



저작자표시-비영리-동일조건변경허락 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.
- 이차적 저작물을 작성할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



동일조건변경허락. 귀하가 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공했을 경우에는, 이 저작물과 동일한 이용허락조건하에서만 배포할 수 있습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

선거운동에서의 음악저작물
이용에 관한 법적규율 및 이에
대한 평가

2013년 2월

서울대학교 대학원

법 학 과

박 광 선

선거운동에서의 음악저작물
이용에 관한 법적규율 및 이에
대한 평가

지도교수 정 상 조

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함
2012년 10월

서울대학교 대학원
법 학 과
박 광 선

박광선의 석사 학위논문을 인준함
2013년 1월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

음악저작물은 선거유세 현장에서 흥을 돋우고, 유권자들의 관심을 집중시키며, 후보자의 이미지를 개선시키는 효과가 있다는 점으로 인하여 선거운동에서 빠질 수 없는 요소로 깊이 자리잡았다. 그러나 음악저작물도 그 자체로 권리의 대상인만큼, 이를 이용하는 과정에서 권리자와 이용자 사이의 권리 충돌 문제가 발생하는 것은 불가피하다. 특히 정치적 영역에서 저작물을 이용하는 경우에는, 경우에 따라서는 권리자의 학문·예술의 자유뿐 아니라 권리자의 표현·결사의 자유까지 제한되는 결과가 발생하기도 한다. 만약 저작자와 이용자 사이의 관계를 조율하는 관련 법령이 위와 같은 측면을 모두 염두에 두고 있다면, 이는 매우 바람직한 법적 규율로 평가될 수 있을 것이다. 반면에 위 법령이 사안의 쟁점 중 일부밖에 고려하지 못하고 있다면 이는 부족한 법적 규율로서, 개선이 도모되어야 할 필요가 있다 할 것이다.

선거운동에서의 음악저작물 이용 사례를 일차적으로 규율하는 법률인 저작권법을 검토하여 볼 때, 그 이용행위가 일용 권리자들의 권리에 대한 침해를 구성한다는 점에 대해서는 논란의 여지가 없다. 즉, 선거운동에서의 음악저작물 이용 행위는 그 음악저작물을 이용하는 형태가 ① 저작물을 변형하지 않고 그대로 이용하는 것이든, ② 가사가 붙어 있는 음악저작물을 개사하여 이용하는 것이든, ③ 저작물을 샘플링하여 이용하는 것이든지 간에 저작자가 지니는 저작권 또는 실연자·음반제작자가 지니는 저작인접권에 제한을 가하게 된다.

그러나 만약 이용행위로 인하여 저작권 또는 저작인접권에 제한이 가해진다 하여 권리자 이외의 사람의 저작물 이용을 전면 금지하게 되면, 이용자의 표현의 자유가 위축될 뿐 아니라 종국적으로 저작권법의 목적인 문화 및 산업의 발전도 기할 수 없게 된다. 이러한 점을 감안하여 저작권법에서 권리자와 이용자 사이의 권리 조화를 꾀하고 있는 부분이 '저

작재산권의 제한'과 '이용허락'이다. 따라서 저작권법에서 '저작권재산권의 제한'과 '이용허락' 부분이 어떻게 규정되어 있고 위 두 부분이 현실에서 어떻게 운용되고 있는지를 살펴보면, 권리자와 이용자 사이의 이익형량이 적절하게 이루어지고 있는 것인지를 평가해 볼 수 있을 것이다.

먼저, 기존 저작권법은 '저작권재산권의 제한'과 관련하여 그 사유를 제한적 열거 형태로만 규정하고 있어 이용자의 이용 필요성을 탄력적으로 반영하지 못하는 측면이 있었다. 그렇지만 2011. 12. 2. 저작권법 개정을 통하여 포괄적 제한 사유인 공정이용 개념이 도입됨으로써 이용자의 입장을 보다 세심하게 반영할 수 있게 되었으므로, '저작권재산권의 제한'과 관련된 법적 규율상의 문제점은 상당히 개선되었다 할 수 있다.

반면, 현행 저작권법의 '이용허락' 제도는 현행법의 저작권위탁관리제도와 관련하여 생각해 볼 때, 권리자의 입장을 지나치게 경시한 측면이 있음을 부인하기 어렵다. 저작권법의 규정 및 법제처의 법령해석을 종합하면 우리나라에서는 권리자가 권리를 전문관리단체에 위탁하고자 할 때 비배타적인 형태의 대리중개 시스템을 선택하는 것이 사실상 불가능하다. 결과적으로 권리자는 배타적인 형태의 위탁관리 시스템인 신탁관리를 통하여 자신의 재산권을 관리단체에 이전할 것을 강요당하고 있는 셈이다. 또한 이에 따른 논리적 귀결로서 권리자는 저작권재산권 이용허락을 거절할 권리를 상실하게 된다. 이러한 시스템의 문제점은 권리자가 이용허락 여부를 결정하는 문제가 권리자의 표현·결사의 자유의 행사와 맞닿아 있는 정치적 영역에서 더욱 두드러지게 된다.

이러한 점에 비추어 보면 현행 저작권법의 '이용허락' 제도는 저작권위탁관리제도의 문제점으로 인하여 권리자의 이익을 세심하게 반영하지 못하고 있는 것인바, 저작권위탁관리제도를 보다 탄력적인 형태로 개정하면 이러한 문제는 상당히 개선될 수 있을 것으로 판단된다. 개선방안으로 나오는 여러 가지 안들 중에서 주목할 만한 것은 포괄적 대리를 '대리'로 보지 않는 저작권법 제2조 제26호의 규정내용을 손질하는 것이다. 현행 저작권법 체계에서 권리자가 대리중개 시스템을 선택 선택하지 못

하는 이유는 신탁관리단체만이 포괄적 대리를 할 수 있기 때문인 것인데, 만약 이러한 부분이 개정된다면 표현·결사의 자유를 자유롭게 행사하고 싶은 권리자는 저작권을 개별적인 형태로 관리하여야 한다는 부담 없이 손쉽게 대리중개 시스템을 채택할 수 있을 것이다.

세부적으로 위 조항을 어떻게 손질할 것인지에 관해서는 추가적인 논의가 필요하다 할 것이지만, 어쨌든 선거운동에서의 음악저작물 이용 사례에서 규범조화적으로 당사자 간 이익을 형량하기 위하여 저작권위탁관리 제도의 개선이 필요하다는 점은 전술한 바와 같이 비교적 자명하다.

주요어 : 저작권, 음악저작물, 선거운동, 정치, 샘플링, 저작권위탁관리
학 번 : 2010-23506

목 차

제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위	2
제2장 선거운동에서의 음악저작물 이용문제에 내재된 근본적인 논의	5
제1절 문제의 소재	5
제2절 이용자의 표현의 자유와 저작자의 학문·예술의 자유의 충돌	5
I. 저작물 이용자의 표현의 자유의 내용	5
II. 저작권의 헌법적 지위	6
III. 음악저작물의 정치적 이용 사례와 두 기본권 사이의 충돌	6
제3절 이용자의 표현의 자유와 저작자의 표현·결사의 자유에의 충돌	7
I. 문제의 소재	7
II. 미국에서의 논의	7
III. 미국에서의 논의가 우리나라에 적용 가능한지 여부	8
IV. 위 논의와 후술하는 논의의 연관성	10
제4절 논의의 정리	10
제3장 저작권법상 권리의 주체 및 그 내용에 관한 일반론 - 음악저작물에 한하여	12
제1절 개관	12

제2절 음악저작물과 관련된 권리의 주체 -----	12
I. 총설-----	12
II. 음악저작물의 저작자 - 저작권의 귀속주체-----	13
III. 실연자, 음반제작자 - 저작인접권의 귀속주체-----	15
제3절 저작권의 구체적인 내용 -----	16
I. 총설-----	16
II. 저작재산권의 종류 및 개념 검토-----	16
III. 저작인격권의 종류 및 개념 검토-----	20
제4절 저작인접권의 구체적인 내용 -----	23
I. 총설-----	23
II. 실연자의 권리-----	24
III. 음반제작자의 권리-----	26
제5절 논의의 정리 및 후술할 논의의 방향 -----	27

제4장 선거운동에서의 음악저작물 이용이 저작권·저작인접권 침해 유형에 해당하는지 여부----- **29**

제1절 문제의 소재 -----	29
제2절 저작권 침해의 판단기준으로서의 실질적 유사성 개념 -----	30
I. 실질적 유사성 개념의 의의 및 판단기준-----	30
II. 음악저작물과 관련하여 적용될 수 있는 실질적 유사성 판단기준-----	31
III. 이 논문의 주제와 실질적 유사성 법리의 관계-----	33
제3절 ①의 사례와 저작권 침해 유형 해당 여부 검토 -----	33
I. 문제의 소재-----	33
II. 저작자에 대한 저작권 침해 유형 해당 여부-----	34
III. 실연자에 대한 저작인접권 침해 유형 해당 여부-----	41
IV. 음반제작자에 대한 저작인접권 침해 유형 해당 여부-----	44
V. 소결론-----	45

제4절 ②의 사례와 저작권 침해 유형 해당 여부 검토	45
I. 문제의 소재	45
II. 작곡가에 대한 저작권 침해 유형 해당 여부	46
III. 작사가에 대한 저작권 침해 유형 해당 여부	48
IV. 소결론	55
제5절 ③의 사례와 저작권 침해 유형 해당 여부 검토	56
I. 문제의 소재	56
II. 샘플링과 저작인접권 침해 판단 기준의 검토	57
III. 저작자에 대한 저작권 침해 유형 해당 여부	67
IV. 실연자에 대한 저작인접권 침해 유형 해당 여부	69
V. 음반제작자에 대한 저작인접권 침해 유형 해당 여부	70
VI. 소결론	70
제6절 소결론	71

제5장 선거운동에서의 음악저작물 이용이 종국적으로 저작권·저작인접권 침해를 구성하는지 여부 73

제1절 논점의 정리	73
제2절 저작권 및 저작인접권 제한에 대한 개괄적 논의	74
I. 저작권 및 저작인접권 제한의 취지	74
II. 저작권법상 저작권 및 저작인접권 제한 사유의 규정 형식	74
III. 저작권 및 저작인접권 제한 사유의 적용범위	75
제3절 저작권법에 열거된 저작권 및 저작인접권 제한사유 해당 여부 검토	77
I. 개관	77
II. 저작권법 제29조 제1항의 적용가능성 검토	77
III. 저작권법 제29조 제2항의 적용가능성 검토	81
IV. 저작권법 제35조의3의 적용가능성 검토	83
제4절 표현의 자유에 기초한 항변의 가능 여부	95

제5절 음악저작물의 이용허락과 관련된 문제	96
I. 문제의 소재	96
II. 이용자가 허락을 받아야 하는 주체	97
III. 이용허락 주체가 정치적 견해가 상이하다는 이유로 이용허락을 거절할 수 있는지 여부	98
IV. 저작자·저작인접권자가 저작권신탁관리단체의 이용허락에 반하여 이용자의 이용을 저지할 수 있는지 여부	100
V. 소결론	102
제6절 저작자·저작인접권자가 중국적으로 저작권법에 따른 권리구제를 받게 되는지 여부	103
I. 선거운동에서의 음악저작물 이용과 중국적인 권리 침해 판단	103
II. 저작권신탁관리와 저작자의 법률적 지위	104
제6장 선거운동에서의 음악저작물 이용이 저작권 이외의 권리 침해 문제를 초래하는지 여부	105
제1절 논점의 정리	105
제2절 선거운동에서의 음악저작물 이용과 관련하여 상표법 또는 부정경쟁방지법 위반이 문제되는지 여부	106
I. 문제의 소재	106
II. 미국에서의 상표법 위반에 관한 논의	106
III. 선거운동에서의 타인의 음악저작물 이용과 상표법 및 부정경쟁방지법 위반 여부의 검토	111
IV. 소결론	114
제3절 퍼블리시티권 침해 문제	115
I. 문제의 소재	115
II. 미국에서의 논의	115
III. 우리나라에서의 녹음물의 정치적 이용과 퍼블리시티권 침해 문제	116

IV. 소결론	118
제4절 소결론	119
제7장 저작권위탁관리제도의 운용실태에 대한 고찰	120
제1절 논점의 정리	120
제2절 현행법상 저작권위탁관리제도의 법률적 구조	121
I. 논점의 정리	121
II. 저작권법에 규정된 저작권신탁관리업의 의의	121
III. 저작권신탁관리의 법적 성질 및 구체적 내용	124
IV. 우리나라 저작권위탁관리제도의 법적 규율에 대한 평가	126
제3절 음악저작물과 관련된 저작권위탁관리제도의 운용상 문제점	126
I. 문제의 소재	127
II. 저조한 ‘자발적’ 신탁관리 비율	127
III. 소권 제한에 따른 권리자들의 불만	128
IV. 소결론	128
제4절 현행 저작권위탁관리제도의 문제점과 선거운동에서의 음악저작물 이용 쟁점의 연관성	129
제8장 결론	131
참고문헌	136
Abstract	141

제1장 서론

제1절 연구의 목적

2012. 초 록그룹 '서바이버(Survivor)'의 멤버인 프랭크 설리번은 미국 공화당 대선 주자인 뉴트 깡리치 전 하원의장이 자신이 작곡한 "아이 오브 더 타이거(Eye of the Tiger)"를 정치 집회나 대중 행사에서 무단 사용하였다는 이유로 그를 저작권 침해 혐의로 고소한 사건이 있었는데, 이 사건은 뉴트 깡리치 전 하원의장이 저작권법으로 박사 학위를 받은 경력이 있다는 점이 알려져 더욱 화제가 되었다.¹⁾ 미국에서는 위 뉴트 깡리치 사건 이외에도 미셸 바크만 후보 선거캠프가 톰 페티의 음악을 무단으로 활용하였다가 저작권 침해 행위를 중지해달라는 편지를 받은 사건, 전임 플로리다 주지사 찰리 크리스트가 선거 과정에서 데이비드 번의 곡을 무단 사용한 것에 관하여 사과한 사건 등이 화제가 된 바 있고,²⁾ 우리나라에서도 과거에 많은 선거캠프에서 저작권 이용 허락 절차를 거치지 아니하고 무단으로 저작권을 사용한 예가 문제된 사례가 있다.³⁾ 음악저작물은 후보자의 이미지를 광고하기에 더 없이 좋은 수단이기에 선거운동 및 각종 정치집회에서 필수적인 요소로 자리 잡았고, 그만큼 위와 같이 침해될 가능성도 높아지게 되었다.

1) 김현, "깡리치, '아이 오브 더 타이거' 저작권 침해로 피소", 2012년 1월 31일, 연합뉴스(<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=104&oid=001&aid=0005489470>에서 검색); 여인옥, "'저작권 박사'의 망신... 깡리치, 로고송 무허가 사용", 2012년 1월 31일, 머니투데이(<http://www.mt.co.kr/view/mtview.php?type=1&no=2012013114448285273&outlink=1>에서 검색)

2) Catalina Camia, "Mixing music and politics tricky for campaigns", 2011년 7월 8일, USAtoday(<http://content.usatoday.com/communities/onpolitics/post/2011/07/tom-petty-michele-bachmann-presidential-campaign-music-copyright-/1#.UITYtG8xqqg>에서 검색)

3) 박종생, "로고송 저작권 시비 예고, 후보들 '독도는...' 등 20여곡 무단사용", 1996년 3월 21일, 한겨레신문, 23면

타인의 음악저작물을 선거 로고송으로 사용하는 것은 근본적으로는 기본권 충돌 문제를 야기한다. 일단 정치인 입장에서는 타인의 음악저작물을 이용하는 것은 정치적 표현의 자유의 보호영역에 속하는 것이므로, 저작물에 대한 사용 제한은 곧 헌법상 표현의 자유(대한민국 헌법 제21조)의 제한을 의미한다. 반면 저작자 또는 저작인접권자 입장에서는 음악저작물이 자신이 지지하지 않는 정치인의 선거운동의 수단으로 쓰이게 될 경우, 위 정치인의 정치적 표현 행위에 관여하고 싶지 않음에도 강제적으로 그 행위에 기여하게 되는 격이다. 이는 곧 헌법상 학문과 예술의 자유(대한민국 헌법 제22조)의 보호를 받는 저작권을 제한받음과 동시에 헌법상 표현의 자유 중 소극적 측면⁴⁾을 제한받는 것이다.

이 논문은 기본적으로 위와 같은 기본권 충돌 문제가 우리 지적재산권법 체계에서 어떻게 해결되고 있고, 그 해결방식에 부족한 점은 없는지 여부를 살펴보는 데에 그 목적이 있다. 따라서 이 논문에서는 1) 먼저 저작권법에 의하여 이와 같은 저작권 충돌상황이 어떻게 해결되고 있는지 살펴보고, 2) 다음으로, 저작권법 이외의 다른 법률이나 판례 법리가 이와 같은 기본권 충돌상황을 적절하게 해결하는 역할을 하고 있는지 여부를 검토하기로 한다. 3) 위와 같은 1), 2)의 검토를 거친 후에는, 위와 같은 해결방식이 기본권 충돌상황을 규범조화적으로 해결한 것인지, 그 해결방식에 보완하여야 할 요소는 없는지 여부를 살펴보기로 한다.

제2절 연구의 범위

이 논문에서는 음악저작물이 정치적 표현의 일환으로 사용되는 경우에 문제되는 지적재산권법적 쟁점들에 관하여 논의하고자 한다. 이 논문의 구성은 다음과 같다.

4) 허영, 한국헌법론 제3판, 2003, 박영사, 524면 참조(의사표현의 자유는 소극적인 내용과 적극적인 내용으로 나누어지는데, 자신의 의사를 표현하고 전달하는 데 국가권력의 간섭이나 방해받지 않을 자유가 그 소극적인 내용이다)

제1장에서는 음악저작물의 정치적 이용에 관한 쟁점을 논하는 것이 시기적절한 것인지를 지적하고, 세부 쟁점들에는 어떤 것들이 있는지 간략하게 설명하고 있다.

제2장에서는 선거운동에서의 음악저작물 이용을 어느 정도 범위 내에서 허용할 것인지를 문제가 근본적으로는 기본권 충돌과 관련된 문제임을 밝히고, 이와 관련하여 어떠한 종류의 기본권 충돌문제가 내재되어 있는지를 살펴보고자 한다.

제3장에서는 선거운동에서의 음악저작물 이용이 저작권 및 저작인접권 침해에 해당하는지 여부를 논하기에 앞서, 전제 논의로서 음악저작물과 관련된 권리주체에는 누가 있고, 관련된 세부권리에는 어떤 것들이 있는지 살펴보기로 한다.

제4장에서는 선거운동과 관련하여 타인의 음악저작물을 이용하는 행위가 저작권 및 저작인접권의 침해 행위 태양에 해당하는지 여부를 논하되, 보다 세밀한 검토를 위하여 이용 행위의 유형을 3가지로 나누어 검토하기로 한다. 이 장에서는 경우를 나누어 비교적 상세하게 이용행위를 평가하되, 구체적인 논의에 앞서 모든 저작권 침해 사례에 공통적으로 적용되는 '실질적 유사성' 기준을 소개하도록 한다.

제5장에서는 저작물 이용자가 소송에서 항변으로 주장할 수 있는 저작권에 대한 제한 사유에는 어떤 것들이 있는지, 그 항변이 소송에서 받아들여질 가능성이 있는지 여부를 각각 살펴보기로 한다. 다음으로, 저작권 이용허락의 운용실태를 살펴봄으로써 종국적으로 저작권법상 저작자·저작인접권자의 권리가 어느 정도로 보호되고 있는지 살펴보기로 한다.

제6장에서는 저작자·저작인접권자가 자신이 관여한 음악저작물을 선거운동에서 이용하는 자에 대하여 상표법, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법'이라 한다) 및 퍼블리시티권에 기한 보호를 주장할 여지는 없는지 검토하기로 한다.

제7장에서는 우리나라 저작권 및 저작인접권의 위탁관리가 어떤 구조에 의하여 이루어지고 있는지 살펴본 후, 선거운동에서의 음악저작물 이용

사례와 관련하여 그 구조를 살펴볼 때 어떠한 문제가 있는지 살펴보기로 한다.

제8장에서는 위 각 장에서의 논의를 정리한 후, 음악저작물 이용자의 적극적 표현의 자유에 비하여 저작자·저작인접권자의 소극적 표현·결사의 자유가 비교적 경시되는 법 현실을 지적한 후, 저작권법상 저작권 위탁관리제도가 보다 신축적인 형태로 개선될 필요가 있음을 촉구하고자 한다.

제2장 선거운동에서의 음악저작물 이용문제에 내재된 근본적인 논의

제1절 문제의 소재

서로 다른 주체들끼리 법적으로 대립하는 경우를 헌법적으로 분석해 보면 대부분 '기본권의 충돌' 문제가 내재되어 있음을 발견할 수 있다. 저작권의 이용과 관련하여서도 저작자·저작인접권자와 이용자 사이에 기본권의 충돌 문제가 내재된 경우가 많은데, 그 중에서도 정치인 또는 정치집단이 정치적 목적을 가지고 타인의 음악저작물을 이용하는 경우에는 보다 특수한 '기본권의 충돌' 문제가 내재되어 있다.

제2절 이용자의 표현의 자유와 저작자의 학문·예술의 자유의 충돌

I. 저작물 이용자의 표현의 자유의 내용

표현의 자유는 누구나 자신의 의사를 자유롭게 표현하고 전달할 자유를 의미한다. 표현의 자유는 민주주의의 전제조건인 동시에 존립 요건이고, 국민의 정치적 의사형성, 통치의 정당화, 정치과정의 자유와 개방과 같은 모든 민주주의 내용은 표현의 자유의 보장 없이는 실현될 수 없기에 우리나라 헌법은 1948년 이래 표현의 자유의 근거가 되는 언론·출판의 자유를 규정하여 왔다.⁵⁾ 이와 같은 표현의 자유의 인정 취지를 감안할 때, 개인의 표현이 '정치'와 결부된 것일 경우에는 높은 수준의 보호가 인정

5) 육소영, 지적재산권과 표현의 자유, 2011, 공법학연구 제12권 제4호, 233면

되는 것으로 평가되고 있다.⁶⁾ 또한 표현의 자유의 내용에는 표현할 내용을 결정할 자유뿐 아니라 표현할 형식을 결정할 자유도 당연히 포함되는 것이다. 따라서 당연한 논리적 귀결로 정치인 또는 정치집단이 선거 운동에서 보다 효과적으로 정치적 성격의 의사표현을 하기 위하여 저작물을 이용하는 행위에 대해서도 높은 수준의 헌법적 보호가 부여되어야 할 것이다.⁷⁾

II. 저작권의 헌법적 지위

대한민국 헌법 제22조 제1항은 학문과 예술의 자유를 천명하고 있고, 제2항에서는 저작자, 발명가, 과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호된다고 규정하고 있다. 이러한 점에 비추어 볼 때 저작권 등 지적재산권은 헌법 제22조에 의하여 학문과 예술의 자유의 형태의 하나로, 기본권으로서 보호되고 있다고 볼 수 있다.

III. 음악저작물의 정치적 이용 사례와 두 기본권 사이의 충돌

저작물 이용자는 헌법 제21조에 근거하여 표현의 자유와 관련하여 타인의 저작물을 자유롭게 이용할 수 있는 권리를 지니고 있는 반면, 저작자·저작인접권자는 헌법 제22조 및 저작권법에 근거하여 자신의 저작물을 배타적으로 사용할 수 있는 권리를 지닌다. 따라서 저작물 이용자가 의사표현과 관련하여 타인의 저작물을 이용하려 할 경우에는 당연히 두 주체 간 기본권 충돌 문제가 발생할 수밖에 없다. 또한 위에서 본 것과 같이 ‘정치’, ‘선거’는 헌법상 표현의 자유의 영역이 극대화되는 영역이므

6) 육소영, 위 논문, 234면(이 논문에서는 상업적 표현에 비하여 높은 수준의 보호가 인정되는 근거로 “사상의 자유시장”, “인간의 주체성과 자아실현” 및 “민주주의적 자율통제” 등의 기본원리들을 제시하고 있다); 허영, 위 책, 524면(“같은 의사표현이라도 여론형성과의 관계가 크면 클수록 그 보호의 진지성이 커진다고 할 수 있다.”)

7) 육소영, 위 논문, 243-244면

로, 선거, 정치와 결부하여 저작물을 이용하는 경우에는 그 충돌이 더욱 두드러져 보일 수밖에 없다.

제3절 이용자의 표현의 자유와 저작자의 표현·결사의 자유의 충돌

I. 문제의 소재

위에서 이미 본 것과 같이 정치인 또는 정치집단이 정치적 행위를 하는 과정에서 저작물을 이용할 수 있는 권리가 헌법상 표현의 자유의 영역에 속한다는 점은 논란의 여지가 없다. 다만 미국에는 음악저작물의 저작권자 역시 정치적·이념적으로 견해를 달리하는 집단과 연관되지 아니할 자유⁸⁾를 지니므로 정치인이 저작자의 동의 없이 음악저작물을 이용하면 헌법상 기본권 제한 문제가 초래된다고 보는 견해가 있다. 아래에서는 이러한 견해가 토대로 삼는 헌법적 근거가 무엇이고, 이 견해가 우리나라에서 수용 가능한 것인지 여부를 살펴보기로 한다.

II. 미국에서의 논의

저작자가 자신의 저작물이 정치적으로 이용되는 것을 거부할 소극적 자유를 가진다는 견해는 그 헌법적 근거를 미국 수정 헌법 제1조⁹⁾의 표현의 자유 또는 결사의 자유에서 찾는다. 미국에서도 표현의 자유 또는 결

8) Sarah Schacter, The Barracuda Lacuna: Music, Political Campaigns, and the First Amendment, 2011, The Georgetown Law Journal Vol.99, 583면 이하에서는 이러한 권리를 'Nonassociation Interests'의 일종으로 파악하였다.

9) "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances."

사의 자유의 내용에는 당연히 '표현 또는 결사를 하지 아니할 자유'가 포함되어 있다고 보는데, 연방대법원은 "보이 스카우트가 동성애에 대하여 개방적인 시각을 가지고 있는 제임스 데일을 구성원으로 편입시키지 않을 권리"가 위 결사를 하지 아니할 자유의 내용에 포함되어 있다고 파악한 바 있다(Boy Scouts of America v. Dale).¹⁰⁾

다만, 이러한 Dale 판례의 취지를 다른 사례들에 확대적용할 수 있는지 여부에 관해서는 1) 이러한 Dale 판례의 취지를 광범위하게 적용할 경우 집단이 개인을 차별적으로 대하는 것을 허용하는 셈이어서, 위 판례 법리는 좁은 범위에서 적용되어야 한다는 소극적인 입장(제1설)과, 2) 위와 같은 Dale 판례의 취지는 개인이 정치적·이념적으로 견해를 달리하는 측과 연관되는 것을 거부할 수 있는 일체의 권리를 부여한 취지로 넓게 해석될 수 있다는 적극적인 입장(제2설)이 대립한다. 제2설의 입장을 취하는 학자들은 참가 및 관여를 원하지 않는 개인에게 참가를 강요하는 것은 개인의 정신적 자율성 및 지적 존엄성을 해하는 행위로서 미국 수정 헌법 제1조에 규정한 표현·결사의 자유에 반하는 것이라고 주장한다.

Sarah Schacter는 이와 같은 제2설의 입장을 토대로 개인의 저작물을 정치적 메시지의 일부로 사용하는 행위 역시, 개인의 정신적 자율성 및 지적 존엄을 해하는 행위로서 저작자·실연자의 표현·결사의 자유를 침해하는 것이라는 논리를 펼친 바 있다.¹¹⁾

Ⅲ. 미국에서의 논의가 우리나라에 적용 가능한지 여부

우리나라에는 '정치적·이념적으로 연관되지 않을 자유'를 헌법상 표현·결사의 자유의 일종으로 인정한 판례도 없고, 이와 관련된 논의도 본격적으로 진행된 바 없다. 그렇지만 위와 같은 미국에서의 논의는 우

10) Boy Scouts of America v. Dale, 530 U.S. 640(2000) 참조

11) 이상 Sarah Schacter, 위 논문, 584-585면 참조

리나라에서도 의미를 가질 수 있다고 생각한다.

일단 미국 수정 헌법 제1조의 문언상 보호범위는 우리나라 헌법 제21조 문언상 보호범위와 큰 차이가 없고, 우리나라에서도 소극적 표현·결사의 자유가 표현·결사의 자유의 내용으로 인정된다는 점에는 이견이 없다. 따라서 미국에서 위와 같이 소극적 표현·결사의 자유의 보호범위를 넓게 해석하는 견해가 상당한 설득력을 가지는 이상 우리나라에서도 그러한 해석 방식이 설득력을 가지지 못할 이유는 없다.

또한 '정치적·이념적으로 연관되지 않을 자유'가 기본권으로서 보호될 현실적 필요성도 있다. 만약 뉴트 깡리치 후보가 선거유세 현장에 등장할 때마다 "Eye of the tiger"를 재생하였던 것처럼 특정 음악저작물이 특정 정당이나 정치인에 의하여 집중적으로 사용된다면 시민들 입장에서는 그 음악저작물을 들을 때마다 특정 정당이나 정치인이 연상될 수밖에 없다.¹²⁾ 나아가 시민들은 음악저작물의 저작자나 실연자 역시 특정 정당이나 정치인과 연관되어 있다고 생각할 수도 있는데, 만약 저작자나 실연자가 그 정당이나 정치인과 반대되는 정치적 견해를 가지고 있다면 이는 매우 불쾌할 수 있는 상황이다. 실제로 *Browne v. McCain* 사례에서 맥케인 후보 진영은 오바마 후보의 에너지 절약 정책이 근거가 없음을 비꼬는 취지에서 "Running on Empty"라는 가사가 반복되는 잭슨 브라운의 곡을 사용하였는데, 결과적으로 오바마 후보의 정책을 비판하는 의견은 잭슨 브라운의 입을 통하여 전달된 셈이다. 오바마 후보의 지지자였던 잭슨 브라운은 이에 대하여 불쾌감을 표시하며, 맥케인 진영을 상대로 소를 제기하면서 자신의 위와 같은 인격적 이익이 침해당하였다는 점을 아울러 주장한 바 있다.¹³⁾

12) 김현, "깡리치, '아이 오브 더 타이거' 저작권 침해로 피소", 2012년 1월 31일, 연합뉴스(<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=104&oid=001&aid=0005489470>에서 검색)

13) David. C. Johnston, "THE SINGER DID NOT APPROVE THIS MESSAGE: ANALYZING THE UNAUTHORIZED USE OF COPYRIGHTED MUSIC IN POLITICAL ADVERTISEMENTS IN JACKSON BROWNE V. JOHN MCCAIN", 2010, *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal* Vol.27, 687-691면 참조. 잭슨

이와 같이 '정치적·이념적으로 연관되지 않을 자유'는 문언상 헌법 제 21조의 표현·결사의 자유의 일환으로 보호되는 데에 문제가 없고, 보호 필요성도 충분하다. 따라서 우리나라에서도 음악저작물을 저작자의 의사와 상관없이 사용하는 것은 이용자의 표현의 자유와 저작자·저작인접권자의 표현·결사의 자유의 충돌 문제를 야기한다고 볼 수 있다.

IV. 위 논의와 후술하는 논의의 연관성

음악저작물의 정치적 이용이 저작자·저작인접권자의 표현·결사의 자유를 침해할 수 있다는 논의를 꺼낸 것은, 음악저작물을 정치적으로 이용하는 데에 무조건 당사자의 동의를 얻어야 한다는 결론을 이야기하고자 함이 아니다. 이를 논의하는 것은 기본권 충돌 사례가 있을 경우에는 두 기본권이 명백한 우열관계에 있지 않은 이상 두 기본권 모두를 존중하는 규범조화적인 형태로 해결되어야 하는데, 과연 현행 지적재산권법 체계가 두 기본권을 모두 존중하는 형태로 정립 및 운용되고 있는지를 살펴보고자 함이다. 현행 지적재산권법 체계가 기본권 충돌 문제를 규범조화적으로 해결하지 못하고 있는 것으로 평가된다면, 이에 대해서는 보완이 필요하다는 입법론까지 제기될 수 있을 것이다.

제4절 논의의 정리

위에서는 음악저작물을 정치적 목적으로 이용하는 행위가 1) 이용자의 표현의 자유와 저작자의 학문·예술의 자유의 충돌, 2) 이용자의 표현의

브라운은 미국 저작권법 및 미국 상표법 위반, 퍼블리시티권 침해를 청구원인으로 주장하였는데, 특히 미국에서 미국 상표법의 일부조항은 우리나라 부정경쟁방지법과 유사하게 '잘못된 보증(false endorsement)'을 규제함으로써 위와 같은 인격적 이익을 보호하는 역할을 한다. 다만 유의할 점은 위의 '미국 저작권법' 또는 '미국 상표법'이라는 명칭은 U.S.C.(United States Code)이라는 하나의 거대 연방법의 일부분을 지칭한 것인데, 그 개념 및 체계에 대해서는 해당 부분에서 후술하기로 한다.

자유와 저작자의 표현·결사의 자유 충돌 등 기본권의 충돌 문제를 내포한다는 점을 설명하였다. 이러한 기본권 충돌 문제를 일차적으로 해결하는 법률은 저작권법이므로, 아래에서는 먼저 음악저작물의 정치적 이용 사례가 저작권법적으로 어떻게 해결되고 있는지 논의하기로 한다. 저작권법에 의한 법적 규율을 먼저 살펴본 연후에, 이차적으로 기타 지적재산권법 체계에 의하여 특별한 법적 규율이 이루어지고 있는지 여부를 살펴보기로 한다.

제3장 저작권법상 권리의 주체 및 그 내용에 관한 일반론 - 음악저작물에 한하여

제1절 개관

저작물에 관한 권리를 가지는 주체와 음악저작물을 이용하려는 정치인 또는 정치집단 사이의 기본권 충돌 문제가 '저작권법 영역'에서 어떻게 해결되고 있는지를 보려면, 과연 음악저작물을 정치적 목적으로 이용하는 행위가 저작권법상 권리 침해에 해당하는지 또는 음악저작물을 정치적 목적으로 이용할 때에 저작물 관련 권리 주체들이 이에 대한 금지나 손해배상을 청구할 수 있는지를 살펴보면 된다.¹⁴⁾ 다만 저작권·저작인접권이라는 포괄 개념 속에는 여러 종류의 세부적인 권리가 포함되어 있고 하나의 음악저작물에는 여러 명의 권리 주체가 연관되어 있다. 현행법과 판례 입장에 따를 때 '권리 침해 여부의 판단'은 주체별로, 세부 권리별로 달라질 수 있으므로, 위 쟁점에 관하여 답을 하기에 앞서 음악저작물과 관련된 권리 주체에는 누가 있고, 세부 권리에는 어떤 것들이 있는지를 살펴볼 필요가 있다.

제2절 음악저작물과 관련된 권리의 주체

I. 총설

14) 결과적으로 '이용행위가 저작권법상 권리 침해에 해당하는지 여부'와 '이용행위가 있을 때 저작물 관련 권리 주체들에게 구제수단이 인정되는지 여부'는 같은 쟁점이다. 다만 전자는 이용자의 관점에서, 후자의 창작자의 관점에서 쟁점을 정리한 것일 뿐이다.

우리 저작권법에서는 저작물과 관련하여 저작권과 저작인접권을 보장하고 있는데, 그 중 저작권은 저작자(저작권법 제10조 제1항)에게, 저작인접권은 저작자의 권리에 준하는 권리로서 실연자, 음반제작자, 방송사업자에게 인정되는 권리이다(동법 제64조). 일단 이 절에서는 저작물과 관련한 권리의 주체에 대하여 서술하고, 위 각 권리의 구체적인 내용은 다음 절에서 논의하기로 한다.

II. 음악저작물의 저작자 - 저작권의 귀속주체

1. 일반론

위에서 언급한 것과 같이 저작물의 저작권은 저작자에게 귀속되는데, 음악저작물과 관련하여 저작자로 볼 수 있는 사람은 작곡가와 작사가이다. 미국 저작권법¹⁵⁾은 실연자와 음반제작자 역시 저작권의 귀속 주체로 규정하고 있으나, 우리 저작권법은 이들에게 저작인접권이라는 별도의 권리를 부여하고 있으므로 저작권의 주체로 볼 수 없다. 다만 악곡과 가사가 결합된 음악저작물의 경우에는 외관상 하나의 저작물에 두 명의 저작자가 있는 셈인데, 두 저작자는 어떠한 법적 관계에 있는지 논의가 필요하다.

2. 악곡과 가사가 결합된 음악저작물의 법적성질 및 권리 귀속¹⁶⁾

현재 음악저작물과 관련된 논의에서 악곡과 가사가 결합된 형태의 곡이 하나의 음악저작물을 구성한다는 점에 대해서는 별다른 이견이 없는 상태이다. 다만 이와 같이 악곡과 가사가 결합된 형태의 저작물을 결합저

15) U.S.C.(United States Code) 중 Title 17의 Copyright Act를 의미하는 것이다. 편의상 이를 '미국 저작권법'으로 지칭하기로 한다.

16) 이하의 논의는 정상조 편저, 저작권법 주해, 2007, 박영사, 205-207면 참조

작물로 볼 것인지 공동저작물로 볼 것인지에 대해서는 논의가 필요하다고 할 것이다. 만약 위와 같은 형태의 음악저작물을 공동저작물로 볼 경우에는 저작권법 제15조17)와 제48조가 적용되어 악곡의 저작자나 가사의 저작자 각자가 개별적으로 저작재산권과 저작인격권을 행사할 수도 없게 되고, 개별적으로 저작권의 이용허락을 하거나 저작권의 양도를 할 수도 없게 된다.

어떤 저작물을 결합저작물로 볼 것인지 공동저작물로 볼 것인지에 관해서는 개별적 이용가능성 유무를 기준으로 판단하는 견해와 해당 저작물의 분리가능성 유무를 기준으로 판단하는 견해가 나뉘는데, 저작권법 제2조 제21호18)의 문언을 해석하여 볼 때 우리 저작권법은 전자의 견해를 취하고 있다는 것이 일반적이다. 그렇다면 악곡과 가사가 결합된 음악저작물이 결합저작물인지 공동저작물인지를 판단하기 위해서는 과연 악곡과 가사를 개별적으로 이용할 수 있는지 여부를 살펴야 할 것인데, 대부

-
- 17) **제15조(공동저작물의 저작인격권)** ① 공동저작물의 저작인격권은 저작자 전원의 합의에 의하지 아니하고는 이를 행사할 수 없다. 이 경우 각 저작자는 신의에 반하여 합의의 성립을 방해할 수 없다.
 ② 공동저작물의 저작자는 그들 중에서 저작인격권을 대표하여 행사할 수 있는 자를 정할 수 있다.
 ③ 제2항의 규정에 따라 권리를 대표하여 행사하는 자의 대표권에 가하여진 제한이 있을 때에 그 제한은 선의의 제3자에게 대항할 수 없다.
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.
 ③ 공동저작물의 저작재산권자는 그 공동저작물에 대한 자신의 지분을 포기할 수 있으며, 포기하거나 상속인 없이 사망한 경우에 그 지분은 다른 저작재산권자에게 그 지분의 비율에 따라 배분된다.
 ④ 제15조 제2항 및 제3항의 규정은 공동저작물의 저작재산권의 행사에 관하여 준용한다.
- 18) 저작권법 제2조 제21호는 “공동저작물은 2인 이상이 공동으로 창작한 저작물로서 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 것을 말한다.”라고 규정하고 있다.

분의 음악저작물의 경우 악곡과 가사를 분리하여 이용하는 것이 불가능하다고는 할 수 없으므로 이를 결합저작물로 보는 것이 타당하다 할 것이다.

이와 같이 악곡과 가사가 결합된 형태의 음악저작물을 결합저작물로 파악할 경우, 제3자가 악곡과 가사로 구성된 음악저작물 중 악곡만을 이용하고자 할 때에는 작곡가의 이용허락만을 받으면 되고 작사가의 이용허락까지 받을 필요는 없는 것이다.

3. 저작권 위탁관리로 인한 주체 변경의 문제

현재 우리나라에서 음악저작물과 관련한 저작자들의 저작재산권은 대부분 한국음악저작권협회(KOMCA, 이하 '음저협'이라 한다)가 위탁 관리를 하고 있다.¹⁹⁾ 우리나라에서는 저작권신탁관리에 관한 판례의 입장 및 음저협의 저작권신탁계약 약관에 의하여 저작권이 신탁된 경우에 음저협만이 이용허락 권한 및 제소 권한을 가진다는 법리가 구축되어 있어 저작재산권에 한해서는 저작자보다 음저협이 보다 중추적인 역할을 담당하고 있는 것이 현실이다. 이러한 저작권법의 규율 형태가 관련 당사자들의 기본권을 고루 반영한 것으로서 타당한지 여부는 관련 부분에서 후술하기로 한다.

Ⅲ. 실연자, 음반제작자 - 저작인접권의 귀속주체

음악저작물과 관련하여서는 실연자, 음반제작자가 저작인접권을 지닌다. 가령 '음반'은 음악저작물을 실연한 것을 음반제작자가 편집, 제작하여

19) 통계에 의하면 한국음악저작권협회(KOMCA)는 2008. 7. 31. 기준으로 총 8,287명의 신탁회원과 신탁계약을 체결하여 그들의 저작권을 신탁관리하고 있으며, 그 저작물 수는 204,776곡에 이른다. 이는 국내 전체 출판 곡의 96%를 차지하고 있는 규모이다(최문순, 한국음악저작권협회의 문제점과 개혁 방향, 2008, 국가문화체육관광방송통신위원회 국정감사 자료집, 9면 참조).

유형물로 고정한 것인데, 음반에 수록된 녹음물(Sound recording)에는 실연자와 음반제작자의 노력이 투입되어 있으므로, 이에 대하여 실연자와 음반제작자가 저작권을 지니게 되는 것이다.

다만 저작권과 마찬가지로 저작권접권에 대해서도 저작권위탁관리제도가 운용되고 있으므로, 저작권과 유사하게 '주체 변경의 문제'가 발생할 수 있다.²⁰⁾ 다만 현재 우리나라에서는 저작권접권의 신탁관리 비율은 저작권의 신탁관리에 비해 매우 저조하여 '주체 변경'이 많이 일어나지 않는 편인데, 이러한 실태 역시 저작권위탁관리에 관한 규율을 평가하는 부분에서 함께 논의하기로 한다.

제3절 저작권의 구체적인 내용

I. 총설

저작권법 제10조에 의할 때 저작자에게 귀속되는 권리는 크게 저작자의 재산적 이익을 보호하고자 존재하는 권리인 저작재산권과 저작자가 자기의 저작물에 대해서 가지는 인격적 이익을 보호를 목적으로 하는 저작인격권으로 나누어진다. 아래에서는 각 분류체계에 속하는 세부권리에는 어떤 것들이 있는지 구체적으로 살펴보기로 한다.

II. 저작재산권의 종류 및 개념 검토

1. 복제권

복제란 “인쇄·사진·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물

20) 실연자의 저작권접권에 관련하여서는 '한국음악실연자연협회(FKMP)'가, 음반제작자의 저작권접권과 관련하여서는 '한국음원제작자협회(KAPP)'가 각각 저작권위탁관리단체로 설립되어 회원들의 저작권을 신탁받아 관리하고 있다.

에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것”을 의미하고(법 제2조 제22호), 복제권이란 이러한 행위를 배타적으로 영위할 수 있는 권리를 의미한다(법 제16조). 종전에는 “유형물로 제작하는 것”만을 복제에 해당된다고 보았으나, 현행 저작권법은 “유형물에 고정하는 것”을 추가로 규정하고 있어서 디지털저작물을 플로피디스크나 MP3 player에 저장하는 행위 또한 복제의 개념에 포함시킬 수 있게 되었다.²¹⁾

2. 공연권

공연이란 “저작물 또는 실연·음반·방송을 상연·연주·가창·구연·낭독·상영·재생 그 밖의 방법으로 공중에게 공개하는 것을 말하며, 동일인의 점유에 속하는 연결된 장소 안에서 이루어지는 송신(전송을 제외한다)을 포함”하는 것이고(법 제2조 제3호), 공연권이란 이러한 공연을 배타적으로 영위할 수 있는 저작자의 권리를 의미한다(법 제17조). 위 공개행위에 영리성이 있는지 여부는 공연성 여부를 판단함에 있어서 기준이 되지 않는다고 보는 것이 일반적이므로²²⁾, 음악저작물을 선거운동에서 활용하는 것 역시 ‘공연’의 개념에 포함되어 ‘공연권 침해’의 문제를 환기시키는 것임은 자명하다.

3. 공중송신권

공중송신이란 ‘저작물, 실연·음반·방송 또는 데이터베이스(이하 “저작물 등”이라 한다)를 공중이 수신하거나 접근하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것’을 의미하는데(저작권법 제2조 제7호), 이는 구 저작권법에서 구분하여 규율하고 있던 방송, 전송²³⁾ 및 디지털음성송신²⁴⁾을 포괄하는 개념으로 규정된 것이

21) 정상조, 박준석 공저, 지적재산권법(제2판), 2011, 홍문사, 351면 참조

22) 정상조 편저, 저작권법 주해, 2007, 박영사, 392면

다. 정치인 및 정치집단의 선거운동과 관련한 음악저작물 이용행위가 오프라인에서 이루어진 것이라면 이는 '무선 또는 유선통신의 방법에 의한' 행위가 아니므로 공중송신권 침해는 문제될 여지가 없을 것이나, Browne v. McCain 사례에서와 같이 텔레비전 광고를 통하여 이루어진 것이라면 공중송신권 침해를 구성할 여지도 있을 것이다.

4. 전시권

전시는 저작물의 원작품이나 복제물을 일반 공중에게 시각적으로 보여주는 것을 의미하는데, 우리 저작권법은 미술저작물·건축저작물·사진저작물의 저작자에게만 전시권을 부여하고 있으므로(제19조, 제11조 제3항) 이는 음악저작물의 저작자와는 관련이 없는 권리이다.

5. 배포·대여권

우리 저작권법 제20조는 '저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물을 배포할 권리를 가진다.'라고 규정하면서, 제2조 제23호에서는 배포의 개념을 '저작물 등의 원본 또는 그 복제물을 공중에게 대가를 받거나 받지 아니하고 양도 또는 대여하는 것'으로 규정하고 있다. 여기서 양도는 '소유권을 이전하는 것'이고 대여는 '반환할 것을 전제로 사용권을 부여하는 행위'를 의미한다.²⁵⁾ 이 논문에서 다루는 선거운동에서의 음악저작물

23) 구 저작권법 제2조(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 개정되기 전의 것)

8. 방송 : 일반공중으로 하여금 동시에 수신하게 할 목적으로 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 음성·음향 또는 영상 등을 송신하게 하는 것을 말한다.

9의2. 전송 : 일반공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 수신하거나 이용할 수 있도록 저작물을 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것을 말한다.

24) 방송 또는 전송 개념으로 실시간 웹캐스팅 행위를 규제하기 어렵게 되자, 저작권법 개정을 통하여 새로이 도입한 개념이 바로 '디지털음성송신' 개념이다(정상조, 박준석 공저, 지적재산권법(제2판), 2011, 홍문사, 366면)

25) 정상조 편저, 저작권법 주해, 2007, 박영사, 153면

이용 사례에서는 음악저작물을 무단으로 양도 또는 대여하는 행위가 발생할 가능성은 낮으므로, 배포·대여권 침해 문제는 이 논문에서는 별도로 검토하지 않기로 한다.

6. 2차적저작물작성권

가. 2차적저작물의 개념

우리 저작권법 제22조는 '저작자는 그의 저작물을 원저작물로 하는 2차적저작물을 작성하여 이용할 권리를 가진다.'라고 규정하고 있는데, 여기서 2차적저작물이란 원저작물을 기초로 이를 변안·개작·변형하는 등 개변하여 작성한 새로운 창작물을 의미한다. 원저작물을 기초로 이를 개변하여 작성된 저작물을 원저작물에 대비하여 ① 사실상 동일한 것에서부터 ② 실질적 동일성이 유지되는 범위 내에서의 사소한 개변, ③ 실질적 동일성이 유지되는 범위 내에서의 상당한 개변, ④ 완전한 개변까지 나누어 볼 때, 2차적 저작물은 ③의 단계에 해당하는 정도라 할 수 있다.²⁶⁾

나. 2차적저작물작성권 침해의 판단기준

판례에서는 복제권 침해의 경우와 마찬가지로 2차적저작물작성권 침해 여부를 판단할 때에 '실질적 유사성' 유무를 고려한다. 다만 2차적저작물작성권 침해에 해당하려면 이용자의 행위가 복제를 넘어선 2차적저작물작성에 해당하여야 하는데, 이는 기본적으로 원저작물에 가해진 개변의 정도에 따라 결정될 것이다. 즉, 개변의 정도가 '사소한 개변(trivial variation)'에 그치는 것이라면 복제물, '실질적인 개변(substantial variation)'의 정도라면 2차적 저작물, 그보다 개변의 정도가 훨씬 더 커

26) 정상조 편저, 저작권법 주해, 2007, 박영사, 244면

지게 되면 독립된 저작물이라고 대략적으로 말할 수 있을 것이다.

다. 검토

이 밖에 2차적저작물작성권과 관련하여서는 복제권과의 관계, 복제권과 중첩적 보호가 가능한지 여부, 2차적저작물을 작성하여 공연할 때 원저작물의 공연권 침해 문제를 야기하는지 여부 등에 대하여 추가적 검토가 필요한데, 이에 대해서는 사안 포섭을 하는 절에서 후술하기로 한다.

III. 저작인격권의 종류 및 개념 검토

1. 공표권

가. 공표권의 개념

공표란 '저작물을 공연, 공중송신 또는 전시 그 밖의 방법으로 공중에 공개하는 경우와 저작물을 발행하는 것'을 의미하고(저작권법 제2조 제25호), 공표권은 이러한 공표 행위를 배타적으로 할 수 있는 권리를 의미한다.

나. 공표권의 적용 대상범위 검토

저작권법 제11조 제1항은 공표권의 적용범위가 미공표의 저작물에 한정된다는 표현은 사용하지 않고 있으나, 제11조 제2항, 제3항의 표현에 따라 공표권은 미공표저작물에 대해서만 인정된다고 보는 것이 일반적이다. 따라서 이미 공표된 저작물을 다른 매체에 함부로 공표하였다고 하더라도 복제권이나 공연·방송·전시권 등의 저작재산권의 침해는 될지언정 공표권의 침해를 구성하지는 않는 것이다. 과거 하급심 판결 중

에는 원고가 수기형식의 저작물을 출판사를 통하여 발간한 후 피고인 월간 여성잡지사가 위 저작물의 내용을 원고의 동의 없이 그 잡지에 무단으로 발췌하여 게재한 것에 대하여 원고의 저작물 공표권을 침해하였다고 본 사례가 있는데,²⁷⁾ 위 통설 입장을 취하는 학자들의 입장에서는 위와 같은 판례 취지를 납득하기 어렵다고 주장하고 있다.²⁸⁾

2. 성명표시권

가. 성명표시권의 개념 및 성격

성명표시권이란 저작자가 자신이 그 저작물의 창작자임을 주장할 수 있는 권리, 즉 저작물의 원본이나 그 복제물에 또는 저작물의 공표 매체에 그의 실명 또는 이명을 표시할 권리를 의미한다(저작권법 제12조 제1항). 성명표시권은 공표권과 같이 자신의 성명을 표시할 수 있는 적극적인 권리임과 동시에 그 침해의 배제 및 금지를 청구할 수 있는 소극적인 권리의 성격도 지니고 있는 반면, 공표권과는 달리 최초의 공표 때만이 아니고 이미 공표되어 있는 저작물의 이용이 있는 때에는 언제라도 주장할 수 있는 권리이다.²⁹⁾

나. 성명표시권의 제한 사유

개정 저작권법(2000. 1. 12. 법률 제6134호) 제12조 제2항 단서에는 “다만, 저작물의 성질, 그 이용목적 또는 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 하여 성명표시권에 대한 제한을 언급하고 있다. 이는 특수한 사정상 성명표시를 하는 것이 불가능한

27) 서울민사지방법원 1991. 1. 17. 선고 90가합15876 판결

28) 정상조 편저, 저작권법 주해, 2007, 박영사, 333면

29) 정상조 편저, 저작권법 주해, 2007, 박영사, 336-337면

경우에 대해서 성명표시 의무에 대한 예외를 규정한 것인데, 하급심 판례에서는 이용자가 타인의 음악저작물을 상업광고의 배경음악으로 사용하면서 성명표시를 하지 않은 사례에서 이용자 측의 성명표시권 제한 사유 항변을 인용한 바 있다.³⁰⁾ 이 밖에도 성명표시권 제한 사유에 해당되는지 여부가 논의되는 사안으로는 영화에서 음악저작물을 사용하면서 저작자의 성명을 표시하지 않은 경우, 인터넷에 저작물을 게시하면서 저작자의 성명을 표시하지 않은 경우 등이 있다. 세부적인 논의는 보다 구체적인 사례를 들어 논의하는 제4장, 제5장 부분에서 추가적으로 논의하기로 한다.

3. 동일성유지권

가. 동일성유지권의 개념

저작자는 그 저작물의 내용·형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리를 가진다(저작권법 제13조 제1항). 따라서 저작자는 저작물이 제3자에 의하여 무단으로 변경, 삭제, 개변이 되는 등으로 인하여 손상을 받을 경우 위 저작권법 조항을 근거로 그 제3자의 행위에 대한 금지를 청구할 권리를 지니게 된다.

나. 동일성유지권 침해의 판단기준

동일성유지권이 침해되기 위해서는 일단 저작물의 내용이나 형식 또는 제호에 변경이 있어야 한다. 저작물에 창작적 요소를 전혀 가미하지 않고 저작물의 형식 또는 제호만 변경되어 저작물의 '복제'에 해당하는 경우에도 동일성유지권 침해에 해당할 여지가 있다.³¹⁾ 다만 그 변경의 정

30) 서울중앙지방법원 2003. 8. 29. 선고 2002가합76269 판결

31) 서울고등법원 2008. 9. 23. 선고 2007나70720 판결 참조

도가 일정한 한도를 넘어서서 그 저작물의 본질적인 특징을 직접적으로 감득할 수 없을 정도가 된 경우에 새로운 저작물이 생기는 것은 별론으로 하고, 원저작물에 대한 동일성유지권의 침해로는 되지 않는다.³²⁾

다. 동일성유지권의 행사 제한 사유

저작권법은 동일성유지권과 관련해서도 제13조 제2항에서 5가지의 행사 제한 사유를 두고 있다. 그 중에서 선거운동에서의 음악저작물 이용과 관련하여 적용될 가능성이 큰 사유는 제13조 제2항 제5호의 “저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태에 비추어 부득이하다고 인정되는 범위 안에서의 변경”이다. 성명표시권과 마찬가지로 만약 특정 사안이 행사 제한 사유에 해당하는 사안으로 파악될 경우, 이용자의 행위는 동일성유지권 침해로 평가되지 않을 것이다.

제4절 저작인접권의 구체적인 내용

I. 총설

저작인접권은 실연자, 음반제작자, 방송사업자에게 인정되는 저작자의 권리에 준하는 권리이다(저작권법 제64조 참조). 저작인접권은 실연자³³⁾, 음반제작자³⁴⁾, 방송사업자가 비록 저작물을 직접적으로 창작한 것은 아니지만 저작자가 창작한 저작물을 일반 공중으로 하여금 널리 향유할 수 있도록 기여한다는 점에서 인정되는 저작권에 준하는 권리이다.³⁵⁾ 위와

32) 정상조 편저, 저작권법 주해, 2007, 박영사, 344면

33) 저작권법 제2조 제4호에 의할 때 실연이라 함은 저작물을 연기·무용·연주·가창·구연·낭독 그 밖의 예능적 방법으로 표현하거나 저작물이 아닌 것을 이와 유사한 방법으로 표현하는 것을 말한다.

34) 저작권법 제2조 제5호에 의할 때 음반이라 함은 음이 유형물에 고정된 것을 말하며 음이 영상과 함께 고정된 것은 제외된다.

35) 정상조 편저, 저작권법 주해, 2007, 박영사, 758-759면

같이 저작인접권의 주체가 될 수 있는 사람에는 실연자, 음반제작자, 방송사업자가 있고, 각각의 주체에 따라 권리의 내용도 다르지만 음악저작물을 선거운동에서 이용하는 사례에서 방송사업자의 권리가 침해될 가능성은 없다 할 것이다. 따라서 아래에서도 저작인접권의 세부 권리 내용을 논하는 부분에서는 실연자 및 음반제작자의 권리 내용만을 논의하도록 한다.

II. 실연자의 권리

1. 보호의 대상이 되는 '실연'의 개념

저작권법 제2조 제4호에서는 실연의 개념을 저작물을 연기·무용·연주·가창·구연·낭독 그 밖의 예능적 방법으로 표현하거나 저작물이 아닌 것을 이와 유사한 방법으로 표현하는 것으로 규정하고 있는데, 저작권법 제64조에서는 이를 보다 구체화시켜 ① 대한민국 국민(대한민국 법률에 따라 설립된 법인 및 대한민국 내에 주된 사무소가 있는 외국법인을 포함한다)이 행하는 실연(제1호 가 목), ② 대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호되는 실연(제1호 나 목), ③ 제2호 각 목의 음반에 고정된 실연(제1호 다 목), ④ 제3호 각 목의 방송에 의하여 송신되는 실연(송신 전에 녹음 또는 녹화되어 있는 실연을 제외한다)(제1호 라 목)을 법에 의하여 보호되는 실연의 범위로 보고 있다. 만약 선거운동에서 사용하기 위하여 타인을 실연을 이용한 로고송을 제작한다면 이는 대부분 '음반에 고정된 실연'을 사용하게 되므로, 음악저작물의 정치적 이용사례에서는 위 실연들 중에서도 법 제64조 제1호 다 목의 실연에 대한 권리 침해가 문제될 여지가 크다 할 것이다.

2. 재산권적 성격의 권리의 구체적 내용

가. 실연자가 가지는 재산권적 성격의 권리

실연자는 저작권법에 의하여 해당 저작물에 대한 복제권(제69조), 배포권(제70조), 대여권(제71조), 공연권(제72조), 방송권(제73조), 전송권(제74조)을 지닌다. 이 때 복제, 배포, 대여, 공연, 방송, 전송 등의 용어 개념은 저작인접권과 관련하여서도 달리 볼 이유가 없으므로 그 침해여부의 판단도 크게 달라질 이유가 없다 할 것이다.

나. 실연자와 2차적저작물작성의 문제

실연자의 권리 내용이 저작자의 권리 내용과 다른 점은, 실연자에 관해서는 2차적저작물작성권을 인정하는 저작권법 조항이 존재하지 않는다는 점이다. 따라서 음반에 고정된 '가수 또는 연주자의 실연'에 창작적인 요소를 가미하여 새로운 저작물을 만들어 냈다고 하였을 때,³⁶⁾ 일단 실연자에 대한 2차적저작물작성권 침해 문제는 아예 논의할 필요가 없을 것이다. 다만 위와 같은 행위는 아무리 작은 부분을 대상으로 할지라도 녹음물에 대한 기계적인 '복제' 행위를 전제로 하므로, 복제권 침해 행위의 문제는 발생할 수 있다. 다만 이러한 행위가 '실연'에 대한 복제권 침해에 해당하는지 여부는 해당부분에서 보다 구체적으로 논의하기로 한다.

3. 인격권적 성격의 권리의 내용

저작권법 제66조에서는 실연자의 성명표시권을, 제67조에서는 동일성유지권을 각각 규정하고 있다. 규정형식을 볼 때, 단서상의 제한 사유까지 문언상 동일하게 규정되어 있으므로 저작자의 성명표시권 및 동일성유지권 침해의 경우와 기본적으로 동일하게 해석하면 무리가 없을 것이다.

36) 통상적으로 이러한 경우의 대표적인 예가 '디지털 샘플링(Digital Sampling)'일 것이다.

먼저 실연자의 성명표시권에 관해서는 저작자의 성명표시권과 마찬가지로 “실연의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우(저작권법 제66조 제2항 단서)”라는 침해에 대한 예외 사유가 저작권법에 규정되어 있다. 따라서 이용 행위로 인하여 실연자의 성명표시권이 침해되었다고 보려면, 위와 같은 예외 사유 역시 검토되어야 할 것이다.

또한 실연자의 동일성유지권에 관해서도 저작자의 동일성유지권과 마찬가지로 “이용의 목적 및 형태에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우(제67조 단서)”라는 침해에 대한 예외 사유가 규정되어 있다. 따라서 이 예외 사유 역시 뒤에서 정치적 이용 행위로 실연자의 권리가 침해되었는지 여부를 살필 때 함께 검토하기로 한다.

Ⅲ. 음반제작자의 권리

1. 보호의 대상이 되는 ‘음반’ 및 ‘음반제작자’의 개념

“음반”은 음이 유형물에 고정된 것으로서 음이 영상과 함께 고정된 것은 그 개념에서 제외된다(저작권법 제2조 제5호). 여기서의 음반은 전축 용디스크, 녹음테이프, 콤팩트디스크(CD), 뮤직박스 등이 포함되고 음악이 내장된 컴퓨터 칩 역시 음을 저작적 방법으로 유형물에 고정시킨 것이므로 저작권법상 음반에 해당한다.³⁷⁾ 따라서 CD를 복제한 것이 아니라 컴퓨터 칩에 내장된 파일을 복제하거나 편집하는 방식으로 이루어졌다고 하더라도 음반제작자의 권리 침해 문제가 불거질 수 있다는 점에는 달라지는 것이 없는 것이다.

또한 “음반제작자”는 저작권법에 규정된 저작인접권의 귀속 주체들 중 1인인데, 음을 음반에 고정하는 데 있어 전체적으로 기획하고 책임을 지

37) 서울지방법원 1995. 6. 23. 선고 93가합47184 판결; 김덕중, 저작권의 침해와 민사적 구제제도에 관한 연구, 2007, 원광대학교 석사학위논문

는 자를 의미한다(저작권법 제2조 제6호). 자연인 뿐만 아니라 법인도 법률적 주체가 되는 데에 아무 문제가 없으므로 음반기획사 또는 음반제작사 등도 음반제작자가 될 수 있으며, 법인의 종업원이 업무상 녹음한 것은 고용주인 음반회사가 음반제작자가 된다 할 것이다.³⁸⁾

2. 재산권적 성격의 권리의 내용

음반제작자 역시 저작권법의 규정에 따라 복제권(제78조), 배포권(제79조), 대여권(제80조), 전송권(제81조)을 가진다.³⁹⁾ 위와 같은 권리의 개념 및 내용은 저작권의 구체적 권리에 관하여 상술한 내용과 같다. 다만 음반제작자에게는 2차적저작물작성권이 존재하지 않으므로 음반제작자가 노력을 투입하여 제작한 녹음물의 일부를 샘플링한 후 변형하여 사용하였다 하더라도, 복제권 침해만 문제될 수 있을 뿐 음반제작자에 대한 2차적저작물작성권 침해 여부는 문제될 여지가 없다.

3. 음반제작자에게 인격권적 성격의 권리가 존재하는지 여부

저작권법은 실연자의 경우와 달리 음반제작자에 대해서는 저작인격권에 해당하는 권리에 관한 규정을 두지 않고 있다. 따라서 만약 음반제작자에게 저작권법 이외의 다른 법률에 의한 권리가 인정되지 않는 이상, 음반제작자가 자신의 음반이 이용되었음을 이유로 이용자에 대하여 저작권법상 저작인격권 침해를 주장할 수는 없을 것이다.

제5절 논의의 정리 및 후술할 논의의 방향

음악저작물과 관련된 권리 주체로는 작곡가, 작사가 등의 저작자, 실연

38) 정상조 편저, 저작권법 주해, 2007, 박영사, 43-44면 참조

39) 공연권이 부여되지 않는다는 점에서 실연자와 차이가 있다.

자, 음반제작자가 있다. 이 중 저작자는 복제권, 공연권, 공중송신권, 배포·대여권, 2차적저작물작성권, 공표권, 성명표시권, 동일성유지권 등의 세부권리를 가지고, 실연자는 복제권, 배포·대여권, 공연권, 방송권, 전송권, 성명표시권, 동일성유지권을 가지며, 음반제작자는 복제권, 배포·대여권, 전송권을 가진다.

아래에서는 이러한 내용을 기초로 하여, 각 권리자가 저작물을 정치적 목적으로 이용하는 사람에게 저작권 침해를 주장할 수 있는지 여부를 검토하기로 한다. 1) 먼저, 제4장에서는 이용자의 행위가 저작권·저작인접권 침해의 행위태양에 해당하는지 여부를 살펴보고, 2) 제5장에서는 저작권법상 저작권 제한 사유 및 저작권 신탁관리로 인한 '주체변경' 등의 사유까지 감안하여 이용자가 종국적으로 구제받을 수 있는지 살펴보기로 한다.

제4장 선거운동에서의 음악저작물 이용이 저작권·저작인접권 침해 유형에 해당하는지 여부

제1절 문제의 소재

선거 후보자들은 선거운동에서 홍보효과를 높이기 위하여 로고송을 사용하는 경우가 대부분인데, 이러한 로고송의 제작방식은 크게 3가지로 나누어 볼 수 있다. ① 먼저, 기존에 존재하는 음악저작물의 전부나 일부를 그대로 활용하는 경우를 들 수 있고(이하 ‘①의 사례’라 한다)⁴⁰⁾, ② 기존에 존재하는 음악저작물을 개사하여 활용하는 경우가 있을 수 있으며(이하 ‘②의 사례’라 한다),⁴¹⁾ ③ 마지막으로 새로운 로고송을 제작하면서 기존에 존재하는 음반 녹음물의 일부를 샘플링하는 경우(이하 ‘③의 사례’라 한다)가 있을 수 있다.⁴²⁾ 또한 이러한 방식으로 제작된 로고송은

40) 뉴트 깅리치, 미셸 바크만, 찰리 크리스트 후보 사건은 해당 곡을 편집이나 재녹음하지 않은 상태로 선거운동 시에 재생하는 방식을 이용한 전형적인 ①의 사례에 해당한다. 또한 2008년 미국 대선 당시 공화당 후보였던 존 맥케인 후보 진영 역시 잭슨 브라운의 ‘Running on empty’를 선거광고에 활용하여 문제된 바 있는데, 이 때 존 맥케인 후보 진영에서는 잭슨 브라운의 음반에 수록된 위 곡의 후렴구 부분을 반복 재생하는 방법으로 활용하였는데, 이 역시 전형적인 ①의 이용 사례에 해당한다 할 수 있다.

41) 이와 관련하여 미국에서는 밥 돌 후보가 ‘I’m a soul man’이라는 곡의 후렴구 부분을 ‘I’m a dole man’으로 개사하여 재녹음 후 반복 재생한 것이 문제된 사례가 있으며[Maureen Dowd, “Liberties;Fillet Of Soul”, 1996년 5월 26일, The New York Times(<http://www.nytimes.com/1996/05/26/opinion/liberties-fillet-of-soul.html>에서 검색), 우리나라에서는 비슷한 시기에 총선 선거운동 기간에 각 선거캠프에서 유행가 가사를 바꾼 후 동의 없이 로고송으로 사용한 것이 문제된 바 있다(박종생, “로고송 저작권 시비 예고, 후보들 ‘독도는...’ 등 20여곡 무단사용”, 1996년 3월 21일, 한겨레신문, 23면)

42) ③의 사례는 아직 구체적으로 문제된 바 없지만, 힙합음악이 대중화되어 일상생활 속에 깊숙이 자리 잡은 현실, 미국에서 실제로 최근에 랩(rap) 음악이 온라인

오프라인 선거유세 현장에서 대형 스피커 등을 통하여 재생되는 경우가 가장 일반적이겠지만, 텔레비전 광고나 인터넷 광고 등을 통하여 재생되는 경우도 있을 수 있다.⁴³⁾ 아래에서는 논의의 편의를 위하여 로고송 제작 방식별로 각각 하나의 절을 구성하여 로고송 제작 및 이용행위가 저작권법상 권리 침해의 행위태양에 해당하는지 여부를 논하되, 이에 앞서 저작물의 이용 및 표절과 관련된 공통적인 판단기준인 ‘실질적 유사성’의 개념 및 판단기준을 소개하기로 한다.⁴⁴⁾

제2절 저작권 침해의 판단기준으로서의 실질적 유사성 개념

I. 실질적 유사성 개념의 의의 및 판단기준

저작권 침해 소송에서 저작자인 원고가 저작권 침해를 주장하기 위해서

상에서 후보 홍보 목적으로 사용된 예가 있는 점(10대 청소년 3명이 뉴트 깡리치 후보를 지지하기 위하여 만든 랩 음악 “Hoot for Newt”)[Shawna Shepherd, “Rappers ‘Hoot for Newt’” 2012년 1월 28일, CNN politics(<http://politicalticker.blogs.cnn.com/2012/01/28/rappers-hoot-for-newt/>에서 검색)] 등을 고려할 때 가까운 시일 내에 기존에 존재하는 음악을 샘플링하는 기법 역시 선거 로고송에 도입되어 저작권 침해 문제를 야기할 가능성이 크다.

- 43) 로고송 제작방식과 이용방식을 함께 고려하면 검토가 필요한 경우의 수는 다음 표와 같이 9가지로 볼 수 있다.

제작방식 \ 이용방식	오프라인에서의 이용 (‘공연’으로 평가)	텔레비전 광고에서의 이용 (‘방송’으로 평가)	인터넷 광고에서의 이용 (‘전송’으로 평가)
①의 사례	①-가	①-나	①-다
②의 사례	②-가	②-나	②-다
③의 사례	③-가	③-나	③-다

다만, 로고송의 제작방식에 따른 분류에 비하여 이용방식에 따른 분류는 그 실익이 크지 않으므로, 이 논문에서는 로고송의 제작방식에 따른 분류방식에 따라 기본적으로 목차를 구성하여 논의를 진행하기로 한다.

- 44) 음악저작물의 정치적 이용 형태는 텔레비전 광고에 음원을 삽입하는 것, 인터넷을 통하여 음원을 유포하는 것 등 다양하게 발현될 수 있지만 이 논문에서는 최근에 주로 문제되어 온 선거광고 내지 정치집회에서 음악저작물 이용에 그 논의의 범위를 한정하기로 한다.

는 1) 원고가 유효한 저작권을 가지고 있을 것, 2) 피고의 저작권 침해행위가 존재할 것, 3) 원고의 저작물과 피고의 작품 사이에 접근·의거관계가 있을 것, 4) 원고의 저작물과 피고의 작품 사이에 실질적 유사성이 존재할 것 등의 요건을 주장·입증하여야 한다. 위 요건들 중에서 침해가 되는 행위의 범주를 결정짓는 데에 가장 핵심적인 역할을 하는 것이 바로 실질적 유사성 개념이라 하겠다.

실질적 유사성이란 판례에서 제시하는 저작권 침해를 결정하는 기준으로, 원저작물을 이용하여 만들어진 작품이 원저작물과 '실질적으로' 유사하여야 한다는 것이다. 이러한 실질적 유사성을 판단할 때에는 두 가지 사항이 고려되어야 하는데, 그 중 첫 번째는 저작권의 보호대상인 "표현"과 보호대상이 아닌 "아이디어"가 구분되어야 한다는 것이다.⁴⁵⁾ 두 번째는 원고 작품의 표현과 피고 작품의 표현에 어느 정도 유사성이 존재하여야 실질적으로 유사하다고 판단할 수 있는지의 문제이다.⁴⁶⁾

많은 저작권법 교과서 및 논문은 위와 같이 논점을 두 개로 구분하여 상세하게 기술하고 있으나 이 논문에서는 이를 일일이 언급하지 않기로 하며, 다만 우리나라와 미국 판례를 통하여 음악저작물 분야에서 실질적 유사성 판단기준이 어떻게 작용하고 있는지 살펴보기로 한다.

II. 음악저작물과 관련하여 적용될 수 있는 실질적 유사성 판단기준

수원지방법원 2006. 10. 20. 선고 2006가합8583 판결은 음악저작물 표절과 관련하여 실질적 유사성의 판단기준을 구체적으로 제시한 바 있는데,

45) 이를 "아이디어/표현 이분법(Idea/Expression dichotomy)"라고 한다. 다만 아이디어/표현 이분의 문제에 관하여 어문저작물에 대해서는 활발한 논의가 있으나, 음악저작물에 대해서는 거의 논의가 이루어지지 않고 있다. 물론 우리나라 또는 미국에서 발생한 저작권 침해 소송에서 "피고가 이용한 부분이 경미하여 저작권의 보호대상이 되기에 부족하다"라는 취지의 아이디어/표현 이분법을 연상시키는 주장이 피고 측에 의하여 항변으로 종종 제기되기는 하나, 그 주장이 받아들여진 예는 거의 없다.

46) 정상조 편저, 저작권법 주해, 2007, 박영사, 1086면

위 사건에서 담당 재판부는 “음악저작물에 대한 저작권의 침해가 성립하기 위하여는, ① 침해자가 저작자의 저작물을 이용하였을 것, 즉 창작적 표현을 복제하였을 것, ② 침해자가 저작자의 저작물에 ‘의거’하여 이를 이용하였을 것, ③ 저작자의 저작물과 침해자의 저작물 사이에 실질적 유사성이 있을 것 등의 세 가지 요건이 충족되어야 한다.”라고 보면서, “음악저작물을 서로 대비하여 그 유사성 여부를 판단함에 있어서는 해당 음악저작물을 향유하는 수요자를 판단의 기준으로 삼아 음악저작물의 표현에 있어서 가장 구체적이고 독창적인 형태로 표현되는 가락을 중심으로 하여 대비 부분의 리듬, 화성, 박자, 템포 등의 요소도 함께 종합적으로 고려하여야 하고, 각 대비 부분이 해당 음악저작물에서 차지하는 질적·양적 정도를 감안하여 실질적 유사성 여부를 판단하여야 한다.”라고 판시한 바 있다.

이와 같이 우리나라 판례는 실질적 유사 여부를 판단함에 있어 이용된 부분의 질적·양적 중요성을 고려하고 있는데, 이러한 질적·양적 중요도 평가는 미국 판례에서도 매우 중요한 기준으로 평가되고 있다. 따라서 질적·양적 중요도 평가와 관련하여서는 미국 판례 등에서 제시된 기준 역시 참작할 만한 가치가 있다 할 것이다. 미국 판례 중 참조할 만한 사례로는 원고의 광고문안 가운데 한 문장을 그대로 이용하였을 뿐이지만 그 문장이 영화광고물의 핵심적인 부분이기 때문에 저작권 침해가 성립한다고 본 판례,⁴⁷⁾ 잡지사인 피고가 원고가 발간할 예정이었던 450페이지 가량의 포드 전 대통령의 자서전에서 300여 단어를 인용하였는데 그 차용한 부분이 책의 핵심에 해당한다는 이유로 저작권 침해가 성립한다고 본 판례⁴⁸⁾ 등이 있다.⁴⁹⁾ 즉, 미국 판례는 이용된 부분이 전체에서 작

47) Dawn Associates v. Links, 203 U.S.P.Q. 83(N.D. N.D.Ill. 1978)

48) Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539(1985)

49) 위 사례들은 양적으로 적은 부분을 가져 왔지만 그 부분이 기존 저작물의 핵심을 이룬다면 저작권 침해가 인정될 수 있음을 보여준 사례이고, 반면 이와 같은 질적 고려에 따라 양적으로 많은 부분을 가져왔어도 그 것이 질적으로 의미 없는 부분이라면 저작권 침해가 부정될 여지도 있다. 이와 같이 질적 판단기준은 양적 판단기준보다 더 큰 비중을 가진다(정상조 편저, 저작권법 주해, 2007, 박

은 부분에 불과하다 할지라도 저작물 전체에서 ‘핵심’에 해당한다면 실질적 유사성을 인정하고 있다. 참고로, 미국에서는 음악저작물의 경우 코러스 부분이 이러한 ‘핵심’ 부분에 해당한다고 본 견해가 개진된 바 있다.⁵⁰⁾

III. 이 논문의 주제와 실질적 유사성 법리의 관계

위에서 언급한 것과 같이 실질적 유사성 법리는 소송에서 복제권, 공연권, 공중송신권, 배포·대여권, 2차적저작물작성권 등 저작권 내 세부 권리에 대한 침해 여부를 판단하는 실질적인 기준이다. 음악저작물의 선거 운동에서의 이용 사례에 비추어 볼 때, ①의 사례는 음악저작물을 변형하지 않고 이용한 경우라 저작권 침해 사실이 비교적 명백하여 실질적 유사성 개념의 실익이 작지만, ②, ③의 사례에서는 변형의 정도가 실질적 유사성 범위 내에 있는지 여부에 따라 침해 판단에 대한 결론이 달라지게 된다. 그 중에서도 ③의 사례는 악곡(Musical composition) 자체가 아닌 녹음물(Sound recording)을 활용한 경우인데, 녹음물의 복제에 대해서는 실질적 유사성 판단 기준이 적용될 수 있는지 여부에 관하여 논란이 있는 상태이다. 따라서 제5절에서는 ③의 사례에 관하여 검토하면서, 실질적 유사성 판단 기준이 녹음물에도 적용될 수 있는지 여부의 논의를 먼저 살펴보기로 한다.

제3절 ①의 사례와 저작권 침해 유형 해당 여부 검토

I. 문제의 소재

영사, 1100면).

50) David. C. Johnston, "THE SINGER DID NOT APPROVE THIS MESSAGE: ANALYZING THE UNAUTHORIZED USE OF COPYRIGHTED MUSIC IN POLITICAL ADVERTISEMENTS IN JACKSON BROWNE V. JOHN MCCAIN", 2010, Cardozo Arts and Entertainment Law Journal Vol.27, 698면

일단 ①의 사례는 저작물 이용자가 악곡과 가사에 대한 음악저작물뿐 아니라, 실연자와 음반제작자의 노력이 투입된 녹음물까지 사용하는 경우이다. 따라서 저작물 이용자는 저작자의 저작권 이외에 실연자·음반제작자의 저작인접권까지 침해하게 되므로, 위 사례와 관련해서는 저작권뿐 아니라 저작인접권 침해 여부 역시 검토되어야 할 것이다. 1) 일단 저작자의 권리와 관련하여 볼 때, 타인의 음악저작물을 선거운동 현장에서 사용하는 사례가 개념상 배포·대여권, 2차적저작물작성권 침해에 해당하지 않음은 명백하므로, 저작재산권 중에서는 복제권, 공연권, 공중송신권 침해만이 문제될 여지가 있을 것이다. 다만, 저작인격권에 해당하는 공표권, 성명표시권, 동일성유지권의 침해 해당 여부에 대해서는 전체적으로 검토가 필요하다 하겠다. 2) 다음으로 실연자의 권리 중에서도, 복제권, 공연권, 방송권, 전송권, 성명표시권, 동일성유지권 침해 여부가 문제될 것이고 나머지 권리 침해는 문제될 가능성이 없으며, 3) 음반제작자의 권리 중에서는 복제권, 전송권 침해만이 성립할 여지가 있다. 아래에서는 개념상 침해의 성립이 불가능한 권리 유형에 대해서는 따로 논하지 않기로 하며, 위와 같이 침해 성립 가능성이 있는 권리 유형에 대해서만 논의하기로 한다.

II. 저작자에 대한 저작권 침해 유형 해당 여부

1. 저작재산권 침해 유형 해당 여부

가. 복제 해당 여부

우리 대법원은 저작물을 원형 그대로 복제하지 아니하고 다소의 수정증감이나 변경이 가하여진 것이라고 하더라도 원저작물의 재제 또는 동일성이 인식되거나 감지되는 정도이면 복제라고 보는데,⁵¹⁾ ①의 사례의

경우에는 음악저작물에 대한 변형을 전혀 거치지 않았기 때문에 ‘복제’에 해당함이 명백하다. 반면, 2차적저작물이 되기 위해서는 앞서 언급한 바와 같이 별개의 창작물로 볼 수 있을 정도의 상당한 개변이 필요하므로, 전혀 개변이 이루어지지 않은 ①의 사례에서 이용자의 행위가 2차적 저작물작성에 해당할 가능성은 없다.

나. 공연 해당 여부

음반에 수록된 녹음물을 선거유세 현장에서 재생하는 경우(①-가)에, 결과적으로 녹음물의 기초가 되는 악곡과 가사 역시 ‘재생’의 방식으로 공중에게 공개되는 것이다. 또한 앞에서 본 바와 같이 공개행위에 영리성이 있는지 여부는 공연성 여부를 판단함에 있어서 기준이 되지 않는다고 보기 때문에 위와 같은 행위가 공연에 해당한다는 점에 대해서는 논란의 여지가 없다.

다. 공중송신 해당 여부

저작권법은 제2조 제3호에서 “동일인의 점유에 속하는 연결된 장소 안에서 이루어지는 송신”을 공연으로 보고 있기 때문에, 텔레비전 광고를 통하여 음악저작물을 이용하거나 인터넷 광고를 통하여 음악저작물을 이용하는 행위는 공연에 해당한다 볼 수 없다. 다만 이러한 각 행위는 저작권법에 규정된 ‘공중송신(제2조 제7호, 제18조)’의 개념에 포함될 수 있다. 텔레비전 광고를 통하여 음악저작물을 송신하는 행위(①-나)는 공중송신의 하위개념인 ‘방송’에 해당하며, 인터넷 광고에 접속하였을 때 음악저작물이 재생되도록 하는 행위(①-다)는 ‘전송’에 해당할 수 있다. 이러한 각 행위는 모두 저작자에게 전속적 권한이 부여된 행위이므로, 모두 저작권을 침해하는 행위태양에 해당하게 된다.⁵²⁾

51) 대법원 1989. 10. 24. 선고, 89다카12824 판결

2. 저작인격권 침해 해당 여부

저작재산권에 대해서는 저작권법에 일반적 제한사유가 규정되어 있고 이러한 제한사유에 해당하는 경우에는 중국적으로 저작재산권 침해를 구성하지 않으므로, 위 1. 부분 결론이 중국적 판단이라고 볼 수 없다. 그러나 저작인격권 침해에 대해서는 권리별 제한사유가 있을 뿐 일반적 제한사유 조항(저작권법 제2장 제4절 제2관의 '저작재산권의 제한' 부분)의 적용이 없으므로, 이 부분 판단이 중국적 판단에 해당하게 된다.

가. 공표권 침해 해당 여부

공표권의 개념을 소개하는 부분에서 언급한 바 있듯이 공표권은 미공표 저작물에 대해서만 인정된다고 보는 것이 일반적인 견해이다. 그러나 선거유세 현장에서는 홍보효과를 높이기 위하여 당시에 유행하고 있거나 일반인에게 멜로디가 익숙한 노래를 사용하는 경우가 대부분이므로, 아직 일반인에게 알려지지 않은 타인의 미공표저작물을 이용하는 경우는 상상하기 어렵다. 따라서 통설의 입장에 따르면 ①의 사례는 일반적으로 공표권 침해를 구성하지 않을 것이다.

나. 성명표시권 침해 해당 여부

성명표시권의 개념을 소개하는 부분에서 언급하였듯이 이용자의 행위가 성명표시권 침해를 구성하기 위해서는 1) 이용자의 이용 행위가 성명표시권 침해행위 태양에 해당하여야 하고, 2) 그 행위가 법 제12조 제2항

52) 공중송신의 하위 개념에는 '방송', '전송'뿐 아니라 '디지털음성송신'도 존재하나, 선거운동 광고가 실시간 웹캐스팅의 방식으로 이루어지는 예는 많지 않으므로 별도로 논의하지 않기로 한다.

단서⁵³⁾에 규정된 성명표시권의 제한 사유에 해당하지 않아야 한다는 2단계의 요건을 충족하여야 한다.

타인의 음악저작물을 이용하여 선거유세를 할 때, 그 음악저작물의 저작자의 성명을 표시하면서 유세하는 경우는 상상하기 어렵고 실제로도 존재하지 않으므로, ①의 사례가 성명표시권 침해행위 태양에 해당한다는 점에는 이견이 없을 것으로 보인다. 다만 위 사례로 인하여 성명표시권이 최종적으로 침해되었다고 보려면 법 제12조 제2항 단서의 제한 사유가 없어야 하므로, 이와 관련하여 추가적으로 논의하기로 한다.

앞서 언급한 서울중앙지방법원 2003. 8. 29. 선고 2002가합76269 판결은 텔레비전 상업광고에 음악저작물을 사용하면서 성명을 표시하지 않은 사례가 성명표시권 침해에 해당하지 않는다고 판시한 바 있는데, 그 근거는 “해당 상업광고의 방영시간이 매우 짧고 제품의 장점을 부각시키는데에 주목적이 있는 광고에서 그 곡의 작사, 작곡가의 실명, 이명 등을 광고화면에 표시하는 것이 불가능하다는 점, 상업음악에 음악을 사용할 경우 작곡가, 작사가, 가수 등을 모두 표시하지는 않는 것이 광고제작의 일반적인 관례라는 점 등을 고려할 때 위 행위는 저작권법 제12조 제2항 단서의 부득이한 경우에 해당한다.”라는 것이다.

살펴보건대, 만약 1) 음악저작물 이용이 텔레비전 광고를 통하여 이루어졌다면(저작권법상 ‘방송’에 해당하는 사례, ①-나) 이는 위 판례 사안과 차이가 없어, 성명표시권 침해가 성립하지 않을 것으로 보인다. 2) 또한 인터넷을 통하여 선거광고를 하는 경우에도 역시(저작권법상 ‘전송’에 해당하는 사례, ①-다), 짧은 시간에 효과적으로 후보자의 장점을 부각시켜야 한다는 점에서 텔레비전 광고의 경우와 본질적 차이가 없어 저작자의 성명을 표시하지 않더라도 성명표시권 제한 사유에 해당할 수 있을 것으로 보인다. 3) 마지막으로, 음악저작물 이용이 옥외 집회에서 이루어지는 경우(저작권법상 ‘공연’에 해당하는 사례, ①-가)에는 권리자의 성명

53) “다만, 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다(저작권법 제12조 제2항 단서)”

을 표시할 수 있는 시각적 공간이 존재하지 않으므로 '표시를 할 수 없는 부득이함'은 텔레비전 광고의 경우보다 오히려 크므로, 균형상 성명 표시권 침해는 성립하지 않는다고 봄이 타당하다.⁵⁴⁾ 이러한 점에 비추어 볼 때, ①의 사례와 관련하여 성명표시권 침해가 성립할 가능성은 상당히 낮다고 평가해 볼 수 있다.

다. 동일성유지권 침해 해당 여부

①의 사례 중에서는 곡을 처음부터 끝까지 재생하는 경우보다는 시민들의 집중을 유도하기 위하여 곡의 전주 부분만을 재생하거나,⁵⁵⁾ 필요한 가사가 있는 부분만을 재생하는 경우⁵⁶⁾가 훨씬 많다. 이 경우 이용자는 저작물의 일부분을 발췌하였을 뿐 원저작물에 대한 변형은 전혀 가하지 않았는데, 이 역시 저작자의 동일성유지권을 침해한 행위에 해당하는지 여부가 문제된다. 동일성유지권 침해 여부 판단 역시 성명표시권 침해 여부 판단과 마찬가지로 1) 이용자의 행위가 동일성유지권 침해행위 태양에 해당하는지 여부, 2) 그 행위가 법 제13조 제2항 각 호에 규정된 동일성유지권의 제한 사유에 해당하는지 여부의 2단계 검토 과정을 거쳐야 할 것인데, 아래와 같은 근거에서 ①의 행위는 동일성유지권 침해에 해당할 가능성이 높다고 판단된다.

1) 원곡을 변형하지 않고 그 일부분만을 발췌한 것이 동일성유지권 침해 유형에 해당하는지 여부

54) 실제로 학계에서도 화면이 없어 일일이 성명표시를 하기 어려운 연극의 배경음악 또는 효과음으로 악곡 등을 연주, 가창하는 경우, 호텔 로비, 커피숍, 백화점 등에서 분위기 조성을 위하여 배경음악을 방송으로 내보내거나 연주를 하는 경우 등에는 일일이 성명표시를 해야 한다면 매우 불편하고 번잡할 뿐 아니라 그 이용목적 달성이 어려워, 법 제12조 제2항 단서의 '부득이한 경우'에 해당한다고 보는 것이 일반적이다(정상조 편저, 저작권법 주해, 2007, 박영사, 340면)

55) 뉴트 킹리치 후보가 서바이버의 음악 "Eye of the Tiger"를 재생한 방식

56) 존 맥케인 후보가 잭슨 브라운의 음악 "Running on empty"를 재생한 방식

서울고등법원 2008. 9. 23. 선고 2007나70720 사건에서는 피고들이 저작자인 원고의 동의를 받지 아니한 채 3분 내지 5분 정도의 길이가 되는 원고의 원곡을 인터넷 이용자에게 1분 내지 1분 30초 정도로 절단하여 이를 전송하였는데, 이 사안에서 재판부는 “원고의 원곡을 스트리밍 방식으로 전송, 재생하는 과정에서 피고들이 의도적으로 기술적 조치를 걸어 한정된 시간 동안 원곡의 일부만을 실시간으로 재생하도록 하였다는 것이므로, 결국 피고들의 위와 같은 행위는 이 사건 음악저작물에 대한 표현형식의 변경에 해당한다”라고 하면서 특별한 사정이 없는 한 피고들의 행위는 원고의 동일성유지권 침해에 해당한다고 판시하였다.

또한 이 사안에서 피고들은 동일성유지권 침해의 요건으로서 저작자의 명예와 성망 등 인격적 가치를 해할 것을 요하는데 피고들이 제공한 위 각 서비스는 원고의 인격적 가치를 해하지 아니하므로 동일성유지권을 침해하지 않았다고 주장하였다. 그러나 위 재판부는 구 저작권법이 ‘저작자의 명예와 성망을 해할 것’을 동일성유지권 침해의 요건으로 규정하였던 것과 달리 1986. 12. 31. 개정 이후의 저작권법은 이러한 요건을 삭제하였으므로 피고들의 위 주장 역시 받아들일 수 없다고 판시하였다.

이러한 하급심 판례의 입장에 따를 때, ①의 사례 역시 저작물의 내용을 변경하지는 않았지만 ‘표현형식을 변형한 경우’에 해당한다 할 것이어서 동일성유지권 침해 행위 태양에 해당한다고 봄이 타당할 것이다.

2) 선거운동을 위하여 원곡의 일부분만을 발췌하는 것이 동일성유지권의 제한 사유에 해당하는지 여부

저작권법 제13조 제2항은 동일성유지권에 관하여 5개의 제한 사유를 규정하고 있는데, 그 중 음악저작물의 정치적 이용과 관련하여 적용될 여지가 있는 것은 제5호의 “그 밖에 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 범위 안에서의 변경”이다. 따

라서 아래에서는 ①의 사례와 같이 원저작물의 일부를 발췌하여 재생한 것이 제5호에 규정된 제한 사유에 해당할 수 있는지 여부를 검토해 보기로 한다.

서울고등법원 2008. 9. 23. 선고 2007나70720 판결에서 재판부는, “위 제3호⁵⁷⁾ 소정의 ‘부득이하다’고 함은, 저작물 이용에 있어 기술상의 한계나 실연자의 능력상의 한계 등으로 인해 저작물을 변경하여 이용하는 것이 불가피한 경우로서 저작자의 이의 유무가 그 이용 형태에 어떠한 영향을 미칠 수 없어 이를 굳이 보장할 필요가 없거나, 중대한 공익상의 필요에 의해 저작자의 이의권을 부득이 제한하여야 하는 경우를 의미한다고 해석함이 상당하고, 저작물의 무단이용자가 거래실정상의 필요만을 이유로 저작자의 동의를 얻지 아니한 채 임의로 저작물의 일부를 절단하여 이용하는 경우까지 여기에 해당한다고 볼 수는 없다고 할 것이다.”라고 판시한 바 있다.

개인적인 견해로는 이러한 고등법원 판례의 논리에 의할 때, 그 기술상의 한계 때문에 불가피하게 원곡을 절단, 발췌한 경우⁵⁸⁾가 아닌 이용자 자신의 이익을 위하여 원저작물을 절단, 발췌한 경우까지 제5호의 제한 사유에 해당한다고 보기는 어려울 것으로 보인다.⁵⁹⁾ 다만 이 부분 판단

57) 구 저작권법(2009. 4. 22. 법률 제9625호로 개정되기 전의 것)에는 현행 저작권법 제13조 제2항 제5호에 규정된 사유가 제13조 제2항 제3호에 규정되어 있었다.

58) 서울고등법원 2002. 10. 15. 선고 2002나986 사건에서 재판부는 저작자인 원고의 허락 없이 1시간 30분 분량의 뮤지컬을 녹화한 후 이를 14개의 부분으로 정리하여(모두 합하여 40분 내지 50분 분량) 피고의 인터넷 홈페이지에 올려놓아 VOD 방식으로 방송한 것에 대해 “피고가 뮤지컬의 내용을 삭제하거나 순서를 바꾸는 등의 편집은 하지 않은 채 단순히 전체 뮤지컬의 일부씩을 발췌하여 나열한 것에 불과하고, 또 당시의 기술수준으로는 파일의 용량이나 전송속도의 제한 등으로 인하여 인터넷방송을 하기 위해서는 전체 뮤지컬을 3-4분씩의 여러 파일로 나누어야 했던 사정이 있었으므로, 위와 같은 피고의 행위는 뮤지컬에 실질적 개편을 가하여 그 동일성을 손상하였다고 보기 어려울 뿐만 아니라 가사 일부 동일성의 손상이 있다 하더라도 이는 이용의 형태상 저작권법 제13조 제2항 제3호의 부득이한 변경에 해당한다.”라고 판시한 바 있는데, 이 경우가 ‘기술상의 한계 때문에 불가피하게 원곡을 절단, 발췌한’ 전형적인 경우에 해당한다 할 것이다.

59) 음저협에서는 홈페이지(<http://www.komca.or.kr>)를 통하여 선거로고송 제작 시에 원저작물에 변형을 가하는 경우에는 저작자로부터 개작동의서를 받도록 안

은 대법원 판례에 의하여 확정된 것은 아니므로 법원에서도 다른 판단이 나올 수 있고, 사람마다 얼마든지 견해를 달리할 수 있는 부분이다.

Ⅲ. 실연자에 대한 저작인접권 침해 유형 해당 여부⁶⁰⁾

저작권법이 보호하는 실연의 개념에는 ‘음반에 고정된 실연(제64조 제1호 다 목)’이 포함되므로 실연자의 실연이 녹음된 음반을 재생하는 ①의 사례와 관련하여서는 실연자에 대한 저작인접권 침해 역시 문제될 수 있다. 침해 여부가 문제될 수 있는 세부 권리에는 앞서 본 것과 같이 복제권, 공연권, 성명표시권, 동일성유지권을 들 수 있다. 저작권법은 저작권의 세부 유형을 그 성격에 따라 저작재산권과 저작인격권으로 분류하지만, 저작인접권은 그 체계를 그와 같이 구분하지 않고 있다. 다만 저작권법상 일반적 제한사유는 재산권적 성격의 권리에 대해서만 적용된다는 점에서 구분의 실익이 있으므로, 아래에서는 그 세부 권리를 재산권적 성격의 권리와 인격권적 성격의 권리로 분류하여 논의를 진행하기로 한다. 또한 실연자에게는 저작자와 달리 저작인접권을 대체하는 권리로서 보상청구권이 인정되는 경우가 존재하는바 이에 대해서도 별도로 논의하

내문을 공고한 바 있다. 음저협이 제공하는 개작동의서의 양식을 보면 개작 형태에 체크 표시를 하는 란이 있는데 제시된 개작 형태는 “개사, 편곡, 편집, 기타” 등 4가지이다. ‘편집’이 개작에 포함되어 있다는 점은 발췌, 재생을 동일성유지권 침해 사례로 본 하급심 판례의 입장을 감안한 것으로 보인다(2011. 10. 12.자 공지사항 “2011년 하반기 재·보궐 선거홍보용 음악 사용승인 안내” 참조)

60) 저작권법 제65조에서는 “이 장 각 조의 규정은 저작권에 영향을 미치는 것으로 해석되어서는 아니 된다.”라고 규정하고 있다. 이 조항의 의미는 실연, 음반, 방송의 이용은 필연적으로 저작물의 이용을 수반하므로 이 때 저작인접권자의 허락뿐 아니라 저작권자의 허락도 필요하다는 것을 주의적으로 규정한 것으로 볼 수 있다(서울지방법원 2003. 9. 30.자 2003카합2114 결정). 그러나 이 조항은 저작인접권자가 저작권자의 의사와 독립하여 권리를 행사할 수 없다는 뜻은 아니며, 저작인접권자는 저작권자, 실연자의 의사와 무관하게 자신의 권리를 행사할 수 있다고 해석되는 것이 일반적이다(정상조 편저, 저작권법 주해, 2007, 박영사, 775-776면 참조). 따라서 저작인접권의 침해 여부 판단 역시 저작권의 침해 여부 판단과 별도로 논의하기로 한다.

기로 한다.

1. 재산권적 성격의 권리 침해 유형 해당 여부

재산권적 성격의 권리 중 ①의 사례와 관련하여 침해가 성립할 수 있는 것은 복제권, 공연권, 방송권, 전송권과 관련하여서인데, 이 때 ‘복제’, ‘공연’, ‘방송’, ‘전송’의 개념은 저작권에서의 ‘복제’, ‘공연’, ‘방송’, ‘전송’ 개념과 달리 볼 이유가 없다. 저작권과 관련하여 ①의 사례가 복제, 공연, 방송, 전송 등에 해당하는 데에 지장이 없었던 만큼, 실연자의 권리와 관련하여서도 그 ①의 사례가 복제, 공연, 방송, 전송에 해당한다는 점⁶¹⁾에는 이견이 있을 수 없을 것이다.

다만 저작권법은 실연자는 자신의 허락을 받아서 녹음된 실연에 대해서는 방송할 권리를 행사할 수 없다는 제한을 두고 있다(제73조 단서). 이와 같은 내용의 방송권제한 조항을 방송사업자가 음반 등과 같이 녹음된 실연을 방송하는 경우에 실연자가 방송사업자에 대해 가지는 보상청구권 조항과 연결하여 보면, 이는 실연자의 권리에 대하여 인정된 일종의 법정이용허락 제도로 평가할 수 있다.⁶²⁾ ①의 사례는 음반에 고정된 실연을 이용하는 전형적인 경우이므로 실연자는 이 경우 방송권에 기초하여 금지청구를 할 수 없고 방송사업자에 대한 보상청구만을 할 수 있게 되므로, 위 한도에서 실연자의 방송권은 제한된다 볼 수 있다.

또한 재산권적 성격의 권리에 대해서는 법 제87조 제1항에 의하여 저작권에 대한 일반적 제한 사유 조항들(저작권법 제2장 제4절 제2관 “저작권의 제한” 부분)이 준용되므로, ①의 사례가 중국적으로 실연자의 복제권, 공연권, 전송권을 침해하는 것인지 여부를 판단하기 위해서는 제한 사유 해당 여부에 대해서도 추가적인 검토가 필요하다 할 것이다.

61) 저작자에 관하여 논한 것과 마찬가지로 야외 선거유세 현장에서 음반을 재생하는 것은 공연, 텔레비전 광고를 통하여 음악저작물을 재생하는 것은 방송, 인터넷 광고 등을 통하여 음악저작물을 재생하는 것은 전송에 해당하게 될 것이다.

62) 정상조, 박준석 공저, 지적재산권법(제2판), 2011, 홍문사, 388면 참조

2. 인격권적 성격의 권리 침해 해당 여부

가. 성명표시권 침해 해당 여부

실연자에게도 성명표시권이 존재하므로 만약 이용자가 ①의 사례와 같이 음반에 고정된 실연을 활용하면서 실연자의 성명을 표시하지 않았다면 그의 성명표시권을 침해하였다고 볼 여지가 있다. 그러나 저작권법에서는 실연자의 성명표시권에 대해서도 “실연의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우”에는 제한을 인정하고 있는데(제66조 제2항 단서), 이는 저작자에 관한 성명표시권 제한 사유와 그 내용이 동일하다. 저작자의 성명표시권 침해 여부를 판단할 때에 검토하였듯이 이와 같이 음악을 재생하는 경우에는 옥외집회에서 재생이든, 텔레비전 광고에서의 재생이든, 인터넷 광고에서의 재생이든 그 재생 방식을 불문하고 음악 중간에 가수들의 성명을 표시하는 것을 이용형태상 기대할 수 없으므로,⁶³⁾ 그 이용방식은 ‘성명 표시를 할 수 없는 부득이함’이 있는 경우에 해당한다 할 것이다. 따라서 결과적으로 ①의 사례에 관하여 실연자에 대한 성명표시권 침해는 성립할 가능성이 낮다.

나. 동일성유지권 침해 해당 여부

저작자의 동일성유지권 침해 여부 판단 부분에서 보았듯이, ①의 사례에서 음반 녹음물의 일부를 발췌하여 재생하는 행위는 저작물의 ‘표현형식’을 바꾸는 행위로서 일단 실연자의 동일성유지권을 해하는 행위에 해당한다. 동일성유지권과 관련하여서도 “이용의 목적 및 형태에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우(제67조 단서)”라는 제한사유가 존재하지만, 이미 검토한 바와 같이 기술적인 한계에 따라 편집이 불가피하다는 등의

63) 정상조 편저, 저작권법 주해, 2007, 박영사, 782면 참조

사유가 아니라면 위 '부득이한 사유'에 해당한다고 보기는 어려울 것이다. 따라서 이용자가 자신의 이익을 위하여 특정 부분을 반복 재생하는 방식으로 음악저작물을 활용하는 것은 중국적으로 실연자가 지니는 동일성유지권의 침해를 구성한다고 보아야 할 것이다.⁶⁴⁾

3. 실연자의 보상청구권과 관련하여

관련 부분에서 언급하였듯이 이미 제작된 선거로고송이 이용되는 방식은 '공연', '방송', '전송'을 들 수 있는데, 만약 그 이용의 방식이 '방송'인 경우에는 실연자가 방송권에 기초하여 침해정지청구를 할 수 없는 경우가 대부분이다(저작권법 제73조⁶⁵⁾ 단서 참조). 다만, 이러한 경우 실연자는 자신의 실연이 이용되었음을 이유로 방송사업자에 대하여 법 제75조에 기하여 '상당한 보상금'을 청구할 수 있다.

IV. 음반제작자에 대한 저작인접권 침해 유형 해당 여부

음반제작자에게는 인격권적 성격의 권리가 존재하지 않고, 재산권적 성격의 권리 중에서 ①의 사례와 관련하여 문제될 수 있는 것으로는 복제권 및 전송권을 들 수 있다. 이 때 복제, 전송의 개념은 앞서 검토한 저작자와 실연자의 복제, 전송 개념과 달리 불 이유가 없으므로, ①의 사례는 당연히 음반제작자의 복제권 및 전송권도 해한 것으로 볼 수 있다. 또한 음반제작자는 실연자와 마찬가지로 음반이 방송에 활용되는 경우에는 방송권을 주장하지는 못하지만, 방송사업자에 대하여 '상당한 보상금'을 지급할 것을 청구할 수 있다(저작권법 제82조). 즉, 음반제작자는 방

64) 그러나 앞서서도 언급하였듯이 이 부분에 관해서는 유사사태에 관한 하급심 판례만 있을 뿐 동일사태에 관한 판례는 없으므로 얼마든지 다른 판단이 가능한 부분이다.

65) **제73조(방송권)** 실연자는 그의 실연을 방송할 권리를 가진다. 다만 실연자의 허락을 받아 녹음된 실연에 대해서는 그러하지 아니하다.

송을 금지할 권리는 지니지 못하지만, 방송 사례에 대한 보상은 받을 수 있게 되는 것이다.

추가적으로 볼 때, 음반제작자의 권리에 대해서도 저작권에 대한 일반적 제한사유가 준용된다. 따라서 이용자의 행위가 중국적으로 음반제작자의 복제권 및 전송권을 침해하는지 여부를 판단하기 위해서는 위 제한사유 해당 여부에 대한 논의가 선행되어야 할 것이다.

V. 소결론

①의 사례는 1) 저작자의 권리와 관련하여서는 저작재산권 침해 유형 중 복제, 공연, 방송, 전송에 해당할 수 있고, 저작인격권에 해당하는 동일성유지권을 침해한다. 2) 또한 위 행위는 실연자의 권리 중 복제권, 공연권, 전송권을 침해할 소지가 있으며, 중국적으로 동일성유지권 침해를 구성하고, 3) 음반제작자의 권리 중 복제권, 전송권 침해를 구성할 가능성이 있다. ①의 사례가 중국적으로 저작자 및 저작인접권자의 재산권적 성격의 권리들을 침해하는지 여부에 관해서는 저작권과 저작인접권에 관한 일반적 제한사유를 검토한 후에 결론짓기로 한다.

제4절 ②의 사례와 저작권 침해 유형 해당 여부 검토

I. 문제의 소재

②의 사례는 악곡과 가사가 결합된 음악저작물을 이용하되 악곡 부분은 기본적으로 수정을 가하지 않고, 가사 부분만 선거유세에 적합하게 수정을 가하는 경우를 의미한다. 즉, ②의 사례에서는 악곡에 관해서는 단순 '복제'를 하고, 가사에 관해서는 창작적인 요소를 더하여 일종의 '개변'을 한 것이다. 다만 이와 같이 가사를 바꾸어 로고송으로 이용하기 위해서는 기존의 녹음물을 이용할 수 없고, 새로 실연을 한 후 녹음을 하여야

할 것이므로 ②의 사례와 관련하여서는 실연자와 음반제작자의 저작인접권 침해가 문제될 소지는 없다 할 것이다.

따라서 ②의 사례와 관련하여서는 저작권 침해에 집중하여 논의를 진행하기로 하되, 악곡의 이용 형태와 가사의 이용 형태가 다른 점을 감안하여 작곡가에 대한 권리 침해 여부와 작사가에 대한 권리 침해 여부를 나누어 판단하기로 한다. 1) 작곡가에 대해서는 복제권, 공연권, 공중송신권, 2차적저작물작성권, 성명표시권, 동일성유지권 침해 여부가 문제될 수 있을 것이고, 2) 작사가에 대해서도 마찬가지로 복제권, 공연권, 공중송신권, 2차적저작물작성권, 성명표시권, 동일성유지권 침해 여부가 문제될 수 있을 것이나, 원저작물 이용의 정도가 다른 만큼 최종 결론은 달라질 수밖에 없을 것이다.

II. 작곡가에 대한 저작권 침해 유형 해당 여부

1. 저작재산권 침해 유형 해당 여부

만약 이용자가 악곡을 전혀 변형하지 않은 채 그대로 사용하였다면 이는 별도로 논의할 필요도 없이 저작물 복제에 해당하고, 이를 선거유세에서 재생하였다면 원저작물에 대한 공연에도 해당한다. 다만 이용자가 개사 작업 및 재녹음을 하면서 선거유세 분위기에 맞게 기존의 곡을 편곡하였다면 그 행위를 복제로 볼 수 있는지, 이를 2차적저작물에 해당하는 것으로 볼 여지가 있는지 여부에 대해서 검토를 요한다. 만약 편곡한 결과물을 2차적저작물로 볼 수 있다면 해당 사례에서 ‘악곡 이용 행위’는 복제권 침해의 문제보다는 2차적저작물작성권 침해의 문제로 보아야 할 것이고,⁶⁶⁾ 그 편곡된 결과물은 원래의 악곡과는 별도의 저작물로서

66) 다만 2차적저작물작성은 본질적으로 원저작물의 이용행위를 수반하여 2차적저작물작성권 침해를 일으킴과 동시에 복제권 침해 문제를 야기한다는 견해도 존재한다. 이러한 견해에 따르면 그 편곡 행위는 저작자의 2차적저작물작성권과 복제권을 모두 침해하는 것에 해당한다. 복제권 침해와 2차적저작물작성권 침해가

보호받을 수 있게 될 것이다.

그러나, 판례의 취지에 따르면 일부 편곡을 하였다고 하더라도 그 결과물이 2차적저작물로 인정받는 데에는 상당한 제약이 따를 것으로 보인다. 대법원 판례는 음악저작물이 실질적 개변의 정도에까지 이르렀다고 보려면, “① 원저작물인 음악저작물의 가락, 리듬, 화성 및 형식을 변경하고, ② 편곡자가 원저작물에 창작적 노력과 음악적 재능을 투여하여 창작성이 발현되고, ③ 편곡물에서 원저작물이 감득되는 실질적 유사성이 존재해야 할 것”이라는 요건들을 갖추어야 한다는 입장을 취하고 있고,⁶⁷⁾ 위 법리를 토대로 한 하급심 판례는 주멜로디를 토대로 화음을 넣은 정도로는 독자적인 저작물로 인정할 만한 창작성을 인정할 수 없다는 취지의 설시를 한 바 있다.⁶⁸⁾ 통상적으로 원래 존재하는 노래를 사용하면서 가사만 바꾸는 사례에서 분위기에 맞게 편곡을 한다고 할 때 이용자는 기존의 멜로디를 그대로 사용하되, 곡의 빠르기를 조절하거나 비트를 첨가하는 정도에 그치는 경우가 일반적일 것이다. 이러한 경우 판례가 2차적저작물의 요건으로 요구하는 독창성을 갖추었다고 보기는 어렵다 할 것이다.

따라서 개사를 하면서 악곡을 편곡하였다 하더라도 이는 대부분 독창성의 요건을 갖추지 못한 ‘복제’ 행위에 불과할 것이다. 즉, ②의 사례는 작곡가에 관한 한 2차적저작물작성권 침해 문제를 제외한 복제권, 공연

중첩적으로 성립할 수 있는지 여부에 대해서는 해당 부분에서 추가로 논의하기로 한다.

67) 임덕기, 2차적저작물 작성의 활성화를 위한 저작권법 개정에 관한 연구: 공정이용과 저작인격권을 중심으로, 2010, 서강대학교 박사학위논문

68) 편곡과 관련된 대표적인 판례인 서울민사지법 1995. 1. 18.자 94카합9052 결정 역시 “저작권법상 2차적 저작물로 보호를 받기 위하여는 원래의 저작물을 기초로 하되, 사회통념상 새로운 저작물이 될 수 있을 정도로 창작성이 있어야 하는 것이고, 원래의 저작물에 다소의 수정·증감을 가한 데 불과하여 독창적인 저작물이라고 볼 수 없는 경우에는 저작권법에 의한 보호를 받을 수 없는데, 가요 “칵테일 사랑”은 주멜로디를 그대로 둔 채 코러스를 부가한 이른바 “코러스 편곡”으로 코러스가 상당한 비중을 차지하고 있고, 코러스 부분이 단순히 주멜로디를 토대로 단순히 화음을 넣은 수준을 뛰어넘어 편곡자의 노력과 음악적 재능을 투입하여 만들어져 독창성이 있으므로, 저작권법상 2차적 저작권으로서 보호받을 만한 창작성이 있다.”라고 판시한 바 있다.

권, 공중송신권(공중송신권 중 방송권, 전송권) 침해 문제만을 초래할 것으로 보인다. 다만, 중국적인 판단은 작곡가의 저작권에 대한 일반적 제한 사유를 검토한 연후에 이루어질 수 있을 것이다.

2. 저작인격권 침해 해당 여부

②의 사례에 관한 작곡가의 성명표시권이나 동일성유지권의 침해 여부에 관한 판단은 ①의 사례와 달라질 이유가 없다. 일단 성명표시권에 관하여 보면, 선거유세를 할 때에 작곡가의 성명을 표시하지 않는 경우가 대부분이지만 선거유세의 특성상 성명을 표시할 수 없는 '부득이한 사유'가 있으므로 침해가 성립되지 않는다고 볼 여지가 크다.

반면 동일성유지권과 관련하여서는, 악곡에 대한 개변의 정도가 2차적 저작물작성의 정도에 미치지 못하였다 하더라도 저작물의 '표현형식 및 내용'에 대한 변형이 있었던 만큼 동일성을 해한 행위라고 평가될 것이고, 판례의 입장에 따를 때 동일성유지권의 제한 사유인 '부득이한 경우'에 해당한다고 보기는 어려울 것이다. 따라서 ②의 사례에 관하여 작곡가의 동일성유지권에 대한 침해는 중국적으로 성립할 가능성이 높다.

Ⅲ. 작사가에 대한 저작권 침해 유형 해당 여부

1. 문제의 소재

작사가에 대해서도 복제권, 2차적저작물작성권, 공연권, 공중송신권, 성명표시권, 동일성유지권 침해 등이 문제될 수 있으나, ②의 사례에서 이용자는 가사에 대하여 상당한 개변을 가하였으므로 그 행위가 '복제'에 해당할 것인지 '2차적저작물작성'에 해당할 것인지, 아니면 2차적저작물 작성을 넘어선 '완전한 개변'으로 보아야 할 것인지, 보다 심층적인 논의가 필요하다. 또한 이용자의 개사 행위가 2차적저작물작성에 해당한다고

평가할 수 있을 때, 2차적저작물작성권 침해와 복제권 침해가 중첩적으로 성립할 수 있는지 여부에 대한 논의도 필요하다. 또한 ‘공연’, ‘방송’, ‘전송’과 관련하여서는, 2차적저작물을 위와 같은 방식으로 이용하는 경우에 이를 원저작물을 이용하는 것으로 평가할 수 있는지 여부에 관하여 추가적으로 논의하기로 한다.

2. 개사 행위에 대한 평가

가. 서울서부지방법원 2006. 3. 17. 선고 2004가합4676 판결의 검토

가사 저작물의 표절에 관한 사례들 중에서는 ‘돌아와요 부산항에’의 가사 저작행위가 원저작물인 ‘돌아와요 충무항에’의 가사에 관한 2차적저작물작성권을 침해한 것으로 볼 수 있는지 여부에 관하여 판단한 하급심 판례⁶⁹⁾가 대표적이다. 위 하급심 판례에서는 ‘돌아와요 부산항에’의 가사를 2차적저작물로 인정하기 위한 요건으로 ① ‘돌아와요 부산항에’ 가사가 ‘돌아와요 충무항에’ 가사에 의거하여 만들어졌다는 점(의거관계의 존재), ② 양자 사이에 실질적 유사성이 있어야 한다는 점(실질적 유사성의 존재) 등 두 가지를 들었다. 이는 2차적저작물의 개념에 관하여 앞에서 살펴본 바와 같다.

위 판례에서 담당 재판부는 결과적으로 ① 피고가 ‘돌아와요 충무항에’의 가사내용을 알고 있었다는 점, 두 노래가사의 뉘앙스, 음절, 길이, 소재, 표현방식이 유사하다는 점 등의 정황사실을 들면서 의거관계를 인정한 후, ② 가사의 상황설정 및 소재가 유사하고 그 전체적인 형식이 동일한 점, 1절 앞 8소절의 가사는 ‘충무항’을 ‘부산항’으로, ‘미륵산’을 ‘동백섬’으로 바꾼 것 외에는 똑같고, 1, 2절의 후렴구 역시 ‘충무항’을 ‘부산항’으로, ‘소식 없는’을 ‘말없는’으로, ‘야속한’을 ‘그리운’이나 ‘보고픈’으로 변경한 것 외에는 대부분 동일한 점, 재일동포 고향방문단의 모국

69) 서울서부지방법원 2006. 3. 17. 선고 2004가합4676 판결

방문 취지에 맞추어 '님'을 '형제'로 바꾸는 등 부분적으로 다시 발표한 것에 불과한 점 등에 비추어 두 노래가사 사이에 실질적 유사성도 존재한다고 판시하였다.

나. 구체적인 개사 사례에의 적용

이와 같이 ②의 사례가 가사에 관한 저작권을 침해하는 것인지, 저작권 침해에 해당한다면 복제에 해당할 것인지 아니면 2차적저작물작성에 해당할 것인지에 대한 판단은 가사 수정의 방식이나 정도에 따라 크게 달라질 것이다. 개사를 하는 방식은 천차만별이어서 이를 도식화하기는 어렵지만, 아래에서는 편의상 경우를 두 가지 정도로 나누어 평가해 보기로 한다.

1) 본래 가사의 문장 구조를 그대로 차용하여 사용하는 경우

기존에 존재하는 노래의 가사를 개사하여 로고송으로 사용하는 경우는 매우 많지만, 구체적인 예로는 미국에서 밥 돌 후보가 'I'm a soul man'이라는 곡의 후렴구 부분을 'I'm a dole man'으로 개사하여 재녹음 후 반복 재생한 사례, 선거철에 후보들이 가수 박현빈의 "오빠만 믿어"라는 노래의 후렴구 가사 "오빠 한 번 믿어봐"를 "OO 한 번 믿어봐" 또는 "O번 한 번 믿어봐" 등으로 개사하여 사용하는 사례⁷⁰⁾ 등을 대표적으로 들 수 있다. 위와 같은 사례들에서, 개사한 가사들은 후렴구 부분의 가사 중 전체적인 문장 구조는 변경하지 않은 채 일부 단어만을 대체한 것으로서 원곡의 가사와 소재 및 전체적인 형식이 유사하다. 또한 가사가 차용한 부분이 한 곡에서 빈번하게 반복되는 후렴구 부분인 만큼 위 부분

70) 김현정 앵커 진행 CBS라디오 "김현정의 뉴스쇼" 녹취물, "가수 박현빈 '선거 로고송만 1,000곡 부른 남자'", 2012년 3월 14일, 노컷뉴스(<http://www.nocutnews.co.kr/Show.asp?IDX=2086232>에서 검색)

의 가사가 유사하다는 점은 전체적인 가사의 유사성을 판단하는 데에도 큰 영향을 미친다 할 것이다.⁷¹⁾ 따라서 위에서 예를 든 두 가지 사례와 관련하여서는 두 노래가사 사이에 의거관계 및 실질적 유사성이 존재한다고 판단하는 것이 타당할 것이다. 다만 위와 같은 사례에서도 가사의 의미가 완전히 달라졌으므로 원저작물에 대한 '상당한 개변'이 있다고 볼 것이어서, 그 개사 행위는 2차적저작물작성에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.

2) 본래 가사의 문장 구조에 구애받지 않고 가사를 작성하는 경우

원저작물의 가사 중에서 정치집회 또는 선거운동에 사용할 만한 특징적인 문구가 존재하지 않는 경우도 있을 수 있고, 이러한 경우에 원래 존재하는 음악저작물을 이용하고자 하는 입장에서는 박자만 맞추어 노래가사를 완전히 다시 저작하는 방법을 취할 수밖에 없다. 이러한 경우에는 음악저작물 이용자의 개사 결과물은 완전히 독립적인 저작물로 보아야 할 것이므로, 그 개사 행위를 2차적저작물작성 행위로 평가하기는 어려울 것이다.

3. 2차적저작물작성권 침해와 복제권 침해의 중첩적 성립 가능성

가. 문제의 소재

②의 사례에서 개사 행위가 가사저작물에 대한 2차적저작물작성에 해당

71) 더구나 “오빠만 믿어”에서 “오빠 한 번 믿어봐”라는 부분은 노래가 한 번 재생될 때 4번 반복되지만, 그 재생 횟수에 비해서 대중들에게 특히 잘 알려져 있는 부분으로서 해당 부분의 후렴구를 그대로 차용할 경우 대중들의 관심을 집중시키는 효과가 매우 크다. 따라서 그 재생횟수와 노래에서 실질적으로 차지하는 비중을 감안할 때, “OO 한 번 믿어봐”라는 부분을 차용하였다면 다른 부분의 가사가 다르더라도 당연히 원래 노래가사와 개사한 이후의 노래가사 사이에 실질적 유사성이 있다고 판단하는 것이 타당하다고 생각된다.

할 수 있음은 앞에서 검토한 것과 같다. 다만 2차적저작물작성 역시 원저작물을 이용하는 행위인데, 이러한 '원저작물의 이용'이라는 측면으로 인하여 하나의 행위를 2차적저작물작성으로 봄과 동시에 복제로 볼 수 있다는 견해가 존재한다. 만약 이와 같이 2차적저작물작성권 침해와 복제권 침해가 동시에 성립할 수 있는지 여부의 문제는, 저작자가 소를 제기하면서 이용자의 저작권 침해 행위의 성격을 특정하는 것과 관련하여 영향을 미칠 수 있다.

나. 견해의 대립

먼저, 복제권 침해와 2차적저작물작성권 침해의 중첩적 적용 가능 여부에 관해서는 먼저 기존의 저작물을 그대로 베끼거나 새로운 창작성이 인정되지 아니하는 수정·변경의 경우에는 복제권 침해가 성립하고, 새로운 창작성은 인정되나 기존의 저작물에 대한 종속적 관계가 인정되는 경우는 2차적저작물작성권 침해가 성립된다고 보는 견해(중첩적 적용을 부정하는 견해)가 존재한다.⁷²⁾ 이 견해를 지지하는 측에서는 복제 개념은 '동일성'을, 2차적저작물작성 개념은 '유사성'을 각각의 핵심요소로 하는 별개의 개념으로 보는 일본의 경우를 참조하기도 한다.⁷³⁾

반면, 2차적 저작물은 '원저작물의 이용'과 '창작성의 부가'라는 두 가지 요소로 구성되는데, 그 중 '원저작물의 이용'이라는 측면에 있어서는 복제권 침해와 2차적 저작물 작성권 침해는 다를 것이 없다는 점에서 복제권 침해와 2차적 저작물 작성권 침해가 중복적으로 성립될 수 있다는 견해(중첩적 적용을 긍정하는 견해)도 존재한다.⁷⁴⁾

72) 윤경, 만화저작물에 대한 출판권침해요건과 그 동일성 판단방법, 2006, 계간저작권 제73호, 저작권심의조정위원회, 48면

73) 이영희, 2차적저작물의 저작권 침해에 관한 연구 : 2차적저작물 구분에 관한 판례를 중심으로, 2011, 경희대학교 석사학위논문, 40면

74) 우성엽, 2차적저작물의 법률관계, 2008, <Law&Technology> 제4권 제5호, 서울대학교 기술과 법 센터, 47면

다. 판례의 입장 분석

원저작물의 저작자가 저작권 침해를 주장함에 있어 복제권 침해와 2차적저작물작성권 침해를 동시에 주장한 사안과 관련하여, 복제권 침해에 관해서는 판단을 하지 않고 2차적저작물작성권 침해만 인정한 판례가 있는 반면,⁷⁵⁾ 복제권 침해와 2차적저작물작성권 침해를 동시에 인정한 판례도 존재한다.⁷⁶⁾ 일단 후자의 판례가 복제권 침해와 2차적저작물작성권 침해가 중첩적으로 성립할 수 있다는 입장을 전제로 하였다는 점에는 논란의 여지가 없지만, 전자의 판례가 두 권리 침해 중첩적 성립 가능성을 배척한 것인지 여부에 대해서는 논란의 여지가 있을 수 있다.⁷⁷⁾

그러나 전자의 판례에서 재판부는 두 권리 침해의 중첩적 성립 가능성을 부정한 바 없으며, 다만 저작권 침해를 인정하는 과정에서 2차적저작물작성권 침해만을 언급하고 복제권 침해 여부에 대해서는 아무런 판단을 하지 않음으로써 ‘무시 또는 보류’의 입장을 취하였을 뿐이다. 또한 어떤 방식으로든 저작권 침해가 인정되는 상황에서 두 권리침해 사이의 중첩적 적용 가능성을 치열하게 논의할 실익도 없다는 점에서 충분히 이해할 수 있는 부분이다.

75) 서울서부지방법원 2006. 3. 17. 선고 2004가합4676 판결. 이 사안에서 ‘돌아와요 충무항에’라는 곡의 작사가의 상속인인 원고는 ‘돌아와요 부산항에’를 작사한 피고에 대하여 두 곡의 가사 사이에 실질적 유사성이 있다는 이유로 자신의 저작물에 대한 복제권 및 2차적저작물작성권 침해를 주장하며 손해배상을 청구하였다. 다만 이 사안에서 재판부는 ‘돌아와요 부산항에’의 가사가 원고의 저작물에 대한 2차적저작물에 해당한다는 전제하에 피고가 원고의 2차적저작물작성권을 침해하였다고 판단하였으나, 복제권 침해에 대해서는 명시적인 판단을 하지 아니하였다.

76) 서울중앙지방법원 2005. 8. 19. 선고 2003노2711 판결. 이 사안에서 피고인은 ‘부동산학개론’이라는 책을 저술하면서 피해자가 저술한 “현대부동산학, 1990. 10. 20. 초판, 1995. 9. 30. 개정 증보판”과 각 표현상의 서술의 순서, 소제목의 설정, 표현방법 등을 동일 또는 유사하게 하였다는 이유로 기소되었다. 이 사안에서 재판부는 위와 같은 피고인의 행위가 피해자의 복제권 및 2차적저작물작성권을 모두 침해한 것이라는 근거에서 피고인의 행위에 대하여 유죄를 선고하였다.

77) 이영희, 위 논문, 157면에서는 전자의 판례는 복제권 침해와 2차적저작물작성권 침해의 중첩 적용 가능성을 배척한 취지의 판례로 소개되었다.

이러한 점에 비추어 보면 현재 두 권리침해 사이의 중첩적 적용 가능성을 인정한 판례는 존재하나, 이를 명시적으로 배척한 판례는 존재하지 않는 상황이므로 하급심 판례는 중첩적 적용을 인정하는 견해에 가까운 입장을 취하고 있다고 보는 것이 타당하다고 판단된다.

라. 견해의 검토 및 사안에의 적용

일단 복제권 침해와 2차적저작물작성권 침해는 공통적으로 실질적 유사성을 판단기준으로 삼고 있어 그 판단과정에 큰 차이가 없다.⁷⁸⁾ 또한 만약 중첩적 적용을 부정하는 견해를 엄격하게 따르게 되면 2차적저작물작성권 침해 사안에서 원고가 복제권 침해를 주장하였을 때 청구가 기각될 여지가 있는데, 이는 전체적인 제도의 취지에 비추어 볼 때 부당한 결론이다.⁷⁹⁾ 따라서 개인적으로는 복제권 침해와 2차적저작물 작성권 침해가 중복성립할 수 있다고 보는 입장이 타당하다고 생각하는 바이다.

4. 2차적저작물의 이용을 원저작물의 이용으로 볼 수 있는지 여부

2차적저작물은 ‘원저작물의 이용’을 그 개념요소로 삼고 있다. 따라서 2차적저작물의 이용에는 필연적으로 그 2차적저작물의 기초가 된 원저작물의 이용까지 수반되므로, 2차적저작물을 이용하려는 자는 원저작권자와 2차적저작물에 대한 저작권자 모두로부터 동의를 얻어야 하는 것이다.⁸⁰⁾ 따라서 ②의 사례와 같이 원저작물의 가사를 개사한 것을 별개의

78) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2007다63409 판결에서는 “복제권 또는 2차적저작물작성권의 침해 여부를 가리기 위하여 두 저작물 사이에 실질적 유사성이 있는가의 여부를 판단함에 있어서는 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비하여야 한다.”라고 판시한 바 있다.

79) 물론 이에 대해서는 재판부가 석명을 요구하거나 지적을 하는 방식으로 타당한 결론을 유도할 가능성도 충분히 있기는 하지만, 2차적저작물 이용도 결과적으로 원저작물 이용의 한 방식으로서 복제와 엄격히 구별되지 않는다는 점을 감안하면 그와 같이 소송을 복잡하게 이끌어갈 실익도 크지 않다.

80) 정상조 편저, 저작권법 주해, 2007, 박영사, 252면

2차적저작물로 볼 수 있다 하더라도, 이를 정치집회에서 사용하려면 원저작물의 저작권자의 허락이 필요하다. 따라서 만약 2차적저작물을 이용할 때에 별도로 원저작물의 저작권자의 허락을 받지 못하였다면 그 이용행위 역시 별개로 원저작자에 대한 공연권, 공중송신권(공중송신권 중 방송권, 전송권) 등의 침해 문제를 야기하게 될 것이다.

5. 소결론 - 작사가에 대한 저작권 침해 유형의 검토

위 검토 결과에 의할 때 ②의 사례는 작사가에 대하여 아래와 같은 저작권 침해 문제를 야기한다.

먼저, 저작재산권에 관하여 보면 ②의 사례는 복제, 공연(②-가), 방송(②-나), 전송(②-다), 2차적저작물작성 등의 침해행위의 태양에 해당할 수 있다. 복제권 침해와 2차적저작물작성권 침해가 중첩적으로 성립할 수 있다는 견해에 따르면 개사 행위가 2차적저작물작성으로 평가되는 경우에도 복제권 침해가 성립할 수 있을 것이다.

다음으로, 저작인격권에 관하여 보면 ②의 사례는 성명표시권, 동일성유지권 침해 차원에서는 ①의 사례와 그 판단이 달라질 이유가 없다. 따라서 ②의 사례는 작사가에 대한 성명표시권 침해를 구성하지 않을 것이지만, 동일성유지권 침해를 구성할 수 있다.

IV. 소결론

②의 사례와 관련한 로고송 제작 및 이용행위는 실질적유사성이 인정된다는 전제 하에서, 1) 작곡가의 견지에서는 저작재산권 침해 유형 중 복제, 공연(②-가), 방송(②-나), 전송(②-다)에 해당할 수 있고, 저작인격권에 해당하는 동일성유지권을 침해한다. 2) 또한 위 행위는 작사가의 견지에서는 저작재산권 침해 유형 중 복제, 공연(②-가), 방송(②-나), 전송(②-다), 2차적저작물작성에 해당하고, 저작인격권에 해당하는 동일성유지권

을 침해한다. 3) 다만 이용자는 ②의 사례에서는 음반 녹음물을 사용하지 않으므로 실연자 및 음반제작자의 저작권접권 침해는 문제될 소지가 없다. 마지막으로 ②의 사례로 인하여 작곡가의 복제권, 공연권, 공중송신권 및 작사가의 복제권, 공연권, 방송권, 전송권, 2차적저작물작성권이 종국적으로 침해되는지 여부는 저작권에 관한 일반적 제한사유를 검토한 후에 결론짓기로 한다.

제5절 ③의 사례와 저작권 침해 유형 해당 여부 검토

I. 문제의 소재

③의 사례는 로고송을 완전히 새로 제작하는 과정에서 음반에 고정된 녹음물을 샘플링하는 기법을 활용한 예인데, 이 때 이용자는 악곡, 가사 등의 음악저작물과 음반에 고정된 실연을 모두 이용한 셈이다. 따라서 ③의 사례는 결과적으로 저작자의 저작권 침해 및 실연자·음반제작자의 저작권접권 침해 문제를 동시에 야기한다.

좀 더 구체적으로 살펴본다면, ③의 사례와 관련하여 1) 저작자에 대해서는 복제권, 공연권, 방송권, 전송권, 2차적저작물작성권, 성명표시권, 동일성유지권 침해 여부가 문제될 수 있을 것이고, 2) 실연자에 대해서는 복제권, 공연권, 방송권, 전송권, 성명표시권, 동일성유지권 침해 여부가 문제될 수 있고, 3) 음반제작자에 대해서는 복제권, 전송권 침해 여부만이 문제될 수 있다. 다만 미국에서는 디지털 샘플링은 녹음물의 '기계적 복제'를 전제로 한다는 점에서 실질적 유사성 유무와 관련 없이 실연자와 음반제작자의 저작권을 침해하는 '복제행위'로 보아야 한다는 논의가 진행된 바 있다. 일단 각 주체들에 대한 권리 침해 여부를 논하기에 앞서 위와 같은 논의가 우리나라에 적용될 수 있는지 살펴보기로 한다.⁸¹⁾

81) 우리나라에서 실연자와 음반제작자에게는 2차적저작물작성권이 존재하지 않고 복제권만이 존재하므로, 위와 같은 논의의 실익은 크다.

II. 샘플링과 저작권접권 침해 판단 기준의 검토

1. 논의의 전제

이와 같이 샘플링에 대해서 침해 판단 기준이 달라져야 한다는 논의가 나오는 이유는 디지털 샘플링이 녹음물을 기계적으로 복제하는 방식으로 이루어지기 때문이다. 따라서 미국에서 침해 판단 기준에 대한 논란이 있는 부분도 우리나라의 저작권접권에 해당하는 '녹음물 저작권'과 관련된 부분이다. 따라서 이 '침해 판단 기준 검토'는 저작권접권 침해에 대해서만 이루어지면 족하고, 샘플링이 악곡을 기계적으로 복제하는 것은 아닌 만큼 악곡에 대한 저작권 침해에 대해서는 당연히 실질적 유사성 법리가 적용되어야 할 것이다. 아래에서는 이 점을 전제로 먼저, 1) 샘플링의 개념을 확정하고, 2) 녹음물 저작권 침해 판단 기준에 관한 미국에서의 논의를 소개한 후, 3) 이러한 논의가 우리나라 저작권접권에 대해서도 적용될 수 있는지 살펴보기로 한다.

2. 샘플링의 개념

좁은 의미의 샘플링⁸²⁾⁸³⁾은 다른 저작권자인 음악가들에 의하여 만들어

82) 샘플링의 개념은 넓은 의미의 샘플링과 좁은 의미의 샘플링으로 세분화할 수 있는데, 먼저 ① 넓은 의미의 샘플링은 기존의 실질적인 음악저작권자에 의하여 만들어져 이미 상업적 음반의 형태로 만들어진 악곡의 전체적인 화성이나 선율, 혹은 편곡 패턴을 상당부분 차용하거나 유지하면서 원저작자가 아닌 제3자가 다시 곡으로 만들어내는 작업 과정 전체를 의미하는 것이고, ② 좁은 의미의 샘플링은 이미 존재하는 원곡 가운데 특정 부분을 추출하여 그것 자체를 편곡을 함에 있어 하나의 구성요소로 삼는 기법을 의미하는 것이다(김희진, 다양한 작곡 기법을 사용한 파퓰러음악연구, 2008, 상명대학교 석사학위논문). 위 세분화된 개념 중 "좁은 의미의 샘플링"은 주로 녹음물(Sound recording)을 이용한다는 점에서 다른 음악저작물 이용행위와 법적인 관점에서 극명한 차이가 있으므로, 법적인 논의 개진의 편의를 위하여 이하의 논의에서는 "샘플링"의 개념을 "좁은 의미의 샘플링"으로 한정하여 ③의 사례를 검토하기로 한다.

진 원저작물의 녹음물을 이용하는 방식으로 음원의 일부를 재활용하는 것을 말하는데 이는 힙합(Hip-hop) 음악과는 불가분의 관계에 있는 제작 방식이다.⁸⁴⁾ 최근에 이루어지는 샘플링의 방식은 대부분 디지털 장비를 이용한 디지털 샘플링인데, 디지털 샘플링의 작업은 크게 ① 아날로그 형식의 소리를 0과 1로 구성된 디지털 신호 형식의 샘플로 변환하는 작업, ② 이와 같이 추출된 샘플의 형태를 새로운 저작물에 동화시키거나 화체시키는 작업으로 구성된다.⁸⁵⁾ 이와 같이 샘플링은 악곡 자체가 아닌 실연자와 음반제작자의 노력이 투입되어 있는 녹음물을 이용하였다는 점에서, 전통적인 음악저작권 침해 사례와 차이가 있다 할 것이다.

3. 미국에서 진행되는 녹음물 저작권 침해 판단 기준에 관한 논란

가. 문제의 소재

아직 우리나라에서는 샘플링 기법에 의한 음악저작물 이용의 저작권 침해 판단 기준에 대한 판례가 축적되지 않은 상태인데,⁸⁶⁾ 이에 반하여 미국에서는 샘플링이 저작권 침해에 해당하는지 여부에 관하여 판단한 수

83) “샘플링의 개념”에 관해서는 ‘김영실, 음악저작물의 샘플링에 관한 연구, 2008, 인하대학교 석사학위논문’을 인용하였는데, 위 논문에는 넓은 의미의 샘플링과 좁은 의미의 샘플링이 구별되어 있지는 않다. 그렇지만 위 김희진의 석사학위 논문에서 보는 바와 같이 샘플링을 리메이크(Remake)까지 포함하는 넓은 의미로 보는 견해도 존재하므로, 위 김영실의 논문에서 전제하는 샘플링의 개념은 ‘좁은 의미의 샘플링’에 한정되는 것으로 봄이 타당하다.

84) 샘플링의 영향력은 힙합음악이 음악산업의 주류로 자리잡음에 따라 점점 증가하고 있다. 가령 미국의 사례를 보면, 1989년도에만 하더라도 빌보드 차트 100위 안에 든 앨범 중 단 8곡만이 샘플링 된 곡을 포함하고 있었으나, 1999년에는 샘플링된 곡을 포함한 앨범이 차트의 거의 3분의 1을 차지하게 되었다(Tonya M. Evans, SAMPLING, LOOPING AND MASHING... OH MY! : How HIP HOP MUSIC IS SCRATCHING MORE THAN THE SURFACE OF COPYRIGHT LAW, 2011, Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal Vol.21, 856-857면 참조).

85) 김영실, 음악저작물의 샘플링에 관한 연구, 2008, 인하대학교 석사학위논문, 16-18면

86) 김영실, 위 논문, 57면

많은 판례가 존재한다. 이러한 판례들 중에서는 녹음물의 이용에 대해서는 특수한 법리가 적용된다고 판단을 내린 것도 있고,⁸⁷⁾ 악곡과 녹음물의 침해 판단 기준을 동일하게 본 것도 있다.⁸⁸⁾⁸⁹⁾ 두 가지 입장의 판례의 논리를 살펴본 후 위와 같은 논리가 우리나라 법제 하에서도 적용될 수 있는 것인지 여부를 검토하기로 한다.

나. 악곡의 이용과 녹음물 이용을 달리 취급한 미국 판례 - Bridgeport Music Inc. v. Dimension Films 판결⁹⁰⁾의 검토

1) 기초 사실관계 및 원심⁹¹⁾의 판단

이 사안에서는 피고 회사가 “I Got the Hook Up”이라는 영화의 사운드트랙을 제작하면서 원고 음반회사⁹²⁾가 악곡 및 녹음물에 관한 저작권

87) 전자의 입장을 취한 대표적인 판례로 Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films, 410 F.3d 792(6th Cir. 2005)을 들 수 있다.

88) 후자의 입장을 취한 대표적인 판례로 Saregama India Ltd. v. Mosely, 687 F. S upp. 2d 1325(S.D. Fla. 2009)를 들 수 있다. 원고는 이러한 플로리다 남부지방법원의 판단에 대하여 제11순회항소법원에 항소하였으나, 항소심 법원은 원고가 녹음물 저작권자로부터 부여받은 2년의 위탁계약 기간이 만료되었다는 이유로 항소를 기각하였다[Saregama India Ltd. v. Mosley, 635 F. 3d 1284 (11th Cir. 2011)]. 즉, 순회항소법원에서는 지방법원에서 제시한 후자의 판단기준을 명시적으로 파기하지 않았고, 결과적으로 위 사건은 후자의 판단기준에 의하여 규율이 이루어진 셈이다.

89) 김영실, 위 논문, 62면 이하에서는 전자의 입장을 취한 판례로 Newton v. Diamond 349 F.3d 591(9th Cir. 2003)을 제시하였다. 그러나 위 Newton v. Diamond 사건은 원고인 James W. Newton가 녹음물(Sound recording)에 관한 권리는 ECM 사(社)에 위탁한 반면 악곡 자체(Musical composition)에 관한 권리를 누구에게도 위탁하지 않은 상태에서 악곡 자체에 관한 저작권에 기초하여 저작권 침해를 주장한 사안이었다. 따라서 이는 녹음물에 관한 저작권 침해(우리나라 법으로 따지면 저작인접권 침해 사례임)가 쟁점이 된 사안인 Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films 사건과 동일선상에서 비교되기는 적절하지 않다 할 것이다.

90) Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films, 410 F.3d 792(6th Cir. 2005)

91) Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films, 230 F. Supp. 2d 830 (M.D. Tenn. 2002)

92) 실제로 이 사건의 원고들은 Bridgeport Music, Inc., Westbound Records, Inc., Southfield Music, Inc., Nine Records, Inc. 등 4개의 음반회사들이었다.

을 지니고 있는 “100 Miles and Runnin’”이라는 랩(rap)의 일부분인 “Get Off Your Ass and Jam” 부분을 샘플링한 것이 문제되었다. 이 사안에서 피고 회사는 원고의 랩으로부터 추출한 2초 분량의 샘플을 자신의 작품 중 0:49, 1:52, 2:29, 3:20, 3:46 부분에 삽입하였고,⁹³⁾ 사용된 분량은 각 부분마다 거의 7초 정도였다. 원심인 테네시 주 중앙지방법원은 악곡에 관한 저작권 침해와 녹음물에 관한 저작권 침해에 대한 판단 기준을 구별하지 않고,⁹⁴⁾ ‘극소성의 원칙(de minimis analysis)’⁹⁵⁾ 내지 ‘부분적인 문자적 유사성(fragmented literal similarity) 심사’에 기초하여 이 사건에서 샘플링된 부분은 ‘법적으로 심사가능한 정도’⁹⁶⁾에 이르지 못하였을 정도로 경미하다는 논거를 들어 피고 측의 주장을 받아들였다.

2) 순회항소법원의 판단

이에 대하여 항소심인 제6순회항소법원 재판부는 Westbound Records 사(社)의 녹음물(Sound recording) 저작권에 기초한 주장 부분에 관하여 원심의 판단을 파기하였는데, 그 논거를 미국 저작권법⁹⁷⁾ 조항에서 찾았다.

미국 저작권법은 제106조⁹⁸⁾에서 저작권자가 지닐 수 있는 권리의 종류

93) 원고가 저작권을 가진 곡에서 추출된 “Get Off Your Ass and Jam”이라는 노래 가사와 효과음이 각 부분에서 반복재생(힙합 용어로 ‘looping’)되는 방식으로 삽입되었다.

94) 이 때 지방법원은 위와 같은 판단기준을 적용한 논거로 Newton v. Diamond 판결을 인용하였다.

95) 극소성의 원칙(De minimis Doctrine)이란, 복제하여 침해물에 사용한 피침해 저작물의 양과 내용이 침해물의 전체 중에서 아주 사소한 부분에 해당하여 침해물의 창작성을 부인할 정도에 이르지 못하는 경우에는 이는 실질적 유사성을 인정하는 기준이 될 수 없다는 원칙을 의미한다(김영실, 위 논문, 33면). 다만, 우리나라 저작권법 내지 판례에서는 극소성의 원칙을 별도로 인정한 예가 없고, ‘극소성’의 판단 역시 실질적 유사성 유무를 판단하는 고려요소들 중 하나로 볼 여지도 있는바 위 원칙을 별도로 인정할 필요는 없어 보인다.

96) 위 판결에서 사용한 원문 용어는 “did not rise to the level of a legally cognizable appropriation.”

97) U.S.C. 중 Title 17의 ‘Copyright’ 부분을 지칭하는 것임은 앞서 밝힌 바 있다.

를 열거하면서⁹⁹⁾ 각 저작권자가 지니는 권리의 내용은 제107조 내지 제122조¹⁰⁰⁾에서 상술하고 있는데, 녹음물에 관한 저작자의 권리에 관해서는 제114조에 구체적으로 규정하고 있다. 특히 제114조 (b)항¹⁰¹⁾은 녹음물에 대한 저작권자는 음반에 고정된 녹음물을 직접 또는 간접적으로 다른 음반에 고정시키는 방식으로 복제하는 행위 및 그 녹음물을 재배열하

98) Title 17 U.S.C. Section 106

99) Subject to sections 107 through 122, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following:

- (1) to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords;
- (2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work;
- (3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending;
- (4) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion pictures and other audiovisual works to perform the copyrighted work publicly;
- (5) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and pictorial, graphic, or sculptural works, including the individual images of a motion picture or other audiovisual work, to display the copyrighted work publicly; and
- (6) in the case of sound recordings, to perform the copyrighted work publicly by means of a digital audio transmission.

100) Title 17 U.S.C. Section 107-122

101) (b) The exclusive right of the owner of copyright in a sound recording under clause (1) of section 106 is limited to the right to duplicate the sound recording in the form of phonorecords or copies that directly or indirectly recapture the actual sounds fixed in the recording. The exclusive right of the owner of copyright in a sound recording under clause (2) of section 106 is limited to the right to prepare a derivative work in which the actual sounds fixed in the sound recording are rearranged, remixed, or otherwise altered in sequence or quality.

The exclusive rights of the owner of copyright in a sound recording under clauses (1) and (2) of section 106 do not extend to the making or duplication of another sound recording that consists entirely of an independent fixation of other sounds, even though such sounds imitate or simulate those in the copyrighted sound recording. The exclusive rights of the owner of copyright in a sound recording under clauses (1), (2), and (3) of section 106 do not apply to sound recordings included in educational television and radio programs (as defined in section 397 of title 47) distributed or transmitted by or through public broadcasting entities (as defined by section 118(f)): Provided, That copies or phonorecords of said programs are not commercially distributed by or through public broadcasting entities to the general public.

고 뒤섞고 변형시킬 수 있는 배타적인 권리를 지닌다고 실시하고 있는데, 순회항소법원은 이러한 조항의 입법취지를 제3자가 음반에 고정된 녹음물을 모방하여 새로운 창작물을 만드는 것은 허용될 수 있지만, 음반 녹음물 그 자체를 그대로 복제하는 것은 불가능하도록 만드는 것에 있었다고 해석하였다. 즉, 이러한 입법취지를 고려할 때 '녹음물 전체'를 그대로 복제해서는 안 되는 것처럼 허락 없이 녹음물의 일부분을 그대로 추출하거나 샘플링하는 행위 역시 '그 정도를 불문하고' 금지되어야 마땅하다는 것이다.

이와 같이 항소심 재판부는 악곡에 관한 저작권 침해를 판단하는 기준은 녹음물에 관한 저작권 침해를 판단하는 데에 적용될 만한 적절한 기준이 되지 못한다고 판단하면서, 피고가 원고의 녹음물의 전부 또는 일부를 변형하지 않고 샘플링한 행위는 그 자체로 저작권 침해에 해당한다는 취지로 판시하였다.

다. 악곡의 이용과 녹음물 이용을 동일하게 취급한 미국 판례 - Saregama India Ltd. v. Mosely 판결¹⁰²⁾의 검토

1) 기초 사실관계

이 사건에서 피고는 “Bagor Mein Bahar Hai(이하 “BMBH”라 한다)”라는 제목으로 알려진 인디언 음악에 대한 녹음물 중 일부분을 추출하여 2005년 발표곡인 “Put You on the Game(이하 “PYOG”라 한다)”라는 곡에 삽입하였다. 이용된 부분은 코러스에서 1초 가량 지속되는 G 마이너 화음이 네 번 정도 반복(Looping)되는 부분에 불과하였는데, 이에 대하여 녹음물에 대한 저작권자인 원고는 위 부분을 피고가 허락 없이 이용한 것은 저작권 침해에 해당한다고 주장하였다. 이에 대하여 피고는 위 저작물 이용행위는 저작권 침해에 해당하지 않는다고 주장하면서, ① 해

102) Saregama India Ltd. v. Mosely, 687 F. Supp. 2d 1325(S.D. Fla. 2009)

당 부분은 독창성(Originality)이 있는 부분이라 평가할 수 없어 저작권의 보호대상이 되지 않는다는 점, ② BMBH와 PYOG 두 저작물 사이에는 실질적 유사성이 없다는 점 등의 논거를 들었다.

2) 법원의 판단

이 사건에서 플로리다 주 남부지방법원은 먼저, 위 G 마이너 화음 부분에는 저작권 보호 대상의 정도에 이르는 독창성이 존재한다고 판단하여 피고의 첫 번째 주장은 받아들이지 않았다. 그러나 재판부는 두 저작물은 위 1초 가량 지속되는 G 마이너 화음 부분을 제외하고는 가사 내용, 곡의 빠르기, 리듬, 배열 형태 등의 어느 측면을 보더라도 유사성이 전혀 없어, 일반인으로서 PYOG가 BMBH의 일부분을 샘플링하였다는 점을 알아채지 못할 가능성이 높다고 판단하였다. 위와 같은 논거에 따라 재판부는 원고의 주장을 기각하였다. 이 사건에서 Patricia Seitz 판사는 위 판단에 덧붙여 제6순회항소법원이 Bridgeport 판결에서 녹음물에 대해서는 실질적 유사성 심사기준이 적용되지 않는다고 판단한 것에 대해서도 의문을 제기하였다. Seitz 판사는 위 판결에서 제6순회항소법원이 미국 저작권법 제114조(b)항의 “2차적저작물(derivative work)”의 의미를 다른 2차적저작물 개념과 달리 실질적 유사성을 고려하지 않고 “원 녹음물에 포함된 일부분이라도 포함하고 있는 모든 저작물”로 본 것은 전혀 근거 없는 해석이라고 설시하였다.

위와 같이 지방법원은 원고의 주장을 받아들이지 않았고 이에 따라 원고는 제11순회항소법원에 항소하였으나, 항소심 법원은 원고가 녹음물 저작권자로부터 부여받은 2년의 위탁계약 기간이 만료되었다는 이유로 원고의 항소를 기각하였다.¹⁰³⁾ 항소심은 원고가 이미 저작권 행사 권한을 상실하였다는 근거에서 ‘저작권 침해 여부’에 대한 판단은 하지 않았으므로, 결과적으로 이 사건은 ‘실질적 유사성’을 녹음물에 관한 저작권

103) Saregama India Ltd. v. Mosley, 635 F. 3d 1284 (11th Cir. 2011)

침해 판단 기준으로 삼은 원심의 결론이 유지된 채로 종결된 셈이다.

라. 소결론

이와 같이 미국 하급심에서는 녹음물에 관해서는 아무리 작은 부분이라도 일부분을 복제한 것 자체가 저작권 침해에 해당한다고 볼 것인지,¹⁰⁴⁾ 다른 저작물과 마찬가지로 원저작물과 새로이 창작된 저작물 사이의 실질적 유사성 유무를 따져보아야 하는 것인지에 관하여 그 입장이 통일되어 있지 않다. 이러한 심사기준에 관한 논란이 우리나라 저작권법 법제하에서 그대로 적용될 수 있는 것인지에 관해서는 아래 목차에서 후술하기로 한다.

4. 미국에서 진행되는 ‘녹음물 저작권 침해 판단 기준에 관한 논란’이 우리나라에서도 적용될 수 있는지 여부

가. 문제의 소재

위에서 본 바와 같이 미국에서는 녹음물 저작권 침해 판단에 관하여 특수한 논의가 진행되고 있는데, 이러한 논의가 우리나라 저작권법 체계에도 적용될 수 있는지 의문이 제기된다. 만약 이러한 논의가 우리나라 저작권법 체계에 그대로 적용될 수 없다면 그 이유는 무엇이고, 우리나라에서는 어떠한 방식으로 법적 규율이 이루어져야 하는지 논의해 보기로 한다.

나. 미국 저작권법과 우리나라 저작권법상 규율의 차이

일단 미국의 논의가 우리나라 저작권법에 적용될 수 있는지 여부를 논

104) 이러한 판단기준을 “per se infringement” 심사기준이라 한다.

의하기에 앞서 미국 저작권법의 녹음물에 대한 법적 규율 형태와 우리나라 저작권법의 녹음물에 대한 법적 규율 형태가 어떻게 다른지 검토하기로 한다.

1) 녹음물에 대한 권리의 형태

미국 저작권법은 제106조, 제114조 등에서 “owner of copyright in a sound recording”이라는 표현을 사용하여 녹음물을 저작권접권이라는 별도의 분류체계가 아닌 저작권의 보호영역으로 삼고 있으며, 이에 따라 음반제작자는 ‘저작권’을 보유하게 된다.¹⁰⁵⁾ 반면에 우리나라 저작권법은 “제3장 저작권접권”이라는 표제 하에 제64조에서 보호받는 실연·음반·방송의 개념을 상술하고 있다. 우리나라에서는 이와 같이 녹음물에 대하여 가지는 권리를 저작권과 별도로 낮은 단계의 보호형태인 ‘저작권접권’으로 규율하고 있으므로, 미국에서 진행되는 ‘심사기준에 대한 논란’이 우리나라 저작권법 사례에서 적용될 수 있는지 여부를 검토할 때에도 이러한 보호 수준의 차이가 반영되어야 할 것이다.

2) 녹음물에 관한 저작권의 내용을 상술한 조항이 있는지 여부

미국 저작권법은 제106조에서 저작권의 내용을 개괄적으로 밝히면서, 제107조 내지 제122조에서 저작물의 유형별로 관련된 저작권의 내용 및 범위를 상술하고 있다. 녹음물에 관한 저작권의 내용 및 범위를 규정한 미국 저작권법 제114조 역시 위와 같이 세분화된 조항 중 하나인 것이다. 이와 같이 미국 저작권법은 저작물별로 저작권의 내용을 별개로 규정하고 있기 때문에 보는 관점에 따라서는 저작물별로 저작권의 내용을 달리 해석할 여지도 있게 된다.

105) 우리나라에서도 실연, 음반 등이 저작물로 규율되었던 적이 있었다[구 저작권법(1986. 12. 31. 법률 제3916호로 개정되기 이전의 것) 참조].

이에 반하여 우리 저작권법 제10조 제1항은 “저작자는 제11조 내지 제13조의 규정에 따른 권리(이하 “저작인격권”이라 한다)와 제16조 내지 제22조의 규정에 따른 권리(이하 “저작재산권”이라 한다)를 가진다.”라고 규정하면서, 저작물별이 아닌 권리별로 그 내용을 확정하는 형식을 취하고 있다. 물론 저작권법이 저작인접권의 보호영역인 실연·음반·방송에 대해서는 별개의 장에서 규정하고 있고 속하는 세부적인 권리의 종류도 저작권과 차이가 있지만, ‘복제권’, ‘배포권’ 등의 개념을 별개로 규정하고 있지는 않다. 따라서 우리 저작권법 체계 하에서는 녹음물에 관한 복제권 등의 내용이 저작권법 제16조 이하에 규정된 복제권 등의 내용과 달리 해석될 여지는 그리 크지 않다 하겠다.

다. 소결론 - Bridgeport 판례 취지의 적용가능성

권리의 명칭은 다르지만 음반에 고정된 녹음물을 샘플링하여 로고송을 제작하는 것은 우리나라에서도 악곡 자체에 관한 저작자의 저작권, 해당 녹음물에 관하여 시간과 노력을 투입한 실연자·음반제작자의 저작인접권 침해 문제를 야기한다. 저작인접권 침해 부분에 관하여 Bridgeport 판결에서 적용한 ‘그 자체로 침해(per se infringement)’ 심사기준이 적용될 수 있는지 문제되나 ① 위에서 본 바와 같이 우리 저작권법과 미국 저작권법은 규율체계에 차이가 있다는 점, ② ‘그 자체로 침해’ 심사기준은 미국 내에서도 저작권법 제114조를 잘못 해석한 데에 기인한 것이라는 비판을 받고 있는 점,¹⁰⁶⁾ ③ ‘그 자체로 침해’ 심사기준은 음악 장르의 다양화 및 음악산업의 발전에 도움이 되는 저작물 이용까지 모두 막는 결과를 초래하여 저작권법의 목적에 부합하지 않는다는 점¹⁰⁷⁾, ④ 저작인접권은 저작권보다 보호 수준이 낮은 권리형태이므로¹⁰⁸⁾ ‘저작인접

106) Saregama India Ltd. v. Mosely, 687 F. Supp. 2d 1325(S.D. Fla. 2009) 판결에서의 Patricia Seitz 판사의 보충의견

107) Tonya M. Evans, 위 논문, 889-890면

108) 실연, 음반, 방송에는 예술적 재능이 요구되기보다는 기계적 기술이 요구되는

권 침해'를 '저작권 침해'보다 넓게 판단하는 것은 부당하다는 점 등을 고려할 때, '그 자체로 침해' 심사기준을 우리 저작권법 체계에 적용하는 것은 적절하다 할 수 없다. 따라서 아래에서는 ③의 사례가 저작인접권 침해행위에 해당하는지 여부에 관해서도 일반적인 경우와 마찬가지로 '실질적 유사성' 심사기준을 적용하여 검토하도록 한다.

Ⅲ. 저작자에 대한 저작권 침해 유형 해당 여부

1. 저작재산권 침해 유형 해당 여부

가. 문제의 소재

일단 악곡과 가사에 대해서는 위에서 검토한 침해 판단 기준의 검토 결과와 관계 없이 실질적 유사성 법리가 적용된다는 점은 앞서 언급한 바 있다. ③의 사례에서 저작자에 대한 저작재산권 중에서는 복제권, 공연권, 공중송신권, 2차적저작물작성권 침해만이 문제될 수 있을 것인데, 이를 위해서는 먼저 원저작물과 새로이 탄생한 로고송 저작물 사이에 실질적 유사성이 있는지 여부에 대한 검토가 필요하다. 만약 실질적 유사성이 부정된다면, 이 사례에서 저작자에 대한 저작재산권 침해는 문제될 여지가 없다.

나. 원저작물과 샘플링 기법으로 제작된 로고송 사이에 실질적 유사성이 존재하는지 여부

것이므로 실연, 음반, 방송을 창작된 저작물과 동일하다고 보기는 어렵다는 점, 실연, 음반, 방송은 저작물을 전달하는 매개수단의 의미가 크다는 점에서 실연, 음반, 방송에 대해서는 이를 기존의 저작물과 동일한 정도로 보호하지 않는 것이 일반적이다(이하의 논의는 정상조 편저, 저작권법 주해, 2007, 박영사, 759면 참조).

이미 제4장 제2절 “저작권 침해 판단기준으로서의 실질적 유사성 개념” 부분에서 언급하였듯이, 음악저작물의 실질적 유사성과 관련하여서는 리듬, 화성, 박자, 템포 등의 요소를 질적·양적 측면에서 평가하는 방식으로 판단이 이루어진다.¹⁰⁹⁾ 다만 질적·양적 관점 중에서 질적 관점이 양적 관점에 비하여 훨씬 더 큰 비중을 가진다는 점이 미리 전제된다.¹¹⁰⁾

1) 생각건대, 만약 샘플이 코러스 부분 전체에 해당하는 경우에는 비록 그 부분의 재생시간이 원저작물 전체에 비추어 1/10 미만이라 하더라도 실질적 유사성을 부정하기는 어려울 것이다. 코러스 부분은 음악저작물을 청취하는 사람들의 입장에서 가장 각인 효과가 큰 부분일 뿐 아니라, 한 곡에서 여러 번 반복재생된다는 점에서 음악저작물의 ‘핵심’에 해당하는 부분이기 때문이다.¹¹¹⁾

2) 반면 Bridgeport 판결 내지 Saregama 판결 사례와 같이 샘플이 1초 가량의 연속음 내지 화음 한 토막 정도에 불과하다면, 특별한 사정이 없는 한 두 저작물 사이에 실질적 유사성이 인정된다고 보기는 어려울 것이다. 1초 가량의 연속음 내지 화음이 전체 노래를 연상시킬 정도로 ‘핵심’에 해당한다고 보기 어려울 뿐 아니라, 위 음악을 향유하는 대부분의 청중 역시 그 의거관계 내지 유사성을 알아채지 못할 가능성이 높기 때문이다.

이와 같이 ③의 사례 내에서도 샘플의 크기와 중요도에 따라 실질적 유사성 유무에 대한 판단은 달라질 수 있을 것인데, 1)의 경우에는 실질적 유사성이 있는 것으로, 2)의 경우에는 실질적 유사성이 없는 것으로 판단될 가능성이 크다.

다. 소결론

109) 수원지방법원 2006. 10. 20. 선고 2006가합8583 판결

110) 정상조 편저, 저작권법 주해, 2007, 박영사, 1100면 참조

111) David C. Johnston, 위 논문, 698면 참조. 이와 같은 이유 때문에 전달력이 높은 특정 곡의 코러스 부분을 샘플링하는 사례가 가장 많을 것으로 예상된다.

위 검토결과, 1) 샘플이 코러스 부분 전체에 해당하는 정도라면 로고송 제작 및 사용은 2차적저작물작성 및 공연(③-가), 방송(③-나), 전송(③-다)에 해당한다고 봄이 타당할 것이다. 2차적저작물작성권 침해와 복제권 침해가 항시 중첩적으로 성립된다는 견해에 따르면 이는 당연히 복제 행위에도 해당될 것이다. 2) 다만, 샘플이 1초 분량의 연속음 또는 화음에 해당할 정도로 크기가 작다면 원저작물과 로고송 사이의 실질적 유사성이 있다고 보기는 어려울 것으로 보인다. 이 경우 저작자에 대한 저작재산권 침해는 문제되지 않을 것이다.

2. 저작인격권 침해 여부

만약 위 저작재산권 침해와 관련하여 그 행위가 2차적저작물작성을 넘어선 완전히 별개의 저작물을 창작한 것으로 평가된다면 저작인격권 침해는 문제될 여지가 없다. 다만, 로고송 제작이 복제 및 2차적저작물작성 행위에 해당되는 것으로 평가된다면 ①, ②의 사례와 마찬가지로 저작자의 동일성유지권을 침해하는 것으로 볼 수 있다.

IV. 실연자에 대한 저작인접권 침해 유형 해당 여부

녹음물에 대한 저작인접권 침해와 관련하여서도 실질적 유사성 법리가 판단기준으로 적용되어야 한다는 점은 앞에서 검토한 바와 같다. 이 경우, 저작자에 대한 저작재산권 침해 여부를 검토하였던 것과 마찬가지로 원저작물과 새로 창작된 로고송 사이에 실질적 유사성이 있는 것으로 평가된다면, 그 로고송을 온라인 및 오프라인에서 이용하는 행위는 실연자에 대해서도 복제, 공연, 방송, 전송의 행위 태양을 구성할 것이고 동일성유지권을 침해하는 행위에 해당할 것이다. 다만 ③의 사례 역시 실연자의 허락을 받아 녹음한 실연을 사용하는 것이므로, 그 실연을 이용하여 제작한 로고송을 텔레비전 광고에 활용한다 하더라도 실연자는 직접

적으로 방송권을 주장할 수는 없고, 다만 방송사업자에 대하여 보상을 받을 권리를 주장할 수 있을 뿐이다(저작권법 제73조 단서, 제75조).

반면, 두 저작물 사이에 '실질적 유사성'이 결여된 것으로 평가된다면, 로고송 제작 및 이용 과정에서 원저작물이 사용된 것으로 볼 수 없으므로 저작인접권 침해는 성립할 여지가 없다.

V. 음반제작자에 대한 저작인접권 침해 유형 해당 여부

음반제작자의 경우에도 침해 유형 해당 여부에 대한 판단은 저작자, 실연자의 경우와 그 결론을 같이 한다. 즉, 원저작물과 새로 창작된 로고송 사이에 실질적 유사성이 있는 것으로 평가된다면 그 로고송을 온라인 및 오프라인에서 이용하는 행위는 음반제작자에 대해서도 복제, 전송의 행위 태양을 구성하게 될 것이다(다만, 음반제작자는 방송권, 공연권, 동일성유지권을 지니지 않으므로 방송, 공연, 동일성유지권 침해 해당 여부는 논의할 실익이 없다). 또한 음반제작자는 방송사업자에 대한 보상청구권(법 제82조)을 가진다. 따라서 원저작물과 로고송 사이에 실질적 유사성이 인정되고 그 로고송이 텔레비전 선거 광고에 활용된다는 전제(“③-나”의 사례)에서, 음반제작자는 방송사업자에게 일정한 보상을 청구할 수 있을 것이다.

다만 원저작물과 새로 창작된 로고송 사이의 실질적 유사성이 부정된다면 앞서 본 바와 마찬가지로 저작인접권 침해는 전혀 성립할 여지가 없게 된다 할 것이다.

VI. 소결론

③의 사례는 이용자가 참작한 샘플의 크기와 중요도에 따라 결론을 달리할 것이나, 만약 샘플의 크기나 중요도를 고려하였을 때 두 저작물 사이에 실질적 유사성이 있는 것으로 평가된다면 그 행위는 1) 저작자의

권리와 관련하여서는 저작재산권 침해 유형 중 복제, 2차적저작물작성, 공연, 방송, 전송에 해당하고, 저작인격권에 해당하는 동일성유지권을 침해하게 된다. 2) 위 행위는 같은 논리에 따라 실연자의 권리 중 복제권, 공연권, 전송권을 침해할 소지가 있으며, 중국적으로 동일성유지권 침해를 구성하고, 3) 음반제작자의 권리 중 복제권 및 전송권 침해를 구성할 가능성이 있다. 이 때 ③의 사례가 저작자·저작인접권자들의 재산권적 성격의 권리들을 중국적으로 침해하는지 여부는 제5장에서 저작권과 저작인접권에 관한 일반적 제한사유를 검토한 후에 결론짓기로 한다. 다만, ③의 사례에서 두 저작물 사이에 실질적 유사성이 없는 것으로 평가된다면 저작권 및 저작인접권 침해는 문제될 소지가 없을 것이다.

제6절 소결론

위에서 살펴본 바와 같이 ①, ②, ③의 각 사례와 같은 저작물 이용형태는 저작권 내지 저작인접권의 침해 문제를 야기할 수 있다. 다만 ②, ③의 각 사례에서 저작권 내지 저작인접권 침해 여부는 구체적으로 저작물을 이용한 정도에 따라 그 판단이 달라질 수 있으므로, 이용 부분의 정도 및 중요도를 세심하게 살펴볼 필요가 있다. 다만 ①, ②, ③의 각 사례가 저작권 내지 저작인접권을 허락없이 행사한 것으로 평가된다 하더라도 바로 “저작권 및 저작인접권 침해”로 판단되는 것은 아니다. 저작권법은 저작권 및 저작인접권에 관하여 일정한 제한 사유를 두고 있는데, 각 사례가 이와 같이 저작권 및 저작인접권이 제한되는 경우에 해당된다고 판단되면 죄의 성립과 관련하여 위법성이 조각되는 경우와 마찬가지로 저작물 이용자의 행위 역시 중국적으로 “저작권 및 저작인접권 침해”가 아닌 것으로 평가되는 것이다. 다음 장에서는 저작권법상 일반적 저작권 제한 사유를 살펴봄으로써 이용자가 타인의 음악저작물을 정지적으로 이용하는 행위가 중국적으로 저작권 및 저작인접권 침해를 구성하는지 살펴본 후, 이러한 저작권법상 결론이 저작자·저작인접권자에

게 실효성 있는 구제수단으로 작용하고 있는지 살펴보기로 한다.

제5장 선거운동에서의 음악저작물 이용이 중국적으로 저작권·저작인접권 침해를 구성하는지 여부

제1절 논점의 정리

제4장에서는 선거운동에서 음악저작물을 사용하는 것이 복제, 공연, 2차적저작물작성 등 저작권·저작인접권 침해행위의 태양에 해당할 수 있음을 확인하였다. 우리 저작권법은 제23조 내지 제38조에서 저작재산권 제한사유 조항을 두고 있고, 이를 저작인접권에도 준용하는 취지의 조항(제87조 제1항)도 두고 있다. 만약 타인의 음악저작물을 선거운동에서 사용하는 것이 위 각 제한사유들에 해당한다면 이는 중국적으로 침해를 구성하지 않는 것이어서, 저작자 및 저작인접권자는 저작권법에 따른 권리구제를 받을 수 없게 될 여지가 있다. 아래에서는 1) 먼저, 저작권법에 규정된 저작권·저작인접권의 제한사유의 의의 및 적용범위를 살펴본 후, 2) 선거운동에서 타인의 음악저작물을 사용하는 행위가 저작권법에서 제시하는 저작권·저작인접권 제한사유에 해당하는지 여부 및 3) 저작권법에서 제시하는 사유 이외의 다른 제한사유가 있을 수 있는지 여부를 검토하기로 한다. 4) 다만, 위와 같은 제한사유 유무에 관계없이 저작권 내지 저작인접권 이용에 관한 유효한 이용허락이 있었다면, 해당 음악저작물 이용은 '저작권 침해'로 평가되지 않는 것이므로 중국적인 침해 성립 여부를 논하기에 앞서 이용허락과 관련된 제반 문제를 논의하기로 한다.

제2절 저작권 및 저작인접권 제한에 대한 개괄적 논의

I. 저작권 및 저작인접권 제한의 취지

저작권법은 저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 종국적으로 문화의 향상발전에 이바지하는데에 그 목적이 있다(저작권법 제1조). 저작권법은 문화의 발전을 꾀하는 두 가지 수단으로서 '저작권의 보호'와 '저작물 이용의 활성화'를 동등하게 취급하고 있을 뿐 아니라, 실제로도 저작권의 보호 못지않게 저작물을 활발하게 이용할 수 있도록 허용하는 것이 지식의 전파 및 문화의 발전에 도움이 될 수 있는 경우가 많다.¹¹²⁾ 이러한 점을 고려하여 우리 저작권법은 문화 발전을 위해 저작권의 보호 필요성보다 저작물 이용 활성화의 필요가 크다고 생각되는 경우를 '저작권 제한사유'로 규정하고 있는 것이다.

이와 같이 저작권 제한법리는 좁게는 저작권법의 목적을 달성하는 데에 기여하며, 넓게는 이용자의 기본권인 표현의 자유를 적절히 고려함으로써 저작자와 이용자 사이의 기본권 충돌 문제를 규범조화적으로 해결하는 데에 기여하는 역할을 담당하는 것이다.

II. 저작권법상 저작권 및 저작인접권 제한 사유의 규정 형식

우리나라에서는 기본적으로 독일이나 일본의 저작권법과 마찬가지로 제 23조 내지 제36조에서 상세한 저작권 제한 조항을 두고 있다. 이는 영미법이 공정이용에 관한 포괄규정 하나를 두고 그를 융통성 있게 운영하는 것과 달리 여러 가지 유형의 제한 사유를 열거하는 형태로 규정화한 것이다. 물론 2011. 12. 2. 저작권법 개정으로 우리 저작권법에도 공정이용

112) 정상조, 박준석 공저, 지적재산권법(제2판), 2011, 홍문사, 400-401면 참조

조항이 도입되었지만(저작권법 제35조의3), 이는 어디까지나 잔여 조항(residual clause)의 성격으로 도입된 것이므로 기존에 존재하던 제23조 내지 제36조의 조항들이 의미를 상실하는 것은 아니라 할 것이다.¹¹³⁾ 또한 기존의 저작권 제한 조항들과 공정이용 조항들은 저작권법 제87조 제1항에 의하여 저작인접권에 대해서도 제한사유로서 작용하게 된다.

Ⅲ. 저작권 및 저작인접권 제한 사유의 적용범위

1. 문제의 소재

저작권법은 제23조 내지 제35조의 저작권 제한사유를 열거하면서, 이를 “제2관 저작재산권의 제한”이라는 목차 아래에 배치하여 각 사유들이 저작인접권이 아닌 저작재산권에 대해서만 적용된다는 점을 분명히 하였다. 2011. 12. 2. 저작권법 개정을 통하여 새로이 도입된 공정이용 조항(제35조의3) 역시 위 “제2관 저작재산권의 제한” 아래에 배치되었는데,¹¹⁴⁾ 이러한 규정형식이 공정이용 법리의 근원지인 미국의 저작권법 조항과는 어떠한 차이가 있는지 살펴보기로 한다.

2. 저작인접권에 대한 저작권 제한사유 적용가능성에 관한 비교법적 고찰

미국에서는 원칙적으로 우리 저작권법에서 저작인접권으로 분류하는 공

113) 저작권법 제35조의3 제1항에서는 “제23조부터 제35조의2까지, 제101조의3부터 제101조의5까지의 경우 외에”라고 규정함으로써 잔여 조항(residual clause)의 성격을 분명히 하였다. 따라서 저작권 제한 사유를 검토할 때에는 먼저 제23조 내지 제35조의2까지의 열거 사유들을 먼저 살핀 후, 제35조의3에 규정된 포괄적 취지의 규정을 살피게 될 것이다.

114) 이에 더하여 저작인접권에 대해서는 위 제한사유가 적용되지 않는다는 취지의 명문규정(저작권법 제38조)까지 두고 있다. 그 내용은 다음과 같다.
제38조(저작인접권과의 관계) 이 관 각 조의 규정은 저작인접권에 영향을 미치는 것으로 해석되어서는 안 된다.

표권, 성명표시권, 동일성유지권 등의 권리를 저작권법에서 따로 규정하지 아니하고, 이를 상표권, 퍼블리시티권의 영역에 포섭되는 것으로 보아 보호하고 있는 것으로 보인다. 다만 미국 저작권법은 시각예술저작물에 한해서는 우리나라의 공표권, 성명표시권, 동일성유지권에 해당하는 권리를 규정하면서,¹¹⁵⁾ 이에 대하여 공정이용 조항의 적용을 배제하고 있지는 아니하고 있다.¹¹⁶⁾ 물론 시각예술저작물에 한정된 논의이기는 하나, 미국에서는 공정이용 조항의 적용에 있어 저작재산권과 저작인격권을 별도로 구별하고 있지 않고 있는 것이다. 이와 달리 우리 저작권법에서는 공정이용의 적용범위를 다른 저작권 제한사유와 마찬가지로 저작재산권에 한하여 적용하도록 규정되어 있으므로, 성명표시권, 동일성유지권 등 저작인격권의 침해가 저작권 제한 사유에 의하여 정당화될 여지는 없다 할 것이다.

따라서 우리 저작권법에 규정된 저작권·저작인접권 제한 사유는 저작

115) **17 U.S.C. 106A. Rights of certain authors to attribution and integrity**

(a) Rights of certain authors to attribution and integrity. Subject to section 107 and independent of the exclusive rights provided in section 106, the author of a work of visual art

(1) shall have the right

(A) to claim authorship of that work, and

(B) to prevent the use of his or her name as the author of any work of visual art which he or she did not create;

(2) shall have the right to prevent the use of his or her name as the author of the work of visual art in the event of a distortion, mutilation, or other modification of the work which would be prejudicial to his or her honor or reputation; and

(3) subject to the limitation set forth in section 113(d), shall have the right

(A) to prevent any intentional distortion, mutilation, or other modification of the work which would be prejudicial to his or her honor or reputation and any intentional distortion, mutilation, or modification of that work is a violation of that right, and

(B) to prevent any destruction of a work of recognized stature, and any intentional or grossly negligent destruction of that work is a violation of that right.

116) 미국 저작권법 제107조에 규정된 공정사용 조항의 서두에 “Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A”라는 표현을 사용하고 있어, 저작인격권 조항인 106A에 대해서도 공정사용 조항이 적용되는 것으로 규정하고 있다.

인격권이 아닌 저작재산권에 대해서만 적용될 수 있을 것이다.

제3절 저작권법에 열거된 저작권 및 저작인접권 제한 사유 해당 여부 검토

I. 개관

2011. 12. 2. 공정이용(fair use) 조항이 도입되기 이전부터 존재하였던 제한사유로는 ① 재판절차 등에서의 복제(제23조), ② 정치적 연설 등의 이용(제24조), ③ 학교교육 목적 등에의 이용(제25조), ④ 시사보도를 위한 이용(제26조), ⑤ 시사적인 기사 및 논설의 복제 등(제27조), ⑥ 공표된 저작물의 인용(제28조), ⑦ 영리를 목적으로 하지 아니하는 공연·방송(제29조), ⑧ 사적이용을 위한 복제(제30조), ⑨ 도서관 등에서의 복제(제31조), ⑩ 시험문제로서의 복제(제32조), ⑪ 시각장애인 등을 위한 복제(제33조), ⑫ 방송사업자의 일시적 녹음·녹화(제34조), ⑬ 미술저작물 등의 전시 또는 복제(제35조) 등이 있다. 위 제한사유들 중에서 선거운동에서 타인의 음악저작물을 이용하는 행위에 외견상 적용될 여지가 있는 조항은 저작권법 제29조가 유일할 것인데,¹¹⁷⁾ 제29조 내에서도 제1항과 제2항은 규율대상이 다르므로 별개로 나누어 논의하기로 한다. 위 제29조의 제한사유 해당 여부를 검토한 후, 잔여 조항의 성격을 지니는 저작권법 제35조의3의 공정이용에 해당할 수 있는지 여부를 검토하기로 한다.

II. 저작권법 제29조 제1항의 적용가능성 검토

117) 저작권법 제28조에서는 저작물 인용이 허용될 수 있는 사유를 “보도, 비평, 교육, 연구”로 한정하고 있다. 선거운동에서 음악저작물을 이용하는 경우가 위 사유에 들어맞는다고 보기는 어려우므로 법 제28조의 사유는 상술하지 않기로 한다.

1. 저작권법 제29조 제1항의 문언 및 적용 요건

저작권법 제29조 제1항에서는 “비영리목적의 공연·방송”을 저작재산권 제한사유로 규정하고 있는데, 저작권법 제29조 제1항의 제한사유에 해당하기 위해서는 1) 공표된 저작물로서 영리를 목적으로 하지 않을 것, 2) 입장료 등 반대급부를 징수하지 않을 것, 3) 실연자에게 보수를 지급하지 않을 것, 이 세 가지의 요건이 모두 갖추어져야 한다. 그러나 선거운동과 관련하여서는 2), 3)의 요건은 충족되는 경우가 대부분이기 때문에, 결과적으로 저작권법 제29조 제1항의 제한사유에 해당하는지 여부는 “선거운동과 관련된 음악저작물 사용을 비영리목적의 공연·방송으로 볼 수 있는지 여부”라는 요건 1)의 판단에 따라 달라질 것이다. 또한, 추가적으로 위 조항은 ‘공연’, ‘방송’에 대해서만 적용되는 것이므로 인터넷 광고와 같은 ‘전송’ 행위에 대해서는 적용될 여지가 없다는 점을 미리 밝혀둔다.

2. 선거운동 과정에서 음악저작물을 이용하는 것이 ‘영리 목적의 공연·방송’에 해당하는지 여부

가. ‘영리’ 개념의 검토

사전적 의미에서 ‘영리’란 ‘재산적 이익을 추구하는 것’을 의미한다. 법률적 의미의 ‘영리’ 개념의 정의는 상법에서 회사의 3가지 구성요소들 중 하나인 ‘영리성’의 개념을 논하는 부분에서 그 논의를 살펴볼 수 있다. 그 ‘영리성’의 의미에 대해서는 다툼이 있기는 하나, 국내의 통설은 ‘회사나 기업 활동을 위하여 이익을 얻는 것, 즉 영리사업을 경영한다는 것만을 뜻하는 것이 아니고 대외적인 영리 활동으로부터 생긴 이익을 사원에게 분배하는 것까지 포함하는 것’으로 해석하고 있다. 이와 같이 사

전적 의미나 법률적 의미를 살펴볼 때 ‘영리’는 ‘어떤 활동이나 수단을 통하여 이익을 얻는 것’으로 이해할 수 있는데,¹¹⁸⁾ 선거운동과 관련하여서는 이러한 이익의 취득 및 분배라는 요소가 결부되어 있지 않으므로 이는 ‘영리를 목적으로 하지 않는’ 활동에 해당한다고 봄이 타당할 것으로 보인다.¹¹⁹⁾

나. 미국 판례의 검토

미국 저작권법은 우리나라와 규정체계가 다르기는 하지만 제107조의 공정이용에 해당하는지 여부를 판단하기 위한 첫 번째 고려요소로서 ‘이용행위의 상업성 유무’를 검토하도록 되어 있다.¹²⁰⁾ 미국 하급심 판례는 반복적으로 위 공정이용의 첫 번째 요소를 판단함에 있어서 정치 광고에서의 저작물 이용은 상업적인 성격을 띠지 않는 선거운동 메시지 전달의 일환이기 때문에 역시 상업적인 성격을 띠지 않는다고 판단하여 왔다.¹²¹⁾ 미국 저작권법 제107조의 “commercial nature”의 개념이 우리 저

118) 채명기, 저작권법상 비영리 목적의 공연에 관한 연구, 1999, 한국저작권위원회

119) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제50조 제1항에서는 수신거부의사에 반하는 영리목적의 광고성 정보를 전송하여서는 아니 된다고 규정하고 있는데, 한국인터넷진흥원(KISA) 역시 선거운동 문자는 영리목적의 상업성 정보에 해당하지 않으므로 KISA 118 상당센터를 통한 불법스팸 신고가 불가능하다는 유권해석을 내린 바 있다(김동훈, “KISA “선거운동 문자 ‘불법스팸’ 신고 마세요.””, 2012년 2월 27일, 한국경제(<http://www.hankyung.com/news/app/newsview.php?aid=201202272217t>)에서 검색). 물론 저작권법 위반 사안은 아니지만, 이 사례를 통하여 선거운동은 ‘영리’ 개념에 해당하는 경우가 아니라는 것이 일반적인 사회통념이라는 점을 파악할 수 있다.

120) 미국 저작권법 제107조에서는 이와 관련하여 “the purpose and character of the use, including whether such use is a commercial nature or is for nonprofit educational purposes”라는 표현을 쓰고 있다. 우리 저작권법에서도 공정이용 개념을 도입하면서 첫 번째 고려요소를 ‘영리성 또는 비영리성 등 이용의 목적 등 성격’으로 규정하였다(저작권법 제35조의3 제2항 제1호).

121) MasterCard Intern. Inc. v. Nader 2000 Primary Comm., Inc., 2004 WL 434404 (S.D.N.Y. 2004); Am. Family Life Ins. Co. v. Hagan, 266 F. Supp. 2d 682 (N. D. Ohio 2002); Keep Thomson Governor Comm. v. Citizens for Gallen Comm., 457 F. Supp. 957 (D.C.N.H. 1978)

작권법의 '영리성'의 개념과 유사하다는 점에 착안하여 볼 때¹²²⁾, 이러한 미국 하급심 판례의 판단은 저작권법 제29조 제1항의 영리 목적 유무 판단에도 차용될 수 있을 것으로 보인다.

다. 사안에의 적용

1) 위에서 보는 바와 같이 선거운동 자체에는 '영리성'이 결부되어 있다고 보기 어려우므로, 야외 선거유세 현장에서 타인을 음악저작물을 재생하는 행위는 제29조 제1항의 공연권 제한 사유에 해당한다고 봄이 타당하다. 이러한 경우 공연권 침해는 중국적으로 성립하지 않을 것이다.

2) 다만, 타인의 음악저작물을 이용한 텔레비전 선거광고를 낼 경우, 방송사업자는 정당 또는 정치인으로부터 광고료를 받는 것이 일반적이다. 따라서 '선거' 자체의 비영리성과 관계 없이 방송사업자의 방송 행위는 영리를 목적으로 하는 것이므로 그 행위는 제29조 제1항의 방송권 제한 사유에 해당한다고 보기 어렵다. 따라서 그 행위를 방송권 침해행위로 볼 가능성은 위 조항의 존재에도 불구하고 여전히 남아있게 된다.

3. 소결론

①, ②, ③의 각 제작방식에 따라 제작된 선거로고송의 야외 '공연'은 저작권법 제29조 제1항에 의하여 정당화될 것으로 보이나, 선거로고송을 '방송'에 이용하는 행위는 같은 조항에 의하여 정당화되기 어려울 것으로 보인다. 이와 같이 저작권법 제29조에 의하여 정당화되는 행위는 ①, ②, ③의 각 사례가 구성하는 저작권 침해 행위태양 중 '공연'에 한정되므로, 위 조항의 존재에도 불구하고 복제권, 2차적저작물작성권, 방송권,

122) 우리 저작권법의 공정이용 조항은 미국 저작권법의 규정형식을 거의 그대로 도입한 것인 만큼, 우리 저작권법 법제에서는 '영리성'의 개념을 미국의 'commercial nature'의 개념과 유사한 것으로 보고 있다고 해석하여도 무방할 것이다.

전송권 등의 여타 권리 침해는 위 조항과 관련 없이 성립될 수 있는 것이다.

Ⅲ. 저작권법 제29조 제2항의 적용가능성 검토

1. 저작권법 제29조 제2항의 문언

저작권법 제29조 제2항에서는 “반대급부를 받지 아니하는 판매용 음반 또는 판매용 영상저작물 재생”을 각각의 저작권 내지 저작인접권 제한 사유로 규정하고 있는데, 이 제한사유에 해당하기 위해서는 1) 반대급부를 받지 아니할 것, 2) 판매용 음반 또는 판매용 영상저작물의 재생 공연일 것, 3) 대통령령으로 정하는 예외에 해당하지 않을 것의 세 가지 요건이 모두 갖추어져야 한다. 다만 위 조항은 ‘판매용 음반’을 재생하여 공중에게 ‘공연’을 하는 경우에만 그 적용이 있으므로, 선거운동에서 음악저작물이 이용되는 여러 유형 중 로고송을 야외에서 ‘공연’하는 경우에만 적용될 여지가 있고 ‘방송’에 이용하는 경우 또는 인터넷 광고와 같은 ‘전송’의 경우에는 적용될 여지가 없음을 미리 밝혀둔다. 또한 로고송 제작 과정에서 ‘음반’ 자체가 이용되는 경우는 ①, ③의 사례에 한정되므로, ①, ③의 사례 중 ‘공연’에 한정하여 법 제29조 제2항의 제한 사유 해당 여부를 논의하기로 한다.

2. ①, ③의 방식으로 제작된 선거로고송 재생이 ‘판매용 음반의 재생’에 해당하는지 여부

②의 사례와 같이 선거로고송을 제작하는 경우에는 아예 녹음을 다시 하게 되므로 타인의 음반을 사용할 여지가 없다. 그러나 ①, ③의 사례에서는 선거로고송을 제작하는 과정에서 편집 또는 일부 발췌의 형식으로 타인의 음반을 이용하게 되고, 이용되는 음반은 시중에서 판매되는 음반

인 경우가 대부분일 것이다.¹²³⁾ 따라서 ①, ③과 같이 제작된 선거로고송을 야외집회에서 재생하는 행위는 '판매용 음반'을 간접적으로 이용하는 것이어서, 법 제29조 제2항에 따라 정당화될 여지가 있다.

다만 형식적으로 본다면, ①, ③의 사례에서도 '판매용 음반'에 담긴 녹음물이 편집되어 새로운 음반에 재녹음이 이루어지게 되므로, 재생도구를 통하여 재생되는 음반은 '판매용 음반' 자체는 아니다. 따라서 이러한 간접적인 형태의 '판매용 음반' 이용 및 재생 행위를 '판매용 음반의 재생'으로 볼 수 있는지 여부에 대해서는 검토를 요한다. 이에 관해서는 논의가 거의 이루어지지 않고 있으나, 이 역시 원 음반과의 실질적 동일성이 인정되는 한도에서 '판매용 음반의 재생 공연'의 개념에 포함시킬 수 있다는 것이 개인적인 생각이다.

1) 일단, 앞서 본 바와 같이 2차적저작물의 공연을 원저작물의 공연으로 볼 수 있다는 점에는 별다른 이견이 없는 상태이다. 따라서 기존 판매용 음반에 편집을 가하여 제작한 2차적저작물을 재생 공연하는 경우에도, 원저작물 자체가 재생 공연되는 것이라고 못 볼 바 아니다. 2) 또한 제29조 제2항과 관련하여 저작권권 제한을 인정한 취지에는 판매용 음반을 재생하는 사람은 이미 저작물에 대한 대가를 치른 사람이기 때문에 대가에 상응하는 이용은 허용되어야 한다는 고려가 내재되어 있다. 판매용 음반 자체를 재생하는 경우나, 판매용 음반을 이용하여 제작한 음반을 재생하는 경우나 대가를 주고 매수한 음반을 사용하였다는 점에는 차이가 없으므로 두 경우를 달리 볼 이유도 없는 것이다.

따라서 이러한 입장에 따르면 ①, ③의 방식으로 제작된 로고송을 야외에서 재생하는 경우 역시 '판매용 음반의 재생 공연'으로서 정당화될 여지가 있다 할 것이다.

123) 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010다87474 판결에서는 저작권법 제29조 제2항의 '판매용 음반'의 의미를 시중에 판매할 목적으로 제작된 시판용 음반으로 한정할 바 있다.

3. 소결론

이와 같이 ①, ③의 방식으로 제작된 로고송을 야외에서 재생하는 행위는 저작권법 제29조 제2항에 의하여 정당화될 여지가 있다. 다만 유흥주점, 경마장, 경륜경정장, 여객용 항공기·선박·철도, 호텔·휴양콘도미니엄·카지노 또는 유원시설, 대규모 유통점포 혹은 백화점·쇼핑센터, 영상저작물을 감상하는 설비를 갖춘 숙박업소나 목욕탕에서의 재생 공연의 경우에는 위 제한사유가 적용되지 않으므로 유의가 필요하다(저작권법 제29조 제2항 단서 및 동법 시행령 제11조). 또한 위와 같이 로고송 재생 공연이 제29조 제2항에 의하여 정당화되는 경우에는 모두 제29조 제1항의 제한사유에도 해당되므로, 선거운동에서의 음악저작물 이용 사례에서 제29조 제2항의 제한사유의 실익은 그리 크지는 않은 편이다.

IV. 저작권법 제35조의3의 적용가능성 검토

1. 문제의 소재

우리나라 역시 2011. 12. 2. 개정 저작권법 제35조의3에서 공정이용(fair use)을 저작재산권의 제한사유로 도입하였으므로, 선거운동에서 타인의 음악저작물을 이용하는 행위는 위 조항에 의해서도 정당화될 여지가 있다. 위 저작권법 제35조의3에서 저작물 이용이 정당화되는지 여부를 살피는 기준은 1) 영리성 또는 비영리성 등 이용의 목적 및 성격, 2) 저작물의 종류 및 용도, 3) 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성, 4) 저작물의 이용이 그 저작물의 현재 시장 또는 가치나 잠재적인 시장 또는 가치에 미치는 영향 등 네 가지인데, 이를 토대로 짐작하건대 음악저작물을 그대로 이용하는 ①의 사례와, 음악저작물에 변형을 가하여 이용하는 ②, ③의 사례는 본질적으로 검토과정에 차이가 있을 수밖에 없다. 따라서 구체적으로 선거로고송의 제작 및 이용행위가

정당화될 것인지 여부를 판단함에 있어서는 ①의 사례와 ②, ③의 사례를 나누어 살펴보기로 한다.

다만, 우리나라에서는 위 공정이용 조항이 도입된 지 얼마 되지 않아 판단의 기초가 되는 사례가 거의 존재하지 않으므로, 우리나라와 조항 내용이 거의 비슷한 미국에서의 논의를 참작하여 구체적인 논의를 진행하기로 한다.

2. 선거운동에서의 음악저작물 사용례에 관한 미국에서의 논의 검토

가. 미국의 공정이용 조항¹²⁴⁾

미국 저작권법 제107조는 저작권에 대한 제한사유인 공정이용(fair use)에 관한 포괄적인 내용의 규정을 두면서, 이를 판단하기 위한 고려요소로서 “1) 이용의 목적 및 성격(그 이용이 상업적인 성격인지 또는 비영리적인 교육 목적에서 이루어진 것인지 여부에 관한 판단 포함)¹²⁵⁾, 2)

124) 17 U.S.C. 107. Limitations on exclusive rights : fair use

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

125) “the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes”를 해석

문제된 저작물의 성격¹²⁶⁾, 3) 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 양과 중요성¹²⁷⁾, 4) 이용이 저작물에 대한 잠재적인 시장 내지 저작물의 가치에 미치는 영향¹²⁸⁾” 네 가지를 제시하고 있다. 미국 저작권법 제107조가 제시하는 네 가지 고려요소에 관한 조항은 경미한 표현의 차이만 있을 뿐 우리 저작권법 제35조의3 제2항 제1호 내지 제4호의 문언과 완전히 동일한 것이다. 따라서 아래에서는 공정이용의 각 고려요소의 판단과 관련된 미국의 논의를 소개하되, 선거운동에서의 음악저작물 사용과 관련하여 적용될 수 있는 부분을 위주로 소개하도록 한다.

나. 이용의 목적 및 성격¹²⁹⁾

첫 번째 고려요소와 관련하여 미국 하급심 판례인 MasterCard Intern. Inc. v. Nader 2000 Primary Comm., Inc. 사건(이하 ‘MasterCard 사건’이라 한다)¹³⁰⁾에서는 ‘이용의 목적 및 성격’과 관련하여 고려되어야 할 요소로서 1) 저작물 이용의 목적과 성격이 상업적인 것이었는지 여부와 2) 저작물 이용이 ‘변형적(transformative)’ 성격을 띠는지 여부를 제시한 바 있다. 위 판례는 위 두 가지 요소 중에서도 후자가 첫 번째 고려요소에 관한 형량을 하는 데에 더욱 중요하다고 판시하였다.

1) 저작물 이용의 목적과 성격이 상업적인 것이었는지 여부

이와 관련하여 미국 판례는 말 그대로 저작물 이용의 목적이 물건 또는

126) “the nature of the copyrighted work”를 해석

127) “the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole”를 해석

128) “the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work”를 해석

129) 미국 저작권법 제107조의 첫 번째 고려요소

130) MasterCard Intern. Inc. v. Nader 2000 Primary Comm., Inc., 2004 WL 434404 (S.D.N.Y. 2004)

서비스 판매와 관련이 있는지 여부를 검토한다. 뉴욕 주 남부지방법원 재판부는 MasterCard 사건에서 선거운동과 관련하여 저작물을 이용한 것이 상업적 성격의 이용인지 여부를 검토한 바 있는데, 결론적으로 재판부는 Ralph Nader 측이 “Priceless. There are some things that money can’t buy. For everything else there’s MasterCard.”라는 MasterCard사의 광고 문구를 모방하여 “finding out the truth : priceless. There are some things that money can’t buy.”라는 광고문구를 제작, 텔레비전 광고에 사용한 것은 상업적인 이용에 해당하지 않는다고 판시하였다. 대통령 선거 자체를 상업적인 것으로 볼 수 없는 만큼, 대통령 선거에서 대중들의 관심을 끌기 위하여 광고에 저작물을 사용한 것 역시 상업적인 것에 해당하지 않는다는 것이 그 근거였다.¹³¹⁾

2) 저작물 이용의 형태가 ‘변형적(transformative)’ 성격을 띠는지 여부

MasterCard 사건에서 재판부는 저작물 이용이 ‘변형적’ 성격을 띠는지 여부를 첫 번째 고려요소 판단과 관련하여 보다 중요한 요소로 평가한 바 있다. 이와 관련하여 미국 판례는 저작물 이용 과정에서 원저작물에서 의도하지 않은 새로운 표현, 의미나 메시지가 부가되는 경우, 저작물이 저작자가 의도하지 않은 창의적인 용도로 사용되는 경우에 이용의 ‘변형적 성격’을 인정하는 것으로 보인다. 미국 판례에서 변형적 성격의 이용 형태로서 대표적으로 꼽는 것이 바로 ‘패러디(PARODY)’이다.

이용의 ‘변형적 성격’이라는 개념이 우리나라에서는 생소한 개념이기 때문에 이에 관하여 판단한 미국 판례를 몇 가지만 소개하기로 한다. 먼저, MasterCard 사건에서 재판부는 Ralph Nader 측의 광고문구가 MasterCard 사의 광고와는 전혀 다른 영역에서 이루어졌을 뿐 아니라, “무형의 가치를 물질적인 가치보다 소중히 여기는 것 같이 포장하면서

131) MasterCard Intern. Inc. v. Nader 2000 Primary Comm., Inc., 2004 WL 434404 (S.D.N.Y. 2004)

실질적으로는 물질적인 가치를 추구하는” MasterCard 사의 광고의 문제 점을 꼬집는 메시지까지 전달하는 패러디에 해당하므로 ‘변형적’ 이용에 해당한다고 판단한 바 있다. 반면, 뉴욕 주 남부지방법원은 UMG Recordings, Inc. v. MP3.Com, Inc. 사건¹³²⁾에서는, CD에 있는 음악을 복제하여 컴퓨터 파일의 형태로 판매하는 것과 같이 그 전달매체를 변경한 것에 불과한 것은 ‘변형적 이용’에 해당한다고 볼 수 없다는 판단을 내린 바 있다.

사실 위에서 언급된 판례들 외에 ‘변형적 이용’ 해당 여부에 관한 판례들을 종합적으로 검토하여 볼 때, ‘변형적 이용’에 관한 명확한 잣대를 일률적으로 설명하기는 어렵다. 다만 ‘변형적 이용’이 인정된 사례들¹³³⁾을 보면 저작자가 의도하지 않은 방향으로 원저작물의 형태가 변형되거나, 용도가 변경되거나, 새로운 의미가 부가된 경우가 대부분이다. 이러한 점에 비추어 볼 때, 의미가 뚜렷하고 용도가 명백하게 한정되어 있는 어문저작물, 연극저작물 등의 경우에는 의미와 용도의 왜곡을 통한 ‘변형적 이용’이 보다 용이하게 인정될 수 있을 것으로 보이나, 의미와 용도가 애초에 제한되어 있지 않은 악곡저작물의 경우에는 ‘변형적 이용’이 인정될 가능성이 상대적으로 낮을 것으로 보인다.¹³⁴⁾

132) UMG Recordings, Inc. v. MP3.Com, Inc., 92 F. Supp. 2d 349 (S.D.N.Y. 2000)

133) 가령 Kelly v. Arriba Soft Corp. 판례[336 F.3d 811 (9th Cir. 2003)]에서 재판부는, 원저작물은 교육 및 미적인 감상 목적으로 이용되는 반면에 피고 업체가 제작, 사용한 썸네일 이미지는 미적 감상을 할 수 없을 정도로 작게 만들어져 검색 및 원저작물 감상의 편의를 도모하는 완전히 별개의 목적을 수행하므로 ‘변형적 이용’으로 볼 수 있다고 판단하였다. 또한 Sandoval v. New Line Cinema Corp.[973 F. Supp. 409 (S.D.N.Y. 1997)] 판례에서는 영화 ‘seven’에서 살인자의 방을 전체적으로 비추어 주는 장면에서 벽에 Jorge Antonio Sandoval의 사진 저작물들이 붙어있었던 것이 문제되었는데, 이와 관련하여 재판부는 이는 음산한 분위기 형성을 위하여 저작물을 음미할 수 없을 정도로 짧은 시간 동안 이루어진 것이기 때문에 원저작물과는 별개의 목적을 수행하는 ‘변형적 이용’에 해당한다고 판시하였다. 위 두 판례는 모두 저작물의 형태를 변형하여 원저작물이 예상하지 못한 방식으로 저작물을 이용한 사례이다.

134) 따라서 가사에 관해서는 패러디 또는 변형적 이용이 인정될 여지가 상당하지만, 악곡에 관해서는 패러디 또는 변형적 이용이 인정될 가능성이 개념적으로 낮다 할 수 있다.

다. 문제된 저작물의 성격¹³⁵⁾

미국 저작권법 제107조에 제시된 두 번째 고려요소인 ‘문제된 저작물의 성격’과 관련하여 미국 판례에서는, ‘사실성’보다는 ‘창의성’이 강한 저작물에 대하여¹³⁶⁾, 이미 공표된 저작물보다는 공표되지 않은 저작물에 대하여¹³⁷⁾ 보다 강력한 보호가 주어져야 한다고 해석한다. 판례에서 제시한 위 기준들에 따르면 음악저작물은 공표된 저작물이기는 하지만 ‘창의적’인 저작물에 해당하므로, 두 번째 고려요소는 음악저작물의 선거운동에의 이용 사례에서 저작자 또는 저작인접권자에게 유리한 요소로 작용할 가능성도 배제할 수 없다.

그러나 MasterCard 사건 판결문에서 실시한 바 있듯이, 대부분의 미국 판례는 두 번째 고려요소는 미공표저작물이 문제된 경우에만 큰 의미를 지닌다고 평가하고 있어,¹³⁸⁾ 이 고려요소가 선거운동에서의 음악저작물 이용 사례에서 의미 있는 요소로 평가되기는 쉽지 않을 것으로 보인다.

라. 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 양과 중요성¹³⁹⁾

미국 각급 법원 판례에서는 세 번째 고려요소와 관련하여 이용된 부분

135) 미국 저작권법 제107조의 두 번째 고려요소

136) *Feiner v. H.R. Industries*, 10 F.Supp.2d 310, 314(S.D.N.Y. 1998)

137) *Feiner v. H.R. Industries*, 10 F.Supp.2d 310, 314(S.D.N.Y. 1998); *Arica Institute, Inc. v. Palmer*, 970 F.2d 1067, 1078(2d Cir. 1992); *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 563-64 (1985)

138) *Leibovitz v. Paramount Pictures Corporation* 판결에서는 “두 번째 고려요소가 공정이용 판단에 있어 그리 중요하지 않다는 것은 이미 정립된 논의이다.”라고 실시하였고[*Leibovitz v. Paramount Pictures Corporation*, 2000 WL 1010830, 4 (S.D.N.Y. 2000)], *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters.* 판결에서는 “저작물이 공표되지 않았다는 점은 ‘저작물의 성격’을 논의하는 데에 있어 결정적인 요소이다.”라고 실시한 바 있다[*Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 563-64 (1985)].

139) 미국 저작권법 제107조의 세 번째 고려요소

이 저작물 전체에 비추어 보았을 때 어느 정도의 양에 해당되는지 여부를 검토하는 양적 검토와, 어느 정도의 중요성을 지니는지 여부를 검토하는 질적 검토를 병행하고 있다. 곡의 1/12 정도가 캠페인 광고에 사용된 예에서 이용된 정도가 곡의 가치나 관련 시장에 지장을 초래하지 않는 정도에 불과하다는 양적 검토 하에 공정이용을 인정한 하급심 판례도 있기는 하나,¹⁴⁰⁾ 일반적으로 미국 각급 법원 판례는 양적인 측면보다는 질적인 측면에 보다 비중을 두어 검토하는 입장을 취하는 것으로 평가된다.¹⁴¹⁾ 만약 이러한 질적인 측면에 중점을 두어 검토한다면, 음악저작물과 관련하여서는 이용된 부분의 재생시간이 얼마 되지 않는다 하더라도 이용된 부분이 원저작물 전체에서 중요한 부분이었다면 세 번째 고려요소는 공정이용 성립에 불리한 요소로 작용하게 될 것이다.

마. 저작물의 이용이 저작물에 대한 잠재적인 시장 내지 저작물의 가치에 미치는 영향¹⁴²⁾

위 네 번째 고려요소는 미국 판례에서 저작권법 제107조에 규정된 네 가지 고려요소들 중 가장 중요한 것으로 평가되고 있음은 의심할 여지가 없고,¹⁴³⁾ 따라서 공정이용 성립 여부의 평가에 있어서도 가장 큰 영향을

140) *Keep Thomson Governor Comm. v. Citizens for Gallen Comm.* 판결에서 뉴햄프셔 주 지방법원 재판부는 “문제된 이용 부분은 총 3분 길이의 곡 중 15초 정도에 불과한데, 이는 이 곡의 가치나 곡의 잠재적인 시장에 영향을 주지 못하는 정도임이 분명하다.”라고 판시한 바 있다[457 F. Supp. 957 (D.C.N.H. 1978)].

141) *Rogers v. Koons* 판결에서 제2순회항소법원은 “복제된 양보다 더 결정적인 것은 복제된 부분이 질적으로 차지하는 비중 내지 중요성이다.”라고 판시한 바 있다[*Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301, 311(2d Cir. 1992)]. 또한 *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters.* 사건에서도 대법원은 200,000단어 중 300단어가 이용된 것에 불과한 사안에서 그 부분이 전체 글에서 핵심적인 부분이었기 때문에 공정이용에 해당되지 않는다는 취지로 판시한 바 있다.

142) 미국 저작권법 제107조의 네 번째 고려요소. 이 부분이 음악저작물의 정치적 이용 사례에서 어떻게 적용될 것인지 여부는 David C. Johnston 교수의 위 논문 698-702면에 나온 분석내용을 참조하기로 한다.

143) 이러한 논리는 *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters.* 판결의 “The Court correctly notes that the effect on the market is undoubtedly the single

미칠 것으로 예정되는 요소이다.

이러한 네 번째 고려요소에 관하여 미국 판례에서 제시하고 있는 기준은 1) 당해 저작물 이용이 관련 저작물의 시장에 미치는 잠재적 영향과 2) 당해 저작물 이용과 같은 이용형태가 제한 없이 널리 이루어지게 될 경우 발생하게 될 가정적인 영향 두 가지이다. 만약 1)과 관련하여 당해 저작물 이용으로 시장에 미치는 영향이 크지 않다고 평가되었다더라도, 2)와 관련하여 발생하게 될 저작권자의 가정적 손실이 지대하다면 네 번째 고려요소는 공정이용 성립과 관련하여 부정적인 요소로 작용하게 될 것이다.

일단 1)의 요소와 관련하여 미국 판례에서 검토하는 기준은 원저작물의 이용으로 창출된 산물이 시장에서 원저작물과 대체 관계 내지 경쟁 관계에 있어 원저작물의 판매에 악영향을 초래하는지 여부이다. 가령 대법원은 포드 전 대통령의 자서전을 출간한 Harper & Row 출판사가 The Time지에 대해서만 발췌, 사용을 허락하였음에도 불구하고 The Nation지가 위 책의 내용 중 300~400단어 분량을 발췌하여 게재한 사안에서, 위 The Nation지가 발췌한 부분은 책의 핵심에 해당하는 부분이므로 The Time지가 추후 게재할 내용과 대체 및 경쟁관계에 있다고 평가하여 공정이용 성립을 부정한 바 있다.¹⁴⁴⁾ 또한 미국 제2순회항소법원은 다른 회사가 일본계 뉴스회사의 기사 공표 이전에 미리 그 요약자료를 게재하여 판매한 사안에서도 그 요약자료는 원 기사와 대체관계에 있어 공정이용 성립이 부정된다고 판시한 바 있다.¹⁴⁵⁾ 반면에 Nuñez v. Caribbean Int'l News Corp. 판결에서 Caribbean Int'l News Corp.는 자사 신문의 첫 면에 사진작가의 허락 없이 사진을 게재하였는데, 이에 관하여 제1순회항소법원은 게재된 사진은 크기가 많이 축소되었고 질도 좋지 않아 시장에서 사진 원본의 대체물로 평가받지 못할 뿐 아니라 오히려 사진 원

most important factor of fair use.”라는 표현에서 엿볼 수 있다.

144) Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539, 563-64 (1985)

145) Nihon Keizai Shimbun, Inc. v. Comline Bus. Data, Inc., 166 F.3d 65 (2d Cir. 1999)

본을 홍보하는 긍정적인 역할을 할 가능성이 높으므로 공정이용 성립이 가능하다는 취지로 판시한 적도 있다.¹⁴⁶⁾

다음으로는 2)의 시장에 대한 '가정적 영향'에 관한 미국 판례들의 판단 기준을 살펴보기로 한다. 이 부분에서 미국 판례들이 고려하는 것은 문제된 이용과 같은 형태의 저작권 이용이 만연할 경우 저작자가 입게 되는 '저작권료의 손실'이기 때문에, 만약 저작권자가 저작권료를 징수할 수 있는 '전통적이고, 합리적인 또는 생성될 것으로 예상되는' 시장만 존재한다면 당해 저작권 이용으로 인하여 시장에 손실이 초래된다는 결론에 이르게 된다. 실제로 A&M Records, Inc. v. Napster, Inc. 판례¹⁴⁷⁾에서는 mp3 파일의 형태로 곡을 복제하여 판매한 사안에서 mp3 파일에 관한 시장이 장래에 형성될 개연성이 크다는 이유로, 원고의 곡을 임의로 복제하여 노래방 앨범에 삽입한 Zomba Enters., Inc. v. Panorama Records, Inc. 판례 사안¹⁴⁸⁾에서는 위 음악저작물에 관한 저작권 시장이 명백히 형성되어 있다는 이유로 각각 손쉽게 공정이용 성립을 부정한 바 있다. 설령 저작물 이용이 시장에 미치는 '잠재적 영향'이 없다고 평가되더라도 위와 같이 '가정적 영향'은 있다고 평가된다면, 네 번째 고려요소는 결과적으로 저작자에게 유리한 요소로 작용하게 될 것이다.

바. 각 고려요소들의 형량과 관련한 미국 판례의 입장

미국 판례들은 공표된 저작물을 이용한 사례와 관련하여서는 1) 첫 번째 고려요소인 '이용의 목적과 성격', 2) 세 번째 고려요소인 '이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 양과 중요성', 3) 네 번째 고려요소인 '당해 저작물 이용이 시장에 미치는 잠재적 영향 또는 가정적 영향' 등이 각각 누구에게 유리하게 작용하는지 여부를 살핀다. 각 요소별로 결

146) Nuñez v. Caribbean Int'l News Corp., 235 F.3d 18, 24-25 (1st Cir. 2000)

147) A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001)

148) Zomba Enters., Inc. v. Panorama Records, Inc., 491 F.3d 574 (6th Cir. 2007)

론을 내린 이후에는 각 요소들에 대한 결론을 종합하여 최종 판단을 내리게 되는데, 이 때 미국 판례에서 일반적으로 가장 중요하게 생각하는 요소는 네 번째 고려요소이다. 따라서 저작자에게 유리하게 작용하는 요소와 이용자에게 유리하게 작용하는 요소가 거의 대등한 경우에는 네 번째 고려요소가 누구에게 유리하게 작용하는지에 따라 공정이용 성립 여부가 판단될 것이다. 다만, 저작물 이용이 '패러디(PARODY)'와 같은 변형적 이용에 해당한다면 첫 번째 고려요소 역시 네 번째 고려요소 못지않게 중요하게 평가될 것이므로, 선거운동에서의 음악저작물 이용과 관련하여서도 패러디 해당 여부가 중요한 쟁점이 될 것이다.

3. ①의 사례와 관련된 공정이용 성립가능성 검토¹⁴⁹⁾

①의 사례는 기존에 존재하는 음악저작물을 변형 없이 그대로 사용하는 경우이므로, 그 이용이 '변형적 성격'의 이용에 해당한다고 보기는 어렵다. 비록 그 이용은 상업적인 성격을 띠지 않지만 '변형적 성격'의 이용이 아닌 만큼 첫 번째 고려요소가 공정이용 성립에 중요한 요소로 작용하기는 어렵다 할 것이다. 세 번째 고려요소와 관련하여 보더라도 선거운동에서는 청중들의 관심을 끌기 위하여 음악저작물 중 강렬한 인상을 주는 전주 부분이나, 코러스 부분을 사용하는 경우가 대부분인데, 이는 질적으로 중요한 부분을 이용한 것에 해당하므로 공정이용 성립에 불리하게 작용할 가능성이 높다. 마지막으로 네 번째 고려요소와 관련하여 볼 때, ①과 같은 저작물 이용은 해당 저작물의 판매에 '잠재적 영향'을 주지 않을지라도 '가정적 영향'은 주는 것으로 평가되므로 이는 공정이용 성립에 불리하게 작용할 가능성이 높다.

이와 같은 각 요소 판단 결과를 종합하면, ①의 사례에서는 첫 번째, 두

149) David C. Johnston은 전술한 논문에서 Browne v. McCain 사례에서 McCain 측의 이용방법이 공정이용에 해당할 수 있는지 여부를 검토한 바 있는데, McCain 측의 이용방법이 바로 '①의 유형의 이용'이므로, 이와 관련해서는 위 논문에 사용한 논리를 참조하기로 한다.

번째, 세 번째 고려요소가 공정이용 성립에 큰 영향을 미치지 못하는 상황에서, 결정적 요소인 네 번째 고려요소가 공정이용 성립에 불리한 역할을 하게 된다. 따라서 미국 판례의 공정이용 판단기준을 참고한다면, ①의 사례에서의 음악저작물 제작 및 이용 행위는 결과적으로 공정이용으로 평가되기는 어려울 것으로 판단된다.

4. ②, ③의 사례와 관련된 공정이용 성립가능성 검토

위에서 살펴보았듯이 만약 원래의 저작물을 변형하여 이용한 것이 '패러디'에 해당한다면 이는 음악저작물을 '변형적 형태로 이용한 것(transformative use)'에 해당할 수 있고, 결과적으로 첫 번째 고려요소가 이용자에게 유리하게 작용하여 공정이용이 성립할 가능성이 크게 높아지게 된다. ①의 사례와 달리 ②, ③의 사례에서는 기존의 음악저작물에 변형을 가하였을 뿐 아니라 그 변형된 저작물이 음악저작물이 의도하지 않은 정치적 영역에서 사용되었으므로 그 이용방식이 패러디 또는 기타 형태의 변형적 이용에 해당할 가능성이 있다. 미국에서는 실제로 후보자를 지지하는 내용으로 원곡의 가사를 개사하는 행위가 패러디에 해당하는지에 관하여 빈번하게 논의가 진행되고 있는데,¹⁵⁰⁾ 이를 참작하여 ②, ③의 각 사례에서 공정이용이 성립될 여지가 있는지 살펴보기로 한다.

먼저 밝혀 두고자 하는 것은 악곡과 가사가 결합된 형태의 음악저작물의 법적 성질은 결합저작물이어서 각각에 대한 저작권 침해를 별도로 검토하여야 한다는 점이다. 이 때 ②, ③의 사례에서 패러디에 해당할 여지가 있는 것은 '가사저작물'에 한정되는 것이고, 그 의미와 용도가 제한되지 않은 '악곡저작물'의 경우에는 저작물의 특성상 패러디 또는 변형적

150) Charlotte Marie Petilla, "The Political Parody Problem", 2010년 9월 2일, trademark & copyright law블로그 게시물 참조(<http://www.trademarkandcopyrightlawblog.com/2010/09/the-political-parody-problem/>에서 검색); Frank Scibilia, "Sorry for Party Rocking: Copyrighted Music in Political 'Parodies'", 2012년 8월 22일, The Wrap 칼럼 참조(<http://www.thewrap.com/music/blog-post/sorry-party-rocking-copyrighted-music-political-parodies-53136?page=0,0>에서 검색)

이용이 인정될 가능성이 매우 희박할 것으로 보인다. 따라서 아래에서는 ‘가사저작물’에 초점을 두어 논의를 진행하도록 한다.

기존의 음악저작물을 변형하여 이용한 것이 패러디 및 공정이용에 해당할 수 있는지에 관하여 논의한 중요 판결로는 Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc. 판결¹⁵¹⁾을 들 수 있다. 이 판례사안에서는 힙합 그룹인 2 Live Crew가 Roy Orbison의 유명한 곡인 “Oh, Pretty Woman”을 패러디한 곡을 녹음하여 음반으로 발매하였는데, 미국 연방대법원은 2 Live Crew의 곡이 원곡의 패러디에 해당하는지 여부를 검토하면서 패러디에 관한 정의를 밝힌 바 있다. 연방대법원은 위 판결에서 브리타니카 백과사전 및 최근 사전에 수록된 패러디의 개념을 참작하면서, “저작권 법상 패러디 개념의 골자는, 새로운 저작물을 창작하는 과정에서 원저작자의 저작물의 일부를 이용하되 그 원저작물 자체에 대한 비평을 첨가하는 것에 있다. 만약 이용자가 원저작물의 내용 또는 형식에 관한 비평을 첨가하지 않고 단순히 창작물을 처음부터 만들어 내는 것을 꺼려 기존 저작물에 편승하고자 하는 의도로 저작물을 이용하였다면, 그 이용에는 공정성이 전혀 없거나 상당부분 감쇄된다고 해석될 수밖에 없다.”라고 판시하였다. 연방대법원은 이에 덧붙여, 2 Live Crew의 곡이 원곡의 가사를 몹시 왜곡시키거나 상투적인 가사를 충격적인 내용으로 개사함으로써, 원곡의 표현이 얼마나 재미없고 진부하게 느껴지는지를 표현하였다는 측면에서, 위 곡의 창작은 패러디에 해당할 수 있다는 취지로 판단하였다.

이 판결에서 제시된 패러디의 정의에 근거하여, 미국 학계에서는 원곡의 가사를 정치적 내용을 띠는 것으로 개사하는 행위가 ‘패러디’에 해당하지 않는다고 보는 견해가 일반적이다. 즉, 원곡의 가사에 대한 변형은 있지만 그 변형에는 원저작물 자체에 대한 비평이 전혀 내재되어 있지 않다는 것이다.¹⁵²⁾ 따라서 이러한 미국 논의를 참작할 때 음악저작물의

151) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 US 569 (1994)

152) David C. Johnston, 위 논문, 696면 참조; Charlotte Marie Petilla, 위 블로그

가사 내용을 개사 또는 샘플링의 방식으로 선거에 적합한 내용으로 변형하였다 하더라도 이는 '패러디'에 해당할 여지가 없고, 따라서 공정이용도 성립하기 어려울 것으로 보인다.

5. 소결론

위와 같이 미국의 사례를 참작하여 ①, ②, ③의 각 사례가 공정이용에 해당할 수 있는지 살펴보면, 먼저 ①의 사례는 원저작물을 전혀 변형한 바 없어 공정이용에 해당할 여지가 없을 것으로 판단되고, ②, ③의 각 사례는 원저작물에 대한 변형은 있지만 '패러디' 개념에 부합하지 않는다는 점에서 공정이용에 해당하기 어려울 것으로 판단된다. 결론적으로, 선거운동에서의 음악저작물 이용행위가 공정이용에 해당할 가능성은 매우 희박할 것으로 보인다.

제4절 표현의 자유에 기초한 항변의 가능 여부

표현의 자유는 헌법 제21조 제1항에 그 근거를 둔 기본권이고, 저작권은 헌법 제22조에 따른 학문과 예술의 자유를 기초로 하여 저작권법을 통하여 구현되는 구체적인 권리라는 점은 제2장에서 언급한 바와 같다. 만약 저작권을 보호하기 위해서 저작자의 이용허락을 받지 아니한 이용을 일체 금지한다면 결과적으로 표현의 자유의 영역은 크게 줄어들 수밖에 없는데, 이러한 결과가 부당하다는 헌법적 고려에서 도출된 조항이 위에서 본 '저작재산권의 제한'과 관련된 조항인 것이다. 그러나 제2장에서 본 것과 같이 표현의 자유가 결과적으로 민주주의 이념의 수호를 위하여 보장되는 기본권이라는 점을 감안하면, 정치적 표현과 결부되어 있는 특수한 경우에는 표현의 자유에 대한 보호가 보다 강화되어야 하는

게시물 참조; Frank Scibilia, 위 칼럼 내용 참조

것이 아니냐는 생각이 도출될 수도 있다. 이러한 맥락에서 논의되는 것이 저작권에 대하여 저작권법에 규정된 제한 사유 이외에 헌법상 표현의 자유에 기초한 제한 사유를 인정할 수 있는지 여부에 대한 것이다.

다만 결론적으로 본다면 헌법에 기초하여 저작권법에 명시되어 있지 않은 포괄적인 저작권 제한을 허용하기는 어려울 것으로 보인다. 저작권의 제한에 관한 법 규정은 이미 입법자가 표현의 자유를 포함한 공공의 이익을 위해서 저작권이 제한될 수 있는 정도를 나름대로 헌법의 해석을 통하여 구체화한 것인데, 임의로 해석에 의하여 이러한 저작권 제한 조항 이상의 저작권 제한을 도출하는 것은 타당하다고 볼 수 없는 것이다.¹⁵³⁾ 따라서 이 사건 음악저작물 이용이 표현의 자유의 중요성이 특히 극대화되는 정치적 영역에서 이루어졌다는 이유로 헌법적으로 정당화된다는 해석은 받아들일 수 없는 것이고, 그러한 항변 역시 인용되기 어려울 것이다.¹⁵⁴⁾

제5절 음악저작물의 이용허락과 관련된 문제

I. 문제의 소재

위에서 언급한 '선거운동에서의 음악저작물 이용이 저작권·저작인접권 침해에 해당하는지 여부'의 논의는 기본적으로 이용자가 권리자로부터 이용허락을 받지 못한 것을 전제로 하는 것이고, 만약 이용자가 이용허락을 받았다면 당연히 침해 문제가 발생할 여지가 없다(저작권법 제46조

153) 정상조, 박준석 공저, 지적재산권법(제2판), 2011, 홍문사, 422-423면 참조

154) Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters. 판결에서도 미연방대법원은 포드 전 대통령의 회고록이 출판되기 전에 주간지에 허락 없이 300단어로 추출, 요약된 초록을 게재하는 것은 단순한 역사적 사실의 요약 이상의 중요한 표현의 표절에 해당되고 공정이용의 항변이 성립될 수 없다고 전제하면서, 미국헌법상 보장된 언론의 자유를 근거로 공정이용 항변 이상의 저작권제한을 허용할 수 없다고 판시하였다[정상조, 박준석 공저, 지적재산권법(제2판), 2011, 홍문사, 423면 참조].

제1항 참조). 다만 음악저작물 이용이 선거운동과 관련된 경우에 권리자 입장에서는 정치적 입장 차이 등으로 말미암아 이용허락을 원하지 않는 경우가 있을 수 있는데, 이러한 경우에도 이용자가 음악저작물을 적법하게 이용할 수 있는 여지가 있는지 살펴보기로 한다. 다만 ①, ②, ③의 각 사례에서 보았듯이, 선거운동에서의 음악저작물 이용은 저작권 침해와 저작인접권 침해 문제를 동시에 야기하는 경우가 많은데 이러한 경우에 저작권 이용허락으로 저작인접권의 이용허락까지 갈음할 수 있는 것인지 여부를 먼저 검토하기로 한다.

II. 이용자가 허락을 받아야 하는 주체

1. 문제의 소재

①, ②, ③의 각 사례에서 살펴보았듯이 선거운동에서의 음악저작물 이용은 저작권 침해와 저작인접권 침해를 동시에 야기하는 경우가 많은데, 위와 같은 경우에 이용자가 이용허락을 받아야 하는 주체는 누구인지 검토를 요한다. 또한 앞서 언급한 바와 같이 음악저작물의 저작권은 대부분 음저협에 의한 신탁관리가 이루어지고 있는데, 이러한 경우 이용자가 이용허락을 받아야 하는 주체는 누구인지 살펴보기로 한다.

2. 저작권 이용허락과 저작인접권 이용허락의 관계

저작권법 제65조는 “이 장 각 조의 규정은 저작권에 영향을 미치는 것으로 해석되어서는 아니된다.”라고 규정하고 있다. 실연, 음반, 방송 등 저작인접권의 대상이 되는 매체의 이용은 필연적으로 저작물의 이용을 수반하는데, 하급심 판례는 위 조항이 이러한 경우에 이용자는 저작인접권자의 허락뿐 아니라 저작권자의 허락도 획득하여야 한다는 점을 주의적으로 규정한 것이라고 판시한 바 있다(서울지방법원 2003. 9. 30.자

2003카합2114 결정). 즉, ①의 사례와 같이 이용자가 실연, 음반을 이용하면서 음악저작물 자체인 악곡, 가사도 필연적으로 이용하게 되는 경우, 그 이용이 '권리 침해'에 해당하지 않기 위해서는 저작인접권자뿐 아니라 저작자의 이용허락도 획득할 필요가 있는 것이다.

3. 저작권신탁관리로 인한 이용허락 주체 변경의 문제

현재 음악저작물의 저작권은 대부분 음저협에 의하여 신탁관리되고 있는 실정인데, 우리 하급심 판례는 신탁행위설의 입장에 기초하여 신탁관리가 이루어진 경우 그 저작권 자체가 법률상 수탁자인 음저협에 양도된 것으로 보고 있다.¹⁵⁵⁾ 이용허락 절차에 관하여 규정하는 저작권법 제46조 제1항은 저작재산권자가 이용허락을 할 수 있는 권리를 지닌다고 규정하고 있으므로, 이와 같은 법리에 따른다면 저작권·저작인접권을 신탁한 경우에는 저작권신탁관리단체가 전속적으로 이용허락 권한을 가지게 될 것이다.

다만 이러한 경우에도 저작인격권은 저작자·저작인접권자에게 귀속되어 있으므로 저작자·저작인접권자는 여전히 저작인격권에 기초하여 침해정지청구, 손해배상청구 등의 조치를 취할 수 있다. 따라서 이용자 입장에서는 저작권신탁관리단체로부터 이용허락을 받았다고 하여 법적으로 안전한 지위에 놓이게 된다고 단정할 수는 없는 것이다.

Ⅲ. 이용허락 주체가 정치적 견해가 상이하다는 이유로 이용허락을 거절할 수 있는지 여부

위 Ⅱ.부분에서 언급하였듯이 저작권이 신탁관리되는 경우와 그렇지 않은 경우에는 이용허락의 주체가 서로 다르다. 따라서 위 논점에 관해서는 아래와 같이 경우를 나누어 이용허락 거절 가능성을 논의하기로 한

155) 서울지방법원 1999. 7. 23. 선고 98가합83680 판결 등

다.

1. 저작권·저작인접권이 신탁관리되고 있는 경우

특히 저작권과 관련하여서는 96%의 음악저작물이 음저협에 신탁관리되어 있으므로, 대부분의 경우가 1.에 해당될 것으로 판단된다. 앞서 본 바와 같이 이러한 경우에는 일단 저작재산권자인 저작권신탁관리단체가 전속적으로 이용허락 업무를 담당하게 된다.

이에 관하여, 우리 저작권법은 독일, 일본 등과 달리 저작권신탁관리단체가 반드시 계약을 체결하여야 한다는 계약 강제 조항은 두지 않고 있다.¹⁵⁶⁾¹⁵⁷⁾ 그렇지만 현실적으로는 음저협 역시 저작물을 이용하고자 하는 자가 사용신청서를 제출하고 일정한 액수로 정해진 저작권료를 납부하면 사용승인서를 기계적으로 발급하여 주고 있어, 단체 입장에서 임의로 이용허락 여부에 관한 재량을 행사하지는 않고 있다. 따라서 원칙적으로는 선거운동에서의 음악저작물 이용 사례와 관련하여 ‘정치적 입장 차이’ 등 회원의 개인적 사유는 이용허락 거절 사유가 되지 않을 것이다.

다만 음저협에서 공고한 “선거 홍보용 음악사용 허락 안내”에서는 저작인격권의 침해가 수반되는 ‘개사, 편곡, 편집 등’의 경우에는 이용신청서에 저작자의 개작동의서를 첨부하도록 하고 있는바, 이는 만약 개작을 하였음이 명백한 사안에서 저작자의 동의서를 첨부하지 않는다면 이용허

156) 물론 우리 저작권법 역시 이용허락 주체의 권리가 제한되는, 1) 상당한 노력을 기울였어도 발표된 음악(외국인의 음악 제외)의 권리자나 그의 거소를 알 수 없어 이용허락을 받을 수 없는 경우(법 제50조), 2) 공표된 저작물을 공익상 필요에 의하여 방송하고자 협의하였으나 협이가 성립되지 않은 경우 (법 제51조), 3) 판매용 음반이 우리나라에서 처음으로 판매되어 3년이 경과하고 그 음반에 녹음된 저작물을 녹음하여 다른 판매용 음반을 제작하고자 협의하였으나 협이가 성립되지 않은 경우(법 제52조) 등의 법정이용허락 사유를 두고 있으나, 위 조항들이 ‘선거운동에서의 음악저작물 이용’ 사례와 관련하여 적용될 가능성은 거의 없다.

157) 신봉기, 저작권 보호와 이용활성화를 위한 저작권 집중관리 시스템, 2009, 정보법학 제13권 제1호, 132면

락 절차 자체가 진행되지 않을 수 있음을 내포하는 것이다. 따라서 이러한 경우에는 신탁관리로 인한 이용허락 주체의 변경에도 불구하고 저작자의 개인적 사유인 '정치적 입장 차이'가 간접적인 형태로 이용허락 거절 사유로 작용할 여지가 있다.

2. 저작권·저작인접권이 신탁관리되고 있지 않은 경우

저작권·저작인접권이 신탁관리되고 있지 않은 경우에는 저작자와 저작인접권자가 자유의사에 기초하여 계약 체결 여부를 결정할 수 있는 것이므로, 정치적 입장 차이 등을 이유로 얼마든지 특정 정당 내지 정치인의 이용허락 신청을 거절할 수 있을 것이다.

IV. 저작자·저작인접권자가 저작권신탁관리단체의 이용허락에 반하여 이용자의 이용을 저지할 수 있는지 여부

1. 저작인격권 침해가 결부된 경우

①, ②, ③의 각 사례 검토에서, 대부분의 선거운동에서의 음악저작물 이용 사례는 동일성유지권 침해를 수반한다는 점을 언급한 바 있다. 동일성유지권을 포함한 저작인격권은 일신전속적 권리로서 저작권신탁관리에도 불구하고, 여전히 저작자 또는 저작인접권자에게 귀속된다. 또한 저작자 또는 저작인접권자는 이러한 저작인격권에 기해서 저작재산권이 침해된 경우와 마찬가지로 이용자에 대하여 침해정지청구 및 손해배상청구 등의 법적 조치를 취할 수 있으므로, 결과적으로 저작자 또는 저작인접권자는 저작권신탁관리단체로부터 이용허락을 받은 이용자에 대해서도 그 이용을 저지할 수 있는 셈이다. 저작권신탁관리단체에서도 이러한 점을 감안하여 이용계약약관을 통하여 저작인격권을 침해하지 않을 것을 강조하고 있으며 개작을 하는 경우에는 저작자의 개작동의서를 첨부하도

록 하는 등의 지침을 마련하고 있다.¹⁵⁸⁾

이와 같이 이용으로 인하여 저작권격권 침해가 수반되는 경우에는 저작자·저작인접권자가 법적으로 이용자의 이용을 배제하는 것이 가능하다. 다만, 이러한 때에는 저작권신탁관리단체 역시 저작권격권 침해 사례를 발생시키지 않기 위하여 이용허락을 하는 데에 소극적인 입장을 취하는 경우가 대부분이므로, 애초에 저작자의 의사에 반하는 이용허락이 이루어지는 경우가 그리 많지는 않을 것으로 보인다.

2. 저작권격권 침해가 결부되지 않은 경우

개사, 샘플링의 경우에는 이용의 특성상 저작권격권 침해가 결부될 수밖에 없으나, 기존 저작물을 변형 없이 사용하는 ①의 사례의 경우에는 저작권격권 침해가 결부되지 않을 가능성도 존재한다. 가령, 유권자의 이목을 끌기 위한 목적에서 신나는 곡을 처음부터 끝까지 편집 없이 재생하는 경우에는 동일성유지권 침해 문제가 발생할 여지가 없으며, 코러스 부분을 발췌하여 재생하는 것이 동일성유지권 침해에 해당하는지 여부도 대법원 판례에 의하여 명백히 확인된 부분은 아니다.¹⁵⁹⁾ 즉, 저작권격권 침해가 수반되지 않거나 수반되는지 여부가 불명확한 사안은 선거운동과 관련하여 얼마든지 발생할 수 있는 것이다.

이러한 사안에서 저작권신탁관리단체가 기계적으로 이용허락을 하였다 고 가정할 때, 저작자·저작인접권자 입장에서는 이용자의 이용을 배제하거나 손해배상을 청구할 방법이 전혀 없다. 또한 실제로 저작권신탁관리단체는 음악저작물에 대한 변형이 없는 경우에는 저작자·저작인접권자의 동의서를 요하지 않고 저작권료 납부를 하면 바로 이용허락을 해주고 있

158) <http://www.komca.or.kr>(한국음악저작권협회 홈페이지)에서 검색

159) 앞서 밝힌 바와 같이 하급심 판례의 입장(서울고등법원 2008. 9. 23. 선고 2007나70720 판결)에 비추어 볼 때 선거운동에서 타인의 음악저작물 일부를 발췌, 사용한 경우에도 동일성유지권을 침해한 것으로 보는 것이 타당하다는 것이 개인적인 견해이나, 이에 대해서는 얼마든지 다른 방식의 해석도 가능하다.

는 것이 현실이다. 따라서 저작권권 침해가 수반되지 않는 ①의 사례에서는 저작자·저작인접권자가 정치적 입장이 다른 정당 내지 정치인의 이용을 배제할 방법이 없어 '소극적 표현·결사의 자유'의 제한이 상대적으로 크게 작용하게 된다.¹⁶⁰⁾

V. 소결론

우리나라에서는 적어도 저작권에 관한 한, 음악저작물의 대부분이 신탁 관리되고 있는 것이 현실이다. 원칙적으로 음저협 등의 신탁관리단체는 저작자·저작인접권자의 이용허락 의사를 감안하지 않고 저작권료 납부를 전제로 기계적으로 이용자에 대해서 이용허락을 하고 있지만, 음악저작물에 대한 개작이 있는 경우에는 저작권권 침해 문제가 발생할 수 있다는 점을 감안하여 저작자·저작인접권자의 의사를 살피는 입장을 취하고 있는 것으로 보인다. 다만, 음악저작물에 대한 변형 없이 이용이 이루어지는 경우에는 저작자·저작인접권자의 의사에 반하는 이용허락이 이루어질 가능성이 얼마든지 존재하며, 이러한 경우 저작자·저작인접권자는 어떠한 민·형사상 구제수단도 취할 수 없게 된다. 이 때 저작자·저작인접권자의 신탁관리 자체가 저작자·저작인접권자의 자유의사에 따라 이루어진 것이 아닌 경우, 저작자·저작인접권자 입장에서는 위와 같은 구제수단의 공백이 부당하게 느껴질 수밖에 없다. 이와 같은 문제에 대한 인식 및 개선의 필요성에 관한 논의는 제7장 및 제8장에서 심도 있게 다루기로 한다.

160) 물론 형식적으로는 저작권신탁관리 자체가 저작자·저작인접권자의 자유의사에 기하여 이루어지는 것이기 때문에 위와 같은 결과가 바람직하지 않다고 볼 수만은 없다. 다만, 저작권신탁관리 여부의 선택이 자유의사가 아니라 사실상 강제적인 수단에 의하여 이루어지는 것이라면, 이는 저작자·저작인접권자에게 '소극적 표현·결사의 자유'에 대한 제한을 감내할 것을 강요하는 것이므로 부당한 측면이 있다. 이에 관해서는 제7장에서 보다 구체적으로 논의하기로 한다.

제6절 저작자·저작인접권자가 중국적으로 저작권법에 따른 권리구제를 받게 되는지 여부

I. 선거운동에서의 음악저작물 이용과 중국적인 권리 침해 판단

일단 저작재산권의 제한 사유 해당 여부에 관한 판단을 정리하면, 선거운동과 관련하여 음악저작물을 이용한 이용자의 행위는 제35조의3의 제한사유에는 해당할 가능성은 낮지만, 제29조 제1항 및 제2항의 제한사유에 해당하는 경우로서 공연권 침해를 구성하지는 않는다.

따라서 음악저작물을 허락 없이 이용할 경우 이용자의 행위는 중국적으로 1) ①의 사례에 관해서는 저작자의 복제권, 방송권, 전송권, 동일성유지권, 실연자의 복제권, 전송권, 동일성유지권,¹⁶¹⁾ 음반제작자의 복제권, 전송권을 침해하고(다만 실연자와 음반제작자는 ‘방송’에 대해서는 침해정지 및 손해배상청구를 할 수 없는 대신 방송사업자에 대한 보상청구권을 가지게 될 것이다), 2) ②의 사례에 관해서는 작곡가의 복제권, 전송권, 동일성유지권, 작사가의 복제권, 전송권, 2차적저작물작성권, 동일성유지권을 침해 문제를 야기할 가능성이 높으나, 그 침해여부에 관해서는 구체적·개별적으로 판단이 이루어지게 될 것이다. 3) 마지막으로, ③의 사례에 관해서는 원저작물과 로고송 사이에 실질적 유사성이 인정되는 것을 전제로 작곡가의 복제권, 전송권, 2차적저작물작성권, 동일성유지권, 실연자의 복제권, 전송권, 동일성유지권, 음반제작자의 복제권, 전송권을 침해하게 될 것이나(③의 사례에서도 실연자와 음반제작자는 방송권 자체 대신 방송사업자에 대한 보상청구권을 주장할 수 있을 것이다), 참작한 샘플의 크기나 중요성이 작을 경우에는 권리 침해를 구성하지 않을

161) 위에서 살핀 것과 같이 음악저작물의 정치적 이용과 관련된 방송권 침해 부분은 저작권법 제29조 제1항에 의하여 정당화될 수 없으나, 실연자는 애초에 제73조 단서 때문에 방송권을 주장할 수 없으므로 방송권 침해가 성립되지 않는 것이다.

가능성도 있다 할 것이다.

II. 저작권신탁관리와 저작자의 법률적 지위¹⁶²⁾

우리나라에서 음저협이 음악저작물에 관한 저작권의 96%를 신탁관리하고 있음은 앞에서 밝힌 바와 같다. 뒤에서 구체적으로 논의하겠지만, 이와 같이 신탁관리된 저작권에 대해서 저작자는 전혀 이용허락 또는 침해에 대한 소를 제기할 수 없는 법률적 지위에 놓이게 된다. 그렇지만 위에서 본 바와 같이 이용자의 이용 유형이 '저작물에 대한 변형'을 수반하는 경우에는 저작자·저작인접권자가 신탁관리에 불구하고 이용자의 이용을 저지할 수 있기 때문에 저작자·저작인접권자의 소극적 표현·결사의 자유가 제한될 가능성이 크지 않다.

다만, 이용자가 음악저작물에 대한 변형 없이 음악저작물을 사용하는 경우에 저작권신탁관리단체에서는 저작자·저작인접권자의 의사를 고려함이 없이 기계적으로 이용을 허용하고 있는바, 이러한 경우에 저작자·저작인접권자는 이용을 저지할 어떠한 수단도 가지지 못하는 것이 현실이다. 이와 같이 저작자가 정치적 견해의 차이 등으로 말미암아 이용자의 이용을 원하지 않음에도 불구하고, 그 이용에 대하여 저작권법상 어떠한 법적조치도 취할 수 없는 상황에 관하여 한 미국 논문은 "Barracuda scenario"¹⁶³⁾라고 명명한 적이 있는데, 이러한 경우에 저작자·저작인접권자가 상표법, 부정경쟁방지법, 퍼블리시티권 등 다른 방식에 따른 구제를 받을 수는 없는 것인지 후술하기로 한다.

162) 물론 저작권신탁관리제도는 저작인접권에 대해서도 적용되는 것이지만, 저작인접권자는 대부분 회사이기 때문에 스스로 저작권을 관리할 수 있는 능력이 충분하여 제도에 의존하는 정도는 저작자에 비해 현저히 낮은 편이다.

163) Sarah Schacter, 위 논문, 573면 참조. Sarah Schacter이 2008년 공화당 부통령 후보 사라 페일린이 ASCAP로부터 포괄적인 이용허락(Blanket license)을 얻어 록 밴드 하트(Heart)의 히트곡 "Barracuda"를 선거운동에 이용한 사안에 착안하여 만들어낸 용어이다.

제6장 선거운동에서의 음악저작물 이용이 저작권 이외의 권리 침해 문제를 초래하는지 여부

제1절 논점의 정리

우리나라에서는 음악저작물에 관한 저작권의 대부분이 저작권신탁관리 단체에 의하여 관리되고, 대부분 저작자의 별도 동의 없이 저작권신탁관리 단체에 의하여 이용허락 절차가 진행된다. 따라서 우리나라에서는 선거운동에서 음악저작물이 활용되는 것과 관련하여, 저작자가 자신의 의사와 관계없이 “Barracuda scenario”에 빠지기 쉬운데, 이러한 “Barracuda scenario” 하에서 저작자는 제2장에서 언급된 바 있는 소극적 표현·결사의 자유를 제한당할 수밖에 없다. 미국에서는 저작자가 이러한 경우에 저작권, 퍼블리시티권 침해를 주장할 수 있는지 여부에 관한 논의가 활발하게 진행되고 있고, 실제로 저작자가 이용자에 대하여 이러한 권리들을 주장한 사례도 존재한다.¹⁶⁴⁾ 따라서 아래에서는 1) 먼저 선거운동에서의 음악저작물 이용이 미국 상표법¹⁶⁵⁾에 대응하는 우리나라 상표법 또는 부정경쟁방지법에 위반될 여지가 있는지 살펴보고, 2) 같은 행위가 퍼블리시티권 침해로 평가될 수 있는지 여부를 순서대로 검토하

164) Browne v. McCain 사례에서 잭슨 브라운이 맥케인 공화당 후보에 대하여 소를 제기할 때 청구원인으로 상표권 침해 및 퍼블리시티권 침해를 적시한 바 있다(David. C. Johnston, 위 논문, 687-698면)

165) U.S.C.(United States Code)의 Title 15 중, ‘제22장 상표(Trademarks)’ 이하의 조항들을 총칭한다. 별칭으로 ‘Lanham Act’로도 불리는데, 이에 속하는 조항들 중에는 우리나라 상표법 조항과 유사한 것들도 있고, 우리나라 부정경쟁방지법 조항과 유사한 것들도 존재한다. 다만, 편의상 이 ‘Lanham Act’에 속하는 부분을 “미국 상표법”이라 칭하기로 하고, 조문번호는 U.S.C.를 기준으로 매겨진 미국의 조문번호를 그대로 쓰기로 한다.

기로 한다. 국내에서는 위 논점에 대한 논의가 부족한 상태이므로, 각 논점에 관해서는 미국에서의 논의를 참작하여 검토를 진행하기로 한다.

제2절 선거운동에서의 음악저작물 이용과 관련하여 상표법 또는 부정경쟁방지법 위반이 문제되는지 여부

I. 문제의 소재

미국에서는 음악저작물이 정치적으로 이용됨에 따라 마치 저작자 또는 저작인접권자¹⁶⁶)가 특정 정당 내지 정치인을 지지하는 것과 같은 외관이 형성되고, 이러한 점은 미국 상표법이 금하는 “잘못된 연관(false association)” 내지 “잘못된 보증(false endorsement)”에 해당할 여지가 있다. 따라서 미국에서는 저작자 또는 저작인접권자가 자신의 의사에 반하는 저작물 이용자에 대하여 상표법에 근거한 금지청구 내지 손해배상 청구를 할 수 있는지에 관하여 심도 있는 논의가 진행되고 있다. 아래에서는 먼저 미국 상표법과 관련된 논의를 살펴본 후, 우리나라에서 저작자 및 저작인접권자에게 상표법 및 부정경쟁방지법상 별도의 구제수단이 부여될 수 있는지 검토하도록 하겠다.

II. 미국에서의 상표법 위반에 관한 논의

1. 미국 상표법의 규정

미국 상표법 제1125조(a)(1)에서는 물품, 서비스 제공과 관련된 사람이 제3자가 해당 물품, 서비스와 관련 있는 것과 같이 혼동하게 하는 등의

166) 미국에서는 저작인접권의 개념을 별도로 채택하지 않고 있기 때문에 실연자·음반제작자 모두 저작권자에 해당한다.

“소비자 혼동”을 야기하는 경우,¹⁶⁷⁾ 실제로 해당 물품, 서비스와 관련이 없는 제3자에게 민사상 구제수단을 부여한다. 아래에서는 미국에서 음악 저작물을 저작권자의 동의 없이 사용하는 경우에 위 조항을 근거로 민사상 책임을 물을 수 있는지 여부에 관하여 비교법적인 차원에서 논의해 보도록 한다.

2. 비상업적인 목적으로 표지가 이용되는 경우에도 상표법 적용이 있는지 여부

미국의 하급심 판례는 미국 상표법 제1125조(a)(1) 조항이 ‘상업적’인 성격의 표시 행위뿐 아니라 정치적 연설과 같이 비상업적인 성격의 표시 행위에도 적용된다는 취지로 판시하여 왔고,¹⁶⁸⁾ 이에 대해서는 별다른

167) 15 U.S.C. §1125(a)(1)

(a) Civil action

(1) Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which—

(A) is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person, or

(B) in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person’s goods, services, or commercial activities,

shall be liable in a civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act.

168) 가령 앞에서 수 차례 언급된 *Browne v. McCain* 사건에서 피고 측은 미국 상표법 조항은 상업적인 표현에 대해서만 적용되어야 한다는 취지의 주장을 하였으나, 캘리포니아 주 중앙지방법원 재판부는 이에 대하여 “재판부는 상표법이 상업적인 표현뿐 아니라 비상업적인 표현에도 적용된다는 점을 확인하였다.”라는 취지로 판시하면서 피고 측 주장을 일축하였다[*Browne v. McCain*, 612 F.Supp. 2d 1125, 1131[C.D. Cal. 2009]]. 또한 캘리포니아 주 중앙지방법원은 2009. 6. *Henley v. DeVore* 사건에서도 “정치적인 행위는 미국 상표법 제1125조(a)(1)(A)의 ‘서비스’의 개념에 포함될 수 있다.”라는 취지로 판시하며 동일한 법리를 확인한 바 있다.

이익이 제기되지 않고 있는 것으로 보인다. 따라서 미국에서는 일단 이용자가 음악저작물을 영리 추구 이외의 목적으로 사용하였다고 하더라도 상표법상 침해에 해당할 수 있다는 점은 비교적 자명하다.

3. 미국에서 악곡 내지 실연이 상표법상 보호대상에 해당하는지 여부

가. 악곡이 상표법상 보호대상에 해당하는지 여부

미국 하급심 판례들의 입장에 비추어 볼 때 악곡이 상표법상 보호대상에 해당할 수 있다는 점에는 논란의 여지가 없어 보인다. *Oliviera v. Frito-Lay Inc.* 판례¹⁶⁹⁾에서 제2순회항소법원은 악곡이 상표법상 보호대상이 될 수 있는지 여부에 관하여 논의하면서, 미국 상표법이 '상표'가 될 수 있는 대상에 관하여 제한을 두지 않는 점, 연방대법원이 *Qualitex Co. v. Jacobson Products Co., Inc.* 사건에서 색깔도 상표에 해당할 수 있다고 판시한 점, 현대사회에서 많은 회사들이 제품을 광고할 때에 특정한 음악을 로고로 이용하고 있고 이러한 로고가 실질적으로 상표 내지 서비스표와 같이 기능하고 있는 점 등을 감안할 때, 악곡은 당연히 상표법상 보호대상이 될 여지가 있다고 판시하였다. 이러한 판시 내용은 *Henley v. DeVore* 판례¹⁷⁰⁾에서 캘리포니아 주 중앙지방법원 재판부가 그대로 인용된 바 있다.

나. 실연에 대한 상표법상 보호에 관한 견해 대립

다만 실연에 대해서는 특정 가수의 특징을 잡아 모창한 행위에 대해서는 소비자 혼동을 야기할 수 있어 상표권 침해에 해당한다는 취지로 판시한 사례가 있는 반면, 실연이 수록된 녹음물을 그대로 사용하는 경우

169) *Oliviera v. Frito-Lay Inc.*, 251 F3d 56 (2d Cir. 2001)

170) *Henley v. DeVore*, No. SAC 09-0481(C.D.Cal., June10, 2010)

에는 상표권 침해를 구성하지 않는다는 사례도 있어 판례 입장이 명확하다고 보기 어렵다. 또한 미국 내 학계에서도 ‘실연’이 상표법의 보호대상에 포함되는지 여부에 대해서 아래와 같이 견해가 대립한다.

1) 먼저 David C. Johnston은 실연은 상표법의 보호대상에 포함되고, 실연을 그대로 이용한 경우에도 상표권 침해가 성립할 수 있다는 입장을 취하면서 *Waits v. Frito-Lay, Inc.* 판례¹⁷¹⁾를 근거로 든다. 위 판례에서 광고주는 토띠야 칩을 광고하기 위하여 톱 웨이츠와 비슷한 목소리를 내는 가수인 하예금 톱 웨이츠의 노래를 패러디한 로고송을 부르며 하였는데, 이에 대하여 제9순회항소법원은 소비자 입장에서는 톱 웨이츠가 토띠야 칩과 관련이 있다고 혼동할 만한 충분한 근거가 있다고 판단하여 원고의 상표법상 청구를 인용하였다. David C. Johnston은 위 판례 취지는 정치적 이용 사례에도 그대로 적용될 수 있다고 보면서, 특히 *Browne v. McCain* 사건과 같이 이용자가 녹음물을 변형하지도 않고 사용한 사안은 소비자 입장에서 혼동 가능성이 위 사례보다 더 크기 때문에 위 판례의 취지가 당연히 적용되어야 한다는 취지의 견해를 펼친 바 있다.¹⁷²⁾

2) 이에 반하여 Sarah Schacter는 자신의 논문에서, 이용자가 실연이 수록된 녹음물을 그대로 재생하였을 때 실연자가 상표법을 통하여 구제될 가능성은 낮다고 평가하면서 그 근거로 *Henley v. DeVore* 판례¹⁷³⁾를 들었다. *Henley v. DeVore* 판례에서 피고는 선거운동 과정에서 원고가 저작 및 실연에 참여한 음악저작물의 녹음물을 사용하였는데, 원고는 피고를 상대로 소를 제기하면서 저작권법 위반을 청구원인으로 주장함과 동시에 상표법 위반 역시 함께 주장하였다. 그러나 이 사안을 담당할 캘리포니아 주 중앙지방법원 재판부는 상표법 위반 부분에 관하여 “원고의

171) *Waits v. Frito-Lay, Inc.*, 978 F.2d 1093, cert. denied, 506 U.S. 1080(1993)

172) David C. Johnston, 위 논문, 705-706면

173) *Henley v. DeVore*, No. SAC 09-0481(C.D.Cal., June10, 2010)

이론에는 근거가 없다는 점 및 상업에 심각한 지장을 초래할 수 있는 상표권 창설을 인정할 수 없다는 점”을 설시하면서, 원고의 주장을 기각하였다. 이 때 위 재판부가 근거 판례로 든 것이 *Oliveira v. Frito-Lay, Inc.* 사건¹⁷⁴⁾이었는데 이 사건에서 제2순회항소법원 재판부는 “원고 측은 실연자가 ‘저명한 실연’을 통하여 식별력을 갖는 상표 또는 서비스표를 취득한 선례를 전혀 언급하지 못했다.”라는 이유로 실연자의 상표권 침해 주장을 기각하였다. 위 두 판례의 설시내용을 근거로 Sarah Schacter는 실연자의 권리는 뉴욕 주(제2순회항소법원 관할), 캘리포니아 주(제9순회항소법원 관할) 어디에서도 상표권으로 인정받지 못하고 있다고 평가하면서¹⁷⁵⁾¹⁷⁶⁾, “Barracuda scenario”에서 실연자의 상표권 침해 주장은 인용되기 어렵다고 보았다.

4. 소결론

미국 하급심 판례는 악곡에 대해서는 명시적으로 상표법 제1125조(a)(1)에 의한 보호대상이 된다는 입장을 밝힌바 있으나, 실연이 상표법상 보호대상이 되는지 여부에 관해서는 회의적인 입장을 취하고 있는 것으로 평가된다.¹⁷⁷⁾ 다만 후자의 판례를 자세히 읽어보면 실연을 상표 내지 서비스표로 인정한 선례가 없다는 등의 근거를 대고 있을 뿐, 상표법 제

174) *Oliveira v. Frito-Lay Inc.*, 251 F3d 56 (2d Cir. 2001)

175) Sarah Schacter, 위 논문, 594-595면

176) 추가적으로 *Henley v. DeVore* 판례에서는 David C. Johnston이 근거로 든 *Waits v. Frito-Lay, Inc.* 판례에 관해서도 언급한 바 있는데, 이에 관하여 캘리포니아 주 중앙지방법원 재판부는 *Waits* 사건에서는 광고주가 톰 웨이츠가 직접 노래를 부르는 것과 같은 ‘혼동’을 야기하였지만, *Henley* 사건이나 *Oliveira* 사건에서는 광고주가 기존 녹음물을 그대로 이용하였을 뿐 소비자에게 혼동을 준 사실이 없다는 점에 결정적인 차이가 있다고 보았다. 즉, 캘리포니아 주 중앙지방법원은 *Waits* 사건의 결론이 *Henley* 사건에 그대로 적용될 수는 없다고 결론지었다.

177) 물론 *Waits v. Frito-Lay, Inc.* 판례에서 톰 웨이츠에 대한 상표권 침해를 인정하기는 하였으나, 위 판례는 ‘실연’이 아닌 ‘톰 웨이츠가 가진 특징적 요소들(예: 목소리)’을 상표 또는 서비스표로 인정한 취지로 봄이 타당하다.

1125조(a)(1) 등 관련 조문에 의하여 명시적으로 배제된다는 취지로 판시한 예는 존재하지 않는다. 따라서 미국에서는 현재 실연은 상표법상 보호대상에서 배제되는 경향이 있으나, 사회의 변화에 따라 얼마든지 상표법에 의하여 보호될 가능성도 존재한다고 봄이 타당할 것이다.

Ⅲ. 선거운동에서의 타인의 음악저작물 이용과 상표법 및 부정경쟁방지법 위반 여부의 검토

1. 문제의 소재

미국 상표법의 취지는 소비자에 대하여 영업주체의 혼동을 야기하는 행위를 금하는 것인바, 우리나라에서는 위와 같은 경우를 규율하는 법률로 상표법과 부정경쟁방지법을 들 수 있다. 따라서 아래에서는 정당 또는 정치인이 선거운동에서 저작자 본인의 동의 없이 악곡 내지 녹음물을 이용하는 것이 상표법 또는 부정경쟁방지법에 위반될 소지는 없는지 살펴 보도록 한다.

2. 상표법 위반 여부의 검토

상표법 제41조 제1항에서는 상표권이 상표의 설정등록에 의하여 발생한다고 규정하고 있으므로, 만약 악곡 또는 실연이 상표로 등록되어 있지 않다면 상표법에 의한 보호는 받을 수 없을 것이다. 우리나라의 경우 2012. 7. 22. 개정 상표법 시행 전까지는 상표의 개념에 ‘냄새’나 ‘소리’는 포함될 수 없었기 때문에 악곡 또는 녹음물이 상표로 등록될 여지가 전혀 없었으나, 위 개정법 시행 이후에는 소리 상표에 대한 등록이 가능해졌기 때문에 악곡·녹음물이 상표법에 의하여 보호될 가능성이 있는지 살펴볼 필요가 있다.

개정 상표법 제2조 제1항 제1호 다 목은 소리·냄새 상표 중 “기호·문

자·도형 또는 그 밖의 시각적인 방법으로 사실적으로 표현한 것”에 한하여 등록을 인정하고 있다. 여기서 ‘시각적인 방법으로 사실적으로 표현한 것’이라 함은 상표의 시각적 표현만을 보고 소리상표 또는 냄새상표를 동일하게 재현할 수 있어야 한다는 것으로서 만약 샘플이나 다른 문헌을 보아야만 그 내용을 알 수 있다면 상표등록이 거절될 수 있다. 예를 들면 “이 소리상표는 첨부된 파일과 같이 숫사자 울음소리로 구성되는데 숫사자가 울부짖는 소리가 2초간 들린 후 또다시 작은 울음소리가 들리는 구조로 구성된다.”라든가 “이 냄새상표는 첨부된 냄새견본과 같이 갓 깎은 풀냄새로 구성되는데 여기서 말하는 풀은 골프장에서 주로 사용되는 크리핑 벤투그래스 잔디를 말하며, 갓 깎은 풀냄새란 잔디를 잔디깎기 기계 또는 낫으로 깎자마자 발산되는 냄새로 깎은 지 1시간이 지나지 않은 냄새를 말한다.”와 같이 자세히 기재되어야 하는 것이다.¹⁷⁸⁾

그러나 악곡 또는 실연은 자연에서 유래된 소리가 아니어서 위와 같이 문언만 보고 소리를 짐작할 수 있도록 기재하는 것이 사실상 불가능하다 할 것이어서, 위 개정법의 취지에 따르더라도 상표로 등록되기는 어려울 것으로 판단된다. 따라서 현행 상표법에 따르더라도 악곡 또는 녹음물이 상표로서 보호될 가능성은 매우 희박하다 할 것이어서, 저작자·저작인접권자는 제3자의 동의 없는 음악저작물 이용행위가 있었다고 하더라도 상표권 침해를 주장하기는 어려울 것이다.

3. 부정경쟁방지법 위반 여부의 검토

부정경쟁방지법 제2조 제1호는 부정경쟁행위에 해당하는 행위의 유형들을 열거하고 있는데, 타인의 상품표지와 동일·유사한 것을 사용하거나 이를 사용한 상품으로 타인의 상품과 혼동을 하게 하는 행위(가. 목), 국내에 널리 인식된 타인의 영업 표지와 동일·유사한 것을 사용하여 타인

178) 정태호, 소리, 냄새 등 비시각적인 상표의 도입에 따른 전망과 대응전략, 2012, <Invention & patent> 제37권 제4호, 한국발명진흥회, 23면

의 영업과 혼동을 하게 하는 행위(나. 목) 등이 열거된 부정경쟁행위의 유형들 중 하나에 해당한다. 즉, 부정경쟁방지법은 보호의 대상과 범위를 열거함에 있어 상표법과 같이 '등록'을 요건으로 하지 않는데다가 출처나 영업주체를 오인하게 하는 행위를 포괄적으로 규제 대상으로 삼고 있는바, 타인의 특징적인 저작물을 이용한 것이 부정경쟁방지법 위반행위에 해당하는지 여부가 문제된다. 그러나 결론적으로 악곡, 실연 등은 판례들의 취지를 고려하였을 때 부정경쟁방지법의 보호대상에 포함된다고 보기 어려울 것으로 보인다.

가. 악곡과 부정경쟁방지법상 보호

부정경쟁방지법에서는 '타인의 상품을 표시하기 위한 표지'와 동일·유사한 것을 사용하여 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위를 부정경쟁행위로 보고 있는데(법 제2조 제1호 가. 목), 악곡은 저작자의 상품 자체일 뿐 '상품을 표시하기 위한 표지'로 보기는 어렵다. 따라서 악곡 자체를 타인의 동의 없이 이용하였다 하여 이를 저작권법위반 문제와 별도로 부정경쟁방지법위반에 해당하는 것으로 보기는 어려울 것이다.

나. 실연과 부정경쟁방지법상 보호

부정경쟁방지법과 관련하여 오히려 문제될 수 있는 것은 악곡보다는 저작인접권자의 '실연'과 관련하여서이다. 참고로, 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도5897 판결 사안에서는 이미테이션 가수가 유명가수 박상민의 성명을 이용하면서 특징적인 외양과 독특한 행동을 모방하고 립싱크를 하는 방식으로 나이트클럽에서 공연한 것이 부정경쟁방지법위반행위에 해당하는지 여부가 문제되었다. 이 사안에서 대법원은 '박상민'이라는 성명은 구 부정경쟁방지법상 '국내에 널리 알려진 영업표지'에 해당하지만, 박상민의 특징적인 외양 등은 위 '영업표지'에 해당한다고 보기 어렵다는 원

심의를 판단¹⁷⁹⁾을 존중하여 검사의 상고를 기각한 바 있다.

위 판결에서 박상민의 특징적인 외양 등이 부정경쟁방지법상 영업표지에 해당하지 않는다는 점에 대하여 가장 먼저 제시된 논거는 영업표지는 “어떤 사물을 표시하기 위한 기록을 의미하는 표지”를 의미하는데 사람의 외양, 행동 등은 그러한 ‘목적성을 가진 기록’에 해당하지 않는다는 점이다. 이러한 취지에 따를 때 그 자체로 목적성을 가진 기록이라고 볼 수 없는 목소리 내지 실연은 저작권법의 보호대상이 될지언정 현행 부정경쟁방지법상 보호대상으로 인정될 가능성은 희박하다 할 것이다.

IV. 소결론

미국에서는 타인의 실연을 그대로 이용하는 행위가 상표권 침해에 해당하는지 여부에 관해서는 논란이 있으나, 악곡을 이용하는 행위는 상표권 침해에 해당할 수 있다. 따라서 미국에서는 선거운동 과정에서 타인이 저작한 악곡을 저작자의 동의를 받지 않고 사용하는 경우, 경우에 따라서는 미국 상표법에 기한 금지청구 내지 손해배상청구가 인용될 여지가 있다. 그러나 우리나라 상표법 내지 부정경쟁방지법의 문언 및 판례상으로는 악곡 내지 실연이 등록대상이 되는 상표 내지 부정경쟁방지법상 보호대상인 ‘표지’에 해당한다고 보기 어렵다. 따라서 저작자·저작인접권자는 “Barracuda scenario”에서 상표법, 부정경쟁방지법을 원용하기는 어

179) 원심이 서울고등법원 2008. 6. 19. 선고 2008노108 판결에서는 ① 특징적인 외양과 행동 그 자체는 어떤 사물을 표시하기 위한 기록을 의미하는 ‘표지’로는 보기 어렵고, 어떠한 사물을 다른 사물로부터 구별되게 하는 고정적인 징표로서의 기능은 적다고 할 것인 점, ② 또한 이러한 특징적인 외양과 행동까지 영업표지로 보아 이를 이용한 행위를 처벌한다면 이는 결과적으로 사람의 특정한 외양 등에 대해서까지 특정인의 독점적인 사용을 사실상 용인하는 것이 되어 어떠한 영업표지에 대하여 들인 많은 노력 및 투자와 그로 인하여 일반인들에게 널리 알려진 성과를 보호하여 무임승차자에 대한 경쟁질서의 왜곡을 막는 데에 그 목적이 있는 부정경쟁방지법의 입법 취지와는 거리가 있는 점, ③ 박상민의 외모와 유사하게 치장하고 립싱크 방식으로 노래를 부른 점은 혼동행위의 태양으로 평가함이 상당하고 그 자체가 보호대상인 ‘영업표지’에 해당한다고 보기는 어렵다는 점 등을 근거로 들었다.

려울 것으로 보인다.

제3절 퍼블리시티권 침해 문제

I. 문제의 소재

퍼블리시티권(Right of Publicity)은 자신의 성명, 초상, 목소리, 서명, 이미지 등의 이용 및 이용 허락과 관련된 권리이다.¹⁸⁰⁾ 퍼블리시티권은 기본적으로 개인의 자기동일성(identity)과 관련된 사항을 보호하기 위하여 창설된 권리이기 때문에¹⁸¹⁾ 개인의 창작물에 불과한 악곡은 퍼블리시티권의 보호대상이 된다고 보기 어렵지만, 개인의 자기동일성을 드러내는 목소리 등이 주요 구성요소가 되는 '실연'은 퍼블리시티권의 보호대상이 될 여지가 크다. 따라서 아래에서는 음악저작물의 정치적 이용사례 ①과 같이 '실연'을 그대로 이용한 사안에서 실연자가 저작권접권 침해 이외에 퍼블리시티권 침해도 주장할 수 있는지 여부를 살펴보기로 한다.

II. 미국에서의 논의

미국에서는 실연자의 실연 저작물을 정치적 목적으로 사용하는 것이 퍼블리시티권 침해를 구성하지 않는다는 점에 대하여 판례, 학설이 거의 통일되어 있다.¹⁸²⁾ Sarah Schacter는 실연 저작물의 정치적 이용에 관하여 퍼블리시티권 침해가 성립하기 어려운 이유를 크게 세 가지로 분설한다. 1) 첫째로, 주마다 퍼블리시티권의 내용을 다르게 보고 있다는 점이다. 성명과 유사물(likeness)이 퍼블리시티권의 보호대상이라는 점은 대부분의 주에서 인정되고 있지만 막상 특징적인 목소리에 대하여 명시적으

180) 정상조, 박준석 공저, 지적재산권법(제2판), 2011, 홍문사, 703면 참조

181) 이현경, 재산권으로서의 퍼블리시티권, 2010. <Law&Technology> 제6권 제1호, 서울대학교 기술과법 센터, 120면

182) David C. Johnston, 위 논문, 706-707면; Sarah Schacter, 위 논문, 587-588면

로 퍼블리시티권을 인정한 주는 아직 소수이다. 2) 둘째, 퍼블리시티권을 규정한 주법 조항은 미국 저작권법 조항과 적용범위가 중첩될 경우 적용이 배제될 가능성이 크다는 점이다. 참고로, 미국 저작권법 제301조(a)¹⁸³⁾는 “주법에 규정된 청구원인은, 문제되는 창작물이 저작권법의 적용 대상과 관련이 있을 경우 또는 원고가 주법에 근거하여 주장하는 권리가 저작권법에 의하여 보호되는 권리와 동가치적인 것일 경우에는 그 적용이 배제된다.”라고 규정하고 있다. 3) 마지막으로, 미국 법원이 퍼블리시티권과 미국 수정 헌법 제1조에 규정된 표현의 자유의 충돌문제를 해결하는 기준으로 이용자의 이용의 성격이 상업적이었는지 여부를 제시하고 있다는 점이다.¹⁸⁴⁾ 이에 따르면 선거운동에서의 실연 등의 이용행위는 상업성이 없기 때문에 문제되지 않을 것이다.

따라서 미국에서는 실연 자체는 퍼블리시티권의 보호대상이 될 가능성이 높지만,¹⁸⁵⁾ 막상 선거운동에서 타인의 실연이 수록된 녹음물을 재생하는 행위를 하더라도 그 행위가 퍼블리시티권 침해를 구성한다고 볼 여지는 낮다 할 것이다.

Ⅲ. 우리나라에서의 녹음물의 정치적 이용과 퍼블리시티권 침해 문제

1. 우리나라에서의 퍼블리시티권 개념의 인정 여부

183) 역시 U.S.C.의 ‘Title 17 Copyright’ 부분 중 Section 301(a)를 의미하는 것이다.

184) *Downing v. Abercrombie&Fitch*, 265 F.3d 994(9th Cir. 2001), *Hoffman v. Capital Cities/ABC, Inc.*, 255 F.3d 1180(9th Cir. 2001) 등에서는 이러한 법리에 따라 퍼블리시티권 침해 여부를 판단함에 있어 이용의 상업성 유무를 검토하였다. 전자의 판례는 이용에 상업성이 있음을 근거로 퍼블리시티권 침해를 긍정한 사례이고, 후자의 판례는 이용에 상업성이 없었음을 근거로 퍼블리시티권 침해를 부정한 사례이다.

185) 물론 Sarah Schacter는 목소리가 퍼블리시티권의 보호대상이 된다는 것을 명시적으로 밝힌 주 법원은 뉴욕 주와 캘리포니아 주 정도밖에 없다고 평가하였다(위 논문, 588면). 그렇지만 퍼블리시티권 규율 체계가 상이한 뉴욕 주와 캘리포니아 주에서 공통적으로 목소리의 보호대상성을 인정한 점은 다른 주에서도 보호대상성이 인정될 가능성이 크다는 점을 시사한다고도 볼 수 있다.

우리나라 판례는 과거에는 초상이나 성명을 인격권의 보호대상으로는 인정하여 왔지만, 퍼블리시티권이라는 인격권과는 별개의 성격의 권리를 인정하는 데에는 소극적인 입장을 취하여 왔다.¹⁸⁶⁾ 그렇지만 최근 우리나라 하급심 판결들은 유명 연예인이나 운동선수의 경우 자신의 성명이나 초상 등을 상업적으로 이용하고 통제할 수 있는 배타적 권리인 퍼블리시티권을 인정할 필요가 있다고 판시하거나,¹⁸⁷⁾ 퍼블리시티권은 인격으로부터 파생되는 것이기는 하나 독립한 경제적 이익 또는 가치에 관한 것인 이상 인격권과는 독립된 별개의 재산권으로 보아야 한다는 취지로 판시하는 등¹⁸⁸⁾ 퍼블리시티권을 적극적으로 인정하는 입장을 취하고 있다.¹⁸⁹⁾

2. 녹음물의 정치적 이용이 퍼블리시티권 침해를 구성할 것인지 여부

먼저, 우리나라에서는 아직 목소리에 대한 퍼블리시티권을 인정한 사례는 없지만 목소리는 유명가수의 초상과 성명 이상으로 가수의 동일성을 전달하고 고객흡인력을 가지고 있기 때문에, 퍼블리시티권의 개념을 하급심에서 인정한 우리나라 법제 하에서 가수의 '실연'은 퍼블리시티권의 보호대상이 될 가능성이 충분히 있다.¹⁹⁰⁾

그러나 우리나라에서도 퍼블리시티권의 개념을 자신의 자기동일성을 '상업적으로' 이용하고 통제할 수 있는 권리를 의미한다고 보고 있는 이상,¹⁹¹⁾ 상업성이 결여된 이용에 대해서는 퍼블리시티권 침해로 볼 수 없다고 보는 것이 타당할 것이다.¹⁹²⁾ 이와 같이 우리나라 학설 및 판례가

186) 서울고등법원 2002. 4. 16. 선고 2000나42061 판결; 서울지방법원 1995. 6. 23. 선고 94카합9230 결정

187) 서울중앙지방법원 2005. 9. 27. 선고 2004가단235324 판결

188) 서울중앙지방법원 2006. 4. 19. 선고 2005가합80450 판결

189) 김세권, 퍼블리시티권에 관한 연구, 2008, 전북대학교 박사학위논문, 11-12면

190) 정상조, 박준석 공저, 지적재산권법(제2판), 2011, 홍문사, 707면 참조

191) 서울중앙지방법원 2005. 9. 27. 선고 2004가단235324 판결

192) 김세권, 위 논문, 188면

기본적으로 퍼블리시티권의 개념 및 요건을 미국의 퍼블리시티권의 개념 및 요건과 유사하게 보고 있는 이상, 미국에서의 논의는 국내 사례의 해결과 관련하여서도 참작될 여지가 크다. 그러나 앞서 본 바와 같이 미국에서는 하급심 판례의 입장에 기초하여 선거운동에서의 음악저작물 이용 행위는 '상업성'이 없어 퍼블리시티권 침해를 구성하지 않는다고 보는 견해가 일반적인데, 우리나라의 경우에도 실연자가 정치적 이용에 관하여 퍼블리시티권 침해 주장을 관철하기는 어려울 것으로 보인다.

3. 소결론

우리나라에서는 학설, 하급심 판례 등에 의하여 퍼블리시티권의 개념이 인정되고는 있다. 그러나 우리나라에서 역시 퍼블리시티권은 '자기동일성의 상업적 이용'을 규제하는 취지의 권리로 이해되고 있다는 점에 비추어 볼 때, 저작자, 실연자가 악곡이나 실연의 정치적 이용 사안에서 퍼블리시티권 침해 주장을 관철시키기는 매우 어려울 것으로 보인다.

IV. 소결론

위에서 보는 바와 같이 적어도 목소리 내지 실연은 성명이나 초상 못지 않게 개인의 정체성을 드러내는 데에 중요한 요소이기 때문에, 퍼블리시티권에 의하여 보호되기에 충분하다. 그렇지만 우리나라 학설, 판례가 퍼블리시티권의 개념을 '자기동일성 관련 요소들을 상업적으로 이용할 수 있는 권리'로 보고 있고 미국에서도 선거에서의 저작물 이용 등은 비상업적인 이용 형태로서 퍼블리시티권 침해에 해당하지 않는다고 보는 것이 일반적인 견해인바, 퍼블리시티권으로 "Barracuda scenario"를 해결하려는 저작물 관련 권리자의 시도는 좌절될 가능성이 높을 것으로 보인다.

제4절 소결론

1) 먼저 우리나라 상표법에 의할 때 악곡이나 실연은 등록대상이 되는 상표의 개념에 들어맞지 않기 때문에, 상표법은 “Barracuda scenario”를 극복하는 근거로 사용되기 어렵다. 2) 또한 부정경쟁방지법에 따르더라도 악곡은 상품 그 자체라는 점에서, 실연 또는 목소리 역시 ‘사물을 표시하기 위한 기록을 의미하는 표지’에 해당하기 어렵다는 점에서 각각 보호대상에 해당된다고 보기 어렵다. 3) 마지막으로 실연은 개인의 자기 동일성(identity)을 드러내는 것들 중 하나로서 퍼블리시티권의 보호대상이 될 여지가 크지만 상업적 이용이 아닌 정치적 목적의 이용에 대해서는 권리를 주장할 수 없다는 점에서, 퍼블리시티권도 정치적 이용 사안에서는 별다른 효력을 가지지 못할 가능성이 크다. 따라서 저작자는 “Barracuda scenario”에서 현행법상 어떠한 구제수단도 갖지 못하게 되어, 결과적으로 소극적 표현·결사의 자유를 제한받을 수밖에 없을 것이다.

제7장 저작권위탁관리제도의 운용실태에 대한 고찰

제1절 논점의 정리

우리나라에서 음악저작물과 관련된 저작권의 대부분이 음저협에 신탁관리되고 있고,¹⁹³⁾ 이러한 신탁관리가 이루어질 경우 저작자가 소극적 표현·결사의 자유를 제한받는 “Barracuda scenario”가 발생할 수 있음은 앞에서 밝힌 바와 같다. 다만 이러한 저작권의 신탁관리로 인하여 저작자는 쉽게 이용자로부터 사용료를 징수할 수 있고 이용자는 간편하게 이용허락 절차를 진행할 수 있으므로, 이러한 저작권위탁관리제도의 존재 자체가 잘못되었다고 보기는 어렵다. 그러나 만약 저작자의 저작권위탁관리가 사실상 강제되고 있다면 이는 현재 저작권위탁관리제도가 내재한 배타성과 결합하여 저작자의 소극적 표현·결사의 자유를 크게 제한하는 결과를 가져올 것이고,¹⁹⁴⁾ 이는 제2장에서 언급한 기본권 충돌 상황을 적절하게 해결하는 규범조화적인 상태로 평가되기 어려울 것이다. 따라서 이 장에서는 1) 현행법상 저작권위탁관리제도의 법률적 구조를 배타성, 강제성의 측면에 중점을 두어 살펴보기로 하고, 2) 이러한 제도 운용

193) 음악저작물에 관한 저작권신탁관리단체로는 한국음악저작권협회(KOMCA), 한국음악실연자연합회(FKMP), 한국음원제작자협회(KAPP) 등이 있는데, 가장 활발하게 활동하는 단체가 한국음악저작권협회(KOMCA)이다.

194) 음악저작물이 정치적 의도로 사용되는 경우는 저작자 입장에서 더욱 민감하게 받아들일 수 있는 문제이어서, 당사자의 의사와 신탁관리업체의 의사의 조율이 더욱 시급한 사안이다. 가령 잭슨 브라운이 2008년 미국 대선 당시 맥케인 공화당 후보가 자신의 곡 “Running on empty”를 사용하였다는 이유로 소를 제기한 배경에는 잭슨 브라운이 민주당 지지자였다는 점도 한 몫 하였다[Anthony McCartney, "Jackson Browne Wins Apology From McCain & Republicans", 2009년 7월 21일, huffingtonpost(http://www.huffingtonpost.com/2009/07/21/jackson-browne-wins-apolo_n_241880.html에서 검색)].

실태로 인하여 발생하는 문제점에는 어떤 것들이 있는지 살펴보기로 한다.

제2절 현행법상 저작권위탁관리제도의 법률적 구조

I. 논점의 정리

우리 저작권법 제7장 “저작권위탁관리업” 부분에서는 저작권위탁관리업의 종류를 저작권신탁관리업(제105조 제1항 전단)과 저작권대리중개업(제105조 제1항 후단)으로 나누어 규정하고 있는데, 실제로는 음악저작물에 관한 저작권의 96%를 저작권신탁관리단체인 음저협에서 관리하고 있다. 따라서 우리나라 저작권위탁관리제도가 어떤 방식으로 운용되고 있는지를 살피기 위해서는 저작권신탁관리업이 어떠한 형태로 저작권법의 규율을 받고 있는지를 검토할 필요가 있다. 아래에서는 1) 먼저, 저작권법에 규정된 저작권신탁관리업의 개념을 살핀 후, 2) 저작권신탁관리제도가 어떠한 방식으로 운용되고 있는지를 차례로 검토하기로 한다. 3) 마지막으로 1), 2)의 분석을 토대로, 저작권법상 저작권신탁관리업에 대한 규율이 내재하는 문제점은 무엇인지 논의해 보기로 한다.

II. 저작권법에 규정된 저작권신탁관리업의 의의

1. 관련 저작권법 조항

저작권법 제2조 제26호는 저작권신탁관리업에 관하여 “저작재산권자, 출판권자, 저작인접권자 또는 데이터베이스제작자의 권리를 가진 자를 위하여 그 권리를 신탁받아 이를 지속적으로 관리하는 업을 말하며, 저작물 등의 이용과 관련하여 포괄적으로 대리하는 경우를 포함한다.”라고 규정하고 있으며, 법 제105조에서는 저작권신탁관리업을 수행하기 위해

서는 '허가'를 요하는 것으로 규정하고 있다.¹⁹⁵⁾

2. 포괄적 대리의 개념에 관하여

저작권법은 저작물 등의 이용을 포괄적으로 대리하는 행위는 '저작권대리중개'가 아닌 '저작권신탁관리'에 해당한다는 취지로 규정하고 있다(제2조 제26호 참조). 즉, 음악저작물에 관한 저작권의 포괄적 대리 행위 역시 유일하게 허가를 받은 음악저작물 관리 단체인 음저협의 전속적 업무에 속하는 것인데, 막상 '포괄적 대리'의 개념에 대해서는 저작권법에 아무 규정이 없는 상황이다.

학자들은 포괄적 대리에 해당할 수 있는 경우로 다음 6가지를 상정한다. 1) 개별 저작권자가 보유하고 있는 '모든' 저작물의 저작재산권을 포괄 위임하는 경우, 2) 개별 저작권자가 보유하고 있는 현재의 저작물뿐 아니라 장래 발생할 저작물의 저작재산권도 포함하여 포괄 위임하는 경우, 3) 1개의 저작물을 보유하고 있는 다수의 저작권자가 저작재산권을 함께 포괄 위임하는 경우, 4) 1개 또는 다수의 저작물을 보유하고 있는 다수의 저작권자가 일부 저작물에 대한 일부의 저작재산권(예컨대 복제권만)을 함께 포괄 위임하는 경우, 5) 1개 또는 다수의 저작물을 보유하고 있는 다수의 저작권자가 모든 저작물에 대한 모든 저작재산권을 포괄 위임하는 경우, 6) 1개의 저작물에 대한 저작권자가 해당 저작물에 대한 저작재산권을 일부 권리가 아니라 그 전부를 포괄 위임하는 경우 등이 그것이다.¹⁹⁶⁾ 일부 학자들은 '포괄성'을 내재하는 위 6가지 경우를 상정한 후, 신탁관리 제도가 본래 다수의 저작권자가 존재하는 것을 전제로 저작권 행사의 편이를 도모하기 위하여 개발된 것이라는 점에 주목하여

195) 반면, 저작권대리중개업의 경우에는 '허가'를 요하지 않고, '신고'만으로 족한 것으로 규정하고 있다(저작권법 제105조 제1항).

196) 위와 같은 구분은 이해완, 저작권집중관리에 있어서의 신탁 중심 체제의 문제점과 입법적 대안, 2010, 법조 제59권 제4호, 법조협회, 165-166면; 최문순, 한국음악저작권협회의 문제점과 개혁 방향, 2008, 국가문화체육관광방송통신위원회 국정감사 자료집, 17-18면(김기중 변호사 발제부분) 참조

1), 2), 6)과 같이 다수의 당사자를 전제하지 않은 경우는 포괄적 대리의 개념에 포함되어서는 안 된다는 입장을 취한다.¹⁹⁷⁾

그러나 이러한 학자들의 견해에 반하여 법제처는 2006. 4. 17.자로 ‘포괄적 대리’의 개념을 훨씬 광범위하게 보는 유권해석을 제시한 바 있다(법제처 05-0108). 그 내용은 아래와 같다.

“... 저작권대리중개업자가 그 이용자로 하여금 저작물 또는 저작인접권의 대상을 이용하게 할 때, 음악저작권자가 저작권대리중개업자에게 일정한 기간 동안 그 음악저작권자가 가지고 있거나 가지게 될 음원의 전부 또는 일부에 관하여 모바일, 웹사이트, ARS 기타 유무선 기반의 모든 사업과 관련하여 상대방에 대한 사용허락권을 독점적으로 위임하는 것은 음반제작자가 음원저작권에 대한 이용방법 및 선택의 범위를 포괄적으로 망라한 것일 뿐 아니라 음원저작권자가 장래 가지게 될 음원저작권까지 그 대리중개의 대상으로 삼는 것이고, 이로 인하여 저작재산권자 등으로부터 저작재산권 등을 이전받은 것과 동일한 효과를 발생시키는 것이라 할 것입니다.

그렇다면, ... 그 업무를 행함에 있어 저작재산권자 등을 포괄적으로 대리한 것이라 할 것입니다.”

위 법제처의 해석은 곧 다수의 저작권자가 결부되어 있지 않은 1), 2)의 경우에도 포괄적 대리에 해당할 수 있다는 것을 의미한다. 이러한 유권 해석 내용은 애초에 집중관리방법의 하나인 신탁관리 제도는 다수의 저작권자가 존재하는 것을 전제로 저작권 행사의 편이를 도모하기 위하여 개발된 것이라는 점, 현재 활동하고 있는 대리중개업체들은 대체로 일정

197) 독일의 관리사업법이 규제의 대상을 권리의 공동행사와 지속적 행사로 제한하고 있듯이, 저작권 집중관리에 대한 행정적 규제를 하는 취지는 다수의 권리자로부터 그 권리를 위임받아 다수의 이용자들을 상대하여 사용료를 징수하는 과정에서 관리단체의 권한 남용이나 독점적 지위 남용을 통제하기 위한 것이므로, 다수 당사자의 개입이 없는 경우에는 행정규제의 실익이 없다는 관점에서의 비판이다[최문순, 위 국정감사자료집, 18면(김기중 변호사 발제부분) 참조].

기간을 토대로 하는 포괄 일임형 계약을 많이 체결하고 있는데 위 유권 해석을 적용하면 그러한 대리행위가 모두 형사처벌 대상이 된다는 점 등으로 인하여 많은 비판을 받고 있는 실정이다.¹⁹⁸⁾

III. 저작권신탁관리의 법적 성질 및 구체적 내용

1. 저작권신탁의 법적 성질

저작권법상 신탁의 법적 성질에 관해서는 ① 법률효과 해석에 있어서의 명확성 등의 이유로 이를 신탁법상 신탁과 동일하게 보아야 한다는 신탁행위설¹⁹⁹⁾과 ② 저작권법 제2조 제26호의 표현에 비추어 볼 때 저작권법상 신탁은 처분권은 의연 위탁자에게 있고 수탁자는 관리권만을 위임받아 가지고 있는 법적 상태를 의미한다고 보는 관리권위임설²⁰⁰⁾가 대립한다. 저작권법상 신탁의 법적성질에 관하여 명시적으로 판단한 대법원 판례는 없지만, 하급심 판례는 저작권신탁계약의 법적 성질을 신탁법상 신탁에 해당한다고 보는 신탁행위설의 입장을 따르고 있는 것으로 평가된다.²⁰¹⁾ 저작권법 제2조 제26호에서 별도의 용어를 사용하지 않고 굳이 ‘신탁’이라는 용어를 사용한 점, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률에서

198) 이해완, 위 논문, 170-171면; 최문순, 위 국정감사자료집, 17-18면(김기중 변호사 발제부분)

199) 이해완, 위 논문, 159-160면; 서울고등법원 2001. 8. 29. 선고 2000나53085 판결 (“원고가 영위하는 신탁관리업은 저작권법 제78조에 근거하는 것으로서 그 법적 성질은 신탁법상의 신탁이라 할 것이고, 저작물 등에 관하여 저작권신탁계약이 체결됨으로써 음악저작물에 관한 저작재산권은 법률상 저작자로부터 원고에게 완전히 이전하여 원고가 권리자가 되고 권리에 대하여 소제기의 권한을 포함한 모든 관리처분권이 원고에게 속하게 된다. 따라서 피고가 원고의 허락을 받지 아니하고 음악저작물을 수록한 음반을 복제, 배포하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 원고의 저작권을 침해하는 행위에 해당한다.”)

200) 방석호, 음악저작물 신탁관리계약의 법적 의미와 분석, 2005, 법학연구 6집, 홍익대학교 법학연구소, 56-57면; 정상조 편저, 저작권법 주해, 2007, 박영사, 162면 참조

201) 서울민사지방법원 1994. 7. 29.자 94카합6025 결정; 서울고등법원 1996. 7. 12. 선고 95나41279 판결; 서울지방법원 1999. 7. 23. 선고 98가합83680 판결 등

신탁업 역시 금융위원회 인가를 받지 않고 영위할 수 없는 금융투자업의 하나로 규정하면서(제6조 제1항 제6호) 저작권신탁관리업은 위 법의 적용을 받는 신탁업의 범주에서 제외되는 것으로 굳이 명시한 점(제7조 제5항)²⁰²⁾에 비추어 볼 때, 저작권법상 ‘신탁관리’는 신탁법상 신탁의 일종이라고 보는 해석이 자연스럽다 할 것이다. 따라서 개인적으로는 신탁행위설이 타당하다고 생각한다.²⁰³⁾

2. 저작권신탁관리의 구체적 내용

만약 저작권신탁계약의 법적 성질을 신탁법상 신탁으로 본다면 신탁계약이 체결된 음악저작물과 관련된 저작재산권은 모두 법률상 수탁자인 저작권신탁관리단체에 모두 귀속되는 것이므로, 신탁자인 저작자 내지 저작인접권자는 저작재산권을 토대로 금지청구 또는 손해배상청구를 할 수 없다.²⁰⁴⁾ 다만 저작권 중에서 저작인격권은 저작자 일신에 전속하는 것이어서(저작권법 제14조 제1항), 양도 또는 신탁의 대상이 될 수 없는 것이어서 신탁관리될 수 있는 권리는 저작재산권에 한하고 저작인격권은 신탁관리될 수 없는 것이다.²⁰⁵⁾ 위와 같은 논리는 저작권에 관해서는 하

202) 이해완, 위 논문, 159면

203) 관리권위임설의 입장에서는 한국음악저작권협회 등의 약관 규정에 권리자의 권리신탁 후 예외적 권리양도 조항(한국음악저작권협회 저작권신탁계약약관 제3조 제2항) 및 관리유보 조항(동 약관 제13조) 등의 약관 조항이 있음을 근거로 신탁관리계약의 법적 성질을 신탁행위가 아닌 관리권위임으로 보는 것이 타당하다고 주장하기도 한다(이해완, 위 논문, 159면). 그러나 위 예외적 권리양도는 사전에 수탁자의 승인을 받도록 하고 있기 때문에 신탁관계를 전제하더라도 반드시 불가능하다고 볼 수는 없고, 신탁법상 신탁의 경우에도 당사자 간의 계약으로 수탁자의 권리를 제한하는 데에는 문제가 없다 할 것이어서 관리유보 역시 불가능하다고는 볼 수 없다. 따라서 위 두 조항 때문에 신탁관리계약의 법적 성질이 반드시 신탁법상 신탁이 아닌 관리권위임으로 해석되어야 할 이유는 없다 할 것이다.

204) 서울지방법원 1999. 7. 23. 선고 98가합83680 판결; 한국음악저작권협회 저작권신탁계약약관 제12조(“위탁자는 신탁 저작권에 대하여 민, 형사상의 소송 등을 제기할 수 없으며, 수탁자가 제기한 소송 등에 관하여 합의 또는 취하 등을 할 수 없다.”)

205) 서울고등법원 1996. 7. 12. 선고 95나41279 판결; 한국음악저작권협회 저작권신

급심 판례들을 통하여 언급된 바 있는 반면 저작권접권에 관해서는 명시적으로 언급된 바 없지만, 저작권법상 저작권접권 부분에서 대부분 저작권 부분 조항을 준용하고 있는 점, 저작권접권의 신탁관리 역시 저작권의 신탁관리와 근거 조항이 동일한 점 등에 비추어 볼 때 저작권접권의 신탁관리계약에 관해서도 동일하게 적용될 수 있을 것이다.

IV. 우리나라 저작권위탁관리제도의 법적 규율에 대한 평가

우리나라는 저작권신탁관리업 이외에 저작권대리중개업을 저작권법에 규정하고는 있으나, 저작권대리중개단체가 포괄적 대리 행위를 하는 것은 금지하고 있고 이를 형사처벌 대상으로까지 규정하고 있다(저작권법 제137조 제1항 제4호, 제105조 제1항). 또한 저작권법에서는 포괄적 대리의 개념을 명시하지 않고 있으나, 유권해석 기관인 법제처는 포괄적 대리의 개념을 매우 넓게 보는 해석방식을 취한 바 있다. 이러한 법적 규율 형태로 인하여, 저작권 관리의 편의를 도모하는 대부분의 저작자는 자신의 권리 행사에 많은 제약이 따름에도 불구하고 저작권대리중개단체가 아닌 저작권신탁관리단체를 찾을 수밖에 없게 된다. 이러한 법적 규율 형태는 '저작권집중관리'를 가능하게 하므로 저작물 이용의 활성화를 촉진하는 반면, 신탁관리단체 가입 과정에서의 강제성, 신탁관리제도가 내재하는 배타성 등으로 인하여 아래에서 보는 것과 같은 문제점을 야기하게 된다.

제3절 음악저작물과 관련된 저작권위탁관리제도의 운용상 문제점

탁계약약관 제3조에서도 “저작권재산권의 신탁”이라는 표제 하에 저작권재산만을 신탁관리의 대상으로 언급하고 있다.

I. 문제의 소재

위에서 본 바와 같이 우리 저작권법이 채택하는 저작권위탁관리제도는 저작권이 독점적, 배타적인 형태로 관리될 것을 유도한다. ‘법적 규율에 대한 평가’ 부분에서 본 것과 같이 우리 저작권법은 저작권이 대리중개의 형태보다는 신탁관리 형태로 위탁될 것을 유도하는데, 실제로 문화체육관광부장관으로부터 허가를 받은 신탁관리단체는 음악저작물의 저작권과 관련하여서는 음저협이 유일하다. 또한 저작인접권을 관리하도록 허가를 받은 단체로는 실연자의 권리를 신탁관리하는 한국음악실연자협회, 음반제작자의 권리를 신탁관리하는 한국음원제작자협회 등이 있는데, 위 각 단체들 또한 분야별로는 유일한 단체이어서 독점적 지위가 구축되어 있다. 아래에서는 저작권위탁관리의 독점성, 배타성으로 인하여 발생하는 문제점들로 지적되는 사항들을 살펴보기로 한다.

II. 저조한 ‘자발적’ 신탁관리 비율

저작권 집중관리 제도는 결과적으로 저작물 이용자의 편의를 도모하기 위한 목적이 크기 때문에, 그 목적을 달성하기 위해서는 가급적 많은 수의 저작자 내지 저작인접권자의 신탁관리단체 가입이 수반되어야 한다. 그렇지만 현재 우리나라에서는 전술한 배타적 형태의 위탁관리 구조 등으로 인하여 집중관리가 아니면 수익을 취하기 어려운 공연권 분야를 제외하고는 자발적으로 신탁관리를 하고자 하는 비율이 낮은 편이다. 예를 들어 저작인접권의 경우 그 주체가 되는 음반제작자는 대체로 기업인 경우가 많고 기업 입장에서는 ‘자기관리’와 ‘신탁관리’의 장단점을 비교해 볼 수밖에 없는데, 권리자를 전혀 고려하지 않는 신탁의 배타적 속성은 기업이 ‘자기관리’를 선택하게 하는 데에 큰 영향을 미칠 수밖에 없다.²⁰⁶⁾

206) 이해완, 위 논문, 161-162면; 최문순, 음악저작권: 신탁관리제도의 개혁방향(국회

III. 소권 제한에 따른 권리자들의 불만²⁰⁷⁾

저작자 및 저작인접권자가 배타적 구조로 운영되는 음저협 등 저작권신탁관리단체에 권리를 위탁하게 될 경우, 그 권리 자체가 저작권신탁관리단체에 이전되기 때문에 저작물 이용자에 대하여 전혀 권리를 주장할 수 없게 된다.²⁰⁸⁾ 이러한 저작권신탁관리의 배타성으로 말미암아 저작자·저작인접권자에게는 호의로 저작물 이용을 허락하고자 하는 경우에도 이용허락을 할 수 있는 권리가 없으며, 원치 않는 주체가 자신의 저작물을 이용하더라도 이에 대한 금지청구를 할 수 있는 권리도 존재하지 않는다. 이러한 권리 제한이 더욱 큰 문제로 인식되는 이유는 현행법상 권리가 지닌 저작물들을 간편하게 위탁할 수 있는 단체는 음저협이 유일하고,²⁰⁹⁾ 권리자에게 신탁의 범위를 결정할 수 있는 권한도 전혀 부여되어 있지 않기 때문이다.

IV. 소결론

이와 같이 우리나라는 기본적으로 저작자가 자신의 저작물들에 대하여 '전면적 신탁'을 선택할 수밖에 없는 구조로 제도를 운용하고 있는데, 허가를 받은 위탁관리단체 역시 분야별로 하나씩밖에 없어 각 단체의 지위

의원 최문순 주최 세미나 자료집), 일시: 2008년 11월 24일. 장소: 국회의원회관 대회의실, 27면(최병구 발제 부분) 참조

207) 최문순, 위 국정감사 자료집, 50면에서도 음저협의 개선방안으로 “불공정한 신탁약관과 정관 수정”을 들면서, 대표적으로 지적한 것이 소권 제한 조항이다.

208) 한국음악저작권협회 저작권신탁계약약관 제12조

209) 물론 2008. 7. 당시 430개 가량의 대리중개업체가 활동하였고 대부분의 업체가 포괄 일임형 계약을 통한 위탁관리 업무를 담당하였으나, 앞서 소개한 2006. 4. 17.자 법제처 유권해석에 따르면 이러한 형태의 위탁관리는 모두 '포괄적 대리'에 해당하여 허가 대상이다. 따라서 이러한 포괄 일임형으로 음악 관련 저작권을 위탁받을 수 있는 단체 역시 유일하게 허가를 받은 단체인 한국음악저작권협회밖에 없게 되는 것이다.

는 독점적이다. 또한 이러한 독점적·배타적인 위탁관리 체제 하에서 각 단체들이 권리자의 의사를 제대로 반영하지 못하는 경우가 종종 발생함에 따라, 권리자들의 불만이 상당히 높은 실정이다.

제4절 현행 저작권위탁관리제도의 문제점과 선거운동에서의 음악저작물 이용 쟁점의 연관성

제2장에서는 선거운동에서의 음악저작물 이용과 관련하여서는 이용자의 적극적 표현의 자유와 저작자의 소극적 표현·결사의 자유의 충돌 문제가 내재되어 있음을 언급한 바 있다. 이 쟁점에서 충돌하는 두 종류의 기본권은 동등한 지위의 것이기 때문에 그 기본권 충돌의 해결은 어느 한쪽을 희생시키는 방식이 아니라, 양쪽의 입장을 고루 헤아리는 규범조화적인 방식으로 이루어져야 한다. 소극적 표현·결사의 자유가 보장되려면 저작자 입장에서는 자신의 정치적 견해에 반하는 이용에 대해서는 거부 의사를 관철시킬 수 있는 수단이 인정되어야 한다. 그러나 현행 저작권법 및 이를 집행하는 기관은 신탁관리단체만이 포괄적 대리를 할 수 있도록 허용하면서 그 포괄적 대리의 개념을 넓게 해석하여, 저작자가 자신의 의사를 관철시킬 수 있는 대리중개 방식을 선택할 가능성을 차단하는 방식으로 제도를 운용하고 있다.

저작자가 저작권 관리를 편하게 하기 위하여 자발적으로 배타적 신탁관리 방식을 선택하여 이용허락 및 소 제기를 하지 못하게 되는 것은 문제가 되지 않는다. 그러나 애초에 제도적으로 저작자가 비배타적인 성격의 대리중개 방식을 선택하지 못하도록 막는 것은 그 자체로 많은 문제점을 내재하고 있을 뿐 아니라, 선거운동에서의 음악저작물 이용 사례와 관련하여서는 저작자가 소극적 표현·결사의 자유를 포기하도록 강요하는 결과를 초래한다. 따라서 현행 저작권위탁관리제도는 기본권의 충돌 상황을 규범조화적으로 해결하고 있지 못하며 저작자의 일방적인 희생을 강

요하는 방식으로 운용되고 있으므로, 그 규율형태 및 운용방식에 대한 개선이 필요한 실정이다. 학계에서도 현행 제도에 이러한 문제가 있다는 인식 하에 여러 가지 개선방안을 제시하고 있는데, 이에 관해서는 제8장에서 논의하기로 하겠다.

제8장 결론

지금까지 이 논문에서는 선거운동과 관련하여 타인의 음악저작물을 이용하는 행위가 기본적으로 1) 이용자의 표현의 자유와 저작자의 학문·예술의 자유의 충돌(이하 '제1의 기본권 충돌'이라 한다), 2) 이용자의 적극적 표현의 자유와 저작자의 소극적 표현·결사의 자유의 충돌(이하 '제2의 기본권 충돌'이라 한다) 등 두 종류의 기본권 충돌 문제를 내재한다는 점을 지적하고, 이러한 기본권 충돌 문제가 법률적으로 어떻게 해결되고 있는지를 살펴보았다.

먼저 이 논문의 제4장 및 제5장에서는 선거운동에서 타인의 음악저작물을 이용하는 행위가 저작권법상 저작권 내지 저작인접권 침해에 해당하는지 여부를 검토하였다. 필자는 위와 같은 결론을 내리는 과정에서 선거운동에서의 음악저작물 이용 사례가 “저작재산권의 제한” 사유에 해당할 수 있는지 여부를 검토하였는데, 만약 해당 사례가 저작권법상 “저작재산권의 제한” 사유에 해당하는 것으로 판단된다면 위 행위는 중국적으로 권리 침해를 구성하지 않게 된다. 위 “저작재산권의 제한” 사유의 판단과 관련하여 의미있는 사항은 2011. 12. 2. 개정된 저작권법에서 공정이용(fair use) 제도를 도입하였다는 점이다. 기존에는 저작재산권의 제한 사유가 ‘제한적 열거’의 방식으로 규정되어 있었기 때문에 위 검토단계에서 다각적으로 발생하는 이익충돌 사례들을 신축적으로 포섭하지 못하는 문제점이 있었다. 그러나 저작권법은 열거된 제한 사유 이외에도 이용자의 표현의 자유가 보다 존중될 필요가 있는 경우에 공정이용 제도를 통한 저작권 이용을 허용함으로써, 표현의 자유를 보다 확장하면서 기본권 충돌이 보다 규범조화적으로 해결될 수는 있는 법적 창구를 마련한 셈이다. 이러한 점에 비추어 보면, 개정 저작권법은 제1의 기본권 충돌 문제와 관련하여서는 보다 다양한 이익 충돌 사례들이 보다 신축적인 방

식으로 해결될 수 있는 방안을 마련하였다는 점에서 과거의 저작권법보다는 진일보한 모습을 보여주고 있다 할 것이다.

다만 현행 저작권법이 제2의 기본권 충돌 문제를 바람직한 방식으로 해결하고 있는지 여부에 관해서는 의문이 제기된다. 제5장 제5절에서 살펴 보았듯이 현행 저작권법 체계 하에서 만약 저작자 또는 저작인접권자가 음저협에 저작권을 신탁관리하였다고 가정할 때 이를 이용하려는 자는 저작재산권에 대해서는 음저협으로부터, 저작인격권에 대해서는 본래의 권리자로부터 이용허락 내지 동의를 얻어야 한다. 그런데 앞서 살펴 보았듯이 원저작물을 변형 없이 사용하는 사례와 같이 저작인격권의 침해를 수반하지 않는 이용의 경우에, 이용자는 음저협으로부터만 이용허락을 받으면 음악저작물을 마음대로 선거운동에서 이용할 수 있게 된다. 즉, 이러한 경우에 저작자 또는 저작인접권자는 정치적 견해의 차이 등으로 이용자가 선거운동에서 자신의 음악저작물을 이용하는 것이 내키지 않는다 하더라도, 저작권법상 그 이용을 배제할 방법을 상실하게 되는 것이다. 또한 제6장에서 살펴 보았듯이 이러한 경우 저작자·저작인접권자는 상표법, 부정경쟁방지법 또는 퍼블리시티권 등 기타 법적 수단에 의하더라도 구제될 가능성이 희박하다. 물론 음저협에 자신의 저작권 내지 저작인접권을 신탁한 것 역시 저작자·저작인접권자가 판단한 사항이므로 위와 같은 구제수단의 상실 역시 결국은 저작자·저작인접권자가 초래한 것인바, 위와 같은 결론만으로 저작자·저작인접권자의 소극적 표현·결사의 자유가 부당하게 침해되었다고 판단할 수는 없다. 그러나 만약 저작자 등이 제도적인 결함으로 인하여 위와 같은 '신탁관리' 방식을 취할 수밖에 없었다면, 결과적으로 저작자 등의 입장에서는 구제수단 상실의 불이익을 감수할 것을 강요받은 것이므로 저작자 등의 표현·결사의 자유 제한은 부당한 것으로 평가될 수밖에 없다.

제7장에서 살펴 보았듯이 현행 저작권법은 저작권위탁관리방식으로 '저작권대리중개'와 '저작권신탁관리' 등 두 가지를 채택하고 있다. 위 두 가지 중 '저작권대리중개'와 관련해서는 위탁관리단체의 지위가 '권리자'

가 아닌 '대리인'에 불과하기 때문에, 저작자 등이 정치적 견해의 차이 등의 사유로 음악저작물이 이용되기를 원치 않을 때 자신의 입장을 충분히 관철시킬 수 있다. 그렇지만 현행 저작권법 제2조 제26호에서는 저작권대리중개단체의 '포괄적 대리'를 금하고 있고, 법제처에서는 다시 '포괄적 대리'의 개념을 매우 넓게 해석함으로써 결과적으로 자신의 권리가 포괄적으로 관리받기를 바라는 저작권·저작권자가 '저작권신탁관리' 시스템을 택할 수밖에 없는 법적 구조를 구축하였다. 이러한 법적 구조 하에서는 이용자가 설령 음저협의 동의를 얻어 선거운동에서 음악저작물을 이용하는 것이라 하더라도 이러한 시스템 자체에 대해 저작자·저작인접권자 입장에서는 불만을 지닐 수밖에 없는 것이다. 즉 현행 저작권법은 저작권위탁관리제도와 관련하여 경직된 법적 구조를 채택함으로써, 결과적으로 제2의 기본권 충돌 문제를 규범조화적으로 해결하고 있지 못하고 있는 것이다.

위와 같이 경직된 저작권위탁관리제도의 규율 실태는 다른 측면에서도 문제가 많다는 평가를 받고 있으며, 이에 따라 이와 관련된 저작권법 조항이 개정될 필요가 있다는 학계의 목소리도 높은 실정이다. 이와 관련하여 제시되고 있는 대표적인 입법론을 두 가지 정도만 들면, 1) 허가제가 아닌 등록제를 통하여 복수의 신탁관리단체를 두어 저작자와 저작인접권자가 어떤 단체에 가입할지를 선택할 수 있게 함으로써 단체의 경쟁력을 높이자는 방안,²¹⁰⁾ 2) '포괄적 대리'를 신탁과 같이 취급하는 저작권법 제2조 제26호의 문언을 수정함으로써 명백한 신탁 행위만 허가제의 규제 대상이 되는 것으로 하여 비배타적 관리의 영역을 넓히자는 방안²¹¹⁾ 등이 있다. 생각건대, 제2의 기본권 충돌과 관련하여 문제되는 점은 저작자가 불편을 감수하고 소극적 표현·결사의 자유를 관철하고자 하더라도 이를 관철할 수 있는 '비배타적 성격(Non-exclusive)의 위탁관리 영역'이 너무 좁다는 점이다. 따라서 개인적으로는 음저협이 독점적

210) 위 김기중 발제 부분, 19-23면 참조

211) 이해완, 위 논문, 198-200면

인 지위를 누림에 따라 발생하는 문제점들을 보완하면서 저작자 등의 소극적 표현·결사의 자유도 아울러 보호하기 위해서는 1)의 해결방안보다는 2)의 해결방안을 취하는 것이 보다 효율적일 것이라고 생각한다. 2)의 해결방안을 제시하는 쪽에서는 저작권법 제2조 제26호 중 ‘포괄적 대리’ 문언을 아예 삭제하자는 입장을 취하고 있으나,²¹²⁾ 이를 삭제하지 않은 상태에서 제2조 제26호의 ‘포괄적 대리’의 개념을 보다 한정적으로 기술하는 방식으로 수정되기만 하더라도 현행법상 경직된 저작권위탁관리제도의 문제점은 보다 완화될 수 있을 것으로 판단된다.

물론 이와 같은 비배타적 성격의 위탁관리 영역의 축소는 법제처의 유권해석에 기초한 것이므로 법률을 개정할 필요는 없다는 반론도 제기될 수 있다. 그렇지만 기본적으로 법률조항은 대부분의 사람들이 같은 의미로 해석할 수 있도록 명확하게 규정될 필요가 있는데, 저작권법에 규정된 ‘포괄적 대리’라는 용어는 그 개념범위가 어디까지인지 가늠하기가 매우 어려워 헌법상 명확성의 원칙에 비추어 보더라도 문제가 많은 문언이다. 따라서 비배타적 성격의 위탁관리 영역 확보 및 위 조항의 합헌성 확보를 위하여 ‘포괄적 대리’ 문언에 대한 어느 정도의 수정은 불가피하다고 생각한다. 다만 위 문언을 아예 삭제할 것인지, 부분적으로 명확성을 높이는 형태로 수정할 것인지에 관해서는 추가적인 논의가 필요할 것으로 보인다.

우리 저작권법은 2011. 12. 2. 개정을 통하여 내용면에서 다양한 기본권 충돌 상황을 포섭할 수 있는 형태로 진일보하였다고 판단된다. 그러나 아직도 우리 저작권법상 규율에는 다양한 지점에서 발생하는 기본권 충돌 상황을 해결하는 방식에 관하여 아쉬운 점이 눈에 띈다. 이러한 부분에 대해서는 법률의 적용대상이자 기본권의 주체인 저작자와 이용자, 객관적인 시각에서 기본권 충돌 양상을 바라보는 학계의 의견을 경청하고,

212) 이해완, 위 논문, 198-200면에서는 포괄적 대리를 신탁과 동일시한 부분이 아예 삭제되어야 한다는 취지의 입법론을 펼친 바 있다. 포괄적 대리라고 하는 막연하고 불명확한 용어는 저작권대리중개업 활성화에 걸림돌이 될 뿐 실제로는 잘 집행되지도 않고 있다는 고려에서 제기된 견해이다.

동일한 기본권 충돌 사례를 해결하는 외국의 입법례를 주시함으로써 상시적으로 보완이 이루어져야 할 것이다.

참 고 문 헌

I. 국내문헌

[단행본]

- 윤경, 저작권법, 2005, 육법사
정상조 편저, 저작권법 주해, 2007, 박영사
정상조, 박준석 공저, 지적재산권법(제2판), 2011, 홍문사
허영, 한국헌법론 제3판, 2003, 박영사

[논문]

- 김덕중, 저작권의 침해와 민사적 구제제도에 관한 연구, 2007, 원광대학교 석사학위논문
김세권, 퍼블리시티권에 관한 연구, 2008, 전북대학교 박사학위논문
김영실, 음악저작물의 샘플링에 관한 연구, 2008, 인하대학교 석사학위논문
김희진, 다양한 작곡기법을 사용한 파퓰러음악연구, 2008, 상명대학교 석사학위논문
방석호, 음악저작물 신탁관리계약의 법적 의미와 분석, 2005, 법학연구 6집, 홍익대학교법학연구소
신봉기, 저작권 보호와 이용활성화를 위한 저작권 집중관리 시스템, 2009, 정보법학 제13권 제1호, 한국정보법학회
육소영, 지적재산권과 표현의 자유, 2011, 공법학연구 제12권 제4호, 한국비교공법학회
우성엽, 2차적저작물의 법률관계, 2008, <Law&Technology> 제4권 제5

호, 서울대학교 기술과 법 센터

윤경, 만화저작물에 대한 출판권침해요건과 그 동일성 판단방법: 대법원
2005. 9. 9. 선고 2003다47782 판결, 2006, 계간저작권 제73호, 저작권
권심의조정위원회

이영희, 2차적저작물의 저작권 침해에 관한 연구 : 2차적저작물 구분에
관한 판례를 중심으로, 2011, 경희대학교 석사학위논문

이해완, 저작권집중관리에 있어서의 신탁 중심 체제의 문제점과 입법적
대안, 2010, 법조 제59권 제4호, 법조협회

이현경, 재산권으로서의 퍼블리시티권, 2010, <Law&Technology> 제6권
제1호, 서울대학교 기술과 법 센터

임덕기, 2차적저작물 작성의 활성화를 위한 저작권법 개정에 관한 연구 :
공정이용과 저작인격권을 중심으로, 2010, 서강대학교 박사학위논
문

정태호, 소리, 냄새 등 비시각적인 상표의 도입에 따른 전망과 대응전략,
2012, <Invention & patent> 제37권 제4호, 한국발명진흥회

채명기, 저작권법상 비영리 목적의 공연에 관한 연구, 1999, 한국저작권
위원회

[신문기사]

김동훈, “KISA “선거운동 문자 ‘불법스팸’ 신고 마세요.””, 2012년 2월 27
일, 한국경제(<http://www.hankyung.com/news/app/newsview.php?aid=201202272217t>에서 검색)

김현, “강리치, ‘아이 오브 더 타이거’ 저작권 침해로 피소”, 2012년 1월
31일, 연합뉴스(<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LS&mid=sec&sid1=104&oid=001&aid=0005489470>에서 검색)

박종생, “로고송 저작권 시비 예고, 후보들 ‘독도는...’ 등 20여곡 무단사
용”, 1996년 3월 21일, 한겨레신문, 23면

여인옥, “저작권 박사’의 망신... 강리치, 로고송 무허가 사용”, 2012년 1월 31일, 머니투데이(<http://www.mt.co.kr/view/mtview.php?type=1&no=2012013114448285273&outlink=1>에서 검색)

김현정 앵커 진행 CBS라디오 "김현정의 뉴스쇼" 녹취물, “가수 박현빈 ‘선거 로고송만 1,000곡 부른 남자’”, 2012년 3월 14일, 노컷뉴스(<http://www.nocutnews.co.kr/Show.asp?IDX=2086232>에서 검색)

[국회의원실 자료]

최문순, 음악저작권: 신탁관리제도의 개혁방향(국회의원 최문순 주최 세미나 자료집), 일시: 2008년 11월 24일. 장소: 국회의원회관 대회의실

최문순, 한국음악저작권협회의 문제점과 개혁 방향, 2008, 국가문화체육관광방송통신위원회 국정감사 자료집

II. 외국문헌

[미국 논문]

David. C. Johnston, "THE SINGER DID NOT APPROVE THIS MESSAGE: ANALYZING THE UNAUTHORIZED USE OF COPYRIGHTED MUSIC IN POLITICAL ADVERTISEMENTS IN JACKSON BROWNE V. JOHN MCCAIN", 2010, Cardozo Arts and Entertainment Law Journal Vol.27: 687

Sarah Schacter, The Barracuda Lacuna: Music, Political Campaigns, and the First Amendment, 2011, The Georgetown Law Journal Vol.99: 571

Tonya M. Evans, SAMPLING, LOOPING AND MASHING... OH MY!

: How HIP HOP MUSIC IS SCRATCHING MORE THAN THE SURFACE OF COPYRIGHT LAW, 2011, Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal Vol.21: 843

[미국 신문기사]

Anthony McCartney, "Jackson Browne Wins Apology From McCain & Republicans", 2009년 7월 21일, huffingtonpost(http://www.huffingtonpost.com/2009/07/21/jackson-browne-wins-apology_n_241880.html)에서 검색)

Catalina Camia, "Mixing music and politics tricky for campaigns", 2011년 7월 8일, USAtoday(<http://content.usatoday.com/communities/onpolitics/post/2011/07/tom-petty-michele-bachmann-presidential-campaign-music-copyright-1#.UITYtG8xqqg>)에서 검색)

Maureen Dowd, "Liberties; Fillet Of Soul", 1996년 5월 26일, The New York Times(<http://www.nytimes.com/1996/05/26/opinion/liberties-fillet-of-soul.html>)에서 검색)

Shawna Shepherd, "Rappers 'Hoot for Newt'" 2012년 1월 28일, CNN politics(<http://politicalticker.blogs.cnn.com/2012/01/28/rappers-hoot-for-newt/>)에서 검색)

Frank Scibilia, "Sorry for Party Rocking: Copyrighted Music in Political 'Parodies'", 2012년 8월 22일, The Wrap 칼럼 참조(<http://www.thewrap.com/music/blog-post/sorry-party-rocking-copyrighted-music-political-parodies-53136?page=0,0>)에서 검색)

[미국 기타자료]

Charlotte Marie Petilla, "The Political Parody Problem", 2010년 9월 2일,

trademark & copyright law 블로그 게시물 참조(<http://www.trademarkandcopyrightlawblog.com/2010/09/the-political-parody-problem/>에서 검색)

Abstract

Evaluation of the Legal
Regulations Governing the Use of
Musical Works in Political
Campaigns

Park, Kwang Seon
College of Law
The Graduate School
Seoul National University

As the use of musical works on the campaign trail serves to provide entertainment, focus the attention of voters and help improve the image of the candidates, they have been used broadly in political campaigns. However, since musical works themselves give rise to legal rights, the occurrence of legal disputes between copyright holders and users is inevitable. In particular, the use of copyrighted musical works in the political sphere may lead to infringement not only of the copyright holder's freedom of research and art, but also that of expression and association. In this regard, legal regulations governing the relationship between copyright authors and users that

take into account the above considerations must be regarded as being highly desirable, while those that fail to address the issues highlighted above leave room for improvement.

An examination of the Korea Copyright Act, the primary legislation governing the use of copyrighted musical works in political campaigns, demonstrates that using another person's copyrighted musical work constitutes *prima facie* copyright infringement. Thus, using a copyrighted musical work in a political campaign constitutes *prima facie* infringement of the author's copyright as well as the neighboring rights of the artist and producer regardless of whether 1) it is used in its original, unaltered state; 2) the lyrics to the musical work are altered and used or 3) the copyrighted work is sampled and used.

However, if the use of copyrighted works by those other than the rights holders were to be banned on the grounds that such use constituted infringement of copyrights and neighboring rights thereto, it would not only hinder the user's freedom of expression, but it would ultimately run counter to the purpose of the Copyright Act, namely the development of culture and industry. The Copyright Act tries to take this into account, harmonizing the interests of rights holders and users by providing for "Restriction on Copyright Holders' Property Rights" and "Usage Permission." Thus, by examining how the above methods are codified into the Act and carried out in practice, it will be possible to evaluate whether the interests of the copyright holders and users are being appropriately balanced.

In the past, an exhaustive list of the particular instances under which copyright holders' property rights were restricted was provided for in the Copyright Act. However, this rigid system lacked the flexibility to adequately respond to the needs of users. This issue was

addressed in the 2011 Amendment to the Copyright Act, which introduced the more expansive “Fair Use” doctrine into Korean copyright law. In this respect, it can be said that the problems associated with the legal regime governing restrictions on copyright holders’ property rights have been addressed and improved upon.

Conversely, it is difficult to deny that the current “Usage Permission” system, when examined in conjunction with the copyright management system, treats the interests of copyright holders too lightly. Taking the relevant provisions of the Copyright Act together with legal interpretations issued by the Ministry of Government legislation (“MOLEG”), it can be concluded that it is not feasible in Korea for copyright holders seeking to entrust their rights to a professional management agency to select a “non-exclusive” agency or brokerage service for such purposes. Consequently, copyright holders have little choice but to transfer their property rights through an “exclusive” trust management system to the relevant management service, the Korea Music Copyright Association (“KOMCA”). The result is that copyright holders effectively lose the right to refuse usage permission to copyright users. The problems with such a system are felt acutely in the political sphere, where the right holder’s decision to grant or refuse usage permission overlaps with his or her freedom of expression and association.

In this light, given that the “Usage Permission” system under current law fails to adequately reflect the interests of rights holders due to flaws in the copyright management system, providing for a more flexible copyright management system to better address the interests of rights holders would serve as a significant improvement to the current regime. Among the various improvement measures suggested, one notable proposal calls for an amendment to Article

2.26 of the Copyright Act, which provides that a non-exclusive management agency cannot manage copyright holders' property in a general manner. The reason that copyright holders are effectively unable to select an agency or brokerage service for copyright management is that only a trust management agency, namely KOMCA, can manage copyrights in a general manner. Thus, if the above-mentioned article were revised to remedy this issue, rights holders wishing to protect their freedom of expression and association would be free to select a non-exclusive agency or brokerage service for copyright management.

While further discussion is required to determine the specifics of any amendment to the above article, it is evident that improvements to the copyright management system are necessary in order to balance the interests of the parties involved in the use of copyrighted musical works in political campaigns.

Keywords : Copyright, Copyrighted Musical Works, Political campaign, Politics, Sampling, Copyright management

Student Number : 2010-23506