

창작 노동 보호를 위한 저작권법의 과제*

남 희 섭**

<국문초록>

창작자 보호를 천명한 저작권법이 오히려 창작 노동을 착취하는 역설이 벌어지는 현실을 방지하면 저작권 제도의 근간이 흔들릴 수 있다. 창작 노동의 착취를 줄이기 위해서는 저작권 계약을 사적자치에만 맡기는 현행 저작권법을 개정하여 계약의 자유보다는 계약의 공정성을 보장하는 장치를 마련할 필요가 있다.

이 글에서 제안하는 저작권법 개정안은 저작권 계약에 대해 사전에(ex ante) 개입·조정하는 방안과 사후에(ex post) 개입·조정하는 방안을 포함한다. 사전 개입 방안으로, ① 형식적 요건 부과(저작권 양도 계약의 경우 서면 계약으로 할 것, 양도되는 지분권을 특정할 것), ② 계약의 해석 원칙으로서 저작자에게 유리한 추정 원칙 신설, ③ 장래 창작에 대한 포괄적 양도 금지, ④ 대가의 지급 없는 저작권 양도 계약의 금지 조항을 제안한다. 사후 개입 방안으로는, ① 장래 창작과 미지의 이용방법에 대한 이용허락 계약의 경우 기간 경과를 이유로 한 해지권 보장, ② 창작자에게 저작권 양수인 또는 저작물 이용자를 상대로 한 사후 보상 청구권 도입, ③ 저작물 이용 내역이나 저작물 이용으로 발생한 수입에 관한 정보를 창작자가 제공받을 수 있도록 하는 투명성 조항의 신설을 제안한다.

이들 제안은 저작권 제도가 태동한 유럽의 입법례를 주로 참조한 것이다. 유럽은 초기 저작권법부터 불리한 지위에서 저작권 계약을 체결하면서 제대로 보상을 받지 못하는 창작자를 배려한 조항을 두었다. 앤 여왕법의 원상 회복권, 미국의 종료권 등은 저작권 계약에 대해서는 사적자치를 인정하지 않는 대표적인 사례이다. 대륙법계 국가들은 저작권 계약이 창작자의 자유로운 의사로 체결되지 못하는 현실을 적극적으로 고려한 여러 강행규정들을 입법하였고, 이를 더

* 이 글은 2014년 4월 국회에서 개최된 「창작자 보호법 ‘백희나-조용필 법’ 마련을 위한 토론회」, 그 후 국회에 제안된 저작권법 개정안(배재정 의원 대표발의안, 의안번호: 14969, 발의일: 2015. 4. 30.)(이하 ‘2015년 개정안’)의 국회 논의 과정, 방송분야 저작권 실태 조사, 2017년 11월 한국언론법학회 정기학술대회, 2018년 3월 국회 토론회 「창작노동 보호를 위한 저작권법의 과제」 및 그 후 진행된 저작권법 개정안 작업(노용래 의원 대표발의안, 의안번호: 2016777, 발의일: 2018. 11. 23.)에서 발표와 토론한 내용을 수정·보완한 것임.

** 지식연구소 공방 소장, 법학박사.

욱 강화하고 있다. 이런 조항들을 우리 현실에 맞게 도입하여 더 이상 ‘자유’라는 이름으로 창작자가 ‘착취’ 당하지 않도록 저작권 제도를 정비해야 한다.

주제어: 창작 노동, 저작권법, 베스트셀러 조항, 사후 보상 청구권, 공정 보상, 계약 공정의 원칙

서론

이 글은 저작권법 개정을 목적으로 작성되었다. 창작 노동의 보호를 위해 다른 법률이 아닌 저작권법의 개정을 제안하는 이유는 창작자 보호를 천명한 저작권법이 오히려 창작자를 착취하는 도구가 되었기 때문이다. 저작권법은 이론상으로는 창작자 개인을 보호하려는 법률이지만, 현실에서는 저작물을 산업적으로 이용하는 자들이 독점이윤을 추구하는 수단으로 활용되어 왔다. 이는 앤 여왕법이 제정된 지 300년이 지난 한국에서도 관찰되는 현상이다. 하지만, 저작권 제도가 산업계의 이윤 보장에 그치지 않고 창작자를 착취하는 도구라면 제도의 근간이 흔들릴 정도로 심각한 문제다. 왜냐하면, 저작권 제도를 지탱하는 근거가 허구임이 드러나 사회적 정당성이 공격받기 때문이다.)

창작 노동의 착취는 창작자를 보호하려는 저작권 제도의 기본 설계에서 출발한다. 저작권법은 (i) 창작자에게 저작자의 지위를 인정하고(창작자 원칙), (ii) 저작자에게 저작물에 대한 재산적 권리(저작재산권)와 인격적 권리(저작인격권)를 부여하는 방식을 통해 창작자를 보호한다. 저작자의 지위를 획득한 창작자는 재산적 권리를 통해 타인의 저작물 이용을 금지할 수 있고, 이를 통해 원래 공공재였던 저작물은 사유재로 바뀐다. 사유재로 바뀐 저작물은 시장가격을 통한 경제적 보상이 가능한 상품이

1) Martin Senftleben, Copyright, creators and society's need for autonomous art - The blessing and curse of monetary incentives, In *What if we could reimagine copyright*, edited by Rebecca Giblin & Kimberlee Weatherall, Australia: ANU Press, 2017, 52.

된다.²⁾ 이처럼 저작권 제도는 저작물의 시장 상품화를 통해 창작을 장려하려는 제도이다.³⁾

창작자가 시장가격을 통해 경제적 보상을 실현하는 방법은 대부분 저작권 계약⁴⁾을 통해 이루어진다. 개인 창작자는 자신의 작품(저작물)을 상업적으로 활용할 자본이나 사업수단, 유통망을 가지고 있지 않기 때문에, 저작물 시장의 구매자 또는 중개자(출판사, 음반제작자, 방송사, 유통업자, 플랫폼 사업자 등)와의 계약을 통해 작품을 시장에 내놓는다.

그런데 개인 창작자와 중개자 간의 협상력 차이로 인해 개인 창작자는 저작물 시장에서 정당한 보상을 받지 못하며,⁵⁾ 을의 위치에 있는 창작자들이 착취당하는 현실에 놓여 있다. 하지만 현행 저작권법은 저작권 계약을 전적으로 사적자치의 원칙에 맡기고 계약 당사자 사이에 현실로 존재하는 불균형, 불평등 문제를 해소할 수단은 제대로 마련하고 있지 않다.⁶⁾ 따라서 창작자를 노동 착취로부터 보호하려면 저작권 계약을 사적자치의 원칙에만 일임하지 말고, 계약 공정의 원칙이 실현되도록 저작권 계약에 적극적으로 개입하는 조항을 저작권법에 마련할 필요가 있다.

이를 위해 이 글은 저작권 계약의 불공정 실태를 통해 제도의 개정이 왜 필요한지, 그 방향은 어떻게 되어야 하는지 살펴보고(제2장), 저작권

2) 배타적 성격의 저작권을 통한 보상은 공유지의 비극 즉, 창작물은 타인의 이용을 배제할 수 없는(이용 측면에서는 경합성이 없는) 공공재이므로 이를 그대로 두면 아무도 창작에 투자를 하지 않는 공유지의 비극이 발생한다는 전제에서 있다. 남희섭, 한국 사회에서 저작권 제도 개혁의 필요성과 방향, 『계간 저작권』 제108호, 2014, 48-49.

3) Andreas Rahmatian, Dealing with rights in copyright-protected works: Assignments and licences, In *Research handbook on the future of EU copyright*, Chapter 12, edited by Estelle Derclaye, Edward Elgar Publishing, 2009, 290.

4) 이 글에서 ‘저작권 계약’은 저작재산권 양도 계약과 저작물 이용허락 계약을 포함하는 의미로 사용한다.

5) 개인 창작자와 중개자 사이의 협상력 차이가 불공정한 저작권 계약으로 이어진다는 우려는 아래에서 설명하는 것처럼 초기 저작권 제도인 영국의 앤 여왕법에 도 반영되어 있다.

6) 현행 저작권법 제45조(저작재산권의 양도), 제46조(저작물의 이용허락)는 저작권 계약의 사적자치 원칙을 천명하며, 저작재산권의 전부 양도인 경우 2차적 저작물 작성권은 특약이 없는 한 저작자에게 유보되도록 하거나(컴퓨터 프로그램 저작물은 반대), 배타적발행권이나 출판권을 설정한 경우, 발행 또는 출판 의무를 부과하는 정도의 제한 규정만 두고 있다(제58조 및 제63조의2).

제도를 통한 해법과 관련된 국제인권조약과 입법례를 살펴본 다음(제3장), 저작권법 개정안을 조문별 해설을 곁들여 제시한다(제4장).

I. 저작권 계약의 불공정 실태와 현행 제도

1. 저작권 계약 현황과 불공정 실태

창작자들의 불공정한 저작권 계약 사례로는 어린이 그림책 작가 ‘백희나’의 <구름빵>,7) 가수 조용필의 저작권 양도 계약,8) 레진코믹스 대표의 웹툰작가 지망생 저작권 갈취 사건,9) 방송물 독립제작자였던 故 박환성 피디와 EBS 간의 저작권 계약¹⁰⁾ 등이 있다.

개별 사례 외에 전반적인 불공정 사례를 조사한 결과가 최근 많이 나오고 있는데, 한국콘텐츠진흥원의 2019년 보고서¹¹⁾에는 개인 창작자가 겪은 불공정 피해 경험이 잘 드러난다. 이 보고서에 따르면, 2018년 10월부터 11월까지 약 2개월에 걸쳐(보고서 22면), 1,002개의 사업체와 655명의 프리랜서를 대상으로(보고서 24면), 8개 창작 분야(출판, 웹툰/만화, 음악, 게임, 영화, 애니, 방송, 캐릭터)에 대해 조사한 결과, 불공정 피해 경험률

7) <구름빵> 사례는 남희섭, 창작 노동의 착취 수단으로서의 저작권과 그 해법, 콘텐츠 제작·유통에 있어서 개인·독립 창작물에 대한 저작권법 이슈와 전망, [헌법재판소 대강당], 한국언론법학회, 2017. 11. 2., 39-41 참조. <구름빵>은 출판 분야의 대표적인 불공정한 저작권 계약 사례로 지목되었다. 이를 계기로 문화체육관광부는 2014년 6월 출판분야 표준계약을 발표했고, 공정거래위원회는 출판분야 불공정 약관을 조사하여 2014년 8월 상위 20개 출판사에 시정조치를 내렸다. 공정위 보도 자료, 출판사와 저작자간 저작권 양도계약서 등 시정, 2014. 8. 29. http://www.ftc.go.kr/www/selectReportUserView.do?key=10&rpttype=1&report_data_no=5807.

8) 조용필은 <창밖의 여자>, <단발머리>, <쫄블>, <고추잠자리>, <여행을 떠나요> 등 31곡에 대해 1986년 12월 31일 지구레코드사의 임재우 사장과 프로덕션 계약을 체결하면서, 복제권·배포권을 임 사장에게 양도했다. 조용필은 그 후 이를 무효라고 주장했으나 법원에서 인정받지 못했고 팬들의 이른바 ‘저작권 반환 혁명’을 일으킨 뒤 임 사장의 아들이 조용필에게 저작권을 넘겨준 다음에야 해결되었다.

9) 참여연대 보도자료, 레진코믹스의 문화 산업계 저작권 편취 사건 공정위 신고, 2018. 11. 21. <http://www.peoplepower21.org/Youth/1597477>.

10) 남희섭, 앞의 글, 2017, 47-52.

11) 박찬원, 『콘텐츠산업 공정상생 생태계 조성전략 연구』, 한국콘텐츠진흥원, 2019.

이 아래와 같이 상당히 높게 나타났다. 불공정 피해 유형 중 저작권 계약과 관련된 유형으로는 창작자의 의사에 반하는 저작권 양도가 가장 높았다.¹²⁾

- 출판 작가: 95% (보고서 73면)
- 웹툰/만화 개인 창작자: 98% (보고서 129면)
- 음악 분야 개인 창작자: 92% (보고서 178면)
- 게임 분야 기업에 재직 중인 디자인/아트/애니메이터: 91.3%, 개발자: 100%, 기획자: 100% (보고서 224면)
- 영화 분야 작가: 81%, 스태프: 100% (보고서 262면)
- 애니메이션 작가: 75%, 기획 및 디자인 62% (보고서 320면)
- 방송 분야 작가: 98.9%, 독립피디: 60.9%, 실연자: 98.0%, 방송스태프: 70.9% (보고서 369면)
- 캐릭터 분야 재직자: 26.3% (보고서 410면)

특정 분야에 특화된 조사로는 독립제작 방송물에 대한 2018년 조사와,¹³⁾ 웹툰 작가를 상대로 한 2018년 조사¹⁴⁾가 있다. 이들 조사는 당사자들로부터 공정성이 의심된다는 비판이 있지만, 독립제작 방송물의 경우 조사 대상 631개 제작사 중 105개 응답에서(해당 보고서 134, 137면), 저작권을 방송사가 단독 소유하는 경우가 75.2%로 나타났다(보고서 27면), 이러한 합의가 상호 합의가 아니라 일방적 결정으로 보는 응답이 우세했

12) 한편, 이 보고서는 불공정 유형 중 저작권 양도를 2개의 중분류에 명확한 개념 구분없이 풀어놓아 정확한 분석이 어렵다는 단점이 있다. 즉, 불공정 유형을 분류하면서 중분류 ‘저작자/저작인접권 불인정’에 ‘저작권법 미준수’와 ‘크레딧 미명기’를 세부 항목으로 넣고, 또 다른 중분류 ‘일방적인 포괄적 양도 요구’에 ‘제3자에게 일방적인 양도’를 세부 항목으로 넣었지만(<표 B-3-4>), 웹툰/만화 개인 창작자의 불공정 피해 경험률에는 중분류 ‘저작권 불인정’에 ‘매절계약 강요’를, 중분류 ‘일방적인 포괄적 양도 요구’에 ‘2차적 저작재산권 양도 요구’를 넣는 등(<표 C-2-21>) 일관성이 떨어진다. 다만, 2차 저작물 작성권의 양도를 포함한 저작권 양도 요구가 가장 많은 비중을 차지한다는 점에는 변함이 없다.

13) 한국콘텐츠진흥원, 『2018 방송 프로그램 외주제작 거래 실태조사』, KOCCA 연구보고서, 2019, 18-35.

14) 한국콘텐츠진흥원, 『2018 웹툰 작가 실태조사』, KOCCA 연구보고서, 2019, 18-55.

다(보고서 30면). 이에 비해 방송사의 응답을 기준으로 할 경우, 방송사의 저작권 단독 소유가 100%였는데(보고서 85면), 설문에 응한 9개 방송사는 모두 이것이 상호 합의에 따른 결과라고 응답했다(보고서 93면).

웹툰 작가의 경우, 558명의 응답자 중 불공정 피해 경험이 있다는 응답이 53%였고(해당 보고서 101면), 불공정 계약 사례 중 가장 많은 응답은 2차적 저작권, 해외 판권 등 제작사에게 유리한 일방적 계약(26%)이었다.

이 외에도 서울시가 834명의 만화 웹툰/일러스트를 대상으로 한 조사에서 2차 저작권의 일방적 양도(31.4%)가 가장 많은 불공정 계약 경험으로 나타났고,¹⁵⁾ 공정거래위원회의 2018년 시정조치에서 26개 웹툰 서비스 사업자의 웹툰 연재 계약서에 콘텐츠의 2차적 저작물에 대한 사용권을 설정한 21개사의 계약 조항이 불공정 약관으로 판단되었다.¹⁶⁾

창작자들이 불공정한 내용의 저작권 계약을 강요당하는 문제는 호주나 미국, 영국, 유럽에서도 예술인들의 수입 감소의 원인으로 지적되지만,¹⁷⁾ 창작자들의 불공정 피해 경험이 90%를 넘는 창작 분야가 많고 100%라는 비현실적인 수치까지 기록하는 우리 현실과는 근본적인 차이가 있고, 계약 자유의 원칙이 우리나라에서는 설자리가 없음을 보여준다.

2. 제도 개정의 방향

창작 노동의 착취 문제는 노동의 결과물에 대한 사적소유를 철폐해야만 근본적으로 해결될 수 있다. 사적소유 모델이 아닌, 시장과 분리된 창작의 장려와 보상 모델을 고민할 필요가 있는데, 이를 위해서는 창작을 위한 사회기금을 조성하고 ‘시장에서 필요한’ 기술이나 지식이 아니라 ‘사회에서 필요한’ 기술이나 지식이 생산되도록 하며, “시장논리와 근본적

¹⁵⁾ 서울시 보도자료, 저작권 뺏고, 대금 안 주고 문화예술 불공정 실태조사 결과 발표, 2017. 6. 13. <https://opengov.seoul.go.kr/press/12324844>.

¹⁶⁾ 공정거래위원회 보도자료, 26개 웹툰서비스사업자의 웹툰연재계약서 상 불공정약관 시정, 2018. 3. 27.

¹⁷⁾ Rita Matulionyte, Empowering authors via a fairer copyright contract law, *UNSW Law Journal* 42(2), 2019, 682.

으로 단절된 ‘부를 공유하는 사회’의 건설 즉, 사람들이 자신들의 지적·육체적 노동력을 팔 걱정을 안 해도 되게 만들어주는 보장소득 같은 수단을 포괄한 ‘종합정책’을 통한” 해법이 바람직하다.¹⁸⁾ 이런 점에서 저작권 제도를 통한 해법은 제한적일 수밖에 없고, 예술인복지법을 통해 창작자의 소득과 복지를 보장해주는 해법을 함께 고려해야 한다.

이 글에서 제안하는 저작권법 개정안은 창작자에 대한 저작권 보호의 회복이나 저작권 강화를 목표로 하지 않고 창작자를 착취하는 저작권법의 구조를 완화하려는 한시적이고 제한적인 요법이다. 서론에서 설명한 것처럼, 저작권은 배타적 성격의 권리라는 점에서 창작자를 보호하는 방식이 파괴적이다. 다른 사람의 이용을 전면 금지하기 때문이다. 창작자간의 협동도 장려하지 않는다. 이런 방식보다는 창작물을 서로 나누고 함께 이용하는, 창작자들의 협력을 유도하면서 창작자들이 보상을 받을 수 있도록 하는 방식이 사회전체적으로 더 효율적이다.

한편, 문화·예술 관련 법률에서 예술인이나 창작자를 상대로 한 불공정한 계약을 금지하고, 표준계약서 보급을 관련 부처의 의무로 규정하는 예가 있지만,¹⁹⁾ 불공정 계약 금지의 대상이 제한적이며,²⁰⁾ 행정청의 사업자에 대한 공법적 규율에 그치는 소극적 금지행위 규정이기 때문에 공정한 저작권 계약 관계를 적극적으로 형성하지 못한다는 한계가 있다.²¹⁾ 이러한 한계는 창작자의 사적 계약에 직접 개입하는 조항을 마련하는 저작권법 개정안을 통해 극복될 수 있을 것이다.

18) Nick Dyer-Witford, 신승철, 이현 옮김, 『사이버-맑스: 첨단기술 자본주의에서의 투쟁주기와 투쟁순환』, 이후, 2003, 428.

19) 대중문화예술산업발전법 제6, 8조, 콘텐츠산업진흥법 제24조 제2, 3항, 예술인복지법 제5조, 제6조의2.

20) 예술인복지법의 경우 문화예술용역에 관한 기획·제작·유통업에 종사하는 자, 콘텐츠산업진흥법의 경우 콘텐츠 상품의 제작·판매·유통 등에 종사하는 자.

21) 이영욱, 공정한 저작권계약을 위한 입법적 보완방안에 대한 연구, 고려대학교 박사 학위논문, 2015, 25.

II. 입법례와 국제인권조약

1. 개관

저작권 계약을 사적자치에 맡기지 않고 계약의 공정성을 확보하기 위한 사전 개입과 사후 개입을 규정한 입법에는 유럽에서 가장 많이 볼 수 있다. 이러한 유럽의 입법예를 유엔인권기구에서는 저자의 재산적 권리를 인권으로써 보장하는 저작권 정책의 모범안으로 권고한 바 있다.²²⁾

유럽 국가 중 영국과 스웨덴은 비교적 계약자유의 원칙을 고수하는 반면, 독일, 프랑스 등 대부분의 국가는 계약자유의 원칙 보다는 계약 공정성 원칙을 구현하는 규정을 저작권법에 두고 있으나 계약 내용이나 대가는 회원국마다 편차가 크다.²³⁾ 하지만 아래에서 살펴보는 것처럼 유럽연합은 올해 6월 7일 발효된 디지털 단일시장 저작권 지침²⁴⁾에서 저작권 계약의 공정성 조항을 별도의 장²⁵⁾으로 신설하여 유럽국가들 간의 차이는 크게 줄어들 전망이다.

저작권 계약의 사전 개입과 관련하여, 대부분의 유럽국가는 계약 당시에 알 수 있거나 예측가능한 이용형태로 저작권 계약을 제한하며,²⁶⁾ 일정한 형식적 요건을 따르도록 하고 있다. 저작권 계약의 사후 개입과 관련하여, 벨기에, 프랑스, 그리스, 독일, 이탈리아, 포르투갈, 스페인은 저작권법에 공정한 보상을 저작자에게 보장하는 규정을 두고 있으며, 독일은 가

22) Farida Shaheed, Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights - Copyright policy and the right to science and culture, UNGA A/HRC/28/57, 24 December 2014, 단락 44, 45, 101

23) European Commission, *Remuneration of authors of books and scientific journals, translators, journalists and visual artists for the use of their works*, Publications Office of the European Union 2016, 22.

24) Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj>

25) 제3장 “Fair remuneration in exploitation contracts of authors and performers”

26) Alain Strowel & Bernard Vanbrabant, *Copyright licensing: a European view*, In *Research handbook on intellectual property licensing*, edited by Jacques de Werra, Edward Elgar Publishing, 2013, 39.

장 두터운 창작자 보호 규정을 두고 있다.

최근의 입법례로는, 2011년 저작권법 개정 논의를 시작하여 2015년 사후 보상청구권을 도입한 네덜란드와, 2018년 7월 시행 개정 저작권법에서 공정한 보상 청구권을 도입한 노르웨이가 있다.

한편 영미법 국가는 사후 보상청구권 대신 원상회복권을 인정하는데, 영국은 최초의 저작권법(앤 여왕법)에서 창작자에게 회복권을 인정했고, 호주, 뉴질랜드 등 영연방국가도 이를 인정하고 있었다가 사라졌으나,²⁷⁾ 캐나다와 미국은 저작권법에 관련 조항을 아직도 두고 있다.

2. 국제인권조약

세계인권선언 제27조 제2항과 사회권 규약(A 규약) 제15조(1)(c)는 저자의 정신적·물질적 이익의 보호를 인권의 하나로 명시하고 있다. 이를 저자의 권리(author's right)라고 하는데, 과학·문화권²⁸⁾을 구성하는 권리의 하나이다.

유엔 문화권 특별보고관은 2014년 과학·문화권과 저작권 정책에 관한 보고서²⁹⁾에서 창작자에게 사후보상청구권과 같은 권리를 도입할 것을 권고하였다. 이 보고서는 예술 작품으로 생계를 유지하려는 대부분의 예술가들은 기업들과 저작권 이용허락 협상을 하여 작품을 상업화해야 하는데, 계약 당사자간 협상력 불균형으로 인해 기업들이 대부분의 이익을 가져가고 예술가들의 몫은 줄어들기 때문에 저작권 정책으로 이를 보완해 한다고 한다(보고서 단락 43). 이를 위한 유력한 방안으로 저작권 회복(copyright reversion)을 제시하는데, 저작권 회복의 입법례로 창작자에게 사후보상 청구권을 인정하는 것을 들고 있다(보고서 단락 44). 이렇게 창

²⁷⁾ Joshua Yuvaraj & Rebecca Giblin, Why were Commonwealth reversionary rights abolished (And what can we learn where they remain?), 2018 (Forthcoming in 2019) 41(4) *European Intellectual Property Review*, 41(4), 2019, 5-6.

²⁸⁾ 과학·문화권(right to science and culture)은 2009년 Shaver & Sganga의 논문(Lea Shaver & Caterina Sganga, The right to take part in cultural life: On copyright and human rights, *Wisconsin International Law Journal* 27(4), 2009)에서 처음 사용된 후 지금은 유엔 인권기구와 여러 학자들 사이에서 통용되고 있다.

²⁹⁾ Shaheed, 앞의 글.

작자가 저작권 계약에서 착취당하지 않도록 보호하는 것을 국제인권법에 따른 국가의 의무로 본다(보고서 단락 101).

3. 유럽연합의 디지털 단일시장(DSM) 저작권 지침

이 지침은 저작권 계약법을 통일하려는 첫 번째 시도로 평가받는데,³⁰⁾ 지침 제3장에서 저자와 실연가에 대한 공정한 보상을 보장하기 위한 여러 규정을 둔다.

먼저, 저자와 실연가가 저작권을 양도하였거나 이용허락한 경우 적절하고 합당한 보상을 받을 권리의 보장을 회원국의 의무로 규정하고(제18조), 공정한 보상을 실질적으로 보장하기 위한 투명성 조항을 두어(제19조) 저작물의 이용현황과 수익에 대해 창작자가 정기적으로 통지를 받거나 정보 제공을 요청할 수 있도록 한다. 그리고 창작자는 저작권 계약 당시의 보상이 창작물의 이용으로부터 발생한 수입과 균형이 맞지 않을 정도로 낮은 경우에는 계약 상대방에게 적절하고 공정한 추가 보상(additional, appropriate and fair remuneration)을 요구할 권한을 가지도록 하고(제20조, 다만 신탁관리단체를 통한 계약은 제외한다), 투명성 조항과 추가 보상 청구권과 관련된 분쟁 처리를 위한 대체적 분쟁해결 절차(ADR)의 마련을 회원국의 의무로 정하였다(제21조).

또한, 저작권을 양도하였거나 독점 이용허락 한 후 저작물이 제대로 활용되지 않으면 창작자는 저작권 계약을 해지할 권한을 가지고(제22조),³¹⁾ 추가 보상 청구권을 배제하는 계약은 무효로 규정하여 강행규정으로서의 성격을 분명히 하였다(제23조).

³⁰⁾ Agnès Lucas-Schloetter, *European copyright contract law: A plea for harmonisation, IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law* 48(8), 2017, 897.

³¹⁾ 지침안이 유럽의회에서 논의될 때 위원회에서 마련한 초안에는 계약 해지권을 투명성 의무를 위반한 경우 즉, 저작물의 이용 내역과 저작물 이용료 등에 관한 정보를 창작자에게 지속적으로 제공하지 않은 경우에도 행사할 수 있도록 하였지만 나중에 삭제되었다. Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market (COM(2016)0593 - C80383/2016 - 2016/0280(COD)) (29. 6. 2018), Draft Resolution, 제16a조.

4. 독일

독일은 1965년 저작권법 시행 당시부터 저작권 계약에 대해서는 자유 시장원리에 맡겨서는 안된다는 생각에서 ‘단체계약적 협정’ 등의 대안을 검토해 왔고, 예상수익의 변동이나 베스트셀러로 인한 사후적 불균형에 대해서는 저작자의 지위를 강화해야 한다는 주장이 오래 전부터 있었다.³²⁾ 독일은 2003년, 2007년, 2017년 일련의 저작권법 개정을 통해 저작권 계약의 사적자치보다는 계약의 공정성을 담보하기 위한 조항을 마련해 왔다.

먼저, 저작권 계약의 형식적 요건과 관련하여, 독일 저작권법은 장래 창작(제40조 제1항)과 미지의 이용 형식에 관한 저작권 계약은 서면으로 해야만 효력이 있도록 한다.³³⁾ 저작권 계약의 사후 개입의 대표적인 조항인 저작자 보상에 관한 조항은 공평한 보상 조항(제32조)과 추가 보상 조항(제32조a)으로 나눌 수 있다.

제32조에 따르면, 창작자는 저작권 계약³⁴⁾에서 정한 보상이 공평하지 않을 경우 계약 상대방에게 계약 조건의 변경을 요구할 수 있는데, 이는 강행 규정이어서 당사자간 계약으로 변경할 수 없다. 공평한 보상인지 여부는 저작물 이용의 기간, 빈도, 정도와 횟수를 비롯한 제반 사정을 고려하여 판단한다(동조 제2항).³⁵⁾

추가 보상 조항은 이 글에서 제안하는 저작권법 개정안의 제46조의4(저작자에 대한 정당한 보상)와 유사한데, 저작권 계약에서 약정된 반대급부가 저작물의 이용에서 생긴 수익이나 이득에 비해 현저하게 불균형한 상태인 경우, 계약 상대방은 저작자의 요구에 따라 저작자에게 공평한 분배가 보장되도록 계약 변경 요구에 승낙할 의무를 진다(제32조a).³⁶⁾ 이

32) 이영욱, 앞의 글, 74. 서달주, 2002년 독일 개정저작권법과 저작자의 지위 강화, 저작권심의조정위원회, 2003, 25 인용.

33) European Commission, 앞의 책(Remuneration), 41.

34) 독일 저작권법은 저작권의 양도를 허용하지 않기 때문에(제29조), 저작권 계약에는 저작물 이용허락 계약만 포함된다.

35) 사용 빈도와 정도는 2017. 3. 1. 발효 개정 저작권법에서 추가되었다.

36) 이기수(한국저작권법학회), 「저작권법 체계 개선 연구」, 문화체육관광부, 2008, 55-56면은 구법 제36조를 베스트셀러 조항, 현행법 제32조a를 “공정조항”

조항 역시 강행규정이며 계약 상대방이 수익이나 이득을 예상하였는지와 상관없이 적용되고 저작자의 공평한 분배 요구권은 미리 포기될 수 없다.

2017년 개정법³⁷⁾에서는 창작자에 대한 공정한 보상을 실질적으로 보장하기 위한 투명성 조항(제32d조, 제32e조)을 두었다.³⁸⁾

한편, 계약 해지권과 관련하여 독일은 저작권 계약을 유지하는 것이 불합리한 경우에는 저작자가 저작권 계약 30년 후 해지할 수 있도록 하는 저작권법 개정안(독일 정부안)을 2001년에 마련한 바 있으나,³⁹⁾ 입법되지는 못했다. 다만, 저작물의 배타적 이용권을 설정하면서 창작자가 일괄 사용료를 지급받은 경우 창작자는 10년이 경과하면 다른 자에게도 이용권을 설정할 수 있기 때문에,⁴⁰⁾ 일종의 독점 이용허락 계약에 대해서는 계약 해지권을 창작자에게 인정한 셈이다.

5. 프랑스

프랑스도 독일과 마찬가지로 저작권 계약에 대해서는 계약 자유의 원칙보다는 공정한 계약을 보장하기 위한 여러 조항을 두고 있다. 먼저, 사전 개입 조항으로 볼 수 있는 것들로, 장래 창작물에 대한 포괄적인 양도⁴¹⁾ 계약을 무효로 하고(제131-1조),⁴²⁾ 일정한 이용허락 계약(실연 계약,

(Fairnessparagraf)으로 구분한다.

37) 2017년 3월 1일 발효 개정 저작권법, Christoph Kolonko, *New Copyright Law in Germany*, 2017, <https://adlawinternational.com/news/new-copyright-law-in-germany.html>.

38) 자세한 것은 아래 제4장의 제안조문 제46조의5에 관한 입법례 참조.

39) Reto M. Hilty & Alexander Peukert, *Equitable remuneration in copyright law: The amended German Copyright Act as a trap for the entertainment industry in the U.S.? Cardozo Arts & Entertainment* 22, 2004, 414.

40) 이 조항은 2017년 개정법의 제40a조로 신설되었다.

41) 프랑스 법률에서 ‘양도’는 우리 저작권법의 ‘양도’와는 개념이 다르다는 점에 유의해야 한다. 저작권의 양도 자체를 금지하는 독일과는 달리 프랑스의 경우 저작권의 양도(cession)를 허용하지만 준물권적 권리의 양도는 허용되지 않고 양도의 내용, 목적, 장소 및 기간에 따라 제한되는 조건으로만 양도가 가능하다(프랑스 지적재산권법 제131-3조 제1항)는 점에서, 우리 저작권법상 비배타적(채권적) 이용허락에 가깝다(서달주, 『프랑스 저작권 이용계약법』, 저작권심의조정위원회, 2004, 35, 37).

42) 한편, 시리즈물의 작품을 계속 공급하기로 하는 계약이 워낙 많아 이 조항의 실제 적용에는 어려움이 있다고 한다. Séverine Dusollier, Caroline Ker, Maria Iglesias & Yolanda Smits, *Contractual arrangements applicable to creators: Law and*

출판 계약, 영상물 제작 계약)과 저작권 양도 계약은 서면 계약만 인정된다(제131-2조)

사후 개입의 대표적 조항인 보상에 대해, 프랑스 지적재산권법은 정액 보상이 아닌 비례보상 즉, 저작물 이용자 또는 양수인이 얻은 수익에 비례하는 보상을 원칙으로 한다(제131-4조).⁴³⁾ 정액 보상이 허용되는 예외적인 경우는 법률에 명시되어 있는데, 비례보상의 산정이 현실적으로 불가능한 경우, 비례보상을 적용하기 위한 관리가 가능하지 않거나 비용이 많이 드는 경우, 소프트웨어 저작물인 경우 등이다. 정액 보상인 경우 불공정 계약이나 계약 당시 저작물로부터 얻을 수익을 제대로 예측하지 못해서 발생한 창작자의 손실(즉, 저작물로부터 얻은 수익과 창작자가 받은 보상 간의 차이)이 7/12 이상인 경우 창작자는 보상 조건의 변경을 요구할 수 있다(제131-5조 제2항).⁴⁴⁾

프랑스도 창작자의 공정한 보상을 실질적으로 보장하기 위해 영상저작물 등 분야별로 특화된 투명성 조항을 두며, 2016년 개정법에서 이를 더 강화했다.⁴⁵⁾

계약의 해지권과 관련하여 프랑스 지적재산권법 제121-4조는 저작인격권의 일환으로 저작자에게 저작권 계약의 철회 또는 저작물의 변경권을 인정한다(저작물이 이미 발행된 경우에도 가능). 다만 양수인에게 손해가 예상되는 경우에는 사전에 보상할 것을 조건으로 한다.

6. 네덜란드

네덜란드는 2011년부터 독일의 저작권 계약법과 유사한 조항의 도입

practice of selected Member States, Directorate-General for Internal Policies, European Parliament, 2014, 34.

- 43) 스페인 저작권법도 같은 태도를 취하는데(LTLPI 제47조), 정액 보상이 아니라 창작자가 정기적으로 이용료를 받는 경우 그 때마다 협상을 달리 할 수 있어서 공정한 보상을 받을 기회가 보장된다고 보기 때문이다.
- 44) 한편 프랑스는 2014년 개정법에서 출판 계약의 경우 창작자는 디지털 형태의 이용으로부터 발생하는 모든 수익에 대한 공정하고 공평한 보상을 보장하도록 하였다(제132-17-6조).
- 45) 자세한 것은 아래 제4장의 제안조문 제46조의5에 관한 입법례 참조.

여부를 논의했고 2015년에는 저작자 계약법(Act on Authors' Contract Law)을 도입하는 저작권법을 개정했다.⁴⁶⁾ 개정 저작권법은, 저작물의 독점적 이용허락인 경우에는 서면 계약을 의무화하고(제2조 제3항), 장래 창작에 대한 저작권 계약을 제한하며, 이용허락을 받은 자가 저작물을 제대로 이용하지 않는 경우에는 저작권 계약의 전부 또는 일부를 취소할 수 있도록 했다.⁴⁷⁾

그리고 창작자에게 공정한 보상 청구권을 인정하고, 창작자에게 부당하게 부담을 주는 계약 조항을 무효로 할 수 있도록 했다. 흥미로운 점은 개정법 시행일인 2015년 7월 1일 이전에 체결된 저작권 계약과, 창작자와 직접 계약을 맺지 않은 경우(가령 창작자로부터 이용허락을 받은 자와 계약을 맺은 경우)에도 개정법 일부 조항이 적용되도록 하여, 방송사업자들이 개정 조항의 영향을 받게 되었다는 것이다.⁴⁸⁾

7. 노르웨이

2018년 7월 1일 발효된 노르웨이의 개정 저작권법은 2016년 3월 17일에 문화부장관이 제안한 것이었다. 개정안에서 가장 중요한 조항으로 창작자의 합리적 보상이 꼽힌다. 당시 저작권법은 계약 자유의 원칙에 따라 저작권 양도를 자유롭게 허용하고 있었는데, 노르웨이 정부 발표에 따르면 상당수의 예술가가 지나치게 낮은 가격으로 저작권을 양도하고 있었고, 저작권법 개정안은 이처럼 비합리적 가격으로 저작권을 양도한 창작자에게 추후 보상 청구권을 인정하려는 취지였다.⁴⁹⁾

개정 저작권법은 창작자 보호를 위해 저작권 계약의 경우 사적자치의 원칙에 대한 2가지 예외를 명시하였다. 첫째, 저작권 계약의 해석 원칙으로 ‘창작자에게 유리한 해석’ 원칙을 도입하여, 계약에 명시된 것 이상의

⁴⁶⁾ European Commission, 앞의 책(Remuneration), 52.

⁴⁷⁾ 이를 “non-usus” 조항이라고도 한다.

⁴⁸⁾ Kriek Wille & Mariko Kloppenburg, Beware: the Copyright Contract Act also affects existing agreements!, 2015.

⁴⁹⁾ Jens Daniel Vinvand, New Norwegian Copyright Act proposed, Managing Intellectual Property, 2016.

권리를 양도한 것으로 해석되지 않도록 하였다(제67조 제2항). 이는 저작권 계약에서 약자의 지위에 있는 창작자를 보호하려는 취지이다.⁵⁰⁾ 둘째, 저작권을 양도한 창작자는 양수인에게 합리적 보상을 요구할 권리를 갖는다. 이 보상청구권은 양도할 수 없는 권리로, 저작권을 양도한 창작자에게 좀 더 공정한 수익 배분을 보장하려는 취지로 도입되었다.⁵¹⁾ 합리적 보상을 판단할 때 고려할 요소로 양도되는 권리의 종류, 관련 업계의 통상적인 관행, 그리고 당사자의 협상력과 계약의 목적과 같은 구체적인 정황을 명시하였고(제69조 제2항), 계약이 영리적 이용을 대상으로 하는 경우에는 양도되는 권리의 잠재적 가치도 고려해야 한다.⁵²⁾

8. 영미법계 국가

영미법계 국가들은 이들 중 최초로 저작권 제도를 입법한 영국의 영향을 가장 많이 받았다. 영국은 유럽 국가 중 사적자치의 원칙이 철저히 존중받는 대표적인 나라이지만, 저작권 계약에서 대해서는 사적자치를 제한하는 예외 규정들을 처음부터 두고 있었다.

먼저, 저작권 계약의 형식적 요건과 관련하여, 2명 이상의 증인이 서명을 하고 저자가 서면으로 동의한 저작권 계약⁵³⁾만 인정하였다. 이러한 서면 요건은 영미법 국가의 현행법에 반영되어 있다. 영국의 경우 저작권 양도는 양도인이 서명한 서면 계약으로 해야만 효력이 있고,⁵⁴⁾ 이용허락 중 독점적 이용허락에 대해서도 저작권자의 서명이 있는 서면 계약을 요구한다.⁵⁵⁾ 미국 저작권법도 저작권 양도는 저작자의 서명이 있는 서면으

50) Jeppe Brogaard Clausen, The New Norwegian Copyright Act 2018, <https://www.njorlaw.com/new-norwegian-copyright-act-2018>.

51) WIPO Secretariat, Draft General Report, 58th Assemblies of the Member States of WIPO, A/58/11 Prov. Annex, 2018, 55, 단락 94. https://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/en/a_58/a_58_11_prov.pdf.

52) Are Stenvik & Emily Firing, New Copyright Act in force from 1 July 2018, BAHN Newsletter, 2018, <http://www.anpdm.com/article/43425141774146514B7846405D4A71/21666877/5021410>.

53) 서적의 출판이나 재출판, 수입을 허락하는 계약.

54) CDPA 제90조 제3항 “An assignment of copyright is not effective unless it is in writing signed by or on behalf of the assignor.”

로 해야만 효력을 인정하는데(제204조), 여기서 양도는 지분권의 일부에 대한 독점적 사용권 설정까지 포함하는 넓은 개념이다.⁵⁶⁾

다음으로 저작권 계약의 사후 개입과 관련하여, 영국의 현행법은 다른 유럽 국가들과 달리 사후 보상청구권을 인정하지는 않지만,⁵⁷⁾ 앤 여왕법에는 창작자의 불평등한 지위를 고려하여 저작권 계약의 사적자치 원칙에 대한 강력한 제한이라 할 수 있는 회복권을 두고 있었다. 이 회복권은 사정변경 여부를 묻지 않고 일정한 기간만 경과하면 저작물에 관한 모든 권리가 저자에게 원상회복되도록 한다는 점에서 저작권 계약에 대해서는 사적자치의 원칙을 처음부터 배제했다고 평가할 수 있다.

앤 여왕법은 출판물에 대한 저작권 존속기간을 14년으로 정하면서, 이 기간이 지나도 저자가 생존해 있으면 14년을 더 연장해 주었는데, 이 때 출판물에 대한 모든 권리는 저자에게 원상회복되도록 하였다.⁵⁸⁾ 초기 저작권 제도의 원상회복권은 출판사에 비해 협상력이 약한 저자에게 힘을 실어주려는 것이며,⁵⁹⁾ 입법기록 상으로는 원상회복권의 취지가 명확하게 드러나지 않지만 판례와 학설은 창작자를 보호하려는 취지라는 점에 견해가 일치한다고 한다.⁶⁰⁾ 그런데 이 회복권은 일신전속권이 아니라 양도 가능한 권리로 보았고, 연장 기간 도래 전에 양도하는 것도 가능했다.⁶¹⁾

55) CDPA 제92조.

56) Julie Cohen, Lydia Loren, Ruth Okediji & Maureen O'Rourke, *Copyright in a global information economy*, 3rd ed. Aspen Publishers, 2010, 606.

57) 영국법에서 인정되는 보상청구권은 유럽연합법(대여권 지침)을 수용한 권리 즉, 음반이나 영상저작물에 관한 대여권을 양도했을 때 저자와 실연자에게 인정되는 공평한 보상 청구권(제93B조, 제191G조)이나 실연자의 음반 공연에 대한 보상청구권(제182D조) 정도이다.

58) William Cornish, *The Statute of Anne 1709-10: Its historical setting*, In *Global Copyright: Three hundred years since the Statute of Anne, from 1709 to cybersapce*, edited by Lionel Bently et al., Edward Elgar, 2010, 23.

59) Lionel Bently & Jane C. Ginsburg, *The sole right shall return to the authors: Anglo-American authors reversion rights from the Statute of Ann to contemporary U.S. Copyright*, *Berkeley Technology Law Journal*, 15, 2010, 1485.

60) Yuvaraj & Giblin, 앞의 글, 4.

61) 회복권에 관한 영국법원의 첫 판결인 *Millar & Dodsley v. Taylor*, C33/426 (Ch. 1765) 참조(Bently & Ginsburg, 앞의 글, 1518에서 재인용). 이러한 이유와 당시 저자와 출판사와의 관계 때문에 회복권이 실제로 활용된 사례는 거의 없다고 한다 (Ibid, 1536-1536).

회복권은 영국의 1814년 개정법에서 저작권 존속기간을 연장가능한 14년 2회 방식이 아닌 1회 28년으로 하면서 폐지되었는데,⁶²⁾ 영국에서 회복권이 폐지되기 전에 미국(사우스 캘리포니아, 메릴랜드, 코네티컷, 뉴저지, 펜실베이니아, 조지아, 뉴욕)으로 수입되어 미국 연방법에 반영되었으며 캐나다에도 영향을 주었다.⁶³⁾

미국은 1790년의 첫 저작권법에 앤 여왕법과 마찬가지로 연장가능한 형태의 저작권 존속기간을 두었지만,⁶⁴⁾ 앤 여왕법의 회복이라는 표현(return to the authors) 대신 창작자에게 계속 존속한다(exclusive right shall be continued to him)⁶⁵⁾고 하여 다소 완화된 표현을 사용하였다. 표현이 완화되기는 하였지만, 회복권을 도입하려는 입법 의도는 분명했고, 미국 법원은 이 회복권이 저자의 이익을 위한 권리로 보았다.⁶⁶⁾ 미국 법원은 영국 법원과 마찬가지로 회복권을 양도가능한 권리로 취급하였지만, 갱신기간이 도래하기 전에 저자가 제3자에게 회복권을 양도하였더라도 갱신기간 도래 전에 저자가 죽었다면 갱신권은 상속인에게 귀속된다고 판단했다.⁶⁷⁾

회복권은 대부분 사라지고 지금은 캐나다, 미얀마, 에스와티니 왕국, 터크스 케이커스 제도의 법률에만 남아 있다.⁶⁸⁾ 캐나다는 영국의 1911년 제국 저작권법에 있던 회복권을 100년 넘게 유지해 오고 있는데, 2019년 6월 캐나다 의회의 저작권법 검토 보고서⁶⁹⁾는 현행 캐나다 저작권법 제14

62) 그 후 1911년 제국 저작권법(Imperial Copyright Act)에서 부활했다가 1956년 저작권법에서 다시 폐지되었다.

63) Bently & Ginsburg, 앞의 글, 1548.

64) 이 연장가능한 방식의 저작권 존속기간은 1909년 저작권법에도 채용되어 최초 28년과 갱신 28년으로 되었다. 이 방식은 1976년 이전에 창작된 저작물에 적용되기 때문에, 갱신 28년 존속기간이 계속 연장된 점을 고려하면 2072년까지 적용된다(Cohen et al., 앞의 책, 176)

65) An Act for the Encouragement of Learning, by Securing the Copies of Maps, Charts, and Books, to the Authors and Proprietors of Such Copies, During the Times Therein Mentioned (May 31, 1790), 1 Stat. 124, ch. XV, § 1.

66) *Pierpont v. Fowle*, 19 F. Cas. 652, 659-60, (C.C.D. Mass. 1846).

67) *Miller Music Corp. v. Charles N. Daniels, Inc.*, 362 U.S. 373 (1960).

68) Yuvaraj & Giblin, 앞의 글, 5.

69) House of Commons, Canada, STATUTORY REVIEW OF THE COPYRIGHT ACT, Report of the Standing Committee on Industry, Science and Technology

조 제1항의 회복권은 유지하되 법적 안정성을 피하기 위해 회복권을 행사하겠다는 통지를 한 후 10년이 지나야 저작권 회복의 효력이 나도록 개정하자고 제안했다.⁷⁰⁾ 그리고 특이하게도 캐나다 의회 보고서는 회복권은 유지하자고 하면서 종료권의 도입을 권고한다.⁷¹⁾ 권고안에 따르면, 저작권 양도 후 25년이 지나면 창작자는 저작권 양도 계약을 종료할 수 있고, 양도불가능한 일신전속권인 종료권은 이를 행사하겠다는 통지를 등록하여야 하며, 통지 5년 후 종료할 수 있고 행사할 수 있는 날로부터 5년이 지나면 소멸한다.⁷²⁾

종료권을 두는 유일한 입법례라 할 수 있는 미국은 1976년 개정 저작권법에서 종료권을 도입했다. 앞에서 설명한 회복권은 양도가 가능한 반면, 종료권은 포기하거나 양도할 수 없고, 창작자가 종료권을 행사하지 않겠다고 약정한 경우에도 이를 반복하고 종료권을 행사할 수 있다.⁷³⁾ 유럽의 입법례에 비해 형식은 다르지만, 미국 저작권법에 종료권을 둔 취지는 유럽의 입법례와 동일하다. 즉, 창작자에게 자신의 창작 노동에 대한 보상을 받을 새로운 기회를 주려는 것이다. 당시 미 의회 보고서는 협상력의 불균형으로 인해 보상없이 저작권을 양도한 창작자를 보호하기 위해 종료권이 필요하다고 분명히 하였다.⁷⁴⁾ 종료권은 1978년 이후의 저작권

(June 2019, 42nd Parliament, 1st session), <https://www.ourcommons.ca/DocumentViewer/en/42-1/INDU/report-16>.

70) Ibid, 38면의 권고 7. 현행법 제14조 제1항에 따른 회복권은 저자 사후 25년이 되면 저작권 양도 등의 계약은 효력을 잃고 상속인에게 저작권이 귀속되며, 이 회복권은 일신전속권이기 때문에 저자가 미리 처분하더라도 효력이 없다.

71) Ibid, 39면의 권고 8.

72) 종료권은 캐나다의 대표적인 가수 겸 작곡가인 브라이언 아담스(Bryan Adams)가 도입을 강력하게 주장했다. 브라이언 아담스는 창작자들은 매개자와 저작권 계약을 할 때 너무 많은 권리를 너무 오랜기간 넘기는 불리한 계약을 체결하고 헐값에 저작권을 팔기 때문에, 창작자에게 종료권을 인정하여 불평등한 협상으로 인한 문제를 해소해야 한다고 주장한다. 그는 현행 저작권법 제14조 제1항에서 저자 사후 25년을 저작권 양도 후 25년으로 바꾸는 것을 해법으로 제시한다. Bryan Adams (assisted by Mario Bouchard), Terminating copyright assignments to preserve creator's rights, Brief to the Standing Committee on Industry, 14 December 2018, <http://www.ourcommons.ca/Content/Committee/421/INDU/Brief/BR10271255/br-external/AdamsBryan-e.pdf>.

73) Cohen et al., 앞의 책, 184.

74) H.R. Rep. No. 97-1476, 1976, 124.

양도에 대해서는 양도 후 35년부터 5년 이내에 행사할 수 있다(제203조).⁷⁵⁾⁷⁶⁾

Ⅲ. 저작권법 개정안

1. 주요 내용

이 글에서 제안하는 저작권법 개정안은 저작권 계약의 공정성을 담보하기 위해 저작권 계약에 사전에 개입·조정하는 방안과 사후에 개입·조정하는 방안을 모두 담고 있다. 이처럼 계약 공정성 조항을 강행 규정으로 도입함으로써 창작 노동이 착취당하는 현실을 완화하고자 한다. 여기서 사전 조정이란 불공정한 결과가 생기지 않도록 저작권 계약 체결 전에 미리 조정하는 것을 말하고, 사후 조정이란 저작권 계약 체결 후 불공정성이 드러난 경우 이를 시정하여 공정성을 회복하는 조치를 말한다.

사후 조정은 사전 조정보다 비용이 더 많이 든다. 이유는 2가지다. 첫째, 이미 불공정한 배분이 끝난 후에 이를 되돌리려면 그러한 배분이 불공정하다는 점을 피해자 즉, 약자가 입증해야 하기 때문이다. 둘째, 불공정한 배분을 통해 이득을 얻은 자 즉, 강자가 재분배에 강력히 저항하기 때문이다. 따라서 저작권 계약의 불공정성이 처음부터 생기지 않도록 하는 사전 조정이 저작권 정책의 주안점이 되어야 한다. 하지만, 저작권법

75) 저작권 계약에 출판권이 포함된 경우에는 출판 후 35년 또는 계약 후 40년 중 이른 날부터 5년 이내에 종료권을 행사해야 한다.

76) 종료권의 영향과 효과에 대해서는 다툼이 많은데, 종료권이 창작자의 초기 보상을 줄이는지 그렇지 않은지에 관한 논쟁은 Rebecca Giblin, *A new copyright bargain? Reclaiming lost culture and getting authors paid*, *Colum. J. L. & Arts* 41(3), 2018, 396-397 참조. 최소한 음악 분야에서는 종료권이 제 기능을 하지 못하고(종료권은 양도 계약에만 적용되고 미국 내에서의 권리만 대상으로 하지만 음반 산업계의 계약은 전 세계를 대상으로 하고 단순한 권리 양도보다 더 복잡한 권리와 의무 관계로 되어 있기 때문에), 음악 저작권자 입장에서는 음반사를 상대로 종료권을 행사해서 추가로 얻는 이익보다 종료권을 행사하는 데 드는 비용이 더 크기 때문에 실효성이 없다는 비판은 Chase Brennick, *Termination rights in the music industry: Revolutionary or ripe for reform?*, *NYU Law Review* 93, 2018 참조.

은 저작자의 권리 중심으로 설계되어 있고, 저작물과 그 이용에 따른 자원의 배분 과정에는 관여하지 않기 때문에, 이러한 기본 설계를 건드리지 않는다면 현실적으로는 사후 조정을 통해 공정성을 복원하는 장치가 더 유력하다. 이 글에서 제안하는 사전 조정 방안과 사후 조정 방안의 핵심은 아래와 같다.

(1) 사전 조정 방안

- 저작권 양도 계약의 경우 저작재산권 종류별로 특정하여 계약하도록 함(안 제45조 제2항).
- 계약 해석의 원칙으로 저작자에게 유리한 추정 원칙 도입(안 제46조의2).
- 장래 창작에 대한 포괄적 양도 금지(안 제46조의3).

(2) 사후 조정 방안

- 장래 창작의 양도와 미지의 이용방법에 대한 이용허락에 대해서는 기간(5년) 경과로 인한 해지권 보장(안 제46조의3).
- 저작자에 대한 정당한 보상 조항 도입(안 제46조의4).
- 저작권 양수인과 이용허락 받은 자에게 저작권료 내역 등에 관한 정보를 저작자에게 제공하도록 하는 투명성 조항 도입(안 제46조의5).

2. 개정안 조문별 해설

(1) 장래 저작물 및 미지의 이용방법에 관한 계약

제46조의2(장래 저작물에 대한 계약)

- ① 아직 창작되지 않았거나 창작이 예정되어 있지 않은 저작물(저작물의 내용이 정해져 창작이 예정된 경우는 제외한다. 이하 “장래 저작물”이라 한다)에 대한 저작재산권의 포괄적 양도(장래 저작물에 대한 저작재산권을 일괄적으로 양도하는 것을 말한다)나 저작물의 포

괄적 이용허락(장래 저작물에 대한 모든 이용방법에 대한 이용허락을 말한다)은 무효로 한다. 다만, 저작자가 저작권을 신탁한 경우는 제외한다.

- ② 장래 저작물에 대한 양도 또는 이용허락에 관한 계약의 당사자는 계약을 체결한 날부터 5년이 지나면 서면으로 계약을 해지할 수 있다. 이 경우 서면으로 통지를 받은 날부터 1개월이 지나면 계약 해지의 효력이 발생한다.
- ③ 계약 당시 몰랐거나 알 수 없었던 이용방법에 대한 이용허락을 한 저작자는 새로운 이용방법에 대한 수용 여부를 서면으로 통지받고 3개월 이내에 거부 의사를 표시하지 아니하면 제2항의 해지권을 행사할 수 없다.

1) 취지

창작자가 불리한 저작권 계약을 맺는 이유 중 하나는 저작권 계약 당시에는 저작물의 시장 가치를 알기 어렵기 때문이다. 이로 인해 발생하는 불공정성을 사후에 조정할 필요도 있지만, 사전에 이런 유형의 계약을 차단할 필요도 있다. 개정 조문은 경험재의 특성상 시장 가치를 알 수 없는 대표적인 유형인 장래 저작물⁷⁷⁾과 미지의 이용방법에 관한 저작권 계약의 효력과 해지권을 다루고 있다.

2) 장래 저작물에 대한 포괄적 양도와 이용허락의 금지

제1항은 저작권 계약 체결 당시 저작물의 경제적 가치를 알 수 없는 ‘장래 저작물’ 즉, 계약 당시 “아직 창작되지 않았거나 창작이 예정되어 있지 않은 저작물”의 포괄적 양도나 포괄적 이용허락을 금지한다. 금지 대상을 분명히 하기 위해 ‘포괄적 양도’란 “장래 저작물에 대한 저작재산

77) 2015년 개정안에서는 “미래 저작물”이란 용어를 사용했으나, 민법 등에 장래 채권, 장래 급부 등의 용어를 사용하고 있다는 박성호 교수의 의견에 따라 “장래 저작물”로 용어를 변경하였다. 박성호, 문화생태계의 혁신과 역동성이 발휘될 수 있는 저작권 제도의 개선을 위하여, 창작노동 보호를 위한 저작권법의 과제 토론회 자료집, 2018. 3. 5., 66.

권을 일괄적으로 양도하는 것”으로 정의하고, ‘포괄적 이용허락’이란 “장래 저작물에 대한 모든 이용방법에 대한 이용허락”으로 정의하였다.

장래 창작의 범위와 관련하여, 개정 조문은 시리즈물의 창작 등의 계약 관행을 고려하여 저작물의 내용이 어느 정도 확정되어 있는 경우에는 장래 저작물에서 제외되도록 하였다(제1항의 “저작물의 내용이 정해져 창작이 예정된 경우는 제외한다”). 그리고 저작권 신탁은 저작재산권의 양도 또는 이용허락과는 다른 개념이지만, 개정 조문의 양도 개념에는 저작권 신탁이 제외된다는 점을 분명히 하였다(제1항 단서).⁷⁸⁾

2015년 개정안에서는 포괄적 양도·이용허락으로 제한하지 않고 장래 창작에 대한 모든 저작권 계약을 무효로 하였지만, 입법례와 2015년 개정안에 대한 비판 의견을 수용하여 포괄적 계약인 경우에만 무효로 하였다.⁷⁹⁾

관련 입법례를 살펴보면, 프랑스 지적재산권법 제131-1조는 장래 저작물에 대한 포괄적인 저작권 ‘양도’를 무효로 하며,⁸⁰⁾ 독일 저작권법(2003

78) 저작권법상 신탁은 “저작권 등을 신탁적으로 양도하는 것” 즉, “신탁법상의 신탁에 해당”하여(박성호, 『저작권법』, 박영사, 2014, 465.), 저작권이 위탁자로부터 수탁자에게 이전된다는 점은 양도와 동일하지만, (i) 저작권 양도의 경우 양수인은 양도받은 저작권을 사용, 수익, 처분할 수 있음에 비해 저작권 수탁자는 저작권의 관리만 할 수 있을 뿐이고(저작권법 제2조 제26호) (ii) 저작권 신탁에는 저작물 등의 이용과 관련하여 포괄적으로 대리하는 경우까지 포함하며(포괄적 대리의 의미에 대해서는 박성호, 저작권신탁관리업에서 ‘포괄적 대리’의 의미와 ‘신탁범위 선택제’의 실천방안, 『계간 저작권』, 2016 및 대법원 2019. 7. 24. 선고 2015도1885 판결 참조), (iii) 수탁자가 저작권을 갖는 것은 저작자와의 특별신입관계에 따라 저작자를 위하여 저작권을 관리하려는 목적이므로, 제1항의 저작권 양도에는 저작권 신탁이 제외된다는 점은 당연하다. 다만, 장래 저작물에 대한 포괄적 신탁(이른바 ‘인별 신탁’)이 이루어지는 현실을 감안하여 불필요한 오해를 피할 목적으로 단서를 둔 것 뿐이다(한국음악저작권협회의 현행 저작권신탁계약약관(2017. 4. 13. 개정판) 제3조 제1항은 “위탁자는 ... 장차 취득하게 되는 저작권을 본 계약기간 중 신탁재산으로 수탁자에게 저작권을 이전”하도록 규정하여 인별 신탁을 허용하고 있다).

79) ‘2015년 개정안’에 대해 국회 검토보고서(7면)는 “저작물의 재산적 가치는 시대나 환경에 따라 편차가 발생하는 특성이 있어 아직 창작되지 않거나 창작이 예정되어 있지 않은 저작물에 대한 양도나 이용허락에 대한 계약을 하게 되면 미래의 불확실성을 담보로 저작자가 피해를 보는 경우가 발생할 수 있으므로, 개정안은 이를 원칙적으로 금지하여 저작자의 피해를 예방하고자 하는 것으로 바람직한 측면이 있음”이라고 하여 개정안의 취지에 공감하는 의견을 낸 바 있다.

80) 프랑스 지적재산권법은 2가지 예외를 두는데, 일정한 조건 하에서 저자가 장래 저작물의 출판을 특정 출판사와 계약할 우선권을 행사할 수 있고(제132-4조), 저작자

년 개정법) 제31조 제4항은 아직 알려지지 않은 이용방법에 대한 저작물 이용계약은 무효라고 규정하였다가, 2007년 개정법에서는 이를 폐지하고 제31a조에서 서면 계약인 경우에는 허용하되(무상의 이용허락인 경우는 제외),⁸¹⁾ 저작자는 이를 철회할 수 있도록 했다(다만, 상대방이 새로운 이용의 시작을 서면으로 통지한 후 3개월이 경과하면 철회할 수 없다). 장래 저작물의 경우에도 서면 형식의 계약으로만 가능하고, 계약 후 5년이 지나면 계약 당사자는 해지할 수 있다(독일 저작권법 제40조). 대부분의 유럽 국가들은 아무런 제한없이 모든 장래 저작물에 대한 저작권 양도를 무효로 한다(벨기에, 프랑스, 헝가리, 스페인, 폴란드).⁸²⁾

3) 장래 저작물 계약에 대한 해지권

장래 창작물과 미지의 이용방법에 관한 저작권 계약은 일정한 기간(5년)이 경과하면 계약 당사자 누구나 해지할 수 있도록 하였다(제2항). 5년의 기간은 독일 저작권법을 참조하였다. 다만, 미지의 이용방법(제3항의 “계약 당시 몰랐거나 알 수 없었던 이용방법”)에 관한 저작권 계약의 경우에는 이용허락을 받은 자가 새로운 이용방법의 수용 여부를 수용할 것인지 확인하는 서면을 저작자에게 통지한 후 3개월 이내에 저작자가 거부 의사를 밝히지 않으면 저작자는 해지권을 행사하지 못하도록 하였다(제3항). 이는 계약 당시에는 몰랐던 새로운 이용방법으로 저작물을 이용하려는 자의 법적 안정성을 고려한 것이다.

(2) 저작권 계약의 형식과 해석 원칙

제46조의3(저작재산권 및 저작물 등에 관한 계약)

- ① 제45조제1항에 따른 저작재산권의 양도 및 제46조제1항에 따른 저작물의 이용허락에 관한 계약(이하 이 조에서 “저작재산권등의 계

단체는 장래 저작물에 대한 공연권을 설정할 수 있다(제132-18조) Rahmatian 앞의 글, 308(각주 191).

81) 이기수, 앞의 책, 53-55.

82) 이영욱, 앞의 글, 188.

약'이라 한다)을 체결하려는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 서면으로 계약을 체결하여야 하며, 서면으로 작성되지 아니한 계약은 무효로 한다.

- ② 제45조제1항에 따른 양도에 관한 계약을 체결하려는 경우 계약의 당사자는 저작재산권의 종류별로 특정하여 계약을 하여야 하며, 특정하지 아니한 계약은 무효로 한다.
- ③ 저작재산권등의 계약 내용이 명백하지 아니한 경우에는 저작자에게 유리하게 해석한다.
- ④ 증여 또는 제135조의 기증의 의사표시가 없으면 대가의 지급 없는 저작재산권의 전부 또는 일부의 양도는 무효로 한다.

1) 일정 형식의 서면 계약

저작권 양도 계약이나 이용허락 계약은 대통령령으로 정한 형식의 서면 계약만 인정하였는데(제1항),⁸³⁾ 여기서 대통령령은 표준계약서를 염두에 둔 것이다. 문화·예술 분야에서 표준계약서는 정부가 만들어 적용을 권고하고 있으며, 문화예술 창작·실연·기술지원 등의 용역(‘문화예술용역’) 관련 계약에 대해서는 표준계약서의 개발·보급이 국가의 의무이지만,⁸⁴⁾ 적용률이 낮다는 문제가 있다.⁸⁵⁾ 이유로는 표준계약서에 대한 창작자의 낮은 인지도, 구두 계약, 사업자의 거부 등이 거론된다.⁸⁶⁾ 표준계약서의 사용을 강제할 경우 중개자에게 지나치게 불리하다고 우려할 수 있지만, 표준계약서가 계약 당사자간의 권리 의무를 일방적으로 정하지는 않다는 점, 방송사의 경우 최근 표준계약서 채택율이 100%라는 응답이 있다는 점⁸⁷⁾을 보면 중개자에게 불리하다고만 하기는 어렵다.

83) 저작권의 양도나 출판권 설정과 같이 중요한 권리변동에 대해서는 서면으로 하지 않은 경우 그 효력을 부인하는 입법 조치가 거래의 안정을 도모하고 저작권자의 권리 보호 및 저작물의 공정한 이용에 도움이 된다는 견해도 있다. 이기수, 앞의 책, 62.

84) 예술인복지법 제5조 제1항.

85) 출판산업의 경우 계약서 작성과 관련된 불공정 피해 유형에서 표준계약서 미활용이 가장 경향이 많은 유형으로 나타났다. 박찬원, 앞의 책, 70.

86) 문화체육관광부 보도자료, 방송 분야 표준계약서, 적용률 낮다, 2016. 4. 25.

87) 방송사를 대상으로 한 2018년 조사 결과 독립제작 계약의 경우 장르나 사업자 유

한편, 개정안처럼 모든 저작권 계약에 대해 서면 형식을 의무화하는 것이 계약의 자유를 지나치게 제한하고, 서면 계약이 반드시 창작자에게 유리한지 의문을 제기할 수 있다. 앞의 입법례에서 살펴본 것처럼, 영국 최초의 저작권법인 앤 여왕법부터 서면 계약만 인정된 전통을 영미법계 국가들은 여전히 따르고 있고, 예술인 복지법 제4조의3에 따르면 ‘문화예술용역’ 관련 계약의 경우 이미 서면 계약이 의무화되어 있으며, 계약 당사자가 대등한 지위에서 공정하게 계약을 체결하도록 유도할 목적으로 만든 표준계약서로 서면 형식을 제한한다면 이러한 우려는 불식될 수 있을 것이다.

2) 지분권 종류별 특정 의무화

제2항에서 양도 대상 지분권을 특정하여 계약하도록 의무화한 것은 문화체육관광부가 작성한 표준계약서⁸⁸⁾를 수용한 것이다. 표준계약서 해설서는 “개인 창작자가 자신이 가진 권리를 명확히 인지하지 못해 불리한 계약을 체결하는 것을 방지하기 위해 계약서에 복제권, 공연권, 공중송신권 등 저작재산권의 종류를 명시하고 이 중에 양도(이용허락) 하려는 권리를 선택하도록 하였다”고 설명한다.⁸⁹⁾

표준계약서의 이러한 취지는 유럽의 사례를 보면 실제 저작권 계약에서 제대로 작동하는 것으로 보인다. 하지만 우리 현실에서도 표준계약서가 취지대로 작동할지는 의문이다. 고 박환성 피디의 계약서에서 드러난 방송사들과 독립제작사간 계약, 공정거래위원회의 시정명령 이후 출판계의 계약을 보면, 오히려 창작자의 모든 지분권을 의심의 여지없이 가져가는 기능을 하고 있다. 표준계약서 이전에는 어떤 권리가 양도되는지 불분명한 경우가 있었고, 이 때 창작자는 ‘창작자에게 유리한 추정 원칙’을 원용할 여지가 있었지만, 표준계약서 이후에는 양도되는 지분권이 명확히 특정되어 ‘창작자에게 유리한 추정 원칙’이 적용될 여지가 사라진다. 따라

형과 관계없이 모든 계약이 표준계약서 또는 이에 준하는 계약서로 나타났다. 한국 콘텐츠진흥원, 앞의 책(외주제작거래실태조사), 142.

88) 문화체육관광부가 2014. 10. 30. 발표한 ‘저작권 양도·이용허락 표준계약서’.

89) http://www.mcst.go.kr/web/s_notice/press/pressView.jsp?pSeq=13855.

서 저작권 계약의 해석 원칙을 수정하거나, 다른 보완책을 고민할 필요가 있다.

3) 계약의 해석 원칙

제3항은 저작권 계약 해석의 원칙으로 대법원이 정립한 ‘저작자에게 유리한 추정 원칙’을 반영한 것으로, 2015년 개헌안에는 없던 것이다.

‘저작자에게 유리한 추정 원칙’이란 저작권이 양도 또는 이용허락되었음이 외부적으로 표현되지 아니한 경우에는 저작자에게 그 권리가 유보된 것으로 유리하게 추정하는 원칙을 말한다.⁹⁰⁾ 이 원칙은 미국 법원의 ‘계약서 작성자에게 불리한 원칙’(presumption against the drafter)과 대부분의 저작권 계약의 경우 동일한 결과를 낳는다. 미국 법원은 ‘위너 브러더스’와 소설 캐릭터 ‘샘 스페이드’(Sam Spade) 사건⁹¹⁾에서 저작권 계약에 명시적으로 표현되어 있지 아니한 캐릭터(소설에 등장하는 캐릭터)는 계약 상대방인 ‘위너 브러더스’에게 양도되었다고 볼 수 없다고 판단하면서 그 근거로 경험이 많은 대형 영화 제작사인 ‘위너 브러더스’가 계약서 문안을 작성하였고, 만약 ‘위너 브러더스’가 계약을 통해 얻고자 하는 것이 있었다면 계약서 문안에 해당 항목을 포함시켰을 것이라는 점을 들었다. 즉, 저작자로부터 노동의 열매를 빼앗으려면 명확한 계약 문안이 있어야 한다는 것이다.⁹²⁾

유럽 일부 국가에서도 저작자에게 유리한 추정 원칙을 법제화하였는데, 벨기에(저작권법(LDA) 제3조 제1항 제3호), 프랑스(지재권법 제122-7조), 헝가리(저작권법(HCA) 제42조 제3항), 폴란드(저작권법 제49조 제1항 및 제65조), 스페인(저작권법 제43조 제1, 2항 및 제76조)의 경우, 저작권 계약의 조항은 저작자에게 유리하게, 양수인 또는 이용허락받은 자에게 불리하게 해석된다.⁹³⁾ 이를 “의심스러울 때에는 저작자의 이익으로”(in dubio

⁹⁰⁾ 1996. 7. 30. 선고 95다29130 판결, 2012. 1. 27. 선고 2010다50250 판결, 2013. 2. 15. 선고 2011도5835 판결 등.

⁹¹⁾ Warner Bros Pictures v. Colombia Broadcasting System, 216 F.2d 945 (9th Cir 1954).

⁹²⁾ 이 원칙은 다른 판결에서도 인정되었다(S.O.S. Inc. v. Payday, Inc., 886 F.2d 1081, 1088, 12 U.S.P.Q2d 1241 (9th Cir. 1989)).

pro auctore) 원칙이라 하며,⁹⁴⁾ 양도 또는 이용허락되는 권리나 저작물의 이용방법이 계약서에 명시되어 있지 않으면 계약 대상이 아닌 것으로 추정한다. 계약 문구가 의심스러운 경우를 명시한 입법례는 헝가리, 폴란드이고,⁹⁵⁾ 프랑스 저작권법 제122-7조는 공연권과 복제권은 이전될 수 있으나, 공연권의 이전은 복제권 이전을 내포하지 않으며 복제권의 이전 역시 공연권의 이전을 내포하지 않고, 공연권이나 복제권의 완전한 이전에 관한 계약의 경우 그 효력은 계약서에 명시된 이용 방법으로 제한되도록 한다. 이러한 계약 해석 원칙은 벨기에, 프랑스, 스페인에서는 강행 규정이며, 모든 계약에 적용된다.⁹⁶⁾

한편, 독일 저작권법 제31조 제5항은 “용익권의 부여시 이용의 종류가 개별, 명시적으로 표시되지 않으면, 이용의 방식이 미치는 범위는 양 당사자에 의하여 기초가 된 계약의 목적에 의하여 결정된다”고 하여 소위 ‘목적양도론’(purpose of transfer rule, Zweckübertragungslehre)을 법제화하였고, 스웨덴은 최근까지 ‘명시의 원칙’(specification principle)에 따라 저작권 계약을 계약서에 명시된 사항으로부터 도출될 수 있는 범위로 제한적으로 해석해 왔으나 스웨덴 대법원은 2010년 판결⁹⁷⁾에서 이 원칙 대신 일반 계약 해석 원칙을 적용하였고 이 판결은 학계로부터 비판의 대상이 되었다.⁹⁸⁾

⁹³⁾ Dusollier et al., 앞의 책, 41.

⁹⁴⁾ 계승균 교수는 “의심스러운 때에는 저작자의 이익으로(In dubio pro auctore)”라는 원칙은 우리 대법원에 의해 이미 수용되었다고 하며(계승균, In dubio pro auctore, *창작과권리* 제36호, 2004), 다만 대법원은 이 원칙을 잘못 해석했다며 비판한다), 이 원칙이 일반적으로 적용되지 않는 경우에도 저작권은 광범위하게 저작자에게 유보되어 있고, 이용허락을 통한 경제적 과실을 가질 수 있는 기회를 부여하고 또한 통제할 수 있는 권한을 부여한다고 하며, 이러한 취지에 따른 일반 해석 원칙은 우리 저작권법 제46조 제2항(허락을 받은 자는 허락받은 이용방법 및 조건의 범위 안에서 그 저작물을 이용할 수 있다)에 규정되어 있고, 특별 조항은 영상저작물의 특례 규정인 우리 저작권법 제99조에 규정되어 있다고 본다. 계승균, *창작환경 변화와 저작물 이용허락 제도에 관한 저작권법상의 몇 가지 문제점*, 『정보법학』 13(2), 2011, 41.

⁹⁵⁾ Dusollier et al., 앞의 책, 41.

⁹⁶⁾ Dusollier, 앞의 책, 41.

⁹⁷⁾ Case NJA 2010 s. 559 (Evert Taube).

⁹⁸⁾ Dusollier, 앞의 책, 42.

4) 대가의 지급없는 양도 계약의 효력

제4항은 저작재산권 양도 계약의 효력을 직접 다룬 것으로 대가를 지급하지 않고 창작 노동을 착취하는 행위를 금지하려는 것이다. 즉, 저작권 양도 대가를 별도로 지급하지 않고 저작재산권의 전부 또는 일부를 양도하는 계약은 법률상 무효로 한다. 조문의 취지상 대가없이 저작권을 양도함이 분명한 경우(증여나 저작권법 제135조에 따른 기증)는 제외된다(제4항 전문).

이 조항은 제3항의 저작권 계약의 해석원칙에 대한 보충규정이다. 방송물 독립제작의 경우처럼 계약서의 문언으로는 대가를 지급하고 저작권을 양도받은 듯한 외양을 갖추고 있지만,⁹⁹⁾ 실제로는 양도 대가를 지급하지 않는 경우가 대부분이다. 요컨대, 저작권 계약의 해석원칙은 저작권이 양도되었는지 문언상 분명하지 않은 경우에 적용되는 반면, 이 조항은 저작권 계약상의 문언이 실질과 다른 경우에 적용될 수 있다.¹⁰⁰⁾

(3) 정당한 보상 청구권

99) 문화체육관광부가 2015년에 만든 방송 프로그램 제작 표준계약서 제5조 제1항은 제작비를 산정할 때 “프로그램의 분량, 제작 기여도, 저작권 귀속, 인건비, 관리비, 적정 수익 등을 고려하여 합리적으로 방송사와 제작사가 협의하여 정한다”고 하여, 저작권 양도 대가가 제작비에 포함되도록 하고 있다. 이에 따라 방송사들은 독립제작사와 이 조항이 포함된 계약서를 사용하고 있으나, 저작권 귀속을 고려하지 않고 제작비를 산정했던 이전과 비교할 때 제작비에는 아무런 변동이 없다(방송사는 제작비를 비현실적으로 낮게 책정하는데, 가령 간접제작비를 제외시키는 방식으로 실제 소요비용의 50~70%만 독립제작사에게 지급할 제작비로 산정한다(유승희, 추혜선, 한국방송영상제작사협회, 한국독립PD협회, 방송제작 환경의 문제점과 대안(2017년도 국정감사 정책자료집), 2017, 94). 표준계약서의 취지가 저작권 양도에 대한 대가를 방송사가 독립제작사에게 지급하도록 유도하려는 것이었다면 저작권 귀속의 대가를 제작비에 포함되도록 할 것이 아니라 제작비와는 별도로 저작권 귀속의 대가를 명시하도록 하는 편이 더 바람직하다.

100) 우리 하급심은 무협소설 ‘녹정기’ 사건에서 소위 매절계약에 따라 출판사가 저자에게 일괄 지급한 대가가 인세를 훨씬 초과하는 고액이라는 등의 소명이 없다는 이유로 이 계약을 저작권 양도 계약이 아니라 출판권 설정계약 또는 독점적 출판계약으로 보았고, 일본 하급심 판결에서도 작가가 출판사로부터 지급받은 원고료가 인세 상당액을 훨씬 상회한다는 점 등을 들어 복제권이 출판사에게 양도되었다고 해석한 사례가 있다. 박성호, 앞의 책, 418-419.

제46조의4(저작자에 대한 정당한 보상)

- ① 저작자가 제45조제1항에 따라 저작재산권을 양도하거나 제46조제1항에 따라 저작물의 이용을 허락하는 경우 그 대가로 받은 보상이 양수인(재양수인과 이들로부터 저작물 이용허락을 받은 자를 포함한다) 또는 이용허락을 받은 자의 저작물의 이용에 따른 이익에 비하여 정당하지 아니한 경우에는 저작자는 양수인 또는 이용허락을 받은 자(이하 “양수인등”이라 한다)에게 정당한 보상을 요구할 수 있다. 이 경우 양수인등은 특별한 사유가 없으면 이를 수용하여야 한다.
- ② 제9조에 따른 업무상저작물을 창작한 자는 법인등이 저작물의 이용을 통해 얻은 이익이 현저한 경우에는 법인등에게 정당한 보상을 요구할 수 있다. 다만, 법인등이 국가나 공공기관인 경우에는 그러하지 아니하다.
- ③ 제1항 또는 제2항에 따른 보상을 요구할 권리는 포기하거나 양도(상속의 경우를 제외한다)할 수 없다.
- ④ 제1항과 제2항은 양수인등 또는 법인등이 저작물의 이용을 통해 얻은 이익을 미리 알았거나 알 수 있었던 경우에도 적용한다.
- ⑤ 제1항과 제2항은 제2관(저작재산권의 제한)의 규정에 따른 보상금에는 적용하지 아니한다.
- ⑥ 제1항과 제2항은 무상의 계약(유증과 사인증여를 포함한다)과 일반 공중을 상대로 한 이용허락 계약, 컴퓨터 프로그램을 유통하기 위한 이용허락 계약에는 적용하지 아니하며, 제57조에 따른 배타적 발행권 설정과 제63조에 따른 출판권 설정 계약에는 적용한다.

1) 취지

저작권 계약을 사적자치의 원칙에만 일임하여 저작권 제도가 창작 동을 착취하는 수단으로 변질되는 문제점을 사후적으로 해결하려는 핵심 조항으로 내용은 ‘2015년 개정안’과 실질적으로 동일하다.

2) 정당한 보상 청구권의 법적 성질

정당한 보상을 요구할 권리는 표현은 청구권이지만 일정한 법률 효과 (“양수인 등”이 저작자에게 정당한 보상을 지급할 의무)가 발생하는 형성권에 가깝다(제1항 후단). 불평등한 당사자의 지위를 사후적으로 조정하기 위한 취지 때문이다.

그리고 저작자가 정당한 보상을 요구할 권리는 미리 포기하거나 제3자에게 양도할 수 없도록 하여 일신전속권으로 하고(제3항), 저작물의 이용으로부터 발생할 이익을 미리 알았거나 알 수 있었던 경우에도 행사할 수 있도록 하여(제4항), 사정변경의 원칙과는 다른 원리로 적용된다는 점을 분명히 하였다.

3) 정당한 보상의 개념과 산정 방법

보상과 관련하여 여러 용어가 사용된다. 가령, 유럽연합의 저작권지침(Directive 2001/29/EC)에는 “적절한 보상”(appropriate reward)(설명문(Recital) 10), “공정한 보상”(fair compensation)(제5조(a), (b), (e) 및 설명문 35, 36), 대여권 지침(Directive 2006/115/EC)에는 “공평한 보상”(equitable remuneration)(제5조 제1항, 대여권의 이전이나 양도의 경우)이란 용어가 사용된다. 저작권지침 설명문 35는 “공정한 보상”(fair compensation)을 저작자가 입을 수 있는 손해와 관련된 개념으로 제도화하였다고 하는데, 이는 유럽연합 내에서 사적복제보상금 제도를 도입한 대륙법계 국가와 사적복제보상금 제도의 전면 도입을 거부하고 있는 영국이나 아일랜드 간의 격차를 없애기 위한 것이라고 한다.¹⁰¹⁾ 유럽연합의 DSM 저작권지침(Directive 2019/790)은 “공정한 보상”(fair remuneration)이란 용어를 사용하는데(제20조 및 제3장 제목), 보상의 공정성은 저작권 계약을 통해 저작자가 받은 대가가 계약 상대방이 저작물을 이용하여 얻은 수익에 비례(proportionate)하는지 여부로 판단할 수 있고, 저작자의 창작물에 대한 기여도, 시장의 관행이나 저작물의 실제 사용 등과 같은 제반사정을 고려해야 다(설명문 73). DSM 저작권지침에는 공평한 보상이란 용어를 사용하지

¹⁰¹⁾ European Commission, 앞의 책(Remuneration), 36.

않는데, 스테코바 박사는 ‘공정’과 ‘공평’은 대륙법계와 영미법계간의 용어 차이에 따른 것으로 큰 의미는 없다고 한다.¹⁰²⁾

공정한 보상 청구를 이익과 보상의 차이가 현저한 경우에만 가능하도록 제한할 수도 있으나, 제안 조문은 보상이 이익에 비해 정당하지 않은 경우로 하였다. 이익과 보상의 차이가 현저한 경우로 제한하면, 법원에서 적용범위를 지나치게 좁혀 창작자에게 공정한 보상을 보장하려는 입법취지가 훼손될 우려가 있기 때문이다. 이 조문이 도입될 경우 사후 보상 청구가 남발되어 저작권 계약의 법적 안정성을 해칠 수 있다는 문제를 제기하기도 하지만, 제안 조문과 유사한 제도를 10년 넘게 운영해온 독일의 경험에 비추어볼 때 이러한 우려가 현실화될 가능성은 낮아 보인다.

제안 조문처럼 저작자가 받은 보상이 저작물 이용자가 얻은 “이익에 비해 정당하지 아니한 경우”로 하였을 때, 이익과 보상을 어떻게 산정할 것인지, 그리고 양자의 차이가 얼마나 클 때 정당하지 않다고 볼 것이냐가 문제이다.

먼저, 이익과 보상의 산정과 관련하여, 보상은 저작재산권의 양도 또는 저작물 이용허락의 대가로 저작자가 받은 보상으로 한정하였기 때문에 산정에는 어려움이 없을 것이다. “양수인 등”이 얻은 이익은 저작물의 이용으로부터 직접 발생하는 이익만 포함한다고 해석할 수 있을 것이다. 다만, 저작재산권 제한 규정에 따른 보상금(가령, 교육기관의 수업목적 이용에 대한 보상금(제25조), 도서관 이용에 대한 보상금(제31조))은 “양수인 등”의 이익에서 제외하였다(안 제46조의4 제5항).¹⁰³⁾ “양수인 등”의 이익은 저작권 양도인 경우에는 양수인이 얻은 이익과, 양수인으로부터 재양수받거나 양수인으로부터 이용허락을 받은 자가 얻은 이익까지 포함하도록 했고,¹⁰⁴⁾ 저작물 이용허락인 경우에는 배타적 이용허락을 고려하여 재이용

102) Katerina Stechova, How to best “sell” the “best-seller” clause?: A review on whether the contract adjustment mechanism proposed by the EU draft Digital Single Market Directive can secure fair (additional) remuneration for authors and performers, QMUL (PhD thesis), 2017, 33.

103) 교육기관과 도서관은 이용을 취할 목적으로 저작물을 이용하지 않았고 교육기관이나 도서관이 지급하는 보상금은 저작물 이용자와 저자 간의 수익 조정을 위한 취지가 아니라 공익을 위한 저작권 제한 규정이므로 제안 조문의 적용에서 제외하였다.

104) 네덜란드의 2015년 개정법과 유럽연합의 디지털 단일시장 저작권지침 제20조 제1

허락을 받은 자의 이익까지 포함하도록 했다.¹⁰⁵⁾

다음으로, 이익과 보상의 차이가 얼마가 되어야 이 조항의 청구권을 행사할 수 있을지, 저작자에게 사후적으로 지급해야 하는 보상이 어느 정도 일 때 “정당한 보상”으로 볼 것인지는 구체적인 사건에서 법원의 판결 등을 통해 정립될 사안으로 남겨 놓았다. 왜냐하면, 이는 결국 구체적 타당성의 문제이기 때문에, 해당 저작물의 유형, 이용 형태, 양 당사자의 지위, 저작물 시장의 관행, 사회일반의 상식과 거래관행 등을 종합적으로 고려하여 사안별로 정하는 편이 타당하다.¹⁰⁶⁾ 다만, 소송을 통한 사례가 축적되려면 시간이 걸리기 때문에, 행정부에서 창작 분야별 관행과 해외 사례를 정기적으로 조사·공개하여 제도의 연착륙을 도모하는 것도 좋겠다.¹⁰⁷⁾ 정당한 보상 여부를 판단할 때 유의할 점은 사정변경 원칙과는 다른 원리로 정당한 보상 청구권을 인정하려는 입법 취지이다. 즉, 저작권 계약 당시에 존재했던 형평성 또는 공정성이 나중에 변경된 사정으로 계속 유지할 수 없기 때문이 아니라, 계약 당시부터 존재하지 않았던 형평성 또는 공정성을 추후에 복원하기 위한 취지로 정당한 보상 청구권을 인정한다는 것이다.¹⁰⁸⁾

4) 청구권자

항도 이런 취지를 반영하고 있다.

- 105) 만약 이익을 저작자로부터 직접 계약한 양수인의 이익이나 저작자로부터 직접 이용허락을 받은 자의 이익으로만 제한하면, 양수인 또는 배타적 이용허락을 받은 자가 제3자에게 제약도 또는 재이용허락을 하여 이 조항의 의무를 쉽게 회피할 수 있을 것이다.
- 106) 독일의 경우 적정 보상의 1/3 또는 35%만 받은 경우 ‘중대한 불균형’이 있다고 보고, 적정 보상의 1/2 또는 70-80%만 받은 경우 ‘현저한 불균형’을 인정한 사례가 있다고 한다. 안효질, 독일 저작권법 내용을 중심으로, 『창작자 보호를 위한 제도 개선 방안 연구』, 한국저작권위원회, 2015, 8.
- 107) 예컨대, 여기서 제안하는 개정안에는 들어 있지 않지만, 실태 조사 의무를 문화체육관광부 장관에게 부과하는 조문을 개정안에 추가할 수도 있겠다.
- 108) 독일 저작권법의 베스트셀러 조항에서 공정한 이익 공유를 사후적으로 인정하는 취지도 우리나라의 사정변경 원칙과 가장 가까운 불예견(imprévision) 이론의 적용 요건을 완화하여 저작권 계약 당시 예견할 수 없었던 보상이라는 새로운 사정일 요건을 완화한 것이다. Martin Senftleben, More money for creators and more support for copyright in society - fair remuneration rights in Germany and the Netherlands, *Columbia Journal of Law & Arts* 41, 2018, 429.

보상 청구권은 저작물을 창작한 자 즉, 저작자가 행사할 수 있는데, 저작자가 여러 명인 경우 공정한 보상을 누가 청구할 수 있는지 문제가 될 수 있다. 공동저작물인 경우에는 지분 비율에 따라 저작자 각자가 공평한 보상 청구권을 행사할 수 있을 것이다. 저작권법 제48조에 따르면 저작재산권의 행사는 전원의 합의로 해야 하지만(제1항), 저작물의 이용에 따른 이익은 특약이 없는 한 지분 비율로 배분된다(제2항).¹⁰⁹⁾ 공정한 보상 청구권은 저작재산권의 행사라기보다는 저작물의 이용에 따른 이익 분배에 가깝기 때문에 저작권법 제48조 제2항에 따라 처리될 것으로 보고, 제46조의4에는 아무런 규정을 두지 않았다.

저작인접권의 경우 방송사업자, 음반제작자에게도 이 권리를 인정하는 것이 좋을지, 아니면 실연자¹¹⁰⁾에게만 인정하는 것이 좋을지가 문제인데, 개인 창작자를 염두에 두고 실연자에게만 인정했다. 원래 저작인접권은 저작물을 창작한 자는 아니지만 저작물의 전달이나 해석에 기여한 점 때문에 인정되는 권리이다. 우리 법에서 인정하는 3가지 유형의 저작인접권자(방송사업자, 음반제작자, 실연자) 중 실연자는 저작물의 창작적 해석을 하고 저작인접권도 인정된다는 점을 고려하여, 저작자와 마찬가지로 공정한 보상을 청구할 수 있도록 하는 편이 좋겠다(제88조에서 개정안에 따라 신설되는 조문을 인용할 때 “실연의 경우에만 한정한다”는 문구 추가).

5) 적용 대상이 되는 저작권 계약과 제외되는 계약

공정한 보상을 요구할 권리는 저작재산권 양도 계약과 저작물 이용허락 계약에 모두 적용되며(제46조의4 제1항), 배타적 발행권 설정(제57조)

109) 제48조(공동저작물의 저작재산권의 행사)

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

② 공동저작물의 이용에 따른 이익은 공동저작자 간에 특약이 없는 때에는 그 저작물의 창작에 이바지한 정도에 따라 각자에게 배분된다. 이 경우 각자의 이바지한 정도가 명확하지 아니한 때에는 균등한 것으로 추정한다.

110) “실연자”는 저작물을 연기·무용·연주·가창·구연·낭독 그 밖의 예능적 방법으로 표현하거나 저작물이 아닌 것을 이와 유사한 방법으로 표현하는 실연을 하는 자를 말하며, 실연을 지휘, 연출 또는 감독하는 자를 포함한다(저작권법 제2조 제4호).

과 출판권 설정(제63조) 계약도 포함된다는 점을 명시하였다(제46조의4 제6항 후단).

그러나 소프트웨어 사용권 계약 형태로 유통되는 상용 소프트웨어 계약,¹¹¹⁾ 오픈소스 소프트웨어나 자유소프트웨어(GPL) 또는 CC(Creative Commons) 라이선스와 같이 일반공중을 상대로 한 이용허락 계약과, 무상의 저작권 계약(유증과 사인증여 포함)에는 적용되지 않도록 하였다(제46조의3 제6항 전단).

6) 업무상 저작물에 대한 특칙

제46조의4 제2항은 창작자 원칙의 예외에 대응하기 위한 조항이다. 창작자 원칙의 예외는 저작권법 제9조에 규정되어 있는데, 이에 따르면 업무상 저작물¹¹²⁾은 창작자가 아니라 법인이 저작자로 된다(다만 법인 명의로 공표되어야 하며, 컴퓨터 프로그램 저작물은 공표되지 않아도 된다). 개정안에서 업무상 저작물의 창작자에게 법인 등을 상대로 한 공정한 보상 청구권을 인정하는 것은 특허제도의 직무발명 보상제도와 유사하지만, 국가 또는 공공기관인 경우는 제외했다는 점에서는¹¹³⁾ 직무발명과 차이가 있다. 다만, 업무상 저작물에 대해서는 이익이 현저한 경우로 제한하였는데, 직무발명과 달리 업무상 저작물에 대한 보상은 아직 논의가 되지 않아 일단 범위를 축소하기 위한 것이다.

(4) 양수인 등의 정보제공 의무

111) 가령 상용 컴퓨터 프로그램을 사업에 이용하여 크게 성공한 경우(MS 파워포인트 프로그램으로 제안서를 작성하여 거액의 투자를 유치하였거나, 공학 시뮬레이션 프로그램을 이용하여 성능이 우수한 전자제품을 만들어 매출을 크게 올린 경우)가 문제될 수 있는데, 사업의 성공이 컴퓨터 프로그램의 직접적인 이용에 따른 결과가 아니라고 해석하여 문제를 해결할 수도 있지만, 상용 컴퓨터 프로그램 저작자는 계약상 불리한 지위에 있지 않기 때문에 이 조항에서 아예 배제하는 편이 타당할 것이다.

112) 저작권법 제2조 제31호 “업무상저작물”은 법인·단체 그 밖의 사용자(이하 “법인 등”이라 한다)의 기획하에 법인등의 업무에 종사하는 자가 업무상 작성하는 저작물을 말한다.

113) 국가 또는 공공기관을 제외한 이유는 공공저작물의 자유이용 규정(저작권법 제24조의2) 때문이다.

제46조의5(정보제공 의무)

① 저작자 및 제9조에 따른 업무상저작물을 창작한 자는 제46조의4에 따른 정당한 보상을 요구하기 위하여 양수인등과 법인등(재양수인과 이들로부터 이용허락을 받은 자를 포함한다)에게 다음 각 호의 정보를 제공하도록 요청할 수 있다. 이 경우 정보의 제공을 요청받은 자는 정당한 사유가 없으면 이에 따라야 한다.

1. 저작물등을 이용한 내역
2. 저작물등을 이용하여 발생한 저작권료 내역과 그 산정기준
3. 저작물등을 이용에 제공하여 발생한 저작권료 내역과 그 산정기준
4. 그 밖에 저작물에 대한 권리를 행사하여 얻은 이익의 내역

② 양수인등 및 법인등은 제1항 각 호의 정보를 산출하는 비용이 저작권료나 그 이익에 비하여 과도한 경우 또는 제1항 각 호의 저작권료나 이익이 대통령령으로 정하는 기준에 미달하는 경우에는 그 사유를 입증하고 제1항 각 호의 정보를 제공하지 아니할 수 있다.

1) 취지

공정한 보상청구권을 도입하더라도 저작물의 이용을 통해 발생한 이익을 저자가 알기는 어렵기 때문에 공정한 보상청구권을 행사하는 못하는 경우가 많다. 저작물 이용자와 저자 간의 이러한 정보의 비대칭성을 해소해야 공정한 보상 청구권이 실질적으로 보장될 수 있다.

2) 입법례¹¹⁴⁾

저작권 계약의 상대방에게 정보제공 의무를 부과하는 입법례로는 독일 저작권법 제32d조, 제32e조, 프랑스 지재권법 제132-13, 132-28, 251-1, 251-2조, 체코슬로바키아 민법 제2366조 제2, 3항, 유럽연합의 DSM 저작권지침 제19조를 들 수 있다.¹¹⁵⁾

114) 2017년 필자의 발제문에서 “저작권 계약의 상대방에게 정보제공 의무를 부과하는 입법례는 아직 없”다는 취지의 설명은 독일의 2017년 3월 개정법과 체코슬로바키아의 입법례를 간과한 오류였다. 한국언론법학회 정기학술대회 토론회 자료집, 2017. 11., 88.

독일은 2017년 개정 저작권법에 투명성 조항을 신설하여, 창작자는 저작권 계약 상대방에게 저작물의 사용 규모와 그로 인한 수익에 관한 정보를 연 1회 요청할 수 있다(정보 제공에 과도한 비용이 드는 경우는 제외). 이 규정은 강행규정이기 때문에, 정보제공 의무를 배제하는 계약은 무효이다. 2017년 개정법은 컴퓨터 프로그램 저작물에는 적용되지 않기 때문에 정보제공 의무 역시 적용되지 않는다(제69a조 제5항).

프랑스는 분야별 투명성 조항을 두는데, 영상저작물 제작자는 창작자에게 이용 형태 각각에 대한 수입에 관한 정보를 제공해야 하고(제132-28조), 출판사도 연 1회 이상 저자에게 출판물 및 디지털 형태의 이용에 관한 정보를 제공해야 한다. 음반에 관해서는 법률 조항은 없지만 18개 음반사들이 2015년 양해각서를 통해 창작자에게 공정한 보상과 투명성을 보장하고 있다.¹¹⁶⁾ 프랑스는 2016년 7월 7일 투명성을 강화하는 조항을 신설하여 영상저작물의 상업적 배포자 등에게도 정보 제공 의무를 부과하였다.¹¹⁷⁾

체코슬로바키아 민법¹¹⁸⁾은 저작물 이용자의 정보제공 의무가 정액보상이 아닌 비례보상인 경우만 적용되도록 하며, 창작자로부터 저작물의 이용허락 받은 자는 이용료를 산정하기 위해 필요한 회계 자료 등을 제공해야 하며, 영업비밀 정보가 제공된 경우 창작자는 이를 제3자에게 제공해서는 안 된다.¹¹⁹⁾

유럽연합의 DSM 저작권지침 제19조에 따르면, 창작자는 저작물 이용 형태와 저작물 이용으로 발생한 모든 수익과 그에 합당한 보상에 관한 포괄적인 정보를 연 1회 이상 정기적으로 받을 수 있도록 해야 한다. 다만 이러한 정보를 제공하기 위한 관리 비용이 창작자에 대한 보상과 비

115) 유럽연합 회원국들의 입법례와 산업계 동향과 실무는 European Commission, Commission staff working document - Impact assessment on the modernization of EU copyright rules, SWD(2016) 301 final (이하, “EC 영향평가”), Part 3/3, 2016, Annex 14A에 잘 정리되어 있다.

116) European Commission, 앞의 글(EC 영향평가), 201.

117) Ibid, 210-211.

118) 체코슬로바키아의 경우, 저작권법에 있던 계약에 관한 조항들이 2012년 개정 민법으로 편입되었다. Stechova, 앞의 글, 189.

119) Ibid, 241.

교하여 과도한 경우에는 예외로 할 수 있다.

3) 범위

저작자에게 제공하여야 하는 정보는 양수인 등이 직접 저작물을 이용하여 발생한 저작권료(제1호)와 다른 사람에게 이용허락을 하여 발생한 저작권료(제2호)를 포함한다. 그리고 저작권료는 아니지만, 저작물에 대한 권리를 행사하여 얻은 이익(제3호, 가령 손해배상청구권의 행사를 통해 받은 배상이나 경고장이나 형사고소 등을 통해 받은 합의금)도 포함되도록 하였다.

이 조문에 대해 위헌 소지가 있다는 의견도 있지만,¹²⁰⁾ 양수인 등이 보유한 정보에 관한 기본권이 정보제공 의무로 인해 과도하게 제한된다고 보기 어렵고, 현행 저작권법에서도 저작권신탁관리업자는 영리목적 이용자에게 저작물 사용료 산정에 필요한 서류의 열람 청구권을 인정하고 있으며(제107조), 제안 조문과 같은 정보제공 의무를 둔 여러 입법례를 고려할 때, 제안 조문이 헌법에 위배된다는 지적에는 동의하기 어렵다. 오히려 제안 조문과 같은 강행 규정 성격의 투명성 조항을 두어야, 저작자의 권리를 법률로 보장한다는 헌법 제22조 제2항의 취지를 제대로 달성할 수 있을 것이다.¹²¹⁾ 또한, 웹툰 분야의 실태 조사에 따르면,¹²²⁾ 웹툰 작가 558명 응답자 중 매출/RS¹²³⁾ 리포트를 제공받은 경험이 있다는 응답이 64.2%, 월 1회가 69%로 가장 많고(보고서 114-115면), 제공받은 정보도 “산출 근거와 내역이 구체적으로 포함된 정보”가 61.7%로 가장 많다는 점에서 제안조문이 실무관행과 크게 어긋난다고 하기도 어렵다.

120) 이규홍, 토론문, 창작 노동의 착취 수단으로서의 저작권과 그 해법, 콘텐츠 제작·유통에 있어서 개인·독립 창작물에 대한 저작권법 이슈와 전망, [헌법재판소 대강당], 한국언론법학회, 2017. 11. 2., 117.

121) 유럽연합도 DSM 저작권지침에서 투명성 조항을 신설하는 취지가, 저작자와 매개자 간의 정보 비대칭의 문제를 해결하여 저작자의 계약상 불리한 지위를 회복하려는 것이라고 밝힌 바 있다. European Commission, 앞의 글(EC 영향평가), Part 1, 제5.4절(173면 이하) 참조.

122) 한국콘텐츠진흥원, 앞의 책(웹툰 작가 실태조사).

123) “RS(수익배분: Revenue Share: 매출액을 기준으로 비율에 따라 나누기로 약정하는 금액, RG(Running Guarantee)라고도 함” (Ibid, 156).

IV. 결론

저작권 제도가 창작 노동의 소외와 착취 도구로 기능하는 모순은 창작물을 사적 소유의 대상으로 삼는 저작권 제도 자체에 내재되어 있다고 할 수 있다. 이러한 모순은 저작권 제도의 개선만으로는 해결될 수 없고, 시장과 분리된 창작물의 생산 구조라는 근본적 해법을 통해 해결해야 한다. 여기서 제안하는 제도 개선안은 근본적인 해법은 아니지만, 창작 노동이 착취당하는 현실을 외면하기 어려운 현 시점에서 저작권법 개정을 통한 해법으로는 최선의 제안이라고 생각한다. 조용필 사례에서 보는 것처럼, 가왕의 분노한 팬들이 저작권 반환 혁명을 일으켜야만 비로소 해결되는 개별적 방식이 아니라 제도적 해법을 위해서는 입법 조치가 필요하다.

이러한 입법 조치를 실현하려면, 사적자치의 원칙(계약 자유의 원칙)에 대한 재검토가 필요하다.¹²⁴⁾ 사적자치라는 원칙을 자유롭게 계약을 체결하지 못하는 현실에 내몰린 창작자들에게 강요함으로써 과연 무엇을 달성하려는 것인지 반문해볼 필요가 있다는 말이다. 사적자치의 원칙은 “고권적인 명령이 아니라 법인격자 자신들의 의사나 행위를 통해서” 법률관계가 형성된다는 원칙을 말하고, “계약의 자유는 사적자치가 실현되는 가장 중요한 수단”이다.¹²⁵⁾ 이를 헌법상의 원리로 인정하는 근거는 “시장에 참여한 사람들이 저마다 자유로운 경쟁 아래 최적의 계약조건을 탐색하고 자신의 조건을 수정하는 과정을 거친 끝에 서로 간에 의사가 합치되는 지점을 찾아낸 경우 그 지점에서 계약이 이루어지도록 하는 것이 가장 합리적·효율적인 의사결정 방법이 된다는 시장경제에 대한 믿음”이다.¹²⁶⁾ 따라서 이러한 믿음이 통용되지 않는 현실에 처한 창작자에게 사적자치의 원칙을 강요한다면, 이는 사적자치의 근거가 되는 헌법 제10조의 행복추

124) 노웅래 의원안에 대한 국회 문화체육관광위원회 전문위원 검토보고서(2019. 6.)도 계약 자유의 원칙에 대한 예외의 필요성 여부를 중심으로 노웅래 의원안을 평가하고 있다. 문제는 이 검토보고서가 창작 분야의 현실과 입법례에 관한 기초적인 조사를 하지 않았고, 형식적인 법 이론을 앞세웠다는 점이다.

125) 현재 2001. 5. 31. 99헌가18.

126) 대법원 2017. 12. 21. 선고 2012다74076 전원합의체 판결.

구권을 보장하기는 커녕 ‘자유’라는 이름의 감옥에 창작자들을 가두는 결과가 될 것이다.

최초의 저작권법이라 불리는 앤 여왕법을 비롯하여 유럽과 영미법계 국가에서 저작권 계약에 대해서는 계약 자유의 원칙보다는 계약 공정의 원칙을 더 강조해 왔다. 계약 자유의 원칙의 신봉자로 평가받는 유럽집행위원회가 제안한 DSM 저작권 지침에서 저작권 계약의 공정성을 더 강화했다는 점¹²⁷⁾은 시사하는 바가 크다. 현실과 동떨어진 법 이론으로 불필요한 논쟁을 이어갈 것이 아니라, 공정한 보상 기준을 어떻게 만들지 고민하고, 저작권 계약에 관한 실태 조사와 투명성 조항이나 공정한 보상에 관한 다툼을 좀 더 신속하게 해결할 분쟁조정절차를 마련하려는 노력이 더 절실하다.

[투고일: 2019.10.22; 심사완료일: 2019.12.23; 게재확정일: 2019.12.26.]

¹²⁷⁾ Ananay Aguilar, The new Copyright Directive: Fair remuneration in exploitation contracts of authors and performers - Part 1, Articles 18 and 19, Kluwer Copyright Blog, 2019, <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/07/15/the-new-copyright-directive-fair-remuneration-in-exploitation-contracts-of-authors-and-performers-part-1-articles-18-and-19>.

참고문헌

- Nick Dyer-Witthford, 신승철, 이현 옮김, 『사이버-맑스: 첨단기술 자본주의에서의 투쟁주기와 투쟁순환』, 이후, 2003.
- 계승균, In dubio pro auctore, 『창작과권리』 제36호, 2004.
- 계승균, 창작환경 변화와 저작물 이용허락 제도에 관한 저작권법상의 몇 가지 문제점, 『정보법학』 제13권 제2호, 2011.
- 남희섭, 창작 노동의 착취 수단으로서의 저작권과 그 해법, 콘텐츠 제작·유통에 있어서 개인·독립 저작물에 대한 저작권법 이슈와 전망, [헌법재판소 대강당], 한국언론법학회, 2017. 11. 2.
- 남희섭, 한국 사회에서 저작권 제도 개혁의 필요성과 방향, 『계간 저작권』 제108호, 2014.
- 박성호, 『저작권법』, 박영사, 2014.
- 박성호, 문화생태계의 혁신과 역동성이 발휘될 수 있는 저작권 제도의 개선을 위하여, 창작노동 보호를 위한 저작권법의 과제 토론회 자료집, 2018.
- 박성호, 저작권신탁관리업에서 ‘포괄적 대리’의 의미와 ‘신탁범위 선택제’의 실천방안, 『계간 저작권』, 2016.
- 박찬원, 『콘텐츠산업 공정상생 생태계 조성전략 연구』, 한국콘텐츠진흥원, 2019.
- 서달주, 『프랑스 저작권 이용계약법』, 저작권심의조정위원회, 2004.
- 서달주, 『2002년 독일 개정저작권법과 저작자의 지위 강화』, 저작권심의조정위원회, 2003.
- 안효질, 독일 저작권법 내용을 중심으로, 『창작자 보호를 위한 제도 개선 방안 연구』, 한국저작권위원회, 2015.
- 유승희, 추혜선, 한국방송영상제작사협회, 한국독립PD협회, 『방송제작 환경의 문제점과 대안(2017년도 국정감사 정책자료집)』, 2017.
- 이규홍, 토론문, 창작 노동의 착취 수단으로서의 저작권과 그 해법, 콘텐츠 제작·유통에 있어서 개인·독립 저작물에 대한 저작권법 이슈와

- 전망, [헌법재판소 대강당], 한국언론법학회, 2017.
- 이기수(한국저작권법학회), 「저작권법 체계 개선 연구」, 문화체육관광부, 2008.
- 이영욱, 공정한 저작권계약을 위한 입법적 보완방안에 대한 연구, 고려대학교 박사학위논문, 2015.
- 한국콘텐츠진흥원, 「2018 방송 프로그램 외주제작 거래 실태조사」, KOCCA 연구보고서, 2019, 18-35.
- 한국콘텐츠진흥원, 「2018 웹툰 작가 실태조사」, KOCCA 연구보고서 18-55, 2019.
- Adams, Bryan (assisted by Mario Bouchard), Terminating copyright assignments to preserve creator's rights, Brief to the Standing Committee on Industry, 14 December 2018.
- Bently, Lionel & Ginsburg, Jane C., The sole right shall return to the authors: Anglo-American authors reversion rights from the Statute of Anne to contemporary U.S. Copyright, *Berkeley Technology Law Journal*, 15, 2010.
- Brennick, Chase, Termination rights in the music industry: Revolutionary or ripe for reform?, *NYU Law Review* 93, 2018.
- Clausen, Jeppe Brogaard, The New Norwegian Copyright Act, 2018.
- Cohen, Julie, Loren, Lydia, Okediji, Ruth & O'Rourke, Maureen, *Copyright in a global information economy*, 3rd ed. Aspen Publishers, 2010.
- Cornish, William, The Statute of Anne 1709-10: Its historical setting, In *Global Copyright: Three hundred years since the Statute of Anne, from 1709 to cybersapce*, edited by Lionel Bently et al., Edward Elgar, 2010.
- Dusollier, Séverine, Ker, Caroline, Iglesias, Maria & Smits, Yolanda, *Contractual arrangements applicable to creators: Law and practice of selected Member States*, Directorate-General for Internal Policies, European Parliament, 2014.

- European Commission, Commission staff working document - Impact assessment on the modernization of EU copyright rules, SWD(2016) 301 final, 2016.
- European Commission, *Remuneration of authors of books and scientific journals, translators, journalists and visual artists for the use of their works*, Publications Office of the European Union, 2016.
- Giblin, Rebecca, A new copyright bargain? Reclaiming lost culture and getting authors paid, *Colum. J. L. & Arts* 41(3), 2018.
- Hilty, Reto M. & Peukert, Alexander, Equitable remuneration in copyright law: The amended German Copyright Act as a trap for the entertainment industry in the U.S.? *Cardozo Arts & Entertainment* 22, 2004.
- House of Commons, Canada, STATUTORY REVIEW OF THE COPYRIGHT ACT, Report of the Standing Committee on Industry, Science and Technology (June 2019, 42nd Parliament, 1st session), 2019.
- Lucas-Schloetter, Agnès, European copyright contract law: A plea for harmonisation, *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law* 48(8), 2017.
- Matulionyte, Rita, Empowering authors via a fairer copyright contract law, *UNSW Law Journal* 42(2), 2019.
- Rahmatian, Andreas, Dealing with rights in copyright-protected works: Assignments and licences, In *Research handbook on the future of EU copyright*, Chapter 12, edited by Estelle Derlaye, Edward Elgar Publishing, 2009.
- Senftleben, Martin, Copyright, creators and society's need for autonomous art - The blessing and curse of monetary incentives, In *What if we could reimagine copyright*, edited by Rebecca Giblin & Kimberlee Weatherall, Australia: ANU Press, 2017.
- Senftleben, Martin, More money for creators and more support for

- copyright in society - fair remuneration rights in Germany and the Netherlands, *Columbia Journal of Law & Arts* 41, 2018.
- Shaheed, Farida, Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights - Copyright policy and the right to science and culture, UNGA A/HRC/28/57, 24 December 2014.
- Stechova, Katerina, How to best “sell” the “best-seller” clause?: A review on whether the contract adjustment mechanism proposed by the EU draft Digital Single Market Directive can secure fair (additional) remuneration for authors and performers, QMUL (PhD thesis), 2017.
- Stenvik, Are & Firing, Emily, New Copyright Act in force from 1 July 2018, BAHN Newsletter, 2018.
- Strowel, Alain & Vanbrabant, Bernard, Copyright licensing: a European view, In *Research handbook on intellectual property licensing*, edited by Jacques de Werra, Edward Elgar Publishing, 2013.
- Vinvand, Jens Daniel, New Norwegian Copyright Act proposed, *Managing Intellectual Property*, 2016.
- Wille, Kriek & Kloppenburg, Mariko, Beware: the Copyright Contract Act also affects existing agreements!, 2015.
- WIPO Secretariat, Draft General Report, 58th Assemblies of the Member States of WIPO, A/58/11 Prov. Annex, 2018.

<Abstract>

A task of copyright law for the protection of creative labor

Heesob Nam*

If the paradoxical reality that copyright system which is supposed to protect individual creators serves to exploit creative labor is left unattended, the copyright system is hard to sustain. In order to alleviate the exploitation of creative labor, we need to revise the existing Copyright Act to codify measures warranting fairness rather than freedom in copyright contract.

Amendment of Copyright Act proposed in this article includes both *ex ante* and *ex post* interventions in a copyright contract. The *ex ante* intervention includes: a formality requirement mandating that a copyright transfer be made in writing and specify every bundle of transferred right; an interpretation rule of copyright contract in favor of an author; a ban of a bulk assignment of future works; and a prohibition of copyright transfer without paying a corresponding remuneration to an author. The proposed *ex post* statutory intervention includes: an introduction of a termination right for a contract on future works or unknown type of use; an author's right to claim a fair remuneration against transferees and licensees; and an obligation of transparency under which an author may request reporting of use of copyright works and resulting revenues.

These proposals are borrowed from legislation of Europe where the copyright system was born. The European legislation had provisions for creators who were in a weak position and were not properly remunerated while buying out their works. The reversionary right contained in the

* PhD, Research director, Knowledge Commune.

Statute of Anne and termination right in the U.S. Copyright Act are typical examples of disregarding private autonomy in copyright contract. Jurisdictions of continental law traditions have enacted several binding rules that actively take into account the reality that copyright contracts are not concluded by the creator's free will. These provisions are to be adapted to our reality so that copyright system is streamlined and creators are no longer exploited under the name of "freedom".

Key Words: creative labor, copyright act, best-seller clause, fair remuneration, fairness of contract