

2013  
예술경영아카데미 LINK  
공연과 저작권

※ 이 자료집은 2013년 9월 4일 수요일부터 5일 목요일까지 진행된 '2013 예술경영아카데미-공연과 저작권' 강의자료입니다.

# 목차

## ☀ 9.4(수) 1일차

제1강 너무 쉬운 저작권	5
---------------	---

\* 강사 이영욱 (법무법인 강호 변호사)

제2강 사례로 이해하는 저작권	21
------------------	----

\* 강사 홍승기 (인하대학교 법학전문대학원 교수)

## ☀ 9.5(목) 2일차

제1강 공연제작을 위한 저작권	83
------------------	----

\* 강사 이양희 (국립중앙극장 공연기획팀장)

제2강 공연제작을 위한 해외 저작권	107
---------------------	-----

\* 강사 박민선 (CJ E&M 글로벌사업팀 부장)

# 강의개요

## 2013 예술경영아카데미 LINK <공연과 저작권>

\* 일 시 : 2013. 9. 4. (수) ~ 5. (목)

\* 장 소 : 서울여자대학교 대학로캠퍼스 아름관 501호

\* 프로그램 시간표

일자	시간	내용	강사
9/4(수)	13:00~13:15	접수	예술경영지원센터
	13:15~13:30	<b>오리엔테이션</b> - 센터 소개/ LINK 소개 및 컨설팅 안내 - 프로그램 안내	
	13:30~15:00	<b>너무 쉬운 저작권 (1.5h)</b> - 저작권과 저작권법에 대한 기본적인 개념과 관련 용어 이해 - 저작자의 권리와 보호범위 이해	<b>이영욱</b> 법무법인 강호 변호사
	15:00~16:30	<b>워크숍 (1.5h) : 저작권사례 모의협상</b> - 모의협상 - 법률전문가와 Q&A을 통해 저작권에 대한 이해 향상	<b>홍승기</b> 인하대학교 법학전문대학원 교수
	16:30~19:00	<b>사례로 이해하는 저작권 (2.5h)</b> - 저작권 분쟁사례를 통해 저작물 이용 시 유의사항 습득	<b>홍승기</b> 인하대학교 법학전문대학원 교수
9/5(목)	14:00~17:00	<b>공연제작을 위한 저작권 (3h)</b> - 저작권 확인부터 이용계약까지 과정 이해 - 계약 시 필수기재사항 및 유의사항 습득 - 홍보(홍보물, SNS) 시 저작물 이용을 위한 유의사항 습득	<b>이양희</b> 국립중앙극장 공연기획 팀장
	17:00~19:00	<b>공연제작을 위한 해외 저작권 (2h)</b> - 라이선스(License)공연 진행 시 유의사항 습득 - 에이전시의 종류와 역할 이해 - 라이선싱(Licensing) 에이전트 활용 시 유의사항 습득	<b>박민선</b> CJ E&M 글로벌사업팀 부장
	19:00~19:30	<b>마무리</b> - 만족도 및 설문조사 및 수료증 배부	예술경영지원센터

▶ 1일차

제1강  
너무 쉬운 저작권

강사 이 영 옥  
(법무법인 강호 변호사)

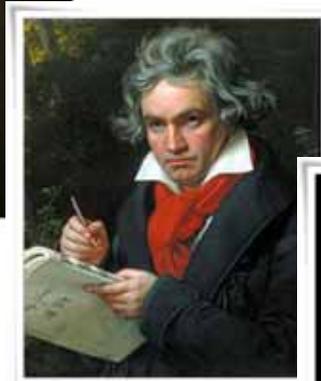
# 너무 쉬운 저작권

## 1. 저작권법에 관하여

### ● 저작권법

이 법은 저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고  
저작물의 공정한 이용을 도모함으로써  
문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지함을 목적으로 한다.

### ● 엇갈린 운명?



## 2. 저작권/저작물이란 무엇인가

### ● 저작권/저작물이란?

- “저작물”이란 **인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물**을 말한다(저작권법 제2조 제1호)
  - 어문, 음악, 연극, 미술, 건축, 사진, 영상, 도형, 컴퓨터프로그램... (법 제4조)
- 저작물의 범위 - “최소한의 창작성”을 넓게 인정
- 저작권 - 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물인 저작물에 대한 배타적·독점적 권리

### ● 저작권의 특성

- 창작하면 권리 발생 / 등록을 필요로 하지 않음
- 보호기간이 길다(저작자의 사후 70년)
- 권리범위가 애매하다

### ● 두 사진은 모두 저작물?

- (A), (B) 두 사진 모두 저작물인가?
- 아닌 것이 있다면 왜 저작물이 아닐까?



(A)



(B)

“저작권법에 의하여 보호되는 저작물에 해당하기 위해서는 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물이어야 하고 그 요건으로서 창작성이 요구되므로,

사진저작물의 경우 피사체의 선정, 구도의 설정, 빛의 방향과 양의 조절, 카메라 각도의 설정, 셔터의 속도, 셔터찬스의 포착, 기타 촬영방법, 현상 및 인화 등의 과정에서 촬영자의 개성과 창조성이 인정되어야 그러한 저작물에 해당한다고 볼 수가 있다.”

(대법원 판례)

## ● 저작권의 발생과 등록

### ☼ 저작권의 발생

- 저작권은 저작한 순간 발생
- 우리 법상 저작권 발생에 다른 요건이 필요하지 않다(무방식주의)  
cf) 특허, 상표는 등록해야 발생

### ☼ 저작권의 등록

- **등록시 장점** : 저작자의 추정, 창작일 추정, 침해자의 과실 추정/ 법정손해배상  
→ 재판시에는 절대적으로 유리함
- 제3자(출판사)에게 자신의 작품을 보여줄 때, 아이디어 도용이 걱정된다면 저작권 (비공개) 등록 후 보여주기

## 3. 저작자와 저작권자?

- **“저작자”란 저작물을 창작한 자를 말한다(저작권법 제2조 제2호)**  
따라서, 저작물을 창작한 사람이 “저작자” 임
- **“저작권자”는 저작권을 갖고 있는 사람**  
저작물을 창작한 순간 저작권은 발생되어 “저작한 자”가 저작권자  
저작권 양도시에는 “양수인” 이 저작권자가 됨(저작자와 저작권자의 분리)

## ● 저작인접권

- 저작인접권 - 실연자, 음반제작자, 방송사업자에게 부여되는 저작권에 인접한 권리
- 실연자 - “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(법 제2조 제4호) → 연출가, 연기자(배우, 무용수), 연주자, 연기지도자 등
- 실연자의 권리 - 성명표시권, 동일성유지권/ 복제권, 배포권, 대여권, 공연권, 방송권, 전송권 (법 제66조 내지 제74조).

## ● 법인 명의 저작물

### ☼ 요건

- (1) 법인, 단체 그 밖의 사용자가 저작물의 작성을 기획할 것
- (2) 법인 등의 업무에 종사하는 자에 의하여 작성될 것 (사용관계)
- (3) 업무상 작성하는 저작물일 것

### ☼ 효과

- 저작권자는 창작자 개개인이 아니라 법인 등이 됨
- “직무상 발명”과 달리 보상X
- 저작인격권도 모두 법인에 귀속

## ● 공동저작물

### ☼ 공동저작물의 요건

- (1) 2인 이상이 “창작”에 관여 - “조수”와 구별
- (2) 창작에 있어서 공동관계 존재 - “2차적저작물”과 구별
- (3) 분리불가능성

### ☼ 예) 스토리 작가와 만화 작가가 함께 창작한 만화

### ☼ 공동저작물의 효과

- “전원의 합의”에 의해서만 저작권 행사 가능
- 한쪽에서라도 들고 나오면?

## 4. 저작권의 보호범위: 아이디어-표현 이분법

### ● 아이디어 - 표현 이분법

### ☼ 저작권법상 “아이디어”는 보호되지 않고, “표현”은 보호된다. “아이디어”까지 보호하면 문화의 향상을 기할 수 없기 때문

### ☼ ‘슈퍼맨’은 어디까지 보호되는가?

### ☼ 어디서부터가 아이디어, 어디서부터가 표현인가? “아이디어”와 “표현”을 구별하는 것이 가능한가?



## ● 태양사신기 사건

“양 작품은 사신 또는 사신수가 누군가를 수호하는 수호신 또는 수호수로 설정되어 있다는 점에서 유사하다.

그러나 아이디어 자체는 저작권법에 의한 보호를 받을 수 없고, 나아가 어떠한 아이디어를 표현하는 데 실질적으로 한 가지 방법만 있거나, 하나 이상의 방법이 가능하다고 하더라도 기술적인 또는 개념적인 제약 때문에 표현방법에 한계가 있는 경우에는 그러한 표현은 저작권법의 보호대상이 되지 아니하거나 그 제한된 표현을 그대로 모방한 경우에만 실질적으로 유사하다고 할 것이다.” (판례)

→ 아이디어 표현 이분법, 합체의 원칙

## 5. 저작권의 내용: 저작재산권과 저작인격권

## 저작인격권

- 인격적 권리
- 양도불가

- 성명표시권
- 공표권
- **동일성유지권**

## 저작재산권

- 재산적 권리
- 양도가능

- 복제권
- 공연권
- 공중송신권(전송권)
- 전시권
- 배포권
- 대여권 - 판매용 음반, 프로그램
- **2차적저작물작성권**

## ● 동일성 유지권

- 동일성유지권 - 저작물의 내용, 형식, 제호의 동일성을 유지할 권리
- 그림을 좀 더 멋지게 바꾸는 것도 동일성유지권 침해인가



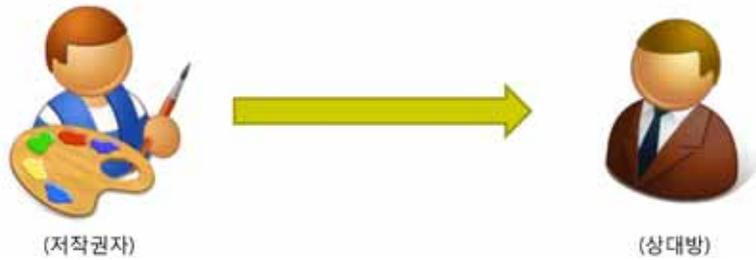
## ● 2차적 저작물작성권

- 2차적 저작물 - 원저작물을 번역, 편곡, 변형, 각색, 영상제작 그 밖의 방법으로 작성한 창작물



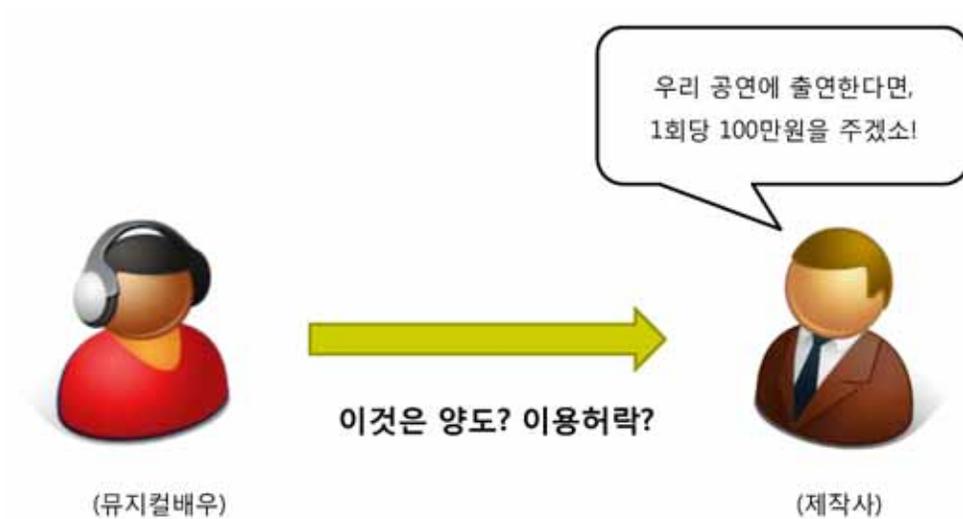
## 6. 저작권 양도와 이용허락

- 저작권 양도 - (내 것을 너에게) 넘긴다. 양도한다 → 권리자는 누구?
- 저작권 이용허락 - (내 것을 너에게) 이용을 허락한다 → 권리자는 누구?



### ● 양도인가, 이용허락인가?





● 양도인지 이용허락인지 명백하지 않은 때는?

☀ 양도와 이용허락의 효과

- 양도 - (내 것을 너에게) 넘긴다 → 권리는 너
- 이용허락 - (내 것을 너에게) 이용을 허락한다 → 권리는 나  
→ 저작권 양도 계약시, 저작권은 (영원히) 상대방에게로 넘어가는 것

☀ 명백하지 않을 때는?

“저작권에 관한 계약을 해석함에 있어 과연 그것이 저작권 양도계약인지 이용허락계약인지는 명백하지 아니한 경우, 저작권 양도 또는 이용허락되었음이 외부적으로 표현되지 아니한 경우에는 저작자에게 권리가 유보된 것으로 유리하게 추정함이 상당하며, 계약내용이 불분명한 경우 구체적인 의미를 해석함에 있어 거래관행이나 당사자의 지식, 행동 등을 종합하여 해석함이 상당하다.”

(대법원 판례)

## 7. 공연예술

### ● 공연예술의 정의

- 공연예술(Performing art) - 무대에서 공연되는 모든 형태의 예술. 무대와 같이 공개된 자리에서 연주, 상연, 가창되거나 그 밖의 방법으로 연출되는 음악, 무용, 연극 등 예술적 또는 오락적 관람물
- ‘무대예술’이라고도 함
- 공연의 대상에는 저작물 뿐 아니라 저작인접물도 포함

### ● 공연예술의 장르

- 기본 장르 - 연극/ 음악/ 무용
- 새로운 공연예술 - 오페라/ 오페레타/ 뮤지컬  
<http://www.youtube.com/watch?v=SQyx2PWYc2I>  
<http://www.youtube.com/watch?v=SQyx2PWYc2I>  
[http://www.youtube.com/watch?v=t51mc3GTomo&list=UU0HS\\_PILCtwqtRGOS-Ifijw&index=62](http://www.youtube.com/watch?v=t51mc3GTomo&list=UU0HS_PILCtwqtRGOS-Ifijw&index=62)

### ● 연극과 뮤지컬의 산업화

#### ☼ 국내의 사정

- 1986년 개정 저작권법의 시행 및 세계저작권협약(Universal Copyright Convention; UCC)의 발효
- 외국인저작물 보호에 따른 충격파
- 공연예술 분야는 경제적 수익성이 낮게 평가됨

☼ 공연의 경제적 효과

- 오늘날 브로드웨이의 흥행수입은 매년 최고기록을 갱신

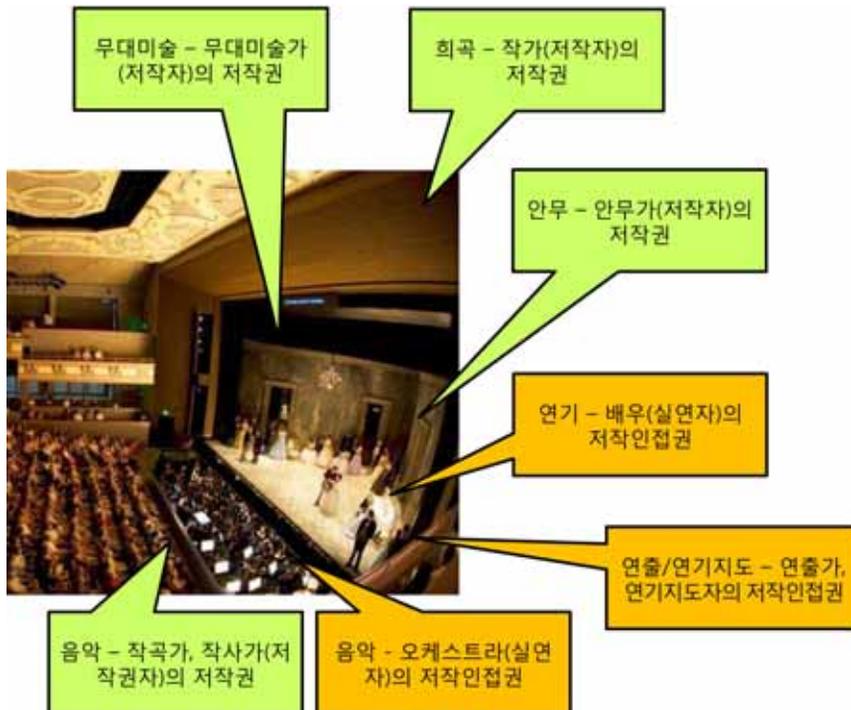


19억 달러



50억 달러

● 공연의 법적 관계



## ● 공연의 계약 관계

- 라이선스 뮤지컬 - 기존 뮤지컬 작품에 대해 이용허락, 라이선스를 얻어 공연하는 경우
- ‘오페라의 유령’을 뮤지컬로 제작한다면?
  - 1) 소설가 가스통 루르 - 1927년 사망
  - 2) 뮤지컬 작곡/작사가 - 앤드류 로이드 웨버
  - 3) 뮤지컬 제작자 - 카메론 매킨토시 / 극단

## 8. 저작권 침해/침해의 구제

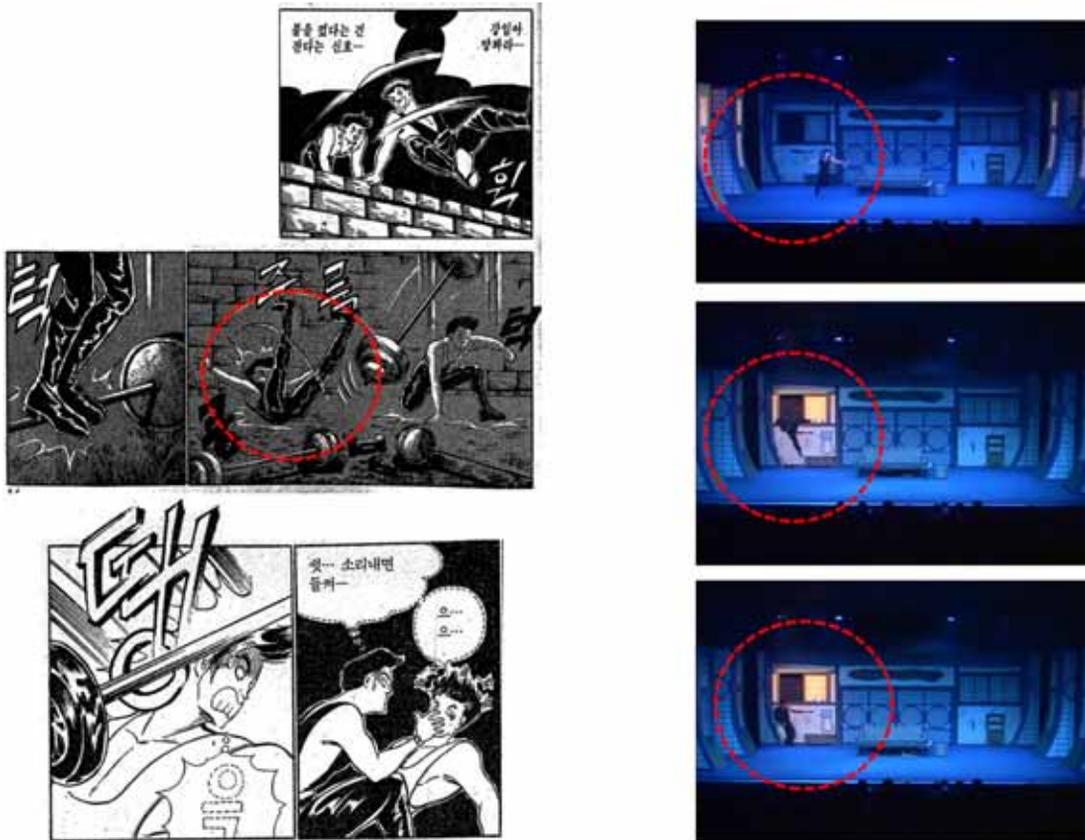
### ● 저작권의 침해

- 침해행위의 확정 - 복제, 배포, 공연, 전송, 전시, 2차적저작물작성...
- 아이디어/표현2분법 등 보호받는 저작물의 범위 확정
- 침해의 요건
  - 의거성 : 의거해서 작성
  - 실질적 유사성 : 실질적으로 유사할 것

### ● 침해 판단은 어떻게?

- 어디까지가 아이디어이고, 어디까지가 표현인가?
  - ‘저작권의 보호범위를 어디까지 인정할 것인가’하는 정책적 판단요소
- 의거성 판단 - 간단
- 실질적 유사성 판단 - 상당히 지루하고 힘든 일/ 예측하기 힘들

● 예시

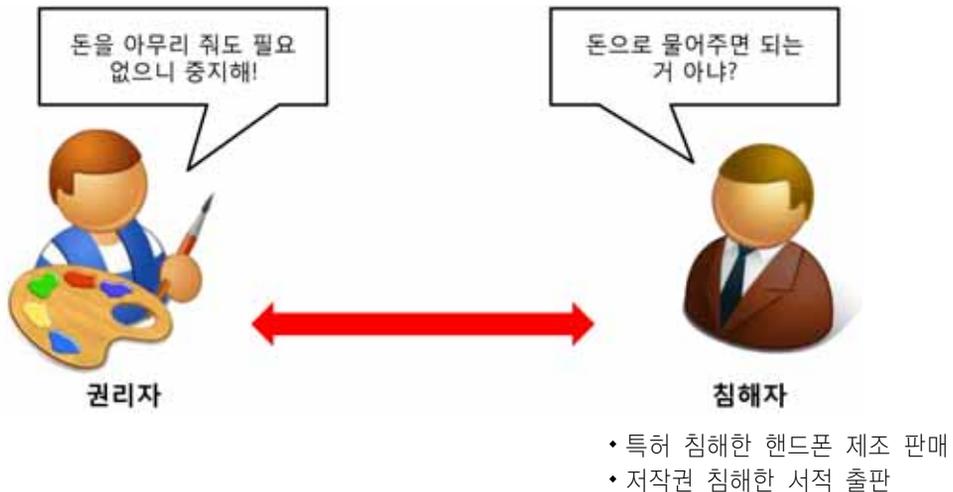


\* 도둑들이 무술가족의 집인 줄 모르고 덤벼대면서 침입하다가, 장애물에 걸리거나 다리가 찢어짐

## ● 특색(1) – 금지청구의 가능

### ☉ 금지청구?

- 침해행위의 금지를 구할 수 있는 막강한 권리
- 손해배상과 무관하게 행사 가능



## ● 예시

서울중앙지법 2009.10.27. 자 2009카합2869 결정 【전속계약효력정지가처분】 〈가요그룹 ‘동방신기’ 사건〉

【신 청 인】 김재중외 2인

【피신청인】 주식회사 에스.엠.엔터테인먼트

【주 문】

1. 신청인들이 피신청인을 위하여 각 10억 원을 공탁하거나 위 금액을 보험금액으로 하는 지급보증위탁계약 체결문서를 제출하는 것을 조건으로, 신청인들과 피신청인 사이의 본안판결 선고시까지,  
피신청인은,

가. 신청인들의 의사에 반하여 신청인들의 방송·영화출연, 공연참가, 음반제작, 각종 연예행사 참가 등 연예활동에 관한 제3자와의 계약을 교섭·체결하여서는 아니 되고

나. 방송사·음반제작사·공연기획사 등 제3자에게 피신청인이 관여하지 아니한 신청인들의 연예활동에 관하여 이익을 제기하거나 신청인들과의 관계 중단을 요구하는 등으로 신청인들의 연예활동을 방해하여서는 아니 된다.

2. 신청인들의 나머지 신청을 기각한다.

3. 소송비용 중 1/3은 신청인들이, 나머지는 피신청인이 각 부담한다.

## ● 특색(2) – 형사책임

### ☼ 민사와 형사책임

- 민사책임과 형사책임은 무관
- 계약을 위반하면(돈을 꺾이고 갚지 않으면) 형사처벌을 받는가?
- 저작권 침해를 하면 형사처벌을 받는가?
- 민사소송뿐 아니라 형사고소도 가능하다는 특색!

## ● 참고서적



▶ 1일차

제2강  
사례로 이해하는 저작권

강사 홍 승 기  
(인하대학교 법학전문대학원 교수)

## 사례로 이해하는 저작권

### Q 1. 연극저작물이란 무엇인가?

저작권법 제4조(저작물의 예시 등) 제1항 제3호는 저작물의 예시로서 ‘연극 및 무용·무언극 그 밖의 연극저작물’을 규정하고 있다.

연극의 극본은 어문저작물에, 무대장치 중 미술적 측면은 미술저작물에, 배경음악은 음악저작물에 각 해당하고, 배우의 실연 외에 연출자의 연출까지 실연이라고 한다면(법 제2조 제4호) 이들 요소와 별개의 연극저작물이 존재하는가 하는 의문이 제기된다.<sup>1)</sup> 일본 저작권법이 ‘저작물의 예시’로서 ‘무용 또는 무언극 저작물’만을 규정하는 점(제10조 제1항 제3호), 독일 저작권법이 ‘보호대상’으로 ‘무용저작물을 포함한 무언극저작물’만을 규정한 점은 이러한 고민을 반영한 태도로 보인다. 영국CDPA가 ‘dramatic work’를 ‘a work of dance or mime’으로 규정하는 점 (3(1))은

한편, 영국 지적재산권법은 ‘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, 이에는 연극에 수반되는 음악이 포함된다’((a)(3)), ‘무언극 또는 무용저작물’((a)(4))이라고 규정하여 무언극 또는 무용저작물과 별개도 연극저작물을 규정하고 있다.

저작권법 제2조 제4호가 ‘연출가’를 실연자에 포함함으로써 해석상 어려움이 발생하나, 현대 연극에서 연출자가 공연의 중심에 있고, 그가 저작자라는 사실은 부인하는 것은 적절하지 않다. 연극저작물은 연출가가 무대 위에 구현한 동선(動線) 중심의 연출방식이 보호대상이라고 본다.

**\* 서울중앙지방법원 2011. 11. 8. 선고 2011가합23960 판결 (<사이보이>)<sup>2)</sup>**

사실관계: 원고는 가수 ‘시크릿’의 노래 ‘사이보이’의 안무를 제작하였는데, 피고 댄스교육기관에

1) 이해완, 제2판 저작권법, (박영사, 2012), 55-60면.

2) 임상혁, “2011년 분야별 중요판례분석 (24) 엔터테인먼트”, 인터넷법률신문2012. 9. 20.자

서는 강습시간에 원고의 안무를 이용하고 이를 촬영하여 그 동영상을 홈페이지 등에 올려놓았다.

판단; 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 스윙댄스의 기본적 스텝이 부분적으로 포함되었다 하더라도 그것이 이 사건 안무의 창작성을 부정하는 근거로는 되지 않는다.

**\* 일본 東京知裁 2012. 2. 28. 선고 平成 20(ワ) 제9300<sup>3)</sup>**

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

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.

**Q 2. 2차적저작물?**

**\* 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010도9498 판결 (영화 자막)**

1. 저작권법 제5조 제1항 소정의 2차적저작물로 보호받기 위하여는 원저작물을 기초로 하되 원저작물과 실질적 유사성을 유지하고 이것에 사회통념상 새로운 저작물이 될 수 있을 정도의 수정·증감을 가하여 새로운 창작성을 부가하여야 한다 (대법원 2002. 1. 25. 선고 99도863 판결, 대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다18736 판결 등 참조).

2. 원심판결 이유에 의하면 원심은, 공소외 1 주식회사가 공소외 2 주식회사에 의뢰하여 원저작물인 “라파에트” 영화의 대사를 한글로 번역하고 그 내용을 한글 자막으로 삽입하여 “라파에트” DVD(이하 ‘이 사건 DVD’라고 한다)를 제작하였는데, 위와 같이 한글로 번역한 자막을

3) 임상혁, “2011년 분야별 중요판례분석 (24) 엔터테인먼트”, 인터넷법률신문 2012. 9. 20.자

원저작물인 영화에 삽입하는 것은 새로운 창작성을 부가하는 것이므로 이 사건 DVD는 공소 외 2 주식회사로부터 이 사건 DVD에 관한 저작권을 양수한 공소외 1 주식회사의 2차적저작물에 해당하고 공소외 1 주식회사로부터 이 사건 DVD에 대한 공연권을 위탁받은 사단법인 한국영상산업협회는 그에 관한 적법한 고소권자라고 하면서, 피고인이 운영하는 DVD방에서 사단법인 한국영상산업협회로부터 허락을 받지 않고 이 사건 DVD를 찾아오는 손님들에게 공연하여 저작권을 침해하였다는 범죄사실을 유죄로 판단하였다.

원심이 적법하게 채택한 증거들을 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 2차적저작물 및 공연권에 관한 법리오해나 심리미진 등의 위법이 없다.

**\* 대법원 2007. 3. 29. 선고 2005다44138 판결 (당나귀 귀)**

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 깃들은 부분에 있는 것이고, 그 번역저작물에 나타난 사건의 전개, 구체적인 줄거리, 등장인물의 성격과 상호관계, 배경설정 등은 경우에 따라 원저작물의 창작적 표현에 해당할 수 있음은 별론으로 하고 번역저작물의 창작적 표현이라 할 수 없으므로, 번역저작권의 침해 여부를 가리기 위하여 번역저작물과 대상 저작물 사이에 실질적 유사성이 있는가의 여부를 판단함에 있어서는 위와 같은 번역저작물의 창작적인 표현에 해당하는 것만을 가지고 대비하여야 한다.

**\* 대법원 2005. 12. 23. 선고 2005도6402 판결 (현대부동산학)**

기록에 비추어 살펴보면, 피해자가 저술한 “현대부동산학”에 게재되어 있는 미국리얼터협회의 윤리강령 서문 일부에 대한 번역 표현이 어문저작물로서 저작권 보호대상이 된다고 본 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 심리미진이나 창작성에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

**ㄷ) 서울중앙지방법원 2005. 8. 19. 선고 2003노2711 판결 (현대부동산학)**

피고인은 부동산 공인중개사 자격시험 대비 학원에서 강의를 하는 자인바, 2002. 1. 10. 경 서울 서초구 서초동 소재 ‘박문각’ 출판사를 통하여 학원 강의에 필요한 공인중개사 자격시험 대비 수험서인 ‘부동산학개론’을 저작하여 11,000권을 발행, 배포함에 있어, “현대부동산학, 1990.

10. 20. 초판, 1995. 9. 30. 개정 증보판”의 저술자인 피해자 공소외 1의 승낙을 받지 아니한 채, 피해자가 위 ‘현대부동산학’의 본문 중 제23, 24면에 미국리얼터협회(NAR : National Association of Realtors)의 윤리강령(Code of Ethics)의 서문의 일부의 번역 표현으로서 게재한 “토지란 모든 것의 아래에 있다. 자유주의적 제도와 우리들 문명의 생존과 성장은 토지의 현명한 활용과 소유권의 폭넓은 할당에 달려 있다. 우리는 국가와 국민들의 이익이 토지의 최고최선의 이용을 요구하며, 토지 소유권의 가장 폭넓은 배분을 요구하고 있다는 사실을 인식해야 한다...”라는 표현을 피고인이 저술하는 위 ‘부동산학개론’의 제32면에 미국리얼터협회의 윤리강령의 서문의 일부의 번역표현으로서 그대로 동일하게 게재하여 이를 복제하고, 피해자가 저술한 위 ‘현대부동산학’ 중 별지 대조표의 ‘피해자 저작물(현대부동산학)’란 기재 각 부분을 피고인이 저술한 위 ‘부동산학개론’ 중 별지 대조표의 ‘피고인 저작물(부동산학개론)’란 기재 각 부분으로 요약 게재함에 있어, 각 표현 상의 서술의 순서, 소제목의 설정, 표현방법 등을 동일 또는 유사하게 하여 위 ‘현대부동산학’의 일부에 관한 2차적 저작물을 작성함으로써, 피해자의 어문저작물인 위 ‘현대부동산학’의 위 각 일부에 관한 복제권 및 2차적 저작물 작성권을 침해하였다.

**\* 서울북부지방법원 2008. 12. 30. 선고 2007가합5940 (만화)**

여러 사람이 관여하여 하나의 저작물을 작성하는 경우 관여자들이 그 작성에 기여하는 정도, 작성되는 저작물의 성질에 따라 그 저작물이 공동저작물이 될 수도 있고 2차적저작물이 될 수도 있다. 만화저작물의 경우 만화스토리 작가가 만화가와 사이에 기획의도·전개방향 등에 대한 구체적 협의 없이 단순히 만화의 줄거리로 사용하기 위해 독자적인 시나리오 내지 소설형식으로 만화스토리를 작성하고, 이를 제공받은 만화가가 만화스토리의 구체적인 표현형식을 글(언어)에서 그림으로 변경하면서 만화적 표현방식에 맞게 수정·보완하고 그 만화스토리의 기본적 전개에 근본적인 변경이 없는 경우에는, 만화스토리를 원저작물, 만화를 2차적저작물로 볼 여지가 있다.

**Q 3. 공동저작물과 결합저작물**

‘공동저작물’은 2인 이상이 공동으로 창작한 저작물로서 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 것을 말한다(법 제2조 제21호). - 분리의용가능성설

**\* 서울중앙지방법원 2013. 5. 31. 선고 2011가합103064 판결 (뽀로로)<sup>4)</sup>**

EBS를 통해 방송된 ‘뽀롱뽀롱뽀로로’의 제작사인 (주)오콘이 공동사업자인 아이코닉스엔터테인먼트

4) 법률신문, 2013. 6. 3. 4면.

트를 상대로 낸 저작자 확인 등 청구소송에서 원고 패소 판결을 내렸다. 재판부는 “캐릭터의 창작적 표현에 양측이 모두 기여했으므로 오콘과 아이코닉스측은 캐릭터에 대한 공동저작권자라고 보는 것이 타당하다. ... 아이코닉스가 캐릭터 디자인에 대한 외형, 얼굴, 소품 등에 대한 가이드 라인을 제시하거나 오콘 측이 작성한 캐릭터에 대해 눈동자 위치, 발 모양 등 수정작업을 제시했다. ... 캐릭터의 이름을 짓거나 목소리 더빙 등 작업에 관여한 아이코닉스 역시 저작인격권을 갖고 있다”고 하였다.

**\* 서울북부지방법원 2008. 12. 30. 선고 2007가합5940 (만화)**

‘공동저작물’에 있어서 ‘공동의 창작행위’는 공동창작의 의사를 가지고 공동저작자 모두 창작에 참여하는 것을 의미하지만, 시간과 장소를 같이 해야만 하는 것은 아니고 상이한 시간과 상이한 장소에서도 공동저작자들이 공동창작의 의사를 가지고 각각 맡은 부분의 창작을 하여 각 기여부분을 분리하여 이용할 수 없는 저작물이 되면 족하며, 각 기여부분을 분리하여 이용할 수 없는 것은 그 분리가 불가능한 경우뿐만 아니라 분리할 수는 있지만 현실적으로 그 분리이용이 불가능한 경우도 포함한다. 또한 저작물의 원본, 복제물 등에 저작자로서의 실명 또는 이명으로서 널리 알려진 것이 일반적인 방법으로 표시된 자는 그 저작물의 저작자로 추정(법 제8조 제1항 제1호)되지만, 공동으로 저작물의 창작에 기여한 이상 그 저작물에 관하여 공동저작자 중 1인 또는 그 일부만이 저작자라고 표시된 경우에도 다른 공동저작자들은 저작권법상 공동저작자로서의 권리를 주장할 수 있다.

만화스토리 작가가 스토리를 창작하여 시나리오 또는 콘티 형식으로 만화가에게 제공하고 만화가는 이에 기초하여 다양한 모양과 형식으로 장면을 구분하여 배치하는 등 그림 작업을 하여 만화를 완성하였다면, 그 만화는 만화스토리작가와 만화가가 이를 만들기 위해 공동창작의 의사를 가지고 각각 맡은 부분의 창작을 함으로써 주제, 스토리와 그 연출방법, 그림 등의 유기적인 결합으로 완성되어 각 기여부분을 분리하여 이용할 수 없는 ‘공동저작물’에 해당한다.

**\* 대법원 2005. 10. 4. 자 2004마639결정 (<사랑은 비를 타고>사건)<sup>5)</sup>**

저작권법 제2조 제13호는 ‘2인 이상이 공동으로 창작한 저작물로서 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 것’을 공동저작물의 정의로 규정하고 있는 바, 저작물의 창작에 복수의 사람이 관여하였다고 하더라도 각 사람의 창작활동의 성과를 분리하여 이용할 수 있는 경우에는 공동저작물이 아니라 이른바 결합저작물에 불과한 것이라고 보아야 한다.

5) 제작자 설도윤은 미국 영화 <사랑의 행로(My Fabulous Baker Boys)>에서 아이디어를 얻어 뮤지컬을 제작하였다고 하였다.

원심은, 신청인들이 뮤지컬 ‘사랑은 비를 타고’(이하 신청인들이 기획·제작한 뮤지컬을 ‘초연 뮤지컬’이라고 하고, 피신청인들이 기획·제작한 뮤지컬을 ‘이 사건 뮤지컬’이라 한다)의 저작권자라거나 공동저작권자라는 신청인들의 주장에 대하여 판단하기 위한 전제로서, 뮤지컬은 음악과 춤이 극의 구성·전개에 긴밀하게 짜 맞추어진 연극으로서, 각본, 악곡, 가사, 안무, 무대미술 등이 결합된 종합예술의 분야에 속하고 복수의 저작자에 의하여 외관상 하나의 저작물이 작성된 경우 이기는 하나, 그 창작에 관여한 복수의 저작자들 각자의 이바지한 부분이 분리되어 이용될 수 있다는 점에서, 공동저작물이 아닌 단독 저작물의 결합에 불과한 이른바 ‘결합저작물’이라고 봄이 상당하고, 한편 뮤지컬 자체는 연극저작물의 일종으로서 영상저작물과는 그 성격을 근본적으로 달리하기 때문에 영상저작물제작자에 관한 특례규정이 뮤지컬제작자에게 적용될 여지도 없으므로 뮤지컬의 제작 전체를 기획하고 책임지는 뮤지컬 제작자라도 그가 뮤지컬의 완성에 창작적으로 기여한 바 없는 이상 독자적인 저작권자라고 볼 수 없으며, 뮤지컬의 연기자, 연출자 등은 해당 뮤지컬에 관여한 실연자로서 그의 실연 자체에 대한 복제권 및 방송권 등 저작인접권을 가질 뿐이라고 판단하였는바, 기록과 앞선 본 법리에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단을 정당하다.

원심은 나아가, 비록 신청인 김용현, 설도윤이 초연 뮤지컬의 제작자, 신청인 배해일이 연출자로서 초연 뮤지컬의 제작 및 공연에 참여하고, 신청인 설도윤이 외국 영화로부터 초연 뮤지컬의 기본 설정을 착안해 내어 이를 대본작가나 작곡자에게 제공하였으며, 신청인 배해일이 일부 대본의 수정이나 가사 작성에 관여함과 아울러 초연 뮤지컬의 제작과정 및 공연에 이르기까지 전체적인 조율과 지휘·감독을 한 바 있기는 하지만, 초연 뮤지컬의 대본을 실제로 완성한 오은희나 그 대본에 따라 곡을 붙인 최귀섭은 신청인들의 피용자가 아니라 독자적인 활동을 하면서 각자 그 스스로의 재량에 따라 예술적인 감각과 기술을 토대로 대본작성 및 작곡에 대한 대가로 월급 형태의 급여가 아닌 완성된 작업의 대가를 지급받았으며, 오은희나 최귀섭이 초연뮤지컬의 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 김용현, 설도윤이나 초연 뮤지컬의 연출자로서 이를 실연한데 불과한 신청인 배해일은 초연 뮤지컬에 대한 저작권이나 저작인접권을 주장하여 피신청인들의 공연의 금지를 구할 수 없다고 판단하였다. 원심의 사실인정과 판단은 모두 정당하다.

## Q 4. 업무상저작물

‘업무상저작물’은 법인·단체 그 밖의 사용자(이하 “법인등”이라한다)의 기획하에 법인등의 업무에 종사하는 자가 업무상 작성하는 저작물을 말한다(제2조 제31호).

### 제9조 【업무상저작물의 저작자】

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

### \* 서울고등법원 2002. 10. 15. 선고 2002나986 판결 (〈지저스 크라이스트 슈퍼스타〉 사건)

원고(극단 현대극장)는 공연문화 창달을 목적으로 설립된 비법인사단으로서 1980. 2. 경 ‘지저스 크라이스트 슈터스타’라는 뮤지컬을 우리나라에서 초연한 이래 1997. 12. 24.부터 세종문화회관에서 5차 공연을 실시하였다.

‘뮤지컬’은 악곡, 가사, 안무, 무대장치 등이 결합되어 있는 종합예술로서, 수개의 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 1979.말경 위 뮤지컬을 우리나라에서 초연하기로 기획한 후 정O조에게 300만원 정도를 지급하고 원곡을 편곡하도록 하였고 영문가사를 우리말로 번역한 김의경은 원고의 공동창설자이며, 이들은 각 원고의 기획의도에 맞도록 원고를 위하여 번역과 편곡을 하였던 사실, 원고는 이를 원고의 명의로 초연하여 공표한 이래 위 편곡된 악곡과 번역된 가사를 이용하여 위 뮤지컬을 공연하여 왔으며, 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 김의경 등은 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, .... 이 사건 뮤지컬은 여러 가지 저작물들이 제작자의 창작의도에 따라 상호 조화롭게 융화되도록 원고가 제작과정부터 공연에 이르기까지 전체적인 조율과 지휘·감독을 하지 않을 수 없다는 사정 등에 비추어 보건대, 정O조나 김의경 등은 원고의 기획하에 원고를 위한 업무로서 이 사건 뮤지컬의 악곡과 가사들을 작성하였다고 볼 것이므로 이 사건 뮤지컬에 관한 모든 저작

권은 그 공표자인 원고에게 원시적으로 귀속되었다고 할 것이다.

### Q 5. 무대미술은 후속 공연에서 다시 이용할 수 있는가?<sup>6)</sup>

주최자와 제작자는 라이브 이벤트에서 무대미술가에게 디자인을 위촉한 무대장치와 무대의상을 그 후 그 작품을 다시 공연하는 경우, 혹은 다른 이벤트에서 자유롭게 이용할 수 있는가?

무대미술의 디자인 저작권은 많은 경우 무대 디자이너와 의상 디자이너에게 속한다고 이해된다. 한편, 실제로 제작된 무대장치와 의상의 소유권은 제작비와 인건비를 부담한 제작자에게 귀속하는 경우가 일반적일 것이다. 대체로 무대장치는 공연이 종료하면 해체되지만, 가끔 재공연을 위하여 보존되는 경우도 있다. 의상도 마찬가지로 보존되는 경우가 있다. 이 경우 제작자가 보존하여 두는 무대장치와 의상을 이용하여 작품을 재공연하는 것은 자유일까? 혹은 무대미술가의 허락이 없으면 장치와 의상을 함부로 재공연에 사용하지 못하는 것일까?

현실에서는 무대미술가 몰래 무대장치와 의상이 이용되는 경우가 많지는 않을 것이다. 그러나 자신이 디자인한 저작물이 연락도 없이 다시 이용되고 있거나, 특히 별개의 이벤트에서 최초에 상정한 바와는 전혀 다른 형식으로 이용되는 것을 가끔 알게 된 무대미술가가 경악하였다고 하는 경우도 있다고 한다. 이 경우에 최초 디자인을 위촉하면서 제작자가 저작권을 양도받는다든가, 혹은 이후에 어떠한 형태로 자유롭게 이용할 수 있는지 그 범위를 규정한 계약이 있다면 그와 같은 계약의 따라 판단하면 될 것이다. 그러나 현실에서는 특별한 경우를 제외하고 저작권을 양도하거나 무제한의 이용에 동의하는 무대미술가는 많지 않을 것이다.

어떠한 합의도 존재하지 않는 경우에 제작자가 자유롭게 무대장치나 의상을 재공연에 이용하거나 다른 이벤트에 활용할 수 있는가는 저작권법의 해석 문제가 된다. 재공연을 예로 들면, 무대장치와 무대의상의 이용은 ‘저작권이 미치는 이용’이라면 제작자는 무단으로 이용할 수 없는 것이 원칙이다. 한편, 저작권이 미치는 이용이 아니라면, 제작자는 장치와 의상의 소유자로서 자유롭게 이용할 수 있을 것이다.

그렇다면 재공연에서의 이용은 저작권이 미치는 이용일까? 저작권의 지분권 중에서 재공연 이용이 해당된다면 ‘공연권’과 ‘전시권’에서일 것이다. 결론부터 말하면, 재공연에서의 이용이 ‘공연’에 해당한다면 무대미술가의 허락이 없으면 안 되나 ‘전시’에 해당한다면 달리 생각할 수 있다.

6) 福井健策 編 『ライブ・エンタテインメントの著作権』, CRIC(2005), 158, 159면.

왜냐하면, 저작권법에서 저작권자의 ‘전시권’은 ‘소유자에 따른 원본의 전시’에는 미치지 않기 때문이다(법 제35조 제1항). 장치와 의상의 재공연 이용이 만일 ‘전시’라면 대부분이 ‘소유자인 제작자에 따른 원본의 전시’가 될 것이므로 무대미술가는 저작권에 기초하여 재공연 이용을 금지할 수 없는 것이 된다.

가수 이승환의 소속사 (주)구름물고기가 그룹 컨츄리꼬꼬와 사이에 분쟁이 있었다. 2007년 연말 (주)구름물고기가 서울 올림픽공원 펜싱경기장 무대를 대관하였고, 그 기간 중에 컨츄리꼬꼬가 (주)구름물고기로부터 전대차(轉貸借)하여 콘서트를 하면서 무대장치 사용으로 갈등이 생겼다. 이승환은 무대 바닥 사용만 허락하였는데, 컨츄리꼬꼬가 무대 디자인 및 아이디어를 모두 사용하였다고 주장하였고, 컨츄리꼬꼬는 무대 전체 사용은 사전 동의를 받은 사항이라고 항변하였다. 쌍방간에 명예훼손, 무고, 허위사실 유포에 의한 업무방해로 고소가 제기되었다가 각 무혐의 종결되었다. (주)구름물고기는 컨츄리꼬꼬 공연 동영상의 제작 및 판매 금지와 위자료 청구를 하였다. 2009. 2. 2. 서울중앙지방법원은, 원고는 피고가 사용한 원통형 게이트에 대한 저작권을 침해하였다고 주장하나 명시적인 승낙은 없었다 하더라도 정황으로 보아 피고와 원고의 관계에서 묵시적인 사용허락은 있었던 것으로 보인다는 이유로 청구를 기각하였다. 다만 명예훼손에 대한 쌍방의 주장을 인정하여 피고 (주)참 잘했어요측은 원고에게 1,000만원을, 원고 (주)구름물고기측은 피고에게 500만원을 지급하라고 판결하였다.<sup>7)</sup>

**Q 6. 무라카미 하루키의 “색체가 없는 다자키 쓰쿠루와 순례를 그가 순례를 떠난 해”를 이용하여 무용극을 만들려고 한다.**

- 무용단이 무용극 작업을 하려면 번역소설가의 동의를 얻어야 하는가?
- 무용극이므로 번역소설가의 번역물 중 대화부분을 전혀 이용하지 않는다면?
- 안무가가 원작으로부터 영감(inspiration)을 얻었을 뿐 자신의 창작품이라고 주장한다면, 무라카미 하루키의 동의를 얻지 않을 수 있는가?

번역물은 원작에 대한 2차적저작물이다. 공연은 기초가 된 대본의 2차적저작물이다. 그 대본이 번역물이라면 공연의 창작자는 원작자와 번역자로부터 각 동의를 받아야 한다.

따라서 안무가가 번역 소설을 기초로 무용극을 창작한다면 그 대사의 이용 여부에 관계없이 번역소설가의 동의를 얻어야 하고, 원작자의 동의도 얻어야 한다(chain of title). 만일 안무가가 번

7) 서울경제, 2009. 2. 6. 자.

역 소설을 참고로 하지 않고 원작 소설에 기초하여 무용극을 안무하였다면 원작 소설가의 동의를 얻는 것으로 족하다. 안무가가 원작에 의존하였다고 주장하였으나 무용극에서 원작 소설에는 보이지 않은 번역자의 창작적 요소가 이용되었다면, 번역 소설을 이용하지 않고 원작에만 의존하였다는 항변에도 불구하고, 번역 소설에 대한 저작권 침해의 혐의에서 벗어나기 어렵다.

단, 무용극과 원작 소설이 출연진과 이야기 구조 등에서 전혀 별개의 전개를 하고 있다면, 객관적으로 독립한 창작물로 인정된다면 저작권 침해는 성립하지 않는다. 무용극이 원작 소설로부터 (혹은 번역소설로부터) 작품의 영감을 얻었을 뿐 구체적인 이야기 구조를 전혀 가져 오지 않았다면 저작권 침해의 비난으로부터 벗어나는 경우가 있을 수 있다. 연극의 경우 대사를 이용하므로 원작으로부터 모티브를 얻었을 뿐이라는 항변이 인정되기 힘들 터니아 무용의 경우에는 텍스트에 대한 의존도가 연극보다 많이 약하므로 그러한 항변이 성립할 여지가 크다고 본다.

**Q 7. 예술전문 케이블채널이다. 우리 회사는 그동안 대학로 등 극장에서 공연을 촬영한 콘텐츠를 많이 확보하고 있다. 우리 회사는 이들 콘텐츠를 디지털화하여 인터넷을 통하여 전송하고 있는데, 가끔씩 극단으로부터 항의를 받는다. 이들 콘텐츠에 대한 영상저작권은 우리 회사에게 귀속하므로 극단 관계자의 항변을 적당치 않다고 보이는데 어떠한가?**

연극공연 현장에서 객석 가운데에 카메라를 설치하고 연극 공연을 단순 촬영한다면 이는 연극저작물의 복제에 불과하다. 연극저작물을 결합저작물이라고 할 것이므로 따라서 그 복제물에 대한 방송·전송, 복제·배포 등 일체의 권리는 연극에 관여한 작가, 음악감독, 조명감독, 무대미술가, 연출자 등 저작자와 실연자에게 귀속한다고 보아야 할 것이다. 영상저작물도 저작물의 일종이고 그렇다면 영상저작물이 성립하기 위하여는 저작물의 성립요건인 ‘창작성’이 필요한데, 피사체를 단순 촬영한 경우에는 ‘창작성’ 요건을 충족하지 않기 때문이다.

그러나 다수 카메라를 동원하고, 전문적인 영상기법을 이용하여 연극을 ‘영상화’하였다면 그 결과물은 영상저작물로 인정되고, 이 경우 영상저작물 특례의 적용을 받을 수 있을 것이다. 물론 이 경우에도 영상저작물에 관한 특례에 의하여 제작자에게 권리 양도의 추정이 발생하는 효과는 영상제작자와 대본 작가, 연극 연출가, 촬영 감독 등 창작자들 및 실연자들 사이에서 ‘영상저작물 제작’을 전제로 한 ‘약정’이 있을 것을 전제로 한다(제100조 제1항, 제100조 제3항).

사안의 경우 공연을 촬영한 영상물을 이용하여 후발적으로 디지털화하여 새로운 비즈니스를 개

발하였다는 취지로 이해된다. 그러한 사정이라면 아마도 그 영상물이 ‘창작성’이 있는 영상저작물인지도 의문이지만, 만일 영상저작물로 인정된다고 하여도 ‘영상저작물에 관한 특례’가 적용되어 제작자가 권리주장을 할 수 있는 사정이 아닌 것으로 이해된다. 첫째, 연극은 공연을 위하여 제작되었고 영상물 제작을 위하여 제작된 것이 아니고, 둘째, 연극 공연의 촬영은 케이블채널에서 방송용으로 편성하기 위한 목적으로 이루어졌을 것이고, 셋째, 영상물 제작을 위한 충분한 대가가 연극의 창작자 및 실연자에게 지급되지 않았을 것이고, 넷째, 인터넷 전송은 촬영당시 전혀 예상할 수 없었던 이용방법일 수 있기 때문이다.

극단관계자가 창작행위를 한 저작자라면 그의 권리에 기초하여, 혹은 창작을 하지 않았다 하더라도 저작자로부터 권리행사에 대한 동의를 얻었다면 영업의 중지를 요구할 수 있을 것이다.

**Q 8. 20년 전에 내가 출간한 소설 제목 <아빠도 가끔은 울고 싶다(가제)>와 같은 제목의 연극이 기획되고 있다고 들었다. 극단에 대하여 저작권 침해를 주장할 수 있는가?**

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

연극, 드라마, 소설 등의 ‘제호’는 그 작품의 내용을 간략하게 드러내는 캐치프레이즈일 뿐 사상이나 감정의 충분한 표현이라고 볼 수 없기 때문에, 저작권법상 보호대상인 창작물이 아니라는 것이 학계의 주류적 견해이자 우리 법원의 입장이다. 만화 제목 <또복이>(대법원 1977. 7. 12. 선고 77다90 판결), 무용극 제목 <행복은 성적순이 아니잖아요>(서울지방법원 1990. 9. 20. 선고 89가합62247 판결; 단, 제호가 본안 판단 대상은 아니었음), 연극 제목 <품바>(서울고등법원 1989. 4. 11.자 89라28 결정), 책 제목 <영어공부 절대로 하지마라>(서울고등법원 2002. 9. 4. 선고 2002나3596 판결), 소설 제목 <불타는 빙벽>(서울남부지방법원 2005. 3. 18. 선고 2004가단31955 판결) 등 제호가 문제되었던 사건에서 법원은 일관하여 제호는 저작물이 아니라는 판단을 하였다.

그러나 ‘제호’가 항상 저작물이 아니라고 단정할 수는 없다. ‘제호’라고 하더라도 사상·감정이 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 특정한 사상이나 감정을 전달하는 창작적인 표현이라고 할 수 있으므로

저작물로 보호하지 못할 이유가 없다는 지적도 있고,<sup>8)</sup> 이보다 더 문예성이 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 저작물로 보호된다’고 하고, 캐나다 저작권법 제2조도 ‘저작물은 그것의 표제가 독창적이고 특유할 때에는 당해 저작물의 제호를 포함한다’고 한다.<sup>9)</sup>

**Q 9. 뮤지컬 제작이 유행이라는데, 어떤 뮤지컬 제작사가 뮤지컬 〈수사반장〉을 기획하고 있다. 문화방송은 이에 대하여 어떠한 주장을 할 수 있는가?**

공연제작사 기획실에서 근무하고 있다. 〈수사반장〉이라는 제목으로, 드라마와는 내용이 전혀 다른 창작뮤지컬을 제작하려고 준비 중이다. 〈수사반장〉은 문화방송의 인기드라마였는데, 그렇다면 〈수사반장〉이라는 제목을 사용하여 뮤지컬을 제작하는 것이 법률상 문제가 없는가?

한, 두 단어나 짧은 어구로 이루어진 제호(제목)의 저작물성은 일반적으로 부인된다는 점은 지적하였다.

‘수사반장’은 문화방송의 대표적인 드라마이고, 40대 이상의 시민이라면 누구나 ‘수사반장’이라는 제목에서 문화방송이 오랜 기간 방송하였던 인기 드라마를 연상할 것이다. 즉, ‘수사반장’이라는 드라마에 대하여는 상당한 정도로 시민적 신뢰가 쌓여 있다고 할 수 있다.

그런데 문화방송과 아무런 관련이 없는 공연제작사가 함부로 〈수사반장〉이라는 제목을 이용한다면, 문화방송으로서 그 공연제작사가 드라마 〈수사반장〉에 대한 명성과 소비자의 신뢰를 부당하게 이용할 목적으로 제호 〈수사반장〉을 사용하는 것이라고 주장할 수 있다. 만일 문화방송이 〈수사반장〉의 속편격인 드라마를 기획하거나, 〈수사반장〉을 스스로 뮤지컬로 제작할 계획이라면 더욱 강하게 권리주장을 할 것이다.

공연제작사가 〈수사반장〉이라는 제목을 사용하는 영업활동이, 소비자의 오인혼동을 초래하고, 先 사용자인 문화방송의 영업상 이익을 침해하는 경우에는 상품주체 혹은 영업주체를 혼동하게 하는 ‘부정경쟁행위’에 해당할 수 있다.

8) 정상조, 지적재산권법, (홍문사, 2004), 236면.

9) 프랑스·캐나다 저작권법, 저작권관계자료집 12, 저작권심의조정위원회

부정경쟁행위방지 및 영업비밀보호에 관한 법률, 이하 ‘부정경쟁방지법’

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 행위
- 나. 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 있습니다. 문제가 된 행위로 말미암아 영업상의 신용이 실추되었다면 신용회복을 조치도 가능하다(부정경쟁방지법 제4,5,6조).

〈수사반장〉이라는 제목의 영화를 만들고 싶어 하던 영화기획자에게, 〈수사반장〉을 제목으로 이용할 수 없을 터이나 일단 영화 〈수사반장〉을 만든다고 발표 하면 문화방송이 크게 반발할 것이니 홍보효과가 있을 것이다, 마지막에 〈강력반장〉으로 제목을 바꾸면 어떻겠냐고 의견을 준 적이 있다. 아마도 〈강력3반〉이라는 영화는 그렇게 나왔을 것이다.

오래된 판례로서, 연극 〈품바〉가 이미 공연되고 있음에도, 그와 유사한 〈서울품바〉라는 연극을 공연하는 제작자에 대하여, 〈품바〉 제작자가 〈서울품바〉 명칭사용금지가처분을 구한 사례에서, 제호가 보호받는 저작물도 아니고, 공연행위가 ‘상거래’가 아니라는 이유로 부정경쟁행위에도 포함되지 않는다고 판단한 예가 있으나, 결론에 동의하기 어렵다(서울고등법원 1989. 4. 11.자 89라28결정).

2011년 서울중앙지방법원은 〈어린이 캣츠〉는 〈캣츠〉와 유사하여 영업주체를 혼동하게 한다는 이유로 부정경쟁행위에 해당한다고 판결하였다. 법원은 “‘어린이캣츠’는 ‘캣츠’ 앞부분에 ‘어린이’가 추가되어 있는데, ‘어린이’라는 단어는 관람대상을 한정하는 수식어로 사용된 것이므로 ‘어린이 캣츠’ 중 인상적인 부분은 ‘캣츠’라고 할 것이어서 그 외관, 호칭, 관념이 전체적으로 유사하다. ‘어린이 캣츠’는 뮤지컬의 제목으로 사용하고 있어 그 뮤지컬을 관람하는 고객층의 중복 등으로 경엽·경합 관계가 있을 수 있다. 피고 스스로 ‘전설적인 뮤지컬 캣츠를 어린이 눈높이에 맞춰 재구성한 뮤지컬’, ‘오리지널 명품 뮤지컬’ 등의 광고문구를 사용한 것은 뮤지컬 ‘캣츠’의 주지저명성에 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

존재하는 것으로 오인·혼동할 수 있다”고 하였다(서울중앙지방법원 2011. 4. 22. 선고 2010가합99946호 판결).

그러나 이에 대하여 서울고등법원은 견해를 달리 하였다. 서울고등법원은 “피고의 행위가 부정경쟁행위에 해당하려면 원고의 표지가 뮤지컬 캣츠에 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(서울고등법원 2012. 1. 11. 선고 2011나37973 판결).<sup>10)</sup>

노래 제목 <내가 제일 잘 나가>와 라면 광고물 <내가 제일 잘 나가사끼 짬뽕>이 분쟁이 된 사건에서 법원이 노래 제목 <내가 잘 나가>는 저작물이 아니고, 그러한 광고가 부정경쟁행위가 아니라고 한 사례가 있었다. 사안은 2012년 3월부터 5월까지 삼양식품 측이 인터넷 포털사이트 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.

법원은 “박모(예명 테디)씨가 작사, 작곡한 여성그룹 투에니원(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 박씨의 가요와 삼양식품의 상품 사이에 혼동을 일으킬 우려가 있다고 보기 어렵다”고 하여 부정경쟁행위가 아니라고 판단하였다(서울중앙지방법원 2012. 7. 29.자 2012카합996 결정).<sup>11)</sup>

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

11) 인터넷 법률신문 2012. 7. 30.자. 사안은 2012년 3월부터 5월까지 삼양식품 측이 인터넷 포털사이트 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.

Q 10. 공연 제목이 저작물이 아니라면 저작권법에 의한 보호를 받지 못할 것이다.

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

실제로 드라마 제작사, 혹은 공연제작사가 제목을 상표등록(엄격히 말하면 ‘서비스표 등록’이나 상표와 동일하게 생각하여도 무방) 하는 경우는 흔히 있다. 문화방송은 드라마 제목 〈전원일기〉 등을 상표등록 하였고, 〈수사반장〉도 상표등록을 위하여 출원 하였으나 2001. 4. 30. 등록거절 결정을 받은 바 있다.

상표법 제6조<sup>12)</sup>에서는 상표등록의 요건을 규정하고 있는데 특허청이 〈수사반장〉은 상표로서의 요건을 갖추지 못하고 있다고 판단하였을 것이다.

한편, 문화방송과 극단 미추 사이에서 ‘마당놀이’를 둘러싸고 상표권 분쟁이 벌어진 일이 있었다. 문화방송이 2001년 11월 극단 미추의 〈마당놀이 변경희전〉에 대하여 ‘마당놀이’를 상표 등록하였으니 ‘마당놀이’라는 제호를 사용하지 못하도록 해 달라는 가처분 신청을 하였고, 이에 대하여 극단 미추가 사용등록무효심판청구로 대응한 사건이었다.

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

12) 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(포장의 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
- ②제1항제3호 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>
- ③제1항제3호(산지에 한한다) 또는 제4호의 규정에 해당하는 표장이라도 그 표장이 특정 상품에 대한 지리적 표시인 경우에는 그 지리적 표시를 사용한 상품을 지정상품으로 하여 지리적 표시 단체표장등록을 받을 수 있다.<신설 2004.12.31>

이 사건에서는 극단 미추의 주장이 받아들여져 문화방송의 상표권이 무효가 되었다. 극단 미추는 1960년대 말부터 마당놀이라는 공연 양식의 하나의 장르로 형성되었고, 마당놀이는 보통명사이므로 상표권 등록 자체가 잘못되었다는 주장을 하였다. 공연양식이 상표등록 된 점에도 무리가 있었지만, 문화방송이 상표등록 이후 상표권 관리를 제대로 하였는가 하는 점도 문제가 되었다. 상표권 등록을 하기는 하였으나 공연계에서는 문화방송 외에도 <마당놀이 000전>이라는 제호를 붙여 아무런 제재를 받지 않고 활발하게 공연을 하여왔고, 그리하여 마당놀이라는 단어가 일반에 확산되었다면 그 상표는 이미 희석화(dilution)되어 상표로서의 효용을 잃었다고 할 수 있는 것이다.

Q 11. 뮤지컬 극본 작가이다. 뮤지컬 000 집필을 거의 끝낸 상태에서 제작사와 분쟁이 생겼고 제작사가 집필계약을 임의로 해지하였다. 그런데, 뮤지컬 제작사는 나에게 대한 악감정으로 내가 집필한 부분을 그대로 이용하면서 의도적으로 크레딧에서 내 이름을 지우고 연출자가 극본까지 집필한 양 크레딧에 그의 이름을 올렸다. 나의 명예가 심하게 훼손되었다고 느낀다. 내가 취할 수 있는 방법은?

저작인격권 중 ‘성명표시권’이 침해된 사례이다.

#### 제12조 【성명표시권】

- ① 저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물 또는 저작물의 공표 매체에 그의 실명 또는 예명을 표시할 권리를 가진다.
- ② 저작물을 이용하는 자는 그 저작자의 특별한 의사표시가 없는 때에는 저작자가 그의 실명 또는 예명을 표시한 바에 따라 이를 표시하여야 한다. 다만, 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

‘크레딧’ 표기에서 임의로 이름이 삭제되었다면 작가로서는 정신적 고통을 느꼈을 것이고 이를 이유로 한 손해배상청구(구체적으로는 위자료 청구)가 가능할 것이다. 물론 그 극본을 그대로 이용하면서 계약을 해지하고 집필료를 주지 않는다면 실제로 사용하고 있는 부분이 어떠한지, 제작사가 위약을 하였는지등 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 특칙’<sup>13)</sup>과 관련하여 ‘사죄광고’ 제도는 헌법상 양심의 자유에 반한다는 등의 이유로 위헌결정을 한 이후 사죄광고를 이용할 수는 없게 되었다(헌법재판소 1991. 4. 1. 89헌마 160 결정). 해명서 게재<sup>14)</sup>, 판결문 게재나 방송<sup>15)</sup>을 들 수 있다.<sup>16)</sup>

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.

명예에 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(서울고등법원 1997. 9. 24. 선고 87다카1450 판결).

명예회복을 위하여 적당한 조치는 명예가 훼손되었을 것을 전제로 한다. 그리고 ‘명예’란 주관적인 명예감정을 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.

---

13) 제764조 【명예훼손의 경우의 특칙】 타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다.

14) <축제> 사건의 1심은 “가. 피고 태흥영화주식회사는 이 사건 판결 확정 후 처음 발행되는 동아일보, 조선일보, 중앙일보의 광고란에 가로 8cm, 세로 9cm 크기로, 위쪽에는 해명서라는 제목을 50급 고딕체 활자로 가로로 게재하고, 그 밖의 여백에는 별지 3. 기재와 같은 내용의 해명서를 12급 명조체의 본문 활자로 1회 게재하라.”고 판결하였으나(서울지방법원 1997. 2. 21. 선고 96가합43432 판결), 항소심에서 해명서 게재 부분은 기각되었고, 항소심은 상고기각으로 확정되었다(서울고등법원 1997. 9. 24. 선고 97나15236 판결).

15) 서울지방법원 1992. 5. 14. 선고 90가합1404 판결(한상진 사건)에서 “위 20분간의 강의내용의 삭제로 말미암아 ... 내용을 정확하게 전달하지 못하여 ... 명예를 훼손하였다”는 판결을 받았다고 해당 프로그램 도입부에 방송하도록 명하였다.

16) 최경수, 저작권법 개론, (한울, 2010), 713면.

## Q 12. 흔히 저작권이란 아이디어를 보호하지 않고 표현을 보호한다고 한다. 어떤 의미인가?

원칙적으로 작풍(作風)이나 스타일의 모방, 아이디어의 이용은 저작권의 침해가 아니고, 표현형식의 도용만이 저작권 침해를 구성한다고 이해한다. 아이디어/표현 2분법(idea-expression dichotomy)은 1979년 Baker v. Selden 판결 이후 미국 저작권법이 수용한 원칙이다. 독일 등 대륙법계 국가에서는 ‘내용’과 ‘형식’을 구분하여 저작권의 보호대상은 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 아니한다’고 규정합니다. 무역관련지적재산권협정(WTO-TRIPs)에서도 ‘저작권보호는 표현에는 적용되나 아이디어, 절차, 운용방법, 또는 수학적 개념 자체에는 적용되지 아니한다’고 규정하고(제9조 제2항) 세계저작권협약(WIPO Copyright Convention)에도 유사한 규정이 있다. 우리나라 저작권법에서도 ‘컴퓨터 프로그램의 특례’에서 프로그램을 작성하기 위하여 사용하는 ‘프로그램 언어’, ‘규약’, ‘해법’에는 저작권법을 적용하지 않는 것도 마찬가지로 태도이다(제101조의 2).

아이디어를 저작권의 보호대상이 아니라고 하는 이유는, 아이디어를 저작권으로 보호하게 되면 ‘아이디어의 독점 현상’이 오게 되고 이는 필연적으로 창작활동의 위축을 가져 와서 문화의 향상발전을 저해하게 되리라는 염려 때문이다.

‘제호’의 저작물성을 부인하는 이유로 ‘제호’가 저작물의 요건을 갖추지 못하기 때문이라고 한다. 그렇다면 저작권으로 보호되지 않은 제호는 여전히 아이디어의 영역에 남아있다고 할 수 있다.

## Q 13. 아이디어와 표현의 경계는?

Learned Hand 판사는 *Nichols v. Universal Pictures Corp.* 판결에서 그 누구도 아이디어와 표현의 경계선을 고정하지 못하였고 앞으로 누구도 그 일을 하지 못할 것이라고 판시하였고, *Peter Pan Fabrics v. Martin Werner* 판결에서는 표현과 아이디어의 경계선에 관하여서는 어떠한 확립된 기준도 있을 수 없고 오로지 사건의 내용에 따라 판단할 수 밖에 없다고 선언하였다.<sup>17)</sup> 저작

17) 권영준, 전게서 94-95면.

권법적으로 보호대상인 ‘표현’과 보호대상이 아닌 ‘아이디어’를 구별하는 기준을 설정하는 일이 이렇게 지난하다고 하는 이유는 첫째, 사건마다 문제되는 저작물의 유형과 특성이 다르므로 일반화된 구별 기준을 상정하는 것이 어렵기도 하거니와, 둘째 저작권 보호의 정도와 내용이란 그 시대 그 국가의 저작권 정책 – 창작자의 노력을 어느 정도로 보호하고, 어느 범위에서 창작물에 대한 자유로운 이용을 보장할 것인가 하는 – 과도 직결되는 문제이기 때문이다.<sup>18)</sup>

현실에서 법원이 표현과 아이디어 중간 어디에 있는 소재(material)에 부딪힌다면, 이론이야 어찌 되었든 원고와 피고의 태도가 결과에 영향을 미칠 것이다. 일반론으로 아이디어/표현 2분법은 법원이 저작권법에서 최고 수준의 논리를 적용하여야 하는 법적 근거이다. “표현”과 “아이디어”는 법원을 적절한 결론으로 이끄는 데는 의미 있는 카테고리 작용을 하지 못하는 가치 없는 개념이다. 표현과 아이디어란 사실은 거의 법원 결정의 사후(ex post) 설명에 불과하다. 즉, 법원이 비문자 요소를 보호하고자 한다면 그것을 “표현”이라 이름 붙이고, 그렇지 않다면 “아이디어”라 하는 것이다.<sup>19)</sup>

일반론으로 스타일, 작풍(作風) 화풍(畫風)은 아이디어라고 한다.

극단 ‘아리랑’은 <정약용 프로젝트>라는 창작 뮤지컬을 개발하여 레퍼터리로 만들었다. 그런데, <정약용 프로젝트>에서는 출연배우들의 대사는 창을 하듯 가락을 타고 있고, 동작도 가락에 맞추어져 무용처럼 움직인다. 팸플릿에서는 이러한 연기술을 가무설작법(歌舞說作法)이라고 소개하고, 이러한 연기법에 기초한 연극양식을 ‘토리극’이라고 하였다.

‘가무설작법’과 ‘토리극’이 자신이 고안한 연희양식 또는 연기술이라고 주장한 초연 <정약용 프로젝트>의 연출자는 재공연에서 자신이 배제되자 ‘가무설작법’과 ‘토리극’이 자신의 창작물이라는 이유로 극단 아리랑의 <정약용 프로젝트>에 대하여 공연금지가처분을 신청하였다.

법원은, ‘가무설작법’은 연극의 연기술, 토리극은 극형식을 의미하는 것으로 이해되는 바, 이는 연극이나 연기술에 관한 기본원리나 **아이디어**에 불과하여 저작물에 나타난 구체적인 **표현**을 보호하려는 저작권의 보호대상이 되기 어렵다고 판단하면서 공연금지가처분 신청을 기각하였다. 연기술이나 극형식은 아이디어일 뿐 저작권의 보호대상인 ‘표현’이 아니라는 것이다(서울지방법원 2003카합3931호 <정약용 프로젝트>)

18) 권영준, 전거서, 95-96면.

19) Dan Hunter, Intellectual Property, Oxford, 2012, p.38.

## Q 14. 아이디어를 어느 정도로 구체화하였을 때 표현이 되는가?

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

아이디어/표현 2분법에 관하여는 무언극 ‘드로잉쇼’에 대한 서울중앙지방법원의 결정은 시사하는 바가 많다(2010. 9. 30.자 2010카합2398 공연금지가처분 결정).

“이 사건 드로잉쇼는 완성된 미술품을 그대로 보여주는 것이 아니라, 미술의 창작과정과 그 과정에 적용될 수 있는 특수효과 기법을 시각적으로 보여줄 수 있도록 하기 위한 표현방법인 별지 목록 기재 방법에 안무, 무대장치, 조명 등의 기법을 가미하여 무언극의 형태로 극화(劇化)한 것이고, 별지 목록 기재 방법을 만들어 냄에 있어서 관객들이 흥미와 다양한 감정을 느낄 수 있는 표현을 반영한 것으로 충분히 볼 수 있으므로, 별지 목록 기재 방법을 사용한 이 사건 드로잉쇼는 그 창작자의 사상 또는 감정에 관한 표현물로 볼 수 있다. ... 이 사건 드로잉쇼에 사용된 별지 목록 기재 방법 중 일부는 피신청인이 주장하는 바와 같이 이미 존재하던 미술기법 또는 다른 공연에서 이미 사용된 미술기법이 기초가 된 것으로 볼 여지가 있기는 하다. 그러나 그러한 미술기법이 실현되는 과정을 무대에서 보여 줄 수 있도록 무언극의 형태로 극화하는 구체적인 표현방법은 저작자마다 다를 수 있는 바, 이 사건 드로잉쇼에 사용된 별지목록 기재 방법이 기존의 미술기법 또는 다른 공연에서 이미 사용된 표현방법을 그대로 모방한 것으로 볼 수 있을 정도로 동일하다고 보기는 어려운 데다가, 기록 및 심문 전체의 취지에 의하여 소명되는 이 사건 드로잉쇼에 사용된 별지 목록 기재 방법의 구체적인 표현방법, 이 사건 드로잉쇼에 사용된 별지목록 기재 방법은 그 저작자의 정신적 노력에 따른 특성이 부여되어 있고 다른 저작자의 기존 공연에서 사용된 표현방법과 구별할 수 있을 정도의 창작성 요건을 갖추었다고 볼 여지가 있다. 따라서 별지목록 기재 방법을 사용한 이 사건 드로잉쇼가 저작권법의 보호대상이 되는 저작물에 해당한다는 점에 관하여는 소명이 이루어졌다고 할 것이다.

## 목록

1. 그려 놓은 그림에서 순간적으로 물이 저절로 흘러내리는 효과를 창출하는 방법
2. 흰색의 종이가 순간적으로 컬러 그림으로 바뀌는 효과를 창출하는 방법
3. 흰색의 종이 윗부분을 묵탄으로 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 복수액체를 이용한 효과를 창출하는 방법
7. 특수형광지를 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.”

Q 15. 완성된 대본을 가지고 있지는 않지만, 뮤지컬로 개발하고 싶은 소재를 가지고 있다. 예산규모가 큰 작품이라 큰 제작사와 진지하게 개발가능성을 논의하여 보고 싶다. 그런데, 기획 아이디어를 공개하였을 때 제작자가 나를 배제하고 아이디어만 이용하지 않을까 두렵다. 내 기획 아이디어를 보호받을 방법이 있나?

구체적으로 이야기 구조가 설정되고, 등장인물의 성격과 상호관련성이 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, 불법행위 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 사회질서’에 위반하여 ‘위법성’을 띠게 됩니다. 법에서 규정한 특정한 권리를 침해한 경우에는 물론 불법행위가 성립하지만, 특정한 권리를 침해하지 않은 경우도 어떤 행위가 위법하다는 판단을 받은 만하면 불법행위에 의한 손해배상청구권이 발생하게 된다. 불법행위의 가장 중요한 요건은 ‘위법성’인 것이다.

따라서 아이디어의 침해가 ‘위법’하다고 인정되는 한 ‘불법행위’로서 손해배상의 발생근거가 된

다고 할 수 있다. 다만, 손해배상을 청구하는 경우 아이디어의 침해로 재산적 손해가 얼마나 발생하였는지는 입증이 어려울 것이므로 정신적 고통에 대한 손해배상(위자료)으로 만족하게 되는 것이 보통이다.

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

**Q 16. 광고회사 직원이다. 우리 회사에서 맥주회사에 광고 문안을 시안으로 제공하였다. 맥주회사가 우리 시안을 받지 않겠다고 하고서, 문구를 약간 수정하여 광고문안으로 이용하고 있다. 우리 회사의 권리가 보호될 수 없는가?**

표현 단계로까지 발전하지 않은 아이디어가 불법행위에 의하여 보호 되는 경우가 있으나 항상 그런 것은 아니다. 아이디어도 보호받는 아이디어가 있고, 보호받지 못하는 아이디어가 있는 것이다.

아이디어가 독창적이므로 보호가치가 있다고 인정되는 경우에만 보호되는 것이고, 공공의 영역(public domain)에 두어야 한다고 판단되는 아이디어에 대하여는 불법행위에 의한 보호가 거부되는 것이다.

하이트 맥주 광고사건이 예가 될 것이다. J기획은 “최상의 맛을 유지하는 온도 눈으로 확인 하십시오”라는 광고 문안을 제안하였는데, 하이트 맥주의 광고로는 “가장 맛있는 온도가 되면 암반천연수 마크가 나타나는 하이트, 눈으로 확인 하세요”라는 문안이 사용되었다. 이에 대하여 1심 법원과 항소심 법원은 상반된 판단을 하였다.

“가장 맛있는 온도가 되면 암반천연수 마크가 나타나는 하이트, 눈으로 확인 하세요”라는 부분은 원고가 제안한 광고문구 중 “최상의 맛을 유지하는 온도 눈으로 확인 하십시오”라는 부분과 유사하거나 동일하다고 할 것인 바 ... 피고회사는 원고의 광고문안에 관한 제안을 사용하면서 원고로부터 승낙을 받지 아니하여 원고의 광고문구에 관한 아이디어를 침해함으로써 원고가 입은 손해를 배상할 의무가 있다 할 것이다 ... 피고회사가 주식회사 J기획에게 광고제작대금으로 3,500만원을 지급한 점, 광고제작에 있어 광고문구가 차지하는 비중 ... 등에 비추어 볼 때 원고가 제안한 광고문구에 대한 대가는 금 2천만원 정도로 봄이 상당하다.(서울지방법원 1997. 2.

14. 선고 96가합7170 판결)

원고가 제안한 광고문구와 피고가 사용한 광고문구 사이의 각 뒷부분 “눈으로 확인하세요”와 “눈으로 확인하십시오” 부분은 그 표현에 있어 유사하기는 하나 이러한 문구는 삼뽀로 맥주의 광고에서도 “눈으로 알 수 있습니다”라는 문구와도 역시 유사하고, 또한 원고가 제안한 문구의 앞부분인 “최상의 맛을 유지하는 온도”와 피고가 사용한 “가장 맛있는 온도가 되면(암반천연수 마크가 나타나는 하이트)”의 부분도 일본발명협회 공개기보에 표시된 “최적온도를 눈으로 볼 수 있는” 등의 표현과 유사한 것일 뿐 아니라, 원고가 제안서에 예시한 광고문구와 피고가 사용한 광고문구는 모두 “맛있는 온도”를 “눈으로 알 수 있다”는 단순한 내용을 표현한 것으로서 그 문구가 짧고, 의미도 단순하여 그 표현형식에 어떤 보호할만한 독창적인 표현형식이 포함되어 있다고 볼 여지도 없다 할 것이어서 위 광고문구에 저작권을 인정할 수 있는 전제로서의 창작성이나 아이디어로서의 참신성을 인정할 수 없다 할 것이다(서울고등법원 1998. 7. 7. 선고 97나 15229 판결).

**Q 17. 공연계약에서 ‘판권’이라는 용어가 많이 보인다. 판권은 저작권의 지분권으로 이해되는데, 정확한 의미가 무엇인가?**

일본의 근대지식인 福澤諭吉(1835-1901)이 ‘서양사정’에서 ‘copyright’를 ‘藏版의 免許(장판의 면허)’라고 번역하였다. 그 후 번역이 못마땅하였던지 1873년 東京府에 제출한 문서에서 ‘出版의 特權’이라고 바꾸었고, 후에 이를 줄여 판권(版權)이라 하였다. 우리나라는 1908년 일본 저작권법제를 받아 들었다. 그 무렵 일본에서는 copyright의 번역어로서 ‘판권’보다 ‘저작권’이 통용되었고, 우리도 copyright에 대응하는 법률용어로서 ‘저작권’을 사용하고 있다.<sup>20)</sup>

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

방송물 공급계약서에의 ‘판권’은 보통 방송권, 복제/배포권, 전송권과 관련하여 사용되고 있다. 방송사와 외주제작사 사이에서 방송권, VHS/DVD의 복제·배포권, VOD를 위한 전송권에 대한

20) 박성호, “한국에 있어서 저작권법제의 도입과 전개”, 지적재산권법의 제문제, 매산 송영식 선생 화갑기념 논문집, 2004, 500면 이하.

권리를 규정하면서 아시아 지역의 판권은 방송사가, 미주지역의 판권은 제작사가 가진다는 식으로 분배를 하는 것이다. 이는 TV 드라마의 아시아지역 방송권, 복제·배포권, 전송권을 방송사가 가지고, 아시아 지역 이외의 방송권, 복제·배포권, 전송권을 외주제작사가 가지는 것으로 이해하면 된다.

판권과 저작권은 동일한 의미이므로 제3자에게 양도할 수도 이용허락 할 수도 있는 권리이고, 시간적으로 공간적으로 분할이 가능한 권리이기 하다. 아시아지역/미주지역으로 분할하기도 하고, 0년간 이용허락/양도한다고 약정할 수도 있다.

**Q 18. 공연제작사가 김훈 선생의 소설 <남한산성>의 판권을 샀다고 한다. 나는 <남한산성>을 드라마로 만들고 싶다. 김훈 선생으로부터 저작권을 사 와야 한다고 하는데, ‘공연제작사가 판권을 샀다’는 의미가 무엇인가?**

‘판권’의 의미, 그리고 ‘샀다’의 의미는 구체적인 사정에 따라서 따져 보아야 한다. 공연제작사가 “소설 <남한산성>의 판권을 샀다”면, 아마도 공연제작사가 작가로부터 ‘공연물을 만들 수 있는 권리’를 확보하였다는 뜻이 될 것이다. 이 경우에 실제로 공연제작사가 확보한 권리가 ‘뮤지컬 제작권’인지, ‘정극 제작권’인지, 혹은 두 권리를 모두 포함하는 것인지도 당사자간에 구체적으로 결정하였을 것이다.

또한 ‘샀다’고 알려졌다고 하더라도 실제로 ‘공연제작권’을 ‘양도받았다’는 의미인지 ‘이용허락을 받았다’는 의미인지도 객관적으로는 명확하지 않다. 통상 작가의 입장에서는 자신의 저작권을 양도하기를 꺼리므로, 일정한 기간 이용할 수 있는 권리를 허락하였을 것으로 추정된다.

판권이 이 경우 ‘공연제작권’(혹은 공연化권)을 의미할 것으로 추정한다면, 판권과 저작권의 관계는 무엇인가? 공연제작권은 ‘권리의 다발’로서의 저작권 중에서 ‘2차적저작물작성권’에 속하는 권리이다. ‘2차적저작물’은 원저작물을 번역·편곡·변형·각색·영상제작 그 밖의 방법으로 작성한 창작물(법 제5조)이다. 소설 <남한산성>을 원저작물로 한 공연, 드라마, 영화는 모두 소설 <남한산성>에 대한 2차적저작물에 해당한다.

공연제작사가 당장 사업을 확장하여 드라마를 제작할 생각이라면 별 문제이지만, 아마도 공연제작사는 공연의 제작에만 관심을 가지고 있을 것이다. 그렇다면 TV프로그램 외주제작사는 김훈 선생과 접촉하여 다시 2차적저작물작성권 중 드라마제작권(드라마化권)을 양도받거나, 이용허락을 받을 수 있는 것이다.

과거 영화진흥위원회에서는 제작자에 대한 ‘판권담보용자’ 제도를 시행한 바 있다. 저작권법 제5장 “영상저작물에 관한 특례”에 의하여 영상제작자에게 인정되는 권리를 담보로 하여 초기 제작비를 대여하는 제도로 구상되었던 하나, 현실적으로 영화로 제작되기 이전의 추상적인 기획에 대하여 경제적 가치를 평가하기가 만만치 않아 폐지되었다.

Q 19. 연극 <황야의 무법자(가제)>가 나의 저작권을 침해하였다. 제작사에 연락을 하였더니 저작권 침해에 대한 책임은 작가에게 있으니 제작사는 알 일이 아니라면서 “집필계약서”를 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 계약당사자에게만 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 침해사실을 알 수 있었음에도 과실로 알지 못하였다면 방송사의 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 청구 할 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)

Q 20. 전업 작가이다. 나의 저작권법상의 권리로는 어떤 것이 있는가?

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

극작가는 작품을 공연하는 권리에 가장 관심이 많을 것이다. 작가는 제작사와 반대의 집필계약

을 하지 않은 한, 그 작품을 별도로 출판할 수 있고, 드라마·게임·영화·애니메이션 등의 제작을 허락할 수 있다.

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

저작권재산권은 집중관리단체인 문예학술저작권협회를 통하여 행사하는 것이 간명하다. 한국문예학술저작권협회는 회원의 극본이 이용되는 경우 그 이용료를 징수하여 회원들에게 분배하는 업무를 담당한다.

#### Q 21. 저작권 침해를 주장하려면 상대방의 침해사실을 입증하여야 한다고 안다. 어떠한 사실을 입증하여야 하는가?

침해사실을 주장하려면 첫째 의거(依據) 즉, 상대방이 내 작품에 기초하여 침해물을 만들었다는 사실과 상대방의 침해물이 내 작품과 실질적으로 유사하다는 점(실질적 유사성substantial similarity)을 입증하여야 한다.

김수현 선생이 MBC 드라마 〈여우와 솜사탕〉이 자신의 〈사랑이 뭐길래〉 저작권을 침해한 것이라고 주장한 사건에서 법원의 판단을 분석하면 ‘의거’와 ‘실질적 유사성’ 이해에 도움이 될 듯 하다(서울남부지방법원 2004. 3. 18. 선고, 2002가합4017).

먼저 ‘의거’에 대하여 “피고 문화방송이 제작한 드라마 ‘사랑이 뭐길래’는 1991. 11. 23.부터 1992. 5. 31. 까지 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 OO은 1982년경 피고 문화방송에 입사하여 드라마 연출을 담당하고 있었으며, 피고 OOO은 1999년경부터 피고 문화방송에서 방영된 단편드라마의 대본을 쓴 적이 있는 작가로서 2001년경부터 피고 OO과의 논의와 수정과정을 통해 ‘여우와 솜사탕’을 준비하였다는 점 등에 비추어 보면, 피고들은 원고가 쓴 ‘사랑이 뭐길래’ 대본의 존재 및 그 내용을 충분히 알고 있었다고 보여지므로 그 **접근성이 인정된다**”고 하였다.

‘의거’는 주관적·심리적 요소이므로 입증에 어렵고 따라서 침해자가 원작에 대한 접근(가능)성이 있으면 ‘의거’가 추정되는 것으로 이해한다(미국 연방대법원은 ‘의거’ 대신 접근access을 요건으로 한다). 결국 시중에서 유통이 되어 침해자가 원작에 쉽게 접근할 수 있었던 상황이라면 접근이 인정되기가 쉽다.

한편, 실질적 유사성에 대하여는, “〈여우와 솜사탕〉 대본 및 드라마의 남녀 주인공의 사랑이야기 부분에 있어, ① 가풍의 측면에서 남자주인공(대발, 강철)의 집안은 남성위주의 가부장적 분위기이며 여주인공(지은, 선녀)의 집안은 여성위주의 개방적인 분위기라는 대조적 양상을 띠고 있고, 여자주인공은 모두 학력이 높고(지은은 명문 대학 법대에서 석사학위를 받았고, 선녀는 한의대 졸업반이다) 여주인공측 집안에서 특히 어머니로부터 큰 기대를 받고 자라 온 수재라는 점, ② 여자주인공이 남자주인공에게 먼저 청혼하지만, 남자주인공에게는 여자주인공 이외의 다른 여자 친구도 있었으며 이 때문에 여자주인공과 마찰을 빚게 되고, 남자주인공은 처음에 결혼을 완강히 반대하며 자유인으로 살겠다고 하지만 결국은 결혼을 받아들인다는 점, ③ 남자주인공과 여자주인공의 어머니들은 고교동창 사이로서 여자주인공네가 남자주인공네로 우연히 새집을 지어 이사를 오게 되면서 오랜만에 재회를 하게 되지만, 그들 사이는 끈끈러운 관계라는 점, .... ⑫ 남자주인공의 어머니들은 결혼 이후로 집안에서 자신의 발언권을 강화하고자 노력한다는 점 등이 동일하거나 유사하게 전개되는 사실을 알 수 있는 바, 이 부분은 구체적인 사건전개의 측면에서 포괄적, 비문자적 유사성이 인정되는 부분에 해당한다”고 하였다.

Q 22. TV 드라마에서 내 소설의 상황을 베껴 쓰고 있어서 항의를 하자 방송사는 ‘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 겉으로 아이디어의 영역을 벗어나 구체화 되었다고 보임에도 불구하고 저작권법상 보호받는 ‘표현’은 아니라는 뜻이다. 주어진 주제를 다루는데 있어서 필수불가결한 사건(incidents), 등장인물(characters), 배경(settings)이 이에 해당한다.<sup>21)</sup>

대법원은 ‘카레이스키’ 사건에서, “소설 등에 있어서 추상적인 인물의 유형 혹은 어떤 주제를 다루는데 있어 전형적으로 수반되는 사건이나 배경은 아이디어의 영역에 속하는 것들로서 저작권

21) Chisum and Jacobs, Understanding Intellectual Property Law, Matthew Bender, 1992, p. 4-30(§ 4C (1) (d)).

법에 의한 보호를 받을 수 없다”고 하였다(2000. 10. 24. 선고 99다10813 판결). 즉, 소설 <텐산산맥>과 드라마 <카레이스키> 두 작품 모두 일제치하에 연해주로 이주한 한인들의 삶이라는 공통된 배경과 사실을 소재로 주인공들의 일제 식민지로부터 탈출, 연해주 정착, 1937년 스탈린에 의한 한인들의 중앙아시아로 강제이주라는 공통된 전개방식을 통해 제정 러시아의 붕괴, 볼셰비키 혁명(1917년), 적백내전, 소련공산정권의 수립, 스탈린의 공포정치 등 러시아의 변혁 과정에서 연해주와 중앙아시아에 사는 한인들이 어떠한 대우를 받았고 어떻게 적응하며 살아왔는지 그 실상을 파헤치고 있다는 점에서 유사한 면은 있지만, 이는 공통의 역사적 사실을 소재로 하고 있는 데서 오는 결과라고 판단한 것이다.

독일군부대 인근 맥주집에서 독일군들이 “하일 히틀러(Heil Hitler)”라 서로 경례하고, 독일 군가를 합창하는 장면 등은 나치 독일의 병영장면 묘사에서 필수장면이고,<sup>22)</sup> 파라마운트의 모험영화 <Raiders of the Lost Ark>에서 ‘뱀이 우글거리는 동굴 안에 보물상자가 숨겨져 있고, 그 뱀을 쫓기 위하여 주인공이 횃불을 휘두르는 장면, 정글을 뚫고 지나가는 사람이 갑자기 새떼가 날아오르자 깜짝 놀라는 장면’ 등은 모험 장르에서 필연적으로 수반되는 장면묘사로서 저작권법의 보호가 부인된 바 있다.<sup>23)</sup>

### Q 23. 공연중지가처분의 가능성

권리자가 저작권 침해를 주장하면서 공연중지가처분 청구를 하는 일이 잦다. 그러나 그렇게 신청한 공연중지가처분이 인용되는 경우는 생각보다 많지 않다. 공연중지가처분이 인정되려면, 권리가 침해되었다는 사실 외에도 권리자의 보호를 위하여 공연을 중지하지 않으면 아니 되는 급박한 사정이 있어야 한다. 청구의 목적이 경제적 손해배상이라면 후에 손해배상을 청구하여 손해를 메울 수 있을 것이므로 반드시 공연중지가처분이 꼭 받아들여지는 것은 아니다. 특히 그 공연에 거대 자본이 투입되었고, 투자자는 침해상황과 전혀 무관한 인물이라면 공연중지가처분의 인용가능성이 낮다고 할 수 있다.

그러나 RUG의 극단 대중版 뮤지컬 <캣츠>에 대한 공연중지가처분 사건에서 저작권 침해를 이유로 공연중지가처분이 인용된 바 있고(서울지방법원 2000. 5. 15. 자 2000카합774 결정) 그 이후

22) Hoeling v. Universal Studios, Inc., 618 F.2d 972. Chisum and Jacobs, Understanding Intellectual Property Law, Matthew Bender, 1992, p. 4-31(§ 4C {1} [d])에서 재인용.

23) Zambito v. Paramount Pictures Corp. 사법연수원 저작권법(1) 56면, 정경석, 엔터테인먼트법, (청림출판, 2004), 787면에서 재인용.

이른바 라이선스 뮤지컬에서 유사한 사례가 몇 건 더 있었다.<sup>24)</sup> 단정적으로 말할 수는 없으나 현재까지의 판례 경향을 보면 영상물에서의 방송중지/상영중지가처분 신청에서보다 공연물에서의 공연중지가처분이 쉽게 인용되는 것이 아닌가 싶다.

〈여우와 솜사탕〉 방송중지가처분 사건에서 법원의 결정은 영상물에서의 가처분인용이 엄격하다는 사정을 보여준다(서울지방법원 남부지원 2002. 3. 28. 자, 2002카합370 결정).

“제2드라마(여우와 솜사탕) 중 이미 방영된 부분이 신청인의 저작권을 침해하였음이 인정되는 이상, 제2드라마의 계속적인 방영이 저작권을 지속적으로 침해하는 결과가 됨은 명백하다. 그러나, 첫째로 제2드라마에는 제1대본(사랑이 뭐길래)에 대한 저작권을 침해한 부분 이외에 주변인물 상호간의 사건전개를 비롯하여 제1대본과는 무관한 부분도 상당부분 포함되어 있을 뿐만 아니라, 최근의 방영분은 그 내용의 중심이 그들 중심인물로 옮겨진 상태임을 알 수 있고, 장차 방영될 부분은 대본이 확정되지도 않은 상태에 있어, 장차의 방영 부분이 신청인의 저작권에 대한 침해여부를 질적·양적으로 심회시킬 가능성은 적은 것으로 보이고, 미방영 부분의 분량도 예정된 50회분을 기준으로 하더라도 7회에 불과하여 전체적으로 적은 비율에 불과하며, 둘째로, 피신청인은 대본작가 000이 집필한 1차적 저작물인 드라마 대본을 토대로 하여 제작된 2차적 저작물을 방영중인 방송사업자로서, 만약 제2드라마가 결말을 맺지 않은 채 중도에 방영이 중단된다면 피신청인으로서 일반 국민의 방송에 대한 신뢰를 상실하게 되는 막대한 손해를 입게 될 것인 반면, 신청인의 제1대본은 이미 1992년경 텔레비전 방송드라마로 제작되어 방영되는 한편 책으로도 출간되어 오랫동안 판매됨으로써 제2드라마의 잔여부분이 마저 방영된다고 하더라도 신청인이 입게 될 추가손해는 그다지 크지 않을 것으로 보이는 점, 기타 이 사건 심리과정에서 나타 난 모든 사정을 종합적으로 참작하면, 본안판결 이전에 신청인의 현저한 손해를 피하기 위하여 제2드라마의 나머지 부분에 대한 방영을 금지하여야 할 보전의 필요성이 있다고는 인정되지 아니한다.”

24) 2009년 9월 4일 서울고등법원은 원작 만화가 강성수가 뮤지컬 〈위대한 컷츠비〉의 공연중지를 청구한 사건에서 원심대로 공연권 침해 행위를 중지하라는 판결을 하였다. 뮤지컬 제작자는 공연의 이익이 없다는 이유로 저작권료를 미지급하였는데, 만화가는 저작권료 미지급을 이유로 계약을 해지하고 공연중지를 구한 사건이다. 단, 이 사건은 가처분 사건이 아니라 본안 사건으로 보인다.

Q 24. 뮤지컬 대본 작가이다. 만화를 각색하여 대본을 작성하려고 만화가와 접촉을 하였다가 마음을 바꾸어 새로운 작품을 창작하기로 하였다. 뮤지컬이 공연이 되자 만화가가 저작권 침해라는 주장을 하였다. 만화가와 접촉을 하였다는 사실이 불리하게 작용할까?

저작권침해의 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 저작권이용에 관한 협상을 제의하였다면 원작자 입장에서는 강력한 입증방법이 생긴 셈이다. 따라서 원작의 이용에 대한 확실한 계획이 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 본 예가 있다(서울고등법원 2005. 7. 27.자 2005라194 결정).

이 사건 만화는 이 사건 드라마가 방영되기 전 이미 3권까지 발행, 배포되었고, 인터넷 포털사이트 등을 통하여 소개되었던 점, 채무자측은 당초 만화의 판권을 사서 각색하기로 기획하여 원작을 물색하였는데, 원작만화의 표현력을 뛰어넘기가 어렵다는 판단 하에 만화적 소재를 찾아 작가인 채무자 신경구가 직접 드라마 대본을 작성하는 쪽으로 기획방향을 바꾸어 이 사건 드라마를 제작하기에 이르게 된 점, 두 저작물을 비교하여 보면 그 소재, 등장인물 등에서 유사한 점이 드러나는 점 등을 인정할 수 있는 바 ... 이 사건 드라마는 이 사건 만화에 의거하여 제작되었다.

다만, 이 사건에서는, 두 저작물의 성격과 유형, 줄거리, 등장인물의 성격과 상호관계 등은 현저한 차이가 있고, 이러한 차이가 드라마 <두근두근 체인지>의 창작적 표현형식에 해당함과 동시에 지배적인 특징을 이루고 있어 드라마 <두근두근 체인지>로부터 만화 <내게 너무 사랑스러운 똥땡이>의 본질적인 특징자체를 감득할 수 없다는 이유로 ‘실질적유사성’이 없다고 판단하였다.

Q 25. 예전부터 음반에는 가수의 이름이 실리고, 연극에도 배우의 이름이 팜플렛에 올라왔다. 그런데 새삼스럽게 실연자에게 ‘성명표시권’을 인정하게 되었다고 한다. 어떤 의미인가?

과거에는 실연자의 저작인접권은 저작권보다 열등한 권리이고 따라서 저작인격권에 대응하는 권리를 실연자에게 인정할 수 없다고 판단하였다. 그러나 실연자도 자신의 예술성을 기초로 창작

자의 저작물을 해석하고, 그 결과 실연은 실연자의 개성에 따라 현저히 다른 모습으로 나타난다. 그리하여 실연자에게 인격권을 부인한데 대한 반성이 일게 되었다. 그러나 실연자의 인격권을 인정한 역사는 길지 않다. 저작인격권을 주도해 온 프랑스에서도 실연자의 인격권이 저작권법에 들어 온 것은 1985년에 이르러서이고, 1996년 실연음반조약(WPPT)에 의하여 비로소 실연자의 인격권이 국제규범에 등장하게 되었다.

우리 저작권법은 2006년 전면 개정으로 실연자에게 성명표시권과 동일성유지권을 인정하게 되었다. 이는 실연음반조약상의 의무를 이행하기 위한 것이었다.

저작권법에서 실연자의 성명표시권을 인정하게 됨으로서 실연자의 성명표시가 저작법상의 의무가 되었다. 성명표시를 하지 않는 경우 침해행위의 중지를 요청할 수 있고(제123조), 손해배상 및 명예회복을 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 추정규정은 적용되지 않는다(제125조).

참고로 하급심 판례로서, 음반업계의 관행을 근거로 하여 음반제작자에게 가수의 성명을 표시하여야 할 의무가 있다고 판시한 경우가 있었다(서울지방법원 1995. 1. 18.자 94카합 9052 결정).

Q 26. 연기자이다. 어느 케이블 방송 프로그램에서, 내가 출연한 연극 장면에 대사를 바꾸어서 우스꽝스럽게 만든 후 방송을 하였다. 나는 이 화면을 보고 몹시 불쾌하였다. 연기자에게도 동일성유지권이 인정된다는데 이러한 경우에 적용할 수는 없는가?

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 실연자 인격권의 주체를 청각실연자에 한정하고 있으나, 우리 저작권법에서는 시각실연자까지 포함하였다.

프랑스 판례는 특정 실연을 음란물에 넣는다거나 실연에 음향효과를 넣는데 대하여 동일성유지권 침해라는 판단을 한 바 있다. 영국은 1988년 실연자인격권을 처음 도입하였다.<sup>25)</sup>

배우의 얼굴 표정, 크기나 모양을 변경하여 우스꽝스러운 연기를 하는 것처럼 만들거나, 컴퓨터를 이용하여 배우가 벌거벗은 채 연기하는 것처럼 바꾸거나, 배우의 멀쩡한 대사를 욕설로 바꾸는 것, 가수의 목소리를 바꾸어 우스꽝스럽게 노래 부르는 것처럼 만드는 것 등이 동일성유지권을 침해한 예가 되겠다.<sup>26)</sup>

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 있는’에 대응하는 규정은 없다.

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

### Q 27. 영국에서 12년간 유학한 이후 돌아와 뮤지컬 연출을 담당하고 있다. 저작권 법상 연출자에게는 어떠한 권리가 인정되는가?

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. 이와 같이 실연을 지휘, 연출 또는 감독 하는 자를 ‘실연자’에 포함하는 입법 태도는 일본의 영향으로 보인다.<sup>27)</sup>

25) 최경수, 같은 책, 320면.

26) 정상조편, 저작권법주해, (박영사, 2007), 785면 (최정환 집필부분).

27) 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.

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 설명한다.<sup>28)</sup>

연혁적으로, 고전주의 시대에는 감독, 지휘자, 연출자의 업무는 저작물의 재생에 한정된 것으로 이해되었다. 이들은 실제로 실연자도 아니고 그렇다고 창작자도 아니므로 다만 노동자로 취급하여 노동에 대한 대가를 지급하는 것으로 만족하였던 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.<sup>29)</sup>

1950년대 이후 실험연극·전위예술 등으로 표현된 포스트모더니즘은 연출자 등에게 텍스트에 대한 해석의 자유를 인정하였고, 따라서 연출자 등을 실연자라고 단정하기는 부적절한 상황이 나타나게 되었다. 즉 연출이라 하더라도 구체적으로 작업형태를 분석하여 그것이 재생적 작업인지 창작적 작업인지를 판단하여야 하는 상황이 도래 한 것이다.<sup>30)</sup>

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 적절하다고 이해된다. 현재 로마협약 제3조(a), WPPT 제2조(a), 독일저작권법 제73조, 프랑스저작권법 제21.2조의 1 모두 후단 규정은 존재하지 아니한다.<sup>31)</sup>

결론적으로 연출자가 창작적 기여를 하였다면 저작권자이고, 창작적 기여에 이르지 못하였다면 실연자라고 할 것이나, 일반적으로 뮤지컬 연출자에게는 저작권자의 지위를 인정하여야 할 것이다.

**Q 28. 한류스타의 매니저이다. 출연계약을 하지 않고 교섭단계인데 드라마 제작사가 출연을 확정된 것처럼 보도자료를 뿌려서 언론에 보도가 되었다. 퍼블리시티권 침해로 손해배상 청구를 하라는데 어떤 의미인가?**

퍼블리시티권은 연예인이나 스포츠 스타 등 유명인의 인격적 징표(personal identity)와 관련된 권리이다. ‘유명인의 목소리, 모습, 독특한 제스처, 이름 등이 상업적으로 이용되는데 대하여 그

28) 정상조 편, 저작권법 주해, (박영사, 2007) 39면

29) 서달주, 한국저작권법, (박문각, 2007) 384면

30) 서달주, 같은 책, 385면

31) 서달주, 같은 책, 386면

사람 자신이 가지는 경제적 권리라고 설명할 수 있겠다.

퍼블리시티권의 연원은 프라이버시권에서 찾을 수 있겠다. 하버드 로스쿨 출신 워렌(Samuel D. Warren)과 브랜다이스(Louis D. Brandeis)가 *Harvard Law Review*에 ‘혼자 있을 수 있는 권리(right to be let alone)’로서의 프라이버시권을 이론화함으로써 미국 법조계에 파문을 일으킨 것은 1890년경이었다. 당시에 대중신문은 발행부수 확장을 위하여 치열한 선정성 경쟁을 벌였다는데, 워렌과 브랜다이스는 극성스러운 황색신문에 의해 사생활이 드러나도 그저 재수 탓으로만 돌리고 손을 놓고 있어야 했던 낙담자들에게 프라이버시권이라 이름붙인 첨단 병기를 들려준 셈이었다.<sup>32)</sup>

워렌의 부인은 상원의원의 딸로 태어나 곱게 자랐고, 남편의 사업도 성공적이라 남부러울 것 없던 여인이었다. 그런데 보스턴의 황색신문이 자신의 사교생활을 들먹여 입방아를 찧어대 난처하던 차에 딸의 결혼식에 대해서까지 흥미위주로 세세하게 보도를 하자 도저히 울분을 참을 수가 없었다. 보스턴 지역 상류사회 인사들은 자신들의 이름이 황색신문에 오르내린다는 사실에서 이미 불쾌감을 느끼고 있던 터였다. 명색이 잘 나가는 변호사였던 워렌이 아내의 분노를 못 본 체할 수 없었고, 그리하여 나중에 대법관이 된 브랜다이스에게 도움을 청하여 당시로서는 획기적인 이론을 구성하게 된 것이다.<sup>33)</sup>

그때까지는 언론의 사생활 보도를 문제 삼아 손해배상을 청구하려면 ‘명예훼손’이 발생해야 한다고 생각했다. 명예란 ‘사회적 관계에서의 평판’을 의미하고 이것이 권리로서 보호되어야 한다는 데는 이론이 없었다. 그런데 사생활 그 자체를 있는 대로 보도하였다고 하여 반드시 명예가 훼손되었다고 할 수 없다는 것이 문제였다. 이제 워렌과 브랜다이스는 사회와의 관계를 떠나 개인의 내면에 초점을 맞추고, 개개인의 마음의 평온(peace of mind)을 프라이버시의 본질로 파악하고 여기에도 권리성이 인정되어야 한다고 들고 나온 것이다. 즉, 사회적 평판에 어떠한 영향을 미쳤는가는 별 문제로 하고, 다만 남들로부터 방해받지 않고 혼자 있고 싶은 욕구가 침해되어 그 사람의 ‘마음의 평온’이 깨졌다면 그때도 법이 끼어들 여지가 있다는 주장이었다.

1960년에는 캘리포니아 대학의 William L. Prosser 교수가 워렌-브랜다이스의 프라이버시권을 확장하여 프라이버시권 침해를 4가지로 유형화하였다. 첫째, 사생활에 대한 침입(intrusion)<sup>34)</sup>, 둘

32) Diane L. Zimmerman, “Requiem for a heavyweight: a Farewell to Warren and Brandeis’s Privacy Tort”, *Cornell Law Review* vol. 68 1983, p. 292.

33) 워렌과 브랜다이스는 하버드 로스쿨에서 수석을 닦았던 친구 사이였는데 졸업 후 변호사 사무실까지 함께 운영하였다고 한다. 워렌은 가업인 제지업을 잇기 위해 한 해 전에 변호사를 폐업한 입장이었다.

34) Intrusion upon the plaintiff’s seclusion or solitude, or his private affairs; 남의 집안을 엿본다거나(peering

째, 사생활의 공개(public disclosure of private facts)<sup>35)</sup>, 셋째, 오해를 가져오는 공표(false light in the public eye)<sup>36)</sup>, 넷째 인격적 징표의 영리적 이용(appropriation)<sup>37)</sup>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 연극공연을 기획하면서 윤석화씨와 출연교섭한 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 측면 뿐만 아니라 재산권적인 성격을 가진 퍼블리시티권이 포함된 사건이라고 판단된다.

**Q 29. 퍼블리시티권이 ‘그 사람 자신’의 목소리, 모습 등 인격적 징표를 사용하는데 대한 그 사람 자신의 권리라는 점은 알겠다. 나아가 그 사람과 닮은 목소리 나 그 사람을 흉내 낸 모습이 이용되는 데까지 퍼블리시티권이 미치는가?**

프라이버시권 중 ‘인격적 징표의 영리적 이용’이 퍼블리시티권으로 발전하였다고 설명하였다.

SBS의 TV드라마 <임꺽정>에 주인공으로 출연하였던 연극배우 정흥채씨가, 자신의 극중 캐릭터를 인물화로 그려 ‘갤포스’ 광고에 이용하였던 보령제약을 상대로 초상권 침해를 주장하였던 사건이 있다. 보령제약은, 문제의 인물화와 정흥채씨와 아무런 관련이 없으며 인물화를 작성한 이

---

into the windows of a home), 남의 대화를 도청하는 경우(eavesdropping upon private conversations by means of wire tapping)를 예로 들 수 있다.

35) Public disclosure of embarrassing private facts about the plaintiff; 멜빈 사건이나 와렌의 딸의 결혼을 보도한 사례가 예가 될 수 있다.

36) Publicity which places the plaintiff in a false light in the public eye; 포르노 영화에 아무 관계없는 배우가 출연하는 것처럼 선전하는 경우나, 음란물을 출판하면서 그 책과 무관한 사람을 추천인으로 내 세우는 경우가 예가 될 수 있다. 1975년경 이른바 ‘박동명 사건’과 관련하여 TV탤런트 양정화씨가 중앙일보와 동아방송을 상대로 1억5천3백만원의 손해배상과 사과기사 및 사과광고를 조선일보와 동아일보에 게재할 것을 요구하는 소송을 제기하였다고 한다 양씨는 소장에서 “「꼬리에 꼬리를 문 염문」 제하의 기사에 자신과 박동명이 함께 찍은 사진을 게재 … 보도, 자신이 박동명 연색 대상의 하나가 된 것처럼 오해와 풍문을 퍼뜨려 신용과 명예를 훼손했다. … 보도한 사진은 수년전 박동명과 다른 남자 2명, 친구 1명 및 자신 등 5명이 교외에 놀러갔을 때에 기념촬영한 것인데 옆에 있는 다른 사람 자신은 잘라 내고 자신과 박동명 단 두 사람만이 찍은 것처럼 오해 받게 보도했다”라고 주장했다. 변재욱, 정보화 사회의 프라이버시와 표현의 자유, 커뮤니케이션북스, 1999, 59쪽 이하).

37) Appropriation, for the defendant's advantage, of the plaintiff's name or likeness

가 스스로 두건을 두르고 분장하여 찍은 사진에 덩수룩한 머리털, 수염 등 일반인이 인식하고 있는 임격정의 상징을 덧붙여 완성한 것이라고 항변하였다.

그러나 법원은, ‘비록 이 사건 인물화는 원고의 실제모습과 사뭇 다르고, 수염이 바깥쪽으로 흘날리는 모습 등 세부적인 묘사에 있어서 원고의 임격정 분장 모습과 완전히 동일한 것을 아니지만, 드라마 〈임격정〉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 금 2,000만원을 인정하였다(서울고등법원 1998. 10. 13 선고 97나43323호 판결).

미국의 판례는 나아가 본인과 동일시 할 수 있는 물건(associated or physical objects)에까지 퍼블리시티권을 인정하였다.

1974년 유명한 자동차 경주 선수인 Motschenbacher가 애용하는 경주용 자동차 사진을 Winston 담배 TV 광고에 허락 없이 이용하여 문제가 된 사건이 있었다. 담배광고에는 경주 선수의 얼굴이 보이지 않았고, 담배회사도 구체적으로 선수의 이름을 거명하지 않았다. 법원은 피고가 게재한 사진의 경주용 자동차는 원거리에서 촬영되어 운전자의 모습은 보이지 않으나 광고를 보는 사람들이 그 경주용 자동차에 당연히 원고가 승차하고 있을 것이라는 추측을 하기에 충분하고 따라서 원고가 피고의 담배를 선전하고 있다는 인상을 일으킬 여지가 충분하므로 퍼블리시티권 침해라고 인정한 것이다(*Motschenbacher v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 498 F.2d 821 (9th Cir. 1974)).

**Q 30. 고등학교 연극반 지도교사이다. 연극협회가 주최하는 전국학생연극대회를 앞두고 대본을 수배하고 있다. 돌아가신 차범석 선생의 〈산불〉을 공연하고 싶은데, 유족의 동의를 받아야 하는가?**

저작권법 제25조 제2항, 제4항에 의하면, 고등학교에서 수업 목적상 필요하다고 인정되는 경우에는 보상금을 지급하지 아니하고 저작물의 전부를 이용할 수 있다. 그런데, 전국학생연극대회에 출전하는 경우를 ‘수업목적’이라고 할 수 있는지 의문이다.

그동안 수업의 범위에 대하여는 실험, 실습, 체육실기, 운동회 등의 특별교육활동이 포함되며, 교

사의 지휘 하의 클럽활동도 포함된다고 해석되었다.<sup>38)</sup> 그러나 수업의 구체적 범위에 의문이 있었고 2010년 교육과학기술부의 질의에 대한 문화체육관광부는 다음과 같이 회신하였다.<sup>39)</sup>

- 1) 대면수업의 의미: 저작권법상 수업은 대면수업을 원칙으로 하고 있습니다. 여기서 대면이란 함은 교실 등 장소적 제한이 있는 대면이 아닌 교사와 교사에 준하는 지위에 있는 자와 학생들 간의 대면을 의미합니다.
- 2) 교사들의 수업준비를 위한 각종 자료의 개발 및 공유문제: 교사가 수업을 위해 준비하는 과정(각종 수업자료의 개발, 작성)도 수업의 개념에 포함됩니다. 또한 수업을 위해 관련 교사 간 자료를 공유하는 과정도 수업의 준비행위로 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 수업가능 여부: 수업과 관련 있는 - 수업 진행 과정에서 필요한 사전, 사후 학습 등 - 학습자료의 복제, 배포, 전송은 수업의 하나로 볼 수 있습니다. 다만 수업과 관련 없는 일반학생들에게까지 자료를 배포, 전송하는 경우는 허용되지 않습니다.
- 4) 학교 교육과정에 따라 학교장의 지휘, 감독 하에 학교 안 또는 밖에서 이루어지는 '창의적 체험활동'과 학교장의 지휘, 감독 하에 이루어지는 '방과 후 학교'의 수업 포함 여부: '창의적 체험활동'과 '방과 후 학교'는 학교장의 감독 하에 교사와 교사에 준하는 지위에 있는 사람에 의해 수행되는 것이라면 수업의 범위에 포함된다고 할 것입니다.

그렇다면, 학생들의 자치활동은 수업목적이라고는 해석되지 않는다. 자치활동으로서의 공연에 대하여는 저작권법 제29조의 '비영리공연' 규정을 적용할 수 있다.<sup>40)</sup> 공표된 저작물에 대하여 ① 영리를 목적으로 하지 않고, ② 그 공연에 대한 반대급부를 받지 않고, ③ 실연자에게 통상의 보수를 지급하지 않는 비영리공연을 하는 경우에는 저작권자의 권리행사가 제한되는 것이다. 이러한 비영리공연의 요건은 엄격하게 해석하여야 한다. 그렇지 않으면 저작권자의 권리를 과도하게 제한하는 격이 되기 때문이다.

38) 정상조편, 같은 책, 490면.

39) 채명기, 쉽게 익히는 이야기 '씩' 학교 저작권, (한국교육학술정보원, 2010), 96면.

40) 제29조(영리를 목적으로 하지 아니하는 공연·방송) ① 영리를 목적으로 하지 아니하고 청중이나 관중 또는 제3자로부터 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.

학생들의 공연이 비영리공연의 요건에 해당하는 한 저작권 제한 사유이므로 저작권법상으로 유족의 동의를 받지 않더라도 저작권 침해는 아니다. 그러나 돌아가신 차범석 선생 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 아니된다”는 점을 잊지 말아야 한다.

Q 31. 예술대학에서 뮤지컬을 가르치고 있다. 학과의 특성상 학생들과 워크숍 작품을 만든 후 교내에서 공연을 하는 것이 당연하다. 영국 저작권자의 작품으로 국내에서 공연된 대본을 구하여 공연을 준비 중인데, 그 작품의 국내 저작권자(sub-licensor)가 학생공연인 만큼 요율을 낮추어 줄 터이니 저작권료를 내라고 요구한다. 저작권법 제29조 제1항의 ‘비영리공연’에 해당하므로 저작권료가 발생하지 않는다고 설명하였으나, 그는 작품이 英國産이므로 영국 저작권법이 적용되므로 한국 저작권법을 거론할 상황이 아니라고 주장한다. 저작권료를 지불하여야 하는가?

저작권법 제29조 제1항의 비영리공연에 해당하는 한 문제가 없다.

우리나라 예술대학에서 공연한 비영리공연이 영국저작권자의 저작권을 침해하느냐 그렇지 않느냐를 결정하는데 영국법이 적용되어야 한다는 주장을 살펴본다.

이러한 주장이 나오게 된 것은 계약서 규정의 오해에서 비롯된 것으로 짐작된다. 국내 저작권자(sub-licensor)는 한편 저작권자(licensor)와의 관계에서 저작물 이용허락을 받은 자(licensee)이기도 할 테고, 영국 저작권자와 사이에 저작물 이용허락 계약(License Agreement)을 체결하였을 것이다. 그 계약서에는 아마도 저작물 이용허락 기간(term), 이용료(fee), 이용지역(territory) 등과 함께 말미에는 “계약자 사이에 분쟁이 발생한 경우 영국법을 적용한다”는 규정이 있었을 법하다.<sup>41)</sup> 국제 계약에서 계약의 내용을 해석함에 있어서 기준이 되는 법을 준거법(governing law)이라고 한다.

41) 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.

즉, ‘준거법’이란 계약을 체결한 당사자 사이에 그 계약의 해석과 관련하여 다툼이 발생한 경우에 당사자의 권리와 의무를 확정하기 위하여 적용하는 법을 의미한다. 저작권자가 영국인이란 외국인과 사이에 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 자국법을 준거법으로 지정하는 것은 당연하다고 할 수 있다.

계약이란 계약 당사자만을 구속할 뿐이고, 따라서 준거법 규정도 그 계약을 체결한 당사자에게만 효력을 발휘한다. 계약당사자가 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 뮤지컬 〈명성황후〉를 공연하였다 하더라도 영국의 저작권법에 의하여 책임을 판단하게 된다. 같은 논리로, 한국인이 한국에서 영국 저작물을 허락 없이 공연하였다면 저작권 침해 여부는 우선 한국법을 적용하여 판단하게 되는 것이다.

저작권자가 학생공연에 대하여는 일반 상업 공연에 비하여 저렴한 요율을 적용하는 것도 사일반적이다. 그러나 국내법에서 저작권의 제한 사유로 규정되어 로열티를 지급할 필요가 없는 공연에 대한 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 일반적인 비영리공연의 면책 규정은 존재하지 않는다. 일본 저작권법 제38조는 ‘비영리공연’을 저작권 제한 사유로 규정한다.

Q 32. 내 희곡 〈가스(가제)〉의 특징적인 대사가 내 동의 없이 영화 〈용의 남자(가제)〉에서 이용되었다. 나로서는 그 대사가 내 작품에서 가장 중요한 대사로 인식하고 있으므로 박탈감이 심각하다. 이 경우 저작권 침해 책임을 물을 수 있는가?

저작권 침해에 대한 판단은 감성과 이성이 교차하는 영역이라 주관적일 수밖에 없다. 유사한 상황이 법원에 따라 상이한 판단이 나올 여지도 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. 영화 <E.T.>의 특징적 대사 “I love you, E.T.”와 “E.T. phone home”을 머그잔에 인쇄하여 문제가 된 사건에서 미국 법원은 실질적 유사성 침해를 인정하였다.<sup>42)</sup>

<왕의 남자> 사건에서 법원은 “이 사건 대사 ‘나 여기 있고 너 거기 있어’는 일상생활에서 흔히 쓰이는 표현으로서 저작권법에 의하여 보호받을 수 있는 창작성 있는 표현이라고 볼 수 없고, 또한 000에 의하면, 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’ 제 1부에서는 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 영화대본 중의 극히 일부분(영화대본은 전체 83장으로 되어 있는데, 그 중 2개의 장의 일부에 인용되고 있다)에 불과할 뿐만 아니라, 이 사건 대사는 장생과 공길이가 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 하였던 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(서울고등법원 2006. 11. 14. 선고 2006라503 판결).

**Q 33. 동일한 역사적 사실을 소재로 한 저작물은 이야기 구조가 비슷한 수밖에 없을 듯하다. 그렇다면 이 경우 저작권 침해를 어떻게 판단할 수 있나?**

저작권 침해 여부를 가리기 위하여 두 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는가의 여부를 판단함에 있어서도 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비하여야 한다(대법원 1999. 11. 26. 98다46259판결 참조). 추상적인 인물의 유형 혹은 어떤 주제를 다루는데 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. 소

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

설과 드라마는 동일한 역사적 사실을 배경으로 하였다. 이 사건에서 법원은, “피고측의 드라마 ‘카레이스키’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 피고측의 연출가가 적어도 소설 ‘텐산산맥’의 존재를 이미 알고 있었다 할 것이어서 드라마 ‘까레이스키’는 소설 ‘텐산산맥’에 의거하여 그것을 이용하여 저작된 것으로 추정되고, 또한 두 작품 모두 일제치하에서 연해주로 이주한 한인들의 삶이라는 공통된 배경과 사실을 소재로 주인공들의 일제식민지로부터 탈출, 연해주 정착, 1937년 스탈린에 의한 한인들의 중앙아시아로의 강제이주라는 공통된 전개방식을 통해 제정 러시아의 붕괴, 볼셰비키 혁명(1917년), 적백내전, 소련공산당 정권의 수립, 스탈린의 공포정치 등 러시아의 변혁과정에서 연해주와 중앙아시아에 사는 한인들이 어떠한 대우를 받았고 어떻게 적응하며 살아왔는지 그 실상을 파헤치고 있다는 점에서 유사한 면은 있지만, 이는 공통의 역사적 사실을 소재로 하고 있는 데서 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 심리묘사 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 ... 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 눈속에서 헤매는 모습, 송월선생과 성암선생, 여자주인공의 직업과 러시아 의사와의 관계 설정, 1937년 강제이주의 상황묘사, 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 동일하거나 종속적인 관계에 있음을 인정하기 어려워 드라마 ‘까레이스키’가 소설 ‘텐산산맥’의 저작권을 침해하였다고 인정되지 않는다”고 판단하였다(대법원 2000. 10. 24. 선고, 99다10813 판결).

Q 34. 선배의 작곡발표회에서 연주를 약속하였다. 연주회장에 갔더니 기획사가 연주장면을 촬영하여 드라마에 삽입하겠다고 하여 거절하였다고, 드라마 제작사의 설득으로 얼굴이 노출되지 않는 것을 조건으로 승낙하였다. 나중에 드라마를 시청한 친구들로부터 연락을 받았고, 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, 그 이용으로 명예나 프라이버시가 침해되는 상황이라면 인격권으로서의 초상권이 문제가 되었다고 할 수 있다. 일반론으로 초상권은 재산권적 요소와 인격권적 요소를 가지고 있고, 그 재산권적 요소를 퍼블리시티권이라고 하는 것이다. 사안의 경우 드라마 제작사나 방송사가 연주자의 얼굴을 노출시켜 시청율을 끌어 올리고 그것을 광고 유치로 연결한 경우는 아니라고 판단되고, 연주자는 그러한 노출로 정신적인 불쾌감을 호소하고 있다고 이해된다.

실제로 연주회장에서 촬영한 장면을 본인들 동의 없이 드라마에 삽입하여 손해배상을 인정한 사례가 있었다.

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 김중학프로덕션에게 얼굴을 식별할 수 없도록 촬영할 것을 조건으로 연주장면에 대한 촬영을 승낙한 것인바, 피고 김중학프로덕션은 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 문화방송은 촬영된 장면이 삽입된 드라마를 방영함으로써 원고들의 초상권을 침해하였다고 함으로써 원고들이 입은 정신적 손해를 금전으로나마 배상할 책임이 있다”고 하였다(서울중앙지방법원 2006. 11. 29. 선고 2006가합36290 판결).

다만, 이 사건에서는 연주장면 분량이 7초 정도에 불과한 점, 방송에 나간 배경음악은 연주자들이 실제로 연주한 곡이 아닌 점, 연주자들의 항의를 받고 방송사는 즉시 인터넷상의 ‘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 액수는 크지 않았다.<sup>43)</sup>

한편, 외국 영화의 특징적인 장면이 국내 영화에서 ‘영화 속의 영화’로 이용되었으나 저작권 침해가 아니라고 판단된 사례를 소개한다.

43) 1심에서 인정한 위자료 액수는 연주자 1인에게 각 200만원이었다. 항소심인 서울고등법원 2008. 5. 27 선고 2007나11059 판결은 위자료 금액을 일부 상향하였고, 대법원에 상고하였으나 2008. 9. 11. 선고 2008다42201 심리불속행 판결로 확정되었다.

영화 <해피 에로 크리스마스>의 장면에 일본영화 <러브레터>의 주요장면 (주연배우 나카야마미호가 “오갱끼데스까”, “와다시와 갱끼데스”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, 인용부분이 영화 속의 영화로 표현되어 ‘인용저작물과 피인용저작물이 명료하게 구분’되고, 인용부분이 <해피 에로 크리스마스> 110분 중 30초 가량으로서 극히 일부이고, 영화 <러브레터>가 국내에서 흥행에 성공하였고, 인용된 부분은 <러브레터>의 가장 유명한 대사, 장면으로서 공중의 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 공중의 영역(public domain)에 근접해 있다는 부분은 논쟁거리가 될 만하다. 질적으로 가장 핵심적인 부분이 인용되었다면 그 자체로서 저작권 침해라는 판단도 가능하기 때문이다.

**Q 35. 설화(說話)를 소재로 만화를 출간하였다. 작가가 내 만화의 내용으로 뮤지컬을 만든 듯하다. 작가에게 연락하여 저작권을 침해하지 말라고 하였더니, 어차피 전래 설화를 소재로 한 것이니 저작권 침해가 아니라고 한다. 내 만화의 저작권을 보호받을 수 없는가?**

만화와 뮤지컬 대본 사이에서 ‘부분적·문언적 유사성’(fragmented literal similarity)이 인정되지 않는 한, 역사적 배경, 신화적 소재 등 아이디어가 동일하다고 하더라도, 캐릭터의 설정, 캐릭터 상호관계, 사건 전개 등이 상이하면 저작권 침해가 아니라는 판단을 받기가 쉽다. 저작권은 ‘아이디어’가 아닌 ‘표현’에 미치는 것이라는 아이디어/표현 2분법(idea/expression dichotomy)을 적용한다면, 설화는 그로부터 다양한 문화상품이 꽃 필 수 있는 아이디어 영역에 속한다. 따라서 동일한 설화를 소재로 한 두 작품 사이에 유사성이 발견된다고 하더라도, 그 유사성은 설화라는 아이디어가 동일한 데서 오는 유사성이거나 혹은 설화를 ‘공통의 原典’(common source)으로 하는데 따르는 표현의 유사성이라고 보아야 할 경우가 많을 것이다.

만화 <바람의 나라> 작가가 <태왕사신기> 시놉시스가 <바람의 나라>에 관한 저작권을 침해하였다

고 주장한 사건에서도 법원은 저작권 침해가 아니라고 판단하였다.

이 사건에서 만화작가는, 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(전개방식) 및 기타 에피소드’ 등을 차용하여, 〈바람의 나라〉와 포괄적·비문언적 유사성이 있는 〈태왕사신기〉를 발표함으로써 저작인격권 중 성명표시권 및 동일성유지권과 저작재산권인 2차적저작물작성권을 침해하였다고 주장하였다.

법원은, “‘실질적 유사성’과 관련하여서는, 원고와 피고의 저작물은 고구려라는 역사적 배경, 사신·부도·신시라는 신화적 소재, 영토확장이나 국가적 이상의 추구라는 주제 등 ‘아이디어’의 영역에 속하는 요소를 공통으로 할 뿐, 그 등장인물이나 주변인물과의 관계설정, 사건 전개 등 저작권에 의하여 보호받는 창작적인 표현형식에 있어서는 만화와 드라마 시놉시스에 내재하는 예술의 존재양식 및 표현기법의 차이를 감안하더라도 실질적으로 유사하지 않으므로 피고가 〈바람의 나라〉에 대한 저작권을 침해하였다고 볼 수 없다”고 판단하였다(서울중앙지방법원 2007. 7. 13. 선고 2006나16757 판결).

### Q 36. 저작권은 등록, 납본 등 방식을 거쳐야 발생하는 권리인가?

저작권은 창작과 동시에 발생한다(제10조 제2항). 저작인접권은, (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 저작인접권 발생은 ‘무방식주의’가 적용되고 있고, 권리의 발생에 등록 등 어떠한 별도의 방식을 요구하지 않는다. 무방식주의는 1908년 베른협약 개정을 위한 베를린회의에서 채택된 이래 저작권 제도의 기본원리가 되었다(베른협약 제5조 제2항 “그러한 권리의 향수와 행사는 어떠한 방식formality에 따를 것을 조건으로 하지 아니한다<sup>44)</sup>”). TRIPS 협정(제9조 제1항)과 WCT(제3조)는 베른협약 제5조 제2항을 준용하고 있고, WPPT 제20조도 무방식주의를 별도로 규정하고 있다.

대법원은 저작권법 제10조 제2항이 규정하는 무방식주의는 당사자 사이의 약정에 의하여 변경

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

할 수 없는 강행규정이라고 선언한 바 있다(1002, 12, 24, 자 92머677 결정).

우리 저작권법이 저작권 등록(제53조)과 권리변동 등록(제54조)에 대하여 규정하고 있지만, 그러한 등록을 하지 않았다고 하여 저작권이 발생하지 않는다거나 권리변동의 효력이 없다는 것은 아니다. 저작권이 창작과 동시에 발생한다는 원칙에는 변함이 없고, 저작권법은 등록을 한 경우 제한된 범위에서 효력을 인정하고 있을 뿐 진정한 권리자의 권리귀속에는 영향이 없는 것이다.<sup>45)</sup>

‘납본’, ‘기탁’ 등의 방식을 행정상의 의무로 하고 이에 대한 제재규정이 있다 하더라도 그러한 방식은 저작권 발생의 조건으로 해석되지 않는다. 그것이 저작권 발생의 조건이라면 무방식주의에 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 되어 있던 저작권 등록의무를 폐지하였다. 그러나, 미합중국 저작물(United States works; 미국에서 최초로 발행된 저작물 등 미국을 본국으로 하는 저작물)에 대하여 저작권 등록을 소송을 제기하기 위한 조건으로 규정하고 있고(제411조 (a)), (국내외 저작자를 가리지 않고) 법정손해배상과 변호사 비용을 청구하기 위해서는 저작권등록을 요구한다(제412조). 이 규정의 의미는, 저작권 등록을 하지 않았다 하더라도 실제 손해배상을 여전히 청구할 수 있는 것이고, 다만 저작권등록을 하게 되면 실제 손해배상 이상의 법정손해배상을 받을 수 있다는 것이다. 따라서 통상적인 권리행사 그 자체는 등록이라는 방식에 종속한다고는 할 수 없고, 방식에 의해 권리행사 선택폭이 넓어졌다고 해석한다.<sup>46)</sup>

### Q 37. 저작물에 표시하는 ©는 어떤 의미를 가지고 있는가?

미국은 1886년 베른협약 성립을 위한 논의에는 참여하였으나, 방식주의를 취하고 저작인격권을 인정하지 않는다는 이유로 베른협약 가입을 거절하였다. 베른협약이 득세하는 가운데 2차 대전 과정에 큰 활약을 하고 국제적 지위를 강화한 미국은 UNESCO를 앞세워 1952년 세계저작권협약(UCC; Universal Copyright Convention)을 성립시키고 1955년 가입하였다.<sup>47)</sup>

45) 최경수, 저작권법 개론, (한울, 2010), 520면. 이해완, 저작권법 (박영사, 2007), 235면.

46) 최경수, 같은 책, 520면.

47) Arpad Boughs, Universal Copyright Convention, 1958, New York, p. 27. 이상정, “저작권 제도의 회고와 전망”, 계간 저작권, (2009년 가을호), 11면에서 재인용.

© 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 체약국은, 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 복제물에 최초 발행시로부터 ©의 기호가 저작재산권자의 성명 및 최초의 발행연도와 더불어 저작권을 주장할 수 있는 적당한 방법과 위치에 표시되어 있는 한, 이러한 요구가 충족된 것으로 인정하여야 한다”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 체약국은 대부분 베른협약이나 TRIPS 협정 당사국이고 베른협약이나 TRIPS 협정은 무방식주의를 채택하고 있으므로 이제 ©표시는 역사적인 의미와 장식적인 기능 외에 실천적 의미는 잃었다고 하겠다.<sup>48)</sup>

한편, 로마협약은 음반에 대하여 ® 표시와 함께 발행연도, 음반제작자와 주요 실연자의 성명을 기재하는 것으로 국내법상의 방식을 충족하는 것으로 규정하고 있다(제11조). 이 또한 TRIPS 협정의 무방식주의로 인해 연혁적인 의미만 남았을 뿐이다.<sup>49)</sup>

### Q 38. 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 ‘권리변동 등록’(제54조)에 대하여 규정하고 있다.

저작자는 저작권 등록에 의하여 자신이 권리자라는 사실을 쉽게 입증할 수 있고, 이용자도 저작권 등록부를 확인하여 권리자를 쉽게 탐색할 수 있으므로 저작물 거래가 활발해진다. 저작권 변동등록은 거래의 안전을 확보하는데 도움을 준다.

저작권 등록의 효용은 정보사회에서 더욱 발휘된다. 디지털 환경에서 저작물에 대한 수요가 급

48) 최경수, 같은 책, 200면.

49) 최경수, 같은 책, 200면.

증하므로 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 해결하는데 크게 기여하게 될 것이다.<sup>50)</sup>

저작권 등록의 효과는 ‘권리 등록’과 ‘권리변동 등록’에서 달리 나타난다. 저작권등록에 의하여 ‘추정력’이 발생하고 권리변동 등록에 의하여 ‘대항력’이 발생하는 것이다.

권리등록은 저작권에 대한 등록을 말한다. 저작자는 ① 실명, 이명(공표 당시에 이명을 사용한 경우에 한한다), 국적 및 주소 또는 거소, ② 저작물의 제호, 종류 및 창작연월일, ③ 공표 여부, 맨 처음 공표된 국가 및 공표연월일, ④ 2차적저작물의 경우 원저작물의 제호 및 저작자, ⑤ 저작물이 공표된 경우에는 그 공표매체에 관한 정보, ⑥ 등록권리자가 2인 이상인 경우 각자의 지분에 관한 사항을 등록할 수 있다(제53조 및 시행령 제24조).

이렇게 권리 등록을 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.

권리변동 등록은 대항력을 확보하기 위한 등록방법이다. 저작권에 대한 권리를 등록하지 않으면 제3자에게 대항할 수 없는 것이다(제54조). ‘저작재산권의 양도 또는 처분제한’이나 ‘저작재산권을 목적으로 하는 질권의 설정·이전·변경·소멸 또는 처분제한’ 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 권리변동을 효력을 주장할 수 없다는 것이다. ‘제3자’란 등록의 흠결을 주장하는데 대하여 정당한 이익을 가지는 제3자를 말한다. 저작재산권의 2중양수인과 그로부터 저작물의 이용허락을 받은 자를 포함한다.<sup>51)</sup>

---

50) 최경수, 같은 책, 522면.

51) 최경수, 같은 책, 532면.

Q 39. 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. 수년전에는 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 거액을 합의금으로 긁어 모았다가 저작권허위등록죄 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 있고, 저작권등록부 허위등록죄는 친고죄로 운용되고 있지도 않다(제136조 제2항 제2호, 제140조 제2호).

한편 대법원은, 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 무죄판단을 하였다. 검찰의 상고에 대하여 대법원은 ‘가령 진정한 저작자로부터 동의를 받았다 하더라도’ 유죄라는 판단으로 파기환송 하였었다(대법원 2008. 9. 11. 선고 2006도4806 판결)

즉 대법원은, “구저작권법(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 저작권등록부의 중요한 기재사항으로서 그에 대한 사회적 신뢰를 보호할 필요성이 크다. 따라서 저작자의 성명 등의 허위등록에 있어서 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 강행규정에 해당한다(대법원 1992. 12. 24. 선

고 92다31309 판결). 저작자가 누구인지에 따라 저작재산권의 보호기간이 달라지기 때문에 공공의 이익에 미치는 영향도 중대한다. 이러한 점에서 진정한 저작자의 동의를 받았더라도 허위 등록죄의 성립에 영향이 없다는 위 판결의 판시는 당연한 것이다.<sup>52)</sup>

문화체육관광부장관은 등록된 사항이 확정판결에 의하여 허위등록임이 확인된 경우에는 등록을 말소하여야 한다(시행령 제31조 제1항).

**Q 40. 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 때에는 제22조의 규정에 의한 2차적저작물을 작성하여 이용할 권리는 포함되지 아니한 것으로 추정한다.

제3자의 저작물을 이용하기 위해서는 저작권자로부터 저작재산권을 양도받거나, 저작물의 이용 허락을 받아야 한다. 저작재산권은 전부 또는 일부를 양도할 수 있는 권리이다. 저작권은 “3년간 국내에서의 공연권”와 같이 시간적, 공간적으로 범위를 정하여 또한 저작재산권의 일부에 대하여서만 양도할 수도 있다. “현재 존재하는 일체의 매체 및 장래에 발생하는 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 전적으로 배제할 수는 없다.

저작권법은 특약이 없는 한 ‘2차적저작물작성권’은 양도되지 않은 것으로 추정한다. ‘2차적저작물작성권’을 특별히 취급하는 이유는 저작권자 보호를 위하여서이다. 저작물을 창작하는 경우 그 것이 최초에는 경제적으로 도움이 되지 못하다가 새로이 가공되어 2차적저작물의 형태로서 소득원이 되는 경우가 흔하다. 예를 들어 소설가가 소설을 창작하였다고 가정하자. 그 소설가가 어문 저작물로서의 ‘소설’에 대한 저작권을 출판사에 ‘양도’하였다면 소설가는 소설의 시장성에 대한 나름의 판단을 전제로 저작권 판매가격을 산정하였을 것이다. 만일 소설가가 헐값에 저작권을 양도하였고, 그 소설이 예상과 달리 폭발적으로 판매되었다고 하더라도, 소설가로서는 스스로 시장예측을 잘못하였으므로 크게 억울할 것이 없겠다.

52) 박성호, “2008년 지적재산권 판례연구”, 인권과 정의, (대한변호사협회, 2009/3), 214-215면.

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 예측하기가 지극히 어렵기 때문이다.

따라서 저작권자 보호를 위하여 ‘2차적저작물작성권’은 특약이 없는 한 저작권 양도시 함께 양도되지 않은 것으로 추정하는 것이다. 물론 양수인은 양도계약에서 “단, 2차적저작물작성권 포함” 등의 문구를 기재하여 양도의 효력이 ‘2차적저작물작성권’에까지 미치도록 의도하고, 그러한 문구는 특약으로 작용하는 것이다.

#### Q 41. 저작권 양도와 이용허락의 효력은 구체적으로 어떻게 다른 것인가?

##### 저작권법 제45조 【저작권재산권의 양도】

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

##### 제46조 【저작물의 이용허락】

- ① 저작재산권자는 다른 사람에게 그 저작물의 이용을 허락할 수 있다.
- ② 제1항의 규정에 따라 허락을 받은 자는 허락받은 이용방법 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.

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.

저작재산권자는 제3자에게 그 저작물의 이용을 허락할 수 있다. 저작물의 이용허락을 하였다 하더라도 저작재산권자의 저작재산권이 이용허락을 받은 사람에게 넘어가는 것이 아니다. 저작재산권의 귀속에는 변화가 없다.

문제는 저작권계약에서 저작재산권의 양도계약을 하였는지, 저작물 이용허락 계약을 하였는지 분명하지 않은 경우의 해석방법이다. 미국 법원은 이러한 경우 가급적 저작자에게 권리가 유보된 것으로 추정하는 ‘저작자에게 유리한 추정(presumption for author)’, ‘계약문안 작성자에게 불리한 추정(presumption against drafter)’, 거래관행이나 용례(trade custom and usage), 계약 당시의 당사자의 지식(parties' knowledge), 계약 후의 당사자의 행동(parties' conduct) 등 부수적 정황증거를 활용하지는 등의 판례를 만들어 왔고, 우리 법원도 같은 취지의 판단을 하고 있다.

우리 대법원도 저작권 양도계약인지, 저작물 이용허락계약인지 분명하지 않은 경우에는 ‘의심스러울 때는 저작권자의 이익으로’ 원칙을 적용하고 부수적 증거를 활용하여야 한다는 점을 분명히 하였다. 즉, “저작권에 관한 계약을 해석함에 있어 저작권 양도계약인지 이용허락계약인지 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 거래관행이나 당사자의 지식, 행동 등을 종합하여 해석함이 상당하다”고 판시한 것이다(대법원 1996. 7. 30. 선고 95다29130 판결).

#### Q 42. 단순 이용허락, 독점적 이용허락, 배타적 이용허락은 어떻게 구별되는가?

저작권법 제46조의 해석상 ‘이용허락’에는 ‘단순이용허락(비독점적 이용허락)’과 ‘독점적 이용허락’이 있다. ‘단순이용허락’은 저작권자(licensor)로부터 저작물을 이용할 수 있는 이용권을 얻은 경우로서, 저작권자는 다른 제3자에게 다시 단순이용허락을 할 수 있고 이에 대하여 licensee는 아무런 이익을 할 수 없다. ‘독점적 이용허락’은 licensor가 특정의 licensee에게만 이용허락을 하고 다시 다른 제3자에게 이용허락을 할 수 없는 관계이다. 만일 licensor가 다시 제3자에게 이용허락을 하였다면 licensee는 ‘licensor를 상대로’ 계약위반의 책임을 물을 수 있다. 원칙적으로 ‘이용허락’은 ‘독점적 이용허락’이라 하여도 채권계약에 불과하므로 licensee는 중첩적으로 이용허락을 받은 제3자에게 대하여 직접 손해배상을 청구하거나 중지청구를 할 권원을 가지고 있지 않다.

영미법상의 배타적 이용허락(exclusive license)에서는 licensee가 중지청구 등 실질적인 저작재산권자와 같은 권능을 행사할 수 있다. 미국저작권법상 ‘저작권의 이전(transfer of ownership)’은 ‘저작권 양도(assignment)’와 ‘독점적 이용허락(exclusive license)’을 포괄한다(미국 저작권법 제 101조).<sup>53)</sup> 따라서 우리 저작권법 제46조에 기초하는 ‘독점적 이용허락’과 미국 저작권법의 배타

53) § 101. Definitions

적 이용허락은 그 성질이 차이가 있다.

그런데 대법원은 ‘소리바다’ 가처분이의사건에서 독점적 이용권자에게 채권자대위권을 이용하여 제3자에 대한 중지청구를 인정한 바 있다(대법원 2007. 1. 25. 선고 2005다11626 판결). 독점적인 이용권자도 자신의 권리를 보전하기 위하여 필요한 범위 내에서 권리자를 대위하여 저작권법 제123조의 침해정지청구권을 행사할 수 있는 길이 열린 것이다.

민법 제404조 【채권자대위권】 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 허가없이 전항의 권리를 행사하지 못한다. 그러나 보전행위는 그러하지 아니하다.

단, 종래 우리 저작권법에서 인정하는 ‘출판권’과 컴퓨터 프로그램 배타적 발행권은 ‘배타적 이용허락’을 인정한 예이다. 그런데, 2011. 12. 2. 개정 저작권법은 ‘배타적 발행권’을 도입하여 ‘배타적 이용허락’의 적용범위를 확대하였다.

Q 43. 저작권법 개정으로 배타적발행권이 인정된다고 한다. 배타적 발행권은 어떠한 권리인가?

#### 가. 개정 배경

기존 저작물의 출판과 컴퓨터 프로그램에만 인정되던 배타적 권리를 다양한 저작물의 다른 형태의 발행 등에 대해서도 배타적 발행권을 설정할 수 있도록 할 필요가 있음

#### 나. 개정 내용

배타적 권리를 출판, 컴퓨터 프로그램 배타적 이용 외 다른 형태의 저작물 발행 등에도 인정하도록 그 근거 규정을 마련하되, 이 경우 발행의 범위를 전송까지 포괄하는 것으로 확대함(제57조 내지 62조)

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.

배타적발행권이란 기존의 발행(복제·배포)에 더하여 복제·전송할 권리를 포괄하여 설정할 수 있도록 한 것으로, 기존 프로그램저작물에만 적용되어 온 것을 전체 저작물로 확대한 것임.

프로그램 배타적발행권은 배타적 발생권의 한 유형이므로 이를 배타적발행권에 포섭하고, 출판권은 출판업계의 의견을 반영하여 설정에 대해서만 별도 특례를 유지(제63조, 제63조의 2)

\* 기존 출판권에 적용되었던 표지의무, 소멸 후 배포 등은 배타적 발행권의 내용을 포섭하고 출판권이 이를 준용하도록 함

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

기존 출판권 설정에 대하여는, 기존 출판권자의 권리 및 의무에 관한 규정을 모두 배타적 발행권 규정을 준용하도록 하고 있으므로 문제 없음

이미 출판계약에서 전자출판을 계약내용으로 포섭한 출판사는 ‘복제·전송할 권리’를 내용으로 하고 있는 한 배타적발행권의 도움을 받을 것. 기존의 계약에 전자출판에 관한 사상이 포함되어 있더라도 그것이 배타적발행권의 설정에 관한 것인지 단순히 출판허락에 관한 것인지에 대해서는 구별이 필요함

#### 다. 개정 효과

저작물 이용형태가 다양해짐에 따라 기존의 아날로그 출판 이외에 전자출판 등 다양한 이용형태에 대해서도 저작물 이용자가 배타적 발행권 설정을 통해 준물권적 지위를 확보함으로써 안정적인 사업을 영위할 수 있도록 함

#### Q 44. 고아저작물(orphan works)이 어떤 의미인가?

고아저작물이란 권리자를 알 수 없거나 찾을 수 없는 저작물을 말한다.

저작권은 창작과 동시에 발생하고, 어떠한 절차나 형식의 이행을 필요로 하지 않는다(제10조 제2항). 이러한 무방식주의는 저작권자에게 아무런 부담을 주지 않아서 간명한 것처럼 이해되지만 실제로 혼란을 야기하기도 한다. 저작물은 끊임없이 창작되지만 그 대부분은 창작 이후 거의 잊

혀 버리는 것이 현실이다. 저작물 중 보호기간 동안 계속하여 이용되는 비율은 2% 미만이라는 연구결과도 있다.

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

경우에 따라서는 ‘고아저작물’을 자신의 저작물로 저작권 등록을 하고 이를 사업에 이용하면서, 고아저작물을 이용하는 다른 이용자에게 자신이 진정한 저작권자인양 침해 주장을 하기도 한다.

**Q 45. 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?**

저작권법은 권리자 보호와 공정한 이용을 통한 문화의 향상발전을 목적으로 한다(제1조). 문화의 향상발전을 위하여는 창작된 저작물이 왕성하게 이용이 될 필요가 있다. 그런데, 저작권은 창작과 동시에 발생하고, 어떠한 절차나 형식의 이행을 필요로 하지 않는다(제10조 제2항). 이러한 무방식주의는 저작권자에게 아무런 부담을 주지 않아서 간명한 것처럼 이해되지만 실제로 혼란을 야기하기도 한다. 그 저작물을 이용하고자 하여도 저작자가 누구인지 찾을 수 없는 경우가 적지 않은 것이다. 그래서 저작권 등록을 홍보하기도 하고, 저작권법에는 저작물의 원본이나 복제물에 실명 또는 이명이 표시된 경우 저작자로 추정하지만(제8조) 실제로 저작권 등록이 되지 않고 저작자 추정 규정의 효력이 미치지 않는 경우가 적지 않다.

우리 저작권법은 ‘법정허락’이라는 이름으로 이러한 경우에 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(외

국민의 저작물을 제외한다)의 저작재산권자나 그의 거소를 알 수 없어 그 저작물의 이용허락을 받을 수 없는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 문화체육관광부장관의 승인을 얻은 후 문화체육관광부장관이 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 이의를 제기하는 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 문화체육관광부장관은 대통령령이 정하는 바에 따라 법정허락 내용을 정보통신망에 게시하여야 한다.

법정허락을 위해서는 몇 가지 요건이 필요하다.

첫째, 공표된 저작물에 한하여 허용되고 외국인의 저작물은 허용되지 않는다. 외국인 저작물은 해당하지 않는다는 규정은 2006년 저작권법 전면 개정시에 신설되었다. 저작재산권자 불명저작물 법정허락은 국제조약상의 근거가 없으므로 통상마찰을 염려하여서 배제한 것이다. 선진국의 창작물을 왕성하게 이용하고자 하는 개발도상국은 법정허락 제도의 확대에 관심이 있었으나 저작권 선진국은 법정허락 제도를 엄격히 적용하고자 하였다.

둘째, ‘상당한 노력’을 하여야 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 대리중개업자 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 시스템”<sup>54)</sup>에 공고한 날로부터 10일이 지날 것(제18조 제1항).

54) 제73조(저작물의 공정한 이용을 위한 사업) ① 법 제134조제1항에서 “저작물의 공정한 이용을 도모하기 위하여 필요한 사업”이란 다음 각 호의 사업을 말한다.(개정 2008.2.29, 2012.4.12)

1. 보호기간이 끝난 저작물등에 대한 정보제공 등을 위하여 필요한 사업
2. 공공기관 저작물의 공동활용체계 구축사업
3. 표준계약서 개발 등 이용허락제도 개선을 위한 사업
4. 저작물의 공정이용기준 마련을 위한 지침 제정 및 권장사업
5. 저작물등에 대한 이용허락표시제도 활성화 사업
6. 권리자가 불명인 저작물등의 이용 활성화를 위한 저작물등의 권리자 찾기 사업

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

#### Q 46. 나의 저작물을 공연제작사가 ‘저작권재산권자 불명 법정허락’에 의하여 이용하고 있다면 나는 어떻게 권리주장을 할 수 있는가?

저작권재산권자 불명의 경우 이용을 희망하는 사람은 문화체육관광부장관이 정하는 기준에 의한 보상금을 공탁하고 그 저작물을 이용할 수 있다(제50조 제2항). 현재 저작권법에 문화체육관광부장관이 정하는 보상금 기준은 존재하지 않는다. 일본 저작권법은 ‘통상의 사용료액 상당액’을 기준으로 제시하고 있는데(제67조 제1항), 실제로 한국저작권위원회도 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 표시하여야 한다(제50조 제3항). 문화체육관광부장관은 법정허락 내용을 정보통신망에 게시하여야 한다(제50조 제4항).

법정허락에 의하여 승인 이전의 침해행위에 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.

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

우리나라에서는 저작재산권자 불명의 법정허락 제도가 주로 ‘영화제’와 관련하여 이용되고 있다.

7. 그 밖에 문화체육관광부장관이 저작물의 공정한 이용을 위하여 필요하다고 인정하는 사업  
 ② 문화체육관광부장관은 제1항제6호에 따른 사업을 효율적으로 수행하기 위하여 권리자가 불명인 저작물등의 권리자 찾기 정보시스템을 구축·운영할 수 있다.(신설 2012.4.12)  
 [제목개정 2009.7.22]

‘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. 따라서 저작재산권자는 특정이 되면서도 그 의 거소를 알 수 없는 경우에 해당하는 것이다.

Q 47. 장애인의 날에 맞추어 장애인 이동권을 주제로 하는 이벤트를 준비하고 있다. 주제음악을 조용필이 부른 〈여행을 떠나요〉로 정하고, 그 악곡을 사용하되 가사는 바꾸려고 한다. 한국음악저작권협회는 음악저작물은 ‘공동저작물’이므로 연주부분의 작곡과 노랫말은 불가분의 관계이므로 노랫말을 사용하지 않더라도 가사 사용료를 지급하라고 한다. 한국음악저작권협회의 주장은 타당한가?

공동저작물은 ‘2인 이상이 공동으로 창작한 저작물로서 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 것’을 말한다(제1조 제21호). 공동저작물의 저작재산권은 그 저작재산권자 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 들어내고 ‘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.

한국음악저작권협회는 작사가와 작곡가를 회원으로 하는 신탁관리단체이고, 저작권료를 가능한 많이 징수하여 회원에게 분배액을 높여야 할 의무가 있으므로 가요를 공동저작물이라고 주장할 법하다. 그러나, 가요에 대하여는 악곡만을 이용한 ‘경음악연주’ 카세트테이프가 발매되어 왔고, 유명 작사가의 가사집이 단행본으로 발간된 예도 있었듯이 가요의 분리이용은 가능한 것으로 보인다. 그렇다면 가요의 저작권법적 성격은 결합저작물로 해석된다.

이렇게 해석하면 선거철에 선거캠프에서 인기가요의 가사만 바꾸어 후보자를 위한 선거 로고송을 만드는 경우에도 작사자의 동의가 필요 없다는 결론이 된다. 물론 공동저작물로 파악한다면 작사자의 동의가 당연히 필요하다.

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;).

**Q 48. 월북 작가의 작품으로 공연을 제작하려고 한다. 북한저작물도 보호된다고 하는데 그렇다면 어떻게 권리처리를 할 수 있는가?**

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

〈이조실록번역본〉 사건에서 법원은, ‘대한민국의 주권은 헌법상 북한지역에까지 미치는 것이므로 북한이 세계저작권협약에 가입하지 않았다 하더라도 북한 저작물은 상호주의에 관계없이 우리 저작권법상의 보호를 받는다’고 하면서, 제3자가 〈이조실록〉을 번역한 북한 사회과학원 민족고전연구소와의 사이에 〈이조실록번역본〉에 대하여 남한에서 10년간 독점적으로 복제, 배포할 출판권을 설정 받는 내용의 출판권설정계약을 체결하였다는 사실을 알면서 번역본을 무단 복제, 배포한 사람에게 유죄판결을 한 바 있다(서울지방법원 1996. 9. 12. 선고 96노 3819 판결). 월북작가 박태원의 소설 〈갑오농민전쟁〉을 출판한 출판업자를 상대로 남한에 살고 있던 박태원의 유족이 저작권법 위반 혐의로 형사고소를 제기하여 유죄판결을 받아낸 경우도 있었다(서울형사지방법원 1989. 12. 12. 선고 89고단4609 판결)

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 교류협력을 실시하도록 되어 있고, 그 ‘부속합의서’에서는 남과 북이 상대측의 각종 저작물에 대한 권리를 보호하기 위한 조치를 취하기로 합의하였다. 현재 남북경제문화협력재단이 북한저작물의 저작권 이용허락을 대행하고 있다. 남북경제문화협력재단은 북한당국과의 저작권 문제 교류협력 사업을 통하여 일부 북한저작물에 대한 관리위임을 받았다. 북한은 일반적으로 작가나 예술가들이 정부기관에 속하여 월급을 받고 있어 창작자 개인이 저작권을 전부 행사하는 경우는 드물다고 한다. 남북경제문화협력재단은 북한 내각 산하 저작권 사무국의 공증확인서와 저작권자의 승인을 받아 저작물의 이용허락을 지원하고 있는데, 북한 당국의 승인을 받으면 저작권 문제는 일단 해결되고, 우리나라 통일부의 반입승인에 의하여 합법적으로 북한저작물

을 이용하게 되는 것이다.<sup>55)</sup>

2007년 무용가 최승희의 장구춤 ‘독무’와 부채춤 ‘군무’를 촬영한 영상저작물이 국내에서는 저작자 본인의 권리로 등록된 북한저작물 첫 사례로 인정되었다. 통일부 국정감사 자료에 따르면 2005년부터 3년간 북한측에 지급한 저작권료가 56만 달러를 넘었다고 한다.<sup>56)</sup>

Q 49. 미국, 유럽 시장까지도 고려한 비언어극을 기획하고 있다. 갤러리를 중심 무대로 하고 있어 미술작품이 배경화면에 자주 등장하고, 그에 맞는 음악을 사용할 계획이다. 외국 예술가들의 미술품, 음악을 사용하는 경우 그 보호기간과 사이에서 문제는 없는가?

저작권의 보호기간은 길어지는 추세이다.

베른협약은 1908년 베를린 개정에서 유보(reservation) 기능을 전제로 사후 50년 기준을 채택하였다가 1948년 50년 기준을 의무화하였다. 베른협약이 저작자 사후 30년 기준을 적용하다가 1908년 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.<sup>57)</sup>

가장 먼저 저작권 보호기간을 사후 70년으로 늘린 나라는 독일이다. 이들은 세계 대전을 두 번이나 거치면서 자국 예술가들이 저작권 행사를 못하는 기간이 길었다는 이유로 사후 70년 기준을 택한다고 하였고, 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 대세가 된 듯하다.

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

55) 김규화·이재근, 신문과 저작권, (문화체육관광부·저작권위원회, 2010), 36면.

56) 같은 곳.

57) 임원선, 제3판 저작권법, (한국저작권위원회, 2012), 189면.

저작자 사후 50년을 보호기간으로 하던 시기에는 해외 진출하는 저작물의 경우에는 사후 70년 규정과 사이에서 충돌이 우려되었다. 사후 50년이 경과한 저작물은 이미 ‘공공의 영역’(public domain)에 있으므로 국내 사용에 아무런 부담이 없었으나, 외국 저작물이 미국이나 유럽연합 국가에서 이용될 예정이라면 사정이 달랐다. 우리 공연물이라고 하여도 외국 저작물이 외국에서 이용되는 경우에는 저작권 침해 여부는 해당국가의 저작권법에 의하여 판단하게 되기 때문이다. 이제 우리 저작권법이 저작자 사후 70년 기준을 적용하고 있으므로 이러한 문제는 해소되었다. 오히려 해당 국가의 저작권법이 사후 70년 기준을 충족하지 못한다면, 상호주의에 따라 해당 국가의 저작권이 규정하는 보호기간에 맞추어 해당 저작물에 대하여 짧은 기간의 보호만을 하여도 아무런 문제가 없다(제3조 4항).

**Q 50. 프랑스 화가 르노와르의 작품을 TV 광고에서 사용하는 것을 보았다. LG는 영화 저작물에 자사의 제품을 배치하기도 하였다. 그렇다면 무대 미술에 르노와르의 작품을 이용하여도 되는가?**

널리 알려진 명화를 상업광고에 사용하는 방식은 LG가 처음으로 구상한 것이 아니다. 외국 기업이 이미 이러한 형태로 광고를 하여 상당한 효과를 본 일이 있었다.

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

한편 명화저작물에 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(제14조 제1항 저작인격권은 저작자 일신에 전속한다). 일신전속성이란 非양도성·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 인정되는 경우에는 문제가 되지 않는다(제14조 제2항). 그렇다면 작품 속에 특정기업의 제품을 배치하고, 작품 내 인물의 이미지를 변형하는 등의 행위가 있었다 하더라도 사회통념상 저작자의 명예를 훼손하는 정도의 저작인격권 침해라고 단정하기는 어려울 것이다.

한편, ‘르노와르’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 저작물이라 하여도 그것을 원형대로 이용하지 않는 경우에는 저작인격권 침해 문제가 발생할 여지가 많을 것으로 이해된다.

Q 51. 연극 대본에 ‘원작’이라고 표시된 경우와 ‘원안’이라고 표시된 경우가 있다. 이 두 가지 표시에 어떤 차이가 있는가?

통상 ‘원작’은 2차적저작물 창작의 근거가 된 original을 의미한다. 그 원작을 기초로 하여 2차적 저작물로서 새로운 저작물이 창작되는 상황이므로, 원작자는 배타적 권리인 ‘2차적저작물작성권’에 기초하여 새로운 저작물의 창작을 금지할 수도 있고, 상응한 보상을 요구할 수도 있는 것이다. 원작에 기초한 2차적저작물은 원작자의 동의가 없었다하더라도 새로운 저작물로 취급되기는 한다. 물론 원작자의 동의를 얻지 않은 행위에 대한 법률적 책임을 져야하는 것은 물론이다. 원작자의 동의 여부에 관계없이 2차적저작물을 창작한 저작자에게 귀속되는 권리는 자신이 부가한 창작적 부분에 한한다.

‘원안’이란 새로운 저작물을 창작하는데 아이디어 영역의 영감을 주기는 하였으나 구체적 표현의 창작에 기여한 바는 없는 관계를 의미한다. 따라서 ‘원안자’와 새로운 저작자의 관계는 배타적 권리가 작용하지 않는다. 원안자는 새로운 저작자에 대하여 중지청구권(제123조)을 행사하거나, 저작재산권 침해를 전제로 하는 손해배상 청구(제125조, 126조)를 할 수는 없다. 저작권 침해를 이유로 하는 형사처벌을 구할 수도 없다(제136조).

그러나 새로운 저작자가 이용한 ‘원안’이 ‘보호할 만한 가치가 있는 아이디어’라면 아이디어 침해를 이유로 하는 손해배상 청구가 가능할 것이고, 대체로 그러한 침해는 위자료 청구의 형태로 나타나게 될 것이다.

아이디어 침해의 경우 모든 아이디어 침해가 손해배상의 대상이 되는 것은 아니다. 아이디어 중에도 누구나 이용하도록 허용하여야 하는 사소한 아이디어와 아이디어를 생각해 낸 사람의 권리로 보호하여야 할 특징 있는 아이디어를 구별하여, 특징 있는 아이디어의 경우 손해배상의 대상으로 하여야 하는 것이다.

영문 크레딧에서는 “based on OOO”(원작), “inspired by OOO”(원안)으로 구별한다.

▶ 2일차

제1강  
공연제작을 위한 저작권

강사 이 양 희  
(국립중앙극장 공연기획팀장)

## 공연제작을 위한 저작권

### 1. 연극저작물 이용에 필요한 몇 가지 전제

#### 1) 공연은 ‘결합저작물’ 이다

- 우리나라 법원은 공연(연극저작물)은 개별저작물들이 결합된 ‘결합저작물’로 파악
- 공연이 ‘제작자의 기획과 연출자의 전체적인 조율 및 지휘·감독 아래 단일한 제목의 작품으로 공연되어 외관상 하나의 작품으로 인식되지만’, 그 제작·공연에 참여한 사람들 이 창작에 이바지한 부분을 분리하여 사용할 수 있는 특성을 가짐
- 공연은 대본, 음악, 안무, 의상, 조명 등 하나의 공연작품을 이루는 각각의 요소가 저작권을 지닌, **저작물의 집합체**

(뮤지컬 ‘사랑은 비를 타고’ 공연금지가처분사건에 관한 대법원 2005.10.4.자 2004마639 결정 참고)

※ ‘영상저작물에 관한 특례규정’

영화, 드라마의 경우 소재인 각본, 음악 등과 별개의 저작물로서 영상저작물을 보호. 별도의 특약이 없는 한 영상제작자가 그 영상저작물의 이용에 필요한 권리를 양도받은 것으로 추정하여 자유로이 이용할 수 있도록 하고 있음.

단, 이 경우에도 제작에 사용되는 소설, 각본, 음악저작물 등의 저작재산권은 별개로 보호

#### 2) 저작자의 권리

- 저작권 : 저작권법이 보호대상으로 정하고 있는 저작물을 창작한 사람이 자신의 창작물을 다른 사람이 복제, 공연, 전시, 방송 또는 전송하는 등 저작권법이 정하고 있는 일정한 방식으로 이용하는 것을 허락하거나 금지할 수 있는 권리
- 저작권의 보호대상, 권리 행사 방식 및 범위 등은 저작권법에 따라 결정  
저작재산권과 저작인격권

## [저작자의 권리]

저작권법상 권리		관련법조항
저작 인 격 권	공표권	제11조(공표권) ①저작자는 그의 저작물을 공표하거나 공표하지 아니할 것을 결정할 권리를 가진다.
	성명표시권	제12조(성명표시권) ①저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물에 또는 저작물의 공표 매체에 그의 실명 또는 이명을 표시할 권리를 가진다.
	동일성유지권	제13조(동일성유지권) ①저작자는 그의 저작물의 내용·형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리를 가진다.
저작 재 산 권	복제권	제16조(복제권) 저작자는 그의 저작물을 복제할 권리를 가진다. 제2조(정의) 22. ‘복제’는 인쇄·사진촬영·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것을 말하며, 건축물의 경우에는 그 건축을 위한 모형 또는 설계도서에 따라 이를 시공하는 것을 포함한다.
	공연권	제17조(공연권) 저작자는 그의 저작물을 공연할 권리를 가진다. 제2조(정의) 3. ‘공연’은 저작물 또는 실연·음반·방송을 상연·연주·가창·구연·낭독·상영·재생 그 밖의 방법으로 공중에게 공개하는 것을 말하며, 동일인의 점유에 속하는 연결된 장소 안에서 이루어지는 송신(전송을 제외한다)을 포함한다
	공중송신권	제2조(정의) 7. ‘공중송신’은 저작물, 실연·음반·방송 또는 데이터베이스(이하 “저작물등”이라 한다)를 공중이 수신하거나 접근하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것을 말한다.
	전시권	제19조(전시권) 저작자는 미술저작물 등의 원본이나 그 복제물을 전시할 권리를 가진다.
	배포권	제20조(배포권) 저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물을 배포할 권리를 가진다. 다만, 저작물의 원본이나 그 복제물이 해당 저작재산권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 경우에는 그러하지 아니하다. 제2조(정의) 23. “배포”는 저작물등의 원본 또는 그 복제물을 공중에게 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여하는 것을 말한다.
	대여권	제21조(대여권) 제20조 단서에도 불구하고 저작자는 판매용 음반이나 판매용 프로그램을 영리를 목적으로 대여할 권리를 가진다.
	2차적저작물작성권	제22조(2차적저작물작성권) 저작자는 그의 저작물을 원저작물로 하는 2차적저작물을 작성하여 이용할 권리를 가진다.

### 3) 저작권 이용방법 : ‘양도와 이용허락’

- 저작권법 제45조 【저작권재산권의 양도】
  - ① 저작재산권은 전부 또는 일부를 양도할 수 있다.
  - ② 저작재산권의 전부를 양도하는 경우에 특약이 없는 때에는 제22조에 따른 2차적저작물을 작성하여 이용할 권리는 포함되지 아니한 것으로 추정한다. 다만, 프로그램의 경우 특약이 없는 한 2차적저작물작성권도 함께 양도된 것으로 추정한다.
- 저작권법 제46조 【저작물의 이용허락】
  - ① 저작재산권자는 다른 사람에게 그 저작물의 이용을 허락할 수 있다.
  - ② 제1항의 규정에 따라 허락을 받은 자는 허락받은 이용방법 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.

## 2. 저작물의 이용 : 우리나라 저작물을 중심으로

### 1) 대본의 확보 방법

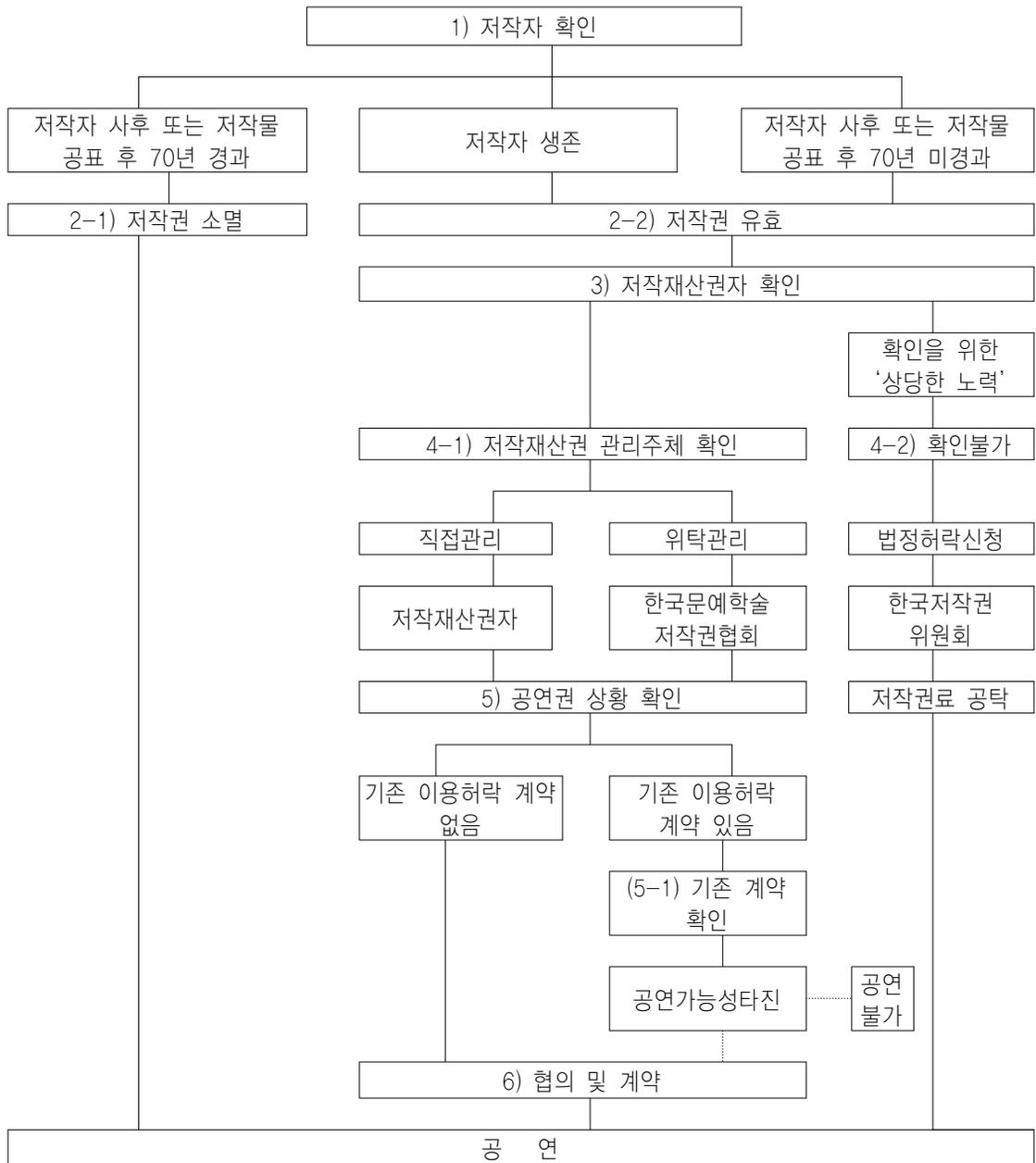
- ① 새로운 작품을 창작
- ② 직접적 이용 : 희곡, 뮤지컬 대본 등 이미 특정 장르의 공연을 위해 집필된 작품 사용
- ③ 간접적 이용 : 소설이나 영화시나리오 등 타 장르 작품을 공연용 대본으로 각색

### ● 직접적 이용 : 공표된 공연대본

#### 가. 저작자 확인

- 작가가 누구인가?
- 작가 1인이 독자적으로 저작 혹은 2인 이상 공동으로 창작 여부 확인
- 작가 생존 여부 확인
- 사망했다면 사망시점은 언제인가? (사후 70년경과 여부)

〈우리나라 공표 저작물(공연대본) 이용허락 절차〉



나. 저작권의 소멸

- 저작재산권
  - 저작자 사망 후 70년이 지나면 소멸

- 작가 사후 공표 저작물이라 할지라도 사후 70년의 기준이 동일하게 적용
- 저작자가 2인 이상인 공동저작물 : 공동저작자들 중 가장 늦게 사망한 작가의 사망시점을 기준으로 적용
- 저작자가 누구인지 알 수 없는 저작재산권은 공표된 시점으로부터 70년을 보호. 기간 중 저작자가 밝혀지면 마찬가지로 저작자 사후 70년 후 소멸
- 저작재산권자가 상속인 없이 사망하거나, 저작재산권을 소유한 법인이나 단체가 해산되어 법률 규정에 따라 국가에 귀속된 경우에는 작가 사망 후 50년이 지나지 않았더라도 저작재산권은 소멸

※ 저작권 보호기간의 변경 : 2013년 7월 1일부터 시행  
 : 2011년 7월 한-EU FTA 발효에 맞춰 저작권법 개정, 2년의 유예기간을 가진 후 기존 50년에서 70년으로 변경, 시행됨

- 저작인격권
  - ‘일신전속성’
  - 저작재산권처럼 상속되지 않고 저작자사망과 함께 소멸

#### 다. 저작재산권자의 확인

- 저작재산권의 소유자
  - 저작자 본인
  - 저작자 사망 후 유족 혹은 권리를 이전 받은 제 3자 혹은 단체
  - 계약 등에 따라 저작물의 저작재산권을 양도받은 자 혹은 단체
- ☞ 저작권찾기 사이트([www.right4me.or.kr](http://www.right4me.or.kr))  
 : 저작재산권자 및 신탁여부 등 저작권 권리정보 조회 사이트
- 업무상 저작물의 저작권 : 업무상 저작물
  - 창작자가 제작사나 공연단체의 근로자로서 창작 작업을 하는 경우 저작권 귀속에 관한 원칙인 창작자주의의 예외를 인정받는 업무상 저작물로 간주
  - 해당 저작물에 대한 저작인격권 및 저작재산권은 저작물을 창작한 개인이 아니라 제작사나 공연단체에게 귀속
  - 법인·단체 그 밖의 사용자가 저작물의 작성을 기획, “법인등”의 업무에 종사하는 이가 그 업무로서 저작물을 창작, 계약이나 근무규칙에 저작권에 관한 별도 특약이 없을 것, 회사나 단체의 명의로 저작물을 공표

## 라. 저작재산권 관리 주체의 확인

- 저작권자가 직접 관리
- 위탁관리
  - 저작재산권자, 저작인접권자, 출판권자 또는 데이터베이스 제작자 등 저작권법상 보호되는 권리를 가진 자를 위하여 권리를 대리·중개 또는 신탁 관리하는 것
  - 저작권신탁단체 관리 신탁 혹은 대리 중개
- ※ 저작권 위탁관리업
  - 저작권신탁관리업
    - : 권리자로부터 권리를 신탁받아 권리자를 대신하여 저작물의 이용허락과 저작물의 사용료를 징수하고, 그 사용료에서 일정 수수료를 공제한 후 수익자에게 분배하는 업무.
    - : 저작재산권을 인별 포괄신탁
  - 저작권대리중개업
    - : 저작물이나 저작인접물의 이용에 관한 계약을 할 때, 권리자와 이용자의 중간에서 계약을 알선 및 중개하는 중개업무와 권리자의 대리인으로서, 해당 저작물 또는 저작인접물의 이용을 계약해 주고 대가를 수령하여 권리자에게 지급해 주는 대리업무를 수행

## [우리나라 저작권신탁관리단체 현황]

구분	단체명	주요 관리대상
음악	한국음악저작권협회	음악저작물의 공연권, 방송권, 복제권, 전송권
	한국음악실연자연협회	음악 실연자의 저작인접권
	한국음원제작자협회	온라인상 음반 콘텐츠 저작권
영상	한국방송실연자협회	탤런트, 성우 등 방송 실연자의 저작인접권
	한국영상산업협회	영화콘텐츠 비디오, DVD 등의 공연권
	한국영화제작가협회	영화콘텐츠 복제, 전송권
어문	한국방송작가협회	방송대본의 방송권, 복제권, 배포권, 전송권, 2차저작물 작성권 관리
	한국문예학술저작권협회	어문저작물 복제권, 배포권, 전송권, 2차저작물 방송권
	한국복사전송권협회	복사 전송권
	한국시나리오작가협회	영화 등 시나리오 저작권
공공 및 언론	한국문화콘텐츠진흥원	공공기관의 디지털 콘텐츠 저작권
	한국언론진흥재단	뉴스 저작권

다. 저작재산권자 확인 및 연락 불가

○ 법정허락

- 공연권 이용허락을 위해 상당한 노력을 기울였음에도 불구하고 저작재산권자나 그의 거소를 찾기 어려울 때 이용
- 한국저작권위원회에 저작물이용신청서를 제출하고 절차에 따라 저작물 이용료를 공탁한 후 해당 저작물을 이용
- 저작권자를 찾고 접촉하기 위해 법적으로 인정받을 정도의 ‘상당한 노력’이 반드시 선행되어야만 함
- 우리나라 저작물에만 해당. 외국인 저작물에는 적용되지 않음

☞ 저작권법 시행령 제18조(상당한 노력의 기준)  
 법 제50조제1항에서 "대통령령이 정하는 기준에 해당하는 상당한 노력"이란 다음 각 호의 요건을 모두 충족하는 것을 말한다.

1. 해당 저작물을 취급하는 법 제105조제1항에 따른 저작권신탁관리업자(해당 저작물이 속하는 분야의 저작물을 취급하는 저작권신탁관리업자가 없는 경우에는 법 제105조제1항에 따른 저작권대리중개업자 또는 해당 저작물에 대한 이용을 허락받은 사실이 있는 이용자 중 2명 이상)에게 저작재산권자의 성명 또는 명칭, 주소 또는 거소를 조회하는 확정일자 있는 문서를 보냈으나 이를 알 수 없다는 회신을 받거나 문서를 발송한 날부터 1개월이 지났는데도 회신이 없을 것
2. 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제9조제1항에 따라 보급지역을 전국으로 하여 등록한 일반일간신문 또는 문화체육관광부와 법 제112조에 따른 한국저작권위원회(이하 "위원회"라 한다)의 인터넷 홈페이지에 문화체육관광부령으로 정하는 바에 따라 제1호에 따른 조회 사항 등을 공고한 날부터 10일이 지났을 것

바. 공연권 상황 확인

- 기존 이용허락 없음 → 저작권 이용허락 협의
- 이미 타 공연을 위해 이용이 허락된 경우
  - 공연권 이용허락기간
  - 배타적이고 독점적인 권리 허용 여부
  - 계약을 체결한 제작자의 실제 공연계획

※ 공연권 이용허락기간

- 단발성 개별 공연 건에 대한 이용허락
- 작가와 제작사가 공동으로 작품을 개발한 경우
  - : 제작사 측에 독점적인 공연권 이용을 일정기간 (보통 5년 정도이나 제작비가 많이 투입되는 경우 10년까지) 보장
  - : 공연권 계약기간 종료 시 우선협상권(right of first negotiation)
- 대본공모 등에서 수상한 대본 : 대본공모 주최 측에 대본에 대한 공연권이 일정기간 동안(통상 3~5년) 귀속

## 사. 협의 및 계약

## ○ 저작권 이용허락 협의 시 주요 확인사항

확인사항		내 용	
(1) 저 작 재 산 권	①저작권료	지급방식	- 정액 : 일정 공연기간 전체, 회당 일정액 - 비율 : 공연수입의 일정비율
		지급시기	- 계약 시와 공연종료 후로 나누어 지급 - 선금금(계약금)+ 월별 혹은 분기별 지급
	②계약기간과 공연기간	저작물의 이용허락 기간	
	③이용범위	독점적 이용허락 계약 vs. 단순이용허락 계약	
④2차적저작물	공연 제작 후 파생되는 공연이외의 2차적저작물의 작성에 대한 권한		
인 격 적 저 작 권	성명의 표시	저작자명 표기 방식 및 범위	
	동일성유지	저작물의 내용 및 형식, 제목의 동일성 유지 저작자의 서면 동의가 없는 한 임의변경 불가	

## 2) 간접적 이용

## 가. 각색을 위한 저작물 확인

## ○ 원저작물의 확인

- 영상저작물(영화, 드라마 등), 출판물(소설, 만화 등), 연극저작물(뮤지컬, 연극, 오페라 등) 등
- 공연화를 위해 필요한 것은 이 결과물들의 텍스트, 즉, 시나리오, 드라마 대본, 소설, 오페라 대본 등의 어문저작물
- 만화, 소설 등의 원작을 각색하여 영상화한 영화, 드라마

: 공연화하고자 하는 작품의 시나리오 저작권 및 원작에 대한 저작권 모두에 대한 이용허락

## ○ 저작자 확인

## 나. 간접적 이용 : 타 장르 어문저작물

## ○ 이용 방식

- 원작으로 하여 공연대본으로 각색(based on)
- 모티브만을 얻어 새로운 작품으로 쓰는 경우(inspired by)

○ 타 장르 저작물의 이용 시 고려할 것

- 저작권의 이용 : 2차적저작물 작성권(공연화권)에 대한 이용허락 등
- 새로운 저작권의 발생 : 새롭게 발생하는 2차적저작물로서의 공연대본의 저작권

다. 저작권 관련 확인사항 : 각색

○ 저작재산권

- 공연화권 상황 확인 : 원저작물의 2차적저작물 작성권, 즉 공연화권과 관련한 상황 파악
- 공연화권이 자유로운 상황: 저작권과 관련한 협의를 진행하고 계약을 체결하여 이용허락 득
- 타 제작자에게 ‘공연화’가 허락된 상황 : 계약 존속기간과 공연기간, 독점적 이용허락 여부, 이용허락 범위 확인

○ 저작인격권

- 성명표시권 : 원저작자의 이름을 표시하는 방식과 범위에 대해 정리
- 동일성유지권 : 원저작물의 본질적 내용을 유지하는 것에 초점을 맞추어 동일성 유지의 기준을 설정. 객관적 기준이 상당히 모호하므로, 공연화 과정에서 원작자와의 지속적인 의사소통과 협의를 통해 사전에 조정하는 것이 중요

○ 각색에 따른 저작권 발생

각색된 공연대본은 원저작물을 토대로 창작성을 더하여 만든 2차적저작물로서 저작권법에 따라 독자적 저작물로 보호

☞ 저작권법 제5조 (2차적저작물)

①원저작물을 번역·편곡·변형·각색·영상제작 그 밖의 방법으로 작성한 창작물(이하 “2차적 저작물”이라 한다)은 독자적인 저작물로서 보호된다.

○ 2차적저작물로의 인정여부

- 원저작물의 성립요건으로서의 창작성 기준보다 높은 수준의 새로운 창작성이 요구
- 원저작물의 단순 각색이 아니라 원저작물을 바탕으로 하되 이와 별개의 공연대본 자체로서 독창적 형식과 높은 완성도를 갖추어야 함
- ‘새로운 창작성’을 가늠하는 잣대의 모호성으로 인해 공연대본 자체가 원저작물에 많은 부분을 기대어 있다면 논란이 발생.

ex.) 소설을 희곡으로 각색시 소설의 에피소드를 연극의 장르적 특성에 따라 단순 전환, 나열

### 3. 해외 저작물의 이용

- 해외저작물
  - 대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호
  - 보호되는 외국인의 저작물이라 하더라도 그 외국에서 대한민국 국민의 저작물을 보호하지 않는 경우에는 그에 상응하게 조약 및 저작권법에 따른 보호 제한 가능
  - 세계저작권협약(Universal Copyright Convention), 베른협약(Berne Convention), 세계무역기구무역관련지적재산권협정(WTO/TRIPs), WIPO저작권조약(WIPO Copyright Treaty), WIPO실연음반조약(WIPO Performances and Phonograms Treaty) 등 가입
- 외국인의 저작물
  - 우리나라가 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호
  - 우리나라에 상주하는 외국인의 저작물과 맨 처음 우리나라에서 공표된 외국인의 저작물 → 우리나라 저작권법 적용
  - 보호되는 외국인의 저작물이라 하더라도 그 외국에서 우리나라 국민의 저작물을 보호하지 않는 경우에는 그에 상응하게 조약 또는 저작권법에 따른 보호 제한 가능(상호주의)

#### 1) 저작자 확인

- 작가가 누구인가?
- 작가 1인이 독자적으로 저작 혹은 2인 이상 공동으로 창작
- 작가 생존 여부 확인
- 사망했다면 사망시점은 언제인가?

#### 2) 저작재산권자 및 관리주체 확인

- 저작권자가 직접 저작권을 관리하는 경우보다는 에이전시에 위임하여 저작권 관리를 대행하는 것이 보편적
- 저작권의 관리나 보호가 아직 정착되지 않은 국가의 작가들의 경우 에이전시에 의한 저작권 대리나 중개가 활성화되어 있지 않거나, 대행을 하지 않고 저작권자가 직접 관리하는 경우도 많음

※ 해외저작물의 저작권 위탁관리

- 영미나 유럽, 일본의 경우 우리나라의 신탁관리단체와 같은 형태보다는 다양한 저작권대리 중개업자(에이전시)를 통한 위탁관리가 보편화
- 에이전시는 개별 권리자들로부터 관리를 위임받아 권리자의 대리자로서 국내외 이용자와 저작물과 관련한 협상을 진행하고 계약을 체결하며, 저작권료를 징수하여 원작자에게 지급하는 모든 과정을 책임질 뿐만 아니라, 저작물을 판매하기 위한 프로모터로서의 역할을 수행
- 에이전시들은 저작권자로부터 위임받은 업무를 효율적으로 진행하기 위해 권역별로 지사를 두거나 혹은 지역에 기반을 둔 별도의 에이전시 혹은 에이전트와 저작권 관리업무에 대한 계약을 맺고 해당지역에 대한 저작권 관리를 재위임하여 운영하기도 함

○ 에이전시와 저작권 관련 업무 진행 방식

- 원 에이전시와 바로 협의를 진행하고 계약
- 원 에이전시의 아시아 혹은 아시아 태평양 지역 대행자인 에이전시와 진행
- 제작자와 원 에이전시 사이에서 공연작품을 프로모션하고 저작권 협의를 중개하는 에이전시 혹은 에이전트 통해 진행하는 방식

### 3) 저작권 관리 대행 에이전시 찾기

- 주요 라이선싱 회사들의 홈페이지에서 작품명 검색
- 해당 작품의 공연 안내 사이트나 브로셔, 출판 대본 등 확인
- 프로페셔널 공연과 아마추어 공연에 대한 공연권 관리를 분리하는 경우가 많음
- 효율적인 관리를 위하여 아시아태평양지역의 저작권 관리를 지역에 기반하고 있는 에이전시에 재 위임하거나 지사를 두고 있기도 함

### 4) 해외 저작물 협의 및 계약

- 기본정보 제공: 공연의 목적(프로페셔널/아마추어, 커머셜/non commercial), 예정공연일자, 공연 횟수, 공연장 객석규모, 티켓가격 등의 기본 정보 제공
- 저작권료
  - 선금금(advance/deposit)과 저작권료(royalty)
  - 작품이나 작가의 인지도, 발표 시기 등 저작물 자체의 제반 조건과 제작자가 제공한 공연 횟수, 공연장 객석규모, 입장권가격 등 한국에서의 공연기본조건 등을 고려하여 책정

- 계약기간(공연권 이용허락 유효기간) : 공연권 이용허락의 유효기간, 최초공연 시작 일까지의 기간, 최초 공연 종료 후 재공연까지의 기간 등 명기

※ 해외저작물 공연권 허락기간

- 공연권 이용허락의 유효기간
- 최초공연 시작일까지의 기간 : 계약 체결 후 일정기간 안에 첫 공연
- 최초 공연 종료 후 재공연까지의 기간
- 연속된 기한(통상 1년) 내에 계약서에서 명시한 최소 공연 횟수를 만족하는 공연을 하지 못하면 계약이 무효화

- 독점적 사용 승인 : 제작하고자 하는 지역 내 독점적이고 배타적 이용 여부
- 성명의 표시 : 그 표시 범위와 방식에 있어 매우 구체적인 요구를 명시
- 동일성의 유지
- 최상의 극장에서 최상의 수준의 공연
- 2차적저작물에 대한 권리

## 5) 번역 저작물 이용

- 신규 번역 의뢰
  - 번역이 완료되면 번역자에게는 번역물에 대한 새로운 저작권이 발생
  - 번역료에 번역분을 사용한 처음 공연의 사용료를 포함하여 계약
  - 번역 계약시 추후 재공연 등에 대비하여 이에 대한 저작물 사용료의 지급방식에 대해 명기 해두는 것이 필요
- 기존 번역대본 사용
  - 번역자, 저작재산권자, 관리의 주체 등에 대한 확인
  - 출판되어 있는 경우에는 출판사와 번역자간의 계약을 확인
  - 번역본으로 이미 공연을 한 적이 있다면 최초 공연제작사와의 계약 관계 확인
  - 저작권자와 협의를 거쳐 이용허락 후 저작물의 사용료 협의, 계약체결

## 6) 번역(대본) 권리관계 협의

- 원작의 저작권이 소멸된 경우 : 원 저작물의 번역본은 2차적저작물로 독자적인 저작물로 보호
- 번역의 유사성 문제 확인 필요
- 원작의 저작권이 유효한 경우
  - 원 저작물의 저작자로부터 공연권에 대한 승인을 받는 작업이 우선
  - 원저작권자로부터 번역과 관련한 여러 가지 요구조건이 수반되기 때문에 원작의 저작권이 소멸된 경우보다 기존 번역대본의 사용여부 결정, 신규 번역자의 선정, 번역과 관련한 계약 과정 등에서 훨씬 세심한 주의가 요구
  - 2차적저작물에 대한 권리

## 4. 음악저작물과 안무

### 1) 음악저작물의 이용

- 음악저작물
  - ‘음에 의해 표현된 저작물’, 가사와 악곡을 일괄
  - 오페라 아리아, 대중가요, 뮤지컬 음악, 연극의 배경음악, 영화음악, 무용 음악 등
  - 저작자 : 작사가, 작곡가, 편곡자, 역사가(외국곡 가사를 번역한 경우)

#### 가. 저작자 확인

- 공연에서의 음악저작물 이용방식에 따라 권리보호 대상과 저작권료 지불 범위, 협의 대상 등이 달라짐

#### 나. 관리 주체 확인

- 권리자가 직접 관리
- 신탁관리단체에 관리를 신탁
  - : 한국음악저작권협회 [www.komca.or.kr](http://www.komca.or.kr) 인별 신탁
  - : 권리신탁기간은 체결일로부터 5년

- 한국음악저작권협회 신탁 음악저작물 이용 절차
  - 공연 종류에 따른 음악저작물 사용료 산정
  - 매출액 산출을 위한 공연 입장료 산정 기준
  - 매출액 산정 : 총 입장료 수입 - (부가가치세+입장료 판매 대행수수료) + (협찬 및 기부금 등)
- ※ 음악저작물의 개작
  - 장르의 특성, 악기의 편성, 극의 구성이나 흐름 등에 맞추어 편곡하거나 개사해야 하는 경우
  - 동일성 유지권과 2차적저작물 작성권
  - 협회에 신탁된 권리 즉 저작재산권의 범위를 벗어나므로 원저작자의 허락이 필요
  - 한국음악저작권협회에서도 개작하여 사용할 것을 전제로 저작물이용신청을 하거나, 편곡자나 개사자가 2차적저작물을 협회에 등록하고자 할 경우 원저작자로부터 개작을 허락받았다는 동의서를 반드시 첨부하도록 함

## 2) 무용과 안무

- 우리나라 저작권법상 연극, 오페라, 뮤지컬 등과 함께 연극저작물로 분류
- 안무자 : 무용에서 가장 중요한 저작자
- 저작물로서의 특성
  - 추상적인 신체의 동작을 표현하는, 움직임의 형태 자체가 저작물
  - 창작성을 지닌 표현의 기준이 명확치 않음
  - 한국저작권위원회 저작물 등록 시 무보나 영상물을 제출. 아직 무용의 저작물 등록은 보편화되지 않음
  - 뮤지컬처럼 상대적으로 산업화된 장르 안에서의 작업인 경우와 순수 무용인 경우 저작권에 대한 관리와 그에 대한 이용허락을 얻기 위한 방식이 극명하게 차이 남

## 5. 영상저작물, 미술저작물, 뉴스콘텐츠, 디지털 콘텐츠

### 1) 영상저작물

- 기존 영화나 드라마, 뮤직비디오 등의 영상물을 공연에 사용 시 영상제작자와 이용허락에 대한 협의를 진행
- 저작권 관리주체를 확인한 후 신탁여부에 따라 영상제작자나 한국영화제작가협회([www.kfpa.net](http://www.kfpa.net))를 통해 이용허락

### 2) 미술저작물

- 저작권료 : 공연 중 노출되는 시간, 방식 등에 근거하여 산정
- 저작권자 본인이 저작권을 직접관리하지 않는 경우에는 한국미술저작권관리협회([www.sack.or.kr](http://www.sack.or.kr)) 등을 통해 이용허락 득. 미술저작물 이용

### 3) 뉴스콘텐츠 이용

- 저작권법상 어문저작물로 보호 : 공연작품에 대한 정보와 함께 기자의 작품에 대한 분석 및 의견 등을 담고 있으므로 창작성 요건을 갖추었다고 보기 때문. 단, 해당 기사가 제작사나 단체가 작성한 보도자료를 요약한 정도라면 창작성을 인정하여 저작물로 인정되기는 어려움
- 무단 사용시 저작권자의 복제권 혹은 공중송신권을 침해한 것으로 간주
- 업무상 저작물로 해당 언론사 혹은 한국언론진흥재단에 문의
- 뉴스콘텐츠 상품의 종류
  - 뉴스 전자스크랩 : 기관별 홍보업무 효율화를 위해 관심뉴스 PDF 스크랩 일일제공 및 관련 기사 모니터링 프로그램 제공
  - 인터넷 서비스 : 기관 관련 또는 개인별로 설정한 관심 뉴스를 실시간으로 제공하고, 뉴스스크랩으로 관리하는 상품
  - 인터넷 게시판 : 고객 등 외부인에게 홍보하기 위하여 관련뉴스를 기관별 홈페이지에 게시하여 관리하는 뉴스상품
  - 미디어보드 : PDP·LCD TV를 활용, 터치스크린 방식으로 뉴스를 열람하는 상품

- 뉴스콘텐츠 이용절차
  - 개별 언론사를 통한 뉴스콘텐츠 구매
    - : 저작권을 신탁하지 않은 언론사의 뉴스 이용을 원하는 경우, 개별 언론사로부터 뉴스콘텐츠 이용 허락을 받아야 함
  - 신탁관리기관(한국언론진흥재단)을 통한 구매
    - : 저작권을 신탁한 언론사의 뉴스 이용을 원하는 경우, 신탁기관인 한국언론진흥재단(뉴스코리아)을 통해 구매 가능

#### 4) 디지털 콘텐츠

- 모든 상업적 용도 사용은 저작권자에게 이용허락을 득하고 사용계약 체결 후 사용
  - 디지털 콘텐츠 피사체에 대한 초상권, 상표권, 특허권은 사용자가 취득해야 함
  - 사용목적, 부수, 기간 등에 따라 사용료 차등 지급
  - 직접 작성한 것이 아닐지라도 운영 사이트의 회원, 협력사 등이 작성한 경우 관리책임
- 이미지저작권 사용권한에 따른 분류
  - RM (Right Managd)
    - : 단일광고주 및 단일용도로만 사용가능 사용용도에 따라 가격 책정. 계약기간 내만 사용 가
    - RF (Royalty Free) : 용도, 횟수, 기간에 상관없이 사용가능
    - Editorial : 보도/편집용 사진 비광고성

## 6. 저작인접권

### 1) 저작권의 발생

- 크리에이티브 스태프의 권리
  - 공연의 대본에는 통상 의상이나 무대, 조명, 음향 등에 대한 묘사나 설명이 되어 있고 크리에이티브 스태프들은 이에 기반하여 연출의 지휘에 따라 디자인 작업을 진행
  - ‘표현의 창작성’의 정도에 따라 한정된 범위에 대해서만 저작권을 인정
  - 때문에 디자인 스태프들의 저작권 인정 범위를 어디까지로 정리하고 저작권과 관련한 협의와 계약을 진행할 것인지에 대해 여러 가지를 고려하여 판단
  - 저작인격권 : 성명의 표시, 동일성 유지

## 2) 저작권접권의 발생

### ○ 실연자

- 저작물을 연기, 연주 등 예능적인 방법으로 표현하여 저작물의 해석과 전달에 창작적 기여를 한 사람
- 연기자, 연주자, 무용수 등은 물론 실연을 연출, 감독하는 연출자도 포함

### [실연자와 스태프들의 저작권법상 권리]

구 분	저작권법상 권리
연출자, 배우, 무용수, 연주자, 노래지도 등	- 제한된 저작인격권 (성명표시권, 동일성 유지권), - 제한된 저작재산권 (복제권, 방송권, 배포권, 실연이 녹음된 판매음반에 대한 대여권, 방송사업자에 대한 보상청구권, 생실연에 대한 공연권, 디지털 음성송신사업자에 대한 보상청구권)
무대감독, 조명감독, 음향감독 등	

### ○ 실연자의 권리

- 저작권접권, 초상권을 포함한 퍼블리시티권, 성명표시권과 동일성 유지권
- 실연자가 공연한 작품의 TV, 영화, 비디오테이프, 전송 매체 및 현재 통용되고 있고 앞으로 개발될 모든 오디오-비디오 장치에 의한 녹음, 녹화, 배포권 등의 저작권접권을 제작자나 제작단체에게 양도

### ○ 연출자의 권리와 공동 실연자

- 공연이 결합저작물이라는 대법원 판결이 있기 전에는 연출자를 연극저작물 전체의 저작자로 이해하는 경우도 있었고, 제작자를 연극저작물 전체의 저작자라고 이해하는 경우도 있었음
- 연출자의 연출 자체를 저작물로 파악할 가능성을 부인할 수 없지만, 그 창작성에 다툼이 있는 경우 저작자가 아닌 실연자로서의 지위만을 인정
- 다만 연극저작물처럼 수많은 실연자들의 권리가 하나의 작품에 공동으로 얽혀있는 경우, 공동실연자들이 따로 대표자를 선출하지 않았다면 연출자는 실연자의 권리를 대표해서 행사가능

**계약 사례 1. 출연계약서 중 저작권인접권 및 초상권 명기**

(문화체육관광부 공연예술 표준계약서 중 발췌)

**제5조 (을의 의무와 권리)**

③ 을은 공연 홍보물 제작을 위해 필요한 사진 등을 제공하여야 하며, 갑이 공연의 홍보활동을 위해 사진 및 영상촬영, 매체인터뷰 등을 요청할 시 이에 적극 협조하여야 한다.

④ 을은 공연홍보를 위한 범위 내에서 위 제3항에 따라 제공된 사진, 초상, 성명, 필적 등을 사용할 수 있는 권리를 갑에게 부여한다.

**제6조 (갑의 의무와 권리)**

④ 갑은 을의 성명(실명/예명)과 역할을 원칙적으로 공연과 관련된 모든 홍보물에 표시하여야 하며, 표기의 크기, 위치 및 방법 등은 갑이 결정하되 사전에 을과 협의하여야 한다. 다만 티저광고 등 일부 홍보물의 특성에 따라 갑은 이를 표시하지 않을 수 있다.

**제7조 (상품화)**

공연의 기록이나 홍보를 위한 용도가 아닌, 상업적 목적으로 CD, DVD, 초상권을 사용한 머천다이징 등 제품을 제작, 판매하고자 할 경우 갑은 을과 사전에 별도 합의하여야 한다.

**제8조 (권리의 귀속)**

공연과 관련한 스틸사진, 영상물, 녹음물에 대한 저작권 기타 권리는 원칙적으로 갑에게 있다.

## 계약사례 2. 문화체육관광부 공연예술 표준계약서 - 창작계약서

### [공연예술-창작계약서]

#### [저작물의 표시]

제 목: (부제: )  
장 르:

#### [저작자의 표시]

성 명:  
주 소: (전화번호: )

공연제작자 \_\_\_\_\_을(를) 일방 당사자(이하 ‘갑’이라 한다)로 하고, 위 표시의 저작자 \_\_\_\_\_을(를) 타방 당사자(이하 ‘을’이라 한다)로 하여, ‘갑’과 ‘을’은 다음과 같이 위 표시 저작물(이하 ‘위 저작물’이라 한다)의 공연이용에 관한 계약을 체결한다.

#### 제1조 (계약내용)

을은 제4조에서 정하는 방법으로 위 저작물을 이용할 수 있는 권리를 갑에게 허락하며, 갑은 제6조에서 정하는 소정의 저작물 사용료를 을에게 지급하도록 한다.

#### 제2조 (공연내역)

- ① 공연일정 :
- ② 공연장 :

#### 제3조 (저작물의 제공시기)

을은 완성된 저작물 1부를 \_\_\_\_\_년 \_\_\_\_\_월 \_\_\_\_\_일까지 갑에게 제공하여야 한다.

#### 제4조 (이용허락의 범위)

갑은 을이 창작한 위 저작물을 아래의 방법으로 이용할 권리를 가진다.

- ① 갑은 제2조의 기간 동안 배타적으로 \_\_\_\_\_공연에 이용할 권리(이하 ‘공연이용권’이라 한다)를 가진다.
- ② 갑은 제1호의 공연 준비를 위해 필요한 범위 내에서 위 저작물을 복제 배포할 수 있다.

③ 갑은 위 저작물 및 공연실황이나 연습장면의 일부를 계약에 따른 공연 홍보를 위해 이용할 수 있다.

#### 제5조 (공연이용권의 존속기간)

- ① 갑의 공연이용권은 제3조에서 정하는 저작물의 제공 시기로부터 \_\_\_\_\_년 간으로 한다.
- ② 갑은 제1항의 기간이 만료되기 \_\_\_개월 전에 공연이용권의 연장을 신청하거나, 계약기간 만료 후 재계약 협상을 할 수 있다. 이러한 경우 을은 갑과 우선 협상하여야 한다.
- ③ 을은 제1항의 기간 동안 위 저작물을 본인 스스로 공연하거나 갑 이외의 제3자에게 공연 이용권을 허락하여서는 아니 된다.

#### 제6조 (저작물의 사용료 및 지급방법)

- ① 갑은 을에게 제4조의 방법으로 위 저작물을 이용하는 대가로 금 \_\_\_\_\_원을 관계법령에 따라 징수할 세금을 공제한 후 다음 각 호의 기준에 따라 지급한다.
  1. 계약금 : 금 \_\_\_\_\_원정 (계약체결 후 7일 이내)
  2. 잔 금 : 금 \_\_\_\_\_원정 (공연개막 후 7일 이내)
- ② 제5조의 기간 내에 제2조의 공연일정 이외의 공연이 행해질 경우, 갑은 을에게 저작권 사용료로 티켓 판매 매출액의 \_\_\_\_\_%를 지급한다.
- ③ 일정금액의 개런티를 받는 지방공연이나 초청공연의 경우 갑은 을에게 초청금액의 \_\_\_\_\_%를 저작물 사용료로 지급한다.

#### 제7조 (저작권)

- ① 제4조가 규정한 공연이용권의 범위는 아래와 같다.
  1. 공연 실황 및 연습 장면의 영상화 및 녹음, 그 영상물 및 녹음물의 복제 배포
  2. 공연 실황 및 연습 장면의 방송, 전송, 디지털 음성송신
  3. 공연의 음반제작에 대한 권리
  4. 공연과 관련된 상품화권
- ② 제1항 1호, 2호, 3호의 대상이 되는 수단 또는 매체는 TV, 라디오, 위성방송, 케이블 방송, 유무선 인터넷 방송의 송·수신 매체와 마그네틱 테이프, CD, DVD, 레이저 디스크, VOD, MP3 등의 아날로그 및 디지털 기록 매체 등 현재 알려져 있거나 향후 개발될 수단 또는 매체를 포함한다.
- ③ 제1항 1호, 2호, 3호로 인한 매출발생시 판매 및 영업활동을 통해 발생하는 매출의 \_\_\_\_\_%를 을에게 지급한다. 지급 시기는 수익이 발생한 해당 월의 익월 \_\_\_\_\_까지로 한다.
- ④ 작품의 번역, 드라마화, 영화화, 출판 기타 2차적저작물작성권은 을에게 귀속하나, 갑은 우선협상권을 가진다.

### 제8조 (갑의 권리와 의무)

- ① 갑은 공연의 기획 및 제작을 총괄하며 공연기간 내 국내 및 해외에서 공연할 수 있는 권리를 갖는다.
- ② 갑은 정해진 지급 기일 내에 제6조에 명시한 금액을 을에게 지급해야 한다.
- ③ 갑은 공연에 대한 준비에 만전을 기해야 하며, 위 저작물의 저작자로서 을의 예술가적 주장이나 의사를 존중하여야 한다
- ④ 갑이 을에게 원작의 각색을 의뢰하는 경우, 갑은 원작자로부터 공연화 권리를 획득하여야 하며, 이를 이행하지 않아 발생하는 책임은 갑에게 있다
- ⑤ 모든 프로그램, 광고, 사인판 및 기타 홍보자료에 을의 역할과 이름을 기재하여야 한다. 다만 티저 광고인 경우 표기하지 않을 수 있다.
- ⑥ 갑은 을에게 증정용 티켓 \_\_\_매와 공연 프로그램 \_\_\_부를 제공한다.

### 제9조 (을의 권리와 의무)

- ① 을은 본 공연의 \_\_\_\_\_로서 연습 및 공연에 차질을 주는 일이 없도록 일정을 준수해야 하며 공연의 완성도를 높이는 데 최선을 다해야 한다.
- ② 을은 공연의 제작자, 연출, 다른 창작자들과 긴밀한 협의 하에 작업하여야 하며, 수정 요구를 할 때는 이를 적극적으로 반영하여야 한다.
- ③ 을은 이 계약의 목적이 된 위 저작물이 을의 독자적인 창작활동을 통해 만들어진 것임을 보증하고, 이와 관련하여 분쟁이 발생하는 때에는 모든 책임을 지며 이로 인해 발생하는 갑의 손실은 을이 책임지기로 한다.
- ④ 을은 공연 홍보물 제작을 위한 사진 등을 제공하고, 매체 인터뷰 등 홍보 활동에 적극 참여하여야 한다.

### 제10조 (계약해지 및 손해배상)

- ① 갑과 을은 어느 일방이 이 계약에서 정한 의무를 이행하지 않을 경우, 이에 관한 시정사항을 서면으로 통지하고 그 당사자가 일 이내 시정하지 않으면, 계약을 해지할 수 있다.
- ② 갑과 을은 어느 일방의 귀책사유로 계약이 해지되는 경우 그로 인한 손해배상을 청구할 수 있다.

### 제11조 (불가항력)

지진, 화재, 수해, 기타 천재지변으로 인한 공연장의 일부 또는 전부의 멸실, 전쟁, 내란, 폭동, 전염병의 창궐, 기타 갑과 을 양 당사자에게 책임이 없는 사유에 의하여 계약의 이행이 지체 또는 불가능하게 될 경우, 갑과 을은 상호 협의 하에 본 계약을 해제하거나 변경할 수 있다. 이러한 경우 쌍방 간 채무 불이행의 책임은 발생하지 않는다.

**제12조 (비밀유지)**

각 당사자는 상대방의 사전 서면 승인을 득하지 아니하고는 본 계약의 내용을 제3자에게 공개하여서는 안 된다.

**제13조 (양도금지)**

갑과 을은 사전 서면 동의 없이 본 계약상의 지위를 제3자에게 양도하거나, 본 계약상의 권리와 의무를 제3자에게 대신하게 할 수 없다.

**제14조 (분쟁해결)**

- ① 갑과 을 사이에 본 계약과 관련하여 분쟁이 발생하였을 경우 당사자는 우호적으로 해결하도록 노력하여야 한다.
- ② 제1항에 따라 해결되지 않을 때는 아래 두 가지 해결 방식 중 ( )에 표시한 방식에 따라 해결한다.
  1. 중재법에 따라 설치된 대한상사중재원의 중재 ( )
  2. 민사소송법에 따른 법원에서의 소송. 이 경우 제1심 관할법원은 \_\_\_\_\_ 지방법원으로 한다. ( )

**제15조 (효력발생 등)**

- ① 본 계약은 계약 체결일로부터 효력이 발생한다.
- ② 본 계약에 명시되지 않은 사항은 갑과 을이 성의를 갖고 상호 협의로 결정하되, 저작권법 등 대한민국 법령, 일반적인 상관례, 대한민국 공연계 관행에 따른다.
- ③ 본 계약의 내용을 변경하고자 할 경우, 갑과 을 간의 상호 서면합의에 의해서만 변경할 수 있으며, 그렇지 아니할 경우 본 계약서가 우선한다.

이 계약의 성립을 증명하기 위하여 갑과 을은 계약서 2부를 작성하여 각각 서명날인 후 각 1부씩 소지한다.

년    월    일

갑		을	
대표자	(인)	성명	(인)
단체명		주민등록번호	
주소		주소	



▶ 2일차

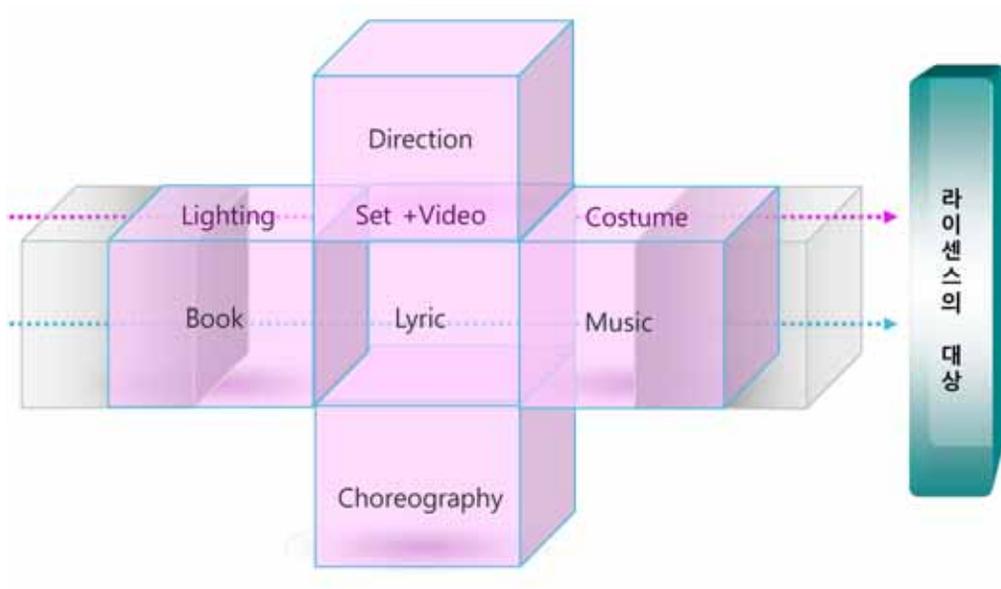
제2강  
공연제작을 위한 해외 저작권

강사 박민선  
(CJ E&M 글로벌사업팀 부장)

## 공연제작을 위한 해외 저작권

### 1. License 제작시 저작권

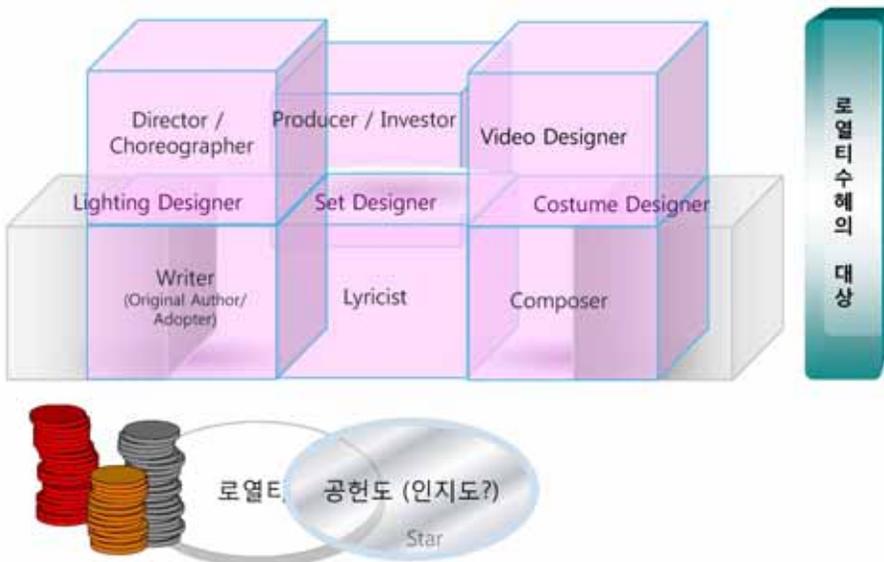
- 라이선스 (License) 의 대상



● 공연권 Stage rights



● 로열티 Royalty



선금금(Advance Fee)란?

## ● 라이선스 업무의 과정



## ● 라이선서(Agent) 검색 및 활용

**에이전트: 라이선스 Vs 라이선서 사이를 중개, 대리하는 개인 /집단**

### ☀ Type 1: 라이선싱 에이전트 (Licensing Agent)

- 리터러리 에이전트 (Literary Agent) 와 비슷한 개념으로 연극, 뮤지컬 등 저작물은 저작(재산) 권을 보유한 소유자들로 권함을 위임받아 제 3자에게 이용허락. 관리업무 대행
- 수수료 (Commission)가 수익의 근원

TAMS-WITMARK MUSIC LIBRARY, INC.



☼ Type 2: 크리에이티브/ 탤런트 에이전트 (Creative / Talent Agent)

- 작품보다는 사람 또는 단체를 관리 (Management) 하는 회사
- 크리에이터들을 대신하여 프로젝트와 협상 및 계약 체결  
(최다 프로젝트 / 최대 조건을 위한 Deal Power)
- 해외 크리에이터와 작업할때/ 원작자를 찾아 계약할 때 이용



## 2. 라이선스 계약서의 실제 조항을 통한 사례 분석

● 라이선스 계약서 명기되어야 하는 조항



## ● 라이선스 계약서 조항

### 1. 라이선스의 범위/기간

ABC represents that it has the right to license the production and presentation of the Play on the legitimate stage in **Korea (the “Territory”)** in the **Korean language (the “Authorized Language”)**.

- 초연 (첫 공연일)은 언제?
- 얼마 동안 권리 유효한가?
- 자동 연장 권리 여부 / 연장의 조건?
- \* **국내 공연시장 환경, 제작환경, 라이선스의 일정 및 환경 고려**

### 2. 공연형태의 보존 및 번역대본의 승인절차

- 공연의 내용 (스토리, 캐릭터, 오케스트레이션 악기편성...) 보존 의무 有  
– \* 일부 공연되는 지역에 맞게 **윤색(?)**되어 공연되는 경우가 있다.  
예) 정치적, 사회적 상황을 전제로 한 코믹성, 언어의 음울
- 번역의 승인권 역시 저작권자에게 있다.  
– 번역대본의 승인을 위한 일정을 미리 예상하여 계약서에 명기할 필요  
– 번역자의 저작권 발생 여부 (미국Vs한국) 다름. 저작인격권에 대한 부분을 어떻게 정리할 것인가?

### 3. 권리의 제한

**prohibits** Producer from ...any mechanical recording of the Play or any portion of it, whether of rehearsals or actual performances or for archival purposes, by any means whatsoever, including, but not limited to, audiocassette, video, film and digital sequencing. This License further prohibits Producer from broadcasting, televising and/or electronically posting on the Internet any part of the Play, either audio or visual or both, including musical selections. **If Producer needs to create** advertising clips, it understood and agreed that mechanical promo material in the Korean language is permitted, not to **exceed three (3) minutes** in total and **no more than three (3) consecutive minutes of material**

- \* **공연의 보관을 위한 레코딩 권리를 협상을 통해 획득할 필요 有**

## 4. 로열티와 선금금

- 로열티: 선금금 (Non Refundable) + 매출 x 로열티 요율  
주당 혹은 월별 정산 (공연기간에 따라 합의 가능)  
**기준되는 환율 및 정산 방법에 대한 명확한 기재 필요**
- Pre/Post Recoupment : 매출-Production cost
- GWBOR: Gross Weekly Box Office Receipt  
+ 프로그램세일, 상품판매, 지원금 및 후원금에 대한 정리 필요
- NBOR: Net Box Office Receipt  
티켓판매금액-부가세-판매수수료, 신용카드수수료, 단체판매 수수료 등
- NABOR: Net Adjusted Box Office Receipt  
NBOR -로열티

## 5. 로열티 Reporting 과 장부기록 합의

**얼마나 자주, 어떤 객관적인 증빙자료들을 첨부해서 Reporting**

예) 월말을 기준으로 / 수령액/ 제작자가 지급한 세금 명세서  
제작사가 지급 해야 하는 저작권 사용료를 산출하여 함께 Reporting  
제작사가 내는 소득세 관련한 증빙 서류 제출의 의무 有  
제작비 관련한 모든 사항을 장부화 할 의무 및 공개할 의무 有  
비용은 미화달러 (원작자 혹은 에이전트가 브로드웨이경우)가 기준  
로열티를 보내는 프로세스와 관련된 제반 사항을 위한 모든 비용 역시 제작사가 지불  
해야 하는 몫

## ● 라이선스 Quote

Seoul ALL FIGURES IN KOREAN WON 14-Dec-06

ESTIMATED SEASON BREAKDOWN & PROFIT ANALYSIS

Season in weeks: 8  
 # of performance: 40  
 Average ticket price: 67,873  
 Total Capacity: 72,000

	Capacity	Total Price	GROSS	Discount(7%)	Comm.(14%)	VAT(10%)	NET
VIP	81	9,000	14,139,000	99,300	79,464	3,194,627	13,875,210
A	81	10,000	17,460,000	1,416,000	3,183,780	4,613,310	12,643,910
B	220	18,000	11,808,000	88,800	64,750	972,271	10,982,020
A	114	40,000	5,360,000	375,200	299,000	402,614	4,283,186
B	84	30,000	4,520,000	334,400	274,530	402,904	3,888,166
Total	1,320	41,970	45,465,000	3,307,200	5,187,100	7,593,346	37,477,254

Attendees	100%	90%	80%	75%	70%	60%	50%	
Total Capacity	72,000	72,000	64,800	57,600	54,000	50,400	36,000	
GROSS	41,970	4,462,000,000	4,018,272,000	3,093,064,000	2,346,363,000	3,123,463,000	2,677,246,000	2,211,946,000
Tax / Commission	Discount(7%)	332,246,400	281,111,040	240,676,800	224,253,200	210,646,500	187,407,240	158,872,800
	Commission(14%)	246,944,004	224,688,604	199,437,281	181,726,040	174,288,040	149,296,400	124,492,832
	VAT(10%)	377,246,332	299,833,704	302,796,800	282,836,400	284,974,900	238,348,340	188,624,270
	Profit(10%)	92,200,170	317,235,300	281,266,140	244,262,632	246,646,120	211,408,100	176,575,000

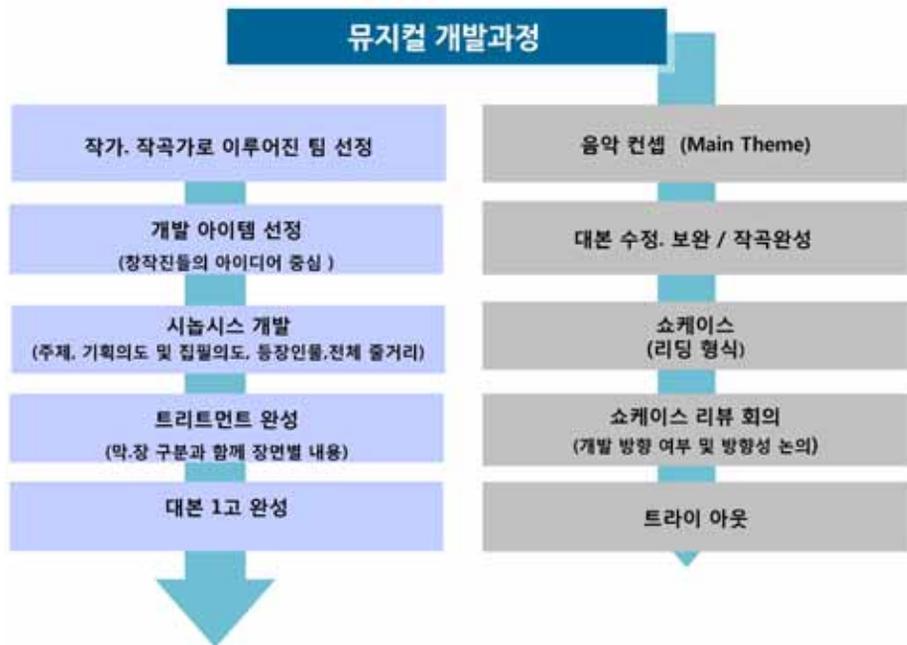
## ● 라이선스 계약서 조항

### ☼ 그 외 주요 사항

- 머천다이징 제작 및 판매에 관한 권리 획득  
프로그램, 기념품, CD 등 공연과 관련한 상품 제작시 별도의 계약 체결할 필요 있음
- 권리의 보존  
원작자의 권리 Vs 제작자 환경 (경쟁적인 환경 조성을 피해주는 조항요)
- 준거법  
원작자 기준으로 작성하는 것이 일반적임

### 3. 뮤지컬, 연극 창작 과정의 개괄적 이해

#### ● 공연물의 창작 과정



#### ● Creator와의 기획개발 계약서 조항

- 용어의 정리
  - 각 기획개발 단계에서 어떤 형태의, 어떤 완성도를 확인하고자 하는가?
  - 결과물들의 구체적이 사항들을 기재하여 명확하게 할 필요가 있다.
  - 각 단계별 완성도를 위해 필요한 시간은 얼마나 걸릴까?
- 저작권재산권 양도의 범위와 기간
  - 공연권, 공연물의 이용을 위해 필요한 일체의 권리
  - 지역/ 언어/ 매체
  - O.S.M.U의 경우를 대비한 우선협상권
  - 저작권재산권 양도 등록 절차 要
  - 2차적 저작물에 대한 권리

- 대금지급
  - 기획개발 과정에서는 시간이 기준이 아니라 단계별 완성도가 기준
  - 기 지급된 기획개발비는 상환할 수 없음. - 예외의 경우?

#### ☼ 작가의 권리 / 의무

- 기획개발비와 로열티를 받을 수 있는 권리 - 두 비용의 상관관계 有
- 저작권격권 의 실행 권리
  - 일정기간동안 첫 공연이 되지 못할 경우 공연권 재양도 요구 권리
- 대본 완성, 수정의 의무
  - 완성의 단계는 실제 리허설 과정에서 이루어진
  - 그렇다면 합리적으로 필요한 만큼의 대본수정이란?
  - 작가의 의견과 프로듀서의 의견이 대립되는 경우?
  - 명시된 기간에 작품을 완성할 수 없는 경우?
- 프로듀서 권익보호의 의무

#### ☼ 프로듀서의 권리 / 의무

- 공연제작을 총괄하고 전 세계에서 〈?〉 공연할 수 있는 권리
- 대본의 적격성 판단여부 및 진행사항에 대한 작가와의 협의 및 결정권
- 공연제작의 의무
  - 최종대본 완료일 이후 \* 년이내 공연을 제작해야 하는 의무 있음. 그렇지 못할 경우?
- 공연 제작이 결정 될 경우 미리 공지
- 로열티 발생의 경우 매출액에 대한 Reporting 의무
- 작가와의 협의 없이 공연제작 권리를 타인에게 양도 할 수 없음
- 지급의 의무 (발생하는 세금을 대해 미리 언급)

2013 예술경영아카데미 LINK  
공연과 저작권

원고작성 | 박민선(CJ E&M 글로벌사업팀 부장)  
(가나다순) 이양희(국립중앙극장 공연기획팀장)  
이영욱(법무법인 강호 변호사)  
홍승기(인하대학교 법학전문대학원 교수)

기획·구성 | (재)예술경영지원센터 기획지원부 교육·컨설팅팀

발행일 | 2013년 9월 4일

발행인 | 정재알

발행처 | (재)예술경영지원센터

서울특별시 종로구 대학로 57(연건동)

홍익대학교 대학로 캠퍼스 교육동 12층

전화 02)708-2215 팩스 02)708-2241

[www.gokams.or.kr](http://www.gokams.or.kr)

디자인·인쇄 | (주)현대아트컴 02)2278-4482

※ 책자의 판매, 전재, 복사를 금합니다.

