) 이용된 부분이 저작권으로 보호되는 저작물 전체에서 차지하는 양과 상당성, (4) 그 이용이 저작권으로 보호되는 저작물의 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향 등 4가지 요소를 고려해야 한다고 규정한다.

55) Intellectual Property Office, Exceptions to copyright: Research, 2014, p.10.

56) 2019년 1월 1일부터 시행되는 일본 개정 저작권법 제30조의4 제2호 및 개정 전 제47조의7은 ‘TDM’에 대해 ‘정보해석(情報解析)’이라는 문언을 법문상 사용하고 있었다.

57) 上野達弘, 앞의 논문, 38면.

58) 정상조, “인공지능 시대의 저작권법 과제” 『계간 저작권』, 한국저작권위원회, 2018년 여름호, 63면.

59) 半田正夫/松田政行 編, 『著作権法コメント 2』 第2版, 勁草書房, 2015., 572면(奥邨司弘 집필).

60) 정진근 편, 『미래 저작권 환경에 적합한 저작권법 개정을 위한 연구(I)』, 한국저작권위원회, 2016., 195면(김병일 집필).

유의할 것은 제107조에서 열거하는 이용의 목적은 예시적인 것이고 4가지 요소는, TRIPs 협정 제13조의 3단계 테스트(three-step test)처럼 단계별로 누적적(cumulative)으로 적용되는 것이 아니라, 형량요소에 지나지 않는다는 점이다. 따라서 이들 요소 전부가 동등하게 중시되는 것도 아니다. 공정이용의 해당 여부는 이들 요소를 종합적으로 고려하여 판단하면 그것으로 충분하고 설령 일부 요소가 충족되지 않더라도 그것을 초과하는 공익이 있으면 공정이용이라고 판단할 수 있다. 이하 TDM에 공정이용이 적용되는 것으로 추론할 수 있는 미국 판결들을 최근 것에서부터 역순(逆順)으로 개관한다.⁶¹⁾

(2) TDM이 공정이용에 해당한다고 추론할 수 있는 재판례

① Fox News Network, LLC v. TVEyes, Inc. 사건

티비아이즈(TVEyes)는 미국 전역 1,400개 이상의 TV방송국과 라디오방송국의 모든 방송 콘텐츠를 녹음·녹화하여 데이터베이스화 하고 이용자가 특정 단어나 문구를 검색하면 해당 검색어 등이 발생된 영상 장면을 포함하는 비디오클립을 감상할 수 있도록 검색 데이터베이스서비스를 제공하였다. 티비아이즈는 TV방송국이 미국 청각장애자 등을 위해 미리 설정한 영어자막 표시(closed caption) 방법을 그대로 사용하였고 영어자막 표시가 없는 경우에는 음성을 텍스트로 변환하는 기술(speech-to-text technology)을 활용하였다. 티비아이즈가 제공

하는 기능은 (a) 검색기능, (b) 시청기능, (c) 아카이브 기능, (d) 이용자가 비디오클립의 링크를 타인에게 이메일 송신하는 기능 및 이를 SNS로 공유(share)하는 기능, (e) 다운로드 기능, (f) 일시(日時)를 지정하여 검색하는 기능 등 5가지이다. 폭스 방송사는 자사 콘텐츠의 저작권 침해로 이유로 손해배상을 청구하였고 티비아이즈는 공정이용을 주장하였다.

연방지법은 티비아이즈의 (a) 검색기능, (b) 시청기능에 대해서는 2014년 9월 9일 판결을 하였고 추가 증거 제출이 필요하여 판단을 유보한 (c), (d), (e), (f) 기능에 대해서는 2015년 8월 25일 판결을 하였다. 2014년 9월 9일 판결에서 법원은 티비아이즈 서비스의 이용자들은 방송 저널리즘의 평가·비평 등 폭스 방송사와는 전혀 다른 목적을 위해 비디오클립이나 검색 발췌문(snippet)에 접근하였다는 점에서, 동 서비스는 사회적 및 공공적 편익을 제공하는 중요한 공공성을 가진다고 하면서 (a) 검색기능과 (b) 시청기능 모두 공정이용에 해당한다고 판단하였다.⁶²⁾ 2015년 8월 25일 판결에서는 동 서비스의 (c) 아카이브 기능에 대해서는 공정이용을 긍정하였지만, (d) 이메일 송신 및 SNS 공유 기능, (e) 다운로드 기능, (f) 일시(日時) 지정 검색기능에 대해서는 공정이용을 부정하였다.⁶³⁾

폭스 사는 항소심에서 (a) 검색기능의 위법성은 다투지 않고 (b) 시청기능에 대해서만 저작권 침해를 주장하였다. 연방항소법원은 다음과 같은 이유로 시청기능에 대해 공정이용을 인정하지 않았다.⁶⁴⁾ 티비아이즈 서비스는 이용자가 원하는 콘텐츠만을 이용할 수 있게 한 점에서는

61) 이하에서 후술하는 미국 판결의 번역 및 요약은, 장주영, 「미국 저작권 판례」 제2증보판, 육법사, 2017., 373면 이하 ; 최승재 외 12인, 「국내외 판례 조사 및 분석을 통한 공정이용(Fair Use) 가이드 제시를 위한 연구」, 한국저작권위원회, 2019., 9면 이하 ; 「저작권 동향 2014」, 한국저작권위원회, 2014., 186면 이하(박경신 집필) ; 「저작권 동향 2018」, 한국저작권위원회, 2018., 146면 이하(김혜성 집필) 각 참조.

62) Fox News Network, LLC v. TVEyes, Inc., 43 F. Supp. 3d 379 (S.D.N.Y. 2014).

63) Fox News Network, LLC v. TVEyes, Inc., 124 F. Supp. 3d 325 (S.D.N.Y. 2015).

64) Fox News Network, LLC v. TVEyes, Inc., 883 F. 3d 169 (2d Cir. 2018).

저작물의 변용적 목적(transformative purpose)을 인정할 수 있지만 원저작물에 새로운 표현이나 의미를 더하지 않은 채 그대로 제공하였기에 본질적으로 영리적 목적으로 저작물을 재발행한 것(republish)에 불과하고, 티비아이즈 이용자는 폭스 뉴스의 일반적인 시청자와 동일하게 보도되는 정보를 습득하려고 티비아이즈 서비스를 통해 폭스 뉴스를 이용한 점은 공정이용을 인정하기 어렵게 하는 요소이다(제1요소). 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 양 및 실질적 부분인지와 관련하여, 티비아이즈는 이용자가 보고 듣기를 원하는 폭스의 전 프로그램을 제공하였으므로 공정이용 항변을 인정하기 어렵다(제3요소). 저작물의 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향과 관련하여, 티비아이즈는 폭스에 이용료를 지급하지 않고 폭스의 프로그램을 티비아이즈 이용자에게 제공함으로써 결과적으로 폭스의 이용료 수입을 박탈하였으므로 공정이용 항변을 인정하기 어렵다(제4요소).

② Authors Guild, Inc. v. Google Inc. 사건

구글(Google)은 여러 대학 도서관들이 소장한 수천만권의 책들을 디지털 사본으로 만들어 해당 도서관과 구글의 서버에 저장하였고 이용 가능한 검색기능을 만들어 구글 북스(Google Books)라는 서비스로 인터넷 이용자들에게 제공하였다. 이용자는 검색기능을 이용하여 무료로 특정 단어나 용어를 검색하면 이를 포함한 책들의 발췌글(snippets)이 검색결과로 표시된다.

원고들(작가 조합 또는 개별 작가)의 금지명령 및 손해배상 청구에 1심 법원은 피고(구글)의 행위가 공정이용에 해당한다고 판시하였다.⁶⁵⁾ 이에 원고들이 항소하였지만 연방항소법

원은 1심 판결을 인용(認容)하고 원고들의 항소를 기각하였다.⁶⁶⁾ 그 이유는 다음과 같다. 구글이 저작권으로 보호되는 책들을 허락 없이 디지털로 복제하고 검색기능을 만들어 그 저작물로부터 발췌글을 검색결과로 표시하여 제공한 것은 비침해적인 공정이용이다. 검색기능 목적으로 구글이 책을 디지털로 복제하여 발췌글 검색기능을 제공하는 행위는 매우 변용적인 목적이 고(제1요소), 원작을 전체 복제한 것은 구글의 변용 목적에 비추어 합리적이며 검색기능 목적을 위해 필요한 것이다. 책 전체의 복제물을 공중에 공개한 것이 아니라 검색기능을 이용할 수 있도록 하였다(제3요소). 이러한 검색기능의 제공은 원작의 보호되는 내용에 대한 시장에 대체물을 제공하지 않는다(제4요소). 구글의 상업적 성격과 이윤동기를 이유로 공정이용을 배척하는 것은 타당하지 않다.

이와 관련하여 주목할 것은 항소심이 판결이유에 앞서 사건의 배경을 설시하면서 “구글 북스의 검색엔진을 이용하면 TDM으로 알려진 새로운 형태의 연구를 할 수 있다”고 강조한 점이다. 이는 TDM에 공정이용의 법리를 적용함으로써 저작권 침해 문제를 해결하려는 미국의 유연한 접근방식을 보여주는 예이다.⁶⁷⁾

③ Authors Guild, Inc. v. HathiTrust 사건

여러 대학 도서관들의 장서를 디지털화 하는 구글 북스 프로젝트에 참여한 대학들 중 일부가 하티트러스트(HathiTrust)를 만들었다. 이는 ‘하티트러스트 전자도서관’(HDL)을 위한 행정조직이었고, HDL은 일종의 공유 전자보관소였다. 쟁점은 피고들이 타인의 저작물을 복제하여 전자 사본보관소를 만들어 이용한 것이 공정이

65) Authors Guild v. Google, Inc., 954 F. Supp. 2d 282 (S.D.N.Y. 2013).

66) Authors Guild v. Google, Inc., 804 F. 3d 202 (2d Cir. 2015).

67) Eleonora Rosati, “Copyright as an obstacle or an enabler? A European perspective on text and data mining and its role in the development of AI creativity”, 27 Asia Pacific Law Review, 2019, p.210.

용에 해당하는지 여부이다.

연방항소법원은 피고들이 원문을 검색 가능하도록 데이터베이스화 하는 작업은 검색결과가 그 목적과 형태, 검색어가 추출된 해당 페이지 및 그 책의 내용에 따라 달라지기 때문에 본질적으로 변용적인 이용이므로 공정이용에 해당한다고 판단하였다.⁶⁸⁾ 또한 피고들이 출력이 불가능한 원문 접근 서비스를 제공한 것도 공정이용에 해당한다고 판단하였다. 법원은 원문 접근 서비스가 변용적 이용이 아니더라도 텍스트 복사본은 문구 검색 및 문자 음성 변환을 위해 필요하고 이미지 복사본은 장애를 가진 이용자들이 작품에 접근할 수 있는 추가적 방법을 제공해준다는 점에서 이들 복사본을 보유하는 것은 합리적이라고 보았다(제1요소). 장애인들이 접근 가능한 책에 관한 현재의 시장상황이 미미하다는 점에서(제4요소) 공정이용이라고 판단하는 근거가 된다고 실시하였다.

④ Westlaw와 Lexis 사건

원고는 법률정보 서비스업체인 피고들(Westlaw 및 Lexis)이 원고의 준비서면을 미국 연방법원 소송정보 제공시스템인 PACER에서 다운로드하거나 법원에서 직접 복사하여 데이터베이스화 한 후 디지털화 된 문서에 대한 접근권한을 유료로 판매함으로써 많은 수익을 얻었다는 이유로 연방지방법원에 저작권 침해의 소를 제기하였다. 이에 뉴욕 남부 지방법원은 변호사의 준비서면을 법률정보 데이터베이스에 포함시켜 디지털화된 문서에 대한 접근권한을 유료로 판매한 행위는 변용적 성질이 인정되고 변호사의 준비서면 시장에 손해를 끼치지 않으므로 공정이용에 해당한다고 판시하였다.⁶⁹⁾ 즉 원고는 고객들에게 법률 서비스를 제공하고 특

정한 법률적 결과를 얻기 위한 목적으로 준비서면을 작성한 반면에 피고들은 법률정보 시스템의 구축을 목적으로 원고의 준비서면을 이용하였으므로 원고와는 그 목적이 달라 변용적 성질이 인정된다는 것이다.

⑤ A.V. v. iParadigms, LLC 사건

피고(iParadigms LLC)는 웹사이트에서 ‘표절 체크 서비스’(TurnIt.com)를 고교와 대학용으로 제공하고 있다. 원고들은 고교학생인데 교사의 지시에 따라 그들의 과제물(저작물)을 제출하면서 피고의 서비스에 가입한 학교의 방침에 따라 표절 체크 서비스 사이트에 접속하여 과제물을 올렸다. 원고들은 사이트에 접속할 때 피고의 면책에 동의하였고 해당 고교는 제출된 학생들의 과제물을 피고의 데이터베이스에 저장할 수 있도록 하였다. 피고 사이트는 제출된 학생들의 과제물을 피고의 데이터베이스에 저장된 다른 논문과 비교하여 표절여부를 판단한다. 문제는 피고의 웹사이트가 나중에 다른 학생들의 과제물 등과 비교할 수 있는 자료로 사용하기 위해 원고들의 과제물을 피고의 데이터베이스에 저장한 것이 원고들의 저작권을 침해하였는지 여부이다. 미국 연방항소법원은 피고의 행위가 공정이용에 해당하여 저작권 침해가 성립하지 않는다고 판시하였다.⁷⁰⁾ 그 이유는 원고들이 제출한 논문을 피고의 데이터베이스에 저장하여 표절 여부를 판단하는데 사용하는 것은 원저작물과는 그 목적·기능을 전혀 달리하는 매우 변용적인 이용에 해당하기 때문이라는 것이다.

⑥ Perfect 10 v. Amazon.com, Inc. 사건

원고(Perfect 10)는 누드모델 사진 이미지를 라이선스하거나 판매하는 사업자이다. 원고는

68) Authors Guild v. HathiTrust, 755 F. 3d 87 (2d Cir. 2014).

69) White v. West Pub. Corp., 2014 WL 3057885 (S.D.N.Y. Jul. 3, 2014).

70) A.V. v. iParadigms LLC, 77 PTCJ 704 (4th Cir. 2009).

패스워드를 사용하여 로그인해야 접속 가능한 회원제의 유료사이트를 운영하고 있다. 또한 휴대전화용으로 소위 회사에게 썸네일 이미지를 라이선스하고 있다. 피고1(Google)은 이미지 검색엔진을 제공하고 있고, 피고2(Amazon.com)는 피고1의 검색엔진을 이용한 서비스를 제공하고 있다. 피고1의 검색엔진의 크롤러는 인터넷을 순회하면서 풀 사이즈의 이미지를 탐색·발견하면 피고1의 서버에 다운로드 하고 그 썸네일을 작성한다. 검색 결과 화면에는 썸네일이 표시된다. 썸네일을 클릭하면 오리지널 이미지가 인라인 링크로 표시된다. 피고1의 크롤러는 패스워드를 필요로 하는 사이트에는 접속할 수 없으므로 그곳에 게재된 이미지는 검색할 수 없다. 그러나 원고의 사용자가 원고 사이트에서 입수한 이미지를 허락 없이 다른 사이트에 게재한 경우에는 피고1 검색엔진의 검색대상이 된다. 그 경우 피고1 서비스 이용자의 검색요구에 따라 그 이미지의 썸네일이 표시되고 같은 이미지를 게재한 오리지널 사이트로의 링크도 표시된다.

원고는 피고1, 피고2에 대해 저작권 침해를 이유로 별개의 소를 제기하였는데 항소심에서 두 사건은 병합하여 진행되었다. 검색엔진을 운영하는 피고1(Google)의 저작권 침해책임이 핵심이므로 피고1에 대한 1심 판결⁷¹⁾과 항소심 판결⁷²⁾의 각 판시 내용을 (가) 썸네일 표시와 (나) 인라인 링크로 구분하여 살펴본다. 먼저 구글이 (가) 누드모델 사진 이미지를 썸네일로 저장하고 표시하는 행위에 대해 직접침해(저작권 침해) 및 공정이용이 문제되었다. 1심과 항소심 모두 직접침해를 인정하였지만 공정이용에 대해서는 판단이 달랐다(1심 부정, 항소심 긍정). (나) 인라인 링크를 설정한 행위에 대해 직접침해(저작권

침해), 간접침해(기여침해, 대위침해)가 문제되었는데, 1심과 항소심 모두 직접침해 및 대위침해는 부정하였지만 기여침해에 대해서는 판단이 달랐다(1심 부정, 항소심 긍정).

항소심 판결은 (가) 사진 이미지를 썸네일로 저장하고 표시하는 행위에 대해 공정이용을 인정하면서 제1요소에 대해 패러디가 원저작물에 초점을 맞추어 새로운 저작물을 창작함으로써 사회적 편익에 기여하는 것처럼 검색엔진은 원저작물을 전자검색도구에 편입시킴으로써 사회적 편익을 증대시켜 공익에 기여한다는 점을 강조하였다. 이는 Kelly 사건에서 검색엔진이 인터넷상의 정보수집기술을 향상시키는 공익에 기여한다고 판시한 것을 받아들인 것이다. 패러디는 원저작물과 동일한 오락 목적이지만 검색엔진은 원저작물과 전혀 다른 새로운 이용을 초래한다는 점에서 패러디보다 매우 변용적인 이용이라고 판단하였다. 제4요소에 대해서 저작권자가 이미 썸네일 이미지의 휴대전화 다운로드 시장에 참여하고 있었음에도 휴대전화 다운로드용으로 구글의 썸네일을 이용한다는 점이 입증되지 않았다면서 매우 변용적인 이용인 경우에는 상업적 목적이 있더라도 시장을 대체하지 않으므로 저작권자의 시장에서의 손해는 추정되지 않는다고 판단하였다. (나) 인라인 링크를 설정한 것에 대해서 항소심은 검색엔진을 운용하는 피고는 특정한 침해물품이 검색엔진으로 접근 가능하다는 점을 현실로 인식하였고 원고의 저작물을 반복해서 침해하지 않도록 방지하는 ‘간편한 조치’(simple measures)를 취할 수 있었음에도 피고가 그러한 조치를 취하지 않았으므로 기여자로서 책임을 진다고 판단하였다.

71) Perfect 10, Inc. v. Google, Inc., 416 F. Supp. 2d 828 (C.D. Cal. 2006).

72) Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F. 3d 1146 (9th Cir. 2007).

⑦ Field v. Google, Inc. 사건

변호사이자 작가인 원고(Field)는 자신의 저작물('Good Tea'라는 제목의 시)을 웹사이트상에 게재하였는데, 피고(Google)가 해당 웹사이트를 크롤러로 복제하고 캐시 링크로 표시하였다. 원고는 피고의 이러한 행위가 저작권 침해라고 주장하였다. 캐시 링크 시스템은 다음과 같은 목적으로 사용되었다. 첫째 아카이브 복제(원래 사이트가 표시될 수 없는 경우에 대비하기 위하여), 둘째 웹페이지의 비교(과거 페이지와 비교하기 위하여), 셋째 검색결과 표시(검색어를 하이라이트로 표시하기 위하여) 등이다. 법원은 피고의 캐시 링크는 원저작물과 다른 사회적 편익에 기여하는 변용적인 이용에 해당하고(제1요소), 원고의 저작물은 원고 웹사이트에서 무료로 구할 수 있으며(제2요소), 비록 저작물 전체를 복제하였지만 이는 검색기능을 실현하기 위해 필요하고(제3요소), 원고 저작물의 잠재적 시장에 영향을 미친다는 증거는 없다는 점(제4요소) 등을 종합적으로 고려하여 피고의 이용을 공정이용이라고 판시하였다.⁷³⁾

한편, Field 사건에서는 미국 저작권법 제512조(b) 규정의 적용, 즉 온라인서비스제공자(캐싱(caching) 서비스제공자)의 책임 제한 조항의 적용도 쟁점으로 제기되었는데, 법원은 구글 자신이 제512조(b)에서 규정하는 온라인서비스제공자의 책임 제한 조항(safe harbor clause)을 적용받을 자격이 있다는 취지의 약식판결 신청을 받아들였다.⁷⁴⁾

⑧ Kelly v. Arriba Soft Corp. 사건

원고(Kelly)는 사진작가인데 그의 사진저작물 중 일부는 원고의 웹사이트 또는 원고와 라이선스 계약을 체결한 다른 웹사이트상에 게재되어

있다. 피고(Arriba Soft Corp.)는 인터넷 검색엔진을 운영하여 다른 웹사이트에서 크롤링을 한 이미지의 데이터베이스를 구축하고 썸네일 이미지로 검색결과를 표시하여 이용자가 이것을 클릭하면 풀 사이즈(원래의 큰 이미지)로 표시할 수 있다. 연방항소법원은 공정이용의 4가지 요소 중 2가지 요소는 피고에게 유리하게 작용하고, 1가지는 중립적이며 나머지 1가지 요소는 사소하게나마 원고에게 유리하게 작용하므로 썸네일 이미지 표시는 공정이용에 해당한다고 판시하였다.⁷⁵⁾ 즉 항소법원은 제1요소 판단에서 피고의 썸네일 이용은 원고의 이미지 이용과는 다른 기능을 제공하는 것이므로 피고가 원고의 이미지를 썸네일로 이용하는 것은 변용적인 이용(transformative use)에 해당한다고 보았다. 또한 이미지는 원래 오락, 심미, 정보제공의 기능을 제공하기 위하여 창작된 것이지만, 검색엔진은 해당 이미지를 이용자에게 정보원으로 유도하는 포인터(pointer)로 변용된 것으로 인터넷에서 이미지의 검색을 개선하기 위하여 이용된 것이라는 점에서 인터넷상의 정보수집기술을 향상시키는 공익에 기여한다고 판시하였다. 제2요소에 대해서는 본래의 이미지가 예술적 저작물이므로 공정이용에 사소하지만 불리하게 작용하고, 제3요소는 저작물 전체를 복제한 것이지만 이미지 검색기능이라는 피고의 이용목적에 비추어 이는 불가피한 것이므로 어느 쪽에게 유리하다고 보기 어렵다고 하였다. 마지막 제4요소에 대해 피고의 검색엔진은 원고의 사이트와 경합하지 않고 오히려 원고 사이트를 방문하도록 이용자들을 안내하여 원고 사이트의 이용자 수를 증가시킨다고 판단하였다.

73) Field v. Google, Inc, 412 F. Supp. 2d 1106 (D.Nev. 2006).

74) Field v. Google, Inc, 412 F. Supp. 2d 1106, 1123-1125 (D.Nev. 2006).

75) Kelly v. Arriba Soft, 336 F. 3d 811 (9th Cir. 2003).

⑨ Ticketmaster Corp. v. Tickets.com Inc. 사건

원고(Ticketmaster)는 미국 최대의 티켓 판매 대리점으로 티켓을 창구나 전화 외에 인터넷으로 판매하고, 자기 홈페이지에 이벤트마다 페이지를 갖고 있었다. 피고(Ticket.com)는 동일한 티켓 판매 대리점이지만, 검색엔진을 사용하여 원고 웹사이트에 접속하여 이벤트 정보 자료를 수집하였고 그 수집 과정에서 일시적으로 복제(10~15초 RAM에 저장 후 폐기)를 하였다. 또한 피고는 수집한 이벤트 정보를 선별하여 자신의 홈페이지를 작성하였다. 그래서 원고는 피고가 자신의 웹사이트에 게재된 저작물에 대한 저작권을 침해하였다는 등을 이유로 연방지법에 제소하였다. 법원은 공정이용에 해당한다고 하여 저작권 침해를 부정하였다.⁷⁶⁾ 법원은 공정이용과 관련하여 아이디어와 마찬가지로 사실도 저작권의 보호요소가 아니기 때문에 사실추출을 위한 중간 단계의 복제에도 공정이용이 성립한다고 판시하였다. 즉 해당 복제는 그 한정된 목적이 종료한 후에 폐기되었고 더구나 해당 복제는 보호되지 않는 데이터(기초 사실 관련 데이터)를 취득하기 위한 목적으로만 사용되었다는 이유로 원고의 예비적 금지명령(preliminary injunction) 신청을 기각하였다.

(3) 분석·정리

이상에서 살펴본 미국 판결들의 의미를 분석·정리한다.

⑨ Ticketmaster 사건 판결은 사실 추출을 위한 크롤링 복제에 대해 공정이용을 긍정한 사례이다. 특히 이 사건은 이용자의 요구에 따라 검색결과를 이용자에게 제공하는 것을 목적으로 한 크롤링이 아니라는 점에 주목할 필요가 있

다. ⑧ Kelly 사건 판결은 검색엔진에 있어서 썬네일 이미지 표시에 관하여 공정이용이 성립한다고 한 최초의 판결이다. 썬네일은 변용적인 이용에 해당한다고 판시함으로써 정보검색서비스는 물론 검색서비스로부터 데이터 등 정보를 제공받아 TDM 행위를 하는 것에 대해서도 공정이용의 법리를 적용할 수 있는 길을 열어 놓았다는 점에서 주목할 만한 판결이다. 더구나 이 판결은 검색엔진이 인터넷상의 정보수집기술을 향상시키는 공익에 기여한다고 판시하여 공익을 강조한 점에서도 주목을 받을만하다. ⑦ Field 사건 판결은 검색엔진의 크롤링 복제에 변용적인 이용에 해당한다고 하여 공정이용을 긍정하였을 뿐만 아니라 캐시 링크 행위에 대해 온라인서비스제공자로서의 책임 제한 항변이 받아들여졌다는 점에서도 의미가 있다. ⑥ Perfect 10 사건 판결은 검색도구를 위한 이미지 크롤링 복제에 공정이용을 긍정한 판결로서 가장 빈번히 인용되고 있다. 검색엔진은 원저작물과 전혀 다른 새로운 이용을 초래한다는 점에서 패러디보다 매우 변용적인 이용이라고 판단하였다. 특히 Kelly 사건 판결을 받아들여 검색엔진이 정보검색이라는 사회적 편익을 증대시켜 공익에 기여한다는 점을 강조하였다는 점에 의의가 있다.

특히 주목할 것은 ② 구글 북스 사건 판결이다. 이 판결을 정보검색서비스의 제공에 비추어 이해하면, 검색결과로 표시된 발췌글(snippet)은 물론이고 그 전 단계에서 인터넷상의 데이터를 크롤링하여 서버에 저장하는 행위에 대해서도 매우 변용적인 이용에 해당하여 공정이용이 성립하므로 저작권 침해가 아니라는 취지가 포함되어 있다. 이는 변용적인 이용에 해당한다는 이유로 TDM에 공정이용의 법리를 적용함으로써 저작권 침해 문제를 해결하려는 미국의 유연

76) Ticketmaster Corp. v. Tickets.com Inc., 54 U.S.P.Q. 2d 1344 (C.D. Cal. 2000).

한 접근방식을 보여주는 대표적 판결이라고 평가할 수 있다. 그 밖에 ③ HathiTrust 사건, ④ Westlaw 사건, ⑤ iParadigms, LLC 사건 판결에서도 모두 변용적인 이용에 해당한다고 판단하여 공정이용의 법리를 적용하였다. 최근의 ① Fox News 사건 항소심 판결에 대해서는 변용적인 이용에 해당한다는 점을 인정하면서도 공정이용 법리의 적용을 부정하여 영리목적으로 저작물을 이용하는 것에 대해 공정이용 법리를 적용하는 데에 일정한 한계를 보여준 것이 아닌지 하는 비판이 제기되었다. 그러나 폭스 사가 검색기능 자체를 문제 삼지 않았다는 점에서 TDM에 미치는 부정적 영향은 거의 없을 것으로 평가할 수도 있다.

라. 소결

위에서 분석·정리한 것처럼 최근 미국 판결에서는 변용적인 이용의 법리가 빈번히 적용되는 추세를 보이고 있다. 변용적인 이용(transformative use)의 법리는 1990년 Leval 판사가 발표한 논문에서 제창한 것으로 그는 이 논문에서 저작권법이 인센티브를 부여해야 할 창작 활동으로서 변용적인 이용을 중시하고, 공정이용의 법리에 의해 정당화되는 이용이라는 것은 해당 이용이 변용적인 것인지 여부와 그 변용의 정도가 어느 정도인지의 문제로 귀결되는 것이라고 하였다. 따라서 공정이용에 관한 4가지 요소의 분석에서 변용적인 이용을 고려 요소로 하는 제1요소(이용의 목적과 성격)를 중시하고, 다른 요소에서도 변용적인 이용에 대한 배려가 이루어져야 한다는 것을 시사하고 있다.⁷⁷⁾

이러한 Leval의 견해는 1994년 Campbell 사건에서 연방대법원에 큰 영향을 주었다. Campbell 사건에서 대법원은 변용적인 이용이란 “새로운 저작물이 단순히 원래의 저작물을 대체하는지, 아니면 새로운 표현, 의미 또는 메시지에 의해 원저작물을 변경하여 새로운 목적이나 다른 성질을 가지고 원저작물의 표현에 무엇인가 새로운 것을 추가한 것인지를 알아보는 것이다. 달리 말하면 새로운 저작물이 변용적인 것인지 여부와 그 변용의 정도를 알아보는 것”을 말한다고 정의하고 제1요소 판단에서 변용적인 이용을 중시하였다. 그리고 제4요소의 판단에서도 패러디와 같은 변용적인 이용의 경우에는 시장에서의 대체성이 감소한다고 판단하였다. 따라서 패러디 노래 가사가 완전히 새로운 별개의 저작물이라 인정될 수 있을 정도로 변용된(transformative) 것이면 상업목적으로 창작되었다더라도 공정이용이 인정된다고 판시하였다.⁷⁸⁾ 그간의 실증연구에 의하면⁷⁹⁾ 공정이용으로 인정받는데 있어 기존 저작물에 새로운 표현을 추가하는 것이 도움이 되지만, 법원이 실제 판단에 있어 중요하게 고려하는 점은 새로운 저작물의 창작 목적이 원 저작물이 추구한 목적과 다른 목적을 가지고 있었는가에 있고, 새로운 내용을 추가하였는가는 그다지 중요한 것이 아니라는 점이다.⁸⁰⁾

1991년부터 2017년까지 공정이용에 관한 가장 최근의 실증연구에 따르면, 1994년 연방대법원이 Campbell 사건에서 변용적인 이용에 관해 판시한 이래, 변용적 이용의 법리는 매우 자주 적용되고 있다고 한다. 조사기간 전체적으로 공정이용 법리가 적용된 사건들 중에서 변용적인 이용을 언급한 것이 71%인데, 1994년 Campbell

77) Pierre N. Leval, “Toward A Fair Use Standard”, 103 Harv. L. Rev., 1990, pp.1111~1112.

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

79) 공정이용 관련 판결들에 대한 1978년부터 2005년까지 Beebe 교수의 실증연구, 1995년부터 2010년까지 Netanel 교수의 실증연구를 말한다. 이에 관해서는, 최승수, 아래의 논문, 540~545면 참조.

80) 최승수, “저작물의 ‘변형적 이용’ 이론에 관한 미국 판례의 동향” 『인터넷, 그 길을 묻다』, 중앙books, 2012., 546~547면.

사건 대법원 판결 이후에는 거의 80%에 이르고, 2011년~2017년은 거의 90%에 이른다고 한다.⁸¹⁾ 연방항소법원 차원에서는 변용적 이용 개념을 활용한 전체 315건 중 152건이 변용적 이용에 해당한다고 판시하였고 그 중 거의 91%에 달하는 138건에서 결론적으로 공정이용에 해당한다고 판시하였다.⁸²⁾ 요소 상호간 분석(inter-factor analysis)에서는 공정이용의 4가지 요소 중 제1, 제3 및 제4요소를 고려한 것이 공정이용이라고 판단한 전체 결과와 통계적으로 유의미한 관련성을 보여주고 있으며 제2요소는 그렇지 않다고 한다. 또한 제4요소가 공정이용이라는 결과에 가장 큰 영향을 미치는 것처럼 보이지만 이는 제4요소가 다른 요소들을 종합하여 공정이용 해당 여부를 판단하는 결론에 준하는 기능(functions as a quasi-conclusion)을 하기 때문에 그렇게 보이는 것이며, 실제로 공정이용에 해당하는지를 판단할 때 가장 영향력이 있는 것은 제1요소를 판단할 때 그 하위요소(subfactor)로서 논의되는 변용적 이용이라고 한다. 그러한 점에서 변용적인 이용은 제1요소의 판단에서는 물론이고 공정이용에 해당하는지 여부를 판단할 때 그 어떤 요소보다도 큰 영향을 주고 있다는 점을 확인할 수 있다고 한다.⁸³⁾

앞에서 살펴본 미국 판결들에서 추론할 수 있고 또 최근 미국의 실증연구가 뒷받침하듯이, TDM에 대해 공정이용을 적용할 것인지 여부를 판단할 때에 변용적인 이용에 해당하는지 여부가 가장 중요한 판단요소일 것이라고 생각된다. TDM이 공정이용에 해당한다고 추론할 수 있는 미국 판결들을 분석하고 유형화함으로써 우리 저작권법 제35조의5 규정의 해석론을 전개하는

데에 유익한 시사점을 얻을 수 있을 것이다.

3. 현행 저작권법 제35조의5에 의한 'TDM'에 관한 해석론의 전개

가. 저작권법 제35조의5 조항의 규범형식

우리 저작권법 제35조의5 {종전(2020. 5. 26. 까지) 제35조의3} 조항의 표제는 '저작물의 공정한 이용'(이하 '공정이용'이라 한다)이다. 제1항은 "제23조부터 제35조의4까지, 제101조의3부터 제101조의5까지의 경우 외에 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우에는 저작물을 이용할 수 있다"고 규정하고 제2항은 "저작물 이용행위가 제1항에 해당하는지를 판단할 때에는 다음 각 호의 사항 등을 고려하여야 한다"고 하면서 "이용의 목적 및 성격"(제1호), "저작물의 종류 및 용도"(제2호), "이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성"(제3호), "저작물의 이용이 그 저작물의 현재 시장 또는 가치나 잠재적인 시장 또는 가치에 미치는 영향"(제4호)의 4가지 요소를 든다.

먼저 제1항은 한정 열거된 권리제한규정(제23조~제35조의4, 제101조의3~제101조의5)에 해당하지 않는 경우라도 제35조의5에 해당하는 경우에는 추가적(즉 보충적)으로 권리제한이 된다는 의미이다. 그래서 제35조의5 조항은 '보충적 일반조항'으로도 불린다. 따라서 제35조의5는 그 기준을 충족하는 한 기존의 한정 열거된 권리제한규정이 존재하는 영역에 대해서도 중첩적으로 적용될 수 있다.⁸⁴⁾ 다음으로 제1항은

81) Clark D. Asay/Arielle Sloan/Dean Sobczak, "Is Transformative Use Eating the World?", *61 Boston College L. Rev.*, 2020, pp.931~932.

82) *Ibid.*, p.941.

83) *Ibid.*, pp.942~943.

84) 최승재, "저작권법 제28조의 해석방법과 저작권법 제35조의3과의 관계" 『대한변협신문』 2013. 4. 15.자, 13면; 문화체육관광부·한국저작권위원회 편, 한미 FTA 이행을 위한 개정 저작권법 설명자료, (2011. 12. 14.), 11면 각 참조.

TRIPs 협정 제13조에서 규정하는 3단계 테스트(three-step test) 중 “특정한 경우에”(첫째 단계)라는 것이 빠진 것으로 “저작물의 통상적인 이용방법과 충돌하지 아니하고”(둘째 단계) “저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우에”(셋째 단계)만으로 이루어진 2단계 테스트에 불과한 것이지만⁸⁵⁾ 대개는 여전히 3단계 테스트를 규율한 것이라고 이해하는 것 같다.⁸⁶⁾

어쨌든 제35조의5 제1항은 “저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우”를 ‘저작물의 공정한 이용’ 즉 ‘공정이용’에 해당하는 것이라고 규정하고 이러한 경우에는 타인의 저작물에 대한 자유이용을 허용한다. 그리고 제2항은 ‘공정이용’에 해당하는지를 판단할 때에는 4가지 요소(제1호 내지 제4호)를 고려해야 한다고 규정한다. 그런데 제2항의 4가지 요소는 미국 저작권법 제107조 공정이용 조항의 4가지 요소를 모방하여 규정한 것이다. 문제는 제1항은 3단계 테스트로서 3가지 요소의 누적적 적용이 요구되는 것으로 어느 한 가지 요소라도 결여되면 적용이 될 수 없는 것임에 반하여, 제2항 공정이용의 4가지 요소는 종합적 고려사항에 지나지 않으므로 한두 가지 요소가 결여되거나 부족하더라도 그것을 초과하는 공익(public interests)이 있다고 판단되면 얼마든지 그 적용이 가능하다. 이처럼 규범적 성격을 달리하는 국제조약의 3단계 테스트(제1항)와 미국의 공정이용의 4가지 종합 고려 요소(제2항)를 하나의 조문 아래 결부시켜 놓았다는 점에서 많은 비판과 주목을 받았다.⁸⁷⁾ 특히 3단계 테스트를 증거삼아 공정이용 규정 그 자체 또는 공

정이용의 범리를 적용한 구체적 결과가 3단계 테스트에 부합하는 것인지를 판단하는 것이 아니라, 거꾸로 제35조의5 제2항에서 규정하는 공정이용의 4가지 요소를 고려하여 제1항에서 규정하는 2단계(혹은 3단계) 테스트에 해당하는지 여부를 판단하는 입법형식을 취하고 있다는 점이 해석론상으로 복잡한 문제를 제기한다.

이러한 입법형식은 분명 문제가 많은 것이지만 제35조의5 조항은 이미 시행되고 있으므로 법률가로서 하여야 할 일은 ‘보충적 일반조항’이라는 목적을 충분히 달성할 수 있도록 합리적 해석을 전개하는 데 노력하는 것이다.

나. ‘TDM’에 대한 제35조의5 제2항의 4가지 판단요소

① 저작물의 “이용목적 및 성격”(제1호)의 예로는 저작물의 이용이 상업적인 여부와 비영리적인 교육상의 목적을 위한 것인지 여부가 포함된다. 제1요소 판단과 관련하여 저작물의 이용목적이 상업적이면 공정이용으로 인정될 가능성이 낮고, 비영리적이고 교육적이면 공정이용이 될 가능성은 높아진다. 물론 저작물의 이용이 영리적 성격을 가진다고 해서 반드시 공정이용이 아니라고 할 수는 없고, 또 비영리적인 목적의 이용이라도 반드시 공정이용이 되는 것은 아니다.⁸⁸⁾ 이용의 목적 및 성격 요소를 판단할 때에는 저작물의 이용이 생산적(productive)인지 또는 변용적(transformative)인지 여부도 고려되어야 한다.⁸⁹⁾ ‘생산적’과 ‘변용적’이라는 용어는 사실상 동의어로 사용되고 있지만, 그간 미국의 실증연구에서도 확인할 수 있듯이⁹⁰⁾

85) 이에 관한 상세는, 박성호, 『저작권법』 제2판, 박영사, 2017., 631~633면 참조.

86) 이에 관한 상세는, 이해완, 『저작권법』 제4판, 박영사, 2020., 817~819면 참조.

87) 이에 관한 상세는, 박성호, 앞의 책, 631면, 634면.

88) 최승재, “저작권법 제35조의3의 적용을 위한 공정이용 판단기준에 대한 소고” 『강원법학』 제57권, 강원대 법학연구소, 2019. 6., 62면.

89) 최승재, 위의 논문, 63면.

Campbell 사건에서 연방대법원이 변용적인 이용이라는 용어를 강조한 이래 미국 법원에서는 대부분 변용적 이용이라는 용어를 사용하고 있다. 따라서 ‘생산적 이용’이라는 용어를 사용하되 디지털 환경 아래에서 TDM을 권리제한 문제로서 다루는 우리의 경우에는 ‘변용적인 이용’이라는 용어를 사용하는 것이 바람직할 것이다. 특히 ‘TDM’이 변용적 이용에 해당하는지를 판단함에 있어 구글 북스 사건 판결은 참조할만한 좋은 선례가 된다. 구글 북스 사건 판결을 정보검색서비스제공이라는 관점에서 보면, 검색결과로 표시된 발췌글(snippet)은 물론이고 그 전 단계에서 인터넷상의 데이터를 크롤링하여 서버에 저장하는 행위에 대해서 매우 변용적인 이용으로 공정이용에 해당한다고 판단하였다. 이처럼 이 판결은 검색엔진의 운용에 대해 공정이용의 법리를 적용한 것이지만 “검색엔진을 이용하면 TDM으로 알려진 새로운 형태의 연구를 할 수 있다”고 강조함으로써 TDM에 공정이용의 법리를 적용할 수 있다는 미국의 유연한 접근방식을 보여주는 대표적 판결로 평가되고 있다. 이는 우리의 경우에도 마찬가지로 TDM 사안에 제35조의5 조항을 적용함으로써 저작권 침해 문제를 해결할 수 있다는 매우 유의미한 시사점을 주는 것이라고 평가할 수 있을 것이다.

TDM이 공정이용에 해당하는지 여부를 판단할 때에 저작물의 이용목적이 공익에 관한 것인지 여부는 중요한 고려요소가 된다. 미국의 Kelly 사건과 Perfect 10 사건 판결에서 검색엔진이 정보검색이라는 사회적 편익을 증대시켜 공익에 기여하였다는 점을 강조하여 공정이용을 긍정하였다는 점에 주목할 필요가 있다.

② “저작물의 종류 및 용도”(제2호)와 “이용

된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성”(제3호) 중 제2호는 미국 공정이용 조항의 “저작권으로 보호되는 저작물의 성격”으로부터 입법적 영향을 받은 것으로 이용대상이 되는 원저작물이 예술적 저작물인지 사실적 저작물인지에 따라 전자의 경우는 후자보다 공정이용이 인정되는 범위가 좁다는 것이다. 제3호는 이용되는 분량이 많을수록 공정이용으로 판단될 가능성이 낮다는 것이다. 그런데 제2요소를 판단할 때에 TDM에서 저작물의 이용은 원저작물의 성격과 동일한 방식이나 원저작물의 종류 및 용도와 동일한 방식으로 해당 저작물을 이용하는 것이 아니라는 점에 유의할 필요가 있다. 즉 저작물의 표현 자체를 지각하는 것을 직접적인 목적으로 하는 것이 아니기 때문에 저작물의 본래적 이용이라고는 평가할 수 없는 경미한 이용에 불과하다는 점이다. 또한 제3요소 판단과 관련하여 공익에 기여하는 정보검색기능을 실현하기 위해서는 저작물 전체를 복제할 필요가 있다는 미국 판결들에 비추어 보더라도⁹¹⁾ TDM에서는 제3요소 판단이 큰 비중을 갖고 다루어지지 않을 것이다. 결국 전술한 제1요소 및 후술하는 제4요소와 비교할 때, TDM에 관한 한 제2요소와 제3요소는 상대적으로 덜 중요하게 다루어져도 무방할 것이다.

③ 마지막으로 “저작물의 이용이 그 저작물의 현재 시장 또는 가치나 잠재적인 시장 또는 가치에 미치는 영향”(제4호)이다. 이 제4요소는 3단계 테스트 중 두 번째 단계와 세 번째 단계에 해당하는 요소로서 제35조의5 제2항의 4가지 고려요소 중 가장 중요한 요소라고 설명한다.⁹²⁾ 이와 관련하여 유의할 점은 제4요소의 증명책임이 누구에게 있는가이다. 4가지 요소들에 대한 증명책임은 피고에게 있다고 설명하는 것이 일

90) 각주79), 81) 각 참조.

91) 전술한 ② Authors Guild, Inc. v. Google Inc. 사건 판결, ⑦ Field v. Google, Inc. 사건 판결 등 참조.

92) 이해완, 앞의 책, 844면.

반적이지만, 제4요소만 국한해서 본다면 꼭 그렇게 보아야 하는 것도 아니다. Campbell 사건에서 연방대법원 판결이 제4요소와 관련하여 장래 시장에 미치는 영향에 대한 증명책임을 사실상 원고(저작권자)에게 전환하였고, Field 사건 1심 판결과 Perfect 10 사건 항소심 판결에서는 제4요소에 대해 원고(저작권자) 측의 입증은 엄격하게 요구하여 원고가 이미 썸네일 이미지의 휴대전화 다운로드 시장에 참여하고 있었음에도 원고가 휴대전화 다운로드용으로 구글의 썸네일이 이용되고 있다는 것을 입증하지 않았다면서 제4요소의 고려를 제한하고 공정이용 규정을 적용한 바 있다. 더구나 제4요소는 제1요소를 판단할 때 그 하위요소로서 논의되는 변용적인 이용과 밀접한 관련을 맺고 있어서 매우 변용적인 이용의 경우에는 피고에게 상업적 목적이 있더라도 원고의 시장을 대체하지 않고 새로운 시장을 창출한다고 판단하여 공정이용의 적용을 긍정하고 있다.

이러한 점에서 변용적인 이용은 공정이용 여부를 판단할 때 그 어떤 다른 요소보다도 큰 영향을 주고 있다는 점을 재차 확인할 수 있다. TDM은 인공지능의 빅데이터 활용이라는 새로운 시장에서의 이용과 관련된 것이라는 점에서 TDM에 대해 제35조의5 조항을 적용함에 있어서 위와 같은 미국 판결의 흐름은 우리에게 시사하는 바가 적지 않을 것이라고 생각한다.

V. 맺음말 - 논의의 정리 및 향후 연구 과제

인공지능의 기계학습을 목적으로 타인의 저작물을 수집·처리하여 이용할 때 저작물의 수집 및 처리 부분은 ‘정보검색서비스’에, 기계학습 부분은 ‘TDM’에 각기 해당한다.

정보검색서비스제공자가 온라인서비스제공자의 책임 제한 요건을 갖춘 경우 그 책임 제한

규정이 적용되어 저작재산권이나 데이터베이스 제작자의 권리 등의 침해책임에 대해 면책을 받는다. 최근 새로운 업종으로 부각되는 ‘고객 맞춤형’ 정보검색서비스가 저작권법상 온라인서비스제공자에 해당하는 경우에는 ‘온라인서비스제공자의 책임 제한’과 ‘저작재산권의 제한’이라는 두 가지 항변을 방어수단으로 갖는 장점이 있겠지만, 그렇지 않은 경우에는 저작재산권 제한 규정의 적용을 모색하는 수밖에 없다. 그리고 정보검색서비스에 대해 저작재산권의 제한 규정을 적용하는 문제는 저작권법 제35조의5 규정의 적용 문제로 귀결된다. 아울러 제35조의5는 데이터베이스제작자의 권리를 제한하는 경우에도 준용된다.

한편, 정보검색서비스는 TDM을 목적으로 이루어지는 일련의 행위 속에 포함되는 것이므로 TDM에 대한 저작재산권의 제한 문제로 파악하여 논의할 수도 있다. 이것 또한 저작권법 제35조의5 규정을 해석하여 적용하는 문제로 귀결된다. 그러한 점에서 ‘정보검색서비스’든지 ‘TDM’이든지 결국 모두 제35조의5 규정을 해석하여 적용하는 문제로 귀착될 수밖에 없다는 공통점을 갖는다.

우리 저작권법 제35조의5 규정은 미국 저작권법 제107조 ‘공정이용’ 규정의 영향을 받아 이루어진 입법이다. 이러한 입법 배경을 고려할 때 이미 상술한 것처럼 미국 법원이 구글 북스 사건과 같은 정보검색서비스 사건 등에서 공정이용 규정을 적용하여 저작권 침해를 부정한 판결들은, 검색엔진을 이용하여 TDM을 행하는 경우에 우리 저작권법 제35조의5를 해석하는 데에 하나의 지침이 될 수 있다. 우리는 이러한 미국 판결들을 분석하고 유형화함으로써 우리에게 유용한 해석 지침으로 삼을 수 있다. 이렇게 함으로써 우리는 TDM에 관하여 제35조의5를 해석하여 적용할 때에 그 예측 가능성을 높일 수 있다.

이와 관련하여 향후 필요한 연구 과제는 플랫폼 기업들이 TDM의 저작권권 제한에서 발생하는 사회적 편익을 독점하는 문제를 어떻게 해결할 것인가 하는 점이다. 다음으로 TDM의 전제가 되는 정보 수집의 자유에 관련하여 이용자의 권리를 연구할 필요가 있다. 원래 이용자의 권리 개념은 저작권권의 제한 규정으로부터 파생된 것이지만 인공지능의 빅데이터 활용 문제를 중점적으로 검토하기 위해서는 저작권권의 제한 문제와는 별도로 살펴볼 필요가 있을 것이다.

< 참고문헌 >

- 고학수/임용 편, 「데이터오너십 -내 정보는 누구의 것인가?」, 박영사, 2019.
- 박성호, 「저작권법」 제2판, 박영사, 2017.
- 박준석, 「인터넷서비스제공자의 책임」, 박영사, 2006.
- 이해완, 「저작권법」 제4판, 박영사, 2020.
- 장주영, 「미국 저작권 판례」 제2증보판, 육법사, 2017.
- 정진근 편, 「미래 저작권 환경에 적합한 저작권법 개정을 위한 연구(I)」, 한국저작권위원회, 2016.
- 최승재 외 12인, 「국내외 판례 조사 및 분석을 통한 공정이용(Fair Use) 가이드 제시를 위한 연구」, 한국저작권위원회, 2019.
- 김병일, “이미지 검색서비스와 저작권 -Perfect 10 Inc. v. Google Inc 사건을 중심으로-” 계간 저작권, 저작권위원회, 2007년 겨울호.
- 김병일/신현철/안창원, “빅데이터 분석과 데이터 마이닝을 위한 저작권 제한” 「계간 저작권」, 한국저작권위원회, 2017년 봄호.
- 김성호/조경희/최창수, “인공지능의 빅데이터 활용과 저작권법” 「최신 외국입법정보」, 제107호, 국회도서관 법률정보실, 2019. 10.29.
- 김윤명, “인공지능에 의한 저작물 이용 및 창작에 대한 법적 검토와 시사점” 「법제연구」, 제51호, 2016. 12.
- 김용주, “텍스트 및 데이터마이닝을 위한 저작권법 개정 방향” 「법학연구」 제61권 제2호, 부산대 법학연구소, 2020. 5.
- 남형두, “신발을 위한 영화 -플랫폼 사업자의 콘텐츠 확보에 따른 법적 문제-” 경제규제와 법, 제11권 제2호, 서울대 법학연구소, 2018. 11.
- 박준석, “이미지 검색엔진의 인라인 링크에 따른 복제, 전시, 전송 관련 저작권침해 책임” 「민사판례연구」 제33집(상), 박영사, 2011.
- 손승우, “인공지능 창작물의 저작권 보호” 「정보법학」 제20권 제3호, 정보법학회, 2017.
- 안창원/황승구, “빅데이터 기술과 주요 이슈” 「정보과학회지」 Vol.30, No.6, 2012. 6.
- 안효질, “EU 저작권법 개정에 따른 저작권 생태계의 변화” C STORY, Vol.16, 한국저작권보호원, 2019. 5/6.
- 오승중, “데이터마이닝 및 텍스트마이닝과 저작권권의 제한” 홍익법학, 제20권 제2호, 홍익대 법학연구소, 2019. 6.
- 윤정운, “저작권법상 공정이용에 관한 소고 -인공지능의 빅데이터 활용을 포함한 다양한 영역에서의 사례를 중심으로” Law & Technology, 제16권 제5호, 서울대 기술과법센터, 2020. 9.
- 정상주, “인공지능시대의 저작권법 과제” 계간 저작권, 한국저작권위원회, 2018년 여름호.
- 정진근, “영국 CDPA 제9조 제3항은 인공지능

- 능 창작을 보호하는가?” 계간 저작권, 한국 저작권위원회, 2020년 겨울호.
- 차상욱, “인공지능(AI)과 지적재산권의 새로운 쟁점” 『법조』 Vol.723, 법조협회, 2017. 6.
 - 차상욱, “빅데이터의 지적재산법상 보호” 『법조』 Vol.728, 법조협회, 2018. 4.
 - 최승수, “저작물의 ‘변형적 이용’ 이론에 관한 미국 판례의 동향” 인터넷, 그 길을 묻다, 중앙books, 2012.
 - 최승재, “저작권법 제28조의 해석방법과 저작권법 제35조의3과의 관계” 『대한변협신문』 2013. 4. 15.자
 - 최승재, “저작권법 제35조의3의 적용을 위한 공정이용 판단기준에 대한 소고” 강원법학, 제57권, 강원대 법학연구소, 2019. 6.
 - 최지혜, “로봇배제표준의 법적 함의” 『Law & Technology』 제16권 제5호, 서울대 기술과법센터, 2020. 9.
 - 홍성욱, “정치적 유행어로서의 ‘4차 산업혁명’” 『과학잡지 에피』 제1호, 이음, 2017. 9.
 - Nick Srnicek, Platform Capitalism, Polity Press, 2016, 닉 서르닉 지음/심성보 옮김, 『플랫폼 자본주의』, 킹콩북, 2020.
 - Clark D. Asay/Arielle Sloan/Dean Sobczak, “Is Transformative Use Eating the World?”, 61 Boston College L. Rev., 2020.
 - Josef Drexler, “Designing Competitive Markets for Industrial Data - Between Propertisation and Access”, 8 J. Intell. Prop. Info. Tech. & Electronic Com. L., 2017.
 - James Grimmelman, “Copyright for Literate Robots”, 101 Iowa L. Rev., 2016.
 - Pierre N. Leval, “Toward A Fair Use Standard”, 103 Harv. L. Rev., 1990.
 - Eleonora Rosati, “Copyright as an obstacle or an enabler? A European perspective on text and data mining and its role in the development of AI creativity”, 27 Asia Pacific Law Review, 2019.
 - Benjamin L. W. Sobel, “Artificial Intelligence’s Fair Use Crisis”, 41 Colum. J. L. & Arts, 2017.
 - Intellectual Property Office, Exceptions to copyright: Research, 2014.
 - 半田正夫/松田政行 編, 『著作権法コメンタール 2』 第2版, 勁草書房, 2015.
 - 日本 文化廳, 『文化審議會著作権分科會報告書』, 文化審議會著作権分科會(平成21年1月).
 - 池村聰, 『著作権法コメンタール別冊—平成21年改正解説』, 勁草書房, 2010.
 - 上野達弘, “人工知能と機械学習をめぐる著作権法上の課題 - 日本とヨーロッパにおける近時の動向” 『法律時報』 第91卷 第8号, 日本評論社, 2019. 8.
 - 愛知靖之, “AI生成物・機械学習と著作権法” 『パテント』 Vol.73 No.8 (別冊 No.23), 日本弁理士會, 2020.
 - 奥邨弘司, “著作権法≫THE NEXT GENERATION -著作権の世界の特異点は近いのか?-” 『コピーライト』 No.666 Vol.56, 著作権情報センター, 2016. 10.
 - 田村善之, “検索サイトをめぐる著作権法の諸問題(1)-寄与侵害, 間接侵害, フェアユース, 引用等-” 『知的財産法政策學研究』 第16号, 2007.
 - 潮海久雄, “スリーステップテストからフェアユースへの著作権制限規定の変容-機械学習(AI)における情報解析規定の批判的検討” 『民商法雑誌』 第55卷 第4号, 2019.

- 泉恒希, “ビッグデータの法的保護に関する一考察” 『金融研究』, 日本銀行金融研究所, 2020.

주제어 : 빅데이터, 인공지능, 기계학습, 심층학습, 텍스트 및 데이터 마이닝, 검색엔진, 크롤링, 저작권의 제한, 공정 이용

Keywords : Big Data, Artificial Intelligence, Machine Learning, Deep Learning, Text and Data Mining, Search Engine, Crawling, Copyright Limitations, Fair Use