


예술경영
길라잡이

사례로 보는 저작권 :

공연 예술 편



목 차

제1장 논의의 전제

1. 저작권법의 목적 | 026

- 저작권법의 목적은 무엇인가?

2. 지적재산권과 저작권 | 027

- 지적재산권과 저작권의 관계는 어떠한가?

3. 저작권의 역사 | 028

- 저작권은 어떻게 발전하여 왔는가?

4. 저작자와 저작권자 | 030

- 저작자와 저작권자는 같은 개념인가?

제2장 저작물

1. 저작물 | 034

- 저작물이란 무엇인가?

2. 연극 포스터의 서예 제목 | 035

- 근대사의 영웅을 소재로 한 뮤지컬의 포스터 디자인 제작을 맡아서 제목을 어떻게 부각할지 고민 중이다. 붓글씨의 힘찬 획을 이용하여 제목을 만들고 싶은데 출판된 화첩에서 글씨를 따내어 제목으로 집자(集字)한다면 저작권법 위반인가?

3. 2차적저작물 | 037

- 2차적저작물이란 무엇인가?
- 번역물은 항상 2차적저작물인가?
- 해외 라이선스 공연에 대한 검토를 위해 대본 번역을 의뢰하여 작업한 경우, 저작권의 귀속은 어떻게 되는가?
- 해외 작가의 희곡을 공연하기 위해 기존 번역본 대신 새롭게 희곡 번역 작업을 계획하고 있다. 이 경우 저작권법상 유의해야 하는 부분은 무엇인가?
- 일본 작가의 소설을 이용하여 무용극을 만들려고 한다. 번역소설가의 동의를 얻어야 하는가?

4. 공동저작물과 결합저작물 | 041

- 공동저작물과 결합저작물은 어떻게 구별되는가?
- 만화를 원작으로 이용하려면 화백과 계약하면 족한가?
- 각색자는 공동저작자가 될 수 있는가?
- 뮤지컬이 결합저작물인가?

5. 연극저작물 | 048

- 연극저작물이란 무엇인가?
- 뮤지컬이 '결합저작물'이라면 연극저작물은 모두 결합저작물인가?
- 무대미술, 무대의상은 후속 공연에서 다시 이용할 수 있는가?

6. 업무상저작물 | 051

- 업무상저작물이 무엇인가?
- <뮤지컬 지저스 크라이스트 슈퍼스타>는 어떤 이유로 업무상저작물이라고 하였는가?
- 상임 연출가의 창작물은 업무상저작물인가?
- 잡지사 소속 사진기자가 촬영한 배우의 이미지를 이용하려면 어떻게 해야 하는가?

7. 연극 공연의 복제와 영상저작물 | 055

- 우리 회사는 공연을 촬영한 콘텐츠를 디지털화하여 인터넷을 통해 전송하고 있는데, 가끔씩 극단으로부터 항의를 받는다. 우리 회사에 영상제작자로서의 권리가 있는 것이 아닌가?

8. 뉴스의 저작물성 | 056

- 시사보도는 저작물로서 보호받지 못한다고 알고 있다. 그런데 방송뉴스 마지막에 ‘저작권이 방송사에 있다’는 고지문이 보인다. 방송사의 주장이 타당한가?

제3장

저작권 보호의 경계 – ‘아이디어’인가 ‘표현’인가?

1. 아이디어/표현 2분법 | 060

- 저작권이란 아이디어를 보호하지 않고 표현을 보호한다고 한다. 어떤 의미인가?
- 설화를 소재로 만화를 출간하였다. 내 만화의 저작권을 보호받을 수 없는가?
- 아이디어와 표현의 경계는 무엇인가?
- 어느 정도로 구체화하면 ‘표현’이 될까?
- 뮤지컬 <미녀는 괴로워>는 원작 일본 만화에 대한 저작권 침해인가?

2. 아이디어의 보호 방법 | 066

- 완성된 대본을 가지고 있지는 않지만, 뮤지컬로 개발하고 싶은 소재를 가지고 있다. 내 기획 아이디어를 보호받을 방법이 있는가?

3. 부정경쟁행위에 의한 보호 | 067

- 내 공연과 비슷한 짝퉁 공연이 계속되고 있다. 이런 경우, 나는 어떻게 보호를 받는가?

4. 제호의 저작물성 | 069

- 내가 제작한 영화와 같은 제목의 연극이 기획되고 있다고 들었다. 해당 극단에 대하여 저작권 침해를 주장할 수 있는가?

5. 제호와 상표권 | 070

- 공연 ‘제목’을 상표등록하면 보호를 받을 수 있다고 하는데, 어떤 의미인가?

6. 제호와 부정경쟁행위 | 072

- <별에서 온 그대(가제)>라는 제목으로, 드라마와는 내용이 전혀 다른 창작뮤지컬을 제작하려고 준비 중이다. 제목은 저작물이 아니므로 공연을 올려도 괜찮지 않을까?

제4장

저작자와 저작권 귀속

1. 북한저작물의 보호 | 078

- 월북 작가의 작품으로 공연을 제작하려고 한다. 북한저작물도 보호된다고 하는데 어떻게 권리처리를 할 수 있는가?

2. 외국인의 저작물 보호 | 080

- 외국인의 저작물은 어떠한 범위에서 우리나라에서 보호받는가?
- 세르비아 작가의 희곡을 공연하려고 한다. 세르비아의 경우 아직 우리나라와 교류가 활발하지 않아 작가나 저작권 에이전시와의 연락을 취하기가 쉽지 않다. 이런 경우 어떻게 해야 하는가?
- <캣츠>사건의 경위는?
- 외국 예술가들의 미술품, 음악을 사용할 때 보호기간이 다른 경우 문제는 없는가?

3. 연출가의 권리 – 연출가는 실연자인가? | 084

- 저작권법상 연출자에게는 어떠한 권리가 인정되는가?

4. 안무가의 권리 – 안무가는 저작자인가? | 086

- 무용저작물이란 무엇인가?
- 무용저작물은 결합저작물인가?
- 무용저작물은 우리나라 저작권법에 어떻게 반영되어 있는가?
- 안무가의 저작권법적 지위는 어떠한가?
- 안무의 저작권법적 보호는 어떻게 되는가?
- 무용저작물의 등록 방법은?

5. 극작가의 권리 | 092

- 전업 작가로서 저작권법상의 권리는 어떤 것이 있는가?

6. 제작자의 권리 | 093

- 제작자에게는 저작권이 없으므로 작가의 허락 없이는 공연이 불가능한가?

제5장 저작인격권

1. 저작인격권의 일신전속성 | 096

- 작곡가가 사용하려는 곡의 저작권을 음반제작자에게 양도했을 경우 저작권 협의는 어떻게 해야 하는가?

2. 동일성유지권 | 097

- 해외의 원저작물을 한국 실정에 맞춰 수정하려면 원저작자의 동의가 필수적인가?

제6장 저작재산권 및 기타 권리

1. 음란물과 공연 | 100

- 음란물을 창작한 작가에게는 저작권이 인정되지 않는가?

2. 영상물 일부의 음반 수록 | 101

- 영화 <넘버3>의 '헝그리 정신' 대사만 떼어내어 편집 앨범에 수록한 음반을 보았다. 이런 음반을 만들려면 누구의 동의를 받아야 하는가?

3. 희곡의 특징적 대사가 영화에 이용된 경우 | 102

- 내 희곡의 특징적인 대사가 내 동의 없이 영화에서 이용되었다. 이 경우 저작권 침해 책임을 물을 수 있는가?

4. 뮤지컬 공연물의 케이블 TV 방송 | 103

- 케이블 TV에서 임의로 방송되는 뮤지컬에 대해 이 뮤지컬 음악감독으로서 권리를 주장할 수 있는가?

5. 축제 보도자료와 저작권 | 104

- 내가 쓴 보도자료를 거의 그대로 기사화 한 내용에 대해 언론사가 저작권을 주장할 수 있는가?

6. 작가 동의 없이 공연제작사가 다른 작가에게 대본을 고치게 하는 경우 | 105

- 공연 제작사가 임의로 다른 작가를 투입하고 내 극본을 수정하여 2차공연을 하였다. 나는 어떠한 조치를 취할 수 있는가?

7. 공동 집필 작가의 형사고소 | 106

- 내가 집필한 '연극 극본'의 완성도를 위해 다른 작가가 수정하는 것을 양해하였다. 그 후 수정된 '연극 극본'을 뮤지컬로 각색하는 작업을 진행하였는데, 다른 작가로부터 '복제권 공연 침해'로 형사고소를 당했다. 나는 형사처벌을 받게 될 것인가?

8. 원작(原作)과 원안(原案)의 의미 | 108

- 연극 대본에 '원작'이라고 표시된 경우와 '원안'이라고 표시된 경우가 있다. 이 두 가지 표시에는 어떤 차이가 있는가?

9. 렌탈 악보의 권리 관계 | 109

- 클래식 음악의 오케스트라 악보 등에서 '렌탈 악보'와 관련된 논의가 있다. 음악의 저작권이 이미 소멸한 경우 악보에 대한 권리를 주장할 수 있는가?

10. 저작권이 유효한 미술저작물의 공연 활용 | 110

- 공연에서 회화 몇 점을 사용하고자 한다. 이용허락을 어떻게 구해야 하는가? 그리고 저작권료는 어떻게 산정이 되는가?

11. 저작권자의 허락 없이 무단으로 공연되는 경우 | 112

- 축제에서 해외 무용단이 저작권자의 이용허락을 받지 않은 공연을 한 경우 축제 사무국이 책임을 져야 하는가?

12. 주크박스 뮤지컬 - 그랜드 라이트 (Grand Right) | 113

- 고인이 된 작곡가 A의 곡을 모아 뮤지컬을 제작하려고 한다. 한국음악저작권협회로부터 공연에 대한 허락을 받으면 충분한가?

13. 공연계약과 판권(版權) | 114

- 판권의 정확한 의미는 무엇인가?
- '제작사가 00선생의 소설 <숙명의 강(가제)>의 판권을 샀다'고 하는데, 그 의미는 무엇인가?

14. 저작권료 책정 및 지급 | 116

- 외국 라이선스 공연의 저작권료 책정 방법은 통상 어떻게 되는가?

15. 저작권의 보호기간 | 117

- 공동 작가가 아직 사망한지 70년이 지나지 않았다면, 공동작가에게 저작권 이용허락을 받아야 하는가?
- 2012년 작품 공연 시 작가 사망 후 50년이 지나 저작권 유효기간이 끝났다고 하여 별도의 저작권 이용허락 절차 없이 공연을 제작했다. 2014년 초에 이 작품을 다시 공연할 계획인데, 이 작품의 저작권 이용허락을 받아야 하는가?
- 일본 만화를 소재로 공연물을 제작하려는데, 일본 만화가는 1963년 사망하였다. 일본 만화가의 동의를 받아야 하는가?

16. 퍼블릭 도메인(Public Domain) | 119

- 무대미술에 '르누와르'의 작품을 이용하여도 되는가?
- 조선 후기 문인화가의 자화상을 흉내 내어 연극 포스터를 만들고 싶은데 문제가 없는가?

제7장 저작권 계약

1. 저작권 양도와 2차적저작물작성권 | 124

- 저작권을 양도할 때 2차적저작물작성권은 함께 양도되지 않는 것으로 추정된다고 한다. 그 이유는 무엇인가?

2. 저작권 양도와 이용허락의 구별 | 125

- 저작권 양도와 이용허락의 효력은 구체적으로 어떻게 다른 것인가?

3. 방송사의 편집권과 저작자의 동일성유지권 | 127

- 방송사와 60분물인 공연을 녹화 방송하기로 계약을 하였는데 방송사가 임의로 내 공연을 편집하여 40분짜리 방송물을 방송하였다. 방송사의 편집권과 내 동일성유지권의 관계는?

4. 단순 이용허락, 독점적 이용허락, 배타적 이용허락 | 128

- 단순 이용허락, 독점적 이용허락, 배타적 이용허락은 어떻게 구별되는가?

5. 배타적발행 | 130

- 저작권법 개정으로 배타적발행권이 인정된다고 한다. 배타적발행권은 어떠한 권리인가?

6. 저작물의 법정허락 | 130

- 고아저작물(orphan works)이란 어떤 의미인가?
- 내가 오래 전에 작사·작곡한 동요에 대하여 제3자가 이용료를 공탁하고 '법정허락'을 받았다고 한다. 무슨 이야기인가?
- 나의 저작물을 공연제작사가 '저작재산권자 불명 법정허락'에 의하여 이용하고 있다면 나는 어떻게 권리 주장을 할 수 있는가?

7. 악곡만 이용하는 경우 - 작사가의 권리 | 134

- 한국음악저작권협회에서 음악저작물은 '공동저작물'이고 연주부분의 작곡과 노랫말은 불가분의 관계이므로 노랫말을 사용하지 않더라도 가사 사용료를 지급하라고 한다. 이러한 주장이 타당한가?

8. 공연의 영상화 | 135

- 공연장의 공연 영상화 사업의 전망은 어떠한가?

제8장 저작권 제한

1. 시사보도를 위한 이용 | 138

- 방송사 뉴스 프로그램 제작을 위하여 공연의 리허설을 취재하였다. 이 취재 영상의 10분 정도를 교양 프로그램 담당자가 빌려 가서 <문화 탐방(가제)>에 이용하였다. '시사보도를 위한 이용'으로서 저작권에 대한 면책이 되어야 하지 않는가?

2. 시험문제 출제 | 138

- 저작권법상 시험문제를 출제하기 위하여 필요한 경우에는 남의 저작물을 이용할 수 있다고 알고 있는데, 문화재단의 내부 승진시험에도 해당되는가?

3. 패러디 - 공정이용의 법리(fair use doctrine) | 139

- 패러디는 저작권 침해에 해당하지 않는가?

4. 대학 수업에서 TV 프로그램을 교육 목적으로 이용한 경우 | 141

- 교육목적으로 TV 문화 프로그램 일부를 복제하여 교내에서 이용하고 있는데 저작권법상 문제가 될까?

5. 고등학교 연극반에서 기존의 대본을 이용하는 경우 | 142

- 전국학생연극대회에서 돌아가신 A선생의 작품을 공연하고 싶은데, 유족의 동의를 받아야 하는가?

6. 비영리 공연과 준거법의 오해 | 144

- 학생들과 워크숍 작품으로 영국 저작권자의 작품을 준비 중인데, 저작권료를 지불하여야 하는가?

7. 공표된 저작물의 공정한 인용 | 146

- 어느 정도의 인용이 공정한 인용으로 허용되는가?

8. 공공저작물 자유이용 | 147

- 공공저작물을 변형하여 상업적으로 활용하여도 되는가?

9. SNS 등 온라인 매체 홍보용 사진 이미지 활용 | 148

- 공연 홍보를 위한 대학생 서포터즈의 블로그 운영 시, 필요한 사진 이미지를 활용하려면 어떠한 점에 유의해야 하는가?

제9장 저작인접권

1. 실연자의 성명표시권 | 152

- 실연자에게 '성명표시권'을 인정한다는 것이 무슨 의미인가?
- 교향악단의 공연을 TV에서 방송할 때마다 크레딧에 연주자 전원의 이름을 올려야 하는지 의문이다. 방법이 없는가?

2. 실연자의 동일성유지권 | 154

- 방송 프로그램에서, 내가 출연한 연극 장면의 대사를 바꾸어서 우스꽝스럽게 만든 후 방송을 하였다. 연기자에게도 동일성유지권이 인정된다는데 이러한 경우에 통제가 가능한가?

3. 실연자의 공연보상청구권 | 155

- 실연자의 보상청구권과 관련하여 '상호주의'라는 것이 무엇인가?

4. 저작권접권 보호기간 | 156

- 방송은 보호기간이 50년이라고 하는데 이유는 무엇인가?
- 저작권접권 보호기간의 연장은 다른 국가 국민의 실연·음반에도 적용되는가?
- 1987년 7월 1일부터 1994년 6월 30일 사이에 발생한 저작권접권에 대한 보호기간을 연장하였다고 들었다. 무슨 뜻인가?

제10장 등록과 위탁관리업

1. 저작권의 등록 | 160

- 저작권은 등록, 납본 등 방식을 거쳐야 발생하는 권리인가?
- 저작권은 창작과 동시에 발생한다고 한다. 그렇다면 굳이 저작권 등록을 하는 이유는 무엇인가?
- 저작물에 표시하는 ©는 어떤 의미를 가지고 있는가?

2. 저작권접권의 등록 | 163

- 저작권이 창작과 동시에 발생함에도, 저작권 등록으로부터 추정력 및 대항력이 확보된다고 알고 있다. 그렇다면 저작권접권도 등록할 수가 있는가?

3. 저작자 추정의 경합 | 164

- 저작권법은 저작권 등록에 추정력을 인정하고 있으면서, 한편으로 복제물 등에 저작자의 실명 또는 이명이 표시된 사람을 저작자로 추정하기도 한다. 이 두 가지 추정이 충돌하는 경우에는 어떻게 처리하는가?

4. 저작권등록부에 허위 사실을 등록한 경우 | 164

- 진정한 권리자가 따로 있는데 제3자가 허위로 저작권 등록을 하는 경우에는 어떻게 되는가?

5. 저작권위탁관리업 | 166

- 저작권위탁관리란 무엇이며, 우리나라에서는 어떻게 운영되고 있는가?

제11장 저작권 침해

1. 저작권 침해의 요건 - '의거'와 '실질적 유사성' | 170

- 저작권 침해를 주장하려면 상대방의 침해 사실을 입증하여야 한다고 한다. 어떠한 사실을 입증해야 하는가?
- 저작권 침해를 입증하려면 주관적 요건으로 '의거'가 필요하다고 한다. 어떻게 입증할 수 있는가?
- 만화를 각색하여 대본을 작성하려고 만화가와 접촉을 하였다가 마음을 바꾸어 새로운 작품을 창작하기로 하였다. 뮤지컬이 공연되자 만화가가 저작권 침해라는 주장을 하였다. 만화가와 접촉을 하였다는 사실이 불리하게 작용하는가?

2. 저작권 침해 요건으로서의 '실질적 유사성' | 174

- 저작권 침해를 주장하기 위해 '실질적 유사성'은 어떻게 입증하는가?
- '실질적 유사성' 판단을 하는 경우 '비문자적 유사성'이 중요한 의미를 가지고 있다고 한다. 구체적 내용이 무엇인가?

3. 공통의 소재 | 177

- 제작사가 공연기획을 포기한다고 연락을 하더니, 말을 뒤집고 흥가를 소재로 한 내 소설의 상황을 차용하여 공연물을 제작하였다. 저작권 침해를 주장할 수 있는가?

4. 역사적 사실 | 178

- 동일한 역사적 사실을 소재로 한 저작물은 이야기 구조가 비슷할 수밖에 없을 듯하다. 그렇다면 이 경우 저작권 침해를 어떻게 판단할 수 있는가?

5. 대체역사 기법 | 180

- 특정 역사적 가정을 전제로 소설을 창작하였는데 동일한 가정을 전제로 공연물이 제작된 것을 알았다. 저작권 침해 주장을 할 경우 '실질적 유사성' 판단을 받을 수 있는가?

6. 필수장면(Scène à Faire) | 181

- 뮤지컬에서 내 소설의 상황을 베껴 쓰고 있어서 항의를 하자 제작사는 '필수장면'이므로 저작권 침해가 아니라고 한다. '필수장면'이 어떤 의미인가?

극본까지 집필한 양 크레딧에 그의 이름을 올렸다. 극본 작가로서 나의 명예가 심하게 훼손되었다고 느낀다. 내가 취할 수 있는 방법은 무엇인가?

5. 공연정지 가처분의 가능성 | 191

- 내 저작권이 침해되어 해당 공연물에 대한 공연중지가처분 신청을 하려는데 공연을 막을 수 있을까?

6. 저작권 침해에 대한 형사처벌 | 192

- 저작권 침해를 하면 형사처벌을 받을 수 있다고 한다. 어떠한 행위에 대하여 어떠한 처벌을 하게 되는가?

7. 양벌규정 | 193

- 문화재단의 직원이 저작권을 침해하면 재단도 벌금을 내야 한다고 하는데 무슨 이유인가?

8. 극본 집필 계약에서의 제작사 면책규정 | 194

- 제작사와 체결한 계약서에 "저작권 침해에 대한 모든 책임은 '을'(작가)에게 있다"는 규정이 있었다. 나는 저작권 침해에 대해 제작사에게 아무런 청구를 할 수 없는가?

제12장

저작권 침해에 대한 구제

1. 저작권 침해에 대한 책임 | 184

- 내 동의 없이 내 웹툰을 원작으로 한 연극이 공연 중이다. 나는 어떻게 내 권리를 보호받을 수 있는가?

2. 저작권 침해와 친고죄 | 185

- 저작권법 위반으로 인한 형사처벌을 위해서는 고소가 필요한가?

3. 손해배상의 기준 | 186

- 저작권 침해가 인정된 경우 손해배상은 어떤 기준으로 산정하는가?
- 현재 방송 중인 드라마 A는 10년 전에 내가 집필한 방송 드라마 B와 포맷이 유사하다. 나는 방송중지와 손해배상을 청구하고자 한다. 내 손해배상금은 어느 정도로 인정받을 수 있을까?
- 케이블 방송사가 우리 공연물을 임의로 방송하고 있다. 무단 방송으로 인한 손해를 입증하기가 쉽지 않다. 방법이 있을까?

4. 명예회복을 위한 적당한 조치 | 189

- 뮤지컬 제작사가 의도적으로 크레딧에서 내 이름을 지우고 연출자가

제13장

퍼블리시티권

1. 퍼블리시티권으로서의 성명권 | 198

- 출연 계약 교섭 단계에서 뮤지컬 제작사가 출연을 확정된 것처럼 보도 자료를 뿌려서 언론에 보도가 되었다. 퍼블리시티권 침해로 손해배상 청구를 하라는데 어떤 의미인가?

2. 퍼블리시티권과 초상권 | 199

- 기획사가 연주 장면을 촬영하여 드라마에 삽입하겠다고 하여 얼굴이

노출되지 않는 것을 조건으로 승낙하였다. 추후 얼굴이 그대로 노출된 사실을 알았다. 어떤 조치가 가능한가?

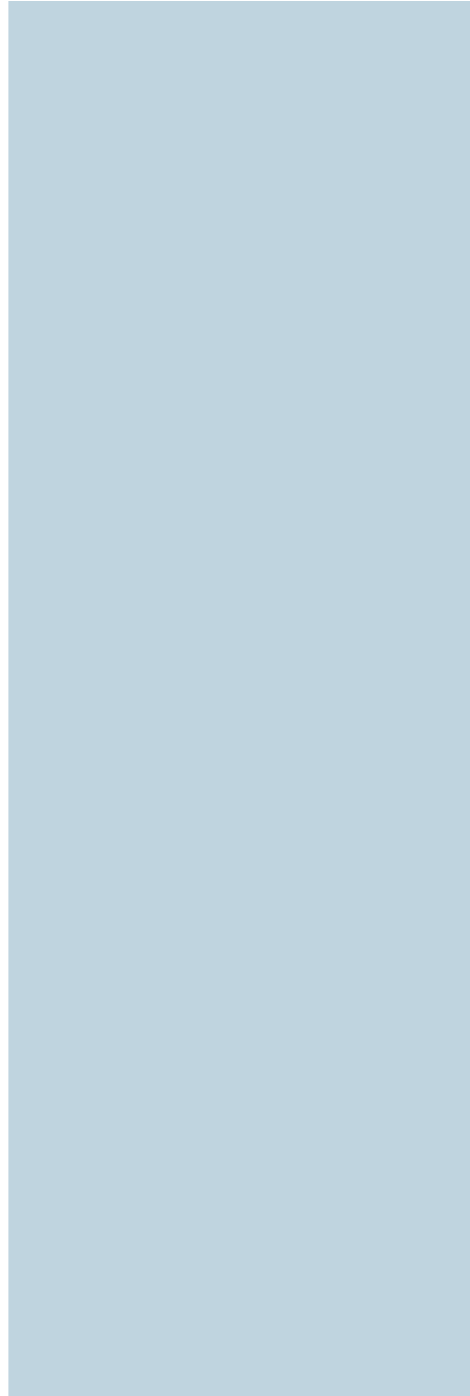
- 닳은 목소리나 그 사람을 흉내 낸 모습이 이용되는 데까지 퍼블리시티권이 미치는가?
- 퍼블리시티권과 초상권은 어떻게 다른가?
- 퍼블리시티권은 우리나라에서 어떻게 수용되고 있는가?

3. 퍼블리시티권과 정지청구(금지청구) | 203

- 유명인은 제3자가 자신의 인격적 징표를 함부로 이용하는 경우 손해배상을 청구하는 외에 정지청구를 할 수도 있는가?

4. 퍼블리시티권과 상속성 | 204

- 유명인이 죽은 후에도 그의 퍼블리시티권이 인정되는가?
- 우리나라에서 퍼블리시티권의 상속성을 인정할 수 있는가?



들어가며

20세기를 마무리하던 무렵부터 저작권이 문화계를 강타하고 있다. 너나없이 굴뚝산업을 대체하는 새로운 성장 동력으로 ‘문화의 산업화’에 주목하기 시작하였고, 그 중심에 저작권이 자리 잡고 있기 때문이다.

우리 저작권법은 1957년 제정된 이래, 1986년 외국인의 저작물 보호규정을 보완하고 저작권접권을 신설하는 등으로 전면 개정된 바 있고, WTO 출범과 함께 1994년 및 1995년에 일부 개정이 이루어졌다. ‘디지털 의제’에 대응하여 2000년 저작자에게, 2004년 실연자와 음반 제작자에게 전송권을 인정하기 위한 개정도 있었다. 2006년 전면 개정 시에는 방송·전송 및 디지털 음성송신을 포괄하는 ‘공중송신’ 개념을 신설했고, 실연자에게도 저작인격권에 상응하는 성명표시권·동일성유지권을 인정하였다. 2009년에는 판매용 음반을 이용한 공연에 대한 보상청구권을 부여하는 내용의 개정과 저작권법과 컴퓨터프로그램보호법을 통합하는 개정이 있었다. 2011년에는 한·미 FTA,

한·EU FTA를 이행하는 과정에서 미국법상의 ‘공정이용’을 도입하고, 저작재산권 보호기간을 사후 70년으로 확대했고, 2013년에는 ‘공공저작물’의 자유이용 규정이 신설되었다. 현재도 저작권위원회에 중재 혹은 직권조정 권한을 부여하여야 한다는 의견, 퍼블리시티권의 입법과 관련한 논란, 저작권 침해의 비범죄화 주장 등이 계속되고 있다.

저작권법이 이렇게 자주 개정되고 있는 이유는 저작권에 대한 사회적 관심이 두터워졌기 때문이다. 대본·음악·무대장치·조명·안무 등의 저작물을 바탕으로, 배우의 실연과 연출자의 연출행위를 통하여 공연물을 생산해야하는 공연업계로서는 갑작스러운 환경 변화에 당혹스러움을 피할 수 없으리라. 저작권자의 요구는 나날이 높아지는 한편 진정한 권리자를 확인할 방법이 난망한 경우도 적지 않다. 저작권은 창작과 동시에 발생하는 권리이고, 권리의 발생에 출원·등록과 같은 절차를 요구하지 않는 반면 보호기간은 점점 길어지고 있다. 권리의 탄생에 아무런 형식을 요구하지 않으므로 이용자로서는 진정한 저작자를 찾기도 어렵고, 심지어 무단 이용자가 저작자에게 ‘당신이 창작한 사실을 입증하라’고 큰소리를 치는 일도 벌어진다.

공립 공연 단체 담당자가 창작자 몰래 어떤 뮤지컬을 공연 단체 명의로 저작권 등록을 하고 찾아왔다. 등록 사실을 무기로 창작자와의 재공연계약에서 유리한 입지를 확보하고자 하는 눈치였다. 대법원은 <사랑은 비를 타고> 사건에서 ‘뮤지컬’은 개별 창작자의 권리가 느슨하게 묶인 ‘결합저작물’일 뿐이고, 원칙상 제작자에게는 저작권이 귀속되지 않는다는 점을 명백히 하였다. 이러한 판단은 영화의 저작권에 대한 규율과는 판이하게 다른 점이다. 영화의 제작 과정에 참여한 여러 창작자, 실연자의 권리는, 저작권법상 영상저작물 특례규정에 의하여, 제작자에게 넘어가는 것으로 추정되기 때문이다. <사랑은 비를 타고> 소송 과정에서 뮤지컬 제작자는 영상저작물과 뮤지컬의 제작 과정이

유사하므로 영상저작물 특례규정을 뮤지컬에도 유추 적용해야 한다고 주장하였으나 법원은 받아들이지 않았다.

근래에 공연계에서도 저작권에 대한 학습열이 높아지고 있으나, 사실 저작권이라는 법학의 한 귀퉁이는 만만하게 정복될 수 있는 대상이 아니다. 방대한 민법의 기초 이론 위에서 저작권 이론이 구성되고, 그것 자체가 쉴 새 없이 개정되는 분야인지라 기본 개념을 이해하기도 난해하고 변화를 따라가기만도 숨이 차다. 그렇다고 하여, 저작권의 개념에 대한 초보적 이해 없이 현장에서 공연기획 업무를 진행할 수 있는 방법은 결단코 없다. 기본을 알아야 해결 방법이 나오고, 전문가를 활용할 노하우도 생기는 것이다. 기획하던 공연물 제목을 다른 단체가 훔쳐 갔을 때 어찌할지, 원작 만화와 현재까지 달라진 영화를 원저작물로 하여 새로이 공연물을 만든다면 영화사 외에 만화가에게도 저작권료를 주어야 하는지, 공연 제목의 상표 등록을 했는데 이태리 레스토랑이 그 제목을 간판에 건 경우는 어떻게 되는지, 공연의 유형은 저작물로 보호되는지, ‘연출가는 실연자에 포함된다’는 법 규정의 의미가 무엇인지, 공연을 함께 만든 창작자들에게 후속 공연에서 얼마나 보수를 인정해야 하는지... 이들 모든 의문은 기본적으로 저작권을 중심으로 하는 논의인 것이다.

이러한 혼란은 비단 공연 업계에서만 전개되는 양상은 아니다. 과연 어느 정도의 창작성이 발휘되었을 때 ‘저작물성’을 인정하는지의 ‘창작성’ 기준이 모호하므로 보호받을 권리와 그렇지 않은 권리 주장이 혼란스럽고, 보호의 정도에서도 권리자와 이용자 사이에서 접점을 찾기가 쉽지 않다. 잔잔하던 저작물 시장에서, 1980년대 이후 미국의 저작권 변호사들의 무차별 공세가 혼란을 몰고 왔다는 비판도 있고, 창작자 보호를 기치로 건 ‘저작권 강화론’의 배후에는 실상 순진한 창작자로부터 싸게 권리를 넘겨받은 탐욕스런 저작권 기업이 숨어있다는 지적도 있다. 그러나 저작권은 우리 헌법

이 보호하는 권리이고, 진정한 권리자의 보호 필요성은 아무리 강조해도 지나치지 않다. 특히 우리 공연업계에서 저작권자의 권리가 방치되어온 경향에 대하여는 반성이 필요하다. 권리자의 보호 없이 문화의 향상 발전이라는 저작권법의 목표는 결코 실현될 수 없기 때문이다.

2011년 예술경영지원센터는 기획경영 직무 매뉴얼로 ‘공연과 저작권’을 출간하였다. 워낙 관련 자료가 부족한 분야인지라 적잖이 이용되었다고 알고 있다. 2013년에는 국립중앙극장 이양희 선생, CJ E&M 박민선 선생의 도움으로 ‘저작권 활용 Q&A’로 묶었으나 좀 더 보완작업이 필요했다. 이번에는 제목, 설문, 구성을 정리하며 오류를 바로 잡고 내용을 덧붙였다. 여전히 부족하지만 현장에서 활용이 가능하도록 계속 발전시켜 보겠다.

홍승기

인하대학교 법학전문대학원 교수, 변호사

논의의 전제

1. 저작권법의 목적
2. 지적재산권과 저작권
3. 저작권의 역사
4. 저작자와 저작권자

1. 저작권법의 목적



저작권법의
목적은 무엇인가?

저작권법 제1조는 저작권의 목적에 대하여 이렇게 규정한다. “이 법은 저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화 및 관련 산업의 향상 발전에 이바지함을 목적으로 한다.”

‘저작자의 권리’란 저작권(copyright)을 의미하는 것이 분명하고, ‘이에 인접한 권리’란 저작인접권(neighboring rights, related rights)을 의미한다. 저작인접권은 실연자, 방송 사업자, 음반 제작자에게 인정되는 권리를 말한다.

저작권은 창작자 즉, 작가 혹은 작곡가의 권리로서 인쇄술의 등장과 함께 발생하였다. 가수·배우 등 실연자는 창작자가 아니므로 당연히 저작권자가 될 수 없었고, 무대에서 연기를 하고 노래를 하며 출연료로 생계를 꾸려 나갔다. 그런데, 녹음 기술이 발명되고 방송이라는 매체가 등장하면서 무대에 설 수 있는 기회가 현저히 줄어들게 되었다. 녹음술 자체가 실연의 기회를 줄였지만 이후 방송이 등장하고, 녹음물을 방송하면서 실연자의 실연 기회가 격감하게 된 것이다. 이러한 현상을 기술 발전이 가져 온 실업이라는 의미로 기술적 실업(technological unemployment)이라고 하는데, ‘저작인접권’은 실연자의 기술적 실업에 대한 대책으로 등장한 권리이다.

저작권에 이웃해 있는 권리를 의미하는 저작인접권은, 창작자는 아니지만 창작자의 변방에서 활동하는 주체의 권리를 뜻한다. 저작인접권 개념은 실연자에서 비롯되었으나 거대 자본을 투입하여 저작물의 확산에 도움을 준다는 점을 고려하여 방송 사업자와 음반 제작자도 저작인접권자에 포함하고 있다.

저작권법 제1조는 ‘권리자(저작권자·저작인접권자)의 보호’와 ‘공정한 이용의 도모’(≒이용의 확대)를 통한 문화 발전을 규정한다. 여기서 ‘권리자 보호’를 강화하면 저작물의 이용은 위축이 되는 경향이 있고, 저작물의 이용을 중시하면 권리자 보호에 소홀해질 염려가 있다. 결국 권리자 보호와 공정한 이용의 도모 사이에서 어떠한 균형을 잡아갈 것인지는 그 시대의 요청에 따르게 될 텐데, 바로 그것이 그 시대의 ‘저작권 정책’이라고 할 수 있다.

저작권법은 원래 문화의 향상 발전을 목적으로 하였다. ‘관련 산업’이란 2009년 컴퓨터프로그램보호법과 저작권법을 통합하면서 저작권법의 목적 규정에 편입된 표현이다. 인터넷이 등

장하면서 사회가 고도로 디지털화 되고, 각국의 저작권법이 컴퓨터 프로그램이나 데이터베이스 등을 새로이 저작권법에 수용하면서 저작권법이 전통적인 문화 기본법의 역할을 고집하지 못할 상황이 되고 있다. 최근에는 문화·예술 영역의 저작권법이 과학·기술 영역의 산업재산권법(특허법, 실용신안법, 디자인보호법, 상표법)과의 사이에 접점이 모호해지고 있다고 할 수 있다.

2. 지적재산권과 저작권



저작권은 지적재산권에 속한다고 한다.
지적재산권과 저작권의 관계는 어떠한가?

저작권은 넓게 지적재산권(intellectual property rights)의 범주에 속한다. 지적재산권은 산업재산권(industrial property)과 저작권(copyright)으로 분류된다. 산업재산권은 특허권, 실용신안권, 상표권, 디자인권을 포괄한다.

특허권·실용신안권은 ‘발명’, 상표권은 ‘상표’, 디자인권은 ‘디자인’을 보호대상으로 한다. 발명은 기술적 사상의 창작물이고, 상표는 상품의 식별을 위한 표지(標識)이며, 디자인은 미감을 일으키는 창작물로서 이들은 저작물과 함께 모두 창작물이라고 할 수 있다. 지적재산권은 모두 창작물에 대한 보호에서 출발하는데, 산업재산권과 저작권을 아우르는 공통 원리는 ‘무형의 재산에 대한 독점·배타적 권리’라는 점이다.

산업재산권과 저작권의 권리발생은 ‘등록을 요건으로 하는가’하는 점에서 차이가 있다. 산업재산권은 ‘등록’이 권리발생의 요건이나, 저작권은 창작과 동시에 권리가 발생한다. 우리 저작권법은 ‘등록’ 제도를 두고 있으나 우리 저작권법상 저작권 등록은 권리의 발생과는 무관하다. 등록을 한 저작자가 권리 행사에 도움을 받을 뿐이다. 실제로 영국을 비롯하여 많은 국가가 저작권 등록 제도를 가지고 있지 않다.

산업재산권은 재산적 권리로 일관하지만 저작권은 저작재산권 이외에도 저작인접권을 가지고 있는 점에서도 구별이 된다. 권리의 인격성(morality)은 저작권의 특성으로서 프랑스 혁명의 영향이라고 한다. 저작권이 18세기 프랑스에서 확대되던 과정에 혁명이 일어났고, 인간의 권리를 천부인권, 자연권으로 선언하는 혁명의 분위기에서 예술가의 저작물에 대한 권리의 인격성이 강조되었다는 의미이다.

01 논의의 전제

02 저작물

03 저작권 보호의 경계

04 저작자와 저작권 귀속

05 저작 인격권

06 저작 재산권 및 기타 권리

07 저작권 계약

08 저작권 제한

09 저작 인접권

10 등록과 위탁 관리업

11 저작권 침해

12 저작권 침해에 대한 구제

13 퍼블리시티권

산업재산권과 저작권은 보호 대상을 달리하는 권리이지만, 동일한 대상을 중복 보호하는 경우도 없지 않다. 상표는 저작권법의 어문저작물, 미술저작물, 사진저작물, 응용미술저작물이 될 수 있고, 저작물의 요건을 갖춘 디자인이 디자인보호법상 디자인의 보호 요건인 '신규성' 까지 갖추다면 디자인보호법과 저작권법의 중복보호를 받게 되는 것이다.¹⁾

우리 헌법은 지적재산권의 보호에 관한 근거규정을 두고 있다. 미국 연방헌법은 지적재산권이 '일정 기간' 보호되는 권리임을 명확히 하고 있다.

헌법 제22조【학문·예술의 자유와 저작권등 보호】

- ① 모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다.
- ② 저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.

Constitution of the United States

Article 1.

Section 8. The Congress shall have Power

To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries;...

3. 저작권의 역사



저작권은 어떻게 발전하여 왔는가?

근대적 저작권 입법의 시초는 1709년 영국의 앤 여왕 법(Act of Anne)이라고 한다. 앤 여왕 법의 적용 범위는 책에 국한되었다. 그 후 100년이 흐르는 동안 조각, 조소(彫塑), 연극저작물 등으로 보호저작물의 범위가 확대되었다. 앤 여왕 법이 규정한 copyright는 인쇄와 관련한 독점권이었고, 이 권리는 저작자보다는 출판업자 혹은 인쇄업자에게 국왕이 부여한 특권에 불과하였다. 1789년 프랑스 혁명이 변화의 계기였다. 1791년 프랑스 법은 연극 혹은 음악

1) 최경수, 『저작권개론』, (도서출판 한울, 2010), 81-84면.

저작물의 저작자에게 사후 5년간 공연에 관한 배타적 권리를 인정하였다. 1793년에는 모든 저작물에 대하여 저작자 생존기간 동안 배타적복제권을 부여했다. 프랑스는 저작자의 권리를 자연법에 기초한 인권으로 파악하여 저작자에게는 이미 권리가 존재하였고 형식상 입법으로 확인한데 지나지 않는다고 이해하였다.

그 후 저작권 개념은 유럽 각국에 확대되어 1886년경에는 벨기에, 네덜란드, 이탈리아, 독일 등 대부분 유럽 국가가 보호 대상, 보호 기간, 번역권 등에서 구체적 차이는 있었으나 입법에 성공하였다.²⁾ 이러한 과정을 거쳐 1886년 저작권의 국제적 발전의 시발점이 되는 베른협약의 성립을 보게 된 것이다.

한편, 미국에서는 1790년 최초의 연방 저작권법이 통과되었다. 연방 저작권법은 발행저작물(published works)과 미발행저작물(unpublished works)을 구별하여 발행저작물만을 규율하였다. 이러한 태도는 1909년 개정 저작권까지 이어졌다. 현행법과 같은 형태를 갖춘 1976년 저작권법에서 발행·미발행저작물의 구분이 없어지고, 저작권 갱신 요건을 없애고 단일한 보호기간을 규정하였으며, 고정성(fixation)이 쟁점이 되었다. 고정성은 1976년 저작권법이 도입한 요건으로서 종래 저작권 보호 요건이었던 발행과 등록을 대체한 것이다. 1976년 이전에는 연방과 주의 저작권법이 병존하였으나, 1976년 저작권법 제301조에 의해 연방 저작권법이 주 저작권법에 우선 적용(preemption)되었다. 1990년대에는 컴퓨터와 인터넷의 등장으로 여러 가지 변화를 경험하였고, 의회는 주로 음악시장을 목표로 하여 개정이 이루어졌다. 1996년 No Electronic Theft Act는 형사적 제재와 디지털 해적의 규제를 위한 것이고, 1998년 Digital Millennium Copyright Act는 디지털 복제 방지 조치를 위한 '반우회(anti-circumvention)' 규정을 마련할 목적이었다.³⁾

우리나라에서 근대적 저작권 보호는 1908년 고종 칙령 제200호에 의하여 시작되었다. 칙령 제200호는 일제의 강점으로 조선통감부령, 조선총독부령으로 바뀌고, 광복 이후에는 군정령으로, 1948년 정부 수립 후에는 제헌헌법 제100조로 유지되었다. 내용과 명칭은 변하였으나 그 내용은 일본 저작권법을 적용한다는 것이었다. 1957년에 와서 저작권법이 제정되었고, 1986년과 2006년 두 차례 전면 개정을 거쳤다.⁴⁾ 1986년의 전면개정은 세계저작권협약(Universal Copyright Convention; UCC) 가입에 따른 것이고, 2006년의 전면개정은 WIPO 실연음반조약 가입 기회에 그동안 잦은 개정으로 흐트러진 법체계를 바로잡기 위한 것이었다.

2) 大柵照一, 『國際知的財産權法』, (日本評論社, 2009), 60면.
3) Dan Hunter, Intellectual Property, Oxford, 2012, pp.30-35
4) 임원선, 『제4판 저작권법』, (한국저작권위원회, 2014), 26-27면.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

4. 저작자와 저작권자



저작자와 저작권자는
같은 개념인가?

저작자는 '저작물을 창작한 자'를 말한다(저작권법 제2조 제2호). 저작자는 저작물을 창작하는 순간, 달리 납본·등록·저작자 표시 등의 방식을 거칠 필요 없이 저작자가 된다.

저작권자는 현재 저작권을 가지고 있는 자이다. 저작물 창작 시점에는 저작자가 저작권자이겠지만, 저작재산권의 전부 또는 일부가 양도·상속되는 경우에는 양도·상속되는 한도에서 저작자와 저작권자가 달라지게 된다.

즉, 2008년 타계하신 소설가 박경리 선생은 26년에 걸쳐서 <토지>를 집필하셨는데, 고인은 <토지>의 저작자이지만 저작권은 유족에게 상속이 되었으니 저작권자는 아니다. 한편, 생존한 작가가 자신의 소설을 뮤지컬로 제작하여 공연할 권리를 뮤지컬 제작사에 양도하였다면 그 작가는 '2차적저작물작성권' 중 뮤지컬 제작권에 한해서는 저작권자가 아닌 것이다.

01 논의의
전제

02 저작물

03 저작권
보호의
경계04 저작자
와
저작권
귀속05 저작
인격권06 저작
재산권
및
기타
권리07 저작권
계약08 저작권
제한09 저작
인접권10 등록과
위탁
관리업11 저작권
침해12 저작권
침해에
대한
구제13 퍼블리
시티권

저작물

1. 저작물
2. 연극 포스터의 서예 제목
3. 2차적저작물
4. 공동저작물과 결합저작물
5. 연극저작물
6. 업무상저작물
7. 연극 공연의 복제와 영상저작물
8. 뉴스의 저작물성

1. 저작물

Q 저작물이란 무엇인가?

저작물이란 ‘인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물’을 말한다(저작권법 제2조 제1호).

‘인간의 사상 또는 감정’은 수준 높은 사상·감정만을 의미하는 것이 아니라 인간의 정신작용 일체를 포괄하는 개념이다. 그래서 초등학생의 그림일기도 저작물이 될 수 있다고 한다. ‘인간의 사상 또는 감정’이 표현된 경우만 저작물이므로 예를 들어, 태국 관광지에서 볼 수 있는 ‘코끼리가 코로 물감을 뿜어서 그린 그림’은 저작물이 될 수 없다. 그러나 어떤 작가가 지렁이를 작품 창작의 수단으로 삼아 물감을 문힌 지렁이가 화폭을 기어 간 흔적으로 작품을 창작해 왔다면, 그 그림은 저작물성을 갖추었다고 할 것이다. 작품 창작의 주체는 인간이고 지렁이는 창작의 재료로 이용되었기 때문이다.

* ‘창작성’ 또한 고도의 창작성을 의미하는 것은 아니다. 대법원도 저작물의 성립 요건인 ‘창작성’이라는 것이, 높은 수준의 창작성은 아니라고 반복적으로 판시한다. “창작성이란 완전한 의미의 독창성을 의미하는 것은 아니며, 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있음을 의미할 뿐이기 때문에, 이러한 요건을 충족하기 위해서는 단지 저작물에 저작자 나름대로 ‘정신적 노력의 소산으로서의 특성’이 부여되어 있고, 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있을 정도이면 충분하다(대법원 1995. 11. 14. 선고 94도2238 판결).”

영미법계 국가에서는 저작물의 성립요건으로 ‘고정성’(fixation)을 요구하나, 우리 저작권법의 해석으로 고정성이 요건은 아니다.⁵⁾ 따라서 우리 법의 해석으로는 모래사장에 그려 파도에 밀려 무너진 그림도, 즉흥적으로 흥얼거린 멜로디도 이론상으로 저작물이 될 수는 있다. 단지 실제로 그 저작물의 존재를 입증하기가 쉽지 않고 그래서 권리로서 보호받기 어려울 뿐이다.

그러나, 우리 저작권법으로도 ‘영상저작물’은 ‘고정성’이 요건이라고 해석한다. ‘영상저작물’은 “연속적인 영상(음의 수반여부는 가리지 아니한다)이 수록된 창작물로서 그 영상을 기계 또는 전자장치에 의하여 재생해 볼 수 있거나, 보고 들을 수 있는 것”을 말하는데(저작권법 제2조 제13호), 영상의 ‘수록’은 영상의 ‘고정’으로 해석되기 때문이다.

5) 미국 저작권법 § 102 (a) ... fixed in any tangible medium of expression; 영국 Copyright, Designs and Patents Act § 3 (2) ... recorded, in writing or otherwise;...

2. 연극 포스터의 서예 제목

Q 공연물 포스터 디자이너이다. 근대사의 영웅을 소재로 한 뮤지컬의 포스터 디자인 제작을 맡아서 제목을 어떻게 부각할지 고민 중이다. 붓글씨의 힘찬 획을 이용하여 제목을 만들고 싶은데 예산 부담으로 서예가에게 의뢰하기는 어려운 입장이다. 기존의 화첩에서 글씨를 따내어 제목으로 집자(集字)한다면 저작권법 위반은 아닌가?

* 대법원은 ‘서체도안’은 저작물이 아니라고 판단하였다. 산돌체 모음, 안상수체 모음, 윤체 B, 공한체, 한체 모음 등 서체도안은 실용적인 기능을 주된 목적으로 할 뿐이므로 예술적 창작물이 아니라는 취지이다(대법원 1996. 8. 23. 선고 94누5632 판결). 대법원이 저작물성을 부인한 서체도안(typographical design)은 ‘활자체’, ‘typeface’로서의 한 벌의 글자꼴을 의미하므로 이러한 한 벌의 글자꼴 중 필요한 글자를 모아 제호로 이용한다 하더라도 저작권 침해는 아닌 것이다.

그러나 제3자의 서예 작품을 임의로 이용한다면 이야기가 달라진다.

* 대법원이 서체 도안의 저작물성을 부인한 판결의 의미가 서예 작품의 저작물성을 부인한 것으로 오해되어서는 곤란하다. 대법원도 서예 작품은 ‘서예가의 사상 또는 감정 등을 창작적으로 표현한 지적·문화적 정신활동의 소산으로서 하나의 독립적인 예술적 특성과 가치를 가지는 창작물’이므로 미술저작물을 창작한 서예가에게 저작권과 저작인격권이 있다고 하였다(1998. 1. 26. 선고 97다49565 판결).

영화 <축제>를 제작한 영화사에서는 영화 포스터 디자인을 외부 업체에 맡겼다. 그런데, 개봉 무렵 OO대학교 서예과 OOO교수가 자신의 글씨가 도용당했다면서 저작권침해금지 소송을 제기하였다. 포스터 디자이너가 서예전에 출품한 <춘향가> 도록(圖錄)에서 ‘축’자와 ‘제’자를 따내어 이를 모아(집자(集字)하여) 표지 디자인에 이용했던 것이다.

* 서울지방법원 1997. 2. 21. 선고 96가합42432 판결

서울지방법원은 서예과 OOO 교수의 저작권 침해를 인정하여 글씨 한 자에 1천만원 씩 계산하여 손해배상금을 2천만원으로 판결했다. 그 외에 “명예회복을 위하여 적당한 조치”로서 조선·중앙·동아 3대 일간지에 해명서를 게재하라고 판결하였다.

* 서울고등법원 1997. 9. 24. 선고 97나15236 판결; 대법원 1998. 1. 26. 선고 97다49565 상고기각 판결)

항소심인 서울고등법원은 손해배상금을 반으로 줄이고, 영화사가 서예가의 저작물을

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

임의로 사용하면서 그의 성명을 표시하지 않았다 하더라도 그 자체로 서예가의 명예가 훼손된다고 보기는 어렵다는 항소이유를 인정하여 해명서 게재 청구는 기각하였다. 대법원도 항소법원의 입장과 같은 결론을 내렸다.

‘명예회복을 위하여 적당한 조치’란 저작권법 제127조의 조치를 의미한다. 저작권법 제127조는 ‘저작자 또는 실연자는 고의 또는 과실로 저작권격권 또는 실연자의 인격권을 침해한 자에 대하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복을 위하여 필요한 조치를 청구할 수 있다’고 규정한다. 즉, 저작자는 저작권격권을 침해당한 경우 명예 회복을 위하여 적당한 조치를 구할 수 있다는 것인데, <축제>사건에서는 임권택 감독의 영화 포스터에 서예가의 서체가 임의로 사용되었다 하더라도 그 서예가의 명예가 훼손된 것은 아니라는 판단이었다. 명예회복은 명예 훼손을 전제로 하는데, 명예가 훼손되지 않았으니 명예를 회복할 조치가 필요하지 않은 것이다.

이 사건으로 서예작품의 저작물성에 대한 논란은 없어졌다. 따라서 뮤지컬 포스터에 붓글씨로 제목을 돋보이게 하고 싶다면 직접 붓글씨를 쓰거나 서예가의 동의를 얻고 사용해야 할 것이다. 기존의 화첩에서 글씨를 모아 제목을 만든다면 서예가의 저작권 침해 책임을 면하기 어렵다.

3. 2차적저작물

Q¹ 2차적저작물이란 무엇인가?

제5조[2차적저작물]

- ① 원저작물을 번역·편곡·변형·각색·영상제작 그 밖의 방법으로 작성한 창작물(이하 “2차적저작물”이라 한다)은 독자적 저작물로 보호된다.
- ② 2차적저작물의 보호는 그 원저작물의 저작자의 권리에 영향을 미치지 않는다.

원저작물을 가공하여 새로운 창작성을 더하면 2차적저작물이 된다. 생텍쥐페리의 <Le Petit Prince>를 번역한 <어린 왕자>는 번역물로서 2차적저작물이다. 어린이 뮤지컬 <어린 왕자>를 제작하는 과정에서 각색자가 국내 번역본에 의존하지 않고 <Le Petit Prince>를 소재로 각색을 하였다면 각색물은 <Le Petit Prince>의 2차적저작물이다. 만일 번역본 <어린 왕자>를 각색하여 어린이 뮤지컬 대본을 만들었다면 그 뮤지컬 대본은 원작 <Le Petit Prince>에 대하여도, 번역소설 <어린 왕자>에 대하여도 2차적저작물이 된다(이때 각색 대본을 <Le Petit Prince>에 대한 3차적저작물이라고 하지는 않는다).

원저작물을 약간 변형한 정도이면 원저작물의 ‘복제물’에 불과하고, 원저작물에 새로운 창작성을 더하였으나 원저작물과의 사이에 ‘종속적 관계’, 혹은 ‘실질적으로 유사한 관계’가 남아 있으면 ‘2차적저작물’이 된다. 변형 과정에서 원저작물의 흔적을 지웠다고 할 만한 정도의 창작성이 발현되었다면 원저작물과 단절된 새로운 저작물이 태어난다.

* 대법원 2002. 1. 15 선고 99도863 판결

대법원은, “2차적저작물로 보호받기 위해서는 원저작물을 기초로 하되 원저작물과 실질적 유사성을 유지하고 이것에 사회통념상 새로운 저작물이 될 수 있을 정도의 수정·증감을 가하여 새로운 창작성을 부가해야 한다”고 했다.

* 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010도9498 판결

대법원은, 영화 <라파에트> 대사를 한글로 번역하고 그 내용을 한글 자막으로 화면에 입혀서 <라파에트> DVD를 제작한 사안에서, 영화 <라파에트>와 영화에 자막을 입힌 DVD <라파에트>의 관계를 원저작물과 2차적저작물의 관계로 해석하였다.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

즉, 한글로 번역한 자막을 영화에 입힌다면 새로운 창작성을 부가하는 것이므로 DVD 영상물은 영화에 대한 2차적저작물인데 이를 DVD방 영업자가 임의로 DVD 방에서 틀었다면 '2차적저작물인 <라파엘트> DVD의 공연권을 침해하였다'고 판단한 것이다.⁶⁾

Q² 번역물은 항상 2차적저작물인가?

저작권법 제5조는 '번역'을 2차적저작권이 발생할 수 있는 변형의 한 형태로 규정하고 있다. 그렇다면 번역은 항상 2차적저작물이라고 할 수 있을지가 의문이다.

번역물이 항상 2차적저작물이 되는 것은 아니다. 2차적저작물도 저작물이고, 저작물이 성립하기 위해서는 '사상·감정'과 '창작성'의 요건이 필요하다. 저작물이 성립하기 위해서는 높은 수준은 아니라 하더라도 창작성을 갖추어야 하는 것이다. 가령 3페이지 정도의 노트북 사용 설명서와 같이 누가 번역하더라도 비슷하게 번역될 수밖에 없는 번역물에 대하여, 그 번역물이 2차적저작물이라고 단정할 수는 없다. 반면에 뮤지컬 대본에 쓰인 가사(歌詞)의 번역물은 대단히 창작성이 높은 2차적저작물이 될 수 있다. 가사는 악곡과 함께 이용되어야 하고, 악보와 음절수를 맞추어야 하기 때문에 번역 과정에서 공력이 많이 필요하다고들 한다. 그래서 라이선스 뮤지컬을 번역하는 경우 번역자의 선정에 크게 주의를 기울이고 있고, 결과로 나온 번역물의 수준에 대하여 이리쿵저리쿵하는 이야기가 많다.

대법원은 소설 <당나귀 귀>사건에서 번역저작물의 창작성에 대하여 판시하였다. 원저작물의 창작성에서 비롯된 표현은 번역가의 창작적 표현이 아니므로 제3자가 그 부분을 이용하였다 하더라도 원저작자의 권리를 침해했을 수는 있으나 번역저작물에 대한 권리 침해는 아니라는 뜻이다. 번역가가 번역저작물에 대한 저작권 침해를 주장하려면 번역 과정에서 번역자의 창작성이 발현되었어야 한다는 것이다.

*** 대법원 2007. 3. 29. 선고 2005다44138 판결**

“번역저작물의 창작성은 원저작물을 언어체계가 다른 나라의 언어로 표현하기 위한 적절한 어휘와 구문의 선택 및 배열, 문장의 장단 및 서술의 순서, 원저작물에 대한 충실도, 문체, 어조 및 어감의 조절 등 번역자의 창의와 정신적 노력이 깃든 부분에 있는 것이고, 그 번역저작물에 나타난 사건의 전개, 구체적인 줄거리, 등장인물의 성격과 상호관계, 배경 설정 등은 경우에 따라 원저작물의 창작적 표현에 해당할 수 있음은 별론

6) 이 사건은 DVD 영상물에 대한 신탁관리업자인 한국영상산업협회가 비디오방 업자를 형사 고소한 사건으로 피고인은 영화와 DVD의 관계가 원저작물과 2차적저작물의 관계가 아니므로 고소권이 없다는 취지로 다투었다.

으로 하고 번역 저작물의 창작적 표현이라 할 수 없으므로, 번역저작권의 침해 여부를 가리기 위하여 번역저작물과 대상저작물 사이에 실질적 유사성이 있는가의 여부를 판단함에 있어서는 위와 같은 번역저작물의 창작적인 표현에 해당하는 것만을 가지고 대비하여야 한다.”

Q³ 해외 라이선스 공연의 타당성 검토를 위해 대본 번역을 의뢰, 작업을 진행하였다. 공연권에 대한 협의 단계에서 사전 검토를 위한 번역이었기 때문에 번역자와의 사이에 계약서를 작성하지는 않았다. 공연 제작을 결정하고 공연권에 대한 계약을 협의하던 중, 번역 대본의 권리가 원작 저작권자(licensor)에게 귀속되고 원작자로부터 번역 결과물의 수준에 대한 검수를 받아야 한다는 계약 내용을 알게 되었다. 번역물의 저작권이 번역자에게 귀속하지 않는다는 원작자의 주장을 받아들여야 하는가?

원작이 저작자의 사망 후 70년이 지난 경우에는 원작의 저작권 부담 없이 번역본을 작성할 수 있으나 그렇지 않고 저작권이 유효한 경우라면 번역에 대한 여러 가지 고려가 필요하다.

유명 뮤지컬의 라이선스 계약을 하는 경우에 번역자의 선정부터 저작권자의 승인을 얻도록 요구하는 경우가 적지 않다. 원작 대본의 특성에 따라 그 나라의 특정 지역 사투리를 이해할 수 있는 번역자, 코미디 대사에 능한 번역자를 붙이라는 등의 조건이 붙기도 한다. 나아가 번역본의 저작재산권을 원저작권자에게 귀속하도록 하여 번역자가 자신의 번역에 대한 저작재산권을 주장할 수 없도록 하는 경우도 심심찮게 발견된다. 번역이 완료된 대본에 대해서 연습 시작 전 원저작자의 승인을 의무화 하고, 번역에 대한 수정 요구가 있을 경우에 이를 받아들여야 하며, 개선이 되지 않을 경우 번역자의 교체를 요구할 수 있다고 규정하는 경우도 있다.

유명 뮤지컬의 공연권 라이선스 계약서에 보이는 이러한 규정은 번역을 또 하나의 창작 작업으로 생각하는 번역자 입장에서는 납득하기 어려운 요구가 될 수 있다. 따라서 라이선스 공연을 제작하는 제작자 입장에서, 원작자가 번역물에 대한 저작권 양도 요구를 굽히지 않는다면, 번역 의뢰 단계에서 번역자를 설득해야 할 것이다. 실제로 이러한 원작 저작권자의 경직된 태도는 대단히 부당하지만 유명 뮤지컬 시장은 권리자 중심의 시장(seller's market)이므로 설득이 쉽지 않은 것이 현실이다. 따라서 제작자는 번역자와 번역 계약서 작성 시 권리 귀속을 명확하게 명기해두어야 추후 번역자와 사이에 논란을 피할 수 있을 것이다. (저작권은 창작과 동시에 발생하므로 번역저작물에 대한 2차적저작권도 번역과 동시에 발생하는 것이다. 번역물에 대한 2차적저작권이 자신에게 속한다는 원작자의 주장은 일단 번역자에게 발생한 2차적저작권이 발생이후 원작자에게 양도되는 것으로 계약하지는 취지이다)

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

한편 미국 저작권법이 어문저작물에 대한 저작권권을 직접 규정하고 있지는 않으나, 실제로는 계약에 의하여 혹은 저작권 이외의 법리로서 크레딧을 엄격하게 보호하고 있으므로 성명표시권이 부인되는 것은 아니다. 따라서 번역자의 성명표시권 보호는 어렵지 않다.

Q⁴ 해외 작가의 희곡을 공연하기 위해 희곡 번역작업을 계획하고 있다. 기존에 다른 번역가에 의해 출판된 번역본이 있지만, 연출 의도와 맞는 번역이 아니라는 연출자의 의견에 따라 새롭게 번역을 하고자 한다. 이 경우 저작권법상 유의해야 하는 점은 무엇인가?

기존 번역본을 사용하지 않고 신규로 번역한 대본으로 공연을 할 경우, 원저작물이 동일하므로 기존 번역대본과 유사한 번역물이 나올 가능성이 높다. 따라서 기존 번역본의 번역자가 저작권 침해를 주장할 여지가 있다.

저작권법이 보호하는 대상은 창작적인 표현이므로 무단복제의 여부를 판단하는 기준은 창작성이 있는 표현을 이용하였는가 하는 점이 된다. 즉, 기존 번역본에서 의역한 부분이나 창작하여 첨가한 부분 등 창작성 있는 표현이 후속 번역본에서 그대로 사용되었는지, 그리고 오역한 부분이 오역 그대로 사용되고 있는지 등을 분석하여 저작권 침해 여부를 판단하게 된다.

실제로 새로운 번역을 한다면 기존의 번역본을 참고용으로라도 읽지 않는 것이 좋다. 기존의 번역으로부터 영향을 받고, 그 흔적이 새로운 번역본에 반영된다면 저작권 침해의 책임을 져야 하는 상황이 올 수도 있다.

Q⁵ 일본 작가의 소설을 이용하여 무용극을 만들려고 한다. 그 소설은 국내 번역본이 존재한다. 무용단이 무용극을 공연하기 위해서는 번역소설가의 동의를 얻어야 하는가? 무용극이므로 번역소설가의 번역물 중 대화부분을 전혀 이용하지 않는데, 그 경우에도 동의가 필요한가? 안무가가 원작으로부터 영감(inspiration)을 얻었을 뿐 자신의 창작품이라고 주장한다면, 일본 작가의 동의를 얻지 않아도 되는가?

번역물은 원작에 대한 2차적저작물이다. 번역물을 이용하려는 자는 원작자와 번역자로부터 각각 동의를 받아야 한다(저작권법 제5조 제2항). 안무가가 번역소설을 기초로 무용극을 창작한다면 그 대사의 이용 여부에 관계없이 번역소설가의 동의를 얻어야 하고, 원작자의 동의도 얻어야 한다. 원저작물에 대한 최종 변형물의 이용자는 원저작물의 변형 과정을 추적하여 원저작자 및 2차적저작물 작성자 전원의 동의를 받아야 하는데, 이 과정을 표현하는 용어가

“chain of title”이다. 이용자는 권원(title)의 연결고리(chain)를 모두 찾아 권리처리를 해야 한다는 뜻이다.

만일 안무가가 번역소설을 참고로 하지 않고 원작 소설에 기초하여 무용극을 안무했다면 원작 소설가의 동의를 얻는 것으로 족하다. 안무가가 원작에 의존했다고 주장했으나 무용극에서 원작 소설에서는 보이지 않은 번역자의 창작적 요소가 이용되었다면, 번역소설을 이용하지 않고 원작에만 의존하였다는 항변에도 불구하고, 번역소설에 대한 저작권 침해의 혐의에서 벗어나기 어렵다.

무용극과 원작 소설이 출연진과 이야기 구조 등에서 전혀 별개의 전개를 하고 있어서 객관적으로 독립한 창작물로 인정된다면 저작권 침해는 성립하지 않는다. 무용극이 원작 소설로부터(혹은 번역소설로부터) 작품의 영감(concept, inspiration, motive)을 얻었을 뿐 구체적인 이야기 구조를 전혀 가져 오지 않았다면 저작권 침해의 비난으로부터 벗어날 수 있다. 연극은 필연적으로 대사를 이용하므로 원작으로부터 모티브를 얻었을 뿐이라는 항변이 인정되기 힘들지만 무용의 경우에는 텍스트에 대한 의존도가 연극보다 많이 약하므로 그러한 항변이 성립할 여지가 있다고 본다.

4. 공동저작물과 결합저작물

Q¹ 공동저작물과 결합저작물은 어떻게 구별되는가?

다수의 창작자가 함께 작업해 만든 저작물로는, 공동저작물과 결합저작물이 있다. 저작권법은 공동저작물의 정의규정을 두고 있고 권리 행사의 방법을 마련하고 있으나 결합저작물에 대해서는 그러하지 않다. 결합저작물은 단독저작물이 느슨하게 결합된 형태로 각 기여부분은 독립한 저작물에 불과하기 때문이다. 공동저작물과 결합저작물의 구별 기준은 ‘개별적 이용가능성’이다. 이른바 집체 창작 방식에 의한 소설처럼 대상 저작물이 물리적으로 분리가 불가능한 경우는 물론, 만화의 그림과 글처럼 물리적으로 분리가 가능하더라도 개별적으로 이용이 불가능한 경우에는 공동저작물에 속하게 되는 것이다.

저작권법 제2조 제21호 ‘공동저작물’은 ‘2인 이상이 공동으로 창작한 저작물로서 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 것’을 말한다.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

제15조【공동저작물의 저작권격권】

- ① 공동저작물의 저작권격권은 저작자 전원의 합의에 의하지 아니하고는 이를 행사할 수 없다. 이 경우 각 저작자는 신의에 반하여 합의의 성립을 방해할 수 없다.
- ② 공동저작물의 저작자는 그들 중에서 저작권격을 대표하여 행사할 수 있는 자를 정할 수 있다.
- ③ 제2항의 규정에 따라 권리를 대표하여 행사하는 자의 대표권에 가하여진 제한이 있을 때에 그 제한은 선의의 제3자에게 대항할 수 없다.

제48조【공동저작물의 저작재산권의 행사】

- ① 공동저작물의 저작재산권은 그 저작재산권자 전원의 합의에 의하지 아니하고는 이를 행사할 수 없으며, 다른 저작재산권자의 동의가 없으면 그 지분을 양도하거나 질권의 목적으로 할 수 없다. 이 경우 각 저작재산권자는 신의에 반하여 합의의 성립을 방해하거나 동의를 거부할 수 없다.
- ② 공동저작물의 이용에 따른 이익은 공동저작자 간에 특약이 없는 때에는 그 저작물의 창작에 이바지한 정도에 따라 각자에게 배분된다. 이 경우 각자의 이바지한 정도가 명확하지 아니한 때에는 균등한 것으로 추정한다.
- ③ 공동저작물의 저작재산권자는 그 공동저작물에 대한 자신의 지분을 포기할 수 있으며, 포기하거나 상속인 없이 사망한 경우에 그 지분은 다른 저작재산권자에게 그 지분의 비율에 따라 배분된다.
- ④ 제15조 제2항 및 제3항의 규정은 공동저작물의 저작재산권의 행사에 관하여 준용한다.

제129조【공동저작물의 권리침해】 공동저작물의 각 저작자 또는 각 저작재산권자는 다른 저작자 또는 다른 저작재산권자의 동의 없이 제123조의 규정에 따른 청구를 할 수 있으며 그 저작재산권의 침해에 관하여 자신의 지분에 관한 제125조의 규정에 따른 손해배상의 청구를 할 수 있다.

* 서울중앙지방법원 2013. 5. 31. 선고 2011가합103064 판결(뽀로로)

법원은 EBS를 통해 방송된 <뽀롱뽀롱뽀로로>의 캐릭터 ‘뽀로로’를 공동저작물이라고 판단하였다. 캐릭터의 창작적 표현에, 제작사인 (주)오콘과 공동 사업자인 아이코닉스 엔터테인먼트 양측이 모두 기여했으므로 두 회사가 캐릭터에 대한 공동저작권자라고 보는 것이 타당하다는 것이다. 즉, 아이코닉스가 캐릭터 디자인에 대한 외형, 얼굴, 소품 등에 대한 가이드라인을 제시하거나 오콘이 작성한 캐릭터에 대해 눈동자 위치, 발

모양 등 수정작업을 제시했고, 캐릭터의 이름을 짓거나 목소리 더빙 등 작업에 아이코닉스가 관여하였으므로 아이코닉스 역시 저작권격권자라고 판단하였다.⁷⁾

Q² 만화를 원작으로 하여 연극 각색을 하려고 한다. 만화를 그린 화백(畫伯)은 자신과 원작 이용 계약을 하는 것으로 족하고 스토리 작가와는 계약할 필요가 없다고 우긴다. 스토리 작가에게는 권리가 없는가?

전통적으로 만화 시장에서는 화백(畫伯)이 스토리 작가에게 일정 금액을 지급하고 스토리 작가의 글을 넘겨받으면 저작권이 양도된 것으로 취급하는 경향이 있었다. 만화 시장에서 우월적 지위를 누리던 화백은 스토리 작가와의 거래가 매절(買切) 즉, 저작권 양도라고 주장해왔던 것이다. 인터넷이 대중화되기 이전에는 만화 출판 시장이 크지 않았으므로 이러한 관행에 대하여 스토리 작가가 크게 문제 삼지 않았으나 웹툰 등 인터넷 시장이 급팽창하면서 상황이 달라졌다. 종전에 지급받은 일정 금액을 저작권 양도 대금으로 볼 수는 없으므로 스토리 작가는 여전히 완성품인 만화에 대하여 저작권을 행사할 수 있어야 한다고 주장한 것이다.

만화는 스토리 작가와 화백의 작업 형태에 따라 만화 스토리를 원저작물, 그에 그림이 합쳐져 완성된 ‘만화’를 2차적저작물로 파악할 수 있는 경우도 있고, 작업 결과물인 만화가 공동저작물이라고 해석되는 경우도 있을 것이다.

즉, 만화 스토리 작가가 만화가와 사이에 기획의도·전개방향 등에 대한 구체적 협의 없이 단순히 만화의 줄거리로 사용하기 위해 독자적인 시나리오 내지 소설 형식으로 만화 스토리를 작성하고, 이를 제공받은 만화가가 만화 스토리의 구체적인 표현 형식을 글(언어)에서 그림으로 변경하면서 만화적 표현 방식에 맞게 수정·보완하고 그 만화 스토리의 기본적 전개에 근본적인 변경이 없는 경우에는, 만화 스토리를 원저작물, 만화를 2차적저작물로 볼 여지가 있다.

한편, 만화 스토리 작가가 스토리를 창작하여 시나리오 또는 콘터 형식으로 만화가에게 제공하고 만화는 이에 기초하여 다양한 모양과 형식으로 장면을 구분해 배치하는 등의 그림 작업을 통해 만화를 완성하였다면, 그 만화는 만화 스토리 작가와 만화가가 이를 만들기 위해 공동 창작의 의사를 가지고 각각 맡은 부분의 창작을 함으로써 주제, 스토리와 그 연출 방법, 그림 등의 유기적인 결합으로 완성된 것이므로 각 기여 부분을 분리해 이용할 수 없는 ‘공동저작물’에 해당한다. ‘공동저작물’에 있어서 ‘공동의 창작행위’는 공동 창작의 의사를 가지고 공동 저작자 모두 창작에 참여하는 것을 의미하지만, 시간과 장소를 같이 해야만 하는 것

7) 법률신문, 2013. 6. 3. 4면.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리 시터권

은 아니고 상이한 시간과 상이한 장소에서도 공동저작자들이 공동 창작의 의사를 가지고 각각 맡은 부분의 창작을 하고 각 기여부분을 분리하여 이용할 수 없는 저작물이 되면 죽하며, 각 기여부분을 분리하여 이용할 수 없는 것은 그 분리가 불가능한 경우뿐만 아니라 분리할 수는 있지만 현실적으로 그 분리 이용이 불가능한 경우도 포함하기 때문이다(서울북부지방법원 2008. 12. 30. 선고 2007가합5940).

Q³ 3 **선배 연출가의 부탁으로 중견 작가의 극본을 수정하였다. 연극 포스터에는 중견 작가를 ‘극본’으로 나를 ‘각색’으로 표기하였다. 실제로 내가 중견 작가의 극본을 대폭 수정하고 새로운 캐릭터를 창작하여 재구성했는데 나는 ‘공동저작자’로 인정될 수 있는가?**

저작권법은 각색물을 ‘2차적저작물’이라고 한다.⁸⁾ ‘각색(adaptation)’이란 기존 저작물을 특정 장르에서 다른 장르로 바꾸는 것을 의미하는데, 같은 장르 내에서 소설을 청소년판으로 다시 쓰는 경우와 같이 이용 상황에 따라 변경하는 경우를 포함한다. 표현 형식만을 바꾸는 번역과는 달리 저작물의 구성을 변경하는 경우도 각색에 해당한다. 각색을 뜻하는 ‘adaptation’은 넓게는 편곡을 포함하기도 하므로, 개작(alteration) 변형(transformation)과 구별 없이 사용하기도 한다.⁹⁾

기존의 극본을 수정하였다면 그 작업을 ‘각색’이라고 하기는 곤란하나, 신진작가를 중견작가와 함께 공동 집필로 크레딧을 표기하기가 애매하여 연출자가 ‘각색’이라고 표기한 것이 아닌가 싶다.

‘저작물의 원본이나 복제물에 저작자로서의 실명이나 이명으로서 널리 알려진 것이 일반적인 방식으로 표시’되거나 ‘저작물을 공연 또는 공중 송신하는 경우에 저작자로서의 실명 또는 저작자의 널리 알려진 이명으로서 표시’되면 저작자로서 ‘추정’이 된다(저작권법 제8조 제1항). 그런데 ‘추정’이 된다는 뜻은 반대 증거에 의하여 뒤집을 수 있다는 의미이다. 즉, 크레딧에는 ‘각색’으로 올라가있다 하더라도 실제로 작업한 내용이 공동저작물로 인정받을 만 하였다는 점을 입증하면 공동저작자로 인정될 수 있는 것이다.¹⁰⁾

2인 이상이 ‘공동 창작의 의사’를 가지고 창작적인 표현 형식 자체에 공동의 기여를 함으로써 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 단일한 저작물을 창작한 경우 이들은 그 저

8) 제5조(2차적저작물) ① 원저작물을 번역·편곡·변형·각색·영상제작 그 밖의 방법으로 작성한 창작물(이하 “2차적저작물”이라 한다)은 독자적인 저작물로 보호된다.
9) 저작권심의조정위원회, 『저작권표준용어집』, 1993년, 66면.
10) ‘추정’과 구별하여야 하는 개념으로 ‘간주’의제 ‘~로 본다’가 있다. 이들은 반대 증거에 의하여 뒤집을 수 없는 확정적 상황을 의미한다.

작물의 공동저작자가 된다. 여기서 공동 창작의 의사는 법적으로 공동저작자가 되려는 의사가 아니라, 공동의 창작행위에 의하여 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 단일한 저작물을 만들어 내려는 의사를 뜻한다.

연극 〈친정엄마〉 제작 과정에서 완성된 대본이 공동저작물인가에 대한 분쟁이 있었다. 〈친정엄마〉 사건은, 연극 제작자가 A작가의 수필을 원저작물로 하여 A작가에게 연극 극본의 작성을 의뢰하였다가 그 극본을 바탕으로 B작가에게 수정을 의뢰한 사건이었다. 포스터에는 ‘극본 A’, ‘각색 B’라고 표기되었고, 연극의 흥행 이후 뮤지컬을 제작하는 과정에서 A작가만이 뮤지컬 제작에 참여하였다. 실제로 A작가, B작가 모두 방송작가였는데 방송업계에서는 A작가의 경력이 월등하였다. B작가는 연극 최종 대본이 ‘공동저작물’이라고 주장하였고 A작가는 방송업계에서의 경력에 비추어 B작가가 보조작가에 불과하므로 공동저작자 관계가 성립할 수 없다고 다투었다. 아래 판결은 B작가가 선배인 A작가를 저작재산권 침해로 형사 고소한 사건에 대한 대법원의 판단이다.

대법원은 구체적인 기여도를 분석하여 다음과 같이 공동저작물의 성립을 인정하였다.

*** 대법원 2014. 12. 11. 선고 2012도16066판결**

“① 피고인이 자신이 작성한 연극 ‘친정엄마’의 초벌 대본이 고소인에 의하여 수정·보완되어 새로운 창작성이 부여되는 것을 용인하였고, 고소인도 피고인과 별개의 연극 대본을 작성할 의도가 아니라 피고인이 작성한 초벌 대본을 기초로 이를 수정·보완하여 보다 완성도 높은 연극대본을 만들기 위하여 최종대본의 작성 작업에 참여한 점, ② 피고인은 초벌대본이 고소인에 의하여 수정·보완되어 연극으로 공연되기까지 극작가의 지위를 유지하면서 대본작업에 관여하였고, 고소인도 이 사건 저작물의 작성 과정에서 피고인으로부터 수정·보완작업의 전체적인 방향에 관하여 일정 부분 통제를 받기는 하였으나 상당한 창작의 자유 또는 재량권을 가지고 수정·보완작업을 하여 연극의 중요한 특징적 요소가 된 새로운 캐릭터·장면 및 대사 등을 상당 부분 창작한 점, ③ 최종 대본은 그 창작적인 표현 형식에 있어서 피고인과 고소인이 창작한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 단일한 저작물이 된 점”을 기초로 공동저작물이 성립했다고 판단한 것이다.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

Q⁴ 뮤지컬이 결합저작물이라는 판결이 있다고 들었다. 어떤 의미인가?

대법원은 뮤지컬 〈사랑은 비를 타고〉사건에서 뮤지컬을 결합저작물이라고 판단하였다. 〈사랑은 비를 타고〉 사건은 초연 공연의 제작자가 초연 공연의 작가 및 음악감독을 제외하여 〈사랑은 비를 타고〉를 공연한 제3의 제작자에 대하여 저작권에 기초한 공연 정지 청구, 손해배상청구를 하면서 빚어진 사건이다. 이 사건에서 실제로는 초연 제작자·연출자와 초연에 참여한 대본 작가·음악감독 사이에 누가 뮤지컬의 저작권자인가 하는 점이 쟁점이었다.

초연 제작자는, 거대 자본이 투입되고, 다수 창작자와 실연자가 참여한다는 점에서 영화의 제작 형태와 뮤지컬의 제작 형태가 유사하므로 저작권법상 영상저작물 특례규정의 취지를 유추하여 영상제작자에게 저작권 양도가 추정되듯이 뮤지컬 제작자에게도 저작권 양도가 추정되어야 한다고 주장하였으나, 법원은 이러한 주장을 받아 들이지 않고 뮤지컬의 저작권법적 성격은 각 창작자의 작업 결과물인 개별 창작물이 모인 결합저작물일 뿐이고, 제작자에게는 저작권이 귀속하지 않는다고 판단하였다.

이러한 법원의 판단에 대해, 실제로 뮤지컬에서 분리 이용이 가능한 부분은 일부 저작물에 불과하고, 전체로서의 뮤지컬에는 분리할 수 없는 부분(integral part)이 다수 존재하며, 그러한 기여분이 상호간에 밀접한 관련 속에 종합예술로서 뮤지컬을 구성하고 있으므로 결합저작물로 볼 수 없다는 반대 견해가 있다.¹¹⁾ 그러나 공연은 영화와 달리 복제에 친하지 않은 장르로서, 후속 공연에서는 작품성을 위하여 혹은 참여자의 사정으로, 참여자 일부를 교체하는 상황이 흔히 일어난다. 뮤지컬의 저작권법적 성격을 공동저작물이라고 한다면 현실적으로 권리처리에 있어서 곤란한 문제에 부딪칠 수도 있을 것이다. 공동저작물의 이용을 위해서는 저작자 전원의 동의를 얻어야 하기 때문이다(저작권법 제15조, 제43조).

어차피 공연물은 최초의 공연 형태를 유지할 수 없고 창작자이든 실연자이든 참여자가 지속적으로 변화하는 장르이다. 사정이 그러함에도 초연 뮤지컬의 재공연을 위하여 초연 창작자들 전원의 동의를 얻어야 한다는 요구는 공연 현실과는 맞지 않고, 그러한 의미에서 결합저작물로 해석해야 할 필요가 있다.

*** 대법원 2005. 10. 4. 자 2004마639결정 (〈사랑은 비를 타고〉사건)¹²⁾**

원심은, 신청인들이 뮤지컬 〈사랑은 비를 타고〉(이하 신청인들이 기획·제작한 뮤지컬을 ‘초연 뮤지컬’이라고 하고, 피신청인들이 기획·제작한 뮤지컬을 ‘이 사건 뮤지컬’이

라 한다)의 저작권자거나 공동 저작권자라는 신청인들의 주장에 대해 판단하기 위한 전제로서, 뮤지컬은 음악과 춤이 극의 구성·전개에 긴밀하게 짜 맞추어진 연극으로서, 각본, 악곡, 가사, 안무, 무대미술 등이 결합된 종합예술 분야에 속하고 복수의 저작자에 의하여 외관상 하나의 저작물이 작성된 경우이기는 하나, 그 창작에 참여한 복수의 저작자들 각자 이바지한 부분이 분리되어 이용될 수 있다는 점에서, 공동저작물이 아닌 단독저작물의 결합에 불과한 이른바 ‘결합저작물’이라고 봄이 상당하고, 한편 뮤지컬 자체는 연극저작물의 일종으로서 영상저작물과는 그 성격을 근본적으로 달리 하기 때문에 영상저작물 제작자에 관한 특례규정이 뮤지컬 제작자에게 적용될 여지도 없으므로 뮤지컬의 제작 전체를 기획하고 책임지는 뮤지컬 제작자라도 그가 뮤지컬의 완성에 창작적으로 기여한 바가 없는 이상 독자적인 저작권자라고 볼 수 없다. 뮤지컬의 연기자, 연출자 등은 해당 뮤지컬에 참여한 실연자로서 그의 실연 자체에 대한 복제권 및 방송권 등 저작권접권을 가질 뿐이라고 판단하였는바, 기록과 앞선 본 법리에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다.

원심은 나아가, 비록 신청인 A, B가 초연 뮤지컬의 제작자, 신청인 C가 연출자로서 초연 뮤지컬의 제작 및 공연에 참여하고, 신청인 B가 외국 영화로부터 초연 뮤지컬의 기본 설정을 착안해 내어 이를 대본작가나 작곡자에게 제공하였으며, 신청인 C가 일부 대본의 수정이나 가사 작성에 관여함과 아울러 초연 뮤지컬의 제작 과정 및 공연에 이르기까지 전체적인 조율과 지휘·감독을 한 바 있기는 하지만, 초연 뮤지컬의 대본을 실제로 완성한 작가 D나 그 대본에 따라 곡을 붙인 작곡가 E는 신청인들의 피용자가 아니라 독자적인 활동을 하면서 각자 그 스스로의 재량에 따라 예술적인 감각과 기술을 토대로 대본 작성 및 작곡에 대한 대가로 월급 형태의 급여가 아닌 완성된 작업의 대가를 지급받았으며, D나 E가 초연 뮤지컬의 대본과 악곡에 관한 저작권을 신청인들에게 양도하였다고 볼 만한 아무런 자료가 없고, 또 연출자를 변경한 이 사건 뮤지컬이 배우들의 연기나 안무, 조명, 무대장치 등 연출자에 의해 달라질 수 있는 부분까지 초연 뮤지컬과 동일하다는 점에 대한 소명도 없으므로, 초연 뮤지컬의 제작자로서 그 완성에 창작적으로 기여한 바 없는 신청인 A, B나 초연 뮤지컬의 연출자로서 이를 실연한데 불과한 신청인 C는 초연 뮤지컬에 대한 저작권이나 저작권접권을 주장하여 피신청인들의 공연의 금지를 구할 수 없다고 판단하였다. 원심의 사실인정과 판단은 모두 정당하다.

11) 최경수, 같은 책, 178면.
12) 제작자는 미국 영화 〈사랑의 행로(My Fabulous Baker Boys)〉에서 아이디어를 얻어 뮤지컬을 제작하였다고 하였다.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

5. 연극저작물

Q¹ '연극저작물'이란 무엇인가?

저작권법 제4조【저작물의 예시 등】 제1항 제3호는 저작물의 예시로서 '연극 및 무용·무언극 그 밖의 연극저작물'을 규정하고 있다.

연극의 근본은 어문저작물에, 무대장치는 미술저작물에, 배경음악은 음악저작물에 해당하고, 배우의 실연 외에 연출자의 연출까지 실연이라고 한다면¹³⁾ 이들 요소와 별개의 연극저작물이 과연 존재하는가가 의문이다.¹⁴⁾ 일본 저작권법이 '저작물의 예시'로서 '무용 또는 무언극 저작물'만을 규정하는 점(제10조 제1항 제3호), 독일 저작권법이 '보호 대상'으로 '무용저작물'을 포함한 무언극저작물'만을 규정한 점은 이러한 고민을 반영한 태도로도 보인다.

한편, 영국 지적재산권법(CDPA)은 '저작물의 예시'에서 "연극저작물은 무용 또는 무언극저작물을 포함한다"고 규정하고(제3조 제1항), 미국 저작권법 제102조 '저작권 보호대상'(subject matter: 우리 저작권법 제4조 '저작물의 예시 등'에 해당)은 '연극저작물, 이에 연극에 수반되는 음악이 포함된다'(a)(3)), '무언극 또는 무용저작물'(a)(4)이라고 규정하여 무언극 또는 무용저작물과 별개로 연극저작물을 규정하고 있다.

저작권법 제2조 제4호가 '연출가'를 실연자에 포함하고 있어 해석상 어려움이 있으나, 현대 연극에서 연출자가 공연의 중심에 있고, 그가 저작자라는 사실을 부인하는 것은 적절하지 않다. 그렇다면 (무용저작물, 무언극저작물과 구별되는) 연극저작물은 연출가가 무대 위에 구현한 출연 배우의 동선(blocking) 중심의 연출이라고 해석하여야 할 것이다.

Q² 뮤지컬이 '결합저작물'이라면 연극저작물은 모두 결합저작물인가?

저작권법 제4조의 '연극저작물'은 연출가가 무대 위에 구현한 출연 배우의 동선(blocking) 중심의 연출 방식을 의미하므로 연출과 무대미술, 음악, 실연 등이 결합된 '공연물'과는 구별해야 할 것이다.

13) 저작권법은 "실연자"를 "저작물을 연기·무용·연주·가창·구연·낭독 그 밖의 예능적 방법으로 표현하거나 저작물의 아닌 것을 이와 유사한 방법으로 표현하는 실연을 하는 자를 말하며, 실연을 지휘·연출·감독하는 자를 포함 한다"고 규정한다(제2조 제4호).

14) 이해안, 『제2판 저작권법』, (박영사, 2012), 55-60면.

뮤지컬의 법적 성격이 결합저작물이라는 의미는 공연물로서의 뮤지컬이 연출, 무대미술, 조명, 음악, 대본, 안무 등 개별저작물의 결합이라는 뜻이고, 뮤지컬보다 안무 혹은 음악적 요소가 약하다고는 하더라도 정극(正劇, traditional drama) 공연물의 성격을 달리 볼 이유는 없을 것이다. 즉, 뮤지컬 공연물이든 연극 공연물이든 연출가의 연출, 무대미술, 의상디자인, 조명디자인, 음악, 안무 등의 개별 저작물이 결합된 결합저작물이라고 해석된다. 어쨌든 '연극저작물'과 '공연물'은 다른 개념으로 이해하여야 할 것이다.

Q³ 무대장치, 무대의상은 후속 공연에서 다시 이용할 수 있는가?

제작자는 무대미술가·무대의상 디자이너의 무대장치와 무대의상을 재공연에서, 혹은 사정을 달리하는 별개 공연에서 이용할 수 있을까, 그러한 재이용이 저작권 침해인지 의문이다.

무대미술, 무대의상의 저작권은 기본적으로 무대디자이너와 의상디자이너에게 속한다. 반면에, 실제로 제작된 무대장치와 의상의 소유권은 제작비와 인건비를 부담한 제작자에게 속하는 것이 원칙이다. 무대장치는 보관에 어려움이 있어 보통 공연이 종료하면 해체하지만, 재공연을 위하여 보관하는 경우도 있다. 반면에 의상은 보관에 큰 어려움이 없으므로 제작자가 보관하는 것이 관행이다. 이 경우 제작자가 보관하는 무대장치와 의상을 재공연에 이용하거나, 별개의 공연에서 다른 용도로 이용할 수 있을까?

자신이 창작한 무대디자이너 재공연에서 별도의 대가 없이 이용되거나, 공연 극장이 달라지면서 무대미술의 원형이 손상되었다는 불만이 있다. 무대의상디자이너 중에도 계속 이용에 대하여 권리 주장을 하는 경우가 있다.

제작자가 무대미술이나 의상을 계속 이용할 수 있는가 하는 점은 저작권 계약의 해석 문제이다. 계약상 이용의 범위가 명확하지 않기 때문에 분쟁이 발생하는데, 당시의 관행이나 창작자에게 지급된 보수의 크기가 우선 판단 요소가 될 것이다. '의심스러운 때는 저작권자의 이익으로'라는 해석 원칙도 작용한다. 제작자에게 저작권을 양도 하였거나, 혹은 장기간의 독점적 이용권을 주었다고 해석될 수 있는 사정이 아니라면 무대미술가나 의상디자이너에게 유리한 판단이 나올 가능성이 커진다. 분쟁을 방지하기 위해서는 계약에서 저작물의 이용범위를 명확히 할 필요가 있다.

계약에서 무대장치의 이용 범위를 규정하지 않았고 달리 해석의 근거가 없다면 어떻게 될 것인가?

01 논의의 전제

02 저작물

03 저작권 보호의 경계

04 저작자와 저작권 귀속

05 저작 인격권

06 저작 재산권 및 기타 권리

07 저작권 계약

08 저작권 제한

09 저작 인접권

10 등록과 위탁 관리업

11 저작권 침해

12 저작권 침해에 대한 구제

13 퍼블리시티권

그 무대장치기의 이용형태를 ‘전시’로 파악하고 공연 제작자가 임의로 이용 가능하다고 해석하는 견해가 있다. 저작권자의 ‘전시권’은 ‘소유자에 따른 원본의 전시’에는 미치지 않기 때문이다(저작권법 제35조 제1항)¹⁵⁾ 무대장치기의 이용이 ‘전시’로 해석된다면 무대장치기의 별도 이용은 ‘소유자인 제작자에 따른 원본의 전시’가 될 것이므로 무대미술가는 저작권에 기초하여 재이용을 금지 할 수 없다고 해석이 된다.¹⁶⁾ 대법원은 “미술저작물·건축저작물 또는 사진저작물의 원작품이나 그 복제물 등의 유형물을 일반인이 자유롭게 관람할 수 있도록 게시하는 것”을 ‘전시’라고 하였다(2013. 3. 11. 선고 2009다 4343 판결).

그러나 무대장치에 대한 이러한 해석이 저작권법 제35조 제1항의 입법 취지에 부합하는 지도 의문이지만 공연 현실과는 거리가 멀다는 점을 지적한다. 현실적으로 무대디자이너는 무대장치 업체와 공동으로 작업을 하고 있다. 무대디자이너를 배제하고 무대장치 업체가 단독으로 무대를 설치하는 경우도, 종전의 무대를 별도 작업 없이 그대로 사용하는 경우도 예상하기 힘들다. 종전의 무대를 그대로 사용하던 변형을 하든 설치과정에서 ‘보수비’를 지급하는 관행이 굳어져 있는데 ‘보수비’는 저작권 사용료와 무대설치 작업비를 포괄한 개념으로 보아야 할 것이다. 무대의상의 경우에도 재공연에는 일부 새로운 의상이 필요하고 기존 의상을 수선하여야 하므로 ‘보수비’를 대가로 하는 작업이 이루어지고 이 또한 의상디자이너 저작권 사용료를 포함하는 개념으로 이해된다. 그러함에도 불구하고 제작자가 무대미술가·의상디자이너를 배제하고 무대장치나 의상을 이용한다면 그러한 이용에 대하여는 묵시적 계약 위반 혹은 저작재산권 혹은 동일성유지권에 의한 통제가 가능하여야 할 것이다.

2007년 연말 대중 가수들 사이에서 무대의 사용을 둘러싸고 분쟁이 있었다.¹⁷⁾ A가수 측이 먼저 서울 올림픽공원 펜싱경기장 무대를 대관하였고, 그 기간 중에 가수 B가 A측으로부터 무대를 전대차(轉貸借)하여 콘서트를 하는 과정에서 빚어진 사건이다. A는 무대 바닥 사용만 허락했는데, B가 무대디자이너 및 아이디어를 모두 사용하였다고 주장했고, B는 처음부터 무대 전체 사용의 사전 동의를 받았다고 항변하였다. 쌍방 간에 감정이 격해지면서 명예훼손, 무고, 허위사실 유포에 의한 업무방해로 형사고소가 제기되었으나 각 무혐의 종결되었다. 가수 A는 무대미술의 저작권 침해를 이유로 가수 B의 공연 동영상 제작 및 판매 금지와 위자료 청구를 하였는데, 법원은 정황으로 보아 묵시적인 사용 허락이 있었던 것으로 보인다고 청구를 기각하였다. 다만 명예훼손에 대한 쌍방의 주장을 인정하여 서로 손해배상을 하라고 판결하였다.¹⁸⁾

15) 제35조 (미술저작물등의 전시 또는 복제)
 ① 미술저작물등의 원본의 소유자나 그의 동의를 얻은 자는 그 저작물을 원본에 의하여 전시할 수 있다.
 다만, 가로·공원·건축물의 외벽 그 밖에 공중에게 개방된 장소에 향시 전시하는 경우에는 그러하지 아니하다.
 16) 福井健策 編, 『라이브·엔터테인먼트의 著作権』, CRIC(2005), 158-159면.
 17) 서울중앙지방법원 2009. 2. 6. 선고 2008가합1908(본소), 30029(반소) 판결.
 18) 서울경제, 2009. 2. 6. 자

6. 업무상저작물

Q¹ 업무상저작물이 무엇인가?

우리 저작권법은 ‘창작자주의’에 기반하고 있다. ‘창작자주의’란 저작물을 실제로 창작한 자연인이 저작자라는 인식을 말한다. 창작의 수행 과정에서 제3자가 비용을 부담하고 아이디어를 제공하였다고 하더라도 저작권은 실제로 창작 업무를 수행한 창작자에게 있는 것이다. 무용 공연을 위하여 음악의 창작을 위탁하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 음악의 저작권은 작곡자에게 귀속한다고 해석한다. 그래서 전통무용 공연을 위하여 새로운 작곡을 의뢰한 경우, 종래에는 그 음악의 저작권이 당연히 작곡료를 지급한 안무가(혹은 제작자)에게 있는 것으로 인식하였으나, 최근 저작권 의식이 각성되면서 재공연 시 작곡가가 새로이 저작권 이용료를 주장하고 있는 것이다.

우리 저작권법상 창작자 주의에 대한 유일한 예외가 ‘업무상저작물’이다. ‘업무상저작물’이란 창작 업무에 종사하는 자가 업무의 범주에서 작성한 저작물을 말하고, 업무상저작물의 저작권은 종업원인 자연인이 창작했음에도 불구하고 처음부터 사용자(employer)에게 귀속하는 점이 특징이다.

제2조【정의】제31호

‘업무상저작물’은 법인·단체 그 밖의 사용자(이하 “법인 등”이라한다)의 기획 하에 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 작성하는 저작물을 말한다.

제9조【업무상저작물의 저작자】

법인 등의 명의로 공표되는 업무상저작물의 저작자는 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없는 때에는 그 법인 등이 된다. 다만, 컴퓨터프로그램 저작물(이하 “프로그램”이라 한다)의 경우 공표될 것을 요하지 아니한다.

저작권법 제2조 제31호 ‘업무상저작물’의 정의 규정은, 사용자 기획 하의 저작물만이 업무상 저작물이 된다고 규정한다. 그런데, ‘사용자의 기획’은 묵시적인 기획을 포함하는 개념이다. 그렇다고 ‘묵시적인 기획’이 넓게 확대될 수 있는 개념이라고는 할 수 없다. 업무상저작물은 창작자 주의의 유일한 예외인 만큼 엄격히 해석되어야 하기 때문이다. 그런 의미에서 대법원은 ‘묵시적 기획’을 기획 의도가 명시적으로 드러난 경우와 동일시 할 수 있을 정도로 그 의사

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

를 중단할 만한 사정이 있는 경우로 한정하였다(대법원 2010. 1. 14. 선고 2007다61168 판결).

Q² 뮤지컬 <지저스 크라이스트 슈퍼스타>는 업무상저작물이라고 들었다. 대법원이 뮤지컬의 법적 성격을 결합저작물이라 판결한 것으로 알고 있는데, 뮤지컬 <지저스 크라이스트 슈퍼스타>가 업무상저작물이 된다고 할 수 있는가?

2005년 대법원이 뮤지컬 <사랑은 비를 타고>사건에서 뮤지컬은 ‘결합저작물’이라고 판단하였다. 그보다 앞서 2002년 서울고등법원은 뮤지컬 <지저스 크라이스트 슈퍼스타>의 성격을 업무상저작물로 파악하였다.

뮤지컬 <지저스 크라이스트 슈퍼스타>와 관련해서는 두 가지 점을 고려해야 한다. 첫째, 이 사건을 담당한 서울고등법원도 일반론으로서 뮤지컬의 저작권법 성격을 결합저작물이라고 전제하였다. 다만 뮤지컬 <지저스 크라이스트 슈퍼스타>의 제작 과정을 보건대 이 경우에는 특별히 업무상저작물로 인정할 요소가 발견되더라는 것이다. 둘째, 이 사건은 창작자와 제작자 간의 저작권 귀속에 관한 다툼이 아니었다. 케이블 방송사가 극단 ‘현대극장’이 오랜 기간 공연한 뮤지컬의 영상물을 홈페이지에 올렸고, 그리하여 극단 ‘현대극장’이 원고가 되어 케이블 방송사를 상대로 손해배상을 청구한 사건이다. 분쟁의 양상이 <사랑은 비를 타고>처럼 제작자와 창작자 사이의 다툼으로서 그 저작권의 귀속에 대해 판단해야 했다면 뮤지컬 <지저스 크라이스트 슈퍼스타>의 법적 성격이 업무상저작물이라는 판단은 내려지지 않았을 수도 있었다.

*** 서울고등법원 2002. 10. 15. 선고 2002나986 판결 (<지저스 크라이스트 슈퍼스타> 사건)**

원고(극단 현대극장)은 공연문화 창달을 목적으로 설립된 비법인사단으로서 1980년 2월 <지저스 크라이스트 슈터스타>라는 뮤지컬을 우리나라에서 초연한 이래 1997년 12월 24일 부터 세종문화회관에서 5차 공연을 실시하였다.

‘뮤지컬’은 악곡, 가사, 안무, 무대장치 등이 결합되어 있는 종합예술로서, 수 개의 저작물에 의하여 외관상 하나의 저작물이 창작된 경우라고 할 수 있으나 각 저작물이 분리되어 이용될 수 있으므로, 이는 공동저작물이 아닌 소위 ‘결합저작물’로서 악곡, 가사 등에 관한 개별적 저작권이 성립하고 그들 개별저작물들이 결합되어 있는 것이다.

원고는 1979년 말 경 위 뮤지컬을 우리나라에서 초연하기로 기획한 후 정O조에게 300만원 정도를 지급하고 원곡을 편곡하도록 하였다. 영문가사를 우리말로 번역한 김의경

은 원고의 공동창설자이며, 이들은 각 원고의 기획의도에 맞도록 원고를 위하여 번역과 편곡을 하였던 사실, 원고는 이를 원고의 명의로 초연하여 공표한 이래로 편곡된 악곡과 번역된 가사를 이용하여 위 뮤지컬을 공연해 왔다. 이 사건 뮤지컬에서도 위 편곡과 가사를 그대로 이용하고 그 밖에 안무자나 무대장치 담당자 등을 전체적으로 지휘·감독하여 원고의 명의로 위 뮤지컬을 제작·공연한 사실, 정O조나 김의경등은 위 초연에서는 물론 원고의 2차 내지, 이 사건 뮤지컬을 거쳐 20여년이 경과하도록 원고나 제3자에 대하여 자신의 저작권을 주장한 일이 전혀 없는 사실 등을 인정할 수 있고 ... (중략) ... 이 사건 뮤지컬은 여러 가지 저작물들이 제작자의 창작 의도에 따라 상호 조화롭게 융화되도록 원고가 제작 과정부터 공연에 이르기까지 전체적인 조율과 지휘·감독을 하지 않을 수 없다는 사정 등에 비추어 보건대, B나 C 등은 원고의 기획 하에 원고를 위한 업무로서 이 사건 뮤지컬의 악곡과 가사들을 작성했다고 볼 것이므로 이 사건 뮤지컬에 관한 모든 저작권은 그 공표자인 원고에게 원시적으로 귀속되었다고 할 것이다.

Q³ OO시립극단 상임 연출가이다. 3년간 OO시립극단 상임 연출가로 재직하면서 2편의 연극 대본을 창작하고 이를 무대에 올렸다. 계약 기간이 종료하고 민간 극단에서 내 창작극을 공연하려고 하였더니 OO시립극단에서 자신들이 가을 공연으로 준비 중이라고 공연을 자제해 달라고 한다. 내 창작물인데 내가 공연할 수 없는가?

저작권법 제9조는 업무상저작물에 대하여, “법인들의 명의로 공표되는 업무상저작물의 저작자는 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없는 때에는 그 법인 등이 된다”고 규정한다. 연극 대본의 극작이 OO시립극단 상임연출가의 업무 범위인지는 공공 극단의 상임 연출가가 극작을 하는 경우가 이례적인지 여부에 따라 결정될 터이다. 실제로 공연업계에서는 상임 연출가가 극작을 하고 그 극본을 이용하여 공연을 올리는 경우가 종종 있었다고 기억한다. 따라서 계약 또는 근무규칙에 특약이 없었다면 저작권법 제9조의 해석으로는 업무상저작물에 해당하고 OO시립극단으로서는 저작권 관리를 위하여 공연 정지를 청구할 수는 있는 상황이다.

그러나 이러한 해석이 저작권법의 목적에 부합하는지는 극히 의문이다. 공공예술단의 상임 연출가로 근무할 기회를 얻은 예술가에게 공공기관에서의 활동 기간은 가장 활발적으로 창작을 할 수 있던 기간이었을 것이다. 그가 최대한의 예술적 역량을 발휘하여 창작한 작품의 저작권이 예술가 본인에게 귀속하는 것이 아니라 공공예술단에 귀속하게 된다면 그 저작물이 향후 활발히 활용될 가능성, 그래서 문화의 향상 발전에 이바지할 가능성은 많지 않다.

공공예술단은 계약 또는 근무규칙으로 예술감독, 상근 연출가 등의 저작물이 업무상저작물

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

규정의 예외에 해당한다거나, 공공예술단의 업무상저작물이 되었다 하더라도 일정한 기간이 지난 후에는 창작자에게 저작권을 환원하는 방식으로 저작권을 창작자에게 돌려주도록 규정하는 것이 저작권법의 목적에 부합한다는 생각이다.

Q⁴ 배우 000가 출연하는 공연을 준비 중인데, 기존에 촬영한 잡지 인터뷰 사진 중에 공연의 이미지에 적합한 것이 있어 이를 포스터 등 인쇄 홍보물에 사용하고자 한다. 해당 사진은 잡지사 소속 사진기자가 촬영 한 것이라고 하는데, 이를 이용하려면 어떻게 해야 하는가?

그 사진을 잡지사 '소속' 기사가 촬영하였다면 이는 업무상저작물로서 잡지사에 저작권이 귀속할 것이므로 '잡지사'와 접촉하여 저작권 이용허락을 받아야 할 것이다. 실제로 그 기사가 잡지사의 사진 촬영을 담당하고 있지만 외주 사진사라면 잡지에 실린 사진의 저작권 귀속은 사진사와 잡지사의 계약에 의한다. 과거에는 대체로 잡지에 실린 사진의 저작권을 잡지사에 귀속하게 하였지만 요즘은 반드시 그렇지 않다. 사진사의 저작권 의식이 강화되면서 잡지사에는 이용 권한만을 인정하고 저작권은 사진사 본인이 양보하지 않는 경우도 있다.

저작권 귀속에 따라 저작권자의 동의를 받아야 하겠지만 이 경우 배우는 초상권을 주장할 수 있다는 점을 주의하여야 한다. 보통은 출연 계약에서 출연 배우에게 공연 홍보를 위한 사진의 제공을 요구하거나 제작사가 촬영한 사진을 홍보용으로 이용할 수 있다는 규정을 두고 있다. 출연 배우가 유명 '연예인'이라면 스스로 제공한 사진 혹은 검수한 사진을 이용하고자 하고 출연 계약에서도 이 점을 명백히 하는 경향이 있다.

7. 연극 공연의 복제와 영상저작물

Q 예술전문 케이블채널이다. 우리 회사는 그동안 대학로 등 극장에서 공연을 촬영한 콘텐츠를 많이 확보하고 있다. 이들 콘텐츠를 디지털화 한 후 인터넷을 통하여 전송하고 있는데, 가끔씩 극단으로부터 항의를 받는다. 이들 콘텐츠에 대한 영상저작권은 우리 회사에게 귀속하므로 극단 관계자의 항변이 적당치 않다고 보는데 어떠한가?

우선 공연을 영상 촬영한 결과물이 항상 '영상저작물'이 되는 것은 아니라는 점을 지적한다. 연극 공연 현장에서 객석 가운데에 카메라를 설치하고 연극 공연을 단순 촬영 한다면 이는 연극저작물의 '복제'에 불과하다. 공연물은 결합저작물이므로 그 복제물에 대한 공중송신(방송·전송), 복제·배포 등에 관계되는 권리는 작가, 음악감독, 조명감독, 무대미술가, 연출자 등 저작자와 실연자에게 개별적으로 귀속할 것이다. 실제로 공연물의 DVD 제작, 전송 등 부가 사업을 계획한다면 제작자는 저작권자, 저작인접권자로부터 필요한 저작권·저작인접권을 양도받거나 이용허락을 받아야 할 것이다.

영상저작권은 영상저작물에 대한 저작권을 말한다. '영상저작물'이란 '연속적인 영상(음의 수반여부는 가리지 아니한다)이 수록된 창작물로서 그 영상을 기계 또는 전자 장치에 의하여 재생해 볼 수 있거나 보고 들을 수 있는 것'이다. 영상저작물도 '저작물'의 일종이므로 영상저작물이 성립하기 위해서는 저작물의 성립요건인 '창작성'이 필요하다. 공연을 단순 촬영한 경우에는 '창작성' 요건을 충족하지 않으므로 공연물의 '복제'에 불과하고, 영상화 과정에서 '창작성'이 발현되었을 때 비로소 영상저작물이 되는 것이다. 공연물의 영상화와 관련하여 영상저작물에 주목하는 이유는 영상저작물에 대하여는 저작권법이 특별한 취급을 하기 때문이다.

즉, 다수 카메라를 동원하고, 전문적인 영상 기법을 이용하여 연극을 '영상화' 하였다면 그 결과물은 영상저작물로 인정되고, 이 경우 영상저작물 특례의 적용을 받아 저작권이 '영상제작자'에게 양도되는 것으로 추정한다. '영상제작자'는 '영상저작물의 제작에 있어 그 전체를 기획하고 책임을 지는 자'를 말한다(저작권법 제2조 제14호). 영상저작물에 관한 특례에 의하여 제작자에게 권리 양도의 추정이 발생하려면 영상제작자와 연극 연출가, 조명감독, 음악감독, 촬영감독 등 창작자들 및 실연자들 사이에서 '영상저작물 제작'을 전제로 한 '약정'이 있어야 한다(저작권법 제100조 제1항, 제3항).

사안의 경우, 공연을 단순 촬영한 영상물을 확보하고 있다가 이를 디지털화 하여 새로운 소득원을 개발하였다는 취지로 이해된다. 그러한 사정이라면 영상물은 공연물의 복제물이고 저작권자는 작가, 연출가 등 공연 관계자이므로 영상저작물 특례를 거론할 이유는 없을 것이다.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

만일 그 영상물이 '창작성'이 있는 영상저작물로 인정된다고 하여도 '영상저작물에 관한 특례'가 적용되어 제작자가 권리주장을 할 수 있는 사정이 아닌 것으로 이해된다. 첫째, 연극은 공연을 위하여 제작된 것으로 영상물 제작을 위하여 제작된 것이 아닐 것이고 둘째, 연극 공연의 촬영은 케이블채널에서 '방송'용으로 편성하기 위한 목적으로 이루어졌을 것이다. 셋째, 영상물 제작을 위한 대가가 연극의 창작자 및 실연자에게 지급되지 않았을 것이고 넷째, 인터넷 '전송'은 촬영 당시 전혀 예상할 수 없었던 이용 방법으로 예상되기 때문이다.

결국 극단 관계자가 창작행위를 한 저작자라면 그의 권리에 기초하여, 혹은 창작을 하지 않았다 하더라도 저작자로부터 권리행사에 대한 동의를 얻었다면 그러한 권리를 근거로 인터넷 영업의 중지를 요구할 수 있을 것이다.

8. 뉴스의 저작물성



'시사보도'는 저작물로서 보호받지 못한다고 알고 있다. 그런데 방송 뉴스 마지막에 '저작권이 방송사에 있다'는 고지문이 보인다. 방송사의 주장이 타당한가?

저작권법 제7조는 '보호받지 못하는 저작물'을 열거하고 있는데, 그 중에는 '사실의 전달에 불과한 시사보도'가 포함되어 있다. 그런데, 요즘 언론사는 뉴스 저작권에 대한 권리 주장을 부쩍 높이고 있다.

'사실의 전달에 불과한 시사보도'는 '보호받지 못하는 저작물'이라기보다 처음부터 '저작물'의 영역에 포함되지 않는다고 하는 것이 옳다. 이러한 범주의 시사보도에는 사상·감정이 녹아 있지도 않고 창작성이 발현되었다고도 할 수 없으므로 저작물의 요건을 충족하지 않는다고 이해된다.

* 대법원 2006. 9. 14. 선고 2004도5350 판결

대법원은 '정치계나 경제계의 동향, 연예·스포츠 소식을 비롯하여 각종 사건이나 사고, 수사나 재판 상황, 기상 정보 등 여러 가지 사실이나 정보 등을 언론매체의 정형적이고 간결한 문체와 표현 형식을 통하여 있는 그대로 전달하는 정도에 그치는 것'이라면 저작재산권자의 복제권을 침해하는 저작권법 위반이 아니라고 한 바 있다.

문제는 뉴스 보도 전부가 '사실의 전달에 불과한 시사보도'가 아니라는 점이다. 비(非)저작물

로서 '사실의 전달에 불과한 시사보도'에는 부고(訃告), 인사(人事), 스포츠 경기 결과, 경제단신 등이 전형적인 예가 되고, 누가 작성하더라도 유사한 표현이 나올 수밖에 없는 스트레이트 기사가 그 범주에 포함된다는 데 대체로 견해가 일치한다. 그러나 단순한 '사실의 전달'이 아니라 보도자의 사상이나 감정이 녹아있는 사설, 칼럼, 기고 등은 저작물에 해당되고, '박스 기사'도 그 내용에 보도자의 사상 감정이 배어있는 한 '사실의 전달에 불과한 시사보도'에 해당한다고 이해되지는 않는다.

나아가 영상이 따르는 TV뉴스의 경우는 신문기사와는 달리 해석하여야 한다. 쟁점을 분석하는 심층보도의 경우는 물론, 사건사고에 대한 스트레이트성 보도라 하더라도 관계되는 영상을 배경으로 하는 한 그 전체가 '영상저작물'로서 취급되어야 할 것이기 때문이다. 그렇다면 TV 뉴스 중에서 비(非)저작물로서 '사실의 전달에 불과한 시사보도'는 예상하기 힘들고, 전체로서 영상저작물이자 업무상저작물에 해당되어 방송사가 저작자로서 저작권을 행사하는 경우가 일반적이다.

01 논의의 전제

02 저작물

03 저작권 보호의 경계

04 저작자와 저작권 귀속

05 저작 인격권

06 저작 재산권 및 기타 권리

07 저작권 계약

08 저작권 제한

09 저작 인접권

10 등록과 위탁 관리업

11 저작권 침해

12 저작권 침해에 대한 구제

13 퍼블리시티권

03

저작권 보호의 경계 - '아이디어'인가 '표현'인가?

1. 아이디어/표현 2분법
2. 아이디어의 보호 방법
3. 부정경쟁행위에 의한 보호
4. 제호의 저작물성
5. 제호와 상표권
6. 제호와 부정경쟁행위

1. 아이디어/표현 2분법

Q¹ 흔히 저작권이란 아이디어를 보호하지 않고, 표현을 보호한다고 한다. 어떤 의미인가?

원칙적으로 작품(作風)이나 스타일의 모방 등 아이디어의 이용은 저작권 침해가 아니고, '표현형식의 도용'만이 저작권 침해를 구성한다고 이해한다.

아이디어/표현 2분법(idea-expression dichotomy)은 1879년 Baker v. Selden 판결 이후 미국 저작권법이 입법으로 수용한 원칙이다. Baker v. Selden 사건은 회계장부의 기재방식이 저작물인지가 문제 된 것으로, 법원은 회계장부의 형식은 아이디어에 불과할 뿐 저작물이 아니라는 결론을 내렸다. 독일 등 대륙법계 국가에서는 '내용'과 '형식'을 구분하여 저작권의 보호대상은 내용이 아니라 형식이라는 식으로 설명한다.

미국저작권법 제102조 (b)에서는, '독창적인 저작물에 대한 저작권 보호는 어떠한 경우에도 그 저작물에 기술, 설명, 예시, 또는 수록되는 방법에 관계없이, 아이디어, 절차(procedure), 공정(process), 시스템, 운용방법(method of operation), 개념(concept), 원칙(principle), 또는 발견(discovery)에는 미치지 아니 한다'고 규정한다. 무역관련 지적재산권협정(WTO-TRIPs)에서도 '저작권보호는 표현에는 적용되나 아이디어, 절차, 운용방법, 또는 수학적 인 개념 자체에는 적용되지 아니 한다'고 규정하고(제9조 제2항) WIPO 저작권조약(WIPO Copyright Convention)에도 유사한 규정이 있다.

우리나라 저작권법의 '컴퓨터 프로그램의 특례'에서 프로그램을 작성하기 위하여 사용하는 '프로그램 언어', '규약', '해법'에는 저작권법을 적용하지 않는 것도 마찬가지 태도이다(제101조의 2).

아이디어를 저작권의 보호 대상이 아니라고 하는 이유는, 아이디어를 저작권으로 보호하게 되면 '아이디어의 독점 현상'이 오게 되고 이는 필연적으로 창작활동의 위축을 가져오면서 문화의 향상 발전을 저해하게 되리라는 염려 때문이다.

한편, 공연, 가요, 영화, 드라마 등 저작물의 제호는 일반적으로 저작물성이 부인된다. '제호'의 저작물성을 부인하는 이유는 '제호'가 저작물의 요건을 갖추지 못하기 때문이라고 한다. 그렇다면 저작권으로 보호되지 않은 제호는 여전히 아이디어의 영역에 남아있다고 할 수 있다.

Q² 설화(說話)를 소재로 만화를 출간하였다. 작가가 내 만화의 내용을 무단 이용하여 창작 뮤지컬 대본을 작성하였다. 작가에게 연락하여 저작권을 침해하지 말라고 했더니, 어차피 전래 설화를 소재로 한 것이니 저작권 침해가 아니라고 한다. 내 만화의 저작권을 보호받을 수 없는가?

어문저작물의 침해 여부를 따질 때 두 저작물의 문장이 겹치는지, 문장이 겹치지는 않더라도 포괄적으로 유사성을 인정할 수 있는지를 고민하게 된다. 앞의 경우를 부분적·문자적 유사성(fragmented literal similarity)을 분석한다고 하고, 뒤의 경우를 포괄적 비문자적 유사성(comprehensive nonliteral similarity)을 분석한다고 한다. 두 저작물 사이에 부분적 문자적 유사성이 인정된다면 저작권 침해를 인정하기가 쉽겠지만 침해자가 문장 대 문장을 대놓고 베끼는 경우는 많지 않고, 그래서 실제로는 포괄적 비문자적 유사성을 적용하는 경우가 다수이다.

만화와 뮤지컬 대본 사이에서 '부분적·문자적 유사성'이 인정되지 않는 한, 역사적 배경·신화적 소재 등의 아이디어가 동일하다고 하더라도, 캐릭터의 설정·캐릭터 상호관계·사건 전개 등이 상이하면 저작권 침해를 인정하기는 어렵다.

저작권은 '아이디어'가 아닌 '표현'에 미치는 것이라는 아이디어/표현 2분법을 적용한다면, 설화는 그로부터 다양한 문화상품이 꽃 필 수 있는 아이디어 영역에 속한다. 따라서 동일한 설화를 소재로 한 두 작품 사이에서 유사성이 발견된다고 하더라도, 그 유사성은 설화라는 아이디어가 동일한 데서 오는 유사성이거나 혹은 설화를 '공통의 원전(原典, common source)'으로 하는 데 따르는 표현의 유사성이라고 봐야 할 경우가 많을 것이다.

만화 <바람의 나라>작가가 <태왕사신기> 시놉시스에 대하여 <바람의 나라> 저작권 침해라고 주장한 사건에서, 법원은 저작권 침해가 아니라고 판단하였다. 이 사건에서 만화 작가는 양 작품 사이에 '부분적·문언적 유사성'은 없다고 하더라도 <바람의 나라>의 근본적인 본질 또는 구조인 '사신을 의인화하여 누구인가의 수호신으로 설정하고, 각각의 사신 캐릭터들에 대하여 구체적이고 독특하게 개발된 캐릭터와 그 캐릭터들의 상관관계를 통해 부도 또는 신시를 지향한다는 이야기 패턴(전개 방식) 및 기타 에피소드' 등을 차용하여, <바람의 나라>와 포괄적·비문언적 유사성이 있는 <태왕사신기>를 발표함으로써 저작인격권 중 성명표시권 및 동일성유지권과 저작재산권인 2차적저작물작성권을 침해하였다고 주장하였다.

*** 서울중앙지방법원 2007. 7. 13. 선고 2006나16757 판결**

법원은 "실질적 유사성"과 관련하여서는, 원고와 피고의 저작물은 '고구려라는 역사적 배경, 사신·부도·신시라는 신화적 소재, 영토 확장이나 국가적 이상의 추구'라는 주제 등 '아이디어'의 영역에 속하는 요소를 공통으로 할 뿐, 그 등장인물이나 주변인물과의 관계 설정, 사건 전개 등 저작권에 의하여 보호받는 창작적인 표현 형식에 있어서는

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

만화와 드라마 시놉시스에 내재하는 예술의 존재양식 및 표현 기법의 차이를 감안하더라도 실질적으로 유사하지 않으므로 피고가 〈바람의 나라〉에 대한 저작권을 침해하였다고 볼 수 없다”고 판단하였다.

Q³ 아이디어와 표현의 경계는 무엇인가?

저작권 전문가로 명망 있는 미국의 Learned Hand 판사는 Nichols v. Universal Pictures Corp. 판결에서 그 누구도 아이디어와 표현의 경계선을 고정하지 못하였고 앞으로 누구도 그 일을 하지 못할 것이라고 판시하였고,¹⁹⁾ Peter Pan Fabrics v. Martin Werner 판결에서는 표현과 아이디어의 경계선에 관해서는 어떠한 확립된 기준도 있을 수 없고 오로지 사건의 내용에 따라 판단할 수밖에 없다고²⁰⁾ 선언하였다.²¹⁾

저작권법적으로 보호 대상인 ‘표현’과 보호 대상이 아닌 ‘아이디어’를 구별하는 기준을 설정하는 일이 이렇게 어렵다고 하는 이유는 첫째, 사건마다 문제되는 저작물의 유형과 특성이 다르므로 일반화된 구별 기준을 상정하는 것이 어렵고 둘째, 저작권 보호의 정도와 내용이란 그 시대 그 국가의 저작권 정책 - 창작자의 노력을 어느 정도로 보호하고, 어느 범위에서 창작물에 대한 자유로운 이용을 보장할 것인가 - 와도 직결되는 문제이기 때문이다.²²⁾

아이디어/표현 2분법은 저작권법 분쟁에서 최고 수준의 논리를 적용해야 하는 영역이라고 할 수 있다. 그런데 현실적으로 아이디어/표현 2분법은, 법원을 적절한 결론으로 이끄는 나침반으로 작용하지 못하는 가치 없는 개념이라는 비판도 있다. ‘표현’ 혹은 ‘아이디어’ 해당여부는 저작권 침해인지 아닌지를 법원이 판단한 이후의 ‘사후(ex-post)설명’에 불과할 뿐 분쟁 해결의 사전 지침으로 기능하기는 어렵다는 뜻이다. 이 견해는 법원이 비문자요소를 보호하고자 마음을 먹었다면 그 대상을 ‘표현’이라 이름 붙이고, 그렇지 않다면 ‘아이디어’라고 할 뿐이라고 하는데, 아이디어/표현의 구별은 주관적인 입장이 될 수밖에 없다는 한계를 지적하고 있다.²³⁾

일반론으로 스타일, 작풍(作風), 화풍(畫風)은 아이디어라고 한다. 스타일, 작풍, 화풍이 아이

19) [...] Nobody has ever been able to fix that boundary and nobody ever can [...]
 20) [...] Obviously, no principle can be stated as to when an imitator has gone beyond copying the "ide", and has borrowed its "expression". Decisions must therefore inevitably be ad hoc. [...]
 21) 권영준, 「저작권 침해판단론」, (박영사, 2007), 94-95면.
 22) 권영준, 같은 책, 95-96면.
 23) Dan Hunter, 같은 책, p.38.

디어가 아니고 표현이라면 그러한 양식을 가장 먼저 시도한 사람이 그 양식을 독점한다는 문제가 발생한다. 저작권은 배타적권리로서 제3자의 권리 침해에 대한 정지를 청구할 수도 있는 강력한 권리인데(저작권법 제123조), 만일 양식을 ‘표현’으로 보호한다면 이를 선점한 자가 후발주자의 유사한 양식을 모두 금지하고 자신이 ‘생존기간 및 사후 70년’이라는 긴 보호기간 동안 그러한 양식을 독점 할 수 있게 된다. 이러한 사정은 문화의 향상 발전이라는 저작권법의 목적에 반하는 결과로 이어질 수 있는 것이다.

극단 아리랑은 〈정약용 프로젝트〉라는 창작 뮤지컬을 개발하여 레퍼토리로 만들었다. 그런데, 〈정약용 프로젝트〉에서 출연배우들의 대사는 창을 하듯 가락을 타고 있고, 동작도 가락에 맞추어져 무용처럼 움직인다. 팸플릿에서는 이러한 연기술을 ‘가무설작법(歌舞說作法)’이라 소개하고, 이러한 연기법에 기초한 연극양식을 ‘토리극’이라고 하였다. ‘가무설작법’과 ‘토리극’이 자신이 고안한 연희 양식 또는 연기술이라고 주장한 〈정약용 프로젝트〉의 초연 연출자는 재공연에서 자신이 배제되자 ‘가무설작법’과 ‘토리극’이 자신의 창작물이라는 이유로 극단 아리랑의 〈정약용 프로젝트〉에 대하여 공연금지 가처분을 신청하였다.

* 서울지방법원 2004. 1. 15. 자 2003카합3931 결정

법원은, ‘가무설작법은 연극의 연기술, 토리극은 극형식을 의미하는 것으로 이해되는 바, 이는 연극이나 연기술에 관한 기본원리나 아이디어에 불과하여 저작물에 나타난 구체적인 표현을 보호하려는 저작권의 보호대상이 되기 어렵다’고 판단하면서 공연금지 가처분 신청을 기각하였다. 연기술이나 극형식은 아이디어일뿐 저작권의 보호대상인 ‘표현’이 아니라는 뜻이다.

Q⁴ 어느 정도로 구체화하면 ‘표현’이 될까?

아이디어/표현 2분법은 저작권법의 대원칙이기는 하나 실제로 적용하기는 쉽지 않다. 실제로 아이디어/표현 2분법을 적용하고 분쟁을 해결한 판결례를 보면 수궁이 갈 수 있으나, 현재 발생하고 있는 분쟁에서 아이디어/표현 2분법을 적용하여 침해 여부를 판단하라고 하면 막막해지는 경우가 많다.

아이디어/표현 2분법에 관해서는 무언극 〈드로잉쇼〉에 대한 서울중앙지방법원의 결정이 의미하는 바가 있다(서울중앙지방법원 2010. 9. 30. 자 2010카합2398 결정). 이 사건은 ‘무언극의 구성 내용이 아이디어인가 표현인가’에 대한 판단이다. 공연의 내용은 미술의 창작 과정과 그 과정의 특수효과 기법을 시각적으로 보여주는 것이고, 구체적으로는 ‘그려 놓은 그림에서 순간적으로 물이 저절로 흘러내리는 효과를 창출하는 방법’, ‘흰색의 중

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

이가 순간적으로 컬러 그림으로 바뀌는 효과를 창출하는 방법' 등으로 구성되었다. 이 사건의 상대방은 신청인이 주장하는 각 방법은 실제로는 이미 존재하던 미술 기법을 살짝 변형한 것이므로 창작성이 없다(그래서 표현이 아니다)는 식의 주장을 했을 것이다. 법원은 공연을 구성하는 각 방법도 표현이 될 수 있다고 판단하였다.

* 이 사건 <드로잉쇼>는 완성된 미술품을 그대로 보여주는 것이 아니라, 미술의 창작 과정과 그 과정에 적용될 수 있는 특수효과 기법을 시각적으로 보여줄 수 있도록 하기 위한 표현 방법인 별지 목록 기재 방법에 안무, 무대장치, 조명 등의 기법을 가미하여 무언극의 형태로 극화(劇化)한 것이고, 별지 목록 기재 방법을 만들어냄에 있어서 관객들이 흥미와 다양한 감정을 느낄 수 있는 표현을 반영한 것으로 충분히 볼 수 있으므로, 별지 목록 기재 방법을 사용한 <드로잉쇼>는 그 창작자의 사상 또는 감정에 관한 표현물로 볼 수 있다.

...중략... 이 사건 <드로잉쇼>에 사용된 별지 목록 기재 방법 중 일부는 피 신청인이 주장하는 바와 같이 이미 존재하던 미술 기법 또는 다른 공연에서 이미 사용된 미술 기법이 기초가 된 것으로 볼 여지가 있기는 하다. 그러나 그러한 미술기법이 실현되는 과정을 무대에서 보여 줄 수 있도록 무언극의 형태로 극화하는 구체적인 표현 방법은 저작자마다 다를 수 있는 바, 이 사건 <드로잉쇼>에 사용된 별지 목록 기재 방법이 기존의 미술 기법 또는 다른 공연에서 이미 사용된 표현방법을 그대로 모방한 것으로 볼 수 있을 정도로 동일하다고 보기는 어려운데다가, 기록 및 심문 전체의 취지에 의하여 소명되는 이 사건 <드로잉쇼>에 사용된 별지 목록 기재 방법의 구체적인 표현은, 그 저작자의 정신적 노력에 따른 특성이 부여되어 있고 다른 저작자의 기존 공연에서 사용된 표현 방법과 구별할 수 있을 정도의 창작성 요건을 갖추었다고 볼 여지가 있다. 따라서 별지목록 기재 방법을 사용한 이 사건 <드로잉쇼>가 저작권법의 보호 대상이 되는 저작물에 해당한다는 점에 관하여는 소명이 이루어졌다고 할 것이다.

목록

1. 그려 놓은 그림에서 순간적으로 물이 저절로 흘러내리는 효과를 창출하는 방법
2. 흰색의 종이 순간적으로 컬러 그림으로 바뀌는 효과를 창출하는 방법
3. 흰색의 종이 윗부분을 목탄으로 문지르면 없었던 그림이 나타나는 효과를 창출하는 방법
4. 조명과 먹물을 이용하여 굵어서 그림이 빛과 함께 나타나는 효과를 창출하는 방법
5. 유리에 그림을 그려 손전등으로 영상처럼 보이게 하는 그림자 효과를 창출하는 방법
6. 투명한 액체가 입김을 불어넣으면 빨간색으로 변하는 복수 액체를 이용한 효과를 창출하는 방법
7. 특수 형광지를 배경으로 손전등을 이용해 그림을 그리는 효과를 창출하는 방법

8. 손가락에 물감을 묻혀 그림을 그린 뒤 종이를 떼어내면 다른 그림이 만들어지는 효과를 창출하는 방법
9. 물감, 색연필로 그린 뒤 바나나 및 과일을 문질러서 그림으로 만들어지는 효과를 창출하는 방법
10. 자석과 자석가루를 이용하여 저절로 그림이 그려지고 사라지는 효과를 창출하는 방법

이 사건의 목록에서 특정한 개개의 방법은 이미 다른 공연자가 시행한 공연 기법이고 따라서 아이디어 영역을 벗어나지 않았을 수도 있다. 그런데 이들 각 기법을 신청인이 전체적으로 조합(combination)하여 공연물을 구성하였다면 그 '조합' 방식에 창작성을 인정할 수가 있는 것이다. 과거 방송 프로그램 포맷에 대하여 아이디어 영역이라고 보호를 부인하였으나, 최근 포맷이라 하더라도 아이디어의 독특한 조합(combination)으로서 '표현'이 되었다면 보호하여야 한다는 논의가 점점 강해지고 있는 점도 같은 맥락이라고 이해한다.

Q⁵ 뮤지컬<미녀는 괴로워>는 원작 일본 만화에 대한 저작권 침해인가?

영화 <미녀는 괴로워>는 일본 만화를 원작으로 하였다. 뮤지컬제작자가, 영화 제작사로부터 이용 허락을 받는 것 외에 일본 만화 저작권자의 동의가 필요한지 의문이라고 하여 의견을 준 적이 있다.

영화는 시나리오 집필 과정에서 여러 번 수정이 이루어진다. 일본만화 <カンナさん大成功です!>와 영화 <미녀는 괴로워>의 대본을 비교했더니 원작 만화의 흔적이 거의 남아 있지 않았다. 이른바 개발(development)과정에서 원작의 흔적이 사라지고 영화 대본은 완전히 새로운 저작물이 되었다고 판단이 되었다. 그러한 판단을 뮤지컬 제작사에 전했고, 뮤지컬 제작사는 영화사와 뮤지컬 제작에 대한 계약을 체결하고 일본의 만화 저작권자로부터 동의를 받지는 않았다. 일본 만화 저작권자는 계속하여 이의를 표하였으나 막상 국내에서 소송을 제기하지는 못하였다. 그런데, 뮤지컬 <미녀는 괴로워>가 성공한 후 일본 공연을 하던 중 '저작권 침해 행위 금지 가처분 신청'이 있었다.

*** 동경지방법원 平成 23년(코) 제22072호**

2011년 11월 동경지방법원은 “본건 영화가 본건 만화를 기본으로 만들어졌고, 본건 영화에 본건 만화가 원작자로 표시되어 있는 것은 사실이나, 변안권(우리 저작권법의 '2차적저작물작성권'에 해당)침해가 성립하기 위해서는 단순히 기존의 저작물을 기본으로 만들어졌다는 것만으로는 부족하고, 기존 저작물의 표현상 본질적 특징을 감득할

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

수 있을 정도가 되지 않으면 안 된다. 본건 만화와 본건 영화의 기본적인 스토리 및 주제의 대비, 장면 설명, 인물 설정, 구체적 에피소드의 대비 등을 종합하면 양 작품은 일부 공통점이 있기는 하나, 공통되는 부분은 모두 아이디어의 단계에 머물고 있다. 본건 영화가 본건 만화의 본질적 특징을 감득할 수 있을 정도가 아니다”라고 하면서 공연금지 가치분 신청을 기각하였다.

영화와 만화 사이에 아이디어의 유사성만 보이므로 뮤지컬과 만화 사이에는 저작권 침해가 없다는 판단이었다.

2. 아이디어의 보호 방법

Q 완성된 대본을 가지고 있지는 않지만, 뮤지컬로 개발하고 싶은 소재를 가지고 있다. 예산규모가 큰 작품이라 큰 제작사와 진지하게 개발가능성을 논의해보고 싶다. 그런데 기획 아이디어를 공개했을 때 제작자가 나를 배제하고 아이디어만 이용하지 않을까 두렵다. 내 기획 아이디어를 보호받을 방법이 있는가?

구체적으로 이야기 구조가 설정되고, 등장인물의 성격과 상호 관련성이 자세히 나타나 있다면 그러한 구상은 ‘아이디어’의 단계를 넘어 ‘표현’의 영역, 즉 저작권법의 보호대상이라고 할 수 있다. 그러나 이야기 구조가 막연하다면 아직은 아이디어라고 하지 않을 수 없다.

‘아이디어’가 저작물이 아니라고 하여 법적 보호가치가 전혀 없다는 뜻은 아니다. ‘아이디어’라 하더라도, 계약에 의하여 당사자 간에 보호의 대상으로 약정할 수 있는 것은 물론이고, 불법 행위 이론에 의하여 보호받을 수도 있다.

민법상 불법행위는 반드시 (소유권, ‘저작권’처럼)법에서 규정하고 있는 ‘특정의’ 권리가 침해되었을 때만 발생하는 것은 아니다. 사회의 윤리관에 반하므로 사회적으로 허용되지 않는 행위로 타인에게 손해를 준다면, 이러한 행위는 ‘선량한 풍속 기타 사회 질서’에 위반하여 ‘위법성’을 띠게 된다. 법에서 규정한 특정한 권리를 침해한 경우에는 물론 위법하지만, 특정한 권리를 침해하지 않은 경우에도 법적으로 보호할 만한 가치가 있는 이익이 위법하게 침해되었다면 위법하다고 평가될 수가 있다. 불법행위의 가장 중요한 요건은 ‘위법성’인 것이다. 따라서 아이디어의 침해가 ‘위법’하다고 인정되는 한 ‘불법행위’로서 손해배상의 발생 근거가 된다고 할 수 있다. 다만, 손해배상을 청구하는 경우 아이디어의 침해로 재산적 손해가 얼마나 발생했는지는 입증이 어려울 것이므로 정신적 고통에 대한 손해배상(위자료)으로 만족하게 되

는 것이 보통이다. (단, 2013. 7. 30. 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률에서 제2조 차목을 신설하여 불법행위의 상당 부분을 포섭하여, 이제는 민법이 아니라 부정경쟁방지법을 적용하게 되었다)

아이디어를 보호하는 가장 좋은 방법은 아이디어를 이용할 잠재적 고객과 계약서를 작성하는 일일 터이나, 실제로 계약서 작성이 어려운 상황이 일반적이라면 거래 현장에 제3자와 동행하여 증거를 남기는 것이 좋다. 혹은 아이디어를 공개한 직후 전자메일로 회합의 내용을 요약하여 상대방에게 보내고, 상대방의 반응을 확보하는 것도 방법이 되겠다.

3. 부정경쟁행위에 의한 보호

Q 내 공연과 비슷한 짝퉁 공연이 계속되고 있다. 그 공연의 제작자는 영리하게 제목부터 출연진, 이야기 구조까지 살짝 비틀어 공연하고 있어 ‘표현’의 침해로 인정받기 힘들 듯 하다. 이런 경우, 나는 어떻게 보호를 받는가?

아이디어 침해의 경우 저작권법상 보호는 불가능하다. 일반적으로 아이디어를 보호받기 위해서는 그 아이디어를 이용하고자 하는 상대방과 아이디어 이용에 관한 계약을 체결하거나, 아니면 불법 행위로서 손해배상을 청구할 수는 있다.

2013. 7. 30. 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 ‘부정경쟁방지법’)은 아이디어 보호에 관한 규정을 신설하였다. 부정경쟁방지법 제2조에서 부정경쟁행위의 유형을 정의하면서 차목을 신설하여 ‘그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위’를 신설한 것이다.

신설 규정을 마련한 이유로는 새로이 등장하는 경제적 가치를 지닌 무형의 산물을 보호하기 위해 부정경쟁행위에 대한 보충적 일반조항을 도입한 것이라고 한다. 즉, 현행 부정경쟁방지법은 상표, 상호 등을 부정하게 사용하는 행위를 제한적으로 열거하여 부정경쟁행위를 규율하는 방식을 택하였으나, 현대사회에서 기술의 발전과 시장의 변화에 따라 ‘아바타’, ‘인터넷 프레이밍 광고’ 등 법률에 규정되지 않은 새로운 유형의 부정경쟁행위가 나타나고 있으니 이에 대한 대책으로 포괄적 규정이 필요하다는 취지이다.²⁴⁾

24) 송영식·이상정·김병일, 『13정판 지적재산법』(세창출판사, 2014), 324면.

01 논의의 전제
02 저작물
03 저작권 보호의 경계
04 저작자와 저작권 귀속
05 저작 인격권
06 저작 재산권 및 기타 권리
07 저작권 계약
08 저작권 제한
09 저작 인접권
10 등록과 위탁 관리업
11 저작권 침해
12 저작권 침해에 대한 구제
13 퍼블리 시타권

부정경쟁방지법의 개정은 지식재산기본법이 규정하는 ‘지식재산’의 정의 규정에서 비롯된다
고 이해한다. 지식재산기본법은 ‘지식재산’을 ‘인간의 창조적 활동 또는 경험 등에 의하여 창
출되거나 발견된 지식·정보기술, 사상이나 감정의 표현, 영업이나 물건의 표시, 생물의 품
종이나 유전자원, 그 밖에 무형적인 것으로서 재산적 가치가 실현될 수 있는 것’으로 규정하
였다. 즉, 지식재산이 정의하는 범주 중 ‘그 밖에 무형적인 것으로서 재산적 가치가 실현될 수
있는 것’이란 민법상 불법행위 이론으로 보호되는 ‘재산적 가치가 있는 정보’를 지식재산권의
보호 대상으로 규정한 것이다.²⁵⁾²⁶⁾

사안의 경우에는 부정경쟁방지법 제2조 제항 차목의 적용을 고려할 수 있다. 단, SBS의 < 짹>
과 tvN의 예능프로그램 < Saturday Night Live Korea> 사이 분쟁에서 법원은 저작권 침해의
혐의를 벗어난 상황에서는 특별한 사정이 없는 한 ‘차목’의 적용도 자제해야 한다는 식의 결
론을 내렸다. < 짹>사건은 SBS가 원고가 되어 자신의 프로그램 < 짹>을 노골적으로 패러디한
tvN을 상대로 저작권 침해와 부정경쟁행위 위반을 주장한 사건으로서 포맷 침해에 대한 분
쟁이기도 한다.

*** 서울고등법원 2014. 7. 3. 선고 2013나 54972 판결**

서울고등법원은 다음과 같은 이유로 부정경쟁행위 위반에 근거한 원고 청구를 기각 하
였다. “원고 영상물이 원고가 상당한 노력과 투자로 구축한 성과물에 해당하지만, 원
고 영상물의 표현과 구성 등은 기존의 영상물에서 널리 사용되던 것을 기초로 하여 만
들어 낸 방송 프로그램 진행 방식에 관한 아이디어에 불과하다. 피고는 원고 영상물의
소재와 장면 등의 요소와 원고 영상물의 제목을 패러디한 명칭을 사용하여 방송함으로써
원고와 같은 방송 사업자로서 경쟁관계에 있는 피고가 원고 영상물의 인기에 일부
편승한 부분이 있다고 하더라도 그 밖에는 피고의 독자적인 아이디어를 바탕으로 피고
자신의 비용과 노력을 들여 원고 영상물에 존재하지 않는 다양한 창작적 요소를 가진
피고 영상물 1, 2를 제작한 것이므로 피고의 이러한 창작행위는 원고의 저작권 등을 침
해하지 않는 한도에서는 원칙적으로 허용되는 행위로서 그것이 상도덕이나 공정한 경
쟁질서에 반하여 명백한 불공정 행위에 해당한다고 단정하기는 어렵고, 리얼리티 방송
에 속하는 원고 영상물과 달리 피고 영상물 1, 2는 성인 대상 코미디 또는 게임 광고 프
로그램으로서 피고가 방송하거나 전송하는 영상물 1, 2를 통하여 올리는 피고의 영업
이익이 원고의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하였는지도 분명하지 않다. 더
욱이 피고 영상물 1, 2의 방송이나 전송행위로 피고와 경쟁관계에 있는 방송 사업자인
원고에게 실제적인 영업 상의 손해가 발생하였다고 단정할 증거도 없다.”

25) 박성호, 『저작권법』 (박영사, 2014), 24면.

26) 지식재산기본법이나 부정경쟁방지법의 입법태도에 대하여는 동의할 수 없다. 불법행위 이론으로 해결할 수 있는 영역을 굳이 특별법으로
끌어 들임으로써 해석상 혼선을 유발할 뿐 어떠한 실익이 있는지 이해하기 힘들다.

4. 제호의 저작물성



내가 제작한 영화 < 연애의 추억(가제)>와 같은 제목의 연극이 기획되고
있다고 들었다. 해당 극단에 대하여 저작권 침해를 주장할 수 있는가?

저작물의 제호(제목, title)가 독자적인 저작물로 보호되느냐 하는 점이 논의된다. 이는 ‘제호’
가 그 작품과는 별도로 ‘저작권법 제2조 제1호의 저작물에 해당하는가’ 하는 문제이다(저작권
법 제2조 【정의】1. “저작물”은 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물을 말한다).

연극, 드라마, 소설 등의 ‘제호’는 그 작품의 내용을 간략하게 드러내는 ‘캐치 프레이즈’일 뿐
사상이나 감정의 충분한 표현이라고 볼 수 없기 때문에, 저작권법상 보호 대상인 창작물이
아니라는 것이 학계의 주류적 견해이자 우리 법원의 입장이다.

* 만화 제목 < 토복이>(대법원 1977. 7. 12. 선고 77다90 판결), 무용극 제목 < 행복은 성
적순이 아니잖아요>(서울지방법원 1990. 9. 20. 선고 89가합62247 판결; 단, 제호
가 본안 판단 대상은 아니었음), 연극 제목 < 품바>(서울고등법원 1989. 4. 11.자 89라
28 결정), 책 제목 < 영어공부 절대로 하지마라>(서울고등법원 2002. 9. 4. 선고 2002
나3596 판결), 소설 제목 < 불타는 빙벽>(서울남부지방법원 2005. 3. 18. 선고 2004가
단31955 판결), 소설 제목 < 애마부인>(서울민사지방법원 1990. 9. 20. 선고 89가합
62247 판결), 자서전 제목 < 자유인>(서울지방법원 서부지원 1990. 9. 21. 자 90가합
6150 결정), 노래 제목 < 내가 제일 잘 나가>(서울중앙지방법원 2012. 7. 29.자 2012가
합996 결정) 등 제호가 문제되었던 사건에서 법원은 일관하여 제호는 저작물이 아니라
는 판단을 하였다.

그러나 ‘제호’가 항상 저작물이 아니라고 단정할 수는 없다. ‘제호’라고 하더라도 사상·감정
이 느껴지고, 창작성을 갖추었다고 인정되는 수준에 이르렀다면 저작물로 인정되는 경우를
충분히 예상할 수 있기 때문이다. < 행복은 성적순이 아니잖아요>처럼 완성된 문장의 형태로
되어 있는 제호라면, 독자적으로 특유의 사상이나 감정을 전달하는 창작적인 표현이라고 할
수 있으므로 저작물로 보호하지 못할 이유가 없다는 지적도 있는 바에야,²⁷⁾ 이보다 더 문예성
이 강하고 호흡이 긴 표현을 제목으로 삼았을 때 단지 제목이라는 이유로 저작물성을 부인할
수는 없을 것이다.

프랑스 저작권법 제112조의 4 제1항은 ‘정신적 저작물의 제호는 그것이 독창성이 있는 한 저

27) 정상조, 지적재산권법, (홍문사, 2004), 236면.

01 논의의
전제

02 저작물

03 저작권
보호의
경계

04 저작자
와
저작권
귀속

05 저작
인격권

06 저작
재산권
및
기타
권리

07 저작권
계약

08 저작권
제한

09 저작
인접권

10 등록과
위탁
관리업

11 저작권
침해

12 저작권
침해에
대한
구제

13 퍼블리
시터권

작물로 보호된다'고 하고, 캐나다 저작권법 제2조도 '저작물은 그것의 표제가 독창적이고 특유할 때에는 당해 저작물의 제호를 포함한다'고 한다.²⁸⁾ 한편 이탈리아 저작권법 제100조는 제호의 저작물성을 인정하면서도 혼동 가능성이 없는 경우에는 저작물성을 부인하고 있다.

한편 제호는 저작물로서 보호되지 않는다고 하더라도 다른 저작물의 제호를 함부로 사용하는 것이 항상 허용된다는 것은 아니다. 제호를 상표로 등록하여 상표권으로 보호받을 수가 있고, 함부로 유사한 제목을 사용하면 부정경쟁행위로서 금지될 수도 있으니 이러한 점까지 유의하여야 한다.

5. 제호와 상표권



공연 제목이 저작물이 아니라면 저작권법에 의한 보호를 받지 못할 것이다. '제목'을 상표등록하면 보호를 받을 수 있다고 하는데, 어떤 의미인가?

실제로 드라마 제작사 혹은 공연 제작사가 제목을 상표등록(엄격히 말하면 '서비스표등록'이나 '상표'와 동일하게 생각해도 무방)하는 경우는 흔히 있다. 문화방송은 드라마 제목(전원일기)등을 상표등록 하였고, <수사반장>도 상표등록을 위하여 출원하였으나 2001. 4. 30. 등록 거절 결정을 받은 바 있다. 상표법 제6조²⁹⁾에서는 상표등록의 요건을 규정하고 있는데 특허청이 <수사반장>은 상표로서의 요건을 갖추지 못하고 있다고 판단하였을 것이다.

한편, '문화방송'과 '극단 미추' 사이에서 '마당놀이'를 둘러싸고 상표권 분쟁이 벌어진 일도 있었다. 문화방송이 2001년 11월 극단 미추의 <마당놀이 변강쇠전>에 대하여 '마당놀이'를 상

28) 프랑스·캐나다 저작권법, 『저작권관계자료집 12』, 저작권심의조정위원회

29) 제6조(상표등록의 요건)

- ① 다음 각 호의 1에 해당하는 상표를 제외하고는 상표등록을 받을 수 있다. <개정 1997.8.22>
 - 1. 그 상품의 보통명칭을 보통으로 사용하는 방법으로 표시한 표장만으로 된 상표
 - 2. 그 상품에 대하여 관용하는 상표
 - 3. 그 상품의 산지·품질·원재료·효능·용도·수량·형상(표장의 형상을 포함한다)·가격·생산방법·가공방법·사용방법 또는 시기를 보통으로 사용하는 방법으로 표시한 표장만으로 된 상표
 - 4. 현저한 지리적 명칭·그 약어 또는 지도만으로 된 상표
 - 5. 흔히 있는 성 또는 명칭을 보통으로 사용하는 방법으로 표시한 표장만으로 된 상표
 - 6. 간단하고 흔히 있는 표장만으로 된 상표
 - 7. 제1호 내지 제6호외에 수요자가 누구의 업무에 관련된 상품을 표시하는 것인가를 식별할 수 없는 상표
- ② 제1항 제3호 내지 제6호에 해당하는 상표라도 제9조의 규정에 의한 상표등록출원전에 상표를 사용한 결과 수요자간에 그 상표가 누구의 업무에 관련된 상품을 표시하는 것인가 현저하게 인식되어 있는 것은 그 상표를 사용한 상품을 지정상품(제10조제1항 및 제47조제2항제3호의 규정에 의하여 지정한 상품 및 추가로 지정한 상품을 말한다. 이하 같다)으로 하여 상표등록을 받을 수 있다. <개정 2001.2.3>
- ③ 제1항 제3호(산지에 한한다) 또는 제4호의 규정에 해당하는 표장이라도 그 표장이 특정 상품에 대한 지리적 표시인 경우에는 그 지리적 표시를 사용한 상품을 지정 상품으로 하여 지리적 표시 단체표장등록을 받을 수 있다. <신설 2004.12.31>

표 등록했으나 '마당놀이'라는 제호를 사용하지 못하도록 해 달라는 가처분 신청을 하였고, 이에 대하여 극단 미추가 상표등록무효심판청구로 대응한 사건이었다.

문화방송은 극단 미추와 공동으로 마당놀이 공연사업을 하였고, 1994년 상표등록을 한 바 있었는데, 극단 미추와 사이에 관계가 틀어져 극단이 단독공연을 하겠다고 하자 상표권을 주장하였다.

이 사건에서는 극단 미추의 주장이 받아들여져 문화방송의 상표권이 무효가 되었다. 극단 미추는, 1960년대 말부터 마당놀이라는 공연 양식이 하나의 장르로 형성되었고, 마당놀이는 보통명사이므로 상표권 등록 자체가 잘못되었다는 주장을 하였다. 공연 양식이 상표등록 된 점에도 무리가 있었지만, 문화방송이 상표등록 이후 상표권 관리를 제대로 하였는가 하는 점도 문제가 될 만하다. 문화방송이 상표등록을 하기는 했으나 공연계에서는 문화방송 외에도 <마당놀이 000전>이라는 제호를 붙여 아무런 제재를 받지 않고 활발하게 공연을 해왔고, 그리하여 마당놀이라는 단어가 일반에 확산되어 관용적으로 사용되게 되었다면 그 상표는 이미 상표로서의 효용을 잃었다고 할 수 있는 것이다.

조금 더 상세히 설명하면, 상표법은 상품의 '보통 명칭' 혹은 '관용상표'의 상표등록을 받아 주지 않는다(상표법 제6조, 제1항, 제1호 제2호). 상품의 '보통 명칭'이란 그 상품을 취급하는 거래 사회의 동종업자 및 일반 소비자 사이에 그 상품을 지칭하는 것으로 인식되고 현실로 그렇게 사용되는 명칭으로서 특정인의 업무에 관련된 상품이라고는 인식되지 않는 것을 말한다. '관용표장'이란 특정 종류의 상품을 취급하는 거래 계에서 동종업자들 사이에 그 상품을 가리키는 것으로 자유롭고 관용적으로 사용하게 된 상표를 가리킨다. 보통 명칭, 관용표장은 처음부터 보통 명칭·관용표장으로 사용된 것은 물론이고, 처음에는 특정인의 등록 상표이었던 것이 상표권자가 상표 관리를 허술하게 하여 나중에 보통 명칭·관용표장으로 변한 것을 포함한다. 상표법 제6조 제1항 제1호, 제2호가 보통 명칭 및 관용표장을 등록받을 수 없는 상표로 규정하고 있는 것은, 이와 같은 상표는 불특정 다수인에 의하여 특정 상품에 자유롭게 사용되고 있는 것이어서 본질적으로 자타상품의 식별력이 없을 뿐만 아니라, 특정인에게 이를 독점하게 하는 것은 부당하기 때문이다.³⁰⁾

보통 명칭의 예로는 '호두과자', '에스컬레이터', '아스피린', '초코파이', '제록스', 'JEEP', 'VASELINE'을 들 수 있고, 관용표장의 예로는 '새우깡', '불닭', '조방낙지가 있다.

30) 특허법원 지적재산소송실무연구회, 『전면개정판 지적재산소송실무』, (박영사, 2010), 493면-494면

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

6. 제호와 부정경쟁행위



공연 제작사 기획실에서 근무하고 있다. <별에서 온 그대(가제)>라는 제목으로, 드라마와는 내용이 전혀 다른 창작뮤지컬을 제작하려고 준비 중이다. 제목은 저작물이 아니므로 내용이 전혀 다르다면 공연을 올려도 괜찮지 않을까?

한 두 단어나 짧은 어구로 이루어진 제호(제목)의 저작물성은 일반적으로 부인된다. 제목의 저작물성은 부인되나 상표등록을 하여 상표권의 효력으로 보호를 받을 수는 있다. <별에서 온 그대(가제)> 드라마 제작사가 상표등록을 하였다면 그 효력으로 제목의 사용금지를 청구할 수 있을 것이다. 저작물이 아니고, 상표등록이 이루어지지 않았다고 제목의 사용이 항상 자유롭지는 않다. 제목의 알려진 정도에 따라 드라마 제작사는 부정경쟁행위방지법을 근거로 제목의 사용을 막을 수가 있는 것이다. 드라마의 제목이 국내에 널리 알려진 정도라면 그 제목을 함부로 사용하는 행위는 드라마제작사의 노력에 무임승차(free-riding) 하는 부정경쟁행위가 될 수 있는 것이다.

어느 영화사로부터 드라마 <수사반장>의 영화화가 가능한지 여러 번 전화를 받은 일이 있다. 제목은 저작물이 아니고 <수사반장>은 상표등록에 성공하지 못하였지만 부정경쟁행위방지법이라는 또 하나의 산이 있고, 아마도 그 산을 넘지 못할 것이라고 답을 주었다. <수사반장>으로 영화를 만든다고 소문을 내면 문화방송과 시비가 될 것이고 적당히 홍보를 하고 <강력반장>으로 바꾸라 하고 전화를 끊었다. 영화사는 한 번 더 비틀어 <강력3반>으로 개봉을 하였다.

<수사반장>은 문화방송의 대표적인 드라마이고, 40대 이상의 국민이라면 누구나 <수사반장>이라는 제목에서 문화방송이 오랜 기간 방송했던 인기 드라마를 연상할 것이다. 즉, <수사반장>이라는 드라마에 대해서는 상당한 정도로 국민적 신뢰가 쌓여 있다고 할 수 있다. 그런데 문화방송과 아무런 관련이 없는 영화사가 함부로 <수사반장>이라는 제목을 이용한다면, 문화방송으로서는 그 영화사가 드라마<수사반장>에 대한 명성과 소비자의 신뢰를 부당하게 이용할 목적으로 제호 <수사반장>을 사용하는 것이라고 주장할 수 있다. 만일 문화방송이 영화 <수사반장>을 제작할 계획이라면 더욱 강하게 권리주장을 할 것이다.

마찬가지 이유로, 공연제작사가 만일 <별에서 온 그대>라는 제목을 사용하고자 한다면 그러한 영업 활동이, 소비자의 오인 혼동을 초래하고, 선(先)사용자인 드라마 제작사의 영업상 이익을 침해하는 경우에는 영업주체를 혼동하게 하는 '부정경쟁행위'에 해당할 수 있다.

부정경쟁행위방지 및 영업비밀보호에 관한 법률³¹⁾

제2조【정의】1. “부정경쟁행위”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.

가. 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품임을 표시한 표지(標識)와 동일하거나 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포(頒布) 또는 수입·수출하여 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위나, 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 표장(標章), 그 밖에 타인의 영업임을 표시하는 표지(標識)와 동일하거나 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포(頒布) 또는 수입·수출하여 타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동하게 하는 행위

부정경쟁행위를 하는 상대방에 대하여는 문제가 된 행위의 금지 혹은 예방을 청구할 수 있고, 손해배상을 요구할 수도 있다. 문제가 된 행위로 말미암아 영업상의 신용이 실추되었다면 신용회복을 위한 조치도 가능하다(부정경쟁방지법 제4조, 제5조, 제6조).

*** 서울고등법원 1989. 4. 11.자 89리28결정**

연극 <폼바>가 이미 공연되고 있음에도, 그와 유사한 <서울 폼바>라는 연극을 공연하는 제작자에 대하여, <폼바> 제작자가 <서울 폼바> 명칭사용금지 가치분을 구한 사례가 있다. 법원은 “저작물의 저작, 공연에는 다소 영리성이 내포되어 있기는 하지만 그 주 목적은 문화의 향상발전에 기여함에 있는 것이고, 또 신청인 000의 연극제목 ‘폼바’가 저작권의 보호를 받는 저작물로 인정되지 않으므로, 비록 피 신청인이 그 저작물 제목에 신청인의 연극작품 제목과 같은 단어를 일부 사용하거나 그 저작물을 공연하였다 하더라도 그러한 행위가 부정경쟁방지법 제1조 소정의 상거래에 해당한다고는 볼 수 없다고 판단하였다.

<폼바>공연이 직업 배우들에 의하여 행해지는 전문 극단의 공연이었을 텐데, 공연 행위가 상거래가 아니므로 부정경쟁행위가 아니라는 결론은 적절하지 않다. 만일 <폼바>라는 공연물이 크게 유명하지 않았다면 ‘영업 주체 혼동’의 우려가 없다는 이유로 기각 결정을 했어야 할 것이다.

*** 서울중앙지방법원 2011. 4. 22. 선고 2010가합 99946호 판결**

2011년 서울중앙지방법원은 <어린이 캣츠>는 <캣츠>와 유사하여 영업 주체를 혼동하게 한다는 이유로 부정경쟁행위에 해당한다고 판결하였다. 법원은 “<어린이 캣츠>는 <캣츠> 앞부분에 ‘어린이’가 추가되어 있는데, ‘어린이’라는 단어는 관람대상을 한정 지은 수식어로 사용된 것이므로 <어린이 캣츠> 중 인상적인 부분은 ‘캣츠’라고 할

31) 이하 줄여서 ‘부정경쟁방지법’이라 함.

01 논의의 전제

02 저작물

03 저작권 보호의 경계

04 저작자와 저작권 귀속

05 저작 인격권

06 저작 재산권 및 기타 권리

07 저작권 계약

08 저작권 제한

09 저작 인접권

10 등록과 위탁 관리업

11 저작권 침해

12 저작권 침해에 대한 구제

13 퍼블리시티권

것이어서 그 외관, 호칭, 관념이 전체적으로 유사하다. <어린이 캣츠>는 뮤지컬의 제목으로 사용하고 있어 그 뮤지컬을 관람하는 고객 층의 중복 등으로 경업·경합 관계가 있을 수 있다. 피고 스스로 ‘전설적인 뮤지컬 <캣츠>를 어린이 눈높이에 맞춰 재구성한 뮤지컬’, ‘오리지널 명품 뮤지컬’ 등의 광고 문구를 사용한 것은 뮤지컬 <캣츠>의 주지 저명성에 편승하려는 의도였다고 볼 수밖에 없는 만큼 결국 수요자들로서는 <어린이 캣츠>와 <캣츠>를 동일 또는 유사한 공연이거나 적법한 라이선스를 받은 것 또는 양자 간에 어떤 관계가 존재하는가에 대해 오인·혼동할 수 있다”고 하였다.

그러나 이에 대하여 서울고등법원은 견해를 달리 하였다.

*** 서울고등법원 2012. 1. 11. 선고 2011나37973 판결**

서울고등법원은 “피고의 행위가 부정경쟁행위에 해당하려면 원고의 표지가 뮤지컬 <캣츠>에 관하여 상품이나 영업의 출처표시나 식별표지 기능을 하고 있어야 하는데, 뮤지컬의 제명(題名)이 단순히 그 뮤지컬의 내용을 표시하기 위한 이름으로 사용된 것을 넘어 자타상품이나 영업의 식별표지 기능을 하기 위해서는, 뮤지컬이라는 공연상품이나 영업에 표시되어 사용된 결과, 수요자에게 그 제명이 상품이나 영업의 출처를 표시하고 자기의 영업에 관한 상품이나 그 영업과 타인의 영업에 관한 상품이나 그 영업을 식별하기 위한 표지로서 인식되기에 이르러야 할 것”이라고 한 것이다.³²⁾

한편, 노래 제목 <내가 제일 잘 나가>와 식품 광고물 <내가 제일 잘 나가사끼 짬뽕>이 분쟁이 된 사건에서 법원이 노래 제목 <내가 제일 잘 나가>는 저작물이 아니고, 그러한 광고가 부정경쟁행위가 아니라고 한 사례가 있었다. 사안은 2012년 3월부터 5월까지 ‘삼양식품’측이 인터넷 포털 사이트 등에서 ‘내가 제일 잘 나가사끼 짬뽕’이라는 문구를 사용해 광고를 하자 자신이 만든 노래 제목인 ‘내가 제일 잘 나가’라는 문구의 저작권을 침해당했다며 가처분 신청을 한 것이다.

*** 서울중앙지방법원 2012. 7. 29.자 2012카합996 결정**

법원은 “OOO가 작사, 작곡한 여성 그룹 ‘투애니원(2NE1)’의 ‘내가 제일 잘 나가’ 라는 제호는 ‘내가 인기를 많이 얻거나 사회적으로 성공했다’는 단순한 내용을 표현한 것으로, “문구가 짧고 의미도 단순해 보호할 만한 독창적인 표현이 포함됐다고 보기 어렵고, 독립된 사상 감정의 창작적 표현이라고 보기 어려워 저작물로서 보호받을 수 없다”고 하여 저작물성을 부인하고, “삼양식품 측이 이 노래의 인기를 이용하려는 의도가 있다고 해도 일반 소비자들에게 OOO의 가요와 삼양식품의 상품 사이에 혼동을 일으킬 우려가 있다고 보기 어렵다”고 하여 부정경쟁행위가 아니라고 판단하였다.³³⁾

32) 이 판결은 2013. 8. 18. 현재 대법원 2012다13507 사건으로 계속 중이다.

33) 인터넷 법률신문 2012. 7. 30.자.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

저작자와 저작권 귀속

1. 북한저작물의 보호
2. 외국인의 저작물 보호
3. 연출가의 권리 - 연출가는 실연자인가?
4. 안무가의 권리 - 안무가는 저작자인가?
5. 극작가의 권리
6. 제작자의 권리

1. 북한저작물의 보호



월북 작가의 작품으로 공연을 제작하려고 한다. 북한저작물도 우리 저작권법으로 보호된다고 하는데, 그렇다면 어떻게 권리처리를 할 수 있는가?

헌법 제3조는 ‘대한민국의 영토는 한반도와 부속도서로 한다’고 규정하고 있다. 대한민국 법률은 대한민국 영토에서 유효하고, 따라서 대한민국의 저작권법도 한반도 전체에 적용될 수 있다는 해석이 가능한 것이다.

월북 작가 박태원의 소설 <감오농민전쟁>을 출판한 출판업자를 상대로 남한에 살고 있던 유족이 저작권법 위반 혐의로 형사소송을 제기하여 유죄판결을 받아내고(서울형사지방법원 1989. 12. 12. 선고 89고단4609 판결), 월북 작가 이기영의 소설 <두만강>을 낸 출판사에 대하여 남한의 유족이 제기한 저작권침해금지 가처분 신청이 인용된 것은(서울민사지방법원 1989. 7. 26.자 89카13692결정) 헌법 제3조 ‘영토조항’에 의한 것이었다.

*** 서울지방법원 1996. 9. 12. 선고 96노 3819 판결**

<이조실록번역본> 형사사건에서도 법원은, ‘대한민국의 주권은 헌법상 북한지역에까지 미치는 것이므로 북한이 세계저작권협약에 가입하지 않았다 하더라도 북한 저작물은 상호주의에 관계없이 우리 저작권법상의 보호를 받는다’고 전제하고, 북한 ‘사회과학원 민족고전연구소’가 간행한 <이조실록번역본>에 대하여 남한에서 10년간 독점적으로 복제, 배포할 출판권을 설정받는 내용의 출판권 설정 계약을 체결한 사람이 있다는 사실을 알면서 함부로 번역본을 무단 복제, 배포한 사람에게 유죄 판결을 한 바 있다.

북한은 국제법상 하나의 국가로 인정받고 있다. 1991년 9월 북한은 독립한 국가 자격으로 우리나라와 함께 UN에 가입하였다. 2001년 4월 북한은 저작권법을 제정하였고, 2003년 4월 베른협약에도 가입하였다. 따라서 북한저작물은 이제 국제법적으로도 보호의 대상이 되었다. 1992년 2월 19일에 발효된 남북기본합의서에 의하면, 남과 북은 과학, 교육, 출판, 보도 등 여러 분야에서 교류 협력을 실시하도록 되어 있고, 그 ‘부속 합의서’에서는 남과 북이 상대방측의 각종 저작물에 대한 권리를 보호하기 위한 조치를 취하기로 합의하였다. 그리고 현재 남북경제문화협력재단이 북한저작물의 저작권 이용허락을 대행하고 있다. 남북경제문화협력재단은 북한당국과의 저작권 문제 교류 협력 사업을 통하여 일부 북한 저작물에 대한 관리 위임을 받았다. 일반적으로 북한 작가는 정부기관 소속의 급여 생활자로서 창작자 개인이 저작권을 전부 행사하는 경우는 드물다고 한다. 남북경제문화협력재단은 북한 내각 산하 저작권 사무국의 공증확인서와 저작권자의 승인에 의해 저작물의 이용허락을 지원하고 있는데,

북한 당국의 승인을 받으면 저작권 문제는 일단 해결되고, 우리나라 통일부의 반입승인에 의하여 합법적으로 북한저작물을 이용하게 되는 것이다.³⁴⁾

2007년에는 무용가 최승희의 춤 ‘독무’와 부채춤 ‘군무’를 촬영한 영상저작물이 국내에서 저작권 등록되었는데 이는 북한 저작물 저작권 등록의 첫 사례이다. 통일부 국정 감사 자료에 따르면 2005년부터 3년간 북한 측에 지급한 저작권료가 56만 달러를 넘었다고 한다.³⁵⁾

질문에 대하여는, 월북 작가가 사망했고 그 유족이 국내에만 있다면 유족의 동의를 받으면 될 터이나, 월북 작가 본인 혹은 그 유족이 북한에 소재하고 있다면 남북경제문화협력재단을 통하여 북한의 권리자로부터 이용허락을 받아야 할 것이다. 만일 월북 작가가 상속권자 없이 사망했다면 그 저작물은 공공의 영역(public domain)에 빠지므로 이용에 문제가 없다.

상속권자가 남한과 북한에 모두 소재하면 공동 상속이 되고 그 저작권은 준(準)공유가 된다(민법 제106조, 제278조). 민법 상 공유자는 그 지분을 처분할 수 있고 공유물 전부를 지분의 비율로 사용, 수익할 수 있으며(제263조), 공유자는 다른 공유자의 동의 없이 공유물을 처분·변경하지 못한다(민법 제264조). 공유물의 관리에 관한 사항은 공유자의 지분의 과반수로써 결정하나 보존행위는 각자가 할 수 있다(민법 제265조).

<두만강>의 작가 이기영은 남한에 가족을 두고 1946년 월북하여 1954년부터 1957년 사이에 <두만강>을 집필하고 1984. 8. 9. 사망하였다. 출판사 000은 일본 국회 도서관, 동경대 도서관에서 <두만강>을 복사하여 국내에서 출판하였고, 유족 중 일부가 저작권 침해 금지 가처분을 신청한 일이 있다. 출판사 000은 저작권이 공동 상속인의 준공유에 속하므로 저작권의 행사는 준공유자들의 다수결에 의해야 하는데 신청인들의 의결권이 과반수에 달하지 못하고 준공유자들의 의결 절차를 거치지 않았으므로 저작권을 행사할 수 없다고 주장하였다.

*** 대법원 1968. 9. 17. 선고 68다1142, 1143 판결 참조**

법원은, “준공유의 지분권은 그 목적인 권리 전부에 미치는 것이어서 지분권자는 그 목적인 권리 전부에 대한 방해 배제 청구권을 가지며, 이 방해 배제는 방해 없는 상태로의 복귀를 의미하는 것이어서 보존 행위에 해당하므로 준공유자 각자가 그 목적인 권리 전부에 대한 방해 배제를 청구할 수 있다.”고 하였다.

34) 김규화·이재근, 「신문과 저작권」, (문화체육관광부·저작권위원회, 2010), 36면.

35) 김규화·이재근, 같은 책, 36면.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

2. 외국인의 저작물 보호

Q¹ 외국인의 저작물은 어떠한 범위에서 우리나라에서 보호받는가?

우리 저작권법은 대한민국 국민의 저작물은 당연히 보호하지만, 외국인의 저작물을 항상 보호하는 것은 아니다. 저작권 관련 조약에서는, 저작자의 국적(nationality) 상거소(常居所, habitual residence) 또는 발행(publication) 등 어느 저작자 또는 저작물이 특정 국가와 맺고 있는 법적 인연, 즉 '연결점'에 따라 그 저작자나 저작물을 보호하고 있다.

저작권법 제3조 【외국인의 저작물】

- ① 외국인의 저작물은 대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호된다.
- ② 대한민국 내에 상시 거주하는 외국인(무국적자 및 대한민국 내에 주된 사무소가 있는 외국법인을 포함한다)의 저작물과 맨 처음 대한민국 내에서 공표된 외국인의 저작물(외국에서 공표된 날로부터 30일 이내에 대한민국 내에서 공표된 저작물을 포함한다)은 이 법에 따라 보호된다.
- ③ 제1항 및 제2항의 규정에 따라 보호되는 외국인(대한민국 내에 상시 거주하는 외국인 및 무국적자를 제외한다)의 저작물이라도 그 외국에서 대한민국 국민의 저작물을 보호하지 아니하는 경우에는 그에 상응하게 조약 및 이 법에 따른 보호를 제한 할 수 있다.

우리나라는 1987. 10. 1. 세계저작권협약(Universal Copyright Convention; UCC), 1987. 10. 10. 음반협약(Convention for the Protection of Producers of Phonograms against Unauthorized Duplication of their Phonograms)에 가입하였고, 1995. 1. 1. WTO에 가입하였으므로 그 부속협정인 무역관련지적재산권협정(Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights; TRIPs)을 준수할 의무를 부담한다. 또한, 1996. 9. 21. 베른협약(Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works), 2004. 6. 24. 저작권조약(WIPO Copyright Treaty)에 가입하였고, 2009. 5. 20. 실연·음반 조약(WIPO Performances and Phonograms Treaty; WPPT)에도 가입하였다.

헌법에 의하여 체결 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 동일한 효력을 가진다(헌법 제6조 제1항). 따라서 이들 조약은 국내법과 마찬가지로 직접 적용되고(direct application), 만일 저작권법과 사이에 충돌이 발생하는 경우에는 신법 우선의 원칙 및 특별법 우선의 원칙과 같은 일반원리로 풀어야 한다고 해석한다. 이러한 원칙은 독일, 프랑스, 일

본 등 대륙법계 국가의 전통이고, 별도의 국내 시행 입법을 요구하는 영미법계 국가와 대비된다.³⁶⁾

저작권법 제3조 제2항은 베른협약의 취지에 따라 국내에 상거소를 가지는 외국인을 보호하고(베른협약 제3조 제2항 참조), 이른바 '동시발행(simultaneous publication)의 특례'(베른협약 제2조 제4항)를 규정한 것이다. 베른협약 제2조 제4항은 '저작물의 최초 발행으로부터 30일 이내에 둘 이상의 국가에서 발행된 경우에 그 저작물은 여러 국가에서 동시에 발행된 것으로 본다'고 규정한다.³⁷⁾

저작권법 제3조 제3항은 상호주의 원칙(principle of reciprocity)을 규정한다. 베른협약 제6조 제1항 및 제3조 제2항의 해석으로는 '상시 거주하는 무국적자'도 동맹국 국민과 동일하게 취급하고 있었다. 우리 저작권법은 2006년 전면 개정으로 상시 거주하는 무국적자도 동맹국 국민과 마찬가지로 취급하고 있다.

Q² 세르비아 작가의 희곡을 공연하려고 한다. 저작권 이용허락을 위해 작가와 연락을 취하려고 노력했지만, 세르비아의 경우 아직 우리나라와 교류가 활발하지 않아 영미권 등의 작가와 달리 작가나 저작권 에이전시와의 연락을 취하기가 쉽지 않다. 이런 경우 어떻게 해야 하는가?

조약에 의한 보호이든, 상거소 혹은 최초 공표에 의하여 보호되든 저작권법 제3조 제3항에 따라 외국인의 저작물 보호에는 상호주의에 의한 제한이 있다. 그 외국인의 본국에서 우리나라 국민의 저작물을 보호하는 범위에서만 외국인의 저작물을 보호하게 되는 것이다. 예를 들어 우리나라 저작권법에 의하여 보호의 대상이 된 외국인의 저작물이 있는데 그 외국에서 저작권의 보호기간을 사후 50년으로 규정하고 있다면 (그 외국에서 우리나라 국민의 저작물을 사후 50년간 보호할 것이므로) 마찬가지로 우리나라에서도 문제의 저작물에 대하여 저작자 사후 50년이 경과한 이후에는 보호의 필요가 없어지게 되는 것이다.

세르비아가 아직 저작권 관련 조약에 가입하지 않아 우리나라 저작물에 대한 보호를 하지 않는다면, 상호주의에 따라 세르비아의 저작물을 보호하지 않아도 법적인 문제가 되지는 않는다. 단, 세르비아가 앞으로 저작권 관련 조약에 가입할 가능성이 크고, 작가와의 후호적 관계 형성과 예술가에 대한 존중이라는 점에서 현재 저작권법 위반이 아니라 할지라도 작가 측과 연락을 취하고 공연에 대한 양해를 구해두는 것이 좋을 것이다. 또한 저작재산권의 이용허락

36) 정상조 편 저작권법 주해, (박영사, 2007), 192면(강영수 집필부분), 최경수, 같은 책, 186-187면.

37) Article 3 (4) A work shall be considered as having been published simultaneously in several countries if it has been published in two or more countries within thirty days of its first publication.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

여부와 상관없이 작가의 이름 및 원작명을 주요 인쇄 홍보물에 표기하는 등으로 저작자를 보호하는 태도가 바람직하다고 할 수 있다.

Q³ <캣츠> 사건의 경위는?

1987년 7월 1일부터 시행된 1986년 저작권법 제3조 제1항은 ‘외국인의 저작물은 대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호된다. 다만 당해 조약 발효일 이전에 발행된 외국인의 저작물은 보호되지 아니 한다’고 규정하였다. 우리나라는 1987년 7월 1일 세계저작권협약(Universal Copyright Convention; UCC)에 가입서를 기탁함으로써 1987년 10월 1일 ‘세계저작권협약’이 우리나라에서 발효하였고, 비로소 외국인의 저작물을 보호하게 되었다. 그러나, ‘세계저작권협약’의 취지는 외국인 저작물의 ‘비소급적 보호’였으므로, 1987년 10월 1일 이후 새로이 창작된 외국인의 저작물만이 보호 대상이었다.

그런데, 1995년 1월 1일 세계무역기구 무역관련지적재산권협정(WTO-TRIPs)이, 1996년 8월 21일 베른협약(Berne Convention)이 국내에서 발효함에 따라 개정된 1995년 저작권법(1996년 7월 1일 시행)은 1986년 저작권법 제3조 제1항 단서 규정을 삭제하고, 제61조 저작권 인접권 규정을 개정함으로써, 외국인의 저작물을 소급적으로 보호하기 시작하였다. 여기서 소급의 범위를 어느 정도로 할지가 다시 논의되었다. 1957년 제정된 최초의 저작권법이 저작권 보호기간을 저작자 사후 30년으로 한 점 등 국내법의 해석상 1957년 1월 1일 이후 사망한 외국인의 저작물을 보호하면 조약상 의무를 다하는 것으로 결론이 났다. 이러한 해석을 전제로 1987년 10월 1일 이후에 창작된 저작물이 아니면서, 1957년 이후에 저작자가 사망하거나 생존하고 있어 새로이 보호의 대상인 된 저작물을 ‘회복저작물(restored work)’이라고 한다.

1995년 저작권법 부칙(1996. 12. 6. 시행) 제4조 제3항은 “회복저작물 등을 원 저작물로 하는 2차적저작물로서, 1995년 1월 1일 전에 작성된 것은 이 법 시행 후에도 이를 계속하여 이용할 수 있다. 다만, 그 원저작물의 권리자는 1999년 12월 31일 후의 이용에 대하여 상당한 보상을 청구할 수 있다”고 규정하였다. 이 규정의 취지는, 그 요건에 들어맞는 2차적저작물에 대하여는 ‘보상청구권’만이 인정될 뿐 ‘금지청구권(=정지청구권)’은 인정되지 않는다는 것이었다.³⁸⁾

³⁸⁾ 저작권자의 저작권법상 권리에는 일반적으로 ‘금지청구권(정지청구권)’이 포함되어 있다. 저작권자는 자신의 동의 없이 출판물을 발매하거나, 공연물을 공연하는 상대방을 상대로 경제적 보상을 요구하면서 아울러 침해 행위의 정지를 청구할 수 있는 것이다. 그런데 저작권자에게 금지청구권이 인정되지 않는 예외적 경우가 있는데, 저작권법 제25조(학교 교육 목적 등의 이용), 제31조(도서관에서의 복제등), 제75조(방송 사업자의 실연자에 대한 보상), 제76조(디지털음성송신 사업자의 실연자에 대한 보상), 제76조의 2(판매품을 사용하여 공연하는 자의 실연자에 대한 보상), 제82조(방송 사업자의 음반 사업자에 대한 보상), 제83조(디지털음성송신 사업자의 음반 제작자에 대한 보상), 제83조의 2(판매품을 사용하여 공연하는 자의 음반 제작자에 대한 보상) 등이 그것이다(제123조 제1항). 1996년 저작권법 부칙 제4조도 규정 형식상 금지청구권이 배제되는 것으로 해석된다.

<캣츠>를 공연했던 극단OO은, 원저작물 <캣츠>가 1981년 창작되었으므로 ‘회복저작물’이고, 원 저작물<캣츠>에 새로운 창작성을 보탠 2차적저작물로서 극단 OO의 <캣츠>를 1991년에 제작하였으며, 2000년도의 <캣츠>공연은 2차적저작물인 1991년 극단 OO의 <캣츠>에 대한 ‘계속 이용’이므로 금지 청구의 대상이 되지 않는다고 주장하였다. 즉, 경제적 보상을 할 의사는 있으나 공연을 중단하라는 주장에는 동의할 수 없다는 입장이었다.

이에 대해 Andrew Lloyd Weber에 의하여 설립된 RUG는 극단OO版 <캣츠>가 2차적저작물이 아니고, 2000년도의 극단OO의 <캣츠>는 1991년도 <캣츠>의 ‘계속 이용’이 아니라고 주장하였다.

* 서울지방법원 2000. 5. 15. 자 2000카합774호 결정

서울지방법원은 RUG의 공연 중지 가처분 신청에 대하여, 1991년작 극단OO의 <캣츠>가 ‘노래가사 내지 대사를 국어로 번역하였다는 점과 출연 배우의 분장, 안무나 무대장치 등을 우리나라의 공연실정에 맞게 일부 변형·각색하였다는 점이 인정되기는 하나, 원 저작물의 음악(악곡)만큼은 거의 그대로 사용하고 있다’는 등의 이유로 공연 중지 가처분 신청을 인용한 바 있다.

Q⁴ 미국, 유럽 시장까지도 고려한 비언어극을 기획하고 있다. 갤러리를 중심 무대로 하고 있어 미술 작품이 배경 화면에 자주 등장하고, 그에 맞는 음악을 사용할 계획이다. 외국 예술가들의 미술품, 음악을 사용할 때 보호 기간이 다른 경우 문제는 없는가?

저작권의 보호기간은 길어지는 추세이다. 베른협약은 1908년 베를린 개정에서 유보(reservation) 기능을 전제로 사후 50년 기준을 채택했다가 1948년 50년 기준을 의무화하였다. 베른협약이 성립 당시 저작자 사후 30년 기준을 적용하다가 1908년에 사후 50년으로 연장을 하였으나 모든 회원국에게 사후 50년 기준이 일률적으로 강제되었던 것은 아니었다. 회원국은 사정에 따라 종전 30년 규정을 유지하겠다는 유보 선언을 할 수 있었던 것이다.³⁹⁾

가장 먼저 저작권 보호기간을 사후 70년으로 늘린 나라는 독일이다. 이들은 세계대전을 두 번이나 거치면서 자국 예술가들이 저작권 행사를 하지 못하는 기간이 길었다는 이유로 사후 70년 기준을 택한다고 했고, 독일의 경제력이 압도적이다 보니 유럽연합(EU)이 이른바 역내 조화(域內 調和)를 이유로 70년 기준을 채택하였다. 1990년대 후반 미국이 유럽연합 소속국과의 교역에 있어서 불편하다는 이유로 사후 70년 기준을 받아들이면서 이제 70년 기준이 대

³⁹⁾ 임원선, 『제3판 저작권법』, (한국저작권위원회, 2012), 189면.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

세가 된 듯하다.

우리나라는 1957년 제정법에서는 저작자 사후 30년을 규정하였고, 1986년 전면 개정 시에 사후 50년으로 연장하였다가, 한·EU·FTA 이행을 위하여 2011.6. 30. 저작권법을 개정하여 2013. 7. 1.부터 사후 70년 기준을 시행하였다.

저작자 사후 50년을 보호기간으로 하던 시기에는 해외 저작물의 사후 70년 규정 사이에서 충돌이 우려되었다. 사후 50년이 경과한 저작물은 이미 '공공의 영역(public domain)'에 있으므로 국내 사용에 아무런 부담이 없었으나, 외국 저작물을 원작으로 하는 공연물이 미국이나 유럽연합 국가에서 공연될 예정이라면 사정이 달랐다. 우리 공연물이라고 하여도 원작인 외국 저작물이 외국에서 이용되는 경우 저작권 침해 여부는 공연이 이루어지는 국가의 저작권법에 의하여 판단하게 되기 때문이다. 이제 우리 저작권법이 저작자 사후 70년 기준을 적용하고 있으므로 이러한 문제는 대체로 해소되었다. 오히려 해당 국가의 저작권법이 사후 70년 기준을 충족하지 못한다면, 상호주의에 따라 해당 국가의 저작권이 규정하는 보호기간에 맞추어 해당 저작물에 대하여 짧은 기간만 보호해도 문제가 없다(저작권법 제3조 4항).

3. 연출가의 권리 - 연출가는 실연자인가?



영국에서 12년간 유학한 이후 돌아와 뮤지컬 연출을 담당하고 있다. 저작권법 상 연출자에게는 어떠한 권리가 인정되는가?

저작권법 제2조 제4호는 “실연자”는 ‘저작물을 연기·무용·연주·가창·구연·낭독 및 그 밖의 예능적 방법으로 표현하거나 저작물이 아닌 것을 이와 유사한 방법으로 표현하는 실연을 하는 자를 말하며, 실연을 지휘, 연출 또는 감독하는 자를 포함 한다’고 규정함으로써 실연자의 범위에 ‘실연을 지휘, 연출 또는 감독하는 자’를 포함하고 있다. 이와 같이 실연을 지휘, 연출 또는 감독하는 자를 ‘실연자’에 포함하는 입법 태도는 일본의 영향으로 보인다.⁴⁰⁾

저작권법 제2조 제4호가, ‘실연을 지휘, 연출 또는 감독하는 자’를 실연자에 포함한 이유에 대하여는 그러한 지휘, 연출, 감독행위가 실연 그 자체와 같은 평가를 내릴 수 있기 때문이라고

40) 일본 저작권법 제2조(정의)
3. 실연: 저작물을 연극적으로 연기, 춤, 연주, 노래, 구연, 낭송, 또는 기타의 방법으로 연기하는 것(이에 유사한 행위로 저작물을 연기하지는 않지만 예능적인 성질을 가지는 것을 포함한다)을 말한다.
4. 실연자: 배우, 무용가, 연주가, 가수, 기타 실연을 행하는 자 및 실연을 지휘하거나 연출하는 자를 말한다.

설명한다.⁴¹⁾

연혁적으로, 고전주의 시대에는 감독, 지휘자, 연출자의 업무는 저작물의 재생에 한정된 것으로 이해되었다. 이들은 실제로 실연자도 아니고 그렇다고 창작자도 아니었으므로 노동자로 취급하여 노동에 대한 대가를 지급하는 것으로 만족했던 것이다. 그런데 이들의 업무의 성질에 비추어 볼 때, 이들을 노동자로 취급하는 것 또한 적절하지 않다는 반성이 있어 이들의 지위를 ‘법’에 의하여 ‘실연자’로 보호하게 된 것이다.⁴²⁾

1950년대 이후 실험연극·전위예술 등으로 표현된 포스트모더니즘은 연출자에게 텍스트에 대한 해석의 자유를 인정하였고, 따라서 연출자를 실연자라고 단정하기에는 부적절한 상황이 나타나게 되었다. 즉 연출이라 하더라도 구체적으로 작업 형태를 분석하여 그것이 재생적 작업인지 창작적 작업인지를 판단해야하는 상황이 도래한 것이다.⁴³⁾ 그렇다면, 제2조 제4호 후단은 ‘실연을 지휘 연출 또는 감독하는 자’를 창작자로도 실연자로도 인정될 수 없었던 고전주의를 전제하는 것이고 해석상 혼란만 초래할 뿐이므로 삭제하는 것이 적절할 것이다. 현재 로마협약 제3조(a), WPPT 제2조(a), 독일저작권법 제73조, 프랑스저작권법 제21.2조의 1 모두 후단 규정은 존재하지 아니한다.⁴⁴⁾

결론적으로 연출자에게는 저작권자의 지위를 인정하여야 할 것이다. 현행 저작권법의 규정이 부담스러워서 연출자가 창작적 기여를 하였다면 저작권자이고, 창작적 기여에 이르지 못하였다면 실연자라고 해석 할 수도 있을 터이나, 실제로 연출가가 창작적 기여를 하지 않은 경우를 예상하기는 힘들다. 단, 대법원은 <사랑을 비를 타고> 사건에서 “뮤지컬의 연기자, 연출자 등은 해당 뮤지컬에 관여한 실연자로서 그의 실연 자체에 대한 복제권 및 방송권 등 저작권접권을 가질 뿐”이라고 하였다(2005. 10. 4. 자 2004마639 결정).

41) 정상조 편, 같은 책, 39면.
42) 서달주, 한국저작권법, (박문각, 2007), 384면.
43) 서달주, 같은 책, 385면.
44) 서달주, 같은 책, 386면.

01 논의의 전제
02 저작물
03 저작권 보호의 경계
04 저작자와 저작권 귀속
05 저작 인격권
06 저작 재산권 및 기타 권리
07 저작권 계약
08 저작권 제한
09 저작 인접권
10 등록과 위탁 관리업
11 저작권 침해
12 저작권 침해에 대한 구제
13 퍼블리시티권

4. 안무가의 권리 - 안무가는 저작자인가?

Q¹ 무용저작물이란 무엇인가?

무용저작물(choreographic work; oeuvre chorégraphique)이란, '음악에 맞출 수 있도록 창작된 무대 춤이나 기타 정형화된 행동의 연속을 위한 동작으로 구성된 것'을 말한다. 무용저작물은 일반적으로 저작권 보호를 받을 수 있는 저작물로서 인정된다. 그러나 일부 저작권법에서는 적절한 방법 (예를 들어 '라반 기보법')으로 고정되지 않는 한 보호하지 않는 경우도 있다.⁴⁵⁾

1908년 베른협약은 문학·예술 저작물의 예로 무용저작물(choreographic work)을 규정하면서, 무용저작물의 성립요건으로 '기록 등 유형물로 고정될 것(fixed in writing or otherwise)'을 요구하였다. 이러한 태도는 1967년 스톡홀름 개정에 와서야 변화하여 (무용저작물 뿐만 아니라 일반적인) 저작권 성립 요건으로 '고정성'을 요구할 것인가를 국내법에 맡겼다.^{46) 47)}

미국처럼 저작권의 성립 요건으로서 저작물 전반에 걸쳐 '고정성'을 요구하는 국가도 있으나 우리나라를 포함하여 대부분 국가는 고정성을 요구하지 않는다. 미국 저작권법 제102조는 '현재 알려져 있거나 장래에 개발될 유형의 표현 매체에 고정된 창작물(original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed)을 보호한다고 규정하고, 프랑스는 일반적으로는 고정성을 요구하지 않으면서 무용 저작물의 경우에는 '문서 또는 기타 형식에 의한 고정(fixé par écrit ou autrement)'을 요구한다(제112조의 2, 4호).⁴⁸⁾

무용저작물의 성립요건으로 고정성을 요구하든 그러하지 아니하든 무용저작물이란 안무가의 안무를 의미한다. 그렇다면 안무를 의미하는 무용저작물과 안무, 조명디자인, 무대디자인, 의상디자인, 음악, 실연 등이 합해진 무용 공연물은 구별하여야 할 것이다.

45) 저작권 표준용어집, (저작권심의조정위원회, 1993), 19면.
 46) Paul Goldstein, International Copyright, (Oxford, 2001), p.168
 47) Article 2
 (2) It shall, however, be a matter for legislation in the countries of the Union to describe that works in general or any specific categories of works shall not be protected unless they have been fixed in some material form.
 48) 澁谷達紀, 知的財産權法 講義 II, (有斐閣, 2004), 22면.
 49) 오승중, 「저작권법 제2판」, (박영사, 2012), 135-136면.
 50) 구체적으로 결합 저작물인 뮤지컬 내부에서도 작업 형태에 따라 공동 저작물이 나타날 수 있다. 예를 들어 뮤지컬 음악을 창작함에 있어서 복수의 창작자가 공동으로 기여하였고 그 기여 부분을 분리하여 이용할 수 없다면 그 범위에서 음악 저작물은 공동 저작물이 된다.
 51) 제정 1967. 1. 28. 법률 제432호 문교부
 52) 전문개정 1986. 12. 31. 법률 제3916호 문화공보부, 1986년 전문개정은 우리나라가 세계저작권협약(UCC)에 가입하면서 이루어진 것이다.

Q² 무용저작물은 결합저작물인가?

무용저작물은 결합저작물이 아니다. 그러나 무용저작물을 중심으로 한 '무용공연물'은 결합 저작물이다. 저작권법은 공동저작물을 '2인 이상이 공동으로 창작한 저작물로서 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 것'으로 규정하고 있는데, '결합저작물'이란 공동저작물에 대응하는 개념이다. 즉 '2인 이상이 공동으로 창작한 저작물로서 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 있는 것'이 결합저작물이다. 공동저작물과 결합저작물의 구별 기준으로는 '분리가능성설'과 '개별적 이용가능성설'이 있다. 분리가능성설은 각 구성부분의 물리적 분리가능성 여부를 기준으로 하고, 개별적 이용가능성설은 분리된 것의 단독 이용가능성을 기준으로 한다. 저작권법은 '개별적 이용가능성설'에 입각하고 있다고 해석한다.⁴⁹⁾ 무용공연물을 창작하기 위하여 대본, 음악, 무대, 의상, 조명 등의 담당 창작자가 기여할 수 있고, 그들 각자가 이바지한 창작물은 분리 이용이 가능할 것이다. 일반적으로 (가사와 멜로디를 요소로 하는) 가요, 뮤지컬 등을 결합저작물의 예로, 영상저작물을 공동저작물의 예로 들고 있다.⁵⁰⁾

Q³ 무용저작물은 우리나라 저작권법에 어떻게 반영되어 있는가?

1957년 제정 저작권법⁵¹⁾은 '저작물'을 '표현의 방법 또는 형식의 여하를 막론하고 문서, 연설(演述), 회화, 조각, 공예, 건축, 지도, 도형, 모형, 사진, 악곡, 악보, 연주, 가창, 무보(舞譜), 각본, 연출, 음반, 녹음 필름, 영화와 기타 학문 또는 예술의 범위에 속하는 일절의 물건'(제2조)으로, '저작권'은 '저작자가 그 저작물 위에 가지고 있는 일절의 인격적·재산적 권리'(제7조)로 규정하였다. 즉, 제정 저작권법에 의하면 무용저작권은 안무가가 무보 위에 가지고 있는 일절의 인격적·재산적 권리라고 해석될 것이다.

1986년 저작권법⁵²⁾ 전면개정시 '저작물'을 '문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물'(제2조 제1호)로 규정하면서, '저작물의 예시'로서 '연극 및 무용·무연극 등을 포함하는 연극저작물'(제4조 제3호)이라고 하였다. 저작물의 개념에서 무보와의 관련성을 배제하면서, 무용 저작물을 '연극저작물'의 한 가지로 파악한 것으로, 현행저작권법에서도 그러한 태도는 기본적으로 유지되고 있다.

현행 저작권법 제4조【저작물의 예시 등】

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

① 이 법에서 말하는 저작물을 예시하면 다음과 같다.

1. 소설·시·논문·강연·연설·각본 그 밖의 어문저작물
2. 음악저작물
3. 연극 및 무용·무연극 그 밖의 연극저작물
4. 회화·서예·조각·판화·공예·응용 미술 저작물 그 밖의 미술저작물
5. 건축물·건축을 위한 모형 및 설계도서 그 밖의 건축저작물
6. 사진저작물(이와 유사한 방법으로 제작된 것을 포함한다)
7. 영상저작물
8. 지도·도표·설계도·약도·모형 그 밖의 도형저작물
9. 컴퓨터프로그램저작물

Q⁴ 안무가의 저작권법적 지위는 어떠한가?

저작권법 제2조 제4호는 “실연자”는 ‘저작물을 연기·무용·연주·가창·구연·낭독 그 밖의 예능적 방법으로 표현하거나 저작물이 아닌 것을 이와 유사한 방법으로 표현하는 실연을 하는 자를 말하며, 실연을 지휘, 연출 또는 감독하는 자를 포함한다’고 규정함으로써 실연자의 범위에 ‘실연을 지휘, 연출 또는 감독하는 자’를 포함하고 있다. 이에 대한 해석으로 ‘지휘’란 교향악단이나 음악연주단의 지휘자를 말하고, ‘연출’이란 연극이나 무용의 연출가를 말하며, ‘감독’이란 영화의 감독을 상정한 것으로 전제하는 견해가 있다.⁵³⁾ 이 해석론에서 무용의 연출가란 무용의 안무가의 오류로 보인다. 무용 공연의 경우 대극장 공연을 앞두고 조명, 음향 등과 무용수의 동작을 일치시키기 위하여 안무가와는 별도로 연출이 동원되는 경우가 없지는 않으나 이는 오히려 이례적이고, 통상 연극의 ‘연출’이나 영화의 ‘감독’에 대응하는 역할은 무용에서 ‘안무’이기 때문이다.

무용 안무가는 연극의 연출가와는 작업형태를 달리한다. 연극 연출가는 대본이라는 텍스트를 전제로 텍스트를 재생하거나 혹은 이를 전제로 창작성을 발현할 뿐이다. 무용 안무에 있어서는 대본 자체가 존재하지 않거나 존재한다고 하더라도 대본에 대한 의존도가 연극과는 비교가 되지 않을 정도로 미미하다. 언어를 사용하지 않고 신체를 이용하여 미적 추구를 행하는 무용에서의 안무의 기능과 텍스트를 분석하는 연출의 기능을 동일시 할 수는 없는 것이다. (연극 연출가도 저작권자로 보아야 할 터이나, 현행법의 해석상 연출가를 실연자하고 하

53) 허희성, 2000 신저작권법초개설(상) (저작권아카데미, 2000) 48면; 오승중, 『제3판 저작권법』, (박영사, 2013), 818면. 여기서 연출가란 무용 안무가의 오류로 보인다. 무용공연의 경우, 대극장 공연을 앞두고 조명, 음향 등과 무용수의 동작을 일치 시키기 위하여 안무가와는 별도로 연출이 동원되는 경우가 없지는 않으나 이는 오히려 이례적이고, 통상 연극의 ‘연출’이나 영화의 ‘감독’에 대응하는 역할은 무용에서 ‘안무’이기 때문이다.

더라도 안무가와 연출가는 구별하여야 한다는 뜻이다)

따라서 무용의 안무를 연극의 연출과 같이 취급하는 것은 적절하지 않다. 저작권법 제2조 4호 후단의 ‘지휘자, 연출자, 감독’에는 안무가가 포함되지 않는 것으로 해석하여야 할 것이다. 안무가는 ‘저작인접권자로서의 실연자가 아니라, 저작자 그 자체’이다. 안무가의 안무는 저작인접권으로 보호할 것이 아니라 저작권으로 보호하여야 한다. 한편 영화감독의 경우 유럽 국가들은 당연히 저작자로 취급하고 있고, 우리나라에서는 해석론 상 저작자임을 인정하면서도 특례규정에 의하여 영상저작물 유통의 편의를 위하여 영화 제작자에게 저작권 양도를 추정하고 있다(저작권법 제99조, 100조, 101조).

연출가나 감독이 저작권법 제2조 제4호 후단에 의하여 실연자의 지위를 가지면서 또한 창작자의 지위를 겸한다는 식으로 궁색한 해석을 하는 경우가 있으나, 안무가의 경우에는 현행법에 의하더라도 단순히 저작자로 해석하면 족하다고 보는 것이다.

Q⁵ 안무의 저작권법적 보호는 어떻게 되는가?

과거에는 발레처럼 이야기 구조를 갖춘 극적 표현(dramatic performance)에 해당하는 경우에만 무용저작물로서 보호된다고 하였으나 이제 그러한 논의는 극복되어 극적 구조를 가지고 있지 않더라도 저작권 보호에는 무리가 없다고 이해하게 되었다.

즉, 미국 1909년 저작권법에서는 안무(choreography)는 반드시 극적 표현인 경우에만 저작권 보호를 받았다. 그러나 현행 미국 저작권법은 극적 표현 여부를 따지지 않고 모든 형태의 안무를 저작물로 보호하고자 한다. 1961년 미국 저작권등록관 보고서(Register's Report)에서도 “무용저작물을 ‘1909년 저작권법의 극적 구성(dramatic compositions)’의 하나로 본다면 심각한 문제가 발생한다. 많은 무용저작물은 미적 호소(esthetic appeal)를 한다는 점 외에는, ‘막연한(abstract)’ 춤동작만 보여줄 뿐 거기에 스토리나 특정 주제가 명확하지 않다. 그러한 ‘막연한’ 춤이 극적 표현에 해당할 지는 의문이다. 안무가의 독창적 창작인 ‘막연한’ 춤이 스토리나 주제를 표현하는 전통 발레만큼 보호받지 않아야 할 이유가 없다”고 하였다.⁵⁴⁾ 나아가 춤이 ‘무용 저작물’이 되기 위해서는 관객에게 공개되기 위한 것(be prepared for presentation to the audience)이어야 하는 것도 아니다. 1961년 저작권 등록관 보고서는 “관객에게 공개되기 위한 무용저작물(choreographic works prepared for presentation to the audience)”을 보호하는 것이 좋겠다고 하였으나, 후에 ‘관객 공개’ 요건은 “불필요하게 제한적(unnecessary restrictive)”이라는 이유로 삭제되었다.

54) Melville B. Nimmer David Nimmer, 『Nimmer on Copyright 1』, (Lexis Nexis, 2006) §2.07(B)

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작인접권
- 06 저작재산권 및 기타 권리
- 07 저작계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

미국 하원 보고서(House Report)는 “무용저작물’은 사교춤 스텝(social dance steps)이나 간단한 순서(simple routines)를 포함하지는 않는다”고 한다. 그 의미에 대하여는 저작물이 성립하기 위해서는 최소한의 창작성만 있으면 되지만(minimal requirement of creativity) 안무의 저작물성을 검토할 때에는 그 요건이 강화될 수도 있다고 설명한다.⁵⁵⁾

최근 사교댄스와 관련해 일본 법원에서 미국 하원 보고서의 취지와 유사한 판결이 있었다.

*** 일본 東京知裁 2012. 2. 28. 선고 平成 20(7) 제9300**

“사교댄스의 기본 스텝과 PV(popular variation)스텝은 극히 짧고 일반적으로 사용되는 것으로, 이에 변형을 가했다고 하더라도 기본 스텝의 범위에 속하는 흔한 것이기에 저작물성을 인정할 수 없으며, 이러한 짧은 몸의 움직임 자체에 저작물성을 인정하고 특정인 사람에게 독점을 인정하는 것은 본래 자유로워야 하는 인간의 몸의 움직임을 과도하게 제약하는 것이기 때문에 타당치 못하다.”⁵⁶⁾

그러나 실제로는 안무가 유형물에 고정되지 않은 한 저작권의 입증도 어렵고, 침해자의 침해 행위 입증 또한 쉽지 않으므로 국내외를 막론하고 분쟁 사례는 많지 않다. 분쟁 사례가 많지 않은 사정은 무용 공연이 산업화가 가장 어려운 장르라는 점과도 관련된다. 순수예술로서의 무용 공연인 경우 객석을 전부 채웠다 하더라도 입장권 수입으로는 제작비 일부를 충당하는 정도가 보통이다. 따라서 저작권 침해라 할 만한 사례가 적지는 않으나 권리자가 법률 비용을 부담할 의욕을 보일 수 없는 상황이므로 법률적 분쟁 사례가 희소하다고 이해할 수 있다.

일본에서 유럽의 유명 안무가인 ‘모리스 베자르(Maurice Bejart)’의 동의 없이 그의 안무를 이용하여 분쟁이 된 사건이 있다. 러시아 ‘키로프 발레단’과 소속 저명 무용수를 초청하여 행한 공연이 안무에 대한 공연권 침해가 되는가 하는 분쟁이었다.

*** 東京地裁 平成 10년 11월 20일, 知的裁集 30권 4호 841면**

‘베자르베ジュアル 안무 사건’이라 불리는 분쟁으로 법원은 ‘각 무용은 동작의 기본적인 추이가 같고’, ‘특징적인 자세를 같이 하며’, ‘일련의 기본적인 동일한 동작 가운데 그 일부분이 한 쪽에는 있으나 한 쪽에는 없거나 일련의 기본적인 동일한 동작 가운데 순간적인 자세의 차이’가 존재한다고는 하여도 ‘무용으로서의 동일성이 방해받은 것은 아니다’라고 하여 공연권의 침해를 인정하였다.⁵⁷⁾

미국에서 안무의 저작권이 문제된 분쟁으로 Horgan v. MacMillan Inc. 사건이 있다. George

55) Melville B. Nimmer David Nimmer, 같은 책, (Lexis Nexis, 2006) §2.07(C)
 56) 임상혁, “2011년 분야별 중요판례분석 (24) 엔터테인먼트”, 인터넷법률신문 2012. 9. 20.자
 57) 中山信弘, 윤선희 편역, 저작권법, (법문사, 2008), 66면, 三山裕山, 新版 著作権法 詳説, (LexisNexis, 2004), pp. 44-45.

Balanchine의 유언집행자인 Barbara Horgan은 Balanchine의 <호두까기인형(Nutcracker)>에 대한 저작권 침해를 이유로 MacMillan 출판사를 문제 삼았다. 출판사가 Balanchine의 <호두까기인형>공연 스틸사진을 포함한 책을 출판하려고 하자 출판 금지 가처분을 신청한 것이다.⁵⁸⁾ 연방 1심 법원은 그들 사진이 안무에 대한 저작권을 침해하지 않는다고 판단하고 가처분을 기각하였다. Horgan은 연방 제2항소법원에 항소를 제기하였고, 항소 법원은 1심 법원이 침해에 대한 기준을 잘못 적용하였다며 정확한 침해 기준을 적용하여 다시 판단하라고 1심법원에 환송하였다.⁵⁹⁾ 그러자 당사자들은 임의로 합의하였다. 항소법원은 안무저작권 침해에서는 “first impression”이 저작권 침해사건에서 중요한 지침이 된다고 하였다. 우리나라에서도 순수예술 공연에서 안무의 저작물성이 법률 분쟁으로 비화한 예는 보이지 않았으나 최근 상업 안무에서 그러한 분쟁이 발생하였다. 가수 ‘시크릿’의 노래 <사이보이>의 안무를 학원에서 강습 시간에 이용하고 이를 촬영하여 그 동영상상 홈페이지 등에 올리자 안무가가 학원 담당자를 상대로 손해배상 청구를 한 사건이다.

*** 서울중앙지방법원 2011. 11. 8. 선고 2011가합23960 판결<사이보이>**

법원은 “이 사건 안무는 전문 안무가인 원고가 ‘시크릿’의 <사이보이>의 악곡의 전체적인 흐름, 가사의 내용 및 가수들에게 적합한 일련의 신체적 동작 및 몸짓을 조합 배열한 것으로 원고의 사상 또는 감정을 표현한 창작물이라고 봄이 상당하고, 피고들 주장과 같이 이 사건 안무에 대중에게 널리 알려진 스웬덴스의 기본적 스텝이 부분적으로 포함되었다 하더라도 그것이 이 사건 안무의 창작성을 부정하는 근거로는 되지 않는다”고 하였다.⁶⁰⁾

Q⁶ 무용저작물의 등록 방법은?

저작권은 창작과 동시에 발생하므로 저작권의 등록이 권리의 성립 요건은 아니다. 저작권 등록을 하면 저작자로 추정이 되고(제53조 제3항), 법정 손해배상을 청구 할 수 있다(제125조의 2 제3항). 저작재산권을 양도하는 경우 그 양도등록을 하지 않으면 제3자에게 대항할 수가 없는 등의 효력이 발생할 뿐이다(제54조).

저작권등록부에는 등록번호, 저작물의 제호, 저작자 등의 성명, 창작·공표 및 발행 연월일, 등록 권리자의 성명 및 주소, 등록의 내용을 기재하여야 한다(저작권법 시행령 제27조). ‘등

58) Horgan v. Macmillan, 621 F.Supp. 1169,1170 (S.D.N.Y. 1985)
 59) 789 F.2d 157 (2d Cir. 1986) 항소심은 처음으로 안무의 저작권을 법률적으로 분석하였는데, 법원은 ‘안무에 대한 연방저작권법에 의한 보호는 최근의 발전이자 그러한 보호는 법적으로 시도된 바 없는 영역’이라고 하였다.
 60) 임상혁, 같은 곳, 인터넷법률신문 2012. 9. 20.자

01 논의의 전제
 02 저작물
 03 저작권 보호의 경계
 04 저작자와 저작권 귀속
 05 저작 인격권
 06 저작 재산권 및 기타 권리
 07 저작권 계약
 08 저작권 제한
 09 저작 인접권
 10 등록과 위탁 관리업
 11 저작권 침해
 12 저작권 침해에 대한 구제
 13 퍼블리시티권

록의 내용'으로 사진, 동영상, 무보, 그림, 안무의 설명 혹은 이들을 적절히 조합하여 등록하는 방법을 생각할 수 있다.

1909년 미국 저작권법 당시 미국 저작권청은 문장에 의한 서술(verbal description), 무보(舞譜, dance notation), 사진 혹은 그림에 의한 다이어그램(pictorial or graphic diagram), 혹은 이들의 조합을 무용저작물로서 등록(deposit)을 받았다. 선호하는 방식은 라반 시스템 무보와 동영상(motion picture)이었다. 이들 형식은 현행 미국 저작권법에서도 수용가능하고,⁶¹⁾ 우리 저작권 등록에서도 자주 활용되는 등록 방식이다.

5. 극작가의 권리

Q 전업 작가이다. 나의 저작권법상의 권리로는 어떤 것이 있는가?

작가는 저작재산권으로서 복제권, 공연권, 공중송신권(방송권, 전송권, 디지털음성송신권), 배포권, 2차적저작물작성권을 가지고, 저작인격권으로서 공표권, 성명표시권, 동일성유지권을 행사할 수 있다.

극작가는 작품을 공연하는 권리에 가장 관심이 많을 것이다. 작가는 제작사와 반대의 집필계약을 하지 않은 한, 그 작품을 별도로 출판할 수 있고, 드라마·게임·영화·애니메이션 등의 제작을 허락할 수 있다.

작가는 공표권을 가지고 있지만, 집필 계약을 하고 그 계약이 무리 없이 이행되었다면 계약 상대방과 사이에 공표를 전제한 것이므로 새삼 공표권을 행사할 여지는 없을 것이다. 작가는 극본 혹은 홍보물에 자신의 크레딧을 올릴 수 있고(성명표시권), 본인의 동의 없이 함부로 제작사가 집필 대본을 수정한다면 이를 막을 수 있어야 할 것이다(동일성유지권).

극본의 저작재산권은 집중 관리 단체인 한국문예학술저작권협회를 통하여 행사하는 것이 간명하다. 한국문예학술저작권협회는 회원의 저작물이 이용되는 경우 그 이용료를 징수하여 회원들에게 분배하는 업무를 담당한다.

61) Melville B. Nimmer David Nimmer, op. cit., §207(C)미국 저작권법상 저작권 등록은 미합중국 저작물에 대한 소송 요건이기도 하고(§411), 저작권 등록을 한 경우에만 법정손해배상청구권(§504 (c))이 인정되며 변호사 비용 상환청구권(§555) 등의 혜택을 누릴 수 있다.

6. 제작자의 권리

Q 창작뮤지컬을 오랫동안 기획, 준비하여 공연하였다. 작품의 기획에서부터 작가 및 작곡자 선정, 크리에이티브 스태프들의 구성, 제작비 조성 등 공연의 전 과정을 책임지고 초연을 성공적으로 올렸다. 재공연을 준비하려 하였더니 작가가 다른 제작자와 공연을 하겠다고 한다. 제작자에게는 저작권이 없으므로 작가의 허락 없이도 공연이 불가능하다고 하는데, 이것이 사실인가?

창작뮤지컬 작품 개발 시 제작자의 역할은 제작 형태나 과정에 따라 차이가 있을 수 있다. 제작자가 작품의 아이디어를 구상하고 이에 적합한 창작자를 섭외하여 공연까지 주도적으로 발전시키고 완성시켜 나가는 경우가 있고, 창작자가 작품의 기획 아이디어를 제작자에게 제시하여 공연물로 발전시키는 경우도 있다. 어느 경우이든 신규 공연 작품 개발 전 과정에 있어 제작자의 중요성과 기여도는 결코 작지 않다. 특히 제작자가 작품의 아이디어를 구상하고 그에 맞는 작가, 작곡자, 작사자 등 창작자를 섭외하여 제작 과정을 이끌어가는 경우, 저작물이 완성되기까지의 과정에서 제작자는 끊임없이 창작자들과 의견을 교환, 조율하며 개별저작물의 완성에 기여한다.

그러나, 저작권법상 저작물에 대한 저작권은 직접 창작한 주체에게만 있고 창작을 의뢰하거나 창작의 동기를 부여한 사람은 저작자가 될 수 없다. 저작자로 인정받기 위해서는 작품의 구체적인 줄거리 구성, 동선의 구상, 대사 혹은 가사의 작성 등 창작에 직접적으로 참여해야만 하고, 아이디어를 제공한 정도로는 저작자로 인정받을 수 없는 것이다.

제작자가 창작뮤지컬을 계속 공연하고자 한다면 각 창작자와의 저작권 계약에 의해서 권리를 확보해야 한다. 영상저작물의 경우 특례 규정에 따라, 영상저작물에 대한 저작권은 감독, 촬영감독 등 근대적 저작자에게 공동으로 귀속하되 영상저작물의 원활한 유통을 위하여 영상저작물의 이용을 위한 저작재산권이 영상제작자에게 양도된 것으로 추정하고 있지만(저작권법 제100조 제1항, 제3항), 공연물에 대하여는 그러한 특례 규정이 존재하지 않는다.

따라서 안정적인 공연을 위해서 제작자는 작가, 음악감독, 안무가 등 창작자와의 계약을 통해 공연에 필요한 범위에서 저작재산권을 양도받거나, 그렇지 않다면 장기간의 독점 이용 허락 계약을 체결하는 방식으로 추후 공연에 대한 안전장치를 마련해 둘 필요가 있다.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 **저작자와 저작권 귀속**
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

05

저작인격권

1. 저작인격권의 일신전속성
2. 동일성유지권

1. 저작인격권의 일신전속성(一身專屬性)



준비하고 있는 공연 콘셉트에 맞추어, 작곡가의 곡을 편곡하고 일부 가사를 개사하여 사용하려고 한다. 이를 위해 작곡가와 저작권 협의를 하려했더니, 사용하고자 하는 곡의 저작권을 오래 전에 음반제작자에게 양도했다고 한다. 이 경우 공연을 위한 저작권 협의는 음반제작자와 하면 되는 것인가?

편곡과 개사가 사소한 정도로 이루어진다면 편곡물이나 개사물이 2차적저작물이 된다고 할 수 없다. 그러나 편곡과 개사 과정에서 창작성이 발현되어 원저작물에 종속하기는 하나 새로운 저작물이라고 볼 수 있는 결과물이 나왔다면 이는 2차적저작물에 해당한다.

편곡이나 개사과정에서 원저작물의 '내용·형식·제호의 동일성'이 훼손되었다면 저작인격권으로서의 '동일성유지권'이 침해될 수도 있다(저작권법 제13조 제1항). 저작인격권은 '일신전속성'을 속성으로 한다. 일신전속성이란 비양도성·비상속성을 의미하므로, '저작권을 양도하였다'고 하더라도 양도의 대상은 저작재산권자일 뿐이고 저작인격권이 양도되는 것은 아니다. 저작인격권은 여전히 작곡가에게 남아 있는 것이다.

음악저작물을 공연에 이용하는 경우, 장르의 특성, 악기의 편성, 극의 구성이나 흐름에 맞추어 편곡이나 개사를 해야 하는 상황이 자주 발생한다. 작곡가가 자신이 창작한 곡의 저작권을 음반제작자에게 양도하였다면 작곡가는 저작인격권을, 음반제작자는 저작재산권을 행사하게 된다. 그런데 저작권법은 저작재산권을 양도하더라도 '2차적저작물작성권'은 양도되지 않는 것으로 추정한다(제45조 제2항). 따라서 음반제작자에게 '2차적저작물작성권'이 양도되었는지 여부에 따라 편곡에 대한 허락을 줄 수 있는 주체가 달라진다. '2차적저작물작성권'까지 음반제작자에게 양도되었다면 음반제작자가 편곡에 동의를 할 터이나, 그렇지 않다면 작곡가의 동의를 구하여야 한다. 이러한 사정은 자신의 저작재산권을 '한국음악저작권협회' 등 저작권 신탁관리업자에게 신탁을 한 경우에도 마찬가지이다. '신탁'은 '저작재산권의 양도'를 의미하는데, 저작재산권을 양도하더라도 '2차적저작물작성권'은 양도되지 않는 것으로 추정하기 때문이다. 즉, 신탁된 음악저작물이라 하더라도 편곡을 위해서는 저작권자의 동의를 얻어야 하는 것이다.

결국 사안의 경우에는 '한국음악저작권협회'의 이용허락 외에도 2차적저작물작성권자인 작곡가 혹은 음반제작자, 저작인격권자인 작곡가의 동의를 필요하다고 할 수 있다. 한편 저작자가 사망한 경우, '일신전속성'을 지니는 저작인격권은 소멸하지만 이용의 형태에 따라 저작자의 명예를 훼손했다고 인정될 경우 유족으로부터 이의를 제기당할 수 있으므로 주의가 필요하다(저작권법 제14조 제2항).

2. 동일성유지권



해외 작가의 공연 대본을 공연하기 위해 번역 작업을 진행 중이다. 원작 대본에 우리나라 관객 정서에 맞지 않는 부분들이 있어 연출자는 우리 실정에 맞게 수정하기를 원하고 있다. 하지만 원작자는 저작권 이용 계약에서 이것이 불가능하다고 명확하게 명시했고, 최종 한글 번역 대본을 원작자에게 보내 승인을 받아야 하기 때문에 원작자 모르게 진행할 수도 없는 상황이다. 어떻게 해야 하는가?

저작자는 저작물의 내용이나 형식, 제목의 동일성을 유지할 권리가 있다(저작권법 제13조, 동일성유지권).

해외 유명 대본을 번역하는 경우, 원작자는 번역이 원본에 충실하여야 한다는 점, 연습 시작 이전에 번역의 수준에 대하여 검수를 할 것이라는 점을 계약에서 명시하는 경우가 있다. 원작자가 번역의 오류를 지적하는 경우 그러한 지적을 받아들이지 않을 수 없고, 원작자가 검수한 번역을 번역자가 재차 수정하는 것은 계약에 반하므로 현실적으로 원저작자 동의 없이 원작을 수정하는 시도는 위험하다고 하지 않을 수 없다.

저작권에 대한 관리 시스템이 정교한 브로드웨이나 웨스트엔드 등 상업성이 강한 시장의 경우 번역에 대한 통제가 까다롭지만, 동유럽·남미 등 상업성이 약한 저작물에 대해서는 상대적으로 협상 여지가 많은 편이다. 대형자본이 투입되는 상업성이 강한 공연과 상대적으로 제작비 규모가 작고 비상업적인 공연 사이에는 저작권 관리 방식에 차이가 있기 마련이다. 따라서 해당 작가의 성향, 저작물의 성격, 국가별 저작권 관리 방식 등의 상황을 고려할 필요가 있다.

저작권은 배타적권리로서 이용자가 저작권자를 설득하지 않는 한 저작권자의 뜻에 반하는 이용은 사실상 거의 불가능하다. 저작권자와 뜻이 맞지 않으면 그 저작물 이용을 포기하여야 할 것이다.

01 논의의 전제

02 저작물

03 저작권 보호의 경계

04 저작자와 저작권 귀속

05 저작인격권

06 저작재산권 및 기타 권리

07 저작권 계약

08 저작권 제한

09 저작인접권

10 등록과 위탁 관리업

11 저작권 침해

12 저작권 침해에 대한 구제

13 퍼블리시티권

저작권 및 기타 권리

1. 음란물과 공연
2. 영상물 일부의 음반 수록
3. 희곡의 특징적 대사가 영화에 이용된 경우
4. 뮤지컬 공연물의 케이블 TV 방송
5. 축제 보도자료와 저작권
6. 작가 동의 없이 공연제작사가 다른 작가에게
대본을 고치게 하는 경우
7. 공동 집필 작가의 형사고소
8. 원작과 원안의 의미
9. 렌탈 악보의 권리 관계
10. 저작권이 유효한 미술저작물의 공연 활용
11. 저작권자의 허락 없이 무단으로 공연되는 경우
12. 주크박스 뮤지컬
13. 공연계약과 판권
14. 저작권료 책정 및 지급
15. 저작권의 보호기간
16. 퍼블릭 도메인(Public Domain)

1. 음란물과 공연

Q 내 만화가 음란물이라는 이유로 형사처벌을 받았다. 그런데 내 만화를 바탕으로 공연물을 제작하고 있다는 정보가 있어 연락을 했다. 제작자는 내 작품으로부터 모티브를 얻었으나 내 작품에 의존하지 않았다고 주장하면서, 한편 내 작품은 불법 음란물이므로 모방을 했다하더라도 전혀 문제가 되지 않는다고 주장한다. 음란물을 창작한 작가에게는 저작권이 인정되지 않는가?

저작물의 내용이 음란할 경우, 저작자는 형사처벌을 받게 되고(형법 제243조, 제244조) 상업 광고가 제한되는 등 행정적 불이익을 얻을 수도 있다. 출판문화산업진흥법 제25조는 음란물에 대하여 ‘한국간행물윤리위원회’가 유해간행물로 결정하고, 유해간행물은 즉시 수거, 폐기할 것을 규정하고 있고, 방송법에 근거한 ‘방송광고 심의에 관한 규정’ 제43조는 ‘음란한 내용의 간행물, 영상제작물, 공연물, 전기 통신을 통한 음성정보·영상정보 및 문자정보’의 방송 광고를 금지하고 있는 것이다.

사정이 그러하다고 하더라도 그 작품이 음란물이므로 저작권의 보호 범위 밖에 있다고 단정할 수는 없다. 음란성 판단과 저작물성은 별개의 기준이기 때문이다. 저작권법의 목적은, 유용한 저작물의 창작자에게는 보상을 하고 무용한 저작물의 창작자에게는 보상을 부인하고자 하는 공중의 기호를 믿으면서, 그 표현 대상이나 내용에 관계없이 요건을 갖춘 모든 저작물을 보호함으로써 달성될 수 있기 때문이다.⁶²⁾

*** 대법원 1990. 10. 23. 선고 90다카8845 판결**

대법원도, ‘저작권법의 보호대상인 저작물이라 함은 사상 또는 감정을 창작적으로 표현한 것으로서 문학, 학술 또는 예술의 범위에 속하는 것이면 되고 윤리성 여하는 문제되지 아니하므로 설사 그 내용 중에 부도덕하거나 위법한 부분이 포함되어 있다 하더라도 저작권법상의 저작물로 보호된다’고 하였다.

수 년 전 외국 소프트웨어 저작권자가 국내 불법 복제자들을 상대로 대량의 저작권 침해 고소장을 접수한 바 있었다. 우리 검찰은, 외국 저작권자가 ‘음란물’에 대하여 저작권 침해를 의뢰한 데 대하여 음란물의 저작권을 보호할 필요가 없다는 취지로 수사를 진행하지 않았다. 반면에 일본의 성인비디오(AV) 제작자들이 대만에서 불법 복제물이 돌고 있다는 이유로 수사를 의뢰한 사건에서 대만 검찰은 수사를 제기하여 불법복제자를 공소 제기하였고, 법원도 유죄판단을 했다. 우리 검찰은 정책적 판단으로 수사를 회피하였는데, 순전히 법리적으로만 파악한다면 대만 검찰의 태도가 합당한 것으로 보인다.

2. 영상물 일부의 음반 수록

Q 영화배우 한석규와 송강호가 출연하였던 <넘버3>는 참 좋은 영화였다. 특히 불사파 두목 송강호가 줄개들과 자장면을 시켜 먹으면서, 임춘애와 홍수환의 어려웠던 시절을 예로 들어 ‘헝그리 정신’을 설교하는 대사는 무척 인상적이었다. 1999년 겨울 <넘버3>의 ‘헝그리 정신’ 대사만 떼어내어 그 일부를 반복하여 재미를 주고 배경 음악을 입혀 편집 앨범(compilation album)에 수록한 음반을 보았다. 이런 음반을 만들려면 영화사, 작가, 연출, 배우 중 누구의 동의를 받아야 하는가?

<넘버3>에서 불사파 두목 송강호가 자장면을 시켜놓고, ‘고난 뒤의 영광’을 주제삼아 홍수환, 임춘애를 들먹이며 직원들에게 장시간 혼계하는 명대사는, 거의 2분 30초 동안 롱테이크(long take)로 컷을 나누지 않고 찍었다고 하여 유명했던 장면이다.

일단 실연자인 ‘송강호’에게는 저작인접권자의 복제권이 귀속할 것이고, 대본을 작성하고 감독을 한 ‘송능한’에게도 저작권자의 복제권이 있다. 영상제작자 ‘후리시네마’는 영상저작물의 이용권자로서의 지위를 주장하고 싶은 것이다. 영상제작자는 스태프들로부터도, 실연자로부터도 영상저작물의 이용에 관한 권리를 양도받은 것으로 추정되고, 영상저작물의 이용을 위하여 필요한 권리에는 복제권·배포권이 포함되어 있다(저작권법 제100조, 제101조). 한편, 송강호와 송능한 감독은 음반사가 함부로 특정 대사만을 들어내어 구간 반복을 하고 일부 대사는 임의로 속도를 늦추고 배경 음악을 입힘으로써 ‘동일성유지권’을 침해했다고 주장할 여지도 있다(현행 저작권에는 실연자에게 동일성유지권이 인정되고 있으나, 당시에는 실연자에게 동일성유지권이 인정되지는 않았다).

‘영상저작물에 관한 특례’ 규정에 따라 영화사 후리시네마만이 권리를 행사할 수 있다는 판단도 가능할 듯하나, 오히려 1997년의 ‘가라오케용 LD’ 사건의 대법원 판례의 취지를 따르면 영화사의 권리가 침해된 것이 아니라 작가와 연출자의 복제권·배포권, 실연자의 복제권·배포권이 침해되었다고 하는 것이 맞겠다. ‘가라오케용 LD’ 사건이란, 음반제작자가 국내 영화사로부터 영화 3편을 구입한 후 이를 편집하여 노래방용 레이저 디스크(laser disc)로 제작하자 3편의 영화에 출연한 배우들이 실연자의 ‘복제권’ 침해를 이유로 음반제작자를 형사고소한 사건이다.

*** 대법원 1997. 6. 10. 선고 96도2856 판결**

1심 법원은 영상저작물 특례 규정에 따라 영상제작자에게 저작재산권 양도가 추정되

⁶²⁾ Mitchell Brothers Film Group v. Cinema Adult Theatre, 604 F.2d 852 (5th Cir. 1979). 임원선, 같은 책, 62면

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

는데 음반제작자는 영상제작자로부터 이용허락을 받았으므로 권리처리에 문제가 없었다고 판단하고 무죄를 선고하였다. 항소심은 판단을 달리하였고, 대법원은 항소심의 손을 들어 주었다. 즉, 대법원은, 영상저작물의 특례 규정이 적용되는 경우란 영상저작물이 '전체로서 이용되는 경우'를 뜻하고 영상이 분절(分節)되어 실연자들이 전혀 예상할 수 없었던 레이저디스크로 편집되는 경우는 영상저작물 특례규정의 적용 범위 밖이라고 한 것이다.

한편, 송강호의 경우에는 '저작인접권'을 떠나서도 '퍼블리시터권'으로서의 '음성권'에 의지할 여지가 있다.

3. 희곡의 특징적 대사가 영화에 이용된 경우



내 희곡의 특징적인 대사가 내 동의 없이 영화에 이용되었다. 나로서는 그 대사가 내 작품에서 가장 중요한 대사로 인식되고 있으므로 박탈감이 심각하다. 이 경우 저작권 침해 책임을 물을 수 있는가?

저작권 침해에 대한 판단은 감성과 이성이 교차하는 영역이라 주관적일 수밖에 없다. 유사한 상황에서, 법원에 따라 상이한 판단이 나올 여지가 충분히 예상된다.

희곡 <키스>의 대사 “나 여기 있고 너 거기 있어”를 영화 <왕의 남자>에서 사용한 경우, 서울고등법원은 실질적 유사성이 없으므로 저작권 침해가 아니라고 판단하였다. 한편 미국 영화 <E.T.>의 특징적 대사 “I love you, E.T.”와 “E.T. phone home”을 머그(mug)잔에 인쇄하여 문제가 된 사건에서 미국 법원은 실질적 유사성 침해를 인정하였다.⁶³⁾ 영화의 대사 중 한 문장 “When there is no room in hell, the dead will walk the earth.”을 광고에 이용한 경우에 침해 책임을 인정한 예도 있다.⁶⁴⁾ 원저작물의 많은 분량을 함부로 이용하면 실질적 유사성 침해가 되겠으나 분량이 많지 않다 하더라도 핵심이 되는 내용을 이용하였다면 침해가 될 수 있다고 본 것이다.

* 서울고등법원 2006. 11. 14. 선고 2006라503 판결

<왕의 남자>사건에서 법원은 “이 사건 대사 ‘나 여기 있고 너 거기 있어’는 일상생활에

63) Universal City Studio v. Kamar Industries, 217 U.S.P.Q. 1162 (S.D.Tex., 1982). 이 사건에서는 영화 제작사가 처음부터 대규모 상품화 사업(merchandising)을 기획하였고, 머그잔 제작도 사업의 내용이었으므로 법원이 침해 책임을 묻기가 용이하였으리라는 분석도 가능하다.

64) Dawn Associate v. Links, 203 U.S.P.Q. 831 (N.D.Ill., 1978).

서 흔히 쓰이는 표현으로서 저작권법에 의하여 보호받을 수 있는 창작성 있는 표현이라고 볼 수 없고, 또한 관계자 000에 의하면, 시(詩) 등 다른 작품에서도 이 사건 대사와 유사한 표현들이 자주 사용되고 있음을 알 수 있다”고 한 후, ‘실질적 유사성’과 관련하여 “신청인의 어문저작물인 희곡 <키스> 제1부에서는 이 사건 대사 및 이 사건 대사의 변주된 표현들을 치밀하게 배치하여 이러한 일련의 표현들의 결합을 통하여 인간 사이의 ‘소통의 부재’라는 주제를 표현하고 있는 반면, 영화 <왕의 남자>에서 사용된 이 사건 대사는 영화 대본 중의 극히 일부분(영화 대본은 전체 83장으로 되어 있는데, 그 중 2개장의 일부에 인용되고 있다)에 불과할 뿐만 아니라, 이 사건 대사는 장생과 공길 이 하는 맹인들의 소극(笑劇)에 이용되어 관객들로 하여금 웃음을 자아내게 하거나(8장), 영화가 끝난 뒤 엔드 크레딧과 함께 ‘맹인들의 소극’ 장면을 보여줌으로써 관객들로 하여금 영화 <왕의 남자>가 광대들의 눈을 통하여 조선시대 10대 왕인 연산군을 둘러싼 갈등과 이로 인한 죽음을 표현하고자 했던 다소 무거운 이야기에서 벗어나 다시 일상으로 돌아가 웃을 수 있게 만드는 것이어서, 이 사건 대사가 ‘소통의 부재’라는 주제를 나타내기 위한 표현으로 사용되었다고 볼 수 없으므로, 양 저작물은 실질적인 유사성이 없다”고 판단하였다.

즉, 이 사건에서 원저작물의 저작자는 ‘나 여기 있고 너 거기 있어’가 원저작물에서 핵심적 표현이라고 주장하였으나 법원은 ‘나 여기 있고 너 거기 있어’ 정도의 문장은 일상적 표현이라고 판단하여 실질적 유사성 침해를 부정한 것이다.

4. 뮤지컬 공연물의 케이블 TV 방송



뮤지컬 <00>의 음악감독으로서 그 뮤지컬의 음악을 모두 작곡하였다. 케이블 TV를 보던 중 뮤지컬 <00>가 방송되는 것을 알았다. 제작사에게 확인을 했더니 제작사는 방송 허락을 한 일이 없다고 하면서도, 홍보에 도움이 되지 않겠느냐면서 권리 주장을 하려 들지 않았다. 나 혼자서라도 권리 주장을 할 수 있는가?

대법원은 뮤지컬을 공동저작물이 아니라 결합저작물이라고 하였다. ‘공동저작물’은 ‘2인 이상이 공동으로 창작한 저작물로서 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 것’(제2조 제21호)을 말하는데, 반대로 분리하여 개별적으로 이용이 가능한 것을 결합저작물이라 한다(개별적 이용가능성설).

※ 제2장 저작물 4. 공동저작물과 결합저작물 참조(P. 41)

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시터권

음악감독은 자신의 음악에 대한 저작권자로서 복제권, 공중송신권(방송권+전송권+디지털음성송신권) 등 일체의 저작재산권과 저작인격권을 갖는다. 즉, 음악감독은 공연물 제작에 공동으로 참여한 대본 작가, 안무가, 연출가, 출연배우 등 다른 저작권자·저작인접권자와 공동 행동을 할 필요 없이 자신이 단독으로 저작권에 기초한 '침해정지 청구권'을 행사할 수 있는 것이다. 저작권자는 자신의 권리를 침해하는 자에게 침해의 정지를 청구할 수 있고, 그 권리를 침해할 우려가 있는 자에게는 침해의 예방 또는 손해배상의 담보를 청구할 수 있기 때문이다(저작권법 제123조 제1항). 저작권 침해자를 상대로 한 손해배상 청구는 침해자의 귀책사유, 즉 저작권을 침해하는 데 대한 고의·과실이 있어야 성립하지만, 침해정지 청구는 침해자의 귀책사유가 없다 하더라도 인정될 수 있다.

물론 침해정지 청구가 저작권 침해 상황에서 항상 인용되는 것은 아니다. 침해정지 청구가 인용되기 위해서는 손해배상으로 해결할 수 없는 급박한 사정이 있어야 한다(민사집행법 제300조). 뮤지컬 공연물이 음악저작권자의 동의 없이 케이블 TV에서 방송되고 있다고 하더라도 음악저작권자에게 방송에 대한 적절한 손해배상으로 해결될 수 있는 상황에서는 방송정지 청구가 인용되지 않을 수 있다.

5. 축제 보도자료와 저작권



OO市 공연 축제 홍보 담당자이다. 축제 홍보를 위하여 언론사에 공연에 대한 보도자료를 보냈고, 언론사는 거의 그대로를 공연평 형식으로 기사화했다. 이 기사를 축제 홈페이지에 올려 두었더니, 7개월 후 법무법인으로부터 저작권 침해이므로 월 300만원씩 계산하여 총 2,100만원을 손해배상 하라는 연락이 왔다. 내가 쓴 보도자료를 가지고 언론사가 저작권을 주장할 수 있는가?

신문사의 경영이 악화되면서 신문기사를 유료화 하겠다는 논의가 국제적으로 진행되고 있다. OO신문사에서 '중소기업 탐방'을 기획하겠다고 하여 취재를 했고, 기업 CEO 인터뷰가 기사화되었기에 그 기업이 홈페이지에 기사를 게시하였는데 수개월 뒤 OO신문사의 대리인을 자처하는 법무법인이 '내용증명' 통고서로 거액을 요구하였다는 식의 호소가 적지 않았다. 언론사의 이러한 행태가 저작권 제도를 악용한 '저작권 남용'으로 보인다는 비판도 따랐다.

최근 온라인상 뉴스 저작물 유료화에 대하여 '한국언론진흥재단' 중심으로 연구가 진행되어 합리적인 요율 기준을 만들고 한국언론진흥재단이 신탁관리업을 담당하고 있다. 그래서 사안과 같은 과도한 배상 청구는 사라졌으나 그렇다고 하여 문제가 완전히 해결된 것은 아니다.

보도자료를 바탕으로 작성한 공연평을 언론사의 저작물로 볼 수 있겠는가는 검토가 필요하다(신문기자가 작성한 신문기사는 대표적인 '업무상저작물'이다. 그 기사에 대한 저작재산권과 저작인격권은 기사의 작성과 동시에 언론사에 귀속되는 것이다). 기자가 그 보도자료를 그대로 혹은 거의 그대로 이용하여 공연평을 작성했다면 보도자료는 축제 사무국의 업무상저작물이 될지언정 언론사의 저작물이 될 수는 없다. 만일 보도자료를 기초로 기자가 상당한 정도의 창작성을 발휘하여 공연평을 작성하였다면 그 공연평은 2차적저작물, 혹은 공동저작물이 될 것이다. 축제 사무국의 보도자료에 나타난 정보를 참고로 하여 직접 공연을 보고 보도자료와는 독립적이라고 평가받을 수 있을 정도의 완전히 새로운 공연평을 만들었다면 비로소 언론사의 저작물이라 할 만하다. 신문기사가 언론사의 업무상저작물에 해당된다면 축제 사무국이 공연 홍보를 위해 홈페이지에 뉴스저작물 전문을 게재하는 경우 저작권 침해에 해당된다. 언론사의 업무상저작물에 대하여는 기사를 복사하거나, 이미지 파일형태로 변환하는 등의 방식으로 극장 로비에 게재하여도 저작권 침해가 될 수 있다.

사안의 경우처럼 보도자료를 거의 그대로 공연평으로 만들었다면 이 경우는 언론사가 저작권을 주장할 상황이 아니라고 할 것이다.

6. 작가 동의 없이 공연 제작사가 다른 작가에게 대본을 고치게 하는 경우



내 극본으로 초연 공연이 무사히 끝났다. 그런데, 극본이 재미없다는 이유로 공연 제작사가 임의로 다른 작가를 투입하고 내 극본을 수정하여 2차 공연을 하였다. 나와 제작사 사이의 집필계약에는 내 동의 없이 극본을 수정하지 못하도록 되어 있다. 나는 어떠한 조치를 취할 수 있는가?

작가는 자신이 집필한 극본에 대하여 '동일성유지권'(저작권법 제13조 제1항)을 행사할 수 있다. 동일성유지권에 대하여는 일정한 범위 내에서 제한이 있다. 저작권법은 저작자라 하더라도 '저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 범위 안에서의 변경'에 대하여는 이의를 할 수 없으며, 다만 그러한 사정이 있다 하더라도 본질적인 내용을 변경할 수는 없다고 규정한다(제13조 제2항).

극본이 재미없다는 점을 들어 작가의 동의 없이 다른 작가와 수정 작업 및 공연을 강행한 것은, '저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 범위 안에서의 변경'이라고 할 수는 없을 것이다. 제작사의 행위가 정당화 되려면 적어도 집필 계약서에 '제3자에 의한 수정을 양해한다'는 취지의 규정이 있었어야 할 법하다. 오히려 집필 계약

01 논의의 전제

02 저작물

03 저작권 보호의 경계

04 저작자와 저작권 귀속

05 저작 인격권

06 저작 재산권 및 기타 권리

07 저작권 계약

08 저작권 제한

09 저작 인접권

10 등록과 위탁 관리업

11 저작권 침해

12 저작권 침해에 대한 구제

13 퍼블리시티권

서에 저작자의 동의 없는 극본 수정을 금지하는 조항이 있었다면 제작사의 행위가 변명이 되지 않는 것이다.

제작사에 의한 '동일성유지권' 침해에 대한 조치로는 공연정지 신청(저작권법 제123조), 이로 인한 정신적 고통을 이유로 한 손해배상(위자료) 청구를 생각할 수 있다(저작권법 제125조, 제125조의 1, 제126조). 만일 동일성유지권 침해로 인하여 작가의 명예가 훼손되었다면 '명예회복 등의 청구'를 구할 수 있다(저작권법 제127조).

7 공동 집필 작가의 형사고소



공연 제작사의 의뢰로 연극 극본을 집필하였다. 완성도가 떨어진다며 다른 작가를 더 붙이겠다고 하여 양해를 하였다. 공연이 성공하자 뮤지컬 제작사가 찾아와 뮤지컬 각색을 부탁하여 연극 극본을 뮤지컬용으로 바꾸는 각색 작업을 완성하였다. 공연이 시작되자 연극 작업을 함께 한 다른 작가가 나를 상대로 복제권·공연권 침해로 형사고소를 하였다. 이 상황에서 내가 형사처벌을 받게 될 것인가?

최근 2인이 공동 집필을 한 연극 대본을 뮤지컬로 각색하는 과정에서, 뮤지컬 제작사가 공동 집필 극본작가 2인과 뮤지컬 계약을 하지 않고 그중 1인과 뮤지컬 계약을 했다가, 뮤지컬 제작에서 배제된 공동 집필 작가가 단독으로 뮤지컬 계약을 한 작가를 상대로 형사고소를 한 사건이 있었다. 이 사건에서 형사 1심 법원은 공동저작권자 중 일부 저작권자가 다른 공동저작권자의 동의 없이 공동저작물을 이용한 경우에는 '공동저작물에 관한 저작재산권의 행사방법⁶⁵⁾을 위반한 것일 뿐 다른 공동저작자의 '공동저작물에 관한 저작재산권 침해⁶⁶⁾라'고는 볼 수 없다고 하였는데, 그러한 입장이 대법원에서도 지지되었다.

이 사건의 작가 A는 방송작가로서 수필집 <친정엄마>를 출간한 후 공연 제작사와 연극 <친정엄마> 집필 계약을 체결하였는데, 완성도를 높이기 위해 공연 제작사는 A의 양해를 받은 후 다른 방송작가 B를 투입하였다. 연극 <친정엄마>의 표지와 포스터에는 '극본 A, 각색 B'라고 표기되었다. 연극이 성공하자 뮤지컬 제작사가 A와 접촉하여 뮤지컬을 제작하기로 하였고,

65) 제48조 (공동저작물의 저작재산권의 행사) ① 공동저작물의 저작재산권은 그 저작재산권자 전원의 합의에 의하지 아니하고는 이를 행사할 수 없으며, 다른 저작재산권자의 동의가 없으면 그 지분을 양도하거나 질권의 목적으로 할 수 없다. 이 경우 각 저작재산권자는 신의에 반하여 합의의 성립을 방해하거나 동의를 거부할 수 없다.

66) 제136조 (벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다.
1. 저작재산권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 재산권 권리(제93조에 따른 권리는 제외한다)를 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여, 2차적저작물 작성의 방법으로 침해한 자
2. 제129조의 3 제1항에 따른 법원의 명령을 정당한 이유 없이 위반한 자

A는 연극의 각색 극본을 사용하여 뮤지컬 극본을 완성하였다. 그런데 B는 A가 자신의 저작권을 침해하였다는 이유로 A를 상대로 민사상 손해배상 청구와 형사고소를 제기한 것이다. 이 사건에서 법원은 A작가에게 민사상 손해배상 책임을 인정하면서도 A작가의 형사책임을 부정하였다.

* 서울남부지방법원 2012. 7. 6. 선고 2012고정565 판결

이 사건의 형사 1심법원은 “① 피고인도 고소인과 마찬가지로 공동저작물인 이 사건 최종대본 전부에 대하여 저작권을 가지고 있고 공동저작물의 특성상 이를 분리하여 이용하는 것이 불가능한 점, ② 구 저작권법 제48조 제2항에서 공동저작물의 이용에 따른 이익의 배분 방법이 규정되어 있어 공동저작권자 1인이 단독으로 공동저작물을 이용하더라도 위 규정에 따라 그 이익을 분배하여 공동저작권자 상호간의 이해관계를 조정할 수 있는 점, ③ 공동저작권자 중 1인이라도 반대하는 경우 그 반대자의 창작 기여 정도 등을 고려하지 아니하고 무조건 저작권 침해행위로서 형사처벌한다면 공동 저작물의 이용을 지나치게 제한하여 자칫 공동저작물이 사장될 위험이 있는 점, ④ 이 사건 최종 대본과 같이 연극 대본 또는 영화 시나리오 등 다수의 작가 또는 관련자들이 동시 또는 순차로 관여하여 완성되는 창작물의 경우 법원 등의 유권적인 판단이 있기 전까지는 동종 저작권자의 범위를 확정하는 것이 쉽지는 않은 점, ⑤ 형벌 규정의 해석은 엄격하여야 하고 명문 규정의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장 해석하거나 유추 해석하는 것은 죄형 법정주의의 원칙에 어긋나 허용되지 않는 점 등에 비추어 보면, 이 사건의 최종대본을 단독으로 이용하였다 하더라도 이는 구 저작권법 제 48조 제1항의 저작권 행사방법을 위반하는 것일 뿐 같은 법 제136조 제1항의 저작권 침해 행위에는 해당하지 아니함이 상당하다”고 판단하였다.

* 항소심은 원심의 판단이 적절하다고 전제한 후 “① 피고인은 (연극 제작사와) 수필 <친정엄마>에 대한 사용 계약을 체결함에 그치지 않고 대본 집필 계약을 체결하면서 직접 수필의 일부 에피소드를 발췌하거나 원작에는 존재하지 않는 새로운 사건을 추가하여 초벌 대본을 집필한 점, ② 고소인의 수정·보완작업이 피고인의 일정한 사전적 또는 사후적 통제 아래에서 이루어진 사실과 고소인이 피고인에게 수정·보완작업 결과와 함께 보낸 이메일의 내용, 현행 연극계의 현실과 관행, 피고인과 고소인의 경력 차이 등을 고려하면, 고소인이 피고인과 동등한 지위에서 대본 작업에 참여한 것으로 보이지는 않는 점, ③ 최종 대본에는 대본 작성자가 피고인으로 명시되어 있고 고소인이 이에 관하여 이를 제기한 적도 없는 점, ④ 이 사건 최종 대본과 같은 연극 대본 또는 영화 시나리오 등 다수의 작가 또는 관련자들이 동시 또는 순차로 관여하여 완성되는 창작물의 경우 법원 등의 유권적인 판단이 있기 전까지는 저작권자의 범위를 확정하는 것이 쉽지 않은 점, ⑤ 실제로 피고인은 고소인과 더불어 이 사건 최종대본의 저작권자로서 위 대본 전부에 저작권이 있는 것으로 판단되는 점 등을 고려하면 피고인에게 고소인의 저작권을 침해하려

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

는 고의가 있었다고 보기도 어렵다”고 하였다(서울남부지방법원 2012. 12. 7. 선고 2012 노979 판결). 고소인은 대법원에 상고하였으나 대법원은 원심 판단 이유를 지지하면서 상고를 기각하였다(2014. 12. 11. 선고 2012도16066 판결)

〈친정엄마〉판결은 공동저작물 이용과 관련하여 중요한 의미를 갖고 있다. 저작물을 이용하는 과정에서 서로 이해관계가 엇갈린다 하더라도 가능한 한 민사적인 손해배상의 방법이 적절하고, 형사절차에 의존하는 태도는 바람직하지 않다.

8. 원작(原作)과 원안(原案)의 의미



연극 대본이나 공연 포스터에 ‘원작’이라고 표시된 경우와 ‘원안’이라고 표시된 경우가 있다. 이 두 가지 표시에 어떤 차이가 있는가?

통상 ‘원작’은 2차적저작물 창작의 근거가 된 원저작물(original)을 의미하므로, 원작의 표기가 있다면 그 원저작물을 기초로 하여 2차적저작물로서 새로운 저작물이 창작되었다는 뜻이다.

원작자는 ‘2차적저작물작성권’에 기초하여 새로운 저작물의 창작을 금지할 수도 있고, 이용허락을 하면서 상응한 보상을 요구할 수도 있다. 2차적저작물이 원작자의 동의 없이 작성된 경우에 그 2차적저작물을 작성한 자가 그 2차적저작물에 대하여 아무런 권리를 취득하지 못하는 것은 아니다. 원작자의 동의가 없었다 하더라도 새로운 창작 부분에 대하여는 저작자로서의 권리가 인정된다. 단 원작자와의 관계에서 원작자의 동의를 받지 않고 함부로 2차적저작물을 작성한 데 대한 민, 형사상의 책임을 면할 수는 없다. 원작자의 동의 여부에 관계없이 2차적저작물을 창작한 저작자에게 귀속되는 권리는 자신이 부가한 창작적 부분에 한한다.

‘원안’이란 저작자의 창작 과정에 영향을 미친 아이디어, 컨셉(concept), 영감(inspiration), 모티브(motive) 등의 원천을 의미한다. 어떤 창작자가 제3자의 저작물을 ‘원안’으로 표기하였다면 그 창작자는 자신의 저작물이 원저작물이라는 점을 주장하고 있는 것이다. 선행 저작물에 영향을 받기는 하였으나 그 영향은 추상적인 아이디어 영역에 그칠 뿐이고 자신의 저작물이 온전한 창작물이라는 뜻이다. 결코 자신의 저작물이 원안에 대한 2차적저작물이 되는 관계가 아니라는 의미인 것이다.⁶⁷⁾

물론 원안으로 표기를 하였으나 실제로 상당한 부분 유사성이 발견되어 2차적저작물로 판단되는 경우가 있을 수 있다.

원안을 바탕으로 한 저작물에 대하여, 원안자에게는 저작권법상의 민·형사상 청구가 인정되지 않는다. 즉, 정치청구권(제123조), 저작재산권 침해를 이유로 한 손해배상 청구권(제125조, 제125조의 1, 126조), 저작권 침해를 이유로 하는 형사처벌(제136조) 등이 무용한 것이다. 그러나 새로운 저작자가 이용한 ‘원안’이 ‘보호할 만한 가치가 있는 참신한 아이디어’라면 아이디어 침해를 이유로 하는 손해배상 청구가 가능할 것이고, 그러한 침해는 위자료 청구의 형태로 나타나게 될 것이다.

9. 렌탈(rental) 악보의 권리 관계



클래식 음악의 오케스트라 악보 등에서 ‘렌탈 악보’와 관련된 논의가 있다. 저작권이 이미 종료한 음악저작물의 렌탈 악보는 저작권과 어떠한 관계인가?⁶⁸⁾

관현악곡, 취주악곡, 오페라, 뮤지컬곡 등은 오케스트라 악보가 없으면 연주가 불가능하다. 오케스트라 악보는 경우에 따라 상당한 분량이 되기도 하고, 그것을 관리하는 전문 렌탈 사업자가 있는데, 우리나라에서는 시공사 계열의 ‘음악세계’가 렌탈 악보 사업을 가장 먼저 시작하였다. 렌탈을 하면서 징수하는 렌탈료는 저작권 이용료와는 다른 별개의 것이다.

저작물은 저작권 보호기간이 종료하면 공공의 영역(public domain)에 속하므로, 그 이후에는 누구나 자유롭게 사용할 수 있다. 그런데 음악저작물의 저작권 보호기간이 종료하였다고 해도 현실적으로 오케스트라 악보가 없으면 연주는 거의 불가능하다. 그래서 연주를 위하여 전문 렌탈 업자로부터 악보를 렌탈하고 렌탈료를 지불하게 되는 것이다. 악보 렌탈 계약에서는 여러 조건이 붙어 있는데, 가장 중요한 것이 렌탈 악보의 복제를 금지하는 규정이다. 악보의 사용 용도도 한정되어, 연주이용의 목적으로 악보를 렌탈한 경우 그 콘서트를 TV 중계한다면 렌탈 사업자는 별도로 방송 사용료를 요구한다. 당연히 제3자에게 악보를 이용하게 할 수도 없다.

저작권이 소멸한 악보라면 누구로부터 빌렸든 자유로이 이용할 수 있는 것이 원칙이다. 저작권이 소멸한 악보를 이용하여 어디서 연주를 하든 누가 방송을 하든 자유이다. 그것이 저작권 보호기간의 취지이다. 따라서 악보 렌탈 업자는 (저작권 보호가 종료하였다면) ‘저작권’에 기초하여 복제를 금하거나 방송을 제한할 수는 없다. 그렇다면 렌탈 사업자와 이용자 사이에서는 (음악저작권과는 무관하게) 악보라는 유형물의

67) 영문 크레딧에서는 ‘based on OOO’(원작), ‘inspired by OOO’(원안)으로 구별한다.

68) 福井健策・二關辰郎, 『ライブ・エンタテインメントの著作権』, CRIC, 172-173면.

01 논의의 전제

02 저작물

03 저작권 보호의 경계

04 저작자와 저작권 귀속

05 저작 인격권

06 저작 재산권 및 기타 권리

07 저작권 계약

08 저작권 제한

09 저작 인접권

10 등록과 위탁 관리업

11 저작권 침해

12 저작권 침해에 대한 구제

13 퍼블리시티권

렌탈 조건을 내용으로 하는 계약을 체결한 것으로 해석하여야 할 것이다. 만일 렌탈 약보를 이용자가 자유로이 복제할 수 있다고 하면 요금을 지불하고 약보를 빌리는 이용자는 줄어드는 것이므로, 약보 렌탈 사업자는 각종의 제한을 붙이게 된다. 물론, 이러한 계약 내용은 계약 당사자만을 구속한다. 예를 들어 약보업자로부터 약보를 빌리지 않고 제3자로부터 약보를 입수한 이용자가 있는 경우, 그 약보의 출처가 실제로는 약보업자라고 하더라도, 그가 평소의 렌탈 조건을 들고 나와 제3자에게 그 준수를 요구할 수는 없는 것이다.

10. 저작권이 유효한 미술저작물의 공연 활용



공연에서 회화 몇 점을 사용하고자 한다. 이미지를 출력하여 액자로 제작, 소도구로 사용하고 프로젝터로 그림 이미지를 투사할 계획이다. 해당 회화 작품들의 화가들이 사망 후 70년이 지나지 않아 저작권은 유효하다. 공연 내용상, 이 회화의 사용이 반드시 필요한데, 이 경우에는 이용허락을 어떻게 구해야하는가? ⁶⁹⁾

저작권이 유효한 회화 작품을 공연에서 사용하고자 하는 경우에는 저작권자로부터 이용허락을 받아야 하는 것이 당연하다. 그러나, 회화 작품을 구매하여 원본을 소유하고 있는 자가 그 그림을 공연을 위해 제공하고자 한다면 저작권자로부터 별도로 허락을 받을 필요는 없다. 저작권법은 “미술저작물의 원본의 소유자는 그 저작물을 원본에 의하여 전시할 수 있다”고 규정하고(제35조 제1항), ‘전시’는 공중의 출입이 가능한 장소에서 저작물을 공개하는 것으로서 ‘공표’의 한 형태를 이룬다(저작권법 제2조 제25호).⁷⁰⁾

* 대법원은 “미술저작물등의 원작품이나 그 복제물 등의 유형물을 일반인이 자유로이 관람할 수 있도록 진열하거나 게시하는 것”을 ‘전시’라고 하였다(2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결).

회화를 있는 그대로 무대에 노출시키는 것이 아니라 해당 이미지를 이용하는 경우는 저작권산권자로부터의 이용허락이 필요하다. 회화를 시각적으로 인식할 수 있도록 필름, 슬라이드, 텔레비전 영상 등의 장치로 보여주는 것은 저작권법 제35조 제1항이 허용하는 ‘전시’의 범주가 아니라 ‘상영’으로 보아야 한다. 일본은 2000년 영상저작물에만 인정되던 상영권을 일반 저작물로 확대하였다.⁷¹⁾

69) 홍승기 책임집필, 『공연예술분야 저작권 활용 Q&A』, (예술경영지원센터, 2013), 219면.

70) 박성호, 『저작권법』, (박영사, 2014), 342-343면.

71) 오승중, 『제3판 저작권법』, (박영사, 2013), 453면; 박성호, 같은 책, 343면.

저작재산권자의 확인 및 이용절차는 다른 공표된 저작물을 이용하는 경우와 동일하다. 미술 저작물의 경우 화가 본인외에도 ‘피카소 재단’, ‘미로 재단’ 등의 저작재산권자가 저작권을 관리하고 있다. 저작재산권자에게 직접 연락을 할 수도 있고, ‘한국미술저작권관리협회(www.sack.or.kr)’, ‘한국미술저작권협회(www.kaca.co.kr)’ 등 저작권 대리중개업자를 통해 관리 여부를 확인하고, 이들을 통해 이용허락을 받을 수도 있다. ‘한국미술저작권관리협회’는 ‘한국음악저작권협회’의 해외 저작물 관리 방식과 유사하게 ‘프랑스 조형예술저작권협회(ADAGP)’, ‘미국 예술저작권 협회(ARS)’, ‘피카소 재단’ 등과 상호 관리 계약을 맺고 근·현대 해외 유명 작가들의 저작권을 국내에서 관리 대행하고 있다고 한다.

특정 화가의 그림이 공연의 주요 모티브가 되어 다양한 이미지를 공연에 사용하는 것이 필수적일 경우, 공연 기획 단계에서부터 그림의 사용 범위에 대하여 협의하고 해당 공연에 대한 포괄적인 이용허락 계약을 맺을 필요가 있다. 해외 라이선스 공연의 경우에는 공연권을 관리하는 에이전시가 미술저작물 이용에 대한 계약까지 함께 처리하게 된다.

이 경우 저작권료는 공연 중 노출되는 시간, 노출 방식 등에 근거하여 산정하는데, 공연권처럼 공연 매표 수입의 일정 비율로 산출하기보다는 회당 정액 사용료로 산출하는 것이 일반적이다. 작품 사용 시, 작품의 동일성을 훼손하는 사용 - 원작의 색상 변형, 작품의 일부분 이용, 다른 이미지 혹은 텍스트와 겹쳐 사용하는 등 - 은 금지되어 있으니 유의해야 한다. 또한 그림을 공연에서 사용하는 것 이외에 홍보 인쇄물에 사용해야 하는 경우에는 이에 대한 사용 가능 여부 및 저작권료에 대한 사항도 함께 확인할 필요가 있다.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

11. 저작권자의 허락없이 무단으로 공연되는 경우 - 기획자의 책임 ⁷²⁾



축제기획자이다. 해외 무용단과의 계약에서 음악 등 저작권에 대한 책임은 무용단이 지기로 하였다. 그러함에도 무용단이 저작권자의 이용허락을 받지 않고 출국을 한 경우 축제 사무국이 책임을 져야 하는가?

축제에서도 음악저작물 이용료와 관련한 사소한 다툼이 종종 일어나고 있다. 보통은 국내에서 수회 공연을 하고 출국해 버리고, 공연의 형태도 상업적이라고 하기도 어려우므로, 저작권신탁단체도 크게 관심을 두지 않는다. 그러나 음악저작권신탁단체가 후에 축제 사무국으로 저작권료를 청구하는 경우도 없지 않은데, 외국 단체 중에는 계약서에 음악 사용료를 축제 사무국에서 부담하도록 요구하는 경우도 있다. 음악저작권신탁단체가 공연권에 근거하여 공연의 주최자를 상대로 저작권을 청구한다면 주최자가 면책을 주장하기는 어렵다고 생각된다.

외국 발레단과 무용수를 초청하여 발레 공연을 하는 경우에 무용저작물에 대하여 누가 안무가로부터 이용허락을 얻어야 하는가에 관해 일본에서 분쟁이 일어났다(‘베자르’ 사건, 동경지재 1989년 11월 20 일 판결). 2개 일본기업이 각각 별개의 기회에 러시아 ‘키로프 발레단’과 그 발레단 소속 유명 무용수를 초청하여 발레 공연을 하였다. 무용수는 ‘모리스 베자르(Maurice Bejart)’의 안무를 허락 없이 공연하였고, 베자르가 공연의 주최자를 저작권 침해로 제소한 사건이다.

주최자는 실제로 공연한 발레의 목록, 캐스팅 등 공연 내용을 전적으로 ‘키로프 발레단’과 무용수가 결정한 것이므로 결정권을 전혀 행사 하지 않았고, 따라서 안무가로부터 승낙을 받을 책임은 발레단과 무용수에게 있을 뿐이므로 책임이 없다고 주장하였다.

그러나 법원은 “실제로 무대에서는 무용수만 공연의 주체인 것이 아니라, 그 공연을 관리하고 그 공연에 따른 영업상의 이익을 수수하는 자도 무용저작물 공연의 주체이므로 저작재산권·저작인격권을 침해한 당사자가 될 수 있다”고 판시하였다. 나아가 법원은 주최자는 “공연장, 공연 일시, 입장료 등을 결정하고, 무대장치의 운송과 설치, 출연자의 이동과 숙박, 선전·광고 등을 담당하고 그 비용을 부담”했고, “공연 티켓 판매에 따른 매상을 얻고, 발레단에 대하여 공연료를 지불”했으며, “키로프 발레단과 공연의 내용과 캐스팅에 대하여 교섭하고, 결정에 대하여 관여”했으므로, “키로프 발레단 일본 공연을 관리하고, 공연에 따른 영업상의 이익을 수수”한 주최자는 “저작재산권 혹은 저작인격권 침해의 주체가 될 수 있다”는 결

72) 福井健策・二關辰郎, 같은 책, CRIC, 150-151면.

론을 내렸다.

이 사건의 주최자 중 한 쪽은 사전에 키로프 발레단으로부터 ‘베자르’ 작품을 목록에 넣는다는 연락을 받고서, ‘베자르’로부터 동의를 받을 수 없는 경우 목록을 바꾸자고 요청하였다. 또 다른 주최자는 첫 공연 전날 처음으로 ‘베자르’ 작품을 공연하는 것을 인지하였을 뿐만 아니라, 무용수와의 계약에서 공연에 수반하는 저작권 이용허락은 무용수의 의무로 규정하고 있었다. ‘베자르’의 대리인으로부터 통고를 받고 주최자가 무용수에게 연락을 하자 무용수는 ‘문제가 되지 않는다’고 답변한 사정도 있었다.

그러나 법원은 공연 주최자는 저작권의 처리가 어떻게 이루어지고 있는지 당연히 관심을 가지고 있어야 하고, 권리자로부터 통지를 받는 경우에는 무용수가 ‘문제가 되지 않는다’고 설명했다고 하더라도 그것만으로는 충분하지 않으므로 저작권 침해가 없다는 점이 명확하게 될 때까지 문제가 된 공연을 중지하는 등의 조치를 취했어야 한다는 이유로 주최자의 책임을 인정하는 엄격한 판단을 하였다.

12. 주크박스 뮤지컬 - 그랜드 라이트(Grand right)



세상을 뜬 작곡가 000의 곡을 모아 뮤지컬을 제작하려고 한다. ‘한국음악저작권협회’로부터 공연에 대한 허락을 받으면 충분한가?

오페라, 뮤지컬 등에서 가사·악곡을 공연하는 경우와 같이 음악을 ‘연극적’으로 공연하는 권리를 그랜드 라이트(grand right)라고 한다. (grand right의 반대는 small right이다) 그랜드 라이트는 미국 등 일부 국가에서 전통적으로 작곡가·작사가 본인과 음악 출판사 혹은 전문단체가 직접적으로 관리하고 있는 권리이다. ‘한국음악저작권협회(KOMCA)’에 확인한 바로는, 외국의 저작권 집중관리단체와 상호관리계약을 맺고 관리 대상으로 하고 있는 곡이라고 하여도 그랜드 라이트에 대하여는 관리 권한 행사를 하지 않고 있다고 한다. 달리 말하면 ‘한국음악저작권협회’로부터 그랜드 라이트에 대한 이용허락을 받았다 하더라도 저작권자가 저작권 침해 주장을 할 수 있다는 뜻이다.

일본에서는 1979년 8월 31일 동경지방법판소가 판결한 <비토루히바(ビートル・フーイバ-)>⁷³⁾ 사건을 계기로 그랜드 라이트의 존재가 알려졌다. 이는 ‘비틀즈’의 명곡을 ‘비틀즈’로 분

73) Beatles Fever의 의미이다.

01 논의의 전제

02 저작물

03 저작권 보호의 경계

04 저작자와 저작권 귀속

05 저작 인격권

06 저작 재산권 및 기타 권리

07 저작권 계약

08 저작권 제한

09 저작 인접권

10 등록과 위탁 관리업

11 저작권 침해

12 저작권 침해에 대한 구제

13 퍼블리시티권

장한 밴드가 계속하여 무대에서 연주한 작품 〈비터럴·파이버〉가 문제가 된 사건으로서, ‘비틀즈’의 음악저작물을 관리하는 음악출판사(music publisher)가 공연 중지 가치분을 신청했고, 주최 측은 ‘일본음악저작권협회(JASRAC)’에게 권리가 있음은 별론으로 하고 음악출판사에게 그러한 청구권은 없다고 반론하였다. 그러나 법원은 ‘비틀즈’의 곡을 “연극의 상연에 있어서, 혹은 그에 관련하여 사용하는” 권리는 일본에서는 ‘일본음악저작권협회’의 관리하에 있지 않고 음악출판사가 관리하고 있다는 점을 인정하였다. 나아가 〈비터럴·파이버〉는 확실히 “비틀즈, 바로 그를 묘사한 음악극”이고, 음악 출판사로부터 허락을 얻지 않은 이상 〈비터럴·파이버〉 공연은 공연권 침해에 해당한다고 인정한 것이다.⁷⁴⁾

이러한 사정을 보면 ‘주크박스 뮤지컬(juke box musical)’을 제작하는 경우, 저작권자와 직접 권리처리를 하는 것이 적절하다고 이해된다. 실제로 주크박스 뮤지컬을 제작하는 과정에서는 편곡 및 개사가 따르기 마련인데, 이들 권리는 저작인격권 혹은 2차적저작물작성권의 영역이므로 어차피 저작권 신탁관리단체가 권리 처리를 할 권한 밖이라는 점도 고려해야 한다. 그런데, ‘한국음악저작권협회’는 고 이영훈 작곡가의 곡으로 구성된 창작뮤지컬 〈광화문 연가〉 등에 대하여 저작권 이용료를 징수하였는데, 그 적절성에 대하여는 논의가 필요한 것으로 보인다.

13. 공연계약과 판권(版權)



Q¹ 공연 계약에서 ‘판권’이라는 용어가 많이 보인다. 판권은 저작권의 지분권으로 이해되는데, 정확한 의미가 무엇인가?

일본의 근대 지식인 후쿠자와 유키치(福澤諭吉, 1835-1901)가 ‘서양사정’에서 ‘copyright’를 ‘장판의 면허(藏版의 免許)’라고 번역하였다. 그 후 번역이 못 마땅하였던지 1873년 동경부(東京府)에 제출한 문서에서 ‘출판의 특권(出版의 特權)’이라고 바꾸었고, 후에 이를 줄여 판권(版權)이라 하였다. 1875년 일본이 시행하던 ‘출판 조례 제2조는 “圖書를 著作하거나 外國圖書를 翻譯하여 出版한 때에는 30년간 專賣權을 부여하고 이 專賣權을 版權이라 한다”고 규정하였다. 1881년 신사유람단의 수행원으로 일본에 유학한 유길준은 귀국 후 〈서유견문〉을 집필하여 1895년 출판했는데, 그 내용에 ‘專賣權’이란 용어가 나타난다. 이것이 저작권에 대한 우리 사회 구성원의 첫 번째 언급일 듯하다. 우리나라는 1908년 일본 저작권 법제를 받아들였다. 그 무렵 일본에서는 ‘Copyright’의 번역어로서 ‘판권’ 보다 ‘저작권’이 통용되었고, 우리

74) 福井健策・二關辰郎, 같은 책, 174-175면.

도 ‘Copyright’에 대응하는 법률 용어로서 ‘저작권’을 사용하고 있다.⁷⁵⁾

저작권을 ‘권리의 다발(bundle of rights)’이라고 한다. 그런데, ‘권리의 다발’ 전체를 ‘저작권’이라 하기도 하고, 개개의 지분권을 ‘저작권’이라고 칭하기도 하듯이, 판권의 용례도 마찬가지로 지이다. 권리의 다발 전체를 ‘판권’으로 통칭하기도 하고, 권리의 다발에 속하는 개개의 권리를 ‘판권’이라고 칭하기도 하는 것이다.

공연계약에서 판권은 구체적 사정에 따라 공연권을 의미할 수도 있고, 원작을 이용하여 공연물을 제작할 ‘공연물 제작권’을 의미할 수도 있다.

방송물 공급 계약서에서의 ‘판권’은 보통 방송권, 복제·배포권, 전송권과 관련하여 사용되고 있다. 방송사와 외주 제작사 사이에서 방송권, VHS/DVD의 복제·배포권, VOD를 위한 전송권에 대한 권리를 규정하면서 아시아 지역의 판권은 방송사가, 미주 지역의 판권은 제작사가 가진다는 식으로 분배를 하는 것이다. 이는 TV 드라마의 아시아 지역 방송권, 복제·배포권, 전송권을 방송사가 가지고, 아시아 지역 이외의 방송권, 복제·배포권, 전송권을 외주 제작사가 가지는 것으로 이해하면 된다.

판권과 저작권은 동일한 의미이므로 제3자에게 양도할 수도 이용허락 할 수도 있는 권리가 되고, 시간적으로 공간적으로 분할이 가능한 권리이기도 하다. 아시아 지역과 미주지역으로 분할하기도 하고, 0년간 이용허락·양도한다고 약정할 수도 있다.



Q² 드라마 외주 제작사가 OO선생의 소설 〈숙명의 강(가제)〉의 판권을 샀다고 한다. 나는 〈숙명의 강〉을 뮤지컬로 만들고 싶다. OO선생으로부터 뮤지컬 제작을 위하여 저작권을 사 와야 하는데, ‘드라마 외주 제작사가 판권을 샀다’고 하는데 의미가 무엇인가?

‘판권’의 의미, 그리고 ‘샀다’의 의미는 구체적인 사정에 따라서 따져 보아야 한다. 외주 드라마 제작사가 ‘소설 〈숙명의 강〉의 판권을 샀다’면, 아마도 드라마 제작사가 작가로부터 ‘드라마를 제작할 수 있는 권리’를 확보했다는 뜻이 될 것이다. 이 경우에 실제로 외주 제작사가 드라마 제작권을 ‘샀다’고 알려졌다면 하더라도 실제로 ‘드라마 제작권’을 ‘양도 받았다’는 의미인지 ‘이용허락을 받았다’는 의미인지도 객관적으로는 명확하지 않다. 통상 작가의 입장에서는 자신의 저작권을 양도하기를 꺼리므로, 일정한 기간 이용할 수 있는 권리를 허락했을 것으로 추정된다.

75) 박성호, “한국에 있어서 저작권법제의 도입과 전개”, 지적재산권법의 제문제, 매산 송영식 선생 화갑기념논문집, 2004, 500면 이하; 박성호, 「저작권법」, (박영사, 2014), 9면.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

이 경우 ‘판권’이 ‘드라마 제작권’을 의미하는 것으로 추정해 본다면, 판권과 저작권의 관계는 무엇인가? 드라마 제작권은 ‘권리의 다발’로서 저작권 중에서도 ‘2차적저작물작성권’에 속하는 권리이다. ‘2차적저작물’은 원저작물을 번역·편곡·변형·각색·영상 제작 그 밖의 방법으로 작성한 창작물(저작권법 제5조)이다. 소설 <숙명의 강>을 원저작물로 한 공연, 드라마, 영화, 게임 등은 모두 소설 <숙명의 강>에 대한 2차적저작물에 해당한다.

드라마 제작사가 당장 사업을 확장하여 공연을 제작할 생각이라면 별 문제이지만, 아마도 드라마 제작사는 해당 드라마의 제작에만 관심을 가지고 있을 것이다. 그렇다면 공연 제작사는 OO선생과 접촉하여 다시 2차적저작물작성권 중 공연물 제작권을 양도받거나, 이용허락을 받을 수 있는 것이다.

14. 저작권료 책정 및 지급



외국 라이선스 공연의 저작권료 책정 방법은 통상 어떻게 되는가? ⁷⁶⁾

저작권 사용료 즉, 저작권료(license fee)는 저작권 계약에서 가장 예민한 부분이다. 기본적으로 저작권료는 저작권자에게 결정권이 있기 때문에 협상의 폭이 크지 않은 것이 현실이다.

저작권료 책정방식은 (a) 처음부터 고정된 금액으로 책정하는 정액지급방식과 (b) 러닝개런티처럼 공연 수입의 일정 비율로 정하는 수입 연동 방식으로 나눌 수 있다.

해외 저작물의 경우, 정액 방식보다는 공연 수입의 일정 비율을 저작권료로 지급하는 (b) 방식이 보편적이다. 에이전시는 국내 공연제작자가 보낸 기본 정보를 바탕으로 저작권료를 산정하여 제안하는데, 이는 선급금(advance/deposit)과 로열티(royalty)로 구별된다. 선급금과 로열티는 작품이나 작가의 인지도, 발표 시기 등 저작물 자체의 상황과 국내 공연 제작자의 예정 공연 횟수, 공연장의 수준, 객석 규모, 입장권 가격 등 한국에서의 공연 상황을 고려한 금액이 된다.

통상 선급금은 공연이 불발로 끝나거나 매표가 부진하더라도 돌려받을 수 없는 것으로(non-refundable) 약정하는 것이 일반적이다. 즉, 공연이 개시하면 선급금에서 저작권료를 우선

76) 홍승기 책임집필, 같은 책, 125-126면.

차감해 나가지만 공연 종료 후 최종 정산된 저작권료가 선급금보다 적다하더라도 환급되지 않는 것이다.

로열티 산정은 ‘총 매표 수입(gross box-office receipt)’을 기준으로 일정 비율을 적용한다.⁷⁷⁾ ‘총 매표 수입’이란 공연으로 인해 발생하는 총 매표 수입에서 세금, 티켓 판매 대행 수수료, 신용카드 수수료를 제외한 금액으로 산정하는 것이 보통이다.

15. 저작권의 보호기간



1 기획하고 있는 뮤지컬이 있다. 지금까지 대본 작가가 한 사람으로 알려져 있었는데, 최근에 이 대본이 다른 작가와 공동으로 작업한 것이라는 사실이 밝혀졌다. 최초 작가의 경우 사망 후 70년이 지났기 때문에 저작권 이용허락을 받을 필요가 없으나, 최근 밝혀진 공동 작가의 경우 아직 사망한지 70년이 지나지 않았다. 이런 경우에도 저작권 이용허락을 받아야 하는가?

저작권재산권은 저작자 사망 후 70년이 지나면 소멸한다. 저작자가 2인 이상인 공동저작물의 경우 공동저작자들 중 가장 늦게 사망한 작가의 사망 시점을 기준으로 사후 70년 기준이 적용된다(저작권법 제39조 제1항, 제2항). 저작자가 누구인지 알 수 없는 대본의 저작권재산권은 공표된 시점으로부터 70년을 보호 기준으로 삼고 있는데, 이 기간 중 저작자가 누구인지 밝혀지면 마찬가지로 저작자 사후 70년까지 저작권재산권이 보호된다(저작권법 제40조 제1항).

따라서 기획하고 있는 뮤지컬의 공동저작자로 새롭게 밝혀진 작가의 사망 후 70년이 아직 지나지 않았다면 저작권재산권 보호기간 중에 있으므로 저작권재산권 이용허락을 받아야 한다. 단, 저작권재산권자가 상속인 없이 사망하였다면 작가 사망 후 70년이 지나지 않았더라도 저작권재산권은 소멸되었다고 하여야 하므로 이에 대한 확인을 해 볼 필요가 있다.

한편 저작권재산권 보호기간을 계산할 때에는 저작자가 사망한 구체적 날짜를 고려하지 않고 사망한 해의 다음 해부터 기산한다(저작권법 제44조).

77) 미국에서 주간총매출 즉, Gross Weekly Box Office Receipt(GWBOR)을 기준으로 로열티를 산정하는 데서 비롯된 계산방식이다.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

Q² 미국작가의 희곡을 공연하려고 준비하고 있다. 2012년 동일 작품 공연 시 작가 사망 후 50년이 지나 저작권 유효기간이 끝났다고 하여 별도의 저작권 이용허락 절차 없이 공연물을 제작했다. 2014년 초에 이 작품을 다시 공연할 계획인데, 저작권 유효 기간이 연장되었다는 이야기를 들었다. 이 작품의 저작권 이용허락을 받아야 하는가?

한·EU FTA 이행을 위하여 2011년 6월 30일 개정된 저작권법에 따라 저작재산권의 보호 기간이 50년에서 70년으로 연장되었다. 개정법은 2013년 7월 1일부터 시행 중이다.

2012년 공연 시 미국 작가의 저작권이 이미 종료하였다면 이후 저작권 보호기간이 연장되었다고 하여 새로이 보호대상이 되지는 않는다. 미국의 저작권 보호기간은 70년이고 비록 미국에서 저작권 보호기간이 유효하더라도 우리 저작권법상 보호기간과 관련한 개정법 시행일인 2013년 7월 1일을 기준으로 그 이전에 이미 우리나라에서 저작권 보호기간이 만료되었다면 보호기간은 연장되지 않는 것이다.

예를 들어 1962년에 사망한 저작자의 저작물은 1963년 1월 1일부터 기간하여 50년이 되는 2012년 12월 31일에 저작재산권 보호기간이 종료하였다. 한편 1963년에 사망한 저작자의 저작물은 개정 전 법에 따르면 1964년 1월 1일부터 기산하여 50년이 되는 2013년 12월 31일에 저작재산권 보호기간이 만료하였어야 하나, 2013년 7월 1일 개정법 발효에 따라 보호기간이 사후 70년으로 연장되어 2033년 12월 31일에 저작재산권 보호기간이 만료하게 된다.⁷⁸⁾

Q³ 일본 만화를 소재로 공연물을 제작하려고 한다. 일본 만화가는 1963년 사망하였다. 일본 만화가의 동의를 받아야 하는가?⁷⁹⁾

우리나라 저작권법은 외국인의 저작물에 대하여 외국인의 본국에서 보호기간이 만료된 경우에는 우리 저작권법에 의한 보호를 인정하지 않는다(제3조 제4항). 일본 저작권법은 저작재산권 보호기간을 사후 50년으로 규정하고 있다(일본 저작권법 제51조).

즉, 일본 작가의 작품은 일본 저작권법에 따라 2013년 12월 31일에 만료되었고, 우리 저작권법으로도 이미 보호기간이 만료된 저작물로 취급된다. 2014년부터 만화를 원작으로 한 공연물 제작에 부담이 없다.

78) 문화체육관광부, 『사후 70년으로 변경되는 저작재산권 보호기간에 대한 바로알기』, 3면.
79) 문화체육관광부, 같은 책, 4면.

한편, 저작권의 보호기간이 우리나라보다 장기간인 외국인의 저작물을 ‘어느 기간만큼 보호할 것이냐’에 대한 의문이 있다. 예를 들어 멕시코의 저작권은 사후 100년간 보호가 되는데 그렇다면 우리나라에서는 사후 70년 기준을 적용할 것인가, 본국 기준으로 사후 100년을 적용할 것인가 하는 점이다. 세계저작권협약, 베른협약, WTO/TRIPs 등 저작권 관련 국제조약은 ‘내국민대우’의 원칙을 따르고 있다. 그렇다면 우리나라에서 멕시코 저작물을 보호하는 경우에는 우리나라 국민의 보호기간인 사후 70년 기준을 적용하면 되는 것이다.⁸⁰⁾

16. 퍼블릭 도메인(Public Domain)

Q¹ 프랑스 화가 ‘르노와르’의 작품을 TV 광고에서 사용하는 것을 보았다. 어떤 기업은 영화 저작물에 자사의 제품을 배치하여 광고하기도 하였다. 그렇다면 무대미술에 ‘르노와르’의 작품을 이용하여도 되는가?

널리 알려진 명화를 상업 광고에 사용하는 방식은 우리나라 기업이 처음으로 구상한 것은 아니다. 외국 기업이 이미 이러한 형태로 광고를 하여 상당한 효과를 본 일이 있었다. ‘조르주 쇠라의 <그랑드 자트 섬의 일요일 오후>’를 실제로 재현한 아파트 광고나 ‘앙리 마티스’의 유쾌한 실내 그림을 인용한 가전제품 광고에는 원작에 담긴 신홍 중산층의 여유로운 삶의 추구라는 맥락이 계승되고 있다.⁸¹⁾

이러한 광고가 가능한 것은 그 작품의 저작권 보호기간이 소멸하였기 때문이다. 프랑스 화가 ‘르노와르(Pierre-Auguste Renoir)’는 1841년 2월 25일 출생하여 1919년 12월 3일 사망하였으므로 저작권 보호기간이 이미 지난 사정은 명백하다. 따라서 ‘르노와르’ 작품을 그대로 무대미술로 이용한다면 저작권 침해 문제가 발생하지 않는다.

한편 영화 저작물에 자사 제품을 배치하거나, 작품 상 인물의 이미지를 변형하거나 하는 경우에 저작인격권 중 ‘동일성유지권’ 침해가 되지 않는가 하는 의문이 있을 수 있다. 우리 저작권법은 저작인격권의 일신전속성(一身專屬性)을 규정하고 있다. 일신전속성이란 비(非)양도성·비(非)상속성을 의미한다. 따라서 우리 법상 저작자가 사망하면 저작인격권은 소멸하는 것이다. 다만, 저작권법은 저작자 사망 후에 그의 저작물을 이용하는 자는 저작자가 생존하였더라면 그 저작인격권의 침해가 될 행위를 하여서는 안 되는 것으로 규정하고 있다. 이 경우에도 행위의 성질 및 정도에 비추어 사회통념상 저작자의 명예를 훼손하지 않는다고 인정

80) 문화체육관광부, 같은 책, 5-6면.
81) 문소영의 문화트랜드, 중앙Sunday, 2013. 9. 1.- 9.2., 28면

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블릭 시티권

되는 경우에는 문제가 되지 않는다(제14조 제2항). 그렇다면 작품 속에 특정기업의 제품을 배치하고, 작품 내 인물의 이미지를 변형하는 등의 행위가 있었다 하더라도 사회 통념상 저작자의 명예를 훼손하는 정도의 저작인격권 침해라고 단정하기는 어려울 것이다.

한편, ‘르느와르’의 모국인 프랑스의 저작권법은 ‘저작인격권’은 양도불가하나 시효에 의하여 소멸하지 않고(제121조의 1 제3항), 상속이 가능하고(제121조의 1 제4항), 유언으로 제3자에게 행사권한을 부여할 수도 있다고 규정한다(제121조의 1 제5항). 그렇다면 프랑스에서는 저작재산권의 보호기간이 종료된 저작물이라고 해도 그것을 원형대로 이용하지 않는 경우에는 저작인격권 침해 문제가 발생할 여지가 있을 것이다.

Q² 영화 <관상>의 영화포스터가 재미있었다. 조선 후기 문인 화가 ‘윤두서’의 자화상을 흉내 내어 주인공의 얼굴을 정면으로 클로즈업한 사진이었다. 연극 포스터를 이런 스타일로 만들고 싶은 데 문제가 없는가?

화가 ‘윤두서’ 작품의 저작재산권이 소멸하였다는 데에는 이론이 없다. 우리 저작권법은 저작인격권의 일신전속성을 규정하고, 대법원은 일찍이 저작인격권의 일신전속성은 강행규정이 라고 하였다(1992. 12. 24. 선고 92머677결정).

보통 누구인가의 작풍(作風)을 흉내 내는 경우 그 자체로 ‘표현’의 침해가 아니고 ‘아이디어’의 이용이라고 판단한다. 만일 그것이 표현의 침해라고 인정되는 상황이라 하여도, 이 경우는 저작권 보호기간이 종료한 공공의 영역(public domain)의 저작물이므로 문제가 없다. 국내 기업이 ‘혜원 신윤복’의 그림을 이용하여 상업광고를 하고 있는 경우도 공공의 영역에 빠진 저작물을 이용하는 경우이다.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

저작권 계약

1. 저작권 양도와 2차적저작물작성권
2. 저작권 양도와 이용허락의 구별
3. 방송사의 편집권과 저작자의 동일성유지권
4. 단순 이용허락, 독점적 이용허락, 배타적 이용허락
5. 배타적발행
6. 저작물의 법정허락
7. 악곡만 이용하는 경우 - 작사가의 권리
8. 공연의 영상화

1. 저작권 양도와 2차적저작물작성권



저작권을 양도할 때 2차적저작물작성권은 함께 양도되지 않는 것으로 추정된다고 한다. 그 이유는 무엇인가?

저작권법 제45조【저작재산권의 양도】

- ① 저작재산권은 전부 또는 일부를 양도할 수 있다.
- ② 저작재산권의 전부를 양도하는 경우에 특약이 없는 때는 제22조의 규정에 의한 2차적저작물을 작성하여 이용할 권리는 포함되지 아니한 것으로 추정한다.

제3자의 저작물을 이용하기 위해서는 저작권자로부터 저작재산권을 양도받거나, 저작물의 이용허락을 받아야 한다. 저작재산권은 전부 또는 일부를 양도할 수 있는 권리이다. 저작권은 '3년간 국내에서의 공연권'과 같이 저작재산권의 일부에 대하여서 시간적, 공간적으로 범위를 정하여 양도할 수도 있다. '현재 존재하는 일체의 매체 및 장래에 발생할 일체의 매체에 복제·배포하는 권리'처럼 장래의 권리를 양도하는 것도 가능하다. 단, 장래의 권리를 포괄적으로 양도하는 계약은 저작권자의 지위를 현저히 불안하게 할 수도 있으므로 구체적인 사정에 따라 반사회질서의 법률행위(민법 제103조)로서 무효가 될 가능성도 없지 않다.

저작권법은 특약이 없는 한 '2차적저작물작성권'은 양도되지 않는 것으로 추정한다. '2차적저작물작성권'을 특별히 취급하는 이유는 저작권자 보호를 위해서이다. 저작물을 창작하는 경우, 그것이 최초에는 경제적으로 평가를 받지 못하다가 새로이 가공되어 2차적저작물의 형태로 소득원이 되는 경우가 흔하다. 예를 들어 소설가가 소설을 창작했다고 가정하자. 그 소설가가 어문저작물로서의 '소설'에 대한 저작권을 출판사에 '양도'했다면 소설가는 소설의 시장성에 대한 나름의 판단을 전제로 저작권 판매 가격을 산정하였을 것이다. 만일 소설가가 헐값에 저작권을 양도하였고, 그 소설이 예상과 달리 폭발적으로 판매되었다고 하더라도, 소설가로서는 스스로 시장 예측을 잘못하였으므로 크게 억울할 것이 없다고 생각할 수도 있다.

그러나 그 소설이 후에 드라마로 제작되어 크게 성공을 하고 드라마가 해외에까지 고가로 판매된 경우, 원작자인 소설가가 이미 저작권을 '양도'하였으므로 그에게 귀속할 이익이 전혀 없다고 한다면 소설가에게는 지나치게 가혹하다. 창작자 입장에서 2차적저작물 시장을 미리 예측하기는 지극히 어렵기 때문이다.

따라서 저작권자 보호를 위하여 '2차적저작물작성권'은 특약이 없는 한 저작권 양도 시 함께

양도되지 않은 것으로 추정하는 것이다. 문제는 저작권 양수인(讓受人)은 양도 계약에서 '단, 2차적저작물작성권 포함'이라는 문구를 기재하는 것만으로 저작권법 제45조 제2항의 취지를 무색하게 할 수 있다는 점이다. 그 문구가 특약으로 기능을 하였기 때문이다.

이러한 문제가 극단적으로 나타난 예가 <구름빵>사건이다. <구름빵>의 백희나 작가는 집필료 850만원을 받고 출판사에게 '2차적저작물작성권을 포함한 저작권 일체'를 양도하였다. 2004년 단행본으로 나온 그림책 <구름빵>은 50만부 이상 팔렸고, TV 애니메이션, 뮤지컬 등 2차적저작물 형태로 가공되어 4,400억원의 매출을 올렸으며, '강원정보문화진흥원'이 '구름빵 테마파크' 건립계획을 밝히기도 했다. 그러나, 작가에게는 보너스로 1,000만원이 더 지급되었을 뿐이라고 알려지면서 저작권 계약에서의 표준계약서 제정 필요성이 부각되었다.

문화체육관광부는 출판 계약 분야의 표준 계약서를 시작으로 여러 분야의 표준 계약서와 해설서를 제정하여 홈페이지에 게시하고 있다. 출판 분야 표준 계약서에서는 양도 계약의 권리 이전 범위를 한정하여 복제권, 공연권, 공중송신권, 배포권 등 저작재산권 종류를 제시하고 이 중에서 특정하여 양도하도록 하고, 양도계약에 2차적저작권을 포함하는지 여부는 별도의 특약규정으로 처리하도록 하여 2차적저작물작성권이 작가에게 있음을 각성하도록 하며, 양도기간을 작가와 출판사가 협의하여 정하도록 하고, 기간 종료 후에는 저작재산권을 작가에게 환원하도록 하였다.

2. 저작권 양도와 이용허락의 구별



저작권 양도와 이용허락의 효력은 구체적으로 어떻게 다른 것인가?

저작재산권은 양도와 상속이 가능한 권리이다. 창작자가 저작물을 창작하면 그 순간 그는 저작자로서 일체의 저작권을 가지게 된다. 그는 저작자이자 저작권자인 것이다. 그런데 저작재산권은 양도와 상속이 가능하고, 저작재산권의 전부 또는 일부가 양도된다면 양도된 범위에서 저작자와 저작재산권자는 구별이 되는 것이다. 저작자는 저작재산권을 제3자에게 양도한 범위에서는 더 이상 저작재산권자가 아니다. 상속을 하는 경우에도 상속인은 저작자인 피상속인에게 귀속하고 있는 저작재산권을 포괄적으로 이전받게 되므로 저작자와 저작권자가 달라지게 된다.

저작재산권자는 제3자에게 그 저작물의 이용을 허락할 수 있다. 저작물의 이용허락을 했다하

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

더라도 저작재산권자의 저작재산권은 이용허락을 받은 사람에게 넘어가는 것이 아니다. 저작재산권의 귀속에는 변화가 없다.

제46조【저작물의 이용허락】

- ① 저작재산권자는 다른 사람에게 그 저작물의 이용을 허락할 수 있다.
- ② 제1항의 규정에 따라 허락을 받은 자는 허락받은 이용 방법 및 조건의 범위 안에서 그 저작물을 이용할 수 있다.
- ③ 제1항의 규정에 따른 허락에 의하여 저작물을 이용할 수 있는 권리는 저작재산권자의 동의 없이 제3자에게 이를 양도할 수 없다.

문제는 저작권계약에서 저작재산권의 양도 계약을 하였는지, 저작물 이용허락 계약을 하였는지 분명하지 않은 경우의 해석 방법이다. 미국 법원은 이러한 경우 가급적 저작자에게 권리가 유보된 것으로 추정하는 저작자에게 유리한 추정(presumption for author), 계약 문안 작성자에게 불리한 추정(presumption against drafter), 거래 관행이나 용례(trade custom and usage), 계약 당시의 당사자의 지식(parties' knowledge), 계약 후 당사자의 행동(parties' conduct) 등 부수적 정황 증거를 활용하자는 등의 판례를 만들어 왔는데, 이러한 해석 방법은 보편성을 가지고 있어 우리 법원도 같은 취지의 판단을 하고 있다.

* 대법원 1996. 7. 30. 선고 95다29130 판결

우리 대법원도 저작권 양도 계약인지, 저작물 이용허락 계약인지 분명하지 않은 경우에는 ‘의심스러운 때는 저작권자의 이익으로’ 원칙을 적용하고 부수적 증거를 활용하여야 한다는 점을 분명히 했다. 즉, “저작권에 관한 계약을 해석함에 있어 저작권 양도 계약인지 이용허락 계약인지 명백하지 아니한 경우, 저작권 양도 또는 이용허락 되었음이 외부적으로 표현되지 아니한 경우에는 저작자에게 권리가 유보된 것으로 유리하게 추정함이 상당하며, 계약내용이 불분명한 경우 구체적인 의미를 해석함에 있어 거래 관행이나 당사자의 지식, 행동 등을 종합하여 해석함이 상당하다”고 판시한 것이다.

최근 비언어극 <난타>의 초연 연출가가 공연권 및 2차적저작물작성권이 침해되었다는 이유로 <난타>의 제작사를 상대로 소송을 제기하였다가 패소한 바 있다. 연출가는 1997년 극단 C를 창단한 D와 사이에 극단 C명의로 연출계약을 체결하였는데, 그 계약상의 권리는 PMC 프로덕션이 승계하였다. 초연 연출가는 초연의 극본을 집필하고 1997년 10월 10일 초연 이후 1998년 2월까지 연출을 담당하였다.

* 서울고등법원 2012. 11. 21. 선고 2011나104699 판결

법원은 “연출 계약서에서 ‘저작권 귀속’이라는 표제 하에 저작권 및 저작인접권, 2차적 저작물 및 편집저작물로 활용할 권리를 극단 C가 갖는다는 취지로 규정하고 있는 바, 무대 위에서 공연할 수 있는 ‘공연권’, 이 사건 시나리오를 원저작물로 삼아 이를 변형, 각색할 수 있는 ‘2차적저작물작성권’, 그리고 다시 이를 이용하여 변형, 각색한 공연을 할 수 있는 공연권 등이 극단 C에게 귀속하고 극단 C의 권리를 승계한 피고 PMC 프로덕션에게 권리가 있다”고 하였다.⁸²⁾

계약에서 ‘2차적저작물작성권’ 및 ‘공연권’을 양도 대상으로 명백히 하였으므로 해석 상 의문이 없었던 경우이다.

3. 방송사의 편집권과 저작자의 동일성유지권



케이블 방송 예술채널에서 60분물인 공연을 녹화 방송하기로 계약을 하였다. 그런데, 후에 방송된 내용을 확인하였더니 방송사가 임의로 내 공연을 편집해 40분짜리 방송물을 만들었고, 그 과정에서 공연물의 내용이 제대로 전달되지 않았다. 방송사는 편집권을 주장하며 잘못이 없다고 항변한다. 방송사의 편집권과 내 동일성유지권의 관계는?

방송사가 녹화 내용을 임의로 삭제한 후 편성의 자유와 방송 기술상 불가피한 제한이라는 항변을 하는 경우가 없지 않다. 편성의 자유는 헌법상 언론 자유 조항에 근거한 방송의 자유 중 가장 핵심적인 것이다. 방송법은 방송 편성의 자유와 독립은 보장되고, 누구든지 방송 편성에 관하여 방송법 또는 다른 법률에 의하지 아니하고는 어떠한 규제나 간섭도 할 수 없다고 규정한다(방송법 제4조 제1항, 제2항).

헌법상 ‘방송의 자유’는 방송의 편성 및 운영 등 방송 주체의 존립과 활동이 국가권력의 간섭으로부터 벗어나 독립함을 의미하는 데 그 주안점이 있었으나, 현대에 이르러서 국가권력 이외에 방송의 자유를 침해하는 세력에 대하여도 그 효력을 주장할 수 있다는 데 학설이 일치하고 있다. 그러나 방송사가 편성권을 가지고 있고, 국가 이외 제3자에 대하여도 편성권을 주장할 수 있다고 하더라도, 그 편성권을 행사하여 특정 프로그램의 방송 계획을 세운 후 제3자와 방송을 위한 계약을 맺은 경우 방송사는 그 계약에 특별히 약정한 바가 없다면 계약의 내용에

⁸²⁾ 대법원 2013. 3. 28. 선고 2013다324 심리 불속행 판결로 확정.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

따라 녹화·방송할 의무를 부담한다. 방송사가 갖는 편성권을 근거로 하여 저작권을 임의로 침해할 수는 없는 것이다.

방송사는 60분물 프로그램을 기준으로 하는 경우 5,6분간 스테이션 브레이크 (station break; 프로그램을 시작하기 전에 방송주체를 알리는 것), 스폿(spot; 막간을 이용한 짧은 내용의 고지방송), 다음 방송 예고, 프로그램 전후의 타이틀 백(title back)등을 고려하면 실제 방송시간은 상당히 짧아지게 된다고도 변명한다. 그렇다면 기술적으로 불가피한 범위에서 녹화내용을 편집하는 것은 방송사의 재량이라고 할 수 있으나 그 범위를 넘어 과도하게 공연 내용을 삭제하였다면 저작물의 동일성유지권을 침해하였다는 비난을 비껴갈 수 없을 것이다.

*** 서울고등법원 1994. 9. 27. 선고 92나35846 판결**

서울대학교 사회학과 000 교수가 60분 시리즈물인 <TV 강좌(가제)>에 출연하기로 하고 약 63분간 강연을 녹화한 일이 있다. 한국방송공사는 이를 편집하여 23분 분량을 삭제하고 40분만을 방송하였는데, 법원은 20분간의 강의 내용 삭제로 인하여 동일성유지권을 침해하였다고 확인하면서 “한국방송공사가 000 교수의 저작인격권을 침해하여 패소 판결을 선고받았다.”는 사실을 고지 방송할 것을 명하였다.

즉, 동일성유지권 침해를 전제로 저작권법 제127조가 규정하는 ‘명예회복을 위하여 필요한 조치’로서 패소판결의 공개를 선고한 것이다.⁸³⁾

4. 단순 이용허락, 독점적 이용허락, 배타적 이용허락



단순 이용허락, 독점적 이용허락, 배타적 이용허락은 어떻게 구별되는가?

저작권법 제46조의 해석 상 이용허락에는 ‘단순 이용허락(비독점적 이용허락)’과 ‘독점적 이용허락’이 있다. ‘단순 이용허락’은 저작권자(licensor)로부터 저작물을 이용할 수 있는 이용권을 얻은 경우로서, 저작권자는 다른 제3자에게 다시 단순 이용허락을 할 수 있고 이에 대하여 이용자(licensee)는 아무런 이익을 할 수 없다. ‘독점적 이용허락’은 저작권자가 특정의 이용자에게만 이용허락을 하고 다시 다른 제3자에게 이용허락을 할 수 없는 관계이다. 만일 저작

83) 보통 저작인격권이 침해된 경우 저작권자는 손해배상으로 ‘위자료’를 청구하지만 이 사건에서 000 교수는 ‘위자료’를 청구하지 않고 저작권법 제127조의 ‘명예회복을 위하여 필요한 조치’로서 패소 판결의 공개를 청구하였다.

권자가 다시 제3자에게 이용허락을 하였다면 이용자는 저작권자를 상대로 계약위반의 책임을 물을 수 있다. 원칙적으로 ‘이용허락’은 ‘독점적 이용허락’이라 하여도 채권 계약에 불과하므로 이용자는 중첩적으로 이용허락을 받은 제3자에게 대하여 직접 손해배상을 청구하거나 정지청구를 구할 수 없다.

영미법상의 ‘배타적 이용허락’(exclusive license)을 받은 배타적 이용자(exclusive licensee)는 정지 청구 등 저작권자와 동일한 권능을 행사할 수 있다. 미국저작권법의 ‘저작권의 이전(transfer of ownership)’은 ‘저작권 양도(assignment)’와 ‘배타적 이용허락(exclusive license)’을 포괄한다(미국 저작권법 제101조). 배타적 이용자에게는 저작권 일부가 이전되므로 저작권자와 유사한 지위가 될 수 있는 것이다.⁸⁴⁾ 따라서 우리 저작권법 제46조에 기초하는 ‘독점적 이용허락’과 미국 저작권법의 배타적 이용허락은 그 성격에 차이가 있다. (단, 종래 우리 저작권법에서 인정하는 출판권과 컴퓨터 프로그램 배타적발행권은 배타적 이용허락을 인정한 예이다. 그런데, 2011년 12월 2일 개정된 저작권법은 ‘배타적발행권’을 도입하여 배타적 이용허락의 적용 범위를 확대하였다)

그런데 대법원은 ‘소리바다’ 가처분 사건에서 독점적 이용권자에게 채권자 대위권을 인정하여 우회적으로 제3자에 대한 정지 청구를 인정한 바 있다(대법원 2007. 1. 25. 선고 2005다11626 판결).

독점적인 이용권자도 자신의 권리를 보전하기 위해 필요한 범위 내에서 권리자를 대위하여 저작권법 제123조의 침해정지 청구권을 행사할 수 있는 길이 열린 것이다.

민법 제404조 [채권자 대위권]

- ① 채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있다. 그러나 일신에 전속한 권리는 그러하지 아니하다.
- ② 채권자는 그 채권의 기한이 도래하기 전에는 법원의 허가 없이 전 항의 권리를 행사하지 못한다. 그러나 보전행위는 그러하지 아니하다.

84) § 101, Definitions

A “transfer of copyright ownership” is an assignment, mortgage, exclusive license, or any other conveyance, alienation, or hypothecation of a copyright or of any of the exclusive rights comprised in a copyright, whether or not it is limited in time or place of effect, but not including a nonexclusive license.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

5. 배타적발행



저작권법 개정으로 배타적발행권이 인정된다고 한다. 배타적발행권은 어떠한 권리인가?

저작물의 출판권과 컴퓨터 프로그램에만 인정되던 배타적 권리를 확대하도록 저작권법이 개정되었다. 출판 시장의 중심이 전자출판으로 이동 중이고, 전자출판분야에서 불법 복제의 위험이 적지 않음에도 불구하고, 전자출판에는 저작권법상 출판권을 적용할 수 없어 출판권자의 지위에 대한 우려가 많았다. 그래서 전자출판을 보호 범위로 포섭하는 방식으로 배타적발행권이 인정된 것이다(저작권법 제57조 내지 62조).

저작권법은, 기존의 발행(복제·배포)에만 인정되던 배타적 이용권을 전자 출판에 확대하고자 복제·전송할 권리에까지 확대하여 '배타적발행권'을 규정하였다. 그 결과 '프로그램 배타적발행권'은 '배타적발행권'의 한 유형이므로 삭제하고, 출판권은 실제로는 배타적발행권에 포섭되어 더 이상 존재 의미가 없어졌으나 출판업계의 의견을 반영하여 형식상 유지하고 있다. 배타적 발행권 각 규정은 과거 출판권의 규정을 옮겨서 규정한 것인데, 조문 형식상으로는 출판권을 유지하면서 오히려 출판권이 배타적발행권 규정을 준용하도록 하였다(저작권법 제63조, 제63조의 2).

배타적발행을 설정 받은 자, 즉, 배타적발행권자는 설정받은 권리(복제·배포, 복제·전송)에 대하여 독점적 권리를 향유하기 때문에, 저작권자와 별도로 해당 권리 침해에 대하여 소송 등 독자적인 구제가 가능해졌다.

6. 저작물의 법정허락



고아저작물(orphan works)이란 어떤 의미인가?

고아저작물이란 권리자를 알 수 없거나 찾을 수 없는 저작물을 말한다. 저작권은 창작과 동시에 발생하고, 어떠한 절차나 형식의 이행이 필요로 하지 않는다(저작권법 제10조 제2항). 이러한 '무방식주의'는 저작권자에게 아무런 부담을 주지 않아서 간명한 것처럼 이해되지만 실제로 혼란을 야기하기도 한다. 저작물은 끊임없이 창작되지만 그 대부분은 창작 이후 거의 잊히는 것이 현실이다. 저작물 중 보호 기간 동안 계속하여 이용되는 비율은 2% 미만이라는 연구결과도 있다.

따라서 창작 이후 세월이 흐른 뒤에 특정 저작물을 이용하려고 하는 경우 진정한 권리자를 찾기도 쉽지 않고, 진정한 권리자를 알아냈다 하더라도 그 소재를 찾기가 쉽지 않은 것이 현실이다. 저작권법은 저작물의 원본이나 복제물에 실명 또는 이명이 표시된 경우 저작자로 추정한다(제8조). 정부는 저작권 등록을 홍보하고 있지만 실제로 저작권 등록이 이루어지는 비율은 미미하고, 저작자 추정 규정의 효력도 완벽하지는 않다.

'고아저작물'을 자신의 저작물로 저작권 등록을 하고 진정한 저작권자를 자처하는 경우도 있는데 저작권 허위등록죄의 책임을 면할 수 없다(저작권법 제136조 제2항 제2호). 고아저작물을 이용하고자 한다면 법정허락을 받아야 할 것이다(저작권법 제50조).



내가 오래 전에 작사·작곡한 동요를 어린이 뮤지컬에서 테마 뮤직처럼 사용하고 있는 것을 보고 깜짝 놀랐다. 담당자에게 전화를 하였더니 이용료를 공탁하고 '법정허락'을 받았다고 한다. 무슨 이야기인가?

우리 저작권법은 저작자가 누구인지 찾을 수 없는 경우, '법정허락'이라는 이름으로 대처하고 있다. 국가가 권리자를 대신하여 혹은 권리자의 의사를 거슬러 이용허락을 함으로써 이용자를 도와주는 것이다.

저작권법은 이에 대하여 소상하게 규정하고 있다.

제50조 【저작재산권자 불명인 저작물의 이용】

- ① 누구든지 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 상당한 노력을 기울였어도 공표된 저작물(외국인의 저작물을 제외한다)의 저작재산권자나 그의 거소를 알 수 없어 그 저작물의 이용허락을 받을 수 없는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 문화체육관광부장관의 승인을 얻은 후 문화체육부장관이 정하는 기준에 의한 보상금을 공탁하고 이를 이용할 수 있다.
- ② 제1항의 규정에 따라 저작물을 이용하는 자는 그 뜻과 승인연월일을 표시하여야 한다.
- ③ 제1항의 규정에 따라 법정허락된 저작물이 다시 법정허락의 대상이 되는 때에는 제1항의 규정에 따른 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 상당한 노력의 절차를 생략할 수 있다. 다만, 그 법정허락의 승인 이전에 저작재산권자가 대통령령이 정하는 절차에 따라 이익을 제기하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ④ 문화체육관광부장관은 대통령령이 정하는 바에 따라 법정허락 내용을 정보통신망에 게시하여야 한다.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

법정허락을 위해서는 몇 가지 요건이 필요하다.

첫째, 공표된 저작물에 한하여 허용되고 외국인의 저작물은 허용되지 않는다. 외국인 저작물 적용 배제 규정은 2006년 저작권법 전면 개정 시에 신설되었다. 저작재산권자 불명저작물 법정허락은 국제조약상 일반적으로 인정되는 제도가 아니므로 국제적 마찰을 염려하여서 배제한 것이다. 선진국의 창작물을 왕성하게 이용하고자 하는 개발도상국은 법정허락제도의 확대에 관심이 있으나 저작권 선진국은 법정허락제도를 엄격히 적용하고자 한다.

둘째, '상당한 노력'을 해야 한다. 저작권법 시행령에서는 다음 세 가지 요건을 모두 충족할 것을 요구한다. ① 저작권등록부의 열람 또는 그 사본의 교부 신청을 통하여 저작재산권자나 그의 거소를 조회할 것, ② 해당 저작물 분야 신탁관리업자(해당 신탁관리업자가 없는 경우에는 대리 중개업자 또는 해당 저작물에 대해 이용허락을 받은 사실이 있는 경우 그 이용자 중에서 2인 이상)에게 저작재산권자의 성명 또는 명칭, 주소 또는 거소를 조회하는 확정일자 있는 문서를 보냈으나 이를 알 수 없다는 회신을 받거나 문서를 발송한 날로부터 1개월이 지났는데도 회신이 없을 것, ③ 전국을 보급지역으로 하는 일간신문 혹은 문화체육관광부의 인터넷 홈페이지나 '권리자 찾기 정보 시스템⁸⁵⁾'에 공고한 날로부터 10일이 지날 것(저작권법 시행령 제18조 제1항).

법정허락을 하는 주체는 문화체육관광부장관이나 그 업무는 한국저작권위원회에 위탁되었다(저작권법 제130조, 시행령 제68조 제1항 제1호).

85) 제73조(저작물의 공정한 이용을 위한 사업)
 ① 법 제34조 제1항에서 "저작물의 공정한 이용을 도모하기 위하여 필요한 사업"이란 다음 각 호의 사업을 말한다.
 <개정 2008.2.29, 2012.4.12>
 1. 보호 기간이 끝난 저작물 등에 대한 정보 제공 등을 위하여 필요한 사업
 2. 공공 기관 저작물의 공동 활용 체계 구축 사업
 3. 표준 계약서 개발 등 이용허락 제도 개선을 위한 사업
 4. 저작물의 공정 이용기준 마련을 위한 지침 제정 및 권장사업
 5. 저작물 등에 대한 이용허락 표시제도 활성화 사업
 6. 권리자가 불명인 저작물 등의 이용 활성화를 위한 저작물 등의 권리자 찾기 사업
 7. 그 밖에 문화체육관광부장관이 저작물의 공정한 이용을 위하여 필요하다고 인정하는 사업
 ② 문화체육관광부장관은 제1항제6호에 따른 사업을 효율적으로 수행하기 위하여 권리자가 불명인 저작물 등의 권리자 찾기 정보시스템을 구축·운영할 수 있다. <신설 2012.4.12>
 [제목개정 2009.7.22]

Q³ 나의 저작물을 공연제작사가 '저작재산권자 불명 법정허락'에 의하여 이용하고 있다면 어떻게 권리주장을 할 수 있는가?

저작재산권자가 불명의 경우, 이용을 희망하는 사람은 문화체육관광부장관이 정하는 기준에 의한 보상금을 공탁하고 그 저작물을 이용할 수 있다(저작권법 제50조 제2항). 현재 저작권법에 문화체육관광부장관이 정하는 보상금 기준이 정해져 있지는 않다. 일본 저작권법은 '통상 사용료의 상당액'을 기준으로 제시하고 있는데(제67조 제1항), 실제로 '한국저작권위원회'도 '한국음악저작권협회' 등 저작권신탁관리단체의 기준을 참작하여 당사자가 제출한 보상금 산정내역의 타당성을 검토하여 기준을 제시하고 있다.

공탁을 하게 되면 이용자는 저작재산권자로부터 이용허락을 받은 것과 마찬가지로 저작물을 이용할 수 있다. 이용자는 문화체육관광부장관의 승인을 얻었다는 점과 승인연월일을 적절한 방법으로 표시해야한다(제50조 제3항). 문화체육관광부장관은 법정허락 내용을 정보통신망에 게시하여야 한다(제50조 제4항).

법정허락에 의하여 승인 이전의 침해 행위에 대하여 소급적으로 면책을 받는 것은 아니다. 승인 이후의 행위에 대하여 저작권 침해의 위험에서 벗어날 뿐이다. 그렇다면 저작자는 공탁금을 수령하는 것으로 만족하고, 그 이상의 이용료 청구를 할 수 없는 것인가 하는 의문이 있다.

일본 저작권법은 법정허락의 보상금에 대하여 불복할 수 있는 방법을 규정하고 있다(제72조). 불만이 있는 당사자는 승인이 있었던 것을 안 날로부터 6개월 이내에 소를 제기하여 그 금액의 증감을 구할 수 있도록 하고 있는 것이다. 제도의 취지를 생각할 때, 법정허락의 효과가 종국적이고 저작권자가 이익을 제기할 방법이 없다고 해석되지는 않는다. 그러나 실제로 보상금 산정에 있어서 통상의 사용료를 기준으로 하고 있으므로 이의 신청의 실익이 크지는 않을 것이다.

우리나라에서는 저작재산권자 불명의 법정허락 제도가 영화제와 관련하여 많이 이용되고 있다. 영화제 중에는 'OOO감독 회고전' 등의 행사가 빠지지 않는다. 그런데 '영상저작물에 관한 특례'에 의하여 영화를 이용하는 권리는 영상제작자에게 양도된 것으로 추정되나, 영화사가 오래도록 운영되는 경우는 거의 없다. 이는 저작재산권자가 특정이 되지만 그의 거소를 알 수 없는 경우에 해당한다.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

7. 악곡만 이용하는 경우 - 작사가의 권리

Q 장애인의 날에 맞추어 장애인 이동을 주제로 하는 이벤트를 준비하고 있다. 주제 음악을 가수 000이 부른 노래 〈여행을 떠나요(가제)〉으로 정하고, 그 악곡을 사용하되 가사는 바꾸려고 한다. '한국음악저작권협회'는 음악저작물은 '공동저작물'이고 연주부분의 작곡과 노랫말은 불가분의 관계이므로 노랫말을 사용하지 않더라도 가사 사용료를 지급하라고 한다. 이러한 주장이 타당한가?

공동저작물은 '2인 이상이 공동으로 창작한 저작물로서 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 것'을 말한다(저작권법 제1조 제21호). 공동저작물의 저작권산권은 그 저작권산권자 전원의 합의에 의하지 아니하고는 행사할 수 없다(제48조 제1항).

공동저작물에 반대되는 개념이 결합저작물이다. 이는 '2인 이상이 공동으로 창작한 저작물로서 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 있는 것'을 말한다. '가요'가 공동저작물이라면 '가사'를 털어내고 '악곡'만 이용하는 관계라 하더라도 제48조 제1항에 의하여 작사자의 동의가 반드시 필요하다. 그러나 '가요'가 결합저작물이라면 악곡만 분리하여 이용할 수 있고, 이용하지 않는 작사가의 의사가 문제될 리 없다.

'한국음악저작권협회'는 작사가와 작곡가를 회원으로 하는 신탁관리 단체로서, 저작권료를 가능한 한 많이 징수하여 회원에게 분배액을 높여야 한다. 그래야 업무를 훌륭하게 수행하는 것이므로 가요를 공동저작물이라고 주장할 법하다. 그러나 가요에 대해서는 악곡만을 이용한 '경음악 연주' 카세트 테이프가 발매되어 왔고, 유명 작사가의 가사집이 단행본으로 발간된 예도 있었듯이 분리 이용이 가능한 것으로 보인다. 따라서 가요의 저작권법적 성격은 결합저작물로 이해하여야 할 것이다.

이렇게 해석하면 선거철에 선거 캠프가 인기 가요의 가사를 바꾸어 후보자를 위한 선거 로고송을 만드는 경우에도 작사자의 동의가 필요 없다는 결론에 이른다.

참고로, 베른협약은 음악저작물을 "musical compositions with or without words"라 하고 (Article 2 (1)), 미국저작권법은 '음악저작물'에는 가사가 포함된다고 규정한다(§102 (a) (2) musical works, including any accompanying words;).

8. 공연의 영상화

Q '예술의전당'이 공연의 영상화 사업에 관심이 많은 것으로 알고 있다. 이러한 사업의 전망은 어떠한가?

'공연의 영상화'는 매력적인 기획이지만 실행과 관련하여 저작권법상의 여러 가지 어려움을 극복하여야 한다. '예술의전당'이 공연을 자체 제작 한다면 내부 창작자의 저작물은 업무상 저작물로서 '예술의전당'이 저작권을 행사할 수 있고, 참여한 외부 창작자·실연자로부터는 영상물 제작에 대한 계약을 하고 영상제작자로서 사업을 진행하면 될 것이다. 그러나 '예술의전당'이 공연장으로서 대관을 한 데 그친다면 그 공연장에서 행하여진 공연에 대하여 저작권을 주장할 여지가 없으므로 영상물 제작 과정에 어려움이 예상된다.

현재 '예술의전당'은 '국립현대무용단' 등 유관단체와 협의하여 '비영리 목적'의 영상화 작업을 하고, 복제한 DVD를 전국에 소재한 '문화의 집'에 배포하는 방식으로 조심스런 시도를 하고 있는 것으로 안다.

공연의 영상화는 젊은 관객 개발에 골몰하던 뉴욕 메트로폴리탄 오페라단이 2006년 시즌 오프닝 공연을 타임스퀘어 광장 전광판에 무료 생중계 하면서 시작하였다. 뉴욕 메트로폴리탄 오페라단은 세계 64개국 1900개 영화관에 오페라를 생중계하였고, 우리나라에서도 메가박스에서 모차르트의 '티티 황제의 자비'를 상영한 바 있다. 전세계 영화관과 인터넷을 통해 싼 값에 오페라를 배급하여 '오페라의 대중화'를 이끌고 있는 것이다.⁸⁶⁾ 메트로폴리탄 오페라단은 자체 제작 공연이었으므로 저작권 처리와 관련하여서는 큰 어려움이 없을 것이다.

86) "뉴욕메트로폴리탄 오페라단 120년 철방통을 깨다", 조선일보, 2013년 6월 15-16일 토-일요일, C1면.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

저작권 제한

1. 시사보도를 위한 이용
2. 시험문제 출제
3. 패러디 – 공정이용의 법리(fair use doctrine)
4. 대학 수업에서 TV 프로그램을 교육목적으로 이용한 경우
5. 고등학교 연극반에서 기존의 대본을 이용하는 경우
6. 비영리 공연과 준거법의 오해
7. 공표된 저작물의 공정한 인용
8. 공공저작물 자유이용
9. SNS 등 온라인 매체 홍보용 사진 이미지 활용

1. 시사보도를 위한 이용

Q OO방송사 뉴스 프로그램 제작을 위하여 세종문화회관에서 공연할 OO교향악단의 리허설을 취재하였다. 뉴스에 나간 영상을 본 교양 프로그램 담당자가 자료 영상을 빌려가서 10분 정도를 <문화탐방(가제)>에 이용했다. OO교향악단은 저작권접권 침해라는 항의를 하였다. '시사보도를 위한 이용'으로서 면책이 되어야 하지 않는가?

저작권법 제26조는 “방송·신문이나 그 밖의 방법에 의하여 시사보도를 하는 경우에 그 과정에서 보이거나 들리는 저작물은 보도를 위한 정당한 범위 안에서 복제·배포·공연 또는 공중송신할 수 있다”고 하는데 이 규정은 저작권접권에도 준용이 된다(제87조). 여기서 '시사보도의 과정에서 보이거나 들리는 저작물'이란 적극적으로 저작물을 시사보도에 인용하는 것이 아니라 보도과정에서 수동적으로 보이거나 들리는 정도만을 의미한다고 해석하여야 할 것이다.

시사보도를 위한 정당한 범위인가 여부를 판단하는 데 있어서 가장 중요한 점은 그러한 이용이 저작물의 잠재적 시장에 미치는 영향이 될 것이다. 그 시사보도에 의하여 시청자 중 잠재적 고객이 세종문화회관의 공연을 찾을 이유가 없을 만큼 장시간 방송이 나갔다면 잠재적 시장에 영향을 미친 것이다.

뉴스 보도에서 30초 내외의 짧은 연주가 소개되었다면 시사보도를 위한 이용으로 면책이 될 터이나, 교양 프로그램에서 교향악단의 동의 없이 10분간 리허설이 노출되었다면 이는 시사보도와는 무관한 이용이므로 교향악단 입장에서는 저작권접권 침해를 주장할 수 있다. 교향악단이 아니라 저작권자가 그러한 사실을 인지한다면 저작권자도 저작권 침해를 주장할 만한 사안이다.

2. 시험문제 출제

Q OO 문화재단 승진 시험 출제위원이다. 저작권법상 시험문제를 출제하기 위해 필요한 경우에는 남의 저작물을 이용할 수 있다고 알고 있는데, 이는 문화재단의 내부 승진시험에도 해당되는가?

저작권법 제32조는 “학교의 입학시험이나 그 밖에 학식 및 기능에 관한 시험 또는 검정을 위해 저작물이 필요한 경우에는 그 목적을 위하여 정당한 범위에서 공표된 저작물을 복제·배포할 수 있다. 다만, 영리를 목적으로 하는 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정한다. ‘학식 및 기

능에 관한 시험 또는 검정을 위하여 필요한 경우’에 영리 기업의 승진 시험이 포함되는지가 문제이다. 저작권법 제32조 단서에서 영리 목적을 배제하고 있기 때문이다.

기업의 입사 시험, 승진 시험을 위한 시험문제를 출제하는 경우에도 공표된 저작물을 복제, 배포할 수 있다고 해석한다. 저작권법 제32조 단서의 영리목적이란 시험문제의 출제를 영업으로 하는 경우를 의미한다. 공공기관이나 비영리 단체의 입사 시험, 승진 시험에 필요한 범위에서 공표된 저작물을 이용하는 경우는 물론 영리를 목적으로 하는 기업의 출제라고 하더라도 이는 그 자체가 영리목적이지 아니므로 저작권 침해행위가 아니라고 해석한다. ‘시험문제로서의 복제’를 저작권 제한 사유로 하는 이유는 시험문제를 출제할 때마다 저작재산권자의 동의를 요구한다면 시험의 보안유지가 이루어지지 않기 때문이다.

한편, 시험문제를 출제하기 위해서 원저작물의 표현을 일부 변경할 필요가 있을 경우, 저작자의 ‘동일성유지권’ 침해가 아닌가 하는 의문이 있다. 저작자는 ‘저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 범위 안에서의 변경’에 대해서는 이의를 할 수 없다(제13조 제2항 제5호 참조). 그러나 과도한 변경은 ‘본질적인 내용의 변경’이 될 수 있으므로 변경의 범위는 필요한 최소한에 그쳐야 할 것이다.

3. 패러디 – 공정이용의 법리(fair use doctrine)

Q 속취해소 음료 ‘컨디션’ 광고 중에 “우리에게만 아직 열두 병의 컨디션이 남아있습니다”라는 문구가 나왔다. 영화 <명량>의 대사 “신에게는 아직 열두 척의 배가 있습니다”를 패러디한 것으로 보였다. 이러한 경우는 저작권 침해에 해당하지 않는가?

패러디는 원작의 ‘풍자적 개작’을 의미한다. 원작을 익살스럽게 비틀어 그 원작이나 사회를 풍자하는 창작 방법을 말하는 것이다. ‘패러디로 인정되었다’ 혹은 ‘패러디로 성공하였다’는 의미는 저작권자의 동의를 얻지 않고 원작을 사용하고 변형하였음에도 불구하고 저작재산권으로서의 ‘2차적저작물작성권’과 저작권인격권으로서의 ‘동일성유지권’이 침해되지 않았다는 뜻이다. 패러디에는 원작 자체를 비평의 대상으로 삼는 직접 패러디(direct parody)와 원작을 비평의 수단으로 하여 현대 사회에 대한 일반적인 비평을 하는 매개 패러디(vehicle parody)가 있다고 한다.⁸⁷⁾

87) 정재훈, “패러디 광고와 저작권 침해”, 광고연구 39호, 11면, 이해원 제3판 저작권법 337면에서 재인용.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

미국 판례는 패러디 분쟁을 연방저작권법 제107조의 공정이용(fair use) 규정으로 해결하고 있다. 미국에서는 아래 4가지 요소를 고려하여 패러디 인정 여부를 판단해 왔는데 4가지 요소는 장기간 축적된 판례를 유형화 한 것으로 매 사건에서 각 요소가 모두 같은 정도로 충족해야 되는 것은 아니었다. 구체적 사정에 따라 4가지 요소를 종합적으로 고려하여 패러디 해당 여부를 판단해 온 것이다.

* 미국저작권법 제107조 Fair Use Doctrine

-사용의 목적 및 성격(the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purpose)

- 보호되는 저작물의 성격(the nature of the copyrighted work)

-사용된 부분이 보호되는 저작물에서 차지하는 양과 중요성
(the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole)

-잠재적 시장 효과

(the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work)

패러디에 대해서는 국제적으로 정립된 기준이 있다고 하기는 곤란하다. 프랑스 저작권법이 패러디를 입법적으로 해결하고 있으나 이는 오히려 예외적인 경우이다. 저작권 침해라는 외형에도 불구하고 패러디를 인정하는 이유는, 원작의 사용형태가 겹치지 않으므로 저작자가 동의를 하지 않을 가능성이 크지만 원작에 대한 그러한 풍자가 문화의 향상 발전을 가져 온다는 믿음 때문이다. '문화의 향상발전'은 저작권법의 궁극적인 목적인 것이다.

구 저작권법상 패러디를 인정하기에는 '2차적저작물작성권'과 '동일성유지권'의 관계에서 해석상 어려움이 있었다.

* 서울지방법원 2001. 11. 1.자 2001카합 1837호 결정

우리 법원은 가수 서태지의 <컴백홈>이 문제가 된 사건에서, "개사곡은 원곡에 나타난 음악적 특징을 흉내 내어 단순히 웃음을 자아낼 뿐 비평적 내용을 부가하여 새로운 가치를 창출한 것으로는 보이지 않고, 패러디로서 보호되는 것은 해당 저작물에 대한 비평이나 풍자인 것이지 해당 저작물이 아닌 사회 현실에 대한 것까지 패러디로 허용된다고 보기는 어렵다. 상업적 목적으로 원곡을 이용하였으며, 원곡을 인용한 정도가 원곡의 사회적 가치 저하나 잠재적 수요 하락이 될 수 있는 경우에는 패러디로서 보호받을 수 없다"고 하였다.

판결 이유에서 실제로는 미국 저작권법 제107조 '공정이용' 규정을 패러디의 요건으로 제시하면서 그 요건에 해당하지 않으므로 패러디가 아니라는 결론을 내린 것이다.

그런데 한·미FTA 이행을 위하여 2011년 12월 2일 저작권법이 개정되면서, 미국 저작권법 제 107조와 유사한 저작권법 제35조의 3(저작물의 공정한 이용)규정이 신설되었다. 이제 패러디와 관련한 양상이 현저하게 달라진 것이다. 저작권법 제35조의 3 제2항은 미국 저작권법 제 107조의 4개 요소를 그대로 가져왔다. 즉 저작물 이용행위가 공정이용에 해당하는지를 판단할 때에는 "1. 영리성 또는 비영리성 등 이용의 목적 및 성격, 2. 저작물의 종류 및 용도, 3. 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성, 4. 저작물의 이용이 그 저작물의 현재 시장 또는 가치나 잠재적인 시장 또는 가치에 미치는 영향"을 고려해야 한다.

사안의 경우, '숙취 해소 음료' 광고 시장과 영화 시장은 전혀 다른 시장이므로 패러디에 해당하고 따라서 저작권 침해가 아니라고 판단하여야 할 것이다.

4. 대학 수업에서 TV 프로그램을 교육 목적으로 이용한 경우



공연학과 교수이다. 케이블 TV 방송의 문화 프로그램을 복제하여 수업에 이용하고 있다. 교육 목적으로 교내에서 이용하고 있는데 저작권법상 문제가 될까?

저작권법 제25조 제2항은 특별법에 의하여 설립되었거나 유아교육법, 초·중등교육법, 또는 고등교육법에 따른 학교, 국가나 지방자치단체가 운영하는 교육 기관 및 이들 교육 기관의 수업을 지원하기 위하여 국가나 지방자치단체에 소속된 교육지원기관은, 그 수업 또는 지원 목적상 필요하다고 인정되는 경우에는 공표된 저작물의 일부분을 복제·배포·공연·방송 또는 전송할 수 있다. 다만, 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 저작물의 전부를 이용하는 것이 부득이한 경우에는 전부를 이용할 수 있다.

대학은 고등교육법에 의한 학교이다. 고등교육법에 의한 학교에는 대학, 산업대학, 전문대학, 방송대학·통신대학·방송통신대학·사이버대학, 기술대학 및 각종학교가 있다(고등교육법 제2조).

저작권법 제25조 제4항은 "제1항 및 제2항에 따라 저작물을 이용하려는 자는 문화체육관광부장관이 정하여 고시하는 기준에 따른 보상금을 해당 저작재산권자에게 지급하여야 한다. 다

01 논의의 전제

02 저작물

03 저작권 보호의 경계

04 저작자와 저작권 귀속

05 저작 인격권

06 저작 재산권 및 기타 권리

07 저작권 계약

08 저작권 제한

09 저작 인접권

10 등록과 위탁 관리업

11 저작권 침해

12 저작권 침해에 대한 구제

13 퍼블리시티권

만, 고등학교 및 이에 준하는 학교 이하의 학교에서 제2항에 따른 복제·배포·공연·방송 또는 전송을 하는 경우에는 보상금을 지급하지 아니 한다”고 규정한다.

방송 프로그램을 재생하여 학생들에게 공개하는 행위는 저작권법상 ‘공연’에 해당한다(제2조 제3호는, “공연”을 ‘저작물 또는 실연 음반 방송을 상연·연주·가창·구연·낭독·상영·재생 및 그 밖의 방법으로 공중에게 공개하는 것을 말하며, 동일인의 점유에 속하는 연결된 장소 안에서 이루어지는 송신(전송을 제외한다)을 포함한다’고 규정한다). 결국 대학교에서 수업을 위하여서는 ‘일정한 보상금을 지급하고’ 방송 프로그램을 이용할 수 있다.

단, 수업 목적 저작물 이용을 위하여 이용자가 개별적으로 저작권자의 사전 이용허락을 받을 필요는 없다. 저작권자에게 인정되는 권리가 보상청구권인 바, ‘한국복제전송저작권협회’와 각 대학이 학생 수에 따라 연간 일정금액을 포괄적으로 납부하는 방식으로 협의를 진행하여 현재 거의 모든 대학과 ‘한국복제전송저작권협회’와 사이에 협약이 이루어졌고, 2014년부터 이미 징수를 시작했으니 수업을 담당하는 교수가 개별적으로 고민할 이유는 없다고 하겠다(저작권법 제123조, 제25조).

5. 고등학교 연극반에서 기존의 대본을 이용하는 경우



고등학교 연극반 지도교사이다. 연극협회가 주최하는 ‘전국학생연극대회’를 앞두고 대본을 수배하고 있다. 돌아가신 A선생의 작품 B를 무대에 올리고 싶은데, 유족의 동의를 받아야 하는가?

저작권법 제25조 제2항의 ‘수업 목적 공연’과 제29조 제1항의 ‘비영리 공연’을 검토할 필요가 있겠다. 저작권법 제25조 제2항, 제4항에 의하면, 고등학교에서 수업 목적상 필요하다고 인정되는 경우에는 보상금을 지급하지 아니하고 저작물의 전부를 이용할 수 있다. 그런데, ‘전국학생연극대회’에 출전하는 경우를 ‘수업목적’이라고 할 수 있는지 의문이다.

그동안 수업의 범위에 대하여는 실험, 실습, 체육실기, 운동회 등의 ‘특별교육활동’이 포함되며, 교사의 지휘 하의 클럽 활동도 포함된다고 해석되었다.⁸⁸⁾ 그러나 수업의 구체적 범위에 의문이 있었는데, 2010년 ‘교육과학기술부’의 질의에 대해 ‘문화체육관광부’는 다음과 같이 회신하였다.⁸⁹⁾

1) 대면 수업의 의미
저작권법 상 수업은 대면 수업을 원칙으로 하고 있습니다. 여기서 ‘대면’이라 함은 교실 등 장소적 제한이 있는 대면이 아닌 교사와 교사에 준하는 지위에 있는 자와 학생들 간의 대면을 의미합니다.

2) 교사들의 수업 준비를 위한 각종 자료의 개발 및 공유문제
교사가 수업을 위해 준비하는 과정(각종 수업 자료의 개발, 작성)도 수업의 개념에 포함됩니다. 또한 수업을 위해, 관련 교사 간에 자료를 공유하는 과정도 수업의 준비 행위로 볼 수 있습니다. 다만, 공유는 과목 교사 간의 한정된 범위 안에서 가능하며 일반인의 접근이 가능한 방식의 공유는 허용되지 않음을 유의해야 합니다.

3) 교사와 학생 간 수업 전후에 필요한 학습 자료의 복제·배포·전송 등의 다양한 수업 가능 여부
수업과 관련 있는 수업 진행 과정에서 필요한 사전, 사후 학습 등 학습 자료의 복제, 배포, 전송은 수업 과정의 하나로 볼 수 있습니다. 다만 수업과 관련 없는 일반 학생들에게까지 자료를 배포, 전송하는 경우는 허용되지 않습니다.

4) 학교 교육 과정에 따라 학교장의 지휘·감독 하에 학교 안 또는 밖에서 이루어지는 ‘창의적 체험 활동’과, 학교장의 지휘·감독 하에 이루어지는 ‘방과 후 학교’의 수업 포함 여부
‘창의적 체험 활동’과 ‘방과 후 학교’는 학교장의 감독 하에 교사와 교사에 준하는 지위에 있는 사람에 의해 수행되는 것이라면 수업의 범위에 포함된다고 할 수 있습니다.

그렇다면, 학생들의 자치 활동은 저작권법 제25조 제2항의 수업목적이라고는 해석되지 않는다.

한편, 자치 활동으로서의 공연에 대하여는 저작권법 제29조의 ‘비영리 공연’ 규정 적용이 가능한지 본다.⁹⁰⁾

공표된 저작물에 대하여 ① 영리를 목적으로 하지 않고, ② 그 공연에 대한 반대급부를 받지 않고, ③ 실연자에게 통상의 보수를 지급하지 않는 비영리 공연을 하는 경우에는 저작권자의 권리행사가 제한된다. 저작권법 제29조가 규정하는 비영리 공연의 요건은 엄격하게 해석해야 한다. 그렇지 않으면 저작권자의 권리를 과도하게 제한하는 격이 되기 때문이다.

88) 정상조 편, 같은 책, 490면.

89) 채명기, 「쉽게 익히는 이야기 ‘썩’ 학교 저작권」, (한국교육학술정보원, 2010), 96면.

90) 29조(영리를 목적으로 하지 아니하는 공연·방송)

① 영리를 목적으로 하지 아니하고 청중이나 관중 또는 제 3자로부터 어떤 명목으로든지 반대급부를 받지 아니하는 경우에는 공표된 저작물을 공연 또는 방송할 수 있다. 다만, 실연자에게 통상의 보수를 지급하는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 청중이나 관중으로부터 당해 공연에 대한 반대급부를 받지 아니하는 경우에는 판매용 음반 또는 판매용 영상저작물을 재생하여 공중에게 공연할 수 있다. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

01 논의의 전제

02 저작물

03 저작권 보호의 경계

04 저작자와 저작권 귀속

05 저작 인격권

06 저작 재산권 및 기타 권리

07 저작권 계약

08 저작권 제한

09 저작 인접권

10 등록과 위탁 관리업

11 저작권 침해

12 저작권 침해에 대한 구제

13 퍼블리시티권

학생들의 공연이 비영리 공연의 요건에 해당하는 한 저작권 제한 사유이므로 저작권법상으로 유족의 동의를 받지 않더라도 저작권 침해는 아니다. 그러나 돌아가신 A선생 혹은 저작권자인 유족에 대한 예우로서 공연을 하게 된다는 사정을 알리는 것이 좋을 것이다.

한편 저작권자의 저작권 행사가 제한된다고 하더라도, 그러한 권리의 제한은 저작재산권 영역이라는 점을 기억하여야 한다. 저작자가 이미 고인이 되었고, 저작인격권이 일신전속적인 권리로서 상속하지 않는다 하더라도 그 저작물을 이용하는 자는 “저작자가 생존하였더라면 그 저작인격권에 침해가 될 행위를 하여서는 아니 된다”는 점을 잊지 말아야 한다.

6. 비영리 공연과 준거법의 오해



예술대학에서 뮤지컬을 가르치고 있다. 학과의 특성상 학생들과 워크숍 작품을 만든 후 교내에서 공연을 하고 있다. 영국 저작권자의 작품으로 국내에서 공연된 대본을 구해 공연을 준비 중인데, 그 작품의 국내 저작권자(sub-licensor)가 학생 공연인 만큼 요율을 낮추어 줄 터이니 저작권료를 내라고 요구한다. 저작권법 제29조 제1항의 ‘비영리 공연’에 해당하므로 저작권료가 발생하지 않는다고 설명했으나, 그는 작품이 영국산(英國産)이므로 영국 저작권법이 적용되므로 한국 저작권법을 거론할 상황이 아니라고 주장한다. 저작권료를 지불해야 하는가?

저작권법 제29조 제1항의 비영리 공연의 요건에 해당하는 한 문제가 없다.

우리나라 예술대학에서 공연한 비영리 공연이 영국 저작권자의 저작권을 침해하느냐 그렇지 않느냐를 결정하는 데 영국법이 적용되어야 한다는 주장을 살펴보자.

이러한 주장이 나오게 된 것은 계약서 규정의 오해에서 비롯된 것으로 짐작된다. 국내 저작권자(sub-licensor)는 한편 원저작권자(licensor)와의 관계에서 저작물 이용허락을 받은 자(licensee)이기도 할 테고, 영국 저작권자와 사이에 저작물 이용허락 계약(License Agreement)을 체결하였을 것이다. 그 계약서에는 저작물 이용허락 기간(term), 이용료(fee), 이용지역(territory) 등과 함께 말미에는 “계약자 사이에 분쟁이 발생한 경우 영국법을 적용한다”는 규정이 있었을 법하다.⁹¹⁾ 국제 계약에서 계약의 내용을 해석함에 있어서 기준이 되는 법을 준거

91) 준거법 조항의 예를 본다.

The validity, construction and performance of this Agreement shall be governed by and interpreted in accordance with the laws of the State of New York, the United States of America.

법(governing law)이라고 한다.

즉, ‘준거법’이란 계약을 체결한 당사자 사이에 그 계약의 해석과 관련하여 다툼이 발생한 경우에 당사자의 권리와 의무를 확정하기 위하여 적용하는 법을 의미한다. 저작권자가 영국인이려면 외국인과의 저작물 이용허락 계약을 하면서 자신이 잘 알지도 못하는 외국법을 준거법으로 지정하기보다 영국법을 준거법으로 지정하고 싶어 하리라는 점은 능히 추측할 만하다. 더욱이 국제 뮤지컬 시장은 seller’s market이다. 세계적으로 알려진 유명 작품의 저작권자는 따로 영업 활동을 하지 않고도 가만히 앉아서 오는 손님을 맞을 뿐이다. 그런 입장에서 자신이 잘 알고 익숙한 자국의 법을 준거법으로 지정하는 것은 당연하다고 할 수 있다.

계약이란 계약 당사자만을 구속할 뿐이고, 따라서 준거법 규정도 그 계약을 체결한 당사자에게만 효력을 발휘한다. 계약 당사자가 아닌 제3자가 계약 대상이 된 작품을 국내에서 공연하였다면, 그러한 공연이 저작권자와의 관계에서 저작권 침해인지 아닌지는 침해가 발생한 국가의 국내법을 적용하여 판단한다. 만일 한국인이 영국에서 영국 저작권자의 허락을 받지 않고 영국 저작물을 공연하는 경우에는 영국법을 적용하여 저작권 침해 여부를 따지게 되고, 영국인이 한국 저작권자의 승낙을 받지 않고 영국에서 한국 창작뮤지컬작품을 공연하였다 하더라도 영국의 저작권법에 의하여 책임을 판단하게 된다. 같은 논리로, 한국인이 한국에서 영국 저작물을 허락 없이 공연하였다면 저작권 침해 여부는 우선 한국법을 적용해 판단하게 되는 것이다.

저작권자가 학생 공연에 대하여는 일반 상업 공연에 비하여 저렴한 요율을 적용하는 것도 일반적이다. 그러나 국내법에서 저작권의 제한 사유로 규정되어 로열티를 지급할 필요가 없는 공연에 대해 저작권료를 주어야 한다고 주장한다면 적절하지 않다.

참고로, 영국 지적재산권법(CDPA) 제32조에는, 비상업적 목적으로 수업 또는 수업 준비 과정에서 행하는 공연은 저작권 침해가 아니라는 규정이 있으나, 우리나라와 같이 일반적인 비영리 공연의 면책 규정은 존재하지 않는다. 일본 저작권법 제38조는 ‘비영리 공연’을 저작권 제한 사유로 규정한다.

01 논의의 전제

02 저작물

03 저작권 보호의 경계

04 저작자와 저작권 귀속

05 저작 인격권

06 저작 재산권 및 기타 권리

07 저작권 계약

08 저작권 제한

09 저작 인접권

10 등록과 위탁 관리업

11 저작권 침해

12 저작권 침해에 대한 구제

13 퍼블리시티권

7. 공표된 저작물의 공정한 인용

Q 연극 극본을 창작하는 과정에서 제3자의 저작물을 인용하지 않을 수 없다. 어느 정도 인용했을 때 법적으로 허용되는 인용인가?

저작권법 제28조는 ‘공표된 저작물의 인용’이라는 제목으로 “공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위해서는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 인용할 수 있다”고 규정한다. 이 규정은 ‘저작물의 공정한 이용’이라는 제목으로 미국 저작권법 제107조의 fair use doctrine이 저작권법 제35조의 3으로 도입되기 전에는 중요한 기능을 했다. 저작권의 사소한 침해 상황에서 그나마 면책을 고민해 볼 수 있는 근거 규정이었기 때문이다. 저작권법 제28조의 인용에 해당하기 위해서는 자신이 창작의 중심이 되고, 제3자의 저작물에 보조적으로 이용되는 관계여야 한다.

외국 영화의 특징적인 장면이 국내 영화에서 ‘영화 속의 영화’로 이용되었으나 ‘공표된 저작물의 인용’에 해당하므로 저작권 침해가 아니라고 판단된 사례도 있다. 한국영화 <해피에로 크리스마스>의 장면에 일본영화 <러브레터>의 주요장면(주연배우가 “오갱끼테스까”, “와타시와 갱끼테스”라고 외치는 장면)이 짧게 삽입되었고, 이에 대하여 일본의 저작권자가 영화관 상영, 방송, 전송, DVD 배포 등의 금지를 구하였으나 기각된 사례이다.

*** 서울중앙지방법원 2004. 3. 18. 자 2004카합344 결정**

법원은 인용 부분이 영화 속의 영화로 표현되어 ‘인용저작물과 피인용 저작물이 명료하게 구분’되고, 인용 부분이 <해피에로 크리스마스>의 러닝타임 110분 중 30초 가량으로 극히 일부이고, 일본영화 <러브레터>가 국내에서 흥행에 성공하였고, 인용된 부분은 <러브레터>의 가장 유명한 대사, 장면으로서 공공의 영역(public domain)에 근접해 있다고 보이며, 서로 개봉시기가 달라 <러브레터>의 잠재적 시장 가치가 감소되거나 혹은 수요를 대체하는 효과를 갖는다고 보기 어렵다는 등을 이유로, 저작권 침해로 보기도 어렵고, 저작권법 제25조(현행법 제28조)의 ‘공표된 저작물의 인용’에 해당된다고 볼 여지도 있다고 하였다.

이 사건에서는, 인용된 부분이 <러브레터>의 가장 특징적인 대사, 장면으로서 공공의 영역에 근접해 있다는 부분은 논쟁거리가 될 만하다. 질적으로 가장 핵심적인 부분이 인용되었다면 그 자체로서 저작권 침해라는 판단이 가능하기 때문이다.

8. 공공저작물 자유이용

Q 2014년 7월부터는 공공저작물 이용이 자유롭다는데, 그렇다면 공공저작물을 변형하여 상업적으로 활용하여도 되는가?

국가와 지방자치단체는 업무 수행 과정에서 저작물을 직접 창작하거나 민간에 창작을 위탁한다. 이 과정에서 확보한 공공저작물 중에는 널리 이용될 필요가 있는 저작물이 많이 포함되어 있다. 저작권법은 이 중 법률, 고시, 판결처럼 처음부터 저작권 보호를 부인하는 것도 있는데(저작권법 제7조) 이제는 나머지 저작물에 대해서도 이용의 활성화를 도모하는 것이다. 이러한 취지에서 2013. 12. 30. 저작권법 개정으로 ‘공공저작물의 자유이용’ 규정이 신설되었다.^{92) 93)}

자유이용 저작물의 범위는 ‘국가·지방자치단체에서 업무 상 작성하여 공표한 저작물이나 계약에 따라 저작재산권의 전부를 보유한 저작물’ 혹은 ‘공공기관이 업무상 작성하여 공표한 저작물이나 계약에 따라 저작재산권의 전부를 보유한 저작물 중 문화체육관광부장관이 정한 공공누리 표시를 적용한 저작물’이다. 이러한 저작물은 상업적 활용이 가능하고, 원저작물의 번역·편곡 또는 개작에 의한 이용도 허용된다(저작권법 제36조 제1항).

제24조의2【공공저작물의 자유이용】① 국가 또는 지방자치단체가 업무상 작성하여 공표한 저작물이나 계약에 따라 저작재산권의 전부를 보유한 저작물은 허락 없이 이용할 수 있다. 다만, 저작물이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 국가 안전보장에 관련되는 정보를 포함하는 경우
 2. 개인의 사생활 또는 사업상 비밀에 해당하는 경우
 3. 다른 법률에 따라 공개가 제한되는 정보를 포함하는 경우
 4. 제112조에 따른 한국저작권위원회에 등록된 저작물로서 「국유재산법」에 따른 국유재산 또는 「공유 재산 및 물품 관리법」에 따른 공유 재산으로 관리되는 경우
- ② 국가는 「공공기관의 운영에 관한 법률」제4조에 따른 공공기관이 업무상 작성하여 공표한 저작물이나 계약에 따라 저작재산권의 전부를 보유한 저작물의 이용을 활성화하기 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 공공저작물 이용 활성화 시책을 수립·시행할 수 있다.
- ③ 국가 또는 지방자치단체는 제1항 제4호의 공공저작물 중 자유로운 이용을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 「국유재산법」 또는 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 대통령령으로 정하는 바에 따라 사용하게 할 수 있다.

92) 미국 저작권법은 연방 정부의 저작물을 자유 이용의 대상으로 하고 있다.
93) 임원선, 「제4판 저작권법」, (한국저작권위원회, 2014), 238면.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

9. SNS 등 온라인 매체 홍보용 사진 이미지 활용

Q 공연 홍보를 위한 공연(단체) 블로그를 운영하고 있는데, 대학생 서포터즈들이 공연 관련 소식 및 공연과 연관된 주변 이야기들을 취재하여 사진 등 이미지와 함께 작성한 글을 실는 코너가 있다. 그런데, 얼마 전 이미지 저작권 관리업체로부터 대학생 서포터가 작성한 글 중 하나에 사용된 사진이 저작권을 침해하였다는 통보를 받았다. 작품의 배경인 OO시에 대한 글이었는데, 원고를 쓴 학생은 인터넷에서 가장 먼저 검색되는 OO시의 사진을 별 뜻 없이 사용했다고 한다. 공연을 직접적으로 홍보한 글이 아니고, 제작사가 아닌 대학생이 쓴 글에 사용한 것인 데도 저작권 침해가 되는 것인가?

공연에서 온라인 홍보의 중요성을 인식하게 되면서 공식 홈페이지를 비롯한 각종 온라인 사이트, 블로그, 트위터, 페이스북 등 SNS를 통해 다양한 홍보를 진행하는 경우가 늘어나고 있다. 매체의 특성상 다양한 영상이나 이미지 파일을 많이 이용하여야 한다면 사전에 저작권 귀속을 확인할 필요가 있다. 특히 저작자들의 권리 의식이 강해지면서, 이미지저작권 관리를 위탁받은 업체가 검색 툴을 이용하여 저작권 침해 여부를 점검하므로, 이로 인한 불이익을 입지 않도록 주의를 해야 한다.

대학생 서포터가 작성한 글이고, 공연에 대한 직접적인 홍보를 하지 않았다 하더라도 저작권 침해 책임을 면하는 것은 아니다. 저작권법상 저작권 제한 사유인 공표된 저작물의 인용(제28조), 혹은 저작물의 공정한 이용(제35조의 3) 등에 해당해야 침해책임을 면하게 되는 것이다.

라이선스	문자표기	바르기기
	CC BY	저작자표시
	CC BY-NC	저작자표시-비영리
	CC BY-ND	저작자표시-변경금지
	CC BY-SA	저작자표시-동일조건변경허락
	CC BY-NC-SA	저작자표시-비영리-동일조건변경허락
	CC BY-NC-ND	저작자표시-비영리-변경금지

공연단체나 제작사가 운영하는 온라인 사이트의 자유게시판에 회원 또는 협력업체가 저작권을 위반하여 이미지를 게시한 경우에도 운영자가 관리 책임을 질 수도 있으므로 홈페이지 게시물 관리에도 유의해야 한다.

크리에이티브 커먼즈 라이선스(CCL)를 적용한 이미지를 이용한다면 분쟁을 피할 수 있을 것이다. CCL 기호는 창작자가 자기의 저작물에 대해 일정한 조건을 적용하고 그 조건을 존중하는 한 이용해도 좋다는 내용을 표시해 둔 약속 기호다. '출처를 표시하면 얼마든지 써도 좋아요'라거나 '출처를 표시하고 비영리 목적으로 활용하되, 이 저작물을 변경하지 않는다면 써도 좋아요'라는 식으로 저작물 이용 조건을 내건다.

저작권 공유사이트 크리에이티브 커먼즈 검색 페이지를 활용하면 이미지를 쉽게 찾을 수 있다. www.cckorea.org

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

저작인접권

1. 실연자의 성명표시권
2. 실연자의 동일성유지권
3. 실연자의 공연보상청구권
4. 저작인접권 보호기간

1. 실연자의 성명표시권

Q¹ 예전부터 음반에는 가수의 이름이 실리고, 연극 팸플릿에도 배우의 이름이 올라갔다. 그런데 새삼스럽게 실연자에게 ‘성명표시권’을 인정하게 되었다고 한다. 어떤 의미인가?

실연자의 인격권을 인정한 역사는 길지 않다. 저작권권을 주도해 온 프랑스에서도 실연자의 인격권이 저작권법에 들어온 것은 1985년에 이르러서이고, 1996년 실연음반조약(WPPT)에 의하여 비로소 실연자의 인격권이 국제규범으로 등장하게 되었다. 과거에는 실연자의 저작권접권은 저작권보다 열등한 권리이고 따라서 저작자의 ‘저작권권’에 대응하는 권리를 실연자에게 인정할 수는 없다고 하였다. 그러나 실연자도 자신의 예술성을 기초로 창작자의 저작물을 해석하는 점이 부각되고, 디지털화에 따라 실연의 이용이 활발해지면서 실연자에게 인격권을 부인한 데 대한 반성이 일게 되었던 것이다.

우리 저작권법은 2006년 전면 개정으로 실연자에게 ‘성명표시권’과 ‘동일성유지권’을 인정하게 되었다. 이는 ‘실연음반조약(WPPT)’ 가입을 앞두고 조약상의 의무를 이행하기 위한 조치였다.

실연자의 성명표시권을 인정하게 됨으로써 실연자의 성명표시가 저작권법상의 의무가 되었다. 요즘 TV 쇼 프로그램에서 방송 카메라가 악기 연주자나 코러스를 클로즈업 하는 경우 ‘섹스폰 000’, ‘코러스 000, □□□, △△△’ 등으로 표기하는 현상은 저작권법상 실연자의 성명표시권을 반영한 것이다. 성명 표시를 하지 않는 경우, 침해 행위의 중지를 요청할 수 있고(제123조) 손해배상 및 명예 회복을 위하여 필요한 조치를 청구할 수 있다(제127조).

실연자의 성명표시권을 침해하였다고 하여 항상 형사책임을 지는 것은 아니지만, 실연자의 성명표시권을 침해하여 실연자의 명예를 훼손한 경우에는 형사처벌을 부담할 수 있다(제136조 제2항 제1호). 단, 손해배상액 산정 추정 규정은 적용되지 않는다(제125조).

참고로 하급심 판례로서, 음반 업계의 ‘관행’을 근거로 하여 음반 제작자에게 가수의 성명을 표시해야 할 의무가 있다고 판시한 경우가 있었다(서울지방법원 1995. 1. 18.자 94카합 9052 결정). 과거에는 실연자의 성명표시를 관행적으로 하였다 하더라도 이는 저작권법상의 의무는 아니었으나 이제는 저작권법상의 의무가 되었으므로 실연자의 지위가 강화된 것이다.

Q² OO교향악단을 관리하고 있다. 저작권법 개정으로 실연자에게 성명표시권이 인정되었다고 하는데, 앞으로 방송사에 공연을 중계할 때마다 크레딧에 연주자 전원의 이름을 올리라고 요구해야 할 지 의문이다. 방송은 정해진 시간에 종료하여야 하므로 크레딧이 누락될 수도 있는데 어떠한가?

제66조【성명표시권】

- ① 실연자는 그의 실연 또는 실연의 복제물에 그의 실명 또는 이명을 표시할 권리를 가진다.
- ② 실연을 이용하는 자는 그 실연자의 특별한 표시가 없는 때에는 실연자가 그의 실명 또는 이명을 표시한 바에 따라 이를 표시하여야 한다. 다만, 실연의 목적 및 행태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

교향악단의 연주, 합창단의 합창 등 다수 실연자에 의하여 이루어지는 실연에 대해 실연자 전원의 이름을 항상 표시하라고 주장하는 것은 적절하지 않을 수 있다. 그래서 저작권법 제 66조 제2항은 단서규정을 두고 있다. 단서의 ‘실연의 목적 및 행태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우’는 이름을 표시하지 않아도 실연자의 이익을 크게 해칠 우려가 없고, 그러한 이용이 합리적인 이용의 범주로 이해되는 경우로 제한되어야 할 터이다. 교향악단 연주를 방송한다면 실연자 표시를 ‘대표자 000 외 00명’이라는 정도로 표기하면 될 듯하다.

백댄서나 코러스의 경우에도 성명표시를 해 주어야 하는가 하는 의문이 있는데, 백댄서나 코러스는 보조 실연자이므로 저작권법상의 실연자에 포함되지 않는다고 할 수 있을 것이다.⁹⁴⁾ 그러함에도 불구하고 코러스의 성명 표시가 이루어지기도 하는데, 그러한 현상을 비난할 바는 아니다.

⁹⁴⁾ 최경수, 같은 책, 318면.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

2. 실연자의 동일성유지권

Q 연기자이다. 어느 케이블 방송 오락프로그램에서, 내가 출연한 연극 장면의 대사를 바꾸어서 우스꽝스럽게 만든 후 방송을 하였다. 나는 이 화면을 보고 몹시 불쾌하였다. 연기자에게도 동일성유지권이 인정된다는데 이러한 경우에 통제가 가능한가?

제67조【동일성유지권】실연자는 그의 실연의 내용과 형식의 동일성을 유지할 권리를 가진다. 다만, 실연의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

실연자의 동일성유지권은 성명표시권과 함께 2006년 저작권법 전면개정시 신설된 규정이다. ‘실연음반조약(WPPT)’은 실연자인격권의 주체를 청각 실연자(live aural performances or performances fixed in phonograms)에 한정하고 있으나, 우리 저작권법에서는 시각 실연자까지 포함하였다.

프랑스 판례는 특정 실연을 음란물에 넣거나, 실연에 음향효과를 넣은 것에 대해 동일성유지권 침해라는 판단을 한 바 있다.⁹⁵⁾ 배우의 얼굴 표정, 크기나 모양을 변경하여 우스꽝스러운 연기를 하는 것처럼 만드는 것, 컴퓨터를 이용하여 배우가 벌거벗은 채 연기하는 것처럼 바꾸는 것, 배우의 멀쩡한 대사를 욕설로 바꾸는 것, 가수의 목소리를 바꾸어 우스꽝스럽게 노래 부르는 것처럼 만드는 것 등이 동일성유지권을 침해한 예가 되겠다.⁹⁶⁾

‘실연음반조약(WPPT)’에서는 ‘자신의 명성을 해칠 수 있는 실연의 왜곡, 훼손, 기타 변경에 대하여 이의를 제기할 권리(right ... to object to any distortion, mutilation or other modification of his performances that would be prejudicial to his reputation)’라고 규정하고 있으나 우리 저작권법에는 ‘명성을 해칠 수 있는지’에 대응하는 규정은 없다.

위 사안의 경우 실연자의 동일성유지권 침해에 해당한다고 보인다. 따라서 침해 행위의 중지(저작권법 제123조), 손해배상 및 명예회복을 위하여 필요한 조치를 청구할 수 있다(제127조). 그러한 침해로 실연자의 명예를 훼손한 경우에는 형사처벌도 가능하다(제136조 제2항 제1호). 단, 손해배상액 산정 추정규정은 적용되지 않는다(제125조).

95) 최경수, 같은 책, 320면.

96) 정삼조면, 같은 책, 785면.

3. 실연자의 공연보상청구권

Q 연주자들은 (사)한국음악실연자연합회로부터 저작권접점료를 지급받고 있다. 이 중 실명확인인 어려워 개개인에게 정확하게 분배하지 못한 금액은 미분배금이라는 이름으로 일정한 방식을 통하여 따로 분배하고 있다. 그리고 이 미분배금의 내용은 방송보상금, 공연보상금 그리고 디지털음성통신보상금의 세 가지로 나누어지는 것으로 알고 있다. 회원 중의 한 분이 외국 국적으로 현재 한국에서 세금을 내며 많은 녹음 작업을 하고 있다. 그런데 이분은 위의 보상금 중 방송보상금과 공연보상금을 외국 국적이라는 이유로 지급받지 못하고 있다. ‘(사)한국음악실연자연합회’에서는 저작권법상 상호주의라는 것에 근거하여 지불할 수 없다고 한다. 이 분은 “세금은 다른 연주자처럼 정확히 지불하는데 보상금은 받을 수 없다는 것을 이해할 수 없다”고 하는데, ‘상호주의’라는 것이 무엇이고, 이러한 처리가 적법한 것인가?

실연자에게는 판매용 음반이 방송되는 경우에 방송사업자에 대한 보상청구권(저작권법 제75조)이, 인터넷으로 음원이 송신되는 경우에는 디지털음성사업자에 대한 보상청구권(제76조)이, 판매용 음반을 이용하여 공연이 이루어지는 경우에는 공연하는 자를 상대로 한 판매용 음반을 사용하여 공연하는 자에 대한 보상청구권(제76 조의 2)이 발생한다.

그런데, 이 중 방송사업자에 대한 보상청구권과 공연하는 자에 대한 보상청구권에 대하여는 ‘실연자가 외국인인 경우에는 그 외국에서 대한민국 국민인 실연자에게 이 항의 규정에 따른 보상금을 인정하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다’는 단서 규정을 가지고 있다. 이 단서 규정의 내용을 ‘상호주의’라고 한다.

실연자의 보상청구권과 관련하여 상호주의를 규정하는 이유는 외국에서 우리 국민에게 인정하지 않는 권리를 우리나라가 외국인에게 인정한다면 외국인을 우리 국민보다 과잉보호하게 되기 때문이다. 따라서 ‘(사)한국음악실연자연합회’가 방송보상금과 공연보상금을 상호주의에 의하여 제한한다는 취지는 적법한 것이라고 판단된다.

상호주의는 외국인이 국내에서 소득을 얻을 경우, 외국인에게도 소득세를 징수하는 것과는 전혀 다른 전제에서 시행하는 것이다.

01 논의의 전제

02 저작물

03 저작권 보호의 경계

04 저작자와 저작권 귀속

05 저작 인격권

06 저작 재산권 및 기타 권리

07 저작권 계약

08 저작권 제한

09 저작 인접권

10 등록과 위탁 관리업

11 저작권 침해

12 저작권 침해에 대한 구제

13 퍼블리시티권

4. 저작권접권 보호기간

Q¹ 저작권법 개정에 따라 저작권접권 보호기간이 50년에서 70년으로 연장되었다고 알고 있다. 그런데 방송은 여전히 보호기간이 50년이라고 하는데 이유는 무엇인가? ⁹⁷⁾

저작권접권 보호기간 연장은 ‘한·미 FTA’를 이행하기 위한 것으로 ‘한·미 FTA’에서 방송의 보호에 대하여 규정을 하지 않았으므로 우리나라로서는 연장할 의무가 없었다. 한편 방송 사업자의 권리에 대해서는 현재 ‘세계지식재산기구(WIPO)’에서 조약 마련을 위한 논의가 진행 중이므로 그 결과를 기다려 정비할 필요가 있어 이번 개정에서는 반영하지 않은 것이다.

Q² 저작권접권 보호기간의 연장은 당사자인 미국 이외의 다른 국가 국민의 실연·음반에도 적용되는가? ⁹⁸⁾

저작권접권 보호기간 연장이 ‘한·미FTA’에 따른 것이기는 하지만, 우리나라에서 고정되거나 우리나라가 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호되는 실연이나 음반이라면 내국민 대우가 적용되어 보호기간 연장의 혜택을 받을 수 있다. FTA 당사국인 미국 이외의 다른 국가 국민의 실연이나 음반에도 동등하게 적용되는 것이다.

다만, 외국인의 경우에 그 국가에서 우리 저작권법에 따른 보호기간보다 짧은 보호기간을 인정하는 경우에는 그에 대해 그 외국에서 인정하는 기간만큼만 보호되는 것은 어쩔 수 없다.

Q³ 2011년 저작권법 개정으로 1987년 7월 1일부터 1994년 6월 30일 사이에 발생한 저작권접권에 대한 보호기간을 연장하였다고 들었다. 무슨 뜻인가?

1994년 저작권법을 개정하면서 저작권접권 보호기간을 종전의 20년에서 50년으로 연장하였다. 당시 입법상의 실수로 1987년 7월 1일부터 1994년 6월 30일 사이에 발생한 저작권접권에 대한 보호기간의 연장이 제외 되는 일이 있었다.

이 문제를 해결하기 위하여 2011. 11. 2. 법률 제11110호로 개정된 저작권법 부칙 제4조에

⁹⁷⁾ 문화체육관광부, 『50년에서 70년으로 변경되는 저작권접권 보호기간에 대한 바로알기』, 4면.

⁹⁸⁾ 문화체육관광부, 같은 책, 6면.

서는 “1987년 7월 1일부터 1994년 6월 30일 사이에 발생한 저작권접권은 1994년 7월 1일 시행된 법률 제4717로 저작권법 개정법률 제70조의 개정규정에 따라 그 발생한 때의 다음 해부터 기산하여 50년간 존속”하고, “1987년 7월 1일부터 1994년 6월 30일 사이에 발생한 저작권접권 중 종전 법에 따른 보호기간 20년이 경과되어 소멸된 저작권접권은 이 법 시행일부터 회복되어 저작권접권자에게 귀속한다. 이 경우 그 저작권접권은 처음 발생한 때의 다음 해부터 기산하여 50년간 존속하는 것으로 하여 보호되었더라면 인정되었을 보호기간의 잔여 기간 동안 존속한다”고 하였다. 한편 “저작권접권이 회복된 실연 음반 방송을 이 법 시행 전에 이용한 행위는 이 법에서 정한 권리의 침해로 보지 않는다”고 하여 면책을 시켰다.

결국 1987년 7월 1일부터 1994년 6월 30일 사이에 발생한 저작권접권이 회복된 경우 2013년 8월 1일부터 시행되는 보호기간의 규정이 적용되어 그 보호기간은 70년이 된다. 그렇게 하여 저작권접권 보호기간이 소급되는 사례로는 1987년 7월 1일부터 1994년 6월 30일 사이에 발매된 ‘유재하’, ‘들국화’, ‘부활’, ‘동물원’, ‘봄 여름 가을 겨울’, ‘양희은’, ‘이문세’, ‘서태지와 아이들’, ‘김광석’, ‘듀스’, ‘넥스트’ 등의 음반이 있다.⁹⁹⁾

⁹⁹⁾ 문화체육관광부, 같은 책, 7면.

01 논의의 전제

02 저작물

03 저작권 보호의 경계

04 저작자와 저작권 귀속

05 저작 인격권

06 저작 재산권 및 기타 권리

07 저작권 계약

08 저작권 제한

09 저작 인접권

10 등록과 위탁 관리업

11 저작권 침해

12 저작권 침해에 대한 구제

13 퍼블리시티권

등록과 위탁관리업

1. 저작권의 등록
2. 저작인접권의 등록
3. 저작자 추정의 경합
4. 저작권등록부에 허위 사실을 등록한 경우
5. 저작권위탁관리업

1. 저작권의 등록

Q¹ 저작권은 등록, 납본 등 방식을 거쳐야 발생하는 권리인가?

저작권은 창작과 동시에 발생한다(제10조 제2항). 저작권인접권은(실연의 경우) 그 실연을 한 때, (음반의 경우) 그 음을 맨 처음 음반에 고정할 때, (방송의 경우) 그 방송을 한 때부터 발생한다(제86조 제1항).

저작권 혹은 저작권인접권 발생에는 ‘무방식주의’가 적용되어 권리의 발생에 등록 등 어떠한 별도의 방식을 요구하지 않는다. ‘무방식주의’는 1908년 베른협약 개정을 위한 베를린회의에서 채택된 이래 저작권 제도의 기본원리가 되었다(베른협약 제5조 제2항 “그러한 권리의 향수와 행사는 어떠한 방식(formality)에 따를 것을 조건으로 하지 아니 한다.”¹⁰⁰⁾

‘TRIPS 협정(제9조 제1항)’과 ‘WCT(제3조)’는 베른협약 제5조 제2항을 준용하고 있고, WPPT 제20조도 ‘무방식주의’를 별도로 규정하고 있다.

대법원은 저작권법 제10조 제2항이 규정하는 ‘무방식주의’는 당사자 사이의 약정에 의해 변경할 수 없는 강행 규정이라고 선언한 바 있다(1002. 12. 24. 자 92 머677 결정).

우리 저작권법이 저작권 등록(제53조)과 권리변동 등록(제54조)에 대하여 규정하고 있지만, 그러한 등록을 하지 않았다고 하여 저작권이 발생하지 않는다거나 권리 변동의 효력이 없다는 것은 아니다. 저작권이 창작과 동시에 발생한다는 원칙에는 변함이 없고, 저작권법은 등록을 한 경우 제한된 범위에서 효력을 인정하고 있을 뿐 진정한 권리자의 권리 귀속에는 영향이 없는 것이다.¹⁰¹⁾

‘납본’, ‘기탁’ 등의 방식을 행정상의 의무로 하고 이에 대한 제재 규정이 있다 하더라도 그러한 방식은 저작권 발생의 조건으로 해석되지 않는다. 그것이 저작권 발생의 조건이라면 ‘무방식주의’에 반하기 때문이다. 미국 저작권법에서는 저작물을 의회도서관에 납본할 것을 의무화하고 있으면서도 납본의무가 저작권 보호의 조건이 아니라는 점을 규정하고 있다(제407조 (a)(2)).

한편 베른협약 가입 후 미국은 1988년 10월 저작권법을 개정하여 저작침해 소송조건으로 되

¹⁰⁰⁾ Article 5 (2) The enjoyment and exercise of these rights shall not be subject to any formality...

¹⁰¹⁾ 최경수, 같은 책, 520면; 이해원, 『저작권법』, (박영사, 2007), 235면.

어 있던 저작권 등록의무를 폐지하였다. 그러나 미합중국 저작물 (United States works; 미국에서 최초로 발행된 저작물 등 미국을 본국으로 하는 저작물)에 대하여 저작권 등록 소송을 제기하기 위한 조건으로 규정하고 있고(제411조 (a)), (국내외 저작자를 가리지 않고) 법정손해배상과 변호사 비용을 청구하기 위해서는 저작권 등록을 요구한다(제412조). 이 규정의 의미는, 저작권 등록을 하지 않았다 하더라도 실제 손해배상을 여전히 청구할 수 있는 것이고, 다만 저작권 등록을 하게 되면 실제 손해배상 이상의 법정 손해배상을 받을 수 있다는 것이다. 따라서 통상적인 권리 행사 그 자체는 등록이라는 방식에 종속한다고는 할 수 없고, 방식에 의해 권리 행사 선택의 폭이 넓어졌다고 해석한다.¹⁰²⁾

Q² 저작권은 창작과 동시에 발생한다고 한다. 그렇다면 굳이 저작권 등록을 하는 이유는 무엇인가?

우리 저작권법은 ‘무방식주의’를 채택하고 있다. 저작권은 저작물을 창작한 때로부터 발생하며 어떠한 절차나 형식의 이행을 필요로 하지 않는 것이다(제10조 제2항). 그러나 여러 국가가 저작권 등록 제도를 두고 있고, 우리 저작권법도 ‘저작권 등록’(제53조) 및 ‘권리 변동등록’(제54조)에 대하여 규정하고 있다.

저작자는 저작권 등록에 의하여 자신이 권리자라는 사실을 쉽게 입증할 수 있고, 이용자가 저작권 등록부를 확인하여 권리자를 쉽게 탐색할 수 있으므로 저작물의 거래가 활발해진다. 저작권 변동등록은 거래의 안전을 확보하는 데 도움을 준다.

저작권 등록의 효용은 정보 사회에서 더욱 발휘된다. 디지털 환경에서 저작물에 대한 수요가 급증하므로 그에 맞추어 저작권의 소재 및 내용에 대한 정확한 정보가 제공될 필요가 있다. 저작권 등록 관청이 적절한 저작권 정보를 제공한다면 저작물 이용을 위한 권리처리(clearance)를 해결하는 데 크게 기여하게 될 것이다.¹⁰³⁾

저작권 등록의 효과는 ‘권리등록’과 ‘권리변동등록’에서 달리 나타난다. 저작권 등록에 의하여 ‘추정력’이 발생하고 권리변동등록에 의하여 ‘대항력’이 발생하는 것이다.

권리등록은 저작권에 대한 등록을 말한다. 저작자는 ① 실명, 이명(공표 당시에 이명을 사용한 경우에 한한다), 국적 및 주소 또는居所, ② 저작물의 제호, 종류 및 창작연월일, ③ 공표 여부, 맨 처음 공표된 국가 및 공표연월일, ④ 2차적저작물의 경우 원 저작물의 제호 및 저작자, ⑤ 저작물이 공표된 경우에는 그 공표매체에 관한 정보, ⑥ 등록권리자가 2인 이상인 경

¹⁰²⁾ 최경수, 같은 책, 520면.

¹⁰³⁾ 최경수, 같은 책, 522면.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

우 각자의 지분에 관한 사항을 등록할 수 있다(제53조 및 시행령 제24조).

이렇게 권리등록을 하면 '추정력'이 발생한다. 저작자로 실명이 등록된 사람은 그 등록저작물의 저작자로, 창작연월일 또는 맨 처음 공표연월일이 등록된 저작물은 등록된 연월일에 창작 또는 맨 처음 공표된 것으로 추정한다(제53조 제3항). 단, 저작권법은 실명이 등록된 사람을 저작자로 추정하고 있으므로 이명이 등록된 경우에는 추정력이 발생한다고 해석할 수는 없겠다. 한편 2011. 11. 2. 저작권법 개정에 의하여 법정 손해배상 제도가 신설되었는데, 법정 손해배상은 등록된 저작물 등만을 대상으로 한다(제125조의 2 제3항).

권리변동등록은 대항력을 확보하기 위한 등록 방법이다. 저작권에 대한 권리를 등록하지 않으면 제3자에게 대항할 수 없는 것이다(제54조). '저작재산권의 양도 또는 처분 제한'이나 '저작재산권을 목적으로 하는 질권의 설정·이전·변경·소멸 또는 처분 제한' 등의 사정이 있는 경우, 이러한 사정을 등록하지 않더라도 권리변동의 당사자 사이에는 당연히 변동의 효력이 발생한다. 그러나 당사자가 아닌 제3자가 권리변동 사실을 부인하는 경우에는 그 제3자에 대하여 권리변동 효력을 주장할 수는 없다는 것이다. '제3자'란 등록의 흠결을 주장하는 데 대하여 정당한 이익을 가지는 제3자를 말한다. 저작재산권의 2중 양수인과 그로부터 저작물의 이용허락을 받은 자를 포함한다.¹⁰⁴⁾

Q³ 저작물에 표시하는 ©는 어떤 의미를 가지고 있는가?

© 표시는 세계저작권협약(Universal Copyright Convention)에서 유래한다. 협약 제3조 제1항은 "자국의 국내법에 의거하여 저작권 보호조건으로 납본, 등록, 고시, 공증인에 의한 증명, 수수료의 지불 또는 자국 내에서의 제조나 발행 등의 방식을 따를 것을 요구하는 계약국은, 이 협약에 의거하여 보호를 받는 저작물로서 그 국가의 영토 밖에서 최초로 발행되고 또한 그 저작자가 자국민이 아닌 저작물에 대하여, 저작자 또는 여타 저작재산권자의 허락을 받아 발행된 저작물의 모든 복제물의 최초 발행 시로부터 ©의 기호가 저작재산권자의 성명 및 최초의 발행연도와 더불어 저작권을 주장할 수 있는 적당한 방법과 위치에 표시되어 있는 한, 이러한 요구가 충족된 것으로 인정해야한다"고 규정하였다. 즉, UCC는 자국에서 저작권 등록 등 방식을 따라야 저작물을 보호하는 '방식주의' 국가에서, 외국인의 저작물에 대하여 그 복제물에 © 표시를 함으로써 방식이 이행된 것으로 보고 보호한다는 것을 주된 내용으로 하였다. 그런데 UCC 계약국은 대부분 베른 협약이나 TRIPS 협정 당사국이고 베른협약이나 TRIPS 협정은 '무방식주의'를 채택하고 있으므로 이제 ©표시는 역사적인 의미와 장식적인 기능 외에 실천적 의미를 잃었다고 하겠다.¹⁰⁵⁾

104) 최경수, 같은 책, 532면.
105) 최경수, 같은 책, 200면.

한편, 로마협약은 음반에 대하여 ©표시와 함께 발행 연도, 음반 제작자와 주요 실연자의 성명을 기재하는 것으로 국내법상의 방식을 충족하는 것으로 규정하고 있다(제11조). 이 또한 'TRIPS 협정'상의 '무방식주의'로 인해 연혁적인 의미만 남았을 뿐이다.¹⁰⁶⁾

2. 저작인접권의 등록

Q 저작권이 창작과 동시에 발생함에도, 저작권 등록으로부터 추정력 및 대항력이 확보된다면 저작인접권도 등록할 수가 있는가?

저작인접권도 등록이 가능하다. 저작권 등록과 마찬가지로 권리등록 및 권리변동 등록을 이용할 수 있고, 저작권 등록 효과와 마찬가지로 '추정력' 및 '대항력'을 누릴 수 있다. 저작권법 제90조는 저작권 등록 규정을 저작인접권 등록에 준용하고 있다(제90조).

그렇다면, 저작인접권자는 ① 실명, 이명(공표 당시에 이명을 사용한 경우에 한한다), 국적 및 주소 또는 거소, ② 실연, 음반 또는 방송의 제호, 종류 및 실연 연월일, 음의 고정 연월일, 또는 방송 연월일, ③ 실연이나 음반의 공표 여부, 맨 처음 공표된 국가 및 공표 연월일, ④ 실연이나 음반이 공표된 경우에는 그 공표 매체에 관한 정보, ⑤ 등록 권리자가 2인 이상의 경우 각자의 지분에 관한 사항을 등록할 수 있다(제90조).

저작인접권자로 실명이 등록된 사람은 그 등록저작인접물의 저작인접권자로 추정 받고, 저작인접물의 실연 연월일, 음의 고정 연월일, 방송 연월일도 추정을 받게 된다. 법정 손해배상의 효과도 누릴 수 있다(제125조의 2 제3항). 저작인접권 권리변동 등록에 있어서도 저작권 권리변동 등록에 준하여 생각하면 된다.

106) 최경수, 같은 책, 200면.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작인격권
- 06 저작재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

3. 저작자 추정의 경합



저작권법은 저작권 등록에 추정력을 인정하고 있으면서, 한편으로 복제를 등에 저작자의 실명 또는 이명이 표시된 사람을 저작자로 추정하기도 한다. 그렇다면 이 두 가지 추정이 충돌하는 경우에는 어떻게 처리하는가?

위와 같이 저작자 추정이 경합하는 경우에는 진정한 사실관계를 입증하여 권리자를 확정해야 할 것이다.

‘추정’이란 명확하지 않은 사실을 일단 있는 것으로 정하여 법률효과를 발생시키는 것을 의미한다. 법은 통상적으로 법률관계 또는 사실이 명확하지 않은 경우에, 일반적으로 존재한다고 생각되는 상태를 표준으로 하여 일단 법률관계 또는 사실에 대한 판단을 내려서 법률효과를 발생시키고 당사자 간의 분쟁을 회피하도록 하는 경우가 있다. 이러한 판단을 ‘추정’이라고 하고 관련 규정을 추정규정이라고 한다. 그러나 당사자는 반증(反證)으로 그 추정을 깨뜨릴 수가 있다. 추정규정과는 달리 법률에서 ‘본다’고 규정하는 경우에는 반증을 들어도 일단 발생한 법률효과는 깨지지 않는데, 이를 ‘간주규정’이라고 한다.

4. 저작권등록부에 허위 사실을 등록한 경우



저작권등록은 실제 심사를 하지 않고 간략하게 이루어진다고 한다. 그렇다면 진정한 권리자가 따로 있는데 제3자가 허위로 저작권 등록을 하는 경우에는 어떻게 되는가?

실제로 저작자가 아니면서 저작권 등록을 하고 권리주장을 하는 경우가 종종 있다. 수 년 전에는 인터넷에 떠도는 나비, 풍뎡이 등 어린이들이 좋아하는 이미지가 학교 홈페이지에서 이용되는 사정을 확인한 모씨가 이들 이미지를 대량으로 저작권 등록을 한 후에 학교 홈페이지 담당 교사들을 집중 공격하여 거액의 합의금을 끌어모았다가 저작권 허위등록죄 및 사기죄로 구속된 일도 있었다.

저작권법은 이러한 저작권 허위등록에 대하여 형사처벌 규정을 두고 있다. 즉, 저작권·저작인격권 등의 등록을 거짓으로 한 사람에 대하여는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있는 것으로 규정할 수 있다. 저작권 등록부 허위등록죄는 친고죄가 아니다(제136조 제2항 제2호, 제140조 제2호).

* 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006도4806 판결

한편 대법원은, ‘군마상’ 사건에서 저작자의 성명 등의 허위등록에 있어서 진정한 저작자로부터 동의를 받았는지 여부는 허위등록죄의 성립여부에 영향이 없다는 판단을 하였다. 이 사건의 1심 법원은 유죄판단을 하였으나, 항소심은 허위등록자가 ‘진정한 저작자로부터 등록자의 명의로 저작권 등록을 하도록 동의를 받았다’는 변명을 받아들여 무죄 판단을 하였다. 검찰의 상고에 대하여 대법원은 ‘가령 진정한 저작자로부터 동의를 받았다 하더라도 유죄’라는 판단으로 파기 환송하였다.

즉 대법원은, “구 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 개정되기 전의 것)의 저작권등록부 허위등록죄는 저작권등록부의 기재 내용에 대한 공공의 신용을 주된 보호법익으로 하며, 단순히 저작자 개인의 인격적, 재산적 이익만을 보호하는 규정은 아니다. 한편, 저작물의 저작자가 누구인지에 따라서 저작재산권의 보호기간이 달라져 저작물에 대한 공중의 자유로운 이용이 제한될 수 있으므로, 저작자의 성명 등에 관한 사항은 저작권 등록부의 중요한 기재사항으로서 그에 대한 사회적 신뢰를 보호할 필요성이 크다. 따라서 저작자의 성명 등의 허위등록에 있어 진정한 저작자로부터 동의를 받았는지 여부는 허위등록죄의 성립여부에 영향이 없다”고 판시한 것이다.

저작물의 저작자가 누구인가 하는 것은 실제 창작행위를 한 사람이 누구인가를 결정하는 사실인정의 문제에 속하고, 저작권법 제2조 제2호 “저작자”는 저작물을 창작한 자를 말한다’는 규정은 당사자 사이의 약정에 의하여 변경할 수 없는 강행 규정에 해당한다(대법원 1992. 12. 24. 선고 92다31309 판결). 저작자가 누구인지에 따라 저작재산권의 보호기간이 달라지기 때문에 공공의 이익에 미치는 영향도 중대하다. 이러한 점에서 진정한 저작자의 동의를 받았더라도 허위등록죄의 성립에 영향이 없다는 위 판결의 판시는 중요한 의미가 있다.¹⁰⁷⁾

문화체육관광부장관은 등록된 사항이 확정판결에 의하여 허위등록임이 확인된 경우에는 등록을 말소하여야 한다(시행령 제31조 제1항).

¹⁰⁷⁾ 박성호, “2008년 지적재산권 판례연구”, 인권과 정의, (대한변호사협회, 2009/3), 214-215면.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

5. 저작권위탁관리업



저작권위탁관리란 무엇이며, 우리나라에서는 어떻게 운영되고 있는가?

저작권자가 자신의 저작물 이용자와 개별적으로 이용조건을 협상하는 것도 번거롭고, 이용자가 저작권자를 수배하여 협상을 하기도 쉽지 않다. 그래서 저작권자가 저작권 거래를 전문으로 하는 제3자에게 저작권 관리를 맡기기로 한 전문적인 거래업자가 이용자와의 협상을 도맡게 되었는데, 그러한 업무를 저작권 위탁관리업이라고 한다.

현재 신탁관리업자와 업무는 아래 표와 같다.

구분	단체명	주요 관리대상
음악	한국음악저작권협회 함께하는음악저작권협회	음악저작물의 공연권, 방송권, 복제권, 전송권
	한국음악실연자연합회	음악 실연자의 저작권접권
	한국음반산업협회	온라인 상 음반콘텐츠저작권
영상	한국방송실연자협회	탤런트, 성우 등 방송 실연자의 저작권접권
	한국영상산업협회	영화 콘텐츠, 비디오, DVD등의 공연권
	한국영화제작가협회	영화 콘텐츠 복제, 전송권
어문	한국방송작가협회	방송 대본의 방송권, 복제권, 배포권, 전송권, 2차적저작물작성권 관리
	한국문예학술저작권협회	어문저작물 복제권, 배포권, 전송권, 2차적저작물방송권
	한국복제전송저작권협회	복사 전송권
	한국시나리오작가협회	영화 등 시나리오 저작권
공공 및 언론	한국문화콘텐츠진흥원	공공기관의 디지털콘텐츠저작권
	한국언론진흥재단	뉴스저작권
	한국문화정보센터	공공저작물

저작권위탁관리업에는 신탁관리업과 대리중개업이 있다. ‘저작권신탁관리업’을 하기 위해서는 문화체육관광부장관의 허가를 받아야 하지만, ‘저작권대리중개업’은 문화체육관광부장관에게 신고함으로써 족하다(저작권법 제105조 제1항). 저작권신탁관리의 ‘신탁’은 신탁법상의 신탁을 의미한다. 신탁법상의 ‘신탁’은, “위탁자와 수탁자간의 신임관계에 기하여 수탁자에게 특정의 재산(영업이나 저작재산권의 일부를 포함한다)을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하고 수탁자로 하여금 수익자의 이익 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산의 관리·처분·운용·개발 그 밖에 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계”이다(제2조). 즉, 저작권자와 신탁관리업자와 사이에 신탁계약을 체결하면 저작권이 신탁

관리업자에게 이전되므로 이후에는 신탁관리업자가 저작권자로서 민사상 제소권, 형사고소권을 포함한 모든 권리를 행사한다. 대리중개업은 저작권자 등을 위하여 그 권리의 이용에 관한 대리 또는 중개 행위를 하는 업을 말한다. 신탁관리업과 달리 저작물의 이용조건은 여전히 저작권자가 통제할 수 있다.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

저작권 침해

1. 저작권 침해의 요건 – ‘의거’와 ‘실질적 유사성’
2. 저작권 침해 요건으로서의 ‘실질적 유사성’
3. 공통의 소재
4. 역사적 사실
5. 대체역사 기법
6. 필수장면 (Scène à Faire)

1. 저작권 침해의 요건 - '의거'와 '실질적 유사성'

Q¹ 저작권 침해를 주장하려면 상대방의 침해 사실을 입증해야 한다고 안다. 어떠한 사실을 입증해야 하는가?

침해 사실을 주장하려면 ① 의거(依據) 즉, 상대방이 내 작품에 기초하여 '침해물'을 만들었다는 사실과 ② 상대방의 침해물이 내 작품과 실질적으로 유사하다는 점(실질적 유사성, substantial similarity)을 입증하여야 한다.

MBC 드라마 <여우와 솜사탕>과 <사랑이 뭐길래> 사이의 저작권 분쟁에 대한 법원의 판단을 분석하면 '의거'와 '실질적 유사성'이해에 도움이 될 듯하다.

*** 서울남부지방법원 2004. 3. 18. 선고, 2002가합 4017 판결**

법원은 '의거'에 대하여 "피고 문화방송이 제작한 드라마 <사랑이 뭐길래>는 1991년 11월 23일부터 1992년 5월 31일까지 방송되었고, 당시 매우 높은 시청률을 기록하여 상당수의 시청자들이 그 내용을 알고 있었다는 점, <사랑이 뭐길래>대본은 방송극본으로는 이례적으로 5권의 단행본으로 1992년경 출간까지 되었다는 점, 피고 문화방송은 <사랑이 뭐길래>를 제작하였고, 피고 OOO는 1982년경 피고 문화방송에 입사하여 드라마 연출을 담당하고 있었으며, 피고 △△△는 1999년경부터 피고 문화방송에서 방영된 단편드라마의 대본을 쓴 적이 있는 작가로서 2001년경부터 피고 OOO와의 논의와 수정과정을 통해 <여우와 솜사탕>을 준비하였다는 점 등에 비추어 보면, 피고들은 원고가 쓴 <사랑이 뭐길래> 대본의 존재 및 그 내용을 충분히 알고 있었다고 보이므로 그 접근성이 인정된다"고 하였다.

'의거'는 주관적·심리적 요소이므로 입증이 어렵고 따라서 침해자가 원작에 대한 접근(가능)성이 있으면 '의거'가 추정되는 것으로 이해한다. 결국 시중에서 유통이 되어 침해자가 원작에 쉽게 접근(access)할 수 있었던 상황이라면 의거가 추정되는 것이다.

* 한편, '실질적 유사성'에 대하여는, "<여우와 솜사탕>대본 및 드라마의 남녀 주인공의 사랑이야기 부분에 있어, ① 가풍의 측면에서 남자 주인공(대발, 강철)의 집안은 남성 위주의 가부장적 분위기이며 여주인공(지은, 선녀)의 집안은 여성 위주의 개방적인 분위기라는 대조적 양상을 띠고 있고, 여자 주인공은 모두 학력이 높고(지은은 명문 대학 법대에서 석사학위를 받았고, 선녀는 한의대 졸업반이다) 여 주인공 측 집안에서 특히 어머니로부터 큰 기대를 받고 자라온 수재라는 점, ② 여자 주인공이 남자 주인공에게 먼저 청혼하지만, 남자 주인공에게는 여자 주인공 이외의 다른 여자 친구도 있었으며

이 때문에 여자 주인공과 마찰을 빚게 되고, 남자 주인공은 처음에 결혼을 완강히 반대하며 자유인으로 살겠다고 하지만 결국은 결혼을 받아들인다는 점, ③ 남자 주인공과 여자 주인공의 어머니들은 고교 동창 사이로서 여자 주인공네가 남자 주인공네로 우연히 새 집을 지어 이사를 오게 되면서 오랜만에 재회를 하게 되지만, 그들 사이는 결코 러운 관계라는 점 등 ⑩ 남자 주인공의 어머니들은 결혼 이후로 집안에서 자신의 발언권을 강화하고자 노력한다는 점 등이 동일하거나 유사하게 전개되는 사실을 알 수 있는 바, 이 부분은 구체적인 사건 전개 측면에서 포괄적, 비문자적 유사성이 인정되는 부분에 해당한다"고 하였다.

Q² 저작권 침해를 입증하려면 주관적 요건으로 '의거'가 필요하다고 한다. 구체적으로 주관적 요건을 어떻게 입증할 수 있는가?

저작권 침해를 인정하기 위한 요건으로 우리 법원은 '의거(依據)'와 '실질적 유사성(substantial similarity)'을 요구한다. '의거'란 선행 작품에 의존하여 작성하였다는 뜻이고, '실질적 유사성'이란 선행 작품과의 유사성이 사소하지 않고 묵직하게 닮아 있다는 뜻이다. '의거'를 주관적 요건, '실질적 유사성'을 객관적 요건이라고도 한다.

그런데, '의거'는 내심의 의사인지라 입증이 쉽지 않다. 그래서 만일 선행 대본이 출판되었다거나, 선행 드라마가 높은 시청율을 기록한 경우처럼 선행 작품에 대한 접근(access)이 가능하였던 경우에는 그 '접근가능성'을 입증함으로써 '의거의 입증'에 갈음한다. 접근가능성으로 의거관계를 추정하는 것이다. 접근가능성이 아니더라도 선행 작품과의 유사성이 현저한 경우(strikingly similar)¹⁰⁸⁾에도 의거가 추정되고, 선행 작품의 오류가 두 작품에서 함께 발견되는 경우(common errors)에도 의거가 추정된다고 한다.¹⁰⁹⁾

미국의 판례는 침해의 요건으로 접근(access)과 실질적 유사성(substantial similarity)을 요구하기도 한다. 우리 법원은 '의거'를 요건으로 하면서도, '접근'이 입증되면 '의거'가 추정된다고 하므로 실제 적용에서는 별 차이가 없다. 그런데 이 '접근'의 정체는 선행 저작물을 경험하였을 상당한 기회(a reasonable opportunity to view)이다. 실낱같은 가능성(any bare possibility in the sense that anything is possible)을 두고 '접근'이라고는 하지 않는다.¹¹⁰⁾ 이를 지적하는 미국 판례는 대단히 풍부하고¹¹¹⁾ 국내 선례도 몇 건 있다.

108) 이른바 '아이디어/표현 2분법'에 의하여 저작권은 표현만을 보호대상으로 하지만 '의거' 단계에서 '현저한 유사성'을 판단할 때는 '아이디어'의 유사성도 고려의 대상이 된다.
 109) 이해완, 『제2판(전면개정판)저작권법』, (박영사, 2012), 804-811면.
 110) Melville B. Nimmer David Nimmer, 『Nimmer on Copyright 4』, LexisNexis, 2006, §13.02A 13-17, 13-21
 111) 두 개만 예로 들면 Robert R. Jones Assocs., Inc. v. Nino Homes, 858 F.2d 274,277 (6th Cir, 1988), Moore v. Columbia Pictures Indus., Inc., 972 F.2d 939,942 (8th Cir, 1992).

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

우선, “원고의 저작물이 ‘화랑미술제’ 전시회에서 전시된 바 있고, 그 전시회 개최 사실이 아침 시간 TV 방송 및 일간 신문의 문화면 전시회란 등에 소개” 된 정도로는 “광고 도안 제작에 참여한 피고들의 담당 직원들이 원고의 저작물을 사전에 능히 접할 수 있었다고 인정하기에 부족하다”는 판결이 있다.¹¹²⁾ 시나리오 <야망의 도시>와 드라마 <유산> 사이 분쟁에서는, <야망의 도시>작가가 친구 3명, 영화계 인사 2명에게 시나리오를 주었다하여 <유산>의 ‘방송작가나 PD’가 이에 접할 수 있는 상당한 기회를 가졌다고 볼 수는 없다고 하였다.¹¹³⁾ 소설 <갯스터즈 파라다이스>와 영화 <범죄의 재구성> 사이의 분쟁도 참고가 된다. “(소설)출간 직후 2000년 9월 경 조선일보, 동아일보, 국민일보 등 일간지에 그 출간사실이 기사로 실린바 있고, 2003년 8월 경 극단 ‘지구극연구소’에 의해 연극으로 각색되어 공연되기도 한 사실은 소명되나” 그 정도로는 영화 제작진에게 접근 가능성을 인정할 수 없다고 한 것이다.¹¹⁴⁾ 매체가 다양해지고 정보가 넘쳐나는 현대 사회에서는 더욱 현실적인 접근 가능성, 구체적인 접근 가능성을 탐색하여야 한다.

MBC 인기드라마 <선덕여왕>이 자신의 뮤지컬 대본을 표절하였다는 청구에 대하여 서울남부지방법원은 의거 관계를 부정하였으나(2012. 2. 2. 선고 2010가합1884 판결) 서울고등법원은 의거관계가 인정되고 실질적 유사성도 인정된다는 이유로 저작권 침해를 인정하였다(2012. 12. 20. 선고 2012나17150 판결). 그러나 대법원은 ‘의거’ 관계가 부정된다는 이유로 서울고등법원에 파기환송 하였다(2014. 7. 24. 선고 2013다8984 판결).

* 서울고등법원은, ① 원고가 ‘세계지식포럼’, ‘신라호텔 갈라 쇼’ 등에서 뮤지컬 일부 내용을 공연하였고, ② 뮤지컬 투자사와 투자 교섭 과정 혹은 투자 유치를 위한 심사 과정에서 대본을 투자사에 제공하였으며, ③ 피고 문화방송의 드라마 담당자에게 원고가 저술한 책 ‘크리에이추얼파워’를 교부하였으며, ④ 피고 방송사의 자회사 출판 담당 직원이 원고에게 선덕여왕에 관한 책을 발간하자는 이메일을 발송하였고, ⑤ 피고 작가가 ‘정적을 악마로 묘사해서 역사를 판타지로 풀어가는 게 더 문제’라고 인터뷰를 하였고, ⑥ 피고 작가들이 작성한 시놉시스가 후발적으로 ‘미실’과 ‘선덕여왕’의 대결 중심으로 변경된 점 등을 근거로 ‘접근 가능성’을 인정하였다. 또한 덕만공주의 서역 사막에서의 고난과 덕만공주와 김유신의 애정관계 등이 원고가 창작한 ‘역사적 오류’인데, 그러한 오류가 후속작인 피고들의 드라마에서도 겹친다는 이유로 ‘의거’의 추정 사유인 ‘현저한 유사성’도 인정하였다.

* 대법원은 먼저 ① 원고의 뮤지컬 극본은 출판도 저작권 등록도 되어 있지 않았고, 갈라 쇼 외에는 전체 내용이 공연된 적이 없으며, ② 투자사에 뮤지컬 극본이 제출되었다

고 하여 그 극본이 피고들에게 유출되었다고 볼 증거는 없고, ③ 원고의 책 ‘크리에이추얼파워’에 뮤지컬 극본의 내용이 기술되지 않았고, ④ 피고 방송사 자회사 출판 담당자의 이메일은 원고에 대한 출판 의향 타진에 불과하며, ⑤ 피고 작가의 언론 인터뷰는 뮤지컬 극본과는 아무런 관련이 없이 이루어졌으므로 원고의 극본 내용을 지적한 것으로 볼 수 없고, ⑥ 드라마 <선덕여왕>이 기획된 후 나중에 참여한 피고 작가들에 의한 시놉시스 변경은 극작 과정에서 예상할 수 있는 일이라는 이유로 접근 가능성을 부정하였다. ‘현저한 유사성’에 대하여는 원심 법원이 역사적 오류로 파악한 사항에서 ‘독립 창작’의 가능성을 배제할 정도의 ‘현저한 유사성’이 인정되지도 않는다고 하였다.

대법원은, ‘의거’의 추정 사유로서의 ‘접근’이란 ‘실질같은 가능성’을 의미하지 않고, 피고가 원고의 저작물에 접근하였을 ‘구체적 기회’를 의미하며 침해자의 행위가 대상 저작물을 거쳐 지나갔을 것이 ‘합리적으로’ 가능한 상황을 뜻한다는 점을 확인하였다.¹¹⁵⁾

Q³ 뮤지컬 대본 작가이다. 만화를 각색하여 대본을 작성하려고 만화가와 접촉을 했다가 마음을 바꾸어 새로운 작품을 창작하기로 하였다. 뮤지컬이 공연되자 만화가가 저작권 침해라는 주장을 하였다. 만화가와 접촉을 하였다는 사실이 불리하게 작용할까?

저작권 침해의 요건은 ‘의거’와 ‘실질적 유사성’이다. ‘의거’를 입증하기 위하여 가장 많이 동원되는 방법이 침해자가 원작에 대한 접근이 가능하였다는 점을 입증하는 것이다. 침해자가 원작자와 사이에 저작권 이용에 관한 협상을 제의하였다면 원작자 입장에서는 강력한 입증 방법이 생긴 셈이다. 따라서 원작의 이용에 대한 확실한 기획이 서 있지 않은 상태에서 원작자와 사이에 협상을 개시한다면 대단히 위험하다고 하겠다.

* 드라마 <두근두근 체인지>의 제작진이 만화 <내게 너무 사랑스러운 똥땡이>를 이용하여 드라마를 제작하고자 만화작가와 접촉하였다가 입장을 바꾼 사건에서도 <의거> 관계가 충족된다고 하였다(서울고등법원 2005. 7. 27.자 2005 라194 결정).

다만, 이 사건에서는 두 저작물의 성격과 유형, 줄거리, 등장인물의 성격과 상호 관계 등은 현저한 차이가 있고, 이러한 차이가 드라마 <두근두근 체인지>의 창작적 표현 형식에 해당함과 동시에 지배적인 특징을 이루고 있어 드라마 <두근두근 체인지>로부터 만화 <내게 너무 사랑스러운 똥땡이>의 본질적인 특징 자체를 감득할 수 없다는 이유로 ‘실질적 유사성’이 없다고 판단하였다.

112) 서울지방법원 1998. 6. 19. 선고 97가합19248 판결.

113) 서울고등법원 1995. 6. 22. 선고 94나8954 판결.

114) 서울중앙지방법원 2004. 4. 12. 자 2004카합771 결정.

115) 홍승기, “선덕여왕 대법원 판결의 함의”, 저작권문화, (2014. 9), 38-39면.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

2. 저작권 침해 요건으로서의 '실질적 유사성'

Q¹ 저작권 침해를 주장하려면 침해자를 상대로 '의거'와 '실질적 유사성'을 입증하여야 한다고 한다. '실질적 유사성'은 어떻게 입증하는가?

두 작품을 비교하여 양적, 질적 면에서 실질적으로 유사할 때 저작권 침해를 인정하게 되는데, 침해된 분량이 많지 않더라도 질적으로 의미있는 저작자의 창작성이 드러나는 중요한 부분이 유사하다면 그것만으로도 저작권 침해를 인정하게 되는 것이다.

실질적인 유사성이 있다고 인정함에 있어서는 작품 속의 근본적인 본질 또는 구조를 복제함으로써 전체로서 포괄적인 유사성이 인정되는 경우(이른바, 포괄적·비문자적 유사성, comprehensive nonliteral similarity)와 작품 속의 특정한 '행'이나 '절' 또는 세부적인 부분이 복제됨으로써 '문장 대 문장'으로 대응되는 유사성이 인정되는 경우(이른바, 부분적·문자적 유사성, fragmented literal similarity)로 나누어 생각할 수 있다.

일반적으로 소설, 극본, 시나리오 등의 문예저작물은 등장인물들과 작품의 전개과정(sequence)의 결합으로 구성되고, 작품의 전개과정은 아이디어(idea), 주제(theme), 구성(plot), 사건(incident), 대화와 어투(dialogue and language) 등으로 구성되어, 그 중 사건 및 대화와 어투는 저작권 침해 여부를 판단할 때 중요한 요소가 된다고 할 것이다. 특히 문예저작물 중에서도 방송 대본과 같은 극적인 저작물(dramatic works)의 경우에는 소설 등과 달리 줄거리나, 주제, 사건 등을 문학적으로 세밀하게 묘사함이 불가능하므로 줄거리, 등장인물의 구도, 사건의 전개 등도 보호받는 표현으로 될 여지가 더욱 크다는 점을 고려하여야 한다.¹¹⁶⁾

소설의 연극화 과정에서는 문학작품의 묘사적인 부분은 모두 떨어져 나가고, 배우의 연기나 미술감독의 기능이 등장인물의 성격화나 장면묘사를 대체하는 변화가 일어나게 된다.¹¹⁷⁾ 따라서, 작품의 주제나 추상적 아이디어는 보호대상이 아니라 하더라도, 그러한 주제를 구체적으로 표현한 줄거리(detailed plot), 사건전개(sequence of events or episode), 등장인물의 성격과 상호관계(character relationship)등의 유형은 서로 비교해서 소위 비문자적 모방(non-literal copying)여부를 살펴보아야 하는 것이다.¹¹⁸⁾ 결국 구체적이고 창작적인 줄거리(plot)나 등장인물 또는 사건전개를 베끼면 저작권 침해가 되는 것이다.

116) 서울지방법원 남부지원 2002. 3. 28. 결정, 2002카합370 판결.
 117) 이성호, '저작권침해여부의 판단기준과 각종 저작물의 유형별 특성에 따른 실제적 적용', 동천 김인섭 변호사 화갑 기념 논문집 법실천의 제문제, (박영사, 1996), 729면.
 118) 정상조, 같은 책, 438면.

Q² '실질적 유사성' 판단을 하는 경우 '비문자적 유사성'이 중요한 의미를 가지고 있다고 한다. 그렇다면 구체적으로 어떠한 점을 '비문자적 유사성'이라고 할 수 있나?¹¹⁹⁾

포괄적·비문자적 유사성(comprehensive nonliteral similarity)이란 작품 속의 근본적인 본질 또는 구조를 복제함으로써 전체로서 포괄적인 유사성이 인정되는 경우를 말한다. 비문자적 유사성을 판단하기 위한 요소로서 등장인물, 플롯, 분위기, 주제, 배경, 전개속도, 사건의 전개과정, 대사 등을 들 수 있다.

㉗ 등장인물(character)
 등장인물의 실질적 유사성은 캐릭터 자체를 저작권으로 보호할 수 있는가, 혹은 캐릭터 자체를 저작권으로 보호하지는 않더라도 저작권 침해를 판단하는 데 비교 요소로 고려할 수 있는가 하는 점에서 논의가 된다.

캐릭터 자체를 저작권으로 보호할 수 있는지에 대하여는 캐릭터가 저작권법으로 보호받기 위해 플롯과 독립하여 보호를 받을 만큼 충분히 개발되어야 한다(story-being-told test). 미국 법원은 '캐릭터가 적게 개발되면 될수록 저작권 보호의 정도는 적다(the less developed the characters, the less they can be copyrighted)'고 판시한 바도 있다(Olson v. Nat'l Broad Co.).

*** 서울중앙지방법원 2004. 4. 12. 자 2004카합771 결정**

법원은 소설 <갱스터스 파라다이스>와 영화 <범죄의 재구성>을 비교하면서, 소설의 주인공은 사회에 대한 반감을 갱이 되어 표현하는 테러리스트로서 형의 행세를 하기 위해 쌍둥이 형을 죽이고 범행을 계속하는 인물로 설정된 반면, 영화의 주인공은 사기를 당해 자살한 형의 복수를 위해 범행을 계획하여, 형을 속인 사기단 일당에게 복수를 하는 치밀한 성격을 지닌 사회에 대한 반감보다는 천부적인 사기꾼 기질을 타고난 인물로 설정되어 있고, 주변 인물들 또한 소설에서는 은행 강도나 테러를 위한 갱단이 조직되어 있으나 영화에서는 사기범들로 구성된 사기단이 조직되었으며, 소설에서는 주인공의 여자 친구가 주인공을 끝까지 사랑하여 처음부터 끝까지 주인공을 도와주는 인물로 설정된 반면, 영화에서는 주인공의 여자 친구가 처음에는 주인공의 정체를 모르면서 주인공이 타게 될 보험금을 노리고 접근하였다가 나중에야 주인공의 정체를 알고 주인공을 도와주는 인물로 설정되었고, 소설에서의 경찰 A는 주인공의 정체를 밝혀 내지만 증거 부족으로 주인공을 놓아주는 반면, 영화에서의 경찰 B는 끝까지 주인공의 정체를 모른다는 점 등을 종합하여 볼 때 두 작품이 구체적인 인물의 설정 관계 등에서

119) 이 부분은 한국엔터테인먼트법학회 연구보고서 '표절기준 및 표절 방지 대책 마련을 위한 연구' (2007. 12.) 35면~42면을 요약한 것임.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

상당한 차이가 있으므로 '실질적 유사성'을 인정하기 어렵다고 판시하였다.

속편 제작과 캐릭터가 관련된 경우도 있다. 원작 소설 <애마부인>의 작가는 영화사에게 <애마부인>의 영화화를 허락하였고, 영화사는 속편 격인 <애마부인4>까지 제작하여 상영을 마쳤다. 영화사가 소설가의 동의를 받지 않고 소설 속 여주인공의 캐릭터를 그대로 이용하여 영화 <애마부인5>를 제작하려고 하자 소설 작가는 2차적저작물작성권의 침해 방지 등을 청구하였다.

*** 서울고등법원 1991. 9. 5. 자 91라79결정**

법원은 (소설 <애마부인>과 영화 <애마부인5>)는 “모두 중년에 이른 여인의 원만하지 못한 가정생활과 이로 인한 갈등과 방황 등을 소재로 하고 있고, 남편의 이름이 현우이며 동엽이라는 이름의 남자가 등장한다는 점과 남편의 모습에서 말을 연상해 본다든가 말을 타는 여자 주인공의 모습을 등장시킨다는 점에 있어서 유사점이 있다고 보이나 그 정도의 유사점은 본질적인 것이라고 할 수 없다(중년 여인을 소재로 한 이른바 성인용 소설 또는 성인용 영화가 원만하지 않은 가정생활 등을 갈등의 원인으로 제시하고 말을 상징으로 도입하는 등의 패턴을 취하고 있음은 흔히 볼 수 있다)”고 실시하면서 양자의 관계를 원저작물과 2차적저작물로 판단하지 않았다.

㉠ 플롯

플롯은 영화나 드라마 각본에 있어 사건들을 연결하는 설계 방식이라고 할 수 있다. 플롯상의 실질적 유사성 입증은 아이디어/표현 2분법과 상당한 관련이 있다. 사건을 연결하는 추상적인 설계 방식이 유사하더라도 그 구체적인 전개 방식에서 차이가 있으면 실질적인 유사성을 인정받기 어렵기 때문이다.

㉡ 분위기(mood)

시나리오<야망의 도시>와 TV 드라마 대본<유산>의 실질적 유사성이 문제된 사건에서 법원은 <유산>은 주된 줄기가 가족 중심의 갈등과 측근간의 암투를 그렸으며, 의도적이다시피 복잡화시키고 잡아 늘어 현실과는 다소 유리되게 얼키설키 끌어간 전형적 한국풍의 심리적 장편 홈드라마인데 반하여 <야망의 도시>는 암흑가의 두목과 수하 조직 간의 암약, 돈 거래, 살인 등 폭력 범죄를 추적하면서 연이은 은폐 살인 유발에 또 다른 암살로서 복수하여 매듭짓는다는 단순하고 짧은 줄거리의, 실험성이 짙고 혼란 외화풍의 폭력 추리물인 점에서 작품이 다른 별개의 작품인 사실 등을 이유로 실질적 유사성을 부인하였다(서울고등법원 1995. 6. 22. 선고 94나8954 판결).

㉢ 주제(theme)

주제는 유사한 플롯을 가지고 있는 작품을 구별해 주는 중요한 도구이다. 두 작품의 주제가

실질적으로 다른 경우 플롯의 유사성은 구체적이지 않을 가능성이 높고 추상적인 아이디어 수준에 머무를 것이다.

㉣ 배경(setting)

사건의 장소적 배경은 일반적으로 보호받기 힘들 터이나, 그 장소를 배경으로 하여 대사나 플롯의 구체적인 유사성이 있는 경우에는 고려 요소가 될 것이다.

㉤ 전개속도

작품의 전개속도는 액션물인가 애정물인가 등 장르에 따라 다른 방식으로 나타날 것이므로 독립적인 판단 요소는 아니라고 할 것이다. 따라서 두 작품의 플롯 등 다른 중요한 요소를 분석하는 유용한 보조도구라 할 수 있다.

㉥ 사건의 전개과정(sequence of events)

사건의 전개과정이 전형적이거나 역사적 사실을 따라가는 범위에서는 저작권의 보호 범위 안에 있다고 할 수 없을 것이다.

㉦ 대사(dialogue)

상투적인 어구, 공통적인 주제에서 자연스레 나오는 대사는 보호를 받지 못한다.

3. 공통의 소재



흥가를 소재로 한 내 괴기소설 <수목의 공동묘지(가제)>에 공연 제작사가 관심을 가졌다. 제작사는 기획을 포기한다고 연락을 하더니 말을 뒤집고 내 소설의 상황을 차용하여 공연물을 제작하였다. 저작권 침해를 주장할 수 있는가?

저작물의 무단 이용자가 아이디어, 컨셉을 이용하였을 뿐 구체적인 표현을 베끼지는 않았다고 항변하는 경우는 너무나 흔하다. 작품의 주제나 추상적 아이디어는 보호 대상이 아니라 하더라도, 구체적인 줄거리(detailed plot), 사건 전개(sequence of events or episode), 등장인물의 성격과 상호관계(character relationship)가 겹친다면 비문자적 모방(non-literal copying)으로 저작권 침해가 인정될 수 있다. 그러나 실제로 분쟁이 생기는 경우 그 판단이 쉽지 않은 것이 사실이다.

소설 <기억>과 영화 <귀신이 산다>사이의 분쟁에서 법원은 '의거'를 인정하면서도 두 저작물이 주요 소재를 공통으로 하기 때문에 일부 유사성이 있으나 그 유사성이 '실질적 유사성'에

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

미치지 않는다는 취지로 저작권 침해를 부인한 바 있다.

*** 서울고등법원 2004라362호 결정**

법원은 “줄거리, 사건의 전개, 등장인물의 성격과 상호 관계 등 저작자의 창작적인 표현 사이 포괄적·비문자적 유사성이 있는지를 보면, 귀신을 주요 소재로 하고, 주인공이 흥가를 구입한 후의 사건으로 구성된 점, 집 주인과 악덕 부동산 업자가 대립하는 점 등 유사한 면이 발견되기는 한다. 그러나 위 공통적 요소는 귀신이나 흥가를 소재로 한 문학 작품이나 영화에서 사용되어 온 추상적 인물의 유형이거나 대강의 줄거리 또는 총체적 상황의 전개 과정을 차용한 것이거나, 전형적 사건에 속하는 것으로서 창작성을 인정하기 어렵고, 이들 부분이 영화 <귀신이 산다>에서 차지하는 비중은 크지 않은 반면, 작품 사이의 성격과 유형, 이야기 줄거리, 등장인물의 성격과 상호관계, 사건의 전개 등은 현저히 상이하며, 그러한 차이가 영화 <귀신이 산다>의 창작적 표현 형식에 해당함과 동시에, 지배적인 특징을 이루고 있는 까닭에, 전체적으로 볼 때 통상의 청중으로 하여금 이 사건 소설과 영화 사이에서 동일한 관념과 느낌을 불러일으킨다고 하기 어렵고, 따라서 영화 <귀신이 산다>와 소설 <기억>이 실질적으로 동일하다거나 종속적인 관계에 있다고 할 수 없다”고 판단하였다.

법원은 흥가를 소재로 하는 작품에서 흔히 묘사되는 추상적 인물의 유형, 총체적 상황의 전개 과정, 필수 장면(Scène à Faire)은 실질적 유사성 판단에서 배제해야 한다는 점을 근거로 저작권 침해를 부정한 것이다.

4. 역사적 사실



동일한 역사적 사실을 소재로 한 저작물은 이야기 구조가 비슷할 수밖에 없을 듯하다. 그렇다면 이 경우 저작권 침해를 어떻게 판단할 수 있는가?

저작권 침해 여부를 가리기 위하여 두 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는가의 여부를 판단함에 있어서 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비해야 한다(대법원 1999. 11. 26. 98다46259판결 참조). 추상적인 인물의 유형 혹은 어떤 주제를 다루는 데 있어 전형적으로 수반되는 사건이나 배경 등은, 아이디어의 영역에 속하는 것들로서 저작권법에 의한 보호를 받을 수 없다.

드라마 <까레이스키>에 대하여 소설 <텐산산맥>의 작가가 저작권 침해를 주장한 사건이 있다. 소설과 드라마는 동일한 역사적 사실을 배경으로 하였다.

*** 대법원 2000. 10. 24. 선고, 99다10813 판결**

이 사건에서 법원은, “피고 측의 드라마 <까레이스키>의 제작을 위해 쓴 1차 시놉시스는 원고의 소설 <텐산산맥>이 출간되기 전에 완성되었으므로 의거관계가 처음부터 성립된 여지가 없으나, 2차 시놉시스를 완성한 뒤 방송대본을 집필하고 실제 <까레이스키>가 제작될 시점에는 피고 측의 연출가가 적어도 소설 <텐산산맥>의 존재를 이미 알고 있었다 할 것이어서 드라마 <까레이스키>는 소설 <텐산산맥>에 의거하여 그것을 이용하여 제작된 것으로 추정되고, 또한 두 작품 모두 일제 치하에서 연해주로 이주한 한인들의 삶이라는 공통된 배경과 사실을 소재로 주인공들의 일제 식민지로부터 탈출, 연해주 정착, 1937년 스탈린에 의한 한인들의 중앙아시아로의 강제 이주라는 공통된 전개 방식을 통해 제정 러시아의 붕괴, 볼셰비키 혁명(1917년), 적백내전, 소련 공산당 정권의 수립, 스탈린의 공포 정치 등 러시아의 변혁 과정에서 연해주와 중앙아시아에 사는 한인들이 어떠한 대우를 받았고 어떻게 적응하며 살아 왔는지 그 실상을 파헤치고 있다는 점에서 유사한 면은 있지만, 이는 공통의 역사적 사실을 소재로 하고 있는데서 오는 결과일 뿐이고, 양자의 실질적 동일성 내지 종속성에 관하여 살펴 볼 때 소설 <텐산산맥>은 이야기의 구성이 단조롭고 등장인물의 발굴과 성격도 비교적 단순한 데 반하여, 드라마 <까레이스키>는 등장인물의 수나 성격이 훨씬 다양하고 사건의 전개방식도 더 복잡하며 이야기의 구성이나 인물의 심리 묘사 등도 보다 치밀하고, 극 전체의 완성도, 분위기 및 기법 등에 상당한 차이가 있는 점, 드라마 <까레이스키>의 등장인물의 설정과 성격, 이야기의 구성, 사건의 전개방식 등에....중략... 기본적인 줄거리는 원고의 소설 출간 이전에 작성된 1차 시놉시스 및 방송대본과 크게 다른 점이 없는 점, <까레이스키>라는 드라마의 제목이나, 양 저작물에서 사랑하는 사람을 그리워하는 남자 주인공의 모습, 남녀 한 쌍의 주인공이 눈 속에서 헤매는 모습, 송 월 선생과 성암 선생, 여자 주인공의 직업과 러시아 의사와의 관계 설정, 1937년 강제 이주의 상황 묘사, 연해주 망명과 유격대 독립운동사 등에 관하여도 저작권 보호의 대상이 되지 않거나 원고의 소설 출간 이전부터 예정된 줄거리라는 점 등 전체적으로 볼 때 드라마 <까레이스키>는 원고의 소설과는 완전히 예술성과 창작성을 달리하는 별개의 작품이라 할 수 있고 양자가 실질적으로 동일하다거나 종속적인 관계에 있음을 인정하기 어려워 드라마 <까레이스키>가 소설 <텐산산맥>의 저작권을 침해하였다고 인정되지 않는다”고 판단하였다.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

5. 대체역사 기법



가상 역사 소설을 주로 쓰는 작가이다. 우리나라가 여전히 일본의 압제 하에 있다는 역사적 가정을 전제로 소설을 창작하였다. 그런데, 공연 제작사가 나와 동일한 가정을 전제로 공연물을 제작하여 광복절에 맞추어 개막하였다. 저작권 침해 주장을 하려니 과연 '실질적 유사성' 판단을 받을 수 있을지 조심스럽다. 어떻게 예상되는가?

복거일 선생의 대체역사(代替歷史, alternative theory)기법의 소설 <비명을 찾아서>와 영화 <로스트 메모리즈> 사이에 유사한 분쟁이 있었으나 '실질적 유사성'은 부인되었다.

* 서울고등법원 2003. 12. 16. 선고 2003나6530 판결

이 사건에서 법원은, “원고는 이 사건 영화에서, 경복궁 근정전 앞에 걸린 일장기, 자동차를 타고 광화문을 지나가는 이또우 히로부미, 1910년 조선 합방, 이또우 히로부미의 초대 총독 취임, 1939년 미일연합군 제2차 세계대전 참전, 1943년 일본군 만주국 점령, 1945년 베를린 원자 폭탄 투하, 1988년 나고야 올림픽 개최, 2002년 일본 월드컵 개최와 일본 유니폼을 입은 축구 선수의 모습, 아나운서의 일본어 축구 중계방송 등의 장면을 보여주고 있는데, 이 사건 소설의 '시대상' 부분도 이러한 내용을 상세하게 표현하고 있다고 주장하나 이는 위 소설이 대체역사의 기법으로 이용하여 역사적 사실을 전개해 나감에 따라 수반되는 전형적인 사건이나 배경으로서 아이디어의 영역에 속하는 것이고, 영화의 구체적인 표현형식에 있어서는 위 소설과 차이가 있다”고 하였고, 원고는 그 외에도 6개 장면에서 유사성을 주장하였으나, 법원은 표현 형식을 달리 한다고 판단하였다. “이 사건 영화가 이 사건 소설로부터 아이디어의 영역에 속하는 소설의 기법이나 일부의 상황 설정 및 그 배경 등을 차용하였다 하더라도, 등장인물의 성격이나 주변 인물과의 관계 설정, 전개 과정 및 결말 등을 참작하여 전체적으로 양자의 창작적인 표현 형식에 해당하는 것을 대비하여 볼 때 이 사건 소설과는 다르게 구체적으로 독창성 있게 표현해냄으로써 그 표현 형식에 상당한 차이가 있고, 그 예술성과 창작성을 달리 하여 실질적으로 유사하거나 종속 관계에 있다고 볼 수 없어 별개의 예술의 범위에 속하는 창작성 있는 저작물에 해당한다고 할 것이므로, 이 사건 영화가 이 사건 소설의 저작권을 침해하였다거나 위 소설의 2차적저작물에 해당한다고 할 수 없다”고 판시한 것이다.

즉, 대체역사 기법을 차용함에 따라 수반되는 전형적인 사건이나 배경은 아이디어 영역에 속하고, 표현형식에 상당한 차이가 있으므로 저작권 침해가 아니라는 판단이다. 결국 소설이라는 어문저작물과 그 표현 형식을 달리하는 연극저작물 사이에서 저작권 침해가 문제된다면 침해가 인정되기는 쉽지 않다는 점을 짐작할 수 있다.

6. 필수장면(Scène à Faire)



경쟁 뮤지컬에서 내 공연의 장면을 베껴 쓰고 있어서 항의를 하자 제작사는 '필수장면'이므로 저작권 침해가 아니라고 한다. '필수장면'이 어떤 의미인가?

작품의 주제, 플롯, 아이디어가 전형적으로 표현될 수밖에 없는 장면을 '필수장면'(Scène à Faire)이라고 하는데, 필수장면은 '표현'에 속하면서도 보호받지 못하는 '표현'이다. 그 장면이 겉으로는 아이디어의 영역을 벗어나 구체화 되었다고 보임에도 불구하고 저작권법상 보호받는 '표현'은 아니라는 뜻이다. 주어진 주제를 다루는 데 필수 불가결한 사건(incidents), 등장인물(characters), 배경(settings)이 이에 해당한다.¹²⁰⁾ '표준적 삽화의 원칙', '전형적 장면'도 '필수장면'과 같은 의미이다.

독일군 부대 인근 맥주집에서 독일군들이 “하일 히틀러(Heil Hitler)”라 서로 경례하고, 독일 군가를 합창하는 장면 등은 나치 독일의 병영 장면 묘사에서 필수 장면이고,¹²¹⁾ 미국 영화사의 모험 영화 <Raiders of the Lost Ark>에서 '뱀이 우글거리는 동굴 안에 보물 상자가 숨겨져 있고, 그 뱀을 쫓기 위하여 주인공이 햇불을 휘두르는 장면, 정글을 뚫고 지나가는 사람이 갑자기 새떼가 날아오르자 깜짝 놀라는 장면' 등은 모험 장르에서 필연적으로 수반되는 장면 묘사로서 저작권법의 보호가 부인된 바 있다.¹²²⁾

'필수 장면'을 논의하는 이유는, 창작 행위를 함에 있어서 소재로 되는 아이디어 또는 전형적인 사건 표현이나 장면 묘사에까지 특정인에게 독점권을 부여하면 문화의 향상 발전을 위하여 바람직하지 않다는 고려 때문이다.

드라마 <사랑비>가 영화 <클래식>을 표절한 것이라는 주장에 대하여 법원은 이른바 표준적 삽화의 원칙은 창작 행위를 함에 있어서 소재로 되는 아이디어 또는 전형적인 사건·표현이나 장면 묘사에까지 저작권의 보호를 부여하여 특정인에게 독점권을 인정하면 장래에 다른 창작자가 창작을 할 기회를 박탈하게 되므로 이러한 소재 등은 만인의 공유(public domain)에 두어 문화의 창달이라는 저작권법의 목적 달성에 지장이 없도록 하는 것이 바람직하고, 통상 그 침해를 주장하는 자가 그와 같은 소재나 사건·장면들을 최초로 창작해 사용하였다고도 볼 수 없는 사정 등에 논거를 두고 있다는 전제 하에, 신청인이 주장하는 장면들은 저작권법이 보호하지 않는 추상적인 아이디어나 전형적이고 필수적인 표현들이라고 판시하였다.¹²³⁾

120) Chisum and Jacobs, "Understanding Intellectual Property Law," (Matthew Bender, 1992), pp. 4-30(\$4C(1)(d)).

121) Hoeling v. Universal Studios, Inc., 618 F.2d 972, Chisum and Jacobs, 같은 책, pp. 4-31(\$4C(1)(d))에서 재인용.

122) Zambito v. Paramount Pictures Corp, 사법연수원 저작권법(1) 56면, 정경석, 엔터테인먼트법, (청림출판, 2004), 787면에서 재인용.

123) 임상혁, "2011년 분야별 중요판례 분석 (24) 엔터테인먼트", 인터넷 법률신문 2012. 9. 20.자.

01 논의의 전제

02 저작물

03 저작권 보호의 경계

04 저작자와 저작권 귀속

05 저작 인격권

06 저작 재산권 및 기타 권리

07 저작권 계약

08 저작권 제한

09 저작 인접권

10 등록과 위탁 관리업

11 저작권 침해

12 저작권 침해에 대한 구제

13 퍼블리시티권

저작권 침해에 대한 구제

1. 저작권 침해에 대한 책임
2. 저작권 침해와 친고죄
3. 손해배상의 기준
4. 명예회복을 위한 적당한 조치
5. 공연정지 가처분의 가능성
6. 저작권 침해에 대한 형사처벌
7. 양벌규정
8. 극본 집필 계약에서의 제작사 면책규정

1. 저작권 침해에 대한 책임



웹툰 작가이다. 내 동의 없이 내 웹툰을 원작으로 한 연극이 공연 중이다. 나는 어떻게 내 권리를 보호받을 수 있는가?

우선 민사적 구제를 본다.

첫째, 저작권자는 자신의 저작권이 침해되고 있다면 침해의 정지를 청구할 수 있다(제123조). 내 웹툰 원작으로 한 연극이 공연 중이라면 2차적저작물작성권, 공연권 침해 등을 이유로 ‘공연정지 가처분’을 신청할 수 있다.

둘째, 공연정지 가처분이 인용이 되든 기각이 되든, 저작권자는 침해자에게 손해배상을 청구할 수 있다(제125조). 내 웹툰을 원작으로 이용한 것에 대한 ‘이용료’가 일반적으로 인정되는 손해배상의 범위라고 할 수 있다. 만일 내 웹툰의 내용을 불필요하게 변형하였거나, 의도적으로 내 이름을 밝히지 않았다면 성명표시권·동일성유지권 등 ‘저작인격권’ 침해로 인한 위자료 청구도 가능하다. 한편 2011년 12월 2일 개정된 저작권법에서 ‘법정손해배상’을 신설함으로써 손해배상의 범위가 과거보다 높아질 가능성이 커졌다(제125조의 2). 이러한 ‘법정손해배상’ 규정을 누리기 위해서는 저작물이 미리 저작권 등록되어 있어야 한다.

셋째, 저작인격권을 침해하여 저작자의 명예를 훼손한 경우에는 명예회복을 위하여 필요한 조치를 구할 수 있다(제127조). 이러한 조치는 손해배상에 갈음하여 구하는 수도 있고, 손해배상과 함께 구할 수도 있다. 사안의 경우 이러한 조치가 인정되려면 연극 제작 과정에서 원작 웹툰이 음란물로 변형되는 등 저작자의 명예가 훼손되었다고 할 만한 특별한 사정이 있어야 할 것이고, 단순히 저작권을 침해하였다고 하여 저작자의 명예가 훼손되었다고 할 수는 없을 것이다.

다음으로 형사적인 구제를 생각한다. 저작재산권 즉 공연권, 2차적저작물작성권 등을 침해하면 형사처벌의 대상이 된다. 저작권법은 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다고 한다(제136조 ①). 저작인격권을 침해하는 경우에는 그 결과 저작자의 명예를 훼손한 경우에 한하여 형사처벌의 대상이 될 수 있다(제136조 ②).

2. 저작권 침해와 친고죄



저작권법 위반으로 인한 형사처벌을 위해서는 ‘고소가 있어야 한다’고도 하고, ‘고소가 필요 없다’고도 하여 혼란스럽다. 실제로는 어떠한가?

‘고소’란 피해자 등 고소권자가 범죄사실을 수사기관에 신고하여 처벌을 구하는 의사표시이다. ‘친고죄’는 고소가 있어야 공소의 제기 즉, 기소가 가능한 범죄를 말한다. ‘친고죄’와 구별해야 할 범죄로서 ‘반의사불벌죄’가 있다. ‘반의사불벌죄’는 처벌을 희망하는 피해자의 의사가 없더라도 기소를 할 수가 있다는 점에서는 친고죄와 구별된다. 그러나 피해자가 처벌을 희망하는 의사를 철회하거나 처벌을 희망하지 않는다는 의사를 밝힌 때에는 공소를 제기할 수 없고, 만일 기소를 하였다면 공소기각의 판결을 선고해야 하는 범죄이다(형사소송법 제327조).

친고죄를 인정하는 이유는 범죄가 경미하거나, 개인적인 법익을 침해하는 범죄이므로 범죄자의 처벌을 피해자의 의사에 맡겨두는 것이 오히려 적절하다는 판단 때문이다. 친고죄에 대하여는 범인을 알게 된 날로부터 6개월이 경과하면 고소하지 못하는 것이 원칙이다(형사소송법 제230조).

저작권 침해죄 등 저작권법상 대부분의 범죄는 친고죄로 규정되어 있다. 저작권법 제140조는 “이 장의 죄에 대한 공소는 고소가 있어야 한다”고 하여 친고죄 원칙을 밝히고, 그 단서에서 친고죄가 아닌 범죄 및 ‘반의사불벌죄’의 경우를 특정하고 있다.

비친고죄 해당 범죄에는 사회질서 위반에 대한 제재의 성격이 강한 범죄가 포함된다. 즉, 허위등록죄, 저작자사칭·공표죄, 무허가 신탁관리의 죄, 미신고대리·중개의 죄가 이에 해당한다. 2006년 저작권법 전면 개정으로 비친고죄가 확대된 바 있는데 2011년 12월 2일 개정으로 비친고죄의 범위는 더 넓어지게 되었다. 2006년 저작권법 제140조 제1항에서 ‘영리를 위하여 상습적으로’ 저작재산권을 침해한 경우를 비친고죄로 하였던 규정을 ‘영리를 위하여 혹은 상습적으로’ 개정하였기 때문이다. “영리성 and 상습성”을, 논란 끝에 “영리성 or 상습성”으로 개정하여 비친고죄의 범위를 확대한 것이다.

그 외에도 실연자에게 성명표시권을 신설하면서 실연자 성명·사칭 공표죄를 비친고죄로 신설하였고, 영리를 목적으로 한 배포목적 수입죄·배포목적 소지죄도 비친고죄가 되었다.

저작권법 제124조 제1항 제3호는 프로그램 저작권을 침해하여 만들어진 프로그램 복제물을, 그 사실을 알면서 취득한 자가 업무상 이용하는 행위를 ‘침해 의제 행위’로 규정하고 있고, 제136조 제2항 제4호는 영리목적의 침해 의제 행위를 처벌한다. 그런데 제124조 제1항 3호의

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리 시터권

행위는 저작권법상 유일하게 ‘반의사불벌죄’로 규정되어 있으나 이러한 범죄도 ‘영리를 위하여 혹은 상습적으로’ 행해지면 피해자의 의사와 무관하게 처벌할 수 있다(제140조 제1호).

3. 손해배상의 기준

Q¹ 저작권 침해가 인정된 경우 손해배상은 어떤 기준으로 산정하는가?

민사상 손해배상의 범위에 대하여는 두 가지 대립하는 입법례가 있다. ‘제한배상’의 원칙에 따라 배상할 손해액의 범위를 비교적 좁게 인정하는 입법례(영미법, 프랑스 민법)와 ‘완전 배상’의 원칙에 따라 원칙적으로 전체 손해를 배상시키는 입법례(독일 민법)가 그것이다. 우리 민법 제393조가 규정하는 손해배상은 일본 민법과 마찬가지로 제한배상의 입장을 취한 것이다.¹²⁴⁾

우리 민법은 제한배상의 원칙을 취하고 있으면서, 한편 저작권 침해 사건의 경우 손해액 산정이 대단히 어려우므로 저작권법에서 손해액산정을 위한 특칙을 두고 있다. 즉, 저작권을 침해한 사람이 침해 행위에 의하여 얻은 이익을 손해의 액으로 추정하고, 저작재산권자가 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액을 손해액으로 청구할 수 있도록 하였다(제125조 제1항, 제2항). 저작권자의 손해가 통상 받을 수 있는 금액을 초과하는 경우에는 그 초과액에 대하여도 손해배상을 청구할 수 있다(제125조 제3항).

이러한 규정에도 불구하고 손해배상의 액을 산정하기가 쉽지 않은 것이 현실이라는 점을 고려하여, 손해가 발생한 것은 인정되나 손해금액을 산정하기가 어려울 때 법원은 ‘변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정’ 할 수 있다(제126조).

‘한·미FTA’ 이행을 위하여 2011년 12월 2일 개정된 저작권법은 ‘법정 손해배상’ 규정을 신설하여 피해자를 더 두텁게 보호하고자 한다. 법원이 “침해된 각 저작물들마다 1천만원(영리를 목적으로 고의로 권리를 침해한 경우에는 5천만원) 이하의 범위에서 상당한 금액”을 인정할 수 있는 규정을 마련한 것이다(제125조의 2). 단, 법정 손해배상이 인정되기 위해서는 피해 저작물들이 미리 등록이 되어 있어야 하는데, 이는 미국 연방 저작권법이 취하는 태도를 따른 것이다.

¹²⁴⁾ 권윤직 편, 『민법주해 IX』, (박영사, 1995), 459면.

*참고로 방송사가 VHS 테이프에 드라마를 복제하여 판매한 경우 테이프 판매 가격의 10%를 방송 작가들에게 배상하도록 하였고(서울고등법원 1984. 11. 28. 선고 83나4449 판결), 불법 복제 비디오의 경우 ‘판매수량 × (판매 가격-제작비-판매수수료)’로 산정하였다(서울지방법원 1998. 12. 18. 선고 97가합92489 판결). 손해배상 금액은 ‘판매수량 × 판매 금액 × 판매 이익률’로 계산하기도 한다. 이때 판매 이익률은 ‘(판매 가격-생산 원가-개발비)/판매 가격 × 100’으로 계산한다(서울지방법원 2002. 4. 26 선고 2000가합55343 판결).

Q² 극작가로 오래 활동하다가 요즘은 드라마 대본도 집필하고 있다. 현재 방송 중인 드라마 A는 10년 전에 내가 집필한 방송 드라마 B와 포맷이 유사하다. 나는 방송 정지와 손해배상을 청구하고자 한다. 내 손해배상금은 어느 정도로 인정받을 수 있을까?

원작 드라마를 틀로 하여 새로운 드라마를 만드는 경우를 흔히 ‘리메이크’라고 한다. 원작자가 리메이크 작품을 직접 작성하는 경우에는 별 문제이지만, 제3의 작가가 리메이크 작품 전체를 집필한 경우 과연 원작자의 기여도를 얼마나 산정할 수 있는가는 애매한 문제이다. 리메이크 작품을 원작자가 직접 집필하지 않고, 새로운 드라마이니만큼 구체적인 에피소드는 새로운 창작일 수밖에 없으므로 과연 새로운 드라마에 대한 원작자의 창작 기여도를 어떻게 판단할 수 있을지 객관적 기준을 잡기는 쉽지 않은 것이다.

〈여우와 솜사탕〉사건이 저작권자의 통상 집필료를 기준으로 1/3을 적용하였는데, 유사 사건에서 선례로 작용할 만한 판결이다.

* 서울남부지방법원 2004. 3. 18. 선고 2002가합4017 판결

〈여우와 솜사탕〉사건에서 법원은, “리메이크 작품은 원작을 이용하는 부분에 새롭게 창작한 부분이 가미되어야 하고, 또한 상당한 시간과 노력이 실제 투여되어야 작품이 완성된다는 점, 〈여우와 솜사탕〉 대본 및 드라마가 〈사랑이 뭐길래〉에 의거하면서도 구체적인 줄거리의 전개과정, 등장인물 상호관계의 구도에 있어서 적지 않은 새로운 부분이 추가되어 있을 뿐만 아니라 〈여우와 솜사탕〉 대본 및 드라마만의 독특한 부분이 상당 정도 인정되는 점 등을 종합하면 원작 사용에 대한 부분은 원고가 직접 집필할 경우 받을 수 있는 금액의 3분의 1 정도로 평가함이 상당하고, 특별한 사정이 없는 한 위 원작 사용에 대한 금액 정도가 원고가 타인에게 〈사랑이 뭐길래〉 대본의 사용 허락을 하고 사용대가로 지급받았을 객관적 금액이 된다고 봄이 상당하다. 따라서 원고가 피고들의 위 저작권 침해로 입은 재산적 손해는 이 사건의 대본 및 드라마의 1회부터 38회까지 분에 해당하는 금240,666,666원(=19,000,000원*1/3*38회)이 된다”고 판시하였다.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

한편 <여우와 솜사탕>사건에서는 저작권 쟁점 이외에도 작가의 인격권 문제가 검토되었다. 원작자가 저작권 침해라는 항의를 하였으나 이에 대하여 새로운 작가와 방송사가 <여우와 솜사탕>드라마를 계속 추진하였고, 방송사 인터넷 게시판에 원작자가 후배들의 새로운 창작과 시도를 억누르고 부당하게 방해하거나 중단시키려는 시도라고 폄하하는 내용, 혹은 원작자가 돈을 노리고 소송을 제기한 것이라는 등의 여러 글이 게재된 사실에 대하여 원작자에게 금 6천만 원이라는 거액의 위자료가 인정된 것이다. 저작재산권 침해에 대한 손해배상을 하면서도 인격권 침해를 별도로 인정하여 위자료를 인정한 사례는 주목할 만하다.

Q³ 케이블 방송사가 우리 공연물의 영상물을 구하여 임의로 방송하고 있다. 우리 공연물의 금년 공연은 이미 종료하였지만, 내년 상반기용으로 다시 공연을 준비하고 있다. 무단 방송으로 인한 손해를 입증하기가 쉽지 않다. 방법이 없을까?

저작재산권자가 권리 침해자에 대하여 손해배상을 구하는 경우에, 침해자가 침해 행위에 의하여 이익을 얻은 때에는 그 이익액을 손해액으로 추정한다. 이익액의 입증이 쉽지 않으면 그 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액을 저작재산권자의 손해액으로 하여 손해배상을 청구할 수도 있으나, 손해가 더 큰 경우에는 초과액에 대하여도 손해배상을 청구할 수 있다(제125조 제1항, 제2항).

법원은 손해가 발생한 사실은 인정되나 제125조의 규정에 따른 손해액을 인정하기 어려울 때에는, 변론의 전 취지 및 증거 조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다(제126조). 이는 현실적으로 저작권 침해가 발생하였다 하더라도 제125조 규정에 의하여 손해의 범위를 입증하기가 쉽지 않으므로 법원이 재량을 발휘하여 손해배상 금액을 인정할 수 있도록 한 것이다. 한편 '등록된 저작물'에 대하여 영리 목적으로 고의로 권리를 침해한 경우에는 각 저작물마다 5천만원 이하의 범위에서 상당한 금액을 청구할 수 있는 법정 손해배상 규정도 신설되었다(제125조의 2). 종래 저작권 침해 사건에서는 처음부터 손해배상 금액의 입증을 단념하고, 제126조에 따라 법원이 재량껏 인정하여 달라고 호소하는 경우도 없지 않았다. 그러나 그러한 방식은 적절하다고 할 수 없다. 가능한 범위에서 최대한 손해의 범위를 입증한 후에 제126조 적용의 타당성을 주장하여야 할 것이다.

극단 '현대극장'이 제작한 뮤지컬 <지저스 크라이스트 슈퍼스타>의 1997년 12월 24일자 공연을 기독교 인터넷 방송사가 무단으로 녹화한 후 1999년 12월 29일부터 2000년 7월 6일까지 그 녹화물을 14개 부분으로 나누어 홈페이지에 올려놓은 사건이 있었다. 그래서 인터넷 홈페이지에 접속한 사람들은 원하는 시간에 VOD 방식으로 공연을 시청할 수 있었다. 이 사건에서 법원은 방송사가 공연협찬을 하고 방송권을 확보하는 방식을 기준으로 손해배상액을 산정하였다. 통상 방송사가 공연물을 녹화 방송하는 경우, 방송사는 공연을 협찬하는 형식을 취

한다. 그 협찬의 내용이란 스폿(spot)광고를 방송해 주는 것이다. 즉, 협찬 광고를 내 주고 방송권을 확보해왔는데 법원은 이 사건에서 지상파 방송사의 스폿광고 단가를 기준으로 손해배상 금액을 확정하였다.

*법원은, "한국방송공사(KBS)와 같은 방송사의 경우 이 사건 공연과 같은 뮤지컬 작품의 방송을 허락받는 대가로 통상적으로 금 2,200,000원(부가가치세 포함)상당의 공연 홍보 광고를 5회 내지 10회 실시하고 있는 사실을 인정할 수 있고, 위 인정사실에 의하면 원고가 피고에게 이 사건 공연을 피고의 홈페이지에 올려놓아 그 인터넷 홈페이지에 접속한 사람들이 이 사건 공연을 시청할 수 있도록 허락하는 경우 얻을 수 있는 경제적 이익이 적어도 금 11,000,000원(=금 2,200,000원*5회)에 이르는 점을 인정할 수 있으므로, 원고가 제3자에게 이 사건 공연을 인터넷 홈페이지를 통하여 방송하는 것을 허락하는 대가로 통상 지급받을 수 있는 금액은 금 11,000,000원에 해당한다"고 하였다(서울지방법원 2001. 11. 30. 선고 2000가합89551). 이러한 1심 법원의 손해배상액에 대한 판단은 대법원에서도 지지를 받았다(대법원 2003. 3. 25. 선고 2002다66946 판결).

4. 명예회복을 위한 적당한 조치

Q 뮤지컬 극본 작가이다. 뮤지컬 작품 집필을 거의 끝낸 상태에서 제작사와 분쟁이 생겼고 제작사가 집필 계약을 임의로 해지하였다. 그런데, 뮤지컬 제작사는 나에게 대한 악감정으로 내가 집필한 부분을 그대로 이용하면서 의도적으로 크레딧에서 내 이름을 지우고 연출자가 극본까지 집필한 양 크레딧에 연출자의 이름을 올렸다. 나는 명예가 심하게 훼손되었다고 느낀다. 내가 취할 수 있는 방법에는 어떤 것이 있는가?

저작인격권 중 '성명표시권'이 침해된 사례이다. '크레딧' 표기에서 임의로 이름이 삭제되었다면 작가로서는 정신적 고통을 느꼈을 것이고 이를 이유로 한 손해배상 청구(구체적으로는 위자료 청구)가 가능할 것이다. 물론 그 극본을 그대로 이용하면서 계약을 해지하고 집필료를 주지 않는다면 실제로 사용하고 있는 부분이 어떠한지, 제작사가 위약을 하였는지 등 사정을 고려하여 손해배상 청구도 생각할 수 있다.

한편 작가는 스스로 명예가 훼손되었다고 느낀다고 하였는데, 이 경우 '명예회복을 위하여 필요한 조치'를 청구할 수 있을지가 문제된다. '명예회복을 위하여 필요한 조치'로서 우선 '사죄광고'를 생각할 수 있다. 그러나 1991년 헌법재판소에서 민법 제764조 '명예훼손의 경우의

01 논의의 전제
02 저작물
03 저작권 보호의 경계
04 저작자와 저작권 귀속
05 저작 인격권
06 저작 재산권 및 기타 권리
07 저작권 계약
08 저작권 제한
09 저작 인접권
10 등록과 위탁 관리업
11 저작권 침해
12 저작권 침해에 대한 구제
13 퍼블리시티권

특칙¹²⁵⁾ 과 관련하여 ‘사죄광고’ 제도는 헌법상 양심의 자유에 반한다는 등의 이유로 위헌결정을 하였고 이후 ‘사죄광고’를 이용할 수는 없게 되었다(헌법재판소 1991. 4. 1. 89헌마 160 결정). 그래서 신문에 침해의 경위에 관한 ‘해명서’·저작권 침해를 인정한 ‘판결문’을 게재하도록 하거나, 유사한 취지의 방송을 하도록 하는 방법, 혹은 미술저작물·건축저작물·사진저작물의 경우에는 원저작자가 누구인지 작품에 저작자 표시를 하는 경우도 있다.¹²⁶⁾

저작권법 제127조【명예회복 등의 청구】 저작자 또는 실연자는 고의 또는 과실로 저작인격권 또는 실연자의 인격권을 침해한 자에 대하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복을 위하여 필요한 조치를 청구할 수 있다.

*** 서울고등법원 1997. 9. 24. 선고 87다카1450 판결**

한편, ‘명예’에 대하여 대법원은 “민법 제746조에서 말하는 명예란 사람의 품성, 덕행, 명예, 신용 등 세상으로부터 받는 객관적인 평가”라고 하였고(대법원 1995. 10. 2. 자 94마2217 결정), 저작권 사건에서 하급심은 “저작자가 그 품성, 덕행, 명성, 신용 등의 인격적 가치에 관하여 사회로부터 얻고 있는 객관적 평가, 즉 사회적 명예를 의미한다 할 것이고, 저작자가 자기 자신의 인격적 가치에 관하여 가지는 주관적 평가 즉 명예감정은 이에 포함되지 않는다고 해석함이 상당하다”고 하였다.

명예회복을 위하여 적당한 조치는 명예가 훼손되었을 것을 전제로 한다. 그리고 ‘명예’란 주관적인 명예 감정을 의미하는 것이 아니라 사회적 명예를 위미한다. 따라서, 크레딧에 이름이 빠진 점 그 자체를 가지고 사회적 명예가 훼손되었다고 판단하기는 어렵다고 보이고, 그렇다면 ‘명예회복을 위하여 적당한 조치’를 청구하기에는 적절하지 않은 사안이라는 판단이다.

125) 제764조【명예훼손의 경우의 특칙】 타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예 회복에 적당한 처분을 명할 수 있다.

126) 최경수, 같은 책, 713면.

5. 공연중지 가처분의 가능성



내 극본을 동의 없이 공연하는 공연이 있다. 해당 공연물에 대한 공연중지 가처분 청구를 하려는데 공연을 막을 수 있을까?

권리자가 저작권 침해를 주장하면서 공연중지 가처분 신청을 하는 일이 잦다(중지청구, 정지청구, 금지청구라고 용어가 혼용이 되나 저작권법은 정지청구라고 규정한다. 제123조). 그러나 공연중지 가처분이 인용되는 경우는 생각보다 많지 않다. 공연중지 가처분이 인정되려면, 권리가 침해되었다는 사실 외에도 권리자의 보호를 위하여 공연을 중단하지 않으면 아니 되는 급박한 사정이 있어야 한다. 저작권자의 목적이 실제로 경제적 손해배상이라면 후에 손해배상을 청구하여 손해를 메울 수 있을 것이므로 공연중지 가처분이 꼭 받아들여지는 것은 아니다. 특히 그 공연에 거대 자본이 투입되었고, 투자자는 침해 상황과 전혀 무관한 인물이라면 공연중지 가처분의 인용 가능성이 낮다고 할 수 있다.

그러나 ‘앤드류 로이드 웨버’의 저작권을 관리하는 ‘RUG’가 ‘극단 대중’을 상대로 한 뮤지컬 〈캣츠〉에 대한 공연중지 가처분 사건에서 저작권 침해를 이유로 공연중지 가처분이 인용된 바 있고(서울지방법원 2000. 5. 15. 자 2000카합774 결정), 그 이후 이른바 라이선스 뮤지컬에서 유사한 사례가 몇 건 더 있었다.¹²⁷⁾

단정적으로 말할 수는 없으나 현재까지의 판례 경향을 보면 영상물에서의 방송 중지·상영 중지 가처분 신청에서보다, 공연물에서의 공연중지 가처분이 쉽게 인용되는 것이 아닌가 싶다.

〈여우와 솜사탕〉방송 중지 가처분 사건의 경우 법원은 저작권 침해를 인정하면서, 저작권자의 영상물에서의 가처분 인용이 엄격하다는 사정을 보여준다(서울지방법원 남부지원 2002. 3. 28. 자, 2002카합370 결정).

* “제2 드라마(여우와 솜사탕) 중 이미 방영된 부분이 신청인의 저작권을 침해하였음이 인정되는 이상, 제2 드라마의 계속적인 방영이 저작권을 지속적으로 침해하는 결과가 됨은 명백하다. 그러나 첫째로 제2 드라마에는 제1 대본(사랑이 뭐길래)에 대한 저작권을 침해한 부분 이외에 주변 인물 상호간의 사건 전개를 비롯하여 제1 대본과는 무관한 부분도 상당 부분 포함되어 있을 뿐만 아니라, 최근의 방영분은 그 내용의 중심

127) 2009년 9월 4일 서울고등법원은 원작 만화가가 뮤지컬 〈위대한 캣츠비〉의 공연 중지를 청구한 사건에서 원심으로 공연권 침해 행위를 중지하라는 판결을 하였다. 뮤지컬 제작자는 공연의 이익이 없다는 이유로 저작권료를 미지급하였는데, 만화가는 저작권료 미지급을 이유로 계약을 해지하고 공연 중지를 구한 사건이다. 단, 이 사건은 가처분 사건이 아니라 본안 사건으로 보인다.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

이 그들 중심인물로 옮겨진 상태임을 알 수 있고, 장차 방영될 부분은 대본이 확정되지도 않은 상태에 있어, 장차의 방영 부분이 신청인의 저작권에 대한 침해여부를 질적·양적으로 심회할 가능성은 적은 것으로 보이고, 미 방영 부분의 분량도 예정된 50회분을 기준으로 하더라도 7회에 불과하여 전체적으로 적은 비율에 불과하며 둘째로, 피신청인은 대본 작가 A가 집필한 1차적 저작물인 드라마 대본을 토대로 하여 제작된 2차적저작물을 방영 중인 방송 사업자로서, 만약 제2 드라마가 결말을 맺지 않은 채 중도에 방영이 중단된다면 피신청인으로서의 일반 국민의 방송에 대한 신뢰를 상실하게 되는 막대한 손해를 입게 될 것인 반면, 신청인의 제1 대본은 이미 1992년경 TV 방송 드라마로 제작되어 방영되는 한편 책으로도 출간되어 오랫동안 판매됨으로써 제2 드라마의 잔여 부분이 마저 방영된다고 하더라도 신청인이 입게 될 추가 손해는 그다지 크지 않을 것으로 보이는 점, 기타 이 사건 심리과정에서 나타난 모든 사정을 종합적으로 참작하면, 본안판결 이전에 신청인의 현저한 손해를 피하기 위하여 제2 드라마의 나머지 부분에 대한 방영을 금지해야 할 보전의 필요성이 있다고는 인정되지 아니한다.”

6. 저작권침해에 대한 형사처벌



저작권침해를 하면 형사처벌을 받을 수 있다고 한다. 어떠한 행위에 대하여 어떠한 처벌을 하게 되는가?

저작권법은 ‘권리의 침해죄’, ‘부정 발행 등의 죄’, ‘출처 명시 위반죄’를 규정하고 있다. 저작권을 침해하여 만들어진 복제물은 몰수의 대상이 된다(제139조).

권리의 침해죄 : 저작재산권 등을 침해한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하고, 저작인격권을 침해하여 저작자의 명예를 훼손한 자, 침해로 보이는 행위를 한 자, 데이터베이스제작자의 권리를 침해한 자 등은 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. 징역과 벌금은 병과할 수 있다(제136조).

부정 발행 등의 죄 : 저작자 아닌 자를 저작자로 하여 실명 또는 이명(별명)을 표시하여 저작물을 공표한 자, 저작자의 사망 후에 그의 저작물을 이용하는 자가 그 저작인격권의 침해가 될 행위를 한 자, 저작권신탁관리업의 허가를 받지 않고 저작권신탁관리업을 한 자, 침해로 간주되는 행위를 한 자 등에 대하여는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금이 부과된다(제137조).

출처 명시 위반 등의 죄 : 출처 명시 의무를 위반한 자, 복제권자의 표시를 하지 않는 출판권자, 저작권대리중개업의 신고를 하지 아니하고 대리중개를 한 자와 영업폐쇄 명령을 받고도 계속 영업을 한 저작권신탁관리업자 등에 대해서는 5백만원 이하의 벌금이 부과된다.

7. 양벌규정



OO문화재단이다. 재단의 직원이 저작권을 침해하면, 재단도 벌금을 내야 한다고 하는데 무슨 이유인가?

저작권법은 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 저작권 침해의 범죄를 범한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 벌금형을 과하였다. 이렇게 행위자 이외에 관리자를 함께 처벌하는 경우를 양벌규정이라고 한다.

양벌규정과 관련하여 헌법재판소는 법인의 과실 유무에 관계없이 양벌규정을 적용하는 것은 ‘책임주의’ 원칙에 위반되므로 ‘보건범죄 단속에 관한 특별조치법’상의 양벌규정(헌법재판소 2007. 11. 29. 선고 2005헌가10) 및 ‘청소년 보호법’상의 양벌규정(헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2008헌가10)을 위헌이라고 결정하였다. 헌법재판소의 결정에 따라 법인이 종업원에 대한 관리·감독상 주의 의무를 다한 경우에는 처벌하지 않도록 양벌규정을 개선하였다.

제141조【양벌규정】 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 이 장의 죄를 범한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당 조의 벌금형을 과한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반 행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2009.4.22>

* 한편 대법원은, “양벌규정에 의한 영업주의 처벌은 금지 위반 행위자인 종업원의 처벌에 종속하는 것이 아니라 독립하여 그 자신의 종업원에 대한 선임 감독상의 과실로 인하여 처벌되는 것이므로 종업원의 범죄 성립이나 처벌이 영업주 처벌의 전제 조건이 될 필요는 없다(대법원 1987. 11. 10. 선고 87도1213판결 참조)”고도 판시하였다(2006. 2. 24. 선고 2005도7673 판결).

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리 시터권

8. 극본 집필 계약에서의 제작사 면책규정



연극 <황야의 무법자(가제)>가 나의 저작권을 침해하였다. 제작사에 연락을 했더니 저작권 침해에 대한 책임은 작가에게 있으니 제작사는 알 일이 아니라면서 집필 계약서를 보내주었다. 계약서를 보니 정말 “저작권 침해에 대한 모든 책임은 을(작가)에게 있다”는 규정이 있었다. 나는 제작사에게 아무런 청구를 할 수 없는가?

계약서의 효력은 계약 당사자에게만 미치는 것이 원칙이다. 즉, 작가와 제작사 사이에 어떠한 약정을 하였든 그 약정은 원칙적으로 계약당사자인 작가와 제작사 사이에만 미친다는 뜻이다. 제작사가 저작권 침해 사실을 인지하고 있었다거나, 관리책임을 다하지 아니하여 침해 사실을 알 수 있었음에도 과실로 알지 못하였다면 제작사의 책임이 인정된다.

연극 <황야의 무법자(가제)>의 제작사가 작품 기획을 하고, 작가를 섭외하여 집필 과정에서 지속적으로 협의하며 극본의 내용을 파악하고 있었다면 제작사도 침해에 대한 과실이 인정되고 손해배상 책임을 벗어나기 어려울 것이다. 제작사는 작가와 사이의 면책 규정을 이유로 책임에서 벗어나지는 못하고, 귀하에게 책임을 부담한 이후 작가에 대하여 귀하에게 부담한 책임에 대하여 다시 손해배상을 청구할 수 있을 뿐이다.

한편 만일 제작사에게 저작권 침해에 대한 과실이 없는 경우라 하더라도 저작권자는 공연중지를 청구할 수 있다. 저작권 침해행위가 계속되고 있는 경우 저작권자는 침해자의 고의, 과실에 무관하게 침해정지 청구권을 행사할 수 있다.(법 제123조)

01 논의의 전제

02 저작물

03 저작권 보호의 경계

04 저작자와 저작권 귀속

05 저작 인격권

06 저작 재산권 및 기타 권리

07 저작권 계약

08 저작권 제한

09 저작 인접권

10 등록과 위탁 관리업

11 저작권 침해

12 저작권 침해에 대한 구제

13 퍼블리시티권

퍼블리시티권

1. 퍼블리시티권으로서의 성명권
2. 퍼블리시티권과 초상권
3. 퍼블리시티권과 정지청구(금지청구)
4. 퍼블리시티권과 상속성

1. 퍼블리시티권으로서의 성명권

Q 한류스타의 매니저이다. 출연 계약을 하지 않고 교섭 단계인데 뮤지컬 제작사가 출연을 확정된 것처럼 보도자료를 뿌려서 언론에 보도가 되었다. 퍼블리시티권 침해로 손해배상 청구를 하리는데 어떤 의미인가?

퍼블리시티권은 연예인이나 스포츠 스타 등 유명인의 인격적 징표(personal identity)와 관련된 권리이다. '유명인의 목소리, 모습, 독특한 제스처, 이름 등이 상업적으로 이용되는 데 대하여 그 사람 자신이 가지는 경제적 권리'라고 설명할 수 있겠다.

퍼블리시티권의 연원은 프라이버시권에서 찾을 수 있다. 하버드 로스쿨 출신 '워렌(Samuel D. Warren)'과 '브랜다이스(Louis D. Brandeis)'가 Harvard Law Review에 '혼자 있을 수 있는 권리(right to be let alone)'로서의 프라이버시권을 이론화함으로써 미국 법조계에 파문을 일으킨 것은 1890년경이었다. 당시에도 대중 신문은 발행 부수 확장을 위하여 치열한 선정성 경쟁을 벌였는데, 극성스러운 황색 신문에 의해 사생활이 드러나도 그저 재수 탓으로만 돌리고 손을 놓고 있어야 했던 낙담자들에게 '워렌'과 '브랜다이스'는 프라이버시권이라 이름붙인 첨단 병기를 들려 준 셈이었다.¹²⁸⁾

1960년에는 캘리포니아 대학의 William L. Prosser 교수가 '워렌-브랜다이스'의 프라이버시권을 확장하여 프라이버시권 침해를 4가지로 유형화하였다.

첫째, 사생활에 대한 침입(intrusion), 둘째, 사생활의 공개(public disclosure of private facts), 셋째, 오해를 가져오는 공표(false light in the public eye), 넷째, 인격적 징표의 영리적 이용(appropriation)이 그것이다. 이들 4가지 사례 중 '인격적 징표의 영리적 이용'과 관련하여 퍼블리시티권(right of publicity)이 본격적으로 논의되었다.

1996년 인천광역시 서구가 구민회관 준공 기념 연극 공연을 기획하면서 배우 윤석화씨와 출연 교섭한 일이 없으면서도 윤석화씨가 연극에 출연하는 것처럼 선전하였다가 윤석화씨로부터 '성명권' 침해로 소송을 당하여 1심에서 손해배상금으로 1,000만원이 인정된 사건이 있었다(서울지방법원 1996. 4. 25. 선고 95가합60566호). 이 사건에서는 일반적 인격권으로서의 성명권만을 언급하였는데 실제로는 인격권적인 측면뿐만 아니라 재산권적인 성격을 가진 퍼블리시티권이 포함된 사건이라고 판단된다.

¹²⁸⁾ Diane L. Zimmerman, "Requiem for a heavyweight: a Farewell to Warren and Brandeis's Privacy Tort", Cornell Law Review vol. 68, 1983, p. 292.
¹²⁹⁾ 1심에서 인정된 위자료 액수는 연주자 1인에게 각 200만원이었다. 항소심인 서울고등법원 2008. 5. 27 선고 2007나11059 판결은 위자료 금액을 일부 상향하였고, 대법원에 상고하였으나 2008. 9. 11. 선고 2008다 42201 심리불속행 판결로 확정되었다.

2. 퍼블리시티권과 초상권

Q¹ 선배의 작곡 발표회에서 연주를 약속하였다. 연주회장에 갔더니 기획사가 연주 장면을 촬영하여 드라마에 삽입하겠다고 해 거절하였고, 드라마 제작사의 설득으로 얼굴이 노출되지 않는 것을 조건으로 승낙하였다. 나중에 드라마를 시청한 친구들로부터 연락을 받고서야 내 얼굴이 그대로 노출된 사실을 알았다. 드라마 제작사에 대하여 어떠한 청구를 할 수 있는가? 방송사에 대하여는 방송 중지를 청구할 수 있는가?

인격권으로서의 초상권 침해 사례라고 할 수 있다. '초상'이 경제적인 목적으로 이용되는 경우는 이른바 '퍼블리시티권'이라고 불리나, 초상의 이용으로 명예나 프라이버시가 침해되는 상황이라면 인격권으로서의 초상권이 문제가 되었다고 할 것이다. 초상권은 재산권적 요소와 인격권적 요소를 가지고 있고, 그 재산권적 요소를 퍼블리시티권이라고 한다. 사안의 경우, 드라마 제작사나 방송사가 연주자의 얼굴을 노출시켜 시청률을 끌어 올리고 그것을 광고 유치로 연결한 경우는 아니라고 판단된다. 다만, 연주자는 그러한 노출로 정신적인 불쾌감을 호소하고 있다고 이해된다.

실제로 연주회에서 촬영한 장면을 본인들 동의 없이 드라마에 삽입하여 손해배상을 인정한 사례가 있었다.

*** 서울중앙지방법원 2006. 11. 29. 선고 2006가합36290 판결**

법원은 "모든 국민은 인격권으로서의 초상권을 침해받지 아니할 권리가 있고, 언론매체에 대하여 자신의 초상에 관한 방송을 동의한 경우에도 당시 예정한 방법과 달리 방송된 경우에는 초상권의 침해가 있다고 할 것인데, 원고들은 피고 프로덕션에게 얼굴을 식별할 수 없도록 촬영할 것을 조건으로 연주장면에 대한 촬영을 승낙한 것인 바, 피고 프로덕션은 연주장면을 촬영하면서 카메라 앵글을 조절하는 등의 방법으로 원고들의 얼굴을 알아 볼 수 없도록 했어야 함에도 불구하고, 방송을 시청한 원고들의 주위 사람들이 쉽게 원고들을 알아 볼 수 있도록 연주장면을 촬영하였고, 피고 OO방송은 촬영된 장면이 삽입된 드라마를 방영함으로써 원고들의 초상권을 침해하였기에 원고들이 입은 정신적 손해를 금전으로나마 배상할 책임이 있다"고 하였다.

다만 이 사건에서는 연주장면 분량이 7초 정도에 불과한 점, 방송에 나간 배경음악은 연주자들이 실제로 연주한 곡이 아닌 점, 연주자들의 항의를 받고 방송사는 즉시 인터넷 상의 '드라마 다시보기'에서 연주장면을 삭제한 점, 재방송에서도 연주장면을 삭제한 점, 연주자들의 유명세에 편승하여 시청률을 끌어올리려는 목적으로 원고들의 얼굴을 의도적으로 노출한 것은 아닌 점 등을 고려하여 위자료 액수를 높게 평가하지는 않았다.¹²⁹⁾

- 01 논의의 전제
- 02 저작권
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

Q² 퍼블리시티권이 '그 사람 자신'의 목소리, 모습 등 인격적 징표를 사용하는 데 대한 그 사람 자신의 권리라는 점은 알겠다. 나아가 그 사람과 닮은 목소리나 그 사람을 흉내 낸 모습이 이용되는 데까지 퍼블리시티권이 미치는가?

프라이버시권 중 '인격적 징표의 영리적 이용'이 퍼블리시티권으로 발전하였다고 설명하였다. 퍼블리시티권은 본인의 초상·목소리 등 인격적 징표(personal identity, persona)를 이용한 경우에 당연히 인정되지만, 의도적으로 본인을 연상하도록 그러한 인격적 징표를 흉내 낸 경우에도(imitation) 인정될 수 있다.

SBS 방송의 TV드라마 <임꺽정>에 주인공으로 출연했던 연극배우 정홍채씨가, 자신의 극 중 캐릭터를 인물화로 그려 '겔포스' 광고에 이용하였던 '보령제약'을 상대로 초상권 침해를 주장했던 사건이 있다. 보령제약은 문제의 인물화가 정홍채씨와 아무런 관련이 없으며 인물화를 작성한 이가 스스로 두건을 두르고 분장하여 찍은 사진에 덩수룩한 머리털, 수염 등 일반인이 인식하고 있는 임꺽정의 상징을 덧붙여 완성한 것이라고 항변하였다.

*** 서울고등법원 1998. 10. 13 선고 97나43323호 판결**

그러나 법원은 '비록 이 사건 인물화는 원고의 실제 모습과 사뭇 다르고, 수염이 바깥쪽으로 훑날리는 모습 등 세부적인 묘사에 있어서 원고의 임꺽정 분장 모습과 완전히 동일한 것은 아니지만, 드라마 <임꺽정>의 주인공으로 분장한 원고의 모습 중 특징적인 모습이 대부분 표현되어 있을 뿐만 아니라 광대뼈, 콧날, 얼굴 윤곽도 원고의 실제 모습과 유사하고, 더군다나 광고문안인 "속 쓰린 세상! 내가 잡는다"를 이 사건 인물화에 더하여 볼 때, 드라마를 보았거나 원고를 알고 있는 사람이라면 누구나 원고의 모습을 떠올리기에 충분하다 할 것이니, 적어도 위 드라마가 방영되는 동안은 이 사건 인물화는 원고의 초상과 동일시된다고 보는 것이 상당하다'고 하며 손해배상으로 금2,000만원을 인정하였다.

닮은 목소리가 문제가 된 경우에는 'Bette Midler' 사건¹³⁰⁾이 거론된다. 'Bette Midler'는 1973년에 그래미상을 수상한 가수이자 1979년에 아카데미상 여우주연상에 지명된 배우이다. 'Ford' 자동차 회사와 광고 제작사는 '링컨 머큐리' 모델 광고를 시작하면서 여피(Yuppie)족을 대상으로 1970년대의 향수에 호소하고자 'Bette Midler'의 노래를 배경 음악으로 사용하려고 접촉하였으나 거절당했다. 광고제작사는 'Bette Midler'의 코러스로 오랫동안 활동하여 가장

130) Midler v. Ford Motor Company 849 F.2d 460 (9th Cir. 1988). 캘리포니아 주 민법 3344조는 타인의 인격적 징표를 어떤 방법으로든 침해하면 (name, voice, signature, photograph, likeness, in any manner) 손해배상을 하도록 규정하고, 제990(b)조는 망인의 인격적 징표를 침해하는 행위도 금지하면서 그 권리를 재산권(property rights)으로 규정한다. 1심법원은 피고의 행위가 절도 수준(of the average theft)이라고 비난하면서도 음성의 '흉내imitation'을 막을 법률(legal principle)이 없다는 이유로 원고의 청구를 기각하였다. 항소심은, 위 민법 규정은 커먼로상의 보호를 배제하는 것이 아니라고 하면서, 커먼로상의 퍼블리시티권을 이유로 원고의 청구를 인정하였다. Donald E. Biedeman et al., Law and Business of the Entertainment Industries (2nd ed.), pp. 134-137

그렇듯하게 흉내 낼 수 있는 코러스 가수로 하여금 노래를 부르게 하여 그것을 광고의 배경음악으로 사용하였다. 법원은 이 사건에서 널리 알려진 유명 가수의 특색 있는 목소리를 상품 광고를 위해 허락 없이 흉내 내었다면 퍼블리시티권이 침해되었다고 판시하였다.¹³¹⁾

Q³ 퍼블리시티권과 초상권은 어떻게 다른가?

초상권은 재산적 측면과 인격적 측면이 있다. 퍼블리시티권은 초상권의 재산적 측면을 의미한다고 할 수 있다.

가령 마약중독으로 재활치료를 끝내고 치료소에서 나오는 연예인의 초상이 노출되었다면 그러한 초상은 인격적 측면에 관련될 것이다. 한류스타의 초상을 본인 동의 없이 브로마이드로 만들어 판매하는 업자가 있다면 그는 스타의 재산적 권리에 관한 초상, 즉 퍼블리시티권을 침해하였다고 할 수 있다. 퍼블리시티권은 기본적으로 미국에서 발전한 이론이고 그 기원이 프라이버시권이라는 점에서 인격권과 무관하지 않으나, 미국에서는 이제 완전한 재산권이 되었다고 설명한다.

즉, 미국 연방대법원은 Zacchini 사건¹³²⁾에서 '원고의 속성이 이용됨으로써 장래의 경제적 가치가 손상 된다'고 판단하고, '개인은 자신의 노력에 의한 보상을 얻을 권리가 있다'는 점을 강조하며 퍼블리시티권을 프라이버시권과는 독립된 재산권적 성격의 권리로 파악하였다. 이 판결은 퍼블리시티권이 재산권으로 발전하는 데 큰 계기가 되었다.¹³³⁾

'Zacchini'는 스스로 대포 속에 들어가 발사되는 '인간 대포알' 공연으로 유명하였다. 방송사가 그의 허락을 얻지 아니하고 발사, 목표 지점 도착에 이르기까지 걸리는 15초 전부를 뉴스 시간에 방영하자 그는 소송을 제기하였다. 법원은 '원고의 실연행위 전부를 방송한 것은 원고의 공연에 대한 경제적 가치에 대한 심각한 위협을 제기하고... 만약 대중들이 텔레비전을 통해 자유롭게 공연을 볼 수 있다면 공연 입장료를 내지 않으려 할 것이고... 퍼블리시티권을 보호하는 이유는 절도와 같은 방법으로 부당한 이득을 얻으려는 것을 방지하는 데 있으며, 원고의 전 연기를 방송하는 것은 연예인으로서 생계를 유지하는 원고에게 피해를 끼친다'고 판단하였다.¹³⁴⁾ 이 사건에서 연방대법원은 처음으로 퍼블리시티권 침해는 프라이버시권이냐

131) 홍승기, "퍼블리시티권 - 그 실제와 입법론", 국제법률경영(2005년 겨울호), 92면.
132) Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co., 433 U.S. 562(1997)
퍼블리시티권을 보호하는 이유는 절도와 같은 방법으로 부당한 이득을 얻으려는 것을 방지하는 데 있으며, 원고의 전 연기를 방송하는 것은 연예인으로서 생계를 유지하는 원고에게 피해를 끼친다'고 함으로써 피고의 공정이용 및 수정한법 제1조 표현의 자유의 법리에 의한 항변을 배척하였다. 그러나 이 사건은 광고이용과 관련한 것이 아니고, 뉴스 방송이 문제된 사건이어서 퍼블리시티권의 핵심쟁점은 아니었다.
133) 배금자, "미국에서의 퍼블리시티권", 계간저작권(2004, 가을호), 저작권심의조정위원회, 6면.

01 논의의 전제
02 저작물
03 저작권 보호의 경계
04 저작자와 저작권 귀속
05 저작 인격권
06 저작 재산권 및 기타 권리
07 저작권 계약
08 저작권 제한
09 저작 인접권
10 등록과 위탁 관리업
11 저작권 침해
12 저작권 침해에 대한 구제
13 퍼블리시티권

명예훼손법과는 완전히 다른 불법 행위라고 인정한 것이다.

Q⁴ 퍼블리시티권은 우리나라에서 어떻게 수용되고 있는가?

퍼블리시티권은 우리나라에서 가장 활발히 논의되는 쟁점 중 하나로 보인다. 법원이 ‘퍼블리시티권’이라는 용어를 처음 사용한 사례는 ‘이휘소’ 사건이었다(서울지방법원 1995. 6. 23. 선고 94카합9230). 이휘소 사건의 법원은 “퍼블리시티권이라 함은 재산적 가치가 있는 유명인의 성명, 초상 등 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 이용할 권리(right of commercial appropriation)”라고 정의함으로써 퍼블리시티권 논의의 서막을 열었다고 할 수 있다.

그렇다고 이후 법원이 일관되게 퍼블리시티 개념을 이휘소 사건 방식으로 수용하고 있는 것은 아니다. 초상권의 재산적 측면 즉 퍼블리시티권이 문제된 사안에서 ‘초상권 또는 퍼블리시티권의 침해’라고 망라적인 표현을 사용하기도 하였고(서울고등법원 98라35 ‘박찬호’ 사건 등), 시나위 사건(서울고등법원 2001. 10. 24. 선고 2001나30680 판결)에서는 ‘초상권’을 ‘촬영·작성거절권’, ‘공표거절권’, ‘초상영리권, 이른바 퍼블리시티권’으로 구분하기도 하였다.

장정 사건(수원지방법원 성남지원 2002. 8. 30. 선고 2001가합5032 판결)에서는 ‘초상권’을 인격권으로서의 초상권과 상업적 권리로서의 퍼블리시티권으로서 구분한 후 문제가 된 쟁점이 ‘퍼블리시티권’ 침해 사건이라는 점을 적시하고 논리를 전개하였다. 이영애 사건(서울중앙지방법원 2004. 12. 10. 선고 2004가합16025 판결)에서는 인격권으로서의 초상권과 재산권의 퍼블리시티권 침해를 모두 인정하면서, 다만 재산적 손해를 인정받으면 정신적 고통은 회복된다는 논리로 손해배상을 해결하였다.¹³⁵⁾ 이후 김민희 사건(서울중앙지방법원 2004. 10. 1. 선고 2002가단254093 판결), 심형래 사건(서울중앙지방법원 2007. 10. 24. 선고 2006가합06519)등에서는 ‘퍼블리시티권’만을 대상으로 함으로써 개념을 깔끔하게 정리하였다.¹³⁶⁾

134) 방송사는 공정이용 및 수정헌법 제2조 표현의 자유의 범리에 의한 항변을 하였으나 성공하지 못하였다. 이 사건은 광고이용과 관련된 것이 아니고, 뉴스방송이 문제된 사건이어서 퍼블리시티권의 핵심쟁점은 아니었다.
 135) 문제가 된 사안은 광고모델 종료 후까지 원고를 모델로 한 광고물을 계속 사용하였다는 것인데, 인격권으로서의 초상권 침해까지 인정할 점은 적절치 않아 보인다.
 136) 홍승기, 『퍼블리시티권에 대한 국내 실태조사』, 한국저작권위원회, 122면-224면.

3. 퍼블리시티권과 정지청구(금지청구)

Q 유명인이 자신의 인격적 징표를 이용할 수 있는 경제적 권리가 퍼블리시티권이라고 알고 있다. 그러면 유명인은 제3자가 자신의 인격적 징표를 함부로 이용하는 경우 손해배상을 청구하는 외에 이용행위의 정지를 청구할 수도 있는가?

대법원은 ‘인격권은 그 성질상 일단 침해된 후에 금전배상이나 명예회복 처분 등 사후적 구제 수단만으로는 그 피해의 완전한 회복이 어렵고 손해전보의 실효성을 기대하기 어렵다’는 이유로 인격권에 기한 금지청구권을 인정하고 있다.¹³⁷⁾ 언론 중재 및 피해 구제에 관한 법률은 인격권을 침해하는 언론에 대한 침해 금지를 규정하고 있다(제30조 제3항).

퍼블리시티권은 프라이버시권에서 출발하였으므로 그 권리의 속성에 인격권적 요소가 남아 있다고 해석한다면 퍼블리시티권에 기초한 금지청구권을 인정하는 데 어려움이 없을 것이다.

* ‘비달사순’ 사건(서울고등법원 2000. 2. 2. 선고 99나26339 판결)에서는 퍼블리시티권을 ‘고객흡인력이 갖는 경제적 이익을 배타적으로 지배하는 재산권’이라 해석하면서 퍼블리시티권을 양수한 자는 퍼블리시티권에 터 잡아 금지청구권을 가진다고 하였고, ‘엔스닥 거래소’ 사건(서울중앙지방법원 2007. 12. 12. 선고 2007가합22441 판결)에서는 ‘인격권으로서의 초상권은 물권의 경우와 마찬가지로 배타성을 가지는 권리’라는 이유로 초상 및 성명의 사용을 금지하였다. 한편, ‘제임스 딘’ 사건(서울지방법원 2000. 7. 14. 선고 99가합84901 판결)에서는 금지청구 주장을 수용하지는 않았으나 퍼블리시티권에 근거하여 금지 청구권이 발생할 수 있다는 점은 인정하였다.¹³⁸⁾

137) 대법원 1996. 4. 12. 선고 93다40614, 40621 판결.
 138) 홍승기, 같은 책, 131면.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

4. 퍼블리시티권과 상속성

Q¹ 유명인이 죽은 후에도 그의 퍼블리시티권이 인정되는가?

‘엘비스 프레슬리’는 1977년 사망하였지만 그의 사후에도 인기는 식을 줄을 모르고, ‘마릴린 몬로’, ‘제임스 딘’의 경우도 다르지 않다. 이러한 사정을 고려할 때 퍼블리시티권이 주체의 사망으로 공공의 영역(public domain)에 속하는 권리인지, 상속이 가능한 권리인지에 대하여 다툼이 있고, 상속이 가능하다면 그 보호기간은 얼마로 하여야 합리적인지에 대하여도 논의가 있다.

퍼블리시티권의 재산권적 성격을 강조하면 상속성을 인정하는 것이 타당할 것이다. 실제로 퍼블리시티권이 등장한 배경은 프라이버시권만으로는 해결되지 못하는 점을 해결하기 위한 고려라고 할 수 있고, 그렇다면 비록 퍼블리시티권이 프라이버시권의 속성인 인격권성으로부터 완전히 독립된 것은 아니라 하여도 상속성을 인정하는 데 무리가 없다고 판단된다.

미국에서는 36개 주가 판례법(common law) 혹은 성문법으로 퍼블리시티권을 인정하고 있는데, 성문법을 제정한 18개 주 중에서 뉴욕 주와 필라델피아 주 등은 명시적으로 사자(死者)의 퍼블리시티권을 부인하나, 대체로는 이를 인정하고 있다고 한다.¹³⁹⁾ 그 인정 기간은 다양하지만 10년에서 100년의 범위이고, 저작권법상 보호기간이 연장되면서 사자의 퍼블리시티권도 연장될 것으로 보인다.¹⁴⁰⁾ 예를 들면 캘리포니아의 성문법은 퍼블리시티권의 보호기간에 대하여 사후 50년의 보호기간을 규정하였으나 연방저작권법의 보호기간이 늘어나자 그에 맞추어 사후 70년으로 개정된 바 있다.

국내 상황에서 퍼블리시티권에 대한 상속성을 규정한 성문법이 존재하지 않는 이상 법원이 판결로서 상속성을 인정하기는 쉽지 않겠다. 다만, 퍼블리시티권의 보호기간이 쟁점이 된 사건이 대법원에 상고되어 대법원이 상속성 혹은 보호기간을 판단한다면 입법에 준하는 규범력을 가지게 될 것이다.

* 사망한 소설가 이효석의 퍼블리시티권 사건을 담당한 하급심에서 방론으로 ‘퍼블리시티권의 존속기한도(저작권에 준하여) 사후 50년으로 해석함이 상당하다.’는 견해를 밝힌 바는 있으나 특별한 의미를 부여할 필요는 없다고 이해한다(서울동부지방법원 2006. 12. 21. 선고 2006가합 6780 판결).

139) 배급자, 같은책, 7면
140) Fishman, The Public Domain (2001), NOLLO, p.20/6.

Q² 우리나라에서 퍼블리시티권의 상속성을 인정할 수 있는가?

2002년 서울고등법원은 ‘제임스 딘’과 관련한 사건에서 “성문법주의를 취하는 우리나라에서 법률, 조약 등 실정법이나 확립된 관습법 등의 근거 없이 물권과 유사한 독점 배타적 재산권인 퍼블리시티권을 인정하기는 어렵다고 할 것이며, 퍼블리시티권의 성립 요건, 양도상속성, 보호대상과 존속기간, 침해가 있는 경우의 구제수단 등을 구체적으로 규정하는 법률적인 근거가 마련되어야만 비로소 원고가 주장하는 바의 퍼블리시티권을 인정할 수 있을 것”이라고 함으로써 퍼블리시티권에 기한 권리보호를 부정한 바 있다.¹⁴¹⁾ 이후 두 건의 하급심이 이 판결의 입장을 좇아 퍼블리시티권을 부정하였다.¹⁴²⁾

한편 서울고등법원은 2005년 6월 22일 선고 2005나 9168 판결에서 위 서울고등법원 판결과 정반대의 입장을 보였다. 즉, ‘퍼블리시티권의 양도 및 상속성, 보호대상과 존속기간, 구제수단 등을 구체적으로 규정할 실정법이나 확립된 관습법이 존재하지는 않으나, 원고의 성명, 초상 등에 대하여 형성된 경제적 가치가 이미 광고업 등 관련 업계에서 널리 인정되고 있는 이상 이를 침해하는 행위는 원고 본인에 대한 관계에서는 명백히 불법 행위를 구성하고, 이에 대하여 배타적으로 지배할 수 있는 권리를 퍼블리시티권으로 파악하기에 충분하다’고 판시한 것이다. 이 판결 이후 법원이 물권법정주의를 논거로 퍼블리시티권을 부인한 예는 장기간 발견되지 않았다. 그러다가 2014년에 물권법정주의를 근거로 퍼블리시티권을 부정한 판결이 2건 나왔다.

* 서울서부지방법원 2014. 4. 24. 선고 2013가합32048 판결

첫 사건은 소녀시대, 배용준 등 연예인들이 네이트 홈페이지 검색창에 자신의 이름을 넣어 검색하면 쇼핑몰이 나오자 ‘퍼블리시티권과 성명권을 침해당했다’고 주장한 사건이다. 법원은, 민법 제185조는 성문법과 관습법이 인정하지 않는 새로운 종류의 물권을 창설하는 것을 허용하지 않고 있으므로, 성문법과 관습법 어디에도 근거가 없는 한 독점배타적 재산권인 퍼블리시티권을 인정할 수 없다고 하였다.

* 서울중앙지방법원 2014. 5. 14. 선고 2013나46305 판결

두 번째 사건은 배우 민효린과 가수 유이가 의사를 상대로 한 손해배상 항소심에서 원심(2012가단337294 판결)을 파기한 예이다. 서울중앙지방법원 항소부는 “퍼블리시티권의 의미, 범위, 한계 등이 아직 명확하게 정해졌다고 볼 수 없”고, “연예인 사진과 이름으로 사람을 유인했다는 사정만으로 퍼블리시티권을 침해했다고 볼 수 없다”고 판단하였다.

141) 2002. 4. 16. 선고 2000나42061판결.
142) 서울중앙지방법원 2002가단254093 판결과 수원지방법원 2004가단20834판결이 그것이다.

- 01 논의의 전제
- 02 저작물
- 03 저작권 보호의 경계
- 04 저작자와 저작권 귀속
- 05 저작 인격권
- 06 저작 재산권 및 기타 권리
- 07 저작권 계약
- 08 저작권 제한
- 09 저작 인접권
- 10 등록과 위탁 관리업
- 11 저작권 침해
- 12 저작권 침해에 대한 구제
- 13 퍼블리시티권

이제 2014년 발생한 새로운 사정으로 퍼블리시티권 입법의 필요성에 대하여는 다시 논쟁이 촉발될 것이다. 퍼블리시티권을 입법한다면, 양도성·상속성 등 권리의 내용과 적용 범위를 명확하게 정리할 수 있고, 분쟁의 소지를 사전적으로 차단할 수 있다는 장점이 있을 것이다. 한편, 퍼블리시티권의 개념과 범위는 이미 판례로서 확립이 되어 있는데 굳이 입법이 필요하지 않고, 미국, 독일 등 선진국에서도 입법한 사례는 없다는 반론도 있다.¹⁴³⁾ 미국에서 10년 전 미국변호사협회(ABA)가 퍼블리시티권 연방법안을 초안하였으나 아직도 결론이 나오지 않았고, 일본에서도 2003년 경제무역산업부가 부정경쟁행위방지법 개정 형태로 입법을 시도하다가 포기한 예도 고려하여야 한다.¹⁴⁴⁾

입법에 있어서 가장 조심스러운 점은 상속성(보호기간)에 있다. 2005년, 2010년에 국회에 상정된 저작권법 개정안은 보호 기간을 생존 기간으로 제한하였고, 단행법 제정을 전제로 사망 후 30년을 제한하는 의견도 나와 있다.¹⁴⁵⁾ 보호기간은 정책적 결정일수 밖에 없고, 정밀한 검토를 필요로 한다.¹⁴⁶⁾

143) 입법 반대론으로는 박성호, "실연자의 '예명'에 대한 법적 보호(상)(하) - 성명권·성명표시권·상표권, 그리고 이른바 '퍼블리시티권'을 둘러싼 몇 가지 문제점", 법조 Vol.56 No.10, No 11, 법무부, 2007.; 정경석, "초상권의 침해요건과 구제방법", 저스티스 98호, 한국법학원, 2007. 입법론의 입장으로는 박준석, "퍼블리시티권의 법적 성격 - 저작권과 상표관련 권리 중 무엇에 더 가까운가?", 산업재산권 Vol. 30, 2009; 남형두, 『퍼블리시티권의 입법적 보호방안』, (문화관광부, 2011. 12)

144) Atushi Naito, "Study on legal issues related to the right of publicity", (2011. 10. 20.), <Seoul Copyright Forum 2011 자료집> 69면.

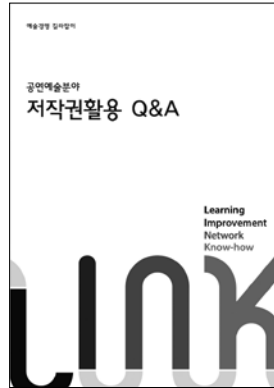
145) 남형두, 같은책, 104면.

146) 홍승기, 같은 책, 179-180면.



2010 기획경영 직무 매뉴얼
공연과 저작권

발행일 2011년 2월



2013 예술경영 길라잡이
**공연예술분야
저작권활용 Q&A**

발행일 2013년 10월

책임집필 · 감수 홍승기 인하대학교 법학전문대학원 교수, 변호사

기획 · 편집 예술경영지원센터 전략사업본부 교육사업팀
이선옥 팀장, 이영주

발행인 정재알

발행일 2015년 2월

발행처 (재)예술경영지원센터
서울시 종로구 대학로 57(연건동) 홍익대학교 대학로캠퍼스 교육동 3층
전화(02)708-2215 팩스(02)708-2241
www.gokams.or.kr

디자인 인쇄 DB communication

ISBN 978-89-98604-14-1 : 비매품

이 도서의 국립중앙도서관 출판예정도서목록(CIP)은 서지정보유통지원시스템 홈페이지(<http://seoji.go.kr>)와
국가자료공동목록시스템(<http://nl.go.kr/kolisnet>)에서 이용하실 수 있습니다.(CIP제어번호 : 2015003509)

* 책자의 판매, 전재, 복사를 금합니다.