

연구보고서

## 저작권법 체계 개선 연구

2008 년 4 월 10 일

연구기관 : (사)한국저작권법학회

## 제출문

문화체육관광부장관 귀하

본 보고서를 “저작권법 체계 개선 연구”의 연구보고서로 제출합니다.

2008 년 4 월 10 일

책임연구원 : 이기수 (한국저작권법학회 회장)

공동연구원 : 박익환 (경희대 법대교수)

공동연구원 : 이규호 (중앙대 법대교수)

공동연구원 : 최정환 (한국엔터테인먼트법학회 회장, 변호사)

공동연구원 : 최승수 (한국엔터테인먼트법학회 이사, 변호사)

연구보조원 : 김민재 (고려대 법학과 박사과정)

연구기관 : (사)한국저작권법학회

# 목 차

제1장 서론 .....	1
제2장 저작권법, 컴법 및 온디콘법의 통합 방안 .....	4
제1절 서 .....	4
1. 저작물유통환경의 변화와 법통합의 필요성 .....	4
2. 관련 법률의 현황 .....	8
제2절 저작물 등의 보호 관련 법률의 분산의 문제점 .....	9
1. 저작권법과 컴법의 분리 및 이원화에 따른 문제점 .....	9
가. 컴법 제정 전후의 상황 .....	9
나. 컴퓨터프로그램의 법적 보호의 연혁 .....	10
다. 컴법의 제정과정 .....	10
(1) 서 .....	11
(2) 독자적 입법의 근거 .....	11
라. 저작권법과 컴법의 관계 .....	12
마. 쟁점별 검토 .....	13
(1) 저작자의 추정 .....	13
(2) 업무상 창작한 프로그램의 저작자 .....	13
(3) 위탁개발프로그램의 경우 저작인격권의 문제 .....	14
(4) 데이터베이스의 제작 등에 이용되는 컴퓨터프로그램 .....	14
(5) 배포권에 관한 권리소진의 원칙(복제본제공계약과 관련하여) .....	15
(6) 프로그램저작권의 제한규정 .....	15
(7) 프로그램배타적발행권 .....	15
(8) 위탁관리 .....	15
(9) 기술적보호조치의 보호 .....	16
(10) 부정복제물의 수거 .....	17
(11) 담당부처의 권한 .....	18
(12) 저작권양도계약의 체결 .....	18
(13) 질권설정계약의 체결 .....	18
(14) 이용허락계약 .....	18
(15) 대여계약 .....	19
(16) 문제점 .....	19
2. 저작권법과 온디콘법의 이원화에 따른 문제점 .....	19
가. 서 .....	19
나. 온디콘법의 연혁 .....	20

(1) 2002년 제정 .....	20
(2) 2004년 개정 .....	21
(가) 2004년 개정의 취지 .....	21
(나) 2004년 개정의 주요내용 .....	21
(3) 2005년 개정 .....	22
(가) 2005년 개정의 취지 .....	22
(나) 2005년 개정의 내용 .....	22
(4) 2006년 개정 .....	23
(가) 2006년 개정의 취지 .....	23
(나) 2006년 개정의 내용 .....	23
(5) 2008년 개정 .....	23
(가) 2008년 개정의 취지 .....	23
(나) 2008년 개정의 내용 .....	23
다. 온디콘법상 디지털콘텐츠제작자의 보호범위 .....	24
(1) 인적 범위 .....	24
(2) 물적 범위 .....	24
(3) 시적 범위 .....	25
라. 타 법률과의 관계 .....	26
(1) 저작권법 및 컴법과의 관계 .....	26
(2) 문화산업진흥 기본법과의 관계 .....	27
(3) 각종 지원제도의 국제통상법과의 상충 여부 .....	27
마. 온디콘법에 대한 평가 .....	27
(1) 온디콘법의 구조 .....	28
(2) 저작권법과의 관계 .....	30
(가) 디지털콘텐츠의 정의에 관한 쟁점 .....	30
(나) 온디콘법의 적용범위에 관한 쟁점 .....	30
(다) 판례 분석 .....	31
<b>제3절 저작물 등의 효과적 보호를 위한 관련 법률 통합 방안 .....</b>	<b>33</b>
1. 국제동향 .....	33
가. 각국의 입법례 .....	33
(1) 미국 .....	34
(2) 유럽연합 .....	34
(3) 독일 .....	34
(4) 일본 .....	34
(5) 영국 .....	35
(6) 프랑스 .....	35
(7) 중국 .....	35

나. 국제조약 .....	36
2. 저작권법과 컴법의 통합 .....	36
3. 저작권법과 온디콘법상 관련 규정의 통합 및 조정 .....	38
<b>제3장 저작권계약법의 분리 입법에 관한 문제 .....</b>	<b>41</b>
<b>제1절 서 .....</b>	<b>41</b>
<b>제2절 현행 저작권법의 태도 .....</b>	<b>41</b>
1. 저작권계약과 관련된 현행법의 모습 .....	41
2. 관련 주요 판례 .....	44
<b>제3절 외국의 입법례 -독일법을 중심으로- .....</b>	<b>48</b>
1. 서 .....	48
2. 독일저작권계약법 개관 .....	49
3. 배타적 저작물이용허락 제도 .....	52
4. 아직 알려지지 않은 이용방법에 관한 저작권계약 .....	53
5. 베스트셀러조항 또는 공정조항 .....	55
6. 목적양도이론 .....	56
7. 장래의 저작물에 관한 저작권계약 .....	57
8. 보상청구권의 강화 .....	58
9. 배타적이용권의 등록 여부 .....	59
10. 저작물이용권의 철회 .....	59
<b>제4절 한국 저작권계약법의 발전방향에 대한 제언 .....</b>	<b>60</b>
1. “저작권계약법” 단행법의 제정 문제 .....	60
2. 저작권계약 관련 규정의 보완 .....	61
가. 계약의 서면성 논의 .....	61
나. 배타적 이용허락 제도의 도입 .....	63
다. 베스트셀러조항 또는 공정조항의 도입 .....	64
라. 아직 알려지지 않은 이용방법에 관한 저작권계약 .....	65
마. 장래의 저작물에 대한 저작권계약 .....	65
바. 저작권이용권 철회제도의 도입 .....	66
<b>제4장 저작권관리사업법의 제정 .....</b>	<b>69</b>
<b>제1절 제정의 필요성 .....</b>	<b>69</b>
1. 저작권집중관리의 기능과 역할 .....	69
가. 기능 .....	69
나. 역할 .....	70
2. 저작권 환경의 변화 .....	71

가. 디지털 네트워크 환경의 도래 .....	72
나. 디지털 환경에서의 변화내용 .....	72
<b>제2절 주요 입법례 .....</b>	<b>74</b>
1. 개설 .....	74
2. 영국 .....	75
가. 개관 .....	76
나. CDPA 1988 .....	76
다. 집중관리단체에 대한 규제 .....	79
3. 독일 .....	82
가. 개관 .....	82
나. 저작권관리법 주요내용 .....	82
다. 독점규제법과 관계 .....	83
4. 일본 .....	83
가. 개관 .....	83
나. 중개업무법 .....	84
다. 저작권심의회의 검토 .....	87
라. 관리사업법 .....	90
(1) 관리위탁 계약 .....	90
(2) 등록제도 .....	91
(3) 업무규정 .....	91
(4) 협의 및 재정제도 .....	92
(5) 감독규정 .....	93
<b>제3절 현실상황과 문제점 .....</b>	<b>94</b>
1. 현실상황 .....	94
가. 집중관리제도의 주요내용 .....	94
나. 주요 논의점과 지향점 .....	95
2. 주요 문제점 .....	96
가. 디지털 환경에서의 대응 .....	96
나. 이용자와의 관계개선 .....	97
다. 이용규정의 탄력성 확보 .....	98
라. 집중관리의 고도화 문제 .....	99
마. 문화가치가 높은 저작물 저작자에 대한 배려 .....	99
<b>제4절 개선방안 .....</b>	<b>100</b>
1. 기본적 관점 .....	100
2. 기본구조 .....	101
가. 통합된 집중관리 .....	101
나. 확대된 집중관리 .....	102

다. 허가제도 내지 복수단체 여부 .....	103
라. 포괄대리 문제 .....	105
3. 내부구조 문제 .....	106
가. 신탁의 범위 .....	106
나. 전문성과 투명성 확보문제 .....	107
4. 규제 내지 통제 여부 .....	107
가. 내부적 통제 .....	107
나. 외부적 통제 .....	109
5. 다른 법률과의 관계 .....	111
가. 독점금지법과의 관계 .....	111
나. 온디콘법과의 관계 .....	114
다. 신탁법과의 관계 .....	115
6. 기타 .....	117
 제5장 저작권산업진흥법의 제정 문제 .....	 119
 제6장 결론 .....	 122
 [참고문헌] .....	 124

## 제1장 서론

우리나라에서 현재 문화적 영역에서의 창작물을 보호하는 법률은 매우 복잡다기한 것이 사실이다. 시, 소설이나 음악, 그림, 영화 등의 전통적인 저작물을 창작한 자와 아울러 이들 저작물을 공중에 매개하는 과정에서 창작적 행위를 한 자와 투자를 한 자를 보호하기 위한 저작권법은 물론이고, 컴퓨터프로그램을 보호하기 위한 컴퓨터프로그램보호법(이하 “컴법”이라 함), 온라인디지털콘텐츠제작자를 보호하기 위한 온라인디지털콘텐츠산업발전법(이하 “온디콘법”이라 함) 등 그 법률의 수만 해도 세 가지나 되며, 각각의 법률상 그 권리의 보호 요건, 방법 및 범위에 있어서도 적지 않은 차이를 나타내고 있다. 이는 법률을 적용하거나 해석·집행하는 행정 또는 사법당국의 입장에서는 물론이고, 각 법률의 수범자의 입장에서도 많은 혼란을 가져오는 것이 사실이다. 문화생활 또는 문화산업상의 창작물이라는 동일한 성격을 갖고 있음에도 불구하고 각각의 문화산물의 창작자 또는 투자자는 자신의 노력의 성과를 어떻게 법적으로 보호받을 수 있는지, 만일 보호받을 수 있다면 그 방법이나 보호요건 및 보호범위는 어떠한지 등에 대해 현재의 법률상황은 분명한 답을 못 해주고 있는 것이다.

물론 사회경제가 발전함에 따라 법률도 각 분야로 분화되기 마련이고, 이는 법률의 전문성을 제고한다는 측면에서 바람직한 것도 사실이다. 과거 1957년 우리나라 최초의 저작권법을 제정할 당시만 하더라도 저작물은 물론이고, 지금의 저작인접물에 해당하는 연주, 가창, 음반 등을 모두 저작권법이라는 하나의 법률에서 보호하고 있었다. 그러던 것이 외국의 입법례나 국제조약을 고려하여 1986년 전문개정된 저작권법은 크게 저작권과 저작인접권으로 나누어 각각 창작자와 저작물매개자를 보호하기에 이르렀고, 아울러 저작권보호 및 이용의 활성화를 도모하기 위하여 저작권 위탁관리업에 관한 규정을 두고 있었다. 한편 1986년 저작권법을 전문개정함과 동시에 특히 미국 등의 통상압력의 영향으로 컴퓨터프로그램의 보호에 관한 법률을 제정하기에 이르렀다. 단지 내용상으로만 본다면, 당시 제정된 컴법은 미국이나 유럽연합 기타 선진외국의 입법례에 비교하여 크게 손색이 없을 정도의 내용으로 구성되어 있었다. 다만, 입법기술 및 법체계상으로 볼 때, 창작과 기술이라는 경계선상에 위치한 컴퓨터프로그램에 관한 부처간의 관할다툼의 결과, 국제적인 입법동향의 주류와는 반대로 저작권법내에 컴퓨터프로그램보호에 관한 규정을 도입하지 않고, 컴법이라는 독자적인 입법을 하였다. 물론 당시에도 독자적 입법의 타당성 내지 근거를 제시하는 견해나 자료도 없지는 않았으나, 컴퓨터프로그램의 보호에 관한 독자적 입법은 이러한 합리적인 이유를 도외시하고 주로 부처간의 관할 다툼으로 빚어진 결과로 보는 것이 일반적인 견해일 것이다.

그 후 인터넷 내지 정보산업의 발전으로 창작성 없는 데이터베이스 및 일정한 투자

의 산물로서의 디지털콘텐츠의 보호 필요성이 대두되었다. 그러나 이 부분에 관해서도 과거 컴법의 제정 당시와 유사한 부처간의 관할 다툼은 반복되었다. 일찍이 1996년 유럽연합에서는 데이터베이스지침을 제정하여 창작성 없는 데이터베이스를 보호할 것을 유럽연합의 각 회원국에 권고하였고, 이에 따라 각 회원국은 자국의 저작권법을 개정하여 저작인접권자의 일종으로서 데이터베이스제작자의 권리를 보호하기 위한 규정을 도입하였다. 그러나 국내에서는 창작성 없는 데이터베이스보호 규정 도입의 필요성 내지 타당성에 관한 사회적 합의를 도출하기도 전에 2002년 “온라인디지털콘텐츠산업발전법”이라는 세계적으로 유례를 찾을 수 없는 법률을 제정하기에 이르렀다. 동법은 디지털콘텐츠산업의 육성을 위한 지원책과 아울러 “온라인”에 국한된 “디지털콘텐츠제작자”를 보호하는 규정을 포함하고 있었다. 그 후 2003년에는 저작권법이 개정되어 창작성 없는 데이터베이스제작자를 보호하는 규정을 신설하였다. 그러나 창작성 없는 데이터베이스제작자의 보호와 온라인디지털콘텐츠제작자의 보호는 모두 상당한 인적 및 물적 투자를 한 자를 보호한다는 측면에서는 그 보호요건이 거의 동일하고, 보호방법이나 보호기간에 있어서도 실질적으로 큰 차이를 보이고 있지 않다는 점에서 입법적 중복이라는 비난을 피할 수 없을 것이다. 또한 유럽연합 및 그 회원국을 비롯한 많은 국가에서 창작성 없는 데이터베이스제작자를 저작권법 중 투자자를 보호하기 위한 저작인접권자의 일종으로 보호하고 있다는 점과 보호받을 가치가 있는 온라인디지털콘텐츠는 대부분 창작성 없는 데이터베이스라는 점을 감안하면, 저작권법상 데이터베이스제작자의 보호규정이외에 별도로 온디콘법에서 디지털콘텐츠제작자의 영업이익을 보호하기 위한 실체적 규정을 두는 것이 과연 필요성이 있는 것인지에 대해 적지 않은 의구심이 드는 것이 또한 사실이다.

지금까지 입법과정이나 역사가 어찌되었든 이제는 보호대상의 공통점, 법체계상의 타당성, 법률 적용 및 집행의 용이성, 법적 명확성 등의 합리적인 기준에 의하여 여러 법률들을 하나로 통합하거나 각 법률에 분산된 규정을 통합 내지 조정할 필요성이 있는지 여부에 대해서 진지하게 검토하여야 할 것이다. 이에 본 연구는 저작권법, 컴법 및 온디콘법으로 분산된 문화적 창작물 내지 투자산물을 보호하기 위한 법규정을 하나의 법률, 그 중에서도 문화적 창작을 보호하기 위한 기본법인 저작권법으로 통합 내지 조정하는 것이 필요하고 타당한지 여부에 대해, 외국의 입법례와 국제조약을 비교·분석하여 연구하고자 한다.

또한 저작물 및 저작인접물의 이용을 활성화하기 위해서는 권리자와 이용자들의 권리의무를 분명히 할 필요가 있는데, 현행 저작권법은 저작재산권의 양도, 저작물이용허락, 질권설정과 더불어 설정출판권에 관한 몇 개의 조문을 제외하고는 저작권계약에 관한 법률규정을 두고 있지 않아 실제 저작권계약과 관련하여 발생 가능한 다양한 법률문제들을 해결하는데 미흡한 것이 사실이다. 따라서 이 연구에서는 특

히 이 부분에 관하여 비교적 상세한 규정과 판례가 많이 축적된 독일의 입법례를 주로 참고하여 저작권양도 및 저작물이용허락과 관련하여 저작권양도인, 저작권양수인, 저작권자 및 저작물이용권자 사이의 권리의무에 관하여 보다 구체적이고 상세한 규정을 명시하는 저작권계약법의 제정이 필요한지 여부에 대해서도 연구하고자 한다.

마지막으로 1986년 구저작권법 전문개정 당시에 도입된 저작권위탁관리제도를 더욱 활성화하고 발전시키기 위하여 저작권법과는 별도로 소위 “저작권관리사업법”을 독립된 법으로 입법할 필요성이 있는지 여부에 대해서도 연구하고자 한다. 이 부분에 관해서는 특히 저작권관리단체의 활동이 활성화되어 일찍이 저작권관리사업법이 독자적인 법률로 입법된 독일을 비롯하여 일본의 입법례가 많은 참고가 될 것이다. 아울러 아날로그 및 디지털 콘텐츠 산업을 통일적으로 발전시키기 위한 저작권산업진흥법의 제정이 필요한지에 대해서도 연구하고자 한다.

요컨대 이 연구는 기존에 분산되어 있는 저작물 기타 문화적 창작물 내지 산물을 보호하기 위한 각종 법률규정을 저작권법이라는 하나의 기본법으로 통합 내지 조정하는 방안의 필요성 및 그 타당성을 연구하고, 저작물과 저작인접물의 이용을 활성화하고 저작권위탁관리제도의 발전을 도모하기 위하여 저작권계약법과 저작권관리사업법의 독자적 입법의 필요성 그리고 저작권산업진흥법의 제정 필요성에 대해 연구하고자 한다.

## 제2장 저작권법, 컴법 및 온디콘법의 통합 방안

### 제1절 서

#### 1. 저작물유통환경의 변화와 법통합의 필요성

저작물이 효율적으로 유통되기 위해서는 이에 대한 법제가 알기 쉽고 예측가능하여야 한다. 예컨대 게임의 경우, 소프트웨어는 컴법이 적용되고 컴퓨터화면상 영상은 저작권법이 적용되어 양법이 서로 다른 내용을 담고 있는 경우에는 저작물의 효율적인 유통을 저해할 수 있다. 따라서 이러한 문제를 해결하기 위해서는 저작물과 관련된 법제의 일원화를 심도 있게 연구할 필요가 있다.

그리고 2008년 2월 정부조직개편에 의거하여 정부통신부가 폐지되고 문화체육관광부가 저작물관련 제반법률을 소관하게 되면서 담당부처의 상이에 따른 기존의 여러 문제점을 극복할 수 있는 적기가 되었다. 즉 저작물관련 제반법률을 통합하여 일원화하는 것이 효율적이고 규제완화적인 측면이 강하다면 이 시점에서 그러한 법률의 통합 및 일원화를 추구하여 볼 만하다.

또한 디지털 기술의 발달에 따른 저작물 등의 유통 환경의 변화도 저작물 등과 관련된 법제의 일원화에 대한 논의 필요성을 가증시킨다.

디지털 기술 혁명의 도래로 신문·방송·통신·인터넷 매체 상호간의 구분이 불분명해지고 이들 매체간의 융합으로 이른 바 “혼성매체(hybrid media)”도 등장하고 있다.<sup>1)</sup> 종전에는 사회적·문화적 영향력, 기술적 차(주파수 대역) 등의 측면에서 방송은 통신과 구별되었으나, 디지털기술의 발달로 네트워크의 광대역화가 실현됨으로써 기술적 구분을 전제로 한 기존의 매체 구분 논리는 상당부분 그 실질적 의의를 상실하였다고 하겠다.<sup>2)</sup> 신문과 인터넷의 융합은 인터넷신문, 방송과 통신의 융합은 디지털 멀티미디어 방송(DMB), VOD(Video on Demand)<sup>3)</sup>, T-Commerce서비스<sup>4)</sup> 등을, 그리고 방송과 인터넷의 결합은 인터넷방송을 탄생시켰다.<sup>5)</sup>

1) 정윤식, “디지털 방송기술 및 서비스의 현황과 전망”, 「계간 저작권」, 제70호(2005년 여름호), 62면.

2) 위의 논문, 62면.

3) VOD는 헤드엔드에 저장된 동영상 콘텐츠를 이용자의 요구에 의해 제공하는 서비스로서 그 제공 방식에 따라 RVOD(Real VOD), NVOD(Near VOD), SVOD(Subscription VOD) 및 FOD(Free on Demand) 등으로 구분할 수 있다(위의 논문, 67면).

4) 이 서비스는 (i) 기존의 텔레비전 홈쇼핑과 유사한 형태의 일방향적인 채널방식 및 (ii) 전자상거래 서비스와 방송 프로그램을 연동을 통하여 제공하는 쌍방향적인 전자상거래서비스로 구분할 수 있다(위의 논문, 67면).

통신이 본격적으로 오락 및 영상과 융합하여 새로운 경제적 수익원을 창출하고 있다. 영국의 통신전략연구소의 마이크 캔스필드 이사는 “매체·콘텐츠간 융합과 변화가 자유로운 디지털 혁명으로 인해 ‘롱테일 경제학’<sup>6)</sup>이 작동한다”고 주장했다.<sup>7)</sup>

고화질(HD) TV, IP TV, DMB 등 디지털 미디어가 가져오는 산업 효과는 엄청나다. 선진국들은 이런 점에 주목해 법과 제도를 정비하고 새로운 미디어 시장을 개척하고 있다. 이에 가장 적극적인 국가는 영국이다. 영국은 신문·방송·통신·인터넷 등 미디어간 융합을 효율적으로 추진할 목적으로 분산되어 있는 관련부처를 통폐합하여 커뮤니케이션위원회(OPCOM)를 창설하였다.<sup>8)</sup> 영국 정부는 이렇게 통합된 기구를 설치한 다음 적극적으로 기존의 중복규제를 대폭 완화하였다. 이에 사업자들도 능동적으로 대처하고 있다. 영국의 한 통신사업자는 셋톱박스를 활용해 TV 수상기는 물론이고 컴퓨터, MP3 플레이어 등을 통해서도 영화를 시청할 수 있도록 하는 서비스를 제공할 예정이라고 한다. 이제는 모든 미디어를 통해 동시에 영화가 개봉되는 상황도 예상할 수 있게 되었다.<sup>9)</sup>

방송과 통신의 융합 유형으로는 기업의 융합<sup>10)</sup>, 네트워크의 융합<sup>11)</sup>, 서비스의 융합<sup>12)</sup>, 담당기구의 융합 및 관련법제의 통합 내지 재조정으로 나눌 수 있다. 여기에서 제일 뒤쳐지고 있는 분야가 담당기구의 융합 및 관련법제의 통합 내지 재조정이라고 할 수 있다.<sup>13)</sup> 이렇듯 우리나라는 디지털기술과 서비스에서는 세계 최고의 수준을 자랑하지만 법제와 정책의 측면에서는 그러한 디지털기술 및 서비스 수준을 쫓아가지 못하는 실정이다.

현재 방송 및 통신의 규제와 관련해서는 방송통신위원회가 설립되어 있고, 음반·영화·게임·디지털콘텐츠에 관한 업무는 문화체육관광부가 담당하고 있다. 하지만, 방송

5) 위의 논문, 62면.

6) 여기에서 ‘롱테일(Long Tail) 경제학’이란 ‘상품의 다양성이 다양한 수익원으로 연결된다는 법칙’이다(중앙일보, 2006년 7월 29일, 제12923호, 12면).

7) 위의 기사, 12면.

8) 위의 기사, 12면.

9) 위의 기사, 12면.

10) 기업의 융합이란 “방송사업자와 통신사업자간의 구분이 점차 불분명해지는 것”을 의미한다. 기업의 융합은 방송사업자가 통신사업에 진출하거나 통신사업자가 방송사업에 진출하는 것으로서 방송과 통신의 융합유형으로서는 제일 먼저 발생하는 것이다(윤수진, “방송·통신융합의 법적 연구”, 고려대학교 법학박사학위논문, 2004년 8월, 123-124면).

11) 네트워크의 융합이란 “방송망과 통신망의 구분이 점차 불명확해지는 것”을 의미하는데, 통신서비스가 통신망뿐만 아니라 방송망을 통해서도 전송할 수 있게 되는 현상을 의미한다(위의 논문, 114면).

12) 서비스의 융합이란 “네트워크의 광대역화, 양방향화와 더불어 콘텐츠가 디지털화되면서 통신과 방송의 속성을 모두 가진 서비스가 출현하는 것”을 의미한다(위의 논문, 118면).

13) 김호영 편저, 「통신 방송 전송의 통합과 법」, Jinhan M&B, 2006년, 134면.

과 통신의 융합에 따른 디지털콘텐츠의 효율적 유통에 기여하고 디지털콘텐츠<sup>14)</sup>를 보다 적극적으로 보호하는 저작권관련 법제의 재조정 문제에 대한 논의는 아직 충분하지 않은 것으로 판단된다.<sup>15)</sup>

디지털콘텐츠는 현행 법체계에서는 저작권법의 적용대상으로 되는 경우가 일반적이며, 컴퓨터프로그램과 디지털콘텐츠를 구별하는 우리 법체계에서는 컴법의 적용대상이 되지 아니한다.<sup>16)</sup> 하지만 대체로 디지털콘텐츠<sup>17)</sup>는 지적 창작물인 경우이거나

14) 콘텐츠라 함은 “문자, 소리, 영상, 음향 등으로 인간의 사상과 감정의 표현물”이라고 정의한다.<sup>1)</sup> 최근에는 방송과 컴퓨터 통신의 융합화 추세에 따라 공중과 방송에 필요한 문자, 음성, 화상 등의 방송정보와 컴퓨터 네트워크로 교환되는 교육용 소프트웨어, 게임소프트웨어, 영화 등 디지털화된 모든 정보를 의미하는 것으로 사용되고 있는 듯 하다.<sup>1)</sup> 그 가운데 디지털화된 콘텐츠만을 디지털 콘텐츠로 표현한다.

온라인디지털산업발전법 제2조 제1호에 따르면, “디지털콘텐츠”란 부호, 문자, 음성, 음향, 이미지 또는 영상 등으로 표현된 자료 또는 정보로서 그 보존 및 이용에 있어서 효용을 높일 수 있도록 전자적 형태로 제작 또는 처리된 것이라고 규정하고 있고, 같은 법 제2조 제2호에서는 “온라인디지털콘텐츠”란 정보통신망에서 사용되는 디지털콘텐츠라고 규정하고 있다.

문화산업진흥기본법 제2조 제4호에 따를 때, “디지털콘텐츠”란 부호, 문자, 음성, 음향 및 영상 등의 자료 또는 정보로서 그 보존 및 이용에 효용을 높일 수 있도록 디지털형태로 제작 또는 처리한 것이라고 정의하고 있다.

그리고 일본의 “콘텐츠의 창조, 보호 및 활용촉진에 관한 법률(2004년 6월 4일, 법률 제81호)”에서는 “콘텐츠란 영화·음악·연극·문예·사진·만화·애니메이션·컴퓨터 게임 기타 문자·도형·색채·음성·동작이나 영상 또는 이를 조합한 것 또는 이에 관계되는 정보를 전자계산기를 이용하여 제공하기 위한 프로그램(전자계산기에 대한 명령에서 하나의 결과를 얻을 수 있도록 조합시킨 것을 말한다)”이라고 규정하고 있다.

디지털콘텐츠는 멀티미디어콘텐츠와 구별할 필요가 있다. 정보통신부의 「2000년 정보화백서」에서는 멀티미디어콘텐츠라 함은 “정보 콘텐츠를 디지털화하여 정보기기에 의하여 생산, 유통, 소비되는 정보콘텐츠와 쌍방향성이 추가되어 광대역 정보통신망 또는 방송망을 통해 송수신되는 정보 콘텐츠”로 정의된다.<sup>1)</sup> 멀티미디어콘텐츠는 컴퓨터와 같은 멀티미디어에서만 이용할 수 있는 콘텐츠인데 반해, 디지털콘텐츠는 특정한 매체와 상관없이 전자적 신호를 인식할 수 있는 모든 매체에서 이용할 수 있다는 점에서 디지털콘텐츠는 멀티미디어콘텐츠를 포함하는 광의의 개념이라고 볼 수 있다(한국디지털재산법학회, 앞의 연구보고서, 10면).

15) 하지만 朴益煥, “放送과 通信의 融合과 著作權의 保護”, 「季刊 著作權」, 제70호(2005년 여름호), 90-102면은 방송과 통신의 융합으로 인한 저작권보호 법제의 재조정에 대한 단조를 제공한다.

16) 吳炳喆, “디지털 정보재산의 유통과 권리처리 활성화에 대한 연구”, 프로그램심의조정위원회, 연구보고서 2002-12, 2002년 11월, 125면.

17) 디지털콘텐츠는 다음과 같은 특성을 가지고 있다.

첫째, 디지털콘텐츠는 디지털기기(전화, 팩스, 컴퓨터, PDA, 휴대폰, 이동식 또는 고정식 TV, 수신용단말기, 로봇 등과 같은 기기와 소프트웨어)를 통해 창작 또는 제작된다는 특성을 가지고 있다(김호영 편저, 앞의 책, 118면).

둘째, 디지털콘텐츠는 무체물 또는 유체물로 저장, 보관, 처리된다는 특징을 가지고 있다. 디지털형태로 창작 또는 제작된 콘텐츠는 컴퓨터서버에 저장되어 무체물로 존재하거나 플로피디스크, CD와 DVD, 휴대용 저장장치 등에 담겨 유체물로 존재하기도 한다. 또는 당해 디지털콘텐츠가 글, 그림, 사진 등인 경우에는 종이나 천 등에 인쇄되어 존재하기도 한다(위의 책, 118면).

셋째, 디지털콘텐츠는 무체물에서 유체물로 또는 유체물에서 무체물로 변환하기가 용이하다. 디지털콘텐츠는 서버컴퓨터에 저장되어 무체물로 존재하거나 CD나 DVD 등에 담겨 유체물로 존재한다. 무체물형태의 디지털콘텐츠는 CD나 DVD 등에 담겨 유체물로 쉽게 변환될 수 있고, CD나

DVD 등에 담겨 유체물로 존재하는 디지털콘텐츠는 서버컴퓨터에 저장되어 무체물로 쉽게 변환될 수 있다는 특성을 지닌다(위의 책, 119면).

넷째, 디지털콘텐츠는 해당 콘텐츠가 무체물인 경우에는 정보전송망으로 전송되고, 해당 콘텐츠가 유체물인 경우에는 배송수단을 통하여 제공된다.

다섯째, 디지털콘텐츠에는 기존의 재화의 요건을 충족하는 재화형 디지털콘텐츠와 서비스의 요건을 갖춘 서비스형 디지털콘텐츠가 있다. 재화형 디지털콘텐츠에는 디지털형태로 된 책, 그림, 사진 등이 포함되고, 서비스형 디지털콘텐츠에는 디지털형태로 된 교육자의 강의, 의사의 진료, 법률가의 법률행위, 회계사의 회계, 전문상담가의 자문행위, 예술가의 공연 등이 포함될 것이다.

여섯 번째로 라이선스형 디지털콘텐츠는 기존의 저작물처럼 사용허락되어 정보전송망을 통하여 전송 또는 방송되거나 배송수단으로 배포되고, 매매형 디지털콘텐츠는 기존의 물품처럼 매매 또는 임대차되기도 한다(위의 책, 119면).

일곱 번째로 디지털콘텐츠는 종합적으로 창작 또는 제작되어 제공되는 경우가 흔하다. 즉 디지털콘텐츠는 글, 도화, 소리, 영상 등이 각각 제작되거나 이것들을 종합적으로 제작하는 프로그램에 의하여 멀티형 콘텐츠로 창작 또는 제작된다(위의 책, 119면).

여덟 번째로 디지털콘텐츠는 쉽게 복제되고, 원본과 복제본의 구별이 어렵고, 쉽게 전송되거나 배포될 수 있다는 특성을 가진다. 따라서 디지털콘텐츠제작자의 권리보호가 문제되는데, 우리나라는 디지털환경하에서 저작권자를 보호하기 위하여 데이터베이스제작자의 권리 등과 같은 여러 규정을 저작권법에 두고 있으며, 온라인 디지털콘텐츠사업자의 영업에 관한 이익을 보호하기 위하여 온디콘법을 두고 있다(위의 책, 120면).

아홉 번째로 디지털콘텐츠는 특정물과 불특정물을 구분하기가 어렵다는 특성을 가진다(위의 책, 120면).

열 번째로 디지털콘텐츠는 콘텐츠제공자와 콘텐츠이용자의 구분이 모호하다는 특성을 가진다.

열한 번째로 디지털콘텐츠는 시간과 공간의 제약 없이 제공될 수 있고, 이용자들이 원하는 장소와 시간에 자유롭게 이용할 수 있다는 특성을 가지고 있다(위의 책, 120면).

열두 번째로 디지털콘텐츠는 해당 콘텐츠에의 접근이 비순차적이라는 특성을 지니고 있다(위의 책, 120면).

열세 번째로 디지털콘텐츠는 초기 제작비용이 많이 든다는 특성이 있다.

열네 번째로 디지털콘텐츠는 전송이나 보관비용이 저렴하다.

열다섯 번째로 방송과 통신이 융합하는 시대에 즈음하여 기호, 문자, 도화, 소리, 영상 등을 구분하고, 인쇄매체, 유선의 통신매체, 무선의 방송매체 등을 구분하는 기존의 분류방법을 디지털콘텐츠에 그대로 적용하기 어렵다(위의 책, 121면).

이러한 특성을 감안하여 저작권 관련 법제를 정비함에 있어서 최우선적으로 고려할 문제는 디지털콘텐츠의 효율적 유통 및 보호에 있어 권리자의 보호와 디지털콘텐츠 이용자간의 이익형량을 어떻게 할 것인지 여부다(한국디지털재산법학회, 앞의 연구보고서, 56면).

디지털콘텐츠는 그 형태, 내용, 용도, 사용기기, 제작방법, 성질, 전달방법, 사용방법 및 사용료 유무에 따라 분류할 수 있다.

첫째, 디지털콘텐츠는 그 형태에 따라 (i) 텍스트형식의 콘텐츠, (ii) 이미지형식의 콘텐츠, (iii) 사운드형식의 콘텐츠, (iv) 동영상형식의 콘텐츠, (v) 멀티형 콘텐츠, (vi) 배열형식의 콘텐츠 등으로 구분할 수 있다.

둘째, 디지털콘텐츠는 그 내용에 따라 (i) 전자책, (ii) 디지털그림, (iii) 디지털사진, (iv) 디지털소리, (v) 디지털영상, (vi) 멀티형 콘텐츠, (vii) 디지털방송, (viii) 게임, (ix) 데이터베이스, (x) 컴퓨터프로그램<sup>1)</sup>, (x) 그 밖의 디지털콘텐츠로 구분할 수 있다. 이 중 특히 중요한 디지털콘텐츠는 멀티형 콘텐츠와 컴퓨터프로그램이다(김호영 편저, 앞의 책, 122면).

셋째, 디지털콘텐츠는 그 용도에 따라 (i) 교육용 콘텐츠, (ii) 산업용 콘텐츠, (iii) 서비스용 콘텐츠, (iv) 문화콘텐츠, (v) 가정용 콘텐츠로 구분해 볼 수 있다.

넷째, 디지털콘텐츠는 그 사용기기에 따라 (i) 휴대폰용 콘텐츠, (ii) 소형컴퓨터용 콘텐츠, (iii) 일반컴퓨터용 콘텐츠, (iv) 방송용 콘텐츠로 구분해 볼 수 있다.

다섯째, 디지털콘텐츠는 제작방법에 따라 기존의 콘텐츠를 디지털화한 디지털콘텐츠와 새로 창작한 디지털콘텐츠로 구분해 볼 수 있다. 처음부터 디지털콘텐츠로 제작된 것은 그 이후 수정 내지

기존의 저작물을 디지털화하거나 창작성 없는 기존 콘텐츠를 디지털화하는데 상당한 노력을 기울인 경우에 해당하기 때문에 저작권법의 적용이 되는 경우가 통례다.

이러한 저작물 등의 유통에 관한 환경 변화로 인하여 저작권법과 관련 법률의 통합 및 정책 일원화 문제를 논의할 필요가 있는 것이다. 따라서 아래에서는 저작물 등의 보호를 위한 현행법제를 설명하고 이 법제의 문제점을 분석한 다음, 이러한 법제의 통합 및 정책일원화 방안을 모색한다.

## 2. 관련 법률의 현황

(표 1-1)

컴퓨터 프로그램 (소프트웨어 포함)	컴포넌트		컴법
	컴포넌트		
일반콘텐츠	각종 저작물 (창작성 있는 데이터베이스 포함)		저작권법
	비저작물	창작성 없는 데이터베이스	
		비데이터베이스	온라인디지털콘텐츠산업 발전법

컴퓨터프로그램 및 그 부분에 대한 저작권은 컴법에 따라 보호되고, 창작성 있는 일반 저작물은 저작권법에 따라 보호되며, 데이터베이스는 창작성이 있든지 없든지 간에 상관없이 저작권법에 따라 보호된다. 그리고 현행법에 따르면, 온디콘법이 의미를 가질 수 있는 보호영역은 (i) 온라인디지털콘텐츠제작자가 원저작물에 대해 저

가공되지 아니하는 한, 온디콘법의 적용대상이 될 수 있다.

여섯 번째로 디지털콘텐츠는 그 성질에 따라 (i) 재화형 디지털콘텐츠와 서비스형 디지털콘텐츠로 구분할 수 있다.

일곱 번째로 디지털콘텐츠는 그 거래유형에 따라 (i) 라이선스형 디지털콘텐츠와 (ii) 매매형 디지털콘텐츠로 구분할 수 있다. 이는 저작물을 규율하는 저작권법과 물품을 규율하는 민법 내지 상법으로 구분되어 지적재산권과 소유권을 별도로 규율하기 때문이다(위의 책, 125면).

여덟 번째로 디지털콘텐츠는 전달방법에 따라 (i) 온라인으로 제공되는 디지털콘텐츠와 (ii) 오프라인으로 제공되는 디지털콘텐츠로 구분해 볼 수 있다. 오프라인으로 제공되는 디지털콘텐츠에 대해서는 온디콘법이 적용되지 아니한다.

아홉 번째로 디지털콘텐츠는 그 사용방법에 따라 (i) 검색의 방법을 사용하는 경우, (ii) 저장의 방법을 사용하는 경우, (iii) 접속의 방법을 사용하는 경우로 구분해 볼 수 있다. 검색의 방법으로 사용하는 콘텐츠로는 일반적으로 디지털형태로 제공되는 책, 신문, 잡지, 만화, 그림, 사진, 입체영상 등과 같은 콘텐츠와 스트리밍방식으로 제공되는 영화, 공연, 애니메이션, 디지털방송, 데이터베이스 등과 같은 디지털콘텐츠가 포함될 것이다. 저장의 방법을 사용하는 콘텐츠로는 인터넷으로 다운로드받아 사용할 수 있는 음악, 영화, 컴퓨터프로그램 등이 있다. 접속의 방법을 사용하는 콘텐츠로는 온라인게임, 온라인으로 제공되는 영화·공연·애니메이션 등이 있다(위의 책, 125면).

열 번째로 디지털콘텐츠는 사용료 유무에 따라 (i) 유료 디지털콘텐츠와 (ii) 무료 디지털콘텐츠로 나눌 수 있다.

작권을 가지고 있지 않고, (ii) 디지털콘텐츠가 2차적 저작물 내지 편집저작물로 볼 수 없고, (iii) 창작성 없는 데이터베이스로도 볼 수 없는 경우다. 그런데 이러한 경우에 온디콘법에 따라 권리를 보호받는 디지털콘텐츠제작자가 있을지 의문이다.

## 제2절 저작물 등의 보호 관련 법률의 분산의 문제점

### 1. 저작권법과 컴법의 분리 및 이원화에 따른 문제점

#### 가. 컴법 제정 전후의 상황

2008년 4월 현재 컴법은 1986년 12월 31일 법률 제3920호로 제정된 이래 11차례의 개정을 거쳤다.<sup>18)</sup> 이를 통해 제정당시에는 본문 37개 조문으로 되어 있던 것이 2008년 4월 현재에는 본문 51개 조문으로 확대되었다. 컴퓨터관련 산업의 초기 단계에서는 소프트웨어는 경제적 가치가 낮아 고가의 컴퓨터 하드웨어에 수반되어 제공되는 서비스정도로 이해되었다.<sup>19)</sup> 하지만 소프트웨어에 관한 기술이 급속히 발전하면서 그 경제적 가치도 하드웨어와 분리하여 평가되기 시작하였다. 1969년 IBM이 가격분리정책을 채택하여 소프트웨어에 별도의 가격을 책정하기 시작하면서 하드웨어와는 별개의 상품으로서 인식되게 되었다.<sup>20)</sup>

현재 컴퓨터산업에 대한 투자액 가운데 상당 부분이 소프트웨어에 대한 투자라고 본다. 이러한 컴퓨터 소프트웨어에 대한 투자와 시간이 많이 드는 반면에 그 복제는 용이하기 때문에 이 컴퓨터 소프트웨어를 보호할 필요성이 대두되었다.<sup>21)</sup>

그리고 컴퓨터 소프트웨어의 유통상황도 크게 달라져서 패키지 프로그램 등이 등장하였다. 이는 미리 수요를 예측하여 완성된 프로그램을 유통업자에게 제공하여 그 대로 판매하거나 거의 완성된 프로그램을 만들어 놓고 고객의 주문에 따라 약간의 변형을 거쳐 판매하는 방식의 유통형태가 본격화된 것을 의미한다. 따라서 소프트웨어의 완성품이나 준완성품이 시장에서 유통되더라도 계약과 같은 보호방법은 그 중요성을 상실하게 되고 이를 보다 철저하게 보호하려면 특허권이나 저작권과 같이

18) 컴법은 1989년 (일부개정 1989.12.30 법률 제4183호), 1993년 (일부개정 1993.3.6 법률 제4541호), 1994년 (일부개정 1994.1.5 법률 제4712호), 1995년 (일부개정 1995.12.6 법률 제4996호), 1998년 (일부개정 1998.12.30 법률 제5605호), 2000년 (전문개정 2000.1.28 법률 제6233호), 2001년 (일부개정 2001.1.16 법률 제6357호), 2002년 (일부개정 2002.12.30 법률 제6843호), 2005년 (일부개정 2005.12.29 법률 제7796호), 2006년(일부개정 2006. 10. 4 법률 제8032호), 2008년 (일부개정 2008. 2. 29 법률 제8852호)에 개정되었다.

19) 이상정, “컴퓨터프로그램 보호법의 제정 경위와 우리의 현실”, 「지적재산권법연구」, 한국지적재산권학회, 2003년, 4면 (이하 “이상정, 컴퓨터프로그램 보호법제정경위”로 표시).

20) 이상정, 컴퓨터프로그램 보호법제정경위, 4면.

21) 이상정, 컴퓨터프로그램 보호법제정경위, 4면.

제3자에 대해 효력을 갖는 물권적인 유형의 권리를 창설할 필요성이 절실히 필요하였다.<sup>22)</sup>

## 나. 컴퓨터프로그램의 법적 보호의 연혁

이하에서 설명하듯이 우리나라 컴법은 미국과의 통상협정의 부산물이다. 그렇다면 미국이 저작권법에서 컴퓨터프로그램을 보호하게 된 경위를 미리 살펴보는 것이 우리나라 법제를 검토하는데 도움이 될 것이라고 생각한다. 따라서 이하에서는 미국이 컴퓨터프로그램을 저작권으로 보호하게 된 경위를 설명한다.

1970년대에 Gottschalk 대 Benson사건판결<sup>23)</sup>과 Parker 대 Flook사건판결<sup>24)</sup>에서 미국 연방대법원은 소프트웨어의 특허적격성을 부정하였다. 그리고 White-Smith Music Publishing Co. 대 Apollo Co.사건판결<sup>25)</sup>의 영향으로 컴퓨터프로그램은 저작권법에 의해서 보호받지 못했다. 왜냐 하면 컴퓨터프로그램은 지적·예술적 성질을 결여하고 있으며, 디스크나 테이프에 기록된 컴퓨터프로그램은 복제에 해당하지 않아 저작권법에 의해 보호될 수 없기 때문이다.

미국의 경우에 1975년 설치되어 컴퓨터 및 복제문제에 대해 검토를 개시한 “신기술에 의한 저작물의 사용에 관한 연방위원회 (The National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works: 이하 “CONTU”로 표시)”가 1978년 최종결과보고서를 통하여 컴퓨터프로그램의 보호를 위하여 저작권법을 일부 개정하도록 권고하였고, 이러한 CONTU의 권고에 따라 1980년 12월에 미국 저작권법이 일부 개정됨으로써 저작권법에 의하여 컴퓨터프로그램이 보호되게 되었다. 이에 따라 연방저작권법 제101조에 컴퓨터프로그램저작물에 대한 정의규정을 신설하였고, 같은 법 제117조에서 “프로그램 복제물의 정당한 소유자와 그 동의를 얻은 자는 컴퓨터의 사용과 관련하여 일정한 조건 아래에서 프로그램의 복제물 또는 번안물을 작성할 수 있다”고 규정하였다. 이렇게 저작권법에 컴퓨터프로그램저작물을 포함시킨 다음, 우리나라와 일본과의 통상협상에서 이 제도의 도입을 요구하였다. 이에 일본은 저작권법 개정을 통해 컴퓨터프로그램을 보호하게 되었다. 우리나라는 컴법의 제정을 통해 이 문제를 해결하게 되었다. 우리나라에서 컴법을 제정하게 된 자세한 경위는 아래에서 설명하겠다.

## 다. 컴법의 제정과정

22) 이상정, 컴퓨터프로그램 보호법제정경위, 4면.

23) 409 U.S. 63 (1972).

24) 437 U.S. 584 (1978).

25) 209 U.S. 1, 28 S.Ct. 319 (1908).

## (1) 서

우리나라의 컴법은 미국과의 통상협회의 부산물로 평가된다.<sup>26)</sup> 미국은 1983년 제1차 한미공업소유권회담에서 우리나라가 지적재산권침해에 대한 방지대책을 강구하도록 촉구한 이래 미국통상법 제301조를 근거로 수입규제·관세부과 등의 보복조치를 취할 것을 경고하는 방식을 통해 우리 측을 압박해 왔다.<sup>27)</sup> 이에 1985년 12월 9일부터 12월 12일까지 개최된 한미통상협상실무회의에서 우리 측은 미국 측의 요구를 대폭 받아들여 컴퓨터소프트웨어를 저작권으로 보호하는 특별법을 제정하여 1987년부터 시행하기로 합의하였다. 이 과정에서 미국 측은 프로그램을 저작권으로 보호하지 않고 저작권법도 특허법도 아닌 별도의 법으로 보호하는 것은 부당하다는 입장을 우리 정부에 전달하였지만 우리 측은 그 본질에 있어서 저작권에 의한 보호를 인정하는 것이라는 점을 적극적으로 해명하여 1986년 7월 21일에 저작권 보호의 문제에 관하여 한미협상이 타결되었다.<sup>28)</sup> 그 결과 컴법이 1986년 12월 31일 법률 제3920호로 공포되어 1987년 7월 1일부터 시행되게 되었다.

## (2) 독자적 입법의 근거

우리나라가 일본과는 달리 컴법이라는 별도의 입법 방식을 취한 이유는 컴퓨터프로그램을 저작권법적으로 보호하는 대세 및 미국의 요구를 수용하면서도 컴퓨터프로그램의 기술적 성격과 장래의 법 발전을 고려했기 때문이다.<sup>29)</sup>

이 법이 제정되기 전에 발간된 문헌에 따르면, 이러한 분석은 더욱 설득력을 가진다. 서울대학교 법학연구소는 다음과 같이 분석하였다.

첫째 이유는 저작권법의 개정안은 문화공보부에서 담당하고, 별도입법은 과학기술처가 추진해 온 상황을 고려해 볼 때에, 컴퓨터소프트웨어와 같은 첨단기술을 취급·관리하기에는 과학기술처가 보다 적합한 기관이기 때문이다. 과학기술처가 별도 입법을 관리·운영해야만 등록·제출절차 등도 업계와 이용자들의 특수한 요구에 보다 적합하게 운용될 것으로 생각되었다.

둘째는 과학기술처는 이미 컴퓨터하드웨어에 관련된 기술이전과 컴퓨터산업에의 외자도입신청 등을 심사해왔기 때문에 하드웨어산업과 소프트웨어산업에 관한 통일되

26) 吳承鍾·李海完, 「著作權法」, 博英社, 2005년, 647면; 이해완, 「저작권법」, 박영사, 2007년, 868면.

27) 위의 책, 647-648면.

28) 위의 책, 648면.

29) 이상정, 컴퓨터프로그램 보호법제정경위, 8면.

고 일관된 정책을 수립·시행하기 위해서도 과기처에 의한 별도입법은 필요하다고 하겠다.

셋째로 세계적 추세가 현재까지는 소프트웨어를 저작권법리로 보호하자는 것이 주류이지만 기술적 소산인 소프트웨어가 예술·문화적 창작을 규제하는 저작권법리에 항상 들어맞는 것은 아니고 장래에 소프트웨어 규제에 적합한 새로운 법리가 형성·발전할 것에 대비하여 별도의 단행법을 제정하는 것도 현명한 일이다.”<sup>30)</sup>

컴법 제정 당시에는 디지털콘텐츠와 같은 콘텐츠와 기술의 결합을 통한 새로운 형태의 재화 내지 서비스를 상상하지 못했었다. 따라서 방송과 통신의 융합 환경 속에서도 컴법 제정을 정당화한 당시의 논거가 현재 및 미래에도 적용될 수 있는지 여부가 문제될 것이다.

그리고 한미 자유무역협정(Free Trade Agreement; 이하 ‘FTA’로 표시)의 협상과정에서 저작권법과 컴법이 별도의 법률로 되어 있고 그 소관부처도 다른 관계로 우리나라의 대외 협상력에 나쁜 영향은 없었는지 여부를 검토할 필요성이 있다. 다만 이에 대한 논의 필요성은 저작권법과 컴법의 소관부처가 2008년 2월 개정을 통해 문화체육관광부로 단일해진 관계로 현저히 줄어들었다고 하겠다. 즉 과학기술처가 담당하던 컴법은 그 소관부처가 이후 정보통신부로 바뀌었다가 2008년 2월 29일 법률 제8852호의 개정을 통해 문화체육관광부로 변경되었다.

문화체육관광부가 저작권법과 컴법 양자의 소관부처가 되었지만, 동일 부처 내에서 저작권관련 법률인 저작권법과 컴법을 별도의 법률로 둘 것인지 아니면 통합하여 단일 법률로 할 것인지 여부를 검토하는 문제는 여전히 남는다.

## 라. 저작권법과 컴법의 관계

저작권법은 제2조 제16호에서 “컴퓨터프로그램저작물이란 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치(이하 “컴퓨터등”이라 한다) 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 것을 말한다.”고 하는 정의규정과 제4조 제1항 제9호에서 컴퓨터프로그램저작물을 저작물의 하나로 예시하는 규정을 각각 두고 있다. 하지만 저작권법에 컴퓨터프로그램저작물의 보호 등에 관하여 필요한 사항을 정하지 아니하고 이를 따로 법률로 정한다고 규정하고 있다(저작권법 제4조 제2항). 이에 따라 컴법은 프로그램저작물의 보호 등에 관하여 규정하고 있다. 이러한 점을 감안할 때, 컴법은 저작권법의 특별법적 성격을 지닌다. 그래서 컴퓨터프로그램의 구체적인 보호방법 등에 관해서는 컴법을 적용하되, 만약

30) 서울대학교 법학연구소(연구책임자: 송상현), 「지적소유권보호에 관한 연구」, 1987년, 43면.

이 법에 관련규정이 없다면 결국 일반법인 저작권법을 적용하게 된다.<sup>31)</sup> 컴법 제45조는 “이 법에 규정한 것 외에 프로그램의 보호에 관하여 「저작권법」의 규정이 있는 경우에는 그 규정을 적용한다”고 하고 있는데, 이는 저작권법이 컴법에 대한 일반법이라는 사실을 확인하는 규정에 불과하다.

## 마. 쟁점별 검토

새로운 디지털환경 하에서 방송과 통신이 융합되면서 새로운 유형의 종합적인 디지털콘텐츠가 탄생할 수 있고, 이러한 경우에 저작권법과 컴법이 같이 적용되는 경우에 여러 문제가 발생할 수 있다. 특히 등록 및 위탁관리단체와 같은 경우에 문제가 될 수 있다. 또한 종합적인 디지털콘텐츠에 대해 하나의 포괄적인 권리가 부여되는 경우에 그 부가가치가 창출될 때, 감독행정청(문화체육관광부)은 같을지라도 저작권법과 컴법에 따라 그 심의 등을 위한 기관(저작권위원회와 컴퓨터프로그램보호위원회)이 달라 여러 정책적인 혼선이 발생할 수 있다. 아래에서는 저작권법과 컴법이 차별화되는 규정을 검토하여 그 문제점을 제시하고자 한다.

### (1) 저작자의 추정

컴법 제4조는 프로그램저작자의 추정에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다.

“① 원프로그램이나 그 복제물에 또는 프로그램을 공표함에 있어서 프로그램저작자의 성명(이하 ‘실명’이라 한다) 또는 널리 알려진 雅號略稱 등(이하 ‘異名’이라 한다)이 일반적인 방법으로 표시된 자는 프로그램저작자로 추정한다.

② 제1항의 규정에 의한 프로그램저작자의 표시가 없는 프로그램의 경우에는 그 공표자 또는 발행자가 프로그램저작권을 가진 것으로 추정한다.”

이는 저작권법 제8조의 규정을 컴퓨터프로그램에 대하여 적용하는 것과 다를 것이 없다. 이는 제3자에 대한 관계에서 저작자의 증명부담을 경감해주기 위한 규정이다.

### (2) 업무상 창작한 프로그램의 저작자

컴법 제5조는 업무상 창작한 프로그램의 저작자에 관하여 “국가·법인·단체 그 밖의 사용자(이하 이 條에서 ‘법인 등’이라 한다)의 기획하에 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 창작한 프로그램은 계약이나 근무규칙 등에 달리 정함이 없는 한 그 법인 등을 당해 프로그램의 저작자로 한다”고 규정하고 있다. 이에 비해 저작권법

31) 吳承鍾·李海完, 앞의 책, 650면; 이해완, 앞의 책, 870면.

은 제2조 제31호에서 “업무상 저작물”은 법인·단체 그 밖의 사용자(이하 “법인등”이라 한다)의 기획하에 법인등의 업무에 종사하는 자가 업무상 작성하는 저작물이라고 규정하고, 아울러 제9조에서는 “법인등의 명의로 공표되는 업무상저작물의 저작자는 계약 또는 근무규칙등에 다른 정함이 없는 때에는 그 법인등이 된다”라고 규정하고 있다. 따라서 후자의 규정은 전자의 규정에 비하여 (i) 법인 등의 명의로 공표되거나 공표된 것을 요건으로 하고 있다.

일본 저작권법 제15조 제1항은 일반저작물에 대하여 우리나라 저작권법 제9조와 같은 내용의 규정을 두고 있고, 일본 저작권법 제15조 제2항은 “법인 등의 발의에 따라 그 법인 등의 업무에 종사하는 자가 직무상 작성하는 프로그램저작물의 저작자는 그 작성시의 계약, 근무규칙 기타 별도로 정하지 아니하는 한 그 법인 등으로 한다”고 규정하고 있어서 우리나라 컴법 제5조와 대동소이한 내용을 담고 있다. 이는 프로그램의 경우에는 업무상 창작이 수시로 일어나서 법인 등이 이를 일일이 파악하기 어려운 사정을 감안한 것이다.

### (3) 위탁개발프로그램의 경우 저작인격권의 문제

컴법 제15조 제2항은 “프로그램저작권의 전부를 양도한 경우에는 특약이 없는 한 당해 프로그램을 개작할 권리도 함께 양도한 것으로 추정한다”고 하는 규정을 두고 있는데 반해, 저작권법 제45조는 “저작재산권의 전부를 양도하는 경우에 특약이 없는 때에는 제22조의 규정에 따른 2차적저작물을 작성하여 이용할 권리는 포함되지 아니한 것으로 추정한다”고 규정하고 있다. 위탁개발된 프로그램의 저작권 일체를 특약에 따라 위탁자에게 양도하는 경우에도 저작인격권은 수탁자에게 남아 있다면 위탁자는 수탁자가 가지는 동일성유지권 때문에 그의 동의 없이는 프로그램을 개량할 수도 없고 수급인이 동의하지 않거나 파산, 실종, 소재불명 등인 경우에 곤란한 처지에 빠질 수도 있다.<sup>32)</sup> 이러한 점을 감안하여 컴법 제15조 제2항은 저작자의 동일성유지권을 중시한 저작권법 제45조 제2항과는 상반되도록 규정하였다.

### (4) 데이터베이스의 제작 등에 이용되는 컴퓨터프로그램

저작권법 제92조는 (i) 데이터베이스의 제작·갱신 등 또는 운영에 이용되는 컴퓨터 프로그램 (ii) 무선 또는 유선통신을 기술적으로 가능하게 하기 위하여 제작되거나 갱신 등이 되는 데이터베이스에 대하여는 저작권법 제4장의 “데이터베이스제작자의 보호”에 관한 규정을 적용하지 아니한다고 규정하고 있다.

따라서 데이터베이스의 제작·갱신 등 또는 운영에 이용되는 컴퓨터프로그램은 컴법

32) 吳承鍾·李海完, 앞의 책, 690면; 이해완, 앞의 책, 932면.

에 의해 보호된다. 데이터베이스의 법적 보호에 관한 EU지침<sup>33)</sup> 제1조 제3항<sup>34)</sup>에서도 동일한 내용을 규율하고 있다.<sup>35)</sup>

#### (5) 배포권에 관한 권리소진의 원칙(복제본제공계약과 관련하여)

컴법 제19조 제1항에서는 “프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자 등의 허락을 받아 원프로그램 또는 복제물을 판매의 방법으로 거래에 제공한 경우에는 이를 계속하여 배포할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이는 저작권법 제20조 단서와 동일한 취지를 가지고 있다.

#### (6) 프로그램저작권의 제한규정

컴퓨터프로그램보호법은 이 법에 규정한 것 외에 프로그램의 보호에 관하여 저작권법에 규정이 있는 경우에는 그 규정을 적용한다고 하고 있다(컴법 제45조), 따라서 저작권법에서 시사보도를 위한 이용(저작권법 제26조), 공표된 저작물의 인용(저작권법 제28조), 영리를 목적으로 하지 아니하는 공연·방송(저작권법 제29조), 도서관 등에서의 복제(저작권법 제31조), 시각장애인 등을 위한 복제 등(저작권법 제33조), 방송사업자의 일시적 녹음·녹화(저작권법 제34조), 번역 등에 의한 이용(저작권법 제36조) 등의 경우에 저작재산권을 제한하고 있는 규정들은 컴퓨터프로그램의 특성에 반하지 않는 한 컴퓨터프로그램에 대하여도 적용된다.

#### (7) 프로그램배타적발행권

프로그램배타적발행권이란 프로그램저작권자가 다른 사람에게 그 저작물에 대하여 독점적으로 복제하여 배포 또는 전송할 수 있도록 설정한 배타적 권리를 의미한다(컴법 제16조 제1항). 이에 상응하는 저작권법상 규정은 없다.

#### (8) 위탁관리

---

33) Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases.

34) 데이터베이스의 법적 보호에 관한 EU 지침 제1조 제3항은 다음과 같이 규정하고 있다.

“본 지침에 따른 보호는 전자적 방식으로 접근할 수 있는 데이터베이스의 제작 또는 운영에 이용되는 컴퓨터프로그램에는 적용되지 아니한다(Protection under this Directive shall not apply to computer programs used in the making or operation of databases accessible by electronic means).”

35) 이상정, “데이터베이스제작자의 보호”, 『季刊 著作権』, 제63호(2003년 가을호), 26면 (이하 “이상정, 데이터베이스제작자보호”로 표시).

디지털콘텐츠에 대해서는 저작권법이 주로 적용되며 저작권법에도 제78조 이하에서 컴법과 마찬가지로 저작권위탁관리업에 관해 규정을 두고 있다. 그러나 저작권법상 위탁관리업은 프로그램보호법상 위탁관리제도와 세부적인 측면에서는 차이가 존재한다.

첫째, 컴법상 프로그램 위탁관리제도에 있어서는 비영리법인 또는 기관·단체로 제한하고 있으나, 저작권법에서는 신탁관리업자에 대해서는 그러한 비영리성을 요구하지 않고 대리중개업에 대해서는 비영리성의 제한을 두고 있지 아니하다. 그리고 컴법에서는 프로그램 위탁관리제도와 관련하여 ‘위탁관리기관’이라는 표현을 사용하지만, 저작권법에서는 ‘위탁관리업자’라는 표현을 사용하고 있다.<sup>36)</sup>

둘째, 컴법에서는 제20조 제1항에서 프로그램저작권을 신탁관리하는 전문기관만을 위탁관리기관이라고 하는 반면, 저작권법에서는 제105조 제3항에서는 저작권신탁관리업자와 대리중개업자 모두를 합쳐 ‘저작권위탁관리업자’라고 명시하고 있다.

셋째, 저작권법상 신탁관리업자에 대해서는 문화체육관광부 장관의 허가를 얻어 신탁관리업에 종사하게 되지만, 컴법상 위탁관리기관은 문화체육관광부 장관의 지정을 받아 위탁관리업무를 수행하게 된다. 다만 저작권법상 저작권대리중개업자는 대통령령이 정하는 바에 따라 문화체육관광부장관에게 신고하도록 되어 있다(저작권법 제105조 제1항).

넷째, 프로그램보호법에서는 위탁관리기관이나 대리중개업자에 대한 개념정의가 없지만, 저작권법에서는 제2조 제26호, 제27호에서 각각 ‘저작권신탁관리업’과 ‘저작권대리중개업’에 대해서 개념정의를 하고 있다. 먼저 저작권신탁관리업에 대해서는 “저작재산권자·출판권자 또는 저작인접권자 또는 데이터베이스제작자의 권리를 가진 자를 위하여 그 권리를 신탁받아 이를 지속적으로 관리하는 업을 말하며, 저작물등의 이용과 관련하여 포괄적으로 대리하는 경우를 포함한다”라고 개념 정의함으로써 저작재산권의 개별적인 지분적 권리의 신탁이 가능하다는 점을 명확히 하고 있다. 그리고 저작권 대리중개업이라 함은 “저작재산권자, 출판권자, 저작인접권자 또는 데이터베이스제작자의 권리를 가진 자를 위하여 그 권리의 이용에 관한 대리 또는 중개행위를 하는 업”이라고 정의하고 있다.

## (9) 기술적보호조치의 보호

컴법 제2조 제9호에 따르면, ‘기술적 보호조치’라 함은 프로그램에 관한 식별번호·고유번호 입력, 암호화, 기타 이 법에 의한 권리를 효과적으로 보호하는 핵심기술

36) 吳炳喆, 앞의 연구보고서, 130면.

또는 장치 등을 통하여 프로그램저작권을 보호하는 조치를 말한다.

이 법 제30조는 기술적 보호조치의 무력화 장치 등의 제조, 배포 등 금지조항 외에 기술적 보호조치의 무력화 행위 자체를 금지하는 조항을 두고 있다.

이에 반해 저작권법은 기술적 보호조치의 무력화 행위 자체를 금지하는 규정은 없지만<sup>37)</sup> 그 무력화를 주된 목적으로 하는 기술, 장치 등의 제공, 전송 등 행위를 금지하는 규정만 두고 있다(저작권법 제124조 제2항).

## (10) 부정복제물의 수거

미국의 정부의 요구를 수용하여 2002년 우리 정부는 컴법을 개정하였다. 2002년에 개정된 컴법 제34조<sup>38)</sup>에 의하면, 정보통신부장관이 부정복제물 등의 수거, 삭제, 폐기를 관계공무원에게 명할 수 있다고 규정하고 있으며, 수거조치 등과 관련하여 프로그램심의조정위원회 외에 프로그램 저작권보호 등과 관련된 협회 등의 단체에 협조를 요청할 수 있도록 개정하였다. 이는 관련단체가 수거절차에 참여할 수 있도록 하여 미국법보다 저작권자에게 관대하다. 그럼에도 불구하고 미국정부는 이 개정내용에 불만을 표시한 바, 미국 측의 의견을 반영하기 위하여 2003년 사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률을 개정하였다. 이 ‘사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률’ 제5조 제26호에 따르면, 프로그램 저작권 침해에 관한 단속업무에 종사하는 4급 내지 9급 국가공무원에게 사법경찰권이 부여된다.<sup>39)</sup> 또한 이 법률 제6조 제21호 다목에 따르면, 동 공무원은 컴법 중 컴퓨터프로그램저작권 침해에 관한 범죄에 대하여 수사관할권을 갖는다. 따라서 이러한 규정들을 통하여 컴퓨터프로그램저작권의 침해행위가 존재하는 경우에 증거보전을 용이하게 하고 침해행위를 효율적으로 억제할 수 있을 것이다.

저작권법 제133조는 불법 복제물의 수거·폐기 및 삭제의 권한을 문화체육관광부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장에게 부여하되, 정보통신망을 통하여 전송되는

37) 임원선, “개정 저작권법 해설”, 「계간 저작권」, 제63호(2003년 가을호), 2003년 9월, 7면에서는 “개정법은 무력화 행위 그 자체에 대해서는 별도로 언급하고 있지 않다. 그러나 이는 그 자체로서 저작권 침해행위가 되기 때문일 뿐 무력화 행위가 허용된다는 것을 의미하지는 않는다. 따라서 무력화 행위 그 자체는 그것이 저작권침해에 해당하는가 하는 저작권 침해 일반론에 의해 판단될 것이며, 따라서 무력화 행위 그 자체에는 저작재산권 제한 규정이 가감 없이 적용될 수 있을 것이다.”라고 주장한다.

38) 현행 컴법(일부개정 2008. 2. 29. 법률 제8852호)에 따르면, 부정복제물 등의 수거조치 등을 할 권한이 문화체육관광부 장관에게 주어져 있다.

39) 이 법률은 2008년 3월 21일 법률 제8976호로 일부 개정되었으나, 동법 제5조 제16호는 “情報通信部, 中央電波管理所 및 遞信廳에 근무하며 無線設備·電磁波障害機器·전기통신설비·전기통신기자재·감청설비 및 프로그램저작권 침해에 관한 단속사무에 종사하는 4級 내지 9級の 國家公務員”을 규정하여 2008년 2월 단행된 정부조직개편의 내용을 반영하지 못했다.

복제물에 대해서는 이 조문을 적용하지 아니한다. 이는 컴법 제34조의2(정보통신망을 통한 부정복제물 등에 대한 시정명령)과의 중복을 회피하기 위한 것이다.

### **(11) 담당부처의 권한**

저작권법을 관장하는 부처는 문화체육관광부다. 따라서 저작권법에 따르면 문화관광부장관이 할 직무 및 권한 등이 규정되어 있다. 저작권법에 있어 제25조 제4항(학교교육목적등에의 이용), 제31조 제5항(도서관등에서의 복제등), 제51조(공표된 저작물의 방송), 제55조(등록의 절차 등), 제105조(저작권위탁관리업의 허가등), 제108조(감독), 제109조(허가의 취소 등), 제110조(청문) 등이 그러하다.

컴법을 관장하는 부처는 2008년 2월 개정 이전에는 정보통신부이었으나, 정부조직개편에 따른 2008년 2월 개정을 통해 문화체육관광부로 바뀌었다. 따라서 컴법에 따르면 정보통신부장관이 할 직무 또는 권한 등에 대한 규정이 문화체육관광부의 직무 또는 권한으로 변경되었다. 컴법에 있어 제13조(교과용 도서에의 게재에 따른 보상금의 지급 등), 제18조(프로그램저작권자가 불명인 프로그램의 사용), 제20조(프로그램저작권 위탁관리기관지정등), 제23조(프로그램의 등록), 제24조(프로그램 복제물의 제출), 제27조(업무의 위탁), 제28조(전산정보처리조직에 의한 프로그램 등록), 제34조(부정복제물등의 수거조치등), 제45조의2(권한의 위임), 제51조(과태료) 등이 그러하다. 그렇기 때문에 업무의 효율성을 증대시키는 차원에서 양법의 통합 문제를 논의할 실익이 생기게 된다.

### **(12) 저작권양도계약의 체결**

디지털정보가 컴퓨터프로그램이 아니나 디지털콘텐츠로서 저작권법의 적용대상이 되는 경우에는 저작권법 제45조(저작권재산권의 양도)와 제54조(권리변동 등의 등록·효력)가 적용된다. 이에 상응하는 컴법상 규정은 같은 법 제15조다.

### **(13) 질권설정계약의 체결**

저작권법 제47조에서는 저작권의 질권설정계약에 대한 규정을 두고 있는데 이에 상응하는 컴법상 규정은 같은 법 제21조다.

### **(14) 이용허락계약**

저작권법 제46조에 따르면, 저작재산권자는 다른 사람에게 그 저작물의 이용을 허락할 수 있다고 규정하고 있고 이러한 이용을 허락해주는 계약이 저작물의 이용허

락계약이다. 이에 상응하는 컴법상 사용허락은 같은 법 제17조에 규정되어 있다.

### (15) 대여계약

저작권법에서는 저작물의 대여에 관해 판매용 음반을 영리목적으로 하는 대여에 한해 규정하고 있다(저작권법 제21조 제2항). 이에 상응하는 컴법상 규정은 제19조 제2항이다.

### (16) 문제점

디지털콘텐츠도 콘텐츠인 이상 그 보호의 기본법은 저작권법이 되는 것이 당연하다.<sup>40)</sup> 아날로그이든 디지털이든 간에 이것은 콘텐츠의 존재형식일 뿐이기 때문에 콘텐츠 자체의 보호법인 저작권법이 디지털콘텐츠의 기본적인 보호법이 되는 것은 당연하다.<sup>41)</sup> 컴법은 컴퓨터프로그램저작물을 보호하는 법인데, 통상적으로는 프로그램저작물이 디지털콘텐츠인 경우는 혼하지 않은 것으로 파악되었다.<sup>42)</sup> 이러한 상황을 전제로 할 경우에 저작권법과 컴법 양자의 통합 논의는 별로 실익이 없는 것으로 보인다.

하지만 디지털콘텐츠가 정보융합의 융이성이라는 특성을 가지고 있기 때문에 경우에 따라서는 디지털콘텐츠가 컴퓨터프로그램저작물과 일체로 이루는 경우도 있을 수 있다. 특히 방송과 통신이 융합되는 시대적 상황은 이를 촉진할 것으로 예상된다.

컴법에 따르면, 컴퓨터프로그램저작물의 특성 등을 감안하여 저작권법과 그 내용을 약간 달리하고 있다. 그리고 2008년 2월 정부조직개편이 되기 전의 정보통신부의 정책적 입장이 컴법에 많이 반영되어 있다. 따라서 문화체육관광부로 담당부처가 일원화된 마당에 디지털콘텐츠저작물의 효율적인 유통과 디지털콘텐츠에 관한 저작권의 효과적인 보호를 위해서 방송과 통신이 융합되어 가는 과정에서 이 두 법체계의 통합을 검토해 볼 필요가 있다. 또한 문화체육관광부의 업무를 효율화하고 규제를 완화하는 차원에서도 양법의 통합을 고려할 필요가 있다.

## 2. 저작권법과 온디콘법의 이원화에 따른 문제점

### 가. 서

---

40) 이상정, 디지털콘텐츠, 3면.

41) 이상정, 디지털콘텐츠, 3면.

42) 이상정, 디지털콘텐츠, 8면.

2001년 디지털콘텐츠산업을 발전시키기 위하여 세계 최초로 제정된 법률인 온디콘법은 디지털콘텐츠산업 육성 및 지원에 관한 행정법적 근거를 마련하는 한편, 온라인디지털콘텐츠제작자에게 사법상 보호를 규정하는 특이한 입법형식을 취하고 있다.

온디콘법의 제정 당시에 이 법의 제정을 통해 기대한 효과는 다음과 같다.

(i) 온라인 디지털콘텐츠산업의 기반을 조기에 조성하고 국가적 차원에서 디지털콘텐츠를 육성하는 추진체계를 마련하여 침체된 벤처업계 및 국내경제를 활성화하고 문화 외에 교육, 보건, 금융 등에 관한 디지털 콘텐츠 전반에 대해 균형적인 육성을 도모할 수 있다.<sup>43)</sup>

(ii) 온라인디지털콘텐츠산업이 활성화되어 신규 일자리가 다수 창출되고 외국의 디지털콘텐츠에 의한 국내시장 잠식을 예방할 수 있으며 국내 IT업체의 해외진출을 위한 기반을 조성할 수 있다.<sup>44)</sup>

(iii) 무임승차(free riding) 및 부정경쟁(unfair competition)을 규제함으로써 온라인 콘텐츠제작자가 투자한 자본의 안정적 회수를 도모하고, 다양한 사업화로 온라인디지털산업이 발전하게 되고 공정한 경쟁을 통한 관련 산업의 육성기반을 마련할 것이다.<sup>45)</sup>

이 법은 디지털콘텐츠산업의 육성과 국가적 지원에 관한 행정법적 측면에서는 그 실질적 의의가 있다. 하지만, 저작권법에 데이터베이스제작자의 권리에 관한 규정이 2003년에 개정된 저작권법<sup>46)</sup>에 의하여 신설되면서 온라인 디지털콘텐츠제작자의 투자보호라는 사법적 측면에서는 그 존재의미가 상실되었는지 여부가 문제된다.

## 나. 온디콘법의 연혁

### (1) 2002년 제정

정동영 의원의 대표발의로 제안된 온디콘법이 2000년 11월부터 2001년 10월까지의 논의를 거쳐 2001년 12월 7일 제225회 국회 제21차 본회의에서 통과되었다.<sup>47)</sup>

43) 이상정, 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제정, 34면.

44) 이상정, 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제정, 34면.

45) 이상정, 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제정, 34-35면.

46) 일부개정 2003.5.27 법률 6881호.

47) 온라인디지털콘텐츠산업발전의 논의과정을 소개하면 다음과 같다.

이와 같이 2002년 제정된 온디콘법(2002년 1월 14일, 법률 6603호)은 두 차례 개정을 거쳐 현재에 이르고 있다. 2004년, 2005년, 2006년 및 2008년에 각각 한 차례씩 개정되었는데, 그 개정취지 및 개정내용은 다음과 같다.

## (2) 2004년 개정

### (가) 2004년 개정<sup>48)</sup>의 취지

지난 10년간 구축된 초고속정보통신망은 속도면에서 괄목할 성과를 이루었으나, 통신·방송·인터넷이 융합되는 미래의 정보통신환경에 대응하기에는 한계가 있으므로 통신·방송·인터넷이 융합된 고품질의 서비스를 고속·대용량으로 이용할 수 있는 광대역(광대역)통합정보통신망의 구축을 지원할 수 있도록 법적 근거를 마련하는 한편, 정보화촉진기금에 대한 신뢰성과 투명성을 높이기 위하여 정보화촉진기금 관련 제도를 개선하는 등 현행제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완할 목적으로 2004년에 이 법이 개정되었다.

### (나) 2004년 개정의 주요내용

(i) 광대역통합정보통신기반의 구축 근거를 마련하기 위한 규정을 신설하였다(온디콘법 제2조 제5호의2 내지 제5호의4 신설, 제26조, 제28조의2 신설). 즉 광대역통합정보통신기반의 구축을 효율적으로 추진할 수 있도록 광대역통합정보통신기반의 구축을 담당할 전담기관의 지정, 광대역통합연구개발망의 구축 등에 관한 법적 근거를 마련하였다.

(ii) 정보화촉진기금의 용도 및 명칭을 변경하였다(온디콘법 제33조 및 제34조제2항). 다시 말하면, 정보화촉진기금으로 추진하고 있는 정보화촉진지원사업이 기금으로 추진하여야 할 만큼 신축성이 요구되지 아니하고, 복잡한 회계처리로 인하여 기금운영의 투명성에 문제가 있으므로 앞으로는 정보화촉진지원사업은 기금의 용도에서 제외하고, 그 용도를 정보통신관련 연구개발사업 등에 한정하도록 하며, 기금의 명칭을 정보화촉진기금에서 정보통신진흥기금으로 변경하였다.

---

\* 2000년 11월~12월: 정동영의원 발의로 공청회 개최(2회)  
\* 2001년 1월~7월: 관계부처 협의(문광부, 재정부)  
\* 2001년 7월 13일: 경제정책조정회의에서 관계부처 동법 제정 합의  
\* 2001년 7월~10월: 민주당 실무 조정회의  
\* 2001년 10월: 문광부·정통부 실무합의  
\* 2001년 12월 3일: 과학기술정보통신위원회 통과(수정가결)  
\* 2001년 12월 7일: 국회본회의 의결(제225회 국회 제21차 본회의)  
48) 일부개정 2004.12.30 법률 7265호.

(iii) 정보통신진흥기금의 재원을 조정하였다(온디콘법 제34조제1항제3호 삭제). 즉 한국전기통신공사가 민영화됨에 따라 한국전기통신공사의 주식배당금을 정보통신진흥기금의 재원에서 제외하였다.

### (3) 2005년 개정

#### (가) 2005년 개정<sup>49)</sup>의 취지

디지털콘텐츠처럼 복제가 가능한 재화의 경우 온라인디지털콘텐츠제작자는 사전에 청약철회 등이 제한되는 사실을 명시하거나 시용상품을 제공하는 등의 방법으로 디지털콘텐츠를 이용하는 이용자가 불이익을 받지 않도록 조치를 취하도록 하는 한편, 정보통신부장관은 디지털콘텐츠의 건전한 거래질서의 확립 및 소비자의 보호를 위하여 사업자의 자율적 준수를 유도하는 지침을 관련 분야 당사자의 의견을 들어 정할 수 있도록 할 목적으로 2005년 개정이 이루어졌다.

#### (나) 2005년 개정의 내용

2005년 개정을 통해 기존의 “온라인디지털콘텐츠산업발전법”의 법명이 “온라인 디지털콘텐츠산업 발전법”으로 수정되었으며, 제16조의2 내지 제16조의4가 각각 다음과 같이 신설되었다.

이 법 제16조의2는 “온라인디지털콘텐츠제작자(이하 “온라인콘텐츠제작자”라 한다)는 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」 제17조제2항 본문의 규정에 따라 청약철회 등이 불가능한 온라인콘텐츠의 경우에는 그 사실을 제17조의 규정에 따른 표시사항에 포함시키거나 시용상품의 제공, 한시적 또는 일부 이용 등의 방법으로 청약철회 등의 권리 행사가 방해받지 아니하도록 조치하여야 한다. 다만, 그 조치를 하지 아니한 경우에는 소비자의 청약철회는 제한되지 아니한다.”고 하여 청약철회 등에 대해 규정하고 있다. 그리고 이 법 제16조의3은 “① 정보통신부장관은 온라인콘텐츠의 건전한 거래 및 유통질서 확립과 이용자의 보호를 위하여 온라인콘텐츠사업자의 자율적 준수를 유도하는 지침(이하 “디지털콘텐츠이용자보호지침”이라 한다)을 관련 분야의 제작자, 기관 및 단체의 의견을 들어 정할 수 있다. ② 온라인콘텐츠사업자는 온라인콘텐츠 거래 시 이용자 보호를 위하여 대통령령이 정하는 바에 따라 과오금의 환불, 콘텐츠이용계약의 해지·해제의 권리, 콘텐츠 하자 등으로 발생하는 이용자 피해보상 등의 내용이 포함된 약관을 마련하여 콘텐츠이용자에게 명시하여야 한다. ③ 정보통신부장관은 콘텐츠거래 표준약관 및 표준계약서

---

49) 일부개정 2005.12.30 법률 제7818호.

를 제정하여 그 시행을 권고할 수 있으며, 온라인콘텐츠사업자를 대상으로 한 이용자 보호 교육의 실시 및 이용자 피해구제를 위한 제반 조치를 마련하여 시행할 수 있다.”고 규정하고 있으며, 이 법 제16조의4는 “제16조의2 및 제16조의3제1항의 규정에 따른 청약철회 및 디지털콘텐츠이용자보호지침과 관련하여 이 법에서 정하고 있는 사항 외에는 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」 제17조, 제18조, 제23조제2항, 제31조, 제32조, 제40조, 제41조 및 제44조의 규정 중 청약철회 및 소비자보호지침에 관한 규정을 준용한다. 이 경우 “통신판매업자”는 “온라인콘텐츠제작자”또는 “온라인콘텐츠사업자”로, “소비자보호지침”은 “디지털콘텐츠이용자보호지침”으로, “공정거래위원회”는 “정보통신부장관”으로 본다.”고 규정하고 있다.

#### (4) 2006년 개정

##### (가) 2006년 개정<sup>50)</sup>의 취지

소비자보호법의 법 제명을 “소비자기본법”으로 변경함에 따라 이를 온디콘법에 반영하였다.

##### (나) 2006년 개정의 내용

온디콘법 제16조는 “정부는 「소비자기본법」 등 관계 법령의 규정에 따라 온라인콘텐츠의 거래와 관련되는 소비자의 기본권익을 보호하기 위하여 필요한 시책을 수립하여야 한다.”라고 규정하였다.

#### (5) 2008년 개정

##### (가) 2008년 개정<sup>51)</sup>의 취지

정부조직개편에 따라 온디콘법의 소관부처가 정보통신부에서 문화체육관광부로 변경되었다. 이에 의거하여 온디콘법의 내용을 개정하였다.

##### (나) 2008년 개정의 내용

이 법의 소관부처가 문화체육관광부가 바뀌고, 기존의 소관부처인 정보통신부가 폐지됨에 따라 이 법 제5조(온라인디지털콘텐츠산업발전위원회의 설치), 제6조(재원의

---

50) 일부개정 2006. 9. 27. 법률 제7988호.

51) 일부개정 2008. 2. 29. 법률 제8852호.

확보), 제9조(기술개발의 촉진), 제10조(표준화의 촉진), 제11조(유통의 촉진), 제12조(국제협력 및 해외진출 촉진), 제13조(온라인콘텐츠산업지원기관), 제16조의3(이용자보호지침의 제정 등)에 그러한 내용을 반영하였다.

## 다. 온디콘법상 디지털콘텐츠제작자의 보호범위

### (1) 인적 범위

온디콘법 제18조 제1항에 따르면, “누구든지 정당한 권한 없이 타인이 상당한 노력으로 제작하여 표시한 온라인콘텐츠의 전부 또는 상당한 부분을 복제 또는 전송하는 방법으로 경쟁사업자의 영업에 관한 이익을 침해하여서는 아니 된다. 다만 온라인콘텐츠를 최초로 제작하여 표시한 날부터 5년이 경과한 때에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다. 이 규정에서 온라인 디지털콘텐츠에 대한 이익의 침해자를 온라인경쟁사업자의 영업에 관한 이익을 침해한 자로 한정하고 있다.<sup>52)</sup>

또한 같은 법 제19조 제1항에 따르면 “자신의 영업에 관한 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자”는 그 위반행위의 중지나 예방 및 그 위반행위로 인한 손해의 배상을 법원에 청구할 수 있도록 규정하고 있다.

따라서 손해배상 등을 청구할 수 있는 자는 당해 디지털콘텐츠의 저작권자 또는 저작권법에 의하여 보호받는 권리를 가진 자가 아니라 당해 디지털콘텐츠를 대상으로 실제 영업을 영위하는 자다.

### (2) 물적 범위

온디콘법의 태생적인 한계는 오프라인으로 유통되는 디지털콘텐츠는 보호를 받을 수 없다는 점이다. 콘텐츠가 디지털화되어 있는 때에는 온라인이든 오프라인이든 동일한 보호가 이루어져야 하나 그 유통경로에 따라 보호여부를 결정한다고 하는 것은 적어도 오프라인에서의 보호의 공백을 발생시킨다.<sup>53)</sup>

이 법은 처음부터 디지털로 작성된 콘텐츠에 대해서는 적용되지 않는다. 다시 말하면 이 법은 “온라인콘텐츠제작이라 함은 정보통신망에서 사용하기 위하여 아날로그

52) 孫永和 編, “디지털經濟時代의 知的財産權”, 명지대학교 금융지식연구소, 2002년, 167면; 신재호, “온라인디지털콘텐츠산업발전법에 관한 검토-디지털콘텐츠 보호방안을 중심으로-”, 「산업재산권」, 제11호, 2002년, 277면(이하 “신재호, 디지털콘텐츠 보호방안”으로 표시)에서는 “법 취지상 영업상의 이익이 침해되는 경우 경쟁사업자로 행위의 주체를 한정할 필요는 없다고 생각되나 법규정상 이러한 해석이 가능한지 불분명하다.”고 주장한다.

53) 한국디지털재산법학회, 앞의 연구보고서, 56면.

또는 디지털형태의 원정보를 디지털방식으로 전환 또는 가공하는 것을 말한다”고 함으로써 콘텐츠 제작의 범위를 제한하고 있다. 따라서 처음부터 디지털방식으로 제작되어 추후 수정된 바 없는 것의 대부분은 저작권법의 보호를 받을 것이지만 창작성이 없는 것은 이 법에 따르더라도 보호를 받을 수 없다.<sup>54)</sup>

따라서 본 법이 적용되는 예로서 다음의 사례가 흔히 인용된다.

(i) 첫째, 갑이 컴퓨터로 작성한 소설에 대해 을과 병이 각각 전자책을 발간할 수 있도록 갑이 을과 병에게 각각 복제허락한 경우를 그 전형적 사례로 들고 있다. 이 경우에 온라인사업자인 을과 병은 각각 이 법에 따라 보호된다고 한다.<sup>55)</sup> 그래서 을이나 병이 불법복제하는 경우에는 상호간에 있어 본 법의 규율을 받게 된다고 한다.<sup>56)</sup> 그리고 을이나 병이 오프라인에서 CD를 배포하는 행위 및 개인이 복제하는 행위는 이 법의 적용범위에 속하지 않는다고 한다.<sup>57)</sup> 을이나 병은 저작권법에 따라 전자출판권을 설정받은 것으로 보는 경우에는 온디콘법의 적용은 없게 되고, 이 경우에는 전자출판권을 이중으로 설정한 행위로서 저작권법상 문제가 된다고 생각한다. 따라서 이 예는 시기적으로 뒤늦게 체결된 전자출판권설정계약에 따라 전자출판권을 하게 된 자에게도 온디콘법에 따른 경쟁사업자로서의 이익을 부여함으로써 저작권법과 형평상 적절하지 않다고 생각한다.

(ii) 둘째, 갑이 집필한 책(아날로그 자료임)에 대해 을이 디지털화하도록 허락한 경우를 그 전형적 사례로 들고 있다.<sup>58)</sup> 하지만 이 경우에도 을은 편집저작권 내지 데이터베이스제작자의 권리 및 전자출판권 등에 의하여 보호받을 수 있으므로 온디콘법이 적용되는 사례는 아니라고 본다.

(iii) 셋째, 저작권 없는 표현물인 비저작물을 갑이 디지털화한 경우를 그 예로 들고 있다.<sup>59)</sup> 이 경우에도 편집저작권 내지 데이터베이스제작자의 권리로서 보호받을 수 있는 경우다. 따라서 온디콘법이 적용되는 사례는 아니라고 생각한다.

### (3) 시적 범위

온라인콘텐츠제작자의 보호기간을 온라인콘텐츠를 최초로 제작하여 표시한 날부터

---

54) 위의 연구보고서 56면.

55) 이상정, “온라인 디지털콘텐츠산업발전법의 제정과 제정의 의의”, 「지적소유권법연구」, 2001년, 33면(이하, “이상정, 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제정”으로 표시).

56) 이상정, 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제정, 33면.

57) 이상정, 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제정, 33면.

58) 이상정, 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제정, 34면.

59) 이상정, 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제정, 34면.

5년으로 하고 있다. 이는 이 법이 시행되는 2002년 7월 15일 이후 최초로 온라인 콘텐츠를 제작하는 분부터 보호가 시작된다.

## 라. 타 법률과의 관계

### (1) 저작권법 및 컴법과의 관계

온디콘법 제21조는 “온라인콘텐츠제작자가 저작권법 또는 컴법의 보호를 받는 경우에는 저작권법 또는 컴법이 이 법에 우선하여 적용된다.”고 규정하고 있다.<sup>60)</sup> 이는 저작권법 내지 컴법의 우선 적용을 명시한 것이다.<sup>61)</sup> 다시 말해서 온디콘법은 저작권법 내지 컴법을 보완하는 성격의 특별법으로서 디지털콘텐츠에 대해 저작권법 내지 컴법에 의하여 보다 강력한 보호를 받을 수 있다면 온디콘법은 적용되지 아니한다.<sup>62)</sup>

이 온디콘법은 콘텐츠 자체가 아니라 온라인콘텐츠제작자를 중심으로 규정되어 있다는 점에서 그 특이성을 발견할 수 있다. 즉 당해 콘텐츠가 저작권법상 보호를 받는 저작물인 경우에도 온디콘법이 적용될 수 있으며, 경우에 따라서는 당해 저작물의 저작권자 본인에 대해서도 온라인디지털콘텐츠제작자는 이 법에 의한 민사적 구제절차 또는 형사적인 절차를 활용할 수 있다.<sup>63)</sup>

온디콘법 제21조의 취지는 저작권법 내지 컴법에 의하여 보다 강한 보호를 받을 수 있다는 전제하에 온라인콘텐츠제작자가 온디콘법과 저작권법(내지 컴법) 양자에 의하여 중복해서 저작권을 보호받을 수 있는 경우에만 저작권법(내지 컴법)이 우선 적용된다는 것이다. 그래서 가령 온라인콘텐츠제작자와 저작권자가 서로 대립하여 온라인콘텐츠제작자는 온디콘법에 의해, 저작권자는 저작권법에 의해 자신의 권리를 주장한다면 보호법익이 다른 두 법은 함께 적용될 수도 있다고 한다.<sup>64)</sup> 이 경우에 온디콘법에 따르면, 온라인디지털콘텐츠제작자의 보호는 그 반사적 효과로서 저작권자의 보호의 약화를 초래할 가능성도 있다.<sup>65)</sup> 이러한 논의는 데이터베이스제작

---

60) 2008년 2월 29일 법률 제8852호로 개정된 “온디콘법” 제21조에서는 “컴퓨터프로그램 보호법”을 “컴퓨터프로그램보호법”으로 표현하여 2006년 10월 4일 법률 제8032호로 개정된 컴퓨터프로그램 보호법(현행 법은 2008년 2월 29일로 개정된 법률 제8852호임)의 제목을 반영하지 못했다.

61) 孫永和 編, 앞의 책, 173면.

62) 위의 책, 173면.

63) 위의 책, 174면.

64) 위의 책, 174면.

65) 위의 책, 174면에서는 “온라인콘텐츠제작자와 저작권자가 대립하여 각각의 법에 의한 자신의 주장을 한다면 보호법익이 다른 두 법은 함께 적용될 수도 있을 것이다. 이러한 의미에서 두 법은 저촉할 수 없으며, 보호대상의 판단 등에서도 다른 해석이 가능할 수 있다. 다만 형평성의 문제가 고려되어야 한다. 즉, 부정경쟁법리에 의한 디지털콘텐츠의 보호는 디지털콘텐츠제작자의 영업상의 이익을 훼손시키지 않는 필요 최소한의 범위로 제한되어야 하며, 창작성이라는 별도의 가치 판단

자에 관한 규정이 저작권법에 신설되기 전에 나타났다.

## (2) 문화산업진흥 기본법과의 관계

문화산업진흥기본법은 1999년 2월 8일 법률 제5927호로 제정되어 18차례의 개정을 거쳐 현재에 이르고 있다. 2008년 4월 현재 법명은 “문화산업진흥 기본법”이다. 이 법 제2조 제5호에서는 “디지털문화콘텐츠”를 “문화적 요소가 체화된 디지털콘텐츠”로 정의하고, 이 법 제2조 제4호에서는 “디지털콘텐츠”를 “부호·문자·음성·음향 및 영상 등의 자료 또는 정보로서 그 보존 및 이용에 효용을 높일 수 있도록 디지털 형태로 제작 또는 처리한 것”으로 정의하고 있다. 그런 다음, 이 법 제2조 제1호 사목에서는 “디지털문화콘텐츠 및 멀티미디어문화콘텐츠의 수집·가공·개발·제작·생산·저장·검색·유통 등과 이에 관련된 서비스를 행하는 산업”을 “문화산업”에 포함시켜 놓고 이 산업에 대한 지원책을 마련하고 있다.

따라서, 온디콘법에 따른 행정적 지원 부분과 문화산업진흥 기본법에 따른 행정적 지원 부분이 중복되는 측면이 있다. 왜냐 하면 디지털콘텐츠에서 디지털문화콘텐츠 및 멀티미디어문화콘텐츠가 상당 부분 차지할 것으로 예상되기 때문이다. 따라서 두 법의 관계 및 적용범위의 문제를 보다 명확하게 규명할 필요가 있다.<sup>66)</sup>

## (3) 각종 지원제도의 국제통상법과의 상충 여부

온디콘법은 온라인 디지털콘텐츠산업 발전을 위한 각종 정부 지원책을 규정하고 있는데, 이는 각종 보조금을 금지하고 있는 국제통상법과의 충돌문제를 야기할 수 있다.<sup>67)</sup> 수출·수입대체 보조금을 전면적으로 금지하고 있고<sup>68)</sup>, 그 밖의 경우에도 매우 제한적인 범위 내에서만 보조금을 허용하고 있는 WTO보조금협정과 조화 문제도 고려하여야 한다. WTO보조금협정 제8조에 따르면, 연구개발보조금, 낙후지역개발보조금, 환경보조금 등의 경우에 엄격한 요건을 충족하는 경우에 한해 보조금 지원을 허용하고 있다.

### 마. 온디콘법에 대한 평가

---

후에 저작권이라는 권리를 부여를 통해 보호되는 저작물 이상으로 과보호되어서는 아니될 것이다.”라고 주장하여 온디콘법과 저작권법 사이에 법리적으로는 충돌하지 않으나 형평성의 문제가 남아 있음을 시사한다.

66) 박덕영·김혜창, “온라인디지털콘텐츠산업발전법 제정의 의의 및 그 효과에 관한 소고”, 「연세법학연구」, 제9집 제1권, 2002년 2월, 243면(이하 “박덕영·김혜창, 온라인디지털콘텐츠산업발전법”으로 표시).

67) 박덕영·김혜창, 온라인디지털콘텐츠산업발전법, 245면.

68) WTO보조금협정 제3조.

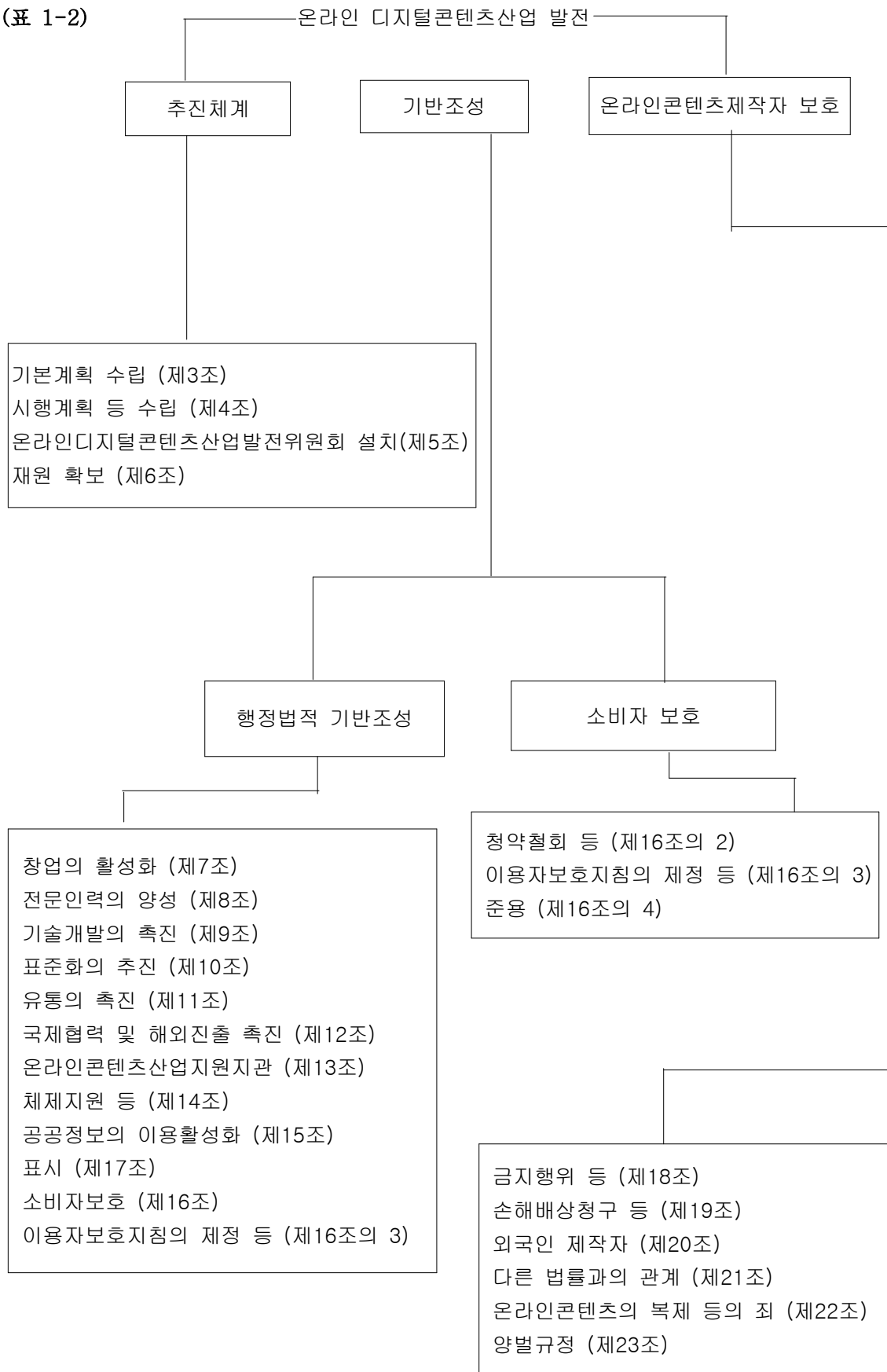
## (1) 온디콘법의 구조

현행 온디콘법은 온라인디지털콘텐츠산업 발전을 위한 추진체계 및 기반조성에 관한 법적 근거를 마련하는 한편, 온라인콘텐츠제작자 및 소비자에게 실체법적 보호를 규정하는 독특한 입법형식을 취하고 있다.<sup>69)</sup> 이를 도식화하면 아래 (표 1-2)와 같다. 따라서 온라인콘텐츠제작자와 관련해서는 온디콘법과 저작권법(및 컴법)과의 상호관계가 문제되고, 소비자와 관련해서는 온디콘법과 “전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률”과의 상호관계가 문제된다. 그리고 온라인디지털콘텐츠산업 발전을 위한 추진체계 및 기반조성에 관한 규정은 문화산업진흥 기본법의 그것과 중복되는지 여부가 문제된다. 여기에서는 특히 온디콘법과 저작권법의 상호관계를 분석한다.

---

69) 신재호, “온라인디지털콘텐츠산업발전법 개정방안에 관한 검토”, 「산업재산권」, 제18호, 2005년, 337면(이하 “신재호, 온라인디지털콘텐츠산업발전법 개정방안”으로 표시)에서는 “2002년 디지털콘텐츠산업을 육성하고자 우리나라에서 독자적으로 제정된 온라인디지털콘텐츠산업발전법[중략]은 산업육성 및 지원에 관한 법적 근거를 마련해주는 한편, 온라인콘텐츠제작자에게 실체법적 보호를 규정하는 독특한 입법형식을 취하고 있다.”고 한다. 하지만 이 법은 2005년 개정을 통해 소비자를 보호하는 실체법적 규정도 추가하게 되었다. 이는 2006년 8월 24일 개최된 「방송통신융합과 디지털콘텐츠 연속세미나③」에서 “방송통신융합과 디지털콘텐츠의 효율적 유통 및 보호”라는 주제 하에 발표된 제2발제문인 “디지털콘텐츠의 효율적 유통 및 보호를 위한 법체계 개선 및 정책 일원화 방안”에 대한 이병준 교수의 토론요지, 77면에서도 “온라인 디지털 콘텐츠거래와 관련하여서는 1단계로 민법, 2단계로 전자상거래소비자보호법, 3단계로 온라인디지털콘텐츠산업발전법(이하 온디콘법)을 살펴보아야 하는 3중 구조로 되어 있다”고 한다.

(표 1-2)



## (2) 저작권법과의 관계

### (가) 디지털콘텐츠의 정의에 관한 쟁점

디지털콘텐츠의 유형을 그 내용에 따라 분류하면, 데이터베이스는 그 일 유형에 불과하다. 따라서 저작권법의 보호를 받는 저작물 및 데이터베이스에는 해당하지 아니하는 디지털콘텐츠가 존재할 수 있다. 따라서 저작권법에서 창작성 없는 데이터베이스의 제작자의 권리를 보호하게 됨에 따라 온디콘법에 있어 온라인콘텐츠제작자보호에 관한 규정은 무용지물이 되었다고 곧바로 단정할 수는 없다.<sup>70)</sup> 하지만 온디콘법의 적용대상이 되는 디지털콘텐츠가 존재하더라도 실제로는 이러한 디지털콘텐츠의 제작자에게 이 법이 적용될 가능성이 거의 없다면 이 법상 온라인콘텐츠제작자 보호에 관한 규정은 무의미할 것이다. 따라서 아래에서 온디콘법이 온라인콘텐츠제작자에게 적용되는 범위를 살펴본다.

### (나) 온디콘법의 적용범위에 관한 쟁점

저작권법과의 관계에서 온디콘법이 의미를 가지는 경우에 대해서는 i) 저작물이 아니거나 저작권 보호기간이 종료된 콘텐츠를 디지털화한 경우, ii) 저작권자로부터 허락을 받고 서비스를 하는 중 제3자의 침해가 있고 저작권자가 침해에 대하여 미온적 태도를 보이는 경우, iii) 저작권자로부터 허락을 받고 서비스를 하는 중 저작권자 자신이 다른 사업자에게 2중 허락을 하는 경우<sup>71)</sup> 등을 들고 있지만 이런 경우에 기존 법체계에 의한 보호가 가능한 것으로 판단된다. 저작권법상으로는 온라인디지털콘텐츠사업자가 상당한 노력을 투자하여 만든 디지털 콘텐츠는 그 자체가 소재와는 상관없이 저작권법에 따른 2차적 저작물 내지 편집저작물이 될 가능성이 크고, 그렇지 않다고 하더라도 창작성없는 데이터베이스가 될 가능성도 있다. 또한 민법상으로도 이용허락을 한 저작권자가 제3자의 침해에 대하여 미온적인 태도를

70) 신재호, 디지털콘텐츠 보호방안, 263면에서는 “온라인디지털콘텐츠산업발전법에서의 디지털콘텐츠의 보호는 콘텐츠가 데이터베이스로 축적되어 데이터베이스로서 보호하여야 할 가치가 발생하기 이전의 디지털화 과정에서 보호의 가치를 착안한 것이며, 데이터베이스는 디지털콘텐츠 중 상업성이 있는 대표적인 것 중의 하나로 개념상 상호종속적인 관계라고는 할 수 없지만 상당부분 중복하고 있다.”고 주장한다. 따라서 실제로는 이 법 제정당시 이 법상 온라인 디지털콘텐츠제작자의 보호는 데이터베이스제작자의 보호와 병렬선상에서 논의되었음을 알 수 있다. 그리고 이상정, 디지털콘텐츠, 13면에서는 “창작성없는 데이터베이스보호가 자료의 수집에 대한 노력과 자본투자를 보호하기 위한 것이라면 디지털화권은 디지털화를 장려하기 위해 디지털화한 자의 노력과 기술투자를 보호하기 위한 것”이라고 주장한다.

71) 신재호, 온라인디지털콘텐츠산업발전법 개정방안, 340면 각주 5에서는 “예컨대, 온라인콘텐츠제작자가 저작권자로부터 디지털화 및 디지털콘텐츠 유통에 필요한 저작권에 대하여 이용허락을 받아 사업을 하는 경우, 제3자가 별도로 저작권자로부터 이용허락을 받아 자신이 디지털화된 콘텐츠를 복제하여 이용하는 경우 당해 온라인콘텐츠제작자는 저작권자의 의사와 무관하게 독립적으로 제3자에게 손해배상청구 등을 할 수 있다.”고 주장한다.

취하는 경우에는 민법상 채권자대위권을 행사할 수 있고, 2중허락의 경우에는 전자출판권의 이중설정계약의 문제로 보아 그 사안에 접근하거나 반사회적 법률행위로 보아 무효를 주장할 수도 있다.

요컨대 온디콘법의 물적 적용범위 항목에서 이 법이 적용된다고 인용된 사례도 실제로는 이 법이 적용될 가능성이 없다고 보았을 때, 온디콘법이 그 실익을 가질 수 있는 영역은 i) 온라인디지털콘텐츠제작자가 원저작물에 대해 어떠한 저작권을 가지지 아니하고, ii) 디지털 콘텐츠가 2차적 저작물 내지 편집저작물로도 볼 수 없고, iii) 창작성 없는 데이터베이스로도 볼 수 없는 예외적인 경우인 것으로 보인다. 따라서 이 법이 적용될 영역은 극히 예외적일 것으로 예상되는데, 실제 사례가 있는지도 의문이고 온라인콘텐츠업계가 이 법의 존재를 알고 있는지도 의문시된다.

#### (다) 판례 분석

우리나라 대법원판례는 “온라인 디지털콘텐츠산업 발전법 제18조 제1항, 부칙(2002. 1. 14.) 제1항, 제2항 등의 규정에 의하면 위 법이 보호하려는 온라인콘텐츠는 정보통신망에서 유통되고 있는 모든 온라인콘텐츠가 아니라 타인이 상당한 노력으로 제작하여 표시한 온라인콘텐츠 중 위 법 시행(2002. 7. 15.) 후 최초로 제작된 것으로서 최초로 제작하여 표시한 날부터 5년이 경과되지 아니한 것만을 그 보호의 대상으로 하고 있다 할 것이고, 온라인콘텐츠가 위 법 제18조 제1항에 의하여 보호를 받으려면 같은 법 제17조 제1항 소정의 표시를 하여야 하며, 온라인콘텐츠의 제작 및 표시 연월일에 대한 표시를 생략한 채 온라인콘텐츠의 원저작물 출판일을 표시한 것만으로는 그에 대한 온라인콘텐츠가 위 법 시행 이후에 제작되었는지, 언제 그 보호기간이 만료되는 것인지를 알 수 없으므로 위 법 제17조 제1항에 의한 표시를 하였다고 할 수 없다 할 것이니, 위 법 제18조 제1항에 의하여 보호를 받는 온라인콘텐츠라고 할 수 없다.”고 판시하여 온라인 디지털콘텐츠의 경우에 소정의 표시를 하여야 보호를 받을 수 있음을 분명히 밝히고 있다.<sup>72)</sup>

이 판결과 관련해서는 두 가지 사실에 주목하여야 한다.

첫째, 이 사안의 구체적인 사실관계가 온디콘법이 시행된 2002년 7월 15일 이후

72) 대법원 2006.2.10. 선고 2004도9073 판결(이 판결은 “주식회사 엔조이삼육오가 이 사건 만화 온라인콘텐츠에 ‘www.comicplus.com’이라는 위 회사 URL을 표시함으로써 위 온라인콘텐츠의 제작자가 위 인터넷사이트 운영자측이라는 것을 명시하였고, 이 사건 만화가 서적으로 출판된 출판일을 표시하였지만 이 사건 만화 온라인콘텐츠의 제작 및 표시 연월일은 표시하지 아니한 사실을 인정할 수 있는바, 온라인콘텐츠의 제작 및 표시 연월일이 표시되지 아니한 이 사건 만화 온라인콘텐츠는 법 제18조 제1항의 보호대상에서 제외된다 할 것이므로, 피고인이 주식회사 엔조이삼육오가 상당한 노력으로 제작한 이 사건 만화 온라인콘텐츠를 복제하여 전송한 행위는 법 제18조 제1항 위반죄에 해당하지 아니한다 할 것이다.”고 판시하였다.).

2003년 5월 27일 개정된 저작권법 시행 이전에 발생하였다는 점이다. 따라서 데이터베이스제작자의 권리에 관한 규정이 저작권법에 신설되기 전에 발생한 사안에 대한 판결이라서 온디콘법의 존치 여부에 관련하여 그 존재의의를 강화하는 판례로 보기 어렵다. 이 판결과 관련된 사실관계가 저작권법이 2003년 개정이후에 발생하였다면 현행 저작권법상 데이터베이스제작자의 권리에 관한 규정이 적용될 것이라고 생각한다.

둘째, 이 판결은 온라인 디지털콘텐츠의 제작 및 표시 연월일을 표시하지 아니한 경우에 온라인 디지털콘텐츠제작자가 이 법에 따른 보호를 받지 못한다고 판시하였다. 이 점은 온디콘법이 디지털콘텐츠의 효율적 유통에는 장애가 될 수 있다는 사실을 시사한다.

한 하급심법원의 결정에 따르면, “온라인디지털콘텐츠산업발전법 제2조 제1호, 제2호는 “‘디지털콘텐츠’라 함은 부호·문자·음성·음향·이미지 또는 영상 등으로 표현된 자료 또는 정보로서 그 보존 및 이용에 있어서 효용을 높일 수 있도록 전자적 형태로 제작 또는 처리된 것을 말한다. ‘온라인디지털콘텐츠’라 함은 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제2조 제1항 제1호의 규정에 의한 정보통신망에서 사용되는 디지털콘텐츠를 말한다.”고 각 규정하는 한편, 제18조 제1항에서 “누구든지 정당한 권한 없이 타인이 상당한 노력으로 제작하여 표시한 온라인콘텐츠의 전부 또는 상당한 부분을 복제 또는 전송하는 방법으로 경쟁사업자의 영업에 관한 이익을 침해하여서는 아니된다.”고 규정하고 있는바, 인터넷홈페이지도 그 구성형식, 소재의 선택이나 배열에 있어 창작성이 있는 경우에는 이른바 편집저작물에 해당하여 독자적인 저작물로 보호받을 수 있다고 할 것이므로 피침해사이트로부터 복제하여 침해사이트에 게시하거나 침해사이트의 회원들에게 전자메일을 이용하여 전송한 피침해사이트의 상품정보 등은 온라인디지털콘텐츠산업발전법 소정의 ‘온라인디지털콘텐츠’에 해당한다고 할 것이고, 그 상품정보 등의 구성형식이나 배열, 서비스 메뉴의 구성 등은 편집저작물로 볼 수도 있다.”고 판시하였다.<sup>73)</sup> 이 결정은 편집저작물도 온라인디지털콘텐츠가 될 수 있음을 나타낸다. 하지만 이 사례도 데이터베이스제작자에 대한 권리규정이 저작권법에 신설되기 이전 시점에 그 사실관계가 발생한 사안이다. 그리고 2003년 개정된 저작권법 시행 이후에 이 사안에 발생하였다면 데이터베이스가 창작성이 있는 경우에는 편집저작권자와 데이터베이스제작자에 관한 규정이 중복적으로 적용될 것이다. 따라서 현 시점에 볼 때, 이 사안은 온디콘법이 적용될 사안이 아니다.

원저작물이 창작성이 있든 없든 간에 디지털화에 상당한 투자를 한 경우에 이 투자 회수에 초점을 둔 규정이 데이터베이스제작자의 권리에 관한 규정이다. 원소재의

73) 서울지법 2003. 8. 19. 자 2003카합1713 결정.

디지털화한 상당한 투자를 한 자를 부정경쟁방지적 측면에서 보호하는 행위규제형의 법률이 온디콘법인데 반해, 이러한 자에게 저작인접권을 부여하여<sup>74)</sup> 보호하는 권리부여형의 법률이 저작권법이다.

데이터베이스제작자에 대한 규정이 저작권법에 신설되기 전에는 창작성이 있는 저작물에 대해서도 온디콘법이 적용될 가능성이 존재하였다. 왜냐 하면 저작권법이 온디콘법보다 우선적으로 적용되는 경우는 당해 디지털콘텐츠가 저작권법에 의하여 보호되는 경우가 아니라 온라인콘텐츠제작자가 저작권법에 의하여 보호받을 수 있는 경우이기 때문이다.<sup>75)</sup> 현행 저작권법에 따르면, 데이터베이스 가운데 컴퓨터 등 정보처리장치를 통한 검색을 위해서 디지털화한 경우에 그 데이터베이스제작자는 디지털콘텐츠제작자의 지위를 겸하기 때문에 저작권법과 온디콘법의 보호를 받게 될 것이다. 하지만 저작권법의 보호내용이 온라인디지털콘텐츠산업 발전법보다 강하므로 온라인 디지털산업 발전법이 적용될 가능성이 없다.<sup>76)</sup>

### 제3절 저작물 등의 효과적 보호를 위한 관련 법률 통합 방안

2008년 정부직제개편에 따라 저작물관련 법률이 모두 문화체육관광부에 이관되어 문화체육관광부가 저작권법 뿐만 아니라 컴법, 온디콘법도 관장하게 되었다. 따라서 그동안 담당부처가 상이하기 때문에 발생한 법조문의 상이점들을 극복할 수 있는 방안을 마련할 필요가 있다.

또한 컴퓨터나 인터넷 보급 등 정보화가 진전되고 방송과 통신이 융합되면서 디지털콘텐츠 관련 법제를 일반인들이 보다 쉽게 이해할 수 있도록 고칠 필요가 증대한다.<sup>77)</sup> 그리고 저작물 등을 효율적으로 유통시키기 위하여 기술보호조치 등과 관한 법제의 체계를 재정비하고 저작물 등에 대한 권리를 보호하기 위하여 저작물 등에 대한 권리를 신탁하는 제도를 개선하는 것과 같이 저작물 등과 관련된 법제의 재조정문제가 대두된다.

## 1. 국제동향

### 가. 각국의 입법례

---

74) 이상정, 데이터베이스제작자보호, 28면.

75) 신재호, 디지털콘텐츠 보호방안, 282면; 박익환, “데이터베이스 제작자의 법적 보호”, 「산업재산권」, 제15호, 2004년 5월, 285-293면.

76) 이상정, 데이터베이스제작자보호, 29면.

77) 이호흥, “일본 문화심의회저작권분과회 보고서 개요(상)”, 「계간 저작권」, 제67호 (2004년 가을호), 저작권심의조정위원회, 2004년 9월, 131면.

## (1) 미국

미국의 연방저작권청은 1964년부터 컴퓨터프로그램의 저작권등록을 인정하였고, 1975년에 설립된 ‘신기술에 의한 저작물이용에 관한 연방위원회(The National Commission on New Technological Use of Copyrighted Works: CONTU)’가 제출한 최종보고서의 권고를 연방의회가 수용하여 1980년 12월에 저작권법의 일부 개정을 통해 컴퓨터 프로그램을 저작권의 보호대상에 포섭하였다.<sup>78)</sup> 1981년부터 시행된 개정저작권법은 제101조에 컴퓨터프로그램의 정의규정을 두고, 제117조를 개정하여 복제 등을 하여도 보존용이거나 기계와 관련하여 프로그램사용상 불가피한 경우에는 저작권침해가 되지 않는다는 예외를 두었다.<sup>79)</sup>

## (2) 유럽연합

유럽공동체위원회는 컴퓨터프로그램의 법적 보호에 관한 지침을 만드는 작업을 개시하여 1989년 1월에 지침안을 마련하였다. 이 지침안에 대해 유럽공동체이사회는 1991년 5월 14일에 ‘컴퓨터프로그램의 법적 보호에 관한 EU지침’을 확정하여 공포하였다. 이 지침은 1993년 1월부터 효력이 발생하고 있다. 따라서 유럽공동체의 회원국들은 지침을 좇기 위해 자국의 국내법제도를 정비하였다.

## (3) 독일

독일 법무부는 1982년 9월 1일 컴퓨터프로그램은 당시 저작권법상 저작물의 하나로 인정되므로 그 보호를 위해 저작권법을 개정할 필요는 없다는 견해를 밝힌 바 있다. 하지만 프로그램의 저작권적 보호를 보다 명확히 규정할 필요가 있어 1985년에 저작권법 제2조 제1호의 “어문저작물” 중에 “데이터처리를 위한 프로그램”을 추가하는 개정을 하였다.<sup>80)</sup>

## (4) 일본

일본에서 컴퓨터프로그램의 저작권보호에 관한 논의는 1970년 초에 시작되어

---

78) 사용자 매뉴얼 및 컴퓨터 프로그램의 내용에 미국 저작권법이 적용된다(See, e.g., Johnson Controls, Inc. v. Phoenix Control Sys., Inc., 886 F.2d 1173 (9th Cir. 1989)). 미국 저작권법에 따르면, 원시코드와 목적코드 양자는 어문저작물이다(17 U.S.C. § 102(a). See, e.g., Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp., 714 F.2d 1240, 1249 (3d Cir. 1983), cert. dismissed, 464 U.S. 1033 (1984); Apple Computer, Inc. v. Formula Int'l, Inc., 725 F.2d 521, 525 (9th Cir. 1984)).

79) 吳承鍾·李海完, 앞의 책, 643면.

80) 위의 책, 645면.

1971년 6월 통상산업성에 ‘소프트웨어의 법적 보호조사위원회’가 설치되고, 1972년 3월에는 문화청의 저작권심의회 안에 컴퓨터프로그램의 저작권보호를 연구하기 위한 제2분과위원회가 설치되었다. 통상산업청이 ‘프로그램권법’이라는 별개의 법률을 입법하려고 하였으나, 대외적으로는 미국, 대내적으로 문화청의 반발에 부딪히어 입법계획을 포기하였다. 결국 저작권법을 개정하는 방향으로 합의가 이루어져 1986년 1월 1일 컴퓨터프로그램을 저작권법에 의하여 보호하는 개정저작권법이 시행되게 되었다.<sup>81)</sup>

## (5) 영국

1973년에 설립된 Whitford Committee에서 1977년 3월에 제출한 “저작권 및 디자인에 관한 법률”에 관한 보고서에서 컴퓨터프로그램이 저작권의 대상이 됨을 처음으로 인정하였다. 그 이후 1985년에 영국 하원은 저작권(컴퓨터 소프트웨어) 개정법[Copyright(Computer Software) Amendment Act]를 제정하여 컴퓨터 프로그램도 저작권법상 보호대상인 저작물이라고 규정하였다. 1988년에 1985년의 위 개정저작권법에 대한 대체입법으로서 ‘저작권, 디자인 및 특허에 관한 법률(Copyright, Designs and Patents Act, 1988)’을 제정하여 컴퓨터프로그램의 소급보호를 인정하는 한편, 보호되는 프로그램에는 컴퓨터에 저장된 목적코드도 포함됨을 명문으로 규정하였다.<sup>82)</sup>

## (6) 프랑스

프랑스의 1957년 저작권법에는 프로그램에 대한 직접적 규정이 없었으나 1983년 프랑스 법무부가 저작권에 의한 프로그램의 보호를 긍정한 바 있고, 일부판례도 이를 긍정하는 입장을 취하였다고 한다.<sup>83)</sup> 그 이후 1985년 7월에 저작권법개정을 통해 컴퓨터프로그램이 저작권법으로 보호됨을 명백히 하였다.

## (7) 중국

중국에서는 1990년 9월 7일 제정된 저작권법에 컴퓨터 소프트웨어를 저작물로 규정하면서 그 구체적인 보호방법에 대해서는 국무원이 제정하는 별도의 조례에 의한다고 규정하였고, 이에 따라 1991년 5월 24일 국무원이 “컴퓨터 소프트웨어보호조례”를 제정하였다. 이 조례는 국무원의 위임입법에 따른 것으로서 실제로 상위법인 저작권법에 저촉하는 규정도 존재하여 컴법이 별도로 입법되어 있는 우리나라와 그

---

81) 위의 책, 644면.

82) 위의 책, 644면.

83) 위의 책, 645면.

결과에 있어서는 큰 차이가 없는 입법례로 볼 수 있다.<sup>84)</sup>

## 나. 국제조약

컴퓨터프로그램은 여러 국제조약에 따르면 어문저작물로 보호된다.<sup>85)</sup> 왜냐 하면 컴퓨터프로그램은 컴퓨터코드언어로 작성된 저작물이기 때문이다. 따라서 문서로 된 저작물과 유사한 것으로 간주될 수 있다.<sup>86)</sup> 베른협약 제2조 제1항에 따르면, 예술적·문학적·과학적인 분야의 모든 저작물에 대해 저작권으로 보호하고 있다. 이 규정에 따라 컴퓨터프로그램도 저작권으로 보호된다.<sup>87)</sup> 1986년에 성립된 무역관련지적재산권협정(이하 “TRIPs 협정”으로 표시)에 있어 컴퓨터프로그램의 보호에 대한 접근방식은 베른협약과 다소 다르다. 즉 TRIPs 협정은 컴퓨터프로그램을 어문저작물규정을 유추하여 보호하기 보다는 명문규정을 두어 보호하고 있다. TRIPs 협정 제10조 제1항은 “컴퓨터프로그램은 그것이 원시코드 또는 목적코드의 형태이든간에 베른협약에 따라 어문저작물로 보호된다.”고 규정하고 있다. 그리고 1996년에 공포된 세계지적재산권기구 저작권조약(WIPO Copyright Treaty; 이하 “WCT”로 표시)은 컴퓨터프로그램 및 데이터편집물에 기존의 저작권보호를 확대하여 적용하고 있다.<sup>88)</sup>

## 2. 저작권법과 컴법의 통합

현재까지 디지털콘텐츠는 컴퓨터 프로그램과 그 외의 일반저작물로 비교적 명확히 구별될 수 있으므로 통합의 문제가 발생한다고 주장하는 견해가 존재한다. 그러한 견해를 기술하면 다음과 같다.

“원래 컴퓨터프로그램이란 새로운 지적재산이고, 특허법이나 저작권법<sup>89)</sup>이 예상하지 못했던 보호대상이다. 그래서 이들 법을 통한 보호와 관련하여 처음에서 갈등을 보이다가 1980년대<sup>90)</sup>를 기점으로 저작권법에 의한 보호로 기울어졌고, 마침내 국제적 공인을 받기에 이르렀다. 그러나 그 과정에서 저작권법의 약점도 밝혀지자 대체로 1990년대 이후에는 특허법과의 공존이 점차 일반화되고 있다. 그러나 두 법 모두 컴퓨터프로그램보호에 적합한 법은 아니다. 공표후 50년이나 보호하는 컴법이

---

84) 위의 책, 644면.

85) Mira T. Sundara Rajan, Moral Rights in Information Technology: A New Kind of ‘Personal Right’?, 12 Int’l J.L. & Info. Tech. 32, 45 (2004).

86) Id.

87) Id. at 46.

88) WCT, arts. 4-5.

89) 오자를 수정하여 게재한다.

90) 오자를 수정하여 게재한다.

권리자 보호와 일반 공중 보호의 조화를 이루고 있다고 보기도 힘들려니와 차단효 있는 독점권으로 구성하여 프로그램개발자의 불안을 조성하는 특허법도 올바른 보호방법은 아니다. 이제 1978년 WIPO에서 작성한 [컴퓨터소프트웨어의 보호에 관한 모델규정]을 참조하여 컴퓨터프로그램보호에 적합한 보호 법제를 만들고 이곳저곳으로 방랑하는 컴퓨터프로그램을 제대로 된 집으로 보내주어 안주시켜야 한다. 이것이 저작권법과 별도로 독립법을 만들었던 우리 입법자의 당초의 취지에도 부합한다고 본다.”<sup>91)</sup>

미국의 판례 및 학설에서도 이와 같은 주장이 제기된 바 있다. 상세히 말하자면, Lotus Dev. Corp. 대 Borland Int'l, Inc. 사건판결<sup>92)</sup>에서 제1순회구 연방항소법원의 Boudin 판사는 자신의 부수의견을 통해 저작권법을 컴퓨터프로그램에 적용하는 것이 조각그림이 잘 맞지 않은 조각그림맞추기와 같다는 의견을 개진한 바 있다. 그리고 저작권법적 보호와 특허법적 보호가 소프트웨어산업에 대해서는 최적 체계를 제공하지 아니한다고 지적한 이도 있다.<sup>93)</sup>

하지만 저작물의 효율적 유통을 위해서는 저작권법과 컴법을 반드시 통합하여야 한다. 예컨대 하나의 저작물이 저작권법과 컴법이 동시에 적용될 경우에 저작권신탁과 관련하여 두 법의 입장이 상이하므로 하나의 저작물임에도 불구하고 달리 취급하게 되어 저작물의 효율적 유통을 저해하게 된다.

그리고 방송과 통신이 융합되면서 컴퓨터프로그램을 포함한 종합적인 디지털콘텐츠가 창출되는 경우에도 그 하나의 종합세트로서 가치가 부여되는 경우가 나타날 수 있다.<sup>94)</sup> 전술한 바와 같이 위탁관리단체에 그 권리를 신탁하는 경우에 이를 집중관리할 필요성이 증대된다. 따라서 이에 대한 감독행정청이 동일할 필요성도 증대된다. 이러한 측면에서 현재 저작권법과 컴법에 상이한 조문들을 면밀히 검토하여 저작물 등의 효율적 유통 및 보호에 걸림돌로 될 수 있는 규정들은 과감히 손질할 필요가 있다. 대외적으로 보면 협상을 위해 저작권법과 컴법이 분리되어 있는 것이 오히려 나을 수도 있다. 반면에 선진국의 입법례를 충분히 소화하여 통일되고 일관된 입법을 추진하기 위해서는 하나의 법률로 통합하는 방안도 검토할 필요가 있다. 대부분의 외국입법례가 저작권법에 컴퓨터프로그램저작물을 규율하고 있는 상황은 이러한 판단을 하는데 도움이 될 것이다. 이와 관련하여 컴법 자체가 불필요하고 저작권법에 컴퓨터프로그램저작물의 특성을 감안한 특칙을 두거나 일본과 같이 저

91) 이상정, 컴퓨터프로그램 보호법제정경위, 18-19면.

92) 49 F.3d 807, 820(1st Cir. 1995).

93) Paul Goldstein, Infringement of Copyright in Computer Programs, 47 U. Pitt. L. Rev. 1119, 1126-30(1986).

94) 아바타의 경우에는 그래픽이미지는 저작권법에 의하여, 이를 표현하는 목적코드는 컴법에 의하여 보호된다 (박성호, 「저작권법의 이론과 현실」, 현암사, 2006년, 373면).

작물의 등록방법만 달리 하는 입법을 취하자고 주장하는 이도 있다.<sup>95)</sup>

최근에는 컴법이 있음에도 컴퓨터프로그램은 광범위하게 특허법에 의하여 보호받고 있다.<sup>96)</sup> 최근 유행하고 있는 BM특허(영업방법의 특허)도 컴퓨터프로그램특허의 연장선상에 있는 것이므로 수많은 컴퓨터프로그램이 특허법을 통해 보호되고 있다. 이러한 측면도 함께 고려할 필요가 있다.

우선 현재 시점에서는 저작권법과 컴법 양자의 소관부처가 문화체육관광부로 단일화되었으므로 감독행정청을 통일하여야 한다는 기존 논의는 되풀이할 필요가 없게 되었다. 이제는 문화체육관광부라는 단일의 부처 내에서 양 법을 통합하는 것이 이 부처의 업무 효율성을 제고할 뿐만 아니라 시대적 흐름에도 부합하는지 여부를 따져볼 필요가 있다. 이와 관련하여 저작물 등의 효율적 유통 및 보호에 걸림돌이 될 수 있는 규정을 손질하는 방안을 고려할 필요가 있다. 이 경우에 컴퓨터프로그램저작물은 저작물의 일 유형에 불과하므로 법체계 개선의 논의는 저작권법에서 출발하는 것이 타당하다. 그리고 외국의 입법례에 상응하는 법률을 갖추고 있는 것이 향후 국제적 추세에 보조를 맞추는데 유리하다는 점을 충분히 감안하여야 할 것이다. 그 밖에 컴법 제정 당시의 상황에서 접근하기 보다는 방송·통신융합시대에 즈음하여 기술보다는 기술발달에 따른 콘텐츠의 발전에 초점을 두어 법체계의 조정 문제를 다루는 것이 합리적이라고 생각한다. 즉 이러한 법체계의 조정 문제를 다루는데 있어 기술 중심적 사고보다는 콘텐츠 중심적 사고에서 접근하는 것이 국익(부가 가치 측면)에 보다 도움이 될 것으로 생각한다.

### 3. 저작권법과 온디콘법상 관련 규정의 통합 및 조정

저작권법에 정해진 데이터베이스제작자보호규정은 권리부여형인데 반해 온디콘법은 행위규제형이다. 그리고 저작권법상 데이터베이스는 전자적 형태의 것에만 한정하고 있는 것은 아니므로 이 점에서 온디콘법상 온라인디지털콘텐츠와 다르다. 하지만 저작권법상 데이터베이스 중에서 컴퓨터 등 정보처리장치를 통한 검색을 위해서는 디지털화할 필요가 있고, 그 경우 데이터베이스제작자는 디지털콘텐츠제작자의 지위도 겸할 것이므로 저작권법이나 온디콘법의 보호를 받을 수 있다. 그러나 이 경우에 저작권법의 보호 내용이 온디콘법의 그것보다 강하므로 온디콘법은 적용되지 않게 된다.<sup>97)</sup>

방송과 통신이 융합되면서 하나의 디지털콘텐츠가 다양한 유통경로를 가지게 되고

95) 許煥成, 「2000 新著作權法 逐條概說(上)」, 저작권아카데미, 2000년, 121면.

96) 이상정, 컴퓨터프로그램 보호법제정경위, 14면.

97) 이상정, 데이터베이스제작자보호, 29면.

그 디지털콘텐츠는 저작물과 비저작물을 같이 포함하며 이 디지털콘텐츠는 그 제작·갱신 등 또는 운영에 특정한 컴퓨터프로그램이 필요한 경우가 생겨날 것이다. 이 전체를 하나의 법으로 규율하는 것은 법제의 실효성 및 정책적 효율성을 뒷받침하기 위하여 필수적이라고 생각한다. 여기에서 화두로 던질 수 있는 질문은 온디콘법의 존재가치가 있는가라는 문제다.

온디콘법은 행위규제형 법률로서 부정경쟁방지적인 방법을 취하고 있다. 반면에 창작성 없는 데이터베이스제작자를 보호하기 위한 방법으로는 물권적인 보호방법과 부정경쟁방지적 보호방법이 존재하는데, 유럽의 EU지침 및 회원국 각국이 채택한 물권적인 보호방법에 따라 2003년에 개정된 저작권법은 물권적인 보호방법을 채택하였다.<sup>98)</sup>

창작성을 기준으로 하여 저작물을 보호하는 저작권법에서 창작성 없는 데이터베이스를 보호한다는 것은 그 자체로서 문제가 있다는 견해가 있다. 이 견해에 따르면, “특히 우리 저작권법은 다른 나라와 달리 ‘이 법은 저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화의 향상발전에 이바지함을 목적으로 한다’고 규정하여 저작권법에 포섭될 범위를 명백히 하고 있어 투자보호라고 하더라도 저작물의 이용과 관련된 것에 한정된다”고 주장한다. 더 나아가 이 견해는 “산업보호측면에서 보호의 필요가 있다면 그것은 저작권법보다는 다른 법률, 예컨대 데이터베이스보호법이나 온디콘법과 같은 법률에 규정하는 것이 보다 올바른 방향”이라고 주장한다.<sup>99)</sup> 이러한 주장도 데이터베이스에 관한 규정이 저작권법에 신설되기 전에 제시된 것이다. 또한 창작성이 있는 저작물을 보호하는 근본적인 이유 중 하나는 그 창작에 저작자의 노력과 자원이 상당부분 투여되기 때문이다. 그러한 측면에서 보면 창작성이 없더라도 갈수록 복잡다양해지고 종합화되어 가는 콘텐츠를 디지털화한 데 들인 상당한 투자의 보호를 저작권법의 측면에서 일관성 있게 보호할 필요가 있다. 그리고 디지털화는 저작물의 제작과 유통 및 소비를 위한 하나의 형태 또는 양식(기술)을 가리키는 것으로서 디지털화되는 대상과 분리되어 다루어질 수 없다는 측면에서도 권리보호에 관한 법제는 저작권법에서 통합하여 다루어야 할 것이다.

디지털화에 들인 상당한 투자를 회수하는 방법으로는 부정경쟁법적 논리를 추구하는 방안이 있기는 하지만 디지털화하는데 상당한 투자를 한 데이터베이스제작자의 이익을 부당하게 해치는 경우에는 당해 데이터베이스의 상당한 부분의 복제 등으로 보는 방안도 있다(저작권법 제73조의4 제2항). 그런데 우리 저작권법은 후자의 방안을 채택하였다. 이는 실질적으로 온디콘법의 적용을 막는다.

98) 이상정, 데이터베이스제작자보호, 23면.

99) 한국디지털재산법학회, 앞의 보고서, 36면.

여하튼 간에 창작성 없는 데이터베이스의 제작자의 권리를 저작권법에서 보호하고 있기 때문에 온디콘법이 그 실익을 가질 수 있는 영역은 i) 온라인디지털콘텐츠제작자가 원저작물에 대해 어떠한 저작권을 가지지 아니하고, ii) 디지털 콘텐츠가 2차적 저작물 내지 편집저작물로도 볼 수 없고, iii) 창작성 없는 데이터베이스로도 볼 수 없는 예외적인 경우인 것으로 보인다. 하지만 이러한 사례를 찾기란 어렵다. 이러한 점을 감안할 때, 온디콘법은 행정법적인 측면 및 전자상거래소비자보호적 측면에서 그 역할을 수행할 가능성만 주로 남아 있다. 따라서 온디콘법에서 온라인 디지털콘텐츠제작자의 보호에 관한 규정은 삭제하고<sup>100)</sup> 필요한 부분은 저작권법에 추가하는 것이 현명한 방안이다. 그리고 온라인의 경로로 활용되는 디지털콘텐츠뿐만 아니라 오프라인의 경로에서 활용되는 디지털콘텐츠를 포함하는 디지털콘텐츠에 관한 산업 전반의 육성에 대한 규정은 문화산업진흥 기본법에 흡수하여 규정하는 것이 타당하다고 생각한다. 왜냐 하면 기술은 콘텐츠를 디지털화하는 도구라고 생각하는 입장으로서는 콘텐츠 중심적 입장에서 법제 및 정책을 일원화하는 것이 마땅하다고 보기 때문이다. 그리고 디지털콘텐츠의 거래에 관한 규정들은 “전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률”에 흡수하여 규정하는 것이 타당하므로 관련부처와 협의할 필요가 있다고 생각한다. 다만 온라인디지털콘텐츠의 거래의 실태를 파악하여 온라인디지털콘텐츠의 거래가 없거나 거의 없는 경우에는 관련부처와 협의할 실익은 현저히 떨어질 것이다.

---

100) 한국법제연구원, 「정보화 및 정보통신 관련법령 체계정비방안 연구」, 정보통신부, 2004년, 249면.

## 제3장 저작권계약법의 분리 입법에 관한 문제

### 제1절 서

저작권법은 문화발전에 이바지하기 위하여 저작자에게 독점적 내용의 저작권을 부여하여 그 창작활동을 장려한다. 그 저작권으로 저작자는 만족을 얻어야 하는 한편, 저작물을 일반공중에게 전달하여 이용자도 문화이익을 누리도록 운용되어야 한다. 그런데 저작권법은 저작자에게 저작권을 부여하는 데에만 원칙적으로 관심이 있고 실제로 저작자가 권리를 어떻게 행사하고 그 행사로 그들의 이익은 보호되고 있는지의 여부와 저작물의 공정한 이용이 도모되고 있어 문화발달에 이바지되도록 운용되고 있는지의 여부에는 관심이 크지 않다. 이에 대하여 저작권법은 단지 출판과 영상물에서 약간의 규정을 두고 있을 뿐이고 그 밖의 분야에서는 묵묵부답으로 보여 진다. 그것은 저작자 등의 권리자가 자신의 권리를 사적 자치의 원칙에 따라 행사하고 그에 관한 분쟁은 다른 유체물에 대한 사권에 관한 분쟁과 같이 해결하면 충분하고 개인 간의 거래에까지 국가가 법률로 개입하는 것은 바람직하지 않다는 사고에 기일할 것이다. 분쟁해결을 위한 소송에서의 판결에서 저작권법의 이상을 반영함으로써 어느 정도 목적을 달성할 수 있고, 실제로 그에 관한 상당 판결이 존재한다. 그러나 그것은 법으로 명문화하지 않은 한계가 존재한다. 오늘날에는 음악이나 방송, 컴퓨터에서의 이용 등과 같이 그 밖의 여러 분야에서 저작권에 관한 이용이 빈번해지고 있으며 규모도 과거와는 비교할 수 없을 정도로 커지고 있다. 따라서 출판과 영화이외에도 저작물의 이용관계에 관한 내용을 법으로 규율하여 저작권법의 목적을 달성하는데 도움이 되도록 하자는 목소리가 높다. 비단 출판과 영상물 분야로만 한정하여 이용관계에 관한 내용을 법으로 규정하는 것이 바람직한가의 논의에서 출발하여 저작권 이용관계 일반에 관한 규정을 두는 것이 바람직하다는 논의로 이어진다. 먼저 현행법과 관련 주요 판례를 살펴서 저작자의 계약과 관련된 현재의 법률관계를 인식하여 그 문제점을 확인하고, 비교법적인 고찰을 통하여 그 문제점의 해결책을 모색하며 이어 나름대로 우리나라에서의 해결책의 순서로 논의를 진행한다. 비교법적인 고찰은 저작자의 계약과 관련되어 논의가 활발하였고 입법론적으로도 모범적인 입장을 보이는 독일의 경우를 살핀다.

### 제2절 현행 저작권법의 태도

#### 1. 저작권계약과 관련된 현행법의 모습

우리 저작권법은 저작권을 저작재산권과 저작인격권의 2원적인 구조로 구성한다.

저작인격권의 경우, 일신전속적인 법적 성질로 양도·상속이 불가능한 것이나 저작재산권의 경우 양도·상속 등 처분이 가능하다. 따라서 저작재산권과 관련하여 권리가 양도된 이후의 상황에서도 원래의 저작자는 저작인격권적 측면에서는 여전히 권리자로서 저작물이용을 통제할 수 있다. 실제로 저작물 이용에 관하여 저작자와 상대방이 계약을 맺으면서 저작인격권과 관련된 사항이 문제될 수도 있다. 또한 저작권법에서는 저작물의 이용과 관련하여 저작재산권적 측면과 저작인격권적 측면이 분리되어 저작재산권적으로는 권한이 부여되었어도 저작인격권과 저촉될 수 있는 것으로부터 저작물의 원활한 이용을 위하여 저작권법 제11조제2항에서 “저작자가 공표되지 않은 저작물의 저작재산권을 제41조에 의한 양도 또는 제42조에 의한 이용허락을 한 경우에는 그 상대방에게 저작물의 공표를 허락한 것으로 본다”고 규정하는 등 이용자를 배려한다<sup>101)</sup>. 그러나 저작인격권에 관한 권한은 이용계약을 맺는 방식을 통하여 적극적으로 행사된다기 보다는 제3자에 의한 무단이용의 경우 주로 문제시된다. 저작재산권적으로 권리의 양도 혹은 이용허락으로 권한이 부여되어 있어도 저작물이용자는 저작인격권 침해로 하지 않는 한도에서 저작물을 이용해야 할 것이다<sup>102)</sup>.

애당초 저작물을 창작한 저작자가 스스로 사업자가 되어 자신의 저작물을 이용할 수도 있을 것이나 제3자로 하여금 저작물을 이용하도록 저작재산권적 권한을 부여해 주는 경우가 훨씬 많다. 이와 같이 저작자가 제3자에게 저작물을 이용할 수 있도록 권한을 부여해주는 법적인 방식은 권리자체가 양도되는 방법(assignment)이나 권리 자체는 저작자에게 남아 있게 되는 이용허락(license)의 방법을 취할 수 있다.

저작권법 제45조제1항은 “저작재산권은 전부 또는 일부를 양도할 수 있다”고 규정한다. 이 같은 양도행위는 ‘시간적으로’, ‘지역적으로’, ‘내용적으로’ 권리가 나뉘어질 수 있어, 그 구체적인 모습은 다양하다. 또한 저작권법 제45조제2항은 “저작재산권의 전부를 양도하는 경우에 특약이 없는 때에는 제22조의 규정에 따른 2차적 저작물을 작성하여 이용할 권리는 포함하지 않는 것으로 추정한다”고 규정한다. 즉 저작재산권의 전부를 양도하는 경우에도 원저작물의 원형을 해칠 우려가 있는 2차적 저작물의 작성권은 의연 원저작자에게 유보되어 있는 것으로 추정한다는 것이다<sup>103)</sup>. 원래 저작재산권양도시 고려할 수 없었던 상황에서 그 저작물을 경제적으로 이용할 수 있는 통제권이 저작자에게 남겨짐으로써 저작자를 보호하는 역할을 하게

101) 이 같은 배려는 이외에도 제11조제3항(미술저작물 등의 원작품을 양도한 경우 그 상대방에게 그 원작품의 전시방식에 의한 공표를 허락한 것으로 추정함), 제11조제4항(적법하게 작성된 2차적 저작물이 공표된 경우 그 원저작물도 공표한 것으로 간주함) 등에서 찾아 볼 수 있다.

102) 대법원 1992. 12. 24. 선고 92다31309 판결(일명 ‘롯데’사건)은 저작재산권과 관련된 권한이 모두 귀속되었다고 하여도 저작인격권인 동일성유지권침해에 이르는 저작물이용은 허용될 수 없음이 전제된 사안이었다.

103) 송영식·황중환이상정, 「지적재산권법(下, 제7전정판)」, 육법사, 2001, 546면.

될 것이나 이 가능성을 배제하는 명시적인 특약을 맺어 무의미해질 수도 있다<sup>104)</sup>. 저작재산권의 양도에는 달리 방식을 요하지 않으나, 저작재산권의 어떠한 양도와 양립할 수 없는 지위를 형성하게 되었고, 법률상 정당한 이익을 가지는 주체들 사이에서 그 양도를 주장하기 위한 대항요건으로 양도의 등록이 의미가 있으며, 그 한도에서 등록절차에는 서면을 필요로 한다. 저작자와 이용자와의 계약시 서면을 요건으로 한다면 다른 계약에서와 같이 법률관계의 명확을 기하고 증거를 보전하려는 것이며, 당사자로 하여금 신중을 꾀하게 하려는 것이다<sup>105)</sup>. 저작재산권이 양도된다는 행위는 저작자와 상대방에게 공히 중대한 의미를 갖게 되므로 양도계약의 효력조건으로 서면을 요건으로 한다면 위와 같은 장점을 생각할 수 있다.

저작권법 제46조의 규정을 통하여 저작재산권자가 저작권은 그대로 보유한 채 타인에게 저작물을 이용할 수 있는 전속적인 혹은 비전속적인 이용허락을 해줄 수 있다. 허락을 받은 자는 허락받은 이용방법 및 조건의 범위안에서 그 저작물을 이용할 수 있다. 또한 이용허락에 의해 저작물을 이용할 수 있는 권리는 저작재산권자의 동의없이 제3자에게 양도할 수 없다고 규정한다(저작권법 제46조제3항). 저작재산권자와 이용허락을 받은 자와의 사이에 신뢰관계를 중요시한 까닭이다.

저작물을 인쇄 그 밖의 이와 유사한 방법으로 출판하고자 하는 자는 저작물을 복제·배포할 권리를 가진 자와 출판계약을 맺게 된다. 이 경우에 앞서서의 저작재산권 양도나 저작물 이용허락이외에도 저작권법은 출판권을 설정할 수 있다고 정한다(저작권법 제57조 내지 제63조). 저작권법이 정하는 출판권이 설정된 자는 설정기간동안 저작물을 출판할 수 있는 독점적인 권한을 갖게 된다. 동 출판권은 물권유사의 권리이며 마치 부동산에 대한 전세권 등 용익물권이 설정된 것에 비유된다. 이 같은 출판권을 설정해 준 저작권자는 권리자의 입장이 그대로 유지된 채 제3자에게 출판할 수 있는 준물권적인 권리를 부여하게 되므로, 출판권이 설정된 법률적 성질을 권리의 설정적 승계라고 표현할 수 있다. 저작권양도의 경우와 마찬가지로 출판권 설정자체가 어떠한 방식을 요하지 않으나 출판권 설정은 정당한 이해관계를 갖는 제3자에게 대항하기 위하여 등록을 요하므로 그 등록절차의 한도에서 설정출판권계약서라는 서면이 필요하다. 출판계약과 관련하여 설정출판권제도가 인정되는 것은 출판행위라는 저작물이용행위가 연혁적으로 오래된 점에 기인하며, 나아가서는 출판자로 하여금 보다 안정적인 지위에서 원활한 출판을 하기 위한 목적을 생각할 수 있다. 이 같은 장점에도 불구하고 실제로 설정출판권제도는 잘 이용되지 않는 것으로 알려 진다. 법률상 존재하는 제도가 보다 활성화되기 위한 방안을 고려해야 함과 아울러, 준물권적인 성질을 갖는 설정출판권제도가 출판계약에서 나아가

104) 오승중, “2차적저작물과 저작권침해”, 「성균관법학」, 제12호, 2000, 190면에서는 특약의 존재를 인정함에 있어서 명시적인 특약이외의 경우에도 계약과 관련된 제반상황을 고려하여 특약을 인정할 수 있다는 견해를 피력한다.

105) 박윤직, 「채권각론(수정판)」, 박영사, 2001, 18면.

저작물이용을 위한 일반적인 모습을 인정되는 여부에 관한 정책적인 판단을 요한다.

저작권법 제5장은 영상저작물의 이용과 관련하여 특례를 규정한다. 영상저작물을 제작하여 이용하는 과정에는 다수인들이 관여되므로 저작물을 원활한 이용을 도모하고, 그 과정에 적지 않은 물적인·인적인 자본이 투입되므로 영상제작자로 하여금 투입자본의 회수가능성을 고려한 것이다. 저작권법 제99조가 영상화되는 저작물의 이용과 관련하여 그 저작물의 저작권자와 영상제작자사이에서의 이용범위를 정하고, 영상제작자에게 영상화된 저작물에 대하여 특약이 없다면 5년간 다른 영상저작물로 영상화될 수 없도록 일종의 독점적 지위를 부여한다. 저작권법 제100조는 제작된 영상저작물상 저작권자들과 그 영상저작물을 이용하려는 제3자사이의 법률관계를 정하여, 제99조에 따를 것을 전제로 영상저작물을 이용하기 위하여 저작권적 측면은 동 조제1항의 양도추정규정으로, 저작인접권적 측면은 동 조제3항이 양도추정규정으로, 각각 영상제작자로 교섭창구는 단일화된다. 저작권법 제101조는 이 같은 조문들에서의 영상제작자가 갖는 지위가 확인되어 처분될 수 있음을 확인한다. 그러나 이들 조문들로 인하여 영상제작자 이외에도 영상저작물과 관련된 권리자들의 이익이 배려되지 않을 위험이 존재한다. 이들의 이해관계가 배려되어야 할 가능성이 모색되어야 한다. 조문만을 본다면, 영상제작자와의 계약상 특약으로 영상제작자 이외의 주체가 영상저작물의 이용을 통제할 수 있는 권능이 인정된다고 하더라도 그와 같은 특약이 약정될 가능성자체가 현실적으로 기대되기 힘들다.

우리 저작권법은 저작권자로부터 저작물의 이용허락을 받지 못하였다고 하여도 그 저작물이용이 공중의 입장에서 필요불가결한 경우 소정의 보상금을 지급하거나 공탁하는 등 법이 정하는 절차를 규정하여 저작물을 이용할 수 있는 이용조건을 아예 법정화하는 경우들이 있다. 이 경우들에 해당되는 것이라면 저작권자들의 권리는 소정의 보상금을 청구할 수 있는 채권적 성질의 권리로 변형된다고 할 수 있다. 이 같은 저작물이용의 법정허락제도는 실제로 저작권자들의 교섭력을 약화시킨다는 비판도 있으나, 새로운 기술의 발달로 새로운 문제상황을 야기할 때마다 이를 해결하기 위한 절충적인 방법으로 채택되고 있다<sup>106)</sup>.

## 2. 관련 주요 판례

우리 법원은 저작물의 이용과 관련된 저작자의 계약에 대하여 앞에서 언급한 저작

106) 이 같은 경향은 저작재산권의 제한이라는 항목으로 법적 성격이 자유사용에 해당되는 것이거나 저작물이용기술의 발달로 저작자의 권리보호와 공중의 정당한 이용간의 절충선상에서 교과서로부터 이용(법제25조제4항), 도서관에서의 이용(법제31조제5항) 등의 경우들과 저작인접접권자에게 인정되는 공중송신권중 디지털음성송신권(법제76조)과 같이 아예 권리가 인정될 때부터 채권적 성질의 권리로 부여되는 경우들이 있다.

권법상의 몇몇 조문들과 계약약정들을 해석·적용한 판결들을 내린 바 있다. 동 판결들은 저작자와의 계약을 통하여 체결된 계약이 권리의 양도 혹은 이용허락계약에 해당되는 것인지의 여부(나아가 어문저작물의 경우라면 출판설정권계약을 하였는가?), 후자에 해당된다면 전속적인 것인지 비전속적인 것인지의 여부, 각각의 경우 허락된 권리의 범위가 어떠한 것인지의 여부, 이용계약을 통하여 저작물이 나타난 유형물이 수수되었을 때 저작권은 어떤 범위에서 이용허락되었는지의 여부 및 저촉되는 것으로 보이는 양도 내지 이용허락계약들 사이의 우선여부 등으로 그 내용을 집약할 수 있다.

음반제작계약의 의미와 그 적용범위와 관련하여 음악저작물의 작곡가·작사자·가수가 엘피(LP)음반제작에 대해 음반회사에 저작권 및 저작인접권에 관한 이용허락을 해준 바 있으나 이 같이 제작된 엘피원반을 음반회사가 이를 1회에 한하지 않고 씨디(CD)의 형태인 다른 음반에 허락없이 재사용하였다고 하여 작곡가 측에서 저작권 내지 저작인접권(가수의 실연권)을 침해하는 행위를 하였고, 음반회사에서는 애당초 이용허락의 범위에 포함되는 것으로 다투었던 사안에서 대법원은 “계약이 저작권양도계약인지 저작권이용허락계약인지 계약을 해석함에 있어 명백하지 않은 경우가 많은데, 저작권양도 또는 이용·허락되었는지 외부적으로 표현되지 않은 경우 저작자에게 권리가 유보된 것으로 유리하게 추정함이 상당하며, 계약내용이 불분명한 경우 구체적인 의미를 해석함에 있어 거래관행이나 당사자의 지식·행동 등을 종합하여 해석함이 상당하다고 할 것인 바, 이 사건 계약은 비배타적 저작권이용허락 계약이라고 봄이 상당하다”, “저작권이용허락을 받은 매체의 범위를 결정하는 것은 분쟁대상이 된 새로운 매체로부터 발생하는 이익을 누구에게 귀속시킬 것인가의 문제라고 할 것이므로, 이 사건과 같이 단순히 ‘녹음물 일체’에 관한 이용권을 허락하는 것으로 약정하였을 뿐 새로운 매체에 관한 이용허락에 관한 약정이 없는 경우 과연 당사자 사이에 새로운 매체에 관하여도 이용을 허락한 것으로 볼 것인지에 관한 의사해석의 원칙은, ①계약 당시 새로운 매체가 알려지지 않은 경우인지 여부, 당사자가 계약의 새로운 의미를 제대로 이해한 경우인지의 여부, 포괄적 이용허락에 비하여 현저히 균형을 잃은 대가만을 지급받았다고 보이는 경우로서 저작자의 보호와 공평의 견지에서 새로운 매체에 관한 예외조항을 명시하지 아니하였다고 하여 그 책임을 저작자에게 돌리는 것이 바람직하지 않은 경우인지의 여부 등 당사자의 새로운 매체에 대한 지식·경험·관행 등을 고려하고, ②이용허락계약조건이 저작물이용에 따른 수익과 비교하여 지나치게 적은 대가만을 지급하는 조건으로 되어 있어 중대한 불균형이 있는 경우인지 여부, 이용을 허락받은 자는 계약서에서 기술하고 있는 매체의 범위 내에 들어간다고 봄이 합리적이라고 판단되는 어떠한 사용도 가능하다고 해석할 수 있는 경우인지 등 [...], ③새로운 매체를 통한 저작물의 이용이 기존의 매체를 통한 저작물의 이용에 미치는 경제적 영향, 만일 계약 당시 당사자들이 새로운 매체의 등장을 알았다더라면 당사자들이 다른 내용의 약정을 하였

우리라고 예상되는 경우인 지의 여부 등 새로운 매체로 인한 경제적 이익의 적절한 안배의 필요성 등을 종합적으로 고려하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 해석하여야 한다”고 판시한 바 있다<sup>107)</sup>.

보통 저작물의 이용과 관련된 계약을 체결함에 있어서 저작자가 이용자에 비하여 교섭력상 약자의 입장에 있으므로 당사자들간에 불분명한 사항이 있어 의사표시의 해석에 의심이 있다면 가급적 저작자에게 유리하도록 해석하는 독일 저작권법 등에서 목적양도이론(Zweckübertragungstheorie) 입장이 위 판결에는 어느 정도 반영된 것으로도 보인다. 새로운 매체의 발달과 아울러 계약 당시에는 전혀 예상하지 못한 이용방식이 나타나고 있으므로 이용계약의 해석도 권리자의 이익이 보장되는 선상에서 해석되어야 하며, 계약당시에 양 당사자가 예측하지 못하였던 이용방식에 대해서는 문언여하에 불구하고 당초 계약의 이용허락 범위에 포함되지 않는다고 제한적으로 해석되어야 한다는 의견이 제시된다<sup>108)</sup>.

판촉용 씨디(CD)를 제작, 납품함에 있어서 수록되는 음악작품의 원반을 제작한 음반제작자로부터 이용허락을 받았지만 동 작품의 음악저작권을 신탁관리하는 단체로부터 이용허락을 별도로 받지 않아 위 단체와 편집음반의 형태로 거래된 시디를 제작한 업체사이에서 저작권침해여부가 문제시 된 사안에서 대법원은 판시하기를, “음반제작자에 의하여 제작된 원반 등 저작인접물에 수록된 내용 중 일부씩을 발췌하여 이른바 편집음반을 제작하고자 하는 자는 그 음반제작자이 저작인접물에 대한 이용허락 이외에 저작권자로부터도 음악저작물에 대한 이용허락을 받아야 하는데 이 같은 이용허락을 받았다고 볼 수 없어 저작권침해로 인한 채무가 존재한다”는 것이며, 저작권등록을 하지 않아 제3자에게 대항할 수 없다는 주장에 관하여는 “저작재산권의 양도등록은 그 양도의 유효요건이 아니라 제3자에 대한 대항요건에 불과하고, 여기서 등록하지 않으면 제3자에게 등록할 수 없다고 할 때의 제3자란 당해 저작재산권의 양도에 관하여 양수인의 지위와 양립할 수 없는 법률상 지위를 취득한 경우 등 저작재산권의 양도에 관한 등록의 흠결을 주장함에 정당한 이익을 가지는 제3자에 한하고, 저작재산권을 등록한 사람은 여기서 말하는 제3자에 해당하지 않으므로 음악저작물의 저작권자로부터 저작권을 신탁적으로 양도받은 피고는 신탁업법 및 저작권법상의 등록을 하지 않았다고 하더라도 저작권 침해자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다”는 것이었다<sup>109)</sup>.

위 판결은 편집음반의 경우 수록되는 음악작품이 원래 발표된 음반(원반: Master Tape)의 제작자로부터 음반이용에 따르는 권한부여 뿐만 아니라, 음반이 수록하는

107) 대법원 1996. 7. 30. 선고 95선고29130판결 이 같은 이유설시에 있어서는 저작자 측에게 유리한 것으로 보이나 결론에 있어서는 이용자회사가 승소하였다.

108) 송영식·이상정, 「저작권법개설」, 세창출판사, 제4판, 2007년, 171면.

109) 대법원 2006. 7. 13. 선고 2004다10756판결

음악작품의 저작권자로부터 음악저작물이용에 따르는 권한부여가 필요하다는 앞서서의 대법원판결이 확인되는 사안이었다. 다만 원반의 제작·유통 이외에도 수록된 음악작품에 관련하여 음반제작자에게 그 이상의 이용허락을 할 수 있는 권한이 부여된 예외적인 실제상황이었다면 저작재산권을 신탁적으로 양도받은 저작권관리단체가 권리양도에 따른 법적 지위를 저작물을 이용할 수 있는 권한을 양도받거나 채권적으로 허락받은 음반제작자에게 대항할 수 있는지의 여부로 쟁점이 가상화될 수 있다. 이 같은 음반제작자는 현행법상 저작권등록이 흠결되어 있음을 주장할 수 있는 정당한 이익이 있는 자로 판단될 수 있으며, 저작권관리단체가 신탁적인 양도라는 저작권등록을 마치지 않았다면 양도라는 권리변동에 따른 권리주장은 정당하지 않다는 법리의 전개가 예상되는데, 추후 이 점에 관한 판결이 기대된다.

이용허락의 범위와 관련된 다른 사안에서 “영화상영을 목적으로 제작된 영상저작물 중에서 특정 배우들의 실연장면만을 모아 가라오케용 엘디 음반을 제작하는 것은 그 영상저작물을 제작하는데 이용하는 것이 아니라 별개의 새로운 영상저작물을 제작하는데 이용하는 것에 해당하므로, 영화배우들의 실연을 이와 같은 방법으로 엘디 음반에 녹화하는 권리는 저작권법 제75조제3항(현행법 제100조제3항에 해당된다)에 의하여 영상제작자에게 양도되는 권리의 범위 안에 속하지 않는다”는 판시가 주목된다<sup>110)</sup>. 나아가 “출판계약을 체결하면서 저작물의 이용대가를 판매부수에 따라 지급하는 것이 아니라 미리 일괄지급하는 매절계약을 체결한 경우, 그 원고료로 일괄 지급한 대가가 인세를 훨씬 초과하는 고액이라는 등의 소명이 없는 한, 이는 저작권 양도계약이 아닌 출판권설정계약 또는 독점적 출판계약이라고 봄이 상당하다”고 본 판시도 주목을 끈다<sup>111)</sup>. 한편 “신청인이 음악잡지사의 의뢰를 받아 피아노교본이 번역·해설 및 자신의 피아노 연주의 실연음반을 제공하면서 그 대가로 상당한 액수의 보수를 지급받고, 그때로부터 수년간 피신청인이 교재와 음반을 복제·발매하는 데에 아무런 이의를 제기하지 않았으며, 상당기간동안 피신청인을 위하여 일한 점에 비추어 신청인이 저작권과 저작인접권을 양도한 것으로 봄이 상당하다”<sup>112)</sup>고 판시함에 비하여, “신청인이 자신의 저작물에 대한 사용료의 절반 또는 전부를 전처에게 지급하도록 하고, 계약시간을 연장하기 위한 출판권설정계약을 전처와 체결한 것에 대해 이의를 제기하지 않았다 하더라도, 그 사용료가 전처에 대한 위자료 또는 자녀 부양료조로 지급된 점, 계약기간 연장시 신청인이 국내에 거주하지 않았다는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 저작물에 대한 저작재산권 또는 복제·배포권을 전처에게 양도하였다고 보기에 부족하다”<sup>113)</sup>고 본 사안도 있다.

저작물상 저작권과 그 저작물이 표현된 유체물과의 관계에서도 “도급계약에 의한

110) 대법원 1997. 6. 10. 선고 96도2856판결

111) 서울지방법원 1994. 6. 1. 선고 94카합3724판결

112) 서울지방법원 1995. 12. 7. 고지 95카합3984결정

113) 서울지방법원서부지원 1996. 8. 19. 고지 96카합553결정

영상저작물 제작에 있어서는 수급인이 그 저작물을 완성하여 도급인에게 이를 인도하였을 경우 특별한 사정이 없는 한 그 소유권과 아울러 그 저작재산권의 전부 또는 그 일부인 복제 및 배포권도 같이 양도하였다고 봄이 상당하다”<sup>114)</sup>고 본 사안도 있었다. 한편 원고의 사진은 피고 보조참가인인 광고대행업자에 의해 햄 제품의 광고용 카탈로그에 실릴 것만이 이용허락계약의 범위안에 있었는데 이를 넘어서 피고 백화점의 가이드북 등 광고용 책자에 이용된 것이 원고 사진의 저작권침해에 해당되는 여부 등이 다투어진 사안에서, “저작물에 대한 소유권과 저작권은 별개의 개념으로 저작물의 소유자라 하여 그 저작권까지 이를 취득하는 것은 아니라 할 것임은 물론 저작물이 양도되었다 하여 그에 대한 저작권까지 양도된 것으로 보아야 하는 것은 아니다”<sup>115)</sup>라고 판시된 바도 있다.

저작재산권의 양도에서 ‘등록’을 등록의 흠결을 주장하는데 대하여 정당한 이익을 갖는 제3자에 대한 대항요건으로 규정한 우리 법의 체계내에서 “외국 작가의 저작물의 번역을 완성함으로써 그 2차적 저작물에 대한 저작권을 원시적으로 취득한 자가 그 2차적 저작물에 대한 저작재산권을 신청인에게 양도하였으나 신청인이 이에 대한 등록을 하지 않은 사이에, 그 저작재산권 양도사실을 모르는 피신청인이 그 2차적 저작물의 저작자와 저작물을 일부 수정·가필하여 다시 출판하기로 하는 출판권설정계약을 체결하고 그 등록까지 마쳤다면, 신청인은 그 저작권의 양수로서 피신청인에게 대항할 수 없다”<sup>116)</sup>고 원칙적인 판단을 한 바 있으며, 나아가 저작권법 제52조제1호(현행법 제54조제1호임)에서 “저작재산권의 양수로 대항할 수 없는 ‘제3자’란 권리변동에 관계한 당사자와 그 권리·의무의 포괄승계인이외의 자로서 등록의 흠결을 주장하는데 관하여 정당한 이익을 가지는 제3자, 곧 권리변동에 관계한 당사자의 법률상 지위와 양립할 수 없는 법률상 지위를 가진 제3자를 의미하는 것으로 해석함이 상당하다”<sup>117)</sup>는 것이다.

### 제3절 외국의 입법례 -독일법을 중심으로-

#### 1. 서

저작자는 전통적으로 계약상대방인 저작물의 영업적인 이용자와 비교하였을 때 경제적인 약자에 해당되는 것이기에 각국의 저작권법은 계약의 자유를 수정하여 계약의 자유라는 이름으로 저작자의 이익이 부당하게 침해되지 않도록 하는 몇몇 조항들을 두고 있다. 거래 조건이 약관에 해당되는 것이라면 약관을 규제하는 일련의

114) 서울고등법원 1994. 12. 7. 고지 94라175결정

115) 서울고등법원 1998. 7. 22. 선고 96나39570판결

116) 대법원 1995. 93 26. 선고 95다3381판결

117) 서울고등법원 1999. 10. 19. 선고 99나6605판결

법리가 적용된다. 약관에 의한 계약의 체결에 있어서 경제적 약자인 당사자가 강자인 기업이 제시하는 약관을 전면적으로 받아들이지 않을 수 없는 계약에 있어서 계약자유는 경제적 강자인 기업측만이 누리고, 경제적 약자는 계약의 부자유가 있어 계약자유 원칙은 약자에 대한 힘에 의한 지배수단이 되어 버린다<sup>118)</sup>. 저작자의 입장을 배려한다는 점에서 모범적인 입법국가로 독일의 경우가 언급된다.

독일은 저작권계약법이라는 단독의 법률을 입법하는 대신에, 저작권법내에 저작권 계약에 관한 비교적 상세한 규정을 둬으로써 저작자를 보호하는 방식을 취하고 있다. 다만, 저작물이용의 가장 기본적인 계약이라는 할 수 있는 출판계약에 관하여는 출판권법에 저작권법에서보다 좀더 구체적인 계약규정을 두고 있으며, 실무상으로는 이를 사정이 허락하는 한 여타의 저작권계약을 해석할 때 기초로 삼고 있다.

저작자의 이익을 위한 형평의 법리에 입각하여 우리의 경우에도 보완될 수 있는 독일저작권법상 조항들은 저작물의 이용계약과 관련하여 아직 알려지지 않는 이용방식에 관한 이용허락을 무효로 보는 조항, 이용계약을 목적양도론의 법리에 의하여 이용허락의 범주는 가급적 제한적으로 해석하도록 하는 조항, 저작자의 급부와 상대방의 반대급부를 고려하였을 때 불균형이 심각하다면 저작자의 이익관여권을 보장하는 이른바 “베스트셀러” 조항일 것이다. 이 같은 조항들은 2003년과 2007년의 독일 저작권법개정시 다시 각각 강화된 바 있다<sup>119)</sup>

먼저 2003년 개정 이전의 독일 저작권법에서의 사정을 살핀다<sup>120)</sup>. 독일 저작권법의 전통적인 특징은 무엇보다도 저작자의 충분한 보호로 표현될 수 있다. 저작자가 갖는 저작권은 원칙적으로 사후 70년까지 보호된다. 저작권은 일원적인 권리이되 다시 그 내용으로 분류된다. 재산권적 내용의 이용권(Verwertungsrecht)과 인격권적 내용의 인격권(Persönlichrecht)인데, 위 이용권과 인격권은 다시 여러 권능을 갖는 권리이지만 저작자는 위 이용권 혹은 인격권자체를 전체 혹은 부분적으로 타인이 이용하도록 권한을 넘겨줄 수 없다. 저작자가 타인으로 하여금 그 이용권한을 부여할 수 있는 것은 다발의 권리인 위 이용권을 구성하는 개개의 권능을 전체적으로 혹은 장소, 시간, 내용적으로 제한을 가하여 부여되는 용익권(Nutzungsrecht)이다.

## 2. 독일저작권계약법 개관

118) 박윤직, 앞의 책, 23면.

119) 개정 이전에도 독일 저작권법 제32조 내지 제44조에서 저작물이용조건에 관한 규정이 있었고, 2003년 개정을 통하여 이들 조항들이 강화되었고 새로운 규정들이 추가되었다. 이에 관하여 자세한 것은 서달주, 「2002 독일 개정저작권법과 저작자의 지위강화」, 저작권심의조정위원회, 2003 참조.

120) 현행 독일 저작권법은 1965년 9월 9일자(BGBl. I S. 1273) 저작권과 인접보호권에 관한 법률(저작권법)으로 제정되어, 그 동안 많은 개정작업을 거쳤으며, 가장 최근의 개정법은 2007년 10월 26일자(BGBl. I S. 2587)행해진 바 있다.

독일저작권법상 저작권은 전부뿐만 아니라 그 일부도 양도가 불능하다. 저작물로부터 경제적 수익을 올리기 위해서 저작자는 스스로 그 저작물을 이용하거나 제3자에게 저작물이용권을 부여함으로써 이를 이용하게 할 수 있다. 독일저작권법상 저작물이용권은 저작물을 개별적 또는 모든 이용방법으로 이용할 수 있는 권리이다(동법 제31조 제1항). 이는 저작재산권으로부터 파생된 子權이다. 母權은 저작자에게 머물러 있으며, 子權이 소멸하면 다시 완전한 권리로 회복된다.<sup>121)</sup> 저작물이용권의 종류는 독일저작권법 제15조 이하에 열거되어 있는 개별적 저작재산권들만을 의미하는 것이 아니다. 거래관념에 따라 충분히 구별가능하고 경제적 및 기술적 관점에서 보아 하나의 단일하고 독자적인 이용방법으로 볼 수 있는 것이 저작물이용권의 각 종류이다.<sup>122)</sup> 그러한 기준으로 세분화된 저작물이용권만이 대세적인 효력을 갖는다. 만일 저작물이용권이 그러한 기준이 아닌 다른 기준에 의하여 세분화되었다면, 이는 단순한 채권적 효력만 있을 뿐이다. 독일저작권법 제31조 제1항 제2문은 저작물이용권을 장소적, 시간적 또는 내용적 측면에서 제한할 수 있다고 규정하고 있는데, 이 경우에도 그 제한의 기준은 전술한 바와 같다. 따라서 저작자가 제3자에게 저작물이용권을 부여하면서 일정한 제한을 가하였으나, 그 제한이 전술한 의미에서의 독자적인 이용방법이라고 볼 수 없는 경우에는 대세적 효력이 없다. 부여된 저작물이용권이 과연 대세적 효력이 있는가의 여부를 판단함에 있어서 중요한 것은 해당 저작물이용권이 거래관계자들에게 어떠한 형태로 출현하는가이다. 저작자는 되도록 저작물이용권을 세분화하여 부여하려고 할 것이나, 그렇게 세분화된 모든 저작물이용권에 대세적 효력을 인정하면, 법적 안정성을 해칠 위험이 있다. 따라서 저작물을 가장 최적의 방법으로 이용하려고 하는 저작자의 이익과 거래안전에 대한 일반공중의 이익을 항상 신중하게 비교하여야 할 것이다.<sup>123)</sup>

저작물이용허락계약에서 이용권의 범위 내지 이용방법을 구체적으로 정하지 않은 경우에는 계약해석을 통하여 이를 구체화하여야 한다. 이 경우에는 독일민법 제133조 또는 제157조와 같은 일반적인 사법상의 해석규정에 따라야 할 것이다. 저작물이용허락계약을 해석함에 있어 특히 중요한 것은 판례에 의하여 발전된 소위 ‘목적양도이론’(Zweckübertragungstheorie)이다. 동 이론은 현행독일저작권법 제31조 제5항에 일부내용이 규정되어 있는데, 그 적용범위는 제31조 제5항에만 국한되는 것은 아니다. 동 이론에 따르면, 저작자는 저작권계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위내에서만 그의 권리를 양도하고, 나머지는 저작자 본인에게 머물러 있다

121) Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, Springer-Verlag, 3.Aufl., 1980, S. 359.

122) Schricker/Schricker, Urheberrecht, Kommentar, C.H.Beck, 2.Aufl., 1999, UrhG, vor §§ 28 ff. Rdn. 52 und §§ 31/32 Rdn. 7 f.; BGH GRUR 1992, 310, 311 - Taschenbuch-Lizenz 및 그 인용문헌.

123) Schricker/Schricker, UrhG, vor §§ 28 ff. Rdn. 52 und §§ 31/32 Rdn. 7 f.; BGH GRUR 1992, 310, 311 - Taschenbuch-Lizenz 및 그 인용문헌 참조.

는 것이다.<sup>124)</sup> 한편 2003년 개정전 독일저작권법 제31조 제4항은 “아직 알려지지 않은 저작물이용방법”으로 저작물을 이용하는 것을 내용으로 하는 저작물이용허락은 무효로 하고 있었는데, 이는 예컨대 저작물을 위성방송이나 인터넷전송 등 과거에는 알려지지 않았던 방법으로 이용하는 경우에 적용될 수 있을 것이다. 동 규정은 2007년 개정법에서는 제31조a로 그 조문의 위치와 내용을 변경하여 규정되어 있다. 또한 저작자가 제3자에게 저작물이용권을 부여한 경우, 그 저작물의 개작물을 공표하거나 이용할 권리는 원칙적으로 저작자에게 머물러 있는 것으로 본다(동법 제37조 제1항).

저작물이용계약에서는 원칙적으로 처분행위(Verfügungsgeschäft)와 채권행위(Verpflchtungsgeschäft)를 구분하여야 하지만, 보통의 경우 양자는 하나의 법률행위에 의하여 이루어진다. 독일의 지배적인 견해에 따르면, 민법상의 추상성원칙(Abstraktionsgrundsatz)과는 달리, 물권적 저작물이용허락(dingliche Einräumung)은 그 유효성 및 존속에 있어서 당사자의 채권관계에 결합되어 있다고 한다.<sup>125)</sup> 이와 같이 보는 이유는 저작물이용허락은 항상 어떤 목적과 결합되어 있기 때문이라고 한다. 이 견해에 따르면, 원인관계가 무효 또는 소멸하는 경우에는 당사자가 의도하였던 목적은 달성될 수 없다고 하고, 따라서 이는 저작권법상의 처분행위인 물권적 저작물이용허락도 자동적으로 무효 또는 소멸하게 한다고 한다. 그러나 종속적 지위의 있는 저작자가 창작한 저작물(우리저작권법 제9조의 업무상저작물에 상응)에 대하여 저작물이용권을 부여하는 경우는 다르다고 한다. 이 경우에는 계약관계(예컨대 근로관계)의 존속 중에 부여된 저작물이용권은 해당 계약관계가 종료한 후에도 계속하여 유지되도록 하는 것이 오히려 당사자들의 의사 또는 계약목적에 합치한다고 한다.<sup>126)</sup> 채권양도의 경우와 마찬가지로(독일민법 제413조, 제398조 이하) 무권리자로부터 저작물이용권을 선의취득하는 것은 불가능하다.<sup>127)</sup>

저작물이용허락계약은 원칙적으로 아무런 형식을 요하지 않는다. 이는 서면 또는 구두로 할 수 있고, 명시적 또는 묵시적으로도 가능하다. 한 가지 예외가 있는데, 이는 독일저작권법 제40조에 규정된 장래의 저작물에 관한 계약이다. 동 규정에 따르면, 상세히 정해지지 아니하거나 오직 종류에 의하여 정해지는 장래의 저작물에 대하여 저작자가 이용권을 부여하도록 의무를 부담하는 계약은 서면에 의한 형식을 요한다. 종속적 지위에 있는 저작자가 창작하는 저작물에 대해서는 일반적으로 이

124) Ulmer, S. 354 및 365.

125) 이에 대해서는 다만 Ulmer, S. 390 ff. 참조. 반대: v. Gamm, Urheberrechtsgesetz. Kommentar, München 1968, UrhG, Einf. Rdn. 70; 마찬가지로 약간 다른 견해로는 Rehbindner, Urheberrecht, 10.Aufl., 1998, S. 239 참조.

126) Ulmer, S. 391 f. 참조.

127) Fromm/Nordemann/Hertin, “Urheberrecht”, Stuttgart, W. Kohlhammer (9. Aufl. 1998), vor § 31 Rdn. 9.

러한 계약이 체결될 것이다.

현행독일저작권법에 따르면 저작권의 양도는 원칙적으로 불가능하기 때문에, 저작권을 목적으로 하는 질권을 설정하거나 用益權(Nießbrauch)을 설정하는 것은 허용되지 않는다. 질권 또는 용익권의 설정을 내용으로 하는 계약은 구체적인 상황에 따라 저작물이용권의 부여 또는 저작물이용으로부터 발생하는 사용료에 대한 청구권을 부여하는 것으로 의미로 해석하여야 할 것이다.<sup>128)</sup>

### 3. 배타적 저작물이용허락 제도

독일저작권법은 저작권의 양도를 인정하지 않는 대신에, 저작물의 이용방법을 불문하고 배타적 이용허락제도를 두고 있다. 우선 독일저작권법상 비배타적(단순) 이용권은 저작자 및 기타 다른 권리자 외에 해당 저작물을 계약상 허용된 방법으로 이용할 수 있는 권리이다(동법 제31조 제2항). 반면에 배타적 이용권은 저작자를 포함한 다른 모든 자들을 배제하고 계약상 허용된 방법으로 해당 저작물을 이용하고 비배타적 이용권을 부여할 수 있는 권리이다(동법 제31조 제3항). 배타적 이용권자는 적극적인 의미에서의 저작물이용권을 가질 뿐만 아니라, 소극적 의미에서의 금지권도 갖는다. 즉 그는 저작권침해에 대하여 직접 침해금지 또는 손해배상을 청구할 수 있다. 반면 비배타적 이용권자는 불법적인 저작물이용자에 대하여 독자적인 금지권이 없다. 만일 비배타적 이용권자가 저작권침해에 대하여 침해금지를 하기 위해서는 저작자로부터 소송수행을 위한 授權을 받아야 한다.<sup>129)</sup>

비배타적 이용권이 대세적 성질을 갖고 있는가의 여부에 대해서는 문헌의 견해가 나뉜다. 일부문헌에서는 이는 저작자 또는 다른 권리자에 대해서만 주장할 수 있는 채권적 효력만 있고 동시에 제3자에게 양도불가능하다고 한다.<sup>130)</sup> 그러나 독일의 지배적인 견해에 따르면, 비배타적 저작물이용권도 대세적인 성질이 있다고 하며, 필자도 이에 찬동한다.<sup>131)</sup> 양 견해는 세 가지측면에서 실질적인 차이를 나타낸다. 우선 첫째 견해를 따르는 자들에 의하면, 독일저작권법 제33조에 규정된 소위 ‘승계적 효력’(Sukzessionsschutz)은 독일민법 제571조와 유사한 예외규정이라고 한다.<sup>132)</sup> 독일저작권법 제33조에 따르면, 비배타적 이용권은 추후에 배타적 이용권이 부여되는 경우에도 계속 그 효력을 유지한다. 비배타적 이용권을 채권적인 것으로 본다면, 원래 준물권적인 배타적 이용권이 부여되면, 그 효력을 상실하여야 하는데, 법률규정(동법 제33조)에 의하여 예외적으로 상실하지 않는다는 것이다. 뿐만 아니

128) Ulmer, S. 360 f.. 반대: Rehbinder, S. 228 참조.

129) Ulmer, S. 369 참조.

130) Fromm/Nordemann/Hertin, UrhG, §§ 31/32 Rdn. 2 및 그 인용문헌 참조.

131) Schricker/Schricker, UrhG, vor §§ 28 ff. Rdn. 49 및 그 인용문헌 참조.

132) 예컨대 Fromm/Nordemann/Hertin, UrhG, § 31/32 Rdn. 2.

라 비배타적 이용권을 채권적인 성질의 것으로 본다면, 그 이용권의 세분화에 한계가 있을 수 없다. 즉 이는 당사자 사이에만 그 효력이 있는 것이며, 거래의 안전을 위하여 저작물이용권의 세분화에 제한을 가할 필요가 없기 때문이다. 반면 비배타적 이용권도 대세적 효력이 있는 것으로 파악한다면, 저작물이용권의 세분화에는 전술한 바와 같이 거래관념에 따른 한계가 있을 수밖에 없다.<sup>133)</sup> 마지막으로 첫째 견해에 의하면, 채권적 성질의 비배타적 이용권의 양도는 원칙적으로 허용될 수 없을 것이나,<sup>134)</sup> 이를 대세적인 준물권으로 파악한다면 그 양도는 가능하다고 보게 된다.<sup>135)</sup> 저작물이용권의 양도허용 여부는 특히 컴퓨터프로그램저작물의 경우에 문제된다. 실무상 컴퓨터프로그램사용자들간에는 단순히 프로그램저장매체를 양도함으로써 프로그램저작물이용권을 양도하는데, 이 경우 프로그램사용을 위한 대한 비배타적 이용권을 채권적인 성질의 것으로 파악한다면, 설명하기 곤란하게 된다.<sup>136)</sup>

#### 4. 아직 알려지지 않은 이용방법에 관한 저작권계약

독일에서는 또한 저작물의 이용계약 당시에는 저작자에게 알려져 있지 않은 까닭에 그 경제적 가치를 판단할 수 없었던 저작물의 이용방식으로부터 저작자를 보호해야 할 필요성이 일찍부터 인정되었다. 이것이 바로 “아직 알려지지 않은 이용방법에 대한 저작물이용계약”(Nutzungsvertrag für noch nicht bekannte Nutzungsarten)의 문제이며, 이에 대하여 독일 저작권법은 제31조 제4항에서 아직 알려지지 않은 이용방법에 대한 저작물이용계약은 무효라고 하여 저작권자를 보호하기 위한 명시 규정을 두고 있었다.<sup>137)</sup> 이는 새로이 개발된 저작물이용방식이 저작권법상 인정되는 권리로 포섭될 수 있는 경우에 적용될 수 있다. 상당 거래계층이 새로운 기술수단을 통한 경제적인 이용의 전형적인 형태에서 신종의 저작물이용을 인식하여 이에 상응한 소득의 길이 열리고 이에 계약의 모습이 지향되는 때에 문제의 저작물이용방식은 알려졌다고 보아야 할 것이다. 위 조항은 저작물이용과 관련된 새로운 매체 기술이 발전하여 이에 따르는 저작자가 갖는 이익을 적절히 보호하기 위하여 논의되는데 독일 연방대법원의 판결에 의한다면 텔레비전을 통한 저작물의 경제적인 이용방식은 독일에서 1939년에 알려졌다고 한다<sup>138)</sup>. 특히 새로운 매체의 발달과 더

133) Schricker/Schricker, UrhG, vor §§ 28 ff. Rdn. 49; 그러나 Götting, in: Urhebervertragsrecht, S. 53, 69를 참조. 그는 채권적인 성질을 갖는 비배타적 저작물이용권을 부여하는 경우에도 세분화에 일정한 한계설정이 필요하다고 한다. 왜냐하면 독일저작권법 제33조의 승계적 효력의 결과 비배타적 이용권의 경우에도 결과적으로는 제3자의 이익이 관련될 수밖에 없기 때문이라고 한다.

134) 예컨대 Fromm/Nordemann/Hertin, UrhG, § 34 Rdn. 1.

135) v. Gamm, UrhG, § 34 Rdn. 2 참조.

136) Pres, Andreas, Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge, Köln 1994, S. 149 참조.

137) 동 조항은 2007년 개정법을 통해 삭제되었다.

138) Vgl. Schricker/Schricker, Urheberrecht, Kommentar, 3. A., C.H.Beck, 2007, § 31 Rn. 30.

불어 계약당시에는 전혀 예측하지 못한 이용방식이 나타나고 있으므로 이용계약의 해석도 권리자의 이익이 충분히 보장되는 방향에서 해석되어야 한다는 방향이다.

한편, 최근 2007년 개정 독일저작권법은 “아직 알려지지 않은 이용방법”에 관한 저작권계약법의 내용을 대폭 변경하였다. 2007년 독일저작권법개정법은 정보화사회에서 저작권을 규율하기 위한 두 번째 법률(Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft)이라고 명명되며, 2007년 10월 26일자로 개정되어 2008년 1월1일부터 발효되었다. 위 개정법의 목적은 독일 저작권법을 정보통신기술영역에서의 발전에 조화시키려는 것이다. 2001년 5월 22일자 정보화사회에서 저작권 및 인접보호권의 특정 측면을 조화하려는 유럽연합의 지침(2001/29/EG)을 독일국내법으로 수용할 기간이 촉박하여 직전 개정법에서 아직 남아 있었던 문제들이 규율되고 있다<sup>139)</sup>. 저작자의 계약법과 관련하여서는 아직 알려지지 않은 저작물의 이용방식에 관한 계약에 대해서 종전법 제31조제4항을 삭제하고 이를 제31조a에서 별도로 규정한다. 제32조c에서는 아직 알려지지 않은 이용방식에 관한 보수를 정한다.

아직 알려지지 않은 이용방식에 관한 저작물이용계약이 종전법에서는 무효로 규정하였으나, 개정법 제31조a는 유효이되 서면에 의할 것을 요건으로 한다. 저작물의 이용방식이 알려지지 않은 경우 그 방식에 관한 계약이 종전과 같이 무효라면 이용사업자의 입장에서는 개별적으로 추후에 이용허락을 받아야 하며, 만일 권리자가 사망하였다면 그 상속인을 일일이 찾아내야 하므로 새로운 기술은 확실히 그 적용이 늦어지거나 도대체 적용될 수 없어 일반공중에게 이롭지 않다<sup>140)</sup>. 저작자의 이익을 위해서도 제31조a는 도움이 된다. 장래, 아직 알려지지 않은 이용방식에 관한 계약을 통해 자신의 저작물이 저작자의 사후에도 신기술의 기초하에 이용될 수 있고, 자신의 후손이 그 수익에 관여할 수 있음을 확실히 할 수 있는 까닭이다. 또한 2003년 개정법으로 보수의 상당성은 추후적으로 수정될 수 있다. 이와 같은 계약에서 저작자를 보호하기 위해 서면에 의할 것을 요건으로 하되, 오픈소스코드(open-source-software)처럼 누구에게나 무상으로 저작물을 이용할 수 있도록 하는 비전속적 용익권이 부여된 경우는 예외로 서면을 요하지 않는다. 나아가 저작자에게는 이 같은 계약을 철회할 수 있다. 제31조a에서 아직 알려지지 않은 이용방식에 관하여 서면계약이 체결되었을 때, 저작자에게는 상당한 보수를 청구할 권리가 제32조c에서 보장된다. 상대방은 저작자에게 저작물의 새로운 이용방식을 통한 수익에 관해 지체없이 알려야 한다.

---

139) Begründungsteil des Gesetzentwurfes des Bundesregierung-Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Urheberrechtsgesetz und Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Textsammlung 2008, SV Saxonia Verlag, S. 69.

140) Lettl, a.a.O., S. 143.

그러나 종전의 제31조제4항이 완전히 삭제된 것은 시기상조였다는 비판이 제기된다. 논거는 저장의 문제, 알려진 이용방식과 알려지지 않은 이용방식과의 구별문제, 언제부터 이용방식이 알려지게 되었는지의 문제, 보호의 최종적인 보루로써 공통보수규칙으로의 호소를 위한 제반 위험부담의 문제 등으로부터의 책임을 저작자측이 전적으로 지게 된다는 것이다<sup>141)</sup>. 앞으로의 추이가 주목된다.

한편, 프랑스 저작권법의 경우에도 알려지지 않은 방법에 의한 저작물이용권에 관한 계약이 유효하기 위한 조건을 명시하고 있는데, 시사하는 바가 크다. 즉 1992년 프랑스저작권법 제131-6조는 “계약체결일에 예상할 수 없거나 예상하지 못한 방법으로 저작물을 이용할 권리를 부여하는 내용의 저작권양도계약조항은 명시적이어야 하고 저작물이용으로부터의 수익에 저작자가 참여한다는 점을 규정하고 있어야 한다”<sup>142)</sup>고 규정하고 있다.

프랑스 저작권법의 태도는 과거 독일저작권법 제31조 제4항이 아직 알려지지 않은 이용방법에 대한 저작권계약을 원칙적으로 무효라고 보았던 것과는 달리 엄격한 요건하에 그 유효성을 인정함으로써 최근 2007년의 개정 독일저작권법 제31조a와 유사한 접근방법을 보이고 있는 것으로 평가된다.

## 5. 베스트셀러조항 또는 공정조항

나아가 독일저작권법은 베스트셀러조항 또는 공정조항에 의하여 저작자의 경제적 참여이익을 최대한 보장하려고 노력하고 있다. 즉, 과거 독일 저작권법 제36조(일명 “베스트셀러조항”이라고도 언급됨)는 “저작자가 타인에게 용익권을 부여할 때에 약정된 반대급부가 저작자와 타인과의 모든 관계에 비추어 저작물의 이용에서 발생하는 수익에 비추어 중대하게 불균형한 상태로 되는 경우에는, 타인은 저작자의 요구에 따라 위 수익에 곤하여 저작자에게 상황에 따른 상당한 관여가 보장되도록 당해 계약의 변경에 동의할 의무가 있다”고 규정하고 있었다.<sup>143)</sup> 민법상의 사정변경의 원칙이 충분히 기능하지 못하였기 때문에, 저작자에게 어떠한 경우이든 적절한 경제적 참여이익을 보장하려 한 것이 동 규정의 입법목적이다. 동 조항을 통해 저작

141) Schulze, Einräumung unbekannter Nutzungsrechte nach neuem Urheberrecht, UFTA 641, 645(2008).

142) Art. L. 131-6. La clause d'une cession qui tend à conférer le droit d'exploiter l'œuvre sous une forme non prévisible ou non prévue à la date du contrat doit être expresse et stipuler une participation corrélative aux profits d'exploitation(불어). Art. L. 131-6. Any assignment clause affording the right to exploit a work in a form that is unforeseeable and not foreseen on the date of the contract shall be explicit and shall stipulate participation correlated to the profits from exploitation(영어).

143) 동 규정은 2003년 개정법에서 저작자에게 더 유리하도록 개정되었다.

자에게는 상황에 따라 저작물의 이용에 따르는 수익에 관한 상당한 지분이 보장될 수 있게 된다. 물론 이 같은 예상할 수 없었던 수익이 저작자의 창작활동과는 무관하다면 동 조항은 적용되지 않을 것이다. 애당초 계약시 당사자들간에 실질적인 교섭력의 평등이 보장되지 않은 가운데 문제의 저작물이 베스트셀러로 부상하게 된다면 그 저작물을 이용한 사업자에 비하여 저작자가 받은 대우의 부당성이 사후적으로 수정·보완될 가능성이 보장되는 셈이다.

한편 전술한 독일저작권법상 베스트셀러조항의 요건이 엄격하여 과거 동 조항이 잘 이용되지 않았던 점을 고려하여 2003년 개정된 독일저작권법은 그 요건을 완화하여 소위 “공정조항”을 신설하였다. 즉, 구법에서는 “중대한 불균형관계”(grobes Missverhältnis)를 요구하였으나,<sup>144)</sup> 현행법에서는 “현저한 불균형관계”(auffälliges Missverhältnis)만을 요구하고 있다. 이러한 의미에서 구법 제36조를 “베스트셀러조항”(Bestsellerparagraf)라고 한데 반하여, 현행법 제32조a는 “공정조항”(Fairnessparagraf)라고 부른다. 이 경우 급부와 반대급부간의 불균형관계가 예상 가능하였는지 여부를 불문하고<sup>145)</sup> 계약조건의 변경청구가 인정된다. 또한 과거 직접 계약의 상대방에 대하여만 계약수정승인청구권을 행사할 수 있도록 제한적으로 해석했던 것을 종래의 지배적 견해에 따라서 직접 제3의 이용권자에게 그 청구권을 행사할 수 있도록 배려하였으며, 법정 안정성과 규제의 불필요성을 배려해서 상당 보수의 개념을 정의하고 상당성 판단의 기준을 제시하고 보수액이 단체협약이나 공공보수규정에 따라서 결정되었다면 신뢰원칙을 존중해서 위 청구권이 배제되도록 하였다<sup>146)</sup>. 어떠한 것이 현저한 불균형관계인가에 대해서는 우선 2배의 차이가 나는 경우는 논란의 여지없이 인정된다. 일부분헌에서는 2/3 정도의 차이가 나는 경우<sup>147)</sup> 또는 20%~30% 덜 받는 경우 현저한 불균형관계라고 한다. 대략 50%~100% 정도 덜 받으면 인정하여야 할 것이다.<sup>148)</sup>

## 6. 목적양도이론

이와 관련하여 아직 알려지지 않은 이용방식에 대한 이용허락약정의 무효를 포함하여 저작자를 보호해야 할 필요성을 인정하여 자신의 저작물로부터 경제적 이득에 가능한 한 널리 관여시켜야 한다는 생각으로부터 저작물이용계약의 해석을 위한 일

144) 독일 저작권법 제36조에 의하면 저작자가 저작물사용료로 받은 대가와 저작물이용권자 저작물을 이용함으로써 얻은 이익이 중대한 불균형관계를 이루는 경우 저작자는 저작물이용권자에게 저작권계약의 변경을 통하여 보상을 청구할 수 있다.

145) 유사한 내용을 담고 있었던 독일 구저작권법 제36조에서는 불균형관계가 예상 가능하였는지 여부를 불문하고 계약조건의 변경청구가 가능한가에 대해 명시적으로 규정하고 있지 않았고 단지 문헌에서 그렇게 해석하였으나, 현행 독일저작권법 제32조a에서는 이를 명시적으로 규정하고 있다.

146) 서달주, 앞의 보고서, 64면 참조.

147) Nordemann.

148) Dreier/Schulze, UrhG, § 32a Rdnr. 37.

반적인 법리로 형성되었고 1965년에 법조문화된 것이 독일 저작권법 제31조제5항의 목적양도이론(Zweckübertragungstheorie)조항이다<sup>149)</sup>. 동 조항은 “용익권의 부여시 권리가 미치는 용익방식이 명시적으로, 개별적으로 표시되지 않는다면, 용익권의 범위는 양 당사자가 기초로 한 계약의 목적에 의하여 결정된다. 용익권이 부여된 것인지의 여부, 전속적인 용익권 혹은 비전속적인 용익권이 부여된 것인지의 여부, 용익권과 금지권이 미치는 범위 및 당해 용익권에 대한 제한의 문제에 관하여 준용된다”고 규정한다. 이러한 추론과정에는 계약관계자들의 사전교섭과정, 수반되는 사정, 유사한 계약관계, 관례적인 행위과정 등이 고려되는데, 이 같은 상황을 기초로 하여 당사자들이 계약체결시의 계약목적으로 귀결될 수 있다. 저작권계약에서 저작자가 이용자에게 부여하는 계약의 범위는 당해 계약이행에 필요로 되지 않거나 계약상 명시적으로 부여되지 않았다면 저작자에게 유보되며, 실제로 필요되는 범위에 의문이 있다면 저작자에게 유리하도록 보게 된다<sup>150)</sup>. 한편 목적양도이론이 단순한 해석규칙으로 적용되어 계약서를 교묘하게 꾸미는 것으로부터 회피될 수 있는 본질적인 약점이 있으므로 저작자의 계약권을 포괄적으로 다루는 독자적인 법률을 통해 저작자를 더욱 강력하게 보호하려는 필요성이 부각되기도 한다<sup>151)</sup>.

## 7. 장래의 저작물에 관한 저작권계약

저작물이용계약과 관련하여 독일저작권법은 제40조 제1항 제1문에서 자세히 정하지 않거나 오직 그 종류에 의하여 정한 장래의 저작물에 대한 이용권을 허락할 의무를 부담하는 계약은 서면으로 체결되어야 한다고 규정하고 있다. 이 조항은 원래 경제적으로 그 저작물의 이용에 의존하고 있는 저작자를 보호하기 위하여 규정된 것이다. 즉 동 조항은 저작자가 아직 그 경제적 성공여부를 가릴 수 없는 장래의 저작물에 대하여 충분한 고려없이 이용계약을 맺는 것을 경고하려는 취지에서 규정된 것이다.<sup>152)</sup> 이러한 서면형식은 원칙적으로 모든 장래의 저작물이용에 대한 계약의 경우 요구될 것이나, 학설에서는 특히 특정 기업에 고용되어 일정보수를 받는 고용저작자가 아닌 자유저작자에 대해서만 적용된다고 보고 있다.<sup>153)</sup> 그 이유는 고용된 저작자는 사용자를 위하여 창작하고, 사용자만이 그 저작물을 경제적으로 이

149) 독일 저작권법상 목적양도법리 전반에 관하여는 박익환, “작권계약의 해석에 관한 일고찰(1,2) - 독일에서의 이론전개를 중심으로”, 「계간 저작권」, 22호, 24호, 1993 참조.

150) Fromm/Nordemann/Hertin, Urheberrecht, Kommentar, 9. A., Kohlhammer, 1998, §§ 31/32 Rn. 9. 이 점을 직시하여 목적양도이론이 ‘의심스러운 경우에는 저작자의 이익으로’(in dubio pro auctore)라고 표현되기도 한다.

151) Schack, Urheber-und Urhebervertragsrecht, 2. A., Mohr Siebeck, 2001, Rn. 970.

152) Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte von 1962, BT-Drucks. IV/270, S. 59; von Gamm, Urheberrechtsgesetz, 1968, § 40 Rdn. 5 참조.

153) Ulmer, S. 404; Hubmann/Rehbinder, S. 233; 반대 Vinck, in: Fromm/Nordemann, § 43 Rdnr. 3 a.

용할 수 있다는 것을 사전에 알고 있고, 그 반대급부로 보수를 받기 때문이다. 따라서 업무상 창작하는 장래의 저작물에 관한 이용계약은 구두로 또는 묵시적으로 사전에 체결할 수 있다.

독일저작권법 제40조 제1항 제2문에 따르면 장래의 저작물에 관한 저작물이용계약은 계약체결 후 5년이 경과하면 양 당사자에 의해 해지될 수 있다. 이 규정 또한 업무상 창작하는 저작물에 대하여 적용되지 않는다. 고용관계의 경우 저작권계약은 그에 기초가 되는 고용계약으로부터 분리될 수 없다. 저작물이용에 대한 의무조항이 없는 고용계약은 더 이상 아무런 의미가 없기 때문에, 저작권계약을 해지한다는 것은 동시에 고용계약의 해지를 의미한다. 따라서 종업원은 저작권계약을 별도로 해지할 수 없고, 일정한 경우 저작권조항을 포함한 전체 고용계약을 해지하거나 그 변경을 요구할 수 있을 뿐이다.<sup>154)</sup>

## 8. 보상청구권의 강화

2003년 독일 저작권법의 개정은 저작물 등 이용에 따른 그 대가와 관련하여 저작자와 실연자에게 상당한 보상금 보장을 목적으로 한 것이다. 기본적으로는 순수한 자유시장경제원리를 지양하고 저작자 계약을 사회국가적 및 문화국가적 관점에서 재구성하여, 구조적으로 취약한 저작자와 실연자의 지위를 강화하고 문화에 대한 국가의 책무를 실현하고자 저작자의 계약법 제정에 이른 것이다<sup>155)</sup>. 무엇보다도 눈에 띄는 개정항목은 저작자에게 상당한 보수가 보장된다는 것이다(독일 저작권법 제32조). 동 조항은 저작자를 위하여 자신의 저작물의 모든 이용행위에 대하여 상당하도록 관여한다는 원칙에 입각한다<sup>156)</sup>. 저작자는 용익권의 부여 혹은 저작물이용승낙에 대해 계약상 합의된 보수를 청구할 권리가 인정되며, 합의되었다고 하여도 그 보수가 상당하지 않으면 상당성이 보장되도록 상대방에게 계약변경을 요구할 수 있다.

이같은 상당한 보수를 정하기 위하여 저작자들의 단체들은 저작물이용자들의 단체들, 개별적인 저작물이용자들이 함께 공동보수규칙을 정한다(독일 저작권법 제36조). 동 규칙은 조정소(Schlichtungsstelle)에서 각 당사자가 임명하는 동수의 위원들과 중립적인 위원장에 의한 절차로 정해질 수 있는데, 조정소가 공동보수규칙의 내용을 정하는 합의안을 제시할 수 있다. 동 의견이 당사자를 법적으로 구속하는

154) Ulmer, S. 404; Hubmann/Rehbinder, S. 233.

155) Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern(17. 8. 2000). S. 20-21(서달주, 앞의 보고서, 38면에서 재인용). 저작자의 계약법이라는 이름의 법률이 새로 제정되었다기보다는 저작권법개정법의 명칭이 저작자의 계약법으로 이해될 수 있다.

156) Lettl, Urheberrecht, C.H.Beck, 2008, S. 147.

힘은 없으나, 당사자들이 그 의견을 수령한 후 3개월 이내에 조정소에 이의를 제기하지 않으면 그 의견은 합의된 것으로 본다(독일 저작권법 제36조제4항, 제36조a). 이렇게 정해지는 보수액조항은 단체협약을 통해 보수액이 정해지는 경우에 적용되지 않는다(독일 저작권법 제32조제4항). 단체협약에서 당사자인 저작자들은 상당한 보수액을 이끌어 낼 수 있는 까닭이다<sup>157)</sup>.

## 9. 배타적이용권의 등록 여부

독일저작권법상으로는 원칙적으로 등록제도가 없다. 독일저작권법은 한국저작권법(제10조 제2항)과 마찬가지로 베른협약 제5조 제2항에 규정된 무방식주의를 따르고 있으며, 따라서 저작권의 발생 및 그 행사를 위하여 등록이 요구되지 않는다. 그렇다고 독일저작권법상 등록이 전혀 의미없는 것은 아니다. 동법 제66조 제2항 제2문과 제138조에 따르면, 무명저작물의 경우 그 저작자의 실명이 저작자원부에 등록되면 해당 저작물의 저작권이 일반원칙과 마찬가지로 저작자의 사후 70년까지 보호된다. 저작자원부는 독일특허청에서 관리하며, 이에 는 저작자의 성명, 저작물의 명칭, 최초의 공표시점 및 방법 등을 등록한다.<sup>158)</sup>

전술한 경우 이외에는 독일저작권법상 등록제도는 저작권 자체에 대해서뿐만 아니라 저작물이용권(배타적이용권, 비배타적이용권을 불문)에 대해서도 존재하지 않는다. 독일에서는 지적재산권법의 영역에서는 物權法定主義(numerus clausus)와 類型強制(Typenzwang)이 적용되지 않는다고 보는 것이 거의 일치된 견해이다. 따라서 저작권의 제한적 양도로서의 저작물이용권의 부여시에도 당사자들은 원칙적으로 자유롭게 그 이용권의 종류와 범위를 설정할 수 있으며, 이 경우 저작물이용권의 배타적 성질은 절대권의 성질을 가진 母權인 저작권 자체에서 파생되는 것이며, 등록이라는 공시에 의하여 인정되는 것은 아니다. 따라서 물권법정주의가 지배하는 민법에서와는 달리, 절대권을 공시하기 위한 수단으로서의 등록이 필요없다는 논리가 성립한다. 물론 이러한 독일저작권법의 태도가 한국저작권법에서의 등록과 같은 강한 법적 안정성을 제공하지는 않는다고 본다.

## 10. 저작물이용권의 철회

독일저작권법은 또한 우리 저작권법에서는 비교적 생소한 저작물이용권의 철회제도를 둠으로써 저작자보호를 강화하고 있다(동법 제41조 및 제42조). 우선 독일저작권법 제41조는 배타적 이용권자가 그 이용권을 충분히 행사하지 않고 그로 인하여 저작자의 정당한 이익이 상당히 침해된 경우에 저작자가 그 배타적 이용권을 철회

157) Lettl, a.a.O., S. 151.

158) 자세한 것은 독일저작자원부령(Verordnung über die Urheberrolle) 제1조 및 제2조 참조.

할 수 있음을 규정하고 있다. 독일저작권법 제41조의 근본적인 규범취지는 저작자가 제3자에게 배타적 이용권을 부여하였음에도 불구하고 그 제3자가 저작물을 이용하지 않으면, 저작자는 자신의 저작물이 일반공중에 공개되어 자신이 그 저작물을 창작하였다는 것을 알리고자 하는 이익(기본적으로 인격권적인 이익)이 침해받기 때문에, 저작자에게 철회권을 부여함으로써 저작자가 스스로 또는 다른 제3자를 통하여 그 저작물을 공개할 수 있는 가능성을 제공하고자 함에 있다.

이러한 독일저작권법 제41조의 철회권은 원칙적으로 배타적 이용권의 부여 후 2년이 경과하기 전에는 행사할 수 없으며, 철회권의 행사시에는 저작물이용권자에게 적절한 유예기간을 부여하도록 규정하고 있다. 또한 독일저작권법 제41조의 철회권은 그 母權인 저작권과 마찬가지로 사전에 포기할 수 없는 권리로 법에 명시되어 있으며, 철회권의 행사로 인하여 손실을 본 관련자에 대해서는 저작자가 적절한 보상을 하여야 한다.

독일저작권법은 제42조에서 다른 유형의 철회권을 인정하고 있다. 동법 제41조도 기본적으로는 저작자의 인격적 이익을 보호하기 위한 것이지만, 동법 제42조의 철회권도 저작자의 인격적 이익을 보호하기 위한 것임을 법문상 분명히 알 수 있다. 독일저작권법 제42조는 저작자가 제3자에게 저작물이용권(배타적 및 비배타적 이용권 포함)을 부여하였으나, 그 저작물이 더 이상 자신의 사상이나 감정과 부합하지 않기 때문에 그 저작물을 제3자가 계속하여 이용하는 경우 저작자의 인격적 이익을 해할 염려가 있는 경우에 철회권을 인정하고 있다. 동 규정상의 철회권은 자작자 자신의 인격적 이익을 보호하기 위한 것이므로, 그 저작자의 사망 후에 예컨대 그 상속인이 철회권을 행사하기 위해서는 일정한 요건을 입증할 것을 규정하고 있다. 독일저작권법 제42조의 철회권도 제41조의 철회권과 마찬가지로 사전에 포기할 수 없으며, 관련자에 대한 손실보상을 규정하고 있다. 독일저작권법은 일단 철회권을 행사한 이후에 저작자가 다시 해당 저작물을 이용하고자 할 경우에는 철회권을 행사하기 전의 저작물이용권자에게 우선적으로 그 저작물이용권을 부여하여야 함을 규정하고 있다.

## 제4절 한국 저작권계약법의 발전방향에 대한 제언

### 1. “저작권계약법” 단행법의 제정 문제

저작자의 계약과 관련된 법률관계는 탄력적으로 적용되어야 한다. 저작물을 이용하는 사업자의 입장이 매우 다양한 까닭이다. 군소인쇄업자로부터 거대한 미디어재벌에 이르기까지 넓은 범위에 걸쳐 존재하므로 저작물의 이용과 관련하여 실질적으로 형평을 기한다는 의미에서의 보완작업은 조심스럽게 진행되어야 하며 경우에 따라

엄청난 문화정책적 파도를 던질 수 있다. 저작자의 계약과 관련된 우리의 현실은 독일과는 상당한 차이가 있다. 2003년 독일의 개정법내용은 말할 나위도 없거니와 그 이전의 저작권법규정과도 보호수준에 격차가 있어 독일법이 어떻다고 하여도 우리법을 해석하는 자료가 될 수 있을 지언정 무비판적인 도입은 오히려 법적 안정성에 혼동을 가져올 위험도 있다.

개별계약에서 문제시되는 특성을 고려한 강제조항으로의 입법방식을 취할 수 있는 한편, 저작자의 계약을 다루는 독자적인 법률의 제정을 생각할 수 있다. 이미 독일의 경우, 1901년에 이미 출판계약과 관련하여 출판권법(Gesetz über Verlagsrecht)이 제정되어 수차례 개정작업을 거쳐 현재에 이르고 있다. 출판계약 뿐만 아니라 저작물이 이용되는 각 계약에 공통으로 적용될 수 있는 저작자의 계약법이 단행법률로 제정되어야 한다는 논의가 계속하여 주장되어 왔으나 아직 법제정에 이르렀다는 소식은 들리지 않는다. 업계에서의 강력한 반대에 봉착하고, “저작자의 계약법 영역에서 저작자와 인접보호권자들의 지위가 강화되는 문제는 무엇보다도 일면으로는 저작자 및 인접보호권자들의 단체들과 다른 한면으로는 이용자와 이용자단체와의 집단적인 합의를 통하여 보다 용이한 해결가능성이 이용됨으로써 달성될 수 있다”<sup>159)</sup>는 이유에서 독일정부는 동 법률의 제정을 미루어 왔다. 이외에도 저작자 등 권리자의 입장도 이용자만큼이나 그 지위가 다양한 것도 이유가 될 수 있다. 이 같은 이유는 우리에게도 마찬가지로의 논거가 될 수 있다. 저작자의 계약과 관련된 쟁점의 중요성을 과소평가하는 것은 아니되, 아직은 개별적인 조항을 통하여 문제해결을 모색해야 할 것이다.

우리나라의 입장에서조차 저작자의 지위가 강화되도록 하는 법개정의 노력과 아울러 한편으로는 저작권신탁관리단체의 활동이 저작물의 이용영역마다 활성화되어 저작자들의 입장이 실질적으로 보장되는 가운데 교섭능력이 균등화되어 기존 법률안에서 이용될 수 있는 제도의 활용이 극대화되는 하는 노력도 게을리 말아야 한다. 이하에서 저작권법 중 저작권계약과 관련하여 앞으로 보완될 필요성이 큰 몇 가지 사항에 대해서 언급하고자 한다.

## 2. 저작권계약 관련 규정의 보완

### 가. 계약의 서면성 논의

저작권에 관련된 이용계약을 어떠한 방식으로 체결하는지의 여부는 원칙적으로 자유라고 볼 것이다. 예외적으로 법률규정에 의하여 계약을 체결하기 위하여 일정한

---

159) Bericht der Bundesregierung an den Deutschen Bundestag über die Entwicklung des Urhebervertragsrecht, BT-Drucksache 12/7489 vom 6. Mai 1994, UFITA 126(1994).

방식을 요하는 경우가 있다. 우리 민법 제555조에서는 “증여의 의사가 서면으로 표시되지 않은 경우에는 각 당사자는 이를 해제할 수 있다고 규정한다”. 특별법적으로는 “계약을 원인으로 소유권이전등기를 신청할 때에는 당사자·목적부동산·대금에 관한 사항 등 일정 사항이 기재된 계약서에 그 부동산의 소재지를 관할하는 시장·군·수나 또는 권한을 위임받은 자의 검인을 받아서, 관할등기소에 제출하여야 한다”(부동산등기특별조치법 제3조제1항). “건설공사의 도급계약의 당사자는 계약체결에 있어서 일정 사항을 서면으로 명시하여야 한다”(건설업법 제21조). 또한 절차법적으로도 확실을 기하기 위한 경우이거나 신중한 판단을 필요로 하는 경우 서면에 의할 것을 요구한다.<sup>160)</sup> 우리의 실무상 많이 논의되는 것중의 하나가 저작재산권의 양도, 양수가 행해지면서도 서면으로 하지 않아 기억이 불분명한 상황에서 2중으로 저작재산권을 양도하는 사례도 있고, 구두증거에 의하여 저작재산권의 양수,도를 입증해야 하는 어려움에 직면하는 사례도 있었다. 저작물이 체화되어 있는 유체물이 수수된 사실에 기초하여 저작재산권이 양도된 것으로 인정된 사례도 확인될 수 있었다. 저작자의 입장에서든, 이용자의 입장에서든 거래내역을 서면화하여 거래의 안정을 취한다는 것은 저작권자의 권리를 보호하게 되고, 또한 저작물의 공정한 이용을 도모하게 될 것이다.

이 점에서 저작권에 관한 권리변동 중 저작권자에게 가장 중요하다고 할 수 있는 권리가 양도되거나 아니면 이에 준한 효력이 인정되는 출판권이 설정되는 경우에는 양도인 등의 서명이 수반된 서면으로 행하지 않는다면 아예 그 효력을 부인하는 방법을 입법적으로 도입할 필요가 있다. 다만 현재에도 저작재산권 양도의 경우 대부분 서면에 의하여 계약이 체결되는 듯한 현실을 고려한다면 양도인에 의한 서명이 수반된 서면요건을 저작재산권양도의 효력요건으로 하는 것만으로는 실효가 없다. 계약의 일정 내용에 관한 기재가 있을 것을 요건화해야 할 것이다. 적어도 기재될 계약내용을 표준화한 서면이 관행적으로 사용되도록 유도할 필요성이 인정된다. 어떤 내용의 기재가 필요할 것인지의 여부는 저작물이용계약의 실태에 대한 면밀한 조사가 선행되어야 한다.

독일 저작권법의 경우처럼 아직 알려지지 않은 저작물이용방식에 관한 계약에 서면을 요건으로 할 필요성은 우리에게도 크다. 다만 저작재산권이 양도되는 경우처럼 그 서면에 필요되는 계약내용의 적절성이 수반되어야 한다. 나아가 알려지지 않은 저작물의 이용에 대한 대가의 적절성이 보장되도록 절차적인 정당성이 확보되어야 한다.

물론 거래의 안전이나 경솔한 행동으로부터 거래당사자들을 보호하기 위하여 계약

160) 소제기의 경우(민사소송법 제248조), 관할합의의 경우(민사소송법 제29조제2항), 법정대리권 혹은 소송대리권의 증명(민사소송법 제58조, 97조) 등의 경우들에서 서면에 의할 것을 요한다.

의 서면화가 요구되는 것은 비단 저작권법에 국한된 문제만은 아닐 것이다. 또한 저작권에 관한 계약이 서면으로 행하여진다 하더라도, 일반인들이 저작권법 관련 법리를 이해하기 쉽지 않으므로, 그 계약내용이 많은 해석의 여지를 남기거나, 중요한 권리관계에 대한 규정을 빠뜨리는 경우가 비일비재하다. 나아가 기존의 표준계약서를 사용한다고 하여도 구체적으로는 사안에 따라 그 내용을 약간 변형해서 사용하여야 함에도 불구하고, 공란만 채워 계약이 체결되기도 한다. 따라서 계약의 서면화가 저작권법으로 강제된다 하더라도 그것이 현실적으로 긍정적인 기능을 할지는 장담할 수 없다. 만일 여러 사정을 고려하여 현실적으로 계약의 서면성이 입법화되기 어렵다면, 저작권거래에서 분쟁을 줄이기 위한 대안으로서는 저작권등록강제주의를 채택하여 저작권등록을 저작권거래의 필수요건으로 하는 방법을 고려할 수 있을 것이다. 나아가 저작권 관련단체의 활성화를 유도하고, 여기서 각 거래의 요구에 맞게 잘 정비된 표준약관을 이용하도록 하거나 계약 실무자들에 대한 저작권법지식을 향상시키는 노력을 하는 것은 아무리 강조해도 지나치지 않을 것이다.

## 나. 배타적 이용허락 제도의 도입

저작권자는 구체적 이용방법이나 조건을 정하여 제3자에 대한 저작물이용허락을 통해서 저작물을 경제적으로 이용한다. 이용자의 입장에서는 가급적 그 저작물을 배타적으로 이용하기를 원한다. 특히 저작자가 이중으로 저작물이용을 허락하거나 제3자가 저작권을 침해하는 경우 자신의 권리를 준물권적인 것으로 구성하여 독자적인 구제수단을 갈망한다. 물론 저작자의 입장에서는 이해관계가 정반대일 것이다. 가급적 권리를 보유한 가운데 대가의 확보에 관심이 있다. 저작자와 이용자의 이해관계가 조화되어야 할 입법적 필요성이 느껴진다. 현행 우리 저작권에서는 저작물이용권을 비전속적인 것이든 전속적인 것이든 단지 채권적인 성질을 갖는 것으로 파악한다. 예외적으로 설정출판권자는 준물권적인 권리를 갖고 있어 출판권침해자에 대하여 독자적인 구체책이 인정되나 그 개념자체가 협소하게 인정되어 있어 그 적용범위가 넓지 않다. 설정출판권이 이용될 수 없는 저작물이용자에게도 배타적 지위가 부여되는 가운데 안정적으로 투자할 수 있는 법적 동기를 부여할 필요가 있다. 이 같은 방법은 현행법상의 설정출판권제도를 저작권법이 정의하는 출판행위 이외에도 저작물이용전반으로 확대하는 ‘배타적 이용권제도’를 도입하는 것이다.

배타적 이용권의 법적 성질은 설정출판권에 상응하는 것으로 저작권자는 배타적 이용권을 설정해 준다고 하여도 저작권자의 지위를 계속 유지한다. 다만 설정해준 내용에 따른 계약이 따른다. 물론 설정해준 권리가 소멸되면 다시 완전한 내용의 저작권자로 복귀한다. 배타적 이용권자는 약정된 바에 따라 저작물을 이용할 수 있는 준물권적 권리자로서 권리침해자에 대하여는 자신의 이름으로 구체책이 부여된다. 배타적 이용권은 설정적 승계방식에 의한 준물권적 권리로서 외국인의 저작물이 이

용되는 경우에도 국내 이용허락을 받은 주체의 보호에도 기여할 수 있다.

물론 현행법에서도 채권자대위권 혹은 제3자의 채권침해라는 예외적인 방법으로 채권적인 성질의 전속적 이용허락권자가 저작권침해로 인한 제3자에 대한 권리구제가 인정된다. 그러나 이 같은 법리는 예외적으로 인정되며, 그나마 예측이 확실하지 않다. 저작권법의 영역에서 배타적 이용권제도를 도입할 경우 그 권리자는 준물권적 지위에 있으므로 저작권의 양수인등 이해관계있는 제3자에 대한 대항력이 인정된다. 다만 설정출판권의 경우와 마찬가지로 등록이 전제되어야 할 것이다. 아울러 비배타적인(비전속적인) 이용허락을 받은 자도 등록이 전제된다는 조건으로 제3자에 대한 대항력인정의 문제도 아울러 검토되어야 한다. 현행 저작권법상 등록의 의미 및 거래안전을 고려하여 등록을 전제로 비배타적 저작물이용권의 대항력을 인정하는 것이 타당할 것이다.<sup>161)</sup>

#### 다. 베스트셀러조항 또는 공정조항의 도입

또 하나 우리 법에서 도입이 고려되어야 할 제도로 저작물이용과 관련된 베스트셀러조항의 도입문제이다. 이용계약시에는 예상할 수 없었던 대성공을 하게 되어 저작자가 받았던 대가와는 현저한 차이가 생긴 경우에 이를 수정할 수 있도록 추가적인 보수를 청구하는 권리가 저작자에게 인정되어야 하는 논의이다. 현행 우리나라에서는 이 같은 명문조항이 없다. 다만 민법상 신의성실의 원칙, 그 중에서도 사정변경의 원칙이 적용되는 가운데 예외적으로 문제해결의 가능성이 있다. 실무적으로는 성공보너스의 형태로 저작자가 섭섭하지 않도록 배려한다는 소식을 듣게 된다.

법조항으로서 베스트셀러조항이 성문화된다면 제도적인 측면에서 저작자의 입장이 배려된다는 큰 장점이 있다. 실제 저작권거래에서 저작자가 저작물의 성공에 대한 합리적 대가를 받지 못하는 경우가 많으므로 구체적인 보상규정을 정함에 있어서는 법적 안정성을 해치지 않도록 명확한 기준과 보상의 방식이 제시되어야 한다. 그러나 독일 등 이른바 선진국과는 법현실에 차이가 있는 것도 부인할 수 없다. 또한 실무적으로는 문화산업 투자자의 입장에서 많은 아이템들을 기획하고 투자를 하는데도 불구하고 대부분의 아이템들은 성공하지 못하고 그 중 일부만이 성공하고, 그 성과는 다른 전체 투자에 대한 보상으로 기능할 수 있다는 측면에서 베스트셀러조항은 다소 부당한 것으로 비쳐지기도 한다. 아직 판례 등 경험이 많지 않은 상황에서 법제도만을 수입한다고 좋은 효과를 장담할 수 없다. 오히려 죽어있는 조항으로 존재할 가능성이 다분하다. 일단 신의칙 등을 원용한 판례가 어느 정도 형성되어야 한다. 아울러 이용계약시 저작물을 이용에 성공한다면 추가적인 보수를 지급하는

161) 안효질, “저작물의 배타적 이용허락제도”, 「디지털시대의 주요 외국저작권제도의 도입에 관한 연구」, 문화관광부, 2002, 378면.

구체적인 기준을 정하는 조항을 첨부하는 관행이 성립되어야 한다. 사업자의 입장에서 이 같은 조항에 반대할 명분은 찾기 힘들다.

#### 라. 아직 알려지지 않은 이용방법에 관한 저작권계약

아직 알려지지 않은 이용방법에 관한 저작권계약의 유효성 여부 또는 그 유효성 요건을 저작권법에 명문화함으로써 경제적 및 법적 측면에서 상대적으로 약자인 저작자를 보호할 필요가 있다. 전술한 바와 같이, 독일 구저작권법은 이러한 계약을 원칙적으로 무효로 보았고, 독일 현행저작권법은 서면요건하에 이를 유효한 것으로 보고 있고, 프랑스 저작권법은 그 합의가 명시적이어야 하고, 그 이용수익에 저작자의 경제적 참여이익이 보장될 것을 조건으로 유효성을 인정하고 있다. 현재 국내저작권법상으로는 불행하게도 이에 상응하는 규정이 존재하지 않는다. 그러나 국내학설에서도 이러한 저작물이용계약은 무효로 해석하고 있다.<sup>162)</sup> 따라서 예컨대 전자출판방법이 알려지기 전에 체결된 출판계약에 의해서는 출판사는 저작자의 별도의 허락없이 저작물을 디지털화하여 배포할 수 없다는 것이다. 이는 출판권이 저작권법 제57조 이하에 규정된 출판권설정계약에 의한 준물권적·배타적 성질의 것이든 저작권법 제46조에 따른 출판허락계약에 의한 채권적 성질의 것이든 마찬가지이다. 그러나 이 문제를 단순히 당사자간의 계약의 해석에 의존하여 해결하는 것은 법적 안정성이 담보되지 않으며, 또한 저작자의 보호에도 미흡하다. 또한 앞으로 배타적 저작물이용허락제도가 도입되어 설정출판권 이외의 다른 영역에서도 배타적 이용권이 설정되는 경우 저작물이용권자의 지위는 상대적으로 강화되는 반면, 저작자의 지위는 약화되는 경우도 적지 않을 것이다. 따라서 적어도 저작자가 예상하지 못했던 저작물이용에 대해서는 저작자의 경제적 참여이익을 충분히 보장할 수 있도록 입법적 조치가 필요하다고 생각한다.

#### 마. 장래의 저작물에 대한 저작권계약

아울러 저작자가 충분히 고려하지 않고 장래의 저작물에 관한 저작권계약을 체결하는 것을 방지하기 위하여 장래의 저작물에 대한 저작권계약의 허용 여부 또는 그 유효요건을 저작권법에 명시할 필요가 있다. 전술한 바와 같이, 독일 저작권법은 장래의 저작물에 관한 계약은 원칙적으로 서면으로 체결하도록 요구하고 있고, 계약 체결 후 5년 후에는 계약해지권을 부여하고 있다.

우리나라의 경우 현행법의 해석상 일반적으로 장래에 작성될 저작물에 대한 저작권

162) 이에 대해서는 박익환, “저작권계약의 해석에 관한 일고찰(2)-독일에서의 이론전개를 중심으로”, 「계간 저작권」, 24 (1993), 29, 33 이하; 송영식/이상정, 「저작권법개설」, 1997, 169면 참조.

양도계약도 원칙적으로 유효한 것으로 보아야 할 것이다. 다만 장래에 작성될 모든 저작물에 대한 저작권을 제3자에게 양도하거나 저작물이용권을 허락하는 계약은 저작자의 저작물처분권을 과도하게 제한할 수도 있다. 따라서 이러한 계약은 경우에 따라서는 불공정한 법률행위 또는 사회질서에 반하는 법률행위로서 민법 제104조 또는 제103조에 따라 무효로 될 수 있을 것이다. 그러나 위 규정들에 따라 저작권 계약이 무효로 되기 위한 요건은 현실적으로는 엄격하게 해석될 것이며, 따라서 저작자를 보호하기에는 충분하지 못하다. 뿐만 아니라, 어떤 경우에는 저작자가 진심으로 장래의 저작물에 대해서 저작권계약을 체결하는 것에 대해서도 그 유효성을 보장하기 어려운 경우도 있을 것이다. 저작물이용권자의 입장에서조차 장래의 저작물에 관한 저작권계약이라고 해서 모두 무효로 보게 된다면, 저작물창작에 안심하고 투자할 수 있는 법적 환경이 마련되지 못하고, 이는 결국 저작물창작에 대한 투자 및 의욕을 위축시키는 결과를 초래하게 될 것이다. 따라서 독일 저작권법 제40조의 서면요건과 같이 우리 저작권법에도 장래의 저작물에 관한 저작권계약의 유효성을 인정하기 위한 요건을 엄격하게 규정하여 저작자가 저작권계약을 체결할 때 신중을 기하도록 하고, 저작물이용권자에게는 장래의 저작물이용에 대해 확고한 법적 지위를 부여함으로써 안정적으로 투자할 수 있는 환경을 마련해 주어야 할 것이다.

#### 바. 저작물이용권 철회제도의 도입

저작물이용허락계약의 체결 후 저작자의 경제적 또는 정신적 이익을 보호하기 위하여 저작물이용권의 철회제도를 도입할 필요성이 있다. 전술한 바와 같이 독일저작권법은 제41조와 제42조에서 저작물이용권의 불행사 및 저작자의 신념변화를 이유로 철회권을 인정하고 있다. 저작물이용권의 불행사를 이유로 한 철회권은 논리적으로 배타적 저작물이용권을 부여한 경우에만 문제될 수 있다. 물론 우리나라 저작권법상으로도 적어도 설정출판권의 경우에는 제58조에 따라 설정출판권자는 출판의무를 지고, 이를 위반한 경우에는 저작권자가 제61조에 따라 출판권의 소멸을 통고할 수 있다. 따라서 설정출판권에 관한 한 철회권도입의 필요성은 그렇게 크다고는 생각되지 않는다. 그러나 법개정을 통하여 모든 저작물이용방법에 대하여 배타적 저작물이용권제도를 인정할 경우에는 독일저작권법 제41조에 규정된 철회권의 도입을 검토해 볼 필요가 있다고 생각한다. 특히 이러한 철회권은 저작물이용허락계약을 체결하면서, 계약상 저작물이용자의 이용권측면만을 규정하고 그 의무측면에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않는 경우에 필요하게 될 것이다.

독일저작권법 제42조에 규정된 저작자의 신념변화를 이유로 한 철회권은 저작자의 개인적인 부분에 속하는 사정의 변화를 근거로 저작물이용권을 철회할 수 있는 가능성을 제공하고 있다. 이는 단지 저작자개인의 사정으로 인정되는 권리이기 때문에, 저작물이용권이 배타적이든 그렇지 않은 불문하고 인정되나, 다만 저작자가 저

작물이용권자에 대하여 ‘적절한 보상’(angemessene Entschädigung)을 할 것을 전제로 하고 있다. 적어도 저작자는 저작물이용권자가 철회권의 행사 이전에 지출한 비용을 보상하도록 규정하고 있다. 이는 저작물이용권의 불행사를 이유로 한 철회권의 경우에는 단지 ‘형평기준에 따른 보상’(eine der Billigkeit entsprechende Entschädigung)을 할 것을 규정하고 있는 점과 대조적이다. 그러나 대부분의 저작자가 자력이 충분하지 못하다는 점을 감안한다면, 이 경우에도 저작자에게 ‘형평기준에 따른 보상’을 하도록 하는 것이 바람직할 것이다. 독일저작권법 제42조가 사실 바로 이 엄격한 보상요건 때문에 아직 적용된 예가 없었다는 점을 감안하면, 보상의 정도를 완화하는 것이 필요할 것이다. 뿐만 아니라 독일저작권법 제42조 제4항은 저작물이용권의 철회 이후에 다시 해당 저작물을 이용하고자 하는 경우, 저작자는 과거의 저작물이용권자에게 再提供義務(Wiederaanbietungspflicht)를 규정하고 있는데, 저작자가 저작물이용권자에게 보상할 것을 규정하고 있고, 저작자의 생존기간 동안 저작자가 자유롭게 자신의 저작물을 다시 이용할 수 있는 가능성을 열어 놓아야 한다는 점을 감안하면, 재제공의무의 기간을 약 10년 정도로 제한하는 것이 바람직할 것이다. 한편 저작자의 신념변화를 외부에서 객관적으로 확인하기는 쉽지 않고, 저작자가 신념변화에 의한 철회권이라는 명목으로 기존의 계약관계를 일방적으로 해소시킬 위험도 있기 때문에, 이러한 종류의 철회권을 도입하기 위해서는 사전에 출판계나 기타 저작권 업계 등 저작자와 저작물이용자들의 의견을 충분히 수렴할 필요가 있으며, 만일 도입을 한다 하더라도 그 적용 여부는 매우 엄격하게 판단하여야 할 것이다.

다음 철회권을 인정할 경우 독일저작권법과 마찬가지로 영화저작물에 대하여 위의 철회권을 인정하지 말아야 되는가의 문제가 있다(동법 제90조 참조). 독일저작권법에서 영화저작물에 관한 한 저작물이용권의 불행사 및 저작자의 신념변화를 이유로 한 철회권을 인정하지 않은 이유는 영화저작물의 제작에는 매우 많은 비용이 소요되기 때문이었다. 그러나 저작물이용방법은 매우 다양하며, 앞으로도 기술 및 경제여건의 변화에 따라 영화에 의한 저작물이용에 못지않은 비용이 소요되는 저작물이용방법도 출현할 것이다. 가장 보편적인 저작물이용방법인 출판에서도 화보나 악보의 출판에서와 같이 상대적으로 많은 비용이 요구되는 경우가 허다하다. 따라서 단지 영화저작물에 한하여 철회권의 행사를 제한할 필요는 없다고 생각한다.<sup>163)</sup>

마지막으로 철회권의 귀속 및 행사의 주체를 정하는 문제가 있다. 저작물이용권의 불행사를 이유로 한 철회권은 원칙적으로는 저작자가 자신의 저작물이 일반공중에 공개되어 자신이 그 저작물을 창작하였다는 사실을 알리고자 하는 인격권적인 이익을 보호하기 위함이다. 그러나 만일 저작권사용료를 저작물이용의 수량에 비례

163) 이에 대해서는 Ulmer, § 87 IV (S. 377); Fromm/Nordemann/Hertin, Urheberrecht, (9. Aufl., 1998), § 90 Bem. 1.

하여 정한 경우에는 저작자는 철회권의 행사를 통하여 경제적 이익을 보호할 수도 있을 것이다. 즉 불행사를 이유로 한 철회권은 저작자 또는 저작재산권자가 행사할 수 있다고 보아야 할 것이다. 반면 신념변화를 이유로 한 저작물이용권의 철회는 원칙적으로 인격권적 이익만을 보호하기 위한 것이므로 저작자 또는 그의 승계인만이 행사할 수 있다고 보아야 할 것이다.

## 제4장 저작권관리사업법의 제정

### 제1절 제정의 필요성

#### 1. 저작권집중관리의 기능과 역할

##### 가. 기능

저작권은 저작권법이 저작자(여기에서는 저작인접권자를 포함한다)에게 부여한 사권(private rights)의 일종이다. 따라서 저작자는 자신의 이익실현을 위하여 그의 의사에 따라 자유롭게 저작권을 행사할 수 있다. 원칙적으로 저작자 자신이 행하여야 하는 저작권 행사는 그러나 저작물 이용에 수반되는 이용자·이용지역·이용방법 등이 다양하기 때문에 현실상 저작권자 개인이 저작권을 관리하는 이른바, “자기 관리”가 어렵다. 더욱이 저작자는 창작활동에 전념하여야 한다는 자체의 사정도 있다.

저작권집중관리(collective administration of copyright)는 기본적으로 이처럼 저작권의 개별관리의 곤란성에 토대를 두어 탄생되었다.<sup>164)</sup> 개인의 권리인 저작권을 효율적으로 관리하기 위해서 저작자 단체를 구성하거나 특정의 관리업자에게 관리를 위탁하는 방법이 저작권집중관리체도로 나타난 것이다. 저작권의 집중관리는, i) 저작권자의 저작물 이용·관리의 용이성, ii) 이용자의 저작물 이용 편리성, iii) 국제적인 이용·관리 등에 이점을 제공하게 되었으며, 이 점에서 사회적 타당성을 부여받게 되었다.<sup>165)</sup>

이에 따라 오늘날 우리나라를 비롯한 세계 각국은 거의 빠짐없이 저작권집중관리 체제를 구축하고 있는바, 통상 행해지고 있는 집중관리의 내용은 저작물에 대한 이용허락, 대가의 징수와 분배, 감시 및 권리침해에 대한 구제활동 등을 들 수 있다.<sup>166)</sup> 여기에는 전 세계적인 이용관리도 포함된다. 이렇듯 저작권집중관리의 내용

164) 이하에서는 저작권집중관리단체와 함께 집중관리단체 또는 신탁관리단체 등이라는 용어를 각 해당 사안에 맞추어 혼용한다.

165) 이에 관한 상세한 것은, WIPO, *Collective Administration of Copyright and Neighboring Rights*(WIPO, 1990), 5-7면 참조.

166) 처음 신탁관리가 시작되었던 곳은 프랑스인 것으로 조사된다. 1777년 프랑스에서 보마르세(Beaumarchais)가 주도하여 설립한 단체(BLD ; Bureau de législation dramatique, 이 단체는 후에 연극저작물의 저작자 단체인 SACD ; Société des auteurs et compositeurs dramatiques로 되었다)가 역사상 최초의 집중관리단체로 알려지며, 동 단체는 저작자의 권리를 인정받는데 주력한 것으로 알려진다. 현재도 이 단체는 존속하고 있는바, 여기에서는 저작자가 그 이용자와 직접 약정을 하도록 하고 그 대가의 수령 등은 동 단체가 행하는 이른바, “부분적 집중관리”를 행하고 있다. 그러나 진정한 의미에서의 집중관리단체는 프랑스에서 1850년 작곡가 폴 알리옹(Paul

을 보면 저작자 일 개인에 의한 관리가 어렵다는 점을 다시 한 번 알 수 있다.

## 나. 역할

저작권집중관리는 대리인을 통한 권리행사나 단체에 의한 저작권 관리 형태로 나타난다. 단체에 의한 저작권 관리는 개인의 효율적 관리의 어려움을 대신한다. 즉, 권리자 개인으로서는 효율적인 관리가 거의 불가능하기 때문에 여러 사람의 권리를 일괄하여 관리하는 형태로 저작권집중관리제도가 구현되는 것이다. “집중관리제도란 권리자로서는 자신이 가진 저작권을 일정한 단체에 관리를 위탁하며, 관리를 수탁한 단체는 자신이 마치 저작권자와 같은 지위에서 권리를 관리하면서 저작물의 이용에 따른 수익이 있으면 일정한 관리수수료를 공제하고 권리자들에게 배분하는 체제를 말한다”<sup>167)</sup>는 정의를 보면 저작권집중관리의 실제 역할을 잘 알 수 있다. 이렇듯 저작권집중관리는 당초 저작자에 의한 자기 관리가 어렵기 때문에 탄생되었으나, 탄생 이후 여러 역할을 수행하고 있다. 그 역할은 크게 2가지로 저작자와 이용자 양 측면에서 나누어 살펴볼 수 있다.

첫째, 권리자 측면에서는, i) 권리 관리의 시간과 비용이 절감된다. 권리의 다발(bundle of rights)인 저작권은 여러 권리로 구성되어 있다. 또한 무체물이라는 저작물의 특성상 누가 어디에서 어느 정도 저작물을 이용하는지를 알 수 없다. 저작물이 여러 사람에 의하여 서로 다른 곳에서 다양한 형태로 이용되는 경우에 이를 저작자 자신이 관리한다는 것은 사실상 불가능하다. 수많은 저작물 이용행위를 저작자 자신이 허락하고, 불법이용에 대하여 민·형사상 책임을 묻는 것은 사실상 불가능하기도 하거니와 합리적이지도 못하며 경제적이지도 않다. 전문적 조직과 인력을 갖춘 집중관리단체가 저작물의 종류, 저작물 이용형태나 방법 등에 따라 미리 작성한 정형화된 양식에 따라 저작물이용계약을 체결하여 이를 관리하게 되면 이러한 부담을 한꺼번에 해결해준다. ii) 외국에 대한 저작권 보호의 충실화가 가능하다. 저작권의 국제적 보호는 규범적으로 베른협약이나 세계저작권협약 등의 국제조약이 있으며, 세계의 다수 국가가 이에 가입하여 전 세계적인 규모로 저작권 보호가 이루어진다. 그러나 이는 규범적인 면에서 그렇다는 것이고, 이를 실효적으로 하고 있는 것은 각국의 저작권관리단체에 의한 저작권의 상호관리다. 한 국가의 저작권관리단체가 국경을 넘어 저작권 관리의 실효를 거둔다는 것은 예컨대, 다른 국가에서 저작권이 보호된다고 하더라도 사실상 곤란하다. 그러나 각 국가의 관리단체가 계약을 체결하여 상호 상대방의 관리저작물을 관리한다면, 이 어려운 문제는 즉

---

Herion) 등이 설립하여 본격적으로 음악저작권의 집중관리를 행한 “사셈”(SACEM ; Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique)을 드는 것이 보통이다. 이후 19세기 후반부터 20세기 초반 사이에 이와 유사한 단체가 유럽의 거의 모든 국가에서 설립되었으며 급속하게 각국으로 확산되었다(이에 관한 보다 자세한 내용은, WIPO, *supra* note 1, 65 9-10면 참조).

167) 이 정의는, WIPO, *supra* note 165, 6면 참조

각 해결되고 국제적인 규모에서의 저작권 보호의 실효를 거둘 수 있게 되는 것이다.<sup>168)</sup>

둘째, 이용자의 편의에 커다란 도움을 준다. i) 정보수집이 용이성은 그 하나다. 이용자의 입장에서 일정한 목적으로 저작물을 이용하려고 하는 경우 각 저작물들을 개별저작자들이 관리하게 된다면, 어떠한 저작물이 이용가능한지 찾기 어렵다. 즉, 누가 저작자이며 그의 소재지가 어디인지를 알아내서 일일이 교섭하는 것이 불편하다.<sup>169)</sup> 그러나 집중관리가 이루어지면 저작물에 대한 정보 접근 및 저작물 선별이 용이하게 된다. ii) 이용허락계약체결의 간소화다. 저작권을 개별권리자들이 관리하게 될 경우 저작물이용자들은 각 저작물마다 각각의 저작자와 이용허락계약을 체결하여야 하는데 반하여, 저작권이 집중관리될 경우에는 이용자들이 특정 관리기관과 사이에 정형화된 이용허락계약을 체결함으로써 저작물 이용허락계약의 절차나 비용이 절감될 수 있다. 특히, 외국저작물의 국내 이용의 경우 중소출판사나 잡지사 등이 직접 외국인 저작자와 교섭할 경우 절차가 번거롭고 거래비용이 과다해 지는데,<sup>170)</sup> 집중관리는 이러한 단점을 보완할 수 있다. iii) 적정 사용료에 의한 저작물 이용이 가능하다. 저작물을 집중관리하게 될 경우 집중관리기관이 징수하는 사용료에 대해서는 현행 저작권법상 문화관광부장관의 승인을 얻도록 되어 있는데, 적정 사용료를 징수한다는 것은 권리자뿐만 아니라 소비자에 대해서도 이익이 된다. iv) 국제적 저작권 관리가 용이하다는 점이다. 집중관리가 이루어질 경우 각국 저작권 관리단체의 상호관리계약에 의하여 국제적 권리관리가 용이하다는 점을 들 수 있다.

셋째, 기타 부문으로 이용자와의 계약상의 역학관계에서 저작자의 지위가 강화될 수 있다는 점이다. 저작자 보호는 저작권법의 목적에서 제1의적 의미를 갖는바, 이의 실효성 확보를 위하여 실질적으로 중요한 의미를 지니는 계약에까지 이 의미가 미치도록 할 필요성이 역학관계로서의 저작자 지위강화로서 이루어질 수 있다. 저작권 계약도 계약자치의 원칙이 적용된다. 그러나 개인 저작자 대부분의 경우는 그 지위의 취약성으로 말미암아 계약조건이나 대가산정 등에서 불공정한 내용의 계약체결이 이루어질 수 있는데, 집중관리단체는 이를 회피할 수 있는 지위를 갖고 있는 것이다.

## 2. 저작권 환경의 변화

168) (社)日本音楽出版社協會, 「音楽著作權養成講座: 學習書編」(同協會, 1996), 151-153면.

169) 황적인·정순희·최현호, 「저작권법」(법문사, 1988), 381면.

170) 허권, “각국의 저작권 위탁관리업”, 저작권심의조정위원회 편, 「한국저작권논문선집(I)」(저작권심의조정위원회, 1992), 7-8면.

## 가. 디지털 네트워크 환경의 도래

디지털 네트워크(digital network)라는 새로운 기술은 저작권집중관리단체에게 새로운 변혁을 요구하면서 급속하게 변화하여 가고 있다. 전통적인 집중관리단체들은 한 종류의 저작물과 한 가지 형태의 이용에 한정하여 또한 국내적으로 제한하여 주로 사실상의 또는 법률상의 독점기구로 존속·활동하여 왔다.<sup>171)</sup> 아날로그 세계에서는 저작권자와 기타의 권리자들이 그들의 저작물의 대량이용을 개별적으로 통제할 수 없었기 때문에 집중관리제도는 저작권을 관리하는데 있어서 유일한 수단이었다.

그러나 디지털과 인터넷을 특징으로 하는 현대의 정보사회에서는 저작물의 이용 및 유통환경이 크게 변화시켰고, 이에 따라 저작권집중관리제도에 관해서 재검토를 요구하는 견해도 보인다.<sup>172)</sup> 현재의 집중관리제도는 아날로그 정보사회를 전제로 한 것이다. 따라서 디지털화되어가는 과도기적인 현재의 저작권 환경 하에서 집중관리제도를 재조명하는 것이 필요하다. 구체적인 면면은 이하와 같다.

## 나. 디지털 환경에서의 변화내용

첫째, 이용형태가 변화되고 있다. 예컨대, 음악저작물의 경우 디지털 네트워크에 의한 이용은 그 형태에서 크나큰 변화가 나타났다. 통신위성이나 방송위성에 의한 디지털·다채널 음악전문방송이나 인터랙티브(interactive) 송신을 통한 판매 등으로 많은 음악저작물이 디지털화되어 데이터베이스가 구축되어 있다. 그로 말미암아 이용의 양·시간·지역·이용자 모두에서 음악이용의 확대가 이루어지고 있는 것이다. 아울러 기존의 패키지(package) 이용에서 논패키지(non package) 이용으로 변하고 있다. 그래서 인터랙티브 송신과 같이 복수의 지분권이 음악저작물 하나의 이용형태에서 동시에 작용하는 복합적 이용이 출현한다. 또한 음악저작물이 다목적으로 이용되고 있다. 이용형태의 다양화·복잡화가 이루어지고 있는 것이다.<sup>173)</sup>

둘째, 다종다양한 저작물의 대량이용 현상이다. 저작물의 디지털 네트워크화에 따라 저작물의 유통·배포의 형태가 크게 변화하였고, 이에 따라 다종다양한 저작물을 대량으로 이용할 수 있게 되었다. 전체 사회에서의 저작물 유통량이 막대하게 증가

171) 집중관리체제의 발달과정에 관한 상세한 내용은, David Sinacore-Guinn, *Collective Administration of Copyright and Neighboring Rights*(Little, Brown and Company, 1993), 80-88면 참조.

172) Herman Cohen Jehoram, "The Future of Copyright Collecting Societies," *E.I.P.R.*, Issue 3(2001), 139면.

173) 실제 미국과 일본에서 휴대용 플레이어를 통한 음악시장의 확대는 크게 이루어지고 있는 것으로 나타난다. 이에 관한 상세한 내용은, *CPR*A News, vol. 30(2006. 5), 4-5면 참조.

되고 있는 것이다. 이 경우 그 규모가 커진다면 서버에 의한 권리처리가 이것에 대응할 수 있는가라는 문제를 발생시킨다.<sup>174)</sup>

셋째, 저작권 침해의 확대현상이다. 이용자에 의한 저작물의 무단 복제, 무단 전송이 용이하게 이루어진다는 특성을 지닌 인터넷상에서의 저작물 이용실태는 저작권 침해의 확대로 나타난다.

### 3. 집중관리의 법적 기반 정비의 필요성

저작권 행사는 저작자의 사익실현을 목적으로 한다. 따라서 저작자의 자기관리나 자기관리의 연장선상인 개별 이용허락에 대하여 저작자의 의사를 반영한 대리인 등에 의한 관리에 대하여는 국가가 관여할 여지가 기본적으로 존재하지 않는다. 그것은 근본적으로 저작자의 의사에 기하는 것이므로 그에 대하여 국가가 법률상 어떤 형태로 관여하여야 할 필요성이 없는 것이다.

그러나 다수의 저작자로부터 위탁을 받아 저작권 관리를 행하는 단체의 경우에는 다르다. 위탁태양 등에 따라 차이가 있을 수 있으나, 다수의 경우는 저작자가 일단 당해 단체에 저작권을 위탁한 후 자신의 저작권 행사에 제한을 받는다. 따라서 당해 단체의 활동이 저작자의 이익에 크게 영향을 미치게 된다. 또한 저작물 이용관계에서도 당해 단체가 우월적 지위를 갖고 있는 경우가 많으므로, 당해 단체의 권리행사는 이용자의 이익이나 적절한 이용질서 형성에도 커다란 영향을 미치게 된다. 따라서 집중관리단체와 이용자 사이의 각각의 관계에서 저작자 및 이용자의 이익을 적절하게 확보할 수 있도록 하는 구조 정비가 필요하다. 집중관리단체에의 저작재산권 위탁이나 이용자의 이용허락을 원활하게 진행하기 위한 것은 그 구체적인 부분의 하나다.

더욱이 디지털 네트워크 기술로 인하여 저작물 이용환경은 크게 변화하고, 저작물을 이용한 새로운 사업 등이 활발하게 전개되고 있는 상황도 이에서 빠질 수 없다. 이와 같은 사업 등의 발전에는 저작권 처리의 원활화가 불가결하고, 건전한 저작물 이용질서의 형성을 위하여 집중관리단체가 적절한 역할을 해내어야 하기 때문이다. 이처럼 집중관리체제의 건전한 발전은 저작자 및 이용자 쌍방에게 이익을 부여하고, 원활한 저작물 이용질서의 형성을 촉진함으로써 저작물을 향수하는 국민의 이익에 기여한다. 그러나 집중관리를 자유롭게 할 경우에는 저작자 및 이용자 보호에 흠결을 가져오게 할 수 있다. 즉, 저작물 이용질서의 혼란을 초래할 사태가 발생할 수도 있기 때문에 집중관리체제를 적절하게 규율할 수 있는 법적 기반정비를 행할

174) 著作権審議會權利の集中管理小委員會專門部會, “著作権審議會報告書 權利の集中管理小委員會專門部會: 中間まとめ”(文化廳, 1999)([http://www.cric.or.jp/houkoku/h11\\_7a.html](http://www.cric.or.jp/houkoku/h11_7a.html)).

필요가 있는 것이다.<sup>175)</sup> 이상의 필요성 이외에 특히, 우리나라의 경우는 원칙적인 면이나 실무면 모두에 걸쳐 많은 문제점을 내포하거나 현재화하고 있기 때문에 법적 기반 정비에서도 차제에 독립된 법체제로서 체계화하여 입법할 필요가 있다.

## 제2절 주요 입법례

### 1. 개설

오늘날 각국은 거의 빠짐없이 집중관리제도를 구축하고 있는 바, 통상 행해지고 있는 집중관리의 내용은 저작물에 대한 이용허락, 대가의 징수와 분배, 감시 및 권리 침해에 대한 구체활동 등을 들 수 있다. 그러나 좀 더 구체적으로 그 내용을 살펴보면 집중관리의 정도에 따라 다음과 같은 형태로 유형화시킬 수 있다. 즉, i) 집중적인 대리(의 형식을 취하는 것으로서 저작자는 개별허락만을 하고 대가의 징수와 분배를 집중관리단체가 행하는 일종의 부분관리 형태(연극저작물 분야에서 이러한 경우가 흔한 것으로 나타난다), ii) 일괄허락(blanket license) 방식으로 집중관리단체가 저작권에 관한 일체의 관리를 맡고 일정의 수수료를 공제하는 형태(대부분의 음악저작물 분야가 그러하다), iii) 일괄허락 방식이기는 하나 개별 저작(인접)권자에 대한 대가 분배가 이루어지지 않은 형태(실연자의 경우에 특히 현저하다)로 집중관리가 행해지고 있는 것이다.<sup>176)</sup>

한편, 각 국가별로 집중관리단체의 위치도 상이하다. 독점적 위치에 있느냐 그렇지 않느냐로 대분할 수 있는 이들 단체의 위치는 각국의 상이한 사회적 환경에 따라 특징지어진 것으로 보인다. 예컨대, 영미법계의 국가는 어느 분야에서건 독점적 지위를 인정하지 않는다는 원칙이 존재하는바, 이에 입각하여 집중관리단체에 대하여도 그렇게 한 흔적이 보이고 있는 것이다.<sup>177)</sup> 대륙법계의 경우는 다소 무리한 분석인지 모르나,<sup>178)</sup> 집중관리단체에 대하여 독점적 지위를 부여하고 있는 것으로 살펴진다. 그렇더라도 대륙법계에서는 국가의 적절한 통제가 뒤따르는 경우가 일반적이므로 결국 영미법계와 같이 독점에 따른 폐해가 방지되고 있다 할 것이다.<sup>179)</sup> 이밖

175) 著作權審議會權利の集中管理小委員會, “著作權審議會權利の集中管理小委員會報告書”(文化廳, 2000) ([http://www.cric.or.jp/houkoku/h11\\_7a.html](http://www.cric.or.jp/houkoku/h11_7a.html)).

176) WIPO, *supra* note 165, 61면.

177) 실제 집중관리의 독점문제는 미국에서 소송사건으로 존재한 바 있다[관련 판례로는, *BMI, ASCAP v. CBS*, 441 U.S. 1, 201 U.S.P.Q 497(1979) 참조].

178) 특히, 프랑스의 경우에는 적어도 법상으로는 이를 인정하지 않는 것으로 알려진다.

179) 독일의 경우는 집중관리단체의 설치와 운영 및 감독 등을 포괄적으로 규정하는 “저작권관리단체에 관한 법률”(Gesetz über Wahrnehmung von Urheberrecht und verwandten Schutzrechte)을 제정하여 집중관리단체에 대해 독점적 지위를 부여하고 국가에 의한 통제를 행하고 있다[여기에는 이른바 “계약강제” 규정(동법 제6조 제1항)까지 두고 있다]. 스페인의 경우

에도 각국의 집중관리는 저작자가 독자적으로 이용허락을 행하는 경우와 집중관리를 통하여만 행할 수 있는 경우가 있으며, 민간단체가 집중관리를 행하는 경우(시장경제 체제를 갖춘 대부분의 국가) 등의 형태를 띠고 있다.<sup>180)</sup>

저작권관리사업법 영역에 속하는 법률을 제정하여 운영하고 있는 국가는 대륙법계를 들 수 있다. 대륙법계에서도 독일과 일본이 대표적이다. 대륙법계 국가중에서 프랑스는 지적재산권법에서 저작권·저작인접권 등의 사용료징수 및 분배협회를 두고 있다. 그러나 이 협회는 민법상의 법인으로 설치되며, 동 협회의 정관이나 일반규칙의 초안이 문화부장관에게 제출된다.<sup>181)</sup> 문화부장관은 제출된 정관과 일반규칙에서 동 협회의 설립에 중대한 장애가 되는 이유가 있는 경우에만 법원에 회부할 뿐이고,<sup>182)</sup> 그 외에는 아무런 관여를 하지 않고 있다. 한편, 중국도 독립된 법체계를 두어 저작권집중관리를 상세하게 규정하고 있다. 중화인민공화국 저작권 종합관리조례가 그것인바,<sup>183)</sup> 여기에서는 저작권집중관리체제를 저작권종합관리조직이라 하면서 비영리조직으로 허가제와 계약강제 등을 규정하여 상세하고 엄격하게 규율하고 있다.<sup>184)</sup> 또 다른 한편, 영국과 미국을 비롯한 영미법계의 국가에서는 저작권위탁관리업에 관하여 저작권법이나 기타 특별법으로 특별한 규제를 하지 않는다. 미국에는 집중관리를 직접 규율하는 법률은 존재하지 않는다. 이는 한편으로 사적 자치의 원칙에 따라, 다른 한편으로 독점규제법의 규제하에 집중관리단체가 활동하도록 하고 있기 때문이다.

이렇듯 각국의 집중관리체제는 본질적으로 저작자의 권리를 집중관리한다는 데에는 일치하고 있으나, 그 운영방식이나 형태 등을 둘러싸고 차이를 보이면서 영위되고 있다. 이하에서는 주요국의 현황을 중심으로 상세하게 살펴본다.

## 2. 영국

도 독일과 유사하며[역시 동일하게 계약강제 규정을 두고 있다(동국 저작권법 제142조 제1항)], 일본도 “저작권등관리사업”을 통하여 그리고 우리나라도 저작권법에 그에 관한 규율을 포괄적으로 정하고 있다.

180) 이에 관한 상세는, WIPO, *supra note 165*, 69-70면 참조.

181) 프랑스 지적재산권법 제321조의 1.

182) 프랑스 지적재산권법 제321조의 3.

183) 원문에서는 종합관리를 集體管理라 하고 있는바, 이는 집중관리와 같다. 저작권종합관리조례는 국무원령 제429호로 2005년 3월 1일부터 시행되었다. 이 밖에도 저작권의 행정관리로서 1985년 국무원 산하에 국가관공국이 설립되어 저작권 관련 법규집행, 저작권 관련 관리방법 제정 등의 업무를 수행한다[이에 관한 보다 자세한 것은, 張革新, 「現代著作權法」(中國法制出版社, 2006), 257-258면 참조].

184) 중국에서는 중국음악저작권협회가 1992년 설립되어 운영되고 있는바, 동 협회의 실제운영 모습은 저작권종합관리조례에 따른 전형이라 할 수 있다[이에 관한 상세한 내용은, 張凱 「中國音樂著作權管理與訴訟」(知的產權出版社, 2008), 43-67면 참조].

## 가. 개관

대륙법계 저작권 개념의 전통에 의하면 인격의 불가분적 투영물인 저작물에 대한 저작자의 사적 자치는 양보할 수 없는 것이고, 따라서 대표기관을 통한 간접 통제 방식인 저작권의 집중관리제도를 채택하지 않을 수 없다는 배경이 있다. 이에 반하여 저작권을 문화의 창달·지식의 축적·교육의 증진에 대한 대가의 개념으로 바라보는 영미법계 전통에서는 저작물에 대한 공정한 보상의 확보에 중요성을 둔다. 이에 따라 영국에서의 저작권집중관리는 저작권의 운영에 간접적 참여라는 측면보다 경제적 이익의 극대화라는 관점에 무게를 두게 되었다.

영국에서의 최초의 저작권집중관리단체는 기계적저작권단체(Mechanical Copyright Licenses Company Limited ; Mecolico)와 공연권징수단체(Performing Right Society Limited ; PRS)다.<sup>185)</sup> Mecolico는 1911년 저작권법 당시에 음반제작자들로부터 사용료를 징수하고 배분하기 위하여 설립되었다. PRS는 1914년 당시 주로 인쇄물의 형태로 발행되었던 음악저작물에 대하여 작곡가 등의 권리를 관리하기 위하여 설립된 것으로 나타난다.

현재 영국에서는 각 저작권 분야별로 10여개 이상의 저작권집중관리단체가 조직되어 활동하고 있으며, 법적으로는 그 독점적 지위에 따른 권한의 남용 가능성 때문에 공공의 이익을 위한 효과적인 규제수단이 주로 문제되고 있다.<sup>186)</sup> 이하에서는 영국에서의 집중관리단체에 대한 현황 등을 살펴보도록 한다.

## 나. CDPA 1988

영국에서 1988년에 제정된 저작권법(Copyright, Designs and Patents Act 1988. 이하에서 “CDPA 1988”이라 한다)은 제7장에서 저작권 라이선싱을 규정하고, 저작권집중관리단체에 대하여 규정하고 있다. 동법은 우선 저작권 라이선싱·라이선싱 요강·라이선싱 기관 등을 정의하고, 라이선싱 요강과 이에 따른 라이선스의 저작권심판소(Copyright Tribunal)를 통한 통제 등을 차례대로 규정한다. 이하에서 그 구체적인 내용을 살펴본다.

첫째, 라이선싱과 관련된 정의규정이다. CDPA 1988에서 “라이선싱 기관”은 저작권자나 장래의 저작권자 또는 그 대리인으로서 저작권 라이선싱을 교섭하거나 부여

185) Copinger and Skone James, *Copyright*, 14th ed.(Sweet & Maxwell, 1999), 1496-1497면.

186) 유럽에서의 저작권집중관리단체의 법적 규율 전반에 대하여는, Adolf Dietz, “Legal Regulation of Collective Management of Copyright (Collecting Societies Law) in Western and Eastern Europe,” *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, Summer, 2002 참조.

하는 것을 그 주요한 목적 또는 그 주요한 목적의 하나로 하는 단체 또는 기타 조직을 말하며, 다수 저작자의 저작물에 적용되는 허락의 부여를 목적으로 하는 것을 포함하는 것으로 정의된다.<sup>187)</sup>

둘째, “라이선싱 요강”(licensing scheme)이다. 라이선싱 기관이 운영하도록 제안된 라이선싱 요강의 조건은 저작권심판소에 회부될 수 있다. 저작권심판소는 접수 여부를 결정하고 회부된 사항의 검토를 통하여 이를 확인하거나 변경하는 명령권을 갖는다. 또한 운영 중인 라이선싱 요강에 대하여도 분쟁이 발생한 경우 저작권심판소에의 회부가 가능하며, 이 경우 저작권심판소는 분쟁사항에 대한 심리를 통하여 요강을 확인하거나 변경하는 명령을 하여야 한다.<sup>188)</sup> 라이선싱 요강의 운영자가 그 요강에 따라 허락하기를 거부하거나 합리적인 기간 내에 승인하지 않은 경우에 저작권심판소에 승인신청을 할 수 있으며, 라이선싱 요강에서 제외되는 경우에도 불합리한 라이선스 조건을 제시하는 경우 등에는 저작권심판소에 승인을 위한 신청을 할 수 있다.<sup>189)</sup>

셋째, 라이선싱 그 자체다. 라이선싱 기관이 라이선시의 승인을 위하여 제안한 조건은 장래의 라이선시(licensee)에 의해서 저작권심판소에 회부될 수 있다. 이 경우 저작권심판소는 접수 여부를 결정하고 제안된 조건에 대한 검토를 통하여 이를 확인하거나 변경하는 명령을 발할 수 있는 권한을 갖는다. 또한 만기가 된 라이선스에 대해서 라이선시는 그 만료가 불합리하다는 것을 이유로 저작권심판소에 회부할 수 있다. 이러한 신청은 라이선시의 종결 전 3개월까지는 행할 수 없으며, 저작권심판소는 신청이 이유가 있다고 판단한 경우에 라이선시가 라이선스의 이익을 부여받을 자격이 있다는 취지의 명령을 발한다.<sup>190)</sup>

넷째, 일반적인 고려사항이다. 라이선싱 요강 또는 라이선싱에 관한 회부나 신청에 있어서 저작권심판소는 유사한 상황에 있는 다른 사람에 대한 요강의 이용가능성 또는 다른 사람에 대한 다른 라이선스의 부여 및 그러한 요강 또는 라이선스의 조건을 고려하여야 한다. 또한 회부 또는 신청과 관련된 요강 또는 라이선스에 따른 라이선시와 동일인에 의하여 운영되는 다른 요강에 따른 라이선시 사이에 불합리한 차별이 없도록 그 권한을 행사하여야 하는 의무가 저작권심판소에 부과된다.<sup>191)</sup> 그러나 이러한 일반적인 고려에 대한 규정이 저작권심판소가 관련된 모든 고려를 하여야 할 일반적인 의무에 영향을 미치지 아니한다.<sup>192)</sup>

---

187) CDPA 1988 제116조 제2항.

188) CDPA 1988 제118조 내지 제119조.

189) CDPA 1988 제121조.

190) CDPA 1988 제125조 내지 제128조.

191) CDPA 1988 제129조.

192) CDPA 1988 제135조.

다섯째, 저작권심판소를 통한 분쟁해결이다. 영국의 1911년 저작권법은 저작권 남용의 위험을 고려해서 음악저작물의 녹음에 관해서는 음악저작권자에게 일정한 보상청구권만을 인정하고, 제3자가 자유롭게 음반을 제작할 수 있도록 규정한 바가 있다. 또한 저작권단체로 공연권을 관리하는 PRS와 PPL(Phonographic Performance Ltd)의 두 단체와 음반제작자의 권리를 관리하는 단체로서 MCPS(Mechanical Copyright Protection Society)가 있는바, 이러한 집중관리단체들이 이용허락 계약을 체결하는 조건의 불합리성을 시정하기 위한 제도적 장치로서 1956년 저작권법은 공연권심판소(Performing Right Tribunal : PRT)를 신설하여 저작권집중관리단체와 저작물 이용자와의 사이에 체결되는 이용허락 조건에 관한 분쟁을 해결하도록 하였다. 그러다가 복제기술이 발전함에 따라 복제권을 관리하는 저작권집중관리단체들도 등장하게 되었는바, 그러한 변화를 반영하기 위하여 CDPA 1988은 기존의 공연권심판소를 저작권심판소로 바꾸었다. 저작권심판소는 1990년 방송법에 의해 개정된 CDPA 1988에서 도입된 여러 새로운 기능들을 수행하도록 그 관할범위가 확장되었다. 그 관할범위는 저작권집중관리단체의 라이선스 요강과 라이선스와 관련된다. 즉, 제안된 라이선싱 요강 또는 현재의 라이선싱 요강,<sup>193)</sup> 라이선싱 요강에 따른 라이선스의 부여,<sup>194)</sup> 라이선싱 기관에 의한 라이선싱,<sup>195)</sup> 교육 기관에 의한 복사복제와 관련한 라이선싱 요강 또는 라이선스의 범위,<sup>196)</sup> 독점 및 합병 위원회(Monopolies and Mergers Commission)의 보고서에 따른 권리에 관하여 이용가능한 저작권 라이선스의 조건<sup>197)</sup> 등이 저작권심판소의 관할범위다.<sup>198)</sup> 저작권심판소의 관할은 저작권집중관리단체와 저작물 이용자와의 이용조건에 관한 분쟁을 대상으로 한다. 개인 저작권자와 이용자와의 분쟁에 대해서까지 저작권심판소가 공적 통제를 하는 것은 베른협약에 반하기 때문이다. 분쟁해결의 신청은 이용허락 계약이 체결되기 이전이나 또는 이용허락이 거절된 경우에 한하여 허용된다. 따라서 저작권심판소는 이용허락의 일반적 조건에 대해서만 심사할 수 있을 뿐이고, 특정 이용자와의 사이에 체결된 개별적 이용허락 계약조건을 사후에 심사하여 변경을 명령할 수는 없다. 공연권심판소의 관할을 넘겨받게 된 저작권심판소는 계속하여 더욱 중요한 역할을 수행하게 될 것이다. 다만, 이에 대해 일부 비판적인 시각도 있다.<sup>199)</sup>

193) CDPA 1988 제118조, 제119조, 제120조.

194) CDPA 1988 제121조, 제122조.

195) CDPA 1988 제125조, 제126조, 제127조.

196) CDPA 1988 제139조.

197) CDPA 1988 제144조 제4항.

198) CDPA 1988 제149조 참조.

199) 저작권심판소가 라이선스에 대하여 가진 몇 가지 문제점으로 다음과 같은 것들이 지적되고 있다. 첫째, 요강에 대하여 다양하게 검토할 수 없다. 둘째, 회원 간의 내부적인 분쟁에 관여할 수 없다. 셋째, 영국 내 라이선스에만 적용될 수 있다[Emily Lui, "The Eurovision Song Contest : a Proposal for Reconciling the National Regulation of Music Collecting Societies and the Single European Market", *Ent. L. R.* 2003, 14(4), 76면].

## 다. 집중관리단체에 대한 규제

저작권집중관리단체는 그 성질상 특정한 저작물의 영역에서 대다수의 저작권자들을 대표하기 때문에 독점적인 지위를 누리게 된다. 저작권집중관리단체의 존재가 이용자의 저작물에의 접근을 용이하게 하기 위한 공익적인 측면이 없는 것은 아니지만, 기본적으로는 저작권자들의 이익을 대변하는 이익단체이므로 그 독점적 지위를 남용할 위험이 상존한다. 저작권집중관리단체들이 자치규범의 형식으로 회원들의 권리·의무를 정함으로써 결과적으로 단체 자체의 시장지배적 지위를 강화하고, 그에 따라서는 그러한 시장지배적 지위를 남용할 수도 있게 되는 것이다. 영국에서의 집중관리단체의 활동에 대한 통제는 다양한 방법으로 이루어진다.<sup>200)</sup>

첫째, 당해 단체의 회원들에 의하여 이루어지는 내부적인 민주적 통제가 있다. 집중관리단체는 회원에 대한 사실상의(*de facto*) 독점적 지위의 효과가 있는바, 이는 단체의 회원인 권리자에게 뿐만 아니라 이용자와 관련하여서도 일정한 효과를 드러낸다. 권리자는 규칙에 따라 권리의 관리를 각각의 저작물의 범주를 대표하는 특정한 집중단체에 위탁할 수밖에 없다.<sup>201)</sup> 집중관리단체의 회원인 권리자는 당해 집중관리단체의 정관(constitutions)에 명시되어 있다면, 자신들의 권리가 관리되는 방식 및 집중관리단체의 운영방식을 규제하는 능력을 가진다. 또한 권리자들이 당해 집중관리단체의 운영과 관련된 정책결정 과정에 참여할 수 있도록 보장되어야 한다. 유럽연합(EU) 법에 따라 회원들은 권리의 관리를 스스로 하든지 또는 그들을 대표하여 관리하는 집중관리단체에 위임하든지에 대한 선택권이 보장되지 않으면 안 된다.<sup>202)</sup> 회원가입의 조건과 관련한 결정 그리고 저작물의 이용을 모니터하고 보상금을 징수·분배하는 방법과 규칙은 그 집중관리단체가 대표하는 모든 개별 권리자에 의하여 내려져야 한다. 회원들은 또한 규칙이 정확하게 적용되는지, 관리비용이 합리적인지 또한 보상금의 분배가 실제로 잘 이루어지는지를 판단할 수 있도록 충분하고 구체적인 정보에 접근할 수 있지 않으면 안 된다. 또한 집중관리단체의 배분 정책이 잘못 이행되고 있는 경우, 이를 이유로 회원들이 분배에 대하여 이의를 제기할 수 있는 절차(*appeal procedures*)를 두어야 할 필요가 있다. 회원들은 집중관리단체가 징수한 요금, 예를 들어 반불법복제 캠페인이나 문화적·사회적 활동의 장려 등과 같은 회원들의 이해를 방어하고 증진시키기 위한 추가적인 활동을 수행하는데 사용하는 결정들을 명시적으로 승인하여야 한다.

둘째, 집중관리단체의 활동은 CDPA 1988의 저작권 라이선싱 규정에 따라야 한다.

200) Emily Lui, *supra note 199*, 1511-1517면 참조.

201) 이 때문에 일부 국가에서는 집중관리단체가 그 회원의 이익을 위하여 효과적이고 적절한 운영을 하는지의 여부를 정부가 감시하도록 하고 있다.

202) GEMA (No.1) [1971] *O.J.* L134 ; [1971] *C.M.L.R.* D35.

또한 각종 저작권 관련 조약에 따라 영국이 부담하는 국제적 의무에 따라야 하는 준수 의무가 있다. 저작권을 라이선싱하는 과정에서 요구되는 조건을 설정하는 데에는 집중관리단체가 가진 독점권이 남용될 수 있는 가능성 또한 집중관리단체가 사실상의 독점적 지위를 통하여 책정할 수 있는 부당하게 높은 가격으로 인하여 소비자들이 고통 받을 수 있는 가능성 등으로 인하여 일정한 규제를 위한 수단과 절차들이 요구된다.<sup>203)</sup> 이는 베른협약 브뤼셀규정에서도 나타난다. 연극저작물, 연극·음악 또는 음악저작물의 공연과 송신을 승인할 수 있는 저작자의 배타적인 권리는 공식적으로 1948년의 브뤼셀 회의에서 베른협약 제11조로 확립되었다. 당시에 영국 대표단은 다음과 같은 선언을 하였다. “영국 대표단은 영국정부가 공공이익 차원에서 필요하다면 영국법이 저작권자에게 부여한 독점권의 남용과 관련하여 또는 방지하기 위하여 그와 같은 입법의 실행을 고려할 수 있는 권한이 자유롭게 유보된다는 이해 아래 협약 제11조의 규정을 수용한다.”<sup>204)</sup> <sup>205)</sup> 브뤼셀에서의 정부선언의 관점에서 보면 베른협약을 준수하라는 권고에도 불구하고 Gregory Committee는 저작권집중관리단체가 부과하는 요율을 강제적으로 조정할 수 있는 부문이 있다. 제안된 한 가지 방법은 강제적인 중재(compulsory arbitration)다. 그러나 이러한 방법은 집중관리단체와 특정 권리자를 대표하는 단체 사이의 분쟁뿐만 아니라 개인이 침해당하는 경우가 예견된다는 점에서 전체적으로 만족스럽지 않은 것으로 보인다. 더구나 실제 요구되는 것은 당사자들뿐만 아니라 유사한 권리의 실행을 원하는 다른 사람의 관점에서도 타당한 요율에 도달하는 방법이다. 따라서 위 위원회는 집중관리단체와 저작물의 잠재적 이용자 간의 분쟁을 해결하는 상설위원회(Standing Tribunal)가 설립되어야 한다고 제안했다. 이러한 제안은 결국 입법자들에게 받아들여져서 1956년 법 제23조 내지 제30조에서 공연권심판소가 설치되게 된 것이다.

셋째, 집중관리단체에 의해 운영되는 라이선스의 조건 및 라이선싱 정책은 실제적 또는 잠재적인 라이선시에 의한 검토, 확인 또는 변형(variation)을 위하여 저작권심판소에 제출되어야 한다.

넷째, 정부는 1973년 공정거래법(Fair Trading Act) 제78조 (1)에 따라 집중관리

203) 영국에서 1956년 저작권법 이전의 상황에서는 당시 운영되던 4개의 집중관리단체(PRS, MCPS, PPL, Sound Film Music Bureau)의 활동에 대한 규제가 없었다. PRS와 PPL은 지금과 마찬가지로 각각 음악저작물 및 음반의 공연권을 관리하였다. 다른 두 단체는 음악을 녹음할 권리의 실행과 관련된 단체다.

204) WIPO, *Records of the Brussels Conference*(WIPO, June 1948). 5-16면.

205) 영국 대표단의 이와 같은 선언은 PRS 및 PPL의 라이선싱 관행과 관련하여 여러 단체로 구성된 대표에 의하여 유발된 것으로 보인다. 이에 대한 민원이 1952년 저작권위원회(Copyright Committee)에 제출되었는데, 이들 두 단체가 전형적인 방법으로 요율표를 수정하고 변경하였다는 것과 그들 중 한 단체가 불공정하게 라이선스를 보류하거나 매우 부당한 제한적인 조건으로 라이선스를 발행하였다는 이유에서였다.

단체의 관행(practice)이 공공이익에 미치는 일반적 영향의 검토를 독점 및 합병 위원회에 요구할 수 있는 권한을 가진다.<sup>206)</sup> 실제 정부는 이 권한을 PPL 및 PRS 모두의 관행과 관련하여 1995년 11월 행사한 바 있다. 위 위원회는 PRS의 관행과 관련하여 집중관리단체가 회원들과 바람직한 관계를 유지하도록 하기 위한 가이드라인을 독점 및 합병 위원회의 보고서에서 제시하였다. 발단은 1994년에 PRS가 일부 회원들의 이해에 반하여 운영되고 있다는 민원(complaint)이 독점 및 합병 위원회에 접수된 것에 기인한다. 이 민원은 “비대중적인”(less popular) 형태의 음악작곡가들로부터 접수되었는데, 집중관리단체의 규칙에 따라 그들은 그들의 이해를 대변할 수 있는 대표자가 부족하였으며 또한 집중관리단체가 채택한 보상금 정책이 부당하게 “대중적인”(more popular) 형태의 작곡가 및 발행자들에게 유리하고 부당한 사용료를 지급받았다는 이유에서였다. 비판은 집중관리단체에서 가장 많은 사용료를 받는 일부 회원들로부터도 제기되었다. 실연자의 권리를 집중관리단체로 양도하는 규정이 배타적 성격을 가지는 것에 대한 문제제기와 함께 집중관리단체를 탈퇴하려는 회원에게 적용되는 제한에 대한 불만이었다. 또한 집중관리단체의 관리비용의 과다지출과 운영의 적정성에 대하여도 여러 가지 우려가 제기되었다.<sup>207)</sup> 그 밖에도 회원에게 비용·배분방법 등에 적정한 정보제공이나 다른 단체로의 상호 보조금(cross-subsidies)에 찬성하는지의 여부를 결정하도록 가입시에 충분한 자문을 하지 못했다는 불만이 있었다. 이러한 흠결을 개선하기 위하여 위 위원회는 집중관리단체 내에서의 회원지위 강화를 위한 일련의 권고(recommendations)를 하였다. 여기에는 예를 들어, 단체 내에서 발생할 수 있는 분쟁을 해결하기 위한 기구(Appeal Board)를 설립하라는 것과 정책이나 전략의 변경시 이에 대한 회원들의 입장을 반영하기 위한 공식적인 자문 절차를 도입하라는 것 등이 포함되어 있다. PRS의 정관(Memorandum)과 규약(Article of Association)은 독점 및 합병 위원회의 권고를 받아들여 개정되었다. 한편, 동 위원회의 집중관리단체에 대한 상기 권고들은 장래에 영국의 기타 집중관리단체의 운영에 있어서 가이드라인으로 활용될 수 있으리라고 기대되고 있다. 또한 위 위원회는 특정된 사안이 라이선시의 저작물 이용이나 저작권자의 다른 라이선스를 승인할 권리를 제한하는 조건 또는 저작권자의 합리적인 조건에의 라이선스 승인을 거부하는 등 공공의 이익에 반하여 운영되거나 운영될 것이 예상될 수 있는 경우에 1973년 공정거래법 부칙 제8조 제1편에 의하여 부여된 권한으로 그러한 조건을 취소하거나 변경할 수 있다. 이에 그와 같음 하거나 덧붙여서 저작권에 관한 허락이 권리로서 이용될 수 있다는 취지를 규정하는 권한을 포함한다.<sup>208)</sup> <sup>209)</sup>

206) CDPA 1988 제144조.

207) Monopolies and Mergers Commission, *Performing Rights : A report on the supply in the United Kingdom of the service of administering performing rights and film synchronisation rights*(London, 1996), HMSO Cm. 3147, paras 2.2 and 2.3.

208) CDPA 1988 제144조.

209) 이에 따른 위원회의 보고서 예는, Monopolies and Mergers Commission, *Collective*

### 3. 독일

#### 가. 개관

독일에서는 1933년에 “연주권에 관한 중개업무에 관한 법률”을 제정하여 연주권의 집중관리가 주무장관의 허가제로 출발하였다. 이후 독일은 저작권과 저작인접권의 효율적 권리행사를 위하여 그 권리의 행사나 보상금 청구시 행사토록 하는 강제규정을 많이 두고 이러한 강제규정을 뒷받침하기 위해서 저작권 및 저작인접권 집중관리단체의 구성과 운영, 감독 등을 위하여 1965년에 마련된 “저작권 및 인접권의 관리에 관한 법률”(Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrecht und verwandte Schutzrecht. 이하 “저작권관리법”이라 한다)을 저작권법과 별도로 두고 있다.<sup>210)</sup> 곧, 이 법이 독일의 저작권집중관리단체의 기본법이다. 독일에서는 이처럼 저작권관리법으로 저작권위탁관리단체를 규율하고 있다.

저작권 및 인접권의 집중관리에 관한 단일법률을 갖고 있는 독일은 어느 국가보다 집중관리가 체계화된 국가로 꼽힌다. 독일의 음악저작권협회인 게마(GEMA; Gesellschaft für musikalische Aufführungs und mechanische Vervielfältigungsrechte)는 1903년 베를린에서 설립되었으며, 음악저작권의 관리뿐만 아니라 각 부문의 저작권 관리에도 선도적 역할을 하고 있다. 그밖에 문학저작물 분야(Verwertungsgesellschaft WORT), 과학저작물 분야(Verwertungsgesellschaft WINSENSCAFT), 미술·사진분야(Verwertungsgesellschaft Bild/Kunst),<sup>211)</sup> 인접권 분야(GVL)를 담당하는 집중관리단체 등이 각각 있고, 사적복제에 대하여 보상금을 징수·관리하는 사적복제권센터(ZPÜ; Zentralstelle für Private Überspielungsrechte)가 설치·운영되고 있다(실제 이 기구의 업무는 위의 게마가 맡고 있다).<sup>212)</sup>

#### 나. 저작권관리법 주요내용

---

*Licensing, A report on certain practices on the Collective Licensing of Public Performance and Broadcasting rights on Sound Recordings*(London, 1988), HMSO Cm. 530 ; Monopolies and Mergers Commission, *Performing Rights : A report on the supply in the United Kingdom of the services of administering performing rights and film synchronisation rights*(London, 1996), HMSO Cm. 3147 참조.

210) 저작권관리법은 1985년과 1995년의 개정을 거쳐 현재에 이르고 있다.

211) 이 단체는 추급권(resale rights)도 관리한다.

212) 한편, 독일의 집중관리에 대한 경험을 상세히 살핀 논문은, Magaret Möller, “Collective Administration of Copyrights and Neighboring Rights: Experience in the Federal Republic of Germany.” *Copyright*, no.11(November 1988), 482-490면 참조.

저작권관리법은 대상범위를 한정하지 않고 저작권 또는 저작인접권(보상청구권을 포함한다)의 집중관리 모두에 대하여 허가제를 규정하고 있다.<sup>213)</sup> 집중관리단체에는 이용자의 요구에 따라 일정의 조건으로 허락할 의무 즉, 계약강제의무가 부여된다.<sup>214)</sup> 사용료와 관련하여 사용료 규정을 정하여 관보에 공표하는 것이 의무로 부여되고 있으며,<sup>215)</sup> 이용자 관련단체와 포괄계약을 체결할 의무도 규정하고 있다.<sup>216)</sup> 사용료 규정과 포괄계약은 신고제다.<sup>217)</sup> 또한 집중관리단체가 관련하는 저작물 등의 이용계약 또는 포괄계약의 체결·변경에 관한 분쟁이 발생한 경우에는 당사자가 중재소에 중재를 구할 수 있도록 규정한다.<sup>218)</sup> 그밖에도 관리의 인수 의무,<sup>219)</sup> 이용자 등에 대한 관리 저작권의 보고의무 등이 부과되어 있다.<sup>220)</sup> 또한 저작물의 대여보상, 사적녹음·녹화보상금, 복사복제보상금 등에 관계되는 보상청구권에 대하여는 집중관리단체에 의한 행사가 의무다.<sup>221)</sup>

## 다. 독점규제법과 관계

집중관리단체의 독점적 지위와 관련하여 독점규제법이 문제될 수 있는바, 이와 관련하여서는 게마에 관한 사건이 유명하다. 게마는 공연권뿐만 아니라 음악을 녹음하는 등의 복제권도 위탁관리하는 저작권집중관리단체의 하나인데, 게마는 회원들에게 국내 및 해외에서의 저작권 전부를 신탁하도록 요구하여 왔다. 그리고 게마는 회원들이 탈퇴하거나 음반제작회사 등 저작물 이용자와의 직접적인 협상에 의한 계약체결을 최대한 방지하기 위하여 탈퇴의 사전통지 기간을 길게 정해 놓고, 20년 이상 계속 회원의 지위를 보유한 회원들에 대해서 특별회원 수당을 지급하는 등의 제도를 채택하였다. 게마의 이러한 규칙에 대하여 유럽공동체위원회(EC Commission)는 게마가 회원들의 저작권 전부를 양도받는 것은 불합리하고, 게마의 활동영역에 해당되지 아니하는 외국에서의 저작권까지도 양도하도록 하는 것은 더욱 불합리한 규칙이라는 입장을 취하였다.<sup>222)</sup>

## 4. 일본

### 가. 개관

213) 저작권관리법 제1조.

214) 저작권관리법 제11조.

215) 저작권관리법 제13조.

216) 저작권관리법 제12조.

217) 저작권관리법 제20조.

218) 저작권관리법 제14조.

219) 저작권관리법 제6조.

220) 저작권관리법 제10조.

221) 독일 저작권법 제27조 및 제54조.

222) [1971] C.M.L.R., at D47.

일본은 1869년(明治 2年) 저작권에 관한 처음의 흔적을 보여주는 “출판조례”(行政官達 第444号)가 공포된 이후,<sup>223)</sup> 1899년(明治 32年) 제13회 제국의회에서 전 52개조로 구성된 현대적 의미에서의 저작권법(법률 제39호. 이른바, “구법”<sup>224)</sup>)이 마련되었다.<sup>225)</sup> 이 법이 시행되고 있던 가운데 1939년(昭和 14年) “저작권에 관한 중개업무에 관한 법률”(법률 제67호. 이하 “중개업무법”이라 한다)이 제정되었는데, 이는 저작권위탁관리에 관한 일본에서의 최초의 규율법규다. 중개업무법은 업무에 대한 허가제와 사용료에 대한 인가제를 채택하고 있었으며, 이에 의한 신탁관리 허가단체는 (사)일본문예저작권보호동맹 외 4개가 있었다.

이후 디지털과 정보통신기술의 결합에 의하여 나타나고 있는 급격한 저작권 환경변화에 적절히 대응할 수 있는 제도개선 요청에 따라 일본의 당시 저작권심의회<sup>226)</sup>가 권리집중관리소위원회를 설치하여 1994년부터 1999년까지 5년간 저작권집중관리제도 개선에 관한 심의를 행하였다. 일본은 이 심의결과를 바탕으로 2000년에 중개업무법을 폐지하고 “저작권등관리사업법”(2000. 11. 29 공포 법률 제1031호. 이하 “관리사업법”이라 한다)을 제정하게 되었다. 정보시대에 대응한 다양한 사회요청에 의하여 저작권위탁관리업<sup>227)</sup>을 등록제로 하는 것 등을 내용으로 하는 획기적 형태의 관리사업법이 제정된 것이다. 이로써 60년 이상 지속되어온 중개업무법하의 저작권위탁관리업은 대변혁을 겪게 되었다. 현재 인가된 저작권위탁관리업체는 39개 단체를 헤아린다.<sup>228)</sup>

## 나. 중개업무법

당초 일본의 중개업무법은 1900년대 초반 외국의 저작권관리단체 대리인<sup>229)</sup>에 의한 권리행사를 둘러싸고 사회적 혼란이 발생한 것을 계기로, 일본 자체의 건실한 저작권관리단체를 육성하고 보호하기 위하여 마련된 것으로 나타난다.<sup>230)</sup> 무려 60여년간 유지되어 왔던 중개업무법은 저작권자의 보호와 함께 저작물 이용의 원활화를 추진함에 있어 크나 큰 역할을 하여 왔다고 평가된다.

223) 半田正夫, 「著作権法概説」, 第11版(法學書院, 2003), 23面. 출판조례에 관한 상세한 것은, 倉田喜弘, 「著作権史話」(千人社, 1983), 35-40面 참조.

224) 일본에서는 이를 구법이라 하면서 1970년에 전면개정된 저작권법을 “신법”이라고 통칭한다.

225) (社)著作権情報センター, 「著作権事典」, 新版(出版ニュース社, 1999), 534面.

226) 저작권심의회는 일본 문화청에 설치되어 있는 자문기관으로 2001년 정부기구 축소계획에 따라 문화심의회로 한 분과인 저작권분과회로 변경되었다.

227) 일본에서는 이를 중개업으로 통칭하고 있으나, 여기에서는 저작권위탁관리업으로 표기한다.

228) 이 단체 명단은 <http://www.bunka.go.jp/ejigyoku/script/dbipzenkensaku.asp>에서 확인할 수 있다.

229) 이 대리인은 이른바 “프라게 선풍”을 일으킨 독일인 프라게를 말한다.

230) 著作権審議會, “著作権審議會權利の集中管理小委員會專門部會報告書,”(日本文化廳, 2000. 1)(<http://www.cric.or.jp/houkoku/h11-7a.html>).

그러나 중개업무법은 제정 이래 한 번의 개정도 없는 등 시대가 요구하는 바를 적절하게 수용하지 못하고 있다는 지적을 받아왔다. 특히, 근래의 디지털 네트워크의 발달에 수반하여 저작물과 저작인접물의 이용이 크게 변화되고 있는바, 기존의 시스템으로는 이를 감당할 수 없다는 지적이 있어 왔던 것이다.<sup>231)</sup> 구체적으로 정보통신기술의 급속한 진전에 따라 저작물이나 저작인접물이 광범하고 다양하게 이용되고 있는 오늘날의 실정에 비추어 중개업무법은 사회가 요구하고 있는 원활하고 신뢰성 높은 권리처리시스템 구축요청과 상치된다는 것이었다.<sup>232)</sup> 일본의 중개업무법은 우리나라가 1986년에 전면개정한 저작권법(이하 “1986년 저작권법”이라 한다) 제6장이 규정하고 있는 “저작권위탁관리업” 규정과 매우 유사하다. 이하에서는 우리나라의 그것과 비교하면서 내용을 소개·분석하도록 한다.

첫째, 중개업무법에서 규정하고 있는 저작권위탁관리업은 우리나라의 그것과 같이 대리업, 중개업 및 신탁관리업으로 나뉜다. 중개업무법 제1조는 중개업무의 의의 및 내용을 “저작물의 출판·번역·홍행·방송·영화화·녹음 기타의 방법에 의한 이용에 관한 계약에 대해서 저작권자를 위하여 대리 또는 매개를 업으로 함을 말한다”라고 규정하고(제1항) 또한 “저작권의 이전을 받아 타인을 위하여 일정한 목적에 따라 저작물을 관리하는 행위를 업으로 함은 이를 저작권에 관한 중개업무로 본다”(제2항)고 규정하고 있다. 이에 따라 저작권위탁관리업은 대리업, 매개업(중개업) 및 신탁업으로 나뉜다.

둘째, 중개업무법의 규율을 받는 것은 모든 저작물이 아니고, i) 소설, ii) 각본, iii) 악곡을 수반하는 경우에서의 가사, iv) 악곡의 4종에 한정된다(昭和 14年 12月 13日 勅令 第835号). 이 외의 저작물은 당시 거래빈도에 비추어 법적 규제를 가할 필요가 없었기 때문에 제외되었던 것으로 알려졌다.<sup>233)</sup> 이 점은 우리나라의 그것과 차이를 보인다. 우리나라의 1986년 저작권법은 비록 저작물을 대상으로 한 것이 아니나, “이 법에 의하여 보호되는 권리”를 대상으로 하고 있기 때문에<sup>234)</sup> 모든 저작물, 나아가 저작인접물까지도 포섭하고 있다고 볼 수 있다는 점에서 차이를 보이는 것이다.<sup>235)</sup> <sup>236)</sup>

셋째, 중개업무를 행하고자 하는 자는 업무범위 및 업무집행 방법을 정하여 문화청 장관의 허가를 받아야 한다.<sup>237)</sup> <sup>238)</sup> 중개업무법은 업무집행에 대하여 허가주의를

231) 尾崎史郎, “著作権等管理事業法,” 「ジュリスト」, no. 1195(2001. 3. 1), 80面.

232) 이에 입각한 주장의 일단은, 佐藤恵太, “著作権の集中管理のあり方,” 「ジュリスト」, no. 1132(1998. 4. 15), 51面.

233) 半田正夫, 前掲 註 223, 305面.

234) 동법 제78조 제1항 참조.

235) 이는 2000년에 개정된 저작권법 제2조 제18호 및 제19호가 “저작재산권자·출판권자 또는 저작인접권자를 위하여”라는 문언을 넣음으로써 더욱 명백해졌다고 볼 것이다.

236) 물론 저작인격권이 이에 포섭되지 않음은 저작인격권의 속성상 불가능하다고 보아야 한다.

237) 동법 제2조.

채용한 것이다.<sup>239)</sup> 이 허가는 행정청의 자유재량행위에 속한다고 본다.<sup>240)</sup> 이는 우리나라의 1986년 저작권법이 규정하고 있는 것과 똑같다. 이후 우리나라는 저작권 대리중개업에 한해서 대통령령이 정하는 바에 의하여 문화관광부장관에게 신고하는 체제로 변경되었을 뿐이다.<sup>241)</sup>

넷째, 업무집행 허가를 받은 중개업무단체는 저작물 사용료를 정하여 문화청장관의 인가를 받아야 한다.<sup>242)</sup> 이 점은 적어도 저작권법상으로 약간의 차이를 보인다. 우리나라의 1986년 저작권법은 저작물 사용료를 인가대상으로 하지 아니하고, 그 수수료에 대하여만 문화관광부장관의 승인을 얻도록 규정하였던 것이다.<sup>243)</sup> <sup>244)</sup> 그러나 저작권신탁관리업의 경우에는 저작권법시행령이 저작물 사용료율이나 사용료 금액 등에 대하여 처음 허가시나 이의 변경시에 문화관광부장관의 승인을 얻도록 함으로써 중개업무법의 규정과 같은 내용을 규정하고 있기 때문에,<sup>245)</sup> 양자는 실질적으로 차이를 보이지 않는다고 할 수 있다.

다섯째, 저작권위탁관리업체는 주무관청의 관리감독을 받도록 규정하고 있는 바, 이 점도 우리나라의 1986년 저작권법이나 현행 저작권법과 별다른 차이를 보이지 않는다. 중개업무법에서 관리감독이 필요한 이유는 다음 몇가지를 들고 있다. i) 다른 사람의 재산권을 관리하는 것이므로 그 업무의 기초가 확실하고, 그 운영이 공정하게 행하도록 하여야 한다는 점, ii) 저작권의 집중관리에서 발생하는 강대한 권능에 대하여 그 행사의 적정을 기하고 저작물의 원활한 이용을 꾀하도록 하여야 한다는 점, iii) 권리자를 보호하고 문화발전에 기여하도록 견실하게 집중관리단체를 육성하여야 할 필요가 있다는 점이 그 것이다.<sup>246)</sup>

일본에서는 중개업무법의 시행과 함께 당시 주무부서인 내무대신의 허가를 얻어 당

---

238) 음악출판자(우리나라에서는 “권리출판자”라고도 불린다)는 작사·작곡가 등으로부터 대가 분배 등의 조건부로 저작권재산권 양도를 받아 음악저작권 관리를 업으로 하고 있으나, 음악출판자가 직접 관리업무를 행하는 경우에는 중개업무법의 규제대상이 아닌 것으로 해석되고 있다.

239) 일본이 이처럼 허가주의를 취한 것은 전술한 바와 같이 프라게 선풍을 잠재우기 위한 것이 실질적 목적이었으나, 형식적으로는 저작권위탁관리업자의 난립을 막음으로써 무용의 마찰이나 경쟁을 방지하여 저작권위탁관리업 발전을 조장시키고 하는 것에 목적이 있음을 밝히고도 있다[國鹽耕一郎, “著作権に關する仲介業に關する法律の解説,” 日本音樂著作権協會 編, 「日本音樂著作権史」, 下(日本音樂著作権協會, 1990), 37面].

240) 半田正夫, 「著作権法概説」, 第8版(一粒社, 1997), 300面.

241) 저작권법 제105조 제1항 제2문. 그러나 저작권신탁관리업의 경우는 여전히 문화관광부장관의 허가를 받아야 한다(저작권법 제105조 제1항 제1문).

242) 동법 제3조.

243) 1986년 저작권법 제78조 제4항.

244) 그 후 1995년에 개정된 저작권법에서 저작권대리중개업의 경우에는 수수료에 대한 승인을 철회하였다.

245) 동 시행령 제29조.

246) 半田正夫, 前掲 註 223, 299-300面.

시 사단법인 대일본음악저작권협회와 당시 사단법인 대일본문예저작권보호동맹이 설립되었다. 제2차 세계대전이 끝난 후 전자는 현재의 명칭인 사단법인 일본음악저작권협회로 개칭하고 각국의 연주권·녹음권 집중관리단체와 제휴하여 급속하게 발전하여 현재에 이르렀다. 후자는 제2차 세계대전 이후 한동안 업무중지 상태에 있었으나, 1968년 사단법인 일본문예저작권보호동맹[최근 “(사)일본문예가협회”로 개칭]으로 개칭하면서 업무를 재개하여 방송권 관리를 중심으로 업무를 행하고 있다. 이후 각본 부문에 “협동조합 일본각본가연맹”과 “협동조합 일본시나리오작가협회”가 설립되었으며, 한참 후 (사)일본복사권센터가 설립되어 각각 업무를 행하게 되었다.<sup>247)</sup>

이밖에도 지정단체제도가 저작권법의 규율을 통하여 사실상 집중관리단체로서 기능하고 있는바, 여기에는, i) 판매용(상업용) 음반의 2차사용료 등에 관계되는 지정관리단체제도, ii) 사적녹음·녹화보상금에 관계되는 지정관리단체제도가 있다. 전자는 저작권법이 실연자 등에게 부여된 상업용 음반의 2차사용료 청구권과 대여에 대한 보상청구권을 지정단체를 통하여만 행사할 수 있도록 규정하고 있는 바, 이를 실연자의 경우에는 (사)일본예능실연가단체협의회<sup>248)</sup>가, 음반의 경우는 (사)일본레코드협회<sup>249)</sup>가 지정 받아 활동한다. 후자는 저작권법이 저작재산권자 등에게 인정되는 사적녹음·녹화보상금을 수령할 권리에 대하여도 지정단체에 의하여만 이를 행사할 수 있도록 규정하고 있는바, 이를 사적녹음 분야에서는 (사)사적녹음보상금관리협회가, 사적녹화 분야에서는 (사)사적녹화보상금관리협회가 지정된 단체로서 활동하고 있다.

#### 다. 저작권심의회의 검토

일본의 저작권심의회 권리집중관리소위원회는 2000년 저작권집중관리제도의 개선에 관한 그간의 심의보고서를 발표하였다. 이 소위원회는 전문부회(위원장: 紋谷暢男 成蹊大學教授)를 설치하여 1994년부터 중개업무법을 비롯한 저작권 등의 집중관리에 관한 종합적인 검토를 행하였던 바,<sup>250)</sup> 그 검토를 기반으로 하여 보고서를 작성한 후 이를 공표한 것이다. 이 보고서에는 논의의 배경도 담고 있는 바, 이를 살펴보면 다음과 같다.

247) 半田正夫, 前掲 註 223, 304面.

248) 이 협의회는 실연의 방송에 관계되는 저작인접권 관리업무도 행하여 오고 있다. 그 외에 예능프로덕션이 소속 실연자로부터 저작인접권을 양도 또는 위임받아 권리를 관리하고 있는 것으로 알려졌다.

249) 이 협회는 음반제작자의 복제권 등에 대한 관리를 행하고 있지 아니하였다. 이는 원칙적으로 음반회사 등이 개별적으로 권리를 행사하고 있는 실정이었다.

250) 이 검토는 <http://www.cric.or.jp/houkoku/h11-7a.html>에서 찾아볼 수 있고, 이의 개요는 日本文化廳 著作権課, “著作権審議會權利の集中管理小委員會專門部會中間まとめ,” 「コピーライト」, no. 461(1999. 8-9), 66面에서 볼 수 있다.

먼저 저작권집중관리가 일본을 포함한 각국에서 음악을 중심으로 발달하였으나, 근래 들어 그에 한하지 않고 어문저작물·실연 등으로 광범위하게 퍼져 정착하고 있다는 현상을 위의 소위원회가 분석하여 제시함으로써 기초적 논의의 배경을 제시하였다. 그와 함께 위의 소위원회는 저작권집중관리와 관련하여 그 업무운영 등에 대해서 일정의 규제나 대가 등의 분쟁에 대하여 분쟁처리제도를 설치하고 있는 국가가 많다고 지적한다. 이어 위의 소위원회는 일본의 경우에도 중개업무법에 의한 규제 등이 행해지고 있으나, 동법은 1939년 제정 이래 개정되지 않아 현재의 저작물 이용실태에 적합하지 않다는 지적하고 있다. 또한, 정부의 규제완화 정책의 관점에서 검토의 필요성이 제기되고 있다는 것이 위의 소위원회가 들고 있는 기본적인 배경이다.<sup>251)</sup>

위와 같은 배경과 필요성을 바탕으로 위의 소위원회는 저작권집중관리의 현상과악과 과제정리를 행하는 한편, 이후 고려되어야 할 제도상의 대응에 대한 기본적인 방향의 제안과 검토하여야 할 점을 다음과 같이 정리하였다.

첫째, 법적 기반정비에 관한 기본방침과 관련하여, i) 정부의 규제완화정책을 고려하여, 규제는 필요한 최소한도에 그쳐야 한다는 점, ii) 경쟁원리의 도입이라는 관점에서 원칙적으로 집중관리단체의 신규참여 기회를 인정하는 방향이 적절하다는 점, iii) 권리자 및 이용자의 보호확보라는 관점에서, 집중관리단체 업무의 공정타당한 업무수행을 확보하는 것을 목적으로 하는 정도에 그치는 규제가 적절하다는 점, iv) 기존 질서에서 사실상 시장을 독점하고 있는 단체도 있으므로, 이와 같은 실정에 대하여도 충분히 유의할 필요가 있다는 점을 위의 소위원회가 들고 있다.<sup>252)</sup>

둘째, 위의 소위원회는 법적 기반정비의 대상으로 하는 범위와 관련하여, i) 현재의 중개업무법은 집중관리의 필요성이 높은 분야만을 대상으로 하고 있다는 생각하에 저작물의 종류에 따라 적용범위를 한정하고 있다. 그러나 매체의 발달에 의하여 분야에 따라 필요성이 변화한다는 점과 각종의 저작물이 통합적으로 이용되는 경향이 증가되고 있다는 점 등에서 저작물의 종류에 따라 적용범위의 구별을 할 필요는 없다고 파악된다. 또한, 저작물의 이용형태에 따른 구별에 대하여도 마찬가지로

251) [http://www.cric.or.jp/houkoku/h12\\_1b/12\\_1b\\_main.html](http://www.cric.or.jp/houkoku/h12_1b/12_1b_main.html)

252) 이러한 기본방침 하에 구체적으로 제시된 법적 기반정비의 내용은, ① 업무실시와 관련하여 규제의 필요성을 인정하는 한편, 저작권위탁관리업의 진입장벽을 없애되(등록제) 영리성을 배제하고, 권리위탁에 관한 계약약관대가의 분배방법 및 수수료를 규제하며, 업무실시에 대한 주무관청의 감독권한을 부여하며, 계약강제 의무 등 법률상 의무를 저작권위탁관리업체에 부과하고, ② 사용료 등의 규제를 원칙적으로 폐지하자는 것이었다. 한편, 위의 전문부회는 사용료와 관련된 분쟁처리제도인 가칭 “저작권사용료심판소” 설치를 제안하였다. 제안된 이 심판소는 문화청장관에 예속되지 아니한 독립성을 갖는 기관으로 사적녹음·녹화보상금 등의 보상금이나 상업용 음반의 2차사용료 등에 관계되는 인가·재정 등도 포함하여 사용료에 관계되는 종합적인 기관이다.

다. ii) 특정 또는 불특정 다수의 위탁자로부터 신탁, 대리 등의 인수를 받아 집중 관리를 행하는 경우를 대상으로 하고, 특정 소수의 경우는 대상 외로 한다. iii) 권리자가 집중관리단체에 권리행사를 일임하고, 집중관리단체는 위탁자의 의사에도 불구하고 당해 단체의 의사결정에 따라 저작권 관리를 행하는 “일임형”의 집중관리를 대상으로 한다. 또한, 일임형 집중관리를 포괄허락방식과 개별허락방식의 구별이나 신탁 등 권리위탁 방식에 의하여 재구분하는가 여부는 집중관리단체의 현상 등을 고려하여야 한다. iv) 음악출판자 등이 행하는 집중관리중에서 저작권자로서의 권리행사와 동일시되는 것은 원칙적으로 대상 외로 하는 것이 적절하다는 점을 밝혔다.

셋째, 집중관리의 분산화와 새로운 집중관리의 가능성에 관하여도 위의 소위원회가 검토의견을 내놓았다. 위의 소위원회는 집중관리에 관한 규제완화가 진전되면 다양한 형태의 집중관리가 출현될 것인 바, 이 경우에는 허락창구가 분산되므로 이용자의 편의를 돕기 위하여 집중도가 떨어지는 집중관리단체나 권리자 자신으로부터 사용료를 포함하는 허락조건에 관한 등록을 받아 권리처리의 업무를 대행하는 가칭 “권리처리대행센터”의 창설을 제시한다. 이 센터는 통상 비일임형 집중관리의 범주에 들어갈 것으로, 규제대상에 포함되지는 아니할 것이나 향후 최종적인 결론을 얻을 때까지 연구를 진행하여야 할 것이라는 것이 위의 소위원회의 의견이다.

넷째, 저작인접권의 집중관리 개선과 관련하여 위의 소위원회는 영상작품, 음반 등의 시청각 작품의 이용에 의한 실연·음반의 2차적 이용이 이후 점차 증가할 것으로 예측되므로, 저작인접권을 취급하는 집중관리단체가 건전하게 발전하는 것이 저작인접권 보호 및 실연 등의 이용 원활화에 기여하는 것으로 보았다. 이에 따라 저작권의 집중관리 개선에서 검토한 법적 기반정비에 관한 고려방법은 저작인접권의 집중관리에 대하여도 원칙적으로 동일하고, 향후 법적 기반정비가 필요로 될 가능성이 있다는 것이 위의 소위원회의 기본적 시각이다.<sup>253)</sup>

다섯째, 지정단체 제도 등의 개선과 관련하여 위의 소위원회는 지정단체 제도의 대상으로 되어 있는 사적녹음·녹화보상금 청구권 등은 허락권이 아닌 보상청구권이므로, 권리자 개인에게 부여된 권리를 유효하게 발생시키고 또한 원활한 권리처리를 가능하게 하기 위하여 집중관리단체에 의한 행사를 법률상 의무로 규정한 것은 합리성이 있다고 파악한다. 이에 입각하여 위의 소위원회는 현행제도의 정착도, 단일단체에 의한 보상 등의 징수·분배의 합리성·효율성 등으로부터 복수체제를 인정할 이점은 흠결된다고 생각되기 때문에, 현행제도를 유지하는 것이 적절하다고

253) 그러나 위의 전문부회에서의 검토결과는 실연 등의 저작인접권과 관계되는 권리처리의 실태, 지정단체 제도와 관계정리 등과 규명하여야 할 문제점도 존재하므로, 저작권과 같은 조치를 하는 것은 현 시점에서 시기상조라고 보고, 향후 법률해석이나 계약관행의 정착·권리행사의 실태 등에 대한 조사가 이루어진 뒤 법적 기반정비 문제에 대하여 검토되어야 할 것이라는 의견이었다.

결론짓는다.

여섯째, 기타의 집중관리에 관한 문제와 관련하여 위의 소위원회는, i) 집중관리에 의한 권리처리시스템의 정비에 더하여 권리정보제공의 집중화를 위한 제도의 정비도 중요하다고 보고, ii) 저작물 등의 사용료로부터 일정금액을 공제하여 문화목적, 사회목적 등의 사업을 위한 공통목적 기금을 창설하는 것은 공제가 어디까지나 위탁자 개인의 승인에 기초하여 행해진다는 것과 공제비율·공제한 금액의 용도 등 중요사항은 위탁자 또는 위탁자의 대표가 참가하는 기관에 의하여 결정되어야 한다는 점을 제시하고, iii) 저작권 등에 관계되는 등록제도에 관하여 집중관리단체의 복수화에 따른 권리보전을 위한 등록이 활용될 가능성이 있기 때문에, 이후 등록사항 처리체제의 강화나 등록의 전자화 등 제도의 개선이 필요하다는 점, iv) 집중관리단체에서 직원의 자질향상을 꾀하기 위하여 집중관리단체가 공동으로 연수회를 개최하는 등 직원의 자질향상을 위한 방안이 마련되어야 할 것이라는 점을 제안하였다.<sup>254)</sup>

## 라. 관리사업법

### (1) 관리위탁 계약

관리사업법은 관리위탁 계약을 규정하고 있다. 여기에서 관리위탁이란 관리사업자(수탁자)<sup>255)</sup>와 권리자(위탁자) 사이에 체결되는 신탁이나 위임계약에서 수탁자에 의한 저작물 등의 이용허락시에 위탁자가 사용료 액을 결정하는 것으로 되어 있는 것(이른바, “비일임형”<sup>256)</sup>) 이외의 것을 말한다.<sup>257)</sup> 관리사업법이 규정하고 있는 신탁계약은 관리사업자가 저작권자 등으로부터 저작권 등의 이전을 받아 이를 저작권 등을 위하여 저작물 등의 이용허락 기타의 저작권 등의 관리를 행하는 계약이다.<sup>258)</sup> 이 계약에 의하여 저작권 등은 수탁자인 관리사업자에게 귀속하나, 관리사업자는 취득한 권리를 위탁자인 저작권 등을 위하여 관리하는 의무를 부담한다. 관리에 의하여 발생한 이익이나 손실은 위탁자에게 속하고, 관리사업자는 그 노무에

254) 이에 관한 보다 상세한 것은, [http://www.cric.or.jp/houkoku/h12\\_1b/12\\_1b\\_main.html](http://www.cric.or.jp/houkoku/h12_1b/12_1b_main.html) 참조.

255) 관리사업법이 규정하고 있는 관리사업자는 “저작권 등 관리사업자”로 문화청장관에게 등록하여 저작권 등의 관리사업을 행하는 자로 규정하고 있다(동법 제2조 제3호). 여기에서 저작권 등 관리사업이란 관리위탁계약에 기하여 저작권 등의 관리를 업으로 행하는 것(위탁자와 수탁자가 인적관계, 자본관계 등에 대하여 밀접한 관계를 갖는 것을 제외한다)을 의미한다(동법 제2조 제2호 참조).

256) 예컨대, 수탁자가 이용허락을 행할 때마다 사용료 금액 등에 대하여 위탁자에게 동의를 구하는 형태 등이 여기에 속하는 바, 이는 관리사업법의 규제대상 외로 된다[作作文雄, 「詳解著作権法」, 第3版(ぎょうせい, 2004), 791面].

257) 半田正夫, 前掲註 223, 306面.

258) 동법 제2조 제1항 제1호.

대하여 일정의 보수를 얻는다. 관리사업법이 규정하고 있는 위임계약은 저작권자 등이 관리사업자에게 저작물 등의 이용허락을 중개 또는 대리를 시키고, 아울러 당해 중개 또는 대리에 따른 저작권 등의 관리를 행하는 것을 내용으로 하는 계약이다.<sup>259)</sup> 여기에서 중개는 저작권자 등의 계산에 있어서 관리사업자가 자신의 이름으로 저작물 등의 이용허락을 행하는 것이기 때문에 관리사업자와 이용자 사이의 거래에서 관리사업자 자신이 계약의 주체가 되나, 그 경제상의 효과는 저작권자 등에게 귀속한다. 이에 대하여 대리는 관리사업자가 저작권자 등을 대신하여 거래를 하기 때문에 계약의 주체는 저작권자 등인 본인이고 그 법률효과 또한 직접 저작권자 등에게 귀속하고, 이 점에서 양자가 차이를 보인다.<sup>260)</sup> <sup>261)</sup>

## (2) 등록제도

관리사업법은 관리사업자의 등록에 관하여 규정하고 있다. 이전의 중개업무법에서의 허가제가 아닌 등록제를 관리사업법이 규정하고 있는 것이다.<sup>262)</sup> i) 등록에는 소정의 사항을 기재한 신청서를 문화청장관에게 제출하여야 하고(동법 제4조), ii) 신청을 받은 문화청장관은 관리사업법이 규정하고 있는 일정의 경우를 제외하고 관리사업자를 등록하여야 한다(동법 제5조 제1항)고 규정함으로써 당초 신규진입의 제한을 배제하는 형태로 규정하고 있다. 등록이 배제되는 사유를 보면 그 점이 더욱 드러난다. 등록이 거부되는 경우는, i) 법인이 아닌 자(권리능력 없는 사단은 법인으로 취급한다), ii) 다른 관리사업자의 명칭과 동일 또는 오인될 우려가 있는 명칭을 사용하고자 하는 법인, iii) 등록이 취소된 지 5년을 경과하지 아니한 법인, iv) 이 법률 또는 저작권법에 위반하여 벌금형에 처해져 5년을 경과하지 아니한 법인, v) 파산자로 복권할 수 없는 자 등의 부적격자가 임원으로 있는 법인, vi) 채무초과나 지급불능 등으로 재산적 기초를 갖지 않은 법인인 경우이다(동법 제6조).

## (3) 업무규정

관리사업법은 관리사업자의 업무에 대하여도 규정하고 있다. 이는 각기 위탁자 보호와 이용자 보호를 위한 규정으로 구성되어 있는바, 여기에는, i) 관리위탁계약약관과 관련하여 관리사업자가 관리위탁계약약관을 정하여 미리 문화청장관에게 제출하도록 하는 한편,<sup>263)</sup> 관리사업자가 저작권자 등과 관리위탁계약을 체결할 경우

259) 동법 제2조 제1항 제2호.

260) 半田正夫, 前掲 註 223, 306面.

261) 한편, 일본의 경우에는 변호사법 제72조를 근거로, 중개 및 대리에 의하여 저작권의 관리를 업무로 하는 경우에는 수탁자 자신이 권리자가 아니기 때문에 회수가 곤란한 징수·금지청구·소송제기 등 쟁송성이 상당정도 인정되는 업무를 행할 수 없다고 해석하고 있다(郷治友孝, 前掲 論文, 28面).

262) 동법 제3조는 “관리사업을 행하고자 하는 자는 문화청장관의 등록을 받아야 한다”고 명정하고 있다.

에는 관리위탁계약약관에 의거하여야 한다고 규정하고 있는바,<sup>264)</sup> 이는 위탁자를 보호하기 위한 규정으로 해석하고 있으며, ii) 사용료 규정과 관련하여 관리사업자는 사용료규정을 정하여 미리 문화청장관에게 제출하여야 하도록 규정하는 한편,<sup>265)</sup> 관리사업자가 사용료규정을 정할 때에는 이용자로부터 의견을 청취하도록 노력하여야 함을 규정하고 있는바,<sup>266)</sup> 이는 이용자 보호를 위한 규정으로 해석되고, iii) 이용허락 거부의 제한과 관련하여 관리사업자는 정당한 이유가 없는 한 취급하고 있는 저작물 등의 이용허락을 거부하여서는 안 된다고 규정하고 있는바,<sup>267)</sup> 이 역시도 이용자 보호를 위한 규정으로 해석하고 있으며, iv) 정보의 제공과 관련하여 관리사업자는 저작물의 제호·명칭 기타의 저작물 등에 관한 정보나 이용방법에 관한 정보를 이용자에게 제공하도록 노력하여야 함을 규정하고 있는바, 이 역시도 이용자를 보호하기 위한 규정으로 해석되고,<sup>268)</sup> v) 재무제표 등의 비치 및 열람 등과 관련하여 관리사업자는 재무제표를 작성하여 5년간 사업소에 비치하여 위탁자의 열람·복사청구에 응하여야 한다고 규정하고 있는 바,<sup>269)</sup> 이는 위탁자를 위한 것으로 해석된다.

#### (4) 협의 및 재정제도

관리사업법은 사용료와 관련하여 협의 및 재정제도를 규정하고 있는바, 이는 다음과 같은 내용으로 규정되어 있다. i) 지정관리사업자[일정의 저작물 등이 이용되는 부문(이용구분)에서 관리사업 비율이 상당정도이고 사용료 수준에 대한 영향력이 큰 자로서 문화청장관이 지정하는 자(종래의 지정단체)]는 그 이용구분 이용자 대표(하나의 이용구분에서 이용자 수의 비율, 지급액의 비율 등으로부터 이용자를 대표한다고 인정되는 자)로부터 사용료 규정에 관한 협의요청이 있는 때에는 협의에 응하여야 하고,<sup>270)</sup> ii) 이용자 대표는 i)의 협의시에 그 구성원인 이용자로부터 의견을 청취하도록 노력하여야 하며,<sup>271)</sup> iii) 문화청장관은 지정관리사업자가 협의에 응하지 않거나 협의를 성립되지 아니한 경우에 이용자 대표로부터 신청이 있는 때에는 협의의 개시 또는 재개를 명령할 수 있고,<sup>272)</sup> iv) 지정관리사업자는 협의가 성립된 때에는 그 결과에 기하여 사용료 규정을 변경하여야 하는 의무를 부담하여

263) 동법 제11조 제1항.

264) 동법 제11조 제3항.

265) 동법 제13조 제1항.

266) 동법 제13조 제2항.

267) 동법 제16조. 이는 마치 독일의 저작권 및 인접보호권의 관리에 관한 법률 제11조 등에서 볼 수 있는 이른바, “계약강제” 규정과 유사한 규정이다.

268) 동법 제17조.

269) 동법 제18조.

270) 동법 제23조 제2항.

271) 동법 제23조 제3항.

272) 동법 제23조 제4항.

야 한다.<sup>273)</sup> 뿐만 아니라 i) 위의 협의가 성립하지 아니한 때에는 협의 당사자가 사용료 규정에 대하여 문화청장관에게 재정을 신청할 수 있으며,<sup>274)</sup> ii) 지정관리 사업자는 실시전의 사용료 규정에 대하여 재정신청이 있는 때에는 재정이 있는 날 까지 사용료 규정을 실시하여서는 안 되는 규정을 두고 있고,<sup>275)</sup> iii) 재정이 있는 때에는 사용료 규정은 재정에서 결정된 바에 따라 변경되는 것으로 하도록 규정한다.<sup>276)</sup> 이는 복수의 관리사업자가 적절한 경쟁상황에 있는 경우에는 시장원리가 미치기 때문에 적정수준으로 사용료가 결정될 것이나, 관리사업자 사이에 적절한 경쟁관계가 없는 경우에는 고액의 사용료가 설정되어 저작물 등의 원활한 이용이 방해되는 사태발생을 상정한 것으로 알려졌다.<sup>277)</sup> 즉, 관리사업자 사이에 적절한 가격경쟁이 기대될 수 없는 경우 사용료 규정에 이용자 전체의 의향이 적절하게 반영될 수 있도록 지정관리사업자와 이용자 대표 사이의 사용료 규정에 관한 협의 및 협의가 이루어지지 않을 때에 문화청장관에 의한 재정제도를 설치한 것이다.

## (5) 감독규정

관리사업법은 문화청장관이 관리사업자를 감독하도록 하는 규정을 두고 있다. 여기에는, i) 문화청장관이 관리사업의 시행에 필요한 한도에서 관리사업자로 하여금 업무 등을 보고하도록 하거나 사업장에 입회하여 업무상황 등을 검사와 관계자에게 질문할 수 있도록 하는 보고징수 및 입회검사를 규정하고 있고,<sup>278)</sup> ii) 문화청장관이 관리사업자의 업무운영에 관하여 위탁자 또는 이용자의 이익을 해치는 사실이 있는 때에는 관리사업자에 대하여 관리위탁계약 또는 사용료 규정의 변경 기타 업무운영 개선에 필요한 조치를 채택하도록 명령할 수 있는 업무개선명령을 규정하고 있으며,<sup>279)</sup> iii) 관리사업자가 관리사업법에 위배한 행위 등을 한 때에는 등록을 취소하거나 6월 이내의 기간을 정하여 관리사업의 전부 또는 일부정지를 명할 수 있는 문화청장관의 등록의 취소 등의 권한을 규정하고 있다.<sup>280)</sup>

273) 동법 제23조 제5항.

274) 동법 제24조 제1항.

275) 동법 제24조 제3항.

276) 동법 제24조 제6항.

277) 郷治友孝, “著作権等管理事業法の解説(後篇),” 「コピーライト」, no. 478(2001. 2), 26面 ; 尾崎史郎, “著作権等管理事業法,” 「ジュリスト」, 第1195号(2001. 3. 1), 82面.

278) 동법 제19조.

279) 동법 제20조.

280) 동법 제21조.

### 제3절 현실상황과 문제점

#### 1. 현실상황

##### 가. 집중관리제도의 주요내용

1986년의 전면개정된 저작권법에서 처음 도입된 저작권위탁관리업이란 저작권법이 규정하는 특정의 권리를 그 권리자를 위하여 업으로서 대리, 중개, 신탁관리하는 것을 말한다. 저작권위탁관리업제도는 저작물 이용방법의 다양화와 확대에 수반하여 권리자 스스로가 자신의 권리를 관리하기 어렵다는 점에 기본근거를 두고, 저작물 이용자의 이용편의라는 점이 그에 가세하고 있다. 이처럼 저작자를 보호하면서 저작물 이용촉진에도 기여하게 되는 저작권위탁관리업제도는 결국 문화향상을 최종적 목적으로 하는 저작권 제도와 합치된다. 저작권위탁관리업은 대리중개업과 신탁관리업으로 나뉜다.

저작권대리중개업은 저작재산권자·출판권자 또는 저작인접권자를 위하여 저작물 또는 저작인접권의 대상인 실연·음반·방송의 이용에 관한 대리(그 이용에 관한 포괄적 대리를 제외한다) 또는 중개행위를 하는 업을 말한다.<sup>281)</sup> 대리란 다른 사람(대리인)이 본인의 이름으로 법률행위를 하거나 의사표시를 수령함으로써 그 법률효과가 직접 본인에게 발생하는 제도를 말하는 바, 여기에서는 권리자를 위하여 대리인이 그를 대신해서 이용자와 계약을 체결하고 그 효과가 직접 권리자에게 귀속되도록 하는 형태의 관리를 업으로 행하는 것이다. 또한 중개란 다른 사람 사이의 법률행위를 중매하는 것을 말하는바, 여기에서는 권리자를 위하여 중개인이 권리자와 이용자의 계약체결 등을 중매하는 사실행위만을 행하는 형태의 관리를 업으로 하는 것을 의미한다. 저작권대리중개업자는 그 업무에 관하여 저작재산권자, 그 밖의 관계자로부터 수수료를 받을 수 있다.<sup>282)</sup> 현재 우리나라에서 신고된 저작권대리중개업자는 400여 업체를 헤아린다.

저작권신탁관리업은 저작재산권자·출판권자 또는 저작인접권자를 위하여 저작재산권·출판권·저작인접권(neighboring rights) 또는 그 이용권을 신탁 받아 이를 지속적으로 관리하는 업을 말한다.<sup>283)</sup> 신탁이란 다른 사람(수탁자)으로 하여금 일정한 목적에 의하여 재산의 관리 또는 처분을 시키기 위해서 그 사람에게 재산을 이전하는 것을 말하는바, 여기에서는 신탁계약에 의하여 수탁자가 권리자(위탁자)의 권리 전부 또는 일부를 수탁 받아 위탁자의 이익을 위하여 수탁 받은 권리를 업으

281) 저작권법 제2조 제27호.

282) 저작권법 제105조 제4항.

283) 저작권법 제2조 제27호.

로서 관리하는 형태의 것이다. 저작권위탁관리업자는 그 업무에 관하여 저작재산권자, 그 밖의 관계자로부터 수수료를 받을 수 있다.<sup>284)</sup>

현재 우리나라의 저작권신탁관리업자는 저작권 분야에서, i) 음악저작권 부문의 사단법인 한국음악저작권협회, ii) 어문저작물 위주의 저작권 부문에서 사단법인 한국문예학술저작권협회, iii) 각본 저작권 부문의 사단법인 한국방송작가협회, iv) 시나리오 저작권 부문의 사단법인 한국시나리오작가협회, v) 복사권과 전송권 부문의 사단법인 한국복사전송권협회, vi) 정기간행물 부문의 한국언론재단, vii) 공공문화콘텐츠 부문의 한국문화콘텐츠진흥원, viii) 영화의 공연권 부문에서 사단법인 한국영상산업협회, ix) 영화의 전송권 부문에서 사단법인 한국영화제작가협회가 있으며, 저작인접권 분야에서, i) 음악 실연자 부문의 사단법인 한국음악실연자연합회, ii) 방송 실연자 부문의 한국방송실연자연합회, iii) 음반제작자 부문의 사단법인 한국음원제작자협회가 문화관광부장관의 허가를 받아 운영되고 있는 중이다.

## 나. 주요 논의점과 지향점

디지털 시대를 맞이하여 집중관리제도의 활성화·고도화는 더욱 절실하게 요구되고 있다. 집중관리 제도의 활성화는 단지 저작자의 권리 보호를 강화하는데 그치지 않는다. 이것은 이용자에게도 긍정적인 역할을 한다. 집중관리 제도가 제 기능을 다한다면 이용자는 저작권 침해에 대한 불안도 덜면서 저작물을 다량으로 활발하고 용이하게 이용할 수 있기 때문이다. 집중관리제도는 이러한 점에서 저작자와 이용자 모두에게 유익한 제도다. 뿐만 아니라 그 결과로서 저작물 이용촉진이 이루어져 문화발달에도 기여한다. 그 점에서 집중관리제도의 고도화가 또한 요청된다.

저작권은 배타적인 권리로서 저작자의 자율적인 의사에 의하여 그 행사 여부가 결정되어야 함이 기본원칙이다. 자율성(voluntary nature)이 저작권의 본성이라 할 수 있기 때문이다. 그러나 자율성에 얽매인 나머지 저작물의 존재 여부, 저작자의 소재 파악, 권리의 변동 상황 등에 대한 최소한의 정보도 없이 저작권을 보호하라는 요구는 이용자에게 간혹 가혹한 결과가 초래되기도 한다. 저작물이 보다 활발하게 이용될 수 있는 여건을 만들어 주는 것이나, 저작권 침해에 대한 우려를 줄여 줄 수 있는 환경을 제공하는 것은 저작자의 사회적인 의무라고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 우리나라의 집중관리 제도는 불완전한 발전모습을 보이고 있는 것이 현 상황이다.

현재 우리나라의 집중관리제도는 첫째, 집중관리단체의 대표성에 관한 문제, 둘째 집중관리단체의 분야별 실질적인 독점의 문제, 셋째 신탁관리와 대리·중개의 활동

---

284) 저작권법 제105조 제4항.

영역에 관한 문제 등 많은 문제점을 안고 있다고 진단된다.<sup>285)</sup> 아날로그 환경에서 계속적으로 제기되어 왔던 이들 문제들은 디지털 시대라고 하여 크게 달라졌다고 볼 수 없다. 물론, 이러한 문제들은 법규상의 문제라기보다도 집중관리제도의 역사가 일천하여 빚어진 것들이 상당부분이기 때문에 민간부문의 지속적인 관행의 축적을 통해서 해결하는 것도 한 방향이라 할 수 있다. 그러나 그렇게 맡겨 두기에는 급변하고 있는 우리나라의 저작권 환경을 고려할 때 최선의 방향이라고 할 수 없다. 법제적 환경을 조성함으로써 이를 단축시키는 방식이 요구되는 것은 그 때문이다. 여기에서 거래안전과 신속이 보장되면서 집중관리체제의 고도화를 이루어야 한다는 관점은 기본적으로 지향하여야 방향이고 명제다.

## 2. 주요 문제점

### 가. 디지털 환경에서의 대응

집중관리제도는 디지털 기술에 의하여 그 존재의의가 재검토되고 있다. 아날로그 시대에 있어서는 집중관리를 필요로 하는 토양이 있었다. 그러나 최근의 디지털 기술의 발전은 매체의 이용회수까지 기록할 수 있는 방법도 개발되었기 때문에, 그러한 의미에서 집중관리제도는 종전에 비하여 그 필요성이 희박하게 되었다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 아날로그 세계에서의 집중관리는 여전히 무시할 수 없는 것임에 변함이 없고, 디지털 세계에서는 원스톱쇼핑(one stop shopping)이 불가결하다는 사정도 있다. 우리나라에서의 집중관리체제는 아날로그 시대를 전제로 한 것으로서 저작물의 종류별로 집중관리단체가 각각 해당 저작물을 관리하고 있기 때문에 디지털 시대에서의 저작물 이용실태에 적절하게 대처하기 어렵다. 모든 저작물을 일괄하여 집중관리하는 방안은 그 유력한 대응이라고 할 수 있는바, 이에 대한 대처가 미흡한 실정이다.

엄밀히 본다면 현재의 저작권 환경은 아날로그 환경에서 디지털 환경으로 전환되어 가는 과도기에 처해있다고 할 수 있다. 그러한 의미에서는 아날로그와 디지털을 구별하여 집중관리를 논하는 것이 적절한 것인가도 의문이다. 물론, 다종다양한 저작물의 이용형태와 대량이용이라는 현상이 발생한다고 하더라도 디지털 기술의 진전에 수반하여 개별적으로 저작물과 저작권자를 관리하는 것이 가능한 시스템이 구축된다고 하면, 현재와 같은 집중관리제도는 불필요하게 되고 개별적 저작권 관리가 가능하게 될지도 모른다. 그러나 그것이 현실화되기까지는 상당한 시간을 필요로 할 것이다. 장래에 있어서는 모든 저작물이 디지털화되어 개별적으로 관리가 가능하게 된다고는 상정할 수 없다. 그렇다고 한다면 형태는 다르더라도 디지털 시대에

285) 이에 관하여는, 저작권심의조정위원회, 「멀티미디어 시대의 저작권 대책」, 저작권연구자료[24] (동 위원회, 1996. 12), 147-181면 참조.

도 집중관리단체가 결국 필요하다고 보아야 할 것이다.<sup>286)</sup> 이 경우 집중관리단체에는 일종의 분산적 권리처리를 위한 집중적 관리기관으로 되지 않을까 예상된다.

이 경우에 필요한 것은 권리자·이용자에게 공통된 비즈니스 규범의 개발보급이고, 저작권의 집중관리는 이러한 규범에 바탕을 두어야 한다. 개발되는 비즈니스 규범은 전 세계적인 보편성을 지니지 않으면 안 된다. 저작물의 유통·저작권 처리가 전 세계적이라는 점을 고려할 때, 한 국가만을 포섭하는 형태로는 저작물의 원활·안전한 유통을 담보하지 못하기 때문이다. 이 점도 디지털 환경에서 추구하여야 할 집중관리체제의 모습이며, 현재 우리나라가 취하고 있지 못한 부문이다.

한편, 집중관리의 통합적 체제도 이 부문에 들 수 있다. 전통적인 집중관리단체(collective administration society)는 원칙적으로 원저작권(primary right)이 아닌 2차적 저작권(secondary and further right)만을 집중적으로 관리하였다. 그러나 디지털 네트워크 기술의 잠재적 가능성은 원저작물의 이용과 2차적 저작물의 이용을 구분할 수 없게 한다. 전통적인 견해에 따르면 최초의 복제물 또는 음반은 2차적 이용을 내포하고 있다. 즉, 디지털 세계에서는 제1의(primary) 또는 제2의(secondary) 이용에 대한 구별이 더 이상 의미를 가질 수 없게 된다는 역설적인 결과가 나타난다. 이를 해결하려면 개별적 저작권 관리를 가능하게 할 수 있도록 기술적 문제가 해소되면서 집중관리단체의 본래의 임무 즉, 개별적으로 이용허락을 받아 요금이 청구되는 것을 중심으로 관리하는 “중심적 관리”(central management) 체제로 변하게 될 것이다. 이에 대한 대응도 향후 검토되어야 할 부문이다.<sup>287)</sup>

## 나. 이용자와의 관계개선

정보기술 혁명의 진보과정에서 네트워크에 대응하는 음악서비스 등도 당연히 진보하고 있지만, 저작권 제도는 경우에 따라 정상적인 비즈니스 환경의 구축을 뒤로한 채 오히려 위법사용의 확대에 의한 권리침해를 회피하기 위한 사용 제한적인 규정을 우선하는 경향이 있다. 다시 말하면 이제까지는 저작자의 입장에서 정보기술에 의한 새로운 콘텐츠비즈니스서비스의 출현에 의한 권리자의 경제적인 권리확대

---

286) 이용자의 관점에서 보면 집중관리단체들은 그들이 전 세계적인 권리의 목록에 대한 접근권을 제공하는 경우에 특정 권리의 이용허락에서 중요한 지위를 차지하게 되고, 이러한 점에서 집중관리단체는 원스톱 이용허락 점포로서 기능할 수 있다. 이에 관하여는, Commission of the European Communities, *The Management of Copyright and Related Rights in Internal Market*(2004. 4), 14면 참조.

287) 예컨대, 음반이용 등의 징수 등에서 같은 상황에 있는 실연자 단체와 음반제작자 단체가 공동으로 징수 및 분배하는 형태를 생각할 수 있다. 협상력 강화, 데이터의 확보와 관리비용의 절감뿐만 아니라 이용자의 이용창구가 하나로 됨으로써 음반 등의 이용편의가 배가될 수 있을 것이다(프랑스의 SPRE, 일본의 CPRA가 그 좋은 예다).

보다도 오히려 위법사용이나 신규 서비스의 출현에 의한 기존사업의 축소에 의한 권리수입의 감소 등을 염려하는 경향이 있었다고 생각된다.

실제 네트워크 사업자는 이와 같은 저작권 제도나 비즈니스 환경 하에서 저작자와 같은 목적을 공유하는 데 어려움을 겪어왔다고 주장한다. 기존의 저작권 제도 하에서 권리보호를 최우선하는 것에 사로잡힌 나머지 저작자와 이용자(사업자) 측이 충분한 의견교환이나 의사소통을 하지 못한 채 저작권 제도가 결정되는 경우도 있었다. 그 결과 신뢰할만한 사업자에 의한 네트워크 비즈니스가 발전할 수 있는 가능성이 희박해졌기 때문에 권리자는 권리수입확대의 기회를 놓치고 사업자는 사업자 대로 저작자와의 사이에서 이해를 공유할 수 없기 때문에 비즈니스를 실시할 수 없다고 지적되기도 하는 것이다. 정보기술 혁명에 의하여 이용자가 기대하는 서비스를 적시에 시장에서 제공할 수 없게 되면 그 결과로서 일반 이용자는 냅스터(Napster)와 같은 시스템을 이용하게 될 수도 있다.<sup>288)</sup>

저작권 제도의 본질에 비추어 보면 저작자와 사업자가 관련되는 사업이나 시장을 확대하는 것에 적극적으로 협력할 수 있는 사회시스템을 지원하는 것이 매우 중요하다. 네트워크 환경에서의 사업을 원활하게 추진할 수 있는 권리처리 원칙을 확립하는 것이 저작자의 경제적 수입확대로 이어진다고 하는 현실을 좀 더 직시할 필요가 있다. 시장규모·이용규모의 확대를 통한 경제적 이익 확충이 저작자에게 중요하기 때문이다.<sup>289)</sup>

## 다. 이용규정의 탄력성 확보

다종다양한 저작물의 이용형태와 대량이용에 따른 저작권 관리에는 경제성 문제가 제기된다. 음악저작물 분야에서는 1980년대 말 무렵부터 새로운 이용형태가 출현하여 사용료 징수제도도 이에 대응하여 왔다. 디지털화가 급속하게 진전되고 있는 현재의 상황에서도 이용형태 또한 이에 따라 변하고 있고, 그 이용량도 크게 증대하고 있다. 이러한 현상은 대중소비 저작물이라고 할 수 있는 음악저작물 부문에서 특히 현저하다. 정보기술의 발전에 의하여 과거에는 존재하지 않던 서비스가 출현하고, 이러한 내용이나 목적에 의하여 유연하게 이용규정이나 사용료규정을 탄력적으로 결정해야 할 필요성이 높아지고 있는 것이다.<sup>290)</sup> 이를 위해서는 보다 더 저작

288) 실제 우리나라의 소리바다사건이나 벅스사건의 경우에서도 이를 본 바가 있다.

289) 이는 큰 틀에서 종전의 권리자 중심의 권리강화라는 저작권법 개정이 이용자와 산업계를 위한 방향으로 흐를 것이라는 전망도 있다. 中山信弘, 「著作権法」(有斐閣, 2007), 序文 참조. 또한 최근 일본의 민간단체인 디지털콘텐츠법전문가포럼이 실제 그와 같은 바탕에서 온라인콘텐츠의 유통을 촉진하는 가칭 “온라인콘텐츠유통특별법”을 제정하자는 주장을 하고 있다(「전자신문」, 2008, 3. 19일자).

290) 실제 독일의 경우에는 사적복제보상금제도에서 대상기기와 관련하여 종전법 제54조 제1항은 방송의 녹음·녹화나 녹음·녹화물의 증제에 대한 보상의무에 대해서 “그러한 복제를 행하도록 특

자나 행정청 등이 현실적·기술적·국제적인 이해를 높이도록 하여야 한다.

## 라. 집중관리의 고도화 문제

집중관리체제는 본래 저작자 보호를 목적으로 한 것이나, 그 형성발전은 저작권의 집중화·허락절차의 간소화 등의 면에서 이용자의 편리에도 도움을 준다. 정보사회에서는 특히, 저작물 등이 디지털화하고 네트워크에서 다양한 형태로 신속하게 이용된다. 그에 따라 지금과는 비교할 수 없을 만큼 대량적인 권리처리 문제가 발생되는데, 이 문제는 현재의 저작권 제도가 당면하고 있는 최대의 어려움이라 할 수 있다. 이 상황을 타개할 수 있는 해결책으로는 저작권 등을 효율적으로 집중관리할 수 있는 체제구축에 있다는 것이 지배적 의견이다. 곧, 집중관리의 고도화라는 명제가 도출되는 것이다.

저작물의 혁명적인 산출과 이용이 이루어지는 환경에서 요구되는 내재적 요인과 급변하는 국제적 환경에 적절하게 대응하여야 한다는 외재적 요인은 집중관리제도와 관련한 문제의 기본바탕이다. 집중관리의 고도화라는 명제가 우리나라의 집중관리단체로 하여금 새로운 변화와 발전을 요구하고 있는 것이다. 저작물의 대량생산·대량유통·대량소비가 가능해진 오늘날 이의 유통체제가 고도화되지 않으면 디지털 환경이 가지고 있는 폭발적인 잠재능력은 사장된다. 저작권의 집중관리는 음악·연극저작물의 공연권을 집중관리하는 데에서부터 출발하였으나, 디지털 저작(인접)물의 집중관리는 음악·연극저작물의 집중관리와는 다른 측면이 있다. 즉, 디지털화된 저작물이나 저작인접물은 비트(bit)의 흐름에 의하여 전달되기 때문에 기술적인 토대가 갖추어지면 과학적인 관리가 가능해진다는 점이다.

이에 대하여는 이미 선진각국에서 저작물이나 저작인접물의 집중관리를 위하여 많은 기술적인 투자를 하고 대형 프로젝트를 통한 시스템 구축에 깊은 노력을 기울이고 있다. 디지털화된 저작물이나 저작인접물의 집중관리가 가능하기 위한 저작물관리정보체제(Copyright Management Information System)·전자저작물관리체제(Electronic Copyright Management System)·저작물 보호장치 서비스의 보호 등 세 가지 요소의 완비체제 구축은 그 구체적 형태다.<sup>291)</sup>

## 마. 문화가치가 높은 저작물 저작자에 대한 배려

정된' 기기가 그 대상으로 된다는 뜻을 규정하고 있었다. 그러나 이와 같은 특정성 요건은 새로운 형태의 복제기와 충돌하는 문제를 발생시켰기 때문에 그 경직성을 유연하게 하는 법개정을 2007년에 행한 바 있다.

291) 가까운 일본에서는 오래전부터 北川 教授가 제창한 이른바, “Copy Mart”가 많은 검토를 거치고 있는 중이다. 이에 관한 상세한 것은, 北川善太郎, “權利管理システムの未來像, コピーマートを中心に: 總論,” 「著作権研究」, 第29号 (2002), 69-83面 참조.

경제적 가치가 낮으나, 문화예술에의 기여도가 높은 저작물 저작자에 대한 배려는 집중관리체제에서도 고려하여야 한다. 저작권의 경제적 측면은 저작물 이용에 따른 경제적 이익의 환원을 본질로 하는 것이므로, 그와 같은 이익환원 구조가 성립하기 어려운 저작물을 포함하여 사회 전체의 밸런스를 취한 문화진흥을 위한 측면에서 그렇다.<sup>292)</sup> 물론, 이 고려는 저작권 제도나 집중관리에서의 문제가 아닌 예술창조 활동의 추진이나 문화재의 보존·활용을 위한 국가의 재정적 지원을 포함한 적극적인 시책의 전개에서 다룰 수 있을 것이다. 그러나 집중관리체제에서 다소의 여지를 보여주는 부문이 있다. 그것은 미분배금이나 일정 사용료의 공익적 사용이라는 부문이다.<sup>293)</sup>

## 제4절 개선방안

### 1. 기본적 관점

첫째, 저작자 의사의 존중이다. 저작권 관리는 기본적으로 저작자가 자신의 이익 실현을 위하여 존재하는 것이다. 따라서 저작권관리단체가 저작권 관리를 행할 경우에도 저작자의 의사를 존중하여야 함은 당연하고, 지켜져야 할 원칙이다. 저작권의 신탁에서부터 관리방법 등에 이르기까지 저작자의 의사에 따르도록 하는 것은 이의 연장선상에서 이루어져야 한다.<sup>294)</sup>

둘째, 저작물 이용실태 변화에 따른 대응이다. 디지털 네트워크 환경은 저작물 이용 형태를 급속하게 다양화시키고, 대량적 이용과 함께 장르가 다른 저작(인접)물을 통합적으로 이용시키고 있다. 디지털 네트워크 환경에 대응한 집중관리체제의 구축은 이에 대응하는 방책이다.

셋째, 저작권관리단체와 그 업무에 대한 저작자와 이용자의 신뢰성 확보다. 저작권 관리사업은 다른 사람의 재산을 관리하는 것이므로 저작자가 안심하고 저작권을 신탁할 수 있는 신뢰성이 확보되어야 한다. 또한 이용자와의 관계에서도 안심하고 계약관계를 맺는 것과 같은 신뢰성 확보가 중요하다. 이는 거래의 안전과도 직결된다.

292) 著作権審議會, “著作権審議會權利の集中管理小委員會專門部會報告書,”(日本文化廳, 2000. 1)(<http://www.cric.or.jp/houkoku/h11-7a.html>).

293) 사적복제보상금의 경우 주요국은 일정금액을 공통기금화하여 공익적 사업에 지출한다(프랑스는 25퍼센트, 일본은 20퍼센트). 또한 독일의 경우에는 일반 사용료에서도 이를 지출하는 것으로 알려졌다.

294) 저작자 의사의 존중에는 선택의 자유 확보도 포함될 수 있는바, 이에선 제도적으로 저작권관리 단체의 선택 또는 신탁의 대상이나 권리별 분리신탁 등이 거론된다.

넷째, 저작권관리단체와 그 업무에 대한 투명성 확보다. 저작자가 저작권 관리에 대하여 선택의 자유를 행사할 수 위해서는 저작권관리단체의 업무에 관한 투명성이 확보되고, 업무에 관한 정보가 충분히 제공되어야 함은 불가결하다. 이용자와의 관계에서도 투명성 확보는 계약관계를 원활하게 진전시키기 위하여도 중요성을 지닌다.

다섯째, 저작권에 관한 정보제공의 충실화다. 저작권관리단체로 하여금 저작권에 관한 정보제공 기능을 충실하게 하는 것은 저작권 제도의 원활한 운영에 긴요한 사항이다. 디지털 네트워크 환경에서 다양하고 대량적인 저작물 이용은 이에 대한 중요성을 더욱 인식시키고 있다.

## 2. 기본구조

### 가. 통합된 집중관리

21세기 첨단 전자통신수단과 컴퓨터 기술의 발달을 바탕으로 한 인터넷 시대를 맞이하여 집중관리체제는 새로운 전기에 접어들었다고 진단할 수 있다. 저작물의 혁명적인 산출과 이용이 이루어지는 환경에 더하여 급변하는 국제적 환경에 적절하게 대응하여야 한다는 외재적 요인과 집중관리의 고도화라는 내재적 요인이 발견되고 있기 때문이다. 앞으로 정보의 디지털 네트워크화가 진행되면 될수록 집중관리 고도화 문제는 더욱 부각될 것이다.

집중관리의 통합화는 집중관리체제의 고도화와 디지털 네트워크 사회에 대응한 방향의 하나다.<sup>295)</sup> 하나의 집중관리체제도 이와 일치하는 관점이다. 아날로그 환경 하에서는 개별적 저작권 관리가 적합하지 않다. 현재의 집중적(collective) 관리는 아날로그 환경을 전제로 한 것이다. 그러나 디지털 기술이 진전함에 따라 개별적 저작권 관리를 가능하게 할 수 있도록 기술적 문제가 해소될 수 있다. 이렇게 되면 집중관리단체는 그들의 본래의 임무 즉, 개별적으로 이용허락을 받아 요금이 청구되는 “중심적 관리”(central management) 체제로 변하게 될 것이다. 본래 집중관리단체는 기본적으로 개별적인 기준에 따라 저작물의 특정한 이용을 관리하기 위하여 설립된 것이다. 오늘날에도 공연에 대한 이용허락을 원하는 음악가들은 그들이 연주하고자 하는 음악저작물의 제목과 작가를 포함한 세부적인 프로그램을 제출하여야 한다.

---

295) 이론상 단일의 집중관리체제는 관리비용 절감과 새로운 이용형태에 신속한 대응을 할 수 있다는 장점이 제시되고, 복수의 집중관리체제는 권리자의 권리보호 충실화라는 장점이 제시된다(WIPO, *supra note 165*, 88면).

집중적(collective) 관리체계를 중심적(central) 관리체계로 전환하는 경우에는 다음과 같은 원칙이 준수되어야 한다. i) 이용료의 체계는 최대한 유동적이어야 한다. 예컨대, 저작물의 범주에 따른 차별적 요금 등과 같은 전자기술은 차별적인 요금체계에 용이하게 적용할 수 있다. ii) 분배는 실제 이용된 실적에 따라 개별적으로 지급되어야 한다. iii) 베른협약 제6조의 규정에 따라 저작자에게 배타적으로 부여된 저작인격권이 디지털 이용과 관련하여 특히, 중요하다. 이상과 같은 원칙을 지킨다면 저작물의 전자적 이용의 중심적 관리체도가 실현될 것이다.

## 나. 확대된 집중관리

확대된 집중허락제도(Extended Collective Licence : 이하 “ECL”이라 한다)는 특정 저작물 권리자의 상당수를 대표하는 저작권관리단체가 그 단체에 가입되지 않은 유사한 형태의 권리자들에게도 효력이 미치는 계약을 이용자와 체결하는 것이 허용되는 반면에, 비회원인 저작권자들에게는 추후에 그들의 저작물이 이용허락된 바에 따라 저작권 관리단체들이 정수한 수입에 대하여 보상금을 청구할 수 있는 권리가 주어지는 형태를 말한다.<sup>296)</sup> <sup>297)</sup> 그 점에서 ECL은 기본적으로 법이 지원하는 자발적 이용허락(voluntary licensing with back-up system in legislation) 제도라고 할 수 있다.<sup>298)</sup>

전통적인 저작권집중관리제도가 저작권 관리에 충분한 해결책이 되는 것은 아니다. 권리자를 대표하는 단체가 저작물의 이용허락을 함에 있어서 전면적인 승인권한을 가지고 있는 것은 아니기 때문이다. 따라서 집중관리단체의 회원이 아닌 저작권자의 저작물을 이용하고자 하는 자가 어떠한 방법으로 용이하게 저작물을 이용할 수 있게 할 것인가는 법기술적으로 해결하여야 할 문제로 된다. 이러한 문제를 해결하

296) 법이 지원하는 자발적 이용허락제도는 법이 집중관리를 지원하고 또한 저작권 단체에 의하여 취해진 이용허락이 비회원인 저작권자의 권리에도 적용되는 것을 가능하게 하는 법기술로서, ECL과 “의무적인 집중관리제도”가 여기에 속한다(IFRRO DETAILED PAPERS I, *Different Models of RRP Operation in Practice*, 1997, § 3.2).

297) 의무적 집중관리제도는 프랑스가 1995년 개정 저작권법에서 최초로 도입한 제도로서 배타적 권리와 자발적인 이용허락에 근거를 둔 복사기에 의한 복제권의 관리에 의무적으로 집중관리를 하게 하고, 권리의 관리는 자발적이지만 권리자들은 집중관리단체를 통하여서만 소송할 수 있게 법적으로 규제하고 있다. 따라서 이 제도는 비회원 권리자가 이용자들에게 직접적으로 소송을 할 수 없게 함으로서 이용자의 지위를 보호하기 위한 것이다. 프랑스에서 이용자와의 계약은 문화부장관에 의하여 승인된 단체만이 체결할 수 있다(Jane C. Ginsburg, *Putting Cars On The Information Superhighway: Authors, Exploiters And Copyright In Cyberspace*, 95 *Colum. L. Rev.* 1466, 1492면).

298) ECL에 관한 보다 자세한 것은, 박영길, “확대된 집중이용허락(ECL)제도의 도입에 관하여,” 「예단연소식」, 제2호(2003), 14-17면 ; 오승중, “ECL제도에 대한 연구보고서”(법무법인 바른 법률, 2005. 7) 참조.

기 위하여 만들어진 제도의 하나가 북유럽국가들이 채택한 ECL이다.

북유럽국가들은 저작물이 대량으로 이용되는 상황에서 집중관리단체에 의하여 대표되지 않는 저작권자의 저작물 이용을 용이하게 하는 방안으로서 저작물에 대한 이용권을 보장하는 ECL을 법제도적으로 창출한 것이다. 다시 말하면 ECL은 저작권 관리에 있어서 전형적인 집중관리방식이 가지는 장애를 극복하기 위한 현대적인 장치로서 탄생한 제도다. 북유럽 국가들의 ECL은 이미 1960년대부터 방송프로그램에 대한 콘텐츠에 있어서의 모든 권리자에게 관련된 방송사업자의 문제점들을 해결하기 위한 수단으로 이용되어온 제도다. 동 제도는 1980년대에 이르러 특히 복사기에 의한 복제, 케이블 전송 및 재전송과 같은 저작물의 대량이용에 관한 문제를 해결할 수 있는 최선의 방안 즉, 저작물 이용의 편의와 저작권자의 권리보호와의 조화를 이룰 수 있는 제도로 평가되고 있다.<sup>299) 300)</sup>

그러나 세계지적재산권기구는 베른협약과 로마협약상의 배타적 권리가 아닌 보상청구권에 한정된 권리가 아니라면 이를 적용할 수 없다는 견해를 보인다.<sup>301)</sup> 우리나라에서도 ECL에 대하여는 부정적 입장이 다수라고 할 수 있다.<sup>302)</sup>

#### 다. 허가제도 내지 복수단체 여부

저작권집중관리는 선진국이나 개도국 또는 시장경제국가 뿐만 아니라 사회주의 국가 등 저작권법을 가진 국가 모두가 행하고 있다. 정치체제와 관계없이 집중관리제도를 인정하는 목적은 집중관리제도가 권리자들이 자신의 저작권을 효율적이고 경제적으로 행사하고 관리하는 것이 가능하게 한다는 것에 둔다. 또한 집중관리제도가 권리자의 이익을 보호하기 위한 최선의 수단이고, 다른 한편으로는 저작권으로 보호되는 저작물을 소비자가 이용하기 위하여 이용허락을 받는데 있어서 접근을 용이하게 하는 수단으로서 이용자들에게 편의를 제공한다는 점에 있다.

최근 들어 디지털 네트워크 기술의 발전에 따라 저작물 등을 둘러싼 환경이 크게 변화하고, 저작물 등을 이용한 산업 등이 활발하게 전개되고 있다. 이와 같은 산업

---

299) Jukka Liedes · Hannu Wager · Tarja Koskinen & Satu Lahtinen, *EXTENDED COLLECTIVE LICENCE : THE NORDIC SOLUTION TO COMPLEX COPYRIGHT QUESTIONS*(1991. 6). 3면.

300) 그러나 그 실제의 경우에는 일정한 저작권 제한 내에서 이루어지는 행위 예컨대, 교육활동 내에서의 복제, 영리적 기업 등에 의한 복제, 시각 및 청각 장애인에 위한 복제 등에 국한하여 이를 적용하고 있다.

301) WIPO, *supra note 165*, 88면.

302) 그 자세한 반대이유는, 저작권심의조정위원회 편, 「저작권법 전면 개정을 위한 기초 조사연구」(문화관광부, 200), 180면 ; 허희성 외 3인, “저작권 위탁관리제도 개선방안 연구”(문화관광부, 2004), 130면 참조.

등의 발전에는 저작물 등의 이용허락계약의 원활한 체결이 불가결하기 때문에 집중 관리제도의 역할이 한층 더 중요시되고 있다. 이 때문에 저작권법은 신탁관리업에 대하여 권리자 및 이용자의 이익을 보호하면서 원활한 저작물 등의 이용질서를 형성하기 위하여 신탁관리업을 하고자 하는 경우에는 문화체육관광부장관의 허가를 받도록 하고 있다.

저작권법이 집중관리단체의 설립에 관하여 허가주의를 취하고 있는 것은 집중관리 단체의 설립과 운영을 감독하고자 함에 있다. 감독을 통하여 필요로 하는 모든 권리자에 대한 집중관리단체의 적응성, 회원자격의 합리적인 조건, 권리에 관계된 중요한 결정에 대하여 권리자 또는 그들이 대표기관에의 적절한 참여, 권리자, 회원과 비회원, 내국민과 외국인 등 사이에 비차별적인 사용과 감시, 징수 및 분배제도, 권리자 및 상호관리계약이 존재하는 외국단체에 대한 그 저작물과 관리저작물 각각의 권리관리에 관한 기초자료로서 구체적이고 상세한 보고의 제공 등에 철저를 기할 수 있는 것이다.

오랫동안 허가제를 유지해오던 일본은 신탁관리업을 등록제로 변경하였는바, 이와 관련하여 국내에서도 허가제도의 존치여부가 논의되고 있다. 즉, 독일과 같이 허가제로 할 것인가 또는 일본과 같이 등록제로 할 것인가가 주된 쟁점이다. 이와 관련하여, i) 경제원리 또는 시장원리와는 거리가 많아 권리자들을 위한 이용개발이나 합리적인 경영관리에 관심 내지 노력을 기울이지 않고 있으며, ii) 저작자가 가지는 저작권이 더 이상 배타적인 허락권이나 금지권이 아니라 보상청구권으로 전락하여 저작자의 지위가 격하되었다는 이유에서 우리나라도 일본과 같이 신탁관리업을 허가제에서 등록제로 변경하여야 한다는 주장이 있다. 즉, 이 주장은 신탁관리업도 경쟁에 의하여 발전시키고 나아가 권리자들의 권익을 신장하게 될 것으로 보고 있는 것이다. 그러나 여기에는 신탁관리업의 복수와 단수의 선택에서 그 장단점을 살피는 것이 선행되어야 한다.

첫째, 단수의 경우에는 권리처리비용의 절감과 법적 안정성의 측면에서 바람직하다고 본다. 신탁관리업이 하나만 존재할 경우에 이용자는 그 신탁관리단체만을 상대로 하여 이용계약을 체결하면 족하고, 하나의 이용계약에 의하여 해당 저작물을 이용할 수 있다. 그 경우에는 하나의 단체만을 거치기 때문에 거래비용도 절감된다. 또한 하나의 신탁관리단체와 이용계약을 체결하여 모든 저작물을 이용할 수 있기 때문에 잠재적인 권리침해의 가능성도 줄어들게 될 것이다. 또한 새로운 이용형태에 용이하게 대응할 수 있는 것이 단수의 경우에 장점으로 작용한다. 그 반면 모든 저작물에 대하여 특정 신탁관리단체가 독점적 지위를 가질 경우에는 그 독점적 지위의 남용으로 폐해가 있을 수 있다. 또한 저작자 개인에 요구에 따른 관리가 제한될 수 있다.

둘째, 복수의 경우다. 복수의 신탁관리단체가 존재할 경우에는 여러 신탁관리단체가 경쟁하게 될 것이고,<sup>303)</sup> 결국 저작권자는 가장 효율적으로 조직 및 운영되는 신탁관리단체를 통하여 자신의 권리를 관리하도록 함으로써 경제적으로 가장 많은 이익을 올릴 수 있다. 곧, 저작자 보호의 충실화를 달성할 수 있는 것이다. 다만, 동종의 저작물에 대하여 여러 개의 위탁관리기관이 존재할 경우에는 자칫 집중관리제도 본래의 장점이 상실될 가능성도 있다.

복수의 신탁관리단체를 둘 것인지 또는 단수의 위탁관리기관을 둘 것인지는 전술한 바와 같이 각각 장단점이 있다. 적어도 현행 저작권법상으로는 신탁관리는 문화체육관광부장관의 허가를 받아야 한다. 허가를 받아야 한다고 해서 반드시 단수의 신탁관리단체가 존재하여야 하는 것은 아니다. 예컨대, 기존의 신탁관리단체가 있다는 이유만으로 제2의 신탁관리단체의 허가를 거절할 수는 없을 것이다.

저작권집중관리도 기본적으로 저작자 의사에 입각하여야 한다는 입장에서는 저작권 권리보호에 충실함을 보여주는 복수의 집중관리체제가 바람직하다고 할 것이다. 그러나 오늘날의 디지털 네트워크 환경에서 나타나고 있는 저작물의 대량적 이용 현상을 고려할 때 하나의 신탁관리업 체제의 장점을 도외시할 수 없다. 더욱이 우리나라는 최선진적인 디지털 네트워크 환경을 구축하고 있으며, 저작권 산업을 진흥시키고자 하는 국가의 정책목표도 설정되어 있는 상황이다. 저작권 관리의 집중화·통합화를 통한 고도화가 요구되는 우리나라의 현 상황에서 이를 포기하는 것은 쉽지 않은 일이다.<sup>304)</sup>

## 라. 포괄대리 문제

저작권법은 대리중개업을 “저작재산권자·출판권자 또는 저작인접권자를 위하여 저작물 또는 저작인접권의 대상인 실연·음반·방송의 이용에 관한 대리 또는 중개행위를 하는 업을 말한다”고 규정하고 있다. 다만, 대리의 경우 포괄적 대리는 사실상 신탁관리에 해당함으로 저작권법상 대리의 개념에서 제외하고 있다. 이와 관련하여 대리중개업체의 이른바, “포괄대리” 문제가 그간 여러 가지 형태로 문제를 제기하고 있다. 이에 대한 법제처의 유권해석도 2건이 생산되는 등 다소의 해결기미가 보이고 있기는 하나,<sup>305)</sup> 근본적으로 이를 해결하는 입법론적 방식도 검토해볼만 하다.<sup>306)</sup> <sup>307)</sup>

303) 독일의 경우 영화분야에는 심지어 6개의 신탁관리단체가 경쟁하고 있다고 한다. 이는 각각 VFF, VGf, GWFF, GÜFA, AGICOA 및 VG Bild-Kunst. 이에 대해서는 Fromm/Nordemann, *Urheberrecht. Kommentar*, 8. Aufl., Einl WahrnG Rn. 9 참조.

304) 이에 대하여는 실제 실무입장에서 단수단체에 의한 독점의 폐해정도가 이용자의 편의보다 심각한 상황이므로 복수단체에 의한 경쟁환경을 조성하는 것이 필요하다는 견해도 있다.

305) 법령해석관리단, “법령해석사례,” 「법제」, 제601호(2008.1), 121-122면 참조.

### 3. 내부구조 문제

#### 가. 신탁의 범위

신탁과 관련하여 논의되는 것 중의 하나에는 포괄신탁계약을 들 수 있다. 여기에서 포괄신탁계약이란 저작자가 가지는 모든 재산적 권리를 일괄하여 신탁관리단체에게 신탁계약으로 이전하는 것이다. 이와 관련하여 포괄적 신탁제도의 문제점이 제기된다. 그 문제점을 제기하는 논거는 저작자의 자유의사를 지나치게 제한한다는 것에 있다. 즉, 권리의 선별 신탁이 봉쇄됨으로 인하여 저작자 개인의 의사가 무시될 수 있는 것이다.<sup>306)</sup> 현재 저작권 관리기술은 상당부분 진척되어 개별허락도 가능하다는 전망도 개진되는 등 저작자의 선택 가능성을 높이는 상황이 조성되고 있다. 그렇기 때문에 저작자의 의사를 존중한 신탁관리가 이루어질 필요성도 높아가고 있는 것도 사실이다.

실제적 필요성에 의하여 이를 주장하는 견해도 있다. 영화회사나 음반회사가 모든 권리를 포괄신탁하여야 한다면 그 회사들의 존립 기반이 없어지는 결과가 되어 신탁 자체를 할 수 없다. 현실적으로 메이저 영화사나 음반사들은 대부분 신탁관리단체를 이용하지 않고 있는바, 이는 그들 회사의 이익창출 구조상 그럴 수밖에 없기 때문이다. 저작권 신탁범위를 세분화하여 선별신탁이 가능할 경우에 그들은 주된 이익구조를 지키면서 신탁을 행할 수 있게 된다. 이로써 신탁단체는 더 많은 저작권을 확보하고 이용의 편의를 증진시킬 수 있다는 것이다.

신탁의 범위를 상정할 때 우선 고려되어야 할 것은 위탁자의 선택권 인정범위다. 이론상 신탁범위는 저작물 단위당 신탁, 지분권 신탁 등이 고려될 수 있는데, 여기에는 다음과 같은 문제가 따를 수 있다. i) 음악저작물의 경우 작품마다의 위탁은 씨작(Confederation Internationale des Societes d'Auteurs et Compositeurs. “CISAC”)의 기준에 합치되지 않는다는 점, ii) 외국의 집중관리단체와 상호관리계약을 체결할 경우에 상위점에 대하여 고려하여야 한다는 점, iii) 선택 인정의 폭을 세분화하는 경우에는 관리경비의 증대나 원활한 관리에 지장이 초래된다는 점이

306) 그 상세한 것은, 최종철, “저작권법상 포괄적 대리에 관한 소고,” 『지적재산권』, 2006. 1, 46면 참조.

307) 그러나 이에 대하여는 저작권 관리가 신탁관리단체에서만 이루어지는 것이 아니라는 점과 저작자의 자유로운 선택의 기회를 보장하기 위하여 포괄적인 대리중개업 허용을 주장하는 견해도 있다.

308) 여기에는 포괄신탁계약으로 말미암아 다른 권리를 저작자가 직접 이용하는 경우에도 법적으로는 신탁관리단체에게 이전된 권리를 이용하는 것이므로 동 단체에 이용대가를 지급하여야 한다는 모순도 있다는 주장이 있다.

다.<sup>309)</sup> 따라서 신탁범위를 정할 경우에도 합리적인 범위내에서 일정한 제한을 가하여야 할 것이다.

한편, 신탁의 범위에 대한 저작권법상의 명문의 규율규정은 없다. 다만, 소관부처의 지침 내지 지도를 통하여 이를 규율할 수는 있다. 저작권법상 신탁관리업을 하기 위해서는 대통령령이 정하는 바에 의하여 문화체육관광부 장관의 허가를 받아야 하는바,<sup>310)</sup> 대통령령은 신탁계약 약관 등을 제출하도록 하는 한편 이의 변경을 할 경우에 문화체육관광부 장관의 승인을 얻도록 규정한 것에서 그 규율이 가능한 것이다.<sup>311)</sup>

## 나. 전문성과 투명성 확보문제

집중관리체제는 기본적으로 저작자의 권익확보를 우선으로 하여야 한다. 이와 관련하여 조직원의 전문성 확보가 필요하다. 저작자의 권익확보에는 전문가에 의한 집중적인 관리가 최대한 발휘되도록 하여야 극대화시킬 수 있기 때문이다. 조직편제에서도 이를 뒷받침할 수 있는 사무처리부서의 독립이 이루어져야 한다.<sup>312)</sup> 또한 집중관리단체의 투명성 확보는 내부적으로 저작자의 권익을 도모할 수 있으면서 외부적으로 신뢰성을 확보할 수 있는 문제이기 때문에 꾸준히 지속되어야 할 사안이다.<sup>313)</sup>

## 4. 규제 내지 통제 여부

### 가. 내부적 통제

집중관리단체에 대한 규제 내지 통제는 통상 저작권법 내지 관련법에 의한 것을 의미한다.<sup>314)</sup> 그러나 집중관리단체 내부 자체에서의 통제가 있을 수 있음을 볼 수

309) 著作権審議會, “著作権審議會權利の集中管理小委員會專門部會報告書,”(日本文化廳, 2000. 1)(<http://www.cric.or.jp/houkoku/h11-7a.html>).

310) 저작권법 제105조 제1항.

311) 저작권법 시행령 제47조 제1항 제1항 제3항.

312) 이에 관하여는 보다 강하고 직접적인 의견도 다음과 같이 개진된다. 저작권관리단체는 저작자와 독립한 전문적 단체로 설립되도록 하여야 한다. 현행 저작권관리단체는 저작권자들을 회원으로 구성하는 사단법인의 형태로 설립되기 때문에 회원총회에서 의사가 결정되고 회원들이 이사나 임원을 맡고 있다. 그러나 저작권관리단체는 저작권자들의 친목단체 또는 권익단체가 아니고, 저작권관리사업을 전개하여야 하는 독립적이고 전문적인 경영조직으로 설립되도록 하여야 한다는 견해가 그것이다.

313) 투명성과 관련한 보다 자세한 것은, 이영록, “저작권 집중관리단체 활성화 제고방안에 관한 연구,” 저작권연구자료[53] (저작권위원회, 2007), 16-18면 참조.

314) 일본의 경우에도 관리사업법에 의하여 이루어지고 있음은 이미 본 바와 같다.

있다. 이는 특히 우리나라의 경우 집중관리단체가 비영리 사단법인이기 때문에 발현될 가능성이 높다.<sup>315)</sup> 또한 집중관리체도가 공익성을 갖고 있다는 점에서 더욱 그렇다.<sup>316)</sup> 그것은 영미법계에서 널리 인정되고 있는 회사의 지배구조(corporate governance, 지배구조 또는 통치구조)에 의한 것이다.

지배구조는 “건전하고 효율적인 회사경영”의 실현에 궁극적 목표를 둔다. 그 때문에 지배구조는 회사지배기구, 주주보호, 경영자의 의무·책임, 계산·공시 등이 어떻게 이루어져야 할 것인가를 논한다. 지배구조의 형성에서 “전문성”, “독립성” 및 “투명성”에 입각하여야 한다는 것은 거기에서 중요한 중간 인자다. 순수한 민간단체에 불과한 일반 회사의 지배구조에 대해서 투자가나 국가는 물론이고, OECD 등의 국제기관이나 NPO·NGO 등이 이에 관하여 활발하게 논의되고 있는 것은 회사가 국민경제에서 중심적인 역할을 하고 있을 뿐만 아니라 사회에 대한 영향력도 강력하다는 점에 있다.<sup>317)</sup> 이렇듯 일반 영리회사의 경우에도 중시되고 있는 지배구조는 비영리사단법인에도 적용될 수 있음은 당연하다 할 것이다.

비영리사단법인의 조직은 일반적으로 그 정점에 회원전원에 의하여 구성되는 최고 기관으로서 총회가 위치하고, 그 아래에 총회에서 선출된 이사에 의하여 구성되는 이사회가 있으며, 다시 그 아래에 일상적인 업무를 담당하는 사무국이 있는 조직 구조를 이룬다. 비영리사단법인의 이러한 지배구조는 사무집행기능과 정책심의 결정기능을 분리·독립하여 상호협조와 견제가 가능한 형태다. 그리하여 회장은 사무집행을 담당하는 실무 경영책임자로서의 기능을 담당하게 하고, 이사회 의장은 이사회에서 의장으로서의 정책심의 결정을 하면서 사무집행기관의 사무집행을 감독하게 한다. 구체적 예로 (사)대한상사중재원에서의 이사장과 원장, 사립대학에서

315) 일반적으로 법인(내지 단체)은 비영리법인(민법 제30조)과 영리법인(민법 제39조)으로 구분할 수 있다. 또한 비영리법인에는 민법상의 공익성이 있는 비영리법인과 학교법인, 사회복지법인 등 개개의 근거법에 기한 특수법인으로 나뉜다[여기에서의 “비영리성”과 “공익성”의 개념에 관한 상세한 내용은, 能見善久, “公益の團體における公益性と非營利性”, 「ジュリスト」, no. 1105(1997. 2. 1), 50-53面 참조]. 특수법인은 그 추구하는 목적을 기준으로, 첫째 공익을 목적으로 하는 공익법인, 둘째 공익뿐만 아니라 구성원의 공동이익을 목적으로 하는 (준)공익법인, 셋째 구성원의 공동이익만을 목적으로 하는 중간적 법인으로 나누어 볼 수 있다[이 경우 공익이라 함은 사회전반의 이익, 즉 불특정다수의 이익을 의미하는 것으로 이해하는 것이 일반적이었는데, 근래에는 공익의 개념을 보다 넓게 해석하여 법인이 제공하는 서비스의 이익이 사회전체에 공개되어 그 수익의 대상이 특정 개인으로 고정되어 있지 않은 것을 의미하는 것으로 해석하고 있다. 다만, 일본에서는 일본음악저작권협회(JASRAC) 등 저작권집중관리단체는 공익성 문제와 관련하여 1996년의 “공익법인의 설립허가 및 지도감독기준”에 따라 적극적으로 불특정다수인의 이익의 실현을 목적으로 일정한 문화사업을 실시하고 있다].

316) 집중관리체도의 공익성은 여러 군데에서 밝혀지고 있다. 예컨대, 멕시코 저작권법 제93조는 “본 법에 따라 설립된 다양한 종류의 저작권자 단체들은 공익을 위하여 존재하는 것으로 간주하고, 법적 실체로서의 특성을 갖추어야 하며...”라고 규정한다.

317) 이를 경제·사회에 대하여 큰 영향력을 가진 회사가 “건전하게 경영되어야 한다”라는 필요성은 당연한 것이라고 단언적으로 표현하기도 한다[神作裕之, “非營利團體のガバナンス,” NBL, no. 767(2003. 8. 15), 25-26面].

의 대학 총장과 이사장, YMCA에서 이사장과 총무 등의 관계를 들 수 있다. 특히, (사)일본음악저작권협회(JASRAC)는 임원으로서 회장과 이사장을 구분하여<sup>318)</sup> 회장이 본회를 총재(總裁)하고 정관에서 정한 직무를 수행하도록 하며, 이사장은 본회의 회무를 총괄하고 본회를 대표하도록 한다.<sup>319)</sup> 아울러 동 협회는 회장이 이사회에 출석하여 의견을 진술할 수 있을 뿐이다.<sup>320)</sup> <sup>321)</sup>

조직에서의 부정과 오류를 방지하고, 분쟁과 갈등을 예방할 뿐만 아니라 비효율 또는 낭비를 방지함으로써 경영의 효율성과 투명성의 증대는 이처럼 상호 견제와 협조 그리고 감시기능을 강화함으로써 달성될 수 있다. 여기에서 감시기능의 강화를 위한 1차적인 방안은 감사기능(auditing)의 강화를 포함한 내부통제구조(internal control structure)를 강화하는 것과 아울러 조직의 권한과 책임을 합리적으로 분할하는 것이다. 현재 우리나라의 집중관리단체는 이에 합치되어 있다고 하기 어렵다.

## 나. 외부적 통제

집중관리단체가 공공의 이익확보와 관련된다는 점에서 이를 유지하기 위하여 각국은 저작권집중관리단체의 설립과 운영에 일정한 제한을 가하고 통제할 수 있도록 여러 가지 수단들을 법에 규정하고 있다. 독일 등에서는 저작권위탁관리업에 대하여 허가제와 함께 사용료 및 분배규정의 승인 등 각종 규제를 한다. 그 이유는 첫째, 타인의 재산권을 관리하는 기관이므로 그 기반이 확실하여야 하며, 둘째 집중관리로 인하여 발생하는 강력한 권능의 적정한 행사와 저작물의 이용활성화를 위하여 규제가 필요하고, 셋째 견실한 위탁관리업을 육성하기 위하여 규제가 필요하다는 것이다.<sup>322)</sup>

우리나라에서도 1957년에 저작권법을 제정·시행한 이후 처음으로 1986. 12. 31. 전면 개정하여 1987. 7. 1.부터 시행하여 온 저작권법에서 저작권위탁관리업제도를 신설하고 이에 대한 통제를 해 오고 있다. 통제의 내용은 다음과 같다. 첫째, 허가제다. 1986년의 전면개정 저작권법 당시에는 대리, 중개, 신탁업 모두가 허가 사항이었다. 그러나 1994년 당시저작권법 개정시에 규제완화를 이유로 대리·중개는 신고사항으로, 신탁업은 허가사항으로 개정되었다. 또한, 허가를 받은 신탁관리단체에 의한 부당한 권리행사로부터 이용자를 보호하기 위하여 사용료와 수수료에 대해

318) 동 협회 정관 제14조 제1항 및 제2항.

319) 동 협회 정관 제20조 제1항 및 제2항.

320) 동 협회 정관 제27조.

321) 동 협회는 회장은 JASRAC의 정신적, 문화적인 중심으로서의 역할을 담당하는 최고의 지위에 있는 것으로서 일종의 명예직으로서의 역할을 하고, 이사장은 JASRAC의 실무처리의 중심으로서 최고의 지위에 있음과 동시에 대외적으로 JASRAC을 대표한다고 하여 동 협회를 대표하고 있다.

322) 中川善之助・阿部浩二 編, 「著作権」(第一法規出版社, 1973), 336面.

인가제를 취하고 있다. 이처럼 법규에 의한 신고와 허가가 첫 번째 통제다.<sup>323)</sup> 둘째, 신고나 허가 다음 단계로는 문화관광부장관이 감독 등을 할 수 있으며, 업무정지명령·허가취소 또는 업무폐쇄명령을 통제수단으로 저작권법에 규정을 두고 있다. 셋째, 저작권법 이외에 특히 중요한 것으로 독점금지법을 들 수 있는바, 이는 다음 항목에서 살펴기로 한다.

저작권관리업에 정부기관의 개입은 어느 정도 인정되는 것이 통상이다. 정부기관 개입에 대한 이론적 근거로서 첫째의 정당성은 집중단체의 활동에서 기인하는 반경쟁적 효과의 처리다. 둘째는 집중관리단체의 공평한 라이선스 업무를 확보하기 위한 독자적인 지휘감독의 필요성이다. 셋째는 저작자와 단체간의 상호관계에 관한 문제다. 이와 관련하여 우리나라의 집중관리단체에 대한 관할관청에 의한 감독은 집중관리단체들이 관할관청으로부터 지속적인 감독을 받게 되는 포괄적인 감시제도의 범주에 속한다고 할 것이다.

전문적이고 복잡한 저작권집중관리단체의 업무는 최근 들어 더욱 복잡다기하게 되었다. 디지털 네트워크의 급격한 진전에 따라 저작권 환경이 급변하고 저작물의 종류가 증가하는 한편 이용형태 또한 다양하게 되고 대량적으로 이용하게 되는 시대가 도래한 것이다. 그 결과 저작권집중관리단체의 역할이 더욱 증대되고 또한 저작자나 사회에 미치는 영향도 높아지고 있다. 이에 따라 저작권집중관리단체의 역할 또한 회원이나 사회에 미치는 영향이 증대되고 있어 그 공익적 성격이 강조된다.<sup>324)</sup>

따라서 신탁관리업에 요구되는 것은 단체 자체의 건전성과 아울러 유효성과 효율성도 같이 한다. 다만, 여기에서 효율성을 지나치게 추구하면 오히려 그 활동이 저해될 우려가 있다. 비영리단체인 신탁관리단체의 경우는 누구의 어떠한 이익을 위하여 유효성·효율성을 도모할 것인가라는 문제가 나타나는 것이다. 물론 그 평가는 사회적 유용성으로 나타날 것이나 일반 회사의 주가처럼 수치로 파악되기는 어렵다. 그 점에서도 주무관청에 의한 규제는 필요한 최소한에 그쳐야 할 것이다. 뿐만 아니라 국가는 신탁관리업에 대한 지원을 포함한 역할도 수행할 필요가 있다.

---

323) 여기에서 대리·중개업체의 신고제는 문제를 제기한다. 즉, 다수 업체의 난립으로 건전한 시장 질서 형성에 지장을 초래하고 있다는 점이 그것이다. 적어도 사후통제가 이루어지도록 법률을 정비할 필요가 있다.

324) 일본에서는 정부가 행정개혁의 일환으로서 1996년 9월에 각의에서 결정한 “공익사업의 설립허가 및 지도감독기준”에서는 공익법인은 적극적으로 불특정 다수인의 이익의 실현을 목적으로 하여야 하고, 그 회원의 이익을 도모하는 것만으로는 부적당하다고 되어 있다. 이에 따라 (사)일본음악저작권협회(JASRAC)에서는 문화사업을 적극적으로 실시하게 되어, 저작권 사상의 보급에 관한 사업, 음악저작물의 창작 또는 보급활동에 관한 지원사업, 음악의 이용개발에 관한 연구에 대한 지원사업 등을 수행하고 있다. 이러한 의미에서 본다면 저작권집중관리단체가 오직 그 회원의 이익만을 도모하기 위하여 활동하는 경우에는 공익성을 인정하기 곤란할 것이다.

## 5. 다른 법률과의 관계

### 가. 독점금지법과의 관계

저작권신탁관리업체가 저작권을 집중관리하는 데에는 독점금지법이 문제될 수 있다. 저작권집중관리단체란 저작권을 집중적으로 관리하는 단체를 말하는 바, 저작권이 집중적으로 관리되기 때문에 저작물 이용의 신속과 거래의 안전이 확보된다는 이점을 갖는다. 저작권자와 이용자의 개별적인 접촉·협상이 불필요하여 그 만큼 저작권자는 창작을 위하여, 저작물 이용자는 이용확산에 매진할 수 있도록 함으로써 저작권법의 목적달성에 기여하고 있는 것이 저작권집중관리단체의 역할이다. 그러나 저작권집중관리단체는 자유경쟁관계에 있어야 할 저작권자 각자가 하나로 결합하여 결국 독점적인 지위를 형성하게 한다. 그에 따라 공정한 경쟁관계를 통하여 상품의 효율적 이용을 제고하고자 하는 독점금지및공정거래에관한법률(이하 “독점금지법”이라 한다)과 상충될 수 있게 된다.

본래 저작권법은 저작물을 창작한 저작자에게 독점·배타적인 권리인 저작권을 부여한다. 문학·학술 및 예술 부문에 속하는 인간의 지적 창작물을 대상으로 그 저작자에게 독점·배타적인 권리를 부여함으로써 다른 사람으로 하여금 함부로 이를 이용하지 못하도록 하는 것이 저작권법인 것이다. 그 점에서 저작권법은 인간의 지적 활동의 성과로 얻어진 정신적 산물의 창작자에게 독점·배타적 권리를 부여하는 지적재산권법의 범주에 속한다. 발명·의장·상표 등을 보호대상으로 하는 산업재산권이나 저작물을 보호대상으로 하는 저작권 모두가 동일한 범주에 있는 것이다. 이처럼 지적 산물에 대하여 그 창작자에게 독점·배타적인 지적재산권을 부여하는 이유는 창작의 유인을 꾀하고 그 결과로 문화와 산업발전을 이루고자 하는 것에서 찾는다<sup>325)</sup>. 이러한 까닭에 지적재산권법은 지적 성과물의 창작자에 대하여 합법적인 일종의 사적 독점을 허용하고 있는 것이다.

이에 대하여 독점금지법은 독점금지를 본령으로 한다. 연혁적으로 독점금지법은 자본주의의 고도화에 따라 나타나는 독점의 폐해를 방지·배제하여 자유경쟁 경제를 촉진하고자 나타났<sup>326)</sup>. 자유롭고 공정한 경쟁을 통한 경제활동을 확보하기

325) 물론, 이에 대하여는 인간의 지적 노력에 대한 자연법상의 보상이라는 관념도 무시할 수 없다. 그러나 창작의 유인과 장려라는 관점은 당초 지적재산권 제도가 산업과 경제발전을 위하여 만들어진 것이라는 연혁적 바탕과 그 뒤의 공과를 살필 때 설득력을 갖는다[이에 관한 상세한 논의는, William R Cornish, *Intellectual Property*, Third Ed.(Sweet & Maxwell, 1996), 28-30면, 108-109면, 319-20면을 참조하고, 저작권과 관련한 것은, Francis J. Kase, *Copyright Thought in Continental Europe*(Fred B. Rothman & Co, 1967), 1-15면 참조].

326) 권오승, “독점규제법의 목적 및 성격,” 한국경제법학회 편, 「독점규제법연구」(삼영사, 1982), 12

위한 것이 독점금지법의 탄생 이유인 것이며, 이는 지금도 유효하다. 자유경쟁은 독점에 의해서 파괴되므로 독점을 금지시키는 것이 이를 지키는 길이며, 공정한 경쟁은 부정한 경쟁을 금지시킴으로써 달성된다. 그 점에서 독점금지법의 존재의 의의가 있는 것이다<sup>327)</sup>. 우리나라의 독점금지법 제1조(목적)도 “...사업자의 시장지배적 지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모함을 목적으로 한다”고 규정하고 있다. 이러한 목적하에 독점금지법은 행정기관이 규제 권한을 갖는 공법으로서 기능한다.

이와 관련하여 독점을 금지하는 독점금지법과 사적 독점을 허용하는 저작권법을 비롯한 지적재산권법이 정면에서 대립되는 것처럼 보인다. 독점을 금지하는 것이 독점금지법의 기본적 목표임에 비추어 지적재산권은 사인의 독점을 허용하고 있기 때문이기에 그렇다. 지적재산권법은 저작물 등 무체적인 재화에 대한 이용의 독점을 인정하는 제도임에 대하여 독점금지법은 사적 독점을 금지하는 제도이기에 양 제도가 대립하고 있는 것으로 보일 수 있는 것이다. 적어도 법형식상으로는 양법이 서로 충돌할 가능성을 가진다<sup>328)</sup>.

실제 미국의 경우 소송사건으로 존재한 버팔로 대 아스캅(*Buffalo Broadcasting Co. v. ASCAP, BMI*)사건에서는 독점금지법 위반이 인정된 바 있다. 사안은 약 700개의 지방방송국중의 하나인 버팔로가 음악저작권의 집중관리단체인 아스캅과 비엠아이에 대하여, 음악저작권 사용료의 포괄허락(Blanket Licensing)<sup>329)</sup>은 가격이 고정적이고 경쟁을 저해하는 거래에 해당한다고 하여 독점금지법 위반으로 제소함으로써 발발되었다. 이에 대하여 법원은 아스캅과 비엠아이의 버팔로방송국에 대한 연주권 허락방식은 불합리한 거래제한에 해당한다고 판시하였다.<sup>330)</sup> 이는 저작권집중관리단체가 포괄허락에 따른 일률적인 음악저작물 사용대가를 일방적으로 책정한 것이 공정한 경쟁에 저해된다고 본 사안이다. 그러나 이 사안은 독점금지

면.

327) 이에 관해서는 좀 더 사실적으로 “경쟁법의 기본논거는 독점으로 인하여 상실된 사회적 이익을 경쟁이 회복시키며 법적 규제를 통하여 그 손해를 감소시키거나 나아가 제거할 수 있다는 명제에 있다”는 것으로도 표현된다[John H. Agnew, 정완·김성준 역, 「경쟁법」, 법무자료 제116집(법무부, 1989), 9면].

328) 권오승, “특허권과 독점규제법,” 정상조 편, 「지적재산권법강의」(홍문사, 1997), 602면.

329) 이는 주로 방송부문에서 방송사가 음악을 일괄하여 이용하고 방송사의 수익 일정비율을 저작권 사용료로서 저작권집중관리단체에게 일괄하여 지급하는 방식을 말한다.

330) *Buffalo Broadcasting Co. v. ASCAP, BMI* 546 F. Supp. 274, 286(S.D.N.Y. 1982). 大家重夫編, 「外國著作權判例200題」(著作權資料協會, 1989), 139면에서 재인용. 이를 포함한 미국의 집중관리와 독점금지법에 관한 상세한 검토는, 박영길, “저작권의 집중관리와 독점규제법의 관계,” 「지적소유권법연구」, 제4집(2000. 6), 317-341면; 池端亨一, “ASCAPとアメリカ獨占禁止法,” 「著作權研究」, 第12号(1984), 93-109면 참조.

법에 의하여 저작권집중관리단체의 저작권 행사를 규율하는 영미국가에서 벗어날 수 있는 것이며, 우리나라를 포함하는 대륙법계에서 동일한 형태로 나타나기는 어렵다. 저작권집중관리단체가 정부의 허가단체이며, 정부의 엄격한 통제하에 사용료를 산정하고 업무관리를 받고 있는 형태가 대륙법계의 일반적 현상이기 때문이다<sup>331)</sup>.

그러나 우리나라의 경우에도 2001년 7월 24일 우리나라의 공정거래위원회 전원회의는 25개 연예기획사를 포함한 28개 사업자 및 (사)한국연예제작자협회 등 7개 사업자 단체에게 “연예계불공정거래행위등에대한시정조치”를 의결하였다. 공정거래위원회가 문제 삼은 것은 전속계약상의 불공정 약관, 거래상 지위남용행위, 부당한 공동행위, 사업자단체의 경쟁제한행위 및 부당한 광고행위인 바, 이러한 행위가 불공정거래행위에 해당된다는 것이고 이에 대하여 동 위원회가 시정권고, 시정명령, 과징금 부과 등의 시정조치를 내린 것이다.

저작권집중관리제도는 저작권자가 권리를 효율적으로 관리하도록 하는 측면 외에도 신기술의 발달과 함께 저작물의 종류와 저작물 이용계층이 다종다양해진 현실에서 저작물 이용자로 하여금 저작권자 및 저작물への 접근을 용이하게 하여 저작물 이용을 장려하는 장점이 있다. 따라서 저작권집중관리에 대하여 무조건적으로 독점금지법을 적용하기보다는 일정 한도에서 그쳐야 할 것이다.<sup>332)</sup>

그렇더라도 저작권집중관리단체가, i) 시장진입을 막기 위하여 회원가입을 차단하는 경우, ii) 특정한 저작물 이용자를 부당하게 차별하거나 특정한 형태의 이용을 부당하게 거부하는 경우,<sup>333)</sup> iii) 허락조건 등을 독단적인 방법으로 결정하는 것은 보편적이라 할 수 있는 국제적 시각에서 권리남용에 해당하는 것으로 본다.<sup>334)</sup> 335) 그밖에 자체 회원에게 불이익을 주는 경우<sup>336)</sup> 등에는 저작권법이 이를 규율하는 특별한 규정이 없는 한, 독점금지법이 적용되어야 할 것이다.

이 밖에도 최근 디지털 콘텐츠 시장이 확산되고 있는 현상임을 감안할 때, i) 디

331) 우리나라의 경우 저작권집중관리단체의 집중적 이용허락행위가 저작권이라는 상품시장에 반경쟁적인 결과를 가져오는 경우에는 저작권위탁관리업에 관한 허가, 변경승인, 감독 등에 관한 사항을 정하고 있는 저작권법 제105조 내지 제111조 및 동 시행령의 규정에 의한 규제를 행할 수도 있을 것이다.

332) 이에 대한 상세한 것은, “공정거래위원회 보도자료”(2002. 7. 24, <http://www.ftc.go.kr>) 참조.

333) 이는 독일저작권법이나 스페인저작권법에서 볼 수 있는 “계약강제” 규정을 마련해 놓지 아니한 우리나라의 경우에 특히 문제될 수 있다.

334) WIPO, *supra*, note 165, 66-67면.

335) 유럽의 저작권집중관리단체에 대하여 독점금지법을 적용한 사례에 관하여는, 정상조, “유럽공동체 경쟁법에 의한 지식소유권 행사의 제한,” 『관세월보』, 제252호(1991. 9), 15-17면 참조.

336) 이는 2001년 7월 24일 공정거래위원회가 우리나라의 저작권집중관리단체의 하나인 (사)한국음악저작권협회가 회원과의 신탁계약약관에서 협회의 동의를 얻어야만 수익자를 변경할 수 있도록 규정하여 음악저작권자의 자유로운 권리행사를 제한하기 때문에 시정조치를 내린 내용이다.

디지털 콘텐츠 특히 영상콘텐츠의 저작권의 귀속과 이의 2차적 이용을 저해하는 거래, ii) 방송사업자를 대상으로 하는 영상콘텐츠 거래, iii) 디지털 콘텐츠의 유통과 관련한 인터넷망사업자와의 거래, iv) 저작권집중관리단체 등에 대하여도 경쟁정책을 고려한 독점금지법 적용문제가 대두될 수 있을 것이다.<sup>337)</sup> 특히, 오늘날 디지털 콘텐츠 거래가 왕성하게 이루어지고 있으며, 경제활동에서 차지하는 비중이 매우 높아가고 있는 오늘날의 상황을 경쟁정책에서 외면한다는 것은 생각하기 힘들다고 보이기 때문이다.<sup>338)</sup> 보다 직접적으로는 스페인이나 독일의 입법례에서 볼 수 있는 이른바, “계약강제규정”의 도입을 들 수 있다. 또한 음반의 방송사용료 청구 등과 관련하여 당사자 사이의 협의를 규정하는 경우에는 독점금지법과의 저촉관계에 유의하여 이를 별도로 규정할 필요도 있을 것이다.<sup>339)</sup>

## 나. 온디콘법과의 관계

온라인디지털콘텐츠법(이하 “온디콘법”이라 약칭한다)은 “디지털콘텐츠”를 “부호·문자·음성·음향·이미지 또는 영상 등으로 표현된 자료 또는 정보로서 그 보존 및 이용에 있어서 효용을 높일 수 있도록 전자적 형태로 제작 또는 처리된 것”을 말한다고 규정하고,<sup>340)</sup> “온라인디지털콘텐츠”라 함은 “정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제2조 제1항 제1호의 규정에 의한 정보통신망에서 사용되는 디지털콘텐츠”를 말한다고 규정한다.<sup>341)</sup> 그러면서 “온라인디지털콘텐츠제작자”를 보호하고 있다.<sup>342)</sup> <sup>343)</sup>

이와 관련하여 온라인디지털콘텐츠제작자가 받고 있는 보호를 갖고 위탁관리가 가

337) 이는 일본의 공정거래위원회가 검토한 사안이다(보다 상세한 것은, 일본 공정거래위원회 홈페이지인 <http://jftc.go.jp> 참조).

338) 실제 일본의 공정거래위원회는 2002년 6월 19일부터 “디지털 콘텐츠와 경쟁정책에 관한 연구회”를 개최하여 디지털 콘텐츠의 제작·유통·이용실태를 파악하고 디지털 콘텐츠의 거래 등에 관한 경쟁정책상의 문제를 검토하고 있다. 구체적인 검토과제 항목은, ① 콘텐츠의 제작·2차이용에 관한 문제, ② 권리관리사업자(집중관리단체) 사이의 경쟁에 관한 문제, ③ 디지털콘텐츠의 기술적 보호에 관한 문제, ④ 저작권법상의 권리강화와 경쟁정책에 관한 문제다(이에 관한 상세는, 일본 공정거래위원회 홈페이지인 <http://jftc.go.jp> 참조).

339) 일본 저작권법 제95조 제13항 참조.

340) 온디콘법 제2조 제1호.

341) 온디콘법 제2조 제2호.

342) 온디콘법 제18조.

343) 지적재산권 부문에서 특정 대상을 보호하는 방식은 권리를 부여하는 형태(권리부여형), 특정 행위를 금지시키는 형태(행위규제형)로 구분할 수 있다[이에 관한 상세한 것은, 中山信弘, 「工業所有權法(上)」, 第2版(弘文堂, 1998), 15-17面 참조]. 이에 따르면 온라인디지털콘텐츠제작자의 보호는 행위규제형에 속한다. 이에 따라 온라인디지털콘텐츠제작자의 권리의 성질에 대해서도 이는 단순한 불법행위법 또는 부정경쟁방지법적인 규정에 불과한 것이지 그 제작자에게 배타적인 권리를 부여하는 것은 아니라는 견해 또는 사실상 배타적인 권리로 볼 수 있다는 견해 등 논란이 있다.

능한지에 대한 문제가 제기될 수 있다. 온디콘법은 온라인디지털콘텐츠제작자의 투자이익을 보호하기 위하여 디지털콘텐츠의 전부 또는 상당한 부분을 복제 또는 전송하는 것을 금지하고 있고, 이에 대하여 민·형사상의 구제수단만을 규정하고 있을 뿐 저작권법상의 위탁관리제도에 상응하는 규정을 두고 있지 않다. 그렇다고 온라인디지털콘텐츠가 반드시 저작권법상의 저작물이나 저작인접물 또는 데이터베이스에 해당한다고 볼 수도 없다.

특히, 데이터베이스와 관련하여 보면 단지 한 개의 온라인디지털콘텐츠 또는 그 수가 많지 않은 온라인디지털콘텐츠의 집합물의 경우에는 저작권법상의 “소재를 체계적으로 배열 또는 구성한 편집물”인 데이터베이스라고 보기 어렵다.<sup>344)</sup> 따라서 데이터베이스에 포함되지 않는 온라인디지털콘텐츠에 대해서는 저작권법에 의한 위탁관리를 할 수 없는 상태다. 만일 온라인디지털콘텐츠제작자의 법적 보호를 갖고 이를 위탁관리하고자 할 경우에는 온디콘법이나 저작권법에서 이를 규율할 수 있는 별도의 규정을 두어야 할 것이다.

#### 다. 신탁법과의 관계

저작권집중관리단체는 특히, 신탁관리업과 관련하여 신탁법이 문제될 수 있다. 신탁개념은 영미법에서 온 것으로서 신탁법상의 신탁에서 구체화되어 있지만 일단 권리의 수탁자에게로의 이전을 전제로 수탁자가 수익자를 위해 선량한 관리자로서의 주의의무를 부담하면서 신탁재산을 관리하도록 되어 있는 법적 구조다. 이에 따라 저작권법상의 신탁관리는 저작권 등 권리자로부터 저작권 등을 이전받아 권리자를 위하여 관리하는 행위를 의미한다고 해석한다.<sup>345)</sup>

대법원도 저작권법상의 신탁계약은 신탁법상의 신탁과 동일한 것으로 본 원심 판결, 즉 “저작자인 신탁자와 수탁자인 원고 사이에 각 음악저작물에 대하여 신탁계약이 체결됨으로써 저작재산권은 법률상 각 저작자로부터 원고에게 완전히 이전하여 원고가 권리자가 되고, 그 권리에 대한 소재기의 권한을 포함한 모든 관리처분권이 원고에게 속하게 되는 것이므로, 원고의 허락을 받지 않고 이 사건 각 음악저작물을 수록한 음반을 복제 또는 배포하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 원고의 저작권 침해행위에 해당된다”고 한 부분을 지지하였다.<sup>346)</sup> 즉, 저작권법상의 신탁

344) 2003년 개정된 저작권법상의 데이터베이스제작자로서의 권리다. 여기서 “데이터베이스”란 “소재를 체계적으로 배열 또는 구성한 편집물로서 그 소재를 개별적으로 접근 또는 검색할 수 있도록 한 것”을 말하며, 다시 “편집물”이란 “저작물이나 부호·문자·음성·음향·영상 그 밖의 형태의 자료의 집합물을 말하되, 데이터베이스를 포함한다”라고 규정한다.

345) 황적인·정순희·최현호, 「저작권법」(법문사, 1988), 384-386면 ; 송영식·이상정·황종환, 「지적소유권법」, 제4전정판(육법사, 1996), 1121면.

346) (당시의) 저작권법 제78조에 의하여 문화관광부장관으로부터 음악저작물에 관한 저작권신탁관리를 허가받은 원고는 저작자인 작사자 및 작곡자들로부터 현재 소유하고 있는 저작권과 장차

계약은 저작권을 양도받은 것이 아니라 단순히 관리권한만을 위임받은 것으로 본 1심 판결<sup>347)</sup>을 배척함으로써 신탁법상의 신탁개념과 같은 것으로 본 것이다.

그러나 법리적으로 볼 때 대법원의 판단은 저작권법의 신탁관리와 신탁법상의 신탁을 같이 볼 수 있는가에 대하여 약간의 의문이 제기된다. 신탁법은 위탁자와 수탁자가 특별한 신임관계에 기하여 위탁자가 수탁자에게 재산권을 이전하거나 기타의 처분을 하고, 수탁자는 수익자의 이익을 위하여 또는 특정의 목적<sup>348)</sup>을 위하여 그 재산권을 관리·처분하게 하는 법률관계로 정의하고 있다.<sup>349)</sup> 따라서 위탁자가 동시에 수익자인 저작권신탁관리계약의 경우 법적 권리(legal title)는 수탁자에게 이전하지만 형평법상의 권리(equitable title)는 수익자가 갖는 “권리의 분리”라는 영미법상의 신탁 특성이 원천적으로 발생할 수 없다. 그 점에서 저작권법의 신탁을 신탁법상의 신탁으로 보는 것에 의문이 제기되는 것이다. 다만, 민법상의 신탁 개념 속에 위탁자의 진정한 신탁의사에 기한 담보목적신탁, 추심목적신탁, 처분목적신탁 등으로 다양하게 존재할 수 있는 것과 같이 저작권 신탁관리의 경우에도 신탁재산의 성격과 위탁자의 자유로운 의사 등의 변수에 따라 관리목적의 위임적 신탁이나 권리 자체의 이전적 신탁으로 해석할 수도 있을 것이다.

그러나 그렇게 해석하는 경우에도 정작 신탁관리업체의 약관에서는 이를 확고하게 하는 내용이 규정되어 있지 않다. 예컨대, (사)한국음악저작권협회의 저작권신탁계약약관은 권리자가 신탁 이후에도 여전히 스스로의 권리를 일정한 조건에서 처분할 수 있음을 규정하고 있다.<sup>350)</sup> 이는 동 협회의 역할이 단지 “관리 목적의 소극적 신탁”으로 해석될 가능성을 높인다. 권리이전을 목적으로 한 신탁이라면 “사전에 수탁자의 승인을 받았다고” 하더라도 위탁자는 이전된 권리를 다시 되찾아 와서 이전하여야 한다고 규정하여야 한다. 그러나 동 약관은 “위탁자가 저작권의 전부 또는 일부를 양도할 수 있다”고 규정하고 있다는 점에서 동 약관이 신탁을 통하여 단지 관리 권한만을 위임하였을 뿐이고 권리 자체의 이전은 일어나지 않았다고 볼 수 있

---

취득하게 될 저작권을 신탁계약에 의하여 수탁 받아 관리하고 있었으나, 음반의 제조 및 판매업 등을 영위하는 피고가 각 음악저작물의 작사자 또는 작곡자들로부터 직접 사용허락을 받아 원반을 제작하였거나 혹은 저작권자로부터 사용허락을 받아 원반을 제작한 원반제작자로부터 원반의 사용허락을 받아 음악저작물의 음반을 제작, 복제, 판매하였기 때문에 정당하다고 주장하자 자신의 저작권 침해를 이유로 소송을 제기하게 된 사건이다(대법원 2002. 9. 24 선고, 2001다60682 판결).

347) 서울지방법원 2000. 9. 1 선고, 99가합23449 판결.

348) 특정의 목적은 공익적 목적의 charitable trust를 말한다. 이 경우 특정인이 수익자로 정해지는 대신 공익 목적을 가지는 경우 신탁계약은 유효하게 인정된다.

349) 신탁법 제1조.

350) 동 협회 저작권신탁계약약관 제2조 제1항은 위탁자가 저작권을 신탁재산으로 수탁자에게 이전하고, 수탁자는 위탁자를 위하여 신탁저작권을 관리하도록 규정하고 있음에도 불구하고, 제2항은 “사전에 수탁자의 승인을 받은” 경우에는 예외적으로 위탁자가 저작권의 전부 또는 일부를 양도할 수 있게끔 규정하고 있다.

다. 즉, (사)한국음악저작권협회의 신탁약관은 권리이전이 아닌 관리신탁으로의 의사를 추정케 하는 형태로 보이는 것이다.

이렇게 해석될 경우에는 위탁자와 수탁자간의 신뢰관계가 이루어지지 않는다면 법리적으로는 언제든지 위탁자가 신탁계약을 해지할 수 있다. 그 경우에는 권리관계의 명확한 처리와 이를 바탕으로 하는 권리의 원활한 유통 필요에서 신탁관리업 자체가 흔들릴 수 있게 된다. 이용자가 신탁관리단체만을 상대함으로써 얻을 수 있는 저작물의 신속하고 원활한 이용이 담보될 수 없기 때문이다. 신탁관리단체가 아닌 권리자와 이용조건 등을 둘러싼 교섭의 어려움이 나타날 수 있게 되는 것이다. 이는 신탁관리단체를 통하여 신속한 이용허락, 나아가 원스톱쇼핑 시스템 구축에 장애로 나타날 수 있다. 따라서 이의 결립돌을 제거하는 형태 즉, 신탁관리자가 저작권 침해자에 대한 소제기권을 포함한 모든 권리의 관리처분권을 갖는 형태로 저작권신탁계약약관을 분명하게 하는 것이 필요하다.

## 6. 기타

기타 문제로 들 수 있는 것은 사용료 등의 승인제의 재검토 및 이와 관련한 분쟁처리제도에 관한 것이다. 신탁관리단체의 사용료와 수수료는 현재 문화체육관광부장관의 승인사항이다.<sup>351)</sup> 이는 현행의 허가제에 의한 엄격한 참여규제를 전제로 설치된 것이라 할 수 있다. 만일 사용료의 승인제도를 변경하고자 한다면 새로운 관점에서 검토가 필요하다. 사용료 등에 관한 적절한 질서형성을 위해서는 신탁관리단체와 이용자 사이의 사용료에 관한 분쟁해결수단의 정비가 불가결하기 때문이다. 그 정비에서 놓치지 않아야 할 것은 저작물 이용의 신속이라는 관점에서 간이하고 신속한 분쟁처리시스템을 설치할 필요가 있다는 점이다. 그 점에서 저작권위원회의 기능을 활용할 필요가 있다. 기왕에 저작권위원회가 포괄허락을 둘러싼 사용료 등을 조정해왔다는 점은 그 장점으로 들 수 있을 것이다.

한편, 음악출판사(music publisher, 우리나라에서는 “권리출판사”라고도 부른다)의 역할과 관련하여 제시된 의견도 있다. 그 내용은 실무상 음악저작권 비즈니스를 실제 담당하는 음악출판사의 역할이 음악산업 발전과 관련하여 매우 중요하므로 그들의 활동을 보장하는 법적 장치가 마련하여야 한다는 의견이다. 이 의견은 하나의 저작권신탁관리단체만이 허용됨에 따른 문제점의 하나로 제기된 것이다. 음악산업 발전에서 음악출판사의 역할이 중요한 것은 그 발상국이라 할 수 있는 프랑스의 예나 근대에 들어 특히 발전된 보여 온 일본의 예를 보더라도 충분히 알 수 있다. 한마디로 음악산업에서 뿌리 역할을 담당하는 그들의 활동을 지원하고 조장하는 법을 포함한 제반 여건이 필요함에는 특히, 미미한 우리나라의 음악출판사 활동에 비추

---

351) 저작권법 시행령 제49조.

어 이견이 없다. 그러나 이를 하나의 저작권신탁관리단체만을 허용함에 따라 제기되는 문제로 보기에는 어렵지 않나 생각된다. 단적으로 선진국의 음악출판사는 하나의 집중관리단체에서 충분한 활동을 하고 있으며, 집중관리단체에의 참여도도 매우 높다.<sup>352)</sup> 따라서 여기에서는 우리나라의 음악출판사가 발전된 모습을 보이도록 제반 여건이 마련되어야 한다는 점에 동의하면서도,<sup>353)</sup> 여건 마련에서 저작권신탁관리단체와 관련한 문제는 더욱 검토되어야 한다는 입장을 취하도록 한다.

---

352) 예컨대, 일본음악저작권협회의 경우에는 음악출판사가 전체 사용료의 80퍼센트를 수령하며, 협회 이사로도 진출하고 있다. 서구에서는 아예 협회 명칭에서 작사가, 작곡가 외에 “음악출판사”를 넣는 경우도 보인다.

353) 이 점은 특히 우리나라의 음악산업 현실·발전과 관련하여 기본적으로고도 큰 중요성을 갖는다. 음악산업의 초석이자 토대를 이루는 것이 음악출판사인바, 기초적으로 이들의 발전이 이루어져야 음악산업의 발전이 이루어지기 때문이다.

## 제5장 저작권산업진흥법의 제정 문제

현재 저작물 내지 저작인접물을 기초로 하는 저작권산업의 진흥과 관련된 법률규정은 매우 많은 법률에 산재되어 있는 것이 현실이다. 특히 과거 정부조직상 아날로그 콘텐츠와 디지털콘텐츠를 관할하는 소관부처가 분리되어 있어 그 적용법률 또한 분리되어 있었던 것이 사실이다. 뿐만 아니라 동일 소관부처내에서도 저작권산업의 진흥에 관한 법률이 다양하여 법률집행 및 적용에 있어 다소 혼란이 있었던 점도 부인할 수 없다. 이에 여기서는 저작권 관련 산업을 체계적으로 육성하고 지원하기 위한 기본법으로서 가칭 “저작권산업진흥법”의 제정이 필요한 지 여부에 대해 짧게 검토하기로 한다.

저작권산업진흥 관련 각종 법률들 또는 그 법률들에 산재되어 있는 관련 규정들을 하나의 법률로 통합할 필요성은 매우 크다고 생각한다. 법률을 집행하는 행정당국이나 저작권산업에 종사하는 사업자의 입장에서든 하나의 법률에 관련 사항을 총체적으로 규율하는 것은 효율적이라고 판단된다. 저작권산업진흥과 관련된 주요 법률로는 우선 대표적으로 문화산업진흥기본법이 있고, 그 밖에 개별산업별로 “영상진흥기본법”, “게임산업진흥에 관한 법률”, “음악산업진흥에 관한 법률”, “출판문화산업진흥법”, “인쇄문화산업진흥법”, “온라인디지털콘텐츠산업발전법”, “소프트웨어산업진흥법”, “이러닝(전자학습)산업발전법”, “문화예술진흥법”, “문화예술교육지원법” 등이 있다.

그러나 “저작권산업진흥법”이라는 명칭의 단독의 법률을 제정하는 것은 개념적으로 또는 입법기술상 다소 무리인 것으로 판단된다. 우선 현재 저작권산업의 진흥과 관련해서는 1999년에 제정된 “문화산업진흥기본법”이 있으며, 동법에는 문화산업의 진흥과 관련된 광범위한 내용이 포함되어 있다. 개념적으로 보면, 문화산업에는 저작권법에 의해서 보호받는 저작물이나 저작인접물 이외에 법률상 보호요건을 갖추지 못한 각종 문화창작물, 문화재 및 전통문화자원의 이용과 관련된 산업도 포함된다고 볼 수 있다. 실제로 현행 문화산업진흥기본법은 제2조에서 문화산업이라 함은 문화상품의 기획·개발·제작·생산·유통·소비 등과 이에 관련된 서비스를 행하는 산업으로서, 영화와 관련된 산업, 음반·비디오물·게임물과 관련된 산업, 출판·인쇄물·정기간행물과 관련된 산업, 방송영상물과 관련된 산업, 문화재와 관련된 산업, 만화·캐릭터·애니메이션·에듀테인먼트·모바일문화콘텐츠·디자인(산업디자인은 제외한다)·광고·공연·미술품·공예품과 관련된 산업, 디지털문화콘텐츠 및 멀티미디어문화콘텐츠의 수집·가공·개발·제작·생산·저장·검색·유통 등과 이에 관련된 서비스를 행하는 산업, 그 밖에 전통의상·식품 등 전통문화 자원을 활용하는 산업으로서 대통령령으로 정하는 산업 등을 포함한다고 규정하고 있음으로써 예상 가능한 저작권 관련 산업을 거의 모두 포함하고 있다.

뿐만 아니라 현행 문화산업진흥기본법에는 창업·제작·유통 등 문화산업 진흥을 위한 각종 지원제도를 자세히 규정하고 있고, 전문인력의 양성, 콘텐츠의 표준화 추진, 해외시장 진출지원, 문화산업단지의 조성, 부과금 면제 및 세제지원 등의 문화산업기반조성을 각종 시책과 문화산업진흥기금의 설치 등에 대하여 상세한 규정을 두고 있다. 따라서 “저작권산업진흥법”을 별도로 입법하는 것보다는 현행 문화산업진흥기본법에 타 법률에 산재되어 있는 저작물 및 저작인접물에 관한 산업진흥규정을 그 성질이 허용하는 한 통합하여 규정하는 것이 바람직하다고 판단된다.

다만, 현행 문화산업진흥기본법은 “문화산업”의 지원 및 육성에 필요한 사항을 정하여 문화산업 발전의 기반을 조성하고 경쟁력을 강화함으로써 국민의 문화적 삶의 질 향상과 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 하고 있기 때문에(동법 제1조), 원칙적으로 “문화적 요소”가 있는 콘텐츠나 산업에만 적용되는 것이 아닌가 하는 해석상 어려움이 있다. 실제로 동법 제2조 1호 바(목)은 디자인에서 산업디자인을 제외하고 있고, 2호는 문화적 요소가 있는 문화상품을, 3호의2는 문화적 요소가 체화된 문화콘텐츠를, 5호는 문화적 요소가 체화된 디지털문화콘텐츠를 그리고 6호의2는 공공문화콘텐츠를 그 적용대상으로 명시하고 있다. 따라서 경제적 내지 상업적 성격이 매우 강하고, 상대적으로 문화적 요소가 없거나 약한 콘텐츠나 산업의 경우 동법의 적용범위에 속할 수 있는지에 대해 의문이 발생할 수 있다. 물론 문화산업이라고 하여 반드시 문화적 요소만 있거나 그 성격이 강한 것만 포함된다고 보기는 어렵다. 문화 “산업”이라는 개념 자체가 경제적 내지 상업적 성격을 내포하고 있기 때문이다. 그러나 문화산업진흥기본법의 명칭을 변경하는 것은 어렵다 하더라도 적어도 동법 제2조의 적용범위에 있어 “문화적 요소”라는 것을 구태여 강조하거나 명시함으로써 동법의 적용범위를 좁게 해석할 수 있는 가능성은 배제하는 것이 바람직할 것이다.

위에서 문화산업진흥 각종 법률들을 언급하였는데, 그 중에서도 특히 문제될 수 있는 것은 온라인디지털콘텐츠산업발전법, 소프트웨어산업진흥법, 이러닝(전자학습)산업발전법이라고 볼 수 있다. 그 중 우선 소프트웨어산업진흥법은 소프트웨어의 일부인 컴퓨터프로그램이 저작물의 한 종류이긴 하지만 소프트웨어산업 자체는 문화적 요소가 거의 없는 영역이기 때문에 이를 저작권산업진흥 관련 법률로 포함시키거나 분류하기에는 적당하지 않다고 판단된다. 그러나 현재 온디콘법에서는 “온라인디지털콘텐츠” 산업의 육성 및 진흥책을 규정하고 있으며, 이러닝(전자학습)산업발전법에서는 “이러닝콘텐츠” 산업의 육성 및 진흥책을 규정하고 있어 문화산업진흥기본법과의 관계 설정이 필요하다. 개념적인 측면에서만 본다면, 온라인디지털콘텐츠나 이러닝콘텐츠나 모두 저작물, 저작인접물 또는 문화적 창작물 내지 투자물이라는 점을 감안하면, 모두 저작권산업 내지 문화산업의 영역에 포함된다고 볼 수

있으며, 따라서 하나의 법률로 규율한다는 측면에서만 본다면, 모두 통일적으로 규율하는 것이 바람직할 것이다. 특히 온라인디지털콘텐츠나 일반적인 디지털콘텐츠의 구별이 어렵고 가변적이라는 점을 고려하면, 양 산업의 진흥책은 하나의 법률로 규정하는 것이 바람직할 것이다. 다만, 현재 이러닝콘텐츠에 관한 한 소관부처가 문화산업진흥기본법의 그것과 다르고, 모든 문화콘텐츠 관련 산업진흥책을 하나의 법률로 규정하는 것이 반드시 바람직하지는 않다는 점을 고려하면, 이에 대해서는 좀 더 깊은 연구가 필요하며 관련 산업계의 의견을 수렴할 필요가 있다고 생각한다. 아울러 저작권산업 내지 문화산업 진흥에 관한 규정을 하나의 법률에 통일적으로 규정하는 것이 바람직하다고 하여, 동법의 시행이나 집행을 반드시 하나의 행정기관이나 담당부서에서 하여야 한다는 의미는 아니며, 위에서 제시한 것은 어디까지나 법체계상 또는 입법기술상 바람직한 방향을 제시한 것이라는 점을 밝히고 싶다.

## 제6장 결론

현행 저작권법은 제4조 제1항 제9호에서 컴퓨터프로그램저작물을 저작권법상 저작물의 하나로 예시하고 있으나, 동조 제2항에서는 위 컴퓨터프로그램저작물의 보호 등에 관하여 필요한 사항은 따로 법률로 정한다고 규정하고 있다. 이에 따라 컴법이 제정되어 현재에 이른다. 논자에 따라서는 컴퓨터프로그램에 관하여 저작권법의 특별법으로서 컴법을 제정한 것으로 해석하여 저작권법에 우선하여 컴법이 적용되고, 동법에 규정되지 않은 사항에 대해서만 저작권법이 적용된다는 견해도 있다.<sup>354)</sup> 적어도 컴법에서 달리 규율이 되지 않는 사항에 관하여 성질이 허락하는 범위에서 저작권법상 규정이 유추적용되는 것은 현행법 하에서도 거론될 수 있다. 그러나 컴퓨터프로그램도 저작물의 일종인데, 이에 대해 적용될 수 있는 법률이 분리되어 있어 법적 안정성을 해칠 수 있기 때문에, 이를 하나의 법률로 통합하는 것이 바람직할 것이다. 저작권법과 컴법을 통합하는 쉽게 생각할 수 있는 방법은, 기존의 컴법 규정 중에서 저작권법과 공통적으로 생각할 수 있는 사항에 대해서는 저작권법이 일반적으로 적용되도록 하고, 특별하게 다루어져야 할 사항과 컴퓨터프로그램 저작물의 경우 적용되지 않아야 할 저작권법조항을 별도로 묶는 것이다. 현행 컴법에서 저작권법과는 상이한 내용들을 모아 컴퓨터프로그램저작물에 관한 특례조항이라는 항목으로서 배려하는 방법이다. 독일 저작권법이 컴퓨터프로그램의 보호에 관한 유럽연합의 지침을 국내법으로 수용하는 방식으로 저작권법을 개정하였는데, 그 방식이 그러하다.<sup>355)</sup>

온디콘법을 저작권법과 통합하는 방식은 간단하지 않다. 온디콘법 자체가 저작권법의 체제와는 달리 어떠한 대상을 보호하며 그 보호가 어떠한 경우에 제한된다는 온라인디지털콘텐츠제작자를 보호하기 위한 규정 이외에도 산업진흥에 관한 기반조성적인 내용을 담고 있는 까닭이다. 온라인디지털콘텐츠제작자의 보호에 관한 규정들은 기존 저작권법상의 데이터베이스보호 등과 관련하여 한꺼번에 규율되거나 아니면 별도의 특례규정이라는 이름으로 편성될 수 있다. 온라인디지털콘텐츠산업발전을 위한 추진체계와 기반조성에 관한 규정들로 온디콘법이 유지될 필요가 있는지 여부는 별도로 논의되어야 한다. 온디콘법상 디지털콘텐츠의 보호는 저작권법상 데이터베이스의 보호와 상당부분 그 대상이 중복된다. 한편, 그 보호는 전자가 행위규제방식에 따라 부정경쟁방지의 법리를 기반으로 하고, 후자는 데이터베이스의 보호에 관하여 권리부여방식에 따라 배타적 권리가 인정되고 있으나, 양자 모두 인적 또는 물적으로 상당한 투자를 한 자를 보호한다는 관점에서는 공통된다. 따라서 적어도 이 점에 관한 한, 관련규정을 통합하는 입법정책적 결단이 필요하다.

354) 오승종, 「저작권법」, 박영사, 2007, 862면.

355) 독일 저작권법에서는 제8절로서 제69조a부터 제69조g에 이르기까지 7조항을 통해 컴퓨터프로그램을 위한 특별규정을 두고 있다.

요컨대 컴법과 온디콘법이 저작권법에 통합되는 편제적인 문제점은 컴퓨터프로그램 보호에 관한 특례규정과 온라인디지털콘텐츠보호에 관한 특례규정이라는 항목으로 별도 정리되어야 한다.

통합된 저작권법을 저작권기본법과 저작권계약법으로 분리 입법하는 문제와 관련해서는 저작권계약법을 분리 입법한 입법례를 찾기 어렵고, 저작권계약의 다양한 유형과 영역을 하나의 저작권계약법으로 입법하는 것이 현실적으로 쉽지 않다는 점을 고려하면, 독일저작권법과 같이 저작권법 내에 저작자 보호 및 저작물이용 관련 법률관계를 명확히 하기 위한 저작권계약규정을 보완하는 것이 바람직하다고 판단된다. 다만, 저작물이용방법 중 가장 기본적인 이미 그 이용방법이나 관행이 어느 정도 확립된 출판계약과 관련해서는 독일의 출판권법에 상응하는 법률을 제정하여 출판계약 당사자들의 권리의무를 분명히 하는 것이 법적 안정성 측면에서 필요하다고 생각된다. 아울러 출판권법 규정들을, 그 성질이 허락하는 한, 다른 저작권계약에 유추 적용하는 것이 보다 현실적인 방법이라고 판단된다.

저작권산업진흥법의 제정과 관련해서는, 별도의 법률을 새로 제정하는 것보다는 현행 문화산업진흥기본법을 개정하여, 현재 여러 법률들에 산재된 저작물 내지 저작인접물 관련 산업진흥책들을 하나의 법률로 통합하도록 노력하는 것이 법체계상 또는 입법기술상 바람직하다고 판단된다.

마지막으로 저작권관리사업법을 제정하여 저작권집중관리의 효율성을 제고할 필요가 있다. 우리 저작권제도에 많은 영향을 끼치고 집중관리제도의 선진국이라고 할 수 있는 독일이 일찍이 1965년부터 저작권관리사업법을 시행하고 있었고, 또한 가까운 일본에서도 1939년 중개업무법을 시작으로 2000년 저작권관리사업법의 제정에 이르기까지 저작권법과는 별도로 독자적인 저작권관리사업법을 제정하여 저작권집중관리단체의 업무, 권리의무 및 감독에 대해 상세한 규정을 두고 있다. 이들 나라에서 현재 저작권집중관리제도가 활성화되고 있는 데에는 이러한 법제도적인 뒷받침이 있었다는 점을 간과할 수 없으며, 우리나라에서도 하루속히 저작권관리사업법을 제정하여 저작권집중관리제도가 본연의 기능을 충분히 발휘할 수 있는 환경을 조성할 필요가 있다고 판단된다.

## [참고문헌]

### 1. 국내문헌

- 곽윤직, 「채권각론」, 박영사 (수정판, 2001)
- 권오승, “독점규제법의 목적 및 성격,” 한국경제법학회 편, 「독점규제법연구」, 삼영사 (1982)
- 김호영(편), 「통신 방송 전송의 통합과 법」, Jinhan M&B (2006)
- 박덕영·김혜창, “온라인디지털콘텐츠산업발전법 제정의 의의 및 그 효과에 관한 소고”, 「연세법학연구」, 제9집 제1권 (2002.2)
- 박성호, 「저작권법의 이론과 현실」, 현암사 (2006)
- 박영길, “저작권의 집중관리와 독점규제법의 관계,” 「지적소유권법연구」, 제4집 (2000.6)
- 박영길, “확대된 집중이용허락(ECL)제도의 도입에 관하여,” 「예단연소식」, 제2호 (2003)
- 박익환, “데이터베이스제작자의 법적 보호”, 「산업재산권」, 제15호 (2004.5)
- 박익환, “방송과 통신의 융합과 저작권의 보호”, 「계간 저작권」, 제70호 (2005년 여름호)
- 박익환, “저작권계약의 해석에 관한 일고찰(2)-독일에서의 이론전개를 중심으로”, 「계간 저작권」, 24 (1993), 29
- 법령해석관리단, “법령해석사례,” 「법제」, 제601호 (2008.1)
- 서울대학교 법학연구소(연구책임자: 송상현), 「지적소유권보호에 관한 연구」 (1987)
- 손영화(편), “디지털경제시대의 지적재산권”, 명지대학교 금융지식연구소 (2002)
- 송영식·이상정, 「저작권법개설」, 세창출판사, (제4판, 2007)
- 송영식·황종환·이상정, 「지적재산권법(하)」, 육법사, (제7전정판, 2001)
- 신재호, “온라인디지털콘텐츠산업발전법 개정방안에 관한 검토”, 「산업재산권」, 제18호 (2005)
- 신재호, “온라인디지털콘텐츠산업발전법에 관한 검토”, 「산업재산권」, 제11호 (2002.5)
- 안효질, “저작물의 배타적 이용허락제도”, 「디지털시대의 주요 외국저작권제도의 도입에 관한 연구」, 문화관광부 (2002)
- 오병철, 「디지털 정보재산의 유통과 권리처리 활성화에 대한 연구」, 프로그램심의 조정위원회, 연구보고서 2002-12 (2002.11)
- 오승중, “2차적저작물과 저작권침해”, 「성균관법학」, 제12호 (2000)
- 오승중, “ECL제도에 대한 연구보고서”, 법무법인 바른법률 (2005.7)
- 오승중·이해완, 「저작권법」, 박영사 (2005)

윤수진, “방송·통신융합의 법적 연구”, 고려대학교 법학박사학위논문 (2004.8)

이상정, “데이터베이스제작자의 보호”, 「계간 저작권」, 제63호 (2003년 가을호)

이상정, “디지털콘텐츠의 보호”, 「CLIS Monthly」 (2003)

이상정, “온라인 디지털콘텐츠산업발전법의 제정과 제정의 의의”, 「지적소유권법연구」 (2001)

이상정, “컴퓨터프로그램 보호법의 제정 경위와 우리의 현실”, 「지적재산권법연구」 (2003)

이해완, 「저작권법」, 박영사 (2007)

이호흥, “일본 문화심의회저작권분과회 보고서 개요(상)”, 「계간 저작권」, 제67호 (2004년 가을호)

임원선, “개정 저작권법 해설”, 「계간 저작권」, 제63호 (2003년 가을호)

저작권심의조정위원회 편, 「저작권법 전면 개정을 위한 기초 조사연구」, 문화관광부 (2000)

저작권심의조정위원회, 「멀티미디어 시대의 저작권 대책」, 저작권연구자료[24], 동위원회 (1996.12)

정보통신부, 「국가정보화백서」 (1998)

정윤식, “디지털 방송기술 및 서비스의 현황과 전망”, 「계간 저작권」, 제70호 (2005년 여름호).

중앙일보, 2006년 7월 29일, 제12923호, 12면

최종철, “저작권법상 포괄적 대리에 관한 소고,” 「지적재산권」 (2006.1)

한국디지털재산법학회(연구수행자: 이상정·오승중), 「멀티미디어콘텐츠, 소프트웨어, 컴포넌트 등 신지식재산권의 보호방안 연구(연구보고서 2002-1)」, 프로그램심의조정위원회 (2002.3)

한국법제연구원, 「정보화 및 정보통신 관련법령 체계정비방안 연구」, 정보통신부 (2004)

허권, “각국의 저작권 위탁관리업”, 저작권심의조정위원회 편, 「한국저작권논문선집(I)」, 저작권심의조정위원회 (1992)

허희성 외 3인, “저작권 위탁관리제도 개선방안 연구”, 문화관광부 (2004)

허희성, 「2000 신저작권법 축조개설(상)」, 저작권아카데미 (2000)

황적인·정순희·최현호, 「저작권법」, 법문사 (1988)

## 2. 서양문헌

Bericht der Bundesregierung an den Deutschen Bundestag über die Entwicklung des Urhebervertragsrecht, BT-Drucksache 12/7489 vom 6. Mai 1994, *UFITA* 126 (1994)

- Commission of the European Communities, *The Management of Copyright and Related Rights in Internal Market* (2004.4)
- Copinger and Skone James, *Copyright*, Sweet & Maxwell (14th ed., 1999)
- Cornish, William R., *Intellectual Property*, Sweet & Maxwell (3rd ed., 1996)
- Dietz, Adolf, "Legal Regulation of Collective Management of Copyright (Collecting Societies Law) in Western and Eastern Europe," *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* (Summer, 2002)
- Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern, S. 20 (2000.8.17)
- Fromm/Nordemann, "Urheberrecht", Stuttgart, W.Kohlhammer (9. Aufl. 1998)
- v. Gamm, Otto-Friedrich Frhr., *Urheberrechtsgesetz. Kommentar*, München (1968)
- Ginsburg, Jane C., Putting Cars On The Information Superhighway: Authors, Exploiters And Copyright In Cyberspace, *95 Colum. L. Rev.* 1466 (1995)
- Goldstein, Paul, Infringement of Copyright in Computer Programs, *47 U. Pitt. L. Rev.* 1119 (1986)
- Kase, Francis J., *Copyright Thought in Continental Europe*, Fred B. Rothman & Co (1967)
- Lui, Emily, "The Eurovision Song Contest : a Proposal for Reconciling the National Regulation of Music Collecting Societies and the Single European Market", *Ent. L. R.* 2003, 14(4)
- Möller, Magaret, "Collective Administration of Copyrights and Neighboring Rights: Experience in the Federal Republic of Germany." *Copyright*, no.11 (November 1988)
- Monopolies and Mergers Commission, *Performing Rights : A report on the supply in the United Kingdom of the service of administering performing rights and film synchronisation rights*, HMSO Cm. 3147 London (1996)
- Rajan, Mira T. Sundara, Moral Rights in Information Technology: A New Kind of 'Personal Right'?, *12 Int'l J.L. & Info. Tech.* 32 (2004)
- Rehbinder, Manfred, *Urheberrecht* (10. Aufl., 1998)
- Schricker, Gerhard(Hrsg.), *Urheberrecht, Kommentar*, C.H.Beck (2.Aufl., 1999)
- Sinacore-Guinn, David, *Collective Administration of Copyright and Neighboring Rights*, Little, Brown and Company (1993)
- Ulmer, Eugen, *Urheber- und Verlagsrecht*, Springer-Verlag (3.Aufl., 1980)

### 3. 일본문헌

大家重夫(編), 「外國著作権判例200題」, 著作権資料協會 (1989)

尾崎史郎, “著作権等管理事業法,” 「ジュリスト」, 第1195号 (2001.3.1)

半田正夫, 「著作権法概説」, 一粒社 (第8版, 1997)

中山信弘, 「工業所有権法(上)」, 弘文堂 (第2版, 1998)

中川善之助・阿部浩二(編), 「著作権」, 第一法規出版社 (1973)

池端亨一, “ASCAPとアメリカ獨占禁止法,” 「著作権研究」, 第12号 (1984)

郷治友孝, “著作権等管理事業法の解説(後篇),” 「コピーライト」, no. 478 (2001.2)