학술원상 수상자 기고

공정이용의 역설



南馨斗* 教授 (연세대학교)

대표업적, 『공정이용의 역설 — 시소에 올라탄 거인, 균형의 복원』(경인문화사, 2025)(이하 '역설')에 대해 소개한다.

1. 집필 계기 및 취지

당초 이 책의 구상은 법학의 학문으로서의 정체성과 관련된 생각을 정리하려는 것이었다. 마침 저작권법은 법학을 넘어 학문 전반, 나아가 인류의 미래와 연결되는 논의의 한복판에 놓이게 되었다. 2021년 미국 연방대법원은 오라클(Oracle)이 구글(Google)에 대해 제기한 저작권 침해소송에서 11년 만에 저작권을 침해하지 않았다는 판결을 선고했다. 판결을 요약하면, 구글이 저작권으로 보호되는 오라클의 디클레어링 코드(declaring code)를 무려 11,500줄(line)이나 무단 복제한 사실을 인정하면서도, 공익에 부합하므로 공정이용(fair use)에 해당한다는 것이다. 근거로 제시된 판례이론이 '변형적 이용 이론(Transformative use theory)'이다.

연방대법원은 법리(doctrinal) 대신 정책적 접근(policy based approach)을 선택했다고 할 수 있는데, 오죽하면 반대의견을 제시한 토마스 대법관(J. Thomas)이 이제 미국에서 저작권법은 사라진 것이나 다름없다고 판결문에 썼겠는가? 같은 행위를 개인이나 일반 기업이 했다면 공정이용으로 인정받지 못했을 사건에서 인류에 큰 혜택이 있다는 이유로 구글을 위해 굽은 판결이 선고됐다는 비판은 미국에서도 나왔다. 예로부터 추수 때 모퉁이까지 다 거두지 않고, 떨어진 이삭을 줍지 않는 것은 나그네와 고아를 위한 배려였다. 공정이용 제도는 바로 이런 정신에서 출발했는데, 세계에서 가장 강력한 힘을 가진 기업이 '작은 이용자'를 위해 만들어진 이 제도를 이용했고 미국 연방대법원이 이를 승인한 것이다.

2022년 ChatGPT의 출시는 인류 역사를 뒤바꿀지도 모른다는 설렘과 아울러 우려를 자아내고 있다. 생성형 인공지능은 성능을 고도화하기 위해 저작물, 개인정보 등을 트레이닝 데이터로 쓴다. 인터넷을 통해 접근할 수 있는 거의 모든 콘텐츠를 'TDM (text and data mining)'의 대상으로 삼는 인공지능 개발사 등 빅테크의 비즈니스 계획(scheme)과 비교한다면, 특정 회사의 저작물 중 일부를 가져다 써서 문제가 된 '오라클 v. 구글' 사건은 그저 작은 사건이 되고 만다.

이제 국가 간 또는 기업 간 인공지능 개발에 사활을 건 치열한 경쟁 속에서 저작권은 거대한 바람에 휩쓸리는 한갓 풀 같은 존재로 전락할 것인가? 이와 같은 문제의식으로 이 책은 다음과 같은 구성과 내용을 담았다.

* 제71회 대한민국학술원상 사회과학부문 수상자

2. 구성과 내용

가. 역사적 접근

(역설, II. 공정이용 법리의 발전)

저작권법 탄생 후 발생한 모순과 불합리를 해결하기 위해 만들어진 공정이용 법리와 제도가 어떤 이념과 목적으로 저작권법에 들어오게 되었는지 살펴보았다. 초기의 취지와 달리 거대한 이용자로 인해 공정이용 제도가 어떻게 변모되었는지를 미국의 주요 사건 판결을 통해 분석함으로써 공정이용 제도의 확대가 가져온 또는 가져올 문제점을 드러내고자 했다. 이 과정에서 사례분석 접근(case analytical approach)을 시도했다. 디지털 대량 복제 기술과 인공지능 기술의 출현으로 공정이용은 더는 저작권법 안에서만 논의할 수 있는 주제가 아니게 되었다. 이에 저자는 저작물 이용 환경의 변화에 따라 종합적 접근(holistic approach)과 파괴적 혁신기술(disruptive innovation technology)에 대응하는 법학적 상상력을 동원한 공정이용 연구에 관한 새로운 방법론을 제시했다.

나. 연역적 접근

(역설, III. 공정이용 이론과 TDM 면책 논의)

공정이용에서 '공익'을 내세워 빅테크의 공정이용 수혜의 폭을 넓혀놓은 '변형적 이용 이론'을 비판했다. 이를 위해 먼저 공정이용 제도의 본질에 관한 기존 이론을 비판한 후에 본래의 취지를 잃어버린 공정이용 제도의 제 자리를 찾기 위해 민법의 '주위지 통행권' 및 '상린관계'를 유추한 새로운 대안 이론을 펼쳐 보였다(역설, pp.177~182). 공정이용을 둘러싼 환경의 변화는 크게 플랫폼과 인공지능으로 말할 수 있는데, 플랫폼과 공정이용 그리고 TDM 면책에 대해 살펴보고, '변형적 이용 이론'의 핵심적 가치인 '공익' 논의의 허구를 비판했다.

다. 귀납적 논증 및 대안 제시

(역설, IV. 공정이용 논의의 새로운 지평)

공정이용이 현재의 추세대로 빅테크와 인공지능 개발사를 위해 확대 적용될 경우, 그것이 가져올 플랫폼과 인공지능 측면에서의 폐해를 살펴봄으로써 '변형적 이용 이론'을 비판하고(귀납적·경험적 고찰), 빅테크의 공정이용 수혜, 인공지능 개발사의 TDM 예외 인정이 피할 수 없는 것이라면, 표절 논의와 조세적 해법을 대안으로 제시했다.

라. 한국의 공정이용 논의 비판

(역설, V. 한국의 공정이용 논의)

공정이용에 관한 일반론을 한국의 공정이용 논의에 적용했다. 구체적으로는 한국 공정이용 판결의 특징을 나열하고 비판함으로써 저작권과 공정이용 실무와 학계에 대안을 제시하고자 했다.

3. 이 책의 특징

이 책은 저작권법 전반을 다루는 대신, 저작권법의 가장 큰 난제인 '공정이용'을 통해 인공지능이 초래한 현재와 초래할 미래 인류의 위험을 경계하고 대안 제시를 목적으로 한다. 이에 따라 일반적인 저작권법 책과 다른 몇 가지 특징이 있고 저자 특유의 창의성이 더해졌다.

가. 틈새 연결 — 학제적 연구(interdisciplinary research)

이 책의 집필 과정에서 저술 목적과 그 목적에 다다르는 논증 행로에 있는 여러 학문과의 대화가 불가피

했다. 법학 내에서 법철학, 헌법, 민법, 형법, 경쟁법, 개인정보 보호법, 노동법, 절차법, 국제거래법, 조세법 등에 관한 논의를 담고 있으며, 법학을 넘어 표절금지윤리, 문학/번역, 철학, 신학, 미술사, 정치학, 경제학, 장애/사회복지, 미디어, 언어학, 컴퓨터과학(인공지능 포함), 생물학, 신경의학 등에 대화를 시도했다. 프롤로그의 사사(謝辭)에 거론된 학자들과 학문 분야는 실제 본문과 각주에 빼곡히 들어있다(역설, 프롤로그, xii).

'호기심'은 학자(學者)의 특권이자 의무라고 생각한다. 하루가 다르게 변화/발전하는 인공지능과 관련된 저술은 시간과의 싸움이 중요하다. 이를 위해 목표를 향한 노정에 생겨난 질문을 억누르기보다는 더디더라도 대화를 걸고 거기에서 인사이트를 얻어 논증을 다져가는 편을 택했다. 최근 저작권법 학계에서 논의되고 있는 기술적 논쟁인 '머신 언러닝(machine unlearning)'은 인공지능이 인간의 신경망을 본뜬 것이므로 기술적으로 불가능하다는 점을 신경의학자와의 대화를 통해 추론했으며(역설, p.338, 주 726), 인공지능이 스크래이핑하면 타겟 웹/앱 페이지에서 인공지능을 무력화시키는 데이터 포이즈닝(data poisoning) 기술이 형법의 정당방위 요건(현재성) 또는 적정성(과잉방위)의 문제를 야기하지는 않는지 검토하기도 했다(역설, pp.332~336).

전작 『표절론』(현암사, 2015)에 이어 이 책에서도 저자는 '모듈(module)'을 만드는 학자를 자임하였다. 저작권법(학)이라는 좁은 분야를 연구하지만, 그것을 허브로 하여 연결 지을 수 있는 모듈을 만들고 여러 학문 분야가 연결되기를 의도했다. 『표절론』이 '정직한 글쓰기' 또는 '연구윤리'라는 공통 쟁점의 모듈이었다면, 이 책은 인공지능을 연결고리로 한 모듈이라고 할 수 있다. 위에서 언급한 여러 학문 분야에서 인공지능은 뜨거운 쟁점이 되고 있다. 저마다 '바퀴를 새로 만들고' 있으며, 어떤 분야에서는 이미 돌이킬 수 없는 특이점(singularity)을 넘어섰다고 쉽게 결론을 내리기도 하지만, 인공지능의 질주를 감속시킬 수 있는 저작권과 공정이용 제도를 치열하게 논의하고 있는 저자와 같은 목소리(voice)가 그들 분야에 전달되기를 소망했다. 저자가 제시한 모듈은, 마치 미국, 러시아, 일본에서 띄운 우주왕복선이 연결(도킹)할 수 있는 표준화된 여러 연결점(포트)을 갖춘 우주정거장처럼, 인공지능을 매개로 학제적 연구를 가능하게 하는 소통의 장이 될 수 있지 않을까 감히 상상해 본다.

나. 이론 정립과 실천적 적용

저자는 15년간 변호사 실무 경험을 거친 후 대학교수로 전직하여 2026년 현재 22년째이다. 한국에서 실무 경력 대학교수는 박사학위가 있어도 사상적 깊이에 대해 늘 의문 부호가 따르기 마련이다. 이에 저자는 전직 후에 더욱 철학(사상) 공부에 매달렸고, 법학 외의 학문에 관한 관심을 게을리하지 않았다. 이는 대표 업적 저서 외에 단독저, 『표절론 — 표절에서 자유로운 정직한 글쓰기』(720면)와 대표편저, 『문학과 법 — 여섯 개의 시선』, 사회평론아카데미, 2018 등(공동저자: 김영란, 남형두, 윤혜준, 임헌영, 정명교, 정끝별)을 낸 계기가 됐고, 이것들은 그간 노력의 결실이라고 할 수 있다. 그런데, 법학은 여전히 현실을 다루는 학문이란 점에서 구체성, 사례를 떠나서는 공론(空論)으로 흐르기 쉽다. 그렇다고 사례를 중심으로 하는 평석(評釋) 류의 글에는 뿌리가 없거나 유효기간이 짧기 마련이다. 일반과 특수, 사상과 구체, 연역논증과 귀납논증이라는 두 마리 토끼를 잡기 위해 몇 편의 논문으로 담을 수 없는 체계서를 기획했고, 그 결과물이 이 책이라고 생각한다. 집필에 8년이 걸린 이유이다(역설, 프롤로그, viii~ix).

다. 법학적 상상력

상상력은 문학/예술의 전유물이 아니다. 중국을 한

번도 방문해 보지 않았던 몽테스키외는 동방 여행기 몇 편에 의존하여 중국의 강력한 왕권이 가능할 수 있었던 원인으로 기후와 토양을 들었다. 후에 그의 상상력은 귀납적으로 증명되었고, 『법의 정신』은 고전의 반열에 올랐다. 법학은 법률이라는 텍스트에 충실해야 한다. 그런데 법전과 판례 안에만 머무를 때 현실과 동떨어진 '그들만의 리그'가 되기 쉽다. 특히 인공지능 기술과 같이 점진적(漸進的)이지 않고 단속적(斷續的) 발전이 일어나는, 이른바 '파괴적 혁신기술' 앞에 놓인 법학은 비상한 태도를 취해야 한다고 본다. 과거 사건에 관한 판례와 그것이 법제화(codification) 된 법률에 대한 해석만으로는 인공지능 시대에 법학이 제 역할을 하기는 난망이다.

법학의 '비상한' 방법론으로서 이 책은 전통적인 법학에서는 잘 사용하지 않는 메타포, 우화, 비유 등을 자유롭게 구사하여 설득력 있는 논증을 구사했다.

라. 유연한 사고 — 텍스트에 대한 과도한 몰입 지양

이 책에서 언급한 공정이용에 관한 가장 최근의 미국 연방대법원 판결(Warhol v. Goldsmith, 2023년)은 "저작권법으로 쓴 미술사"라고 부를 만하다. 법정의견과 반대의견의 방대한 분량의 논쟁도 놀랍지만, 장르와 시대를 넘나드는 문학과 예술에 관한 거침없는 논의는 단순한 공정이용 판결을 넘어, "현대미술이 던진 질문에 대한 법(학)의 답변"이라고 할 수 있다. 저자는 이 판결을 길게 소개함으로써 한국 법학계와 실무계에 가장 부족한 면을 질타하였다(역설, pp.112~125).

흔히 현실과 담을 쌓는 '선비형'을 학자의 전형으로 여기는 경우가 있었다. 그런데 법학에 들어오면 이는 반드시 그렇지 않을 수 있다. 정치를 모르는 헌법학자, 인간을 탐구하지 않는 형법학자, 전통/관습과 변화하는 현실을 놓쳐버린 민법학자, 경제를 모르는 경쟁법학자·조세법학자, 문학·예술 등 문화와 인공지능 등 저작물 이용 기술에 관심이 없는 저작권법학자라면 곤란하다. 법은 단지 텍스트(text)일 뿐, 그것이 깔고 있는 현실과 맥락(context)에 대한 이해가 부족한 법학(자)은 '고립된 섬'이 될 수밖에 없다.

저자는 널리 알려진 '조영남 화투 그림 사건' — 가수인 조영남의 지시에 따라 전업 미술작가가 그림을 그린 사건에서 저작권자가 누구인지가 쟁점이 되었던 사건 — 이 발생했을 때, 전통적인 아이디어/표현 이분법에 따라 접근하는 저작권법 학계의 일반적인 견해와 달리 법과 현실(예술 사조)을 "옷과 몸"의 관계로 비유해, 사람이 성장하여 어른이 되었는데도 어린아이 옷을 입히는 격이라고 비판한 적이 있다(역설, p.89, 주 217). 바로크 시대의 산물인 저작권법(1709년 영국의 Anne Statute)은 뒤샹 이후 현대미술에서 여전히 아이디어/표현 이분법으로 접근해서는 결코 존중받을 수 없는 규범이 되고 만다. 오늘날 미술가들에게 고흐처럼 그리라고 강요할 수 없지 않은가? 법(옷)이 현실(몸)에 적극적으로 다가서는 노력을 해야 한다. 법을 상수항에 놓고 법 해석을 유연하게 하지 않으면, 세상만사를 사법화(司法化, judicialization)하고 그 결과 법률가에 의한 통치(juristocracy)로 흐를 우려가 있다. 실제 이런 류의 글은 법학 논문집이나 관련 전문 잡지에 넘쳐나고 있다. 저자는 이에 대한 강한 비판의식으로 "법학의 학문 정체성에 관한 시론(試論) — 경제학의 침습과 법학의 고립"(서울대학교 「法學」 제62권 제3호, 2021)이란 논문을 펴낸 적이 있고, 연장선에서 이 책에도 맥락에 대한 적극적인 이해와 유연한 해석 시도의 흔적이 많이 들어있다.

마. 본질을 잃지 않는 비교법 연구 — 미국 외 국가에 속한 학자의 시선

판례에 대한 맹신은 저작권법 학계와 실무계도 예외

가 아니다. 1년에 100건이 채 되지 않는 판결을 선고하는 미국 연방대법원, 그것도 '선례 구속의 원칙'이 적용되는 나라의 판례와 통계상 대법관 1인당 하루 평균 10건 이상 선고해야 하는 한국 대법원을 동일선에 놓고 비교한 나머지 판결을 금과옥조로 대우하는 한국 법학의 통념을 저자는 과감히 질타했다. 판결이 만들어지는 공정을 낱낱이 해부함으로써, 최소한 저작권법에 관한 한 대법원판결을 미국 판례처럼 대우하는 것의 부당함을 지적했다(역설, pp.550~553). 오히려 저작권법에서는 사안의 수집을 위해 다양한 하급심 판결들, 정식재판에 회부된 약식사건의 사안들에서 더 중요한 학문적 논의의 소재를 발견할 수 있었다(역설, p.552, 주 1100).

여전히 일본 법학의 강한 영향을 받는 것은 저작권법 학계와 실무계 영역도 마찬가지이다. 일본에는 공정이용 제도조차 없는데, 디지털/인터넷 시대에 뒤졌다는 자성하에 TDM 예외 조항을 신설했다. 저자는 이를 두고 마치 "중고등학교를 건너뛰고 대학교에 진학한 것"에 비유했다. 그럼에도 불구하고 여전히 국내 저작권법 학자들은 인공지능과 디지털 기술에서 우리나라에 미치지 못하고 있는 일본의 입법례를 들어 한국 저작권법 개정에 참고로 삼는가 하면, 나아가 정부(문화체육관광부)와 국회의 입법 방향을 호도하기까지 하는 실정이다. 맥락을 도외시한 섣부른 비교법 연구(comparative law research)가 가져온 재앙적 현실이다(역설, p.276).

미국 연방대법원이 내놓은 오라클 판결(2021년)은 '작은 이용자(little users)'에게 적용되어야 할 공정이용을 '변형적 이용'을 내세워 '슈퍼 빅 유저(super big user)'인 구글에 적용함으로써, 빅테크가 저작물을 무상으로 무단 이용할 수 있는 고속도로를 깔아주었다. 이 판결이 주는 함의를 치열하게 따져보지 않은 채 삼백 년간 지속되어 온 저작권과 공정이용이라는 균형을 휴지쪽처럼 버리고 따라나선 꼴이란 참으로 개탄스럽기 그지없다. 저자는 이를 이 책의 부제, "시소에 올라탄 거인, 균형의 복원"이란 수사로 표현했다. 공익에 부합하므로 공정이용이 된다는 미국 연방대법원의 '변형적 이용 이론'은 구글을 수혜자로 하는 어이없는 결론을 냈지만, 미국에서는 환영받을 수 있다. 그런데, 공익이란 '공동체'와 '이익'을 전제로 하는데, 전 세계에는 미국이 아닌 공동체로서 많은 국가가 있고, 이익에 관한 다양한 의견이 존재한다. 그럼에도 어떻게 미국 연방대법원이 "이것이 공익이다."라고 선언할 수 있으며, 미국 외의 국가와 사람들이 이에 따라야 하는지 의문이다. 이에 대해 법학, 저작권법 학계가 침묵하고 있는지 심각한 회의가 들었다. 이 책의 가장 중요한 주장이다.

나아가, 공정이용의 중요한 판단 기준 중 하나인 "시장적 경쟁관계이론"이란 것도 단면 시장만을 전제로 하면, 구글북스 사건에서 무료로 지식검색을 하게 하므로 경쟁관계가 없다는 구글의 주장이 통할 수 있었다. 그런데, 플랫폼이란 다면 시장을 전제로 하면, 이는 결코 무상이 아님이 명백하다. 사람(이용자)을 모이게 하고 다른 시장(광고 시장)에서 막대한 수익을 올리는 구글의 비즈니스 전략은 이미 널리 알려진 것임에도 왜 이를 보지 못하는 것일까? policy based approach를 자유자재로 하는 미국의 법관과 학자들은 그렇다손 치더라도 미국 외 국가에 있는 학자들이 이를 보지 않는 것은 맹목이라고밖에 볼 수 없다(역설, pp.202~218).

미국 외 국가에 있는 학자가, 미국 학자들이 보지 못하는 부분을 보는 것은 오히려 놀라운 특권이라고 하지 않을 수 없다.

바. 종합적 접근(holistic approach)

플랫폼 환경에서 생성형 AI와 관련된 공정이용/TDM 예외 쟁점은 저작권법의 범위를 훌쩍 넘어, 법

학 전반과 나아가 경제학(효율과 정의에 관한 논의), 사회학(예술과 창의성에 관한 예술사회학 논의), 정치학 및 국제관계(주권의 일부인 재판관할권 논의), 철학과 신학(인간과 인공지능에 관한 존재론적 논의) 등으로까지 확장되고 있다. 한편, 이들 여러 학문 분야에서 인공지능, 플랫폼에 관한 논의가 활발한데, 그 논의의 출발선에 인공지능의 기계학습(machine learning)이 전제된다는 점에서 저작권 논의를 피할 수 없다. 공정이용과 TDM 논의는 저작권법 영역 안에 가둘 수 없는 논제가 되고 말았다.

이런 상황에서 공정이용과 TDM 논의를 저작권법 내로 한정하거나, 위 여러 학문 분야에서 저작권(공정이용) 문제를 간과하거나, 또는 법학의 전공 분야별 및 위 학문 분야별로 각기 따로 이 문제에 접근한다면, 공정이용 또는 TDM 예외 적용을 받아야만 하는 빅테크, 인공지능 개발사로서는 지극히 환영하는 상황이 될 수 있다. 화살 하나씩은 얼마든지 쉽게 부러뜨릴 수 있는 것처럼 빅테크와 인공지능 개발사가 깔고 있는 여러 법률문제를 개별 분야별로 대응하면, 상대방인 빅테크와 인공지능 개발사로서는 이 문제를 매우 수월하게 극복할 수 있기 때문이다. 저작권법뿐만 아니라 여러 법 분야, 나아가 여러 학문 분야가 함께 대응하지 않고 개별적으로 대처한다면, 빅테크와 인공지능 개발사에 대해 효율적으로 견제할 수 없는 상황이 올 수 있다. 마치 '두더지 잡기 게임(Whack-a-mole game)'에서 거의 동시에 튀어 오르는 두더지를 한 사람이 상대하다가는 백전백패하는 것에 비유할 수 있다(역설, p.132).

빅테크로서는 끊임없이 법적 쟁점을 분절화/파편화하고 있는 상황에서 전문화로 포장된 학문의 분과학성(分科學性)으로 제대로 대처하기 어렵다는 점에서, 저자는 '화살 부러뜨리기'[위 절전(折箭) 고사]와 '두더지 잡기 게임' 비유를 통해 빅테크의 공정이용 문제에 대한 '종합적 접근(holistic approach)' 방법론을 시도했다.

사. 치열한 주제 의식

인류의 역사는 집중과 해체, 달리 말하면 중심화와 탈중심화의 연속이었다. 그런데 인터넷으로 탈중심화(decentralization)가 이루어졌다고 하지만, 국가권력보다 더 강력한 몇몇 빅테크 기업의 통제력은 강화되고 있다. 미국의 지식재산권학자 제임스 보일(James Boyle)은 18~19세기 영국의 인클로저 운동에서 착안하여 저작권을 제2의 인클로저라고 주창하였는데, 저자는 저작권을 공정이용으로 해체하여 빅테크가 재전유(reappropriation)하는 현상을 이론으로 정립했다. 제1, 제2 인클로저 때와 다른 것은 다시 예전으로 돌이키기 어려운(irreversible), 해체와 재전유 현상의 위험성을 경고하며 공정이용에서 변형적 이용 이론의 빅테크 수혜와 TDM 예외 제도의 도입에 신중히 해야 함을 주장했다(역설, p.313, <표 4>).

그런데 현실적으로 미국과 빅테크가 주도하는 세계질서에서 공정이용 이론의 엄격한 적용으로써 이미 내리막길에 접어든 수레바퀴를 멈춰 세우기란 매우 어려운 것이 사실이다. 저자도 그럴 경우를 어느 정도 인식하고 최종적으로 조세적 해법을 제시하였다(역설, p.444).

미국 시사주간지 *TIME*은 올해의 인물(Person of the Year)로 AI의 설계자들 9인을 선정하면서, 2025년은 AI의 완전한 잠재력이 드러나면서 그 이전으로 돌아갈 수 없다는 사실이 분명해진 해라고 발표했다. 저자의 우려와 진단이 들어맞는 반가움과 안타까움이 교차했다. 그러나 늦었다고 생각할 때가 가장 빠를 때라는 믿음이 있다. 언젠가 되돌아보아 어디서부터 잘못되었는지 복기할 날이 올지 모른다. 그때 이 책이 이 시대의 증언으로 남겨졌으면 한다. 에필로그 말미에 그려진 사마귀 그림은 당랑거철(螳螂拒轍)이 되어도 좋다는 저자의 마음을 표현한 것이다(역설, 에필로그, p.612 그림).