

저작권법 개정안에 관한 연구

저자: 정상조

발행년도: 1995

문헌: 법학

권호: 36권2호(98호) (1995년)

출처: 서울대학교 법학연구소

저작권법 개정안에 관한 연구 (Study on the Reform Bill of Copyright Law) / 정상조

초록

개정안은 저작권법 중에서 실연자의 권리내용 보강, 저작권 등의 존속기간변경, 번역권의 존속기간제한, 외국저작물의 소급보호와 경과조치 등을 주된 내용으로 삼고 있다. 먼저 저작권법과 관련하여 우리나라 현행 저작권법이 규정하고 있는 저작권은 영국등의 입법에 비교해 보았을때 제한된 권리만을 인정하고 있는 것으로 보이며, 개정안에서의 실연자의 권리가 현행 저작권법에서보다 강화된 것은 틀림없다. 그러나 저작권법 또는 보다 넓은 안목에서 볼 때 실연, 음반, 방송, 통신 등에 대하여 부여될 저작권유사의 권리를 재조명하는 차원에서 저작권법에 관한 개정을 포함했어야 하는 것이 아닌가 하는 아쉬움이 남는다.

둘째로, 번역권에 관한 현행 법제도와 개정안을 살펴보면, 현행 저작권법은 저작물의 법정이용허락에 관한 규정을 고쳐서 공포된지 7년이 경과한 저작물의 강제적 번역 및 발행을 허용하는 규정을 두고 있으나 최근에 비준한 TRIPs협정은 번역권을 포함한 모든 저작권을 Berne협약의 규정에 따라서 보호할 것을 요구하고 있어, 저작권법 개정안은 번역권의 존속기간을 실질적으로 제한하는 새로운 제도를 도입하였다.

다음으로 외국 저작물의 소급보호와 1957년 1월 1일 이후에 사망한 저작자의 저작물 또는 그 이후에 공포된 저작물에 대해서만 소급보호를 인정할 것인가 아니면 그 이전의 저작물에 대해서도 소급보호를 인정해야 할 것인가 하는 점에 관하여 다소 논란이 있다. 저작권법 개정안은 변화하는 문화산업과 정보기술에 대처하기에는 아직 부족한 것으로 보인다.

결론

개정안의 주내용인 저작권법 등의 보호 강화와 저작물의 소급보호의 범위의 문제는 TRIPs협정을 따른 것이나, 변화에 대처하기에는 부족함이 있다.

주제어

저작권법, 개정안, 저작권법, 번역권, 소급보호, Berne협약, TRIPs협정

I. 머리말

동서간 이데올로기의 대립이 막을 내리고 국경의 장벽이 무의미해진 가운데 전세계를 하나의 단일한 시장으로 하여 전개되는 무한경쟁 시대에 가장 주목되는 것은, 20세기말과 21세기초의 치열한 경제전쟁에 관하여 새로운 규칙으로 등장하게 된 세계무역기구(World Trade Organization: WTO)협정일 것이다. 이러한 WTO협정내용 가운데 문화산업에 가장 커다란 영향을 미치게 되는 부속협정이 있는바, 그것이 바로 "통상문제로서의 지적소유권(Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights:TRIPs)협정"이고 동 TRIPs 협정은 저작권에 관한 상세한 규정을 포함하고 있다. 우리나라도 WTO협정을 비준함에 따라서 발효일로부터 1년의 유예기간 내에^{주1)} 저작권법 등을 동 협정에 위반되지 않도록 개정해야 할 의무가 있고, 문화체육부는 최근에 개정안을 마련하여 개정안에 관한 공청회도 가진 바 있다. 일반인을 대상으로 한 공청회에서 개정안에 관하여 전문적이고 깊이 있는 검토가 이루어지기 어려웠다는 한계점을 고려하여, 본고는 역동하는 국제질서 속에서 이번 개정안이 가지는 의미와 문제점이 무엇인지를 분석해 보고자 한다. 이번 개정안은 저작인접권 중에서 실연자의 권리내용 보강, 저작권 등의 존속기간변경,^{주2)} 번역권의 존속기간제한, 외국저작물의 소급보호와 경과조치 등을 주된 내용으로 삼고 있는바, 본고는 크게 저작인접권 등의 보호 강화와 소급보호의 범위에 대하여 살펴 보고 개정안의 문제점과 한계를 지적해 보도록 한다.

II. 저작인접권의 보호 강화

1. 저작인접권에 관한 입법에

저작인접권으로서 현행 저작권법은 실연자가 그의 자신의 실연을 녹음 또는 녹화하거나 [280]

사진으로 촬영할 권리를 가진다고 규정하고 있다(제63조). 실연자의 권리는 소위 저작인접권이기 때문에 저작권의 내용과는 달리 아주 제한된 내용의 권리로 되어 있는 것을 쉽게 알 수 있다. 우리나라의 저작권법이 저작권의 개념과는 별도로 저작인접권이라는 아주 제한된 권리 개념을 규정하고 있는 것은, 영국 등에서와 같이 "음반, 필름, 방송물, 유선송신물 및 출판물의 판권"이라고 하는 저작물 종류에 대하여 저작권을 부여하는 입법례와 크게 대비되는 것이다.^{주3)} 이러한 입법례의 차이는 근본적으로 영미법계 저작권법과 대륙법계 저작권법과의 차이에서 유래되는 것이 아닌가 하는 문제의식을 가지고 살펴보도록 한다. 즉, 우리나라 저작권법은 대륙법계 저작권법과 마찬가지로 저작물을 저작자의 인격의 표현으로 보아서 저작인접권을 부여하고 일종의 자연법상의 권리로서 저작권을 부여하며 저작물의 창작성 기준도 그러한 인식과 배경하에서 정하는데 반하여, 영미법계 저작권법의 원천으로서 영국 저작권법은 저작권을 기능적이고 도구주의적인 입장에서 보고 저작인접권이라고 하는 성문법에 의하여 비로소 부여되는 권리로 보며 저작물 창작성 기준도 비교적 낮은 편이다.^{주4)} 따라서, 우리나라 저작권법에선 음반 등이 음악저작물과 같은 정도의 창작성이 없기 때문에 저작물로 보기 어려우므로 저작권을 부여할 수 없고 그에 유사한 저작인접권의 보호대상으

로 규정하게 된 것이지만, 영국의 저작권법은 음반 등도 독자 적으로 제작한 것인 한 창작성이 있는 저작물로 보아서 저작권을 부여하되 그 내용이나 존속기간이 제한된 저작권을 부여한 것이다. 이러한 근본적인 차이점으로 인하여 우리나라 저작권법이 규정하고 있는 저작인접권은 실연자, 음반제작자, 방송사업자에게 녹음·녹화권 등의 아주 제한된 권리만을 인정할 뿐인데 반하여(제61조 이하), 영국 등의 저작 권법은 실연자의 권리 이외의 경우에는 저작권을 부여해 주고 다만 그러한 저작권의 내용과 존속기간을 제한하고 있다고 하는 커다란 제도적 차이가 나타나게 되었다.

2. 실연자의 권리에 관한 개정안

전세계적으로 저작인접권의 제도적 차이가 있음을 고려해서 TRIPs협정은 실연자, 음반 제작자, 방송사업자에게 인정되어야 할 최소한의 권리를 규정하고 있다. 특히, 실연자의 권리에 관하여, TRIPs협정은 실연자에게 자신의 실연을 고정(fixation: 녹음·녹화를 포함), 복제, 방송, 공중전달(확성기 등을 통한 전달)할 수 있는 권리를 부여하고 있다.주5) 이에 반하여 우리나라의 현행 저작권법은 녹음 또는 녹화하거나 사진으로 촬영할 권리만을 부여하고 있어서, 개정안은 보다 포괄적인 권리를 부여하기 위하여 복제할 권리로 대체하

[281]

였다. 우리 저작권법은 복제의 개념을 "인쇄·사진·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물로 다시 제작하는 것을 말하며, 건축물의 경우에는 그 건축을 위한 모형 또는 설계도서 에 따라 이를 시공하는 것을, 각본·악보 그 밖의 이와 유사한 저작물의 경우에는 그 저작물의 공연·방송 또는 실연을 녹음하거나 녹화하는 것을 포함한다"고 규정하고 있다.주6) 이러한 개념정의에 의하면 우리나라 저작권법이 '실연'(제2조 제4호 제61조 제1호)을 '저작물'(제2조 제1호)과는 다른 별도의 보호대상으로 파악하고 있는 한, 실연자가 가지는 복제권은 공연 및 방송을 당연히 포함하는 것으로 해석할 수 없게 될 것이고, 오직 "인쇄·사진·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물로 다시 제작하는 것" 만을 의미하는 것이라고 해석된다. 개정안에서의 실연자의 권리가 현행 저작권법에서보다 강화된 것은 틀림없다. 개정안에 의하면, 실연내용을 사진이나 기타의 방법으로 유형물로 제작하는 것이 금지되기 때문에, 예컨대 무형문화재 등에 의한 민속예술의 실연을 실연자 등의 허락없이 사진촬영하는 등의 행위도 금지되는 것이고,주7) 실연내용을 사진촬영하여 광고에 이용하는 행위도 실연자 등의 허락을 받아야 할 것이다.

3. 개정안의 한계

문화체육부가 이번에 마련한 저작권법 개정안은 실연자의 권리에 대해서만 약간의 개정을 하고 있고 음반제작자 및 방송사업자의 권리에 대해서는 외국인의 저작인접권도 보호한다는 것 이외에는 별다른 개정이 없다. 그러나 방송과 정보통신이 융합됨에 따라서, 저작인접권 또는 보다 넓은 안목에서 볼때 실연, 음반, 방송, 통신 등에 대하여 부여될 저작

[282]

권유사의 권리를 재조명하는 차원에서 저작인접권에 관한 개정을 포함했어야 하는 것이 아닌가 하는 아쉬움이 남는다. 우리나라 현행 저작권법의 방송의 개념이 오늘날 진행되는 방

송과 통신의 융합현상에 적절히 대응할 수 있을지 극히 의문시되기 때문이다.

전통적으로 방송의 개념을 흔히 "일반공중의 구성원들에 대한 수신을 위하여 송신하는 서비스"라고 본다면 Video-on-demand라거나 최근에 급증하는 다양한 정보통신서비스와 같이 "이용자의 요구에 의하여 (동시에 또는 순차적으로) 둘 이상의 장소에 정보를 송신하는 서비스"는 현행 저작권법상 방송에 해당될 수 있을지 의문시된다. 저작권자의 이익도 문제되지만, 그러한 송신서비스를 제공하는 각종 통신사업자에게 별다른 권리가 주어지지 아니하는 공백상태가 만들어지고 있는 것이 아닌가 생각된다. 그리고 방송사업자의 권리를 누가 가질 것인가에 대해서도 기존의 방송사업자의 경우에 저작인접권을 가진다고 쉽게 판단할 수 있겠지만, 종합유선방송사업자라든가 앞으로 급증하게 될 각종 정보통신사업자의 경우처럼 그 방송물이나 정보물을 스스로 제작하지 아니하고 다른 사업자(Programme contractors)에게 제작을 위탁하여 완성된 방송물을 방송하는 경우에 누가 저작자가 될 것인가는 어려운 문제로 남게 될 것이다. 이에 관한 저작인접권 규정의 개정안도 마련했어야 하는 것이 아닌가 하는 아쉬움이 남는다.

또한, 오는 8월이면 통신위성 무궁화호가 발사되어 몇 년 이내로 우리나라도 위성방송을 시작하게 될 것인 바, 이러한 경우에 방송물 및 정보통신서비스의 수신료지급을 회피하기 위한 의도로 수신하는 행위 또는 정당한 권원을 가지지 아니한 자로 하여금 방송물 및 정보통신서비스를 수신할 수 있도록 해주는 장치를 제조하거나 수입하거나 판매하거나 또는 대여하는 행위를 어떻게 취급할 것인가 하는 문제도 연구되었어야 하는 것이 아닌가 하는 생각이 든다. 특히 수신료를 지급함이 없이 암호해독장치(Decoding equipment)를 가지고 위성방송물 및 정보통신서비스를 수신하는 것을 현행 저작권으로서의 방지하기 어려울 것이기 때문이다.주8)

III. 번역권에 관한 특칙

1. 번역권에 관한 현행 법제도와 개정안

번역은 문화교류 및 과학지식의 도입에 있어서 가장 중요한 단계이기 때문에 1886년 Berne협약이 체결될 때에도 가장 중요한 저작권의 하나로 포함되어 규정되기 시작하였고, 우리나라와 같은 저작물수입국으로서의 저작권법상의 번역권 규정이 문화산업 특히 출판 산업에 미치는 영향이 지대하다. 우리 저작권법은 외국저작물을 극히 제한적으로만 보호

[283]

해 오다가 세계저작권협약(Universal Copyright Convention:UCC)에 가입하면서부터 외국 저작물보호 특히 번역권 보호강화에 따른 충격을 완화하기 위하여 우리의 1986년 저작권법은 동 협약에서 허용하고 있는 일종의 강제이용허락제도를 도입한 바 있다. 즉, 세계저작권협약(UCC)은 어문저작물의 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 비독점적이용권:non-exclusive licence)을 허락받을 수 있고, 다만 이러한 강제적 통상이용허락의 신청이 이루어진 사실을 당해 외국저작물의 출판사에게 그리고 번역권자의 국적을 아는 경우에는 번역권자의 대사 또는 영사에게도 통지해야 하며, 통상이용의 적절한 대가를 번역권자에

게 지급하도록 해야 한다고 규정하고 있다.주9) 1986년에 개정된 현행 저작권법도, 저작물의 법정이용허락에 관한 규정을 고쳐서 공포된지 7년이 경과한 저작물의 강제적 번역 및 발행을 허용하는 규정을 두게 되었다.주10) 그러한 최근에 비준한 TRIPs협정은 번역권을 포함한 모든 저작권을 Berne협약의 규정에 따라서 보호할 것을 요구하고 있어, 문화체육부가 마련한 저작권법 개정안은 아래와 같이 번역권의 존속기간을 실질적으로 제한하는 새로운 제도를 도입하였다.

[284]

2. 개정의 배경과 문제점

번역권에 관하여 개정안과 같은 특칙이 나오게 된 배경을 이해하기 위해서는 TRIPs협정이 회원국들로 하여금 준수하도록 요구하고 있는 Berne협약의 번역권 관련 규정들을 살펴보아야 한다. Berne협약은 전술한 바와 같이 1886년에 제정된 협약에서부터 번역권에 관한 규정을 두어왔지만 그 구체적 내용은 커다란 변화를 해왔다. 1886년에 채택된 Berne협약은 번역권은 10년간 존속하는 것으로 하여 복제권과는 상이한 저작권으로 규정하고 있었으나 그로부터 10년 후 1896년에 채택된 Berne협약은 번역권을 복제권과 동일하게 규정해야 한다고 하는 프랑스 등의 강력한 주장을 반영하여 원칙적으로 번역권은 복제권과 동일한 존속기간 동안 존속하지만 저작물이 공포된 날로부터 10년 이내에 "번역권이 행사될 나라의 언어"로 번역권자의 허락하에 번역되지 아니한 경우에는 당해 국가에서 번역권을 주장할 수 없도록 번역권을 제한하였다. 그 후 수차례의 개정을 거쳐서 1971년 파리에서 채택된 Berne협약은 그러한 제한도 없애고 번역권을 복제권과 동일한 저작권으로 규정하면서, Berne협약에 새로이 가입하는 나라(기존의 Berne협약 회원국이 새로이 채택된 Berne협약을 비준하는 경우도 포함)와 개발도상국의 두 가지의 경우에만 예외적으로 번역권을 제한할 수 있도록 허용하고 있을 뿐이다. 따라서 이러한 두 가지의 예외를 살펴봄으로써 우리 저작권법 개정안을 정확히 검토해볼 수 있을 것이다.

(1) Berne협약 가입시에 행하는 번역권 관련 유보

국가간의 다자협약을 체결하거나 그에 가입함에 있어서는 체결국 또는 가입국이 협약 일부 조항을 유보(reservations)할 수 있는지 여부가 항상 문제된다. 이 경우에 유보의 방식과 그 범위가 가장 문제되는데, Berne협약은 1886년에 제정된 이래 유보의 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 이루어진 파리에서 채택된 Berne협약은 "원칙적으로 Berne협약의 가입은 Berne협약의 모든 조항들의 적용을 수락한 것으로 된다"고 규정하면서 동시에 몇 가지 예외로 유보할 수 있는 경우를 규정하고 있을 뿐이다. 예컨대, 이미 Berne협약에 가입한 나라들이 스톡홀름, 파리 등에서 개정된 협약에 추가적으로 가입하는 경우에 기존의 단기의 존속기간을 정한 법률을 그대로 유지하거나주11) 파리 개정의 내용과는 무관하게 그 이전에 이미 해 놓은 유보의 효력을 그대로 유지한가운데주12) 개정된 협약에 가입하는 경우에는, 기존의 회원국이 스톡홀름이나 파리 등에서 개정된 협약에 가입하면서 개정된 협약의 일부 조항의 적용을 유보하는 결과로 되는 것이다. 또한 개발도상국은 Berne협약 부속서에

규정된 바에 따라서 Berne협약의 일부 조항의 적용을 배제할 수

[285]

있는 바, 그러한 한도에서 Berne협약의 일부 조항의 적용을 유보하는 결과로 된다.

우리나라와 같이 새로이 Berne협약에 가입하는 경우에도, 두 가지 면에서 유보를 할 수 있다. 첫째, Berne협약의 해석이나 적용과 관련하여 회원국 사이에 분쟁이 발생한 경우에 그러한 분쟁을 국제사법재판소에 의뢰하여 해결하도록 한다는 Berne협약조항을 배제할 수 있다. 둘째로, 번역권에 관한 Berne협약 규정의 적용에 있어서는 그 적용을 유보할 수 있다. 주13) 즉 우리나라와 같이 새로이 Berne협약에 가입하는 나라는, 1971년에 채택된 Berne협약 규정 가운데 번역권에 관한 조항을 유보하고 그 대신 1886년에 마련되고 1896년 파리에서 개정된 내용과 같은 단기존속기간의 번역권에 관한 규정을 준수하겠다고 하는 내용의 유보선언을 할 수 있을 것이다. 이와 같이 번역권에 관한 유보를 선언한 나라로는 과거에 일본을 비롯하여 다수의 회원국들이 Berne협약가입시 번역권에 관한 유보선언제도를 이미 활용한 바 있다. 주14)

(2) 개발도상국에서의 번역권 제한

Berne협약은 개발도상국의 경제사정을 고려하여 부칙에 의하여 개발도상국들이 제한된 내용의 복제권 또는 번역권만을 보호해도 무방하도록 한 특칙을 마련해 두고 있다. 즉, 개발도상국은 Berne협약의 가입시에 번역권 등에 관한 부칙의 제한을 원용하겠다고 하는 내용의 선언을 할 수 있다. 다만, 그러한 선언을 하기 위해서는 국제연합(UN)의 총회의 확립된 관행에 따라서 개발도상국으로 인정된 국가이어야 하고, 자국의 경제사정 및 사회적·문화적 수요를 고려해 볼 때 Berne협약의 모든 규정을 준수하기 어렵다고 판단한 경우에 한하여 그러한 유보선언을 할 수 있다. 주15) 개발도상국으로서 그러한 유보선언을 한 나라의 경우에는, 저작물이 공표된 날로부터 3년 이내에 당해 국가에서 공용되는 언어로 번역되지 아니한 경우에는 당해 국가의 국민의 신청에 의하여 적법한 기구가 통상이용권(또는 비독점적이용권: non-exclusive licence)을 허락해 주는 제도를 마련함으로써 Berne협약의 배타적인 번역권 규정을 대체할 수 있는 것이다.

Berne협약 부칙은 개발도상국으로 하여금 번역권에 관한 일종의 강제이용허락제도를 도입할 수 있도록 허용함과 동시에 개발도상국으로 하여금 전술한 단기존속기간의 번역권만을 인정하는 유보선언을 할 수 있는 길도 열어주고 있다. 즉, 개발도상국으로서는 번역권에 관한 강제이용허락제도를 도입하겠다고 선언하거나 또는 사실상 10년의 단기존속기간에 유사한 제한된 번역권만을 인정하겠다고 선언할 수 있는 선택권이 주어진 것이다.

(3) TRIPs협정의 해석과 개정안의 입장

전술한 바와 같이 TRIPs협정은 회원국들이 저작권에 관한 Berne협약의 규정을 준수하

[286]

도록 요구하고 있고 Berne협약은 저작물의 저작권 존속기간 동안 번역 또는 번역허락을 할 수 있는 배타적 권리를 가진다고 규정하고 있다. 따라서 외국저작물의 번역에 대한 의존도가 높은 우리나라로서 외국 번역권의 보호로 인한 경제적 부담 또는 충격을 잠정적으로나마 완화하기 위하여 생각해볼 수 있는 예외는 앞에서 소개한 두 가지 유보선언의 방법이 있을 수 있다. 그러나, 보다 면밀히 살펴보면 우리나라가 번역권 제한의 예외를 원용하는 것이

가능한지 여부를 판단하기가 어렵다는 것을 알게 된다. 첫째, TRIPs협정이 회원국들로 하여금 준수하도록 요구하는 것은 1971년 Berne협약의 실체법적 규정(즉 [제1조 내지 제21조](#))과 개발도상국에 관한 특칙을 규정하고 있는 Berne협약 부칙인데, 저작물 공표일로부터 10년 이내에 번역되지 아니한 경우에는 번역권자의 허락없이도 번역할 수 있도록 하는 1896년 베른협약규정을 따르고 1971년 Berne협약의 번역권규정은 유보하겠다는 선언을 할 수 있을지는 의문시된다. 물론 그러한 유보선언을 할 수 있다는 규정이 1971년 Berne협약에 규정되어 있지만, 그러한 규정은 실체법적 규정이 아니고 1971년 Berne협약의 가입에 관한 절차법적 규정이기 때문이다. 다만, 1971년 Berne협약의 번역권 규정은 동 협약의 절차법적 규정에 포함된 유보 허용규정에 의하여 제한될 수 있는 성질의 권리라는 점에서, TRIPs 협정도 그와 같이 유보규정에 의하여 제한될 수 있는 번역권의 보호의무를 회원국들에게 부과하고 있는 것으로 해석할 수도 있을 것이다. 그러한 해석이 선진국들에 의하여 받아들여질 수 있을지 궁금하다. 다만 우리나라로서는 TRIPs 협정이 Berne협약 회원국들의 의무에 영향을 미치지 않는다고 규정하고 있음을 근거로 하여, Berne협약에 새로이 가입하는 나라가 번역권에 관한 유보를 하도록 허용하는 것이 회원국들의 의무라고 주장해 볼 수는 있을 것이다. 이러한 관점에서 우리나라가 Berne 협약에 가입하는 것을 적극적으로 검토해 보아야 할 것이다.

다음으로 Berne협약의 개발도상국에 관한 특칙을 원용하는 것은 TRIPs협정에 의해서도 허용되는 것이고, 우리나라 저작권법 개정안도 그러한 개발도상국 특칙을 근거로 하여 전술한 바와 같은 10년의 존속기간 제한을 하게 된 것으로 알려지고 있다. 그러나, 필자가 연구가 부족한 탓인지 모르겠지만, 이 경우에도 과연 우리나라가 개발도상국으로 인정받을 수 있는지는 의문시되고 따라서 개발도상국이 선택할 수 있는 번역권 제한을 그대로 원용할 수 있는지는 의문이다.

IV. 소급보호의 대상

TRIPs협정은 협정발효일 당시 존재하는 모든 저작물에 대하여 협정이 적용되어야 한다고 하고, 그에 관하여 계약국들은 Berne협약을 따라야 한다고 규정하고 있다.주16) 본래 저 [287]

작권법은 새로이 창작된 저작물에 대해서만 일정한 기간 동안 저작권법적 보호를 부여해 주기 때문에 창작성이 결여된 작품이나 이미 존재해 온 작품에 대해서는 저작권법적 보호를 해주지 않고 저작권법적 보호의 논리적 근거도 없는 것이다. 창작성이 결여된 작품이나 이미 존재해 온 작품은 소위 공유물로서 새로이 저작권이라고 하는 배타적 권리를 부여해서 이용을 제한하는 것은 오히려 문화발전을 저해하고 불필요한 경쟁제한을 초래할 뿐이기 때문이다. 그러나 저작권의 보호에 관한 국제규범으로서의 TRIPs협정은 동 협의의 비준으로 인하여 외국저작물을 내국인의 저작물과 마찬가지로 보호해야 할 일반적 의무를 가지게 된 계약국이, 협정비준일 이전에 창작된 외국저작물이라고 해서 아무런 저작권법적 보호를 해주지 아니한다면 TRIPs협정의 의미가 반감되어 버릴 것이기 때문에, Berne협약에 따라서 저작권 보호기간의 만료로 인하여 공유물로 된 저작물 이외의 기존저작물(existing works)에

대한 소급보호를 해주도록 요구하고 있다. 우리나라도 체약국의 의무를 이행하기 위하여 금번에 마련한 저작권법 개정안에서 외국저작물에 관하여 소급보호를 부인하는 규정을 삭제하고 부칙에서 소급보호의 구체적 조건을 규정하게 되었다.

우선 우리 개정저작권법하에서 소급보호의 대상은 무엇인가? 다시 말해서, 1957년 1월 1일 이후에 사망한 저작자의 저작물 또는 그 이후에 공표된 저작물에 대해서만 소급보호를 인정할 것인가 아니면 그 이전의 저작물에 대해서도 소급보호를 인정해야 할 것인가 하는 점에 관하여 다소 논란이 있는 것 같아서, 여기에서 그에 관한 검토를 해본다.

1. Berne협약하의 소급보호

1957년 1월 1일 이후에 사망한 저작자의 저작물 또는 그 이후에 공표된 저작물에 대해서만 회복저작물로서의 보호를 인정하는 것은 Berne협약의 위반이라고 주장하면서, 1945년 이후 사망한 저작자의 저작물에게까지 소급보호가 확대되어야 한다고 주장하고 견해가 있는 바, Berne협약의 관련된 규정을 검토해 본다. 우리나라가 체결·비준한 WTO협정 부속 [지적소유권\(TRIPs\)협정 제9조 및 제14조](#)는 [Berne협약 제18조](#)에 따른 소급보호를 하도록 요구하고 있다. [Berne협약 제18조 제1항](#)은 저작물의 본국(country of origin)에서 보호기간의 만료로 인하여 공유물(public domain)로 되지 아니한 저작물에 대하여 소급보호를 해야 한다고 규정하고 있는 바, 동 규정에 의하면 소급보호의 대상은 공유물에 해당되지 않는 모든 저작물(existing works)이라고 전제하고 공유물로 되는 사유를 보호기간의 종료에 한정하여 규정하고 있으며 여기에서의 보호기간의 종료여부는 일응 소위 회복 저작물의 본국에서의 종료여부를 기준으로 삼고 있다. 이 규정만 본다면 혹자가 주장하는 것처럼 영미에서 저작권 보호기간이 종료되지 아니한 저작물에 관해서는 1945년 이후 사망한 저작자의 저작물에게까지 소급보호가 확대되어야 한다는 주장이 옳은 것처럼 보일 수도 있다.

[288]

2. [Berne협약 제18조 제2항](#)

소급보호의 대상이 본국의 저작권법에 의하여 판단되어야 하는지는 극히 의문이다. 저작권법의 영역성(Territoriality)을 고려해 볼 때 오히려 소급보호의 대상은, 보호를 해주어야 하는 체약국의 국내법의 기준에 의하여 판단되어야 할 것이고, 그러한 해석의 근거로서 Berne협약의 여러 규정을 들 수 있다. 우선, [동 협약 제18조 제2항](#)은 소급보호를 받고자 하는 체약국에서 보호기간이 종료된 저작물에 대해서는 보호기간이 다시 부활되지 않고 따라서 소급보호가 인정되지 않는다고 규정하고 있다. 따라서, 동 규정에 의하면 우리나라에서 1956년 12월 31일 이전에 사망한 저작자의 저작물은 1957년에 제정된 우리 저작권법(즉 구저작권법)에 의하여 1986년에 이미 그 저작권 존속기간이 만료되었고(구법상 보호기간은 30년이기 때문에) 1987년에 제정된 저작권법(즉 신저작권법)은 부칙 제2조 제항에서 저작권이 소멸한 저작물에 대하여는 연장된 보호기간을 적용하지 않는 것으로 규정하고 있기 때문에 새로이 보호할 수 없게 되어 있고, 따라서 1957년 1월 1일 이후에 사망한 저작자의 저작물이나 그 이후에 공표된 저작물에 대해서만 소급보호가 인정 된다고 해석된다.주 17)

다만, 혹자는 동 규정도 보호받고자 하는 체약국에서 일단 저작권보호가 인정되던 저작물에 관하여 종료된 저작권 보호기간이 부활되지 아니한다는 것으로 축소해석하면서, 1945년 이후 1957년 이전에 사망한 대부분의 영미 저작자의 저작물이 대한민국에서 전혀 보호된

바가 없었기 때문에 동 제2항은 적용될 여지가 없는 것으로 해석하고 있는 것으로 보인다. 그러나 [구저작권법도 제46조](#)에서 외국인의 저작물이 우리나라에서 처음으로 발행된 경우에는 보호된다고 규정하고 있었기 때문에 그러한 요건을 갖춘 외국인 저작물 가운데 그 저작자가 1956년 12월 31일 이전에 사망하였거나 그 이전에 우리나라에서 처음으로 발행된 외국인 저작물은 보호기간이 만료되어 신저작권법하에서도 보호기간이 부활될 수 없고 따라서 소급보호가 부여될 수 없는 것이다. 따라서, 구저작권법상의 그러한 요건을 갖추지 아니한 외국인 저작물에 있어서는 1945년 이후 1956년 12월 31일 이전에 사망한 저작자의 저작물에 대해서까지 소급보호를 해주어야 할 아무런 이유가 없는 것이다. 다시 말해서, 우리나라 구저작권법은 외국인 저작물에 대해서도 일정한 요건하에 저작권 보호를 부여해주고 있었고, 따라서 1956년 12월 31일 이전에 사망한 저작자의 저작물이나 그 이전에 발행된 저작물은 [Berne협약 제18조 제2항](#)의 규정에 따라서 저작권 보호기간이 종료되어 부활될 수 없는 공유물로 해석된다. 우리나라 구저작권법이 국내에서의 최초발행이라는 요건을 요구하고 있었던 것은 미국 저작권법이 전통적으로 Manufacturing clause에 따른 요건을 요구해 오던 것과 일맥상통하는 것이고, 우리나라가 UCC 및 WTO

[289]

에 가입하기 이전의 법제도이기 때문에 어떠한 국제규범 위반의 문제도 없는 것이다. 역사의 시계를 되돌려놓지 못하는 한, 구저작권법하에서 요구되는 요건을 갖추었거나 못 갖추었거나에 관계없이 동 구저작권법하의 저작권 보호기간이 종료된 저작권의 보호기간은 부활될 수 없는 것이고, 따라서 우리나라 저작권법하에서는 1957년 1월 1일 이후에 사망한 저작자의 저작물이나 그 이후에 공표된 저작물에 대해서만 소급보호가 인정될 수 있을 뿐이라는 것이 [Berne협약 제18조 제2항](#)의 올바른 해석에 따른 결론이다.

3. [Berne협약 제7조 제8항](#)

소급보호의 대상 또는 저작권 보호기간의 판단에 있어서는 [Berne협약 제7조 제8항](#)도 참고할 필요가 있다. 근본적으로 저작권법적 보호 또는 소급보호는 저작권 보호기간이 만료되지 아니한 저작물에 대해서만 인정될 수 있는 것이고, 그러한 저작권 보호기간의 만료여부의 판단은 국내법에 의하여 판단한다는 것이 [Berne협약 제7조 제8항](#)의 규정인 것이다. 동 규정에 의하면 보호받고자 하는 체약국의 국내법에 의하여 보호기간은 결정된다고 규정하고 있는 바, 보호받고자 하는 체약국의 국내법에 의하여 내외국민의 차별없이 동일한 보호기간을 적용하는 것이 소위 내국민대우의 원칙(National treatment principle)에도 합치되기 때문이다. 따라서, [Berne협약 제18조 제2항](#) 및 [제7조 제8항](#)의 규정을 종합해서 해석해 보면, 1956년 12월 31일 이전에 사망한 저작자의 저작물이나 그 이전에 공표된 저작물은 내외국민의 차별없이 모두 그 보호기간이 만료되어 현행 저작권법하에서 보호될 수 없고 그 보호기간이 부활될 수도 없고 소급보호가 인정될 수도 없는 것이다.

4. [Berne협약 제18조 제3항](#)

마지막으로, 소급보호에 관하여 [Berne협약 제18조 제3항](#)의 의미를 살펴볼 필요가 있다. 동 조항은 Berne협약의 체약국들이 소급보호의 구체적 조건을 결정할 수 있다고 규정하고 있다. 실제로 과거의 Berne협약 가입의 역사를 돌이켜보더라도 새로 가입하는 국가들 상당수가 동 조항에 근거하여 소급보호의 일정한 제한조건을 국내법에 규정해왔던 것이다.주18)

따라서, 우리나라의 경우를 살펴보면, 설사 위에서 설명한 바와 달리 [Berne협약 제7조 제8항](#) 및 [제18조 제2항](#)의 해석상으로 1957년 이후 사망한 저작자에 한하여 소급보호를 하는 것으로 볼 수 없는 경우에도, [Berne협약 제18조 제3항](#)의 규정에 따라서 우리가 스스로 우리 저작권법의 연혁을 근거로 하여 개정안처럼 소급보호의 시기를 정할 수 있는 것으로 해석된다.주19)

[290]

V. 소급보호 대상의 공시

1. 2차적 저작물에 관한 소급보호의 제한

개정안 부칙 제4조 제2항과 제3항에 관한 문제로서, 우선, 제2항에서 회복저작물 등의 권리자가 1997년 1월 1일 이후의 '복제물 배포'에 대하여 보상청구권을 갖는 것으로 규정하여 1년간의 유예기간을 규정하면서 다른 한편으로는 제3항에서 '2차적 저작물의 계속적 이용'의 경우에는 아무런 유예기간없이 권리자가 보상청구권을 갖는 것으로 규정함으로써 양제도 간 관계가 모순되거나 애매모호하다는 문제점이 있다. 추측컨대, 제2항의 경우에는 1995년 1월 1일 이전에 제작된 복제물에 한해서 적용되는 규정인데 반하여 제3항의 경우에는 1995년 1월 1일 이전에 작성된 2차적 저작물을 이용하여 그 이후에 복제물을 제작하거나 공연, 방송 등의 이용행위를 하는 경우에도 적용되는 규정으로 의도된 것으로 생각된다. 그러나, 그러한 의도에도 불구하고 1995년 1월 1일 이전에 작성되고 제작된 2차적 저작물의 복제물에 관해서는 제2항이 적용되어 유예기간이 인정되는지 아니면 제3항이 적용되어 아무런 유예기간도 허용될 수 없는 것인지 불분명한 입법적 불명료성이 있다. 따라서 제3항을 규정함에 있어서, 단서에 제39조의 2뿐만 아니라 전항의 경우도 포함시켜 명백히 배제되는 것임을 밝혀주어야 할 것이다.

[291]

2. 공시의 필요성

다음으로, 제2항과 제3항에서 구체적으로 회복저작물이 무엇인지에 대하여 이용자들이 미리 알아볼 수 있는 길이 제시되어 있지 않아서, 저작권자와 이용자간의 분쟁이 발생할 소지가 많고 이용자들이 예측하지 못한 손해를 입게 될 가능성이 있다. 저작물이용자들이 저작자의 사망시기까지 정확히 아는 경우는 드물기 때문에 어느 저작물이 회복저작물이고 어느 저작물이 공유물(Public domain)인지 즉 소급보호의 대상을 명료하게 해줌으로써 저작권자와 이용자 모두의 이익과 편의를 도모해 주기 위한 공시제도의 도입을 검토해 볼 필요가 있을 것입니다. 특히 이 법 시행 이전에 보호되지 못한 외국저작물을 공유물로 생각하고 이용해 오던 자로서는 이 법 시행 이후에도 계속 유사한 이용행위를 할 가능성이 크기 때문에 저작권자 및 이용자 모두의 이익을 위하여 회복저작물을 공시할 필요는 크다고 생각된다. 참고로, 미국은 WTO협정이행법을 제정하여 저작권법 등의 관련된 법률을 개정하였는 바, 동법

에 의하면 [TRIPs 제70조 제4항](#)의 기투자보호 규정에 따라서 기투자자(reliance party)에 관한 특칙을 두고 회복저작물의 저작권자가 그러한 기투자자에게 직접 저작권집행의 통지를 하거나 저작권청에 저작권신고를 하도록 요구하고 있다. 동법에 의하면, 기투자자(reliance party)란 (1) 동법 제정 이전에 공유물상태(Public domain status)에 있었던 회복저작물에 관한 복제, 공연, 2차적 저작물 작성 등의 이용행위를 한 자, (2) 그러한 회복저작물의 복제물을 취득한 자, 또는 (3) 그러한 회복저작물의 2차적 저작물에 관한 권리를 취득한 자를 의미한다.주20)

3. 회복저작물 저작권자의 신고·통지 의무

기투자자에 대하여 권리를 행사하고자 하는 저작권자는 저작권청에 대하여 자신의 권리행사의 의도를 신고하거나 기투자자에게 직접 그러한 의도를 통지해야 한다. 이와 같이 저작권청에의 신고 또는 기투자자에 대한 통지를 한 경우에도 곧바로 권리행사가 인정되는 것이 아니고, 기투자자는 그러한 통지를 받은 날로부터 12개월 동안에 걸쳐서 이미 제작한 복제물을 판매하거나 공연할 수 있는 유예기간(grace period)이 주어진다. 또한 더 나아가, 2차적 저작물에 관해서는 추가적인 보호가 인정된다. 즉, 기투자자는 저작권자에 대한 합리적인 보상금을 지급한 후에 동 2차적 저작물을 계속(복제, 배포 등) 이용할 수 있다. 이러한 점에서 2차적 저작물에 관한 저작권자의 기투자자에 대한 권리가 보상청구권으로 제한되게 된다.

저작권청에 대하여 저작권자가 권리행사의 의도를 신고하거나 저작권 등록을 할 수 있도록 규정하고 있는 것은 회복저작물에 관한 정보를 공시함으로써 저작권자와 이용자 모

[292]

두의 이익을 보호하기 위한 것이기 때문에, 미국의 동이행법은 저작권자의 신고시 기재해야 할 사항들을 구체적으로 열거하고 있다. 즉, 회복저작물에 대한 권리자는 행사할 저작권의 실체를 명료하게 할 수 있도록 회복저작물의 원제목 및 그 번역제목 등을 명시해야 하고, 사진저작물의 경우에는 그 존재를 확인할 수 있는 저작물 표시를 해야 한다. 그리고 신고서는 저작권자 본인에 의하여 서명되어야 하고, 대리인에 위임한 경우에는 저작권자 본인이 대리인에게 서면에 의하여 대리권을 위임했어야 한다. 그리고 저작권청에 대한 권리행사의 의도의 신고가 이루어졌다고 해서, 이용자가 회복저작물에 관한 저작권의 준부를 다룰 수 있는 기회가 제한되는 것은 결코 아니다.

VI. 개정 이후의 과제

전술한 바와 같이 문화체육부가 이번에 마련한 저작권법 개정안은 주로 TRIPs협정을 이행하기 위하여 필요한 최소한의 내용으로 되어 있고, 변화하는 문화산업과 정보기술에 대처하기 위한 내용은 반영되지 못하고 있다. TRIPs협정에 의하여 저작권보호의 최소한의 기준이 확립된 것은 사실이지만, 문화상품 수출국과 수입국간의 시각차는 여전히 많이 남아 있고 문화상품 수출국에서의 저작권보호강화의 진전에 따라서 새로운 이슈들이 등장하게 될 것이다. 예컨대, 우루과이라운드협상에서도 이미 제기된 바와 같이 수입국으로서는 자국문화상품 예컨대 자국영상저작물의 공연비율을 정하는 등의 소위 문화적 시장배분의 문제가 해결

되지 않은 문제로 남아 있다. 또한, 유럽 각국에서는 이미 오래 전부터 복제보상금제도를 도입하여 사적복제의 문제를 해결하고 있는 바, 이러한 사적복제보상금제도는 내국민대우의 원칙의 예외로서 상호주의에 입각하고 있어서 미국의 불만의 대상이 되고 있다. 더욱이 그러한 사적복제보상금의 상당부분은 특정 문화산업을 위하여 할당됨으로써 소위 문화적 보조금(Cultural subsidy) 지급이 문화상품 교역의 공정성을 해하는 것이 아닌가 하는 의문을 제기하는 견해도 나오고 있는 실정이다.^{주21)} 문화산업이 발전하면서 소위 고용된 예술가(employed artists) 또는 고용된 저작자나 자유기고가(freelancer)가 직업적 저작활동을 하면서 저작물이용료를 주된 소득으로 하는 경우가 증가하게 되는바, 이러한 경우에 각국의 저작권법에 규정된 위탁저작물 또는 단체명의저작물(Works made for hire)의 구체적 조건과 구별 또는 보다 현실적인 계약유형화 등이 성문법에 의하여 반영되어야 한다는 견해들이 증가하고 있다.

TRIPs협정의 보호수준에 불만을 가진 선진국으로서는 개발도상국에서의 저작권침해행위 또는 자국의 저작권법에 비추어 저작권침해라고 보는 행위를 규제하기 위하여 미국의

[293]

경우처럼 통상법상의 보복절차를 원용한다든지 또는 미국 저작권법을 직접 외국에서의 저작권침해행위에 적용하는 소위 역외적 적용(extraterritorial application)을 할지도 모를 일이다. 미국의 독점규제법의 역외적 적용사례는 있었지만, 필자가 과문한 탓인지 몰라도 현재까지는 미국 저작권법의 역외적 적용을 정면으로 인정한 미국법원의 판결은 아직 찾아볼 수 없다. 그러나, 미국의 상표법과 특허법의 역외적 적용을 인정한 연방지방법원판결이 있었고, 저작권의 경우에는 상표권이나 특허권과는 달리 출원·심사·등록 등의 절차를 거치지 아니하고 창작과 동시에 저작권을 취득하기 때문에 미국 저작권자가 대부분의 경우에 한국 등의 외국에서도 저작권을 주장할 수 있기 때문에 저작권법의 역외적 적용을 시도할 가능성은 여전히 남아 있는 것으로 보인다.

저작권에 관한 국가간 분쟁의 해결에 있어서 WIPO도 기존 WIPO 중심의 지적소유권협약을 전제로 한 국가간 분쟁해결에 관한 조약안을 마련하고 있지만, 미국은 통상법의 원용이 WTO협정의 위반이라는 지배적인 견해도 불구하고 통상법의 활용을 검토하고 있고, 따라서 필연적으로 WTO분쟁해결절차에 의한 국가간 저작권분쟁의 해결이 시험대에 오를 것으로 예상된다. 이러한 경우에 저작권등에 관한 전문가 및 저작권분쟁해결 경험을 갖추지 못한 WTO로서는 기존의 WIPO 조직과 인력 및 경험에 의존하는 정도가 클 것이라고 보여지므로, WIPO에서의 연구와 논의동향을 주목해 볼 필요가 있다.

주1)

Agreement on TRIPs, Article 65.

주2)

우리 현행 저작권법은 단체명의저작물 등의 경우에 저작권의 존속기간을 공표일로부터 50

년으로 규정하면서 창작한 날로부터 10년 이내에 공표되지 아니한 경우에는 창작한 날로부터 50년간 존속하는 것을 규정하고 있으나, 개정안은 TRIPs 협정에 따라서 아무런 제한없이 공표한 날로부터 50년간 존속하는 것으로 규정하게 되었다.

주3)

Robert Merkin, Richards Butler on Copyright, Designs and Patents(London, Longman, 1989), p.63.

주4)

Jane C. Ginsburg, "A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America," Of Authors and Origins (Oxford, Clarendon Press, 1994), p.131.

주5)

Agreement on TRIPs, Article 14.

주6)

[저작권법 제2조 제14호.](#)

주7)

우리 [저작권법 제2조](#)는 실연의 개념을 "저작물을 연기·무용·연주·가창·연술 그 밖의 예능적 방법으로 표현하는 것을 말하며, 저작물이 아닌 것을 이와 유사한 방법으로 표현하는 것을 포함한다"고 포괄적으로 규정하고 있기 때문에 상당부분의 민속예술공연도 실연자의 권리에 의하여 보호될 수 있을 것이다. 다만, 민속예술이 저작권법적으로 보호받을 수 있는지에 관하여는 그 창작성의 존부를 중심으로 한 논란이 있다: Brad Sherman, "From the Non-original to the Ab-original: A History," Of Authors and Origins(Oxford, Clarendon Press, 1994), p.111.

주8)

[William R. Cornish, Intellectual Property \(London, Sweet &Maxwell, 1989\), at 356.](#)

주9)

[세계저작권협약 제5조 제2항.](#)

주10)

한국 [저작권법 제49조.](#)

주11)

[베른협약 제7조 제7항 및 제8항.](#)

주12)

[베른협약 제30조 제2항.](#)

주13)

[베른협약 제30조 및 제33조.](#)

주14)

Sam Ricketson, The Berne Convention: 1886-1986 (London, QMC, 1987), p.385.

주15)

베른협약 부칙 제2조.

주16)

Agreement on TRIPs, Articles 9, 14, 70.

주17)

Edward Samuels, The Public Domain in Copyright Law, 41 Journal of Copyright Society of the U.S.A.(1993), at 174.

주18)

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

주19)

Edward Samuels, The Public Domain in Copyright Law, 41 Journal of Copyright Society of the U.S.A.(1993), at 174, Fns. 159 &160 참조.

주20)

미국 WTO Implementation Act, Sec. 514.

주21)

Ralph Oman, Intellectual Property After the Uruguay Round, Journal of Copyright Society of the U.S.A.(1994), at 18.

