

외국 저작물의 보호와 상호주의

저자: 정상조

발행년도: 1992

문헌: 한국저작권논문선집; 저작권관계자료집11

권호: I (1992년)

출처: 저작권심의조정위원회

[297]

I. 서론

1. 상호주의의 기원

외국인 저작물의 보호에 관해서 어떠한 태도를 취해왔는가를 살펴보면, 베른협약이 마련되기 이전에는 외국인의 저작물이 거의 보호되지 못했거나 소위 상호주의(Reciprocity)의 제약하에서 한정적으로만 보호되었고, 그러한 상호주의는 현재까지도 각국내법, 저작권보호조약의 상당부분에 그 영향을 미치고 있다. 베른협약이 마련되는 1886년까지만해도, 프랑스와 벨기에를 제외하고는 대부분의 나라들이 내국인의 저작물만을 보호하는 것을 원칙으로 하고 있었다. 즉, 독일이나 스위스 등과 같이 국내출판업자에 의해서 출판된 경우에 한해서 외국인의 저작물을 보호하거나, 또는 영국이나 이탈리아 등과 같이, 보다 넓게, 국내에서 출판된 것인 한, 외국인의 저작물도 보호하는 나라들도 있었지만, 미국이나 그리스 등과 같이 국내에서의(또는 국내 출판업자에 의한) 출판여부에 관계없이 오로지 외국인(또는 내국에 거주하는 자)의 저작물만을 보호하는 나라도 상당수 있었다.주1)

그러나 자국 국민의 저작물에 대해서 특정 외국이 당해 외국 국민의 저작물과 마찬가지로 보호해주는 경우에는, 대부분의 국가들이 그러한 당해 외국 국민의 저작물에 대해서 저작권 보호를 인정해주었다. 이러한 상호주의의 조건하에서 외국인 저작물을 보호하는 경우에도 단순히 자국 국민의 저작물이 외국에서 보호되기만 하면 당해 외국 국민의 저작물을 보호해주는 소위 형식적 상호주의(Formal reciprocity)가 있는가 하면, 외국의 저작권 보호수준이 자국의 보호수준과 같거나 더 높고 자국 국민의 저작물에 대해서도 그러한 수준의 보호를 인정해주는 경우에만 당해 외국 국민의 저작물을 보호해

[298]

주는 소위 실질적 상호주의(Material reciprocity)도 있다. 이러한 상호주의는 그 적용상 많은 문제를 가지고 있는데, 특히 문제된 외국 국민의 저작물을 보호해줄 것인지를 결정하기 위해서는 우선 당해 외국의 저작권보호수준이 어떠한지를 미리 알고 있어야 하고 또한 자국 국민의 저작물이 그러한 외국에서도 보호되고 있는지 여부를 미리 판단해야 한다는 점이다. 일반인은 이러한 문제에 관심이 적고 이러한 판단에는 흔히 다툼이 있기 쉽기 때문에, 소송

을 통해서 법원에서 확정되기 이전에는, 상호주의에 따라서 문제된 외국인의 저작물을 보호 해주어야 할 것인지 여부가 극히 불분명한 상태가 오랜기간 유지될 것이다.주2)

상호주의의 이러한 불확실성을 극복하기 위해서, 유럽의 상당수의 나라들은 특정 외국 국민의 저작물이 상호주의에 따라서 보호될 것인지 여부에 대해서 정부나 왕실에서 공식적인 고지를 하고 동시에 정부간의 양자조약에 의해서 외국인 저작물의 보호를 미리 합의해 두는 경우가 많았다. 19세기 중반과 후반에 대부분의 유럽국가들이 우자조약에 의해서 외국인 저작물의 보호를 인정하고 있었지만, 이와는 대조적으로 대서양 건너에 있는 미국은 아무런 조약도 체결하지 아니하고 그당시 세계적으로 가장 많은 무단복제를 허용하는(즉 그당시 가장 많은 해적판 서적이 만들어지는) 나라로 버티고 있었다.주3) 유럽 대부분의 나라 사이에서 체결된 그러한 양자조약은, 체결국들이 최소한 형식적 상호주의에 따른 상대방체약국 국민의 저작물을 보호해줄 수 있는 전제조건이 갖추어져 있다는 판단을 양정부간에 확인하는 의미에서 체결되는 것이다. 따라서, 그러한 양자조약에 있어서 외국인 저작물 보호에 관한 구체적 기준은, 소위 내국민대우의 원칙(the Principle of National Treatment)에 따라서, 외국인 저작물도 자국 국민의 저작물과 마찬가지로 보호한다는 것이다. 그러나 그당시 양자조약은 대부분의 경우에, 외국인 저작물을 자국 국민의 저작물과 마찬가지로 보호하는 것을 원칙으로 하되, 당해 외국이 상대적으로 낮은 수준의 보호만을 인정하고 있으면 그러한 외국의 저작물에 대해서는 그러한 본국(Country of origin)의 보호수준에 상응하는 보호만을 할수 있음을 허용하고 있다. 또한 그당시 저작권에 관한 양자조약은 대부분 조

[299]

약당사국인 두나라 사이의 통상조약과 함께 또는 그러한 통상조약의 일부로 체결되는 경우가 많아서, 통상조약의 최혜국대우(the Most Favoured Nation)원칙이 저작권에도 적용될 수 있고, 결과적으로 양자조약이 체결된 이후에 제3국과의 통상조약에서 보다 높은 수준의 저작권보호를 인정하게 되면 기존의 양자조약 당사국도 그러한 높은 수준의 저작권보호를 주장할 수 있게 될 수도 있다는 점에서, 외국인 저작물 보호에 있어서 상당한 불확실성을 피할 수 없었다. 양자조약에서의 내국민대우는 조약체결의 상대방 국가의 저작물에만 적용되기 때문에, 조약 당사국인 두나라 국민의 저작물에 상호주의에 의한 저작권보호가 인정된다는 것을 조약명문으로 확인한 것이 양자조약에서의 내국민대우 원칙인 것이라고 볼 수 있다. 따라서 다수 국가 사이에서 적용되는 진정한 내국민대우의 원칙은 다수의 회원국이 참여한 다자조약에서 그 의미를 가지게 될 것이고 여기에 베른협약과 세계저작권협약 등이 마련된 취지가 있다고 할 수 있다.

2. 외국저작물의 개념

베른협약과 세계저작권협약에서의 내국민대우의 원칙에 대해서 살펴보기 이전에, 내국민대우를 받는 대상인 외국저작물이란 무엇인가 또는 특정 저작물의 본국(Country of origin)은 어떻게 결정되는가 그리고 외국인의 저작물이라는 개념과는 어떠한 차이가 있는가 하는 점을 미리 알아볼 필요가 있다. 베른협약에서 본국을 판단하는 기본원칙은, 미발행 저작물(Unpublished works)의 경우에는 당해 저작물 저자의 국적이 본국이 되고, 발행된 저작물의 경우에는 당해 저작물이 최초로 발행된 나라가 당해 저작물의 본국이 된다는 것이다.주4) 베른협약에 의하면, 협약 회원국은 다른 회원국이 본국인 저작물 즉 외국저작물에 대해서 국내법이 내국민에게 부여하는 모든 권리와 베른협약이 특별히 부여한 모든 권리를 인정

해주어야 한다. 세계저작권협약도 본국이라는 용어는 사용하고 있지 않지만, 유사한 개념의 외국저작물에 대해서 내국민대우를 보장하고 있어서, 주5) 베른협약에서와 마찬가지로 외국인 저작물이라는 개념보다 외국저작물의 개념과 그 기준이 더 중요한 의미를 가진다. 주6)

[300]

발행지를 기준으로 본국을 결정하는 경우에도, 어느 저작물이 베른협약의 회원국과 비회원국에서 동시에 발행된 경우에는 그 회원국이 당해 저작물의 본국으로 된다. 주7) 미발행 저작물의 경우에는 저자의 국적과 저작물의 본국이 일치하지만, 발행된 저작물의 경우에는 저자의 국적과 저작물의 본국이 상이한 경우가 있을 수 있기 때문에, 내국민대우의 적용을 받는 저작물이 무엇인가를 볼 때에는 외국인 저작물이라는 개념보다는 외국저작물의 개념이 더욱 중요하게 된다. 주8) 이와 같이 발행된 저작물의 경우에는, 최초로 발행된 나라가 당해 저작물의 본국이 되는 것이 원칙이지만, 회원국의 국적을 가진 회원국민이 비회원국에서 최초로 자신의 저작물을 발행한 경우에는, 베른협약이 예외를 인정해서 그 저자의 국적이 당해 저작물의 본국이 되고, 주9) 당해 저작물은 다른 회원국에서 여전히 내국민대우의 원칙에 따른 보호를 받게 된다.

발행지를 기준으로 한 외국저작물의 개념이 외국인저작물이라는 개념보다 더 중요한 의미를 가지는 경우를 보면, 비회원국의 국민이라도 그가 자신의 저작물을 회원국에서 최초로 발행하면 당해 저작물의 본국은 그 회원국으로 되고 베른협약에 따라서 그 본국과 다른 회원국에서 내국민대우를 받을 수 있게 된다. 또한, 예컨대 A라는 회원국 국민 X가 B라는 회원국에서 자신의 저작물 X를 최초로 발행하면 당해 저작물의 본국은 A가 아니라 B가 되는 것이고, 따라서 당해 저작물은 그 저작자 X가 A라는 회원국의 국민에 의해서 창작된 것임에도 불구하고, 그 발행지가 B이기 때문에 A에서는 외국저작물로서 베른협약에 규정된 저작권이 인정되어야 하는 것이다. A의 저작권법에서 인정된 저작권의 보호수준이 베른협약에 규정된 최소한의 보호수준과 같으면 X가 외국저작물이거나 내국저작물이거나 별다른 차이가 없겠지만, 만일 A의 저작권법에서 인정된 저작권의 내용이 베른협약에 규정된 최소한의 보호수준에 미치지 못하면, X는 내국저작물과는 달리 외국저작물로서 내국민대우의 원칙에 따라서 X의 저작권법에 따른 보호뿐만 아니라 베른협약에 규정된 최소한의 보호도 주장할 수 있게 되는 것이다. 이러한 의미에서, 내국민대우의 원칙은 정확히 말하면 외국저작물을 내국저작물과 마찬가지로

[301]

보호해준다고 하는 내국저작물대우의 원칙이라고 할 수 있다. 그러나, 이와같이 발행지를 기준으로 한 외국저작물의 개념이, 위의 예에서 저작권자 X가 국적을 가진 나라 A에서 본래 내국인으로서 누릴 수 있는 권리를 박탈하는 것은 아니라고 보는 것이 타당할 것이다. 베른협약과 세계저작권협약은 위에서 설명한 기준과 범위에 속하는 외국저작물에 대해서, 회원국이 협약에 규정된 최소한의 보호를 해주어야 할 의무를 부과하고 있을 뿐이고, 회원국의 외국인의 저작물에 대한 보호는 회원국의 국내법에 달려있는 것이다. 따라서, A라는 회원국의 저작권법에 의해서 인정되는 저작권보호수준이 베른협약에 규정된 최소한보호수준보다 높은 경우에, X는 A의 국적을 근거로 해서 A의 저작권법에 따른 보호를 주장할 수도 있는 것이다. 이러한 문제는 아래에서 살펴보는 바와 같이, 특히 보호기간의 차이가 있는 경우에 더욱 분명해진다.

II. 내국민대우의 원칙

내국민대우의 원칙(the Principle of National Treatment)은, 위에서 본 바와 같이 상호주의에 의할 경우에 외국법을 알아야 한다는 어려움이 있고 또한 외국법에 따라서 권리 내용이 달라질 수 있다는 불확실성이 있기 때문에, 외국저작물도 내국인의 그것과 꼭 마찬가지로 국내법에 따라서 보호하는 것이 더 편리하고 더욱 법적 안정성을 높일 수 있다고 하는 생각에서, 각 저작권조약과 저작인접권조약에서 기본원칙으로 채택되었다. 내국민대우의 원칙은, 국제사법상 소위 법정지법(the Lex Fori)주의가 외국저작물 보호에 적용된 결과이고, 또한 문제된 나라의 법앞에 내국인과 외국인이 평등하게 취급되어야 한다는 국제법 원칙에도 부합되는 것이다.

1. 최소한보호의 원칙

내국민대우의 원칙의 단점으로는, 각국의 상이한 보호수준을 통일화하는데 적극적인 기여를 하지 못한다는 점이다. 즉, 자국의 저작권 보호수준이 특정 외국의 저작권 보호수준보다 상대적으로 높은 경우에, 그와 같이 상대적으로 낮은 보호수준을 가진 외국의 국민의 저작물에 대해서도 자국의 내국민의 저작물과 마찬가지로 똑같은 수준의 보호를 해주어야 하는데 반해서, 그러한 외국에 대해서 자국의 국민의 저작물에 대해서 특별히 높은 수준의 보호를 [302]

해달라고 주장할 수 있는 당연한 권리가 있는 것은 아니기 때문이다. 이러한 단점을 조금이나마 보완하기 위해서, 베른협약과 세계저작권협약은 최소한보호(Minimum Protection)의 원칙을 채택하고 있다. 이러한 최소한보호의 원칙에 따라서, 협약에 가입한 회원국의 국민은, 특정 회원국의 국내법이 협약에 규정되어 있는 최소한의 보호수준에 미치지 아니하는 경우에도, 협약에 규정된 최소한의 수준에 따라서 보호해 줄 것을 주장할 수 있는 것이다. 최소한보호의 구체적 내용은 점차적으로 증가해 왔다. 예컨대, 베른협약에 있어서도 처음에는 복제권으로부터 시작해서, 실연권과 방송권 그리고 인격권과 영상저작권의 보호에 최소한보호의 내용이 점차 증가해 왔고, 세계저작권협약에 있어서도 처음에는 번역권만을 규정하고 있었으나 1971년 개정에서 복제권과 방송권 그리고 실연권까지 포함하게 되었다. 이러한 최소한보호의 원칙은, 저작권의 구체적 내용에 있어서 뿐만 아니라, 저작권에 의해서 보호받을 수 있는 저작물의 종류와 저작권의 존속기간에 대해서도 적용될 수 있는 것이다.

2. 저작물의 범위

기술이 발전하고 저작물이용방법이 다양해짐에 따라서, 저작권조약에 규정되어 있지 아니한 새로운 저작물이 등장하고 새로운 저작권이 인정되게 된다. 여기에서 문제는 특정 회원국에서 새로운 저작물을 보호하거나 새로운 저작권을 인정하게 되면, 그러한 회원국은 자국의 저작물에 대해서 뿐만 아니라 다른 회원국의 외국저작물에 대해서도 내국민대우의 원칙에 따라서 마찬가지로의 보호를 해주어야 하는가 이다. 내국민대우의 원칙은 저작권협약이 보호하는 저작물과 저작권에 일반적으로 적용된다는 점에서 아주 넓은 적용범위를 가진 것처럼 보이지만, 내국민대우를 받는 저작물과 저작권은 저작권협약이 보호하는 저작물과 저작권에

한정되는 것이므로, 새로운 저작물이나 새로운 저작권이 등장하면, 그러한 새로운 저작물이나 저작권이 과연 저작권협약이 규정한 저작물과 저작권에 포함되는가 하는 근본적인 문제를 검토해 보아야한다.

새로운 저작물이 등장하는 경우에, 그러한 저작물이 베른협약이나 세계저작권협약에 규정된 저작물에 포함되는 것인지는 분명하지 아니한 경우가 많다. 물론, 새로운 저작물이 협약에 규정된 저작물에 포함되지 아니하는 것이라고 하더라도, 일단 어떤 회원국이 국내법에 의해서 그러한 새로운 저작물을 보호하고 있으면 내국민대우의 원칙에 따라서 외국저작물에 대해서도 동

[303]

일한 보호를 해주어야 한다는 견해도 있지만, 주10) 협약의 해석상 협약에 의해서 보호되는 저작물의 범위가 내국민대우의 원칙이 적용되는 저작물의 범위보다 좁다고 볼만한 아무런 근거가 없기 때문에, 협약에 의해서 보호되지 아니하는 저작물에 대해서는 회원국이 내국민대우를 해야 할 의무도 없는 것으로 해석하는 것이 타당할 것이고, 주11) 문제는 새로운 저작물이 협약에 의해서 보호되는 저작물에 해당되는가의 여부인 것이다. 따라서 새로운 저작물이 등장하게 되면 당해 저작물이 협약에 의해서 보호되는 저작물에 해당되는지 여부를 판단한다는 것은 대단히 중요한 의미를 가지게 되는데, 그러한 저작물에 대한 회원국들의 이해관계와 견해가 상이하기 때문에 항상 상이한 해석과 다툼이 있게 된다. 새로운 저작물이 등장할 때마다 이러한 견해차이와 불확실성의 기간을 거친후에, 협약의 개정을 통해서 문제된 저작물을 협약에서 보호되는 저작물의 하나로 열거하게 되었고, 결과적으로 저작권협약 특히 베른협약의 역사는 구체적으로 열거되는 저작물의 증가의 역사인 것이다.

최근 가장 심각하게 논의되고 있는 저작물은 컴퓨터프로그램이다. 혹자는 컴퓨터프로그램이 상당수의 회원국에서 저작권법에 의해서 보호되고 있기 때문에 협약에 의해서 보호되는 저작물에 해당된다고 보아야 한다고 주장한다. 주12) 이러한 주장의 주된 근거로는, 상당수의 회원국에서 컴퓨터프로그램을 저작권법에 의해서 보호하는 것이 컴퓨터프로그램을 저작물로 취급하는 관행을 형성하고 그러한 국가간 관행이 해석에 중요한 자료가 될 수 있다는 것이다. 주13) 그러나, 협약해석의 자료가 되는 관행을 형성하기 위해서는 과반수의 회원국 사이에 동일한 관행이 있음이 입증되어야 할 것인데, 컴퓨터프로그램의 보호에 있어서는 초기에 미국과 독일 그리고 호주와 캐나다 등에서 컴퓨터프로그램의 저작물성을 부인한 판례도 있었고, 또한 현재 컴퓨터프로그램을 저작권법의 개정에 의해서 명백히 보호하고 있는 나라는 소수의 선진국에 한정되어 있기 때문에, 회원국의 관행에 따라서 컴퓨터프로그램이 협

[304]

약에 의해서 보호되는 저작물에 해당된다고 볼 수는 없다. 더욱이 세계지적소유권기구(WIPO)가 컴퓨터프로그램보호에 관한 조약(안)을 마련한 것도 컴퓨터프로그램이 기존의 베른협약상의 저작물에 해당되지 아니한다는 사실을 간접적으로 시인한 것이라고 볼 수 있다. 주14) 따라서 현재로서는, 즉 컴퓨터프로그램을 저작물의 하나로 열거하거나 그에 관한 명문의 규정을 두기 위한 베른협약 등의 개정이 이루어지기 이전에는, 회원국들이 외국컴퓨터프로그램에 대해서 내국민대우를 해야할 협약상 의무를 가지는 것은 아니라고 보는 것이 타당할 것이다. 주15) 특히 우리나라와 같이 저작권법이 아니라 별도의 입법에 의해서 컴퓨터프로그램을 보호하고 있는 경우에는 더욱 그러하다.

3. 저작권의 범위

새로운 저작권이 인정되더라도 그러한 저작권이 기존의 저작권법내에 규정되어 있으면, 다른 회원국의 저작권법에 그러한 저작권이 인정되어 있지 아니하더라도 그러한 회원국의 저작물에 대해서도 내국민대우의 원칙에 따라서 자국 저작물과 마찬가지로 새로운 저작권을 인정해주어야 한다는 주장이 설득력있게 될 것이다. 베른협약은 명백히 저작자가 본국 이외의 다른 회원국이 현재 인정하고 있거나 장래에 인정하게 될 저작권을 당해 회원국의 내국민과 마찬가지로 향유한다고 규정하고 있기 때문이다.주16) 그러나, 만일 저작권법내에 규정된 새로운 권리가 통상의 저작권과는 전혀 성질이 다르다거나 또는 전혀 저작권이 아니라고 주장하는 경우 또는 새로운 저작권이 저작권법과는 다른 별도의 입법에 의해서 인정된 것인 경우에는 그러한 새로운 저작권에 대해서도 내국민대우의 원칙이 적용되어야 하는가 하는 문제는 그리 간단하지 않다. 예컨대, 독일에서는 도서대여권도 다른 저작권과 마찬가지로, 저작권법내에서 규정하고 있어서 내국민대우의 원칙의 적용을 받는 저작권의 범위내에 있음이 명백하지만,주17) 영국에서는 도서대여권(the Public Lending Right)이 별도의 입법에 의해서주18) 부여된 것이어서, 과연 외국 저작

[305]

물도 내국민대우의 원칙에 따라서 당연히 주장할 수 있는 성질의 권리인지 여부가 분명하지 않다. 영국에서는 도서대여의 대가가 최종적으로 중앙정부에 의해서 지급되는 것이고 따라서 저작물이용자가 아니라 일반 납세자가 지급하는 것이므로, 영국 국민에게만 주어지는 혜택이라고 하는 주장이 많다.주19) 특히 스웨덴 등의 북유럽에서와 같이 도서대여의 대가가 중앙정부에 의해서 지급될 뿐만 아니라 그 분배도 사회보장의 차원에서 극빈한 작가나 은퇴한 작가에게 분배되고 있는 경우에는 더욱 그러하다.주20)

도서대여에 관한 이러한 논의는 정도의 차이는 있지만 음반 등의 대여에도 적용된다. 베른협약 등에 대여를 포함한 배포에 관한 권리(Distribution)에 관한 명문의 규정이 없기 때문에, 대여권에 대해서 내국민대우를 인정해야 하는지 불분명한 상태이다. 물론, 베른협약에도 영상저작물의 배포에 관한 권리라거나 소위 추급권을 인정하고 타인의 저작권을 침해하는 저작물의 압류를 인정하는 한도에서,주21) 배포권이 인정되어 있지만, 배포권에 관한 일반적인 조항은 없다. 베른협약 등에 배포권에 관한 일반조항을 두더라도, 대부분의 국내법에서 저작권자의 허락을 받아서 일단 판매등의 방법으로 배포되면 저작권자는 그와 같이 일단 배포된 저작물의 재판매 등의 추후의 거래에 관여할 수 없다고 하는 소위 “저작권소진(Exhaustion)”이라거나 “최초판매(First sale)”의 원칙이 인정되고 있어서, 저작권자의 배포권이 반드시 대여업자에 의한 대여를 금지할 수 있는 권리를 의미하는 것은 아닌 것이다. 따라서, 대여권에 관한 명문의 규정을 두기 위한 베른협약의 개정이 있기 이전에는, 회원국은 대여권에 대해서 내국민대우를 인정해야 할 협약상 의무를 부담하고 있지 않다고 보는 것이 타당하다. 특히 대여업자에 의한 대여를 금지하는 것은 저작권자에 의한 저작권의 남용 또는 독점규제법상의 부공정거래를 초래할 위험도 있는 것이기 때문에, 그러한 의미의 대여권이 베른협약에 의해서 보호되어야 할 저작권의 범위에 당연히 포함된다고 볼 수는 없는 것이다.

저작물의 법정이용허락으로 인한 이용대가를 받을 권리에 대해서도 마찬가지이다. 예컨대, 독일에서는 상업적 목적의 복제도 법정이용허락의 일부로서 저작권자의 허락을 받을 필요없이 일반적으로 허용되지만 일정한 이용대

[306]

가를 저작권자에게 지급해야 하는데, 주22) 이러한 이용대가를 받을 권리도 저작권의 하나로 규정되어 있으므로 내국민대우의 원칙이 적용되어야 한다고 하는 주장이 설득력이 있을 것이다. 이에 반해서, 프랑스에서는 별도의 입법에 의해서 주23) 복제기기의 판매 또는 수입에 대해서 일정한 세금이 부과되고 그러한 세금의 일부가 저작권자에게 분배되는데, 그러한 세금분배는 오로지 프랑스 저작권자에게만 이루어지고 있다. 프랑스에서의 복제기기에 대한 세금도 저작물이용자가 지급하는 이용료가 아니라는 점에서, 영국의 도서대여의 대가와 마찬가지로, 내국민대우의 원칙이 적용될 수 없는 별도의 권리라고 주장될 수 있는 것이다. 그러나, 그러한 권리들의 본질은 독일에서 인정되는 권리와 동일한 것인데, 다만 그러한 권리에 대한 인식과 접근방법이 다르고 별도의 입법에 의해서 인정되었다는 점으로 인해서 내국민대우의 원칙이 적용될 것인지 여부에 대해서 상이한 결론에 도달될 수 있다는 점에서, 저작권조약에서 가장 중요한 원칙으로 인정된 내국민대우의 원칙의 범위가 불확실한 상황임을 잘 보여주고 있다.

III. 상호주의의 현재

위에서 살펴본 바와 같이, 베른협약과 세계저작권협약 등에서 외국저작물보호에 관한 하나의 기본원칙으로서 내국민대우의 원칙이 규정되어 있고 최소한보호의 원칙에 의해서 그 내용이 보장되어 있지만, 내국민대우의 원칙이 적용될 저작물과 저작권의 범위가 불확실하고 몇가지 비교적 새롭게 등장한 저작물이나 저작권에 대해서는 회원국이 내국민대우를 할 의무가 없다고 보는 것이 타당하지 않는가 하는 견해가 많다. 그런데, 베른협약 등의 내용을 자세히 보면, 여러 경우에 상호주의 부활을 허용해주고 있다. 예컨대, 보호기간의 비교(Comparison of terms)라거나, 본국에서 의장으로서 보호되는 응용예술이나 소위 “추급권(Droit de suite)”에 관해서, 그리고 번역권에 관한 유보를 선언한 회원국에 대해서 또는 회원국 국민의 저작물에 대해서 적절한 보호를 해주지 아니하는 비회원국의 국민의 저작물에 대한 보복을 인정하는 한도에서, 상호주의는 그 위력을 발휘하고 있다.

[307]

1. 보호기간의 비교

보호기간의 비교란, 저작권의 보호기간도 법정지법 즉 보호를 받고자 하는 나라의 저작권법에 따라서 결정되는 것이 원칙이지만, 당해 저작권법에 별다른 규정이 없는 한, 문제된 저작물의 본국에서 인정된 보호기간이 법정지에서의 보호기간보다 짧은 경우에는 그러한 짧은 보호기간내에서만 보호되는 것으로 한다는 것이다. 주24) 예컨대, 영국에서 최초로 발행된 저작물은 독일에서 외국저작물로서 내국민대우의 원칙에 따라서 독일의 저작물과 마찬가지로 독일저작권법에 의한 보호를 받는 것이 원칙이지만, 독일 저작권법은 저작권의 존속기간을 저자의 사후 70년으로 규정하고 있는데 반해서 영국 저작권법은 저자의 사후 50년으로 규정하고 있기 때문에, 영국을 본국으로 한 저작물에 대해서는 독일에서도 영국 저작권법에 규정된 보호기간동안만 보호되는 것이다. 복잡한 문제는, 독일의 국민이 자신의 저작물을 영국에서 최초로 발행한 경우에도, 당해 저작물이 독일에서 영국저작물로 취급되고 영국 저

작권법상의 보호기간에 한해서만 보호되는가 하는 문제일 것이다. 앞에서 살펴본, 발행지를 기준으로 한 외국저작물의 개념에 따르면, 그러한 저작물의 본국은 영국으로 되기 때문에 그 저자의 국적이 독일임에도 불구하고 그 저작물은 소위 외국저작물로서 일정한 제약이 따르는 내국민대우만을 받을 뿐이라고 볼 수도 있으나, 발행지를 기준으로 한 본국의 개념이 내국민대우의 원칙에 따른 저작권보호의 범위를 확대하기 위한 것이지 결코, 보호수준이 높은 나라의 국민이 본래 내국민으로서 누릴 수 있는 권리를 박탈하고자 하는 것은 아니라고 보는 것이 타당할 것이다. 본국 또는 외국저작물의 개념을 발행지에 따라서 정하고 있는 베른협약과 세계저작권협약도 독일 국민이 독일 저작권법에 따라서 보호받는 것을 금지하거나 제한할 수 있는 것은 아니고, 따라서 독일국민은 설령 자신의 저작물을 영국에서 최초로 발행한 경우에도 독일에서는 독일 저작권법에 따라서 사후 70년까지 저작권보호를 주장할 수 있다고 보는 것이 타당하다고 하겠다.주25)

2. 추급권

소위 추급권(Droit de suite)에 있어서도 상호주의가 지배하고 있다. 베른협약은 세계저작권협약과는 달리, 저작자가 자신의 예술작품의 원본이나 원고 또는 악보 원본의 재판매에 추급해서 그 재판매에 따르는 이익의 일부를 받

[308]

을 권리를 가진다고 규정하고 있는데,주26) 동시에 베른협약은 이러한 추급권에 대해서 내국민대우의 원칙에 대한 예외를 인정하고 있다. 즉, 저작자가 속하는 나라(본국)의 법이 추급권을 인정하고 있는 경우에 한해서 당해 저작자는 다른 회원국에서도 추급권을 주장할 수 있다. 추급권의 성질과 취급에 대해서 논란이 있어 왔지만, 1971년 베른협약은 추급권이 소수의 회원국에서만 인정되고 있다는 현실적인 상황을 감안해서, 상호주의 조건하에서만 외국 저작물에 추급권을 인정해 줄 수 있도록 규정하고 있는 것이다. 추급권에 관한 이러한 상황을 고려하면, 위에서 살펴본 도서대여권이라거나 복제기기등에 대한 부과금에 대해서도 유사한 해결방법을 찾을 수 있는 것이다. 즉, 현재로서 베른협약의 해석에만 의해서는 도서대여권이나 부과금에 대한 내국민대우원칙의 적용여부를 판단하기 어려우므로, 협약의 개정 에 의해서 상호주의 조건하에서만 외국 저작물에 대해서도 도서대여권이나 부과금 분배를 인정해 주어야 할 것이 아닌가 생각된다.

3. 번역권에 관한 유보

우리나라와 같이 새로이 베른협약에 가입하는 나라는, 베른협약의 1928년 로마 개정 에 의해서 허용된 바와 같이, 협약가입시에 번역권에 관한 임시적인 유보를 선언할 수 있는데, 이와 같이 번역권에 관한 유보를 선언한 나라를 본국으로 하는 저작물에 대해서는 다른 회원국이 내국민대우의 원칙을 적용하지 아니할 수 있다. 따라서, 어느 신회원국에 의해서 번역권이 임시적으로나마 적절히 보호되지 아니하는 동안에는, 상호주의 원칙으로 회복되어서, 그러한 신회원국의 국민의 저작물이나 그곳에서 최초로 발행된 저작물은 다른 회원국에서 번역권에 관한 상응한 불이익을 입게 된다.주27) 신회원국에 의한 이러한 번역권 유보는 개발도상국에 의한 번역권의 유보와 구별되어야한다. 베른협약에 규정된 일정한 범위의 개발도상국은 그 부속협약(Appendix)에 따라서 번역권에 관한 강제이용허락 등과 같은 번역권유보를 선언할 수 있는데, 이러한 부속협약에 따라서 유보를 선언한 개발도상국의 저작

물에 대해서는 다른 회원국이 내국민대우를 부인할 수 없기 때문이다.주28)

4. 비회원국에 의한 우회적보호

[309]

베른협약은 회원국 국민의 저작물에 대해서 적절한 보호를 해주지 아니하는 비회원국의 국민의 저작물에 대해서는 내국민대우의 원칙을 적용하지 아니해도 무방하다고 규정함으로써, 주29) 상호주의의 부활을 제한된 범위에서 인정하고 있다. 즉, 비회원국은 원래 회원국 저작물을 보호해야 할 협약상 의무도 없기 때문에, 그에 상응한 보복조치로서, 회원국 저작물에 대해서 적절한 보호를 해주지 아니하는 비회원국의 국민의 저작물에 대해서는 내국민대우를 제한하고, 내국민 또는 내국에 거주하는 자에게 부여하는 권리보다 제한된 권리만을 인정해 줄 수 있는 것이다.주30) 비회원국 국민이 자신의 저작물을 회원국내에서 최초로 발행하면, 그러한 저작물의 협약상의 본국은 회원국으로 되고, 그러한 저작물은 회원국 저작물로서 다른 회원국에서 내국민대우를 받는 것이 원칙이지만, 어느 비회원국이 회원국 저작물에 대해서 적절한 보호를 해주지 아니하는 경우에는 그러한 비회원국의 국민의 저작물에 대한 내국민대우를 제한함으로써, 비회원국이 협약에 가입하지 아니하면서도 그러한 비회원국 국민이 협약상의 보호를 받는 소위“우회적 보호(Back-door protection)”를 일정한 경우에 차단하기 위해서 마련된 예외이다. 이러한 경우에는, 저작물의 본국이라거나 외국저작물이라는 개념이 아니라 저자의 국적과 외국인 저작물이라는 개념이 다시 중요한 기능을 하게 된다.

한국 저작권법도 상호주의에 입각한 규정을 두고 있음을 주목할 필요가 있다. 즉, 외국인의 저작물이라도 한국내에서 거주하는 외국인의 저작물이나 최초로 한국내에서 발행된 외국인 저작물은 한국 저작권법에 의해서 보호될 뿐만 아니라, 한국이 현재 가입한 세계저작권협약에 따라서 외국저작물에 대해서도 내국민에게 부여하는 모든 저작권이 인정되는 것을 원칙으로 하지만, 어느 외국이 한국 국민의 저작물을 보호하지 아니하는 경우에는 그에 상응한 조치로서 그러한 외국의 국민의 저작물에 대해서 한국 저작권법과 조약에 의한 보호를 제한할 수 있다.주31) 한국 저작권법에 규정된 상호주의는 물론 베른협약에서의 상호주의와 똑같은 것은 아니다. 한국이 베른협약에 가입하면 동 협약에 규정된 상호주의 원칙도 채택할 수 있는 것이므로 중복되는 느낌이 있지만, 한국 저작권법에 규정된 상호주의에 있어서는, 문제된

[310]

외국이 베른협약의 회원국인지 여부를 가리지 아니하고 있다는 중대한 차이가 있다. 그리고 한국 저작권법에는 보호기간의 비교 등에 관한 규정은 없지만, 상호주의에 관한 위의 일반조항이 세계저작권협약에 허용된 단기보호기간적용의 원칙을 선택한 것으로 해석될 수 있다. 즉, 세계저작권협약은 회원국이 단기의 보호기간을 가진 나라를 본국으로 하는 저작물에 대해서 자국의 장기의 보호를 인정할 의무가 없다고 규정하고 있기 때문에,주32) 세계저작권협약의 가입에 따라서 자동적으로 단기보호기간적용의 원칙을 적용할 수 있는 것인지주33) 아니면 그에 관한 국내법적 허용규정이 있어야 하는 것인지 일응 불분명하지만, 한국 저작권법의 상호주의에 관한 일반조항은 그러한 단기보호기간적용의 원칙도 포함하는 것으로 해석될 수 있다. 단기보호기간적용의 원칙은 원래 상대방 국가에 대한 보복조치의 일환

으로 인정된 것이라기 보다는, 단기의 보호기간을 정하고 있는 나라의 저작물은 그러한 단기의 보호기간이 만료됨으로써 일반공중의 공유(Public domain)에 속하게 된 것이고 따라서 우리나라에서도 더 이상 보호받을 수 있는 대상이 될 수 없기 때문인 것이다. 참고로 베른협약은 명백히 국내법적 조치 없이도 자동적으로 회원국이 단기보호기간적용의 원칙을 원용할 수 있도록 하고 있다.

주1)

Sam Ricketson, The Berne Convention: 1886-1986(London, QMC, 1987), at22

주2)

[Stephen M.Stewart and Hamish, International Copyright and Neighbouring Rights\(London, Butterworths, 1989\) at38](#)

주3)

여기에서, 100여년 전에는 세계에서 외국인 저작물 보호를 가장 무시하던 미국이 오늘날에 와서 가장 강력한 저작권보호 특히 외국에서의 미국 저작물보호를 위한 무역보복조치와 외교적 압력을 가하고 있는 역사적 아이러니를 주목할 필요가 있다.

주4)

1971년 베른협약 제5조 4항(a)

주5)

[1971년 세계저작권협약 제2조 1항](#)

주6)

물론 아래의 상호주의에 관한 설명에서 보는바와 같이 외국인 저작물이라는 개념이 중요한 경우도 있다.

주7)

동시출판의 범위에 대해서는, 최초로 출판된 날로부터 30일이내에 다른 나라에서 출판되면, 최초출판된 나라와 그 다른 나라에서 동시에 출판된 것으로 본다: 1971년 베른협약 제3조 4항 및 제5조 4항(b)

주8)

본고에서 외국인 저작물이라고 하지 않고 외국저작물이라는 용어를 주로 사용한 이유도 바로 여기에 있다.

주9)

1971년 베른협약 제5조 4항(c)

주10)

Paul Katzenberger, "General Principles of the Berne and UCC," GATT or WIPO? (ed. by FK. Beier and G. Schricker, Weinheim, VCH Pub., 1989) at 50

주11)

David Vaver, "The National Treatment Requirements of the Berne and UCC," 17 IIC 577(1986) at 584-85

주12)

Max W. Laun, "Improving the International Framework for the Protection of Computer Software," 48 Univ. Pitt. L. Rev. 1151(1987)

주13)

조약의 해석에 관한 [Vienna Convention 제31조](#)는 "조약은 조약문구의 통상적인 의미와 당해 조약의 적용에 관한 체결국간의 관행에 따라서 해석되어야 한다"고 규정하고 있다.

주14)

Stanislaw Soltysinski, "Protection of Computer Programs: Comparative and International Aspects," 21 IIC 1(1990) at 28

주15)

Cynthia L. Mellema, "Copyright Protection for Computer Software: International View," 11 Syracuse J. Int'l L. & Com. 87(1984) at 105

주16)

1971년 베른협약 제5조 1항

주17)

[Stephen M. Stewart and Hamish Sandison, Op.cit., at 71](#)

주18)

Public Lending Right Act 1979

주19)

[William R.Cornish, Intellectual Property\(London, Sweet & Maxwell, 1989\) at361](#)

주20)

[Stephen M.Stewart and Hamish Sandison, Op.cit., at71](#)

주21)

1971년 베른협약 제14조 1항, 제14조의3, 제16조

주22)

독일 저작권법 제54조 2항

주23)

Finance Act 1976

주24)

1971년 베른협약 제7조 8항; [1971년 세계저작권협약 제4조 4\(a\)항](#)

주25)

Sam Ricketson, Op.cit., at214

주26)

1971년 베른협약 제14조의3, 제1항

주27)

1971년 베른협약 제30조 2(b)항

주28)

1971년 베른협약 부속협약 제1조 6항

주29)

1971년 베른협약 제6조 1항

주30)

베른협약이 권리보호를 제한할 수 있다고 규정하고 있으므로, 비회원국 국민의 저작물에 대한 보호를 전적으로 부인하는 것을 허용하는 것은 아니라고 보여진다.

주31)

한국 [저작권법 제3조 3항](#); 이러한 조항은 영국 1988년 저작권법 제160조에서도 찾아볼 수 있다.

주32)

[1971년 세계저작권협약 제4조 4항](#)

주33)

[Stephen M.Stewart and Hamish Sandison, Op.cit., at158](#)