

## 창작위탁계약의 해석 [대법원 1994.12.9. 선고, 93다50321판결](#)

저자: 정상조\*

발행년도: 1996

문헌: 민사판례연구

권호: 제18집 (1996년)

출처: 민사판례연구회

[462]

### [사실개요]

원고(작곡가 심성훈)는 피고(연극제작자 정진수)의 작곡의뢰를 받고 1984년 4월경에 "어서 들 나오너라," "신데렐라의 노래" 등 6곡의 음악극 신데렐라의 주제곡(이하 이 사건 주제곡이라 한다)을 작곡하였고 위 음악극은 같은 해 5.3.부터 5.8.까지 국립극장 소극장에서 초연된 사실, 당시 원고는 피고로부터 이 사건 주제곡의 작곡료로 금 300,000원을 지급받았다. 그 후 피고는 위 초연 3일 후인 1984.5.11. 부터 같은 달 14일까지 안양사랑소극장에서 8회 위 음악극 신데렐라를 공연한 것을 비롯하여 1991.5.1.부터 5.30.까지 현대문화센터에서의 공연에 이르기까지 모두 8차례에 걸쳐 합계 310회 이 사건 주제곡을 이용하여 위 음악극 신데렐라를 공연하였다. 피고는 위 음악극 신데렐라의 1차 내지 6차 공연시 이 사건 주제곡을 원고의 명시적 또는 묵시적 승낙하에 사용하고서 6차 공연시에 원고에게 금 200,000원을 지급한 이외에는 이 사건 주제곡에 대한 사용료 내지 저작권료를 지급하지 아니하였다. 이에 원고는 피고가 선의, 무과실로 원고의 저작재산권을 침해하였다는 점과 3차 내지 5차 공연시 원고의 연출이 있었음을 주장하면서 피고의 저작물이용료 및 연출료 상당의 부당이득반환을 청구하였다.

### [판결내용]

달리 특단의 사정이 없는 한 피고가 공연할 음악극 신데렐라의 주제곡을 작곡한 대가로 지급한 동 음악극의 공연과 관련하여 이 사건 주제

[463]

곡에 대하여 그 작곡을 의뢰할 당시 이미 예정되거나 또는 앞으로 그 공연을 예견할 수 있는 범위내에서 향후 상당기간 내에 이루어지는 재공연에 대한 저작권료를 지급한 것으로 봄이 상당하다. 또한 위 1차 공연은 초연 후 3일 후에 장소만을 옮겨 재공연된 것으로서 초연 당시 이미 예정되어 있었다고 보여지므로 초연시 지급받은 위 작곡료 금 300,000원에는 최소한 위 1차 공연시 사용될 이 사건 주제곡에 대한 저작권료를 포함하고 있다고 봄이 상당

하다. 2차 내지 6차 재공연의 경우에도 동 공연시에 이 사건 주제곡을 사용함에 있어 원고가 이를 묵시적으로 승낙한 바 있고, 달리 이 사건 주제곡의 저작권료 내지 사용료를 추가로 지급하기로 약정하였음을 인정할 증거가 없는 이 사건에 있어서 피고가 원고의 승낙하에 이 사건 주제곡을 사용하였다면 그 사용으로 인하여 피고가 법률상 원인 없이 이득을 얻었다 인정하기 어렵다. 이러한 내용의 판단에 기초하여 원심법원은, 피고가 선의, 무과실로 원고의 저작 재산권을 침해하였음을 원인으로 하는 원고의 부당이득반환청구를 배척하였고, 대법원도 그러한 원심판단이 옳고 법리오해 등의 위법이 없다고 판시하였다. 연출료 상당의 부당이득의 반환청구에 관하여는 원고의 연출행위가 있었다는 사실을 입증할 만한 증거가 없기 때문에 기각한다고 하는 원심판결에 아무런 채증법칙위배 등의 위법이 없다고 판시하였다.

## [연구]

### I. 문제의 제기

이 사건은 금액면에서 보면 보잘것없는 규모이지만, 저작권법 이론과 실무의 괴리 또는 개념적 혼동이 빚어낸 분재이 아닌가 생각되고, 앞으로 유사한 분쟁의 계속 반복적 발생을 막기 위해서 검토해 볼 가치가 있는 사건으로서 몇 가지의 중요한 논점들을 내포하고 있다. 첫째, 이 사건에서 피고의 작곡의뢰에 따라서 원고가 작곡한 주제곡들에 대한 저작권은 누구에게 귀속되는지를 검토해 보아야 할 것이다. 피고가 초기에 작

[464]

곡료를 지급한 이외에 수회의 공연에도 불구하고 별다른 보상을 하지 아니한 채로 여러 차례의 공연을 한 이유가 혹시 피고 자신에게 동 주제곡들에 대한 저작권 전부 또는 일부가 귀속된다고 생각하고 있었기 때문은 아니었는가 하는 의문이 생긴다. 우리나라에서 창작을 위탁하는 계약을 체결하는 경우에 그러한 계약의 산물로서 나온 저작물에 대한 저작권의 귀속과 행사에 관하여 다툼이 많이 생길 소지가 있는데, 이 사건에서 당사자간에 그에 관한 합의가 있었는지 그리고 있었다면 그러한 합의의 내용은 무엇인지 신중히 검토해 보아야 할 것이다. 따라서 이 사건을 계기로 하여 아래에서는 창작위탁계약에 따른 저작권귀속의 문제를 검토해 보도록 한다.

둘째, 만일 피고가 작곡의뢰를 하면서 피고에게 저작권이 귀속되지 않는다는 것을 전제로 하여 작곡의뢰를 하였다면, 피고가 지급한 작곡료라고 하는 것은 결국 저작권자인 원고로부터 저작물이용허락또는 공연허락의 대가로 지급하는 소위 이용료(Royalty)에 해당되는 것으로 볼 수 있는데, 그러한 이용허락 또는 공연허락의 구체적 범위는 무엇인가를 검토해 볼 필요가 있을 것이다. 이 사건에서 분쟁의 원인은 이용허락 또는 공연허락의 구체적 조건과 범위에 관한 분쟁당사자간의 의견이 전혀 상이했다는 점에서도 찾을 수 있기 때문이다. 여기에서 공연허락은 출판허락이나 방송허락 또는 기타의 이용허락과도 비교를 해 볼 필요가 있을 것이다.

### II. 창작위탁계약과 저작권귀속

원고로 하여금 주제곡을 작곡하도록 하고 피고는 그에 대해서 작곡료를 지급하기로 한 작곡의뢰계약의 효력 또는 그러한 계약으로 인하여 계약당사자들이 가지게 될 권리와 의무는 무

엇인가? 이에 관한 작곡의뢰계약이 서면화되어 있다면 이는 계약의 해석의 문제로 되겠지만, 이 사건에서 명문의 계약조항이 있는 것처럼 보이지도 않고 구태여 민법상 가장 가까운 계약유형을 찾아본다면 '당사자 일방(이 사건에서는 원고)이 어느

[465]

일(주제곡들의 작곡)을 완성할 것을 약정하고 상대방(피고)이 그 일의 결과에 대하여 보수(작곡료)를 지급할 것을 약정함으로써' 성립하는 일종의 도급계약으로 볼 수 있을 것이다. 그런데 이 사건에서 원고는 주제곡들을 완성했고 피고는 작곡료를 지급했기 때문에, 작곡의뢰계약을 도급계약이라고 보더라도 동 도급계약은 쌍방당사자들의 이행완료로 목적을 달성한 것으로 볼 수 있고, 도급계약에 관한 [민법 제664조 이하](#)의 규정들은 이 사건의 해결에 별다른 도움이 되지 못한다. 다만, [민법 제665조](#)가 보수의 지급시기와 관련하여 완성된 목적물의 인도와의 동시이행을 규정하고 있기 때문에, 수급인의 의무로서 일을 완성할 의무뿐만 아니라 완성한 일을 도급인에게 인도할 의무가 있고 그러한 완성물 인도의무 가운데 때로는 완성물의 소유권 이전의무도 포함되어 있는 것으로 해석된다고 하는 점은 이 사건에서의 저작권 귀속의 문제와 관련하여 논의의 흥미로운 출발점을 제공해 준다.

민법의 해석상 완성물의 소유권은 원칙적으로 도급인에게 귀속되지만, 수급인이 재료를 공급하는 경우 등의 예외적인 경우에는 학설의 대립이 있지만 수급인에게 소유권이 귀속한 후 완성물의 도급인への 인도에 의하여 비로소 그 소유권이 도급인에게 이전되는 경우도 있다. 주1) 그러나 수급인이 재료를 공급하는 경우에도, 계약당사자간의 특약에 의하여 완성물의 소유권이 원시적으로 도급인에게 귀속되는 것으로 정하는 것도 가능하고 그러한 특약은 명시적이어서 하는 것은 아니고 묵시의 것이라도 상관없다는 점에 학설과 판례가 일치되어 있다.

도급계약에서의 완성물의 소유권 귀속에 관한 학설 및 판례를 이 사건의 작곡의뢰계약에 준용하여 본다면 그 완성물에 해당되는 주제곡들에 대한 저작권은 피고에 귀속되는 것으로 해석될 수도 있겠지만, 그러한 해석이 될 저작권법하에서 필연적인 귀결은 아니다. 우리 [저작권법 제9조](#)는 단체명의 저작물의 저작자라는 제목하에서 "법인·단체 그 밖의 사용자(이하 "법인 등"이라 한다)의 기획하에 법인 등의 업무에 종사하는 자

[466]

가 업무상 작성하는 저작물로서 법인 등의 명의로 공표된 것(이하 "단체명의 저작물"이라 한다)의 저작자는 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없는 때에는 그 법인 등이 된다"고 규정하고 있어서, 원고가 피고의 종업원으로서 직무상 의무로서 주제곡을 작곡했다면 그러한 주제곡들에 대한 저작권이 사용자에게 해당되는 피고에 귀속되겠지만, 그러하지 아니한 이 사건의 경우에 주제곡들의 저작자는 원고이기 때문에 동 주제곡들에 대한 저작권도 원고에 귀속된다고 일응 해석되어야 하기 때문이다. 그러나 이와 같이 저작권이 원고에게 귀속된다고 해석하면 작곡료는 작곡 자체에 대한 보수라고 보기 어렵고 공연을 허락해 주는 대가 즉 이용료라고 해석하게 될 것이고 그러한 이용료를 지급하고 공연할 수 있는 범위는 다시 공연허락의 범위의 문제로 새롭게 검토해 보아야 할 문제일 것이다. 이와 같이 작곡료를 공연허락의 대가로 본다면 작곡의뢰계약도 민법상 도급계약과는 상이한 계약이라고 볼 수밖에 없을 것이다.

도급계약에 있어서 수급인이 모든 재료를 공급함으로써 수급인에게 완성물(특히 동산의 경우)의 소유권이 원시적으로 귀속될 수 있는 경우에도 당사자간 특약에 의하여 완성물의 소

유권이 도급인에게 귀속하는 것으로 정할 수도 있고 그러한 특약은 묵시적으로 성립할 수도 있다고 보는 것처럼, 작곡의뢰계약 또는 일반적으로 창작을 위탁하는 창작위탁계약에서 저작물에 대한 저작권이 의뢰인 또는 위탁자에게 귀속되는 것으로 약정될 수 있고 그러한 약정이 명문화되어 있는 경우가 많다. 그러나 이러한 경우에도 작곡의뢰계약의 경우에는 도급계약과는 달리 주의할 점이 있다. 그것은 우리 저작권법이 저작권은 저작자에게 귀속한다는 명문의 규정을 두고 있기 때문에, 당사자간의 약정에도 불구하고 저작권은 일단 저작자인 수탁자에게 귀속되는 것이고, 다만 그러한 계약상의 특약에 따라서 저작자의 저작권이 의뢰인 또는 위탁자에게 양도되는 것으로 해석될 수 있을 뿐인 것이다. 또한 우리 저작권법은 저작권의 내용으로서 저작재산권뿐만 아니라 저작인격권도 함께 포함하여 규정하고 있고 [저작권법 제14조](#)에 의하면 저작인격권은 일신에 전속하는 일신전속권으로 규

[467]

정하고 있기 때문에, 저작재산권은 양도할 수 있지만 저작인격권은 양도할 수 없는 것으로 해석된다.

이에 관한 우리나라의 판례를 보면, 저작인격권의 일신전속성과 저작권 귀속에 관한 저작권법규정이 강행법규로서의 성질을 가진다고 보는 하급심판결이나 결정이 상당수 보인다. 예컨대, 최근에 출판사가 제3자로 하여금 "녹정기"의 번역을 의뢰하고 원고료를 지급한 경우에, 서울지방법원은 당해 번역물에 대한 저작권이 번역의뢰인에게 귀속한다는 내용의 특약이 있다고 하더라도 그러한 계약은 저작물의 저작권이 그 저작과 동시에 저작자에게 귀속된다고 하는 저작권법에 위반되고 특히 저작인격권은 저작자 일신에 귀속되어 양도될 수 없다고 규정한 저작권법에 위배되어 무효라고 보아야 한다고 판시한 바 있다.주2) 녹정기의 번역물에 관한 저작권의 귀속에 관하여 서울지방법원은 원고료가 인세를 훨씬 초과하는 고액이라는 등의 소명이 없는 한 저작권양도에 관한 합의가 있었다고 볼수는 없다고 판시한 점도 주목할 만하다. 저작인격권의 일신전속성을 강조한 점은 수공이 가지만, 저작재산권은 양도될 수 있는 것이기 때문에 위탁계약의 해석상 수탁자에게 원시적으로 취득된 저작재산권이 위탁자에게 양도되는 것으로 해석할 수도 있다고 본다면, 그러한 내용의 위탁계약이 저작권법 위반으로 전부 무효라고 볼 필요는 없지 않다가 생각된다. 이 사건의 경우에 원고에 귀속된 저작재산권이 피고에 양도된 것으로 해석한다면, 피고는 공연권([저작권법 제17조](#))을 포함한 저작재산권을 가지고 있는 것이기 때문에 공연을 할 때마다 원고의 허락을 구할 필요도 없었고 공연 허락의 대가도 지급할 필요가 없었을텐데 실제로는 피고가 공연을 하기 위하여 원고의 허락을 구하려고 노력했고 제6차 공연시에 피고는 원고에게도 다시 일정한 대가를 지급한 사정을 고려해 보면, 원고는 물론 피고 자신도 저작재산권을 양도받았다고 생각하지 않고 있기 때문에, 쌍방 당사자 사이에 저작권 귀속 또는 저작권 양도에 관한 합의가 전혀 없었다고 보여지고, 따라서 저작인격권은 물론 저작재산권도 원고에게 귀속

[468]

되어 있는 것으로 보는 것이 타당하다.

창작위탁계약에 있어서 저작인격권의 귀속에 관한 다툼이 보다 깊이 있게 다루어진 사건은 롯데월드의 의인화된 너구리도안을 둘러싼 사건일 것이다. 이 사건에서, 롯데월드는 개점준비작업으로서 광고대행업체 대흥기획으로 하여금 동물을 주제로 한 롯데월드의 상징적인 도안을 제작해 주도록 하였고, 동 광고대행업체는 다수의 디자인작가로부터 출품받은 도안 가운데 롯데라는 이름의 의인화된 너구리도안을 채택하고 도안채택료로 5,000,000만원을 지

급하고 동 너구리도안에 관한 저작권은 광고대행업체에 양도하기로 약정한 후, 곧 이어 채택된 도안을 기본도안으로 하여 응용도안을 개발하기로 하면서 작품료는 20,000,000원으로 하고 완성된 응용도안에 관한 저작권은 광고대행업체에 귀속하는 것으로 약정하였다. 광고대행업체는 기본도안과 응용도안에 관한 저작권을 롯데월드에 양도했거나 양도하기로 하였다. 개발중인 응용도안에 대하여 수차례에 걸쳐서 광고대행업체와 롯데월드는 불만을 표시하는 우여곡절을 거쳐서 응용도안 29매가 제출되었다. 그러나 롯데월드는 응용도안이 완성되기 전부터 이미 제3의 디자인작가에 의뢰하여 개발한 너구리도안을 상표로 하여 상품을 부착하여 판매하기 시작하였다. 기본도안과 응용도안을 제출한 디자인작가는 롯데월드가 자신이 개발한 너구리 디자인을 무단으로 변경하여 이용한 것은 자신의 저작인격권을 침해한 것이라고 주장하였다. 흥미로운 사실은 롯데월드가 저작인격권도 자신에게 있는 것이고 디자인작가는 가처분신청의 피보전권리인 저작인격권을 가지고 있지 않기 때문에 가처분신청을 인용한 고등법원의 결정은 취소되어야 한다고 주장하였고, 이러한 롯데월드의 주장을 받아들여 고등법원은 디자인작가에 저작인격권이라고 하는 피보전권리 자체가 없기 때문에 가처분신청을 기각하였다. 여기에서 고등법원은, 디자인 제작과정에서부터 기업의 아이디어와 주문에 따라 제작하고 그 후에도 기업의 요구대로 변형을 수용함으로써 제작자 자신의 미술적 표현이나 사상의 독자적 가치를 굳이 표현에 내세우지 않는 경우가 있을 수 있는바, 이런 경우에는 캐릭터의 저작

[469]

권이 제작자에 귀속되었다가 제작주문기업에게 양도되는 것이 아니라 처음부터 제작주문기업에게 귀속되어야 한다고 전제하고, 너구리도안의 제작을 주문한 롯데월드가 저작재산권은 물론 저작인격권까지를 포함하는 전체 저작권 자체를 처음부터 취득하는 것으로 계약을 체결한 것이고 따라서 디자인작가에게는 저작인격권도 가지고 있지 않고 따라서 가처분신청은 이유 없다고 판시한 것이다.주3)

이에 디자인 작가는 대법원에 상고하였고, 대법원은 기본도안과 응용도안을 제출한 디자인작가가 롯데월드의 디자인 변경에 묵시적으로 동의한 것이라고 하면서 저작인격권의 침해는 없다고 판시하였다. 대법원은 저작권은 디자인 작가에게 일단 귀속되었다가 계약규정에 의하여 저작재산권만 주문기업에 양도되고 저작인격권은 여전히 디자인작가에게 남아 있는 것이라는 원칙을 재확인하고, 이 점에 관하여 고등법원이 법리의 오해가 있었음을 인정하면서도, 롯데월드측의 저작인격권침해는 인정되지 않는다고 판시한 것이다. 대법원 너구리도안 제작계약에 의하여 롯데월드측에 도안에 관한 소유권이나 저작권 등의 모든 권리는 물론 도안의 변경을 요구할 권리까지 유보하고 있음을 강조하면서, 롯데월드측의 도안 수정요구에 대한 디자인작가가 몇 차례 수정을 하다가 자기로서는 수정을 하여도 같은 도안밖에 나오지 않는다면 더 이상의 수정을 거절한 사실까지 보태어 보면, 디자인작가는 도안 수정을 거절함으로써 롯데월드측이 자신의 도안을 변경하였더라도 이의하지 않겠다는 취지의 묵시적인 동의를 하였다고 인정할 수 있다고 하면서, 저작인격권자의 묵시적인 동의하에 저작재산권자가 도안을 변경한 행위는 저작인격권침해로 될 수 없는 것이라고 판시하였다.주4)

저작인격권의 일신전속성을 강조한 판결을 보면서, 우리 저작권법상 저작인격권에 관한 규정의 문제점을 지적하지 않을 수 없을 것이다. 우리 저작권법은 전술한 바와 같이 저작인격권의 무제한적이고 무조건적인 일

[470]

신전속성을 규정하고 있기 때문에 작곡의뢰 또는 기타의 창작위탁의 경우에도 저작재산권은 양도되어도 저작인격권은 저작자에게 귀속되어 있는 것으로 보아 저작자를 철저히 보호하려고 한다. 그러나 다른 한편, 그와 정면으로 상반되는 취지의 규정도 있는바, 소위 단체명의 저작물에 관한 [저작권법 제9조](#)는 법인·단체 그밖의 사용자의 기획하에 그 업무에 종사하는 자(즉 종업원 등)가 업무상 작성하는 저작물의 저작자는 별다른 특약이 없는 한 그 법인·단체·사용자 등이 된다고 규정하고 있어서, 실질적인 작곡 또는 기타의 창작행위를 수행한 종업원 등에게는 저작인격권마저도 인정되지 않는다. 법인 등을 저작자로 보는 한 법인 등에 저작인격권도 귀속되는 것이 당연한 규정처럼 보일 수 있지만, 본래 저작인격권을 저작재산권과 별도의 권리유형으로 인정하고 저작인격권의 일신전속성을 명문의 규정으로 둔 입법취지가 실제로 창작행위를 한 자인인의 인격이 저작물에 화체되어 있기 때문에 그러한 인격적 측면을 철저히 보호하기 위한 것임을 고려해 볼 때, 소위 단체명의 저작물에 관한 저작권법 규정이 저작인격권마저도 법인 등에 귀속하도록 허용하는 결과를 가져다 주는 것은 저작인격권에 관한 법규정의 취지에 반하는 것이 아닌가 생각된다. 따라서, 현행 저작권법하에서는 막대한 비용을 투자한 의뢰인 또는 위탁자는 완성된 저작물에 관하여 저작재산권을 양도받아도, 시간의 경과 또는 사회적 변화에 따라서 당해 저작물을 다시 수정하지 않고는 당해 저작물을 이용할 수 없는 상황에 이르러서도 수탁자 또는 저작자의 저작인격권 행사에 의하여 그러한 수정이나 개량이 거절되면, 저작재산권자로서 저작물이용이 거의 불가능해지고 결과적으로 저작재산권이 무의미해지는 경우도 생긴다. 이러한 불합리한 결과는 저작재산권과 저작인격권이 당사자들의 예상과는 달리 각기 상이한 당사자들에게 분리되어 보유하고 있기 때문에 발생하는 것이다. 또 다른 한편, 단체명의 저작물의 경우에는 법인 또는 사용자가 저작재산권뿐만 아니라 저작인격권까지도 가지게 되기 때문에, 자연인의 수명과 무관하게 영원히 존속할 수 있는 법인과 함께 그 저작인격권도 영원히 존속할 수 있는 위험한 가능

[471]

성도 있는 것이다. 또한, 그러한 법인이나 사용자는, 실제로 창작을 수행한 창작인 또는 종업원을 고용하게 된 고용계약 또는 근로규칙의 취지와 무관하거나 동 취지에 반하는 목적으로 당해 종업원이 창작한 저작물을 이용하는 경우에도 창작자였던 당해 종업원은 저작권법상 아무런 보상의 권리나 금지청구권 또는 기타의 구제수단도 인정되지 않는다.

참고로, 조각의뢰 또는 창작위탁의 결과 완성된 조상에 관한 전시권을 비롯한 저작권의 귀속에 관한 분쟁에 있어서, 미국연방대법원은 조각의뢰를 한 기업이 조각을 담당한 조각가의 사용자에게 해당되지 않는 한 완성된 조상에 대하여 전시권을 포함한 일체의 저작권을 가질 수 없기 때문에 조각가의 동의가 없는 한 전시를 할 수 없는 것이라고 판시한 있다.<sup>주5)</sup> 이 사건에서 조각의뢰인은 조각가에게 미국의 집없는 가난한 가정을 묘사하는 조상을 부탁하면서 여러 가지 아이디어를 주고 조각가에게 조각의 내용을 상당히 지시한 바가 있고 조상이 완성된 때에 미화 15,000달러를 지급하고 워싱턴의 전시장에서 전시를 하였다. 조각의뢰인은 집없는 사람들을 위한 기금을 모금하기 위한 순회전시회에 동 조상을 이용하고자 하는 제안을 하였지만 조각가는 거절하였고, 이에 대하여 조각의뢰인은 동 조각에 대한 전시권을 포함한 저작권을 주장하기 시작하였다. 미국연방지방법원은 조각의뢰인의 구체적인 조각주문내용과 조각에 대한 의견제시 및 상세한 지시 또는 통제를 고려할 때 조각의뢰인이 저작권법상 사용자(Employer)에 해당되기 때문에 전시권을 포함한 저작권을 취득한다고 판시하

였으나, 미국연방항소법원과 미국연방대법원은 작품에 대한 사실상의 지시 또는 통제는 직무저작(Works made for hire: 우리나라의 단체명의저작권)의 하나의 요소일 뿐 그러한 요소만으로는 조각의뢰인이 저작권법상 사용자 또는 법인의 지위로 되는 것은 아니라고 판시하면서, 조각가의 전시권 및 저작권 원시취득을 전제로 한 판시를 하였다.

[472]

### Ⅲ. 공연허락 또는 이용허락의 조건과 범위

위에서 살펴본 바와 같이 당사자간 작곡의뢰계약에 저작권 귀속 또는 저작권 양도에 관한 아무런 합의가 없고 문제된 주제곡들에 대한 저작권법에 따라서 원고에게 있는 것으로 본다면, 피고가 원고에게 두 번에 걸쳐서 지급한 대가는 작곡료(즉, 주제곡들에 대한 저작재산권의 전부 내지 일부의 양도 대가)라기보다는 오히려, 작곡가의 주제곡들에 대한 저작권 보유를 전제로 한 공연허락의 대가로서 저작권법상 소위 저작물이용과(Royalty)에 해당된다고 보여지는바, 이러한 이용료의 지급을 매개로 하여 발생한 당사자간 공연허락 또는 이용허락의 구체적 조건과 범위는 무엇인가의 문제가 제기된다. 이 사건에서의 대법원 판결에 의하면, 원고가 주제곡들의 공연을 묵시적으로 승인한 바 있고 피고가 두 차례에 걸쳐서 이용료를 지급하였다면, 원고의 손실이나 피고의 부당이득은 없는 것이라고 쉽게 판단하였다. 대법원이 그러한 판단을 하게 된 것이 혹시 이 사건에서 작곡료라고 하는 명목의 대가가 지급되어서 원고가 단순히 공연 자체의 허락 이외에 작곡된 주제곡에 관한 공연권 내지 저작재산권 전부를 피고에게 인정해 준 대가라고 보아서, 원고가 예상할 수 없었던 제2차 공연 이후의 공연에 대하여 아무런 보상관계가 필요없다고 본 것은 아닌지 궁금하다. 그러나, 1984년 4월에 피고가 작곡의뢰를 하면서 원고와의 사이에 체결된 계약의 주된 내용을 공연허락 또는 이용허락이라고 본다면, 그러나 공연허락의 대상은 1984년 5월초 국립극장에서의 주제곡 공연에 대한 허락으로 보아야 할 것이고 설사 당사자간에 예상할 수 있었던 같은 달 중순 안양소극장에서의 공연까지를 포함한 공연허락으로 보더라도, 그 이후 1984년 7월부터의 7차례 합계 300여 회의 공연에 관하여는 별도의 공연허락에 의한 것이라고 보아야 할 것이다. 1984년의 공연허락 또는 이용허락이 공연횟수를 정한 것이 아니라면, 각 공연은 개별적인 공연권의 행사이기 때문에 원칙적으로 반대의 특약이 없는 한 한 차례의 공연만을 허락하는 것으로 해석되어야

[473]

할 것이다. 제6차 공연시 피고가 일정한 대가를 지급한 사실은 1984년의 공연허락이 장래의 모든 공연을 허락하는 것이 아니었음을 반증해 주는 것이고, 또한 1984년도의 공연허락 및 그에 따라서 지급한 대가가 5차 공연까지의 공연을 허락하고 그 전체에 대한 대가로 합의한 바도 없다. 2차 공연 이후에 원고가 묵시적으로 동의한 것은 1984년도 계약과 동일한 내용의 공연허락을 한 것으로 볼 수도 있고, 그렇다면 피고는 이용료 지급의무 불이행 또는 부당이득의 책임을 진다고 볼 수 없는 것도 아닐 것이다. 대법원 판결에 의하면 제1차 공연과 제6차 공연에 대한 대가는 지급하기로 합의하고 공연허락이 이루어졌지만 그 이외의 제2차공연 내지 제5차 공연 및 제7차 공연(1990년)과 제8차 공연(1991년)에 관하여는 아무런 대가지급 없이 공연을 허락하는 내용의 묵시적 허락이 있었다고 판단한 결과로 되는데, 동일한 성격의 공연허락에 관하여 그와 같이 상이한 조건의 공연허락으로 해석하는 것이 타

당한 것인지 의문시된다.

저작권법 이론상 저작권은 저작인격권과 저작재산권으로 구성되어 있어서 저작재산권만을 분리하여 개별적으로 양도할 수 있는 것이고 저작재산권도 복제권, 공연권, 방송권, 전시권, 배포권, 2차적 저작물작성권으로 구성되어 있어서 그 하나 또는 일부만을 분리하여 개별적으로 양도하거나 그 하나 또는 일부에 한정하여 이용허락할 수 있는 것이어서, 저작권은 그와 같이 분리가 가능한 개별적 권리들의 복합체인 것이다. 저작권법이 저작자에게 저작권을 부여한 취지에 비추어 보면, 저작자 또는 저작권자의 이용허락은 다른 특약이 없는 한 그와 같이 분리가 가능한 개별적 권리 하나에 관하여 이루어진 것으로 보아야 할 것이다. 이용허락을 하는 경우에 그 허용기간이나 허용하는 장소 또는 횟수 등을 제한하는 경우가 대부분이겠지만, 이 사건에서와 같이 아무런 제한이 없다면 분리될 수 있는 최소한의 기간과 장소 및 횟수로 제한되는 것으로 해석되어야 할 것이다. 원고가 공연권 또는 저작권을 피고에게 양도한 것이 아닌 한, 분리될 수 있는 공연횟수 및 장소에 관하여 개별적인 공연허락이 이루어져야

[474]

할 것이다. 피고로서도 공연장소를 바꾸어서 하는 개별적인 공연마다 원고의 허락을 받으려고 노력했고 원고의 묵시적 허락이 있었다고 주장하는 점을 보더라도, 장소와 기간이 상이한 때 공연마다 개별적인 공연허락이 이루어졌다고 볼 수 있다. 따라서, 이 사건에서의 분쟁해결을 위해서는 개별적인 공연허락의 구체적 조건을 살펴보아야 할 것이다.

음반제작에 관한 작곡자 및 가수와 음반제작업자와의 분쟁에서도 유사한 분제점이 발견되는 바, 작곡자가 가진 복제권 및 배포권과 음반제작업자가 가진 저작인접권과의 개념상 혼동도 있지 않았는가 생각된다. 특히, 가수전속계약 및 작곡자와의 사용승인계약에 관한 분쟁에 관하여 서울지방법원 동부지원은 가수전속계약을 넓게 해석하여 음반제작회사는 계약기간이 만료된 후에도 계속 음반발매를 할 수 있고 더 나아가 콤팩트디스크라고 하는 새로운 매체에 수록하여 제작하는 것도 허용된다고 해석한 바 있다. 주6) 가수전속계약 등 구체적 계약 조항을 살펴볼 수 없어서 동 판결의 이론적 타당성을 말하기는 어렵지만, 음반업계의 관행만으로 그러한 광범위한 권리가 음반제작업자에게 부여된 것으로 해석한 것이라면 그 타당성을 인정받기 어려울 것이 아닌가 하는 의문이 든다. 전속계약 또는 사용승인계약이 음반제작업자에게 저작재산권 특히 음반제작에 필요한 복제권과 배포권을 양도하기로 합의한 것이 아니라면, 어떻게 전속계약의 계약기간이 만료한 후에도 계약기간중 취임한 음악에 대하여 새로운 음반을 제작 판매할 수 있다고 볼 것인지 이해하기 어렵고, 단순한 이용허락을 저작권양도계약을 해석하는 것이 음반업계의 관행이라고 하더라도 그러한 관행에 동의한 한 가수와 작곡가의 경우는 별론으로 하고 그러한 동의를 하지 아니한 가수와 작곡가에 대해서까지 음반업계의 일방적인 해석의 관행을 강요할 수는 없을 것이다.

참고로 출판허락에 관한 미국 판례를 보면, 출판허락계약의 구체적 조건은 명시적인 계약조항에 의하여 결정되겠지만, 명시적인 계약이 없

[475]

는 경우에 저작자와 출판업자와의 법률관계는 어떻게 되는가에 대하여, 하급심법원들은 상당기간 동안 초판권뿐만 아니라 재판권까지도 인정하는 등 출판업자에게 광범위한 출판권을 허용해 주는 경향의 판결을 내리는 경향을 보여주었으나, 미국연방대법원이 1989년에 "저작권은 저작자에게 귀속하는 것이기 때문에 출판업자는 별도의 특약이 없는 한 1회에 한하



여 출판할 권리를 가질 뿐"이라고 판시하였다.주7) 이러한 대법원판결이 내려진 이후에도 출판업자들은 출판권의 범위를 넓히기 위한 여러 가지의 노력을 해왔는데, 제한적인 출판권만을 인정하는 대법원판결을 회피하기 위한 한 가지 방법으로서 저작자에게 원고료를 지급할 때 수표의 뒷면에 "수표의 지급을 청구함으로써 원고의 재출판에 동의합니다"라는 인쇄된 문구를 덧붙여 저작자가 동 수표를 자신의 은행계좌에 입금함에 의하여 자동적으로 재출판에 명시적인 동의를 한 것으로 간주하고자 한 것이다.주8) 요컨대, 우리 대법원판결의 대상이 된 사건은 저작권 귀속이 분명히 된 후 공연허락 또는 저작물이용허락의 구체적 범위가 명백히 되어야 할 사건임에도 불구하고, 사실심법원이나 대법원 모두 그러한 쟁점에 관한 논리적이고 설득력 있는 판단기준을 제공해 주지 못한 아쉬움을 남기고 있다.

[476]

[477]

## 부록 I 「친족법상의 제문제」

[478]

[479]

부록 I 에 부치는 말

1995년의 '제18회 심포지엄'은 1995.7.26.부터 7.29.까지 4일간 목포 신안비치호텔에서 개최되었다. 주제는 '친족법상의 제문제'였으며, 이 부록 I 은 그 모임에서 발표된 논문을 모은 것이다.

1995년의 심포지엄에서는 가족을 둘러싼 제반 사회여건의 변화와 이에 따른 친족법의 대응 방향을 모색하고, 날로 증가하는 추세에 있는 혼외가족의 법적 문제점을 재조명하고, 친권과 후견에 있어서 해석론상의 문제점을 종합적으로 검토하고자 하였다. 또한 인공수정, 체외수정, 대리모 등 과학의 발달에 따라 친자법상의 새로운 문제점으로 등장하고 있는 현상에 관하여 점검하여 보고, 호주제도의 폐지시 새로운 호적편제의 원리에 대하여 시안을 제시하고자 하였다.

이번 심포지엄에서도 37명의 회원과 동반가족 등 110여명이 참석하여 성황을 이루었다. 심포지엄은 아래와 같은 일정으로 진행되었다.

1995.7.26.(수)

16:00~17:00 참가자 등록 ... 호텔 로비

19:00~19:10 개회사 ... 송상현 회장

19:10~21:00 회원 및 가족을 위한 만찬 ... 만찬장

1995.7.27.(목)

08:30~12:30 주제발표 및 토론

(1) 가족관계의 변화와 친족법

- ... 서울대학교 법과대학 교수 양창수
- (2) 혼외가족의 법률문제
  - 사실혼이론을 중심으로-
- ... 광주고등법원 제주부 판사 김상준

[480]

- (3) 친권과 후견 ... 헌법재판소 연구부장 윤용섭
- 12:30~ 자유시간(향토문화관, 해양박물관, 남농미술관 관람)
- 1995.7.28.(금)
- 07:30~16:00 홍도관광
- 1995.7.29.(토)
- 08:30~12:00 주제발표 및 토론
- (4) 친자법의 새로운 문제
  - ... 한남대학교 법정대학 교수 이경희
- (5) 호주제도의 폐지와 호적의 편제
  - ... 사법연수원 교수 조대현 부장판사
- (6) 종합토론
- 12:10~12:30 기념사진 촬영, 폐회

주1)

[곽윤직, \[채권각론\]\(서울: 박영사, 1995\). 제450면 내지 452면 참조.](#)

주2)

[서울민사지방법원 제51부 1994.6.1. 판결, 94카합3724.](#)

주3)

[서울고등법원 제2민사부 1992.6.26. 판결, 91카98.](#)

주4)

[대법원 제3부 1992.12.24. 판결, 92다31309.](#)

주5)

Community for Creative Non-Violence v. Reid, 490 U.S 730, 109 S, Ct. 2166, 104 L. Ed. 2d 811(1989).

주6)

[서울 지방법원 동부지원 제7민사부 1994.1.13. 판결, 94가합2498; 서울지방법원동부지원 제4민사부 1994.5.13. 판결, 93가합8632.](#)

주7)

Community for Creative non-Violence v. Reid, 490 U.S. 730, 109 S. Ct. 2166, 104 L. Ed. 2d 811 (1989).

주8)

Don R. Pember, Mass Media Law(Madison, Brown &Benchmark, 1993), p.495.