

法學碩士學位論文

著作權法上 法定許諾制度에 대한 考察
- 法經濟學的 觀點에서 -

2003年 2月

서울大學校 大學院
法學科 知的所有權法專攻

河 相 翊

著作權法上 法定許諾制度에 대한 考察
- 法經濟學的 觀點에서 -

指導教授 丁 相 朝

이 論文을 法學碩士 學位論文으로 提出함

2002年 10月

서울大學敎 大學院
法學科 知的所有權法專攻
河 相 翊

河相翊의 碩士學位論文을 認准함

2002年 12月

委員長	윤진수	印
副委員長	김재형	印
委員	정상조	印

國文抄錄

1. 著作權法은 민법 기타 다른 법률과는 달리 著作權者의 利益과 著作物 利用者의 利益간의 均衡을 달성하는 것을 根本的인 目的으로 하고 있다. 이러한 저작권법의 兩面性은 다른 법률분야에서 발전시켜 온 전통적인 법해석론을 그대로 저작권법에 적용하는 것이 적절한가에 대해 의문을 제기하게 하며, 따라서 본고에서는 著作權法上 法定許諾制度를 주제로 이에 대한 既存의 법해석론을 정리함과 동시에 法經濟學的인 관점에서 새로운 접근을 시도하여 法定許諾制度에 대해 보다 폭넓고도 구체적인 분석을 시도하였다.

2. 우선 본격적인 법경제학적 분석을 시도하기 전에 法定許諾制度의 전체적인 모습을 개관한다. 法定許諾制度의 概念을 정립하고 세계 각국의 法定許諾制度에 관한 立法例를 살펴본 후, 현재 우리나라 저작권법상의 法定許諾制度의 沿革과 內容, 그리고 이에 대한 기존의 解釋論을 소개하여 추후 이루어질 法經濟學的 分析과 대조와 상호보완이 이루어지도록 의도하였다. 그리고 지금까지 法定許諾制度가 이용된 事例들을 소개하고 그 사례들이 갖는 의미를 살펴보았다.

3. 法定許諾制度에 대한 기존의 논의를 정리한 후 法經濟學的 分析을 위해 사용하게 될 여러 가지 基本概念과 定理에 대해 소개하였다. 去來費用이 0일 때는 누구에게 권리를 부여하여도 최종 결과는 같아진다는 코즈 정리(Coase Theorem), 그리고 去來費用이라는 기준을 사용하여 권리보호의 세 가지 방식(property rule, liability rule, inalienability rule)의 차이점과 그들 사이의 선택기준을 살펴보고, 이어서 liability rule의 要件을 네 가지로 정식화하였다. 그 네 가지 요건은 ① 去來의 成立이 社會的 總效率을 增加시키는 경우임에도 불구하고, ② 去來費用의 過多로 인하여 去來가 成立되지 않고 있을 경우, ③ 제3자에 의한 客觀的인 權利價額의 評價가 이루어지고, ④ 그러한 客觀的 權利價額의 評價費用이 過多하지 않을 경우여야 한다는 것으로 정리될 수 있다. 그리고 경제학적으로 著作物이 본질적으로 非排他性和 非競合性이라는 公共財的 性格을 갖고 있음을 지적하고, 이를 바탕으로 현재 저작권법의 권리부여방식은 去來費用의 接近方法과 動機附與的 接近方法에 의해 설명될 수 있음을 보였다.

4. 지금까지의 고찰을 바탕으로 현행법상 法定許諾制度 중 強制許諾에 대해 본격적으로 분석을 시도한다. 強制許諾의 개념적 징표는 ① 公益上의 必要에 의하여, ② 著作權者와 協議가 이루어질 수 없거나 이루어지지 않은 경우에, ③ 權限있는 機關이 補償金의 지급을 조건으로 그 저작물 이용허락을 強制하는 것인데, 이 개념적 징표들은 liability

rule의 요건에 그대로 상응하는 것이며, 결국 強制許諾制度는 전형적으로 liability rule이 적용되는 경우이다. 그리고 현재 強制許諾의 요건과 절차들은 위에서 정식화한 liability rule의 요건을 나름대로 반영하고 있음을 밝혔다.

5. 마지막으로 liability rule의 관점에서 바라보았을 때 현행법상 法定許諾制度의 問題點과 改善方向은 어떤 것이 있는지 검토하였다. 우선 社會的 總效率이 달성되는 경우를 망라하고 있는가에 대해서는 앞으로의 상황변화를 주시하여야 할 필요가 있다고 전제한다. 다음, 放送權과 마찬가지로 傳送權에도 法定許諾이 擴大될 수 있음을 지적하였다. 그러나 궁극적으로 협의불성립을 이유로 한 強制許諾은 지금까지 이용된 적이 없는 死文化된 제도이고, 현재의 저작물 이용상황에 비추어 보아 앞으로 활용빈도가 높아질 가능성도 희박하므로 廢止하는 것이 바람직하다고 보았다.

그리고 현재 去來費用의 基準이 適定한가의 문제와 관련해서는 日刊新聞에의 公告節次가 폐지될 필요가 있다고 보았으며, 著作財產權의 濫用 문제와 관련하여 현행 승인기각사유에 協議不成立이 저작재산권의 正當한 行使로 評價될 수 있는 경우를 追加할 것을 제안하였다.

한편 客觀的 權利價額 算定과 관련해서는 현행법상 기준을 정하여야 함에도 기준이 설정되어 있지 않은 문제점을 지적하고, 補償金 算定の 基準으로서 1차적으로 市場價格, 그리고 2차적으로 여타 사정을 고려하여 시장가격보다 보상금을 낮게 책정할 수 있다는 原則條項을 시행령에 新設할 것을 제안하였다. 그리고 補償金에 대해서만 다룰 수 있는 구제절차의 도입이 바람직하긴 하나 현재 상황으로는 文化觀光部長官이 補償金額을 事後調整할 수 있다는 취지의 규정을 신설하는 것으로 충분하다고 보았다.

著作權侵害와 관련해서 특히 著作財產權者 不明의 경우 소송을 제기하거나 고소를 제기할 사람이 없어 법적 보호에 空白이 생기고 있음을 지적하고, 이에 대한 대안으로 民事的으로는 해당 종류의 저작물을 집중적으로 관리하는 著作權委託管理業者를 法定訴訟擔當으로 인정하는 방안, 그리고 刑事的으로는 형사소송법 제228조를 활용하는 방안을 제시하였다. 그리고 기타 法制的인 문제점으로는 ‘法定許諾’이라는 용어를 ‘強制許諾’으로 개정, 저작권법 제47조 제2항의 承認表示義務의 擴大, 承認棄却事由를 母法에 규정할 것, 기타 규정에 존재하는 사소한 表現上의 問題點을 지적하였다.

6. 結論으로 法定許諾制度를 규율함에 있어 원칙이 될 수 있는 세 가지 命題를 제시하였다. 즉 法定許諾制度는 제도 본질적으로, 그리고 다른 제도와의 관계에서도 補充性을 가져야 한다는 점, 法定許諾制度 자체는 당사자의 이용촉진과 비용경감을 위해 效率的으

로 再構成되어야 한다는 점, 法定許諾은 저작권법상 제기되는 여러 문제점을 해결하기 위해 언제나 현재상황을 주시하는 力動的인 제도가 되어야 한다는 점 등을 제시하였다. 그리고 앞으로 法經濟學的 方法論이 더 정밀해지고 法定許諾에 대한 實際事例가 축적될 수록 더욱 심도깊은 연구가 가능할 것으로 예견하였다.

주요어 : 법정허락, 강제허락, 거래비용, 코즈 정리(Coase Theorem), liability rule, 저작권법

학번 : 2000-22171

目 次

第1章 序 論.....	1
第1節 研究의 目的.....	1
第2節 先行研究의 檢討.....	3
第3節 論議의 順序.....	5
第2章 法定許諾制度의 概觀.....	7
第1節 概念의 定立.....	7
1. 法定許諾의 概念.....	7
(1) 非自發的 許諾(non-voluntary license) 또는 法定許諾制度.....	7
(2) 法定許諾(statutory license, legal license).....	8
(3) 强制許諾(compulsory license).....	8
(4) 現行 著作權法上 法定許諾概念.....	9
(5) 本 論文의 考察對象.....	9
2. 著作財產權의 制限과 法定許諾.....	10
(1) 序.....	10
(2) 著作財產權 制限의 體系와 法定許諾.....	10
(3) 自由利用과의 區別.....	11
(4) 小結.....	13
第2節 法定許諾制度의 制度的 意義.....	13
1. 文化發展과 法定許諾制度.....	14
2. 國際 知的財產權法과 法定許諾制度.....	14
3. 技術發達과 法定許諾制度.....	15
第3節 世界 各國의 法定許諾制度.....	16
1. 베른 協約.....	16
(1) 放送權과 錄音權.....	17
(2) 開發途上國에 대한 特例 - 翻譯權과 複製權.....	18
① 翻譯權.....	18

② 複製權.....	18
③ 節次規定.....	19
2. 世界著作權協約.....	20
(1) 翻譯權에 대한 強制許諾.....	20
(2) 開發途上國에 대한 特例.....	21
3. 美國.....	21
(1) 2次送信에 대한 強制許諾.....	22
(2) 音盤의 製作 및 配布에 대한 強制許諾.....	22
(3) 鑄貨投入式 電蓄에 의한 公演에 대한 協議利用許諾.....	23
4. 獨逸	23
5. 日本.....	24
(1) 著作權者 不明等の 경우 著作物의 利用(日本 著作權法 第67條).....	24
(2) 著作物의 放送.....	24
(3) 商業用 音盤에의 錄音.....	25
(4) 裁定에 관한 節次 및 基準.....	25
(5) 補償金에 대한 不服.....	26
6. 北韓.....	26
第4節 우리 著作權法上 法定許諾制度.....	26
1. 法定許諾制度의 變遷.....	27
(1) 1957年 著作權法.....	27
(2) 1986年 著作權法.....	28
(3) 1995年 著作權法.....	29
(4) 2000年 著作權法.....	30
2. 法定許諾의 事由.....	30
(1) 著作財産權者 不明의 경우.....	30
(2) 公表된 著作物의 放送.....	33
(3) 販賣用 音盤의 製作.....	33
(4) 實演·音盤 및 放送利用의 法定許諾.....	35
3. 法定許諾의 節次.....	35
(1) 承認申請.....	35

(2) 意見提出節次.....	36
(3) 承認申請의 棄却.....	37
(4) 承認의 通知·條件의 附加.....	37
(5) 補償金의 供託.....	38
4. 法定許諾의 效果.....	39
(1) 著作物의 利用.....	39
(2) 非排他性.....	40
(3) 非讓渡性.....	40
5. 法定許諾承認에 대한 紛爭.....	41
(1) 違法한 法定許諾承認에 대한 救濟手段.....	42
① 利用者에 대한 民事訴訟의 提起.....	42
② 承認에 대한 行政訴訟의 提起.....	43
(2) 違法한 承認申請拒否에 대한 救濟手段.....	43
(3) 法定許諾 條件의 違反.....	43
(4) 補償金에 대한 不服.....	44
6. 法定許諾의 取消·撤回.....	44
(1) 法定許諾의 取消.....	45
(2) 法定許諾의 撤回.....	45
7. 法定許諾의 實際事例.....	46
(1) 英國 語文著作物의 翻譯.....	47
(2) 音樂著作物의 영상노래반주기에의 使用.....	48
(3) 學敎教育目的 音樂CD의 製作.....	49
(4) 인터넷 스트리밍과 다운로드에의 利用 (문화관광부공고 제2001-151호, 관 보 제14967호).....	50
(5) 敎育放送에 映畫放映 (문화관광부공고 제2002-38호, 관보 제15060호).....	50
(6) 幼兒對象 그림책全集에 收錄 (문화관광부공고 제2002-47호, 관보 제15076 호).....	51
(7) 評價.....	51
第5節 類似制度와의 比較.....	52
1. 特許法上 強制實施制度.....	52

2. 컴퓨터프로그램保護法上 法定許諾制度.....	52
3. 有償公有制度(domaine public payant).....	53
4. 免除(exemption).....	53
5. 著作隣接權者의 補償金請求權.....	54
第6節 小結.....	54
第3章 法經濟學的 分析틀의 導入.....	56
第1節 法經濟學的 沿革과 特徵.....	56
1. 法經濟學的 沿革.....	56
2. 法經濟學的 特徵.....	57
第2節 著作權法과 法經濟學	58
1. 著作權法의 兩面性.....	58
(1) 著作權의 沿革과 兩面性.....	58
(2) 實定法과 兩面性.....	59
2. 著作權法과 法經濟學的 親和性.....	60
第3節 코즈 定理(Coase Theorem).....	61
1. 코즈 定理의 內容.....	62
2. 코즈 定理의 意義.....	63
3. 去來費用이 零이 아닌 경우.....	64
4. 權利附與의 基準.....	65
(1) 1次的 基準.....	65
(2) 2次的 基準.....	66
(3) 衡平性 基準.....	66
5. 小結.....	66
第4節 權利保護의 3가지 方式.....	67
1. 序說.....	67
2. 權利保護의 세 가지 方式.....	67
(1) property rule.....	67
(2) liability rule.....	68
(3) inalienability rule.....	69
(4) 세 原則의 竝存可能性.....	69

3. 세 原則 사이의 選擇問題.....	70
(1) property rule과 liability rule.....	70
① 社會的 總效率의 增加.....	71
② 去來費用의 過多.....	72
③ 權利價額의 客觀的 評價.....	74
④ 評價費用의 問題.....	75
⑤ 要件의 整理.....	76
(2) inalienability rule의 選擇基準.....	77
4. 小結.....	78
第4章 法定許諾制度의 法經濟學的 分析.....	79
第1節 著作權法의 權利附與方式.....	79
1. 著作物의 公共財的 特性.....	79
2. 두 가지 接近方法.....	80
3. 著作物에 對한 權利附與의 方式.....	81
(1) 政府의 著作物 創作.....	82
(2) 政府의 補助에 의한 民間의 創作.....	83
(3) 民間의 創作에 對한 著作權의 認定.....	83
(4) 物件에 對한 所有權의 認定을 통한 保護.....	84
4. 著作財產權의 制限.....	85
5. 現行 著作權法의 權利附與方式에 對한 評價.....	85
第2節 著作權의 權利保護方式.....	86
1. property rule의 適用.....	86
2. liability rule의 適用.....	87
3. inalienability rule의 適用.....	87
4. 小結.....	88
第3節 現行 著作權法上 強制許諾의 具體的인 檢討.....	88
1. liability rule과 強制許諾.....	88
2. 社會的 總效率의 增加.....	88
(1) 利用者의 效用增加 側面.....	89
(2) 著作財產權者의 效用減少 側面.....	89

① 適切な 補償의 問題.....	90
② 著作者의 人格權.....	90
(3) 現行 著作權法의 檢討.....	93
3. 去來費用의 過多.....	95
(1) 情報費用의 過多	95
(2) 交渉費用・契約締結費用의 過多.....	96
(3) 權利濫用과의 聯關性.....	97
(4) 現行 著作權法의 檢討.....	98
① 情報費用 側面.....	98
② 交渉・契約締結費用 側面.....	99
4. 權利價額의 客觀的 評價.....	100
(1) 著作權利用 補償金의 客觀的 評價.....	100
(2) 現行 著作權法의 檢討.....	100
5. 評價費用이 過多하지 않을 것.....	101
6. 小結.....	101
第4節 現行 法定許諾制度의 問題點과 改善方向.....	102
1. 序論.....	102
2. 社會的 總效率을 達成하는 경우인가.....	102
3. 去來費用의 基準은 適正한가.....	106
(1) 著作財産權者 不明의 경우.....	107
(2) 協議不成立의 경우.....	109
4. 客觀的으로 權利價額이 正해지고 있는가.....	109
(1) 客觀的 基準 不在의 問題.....	110
(2) 補償金에 대한 不服 問題.....	111
5. 著作權侵害에 대한 救濟와 法定許諾.....	112
(1) 法定訴訟擔當 制度의 導入.....	112
(2) 親告罪와 關聯된 問題.....	113
6. 其他 法制的인 問題點.....	116
(1) 題目의 改正.....	117
(2) 承認表示義務의 擴大.....	117

(3) 承認棄却事由를 著作權法에 規定.....	118
(4) 其他 表現上의 問題點	118
第5章 結 論 - 法定許諾制度의 올바른 자리매김.....	120
1. 法定許諾에 대한 세 가지 命題.....	120
(1) 法定許諾은 補充的이어야 한다.....	120
(2) 法定許諾은 效率的이어야 한다.....	121
(3) 法定許諾은 力動的이어야 한다.....	122
2. 本 論文의 限界와 意義.....	123

第1章 序 論

第1節 研究의 目的

著作權法은 민법 기타 다른 법률과는 크게 다른 본질적 특징을 갖고 있다. 所有權, 人身의 自由 등의 권리가 天賦的인 것으로 인정되어 절대적인 보호가 주장된 것과는 달리, 저작권은 권리의 인정여부, 그리고 그 범위와 제한여부에 대해 언제나 격론이 벌어져 왔다. 물론 현재는 대부분의 국가에서 저작권이 저작자의 당연한 권리로 인정되고 있지만, 그 권리는 여타의 권리에 비해서 상당히 제한된 권리일 수밖에 없음은 모든 사람들이 일치하여 인정하는 바이다. 즉 모든 법률문제에서 근본적으로 利益衡量의 문제가 등장하게 되지만, 특히 저작권법에서는 저작권자와 저작물의 사용자 사이의 이익형량이 그 어느 법 분야보다도 강조되고 있으며, 이는 저작권법을 이해함에 있어서 저작권법을 단순히 民法의 特別法으로 보고 기존의 해석론을 유추하여 그와 유사하게 접근하기보다는 저작권법에 특유한 새로운 접근방법이 필요한 것이 아닌가하는 의문을 제기하게 한다.

이 논문에서는 이러한 저작권법의 이익형량적 요소에 대해 고찰하기 위해 그 전략적 대상으로 著作權法上 法定許諾制度를 선택하였다. 法定許諾制度를 주제로 선택한 이유는 크게 다음 3가지로 요약될 수 있다.

(1) 모든 저작권 규범에는 저작자와 이용자의 대립되는 입장이 어느 정도 반영되어 있지만, 法定許諾制度는 저작자의 의사와 상관없이, 더 나아가서 저작자의 의사에 반하는 이용 역시 가능하게 한다는 점에서 양자의 입장이 가장 첨예하게 부딪히는 영역이라 할 수 있다. 따라서 法定許諾制度는 저작자와 이용자의 力學的 函數關係를 고찰하는데 있어 도구적으로 적합한 제도로 판단된다. 法定許諾制度의 이러한 限界의 위치는 法定許諾의 要件, 그리고 허락으로 인해 지급되어야 할 補償金 양자에 걸쳐 나타난다.¹⁾

1) 미국 저작권법은 法定許諾制度의 한계적 성격을 보상금지급기준 설정에 반영하고 있다. 즉 저작권사용료중재패널이 사용료의 요율 기타 조건을 정함에 있어서 고려해야 할 요소들로, ① 창조적 저작물에 대한 일반 공중의 사용을 극대화, ② 현재의 경제적 조건 하에서 저작권자에게는 그의 창조적 저작물에 대하여 공정한 보수를, 저작권 사용자에게는 공정한 수입을 확보하여 주고, ③ 창조적 기여분, 기술적 기여분, 자본 투자, 비용, 위험 및 창조적인 표현에 대한 새로운 시장의 개방 및 그 통신을 위한 매체와 관련하여, 저작권자와 저작권 사용자의 대립적

(2) 오늘날 지적재산권제도는 국내적인 문제를 떠나 國際的인 問題로까지 비화되었다. 즉 지적 창작물을 풍부하게 소유하고 있는 선진국과 그렇지 못한 개발도상국 사이에 지적재산권 규범을 어떻게 설정하여야 할 것인가에 관해 날카로운 대립을 보이고 있으며, 이는 지적재산권에 관한 국제규범의 창설을 어렵게 하고 있는 가장 큰 이유이다. 法定許諾制度는 결국 저작권자보다는 利用者를 위한 제도(access-oriented)라 할 수 있는데, 이에 주목하여 개발도상국들은 법정허락의 범위를 최대한 확장하려는데 비해 선진국은 그 범위를 엄격하게 제한하려 하여 이들 사이에 法定許諾制度의 허용범위에 대한 날카로운 입장대립이 존재한다.²⁾ 따라서 적정한 이익형량에 의한 法定許諾의 모범적 형태를 제시하는 것은 앞으로 선진국과 개발도상국 양자간의 대립을 해소시킬 수 있는 합리적인 기준을 제공해줄 수 있다.

(3) 法定許諾制度는 1957년 처음으로 우리나라 저작권법이 제정될 때부터 존재해온 오랜 역사를 가진 제도이다. 그러나 그 이후 50여년이 지난 오늘날까지 法定許諾이 실제로 이용된 사례는 10건이 채 되지 않으며, 특히 저작권법 제48조와 제50조에 의한 法定許諾 이용 사례는 단 한 건도 없다. 즉 法定許諾制度는 제도의 역사와 저작권법상 존재의의에 비하여 실제 활용되는 빈도가 터무니없이 낮아서 거의 死文化된 제도인 것이다. 그러므로 이처럼 法定許諾制度가 활용되고 있지 않은 이유가 무엇인지, 그리고 法定許諾制度를 활성화시킬 수 있는 입법적·제도적 개선방안은 과연 무엇인지, 아니면 법정허락제도는 궁극적으로 폐지되어야 할 제도인지 여부를 검토하여야 할 필요가 있다. 특히 북한과의 교류가 점차 증진되고 남북 화해분위기가 조성되면서 북한의 저작물에 대한 수요가 앞으로 급격히 늘어날 것으로 보이는데³⁾, 북한의 저작권체계는 이제 처음 첫 발을 내딛던 상태일 뿐이어서⁴⁾ 정상적인 저작물 이용허락에 많은 문제가 있을 것으로 보인다.⁵⁾ 이

역할이 공중의 이용에 제공되는 생산품에 반영되도록 하고, ④ 관련 산업의 구조 및 일반적으로 유효한 산업상의 관행 등에 대한 파괴적인 영향을 극소화시키는 것을 들고 있다. 미국 저작권법 제801조 (b) (1) (A)(B)(C)(D)

2) 실제 이러한 대립은 베른협약의 개정시에 크게 문제가 되었으며, 1967년 스톡홀름 개정에서 채택된 개발도상국을 위한 특혜규정은 이러한 날카로운 대립의 타협의 산물이다.

3) 특히 남북정상회담, 금강산 관광, 2002년 부산 아시안게임 등 북한과 관련한 많은 사건이 최근 연달아 일어남으로 인해 우리나라 방송은 북한의 영화, 북한 관련 다큐멘터리 등 북한의 저작물을 이용한 특집 프로그램을 많이 제작하여 방송하였다.

4) 북한은 2000년에야 처음으로 저작권법을 제정하였다.

경우 法定許諾制度는 북한의 저작물을 이용함에 있어 큰 중요성을 띠는 제도로 탈바꿈할 수도 있는 것이다. 따라서 法定許諾制度에 대한 재조명은 이러한 관점에서도 꼭 필요하다.

第2節 先行研究의 檢討

特許法上 強制實施制度는 국제적으로도 첨예한 논쟁거리이며⁶⁾, 이와 관련한 국제적·국내적 논의 역시 많이 축적되어 있다. 이에 비해 본질적으로 유사한 특징을 갖고 있는 著作權法上 法定許諾制度에 대하여는 그 연구결과가 상대적으로 미비하다. 이는 해외에서 法定許諾制度에 대해 활발한 논의가 이루어지고 있으며, 통계를 비롯한 각종 자료가 웹상으로 제공되는 것과 비교할 때 너무나 큰 차이라고 하지 않을 수 없다. 우선 국내 문헌 중 저작권법상 法定許諾에 관하여 심도있게 다루고 있는 문헌은 거의 찾을 수 없었다. 法定許諾制度는 저작권법에 관해 전반적으로 다루고 있는 교과서적인 문헌에서 한節로서 간단히 다루어져 있는 것이 대부분이며, 그나마 조문의 단순한 소개와 이에 대한 간단한 해석론에 그치고 있다. 法定許諾을 대상으로 하여 본격적으로 다루고 있는 논문으로는 국회도서관 검색 결과 李浩興의 ‘著作權法上 強制許諾制度에 관한 考察’이 유일하였다.⁷⁾ 그러나 이 논문은 저작권법상 強制許諾制度에 대해 法制史的, 그리고 현행 조문에 대한 一般的 解釋論에 그치고 있으며, 法定許諾制度의 本質에 대한 심도있는 논의는 펼치지 않고 있다.

한편 法經濟學에 관한 문헌, 특히 본고에서도 전반적으로 참조하고 있는 Coase⁸⁾와

5) 大法院은 북한의 저작물이라 하여도 북한에는 우리나라의 저작권법이 적용되는 것이므로, 저작재산권자로부터 저작재산권을 양수받거나, 이용허락, 또는 장관의 승인하에 法定許諾을 받지 않는 이상 저작물을 이용할 수 없다고 명시적으로 판단한 바 있다. 大法院 1990. 9. 28. 判決 89누6396

6) 특허제도를 통해 선진국이 기술을 독점한 결과 이로 인해 피해를 보고있는 개발도상국에게 강제허락(강제실시)제도는 매우 중요한 의미를 지니며, 따라서 특허권에 관한 파리조약의 개정시에는 항상 국가간의 이해가 첨예하게 대립되어 문제가 되고 있다고 한다. 丁相朝, “知的所有權 濫用の 規制”, 서울대학교 法學 제36권 3·4호(1995), p.99

7) 李浩興, “著作權法上 強制許諾制度에 관한 考察”, 明知大學校 法學碩士學位論文(1997)

8) Ronald H. Coase, “The Problem of Social Cost”, 3 The Journal of Law and Economics 1(1960)

Calabresi & Melamed⁹⁾의 논문에 대한 문헌은 상당히 많이 축적되어 있는 실정이다. 그리고 법경제학적 시각을 법학 기타 사회의 여러 분야에 적용시켜보려는 노력 역시 지금까지 많이 시도되었으며¹⁰⁾, 법경제학은 이제 법학의 일반적인 방법론 중의 하나로 확고히 자리매김하고 있다. 법경제학적 시각으로 다루지는 많은 주제 중에서 지적재산권은 無體財產이라는 재화의 본질적 특징, 그리고 이익형량이 그 어느 법제보다 중요시된다는 법제 자체의 특징으로 인해 예로부터 법경제학의 주요 분석테마 중 하나가 되어왔다. 그러나 이러한 법경제학적 분석의 대부분은 특허법을 대상으로 하고 있어 저작권법에 대한 분석은 상대적으로 소홀한 상태였다.¹¹⁾ Landes & Posner의 ‘An Economic Analysis of Copyright Law’는 저작권법을 법경제학적 시각으로 바라본 선구적인 문헌이며¹²⁾, 특히 저작권법상 法定許諾制度를 다룬 문헌으로 R. S. Lee의 ‘An Economic Analysis of Compulsory Licensing in Copyright Law’¹³⁾, Thomas Gallagher의 ‘Copyright, Compulsory Licensing and Incentives’¹⁴⁾ 등을 찾을 수 있었다. 한편 국내문헌으로서 저작권법에 코즈 정리의 도입을 시도한 문헌으로 丁相朝의 ‘법경제학의 동향과 쟁점’이 있으며¹⁵⁾, 저작권의 권리침해제도에 대해 경제학적으로 분석한 문헌으로 李性燮·朴俊國의 ‘知的財産權 權利侵害와 保護制度의 問題點’이 있다.¹⁶⁾

선행연구 검토에서 알 수 있는 것은, 法經濟學은 현재 무서운 속도로 성장하고 있으며

9) Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, "Property rules, Liability rules, and Inalienability : One View of the Cathedral", 85 Harvard Law Review 1089 (1972)

10) 현재 법경제학은 그 분석대상에 소유권법, 계약법, 불법행위법 등의 민사법 뿐만 아니라 소송제도, 범죄와 형벌, 심지어 헌법까지 포함시키고 있어, 거의 법과 관련된 모든 문제를 분석대상에 포함시키고 있다.

11) 이는 특허법을 비롯한 소위 공업소유권법들은 기술발명을 촉진함으로써 경제발전에 기여하기 위한 법제도라는 인식이 초기부터 일반화되어 있었던 것에 비해 저작권법은 문화와 예술을 보호하기 위한 법제도이기 때문에 경제와는 무관한 것으로 인식되어 왔다는 점에 기인한다. 정상조, “법경제학의 동향과 쟁점”, 법과사회 6(’92. 7), pp.227

12) William M. Landes & Richard A. Posner, “An Economic Analysis of Copyright”, 18 Journal of Legal Studies 325, pp.325-363

13) R.S. Lee, “An Economic Analysis of Compulsory Licensing in Copyright Law”, Western New England Law Review vol.5 (1982), pp.203-226

14) Gallagher, T., "Copyright, Compulsory Licensing and Incentives", Oxford Intellectual property Research Centre Working Paper Series No. 2, May 2001 <<http://www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP0201.html>>

15) 정상조, “법경제학의 동향과 쟁점”, 법과사회 6(’92. 7), pp.220-233

16) 李性燮·朴俊國, “知的財産權 權利侵害와 保護制度의 問題點”, 私法과 法執行(朴世逸·金一仲 編), 法文社, pp.345-370

그 대상의 폭과 연구의 깊이도 날로 넓고 깊어지고 있다는 점, 현재 지적재산권 제도에 대해 법경제학적으로 분석하려는 시도는 많았으나, 이는 주로 특허법에 대한 일반적·거시적인 통찰에 머무르고 있어 저작권법상 法定許諾制度에 대해 구체적으로 논한 문헌은 드물고, 특히 우리나라의 현행 저작권법상 法定許諾制度에 대해 법경제학적으로 분석한 문헌은 전무했다는 점 등이다. 따라서 이하에서는 위 선행연구를 참조하여 法定許諾制度가 저작권법에서 가지는 의미가 무엇인지, 그리고 法經濟學的으로 法定許諾制度를 바라보았을 때 法定許諾制度의 문제점과 개선방안은 어떤 것이 있는지에 대해 보다 구체적으로 살펴보기로 한다.

第3節 論議의 順序

우선 이 논문의 주제인 法定許諾制度에 대해 대략적인 모습을 살피고 이에 대한 기존의 논의를 정리하도록 한다. 法定許諾이라는 개념에 대한 혼란을 정리한 후, 法定許諾制度의 기본적인 취지, 그리고 세계 각국은 어떠한 형태의 法定許諾制度를 채택하고 있는지 비교법적으로 검토하도록 한다. 이어서 우리나라의 현행 法定許諾制度에 대한 일반적인 해석론을 살피고, 다른 법제도상의 유사제도와 法定許諾制度를 비교하여 그 특징을 밝히도록 한다.

그 다음 法定許諾制度를 분석하기 위한 새로운 도구로서 法經濟學的 方法論을 소개한다. 일단 법경제학적 방법론이 저작권법을 분석함에 있어 왜 유용한지 그 必要性을 언급한 후, 구체적으로 분석에 사용될 법경제학적 틀을 정립한다. 특히 去來費用의 중요성, 그리고 거래비용을 사용하여 권리보호원칙 중 liability rule의 요건을 정식화하기로 한다.

마지막으로 위에서 정식화한 법경제학적 분석틀을 현행 저작권법, 특히 法定許諾制度에 적용시켜본다. 우선 저작권법상 권리보호가 어떤 방식을 통해 이루어지고 있는지 알아보고 法定許諾制度는 기본적으로 liability rule에 입각해 있음을 밝힌다. 그리고 liability rule의 요건을 법정허락제도에 적용시켜 현행 法定許諾制度의 내용을 법경제학적으로 재조명해본다.

마지막으로 위의 분석을 바탕으로 현행 法定許諾制度는 어떠한 문제점을 갖고 있는지 살펴보고 이에 대한 대안을 나름대로 제시하려 한다. 그리고 결론으로서 法定許諾制度의 制度的 本質은 무엇인지 다시 한 번 되짚어보고 이와 관련한 몇 가지 명제를 도출한 후,

본 논문의 限界와 앞으로의 研究課題를 제시하기로 한다.

第2章 法定許諾制度의 概觀

第1節 概念의 定立

1. 法定許諾의 概念

저작권법은 제2장 제9절의 제호로 ‘著作財産權의 法定許諾’이라는 용어를 사용하고 있다. 그러나 講學上 논의되고 있는 法定許諾과 저작권법이 사용하고 있는 法定許諾의 의미는 약간 상이하며, 강학상의 法定許諾의 개념에 대해서도 학자들간에 완전한 일치를 보이고 있지는 않다. 논의의 정확성을 기하기 위해 이 논문에서 사용하는 몇 가지 개념의 의미를 정립하기로 한다.

(1) 非自發的 許諾(non-voluntary license) 또는 法定許諾制度

원칙적으로 저작권자의 허락 없는 저작물 이용은 저작권의 침해가 된다. 그러나 때로는 저작물의 이용을 위해 저작권자 본인의 의사와는 상관없이 허락의 존재가 擬制되기도 한다. 이러한 경우를 통틀어서 非自發的 許諾(non-voluntary license) 또는 擬制許諾이라고 하며, 이와 관련된 제도 전체를 폭넓게 지칭할 경우 法定許諾制度라는 용어를 사용한다. 한편 해외에서 強制許諾(compulsory license)이라고 할 경우에는 아래에서 설명하는 狹義의 強制許諾과 法定許諾을 포함하여 法定許諾制度를 一般的으로 가리키는 경우가 많으며(이를 廣義의 強制許諾이라 한다),¹⁷⁾ 따라서 구체적으로 어떤 제도가 어떤 성격을 갖고 있는지는 명칭에 구애되지 않고 그 實質을 살펴보아야 한다. 예를 들어 미국 저작권법은 제111조부터 제119조에 이르기까지 다양한 종류의 法定許諾制度를 규정하고 있는데, 각종 문헌에서 이를 통칭하여 強制許諾(compulsory license)이라 지칭하는 경우가 많다.¹⁸⁾ 본 논문에서는 비자발적 허락이 이루어지는 모든 경우를 총칭하여 法定

17) 許燦成, 2000 新著作權法 逐條概說(上), 저작권아카데미(2000), p.432

18) 그러나 미국 저작권법은 強制許諾(compulsory license)과 法定許諾(statutory license)을 분명히 구분하여 사용하고 있다. 예를 들어 미국 저작권법 제115조는 음악저작물의 強制許諾(compulsory license)에 대해 규정하고 있고, 제119조는 슈퍼스테이션과 네트워크 방송국에 대

許諾‘制度’라 하기로 한다.

非自發的 許諾은 저작권자의 허락이 원칙적으로 필요함에도 저작권자의 허락 없이(또는 의사에 반하여) 저작권의 이용이 허락되는 경우를 총칭하는 개념으로서, 그 외연이 아주 넓다. 이는 다시 法定許諾과 強制許諾으로 나뉘어진다.

(2) 法定許諾(statutory license, legal license)

講學上の 法定許諾이라 함은 법에 규정된 일정한 요건이 충족될 경우 저작권자의 허락이 법규에 의해 자동적으로 의제되는 경우를 말한다. 즉 저작권자의 허락은 물론 제3자의 허락도 필요하지 않고, 다만 법률에서 정한 조건에 따라 일정한 사용료만 지급하면 타인의 저작물을 이용할 수 있는 경우이다.¹⁹⁾ 제3자의 개입이 없이 허락이 法規에 의해 自動的으로 擬制된다는 점에서 아래의 強制許諾과 구별된다. 즉 強制許諾과 法定許諾은 허락이 의제되는 것이 法規에 의해서인지 아니면 第三者에 의해서인지에 따라 구별된다. 저작권법 제23조는 학교교육목적의 저작물 이용을 허용하는 대신 동조 제3항에서 보상금 지급의무를 규정하고 있는데, 이는 전형적인 法定許諾에 해당한다. 그러나 실제로는 강제허락을 포함하여 비자발적 허락이 인정되는 모든 경우를 法定許諾이라 하기도 하여 개념상의 혼란이 있다.

이와 같이 해석하는 것이 通說이나, 이와는 달리 法定許諾과 強制許諾의 구별기준을 著作權者와의 協議節次가 사전에 필요한지 여부에 두는 견해가 있다.²⁰⁾ 이에 의하면 현행 저작권법 제47조는 저작권자와 협의할 수 없어 협의절차가 존재하지 않는 경우이므로 強制許諾이 아니라 法定許諾에 해당하게 된다. 그러나 強制許諾의 제도적 존재의의는 구체적인 허락이 타인에 의해 이루어진다는 점에 있는 것이며, 저작자와 협의가 있었느냐 여부는 본질적인 것이 아니다. 그러므로 통설과 같이 허락의 主體가 법규인지 제3자인지에 따라 양자를 구분하는 것이 타당하다고 본다.

(3) 強制許諾(compulsory license)

講學上の 強制許諾이란 저작재산권자와 저작물 이용 희망자 사이에 협의를 이루어지

한 法定許諾(statutory license)에 대해 규정하고 있다.

19) WIPO, Glossary, WIPO(1980), p.50

20) 韓勝憲, 著作權의 法制와 實務, 三民社(1988), p.63

지 않았을 때, 저작재산권자에 대하여 권한있는 제3자가 보상금 지급을 조건으로 그 저작물 이용허락을 강제하는 것, 혹은 그렇게 하여 강제로 의제된 허락 자체를 의미한다. 저작권자의 의사에 반하여서도 허락이 강제된다는 점, 보상금 지급이 조건이라는 점에서 위 法定許諾과 같으나, 요건이 충족되면 당연히 허락이 의제되는 것이 아니라 제3자의 介入으로 허락이 강제된다는 점에서 法定許諾과 차이가 있다.²¹⁾ 그러나 위의 法定許諾과 마찬가지로, 強制許諾 역시 講學上 法定許諾을 포함하는 의미로 사용되는 경우가 많으며 이를 고려하여 강제허락을 廣義와 狹義로 나누기도 한다. 이 경우 위에서 설명한 의미에서의 強制許諾은 狹義의 強制許諾에 해당한다.

(4) 現行 著作權法上 法定許諾概念

현행 저작권법 제2장 제9절의 제목은 ‘著作物利用의 法定許諾’으로 되어 있다. 그러나 구체적인 내용을 살펴보면 제47조 내지 제50조까지 공히 문화관광부 장관의 승인을 法定許諾의 요건으로 하고 있는바, 이는 제3자의 개입이 요구된다는 점에서 講學上의 強制許諾(狹義의 強制許諾)에 속한다고 하겠다. 즉 法定許諾에 대해 규정하고 있는 우리나라 저작권법 제2장 제9절은 실질적으로 狹義의 強制許諾에 대한 규정이다.²²⁾ 그러나 自由利用, 法定許諾, 그리고 強制許諾은 엄연히 구별되는 개념이고 그 제도적 의의와 특성도 다르므로 이를 구별하여 명확히 하는 改正이 이루어질 필요가 있다.

(5) 本 論文의 考察對象

이하에서 살펴보는 바와 같이 저작물에 대한 利用許諾, 法定許諾, 그리고 強制許諾 이 3가지 제도는 그 영역에 있어서 서로 밀접한 관련을 맺고 있다. 따라서 위 제도들은 저작권의 제한과 관련하여 같이 논의되는 경우가 많고, 특히 法定許諾과 強制許諾은 그 제도의 취지가 유사하므로 대개 함께 논의된다. 그러나 양자는 세부적인 면에서 많은 차이를 보이고 있어 같이 다루기에는 그 범위가 너무 넓고, 또한 講學上 法定許諾에 대해서는 각종 補償金 제도와 연계하여 이미 다양한 연구가 이루어지고 있으므로, 이하에서는

21) 제3자의 개입이 전제된다는 점, 제3자의 결정에 구속력이 있다는 점 등에 착안하여 강제허락을 裁定許諾이라 부르는 견해도 있다. 宋永植·李相理·黃宗煥, 知的所有權法(下)(第7全訂版), 育法社(2001), p.651

22) 국내의 通說이다. 예를 들어 許燾成, 전거서, p.433

저작권법 제2장 제9절에 규정되어 있는 強制許諾을 중심으로 고찰하도록 한다. 다만 저작재산권의 제한이라는 점에 있어서는 強制許諾과 法定許諾이 유사한 점이 많으므로 그 취지와 존재의의, 법경제학적 분석에 있어서 양자가 본질적으로 공통되는 한도에서는 法定許諾制度 전체를 대상으로 삼기도 할 것이다. 다만 저작권법이 ‘法定許諾’이라는 용어를 이미 사용하고 있으므로, 아래에서는 強制許諾과 法定許諾이라는 개념을 같이 사용하기로 한다. 즉 法定許諾이란 용어를 사용하더라도 ‘講學上’ 혹은 ‘狹義의’ 法定許諾이라고 특별히 제한하지 않는 한 強制許諾을 의미하는 것이다. 또 양자를 같이 언급할 경우에는 ‘法定許諾制度’라는 용어를 사용한다.

2. 著作財産權의 制限과 法定許諾

(1) 序

저작권법 제2장 제6절은 ‘저작재산권의 제한’이라는 제목 아래 自由利用이 가능한 다양한 경우를 열거하고 있다. 저작재산권에 대한 法定許諾制度도 넓게 보았을 때 저작재산권의 제한의 일종에 포함되므로 著作物의 自由利用과의 구별이 문제된다.

(2) 著作財産權 制限의 體系와 法定許諾²³⁾

저작권에 대해서는 저작자의 권리와 공중의 이용간에 균형을 추구한다는 저작권법의 목적상 많은 제한이 본질적으로 예정되어 있다. 이러한 제한은 크게 다음과 같이 4가지 양태로 구분 가능하다.

a. 가장 먼저 저작물의 要件에 의한 제한이 있다. 저작권법은 모든 인간의 모든 정신적 노력을 보호하지는 않으며, 저작권법상 저작물의 요건²⁴⁾에 해당하는 경우에만 저작권을 부여하여 보호한다. 이는 저작권의 制限이라기 보다는 저작권법의 適用與否를 결정하는

23) 郭京直, “著作權의 制限에 關한 研究”, 서울大學校 法學碩士學位論文(1990), p.7

24) 저작권법 제2조 제1호는 저작물에 대하여 ‘文學·學術 또는 藝術의 범위에 속하는 創作物을 말한다’고 규정하고 있는데, 通說은 이에 따라 저작물의 요건으로 ①문학·학술 또는 예술의 범위에 속할 것, ②창작성이 있을 것, ③사상이나 감정을 표현한 것일 것 등 3가지를 들고 있다. 吳承鐘·李海完, 著作權法(改訂版), 博英社(2000), p.19

것으로서, 저작권 제한의 前提라고 볼 수 있다. 저작권의 제한은 저작권의 존재를 전제하기 때문이다.

b. 원칙적으로 저작물성이 인정되는 저작물이라 하더라도, 특정한 종류의 저작물에 대해서는 例外的으로 저작권이 인정되지 않는다. 저작권법 제7조는 ‘보호받지 못하는 著作物’이라는 제호 아래 法令, 告示, 法院의 判決 등을 열거하고 있다. 물론 일반 소유권에 대해서도 禁制品 등에 대해서는 소유권이 인정되지 않는다. 그러나 後者の 경우 그 이유가 금제품은 사회에 대해 해악을 끼칠 수 있는 물품이어서 접근 자체를 禁止하기 위함에 있는데 비해, 前者의 경우는 오히려 이를 개인의 소유로 놓아두는 것보다 일반 대중 모두의 접근이 容易할 수 있도록 하기 위해 개인의 소유를 금지하는 데 있다는 점에서, 양자는 근본적으로 그 취지가 다르다.

c. 저작권은 원칙적으로 保護期間을 가짐으로써 時的인 限界를 갖는다. 저작재산권은 특별한 경우를 제외하고는 저작자의 生存하는 동안과 死亡 후 50년간 존속하는데(저작권법 제36조 제1항), 이 기간을 경과하면 저작물은 더 이상 배타적 독점의 대상이 아니라 일반 公衆의 領域(public domain)에 있게 되어 자유로운 이용이 가능하다. 이는 일반 소유권이 永久無限의 기간을 갖는 것과는 크게 대조되는 모습이다(民法 제162조 2항 참조).

d. 저작권법의 보호대상이 되는 저작물이라 하더라도 일정한 目的 및 方式에 의한 이용의 경우에는 저작권자의 허락없는 이용이 가능하다. 앞의 제한이 저작권의 범위를 결정하는 것으로서 著作權의 外的 制限이라고 불릴 수 있다면, 여기서의 제한은 원칙적으로 저작권이 인정되는 경우임에도 예외적으로 제한된다는 점에서 著作權의 內的 制限이라고 불릴 수 있을 것이다. 이는 補償金を 지불하여야 하는 경우와 지불하지 않아도 되는 경우로 크게 나뉘는데, 前者가 바로 위에서 설명한 非自發的 許諾에 해당한다. 後者の 경우로는 저작권법 제2장 제6절 이하에서 규정하고 있는 ‘著作財産權의 制限’이 있다.

(3) 自由利用과의 區別

저작권법 제2장 제6절의 ‘著作財産權의 制限’과 法定許諾制度의 차이를 알기 위해 ‘自

自由利用'이라는 개념에 대해 살펴보는 것이 필요하다. 일반적으로 著作物의 自由利用이라는 개념은 일반 공중이 저작권자의 허락을 받지 아니하고 저작물을 자유로이 이용할 수 있는 경우를 의미하는데, 자유이용이 인정되는 만큼 저작재산권은 반사적으로 제한을 받게 되는 것이므로 이는 위에서 언급한 著作權 制限의 體系와 동전의 양면을 이루는 개념이다. 自由利用은 다음과 같이 여러 가지 의미로 사용되고 있다.²⁵⁾

① 最廣義 : 타인의 저작물을 그것이 저작권의 보호를 받는 저작물인지 여부를 불문하고 자유로이 이용할 수 있는 모든 경우를 말한다. 위 저작권 제한의 체계에서 a, b와 c의 경우를 포함한다고 할 수 있다.

② 廣義 : 저작권이 보호되는 타인의 저작물을 저작권자의 허락 없이 이용할 수 있는 모든 경우를 말한다. 위 체계에서 d의 경우에 한정하여 사용되는 개념이다.

③ 狹義 : 廣義의 自由利用 중 法定許諾制度에 의한 저작물 이용을 제외한 것, 즉 저작권법 제2장 제6절의 '著作財産權의 制限'에 규정된 부분을 지칭하는 개념이다. 일반적으로 저작권법상 자유이용이라고 하면 이러한 狹義로 이해되고 있다.

위와 같이 自由利用을 협의의 개념으로 이해할 경우 法定許諾制度和 自由利用은 다음과 같이 구분될 수 있다. 우선 自由利用은 저작권자의 저작재산권의 범위 자체를 설정하는 역할을 한다. 즉 원칙적으로 저작재산권이 미치는 부분이긴 하지만 법규에 의해 개별적인 경우에 영역이 제한되어, 그 영역에서는 자유로운 저작물 이용이 가능한 경우이다. 따라서 저작권자의 허락은 애초에 문제가 되지 않으며, 보상금의 지급 역시 문제가 되지 않는다. 그러나 法定許諾制度의 경우 이는 저작재산권의 영역에 당연히 포함이 되고, 따라서 그 이용에는 당연히 저작재산권자의 허락과 보상금의 지급이 이루어져야 하는 경우이며, 다만 허락의 존재 자체만 법규 또는 제3자에 의해 의제될 뿐이다. 그렇다면 自由利用, 法定許諾, 強制許諾, 이 3가지 제도는 저작재산권의 제한정도(즉 저작물 이용자에게 허락되는 자유의 정도)와 관련하여 다음과 같이 정리될 수 있다.

우선 自由利用이 말 그대로 이용자에게 가장 큰 자유를 준다. 이 경우 법규에 규정된 요건에 해당하기만 하면 그 안에서 자유로운 저작물 이용이 가능하다. 이보다 조금 더 제한이 가해지는 것이 講學上 法定許諾이며, 이 경우 이용자는 直接的으로 혹은 間接的

25) 吳承鐘·李海完, 전제서, p.310

으로 이용에 대한 대가를 지불하여야 한다.²⁶⁾ 그러나 自由利用과 法定許諾은 법규에 의해 일정 유형에 대해 一般的인 이용의 자유가 주어진다라는 점에서 공통점을 갖고 있다. 講學上 法定許諾보다 더 큰 제한이 바로 強制許諾이며, 이 경우는 앞의 두 경우에 비할 때 허락이 일반적이 아니라 個別的이라는 점에 가장 큰 차이가 있다. 즉 일반적인 허락이 주어지는 것이 아니라 특정인에게 특정상황 아래서 제3자(대개는 정부)에 의해 개별적인 허락이 주어지는 것이다. 이를 표로 정리해 보면 다음과 같다.

	自由利用	法定許諾	強制許諾
사유	일반적	일반적	개별적
보상금	×	○	○

(4) 小結

저작권법이 사용하고 있는 ‘著作財産權의 制限’과 ‘法定許諾’은 강학상의 엄밀한 구분과는 잘 맞지 않는 용어이다. 저작권법 제2장 제6절의 ‘著作財産權의 制限’은 講學上 狹義의 自由利用에 해당하며, 제2장 제9절의 ‘法定許諾’은 講學上 強制許諾에 해당한다. 그리고 自由利用과 強制許諾, 法定許諾은 다 같이 저작권 제한 체계에서 핵심적인 위치를 차지하고 있다.

第2節 法定許諾制度的 制度的 意義

26) 直接的으로 지불하는 예로서 우리나라 저작권법 제23조의 ‘學校教育目的 等에의 利用’이 있다. 이 규정에 의하여 저작물을 이용하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 문화관광부장관이 정하는 기준에 의한 보상금을 저작재산권자에게 지급하거나 이를 공탁하여야 한다. 間接的으로 지불하는 방법은 세계적으로 보다 광범위하게 채택되어 있는데, 예를 들어서 호주, 독일, 일본 등에서 채택되어 있는 私的複製 補償金制度가 이에 해당한다. 호주 저작권법 제135조 ZZM은 개인적 시설에서 공표된 녹음물의 복제물을 제작하는 경우, 그 복제물이 인가일 이후 그 제작자의 개인적 및 가정 내 이용을 위하여 공테이프에 복제되는 때에는 저작권 침해를 구성하지 아니한다고 규정함과 동시에, 제135조 ZZN, 제135조 ZZP에서는 공테이프를 호주에서 최초로 판매, 대여, 그 밖의 방법으로 배포한 판매업자에게 공테이프 사용료를 지급하도록 하고 있다. 이때 판매자는 자신이 배포하는 공테이프의 가격에 자신이 지급한 사용료를 반영시킬 것이므로, 궁극적으로는 공테이프를 구입하는 소비자가 사용료를 간접적으로 부담하는 셈이다.

1. 文化發展과 法定許諾制度

일반적으로 法定許諾制度의 제도적 의의는 저작물의 폭넓은 사회적 이용을 가능하게 함으로써 저작물의 문화적 가치를 일반국민이 향유하도록 하는데 있다고 설명된다. 어떤 저작물을 이용하고자 하는 수요가 있다는 것은 그것이 타인의 창작활동 기타 일반공중의 문화생활에 도움이 된다는 간접적인 증거이다. 저작물을 死藏 상태로 놓아두는 것보다 적절한 보상하에 이용될 수 있도록 법적인 제도를 강구하는 것이 저작권법의 목적에 보다 합치되는 것이며, 이에 따라 法定許諾制度는 세계 각국에 공통적으로 인정되고 있는 제도이고 저작권에 관한 國際協約에서도 공통적으로 이에 관해 규정하고 있다. 즉, 문화발전을 위해 법정허락제도가 필요하다는 제도의 취지와 존재의의 자체에 대해서는 국제적으로 일반적인 합의가 성립한 상태이다. 그리고 이러한 제도적 취지는 선진국에 비해 아직 문화적으로 열등한 수준에 있는 개발도상국의 입장에서는 더욱 큰 중요성을 갖는다.

2. 國制 知的財産權法과 法定許諾制度

오늘날 국제 지적재산권과 관련하여 일어나고 있는 소위 南北問題²⁷⁾와 관련하여 法定許諾制度는 문화발전이라는 전통적 의의 외에 또 다른 제도적 의의를 갖게 되었다. 法定許諾制度는 원래 自國 저작물의 원활한 사용에 초점이 맞추어져 있었다. 그리고 이 경우에는 자국의 저작물을 자국민이 이용하는 것이므로, 그 효용이 최대가 될 수 있도록 양자간의 균형을 유지하는 것이 법정허락제도의 최대의 관심사였다. 그러나 지적재산권이 국제적으로 중요한 무역상품이 되면서 중립적 조정자로서의 法定許諾制度의 성격 역시 변화하게 되었다. 즉 지적창작물이 부족하여 선진국의 지적창작물을 이용할 수밖에 없는 많은 개발도상국들은 法定許諾制度를 통하여 자국의 이익을 최대한 추구하려는데 비해, 선진 제국에서는 法定許諾制度의 적용을 엄격히 제한하여 자국의 권리를 최대한 보장하려 했기 때문에 양측간에 날카로운 대립이 생기게 된 것이다. 이는 기술훈적으로는 특허법

27) 저작권의 남북문제라 함은, 선진국의 저작물을 대가없이 또는 자국에 유리한 조건으로 이용하려는 개발도상국과 보다 유리한 조건으로 자국의 저작물 이용을 허락하려는 선진국의 이해가 맞물려 일어나는 문제를 말한다. 李浩興, 전계논문, p.22 각주54

상 強制實施制度에서, 그리고 저작물에 대해서는 翻譯權에서 주로 문제되었다. 이러한 상황에서 法定許諾制度는 양측의 끊임없는 대결과 타협의 대상일 수밖에 없고, 이로 인해 法定許諾制度는 현재 지적재산권에 대한 세계적인 力學關係를 가늠케 해주는 기준점의 역할을 하게 되었다. 베른협약과 세계저작권협약은 法定許諾의 적용 여부와 범위와 관련하여 개발도상국에 대한 특례를 규정하고 있는데, 이는 이러한 타협의 결과를 잘 보여주고 있는 실례이다.

3. 技術發達과 法定許諾制度

저작권은 無形의 저작물에 대해 성립하는 권리이므로, 이것이 널리 전파되고 이용가능하기 위해서는 媒體로서의 有形物에 고정되어야 한다. 예전에는 이러한 매체의 종류가 종이에 한정되었으나, 기술의 발달로 인하여 음반, 비디오 등 종이 외에 셀 수 없이 많은 매체가 탄생하였으며, 이로 인해 불가피하게 저작권법도 매번 어려운 문제들과 마주치게 되었다. 즉 하나의 매체에 대하여 성립한 권리가 다른 매체에 대하여도 그대로 적용가능한 것인가가 저작권의 복제 개념과 관련하여 문제된 것이다. 그리고 이 문제는 언제나 같은 양상을 띠며 전개되었는데, 한 측은 기존의 법제도를 그대로 적용시켜 이와 관련한 권리를 확보하려는 입장이었고, 또 한 측은 기존의 법제도는 새로운 기술에 적용되지 않음을 주장하여 자유로운 이용을 확보하려는 측이었다. 이 경우 양측의 타협방법으로 종종 채택된 것이 바로 法定許諾制度, 특히 狹義의 法定許諾이었다.²⁸⁾ 즉, 일단 저작물의 권리자에게는 새로운 매체에 대해서도 권리를 인정하고, 대신 매체가 충분히 일반적이 될 경우 이용자에게는 보상금을 조건으로 자유로운 이용권을 보장해 주는 것이다.²⁹⁾ 결국 法定許諾制度는 현대적 기술이 저작물 이용의 새로운 형태를 만들어 냄으로써 새로운 형태의 저작권이 생긴 경우(예; 방송권, 녹음권)에 이에 대한 저작물의 효율적 보호와 함께 공중이용을 위해서 포괄적 사용허락이 필요한 경우 그 타협방법으로 제시될 수 있

28) 또 다른 해결책으로 널리 사용되는 것이 著作物 利用許諾契約의 解釋問題라 할 수 있다. 즉 기존의 이용허락이 새로운 매체에 대한 허락까지 포함하는지 여부를 문제삼는 것이다. 예를 들어 大法院 1996. 7. 30. 宣告 95다29130 判決은 LP 음반에 대한 이용허락은 CD에 대한 이용허락 역시 포함한다고 판시하고 있다.

29) 미국 저작권법에서 피아노 롤(piano roll), 케이블 TV(cable TV) 등에 대해 法定許諾制度가 도입된 과정을 보면 이를 잘 알 수 있다. 이에 관한 상세한 설명은 Lawrence Lessig, The Future of Ideas - the fate of the commons in a connected world (New York : Random House, 2001), pp.108-109 참조.

는 제도이며³⁰⁾, 그 결과 저작권법상 어느 한 권리의 발전에 있어서 中間段階로서의 양상을 보여주기도 한다.

第3節 世界 各國의 法定許諾制度

法定許諾制度는 전세계적으로 인정되는 제도이다. 그러나 각국의 입법례는 그 내용에 있어서 저마다 약간씩 상이한 모습을 보여주고 있는데, 이는 法定許諾制度의 제도적 의의에서 살펴본 바와 같이, 法定許諾은 그 나라의 문화산업의 수준과 밀접한 관련을 갖고 있는 균형추와 같은 역할을 하고 있으므로 자국의 현재 상황에 따라 다른 내용이 담겨질 수밖에 없기 때문이다. 그러나 적용범위의 廣狹은 있을지 모르나 그 기본적인 요건은 대개 유사함을 발견할 수 있다.

저작권법을 두고 있는 모든 국가에 나름대로의 法定許諾制度가 존재하므로, 이를 모두 살펴보는 것은 어렵기도 하려니와 法定許諾制度의 법경제학적 본질에 대한 고찰을 목적으로 하는 본고의 취지와도 벗어난다. 따라서 이하에서는 주요국의 법령을 중심으로 法定許諾制度, 특히 그중 (狹義의) 強制許諾과 관련되는 법규정에 한하여 살펴보도록 한다. 強制許諾이라 함은 위에서도 살펴본 바와 같이 개별적인 경우에 제3자의 승인으로 허락이 의제되는 경우를 말한다.

1. 베른協約³¹⁾

문예저작물의 보호에 관한 베른협약(Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)은 1886년 9월 9일 스위스 베른에서 성립되어 1887년 12월 5일부터 발효되었다. 이 협약은 저작권에 관한 국제협약 중 가장 오래되고 또한 광범위한 영향을 미쳐온 협약이며³²⁾, 특히 TRIPs가 베른협약을 보호의 기초로 삼음으로 인해서³³⁾ 더욱

30) 宋永植·李相理·黃宗煥, 전계서, p.567

31) 베른협약의 내용과 해설에 대해서는 許燾成, 베른協約逐條概說, 一信書籍出版社(1994) 참조

32) 2001년 1월 15일 현재 총 147개국이 동 협약에 가입하였다. 저작권심의조정위원회 홈페이지(www.copyright.or.kr) 중 국제조약 가입현황 자료 참조.

33) TRIPs 제9조 제1항은 '회원국은 베른협약(1971)의 제1조에서 제21조까지 및 그 부속서를

강력한 지위를 갖게 되었다. 우리나라는 1996년 6월 21일 WIPO에 베른협약 가입신청서를 제출하여 1996년 9월 21일에 효력이 발생하였으며, 현재 베른협약의 모든 규정은 우리나라에도 직접 효력을 미친다.³⁴⁾ 따라서 우리나라의 強制許諾制度는 베른협약상의 한계를 벗어나지 못하고, 이 점에서 베른협약상 強制許諾制度는 우리에게 매우 중요한 의의를 가진다. 베른협약상의 強制許諾制度는 다음과 같다.

(1) 放送權과 錄音權

베른협약은 방송권과 녹음권에 대하여 強制許諾을 규정하고 있다. 즉 제11조의2 제1항에서 방송권과 그와 관련된 권리를 규정하는 한편³⁵⁾, 동조 제2항에서 ‘전항에서 말한 권리가 행사될 수 있는 조건은 동맹국의 입법에 맡겨 결정한다. 다만, 이러한 조건은 이를 정한 국가에서만 적용된다. 어떠한 경우에도 저작자의 인격권 및 합의가 없는 경우에 권한 있는 기관이 정할 正當한 補償(equitable remuneration)을 받을 권리를 해하지 않아야 한다’고 규정하고 있다. 그리고 녹음권에 대한 제13조에서도 같은 취지의 규정을 두고 있다.³⁶⁾ 따라서 이들 권리에 대해 強制許諾을 인정하는 동맹국들은 저작자에 대한 보상금의 기준을 정하고, 당사자간 분쟁이 있을 경우 구속력 있는 결정을 할 수 있는 중재기관

준수한다. 그러나 회원국은 동 협약의 제6조의2에 의하여 허여된 또는 그 규정으로부터 발생한 권리와 관련하여 어떠한 권리나 의무를 가지지 아니한다’고 하여 소위 Bern Plus 방식을 채택하고 있다.

34) 憲法 제6조 제1항 : 憲法에 의하여 체결·公布된 條約과 一般的으로 승인된 國際法規는 國內法과 같은 效力을 가진다.

35) 베른협약 제11조의2 제1항 : 문학·예술 저작물의 저작자는 다음을 허락할 배타적 권리를 향유한다.

(i) 그의 저작물을 방송하거나 또는 기타 무선송신의 방법으로 기호, 소리 또는 영상을 공중에 전달하는 것

(ii) 원사업자 이외의 사업자가 유선이나 재방송에 의하여 저작물의 방송물을 공중에 전달하는 것

(iii) 확장기나 기타 유사한 송신 장치에 의하여 저작물의 방송물을 기호·소리 또는 영상으로 저작물의 방송물을 공중 전달하는 것

36) 베른협약 제13조 제1항 : 각 동맹국은 음악저작물의 저작자에게, 그리고 어느 가사의 저작자가 그 가사를 그 음악저작물과 함께 기록하도록 이미 허락한 경우 그 가사의 저작자에게, 그러한 가사와 함께 그 음악저작물의 녹음을 허락하도록 부여한 배타적 권리에 대한 유보와 조건을 스스로 부과할 수 있다. 다만, 그러한 모든 유보와 조건은 이를 부과한 국가에 대하여만 적용되고, 어떠한 경우에도 합의가 없는 한 권한 있는 기관이 정할, 정당한 보상을 받을 권리를 해치지 아니하여야 한다.

을 설치하는 등 적절한 조치를 강구하여야 한다.

(2) 開發途上國에 대한 特例³⁷⁾ - 翻譯權과 複製權

베른협약 부속서는 특히 개발도상국(developing countries)에 문제가 되는 복제권과 번역권에 대해서 특별한 強制許諾制度를 규정하고 있다. 이는 1967년 스톡홀름 개정에서 추가된 규정들이며, 이하에서 살펴본다.

① 翻譯權

개발도상국이 특례조항을 적용하기로 선언한 경우, 그 국가는 인쇄 기타 유사한 복제 형태로 발행된 저작물에 대하여 권한 있는 기관이 다음의 조건과 또한 부속서 제4조에 따라 부여하는 非排他的(non-exclusive)이고 讓渡不能(non-transferable)의 허락제도로서 베른협약 제8조에서 규정한 배타적 번역권에 대응할 수 있다(부속서 제2조 제1항). 이 경우 최소 3년(선진국에서 일반적으로 사용되지 않는 언어의 경우에는 최소 1년) 이상 저작물이 번역권자의 허락을 얻어 그 국가에서 번역되지 않아야 한다(동조 제2항, 제3항). 그러나 개발도상국은 強制許諾制度 대신 번역권 10년 제도를 선택할 수도 있다(부속서 제5조 제1항). 다만 이 선택은 추후 변경하지 못한다(동조 제2항).

한편 強制許諾은 오직 교육, 학문 혹은 연구(teaching, scholarship or research)의 목적을 위하여만 부여될 수 있으며(부속서 제2조 제5항), 추후에 번역권자의 허락에 의한 번역물이 합리적인 가격(price reasonably related to that normally charged in the country for comparable works)으로 발행된 경우 본조에 의한 허락권은 소멸한다(동조 제6항). 이는 저작자가 그의 저작물의 모든 복제물을 유통에서 철회하는 경우에도 마찬가지이다(동조 제8항).

② 複製權

37) 개발도상국인지 여부는 국제연합총회의 확립된 관행에 따른다고 하며, 한편 개발도상국이 부속서 상의 強制許諾制度 特例를 이용하기 위해서는 그 경제적 상황과 사회적 또는 문화적 필요성에 의하여 베른협약 파리규정이 인정하는 모든 권리를 확보하기 위한 조치를 취할 수 없어야 한다(부속서 제1조 제1항).

개발도상국은 번역권과 마찬가지로 베른협약 제9조의 복제권에 대해서도 비배타적이고 양도불능의 허락제도를 도입할 수 있다(부속서 제3조 제1항). 이는 인쇄 혹은 유사한 복제형태로 발행된 저작물에 한정되며(동조 제7항 (a)), 저작물의 최초발행으로부터 원칙적으로 최소 5년(수학 및 과학기술을 포함하는 자연 또는 물리학의 저작물은 3년, 소설·음악·미술저작물의 경우에는 7년)이 경과한 후에도 복제권자에 의한 복제가 그 국가에서 이루어지지 않고 있어야 한다(동조 제2항).

한편 번역권의 경우와 마찬가지로 強制許諾은 오직 조직적인 교육활동(systematic instructional activities)과 관련된 이용을 위하여만 부여될 수 있으며(동조 제2항 (a)), 추후에 복제권자에 의해 복제물이 합리적인 가격으로 발행된 경우 허락권은 소멸한다(동조 제6항). 이는 저작자가 허락의 대상이 된 版의 모든 복제물을 유통으로부터 철회한 경우에도 마찬가지이다(동조 제4항 (d)).

③ 節次規定

a. 이용허락을 받기 위한 努力이 전제되어야 한다. 즉 신청인이 권리자에 대하여 번역 및 그 번역의 발행, 혹은 그 판의 복제 및 발행의 허락을 요구하였으나 拒否되었거나 또는 相當한 努力(due diligence)을 하였지만 권리자와 연락을 할 수 없었다는 것을 해당 국가의 절차에 따라 立證한 경우에 한하여 부여될 수 있다(부속서 제4조 제1항). 한편 권리자가 不明인 경우에 신청인은, 저작물에 성명이 나타난 발행인 그리고 국내 또는 국제 정보센터(발행인의 주영업소가 있을 것 같은 국가가 사무국장에게 기탁한 통고에서 지정된 것)에 이용허락 담당기관에 제출한 신청서의 寫本을 登記航空郵便(registered airmail)으로 송부하여야 한다(동조 제2항).

b. 허락에 의해 이용되는 모든 저작물에는 著作者의 姓名과 題號가 표시되어야 하며, 번역의 경우에는 저작물의 原題名이 번역된 모든 복제물에 표시되어야 한다(부속서 제4조 제3항). 그리고 저작물의 정확한 번역 또는 판의 정확한 복제를 보장하기 위하여 국내 법령에 따라 적당한 조치를 하여야 한다(동조 제6항 (b)).

c. 번역물 혹은 복제물의 수출은 금지되며, 모든 번역물·복제물에는 그 복제물이 오직 허락을 부여한 국가 혹은 영역에서만 배포를 위하여 이용될 수 있다는 것이 적절한

언어로 표시되어야 한다(부속서 제4조 제5항).

d. 적절한 補償金의 支給이 확보되어야 한다. 즉, 국제적으로 자유로이 협의되었을 경우 도출되는 이용료(royalties)에 상당한 正當한 補償(just compensation)이 이루어져야 하며, 이러한 보상의 국제적 송금 기타 지급 역시 확보되어야 하고, 당사국은 이를 보장하기 위하여 적당한 국내적 조치를 하여야 한다(부속서 제4조 제6항 (a) 1호).

2. 世界著作權協約

세계저작권협약(Universal Copyright Convention, UCC)은 1952년 제네바에서 성립되어 1955년 9월 6일 발효되었다. 우리나라는 1987년 7월 1일 세계저작권협약에 가입을 신청하여 1987년 10월 1일부터 효력이 발생하였다. 그러나 세계저작권협약은 이른바 베른 안전규정(Berne Safeguard Clause)을 두고 있어, 베른협약과 UCC에 동시에 가입하고 있는 나라들 사이에 있어서는 베른동맹국 저작물에 관한 한 UCC의 적용이 배제되도록 하고 있다.³⁸⁾ 따라서 UCC의 실제 영향력은 매우 미미하며, 특히 우리나라는 베른협약에도 가입하고 있으므로 더욱 그렇다고 할 수 있다. 다만 UCC는 法定許諾制度의 본질에 대해 많은 시사점을 주는 내용을 담고 있으므로, 베른협약과 상이한 부분에 한정하여 살펴볼도록 한다.

(1) 翻譯權에 대한 強制許諾

UCC는 번역권에 대한 強制許諾을 一般的으로 인정할 수 있다고 규정하고 있다.³⁹⁾ 베

38) 세계저작권협약 제17조 제1항 : 이 협약은 문학적·예술적 저작물의 보호에 관한 베른협약의 규정 및 동 협약에 의하여 창설된 동맹에 아무런 영향을 미치지 아니한다.

39) 세계저작권협약 제5조 제2항 : 다만, 각 체약국은 자국의 국내법령에 의거 다음의 규정에 따를 것을 조건으로 하여 어문저작물의 번역권을 제한할 수 있다.

가. 어문저작물이 최초 발행일로부터 7년의 기간이 경과되었을 때, 번역권자에 의하거나 또는 번역권자의 허락을 받아 체약국에 있어서 일반적으로 사용하고 있는 언어로 그 어문저작물의 번역물이 발행되지 아니하였을 때에는, 그 체약국의 국민은 당해저작물을 그 사용언어로 번역하여 발행하기 위하여 자국의 권한있는 기관으로부터 비배타적인 허가를 받을 수 있다.

나. 허가를 받고자 하는 국민은, 번역권자에게 번역하여 발행하는 것에 대한 허락을 구하였으나 거부되었다든가, 또한 상당한 노력을 기울였으나 번역권자와 연락할 수 없었다는 내용을

른협약은 앞에서 보았듯이 翻譯權에 대한 強制許諾을 인정하고 있지 않으며, 다만 개발도상국에 대한 특례로서 아주 제한된 범위 내에서 인정하고 있을 뿐인 것과는 크게 대조되는 부분이며, 이는 세계저작권협약이 개발도상국들의 참여를 독려하기 위한 성격이 짙다는 것을 시사해준다.⁴⁰⁾

(2) 開發途上國에 대한 特例

베른협약과 마찬가지로 UCC도 개발도상국에 대한 특례를 규정하고 있다. 그 내용은 베른협약과 유사하므로 여기서는 생략하도록 한다.

3. 美國

미국 저작권법은 法定許諾制度에 관하여 제111조 이하에서 아주 자세한 규정을 두고 있다. 이 중 強制許諾과 관련된 규정은 다음과 같다.

당해 계약국의 절차에 따라서 입증하여야 한다. 이 허가는 계약국에 있어서 일반적으로 사용되고 있는 언어로써 이미 발행된 번역판이 모두 절판되어 있을 때에도 동일한 조건으로 부여될 수 있다.

다. 이 허가를 신청하는 자가 번역권자와 연락할 수 없는 경우에는 저작물에 성명이 표기되어 있는 발행자에 대하여, 그리고 번역권자의 국적이 알려진 때에는 그 번역권자가 국적을 가진 국가의 외교 및 영사대표 또는 그 국가의 정부가 지정하는 기관에 신청서의 사본을 송부하여야 한다. 이 경우의 번역허가는 신청서 사본의 발송일로부터 2개월의 기간이 경과할 때까지는 부여해서는 아니된다.

라. 번역권자에게 공정하고 국제관행에 합치하는 보상금과 동보상금의 지불 및 송금, 그리고 저작물의 정확한 번역을 확보하기 위하여 국내법령에 적절한 조치가 취하여야 한다.

마. 번역 발행된 모든 복제물에는 저작물의 본 제명 및 원저작자의 성명이 인쇄되어야 한다. 이러한 허가는 그 허가가 신청된 계약국내에서의 번역물은, 그 번역물과 동일한 언어를 일반적으로 사용하고 있는 다른 계약국이 그 국내법령에 번역허가 규정만 두고 그 수입 및 판매의 금지규정이 없는 경우 그 국가에 수입되고 판매될 수 있다. 전술한 조건이 규정되지 아니한 국가에 있어서는 이들 번역물의 수입 및 판매는, 당해 국가의 국내 법령 및 국가가 체결하는 협정에 따라야 한다. 번역 허가를 받은 자는 그 허가를 양도하지 못한다.

바. 번역허가는 저작자가 배포중인 저작물의 모든 복제물을 회수하였을 때에는 부여해서는 아니된다.

40) 사법연수원, 저작권법Ⅱ(2002), p.31

(1) 2次 送信에 대한 強制許諾

2차 송신을 구성하는 신호의 반송이 연방통신위원회 또는 캐나다나 멕시코의 관계 정 부당국으로부터 허가받은 방송국에 의하여 행하여지고 또한 저작물의 실연이나 전시를 수록한 1차 송신의 케이블시스템에 의한 공중을 향한 2차 송신이 연방통신위원회의 규 정, 규칙, 또는 허가에 의하여 허용될 수 있는 때에는 強制許諾의 대상이 된다.⁴¹⁾ 이 경 우 強制許諾의 대상이 된 케이블 시스템은 반년마다 著作権廳長이 규정으로 정하는 요 건에 따라 사용료에 대한 자료를 제출하여야 하며⁴²⁾, 저작권청장은 납입된 사용료를 국 고에 기탁하고 재무부장관은 이를 분배하여야 한다.⁴³⁾

(2) 音盤의 製作 및 配布에 대한 強制許諾

비연극적 음악저작물의 음반이 저작권자의 허락을 얻어 미국 내에서 공중에 배포된 때에는, 음반을 제작하는 자 또는 디지털 음반을 인도하는 자를 포함한 어느 누구라도 당해 저작물의 음반을 제작 및 배포할 수 있는 強制許諾을 얻을 수 있다. 또한 누구든지 음반을 제작하는 주된 목적이 디지털 음반의 인도에 의한 경우를 포함하여 사적 이용을 위하여 이를 공중에 배포함에 있는 때에는 強制許諾을 얻을 수 있다.⁴⁴⁾ 또한 이러한 強制許諾에는 관계되는 실연의 표현방법이나 해석방법에 저작물을 일치시키기 위하여 필요한 범위 안에서 저작물을 편곡할 수 있는 권리가 포함된다. 그러나 이러한 편곡은 저작물의 기본적인 멜로디나 본질적인 특성을 변경시키지 못하며, 저작권자의 명백한 동 의가 없는 한 2차적 저작물로서 보호를 받을 수 없다.⁴⁵⁾

한편 強制許諾을 얻기 위해서는 저작물의 음반을 제작한 후 이를 배포하기 전 30일 내 에 그러한 의사를 저작권자에게 통지하여야 하며⁴⁶⁾, 이러한 통지가 없을 때에는 強制許諾을 얻지 못한다.⁴⁷⁾ 이용자는 強制許諾에 의하여 제작 및 배포된 모든 음반에 대하여 그 허락에 의한 사용료를 지급하여야 하고⁴⁸⁾, 사용료에 대해서는 당사자의 협의가 우선

41) 미국 저작권법 제111조 (c) (1)

42) 미국 저작권법 제111조 (d) (1)

43) 미국 저작권법 제111조 (d) (2)

44) 미국 저작권법 제115조 (a) (1)

45) 미국 저작권법 제115조 (a) (2)

46) 미국 저작권법 제115조 (b) (1)

47) 미국 저작권법 제115조 (b) (2)

하고 협의가 안 될 경우에는 의회 도서관장이 정하는 요율 및 조건표에 의해야 한다.⁴⁹⁾

(3) 鑄貨投入式 電蓄(juke box)에 의한 公演에 대한 協議 利用許諾

음반에 수록된 비연극적 음악저작물을 鑄貨投入式 電蓄에 이용하려는 운영자는 저작자와 협의하여 사용료에 대해 합의할 수 있으며, 협의가 잘 안될 경우에는 의회도서관장이 규정으로 정한 기간 내에 중재에 의해 협상결과를 결정할 수 있다.⁵⁰⁾ 당사자들이 중재에 의한 판정을 의회도서관장에게 통지하였을 경우 이러한 통지는 중재관련사항에 관한 한 중재 당사자를 구속한다.⁵¹⁾ 이 사유는 전형적인 強制許諾에는 해당되지 않지만, 중재에 의한 해결이 법규에 의해 예정되어 있다는 점에서 強制許諾과 유사한 제도로 평가된다.

4. 獨逸⁵²⁾

독일 저작권법은 광범위한 法定許諾制度를 인정하고 있다. 그러나 독일은 예로부터 補償金을 전제로 한 依義의 法定許諾을 강화하는 것으로 저작물의 이용에 대처해 왔고, 제3자에 의한 強制許諾制度는 매우 제한된 범위 내에서 인정하고 있을 뿐이다. 強制許諾制度의 縮小와 補償金制度의 擴大가 독일 저작권법의 특징이라 하겠다.

독일 저작권법상 依義의 強制許諾에 해당하는 조문으로는 音盤製作을 위한 強制許諾을 규정한 제61조를 들 수 있다. 즉 음악저작물을 營利上의 목적으로 음반에 옮기고 그것을 복제, 배포하는 것을 내용으로 하는 음반저작물의 用益權이 음반제작자에게 부여된 때에는, 저작자는 본법의 적용영역에 본점 혹은 주소를 가지는 다른 모든 음반제작자에게 당해 저작물의 발행 후에는 동일하게 상당한 조건으로 이와 같은 내용의 용익권을 부여할 의무가 있다(독일 저작권법 제61조 제1항 제1문). 다만 위 용익권이 동의를 얻어 관리단체에 의하여 관리되거나 혹은 저작물의 이용이 이미 기대될 수 없게 되었거나 저작

48) 미국 저작권법 제115조 (c) (2)

49) 미국 저작권법 제115조 (c) (3) (C)(D)

50) 미국 저작권법 제116조 (b) (1)(2)

51) 미국 저작권법 제116조 (b) (2)

52) 독일 저작권법의 내용에 대해서는 저작권심의조정위원회 홈페이지(www.copyright.or.kr) 중 법령자료를 참조하였다. 아래 일본의 경우도 마찬가지이다.

자가 이를 이유로 기존의 용익권을 철회한 때에는 예외로 한다(동항 제2문).

그리고 저작자는 영상물 제작을 목적으로 하는 저작물의 이용을 허락할 의무는 없다(동항 제3문). 또한 독일 저작권법의 적용영역 내에 본점 혹은 주소가 없는 음반제작자에 대하여는 그 제작자가 본점 혹은 주소가 있는 국가에서 본법의 적용영역 내에 본점 혹은 주소를 가지는 음반제작자에 대하여 연방법률공보에 연방법무장관의 고시에 의하여 상응하는 권리가 주어진다면 이용허락의무가 있다(동조 제2항).

5. 日本

일본의 强制許諾制度⁵³⁾는 그 사유와 절차에 있어 우리나라와 매우 유사하다. 우선 사유를 살펴보면 ① 저작재산권자의 불명, ② 저작물의 방송, ③ 상업용 음반에의 녹음, 이렇게 세 가지 사유를 규정하고 있으며, 그 외 재정절차에 대한 규정을 두고 있다. 한편 일본 저작권법은 특이하게 補償金額에 대한 不服節次에 대해서도 직접 규정하고 있다. 이하 이에 대해 간략히 살펴보도록 한다.

(1) 著作權者 不明等の 경우 著作物の 利用

공표된 저작물 또는 상당 기간에 걸쳐 공중에게 제공되거나 제시되고 있는 사실이 명백한 저작물은 저작권자의 불명, 기타 이유로 상당한 노력을 하였음에도 그 저작권자와 연락할 수 없는 때에는 문화청장관의 재정을 받고 또한 통상의 사용료의 액에 상당하는 것으로 문화청장관이 정하는 액의 보상금을 저작권자를 위하여 공탁하고 그 재정에 따른 이용방법에 의하여 이용할 수 있다(일본 저작권법 제67조 제1항). 이 때 작성한 저작물의 복제물에는 재정에 따른 복제물이라는 취지와 그 재정이 있는 연월일을 표시하여야 한다(동조 제2항). 한편 문화청장관이 보상금을 정함에 있어서는 심의회의 자문을 얻어야 한다(일본 저작권법 제71조).

(2) 著作物の 放送

공표된 저작물을 방송하고자 하는 방송사업자는 그 저작권자에 대하여 방송의 허락에

53) 일본 저작권법은 제8절의 제목을 ‘裁定에 의한 著作物の 利用’이라 하고 있다.

관하여 협의를 구하였으나 그 협의를 성립되지 아니하거나 그 협의를 할 수 없는 때에는 문화청장관이 정하는 액의 보상금을 저작권자에게 지급하고 그 저작물을 방송할 수 있다(일본 저작권법 제68조 제1항). 한편 이 규정에 의해 방송되는 저작물은 유선방송을 하거나 수신장치를 사용하여 공에게 전달할 수 있다. 이 경우에 당해 유선방송 또는 전달을 하는 자는 제38조 제2항 및 제3항의 규정이 적용되는 경우를 제외하고 통상의 사용료에 상당하는 액의 보상금을 저작권자에게 지급하여야 한다(동조 제2항).

(3) 商業用 音盤에의 錄音

상업용 음반이 최초로 국내에서 판매되고 또한 그 최초 판매일로부터 3년이 경과한 경우, 당해 상업용 음반에 저작권자의 허락을 얻어 녹음되어 있는 음악저작물을 녹음하여 다른 상업용 음반을 제작하고자 하는 자는 그 저작권자에게 녹음 허락에 대하여 협의를 구하였으나 그 협의를 성립되지 아니하거나 그 협의를 할 수 없는 때에는 문화청장관의 재정을 받고 또한 통상의 사용료의 액에 상당하는 것으로 문화청장관이 정하는 액의 보상금을 저작권자에게 지급하고 당해 녹음을 할 수 있다(일본 저작권법 제69조).

(4) 裁定에 關한 節次 및 基準

① 저작물 이용에 관한 재정신청을 하는 자는 實費를 감안하여 승으로 정하는 額의 수수료를 납부하여야 한다(일본 저작권법 제70조 제1항). 문화청장관은 제68조 제1항 또는 제69조의 재정신청이 있을 때에는 그 취지를 당해 신청과 관련된 저작권자에게 통지하고 상당한 기간을 지정하여 의견을 진술할 기회를 주어야 한다(동조 제2항).

② 한편 일본 저작권법은 재정기각사유를 규정하고 있으며(동조 제3항)54), 이 경우 문화청장관은 미리 신청자에게 그 이유를 통지하고 변명과 유리한 증거 제출의 기회를 주어야 하고, 당해 재정을 하지 아니하는 처분을 할 때에는 이유를 첨부한 서면으로 신청자에게 그 사유를 통지하여야 한다(동조 제4항).

③ 문화청장관은 제67조 제1항의 재정을 하는 때에는 그 취지를 관보에 고시함과 아울러

54) 1. 저작자가 그 저작물의 출판, 기타 이용을 廢絶하고자 하는 것이 분명할 때
2. 제68조 제1항의 재정신청과 관련되는 저작권자가 그의 저작물의 방송 허락을 부여하지 아니하는 것에 대하여 불가피한 사정이 있을 때

러 신청자에게 통지하고 제68조 제1항 또는 전조의 재정을 한 때에는 그 사실을 당사자에게 통지하여야 한다(동조 제5항). 그리고 재정에 관해 기타 필요한 사항은 승으로 정한다(동조 제6항).

(5) 補償金에 대한 不服

제67조 제1항, 제68조 제1항, 또는 제69조의 규정에 따라 정하여진 보상금의 액에 대하여 불복이 있는 당사자는 이들 규정에 의한 재정이 있었던 것을 인정한 날로부터 3개월 이내에 소송을 제기하여 그 액의 증감을 구할 수 있다(일본 저작권법 제72조 제1항). 이때 소송을 제기하는 자가 저작물 이용자일 때에는 저작권자를, 저작권자일 때에는 저작물 이용자를 피고로 하여야 한다(동조 제2항).

6. 北韓⁵⁵⁾

북한은 2001년 4월 4일 최고인민회의 제10기 제4차 회의에서 저작권법을 채택하였다. 북한 저작권법은 보호되지 않는 저작물의 범위가 넓고, 저작권 이용 등 저작권사업에 국가가 주도적으로 개입하고 있는 등 우리나라의 저작권법과는 큰 차이를 보여주고 있지만, 기본적인 틀에서는 우리나라 및 세계의 저작권법과 보조를 맞추고 있어 향후 발전이 기대되고 있다.

북한 역시 強制許諾制度를 두고 있는바, 북한 저작권법 제27조는 ‘저작물의 이용은 저작권자가 한다. 저작권자의 허가를 받아 기관, 기업소, 단체와 공민도 저작물을 이용할 수 있다. 저작권자를 찾을 수 없을 경우에는 해당 기관의 승인을 받아 저작물을 이용할 수 있다’고 규정하고 있다. 다만 구체적인 이용절차 등에 대해서는 규율하고 있지 않아 제도의 실효성은 의심스럽다.

第4節 現行 著作權法上 法定許諾制度

55) 북한 저작권법의 내용과 해설에 대해서는 김상호, “북한저작권법 제정의 의의와 해설”, 季刊 著作權(2001 가을號), pp.2-13 참조

이하에서는 현행 저작권법상 法定許諾(講學上 強制許諾)에 대하여 그 개괄적인 모습을 살펴보도록 한다. 이 절에서는 기존에 이루어진 해석론의 수준에서 法定許諾制度에 대해 간단하게 살펴보고, 그 본질에 대한 깊은 고찰은 이후 法定許諾制度의 法經濟學的 分析에서 다루도록 한다.

1. 法定許諾制度의 變遷

우리나라 저작권법은 1957년 처음 제정된 이후로 지금까지 10번에 걸쳐 개정되었다. 그러나 이 개정의 대부분은 정부기관의 명칭변화에 따른 사소한 개정이었고⁵⁶⁾, 저작권법의 내용에 실질적인 변화를 가져온 개정은 1986년의 저작권법 전면개정, 1994년 개정, 그리고 2000년 개정, 이렇게 세 번의 개정이었다. 이에 따라 法定許諾制度의 모습도 변화를 겪어왔는데, 아래에서 그 변천사를 간략히 살펴본다.

(1) 1957年 著作權法(制定 1957. 1. 28. 法律 第432號)

우리나라의 최초의 저작권 관련 법령은 1908년의 韓國著作權令(勅令 第200護)에 의해 이용된 일본의 舊著作權法(明治 32年(1899) 3月 4日 法律 第39號)이다. 그 후 1957년에서야 비로소 기존의 법령을 대체하는⁵⁷⁾ 대한민국 저작권법이 제정되었는데, 이는 사실 일본의 저작권법을 바탕으로 한 것이어서 그 내용과 체계가 전반적으로 유사하였다. 法定許諾制度는 일본의 舊著作權法에서부터 규정되어 있었으며, 1957년 저작권법 역시 ‘法定承諾’이라는 제목 아래 法定許諾制度를 규정하고 있다.

1957년 저작권법상 法定許諾이 인정되는 경우는, ① 著作者 不明의 未公表 著作物⁵⁸⁾, ② 著作權자와 協議不可能한 著作物⁵⁹⁾, ③ 公益目的의 放送⁶⁰⁾, 이 세 가지 경우로 한정

56) 저작권법 주무관서의 변천사는 현란하다. 1957년 문교부장관에서 시작하여, 그 이후 문화공보부장관(1986), 문화부장관(1989), 문화체육부장관(1993), 문화관광부장관(2000)으로 변해왔다.

57) 著作權法을朝鮮에施行하는데關한件 [廢地 1957. 1. 28 法律 第432號 기타] : “著作權法을朝鮮에施行하는데關한件”은 이를 廢止한다.

58) 1957년 저작권법 제20조 제2항 : 著作者가 不明한 著作物로서 아직 發行 또는 公演하지 않은 것은 大統領令의 定하는 바에 依하여 이를 發行 또는 公演할 수 있다.

59) 1957년 저작권법 제20조 제3항 : 著作權者의 居所가 不明하거나 또는 著作權者와 協議할 수 없을 때에는 大統領令의 定하는 바에 依하여 補償金을 供託하고 그 著作物을 發行 또는 公

되었다.

(2) 1986年 著作権法(全文改正 1986. 12. 31. 法律 第3916號)

1957년 저작권법은 국제적 기준에 비추어 보았을 때 저작권자의 권익보호에 미흡한 점이 많았다. 따라서 UCC 기타 국제조약에의 가입을 전제로 1986년 거의 제정에 가까운 전면개정이 이루어졌다.

1986년 저작권법은 ① 著作財産權者 不明의 경우⁶¹⁾, ② 公表된 著作物の 放送의 경우⁶²⁾, ③ 公表된 著作物の 翻譯·發行의 경우⁶³⁾, ④ 販賣用 音盤의 製作인 경우⁶⁴⁾, 이렇

演할 수 있다.

60) 1957년 저작권법 제22조 제3항 : 前項의 承諾을 얻지 못하고 그 著作物の 放送이 公益上 必要할 때에는 放送者는 大統領令의 定하는 바에 依하여 相當한 補償金을 支給하고 著作物を 放送할 수 있다.

61) 1986년 저작권법 제47조 : ① 누구든지 상당한 노력을 기울였어도 公表된 著作物の 著作財産權者나 그의 居所를 알 수 없어 그 著作物の 利用許諾을 받을 수 없는 경우에는 大統領令이 定하는 바에 依하여 文化公報部長官의 승인을 얻고, 文化公報部長官이 第82條 第1號에 의한 補償金의 基準에 依하여 定한 補償金을 供託하고 이를 이용할 수 있다.

② 第1項의 規定에 依하여 著作物を 이용하는 者는 그 뜻과 承認年月日을 표시하여야 한다.

62) 1986년 저작권법 제48조 : 公表된 著作物を 公益上 필요에 依하여 放送하고자 하는 放送事業者가 그 著作財産權者와 協議하였으나 協議가 成立되지 아니하는 경우에는 大統領令이 定하는 바에 依하여 文化公報部長官의 승인을 얻고, 文化公報部長官이 第82條 第1號에 의한 補償金의 基準에 依하여 定한 補償金을 著作財産權者에게 支給하거나, 供託하고 이를 放送할 수 있다.

63) 1986년 저작권법 제49조 : ① 이 法에 依하여 보호되는 著作物を 번역·발행하고자 할 경우 다음 各號의 요건에 해당되고 大統領令이 定하는 바에 依하여 文化公報部長官의 승인을 얻고, 文化公報部長官이 第82條第1號에 의한 補償金의 基準에 依하여 定한 補償金을 번역할 權利를 가진 者(이하 "번역권자"라 한다)에게 支給하거나 供託한 때에는 이를 번역·발행할 수 있다.

1. 당해 著作物이 발행되어 7년이 경과한 著作物로서 그 번역물이 公表되지 아니하였거나 公表되었더라도 絶版된 경우

2. 당해 著作物を 번역·발행할 것을 번역권자와 協議하였으나 協議가 成立되지 아니하는 경우 또는 상당한 노력을 기울였어도 번역권자나 그의 居所를 알 수 없어 許諾을 받을 수 없는 경우

② 第1項의 規定에 依하여 번역·발행하는 者는 모든 翻譯複製物에 그 著作物の 題名 및 著作者的 姓名을 표시하여야 한다.

③ 第1項의 規定에 依하여 번역·발행의 許諾을 받고자 하는 者가 그 번역물을 教育·研究·調査의 目的을 위하여 外國語著作物を 國語로 번역하고자 하는 경우에는 第1項중 "7年"은

게 4가지 경우에 法定許諾制度를 인정하고 있다.

(3) 1995年 著作權法(一部改正 1995. 12. 26. 法律 第5015號)

1986년 저작권법에서 인정된 4가지 경우 중 번역에 대한 法定許諾(제49조)이 削除되었다. 그 외 나머지 규정은 개정되지 않았다. 따라서 翻譯權에 대한 法定許諾에 관해 좀더 구체적으로 살펴보도록 한다.

개정이유에 따르면 번역권이 삭제된 것은 베른협약 가입에 대비하기 위한 것이라고 한다. 사실 1986년 저작권법상 翻譯權에 대한 強制許諾制度는 우리나라가 1987년에 가입한 世界著作權協約(Universal Copyright Convention)상의 翻譯權에 대한 強制許諾制度를 원용하기 위해 규정된 것이었다. 그러나 세계저작권협약은 이른바 베른 안전규정(Berne Safeguard Clause)을 두고 있어, 베른협약과 UCC에 동시에 가입하고 있는 나라들 사이에 있어서는 베른동맹국 저작물에 관한 한 UCC의 적용이 배제되도록 하고 있다. 그리고 베른협약은 앞에서 보았듯이 翻譯權에 대한 強制許諾을 인정하고 있지 않으며, 다만 개발도상국에 대한 특례로서 아주 제한된 범위 내에서 인정하고 있을 뿐이다. 그러나 국제적인 상황으로 보아 우리나라가 더 이상 개발도상국으로 자처할 수 없는 처지가 되었으며, 또 이 제도가 시행된지 10년이 경과하도록 본 조를 이용한 사례가 없다는 점 등을 고려하여 개정법에서 삭제된 것이다.⁶⁵⁾

그렇다면 번역권에 대한 強制許諾은 이제 불가능한가. 일부에서는 비록 번역권이 삭제되었다 하더라도 우리나라가 UCC에 가입해 있는 이상 翻譯權에 대한 強制許諾이 계속 가능할 수도 있다는 논지를 펼치고 있으나⁶⁶⁾, 이는 베른규정과 UCC의 관계를 보나, 그리고 번역권을 삭제한 立法者의 意思를 보나, 수긍하기 어려운 견해이다. 다만 著作財產權者 不明으로 인한 強制許諾의 경우(저작권법 제47조) 허락 대상권리의 제한이 없으며

이를 "1年"으로 본다.

64) 1986년 저작권법 제50조 : 販賣用 音盤이 우리나라에서 처음으로 販賣되어 3년이 경과한 경우 그 音盤에 錄音된 著作物을 錄音하여 다른 販賣用 音盤을 製作하고자 하는 者가 그 著作財產權者와 協議하였으나 協議가 成立되지 아니하는 때에는 大統領令이 정하는 바에 의하여 文化公報部長官의 승인을 얻고, 文化公報部長官이 第82條 第1號에 의한 補償金의 基準에 의하여 정한 補償金을 著作財產權者에게 支給하거나 供託하고 다른 販賣用 音盤을 製作할 수 있다.

65) 許燾成, 2000 新著作權法 逐條概說(上), p.444

66) 李浩興, 전제논문, p.57

로, 외국저작권자로부터 번역허락⁶⁷⁾을 얻으려 했으나 저작재산권자 및 그의 거소가 불명한 경우에는 여전히 번역권에 대한 強制許諾을 받을 수 있다.⁶⁸⁾

(4) 2000年 著作權法(一部改正 2000. 1. 12. 法律 第6134號)

2000년 7월 1일부터 시행된 개정 저작권법에서 가장 특기할만한 것은 제72조의2 규정을 新設하여 著作隣接物에 대한 法定許諾을 인정한 것이다. 그리고 기존에는 막연히 ‘相當한 努力’으로 되어 있던 제47조의 요건을 ‘大統領令이 정하는 기준에 해당하는 相當한 努力’이라고 하여 상당한 노력에 대한 법적 기준을 새로이 마련하였다. 그리고 이러한 변화에 맞추어 시행령과 시행규칙 역시 대폭 수정되었다. 이 2000년 개정 저작권법이 현재 시행되고 있는 저작권법이며, 이하 구체적으로 살펴보도록 한다.

2. 法定許諾의 事由

일반적으로 法定許諾의 사유는 크게 두 가지로 분류될 수 있는데, 하나는 著作財産權者 不明의 경우이고, 또 하나는 協議不成立의 경우이다. 현행 저작권법은 前者에 대해서는 權利一般에 대하여 法定許諾을 인정하고 있고, 後者에 대해서는 放送權과 販賣用 音盤 錄音權, 이렇게 두 가지 사유에 한정하고 있다. 그러나 실제 이 중에 이용된 적이 있는 사유는 제47조의 경우밖에 없고, 제48조와 제50조는 지금까지 이용된 적이 한 건도 없다. 따라서 실제적 중요성을 갖고 있는 제47조를 상세히 살펴보고, 제48조와 제50조는 간단하게 살피기로 한다.

(1) 著作財産權者 不明의 경우

누구든지 大統領令이 정하는 기준에 해당하는 상당한 노력을 기울였어도 公表된 著作物의 著作財産權者나 그의 居所를 알 수 없어 그 著作物의 利用許諾을 받을 수 없는 경우에는 大統領令이 정하는 바에 의하여 文化觀光部長官의 승인을 얻은 후 文化觀光部長

67) 번역권은 우리 법상 2차적저작물 작성권에 해당하므로, 번역권에 대한 허락은 곧 2차적저작물 작성에 대한 허락을 의미하는 것이다.

68) 이에 따라 외국 어문저작물의 번역에 대해 法定許諾이 승인된 사례가 있다. 저작권심의조정위원회 홈페이지(www.copyright.or.kr) 중 法定許諾事例 부분 참조.

官이 정하는 기준에 의한 補償金을 供託하고 이를 이용할 수 있다(저작권법 제47조 제1항). 한편 이 경우 著作物을 이용하는 者는 그 뜻과 承認年月日을 표시하여야 한다(동조 제2항).

① 이 규정의 가장 큰 특색은 저작물 이용상황만이 요건으로 되어 있을 뿐, 아래 제48조와 제50조와 같은 이용권리에 대한 제한이 없다는 것이다. 즉 저작권자와 협의를 ‘할 수 없는’ 경우에 一般的으로 적용되는 조항이며, 이 경우 法定許諾을 받을 수 있는 권리는 복제권이나 방송권에 한정되지 않고 저작권법상 모든 권리를 포함한다. 실제 이 조항에 의해 저작물 이용이 승인된 권리는 2次的著作物 作成權(翻譯權), 複製權, 傳送權, 放送權 등 다양하다.

② 본조의 대상은 公表된 著作物이다. 1957년 저작권법은 未公表 著作物까지 대상으로 하고 있었으나, 이는 저작인격권 중 公表權을 침해한다는 비판이 있어 1986년 개정에 의해 公표된 저작물에 한정되게 되었다. 따라서 신청자는 저작물이용승인신청서에 저작물이 公표되었음을 밝힐 수 있는 서류를 첨부하여야 한다.⁶⁹⁾

③ 상당한 노력을 기울여도 著作財産權者나 그의 居所를 알 수 없어야 한다. 상당한 노력이라 함은 배른협약 부속서 제4조 제1항의 ‘due diligence’에 해당하는 것으로 法定許諾에 대해 세계적으로 공통되는 요건이라 하겠다. 2000년 개정 전에는 상당한 노력에 대한 기준이 없어 法定許諾이 활성화되는데 장애요소로 작용하고 있었다. 이러한 점을 인식하여 2000년 저작권법 개정으로 상당한 노력의 기준을 大統領令으로 정하게 하였으며, 이에 따라 著作權法 施行令은 제6조를 신설하여 그 기준에 대해 상세하게 규정하고 있다.

저작재산권자를 몰라야 한다는 점과 관련하여, 저작재산권자로 자칭하는 자가 2인 이상인 경우는 어떻게 되는지 의문이 있다. 大法院은 채권자가 2인 이상이어서 누구에게 변제를 하여야 할 지 모르는 경우도 民法 제287조 後文의 ‘過失없이 債權者를 알 수 없는 경우’에 해당한다고 판시한 바 있어⁷⁰⁾, 본조의 경우에도 이와 똑같이 해석할 수 있는지가 문제되는 것이다. 그러나 민법의 조문은 채무의 이행에만 관련되는 것이고 이 경우 채권자 입장에서 볼 때 직접변제와 공탁간에 큰 차이가 없으므로 판례와 같이 해석할 수도 있겠으나, 法定許諾의 경우에는 저작재산권자의 이익을 해하게 될 가능성이 크므로

69) 저작권법 시행규칙 제2조 제2항 제4호

70) 大法院 全員合議體 1994. 4. 26. 宣告 93다24223 判決

이와 같이 해석할 수는 없다고 본다. 따라서 이 경우 관련단체나 소송절차 등을 통하여 정당한 권리자를 가려야 할 것이지, 본조에 의한 이용승인을 받을 수는 없다고 해야 한다.⁷¹⁾

④ 補償金を 供託하여야 한다. 보상금의 공탁 역시 法定許諾의 요건이므로 문화관광부장관의 승인이 있다고 하여도 보상금을 공탁하지 않고 저작물을 이용하는 것은 저작권자의 侵害를 구성한다.⁷²⁾ 1986년 저작권법에서는 ‘文化體育部長官이 제82조 1호에 의한 補償金の 基準에 의하여 정한 補償金’이라 되어 있었으나, 개정법이 제97조의3을 신설하여 法定許諾의 이용승인 및 보상금의 기준결정에 관한 사항을 著作權審議調停委員會에 權限委託할 수 있게 되었고, 이에 저작권법 시행령 제42조가 이를 위원회에 위탁하고 있으므로 이는 불필요한 규정이 되었다. 따라서 2000년 개정에서는 ‘文化觀光部長官이 정하는 기준에 의한 補償金’으로 개정하였다.⁷³⁾

그러나 현재 보상금의 기준이 정해진 바 없고, 보상금의 산정에 관한 實務는 당사자가 제출한 補償金算定內譯書가 합당한지 검토하는 방식으로 이루어진다. 한편 보상금의 기준에 대해서 우리 法院은 ‘각 저작물의 종류별로 해당 저작물의 저작권관리단체가 정한 사용료의 기준이 통상 얻을 수 있는 금액’이라 판시한 바 있으며⁷⁴⁾, 실제 음악저작물의 이용승인신청시에 한국음악저작권협회 사용료를 기준으로 보상금을 산정·제출했는데 이것이 승인된 사례가 있다.⁷⁵⁾

⑤ 이용자는 승인에 의하여 이용한다는 뜻과 承認年月日을 표시하여야 한다. 그 방법에 대해서는 아무런 규정이 없으므로 저작권법 제34조 2항을 준용하여 著作物의 利用狀況에 따라 合理的이라고 인정되는 방법으로 표시하면 될 것이다.⁷⁶⁾ 이러한 표시의무는 아무런 제재가 없는 單純義務條項이다.

한편 승인의 뜻과 연월일의 표시 외에 著作者の 姓名 역시 표시되어야 하는 것은 당연하다. 이는 저작자의 著作人格權중 姓名表示權(저작권법 제12조 제1항)의 보호를 위함이다. 성명을 표시하지 않았을 경우에는 승인표시를 하지 않은 것과는 달리 저작인격권의

71) 許燾成, 2000 新著作權法 逐條概說(上), p.436도 같은 견해이다.

72) 이 점에서 제23조 제3항에서의 보상금지급의무와는 성질을 달리한다. 許燾成, 前揭書, p.438

73) 許燾成, 전게서, p.437

74) 서울地方法院 1998. 12. 4. 宣告, 98가합2216 判決. 許燾成, 전게서, p.439에서 재인용

75) 문화관광부공고 제2001-151호

76) 許燾成, 전게서, p.440

침해를 구성한다. 다만 저작권자가 누구인지 모를 경우에는 저작권법 제12조 제2항 단서에 의해 표시의무가 면제된다고 본다.⁷⁷⁾

(2)公表된 著作物の 放送

公表된 著作物を 公益上 필요에 의하여 放送하고자 하는 放送事業者가 그 著作財産權者와 協議하였으나 協議가 成立되지 아니하는 경우에는 大統領令이 정하는 바에 의하여 文化觀光部長官의 승인을 얻은 후 文化觀光部長官이 정하는 기준에 의한 補償金을 著作財産權者에게 支給하거나 供託하고 이를 放送할 수 있다(저작권법 제48조).

이는 베른협약 제11조의2 제2항을 구체화한 것이며 1957년 저작권법 제정시부터 있었던 전통적인 규정이다. 그러나 오늘날까지 이용된 적이 한 번도 없는 死文化된 조항으로서, 단순히 상징적인 의미만 가지고 있다. 요건을 간단히 검토한다.

① 協議를 시도하였어야 한다. 저작재산권자를 몰라 협의를 할 수 없는 경우에는 저작권법 제47조가 적용되고 본조는 적용되지 않는다.

② 본조의 放送事業者에는 無線放送業者 뿐만 아니라 有線放送業者도 포함된다. 이는 저작권법 제2조 제8호의 방송에 대한 정의에 유선방송이 포함되는 것으로 보아 명백하다. 그리고 네트워크 방송의 경우에는 법적인 주체별로 승인이 필요한 것으로 해석된다. 따라서 KBS의 경우에는 하나의 법인이므로 일괄승인이 가능할 것이나 MBC의 경우 각 지방 MBC가 별개의 법인이므로 별개의 승인이 요구되는 것으로 해석된다.⁷⁸⁾ 한편 우리나라 저작권법은 방송사업자의 성격에 관하여 아무런 제한을 두고 있지 않으나, 미국 저작권법은 非商業的 公共放送에 한정하고 있다.⁷⁹⁾

(3)販賣用 音盤의 製作

販賣用 音盤이 우리나라에서 처음으로 販賣되어 3년이 경과한 경우 그 音盤에 錄音된

77) 저작권법 제12조 제2항 단서 : 다만, 著作物の 성질, 그 利用目的 또는 形態 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

78) 許燾成, 전계서, p.442

79) 미국 저작권법 제118조 참조.

著作물을 錄音하여 다른 販賣用 音盤을 製作하고자 하는 者가 그 著作財産權者와 協議하였으나 協議가 成立되지 아니하는 때에는 大統領令이 정하는 바에 의하여 文化觀光部長官의 승인을 얻은 후 文化觀光部長官이 정하는 기준에 의한 補償金을 著作財産權者에게 支給하거나 供託하고 다른 販賣用 音盤을 製作할 수 있다(저작권법 제50조).

이는 베른협약 제13조 제1항과 유사한 취지의 조항인데, 베른협약에 비해 두 가지 조건이 더 부가되어 있다. 즉 ① 販賣用に 한하여 強制許諾이 가능하고, ② 음반의 最初販賣日로부터 3년이 경과되어야 판매용 음반의 제작을 위한 強制許諾을 받을 수 있는 것이다.

본조의 취지는 음반제작자가 작곡가나 작사가 등을 전속계약을 통하여 장기간에 걸쳐 녹음권을 독점하는 것을 방지하기 위한 취지에서 규정된 것이다.⁸⁰⁾ 그러나 역시 제48조와 마찬가지로 이용된 적이 한 건도 없어 상징적 의미만 지니고 있는 제도이다. 요건을 간단히 살펴본다.

① 승인의 대상이 되는 저작물은 명시적이지는 않으나 저작권법 제4조 제1항 2호의 音樂著作物이 될 것이다. 이 경우 歌詞에 대해서 별도의 허락을 받아야 하는가? 원래 가사 역시 음악저작물의 일부로 간주되고 있지만⁸¹⁾, 그것이 共同著作物인지 結合著作物인지에 대해서는 견해가 갈리고 있다. 미국 판례법과 주류적 견해는 이를 공동저작물로 보고 있고, 프랑스나 이탈리아는 오페라 등에 대하여 공동저작물로 입법적으로 규정하고 있으나, 우리나라 저작권법상 양자의 구분기준인 個別的 利用可能性⁸²⁾에 비추어 볼 때 양자를 분리하여 이용하는 것이 불가능하다고 볼 수는 없으므로 결합저작물로 보는 것이 타당할 것이다.⁸³⁾ 이렇게 해석할 경우 음악저작물의 이용을 위해서는 원칙적으로 악곡에 대한 이용허락 외에 가사에 대한 이용허락까지 받아야 한다. 베른협약 제13조 제1항은 명시적으로 歌詞著作權者에 대해서도 強制許諾制度가 필요함을 규정하고 있다. 다만 음악저작물에 대한 이용승인신청시에 가사저작물에 대해서도 일괄적으로 이용을 신청할

80) 吳承鐘·李海完, 전계서, p.363

81) 미국 저작권법 제102조 (a)는 악곡에 수반되는 가사 역시 음악저작물의 일부임을 명시하고 있다.

82) 저작권법 제2조 13호 (共同著作物) : 2人 이상이 共同으로 創作한 著作物로서 各自의 互補한 部分을 分離하여 利用할 수 없는 것을 말한다.

83) 吳承鐘·李海完, 전계서, p.62

수 있고, 또 승인 역시 일괄적으로 내려질 수 있다고 해석하여야 할 것이며, 실제 악곡과 가사에 대해 동시에 이용승인이 된 사례도 있다.⁸⁴⁾ 이와 관련하여 독일 저작권법 제61조 제3항은 가사로서 음악저작물과 결합된 어문저작물이 음악저작물과 결합하여 음반제작자에게 용익권이 부여된 경우에는 가사에도 強制許諾의 효과가 미침을 규정하고 있다.

② 본조의 대상에 樂劇的 著作物(dramatic works)도 포함되는가. 이에 관해 미국 저작권법은 명시적으로 非樂劇的 著作物(non-dramatic works)에 한정하고 있고⁸⁵⁾, 일본 저작권법 역시 마찬가지이다.⁸⁶⁾ 이처럼 악극적 저작물이 특별한 취급을 받는 것은 음악저작물과 어문저작물의 성격을 동시에 갖고 있다는 2중적 성격 때문이다. 이는 가사가 악곡과 함께 음악저작물의 일부로 간주되는 것과는 큰 대조를 보인다. 따라서 본조의 해석에 있어서도 명시적인 배제규정은 없으나 악극적 저작물은 除外되는 것으로 해석하여야 한다는 견해가 있다.⁸⁷⁾

(4) 實演·音盤 및 放送利用의 法定許諾

法定許諾에 관한 第47條·第48條 및 第50條의 規定은 實演·音盤 및 放送의 이용에 관하여 이를 準用한다. 이 경우 第47條·第48條 및 第50條중 "著作物"은 "實演"·"音盤" 또는 "放送"으로, "著作財產權者"는 "著作隣接權者"로 본다(저작권법 제72조의2). 이는 2000년 개정으로 추가된 규정으로서, 이로 인해 제47조, 제48조, 제50조의 저작재산권자에는 공히 著作隣接權者도 포함되게 되었다. 그러나 실연자, 음반제작자에게는 저작인접권으로서 補償請求權이 인정되고 있고(저작권법 제65조, 제68조) 이는 실질적으로 강학상 법정허락과 같은 역할을 하고 있는 제도인데, 굳이 활용빈도도 낮은 법정허락제도를 저작인접권자에게 재차 인정하는 것은 큰 의미가 없다고 본다.

3. 法定許諾의 節次

(1) 承認申請

84) 문화관광부공고 제2001-151호

85) 미국 저작권법 제115조

86) 加戶守行, 全訂 著作權法 逐條講義, 著作權資料協會, 1989. p.333. 許燾成, 전계서, p.445에 서 재인용.

87) 許燾成, 전계서, p.446

법 제47조·법 제48조 및 법 제50조(법 제72조의2에서 준용하는 경우를 포함한다)의 규정에 의하여 문화관광부장관의 승인을 얻고자 하는 자는 문화관광부령이 정하는 바에 따라 저작물 이용승인신청서를 문화부장관에게 제출하여야 한다(저작권법 시행령 제7조 1항). 이에 따라 저작권법 시행규칙 제2조 제1항, 별지 1호는 신청서양식을 규정하고 있다.⁸⁸⁾ 한편 이용승인 신청시에는 소정의 서류를 첨부하여야 하고(저작권법 시행규칙 제2조 제2항)⁸⁹⁾, 10000원을 수수료로 내야 한다(저작권법 시행규칙 제10조, 별표).

(2) 意見提出節次

① 저작권법 제48조와 제50조의 신청의 경우, 문화관광부장관은 당해 저작재산권자 또는 그 대리인에게 7일 이상 30일 이내의 기간을 정하여 의견제출의 기회를 주어야 한다(저작권법 시행령 제8조 제1항). 이 경우 7일 전에 처분의 상대방 또는 그 대리인에게 서면으로 통지하여야 하며(동조 제2항), 이 통지에는 정당한 사유없이 이에 응하지 아니하는 경우에는 의견제출의 기회를 포기하는 것으로 본다는 뜻을 명시하여야 한다(동조 제5항). 통지를 받은 처분의 상대방 또는 그 대리인은 지정된 날에 출석하여 의견을 제출하거나 서면으로 의견을 제출할 수 있으며(동조 제3항), 관계공무원은 그 요지를 서면으로 작성하여 출석자 본인으로 하여금 확인하게 한 후 기명날인하게 하여야 한다(동조 제4항).

88) 저작물이용승인신청서에 기재되어야 할 것은 다음과 같다. ① 신청자의 성명, 주민등록번호, 주소, 전화번호, ② 저작물의 제호, 종류, 형태 및 수량, ③ 저작(인접)권자의 성명, 주소, 전화번호, ④ 이용의 내용, ⑤ 승인신청사유, ⑥ 보상금액

89) 첨부하여야 할 서류는 다음과 같다.

1. 저작물명세서 또는 저작인접물명세서(저작물의 형태 및 내용이 명확하지 아니할 때에는 그 견본·도면 또는 사진 등을 첨부하여야 한다)
2. 보상금액산정내역서
3. 당해 저작물이 공포되었음을 밝힐 수 있는 서류
4. 저작재산권자나 그의 거소불명을 밝힐 수 있는 서류(거소불명등으로 승인신청하는 경우에 한한다)
5. 협의에 관한 경과서류(협약이 성립되지 아니하여 승인신청하는 경우에 한한다)
6. 당해 음반이 우리나라에서 판매되어 3년이 경과하였음을 밝힐 수 있는 서류(법 제50조의 규정 또는 법 제72조의2에서 준용하는 경우의 승인신청에 한한다)

② 저작재산권자 불명의 경우(저작권법 제47조)에는 의견을 진술할 저작재산권자의 소재가 불명이므로 의견제출절차는 없고, 다만 30일의 기간을 정하여 그 신청내용을 官報에 公告하는 것으로 대신한다(저작권법 시행령 제8조 제1항 단서).

(3) 承認申請의 棄却

승인신청을 받고 의견제출절차를 거친 다음 문화관광부장관은 승인신청에 대하여 승인여부를 검토하여야 한다. 저작권법 시행령 제14조 제1항은 承認申請의 棄却事由를 규정하고 있다.⁹⁰⁾ 그리고 문화관광부장관이 위의 사유를 이유로 승인신청을 기각한 때에는 그 事由를 明示하여 신청자와 저작재산권자에게 通知하여야 한다. 다만 저작재산권자나 그의 거소를 알 수 없는 경우에는 그러하지 아니한다(시행령 제14조 제2항).

(4) 承認의 通知·條件의 附加

문화관광부장관은 승인신청에 대하여 이를 승인한 때에는 그 내용을 신청자 및 당해 저작재산권자에게 通知하여야 한다. 다만, 저작재산권자나 그의 거소를 알 수 없는 경우에는 官報에 公告하여야 한다(저작권법 시행령 제10조).

한편 문화관광부장관은 승인시에 利用條件을 부가하고 이를 준수할 것을 조건으로 이용승인을 할 수도 있다. 이에 대한 명문의 규정은 없으나, 문화관광부장관의 승인권한 안에 승인의 내용을 제한하는 일정한 조건을 부가할 수 있는 권한이 당연히 포함된다 할 것이다. 실제로도 승인신청에 대해 내려지는 문화관광부장관의 승인에는 일정한 조건이 부가되고 있으며, 이는 당사자의 이용허락 신청서에 근거하여 이를 그대로 조건으로 하는 경우가 많다.⁹¹⁾

90) ① 이용승인을 신청한 저작물이 아니더라도 기타의 방법으로 그 목적을 충분히 달성할 수 있을 때

② 법 제47조·법 제48조 및 법 제50조(법 제72조의2에서 준용하는 경우를 포함한다)의 규정에 의한 저작물이용신청요건에 해당하지 아니할 때

③ 저작물이용승인이전에 저작재산권자나 그의 거소가 확인되었거나 협의가 성립되었을 때

④ 저작재산권자가 저작물의 출판 기타 이용에 제공되지 아니하도록 저작물의 모든 복제물을 회수할 때

⑤ 기타 문화관광부장관이 저작재산권자가 저작물의 이용허락을 할 수 없는 부득이한 사유가 있다고 인정할 때

(5) 補償金の 供託

法定許諾에 의해 저작물을 이용하기 위해서는 저작재산권자에게 補償金を 支給 또는 供託하여야 한다. 이 때 보상금의 지급에 갈음하여 그 보상금을 공탁할 수 있는 경우는 저작권법 시행령 제13조 제1항이 정하고 있다.⁹²⁾

이 때 보상금의 공탁은 당해 저작재산권자의 주소가 대한민국 내에 있을 경우에는 그 해당 주소지의 관할공탁소에, 기타의 경우에는 저작물 법정이용자의 주소지의 관할공탁소에 하여야 하며(동조 제2항), 그 공탁사실을 공탁물을 수령할 자에게 통지하여야 한다(동조 제3항). 단 저작재산권자나 그의 거소를 알 수 없는 경우에는 그 공탁사실을 문화관광부령이 정하는 바⁹³⁾에 따라 공고하여야 한다(동조 제4항). 한편 공탁에 관하여 기타

91) 예를 들어 문화관광부공고 제2002-38호(관보 제15060호)에 의한 法定許諾 승인의 경우 다음과 같은 조건이 부가되었다.

가. 동 저작물을 이용함에 있어 이용자가 알 수 있는 방법으로 법정이용의 뜻과 승인연월일을 표시할 것

나. 승인신청서 상의 이용목적 내에서만 동 저작물을 이용하고 그 이외의 이용에 대해서는 다시 저작물 이용 승인을 받을 것

다. 저작물 이용을 승인받은 날로부터 10일 이내에 저작권법시행령 제13조에 의거 보상금을 법원에 공탁하고, 동법 시행규칙 제3조에 의거 다음의 사실을 기재하여 10일 이내에 일간신문에 공탁 사실을 공고할 것.

○저작물의 제호(제호가 없는 경우에는 그 내용을 요약하여 기재하여야 한다)

○저작자 및 저작재산권자의 성명(저작자 및 저작재산권자 불명인 경우에는 그 뜻을 기재하여야 한다)

○저작물 이용의 내용

○공탁금액

○공탁근거

○공탁소의 명칭 및 소재지

○저작물 이용자의 주소 및 성명

라. 보상금 공탁서 및 공탁사실을 공고한 일간신문 사본 각 1부를 첨부하여 7일 이내에 본 위원회에 신고할 것

마. 본 이용조건을 이행하지 않으면 승인을 취소할 수 있음.

92) ① 저작재산권자나 그의 거소를 알 수 없는 경우

② 저작재산권자가 보상금의 수령을 거부하거나 기타 사유에 의하여 저작재산권자에게 지급을 할 수 없는 경우

③ 당해 저작재산권 또는 저작인접권을 목적으로 하는 질권이 설정되어 있는 경우(저작재산권자가 당해 질권을 가진 자의 승낙을 얻은 경우를 제외한다)

의 사항은 민법 및 공탁법의 규정을 준용한다(동조 제5항).

4. 法定許諾의 效果

(1) 著作物の 利用

문화관광부장관의 승인이 있으면 이용신청자는 저작재산권자의 이용허락이 있는 것과 마찬가지로 신청대상 저작물을 자유로이 이용할 수 있다. 그러나 이용행위는 어디까지나 문화관광부 장관의 승인시 부가된 利用條件의 範圍 내로 제한되며, 승인범위 밖의 이용은 여전히 새로운 허락이 요구된다. 이로 인한 경직성을 제거하기 위해 어느 정도의 一括的인 이용승인신청은 허용된다고 본다.⁹⁴⁾ 예를 들어 새로운 기술발달로 인하여 신청대상이 된 이용목적과 범위에 대해 어떠한 이용허락이 요구되는지 불명확한 경우에는 이용형태만 특정하고 이와 관련된 이용권을 포괄적으로 허락받는 것도 허용된다고 보아야 한다.⁹⁵⁾

이러한 法定許諾의 結果 당사자간에 어떠한 法律關係가 形成되는지에 대해서는 법문에 규정되어 있지 않으며 이에 관한 학설상의 논의 역시 발견되지 않는다. 그러나 強制

93) 저작권법 시행규칙 제3조 (보상금공탁의 공고) : 습 제13조 제4항(동조 제6항의 규정에 의하여 준용되는 경우를 포함한다)의 규정에 의하여 공탁사실을 공고하고자 하는 자는 다음 각호의 사항을 일반 일간신문에 게재하여야 한다.

1. 저작물의 제호(제호가 없는 경우에는 그 내용을 요약하여 기재하여야 한다)
2. 저작자 및 저작재산권자의 성명(저작자 및 저작재산권자 불명의 경우에는 그 뜻을 기재하여야 한다)
3. 저작물이용의 내용
4. 공탁금액
5. 공탁소의 명칭 및 소재지
6. 공탁근거
7. 저작물이용자의 주소 및 성명

94) 저작물이용승인신청서에 이용허락의 대상이 되는 권리를 구체적으로 적시하는 대신 이용범위와 이용기간을 대략적으로 기재하도록 하고 있는 것은 이러한 점을 고려한 것으로 해석된다.

95) 法定許諾事例 중 음악저작물과 어문저작물을 인터넷 상에서 스트리밍과 다운로드 방식으로 서비스하기 위해 저작물이용승인을 한 사례가 있는바, 이 경우 스트리밍과 다운로드가 구체적으로 어떠한 권리와 관련되는지 아직 명확하지 않을 경우 동 행위와 관련된 모든 권리에 대해 포괄적으로 승인이 내려졌다고 해석하여야 할 것이다. 문화관광부공고 제2001-151호 (관보 제14967호)

許諾制度는 원래 당사자의 이용허락에 의해 생성될 관계를 제3자가 개입하여 인위적으로 만드는 제도이므로, 強制許諾의 결과 생성된 법률관계 역시 利用許諾關係와 類似하다고 해석해야 한다. 따라서 양당사자 사이에는 자발적 이용허락과 마찬가지로 債權關係가 성립되며, 다만 당사자의 합의에 의한 것이 아니므로 約定債權關係로 볼 수는 없고 法定債權關係로 해석된다.

(2) 非排他性

당사자들 사이에 法定債權關係가 성립한다고 할 경우 이용자의 利用權은 채권의 일반적 효력에 비추어 非排他的인 효력을 갖는다. 이는 승인처분의 성격에 비추어보아도 명백하다. 원래 허락없는 저작물이용은 저작권재산권의 침해로서 금지된다. 그러나 문화관광부장관의 승인에 의해 이용자의 권리침해가 예외적으로 正當化되는 것이며, 이는 一般的禁止에 대한 例外的 正當化라는 점에서 講學上 許可에 해당한다고 볼 수 있다. 따라서 허락받은 당사자의 이용만이 적법해지는 것일 뿐, 이로 인해 다른 사람이 허가받는 것을 금지할 수 있는 특권이 생기는 것은 아니다. 따라서 이용자의 이용권은 非排他的인 성질을 가질 뿐이며 이는 베른협약과 세계저작권협약에도 명문화되어 있다.⁹⁶⁾ 이러한 비배타성은 저작권자로부터의 허락뿐만 아니라 문화관광부장관으로부터의 승인에도 적용되므로, 동일 저작물에 대하여 둘 이상의 法定許諾도 가능하다.⁹⁷⁾

(3) 非讓渡性

法定許諾을 받은 이용자의 지위는 타인에게 移轉될 수 있는가? 원칙적으로 法定許諾

96) 베른협약 부속서 제2조 제1항, 제3조 제1항 참조. 세계저작권협약 제5조의4 제1항 가 (2)는 다음과 같이 규정하고 있다 : 그 국가의 국내법령이 정하는 보다 더 긴 기간이 만료했을 때까지, 그와 같은 판의 복제물이 복제권자나 또는 복제권자의 허락을 받은 자에 의하여, 그 국가에 있어서 그와 같은 종류의 저작물에 일반적으로 붙이는 합리적인 가격과 같은 정도의 가격으로 일반공중에 또는 교육적, 학술적 활동에 관련되어 배포되고 있지 아니한 때에는, 그 국가의 국민은 누구라도 교육적 또는 학술적 활동에 관련되는 사용을 위하여 같은 가격 또는 보다 낮은 가격으로 그 판을 발행하기 위한 비배타적인 허가를 권한있는 기관으로부터 얻을 수 있다....이하 생략.

97) 다만 엄격한 이용절차 등을 통하여 획득된 이용권이 배타성을 갖지 못한다는 것은 의문이라는 견해가 있다. 李浩興, 전제논문, p.68 각주212. 그러나 엄격한 이용절차와 이용권의 배타성은 원칙적으로 관련이 없다고 할 것이다.

에 의한 利用承認의 讓渡問題는 일어날 가능성이 희박하다. 法定許諾은 이용자, 이용범 위 및 이용기간을 特定하여 승인되는 것이므로 이를 벗어난 다른 형태의 이용은 허용되지 않는다. 따라서 승인처분은 일반적인 이용권의 허락이 아니고, 따라서 이용권에 대한 일반적 양도가능성도 논의의 실익이 적다. 그러나 이용기간을 10년 정도의 장기로 정하여 허락을 받은 경우⁹⁸⁾, 그 기간 내에 이용자의 死亡 혹은 營業讓渡, 단체의 合併 등으로 인하여 이용자의 지위가 이전되는 경우가 있을 수 있다. 이 경우 法定許諾의 효과가 이전될 수 없다고 한다면 새로운 이용자는 저작물 이용상황은 같음에도 불구하고 새로운 허락을 얻어야만 한다. 이러한 경우 法定許諾의 讓渡性 문제가 제기된다.

이에 대하여 문화관광부장관의 승인은 對人的 許可로 볼 수 있으므로 이전성이 원칙적으로 제한될 것이라는 견해가 있다.⁹⁹⁾ 생각건대, 허락에 의하여 저작물을 이용할 수 있는 권리는 저작재산권자의 同意없이 제3자에게 이를 양도할 수 없다(저작권법 제42조 제3항). 이는 저작권 이용허락계약은 당사자간의 구체적인 信賴關係에 터잡은 경우가 많고, 또한 저작물은 단순히 재산권의 객체가 아니라 저작자의 精神的 所産으로서의 성격이 강하므로, 이러한 신뢰관계 및 저작자의 人格을 존중하기 위해서 규정된 조항이다. 그러므로 당사자의 허락없이 제3자에 의한 허락으로 저작물을 이용하는 경우에는 당연히 이용권의 양도가능성이 제한된다고 해석하여야 할 것이다.¹⁰⁰⁾ 베른협약 역시 翻譯權과 複製權에 대한 法定許諾은 讓渡不能(non-transferable)의 것이어야 한다고 명시하고 있다.¹⁰¹⁾

5. 法定許諾承認에 대한 紛爭

法定許諾의 승인과 관련하여 일어날 수 있는 法的 紛爭에는 다음과 같은 것들이 있을 수 있다. 우선 저작권자 입장에서 보았을 때, 법규에 규정된 要件에 해당하지 않음에도 불구하고 法定許諾의 承認이 내려지는 경우가 있는데 이는 違法的 法定許諾承認에 대한 문제이다. 또 이용신청자의 입장에서 보았을 때, 법규에 규정된 요건을 구비하였는데도

98) 실제로 동화를 유아대상 그림책 전집에 수록하기 위하여 초판 발행일로부터 10년간 이용 허락승인신청을 하여 승인이 된 사례가 있다. 문화관광부공고 제2002-47호 (관보 15076호)

99) 李浩興, 전계논문, p.67

100) 컴퓨터프로그램보호법에 대해 같은 결론을 내린 문헌으로 林俊浩, “컴퓨터프로그램의 法的保護”, 知的所有權에 관한 諸問題(下), 裁判資料 第57輯, 法院行政處(1992), p.511

101) 베른협약 부속서 제2조 제1항, 제3조 제1항

불구하고 承認棄却處分이 내려지는 경우가 있는데 이는 違法한 法定許諾 承認申請拒否에 대한 문제이다. 그리고 양자의 입장에서 공통적으로 문제되는 것으로 補償金の 額數에 대해 다툼이 생길 수 있다. 이하 나누어 살펴본다.

(1) 違法한 法定許諾承認에 대한 救濟手段

① 利用者에 대한 民事訴訟의 提起

저작재산권자는 우선 法定許諾을 얻은 이용자에 대하여 權利侵害를 이유로 民事訴訟을 제기할 수 있다. 이 경우 피고의 방어방법은 否認과 抗辯으로 크게 나뉘어질 수 있다.¹⁰²⁾ 즉 피고는 원고의 저작권이 不存在한다고 주장하거나(否認)¹⁰³⁾, 원고의 저작권은 인정하되 자신의 이용이 正當한 것임을 주장하게 된다(抗辯). 이러한 항변에는 저작권 소멸의 항변¹⁰⁴⁾, 저작권 제한에 의한 항변¹⁰⁵⁾, 이용허락의 항변, 독립창작의 항변¹⁰⁶⁾ 등이 있으며, 法定許諾에 의한 承認이 있었다는 사실의 주장 역시 이용허락의 항변과 마찬가지로 피고의 抗辯事項이 된다. 다만 이 승인은 강학상 行政處分에 해당하고 행정처분은 公定力이 있으므로 권한있는 기관에 의해 취소되기 전까지는 그 효력을 부인할 수 없다.¹⁰⁷⁾ 따라서 저작권자는 민사소송에서 문화관광부장관의 승인의 위법성을 이유로 그 효력을 부인할 수 없고, 승인을 전제로 이루어진 이용자의 저작물이용행위의 위법성 역시 주장할 수 없다. 결국 민사소송을 제기하기 전에, 또는 이와 병합하여 문화관광부장관의 승인처분의 취소를 요구하는 취소소송을 제기하여야 한다.

102) 부인이라 함은 원고의 주장사실이 진실이 아니라는 주장이지만, 항변이라 함은 원고의 주장사실이 진실함을 전제로 이와 양립가능한 별개사실을 주장하는 것이다. 양자는 입증책임, 판결이유설시 등에 있어서 차이를 보인다. 李時潤, 民事訴訟法(新訂3版), 博英社(1997), p.477

103) 이에 원고의 저작물이 저작물 성립의 요건을 갖추지 못했다는 주장, 원고의 저작이 저작권법 제7조 소정의 보호받지 못하는 저작물에 해당한다는 주장 등이 있을 수 있다.

104) 이에 보호기간의 경과(저작권법 제7절 이하), 상속인의 부존재 혹은 단체의 해산(저작권법 제46조) 등이 있다.

105) 저작권법 제22조 이하의 자유이용에 해당한다는 항변이 대표적이다.

106) 저작권법은 특허법과는 달리 사상에 대한 배타적인 독점권을 인정하지 않으므로, 똑같은 내용의 창작이라 하더라도 앞의 저작과 상관없이 독립적으로 창작되었을 경우에는 여전히 저작권이 부여된다. 그러나 이러한 독립창작의 항변에 대한 입증책임은 피고에게 있는데, 이를 입증하기는 쉽지 않을 것이다.

107) 大法院 1972. 4. 28. 宣告 72다337 判決

다만 문화관광부장관의 승인에 重大하고 明白한 瑕疵가 있는 경우 이 승인처분은 無效이고, 민사소송에서도 행정처분이 當然無效라고 인정될 경우에는 이를 전제로 하여 판단할 수 있는 것이므로¹⁰⁸⁾, 이 경우에는 행정소송을 제기하지 않고 곧바로 損害賠償을 청구하여 그 소송에서 行政處分の 無效를 주장할 수 있다.

② 承認에 대한 行政訴訟의 提起

먼저 著作權者가 法定許諾 승인처분에 대하여 다투는 경우를 생각해 볼 수 있다. 문화관광부장관의 승인은 이로 인해 타인의 저작물 이용을 적법하게 할 수 있는 지위를 설정해 주는 것이므로 '행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사'에 해당하여 행정소송법 제2조 1항 1호의 '處分'에 해당한다. 따라서 이는 取消訴訟의 대상이 되며, 원고는 취소소송에서 동 승인처분의 위법성을 다툴 수 있다.

(2) 違法한 承認申請拒否에 대한 救濟手段

우선 위법성에 대해서 살펴보면, 法定許諾申請에 대해 저작권법 시행령 제14조 제1항은 기각사유를 규정하고 있으며, 이는 단순한 例示가 아니라 限定的인 列舉條項이다. 따라서 승인은 이러한 기각사유에 해당하지 않는 한 원칙적으로 내려져야 한다는 점에서 羈束行爲(혹은 羈束裁量行爲)에 속한다고 할 수 있으므로, 그 외 명백한 거절이유를 밝히지 않는 이상 승인신청거부는 違法하다고 할 수 있다. 그러나 현행법은 기각사유 제5호에 '부득이한 사유'라는 一般條項을 두고 있으므로 그 판단에 있어 광범위한 判斷餘地가 행정청에 인정된다. 따라서 승인처분의 위법성이 실제로 인정되기는 쉽지 않을 것이다.

(3) 法定許諾 條件의 違反

원칙적으로 저작물이용승인신청자는 승인시 부가된 利用條件의 限度 내에서만 저작물을 이용하여야 한다. 따라서 이러한 조건을 위반하여 저작물을 이용한 경우, 그 부분에 대해서는 합법적인 이용허락이 존재하지 않는 것이므로 저작권침해가 성립한다. 따라서

108) 大法院 1973. 7. 10. 宣告 70다1439 判決

민사상 손해배상책임을 질뿐만 아니라 형사상으로도 저작권법 제97조의5(權利的 侵害罪)에 해당하여 형사책임을 지게 된다. 그리고 저작물 이용승인시 보통 승인범위 내에서 저작물을 이용할 것과 이를 위반하면 승인이 취소될 수 있음을 저작물 이용조건으로 부가하는 경우가 대부분이므로, 이러한 조건위반은 동시에 저작물 利用承認의 取消事由가 될 수도 있다.

그러나 法定許諾 중 제47조의 사유는 이와 관련하여 어려운 문제를 제기하고 있다. 즉 제47조는 저작재산권자가 불명인 경우이므로 설사 어떤 사람이 저작물 이용승인을 받지 않고 그냥 저작물을 이용한다 하여도, 이에 대해 민사상 손해배상소송을 제기할 原告 역시 불명이거나 이에 대해 형사상 고소를 제기할 告訴人이 불명하게 된다. 따라서 저작권자를 알 수 없는 경우 저작물의 무단이용시에 어떻게 권리보호를 하여야 할 지 큰 공백이 생기게 되는 것이다. 이 문제점에 대해서는 뒤에 現行 法定許諾制度의 問題點에 대해 논할 때 자세히 살펴보도록 한다.

(4) 補償金에 대한 不服

승인처분 자체에 대해서는 불복이 없으나 補償金額에 대하여만 불복이 있는 경우에 당사자는 어떻게 하여야 하는가. 土地收用法에서는 이와 관련하여 보상금액에 대해서만 다룰 수 있는 제도를 두고 있으나¹⁰⁹⁾, 현행 法定許諾制度에는 이와 같은 제도가 없으므로 이 경우에도 위와 같이 承認處分 全部에 대해 다룰 수밖에 없을 것이다. 참고로 일본 저작권법은 보상금액에 대한 불복절차를 별도로 규정하고 있다(일본 저작권법 제72조).

6. 法定許諾의 取消・撤回

저작물 이용승인이 내려진 후 事後的인 이유로 승인을 取消할 수 있는지 문제된다. 현행 저작권법과 시행령·시행규칙은 이에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않고, 다만 舊 컴퓨터프로그램보호법이 프로그램 使用承認의 取消에 관하여 규정을 두고 있었다.¹¹⁰⁾ 동

109) 토지수용법 제75조는 이의신청에 대한 재결시에 재결의 전부 또는 일부를 취소하는 것 외에 손실보상금만의 변경을 명할 수도 있음을 명시하고 있으며, 동법 제75조의2 제2항은 이와 관련한 행정소송의 제기를 규정하고 있다. 大法院은 보상금증액소송의 법적 성격에 대하여 '이의재결에서 정한 보상금이 증액 변경될 것을 전제하여 기업자를 상대로 보상금의 지급을 구하는 公法上的 當事者訴訟'이라 판시한 바 있다. 大法院 1991. 11. 26. 宣告 91누285 判決.

규정을 보면 취소사유로서, ① 프로그램의 使用承認의 條件을 이행하지 아니 한 때, ② 제8조의 규정에 의한 기간 내에 補償金을 供託하지 아니한 때, ③ 프로그램사용승인신청 내용에 중요한 虛偽事實이 발견된 때 등을 들고 있다. 이와 같은 사유는 현재의 해석론으로도 그대로 적용가능할 것이다. 위 취소사유에는 取消과 撤回가 같이 포함되어 있으므로 이를 나누어 살펴본다.

(1) 法定許諾의 取消

강학상 행정행위의 取消라 함은 처분당시에 하자가 이미 존재함을 이유로 처분시에 소급하여 그 효력을 소멸시키는 행정행위이며, 위 컴퓨터프로그램보호법 규정에서 세 번째 사유가 이에 해당한다. 원래 저작물 이용승인처분은 이용신청자에 대한 受益的 行政行爲이기 때문에 당사자의 신뢰보호의 취지에서 그 취소가 制限된다. 그러나 그 처분의 하자가 당사자의 事實隱蔽나 기타 詐僞의 방법에 의한 신청행위에 기인한 것이라면 당사자는 그 처분에 의한 이익이 위법하게 취득되었음을 알아 그 취소가능성도 예상하고 있었다고 할 것이므로, 그 자신이 위 처분에 관한 신뢰의 이익을 원용할 수 없음은 물론 행정청이 이를 고려하지 아니하였다고 하여도 재량권의 남용이 되지 않는다.¹¹¹⁾ 따라서 당사자가 신청시에 허위의 사항을 기재한 경우 당연히 法定許諾을 취소할 수 있을 것이다.

(2) 法定許諾의 撤回

강학상 행정행위의 撤回란 행정행위가 하자없이 유효하게 성립하였으나 사후에 이르러 그 효력을 더 이상 존속시킬 수 없는 새로운 사정이 발생하였기 때문에 장래에 향하여 그 효력을 소멸시키는 행정행위를 의미한다. 後發的 事由를 이유로 한다는 점에서 위 취소와 구분된다.

위 규정에서 첫 번째와 두 번째 사유는 法定許諾의 撤回事由에 해당하는 것이다. 이를 저작권법상 法定許諾制度에 대해 적용시켜 보면,

110) 舊컴퓨터프로그램보호법 시행령 제9조 제1항. 동 규정은 행정규제완화차원에서 1998년 동 시행령 개정시에 삭제되었다.

111) 大法院 1991. 4. 12. 宣告 90누9520 判決

① 저작물 이용승인시 부가된 利用條件을 이행하지 아니한 경우 法定許諾을 철회할 수 있다. 이는 이론상 당연히 인정되는 것이나, 보통 승인시에 이에 관해 명문으로 撤回權을 留保하고 있다.¹¹²⁾

② 그 외 일반적으로 행정행위의 철회사유로 들어지고 있는 것으로 撤回權의 留保, 負擔의 不履行, 相對方의 義務違反, 根據法令의 變更, 事情變更, 重大한 公益上 必要 등이 있다.¹¹³⁾ 이러한 사유들에 대해서도 명문규정은 없으나 역시 승인의 철회사유가 될 수 있을 것이다. 다만 相對方의 義務違反에 대해서는 舊컴퓨터프로그램보호법이 위와 같이 명시적 규정을 두고 있었다. 실제 사례로는 승인이 이루어진 후 신청인이 저작물이용을 拋棄함에 따라 승인을 사후에 취소(철회)한 바 있다.¹¹⁴⁾

7. 法定許諾의 實際事例

우리나라에서 실제 法定許諾申請이 승인된 사례는 드물다. 2000년 저작권법 개정으로 法定許諾에 관한 권한이 저작권심의조정위원회로 위탁되기 전에는 2건의 승인사례가 있었으며, 개정 이후에는 총 4건이 있었다. 그리고 이 6건 모두 저작권법 제47조를 근거로 이루어진 승인이었으며 제48조와 제50조, 그리고 폐지된 제49조에 의한 승인사례는 한 건도 없었다.¹¹⁵⁾ 이는 저작권신탁관리업의 발전과 밀접한 관련이 있는 것으로 생각된다. 著作權信託管理業은 저작재산권자·출판권자 또는 저작인접권자를 위하여 저작재산권·출판권·저작인접권 또는 그 이용권을 신탁받아 이를 지속적으로 관리하는 업을 말하는 데(저작권법 제2조 제18호), 신탁계약이 체결되면 信託者의 著作財產權은 受託者에게 완전히 移轉하여 수탁자가 권리자가 되기 때문에 저작자와의 개별적 협의는 불가능하게 된다.¹¹⁶⁾ 그리고 저작권신탁관리업자와의 이용허락계약은 集團的이고 定型的으로 이루어

112) 앞서 살펴본 문화관광부공고 제2002-38호 참조. 본 이용조건에서는 ‘취소할 수 있음’이라고 하고 있으나, 정확하게 말하자면 이는 철회에 해당한다고 할 것이다.

113) 金東熙, 行政法 I (第6版), 博英社(2000), p.326

114) 저작물이용승인신청 2001-1호

115) 제50조에 근거한 신청이 있었으나 이용요건의 미비와 신청서류미비로 반려된 바 있다. 저작물이용승인신청 2000-1호.

116) 著作權信託의 法的 性質은 信託法上的 信託에 해당되는데, 신탁자와 수탁자간에 어떤 권리에 관하여 신탁계약이 체결되면 그 권리는 법률상 위탁자로부터 수탁자에게 완전히 이전하여 수탁자가 권리자가 되고, 그 권리에 대하여 소제기의 권한을 포함한 모든 관리처분권이 수탁자에게 속하게 된다. 서울高等法院 1996. 7. 12. 宣告 95나41297 判決

어지게 되므로 개별적 협의불성립의 사례가 발생할 가능성이 거의 없다. 이하에서는 저작물이용이 승인된 실제 사례들을 살펴보기로 한다.

(1) 英國 語文著作物의 翻譯¹¹⁷⁾

1. 저작물이용의 법적 근거 : 저작권법 제47조(저작재산권자 불명인 저작물의 이용)
2. 이용저작물 : B. J. Hopper, The Mechanics of Human Movement(영국 Crosby Lockwood Staples, 1973) (체육관련 전공교과도서)
3. 승인일자 : 2002년 3 월15일
4. 이용자 : 정철수(서울대학교 사범대학 체육학과 교수)
5. 신청취지 : 신청 저작물은 체육관련 도서로써, 그 내용이 인간의 운동에 대해 역학적, 기능학적, 그리고 형태학적 해석의 통합을 통하여 접근하고 있어 운동역학을 공부하는 국내 대학원생들에게 매우 유익한 도서임. 그러나 국내에서는 현재까지 정식으로 번역된 도서가 없어 동 도서의 원본을 복사하여 활용하였으나, 여러 가지 부분이 우리 실정과 맞지 않아 보다 쉽게 번역하여 학문연구에 보탬이 되었으면 하는 의도로 도서를 발간하고자 함.
6. 신청인의 보상금 산정액 : 400,000원
- 산출 내역 : 도서정가(예정가 : 10,000원)×인세(8%)×발행부수(예정 부수 : 500부)
7. 법정허락 신청 이전의 이용허락을 위한 노력 : 신청인은 '97 학술진흥재단 학술번역 지원 사업의 지원을 받아 동 도서를 번역하여 발간하고자 하였으나, 동 재단에서 도서 발간을 위한 조건으로 저작권 문제 해결을 요구하여 저작자의 번역 허락을 받고자 노력하였음. 이에 신청인은 동 도서의 저작권자를 찾기 위하여 아래와 같이 다방면으로 노력을 기울였으나, 저작권자의 행방이 불분명한 관계로 저작자를 찾지 못함. 1997년 11월부터 1998년 7월까지 총 9개월 동안 저작물을 발간한 영국의 출판사·지인·영국의 어문 저작물 집중관리단체인 ALCS(The Author's Licensing and Collecting Society)·국내의 저작권 대리중개업체(DRT, 에릭양 에이전시)·미국의 출판사·미국 CCC(Copyright Clearance Center) 등에 E-mail이나 편지를 통해 연락을 하는 등 저작권자를 찾기 위해

117) 저작권심의조정위원회 홈페이지(www.copyright.or.kr) 중 法定許諾事例 참조. 참고로 이 사례는 상당한 기준에 대해 기준이 정해지기 전에 이용자 스스로 최선을 다하여 저작재산권자를 탐색함으로써 상당한 노력의 선례를 보여준 의미있는 사례로 평가된다.

다방면으로 노력함.

8. 법정허락승인의 이유 : 국내에서 영국 저작물의 번역출판허락계약은 일반적으로 선급금 지급과 인세율 약정으로 이루어지나, 법정허락으로 저작물을 이용하는 경우에는 저작물 총액이 당초부터 공탁되기 때문에 선급금은 고려할 필요가 없는 것으로 판단됨. 그러므로, 동 법정허락의 경우 보상금을 산정할 때 영국 저작물의 번역 출판허락 계약시 非小說에 대해 통상적으로 지급되는 인세율 6%를 기준으로 생각할 수 있으나, 신청의 취지 및 거래의 관행을 종합해 볼 때 8%로 하는 것이 타당하다고 보여짐.

이에 동 저작물의 법정허락 신청에 대한 적절한 보상금은 신청인이 신청 당시 산정한 400,000원이 적정하다고 보아, 승인신청서 상의 이용 목적 범위 내에서 이용하는 것을 조건으로 법정허락을 승인함.

9. 승인 후의 경과 : 신청인은 법정허락을 승인 받은 이후 저작권법 시행령과 동 법 시행규칙에 의거 서울지방법원 의정부지원에 동 금액을 공탁(1998년 11월 12일)하고 공탁 사실을 일간 신문에 게재하는 등의 절차를 거쳐 저작물을 사용할 수 있게 됨.

(2) 音樂著作物의 영상노래반주기에의 使用

1. 저작물 이용의 법적 근거 : 저작권법 제47조(저작재산권자 불명인 저작물의 이용)
2. 이용 저작물 : ROM IC 방식에서의 이용 및 CD ROM 방식으로 발행하는 음악저작물 작사·작곡 118편 중 105편(13편은 신청기간 중 저작재산권자의 소재 확인됨)
3. 이용자 : (주)태진미디어 대표 윤재환
4. 신청 취지 : 신청인은 영상노래반주기 제조업체로서 현재 한국음악저작권협회로부터 승인을 얻어 4900여 곡의 가요 및 동요를 노래반주기에 수록하여 영업을 하고 있음. 법정허락 신청한 음악저작물의 대부분은 동요 내지 대중에게 널리 알려진 가요로서 신청인은 저작권자의 허락을 얻고자 1998년 9월부터 1999년 3월까지 저작권자를 찾기 위한 노력을 하였으나 그 소재를 찾지 못하였으므로, 이에 대한 법정허락 승인을 받아 영상노래반주기에 수록하여 반주용 음악으로 사용하고자 함.
5. 신청인의 보상금 산정액 : 34,281,000원(보상금은 한국음악저작권협회, 한국문예학술저작권협회, 저작권위탁관리회사 등이 영상노래반주기에 사용하는 음악저작물의 일반적인 사용 승인 금액을 기준으로 산정하였음)¹¹⁸⁾

118) 보상금 산출내역은 다음과 같다.

6. 법정허락신청 이전의 이용허락을 위한 노력 : 신청인은 상기 저작물들을 저작자 허락을 취득한 후 적법한 방법으로 사용하기 위해 1998년 9월부터 11월 사이에 일간신문(동아일보)에 총 356편의 음악저작물의 저작권자를 찾는 광고를 게재하고, 신탁관리업체인 한국음악저작권협회에 저작자 확인을 요하는 공문을 발송하여 의뢰곡 141편 중 6편의 저작자 소재를 확인함. 1998년 12월부터 1999년 2월 사이에 한국음악협회, 한국작곡가협회, 한국문인협회, 한국문예학술저작권협회, 기린음악권리출판사 등 14개 관련 단체에 저작자 소재 확인을 위한 공문을 발송하여 그 중 10개 단체로부터 의뢰곡 135편 중 10편에 대하여 저작자를 소재를 확인하는 등 저작자를 찾기 위한 노력을 다방면으로 기울임. 그리고 음악전문잡지인 '음악저널' 1999년 2월 호에 저작권자를 찾는 광고를 게재함.

7. 법정허락 승인 : 동 신청인의 신청서류를 검토한 바, 신청인이 동 저작물의 저작권자를 찾기 위해 상당한 노력을 기울였다고 판단되므로 신청기간 중 저작권자 소재가 확인된 13편을 제외한 105편의 음악저작물에 대한 법정허락을 승인함.

8. 승인 후의 경과 : 신청인은 승인신청서 상의 이용범위 내에서 동 저작물들을 이용하는 것을 조건으로 法定許諾을 승인 받은 후 저작권법 시행령과 동 법 시행규칙에 의거 인천지방법원 부천지원에 동 보상금액을 공탁(1999년 8월 3일)하고 공탁 사실을 일간신문에 게재하는 등의 절차를 거쳐 저작물을 사용할 수 있게됨.

(3) 學校教育目的 音樂CD의 製作

1. 저작물 이용의 법적 근거 : 저작권법 제47조(저작재산권자 불명인 저작물의 이용)

• ROM IC 방식

제명 : '가을' 작사 1편 등 118편

편당 정액 (1인 단독작품) 280,000원 × 116편 = 32,480,000원

(2인 공동작품) 140,000원 × 2편 = 280,000원

• CD ROM 방식

제명 : '가을' 작사 1편 등 118편

편당 저작료 : 13,000원(552,563원 × 40/100 × 7/100 × 10,000대) ÷ 11,904편 ≒ 13,000원

(1인 단독작품) 13,000원 × 116편 = 1,508,000원

(2인 공동작품) 6,500원 × 2편 = 13,000원

참고) 판매대수 10,000대 근거 : 저작권법 제94조 '부정복제물의 부수 등 산정하기 어려운 경우에는 음반은 1만 매로 추정한다'에 의함.

2. 이용저작물 : 학교교육을 위해 이용하려는 목적으로 제작하는 음악CD에 사용되는 음악저작물 작사·작곡 64편
3. 승인일자 : 2001. 2. 21
4. 이용자 : 이수현
5. 이용형태 및 수량 : 음악CD로 3000매 제작
6. 보상금액 : 1,255,800원(한국음악저작권협회 사용료를 기준으로 산정)
7. 승인후 경과 : 신청인이 법정 이용을 승인받은 후 신청인이 사용을 포기함에 따라 승인이 취소되었음(2001. 4. 17.)

(4) 인터넷 스트리밍과 다운로드에의 利用(문화관광부공고 제2001-151호, 관보 제14967호)

1. 저작물 이용의 법적 근거 : 저작권법 제47조(저작재산권자 불명인 저작물의 이용)
2. 이용 저작물(생략)
3. 승인일자 : 2001. 11. 21.
4. 이용자 : 한국교육학술정보원장
5. 이용범위 및 기간 : 인터넷 무료 교육 사이트 ‘에듀넷’ 에 스트리밍과 다운로드 방식으로 서비스(2001. 12. 1. - 2006. 2. 28.)
6. 보상금액 : 1,723,130원(음악저작물 보상금액 : 1,080,630원, 어문저작물 보상금액 : 642,500원)
7. 이용조건(생략)

(5) 教育放送에 映畵放映(문화관광부공고 제2002-38호, 관보 제15060호)

1. 저작물 이용의 법적 근거 : 저작권법 제47조(저작재산권자 불명인 저작물의 이용)
2. 이용저작물

저작물명	제작연도	제작사	제작자	시나리오	감독
시집가는 날	1956	동아영화사	이병일	오영진	이병일
종각	1958	팔월프로덕션	청남	청남	양주남

3. 승인일자 : 2002. 3. 15.
4. 이용자 : 예술영화배급주식회사 대표이사 길창익

5. 이용범위 : 교육방송(EBS)에 1회 방영
6. 보상금액 : 총 200만원(영상저작물 각 100만원씩)
7. 이용조건(생략)

(6) 幼兒對象 그림책 全集에 收錄(문화관광부공고 제2002-47호, 관보 제 15076호)

1. 저작물 이용의 법적 근거 : 저작권법 제47조(저작재산권자 불명인 저작물의 이용)
2. 이용 저작물 : 우효중, 어디만큼 왔냐(어문저작물, 동화). 동지사아동원(1948년)
3. 승인일자 : 2002. 4. 8.
4. 이용자 : 주식회사 웅진닷컴
5. 이용목적 : 유아대상 그림책 전집(총서명 : 마술피리 그림책) 56권 중 32권째 도서에 수록
6. 이용기간 : 초판 발행일로부터 10년
7. 발행부수 : 100,000부(1쇄 당 5,000부×20쇄=100,000부)
8. 보상금 : 200,000원
9. 이용조건(생략)

(7) 事例의 評價

사례들을 살펴보면, 제47조가 이용되는 경우를 다음과 같이 유형화할 수 있다.

- ① 해외 저작물이어서 저작재산권자를 찾기 어려운 경우
- ② 저작물 공표 후 오랜 기간이 흘러 저작재산권자를 찾기 어려운 경우
- ③ 저작물을 대량으로 혹은 오랜 기간 이용해야 하는 경우여서 일괄적인 이용허락이 필요한 경우

또 이용대상권리는 복제권, 방송권, 전송권, 2차적저작물 작성권(번역권) 등으로 다양하였으며, 그 이용기간과 이용형태 역시 1회적인 것에서부터 10년에 이르기까지 다양하였다. 그러나 실제 사례가 부족하여 더 이상의 분석은 어려우며, 이를 위해서는 앞으로 더 많은 사례의 축적을 기대할 수밖에 없을 것이다.

第5節 類似制度와의 比較

1. 特許法上 強制實施制度

저작권법이 사상이나 아이디어에 대해서는 보호대상에서 제외하고, 오직 ‘表現’에 해당하는 부분만 보호를 하고 있는 것과 대조적으로 특허법은 技術的 思想 자체에 대하여 독점적인 권리를 설정하고 있다. 따라서 특허법의 경우는 저작권법에 비해서 實施의 重要性이 훨씬 강조되며, 強制實施를 인정할 必要性 역시 저작권법에 비해서 크다. 특허법은 이를 반영하여 저작권법에 비해 훨씬 다양하고 상세한 法定實施制度를 규정하고 있다. 특허법상 法定實施制度도 역시 法定實施權과 強制實施權으로 나누어지는데, 強制實施權이 인정되는 사유로는 國防上 必要에 의한 경우(특허법 제106조), 不實施·不公正 實施의 경우(제107조), 利用·抵觸의 경우(제98조) 등이 있다.¹¹⁹⁾ 한편 이와 비슷한 제도가 실용신안법(제42조 및 제53조), 의장법(제70조), 상표법(제73조), 종자산업법(제68조) 등에도 규정되어 있다.

2. 컴퓨터프로그램保護法上 法定許諾制度

1986년 12월 31일 법률 제3920호로 공포되어 1987년 7월 1일부터 시행된 우리나라 컴퓨터프로그램보호법은 기본적으로 저작권법의 법리에 기초하여 제정되었다.¹²⁰⁾ 따라서 法定許諾에 대해서도 著作權法과 類似하게 규정하고 있는데, 다만 그 사유를 한 가지(프로그램저작권자가 불명일 경우)에 한정하고 있다.¹²¹⁾

119) 자세한 것은 丁相朝, “特許發明的 強制實施”, 서울대학교 法學 제36권 3·4호(1995) pp.264-299 참조

120) 저작권법은 제2조 제12호에서 컴퓨터프로그램에 대한 정의규정을 두고 있으며, 이어서 제4조 제1항 제9호에 저작물의 일례로서 ‘컴퓨터프로그램저작물’을 규정하고 있다. 또한 동법 제4조 제2항에서는 ‘컴퓨터프로그램저작물의 보호등에 관하여 필요한 사항은 따로 법률로 정한다’고 규정하고 있으며, 이에 대응하여 컴퓨터프로그램보호법 제31조는 ‘이 법에 규정한 것 외에 프로그램의 보호에 관하여 저작권법에 규정이 있는 경우에는 그 규정을 적용한다’고 하여 컴퓨터프로그램보호법이 저작권법의 특별법적 위치에 있음을 명확히 하고 있다.

121) 동법 제18조 : ① 프로그램을 사용하고자 하는 者는 상당한 노력을 기울였어도 프로그램 著作權者나 그의 居所를 알 수 없어 그 프로그램 著作權者의 使用許諾을 받을 수 없는 경우에는 大統領令이 정하는 바에 따라 情報通信部長官의 승인을 얻고, 第35條의 規定에 의한 프로그램 審議調停委員會의 審議를 거쳐 情報通信部長官이 告示한 補償金을 그 승인을 얻은 날부

3. 有償公有制度(domaine public payant)¹²²⁾

公有(public domain) 저작물을 사용하는 사람이 그 사용에서 얻은 수입에 비례한 일정액을 권한 있는 기관이나 단체에 지급하는 것을 말한다. 이 금액은 일반적으로 저작자들(경우에 따라서는 실연자들 포함)을 위한 단체를 조직하고 이들에게 더 나은 사회보장을 제공하기 위하여 사용된다. 이들 사용료를 관리하기 위한 특별 기금을 창설할 수도 있다. 이 제도는 아르헨티나, 프랑스, 이탈리아, 터키 등에서 채택되어 있다.¹²³⁾

이 제도는 법률에 정하여진 보상금 지급을 조건으로 저작재산권자의 허락 없이 저작물을 사용할 수 있다는 점에서 法定許諾과 유사한 점이 있으며, 따라서 넓은 의미의 法定許諾制度라 할 수 있다. 다만 保護期間의 終了가 임박한 저작물, 혹은 보호기간이 종료된 저작물만을 대상으로 한다는 점에서 이러한 제한이 없는 일반적인 法定許諾制度와 구별된다.

4. 免除(exemption)

免除는 자유이용과 함께 저작재산권을 제한하는 제도로서, 미국 저작권법에 특유한 제도이다. 미국 저작권법상 자유이용은 전통적으로 判例法에 의해 발전되어 온 公正使用(fair use) 法理에 의해 규율되었는데, 저작물 이용에 대한 기술발달로 인해 公正사용의 범리만으로는 자유이용의 모든 상황을 적절히 규율할 수 없게 되었다. 그래서 특정한 경우에 한하여 자유사용과는 별도로 저작권침해로부터 면제해주는 규정을 저작권법에 두게 되었다.¹²⁴⁾ 이는 特定 著作物을 대상으로 하므로 모든 저작물에 대해 적용되는 公正使用과 다르며, 또한 저작재산권자의 허락이 문제가 되지 않는다는 점에서 強制許諾 기타 法定許諾制度와도 구별된다.

터 30일 이내에 프로그램著作權者를 위하여 供託한 후 당해 프로그램을 사용할 수 있다.

② 第1項의 規定에 의하여 사용하는 프로그램의 複製物에는 情報通信部長官의 승인을 얻은 사실과 그 承認年月日을 표시하여야 한다.

122) 저작권심의조정위원회, 저작권표준용어집, 저작권심의조정위원회, p.6

123) 朴元淳·方熙宣, 著作權法: 비교법적 측면을 중심으로, 法經出版社(1986), p.238

124) 미국 저작권법 제110조는 특정 실연 및 전시에 대한 면제를 규정하고 있다.

5. 著作隣接權者の 補償金請求權

우리 저작권법은 저작인접권자에게 보상금청구권을 인정하고 있다. 즉 實演者는 원래 자신의 실연을 방송할 권리를 가지지만, 예외적으로 실연자의 허락을 받아 녹음된 실연에 대하여는 방송권이 制限된다(저작권법 제64조, 동조 단서). 다만 이 경우 방송사업자가 실연이 녹음된 판매용음반을 사용하여 放送하는 경우에는 實演者에게 상당한 補償을 하여야 하며(저작권법 제65조 제1항), 이는 音盤製作者에게도 준용된다(저작권법 제68조 제1항). 이는 판매용 음반의 연주라는 1차적 사용의 범위를 벗어나 다시 이를 사용하여 방송하는 데 대한 사용료를 구하는 것이므로 이를 2차적 사용료 청구권이라고 하기도 한다.¹²⁵⁾

이러한 著作隣接權者の 補償金請求權은 보상을 전제로 이용이 가능하다는 점에서 講學上 法定許諾과 많이 유사하다. 그러나 저작인접권자에게는 이러한 이용을 금지할 수 있는 권리(즉 방송권)는 없고 다만 이러한 이용에 대해 보상금청구권만 인정되는데 비해, 저작권자는 이를 금지할 수 있는 권리가 있고 다만 법정허락제도에 의해 예외적으로 이용허락이 의제된다는 점에서 양 제도는 차이를 보인다.

第6節 小結

이상에서 法定許諾制度에 대해 세계 각국의 입법례, 그리고 우리나라의 현행법과 실제 사례 등을 살펴보았다. 살펴본 결과 다소의 차이는 있지만 우리나라를 포함하여 모든 나라의 法定許諾制度에는 法定許諾의 개념요소, 즉 非自發的인 許諾, 그리고 이에 상응하는 補償의 支給이 포함되어 있음을 알 수 있다. 그러나 또 하나 발견할 수 있는 사실은, 法定許諾은 언제나 한정된 사안에 관해 例外的으로 규정되어 있으며 그 요건 또한 상당히 엄격하게 규정되어 있다는 것이다.

그렇다면 과연 法定許諾制度는 어떤 경우에 적용되는 것이 옳은가. 그리고 어떤 요건하에 허용되는 것이 바람직한가, 法定許諾制度에 가장 합리적인 節次는 어떠한 것인가에 대해 자연스럽게 의문이 든다. 그리고 더 나아가서 과연 우리나라의 현행 法定許諾制度는 이러한 기준에 적합한 것인가, 개선되어야 할 점은 없는가 역시 새로운 의문점으로

125) 사법연수원, 저작권법 I (2002), p.281

제기된다. 이러한 문제점에 대해 지금까지는 각 이해관계 집단의 실력대결과 입법에서의 영향력에 따라 결정되어 온 감이 없지 않다. 그러나 이처럼 애매모호한 입법으로 法定許諾制度의 효율적인 이용을 이끌어 낼 수 있는가에 대해서는 회의적이다. 따라서 이하에서는 法定許諾制度의 합리적인 균형점을 찾아내기 위하여 法經濟學的인 접근을 시도해 보기로 한다.

第3章 法經濟學的 分析들의 導入

第1節 法經濟學的의 沿革과 特徵

1. 法經濟學的의 沿革

로마법을 거쳐 중세에 이르기까지 법학은 경제학과는 아무런 상관없이 발전하였다. 정확하게 말하자면, 중세까지 법학은 존재하였으나 학문적 의미에서의 경제학은 존재하지 않았으므로 이는 당연한 것이다. 그러나 아담 스미스(Adam Smith, 1723-1790)가 자본주의에 대해 최초로 체계적인 분석서인 ‘國富論’을 출간하면서 본격적으로 경제학이 학문적 차원에서 논의되기 시작하였고, 아담 스미스는 자신의 경제이론을 법학에서도 관찰시키기 위하여 ‘道德感情論’, ‘法學講義’라는 저서를 저술하여 법경제학의 기초를 놓았다. 그러나 그의 법경제학은 단순히 자본주의의 발전을 위해서는 교환적 정의가 지켜져야 하고 이를 위해 법적 규제의 도움이 필요하다는 식의, 양자 사이의 관계를 느슨하게 지적하는데 그친 한계를 지닌다. 최초로 법과 경제의 관계를 심도있게 파헤친 학자는 칼 맑스(Karl Marx, 1818-1883)인데, 그는 唯物論的 史觀에 입각하여 경제적 토대를 하부구조로, 그리고 법적 토대를 상부구조로 하여 하부구조의 변화에 따라 상부구조가 변하게 된다는 토대·상부구조론을 제창하여 법이 결국 經濟에 從屬됨을 선언하였다. 그 후 경제현상이 점점 국가질서에서 큰 영향을 차지함에 따라 경제를 다룬 많은 법령(독점금지법, 산업규제법, 그리고 회사법과 노동법 분야 등)에 대한 연구가 이뤄지게 되었고, 이는 현재에 이르기까지 經濟法이라는 독립된 분야로 발전을 거듭하고 있다.

그러나 이때까지의 법경제학은 주로 巨視的인 문제에 논의의 초점을 맞춘 나머지, 개별적인 법적 사건에 있어서 경제학적인 관점이 어떻게 적용될 수 있는가에 대해서는 해답을 줄 수가 없었다. 이러한 기존의 한계를 넘어서서 법의 제반현상을 경제학적 도구를 사용하여 微視的으로 탐구하기 시작한 것이 소위 ‘新法經濟學’이며, 현재 법경제학이라 하면 일반적으로 1960년대 이후에 발전하기 시작한 신법경제학을 지칭한다. 新法經濟學은 여타 학문과는 다른 특징을 갖고 있는데, 바로 혁명적인 하나의 논문에서 학문의 새로운 분야가 탄생되었다는 점이다.¹²⁶⁾ 신법경제학의 탄생을 알린 이 역사적인 논문은 코

126) Mark Kuperberg & Charles Beitz(Ed.), *Law, Economics, and Philosophy - A Critical*

즈의 ‘社會的 費用에 관한 研究’로서, 이 논문에서 핵심적으로 사용된 去來費用이라는 개념은 그 후 수많은 다른 법적 영역을 경제학적으로 분석할 수 있는 강력한 도구로 이용되었다. 그 이후 Calabresi의 事故費用에 관한 연구, Posner의 ‘법의 경제적 분석(An Economic Analysis of Law)’ 등이 발표되면서 신법경제학의 기본적인 틀이 형성되었다. 이처럼 하나의 학문분야가 눈부신 속도로 발전하는 것은 1920년대 초의 量子力學의 발전에 비견될 만하다. 현재 미국에서 법경제학은 법학 커리큘럼 중 필수적인 것으로 여겨지고 있으며, Manne이 설립한 법경제학 센터(Law and Economics Center: LEC)에서는 법학교수뿐만 아니라 연방법원의 판사들에게도 법경제학 강의를 시도하여 그 저변을 더욱 넓히고 있다.¹²⁷⁾

2. 法經濟學의 特徵

법경제학의 가장 큰 特徵은 效率性的의 極大化¹²⁸⁾를 법제도가 추구해야할 目的으로 삼고 있다는데 있다. 이는 법학의 目的을 正義具現, 合目的性, 그리고 法的 安定性으로 도식화하여 이해해오던 고대 이래의 전통적인 개념에 혁명적인 변화를 가져왔으며, 따라서 이에 대한 비판 역시 끊이지 않고 있다. 특히 과연 效率性이라는 개념이 고전적 정의관을 완전히 대체할 수 있는가는 아직까지 첨예한 논쟁주제이다. 그러나 비록 효율성의 극대화가 법제도가 추구하여야 할 唯一한 目的이라 단언할 수는 없다고 하더라도 분명히 법제도가 추구하여야 할 肯定的인 價値중의 하나임은 부정할 수 없는 것이며, 따라서 기존의 법제도에 대해 효율성이라는 잣대로 실증적인 분석을 시도해 보는 것은 법제도의 구체적인 움직임을 정치하게 드러내줄 수 있다는 점에서 분명 유익한 작업인 것이다.¹²⁹⁾

introduction with Applications to the Law of Torts (Rowman & Allanheld, 1983), p.3

127) 김일중, “법과 경제의 접목: 경제학도가 본 진화과정”, 미국사회의 지적 흐름(법), 미국학 연구소 편, 서울대학교출판부(1999), p.186

128) Posner에 의하면 富의 極大化가 법경제학의 目標라고 한다. 부의 극대화의 개념에 대해서는 趙賢芝, “法經濟學과 정의-포스너(R. A. POSNER)의 법이론을 중심으로”, 梨花女子大學校 碩士學位論文(1993), p.75 이하 참조

129) 법경제학에 대한 비판과 반박에 대한 간략한 설명으로 정상조, “법경제학의 동향과 쟁점”, 법과사회 6(92.7). pp.222-224 참조

第2節 著作權法과 法經濟學

1. 著作權法の 兩面性

(1) 著作權의 沿革과 兩面性

우리나라 저작권법 제1조는 ‘이 법은 著作者의 權利와 이에 인접하는 權利를 보호하고 著作物의 公정한 이용을 도모함으로써 文化의 향상발전에 이바지함을 目的으로 한다’고 규정하고 있다. 즉 저작권법은 그 목적에서부터 저작자의 권리만 보호하는 것이 아니라 ‘공정한 이용’까지 저작자의 보호와 同級의 목적으로써 추구하겠다는 것을 천명하고 있다. 따라서 저작권의 보호에 있어서 이러한 兩面性을 인식하고 상충하는 목표 사이에 均衡感覺을 유지하는 것은 실로 중요하며, 이는 비단 立法에서뿐만 아니라 법의 解釋과 執行에서도 일관되게 관철되어야 한다. 저작권법의 양면성은 世界人權宣言 제27조에도 나타나 있는데, 동 규정은 제1항에서 ‘인간은 누구나 공동체의 문화에 자유롭게 참여하고 예술을 향유하고, 또 과학적 발전과 그 혜택에 함께 참여할 수 있는 권리를 갖는다’고 규정하고, 이어서 제2항에서 ‘인간은 누구나 자신이 제작한 모든 형태의 과학적·문화적·예술적 저작물로부터 발생하는 경제적·인격적 이익을 보호받을 수 있는 권리를 갖는다’고 규정하고 있다.¹³⁰⁾ 제2항이 著作權者의 保護에 관한 내용이라면, 제1항은 이를 이용할 수 있는 一般 公衆의 保護에 관한 내용으로서, 저작권의 양면성에 대한 인식은 세계적으로 공통적임을 확인할 수 있다.

이는 저작권의 沿革을 살펴보아도 자명하다. 저작권은 원래 당연히 인정되는 권리가 아니었으며, 오히려 저작물은 당연히 모든 사람이 共有하여 그것을 토대로 더 나은 저작물을 만들어낼 수 있는 기초로 인식되는 것이 보통이었다. 저작물에 대하여 최초로 인정된 권리는 저작권이 아니라 오히려 出版權이었다. 15세기경 활판인쇄가 발명됨에 따라 많은 비용을 들여 저작물을 출판한 출판업자의 이익이 침해되는 사태가 자주 발생했고, 그래서 나타난 것이 출판특허제도였다. 그러나 엄밀히 말해서 이는 저작물에 대한 추상적인 권리라기보다는 출판업자가 저작물에 들인 재산적 투자를 보호한다는, 다분히 財產權의인 보호라 할 수 있다. 따라서 이를 진정한 저작권이라고 보기는 어렵다. 그 후 개인주의사상과 개인의 권리를 중시하는 近代의 法秩序가 형성되면서 차츰 저작물에 관하여

130) 宋永植·李相理, 知的財産法(三訂版), 세창출판사, p.210

일종의 所有權 類似의 권리가 인정되어야 한다는 생각이 널리 퍼지게 되었고, 이러한 관념의 발전은 결국 최초의 저작권법인 ‘앤 여왕법(Statute of Anne)’의 탄생으로 이어지게 되었다.¹³¹⁾ 위와 같은 저작권법의 연혁에서 우리가 다시 한 번 확인할 수 있는 것은, 저작권은 천부적인 권리라기보다는 근대사상의 발전과 저작물의 성격변화, 저작자의 경제적 보호 등을 이유로 상당히 政策的으로 인정된 권리라는 것이다. 따라서 그 권리의 내용에 있어서도 절대적인 보호라는 것은 있을 수 없고, 당연히 그 범위와 내용이 어떠한 것이어야 하는지가 끊임없이 재논의되어야 한다.

(2) 實定法과 兩面性

저작권법의 양면성은 우리나라의 저작권법 기타 법체계에도 그대로 수용되어 있다. 우선 저작권법의 법적 근거규범이라 할 수 있는 憲法을 살펴보면, 헌법 제22조 제2항은 ‘著作者, 發明家, 科學技術者와 藝術家의 權利는 法律로써 保護한다’고 규정하고 있다. 이는 기타의 헌법상 자유권이 조건없이 보장되는 것과는 질적으로 다른 규정방식이다.¹³²⁾ 저작권을 法律로써 보호한다는 것은 다시 말하면 그 보호의 정도와 방법에 있어서는 입법자의 立法裁量에 맡겨져 있다는 것이고(소위 基本權 具體化的 法律留保¹³³⁾), 이는 저작권법이 서로 상충하는 지극히 다양한 이해관계를 입법적으로 수렴하여야 한다는 것을 간접적으로 시사해주고 있다.

이를 바탕으로 현재 우리나라 저작권법은 著作者에게 기본적으로 著作權을 인정하고 있다. 즉 ‘著作者는 第11條 내지 第13條의 規定에 의한 權利(이하 “著作人格權”이라 한다)와 第16條 내지 第21條의 規定에 의한 權利(이하 “著作財產權”이라 한다)를 가진다’고 규정하여 1차적 권리부여를 著作者에게 하고 있다(저작권법 제10조). 그러나 저작권은 다른 권리와는 달리 본질적으로 크게 제한된 권리를 갖는데, 그 제한의 유형으로는 위에서 살펴본 바와 같이 저작권발생의 要件, 저작권의 對象에서 원시적으로 제외, 時間的 限界, 저작재산권의 自由利用, 法定許諾制度 등이 있다.¹³⁴⁾ 이처럼 저작권에 대하여 광범위한 제한이 인정되고 있는 이유는 위에서 살펴본 바와 같은 著作權의 兩面性, 즉 저작권

131) 吳承鍾·李海完, 전거서, pp.13-14

132) 예를 들어 양심의 자유에 대하여는 헌법 제19조에서 ‘모든 國民은 良心의 自由를 가진다’라고 어떠한 유보도 없이 단순명백하게 규정하고 있다.

133) 權寧星, 憲法學原論(2000年版), 法文社, p.517

134) 본고 제2장 제1절 2 참조.

법은 단순히 권리자의 보호에만 치중해서는 안되고 저작물을 이용하는 일반 대중의 권리도 똑같이 존중하여야 한다는 점 때문이다.

종래에는 저작권법의 이러한 兩面性에 대해 다분히 抽象的이고 觀念的으로 설명해 왔다.¹³⁵⁾ 그러나 이러한 觀念的인 설명은 실제 양 이념이 첨예하게 부딪히는 분쟁에서는 적절한 해결도구가 되어 줄 수 없다. 그리고 저작권법상 양 이념의 충돌 문제는 실제 저작권법 전반에 걸쳐 모든 문제에서 발생하게 된다. 이는 저작권침해의 특수한 성격에서 기인하는 바, 저작권의 침해라 함은 결국 ‘저작물의 無斷利用 또는 許諾範圍 外 利用’과 다름없고¹³⁶⁾, 저작권의 침해가 문제되는 모든 사례는 결국 저작권자와 저작물 이용자의 대립으로 볼 수 있기 때문이다. 만약 저작권의 침해가 ‘利用’ 이외의 형태로 이루어진 경우는 저작권침해가 아니라 一般財産權의 침해로서 民事上 不法行爲가 성립할 뿐이다. 그렇다면 저작권침해소송에서는 언제나 저작권법의 대립하는 양 이념이 충돌하게 되는 결과가 된다. 이 경우 법관은 과연 어떠한 기준에서 양 목표의 이익형량을 할 것인가. ‘저작권자의 보호’와 ‘일반공중의 이익 보호’ 중 어느 것을 개별 사안에서 우선시해야 할 지 법관은 어떻게 알아낼 수 있을까. 여기에 法經濟學의 導入必要性이 존재한다.

2. 著作權法과 法經濟學의 親和性

저작권법의 제문제는 사실 판단하는 사람의 문화적 경험과 사회적 의식이 총동원되는 분야로서 ‘法の 形而上學’이라 불릴 정도로 어렵고도 애매한 것이 사실이다. 그러나 재판을 회피할 수 없는 법관의 현실 하에서 기존의 판례와 학설은 이를 해결하기 위한 다양한 판단방법을 축적해왔다. 그러나 著作權法의 兩面性과 이로 인한 利益衡量은 法經濟學的方法을 사용하였을 때 가장 效果的으로 分析될 수 있다고 본다. 다시 말하면, 저작권법은 법경제학적 방법론이 가장 자연스럽게 적용될 수 있는 법분야라 할 수 있는 것이다. 구체적으로 저작권법과 법경제학의 親和性에 대해 살펴보면 다음과 같다.

135) 예를 들어, ‘저작권에 대한 보호가 불충분하면 저작자의 창작의욕을 고취할 수 없게 되고, 반대로 그 보호가 과도하게 이루어지면 사회·경제적으로 유용한 지적재산의 과실을 저작자만이 독점하게 되어 불합리한 상태가 발생하게 된다. 따라서 저작권법은 다른 지적재산권법과 마찬가지로 저작자의 이익과 이용자의 이익을 어떻게 조화롭게 보호할 것인가를 다루는 것이다’라는 설명방식이 대표적이다. 吳承鍾·李海完, 전거서, p.12

136) 吳承鍾·李海完, 전거서, p.459

(1) 저작권법의 權利附與는 다른 어떤 법분야보다 이질적이다. 저작권의 연혁에서 알 수 있듯이 저작권은 천부적인 권리라기보다는 출판업자와 저작자의 이익을 보장해 주기 위해 다분히 政策的으로 인정된 것이다. 따라서 그러한 권리부여가 과연 올바른 것인지에 대해 근본적인 의문이 들 수 있으며, 財產權制度의 確立方式, 權利가 原始的으로 누구에게 歸屬되는 것이 타당한가 등은 바로 법경제학의 고전적인 주제 중의 하나이다.

(2) 저작권의 양면성은 끊임없이 대립하는 이익의 均衡點을 도출해낼 것을 입법자에게 요구하며, 이 경우 입법자는 양측의 이해관계와 손해득실을 세심하게 고려하여야 한다. 그런데 이러한 균형점은 결국 양측의 利益이 極大化되는 곳에서 결정되어야만 할 것이고, 이는 법경제학이 주로 사용하는 효율성의 극대화 모형을 통해 자세하게 분석될 수 있다. 즉 저작권법은 어느 법분야보다 효율성의 최대화라는 법경제학의 기본전제가 잘 어울리는 법분야이다.

(3) 법경제학은 기존제도의 분석보다는 오히려 제도의 結果豫測, 그리고 새로운 代案을 제시하기 위한 방법론으로 주로 사용된다.¹³⁷⁾ 그러므로 법경제학은 저작권법의 현상태를 분석하는 것에 그치지 않고, 더 나아가 새로운 저작권법의 내용이 어떠해야 하는지에 대해서 規範的인 解法을 제시해 줄 수 있다.

저작권법과 법경제학의 이러한 친화성은 결국 저작권법의 양면성에 기인한다. 그렇다면 저작권법의 양면성, 그리고 이로 인한 양측의 이익이 첨예하게 부딪히는 곳에서 緩衝 役割을 하고 있는 法定許諾制度에 대해서는 더욱더 법경제학적인 분석이 적합할 것임을 충분히 예상할 수 있다. 이하에서는 法定許諾制度에 대해 본격적으로 법경제학적 분석을 행하기 전에 分析의 道具로서 사용하게 될 몇 가지 法經濟學的 概念에 대해 간략히 소개 하도록 한다.

第3節 코즈 定理(Coase Theorem)

코즈(Ronald. H. Coase)의 논문인 ‘사회적 비용의 문제(The Problem of Social Cost)’는 신법경제학의 등장에 결정적인 계기가 되었고, 그의 논문이 제기한 새로운 발상과 관점은 기존의 법적 문제를 전혀 새롭게 바라볼 수 있게 해 주어 지금까지도 신선한 충격

137) 양영식, “법경제학의 연구대상, 방법론 및 유효성”, 忠南大經濟論集 14(‘98.12), pp.109-127

으로 남아있다. 따라서 그의 이론을 이해하는 것은 법경제학을 연구함에 있어 필히 거쳐야 하는 관문으로 여겨지고 있으며, 특히 그가 이 논문에서 사용한 去來費用이라는 개념은 많은 법적 현상을 경제학적으로 분석하는 데 있어서 필수적인 개념이 되었다.

1. 코즈 定理의 內容

코즈 정리란 위 논문에서 코즈가 제창한 아이디어를 후대의 학자들이 정식화시킨 것이다.¹³⁸⁾ 이는 일단 ‘권리의 부여를 특정하지 않고는 시장거래는 성립될 수 없다. 그러나 去來費用(transaction cost)이 영(零)이라면 법이 어느 쪽 당사자에게 권리를 부여하든 生産物價値의 極大化라는 最終結果는 同一하다’로 요약될 수 있다.¹³⁹⁾ 여기서 去來費用이란 계약의 체결과 이행·감독을 위해 드는 모든 비용을 의미하는 매우 넓은 개념으로서, 여기에는 ① 교환의 전제로서 재산권의 確定費用 및 확정된 재산권관계의 維持費用, ② 거래상대방을 찾아내고 상대방의 거래조건을 상호인지하는 데 드는 情報費用, ③ 최종거래조건을 확정하는 과정에서의 交渉費用·契約締結費用, ④ 계약내용을 충실히 이행시키기 위해 드는 執行·監督費用(司法費用 포함) 등이 포함될 수 있다.¹⁴⁰⁾ 위 코즈 정리의 내용을 코즈가 자신의 논문에서 사용한 예를 사용하여 간단히 설명하면 다음과 같다.¹⁴¹⁾

우선 목장과 농장이 인접해서 위치하여 목장의 소들이 농장의 농작물에 피해를 주는 상황을 가정한다. 목장과 농장 사이에 소의 이동을 막기 위해 담장을 설치하는 비용이 9만원이라고 하고, 소의 증가와 그로 인한 농작물의 피해 사이에 다음과 같은 관계가 존재한다고 가정한다.

138) 가장 먼저 ‘코즈 정리’로 명명되고 정식화된 것은 Stigler의 ‘The Theory of Price’(3rd Edition, Macmillan Co., 1966)이라고 한다. 全聖薰·申道澈·吉仁成, 코즈의 경제이론과 한국 경제, 경제해설자료15. 국민경제제도연구원(1991), p.18

139) Ronald H. Coase, “The Problem of Social Cost”, 3 The Journal of Law and Economics 1 (1960), pp.1-44. 이 논문은 M. Kuperberg & Beitz(Ed.), *Law, Economics, and Philosophy : A Critical Introduction with Applications to the Law of Torts* (Rowman & Allanheld, 1983), pp.13-40에 재수록되었다. 이하 코즈 논문의 인용은 이 책으로 한다.

140) 朴世逸, 法經濟學(改訂版), 博英社(2000), p.82

141) Coase, 전제논문, p.15

소의 마리 수	농작물 피해액	소 한 마리 증가시 농작물 피해증가액
1	1	1
2	3	2
3	6	3
4	10	4

① 먼저 목장주에게 농작물피해에 대한 배상책임을 부과하는 경우를 검토한다. 이 때 소 한 마리를 더 기르게 되면 목장주는 그 만큼의 농작물 피해 증가액을 농장주에게 배상하여야 하고, 이는 비용으로 산입된다. 따라서 목장주가 소를 4마리 혹은 그 이상 키우려 한다면 농작물 피해를 배상(10만원 이상)하는 것보다는 담장을 설치하는 것(9만원)이 비용이 더 적게 들게되므로 목장주는 담장을 설치할 것이다.¹⁴²⁾

② 두 번째로 목장주에게 放牧權을 인정하는 경우, 즉 농작물에 대한 손해배상책임을 인정하지 않는 경우를 검토한다. 이 경우 목장주는 농장주의 눈치를 보지 않고 얼마든지 소를 늘릴 수 있다. 그러나 농장주 입장에서 볼 때, 만일 목장주가 소를 세 마리에서 두 마리로 줄여주는 데 합의만 한다면 농장주는 3만원까지는 기꺼이 목장주에게 사례금으로 지불하려 할 것이다. 그러나 소가 4마리 이상으로 늘어난다면, 농장주는 사례금을 지불하는 대신 담장을 설치하게 될 것이다.

위의 간략한 검토에서 알아챌 수 있듯이, 농장주가 목장주에게 소를 줄여주는 대신 지불할 용의가 있는 금액은 목장주 입장에서는 소의 수를 늘리는 결정을 함으로 인해 발생하는 기대소득의 감소액, 즉 일종의 機會費用이 된다. 따라서 소를 한 마리 늘림에 따른 費用의 增大라는 측면에서 목장주에게 권리가 부여되는지 여부는 상관이 없고, 이익의 극대화라는 측면에서 볼 때 누구에게 권리를 부여하든 소의 마리 수와 담장의 설치여부라는 최종적인 결과는 같게 된다. 즉, 기회비용이라는 개념이 도입됨으로써 권리부여 여부가 사회적 총효율과 상관이 없게 되는 것이다.

2. 코즈 定理의 意義

142) 물론 이는 소 한 마리를 더 키움으로써 얻게 되는 이익이 최소한 3 이상일 것을 전제한다. 그렇지 않다면 목장주는 이익보다 지불해야 할 비용이 더 크게 되므로 소를 3마리 이상 키우지 않을 것이다.

코즈 스스로는 한 인터뷰에서 코즈 정리의 요점은 사람들은 가장 높은 가치를 생산하는 방식으로 자원을 사용할 것이라는 데 불과하며, 이는 명백한 것으로 정리라고 불릴 필요조차 없는 것이라고 말한 바 있다.¹⁴³⁾ 코즈의 말대로 코즈 정리는 어찌 보면 당연한 것을 정식화하였다고 볼 수도 있다. 거래비용이 0이라는 전제는 모든 상황에서 모든 거래가 자발적으로 이루어지는 상황이기 때문에 누구에게 권리를 부여하든 비용의 최적화를 위한 수많은 거래가 이루어져 결국 각각에게 최대의 이익이 되는 결과가 될 수밖에 없기 때문이다. 결국 코즈가 거래비용이 0인 경우를 분석한 것은 그 자체에 목적이 있었다기 보다는, 오히려 去來費用이 실제 경제제도의 형성에 있어 根本的인 役割을 한다는 것을 명백히 하기 위한 出發點을 제공하는데 목적이 있었다고 해야 할 것이다.¹⁴⁴⁾ 그러므로 코즈 정리의 의의는 다른 곳에서 찾아야 한다. 거래비용이 코즈의 전제처럼 0이 아닌 경우, 즉 이 세상의 모든 實際 去來의 경우에는 누구에게 권리를 부여하는지가 사회의 총 효율을 극대화시키는데 중요한 요소로 작용하게 된다는 점을 지적했다는 점에 코즈 논문의 진정한 의의가 있다. 그렇다면 거래비용이 0이 아닌 상황에서는 어떤 결과가 되는지에 대해 새로운 검토가 필요하다.

3. 去來費用이 零이 아닌 경우

이를 위해 간단한 사례를 하나 검토해 본다.¹⁴⁵⁾ 어떤 공장에서 매연을 배출하여 인근에 사는 주민들 50명의 세탁물에 피해를 주고 있는 경우를 가정한다. 이 때 매연이 주민에 주는 피해액은 연간 100만원이고 매연배출 방지설비를 공장에 설치하는 데 드는 비용은 70만원이라 하자. 만약 거래비용이 0인 경우를 생각해 보면 누구에게 권리를 부여하든 배출방지시설의 설치라는 결과가 귀결된다(코즈 정리). 그러나 거래비용이 0이 아니라 40만원인 경우에는 결과가 달라진다.

① 우선 주민들에게 깨끗한 공기를 향유할 권리(環境權)를 인정하는 경우 공장은 피해 배상 100만원을 해주는 것보다는 매연배출 방지설비를 위한 비용 70만원을 들이는 쪽을 택하게 될 것이다. 자신의 공장에 설비를 설치하는 것이고 이 외에 별다른 거래가 필요

143) Thomas W. Hazlett, 로널드 코우즈와의 인터뷰(Looking for Results), 자유기업센터 (1997) p.32

144) 全聖薰·申道澈·吉仁成, 전게서, p.19

145) 朴世逸, 전게서, p.75

없으므로, 이 경우에는 거래비용이 문제가 되지 않는다.

② 그러나 공장에게 매연방출권(汚染權)을 인정하게 되면 거래비용이 중요한 요소로 등장한다. 즉 주민들이 매연배출 방지시설을 설치하기 위해서는 설치비용 70만원 외에 거래비용 40만원이 추가로 들어가므로 110만원의 비용이 소요되고 이는 피해액 100만원 보다 높다. 따라서 방지시설은 설치되지 않고 주민들은 차라리 피해를 감수할 것이다.

즉 거래비용이 0이 아닌 경우에는 권리를 어느 쪽에 부여하는가에 따라 다른 결과를 낳을 수 있다. 그리고 이 때 어느 한 쪽의 결과는 사회적으로 보아 분명히 비효율적이다(위의 예에서는 공해방지시설이 설치되는 쪽이 주민의 건강과 대기의 보전이라는 측면에서 훨씬 효율적이다). 따라서 거래비용이 소요되는 경우에는 법정책 여하에 따라 최종적인 자원배분 결과가 크게 달라지게 된다. 여기서 새롭게 떠오르는 의문은, 그렇다면 실제 세상에서와 같이 거래비용이 0이 아닌 경우에 권리부여는 과연 어떠한 기준에 의해 이루어져야 하는 것인가이다.

4. 權利附與의 基準

(1) 1次的 基準

실제 생활에서 거래비용이 0인 경우는 전혀 없다고 할 수 있다. 그렇다면 거래비용을 고려하였을 때는 과연 누구에게 권리를 부여하는 것이 타당한가. 거래비용이라는 것은 사실 적으면 적을수록 사회 전체의 효율성에 이바지하게 되므로 거래비용을 줄이는 방향으로 권리부여가 이루어져야 하고, 이를 위해서는 일반적으로 '0의 거래비용 하에서 가장 높은 가격으로 권리를 사려고 하는 당사자에게 권리를 부여해야 한다'는 것, 바꿔 말하면 그 權利의 最高 價値評價者에게 권리를 부여하는 것이 현재 일반적인 기준으로 이해되고 있다.¹⁴⁶⁾ 위의 사례에서 보면 0의 거래비용 하에서 주민들의 피해액이 100만원이므로 환경권이라는 권리를 사는데 주민들은 100만원까지는 지불할 용의가 있을 것이다. 그러나 공장이 오염권을 사려고 할 때는 매연방지설비가 70만원이므로 70만원 이상은 지출하지 않을 것이다. 따라서 주민들에게 환경권을 인정하는 것이 실제 거래비용이 발생하는 경우 이를 최대한으로 줄일 수 있는 방안이 되는 것이다.

146) 朴世逸, 전계서, p.78

(2) 2次的 基準

위의 기준은 명확하기는 하지만 실제적이지는 않다. 실제 현실에서는 과연 누가 권리를 가장 높게 평가하고 있는지가 명확한 경우가 거의 없기 때문이다. 따라서 보충적인 두 번째 기준이 필요하게 되는데, 이는 ‘去來費用이 많이 드는 자에게 權利를 附與하는 것’으로 정식화 될 수 있다.¹⁴⁷⁾ 이는 만약 권리부여가 잘못된 경우에 이의 수정을 보다 용이하게 하기 위해 필요한 기준이다. 위의 가정에서 공장이 주민들이랑 협상하는 거래비용이 60만원이고 주민들이 공장과 협상을 하는 거래비용이 40만원이라고 하자. 그렇다면 이 기준에 의하면 공장에 권리(오염권)가 부여된다. 만약 설치비용이 50만원이고 주민의 피해액은 100만원이어서 주민이 권리의 최고 가치평가자임이 드러나서 권리부여가 잘못된 것이 판명되었다고 할 때, 주민들은 거래비용을 들여서라도 방지시설을 설치하는 것이(50+40) 피해액(100)보다 이익이므로 결국 방지시설은 설치될 것이며 이는 효율적인 결과가 된다.

(3) 衡平性 基準

지금까지의 논의는 어디까지나 效率性이라는 협소한 잣대로 판단한 것에 불과하다. 그러나 효율성 이외에 권리부여의 기준으로 중요한 것이 衡平性 基準이다. 형평성이라는 말에는 여러 가지 내용이 담겨있을 수 있으나, 권리부여와 관련해서는 우선 所得分配의 改善이라는 측면이 강조된다. 코즈 정리로 다시 돌아가면, 거래비용이 0일 때 누구에게 권리를 부여하여도 최종 결과는 같다. 그러나 권리를 누구에게 부여하는가는 所得分配에 큰 영향을 미친다. 위의 공해 사례에서 공장에게 오염권을 인정한다고 하면, 매연방지시설이 설치되는 최종적인 결과는 동일하지만 그 비용을 주민들이 부담하게 되므로 결국 주민들의 소득상황은 공장에 비해 나빠지는 것이다. 따라서 사회 전체적으로 소득분배가 불균형하게 이루어져 있을 때 무조건 효율성 차원에서만 권리부여를 판단하는 것은 사회적 불안을 야기하여 오히려 사회적 총효율을 감소시킬 수 있다.

5. 小結

147) 朴世逸, 전계서, p.142

코즈 정리는 사례분석에 있어 거래비용의 중요성을 인식시켜주었으며, 또한 거래비용이 존재할 경우 권리부여를 어떠한 기준에 의해 행하여야 하는지에 대한 기준을 제시해 주었다. 또한 거래비용은 그 자체가 자원의 낭비이므로, 모든 법제도는 거래비용을 줄이는 방향으로 나아가야 한다는 기본적 입법방침 역시 제시해 주었다. 그러나 권리가 부여되는 것만으로 재산권에 관련된 모든 문제가 해결되었다고 할 수는 없으며, 이는 곧 그 다음 논의인 ‘권리를 어떻게 보호할 것인가’에 대해 새로운 의문을 제기한다.

第4節 權利保護의 세 가지 方式

1. 序說

코즈 정리가 끼친 가장 큰 영향 중의 하나는 법적 현상을 경제학적으로 분석할 때 去來費用이라는 요소가 핵심적인 역할을 차지한다는 사실을 지적한 것이다. 그러나 코즈 정리가 거래비용이 권리의 ‘附與’에 어떠한 역할을 하고 있는지에 대해 중점적으로 다룬 반면, Calabresi와 Melamed의 논문 ‘property rules, liability rules, and inalienability: One View of the Cathedral’¹⁴⁸⁾은 재산권을 법적으로 보호하는 세 가지 方式에 대해 체계적으로 정리하면서 세 가지 보호방식 사이의 關係를 去來費用이라는 개념을 사용하여 분석하였다. 이하에서는 新法經濟學의 기초를 다지는데 코즈의 논문과 함께 지대한 공헌을 한 Calabresi와 Melamed의 논문의 간략한 내용을 소개하고 그 이론적 함의를 살펴보도록 한다.

2. 權利保護의 세 가지 方式

(1) property rule

148) Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, “property rules, liability rules, and inalienability : One View of the Cathedral”, 85 Harvard Law Review 1089 (1972). 이 논문은 M. Kuperberg & C. Beitz(ed.), Law, Economics, and Philosophy : A Critical Introduction with Applications to the Law of Torts, Rowman & Allanheld, pp.41-80에 재수록되었다. 이하 이 논문의 인용은 이 책으로 한다.

property rule이란 本人의 自發的인 意思에 의하지 아니하고는 그 권리를 박탈할 수 없도록 하는 원칙을 말한다.¹⁴⁹⁾ 본인의 自發的 意思에 기초한 교환 내지 거래를 통하여서만 권리의 이전이 가능한 경우, 그 권리는 property rule에 의해 보호된다고 할 수 있다. 이는 재산권 보호에 있어 가장 기본적이고 원천적인 보호방법이라 할 수 있으며, 근대사회에서 재산권이 천부적 권리 중의 하나로 인식되면서 보편적으로 인정된 재산권의 보호방식이다. 이에 따를 때 본인의 의사에 반하여 권리의 이전을 강제하는 경우에는 刑事法的 制裁(절도죄나 강도죄 등)를 받게 되거나 民事法上의 強制履行(물권적 반환청구권 등)의 문제를 발생시키게 된다. 그리고 재산권의 이전은 이해당사자들 사이에 자발적으로 맺어지는 매매계약에 의하게 되며, 제3자는 특단의 사정이 없는 한 이에 개입할 여지가 없다.

property rule의 핵심은 ‘當事者의 自由로운 意思’이다. 즉 당사자의 자유로운 의사에 의하지 않고서는 어떠한 재산권 이전이나 침해도 불가능하다는 것이 property rule의 핵심이다. 이는 근대에 들어와서 개인의 기본적 인권이 존중되고, 그에 따라 민법에서 최고의 지도원리로서 私的自治의 原理가 도입되면서 자연스럽게 형성된 권리보호방식이다. 물론 이는 단순히 인간의 존엄성 존중이라는 형이상학적 정의관념에 기초하고 있지만은 않다. 자신에게 어떠한 결정이 가장 최선의 결과를 이끌어 낼 수 있는지는 바로 그 자신이 제일 잘 알 수 있다는 ‘合理的 人間’에 대한 일종의 經濟學的인 信賴가 그 기초를 이루고 있는 것이다. 이러한 신념은 實體法뿐만이 아니라 訴訟法에도 적용되어, 당사자는 스스로 소송의 대상을 확정하고(처분권주의) 그 소송물의 운명을 결정할 수 있다(소의 취하, 화해, 기타 당사자의 행위에 의한 소송종료).

(2) liability rule¹⁵⁰⁾

149) 朴世逸, 전게서, p.145는 동 원칙을 ‘物權的 保護原則’으로 번역하고 하고 있으나 ‘물권적’이란 말이 동 원칙의 의미를 정확히 담아내고 있는 번역인지에 대해서는 의문이 있다. 보다 적절한 번역어에 대한 합의가 있을 때까지 원문 그대로 property rule이란 용어를 사용하도록 한다.

150) 朴世逸, 전게서, p.145는 ‘損害賠償原則’이라는 용어를 사용하고 있으나, 賠償과 補償을 구분하고 있는 우리 법제에서 배상은 위법한 행위에 대하여 사용되고 있으므로 정확한 번역어라고 보기는 어렵다. 보다 더 정확한 용어는 배상과 보상을 포함하는 ‘塡補’가 될 수 있겠다. 박세일, 전게서 p.146 각주12 참조. 이 논문에서는 번역어에 대한 합의가 있을 때까지 liability rule이라는 용어를 그대로 사용하기로 한다.

liability rule이란 본인의 의사를 묻지 않고, 심지어 경우에 따라서는 본인의 의사에 반하여서도 그 권익을 박탈 내지 침해할 수 있으나, 다만 상대방이 본인에게 客觀적으로 결정되는 損害額을 補償하도록 하는 권리보호 원칙이다. 여기서 손해액의 객관적 결정은 第三者(일반적으로 國家가 될 것이다)가 담당하게 된다. 불법행위로서 타인의 재산에 손해를 가하였을 경우 사법부의 판단에 의해 손해배상책임을 지게 된다든지, 아니면 토지 수용에 있어서 국가가 정한 보상액을 받고 강제로 기업자에게 토지소유권이 이전된다든지 하는 경우가 대표적인 예이다.

(3) inalienability rule

inalienability rule이란 권리의 양도 내지는 교환을 일정한 경우에 否認하거나 아니면 양도 자체를 禁止하는 방법이다. 각종 법제에서 인정되는 一身專屬的 權利, 아니면 未成年者의 法律行爲를 取消할 수 있는 행위로 규정하고 있는 것(민법 제5조) 등이 이의 대표적인 예이다. 이 경우 권리에 대한 거래 자체가 금지되고, 이를 내용으로 하는 계약은 無效로서 효력이 발생하지 않는다. 권리가 침해되었을 경우 보호되는 모습은 property rule과 같지만, 이전 자체가 허용되지 않는다는 점에서 property rule과 본질적인 차이가 있다.

(4) 세 原則의 竝存可能性

대부분의 권리는 사실 위 세 가지 원칙의 보호를 모두 받는다. 토지를 예로 들어 보면, 기본적으로 토지에 대한 소유권의 향유, 그리고 토지 소유권의 일반적 거래에 대해서는 property rule이 적용된다. 그러나 만약 그 토지가 수용의 대상이 될 경우에는 property rule은 뒤로 물러나고 liability rule이 적용되며, 만약 토지 소유권의 이전이 미성년자에 의해 이루어졌을 경우에는 inalienability rule이 적용되어 토지의 양도는 취소할 수 있는

한편 liability rule 자체도 그다지 적절한 용어는 아니라고 한다. 권리침해에 대하여 완전한 전보가 이루어지는 것이 아니라 제3자에 의해 객관적으로 정해진 가격에 그 침해를 수인하여야 하기 때문에, 실질적으로 책임원칙에 충실하지 않기 때문이다. James E. Krier & Stewart J. Schwab, "Property rules and Liability rules: The Cathedral In Another Light", 70 New York University Law Review 440, p.443

행위가 된다. 따라서 위 원칙들은 서로 배타적인 원칙이라기 보다는 권리가 보호되는 여러 가지 방식에 대한 일종의 描寫的(descriptive) 概念이라고 하는 것이 보다 정확할 것이다.

위 원칙들은 立法뿐만 아니라 실제 訴訟節次에서도 병존할 수 있다. 굴뚝의 매연으로 인한 피해보상을 위해 주변 주민들이 소송을 제기한 경우, 주민들에 대한 침해가 인정된다고 하자. 이 때 원칙적으로 property rule에 의한다면 법원은 공장에 대해 侵害禁止命令(injunction)을 내릴 것이고, liability rule에 의한다면 주민에 대한 損害賠償을 명할 것이다. 그러나 실제 소송에서는 양 청구를 병합하여 두 가지 결과를 다 얻어낼 수 있는 것이다(소의 객관적 병합).¹⁵¹⁾

3. 세 原則 사이의 選擇問題

권리가 보호되는 세 가지 방식에 대한 분류 자체는 새로운 것이 없으며, 법제사적, 그리고 세계적으로 어느 법체계에서도 공통적으로 발견될 수 있는 것이다. 그렇다면 굳이 이 세 원칙을 구분하여 생각하는 이유는, 과연 어떤 경우에 어떤 보호원칙을 사용하는 것이 정당인가라는 질문에 대해 합리적인 기준을 제시하기 위함이다. 그리고 이러한 기준으로 去來費用이라는 개념을 새로이 제시하고, 이를 통해 세 원칙의 適用要件을 정리한 것이 바로 Calabresi와 Melamed의 논문이 갖는 가장 큰 의의라 할 수 있다.

(1) property rule과 liability rule

property rule만 존재하는 사회에서 個人의 自由意思는 최고로 존중되며 자유의사에 의한 결정이 효율적인지 아닌지는 문제되지 않는다. 그러나 經濟的 效率의 增大라는 차원에서 볼 때 권리의 이전이 이해당사자 모두에게 이익이 되는 것이 확실한 경우임에도 불구하고 여러 가지 사정으로 인하여 그러한 결과가 일어나지 않는 경우가 존재하며, 이러한 경우 당사자의 의사만을 존중하여 비효율을 방치하는 것은 사회 전체적으로 볼 때 큰 非效率을 가져오게 된다.¹⁵²⁾ 물론 이러한 비효율이 개인적 차원에 한정되는 것이라면

151) 우리나라 민법에 의하면 침해금지청구는 所有權에 기한 物權적 妨害除去請求權에 해당하고(민법 제214조), 損害賠償은 不法行爲로 인한 損害賠償請求權(민법 제750조)에 해당할 수 있다. 이 경우 양자는 소송물이 다르므로 병합청구될 수 있다(소의 객관적 병합, 민사소송법 제253조).

당사자의 의사를 존중하는 것이 사적자치의 원칙에 부합하여 수긍될 수 있으나, 그 비효율이 社會全體에 걸쳐 廣範圍하게 관련되는 것이라면 국가가 불가피하게 개입할 수밖에 없다.

그렇다면 liability rule은 어떠한 경우에 적용될 수 있는가. 위에서 언급한 liability rule의 존재이유를 분석해보면, 일반적으로 다음과 같은 요건을 도출해 낼 수 있다.

① 社會的 總效率의 增加

권리의 이전 기타 거래의 성립이 社會的 總效率¹⁵³⁾을 증가시키는 경우여야 한다. 법경제학의 기본 전제가 사회적 효율을 최대화하기 위한 法の 再整備(rearrangement of rights)이니 만큼, 이 요건은 당연히 전제되는 요건이다. 그러나 사회적 총효율의 증가가 언제나 명백한 것은 아니며, 특히 기존의 正義觀念을 개인의 판단시에 고려할 경우 그 증가여부는 더욱 판단하기 어렵게 된다. 따라서 구체적으로 여러 법분야에 따라 과연 사회적 총효율이 증가했는지에 대한 기준이 달라질 수 있다.

a. 民法에서 權利濫用禁止 原則에 liability rule을 적용할 경우, 이는 사적자치의 영역에 예외적으로 법원이 개입하는 것이므로 권리남용을 인정하기 위해서는 권리행사를 금지시킴으로 달성되는 사회적 총효율의 증가가 明白한 것이어야 하며, 따라서 권리자의 권리행사로 인하여 얻는 이익보다 상대방이 입는 손해가 ‘顯著하게’ 클 것이 요구된다.¹⁵⁴⁾ 이렇게 해석하여야 혹시 있을지도 모르는 誤評價의 위험을 피할 수 있다.

b. 그러나 公用收用의 경우에는 이러한 판단이 건설부장관에 의해 事業認定이라는 형태로 나타나게 된다(토지수용법 제14조). 이 경우 건설부장관은 가치평가를 적정하게 하기 위하여 관계부서 장관 및 시·도지사와 협의하여야 하며 그 외 중앙토지수용위원회 및 사업인정에 관하여 이해관계 있는 자의 의견을 들어야 한다(동법 제15조).

152) Calabresi & Melamed, 전계논문, p.58

153) 여기서 ‘效率’이라는 개념을 사용하고 있는데, 일반적으로 效率(efficiency)과 效用(utility)은 경제학적으로 구분되는 개념이며 저작물의 이용과 관련해서는 오히려 효용이 더욱 적절한 개념일 수도 있다. 그러나 자원의 효율적인 배분과 이로 인해 달성되는 당사자의 효용간에는 상호 밀접한 관련이 있는 것이므로 본 논문에서는 효율과 효용을 엄격히 구분하지 않고 혼용해서 사용하도록 한다.

154) 尹眞秀, “權利濫用禁止의 經濟的 分析 - 土地所有者的 地上物撤去請求를 中心으로”, 私法과 法執行(朴世逸, 金一仲 編), 法文社(2001). p.20

c. 그러나 별다른 가치평가 없이 狀況 自體가 분명히 효율달성에 유리한 경우 법으로 이러한 거래를 강제하기도 한다. 대표적인 것은 抵當權의 실행으로 인한 競賣시 인정되는 法定地上權인바, 토지소유권의 변경이라는 사정으로 기존의 건물을 철거하여야 한다는 것은 사회경제상의 비효율을 가져오므로 건물의 존속을 위하여 토지소유권의 제한을 강제하는 것이다.¹⁵⁵⁾ 이 때 저당물의 경매로 인하여 토지와 그 지상건물이 다른 소유자에 속한 경우 토지소유자는 건물소유자에 대하여 地上權을 설정한 것으로 擬制하며, 이 경우 地料는 당사자의 청구에 의하여 法院이 이를 정한다(민법 제336조).

d. 그 외 經濟的 弱者의 保護趣旨에서 이러한 개입이 인정되는 경우도 있는데, 대표적인 것으로 事情變更에 의한 借賃增減請求權을 들 수 있다. 이는 꼭 사회적 효율성을 명백히 증대시켜서라기보다는, 이러한 강행규정의 도움으로 사회전체의 소득분배가 공정해짐으로써 얻게 되는 巨視的 利得을 고려한 결과라 하겠다. 이 경우 임대물에 대한 公課負擔의 增減 기타 경제사정의 변동으로 인하여 약정한 차임이 相當하지 아니하게 된 때에는 당사자는 將來에 대하여 借賃의 增減을 청구할 수 있는데(민법 제628조), 이는 強行規定이며(민법 제652조), 또한 形成權으로 해석된다.¹⁵⁶⁾

② 去來費用의 過多

liability rule을 적용하는 데 있어 핵심적인 요건이라 할 수 있다. 아무리 당해 거래가 사회적 총효율을 높이게 됨이 확실하다 하여도, 당사자간에 자율적으로 거래가 이루어질 수 있는 가능성이 있으면(즉 거래비용이 낮으면) 제3자가 이에 굳이 개입해야 할 필요가 없다. 당사자들의 자발적인 거래는 각 당사자들이 가장 효율적인 해결책에 도달하게 하는 가장 좋은 방법이며, 이로 인해 객관적 권리평가의 오류라는 위험을 피할 수 있기 때문이다.¹⁵⁷⁾ 따라서 제3자의 개입이 정당화되기 위해서는 property rule에 의해 거래가 자발적으로 이루어지는 것이 당사자 쌍방에게 유리한데도 불구하고 거래비용이 지나치게 높아져 자발적 거래가 이루어질 가능성이 희박한 경우여야 한다.

공원을 위해 개인부지가 필요한 경우를 상정해 보자. 10만 명의 주민이 이용할 공원을 만들기 위해서 100명이 소유하고 있는 땅이 필요하다고 가정한다. 그리고 주민들이 공원

155) 金亨培, 民法學講義, 新潮社(1999), p.576

156) 金亨培, 전개서, p.1020

157) 민법의 대원칙 중의 하나인 契約自由의 原則 역시 기본적으로 이와 같은 경제적 고려를 전제로 하고 있다고 하겠다.

을 위해 기꺼이 부담하려는 금액이 총 10억원이고 소유자들이 스스로 생각하고 있는 땅의 가치가 8억원이라고 한다. 그렇다면 주민들과 소유자들이 합의하여 주민들에게 토지 소유권이 이전되는 것이 2억원의 追加價値를 발생시켜 사회적으로 바람직하다. 그러나 10만 명의 주민과 100명의 소유자가 적정한 가격 하에 거래를 자발적으로 성립시키기 위해서는 엄청난 거래비용이 필요하다. 설사 소유자와 주민들의 수가 적다고 하더라도 이 경우는 雙方獨占(bilateral monopoly) 상황이 존재하여, 쌍방간에 서로 자신의 진정한 효용을 숨긴 채 소유자는 가치를 극대화하려 하고 주민은 가치를 극소화하려하는 戰略的行動(strategic behavior)을 유발하게 된다. 즉 공장소유자는 최대한 높은 가격으로 땅을 팔기 위해 자신들의 진정한 主觀的 價値를 숨기게 되고(버티기 효과, hold-out effect), 반면 주민은 자신의 주관적 가치를 숨기고 남의 도움을 빌어서 그 혜택을 누리려고 하게 된다(無賃乘車效果, free-ride effect).¹⁵⁸⁾ 이러한 요인이 결합되어 거래비용은 급격히 증가하게 되고 이는 결국 거래의 불성립으로 귀결된다. 따라서 이 경우에는 토지의 實際的·客觀的인 價値와 주민들의 眞正한 效用을 제3자가 客觀的으로 평가하여 거래를 성사시켜주어야 할 필요가 있다. 거래비용의 과다라는 두 번째 요건은 실제 여러 법제도에서 다양한 모습으로 반영되고 있다.

a. 權利濫用禁止 原則에서 권리남용을 인정하기 위한 요건으로 ‘권리의 행사가 주관적으로 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 이를 행사하는 사람에게는 아무런 이익이 없’을 것을 우리나라 判例는 요구하고 있다.¹⁵⁹⁾ 토지소유자의 이러한 행태가 있을 경우 거래교섭과 체결이 지극히 어려울 것이므로 거래비용이 과다하게 높아질 것이 쉽게 예측가능하며, 이런 이유에서 判例가 이를 요건으로 하고 있다고 볼 수 있다.

b. 土地收用에 있어서는 재결수용 이전에 사업자에게 토지소유자 및 관계인과 반드시 事前協議를 할 것을 의무지우고 있으며(토지수용법 제25조 제1항), 이러한 협의를 성립되지 아니하거나 협의를 할 수 없을 때에 비로소 裁決收用申請을 할 수 있도록 되어있다(토지수용법 제25조 제2항). 이 역시 거래비용이 과도하게 높아서 거래가 이루어지지 않는 상황이어야 한다는 점을 명시적으로 규정한 것으로 볼 수 있다.

158) Calabresi & Melamed, 전계논문, p.58-59

159) 大法院 1993. 5. 14. 宣告 93다4366 判決 등

③ 權利價額의 客觀的 評價

제3자가 개입하여 거래를 성사시키는 경우, 그 권리의 가액 역시 제3자에 의해 객관적으로 평가되어야 한다. 만약 당사자의 주관적인 가치평가에 의한다면, 그 이전의 결과가 사회적 효율을 증대시키는 결과가 되기 어려우므로¹⁶⁰⁾ 굳이 제3자가 개입하여 거래를 성사시키는 의미가 없기 때문이다. 이처럼 liability rule을 적용함에 있어서는 권리의 客觀的인 價値가 적정하게 평가되는 것이 그 개입의 정당성을 보장하는데 있어 핵심적인 요소가 된다. 만일 객관적으로 결정된 권리의 가치가 실제로 권리자가 그에 부여하는 가치보다 낮다면 liability rule의 적용은 권리자에게 실제 손해보다 적은 보상을 강요하는 것이 되어 바람직하지 않다.¹⁶¹⁾ 권리가액이 객관적으로 정해지는 모습을 개별적으로 살펴보면 다음과 같다.

a. 權利濫用이 인정될 경우에도 권리가 박탈되는 것은 아니다. 따라서 소유권에 기한 방해배제청구가 권리남용이 된다 할 지라도 침해자의 점유가 적법해지는 것은 아니므로 소유권자는 여전히 損害賠償이나 不當利得의 返還을 청구할 수 있다.¹⁶²⁾ 이 경우 손해배상이나 부당이득의 액수는 法院에 의해 客觀的으로 결정된다. 法定地上權 등의 경우에도 역시 法院이 제3자로서의 역할을 맡게 된다. 이처럼 가치를 평가할 제3자는 司法機關으로서의 法院이 맡게 되는 경우가 많다.

b. 公用收用의 경우 公示地價라는 客觀的인 指標에 의해 가액이 정해지게 된다(토지수용법 제46조 제2항 1호). 이 경우에는 법원이 아니라 政府가 제3자의 역할을 맡게 된다.

그러나 과연 ‘客觀的 價値’가 무엇인가에 대한 의문이 여기서 제기된다. 특히 소유자가 자신의 소유물에 대하여 유달리 강한 애착을 개인적으로 가지고 있을 경우 이를 무시하고 일반 시장가격에 의하는 것이 과연 바람직한 것인가. 이는 liability rule이 적용되는 모든 경우에 제기되는 어렵고도 중요한 문제이다. 이에 대해 법경제학적 관점에서 내릴 수 있는 유일한 처방은 바로 去來費用이 0일 때의 결과를 최대한 흉내(mimic)내라는 것이다.¹⁶³⁾ liability rule은 거래가 이루어지는 것이 바람직함에도 거래비용이 높아서 안 이

160) 위에서 언급한 버티기 효과와 무임승차효과의 존재 등 당사자의 전략적 행동 때문이다.

161) 尹眞秀, 전제논문, p.19

162) 金亨培, 전제서, p.30

163) 이 기준은 이미 코즈 정리 하에서 누구에게 권리부여를 할 것인가의 기준으로 사용된 바

루어지는 경우를 대비하는 것이기 때문에, 과연 거래비용이 0일 때 당사자들이 어떤 거래를 체결할 것인가를 상정하여 그에 가장 가까운 보상을 명하여야 한다. 이는 현행 저작권법에도 반영되어 있다고 할 수 있는데, 저작권침해로 인한 손해배상액수에 대하여 저작권법 제93조 제2항은 ‘著作財産權者 등이 故意 또는 過失에 의하여 그 權利를 침해한 者에 대하여 그 침해에 의하여 자기가 받은 損害의 賠償을 청구하는 경우에 그 權利의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 額을 著作財産權者 등이 받은 損害의 額으로 하여 그 損害賠償을 請求할 수 있다’고 규정하고 있는데, 여기서 ‘權利의 행사로 통상 얻을 수 있는 금액에 상당하는 額’이라 함은 침해자가 저작물의 사용 허락을 받았더라면 사용대가로서 지급하였을 객관적으로 상당한 금액을 말한다고 해석된다.¹⁶⁴⁾ 이는 결국 거래비용이 적어 당사자들 간에 자유로운 합의가 도출될 수 있을 때를 상정하여 손해배상을 명하여야 한다는 의미이다.

④ 評價費用의 問題

일반적으로 liability rule의 적용을 위해 위의 세 가지 요건을 드는 것이 일반적인 견해이다. 특히 이 중 去來費用의 過다가 결정적인 요건으로 이해되어 ‘거래비용이 낮으면 property rule, 거래비용이 높으면 liability rule’이라는 도식화가 성립될 정도였다.¹⁶⁵⁾ 그러나 최근 이에 대해 강력한 반론이 제기되고 있으며, 이 반론의 핵심은 통설적인 견해는 거래비용을 너무 중시한 나머지 評價費用(assessment costs)을 고려하지 않은 과오가 있다는 것이다.¹⁶⁶⁾ 즉 거래비용이 높아서 liability rule을 택할 경우 자연히 객관적 가액을 결정하기 위한 평가비용이 요구되는데, 평가비용 역시 과도하게 높을 경우에는 굳이 liability rule을 택하여야 할 필요가 없다는 것이다. 그렇다면 liability rule이 적용되기 위해서는 거래비용은 높고 반대로 평가비용은 낮아야 한다는 결론이 된다.¹⁶⁷⁾ 그러나 거래

있었다. 본고 제3장 제3절 4. (1) 참조

164) 大法院 2001. 11. 30. 宣告 99다69631 判決

165) 예를 들어 Robert D. Cooter & Thomas S. Ulen, 법경제학(이종인 譯), 比峰出版社(2000), p.133

166) James E. Krier & Stewart J. Schwab, 전게논문, p.452 이하. 이 논문에 의하면 평가비용을 고려해야 한다는 사실을 제일 처음 지적한 사람은 Polinsky라고 한다. A. Mitchell Polinsky, “Resolving Nuisance Disputes : The Simple Economics of Injunctive and Damage Remedies”, 32 Stan. L. Rev. 1075 (1980) 참조.

167) 거래비용이 낮을 경우에는 사실 어떤 책임원칙을 의하더라도 상관이 없을 가능성이 많은

비용이 높을 경우 대개는 평가비용 역시 같이 높아지는 경향이 있고(소위 synergy 현상), 따라서 실제로 liability rule이 사회적 효율성을 가장 잘 달성할 수 있는 방식이 될 수 있는 경우는 의외로 드물며, liability rule을 거래비용의 과다만으로 무조건 적용하는 것은 오히려 사회적 효율성을 저해하는 결과가 될 수 있다고 이 반론은 지적하고 있다.

liability rule이 적용된 많은 법분야에서는 실제로 평가비용을 낮추기 위해서 많은 노력을 기울이고 있다. 그 구체적인 모습을 살펴보면,

a. 우선 損害賠償訴訟에서는 當事者에게 손해비용을 산정하여 제출하도록 하여 1차적 평가비용을 당사자에게 전가하고 있다. 그리고 법원은 당사자의 청구범위 안에서 손해액을 평가하면 족하고¹⁶⁸⁾, 비용평가를 위한 事實調査도 원칙적으로 당사자가 제출한 자료의 범위 안에서 행하면 족하다.¹⁶⁹⁾

b. 토지수용의 경우에는 평가결과에 대한 분쟁을 줄이고 평가비용을 낮추기 위하여 보상금의 산정방법을 명문으로 규정하고 있다. 즉 地價公示 및 土地 등의 評價에 관한 法律에 의한 公示地價를 기준으로 하되 지가변동률 기타 당해 토지의 위치, 형상, 환경, 이용현황 등을 참작하여 평가하도록 하고 있다.¹⁷⁰⁾

⑤ 要件의 整理

위에서 논의한 것을 정리해보면, liability rule이 적용되기 위해서는:

- a. 去來의 成立이 社會的 總效率을 增加시키는 경우임에도 불구하고
- b. 去來費用의 過多로 인하여 거래가 성립되지 않고 있을 경우,
- c. 제3자에 의한 客觀的인 權利價額의 評價가 이루어지고
- d. 그러한 客觀的 權利價額의 評價費用이 過多하지 않을 경우여야 한다.

데, 이는 코즈 정리 때문이다. 어떤 원칙에 의하든 당사자간의 자발적인 거래로 인해 효율의 극대화라는 결과가 되기 때문이다. 그러나 현 상태의 존중, 그리고 당사자 의사의 존중 등의 이유로 이런 경우 대개는 property rule이 채택될 것이다.

168) 민사소송법 제203조 (처분권주의) : 법원은 당사자가 신청하지 아니한 사항에 대하여는 판결하지 못한다.

169) 민사소송법 제292조 (직권에 의한 증거조사) : 법원은 당사자가 신청한 증거에 의하여 심증을 얻을 수 없거나, 그밖에 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있다.

170) 토지수용법 제46조 제2항 1호

물론 이는 일반적인 기준에 불과하고, 개별적으로 과연 liability rule이 적용되어야 할 사례인가에 대해서는 각 요건에 대한 보다 심층적인 연구가 뒤따라야 함은 물론이다. 여기에서는 개별요건에 대한 일반적인 논의보다는 위 일반적인 요건이 法定許諾制度에 어떻게 적용되고 있는지에 대해 논의를 집중하도록 한다.

(2) inalienability rule 選擇基準

property rule과 liability rule 사이의 선택에서 기준이 되는 것이 去來費用인 것처럼 inalienability rule도 근본적으로 去來費用에 의거하여 설명될 수 있다. 즉 어떠한 행위가 당사자 외에 제3자에게 대단히 커다란 負의 外部效果(negative externality)를 가져올 경우에는 그 거래의 성립 자체를 원천적으로 막는 것이 보다 효율적인 해결책일 수 있다.¹⁷¹⁾ 물론 이 경우 liability rule의 적용도 생각해 볼 수 있겠으나, liability rule에 의해 산정된 보상액수가 너무나 클 경우에는 그러한 비용을 징수하고 거래를 성립시키는 것보다는 차라리 거래를 원천적으로 막는 것이 쓸데없이 거래비용을 키우는 것보다 더 나은 선택일 수 있다. 이러한 외부효과 중에는 效率性만이 아니라 人間의 尊嚴性 및 道德에 관련된 것도 있으며(자신을 노예로 파는 계약이라든지, 지나치게 射倖的인 계약 등 소위 민법 제103조가 규정하고 있는 反社會秩序 行爲가 대표적인 예이다), 이 경우에는 負의 외부효과를 가격으로 환산하는 것 자체가 불가능하다고 볼 수 있다. 이처럼 inalienability rule은 가격으로 산정할 수 없는 요소들에 대해 적용될 수 있으며, 효율성 기준으로만 법제도를 바라보았을 경우 발생할 수 있는 여러 가지 反道德的 結論에 대해 이를 시정할 수 있는 중요한 균형추의 역할을 하고 있다. 이를 민법 제103조와 같은 一般條項에 유추하여 생각해 본다면, inalienability rule은 효율성을 최고의 목표로 추구하는 법경제학적 시각에 있어서 나타날 수 있는 피해를 시정하기 위한 經濟學的 一般條項의 역할을 하고 있다고 하겠다.

inalienability rule의 선택이유 중 다른 하나는 소위 保護主義(paternalism)이라고 불리는 것이다.¹⁷²⁾ 당사자의 자유의지에 의한 선택을 존재하는 것은 그러한 결정이 자신에게 가장 이익이 될 것이라는 합리적인 기대 때문이다. 따라서 특정 당사자에게 그러한 합리

171) 朴世逸, 전제서, p.149

172) Calabresi & Melamed, 전제논문, p.65

적인 의사결정을 기대할 수 없는 경우에는, 그러한 거래의 성립을 막거나 최소한 철회할 수 있는 권리를 부여하는 것이 효율성 보장측면에서 더 나올 수 있다. 未成年者의 行爲 能力制限(민법 제5조)은 이의 대표적인 예이다.

4. 小結

Calabresi와 Melamed의 논문은 기존의 실체법이 단순히 형평의 원리 혹은 정의관념에 의거하여 설명해오던 권리보호의 여러 가지 방식에 대해 ‘去來費用’이라는 새로운 고려 요소를 도입하여 체계적인 분석을 하였다는 점에서 중요한 기여를 하였다. 그러나 이 논문의 진정한 가치는 기존의 법제도를 분석하는 새로운 틀을 제공한 것만이 아니라, 기존의 법제도를 批判하고 새로운 立法論을 제시할 수 있는 새로운 판단기준을 제공해 주었다는 점에 있다. 물론 과연 거래비용, 그리고 이로 인한 효율성 달성이 법제도를 분석하는데 있어서 유일한 혹은 최선의 잣대가 될 수 있는가에 대해서는 많은 회의와 비판이 있는 것도 사실이다. 그러나 최소한 효율성, 그것도 넓은 의미에서 공공이익의 증진을 포함하고 있는 효율성의 추구가 법제도가 갖는 중요한 목표중의 하나라는 점은 부정할 수 없다.¹⁷³⁾

이하에서는 위에서 소개한 법경제학적 개념, 특히 去來費用과 liability rule을 중심으로 저작권법의 권리부여방식과 권리보호방식, 그리고 본 논문의 주제인 법정허락제도에 대하여 본격적으로 분석해보도록 한다.

173) 효율성이라는 판단기준을 도입하는데 있어서는 영미법이 대륙법에 비하여 우월하다. 즉 영미법의 判例法主義는 개별사건을 통하여 판단원칙을 세워가는데, 이러한 판단과정에 효율성이라는 기본적인 관점을 일관되게 적용시킬 수 있다. 반면 대륙법의 成文法的 逮繫에서는 개별 사건의 이익형량보다는 법조문의 해석과 적용이 우선시되므로 아무래도 실제 사건에서 효율성이라는 기준을 전면적으로 적용하기에는 난점이 있다. 그러나 대륙법체계라 하더라도 입법에서는 충분히 그러한 관점이 적용될 수 있으며, 개별사건의 판단에 있어서도 궁극적으로는 법관의 가치관에 따라 판결이 좌우되는 경우가 많으므로 적용이 크게 어렵다고는 할 수 없다.

第4章 法定許諾制度의 法經濟學的 分析

第1節 著作權法の 權利附與方式

1. 著作物の 公共財의 特性

많은 학자들에 의해 저작물의 公共財의 性格이 지적되어 왔다. 公共財(public goods)는 다음의 두 가지 특성을 가지고 있는 재화와 서비스로 정의할 수 있다.¹⁷⁴⁾ 첫째는 소비에서의 非競合性(non-rivalry)이다. 즉 한 사람이 소비한 만큼 다른 사람의 소비가능성이 줄어드는 일반적인 물건과는 달리 공공재는 내가 그 물건을 이용한다고 하여 다른 사람의 이용을 방해하지 않는다. 또한 공공재의 두 번째 특성으로 非排他性(non-excludability)을 들 수 있다. 즉 공공재의 경우에는 소비를 위하여 어떤 대가를 치르지 않는 사람이라 하여 그 소비에서 배제할 수 없다. 이러한 두 가지 특성 때문에 공공재에는 일반적으로 가격을 매기는 것이 적절하지 않고, 따라서 공공재는 市場失敗의 한 예로써 정부의 개입이 요구되는 대표적인 경우로 이해되고 있다.

저작물과 공공재를 비교해 보면, ① 내가 어떤 저작물을 이용한다고 하여 타인의 저작물 이용이 방해되지 않으며(오히려 널리 이용될수록 저작물의 가치는 향상된다고 볼 수도 있다), ② 저작물은 창작에 비해 이전이 굉장히 쉬워서 배타적인 권리이용이 어렵다. 따라서 저작물은 전형적인 公共財적 성격을 갖고 있다고 볼 수 있다.¹⁷⁵⁾ 한편 저작물의 이러한 성격은 저작물을 법적으로 규율함에 있어 많은 문제를 제기한다. 즉 공공재와 사유재를 구분하는 가장 큰 이유는 私有財는 私적으로 소유되어야 효율성이 달성되고 公共財는 公적으로 소유되어야 보다 큰 효율성이 달성된다는 점에 있다.¹⁷⁶⁾ 그렇다면 저작물에 독점적 권리를 설정하는 것은 저작물의 공공재적 성격과 정면으로 충돌하는 측면이 있다.

174) 李俊求, 微視經濟學(第2版), 法文社(1995), p.605-606

175) 저작권의 공공재적 성격에 대해서는 일반적인 합의가 이루어져 있는 상태이다. 특히 William. M. Landes & Richard A. Posner, 전계논문, p.326. 한편 Lessig는 인터넷이라는 환경과 관련하여 저작권의 공공재적 성격은 더욱 강조되어야 한다고 주장하며, 이를 다시 법적으로 규율하여 독점화하려는 시도는 인터넷을 통한 혁신에 큰 제약요소가 된다는 부정적인 입장을 취하고 있다. Lessig, 전게서, chapter 2 참조.

176) Cooter & Ulen, 전게서, p.136

2. 두 가지 接近方法

앞서 권리부여의 기준으로 코즈 정리에 의해 도입된 去來費用이라는 개념을 사용한 바 있었다. 그러나 저작물의 공공재적 성격은 권리부여에 대하여 일반적으로 코즈 정리를 적용하는데 있어 난점을 제공한다. 코즈 정리가 전제하고 있는 상황은 어느 일방이 타인에게 손해를 발생시키고, 일방에의 권리부여가 그러한 손해발생을 정당화하는 관계였다. 그러나 공공재의 경우 비경합성·비배타성을 갖고 있으므로 일방에의 권리부여가 반드시 타방에게 손해를 발생시키지 않으며, 따라서 굳이 어느 일방에게 권리를 부여하여 손해발생을 정당화시킬 필요도 없다. 즉 공공재의 경우 손해를 방지하기 위하여 권리를 인정하는 것이 아니라, 오히려 역으로 일방에게 권리를 인정하기 때문에 이전까지 공공재의 자유로운 사용으로서 권리침해가 아니던 것이 새로이 권리침해가 되고, 따라서 발생할 리가 없었던 손해가 권리침해라는 이름으로 오히려 발생하게 되는 것이다.

위의 고찰에서 알 수 있는 것은 ① 저작물의 공공재적 성격은 이에 특별히 독점적 권리를 부여하는 것과 모순되는 측면이 있다는 점, ② 따라서 저작물에 권리를 부여하는 것은 저작자에게 독점이익을 제공하여 유리한 소득분배를 피하고, 이로 인해 발명과 창작 등을 가능하게 하는 인적 자원이 비효율적인 분야에 투입되지 않고 효율적으로 활용되도록 유도하기 위한 경제적 인센티브(incentive)로서 부여되는 것이라는 점이다.¹⁷⁷⁾ 저작권의 권리부여에 대해 코즈 정리를 사용한 접근방법을 去來費用的 接近方法(transaction cost perspective)이라 한다면, 권리부여를 통한 동기부여에 의해 저작권의 권리부여를 설명하는 위와 같은 방법은 動機附與的 接近方法(incentive perspective)이라 할 수 있다.¹⁷⁸⁾ 그리고 동기부여적 접근방법이 저작권법에 대해 지금까지 주로 이루어져 왔던 방법이다.

그러나 두 가지 접근방법은 동일한 문제를 다만 시각을 달리해서 본 것일 뿐, 근본적인 내용은 동일하다고 보아야 한다. 즉, 저작권제도가 존재하지 않는 경우에도 저작물 이용자들이 자발적으로 비용을 부담한다면 제작자는 자신이 투입한 노력과 자본에 대한 보상을 받게 되고, 이 경우 이용자들이 의한 비용부담이 창작에 대한 경제적 인센티브로

177) 丁相朝, 知的財産權法の體系, 知的財産權法講義(丁相朝 編), 弘文社(1997), p.4

178) 저작권법상 여러 제도에 접근하는 데에는 두 가지 방법이 있다는 점에 대해서는 Gallagher, 전게논문, p.2. 이 논문은 동기부여적 관점에서 法定許諾制度에 대해 고찰하고 있다.

작용하게 된다. 그러나 저작물 이용자들이 많아지면 비용부담의 합의도달에 소요되는 거래비용도 높아져서 합의성립이 어렵게 되고, 합의에 참여하지 아니한 이용자에 대한 아무런 제재조치가 없다면 無賃乘車 效果가 나타나게 되어, 결국 이용자에 의한 자발적인 비용부담은 거의 불가능해질 것이다. 이와 같이 다수의 이용자를 전제로 할 경우 이용자에 의한 자발적인 비용부담을 대체할 수 있는 것이 著作權이라는 배타적 권리인 것이며, 이는 자발적 비용부담과 마찬가지로 창작에 대한 인센티브가 된다.¹⁷⁹⁾ 결국 去來費用, 著作權, 인센티브(incentive)는 서로 긴밀하게 연관되어 있으며 저작권에 대한 권리부여를 설명함에 있어 필수불가결한 개념들이다.

3. 著作物에 대한 權利附與의 方式

일반적으로 公共財의 경우 無賃乘車效果가 두드러지기 때문에 공공재의 생산을 단순히 시장에 맡기는 경우 사회적 필요에 비해 過少生産되는 경향이 있다고 알려져 있다.¹⁸⁰⁾ 물론 이는 공공재 일반에 대한 논의이고, 과연 저작물이 공공재적인 성격을 띠다고 해서 일반 공공재와 마찬가지로 과소생산될 것인가에 대하여는 회의적인 견해가 많다. 즉 ① 정보는 일반적으로 비배타성이 있지만, 間接的으로 排他性을 確保할 수 있는 길¹⁸¹⁾을 가질 수 있어 이를 통하여 투자이익을 회수할 수 있다는 주장, ② 특정 戰略的 技術의 開發을 위한 경우 등에는 경쟁기업간에 과도한 중복투자가 일어나 과소생산이 아니라 오히려 過大生産이 있을 수 있다는 주장들이 그것이다.¹⁸²⁾

그러나 이는 어디까지나 저작물을 산업에 이용할 것을 전제로 하는 例外的·2次的인 상황일 뿐이고, 저작물 그 자체에 대해서는 자본주의 체제 하에서 과소생산될 수밖에 없을 것임은 자명한 것으로 받아들여지고 있다.¹⁸³⁾ 따라서 저작물 창작에 대한 의욕을 고

179) 정상조, 전계(각주15) 논문, p.230

180) Cooter & Ulen, 전계서, p.140

181) 예를 들어 일기예보에 대한 정확한 정보를 생산한 사람이 있다면 그는 이 지적생産물을 판매하지 않고도(따라서 비전유성이나 무임승차를 두려워할 필요가 없이) 오히려 이를 이용하여 곡물의 수급과 가격변동을 예상하여 선물시작에 전략적 투자를 함으로써 지적생산에 들인 투자의 수익을 간접적으로 회수할 수 있다.

182) 앞의 주장은 J. Hirschleifer, "The Private and Social Value of Information and the Reward to Innovative Activity", 61 American Economic Review 561(1971), 뒤의 주장은 R. Posner, "The Social Costs of Monopoly and Regulation", 83 Journal of Political Economy 807(1975). 朴世逸, 전계서, p.177 각주5에서 재인용.

183) 이를 논증함에 있어서는 저작물의 공공재적 특성 외에 限界費用 概念이 유용하게 사용될

취시키기 위해서는 시장 외에 시장의 조정자로서의 政府¹⁸⁴⁾의 개입이 필수적으로 요청되는데, 이를 법적인 차원에서 보았을 때는 주로 立法에서 문제가 된다.¹⁸⁵⁾ 즉 입법부는 창작의욕을 고취시키기 위해 저작물의 창작에 대해 어떤 식으로 動機附與를 해 줄 것인지를 法律로써 정하게 되는데¹⁸⁶⁾, 이러한 권리부여방식에는 크게 다음과 같은 세 가지 방법이 있을 수 있다.¹⁸⁷⁾

(1) 政府의 著作物 創作

우선 저작물에 대해 권리를 인정하지 않고 政府가 직접 知的生産物을 生産하는 방법이다. 이는 市場性이 없는 저작물이거나 혹은 저작물 중에서도 특히 公共性이 강하여 개인에게 저작권을 인정하는 것이 부적절한 저작물에 대하여 행하여지는 방법이다.

우선 後者의 경우에 대해서는 현행 저작권법이 明示的으로 規定하고 있다. 저작권법은 특정 종류의 저작물에 대하여는 저작권의 대상에서 제외하고 있는 것이다. 즉 저작권법 제7조는 ‘보호받지 못하는 저작물 등’이라는 표제 아래 헌법·법률·조례 등 각종 법령(제1호), 국가 또는 지방자치단체의 고시·훈령 등(제2호), 법원의 판결이나 행정심판의 결정 등(제3호), 이들의 편집물·번역물(제4호) 등은 저작권법에 의해 보호를 받지 못한다고 규정하고 있다. 종래의 견해는 이들이 저작권 보호를 받지 못하는 이유에 대하여 ‘국민에게 널리 알리고 또한 자유롭게 이용하게 하여야 할 성질의 것들로서 저작권에 의한 보호를 주게 되면 자칫 그 원활한 이용이 저해되는 결과를 초래할 우려가 있으므로

수 있다. 즉 저작물은 통상의 경제재와는 달리 동일한 저작물을 추가적으로 생산하는데 소요되는 한계비용이 비교적 적다. 그런데 저작권의 부여 없이 단순히 저작물의 가격을 시장에 맡길 경우, 저작물의 가격은 한계비용과 마찬가지로 낮게 책정될 가능성이 높고, 결국 저작물의 가격이 지나치게 낮아지게 되어 헌신적인 몇몇 저작자 외에 누구도 저작물을 창작하지 않으려 하는 결과가 발생하게 된다. Landes & Posner, 전계논문, p.326

184) 여기서 정부라 함은 입법, 사법, 행정이라는 분류에서의 정부가 아니라 경제학에서 기업과 소비자 외에 제3의 주체로서 일반적으로 개념화되는 정부를 의미한다.

185) 사법적 판단에 있어서도 권리부여 여부가 문제될 수 있으나(본고 중 코즈 정리 부분 참조), 이는 어디까지나 일방 혹은 쌍방에 권리부여가 먼저 이루어진 후 어느 권리를 우선할 것인가의 문제이므로, 1차적 권리부여에 있어서는 입법부의 역할이 절대적이다.

186) 앞에서 헌법 제22조 제2항이 ‘저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다’라고 규정하고 있고, 이는 기본권 제한적 법률유보가 아니라 일반 재산권과 마찬가지로 기본권 구체화적 법률유보에 해당한다고 지적한 바 있다. 즉 입법부는 재산권에 관한 제도를 형성하는데 있어 광범위한 형성의 자유를 누린다.

187) 朴世逸, 전계서, p.177

공익적 견지에서 저작권의 보호를 제한하고 있는 것'이라고 설명하고 있는데¹⁸⁸⁾, 이러한 추상적인 이유 외에 法經濟學的으로 바라보았을 때 동 조항은 저작권의 公共財의 性格을 그대로 반영하고 있으며, 그 중에서도 정부가 직접 저작물을 생산하여 시장의 실패로부터 보호하기 위한 성격이 있음을 알 수 있다.

또한 市場性이 없는 저작물에 대한 정부의 개입은 정부가 발간하고 있는 수많은 연구 결과물에서도 찾아볼 수 있다. 현재 정부는 각종 연구서적, 통계와 관련백서, 홍보물 등을 발행하고 있는데, 이는 시장에 맡겨서는 지나치게 과소생산될 여지가 많기 때문에 정부가 직접적으로 그 저작물 생산에 개입하는 경우이다. 지적생산물의 생산에 대하여 정부가 직접 보상하고 그 생산물을 公有化하는 방법도 넓게 보아 여기에 해당한다고 하겠다.¹⁸⁹⁾

(2) 政府의 補助에 의한 民間의 創作

둘째는 민간의 지적생산활동을 정부가 研究費 기타 補助金을 통해 지원하는 경우이다. 이는 위의 정부가 직접 생산하는 경우와 그 성격이 크게 다르지 않다. 현재 정부가 출연한 연구기관이 수없이 많으며 정부의 보조금 하에 진행되는 연구도 많다(최근의 BK21은 그 대표적인 예가 될 것이다). 이 경우 그 연구결과물은 公共의 利益을 위하여 널리 사용되게 된다. 그러나 연구비의 경우에는 지급대상인 저작물의 경제적 가치를 평가해야 하는데, 저작물의 경제적 가치가 변할 수도 있고, 특히 정부기관은 시장상황에 친숙하지 않기 때문에 적절한 금액의 연구비를 산정해서 지급한다는 것이 불가능하다는 단점이 있다.¹⁹⁰⁾

(3) 民間의 創作에 대한 著作權의 認定

셋째는 民間의 知的生産物에 대하여 知的財産權, 즉 著作權을 인정하는 방법이다. 이는 현재 전세계의 모든 나라에서 一般的으로 시행되고 있는 방법이며, 우리나라 저작권

188) 吳承鍾·李海完, 전계서, p.184

189) 朴世逸, 전계서, p.178은 이를 별개의 방법으로 보고 있으나, 권리부여의 측면에서 볼 때 민간에게 독점적인 권리를 부여하지 않고 정부의 개입으로 공유화시키는 점에서 정부가 직접 생산하는 것과 크게 다르지 않다고 본다.

190) 정상조, 전계논문, p.228

법도 원칙적으로 모든 저작자의 모든 저작물에 대하여 일반적으로 저작권을 인정하는 태도를 취하고 있다. 이는 원칙적으로 공공재적 성격을 가진 저작권에 物權과 類似한 所有權을 부여하여 소유권에서와 같이 지적생산물의 排他性 내지 專有性을 높이고 무임승차 등의 공공재로서의 성격은 최대한 낮추며, 이로 인해 지적생산활동에의 투자유인¹⁹¹⁾을 제공하여 지적생산물의 생산동기를 자극하려는 방법이다.

그러나 이 방법 역시 절대적으로 타당한 방법이라고는 할 수 없으며, 다만 다른 방식에 비해 比較的 效率的인 경제적 인센티브로서 역할하고 있어 현재로서는 더 효율적인 대안이 없을 뿐이라고 보아야 할 것이다. 현재 교통과 통신 및 정보처리 기술의 빠른 발전에 힘입어 거래비용이 점점 낮아져 더 이상 심각한 장애요인으로 되지 아니하는 때가 올 수도 있으며, 또 네트워크와 데이터베이스의 발달로 인해 언제 어디서든 저작물에 대해 자유로운 接近이 가능해진다면 저작물을 이용할 때마다 저작권자와 협상하는 것이 어려워 질 수도 있다. 이 경우 오히려 판매총액 등에 비례한 一定한 利用料를 저작권자 단체 등에 지급하기만 하면 어떠한 저작물이든 자유로이 이용할 수 있도록 하는 一種의 法定許諾制度를 도입하는 것이 더욱 효율적인 방법일 수 있고, 이러한 제도 아래에서는 저작권의 배타적 권리로서의 성격이 有名無實하게 되는 것이다.¹⁹²⁾

(4) 物件에 대한 所有權의 認定을 통한 保護

이상의 세 가지 방법 외에 한 가지 검토하고 넘어가야 할 것이 物件에 대한 所有權을 통한 著作權의 間接的 保護이다. 일반적으로 소유권과 저작권은 엄격히 구분된다.¹⁹³⁾ 저작권은 저작자의 정신적 창작활동의 산물인 저작물에 대하여 성립하는 권리라는 점에서 물건 위에 성립하는 소유권과는 구별되어야 한다. 예를 들어 편지가 발송된 경우 편지

191) 독점의 경우 독점자는 일반경쟁에서는 얻을 수 없는 초과이윤을 얻게 되고, 저작권에 독점적 권리를 부여함으로써 저작자에게 제공되는 보상은 바로 이 독점이윤이 된다. Cooter & Ulen, 전제서, p.156

192) 정상조, 전제논문, p.231

193) 미국 저작권법은 이를 명확하게 구분하여 규정하고 있다. 즉 미국 저작권법 제202조는 '저작권 또는 저작권을 구성하는 배타적 권리의 소유는 당해 저작물이 수록된 유체물의 소유권과 구별된다. 저작물이 최초로 고정된 복제물이나 음반을 포함한 유체물의 소유권의 이전은 그 자체로서 유체물에 수록된 저작권이 있는 저작물에 대한 권리를 이전하는 것이 아니며, 합의가 없는 한 저작권 또는 저작권을 구성하는 배타적 권리의 소유권의 이전은 유체물에 대한 소유권을 이전하는 것이 아니다'라고 규정하고 있다.

자체의 소유권은 수신인에게 있지만 편지의 저작권은 편지를 쓴 발신인에게 남아있게 되는 것이다.¹⁹⁴⁾ 그러나 저작물은 일반적으로 有形物에 固定되어야만 널리 배포될 수 있게 되므로, 저작물이 고정된 유체물과 저작권은 밀접한 관계를 갖게 된다. Lessig는 자신의 저서에서 이점에 대해 날카로운 통찰을 던지고 있다. 즉 그는 커뮤니케이션을 기본적으로 세 가지 층위(Physical, Code, Content)로 나누고 각 영역에서의 상이한 통제정도가 커뮤니케이션에 상당한 영향을 미친다고 하며, 저작물이 고정되어 배포되는 경우 저작권과는 별도로 그 물리적인 유형물은 철저하게 市場經濟의 영향을 받게 되는데 이러한 시장이 독점적일 경우 이는 저작권에도 사실상 큰 영향을 미치게 된다고 주장하고 있다.¹⁹⁵⁾ 즉 저작물이 고정된 有體物에 대해 所有權을 인정하고 이러한 有體物이 법적·경제적으로 독점적으로 보호될 경우, 이는 間接的으로 저작권을 獨占的으로 보호하는 것과 같은 결과가 될 수 있고, 이는 단순히 저작권의 제한을 논할 때에 저작권의 측면에서만 논의를 할 것이 아니라 實物 經濟體制의 獨占的 傾向도 충분히 고려되어야 함을 시사해준다.

4. 著作財產權의 制限

저작물에 대한 권리부여방식으로 물권과 유사한 지적재산권을 개인에게 인정하는 방법을 택하였다 하더라도, 과연 어느 정도의 권리를 부여할 것인가는 또 다른 문제이다. 이는 저작재산권의 대상, 저작재산권의 범위제한, 저작재산권의 보호기간의 제한 등에서 논의될 수 있으며, 본고에서 다루고 있는 法定許諾制度 역시 마찬가지이다. 우리 저작권법은 저작권의 보호범위를 일정한 기간 내로 제한하고 있으며(저작권법 제7절 이하), 저작권의 범위의 제한에 대하여 제6절에서 광범위한 규정을 두고 있다. 이들 개별 조항에 대한 상세한 분석은 생략하도록 하고, 法定許諾制度에 대해서는 절을 바꾸어 상세히 고찰한다.

5. 現行 著作權法의 權利附與方式에 대한 評價

저작물이 공공재적 성격을 강하게 가진다는 점은 저작권에 대하여 물권과 유사한 법

194) 서울地方法院 1995. 6. 23. 宣告 94카합9230 判決

195) Lessig, 전제서, p.110-111

물적 권리를 인정하는 것이 그 속성상 모순되고 부적절한 점이 있을 수 있다는 점을 시사해준다. 그리고 이러한 모순적인 성격은 저작권제도를 유지하고 발전시키는데 상당한 社會的 費用이 수반된다는 점을 의미한다. 예를 들어 우리나라에 저작권에 대한 인식이 널리 퍼지고 저작권은 저작자의 당연한 권리임을 일반대중이 인식하기에는 거의 수십년의 시간이 걸렸으며, 그럼에도 불구하고 저작권은 그 어느 법률보다도 그 침해사태가 많은, 준수되기 어려운 법으로 남아있다. 지금까지는 이러한 저작권에 대한 인식미비가 우리나라 국민의 後進國的인 思考, 國民의 法治意識의 不足 등에 기인한 것으로 매도되어 왔지만, 이는 본질적으로 공공재적 성격을 지닌 저작물에 개인적 권리를 인정함에서 오는 부조화에서 상당부분 기인하는 것이다.

따라서 다시 한 번 명확하게 짚고 넘어가야 할 점은, 저작물에 저작권이라는 독점적 권리를 인정하는 것은 저작자의 독점이윤을 보장해주기 위해 채택된 상당히 擬制的·政策的인 방법이라는 사실, 따라서 이러한 저작권법상 권리를 천부적으로 부여받은 권리로 신성시할 것이 아니라 오히려 공공재적 성격과 모순되지 않도록 합리적으로 著作權을 制限하여 저작권법이 진정으로 사회적 충효율을 증대시킬 수 있는 균형적인 법이 되게 하여야 한다는 사실이다. 이는 저작권에 대한 權利'附與'方式 보다는 오히려 저작권의 權利'保護'方式에 대한 논의가 더욱 중요하다는 점을 일깨워준다.

第2節 著作權法의 權利保護方式

1. property rule의 適用

著作權의 法的 性格은 자신의 저작물을 자신이 사용하거나 타인에게 그 이용을 허락할 수 있는 物權에 유사한 排他的인 支配權으로 해석되고 있다.¹⁹⁶⁾ 따라서 저작권자의 허락 없이 무단으로 저작물을 이용하는 것은 저작재산권의 침해가 되며, 이 경우 저작권자는 그 권리를 침해하는 자에 대하여 侵害의 停止를 청구할 수 있으며, 그 권리를 침해할 우려가 있는 자에 대하여 侵害의 豫防 또는 損害賠償의 擔保를 청구할 수 있다(저작권법 제91조 제1항). 이는 비자발적인 거래의 성립을 금지하고, 권리자의 의사에 반하는 침해가 있을 경우 침해의 停止 및 原狀回復을 명하고 있다는 점에서, 전형적인 property

196) 吳承鍾·李海完, 전거서, p.227

rule에 해당된다고 할 수 있다.

2. liability rule의 適用

일반적으로 liability rule은 property rule에 비해 2차적인 권리보호방식으로 이해되고 있다. 즉 어떠한 재산권이 침해되었을 경우 property rule에 의하여 반환청구, 침해배제 청구 등이 인정되나, 그러한 방식으로는 권리회복이 불가능한 경우, 혹은 그것만으로는 권리침해로 입은 손해가 전보되지 않는 경우에만 손해배상이 인정되는 것이 원칙이다. 여기서 손해배상액은 권리자의 주관적 가치와는 상관없이 '통상의 손해'를 그 기준으로 하며(민법 제393조), 통상의 손해가 얼마인지는 제3자인 법원에 의해 객관적으로 결정된다. 그러나 이러한 liability rule은 저작권법에 있어서는 보다 前面에 드러나게 된다. 즉 저작권법은 그 어느 법체계에 비해서도 liability rule이 전면적으로 적용되는 법체계이다.¹⁹⁷⁾ 구체적으로 liability rule이 적용된 법제도로는 學校教育目的 等에의 利用과 補償金 支給(제23조), 法定許諾制度(제47조 내지 제50조), 放送事業者의 補償義務(제65조, 제68조), 損害賠償額의 推定(제93조, 제94조) 등이 있다.

3. inalienability rule의 適用

inalienability rule이 적용되는 경우는 위에서 살펴본 바와 같이 거래를 허용하는 것 자체가 너무나 큰 외부효과를 발생시키므로 아예 금지하는 것이 더욱 효율적인 경우, 그리고 권리자의 합리적인 의사결정을 기대할 수 없을 경우 등에 적용된다. 저작권법에서 inalienability rule이 적용되는 예로는 著作人格權의 一身專屬性에 관한 규정을 들 수 있다. 즉 현행 저작권법은 公表權과 姓名表示權, 그리고 同一性維持權을 저작자의 저작인격권으로 인정하고 있는데(저작권법 제11조 내지 제13조), 이러한 저작인격권은 저작자 一身에 專屬하여 그 讓渡 또는 相續이 제한된다(저작권법 제14조 제1항). 人格權은 인간으로서의 존엄과 가치에서 파생하는 인간존재의 근본적인 권리이며¹⁹⁸⁾, 따라서 이를 보장하는 것은 화폐가치로 환산할 수 없는 그 이상의 가치를 지닌다. 따라서 저작권법은

197) 물론 liability rule의 적용만을 주목표로 하는 공용수용법제는 예외이다.

198) 헌법재판소는 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치조항에서 一般의 人格權을 도출해내고 있다. 憲法裁判所 1991. 9. 16. 宣告 89헌마166 判決.

아예 저작인격권에 대한 거래의 가능성을 봉쇄하고 있다.

4. 小結

이상에서 살펴본 바와 마찬가지로 저작권법 상의 많은 조항들이 기술한 법경제학적 관점에서 새로이 조망될 수 있다. 이하에서는 지금까지 논의한 모든 사항을 고려하여 우리나라의 현행 法定許諾制度, 특히 強制許諾에 대해 본격적인 검토를 하도록 한다.

第3節 現行 著作權法上 強制許諾의 具體的인 檢討

1. liability rule과 強制許諾

講學上 強制許諾은 위에서 저작재산권자와 저작물 이용희망자 사이에 협의가 이루어질 수 없거나 이루어지지 않았을 때, 저작재산권자에 대하여 권한있는 기관이 공익상의 필요에 따라 보상금 지급을 조건으로 그 저작물 이용을 강제하는 것으로 정의된다. 이를 분석해 보면 強制許諾의 개념적 징표로서, ① 公益上的 必要에 의하여, ② 著作權者와 協議가 이루어질 수 없거나 이루어지지 않은 경우에, ③ 權限있는 機關이 補償金의 지급을 조건으로 그 저작물 이용허락을 強制하는 것이다. 그런데 이 개념적 징표들은 liability rule의 요건에 그대로 상응하는 것임을 알 수 있고, 결국 強制許諾制度는 전형적으로 liability rule이 적용되는 경우라 할 수 있다. 그렇다면 현행 強制許諾制度는 구체적으로 이러한 liability rule을 어떻게 반영하고 있는가, 그리고 과연 그 방법은 적절한가 문제된다. 이하에서는 위에서 검토한 liability rule의 요건에 따라 현행 強制許諾制度를 분석하기로 한다.

2. 社會的 總效率의 增加

위에서 살펴보았듯이 이 요건은 著作者와 利用者의 이익형량의 결과 거래가 성사되었을 경우의 효율이 현저하게 크거나, 아니면 公益的 事由가 객관적으로 인정되어 社會的 效率이 個人的 效率을 초과할 경우에 충족된다. 따라서 이를 위해서는 이용으로 인한 효

용증가와 그로 인해 저작재산권자가 갖는 효용감소를 따져보아야 한다.

(1) 利用者의 效用增加 側面

이용자의 효용증가는 명백하다고 할 수 있다. 특정한 저작물을 이용하고자 하는 수요가 있다는 것 자체가 그 이용으로 인한 개인적·사회적 효용이 있음을 증명한다고 볼 수 있기 때문이다. 그리고 사회 전체적으로 보았을 때에도, 지적재산권이 본질적으로 공공재적 성격을 가지고 있고 또한 저작물은 死藏되는 것보다는 널리 이용되면 될수록 사상과 문화의 발전에 이바지할 가능성이 커지는 것이므로, 단순히 개인의 배타적 지배 하에 놓아두는 것보다는 널리 이용되도록 하는 것이 사회적 효율성을 달성할 가능성이 훨씬 크다. 따라서 비록 저작권법이 저작자에게 배타적 권리를 인정하고는 있지만, 소유권 기타 다른 배타적인 권리에 비하여 저작물의 자유로운 이용을 허락하는 것이 이용자 개인적으로나 사회 전체적으로나 효율성 달성의 측면에서 더 바람직하다.

이와 관련하여 제기될 수 있는 문제는 代替財(substitute)의 문제이다. 즉 과연 꼭 그 작품에 의해서만 효용이 증가될 수 있는지의 문제가 제기된다. 만약 다른 작품에 의해서도 같거나 비슷한 효용을 얻을 수 있고, 대체 저작물을 이용하는 거래비용이 문제가 된 저작물에 대한 거래비용에 비해 낮은 경우 굳이 제3자가 개입하여 거래비용을 애써 낮출 필요 없이 다른 저작물을 이용하면 될 것이기 때문이다.¹⁹⁹⁾ 따라서 당해 저작물 외에 다른 대체 저작물이 없을 것 역시 이 요건의 내용에 포함되어야 한다.²⁰⁰⁾

(2) 著作財産權者의 效用減少 側面

저작자가 저작물을 창작하는 이유는 이것이 다른 사람에게 널리 전파되어 이용됨으로써 자신의 사상과 감정을 他人에게 傳達하고, 이로써 文化發展에 이바지함과 동시에 補償을 통한 經濟的 利得을 얻기 위함이다. 따라서 저작자의 입장에서도 자신의 저작이 널리 이용되는 것을 바랄 것이며, 이 경우 적절한 보상이 이루어진다면 強制許諾이라 하더라도 일반적인 이용허락에 비해 저작재산권자의 입장에서 불이익이 생길 것이 없다. 그

199) 제3자의 개입 역시 비용증가의 한 요소이기 때문이다.

200) 다만 우리 저작권법은 저작권자에게 2차적저작물 작성권 역시 인정하고 있으므로(저작권법 제21조), 2차적저작물을 작성하여 이용할 수 있다는 것은 대체가능한 것으로 인정되지 않는다.

러나 이 경우 저작물이 저작자에게 갖는 의미란 매우 주관적일 수도 있으므로 이에 대해 객관적으로 평가하기란 매우 어렵고, 결국 저작물의 이용이 언제나 사회적 총효율을 증가시킨다고 단정적으로 말할 수는 없다. 이와 관련하여 두 가지 문제가 검토되어야 한다.

① 適切한 補償의 問題

우선 適切한 補償을 어떻게 산정할 것인가가 문제된다. 물론 liability rule의 요건에 의하면 이는 제3자에 의해 客觀的으로 評價된다. 그러나 제3자에 의한 평가이기 때문에 필연적으로 당사자의 진정한 주관적 가치를 소홀히 할 가능성이 크며, 이로 인해 권리가액의 객관적 평가가 잘못될 경우 이는 저작자의 효용을 크게 감소시켜 오히려 사회적 총효율을 감소시킬 우려가 있다. 이에 대한 대책은 두 가지가 있을 수 있는데, ① 첫 번째는 권리가액의 평가를 최대한 正確하게 하여 主觀的 價値를 包含한 正當한 보상을 위해 노력하는 것이다. 그러나 이는 liability rule의 다른 요건 중 하나인 評價費用을 급속하게 增加시키며, 따라서 이 방법에는 한계가 있다. ② 두 번째 방법은 바로 저작물의 이용이 사회적으로 총효율을 높이는 것이 확실한 경우를 한정지어 그 경우에만 強制許諾을 허용하는 것인데, 이 경우는 혹시라도 있을 지 모르는 權利價額의 誤評價의 위험을 벗어날 수 있다. 이에도 두 가지 방법이 있는데, 하나는 저작물이용이 문제되는 상황마다 제3자가 그것이 과연 사회적 총효율을 높이는 확실한 경우인가를 個別的으로 評價하는 것이고²⁰¹⁾, 두 번째는 그러한 사유를 일반적으로 類型化하여 法條文에 規定하는 방법이다. 처음 방법은 具體的 妥當性을 얻을 수 있는 반면 法的 安定性이 문제가 되며, 두 번째 방법은 그 반대이다. 따라서 어떠한 방식을 택할 지는 입법자의 선택에 달려 있다. 다만 베른 협약에서는 두 번째 방법을 택하여 제한된 상황 아래에서만 強制許諾을 인정하고 있고 우리나라 저작권법도 두 번째 방법을 택하였다. 이로써 誤評價의 문제는 어느 정도 해결되었다고 볼 수 있다.

② 著作者的 人格權

저작자의 효용감소와 관련해서 제기되는 두 번째 중요한 문제가 바로 著作者的 人格權과 관련된 문제이다. 저작물이 다른 재화와 본질적으로 다른 점은 저작물이 그 著作者

201) 토지수용법상 事業認定制度(동법 제14조 이하)가 이의 대표적인 예이다.

의 思想 기타 人格의 所産物이라는 점이고, 한편 人格의 가치는 객관적으로 쉽게 평가될 수 없으므로 저작물의 취급을 단순히 재산적 관점에서만 할 수는 없게 된다. 이를 著作 人格權과 一般人格權으로 나누어 검토해 본다.

a. 우선 著作權법은 著作人格權에 대하여는 強制許諾을 인정하고 있지 않다. 이는 著作 人格權의 성질에 비추어 당연한 결론이며, 베른협약 제11조의2 제2항은 이를 명문으로 확인하고 있다.²⁰²⁾ 著作 人格權은 일신전속적 권리이며(著作權법 제14조 제1항) 따라서 누구에게 이용허락을 할 수조차 없기 때문이다. 따라서 強制許諾이 있다 하더라도 著作 人格權은 여전히 존중되어야 하며²⁰³⁾, 이 점에서 著作재산권자의 불이익은 없다. 著作權법이 제47조, 제48조, 제50조에서 공히 '著作재산권자'라는 용어를 사용하고 있는 것은 이를 고려한 것으로 보인다. 한편 1957년 著作權법은 未公表著作物에 대하여도 強制許諾을 인정하고 있어서²⁰⁴⁾ 公表權을 침해하고 있다는 지적이 있었는데, 1986년 著作權법 개정시 이를 삭제하고, 強制許諾의 대상을 '公表된 著作物'에 한정하여 문제점을 해결하였다.

b. 著作 人格權 외에도 著作者에게는 一般的 人格權이 인정된다. 그러나 저작물과 관련하여 문제될 수 있는 人格權적 문제에 대해서는 3가지로 유형화되어 각각 3종류의 著作 人格權으로 입법화되었으므로 일반적 人格權이 문제될 가능성은 희박하다. 強制許諾과 관련하여 굳이 상정해 본다면 자신의 저작물이 자신의 허락없이 이용되는 것을 참을 수 없다는 個人的인 感情의 毀損 정도를 생각해볼 수 있다. 그러나 이미 타인의 이용을 위해 공표한 저작물에 대해 특정인에 대해서만 단순히 감정을 이유로 거부하는 것은 人格權의 濫用에 해당할 가능성이 크다. 이와 관련하여 우리나라 大法院은 '權利的 行使가 主觀的으로 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 이를 행사하는 사람에게는 아무런 이익이 없고, 客觀的으로 社會秩序에 違反된다고 볼 수 있으면 그 권리의 행사는 權利濫用으로서 허용되지 않는다'고 판시한 바 있는데²⁰⁵⁾, 저작물 이용허락 거부의 경우에도 이러한 사정이 인정된다면 이와 관련한 著作權者의 一般的 人格權은 보호

202) 베른협약 제11조의2 제2항 : ...그러한 조건은 어떠한 경우에도 著作者의 人格權을 해할 수 없으며...

203) 우리나라 著作權법은 저작물의 자유이용시에도 이는 著作 人格權에 영향을 미칠 수 없다고 규정하고 있다(著作權법 제35조). 이는 法定許諾에도 유추적용될 수 있을 것이다.

204) 1957년 著作權법 제20조 제2항

205) 大法院 1993. 5. 14. 宣告 93다4366 判決

될 수 없다고 해야 할 것이다.

다만 例外的으로 저작재산권자가 자신의 작품에 만족하지 않거나 기타 이유로 인하여 자신의 작품이 强制許諾 申請者를 포함하여 모든 사람에게 대해 어떤 식으로도 이용되는 것을 원치 않는 경우가 있을 수 있다. 이는 著作權者의 撤回權의 문제로서, 독일 저작권법은 명문으로 이러한 권리를 인정하고 있으며²⁰⁶⁾, 베른협약과 UCC 역시 强制許諾에 관하여 이러한 撤回權을 명문으로 인정하고 있다.²⁰⁷⁾ 그러나 철회권에 관한 저작권법상 규정이 없는 우리나라에서 이러한 주관적인 사유만으로 곧바로 强制許諾이 制限된다고 할 수 없고, 다만 저작권자가 자신의 저작물을 모두 회수한다든지 하는 식으로 外部的으로 積極的인 意思表示을 한 경우라면, 이를 公表의 撤回로 보아 公表權과 유사한 내용의 一般的 人格權을 사후적으로 인정할 수 있다고 본다. 그리고 이러한 일반적 인격권에 의하여 그에 대한 强制許諾을 制限할 수 있을 것이다.²⁰⁸⁾

206) 독일 저작권법 제42조 (확신의 변경을 이유로 하는 철회권) : ① 저작자는 저작물이 더 이상 자신의 확신에 부합되지 아니하며 이로 인하여 저작물의 이용이 저작자에게 기대될 수 없다면 용익권의 부여를 그 권한을 가지는 자로부터 철회할 수 있다. 저작자의 권리승계인(제30조)은 당해 저작자가 사망하기 전에 위 철회의 권한이 있었으나, 철회의 의사표시가 방해되었거나 혹은 위 승계인이 최후로 위 권능을 가지게 되었음을 증명한 후에야 위 철회의 의사를 표시할 수 있다.

② 위 철회권은 사전에 포기될 수 없다. 그 행사는 배제될 수 없다.

③ 저작자는 용익권자에게 상당한 보상을 하여야 한다. 위 보상은 적어도 용익권자가 철회의 의사표시가 행해진 때까지 지출한 비용을 전보하여야 한다 ; 그러나 이미 행해진 용익으로 인한 부분의 비용은 제외된다. 위 철회는 저작자가 위 비용을 보상하거나 이를 위한 담보를 제공한 후에야 효력이 있다. 용익권자는 위 철회의 의사가 표시된 후 3개월 이내에 저작자에게 위 비용을 통고하여야 한다 ; 위 용익권자가 이 의무를 이행하지 아니하면 위 철회는 위 기간이 경과함으로써 효력이 있다.

④ 저작자가 철회 이후에 저작물을 다시 이용하고자 한다면, 동인은 종전 용익권자에게 상당한 조건하에 상응하는 용익권을 제공할 의무가 있다.

207) 베른협약 부속서 제2조 제8항 : 저작자가 그의 저작물의 모든 복제물을 유통에서 철회하는 경우에는 이 조에 의한 허락이 부여될 수 없다.

세계저작권협약 제5조 제2항 6호 : 번역허가는 저작자가 배포중인 저작물의 모든 복제물을 회수하였을 때에는 부여해서는 아니된다.

208) 원래 저작인격권 중 公表權은 한 번 공표하면 영원히 소멸하는 권리로서, 이의 철회는 이론적으로 불가능하다. 그러나 한 번 공표했던 저작물이라도 저작재산권자가 공표전의 상태로 돌리고 싶은 경우가 충분히 있을 수 있고, 이 경우 저작자 자신이 스스로 저작물을 회수한다든지 하는 식으로 외부적인 행동을 취하였을 경우, 이는 사실상 '公表의 撤回'라 볼릴 수 있다. 이 경우 공표권은 소멸되었으므로 적용될 수 없고, 다만 공표권이 인정되는 취지를 類推하여 일반적 인격권에 의해 공표권과 유사한 보호가 행해진다고 해석하여야 할 것이다.

결국 著作財産權 측면에서도, 그리고 著作人格權 측면에서도 著作財産權者의 效用減少는 없으며, 있다고 해도 利用者의 效用增加와 비교할 때 현저하게 작다고 할 수 있다. 따라서 저작권에 관하여 liability rule의 첫 번째 요건은 다른 재산권과 비교할 때 훨씬 충족하기 쉬운 요건이 될 것이며, 이로부터 기본적으로 저작물에 대한 이용허락은 그것이 법규에 의한 것이든 제3자의 개입에 의한 것이든 최대한 이루어지는 방향으로 법제도가 조직되어야 할 것이라는 결론을 이끌어낼 수 있다.

(3) 現行 著作權法의 檢討

현행 저작권법은 要件과 節次라는 두 가지 측면에서 사회적 총효율 요건을 고려하고 있다. 차례로 살펴본다.

① 要件과 관련하여 현행 저작권법은 權利價額의 誤評價라는 문제를 피하기 위하여, 저작물 일반에 대해 法定許諾을 인정하지 않고, 대신 法定許諾의 사유를 公益을 증진시킴이 확실시되는 경우에 한정하고 있다.

a. 제47조의 경우 저작물 이용허락을 받고 싶어도 許諾權者와의 協議가 불가능한 경우인데, 이 경우 위에서 설명했듯이 저작물 이용 자체가 사회적 총효율을 달성시키는 측면이 크므로 이 요건을 충족한다.

b. 제48조의 경우 조문에서 ‘公益上 必要’라는 명문의 요건을 부가하고 있다.

c. 제50조의 경우 販賣用 音盤이 販賣된 지 3년이 경과할 것을 요구하고 있는데, 이는 저작권자의 이익과 이용자의 이익을 형량한 결과 저작자의 배타적 이익보장은 3년 정도이면 충분하다는 입법적 결단에 의한 것이다. 물론 이 3년이 적절한 균형점인지에 대해서 또다른 의문이 제기될 수 있으나 현재 이 제도가 사용된 적이 없어 이에 대한 더 이상의 구체적인 논의는 어렵다.²⁰⁹⁾

② 節次와 관련하여 현행 저작권법은 세 가지 유형에 걸쳐 공히 文化觀光部長官의 承

209) 지적재산권의 보호기간을 얼마로 할 것인가는 법경제학의 주요 연구 주제중 하나이다. 最適 特許其間에 대해서 논한 문헌으로는 朴世逸, 전게서, p.179. 그리고 著作權의 保護期間에 대해서는 Landes & Posner, 전계논문, p.361

認을 얻을 것을 요구하고 있다. 한편 저작권법 시행령 제14조는 승인신청에 대한 기각사유를 열거하고 있는바, 이는 다음과 같다.

1. 이용승인을 신청한 저작물이 아니더라도 기타의 방법으로 그 목적을 충분히 달성할 수 있을 때
2. 법 제47조·법 제48조 및 법 제50조(법 제72조의2에서 준용하는 경우를 포함한다)의 규정에 의한 저작물이용신청요건에 해당하지 아니할 때
3. 저작물이용승인 이전에 저작재산권자나 그의 거소가 확인되었거나 협의가 성립되었을 때
4. 저작재산권자가 저작물의 출판 기타 이용에 제공되지 아니하도록 저작물의 모든 복제물을 회수할 때
5. 기타 문화관광부장관이 저작재산권자가 저작물의 이용허락을 할 수 없는 부득이한 사유가 있다고 인정할 때

이중 제2호와 제3호는 저작권법상 규정되어 있는 強制許諾의 요건을 충족시켜야 한다는 의미 이상을 갖지 못한다. 문제가 되는 것은 제1호, 제4호, 그리고 제5호인데, 그 중 제1호는 위에서 언급한 代替可能性 基準을 明文化한 것으로 보인다. 즉 다른 저작물로도 같거나 비슷한 정도의 효용을 달성할 수 있다면, 이 경우에는 굳이 제3자가 개입하여 거래를 성사시킬 필요가 없다. 또한 제4호는 베른협약 부속서 제2조 제8항, UCC 제5조 제2항 6호의 취지를 반영한 것으로서 위에서 언급한 ‘公表의 撤回’를 명문으로 인정한 것이며, 이를 승인신청 기각사유로 규정한 것은 매우 타당한 입법이라 할 수 있다. 마지막 제5호는 一般條項으로서, 위의 두 사유 외에 발생할 수 있는 다양한 상황에 대하여 저작자와 이용자 양자간의 효용을 비교할 수 있게 하기 위한 균형장치로 이해된다. 그러나 위에서 살펴본 바와 같이, 저작물에 대한 이용은 그 자체로 사회적 총효율을 높일 가능성이 크므로, 제5호를 이유로 저작물 이용을 막는 것은 극히 제한된 범위 내에서 인정되어야 할 것이다. 이는 承認棄却處分の 法的 性格에서도 알 수 있는 바인데, 현행 저작권법 시행령은 승인신청에 대하여 기각사유를 한정적으로 列擧하고 있으며, 이를 반대해석하면 기각사유에 해당하지 않는 한 원칙적으로 승인을 하여야 한다(기속행위 혹은 기속채량행위). 결국 승인기각처분은 예외적이고도 엄격하게 해석되어야 하는 것이다.

결국 ‘文化觀光部長官의 承認’이라는 強制許諾에 공통된 요건은 liability rule의 첫 번

제 요건인 사회적 총효율의 증가에 대한 審査를 위해 삽입된 요건으로 이해할 수 있으며, 그 심사방향 역시 총효율을 增加시키는데 대한 심사가 아니라, 예외적으로 총효율을 減少시키는 상황이 아닌지에 대한 판단이어야 한다.

3. 去來費用의 過多

현행 法定許諾의 세 유형은 공히 거래비용이 過多할 것을 명문으로 요구하고 있다. 거래비용은 위에서 살펴보았듯이 維持費用, 情報費用, 交渉費用·契約締結費用, 執行·監督費用(司法費用 포함) 등으로 구성되는데, 이 중 계약을 체결하려는 당사자에게 실제적으로 문제가 되는 비용은 情報費用과 交渉·契約締結費用이다. 이하 나누어서 살펴본다.

(1) 情報費用의 過多

계약의 체결을 위해서는 우선 계약의 相對方이 확정되어야 한다. 그런데 특정한 저작물의 이용허락을 위한 계약을 체결하기 위해서는 그 저작물의 저작재산권자 외에 다른 사람과 계약을 체결할 수는 없으므로 그 저작재산권자를 찾아야 하고, 결국 情報費用은 著作財産權者를 찾는 비용과 같다. 그러므로 저작재산권자가 누구인지 모르거나, 누구인지는 알라도 그의 소재를 모를 경우 정보비용은 높아지게 된다. 그리고 이 정보비용이 일정 정도 이상으로 높아지는 경우에는 제3자가 저작재산권자의 지위를 대신하여 저작물 이용허락을 해 줌으로써 정보비용의 상승을 줄여줄 필요가 있다.

그렇다면 정보비용이 어느 정도 높아야 하는가가 문제된다. 이는 탐색방법에 따라 몇 단계로 나누어 살펴볼 필요가 있다.

1. 우선 저작물의 發行經路를 추적하는 방법이 있다. 즉 해당저작물을 公表하거나 發行한 사람·법인, 혹은 流通시킨 사람·법인에 대해 저작재산권자의 소재를 照會해보아야 할 것이다. 이는 가장 확실한 방법이긴 하나 저작물이 발행된지 오래된 경우에는 성공하지 못할 확률이 크다.

2. 해당 저작물의 種類에 주목하여 이와 관련된 機關에 조회해보는 방법이 있다. 음악 저작물, 어문저작물 등에 대하여 이미 여러 가지 저작권 집중관리기관이 활발하게 활동하고 있으며²¹⁰⁾, 이들 기관에서는 회원과 해당저작물의 정보에 대한 데이터베이스를 구

210) 어문저작물에 대하여는 한국문예학술저작권협회(www.copyrightkorea.or.kr), 음악저작물

축하여 검색을 돕고 있다.

3. 위 두 가지 방법 외에는 일반적인 탐색방법, 즉 全國을 대상으로 하는 日刊新聞이나 인터넷을 통하여 저작재산권자를 탐색하는 방법이 있다. 그러나 이는 실제로 성공가능성이 지극히 희박하다.

4. 이보다 더 나아가서 國家機關에 身元照會와 소재탐문을 촉탁하는 방법, 私設探索機關에 의뢰하는 방법 등을 생각해볼 수 있다.

위의 탐색방법 중 1번부터 3번까지는 사람을 찾고자 할 때 일반적으로 취해야 할 방법이라고 생각되며, 따라서 이용허락신청자는 이 정도의 정보비용은 부담하여야 할 것으로 본다. 특히 배른협약 부속서 제4조 제2항에서는 저작재산권자가 불명인 경우 최소한의 정보비용 요소를 규정하고 있는바, 여기에도 위 1과 2의 방법을 규정하고 있다.²¹¹⁾ 즉 이 범위에서 이용신청자는 情報費用과 저작물이용을 통한 受益을 스스로 비교하여야 한다. 특히 오늘날 데이터베이스의 발달과 인터넷망의 발달은 정보비용을 급속히 감소시키고 있으며, 따라서 위 정보비용 중 실제로 중요한 비용은 일간신문의 광고비용 정도일 것이다.

(2) 交渉費用·契約締結費用의 過多

저작재산권자를 알고 있는 경우에는 그와 이용허락에 대해 교섭을 하여야 한다. 그러나 저작재산권자가 어떠한 이유로 協議에 消極的일 경우 교섭비용은 높아지게 된다. 물론 교섭비용을 무한정 높일 경우 거래가 결렬되는 경우는 거의 없을 것이다. 따라서 제3자의 개입이 없을 경우 당사자는 이용허락에 드는 交渉費用과 계약체결(이용허락)로 얻을 수 있는 受益을 비교하여 거래를 추진할 것인지를 결정하게 된다.

그러나 이미 위에서 살펴본 바와 같이 저작권 이용에 관한 거래는 성사되는 쪽으로 추진되는 것이 사회전체적으로 도움이 될 가능성이 크므로, 교섭비용이 일정 정도 이상 드

에 대하여는 한국음악저작권협회(www.komca.or.kr)가 조직되어 있으며, 그 외 한국방송작가협회, 한국예술실연자단체연합회, 한국음반산업협회, 한국복사전송권관리센터, 영상시나리오작가협회 등이 활동하고 있다.

211) 1의 방법으로, 허락의 신청자는 저작물에 그 성명이 표시되어 있는 발행자에 대해서 허락신청서의 사본을 송부하여야 하고, 2의 방법으로 허락의 신청자는 발행자가 주된 사무소를 가지고 있는 것으로 추정되는 국가의 국내적 혹은 국제적 정보센터에 역시 허락신청서의 사본을 송부하여야 한다.

는 경우에는 제3자가 개입하여 거래를 성립시킬 필요성이 존재한다. 그리고 저작권의 공공재적 특성상 그 기준은 다른 재산권에 비하여 보다 완화되어야 할 것이다. 따라서 저작권에 대하여 一般的으로 적용되는 使用料를 기준으로 하여 誠實하게 교섭을 제의했음에도 불구하고 협상이 결렬되었다면, 더 이상의 추가적인 교섭비용을 요구할 수는 없다고 보아야 한다.

(3) 權利濫用과의 聯關性

교섭비용의 과다문제는 著作財產權의 濫用 차원에서도 역시 고찰 가능하다. 즉, 이용자가 합당한 사용료를 제시하여 성실하게 교섭에 임하고 있음에도 불구하고, 합리적인 이유 없이 이용허락을 거부하는 것은 일견 저작재산권의 남용으로 볼 수 있고, 교섭비용의 과다는 이러한 권리남용의 결과로 해석가능한 것이다.

지적재산권의 남용과 強制許諾制度는 사실 밀접한 관계에 있다.²¹²⁾ 따라서 舊特許法은 제52조 제1항에 ‘特許權者 기타 特許에 관하여 權利를 가진 자는 그 權利를 濫用하여서는 아니된다’고 하여 특허권 남용금지에 대한 一般條項을 규정한 후, 제2항에서 권리의 남용으로 보는 행위를 규정하고, 이어서 권리남용의 效果로서 強制實施를 인정하였던 것이다(동조 제3항). 이 규정은 추후개정으로 삭제되었으나, 현재까지도 지적재산권에 권리남용의 범리를 도입할 것인지에 대해 활발한 논의가 펼쳐지고 있다. 그러나 지적재산권 남용에 대한 일반규정이 없는 현재, 해석론으로서 저작권남용금지의 범리를 전면적으로 도입하는 것은 무리가 있다고 본다. 다만 強制許諾制度가 권리남용금지의 저작권법적 구체화로 해석될 수 있으므로, 強制許諾制度의 해석과 운용에 있어서 권리남용적 측면을 고려하는 것은 충분히 가능하며 또한 바람직하다고 할 것이다.

현재 권리남용범리가 저작권법에 가장 직접적으로 적용될 수 있는 부분이 바로 交涉費用의 過多 與否의 評價에 대한 것이다. 즉 교섭비용의 과다 여부 평가에 있어서 저작권자의 태도여하도 중요한 판단요소가 되는데, 저작권자가 자신의 저작재산권을 남용하고 있다고 평가되는 경우 교섭비용이 과다하게 높아졌다고 인정할 수 있다. 이 경우 권리남용의 요건에 대한 判例 기타 기존의 해석론이 중요한 기준이 될 수 있다.²¹³⁾ 그러나 무엇보다도 중요한 기준은 差別의 與否이다. 즉 다른 이용허락시에 제시되었던 조건과

212) 지적재산권의 남용에 대한 일반적인 해설로는 한국법제연구원, 競爭秩序의 維持와 知的 所有權法, 한국법제연구원(1992) 참조.

213) 전술한 大法院 1993. 5. 14. 宣告 93다4366 判決 참조.

같은 조건을 제시하였는데도 특정 이용자에게만 이용을 허락하지 않은 것은 일응 저작권자의 남용으로 평가될 수 있다. 독일 저작권법은 음반에 대한 強制許諾에서 명시적으로 이에 대해 규정하고 있다.²¹⁴⁾

(4) 現行 著作權法의 檢討

① 情報費用 側面

현행 저작권법 제47조는 정보비용이 높은 경우에 대해 규정하고 있다. 즉 ‘大統領令이 정하는 기준에 해당하는 상당한 노력을 기울였어도 公表된 저작물의 저작권자나 그의 거소를 알 수 없’는 경우 法定許諾의 대상이 된다고 규정하고 있는 것이다. 다만 어느 정도로 정보비용이 높아야만 하는지에 대하여 ‘大統領令이 정하는 기준에 해당하는 상당한 노력’이라는 일반적인 기준을 제시하고, 이에 따라 시행령 제6조는 상당한 노력에 대한 기준을 명확하게 규정하고 있다. 이는 舊法 規定이 상당한 노력의 기준을 제시하고 있지 않고 있던 것에 비하여, 명확한 기준을 제시함으로써 당사자에게 쓸데없는 과잉노력의 가능성을 없애고 승인판단의 불확실성을 배제시켜줌으로써 궁극적으로 정보비용 기타 거래비용의 최소화에 기여하고 있다. 동 규정은 정보비용을 3단계로 나누어 규정하고 있는데,

a. 당해 저작물에 대한 이용허락을 받은 사실이 있는 이용자중 2 이상에 대하여 저작권자(저작인접권자를 포함)의 명칭·주소 또는 거소의 조회를 위하여 확정일자 있는 문서를 발송한 날부터 1월이 경과할 것(시행령 제6조 제1호)

214) 독일 저작권법 제61조 제1항 : 음악저작물을 영리상의 목적으로 음반에 옮기고 그것을 복제, 배포하는 것을 내용으로 하는 음반저작물의 용익권이 음반제작자에게 부여된 때에는, 저작자는 본법의 적용영역에 본점 혹은 주소를 가지는 다른 모든 음반제작자에게 당해 저작물의 발행 후에는 동일하게 상당한 조건으로 이와 같은 내용의 용익권을 부여할 의무가 있다. 다만, 위 용익권이 동의를 얻어 관리단체에 의하여 관리되거나 혹은 저작물이 이미 저작자에 대하여 저작물의 이용이 이미 기대될 수 없게 되었거나 저작자가 이를 이유로 기존의 용익권을 철회한 때에는 예외로 한다. 저작자는 영상물 제작을 목적으로 하는 저작물의 이용을 허락할 의무는 없다.

b. 당해 저작물이 속하는 분야의 저작물을 취급하는 법 제78조 제3항의 규정에 의한 著作権委託管理業者나 법 제78조 제1항에 의한 著作権信託管理業者에 대하여 저작재산권자(저작인접권자를 포함)의 명칭·주소 또는 거소의 조회를 위하여 확정일자 있는 문서를 발송한 날부터 1월이 경과할 것(동조 제1호). 단 著作権信託管理業者에 대한 조회는 의무적이다.

c. 전국을 주된 보급지역으로 하는 일간신문 및 정보통신망에 문화관광부령이 정하는 바에 의하여²¹⁵⁾ 저작재산권자의 명칭·주소 등의 조회사항을 공고한 날부터 10일이 경과할 것(동조 제2호)

이상을 상당한 노력의 기준으로 규정하고 있다. 그리고 이는 위 탐색방법의 1에서 3까지에 그대로 대응한다. 또한 배른협약 부속서 제4조 제2항의 취지 역시 반영하고 있다고 본다.

② 交渉・契約締結費用 側面

현행 저작권법 제48조와 제50조는 交渉・契約締結費用이 높아지는 경우를 규율하고 있다. 즉 공히 ‘저작재산권자와 협의하였으나 협의가 성립되지 아니’할 것을 요건으로 하고 있는 것이다. 그러나 협의의 결렬만으로 곧바로 제3자의 개입이 정당화될 정도로 교섭비용이 높다고 말할 수는 없는데, 동조에서는 개입의 기준이 되는 교섭비용의 정도에 대해 아무런 규정을 두고 있지 않다. 따라서 교섭비용이 상당한 정도로 높은지에 대해서는 현재 著作権審議調停委員會가 裁量에 의해 판단하게 되었다. 다만 현행법은 교섭비용이 충분히 높은지를 판단하기 위하여 두 가지 방안을 마련하고 있다.

215) 저작권법 시행규칙 제1조의3은 다음과 같은 사항이 공고에 포함되어야 한다고 규정하고 있다.

1. 저작재산권자를 찾는다는 취지
2. 저작물(실연·음반·방송을 포함한다. 이하 같다)의 제호
3. 공표시 표시된 저작자의 성명 또는 이명
4. 저작물을 발행 또는 공표한 자
5. 저작물의 이용 목적
6. 가능한 경우 복제물의 표지사진 등 그 내용을 특정할 수 있는 자료
7. 공고자 및 연락처

a. 저작권법 시행규칙은 저작물이용승인신청서(별지1)에 첨부서류로서 協議에 관한 經過書類를 첨부토록 하고 있다. 여기서 협의에 관한 경과서류라 함은 합당한 사용료를 제시하였는지 여부, 계약성립을 위하여 성실하게 노력하였는지 여부, 상대방의 교섭거절에 합당한 이유가 있는지 여부 등에 대해 기재한 서류를 의미하고, 이는 교섭비용의 평가에 중요한 자료가 될 수 있다.

b. 저작권법 시행령 제8조는 저작재산권자 또는 그 대리인에 대하여 意見提出機會를 부여하고 있다. 위의 협의경과서류제출이 利用者 側面에서 교섭비용이 부당히 높음을 소명하기 위한 것이라고 한다면, 시행령상의 의견제출기회부여는 著作財産權者 立場에서 교섭비용이 부당하게 높아진 것이 아니라는 것에 대해 반대입장에서 소명할 수 있는 기회를 부여하는 것이다. 교섭은 양당사자가 같이 관련되는 행위이므로 교섭비용을 판단함에 있어서도 양측의 입장을 고려해야 하고, 이러한 점에서 새로이 시행령에 도입된 제도이다.

4. 權利價額의 客觀的 評價

(1) 著作權利用 補償金の 客觀的 評價

權利價額의 客觀的 評價라 함은 일반적으로 자유로운 시장에서 형성되는 市場價格을 보상금으로 제시하는 것을 말한다. 즉 앞서 말한 바처럼 거래비용이 0일 경우 계약당사자가 도달하게 될 결과를 최대한 흉내(mimic)내어야 하는 것이다. 이는 베른협약에도 규정되어 있는 취지인바, 베른협약 부속서 제4조 제6항 (a)는 ‘두 관계국의 관계자간에 자유로이 결정되는 이용허락의 경우에 일반적으로 지불되는 사용료의 기준에 합치하는 공정한 보상금’이 지급될 것을 요구하고 있다.

현재 저작권위탁관리업의 발전으로 인하여 대부분의 저작권 이용허락은 저작권위탁관리업자와 이용자 사이에서 체결되고 있으며, 따라서 이들 기관이 정한 사용료의 기준이 현재 객관적인 시장가격으로 원용될 수 있는 가장 신빙성 있는 기준일 것이다.

(2) 現行 著作權法の 檢討

현행법상 法定許諾事由 3가지는 공통적으로 補償金を 지급 또는 공탁하도록 하고 있

으며, 보상금의 기준은 문화관광부장관이 정하도록 하고 있다. 그러나 문화관광부장관은 보상금의 기준설정 기타 法定許諾에 관한 모든 권한을 저작권심의조정위원회에 위탁하였으며(저작권법 시행령 제42조), 현재 저작권심의조정위원회의 實務는 보상금에 대해 객관적이고 일반적인 기준을 정하지 않고, 당사자가 저작물이용승인 신청시에 제공한 補償金算定內譯書가 합리적인 근거에 기초한 합당한 것인지를 사건마다 개별적으로 심사하고 있다. 당사자가 제공한 산정내역서에 의존한다는 점에서 객관성에 의문이 들 수도 있으나, 당사자의 산정내역서는 어디까지나 객관적인 보상금액을 정하기 위한 참고자료에 불과하고, 실제 정해지는 보상금은 심의결과 승인된 금액이라는 점에서, 현행법에서도 제3자에 의한 권리가액의 객관적 평가는 이루어지고 있다고 본다.

5. 評價費用이 過多하지 않을 것

liability rule의 마지막 요건인 評價費用의 문제는 주로 손해배상소송에 있어서 문제가 되는 요건이며, 앞서 지적한 바와 같이 去來費用과 正의 相關關係를 갖고 있다. 즉 다수인이 개입되거나 당사자의 전략적 행위가 개입되어 거래비용이 높아지는 경우에는 이와 관련하여 거래목적물의 진정한 가액이 얼마나 되는지를 평가하는 것도 쉽지 않기 때문이다.

그러나 法定許諾에 있어서 평가비용의 문제는 그다지 크게 제기되지 않는다. 法定許諾과 관련하여 가액을 평가하여야 할 대상은 보상금인데, 일반적으로 이용허락자가 지급하여야 할 보상금액은 市場價格을 기준으로 하여야 할 것이며, 그 시장기준은 이미 저작권 위탁관리단체 기타 이와 관련된 거래를 하고 있는 곳을 통하여 쉽게 알아낼 수 있기 때문이다. 그리고 특별히 이러한 기준이 부당하여 새로이 보상금액의 기준을 산정하여야 할 상황은 크게 존재하지 않는다. 평가비용의 또 다른 측면으로는 評價機關의 運營費用이 있는데, 이 역시 행정기구인 저작권심의조정위원회가 당사자가 제출한 보상금산정내역서의 당부를 평가하는 현재 실무와 같은 상황에서는 크게 문제되지 않는다. 따라서 法定許諾의 보상금에 대한 평가비용은 소송, 공용수용 기타 평가비용이 문제되는 다른 영역에 비하여 무시할 수 있을만한 수준이며, 결국 liability rule의 마지막 요건은 法定許諾에 있어서는 고려에 넣지 않아도 무방하다고 본다.

6. 小結

이상의 검토에서 알 수 있는 바는, 현행 法定許諾制度는 그 요건과 절차에서 liability rule의 각 요건들을 나름대로 반영하고 있다는 점이다. 그러나 그러한 반영이 과연 가장 適切하게 이루어졌는지는 또 다른 문제이다. 위의 분석은 어디까지나 既存의 法制度를 前提로 하여 이를 법경제학적으로 分析한 것에 불과하기 때문이다. 따라서 이하에서는 위의 분석결과를 토대로 法定許諾制度의 문제점과 개선방향에 대해 검토해보기로 한다.

第4節 現行 法定許諾制度의 問題點과 改善方向

1. 序論

모든 법제도는 實體法的으로 권리의 主體와 客體, 權利行使의 要件과 效果가 문제되며, 節次法的으로 어떠한 절차로 제도가 운영되는가가 문제된다. 따라서 현행 法定許諾制度의 문제점과 개선방향을 논함에 있어서도 위와 같은 항목들에 대해 각각 논해주는 것이 일반적일 것이다. 그러나 法定許諾制度가 근본적으로 세 가지 권리보호원칙 중 liability rule에 근거하고 있다는 점을 생각한다면, 현행 法定許諾制度에 대한 문제점과 개선방안은 지금의 法定許諾制度가 liability rule의 각 요건을 충실하게 반영하고 있는나의 관점에서 분석이 가능할 것이다. 따라서 이하에서는 현행 法定許諾制度의 문제점과 개선방향에 대해 ① 법경제학적 시각에서 liability rule의 실정법적 구현과 관련하여 제기되는 문제점과 ② 이 외에 법제적으로 문제가 될 수 있는 부분으로 나누어 살펴보도록 한다.

2. 社會的 總效率을 達成하는 경우인가

強制許諾의 事由는 크게 두 가지로 분류될 수 있는데, 하나는 著作財產權者 不明의 경우이고 하나는 協議不成立의 경우이다. 이 중 著作財產權者 不明의 경우에는 위에서 검토하였듯이 그 사유의 정당성이 인정되고, 또한 모든 著作財產權 一般에 대해 強制許諾을 인정하고 있으므로 확장의 문제 역시 발생하지 않는다. 따라서 두 번째 協議不成立의 경우가 과연 사회적 총효율을 증가시키는 사안을 적절하게 규제하고 있는지가 주로 문

제된다. 協議不成立의 경우에 어느 정도까지 強制許諾을 인정할 것인가에 대해서는 다음과 같이 몇 가지 방법을 생각해 볼 수 있다.

(1) 우선 協議不成立의 경우 一般的으로 強制許諾을 인정하는 것을 생각해 볼 수 있다. 그러나 이는 私的自治 原則에 정면으로 반하고 당사자가 자발적으로 가장 합리적인 가격에 合意할 可能性을 봉쇄할 수 있어서 허용될 수 없다고 하겠다. 그리고 이는 저작자에게 저작권을 부여하여 利用許諾을 통해 저작물을 이용할 것을 예정하고 있는 著作權法의 基本體系에도 반하는 방법이다. 저작물이 비록 공공제적 성격을 갖고 있다 하여도, 協議不成立시 일반적인 強制許諾의 인정은 저작자에게 권리를 부여하여 저작자에게 인센티브를 제공하고자 하는 저작권법의 근본결단과 모순되는 것이다.²¹⁶⁾

(2) 협의가 성립되지 않고, 이에 부가하여 저작물의 이용이 ‘公益上’ 필요한 경우 一般的으로 強制許諾을 인정하는 경우를 생각해볼 수 있다.²¹⁷⁾ 이는 헌법상 재산권에 대한 公共收用이 인정되는 것과 마찬가지로²¹⁸⁾ 지적재산권에 대해서도 공익상 사유로 인한 일반적인 제한을 도입하는 것이다. 이는 충분히 도입가능한 방법이며 저작권법상 一般條項의 형식으로 규정될 수도 있을 것이다. 그러나 이와 관련해서는 몇 가지 문제점이 제기된다.

① 우선 저작권법은 공익상 저작물의 이용이 필요한 많은 경우에 대해 ‘著作財産權의 制限’이라는 제목 아래 폭넓은 自由利用을 규정하고 있다.²¹⁹⁾ 그리고 저작권법에 규정된 이들 사유 외에 저작물이 공익상 필요한 경우를 상정하기는 사실 쉽지 않으며, 그러한 경우를 대비하여 또다시 強制許諾을 인정하는 일반조항을 둔다는 것은 지나친 過剩立法

216) 그러나 현재 저작권 이용계약은 저작권신탁권리업체에 의해 집단적으로 이루어지는 경우가 많아 사실상 저작권자와의 협의가 점점 무의미해지고 있는 실정이다.

217) 이와 관련하여 저작권법 제48조에서 ‘공익상 필요’라는 요건을 철폐하고 원천적으로 방송사업자를 ‘공익성이 짙은 성격의 자’로 바꿀 것을 제안하는 견해가 있다. 이용자가 공익적 주체일 경우에는 일반적으로 強制許諾을 허용하는 방법으로서, 위 본문과 같은 맥락의 제안이라 할 수 있다. 李浩興, 전계논문, p.68

218) 헌법 제23조 3항 : 公共必要에 의한 財産權의 收用·사용 또는 제한 및 그에 대한 補償은 法律로써 하되, 正當한 補償을 支給하여야 한다.

219) 자유이용이 인정되는 사유 중 공익과 관련되는 것으로는 재판절차 등에서의 이용(제22조), 학교교육목적 등에서의 이용(제23조), 시사보도를 위한 이용(제24조), 보도·비평·교육·연구 등을 위한 인용(제25조), 도서관등에서의 복제(제28조), 시험문제로서의 복제(제29조), 점자에 의한 복제·배포(제30조) 등이 있다.

이 될 확률이 크다. 한편 強制許諾은 절차가 매우 복잡하므로, 공익상 폭넓은 이용이 요망되는 경우라면 오히려 強制許諾의 방법보다는 自由利用 혹은 補償金을 전제로 한 狹義의 法定許諾의 방법을 채택하는 것이 보다 합리적인 접근방법이 될 수 있는 것이다. 이를 가리켜 強制許諾의 補充性이라 부를 수 있다.

② 일반적으로 저작재산권자의 저작권을 제한하는 입법은 베른협약 기타 國際條約의 제규정과 충돌할 가능성이 크다. 우선 베른협약은 기술한 바와 같이 強制許諾을 방송권과 녹음권에 한정하여 규정하고 있다. 그리고 複製權에 대해서는 제한의 원칙을 규정하고 있으며²²⁰⁾, 이는 TRIPs에서 모든 저작재산권 제한의 一般的인 原則이 되었다.²²¹⁾ 특히 TRIPs는 베른협약과 달리 저작권에 대한 제한이 ‘일부 특별한 경우(certain special cases)’에 한정되어야 함을 명시하고 있다. 따라서, 공익을 요건으로 하더라도 일반적으로 저작재산권 일반을 제한하는 입법은 이에 위반될 가능성이 크다.²²²⁾

③ ‘公益’, 혹은 ‘公共必要’라 함은 그 개념의 실체적인 파악이 어려운 대표적인 不確定概念이다. 따라서 모든 일반조항이 안고 있는 문제점인 ‘一般條項으로의 逃避’가 발생하여 저작재산권자의 협상력을 약화시킬 위험성이 크다.

위와 같은 점을 모두 고려할 때, 공익을 요건으로 한 저작물이용의 일반조항의 도입은 어려울 것으로 판단된다. 다만 政府가 主體가 되어 저작물을 收用하는 것은 토지수용과 같이 헌법적 관점에서 충분히 긍정될 수 있을 것이며, 따라서 著作權의 收用(이는 실제 著作財產權의 移轉 혹은 強制許諾의 형태를 취하게 될 것이다)을 저작권법에 도입하는 것은 긍정될 수 있으리라 본다.²²³⁾ 다만 앞서 지적한 強制許諾의 補充性에 대한 충분한 숙고가 있어야 할 것이다.

220) 베른협약 제9조 제2항 : 특정한 경우에 저작물의 복제를 허용하는 것은 동맹국들의 법률로 정한다. 다만 그러한 복제가 그 저작물의 통상적인 이용(a normal exploitation of the work)에 상충되지 않고 또한 저작자의 합법적인 이익(the legitimate interests of the author)을 부당하게 해하지 않아야 한다.

221) TRIPs 제13조 : 회원국은 배타적 권리에 대한 제한 또는 예외를 저작물의 통상적 이용과 충돌하지 아니하고 권리자의 합법적인 이익을 부당하게 해치지 아니하는 일부 특별한 경우로 한정한다.

222) 다만, 헌법의 효력은 조약보다 우위에 있다는 것이 학계의 通說이므로, 헌법상 규정되어 있는 재산권의 제한원칙은 각국의 조약보다 우월한 효력을 갖는다고 할 수 있으며, 따라서 저작권의 이용에 대해 헌법 제23조 제3항의 취지에 따라 공익상 이유로 인한 일반적인 제한을 도입하는 것이 반드시 불가능한 것은 아니라고 본다.

223) 실제 특허법 제106조는 特許權의 收用 기타 強制實施權을 인정하고 있다.

(3) 協議不成立에 대한 強制許諾事由에 公益性이 강한 몇 가지 개별적인 사유를 追加하는 방법이 있다. 이는 미국 저작권법이 전통적으로 취해온 방법이며²²⁴⁾, 현실적으로 가장 실행가능성이 높은 방법이다. 그러나 과연 어떠한 사유가 새로운 強制許諾의 대상이 되어야 하는지는 일반론에 근거하여 演繹的으로 결정될 수 있는 문제가 아니며, 저작물의 이용형태, 새로운 미디어 매체의 등장과 사용현황, 기존의 저작권 보호체계와의 조화, 국제규범(베른협약, 세계저작권협약, TRIPs 등)과의 조화 등 여러 가지 사항이 폭넓게 검토되어야 할 문제이다. 따라서 여기에서 이에 대한 더 이상의 논의는 하지 않도록 한다. 다만 한 가지 지적할 수 있는 것은 傳送權의 문제이다. 개정 저작권법은 디지털환경의 발달과 인터넷의 확산에 대응하기 위하여 傳送權을 신설하였다.²²⁵⁾ 따라서 광범위하게 이루어지던 인터넷 방송이 전송권의 규율을 받게 되었으나, 아직까지 인터넷방송을 적절하게 규제하고 있지는 못하고 있는 실정이다. 따라서 放送權에 인정되고 있는 현재 強制許諾을 傳送權에도 확장하는 것은 충분히 긍정적으로 고려될 수 있는 문제라고 본다.

(4) 마지막으로 協議不成立을 이유로 하는 強制許諾을 아예 廢止하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 개인적으로는 가장 근본적인 방법이자 앞으로 입법적으로 지향해 나가야 할 방법이라 생각한다. 그 논거는 다음과 같다.

① 당사자간의 거래에 사적자치의 원칙을 훼손하면서까지 제3자가 개입하여야 할 경우는 公益的 要素, 즉 社會的 總效率 증가의 측면이 커야 한다. 그러나 土地收用과 비교해 볼 때 저작물의 이용이 사회적으로 큰 범위에서 직접적으로 효율을 증가시키는 경우는 드물다. 저작권이 公共財的 性格을 띠고 있다 하더라도 이는 재화의 경제적 특징이 그렇다는 것이지, 저작물을 이용하는 개인을 넘어 사회적으로 큰 공익을 가져다주는 경우는 별로 없기 때문이다. 그리고 그러한 공익적 요소가 인정되는 경우에는 強制許諾보다는 오히려 依義의 法定許諾 혹은 自由利用을 인정하는 것이 더욱 합리적인 해결책일 수 있다. 이는 強制許諾의 補充性에 기인하는 결론이다.

224) 미국 저작권법은 새로운 매체가 개발되고 이의 이용이 저작권법적 문제를 일으킬 때 마다 새로운 法定許諾事由를 추가해 왔다. 이의 예로는 피아노 롤(piano roll), 케이블TV(cable TV), 주크 박스(Juke box), 비상업적 TV·라디오 방송(non-commercial TV·radio broadcast), 위성TV(satellite TV), 가정에서의 디지털 녹음(digital audio home recorders), 디지털 음향 수신(digital audio transmissions) 등에 적용되었다. Lessig, 전거서, p.108-109

225) 저작권법 제18조의2 : 著作者는 그 著作物을 傳送할 權利를 가진다.

② 저작권을 집중관리하는 단체가 일반화되면서 현재 저작물 이용의 다수는 이러한 集中管理團體를 통해 이루어지고 있는 실정이며, 이들 단체는 일정한 보상금의 지급만 있으면 대개 저작물이용을 허락함으로써 사실상 依義의 法定許諾과 유사하게 저작물이용이 이루어지고 있는 실정이다. 그러므로 著作權者와의 協議不成立이 실제로 발생할 가능성이 적으며, 이는 앞으로 더욱 심화될 것으로 예상된다. 따라서 協議不成立으로 인해 거래비용이 높아질 경우 자체가 별로 없다.

③ 전세계적으로 協議不成立時에 強制許諾을 인정하는 입법례는 드물며, 또 새로운 저작물 이용상황에 대해 強制許諾보다는 보상금을 전제로 한 依義의 法定許諾으로 규율하려는 경향을 띠고 있다. 협의불성립시 강제적으로 거래를 성사시키는 것은 아무리 권리가액의 평가가 공정하다 하여도 오평가의 위험이 크고 또 사적자치의 원칙을 심하게 훼손하기 때문이다.

④ 協議不成立을 이유로 한 強制許諾은 우리나라에 도입된 지 반세기가 지난 지금까지 이용된 적이 없는 死文化된 제도이다. 그리고 위에서도 살폈듯이 앞으로 이용이 활발하게 될 경향 역시 희박하다. 현재 협의불성립시 법정허락이 인정되는 권리는 방송권과 판매용 음반 저작권에 한정되고 있는데 실제 실연자와 음반제작자와 같은 저작인접권자에게는 방송에 대한 보상금청구권이 인정되고 있으므로 이들에 대해 법정허락제도가 이용될 가능성은 매우 적다.

결론적으로, 協議不成立에 관한 현재의 強制許諾事由 자체에 문제가 있다고 보기는 어려우나, 이는 사실상 불필요한 제도이고 앞으로도 이용될 가능성이 적은 제도이므로 그 제도적 의의는 매우 미미한 것으로 평가된다. 그러므로 중국적으로는 協議不成立을 이유로 하는 強制許諾制度는 廢止되어야 할 것으로 생각한다.

3. 去來費用의 基準은 適正한가

이 역시 著作財產權者 不明의 경우, 그리고 協議不成立의 경우를 나누어 살펴보아야 한다. 양자는 거래비용의 측면에서 전혀 다른 요소를 갖고 있기 때문이다. 저작재산권자 불명의 경우에는 거래비용 중 情報費用이 높은 비중을 갖고 있고, 協議不成立의 경우는 交渉·契約締結費用이 높은 비중을 차지한다.

(1) 著作財産權者 不明의 경우

이 경우 문제의 핵심은 현행법이 규정하고 있는 ‘상당한 노력’의 기준이 합당한 것인가에 모아진다. 위에서 살펴보았듯이 현행법의 기준은 저작재산권자를 찾음에 있어 요구되는 탐색방법을 세 가지로 유형화하여 규정하고 있는데, 이 중 시행령 제6조 제1호의 요건은 위에서 살펴본 바에 따르면 큰 문제가 없다. 문제는 제2호인 바, 특히 日刊新聞에 저작재산권자를 찾는다는 公告를 내어야 한다는 요건은 지나치게 과도한 기준이 아닌지 문제가 된다.²²⁶⁾ 즉, 일간신문을 통한 공고가 실제로는 아무런 實效를 거둘 수 없는 것이 현실임을 감안한다면, 이는 불필요한 要式節次로서 당사자에게 불필요한 비용을 강제하는 것이 아닌지 의심이 드는 것이다.²²⁷⁾ 이와 관련하여 權利者 不明時 소재과약과 관련한 다른 법제를 살펴볼 필요가 있다.

① 우선 民事訴訟法上 公示送達制度가 있다. 민사소송법 제194조는 당사자의 주소를 알 수 없을 경우 그 송달은 공시송달에 의할 수 있다고 되어 있으며, 그 방법으로는 법원 사무관등이 송달할 서류를 보관하고 그 사유를 법원게시판에 게시하거나, 그밖에 대법원 규칙이 정하는 방법에 따라서 하는 것으로 규정하고 있다(동법 제195조). 그리고 민사소송규칙은 공시송달의 방법으로 ㉠ 법원 게시판 게시, ㉡ 관보·공보 또는 신문 게재, ㉢ 전자통신매체를 이용한 공시를 들고 있다. 하지만 비용문제로 인하여 대부분 법원 게시판에 게시하는 것으로 처리하고 있다. 공시송달은 소장 기타 소송서류에 관련된 것이므로 당사자가 擬制自白의 효과를 받게 되어 종국적으로 권리를 잃을 염려가 있다.²²⁸⁾ 따라서 저작물이용허락신청에 비하여 권리와 관련성이 더 높음에도 불구하고 현실적인 사정을 감안하여 법원게시판의 게시로도 대신할 수 있게 한 것이다.

226) 정보통신망에의 공고는 현재 저작권심의조정위원회 홈페이지 내의 법정허락 공고 게시판을 활용할 수 있으므로 크게 문제가 되지 않는다고 본다.

227) 일간신문의 광고비용은 그리 사소하지 않다. 한 일간신문(동아일보) 광고담당자에게 문의해 본 결과, 저작권법 시행규칙에서 정하고 있는 사항을 내용에 다 포함하여 공고하려면 최소 50만원 이상의 비용이 든다고 한다. 그리고 이는 승인신청대상 저작물이 많아질수록 더욱 늘어나게 된다.

228) 이에 대비하여 민사소송법은 상대방의 주소를 알면서 모르는 것으로 하여 소재기함으로써 소장 등을 송달불능에 이르게 하고 급기야 소재불명으로 법원을 기망하여 공시송달에 의한 진행을 한 끝에 승소판결을 받은 경우 이를 再審事由의 하나로 규정하고 있다. 민사소송법 제451조 제11호

② 그 다음 民事訴訟法上 公示催告制度가 있다. 이는 權利 또는 請求의 申告를 하지 아니하면 그 권리를 잃게 될 것을 법률로 정한 경우에만 할 수 있는데(민사소송법 제475조), 이 경우 공시최고는 대법원규칙이 정하는 바에 따라 하며(동법 제480조), 이에 민사소송규칙은 위 공시송달과 마찬가지로 ㉠ 법원 게시판 게시, ㉡ 관보·공보 또는 신문 게재, ㉢ 전자통신매체를 이용한 공시의 3가지 방법을 규정하고 있다(민사소송규칙 제142조). 따라서 위 공시송달에 대한 설명이 여기에도 그대로 적용된다.

따라서 다음과 같은 이유에서 日刊新聞의 公告라는 요건은 상당한 노력의 기준에서 削除하여도 무방하지 않을까 생각한다.

a. 일간신문의 광고는 사실 전국을 상대로 사람을 찾는 最小限의 努力을 보이라는 취지일 것이나, 실제 일간신문의 작은 광고가 저작권자의 눈에 띄는 것은 거의 불가능한 일이고, 설사 그러한 가능성이 있다고 하여도 그 희박한 확률을 위하여 이용자에게 광고비용을 매번 부담하라는 것은 잘못된 이익형량일 가능성이 크다.

b. 승인을 받은 후 보상금을 공탁하였을 경우 補償金の 供託 사실 자체도 일간신문에 광고하여야 하고²²⁹⁾ 이 경우 이용자는 총 두 번의 광고를 하게 되는데, 이는 지나치게 과도하다고 생각된다. 그리고 저작권자의 입장에서 중요한 것은 자신의 허락없는 이용 승인보다는 그에 대한 보상금을 지급받을 수 있을 것인가이므로, 보상금의 공탁을 일간신문에 광고하는 것으로 충분하지 않을까 생각한다.

c. 위 공시송달제도, 공시최고제도와와의 비교에서도 그렇다. 위 절차들은 권리자체의 이전·소멸에 관련된 것으로서 권리의 탐색노력이 더욱 요구된다고 할 수 있음에도 현실적 사정을 감안하여 방법을 간략화하고 있다. 그러므로 단지 이용허락의 경우에 일간신문의 광고를 반드시 요구하는 것은 형평상 어긋난다고 볼 수 있다.

d. 인터넷의 급속한 확산으로 인해 요즘 신문지면보다는 인터넷으로 정보가 유통되는 일이 훨씬 많고, 저작권자 입장에서도 인터넷이 훨씬 접근이 용이하다. 따라서 정보통신망에의 광고, 특히 저작권심의조정위원회 홈페이지와 같이 지정된 웹사이트에 광고될 경우 일간신문에의 광고보다 저작권자에게 알려질 확률이 훨씬 크다.

229) 저작권법 시행규칙 제3조

(2) 協議不成立의 경우

이에 대해 현행법은 시행령을 개정하여 충분한 정도의 비용평가절차를 구현하고 있다고 본다. 즉 이용승인신청자에게 協議經過에 관한 書類를 제출하도록 하고, 반대로 저작재산권자에게는 意見提出機會를 부여하고 있다. 이는 원래 適法節次理念에서 도입된 것으로 보이나, 交涉費用이 부당하게 높아졌는지를 판단함에 있어서도 필수적인 절차이기 때문이다.

다만 현행법은 이의 판단에 있어서 정해진 기준이 없이 광범위한 재량을 저작권심의조정위원회에 인정하고 있다는 문제점이 지적될 수 있다. 즉, 제47조 소정의 ‘상당한 노력’에 대해서는 시행령에 기준이 설정되었으나, 제48조와 제50조의 경우에는 어떤 기준에 의해 승인을 하여야 할 것인지가 법규정에 미비되어 있다. 물론 시행령 제14조 1항에서 承認棄却事由를 규정하여 間接的으로 기준을 제시하고는 있지만, 이것만으로는 교섭비용에 대한 제반요소를 판단하기가 어렵다. 이를 의식한 것인지는 몰라도 동항 제5호는 ‘기타 부득이한 사유’를 들고 있지만 이 역시 지나치게 애매모호한 것은 마찬가지이다.

물론 교섭비용의 과다에 대한 평가는 여러 가지 다양한 요소를 총체적으로 고려해야 하는 것이므로 기준의 설정 자체가 어렵기는 하다. 그러나 ‘부득이한 사유’보다는 보다 구체적이고도 원칙적인 판단기준을 하나 제시할 수 있는데, 그것이 바로 權利濫用的 側面이다. 위에서 살펴보았듯이 교섭비용의 부당한 과다여부는 저작재산권의 남용과 밀접한 관련이 있다. 따라서 이러한 연관성을 인식하고 이를 판단기준으로 도입한다는 점에서 權利濫用을 判斷基準 중 하나로 도입하는 것을 제안한다. 물론 이는 민법 제2조 제2항처럼 直接的인 방식으로 표현될 수도 있겠으나²³⁰⁾, 시행령이 ‘승인기각사유’라 하여 間接的인 방식으로 규율하고 있으므로 이에 맞추어 표현하자면, ‘법 제48조와 제50조의 경우 協議不成立이 著作財産權의 正當한 行使의 結果로 評價될 수 있는 경우’를 승인신청기각사유 중 하나로 追加할 수 있다고 본다. 이는 추후 著作權濫用禁止 法理를 저작권법의 해석론으로서 도입하는 첫 관문으로서의 역할 역시 할 수 있으리라 본다.

4. 客觀的으로 權利價額이 정해지고 있는가

230) 민법 제2조 제2항은 ‘권리는 남용하지 못한다’고 직접적으로 규정하고 있다.

(1) 客觀的 基準 不在의 問題

현행법은 補償金의 額數에 대해 문화관광부장관이 정하는 기준에 의하도록 하고 있다. 그러나 이에 관한 실무는 당사자가 제출한 보상금산정내역서가 타당한 것인지를 검토하는 방식으로 이루어지고 있다는 것도 위에서 설명하였다. 따라서 토지의 공용수용시 적용되는 公示地價와 같은 객관적인 기준이 정해져 있지는 않은 상태이다. 그러나 이는 명백하게 상위법의 위임사항을 해태하고 있는 것으로 평가된다. 따라서 구체적이고 세부적인 기준까지는 몰라도, 최소한 보상금의 기준에 대한 原則정도는 施行令에 규정되어 있어야 한다고 본다. 물론 더욱 바람직한 것은 著作權法에서 하위법에 委任의 限界를 정해주는 것이다. 현행 法定許諾制度는 보상금의 기준에 대한 아무런 원칙을 규정함이 없이 문화관광부장관에게 包括的으로 委任하고 있어 憲法的 次元에서 문제가 있는 것이 아닌지 의심이 든다.²³¹⁾

보상금에 대한 원칙적인 기준은 위에서 설명하였듯이 市場價格이 되어야 하며, 여기서 시장가격이란 해당 종류 저작물의 이용허락계약시 당사자들 간에 일반적으로 합의되는 이용료의 일반적 수준을 의미한다고 할 것이다.²³²⁾ 그러나 이는 어디까지나 기준에 대한 原則일 뿐이고, 실제 보상금을 산정함에 있어서는 그외 여러 가지 사항을 고려해야 할 것이다. 특히 強制許諾은 제3자가 개입하여 거래비용을 낮추고는 있지만, 일반적으로 통상적인 이용허락계약의 경우에 비해서는 여전히 거래비용이 높다. 따라서 일반계약과 같이 시장가격에 의해 보상금을 설정할 경우 일반계약보다 실제 저작물이용신청자가 부담하여야 할 비용이 높아질 가능성이 크다. 특히 著作財產權者 不明의 경우에는 저작재산권자의 소재를 아는 경우에 비하여 현저하게 높은 情報費用(조회비용, 공고비용, 그리고 이를 위해 투자되는 시간비용 등)이 추가로 소요되므로 이러한 점을 보상금액 설정에서 고려하여야 할 필요성이 크다.

그러므로 이를 조정하기 위하여 法定許諾의 보상금 기준은 市場價格을 基準으로 하되 추가적인 거래비용을 감안하여 이보다 약간 낮은 수준으로 설정되는 것이 당사자의 이익보장차원에서 바람직하다. 法定許諾시 보상금이 시장가격에 비해 낮게 책정되는 것은 世界的으로 一般的인 현상이다.²³³⁾ 혹자는 이것이 저작권자의 이익을 해하는 것이 아닌

231) 국민의 권리의무와 관련되는 사항을 하위명령에 위임하려면 구체적으로 범위를 정하여 위임하여야 한다. 헌법 제75조

232) 배른협약 부속서 제4조 제6항 참조

가 의심이 들 수도 있겠으나, 헌법상 재산권보상의 기준이나 국제협약상 強制許諾시 보상되어야 할 기준은 어디까지나 ‘公正하고 合理的인 基準’에 의할 것을 요구할 뿐, 그것이 언제나 시장가격과 합치되어야 한다는 것은 아니다.²³⁴⁾ 그리고 위와 같은 제반요소를 고려하여 보상금을 시장가격보다 낮게 설정하는 것이 불공정하다거나 비합리적인 기준이라 할 수는 없는 것이다.

따라서 보상금의 기준에 대해 다음과 같은 내용을 施行令에 新設하는 것을 제안한다.

1. 補償金은 신청대상 저작물이 속하는 해당 종류의 저작물에 대해 社會에서 一般的으로 適用되는 慣行的 利用料를 基準으로 하여 정한다.

2. 다만 구체적인 보상금의 산정시에는 제1호를 기준으로 하여 다음과 같은 사항을 고려하여 보상금의 액수를 調整할 수 있다.

- ① 教育·研究 기타 해당 저작물의 利用目的
- ② 법 제47조의 경우 저작재산권자 혹은 그의 거소를 찾기 위해 신청인이 들인 費用
- ③ 利用形態, 利用期間, 利用範圍, 利用回數 기타 著作物 利用의 諸般狀況

(2) 補償金의 不服에 대한 問題

위에서 언급한 바와 같이, 현행 法定許諾制度는 補償金 自體만을 다루는 특별규정을 두고 있지 않으므로 보상금이 객관적으로 합당한가에 대해 당사자가 불복이 있을 경우 부득이하게 承認處分 全體를 對象으로 다룰 수밖에 없다. 그러나 실제 당사자의 주된 관심사는 승인처분 여하가 아니라 그 補償金額의 多少일 것이므로 보상금에 限定하여 다룰 수 있는 구체적인 분쟁처리절차를 규정하는 것이 바람직할 것이다. 일본 저작권법은 이와 관련하여 보상금액에 대해서만 다룰 수 있는 제도를 두고 있으며(일본 저작권법 제 72조), 토지수용법에도 보상금증감소송이 규정되어 있다.²³⁵⁾

233) Gallagher, 전제논문, p.4

234) 일례로 토지수용법상 기준이 되는 公示地價는 토지에 대한 실거래가보다 상당히 낮게 책정되는 것이 일반적이다. 오히려 이처럼 책정된 공시지가가 실거래가격을 규제하는 역할을 하기도 한다. 공시지가는 당사자의 주관적인 판단이 개입됨이 없이 제3자에 의해 객관적으로 정해지는 가액이기 때문이다.

235) 각주108 참조

그러나 보상금에 대한 불복은 주로 協議不成立의 경우에 문제가 될 것이고 著作財産權者 不明의 경우에는 그리 크게 문제되지 않는다는 점, 協議不成立의 경우 아직까지 承認事例가 한 건도 없는 점 등을 고려해 볼 때, 앞으로를 대비하여 이처럼 복잡한 제도를 저작권법에 도입하는 것은 아직 이른 감이 있고, 다만 ‘文化觀光部長官은 當事者가 補償金額에 대해 異議를 提起할 경우 諸般狀況을 고려하여 다시 補償金額을 정할 수 있다’는 정도의 내용만 우선 시행령에 규정해도 무방할 것으로 판단된다.

5. 著作權侵害에 대한 救濟와 法定許諾

強制許諾은 저작권의 권리구제방식과 관련하여 매우 어렵고도 심각한 문제점을 제기한다. 우선 協議不成立의 경우에는 저작재산권자가 직접 승인과정에 참여하고 또 그 후 이용상황을 감독할 수 있으므로 큰 문제가 없다. 문제는 著作財産權者 不明의 경우에 나타난다. 즉 著作財産權者가 不明일 경우에는 強制許諾 없이 저작물을 이용하는 경우 저작재산권의 침해에 대하여 문제를 제기할 權利者가 不明이므로 권리자의 권익보호에 큰 空白이 생기는 것이다. 그리고 저작권침해에 대한 刑事的인 처벌 역시 문제가 있다. 저작권법은 거의 모든 저작권침해죄를 親告罪로 규정하고 있는데(저작권법 제102조), 저작재산권자 불명의 경우에는 告訴權者 역시 不明이므로 이에 대해 형사상의 고소가 제기될 수가 없는 것이다. 저작재산권자 불명의 경우에는 그렇지 않아도 허락없이 저작물을 이용하려는 동기가 강한데, 이처럼 민사상·형사상의 권리구제절차에서도 공백이 존재하므로 法定許諾制度는 더욱 이용될 가능성이 적다. 실제 法定許諾이 많이 활용되지 않는 이유는 이처럼 허락없는 사용이라도 책임을 지지 않게 되는 現行法制의 矛盾에 상당부분 기인하는 것으로 판단된다.

따라서 이 문제를 해결하기 위해서는 저작재산권이 침해되었을 경우 저작재산권자 대신 그의 권익을 보호해줄 제3자가 요구된다. 이 방법으로 民事的으로는 法定訴訟擔當制度의 도입, 그리고 刑事的으로는 친고죄 조항에서 제47조의 경우를 除外하는 것을 생각해 볼 수 있다.

(1) 法定訴訟擔當 制度의 導入

권리관계의 주체 이외의 제3자가 當事者適格을 갖는 경우가 있는데 이 경우를 제3자의 訴訟擔當이라고 하며, 이 중 권리관계의 주체인 자의 의사에 관계없이 제3자가 法律의 規定에 의하여 訴訟遂行權을 갖는 경우를 法定訴訟擔當이라 한다.²³⁶⁾ 저작재산권자 불명인 경우에는 권리주체가 소송수행을 하기 어려운 경우이므로 제3자에게 당사자적격을 부여하여 민사소송수행을 하게 할 필요가 크다.

그렇다면 누구를 소송담당자로 정할 것인가가 문제되는데, 우선 檢事를 생각해 볼 수 있다. 民法은 이미 여러 가지 경우에 검사를 청구권자의 하나로 인정하고 있으며²³⁷⁾, 이 사유들을 살펴보면 공통적으로 법적 분쟁은 있으나 이를 해결할 當事者가 不存在하는 경우에 검사가 公益守護機關으로서 개입하는 경우임을 알 수 있다. 따라서 저작물이 침해되었으나 이에 관해 소송을 제기할 권리가 없는 경우 검사에게 소송수행권을 부여하는 입법을 생각해 볼 수 있다. 그러나 민법의 여러 경우에서 검사는 단순히 請求權者로서 法院의 介入을 要求하는 것일 뿐, 소송의 한 當事者가 되어 권리주장을 하는 것은 아니므로 저작권법에서 검사를 民事的 訴訟擔當으로 하기는 어렵다.

따라서 이 경우 가장 적당한 소송주체는 해당 저작물 종류를 집중적으로 관리하는 著作權委託管理業者가 될 것으로 본다. 허락없는 저작물 이용은 결국 저작권위탁업자 자신들의 이익을 해하는 것도 될 수 있으므로 충분히 소송수행권을 가질 이유가 인정되는 것이다. 저작권법도 저작권접권 중 실연자의 보상금청구권에 대해 ‘보상금의 청구는 문화관광부장관이 지정하는 대한민국 내에서 실연을 업으로 하는 자로 구성된 단체에서 일괄행사하여야 한다’고 하여 저작권 관련기관에 의한 권리행사의 대행을 인정하고 있다(저작권법 제65조 제2항). 이 경우 법원의 판결의 효력은 권리관계의 주체인 本人(著作權者)에게 미친다.²³⁸⁾

(2) 親告罪와 關聯된 問題

일반적으로 親告罪는 범죄의 기소가 被害者 등에게 고통과 수치감을 줄 수 있는 경우

236) 李時潤, 전제서, p.148

237) 한정치산·금치산의 선고(제9조, 제12조), 부재자의 재산관리(제22조), 실종선고(제27조), 재단법인의 정관보충(제44조), 사단 임시이사·청산인의 선임(제63조, 제83조), 증혼의 취소(제818조), 자 사망 후의 친생부인(제849조), 부모사망시 인지청구(제864조), 친권상실청구(제924조), 상속인 없는 재산의 관리(제1053조) 등이 있다.

238) 민사소송법 제218조 제2항

(간통죄, 강간죄 등), 그리고 비교적 罪質이 輕微하여 피해자의 의사나 감정을 고려하는 것이 타당할 경우(모욕죄 등)에 인정된다. 그러나 저작권법이 형사범에 대하여 친고죄 체제를 취하고 있는 것은 조금 다른 이유가 있는데, ① 저작재산권의 이용은 利用許諾·自由利用 등에 의한 경우가 많고, 또 저작재산권은 無形物에 대한 권리이므로 구체적 사안이 저작권침해에 해당하는지 여부도 不明確한 경우가 많으므로, 이의 침해사실을 가장 잘 판단할 수 있는 著作財產權者에게 1차적인 判斷權限을 부여하는 것이 능률적이라는 점, ② 저작물의 이용은 文化發展에 도움이 되는 경우가 많으므로 굳이 저작재산권자가 문제삼지 않는 경우라면 이를 불가벌로 하는 것이 刑事政策的으로 타당하다는 점, ③ 저작권의 침해는 공익적 측면보다는 個人的 利益을 침해하는 측면이 강하고, 또 이는 주로 財産權과 관련된 문제이므로 民事的 方法에 의해 해결하는 것이 타당하다는 점 등을 그 이유로 하고 있다. 그러나 친고죄방식은 저작권침해사건의 신속하고 능률적인 처리에 장애가 되는 경우가 많으므로 재고되어야 한다는 지적이 많으며²³⁹⁾, 실제로 친고죄 방식은 불법복제에 면죄부를 주어 지적재산권 보호방식을 property rule에서 liability rule에 가까운 것으로 만들고 있다는 지적²⁴⁰⁾ 등 친고죄 방식에 대해서는 많은 비판이 있어 왔다.

친고죄에 대한 일반적인 비판은 제쳐두고라도 著作財產權者 不明인 제47조의 경우에도 친고죄가 적용된다는 것은 특히 문제가 있다. 만약 제47조의 경우에도 친고죄 규정이 적용된다면 검찰이 저작권침해를 認知하여도 告訴權者를 알 수 없으므로, 결국 검찰 스스로 고소권자를 탐색하거나 아니면 저작권침해자에게 면죄부를 부여하는 결과가 되는 것이다. 이는 저작물 이용자로 하여금 저작재산권자를 찾으려는 노력을 쉽게 포기하게 하고 허락없는 저작물이용을 부추기게 된다. 이에 대해 다음과 같이 두 가지 대안을 제시해 볼 수 있다.

① 우선 저작권법 제102조는 親告罪의 例外를 인정되고 있는데, 이의 예외사유로서 제47조를 追加하는 것을 생각할 수 있다. 그러나 만약 제47조를 친고죄에서 제외한다면, 저

239) 실제로 한·미 지적재산권 협상과정에서 미국측은 한국정부에 대하여 저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법 상의 친고죄 규정을 폐지하여 수사기관의 적권단속이 가능하도록 할 것을 요구한 바 있으며, 친고죄 규정폐지가 법체계상 곤란하다면 권리가 스스로 증거수집을 할 수 있도록 사설탐정제도를 도입하도록 요구한 바 있다. 朴榮瑄, 지적재산권 침해에 대한 형사적 제재, 한국형사정책연구원(1996). p.83

240) 李性燮·朴俊國, 전계논문, p.345.

작권침해가 일어난 모든 경우에 검찰은 이것이 저작재산권자 불명의 경우인지 저작재산권자가 존재하여 고소를 기다려야 하는 경우인지를 판단하여야 한다. 이는 저작권법상 형사범을 원칙적으로 친고죄로 하고 있는 입법취지와는 정반대의 결과라 하지 않을 수 없다. 물론 친고죄의 예외들이 현행 저작권법상 인정되고 있는 것은 사실이지만, 그 사유들을 살펴보면 대부분 저작권위탁권리업이나 저작권의 허위등록 등 行政的 違反事實에 대한 것임을 알 수 있다. 이들은 위반사실에 대한 判斷이 明確한 경우이므로 굳이 친고죄로 하지 않고 있는 것이다. 實體的으로 친고죄의 예외가 되는 것은 제99조 제1호와 제2호가 유일한데²⁴¹⁾, 이들 경우도 역시 그 侵害事實이 著作權者 기타 利害關係人에 의해 明確하게 드러날 수 있는 사유라는 점에서 제47조를 친고죄에서 적용제외시키는 것과는 근본적인 차이가 있다. 결국 이는 단순히 제47조만의 문제가 아니라 저작권법 기타 지적재산권법에 일반적으로 친고죄 방식을 채택하고 있는데서 오는 근본적인 문제라 할 수 있다. 물론 저작권법상 권리보호방식을 친고죄에서 반의사불벌죄로 바꾸는 것이 타당하다는 견해도 있으나²⁴²⁾, 이는 여기에서 논의하기에는 너무 큰 문제이므로 일단 문제제기만 하고 다른 대안을 검토하도록 한다.

② 위와 같이 제47조를 친고죄에서 적용제외시키는 것은 문제가 있고, 다만 이에 대한 또 다른 대안으로서 刑事訴訟法 제228조의 擴張解釋을 생각해 볼 수 있다. 현행 형사소송법상 고소권자는 被害者 혹은 그 法定代理人, 配偶者, 直系親族 또는 兄弟姊妹 등이 있는데²⁴³⁾, 이러한 자가 없을 경우에는 형사소송법 제228조가 적용되어 利害關係人의 申請에 의해 檢察官이 告訴權者를 指定할 수 있다.²⁴⁴⁾ 저작재산권자가 불명인 경우는 엄밀히 말해 고소권자가 없는 경우는 아니지만, 누가 고소권자인지 알 수 없거나 그의 소재를 모르는 경우이므로 제228조를 넓게 해석하여 이 경우에도 제228조가 적용된다고 해석하

241) 저작권법 제99조 제1호 : 저작자 아닌 자를 저작자로 하여 성명·이명을 표시하여 저작물을 공표한 자, 제2호 : 제14조 제2항의 규정에 위반한 자. 한편 저작권법 제14조 제2항은 다음과 같다 : 저작자의 사망후에 그의 저작물을 이용하는 자는 저작자가 생존하였다면 그 저작인격권의 침해가 될 행위를 하여서는 아니된다. 다만 그 행위의 성질 및 정도에 비추어 사회통념상 그 저작자의 명예를 훼손하는 것이 아니라고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

242) 李性燮·朴俊國, 전계논문, p.363

243) 형사소송법 제223조, 제225조 참조.

244) 형사소송법 제228조 : 친고죄에 대하여 고소할 자가 없는 경우에 이해관계인의 신청이 있으면 검사는 10일 이내에 고소할 수 있는 자를 지정하여야 한다. 이렇게 해서 지정된 고소권자를 指定告訴權者라 한다.

여야 한다. 그리고 여기서 利害關係人이란 법률상 또는 사실상 이해관계를 가진 자를 말하는데, 여기서 이해관계인의 의미를 넓게 해석하여 해당 종류의 저작물에 대하여 위탁 관리를 하고 있는 著作權委託管理業者 역시 이러한 이해관계인에 포함된다고 해석하여야 할 것이다.²⁴⁵⁾ 그리고 이해관계인의 신청에 의해 검사가 고소권자를 지정할 경우 역시 위 민사문제에서와 같이 해당 저작물종류에 대한 著作權委託管理業者를 지정할 수 있고, 더 넓게 볼 경우 著作權審議調停委員會 역시 告訴權者로 지정할 수 있다고 해석될 수 있다.

6. 其他 法制的인 問題點

이와 관련해서는 다음과 같은 문제점이 제기된 바 있다.²⁴⁶⁾

· 우선 판매용 음반의 強制許諾의 경우에 있어서 허락대상이 되는 著作物의 範圍에 대한 명확한 입법적 해결이 요구된다. 현재 해석상 이에 해당되는 저작물은 音樂著作物에 한한다는 것이 일반적이거나, 이에 관한 명문의 규정은 존재하지 않고 오히려 판매용 음반에 수록된 모든 저작물을 대상으로 한다는 것이 문리해석에 비추어 타당하다. 따라서 당초의 입법취지에 따라 음악저작물에 한정하는 입법적 해결이 요청된다고 한다.

· 法定許諾의 表示에 관해 현행 저작권법 제47조 제2항은 ‘그 뜻과 승인연월일을 표시하여야 한다’고 규정하고 있다. 그러나 그 의미가 불명확하므로 표시방법과 표시의무에 관한 규정을 신설하여 그 이행의 실효성 확보를 꾀하여야 할 것이라고 한다.

그러나 위에서 지적된 두 가지 문제점은 解釋上 충분히 해결될 수 있는 문제점이고, 현재 이에 관해 해석상 의문을 제기하는 견해는 찾아볼 수 없다. 그리고 실제 法定許諾承認時 부가하는 이용조건에서 이와 관련하여 명확한 이용조건을 설정할 수 있으므로, 실제 위와 같은 개정이 필요한지는 의문이다. 다만 제47조 제2항(승인사실·승인년월일 표시의무)과 관련하여 아무런 制裁規定이 없다는 것이 문제점으로 지적될 수는 있다. 그

245) 저작권자가 저작권신탁계약을 체결하지 않는 이상 신탁관리업체가 법률적 이해관계인은 아니다. 그러나 저작권침해에 대한 고소가 해당 저작물에 대한 준법정신을 함양하고 이용허락 신청을 촉진하여 궁극적으로 단체의 유지와 발전에 도움이 될 수 있다는 점에서, 고소권자 지정을 위한 신청인이 될 수 있을 정도의 사실상의 이해관계는 있다고 볼 수 있다.

246) 李浩興, 전제논문, p.69

러나 승인표시의무는 보통 저작물이용승인시 條件으로 부가되고 있으며 이를 違反할 경우 承認이 取消될 수 있으므로, 이를 통해서도 충분히 규제될 수 있다고 본다. 그리고 저작권법 제100조(출처명시위반의 죄등)에서 제47조 제2항의 경우는 규정하고 있지 않은데, 이는 제47조의 경우 고소인이 불명이므로 이에 대해 고소가 제기되는 것을 상정하기 어렵기 때문이라 하겠다. 굳이 제47조 제2항의 경우에만 반의사불벌이나 고소가 필요없다고 취급할 이유가 없다.

위와 같은 문제점들 외에 現行 法制에 대해 제기될 수 있는 문제점으로는 다음과 같은 것들이 있다.

(1) 題目的 改正

우선 저작권법은 제2장 제9절의 제호를 ‘法定許諾’이라 하고 있는데, 이는 실제적으로 強制許諾을 의미한다는 것이 일반적이며 이와 관련하여 많은 불필요한 혼란을 불러일으키고 있다. 따라서 아예 본절의 제목을 ‘強制許諾’으로 개정하는 것이 타당하다고 본다. 혹은 다른 대안으로서 현재 실무에서 사용되고 있는 용어인 ‘著作物利用에 대한 承認申請’, 혹은 ‘承認申請에 의한 著作物 利用’으로 개정하는 것도 고려해 볼 수 있다.²⁴⁷⁾ 현재 ‘法定許諾’은 저작권법, 혹은 이나 특허법을 비롯한 다른 지적재산권법 어디에도 사용되고 있지 않는 용어이므로 개정으로 인한 혼란 역시 크지 않을 것이다.

(2) 承認表示義務의 擴大

저작권법은 제47조 즉 著作財産權者 不明인 경우에만 제2항에서 승인받은 사실과 승인년월일을 표시하도록 하고 있다. 그러나 굳이 제47조의 경우에만 이러한 표시의무를 인정할 이유가 없다. 제47조 제2항의 입법취지는 저작재산권자가 직접 저작물 이용을 허락한 것이 아님을 밝혀 혹시나 생길 수 있는 저작재산권자의 불이익을 사전에 방지하고자 하는 것인데, 이러한 상황은 제48조와 제50조의 경우에도 동일하며, 오히려 이 경우는

247) 이와 관련하여 일본 저작권법은 ‘裁定에 의한 著作物の 利用’이라는 제목을 사용하고 있다. 다만 裁定은 그 개념상 準司法的 의미를 내포하는데, 문화관광부장관에 의한 승인절차가 그러한 준사법적 작용을 포함한다고 하기는 어려우므로 ‘재정’이라는 용어를 사용하기는 어렵다.

著作權자의 意思에 反하는 利用이기 때문에 표시의무가 더욱 강화될 필요가 있다. 따라서 제47조 제2항의 표시의무를 제48조와 제50조의 경우에도 擴張하여야 할 필요가 있다.

(3) 承認棄却事由를 著作權法에 規定

저작권법 시행령은 승인기각사유를 열거하여 규정하고 있다. 그러나 승인기각은 저작물의 이용을 불허하는 것이므로 권익침해적 요소가 존재한다. 따라서 이는 국민의 권리와 관련된 사항으로서 시행령에 규정되기에는 중요도가 높은 사안이므로 이를 저작권법이 아닌 시행령에 규정하는 것은 문제가 있다는 견해가 있다. 즉, 저작권법의 위임이 단지 승인신청 및 승인의 절차와 방법, 보상금의 고시 및 공탁 등 절차적 사항에 관한 위임을 하고 있을 뿐이라고 해석하면 시행령의 규정내용은 法律의 委任範圍를 넘는 규정으로서 無效이며 장관의 이용승인은 羈束行爲라고 보게 된다는 것이다.²⁴⁸⁾ 경청할만한 견해라 생각하며, 이러한 문제를 없애기 위해서는 법률에 위임범위를 명확히 규정하거나 아예 棄却事由를 施行令이 아니라 著作權法에 明示的으로 規定함이 법적 안정성이나 법체계적으로 타당하다고 본다. 이와 관련하여 일본 저작권법은 저작권법 자체에 재정기각사유를 규정하고 있다.²⁴⁹⁾

(4) 其他 表現上의 問題點

그 외 사소한 표현상의 문제로 다음과 같은 것들을 지적할 수 있다.

① 저작권법 제48조와 제50조는 協議不成立이라는 같은 상황을 다루고 있음에도 제48조가 ‘협약이 성립되지 아니하는 경우에는’이라 하고 제50조는 ‘협약이 성립되지 아니하는 때에는’이라 하여 용어가 일치되지 않는다. 사소한 문제이긴 하나 일치시키는 것이 좋을 것이다.

② 저작권법 제50조는 ‘우리나라’라는 표현을 사용하고 있다. 그러나 이는 법적 개념으로 사용되기에는 어색한 용어이며, 저작권법 제3조·제61조·제65조·제78조·제92조 등에서 ‘大韓民國’이라는 용어를 사용하고 있으므로 제50조 역시 ‘大韓民國’으로 개정하

248) 林俊浩, 전계논문, p.508 각주79

249) 일본 저작권법 제70조 제3항

는 것이 나올 것이다. 그리고 ‘판매되어 3년이 경과한 경우’라는 표현도 어색하므로, ‘판매된 후 3년이 경과한 경우’로 개정함이 타당하다.

第5章 結 論 - 法定許諾制度의 올바른 자리매김

1. 法定許諾에 대한 세 가지 命題

저작권법은 저작자의 보호와 공중의 자유로운 이용에 의한 문화발전이라는 모순된 목적을 내재적으로 가지고 있으며, 이를 달성하기 위하여 저작권법은 그동안 무수한 개정을 거쳐 사회적으로 적절한 균형점을 탐색해 왔다. 法定許諾制度는 이처럼 균형을 향한 저작권법의 끊임없는 노력 중 하나로서 이해되어야 하며, 따라서 法定許諾制度 자체만 살펴보아서는 이 제도의 진정한 위상과 의미, 그리고 역할을 이해할 수 없다.

그렇다면, 과연 俠義의 法定許諾과 強制許諾을 포함한, 法定許諾制度 자체의 가장 바람직한 모습은 어떤 것이어야 하는가. 法定許諾制度는 다른 제도와 어떠한 關係를 유지하여야 하는가. 法定許諾制度를 活性化시키려면 어떠한 방법이 필요한가. 이처럼 法定許諾制度에 대한 根本的인 疑問들은 아직 해결되지 않고 있다. 어쩌면 이는 저작권법이 존재하는 이상 끊임없이 재논의되고 또 연구되어야 할 의문일지도 모른다. 法定許諾制度에 대한 모든 것을 다루려는 다부진 의욕을 갖고 시작한 논문이었지만 결론에 이르러서는 결국 여전히 알 수 없다는 답을 낼 수밖에 없음이 안타깝다. 다만 지금까지의 고찰을 바탕으로 法定許諾制度에 대한 몇가지 本質的인 命題를 제시함으로써 결론에 대신하고자 한다.

(1) 法定許諾制度는 補充的이어야 한다

法定許諾制度의 補充性은 두 가지로 설명될 수 있다. 하나는 制度 本質的인 性格으로서의 보충성이고, 다른 하나는 다른 制度와의 關聯 下에서의 補充性이다.

우선 法定許諾制度는 著作財產權者의 利用許諾을 얻을 수 없는 경우에만 부득이하게 인정되는 제도이어야 한다. 이는 法定許諾의 概念 자체에도 포함되어 있는 내용이지만, 나아가서 法定許諾制度를 규율하는 規範的인 지침이 되기도 한다. 法定許諾制度는 남용될 경우 자칫 저작재산권자의 이용허락을 平價切下하여 저작재산권자의 권익을 해칠 가능성이 크며, 이러한 점이 法定許諾制度가 세계적으로 극히 한정된 사유에만 인정되고 있는 이유일 것이다. 따라서 法定許諾制度는 과연 제3자가 당사자 사이의 자유로운 거래

관계에 굳이 介入하여야 할 必要가 있는 경우인지 언제나 조심스럽게 살펴야 하며, 그리고 이 판단에는 기술하였듯이 社會的 總效率의 達成과 去來費用의 過多性 與否에 대한 판단이 핵심적인 기준으로 적용된다. 특히 협의불성립을 이유로 하는 強制許諾은 그 존재의의가 매우 미약하므로 폐지되는 것이 바람직하다.

그러나 한편으로 法定許諾制度는 다른 제도와의 관련 하에서도 補充性을 갖는다. 즉 法定許諾 특히 強制許諾은 제3자의 介入이 예정되어 있으므로 그 자체로 運營費用이 든다. 따라서 보다 효율적인 저작물 이용을 도모하기 위해서는 아예 제3자의 개입 없이 저작물을 이용할 수 있는 自由利用 혹은 補償金을 前提로 俠義의 法定許諾을 채택하는 것이 더욱 타당할 가능성이 높다. 또 다른 관련제도로써 獨占禁止法制를 들 수 있다. 지적재산권과 자유로운 경쟁질서가 어떻게 조화될 수 있는가는 예로부터 심도있게 논의되어 온 주제이며, 이에 관한 연구성과도 상당히 축적되어 있다. 法定許諾事由 중 協議不成立事由는 權利濫用과 밀접한 관련이 있으며, 또한 이를 매개로 不公正競爭事由에 해당되지는 않는지와 밀접한 관련을 갖는다. 따라서 獨占禁止및公正去來에 관한法律 역시 지적재산권의 균형을 조절하는 또 하나의 법제가 될 수 있는 것이며, 이는 보다 直接的으로 反競爭의 행위를 제한한다는 점에서 法定許諾制度보다 또 우위에 서게 된다. 그러므로 強制許諾制度는 저작권법 내에서 자유이용 혹은 講學上 法定許諾制度和, 그리고 著作權法外的으로는 獨占禁止法과 비교해 보았을 때 制度的으로 補充性을 갖는다고 할 수 있다. 한편 요즘 비약적으로 발전하고 있는 저작권위탁중개업 역시 法定許諾의 보충성을 더욱 강화시키고 있다. 저작권위탁관리업자를 통해 저작권에 대한 大量的이고 定型的인 利用許諾이 가능하게 됨으로써 저작권자와의 협의 자체가 의미를 잃어가고 있기 때문이다.

法定許諾의 補充性에서 우리가 알 수 있는 교훈은, 法定許諾制度가 사회적으로 활용되지 않는다고 하여 이를 선불리 擴張시키는 것은 이처럼 제도들 간에 형성되어 온 미묘한 均衡關係를 자칫 혼란스럽게 만들 우려가 있다는 것이다. 그러므로 法定許諾制度를 다룰 때에는 언제나 이와 연관된 다른 제도들에도 관심을 기울여야 하고, 그리고 이러한 제도의 限界나 空白를 메워나가는 보충적인 제도로서 法定許諾制度의 위상을 파악하는 綜合的인 안목을 지녀야 할 것으로 본다.

(2) 法定許諾制度는 效率的이어야 한다

法定許諾制度의 성격 자체가 보충적인 것과는 별도로, 法定許諾制度 자체의 구성은 效

率的이어야 한다. 法定許諾은 그 본질상 과대한 去來費用을 낮추어 거래를 성사시킴으로써 궁극적으로 社會的 總效率 增加에 이바지하고자 하는 취지를 갖고 있는 법제이다. 따라서 法定許諾制度 자체가 비효율적으로 구성되어 그것이 오히려 사회적 비용의 문제를 불러일으킨다면 이는 본말이 전도된 것으로서 용납될 수 없는 것이다. 그러므로 法定許諾制度의 申請方式, 要件, 節次는 신청인의 비용과 노력을 最小化하는 방향으로 바뀌어야 한다.

물론 제도의 효율성만 중시하다가 著作財產權者의 基本的인 權利가 침해되어서는 안 될 것이다. 특히 強制許諾의 경우 저작재산권자의 의사에 반하여 상관없이 허락이 이루어지므로 저작재산권자에 대한 節次的 保障은 매우 중요성을 갖는다. 그러나 이러한 절차적 보장이 형사소송법상의 人身拘束에 관한 節次的 保障 수준에 이를 필요는 없을 것이며, 訴訟에서의 當事者主義에 입각한 節次的 保障에 이를 필요도 없을 것이다. 결국 그 균형점은 입법으로 해결되어야 할 것이지만, 원칙적으로 저작재산권자의 권리를 부당히 침해하지 않는 한도 내에서 최대한 이용신청인의 비용을 감소시킬 수 있는 效率的인 法制度가 요구된다. 그러나 가장 근본적인 해결책은 협의불성립에 대해서는 강제허락을 폐지하는 것이다.

(3) 法定許諾制度는 力動的이어야 한다

法定許諾制度는 고정된 것이 아니라 다른 저작재산권 제한제도와 긴밀한 관련을 맺으면서 그 役割을 分擔하여야 한다. 현대사회의 급속한 기술발전은 언제나 저작권법에 새로운 도전을 제기하고 있으며, 이 중에서 끊임없이 균형감을 유지하기 위해서는 저작권법 역시 끊임없이 새로운 도전에 대응하여야 한다. 따라서 어떤 저작권법 문제가 발생하였을 때 이에 대응하는 방법으로 하나의 제도만 고집할 것이 아니라 시대의 변천에 따라 유연하게 대응방법을 바꾸어야 한다. 예를 들어 放送에 대한 法定許諾制度는 방송국이 국가 내에서 독점적이고도 공익적인 역할을 수행하는 시기에 입법되었다.²⁵⁰⁾ 그러나 현재는 방송의 역할과 활동에 큰 변화가 일었으며 이에 따라 방송에 대한 저작권법의 대응은 현재 매우 다각화되어 있다.²⁵¹⁾ 따라서 法定許諾의 事由 역시 고정되어서는 안되며,

250) 李浩興, 전계논문, p.68

251) 우리 저작권법은 放送에 대하여 自由利用을 인정하는가 하면(저작권법 제31조의 방송사업자의 일시적 녹음·녹화), 방송사업자에게 저작인접권을 인정하기도 하고(저작권법 제4장 제4절의 방송사업자의 권리), 한편 방송권·방송사업자의 권리에 대해 法定許諾을 인정하기도

시대의 발전에 발맞추어 가장 적절한 방법으로 이를 규율할 수 있는 제도가 무엇인지, 그리고 法定許諾의 事由가 너무 넓은 것은 아닌지, 새로이 法定許諾制度를 도입할 수 있는 사유가 존재하는지에 대해 끊임없이 관심을 기울일 필요가 있다. 이는 특히 강제허락 보다는 협의의 법정허락에 더욱 고려되어야 할 사항이다.

2. 本 論 文의 限界와 意義

본고에서는 法定許諾制度에 대해 그 概念과 意義, 각국의 입법례를 살펴본 후, 현행 저작권법상 法定許諾制度에 대한 기존의 해석론을 검토하였다. 그리고 法定許諾制度를 새로운 시각으로 바라보기 위해 法經濟學的 方法論을 도입하였으며, 法定許諾制度가 권리 보호방식 중 liability rule이 적용된 사례라는 점에 착안하여 liability rule의 요건에 따라 法定許諾制度를 분석해 보았다. 그리고 이를 토대로 현행 法定許諾制度의 問題點과 改善方向에 대해 간략히 살펴보았다. 물론 본 논문은 많은 限界를 지닌다. 많은 한계 중 특히 다음과 같은 한계를 스스로 지적할 수 있다.

① 우선 법경제학적 방법론을 도입함에 있어서 법경제학적 방법론의 根本的인 問題點, 즉 과연 效率性 基準이 법학을 분석하는데 있어 전면적으로 적용될 수 있는가에 대하여 이를 단순히 前提로 삼았을 뿐 그 本質的 論議까지는 이르지 못하였다. 또한 법경제학의 기본적인 개념을 소개하고 적용하는데 그치고 보다 정교한 분석에는 이르지 못했다.

② 法定許諾制度가 다른 著作財產權 制限과 관련된 제도와 함께 논의되어야 한다는 문제의식을 제기하긴 하였으나 다른 제도에 대한 고찰, 그리고 과연 그들 사이에 어떠한 유기적인 관련을 갖고 있는지에 대해 고찰하는 수준까지는 나아가지 못했다. 특히 補償金을 전제로 한 講學上 俠義의 法定許諾은 세계적으로 強制許諾에 비해 훨씬 사용례가 많고 더욱 중요한 제도적 의의를 갖고 있음에도 불구하고 이와 強制許諾간의 관계를 심도있게 고찰하지 못했으며, 獨占禁止法制와 知的財產權法制간의 관계 역시 強制許諾을 이해하는데 있어 매우 중요한 주제이나 이를 자세히 다루지 못하였다.

③ 法定許諾制度의 실제사례가 많지 않아 제도에 대한 분석이 다분히 理論的이고 抽象的인 성격을 띠고 있음을 부정할 수 없고, 세계 각국에서 法定許諾制度가 실제 어떻게 운용되고 있는지에 대해서도 자세하게 살피지 못했다. 특히 우리나라와 비슷한 법제를

한다(저작권법 제48조).

갖고 있는 日本에서 구체적으로 法定許諾制度를 어떻게 운용하고 있는지에 대한 분석이 미흡하였다.

다만, 본고에서는 法經濟學이 가장 적절하게 적용될 수 있는 분야로 알려져 온 著作權法에 대해, 그리고 그 중 法定許諾制度에 대해 현행법을 대상으로 법경제학적 분석을 시도했다는 점, 그리고 그러한 方法論을 통해 현재의 法定許諾制度를 效果的으로 분석할 수 있다는 점을 보인 점, 나아가서 이러한 方法論에 의해 法定許諾制度의 問題點과 改善方案을 보다 풍부하게 제시할 수 있었다는 점 등에서 나름대로 의의를 갖고 있다고 본다. 法定許諾制度 특히 強制許諾은 비록 사용례가 극히 적은 제도이긴 하지만 저작권법의 근본이념을 독특한 방식으로 구현하고 있다는 점에서 그 制度的 意義는 여전히 크다. 또한 우리나라는 지금 北韓과 대치상황이라는 매우 특수한 상황에 처해있는바, 이러한 상황에서 北韓의 저작물 이용에 法定許諾制度가 사용될 가능성은 매우 높으며, 따라서 法定許諾은 우리나라에서 보다 現實的인 의의를 지닌 제도로 발전할 수도 있는 것이다. 앞으로 법경제학적 방법론이 더욱 정교해지고 이의 적용례가 늘어날수록 法定許諾制度에 대해 보다 광범위하면서도 구체적인 분석이 이루어질 수 있을 것이다. 그리고 앞으로 法定許諾制度의 실제 활용사례가 늘어나고 이와 관련한 實際的인 問題點이 드러나게 되면 法定許諾制度에 대한 보다 실천적인 논의 역시 가능하리라고 본다. 앞으로 이에 관해 더욱 심도있는 후속연구를 기대하면서 이만 글을 맺기로 한다.

參 考 文 獻

國內文獻

1. 單行本

- 權寧星, 憲法學原論(2000년판), 法文社
- 김기태, 저작권법의 해석과 적용, 삼진기획(2000)
- 金東熙, 行政法 I (第6版), 博英社(2000)
- 金亨培, 民法學講義, 新潮社(1999)
- 朴世逸, 法經濟學(改訂版), 博英社(2000)
- 朴榮瑄, 지적재산권 침해에 대한 형사적 제재, 한국형사정책연구원(1996)
- 朴元淳·方熙宣, 著作權法: 비교법적 측면을 중심으로, 法經出版社(1986)
- 사법연수원, 특허법(2002)
- 사법연수원, 저작권법 I·II(2002)
- 宋永植·李相理, 知的財産法(三訂版), 세창출판사(1999)
- 宋永植·李相理·黃宗煥, 知的所有權法(上·下)(第7全訂版), 育法社(2001)
- 吳承鐘·李海完, 著作權法(改訂版), 博英社(2000)
- 李相京, 知的財産權訴訟法, 育法社(1998)
- 李時潤, 民事訴訟法(新訂3版), 博英社(1997)
- 李俊求, 微視經濟學(第2版), 法文社(1995)
- 저작권심의조정위원회, 미국 저작권법(1995), 저작권심의조정위원회(1996)
- 저작권심의조정위원회, 저작권표준용어집, 저작권심의조정위원회(1993)
- 全聖薰·申道澈·吉仁成, 코즈의 경제이론과 한국경제, 경제해설자료15, 국민경제제도연구원(1991)
- 丁相朝(編), 知的財産權法講義, 弘文社(1997)
- 한국법제연구원, 競爭秩序의 維持와 知的所有權法, 한국법제연구원(1992)
- 韓勝憲, 著作權의 法制와 實務, 三民社(1988)
- 許燾成, 2000 新著作權法 逐條概說(上), 저작권아카데미(2000)

許燾成, 베른協約逐條概說, 一信書籍出版社(1994)
Thomas. W. Hazelett, 로널드 코우즈와의 인터뷰, 자유기업센터(1997)
Robert D. Cooter & Thomas S. Ulen, 법경제학(이종인 譯), 比峰出版社(2000)

2. 論文

郭京直, "著作權의 制限에 關한 研究", 서울대학교 法學碩士學位論文(1990)
김상호, "북한저작권법 제정의 의의와 해설", 季刊 著作權(2001 가을號), pp.2-13
김일중, "법과 경제의 접목: 경제학도가 본 진화과정", 미국 사회의 지적흐름(미국학연구소 편), 서울대학교출판부(1999), pp.175-287
朴炳亨, "法經濟學의 發展樣相", 東亞大社會科學論集 15('98.12) pp.325-350
양영식, "법경제학의 연구대상, 방법론 및 유효성", 忠南大經濟論集 14('98.12), pp.109-127
尹眞秀, "權利濫用禁止의 經濟的 分析 - 土地所有者的 地上物撤去請求를 中心으로", 私法과 法執行(朴世逸·金一仲 編), 法文社(2001), pp.3-60
李性燮·朴俊國, "知的財産權 權利侵害와 保護制度의 問題點", 私法과 法執行(朴世逸·金一仲 編), 法文社(2001), pp.345-370
李宗求, "公用制限과 損失補償: 法經濟學的 接近", 法曹 485('92.2), pp.69-104
李浩興, "著作權法上 強制許諾制度에 關한 考察", 明知대학교 法學碩士學位論文(1997)
林俊浩, "컴퓨터프로그램의 法的保護", 知的所有權에 關한 諸問題(下), 裁判資料第57輯, 法院行政處(1992), pp.453-552
정상조, "법경제학의 동향과 쟁점", 법과사회 6('92.7), pp.220-233
丁相朝, "知的所有權 濫用の 規制", 서울대학교 法學 제36권 3·4호(1995), pp.98-116
丁相朝, "特許發明의 強制實施", 서울대학교 法學 제40권 1호(1999), pp.264-299
趙賢芝, "法經濟學과 正義 - 포스너(R. A. POSNER)의 法理論을 중심으로", 梨花女子대학교 法學碩士學位論文(1993)

外國文獻

1. 單行本

Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics* (Scott, Foresman and Company, 1988)

Mark Kuperberg & Charles Beitz(Ed.), *Law, Economics, and Philosophy* (Rowman & Allanheld, 1983)

Lawrence Lessig, *The Future of Ideas - the fate of the commons in a connected world* (New York : Random House, 2001)

Gary North, *The Coase Theorem: a study in economic epistemology* (Institute for Christian Economics, 1992)

Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (Little, Brown & Company, 1992)

WIPO, Glossary, WIPO(1980)

2. 論文

Guido Calabresi, "First Party, Third Party, and Product Liability Systems: Can Economic Analysis of Law Tell Us Anything About Them?", 69 Iowa Law Review 833 (1984)

Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, "Property rules, Liability rules, and Inalienability : One View of the Cathedral", 85 Harvard Law Review 1089 (1972)

James E. Krier & Stewart J. Schwab, "Property rules and Liability rules : The Cathedral in Another Light", 70 New York University Law Review 440 (1995)

Ronald H. Coase, "The Problem of Social Cost", 3 The Journal of Law and

Economics 1 (1960)

T. Gallagher, "Copyright, Compulsory Licensing and Incentives", Oxford Intellectual Property Research Centre Working Paper Series No. 2, May 2001
<<http://www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP0201.html>>

Wendy J. Gordon, "Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors", 82 Columbia Law Review 1600 (1982)

William M. Landes & Richard A. Posner, "An Economic Analysis of Copyright Law", 18 Journal of Legal Studies 325 (1989)

Abstract

1. Unlike civil law and other laws, the basic objective of copyright law is to achieve the balance between benefits of the copyright owner and benefits of the user of that copyright. This bilateral character of the copyright law causes many questions about pertinency of adaptation of the traditional law-interpretation method to copyright law without any changes. Therefore, this paper deals with the compulsory licensing system in copyright law with a law-economical view.

2. Before trying law-economical analysis in earnest, the concept of the compulsory licensing system and laws of other countries about that system are examined. History and contents of current compulsory licensing system of Korea and current interpretation method, other systems similar to compulsory are also looked at. Then this paper briefly introduces the real cases of the compulsory licensing system and uncovers the meaning of each case.

3. After introducing current argument about compulsory licensing system, this paper introduces some law-economical concepts which are used to analyze copyright law. This paper examines the Coase Theorem(when transaction cost is 0, the result is the same whoever is entitled to the right), and the differences of three ways of right protection(property rule, liability rule, inalienability rule) using the transaction cost criteria. Then this paper formalizes the four conditions of liability rule. These four conditions are ① the completion of the transaction increases the total social utility obviously, ② the excess of transaction cost fails the completion of the transaction, ③ the assessment of the objective value of right is made by third person, ④ the assessment cost of the objective value of right is not excessive.

And this paper points out that copyrighted works have the character of public

goods which are characterized as non-rivalry and non-excludability, and also shows that the way of right-entitlement of current copyright law can be explained with the transaction cost perspective and the incentive perspective.

4. Based on all the previous facts examined, this paper closely analyzes the compulsory license in non-voluntary license system of current copyright law.

The conceptual signs of compulsory license are ① needs for public benefits, ② when the consent with the owner of copyright is not achieved, ③ the authoritative organization enforces the permission of copyrighted works on the condition of payment of remuneration. And these three conceptual signs match the conditions of liability rule exactly, so this paper concludes that compulsory licensing system is the typical model of liability rule, and that the current conditions and procedures of the compulsory license show the formalized conditions of the liability rule.

5. Finally, This paper examines the problems and solutions of current compulsory licensing system in a view of liability rule.

a. After assuming the necessity of taking a notice at the change of the situation to observe that they include all the possibility of social total efficiency, this paper points out the possibility of extension of the compulsory license to the transmission right as in case of the broadcast right.

b. This paper concludes that the current notice procedure in a daily newspaper needs to be abolished, relating to the problem of rationality of the transaction cost criteria, and suggests that we need to add one more article which reads 'when frustration of transaction is evaluated as the just exercise of copyright' to the articles about rejection of permission.

c. About the assesment of the objective value of right, this paper points out that there is no criteria now though there must be, then suggests a new principle article which contains ① a market price as first criteria, ② the possibility of adjustment of remuneration considering other situations.

d. It is desirable to introduce the saving procedure to deal only with the

remuneration, but at the present it is enough to have the rule that the minister of Culture & Tourism can adjust the price of remuneration according to each cases.

e. This paper also points out that there is a vacancy in legal protection against infringement of copyright when copyright-holder is absent and there is nobody to institute claim, and suggest the following alternatives: ① in area of civil law, to regard the trustee of copyright who manages the related copyright collectively as the legal agent of civil action, ② in area of criminal law, to use the article 228 of criminal procedure law.

f. Then this paper points out other problems such as, ① the revision of the current concept 'statutory license' to 'compulsory license', ② the extension of duty to express a permission.

6. As a conclusion, this paper proposes three propositions which are principles in dominating the compulsory licensing system.

① Essentially the compulsory licensing system must have the secondary position related to other methods, ② the licensing system itself should be organized effectively to promote the use of system and to reduce transaction cost, ③ compulsory license should be an active system which considers the current situation to solve many problems caused in copyright law.

And this paper also predicts the possibility of the extensive study by accumulating the real cases about compulsory license and sharpening the law-economical method.

Keywords: law-economics, compulsory license, transaction cost, Coase Theorem, liability rule, copyright law