

베른協約 遡及保護 규정에 관한 고찰

저자: 丁相朝

발행년도: 1993

문헌: 著作權

권호: 23호 (1993년)

출처: 저작권심의조정위원회

[14]

I. 머리말

저작권의 보호를 받는 책, 음반, 비디오테이프, 컴퓨터프로그램, 그림, 産業디자인 등의 저작물이 국제교역에 있어서 중요한 대상품목이 됨에 따라서 우리나라의 저작권법이 베른협약의 기준에 적합한지 그리고 우리나라가 언제 베른협약에 가입할 것인지 등의 문제가 중요한 通商外交의 이슈가 되고 있다. 지난 수년간 많은 관심을 끌었던 우루과이라운드 협상에 따라서 通商問題로서의 知的所有權(Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights)에 관한 우루과이라운드 최종협정안(UR/TRIPs)주1) 에서도 저작권은 베른협약에 따른 보호가 이루어져야 한다고 규정하고 있고, 조만간 효력을 발생하게 될 北美自由貿易協定주2) 은 체결국들이 베른협약에 가입할 것을 義務化하고 있다. 우리나라가 국제무대에서 적극적이고 능동적인 입장을 취하기 위해서는 따라서 베른협약에의 가입의 득실과 그에 따른 문제를 해결하기 위한 대응방안을 면밀히 검토해 보아야 할 때가 온 것이다.

우리나라가 세계저작권협약에는 가입하였으면서도 아직까지 베른협약에의 가입을 망설이고 있는 이유는 베른협약에의 저작권 保護水準이 세계저작권협약에서의 보호수준보다 훨씬 높기 때문인 것으로 알려지고 있다. 그러나, 7년간 우리나라의 著作權法이 대폭적으로 改正되어서 우리나라의 저작권법의 보호수준이 아주 높아졌고, 베른협약과 상이한 점은 追及權, 翻譯權, 遡及保護 등의 몇 가지 제한된 점으로 국한되게 되었다. 더욱이, 베른협약의 追及權(Droit de suite)은 회원국이 반드시 보호해야할 의무를 부담하는 것은 아니기 때문에, 주3) 우리나라가 베른협약에 가입한다고 하더라도 追及權을 받아들이기 위하여 우리나라의 저작권법을 개정할 필요는 없는 것이다. 翻譯權에 관해서는 아래에서 살펴보는 바와 같이 우리나라가 베른협약에 가입하면서 일정한 유보를 할 수 있기 때문에 그러한 유보를 하게 되면 약간의 改正만으로 우리나라의 저작권법을 베른협약의 기준에 맞출 수 있다. 다만 우리나라 저작권법은 遡及保護를 정면으로

[15]

부인하고 있기 때문에 우리나라가 베른협약에 가입하기 위해서는 베른협약에서 인정되고 있는 소급보호의 具體的 範圍와 留保의 허용 여부 등에 관한 면밀한 검토를 해야 할 것이고 우리나라 저작권법의 소급보호에 관한 규정주4) 도 대폭 개정할 필요가 있을 것이다.

— 遡及保護의 문제라고 함은 베른협약에 가입함에 따라서 이제까지 우리나라에서 보호되지 못하던 베른협약 회원국의 외국 저작물을 소급적으로 보호해야 하는 경우에 우리나라의 저작권 관련 산업에 미치는 영향이 심각하지 않겠는가 하는 문제이다. 본래 대부분의 나라에서 일반 법원칙의 하나로서 法律不遡及의 原則을 가지고 있고 베른협약의 소급보호규정이 그러한 법률불소급 원칙에 상반되는 것은 아닌가 하는 의문과 함께 더욱 많은 관심을 모아왔다. 法律不遡及의 原則이란 법률의 효력을 소급시킴으로써 일어나는 社會生活上의 혼란을 피하여 法的 安定을 유지하고, 기존의 법제도하에서 발생할 권리를 될 수 있는 대로 존중하여야 한다는 원칙이다. 우리 憲法은 특히 行爲時의 법률에 의하여 犯罪를 구성하지 아니하는 행위로 인하여 소추되지 아니한다고 하는 소위 '刑罰不遡及의 原則'을 규정하고 동시에 "遡及立法에 의하여 參政權의 제한을 받거나 財產權의 剝奪을 당하지 않는다"고 규정하고 있다. 따라서 형벌소급, 참정권의 제한 또는 재산권의 박탈에 해당되는 소급입법은 헌법에 의하여 금지되어 있어서 그러한 한도에서 法律不遡及의 원칙은 헌법에 의하여 보장된 원칙으로 되고, 따라서 그와 같이 헌법에 의하여 보장된 내용의 법률불소급 원칙에 위반되는 법률이나 국제조약은 우리나라에서 違憲으로서 효력을 가질 수 없는 것이다. 또 다른 한편 그러한 헌법상의 원칙이 적용되지 아니하는 한도에서는 法律不遡及 原則은 법적 안정을 유지하기 위한 解釋上의 원칙에 지나지 않고 立法을 구속하지는 않는다. 이와 같은 법률불소급의 원칙을 중심으로 하여 베른협약의 소급보호 규정의 의미를 검토하고 우리나라가 베른협약에 가입하는 경우에 소급보호에 관하여 어떠한 조치를 취해야 할 것인지를 살펴보기로 한다.

II. 베른협약에서의 遡及保護 原則

1. 遡及保護 原則의 존재 근거

— 특정 국가가 베른협약에 가입한 경우에 베른협약 가입 이후에 창작된 외국 저작물이 당해 가입국에서 보호되어야 한다는 점에 대해서는 아무런 이의나 문제가 없다. 그러나 당해 가입국이 베른협약에 가입하기 이전에 이미 존재하고 있었던 외국저작물로서 외국에서는 보호되었지만 당해 가입국에서는 보호되지 못하고 있었던 외국저작물의 경우에 당해 국가가 베른협약에 가입하게 됨으로써 그러한 외국 저작물에 대하여 보호를 해주어야 하는 경우에 많은 문제들이 제기된다. 특히 베른협약의 가입 이전에 외국저작물에 대한 보호가 없었기 때문에 자유로이 외국저작물을 이용하고 있었던 기업들이 갑자기 예상치 못한 손실을 입거나 예상외의 책임을 부담하게 되는 것은 法的 安定性을 파괴한다고 하는 심각한 문제인 것이다. 대부분의 경우에 베른협약 가입 이전에 외국 저작물을 이용하는 사람들은 외국 저작물이 公有이고 자유로이 이용할 수 있는 저작물이라고 생각하고 이용해 왔

[16]

기 때문에 법적으로도 善意의 이용에 해당된다. 또한 베른협약 가입 이전에 외국저작물의 이용을 위하여 번역, 각색, 인쇄작업 등의 상당한 資本과 勞動力을 이미 投入한 경우에 베른협약에 가입하였다고 하여 기왕에 이루어진 투자를 무의미하게 만들거나 투자 회수를 전혀 할 수 없도록 저작물이용을 금지하는 것도 커다란 혼란을 초래할 것이다. 이러한 경우에 善意의 投資者들을 베른협약 가입시로부터 갑자기 저작권 침해자로 몰아서 그들의 투자 결과 또는 그 이윤을 모두 외국 저작권자에게 귀속시켜야 한다는 것은 형평에도 어긋나는 것이라고 보인다. 다른 한편 베른협약 가입 이후에도 기존의 외국 저작물이라고 해서 계속적

으로 당해 외국 저작물을 자유로이 이용할 수 있도록 한다면 베른협약에의 가입이 무의미해질 것이고 베른협약이 존재 근거를 상실하게 될 것이다.

2. 雙方條約에서의 遡及保護 條項

_ 저작권에 관하여 과거에 체결된 雙方條約들이 소급보호에 관하여 어떠한 입장을 취하고 있었는가를 알아보면 매우 다양한 입장을 발견할 수 있다. 즉 소급보호를 전적으로 부인한 조약들도 있는가 하면, 그에 관한 명문의 조항을 두지 아니함으로써 나중에 법원이 분쟁해결의 한 과정에서 판단하도록 하는 경우가 있고, 아주 많은 경우에는 일정한 조건과 제약하에 소급보호를 요구하는 조항이 마련되어 있는 경우도 있다. 마지막의 경우에 흔히 쌍방조약의 체결 당시에 이미 만들어졌거나 제작중에 있는 복사본들의 완성 및 판매만은 허용되지만 그 이외에 기존의 외국 저작물을 허락없이 이용하는 것은 저작권 침해로 보는 경우가 많다.주5)

3. 베른협약 제18조의 遡及保護 原則

_ 베른협약의 발효 이전에 창작된 저작물이라고 하더라도 협약발효시 저작물의 본국에서 公有에 속하게 된 저작물 이외의 모두에 동 협약이 적용된다. 여기에서 특기할 점은, 베를린 외교회의에서 채택된 이래 현재 효력을 발생중인 베른협약은 소급보호를 받지 못하는 대상으로서의 公有에 속하게 된 저작물의 요건을 제한적으로 정하였다는 점인 바, 保護期間의 만료에 의하여 공유로 된 것에 한정되는 것으로 규정하고 있다는 점이다. 그리고 소급보호의 원칙은 베른협약의 발효당시에 보호기간이 만료하지 아니한 저작물을 모두 소급하여 보호하고자 하는 원칙으로서 이미 베른협약에 가입되어 있는 회원국에 대해서도 적용되는 원칙이라고 생각할 수 있다. 예컨대, 베른협약이 1886년에 체결된 이후 여러 차례에 걸쳐서 기존 내용을 改正하기 위한 협약이 체결된 바 있는데, 기존의 회원국들이 개정된 협약에도 가입할 것인지 여부는 선택적인 것이고 그리고 개정된 협약에 가입한 경우에도 개정된 협약의 적용에 있어서 소급보호의 원칙이 적용될 것인지 문제되는데, 베른협약의 소급보호의 원칙은 베른협약에 새로이 가입하는 우리나라와 같은 새로운 가입국에 대해서만 적용되는 원칙이 아니라 기존의 회원국이 개정된 협약에 가입하는 경우에도 마찬가지로 적용된다고 보여진다.주6) 베른협약은 또한 소급보호의 원칙을 규정함에 있어서, 보호받고자 하는 나라에서 이미 저작권 보호기간이 만료된 경우에는 베른협약의 효력발생을

[17]

근거로 하여 새로운 보호를 재개하도록 요구할 수 없다고 규정하고 있는데,주7) 특정 회원국이 死後 50년 미만의 보호기간을 요구하던 베를린 및 로마 개정 협약에 가입하고 있다가 최소한 저자의 사후 50년의 보호기간을 요구하는 현행 베른협약에도 가입하였는데 종전의 베를린 또는 로마 개정 협약하에서 특정 외국 저작물의 저작권이 만료하였지만 새로운 보호기간 사후 50년의 새로운 보호기간을 기준으로 산정해 보니 저작권이 아직 존속하는 것으로 볼 수 있다고 하더라도 遡及保護의 原則의 例外로서 이미 보호기간 만료된 저작권은 다시 소급하여 보호가 회복될 수 없다고 하는 것이 베른협약의 소급보호의 내용이라고 볼 수 있다.

4. 會員國에 의한 遡及保護 原則의 制限

– 베른협약에 새로이 가입하거나 개정된 협약에 추가적으로 가입하거나 회원국이 소급보호 원칙에 절대적으로 지배되는 것은 아니고, 베른협약은 소급보호 원칙을 회원국이 제한할 수 있는 裁量을 두 가지 면에서 허용하고 있다. 첫째, 회원국은 다른 회원국과의 조약에 의하여 소급보호 원칙의 구체적 적용과 예외에 관하여 합의할 수 있고 회원국간의 합의는 베른협약의 소급보호 원칙에 우선하여 적용된다. 소급보호에 관한 회원국간의 기존의 합의가 있는 경우에도 그러한 합의가 베른협약의 소급보호 원칙에 우선하는 효력이 있다.

– 둘째, 회원국은 국내법에 의하여 베른협약상의 소급보호 원칙의 구체적 적용과 예외를 규정할 수 있고 그러한 한도에서 베른협약의 소급보호 원칙은 회원국의 국내법에 의하여 제한될 수 있다. 실제로도, 베른협약의 회원국들은 자신의 국내법에 소급보호 원칙의 적용에 관한 규정을 두고 있는 경우가 많다. 다만 베른협약의 회원국들이 국내법에서 택한 소급보호 원칙 적용방식은 동일하지 않고 다양한 방식을 보여주고 있다. 이제까지 베른협약 회원국들이 이용하여 온 소급보호 제한의 내용을 유형별로 살펴보면, (i) 협약 효력발생일 이전에 이루어진 무단이용행위에 대하여 소급하여 책임을 추궁할 수 없고, (ii) 협약 효력발생일 이전에 이미 제작되어 있는 복제물의 계속적인 배포는 허용되며, (iii) 협약 효력발생일 이전에 외국 저작물을 번역, 편곡, 각색, 영상제작 등의 방법으로 작성한 소위 2次的著作物は 협약의 효력발생에도 불구하고 독자적인 저작물로서 보호하고, (iv) 일정시점 이전에 발행된 외국 저작물에 대하여 翻譯權은 소급보호되지 아니하며, (v) 일반공중이 자유로이 이용할 수 있는 公有에 속하게 된 저작물에 관해서는 소급보호가 인정되지 아니한다는 등의 소급보호 제한으로 정리해 볼 수 있다.주8)

– 베른협약 가입 또는 개정협약의 효력발생일 이전에 외국 저작물의 이용을 위하여 상당한 투자를 이미 한 사람을 보호하기 위하여 특정 범위의 저작물의 특정 형태의 이용에 관하여 일정기간 동안에 한하여 소급보호를 유보하는 내용의 국내법을 제정함에 있어서 회원국마다 상이한 국내법 규정을 보여주고 있다. 이와 같이 회원국의 국내법에 의하여 소급보호를 제한하는 것은 이미 상당한 투자를 한 사람에게 예측하지 못한 손해를 주지 않도록 하기 위한 경과적인 규정이므로 대부분의 경

[18]

우에 일정 기간에 한하여 인정된다. 문제는 회원국의 국내법에 의하여 소급보호 원칙의 적용을 전적으로 부인할 수 있는가 여부인데, 소급보호원칙의 적용을 완전히 부인하는 것은 베른협약의 기본정신에 어긋나는 것이기 때문에 허용되기 어렵지 않은가 생각된다.

5. 協約 일부 條項의 留保

– 국가간의 多數協約을 체결하거나 그에 가입함에 있어서는 체결국 또는 가입국이 협약 일부 조항을 留保(reservations)할 수 있는지 여부가 항상 문제된다. 이 경우에 유보의 방식과 그 범위가 가장 문제되는데, 베른협약의 경우에도 그 소급보호의 원칙에 관한 규정에도 불구하고 가입국이 소급보호 원칙에 관한 규정의 적용을 유보한 가운데 가입할 수 있는가 여부를 살펴볼 필요가 있다. 이러한 문제는 베른협약에서 가입국의 유보가 어느 정도까지 가능한가의 문제를 먼저 살펴봄으로써 순차적으로 생각해 볼 수 있는 문제일 것이다.

– 베른협약은 1886년에 제정된 이래 留保의 범위에 관하여 커다란 변화를 겪어 왔다. 즉 제정된 최초의 협약에는 유보에 관한 아무런 규정도 없었지만, 그 이후에 유보에 관한 조항이 들어가고 개정시마다 약간의 변화를 거쳐서 오늘에 이르고 있다. 최후로 개정이 있었던

파리에서 개정된 베른협약은 "원칙적으로 베른협약의 가입은 베른협약의 모든 조항들의 적용을 수락한 것으로 된다"고 규정하면서 동시에 몇 가지 예외로 유보할 수 있는 경우를 규정하고 있거나 유보할 수 있음을 전제로 한 규정들을 두고 있다. 예컨대, 이미 베른협약에 가입한 나라들은 스톡홀름, 파리 등에서 개정된 협약에 추가적으로 가입하는 경우에 기존의 短期의 存續期間을 그대로 유지한다거나⁹⁾ 파리 개정의 내용과는 무관하게 그 이전에 이미 해 놓은 留保의 효력을 그대로 유지한 가운데¹⁰⁾ 개정된 협약에 가입하는 경우에는, 기존의 회원국이 스톡홀름이나 파리 등에서 개정된 협약에 가입하면서 개정된 협약의 일부 조항의 적용을 유보하는 결과로 되는 것이다. 또한 개발도상국은 베른협약 부속서에 규정된 바에 따라서 베른협약의 일부조항의 적용을 배제할 수 있는 바, 그러한 한도에서 베른협약의 일부조항의 적용을 留保하는 결과로 된다.

_ 우리나라와 같이 새로이 베른협약에 가입하는 경우에도, 두 가지 면에서 유보를 할 수 있는 바, 첫째, 베른협약의 해석이나 적용과 관련하여 회원국 사이에 분쟁이 발생한 경우에 그러한 분쟁을 國際司法裁判所에 의뢰하여 해결하도록 한다는 베른협약조항을 배제할 수 있다는 것이고, 둘째로, 번역권에 관한 베른협약 규정의 적용에 있어서는 잠정적으로 그 적용을 유보할 수 있음이 그것이다.¹¹⁾ 국제사법재판소의 관할권에 관한 유보는 국제사법재판소의 국제정치적인 기능이 제한되어 있고 본래 국제사법재판소의 강제적 관할권이 존재하지 않기 때문에 인정된 留保로 보인다. 그리고 번역권에 관해서는, 우리나라와 같이 새로이 베른협약에 가입하는 나라는, 번역권 조항에 관한 잠정적인 留保를 선언하고 그 대신 1886년에 마련되고 1896년 파리에서 개정된 내용과 같은 短期 存續期間의 번역권만을 인정할 수 있는데, 이와 같이 翻譯權에 관한 유보를 선언한 나라를 본국으로 하는 저작물에 대

[19]

해서는 다른 회원국이 내국민대우의 원칙을 적용하지 아니할 수 있다. 따라서 어느 신회원국에 의해서 번역권이 임시적으로나마 적절히 보호되지 아니하는 동안에는, 相互主義원칙으로 회복되어서, 그러한 신회원국의 국민의 저작물이나 그곳에서 최초로 발행된 저작물은 다른 회원국에서 번역권에 관한 한 상응한 불이익을 입게 된다. 결론적으로 번역권에 관한 유보를 한 경우에는 그러한 한도에서 번역권의 소급보호에 상당한 제한이 이루어질 수 있을 것이다.

_ 이상에서 살펴본 바와 같이 베른협약은 동 협약에 가입하는 국가가 아무런 유보 없이 베른협약의 모든 규정들을 받아들이는 것을 원칙으로 하고 다만 예외적으로 가입국이 유보할 수 있는 구체적 범위를 규정하고 있다. 따라서, 베른협약의 소급보호에 관한 규정은 유보대상에서 제외되어 있는 것으로 보인다. 오직, 한편으로는 번역권에 관한 留保를 통하여 베른협약에 의한 소급보호의 충격을 줄일 수 있고, 다른 한편으로는 베른협약의 소급보호 규정에서도 허용된 바와 같이 가입하는 나라의 국내법에 의하여 소급보호의 구체적 범위를 결정할 수 있는 한도에서 소급보호 규정의 제한적인 유보를 할 수 있을 것이다. 베른협약의 이러한 규정들을 종합적으로 살펴보면, 베른협약에 가입하면서 소급보호 규정을 전면적으로 유보하면서 가입하는 것이 가입국의 일방적 선언은 될 수 있겠지만, 베른협약에서 인정된 유보로는 볼 수 없을 것이고 베른협약 국제사무국에서도 그러한 전면적 유보는 수리하지 아니할 것이다.

Ⅲ. 다른 國際協約에서의 遡及保護

1. 世界著作權協約

– 世界著作權協約(Universal Copyright Convention)은 특정 가입국에서 동 협약이 효력을 발생하게 된 당시에 영구히 公有에 속한(permanently in the public domain) 著作物에 관하여는 적용되지 아니한다고 규정하고 있다.주12) 世界著作權協約의 이러한 규정이 저작권의 소급보호를 완전히 배제한 것이라고 볼 수 있는지는 논쟁의 여지가 있지만 동 협약 규정의 반대해석에 의하면 협약 효력발생일 당시 公有에 속하지 아니한 저작물에 대해서는 동 협약이 소급적용될 수 있음을 규정한 것으로 볼 수도 있고, 다른 한편으로는 저작권의 소급보호에 대하여 아무런 명문의 규정이 없이 단순히 公有에 속한 저작물에 대한 보호가 부인된다고 규정하고 있기 때문에 소급보호가 배제되어 있음을 확인한 규정으로 추정할 수도 있을 것이다.

2. UR최종협정안에서의 遡及保護

– UR최종협정안은 저작권보호에 있어서 베른협약에 따른 소급보호를 원칙으로 한다고 규정하면서도 동시에 특정 회원국에서 UR협정이 효력을 발생할 당시에 이미 一般公衆의 公有에 속하게 된(in the public domain) 저작물에 대해서는 소급보호가 주어지지 아니한다는 점을 일반화하고 있다.주13) 베른협약에서는 가입국에서 저작권의 존속기간이 만료함으로써 一般의 公有에 속하게 된 경우 이외에는 언제나 소급보호를 원칙으로 한다는 내용의

[20]

상당히 엄격한 내용의 소급보호 원칙이 규정되어 있는데 반하여, UR최종협정안에서는 公有로 된 사유를 제한하고 있지 않기 때문에 보다 넓은 범위에서 遡及保護의 例外가 인정될 수 있는 길을 열어 주고 있다고 보여진다.

– UR최종협정안은 그와 같이 완화된 소급보호제도를 뒷받침하기 위하여 추가적인 예외규정을 명문화하고 있다. 첫째, UR협정의 효력발생에 따라서 저작권 침해로 되는 행위라고 하더라도 그를 위한 상당한 投資(significant investment)가 UR협정효력발생일 이전에 이미 이루어진 경우에는 저작권자의 구제수단에 일정한 제한을 가할 수 있고 다만 저작권자에게는 합리적인 補償을 해야 한다.주14) 둘째, 貸與權(rental rights)에 있어서도, UR최종협정안은 UR협정의 효력발생일 이전에 이미 구입된 音盤, 컴퓨터프로그램, 映像著作物에 관해서는 貸與權이 미치지 아니한다고 규정하고 있다.주15) 저작권의 소급보호에 관한 것은 아니지만, UR최종협정안은 특허권의 소급보호에 있어서도 마찬가지로 일정한 제한을 두고 있는 바, UR협정의 효력발생일 이전에 締約국 정부에 의하여 강제실시허락된 특허발명의 경우에는 UR최종협정안의 강제실시허락제한 규정이 소급적용되지 아니한다고 규정하고 있다.주16) 결론적으로 UR최종협정안은 구체적으로 어느 정도까지 소급보호가 제한될 수 있는지에 관하여 베른협약보다 훨씬 더 구체적이고 소급보호의 폐단을 줄일 수 있는 상세한 규정을 두고 있다고 보여진다. 물론 우리나라가 베른협약에 가입하는 경우에 최소한 UR최종협정안에 열거된 소급보호제한은 원용하여 소급보호에 관한 유보를 할 수 있다고 생각된다.

3. 北美自由貿易協定

– 北美自由貿易協定(NAFTA)의 경우에도 저작권 등의 지적소유권에 관한 상세한 규정을 두

면서 그 소급보호에 관한 규정도 두고 있다. NAFTA협정의 施行日 이전에 이루어진 행위에 관하여는 아무런 책임도 발생하지 아니한다. 그러나, NAFTA협정의 시행일 당시에 체약국에서 이미 보호되고 있거나 NAFTA협정에 따라서 보호되는 저작물에 대하여, 체약국은 베른협약 제18조에 의한 소급보호를 해야 할 의무를 부담한다. 特許權과 같이 登錄에 의하여 보호가 주어지는 知的所有權의 경우에, NAFTA협정의 시행일 이전에 제출된 登錄出願은 NAFTA협정의 규정에 따라 규정된 향상된 보호수준과 권리를 내용으로 하는 등록출원으로 정정될 수 있도록 허용해야 한다고 규정하고 있다.주17)

_ NAFTA협정은 동시에 소급보호의 구체적 범위를 위한 상세한 규정을 두고 있다. 즉, 협정 시행일 당시 문제된 저작물이 특정 체약국에서 일반공중의 公有(works in the public domain)에 속하게 된 경우에는 보호대상에서 제외됨을 아울러 규정하고 있다. NAFTA협정에 따라서 지적소유권의 침해로 되는 행위가 협정의 시행일 이후에 계속되는 경우에도, 그러한 침해행위가 협정의 시행일 이전에 이미 시작되었거나 그에 관한 상당한 투자가 이미 이루어진 경우에는, 지적소유권자의 구제조치에 제한을 가할 수 있고, 다만 지적소유권자에 대

[21]

한 適切한 補償(equitable remuneration)은 해주어야 한다. 公衆貸與權(rental rights)의 보호에 있어서도, NAFTA협정의 시행일 이전에 구입된 원본 또는 복제물에 관해서는 공중대여권이 적용되지 아니하는 것으로 한다. 결론적으로 NAFTA협정도 UR최종협정안에서와 거의 동일한 내용의 소급보호 및 그 제한을 규정하고 있는 것으로 보인다.

IV. 우리나라의 對應方案

1. 현행 著作權法에서의 遡及保護

_ 우리나라의 현행 저작권법은 우리나라가 가입 또는 체결한 조약 발효일 이전에 발행된 외국인의 저작물은 보호하지 아니한다고주18) 규정하고 있다. 이러한 규정은 소급보호를 정면으로 부인한 규정이기 때문에, 우리나라가 베른협약에 가입하게 되면 베른협약에 규정된 소급보호 원칙에 부합되도록 우리나라 저작권법 규정을 개정해야 할 것이다. 다만, 위에서 살펴본 바와 같이, 베른협약은 저작권의 존속기간의 만료로 인하여 일반공중의 公有로 된 저작물 이외의 모든 저작물이 소급보호 되도록 규정함과 동시에 회원국의 국내법에 의하여 소급보호의 구체적 내용과 범위를 정할 수 있다고 하는 회원국 재량을 인정하고 있기 때문에, 우리나라의 저작권법을 개정할 경우에도 그러한 재량을 최대한으로 발휘하여 국내 저작권산업에 미치는 충격을 줄이고 예측하지 못한 손해를 입지 않도록 하여야 할 것이다. 또한 우리나라 憲法은 헌법에 의하여 締結·公布된 條約은 국내법과 동일한 효력을 가진다고 규정하고 있기 때문에,주19) 우리나라가 베른협약에 가입하면 베른협약의 내용은 국내 법률과 동일한 효력을 가지게 되고 우리나라 저작권법과의 관계는 '新法優先의 원칙'에 따라서 해결될 것이고 따라서 우리나라 저작권법이 소급보호를 명시적으로 규정하지 아니하더라도 베른협약의 소급보호 규정에 따라서 외국 저작물은 저작권의 소급보호를 받게 되는 것으로 해석될 것이다.

_ 현행 저작권법을 改正할 경우 또는 베른협약 가입 이후에 베른협약의 施行과 관련한 特別

법을 제정하는 경우에 주20) 다른 나라들의 선례를 참조하여, 法的 安定的 차원에서 소급보호가 인정되지 아니하는 구체적 경우들을 열거해 둘 필요가 절실하다고 하겠다. 최소한의 규정으로서 美國의 선례에서 볼 수 있는 바와 같이 협약 효력발생일 당시에 일반 공중이 자유로이 이용할 수 있는 "公有에 속하게 된 著作物"에 관해서는 소급보호가 인정되지 아니한다는 명문의 규정은 둘 필요가 있다. 문제는 어떠한 경우에 저작권 存續期間 滿了 이외의 사유로 인하여 저작물이 일반 공중의 公有에 속하게 될 것인가 하는 문제인 바, 그에 관한 보다 구체적인 기준을 마련해 두면 더욱 바람직할 것이다. 그리고 우리나라는 일본과 마찬가지로 외국 저작물을 번역 수입하여 학문과 기술의 발전을 도모하고 있는 상황이기 때문에, 아래에서 별도로 살펴보는 바와 같이 외국 저작물의 "翻譯에 관한 遡及保護의 制限"을 명문으로 규정해 두어야 할 것이다. 더

[22]

나아가서, "협약 효력발생일 이전에 이루어진 무단 이용행위"에 대하여는 책임을 추궁할 수 없다거나 "협약 효력발생일 이전에 이미 만들어진 복제물 또는 번역물 등의 2次的著作物"은 계속적으로 유통될 수 있다고 하는 소급보호 제한규정을 상세히 마련해둘 필요가 있다. 그리고, UR최종협정안과 北美自由貿易協定에서와 같이, 우리나라 저작권법이 개정되어 貸與權(rental rights)이 저작권자에게 추가적으로 부여되는 경우에는, 협약의 소급효와 관련하여 협약의 효력발생일 이전에 이미 구입된 音盤, 컴퓨터프로그램, 映像著作物에 관해서는 貸與權이 미치지 아니한다는 명문의 규정을 둘 필요가 있다.

2. 翻譯權에 관한 遡及保護

_ 저작권의 소급보호에 있어서 우리나라의 경우에는 외국저작물의 번역이 커다란 제한과 타격을 받게 되지 않는가 하는 의문과 현실적인 문제가 제기된다. 세계저작권협약(UCC)은 語文著作物의 발행일로부터 7년이 경과한 때에는 당해 저작물을 번역하고자 하는 자가 번역권자에게 번역허락을 제안했으나 거절되었거나 번역권자를 찾을 수 없다는 사실을 소명함으로써 당해 저작물의 번역을 할 수 있는 통상이용권(또는 비독점적 이용권: non-exclusive licence)을 허락받을 수 있고, 다만 이러한 강제적 통상이용허락의 신청이 이루어진 사실을 당해 외국 저작물의 출판사에게 그리고 번역권자의 국적을 아는 경우에는 번역권자의 대사 또는 영사에게도 통지해야 하며, 통상이용의 적절한 대가를 번역권자에게 지급하도록 해야 한다고 규정하고 있다. 주21) 우리나라 저작권법도 세계저작권협약에 가입한 이후 개정을 통해 더, 저작물의 법정이용허락에 관한 규정을 고쳐서 공표된지 7년이 경과한 저작물의 강제적 번역 및 발행을 허용하는 규정을 두게 되었다. 주22)

_ 그러나 우리나라가 베른협약에 가입하게 되면 번역에 관해서도 약간의 영향을 받게 될 것이다. 베른협약은 개발도상국의 경우에 한하여 번역권에 제한을 가할 수 있도록 하고 우리나라와 같이 개발도상국이 아닌 나라의 경우에는 원칙적으로 번역권도 저작권의 하나로 보호해야 하는 것으로 규정하고 있다. 주23) 다만, 앞에서 가입국의 "留保"의 범위에서 살펴본 바와 같이 우리나라는 베른협약에 가입하면서 번역권의 적용을 유보하고 그 대신 1886년에 마련되고 1896년에 파리에서 확정된 베른협약의 번역권조항을 받아들일겠다는 선언을 할 수는 있다. 1886년에 처음으로 마련된 베른협약은 번역권이 오직 어문저작물의 발행일로부터 10년만 존속한다고 규정하고 있었고 10년 후 파리에서 개정된 협약도 발행일로부터 10년 이내에 적법한 번역물이 발행된 경우에 한하여 번역권은 계속 보호된다고 규정하고

있다.주24) 따라서 우리나라가 翻譯權에 관한 留保를 한다면, 특정 외국 저작물이 발행일로부터 10년이 경과하도록 우리나라에서 적법한 번역물이 없는 경우에 번역을 위한 강제적 저작물이용의 허락을 신청할 수 있을 것이다. 물론 우리나라의 현행 저작권법은 베른협약 가입시 번역권에 관한 유보를 하는 경우에도 이용허락이 가능한 기간 경과 등의 요건에 관하여 개정할 필요

[23]

는 있을 것이다. 약간의 기간 조정들이 필요하기는 하지만, 분명한 것은 번역권에 관한 유보를 함으로써 우리나라가 베른협약에 가입하는 경우에 외국저작물의 소급보호로 인하여 받게 되는 충격적인 문화적 및 경제적 손실을 막을 수 있을 것이다. 또한 외국저작물이 외국 번역권자의 허락 없이 번역된 경우에도 그러한 번역이 베른협약 가입이전에 이루어져서 번역출판을 위한 준비가 된 경우에는 저작물 이용을 위한 상당한 投資가 이루어진 경우에 해당되기 때문에 遡及保護의 例外에 해당되고, 따라서 저작권 침해에 해당되지 아니할 것이다. 그리고 가능하다면 앞에서 설명한 바와 같이, 베른협약 가입 이전에 외국 저작물의 번역이라거나 각색 등이 이루어진 경우에는 그러한 번역이나 각색 등이 외국 저작권자의 허락을 받지 않고 이루어졌던 경우에도 그러한 2차적저작물에 관하여는 베른협약의 가입에 불구하고 독자적인 저작물로서 보호된다는 명문의 규정을 둘 필요가 있을 것이다.

V. 맺음말

_ 저작권의 보호는 문화와 과학의 발전을 도모하기 위한 합리적인 법제도일 뿐만 아니라 중요한 통상문제의 하나라는 점을 정확히 인식하고, 우리나라도 베른협약에의 가입을 적극적으로 그리고 면밀히 검토해 보아야 할 것이다. 문화와 과학의 발전도 그렇고 통상문제의 해결도 그렇지만, 우리나라가 이제는 불합리한 통제나 무리한 금전적 투자에 의존해서는 더 이상의 발전을 기대할 수 없는 상황에 도달했고 과거처럼 주먹구구식으로 그리고 임기응변식으로 대응해서는 국내외적으로 아무런 문제도 해결할 수 없는 시기에 직면하고 있다. 베른협약에의 가입 문제도 피상적으로 판단하고 아무런 논리적 근거도 없이 찬성하거나 반대할 문제가 아니라, 베른협약에의 가입의 득실을 냉철히 분석하고 외국의 대응 선례들을 참조해서 합리적으로 판단해야 할 문제인 것이다.

_ 위에서 살펴본 바와 같이 각종의 통상협상에서 베른협약이 저작권보호의 기준을 제공하는 규범으로 되어 있고 저작권법의 역사가 극히 일천한 중국도 지난 해에 베른협약에 가입한 현실을 감안해 보면, 우리나라가 베른협약의 소급보호 규정이 두려워서 무한정 베른협약에의 가입을 미루거나 그에 관한 분석도 게을리해서는 곤란할 것이다. 우리나라 저작권법이 이미 대폭적으로 개정되어서 베른협약에서 보호되는 수준에 거의 도달해 있을 뿐만 아니라 베른협약의 소급효도 우리나라의 국내법에 의하여 제한할 수 있는 문제이기 때문에, 베른협약에 가입하는 문제를 검토함에 있어서 이제는 베른협약의 가입에 따른 국내법 改正의 필요성이라거나 遡及效 制限을 위한 구체적 대안은 무엇인지 등의 각론적 문제를 살펴보아야 할 시점에 와 있다. 소급효 제한을 위한 구체적 대안을 마련함에 있어서는 외국의 선례와 UR 최종협정안 등을 참조할 수 있다. 외국의 선례와 통상협상에서의 소급효제한에 관한 대안들을 살펴보면 모두 공통적으로 베른협약 등에 가입하는 경우에도 가입국 국민들의 法的 安定

을 깨뜨리지 않는 한도에서만 소급효가 인정된다고 하는 점이기에 때문에, 우리나라가 베른협약에 가입함에 있어서 소급효제한에 관한 그러한 대안들을 충분히 반영한다면 베른협약의 소급효에 따른 국내산업에의 충격을 상당히 줄일 수 있을 것이다. 日本이 19세기 말에 著作物의

[24]

일방적 수입국의 처지임에도 불구하고 베른협약의 체결을 위한 외교회의에 적극적으로 참여하여 일본의 이익을 위하여 번역권에 관한 유보를 주장한 역사적 사실이 오늘의 우리나라에 계도 교훈이 될 것이다. 우리나라가 베른협약을 피해 다닌다고 문제가 해결되는 것이 아니라, 베른협약에 적극적으로 참여해서 외국 정부에 우리나라의 입장을 설명하고 더 나아가 최근에 진행되고 있는 베른협약의 개정에도 우리나라의 입장이 반영되도록 합리적이고 논리적인 노력을 기울여야 할 것이 아닌가 생각된다.

주1)

[UR최종협정안 제9조.](#)

주2)

북미자유무역협정 제1701조.

주3)

베른협약 제14조의 3

주4)

[한국 저작권법 제3조 제1항.](#)

주5)

Sam Ricketson, The Berne Convention: 1886-1986(London, QMC, 1987), at 666.

주6)

Sam Ricketson, The Berne Convention: 1886-1986(London, QMC, 1987), at 666.

주7)

베른협약 제18조 제2항.

주8)

[최경수, 저작권법상 소급보호의 이론적 접근, 「계간저작권」 제14호\(1991 여름\) 제41면.](#)

주9)

베른협약 제7조 제7항 및 제8항.

주10)

베른협약 제30조 제2항.

주11)

베른협약 제30조 및 제33조.

주12)

[世界著作權協約 제7조.](#)

주13)

[UR최종협정안 제70조 제2항 및 제3항.](#)

주14)

[UR최종협정안 제70조 제4항.](#)

주15)

[UR최종협정안 제70조 제5항.](#)

주16)

[UR최종협정안 제70조 제6항.](#)

주17)

NAFTA협정 제1720조.

주18)

[저작권법 제3조 제1항 단서.](#)

주19)

[憲法 제6조.](#)

주20)

잘 아시다시피, 日本은 1956년에 世界著作權協約에 가입하면서 "세계저작권협약 실시에 따른 저작권법의 특례에 관한 法律"을 제정한 바 있고, 본토 中國은 1992년에 세계저작권협약과 베른협약의 양 조약에 가입하면서 "國際著作權條約의 施行을 위한 規則"을 새로이 제정한 바 있다.

주21)

[세계저작권협약 제5조 제2항.](#)

주22)

한국 [저작권법 제49조.](#)

주23)

베른협약 제8조.

주24)

Sam Ricketson, The Berne Convention: 1886-1986, p.385.