

法學碩士學位論文

實演者의 保護에 관한 研究

2002년 2월

서울大學校 大學院
法學科 知的財産權法專攻
吉 昶 玟

<국 문 초 록>

實演者의 保護에 관한 研究

현행법상 저작권접권자로 규정되어 있는 인접권의 주체는 실연자, 방송사업자, 음반제작자이다. 하지만 실연의 경우 실연의 주체는 원칙적으로 자연인이라는 데서 출발하기 때문에 실연자의 권리는 오히려 저작권자와 유사할 수 있다. 즉 방송사업자, 음반제작자와 달리 실연자는 실연이라는 행위에 창조성 혹은 독창성이 가미되기 때문에 전 2자와는 차별성이 인정되는 저작권접권자인 것이다.

실연자가 저작권접권자로 인정된 초기의 취지는 녹음·복제기술의 발달에 따른 실연자의 실업에 대한 우려를 불식시키기 위함이었다. 즉 실연자에게도 자신의 실연에 대한 복제권, 배포권 등을 인정하여 실연자의 재산권을 보호하자는 것이었다. 이러한 취지를 근간으로 해서 근래에 이르러선 여러 국가에서 실연자의 인격권도 인정하기에 이르렀다. 비록 우리나라는 인격권을 인정하고 있진 않지만 음반에 가수의 성명을 표시해야 한다는 관행이 있음을 인정하여 성명 표시권을 인정한 듯한 판례(서울민사지법 1995. 1. 18. 자 94카합9052 결정: 결정취소)가 나와있어 이제 우리나라에서도 실연자의 저작인격권문제가 본격적으로 거론되어야 한다는 생각을 가지게 한다.

본 논문에선 이러한 실연자의 권리가 로마협약, 음반협약, TRIPs 그리고 WPPT에선 어떻게 다뤄지고 있는지 언급하며 특히 시청각실연에 대한 제4차 SCCR(Standing Committee on Copyright and Related Rights)와 그 뒤에 이어진 외교회의에 대해 개관한다. 그리고 각국의 입법례상 실연자의 권리들은 어떻게 인정되고 있는가를 살핀다.

저작권법상 실연 및 실연자에 대한 정의규정에 대한 분석에선 ‘보호되는 실연의 범위’와 관련하여 여러 가지 해석론과 의견들을 비교하여 검토하였고 저작

권법 제61조에 관련된 논쟁거리들 - 법 제61조의 제1호의 주체에 관한 입법상의 착오문제, 법 제61조 제1호 다목과 제2호 다목규정에 대한 해석론 - 에 대해 언급하였다.

실연자의 권리부분에선 우리 법상 현재 인정되는 권리들에 대한 개관 및 검토를 하였으며 특히 실연자의 음반의 2차 사용료 청구권과 관련해 그 보상청구권의 성질 및 행사, 그리고 보상금의 징수, 분배 등에 관해 각국의 입법례 및 우리나라 판례 등을 언급하였으며 동 권리의 행사는 저작인접권관리단체(한국예술실연자단체연합회)가 연관되어 있으므로 동 단체와 실연자와의 관계에 대해서도 살펴보았다.

실연자에 관련된 쟁점사항들에선 실연자와 저작권자의 관계 및 타저작인접권자의 관계 등에 대해 논급했으며 현행법에는 없지만 입법론 내지 해석론상 인정여부가 문제되는 실연자의 인격권과 공중전달권에 대해 서술하였다.

문화산업은 앞으로 황금알을 낳은 거위로 등장하게 되었다. 그리고 이러한 문화산업발전의 원동력의 많은 부분을 저작권자 등 문화·예술 관련자들이 담당하고 있음을 부인할 수 없다. 우리 저작권법은 저작권자에 대해선 외국입법에 뒤지지 않을 정도로 보호를 해주고 있다. 하지만 역시 문화활동의 중요한 주체인 실연자에 대해선 저작권자에 비해 상대적으로 떨어지는 보호를 해온 것이 사실이다. 저작권자 못지 않게 중요한 이들이 바로 이 저작물들을 실연하고 발현하는 실연자들이라는 것을 잊지 말아야 할 것이며 실연자에 대한 권리보호의 실효성 확보가 바로 문화산업의 발전으로 직결됨을 잊지 말아야 할 것이다.

주요어 : 실연자, 실연자의 권리, 저작인접권, 로마협약, TRIPs, WPPT, SCCR, 인격권, 음반의 2차 사용료 청구권

<목 차>

I. 서 론

A. 연구목적 1

B. 연구범위 2

II. 실연자의 저작인접권 관련규범(국제규범과 타국의 입법례를 중심으로)

A. 국제규범 2

1. 실연자의 저작인접권의 연혁 3

2. 로마협약 5

a. 기본원칙 5

(1) 내국민대우의 원칙 5

(2) 저작권 우선의 원칙 8

b. 실연자의 권리 8

(1) 실연자의 정의 10

(2) 방송 및 공중전달권 11

(3) 고정권 13

(4) 복제권 14

(5) 제한 16

3. 음반협약 16

a. 협약의 특징 17

b. 실연자와 관련된 협약의 내용 19

4. TRIPs 상의 실연자 보호	20
a. 기본원칙	20
b. 실연자의 보호	21
c. 로마협약과의 관계	25
5. WPPT(WIPO Performances and Phonograms Treaty)	
	26
a. 조약의 특징	27
b. 실연자의 보호	28
(1) 실연자의 인격권	28
(2) 고정되지 않은 실연에 대한 실연자의 재산권	28
(3) 복제권	29
(4) 배포권	29
(5) 대여권	30
(6) 고정된 실연을 이용할 수 있도록 제공할 권리	30
(7) 2차 사용료 청구권	31
(8) 제한과 예외 및 보호기간	31
6. SCCR에서의 시청각실연자에 대한 논의	32
a. European Community(유럽공동체)의 제안서	33
b. 새로운 제4조(내국민대우의 원칙)에 관한 미국의 제안서	35
c. 권리이전에 관한 미국의 제안서	36
(1) 효과적인 권리이전 조항을 위한 핵심적인 요소들(critical elements for an effective transfer provision)	37
(a) 권리이전 조항은 보상청구권에 적용되어선 안된다	37
(b) 권리이전 조항은 인격권에 적용되어선 안된다	37
(c) 권리이전의 추정은 서면 계약에 의해 부인될 수 있다.	38

- (d) 권리이전 조항은 특정한 시청각제작물에 적용되어야 한다
↳ 38
- (e) 권리이전 조항은, 실연자들로부터 제작자들로의 권리이전에 대한 각국의 시스템을 바꾸도록 요구해선 안된다. ↳ 38
- (f) 권리이전 조항은 단순하면서 직접적이어야 한다 ↳ 39
- (g) 권리이전 조항은 점점 더 복잡하게 관련되는 제작환경(가령 공동제작, 공동투자 협정, 다국적 캐스팅, 다국적 로케이션촬영지 등)을 고려해야 한다. ↳ 39
- (h) 권리이전 조항은, 시청각 저작물의 전세계적 배포를 위해 확실성을 제공해야 한다. ↳ 40
- (2) 권리이전에 대한 여러 가지 접근방식 ↳ 40
 - (a) 권리이전에 대한 침묵 ↳ 40
 - (b) 부인이 가능한 권리이전의 추정 ↳ 40
 - (c) 저작물의 발생 국가(the country of origin of the work)에 의해 결정되는 권리이전 규정 ↳ 41
 - (d) 베른협약 제14조의 2 규정의 접근법 ↳ 41
 - (e) 법의 선택/권리이전협정의 인정 ↳ 42
- d. 중앙유럽과 발틱 국가들의 시청각실연에 대한 지역협의회보고서 ↳ 42
- e. Report ↳ 43
 - (1) 새로운 문서의 제출 ↳ 43
 - (2) 지역협의회 보고서 ↳ 46
 - (3) 문서의 성격 ↳ 47
 - (4) 내국민대우와 권리의 이전 ↳ 50
- f. 외교회의 ↳ 53
 - (1) 타협약 혹은 타조약과의 관계 ↳ 55
 - (2) 정의 ↳ 55
 - (3) 실연자의 권리 ↳ 56

- (a) 인격권(Moral rights, 제5조) 56
- (b) 재산권(a Performer's economic rights) 56
 - ① 고정되지 않은 실연에 대한 실연자의 재산권(제6조) 56
 - ② 복제권(제7조) 57
 - ③ 배포권(제8조) 57
 - ④ 대여권(제9조) 57
 - ⑤ 고정된 실연의 이용제공권(제10조) 58
 - ⑥ 방송권과 공중전달권(제11조) 58
- (4) 권리의 이전(제12조) 58
 - (a) 대안 1(권리의 이전, “Transfer”) 59
 - (b) 대안 2(권리실행의 자격, “Entitlement to Exercise Rights”) 59
 - (c) 대안 3(권리이전에 적용될 수 있는 법, “Law Applicable to Transfers”) 59
 - ① 제1항 59
 - ② 제2항 60
- (5) 보호기간(제14조) 60

B. 타국의 입법례 60

- 1. 독일 60
 - a. 실연자의 정의 61
 - b. 실연자의 권리 61
 - (1) 공중전달권 61
 - (2) 수록, 복제 및 배포권 61
 - (3) 방송권 62
 - (4) 권리의 양도 62

- (5) 인격권 63
- 2. 일본 63
 - a. 실연자의 정의 63
 - b. 실연자의 권리 64
 - (1) 녹음권 및 녹화권 64
 - (2) 방송권 및 유선송신권 64
 - (3) 송신가능화권 65
 - (4) 방송을 위한 고정 및 고정물 등에 의한 방송 66
 - (5) 음반의 2차 사용료 청구권 67
 - (6) 대여권 67
- 3. 영국 67
 - a. 실연의 종류 68
 - b. 실연자의 권리 69
- 4. 미국 70
 - a. DPRSRA의 도입 배경 71
 - b. DPRSRA의 내용 73
 - c. 분석 모델 75
 - (1) 실연권 분석(Performance Rights Analysis) 75
 - (2) 복제권/배포권 분석: 디지털 오디오 송신이 디지털 음반 전 달에 해당하는가? 77

III. 저작권법상 실연 및 실연자의 보호(권리)

- A. 실연 및 실연자의 정의와 실연의 범위 78
 - 1. ‘유사한 방법으로 표현’하는 것의 범위 79
 - 2. 보호되는 실연의 범위 83
 - a. 가. 대한민국 국민(대한민국 법률에 의하여 설립된 법인 및 대

- 한민국 내에 주된 사무소가 있는 외국법인을 포함한다. 이하 같다)이 행하는 실연 84
- b. 나. 대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호되는 실연 84
 - c. 다. 제2호 각목의 음반에 고정된 실연 87
 - d. 라. 제3호 각목의 방송에 의하여 송신되는 실연(송신전에 녹음 또는 녹화되어 있는 실연을 제외한다) 88
 - (1) ‘송신전에 녹음 또는 녹화되어 있는 실연을 제외한다’는 것의 의미 88
 - (2) 제3호 각목에 대한 해석 93
3. 저작권법 제61조 제1호의 주체에 관한 입법상의 착오문제 95
- a. 입법례 96
 - b. 해석론 97
 - c. 법인의 실연주체성 97
4. 저작권법 제61조 제1호 다목과 제2호 다목규정에 관한 해석론 99
- a. 음반협약의 포함여부 99
 - b. 제2호 다목에 음반협약을 포함할 때의 해석론 102
 - c. 소결 105
- B. 실연자의 권리 106
- 1. 복제권 106
 - 2. 실연방송권 110
 - 3. 음반의 2차 사용료 청구권 113
 - a. 보상청구권의 성질 114
 - b. 보상청구권의 행사 116

- (1) 실연자와 실연자단체와의 법률관계 116
- (2) 보상청구권의 행사 117
- (3) 보상금의 징수 119
- (4) 보상금의 분배 123
 - (a) 보상금의 분배와 관련한 규범과 원칙들 124
 - (b) 각국의 입법례 125
 - (c) 우리나라의 보상금분배의 현실 126
- 4. 음반의 대여권 129
- 5. 공동실연자의 권리행사 129

IV. 실연자에 관련된 쟁점사항들

- A. 저작권자와의 관계 133
- B. 타인접권자과의 관계 135
- C. 실연자의 인격권 및 공중전달권 인정여부 136
 - 1. 인격권 136
 - 2. 공중전달권 139

V. 결 140

1. 서

가. 연구목적

저작인접권은 저작권의 변방에 위치한 권리에 불과하다는 생각이 초기에는 지배적이었지만 이제 저작인접권도 저작권에 준하는 보호를 받아야 한다는 견해가 유력하게 제기되고 있으며 국제적인 규범체계도 거기에 발맞추고 있다.

현재 국내법상 저작인접권의 체계는 실연자, 음반제작자, 방송사업자를 위주로 하고 있는데 크게 보자면 실연자의 저작인접권체계와 음반제작자·방송사업자의 저작인접권으로 분류가 가능할 것이다.

우선 실연자에 대한 저작인접권의 보호는 복제기술의 발달에 따른 실연자의 실업문제에 대한 우려와 구체적으로 등장한 것이며 음반제작자·방송사업자의 저작인접권 인정은 당해 주체들의 사업상의 이익보호를 통한 문화발전도모에 있다.

그리고 실연자의 실연행위 등은 창작적 행위의 성격이 농후¹⁾하여 음반제작자 및 방송사업자가 단순한 기계적 복제행위 내지 방송행위를 하는 것과는 질적으로 상이하다. 오히려 실연자는 저작자와 가깝다고 할 수 있다.

한편 음반제작자 등은 비교적 자체 시스템이 잘 갖추어져 있으며 자신들의 이익보호를 위한 방어체계의 구축도 더 용이하게 하는 편이다. 하지만 실연자들은 일단 기본적으로 개인이기 때문에 자신의 권리보호행사에 나서는데 있어서 단체보다는 그 지위자체가 미약하다²⁾.

위와 같이 저작인접권자 중 실연자는 그 보호자체를 타 인접권자와 구별해야 할 필요성이 있다. 따라서 본 논문은 실연자의 어떠한 면들이 이러한 보호의 구별성을 요하는 지에 대해 검토하기로 한다. 즉 실연자의 보호에 관련한 사항들을 검토함으로써 현재 우리 저작권법에서 고려해야 할 실연자 보호에 대한 입법론적 혹은 해석

1) 실연자의 이와 같은 특성으로 인해 실연자에게 저작인접권을 인정해야 한다는 논의가 일어나게 된 것이다. 현재 우리나라는 실연자의 저작인접권에 인격권은 포함시키지 않고 있다. 하지만 공표권은 우루과이, 성명표시권은 코스타리카·에콰도르·헝가리·파라과이 및 포르투갈 등에서 규정하고 있으며 실연존중권에 대해선 독일·프랑스·에콰도르·오스트리아·코스타리카·우루과이 등이 규정하고 있다. 박문석, 멀티미디어와 현대저작권법, 지식산업사, 1997, 432쪽

2) 물론 이런 실연자들의 이익보호를 위한 단체가 없는 것은 아니다. 사단법인 한국예술실연자단체연합회는 예술실연자의 권익을 보호하고 실연자단체 상호간의 교류와 협력을 통하여 예술활동의 증진과 실연자의 활동여건을 개선함으로써 그 지위향상을 도모하여 우리나라의 문화발전에 이바지할 목적으로 1987년 7월 1일부터 개정 시행된 법률 제3916호 저작권법에 규정된 실연자의 저작인접권의 관리를 위하여 1988년 6월 4일 창립하여 1988년 8월 18일 문화공보부장관의 법인설립 허가와 동년 10월 14일 저작인접권 관리단체로 지정받은 단체이다. <http://www.copyright.or.kr/main.htm> 참조

론적 방향은 무엇인가라는 것을 여기서 다룰 것이다.

나. 연구범위

연구목적에서도 언급했듯이 본 논문은 저작권법 및 기타 법규(조약, 협정 등)상 실연자의 지위와 권리 등에 대한 재조명을 하고 법리상 문제가 있는 부분에 대해선 바람직한 해결방법을 모색하며 향후 실연자의 저작권접권이 나아가야 할 방향에 대해 생각을 해보기 위한 목적으로 쓰여진 것이다. 따라서 제2장에선 우선 실연자의 지위와 권리에 관한 국제적인 동향, 즉 로마협약, 음반협약, TRIPs협정, WPPT에 대한 실연자규정 분석을 하였으며 한편 각국의 입법례도 고찰하였다. 제3장에선 우리나라에서 실연자에 대한 부분(실연의 개념 및 범위, 실연자의 지위와 권리 등)들이 어떻게 규정되고 해석되고 있는지 살펴볼 것이며 그리고 실연자의 권리들에 대해 언급할 것이다. 특히 실연의 범위와 관련한 부분과 실연자의 권리에 관한 항에선 현재 문제가 될 수 있는 것에 대한 나름대로의 해석론도 덧붙였다. 한편 제4장에선 실연자와 관련한 여러 가지 쟁점사항들에 대한 분석 및 비평을 하였다.

2. 실연자의 저작권접권 관련규범(국제규범과 타국의 입법례를 중심으로)

가. 국제규범

저작권접권은 저작권의 역사보다는 짧기는 하지만 이후의 국제적인 협약 등으로 인해 상당한 권리 신장이 이루어진 분야이다. 실연자의 저작권접권을 규정한 것은 국제협약이 성립하기 이전부터 각국의 입법례가 없지는 않았으나³⁾, ‘1961년의 실연자, 음반제작자 및 방송사업자의 보호를 위한 국제협약⁴⁾’ - 이하 ‘로마협약’이라 칭한다 - 의 탄생이후부터 인접권에 대한 보호가 본격화되었다고 할 수 있다. 그뒤 1971년에는 ‘음반의 무단복제로부터 음반제작자를 보호하기 위한 협약⁵⁾’ - 이하

3) 오스트리아는 1936년부터, 이탈리아는 1941년부터 실연자와 음반제작자에게 저작권접권을 부여하기 시작했다. , 저작권심의조정위원회, 시청각 실연의 보호에 관한 연구, 1998, 12쪽

4) International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organisations

5) Convention for the Protection of Producers of Phonograms against Unauthorized Duplication of their Phonograms

‘음반협약’이라 칭한다 - 이 체결되었으며, 1974년에는 브뤼셀 위성협약⁶⁾, 1993년 12월 15일 최종채택되고 1995년 1월 1일부로 발효한 TRIPs협정⁷⁾, 1996년 12월 제네바외교회의에서 베른협약 제20조의 특별협정 형식으로 채택된 WIPO 실연·음반조약⁸⁾ 등이 저작권접권과 관련한 최근의 주요 국제협약이다.

이하에선 각 저작권접권의 연혁과 각 국제협약의 특징 및 문제점을 짚어보기로 하기로 한다. 다만 브뤼셀위성협약은 필자가 논할 실연자의 저작권접권과 별로 관련이 없어 논의에서 제외하기로 한다.

(1) 실연자의 저작권접권의 연혁

저작권접권이란 것은 용어자체부터 이전부터 통일되어 있지 않았다. 일반적으로 neighboring rights 라고 하나 related rights(혹은 connected rights)라는 용어를 쓰기도 한다. 어찌보면 단지 이웃한다는 의미보다 관련되어 존재한다는 권리라는 것이 더 맞는 용어 - 즉 related rights 라는 용어가 더 적당 - 가 아닌가 하는 생각이 든다. 하지만 현재로선 저작권에 버금갈만큼 저작권접권의 독자성과 존재당위성이 인정되어야 한다는 것이 다수의 견해이므로 어찌보면 새로운 용어를 만들어야 하지 않나하는 치기어린 생각마저 든다.

프랑스어로는 Droit Voisins, 독일어로는 Verwandte Schutzrechte 라고 한다. 현행 저작권법은 1987년 법개정때 로마협약과 선진국의 입법예를 좇아 제4장에 저작권접권제도를 신설하였다(제61조~제73조). 즉 실연자의 권리, 음반제작자의 권리, 방송사업자의 권리 등이 그것이다⁹⁾.

저작권접권의 보호는 실연자에 대한 사회적 관심에서 출발하였다. 1903년 바이마르에서 열린 국제문학·예술협회(ALAI, International Literary and Artistic Association)총회에서 실연자의 곤궁한 처지에 대한 논의가 있었던 것을 보면 저작권접권보호의 연원은 오래전으로 거슬러 올라간다¹⁰⁾.

19세기, 20세기에 걸쳐서 눈부신 과학의 발전으로 인해 녹음, 복제기술은 비약적

6) Brussels Convention relating to the Distribution of Programme Carrying signals Transmitted by Satellite, ‘위성에 의해 송출된 프로그램 탑재신호 분배에 관한 협약’

7) WTO/TRIPs: Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods, WTO지적재산권협정

8) WIPO Performances and Phonograms Treaty, 이 조약은 30개 국가의 비준서나 가입서가 세계 지적재산권기구 사무국장에게 기탁된 때로부터 3개월 후에 효력이 발생한다(동조약 제29조)

9) 박문석, 전게서, 417쪽

10) 박문석, 상게서, 420쪽

발전을 하게 된다. 이것은, 저작권에 대한 위협 - 용이해진 복제기술로 인해 - 뿐만 아니라 저작권접권자인 실연자의 생계에 대한 위협으로 작용하게 된다. 방송이나 라디오에서 실연자의 공연을 보거나 들을 수 있는데 굳이 돈을 들여 실연자를 직접 찾아나설 필요는 없는 것이기 때문이다.

이러한 실연자의 실업문제에 대한 심각성을 깨달은 국제음악연합(IMU)은 이것이 고용기회의 문제라고 하여 국제노동기구(ILO)에 의뢰하였고 국제노동기구는 유네스코와 파리협약 및 베른협약의 관리를 위한 지적소유권보호 국제사무국(BIRPI, 베른동맹 국제사무국)과 긴밀한 협의에 들어갔다.

전쟁이 끝난 뒤인 1948년 브뤼셀에선 베른협약 개정을 위한 회의가 개최되면서 실연자뿐만 아니라 음반제작자와 방송사업자도 함께 보호할 수 있는 방법을 각 동맹국이 강구하도록 결의하였다. 이 결의에서는 특히 실연자의 권리를 '저작권에 인접한 권리'라고 특정함으로써 저작권접권이라는 용어가 일반화되는 계기를 마련하였다.

이러한 움직임과 병행하여 다른 한편에서 BIRPI, UNESCO, ILO 등 3개 기관은 1926년에서 1961년의 장구한 기간에 걸쳐서 상호간에 긴밀히 협의하고 노력한 결과에 따라 제네바(1956) 및 모나코 초안(1957)에 이어 1960년 헤이그에서 단일의 초안이 탄생하고, 이것이 인접권협약이 기초가 된 헤이그 초안이었다. 이를 토대로 1961년에 비로소 로마에서 외교회의가 소집되어 '실연자, 음반제작자 및 방송사업자의 보호에 관한 국제협약(인접권협약)'이 탄생하였다¹¹⁾.

(2) 로마협약

실연자, 음반제작자 및 방송사업자에 대한 국제적 보호의 움직임은 1928년 베른협약의 로마개정회의에서부터 시작되었다. 그 후 1948년 브뤼셀 개정회의에서 저작권접권 보호가 더욱 강도 높게 논의되었고, 1960년 WIPO, 유네스코 및 국제노동기구(ILO) 공동으로 소집된 전문가위원회가 헤이그에서 소집되어 초안을 작성했으며, 1961년 10월 26일 로마에서 로마협약(Rome Convention) - '실연자·음반제작자 및 방송사업자의 보호에 관한 국제협약(International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonogram and Broadcasting Organization)' - 이 채택되기에 이르렀다¹²⁾. 현재 로마협약에 가입되어 있는 국가는 총 68개국 - 2001년 7월 15일 현재 - 이며 우리나라는 가입되어 있지 않

11) 박문석, 상계서, 421쪽

12) 박성준, 저작권 및 저작권접권에 대한 국제적 규범체계, 고려대학교 대학원 석사학위논문, 1997, 51쪽

다13). 다만 우리나라 저작권법의 개정에는 로마협약의 규정들이 많이 참조가 되었으며 사실상 로마협약의 보호수준을 만족시키는 규정들이 많다.

(가) 기본원칙

1) 내국민대우의 원칙

로마협약 제2조 제1항¹⁴⁾은, 실연자, 음반제작자, 방송사업자에게 내국민보호가 주어짐을 선언하고 있다. 각 주체의 자격요건에 관해선 제4조, 제5조, 제6조¹⁵⁾에서

13) <http://www.wipo.org/treaties/docs/english/k-rome.doc> 참조

14) Article 2

1. For the purposes of this Convention, national treatment shall mean the treatment accorded by the domestic law of the Contracting State in which protection is claimed :

- (a) to performers who are its nationals, as regards performances taking place, broadcast, or first fixed, on its territory ;
- (b) to producers of phonograms who are its nationals, as regards phonograms first fixed or first published on its territory ;
- (c) to broadcasting organisations which have their headquarters on its territory, as regards broadcasts transmitted from transmitters situated on its territory.

제2조

1. 이 협약의 적용상, 내국민대우란 보호가 주장되는 체약국의 국내법에 의하여, 다음의 사람에게 주어지는 대우를 말한다.

- (a) 자국 내에서 이루어지거나 방송되거나 또는 최초로 고정된 실연에 관하여, 자국민인 실연자
- (b) 자국 내에서 최초로 고정되거나 최초로 발행된 음반에 관하여, 자국민인 음반제작자
- (c) 자국 내에 소재하고 있는 송신기로부터 송신된 방송에 관하여, 자국 내에 주사무소를 가지는 방송사업자

15) 제4조

각 체약국은 다음의 조건 중 어느 것이나 충족되는 경우에, 실연자에게 내국민대우를 부여한다.

- (a) 실연이 다른 체약국에서 이루어지거나,
- (b) 실연이 이 협약 제5조에 따라 보호되는 음반에 수록되거나,
- (c) 음반에 고정되어 있지 않은 실연이 이 협약 제6조에 의하여 보호되는 방송물에 실려있는 경우

제5조

1. 각 체약국은 다음의 조건 중 어느 것이나 충족되는 경우에, 음반제작자에게 내국민대우를 부여한다.

- (a) 음반제작자가 다른 체약국의 국민이거나(국적의 기준),
 - (b) 최초의 소리의 고정이 다른 체약국에서 이루어지거나(고정의 기준),
 - (c) 음반이 최초로 다른 체약국에서 발행된 경우(발행의 기준)
2. 최초로 비체약국에서 발행된 음반이 그 최초 발행일로부터 30일 내에 체약국에서도 발행(동시 발행)된 때에는, 그 음반이 그 체약국에서 최초로 발행된 것으로 본다.

규정한다. 그러나 이러한 내국민대우는 체약국의 국내법에 따라 일률적으로 정해지는 것이 아니다. 즉 동협약의 체약국들은 동협약에서 특별히 규정하고 있는 최소한의 보호나 제한들에 구속된다¹⁶⁾. 가령 체약국 A국에서 자국법에 의해 보호되지 않는 권리도 체약국 B국에 대해선 로마협약의 규정에 따라 최소한의 권리를 보호해 주어야 하며, 거꾸로 A국에서 자국법에 의해 보호되는 권리라 하더라도 로마협약의 제한규정을 이용해 B국에게 권리를 부여하지 않을 수도 있다는 것이다. 예를 들면 동협약 제9조에 의하면 문학·예술저작물을 실연하지 않은 실연자에게도 동협약에 의한 보호를, 체약국이 확장할 수 있다. 로마협약에 따르면 문학·예술 등의 저작물을 실연하는 것만 보호하고 있는데, 비저작물의 실연의 보호는 체약국의 입법에 맡김에 따라 자국법으로 비저작물의 실연을 보호하는 체약국은 내국민대우의 원칙에 따라 타체약국의 비저작물의 실연을 보호할 수 있다. 다만 이 규정은 강제규정은 아니므로 로마협약의 본래취지에 의거 타체약국에서의 비저작물 실연은 로마협약의 기준에 의해 보호하지 않아도 무방할 것이다.

어쨌든 로마협약의 규정을 이용해 자국법에 따른 보호를 확장 내지 축소할 수 있다는 점에서 제한된 의미의 내국민대우라고 할 수 있다.

여기서 동협약 제4조에 따르면 실연자의 내국민대우는 다음 세 가지 경우에 인정된다. 첫째, 실연이 다른 체약국에서 이뤄지거나, 둘째, 동협약 제5조에 따라 보호되는 음반에 수록되거나, 셋째, 음반에 고정되어 있지 않은 실연이 동협약 제6조에 의해 보호되는 방송물에 실려있는 경우가 바로 그것이다.

그리고 실연자에 관한 동협약 제4조의 (a),(b),(c)는 우리나라 저작권법 제61조 1

3. 체약국은 국제연합 사무총장에게 기탁한 통고로, 발행의 기준 또는 이에 대신하여 고정된 기준을 적용하지 아니한다고 선언할 수 있다. 그러한 통고는 비준, 수락이나 가입 당시에, 또는 그 후에 기탁할 수 있다. 마지막의 경우에, 통고가 기탁된 때로부터 6개월 후에 효력이 발생한다.

제6조

1. 각 체약국은 다음의 조건 중 어느 것이나 충족되는 경우에, 방송사업자에게 내국민대우를 부여한다.
 - (a) 방송사업자의 주사무소가 다른 체약국에 소재하고 있거나,
 - (b) 방송물이 다른 체약국에 소재하고 있는 송신기로부터 송신된 경우
2. 체약국은 국제연합 사무총장에게 기탁한 통고로, 방송사업자의 주사무소가 다른 체약국에 소재하고 있고, 또한 방송이 그 체약국에 있는 송신기로부터 송신되는 경우에 한하여 방송을 보호한다고 선언할 수 있다. 그러한 통고는 비준, 수락이나 가입 당시에, 또는 그 후에 기탁할 수 있다. 마지막의 경우에, 통고가 기탁된 때로부터 6개월 후에 효력이 발생한다.

16) 로마협약 제2조 제2항 - 2. National treatment shall be subject to the protection specifically guaranteed, and the limitations specifically provided for, in this Convention.

2. 내국민대우를 이 협약이 특별히 보장하는 보호 및 특별히 정하는 제한에 따를 것을 조건으로 한다.

호의 실연의 정의중 나,다,라 각목17)에 대응된다고 할 수 있다.

2) 저작권 우선의 원칙

동협약 제1조에 의하면 ‘이 협약에 따라 부여되는 보호는 문학·예술 저작물상의 저작권의 보호를 손상하지 아니하고 어떠한 경우에도 영향을 미치지 아니한다. 따라서, 이 협약의 어떠한 규정도 그러한 보호를 해치는 것으로 해석될 수 없다.’ 라고 규정하여 저작권의 저작인접권에 우선함을 명시하였다¹⁸⁾.

그리고 동협약 제23조, 제24조를 보면 베른협약이나 세계저작권협약에 가입한 국가만이 동협약에 체약국이 될 수 있도록 규정했는데, 이는 저작권의 보호가 불충분한 상황에서 저작인접권의 보호가 제대로 이뤄질 수 없으리라는 생각에서 규정되어진 것이다.

또한 동협약 제15조 제2항의 규정에 의하면, 체약국이 제15조 제1항에 정한 저작인접권의 예외를 규정할 수 있으나, 이러한 예외는 동일한 예외가 저작권에 대하여도 적용되고 있는 경우에 한하여 저작인접권에도 인정된다는 것이다. 이 조항은 이러한 예외조치의 적용에 있어서 저작인접권자가 저작권자보다 더 우대되는 사태를 방지하기 위한 것이다¹⁹⁾.

(나) 실연자의 권리

로마협약상 실연자의 권리는 음반제작자나 방송사업자의 권리와 달리 배타성을 가지고 있지 않다²⁰⁾. 로마협약상 실연자의 권리는 ‘금지할 가능성(possibility)의 권리’일 뿐, 음반제작자나 방송사업자의 경우처럼 ‘허락하거나 금지할 권리’(the right of authorize or prevent)가 아니다. 로마협약의 이러한 정의는 실연자에게 배타적 권리를 전혀 인정하지 않겠다는 의도인지 아니면 최소한의 보호기준을 마련하기 위함인지 봐야 할 것이다. 먼저 실연자에게 다음과 같은 이유로 동협약이 실

17) 저작권법 제61조 1호의 나. 대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호되는 실연, 다. 제2호 각목의 음반에 고정된 실연, 라. 제3호 각목의 방송에 의하여 송신되는 실연(송신전에 녹음 또는 녹화되어 있는 실연을 제외한다)

18) 우리저작권법상으로도 이 정신이 수용되어 있는데 동법 제62조가 바로 그것이다. 동조에 의하면, ‘이 장 각조의 규정(저작인접권 규정)은 저작권에 영향을 미치는 것으로 해석되어서는 아니된다’라고 하고 있다.

19) 박성준, 전제논문, 54쪽

20) 배타적인 권리라고 보는 견해도 있다. - 박성준 상계논문, 58쪽

연자에게 재산권을 부여하지 않는다고 해석하는 견해가 있는데, 그 이유는 첫째, 실연자의 동의없이 실연을 이용한 자를 형사처벌할 수 있는 여지를 제공하기 위함이고, 둘째, 실연자의 권리를 재산권으로 할 경우 권리의 이전성으로 말미암아 실연자는 자신의 권리를 신탁할 수 있고 신탁관리단체는 실연자의 권리를 독점함으로써 그 지위를 남용할 수 있는데 이러한 우려를 배제하기 위함이고, 셋째, 저작자들의 권리 행사를 방해할 수 있다는 저작자들의 우려를 제거하기 위함이라고 한다²¹⁾.

위와 같은 해석론은 로마협약의 체결당시의 상황에 비추어선 정당성이 인정된다. 하지만 현재의 가치를 기준으로 생각해보자. 우선 첫째, 그럼 재산권으로 규정하면 침해한 자에 대해 형사처벌할 수 없다는 얘기인가? , 둘째, 현재 실연자를 위한 저작권인접권관리단체는 ‘사단법인 한국예술실연자단체연합회’(이하 ‘예단연’이라 하겠다)인데 본단체는 1988년에 설립되어 현재에 이르고 있는데 실연자들의 권익을 위해 매우 힘쓰고 있다²²⁾. 셋째, 저작권인접자인 실연자의 권리행사는 저작권을 행사하지 않고 잠자는(의도적이었던지 아니던지간에) 저작권자를 일깨우는 역할을 할 것이라는 의미에서 그리 부정적으로 볼 것은 아니다.

이상과 같이 볼 때 로마협약의 체결당시의 사회적 분위기나 규범정서상으로는 실연자의 저작권인접권의 행사를 되도록이면 제한하자는 의미에서 실연자의 권리를 ‘가능성’으로 규정한 것인지 모르나 현재 실연자의 권리가 많이 신장된 상황에선 오히려 타 저작권인접권자나 저작권자의 권익 향상을 도모하는 바가 크다는 것을 고려할 때, 로마협약의 ‘가능성’규정은 주의적 규정으로 해석하는게 타당²³⁾할 것이다(물론 우리나라는 로마협약의 체약국이 아니므로 신경 쓸 필요는 없겠지만 로마협약의 내용자체가 각국의 입법례에 많은 참고가 되므로 그 중요성은 간과할 수 없다). 그리고 동협약 제21조와 제22조에 의하더라도²⁴⁾ 체약국은 실연자의 권리를 음반제작자나 방송사업자에 뒤지지 않게 배타적 권리(재산권)로 규정할 수 있다는 걸 알 수

21) 채명기, 시청각실연의 보호에 관한 연구, 저작권심의조정위원회, 1998.12., 14쪽

22) 사단법인 한국예술실연자단체연합회, 예단연 10년사, 7쪽~64쪽 참조

23) 그리고 동조의 규정을 엄밀히 본다면, ‘The protection provided for performers by this Convention shall include the possibility of preventing...’이라고 하여 로마협약상의 실연자보호가 ‘금지의 가능성’을 포함한다고 했지 금지의 가능성 자체라고 하지 않았으므로 어느 정도 해석론에 있어서 빠져나갈 수 있는 구멍을 만들어 놓았다고 볼 수도 있다. 즉 재산권으로 못볼 이유는 없다는 것이다. 다만 그 당시의 분위기나 상황으로 인해, 실연자의 권리확대가 저작권자나 타저작권인접권자에게 미치게 될지도 모를 영향력을 염려하여 음반제작자나 방송사업자와는 약간 다른 문구로 표현했다고 생각된다.

24) 로마협약 제21조, ‘이 협약에서 규정한 보호는 실연자, 음반제작자 및 방송사업자에게 별도로 보장된 보호를 해치지 아니한다’, 제22조, ‘체약국은 상호간의 특별 협정으로 이 협약에 부여되는 권리보다 광범한 권리를 실연자, 음반제작자 또는 방송사업자에게 부여하고 이 협약에 저촉되지 않는 다른 규정을 두는 상호간의 특별협정을 체결할 권리를 유보한다.’

있다²⁵⁾.

1) 실연자의 정의

일반적으로 실연의 의미는 “저작물을 연기, 낭송, 노래, 춤 또는 상영하는 등의 행위로 표현하는 것”을 의미한다²⁶⁾. 이러한 실연의 정의는 저작권접권이 저작권에 부수한다는 개념에서 비롯된 것이라고 볼 수 있는데, 로마협약 제3조 (a)에서도 ‘실연자’라 함은 배우, 가수, 연기자, 무용가, 기타 문학·예술 저작물을 연기·가창·낭독·웅변·표현하거나 기타 실연하는 사람을 말한다고 함으로써 저작물을 실연하지 않는 자에 대해선 보호하지 않음을 선언하고 있다. 다만 동협약 제9조에 의해 계약국은 자국의 입법으로 저작물을 실연하지 않는 자의 실연을 보호할 수도 있다²⁷⁾.

결국 동협약에 따르면 저작물을 실연하는 자들이 아닌 마술사(jugglers), 곡예사(acrobats), 광대(clown), 운동선수(sports personalities)는 로마협약상 실연자로 보호받을 수 없다. 또한 연극이나 영화의 엑스트라나 단순히 기계적인 역할만 하는 자들도 저작물을 실연하는 자로 보지 않는다.

그러나 이러한 종류의 실연자라 하더라도 그들이 실연하는 촌극(sketches)이나 무연극(mimes)이 베른협약 제2조에서 의미하는 저작물이라면 그들은 실연자로서 보호받을 수 있을 뿐만 아니라, 그들이 하는 노래의 작곡자가 되어 저작자로서도 보호받을 수 있다. 예를 들면, 즉흥극을 연출하거나, 즉흥시를 낭독하거나, 즉흥노래를 하거나, 즉흥연주를 하거나, 즉흥연설을 하는 실연자들을 생각할 수 있는데, 이들은 비록 저작물을 실연하지는 않지만 즉흥적으로 행한 실연자체가 저작물을 구성함으로써 실연자로서 뿐만 아니라 저작자로서도 보호를 받게 된다.²⁸⁾

25) 한편 박문석, 전게서, 465쪽 각주를 보면, “로마협약 제7조 제1항에 규정된 ‘금지할 가능성(Possibility of Preventing)’이란 용어는 협약 제10조(음반제작자의 복제권) 및 제13조(방송사업자의 최저한의 권리)의 ‘허락 또는 금지하는 권리(the right to authorize or prohibit)’와는 다름에 주의해야 한다. 이 협약에서 ‘금지할 가능성’이라는 용어를 쓰고 있는 이유는 협약을 실시하기 위한 수단에 대하여 계약국이 가장 적절하고 최선이라고 생각하는 수단을 선택할 수 있는 자유를 주기 위해서이다. 따라서 계약국은 허락을 받지 않고 실연을 이용하는 행위에 대하여 국내법으로 규제하는 법적 수단을 자유롭게 선택할 수 있다. 즉 저작권법만으로 규제할 수도 있고 이와 병행하여 또는 선택적으로 부정경쟁방지법이나 기타의 법으로 규제할 수도 있고, 또는 실연자에게는 저작권접권을 부여하지 않고 형법 등으로 보호할 수도 있다” 고 하여 필자와 같은 취지임을 알 수 있다.

26) 채명기, 전게서, 13쪽

27) 우리나라 저작권법은 비저작물의 실연에 대해서도 보호하고 있다. 저작권법 제2조 4호 - 실연: 저작물을 연기·무용·연주·가창·연술 그밖의 예능적 방법으로 표현하는 것을 말하며, 저작물이 아닌 것을 이와 유사한 방법으로 표현하는 것을 포함한다.

28) 채명기, 전게서, 13~14쪽

동협약에선 ‘기타 실연하는 사람’이라는 개념을 실연에 포함시킴으로써 실연자의 범위가 확대될 수 있는데 대비하고 있는 듯하다. 우리나라 저작권법에선 저작물의 예능적 방법으로서의 표현 내지 비저작물을 이와 유사한 방법으로 표현하는 것을 모두 실연의 범주에 넣음으로써 오히려 로마협약상의 실연의 범위보다 더 넓은 보호를 하고 있다.

2) 방송 및 공중전달권

로마협약 제7조 1항의 (a)는 실연자에게 실연의 방송 또는 공중예의 전달에 대한 동의권을 부여하고 있다. 다만, 실연 그 자체가 이미 방송실연이거나 또는 고정물로부터 이루어지는 경우는 예외로 한다.

여기서 방송의 개념은, ‘공중이 수신하도록, 무선 방법에 의해 소리, 또는 영상과 소리를 송신하는 것’을 말한다(로마협약 제3조 (f)). 특이한 것은 동협약은 방송을 무선에 한정함으로써 유선에 의한 방송은 방송의 개념에 포함시키지 않는다는 것이다. 우리 저작권법의 경우엔 유선, 무선을 모두 포함하여 방송의 개념을 정의하고 있다(저작권법 제2조 8호). 로마협약은 ‘공중전달’의 개념에 대해선 정의하지 않고 있으나 “콘서트 홀 등에서 행해진 실연을 그 홀에 참석하지 않은 공중에게 확성기나 유선의 방법으로 송신하는 것²⁹⁾”을 공중전달로 보고 있다³⁰⁾.

실연자의 동의를 얻지 않아도 되는 예외는 방송이나 공중전달에 이용되는 실연 그 자체가 이미 방송 실연이거나 또는 고정물로부터 이뤄지는 경우인데, 조합상 네 가지 경우가 나올 수 있다. 즉 방송에 이용되는 실연이 방송실연인 경우와 고정물로부터 이뤄지는 경우 두 가지, 공중전달에 이용되는 실연이 방송실연이거나 고정물로부터 이뤄지는 경우 두 가지 도합 네 가지가 나오는 것이다.

먼저 방송에 이용되는 실연이 방송 실연이라 함은 실연자체가 이미 방송된 실연(a broadcast performance)인 경우를 말하는데, 즉 방송된 실연을 다시 방송하는 것, 재방송을 뜻한다. 다만 주의할 것은 로마협약상 재방송의 개념은 이시방송은 포함하지 않고 동시재방송만 포함한다는 사실이다(동협약 제3조 (g)).

두 번째, 방송에 이용되는 실연이 고정물로부터 이뤄지는 경우인데, 우선 로마협약 제12조의 음반의 2차적 사용이 이에 해당한다³¹⁾. 즉 상업적인 목적으로 발행된 음반 또는 그러한 음반의 복제물이 방송에 사용되는 경우이다. 다만 동조에서는 단

29) 무선의 방법으로 송신하면 방송이 될 것이다.

30) 채명기, 전게서, 18쪽

31) 동협약 제12조의 규정은 후술할 공중전달에 이용되는 실연이 고정물로부터 이루어지는 경우에도 적용된다.

일의 공정한 보수를 지급하면 되도록 규정하고 있으므로 실연자는 보상청구권을 행사할 수 있을 따름이다³²⁾. 한편 동협약 제15조 1항 (c)에 규정된 일시적 고정³³⁾도 방송이 고정물로부터 이뤄지는 경우라 볼 수 있는데, 제15조가 이 경우는 보호에 대한 예외의 사유로 정해놓고 있는 것이므로 체약국에서 보호의 예외사유로 정한다면 역시 동협약 제7조 1항 (a) 단서로 규율할 필요가 없을 것이다. 마지막으로 관련있는 조항은 동협약 제7조 2항의 (1)로, 이에 따르면, ‘실연자는 방송에 동의한 경우에 재방송³⁴⁾, 방송을 목적으로 한 고정³⁵⁾ 및 방송을 목적으로 한 그러한 고정물의 복제물로부터의 보호는, 보호가 주장되는 체약국의 국내법에 맡겨 규율한다’고 하여 재방송 목적의 실연의 고정물로부터의 방송에 대해 규정하고 있는데, 여기서 재방송은 동시재방송을 뜻하는데, 그렇다면 이미 첫 번째 항목에서 설명된 것과 무슨 차이가 있는 것인가? 첫 번째 항목의 경우 실연을 방송해도 좋다는 실연자의 동의를 받지 못하더라도 그 방송실연의 재방송을 할 수 있음을 뜻하는 반면, 동협약 제7조 2항의 (1)에서 기술되는 재방송은 방송실연의 재방송이 실연자의 동의에 의해 이뤄진다는 전제에 입각한 것이다. 즉 실연자가 방송에 동의한다면 방송실연의 방송인 (동시)재방송은 체약국의 국내법에 의해 규율될 수 있으며 이 말은 로마협약 제7조 1항 (a)의 단서규정이 적용되지 않을 수 있음을 의미한다. 한편, 방송을 목적으로 한 고정물이란 것은 녹화나 녹음의 시점 뒤에 방송을 하기 위해 고정하는 것으로 방송을 위한 일시적 고정을 포함한다 할 것이다³⁶⁾. 그렇다면 동협약 제15조의 1항 (c)에 규정된 일시적 고정과의 관계는 어떻게 되는 것인가. 양자의 적용을 선택적으로 받을 수 있다고 본다. 따라서 일시적 고정의 경우엔 제15조에 의하든지 아니면 제7조에 의하든지 하여 그 보호를 체약국의 국내법에 따르게 할 수 있다.

세 번째, 공중전달되는 실연자체가 방송실연인 경우인데, 방송실연을 타방송사업자가 다시 방송하는 경우라면 첫 번째 경우에 해당하겠지만, 단지 공공의 장소나 사람이 많은 곳에 방송수신용 장치를 놓고 불특정다수에게 방송실연이 전달되고 있는 상황이라면 여기에 해당할 것이다. 예를 들면, 레스토랑이나 커피숍 등에서 음

32) 한편 동협약 제16조는, ‘어느 국가든지 국제연합 사무총장에게 기탁하는 통고로, 언제든지 제12조에 관하여 동조의 규정을 적용하지 아니한다고 선언할 수 있다’고 규정하고 있다.

33) 일시적 고정은 녹화나 녹음의 형식에 의해 이뤄지는데 예를 들면 TV프로그램같은 경우 생방송이 아닐 경우는 대부분이 녹화프로그램이다. 이러한 녹음이나 녹화는 단지 방송목적에 위한 경우에만 그 고정이 인정된다고 할 것이다.

34) 동시재방송을 뜻한다. 로마협약 제3조 (g) 참조

35) 이시재방송을 위한 경우를 포함한다.

36) 일시적 고정 이외에 생각될 수 있는 것들은 이시재방송을 위한 고정 등이 있을 수 있다.

악이나 TV를 틀어주는 경우(생방송이어야 한다)라든지 혹은 공항이나 역, 호텔 등에서 TV나 라디오를 통해 불특정다수가 방송실연을 청취 내지 시청하는 경우를 생각해볼 수 있다.

네 번째, 공중전달에 이용되는 실연이 고정물로부터 이뤄지는 경우이다. 세 번째가 방송실연을 공중전달의 방식에 의하였으면 여기선 이미 녹음 혹은 녹화된 고정물을 공중전달에 이용하는 경우를 말하는데, 예를 들면 쇼핑몰이나 대형의류상가 등에서 유명가수의 노래나 뮤직비디오를 들려주거나 보여줄 경우, 유튜브에서 음악을 들을 경우 등이 이에 해당한다. 이 경우 음반의 2차적 사용에 관련한 문제가 생기는데 후술하기로 한다.

3) 고정권

로마협약상 실연자는 자신의 동의 없이 고정되지 않은 실연을 고정하는 것을 금지할 수 있는 권리를 가진다(동협약 제7조 1항 (b)). 여기서 고정되지 않은 실연을 고정하는 것이란 생실연(live performance)을 고정하는 것을 말한다. 실연은 보통 음반(테이프, LP음반, CD 등)에 고정되거나 영화나 기타 비디오 등의 시청각 저작물에 고정된다. 누구든지 실연자의 동의 없이 고정되지 않은 실연자의 실연을 음반이나 시청각 저작물 등에 고정할 수 없다.

실연의 고정은 오로지 한 번만 발생할 수 있다. 협약상 고정권은 기존에 고정된 바 없는 실연, 즉 생실연의 고정을 대상으로 하는 권리이며, 이미 고정된 실연은 그 대상이 아니다. 따라서, 협약상 고정권은 실연이 고정된 이후에는 발생하지 않는다³⁷⁾.

4) 복제권

실연자는, (i) 원고정물 그 자체가 동의를 받지 않고 만들어졌거나, (ii) 실연자가 동의한 목적과 다르게 복제가 되거나, (iii) 원고정물이 제15조의 규정에 따라 만들어졌고, 복제가 그 규정에서 언급한 목적과 다르게 이루어진 경우, (실연자의 동의를 얻지 않았을 때) 실연의 고정물의 복제를 금지할 수 있다.

(i) 원고정물 그 자체가 동의를 받지 않고 만들어졌다 함은, 실연자가 실연행위를 실연자 몰래 혹은 실연자의 의사를 무시하고 고정시킨 경우에 해당하는데, 예를 들면 콘서트장에서의 실연을 실연자의 동의없이 녹화한든지 혹은 녹음한다든지 해서 고정물을 만드는 것을 말하고 실연자는 이러한 고정물을 복제하는 것에 대해 금지

37) 채명기, 전게서, 15쪽~16쪽

할 수 있다는 것이다. 그러나 사적 사용의 경우 고정시 동의가 필요없으며 이러한 사적사용을 위한 사적 복제의 경우도 마찬가지라 할 것이다(로마협약 제15조 참조).

(ii) 실연자가 동의한 목적과 다르게 복제가 되었다 함은 실연자가 동의한 범위를 넘어서는 복제를 뜻한다. 첫째, 양적인 범위가 있을 수 있고, 둘째, 질적인 범위가 있을 수 있는데, 양적인 복제의 경우, 가령 실연자가 자신의 실연을 10만장의 음반에 수록하고 그 이상은 발매하지 않도록 했는데, 음반제작자가 그 이상을 찍어낸 경우를 생각할 수 있는데, 이 경우 우선적으로 실연자와 음반제작자의 계약상의 문제로 처리할 수 있겠지만 그 외에 복제금지를 할 수 있다 할 것이다. 둘째, 질적인 범위의 문제인데, 저장매체상의 문제와 용도상의 문제로 나눌 수 있다. 저장매체상의 문제는 실연자가 자신의 실연을 LP판에만 담도록 하였으나 음반제작자가 CD³⁸⁾나 LD(Laser Disk)나 혹은 MP3 파일로 제작했을 때의 문제이고 용도상의 문제라 함은 자신의 실연이 오직 싱글판으로 발매되도록 했는데, 그 외에 히트송모음에 실연을 실는다든지 혹은 다른 용도로(시낭송집의 배경음악으로, 영화사운드트랙으로

38) 이 경우 우리나라에는 ‘이미베 사건’이라는 판례가 있다(대판 95다29130, 공96.9.15.[18],2639) 원고측은 작곡가, 작사가, 실연자인 가수이고 피고측은 음반제작사인데 녹음물이용허락계약을 체결하면서 저장매체에 대한 별다른 언급이 없는 상황에서 원고는 LP판에만 곡을 수록해야 한다고 주장하는데 반해 피고는 CD에다 곡을 또한 수록하는 것 또한 허락된 것이라고 주장한 사건인데, 대법원은 피고측의 손을 들어주었다.

주요 요지를 보면 대법원은, “녹음물 일체”에 관한 이용권을 허락하는 것으로 약정하였을 뿐 새로운 매체에 관한 이용허락에 대한 명시적인 약정이 없는 경우 과연 당사자 사이에 새로운 매체에 관하여 도이용을 허락한 것으로 볼 것인지에 관한 의사해석의 원칙은, ① 계약 당시 새로운 매체가 알려지지 아니한 경우인지 여부, 당사자가 계약의 구체적의미를 제대로 이해한 경우인지 여부, 포괄적 이용허락에 비하여 현저히균형을 잃은 대가만을 지급 받았다고 보여지는 경우로서 저작자의 보호와공평의 견지에서 새로운 매체에 대한 예외조항을 명시하지 아니하였다고 하여 그 책임을 저작자에게 돌리는 것이 바람직하지 않은 경우인지 여부 등 당사자의 새로운 매체에 대한 지식, 경험, 경제적 지위, 진정한 의사, 관행등을 고려하고, ② 이용허락계약 조건이 저작물 이용에 따른 수익과 비교하여 지나치게 적은 대가만을 지급하는 조건으로 되어 있어 중대한 불균형이 있는 경우인지 여부, 이용을 허락 받은 자는 계약서에서 기술하고 있는 매체의 범위내에 들어간다고 봄이 합리적이라고 판단 되는 어떠한 사용도 가능하다고 해석할 수 있는 경우인지 여부 등 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따른계약의 합리적이고 공평한 해석의 필요성을 참작하며, ③ 새로운 매체를 통한 저작물의 이용이 기존의 매체를 통한 저작물의 이용에 미치는 경제적 영향, 만일 계약 당시 당사자들이 새로운 매체의 등장을 알았다더라면 당사자들이 다른내용의 약정을 하였으리라고 예상되는 경우인지 여부, 새로운 매체가 기존의매체와 사용, 소비 방법에 있어 유사하여 기존 매체시장을 잠식, 대체하는 측면이 강한 경우이어서 이용자에게 새로운 매체에 대한 이용권이 허락된 것으로 볼 수 있는지 아니면 그와 달리 새로운 매체가 기술혁신을 통해 기존의매체시장에 별다른 영향을 미치지 않으면서 새로운 시장을 창출하는 측면이 강한 경우이어서 새로운 매체에 대한 이용권이 저작자에게 유보된 것으로 볼 수 있는지 여부 등 새로운 매체로 인한 경제적 이익의 적절한 안배의 필요성등을 종합적으로 고려하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 해석하여야 한다.’고 하면서 CD음반의 발행도 이용허락의 범위에 포함시키고 있다

사용할 경우 등이 있을 수 있다)사용하기 위해 음반을 발매했을 경우를 말함이다. 두 가지 경우 다 계약해석상의 문제로 접근할 수 있을 것이다. 즉 계약의 해석상 동의를 넘어서는 경우 복제의 금지를 할 수 있다.

(iii) 원고정물이 제15조의 규정에 따라 만들어졌고, 복제가 그 규정에서 언급한 목적과 다르게 이루어진 경우인데 동조 제1항에 의하면, (a) 사적 사용, (b) 시사 사건의 보도와 관련한 짧은 발췌, (c) 자체의 시설로 자신의 방송을 위한 방송사업자의 일시적 고정³⁹⁾, (d) 오직 교육이나 학술 연구의 목적을 위한 사용 등 네 가지 경우에 대해선 로마협약에서 정한 실연자에 대한 보호에 대한 예외가 될 수 있다. 즉 실연자의 동의를 받지 않고 고정물을 복제할 수 있다. 그러나 복제의 이용목적 이 상기된 네 가지 목적 범위에 어긋나면 실연자는 실연의 고정물의 복제를 금지할 수 있다.

협약은 회원국들에게 제15조 1항의 예외 규정에도 불구하고, 문학·예술 저작물에 대한 저작권의 보호에 관하여 규정하고 있는 바와 같이 실연자, 음반제작자, 방송사업자의 보호에 대해서도 같은 제한을 가할 수 있도록 규정하고 있다(제15조 2항). 이것은 사실상 실연자의 권리에 대하여 협약이 인정하는 예외나 제한이 제15조 1항에서 규정한 것보다 훨씬 더 넓게 인정되고 있음을 시사한다⁴⁰⁾.

5) 제한

실연자가 방송에 동의한 경우에, 재방송, 방송을 목적으로 한 고정 및 방송을 목적으로 한 그러한 고정물의 복제물로부터의 보호는, 보호가 주장되는 체약국의 국내법에 맡겨 규율한다(협약 제7조 제2항 (1)). 그리고 방송을 목적으로 만들어진 고정물의 방송기관에 의한 사용에 관한 조건은 보호가 주장되는 체약국의 국내법에 따라 결정된다(동항 (2)). 다만, 본항 (1), (2)에서 언급한 국내법은 실연자가 계약에 의하여 방송사업자와의 관계를 정하는 권한을 빼앗는 효과를 가져오지 아니한다(동항 (3)). 즉 당사자간의 계약이 우선이라는 것이다.

한편 동협약에도 불구하고, 실연자가 그의 실연을 시각이나 시청각고정물에 실는 것을 동의한 경우에는, 제7조의 규정은 적용되지 않는다(협약 제19조)

(3) 음반협약⁴¹⁾

39) 우리 저작권법의 경우 제31조에서 방송사업자의 일시적 녹음·녹화권을 규정하고 있다.

40) 채명기, 전제서, 17쪽

41) 우리나라는 본 협약에 1987년 10월 10일에 가입하였다.

음반협약의 본래 명칭은 'Convention for the Protection of Producers of Phonograms against Unauthorized Duplication of their Phonograms' 이다.

즉 음반의 무단복제로부터 음반제작자를 보호하기 위한 협약인 것이다. 로마협약 제22조에 의하면 '체약국은 상호간의 특별협정으로 이 조약에 부여되는 권리보다 광범한 권리를 실연자, 음반제작자 또는 방송사업자에게 부여하고 이 협약에 저촉되지 않는 다른 규정을 두는 상호간의 특별협정을 체결할 권리를 가진다'고 규정하고 있다. 이러한 목적하에서 체결된 것이 바로 이 협약으로 1971년 10월 제네바에서 체결되었기 때문에 제네바음반협약이라고도 한다. 이 협약은 음반의 불법복제에 대한 것으로, 그 목적⁴²⁾은 해적행위로부터 음반제작자를 보호하기 위한 것이다⁴³⁾.

음반협약의 취지를 보면 알 수 있듯이, 실연자에 대한 권리를 직접적으로 규정한 조항은 없다. 다만 음반협약 제7조 제1항에서, '이 협약은 국내법 또는 국제협정에 따라 저작자, 실연자, 음반제작자 또는 방송사업자에게 보장되는 보호를 제한하거나 해하는 것으로 해석되지 아니한다.' 와 제2항에서 '음반에 그의 실연이 고정되어 있는 실연자가 보호를 받는 범위와 조건은 각 체약국의 국내법이 정하는 바에 의한다.'고 하여 실연자와 관련된 규정이 있을 뿐이다. 또 후술할 '저작권법 제61조 제1호 다목과 제2호 다목과의 관계'에서 제2호 다목에 음반협약이 포함되느냐의 여부, 포함된다면 이에 따른 해석론 등이 문제가 될 수 있는데, 그 정도선에서 우리 저작권법상으로는 실연자와 관계를 가진다. 자세한 것은 후술하기로 하고 음반협약에 대한 개관만 여기서 하기로 한다.

(가) 협약의 특징

음반협약의 가입국은 빠른 속도로 늘고 있는데 그 이유는, 한편으로는 지난 20여년간 국제적인 해적행위가 가속적으로 증가해왔기 때문이며, 다른 한편으로는 이 협약이 가지고 있는 법적이 특성 때문이다. 즉 음반협약은 음반제작자들에게 음반복제를 허용 또는 금지할 수 있는 권리를 부여한다는 점에서는 로마협약과 같으나, 그 해결방법에 있어서는 각국이 획일적인 규정을 채택하도록 요구하는 것이 아니라

42) 레코드 제작자의 보호에 관한 협약으로서는 이미 로마협약이 성립하고 있었으나, 로마협약은 음반제작자만이 아니고 실연가 및 방송사업자의 보호도 아울러 피하고 있으므로 이 3자의 권리관계가 극히 복잡할 뿐만 아니라, 상업용 레코드에 대한 2차 사용료를 지급할 입장에 있는 방송사업자는 동 협약에 가입하는 것을 주저하는 경향이 있어 가입국 수가 그리 많지 않아 현실적으로 레코드 해적판의 횡행을 방지하는 데는 별로 도움을 주지 못하고 있다. 본 협약은 이러한 허점을 메우기 위한 응급처방이다. - 송영식이상징 공저, 저작권법개설, 세창출판사, 2000, 366쪽

43) 박성준, 전제논문, 75쪽

자국의 법령을 적용한다⁴⁴⁾는 점에서 로마협약과 다르다. 그러므로 자국법에 의해 이미 음반제작자를 보호하고 있는 국가는 이 협약에 가입함으로써 현행 자국법을 거의 수정할 필요없이 그 보호범위를 국제적으로 확대할 수 있다는 장점이 있다⁴⁵⁾.

한편 음반협약을 로마협약과 비교했을 때 다음과 같은 기본적인 특징 있다⁴⁶⁾.

첫째, 로마협약은 기본적으로 저작인접권자들에게 허가할 수 있는 권리나 금지할 수 있는 권리를 부여함에 반해 음반협약은 음반의 불법복제 등 해적행위를 금지하거나 억제하기 위한 법적 수단을 마련하는데 중점을 두고 있지 새로운 권리창설에 의미를 둔 협약은 아니라는 점이다. 그리고 해적행위 등 불법행위를 방지하기 위한 수단과 방법은 각 체약국이 자유로이 선택할 수 있도록 하고 있다(음반협약 제3조 참조).

둘째, 로마협약은 ‘내국민대우’ 원칙을 선언하고 있으나 음반협약은 이를 규정하지 않고 있다. 다만 음반협약 제2조는 ‘각 체약국은 음반제작자의 동의없이 행하여지는 복제물의 작성, 그러한 복제물의 수입, 그리고 그러한 복제물의 공중에 대한 배포로부터 다른 체약국 국민인 음반제작자를 보호한다.’고 규정하여 불법행위에 대한 규제를 규정할 뿐 내국민대우에 대한 언급은 없다. 결국 음반협약 체약국은 자국민 보호를 위해 국내법이 부여하는 보호권을 외국인에게도 동일하게 부여할 의무는 없다.

셋째, 이 음반협약은 모든 UN 회원국, UN과 관계를 맺고 있는 모든 기관 또는 국제사법재판소법에 규정된 당사자에게 개방되어 있다⁴⁷⁾는 점에서, 가능한 한 가장 넓은 지역에서 해적행위를 퇴치하는 데 관심을 가지고 있었으나, 로마협약은 소위 ‘폐쇄 협약’이라고 할 수 있다. 왜냐하면 이 협약은 두 개의 주요 국제 저작권 협약 중 적어도 어느 한쪽에 가입한 체약 당사국에 대해서만 이 협약의 규정을 준수하도록 규정⁴⁸⁾하고 있기 때문이다.

(나) 실연자와 관련된 협약의 내용

44) 가령 동협약 제3조에선 ‘이 협약을 실시하기 위한 수단은 각 체약국의 국내 법령이 정하는 바에 따르며~’, 제4조에선 ‘보호기간은 각 체약국의 국내법이 정하는 바에 의한다.’, 제7조 2항은 ‘음반에 그의 실연이 고정되어 있는 실연자가 보호를 받는 범위와 조건은 각 체약국의 국내법이 정하는 바에 의한다’고 하여 국내법으로 규정할 수 있는 재량의 범위를 크게 하였다.

45) 박성준, 전계논문, 75쪽

46) Intellectual property Reading Material, WIPO, 470~471쪽, 박성준, 전계논문, 77쪽에서 재인용

47) 음반협약 제9조 참조

48) 로마협약 제24조 제2항 단서 참조

우선 전문에선 무단의 음반복제가 저작자, 실연자 및 음반제작자의 이익을 해하고 있음을 우려한다고 하고 이러한 행위로부터 음반제작자를 보호하는 것이 음반에 실연이 녹음되어 있는 실연자와 저작물이 녹음되어 있는 저작자에게도 이익이 된다고 하고 있다.

그리고 또한 음반제작자는 물론 실연자와 방송사업자의 이익을 보호하고 있는 로마협약을 더욱 더 광범위하게 수용할 것을 희망한다고 되어 있다.

동협약 제7조 제1항에선 동협약이 국내법 또는 타 국제협정에 따라 실연자에게 보장되는 보호를 제한하거나 또는 해하는 것으로 해석되지 않는다고 한다.

그리고 동조 제2항에선 ‘음반에 그의 실연이 고정되어 있는 실연자가 보호를 받는 범위와 조건은 각 체약국의 국내법이 정하는 바에 의한다’고 하여 실연자와 관련된 부분에 있어선 국내법에 많은 재량권을 주고 있다. 이렇게 하는 이유는 동협약의 목적이 주로 음반의 무단복제를 방지하고자 함이기 때문이다.

즉 저작인접권들의 상호관계 - 예를 들면 음반제작자와 방송사업자, 실연자 등에 대한 관계 - 에 대해선 동협약이 규율의 대상으로 하지 않고 있으며 체약국들간의 다른 국제협정이나 아니면 체약국 내의 국내법에 그 규율을 위임하고 있는 것이다.

(4) TRIPs 상의 실연자 보호

1993년 12월 15일 최종확정된 WTO 지적재산권협정(WTO/TRIPs: Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods)은 전문과 총 7장 73개 조의 본문으로 이루어져 있으며, 위조상품의 교역을 포함하는 지적재산권 전반에 관한 사항을 담고 있다. TRIPs는 다른 WTO 최종협정들과는 달리 ‘기존의 협정 플러스 방식’을 채용하여 협정내에서 다른 규정들을 일부 원용하고 있는 이른바 ‘불완전협정’의 형태를 지니고 있다⁴⁹⁾.

(가) 기본원칙

TRIPs협정 제1조 제1항은 최소보호의 원칙을 규정하는데, 회원국은 이 협정에 의해 요구되는 것보다 더 광범위한 보호를 실시할 수가 있다. 다만 이러한 확대된 보호는 강제적인 것은 아니다. 한편 본 협정의 규정을 이행하기 위한 방법에 있어선 각국의 재량성을 보장해주고 있다.

49) 박성준, 전제논문, 83쪽

동협정 제2조에선 동협정의 제1부에서 제4부까지의 규정이 로마협약에 따라 회원국 상호간에 존재하는 의무를 면제하지 아니한다고 규정하여 로마협약의 규정준수를 우선시키고 있다.

제3조는, 내국민대우를 규정한 것으로 이에 따르면 각 회원국은 로마협약에서 이미 규정하고 있는 예외의 조건에 따라, 지적재산권 보호에 관하여 자기 나라 국민보다 불리한 대우를 다른 회원국의 국민에게 부여해서는 안된다. 다만 실연자, 음반제작자, 방송기관에 대하여는, 이러한 의무는 TRIPs협정에 규정되어 있는 권리에 한해서만 적용된다고 하여 제한을 두고 있다.

이러한 단서 조항이 생긴 이유는 동협정은 로마협약에 대하여서는 베른협약과는 달리 직접 준용하는 규정을 명시하지 않고 로마협약상의 보호내용과 동일한 취지의 규정을 제14조에 규정⁵⁰⁾하고 있기 때문이다⁵¹⁾. 즉 동협정 제9조를 보면 회원국은 베른협약의 제1조에서 제21조까지 및 부속서를 준수한다고 함으로써 저작권과 관련하여 베른협약의 규정을 포괄적으로 받아들이고 있다. 그러나 동협정 제14조에선 실연자, 음반제작자 및 방송기관의 보호에 관해 따로 규정함으로써 로마협약의 모든 내용을 다 받아들이지 않고 - 즉 로마협약의 기본정신은 받아들이면서 - TRIPs에 규정된 것을 위주로 하여 보호하겠다는 취지를 밝혔다고 볼 수 있다.

한편 동협정 제4조에선, 최혜국대우를 규정하고 있는데, 이에 의하면, 지적재산권의 보호와 관련, 일방 회원국에 의하여 다른 회원국의 국민에게 부여되는 이익, 혜택, 특권 또는 면제는 즉시, 그리고 무조건적으로 다른 모든 회원국의 국민에게 부여된다. 다만 여러 가지 예외규정을 두고 있는데, 동조 (b)⁵²⁾에선 로마협약이 내국민대우가 아닌 상호주의에 의할 수 있도록 할 때는, 본 TRIPs협정에서는 최혜국대우를 부여하지 않을 수 있음을 규정하고 있고, 또한 동협정에서 규정되지 않은 실연자들의 권리에 관한 사항들은 역시 최혜국대우의 의무를 피해갈 수 있음을 규정 [동조 (c)⁵³⁾]하고 있다.

50) 다시 말하자면 저작권에 대해선 직접준용형식을 취하고 있으나, 저작인접권에 대해선 그렇지 않다는 것을 의미한다.

51) 박성준, 전계논문, 85쪽

52) (b) 내국민대우에 따라서가 아니라 다른 나라에서 부여되는 대우에 따라서 대우를 부여하는 것을 허용하는 로마협약 또는 베른협약(1971년)의 규정에 따라 부여되는 경우 - 이 조항은 예외조항들 중 하나다.

53) (c) 이 협정에 규정되지 아니하는 실연자, 음반제작자 및 방송기관의 권리에 관한 경우 - 상계 각 주의 경우와 마찬가지로 예외조항들 중 하나다.

(나) 실연자의 보호

실연자에 관한 규정은 협정 제14조 제1항에서 규정하고 있는데, 이에 의하면, ‘실연을 음반에 고정하는 것과 관련하여, 실연자는, 고정되지 아니한 자신의 실연의 고정과 그러한 고정물의 복제가 실연자의 허락없이 이뤄질 경우 이를 금지시킬 수 있다. 또한 실연자는 자신의 허락없이 이뤄지는 무선수단에 의한 방송과 생실연의 공중전달을 금지할 수 있다.’고 한다. 여기서 로마협약과 마찬가지로 right가 아니라 possibility⁵⁴⁾로 규정되어 있다. 이것은 이미 로마협약이 실연자의 권리를 right가 아니라 possibility로 규정한 취지⁵⁵⁾와 유사하다고 볼 수 있겠으나 동조 제6항에선 ‘제1항, 제2항 및 제3항에 따라 부여된 권리’라는 표현을 사용함으로써 TRIPs상의 실연자의 권리를 단순히 로마협약 성립당시의 실연자의 권리의 개념과 동일하게 볼 수는 없을 것이다⁵⁶⁾. 이렇게 한 것이 입법상의 오류인지 아니면 로마협약의 취지를 존중하면서도 실연자의 권리가 그 이상으로 격상되어야 한다는 의미를 포함하기 위한 절충인지는 확인할 순 없지만 하여간 실연자의 권리라는 개념을 단순히 가능성으로 규정한 것은 최소한 보호기준으로서 실연자에게 인정되어야 하는 부분이라는 의미를 담는다고 해석할 수 있을 것이다. 즉 동협정 제1조에 의하면, ‘회원국은 이 협정의 규정에 위배되지 아니하는 경우, 자기 나라의 법을 통해 이 협정에 의해서 요구되는 것보다 더 광범위한 보호를 실시할 수 있으나, 그렇게 할 의무를 지지는 않는다’고 되어 있으므로 비록 TRIPs협정상 실연자의 권리개념

54) 원문은, “In respect of a fixation of their performance on a phonogram, performers shall have the possibility of preventing the following acts when undertaken without their authorization: the fixation of their unfixed performance and the reproduction of such fixation. Performers shall also have the possibility of preventing the following acts when undertaken without their authorization: the broadcasting by wireless means and the communication to the public of their live performance” (제14조 1항)

55) 로마협약부분에서 이미 언급했듯이, 다음과 같다. 첫째, 실연자의 동의없이 실연을 이용한 자를 형사처벌할 수 있는 여지를 제공하기 위함이고, 둘째, 실연자의 권리를 재산권으로 할 경우 권리의 이전성으로 말미암아 실연자는 자신의 권리를 신탁할 수 있고 신탁관리단체는 실연자의 권리를 독점함으로써 그 지위를 남용할 수 있는데 이러한 우려를 배제하기 위함이고, 셋째, 저작자들의 권리 행사를 방해할 수 있다는 저작자들의 우려를 제거하기 위함이라고 한다

56) 한편 로마협약과 TRIPs협정상의 용어차이의 또 하나는 로마협약에선 실연자의 동의 내지 허락 개념을 consent로 표현했음에 반해 TRIPs협정에선 authorization이라고 표현했다는 점이다. authorization은 consent보다는 권리성이 더 강화된 개념으로, 'authorize'는 'to give legal authority, to formally approve'의 의미이며, 'consent'는 'agreement, approval, or permission as to some act or purpose, esp. given voluntarily by a competent person'의 의미를 가진 걸 보면 알 수 있다(Bryan A. Garner editor in chief, Black's Law Dictionary, seventh edition 참조). 이러한 사정을 보더라도 TRIPs가 로마협약상의 실연자의 지위보다는 더 상위의 지위를 실연자에게 부여하고자 했음을 알 수 있다.

을 가능성으로 규정했다 하더라도 각국의 입법례로 실연자의 보호를 더 확장하여 배타적인 권리로 보호할 수 있는 것이다.

자세히 보면, 먼저 실연자는 고정권과 복제권, 생실연에 대한 방송권(무선에 한정), 공중전달권을 인정하고 있다. 로마협약과 비교해보면 고정권, 복제권, 방송권, 공중전달권 등은 양자가 다 공통적으로 규정하고 있다.

다만 중요한 차이점은 TRIPs협정의 경우, ‘음반에 실연을 고정하는 것과 관련하여~’⁵⁷⁾라는 표현을 사용함으로써 그 범위가 오히려 로마협약보다는 축소되어 있다는 것이다.

차례대로 보면 고정권에 있어선 TRIPs협정은 실연자는 자신의 고정되지 아니한 실연을 자신의 허락없이 고정하는 것을 금지할 수 있도록 함으로써 고정권을 실연자에게 부여하고 있고 로마협약도 이와 유사하게, ‘실연자의 동의를 받지 아니한 고정되지 아니한 실연의 고정을 금지할 수 있다’고 규정하고 있다. 다만 동협정은 실연의 음반에의 고정에 한정하고 있기 때문에, 그 점에서 로마협약과 범위의 차이가 있다. 그리고 이러한 차이점은 복제권에도 마찬가지로 적용된다.

복제권의 경우도 마찬가지로, 로마협약과 TRIPs협정은 서로 유사하게 규정하고 있다. 다만, 로마협약은 복제를 금지할 수 있는 범위를 좀 더 세부적으로 정해놓고 있다는게 차이점인데, 로마협약상 복제를 금지할 수 있는 경우는 (i) 원고정물 그 자체가 동의를 받지 않고 만들어졌을 경우, (ii) 실연자가 동의한 목적과 다르게 복제가 되거나, (iii) 원고정물이 제15조의 규정에 따라 만들어졌고, 복제가 그 규정에서 언급한 목적과 다르게 이뤄지는 경우로 구성되어 있다. 이중 첫째 항목은 one chance 주의를 천명한 것으로 마치 저작권법상 권리소진의 원칙과 유사하다고 보면 되는데, 즉 만약 원고정물이 처음에 동의를 받고 고정된다면 그뒤의 복제에 대해선 실연자가 금지시킬 수 없다는 원리다.

그렇다면 one chance 주의가 TRIPs협정에도 적용된다고 볼 것인가. 동협정에선 ‘허락을 받지 않고 실연자들의 고정되지 않은 실연을 고정하는 것과 그리고 그러한 고정물의 복제⁵⁸⁾를 금지한다’고 되어 있으므로 복제의 금지는 그러한 고정물 즉 허락을 받지 않고 고정된 고정물에 대해서 복제를 금지한다고 볼 수 있을 것이다. 따라서 허락을 받고 고정되었다면 복제를 금지할 수 없다는 걸 알 수 있다. 즉 문구상 로마협약상의 one chance 주의를 따르고 있다.

57) 'In respect of a fixation of their performance on a phonogram....'

58) 원문은 '~without their authorization: the fixation of their unfixed performance and the reproduction of such fixation' 이다. 여기서 'such'는 앞의 'the fixation of their unfixed performance'를 가리킨다는 것을 알 수 있다.

둘째, 실연자가 동의한 목적과 다르게 복제가 될 경우는 어찌보면 계약해석의 문제라고도 볼 수 있는데, 이는 TRIPs협정상 규정되어 있지는 않으나 해석상 인정한다 하더라도 큰 무리는 없어 보인다. 즉 복제를 허락해주면서 - 채권적 허락이 될 것이다 - 범위를 정한다면 만약 그 범위를 일탈하여 복제를 한다든지 할 경우엔 실연자가 당연히 계약법적 해석상 복제를 금지할 수 있다 할 것이다.

셋째, 이 경우엔 TRIPs협정에 인접권에 대한 예외조항이 로마협약처럼 있지 않으므로 이것은 각국의 입법례에 따르도록 하는 것이 타당해 보인다.

TRIPs협정상 방송 및 공중전달권은 문리해석할 경우 로마협약상 실연자의 방송 및 공중전달권보다 넓은 개념으로 생각할 수 있다. 그 이유는 동협정 제14조 제1항의 방송 및 공중전달권은 '무선에 의한 생실연의 방송 및 공중전달'이라 하여 생실연의 개념을 어떤 제한도 없이 사용하고 있기 때문에 사실상 '(고정되지 않은 실연의 방송과 대비하여) 고정되지 않은 방송 실연'도 그 대상으로 하나, 로마협약 제7조 제1항 (a)의 방송 및 공중전달권은 '방송이나 공중전달에서 사용된 실연', 즉 고정되지 않은 실연의 재방송이나 방송 실연을 생실연의 대상으로 하지 않기 때문이다. 그러나 TRIPs협정 제14조 제6항은 제1항에서 부여한 실연자의 권리와 관련하여 로마협약에 의하여 허용되는 범위 내에서 조건, 제한, 예외 및 유효를 규정하고 있는 바, 이 규정에 따라 동협정 제14조 제1항에 로마협약 제7조의 예외를 적용하는 경우, '고정되지 않은 재방송을 포함한 방송실연'은 계약당사국의 국내법으로 정하는 예외에 해당하기 때문에 사실상 TRIPs협정 제14조 제1항의 방송 및 공중전달권의 범위는 로마협약 제7조 제1항 (a)의 방송 및 공중전달권의 범위와 유사하다고 볼 수 있다⁵⁹⁾.

한편 TRIPs협정은 방송권에 있어서는 무선수단에 의한 방송에 한정하고 있음으로써 로마협약상의 방송의 개념⁶⁰⁾을 따르는 것처럼 보이는데, 규정을 자세히 보면 TRIPs와 로마협약이 방송의 개념을 이해하는데 차이가 있음을 알 수 있다.

즉 로마협약에선, 'broadcasting'이 'transmission by wireless means'라고 정의되어 있는 반면⁶¹⁾, TRIPs협정에선 'broadcasting by wireless means'라고 하고 있다. 다시 말하면 TRIPs협정은 이미 방송이 유선과 무선의 범주로 나뉘짐을 전제

59) 채명기, 전게서, 20쪽

60) 로마협약 제3조 (f) '방송'이란 공중이 수신하도록, 무선 방법에 의하여 소리, 또는 영상과 소리를 송신하는 것을 말한다.

61) "broadcasting" means the transmission by wireless means for public reception of sounds or of images and sounds

로 하기 때문에 방송이라는 용어자체는 유선, 무선을 모두 포함한다는 것을 알 수 있다.

양자기 이러한 차이가 있음에도 공통적인 취지는 결국 방송권의 대상이 되는 방송은 무선적 수단에 의한 방송에 한정한다는 점이다. 참고로 우리 저작권법은 유선방송도 방송의 개념속에 포함하고 있으므로 유선음악방송이나 케이블 TV 등에 의한 방송도 모두 방송권의 대상이 되는 방송이다⁶²⁾.

실연자에 대한 보호기간은 실연이 행해진 역년(the calendar year)의 말로부터 50년 기간의 말까지 계속되며(동협정 제14조 5호 참조), 회원국은 동협정 제14조 제1항, 제2항 및 제3항에 따라 부여된 권리와 관련하여 로마협약에 의해 허용되는 범위 내에서 조건, 제한, 예외 및 유보를 규정할 수 있다(제14조 6호 참조).

(다) 로마협약과의 관계

TRIPs협정이 기존의 협정 플러스 방식에 따라 기존의 지적재산권협정의 일부를 준용함으로써 TRIPs에 준용되는 로마협약의 조항들은 TRIPs 회원국들에게 모두 적용되게 된다. 그러나 TRIPs협정은 로마협약의 모든 규정을 준용하는 것은 아니고, 또한 로마협약의 가입국과 TRIPs 회원국이 일치하는 것이 아니므로 이들 기존 조약의 가입국과 비가입국간에 있어서 TRIPs협정의 적용문제가 생길 수 있다⁶³⁾.

가령 A국과 B국이 있는데, A국은 로마협약과 TRIPs협정의 가입국이고, B국은 로마협약은 가입하지 않고 TRIPs협정에만 가입되어 있을 때의 문제인데, A국은 TRIPs협정의 취지인 최혜국대우원칙에 따라 A국이 타로마협약가입국에 부여하고 있는 실연자의 보호에 관한 혜택을 B국에 부여하여야 하느냐 하는 문제가 생기는데, 만약 이 경우에 최혜국대우원칙을 고집한다면 B국만 일방적으로 부당하게 이익을 얻는 꼴이 된다.

따라서 동협정 제4조 (c)에선 예외조항을 두고 있는데, 이에 의하면 ‘동협정에서 규정하지 않은 실연자의 권리에 대해선 이러한 최혜국대우의 의무가 면제’된다고 하고 있다.

결국 A국은 TRIPs협정에 규정된 것 이상의 보호, 즉 로마협약상의 보호를 B국에게 베풀어 줄 필요는 없다.

62) 저작권법 제2조 제8호 방송: 일반공중으로 하여금 동시에 수신하게 할 목적으로 무선 또는 유선 통신의 방법에 의하여 음성·음향 또는 영상 등을 송신하는 것을 말한다.

63) 박성준, 전계논문, 108쪽

(5) WPPT⁶⁴(WIPO Performances and Phonograms Treaty)

기술의 발전과 특히 인터넷의 급속한 보급은 기존의 저작권법 체계에 중요한 도전장을 던지게 되었다. 아날로그적 사고에서 만들어졌던 기존 국제규범으로는 저작권에 관련된 여러 가지 문제들을 해결하는데 한계에 부딪히게 된 것이다.

그러나 이러한 문제점들에 대응하기 위한 베른협약의 개정은 힘들었다. 왜냐하면 베른협약은 베른협약의 관련된 조항의 개정은 만장일치를 필요로 하기 때문이다⁶⁵.

따라서 1989년 WIPO 집행부는 그간의 기술발전에 대응하는 저작권 규범체계를 수립하기 위하여 베른협약 제20조의 규정에 의한 특별협정을 체결하기로 결정하였다. 특별협정은 만장일치 없이도 체결될 수 있고 기존의 보호수준을 줄이지 않아도 되는 장점을 가지고 있기 때문이다. 또한 저작권접권 분야에서도 로마협약이 1961년 체결된 이래 한 번도 개정되지 못함으로써 그간의 기술 발전을 반영하지 못하고 있었다. 따라서 1992년 9월 베른동맹 총회는 기존의 특별협정과는 별도로 실연자와 음반제작자의 권리보호에 관한 새로운 조약을 준비하기 위한 전문가위원회를 설치하기로 하였다. 이러한 논의 끝에 마침내 1996년 12월 2일부터 12월 20일까지 외교회의가 개최되었으며 여기에서 WIPO 저작권조약과 실연·음반조약이 체결되었다⁶⁶.

(가) 조약의 특징

동조약은 기존의 조약이나 협약 등과 완전히 별개의 조약이다. 이러한 취지는 동조약 제1조에서 확인할 수 있는데, 제(1)항에선, ‘이 조약상의 어떠한 규정도 1961년 10월 26일 로마에서 체결된 실연자, 음반제작자 및 방송사업자의 보호를 위한 국제협약(로마협약)에 의하여 체결 당사자가 상호간에 부담하는 기존의 의무를 저해하지 아니한다’고 하며, 제(2)항은 ‘이 조약상의 보호는 문학·예술 저작물에 대한

64) 우리나라는 현재 가입되어 있지 않으며 2001년 7월 30일 현재 동조약의 비준 및 가입국은 27개국으로 다음과 같다. 'Argentina, Belarus, Bulgaria, Burkina Faso, Chile, Colombia, Costa Rica, Croatia, Ecuador, El Salvador, Georgia, Hungary, Indonesia, Japan, Kyrgyzstan, Latvia, Lithuania, Mexico, Panama, Paraguay, Peru, Republic of Moldova, Romania, Saint Lucia, Slovakia, Slovenia, United States of America'

65) 베른협약 제27조 (3), "Subject to the provision of Article 26 which apply to the amendment of Article 22 to 26, any revision of this Act, including the Appendix, shall require the unanimity of the votes cast"

66) 박성준, 전계논문, 113쪽

저작권 보호에 변경을 가하지 아니하며, 어떠한 경우에도 영향을 미치지 아니한다. 따라서, 이 조약의 규정은 그러한 보호를 해치는 것으로 해석될 수 없다'고 하여 저작권 우위의 원칙을 고수하고 있으며, 마지막으로 제(3)항에선, '이 조약은 다른 조약과는 아무런 관련이 없으며, 다른 조약상의 권리와 의무를 해치지 아니한다'고 규정하여 동조약의 독립성을 확인해주고 있다.

동조약은 로마협약 중 방송사업자의 권리에 대한 부분을 제외한 나머지 부분을 실질적으로 대체하고 있다. 일반원칙으로는 베른협약과 비슷하게 내국민대우의 원칙(제4조), 무방식주의제20조, 소급보호의 원칙(제22조), 50년의 존속기간(제17조), 권리제한의 예외적 허용(제16조) 등을 규정하고 있다⁶⁷⁾.

한편 개념상의 정의에 있어서 대부분 로마협약상의 용어와 그 정의를 그대로 받아들이고 있으나, '음반', '발행', '방송' 등 일부 개념을 확장하거나 '공중전달'과 같이 새로운 정의를 두고 있다. 음반의 정의에 대하여서 이 조약은 '소리 또는 소리의 표현을 고정한 것'을 포함시키도록 함으로써 직접 소리를 고정한 것은 아니라 할지라도 데이터의 형태로 저장하였다가 적절한 전자장치에 의하여 들을 수 있도록 하는 것도 음반의 정의에 포함되도록 하였다⁶⁸⁾. 따라서 디지털 정보에 의하여 소리를 저장하는 CD나 디지털 테이프 등도 음반의 범위에 포함되게 되었다. 그러나 이 조약에서도 시각적 또는 시청각적인 고정은 여전히 음반의 범위에서 제외된다⁶⁹⁾.

(나) 실연자의 보호

1) 실연자의 인격권

로마협약에선 인격권을 규정하지 않았지만 WPPT 제5조에 의하면, 실연자는 자신의 재산권과 독립하여, 그리고 그 권리의 이전 후에도, 자신의 청각적 생실연 또는 음반에 고정된 실연에 관하여 그 실연의 실연자라고 주장하고, 자신의 명성을 해칠 수 있는 실연의 왜곡, 훼손, 기타 변경에 대하여 이의를 제기할 권리를 가진다고 함으로써, 성명표시권과 동일성유지권을 규정하고 있다. 한편 동조약 제2조에 의하면, 이러한 인격권들의 존속기간은 실연자의 사망 후, 적어도 재산권이 종료할 때

67) 오승중, 이해완 공저, 저작권법, 박영사, 2001, 576쪽

68) WPPT 제2조 (b) - '음반'이란 실연의 소리 또는 기타의 소리, 또는 소리의 표현을 고정한 것으로서, 영상저작물이나 기타 시청각저작물에 수록된 형태 이외의 고정물을 말한다.

69) 박성준, 전계논문, 124쪽

까지 존속한다. 다만, 이 조약을 비준하거나 가입할 당시에 체약국의 국내법상 실연자 사후 동 인격권을 보호하지 않고 있을 경우엔, 이러한 인격권들 중 일부가 실연자의 사망 후에는 존재하지 않는다고 규정할 수 있다.

인격권의 도입은 WPPT가 기존 조약 등에 비해 더 한층 발전된 단계란 것을 보여주는 것으로 우리나라에서도 실연자의 인격권 도입이 논의되어야 할 것이다.

2) 고정되지 않은 실연에 대한 실연자의 재산권

실연자는 자신의 고정되지 아니한 실연을 고정할 수 있으며(조약 제6조 (ii)), 또 고정되지 아니한 실연을 방송하고 공중에 전달하는 것을 허락할 배타적인 권리(동조 (ii))를 가진다. 즉 고정권과 방송권을 가진다고 할 수 있다. ‘고정’은 어떤 장치를 통하여 지각, 복제 또는 전달될 수 있는, 소리 또는 소리의 표현을 수록한 것⁷⁰⁾으로 정의되므로 시청각 실연은 그 대상이 아니며, 또 그 고정의 대상도 음반에 한정되지 않는다. 따라서 디지털 시대에 등장하게 될 여러 가지 미래지향적 저장매체를 고려한 입법이라 할 수 있다. 다만, 시청각 실연을 제외하고 소리만을 그 대상으로 하고 있으므로 아직은 실연자 보호에 있어서 불완전하다고 할 수 있다.

3) 복제권

실연자는 어떠한 방법이거나 형태로 음반에 고정된 실연의 직접적이거나 간접적인 복제를 허락할 배타적인 권리를 향유한다. 여기선 ‘어떠한 방법이거나 형태로(in any manner or form)’라는 표현을 사용함으로써 기술발전으로 인한 새로운 매체의 등장을 포괄할 수 있는 길을 열어 놓았다. 따라서 음반에 고정된 것을 디스켓이나, 메모리 스틱⁷¹⁾, 혹은 기타 저장매체에 복제하는 것도 다 복제권의 대상이 된다.

4) 배포권

실연자는 판매 또는 기타 소유권의 이전을 통하여 음반에 고정된 실연의 원본이나 복제물을 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 것을 허락할 배타적인 권리를 향유한다(조약 제8조 (1)항). 한편 이러한 배포권과 관련하여 각 체약국이 권리소진의 원칙을 어떻게 적용할 지는 각 체약국이 결정할 수 있는 자유를 가진다(동조 (2)항).

70) WPPT 제2조 (c)

71) 손가락 크기만한 스틱에 많은 용량을 담을 수 있는 저장장치로 향후 디스켓을 대체할 수 있는 저장장치로 각광받고 있다. 보통은 USB방식을 따르고 있으므로 이동성과 호환성면에서 탁월하다.

5) 대여권

실연자는 음반에 고정된 실연의 원본이나 복제물이 자신에 의하여 또는 자신의 허락에 의하여 배포된 후에도, 계약 당사국의 국내법에서 정한 바대로 이를 공중에 상업적으로 대여하는 것을 허락할 배타적인 권리를 가진다(조약 제9조 (1)항). 그러나 1994년 4월 15일 당시에 음반에 고정된 자신의 실연의 복제물의 대여에 대하여 실연자에게 공정한 보상제도를 가지고 있었고, 그 이후로도 (계속) 이를 유지하고 있는 계약 당사자는 음반에 고정된 실연의 상업적 대여가 실연자의 배타적인 복제권을 실질적으로 침해하지 않는 한 그 제도를 유지할 수 있다(동조 (2)항).

6) 고정된 실연을 이용할 수 있도록 제공할 권리

실연자는 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 실연에 접근할 수 있는 방법으로, 유선 또는 무선의 수단에 의하여 음반에 고정된 실연을 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 것을 허락할 배타적인 권리를 향유한다(조약 제10조). 여기서의 제공은 실연을 공중이 이용하도록 직접 제공하는 것이 아니라 공중이 언제 어디서나 접근하여 이용할 수 있는 상태에 놓는 것까지를 의미한다.

이 권리는 디지털 기술과 통신 기술의 혁신적인 발달의 산물이다. 기존의 저작권 개념으로 새로운 환경에서 나타나는 저작물 이용관계를 규율할 수 없기 때문에 새로이 도입된 권리로서 특히, 이 권리는 주문형쌍방향송신 등에 의한 저작물 이용관계를 규율하는 데 목적을 두고 있다. 이러한 송신은 무선이나 유선에 의해서 송신이 가능하다는 점에서 기존의 방송 개념과 매우 흡사한 면을 지니고 있으나, 기존의 방송은 동시적 수신과 일방적 송신인 반면에 주문형쌍방향송신은 동·이시적 수신과 쌍방향송신이라는 점에서 차이를 보이고 있다. 그러나 공중의 이용에 제공할 권리는 동시적 및 이시적 수신을 특징으로 하고 있어서 전통적인 ‘공중’의 개념을 적용할 경우 사실상 송신 대상은 일반 공중이 아니라 개인이다. 이 경우 부득이 공중의 개념 확대는 불가피하나, 실연자에게 공중의 이용에 제공할 권리를 부여한 WPPT는 공중에 대한 구체적인 정의 문제를 각 계약당사국에 위임하고 있다⁷²⁾. 따라서 앞으로 WPPT의 계약당사국은 공중의 개념을 정의해야 하는 입장에 놓이게 된 것이다⁷³⁾.

72) WIPO, CRNR/DC/4, para.10.17, p.46, 채명기, 전게서, 76쪽에서 재인용

73) 채명기, 상게서, 75~76쪽

7) 2차 사용료 청구권

실연자와 음반제작자는 상업적인 목적으로 발행된 음반이 방송이나 공중전달⁷⁴⁾에 직접적으로나 간접적으로 이용되는 경우에 공정한 단일 보상에 대한 권리를 향유한다(조약 제15조 (1)항). 한편 계약당사자는 국내법으로 실연자나 음반제작자 또는 양자가 공정한 단일보상청구권을 행사하도록 국내법으로 정할 수 있으며, 실연자와 음반제작자 사이에 분배조건에 관한 합의가 없는 한, 양자가 공정한 단일 보상금을 분배하는 조건을 정하는 국내법을 제정할 수 있다(동조 (2)항). 다만, 제1항의 규정에 대해선 사무국장에 기탁하는 통고로 일정한 제한을 가할 수 있다(동조 (3)항)

8) 제한과 예외 및 보호기간

계약당사자는 실연자의 보호에 관하여, 문학·예술 저작물에 대한 저작권 보호와 관련하여 규정한 바와 같은 종류의 제한이나 예외를 국내법으로 규정할 수 있으며, 또한 이 조약에서 규정한 권리에 대한 제한이나 예외를 실연의 통상적인 이용과 충돌하거나 실연자의 합법적 이익을 부당하게 해치지 아니하는 특별한 경우로 한정해야 한다(조약 제16조).

한편 실연자에게 부여되는 보호기간은 실연이 음반에 고정된 연도의 말로부터 기산하여 적어도 50년의 기간이 종료하는 때까지 존속한다(조약 제17조 (1)항).

(6) SCCR⁷⁵⁾에서의 시청각실연자에 대한 논의

저작권 및 저작인접권 상설위원회(SCCR - Standing Committee on Copyright

74) 실연이나 음반의 ‘공중전달’이란 방송 이외의 매체에 의하여, 실연의 소리, 음반에 고정된 소리 또는 소리의 표현을 공중에게 송신하는 것을 말한다. 제15조에서의 ‘공중전달’은 소리 또는 음반에 고정된 소리의 표현을 공중이 청취할 수 있도록 제공하는 것을 말한다. WPPT 제2조 (g)

75) Standing Committee on Copyright and Related Rights, 저작권 및 저작인접권 상설위원회 - 원래 SCCR 이전에는 전문가 위원회(Committees of Experts)라는 것이 있었다. 즉 WIPO 회원국과 WIPO의 관리를 받는 연합체들의 총회는 1997년 3월 회의에서 시청각 실연에 관련된 의정서에 대한 전문가 위원회를 설립하기로 결정하였다. 그리고 WIPO의 의장은 1997년 9월과 1998년 6월, 두 차례에 걸쳐 전문가 위원회를 소집하였다. 그뒤 기구의 조직구조의 개편의 일환으로 WIPO 회원국 총회의 1998년 3월 회의에 따라 WIPO의 위원회 구조가 재편되었는데, 전문가 위원회는 상설 위원회로 대체되었고, 저작권과 저작인접권에 대한 상설 위원회(the Standing Committee on Copyright and Related Rights: 이하 SCCR)가 설립되었다. SCCR은 1998년 11월, 1999년 5월, 1999년 11월, 2000년 4월, 4번에 걸쳐 회의를 소집하였다. - IAVP/DC/3, 2~3쪽 참조

and Related Rights ; 이하 SCCR이라 칭한다)는 저작권 및 저작인접권의 여러 가지 쟁점사항들에 대한 협의를 위해 만들어진 위원회로 1998년 11월에 제1차, 1999년 5월 제2차, 1999년 11월 제3차 저작권 상설위원회가 개최되었다. 3차례 회의의 주제는 시청각실연의 보호, 데이터베이스의 보호, 방송사업자의 보호였다. 제3차 회의결과, 제4차 회의를 시청각 분야의 국제규범화 논의를 위한 특별회의로 하자고 결정하였고 나머지 두 주제인 데이터베이스 보호와 방송사업자의 보호는 차차기, 즉 제5차 SCCR⁷⁶⁾의 회의 주제로 확인되었다. 이후 2000년 4월 특별 SCCR이 개최되었으며, 같은 해 12월 시청각실연의 보호를 위한 조약 채택을 위한 외교회의가 제네바에서 개최되었다. 이 외교회의에서 미국과 EU의 격렬한 의견대립 속에 결국 조약은 채택되지 못하였다⁷⁷⁾.

이러한 제4차 SCCR은 비록 그 합의점은 도출되지 못했지만⁷⁸⁾ WPPT에서 제대로 다루지 못했던 시청각실연에 대한 실연자보호에 대한 심도깊은 논의가 진행되었다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있을 것이고 앞으로의 시청각실연의 보호에 대한 각국의 입법방향을 위한 하나의 지침으로서의 역할을 할 수 있다고 보며 향후 계속 될 SCCR의 참고가 될 것이다.

따라서 여기서 주로 제4차 SCCR의 주요 내용과 이후에 열린 외교회의에 대해 살펴보기로 한다.

(가) European Community(유럽공동체)의 제안서⁷⁹⁾

76) 2001년 5월 7일부터 11일까지 스위스 제네바 WIPO본부에서 개최

77) 문화관광부 저작권과, '제5차 저작권 및 저작인접권 상설위원회 회의(Standing Committee on Copyright and Related Rights, Fifth Session) 결과 보고서', 계간저작권, 2001 여름호, 90쪽

78) 그러나 제4차 SCCR은 다음과 같은 권고안에 합의했다. "1. 세부관리조항 - 2000년 4월 12일부터 14일까지 제네바에서의 시청각 실연의 보호에 대한 외교회의를 위한 예비 위원회는, 국제사무국이 WPPT와 WPPT의 규정에 근거한 개별 조약들에 대한 의정서의 대안적인 해결책을 포함하는 국제문서의 세부관리 규정을 위한 기본적인 제안서를 마련할 것을 요구한다., 2. 기본적인 제안서 - 외교회의를 위한 국제문서의 개별적인 규정들에 대한 기본적인 제안서는 위원회 회기의 의장이 준비할 것이고, 국제사무국이 도움을 줄 것이다. 초안은 국제사무국에 의하여 2000년 8월 1일의 외교회의에 초청되는 국가와 국제기구, 비국가 기구에게 간행되어 배포될 것이다., 3. 지역협의회 - 국제사무국은 아프리카와 아랍 국가들, 아시아, 태평양, 라틴 아메리카와 카리브해 연안 국가들과 유럽과 아시아의 특정 국가들의 지역협의회 모임을 9월부터 11월 내에 개최해야 하고, 2000년 12월 5일과 6일에 외교회의가 이뤄지는 곳에서 지역협의회 모임을 개최해야 한다., 4. 외교회의 - 외교회의는 2000년 12월 7일부터 20일까지 개최해야 한다.", 이에 대해 예비위원회는 외교회의의 진행절차에 대한 초안을 검토하고 승인하였으며, 외교회의를 2000년 12월 7일부터 20일까지 개최할 것을 권고하였으며, 총회는 SCCR의 권고안을 검토, 외교회의를 개최할 것을 승인하였다. - IAVP/DC/3, 3~4쪽 참조

79) WIPO, SCCR/4/2, 'Submission on behalf of the European Community and its Member States on the Protection of Performers' Rights in their Audiovisual Performances', February

유럽공동체와 그 회원국들은 이전의 WIPO 문서들 중 AP/CE/I/3 Add., AP/CE/2/2, SCCR/1/4., SCCR/2/3 그리고 SCCR/2/4에서 표현된 대로 시청각실연자에 대한 보호를 위한 그들의 신임을 반복해서 확인했다

다만, 1996년 12월 열린 외교회의 이후로 여러차례 열렸던 회의 등에서 다양한 견해들이 표현되었다.

유럽공동체와 그 회원국들은 소리와 시청각 모두에 대한 실연을 보호할 것을 항상 주장해왔다. 불행하게도 WPPT를 채택하였던 1996년의 외교회의의 기본틀에는 이러한 입장이 반영되어 있지 않다.

따라서 유럽공동체와 그 회원국들은, 1998년이 다가기 전에 ‘시청각 의정서 (Audiovisual Protocol)’를 촉구하는 만장일치의 결의서(Resolution)를 전적으로 지지한다.

시청각의정서는 세 가지의 주요한 목적을 가지고 있는데, 이것은 WPPT의 목적과 유사하다.

- 우리는 소리 및 시청각 실연자들 양자의 권리를 위한 로마협약에 의해 부여된 보호의 정도를 더 강화하고 업데이트시켜야 한다. 결론적으로, 시청각의정서에 포함될 시청각실연자들의 권리의 범위와 내용은, 소리실연자들(sound performers)이 WPPT에서 누리고 있는 보호와 유사해야 한다. 물론 양자의 차이점이 인정되지 않는 것은 아니지만, 양자간의 비합리적인 차별은 어떠한 경우에도 인정되어선 안된다.

- 시청각의정서가 위와 같이 됴에 있어서, 동 의정서는 지나치게 복잡해지거나 혹은 현재의 관행에 의문을 표시할 필요는 없다. WPPT에 있어서의 기본합의가 의정서의 기본맥락으로 작용하면 되기 때문이다. 즉 굳이 새로운 룰을 도입해서 현존하는 국내적 혹은 국제적 기본틀(가령 권리의 이전이나 내국민 대우 등)을 훼손시킬 필요는 없다는 것이다.

의정서의 이러한 단순함과 융통성은 바로 동의정서의 성공으로 이어질 것이다. 왜냐하면 쉽게 이해할 수 있고 광범위한 지지를 얻어낼 수 있을 것이기 때문이다.

- 마지막으로, 동의정서의 주요 목적은, 시청각물의 제작자들이 아닌 시청각실연자들의 보호를 개선하고 업데이트하는 것이다. 동 의정서는, 제작자들의 권익을 위해 시청각실연자들의 권리들을 감소시키거나 빼앗는 것이 아니라 시청각실연자들의 권리를 증진시키기 위해 만들어졌다.

SCCR의 지난번 회기에서 이미 언급되었듯이, 유럽공동체와 그 회원국들은, WPPT와 결의서 채택 이후 4년이 흐른 지금 이제 우리의 협상을 어떻게 성공적으로 종결시킬 것인지 결정할 때가 왔다. SCCR의 다음 임시회기 때, 우리는 우리가 취해야 할 방향에 대해 결정을 할 것이다.

이렇게 함에 있어서, 다음과 같은 원칙들을 기준으로 할 것이다.

- 유럽공동체와 그 회원국들이 중요성을 부여하는 협상의 목적들 - 이미 위에서 언급되었다

- SCCR의 신뢰성을 염두에 둔 건설적인 접근 방식. 로마협약에서 규정된 권리보유자들의 보호에 대한 업데이트의 합의는 가능하나, 시청각실연자들의 보호에 대한 업데이트의 합의는 불가하다는 것을 받아들이긴 힘들어 보인다.

- 국제 공동체에 선택을 강요함이 없이 시청각실연자들의 대우에 관한 다양한 관행을 인정하고자 하는 욕구

이러한 목적들, 건설적인 접근방식 그리고 이러한 지침들을 기반으로 하여, 유럽공동체와 그 회원국들은, 같은 생각을 가진 대표단들과 함께 기꺼이 앞으로 나갈 준비가 되어 있으며, 2000년 12월의 성공적인 외교회의를 할 준비가 되어 있다.

(나) 새로운 제4조(내국민대우의 원칙)에 관한 미국의 제안서⁸⁰⁾

내국민대우 조항은 문제가 있으며, 디지털시대에서 실연자들의 권리를 다룰 수 있는 일련의 적당한 원리들을 발전시켜 나감에 있어서 모든 참가당사자들의 이해관계를 제대로 다룰 수 있어야 한다고 미국은 인식한다.

80) SCCR/4/3, 'Submission of the United States of America on the New Article 4', February 21, 2000

첫 번째 기본원칙은, 실연자들은 그들의 실연에 대해 보상받아야 하며 여러 국가와 지역들에 다른 접근방식들이 존재한다는 것이다. 내국민대우에 관한 규정들은, 실연자들이 보상받는 각각 다른 시스템들을 고려해야 하며, 그 고려 대상은 집중거래협정(collective bargaining agreements)과 정당한 보상시스템(systems of equitable remuneration)도 포함한다.

두 번째 기본원칙은, 실연에 대한 보상은 각 실연에 나타나 있는 각 개인에게 이뤄져야 한다는 것이다. 만약 그러한 보상의 분배가 각 실연자에게 이뤄지지 않는다면, 징수행위자체가 각 실연들과 관련해 이뤄져선 안된다. 이 중요한 원칙의 실행을 제안하기 위해서, 우리는 이하에서, 기존의 WPPT 제4조와 다른 새로운 제4조⁸¹⁾를 제출한다.

(다) 권리이전⁸²⁾에 관한 미국의 제안서⁸³⁾

WPPT의 채택을 가로막는 가장 중요한 요인은, 조약에 의해 창설된 독점적 허락권이 언제, 어떻게 실연자로부터 제작자에게 이전되느냐하는 논쟁이다.

문학 혹은 음악저작물과 달리, 시청각 저작물은 여러 국적을 가진 다양한 개인들의 기여로 제작될 수도 있다. 게다가, 점점 더 많은 시청각 저작물들이 국경을 초월하여 만들어지고 있으며 자본지원을 받는데, 이러한 점 때문에 권리의 이전과 소유에 관한 일관된 원칙이 극도로 중요하게 되었다. 영화의 배급(the distribution of motion pictures)은 필연적으로 글로벌 비즈니스라고 할 수 있다. 광역화된 인터넷 접근이 많아질수록 국제적 배급의 범위와 속도는 증가하고 있다.

그리고 동조약에 의해 창설된 권리들은, 어떤 지역에선, 존재하지 않거나 혹은 분

81) 제4조 - 내국민 대우 (1) 각 계약국들은 제3조에서 규정된 국민에게, 본 조약에서 보호되는 사항들과 관련하여, 내국민에게 부여하는 보호를 다음의 권리와 관련하여 주어야 한다. (i) 동조약에서 부여되는 독점적 권리들, (ii) 동조약에서 부여되는 독점적 권리로부터 파생되는 권리들, 다만 보상 청구권에 한정하지 않는다. (iii) 다른 계약국이, 국내법으로, 그러한 사항들에 대해 실질적으로 동일한 보호를 주는 다른 어떠한 권리들

(2) 동조약에서 보호되는 (고정되던지 아니던간에) 실연과 관련하여 독점적 권리들에 대한 강제적인 집중관리나 보상의 권리 등을 국내법으로 규정한 어떠한 계약국도, 다른 계약국에 대해 이러한 권리들을 부여하지 않을 것임을 사무총장에 대한 통고로 할 수 있다. 그러한 통고를 하는 계약당사국은 국내법으로 타계약국의 국민에 의한 시청각실연과 관련하여 당해 권리들을 인정하지 않음을 규정할 수 있다.

- 이것은 미국의 제안서에 의해 제안된 사항으로 현재의 WPPT규정과는 차이가 남을 알 수 있다.

82) 영상저작물의 경우 실연자의 권리가 제작자에게 귀속되도록 하는 규정을 말한다.

83) SCCR/4/4, 'Submission of the United States of America on Transfer', April 6, 2000

리된 권리로서 인식되지 않을 수도 있다. 결국 이러한 창설된 권리들에 대해선, 이러한 권리가 존재하지 않았던 지역에서 그러한 권리들을 창설한 동조약이 동권리들의 이전과 통제를 어떻게 할 것인가에 관해 언급하는 것이 특히 중요하다고 할 것이다.

본 제안서는 효과적인 권리이전 조항(an effective transfer provision)을 위한 핵심적인 요소들을 검토하고 그러한 요소들의 관점에서 현재의 제안사항들을 분석할 것이다.

1) 효과적인 권리이전 조항을 위한 핵심적인 요소들(critical elements for an effective transfer provision)

(i) 실연자들의 권리들의 거래를 위한 가능성을 보존하고 그에 의해 견고한 집중거래의 발전을 도모할 수 있는, (ii) 더 나아가 정당한 보상으로부터 실연자들에게 필수적인 소득을 남겨둘 수 있는, (iii) 영화제작자들에 대한 독창적으로 중요한 경제적 투자를 위한 적절한 보상체계를 인정할 수 있는, (iv) 제작자들과 실연자들 모두에게 확실성을 줄 수 있는, 그러한 환경을 만들기 위해서, 다음 아래의 사항들이 언급될 필요가 있다.

가) 권리이전 조항은 보상청구권에 적용되어선 안된다

실연자들의 권리 조약의 주된 목적들 중 하나는 그들의 영화에 대한 창작적 기여 행위에 대한 적절한 보상을 확보할 수 있는 기회를 보장하는데 있다. 많은 나라들에선 집중거래 시스템에 의해 이것이 실현되고 또 다른 국가들에선 보상청구권을 입법화하여 해결하고 있다. 그리고 어떤 국가들에선 위의 양자를 혼합한 제도를 이용하기도 한다. 권리이전조항은, 현재 실연자가 실정법상 혹은 기타 방법으로 받고 있는 보호를 해하지 않아야 한다. 만약 권리이전조항으로부터 보상청구권을 분리한다면 실연자들의 보호는 더욱 더 철저해질 것이다.

나) 권리이전 조항은 인격권에 적용되어선 안된다

인격권은 실연자의 그의 실연에 대한 동일성유지권을 보존한다. 인격권의 침해자에 대해 인격권을 행사하는 실연자의 능력은 영화의 동일성을 유지시켜준다.

실연자들의 인격권을 보장해주는 것은 현 시대에 있어서 중요한 의미를 가지는데,

왜냐하면 디지털형태로 저장된 실연들은 쉽게 조작되고 배포될 수 있기 때문이다. 실연자들이 생계를 유지하는 능력은 그의 명성에 기반하고 있다. 만약 위와 같은 인격권 보호가 없다면, 실연자들의 그들의 가장 중요한 자산인 그들의 이미지와 명성을 보호할 수 없다.

다) 권리이전의 추정은 서면 계약에 의해 부인될 수 있다.

이렇게 권리이전의 추정이 부인됨으로써 실연자들은 그들의 권리보호를 위한 기회를 갖게 되고 계약에 의한 협상의 가능성을 확보할 수 있다. 실연자들의 권리강화를 위해, 영화제작과 관련한 특별한 조건에 대해 협상할 기회가 필요하다.

라) 권리이전 조항은 특정한 시청각제작물에 적용되어야 한다

실연자가 그의 실연의 고정에 동의하는 경우는, 특정한 시청각제작물에 대해 동의하는 것이다. 실연자는 시청각제작물의 이용을 위해 그의 실연이 고정되는 것에 대해 보상을 받아야 하며 또한 그러한 제작물이 배포될 경우에는 그에 대한 계약, 집중거래, 입법, 혹은 세 가지의 조합 등의 방법에 의해 역시 보상을 받아야 한다. 권리이전 조항은, 허락권과 관련하여 그러한 영화의 제작자들이나 배급업자들에게 확실성을 제공해야 한다. 그러나 새로운 시청각제작물에 그 실연을 포함시키는 것에 대해 권리이전 조항을 확대 적용할 필요는 없다. 실연자들은, 그들의 발췌된 실연이 새로운 작품에 포함될 수 있는지의 여부에 대해 협상을 할 권리가 있기 때문이다.

마) 권리이전 조항은, 실연자들로부터 제작자들로의 권리이전에 대한 각국의 시스템을 바꾸도록 요구해선 안된다.

어떤 나라들에선 제작자들에게 권리를 부여하고, 어떤 나라들은 그렇지 않은 경우도 있다. 또 일부 국가들에선 실연자와 제작자 간에 잘 발달된 집중거래 시스템을 가지고 있지만 그렇지 않은 국가들도 있다. 결국 권리이전 조항은 현존하는 법제도를 바꾸거나 각국이 국내법을 변경하도록 할 수는 없다. 또한 실연자와 제작자간의 집중거래협정을 대체할 수도 없다.

바) 권리이전 조항은 단순하면서 직접적이어야 한다

권리이전 조항은 불확실성이 없어야 하며 특히 사법적 절차에서 해결되어야 하는 그러한 불확실성은 더욱 없어야 한다.

사) 권리이전 조항은 점점 더 복잡하게 관련되는 제작환경(가령 공동제작, 공동투자 협정, 다국적 캐스팅, 다국적 로케이션촬영지 등)을 고려해야 한다.

위에서 언급한 바와 같이, 국제조약이 효과적이기 위해선 그것이 명확성이 있어야 한다; 만약 새롭게 창설된 권리의 이전에 대한 중요한 문제가 전적으로 각국의 국내법으로 규제된다면, 혼란이 가중될 것이다. 특히 이것은 시청각 저작물이 한 나라에서만 만들어지지 않고 여러 나라와 관련되어 있을 때⁸⁴⁾ 더욱 그렇다. 영상저작물의 권리들의 소유에 관한 문제의 중요성은 베른협약 제14조의 2에서 중요하게 인식되어왔다는 것을 상기해야 한다.

또한, 이미 앞에서 언급했듯이, 이 조약에 의해 창설된 권리들은, 특정한 국가들에선, 전혀 생소한 권리거나 혹은 독립된 권리로 인식되지 아니한 경우가 있을 것이다. 그러한 새롭게 창설된 권리들과 관련해, 그러한 권리들을 다룰 수 있는 시스템이 되어 있지 않은 국가들에선, 동 조약이 권리이전과 그러한 권리들에 대한 통제에 관해 언급해 주는 것이 중요하다.

아) 권리이전 조항은, 시청각 저작물의 전세계적 배포를 위해 확실성을 제공해야 한다.

시청각 저작물의 제작자들과 배포자들은, 조약과 서면화된 협정의 조항에 근거해서 실연자들의 권리의 소유와 통제를 결정할 수 있어야 한다. 영상저작물이 전세계적으로 배포될 때, 동조약에 의할 때 어떤 나라의 어떤 법이 적용될 지에 대해 영상제작자들이 혼란스러워하지 않도록 해야 한다. 확실성이 없다면, 제작자들은 국제적 제작을 위한 자본투자의 안정성을 확보할 수 없으며, 결국 이것은 실연자들의 실업을 야기할 수 있다.

2) 권리이전에 대한 여러 가지 접근방식

권리이전에 관해 현재 제출된 어떤 제안서도 위에서 언급한 기준들을 만족시키지 못한다. 결과적으로 합의를 도출하기는 힘들어졌다.

84) 다국적의 제작자들, 자본가들, 연기자들이 관련되어 있을 때 그렇다는 것이다.

가) 권리이전에 대한 침묵

EU는 권리이전에 관해 동조약이 침묵해야 한다고 제안했으며, 조약에 의해 창설되는 권리들의 소유와 통제에 관한 문제는 각국의 국내법에 맡겨야 한다고 주장했다. 그러나 이러한 접근방식은 필요한 확실성과 예측가능성을 주지 못한다. 즉 새로운 권리들의 가치에 대해 거래하려는 것은, 권리의 범위를 명확하게 할 수 없으므로 인해 방해받게 된다. 또한 이러한 접근법은 권리들, 예를 들면 보상청구권과 인격권 등의 권리이전과 관련하여 실연자들을 위한 최소한 보호를 확보할 수 없게 만든다. 게다가, 어느 나라의 법률이 제작에 적용될 수 있고, 또 그러한 법률들이 어떻게 해석되어야 할 지에 대한 논쟁과 불확실성을 일으킨다.

나) 부인이 가능한 권리이전의 추정

미국은, 특정한 시청각 저작물과 관련해 배타적 허락권에 한정하여 조약에 의해 창설된 배타적 허락권의 (실연자에게서 제작자로의) 권리이전의 추정이 부인가능함을 제안했다. 많은 국가들이 그들의 국내법상으로 권리이전 추정규정을 가지고 있지만, 이러한 접근법은 몇몇 국가들이 그들의 법을 개정해야 함을 뜻한다. 그리고 국내의 시청각물 제작 산업에 권리이전시스템을 도입하는 것이 될 것이다.

다) 저작물의 발생 국가(the country of origin of the work)에 의해 결정되는 권리이전 규정

캐나다는, 서면화된 협정으로 부인가능하다는 전제하에서 배타적 허락권의 권리이전이 추정되는냐를 결정하는 것은 시청각 저작물의 발생 국가이어야 한다고 제안했다. 즉 다시 말하면 국가들은 추정규정을 채택할 수도 안 할 수도 있다는 것이다. 이러한 접근법은, 각 국가들이 자국에서 영상물이 제작될 때 자국법을 개정할 필요가 없음을 뜻하며 또한 제작자들로 하여금, 작품이 어디서 이용되든지간에 동일한 권리이전 조항이 해당 작품에 적용된다는 것을 확신시켜준다⁸⁵). 그러나 가장 큰 단점은 저작물의 발생국가를 결정하는 복잡한 문제다. 그러한 결정을 함에 있어서 고려해야 할 사항은 실연자들·프로듀서·시나리오작가·원본작품의 국적들이다. 그리고

85) 즉 시청각 저작물의 발생국만 법을 개정하여 권리이전 조항을 채택할 것인지 말 것인지 결정하면 되므로 시청각 저작물이 여러 국가에 관련하여 제작될 때 동 접근법이 편리하다는 이야기다. 다만 뒤에서 언급하겠지만 발생국의 정의를 어떻게 내리느냐 하는 문제가 있다.

이러한 사항들은 다국적 캐스팅이 이뤄질 때 양상이 더 복잡해진다. 그러나 한 국가의 다른 권리이전 조항을 타국가에 적용하는 것에 대해선 반대의견도 많이 제기되었다.

라) 베른협약 제14조의 2 규정의 접근법

GRULAC⁸⁶⁾, 인도, 일본 그리고 기타 국가들은, 베른협약 제14조의 2에 근거한 접근방식을 제안했다. 그러나 이러한 접근법은 실연자들의 교섭권을 약화시킬 수 있다는 우려를 낳고 있는데, 왜냐하면 실연자는, 동조약의 배타적 권리들 중 어떠한 권리라도 가지고 있는 제작자의 이용행위를 반대할 수 없기 때문이다. 그러나 베른 협약의 규정은 서면 계약에 의해 부인할 수 있는 여지는 남겨놓았다. 위의 제안들은 범위에 있어서 지나치게 넓다는 것이 흠이다. 즉 실연자가 봉사하는 작품에 대해 (제작자의 이용을) 반대못하게 하는데 있어서 제작자의 권한범위에 대해 제한을 두지 않았다는 점이다.

일본은 ‘불선택 조항(opt-out provision)’을 추가하자고 함으로써 베른협약 제14조의 2 접근법의 수정을 제안했다. 만약 ‘선택 조항’ 혹은 ‘불선택 조항’을 국민들을 위해 추가한다면 국내에서 제작된 영상제작물에 대한 권리들의 이전을 다루는 방식을 바꿔야 하는 부담에서 벗어나게 된다(예를 들면, 위와 같은 방식을 채택한다면 배타적 권리들의 이전을 위해선 서면에 의한 협정을 요구하는 나라의 시스템을 해하지 않게 된다). 그렇지만 만약 각 국가들이 그들의 내국민을 위한 방식을 결정할 수 있다면, 다른 국적을 가진 실연자들의 권리들은 같은 작품내에서 다르게 취급받는 결과가 될 것이다.

마) 법의 선택/권리이전협정의 인정

비록 상설위원회에 공식적인 제안서가 제출되지는 않았지만, ‘법의 선택’이나 ‘권리이전의 인정’ 접근법 등을 통해 절충안을 도출해내기 위한 많은 토론이 있어 왔다. 만약 제안서를 제출했다면, ‘적용법에 대한 당사자의 결정이 없는 상황에서, 실연자가 동조약에 의해 부여된 배타적이고 경제적인 허락권을 이전하고자 맺은 협정은, 이 협정과 가장 밀접한 관련이 있는 당사자의 당사국 법률에 의해 규제된다’ 라는 내용이 될 것이다. 이러한 접근법은, 어떠한 국가에도 시청각제작물에 적용될 수 있는 법률을 변경하도록 요구하지 않는다는 점에서 장점을 가지고 있으며, 실연자

86) the Group of Latin America and Caribbean countries

들의 교섭력을 약화(베른협약 제14조의 2 접근법이 가지고 있던 약점이었다)시키지도 않는다. 그러나 이 제안은 ‘협정과 가장 밀접한 관련이 있는’ 나라를 결정하는 복잡한 문제를 야기시키기도 한다.

(라) 중앙유럽과 발틱 국가들의 시청각실연에 대한 지역협의회보고서⁸⁷⁾

지역협의회에선 다음의 나라들이 대표하게 된다: 불가리아, 크로아티아, 에스토니아, 헝가리, 라트비아, 루마니아, 슬로바키아, 슬로베니아

4번째 SCCR의 안건에 관해, 대표국들은, 시청각실연의 보호를 현대화시키고 업데이트시켜야 한다는 것에 대해 다시 한번 더 입장확인을 한다. 그들의 의견에 의하면, 1996년 WIPO의 채택이후로 업데이트 작업이 계속 연기되어 왔다는 이유와 1998년 이전에 시청각실연에 관한 의정서를 채택하기로 한, 1996년의 외교회의의 결의서를 이유로, 다시 한번 현대화와 업데이트 작업이 연기되어선 안된다고 한다. 대표국들은, 시청각실연의 보호를 위한 국제문서의 채택을 위한 외교회의를 즉각 소집해야 한다고 주장한다. 대표국들은 2000년 12월의 외교회의에 적극적으로 참여할 것임을 천명했다

국제문서의 형식에 관해, 대표국들은, WPPT에 대한 의정서의 형식으로 2000년 12월 개최될 외교회의에서 토론이 이뤄져야 한다고 한다

의정서의 내용과 관련하여선, 대표국들은 SCCR/3/10에서 언급되었던 입장을 유지한다. 게다가 대표국들은 외교회의가 2000년 12월에 개최되어야 한다는 의견을 가지고 있으며, 특단의 사정이 없는 한, 상설위원회의 회원국들이 이미 합의한 사항에 대해 다시 토론을 재개하지 않는다.

(마) Report⁸⁸⁾

SCCR은 네 번째 회기를 제네바에서 2000년4월 11일, 12일, 그리고 14일 개최했다⁸⁹⁾.

87) SCCR/4/5, 'Report on the Regional Consultation of Central European and Baltic States on the Protection of Audiovisual Performances, held in Geneva, on April 10, 2000

88) SCCR/4/6, 'Report', April 18, 2000

89) 참가국은 WIPO 멤버국 혹은 베른협약 가입국들인데, 우리나라도 포함되어 있다.

1) 새로운 문서의 제출

유럽공동체 대표단은, 유럽공동체와 그 회원국들이 외교회의를 위한 시간이 다가왔음을 믿는다고 말했다. 이 점에서, 대표단은 가장 최근의 제안서(SCCR/4/2)를 언급했다. 로마협약은 업데이트되어야 필요가 있고, 한편 WCT(WIPO Copyright Treaty)와 WPPT(WIPO Performances and Phonograms Treaty)는 특정권리의 보유자들에게는 평등한 보호를 해주는데, 시청각실연자에 대해서도 똑같은 혜택이 주어져야 한다. 1998년 기한으로 정한 1996년의 결의서에도 불구하고, 외교회의는 최소한 3번이상 연기되어 왔다. 이제 2000년 12월에는 꼭 개최되어야 한다. 한동안 어떠한 새로운 이슈도 토론되지 않았고, 정치적 합의와 약속만 있다면 성공에도달할 수 있었다. 국제 문서(the international instrument)는 WPPT에 대한 의정서 형식이 되어야 하는데, 다만 WPPT의 회원국이어야 함을 조건으로 해야 한다. 이렇게 간단하고 융통성있는 구조를 가진다면, 그 국제 문서는 어떤 추가적인 조항의 필요없이 명쾌해질 것이다. 의정서의 내용에 대해선, 가능한 많이 WPPT를 기초로 의정서가 만들어져야 하는데, 그 의정서는 소리실연과 시청각실연의 차이점들을 수용할 수 있을 정도의 수정사항만 담고 있으면 된다. 성공의 열쇠는 간단함과 당사국의 융통성 그리고 필요하지도 않은 룰이나 모델을 강요하지 않는 것에 있다. 미국이 최근에 '내국민대우'와 '권리이전 조항'에 대해 제안한 사항들은, 그것들이 위와 같은 핵심적인 요소에 부합하는지 여부를 알기 위해 분석되어야 한다. 외교회의는, 시청각실연자들의 권리향상을 위해 그와 같은 주된 목적에 역량을 집중해야 한다.

미국대표단은, 내국민대우에 관한 개정된 제안서에 의해(SCCR/4/3)⁹⁰⁾, 내국민대우가 부여될 수 있는 실연자들의 권리를 세 가지로 분류했다.: (1) 조약에 의해 규정된 배타적 권리들은 내국민대우를 받는다; (2) 조약에 규정된 배타적 권리로부터 파생된 권리들 역시 내국민대우를 받는다 - 예를 들면 사적복제보상금(private copying royalties); (3) 조약과 관련하여 추가적인 권리들이나 보호를 규정하는 당사국들간의 상호주의적인 내국민대우. 따라서, 하나의 체약당사국이 조약에서 보호

90) WPPT에서 규정된 내국민대우 조항을 미국의 입장에서 개정한 형식으로 (1)항 하에 하위 항목 (i),(ii),(iii) 형식으로 규정하고 있다. 내용은 다음과 같다.: 제4조 - 내국민 대우 (1) 각 체약국들은 제3조에서 규정된 국민에게, 본 조약에서 보호되는 사항들과 관련하여, 내국민에게 부여하는 보호를 다음의 권리와 관련하여 주어야 한다. (i) 동조약에서 부여되는 독점적 권리들, (ii) 동조약에서 부여되는 독점적 권리로부터 파생되는 권리들, 다만 보상청구권에 한정하지 않는다. (iii) 다른 체약국이, 국내법으로, 그러한 사항들에 대해 실질적으로 동일한 보호를 주는 다른 어떠한 권리들

되는 범위 이상의 보호를 내국민에게 해주는 경우 동 체약당사국은, 타 체약당사국이 동일한 보호를 그들의 국민에게 제공할 때 타 체약당사국에 대해 동일한 보호를 해줘야 한다. 제안서의 두 번째 단락에 의하면, 체약당사국들은, 조약에 의해 보호되는 실연들과 관련해 배타적인 권리의 강제적 집중관리나 보상청구권에 대해 내국민대우를 부인할 수 있도록 하고 있다. 그리고 더 나아가 체약당사국들은 외국 국민을 대신해 이익을 거둬들였다면, 그 이익의 분배는 반드시 그 외국 국민에게 이뤄져야 한다고 하고 있다. 제안서는, 광범위한 내국민대우 조항이 국내경제에 미칠 영향에 대한 우려를 염두해두고 만들어졌다.

시청각실연자들과 제작자들간의 권리의 이전에 관해선 많은 접근법이 존재하는데, 다음과 같다.: 1) 불선택가능성이 있든지 없든지간에, 부인가능한 권리에전의 추정; 2) 선택가능성 혹은 불선택가능성이 있든지 없든지간에, 베른협약 제14조의 2의 (2)에 따른 적법의 추정; 그리고 3) 타국에서 법이나 계약에 의해 이뤄진 권리의 이전을 한 국가에서 인정하는데 있어서 법이나 규범의 선택. 권리에전에 관한 분석 보고서(SCCR/4/4)는, 광범위한 지지를 얻어내기 위해 동 규정이 갖추어야 할 8가지 요소에 대해 언급하고 있는데, 그것은 현재의 제안서들을 검토했고, 각 제안의 장단점을 분석하려고 시도했다. 본 문제에 대한 대표단의 제안은 전체 국내의 시청각산업분야에 의해 계속 지지를 받았는데, 물론 실연자들과 제작자들도 포함한다. 권리에전의 추정이 부인가능한 것은 보상청구권외에 재산권들에 한정하기로 했는데, 이는 실연자들로 하여금 그들의 권리들에 대해 효과적으로 협상할 수 있도록 하며, 법에 규정된 보상청구권의 시스템을 보호할 수 있다. 시청각저작물에 대해 다루고 있는 모든 국제협약들은, 다수의 기여자들에 의해 탄생하는 이러한 시청각저작물의 특성을 인지하고 있는데, 예를 들면 베른협약의 14조의 2 (2)나 로마협약 제19조를 보면 알 수 있다. 대표단은 항상, 실질적인 방식으로 이 문제를 해결할 수 있는 대안적 방법에 대해 환영하였다.

일본의 대표단은, 여분의 문서에서 배포된 비교표에서 지적했듯이, 일본의 제안서(SCCR/3/8)가 비교표에서는 빠져있던 인격권에 관련한 주석을 포함하고 있음을 상기시켰다.

2) 지역협의회의 보고서

아프리카 그룹을 대표하여 우간다 대표단은, 시청각실연의 보호를 위한 문서는 WPPT에 대한 의정서 형식이 되어야 한다고 강조했다. 그리고 그 의정서에의 가입

은 WPPT를 준수할 것을 조건으로 해야 한다. 외교회의는 2000년 12월에 소집되어야 한다. 권리이전에 관한 조항은 실연자들의 보호를 증진시키려는 목적을 훼손하는 것처럼 보였다. 아프리카 그룹은 메이저영화사들이 있는 나라들의 견해에 주목했다. 그리고 동 그룹은 이 점에 대한 폭넓은 고려를 수용했다.

중앙유럽과 발틱 국가들⁹¹⁾을 대표하여, 슬로바키아 대표단은, 시청각실연자들의 보호를 현대화하려는 의지를 재천명했으며, WPPT의 의정서채택을 위해 2000년 12월 열릴 예정인 외교회의를 전적으로 지지하는 의사표시를 했다. 동 그룹은 이미 가지고 있던 입장(SCCR/3/10)을 재확인하며, 시적 적용(application in time)에 있어서 미국의 개정된 제안서에 대해선 의문을 표시했다. 왜냐하면 그것은 실연자들에게 불리하기 때문이다.

아시안 그룹을 대표하여, 이란의 대표단은 2000년 12월 혹은 그 이전에 개최될 외교회의에 대해 찬성했다. 동 그룹은 조약보다는 의정서형식을 선호했다. 그러나 내국민대우에 대해 어떤 확정적인 입장을 취하는 것은 시기상조였다. 권리의 이전과 관련해서, 공통적인 가이드라인이 존재해야 한다. 다만, 실행을 위해선 일정 부분 재량이 허용되어야 한다. 동 그룹은 문서상의 의회(the assembly of the instrument)가 WPPT의 의회와 공유되어야 하는지에 대해선 입장을 분명히 하지 않았다. 그러나 WIPO내의 조직적 구조를 슬림화해야 하는 것에는 큰 관심을 보였다. WPPT의 당사국이 된다고 해서 새로운 문서를 무조건 준수해야 한다고 해선 안될 것이다.

라틴 아메리카와 커리비언 그룹을 대표하여, 페루 대표단은, 많은 문제들이 여전히 토론중이라고 했다. 동 그룹은 외교회의가 적어도 2000년 12월에 열릴 것을 원했다.

중국대표단은, 아프리카 그룹과 중앙유럽과 발틱 국가 그룹 그리고 라틴 아메리카와 커리비언 그룹과 같은 견해를 보이고 있는데, 외교회의의 소집에 관하여, 지체 없이 그 문제가 해결되어야 한다고 피력했다. 게다가, 외교회의의 결론이 나면, 그 다음엔 오랫동안 해결되지 못했던 문제들, 방송사업자들의 보호 뿐만 아니라 데이터베이스의 보호와 개발도상국에서 특히 중요한 쟁점인 민담의 표현(expressions of folklore) 등에 대한 논의도 전개되어야 한다고 지적했다.

91) Albania, Bulgaria, Croatia, the Czech Republic, Estonia, Hungary, Latvia, Romania, Slovenia, Slovakia

스위스의 대표단은 외교회의가 2000년 12월 개최되어야 한다는 의견을 지지했다. 새로운 문서는 WPPT에 대한 부속서(annex)나 의정서가 될 수 있으며, WPPT에서 기술된 공통적 합의에 근거해 가능한 한 간단하고 직설적이어야 한다. 그리고 그 문서는 시청각실연의 특수성을 고려해야 한다.

3) 문서의 성격

의장은, 위원회가, 많은 대표단에 의해 제안된, WPPT에 대한 의정서 형식을 권장할 것인가 아니면, 소수의 지지를 받는 분리된 조약의 형식을 권장 것인가에 대해 초점을 맞추었다. 문서의 성격은 세부 관리조항(the final and administrative clauses)에 영향을 미치는데, 왜냐하면 WPPT에 대한 의정서 형식을 취한다면, 조약의 어떤 조항들은 재사용될 것이기 때문이다. 그리고 그 문서에 대한 의회가 존재한다면 그것은 분리될 수도 있고 혹은 WPPT와 그 문서에 대한 공동의회(a joint assembly)가 성립할 수도 있다. 의장은, 사무총장에게 행해질 선택에 대한 분석을 의뢰했다.

사무총장은 WIPO가 관리하는 조약들의 세부 관리조항들은 일반적으로 표준적인 형식임을 상기시켰다. 의정서와 조약 중에 선택을 하라는 것은, 회원국들이 어떤 이슈에 대해 취해야 할 결정의 문제, 이름의 문제 그 이상이었다. 국제법상 의정서라는 용어에 대한 불변의 정의는 없었다. 국제적 문서를 위한 세부 관리조항의 초안을 만들기 위해선 다음 세 가지 문제에 대한 명백한 해결이 필요했다: (1) 그 문서의 당사국이 되기 위해선 WPPT의 회원국이 되어야 하는가 즉 양자 사이의 조건 관계가 있는가 하는 문제이다. 예를 들면, 마드리드 의정서에 가입하기 위해선 마드리드 협정에 가입하는 것은 조건이 아니다. 반면에, 1960년의 헤이그협정에 가입하는 것은 동 협정의 의정서에의 가입을 위한 필연적 조건이다.; (2) 관리기관은 어떻게 될 것인가, 즉 예를 들면 공동회의를 정당화할 만한 당면 문제의 유사성이 인정된다면, WPPT와 국제문서간에 공유되는 의회가 존재해야 하는지 아니면 대부분의 분리되고 독자적인 WIPO 관리 조약들의 경우처럼 독자적인 의회가 존재해야 하는지의 문제이다. 사무총장은, WIPO 관리기관들의 슬림화를 목표로 한, 회원국들에 의해 고려되고 있는 구조적 개혁을 상기시켰다; (3) 효력발생규정(entry into force), 기탁 내지 수탁 기능(depository functions)과 같은 문제들과 관련해 존재하는 규정들에 대해, 동 규정들이 반복되어야 하는지, 만약 그렇다면 이 반복이 그러한 규정들을 온전히 다시 채택하는 방법을 쓸 것인지 아니면 단지 WPPT의 규정

을 참고하는 정도로만 할 것인지의 결정.

이란 대표단은, 가능한 의정서와 WPPT사이의 조건적 관계에 대해 명확하게 해줄 것을 요구했다. 그 질문은, 한 국가가 WPPT에 가입함이 없이 의정서 하의 의무를 수행할 수 있는지의 문제라고 할 수 있다. 만약 국제문서와 WPPT간에 강한 유대 관계가 있다면, 그 국제문서는 의정서가 될 수 있다. 그러나 그것의 성질을 결정하기 위해선 그 국제문서의 내용을 들여다 볼 필요는 있다.

사무총장은 이러한 결정들은 회원국들이 내려할 결정이라는 것을 상기시켰다.

캐나다 대표단은 사무총장에게, 조약과 비교하여 의정서에서의 정의나 용어가 나타내는 차이점들이 조약의 해석에 있어서 밀접한 관련이 있는지의 여부에 대해 확실하게 해줄 것을 요청했다. 이것은 예를 들자면, 인격권이나 실연자의 정의와 관련될 수 있기 때문이다.

사무총장은, 의정서이건 독립된 조약이건간에, 일반적으로 시간상 후순위인 것이 같은 국제문서에 구속된 당사국간에 효력이 있다는 것을 상기시켰다.

싱가포르 대표단은 사무총장에게, 의정서와 기본이 되는 조약 사이에 차이점이 존재할 수 있는지 물었으며, 만약 차이점이 존재한다면, 용어의 문제에 불과할 것이고, 만약 그렇지 않다면 별도의 조약을 가지는 것이 논리적일 것이라고 했다. 그리고 그러한 국제문서들의 성격이 다르게 다루지는 국제법의 예가 있는지 물었다.

사무총장은, 유일하게 공통된 근거는, 의정서는 어느 정도 조약에 대한 보충이거나 혹은 개정이라는 점이라고 밝혔다. 그 국제문서의 정확한 성격을 결정하는 것은 각 국가들에 달렸다. 왜냐하면 문제는, 그 국제문서의 명칭이 아니라 실질적인 관계에 달려있기 때문이다.

유럽공동체 대표단은, 국제문서의 성격은, 위원회가 문서의 실체에 관해 동의한 것에 달려 있다고 했다. 그리고 국제법상 의정서에 대한 공통된 정의는 없음에 동의했다. 의정서를 제안함에 있어서, 대표단은 WPPT를 개정하지 말고 그것에 대한 부속서를 제안했는데, 즉 시청각실연의 보호에 대한 특별법 형식을 말함이다. 제안된 의정서와 WPPT간에는 충돌이 없었는데, 예를 들면, '기득권을 침해함이 없이'라는 조항은 필요가 없는데, 왜냐하면 의정서는 그 자체 관련된 문제에만 한정되어

있기 때문이다. 세부 관리조항에 대한 조약언어 제안서들이 여러 국가들과 지역 그룹에서 만들어졌다. 대표단의 입장에서, 의정서에 가입하기 위한 능력에 관해서, 의정서와 WPPT간의 조건적 관계가 있어야 한다고 주장했다. 그리고 의정서는 분리된 의회를 가질 필요가 없었다. 이러한 관점을 뒷받침하는 예가, 베른협약의 개정 작업은 오직 한 의회에서만 이뤄졌다는 것이었다. 모든 현존하는 조항들이 반복될 필요는 없었다. 왜냐하면 WPPT는 명백하게 유효하기 때문이다. 따라서, 의정서를 가지는 것이 조약을 체결하는 것보다 훨씬 더 실용적이고 시간상 덜 낭비적이었다.

카메룬 대표단은, 토론의 진척을 위해선, 국제문서의 내용을 검토하기 위한 실무 모임이 구성되어야 한다고 말했다.

미국 대표단은 계속 국제문서는 독립된 조약이어야 한다고 믿었다. 그러나 새로운 조약에서 (기존 조약과) 유사하지만 동일하지 않은 세부 관리조항들을 만들기 위해선, WCT와 WPPT에서 얻어진 경험에 근거하여 새 조약을 만드는 것은 가능하다고 믿었다. 현재의 시점에서 제기되는 많은 문제점들에 대해서 최종 결론을 내리는 것이 시기상조이듯이, WPPT와의 관련성뿐만 아니라 국제문서의 성격은, 그 문서의 실체를 확정짓고 난 이후에 규정해야 한다.

스위스 대표단은, 위원회는 WPPT에 대한 의정서나 부속서에 초점을 맞춰야 한다고 강조했다. 그리고 국제문서는 WPPT의 실체에 관해 어떤 것도 바꾸지 않을 것이지만 새로운 유형의 권리자들과 보호의 새로운 주체에 대한 보호를 추가할 것이라는 다른 대표단들의 견해를 지지했다. 두 가지 국제문서에 대해선 하나의 의회로 충분하다. 의정서에 가입하기 위한 조건에 관해서, 만약 유럽공동체의 대표단이 의정서에 가입하기 위한 조건을 WPPT에의 가입이라고 한다면 유럽공동체의 제안서 제9조가 제대로 초안이 된 것인지 스위스 대표단은 의문을 표시했다. 최종 조항들에 관해서, WPPT의 최종들을 참고하는 정도로 족하다

일본의 대표단은, WPPT의 채택당시 1996년의 결의서에서도 봤듯이, 국제문서의 형식은 WPPT에 대한 의정서가 되어야 한다고 말했다. 의정서상의 많은 문제점들은, WPPT의 규정들을 적용함으로써 해결될 수 있으며, 물론 소리실연과 시청각실연 사이의 차이점들도 고려를 하게 된다.

의장은 이 사안을 더 분석하는 것은 각 국가에 달려있다고 결론지었다. 위원회는, 예를 들면, 향후 전개될 절차를 수용하기 위해 대안적 조항들의 초안작업에 의존해

야 할 것이다. 매우 정치적인 문제에 대해 발언권을 얻은 대표단들이, 계속되는 절차가 있을 것이라는 가정하에 발언을 했다고 의장은 생각했다.

4) 내국민대우와 권리의 이전

의장은 남아있는 실질적 문제들에 대한 토론을 위해 회의를 개최했다: 내국민대우와 계약상의 협정 그리고 권리의 이전. 그는 양 문제가 동시에 토론되어야 한다고 제안했고, 내국민대우의 문제는, 국제문서의 내용에 대한 합의가 있는 뒤에 최종적으로 결정될 수 있음을 인정했다. 대표단들도 그들이 토론하길 원하는 다른 실질적인 문제들이나 의문사항들을 제기할 수 있었다.

인도의 대표단은, 권리이전 조항은 필수적이고 그것은 보상청구권이나 인격권에 적용되어선 안된다는 견해를 가진 미국과 같은 입장이었다. 그러한 조항은, 점점 더 복잡한 양상을 띠는 특징, 가령 공동제작자들, 공동자본협정, 다국적 캐스팅, 다국적 로케이션 등과 같은 것을 고려하는 특정한 시청각 제작물에 적용되어야 한다. 어떤 경우이든지간에, 실연자들로부터 제작자들에게의 권리의 이전은, 실연자들의 이익에 영향을 미치지 않는 방향으로 이뤄져야 한다.

미국 대표단은, 싱가포르 대표단에 의해 제기된 질문에 대한 답변에서, 그들이 제안한 제4조 (1)의 (ii)와 (iii)의 내국민대우에 관한 제안 내용을 명백히 했다. 배타적인 권리들에서 파생되지 않고 존재하게 될 보상청구권에 대해, 일부 국가들에선 사적 복제 보상금을, 실연자들의 권리의 이전이나 이용에 대한 보상으로 간주하지 않는다고 말했다. 그 국가들에선, 그러한 보상금을, 자국내에서 명백하게 허용되는 비상업적 사적 복제에 대한 보상이라고 간주했다. 여전히, 이러한 보상금들은 명백히 복제권과 관련되어 있었다. 미국의 제안서의 항목 (1)(iii)하의 상호주의에 입각한 내국민대우에 관해, 미국 대표단은, 일부 국가들에선 미국과 마찬가지로 대여권을 배포권의 한 요소로 보고 있고, 또 일부 국가들에선 대여권을 다른 권리들과 분리된 독자적인 권리라고 규정한다고 언급했다. 최종 조약에서 대여권에 관한 조항이 없다고 가정하더라도 만약 미국이 제안한 (1) (iii)에 따르면, 조약에도 불구하고 대여권을 규정한 나라는, 배타적 대여권이나 대여에 대한 보상청구권을 규정한 다른 국가들에 대해 내국민대우를 부여해야 할 것이다. 이 규정은 제안된 규정 제4조 (2)와 연계해서 살펴보아야 했는데, 여기에 따르면 실연자가 자신의 실연에 대해 보상받는 데 있어서 단지 징수된 금전의 측면만 존재한다.

시적 적용에 대한 슬로바키아의 질문에 대답을 함에 있어, 미국 대표단은 그 제안서에 세 가지 부분이 있다고 대답했다: (1) 로마협약 제20조에서처럼, 동조약의 효력 발생 이전에 취득된 권리들에 대해선 동조약이 기득권을 침해해선 안된다; (2) 인격권에 관한 조항들은, 조약의 효력 발생 이후 일어나는 어떠한 침해행위에 관련 하여서도 현존하는 저작물들에 적용되어야 한다; 그리고 (3) 재산권들은 소급적으로 적용되어선 아니되는데, 왜냐하면 많은 나라들에서 그 권리들은 존재하지 않을 것이고, 그리고 소급 적용은 현존하는 저작물을 배포하고 이용하는 데 있어서 불확실성과 불능성을 야기할 수 있기 때문이다. 소급보호는, 시청각 저작물의 장기간 저작권 보호 덕분에, 그렇게 필요하지 않을 것이다. 녹음의 경우는 좀 상황이 달랐다. 왜냐하면 일부 국가들에선 음반의 보호기간이 시청각 저작물 같지 않기 때문이다.

일본의 대표단은, 확실성을 확보하는 것과 계약상 협정에 관한 각국의 법적 규정이 차이점이 있음을 고려해야 한다는 것이 필요함을 지적했다. 따라서 인격권에 관한 규정들이 포함되어야 했다. 이 규정들은, 계약 당사자들이, 계약상 협정에 대한 각국의 규정들에 근거하여 인격권에 관한 규정들을 따를 수 있을 정도로 충분히 융통성이 있어야 한다. 그러므로, 대표단의 제안은, 각국에게 불선택의 가능성을 주며, 계약에 의해 부인가능한 것을 조건으로, 베른협약 제14조의 2에 근거하였다. 또한 계약 당사국 국민들을 위한 예외를 제안했다. 이것은 별로 복잡하지 않았는데, 그들 자신의 국민들과 다른 나라의 국민들 사이의 차이에 불과했기 때문이다. 내국민대우 원칙은, 인접권의 확립된 원리에 따라, 의정서에 의해 부여된 배타적인 권리들에 대해서만 적용되어야 한다.

러시아 연방의 대표단은, 상당한 정도의 내국민대우는 공중전달권과 관련이 되어 있음을 주목했는데, 공중전달권은 배타적인 권리 혹은 보상청구권의 형태가 될 수 있다. 후자의 형태(보상청구권)가 더 선호되었다. 권리에전에 대한 문제는 자국의 국내 입법에 맡겨져야 한다. 그리고 동 대표단은 미국 대표단에게, 미 대표단이 제안한 내국민대우에 관한 제4조 (2)의 마지막 문장의 의미를 명확히 해줄 것을 요청했다.

미국 대표단은 그 문장의 의미는 다음과 같다고 답변했다. 즉 한 국가가, 집중적으로 관리되는 권리들에 대해서 실연자들에게 주어지는 보상청구권이나 혹은 그에 대응하는 보상금의 지급을 규정하고 그 국가가 내국민대우 하에서는 그러한 권리들의 이익을 제공하지 않는다면, 징수기관(collecting agencies)은, 권리보유자가 보

상받지 못할 실연들의 이용에 대해 돈을 징수해선 안된다.

카메룬 대표단은, 경제적 권리들의 이전에 관한 조항들은, 경제적 권리들의 이전은 인격권을 무력화시킬 수 있고 인격권은 (양도될 수 없기 때문에) 경제적 권리들의 실행을 방해할 수도 있다는 사실을 고려해야 한다고 진술했다. 실연자들과 제작자들간의 협정의 조건과 제한에 대한 각각 다른 법적 시스템에 있어서 다른 전통들이 고려되어야 했다. 여기에는 권리이전의 목적이 될 수 없는 실연을, 제작자가 이용하려는 것을 방지하는 목적 법칙이 포함된다.

호주 대표단은 미국 대표단에게, 권리이전 규정이 특정한 시청각 제작물에 적용되어야 한다는 것과 그 규정을 다른 시청각 제작물에 있는 실연의 포함에 확대적용시키는 것은 바람직하지 않거나 혹은 필요하지 않다는 진술에 대해 설명해줄 수 있는지 문의했다.

미국 대표단은, 그 제안서의 제12조에 따르면, 새로운 시청각 저작물의 창작시에 고정물이 사용된다면, 권리들은 이전하지 않으며, 실연자가 고정에 동의했던 특정한 저작물 외의 고정물의 이용에 관련해선 권리들은 실연자에게 남는다고 대답했다.

(바) 외교회의

제4차 SCCR은 다음의 네 가지 권고안을 합의⁹²⁾했는데, 첫째, 세부관리 조항에 대해선, '2000년 4월 12일과 14일, 제네바에서 열린, 시청각실연의 보호를 위한 WIPO 외교회의를 위한 예비위원회는 국제사무국(International Bureau)으로 하여금 국제문서의 세부관리 조항들에 대한 기본 제안서를 준비하도록 요구해야 한다. 한편 그 기본 제안서는 WPPT에 대한 의정서와 WPPT의 조항들에 근거해 만들어지는 별개의 조약 양자에 대해 대안적인 해결책을 포함하고 있어야 한다.'고 하며, 둘째, 기본 제안서에 대해선, '외교회의를 위한 국제문서의 실체적인 조항들에 대한 기본 제안서는 위원회의 회기의 의장에 의해 준비될 것이며, 그 의장은 WIPO 사무국에 의해 지원을 받을 것이다. WIPO 국제사무국은 2000년 8월 1일까지, 외교회의에 초대될 국가간 기구, 비정부 기구, 그리고 각 국가들에 초안을 공표하고 회람시켜야 한다'고 하며, 셋째, 지역 협의회 모임의 경우, '국제 사무국은 아프리카와 아랍 국가들, 아시아, 태평양, 라틴 아메리카와 카리브해 연안 국가들과 유럽과 아

92) IAVP/DC/3, 4쪽

시아의 특정 국가들의 지역 협의회 모임을 9월부터 11월 사이에 개최해야 하고, 2000년 12월 5일과 6일에 외교회의가 이뤄지는 곳에서 지역 협의회를 개최하여야 한다.’고 하며 넷째, 외교회의는 2000년 12월 7일부터 20일까지 개최되어야 한다고 했다.

제4차 SCCR에서 논의된 바에 의해 외교회의가 제네바에서 2000년 12월 7일부터 20일까지 개최되었다. 정식 명칭은 'Diplomatic Conference on the Protection of Audiovisual Performances' 이며, 우리나라도 참여했다.

다만 아쉬운 점은 앞서 언급한 대로 미국과 EU의 대립으로 인해 조약안이 채택되지 못했다는 점이다.

외교회의에선 시청각실연에 대한 새로운 형태의 문서에 대해선, 조약의 형태와 의정서 형태 두 가지를 상정하였다. 즉 ‘시청각실연에 관한 WPPT에 대한 의정서의 초안(Draft Protocol to the WIPO Performances and Phonograms Treaty concerning Audiovisual Performances)’, 혹은 ‘WIPO 시청각실연 조약의 초안(Draft WIPO Audiovisual Performances Treaty)’이 바로 그것이다.

기본적인 제안서를 근거로 해서 총 20개의 조항이 안으로 나왔는데, 이 20개의 조항 중에서 합의가 된 것은 각 조항의 명칭⁹³⁾ 및 일부 조항들의 내용들이다. 조항들의 주요 내용들을 살펴보면 다음과 같다⁹⁴⁾.

1) 타협약 혹은 타조약과의 관계

동 조약⁹⁵⁾은 WPPT나 로마협약하에서 체결국들이 가지고 있던 기존의 의무를 저해하지 않는다. 그리고 동 조약상의 보호가 베른협약상의 보호에 영향을 끼치지 않는다. 또한 동 조약은 WPPT와의 조약과는 관련성이 없으며, 다른 조약들에서 인정되던 기득권과 의무들을 침해하지 않는다(동 조약안 제1조 참조).

2) 정의

93) 다만 제12조에선 타이틀 자체도 여러 가지의 안들로 분류가 되었는데, 첫째 대안은 ‘권리이전’, 둘째, ‘권리실행의 자격’, 셋째, ‘권리이전에 적용될 수 있는 법’.

94) IAVP/DC/33을 살펴보면 구체적으로, 기본적인 제안서를 가감한 부분과 합의가 된 것에 대해, 밑줄을 긋는다든지 가로줄을 삽입한다든지 혹은 볼드체로 기입한다든지 해서 기본적인 제안서에 대해 어떻게 논의가 이뤄졌는지 알 수 있다.

95) WPPT에 대한 의정서건, 아니면 새로운 조약이던간에

“실연자”란 배우, 가수, 연주자, 무용가 및 기타 문학·예술 저작물이나 민간전승물의 표현을 연기, 가창, 구연, 낭독, 연주, 연출하거나, 기타 실연하는 사람을 말한다⁹⁶⁾. 그리고 시청각적 고정물이란 소리나 그에 대한 표현이 있는 지와 무관하게, 어떤 장치를 통해, 인식, 복제 또는 전달될 수 있는 동화상의 수록을 의미한다. 한편 실연의 “공중전달”이란, 방송 이외의 수단에 의해, 고정되지 않은 실연 혹은 시청각적 고정물에 고정된 실연을 공중에게 송신(transmission)하는 것을 뜻한다. 제11조에 있어서의 “공중전달⁹⁷⁾”은, 시청각 고정물에 고정된 실연을 공중이 듣거나 보거나 혹은 보고 들을 수 있게 해주는 것을 포함한다(제2조 참조)

3) 실연자의 권리

가) 인격권(Moral rights, 제5조)

실연자의 재산권과 독립해서 인격권은 존재하며, 그 재산권들이 이전하더라도 인격권은 그대로 남는다. 이 점은 저작권자의 저작인격권과 유사하다. 이러한 인격권이 실연자에게 인정되는 부분은 크게 나누어서 성명표시권과 동일성유지권이다. 즉 실연자는 그의 실연에 대해 실연자임을 주장할 수 있고, 그의 명성을 실추시킬 수 있는, 실연의 왜곡, 훼손, 기타 변경 등을 금지할 수 있다⁹⁸⁾. 다만, 실연자에 의해

96) 이 실연자란 용어는 WPPT 제2조 (a)항과 같고, 이는 로마협약의 용어와는 실연의 종류에 연출이라는 용어가 더 들어가 있고, 실연의 범위에 민간전승물이 들어가 있다는 두 가지 점에서 차이가 있다. 전문위원회나 SCCR에서 엑스트라를 제외할 것을 제안하였다. 그리고 정의에서 이들을 명백히 제외시킬 것을 제안하였다. 일반적으로 이들은 실연자에 해당하지 않기 때문에 제안된 문서에서 이들을 배제하는 규정이 필요하지 않을 것으로 보인다. 따라서 계약국들은 자신들의 법령에서 어떤 사람이 보호받을 자격이 있는 실연자임을 결정해야 하는데, 이때 관행이나 특히 대사가 있는지나 연기에 있어서 배경을 형성하는지를 고려해야 한다. - IAVP/DC/3, 22쪽

97) 여기서 후문의 "공중전달"(제11조에 적용)에는 극장 스크린에 실연을 영사(projection)하는 것과 카페나 호텔 로비 등에서 비디오 카세트나 DVD에 수록된 실연을 영사하는 것을 포함한다. "공중전달"이라는 표현은 베른협약과 로마협약에서 다른 의미로 쓰여지고 있는데, 이러한 차이는 WPPT와 WCT에서 그대로 존중되었다. 제안된 문서에서 "공중전달"의 정의는 로마협약과 WPPT의 전통을 따르고 있다. 베른협약과 WCT에 비해 이러한 정의에 있어서 가장 중요한 차이점은, 첫째, 로마협약 제12조, WPPT 제15조, 제안된 문서 제11조에서의 "전달"의 개념은 "직접실연(direct performances)"에까지 확대되었다는 점이다. 여기서 직접실연이라 함은, 시청각고정물에 수록된 실연의 영사나 음반의 연주를, 연주나 영사가 발생하는 장소에서 하는 것을 말한다. 둘째, 첫째의 저작인접권조약들에서 "전달"의 개념은 실연을 수요자요구에 맞춰 쌍방향으로 이용가능하게 하는 것에는 미치지 않는다는 것이다. WPPT에선 고정된 실연의 "이용제공권(right of making available)"이 분리된 조항인 제10조에서 따로 규정되어 있다. - IAVP/DC/3, 26쪽

98) 이 부분은 WPPT의 인격권 규정을 따르고 있다. 그러나 베른협약(제6조의 2)과는 두 가지 부분이

허락된 실연의 이용과정에서 부득이하고 정상적인 수정이나 변경은 용인된다⁹⁹⁾. 한편 이러한 인격권은 실연자가 사망하더라도, 실연자의 재산권의 소멸시까지 존속하며, 보호가 주장되는 계약국의 입법에 의해 인정된 사람이나 기관에 의해 행사될 수 있다.

나) 재산권(a Performer's economic rights)

① 고정되지 않은 실연에 대한 실연자의 재산권(제6조)

실연자는 고정되지 않은 자신의 실연에 대해 그 실연을 고정하는 것과, 그 실연이 이미 방송실연인 경우를 제외하고, 고정되지 아니한 실연을 방송하고 공중에 전달하는 것을 허락할 배타적인 권리를 가진다¹⁰⁰⁾.

② 복제권(제7조)

실연자는, 어떠한 방식이나 형태로도, 시청각 고정물에 고정된 실연을 직접 혹은 간접적으로 복제하는 것을 허락할 배타적 권리를 가진다.

③ 배포권(제8조)

실연자는 판매 또는 기타 소유권의 이전을 통하여 시청각적 고정물에 고정된 실연의 원본이나 복제물을 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 것을 허락할 배타적인 권리를 향유한다(제1항). 한편 이 조약의 어떠한 규정도 계약당사자가, 고정된 실연의 원본이나 복제물이 실연자의 허락하에 최초 판매되거나 또는 기타 소유권이 이전된 후에 제1항 상의 권리의 소진이 적용될 조건을 결정할 자유에 영향을 미치지 아니

다른데, 첫째는, 명성을 손상하는 유형중에 '기타 훼손하는 행위(or other derogatory action)'라는 것이 없다는 점과 둘째, 베른협약에서 명성과 함께 존재했던 '명예(honor)'라는 말이 본 제안된 문서에는 빠져 있다. - IAVP/DC/3, 32쪽

99) 이는 요약이나 압축, 편집 혹은 더빙과 같은 대체나 변경은 인격권에 저촉되지 않는다는 것을 말한다. 또한 이것은 새롭게 변화된 배포의 기술적 방식과 포맷 등에 그대로 해당되는데, 즉 기술적인 기반이나 수단은 내용중립적이다. 인격권에 있어서 핵심적 문제는, 변경행위가 실연자의 명성을 해하는 것으로 간주되는지 것이다. 따라서 인격권의 침해행위를 결정짓는 것은 그 변경이 객관적으로 실연자의 명성을 해하는지의 여부이다. - IAVP/DC/3, 34쪽

100) 실연에 대한 고정은 WPPT의 6조와 호응을 이루며, 청각적 실연에 제한되지 않는 로마협약 제7조 제1항 (b) 하의 권리범위에 대응된다. 한편 방송과 공중전달에 있어선 유선을 통한 재방송이나 재전송은 제외된다. - IAVP/DC/3, 38쪽

한다(제2항).

④ 대여권(제9조)

실연자는, 시청각적 고정물에 고정된 실연의 복제본이나 원본을, 자신에 의하여 혹은 자신의 허락에 의해 배포된 이후에도, 계약국의 국내법에서 정해진 바에 따라¹⁰¹⁾ 공중에게 상업적 대여를 허락할 배타적 권리를 가진다(제1항). 계약당사국은, 상업적 대여가 실연자의 배타적인 복제권을 실질적으로 침해하는 광범위한 복제가 되지 않는 한 1항의 의무를 면제한다(제2항).

⑤ 고정된 실연의 이용제공권(제10조)¹⁰²⁾

실연자는 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 실연에 접근할 수 있는 방법으로, 유선 또는 무선의 수단에 의해 시청각적 고정물에 고정된 실연을 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 것을 허락할 배타적인 권리를 향유한다.

⑥ 방송권과 공중전달권(제11조)¹⁰³⁾

실연자는 시청각적 고정물에 고정된 실연을 방송하고 공중전달하는 것을 허락할 배타적 권리를 갖는다(제1항). 계약당사국은, 제1항에서 규정된 허락권대신, 방송이

101) 이것은, 제안된 문서(IAVP/DC/3에 기록된 조항들)중 IAVP/DC/33에서 추가된 사항으로 원문엔 'as determined in the national law of Contracting Parties'라고 되어 있다. - IAVP/DC/33, 8쪽 참조

102) 이용에 제공하는 것은, 비록 그것이 단거리이든 장거리이든, 송신과 관련되어 있다. 제안된 문서의 제8조상의 배포권에 의해 규율되는, 물리적, 유형적 형태의 고정된 실연의 복제물의 배포와 송신에 의해 고정된 실연을 이용가능하게 하는 것은 차이점이 존재한다. 송신을 위한 기술은 아날로그 혹은 디지털이 될 수 있다. 그리고 그것은, 정보를 실어나를 수 있는 전자기파나 유도광선 등 어떠한 형태의 매체를 이용할 수도 있다. 한편 공중에 이용에 제공할 권리는, 공중이 개인적으로 선택한 장소와 시간에, 시청각적 고정물에 고정된 실연에 공중이 접근할 수 있는 상황에만 한정되어 적용된다. 따라서 이용가능성은 상호성에 기반한다. 결국 이용제공권은 전달권과는 다른 것이 된다. WPPT에서와 마찬가지로, 동 권리는 전자상거래시장에서 적절한 기능을 발휘하도록 만들어진 것이다. 그리고 공중에 이용제공한다는 것은 권리소진과 관련이 없다. 권리소진은 오직, 권리자나 그의 동의에 의해 시장에 나온 유형의 복제물의 배포와 관련되어 있기 때문이다. - IAVP/DC/3, 46쪽

103) 본 조항은 WPPT의 대응규정에 있는 “상업적 목적으로 발행된”이라는 표현을 포함하지 않고 있는데, 이는 방송사업자는, 그들이 방송하는 시청각적 고정물을 개별적 구입(소매 루트)을 통해 구하지 않기 때문이라 할 수 있다. - IAVP/DC/3, 50쪽

나 공중전달을 위해, 시청각적 고정물에 고정된 실연의 직,간접적 이용에 대한 정당한 보상청구권을 부여할 수 있다(제2항).

4) 권리의 이전(제12조)

권리의 이전은 실연자의 권리 보호와 시청각 저작물의 원활한 유통과 이용을 통한 사업적 확실성을 확보받으려는 제작자의 이해관계 사이의 갈등관계를 어떻게 해결할 것인가라는 문제와 결부되어 있기 때문에 많은 논쟁과 의견교환이 있었다. 그리고 기본적인 제안서에서부터 여러 가지 대안이 제시되었다. 한편 각각의 대안들에는 다른 타이틀이 붙여진다. 이하에선 주로 권리의 이전에 대해 규정해야 한다는 측면의 견해로 이뤄진 대안들을 소개하겠지만 기본적인 제안서에 대해 토론이 이뤄지는 과정에서 권리의 이전에 대해선 각국의 입법례에 맡겨야 한다는, 즉 동 조항은 없어야 한다는 의견도 존재했다. 이 점에서 대안3과 그 취지가 유사하나, 다만 대안3은 어떤 국내법이 적용되어야 할 지에 대해선 확실성을 준다. 그러나 각국의 국내법들간의 조화를, 대안3은 도출하지 못한다¹⁰⁴).

가) 대안 1(권리의 이전, “Transfer”)¹⁰⁵)

실연자가, 그의 실연을 시청각 고정물에 실는 것에 동의했다면, 그 고정물과 관련하여 동 조약에서 주어지는 모든 배타적 허락권들은, 제작자에게 양도된 것으로 간주된다. 다만 서면상으로 반대계약조항을 둘 수 있다.

나) 대안 2(권리실행의 자격, “Entitlement to Exercise Rights”)

서면상의 반대계약조항이 없을 경우, 일단 실연자가 그의 실연의 시청각적 고정물 허락했다면, 제작자는 그 특정 고정물에 대해 동 조약에서 부여되는 배타적 허락권을 실행할 자격이 있는 것으로 간주된다.

104) IAVP/DC/3, 56쪽 참조

105) 본 규정은, 제안된 문서에서 부여되는 모든 배타적 허락권을 규율한다. 따라서 계약당사국의 국내법에 규정이 있을 수 있는 보상청구권에 대해선 적용되지 않는다. 이것은, ‘배타적인 허락권’이라는 표현을 보면 명백해진다. 같은 이유로 이러한 추정은 실연자의 인격권에도 적용되지 않는다. 인격권은 확실히 ‘권리’ 혹은 ‘배타적인 권리’이지만 ‘배타적인 허락권’은 아니기 때문이다. 이러한 ‘배타적인 허락권’은 실연자의 재산권과 관련해서 모든 조항에서 사용되고 있는 표현이다. - IAVP/DC/3, 54쪽

다) 대안 3(권리이전에 적용될 수 있는 법, “Law Applicable to Transfers”)

① 제1항

반대계약조항이 없을 경우, 협정이나 법의 작용에 의한, 동 조약에서 주어진 시청각적 실연의 고정물에 대한 배타적 허락권의 이전은 그 특정 시청각 고정물과 가장 밀접하게 관련되어 있는 나라의 법에 의해 규율된다.

② 제2항

특정 시청각 고정물과 가장 밀접하게 관련되어 있는 나라는, 다음과 같다.

(i) 고정물의 제작자의 본사 혹은 상시 거소(headquarters or habitual residence)가 위치한 계약당사국

(ii) 하나의 계약당사국에 제작자의 본사 혹은 상시 거소가 없거나, 제작자가 둘 이상일 경우, 대다수의 실연자가 내국민인 계약당사국

(iii) 하나의 계약당사국에 제작자의 본사 혹은 상시 거소가 없거나, 제작자가 둘 이상이거나, 대다수의 실연자가 내국민인 계약당사국이 없을 경우, 촬영이 이루어지는 계약당사국

5) 보호기간(제14조)

동 조약에서 실연자에게 주어지는 보호기간은, 적어도 실연이 시청각 고정물에 처음으로 고정된 해로부터 기산하여 50년이 끝날 때까지이다.

나. 타국의 입법례

(1) 독일

독일은 제2장에서 인접보호권에 관해 규정하고 있는데, 우리 저작권법과 달리 제1절 특정 판본의 보호, 제2절 사진의 보호, 제6절에서 데이터베이스의 보호 등을 추

가로 인접권에서 규정하고 있다. 한편 실연자에 대한 보호는 제3절 실연예술가의 보호라는 항목에서 정하고 있다.

(가) 실연자의 정의

실연예술가란 저작물을 구술 혹은 공연하는 자 또는 저작물을 구술 혹은 공연함에 있어서 예술적으로 협력하는 자를 말한다(독일 저작권법 제73조)고 하여 직접 실연을 행하는 자 외에 예술적으로 협력하는 자도 실연자의 범위에 포함시키고 있다. 이것은 우리 법상 실연을 지휘, 연출 또는 감독하는 자를 실연자의 범위에 포함시키는 것보다 더 포괄적인 규정이다.

(나) 실연자의 권리

1) 공중전달권

법 제74조부터 제77조까지는 실연자의 권리에 관해서 규정하고 있는데, 제74조와 제77조는 공중전달과 관련한 조항이다. 즉 제74조는 ‘화면 및 확성기에 의한 전달’이라는 표제어 하에 실연이 행해지는 장소 외에서 화면, 확성기 혹은 이와 유사한 기술적 장치에 의해 실연이 공개적으로 감지되도록 할 때는 실연예술가의 승낙을 얻어야 한다고 하며, 제77조는 실연자의 실연이 녹화물 혹은 녹음물에 의하여, 혹은 그 실연의 방송에 의하여 공개적으로 감지하도록 할 수 있게 하는 경우에는 이에 관하여 실연예술가에 대하여 상당한 보상이 지급되어야 한다고 하고 있다. 따라서 레스토랑이나 대형 쇼핑몰 등 개방된 장소에서 음악을 틀어주거나 실연을 화면으로 보여주는 행위는 이 조항들에 의해 규제된다. 제74조는 실연자의 실연이 방송 이외의 방법으로 동시에 공개적으로 전달되는 경우이며 제77조는 이미 녹음 혹은 녹화된 실연이나 방송으로 나오는 것을 공개적인 장소에서 대중에게 전달할 때 적용되는 경우이다. 전자는 승낙을 요하며 후자의 경우엔 보상청구권을 인정하고 있는 것이다.

2) 수록, 복제 및 배포권

한편 실연자는 법 제75조에 의해 ‘수록, 복제 및 배포권’을 가진다. 제1항에 따르면, ‘실연예술가의 실연은 그의 허락을 얻은 경우에 한하여 녹화물 혹은 녹음물에 수록할 수 있으며’, 제2항은, ‘실연예술가는 당해 녹화물 혹은 녹음물을 복제 및 배

포할 전속적인 권리를 가진다'고 하며, 제3항은, '당해 녹화물 혹은 녹음물의 대여 및 사용대차를 위한 실연예술가의 보상청구권에는 제27조¹⁰⁶⁾가 준용된다'고 한다.

3) 방송권

법 제76조는 방송권을 규정하며, 제1항은, '실연예술가의 실연은 그의 동의를 얻은 경우에 한하여 방송할 수 있다'고 하며, 제2항은, '적법하게 녹화물 혹은 녹음물에 수록되어 있는 실연예술가의 실연은 당해 녹화물 혹은 녹음물이 발행되어 있는 경우에 실연자의 동의를 얻을 필요 없이 방송할 수 있다; 다만, 이에 관하여 실연 예술가에 대하여 상당한 보상이 지급되어야 한다'고 한다. 우리 법은 방송사업자가 실연자가 보상해야 할 부분은 '녹음된 판매용 음반을 사용하여 방송하는 경우'(우리 저작권법 제65조 참조)인데, 독일 저작권법은 녹음물도 판매용에 한정하지 않으며, 이외에 녹화물도 보상청구권의 대상에 포함시키고 있다.

4) 권리의 양도

실연예술가는 제74조 내지 제77조의 규정에 의하여 주어지는 권리 및 청구권을 제3자에게 양도할 수 있다(법 제78조 전문). 제74조 내지 제77조의 권리들은 재산권적 성격이 강하기 때문에 제3자에게로의 양도를 인정하고 있다.

5) 인격권

법 제83조에선, '왜곡에 대한 보호'라는 표제하에 실연자의 인격권에 관해 규정하고 있는데, 제1항에 따르면, '실연예술가는 실연예술가로서의 명예 혹은 명성을 해칠 위험이 있는 자신의 실연의 왜곡 혹은 여타 침해를 금지할 권리를 가진다'고 하여 동일성 유지권과 비슷한 권리를 두고 있다. 그러나 제2항의 경우는 공동 실연의 경우를 염두에 둔 주의적 규정으로 권리적 성격은 약하다고 본다. 즉, 제2항에 의

106) 독일 저작권법 제27조(임대차 및 사용대차를 위한 보상) - (1) 저작자가 녹음물 혹은 녹화물상 대여권(제17조)을 음반제작자 혹은 영상제작자에게 부여하였다면, 임차인은 동시에 저작자에게 당해 임대차에 대한 적절한 보상을 지불하여야 한다. 위 보상청구권은 포기될 수 없다. 동 청구권은 사전에 관리단체에만 양도될 수 있다. (2) 제17조 제2항에 따라 재배포가 허용되는, 저작물의 원본 혹은 복제본의 사용대차에 대하여 저작자에게 적절한 보상이 지급되어야 하는 것은 당해 원본이나 복제본이 공중이 접근할 수 있는 시설(대본서 혹은 녹음물 또는 녹화물이나 여타 원본이나 복제본의 수집소)을 통하여 대출되는 경우이다. 위 제1문에 따른 사용대차는 시간적으로 제한이 되나, 직간접적으로 영리의 목적에 공하지 않는 용익권을 부여하는 것이다; 제17조 제3항이 준용된다. (3) 제1, 2항에 따른 보상청구권은 관리단체를 통해서만 주장될 수 있다.

하면, ‘수인의 실연예술가가 공동으로 하나의 실연을 제공한 때에는 이들의 실연자는 권리의 행사에 있어서 상호간에 상당한 배려를 해야 한다’고 하고 있는데, 공동 실연의 특성상 권리 행사에 있어 의견합치의 어려움 혹은 의견대립의 가능성을 염두에 둔 규정이라 할 수 있다. 한편 제3항에선 이러한 권리들의 존속기간에 대해 정하고 있는데, ‘위 권리는 실연자의 사망과 함께 소멸한다. 다만, 실연예술가가 25년이 경과하기 전에 사망한 경우에는 실연 후 25년이 경과하면 비로소 소멸한다. 위 기간은 제69조에 의하여 계산된다. 실연예술가의 사망 후에는 위 권리가 그의 친족(제60조 제3항)에게 귀속된다.’고 하고 있다.

(2) 일본

(가) 실연자의 정의

일본 저작권법 제2조 제1항 제3호에 의하면, ‘실연이란 저작물을 연극적으로 연기하고, 춤으로 표현하고, 연주하고, 노래하고, 구연하고, 낭독하고, 또는 기타의 방법으로 행하는 것(이에 유사한 행위로 저작물을 연기하지는 아니하나 예술적인 성질을 가지는 것을 포함한다)을 말한다’고 한다. 이는 우리나라 법상의 실연의 정의와는 비슷하나 다만, 일본법에선 기타의 방법이라는 용어를 씬으로써 범위가 좀 더 융통성있게 넓어질 수 있다.

한편 ‘실연자란 배우, 무용가, 연주가, 가수, 기타 실연을 행하는 자 및 실연을 지휘하거나 또는 연출하는 자를 말한다’고 한다.

(나) 실연자의 권리

1) 녹음권 및 녹화권

실연자는 그의 실연을 녹음하거나 녹화할 권리를 전유한다(법 제91조 제1항). 다만 이 권리를 가지는 자의 허락을 얻어 영화저작물에서 녹음되거나 녹화된 실연에 대해서는 이를 녹음물(음을 오로지 영상과 더불어 재생할 것을 목적으로 하는 것은 제외한다)에 녹음하는 경우를 제외하고 적용하지 아니한다(동조 제2항). 즉 이미 영화저작물에 녹음 또는 녹화된 실연을 다시 녹음물에 수록하는 경우에만 허락을 요하고 영상저작물에 다시 수록하는 경우에는 허락이 필요없다는 것이다.

2) 방송권 및 유선송신권

실연자는 그의 실연을 방송하거나 유선송신할 권리를 전유한다(법 제92조 제1항). 다만 이 규정은 다음의 경우에는 적용되지 않는데, 첫째, 방송되는 실연을 유선방송하는 경우, 둘째, (i) 법 제91조 제1항의 권리자의 허락을 얻어 녹음 또는 녹화되어 있는 실연, (ii) 법 제91조 제2항의 실연으로 동향의 녹음물 이외의 유형물에 녹음되거나 녹화되어 있는 것을 방송하거나 유선송신하는 경우에는 실연자의 방송권 및 유선송신권이 제한된다(법 제92조 제2항). 우리 법과 달리 일본은 방송의 개념에 무선수단¹⁰⁷⁾만을 포함시키고 있다. 그러나 우리 법은 방송의 개념에 무선뿐만 아니라 유선의 방법을 포함하므로 따로 유선방송권 내지 유선송신권을 규정할 필요는 없다.

3) 송신가능화권¹⁰⁸⁾

송신가능화란 우리 법에는 없는 낯선 개념인데, ‘공중의 용도에 제공되어 있는 전기통신회선에 접속되어 있는 자동공중송신¹⁰⁹⁾장치¹¹⁰⁾의 공중송신용 기록매체에 정보를 기록하고, 정보가 기록된 기록매체를 당해 자동공중송신장치의 공중송신용 기록매체로서 추가, 혹은 그 정보가 기록된 기록매체를 당해 자동공중송신장치의 공중송신용 기록매체로 변환하거나 또는 당해 자동공중송신장치에 정보를 입력함에 의하여 자동공중송신할 수 있도록 하는 것(일본 저작권법 제2조 제1항 제9-5호 가목), ‘그 공중송신용 기록매체에 정보가 기록되고 또는 당해 자동공중송신장치에 정보가 입력되어 있는 자동공중송신장치에 대하여, 공중의 용도에 제공되어 있는

107) 일본 저작권법 제2조 제1항 제8호 - 방송이란 공중송신 중 공중에 의하여 동일한 내용의 송신이 동시에 수신될 것을 목적으로 행하는 무선통신의 송신을 말한다. 한편 제7-2호에선 공중송신이란 개념을 규정하고 있는데, 이에 따르면 ‘공중송신이란 공중에 의하여 직접 수신될 것을 목적으로 무선통신 또는 유선전기통신의 송신[유선전기통신설비로 그 한 부분의 설치장소가 타 부분의 설치장소와 동일한 구내(그 구내가 2 이상의 자의 점유에 속해 있는 경우에는 동일한 자의 점유에 속하는 구역 내)에 있는 것에 의한 송신(프로그램저작물의 송신을 제외)을 제외]을 하는 것을 말한다’.

108) 송신가능화금지권은 WPPT 제10조를 본받아 1997년 개정법에 의해 신설되었다. 개정 이전에는 실연가에게는 유선송신금지권이 인정되었지만, 그 개정에 의해 Interactive 송신에 대하여는 송신가능화의 단계를 포착해 그것을 금지할 수 있는 것이 인정되었기 때문에, 유선송신금지권은 그 범위가 축소되었고, 유선방송금지권으로 개정되었다. - 田村善之, 著作権法 概説, 有斐閣, 1998, 435쪽

109) 자동공중송신이란 공중송신 중 공중으로부터의 요구에 따라 자동적으로 행하는 것(방송 또는 유선방송에 해당하는 것을 제외)을 말한다. - 일본 저작권법 제2조 제1항 제9-4호

110) 공중의 용도에 제공되는 전기통신회선에 접속하는 것에 의하여, 그 기록매체 중 자동공중송신의 용도에 제공하는 부분(이하 ‘공중송신용 기록매체’라 한다)에 기록되거나 또는 당해 장치에 입력되는 정보를 자동공중송신하는 기능을 가진 장치를 말한다

전기통신회선으로의 접속¹¹¹⁾을 행하는 것에 의해 자동공중송신할 수 있도록 하는 것(법 제2조 제1항 제9-5호 나목)' 이 송신가능화이다.

송신가능화권은 방송 또는 유선방송에 의한 것을 제외하므로 쌍방향의 기능을 가진 VOD 등 앞으로 기술적인 발전에 따라 나타날 수 있는 여러 형태의 송신방식에 대응하기 위해 규정된 것이라 볼 수 있다.

실연자는 그의 실연을 송신가능화할 권리를 가진다(법 제92조의 2 제1항). 다만 법 제91조 제1항의 권리자의 허락을 얻어 녹화되어 있는 실연, 법 제91조 제2항의 실연으로 동향의 녹음물 이외의 유형물에 녹음되거나 녹화되어 있는 것을 송신가능화할 경우에는 실연자의 송신가능화권이 제한된다(법 제92조의 2 제2항). 여기서 주의해야 할 것은 제92조 제2항과 달리 제92조의 2 제2항은 제91조 제1항의 권리자의 허락을 얻은 것을 녹화된 실연에 한정하고 있다는 점이다.

4) 방송을 위한 고정 및 고정물 등에 의한 방송

실연의 방송에 대해 방송권을 가진 자의 허락을 얻어 방송사업자는 그 실연을 방송하기 위하여 녹음 또는 녹화할 수 있다. 다만 계약에 별도로 정하는 경우 및 당해 허락에 관한 방송 프로그램과 다른 내용의 방송 프로그램에 사용할 목적으로 녹음하거나 녹화할 경우에는 그러하지 아니하다(법 제93조 제1항). 이것은 녹음 또는 녹화를 하는 목적이 방송용이므로, 만약 작성된 녹음물 또는 녹화물을 방송의 목적 이외의 목적 또는 제1항의 단서에 규정하는 목적을 위하여 사용하거나 제공할 경우, 제1항의 규정에 의하여 작성된 녹음물 또는 녹화물의 제공을 받은 방송사업자로서, 이들을 또다시 다른 방송사업자의 방송을 위하여 제공한 경우에는 제93조가 아니라 제91조 제1항의 녹음, 녹화권이 적용되도록 하고 있다(법 제93조 제2항 참조). 즉 실연자 혹은 실연자의 녹음, 녹화권을 가진 자의 허락을 얻어야 한다는 것이다.

한편 제94조에선 방송이용의 원활한 도모를 위해 제92조 제1항에 규정하는 권리를 가지는 자가 그의 실연의 방송을 허락한 때에는 계약에 별도의 정함이 없는 한 당해 실연은 당해 허락에 관한 방송 이외에, 당해 허락을 얻는 방송사업자가 제93조 제1항의 규정에 의하여 작성한 녹음물 또는 녹화물을 사용하여 하는 방송(제94

111) 배선, 자동공중송신장치의 시동, 송수신용 프로그램의 기동, 기타 일련의 행위로 행하여지는 경우에는 당해 일련의 행위 중 마지막 것을 말한다.

조 제1항 제1호), 당해 허락을 얻은 방송사업자로부터 그 자가 제93조 제1항의 규정에 의하여 작성한 녹음물 또는 녹화물의 제공을 받아서 하는 방송(동항 제2호), 당해 허락을 얻은 방송사업자로부터 당해 허락에 관한 방송 프로그램의 공급을 받아서 하는 방송(전호의 방송은 제외)(동항 제3호)을 할 수 있다. 다만 위 각호의 경우 방송사업자는 상당한 액의 보수를 실연에 관한 제92조 제1항에 규정하는 권리를 가지는 자에게 지급해야 한다(제94조 제2항).

5) 음반의 2차 사용료 청구권

방송사업자 및 유선방송사업자는 실연의 녹음권 및 녹화권을 가지는 자의 허락을 얻어 실연이 녹음된 상업용음반을 사용한 방송 또는 유선방송을 행한 경우에는 당해 실연에 관한 실연자에게 2차 사용료를 지급해야 한다(법 제95조 제1항). 다만 로마협약의 체약국으로서 로마협약의 규정에 따라 동협약 제12조의 규정을 적용하지 아니하는 것으로 하는 국가의 국민을 음반제작자로 하는 음반에 고정된 실연에 관계되는 실연자에 대해서는 2차 사용료 청구권 규정을 적용하지 않는다(법 제95조 제2항).

한편 2차 사용료 청구권의 행사는, 국내에서 실연을 업으로 하는 자의 상당수를 구성원으로 하는 단체(그 연합체를 포함한다)로서 그 동의를 얻어 문화청장관이 지정하는 것이 있을 때에는 당해 단체에 의해서만 가능하다(동조 제4항)

6) 대여권

실연자는 그 실연을, 그것이 녹음되어 있는 상업용음반의 대여에 의하여 공중에게 제공할 권리를 가진다(법 제95조의 2 제1항). 상업용음반을 공중에게 대여하는 것을 영업으로 하는 자는 기간 경과 상업용음반의 대여에 의하여 실연을 공중에게 제공한 경우에 당해 실연(저작인접권의 존속기간 내의 것에 한한다)에 관계되는 실연자에게 상당한 액의 보수를 지급해야 한다(동조 제3항). 여기서 대여권의 대상이 되는 음반은 최초의 판매일로부터 기산하여 1개월 이상 12개월을 초과하지 아니하는 범위 내에서 정령으로 정하는 기간을 경과하지 않은 상업용음반이다(동조 제2항 참조).

(3) 영국

영국에서 실연자의 권리를 보호하기 시작한 것은 저작권법에 의해서가 아니라 연극배우 및 가수 등에 한정된 실연자보호법(Dramatic and Musical Performers' Protection Act 1925)으로부터 유래된다. 1925년에 제정된 실연자보호법이 연극배우 및 가수 등의 실연에 한정되고 구제수단도 형사적 처벌에 한정되어 있었으나, 그후 1958년, 1963년, 1972년에 각각 개정되어 그 보호 대상이 확대되어 왔고, 1988년에 이르러 개정된 저작권법¹¹²⁾이 종전의 실연자보호법들을 폐지·흡수함으로써 비로소 실연자의 권리는 저작권법에 의한 보다 체계적이고 논리적인 보호를 받게 된 것이다¹¹³⁾.

(가) 실연의 종류

영국 저작권법 제180조 (2)에는 실연의 정의가 있는데, 실연은 하나 혹은 그 이상의 사람에 의해 생실연되는 (a) (출과 무언극을 포함하는) 연극적인 행위, (b) 음악적 행위, (c) 어문저작물의 낭독 또는 낭송, (d) 버라이어티 연기나 이와 유사한 표현으로 이뤄지는 실연을 말한다.

여기서 연극적인 실연과 음악적인 실연은 혼재되어 있는 경우가 있는데, 가령 오페라 같은 경우 이를 연극적으로 볼 것인가 음악적인 것으로 볼 것인가가 문제된다. 즉 어떤 것이 연극적이고 어떤 것이 음악적인 지에 대한 명확한 구별 기준이 없다. 결국 그 어휘의 용례대로 사실관계에 가장 적합하게 실연을 분류해야 할 것이다. 가령 팝콘서트나 영화필름에서의 실연 등은 명백히 구별된다. 한편 본 법에서의 연극적이거나 음악적인 실연은 저작물을 실연하는 것을 요구하지 않는다. 따라서 실연이 저작물의 실연이던지, 아니면 즉흥연기던지간에 연극적이거나 음악적인 실연은 보호를 받는다¹¹⁴⁾.

반면 어문저작물의 낭독 또는 낭송은 그 대상이 저작물일 것을 요하기 때문에 만약 저작물의 낭독 또는 낭송이 아니라면 실연은 보호받을 수 없다.

마지막으로 버라이어티 연기라 함은 예를 들어, 코미디언, 가수, 그리고 댄서, 마

112) 정식명칭은 Copyright Designs and Patents Act 1988 이며 가장 최근의 개정은 2000년 1월 2일에 이뤄졌다.

113) 정상조, 영국에서의 저작권인접권, 계간저작권 1995년 여름호, 58쪽

114) Vincent Nelson, The Law of Entertainment and Broadcasting, Sweet & Maxwell, 1995, 14.05

술사 등의 연기나 행위의 형태로 이뤄지는 것을 말한다. 본 법은 유사한 연기들이 같이 혼합된 버라이어티 쇼에 대해서만 보호를 주지는 않는다. 따라서 광대가, 서커스의 중간에 가끔씩 실연을 행하는 경우에도 그 실연은 보호가 된다¹¹⁵⁾.

한편 스포츠 행위의 경우는 일반적으로 실연의 범주에 포함되지 않겠지만 이에 대한 예외가 될 수 있는 것들이 있다. 즉 볼룸댄싱이나 아이스댄싱 그리고 피겨스케이팅은 춤의 형태로 이뤄진다. 따라서 저작권법 제180조 (2)의 (a)의 연극적 실연의 범위에 포함될 수 있다. 즉 경쟁이라는 사실만으로 이런 속성을 부인할 수 없는 것이다. 게다가 ‘버라이어티 연기’가 ‘서커스 실연들’을 지칭하는 것으로 이해된다면 특정한 형태의 스포츠들 가령 체조 경기 등은 ‘이와 유사한 표현행위’로 볼 수 있을 것이다. 다만 그러한 체조 경기와 줄타기 등 서커스 실연들과의 구별이 그렇게 쉽지만은 않을 것이다¹¹⁶⁾.

(나) 실연자의 권리

실연자는 그의 생실연을, 예를 들면 방송 등에 의해 공중에게 전달할 권리를 가진다. 다시 말하면 그의 생실연의 중요한 부분이나 전체를 생방송 혹은 케이블방송으로 송신(transmission)할 경우에는 실연자의 허락을 얻지 않으면 실연자의 권리의 침해행위가 된다. 물론 이때의 송신은 동시중계형식이어야 하지만 다만 기술적 문제로 인해 실연행위와 공중전달행위 사이에 약간의 시간적 오차가 발생하더라도 공중전달의 성격을 해하지 않는다¹¹⁷⁾.

그리고 생실연의 녹음이 행해지기 전에는 실연자의 허락을 얻어야 한다.

일단 생실연이 녹음되면, 그 뒤에는 그 녹음물의 복제시에도 실연자의 허락이 있어야 한다. 실연자는 그 복제물들의 방송, 공중실연, 대여 등에 대해 보상청구권을 가진다¹¹⁸⁾.

실연자의 허락없이 자신의 실연이 녹음·녹화된 경우에 그러한 불법적 음반·녹화물의 몰수를 청구할 수 있고, 그로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있다. 이러한 경우에 상대방은 실연자의 허락이 있었다고 믿었을 만한 상당한 이유(reasonable

115) 상계서, 14.07

116) Richard Arnold, Performers' rights and recording rights, ESC Publishing Limited Oxford, 1990, 61쪽, 4.21

117) Vincent Nelson, 전계서, 14.17

118) http://www.intellectual-property.gov.uk/std/resources/other_ip_rights/performers_rights.htm

grounds)를 입증하지 못하는 한, 즉 자신의 선의에 상당한 이유가 있음을 입증하지 못하는 한 손해배상, 금지, 몰수 등의 책임을 지게 되는, 소위 엄격책임에 가까운 책임을 지게 된다. 이처럼, 실연자에게 민사책임을 추궁할 수 있는 근거로서 상대방이 실연자의 허락 없이는 실연을 녹음·녹화해서는 아니 될 법정 의무(statutory duty)를 위반하는 불법행위를 했다고 보아, 실연자는 그러한 불법행위에 대한 구제 수단으로서 손해배상청구권과 금지청구권 및 몰수청구권을 가지게 되는 것이다. 실연자의 허락없이 녹음·녹화된 불법 음반·녹화물을 재생하여 공중에 공개하거나 방송한 자 또는 그러한 불법 음반·녹화물을 수입·판매·대여한 자에 대하여서도 마찬가지로의 민사책임을 추궁할 수 있다. 다만, 이들에 대해 책임을 추궁하는 것은 불법 음반·녹화물이라는 사실을 알았거나 알 수 있는 경우에 한정된다는 점에서, 실연자의 허락없이 실연을 녹음·녹화한 자의 민사책임 요건과는 상이하다¹¹⁹⁾.

(4) 미국

미국 저작권법에는 저작인접권의 개념이 없다. 녹음물(sound recording)을 저작권으로 보호하고 있고, 실연자와 방송사업자를 부분적으로 보호하고 있으나 여전히 지극히 제한적이다. 미국은 아직 로마협약에 가입하지 않고 있다. WPPT에 가입하고 있으나, 이것 역시 녹음물 보호의 연장선상에서일 따름이다¹²⁰⁾. 미국의 저작권법은 영미법의 특성대로 개정 내지 보완의 형식으로 저작권법 자체에 많은 수정이 중간 중간에 가해졌다. 그 중에서 그래도 실연자와 관련이 있는 개정 작업은 1995년에 이뤄진 ‘녹음물의 디지털 실연권법(the Digital Performance Right in Sound Recordings Act¹²¹⁾ of 1995)’이라 할 수 있다.

(가) DPRSRA의 도입 배경

1990년대 초반에, 의회는 현존하는 저작권법에 녹음물에 대한 공연권(a performance right)이 없는 것에 대해 많은 논쟁을 벌여왔는데, 공연권이 없음으로 인해 상호주의 원칙에 의해 다른 나라에서 미국의 녹음물이 보호받기가 어렵게 되었으며, 또한 가장 중요한 것은 녹음관련 기술의 급속한 발전으로 인해 전통적인 녹음 방식이 위협받게 된 것이다. 이 문제점의 중요성은 관련된산업의 관련 통계자료를 봐도 알 수 있는데, 즉 1993년에는 미국 저작권 산업이 GDP(국내총생산)의

119) 정상조, 전게서, 59쪽

120) 미국 저작권법(2000), 저작권심의조정위원회, 17쪽

121) 약칭으로 DPRSRA로 쓴다

3.7%에 달하는 2386억 불에 해당하는 비중을 차지했다. 그리고 3백만 명의 노동자가 관련산업에 종사하고 있으며, 이것은 전체 노동인구중에 2.55%를 점유했다. 한편 해외 판매량은 458억 불에 이르렀고, 이것은 모든 산업 중에서 자동차 산업 다음으로 미국의 무역수지에 기여하는 바가 컸고 결국 의회의 이 쟁점사항들을 해결하기 위한 노력은 DPRSRA의 통과로 나타났다¹²²⁾.

1976년 저작권법에는 총 8개의 저작물이 예시적으로 나열되어 있었는데, 음악저작물과 녹음물을 둘 다 포함시킨 것은 음악이 다른 형태의 예술들과 다르게 취급되었음을 뜻했다. 즉 음악저작물 외에 녹음물은 그 자체로 별도의 보호를 저작권 보호를 받았으며, 녹음물의 저작권 보유자에는 실연자들, 음반 제작자, 사운드 엔지니어들, 그리고 사운드를 캡처, 편집, 믹싱하는 사람들이 포함될 것이다¹²³⁾. 즉 다시 말하면 악보에 대한 저작권자가 있고 그 악보를 레코드로 녹음했을 때는 그 녹음작업에 참여한 모든 사람들이 녹음물의 저작권자가 또한 된다는 것이다.

녹음물의 저작권자들은 복제권과 배포권을 가지고 있지만 보통 계약에 의해 음반회사가 가지고 있는 경우가 많았다. 그러나 음악저작물의 저작권자는 1976년 법의 기계적 라이선싱 장치(mechanical licensing scheme)에 의해 복제권과 배포권에 대한 보상을 받는다. 이 제도에 의하면 일단 음반의 배포를 허락하면, 그 뒤에 제3자는, 강제허락 제도의 요건을 충족시키는 한 얼마든지 음반을 복제하고 배포할 수 있는 것이다. 한편 공중실연권(Public Performance Rights)의 경우엔 1976년 법에 의할 때, 음악저작물의 저작권자만 가질 수 있으며 녹음물의 저작권자들은 이 권리가 없었다. 그러나 이러한 공중실연권을 개별적으로 방송사업자, 나이트클럽 주인 등에게 일일이 다 행사한다는 것은 사실상 불가능에 가깝기에 ‘일괄 라이선싱(blanket licensing)’으로 알려진 강제 제도가 발전해왔고, 이에 의하면, PRO(Performing Rights Organizations)라는 단체가 일괄 라이선스를 발급하고 PRO가 보유하고 있는 레퍼토리에 대해선 라이선스를 받은 모든 이용권자들이 실연을 할 수 있으며 PRO는 음악저작물의 저작권자를 대신하여 로얄티를 징수하는 것이다¹²⁴⁾.

122) Erich D. Leach, 'Everything you always wanted to know about Digital Performance Rights But were Afraid to ask', Journal of the Copyright Society of the U.S.A. - vol.48, No.1-2(Fall-Winter, 2000), 197쪽

123) Erich D. Leach, 상계서, 199쪽

124) Erich D. Leach, 상계서, 202~203쪽

음악저작물과 녹음물이 처음 구별되기 시작한 것은 1908년의 대법원 판례인 White-Smith Music Publishing Co. v. Apollo Co. 사건에서부터이다. 그러나 이 사건이후 통과된 1909년의 저작권법에선 녹음물을 보호받는 저작물의 범주에 포함시키진 않았다. 이후 1971년의 녹음물법(Sound Recordings Act of 1971)에선 녹음물의 소유자들에게 복제권, 배포권, 개작권을 부여했다. 그러나 공연권(public performance)은 포함되지 않았는데, 위의 권리들만으로도 녹음물을 해적행위로부터 보호할 수 있다고 생각했기 때문이다. 그리고 1971년 법은 녹음물의 창작에 참여한 프로듀서, 실연자, 그리고 여러 사람들에게 저작자성을 부여하지 않았는데, 저작자성의 부여는 고용과 계약관계에 의해 결정되어야 한다고 생각했기 때문이다. 1976년 법 역시 녹음물에 실연권을 포함시키지 않았다. 그뒤 1977년에도 실연권의 개정안에 대한 논의가 격렬하게 있었으나 실연권을 녹음물의 저작권에 포함시키진 못했다. 이렇게 녹음물에 실연권을 포함시키려던 초기의 시도들은 모두 실패로 돌아갔는데, 왜냐하면 음반예술가들에 대한 경제적인 이익과 녹음물에 대한 대중의 접근 사이에 균형을 이루면서, 입법에 의해 영향을 받을 이해 당사자들을 적절하게 보호할 수 있는 법안을 만들어 낸다는 것이 어려웠기 때문이다¹²⁵⁾.

녹음기술의 비약적 발전과 송신기술의 디지털화 등으로 인해 더 이상 음악을 구입하거나 듣기 위해 레코드 가게에 갈 필요가 없게 되자 의회는 여기에 신경을 쓰게 되었다. 즉 녹음물의 저작권자들의 실업 문제가 더 심각하게 고려되어야 할 지경에 이르렀던 것이다.

1991년의 저작권청의 보고서는, “비록 위성이나 디지털 수단에 의한 광범위한 배포가 이뤄진다고 해도 음반 판매량은 줄어들지 아니할 것이다, 1976년 법의 개정을 통해 녹음물에도 공연권을 부여할 것을 권유한다”고 했다. 그 이후 많은 찬반 논란 속¹²⁶⁾에 DPRSRA가 통과되었다.

(나) DPRSRA의 내용

의회는 DPRSRA를 만드는 과정에서, 여러 가지 관련된 이해관계들의 균형을 맞추려고 의도했으나, 입법역사를 봐도 알 수 있듯이 의회의 목적은, ‘기술지향적 판매 방식에 따른 손실로부터 녹음물 저작권자를 보호하고 동시에, 기존의 권리들과 산업구조, 그리고 법의 지도원리를 되도록이면 훼손시키지 않는 것’ 이라고 할 수 있

125) Erich D. Leach, 상계서, 203~211쪽

126) 자세한 것은 상계서, 229쪽~242쪽까지의 'Legislative History' 참고

다¹²⁷⁾.

DPRSRA 제1조는 DPRSRA의 타이틀, 즉 'Digital Performance Right in Sound Recordings Act of 1995'를 나타낸다. 제2조는 '저작권을 부여받은 배타적 권리들'이라는 항목인데 이것은 녹음물과 관련하여 저작권법 제106를 개정하는 것으로, '디지털 오디오 송신에 의해 저작물을 공개적으로 실연'하는 배타적 권리를 추가한 것이다. 즉 다시 말하면 DPRSRA 제2조는, 녹음물의 저작권자들에게, 일정한 조건과 예외 하에, 그들의 녹음물을 디지털 오디오 송신에 의해 공개적으로 실연할 배타적 권리를 부여한 것이다. 따라서, 공연(public performance, 공중실연 혹은 공개실연)으로 구성된 디지털 오디오 송신을 하기 위해선 송신되는 녹음물의 소유자들과 송신되는 음악저작물의 소유자들 모두로부터 자발적 허락을 얻어야 한다.

DPRSRA 제2조는 이러한 공연권에 대해 몇 가지 제한을 가하는데: 1) 이것은 '송신'에만 적용된다; 따라서 송신되지 않는 것들, 가령 식당이나 콘서트 홀, 호텔 등에서 생실연을 하거나 CD를 틀어주거나 한다는 것 등에 대해선 실연권을 부여할 수 없다; 2) 그리고 송신은 '디지털 송신'에 한한다; 따라서 AM/FM 라디오 같은 아날로그 송신에 대해선 실연권을 부여할 수 없다; 3) 디지털 송신은 녹음물의 디지털 송신, 즉 '디지털 오디오 송신'에 한한다; 따라서 가령 시청각 저작물에 대해선 디지털 송신이 적용되지 않는다; 그리고 4) 이러한 디지털 오디오 송신은 '공개적으로 실연(publicly performed)'된 것에 한한다; 따라서 예를 들면 친구에게 오디오 파일을 전송했을 때는 동 권리가 적용되지 않는다¹²⁸⁾.

DPRSRA의 제3조는 '녹음물에 있어서 배타적인 권리의 범위'를 나타내고 있는데, 저작권법 제106조의 새로운 항인 디지털 실연권에 참조사항을 추가하기 위해 제114조 (a)를 개정하고, 녹음물이 어떠한 종류의 형태로도 복제가 될 수 있다는 사실을 반영하기 위해 제114조 (b)를 개정하며, 제114조 (d)를 새로운 항 (d)로 바꿨으며, 새로운 조항들, 즉 제114조 (e), 제114조(f), 제114조(g), 제114조(h), 제114조(i), 제114조(j)를 추가했다¹²⁹⁾.

DPRSRA 제4조는, '디지털 음반 전달에 있어서 기계적 보상(Mechanical Royalties in Digital Phonorecord Deliveries)' 조항으로 저작권법 제115조를 개

127) Erich D. Leach, 상계서, 242쪽

128) Erich D. Leach, 상계서, 243~244쪽

129) Erich D. Leach, 상계서, 245쪽

정하는 것으로 이는 이미 존재하고 있는, 음악저작물을 담고 있는 음반의 제작과 배포에 대한 기계적 강제 허락이 어떻게, ‘디지털 음반 전달’이라는 형태의 디지털 송신방식에 적용될 것인가를 설명하기 위함이다. 이 조항은, 디지털 오디오 송신에 의해 제작되고 배포되는 음악저작물에 강제 허락을 확장할 뿐만 아니라, 그러한 송신이, 음악저작물 저작권자들 뿐만 아니라 녹음물 저작권들에게도 영향을 미치는¹³⁰⁾ 물리적인 복제와 배포와 동등하다는 것을 명확히 했다. 다시 말하면, ‘디지털 음반 전달’은 기능적으로는, 녹음물과 녹음물 속의 음악저작물 양자 모두의 복제와 배포와 동일하다는 것이다. 그러므로 디지털 음반 전달로 인정되는 송신의 송신자는, 녹음물의 전달을 위한 자발적 허락을 얻어야 할 뿐만 아니라, 음악저작물의 전달을 위한 강제허락 요건을 만족시켜야 한다¹³¹⁾.

(다) 분석 모델

DPRSRA는 디지털 오디오 송신을 두 가지 방식으로 분류했는데: 첫 번째, 녹음물 저작권자들을 위해 새롭게 만들어진 디지털 공연권을 위해서, 면책 혹은 비면책(exempt or non-exempt), 상호적 혹은 비상호적(interactive or non-interactive), 강제허락을 받을 수 있는지 없는지(eligible for compulsory license or ineligible) 등에 대한 분류가 바로 그것이다. 두 번째, 녹음물과 음악저작물의 저작권 소유자들의 복제권과 배포권에 대해, 디지털 음반 전달 대 비디지털 음반 전달(digital phonorecord delivery vs. non-digital phonorecord delivery)이 바로 그것이다¹³²⁾.

1) 실연권 분석(Performance Rights Analysis)¹³³⁾

DPRSRA는 오직 송신에 관련해서 규정하고 있다. 따라서 그 이외의 실연의 형태에 관해선 적용이 없다. 따라서 송신이 있느냐를 결정해야 하고, 다음으로는 그 송신이 디지털인지 여부를 확인해야 한다. 따라서 아날로그 송신에 해당하는 AM/FM 방송은 DPRSRA 하에서는 어떠한 책임도 지지 않는다. 그리고 이러한 디지털 송신

130) 무엇보다도, 이 조항은, 저작물이 수록된 음반이, 음반의 단순판매에 의하기 보다는 전송방식에 의해 소비자들에게 전달될 때, 일어날 침해행위에 대해 음악저작물과 녹음물의 저작권자를 보호하기 위한 것이다. 상계서, 274쪽, 각주 546 참조

131) 상계서, 274~275쪽

132) 상계서, 282쪽

133) 상계서, 282쪽~284쪽

은 녹음물에 대해서만 적용된다. 다시 말하면 디지털 오디오 송신에만 DPRSRA가 적용된다. 따라서 시청각 저작물에는 적용이 없다.

공연들로 이뤄진 디지털 오디오 송신은, 음악저작물의 저작권자들의 선존하는 공연권과 면책대상이 아닐 경우 녹음물의 저작권자를 위한 새로운 공연권을 포함한다. 즉 공연이 아닌 디지털 오디오 송신은 이 두 가지 권리들을 가지지 못한다. 음악저작물의 공연을 위한 허락은 일반적으로 PRO(Performing Rights Organizations)로부터 얻어진다. 그러나 새로운 녹음물의 공연권 하에서는 어떤 형태의 허락이 이뤄지는지는 다음의 분류 방식에 따른다.

저작권법 제114조(d)(1)은 특정한 형태의 디지털 오디오 송신/재송신을 제외한다. 제외된[면책된]디지털 오디오 송신은, 비록 기존의 음악저작물의 저작권자의 공연권에는 영향을 미치지 않는지만, 녹음물의 저작권자에게는 새로운 공연권을 부여하지 않는다.

만약 디지털 오디오 송신이 면책되지 않는다면 이것이 상호송신인지 아닌지를 판단해야 한다. 음악저작물에 관해선 디지털 오디오 송신이 상호적인지 아닌지는 별 문제가 되지 않는데, 만약 그 송신이 공연으로 이뤄진다면, PRO를 통해 허락을 받아야 한다. 한편 녹음물에 관해선, 상호송신은 새로운 공연권을 포함한다. 그리고 이 경우 자발적인 허락이, 녹음물의 저작권자와의 협상으로 도출되어야 한다.

디지털 오디오 송신이 상호송신의 방식을 따르지 않는다면, 즉 비상호적인 디지털 오디오 송신의 경우는 어떻게 될 것인가? 이 경우에는 두 가지로 다시 나눠볼 수 있는데, 강제허락의 대상이 될 수 있는 것과 없는 것이 바로 그것이다. 음악저작물에 관해선, 또한 송신이 강제허락의 요건을 충족하는지 여부는 관련이 없지만 송신이 공연으로 이뤄진다면, 그때는 허락을 받아야 한다. 녹음물에 관해선, 강제허락요건을 충족하거나 하지 않는 모든 송신은 새로운 공연권을 포함한다. 그러나, 충족 여부에 따라 취급은 다르게 받는다. 즉 요건충족 송신은 강제허락의 대상이 되며, 요건미충족 송신은 강제허락의 대상이 되지 않는다. 그러므로 자발적인 허락이, 녹음물 저작권자와의 협상에 의해 이끌어져야 한다.

2) 복제권/배포권 분석: 디지털 오디오 송신이 디지털 음반 전달에 해당하는가?¹³⁴⁾

134) 상계서, 284쪽

복제권/배포권에 관해선 디지털 오디오 송신은 두 가지로 분류가 가능하다. 송신된 음반의 특정하게 인식되는 복제를 야기하는 송신(디지털 음반 전달)과 그렇지 않은 것들이 바로 그것이다. 디지털 음반 전달은, 물리적인 음반 전달과 기능적으로 동등한 것으로서, 전달되는 음반 속에 화체된 음악저작물과 녹음물 양쪽의 저작권자들의 복제권과 배포권을 포함하고 있다. 만약 송신이 디지털 음반 전달로 구성되어 있지 않다면, 복제권이나 배포권은 포함되지 않는다. 표준적인 기계적 강제 허락은, 음악저작물의 디지털 음반 전달에서만 유효하다. 그러나 자발적 허락은, 녹음물 저작권자들과 협상되어야 한다.

3. 저작권법상 실연 및 실연자의 보호(권리)

우리나라 저작권법에 본격적으로 저작인접권 규정이 도입된 것은 1986년의 개정 저작권법(1987년 7월 1일부터 시행)이다. 구법에 비교해서는 거의 새로운 저작권법의 도입이라고 해도 과언이 아니다. 1986년법에 의해 비로소 저작인접권이 저작권과 구분해서 규정되었다. 이후 1994년 개정법에선 음반의 배포권자·제작자·실연자에게 대여권을 부여하였으며 저작인접권의 보호기간을 50년으로 연장했다. 한편 베른협약 가입직전에 개정된 1995년 개정법에선 실연자의 권리를 강화하는 방향으로 개정이 이뤄졌는데, 제63조의 녹음·녹화권¹³⁵⁾이 좀 더 포괄적인 규정으로 바뀌었는데, 즉 표제는 복제권으로 바뀌고, 열거적인 권리들을 복제권이라는 단일한 용어로 아우르게 되었다.

가. 실연 및 실연자의 정의와 실연의 범위

저작권법상 실연¹³⁶⁾의 정의는 동법 제2조 4호¹³⁷⁾에 규정되어 있으며 실연자의 정

135) 개정전, '실연자는 그의 실연을 녹음 또는 녹화하거나 사진으로 촬영할 권리를 가진다.'고 규정하고 있었다.

136) 우리나라 저작권법상으로는 공연과 실연을 함께 규정하고 있기 때문에 양자의 구별이 문제된다. 첫째로 공연은 저작물을 동작적인 표현으로 일반 공중에게 공개하는 것을 요건으로 하나, 실연은 공개여부를 요건으로 하지 않는다. 따라서 저작물의 동작적인 표현행위에 있어서 공개를 하지 않으면 실연은 될 수 있어도 공연은 될 수 없다. 두 번째로 공연에는 직접적인 동작적 표현행위만이 아니라 간접적인 녹음·녹화물의 공개재생도 포함되나, 실연에 있어서는 직접적인 동작행위만 대상으로 한다. 따라서 실연의 녹음·녹화물을 공개 재생하는 것은 공연이 된다. 세 번째로 공연은 저작물을 동작적으로 표현하는 것을 전제로 하나 실연에서는 저작물이 아닌 것을 예능적으로 표현하는 것, 즉 곡예나 마술 등도 포함된다. 따라서 공연권은 저작재산권의 일종이지만 실연은 저작인접권의 대

의는 동조 5호¹³⁸⁾에 규정되어 있다. 저작권법상 실연 및 실연자의 범위는 국제협약의 수준이상이라고 볼 수 있다¹³⁹⁾. 실연의 정의에 있어선 ‘저작물이 아닌 것을 이(예능적 방법)와 유사한 방법으로 표현하는 것’을 실연으로 인정하고 있으며¹⁴⁰⁾, 실연자의 정의엔 실연을 하는 자 뿐만 아니라 실연을 지휘·연출 또는 감독하는 자를 포함하고 있다. 여기서 ‘실연을 지휘·연출 또는 감독하는 자’라고 한 것은 실연자체를 하고 있는 것과 동일한 평가를 할 수 있는 자를 말한다. 예컨대, 교향악단의 지휘자나 무대의 연출가와 같이 실연자를 지도하고 스스로 실연의 주체자로서 실연을 행하게 하는 자 또는 실연을 행하고 있는 것과 같은 상태에 있는 자를 말한다. 따라서 여기서 말한 지휘란 교향악단이나 음악연주단의 지휘자를, 연출이란 연극이나 무용의 연출가를, 그리고 감독은 영화의 감독을 상정한 것이다¹⁴¹⁾.

한편 보호받는 실연의 범위에 관련해서는 제61조 1호에서, 실연자의 권리에 관해선 제63조 이하에서 언급되어 있다. 우선 실연의 정의와 관련한 비저작물의 실연, 실연의 범위와 관련한 저작권법 제61조 1호 가목의 주체에 관한 입법상의 착오문제, 동법 제61조 1호 나 및 다목과 2호 다목규정에 관한 해석론 등이 문제가 될 수 있는데 먼저 비저작물의 실연에 대해서 본 후 후 2자에 대해 논의하기로 하겠다.

(1) ‘유사한 방법으로 표현¹⁴²⁾’하는 것의 범위

상인 것이다. - 허희성, 신저작권법초조개설, 범우사, 1988, 22쪽

137) ‘저작물을 연기·무용·연주·가창·연술 그밖의 예능적 방법으로 표현하는 것을 말하며, 저작물이 아닌 것을 이와 유사한 방법으로 표현하는 것을 포함한다.’라고 규정되어 있다

138) ‘실연을 하는 자 및 실연을 지휘·연출 또는 감독하는 자를 말한다’

139) WPPT 제2조 (a)와 비교해보면 잘 알 수 있을 것이다. 여기서 ‘실연자’란 배우, 가수, 연주자, 무용가 및 기타 문학·예술 저작물이나 민간전승물의 표현을 연기, 가창, 구현, 구연, 낭독, 연주, 연출하거나, 기타 실연하는 사람을 말한다.

140) 로마협약상으로는 제3조 (a)에서 실연자를 규정하면서 실연의 정의를 내리고 있으나 실연을 저작물의 실연에 한정하고 있다. 다만 동협약 제9조가, 저작물의 실연이 아닌 경우에 대한 보호는 계약국의 입법례에 따르도록 함으로써 실질적으로는 비저작물의 실연 등에 대해서도 보호를 용인하는 셈이 되었다. - 원문은, 'Any Contracting State may, by its domestic laws and regulations extend the protection provided for in this Convention to artists who do not perform literary or artistic works.'라고 되어 있다.

141) 허희성, 전게서, 23쪽

142) 저작권법 제2조 제4호 후문 참조: ‘4. 실연: 저작물을 연기·무용·연주·가창·연술 그밖의 예능적 방법으로 표현하는 것을 말하며, 저작물이 아닌 것을 이와 유사한 방법으로 표현하는 것을 포함한다’

저작물이 아닌 것을 실연한다는 것은 ‘문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물’이 아닌 것을 실연한다는 것을 의미한다. 따라서 저작권의 소멸사유로 저작권이 소멸된 저작물이라 하더라도 여기의 저작물(비저작물)에는 해당하지 않는다.

비록 비저작물의 실연이라 하더라도 예능적 방법이나 기타 이와 유사한 방법으로 표현되었을 경우에 실연으로 인정된다. 이 기준은 상당히 주관적이라고 할 수 밖에 없는데, 예능적이라든지 이와 유사하다든지 하는 것은 보는 이에 따라 상당히 차이가 날 수 있기 때문이다. 따라서 법의 취지는 되도록이면 실연의 범위를 넓게 이해하려는 것으로 해석할 수 밖에 없다. 그렇지만 후문의 경우의 실연은 전문의 실연에 비해 좀 더 구체적인 판단기준을 통해 인정되어야 할 것이다. 자세한 것은 후술한다.

실연자의 범위에 넣어야 하는가 문제되는 사람들은 마술사, 곡예사, 운동선수 등이 있을 수 있다. 마술이란 것은 요즘들어 엔터테인먼트 쇼의 성격을 가진 것들이 많다. 가령 데이비드 카퍼필드의 마술쇼를 보고 있노라면 마치 한편의 드라마 내지 뮤지컬 등을 보는 것 같다. 그리고 곡예도 마찬가지다. 단순히 애크로벳을 보여주는 차원이 아니라 틀이 짜여진 스토리를 전개하는 가운데 곡예를 보여주는 경우가 많아졌다. 운동의 경우는 대부분 실연이라고 하기엔 예능적 부분이나 창의적 부분은 부족해보이나 종류에 따라 달리 볼 필요가 있을 것이다. 가령 피겨스케이팅 같은 경우는 빙판위의 무용이나 다름 없는 것이다.

따라서 앞서 로마협약 부분에서, 마술사, 곡예사, 광대, 운동선수 등은 실연자의 범위에 포함시키지 않는 것이 당연하였으나(몇가지 예외를 빼고), 우리 저작권법상으로는 비저작물의 실연도 실연의 범위에 포함되기 때문에 위의 주체들이 기본적으로 실연자의 범위에서 제외된다고 함부로 정의내릴 수는 없다.

그리고 마술사나 곡예사의 실연이 잘 짜여진 각본에 따라 전개되는 가운데 - 앞서 언급했듯이 뮤지컬 내지 드라마화한다면 - 이뤄진다면 저작물의 실연에 다름아니다. 그리고 운동선수의 경우, 피겨스케이팅선수는 자신의 연기동작이 바로 실연인 것이다. 이 경우 쓰여지는 각본이나 스크립트 등은 어문저작물로서 보호받을 것이며 피겨스케이팅의 안무(choreographic works)는 저작권법 제4조 3호에 해당하는 연극저작물¹⁴³⁾이 될 것이다.

143) 이 경우 물론 저작권법 제2조 1호의 저작물의 정의대로, ‘안무가 문학·학술 또는 예술의 범위’에 속할 정도의 수준이 되어야 한다.

그러나 이에 대해, 저작권법으로 보호되는 것은 발레 등의 안무인 것이며, 사교댄스의 스텝이나 피겨스케이팅, 체조의 마루운동 등의 안무와 같이 스스로의 오락을 위하여 혹은 스포츠 경기를 위한 것은 저작물성이 인정될 수 없다고 하는 견해¹⁴⁴⁾가 있는데, 오락성이나 스포츠라는 이유만으로 저작물성을 부정하는 것은 문제가 있다고 보며 오히려 정서상 아직 인정하지 말자는 뜻으로 해석되는 것 같다. 만약 피겨스케이팅의 안무 등을 저작물로 보지 않는다면 비저작물의 실연으로서의 인정 문제가 남는다. 하지만 비저작물의 실연의 경우 좀더 구체적인 판단기준이 필요하다고 생각한다. 즉 위에서 언급한 것들이 저작물이 아니더라도 실연의 가치를 가진다면 우리나라 저작권법상 보호되는 실연이 될 것이다¹⁴⁵⁾.

실연의 가치라 함은 다음의 네 가지 스크리닝¹⁴⁶⁾을 통과했을 때 인정된다고 본다.

- ① 단순한 기계적 동작의 반복이 아니어야 한다(예능적 방법 혹은 이와 유사한 방법으로 표현되어야 한다).
- ② 창의성 혹은 독창성이 가미되어야 한다¹⁴⁷⁾.
- ③ 고유성이 있어야 한다(개인에 따라 그 실연이 차이가 생김을 뜻한다).
- ④ 경제성 요건(수익창출의 가능성)

이중 두 번째 요건인 창의성이나 독창성을 어떻게 규정지을 것인가가 문제되는데, 일반인의 관점에서 볼 때 창의성이 인정되는 수준이면 된다고 보며, 요건을 더 완화하는 의미에서 미국의 sweat 이론을 원용할 수도 있을 것이다. 즉 어느정도 노

144) 송영식·이상정 공저, 저작권법 개설, 세창출판사, 2000, 59쪽

145) 현재 저작권법상으로는 인격권적 저작권접권은 보호되지 않는다. 따라서 '실연의 가치'기준은 재산권으로서의 저작권접권을 인정하기 위해 실연성을 인정할 수 있으나데 초점을 맞춘다. 다만 재산권적 측면이 인정되지 않는다고 해도 실연의 인격권적 측면을 무시할 수는 없으므로 인격권적 측면에서 실연을 정의내릴 경우엔 네 가지 요건중 마지막의 경제성요건은 요하지 않는다고 보겠다. 즉 만약 저작권접권중 인격권 부분이 앞으로 도입된다면 실연의 인정기준은 더 완화되어야 함은 물론이다.

146) 약간 달리 설명하자면 ①번부터 ③번까지의 요건은 저작물의 실연이던 비저작물의 실연이던간에 공통적으로 요구되는 요건이며 ④번은 비저작물의 실연을 인정하기 위한 추가적인 요건이라 할 수 있다. 이것은 비저작물의 실연의 범위가 지나치게 확대되는 것을 막아주는 역할을 할 것이다.

147) 저작권법 제2조 4호 실연의 정의를 보면, 입법자가 실연의 범위를 넓히기 위해 고심한 흔적이 보인다. 즉 후문을 보면, '저작물이 아닌 것을 이와 유사한 방법으로 표현하는 것을 포함한다'고 하여 유사한 방법에 대한 해석론을 남기긴 하였지만 그 정도로 이 규정이 실연에 대한 유연성을 보이고 있다는 방증이 아니고 무엇이겠는가. 다만 실연으로서의 가치를 가지기 위해선 창작성 내지 독창성은 필요한 것이다.

고가 들어간 것이 인정되면 창의성을 인정해주는 것이다. 그리고 네 번째 요건의 경우 감상자들이 지불의 용의를 가지고 있으며 실연자도 어느 정도의 대가를 기대하고 실연을 할 정도로 그 경제성이 인정되어야 한다는 것이다¹⁴⁸⁾. 왜냐하면 실연을 보호하는 취지 자체가 실연자의 실업구제라는 경제적 속성에서 출발했기 때문이다.

다시 한번 정리하자면 실연의 종류중에서, ‘저작물이 아닌 것을 연기·무용·연주·가창·연술 그밖의 예능적 방법과 유사한 방법으로 표현’할 경우에는 ‘유사한 방법’의 범위가 무한정 확대되지 않도록 하기 위해 위의 네 가지 스크리닝 과정을 통과하게 하자는 것이다.

문제가 되고 있는 각각의 경우를 위의 스크리닝에 한번 넣어보기로 하겠다.

우선 마술사의 행위의 경우다.

앞서 언급한대로 데이비드 카퍼필드처럼 각본을 짜서 - 이것이 저작물로 인정된다면 - 그 각본대로 마술을 진행했다면(한편의 드라마나 뮤지컬처럼) 이는 당연히 실연자로서 보호받는다. 그러나 단순히 마술만을 보여주는 행위를 했을 경우 가령 유니버식형태로 여러 마술사가 출연하는 식으로 단편적으로 마술만 보여주는 행위가 있을 경우 이것이 ‘유사한 방법’으로 표현한 실연의 범위에 포함되는 것인가?

우선 마술사의 행위는 단순한 기계적 동작의 반복이 아니며 나름대로 독창성이 있는 행위라고 볼 수 있다. 그리고 마술이라는 기교를 보여주는 것은 개인에 따라 차이가 있을 수 있다. 또한 마술사는 자신의 행위를 통해 이윤추구의 목적도 있으며, 한편 마술을 보기 위해 사람들은 기꺼이 지불의 용의가 있다고 볼 수 있다

두 번째 애크로벳도 마찬가지로 볼 수 있을 것이다.

스포츠의 경우는 어떤가. 우선 스포츠의 종류중에서도 예능적 표현방법이 동원되는 스포츠와 그렇지 않은 스포츠로 나눌 수 있는데, 전자의 경우, 피겨스케이팅, 싱크로나이즈드 스위밍, 체조종목, 스포츠댄싱, 에어로빅¹⁴⁹⁾ 등이 있다. 후자의 경우에는 예능적 표현, 독창성 등이 함결되어 실연으로 인정될 수 없다. 가령 프로야구

148) 만약 실연자의 실연을 보기 위해 돈을 지불하거나 혹은 실연이 담긴 음반 혹은 녹화테이프 등을 구입하려는 의사가 없다면 실연의 가치는 없는 것이고 실연자의 권리를 굳이 보호해 줄 필요는 없을 것이다. 그리고 이러한 지불의 용의는 그 잠재성 내지 가능성을 뜻하는 것이지 실제로 돈을 지불했느냐 하지 않았느냐는 중요한 것이 아니다.

149) 다만 이러한 스포츠의 안무가 저작물성이 인정된다면 저작권법 제2조 4호의 전문에 해당하여 당연히 실연이 된다.

같은 경우 야구선수의 경기모습이나 행위는 예능 혹은 이와 유사한 방법으로 표현된 것이라 볼 수 없고 독창성이 인정된다고 볼 수 없다.

예능적 방법으로 표현된 스포츠는 대체로 스크리닝 과정 전 3가지 조건은 다 충족하나 네번째 요건인 경제성요건에 문제가 생길 수 있다. 즉 아마추어나 프로페셔널이냐의 차이라고 할 수 있는데, 아마추어의 경우엔 보수를 얻기 위해 연기를 하거나 행위를 하는 것이 아니고 정당한 경쟁을 통해 입상함으로써 명예를 얻는 것을 목적으로 한다. 그러나 경제성요건은 ‘실연을 통한 수익창출의 가능성’이라는 점에서 아마추어라고 하더라도 그 요건을 만족시킨다고 할 것이다.¹⁵⁰⁾

프로페셔널의 경우엔 위의 실연의 가치 네 가지 조건을 모두 충족한다고 볼 수 있다. 가령 스포츠댄싱을 하더라도 대회입상을 위한 경쟁에 참여했을 경우엔 ‘수익창출의 가능성’만 인정되겠지만 - 물론 이 경우도 ‘유사한 방법’으로 표현된 실연으로서 인정된다 - 관객들에게 자신의 연기를 보이고 그리고 입장료 수입 등을 취할 목적으로 스포츠댄싱을 연기했을 때에는 두말할 나위없이 ‘유사한 방법’으로 표현된 실연으로 인정해야 할 것이다¹⁵¹⁾.

(2) 보호되는 실연의 범위

저작권법 제61조 1호는 동법에 의해 보호받는 실연의 범위에 대해 기술하고 있는데, 각각에 대해 살펴보기로 한다.

(가) 가. 대한민국 국민(대한민국 법률에 의하여 설립된 법인 및 대한민국내에 주된 사무소가 있는 외국법인을 포함한다. 이하 같다)이 행하는 실연

먼저 가목은 ‘대한민국 국민(대한민국 법률에 의하여 설립된 법인 및 대한민국내에 주된 사무소가 있는 외국법인을 포함한다. 이하 같다)이 행하는 실연’을 보호대상으로 삼으면서, 개인에 대해선 국적주의원칙을 명시하고 있다. 그러나 법인에 대

150) 한편 표현하는 사람에 따라 혹은 표현하는 목적에 따라 실연이 되는 경우도 있고 실연이 되지 않는 경우도 있다고 하면서, 그 예로 같은 행위라도 액트러베트 쇼라면 실연이지만 그것이 체조의 마루운동이라면 실연이 아니라고 하고 그러므로 피겨스케이팅의 경우 보통때에는 실연이 아니지만 그것이 휴일의 아이스쇼가 행해지면 실연이 된다고 한다. 그리고 이와 같이 아마추어 선수가 하는가 전문가가 하는가, 혹은 체조경기로 행해지는가, 관객을 위한 쇼로서 행해지는가에 따라 실연이 되는 경우와 그렇지 않은경우로 구분된다고 한다. - 허희성, 전게서, 23쪽

151) 브라질 등에서는 입장료를 받는 운동경기의 고정, 송신, 재송신에 대하여 당해 운동선수 조직이 허락금지권을 갖는 형태의 이른바 “스테디엄 권리”(Stadium Rights)가 인접권의 범주에서 규정되어 있다. - 이호흥, 저작권법상 실연자의 법적 보호, 저작권심의조정위원회, 1993, 23쪽

해선 논쟁의 여지가 있는데, 법인이 실연의 주체가 될 수 있느냐의 문제와 연관된다. 자세한 것은 ‘저작권법 제61조 제1호의 주체에 관한 입법상의 착오문제’ 항목에서 후술한다.

(나) 나. 대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호되는 실연

나목은 ‘대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호되는 실연’을 규정하고 있는데, 현재 우리나라가 저작인접권과 관련해 가입하고 있는 조약은 음반협약과 TRIPs 협정 둘이다.

하지만 실연자와 관련한 국제협약은 TRIPs협정이다.

TRIPs는 저작인접권 보호에 관한 다자간 협약인 로마협약과 관련하여서는 그 협약의 지속적인 유효성을 명시적으로 보장하는 규정¹⁵²⁾만 두고 있을 뿐 TRIPs보호의 한 기준으로서 그것의 실체적 규정을 수용하지는 않았다. 베른협약에 대한 태도와 대조를 이루는 TRIPs의 이같은 태도는 로마협약이 국제적으로 승인받고 있는 정도가 베른협약에 비하여 훨씬 떨어진다는 사실에 연유하는 것이다.

이처럼 로마협약은 TRIPs에 편입되지 않았으므로 TRIPs에서 ‘로마-플러스 접근 방식’(Rome-plus approach)¹⁵³⁾은 찾아볼 수 없다. TRIPs는 기존의 어떤 다른 국제협약에도 의존하지 않고 독자적으로 실연자·음반제작자 및 방송사업자의 보호에 관한 규율을 하고 있는 것이다¹⁵⁴⁾.

차례로 살펴보면 제3조에선 내국민대우를 규정하고 있는데, 이에 의하면 로마협약이 정하고 있는 예외의 조건을 따르는 범위에서, 지적재산권의 보호에 관해 자기나라 국민보다 불리한 대우를 다른 회원국의 국민에게 부여해서는 아니된다. 그리고 실연자, 음반제작자, 방송기관에 관하여는, 이러한 의무는 이 협정(TRIPs)에 규정되어 있는 권리에 관해서만 적용된다고 함으로써, 우리나라는 동협정에 규정된 조항 중 실연자관련조항에 따른 구속을 받게 된다.

152) 동협정 제2조 2항, ‘이 협정의 제1부에서 제4부까지 어느 규정도 파리협약, 베른협약, 로마협약, 그리고 집적회로에 관한 지적재산권 조약에 따라 회원국 상호간에 존재하는 의무를 면제하지 아니한다.’

153) 베른-플러스 형식은 취하고 있는데, 이에 의하면 베른협약의 실체적 규정을 모두 TRIPs의 내용으로 편입하는 것을 말한다.

154) 오승중, 이해완 공저, 전계서, 565쪽

실연과 관련된 조항은 동협정 제14조 1항인데, 이에 의하면 실연을 음반에 고정하는 것과 관련하여, 실연자는 자신의 고정되지 아니한 실연의 고정과 그러한 고정물 복제행위가 자신의 허락없이 실시될 경우 이를 금지시킬 수 있으며 또한 실연자는 자신의 생실연을 무선수단에 의한 방송과 공중에게 전달하는 행위가 자신의 허락없이 실시될 경우 이를 금지할 수 있다¹⁵⁵⁾.

다시 말하면 고정되지 아니한 실연의 고정권, 이러한 고정물의 복제권, 실연자의 생실연의 무선수단에 의한 방송권과 공중전달권 이렇게 네 가지의 권리에 대해서 규정하고 있다. 전 2자는 음반에 관해 규정된 것이며 후 2자는 시청각실연까지 포함하는 개념이다.

TRIPs에 가입한 우리나라로서는 실연자에 대해 이 네 가지 권리를 부여해야 하는 것이 원칙이다.

먼저 고정되지 아니한 실연의 고정권은 저작권법 제63조의 복제권속에 포함되어 있다고 할 것이다. 동조는 원래 녹음·녹화권 등이라 규정되어 있었지만 더 포괄적으로 복제권으로 변한 것이다. 따라서 복제권속에는 복제를 위한 고정권(녹음, 녹화, 사진촬영 등)이 들어있다. 둘째, 이러한 고정물의 복제권 역시 제63조의 복제권에 포괄됨은 당연하다.

셋째, 생실연의 무선수단에 의한 방송권인데, 우리나라는 방송의 개념을 유선까지 포함시켜 보므로¹⁵⁶⁾, 오히려 보호범위는 더 커지는 것이며, 그리고 저작권법 제64조에서 실연방송권이라 하여 그 권리를 보호하고 있다.

가장 문제되는 것이 넷째, 공중전달권인데 이에 대해선 현재 우리 저작권법이 직접적으로 규정하는 바가 없다. 다만 저작권법 제65조 1항에서 ‘방송사업자가 실연이 녹음된 판매용음반을 사용하여 방송하는 경우에는 그 실연자에게 상당한 보상을 하여야 한다’고 규정함으로써 단지 채권적 청구권의 일종인 것처럼 부분적으로 규정되어 있다. 이 부분은 입법정책적으로 공중전달권을 저작권법에 포함시켜야 하는가에 관한 논쟁을 불러일으키는 것이기도 하다.

155) 여기서 원문은 실연자의 이러한 권리들을 로마협약과 같이 금지나 예방의 가능성(possibility)으로 규정하고 있다. 그러나 방송사업자나 음반제작자의 경우엔 권리(right)로 규정하고 있다. 한편 동협정 제14조의 6항은 ‘1, 2, 3항의 권리(the rights conferred under paragraphs 1, 2 and 3)’라는 표현을 쓰는 바람에, 제1항에서 규정했던 금지의 가능성이 권리임을 은연중 시인하고 마는 결과가 되었다.

156) 저작권법 제2조 8호, ‘방송: 일반공중으로 하여금 동시에 수신하게 할 목적으로 무선 또는 유선 통신의 방법에 의하여 음성·음향 또는 영상을 송신하는 것을 말한다.’

다만 동협정 제14조 6항에선, ‘회원국은 제1항, 제2항 및 제3항에 따라 부여된 권리와 관련하여 로마협약에 의하여 허용되는 범위 내에서 조건, 제한, 예외 및 유보를 규정할 수 있다.’고 하여 로마협약을 이용하여 위의 권리들에 대한 적용을 빠져 나갈 수 있는 탈출구를 마련해놓았다.

살펴보면 로마협약은 생실연의 ‘무선수단에 의한 방송권’ 및 ‘공중전달권’[제7조 1항 (a)]을 규정하면서 실연자가 방송에 동의한 경우에 재방송, 방송을 목적으로 한 고정 및 그러한 고정물의 복제로부터의 실연자에 대한 보호 문제를 국내법에 위임하였다(제7조 2항 1호). 또한, 방송을 목적으로 만들어진 고정물의 방송사업자에 의한 사용조건을 정하는 것도 계약당사국에 위임하고 있다(제7조 2항 2호). 다만, 계약당사국은 제7조 2항 1호 및 2호와 같은 제한 및 조건을 정할 경우 실연자에게 방송사업자와 관계를 정하는 계약체결권은 부여하여야 한다(제7조 2항 3호)¹⁵⁷⁾.

그러나 이 조문을 살펴보다도 방송권 및 방송을 위한 고정, 복제와 관련해 유보 조항을 두고 있을뿐 공중전달권에 관한 유보는 보이지 않는다.

한편 동협정 제14조 6항 2문을 보면 ‘베른협약(1971년) 제18조¹⁵⁸⁾의 규정도 음반상의 실연자 및 음반제작자의 권리에 준용한다’고 하여 베른협약상의 소급보호원칙¹⁵⁹⁾을 준용하고 있다.

157) 채명기, 전게서, 33쪽

158) 베른협약은 제18조에서 ‘소급효원칙’을 규정하여, 조약이 발효되기 전에 창작된 저작물이라 하더라도 조약 발효시에 저작물 본국에서 보호기간이 만료된 것을 제외하고는 모든 저작물에 대하여 협약이 소급적으로 적용되도록 하고 있다. 그러나 동조 제3항에서 ‘이 원칙의 적용은 동맹국간의 기존 또는 장래에 체결될 별도 협정을 따를 것을 조건으로 하며, 이러한 협정이 없을 경우에 각 국가는 이 원칙 적용에 관하여 자국내 조건을 정할 수 있다’고 규정하고 있다. 이 조항은 소급효의 적용원칙에 관해 가입국간에 특별히 정할 수 있으며, 이러한 협정이 없는 경우에는 소급보호에 관한 적용방법을 새로운 가입국 스스로가 정할 수 있는 것으로 해석되어 소급효원칙의 예외조항으로 파악되고 있다. 독일은 협약 발효 당시 제작되어 있는 복제물의 유통에 대해선 소급보호를 제한하고 있으며, 또한 협약 발효 전 발행 또는 공연된 연극, 악극저작물에 대한 비보호 선언을 한 바 있으며, 미국은 동협약상의 소급보호원칙에 포괄적인 예외조치를 취하고 가입하였으며, 중국 또한 최근 상당한 예외조치를 취하고 가입한 바 있다. - 박성준, 전계논문, 24쪽

159) 우리나라의 경우 1987년 세계저작권협약(UCC)에 가입함으로써 1987년 이후 제작된 외국음반을 보호하고 있으나 베른협약 제18조 준용에 따라 트립스협정 발효 당시 존재하고 있던 음반을 보호하게 되면 1987년 이전의 음반까지 새로이 보호해야 한다는 의무를 부담하게 되므로 이 조항을 강력하게 반대했다.

그러나 우리와 입장을 같이 해오던 일본이 협상 막바지인 1991년 11월 베른협약 제18조 3항을 원용하면 소급보호에서 탈피할 수 있다는 이유로 이 조항 지지로 입장을 선회하고, 소급보호가 안 될 경우에는 그 국가에서 불법음반이 제작되어 수출되는 것을 막을 수 없다는 미국의 주장이 반영되어 현 규정이 채택되게 되었다. - 박문석, 전게서, 136쪽~137쪽

(다) 다. 제2호 각목의 음반에 고정된 실연

다목은, ‘제2호 각목의 음반에 고정된 실연’을 규정하고 있는데, 제2호 각목은 가. 대한민국 국민을 음반제작자로 하는 음반, 즉 국적주의 원칙을 적용했고, 나. 음이 맨 처음 대한민국내에서 고정된 음반, 고정주의 원칙을 취했으며, 다. 대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호되는 음반으로서 체약국내에서 최초로 고정된 음반을 각각 규정하고 있다. 따라서 가, 나, 다 목에 규정된 음반에 고정되어 있는 실연은 보호를 받는다는 것이다.

그리고 한편 제2호 각목에 규정된 음반들은 물론 음반제작자의 저작권접권으로서 보호받는 것은 말할 필요가 없다.

가목¹⁶⁰⁾이나 나목은 별문제가 없으나 다목에 대해선 해석론상의 대립이 있다. 즉 대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 ‘음반협약’을 포함하느냐의 여부 그리고 음반협약을 포함시켰을 때의 해석론이 문제되는 것이다. 자세한 것은 후술한다.

(라) 라. 제3호 각목의 방송에 의하여 송신되는 실연(송신전에 녹음 또는 녹화되어 있는 실연을 제외한다)

마지막으로 저작권법 제61조 1호의 라목은 ‘제3호 각목의 방송에 의하여 송신되는 실연(송신전에 녹음 또는 녹화되어 있는 실연을 제외한다)’을 규정하고 있다.

우선 괄호속의 ‘송신전에 녹음 또는 녹화되어 있는 실연을 제외한다’에 대해 살펴보고 제3호 각목에 관련된 사항을 검토해보겠다.

1) ‘송신전에 녹음 또는 녹화되어 있는 실연을 제외한다’는 것의 의미

녹음·녹화를 제외한 것은 녹음물은 음반에 해당하고 녹화물은 영상저작물에 해당하여 각각 그 보호의 방법이 다르기 때문이라는 견해¹⁶¹⁾가 있고 이에 대해 녹음·녹화를 제외한 근본적인 이유를 녹음·녹화가 음반, 영상저작물에 해당하는 데에서 찾을 것이 아니라, 일단 녹음·녹화된 실연은 그것의 2차 사용에 대한 보상이나 배상은 별론으로 치고 그것을 공중이 사용하는 자체를 금지하지 않는다는 법리(공중에

160) 가목에서 대한민국 국민이란, 제1호에서 언급되었듯이, ‘대한민국 법률에 의하여 설립된 법인 및 대한민국내에 주된 사무소가 있는 외국법인’을 포함한다.

161) 허희성, 전게서, 278쪽

판매된 저작물에 대한 권리소진이론)에서 찾아야 한다는 견해¹⁶²⁾가 있다.

후자의 견해는 전자의 견해를 다음과 같은 논거로 비판한다.

‘일본법¹⁶³⁾에서와는 달리 현행법은 녹화물을 연속적인 영상이 수록된 영상저작물에 국한시키지 않고 있기 때문에 영상저작물이 아닌 정사진에 의한 녹화물에는 위의 주장(첫번째 견해)만으로는 설명이 되지 않는다(로마협약 제7조 제1항 a 단서의 규정은 우리 법의 녹음·녹화되어 있는 실연을 제외한다는 표현 대신에 고정물에 고정되어 있는 실연은 제외한다는 포괄적이고 원칙적인 표현을 사용하고 있다. 고정물이라는 개념의 사용이 더 합리적이라고 생각한다). 요컨대 방송에 의하여 송신되는 실연은 그 실연이 방송된 것 또는 그 실연이 고정된 고정물이 개재되지 않는 것을 조건으로 인접권을 보장한다.’

후자의 견해의 논거에 대해선 다음과 같은 난점이 있다.

우선 방송용어상으로의 녹화(video recording)의 개념을 알아보면, ‘녹화란 텔레비전의 영상신호 또는 재생화상을 기록하는 것. 자기테이프나 자기디스크 등에 자기적으로 기록하는 자기녹화와 감광필름에 기록하는 필름녹화가 있다. 필름녹화에는 브라운관에 나타나는 광학적인 재현화상을 필름 촬영기로 찍는 키네스코프 방식, 필름을 전자빔으로 직접 주사하여 감광시키는 전자빔 녹화방식, 레이저를 이용한 레이저 녹화방식 등이 있다.’¹⁶⁴⁾라고 되어 있다. 즉 이에 의하면 텔레비전의 영상신호 등을 고정물에 고정시키는 것이 녹화이다. 녹화의 개념에는 정사진의 고정이란 개념자체가 개입될 여지가 희박하다. 따라서 정사진의 녹화물이란 말자체에는 어폐가 있는 것이다.

다만 정사진이 녹화물의 일부를 구성할 수 있으나 - 실연에 대한 스냅샷을 부분적으로 방송으로 내 보낼 경우 - 정사진이 바로 녹화물이라고 표현하기는 어려울 것이다. 즉 녹화라는 것은 기본적으로 연속적인 영상에 의해 고정된다는 것을 전제로 한다는 말이다(주된 부분이 연속적 영상에 의해 이뤄지면 되고 부수적으로 정사진이 포함될 수도 있다).

우리 법이 고정물이란 용어를 사용하지 않고 녹음·녹화라는 단어를 사용한 것은

162) 박문석, 전거서 458쪽

163) 일본저작권법 제2조 제1항 14호에 의하면 녹화란, 영상을 연속하여 유형물에 고정하거나 그 고정물을 증제하는 것을 말한다고 한다.

164) <http://www.3ccd.tv/main/frames.htm> 의 방송용어사전 참조

사진 등의 정적인 고정방법을 몰라서가 아니다¹⁶⁵⁾. 타저작인접권자와의 관계를 고려해 열거적으로 녹음·녹화라는 용어를 집어넣었다고 생각된다.

즉 송신전에 녹음 또는 녹화되어 있는 실연을 제외한다고 못박은 것은 우리 법상 규정된 실연자를 제외한 저작인접권자인 음반제작자와 방송사업자를 고려한 규정이라는 것이다. 다시 말하면 생실연을 방송하는 경우가 아닌 녹음, 녹화된 고정물에서 실연을 방송할 경우에는 실연자보다 타저작인접권자의 이해관계를 좀 더 고려했다고 볼 수 있다. 그래서 이러한 경우에는 실연자가 저작인접권을 행사하기보다는 사후적으로 보상청구권 등을 행사할 수 있는 길을 열어놓는 것이다.

따라서 이미 실연이 녹음된 경우는 저작권법 제65조 제1항에 의해 실연자에 대해 방송사업자가 보상해야 한다 - 물론 제68조에 의해 음반제작자도 보상을 받는다. 그러나 녹화되어 있는 실연의 경우에는 실연자에 대한 보상규정은 없다. 그러므로 시청각 실연의 녹화물의 실연자는 방송사업자와의 계약시 그 조건에 대해 미리 잘 협의를 해야 한다.

결론적으로 전자의 견해와 후자의 견해 모두 합당하고 절충적으로 해석하여 녹음, 녹화는 각각 보호방법이 음반, 영상제작물에 해당하기 때문에 녹음, 녹화라고 제한적으로 열거하였으며 송신전에 녹음, 녹화된 것을 제외한 것은 이미 녹음물이나 녹화물 등으로 고정된 것은 공중의 이용(여기선 방송사업자의 이용이라고 볼 수 있다)에 보다 쉽게 제공될 수 있도록 하여 녹음·녹화물이 원활히 유통되어 문화발전에 이바지할 수 있게 하려는 의도에서이다. 다만 배타적으로 방송할 권리를 행사하진 못하지만 그러한 방송에 대한 보상 등은 청구할 수 있다 할 것이다.

한편 저작권법 제61조 1호 라목이 동법 제75조 제3항과 관련해 문제가 생긴다고 하면서 제61조 제1호 라목의 괄호안의 범문을 외국인의 실연에 한정하는 것으로 분명히 하거나, 아니면 괄호 안의 범문을 실연의 범위 부분에서 다루지 말고 로마 협약 제7조 제1항 (a)의 경우와 우리 저작권법 제64조 단서의 음반의 경우처럼 실연자의 방송권에서 다뤄야 한다는 견해가 있다¹⁶⁶⁾.

165) 저작권법 제63조의 복제권은 개정전에는 원래, 녹음·녹화권 등이라는 표제아래, '실연자는 그의 실연을 녹음 또는 녹화하거나 사진으로 촬영할 권리를 가진다'고 했었다. 그러나 좀 더 포괄적인 권리부여를 위해 복제권으로 바뀐 것이다.

166) 채명기, 전게서, 41쪽

위의 견해는, ‘실연자는 제75조 제3항에 의거하여 특약을 하는 경우 자신에게 주어진 모든 권리를 행사할 수 있는 것으로 이해되고 있다. 이럴 경우, 제61조 제1호 라목과 제75조 제3항은 서로 배치되는 규정이 될 수 밖에 없다’고 하면서, 다음과 같은 논거를 제시한다.

즉 실연자는 영상저작물의 이용에 대해 특약으로 그 영상저작물의 이용에 대해 모든 권리를 행사할 수 있다고 약정한다 하더라도 그 영상저작물의 방송권은 제61조 제1호 라목에 의해서 인정되지 않는 셈이 되고, 따라서 제75조 제3항의 ‘제64조의 규정에 의한 실연방송권이 영상제작자에게 양도된다’는 규정 자체는 아무런 의미가 없는 규정이 된다는 것이다¹⁶⁷⁾.

이 견해는 제61조 1호의 각목의 상호 관계에 대한 해석론과도 관련있는데, 가목은 대한민국 국민의 실연을 보호하고 이하 나, 다, 라 목에서 각각 추가적으로 보호될 수 있는 실연에 대해 언급하고 있다. 즉 가목에서 라목까지의 실연은 AND의 관계가 아니라 OR의 관계이기 때문에 어느 하나의 요건만 충족하면 저작권접권으로 보호되는 실연으로 인정하겠다는 것이다.

그러면 라목에 있어서 가령 실연자가 대한민국 국민이라면 가목에 의해 이미 보호가 되므로 라목까지 갈 필요가 없다. 따라서 라목의 경우는 가목이나 나목, 다목에 의해 보호되지 않는 실연일 경우 문제가 되는 것이다. 결국 각목은 상호 보충적으로 작용한다고 보면 된다.

다시 말하면 실연이, ‘대한민국 국민이 행하는 실연’ 이나 ‘대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호되는 실연’, 혹은 ‘제61조 2호 각목의 음반에 고정된 실연’ 이 아닐 경우에는 마지막으로 라목의 ‘제61조 3호 각목의 방송에 의하여 송신되는 실연’인지 확인해야 한다는 의미이며, 괄호안에서 ‘송신전에 녹음 또는 녹화되어 있는 실연을 제외한다’는 것은 앞서 언급한 대로의 해석론대로 녹음과 녹화는 각각 보호방법을 음반에 관한 것과 영상저작물에 관한 것으로 구분지을 수 있으며, 생실연이 아닌 고정물로부터의 실연을 방송할 경우에는 실연자는 보상청구권외에 저작권접권을 행사할 수 없도록 한 것이다¹⁶⁸⁾.

그렇다면 괄호안의 취지는 가목에서 다목까지 해당하지 않는 실연자(주로 외국인 실연자가 될 것이다)는 저작권법에서 정한 보호를 어느 정도 제한하겠다는 취지로 해석할 수 밖에 없다.

167) 채명기, 상계서 40~41쪽 참조

168) 생실연의 경우에만 저작권접권상의 보호를 받을 수 있다는 얘기가 된다.

이렇게 해석한다면 제75조 3항과의 관계에 있어선, 라목에 의해서만 보호되는 실연¹⁶⁹⁾은 생실연에 한정되므로 라목의 실연을 행하는 실연자는 제64조의 실연방송권중 생실연의 방송권만 행사할 수 있으며 제75조 3항에 의해 특약으로 인정받을 수 있는 권리는 생실연의 방송권만 인정된다는 것이다. 즉 실연방송권의 방송의 범위중에서 생실연외에 재방송이나 고정물(녹화물, 허락을 받지 않은 녹음물 등)로부터의 방송에 대해선 제61조 라목에 의해 제한을 받게 되므로 더 이상 제75조 3항과의 충돌문제는 생기지 않는다.

따라서 굳이 라목을 외국인의 실연에 한정한다든지 하는 입법론은 필요가 없을 것이다. 왜냐하면 해석론상 라목은 타목에 대해서 보충적인 것이며 타 각목의 보호를 받지 못하고 라목의 보호만 받게 되는 실연에 대해선 실연의 보호범위를 제한하겠다는 것이 입법취지이므로 그렇게 해석한다면 자연히 라목에 적용되는 실연은 외국인의 실연이 될 것이기 때문이다.

마찬가지로 ‘송신전에 녹음 또는 녹화되어 있는 실연을 제외한다’는 것을 실연의 범위 부분에서 다루지 말고 로마협약 제7조 제1항 (a)의 경우와 우리 저작권법 제64조 단서의 음반의 경우처럼 실연자의 방송권에서 다뤄야 한다는 것도 우리 법의 저작권법의 입법의도와 체계를 외면한 견해라 할 수 있다. 즉 앞서 언급했듯이 가목에서 다목까지에서 걸러주지 못하고 라목에서만 보호가능한 실연에 대해선 보호를 제한하겠다는 것이 괄호안의 의미이므로 본 괄호의 내용을 실연자의 방송권에서 다룬다면 본래의 의도와는 다른 규정이 되어 버릴 것이다.

2) 제3호 각목에 대한 해석

제3호의 각목을 살펴보면, 먼저 가. 대한민국 국민인 사업자의 방송, 나. 대한민국 내에 있는 방송설비로부터 행하여지는 방송, 다. 대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호되는 방송으로서 체약국의 국민인 방송사업자가 당해 체약국 내에 있는 방송설비로부터 행하는 방송 이라고 되어 있다. 가목의 경우 방송사업자는 법인인 경우가 거의 대부분인데 대한민국 국민이라 하면 자연인이 아닌가 하는 생각이 드는데 제1호의 가목에서 대한민국 국민의 범위에 ‘대한민국 법률에 의하여 설립된 법인 및 대한민국내에 주된 사무소가 있는 외국법인’을 포함한다고 하고 이하에서 같은 해석론을 적용할 것을 규정하고 있어서 제3호의 가목의 ‘대한민국 국민’

169) 만약 다른 각목에 의해서 보호가 가능하다면 그 보호를 우선시하게 될 것이다. 즉 각목은 보충적인 관계이므로 보호수단이 가장 강력한 방법에 의해 보호가 된다.

도 법인을 포함하는 개념임을 알 수 있다.

나목에 의할 경우¹⁷⁰⁾, 외국인의 실연이라도 내국민 또는 국내에 있는 방송설비에 의하여 방송될 때에는 인접권으로 보호받는다. 또한 그 실연이 내국민인 방송사업자에 의하여 외국에서 방송되는 경우 및 외국인인 방송사업자에 의하여 국내의 방송설비를 이용하여 방송되는 경우 역시 저작인접권으로 보호받게 된다. 따라서 위성중계로 국내의 방송설비를 이용하여 방송되는 실연은 보호받는 것이다. 주한미군 방송(AFKN)은 미국인 방송사업자에 의한 방송이지만 국내에 있는 방송설비를 이용하여 송신되기 때문에 이 방송에 의한 실연은 보호받을 수 있다¹⁷¹⁾.

다목¹⁷²⁾의 내용중 ‘체약국의 국민인 방송사업자’에 대한 해석론이 약간 부분하다. 즉 동 문구에 대한 해석론으로서, 다음과 같은 것이 있다.

“체약국의 국민인 방송사업자란 의미는 법인인 방송사업자가 체약국의 국민이어야 한다는 의미인데, 따라서 법인의 국적문제가 거론될 수 밖에 없는데, 법인의 국적에 대한 찬반론이 대립하고 있는 실정이고, 부정설이 통설이다. 다만 법인의 권리능력에 관한 준거법이 문제가 되고 있다. 이에 대한 학설대립¹⁷³⁾으로는 준거법설, 주소지설, 설립자국적법설, 준거법과 주소지설의 합일설 등이 대립하고 있으나, 국내에서는 준거법설이 다수설이다. 한편 로마협약 제6조 2항은 주된 사무소가 체약당사국 내에 있어야 한다는 ‘주소지설’에 입각한 보호를 하고 있는데, 다시 말하자면 방송사업자가 반드시 체약당사국의 국민이거나 체약당사국의 내국법인일 것을 전제로 한 것이 아니라고 볼 수 있다. 이에 반해 우리 저작권법 제61조 3호 다목은 ‘체약당사국 국민인 방송사업자’라고만 규정하고 있어서, 법인국적의 부정설에

170) 이에 의할 경우 WTO협약에서 인정하는 실연자의 보호수준보다 넓은, 우리나라가 아직 가입하지 않은 로마협약 수준에 해당하는 외국인의 실연을 보호하고 있다고 한다. - 채명기, 전게서, 35쪽

171) 박문석, 전게서, 457쪽

172) 이것은 우리나라가 WTO협약에 가입하면서 도입한 규정이다. TRIPs협정 제14조 3항은 방송사업자의 방송을 보호하도록 체약당사국에 의무화하고 있다. 그러나 이러한 규정에도 불구하고, 같은 조 제6항은 방송사업자의 방송에 대하여 로마협약에서 허용하는 정도의 조건, 제한, 예외 및 유보를 할 수 있는 길을 열어 놓았다. 이에 따라 우리 저작권법은 로마협약 제6조 2항을 원용하여 ‘체약당사국의 국민인 방송사업자가 체약당사국 내에 있는 방송설비로부터 행하는 방송’만을 보호한다고 규정하게 되었으며, 그러한 방송에 의하여 송신되는 실연만을 보호하게 되었다. - 채명기, 전게서, 35쪽~36쪽

173) 준거법설: 준거법이 국내법이나 외국법이나를 기준으로 결정하는 설, 주소지설: 주된 사무소가 국내에 있느냐 외국에 있느냐를 기준으로 하는 설, 설립자국적법설: 설립자가 내국인이나 외국인이나를 기준으로 하는 설

입각할 경우 저작권법 제61조 3호 다목은 ‘법인인 방송사업자’는 제외되고 ‘자연인인 방송사업자’만 인정되는 것으로 해석되어 TRIPs 협정 제14조 6항 및 로마협약 제6조 2항에 반하는 규정이 된다. 결국, 우리 저작권법 제61조 3호 다목을 그대로 두면, 법인국적을 부정하는 다수설에 입각할 때, ‘체약당사국 국민인 방송사업자’의 범위에 ‘체약당사국 법인인 방송사업자’도 포함되는지에 대한 해석 문제가 제기되고, 그러한 해석을 수용한다 해도 준거법설 또는 주소지설 등에 따라 내국법인, 즉 체약당사국 법인의 범위가 달라질 수 있기 때문에 제61조 3호는 TRIPs협정 제14조 6항과 로마협약 제6조 2항과의 불일치 문제가 제기될 수도 있다. 따라서, 우리 저작권법 제61조 3호 다목을 ‘대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호되는 방송으로서 체약당사국의 국민(체약당사국의 법률에 의하여 설립된 법인 및 체약당사국 내에 주된 사무소가 있는 외국법인을 포함한다)인 방송사업자가 당해 체약당사국 내에 있는 방송설비로부터 행하는 방송’이라고 수정할 필요가 있다.¹⁷⁴⁾”

이 견해에 대해선, 우선 우리나라는 로마협약에 가입되어 있지 않으므로 로마협약의 조항을 의무적으로 준수할 필요가 없는데, TRIPs협정 14조 6항의 가능성규정을 지나치게 확대해석하여 로마협약 제6조 2항을 꼭 준수해야만 하는 것처럼 보는 것은 문제가 있다고 본다. 물론 로마협약 제6조 2항이 방송사업자의 주사무소가 체약국에 있으면 된다고 규정함으로써 꼭 요건을 명료하게 한 것은 인정하지만 그렇다고 해서 우리나라가 꼭 이 규정을 그대로 좇아야 할 의무는 없는 것이다.

다만 입법정책론적으로는 위에서 언급한 바대로 ‘체약당사국의 국민(체약당사국의 법률에 의하여 설립된 법인 및 체약당사국 내에 주된 사무소가 있는 외국법인을 포함한다)인 방송사업자’라고 규정하는 것이 더 나은 것이긴 하지만 현행법체계하에서 합리적인 해석이 도출될 가능성이 전혀 없다면 이 말이 전적으로 옳겠지만 규정상 준용 내지 유추해석으로 해결가능하다면 우리 저작권법 조항에 대한 비판은 그리 유용해보이지 않는다.

즉 우리 저작권법 제61조 1호 가목에서 대한민국 국민의 범위에 ‘대한민국 법률에 의하여 설립된 법인 및 대한민국내에 주된 사무소가 있는 외국법인을 포함한다고 하고 이하 대한민국 국민에 대해선 이 개념을 쓸 것임을 명시하고 있다.

따라서 이 규정을 준용하면 동조 3호 다목의 체약국의 국민은 ‘체약국의 법률에 의하여 설립된 법인 및 체약국내에 주된 사무소가 있는 외국법인’을 포함한다는 해

174) 채명기, 전게서, 36쪽~37쪽

석이 가능한 것이다.

(3) 저작권법 제61조 제1호의 주체에 관한 입법상의 착오문제

저작권법 제61조 1호의 가목은 실연의 주체로서 국적주의요건을 요구하고 있는데, 문제가 되는 부분이 괄호안의 법인에 관한 것이다. 즉 실연은 자연인에 의해서만 이뤄진다는 것이 정설인데 대한민국 국민의 범위에 법인을 포함시킨 것이 과연 타당한 것인가하는 의문이 제기되는 것이다.

(가) 입법례

우선 국제협약부터 살펴보면 로마협약에서는 ‘실연자라 함은 배우, 가수, 연기자, 무용가, 기타 문학·예술 저작물을 연기·가창·낭독·음반·표현하거나 기타 실연하는 사람을 말한다¹⁷⁵⁾’고 하였고, WPPT 역시 ‘실연자란 배우, 가수, 연주자, 무용가 및 기타 문학·예술 저작물이나 민간전승물의 표현을 연기, 가창, 구연, 낭독, 연주, 연출하거나, 기타 실연하는 사람을 말한다¹⁷⁶⁾’고 규정하고 있다.

외국의 입법례를 보면 영국의 경우 저작권법 제181조 (1)을 보면, 실연자의 권리에 관한 이 편의 적용상, 실연이 자격 있는 개인(제206조¹⁷⁷⁾에서 정의하는)에 의하여 행해졌거나, 자격 있는 국가(동조에서 정의하는)에서 행해진 경우, 실연은 자격 있는 실연이다라고 하여 실연의 주체를 개인에게 한정하고 있다.

또 독일의 경우, 독일저작권법 제73조는 실연예술가에 대해, ‘본법상 실연예술가란 저작물을 구술 혹은 공연하는 자 또는 저작물의 구술 혹은 공연함에 있어서 예술적으로 협력하는 자를 말한다.’라고 규정하고 있다. 다만 동법 제79조에선, ‘실연 예술가가 근로 혹은 계약관계에서 발생하는 의무의 이행으로서 실연을 제공한 경우에는, 특별한 약정이 없는 한 사용자 혹은 고용주가 그 실연을 어떤 범위에서, 어떤 조건으로 그 이용을 타인에게 허락할 수 있는지의 여부는 근로 혹은 고용관계의 성질에 따라 정해진다.’ 고 하여 법인이 실연자의 실연을 이용할 수 있는 가능성을

175) 로마협약 제3조 (a)

176) WPPT(세계지적재산권기구 실연·음반조약) 제2조 (a)

177) 동조에선, “자격 있는 개인”이란 자격 있는 국가의 시민이나 국민 또는 그러한 국가에 거주하는 개인을 말하고, “자격 있는 사람”이란 자격 있는 개인이나 법인 또는 그밖에 다음의 법인격 있는 단체를 말한다고 하여 실연의 주체로서 개인과 법인을 구별하고 있다

열어놓았다.

한편 우리 저작권법 제2조의 5호는 실연자는 실연을 하는 자 및 실연을 지휘·연출 또는 감독하는 자를 말한다고 규정되어 있어 기본적으로 자연인을 실연의 전제로 한다는 것을 알 수 있다.

(나) 해석론

여기에 관한 국내법상의 해석론이 두 가지로 나뉘어져 있는데 먼저 법인실연을 당연히 저작권법에 의해서 보호되는 것으로 보는 견해¹⁷⁸⁾와 그리고 성질상 자연인에 의한 실연에 국한된 것으로 보는 견해¹⁷⁹⁾ 이렇게 두 가지가 있다.

법인실연을 인정하는 견해를 좇을 경우 제61조 1호 가목은 법인을 저작자로 의제하는 제9조(단체명의저작물의 저작자)같은 규정도 없이 법인 실연을 인정하게 되어, 특정 실연이 개인 실연인지 법인 실연인지 알 수 없는 문제가 생긴다. 법인 실연은 자연인에 국한된다는 견해를 좇을 경우 법인 실연을 전적으로 부정하는 것이 되므로 제61조 1호 가목은 입법상 잘못된 것이 된다¹⁸⁰⁾.

문제는 제61조 1호 가목의 정의가 법인에게도 실연의 주체성을 인정한 것인가 아니면 단순한 입법의 착오인가 하는 것이다.

우선 입법의 착오라는 소극적 대처를 하기보다는 긍정론적 해석이 가능한지 검토해보기로 한다.

(다) 법인의 실연주체성

앞에서도 언급했듯이 국제협약이나 각국의 입법례를 보면 대체로 실연의 주체는 자연인으로 규정하고 있다. 그렇다면 실연의 주체로 법인을 인정할 수는 없는 것인가?

첫째 실연의 주체성인정 여부를 논의하고 둘째 실연의 주체성이 배제될 경우의 해결방법에 대해 논해보기로 한다.

법인은 법률에 의해 권리능력이 인정된 단체 또는 재산을 말한다. 그 구성원과는

178) 장인숙, '개정판 저작권법 원론' 보진재출판사, 1996, 187쪽; 허의성, '저작권법축조개설', 범우사, 1988, 277쪽 - 채명기, 전게서, 31쪽에서 재인용

179) 박문석, '멀티미디어와 현대저작권법', 지식산업사, 1997, 449쪽 - 채명기, 전게서, 31쪽에서 재인용

180) 채명기, 전게서, 31쪽

독립된 법인격을 단체에게 부여하고 독립된 권리·의무의 단위성(주체성)을 인정함으로써, 단체의 법률관계를 간편하게 취급하기 위한 법기술이 사단법인이며, 동일한 이유로 일정한 목적을 위해 제공된 재산의 집합에 대해 독립된 인격이 부여된 것이 재단법인이다¹⁸¹⁾.

법인이 실연의 주체가 될 수 있는지의 여부를 헌법상의 권리로서 찾아 본다면 예술의 자유에서 찾을 수 있을 것이다. 즉 헌법 제22조 1항은, ‘모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다’고 규정하고 있다. 여기서 국민의 개념속에 법인을 포함시킬지의 여부는 헌법학자 사이에서도 의견이 분분하다. 개개인만이 예술의 주체가 된다는 견해, ‘법인인 예술단체’의 기본권주체성은 인정하는 견해, 음반제조업자나 출판업자들은 부분적으로 예술의 자유가 주체가 된다고 하는 견해 등이 있다¹⁸²⁾.

엄밀히 얘기하자면 법인자체가 예능행위 등을 실연할 수는 없다. 따라서 법인에게 인정되는 실연이란 것은 저작권법상의 단체명의저작물(저작권법 제9조)처럼, 개인의 실연을 단체의 실연으로 볼 수 있게끔 하자는 성격이 될 수 밖에 없다.

즉 예술단체가 실연을 행할 경우 각 개인의 실연행위를 예술단체의 실연으로 보게끔 한다든지 하는 경우 실연에 관련한 권리는, 권리행사에 대한 인식과 능력이 부족한 개인이 행사하는 것보다 예술단체 자체가 행사하는 것이 개개의 실연자에게는 더 도움이 될 것이다. 물론 이 경우 개개의 실연자는, 법인의 실연의제를 거부하고 개인의 권리를 따로 행사할 수도 있을 것이다.

따라서 ‘법인의 실연’규정은 개인실연자와 그가 소속된 단체가 계약이나 협정 등을 맺었을 경우 실연의 귀속이 법인에게 될 수도 있다는 함의가 있다고 보며 입법상의 착오는 아니라고 본다. 그리고 앞서 언급된 독일 저작권법 제79조는 이러한 해석론을 뒷받침해줄 수 있는 외국의 입법례라고 할 수 있다.

그리고 우리저작권법 제66조의 공동실연자 규정을 보면 공동실연의 경우 대표자가 실연자의 권리를 행사한다고 되어 있는데 이는 실연의 권리행사를 보다 신속·용이하도록 하려는 규정이다. 즉 실연자의 이익을 위한 권리위임의제규정인 것이다. 따라서 이러한 규정에서 유추해보건대, 법인의 실연도 이와 같은 맥락에서 이해하면 될 것이다. 다만 공동실연자와 같은 의제규정을 명문화시키지 않은 것은 개개의 실연자가 계약이나 협정 등을 통해 독자적인 권리행사를 할 수 있는 여지를 만들어 놓기 위함이라 하겠다.

181) 김형배, 민법학강의, 신조사, 2000, 52쪽

182) 김학성, (객관식)헌법, 성민사, 2000, 549쪽

(4) 저작권법 제61조 제1호 다목과 제2호 다목규정에 관한 해석론

저작권법 제61조 제1호 다목은, ‘제2호 각목의 음반에 고정된 실연’은 저작인접권에 의한 보호를 받는다고 하고 있으며, 이에 따라 제2호의 각목은 보호되는 음반의 범위를 나타내고 있으며 다목은, ‘대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호되는 음반으로서 체약국 내에서 최초로 고정된 음반’이라고 하고 있다.

우리나라 국민의 경우 제1호 가목에 의해 보호를 받기 때문에 제2호 다목의 규정과 제1호 다목에 의해 보호여부가 문제되는 것은 외국인의 실연이다.

현재 우리나라는 음반협약에 가입되어 있는 상태인데, 그렇다면 문리적으로 해석하자면 제2호 다목의 체결한 조약이 음반협약이라고 한다면 음반협약에 가입되어 있는 타체약국의 음반을 보호함으로써 그 음반에 고정되어 있는 외국인의 실연을 보호해주게 된다.

우선 문제되는 것이 음반협약을 ‘대한민국이 가입 또는 체결한 조약’의 범위 속에 포함시킬 수 있느냐의 문제가 있고, 그 다음에 음반협약을 그 범위에 포함시킨다고 할 때 외국인의 실연에 대한 저작인접권적 보호에 대한 해석론이 문제가 된다.

(가) 음반협약의 포함여부

제61조 2호 다목은 ‘대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호되는 음반으로서 체약국 내에서 최초로 고정된 음반’을 규정하고 있다

대한민국이 가입 또는 체결한 조약 가운데 음반과 관련된 대표적인 것은 TRIPs협정과 음반협약이다.

그러나 TRIPs협정과 음반협약의 차이는, 전자가 음반제작자의 저작인접권을 규정짓는 것임에 반해 후자는 단지 무단복제로부터 저작인접권자들을 보호하기 위해 맺어진 협약이라는 것이다. 따라서 우리 저작권법 제61조 제2호 다목의 취지를 저작인접권의 규정 및 범위에 대한 국제조약 등으로 한정시켜버리면 음반협약은 그 범위에 포함되지 않는다는 결과가 된다. 차례로 살펴보기로 한다.

TRIPs협정에선 제14조 2항이 음반제작자의 권리를 규정하고 있는데 이에 의하면, ‘음반제작자는 자신의 음반의 직접 또는 간접 복제를 허락 또는 금지할 권리를 향유한다’¹⁸³⁾고 되어 있다. 즉 음반제작자의 복제권을 규정하고 있다¹⁸⁴⁾. 즉 음반

제작자의 저작권접권에 대해 규정하고 있는데, 따라서 이 협약의 체약국에 대해선 우리나라는 협정의 원칙의 하나인 내국민대우의 원칙(TRIPs협정 제3조)에 따라 복제권외에 배포권도 음반제작자에게 부여해야 하는 것이 원칙이나 상호주의 원칙과 동협정 제14조 제6항에 따라 권리를 제한할 수 있다.

어쨌든시간에 TRIPs협정은 음반제작자의 저작권접권의 범위에 대해 규정하고 있는 조약이므로 저작권법 제61조 제2호 다목의 ‘대한민국이 가입 또는 체결한 조약’에 포함된다.

음반협약에 대해 살펴보면, 동협약은 전술했듯이 무단의 음반복제를 방지하기 위해 맺어진 협약으로 체약국간에 이뤄져야 할 효율적인 수단 등에 대해서 규정할 뿐 저작권접권자의 권리에 대한 규정은 보이지 않는다¹⁸⁵⁾. 그래서 동협약 제2조는 ‘각 체약국은 음반제작자의 동의 없이 행하여지는 복제물의 작성, 그러한 복제물의 수입, 그리고 그러한 복제물의 공중에 대한 배포로부터 다른 체약국 국민인 음반제작자를 보호한다.’고 하고 있다.

저작권법 제61조가 각호 각목에 해당하는 실연·음반 및 방송을 동법에 의한 저작권접권으로서 보호받게 하므로 외국인의 경우, 비교적 보호범위가 넓은 우리나라 법을 쉽게 적용할 수 있도록 한다면 경제적인 부분에서 국내 저작권접권자들의 이익을 해할 우려가 없지 않다.

게다가 우리나라는 아직 인접권협약인 로마협약에 가입되어 있지 않은 상태인데, 이런 상황에서 로마협약 미가입국인 음반협약 체약국의 음반에 대해 저작권접권상의 권리를 부여한다면 굳이 음반협약 체약국이 로마협약에 가입할 필요가 없을 것이다. 이것은 마치 본말이 전도된 것 같은 양상을 보여준다.

따라서 ‘대한민국이 가입 또는 체결한 조약’에는, 제4장이 저작권접권을 규정한 장

183) 로마협약 제10조도 이와 유사하다. ‘Producers of phonograms shall enjoy the right to authorise or prohibit the direct or indirect reproduction of their phonograms.’

184) 우리 저작권법은 제67조에서 음반제작자에게 복제·배포권을 부여하고 있다.

185) 다만 동협약 제7조 제1항은 ‘이 협약은 국내법 또는 국제협정에 따라 저작자, 실연자, 음반제작자 또는 방송사업자에게 보장되는 보호를 제한하거나 또는 해하는 것으로 해석되지 아니한다.’라고 하며, 제2항은 ‘음반에 그의 실연이 고정되어 있는 실연자가 보호를 받는 범위와 조건은 각 체약국의 국내법이 정하는 바에 의한다.’고 하고 있지만 이것은 동협약이 저작권접권자의 권리 등에 대해선 최대한 간섭을 하지 않겠다는 의미로 해석해야 할 것이다. 즉 민감한 사안에 대해선 각종 국제협정이나 각국의 국내법으로 정하게 하고 여기선 다만 음반의 무단복제에 대한 금지를 위한 공유된 의사를 확인시키는 장을 마련하겠다는 의도일 것이다.

이란 것을 고려할 때, 단순히 음반의 무단복제에 대한 규제를 규정한 음반협약은 그 대상에서 제외할 것이라 볼 수 있으며 저작권접권에 대한 권리규정과 범위에 대한 언급이 있는 국제협정이 여기(대한민국이 가입 또는 체결한 조약)에 해당한다고 해야 할 것이다.

그러나 이러한 해석론이 무리가 없는 것은 아니다. 그래서 보다 더 바람직한 방법은 입법정책적으로 ‘대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호되는 음반’을 일본의 경우처럼 좀 더 세분화시켜 규정할 필요가 있다고 생각한다.

일본의 경우, 일본 저작권법 제8조¹⁸⁶⁾에서 ‘보호받는 음반’이라는 표제하에서 5개의 항목으로 구체적으로 세분화하고 있다. 동조의 제5호에서는 음반협약의 의해 보호받는 음반을 규정하고 있으며 즉 이 음반은 일본저작권법상의 보호를 받음을 명백히 하고 있다.

따라서 우리나라도 음반협약에서 보호받고 있는 음반에 대해서 저작권법상 보호를 할 것인지 아니면 다른 법률로 보호를 할 것인지 명확하게 규정하였다면 이러한 해석론적 갈등이 일어나지 않았을 것이다.

한편 일본 저작권법 제7조는 제8조의 5호에서 규정된 음반에 고정된 실연을 보호 대상으로 삼지 않고 있다. 즉 음반협약상 보호되는 음반에 대해선 저작권법상 보호를 해주되 동 음반에 수록된 실연에 대해선 인접권상 보호를 해주지 않는 것이다¹⁸⁷⁾.

186) 제8조 (보호받는 음반)

음반은 다음 각호의 하나에 해당하는 것에 한하여 이 법률에 의한 보호를 받는다.

1. 일본 국민을 음반제작자로 하는 음반
2. 음반으로서, 이에 고정된 음이 최초로 국내에서 고정된 것
3. 前 2호에 게시한 것 외에 다음의 하나에 게시하는 음반
 - 가. 실연자 등 보호조약 체결국의 국민(당해 체결국의 법령에 따라 설립된 법인 및 당해 체결국에 주된 사무소를 가지고 있는 법인을 포함한다. 이하 같다)을 음반제작자로 하는 음반
 - 나. 음반으로서, 이에 고정된 음이 최초로 실연자 등 보호조약의 체결국에서 고정된 것
4. 前 3호에 게시하는 것 외에 다음의 하나에 게시하는 음반
 - 가. 세계무역기구 가맹국의 국민(당해 가맹국의 법령에 따라 설립된 법인 및 당해 가맹국에 주된 사무소를 가지는 법인을 포함. 이하 같다)을 음반제작자로 하는 음반
 - 나. 음반으로서, 이에 고정되어 있는 음이 최초로 세계무역기구 가맹국에서 고정된 것
5. 前 각호에 게시하는 것 외에, 허락을 얻지 아니한 음반의 복제로부터 음반제작자의 보호에 관한 조약(제121조의 2 제2호에서 ‘음반보호조약’이라 한다)에 의하여 일본이 보호 의무를 가지는 음반(1978년 법 제49호에 의하여 제3호 추가 ; 1989년 법 제43호에 의하여 제4호 일부 개정, 제3호 추가 ; 1991년 법 제63호에 의하여 제4호 추가 ; 1994년 법 제112호에 의하여 제4호 추가, 제5호 일부 개정)

그러나 만약 현재의 문구상 음반협약이 포함됨을 배제할 수 없다면 어떠한 해석론을 전개해야 할지는 이하 후술한다.

(나) 제2호 다목에 음반협약을 포함할 때의 해석론

음반협약이 포함된다고 해석할 경우 제1호의 다목에 의해 외국인의 실연¹⁸⁸⁾도 같이 보호받게 된다. 즉 음반제작자는 저작인접권상의 보호를, 그 음반에 실연이 실린 외국인도 저작인접권의 보호를 받게 된다.

이는 앞서 언급한 바와 마찬가지로 로마협약에 가입되어 있지 않은 상황에서 외국 음반제작자와 외국인 실연자를 지나치게 보호하는 게 아닌가¹⁸⁹⁾ 하는 우려의 해석론을 불러일으킨다.

결국 문제는 음반협약에는 가입해 있으나 로마협약에는 가입하지 않은 국가가 부당하게 이익을 누릴 수 있다는 점이다. 즉 음반협약만으로도 보호받는 음반을 동시에 인접권으로도 보호하는 결과를 초래하는 해석론에 입장에 선다면 음반협약에만 가입하고 로마협약에는 가입하지 않은 체약국민의 음반 및 실연이 인접권으로도 보호받게 된다. 이러한 결과는 당초 음반협약의 성립취지에도 부합되지 않는 해석이라 할 것이다¹⁹⁰⁾.

따라서 어떻게 제1호 다목과 제2호 다목을 조화롭게 해석할 것인가에 관해 다음과 같은 견해의 대립이 있다.

먼저 첫 번째 견해는 문리해석론적 견해로, 법 제61조의 각 규정을 충실하게 해석하여 대한민국이 가입 또는 체결한 조약(예를 들면 음반협약)에 따라 보호되는 음반(제2호 다목) 및 다목의 음반에 고정된 실연(제1호 다목)은 법 제61조 본문의 규정에 의거하여 저작인접권으로서 저작권에 의한 보호를 받는다는 것이다. 두 번째 견해¹⁹¹⁾는 인접권의 보호범위를 첫 번째 견해보다 축소하여, 음반협약은 음반의 무단복제 그 자체를 방지하고자 한 것이기 때문에 그 음반에 고정되어 있는 실연까지

187) 물론 일본은 로마협약 가입국이므로 이에 의한 보호는 가능할 것이다.

188) 우리나라 국민의 실연에 대해선 제1호 가목에 의해서 보호가 되기 때문이다.

189) 음반협약의 체약국의 음반이라 하더라도 음반에 수록된 실연의 주체인 외국인이 속한 국가는 협약에 가입되어 있지 않은 경우도 있을 것이다.

190) 박문석, 전거서, 452쪽

191) 하용득, 저작권법, 법령편찬보급회, 1988, 67쪽~68쪽

보호하는 것은 아니므로 인접권으로서 저작권법에 의해 보호를 받는 것은 음반협약에 따라 보호되는 음반에 국한되고(제2호 다목), 제1호 다목에 의한 그 음반에 고정된 외국인의 실연은 보호받지 못한다는 것이다. 세 번째 견해¹⁹²⁾는 우리나라는 이미 음반협약에 가입했으므로 제2호 다목의 규정에 따라 음반협약 체결국의 국민이 음반제작자인 외국음반은 저작권법에 의한 보호를 받는다는 것이다. 그러나 외국음반까지 저작권법으로 보호한다면 국가적인 손실을 초래하게 될 것이므로 음반협약에 의한 외국음반의 보호는 법 제61조 본문에 규정된 ‘이 법에 의한 보호’를 법 제3조 제1항 본문과 같이 ‘조약에 따라 보호’로 해석, 따라서 음반협약 제3조의 규정에 의거하여 외국음반에 대한 보호는 저작권법이 아닌 음반에 관한 법률로 보호해야 할 것이며 또한 정부에서도 그렇게 해석하고 있다는 것이다¹⁹³⁾. 네 번째 견해¹⁹⁴⁾는 결과론적으로 제3의 견해와 같은 입장이나 논리적 구성이 훨씬 합리적인 견해인데, 즉 음반에 관한 법률로 보호할 수 있다는 논거를 제61조 제2호 다목의 ‘~조약에 따라 보호되는 음반~’에서 구하는 것이다. ‘조약에 따라 보호’라 함은 조약이 규정한다고 보호한다는 것을 뜻하며 따라서 음반협약 제3조의 규정에 따라 저작권법이 아닌 음반에 관한 법률로 보호가 가능하다는 것이다¹⁹⁵⁾.

첫 번째 견해는 이미 언급했듯이 규정을 문리적으로 해석함에 따라 외국인의 실연을 지나치게 보호하는 결과가 된다는 단점이 있다¹⁹⁶⁾.

두 번째 견해는 규정상 분명히 제1호 다목이 제2호 다목의 음반에 고정된 실연을 보호한다고 했는데, 음반은 저작인접권으로 보호받되, 거기에 고정되어 있는 실연은 보호받지 않는다는 것은 논리적 근거가 희박하다.

세 번째 견해에 대해선, 외국인의 음반에 대한 보호를, 강력한 저작권법적 보호보다는 음반에 관한 법률로 하겠다는 취지 자체는 공감하나, 저작권법 제3조 제1항을

192) 허희성, 전거서, 279쪽~280쪽

193) 박문석, 전거서, 452쪽~453쪽

194) 박문석, 상거서, 455쪽

195) 음반협약 제3조는 ‘이 협약을 실시하기 위한 수단은 각 체결국의 국내 법령이 정하는 바에 따르며 그 수단은 저작권 기타 특정 권리의 부여에 의한 보호, 불공정 경쟁에 관련되는 법률에 의한 보호 또는 형벌에 의한 보호 중 하나 이상을 포함하여야 한다’고 규정하고 있어 음반에 대한 보호를 반드시 저작권법적으로 할 필요가 없음을 밝히고 있다.

196) 또 음반협약 체결국민이 제작한 음반은 물론, 그 음반에 고정된 외국인(음반협약 체결국민이 아닌 외국인도 포함)의 실연도 인접권으로서 내국민과 같은 수준의 보호를 받게 되면 외국인의 인접권을 내국민과 똑같이 줄 수 있는 여건이 되어 있지 않은 우리나라에서 음반협약만의 가입만으로도 외국인의 인접물에 대하여 인접권협약(로마협약)에 가입한 것과 같은 법적 보호를 해야만 되는 것은 법해석이 결과적으로 입법취지를 왜곡시킨 것에 지나지 않는다고 한다. - 박문석, 전거서 453쪽

제61조 본문과 동일하게 해석한다는 것은 무리가 있다. 즉 ‘저작인접권으로서 이 법에 의한 보호’를 ‘저작인접권으로서 이 조약(즉 음반협약)에 의한 보호’라고 해석한다면 이미 음반협약에 의한 보호수단의 동격으로서 저작인접권이 규정되어 버리는 셈이 되는데, 그렇게 되면 어떻게 저작인접권이 아닌 음반에 관한 법률로 보호해야 한다고 할 수 있겠는가. 즉 논리적으로 상치되는 것이다.

따라서 해석론상 논리적 충돌이 없는 네 번째 견해가 제일 무난하다고 본다. 즉 제61조 제2호 다목의 ‘대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라’는 ‘가입한 조약의 내용에 따라’로 해석가능하며 그리하여 음반협약 제3조의 규정에 의해 저작인접권에 의한 보호가 아닌 음반에 관한 법률로 보호가 될 수 있다 할 것이다.

다시 말하면 ‘대한민국이 가입 또는 체결한 조약의 내용에 따라 저작인접권적으로 보호되는 음반’에 한해 저작권법에 의해 보호를 받는 음반이라고 할 수 있다.

따라서 제2호 다목에 규정된 음반에 고정된 외국인의 실연이 제1호 다목의 실연으로 인정하려면 제2호 다목의 음반을 ‘대한민국이 가입 또는 체결한 조약의 내용으로 볼 때 저작인접권적으로 보호될 수 있는 음반으로서 체결국 내에서 최초로 고정된 음반’으로 볼 수 있어야 할 것이다.

결국 위와 같은 요건을 만족시키는 음반일 경우에만 제1호 다목의 ‘제2호 각목의 음반’에 해당하고 따라서 그 음반에 고정된 외국인의 실연도 저작인접권상 보호된다고 할 것이다.

(다) 소결

결국 이 문제에 대한 해결 방법은 입법론적인 것과 해석론적인 것 이렇게 두 가지가 있을 수 있는데, 입법정책적으로는 일본 저작권법 제7조, 제8조 처럼 조약에 대한 부분을 좀 더 세분화시켜 규정할 필요가 있다는 점이고, 음반협약의 포함여부에 대한 해석론과 그리고 포함되었을 때의 해석론에 대해선 현행법체계상 음반협약을 우리 저작권법 제61조 제2호 다목의 조약에서 제외하긴 힘들므로 음반협약도 ‘대한민국이 가입 또는 체결한 조약’ 중 하나에 해당한다고 할 것이고 그러한 전제하에서 제2호 다목을 어떻게 논리적 구성에 무리가 없게 해석을 하느냐가 중요할 것이다.

결국 가장 무리가 없는 해석론은 ‘대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호

되는 음반'을 '대한민국이 가입 또는 체결한 조약의 내용으로 볼 때 저작권법으로 보호될 수 있는 음반'으로 해석하여 음반협약 제3조를 적용하고 그에 의하여 동음반(음반협약의 체결국의 음반)에 대해선 음반에 관한 법률로 규제할 있다고 할 것이고 그렇게 되면 외국음반에 대한 지나친 보호에 대한 우려를 약간은 잠재울 수 있는 해석론이 될 것이다.

한편 외국인의 실연에 대해서도 마찬가지로인데, 즉 제2호 다목의 음반이 저작권법에 의해 저작권법으로 보호되는 음반이 아니라면 그 음반에 고정된 실연은 제1호 다목에 해당하는 실연이 아니게 되고 따라서 그 실연은 저작권법에 의한 보호를 받지 못하게 된다¹⁹⁷⁾.

이상 위와 같은 해석론을 펼친다면 '음반협약'의 가입이 자칫 '로마협약'상의 인접권보호를 주게 될 지도 모른다는 우려를 불식시킬 수 있을 것이다.

나. 실연자의 권리

실연자는 기본적으로 복제권(저작권법 제63조)과 실연방송권(제64조), 음반의 대여권(제65조의 2)을 가진다. 한편 이와 같은 배타적인 권리들 외에 '방송사업자에 대한 음반보상청구권(제65조)¹⁹⁸⁾'을 가지는데 이는 제64조의 단서조항에 대한 보충적 성격을 가진다. 이 권리의 성격에 관해서도 해석론이 대립하고 있는데 즉 실연자의 보상청구권을 공고히 확보해 주기 위해 물권에 가까운 준물권적 권리로 이해할 것인지 아니면 채권적 성격의 청구권에 지나지 않는 것으로 해석해야 하는지에 관한 것이다.

(1) 복제권

법 제63조는 '실연자는 그의 실연을 복제할 권리를 가진다'고 규정하고 있다. 원래 개정전에는 '녹음 또는 녹화하거나 사진으로 촬영할 권리'라고 규정되어 있었으나 복제권이라는 보다 넓은 개념을 사용하여 열거적으로 해석될 소지가 있었던 실연자의 권리를 더욱 더 넓게 보호해주는 결과¹⁹⁹⁾가 되었다.

197) 물론 당해 실연이 제1호의 다 목에 규정된 요건을 만족시키면 당연히 저작권법으로 보호되는 실연이 될 것이다. 왜냐하면 제1호의 각목은 상호 보충적인 규정이라고 할 수 있기 때문이다.

198) 보통 '판매용 음반의 방송사용에 대한 2차 사용료 청구권'이라고 하는데 이하에선 '2차 사용료 청구권'이라고 하겠다.

199) 현행법의 규정은 1995년 12월 6일 저작권법 개정 때 정해진 규정인데, 종전의 '실연자는 그의 실연을 녹음 또는 녹화하거나 사진으로 촬영할 권리를 가진다'는 규정을 복제라는 포괄적인 개념으로 바꾼 것이다. 로마협약 제7조 제1항 (b) (c) 규정의 예를 따른 것이다. 녹음·녹화·촬영은 복제의

한편 복제의 개념은 제2조 14호에 규정되어 있는데, 동규정에 따르면, 복제란 ‘인쇄·사진·복사·녹음·녹화 그밖의 방법에 의하여 유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것을 말하며, …, 각본·악보 그밖의 이와 유사한 저작물의 경우에는 그 저작물의 공연·실연 또는 방송을 녹음하거나 녹화하는 것을 포함한다.’고 되어 있다.

동규정에 따르면 녹음·녹화물을 처음 고정시키는 것뿐만 아니라 그뒤로 그 고정물에 대해서 재고정이나 증제 등을 할 때에도 복제권이 미치므로 실연이 고정된 녹음·녹화물 등을 재고정, 증제 등을 할 때는 실연자의 허락을 받아야 한다는 것을 알 수 있다. 이것은 또한 우리나라가 복제권에 대해선 실연방송권과 달리 로마협약의 'one chance주의²⁰⁰⁾'를 따르지 않음을 보여주는 것이라 하겠다.

녹음과 녹화에 대한 정의는 우리 법상 없지만 일본법을 참고로 하자면(일본저작권법 제2조 13호, 14호 참조) 녹음은 음을 유형물에 고정하거나 그 고정물을 증제하는 것을 말하고 녹화는 영상을 연속하여 유형물에 고정하거나 그 고정물을 증제하는 것이라고 되어 있다.

그러나 우리 법상 녹음·녹화의 개념 속에 음이나 영상을 고정하는 것 외에 그것들을 증제하는 것까지 포함해서 해석할 것인가는 문제라고 할 것이다. 왜냐하면 복제라는 개념 속에 증제라는 것이 포함되어 있으므로 굳이 녹음·녹화에 대해 고정외에 재고정 내지 증제라는 의미를 삽입할 필요가 없어 보이기 때문이다.

하지만 개정전에는 복제권이라는 개념 대신에 녹음권, 녹화권, 사진촬영권을 규정하면서 그 해석론상 녹음, 녹화의 개념속에 실연의 최초고정만을 의미하는 것이 아니라 실연을 고정한 음반, 녹음 테이프, 녹화 테이프, 영화 필름 등을 증제하는 것도 포함한다²⁰¹⁾고 하였다. 물론 그 반대의 해석론도 존재한다. 즉 이 견해²⁰²⁾는 1995년 법개정을 통해 폭넓게 복제할 권리를 가지게 되었다고 하면서 종전의 권리 외에 실연의 고정물, 즉 녹음·녹화 및 촬영된 자신의 실연을 복제하는 권리까지 가지게 되었다고 한다. 따라서 실연을 맨처음 녹음·녹화하는 것은 물론, 실연을 고정

개념에 속하는 지분적 개념이다. - 박문석, 전게서, 460쪽

200) 일단 실연자의 실연이 한번 고정되면 그 이후의 고정물의 복제나 증제 등에 대해선 실연자의 권리가 미치지 않는다는 것으로 로마협약 제7조 1항 (c)를 보면 (i)에서 ‘원고정물 그 자체가 동의를 받지 아니하고 만들어졌을 때는’ 실연자가 그 고정물의 복제에 대해 동의를 하지 않으면 다시 복제를 할 수 없다. 따라서 실연자가 처음 원고정물의 고정에 대해 동의했을 경우 그 이후의 복제에 대해선 복제를 금지할 수 없는 것이다. 이것이 바로 one chance 주의인 것이다.

201) 허희성, 전게서, 283쪽

202) 오승중, 이해완 공저, 전게서, 381~382쪽

한 음반·녹음테이프·녹화테이프·영화필름 등을 증제하는 것도 이 권리의 내용에 해당한다고 한다.

그러나 현행법상 굳이 녹음, 녹화에 대한 정의가 없더라도 개정전 저작권법의 해석론과 일본의 입법례를 참고한다면 그 속에는 증제의 의미도 포함되어 있다고 해석하는게 자연스러워 보인다.

한편 실연의 녹음·녹화권과 저작물의 녹음·녹화권의 본질적인 차이는 전자의 권리가 실연 그 자체를 그대로 녹음·녹화하는 것에만 미치고 그 실연을 모방한 유사한 다른 실연을 녹음·녹화하는 것에까지는 미치지 않는 데 비하여, 후자의 권리는 그 저작물을 모방한 유사한 다른 저작물을 녹음·녹화하는 것에도 미친다는 점이다²⁰³⁾. 즉 실연이란 것은 개인에 따라 차이성이 인정되므로 즉 고유성 때문에 아무리 유사하게 실연을 한다 하더라도(가령 모창 등) 원실연자가 타실연자에 대해 녹음·녹화권을 배타적으로 행사할 수 없다.

영상저작물의 특례규정과 관계에 있어선 법 제75조 제3항에서 '영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 실연자의 그 영상저작물의 이용에 관한 제63조의 규정에 의한 복제권과 제64조의 규정에 의한 실연방송권'은 특약이 없는 한 영상제작자에게 양도된 것으로 보므로 실연자가 특약을 하지 않는 한 복제권은 영상제작자에게 양도된다고 간주된다. 이는 영상저작물의 원활한 유통과 활용을 위해서이다. 그러나 영상제작자에게 복제권이 양도간주되기 위한 조건은 복제권이 영상저작물의 본래의 목적을 위한 범위내에서 행사되어야 한다는 것이다. 가령 실연자는 영상제작자에게 영화상영의 목적으로만 실연을 하기로 하고 복제권 등이 양도간주되었는데, 영상제작자가 본 영상저작물을 영화의 목적과는 전혀 상관이 없는 광고에 이용한다든지 혹은 CD나 LD로 제작하여 복제 및 유통시킨다면 이는 원래의 목적과 취지에서 벗어나는 것이므로 실연자는 배타적인 복제권의 행사가 가능하다. 판례²⁰⁴⁾

203) 박문석, 전거서, 464쪽

204) 대판 1997. 6. 10 선고, 96도2856, 판결요지는 다음과 같다. -[1] 구 저작권법(1994. 1. 7. 법률 제4717호로 개정되기 전의 것) 제75조 제3항에서 영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 실연자의 그 영상저작물의 이용에 관한 제63조의 규정에 의한 녹음·녹화권 등과 제64조의 규정에 의한 실연방송권은 영상제작자에게 양도된 것으로 본다는 특례규정을 두고 있는바, 위 규정에 의하여 영상제작자에게 양도된 것으로 간주되는 '그 영상저작물의 이용에 관한 실연자의 녹음·녹화권'이란 그 영상저작물을 본래의 창작물로서 이용하는 데 필요한 녹음·녹화권을 말한다. [2] 영화상영을 목적으로 제작된 영상저작물 중에서 특정 배우들의 실연장면만을 모아 가라오케용 엘디(LD)음반을 제작하는 것은, 그 영상저작물을 본래의 창작물로서 이용하는 것이 아니라 별개의 새로운 영상저작물을 제작하는 데 이용하는 것에 해당하므로, 영화배우들의 실연을 이와 같은 방법으로 엘디음반에

도 그렇게 새기고 있다.

한편 제75조 3항의 특례가 적용되기 위해선 실연이 독창성있는 영상저작물에 수록되어야 한다고 하는 견해²⁰⁵⁾가 있다. 동 견해에 따르면 실연이 독창성없는 영상저작물에 수록되어 있으면 제75조 3항이 적용되지 않는 바, 독창성없는 영상저작물의 제작에 협력한 실연자의 그 영상물에 수록된 실연자에 대한 복제권 및 방송권은 영상제작자에게 양도의제되는 것으로 볼 수 없으며, 이 경우 특약을 하면 실연자의 권리가 영상제작자에게 양도될 수 있음은 당연하다고 한다.

그러나 저작권법 제2조 10호가 영상저작물의 정의를 연속적인 영상이 수록된 창작물이라고 하고 있으므로 영상저작물이라는 개념속에는 창작성 내지 독창성이 내포되어 있음을 알 수 있다. 즉 창작성 내지 독창성이 없으면 영상저작물로 인정받지 못하므로 독창성없는 영상저작물이라는 용어 자체는 어폐가 있다.

따라서 저작권법상의 영상저작물에 해당하지 않는다면(창작성 내지 독창성이 없다면) 단순히 영상물로 불러야 할 것이다. 만약 창작성이 없어 단순한 영상물이라면 실연자의 권리인 복제권이나 실연방송권은 실연자에게 그대로 귀속하고 영상물제작자에게 양도간주되지 않는 것은 당연하다 하겠다.

(2) 실연방송권

법 제64조에 의하면 실연자는 그의 실연을 방송할 권리를 가진다. 다만 실연자의 허락을 받아 녹음된 실연에 대하여는 그렇지 않다.

여기서 방송은 ‘일반공중으로 하여금 동시에 수신하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 음성·음향 또는 영상 등을 송신하는 것’을 말한다. 우리나라는 무선외에 유선의 방법도 방송의 범위에 포함시킴으로써 로마협약상의 보호(무선만 규정²⁰⁶⁾)보다 더 넓은 보호를 하고 있다. 실연은 실연자 자신의 실연을 말하며 타인에 의한 모방실연은 포함하지 않는다. 왜냐하면 실연은 고유성이 있기 때문이다.

녹화하는 권리는 구 저작권법(1994. 1. 7. 법률 제4717호로 개정되기 전의 것) 제75조 제3항에 의하여 영상제작자에게 양도되는 권리의 범위에 속하지 아니한다.

205) 채명기, 전게서, 42쪽

206) 로마협약 제3조 (f) ‘방송’이란 공중이 수신하도록, 무선 방법에 의하여 소리, 또는 영상과 소리를 송신하는 것을 말한다.

한편 방송의 경우에는 실연의 ‘생방송’과 ‘재방송²⁰⁷⁾’, 그리고 그 실연의 고정물에 의한 ‘녹음·녹화 방송’으로 구분되고, 재방송은 다시 ‘동시 재방송’과 ‘이시 재방송’으로 나뉜다²⁰⁸⁾. 일 견해²⁰⁹⁾에 의하면 실연의 고정물에 의한 녹음·녹화 방송을 ‘실연자의 허락없이 녹음·녹화한 고정물을 사용한 방송’이라고 하는데, 이것은 단서에서 ‘실연자의 허락을 받아 녹음된 실연은 방송할 권리가 없다’는 것에 대한 반대해석으로 보이는데 더 정확하게 말하자면 ‘실연자의 허락없이 녹음된 실연’과 ‘실연자의 허락에 상관없이 녹화된 실연’이라고 할 것이다.

왜냐하면 ‘실연자의 허락에 상관없이 녹화된 실연’은 ‘실연자의 허락을 받아 녹화된 실연’과 ‘실연자의 허락을 받지 않고 녹화된 실연’이 있을 것인데, 전자의 실연은 제75조 3항의 영상저작물의 특례에 관한 규정의 적용을 받기 때문에 실질적으로 제64조의 방송권 적용을 받지 않을 따름이기 때문이다.

로마협약은 원칙적으로 재방송을 동시 재방송에 한정하고 있는데²¹⁰⁾ 우리 법에선 꼭 그렇게 해석할 필요는 없을 것이다. 즉 기술적 필요에 의해 동시 재방송이 아니고 이시 재방송도 가능할 수 있다. 가령 보통 공중파 방송의 실연물이 케이블 TV를 통해 재방송이 될 경우는 이시 재방송의 범주에 포함된다고 할 것이다.

단서에서는 실연자의 허락을 받아 녹음된 실연에 대해선 실연자가 방송권을 행사할 수 없음을 규정하고 있는데 앞서 언급한 ‘one chance주의’가 적용되었기 때문이다. 즉 복제권(법 제63조)에선 ‘one chance주의’가 적용되지 않았지만 실연방송권에는 이것을 적용한 것이다. ‘one chance주의’가 된다는 것은 실연자가 한 번 실연의 녹음을 허락한 이후에는 방송권을 행사할 수 없다는 의미이지만 그렇다고 보상청구권까지 잃는 것은 아니다. 즉 제65조 제1항에선 ‘방송사업자가 실연이 녹음된 판매용 음반을 사용하여 방송하는 경우에는 그 실연자에게 상당한 보상을 하여야 한다’고 되어 있다.

다만 판매용 음반이 아닌, 즉 비영리목적의 음반을 방송에 사용할 경우²¹¹⁾에는 보

207) 여기서 재방송은 우리가 흔히 상식적으로 아는, 다른 시간대에 다시 녹음·녹화물을 방송해주는 것과는 다르다. 즉 다른 시간대에 다시 방송을 해주는 것은 고정물에 의한 녹음·녹화 방송이라고 할 수 있다.

208) 박문석, 전게서, 465쪽

209) 허희성, 전게서 285쪽

210) 로마협약 제3조 (g) ‘재방송’이란 어느 방송사업자가 다른 방송사업자의 방송을 동시에 방송하는 것을 말한다.

상청구권을 행사할 수 없으나 방송사업자와 실연자간의 개별적인 계약성립의 가능성을 부정하는 것은 아니다.

한편 동조의 본문에선 녹음이거나 녹화이거나 상관없이 방송권의 대상이 되나 단서에선 실연자의 허락의 대상이 녹음물로 한정되어 있다. 이것은 녹화물에 대해선 영상저작물로 취급하여 법 제75조 제3항의 적용을 받게 하려는 취지에서이다. 즉 실연의 녹화를 허락하였다면, 특약이 없는 한 실연의 복제권과 실연의 방송권은 영상제작자에게 양도간주되는 효과를 가지기 때문에 굳이 제64조 단서에 실연의 녹화에 대해선 규정할 필요가 없을 것이다.

그럼 여기서 한 가지 의문이 드는 것은 녹화물의 경우 특약을 하여 복제권과 실연 방송권을 그대로 보유할 수 있다고 하는데, 그렇다면 허락을 받아 녹음된 실연에 대해선 그러한 예외를 규정하지 않은 제64조 단서 규정은 녹음된 실연에 대해 불합리한 대우를 하는 것은 아니냐는 것이다. 즉 녹화된 실연에 대해선 법 제75조 3항에 의해서 특약을 할 수 있으나 녹음된 실연은 그것이 법문상 가능해보이지 않는다는 것이다. 그럼 이것을 어떻게 해석해야 할 것인가

일단 제64조의 단서규정은 ‘one chance주의’에 입각한 이론으로 이미 허락을 받아 녹음이 되었다면 그 이후의 방송에 대해선 실연방송권을 가지지 못하고 다만 제65조 등에 규정되었듯이 보상청구권만 행사할 수 있다는 걸 규정한 것이다. 즉 실연방송권이라는 배타적 권리행사는 배제된다는 의미다. 따라서 입법취지 자체가 실연방송권의 확대를 막기 위한 것이므로 특약으로도 권리를 행사할 수는 없을 것이다. 다만 계약을 통한 채권적 권리 행사는 가능하더라도 이것은 배타적 권리행사는 아닌 것이다.

그렇다면 반대로 녹화의 경우 실연자는 자신의 녹화된 실연에 대해선 ‘one chance주의’의 적용을 받지 않으므로 법 제75조 3항에 의한 특약으로 실연방송권을 그대로 행사할 수 있게 되는 것이다.

녹음과 녹화의 경우를 굳이 이렇게 나눠서 녹음에 대해선 보상청구권만 인정하고 녹화에 대해선 실연방송권이 그대로 보유될 수 있다고 할 때 그러한 차별의 근거가 무엇인가가 문제이다. 법문상으로만 볼 때는 음반에 대한 보상청구권 규정이 잘 정비되어 있으므로(법 제65조), 음반에 대한 부분에 있어선 보상청구권으로 족하고,

211) 판매용 음반을 방송에 사용하지 않고 공개전달용으로 사용할 경우 역시 보상청구권이 없다. 이것은 실연자가 아직 우리 법상으로 공중전달권을 인정받지 못하고 있기 때문이다.

녹화물에 대해선 보상청구권 규정이 없으므로 권리를 실연자에게 보류할 수 있는 여지를 남겨두었다고 해석할 수 밖에 없다. 물론 실연의 녹화에 대해서도 계약 등에 의해 보수 등을 청구할 수 있다. 다만 음반의 2차 사용에 대한 보상청구권같은 것이 녹화에 대해선 규정되어 있지 않다는 점이 다르다.

생각건대, 입법론적으로는 녹음과 녹화를 차별하여 녹화에만 실연방송권을 행사할 수 있는 가능성을 남겨놓은 것은 문제라고 할 것이다²¹²⁾.

따라서 입법론적으로는 제64조의 단서에 녹음외에 녹화도 삽입하고 제75조 3항에선 제63조의 복제권의 양도간주만 남겨두는 것을 생각해 볼 수 있다.

이에 의하면 제64조의 단서규정은 ‘다만, 실연자의 허락을 받아 녹음·녹화된 실연에 대하여는 그러하지 아니하다’고 될 것이고, 제75조 3항은 ‘영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 실연자의 그 영상저작물의 이용에 관한 제63조의 규정에 의한 복제권은 특약이 없는 한 영상제작자에게 양도되는 것으로 본다’가 바뀔 것이다. 더불어, 음반의 2차 사용료 청구권규정이 있는 것을 감안할 때 녹화물의 방송사용에 대한 보상청구권이 이와 유사하게 입법화될 필요가 있을 것이다.

(3) 음반의 2차 사용료 청구권

방송사업자가 실연이 녹음된 판매용 음반을 사용하여 방송하는 경우에는 그 실연자에게 상당한 보상을 하여야 한다. 다만, 실연자가 외국인인 경우에는 그러하지 아니하다(저작권법 제65조 1항). 실연자에 대한 이러한 보상은 실연자의 기술적 실업에 대한 보상적 측면이 강하다. 즉 실연자는 제64조 단서규정에 의해 녹음된 실연에 대해 배타적인 실연방송권을 행사하지 못한다 하더라도 방송사업자의, 실연이 녹음된 음반의 2차적 사용에 대해 보상청구권은 행사할 수 있는 것이다.

여기선 판매용 음반에 한정하고 있으므로 비영리용 음반의 경우에는 실연자가 보상청구권을 행사할 수 없다. 한편 판매용 음반을 방송하는 경우에 보상청구권이 문제되므로 식당이나 역, 터미널, 대형쇼핑몰 등 공개된 장소에서 음반을 들려주는 경우에는 본 청구권의 행사여지가 없다. 저작권²¹³⁾과 달리 저작권접권인 실연자의

212) 복제권 부분에 대해선 이러한 문제점이 발생하지 않는다. 즉 녹음이든 녹화이든간에 복제권이 발생하며 다만 녹화의 경우 영상저작물에 관한 특례가 적용될 경우 복제권이 양도간주되는 것이므로 녹음이나 녹화에 있어서 둘 다 기본적으로 실연자가 복제권을 행사할 수 있기 때문이다.

213) 저작권법상 저작권자에게는 공연권이 인정되는데, ‘공연’의 개념은 ‘저작물을 상연·연주·가창·연설·상영 그밖의 방법으로 일반공중에게 공개하는 것과 이의 복제물을 재생하여 일반공중에게 공개하는 것을 말하며, 동일인의 점유에 속하는 연결된 장소안에서 이루어지는 송신을 포함한다.’라고 되어 있다.

권리에는 현행법상 공개전달권 내지 공중전달권이 없기 때문이다.

한편 실연자 개개인이 보상금 청구권을 행사하게 한다면 방송사업자의 입장에서 번거로울 뿐만 아니라 - 개별적인 금액은 미미할 것이기 때문에 - 권리의 주장을 함에 있어서도 개인에 따라 그 능력에 차이가 있을 것이므로 권리의 귀속자는 실연자이되 행사자는 ‘대한민국에서 실연을 업으로 하는 자로 구성된 단체로서 문화관광부장관이 지정하는 단체²¹⁴⁾’가 되게 하였다(법 제65조 제2항).

(가) 보상청구권의 성질

현재 법 제65조 1항에서 규정되어 있는 보상청구권은 제64조 단서의 허락을 받아 녹음된 실연이 수록된 음반을 방송하는 것에 대해 보상을 요구할 수 있는 2차적 사용에 대한 보상청구권이다. 이것은 로마협약상의 ‘one chance주의’에 의해 이미 이용허락이 된 실연에 대해선 배타적인 실연방송권을 행사할 수 없고 다만 보상청구권만 행사할 수 있다는 의미에서 규정되어 있기 때문에 본 보상청구권은 채권적 청구권으로 구성하는 것이 다수설이다.

한편 이러한 보상청구권의 성질에 대해 제1항에서 규정된 보상을 받을 권리라 함은 판매용 음반이 사용된 결과로서 구체적으로 발생한 보상청구권을 말하는 것이 아니라 보상금을 받을 수 있는 지위를 말하는 것이며 이는 저작권접권과 일체로 되어 있는 채권적인 권리이고 금전채권 자체는 아니라고 한다²¹⁵⁾.

그러나 여기에 대해 보상청구권이 저작권접권의 일종이라고 한다면 채권인 보상청구권이 준물권인 저작권접권과 일체된 권리라고 하는 것은, 바꾸어 말해 물권과 채권이 일체가 된다는 결과가 된다는데, 이러한 논리는 민법의 기본이론에 배치된다는 반대 견해가 있다²¹⁶⁾.

또 다른 견해²¹⁷⁾는 판매용 음반이 방송에 사용되는 경우와 같이 기술발달에 따라 등장한 새로운 이용상황에 적응할 필요성 때문에 실연자의 저작권접권이 그 존속기간동안 보상을 청구할 수 있는 채권적 권리로 전화 내지 변용할 필요성이 있었다는

214) 현재 실연자들을 위해 음반사용에 대한 보상금을 징수하는 단체는 사단법인 한국예술실연자단체연합회이다.

215) 허희성, 전게서, 290쪽

216) 박문석, 전게서, 473쪽

217) 박성호, 판매용음반의 방송사용에 대한 실연자의 보상청구권, 계간 저작권, 1996년 여름호, 30쪽

점에 천착한다면, 보상청구권의 성질이 채권적 청구권이라고 해서 이를 저작권접권의 범주에서 배제되는 것으로 보아야 할 이유는 없다고 한다. 그리고 첫 번째 견해와 같이 이 견해도 보상청구권은 저작권의 존속기간과 그 운명을 같이하지만 구체적으로 발생한 개개의 보상청구권은 판매용음반을 사용한 때로부터 10년이 경과하면 소멸하게 된다고 한다(민법 제162조 제1항)²¹⁸⁾.

생각건대, 보상청구권은 법 제64조 단서에 의해 배타적 권리인 방송권을 행사할 수 없는 대신 부여되는 것이다. 따라서 비록 그 성질은 채권적 청구권에 불과하다 할지라도 저작권접권자인 실연자의 이익을 보호하기 위한 청구권임이 분명하므로 저작권접권의 내용에 포함된다 할 것이다. 물론 저작권접권 중에서 복제권이나 실연방송권은 준물권적 성질을 가지나 그렇다고 하여 저작권접권의 종류에 채권적 청구권이 포함되면 안된다는 논리는 저작권접권의 탄생이 인접권자의 이익보호라는 측면에서 인위적으로 생성된 권리라는 면을 도외시한 것이 아닌가 하는 생각이 든다. 그리고 채권적 권리로 전화된다는 견해에 대해선 권리가 그 속성이 변경된다는 것 자체가 어폐가 있다. 따라서 저작권접권이라는 개념자체가 자연법적 권리가 아니라 법정적 권리에 가까우므로 인접권에 포함되는 권리를 규정하는 것은 입법에 의한다고 할 것이고 저작권접권이 모두 준물권적 권리로만 구성되어야 할 이유는 없는 것이다.

(나) 보상청구권의 행사

보상청구권의 주체는 실연자들인데 이를 행사함에 있어서는 청구권행사의 효율성과 편의성을 위해서 일정한 관리단체가 하도록 하고 있다.

즉 보상을 받을 수 있는 권리를 행사할 수 있는 자는 대한민국내에서 실연을 업으로 하는 자로 구성된 단체로서 문화관광부장관이 지정하는 단체이어야 한다. 이 경우 문화관광부장관이 그 단체를 지정함에 있어서는 미리 그 단체의 동의를 얻어야 한다(저작권법 제65조 2항). 한편 저작권법 시행령 제23조 제1항에 의하면 이러한 단체의 요건으로 다음의 세 가지를 들고 있다. 첫째, 영리를 목적으로 하지 아니할 것, 둘째, 구성원이 임의로 가입하거나 탈퇴할 수 있을 것, 셋째, 구성원의 의결권 및 선거권이 평등할 것 등이다.

현재 보상청구권의 행사주체로 지정되어 있는 단체는 사단법인 한국예술실연자단체연합회로 1988년 10월 14일에 당시 문화공보부로부터 저작권접권 관리단체로 지정받았다²¹⁹⁾.

218) 허희성, 전게서, 290쪽

1) 실연자와 실연자단체와의 법률관계

실연자는 보상청구권자이고 실연자단체(우리나라의 경우 한국예술실연자단체연합회 - 줄여서 '예단연'이라고 한다 - 가 이에 해당)는 보상청구권의 행사자이다. 보상청구권의 행사는 반드시 실연자단체에 의해야만 하므로 실연자와 실연자단체는 어떠한 법률적 관계를 가지는가 문제된다.

양자의 법률관계에 있어선 세 가지 형태가 가능하다고 하는데, 첫째는 실연자 등이 그의 권리를 지정단체 등에 민법상 양도하는 방법이고, 둘째는 신탁법에 의한 신탁의 경우이며, 셋째는 권리행사를 위임하는 방법이라고 한다²²⁰⁾.

실연자와 실연자단체와의 법률관계는 계약으로 위의 세 가지 중의 하나에 해당할 수 있다.

그러나 양자간에 어떠한 법률적인 관계도 맺지 않았다면 실연자와 실연자단체간의 법률관계는 위의 세 가지 중에서 어디에 해당할 것인가. 우선 권리자체는 실연자에게 남아 있으므로 청구권을 양도한 것은 아니며 그리고 신탁법상의 신탁도 아니다. 따라서 권리는 남아있는 상태로 권리행사만 위임한 형태라고 할 수 있다. 다만 이러한 위임에 있어서 실연자와 실연자단체간에 계약이 없으므로 약정위임이라고는 할 수 없고, 양자간에 계약관계가 성립하지 않더라도 실연자단체에만 보상청구의 행사권을 부여한다는 취지의 강제위임이라고 할 수 있다.

그러나 어떠한 법률관계로 구성을 하든지간에 보상청구의 행사권은 항상 실연자단체가 행사할 수 있다. 실연자와 실연자단체간에는 법정의 강제위임관계에 있게 된다는 의미는 양자간에 법률관계가 없는 데도 실연자가 보상금분배를 실연자단체에게 요구할 수 있는 근거가 된다는 것이다. 다시 말하면 보상청구의 권리는 실연자에게 있으므로 보상금은 당연히 실연자의 몫이지만 그것을 실연자단체에게 분배해달라고 청구할 수 있는 근거를 어디서 찾을 것인가에 대한 해석론에 있어서 실연자와 실연자단체간의 법률관계의 정의가 도움이 된다는 것이다. 그리하여 이러한 강제위임관계에 의해 실연자는 실연자단체에 대해 보상금분배청구를 할 수 있는 것이다.

219) 예단연 10년사, 한국예술실연자단체연합회, 13쪽

220) 加戶守行, '著作權法逐條講義(改訂新版)', 著作權情報センター, 1994, 447쪽, - 박성호, 전계논문, 32쪽에서 재인용

그리고 이러한 강제위임의 관계를 뒷받침해주는 규정이 있는데 제65조 3항에 의하면 실연자가 실연자단체의 구성원이 아니더라도, 실연자(보상을 받을 권리를 가진 자)로부터 신청이 있을 때에는 실연자단체는 그 자를 위하여 그 권리행사를 거부할 수 없다고 규정되어 있다.

2) 보상청구권의 행사

보상청구권의 행사는 실연자단체가 할 수 있으며 실연자단체는 실연자를 위하여 단체의 명의로 보상청구권에 관한 재판상 또는 재판외의 행위를 할 권한을 가진다(저작권법 제65조 제3항 참조).

여기서 실연자단체가 행사하는 재판상의 행위에 대해서 이를 임의적 소송담당²²¹⁾으로 볼 것인지 아니면 법정소송담당²²²⁾으로 볼 것인지 견해가 나뉜다.

전자의 견해²²³⁾에 의하면 청구권의 행사자인 지정단체는 법 제65조 3항 말미에 보이는 규정으로 인하여 보상청구권의 귀속주체가 아니고 제3자로서 임의적 소송담당을 할 수 있는 당사자 적격을 얻는다고 한다.

후자의 견해²²⁴⁾는, 실연자와 실연자 단체간의 기본적인 법률관계를 법정위임으로 보고 제3항을 주의적 규정으로 새긴다면 동조 제2항은 물론이고 제3항도 법정소송담당에 해당한다고 하고, 전자의 견해에 대해 동조 제2항에 대한 소송법적 언급이 없는 것에 대해 비판한다.

실연자(권리자)가 실연자단체에 가입되어 있을 때는 실연자단체가 재판상, 재판외의 모든 권리에 대해 행사할 수 있는 것은 제65조 3항에 의해 유추해보면 당연하다 할 것이다. 제65조 3항은 권리자가 실연자단체에 가입되어 있지 않을 때의 권

221) 임의적 소송담당이란 권리관계의 주체인 자 본인이 그 의사로 제3자에게 자기의 권리에 대해 소송수행권을 수여하는 경우인데, 법률이 명문으로 임의적 소송담당을 인정한 예로 민사소송법 제49조의 선정당사자, 어음법 제18조의 추심위임배서의 피배서인, 금융기관의 연체대출금의 회수위임을 받은 성업공사(특정별조치법 7조 1항)가 있다. 이밖에 임의적 소송담당은 원칙적으로 허용되지 않는다는 것이 통설-판례인데, 무제한 허용한다면 소송대리인의 자격을 변호사에 한정시키는 변호사대리의 원칙(민사소송법 제80조 1항 본문)을 잠탈할 염려와 신탁법 제7조의 소송신탁금지의 취지에 저촉될 염려가 있기 때문이다. - 이시윤, 민사소송법, 박영사, 1998, 149쪽

222) 권리관계의 주체 이외의 제3자가 권리관계의 주체인 자의 의사에 관계없이 법률의 규정에 의해 자기의 이름으로 소송수행권을 가지는 것으로 그 예로 채권자대위소송을 하는 채권자(민법 제404조), 유언에 관한 소송에 있어서 유언집행자(민법 제1101조) 등이 이에 해당한다. - 이시윤, 상계서, 148~149쪽 참조

223) 박문석, 전계서, 478쪽

224) 박성호, 전계논문, 34쪽

리의 행사에 관해 규정하고 있기 때문이다. 그렇다면 보상청구권의 재판상 권리를 실연자단체가 행사할 수 있도록 하는 것은, 권리자의 실연자단체 가입여부와 상관 없이 법에 의해 규정되어 있다고 할 것이므로, 요건이 엄격한 임의적 소송담당보다는 법정소송담당의 성격이 농후하다고 할 것이다.

굳이 법정위임관계이론을 끌고 오지 않더라도 법 제65조 2항과 3항의 해석론상 법정소송담당으로 볼 수 있다는 것이다.

3) 보상금의 징수

보상금은 보상청구권의 행사자로 지정된 실연자단체가 행사하는데, 권리자를 청구할 수 있는 금액은 매년 그 단체와 방송사업자가 협의²²⁵⁾하여 정한다(법 제65조 제4항). 그리고 양자간에 협의를 성립되지 않을 경우엔 그 단체 또는 방송사업자는 대통령이 정하는 바에 의하여 저작권심의조정위원회에 조정을 신청할 수 있다.

그러나 협의를 실패했을 때 거치게 되는 조정절차는 여러 가지 장점²²⁶⁾을 가지고 있음에도 불구하고 조정이 불성립하였을 때에는 소송이외의 방법으로 해결할 길이 거의 전무하기 때문에 그 실효성이 의심스럽다. 즉 현행의 조정절차는 방송사업자와 실연자단체간의 이해싸움에 얽히게 되면 조정의 성립이 어렵게 되고 절차가 복잡하고 더 길어지는 소송에 의하는 경우가 생기게 되고, 그 가운데에 실연자가 간접적으로 불이익을 입게 된다. 따라서 조정절차를 좀 더 실효적으로 만들 수 있는 조항을 삽입한다든지 하는 방법이 필요하다는 것이다. 즉 조정에 강제력을 부여할 수 있어야 한다는 것인데 이를 위해선 보상금 산정에 관한 충분한 조사와 연구를 행할 수 있는 think-tank의 구성이 우선 필요하다.

소송에 의해 보상금조정에 있어 전문가가 아닌 법관에게 최후의 심판권을 맡기는

225) 한국예술실연자단체연합회(‘예단연’이라 약칭)와 각 방송사들간의 보상금액 비율은 매년 협의하여 달라지는데, 대체로 방송사업자(KBS, MBC 등)에 대해선 1차적 저작권 사용료의 10% 이내의 범위에서 라디오방송사업자(CBS 등)에 대해선 1차적 저작권 사용료의 70%에서 100%사이의 범위에서 비율이 결정된다. 이렇게 차이가 나는 이유는 KBS 등 TV·라디오 복합 방송사는 실연을 통한 방송률이 많은 반면 라디오 방송사는 실제방송에서 음반사용 비율이 90%이상이기 때문에 그렇다. - 예단연, 예단연 10년사, 56쪽 참조

226) 절차진행이 이해하기 쉬우며, 단시일내에 절차가 끝나고 조정에 대해선 원칙적으로 상소, 이의신청 기타 불복을 할 수 없다는 점(신속한 절차), 신청수수료가 소송사건에 비해 저렴한 점, 절차가 비공개로 진행되어 비밀이 보장된다는 점, 사회각계의 전문가가 분쟁해결에 참여함으로써 그들의 전문적 지식이 폭 넓게 반영된다는 점, 소송제도와 달리 법률요건사실외에 여러 가지 다른 정보와 사실들을 진술할 수 있다는 점 등이 장점이라고 한다. - 송영식이상정 공저, 전게서 258쪽~259쪽

것보다 조정의 역할과 기능을 더 강화해서 조정으로 보상금협상이 이뤄지는 것이 훨씬 바람직하다 할 것이다.

한편 실연자단체와 방송사업자간의 보상금 산정에 관한 다음의 판례는 보상금 산정에 관한 양자의 갈등양상을 잘 보여주는 예라고 할 것이다(동판례는 보상금산정의 비율에 관한 언급도 들어 있으므로 그에 대한 좋은 자료도 될 것이다).

사건: 97가합44527, 저작권법에 따른 보상금

원고: 1. 사단법인 한국예술실연자단체연합회
2. 사단법인 한국영상음반협회

피고: 재단법인 기독교방송

판결주문: 피고는 원고들에게 각 금 43,885,800원 및 이에 대한 1998. 1. 1.부터 1999. 7. 30. 까지는 연 5푼, 그 다음날부터 완제일까지 연 2할 5푼의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

사건의 경과

- 라디오방송만을 내보내는 피고 및 소외 재단법인 평화방송, 불교방송 등과 원고들 사이에서는 1990. 경 보상금 지급문제가 거론된 이래 보상금의 수액에 관한 협의가 순조로이 이뤄지지 아니하여 이 문제에 관하여 저작권심의조정위원회에 조정신청을 하였다.

그 결과 위 위원회는 1990. 4. 6 원고들이 1989. 이전의 보상금은 포기하되 피고가 1990. 1. 경부터 3년동안 매년 지급하여야 할 보상금을 피고가 한국음악저작권협회에 지급하는 저작권사용료(이하 1차 사용료라고만 한다)의 100%로 한다는 내용의 조정을 하였고 당사자들이 이를 수용하여 위 조정의 취지에 따라 피고가 원고들에게 보상금을 지급하였다.

그 직후 피고가 위 보상금의 수액이 과다하다고 하여 보상금 지급수준을 재조정할 것을 요구하였고 그 협의를 위하여 중재를 거쳐 1991. 8. 19. 원고들과 피고 사이에 1991. 1. 1.부터 같은 해 6. 30. 경까지는 1차 사용료의 100%를, 그 이후 1993. 12. 31. 까지는 그 70%를 지급한다는 내용의 협의가 이루어졌다.

위와 같은 협의에 따라 피고가 원고들에게 매년 1차 사용료의 70%를 보상금으로 지급하여 오던 중 위 협의에 따른 기간이 만료된 1994. 초경에 이르러 다시 보상금지급수준에 관하여 피고는 그 하향조정만을, 원고들은 그 상향조정만을 일방적으로 주장함으로써 원만한 협의가 이루어지지 아니하였다.

그리하여 다시 저작권심의조정위원회에 조정을 신청하여 위 위원회로부터 1차 사용료의 60%를 보상금으로 지급한다는 조정안이 제시되었으나 양측 모두에 의하여 수용되지 아니한 채 조정이 결렬되었다.

그 후 1994. 11. 4. 경에 이르러 당사자 사이에서 피고가 원고들에게 각 1994년도의 보상금은 1차 사용료의 70%로, 그 이후 1996. 12. 31. 까지의 보상금은 1차 사용료의 60%를 지급하는 것으로 협이가 이루어졌고 그 이후 1997. 경 이전까지 그와 같은 내용의 보상금 지급이 행해져 왔다.

한편 음악저작권협회는 국내음악저작권자와 외국음악저작권자 모두로부터 음악저작권에 관한 관리업무를 위탁받아 1차 사용료의 징수 및 분배업무를 수행하는데, 위 협회가 관리하고 있는 국내곡과 외국곡의 비율은 대략 72.4% : 27.6% 정도이며, 원고들이 실연자 또는 음반제작자들로부터 위탁받아 관리하고 있는 곡은 위 협회가 관리하는 국내곡 중의 일부에 해당한다.

당사자들의 주장

- 원고들은, 이와 같이 피고가 원고들에 대하여 저작권법에 따른 보상금을 1차 사용료의 60% 내지 70% 수준에서 지급하여 온 관행이 존재한다고 하면서 피고를 상대로 1997. 분의 보상금으로서 원고들에게 각 45,390,456원을 지급할 것을 구하고, 이에 대하여 피고는 우선 저작인접권자인 원고들에게 지급되어야 할 보상금은 저작인접권자의 저작권 배포에 대한 기여도 및 방송사업자와의 이익조정을 고려하여 합리적인 수준으로 결정되어야 한다고 하면서, 위와 같이 1차 사용료의 60 내지 70% 수준에서 결정되어 왔던 보상금 지급수준은 위와 같은 고려에 비추어 지나치게 과도한 것으로 부당하므로 원고들의 이 사건 청구에 응할 수 없다고 주장한다.

판단

- 보상금산정에 관한 기준

살피건대, 저작권법 제65조 제1항은 판매용 음반이 일반적으로 예정되어 있는 범위를 현저하게 초과하여 그 이용의 효과가 미치는 방송에 대하여 판매용 음반의 사용으로 인하여 실연자가 직접 실연의 기회를 상실하게 된다는 사정 등을 고려하여 판매용 음반에 수록된 실연의 이용에 대하여 상당한 보상청구권을 인정한 것으로서, 그 규정취지는 녹음 및 재생 수단의 비상한 발달에 따라 실연자의 직접 실연을 대체하여 실연이 녹음된 음반의 사용이 일반화된 오늘날에 이르러 음반의 2차 사용인 방송에 의하여 발생하는 실연자의 기계적 실업에 대한 보상이 필요하다는 고려와, 음반을 그 업무의 불가결한 요소로서 사용하는 방송사업자는 음반의 사용으로 실연자에게 출연을 의뢰하지 않고도 많은 수익을 올리고 있으므로 그 수익의 일부를 실연자에게 환원해야 한다는 고려에서 비롯된 것이라 할 수 있고, 한편 같은 법 제68조 1항의 규정취지는 판매용 음반이 방송에서 많이 사용된다면 그 판매량이 감소하여 음반 제작의 기회를 상실하기 보다는 오히려 방송이 판매량을 향상시키는 역할도 하고 있는 점을 감안하여 음반제작자에게는 저작인접권으로서의 방송권을 부정하는 대신 일반적으로 예정된 범위를 초과하여 사용한 데 대하여 방송사업자가 얻고 있는 이익의 일부를 음반제작자에게 환원시키기 위한 것이라 할 것이다.

그리하여 방송사업자가 실연이 녹음된 판매용 음반을 사용하여 방송하는 경우 그 실연자 또는 음반제작자에게 상당한 보상을 하여야 한다는 것은 위 규정취지상 당연한 요청이라 할 것이나, 방송사업자가 방송에 제공된 모든 곡의 실연자 및 음반제작자를 찾아내어 일일이 보상을 해준다거나 실연자 개개인 또는 음반제작자 개개인이 방송사업자 및 방송회수를 일일이 추적하여 보상금을 청구한다는 것은 기술적으로나 경제적으로 불가능하다는 점에 비추어 저작권법은 이러한 방법상의 문제점을 해결하기 위한 방안으로 보상청구권의 행사자로 지정된 단체와 방송사업자 사이에 1차적으로 협의를 통하여 정하도록 하고 있는 것이라 하겠다.

그러한 점에서 원고들과 피고가 1990. 경 이래로 수차례의 협의 등을 거쳐 결정하여 온 보상금 지급수준은 향후 피고가 지급할 보상금의 수액을 결정함에 있어 유력한 자료가 된다고 할 수 있을 것인바, 위 인정사실에 나타난 종래의 경과에 의하면 원고들과 피고는 위와 같이 보상청구권이 인정되는 취지, 보상금액 산출의 현실적인 어려움, 1차 사용료가 지급되는 한국음악저작권협회의 관리곡 중에서 국내곡이 차지하는 비율 및 이에 나아가 다시 위 국내곡 중에서 원고들의 관리곡이 차지하는 비율 등 제반 사정을 고려하여야 한다는 공통의 이해 하에 피고가 지급하여야 할 보상금을 1차 사용료의 70% 수준으로 정하기로 한다는 내용으로 협의가 이루어져 왔던 것으로 봄이 상당하다 할 것이다(이에 대하여 원고들은, 피고가 지급한

1997. 분 1차 사용료 중에서 한국음악저작권협회의 관리곡 중 국내곡이 차지하는 비율인 72.4%를 기준으로 하여 보상금이 산정되어야 한다고 주장하나 위 인정의 70%를 초과하여 원고들 주장과 같은 비율이 적용되어야 한다고 볼 아무런 근거가 없다).

- 보상금의 수액

나아가 증거에 의해 피고는 1997. 분의 저작권사용료로 한국음악저작권협회에 금 62,694,000원을 지급한 사실을 인정할 수 있고 반증이 없는 바, 이를 기초로 피고가 원고들에게 지급하여야 할 1997. 분의 보상금을 산정하면 위 금원의 70%에 해당하는 금 43,885,800원이 된다 할 것이다.

이에 대하여 피고는, 위와 같은 보상이 인정되는 취지에 비추어 볼 때 원고들이 구하는 이 사건 보상청구권은 피고로부터 단일한 보상이 이루어지고 이를 양자간에 합리적으로 배분하여 감으로써 충분히 충족될 수 있는 권리라고 주장하면서, 현행 저작권법상의 규정형식에 비추어 볼 때 실연자의 보상청구권과 음반제작자의 보상청구권은 여전히 별개의 권리로서 존재하는 것으로 해석되어야 할 것이므로 피고의 위 주장은 결국 받아들일 수 없는 것이라 할 것이다.

4) 보상금의 분배

가) 보상금의 분배와 관련한 규범과 원칙들

저작권법 제65조는 로마협약 제12조의 규정의 취지를 원용한 것이라 할 수 있다. 즉 로마협약 제12조에 따르면 ‘상업적인 목적으로 발행된 음반 또는 그러한 음반의 복제물이 방송 또는 공중에의 전달에 직접적으로 사용되는 경우에, 단일의 공정한 보수가 사용자에게 의하여 실연자나 음반제작자 또는 이들 양자에게 지급되어야 한다. 당사자 사이에 약정이 없는 경우에는 국내법으로 이 보수의 분배조건을 정할 수 있다’고 되어 있다. 차이점은 음반의 공중전달에 대한 보상청구권은 국내법에 규정되어 있지 않다는 것이다.

한편 1979년 1월 스위스의 제네바에서 국제음악가연맹(FIM)과 국제배우연맹(FIA) 공동주최로 ‘실연자 제권리의 국제적 보호에 관한 심포지엄’이 개최되었는데, 이 심포지엄에서는 “로마협약 제12조의 실제적 실행에 대해 주의깊게 검토한 결과 기본적인 원칙을 준수함으로써 이를 달성할 수 있다고 확신한다. 우리는 로마협약이 음반의 2차 사용료를 개인분배하느냐, 포괄사용하느냐의 문제에 대하여 규정하

지 않은 점에 주목한다. 개인분배, 포괄사용, 실업의 보상 그 어떤 규정도 허용되어 있다. 2차 사용료의 적용에 대한 상이한 태도는 각국 간의 상호 협정에 의해 조화될 수 있다고 믿는다”는 내용의 선언문을 채택하였다.

위 선언문의 배경이 된 것은 국제음악가연맹과 국제배우연맹에 의하여 채택된 소위 ‘런던 원칙’인데, 다음의 4가지 항목으로 구성되어 있다.

첫째, 징수단체의 당연한 노력에도 불구하고 권리자가 판명되지 않아 개개의 실연자에게 분배할 수 없을 때에는, 그 음반의 방송사용료는 실연자 직업의 전체적 이익을 위하여 사용되어야 한다. 단, 이 사용료를 받을 단체는 징수단체에 대하여 음반의 방송사용에 대한 개인으로부터의 클레임에 대하여 책임을 면하는 적절한 보증을 해주어야 한다.

둘째, 필요한 정보가 없기 때문에 사용시간에 따라 개개의 실연자에게 분배할 수 없을 때에는, 그 음반의 공개사용료는 실연자 직업의 전체의 이익을 위하여 사용되어야 한다. 단 이 사용료를 받을 단체는 징수단체에 대하여 음반의 공개사용에 관한 개인의 클레임에 대하여 책임을 면하는 적절한 보증을 해주어야 한다.

셋째, 음반의 방송사용 또는 공개연주에 대하여 실연자가 사용료를 받을 권리를 가지고, 또한 필요한 정보가 없기 때문에 또는 권리자를 판명하지 못하기 때문에 이 사용료를 개개의 실연자에게 분배할 수 없는 나라에서는, 그 분배불능의 사용료는 그 발생국에 유보하여야 한다.

넷째, 일반적으로 각국에 대한 징수분배는 그 나라의 법률과 나라에서 인정한 단체의 규정에 의하여 관리되며, 또한 당사국에 송금되는 여하한 사용료의 분배도 그 나라의 법률과 나라에서 인정한 단체의 규정에 의하여 관리되어야 한다²²⁷⁾.

이상에서 보았듯이 런던원칙은 권리자가 판명되지 않거나 필요한 정보가 미흡할 경우에 간접분배의 원칙이 적용될 수 있음을 규정하고 있다. 따라서 원칙은 직접분배라는 걸 알 수 있다.

그리고 직접분배가 원칙이라 하여도 간접분배방식도 인정하여 잔여분을 장학금, 실연자 미망인 연금, 또는 실연자의 실업보조금 등 실연자의 복지에 쓸 수 있도록 하고 있다²²⁸⁾.

‘런던원칙’의 의의를 살펴보건대, 일정한 사유가 존재하는 경우 간접분배의 ‘가능성’도 있다는 점을 언명한 것에 불과한 것이지, 거꾸로 간접분배가 원칙이고 직접

227) 박성호, 전계논문, 35쪽

228) 이상정, 실연자에 대한 보상금 분배의 이상과 현실, ‘저작권접권 포럼 - 저작권접권 보상금분배의 이상과 현실’, 사단법인 한국예술실연자단체연합회, 1996, 21쪽

분배가 예외라는 것을 나타내는 것은 아니라고 한다²²⁹⁾.

나) 각국의 입법례²³⁰⁾

일본의 경우 사용료의 분배는, 문화청장관의 지정을 받은 예단협이 수수료 20%를 공제한 다음 각 예술 장르에 속한 단체에게 분배함으로써 이루어진다. 분배받은 각 단체는 “신인의 육성, 생실연의 기회를 상실한 실연자에 대한 보장 및 예술활동의 진흥책” 등에 이를 사용하고 있다. 즉 실연자 개인에 대한 분배는 행해지지 않고 있는데, 다만 현재 일본예단협은 실연자 개인의 사용데이터를 비치하고, 이에 기해 개별 실연자에 대한 직접분배를 검토중에 있다고 한다.

독일의 경우 실연자에 대한 수익금의 분배는 보상금을 받을 자격이 있는 실연자로부터 작년도의 레코드 판매와 방송출연 등의 모든 수익을 다음해 6월까지 실연재산권 관리단체(GVL)에 신고하도록 하여 이를 토대로 분배한다.

이러한 방법으로 분배하는 근거는 레코드 판매와 방송출연 등은 실연자의 1차 수익이며, 1차 수익의 크기에 따라 음반의 방송이용 등 2차 수익이 결정된다는 가정 하에서 마련된 것으로, 누구의 실연이 복제되었는가가 불분명한 복제기기의 보상금도 현실을 고려하여 1차 수익의 비율에 따라 분배된다. 따라서, 전년도 수익의 증빙서류가 불비되었거나 신고를 게을리한 실연자의 경우, 그 불이익은 직접 실연자에게로 돌아간다.

프랑스의 경우엔 실연자에 대한 수익금의 분배는 먼저 실연자들이 자신의 실연이 수록된 음반과 곡명을 실연자 단체에 신고하도록 하며, 실연자 단체는 2개 라디오 방송의 모든 방송을 체크하고 텔레비전이나 디스코텍에서 보내온 자료를 정리함과 아울러 수시로 표본조사를 하여 각 실연자에게 사용료를 분배하되 10%이하의 관리비를 공제하고 있다.

다) 우리나라의 보상금분배의 현실

실연자단체가 보상청구권을 행사하여 방송사업자로부터 보상금을 징수하는 목적은 음반의 방송사용으로 인한 실연자의 실연기회의 감소에 따른 기술적 실업을 보상하는 차원에서이다. 따라서 보상금이 징수된 상태에서 보상금을 어떻게 분배하느냐

229) 박성호, 전계논문, 36쪽

230) 박성호, 상계논문, 36쪽~37쪽 참조

도 중요하다고 할 수 있다. 가장 바람직한 방법은 실연자에게 일정한 기준을 정해 직접배분하는 방법이겠지만 이 방법의 행사가 그렇게 쉽지만은 않다. 왜냐하면 보상금청구자체가 일괄징수 방식의 형태를 취하고 있기 때문에 구체적으로 어느 실연자의 실연이 얼마나 방송되었는지 구체적으로 다 파악한다는 것은 힘이 들기 때문이다.

구체적으로 보면 직접분배의 어려움은 첫째, 음악방송량의 방대성인데 방송가요조사연구소가 1994년 7월의 1월간 서울지역 10개 채널에서 방송한 음반곡수와 방송회수를 보면 곡수가 1775곡, 방송회수가 19943회에 달하고 있어 이를 전국 150개 방송채널로 환산한다면 전국 방송채널에서 연간 360만회 이상이 방송된다고 추산되며, 둘째, 분배대상 음악곡수가 방대하다는 점인데 전국 100개 음반제작회사가 1994년 1년간 생산한 음반이 1734개(1개 음반에 10-20곡 수록)이며, 공연윤리위원회가 심의한 신곡이 23258곡에 이르고 있고 저작권접권 보호기간이 50년이므로 보상청구권의 발생가능곡이 116만 곡 이상으로 추산된다., 셋째, 개별권리자를 확인하기 어렵다는 점인데, 개별권리자를 확인하려고 해도 음반의 자켓 등에 성명표시가 없으며(연주자의 경우는 거의 불가능하다) 특히 한국에도 여러 사람의 실연자가 관여하므로 116만 곡에 기여한 실연자를 찾아낸다는 것은 거의 불가능에 가깝다고 한다²³¹⁾.

위의 자료가 1994년 자료인 점을 감안할 때 첫째와 둘째의 경우는 현재 그 정도가 더하다고 할 수 있다. 다만 셋째의 경우 현재는 저작권에 관한 의식이 많이 고양되어 테이프나 CD 등의 자켓에 실연자와 연주자 등의 이름을 대부분 집어넣는 것이 관례처럼 되어 있어서 예전만큼 권리자를 확인하는 것이 어렵지는 않다고 할 것이다.

하여간 위와 같이 음악방송량이나 분배대상 음악곡수에 대한 방대한 데이터베이스를 관리할 수 있다면 모를까 그렇지 않다면 실연자에게 정확한 직접 분배는 사실상 불가능하다고 생각될 수도 있다²³²⁾.

그런데 이러한 직접분배가 전혀 불가능할 것이라고는 보지 않는다. 정확한 방송횟수 등을 산술적으로 산정해내는 것이 직접분배의 요건이라고만 볼 수 없기 때문이

231) 이상정, 전계논문, 19쪽

232) 그러나 현재 컴퓨터와 데이터베이스의 발전이 비약적이므로 앞으로 데이터베이스나 통계적으로 그 기록들을 처리할 수 있는 시스템이 개발될 수도 있을 거라는 기대를 가져본다.

다.

즉 앞서 언급한 대로 독일의 예처럼 간접적인 증명자료가 될 수 있는 전년도 방송 출연횟수와 레코드 판매량 등을 근거로 실연자에 대한 보상금분배액수의 비율을 정한다든지 아니면 프랑스의 입법례처럼 전체의 방송에 대해 정확한 조사가 불가하므로 표본조사를 통한 통계적 절차를 거쳐 수치와 비율을 산정해낸다든지 하는 방법이 있을 것이다.

우리법상 현재 상황에선 기본적으로 실연자가 직접분배를 요구하겠다고 나서려면 일정한 증빙자료를 실연자가 준비해야 할 것이고 이렇게 한다면 실연자단체가 이를 거부할 수는 없다고 본다. 따라서 실연자단체는 실연자의 직접분배에 대응한 방식에 대해서도 그 방법을 강구해야 할 것이다.

일단 직접분배의 형식이 도입될 수 있으려면 방송횟수 등에 대한 직접적 자료를 데이터베이스화시킬 수 있는 프로그램이 있어야 할 것이다. 만약 직접적 모니터링이 힘들다면 표본조사를 통한 산출식을 세워 개략적인 비율을 정해서 그 비율대로 보상금을 산정해서 배분할 수 있을 것이다. 그리고 실연자가 주장할 수 있는 금액이 미미할 경우에는 보상금을 실연자에게 직접 분배하는 것보다 실연자단체를 통해 실연자의 권익을 위해 지출되는 것이 당장은 더 큰 이익일 수 있다. 즉 실연자에게 지급될 수 있는 금액의 하한선을 정해서 모든 실연자에게 미미한 금액까지 지불해야 하는 번거로움이 없어야 할 것이다. 다만 궁극적으로는 소액의 금액이라도 실연자의 기계적 실업에 대한 보상차원에서 일일이 실연자에게 지급하는게 이상적이겠지만, 단계적 차원에서 볼 때 우선은 일정금액 이상의 보상금을 지급받을 수 있는 자격을 가진 실연자부터 직접분배의 대상으로 삼는게 적당할 것이다.

하여간 현상황에선 간접분배의 방식으로 보상금의 분배가 이뤄지고 있으며, 분배의 방식은 다음과 같다.

즉 실연자단체가 거두어 들이는 보상금은 실연자단체의 회원단체에게 각각 분배되는데 그 분야별 분배비율은 1998년 현재 연주단체 31.71%, 뮤지션단체 13.59%, 가수단체 34.70%, 성악단체 1.80%, 기악단체 3.20%, 지휘단체 0.56%, 관악단체 1.00%, 국악분야 6개 단체 각각 2.24%이다²³³⁾.

각 회원단체들은 이렇게 분배받은 금액을 실연자의 권익향상, 복지증진, 기계적

233) 이 분배율은 한국방송가요조사연구소에게 용역을 주어 1997년 11월 3일부터 12월 31일까지 조사한 장르별 방송비율을 근거로 한 것이다. 그러나 맨처음 나온 자료는 가요분야에 지나치게 분배율이 높아서 가요분야의 분배율을 타분야에 나뉘므로써 위와 같은 각각의 분배율이 나오게 된 것이다. - 예단연 10년사, 58쪽

실업의 방지를 여러 활동 등에 지출한다고 보면 될 것이다.

(4) 음반의 대여권

UR TRIPs협정 제14조 제4항의 규정에 따라서 1994년 1월 7일 우리저작권법을 개정하여 제43조 제2항, 제65조의 2 규정을 신설함으로써 실연자에게 판매용 음반의 대여권을 인정하였다²³⁴⁾.

법 제65조의 2에 의하면, 실연자는 그의 실연이 녹음된 판매용 음반의 영리를 목적으로 하는 대여를 허락할 권리를 가진다. 한편 이러한 실연자의 대여권의 행사는 음반의 2차적 사용료의 청구권행사와 같은 방법으로 하도록 하고 있는데, 동조 2항에서 그 취지를 규정하고 있다.

음반의 판매에 대해선 원래 저작권법 제43조에서 ‘저작물의 원작품이나 그 복제물이 배포권자의 허락을 받아 판매의 방법으로 거래에 제공된 경우에는 이를 계속하여 배포할 수 있다’고 하여 권리소진의 이론을 적용했지만 1994년 법 개정 이후 판매용 음반의 경우에는 저자권자 및 실연자와 음반제작자에게 대여권을 부여하도록 한 것이다. 그 이유는 판매용 음반을 구입하여 일반인들에게 대여하는 것을 막을 길이 없었고 이럴 경우 실연자 등이 입을 피해를 예상했기 때문이다.

(5) 공동실연자의 권리행사

2인 이상이 공동으로 합창·합주 또는 연극 등을 실연하는 경우에 있어서 실연자의 권리는 공동으로 실연하는 자가 선출하는 대표자가 이를 행사한다 다만, 대표자의 선출이 없는 경우에는 지휘자 또는 연출자 등이 이를 행사한다(저작권법 제66조 제1항).

각 실연자의 행위자체가 분리해서 감상의 객체가 되고 예능적 방법으로 표현된다 하더라도 저작인접권의 효율적이고 원활한 행사를 위해 대표자에게 행사권을 위임 의제하는 것이다. 한편 동규정은 실연자들의 이익을 위한 규정이므로 만약 이에 반대하는 실연자가 자신의 저작인접권을 독자적으로 행사하겠다고 하면 그것을 용인해야 하느냐가 문제다.

이것은 그러한 실연이 전체의 실연에서 따로 분리가능하며 감상의 객체가 될 수

234) 박문석, 전게서, 481쪽

있는 즉 실연의 가치를 가지고 있는지에 따라 달라진다고 할 것이다. 만약 실연자의 실연이 독자적인 감상의 객체가 되고 분리이용가능하다면 특약으로 실연권을 따로 행사할 수 있다고 볼 것이다.

즉 공동실연 중에서도 분리가능한 공동실연에 대해선 동조의 규정을 임의적 규정으로 해석할 필요가 있다. 그러나 분리가능하지 않은 공동저작물과 같은 특성을 지닌 실연이라면 동조의 규정을 강행규정으로 해석해야 할 것이다. 이렇게 해석하는 것이 실연자의 이익에는 더 부합할 것이다. 그리고 이러한 해석론을 뒷받침해주는 것이 동조 제2항인데, 이에 의하면, '1항에 의한 실연자의 권리를 행사하는 경우 독창 또는 독주가 함께 실연된 때에는 독창자 또는 독주자의 동의를 얻어야 한다'고 되어 있다. 즉 2항의 유추해석으로 독창 또는 독주에 유사할 정도로 실연의 독자성이 인정된다면 실연자는 독자적인 저작인접권 행사가 가능하다 할 것이고 여기서의 독창 또는 독주는 그러한 독자적인 실연의 예시에 지나지 않는다고 보아야 할 것이다.

한편 공동실연자들의 보상청구권을 대표자가 행사한다고 했을 때 제65조 제2항에 의해 실연자단체에 의해서만 보상청구권행사가 가능하다는 규정과의 충돌문제가 발생하게 된다. 그러나 문구를 자세히 들여다보면 제66조 제1항은 대표자가 실연자의 권리를 대표해서 행사한다는 것을 의미하고 제65조 제2항은 실연자의 여러 권리들중 보상청구권의 행사만 대위해서 행사하는 것이므로 제65조 제2항이 제66조 제1항에 대해 특별법 관계에 있다고 할 것이다.

바꾸어 말하면 지정단체로 하여금 일괄적으로 권리행사를 하도록 한 법의 취지는 공동실연자라고 하여 예외가 되는 것은 아니기 때문이다. 따라서 이 한도내에서는 공동실연대표자의 권리가 제한되는 것이며, 사실상 공동실연의 대표자는 지정단체에의 가입여부 및 지정단체가 일괄적으로 수령한 보상금을 지정단체를 상대로 청구할 권리 등을 가진다고 보면 될 것이다²³⁵⁾.

그리고 대표자의 선출이 없을 때에는 지휘자 또는 연출자 등이 이를 행사한다고 되어 있는데, 연출자와 지휘자가 동시에 존재할 때는 전체의 실연을 포괄적으로 기획하는 연출자가 대표자가 될 것이다. 즉 지휘자 또는 연출자 등이란 것은 예시적으로 대표자가 될 수 있는 자들을 열거한 것이고 실질적으로 판단하여 대표자를 정하는 것으로 보아야 할 것이다.

동조 제2항의 독창자 또는 독주자의 동의를 얻어야 하는 이유는 그들의 실연자체

235) 오승중, 이해완 공저, 전계서, 386쪽

가 자체적으로 실연의 가치를 가지고 비중이 크기 때문이다. 여기서 동의를 얻지 않았을 때 대표자의 저작인접권 행사의 효력여하가 문제되는데, 즉 사전동이가 대표자의 권리행사의 요건인지 혹은 효력요건인지 아니면 단순히 책임요건²³⁶⁾만 되는지 하는 것이다.

책임요건이라고 주장하는 설은 동의절차를 밟고 안 밟고의 문제는 대표자 등과 독창·독주자간의 내부분제이므로, 독창·독주자로부터 동의를 얻지 않고 대표자 등이 권리를 행사한 경우, 공동실연의 이용행위 등은 무효 내지 취소되므로 결과적으로 동의 유무를 알지 못한 (대표자와 독창·독주자간의 동의는 양자간의 내부적 문제로써 공시되지 않기 때문에) 선의의 제3자인 이용자는 불측의 피해를 입게 될 것이고 이렇게 될 경우에는 거래의 안전이 유지될 수 없을 것이므로 거래질서의 안전을 유지하기 위해서 법 제66조 제2항의 규정의 동의는 권리행사의 적법요건은 아니고, 단지 동의를 얻지 않고 권리행사를 한 대표자 등은 사후에 내부적으로 독창·독주자에 대하여 민사상의 손해배상 등의 책임을 질 뿐이라고 해석해야 한다고 한다²³⁷⁾.

그러나 거래상의 안전이라는 이유만으로 본조항을 단순히 내부적 효력규정으로 보고 외부적으로는 효력에 아무 지장이 없으며 단지 책임요건에 지나지 않는다는 것은 독창이나 독주의 독자적 실연가치성을 무시한 견해라는 생각이 든다.

즉 여기서의 독창자 또는 독주자의 동의는 법률행위의 효력발생요건 중 특별효력 발생요건²³⁸⁾이라 할 수 있으며 따라서 독창자 또는 독주자의 동의가 없다면 대표자의 인접권행사는 효력이 없다고 봐야 한다. 한편 동의가 없어서 효력이 없다는 것에 대한 입증책임은 특별효력요건의 성질상 무효를 주장하는 자에게 있으므로 만약 독창자 등이 동의가 없어서 무효라고 주장하려면 그 입증책임은 독창자 또는 독주자가 지게 되므로 만약 인접권의 행사 상대방이나 선의의 제3자가 외관상 독창

236) 책임요건이라고 주장하는 견해에 의하면 본조의 입법취지가 실연이용자들의 편의를 위한 규정임을 감안할 때 본항의 해석에 있어서는 독창자 또는 독주자의 동의가 대표자 등의 권리 행사에 있어서 적법요건이 아니라 책임요건으로 해석되어야 할 것이라고 한다. - 허희성, 전거서 299쪽

237) 박문석, 전거서, 486쪽

238) 법률행위의 유효요건은 크게 성립요건과 효력요건으로 나뉘는데, 성립요건은 법률행위가 법률행위로서 인정받기 위한 최소한의 외형적 요소를 말하며 법률행위의 효력이 발생하기 위한 적극적 요건이다. 한편 법률행위의 효력요건은 법률행위의 효력을 부인하는 규정에 해당하지 않는다는 소극적 의미의 요건으로 이해된다. 법률행위가 법률효과를 발생하기 위해선 권리·의무의 발생원인이 적극적으로 존재해야 하므로 법률행위의 효력을 주장하는 자가 성립요건(적극적 요건)의 구비를 입증해야 하지만 법률행위의 효력요건은 법률행위의 효력을 부인하는 규정에 포함되지 않는다는 의미의 소극적 요건을 말하므로 법률행위의 무효를 주장하는 자가 효력요건의 부존재를 입증해야 한다. - 김형배, 민법학강의, 신조사, 2000, 87쪽(더 자세한 것은 여기서 참조 바람)

자 또는 독주자의 동의가 있음을 신뢰하고 거기에 대해 선의 혹은 무과실이라면 독창자 등의 동의없음의 입증책임은 어렵다고 할 것이다. 따라서 결론적으로 효력요건으로 구성한다 하더라도 선의의 제3자에게 크게 불리할 것은 없다.

그리고 만약 독창자 등이 대표자의 행위가 동의없이 이루어져 효력이 없다고 입증하는데 성공했다 하더라도 일부무효의 법리(민법 제137조239)에 따라 독창자 등의 실연을 제외한 부분에 대해 대표자가 실연자들을 대표하여 인접권을 행사하는 것은 유효로 볼 수 있을 것이다.

결론적으로 말해서 독창자 또는 독주자 등의 동의를 특별효력발생요건으로 보는 것이 단순히 거래안전이라는 명목으로 책임요건이라고 구성하는 것보다, 법리적으로 더 타당해보이며 거래상의 제3자에게도 책임요건보다 더 불리하다고 말할 수 없음을 알 수 있다.

4. 실연자에 관련된 쟁점사항들

가. 저작권자와의 관계

저작인접권자의 하나인 실연자에 대한 보호가 저작권자의 이익을 침해한다든지 한다는 그러한 이론들이 초기에 있기는 했지만(one cake 이론: 하나의 케익을 나누어 먹는다는 것이기 때문에 결국 저작권자에게 돌아오는 이익은 줄어든다는 소리다) 지금은 그러한 이론이 설득력을 잃고 있다²⁴⁰⁾.

239) 법률행위의 일부분이 무효인 때에는 그 전부를 무효로 한다. 그러나 그 무효부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정될 때에는 나머지 부분은 무효가 되지 아니한다.

240) 가령 저작권자는 자신의 저작물을 공연할 수 있는 공연권을 가지는데 이러한 공연권의 행사에 의해 경제적 이익을 취득할 수 있음은 물론이다. 그런데 실연자가 저작권자의 저작물을 실연했을 때(물론 저작물을 이용하는데 대해서 저작권자로부터 저작물이용에 대한 허락이 있어야 할 것이고 그에 대한 대가가 지불될 것이지만)는 저작권자가 가지는 공연권을 이용해 벌어들일 수 있는 이익의 침해가 있다고 과거엔 생각한 것이다. 그러나 오히려 실연자의 이러한 실연행위는 저작권자의 이익을 늘리는데 기여를 한다. 예를 들면 저작물로서 유명하지 않던 저작물이 실연으로 인해 유명해져 그 저작물의 판매가 늘어나는 경우, 저작물의 실연으로 인해 다른 실연자들도 당 저작물을 실연하게 해달라고 이용허락을 부탁했을 때 지불될 사용료의 증가 등 여러 가지 요소들이 저작권자의 이익을 오히려 도모해주는 역할을 한다는 것이다. 또한 실연을 위해 저작물의 이용허락을 하는 경우 보통은 배타적 권리를 부여하는게 아니라 채권적 이용허락 계약을 하므로 저작권자의 이익은 손상되는 바가 없다고 할 것이다.

결국 저작권자와 저작인접권자의 하나인 실연자는 상호 보완하고 협조해가는 동반자적 관계라고 할 수 있다.

하지만 결국 저작권과 저작인접권이 충돌하게 되는 사태가 생기면 저작권이 우선하게 된다는 것이 우리나라 저작권법의 기본취지다²⁴¹⁾. 가령 저작권자가 저작물의 실연을 허락하지 않으면 실연자는 저작권자의 허락없이 함부로 저작물의 실연을 행할 수 없고 실연을 한다고 하면 이는 곧 저작권자의 공연권의 침해가 될 것인바 저작권의 침해에 대한 구제수단에 의해 규제될 것이다. 법상으로는 제62조에서 ‘이 장(저작인접권을 규정한 장) 각조의 규정은 저작권에 영향을 미치는 것으로 해석되어서는 아니된다’고 하여 이 점을 분명히 하고 있다.

저작물을 실연에 이용할 경우 실연자는 기본적으로 저작권자에게 이용허락을 받아야 하므로 실연자와 저작권자는 상호 긴밀한 관계를 맺고 있다는 걸 알 수 있다. 다만 비저작물의 실연의 경우엔 저작권자의 권리와 저촉될 부분은 없다.

한편 문제가 될 수 있는 것이 저작물을 패러디한 실연의 경우이다. 패러디의 경우 기본적으로 패러디가 2차적 저작물이나의 문제에 대해 견해 대립이 있으나 패러디는 2차적 저작물과 성질이 다른 새로운 저작물이라고 할 것이다²⁴²⁾. 그렇다면 저작물을 패러디한 패러디물을 실연할 경우는 저작물의 저작권자에 대해선 이용허락 등을 받을 필요는 없다. 왜냐하면 패러디물 자체는 독립적인 새로운 저작물이기 때문이다. 예를 들자면 음악저작물 등에 대해서 가사를 개사²⁴³⁾해서 우스꽝스럽게 패러

241) 로마협약의 경우도 제1조에서 ‘이 협약에 따라 부여되는 보호는 문학·예술 저작물상의 저작권의 보호를 손상하지 아니하고 어떠한 경우에도 영향을 미치지 아니한다. 따라서, 이 협약의 어떠한 규정도 그러한 보호를 해치는 것으로 해석될 수 없다’고 하여 저작권우위의 원칙을 천명하고 있다.

242) 패러디는 반드시 상반되는 두 가지 메시지를 전달해야 하는데, 하나는 그것의 원작이 존재한다는 사실, 그리고 다른 하나는 그것이 원작 그 자체가 아닌 패러디라는 사실이다. 즉 패러디를 감상하는 사람의 입장에서 원작과 그에 대한 패러디를 함께 느낄 수 있어야 하는 것이다. 이 때 전자만이 드러나게 되면 이것은 이른바 ‘실패한 패러디’로서 저작권(예컨대 복제권·2차적 저작물 작성권 및 동일성유지권 등)의 침해가 성립할 수 있다. 그러나 일단 패러디로서 성공하게 되면 이는 원작에 대한 파생적 저작물이라기보다는 완전히 독립된 저작물이 되는 것이고, 따라서 저작권침해의 문제는 발생하지 않는다. 이에 반하여 2차적 저작물은 원작에 대한 ‘파생적 저작물’(derivative works)로서 원작의 단순한 변형에 불과하다. 또한 2차적 저작물은 원작의 시장적 수요를 어느 정도 대체하는 효과를 가지고 있지만, 패러디는 그렇지 않다는 점에서도 차이가 있다. - 오승중, 이해완 공저, 전개서, 330쪽

243) 개사에 관해선 대법원의 판례가 하나(대판 89도702) 있는데, 여기서 기존의 가요를 개사해서 민중가요로 만들어 편집, 출판한 사안이다. 즉 곡은 그대로 쓰되 가사만 바꾼 사안인데, 판례는 원저작자의 성명표시없이 편집하여 출판(주변의 사람들이 사용하기 위해 소량 출판)한 것은 부정출판행위에 해당한다고 판시하였고 원저작자와 작곡자의 허락을 받지 않고 100부 가량의 출판물을 찍어낸 것은 저작권의 비침해행위에 해당되지 않는다고 하여 불법이라고 하였다. 그러나 개사의 의미나 그

디해 가창하는 경우가 바로 이에 해당할 것인데, 패러디의 요건을 만족시킬 경우에 가사에 대해선 패러디물로서 새로운 저작물에 해당하므로 원가사의 저작권자에게 허락을 받을 필요는 없다. 그러나 곡을 그대로 쓸 경우에는 곡에 대해선 저작권자에게 이용허락을 받아야 한다²⁴⁴).

국내에서 유명한 가수 서태지의 노래 ‘컴백홈’의 노래와 뮤직비디오를 패러디해서 사회적 이목을 끌었던 이재수라는 가수가 서태지의 소송제기에 휘말린 사건²⁴⁵)이 있었다. 서태지측이 주장한 것은 저작인격권의 성명표시권과 동일성유지권 침해인데, 만약 패러디물이란 것이 인정되면 이재수의 패러디물은 새로운 저작물이 될 것이고 또한 노래가사에 대한 패러디 역시 마찬가지일 것이다. 한편 이러한 전제하에서 패러디저작물을 실연할 경우에는 원저작권자의 이용허락이 필요없다 할 것이다. 다만 음악부분에 대해선 그대로 차용할 경우에는 음악저작권자의 이용허락을 받아야 할 것이다.

나. 타인접권자과의 관계

타저작인접권자라 함은 음반제작자와 방송사업자를 지칭하는 것인데, 우선 음반제작자와의 관계에서, 실연자는 자신의 실연을 복제할 수 있는 권리가 있으므로(저작권법 제63조), 음반제작자는 실연을 녹음하는데 있어서 실연자의 허락을 얻어야 하며 그리고 그것을 다시 복제하거나 증제할 때도 실연자의 허락을 받아야 한다. 다만 영상저작물의 특례와 관련해서는 예외가 있는데, 즉 영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 실연자의 그 영상저작물의 이용에 관한 제63조의 규정에 의한 복제권과 제64조의 규정에 의한 실연방송권은 특약이 없는 한 영상제작자에게 양도된 것으로 보기 때문에 이 경우에 영상제작자는 실연자의 허락없이 복제권을 행사할 수 있다.

한편 실연자에게는 그의 실연을 방송할 권리가 부여되어 있다(법 제64조). 이에 따라 실연을 방송하고자 하는 방송사업자는 당해 실연의 실연자에게 허락을 얻어야 한다. 즉 이 경우 실연자는 허락권자의 위치에 방송사업자는 이용자의 위치에 서게 된다. 또한 실연자에게는 실연이 녹음된 판매용 음반을 방송사업자가 방송할 경우

패러디성에 대해선 언급이 없다. 즉 개사한 가사가 2차적 저작물이 될 수 있는가 아니면 패러디인가에 대한 해석론은 없었다는 것이다.

244) 만약 곡도 마찬가지로 패러디를 하여 패러디의 요건을 만족시킨다면 곡과 가사 모두가 패러디물이므로 원곡과 원가사에 대한 저작권자들에게 대해 이용허락을 받을 필요없이 실연이 가능하다.

245) 일간스포츠, 2001. 7. 31일자, 21면 참조

에는 그에 대하여 상당한 보상을 청구할 권리가 부여되어 있다(법 제65조 제1항). 즉 실연이 녹음된 판매용 음반의 2차 사용에 대하여 실연자는 보상청구권을 갖고 있으므로 이 경우 실연자는 보상청구권자의 지위에 방송사업자는 보상자의 지위에 있게 된다²⁴⁶⁾.

다. 실연자의 인격권 및 공중전달권 인정여부

(1) 인격권

WPPT가 기존의 국제규범에 비해서 진보한 점은 저작권접권의 보호정도를 훨씬 더 높혔다는데 있다. 즉 저작권접권의 재산권적 측면에선 저작권접권의 재산권들이 배타적 재산권으로 격상되었으며 또한 실연자에 있어선 인격권이 인정되는 계기가 되었다. 이는 이전의 로마협약에선 규정되지 않았던 것이다.

한편 외국의 입법례를 검토해보면, 실연자에게 부여될 수 있는 인격권은 대체로 저작자에게 인정되는 공표권, 성명표시권, 실연존중권(대체로 우리 법상 저작자에게 부여되는 동일성유지권에 상당한 것으로 보여진다) 등을 생각할 수 있으나 국가에 따라 인정되는 권리나 형태 등에 있어서 차이가 있다. 스페인과 남미제국은 저작자에게 부여되고 있는 것과 유사한 인격권을 인정하고 있으며, 극히 드물게 우루과이는 “실연자는 그의 예술적 이익을 저해할 수 있는 공표를 반대할 수 있다”고 하여 실연자에게 공표권에 상당하는 권리를 인정하고 있다. 이탈리아는 실연존중권과 함께 실연의 이용시 주된 실연자 또는 대표연주자의 성명표시를 요구하고 있다(동 국 저작권법 제81조, 제83조 및 제84조 참조). 독일의 경우는 실연의 변경이나 훼손을 금지하도록 하고 있고(동 국 저작권법 제83조), 프랑스의 경우는 실연자의 성명과 그의 창작, 연출을 존중받을 권리를 비교적 정비된 형태로 규정하고 있다(동 국 저작권접권법 제17조 참조). 그밖에 에쿠아도르, 오스트리아, 코스타리카 등에서는 실연존중권에 해당하는 권리를 갖추고 있다²⁴⁷⁾.

비록 우리나라가 현재 WPPT에 가입되어 있는 상황은 아니지만, 저작권의 인격권 가운데, 성명표시권과 동일성유지권은 저작권접권자인 실연자에게도 인정해주는 것이 바람직할 것이다. 왜냐하면 실연자는 다른 저작권접권자들과 달리 저작자와 유사하게 창작성이 가미될 수 있는 실연이라는 행위를 하기 때문이다. 따라서 그 자

246) 이호흥, 전게서, 32쪽

247) 이호흥, 저작권법상 실연자의 법적 보호, 저작권심의조정위원회, 1993.12, 54~55쪽

체의 실연에 대한 훼손가능성을 방지하고 그 실연의 무단남용 등을 막기 위해선 동일성 유지권과 성명표시권을 주자는 것이다. 그리고 입법상 규정하는 방법은 규정 신설 혹은 저작인격권 규정의 준용 두 가지를 생각할 수 있다.

다만 현행법하에서 실연자에게 인격권을 인정할 수 있는 해석론이 나올 수 있다면 굳이 법개정을 강행할 필요는 없을 것이다. 이러한 해석론과 관련하여 성명표시권을 인정한 듯한 판례²⁴⁸⁾가 나와서 주목할 필요가 있는데, 동 판례에선 음반제작자는 노래를 부른 가수의 성명을 표시해야 한다고 판시하고 있다. 판례에 따르면, ‘가수는 음악저작물을 음성으로 표현하여 일반대중에게 전달하는 사람으로서, 음반을 출판할 경우에는 다른 약정이 없는 한 실제로 노래를 부른 가수의 이름을 표시하는 것이 음반업계의 관행이라고 할 것이고, 특히 대중가요에 있어서는 일반대중이 어떤 노래를 그 가수의 이름과 함께 기억하는 것이 현실이라고 할 것이므로, 가수와 음반업자 사이에 명시적인 약정이 없었다고 해도 음반 출판시 가수의 성명을 표시하여야 한다’라고 하여 가수의 성명을 표시해야 하는 이유를 ‘음반업계의 관행’이라는 점, ‘일반대중이 어떤 노래를 가수의 이름과 함께 기억한다’는 점 등을 들고 있다. 동 판례에 따르면 실연자인 가수의 성명을 음반에 표시하지 않은 음반업자는 ‘성명을 표시해야 할 이러한 의무’를 이행하지 않으면 음반을 제작·배포·판매할 수 없다고 한다.

우선 살펴야 할 점은 동 판례가 실연자에게 해석론상 인격권의 일종인 성명표시권을 인정했는가 하는 점이다²⁴⁹⁾.

음반업자가 성명을 표시해줄 의무가 있다는 점의 근거를 판례는 음반업계의 관행으로 새기고 있다. 그리고 이러한 관행은 사람들로 하여금 음반에는 가수(실연자)의 이름이 당연히 표시된다고 여기는 인식이 존재한다고 한다. 그렇다면 이러한 관행을 음반업자의 의무라고 인정하며 이를 이행치 않을 때는 음반을 제작, 배포, 판매할 수 없다고 한 것이 인격권의 일종인 성명표시권을 인정한 것이냐? 관행을 근거로 했다는 것은 실연자에게 권리를 부여한 것이 아니라는 생각을 가지게 한다. 그러나 이러한 관행을 무시하여 실연자의 성명을 음반에 표시하지 않았을 경우엔 음반을 제작, 배포, 판매할 수 없다고 한 것은 실연자에게 강력한 권리를 준 것처럼 보인다. 즉 판례는 실연자의 성명표시는, 그것이 관행으로 굳어짐으로 인해 실연자

248)서울민사지법 1995. 1. 18.자 94카합9052 결정 : 결정취소

249)동 판례는 이의 판단과 관련해 저작권법상의 인격권(성명표시권)을 참조조문으로 제시하지 않았다. 즉 판례는 저작권법상의 권리 개념으로 실연자의 성명표시에 관한 권리를 파악하진 않았던 것이다.

가 계속적으로 얻어온 반사적 이익이라는 면을 강조한 것처럼 이야기를 하면서도 또 한편으로 그 효력에 있어선 법적 권리의 효과에 버금갈 수 있는 효력을 부여함으로써 마치 실연자에게 성명표시권을 인정한 것처럼 보이기 때문에 사실 논리 구성에 있어선 약간은 모순되어 보인다. 차라리 관행이라는 이유로 논리를 구성하는 것보다 실연자의 행위의 특성 - 창작성, 독창성 등 - 이 저작자와 유사함에 따른 저작자의 인격권 규정(저작권법 제12조)의 유추적용을 통한 논리구성이 오히려 판례의 취지와 어울리지 않을까라는 생각을 해보게 된다.

만약 판례가, 성명표시권을 유추적용을 통해 간접적으로 인정한 것으로 볼 수 있다면 사실상 입법론에 더 힘을 실어줄 수 있을 것이다. 그리고 이러한 입법은 굳이 실연자의 인격권이라는 항목으로 새 조항을 신설하기 보다는 저작자의 인격권(제3절 제11조, 제12조, 제13조)을 준용하는 형식이 바람직할 것이다.

결론적으로 동 판례의 등장으로 인해 해석론상 실연자에게 성명표시권을 인정해줄 수 있는 여지가 생겼다는 점에서 동 판례의 의의를 찾을 수 있을 것이다. 다만, 동 판례는 성명표시권이라는 저작인격권의 관점에서 논거를 구하지 않고 음반업계의 관행 내지 일반 소비자의 인식이라는 근거를 논거로 내세웠다는 점에서 조금은 아쉬움이 남는다.

결국 입법론으로 인격권의 문제를 해결하려 하면, 외국이나 WPPT의 입법례처럼 실연자에게 새로운 인격권을 부여하는 방안 혹은 저작자의 저작인격권 규정을 준용하는 규정을 두는 방법 등 두 가지의 경우가 있을 수 있고, 해석론상 인격권을 인정한다면 저작인격권의 유추적용을 통해 실연자에게 인격권을 인정할 수 있을 것이다. 동 판례는 입법론에 의하지 않고 실연자에게 성명표시권을 인정해줄 수 있는 해석론을 제시함으로써, 굳이 우리나라에서 실연자의 인격권 규정을 신설할 필요없이 실연자에게 성명표시권 등을 부여할 수 있는 길을 제시했다고 볼 수 있다.

다만 해석론은 해석론일뿐이므로 분쟁의 소지가 없게 하려면 입법으로 실연자의 인격권 규정을 신설 내지 저작권 규정에서 준용하는 것이 제일 바람직할 것이다.

(2) 공중전달권

한편 앞서 언급했듯이 실연자에게 공중전달권을 인정하는 것도 필요하다고 본다. 공중전달은 방송이외에 대중이 왕래하는 장소에서 실연이 녹음된 음반 등을 틀어주거나 하는 행위를 말한다. 예를 들면 식당이나 쇼핑몰 혹은 시장 등에서 음악을 들려주면서 영업행위를 하는 것을 생각하면 될 것이다. 이런 행위에 대해 실연자는

공중전달권을 가질 것이지만 보통은 이를 보상청구권으로 환원하여 2차 사용료 청구권으로 이해한다. 로마협약은 상업용 음반 또는 그 복제물이 방송 또는 공중의 전달에 직접 사용되는 경우에 실연자 등은 보상청구권을 갖는다고 규정하고 있다(동 협약 제12조). 즉 협약은 방송뿐만 아니라 공중전달의 경우에도 실연자에게 보상청구권이 인정된다고 규정하고 있는 것이다(다만 동 협약 제16조는 이를 국내법에 유보할 수 있게 하였다). 프랑스도 음반이 방송되는 경우뿐만 아니라 공연장소에서 직접 전달되는 경우에도 보상청구권을 인정하고 있다(동 국 저작권법 제22조). 이밖에 오스트리아, 영국 등에서도 이와 같은 공중전달권을 인정하고 있는 것으로 조사되고 있으며, 독일의 경우는 폭넓게 인정되는 것으로 파악된다²⁵⁰).

한편 WPPT상에서도 공중전달권을 하나의 보상청구권²⁵¹)으로 이해하고 있는데, 이 경우에 대상이 되는 것은 음반에 한정하고 있다. 즉 시청각저작물에 대해선 보상청구권을 인정하지 않는 것이다. 우리나라도 음반에 대해선 공중전달에 대해 보상청구권을 인정하는 것이 바람직할 것이다. 현재는 방송에 대해서만 보상청구권을 인정하고 있다(저작권법 제65조 참조). 다만 실연이 녹음된 음반의 원활한 사용과 유통을 위해 공중전달권이라는 배타적 권리를 설정하는 것보다 사후적으로 보상청구권을 할 수 있도록 보상청구권을 규정하는 것이 실연자나 실연물 이용자 모두에게 이익이 될 것이다.

5. 결

이상 실연자의 보호에 관한 여러 가지 측면들을 국제규범, 외국의 법규, 그리고 마지막으로 우리나라의 법을 검토해보는 순서를 통해 살펴보았다.

기본적으로 우리나라 법의 경우 저작권법상의 하나인 실연자에 대한 보호가 미흡하지는 않은 편이다. 즉 복제권과 방송권을 인정함으로써 그리고 2차적 음반사용에 대한 보상청구권 및 음반의 대여권을 둬으로써 실연자의 재산권적 측면은 어느 정도 확보가 되어 있다. 그러나 공중전달권이나 공중의 이용제공권 및 이에 대한 보상청구권 등은 결여되어 있으므로 인해 디지털시대에 있어 좀더 다양한 방법으로

250) 이호응, 저작권법상 실연자의 법적 보호, 저작권심의조정위원회, 1993. 12, 58쪽

251) WPPT 제15조 (1) - '실연자와 음반제작자는 상업적인 목적으로 발행된 음반이 방송이나 공중 전달에 직접적으로나 간접적으로 이용되는 경우에 공정한 단일보상에 대한 권리를 향유한다'

실연이 이용되는 양상을 현행 저작권법은 따라가지 못하고 있는 실정이다.

특히 실연의 방송사용에 대한 보상청구권은 계속 확립되어 가고 있는 추세이나 그 외의 실연의 상업적 사용에 대해선 어떠한 규제나 보상청구도 할 수 없다. 이것은 일단 기본적으로 공중전달권이라는 개념자체가 저작권접권에 도입될 필요가 있다는 것을 시사하기는 하지만 그 이면을 들여다 보면, 외국인의 실연에 대해선 어떻게 처리해야 할 것인가라는 문제가 남기도 하기 때문에 그 도입에 신중을 기하는 바가 있는 것 같기도 하다.

그러나 실연의 공중전달(레스토랑이나 거대 쇼핑몰 등)이라는 방법을 통해 영업행위에 도움을 받는다면 여기에 대해선 당연히 실연자에게 보상이 있어야 한다는 원론적인 취지는 아무도 반대하지 않을 것이다. 다만 초기에 방송사업자에 대해 보상금을 청구했을 때의 어려움처럼 초기엔 많은 진통이 예상되기도 한다. 왜냐하면 그러한 이용료 징수는 고스란히 소비자가 떠안을 수 있다는 얘기를 실연의 이용자들은 할 수 있기 때문이다. 그러나 이러한 부작용적 측면은 단계적 시행 및 저작권접권관리단체의 일괄징수 방식을 통해 해결될 수 있다고 본다. 다만 이러한 공중전달에 대한 보상청구 역시 제한사유가 존재할 것이므로 저작권의 행사 제한사유를 준용하여 공공의 이익이 저해되는 일이 없도록 해야 할 것이다. 가령 운동회나 자선바자회 등 수익을 목적으로 하지 않거나 일시적인 모임이나 집회, 행사 등 계속성이 인정되지 않는 곳에서 실연을 공중전달의 방법을 통해 이용할 시에는 보상청구의 대상이 되지 않는다고 해야 할 것이다. 그리고 공중전달권의 규정방식은 앞서 언급했듯이 실연자에게 공중전달권을 인정해주되 배타적인 허락권의 개념보다는, 실연의 방송이외의 사용에 해당하는 공중전달에 대해선 보상청구권을 행사할 수 있도록 하는 개념이 타당하리라 본다.

한편 공중에의 이용제공권은 WPPT(WPPT 제10조)에서 규정되었던 것으로 이는 향후 전개되는 디지털 시대를 대비한 규정이었다²⁵²⁾. 즉 쌍방향송수신을 염두에 두고 만들어진 것이다. 이러한 쌍방향성은 ‘공중전달’과의 개념차이를 만들어낸다. 즉

252) 가령 MP3파일을 원하는 이들에게 댓가를 받고 무단 전송하거나 디지털 파일로 원하는 이들에게 개별적으로 음악을 틀어준다든지 하면서 상대방에게 댓가를 받았을 경우 저작권자와의 관계는 별론으로 하고 실연자에 대해선 허락을 받을 필요도 없으며 보상도 할 필요가 없다. 이럴 경우 실연자에 대한 권리인정이나 보상에 대한 검토가 없다면 실연자의 음반판매량은 줄어들게 뻔하므로 실연자의 실업구제라는 실연자에 대한 저작권접권의 근본취지가 무색하게 된다. 다만 이 경우 이러한 행위들이 실연자의 음반판매를 부추기는 요소가 있다는 걸 배제할 수 없으므로(미리 음악을 들어보고 좋으면 사는 것이 그 예일 것이다) 보상청구의 측면에 있어선 이러한 경제적인 면을 고려해야 할 것이다.

공중전달은 일방향성이지만 공중이용제공은 쌍방향성인 것이다. 현재 우리 저작권법상으로는 저작재산권 중예선 전송권(저작권법 제18조의2)이 규정되어 있다. 그리고 우리 법상 규정된 ‘전송’의 개념은 ‘일반공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 수신하거나 이용할 수 있도록 저작물을 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것’이라고 하여 WPPT의 공중이용제공권²⁵³⁾과 거의 흡사한 규정이라는 것을 알 수 있다. 다만 차이점은 WPPT에는 저작물대신에 실연이 규정되어 있으며, 음반에 고정된 실연에 한정하고 있다는 점이다. 하여간 이러한 공중이용제공권을 저작권접권에 포섭하는 방법으로는 조문신설과 조문준용이 있을 수 있겠는데(해석론상으로는 인정하기는 힘들므로), 사건으로는 저작권접권상 새로운 조문을 신설하기보다는 저작재산권의 일종인 전송권을 저작권접권의 준용규정을 통해 적용하는 방법을 생각해볼 수 있는데, 이는 WPPT에서 실연자에게 부여하려 하였던 권리(공중이용제공권)의 내용이 저작권법상의 전송권과 거의 흡사하므로 굳이 규정을 새로 만들 필요가 없기 때문이다.

다시 말하자면, 공중전달권과 공중이용제공권(혹은 전송권)은, 앞으로 발생하게 될 실연의 다양한 이용양태를 어느 정도 포섭할 수 있을 것이므로 규정의 신설내지 준용이 필요하다 할 것이다.

인격권에 있어선, 세계적인 추세로 미뤄보아, 실연자에게 인정하는 것이 바람직하다고 본다. 그리고 이런 인격권의 인정은 타 저작권접권자의 특성차이에 기인한 자연스러운 것이며 오히려 늦은 감이 있다고 본다. 다만 인격권의 종류중 실연자에게 인정해야 할 만한 것은 성명표시권과 동일성유지권 정도가 될 것이다. 그리고 전술했듯이 이러한 인격권의 인정을 해석론상 인정할 것인가 아니면 규정신설 내지 저작권접권의 준용을 통해서 인정할 것인가는 논의의 여지가 있을 것이다.

마지막으로 시청각실연자에 대해서 살펴보자면, 시청각실연은 WPPT의 제정이후로 많은 논의가 있어왔고 전술했듯이 제4차 특별 SCCR과 2000년 12월에 열린 외교회의에서도 이에 대한 심도깊은 토론과 그에 따른 기본제안이 있었다. 시청각실연자에 대한 보호는 대체로 WPPT상의 실연자 보호가 그대로 준용될 수 있지만 다만, 권리이전에 관한 부분은 음반실연자와는 좀 다른 부분이다. 즉 시청각저작물은 여러 참여자들이 관여하는 관계로 제작자에 대한 권리이전의제 내지 추정 규정이 존재할 수 있게 되는 것이다²⁵⁴⁾. 따라서 여기에 대해서 외교회의에선 많은 의견제

253) WPPT 제10조, “실연자는 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 실연에 접근할 수 있는 방법으로, 유선 또는 무선의 수단에 의하여 음반에 고정된 실연을 공중이 이용할 수 있도록 제공하는 것을 허락할 배타적인 권리를 향유한다.”

시가 있었고 대안도 여러 가지가 나왔었다. 만약 우리 법상으로 시청각실연자를 보호하고자 한다면 가장 신경을 써야 할 부분도 바로 이러한 권리이전의제 내지 추정 규정이 아닐까 생각한다. 이 부분에 대해선 많은 논의와 의견교환이 이뤄져야 할 것이다.

향후 정부가 역점을 두고 육성하는 6대 전략분야²⁵⁵⁾중 하나가 문화컨텐츠산업이며, 이러한 문화컨텐츠산업의 큰 비중을 차지하는 것이 음반산업이나 영상물산업 등이다. 그리고 이러한 산업에서 중요한 비중을 차지하는 사람들이 바로 실연자인 것이다. 따라서 실연자에 대한 보호는 국내 문화컨텐츠산업의 발전을 위해서 필수적인 요소가 된다. 다만 실연자에 대한 보호와 공공의 이익이라는 양 갈등관계를 어떻게 조화시킬 것인가는 앞으로도 계속적 과제로 남을 것이다.

254) 우리 저작권법상으로는 제5장 이하에서 영상저작물에 관한 특례규정이 있으며, 베른협약에선 제 14조의 2가 그와 같은 사항을 규율하고 있다.

255) 2002년부터 2005년까지, 정부는 2조 2400억원을 IT(정보기술), BT(생명공학), NT(나노기술), ET(환경공학), ST(우주공학), CT(문화컨텐츠)분야의 고급인력양성을 위해 투입하기로 결정하였다.
- 전자신문 2001년 11월 16일자

<Abstract>

A Study on the Protection of Performers

The current copyright law stipulates that the persons who have neighboring rights consist of performers, broadcasting organizations, producers of phonograms. Unlike the latter two persons, performers' rights are similar to authors' copyright. The reason is that performers are acting and performing with creativity and originality.

The objective of granting neighboring rights to performers is to root out the worry about performers' unemployment due to the rapid development of recording and reproducing technologies. Accordingly, performers have several rights like right of reproduction, right of distribution etc. to protect their properties. Since the recognition of the economic rights, many countries grant moral rights to performers lately. Although South Korea doesn't recognize moral rights, some local civil court ruled that the producer of phonograms should put the singers' name on the outside of phonograms, because it is customary. This case makes us think the government should pay attention to the performers' moral rights.

This paper mentions how performers' rights are stipulated respectively in Rome Convention, Geneva Phonograms Convention(Convention for the Protection of Producers of Phonograms against Unauthorized Duplication of their Phonograms), TRIPs, WPPT and reviews the 4th SCCR, the following Diplomatic Conference roughly. And it sees how each country protect performers' rights in the related law.

In the analysis of the definition clause about performance and performers, this paper compares and reviews several arguments about the scope of performers' protection. And it refers to the issues related to article 61 in the copyright law.

In the field of performers' rights, this paper reviews the rights stipulated in Copyright Law of South Korea. Especially it refers to what compensation right is, how to do the compensation right, and how to collect and distribute compensation fee, considering each country's law, the cases of South Korea. And it mentions Neighboring Rights Management Organization, because this organization is related to the compensation right.

In the field of some issues about performers' rights, this paper mentions the relationship between performers and copyright owners or other neighboring right owners. And it also mentions performers' moral rights and public delivery rights which are not accepted in the present law.

The industry of culture emerges as a golden egg producing duck. And the people playing an important part in developing culture industry are among performers, authors, artist etc. The copyright law protects authors' rights as well as foreign countries, but performers don't enjoy the rights as well as copyright owners. We should not forget performers who act and perform are as important as copyright owners. And to protect performers' rights is the key to the development of culture industry.

Key Words : Performers, Performers' Rights, Neighboring Rights, Related Rights, WPPT, TRIPs, SCCR, Moral Rights, Compensation Right