

2020. 6. 1.

미국 뉴욕 남부지방법원
ELLIOT McGUKEN v. NEWSWEEK LLC

#공정이용
#임베딩
#인스타그램
#풍경사진

2020년 6월 1일

미국 뉴욕 남부지방법원

원고, 엘리어트 맥거켄(ELLIOT McGUCKEN),

-v.-

피고, 뉴스위크 유한책임회사(NEWSWEEK LLC),

캐서린 포크 파일라(KATHERINE POLK FAILLA), 지방법원 판사

원고 엘리어트 맥거켄(Elliot McGucken)은 풍경과 바다 경치 사진을 찍은 사진작가이다. 2019년 3월 13일 원고는 자신의 인스타그램 계정에 캘리포니아 데스밸리(Death Valley)에 나타난 간헐호 사진(이하 “사진”)을 게시했다. 다음날, 피고 뉴스위크(Newsweek)는 원고의 인스타그램 게시물인 호수를 기사의 일부로 넣어 간헐호에 대한 기사(이하“기사”)를 게시했다. 원고는 피고가 자신의 동의 없이 웹사이트상의 사진을 복제하고 전시했다고 주장하면서, 저작권 침해를 이유로 본 소송을 제기했다. 피고는 원고의 공개된 인스타그램 게시물인 사진을 사용한 것은 유효한 2차 라이선스를 보유한다거나 사진의 게시가 공정이용을 구성하는 것이라고 주장하면서 원고의 주장은 기각되어야 한다고 주장하였다. 이 판결 이유의 나머지 부분에 제시된 이유로, 피고의 주장을 일부 인용한다.

판결 이유¹⁾

A. 사건 경과(사실관계)

1. 원고의 주장

원고는 캘리포니아 로스앤젤레스에 거주하는 개인이고, 피고는 뉴욕주 뉴욕에 위치한 유한책임회사이다(Am. Compl. 99 4-5). 원고는 자신이 찍은 풍경과 바다 경치 사진을 게시하는 공개 인스타그램 계정을 운영하고 있다(Wolff Decl., Ex. A 참조). 2019년 3월 13일, 원고는 데스밸리 국립공원(Death Valley National Park)에 큰 호수를 묘사한 사진을 자신의 인스타그램 계정에 게시했다(id., Ex. B 참조). 2019년 3월 14일, 피고는 “지구상 가장 뜨겁고 건조한 장소 중 하나인 데스밸리에 거대호수가 나타난다”라는 제목의 기사를 웹사이트에 게시했다(id., Ex. C 참조). 기사는 원고가 간헐호 사진을 담아냈음을 언급했고 호수에 대한 원고의 의견에서 일부를 인용하여 제공했다(Id). 이 소송과 가장 관련 있는 기사는 임베딩(embedding)이라는 프로세스를 통해 원고의 인스타그램 사진 게시물을 포함했다(id 참조, Wolff Decl., Ex. I). 김바 우드(Kimba Wood) 판사가 설명했듯이,

임베딩(Embedding)은 사이트 코더(website coder)가 제3자 서버에 있는 이미지 같은 콘텐츠를 코더의 웹사이트에 포함시킬 수 있다. 개인이 “임베드 코드(embed code)”가 포함된 웹사이트에 방문하면, 사용자의 인터넷 브라우저는 제3자 서버에 내포된 콘텐츠를 검색하고 웹사이트에 표시하도록 지시한다. 이 프로세스의 결과로, 사용자는 제3자 서버에 실제 호스팅된 콘텐츠도 웹사이트를 호스팅하는 서버 대신에, 웹사이트에 내포된 콘텐츠를 본다.

(Sinclair v. Ziff Davis, LLC, No. 18 Civ. 790 (KMW), 2020 WL 1847841, at *1 (S.D.N.Y. Apr. 13, 2020) (내부 인용 생략))

1) 이 결정문에서 사실관계는 원고의 변경된 소장(Amended Complaint)에서 발췌한 것이며(“Am. Compl.” (Dkt. #17)), 이는 동 소송 변론전문(operative pleading)이다. 또한 법원은 해당 증거물이 원고의 인스타그램 페이지, 사진, 기사를 표시하는 한 Nancy E. Wolff의 진술(“Wolff Decl., Ex. []” (Dkt. #22))에 첨부된 증거물에 의존하고, 이 모두는 변경된 소장에 참조로 포함된다. 참고의 편의를 위해, 법원은 피고의 모두발언 요약물 “Def. Br.” (Dkt. #21)로, 원고의 반대발언 요약물 “Pl. Opp.” (Dkt. #26)로, 원고의 추가적 반대발언 요약물 “Pl. Supp. Opp.” (Dkt. #28)로, 그리고 피고의 답변 요약물 “Def. Reply” (Dkt. #34)로 지칭한다. 또한 법원은 Scott Alan Burroughs의 진술에 대한 증거물을 “Burroughs Decl., Ex. []” (Dkt. #27)라고 언급하지만 이를 따르지는 않는다.

원고는 피고가 기사에 사진을 사용하는 것에 동의한 적이 없고 피고는 사진 사용에 대해 원고에게 전혀 보상하지 않았다(Am. Compl. ¶ 10). 2019년 4월 1일, 원고는 미국 저작권청(Copyright Office)에 등록번호 VA 2-145-698로 사진을 등록했다(Am. Compl. ¶ 9; id., Ex. B). 이를 후인 2019년 4월 3일, 원고는 피고에게 추정되는 침해사실(putative infringement) 통지를 제공하고 피고가 기사에서 사진을 삭제할 것을 요청하는 경고장(cease and desist letter)을 보냈다(Id. at ¶ 11). 그러나 뉴스위크(Newsweek)는 2019년 10월 13일 현재 사진을 삭제하거나 기사를 내리지 않았다(Id.).

2. 인스타그램의 이용 약관²⁾

원고가 인스타그램에 공개적으로 사진을 게시한 결정으로 인해 사진에 대한 유효한 2차적 라이선스를 보유하고 있다는 피고의 주장에 관하여(see Def. Br. 13), 법원은 당사자의 인스타그램 사용에 적용되는 다양한 계약의 개요를 제공한다. 인스타그램을 사용하기 위해 가입하는 모든 사람은 인스타그램의 이용약관에 동의한다(Wolff Decl., Ex. D). 이용약관은 사용자가 “개인정보 또는 기밀정보를 게시하거나 지식재산권을 포함하여 타인의 기타 권리를 침해하는 행위”를 금지한다(Id., Ex. E at 4). 또한 이용약관은 다음을 규정한다:

귀하가 지식재산권이 적용되는 콘텐츠를 공유, 게시, 또는 업로드할 때..., 귀하는 인스타그램에게 귀하의 콘텐츠를 호스팅, 사용, 배포, 수정, 실행, 복사, 공개적으로 수행 또는 표시, 번역 및 파생 저작물을 생성할 수 있는 비독점적이고 사용료가 없으며 양도 가능하고 2차 라이선스를 가질 수 있는 전 세계적인 라이선스를 부여한다((귀하의 개인정보 및 애플리케이션 설정과 일치함)(Id.)).

2) 법원은 인스타그램의 가입 페이지(Sign-Up Page) (Wolff Decl., Ex. D); 인스타그램의 이용약관(Terms of Use) (id., Ex. E); 인스타그램의 개인정보처리방침(Privacy Policy) (id., Ex. F); 및 인스타그램의 플랫폼 정책(id., Ex. G)을 주지의 사실(judicial notice)로 본다. 네 개의 항목 모두 공개적으로 접근할 수 있고; 항목의 직위여부에 대한 논란이 없으며; 항목에 있는 용어의 의미에 대해서는 논란이 있을 수 있지만, 용어의 존재 자체는 논란이 없다. Fed. R. Evid. 201(b)(2); Force v. Facebook, Inc., 934 F.3d 53, 59 n.5 (2d Cir. 2019)를 참조. (페이스북에서 공개적으로 이용가능한 서비스 약관 및 커뮤니티 규정(Community Standards)은 주지의 사실의 대상이었음을 확인함). 그러나 법원은 위에 인용된 항목들이 2020년 2월 28일 인스타그램의 약관 및 정책((Wolff Decl., Ex. D-G)를 참조)을 나타내며, 인스타그램의 현재 정책 및 약관을 나타내지 않을 수 있다고 언급한다.

“서비스에 접속하는 방문자, 사용자 등 모두에게 적용되는” 인스타그램의 개인정보처리방침은 “동 개인정보처리방침과 당사의 이용약관에 따라 다른 사용자는 귀하가 인스타그램을 통해 공개적으로 제공한 귀하의 사용자 콘텐츠(User Content)를 검색, 확인, 사용 또는 공유할 수 있다”라고 규정하고 있다(Wolff Decl., Ex. F at 2).

또한 “귀하의 프로필 및 개인정보 설정에 따라, 귀하가 공개한 모든 사용자 콘텐츠는 다른 사용자가 검색할 수 있고 인스타그램 API에서 사용할 수 있다.”(Id. at 4).³⁾ 개인정보처리방침은 사용자가 “사용자 콘텐츠를 공유하거나 공개하면, 다른 사용자가 사용자 콘텐츠를 다시 공유할 수 있다.”라고 명시한다(Id.).

마지막으로, 인스타그램의 플랫폼 정책은 API 사용에 적용된다(Wolff Decl., Ex. G at 2 참조). 플랫폼 정책은 플랫폼이 “방송사와 게시자가 콘텐츠를 찾고, 미디어에 대한 디지털 권한을 얻으며, 웹 임베드를 사용하여 미디어를 공유하는 것”을 제공하도록 한다(Id). 그러나 플랫폼 정책은 사용자가 “개별 소유자가 인스타그램 사진 및 동영상 사용에 부당한 요구사항 또는 제한사항을 준수할 것”을 지시하고 또한 사용자가 지식재산권 등 어떤 권리를 위반하는 콘텐츠의 “제공 또는 홍보”를 금지한다(Id. at 2-3). 플랫폼 정책은 플랫폼이 사용자에게 라이선스를 부여하지만 “사용자 콘텐츠는 인스타그램이 아닌 사용자가 소유한다”라고 규정한다(Id. at 4).

B. 사건 경과(절차관계)

원고는 2019년 10월 17일 피고 등(identified individuals)을 상대로 소장을 접수함으로써 소송을 제기했다(Dkt. #1). 2019년 11월 13일, 법원은 변론준비기일을 2020년 2월 20일로 계획했다(Dkt. #8). 2019년 12월 6일, 피고는 기각신청 의도를 법원에 통보했다(Dkt. #13). 원고는 2019년 12월 11일 피고의 사전 기각 신청서에 대해 답변하였다(Dkt. #14).

2019년 12월 12일, 법원은 당사자들에게 2020년 1월 7일 사전 기각신청에 대한 회의를 위해 출두하도록 명령하였고, 변론준비기일을 무기한 연기하였다(Dkt. #15). 당

3) “API” 또는 “애플리케이션 프로그래밍 인터페이스(application programming interface)”는 “계정이 ‘공개’ 모드로 설정된 다른 사용자에 의해 게시된 콘텐츠에 사용자가 접근하고 공유할 수 있도록” 한 서비스이다. Sinclair v. Ziff Davis, LLC, No. 18 Civ. 790 (KMW), 2020 WL 1847841, at *1 (S.D.N.Y. Apr. 13, 2020).

사자들은 2020년 1월 7일 예정된 사전 기각신청에 대한 회의에 참석했으며, 이때 법원은 원고에게 소장의 내용을 변경하도록 허용하고, 피고가 고려한 기각신청에 대한 브리핑을 계획했다(2020년 1월 7일 기록).

2020년 1월 24일, 원고는 변경된 소장을 제출하였다(Dkt. #17). 2020년 2월 28일, 피고는 기각신청을 하면서 준비서면과 청구신청서를 첨부했다(Dkt. #20-22). 원고는 2020년 4월 13일 청구신청서와 함께 피고의 주장을 반박하는 준비서면을 제출했다(Dkt. #26-27). 2020년 4월 20일, 원고는 신클레어(Sinclair) 사건에서 Kimba Wood 판사의 결정을 고려하여 표면상 피고의 동의를 얻어 추가적 준비서면 제출을 위한 기간 연장을 요청했다(Dkt. #28). 2020년 4월 21일 법원은 원고의 요청을 승인했고(Dkt. #29), 같은 날 피고는 원고가 피고에게 한 추가적 준비서면 신청에 있어 자신의 의도를 허위로 진술했다고 법원에 통보했다(Dkt. #30). 이에 대한 답변으로, 법원은 신클레어(Sinclair) 사건에서 Wood 판사의 결정이 직접 다룬 추가적 준비서면 내용의 일부만을 고려할 것이라고 결정내렸다(Dkt. #31). 2020년 5월 4일 피고는 답변서(reply brief)를 제출했다(Dkt. #34).

주장에 대한 판단(DISCUSSION)

A. 연방 민사소송규칙 제12조 (b)항 (6)호에 따른 기각신청

연방 민사소송규칙 제12조 (b)항 (6)호에 따른 기각신청을 고려할 경우, 법원은 “원고에게 유리한 모든 합리적 추론을 도출하고 사실에 입각한 모든 주장을 사실이라고 가정하며 이것이 구제할 권리를 타당하게 부여하는지 여부를 결정해야 한다(Faber v. Metro. Life Ins. Co., 648 F.3d 98, 104 (2d Cir. 2011) (내부 인용부호 생략); Ashcroft v. Iqbal, 556 U.S. 662, 678 (2009) 참조 (“기각신청에도 소송이 계속되려면, 구제를 주장하는 것이 표면상 타당하다고 진술하기 위해 소송이 사실로 인정되는, 즉 충분히 사실에 기반한 내용을 포함해야 한다.”(내부 인용부호 생략)).” 원고는 “구제를 주장하는 것이 표면상 타당하다고 진술하기 위해 충분한 사실들”을 주장할 경우 구제받을 권리가 있다(Bell Atl. Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544, 570 (2007); 그리

고 In re Elevator Antitrust Litig., 502 F.3d 47, 50 (2d Cir. 2007) 참조(“트웬블리(Twombly)에서는 좀 더 구체적인 사실상의 변론(fact pleading)을 요구하지는 않지만, 원고의 주장이 가능성(conceivable)에서 타당성(plausible)의 수준으로 이동하려면 충분한 사실들이 필요하다.” (내부 인용부호 생략) (Twombly, 550 U.S. at 570 인용)). 즉, 법원은 “추단적 혐의제기(conclusory allegations)나 사실에 기초한 결론(factual conclusions)으로 가장한 법적 결론(legal conclusions)을 수용할 의무가 없다(Rolon v. Henneman, 517 F.3d 140, 149 (2d Cir. 2008) (내부 인용부호 생략); 그리고 Harris v. Mills, 572 F.3d 66, 72 (2d Cir. 2009) 참조(“법원은 소장에 있는 모든 혐의(allegations)를 사실로 받아들여야 하지만, 이러한 신조(tenet)는 법적 결론에 적용될 수 없으며, 단순한 결론 진술로 뒷받침 된(by mere conclusory statements) 청구원인(cause of action) 요건의 진부한 설명으로는 충분하지 않다.” (내부 인용부호 생략) (Iqbal, 556 U.S. at 678 인용)).” 더욱이, “소장이 피고의 책임과 ‘그저 일관된’ 사실들을 주장하는 경우에는, ‘구제받을 권리의 가능성과 타당성의 사이의 경계가 사라진다(stops short of the line).’”(Iqbal, 556 U.S. at 678 (Twombly, 550 U.S. at 557 인용)).

B. 법원은 피고의 기각신청을 대체로 거부

기각신청에서, 피고는 원고가 저작권 침해에 대한 실행 가능한 직접청구권(viable direct claim)을 주장했다는 것에 이의를 제기하지 않는다. 대신, 피고의 신청은 주로 두 가지 독립적인 항변에 기반한다: (i) 원고가 인스타그램에 사진을 공개적으로 게시한 것은 뉴스위크(Newsweek)에게 인스타그램의 임베딩 기능을 통해 사진을 사용할 수 있는 2차적 라이선스(Sublicense)를 부여했다(Def. Br. 12-13), 그리고 (ii) 피고의 사진 사용은 법률상 공정이용을 구성하였다(id. at 14). 법원은 개별 항변을 차례대로 다룬다.

1. 법원은 이 단계에서 피고가 유효한 2차적 라이선스에 의하여 행동하였다는 것을 발견하지 못함

피고의 첫 번째 항변은 간단하면서도 비교적 참신하다. 피고는 인스타그램의 다양한 약관 및 정책에 따라 원고가 인스타그램에 공개적으로 사진을 게시하기로 결정했을 때,

인스타그램에게 사진에 대한 2차적 라이선스를 부여할 수 있는 라이선스를 부여했다고 주장한다(Def. Br. 13). 그런 다음 뉴스위크(Newsweek)는 인스타그램의 API를 사용하는 기사에 사진을 삽입했고(embedded), 그렇게 함으로써 이미 인스타그램에 부여된 2차적 라이선스를 행사하였다(Def. Reply 4). 피고의 주장을 검토하면서, 법원은 빈 캔버스에 그림을 그리지 않았다. 실제로, 김바 우드(Kimba Wood) 판사가 인스타그램 상의 공개적 게시물의 웹 임베드(web embed)가 저작권 침해주장을 제기할 수 있는지 여부라는 똑같은 질문을 2달 전에 검토했다(일반적으로 Sinclair, 2020 WL 1847841 참조). 생클레르(Sinclair) 사건에서, (미디어 웹사이트) 매셔블(Mashable)은 생클레르가 이전에 인스타그램에 업로드하고 공개적으로 게시한 사진을 삽입시킨 기사를 게시했다(id. at *1 참조). 인스타그램의 다양한 약관 및 정책에 따라 생클레르는 인스타그램에 문제의 사진에 대한 2차적 라이선스를 부여했고, “원고는 인스타그램에 사진을 업로드 했고 이를 ‘공개’로 지정했기 때문에, 매셔블이 인스타그램의 2차적 라이선스자로서 웹사이트에 사진을 삽입하는데 동의했다.”라고 매셔블(Mashable)은 주장했고 우드 판사는 판결했다(Id. at *2-3).

법원은 우드 판사의 결정이 합리적이라고 판단하고 인스타그램의 이용 약관 및 기타 정책에 대한 법원의 해석에 동의하지 않을 이유가 없다고 보았다. 실제로, 인스타그램이 원고가 공개적으로 게시한 사진에 대해 다른 사용자에게 2차적 라이선스를 부여할 권리가 없다고 원고가 주장하는 한에서는, 법원이 해당 주장을 단호히 거부한다. 이용 약관은 인스타그램에게 원고가 공개적으로 게시한 콘텐츠에 2차적 라이선스를 부여할 수 있는 라이선스를 명백히 부여하고(Wolff Decl., Ex. E at 4 참조), 프라이버시 정책은 “귀하가 인스타그램을 통해 공개적으로 제공한 모든 사용자 콘텐츠(User Content)를 다른 사용자가 검색, 확인, 사용, 공유할 수 있다”라고 명시하고 있다(id., Ex. F at 2).

그렇기는 하지만, 법원은 소송의 현 단계에서 라이선스 이론에 근거해 원고의 소를 기각할 수 없다. 원고가 추가적 준비서면에서 언급했듯이, 법원엔 인스타그램과 피고 사이에 2차적 라이선스에 대한 증거가 없다(Pl. Supp. Opp. 7-9). 비록 인스타그램의 다양한 약관 및 정책이 피고와 같은 주체가 다른 사용자들의 콘텐츠를 공유하기 위해 웹 임베드(web embeds)를 사용할 가능성을 분명히 예상한다 해도(Wolff Decl., Ex. G at 2 참조(인스타그램의 플랫폼이 어느 정도는 “방송사 및 출판사가 콘텐츠를 발견하고, 미디어에 대한 디지털 권한을 획득하며, 웹 임베드(web embeds)를 사용해 미디어

어를 공유하는 것을 지원하기 위해” 존재한다)), 어느 것도 공개적으로 게시된 콘텐츠를 임베드하는 사람들에게 2차적 라이선스를 명시적으로 부여하지는 않는다. 또한 법원은 변론에서 잠재적인 묵시적 2차 라이선스에 대한 증거도 찾을 수 없다(*SHL Imaging, Inc. v. Artisan House, Inc.*, 117 F. Supp. 2d 301, 317 (S.D.N.Y. 2000) 참조 (“묵시적 라이선스는 저작자가 저작물이 특정목적을 위해 다른 사람에 의해 사용될 것이라 것에 대한 인식과 의도를 가지고 저작물을 만드는 경우에만 존재할 수 있다”라고 언급함(*SmithKline Beecham Consumer Healthcare, L.P. v. Watson Pharms., Inc.*, 211 F.3d 21, 25 (2d Cir. 2000) 인용)).

법원은 인스타그램의 다양한 약관 및 정책이 임베드한 자(embedders)에게 2차적 라이선스를 부여한다고 해석할 가능성이 있음을 인정하지만, 규칙 12 (b)(6) 신청에 따른 법원의 역할은 “원고에게 유리한 모든 합리적 추론을 도출하는 것”이다(*Faber*, 648 F.3d at 104). 이 단계에서 허용되는 제한된 검토(review)를 고려할 때, 법원은 피고가 인스타그램의 2차적 라이선스에 따라 행동했는지를 알 수 없다. 따라서, 이러한 이유로 피고의 기각신청은 거부된다.

2. 피고의 사진 임베딩은 법률상 공정이용을 구성하지 않음

두 번째 독립적인 기각 사유로, 피고는 해당 행위가 공정이용을 구성했다고 주장한다 (Def. Br. 14-15). 원고가 이번 소송을 저작권법에 따라 제기하였는바, 저작권법은 “저작자에게 원저작물 배포(및 이에 따른 수익의 기회)에 대한 제한적인 독점권을 부여함으로써(Authors Guild, Inc. v. HathiTrust, 755 F.3d 87, 95 (2d Cir. 2014)”, “과학과 유용한 기술의 발달을 촉진시키기 위해” 만들어졌다(미국 연방헌법 제1조 제8절 제8항). 하지만 창작자가 자신의 저작물을 통제하는 데에도 제한이 존재한다. 특히, “‘공정이용’의 원칙은 특정 상황에서 공중이 저작물을 저작권 보유자의 허가 없이 이용할 수 있게 한다(Id.)” “공정이용 판단은 개방적이고(open-ended) 상황을 신중히 고려하는(context-sensitive) 심리(inquiry)이다(*Cariou v. Prince*, 714 F.3d 694, 705 (2d Cir. 2013).” 그러나 의회는 해당 사용이 공정한지 여부를 알아내는 네 가지 비독점적 요건(nonexclusive factors)을 규정하였다:

- (1) 그 사용이 상업적 성질의 것인지 또는 비영리적 교육목적을 위한 것인지 등, 그 사용의 목적과 성격;
- (2) 보호되는 저작물의 성격;
- (3) 사용된 부분이 보호되는 저작물 전체에서 차지하는 양과 상당성;
- (4) 그 사용이 보호되는 저작물의 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향.

미국 저작권법 제107조(17 U.S.C. § 107).

“공정이용은 적극적 항변(affirmative defense)이므로 피고는 해당 이용이 공정하다는 것을 증명할 책임이 있다(*Yang v. Mic Network, Inc.*, 405 F. Supp. 3d 537, 542 (S.D.N.Y. 2019) (*Authors Guild v. Google, Inc.*, 804 F.3d 202, 213 (2d Cir. 2015) 인용)).” “증거개시절차(discovery)가 관련된 어떠한 추가적 정보도 제공하지 않을 것이고 ‘법원이 공정이용인지 여부를 결정하는데 필요한 것이 문제가 된 두 저작물뿐인 경우’ 법원은 피고의 공정이용 항변에 기초한 침해주장의 기각신청을 승인해 왔다(*May v. Sony Music Entm’t*, 399 F. Supp. 3d 169, 188 (S.D.N.Y. 2019) (*Arrow Prods., Ltd. v. Weinstein Co.*, 44 F. Supp. 3d 359, 368 (S.D.N.Y. 2014) 인용)).” 그러나 이전에 말했듯이, “이와 같은 신청을 승인한 사건은 부족하다(dearth)(*BWP Media USA, Inc. v. Gossip Cop Media, LLC*, 87 F. Supp. 3d 499, 505 (S.D.N.Y. 2015)).”

a. 사용의 목적과 성격은 원고에게 유리함

“공정이용 심리의 핵심”으로서 묘사되어 온 공정이용 심리의 첫 번째 요건은(*Cariou*, 714 F.3d at 705 (원문 수정) (내부 인용 부호 생략) (*Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244, 251 (2d Cir. 2006) 인용)), 새로운 저작물이 “단순히 원저작물(objects of the original creation)을 ‘대체’하는지 아니면 원저작물에 새로운 표현, 의미, 메시지를 변경함으로써 추가적 목적이나 다른 성격의 새로운 것을 추가하는 것인지 여부를 부분적으로 묻는다; 즉, 새로운 저작물이 ‘변형적(transformative)’인지 여부와 그 정도에 대해 묻는다(*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 579 (1994) (*Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342, 348 (C.C.D. Mass. 1841 인용) (Story, J.)); Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105, 1111 (1990)).”

제2 연방순회 항소법원은 다음을 인정했다.

뉴스보도와 유사한 활동의 맥락에서, ... 대중에게 정보를 정확하게 전달할 필요가 있는 경우, 피고가 원저작물의 변경(alteration)없이 충실하게 복제하는 것이 바람직하고 저작권법에도 일치하는 경우가 있다. 법원은 주변 논평(surrounding commentary)이나 비판에 의해 입증된 바와 같이, 저작물의 변경된 목적이나 전후맥락을 강조함으로써 보통 이와 같은 이용을 변형적(transformative)이라고 판결한다.

Swatch Grp. Mgmt. Servs. Ltd. v. Bloomberg L.P., 756 F.3d 73, 84 (2d Cir. 2014)

그러나 제2 연방순회 항소법원에서는 “법은 저작물이 변형적(transformative)이라고 간주되기 위해서 원저작물이나 그 저작자에 대해 논평할 것을 요건으로 도입하고 있지 않다”라고 하면서, 논평이 공정이용 항변에 필수적이라는 다툼에 대해 구체적으로 거부했다(*Cariou*, 714 F.3d at 706). “대신, ... 공정이용이 되려면, 일반적으로 새로운 저작물은 ‘새로운 표현, 의미, 메시지’로 원저작물을 변경해야 한다(*Campbell*, 510 U.S. at 579 인용).” 일반적으로, “새로운 저작물이 더 변형적(transformative)일수록, 공정이용 판단에 불리한 ... 다른 요건의 중요도가 더 줄어들 것이다(*Barcroft Media, Ltd. v. Coed Media Grp., LLC*, 297 F. Supp. 3d 339, 351 (S.D.N.Y. 2017) (*Campbell*, 510 U.S. at 579 인용)).”

2차적 사용의 상업적 성격도 관련이 있다; “(광범위한 공적 이익을 제외하고) 2차적 사용자가 취득한 사적인 경제적 보상이 더 크면 클수록, 첫 번째 요건이 저작권 소유자에게 유리할 가능성이 더 높아지고 사용이 공정이용으로 간주될 가능성이 더 낮아질 것이다(*Swatch*, 756 F.3d at 83 (원문 수정) (내부 인용 부호 생략) (*Am. Geophysical Union v. Texaco Inc.*, 60 F.3d 913, 922 (2d Cir. 1994) 판결 인용); *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 562 (1985) 판결 일치 (“출판물이 비영리가 아닌 상업적이라는 사실은 공정이용 판단에 불리한 경향이 있는 요건과 별도의 요건이다.”)).”

한편, “비평, 논평, 및 뉴스보도와 같은 목적”은 저작권법에 공정이용의 전형적 사례로 명시되어 있고(미국 저작권법 제107조), 제2 연방순회 항소법원은 “대부분의 신문, 서적 및 잡지가 이익을 추구하는 상업적 기업(commercial enterprises)에서 출판하고 있다”라는 것을 인식하고 있었다(*Swatch*, 756 F.3d at 83 (원문 수정) (*Consumers Union of U.S., Inc. v. Gen. Signal Corp.*, 724 F.2d 1044, 1049 (2d Cir. 1983) 인용)).” 따라서 저작물이 본질적으로 상업적일 수 있지만, 저작물이 변형

적(transformative)인 경우 법원은 “저작물의 변형적 성격으로 인해 해당 사실을 그렇게 중요한 위치에 두지 않는다(*Cariou*, 714 F.3d at 708).”

마지막으로, 첫 번째 법적 요건을 고려하면서 법원은 피고가 저작물의 사용에 있어 악의적으로(bad faith) 행동하였는지 여부를 고려해야 한다(*NXIVM Corp. v. Ross Inst.*, 364 F.3d 471, 478 (2d Cir. 2004) 참조. 그러나 “피고의 선의 또는 악의가 ... 고려되어야 하지만, 이는 일반적으로 공정이용 분석에 거의 기여하지 않는다.” *Ferdman v. CBS Interactive, Inc.*, 342 F. Supp. 3d 515, 531 (S.D.N.Y. 2018) (*NXIVM Corp.*, 364 F.3d at 479 n.2 인용); 또한 *Yang*, 405 F. Supp. 3d at 546 참조 (“제2 연방순회 항소법원은 악의가 그 자체로 ‘공정이용 문제나 심지어 첫 번째 요건을 결정하는 것이 아니라고 주의를 주었다.’ (*NXIVM Corp.*, 364 F.3d at 479) 인용)).

사진을 기사에 사용한 것과 비교하였고, 법원이 기각 신청에 있어 해야 하는 대로, 법원은 피고의 사진 사용이 변형적인지를 법률상 문제로 볼 수 없었다. 동급의 법원 (Sister courts)에서는 사진 그 자체가 기사의 주제인 경우, 뉴스 기사에 저작권의 보호를 받는 사진의 사용이 변형적이라고 타당하게 간주될 수 있다고 언급했다(예를 들어, *Ferdman*, 342 F. Supp. 3d at 534 참조. (기사의 중심 주제가 사진의 존재와 사진에 대한 논평이기 때문에, 기사에 사진을 사용하는 것이 변형적이라고 판결함); *Barcroft Media*, 297 F. Supp. 3d at 352 (“인터넷에 널리 퍼져 있는 비디오에 대한 뉴스 보도는 모든 소동이 무엇인지 설명하기 위해 해당 비디오에서 스크린 샷(screenshot)이나 클립(clip)을 공정하게 전시할 수 있을 것이다”라고 언급함)). 그러나 여기에서는 그렇지 않다. 원고는 그가 관찰한 현상에 대해 삽화로써 사진을 게시했고, 피고는 주로 기사의 주제를 묘사하는 설명 보조자료(illustrative aid)로써 사진을 사용했다 (*Ferdman*, 342 F. Supp. 3d at 534 참조. (*Barcroft Media*, 297 F. Supp. 3d at 352 인용)). 그리고 기사가 사진 촬영에 대한 원고의 인용문이 포함된 것은 사실이지만, 해당 사진은 그 자체가 기사의 핵심(focus)이 아닐 경우, 일부 형식적인 해설(token commentary)을 추가하는 것만으로는 사진 사용을 변형하였다고 하기에는 충분하지 않다.

피고는 *Nunez v. Caribbean International News Corp.*, 235 F.3d 18 (1st Cir. 2000) 판례를 인용하여, 사진 이용의 성격을 변형적인 것으로서 보강하려고 시도한다

(Def. Br. 17). 누네즈(*Nunez*) 사건에서, 전문 사진작가는 1997년에 여러 장의 미스 유니버스 푸에르토리코(Miss Puerto Rico Universe) 사진을 찍었고, 그 중 적어도 한 장은 그것의 위험성(*risqué nature*)으로 인해 논쟁을 불러 일으켰다(235 F.3d at 20 참조). 사진 중 3장은 이후 원고의 허락 없이, 사진을 둘러싼 논란을 논의하는 기사의 일환으로 피고의 신문에 게재되었다(*id* 참조). 제1 연방순회 항소법원은 피고의 사용이 변형적이라고 판결하면서, 다음과 같이 설명했다.

중요한 것은 ... 원고의 사진이 원래 신문이 아닌, 포트폴리오 모델링(*modeling portfolios*)에 게재(*appear*)될 것을 의도 했다는 점이다 따라서, 편집 해설(*editorial commentary*)과 함께 사진을 이용함으로써, 엘 보세로(*El Vocero*)는 ... 사진에 새로운 “의미 또는 메시지”를 부여함으로써 “추가적 목적(*further purpose*)”으로 저작물을 사용했다.

(*Id.* at 23).

본 사건(*instant action*)에서, “미술 풍경 사진”용으로 의도한 사진을 찍었다는 것, 그리고 이 용도를 뉴스 또는 사실로 변형시켰다는 이유를 들어 피고는 해당 사용이 변형적인 것과 유사하고 주장한다(Def. Br. 18). 그러나 이것은 당사자의 용도를 너무 세밀하게 구분한다. 중요한 것은 누네즈(*Nunez*) 사건에서 피고가 원고의 사진을 원래 목적(사진 견본(*modeling photographs*))에서 뉴스 기사의 주제로 변형시킴으로써 원고의 사진에 새로운 의미가 담기게 되었다는 것이다. 여기에서 피고는 그러한 새로운 의미를 사진에 담지 않았다. 이미 언급했듯이, 사진은 단지 설명 보조자료(*illustrative aid*)로써 기사에 포함되었다. 따라서 피고가 누네즈(*Nunez*) 판례를 인용한 것은 설득력이 없으며, 법원은 피고의 사진의 비변형적 이용은 첫 번째 법률상 요건이 원고 측에 유리하게 작용하게 만든다고 판결을 내린다.

법원이 첫 번째 단계(사진의 상업적 이용 및 피고의 이용이 악의적이었는지 여부)에서 고려해야 할 기타 요건들은 법원의 분석을 크게 변경시키지 않는다. 변론으로부터 피고의 이용이 본질적으로 상업적이라는 것은 분명하며, 피고는 이 사실에 대하여 이의를 제기하지 않는다. 이 같은 이용은 공정이용이라는 판단에 훨씬 더 불리하다(*Ferdman*, 342 F. Supp. 3d at 537 (*Harper & Row*, 471 U.S. at 562 인용) 참조). 또한 원고는 피고가 악의로 행동했다고 법원에서 판단할 것을 촉구한다(Pl. Opp. 18). 그러나 변론에서는 어떤 방식으로든 피고가 선의로 행동했는지, 악의로 행동했는지 여부에 대하여 어떤 언지도 없다.⁴⁾ 그러므로, 이 요건은 법원의 판결을 강화시키지도 훼손시키지

도 않는다. 피고의 사진 이용의 목적과 성격은 원고에게 유리하다.⁵⁾

b. 보호되는 저작물의 성격에 대한 요건은 양당사자 모두에게 유리하지 않음

두 번째 공정이용의 요건은 “보호되는 저작물의 성격”이다(미국 저작권법 제107조). 이 요건에서는 “[i] 저작물이 사실적이거나 정보를 제공하는 것이라면 공정이용 주장을 허용하는데 더 큰 재량을 가지게 되는바, ... 저작물이 표현적인지 창작적인지 여부와 [ii] 미공표된 저작물과 관련된 공정이용의 범위는 상당히 좁은바, 저작물이 공표되었는지(published) 미공표되었는지(unpublished) 여부”를 분석해야 한다(*Cariou*, 714 F.3d 709-10 (원문 수정) (내부 인용 및 인용부호 생략) (*Blanch*, 467 F.3d at 256 인용)). 전자에 관해서, “법은 일반적으로 소설이나 판타지 저작물보다 사실적 저작물을 전파해야 할 필요성이 더 크다는 것을 인정한다(*Harper & Row*, 471 U.S. at 563; *Authors Guild*, 755 F.3d at 96 일치 (“두번째 요건은 저작물이 ‘저작권법이 가치를 두고 발전을 추구하는 창의적(creative) 유형인지 또는 교훈적(instructive) 유형’인지 여부를 고려한다(Leval, *supra*, at 1123) 인용)).” 후자에 관해서, “저작물이 미공표되었다는 사실은 저작물의 ‘성격’에서 중요한 요소이다(*Harper & Row*, 471 U.S. at 564).” 저작자의 최초 공표에 대한 권리의 중요성으로 인해, “미공표된 저작물의 성질은 반드시 결정적인 것은 아니더라도 공정이용 항변을 무력화(defense)시키게 하는(negate) 핵심 요소이다(Id. at 554(내부 수정, 인용 및 인용부호 생략)).”

원고에게 유리한 모든 합리적인 추론을 이끌어내면서, 법원은 두 번째 요건은 어느

4) 원고는 자신의 인스타그램 사진 게시물에 게시된, 자신이 뉴스위크(Newsweek) 기자라고 칭하면서 사진 이용에 허가를 요청하고 있는 이른바 댓글(comment)에 대하여 법원에게 주목할 것을 촉구한다(Burroughs Decl., Ex. 2). 그러나, 이 댓글은 원고의 변경된 소장 어디에도 없으며, 법원은 원고의 증거물을 주지의 사실로 보는 것이 적절하다고 판단하지 않는다. 따라서 법원이 동법 제12조(b)(6)의 신청(motion)에서 댓글을 고려하는 것은 부적절할 것이다(*Goel v. Bunge, Ltd.*, 820 F.3d 554, 559 (2d Cir. 2016)를 참조. (법 제12조(b)(6) 신청에 대해 판결을 내리는 법원은 일반적으로 “소장 길면에 명시된 사실들, ... 소장에 첨부되거나 참고로 소장에 포함된 문서, 그리고 ... 주지의 사실로 받아들여진 사안들”을 넘어서 보지 않는다고 설명함)).

5) 마지막으로, 피고는 “침해가 의심되는 이용이 미국 저작권법 제107조상에 열거된 공정이용의 법률상 예시 범주(이 범주 중 하나가 “뉴스 보도”이다(미국 저작권법 제107조 참조)) 중 하나라면(Def. Br. 16), 첫 번째 요건이 피고에게 유리하다는 강력한 추정”이 된다고 주장한다. 이 같은 강력한 추정이 존재할 수 있지만, *Hosseinzadeh v. Klein*, 276 F. Supp. 3d 34, 42 (S.D.N.Y. 2017) 참조 (*Wright v. Warner Books, Inc.*, 953 F.2d 731, 736 (2d Cir. 1991) 인용), 그럼에도 불구하고 추정만으로는 첫 번째 요건이 피고에게 유리하다고 결론을 내리기에는 불충분하다는 것이 분명하다. 예를 들어, *BWP Media USA, Inc. v. Gossip Cop Media, LLC*, 87 F. Supp. 3d 499, 507 (S.D.N.Y. 2015) 참조.

당사자에게도 유리하지 않다고 판단한다. 피고는 두 번째 요소가 자신에게 유리하다고 주장하지는 않지만(대신에 두 번째 요소가 크게 중요하지 않다고 주장하면서(Def. Br. 19 참조)), 사진은 프레임링(framing)과 채색(coloration)을 통한 창작성 있는 표현의 요소가 확실히 필요한 것으로 본다. 실제로, 피고 자신도 사진을 “미술 조경” 작품으로 특징지었다. (*Id.* at 18). 또한, 법원은 사진이 SFGate 신문에서 사전 공표되었음을 주지의 사실(judicial notice)로 보았지만, 양당사자 모두 사진이 이전에 공표되었는지 여부를 다투지 않는다(*BWP Media USA, Inc. v. Gossip Cop Media, Inc.*, 196 F. Supp. 3d 395, 399 n.3 (S.D.N.Y. 2016) 참조 (기사가 공개적으로 접근 가능하고 내용이 쉽게 확인 가능했기 때문에 기사의 존재를 주지의 사실(judicial notice)로 인정함)). 사진의 창작성은 원고에게 유리하지만, 해당 사진의 사전 공표(prior publication)는 피고에게 유리하다는 점을 감안하여, 법원은 두 번째 요건을 본질적으로 대등한 것(as a wash)으로 보았다.

c. 양과 상당성 요소는 양당사자 모두에게 유리하지 않음

공정이용 판단에서 세 번째 요건은 “사용된 부분이 보호되는 저작물 전체에서 차지하는 양과 상당성”이다(미국 저작권법 제107조). 이 요소를 검토하면서 법원은 “2차적 저작물의 얼마만큼이 원저작물로 구성된 것인지 여부가 아닌, 사용된 원저작물의 비율”을 고려한다(*Cariou*, 714 F.3d at 710; *Harper & Row*, 471 U.S. at 565 일치). “궁극적으로, 쟁점(question)은 ‘사용된 자료(materials)의 양과 질(quantity and value)이 복제의 목적에 비추어(in relation to) 합리적인지 여부’이다(*Blanch*, 467 F.3d at 257 (내부 인용부호 생략) (*Campbell*, 510 U.S. at 586 인용)).” 법원이 거듭 강조했듯이, 이번 심리(inquiry)는 “사용된 자료의 양뿐만 아니라, 자료의 질과 중요성(quality and importance)에 대한 고려도 요구한다(*Campbell*, 510 U.S. at 587; 예를 들어, *Hollander v. Steinberg*, 419 F. App’x 44, 47 (2d Cir. 2011) 일치 (약식 명령(summary order)) (소송 목적을 위한 전체 복제를 합리적(reasonable)이라고 판단함)).

본 사건(instant action)에서, 피고는 사진 전체를 복제했다. 그러나 “이 요건은 ‘사진이 모든 의미를 보존하기 위해 작품의 전체 또는 거의 대부분을 사용해야 한다는 것을 고려할 때, 가치를 전혀 잃지 않고 일부 조각을 발췌할 수 있는 글이나 작곡

(musical composition)과 같은 저작물을 고려할 때보다, 즉 가치를 전혀 잃지 않고 일부 조각을 발췌할 수 있는 경우보다 덜 중요한 요건'이다(*Ferdman*, 342 F. Supp. 3d at 539 (*N. Jersey Media Grp. Inc. v. Pirro*, 74 F. Supp. 3d 605, 621 (S.D.N.Y. 2015) 인용))." 사진이 기사에서 사용된 목적을 고려할 때, 법원은 사진 전체가 얼마나 적게 사용될 수 있었는지를 알기 어렵다. 따라서, 법원은 원고에게 소송 중 이 단계까지 원고의 주장을 존중한다 해도, 법원은 이 요건이 중립적이라고 판단한다(*id* 참조. at 539-40 (필요 이상으로 저작물이 사용되지 않은 경우 세 번째 요건은 중립적이라 판단함)).

d. 사용의 영향 요건은 원고에게 유리함

공정이용 심리(*inquiry*)에서 네 번째이자 마지막으로 열거된 요건은 “그 사용이 보호되는 저작물의 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향”이다(미국 저작권법 제107조). 대법원은 이 요건을 “의심할 여지없이 공정이용의 가장 중요한 요건(*undoubtedly the single most important element of fair use*)”으로 설명했다(*Harper & Row*, 471 U.S. at 566). 제2 연방순회 항소법원은 다음과 같이 강조했다.

여기서 핵심(*focus*)은 피고가 시장에 원본 대체물을 제공했는지 여부이다. 우리의 관심은 2차적 이용이 원저작물 또는 잠재적 2차적저작물(*potential derivatives*)의 시장을 억제하거나 파괴시키는지 여부가 아니라, 2차적 사용이 원저작물의 시장을 잠식하는지 여부이다.

(*NXIVM Corp.*, 364 F.3d at 481-82.)

다르게 말하면, 심리의 핵심(*focus of the inquiry*)은 “잠재적인 구매자가 원저작물에 우선해서 복제물 취득을 선택할 가능성이 있어서 저작권 보유자의 상당한 이익을 박탈하도록 ... 해당 복제가 원저작물에 대한 경쟁적인 대체물을 시장에 제공하는지 여부”이다(*Yang*, 405 F. Supp. 3d at 547 (*Harper & Row*, 471 U.S. at 566 인용)). 더욱이, 법원은 “특정 침해로 인해 발생한 시장 피해뿐만 아니라 ... 문제가 되는 사용(*challenged use*)이 만연해질 경우, 해당 저작물의 잠재적 시장에 악영향을 미칠 수 있는지 여부”를 질문해야 한다(*Barcroft Media*, 297 F. Supp. 3d at 355 (*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*, 448 F.3d 605, 613 (2d Cir. 2006) 인용)). “이 심리는 ‘반드시 첫 번째 요건과 밀접하게 관련되어 있다; 2차적 이용 목적이 원저작물의 목적과 다를수록, 2차적 이용이 원저작물의 상업시장을 대체할

가능성이 적다(Yang, 405 F. Supp. 3d at 547 (Harper & Row, 471 U.S. at 566 인용)).”

피고는 변경된 소장에서 해당 사진을 대상으로 하는 시장의 존재 또한 피고의 복제에 의한 해당 시장의 잠식(usurpation)이라든지에 관하여 어떠한 사실도 주장하지 않는다고 정확하게 지적한다(Def. Br. 20-21). 그러나 앞서 언급했듯이, 공정이용의 입증 책임은 피고가 진다(May, 399 F. Supp. 3d at 187 참조). 따라서 원고가 시장 잠식을 주장했는지 여부는 관련이 없다. 게다가 대법원이 언급한 바와 같이, “상업적 이용이 원저작물 전체를 단순히 복제한 것에 해당한다면” 시장 침해(market harm)가 추정(presumption)된다(Campbell, 510 U.S. at 591). 법원의 첫 번째 요건에 대한 분석에서 이미 언급했듯이, 피고의 사진 이용은 상업적이면서, 변형적 이용(transformative use)을 구성하는 것과는 대조적으로 원저작물의 단순 복제에 불과했다. 따라서 해당 추정은 여기에 적용된다(Ferdman, 342 F. Supp. 3d at 541(피고가 침해 사진을 상업적으로 이용하는 것이 “원저작물 전체의 복제”인 경우라면 시장 침해에 대한 추정이 적용가능하다고 판단함) 참조). 그리고 추정의 가능성과 변론(pleadings) 상의 대항요건(countervailing considerations) 결여(lack)를 고려할 때, 법원은 마지막 요건은 원고에게 유리하다고 판단한다.

요컨대, 법원은 첫 번째 요건과 네 번째 요건이 원고에게 유리한 반면, 두 번째 요건과 세 번째 요건은 중립적이라고 판단한다. 정황상, 법원은 피고의 사진 이용이 법률상(matter of law) 공정이용이었다고 결론 내릴 수 없다. 따라서, 사진의 공정이용에 근거한 피고의 기각신청(motion to dismiss)은 거부되었다.

3. 원고가 고의를 적절히 변론했음

변경된 소장에서, 원고는 미국 저작권법 제504조 (c)항 (2)호에 따라 법정손해배상(statutory damages)을 청구했다(Am. Compl. ¶¶ 21, 27). 이와 같은 강화된 법정손해배상은 저작권자가 입증책임을 부담하고 법원에서 피고가 고의로 침해를 일으켰다고 판단한 경우에만 적절하다(미국저작권법 제504조 (c)항 (2)호). 피고는 원고가 청구 취지(prayer for relief)를 지지함에 있어 추단적 혐의제기(conclusory allegations)만을 제공했기 때문에 원고의 강화된 손해배상청구가 기각(dismissed)되어야 한다고 주장한다(Def. Br. 21). 그러나 이것은 사실이 아니다. 원고는 피고에게 사진과 관련하여

정지명령 경고장(cease and desist letter)을 보냈으나, 피고가 이 경고장에도 불구하고 사진을 계속해서 사용했다고 주장한다 (Am. Compl. 91 11). 비록 변론(pleadings)은 영성했지만 피고가 사진 침해에 있어 고의적으로 행동했다는 것을 타당하게 추론하기에는 충분했다(Gossip Cop, 196 F. Supp. 3d at 411(고의는 “피고 측의 인식(knowledge) 또는 맹목적인 무시(reckless disregard)만을 요구”한다고 언급함) 참조). 따라서, 원고의 강화된 손해배상 청구가 기각되어야 한다는 피고의 주장은 거절된다.

C. 법원은 원고의 기여침해 및 대위침해 청구에 대한 피고의 기각신청을 승인함

피고는 원고의 기여침해 및 대위침해(Contributory and Vicarious Infringement) 청구에 대해 기각신청을 했다(Def. Br. 22-25). 피고는 변경된 소장이 2차적 책임이론(theory of secondary liability)을 뒷받침할 어떤 사실도 주장하지 않으며, 대신에 단지 추단적 표현(conclusory language)만 나열하고 있다고 주장한다(Id. at 23). 기여침해에 대한 청구를 주장하기 위해서, 원고는 피고가 침해행위(infringing activity)를 인식(knowledge)하면서 제3자의 침해행동에 실질적으로 기여했다는 사실을 입증해야 한다(Smith v. BarnesandNoble.com, LLC, 143 F. Supp. 3d 115, 124 (S.D.N.Y. 2015) 참조). 이와 대조적으로, 대위침해(vicarious infringement)에 대한 주장에서는 “피고가 [제3자에 의한] 침해행위를 지휘·감독할 권리 및 능력의 행사를 거부했으며 침해행위로 인해 직접적인 경제적 이익을 얻었다는 것”을 원고가 주장하도록 요구한다 (Rams v. Def Jam Recordings, Inc., 202 F. Supp. 3d 376, 385 (S.D.N.Y. 2016)).

피고는 변경된 소장이 기여책임이나 대위책임에 대한 청구를 뒷받침할 어떠한 사실도 주장하지 못했다는 점에서 옳았다. 실제로, 신원미상의 피고들이 “원고의 저작권 침해에 기여했거나 여기에 주장된 하나 이상의 잘못된 관행에 가담했다”라고 주장하는 것 외에는(Am. Compl. 91 6), 두 이론에서 분명히 요구하는 것과 같은 제3자들의 존재를 뒷받침할만한 사실이 없다. 기여침해 및 대위침해에 대한 주장과 관련한 모든 원고의 주장들은 “청구원인(cause of action)의 요소에 대한 진부한 설명(threadbare recitals)”에 지나지 않으며(572 F.3d at 72), 따라서 이쿠발과 트웬블리(Iqbal and Twombly) 판례⁶⁾에 의해 요구된 변론 기준을 충족시키지 못한다. 이에 따라, 원고의

6) 피고의 행동이나 제3자의 행동에 관한 제3자의 신원이나 또는 기타 세부사항이 특히 피고의 소유와 통

기여침해 및 대위침해 청구에 대한 피고의 기각신청은 승인된다.

D. 법원은 원고의 변경 허가 요청을 거부함

원고는 “변경된 소장에 결함이 없다는 주장”을 하면서, 원고는 어떤 식으로든 자신의 변론이 부족하다고 법원이 판단할 경우를 대비해 법원에게 변경 허가(leave to amend)를 요청한다(Pl. Opp. 23). 법원은 연방 민사소송법(Federal Rule of Civil Procedure) 제15조 (a)항 (2)호가 변경과 관련하여 자유로운 정책(liberal policy)을 구현하고 있음을 인정하고 있음에도, 여기에서 원고의 요청은 거부된다. 법원은 이미 원고의 독특한(specificity) 주장에 눈에 띄는 변화가 없는 상태에서 소장을 변경할 수 있는 기회를 원고에게 주었고, 원고는 기여침해와 대위책임 청구에 있어 결함을 시정할 방법에 관하여 어떠한 말도 하지 않았다. 실제로, 이미 언급한 바와 같이, 원고는 결함이 없다고 주장한다. 이러한 상황에서, 법원은 원고에게 세 번째 기회를 줄 이유가 없다고 본다(Rosner v. Star Gas Partners, L.P., 344 F. App'x 642, 645 (2d Cir. 2009) (약식명령) (원고들에게 이미 변경할 기회가 주어졌고 소장 상에 결함을 시정할 방법에 관하여 어떠한 말도 제공하지 않은 경우, 변경 허가를 거부하는데 있어서 재량권의 남용은 없었다고 판결함) 참조).

제권 내에 있다면 이러한 추단적 표현(conclusory language)은 잠재적으로 통과할 수 있다는 것이 사실이다. Rosenfeld v. Lenich, 370 F. Supp. 3d 335, 348 (E.D.N.Y. 2019)를 참조. (Citizens United v. Schneiderman, 882 F.3d 374, 384 (2d Cir. 2018) 인용). 그러나 원고는 법원이 그러한 경우라고 믿을 수 있는 정보를 제공하지 않았다.

결론(CONCLUSION)

동 판결이유(Opinion)에서 명시된 이유로, 피고의 기각신청을 일부 인용한다. 원고의 강화된 손해배상 청구에 대한 기각신청에서와 같이 원고의 직접적인 저작권 침해 주장에 대한 피고의 기각신청은 거부된다. 그러나 기여침해 및 대위침해에 대한 원고의 청구에 있어 피고의 기각신청은 승인된다. 이어서, 변경된 소장을 변경하기 위한 원고의 허가 요청은 거부된다.

법원 서기는 소송사건 일람표(docket entry) 20에 신청을 종료할 것을 지시받았다. 2020년 6월 22일까지 피고는 답변서(responsive pleading)를 제출해야 한다. 2020년 6월 29일까지 양당사자는 제안된 사건관리 계획서(Case Management Plan)와 계획에 따라 고려된 공동현황서(joint status letter)를 제출해야 한다.

주문과 같이 판결한다.

일자: 2020년 6월 1일

뉴욕, 뉴욕

KATHERINE POLK FAILLA

미국 지방법원 판사