

# 저작물 이용허락의 범위

저자: 정상조\*

발행년도: 1997

문헌: 판례실무연구

권호: I (1997년)

출처: 비교법실무연구회

저작물 이용허락의 범위 ( Compass of License ) / 정상조

## 초록

본고는 원고는 피고가 계약체결 이후 수년이 경과한 후에 아무런 보상도 없이 계속하여 음반을 복제·판매하는 행위, 특히 계약 당시에는 존재하지도 않았던 저장매체인 콤팩트 디스크로 복제·판매하는 행위는 이용허락계약의 범위를 벗어난 저작권침해라고 주장하는 데 반하여, 피고는 자신의 음반제작·판매행위는 원고와의 사이에 체결된 음반제작계약에 의하여 허락된 범위 내의 행위라고 항변하고 있어서, 음반제작계약이라고 하는 저작물 이용허락계약에서의 이용허락의 범위를 어떻게 해석할 것인가 하는 것이 논점이 된 대법원 1996. 7. 30 선고 95다29130 판결의 기초가 된 사건에 대한 저자의 사안 풀이이다. 먼저 이용허락계약의 효력범위의 확정이 문제되는 바, 저자는 이용허락범위의 판단은 기본적으로 이용허락계약의 계약당사자들의 진정한 의사가 무엇인가를 알아냄으로써 이루어지는 것이지만, 계약당사자들의 진정한 의사가 분명하지 아니한 경우에는 개별적인 저장매체·이용방법 또는 개별적인 권리(복제권, 편집권 등)가 구체적으로 열거되어 있지 않는 한 이용허락범위를 제한적으로 해석하는 것이 저작권보호의 취지에 부합하는 것이라고 한다. 따라서 이 사건에서와 같이 구저작권법하에서 가수가 자신의 가창에 대해서 저작권을 가지는 경우에는 가수도 자신의 가창에 대하여 저작권의 일종으로서 편집권을 가지고 있기 때문에, 음반제작업자가 새로운 음반을 제작하면서 가창을 배열·편집하는 행위도 편집권자인 가수의 허락을 받아야 할 것이라고 결론짓는다. 독일과 미국과 영국의 입법례 또한 검토한다.

## 결론

우리의 현행 저작권법에는 배타적 이용권과 비배타적 이용권의 커다란 차이점이 전혀 반영되어 있지 못하고 최소한 배타적 이용권의 등록에 관해서도 아무런 규정이 없고 또한, 이용허락에 관한 제한적 해석의 원칙이라거나 서면계약의 원칙 또는 일정기간 경과 후의 해지권 부여 등에 관한 규정 어느 하나도 찾아볼 수 없는 문제점을 내포하고 있다.

## 주제어

저작권법, 배타적 이용권, 비배타적 이용권, 음반제작계약, 이용료, 이용허락

## [사례의 개요]

### 1. 원고와 피고 사이의 계약의 내용

작곡·작사가들인 원고들은 피고 음반제작회사와의 사이에 1984년 4월경에 음반제작계약을 체결하였다. 동 계약에 따라서 피고는 원고가 작곡하고 원심원고 이미배가 가창한 가요를 녹음하여 LP음반(Long Playing Record)과 카세트테이프로 복제·판매하였고, 1991년부터 동 가요 이외에 소외 작곡가의 가요를 추가하여 새로이 편집한 후 CD(Compact Disc)로 복제·판매하였다. 동 계약은 음반의 종류, 출판의 수량, 횟수, 기간, 이용료 등에 관하여 아무런 제한이나 구체적 합의를 포함하고 있지 않다.

### 2. 문제된 피고의 행위

(1) 1984년에 계약이 체결된 이후 아무런 이용료도 지급함이 없이 계속하여 LP와 카세트 테이프를 제작·판매할 뿐만 아니라 1991년 이후로는 원고의 허락이나 이용료 지급도 없이 CD로 제작하여 판매하였다.

(2) CD를 제작함에 있어서 원고의 허락도 없이 원고의 음악을 소재로 하여 제3자의 음악을 추가하여 새로운 편집물을 만들었다.

(3) 피고가 계약체결 이후 LP와 카세트테이프를 제작하여 판매한 수량을 보면, 1989년까지 합계 812매, 1990년에 2,103매, 1991년 상반기에 868매, 1992년에 1010매, 1993년에 1,943매, 1994년에 1002매 정도이고, 1991년 이후 1994년까지 판매한 CD의 수량은 합계 4천여매로서 CD판매로 인한 수익은 400여만원에 달한다.

[50]

### 3. 원·피고의 주장

원고는 피고가 계약체결 이후 수년이 경과한 후에 아무런 보상도 없이 계속하여 음반을 복제·판매하는 행위, 특히 계약 당시에는 존재하지도 않았던 저장매체인 콤팩트디스크로 복제·판매하는 행위는 이용허락계약의 범위를 벗어난 저작권침해라고 주장하는 데 반하여, 피고는 자신의 음반제작·판매행위는 원고와의 사이에 체결된 음반제작계약에 의하여 허락된 범위 내의 행위라고 항변하고 있어서, 음반제작계약이라고 하는 저작물이용허락계약에서의 이용허락의 범위를 어떻게 해석할 것인가 하는 것이 가장 중요한 문제로 제기되고 있다. 피고는 특히 음반제작계약에 아무런 제한 없는 이용허락을 하였다는 점과 당시의 가수과 음반업계의 관행을 강조하면서, 당시의 관행에 비추어 본다면 음반제작계약이란 취임한 가요 및 가창에 대한 복제 및 배포권을 기한의 제한 없이 음반제작자에게 부여하는 내용으로 해석된다고 항변하고 있어서, 관행의 구체적인 의미와 효과를 어떻게 볼 것인가 하는 문제가 제기되고 있다.주1)

## [ 사례연구 ]

## I. 쟁점 정리

### 1. 신·구 저작권법에서의 가창 및 음반

본 사례는 우선 음악과 가창에 대한 원고의 권리와 음반에 고정된 녹음물에 대한 피고의 권리 그리고 원·피고 관계의 출발점이 되는 음반제작계약 및 음악 저작물이용허락계약을 명확히 함으로써 해결할 수 있을 것이다. 음반제작계약이 1984년 4 월경에 체결되었는데, 우리나라 저작권법은 1986년 12월 31일에 전문개정되어 효력을 발생하게 되는 1987년 7월 1일을 기점으로 하여 커다란 변화가 생겼는바, 음악에 대한 원고의 저작권은 마찬가지로이지만, 1987년 7월 1일 이전에 공표된 가창 또는 음반에 대해서는 원고 또는 피고가 저작권을 가지게 되고 그 이후에 공표된 것이라면 원고 또는 피고가 "실연자의 권리" 또는 "음반제작자의 권리"라고 하는 저작인접권만을 가지게 될 것이다.주2) 저작권법의 개

[51]

정에도 불구하고 변함없는 사실은, 원고와 피고가 가창의 녹음 또는 음반의 복제에 관한 독자적인 권리를 각각 보유한다는 점과 피고의 권리행사에는 필연적으로 원고의 권리를 침해하는 행위가 수반되기 때문에 원고로부터 이용허락을 받은 범위 내로 피고의 권리행사가 제한된다는 점이다.

### 2. 저작물이용허락계약의 구성요소

원·피고가 가요 또는 음반에 대하여 각각 독자적인 권리를 가진다고 함은 다시 말해서, 원고는 음악에 대하여 저작권을 가지고 피고는 음반에 녹음된 가창과 연주라고 하는 녹음물에 대하여 구법하의 저작권 또는 신법하의 음반제작자의 권리를 각각 가지게 되는 것이다. 그러나 피고가 음반의 녹음물에 대하여 원고의 권리와는 구별되는 독자적인 저작권 또는 음반제작자의 권리를 가진다고 하더라도, 피고가 아무런 기간 제한도 없이 음악 또는 가창을 자유롭게 편집하고 저장매체를 자유롭게 결정하여 무제한으로 아무런 보상도 없이 복제·판매할 수 있다는 것은 아니라는 점을 주의할 필요가 있다. 전술한 바와 같이, 음악에 대해서는 원고가 저작권을 가지고 있고 피고의 저작권 행사 또는 저작인접권행사에는 필연적으로 당해 음악의 이용이 수반되고 따라서 당해 음악에 대한 저작권자 또는 저작인접권자(예컨대 가수)의 허락을 받아야 하기 때문에, 계약기간(즉 이용기간), 이용료지급방식, 음악 편집권주 3)의 주체, (매체선택을 포함한)이용방법, 배타적 이용인가 비배타적 이용인가의 구별 등에 관한 원·피고간의 진정한 의사를 찾아내어, 원·피고간의 진정한 합리적인 의사에 의하여 체결된 이용허락계약에 의하여 허락된 범위 내에서만 음반제작회사는 음반을 제작하여 판매할 수 있는 것이다.

[52]

[53]

## II. 저작물이용허락계약의 해석

### 1. 이용허락범위의 제한적 해석

피고가 음반제작계약이 체결된 날로부터 수년이 경과한 후에 원고의 음악을 자유롭게 편집하여 CD라고 하는 새로운 저장매체에 복제하여 판매할 수 있는 것인지 여부는 음반제작계약이라고 하는 음악저작물이용허락계약의 해석에 따른 이용허락범위의 판단에 달려 있는 것이다. 이용허락범위의 판단은 기본적으로 이용허락계약의 계약당사자들의 진정한 의사가 무엇인가를 알아냄으로써 이루어지는 것이지만, 계약당사자들의 진정한 의사가 분명하지 아니한 경우에는 개별적인 저장매체·이용방법 또는 개별적인 권리(복제권, 편집권 등)가 구체적으로 열거되어 있지 않는 한 이용허락범위를 제한적으로 해석하는 것이 저작권보호의 취지에 부합하는 것이라고 생각된다.주4)

개별적인 저장매체 등을 열거하고 있지 않고 당사자들의 의사가 무엇인지조차도 확정하기 어려운 경우에는, 이용허락에 관한 계약당사자들의 진정한 의사의 합치가 없는 것이고 그러한 한도에서 이용허락이 존재하지 않는 것으로 볼 수 있기 때문이다. 특히 본 사례에서와 같이 계약체결 이후의 이용료지급의무가 전혀 없는 경우 또는 저장매체·이용방법에 따라서 이용료산정방식이 전혀 상이한 경우에는 이용허락범위를 제한적으로 해석하는 것이 저작권보호의 취지에 부합되고 저작물이용의 합리화 및 효율화에도 기여할 수 있는 해석론이라고 생각된다.

이러한 맥락에서 우리나라 대법원이, 방송극작가와 한국방송사업단과의 사이에 체결된 "극본공급계약"의 이용허락범위를 둘러싼 분쟁에서, 영상저작물의 하나인 TV드라마가 극본을 변형 및 복제하여 만든 제2차적 저작물이라는 점을 재확인하면서, 방송극작가의 허락이 없는 한 본래의 이용목적인 방송 이외의 목적에 해당되는 비디오테이프 제작의 형태로 동 드라마를 복제하여 판매하는 것은 이용허락범위를 벗어난 것으로 저작권침해에 해당된다고 판시하였는 바,주5) 이러

[54]

한 대법원 판결은 이용허락범위의 제한적 해석의 기본원칙을 충실하게 따르고 있는 것으로 보인다. 또한, 아래에 소개되는 독일 저작권법 등의 외국입법례와 운용사례는 당해 외국의 특별한 성문법 규정이 존재하기 때문에 우리나라에서는 반영될 수 없는 것이라고 볼 수도 있지만, 대부분의 경우에 저작물이용허락계약의 해석에 관한 기본원칙을 재확인해 주는 것이라고 본다면 우리나라에서도 적용될 수 있는 해석원칙이라고 생각된다.

본래 계약해석에 있어서 목시적 계약조건이 너무나도 애매모호하고 계약당사자들의 의사가 전혀 상이한 경우에는, 계약당사자들의 의사의 합치가 없기 때문에 당해 조건에 관한 계약 부분은 성립되지 아니한 것으로 볼 수 있고, 따라서 이용허락계약의 경우에도 특정매체, 이용방법, 기간연장 등에 관한 합의가 성립되지 아니한 경우에는 그러한 한도에서 이용허락이 이루어지지 아니한 것으로 보는 「이용허락범위의 제한적 해석의 원칙」은 그러한 맥락에서도 당연한 것이다.주6)

### 2. 음반제작계약의 성질: 배타적 이용허락 여부

음반제작계약이 아무런 계약기간의 약정이나 이용료 추가지급의 약정도 없는 경우에 저작권의 전부 또는 일부의 양도를 전제로 하는 것인가 아니면 단순한 이용허락을 전제로 하는 것

인지가 분명히 밝혀져야 할 것이다. 또한, 이용허락의 경우에도 배타적 이용권(exclusive license)을 부여하는 경우와 비배타적 이용권(non-exclusive license)을 부여하는 경우의 어느 경우에 해당되는지를 검토해 보아야 한다.

특허법 등의 산업재산권법이 전용실시권과 통상실시권의 구별을 하면서 그에 관한 등록규정도 두고 있는데 반해서, 우리나라 저작권법은 저작권양도에 관해서만 규정하고 이용허락계약의 성질상 구별을 하고 있지 않다. 그러나, 저작권법에 그러한 구별이 없더라도 배타적 이용권을 부여하는 이용허락계약이 저작권양도계약에 유사한 효과를 가져다 준다는 점에서 배타적 이용권을 부여하는 계약과 비배타적 이용권을 부여하는 계약과의 성질상 차이를 인정하지 않을 수 없다.

특히 이용권자만이 일정기간동안 복제·배포 등 일체의 저작물이용행위를 할 수 있도록 하면서 저작권자를 비롯하여 그 어느 누구도 당해 기간동안 저작

[55]

물이용행위를 할 수 없다고 규정하는 완전한 의미의 배타적 이용권을 부여하는 이용허락계약은 실질적으로 당해 기간동안 저작권을 이용권자에게 양도한 것과 마찬가지로 되는 것이다.

이러한 관점에서 미국과 영국 및 독일의 저작권법은 후술하는 바와 같이 배타적 이용권을 부여하는 계약을 저작권양도계약과 마찬가지로 취급하는 특칙을 두고 있는 것이다.

음반제작계약에 명시적인 저작권양도의 합의가 없다면 단순한 이용허락만이 이루어진 것이라고 해석하는 것이 타당하고, 이용허락의 성질을 파악함에 있어서도 배타적 이용권의 부여에 관한 명시적인 합의가 없다면, 제한적 해석의 원칙에 따라서 비배타적 이용허락만이 이루어진 것으로 해석하는 것이 타당하다. 그러나, 예컨대 소위 "가수전속계약"에 있어서 음반제작계약을 체결하는 당사자들의 합치된 의사의 내용은, 가수가 계약기간동안 계약상대방에게만 음악을 공급하면서 계약상대방인 음반회사만이 당해 음악을 녹음하여 제작한 음반을 판매할 수 있는 배타적 권리를 부여해 주고, 그 대가로 가수는 당해 계약기간동안 일정한 급여를 청구할 권리를 취득하는 내용으로 되어 있는 배타적 이용허락계약인 것이다. 따라서, 음반제작계약은 한편으로는 가수의 음악공급의무와 당해 음악에 대한 배타적 이용권 부여가 있고, 다른 한편으로는 음반회사의 일정급여 지급의무가 있어서, 이러한 내용의 쌍방의 의무가 대가관계를 형성하고 있는 이용허락계약인 것이다.

음반제작계약에는 계약기간이 정해져 있는바, 그 계약기간은 급료지급의무의 존속기간임과 동시에 음반회사에 부여된 배타적 이용권의 존속기간이기도 한 것이다. 따라서, 음반제작계약의 계약기간동안에 한해서만 음반회사는 음악을 편집·복제·배포할 수 있지만, 계약기간동안에 편집·복제되어 제작된 음반을 단순히 배포하는 행위는 편집·복제에 부수되는 종된 행위이므로 배타적 이용허락의 범위 내에 속하는 것이라고 해석하는 것이 합리적이다. 그러나, 계약기간이 종료된 이후에 새로이 음반을 복제하거나 새로운 저장매체에 음악을 편집·복제하는 것은 아무런 허락 없이 저작물을 이용하는 저작권침해행위에 불과하다.

만일, 계약기간이 종료된 이후에도 음반회사가 계속하여 음반을 복제하거나 새로운 저장매체로 편집·복제·배포할 수 있는 배타적 이용권이 부여된 것으로 해석한다면, 작곡가·작사자·가수는 자신의 음악에 대하여 계약기간 이후에도 다른 음반제작회사를 통하여 이용할 수 없게 되고 결과적으로 저작권을 양도한 것과 마찬가지로 되어서, 저작권양도에 관한 아무런 합의도 존재하지 아니하

[56]

는 음반제작계약의 취지에도 반한다. 특히, 작곡가·작사자·가수는 자신의 음악에 대하여 편집권을 가지고 있는데, 음반회사가 계약기간종료 이후에도 새로운 저장매체를 이용하여 음악과 가창을 편집할 수 있는 권리를 가지는지 여부는 아주 엄격히 해석할 필요가 있는 것이다.

현행 [저작권법 제41조](#)는 저작재산권의 전부를 양도하는 경우에도 특약이 없는 한 편집저작물을 작성할 권리, 즉 편집권은 포함되지 아니한 것으로 추정한다고 규정하여 편집권의 특수한 지위를 인정하고 있다. 물론, 구저작권법은 저작권의 양도에 관하여 규정하면서 편집권에 관한 특칙을 규정하고 있지 않지만, 편집권의 특수한 성질과 지위는 본건에서와 같이 배타적 이용권의 범위를 해석하는 데 있어서 반영될 수 있는바, 계약기간의 종료 이후에도 새로이 편집하여 이용할 권리가 명시적으로 부여되어 있지 않는 한 계약기간 종료 이후의 편집행위는 저작권 침해로 해석되어야 할 것이다.주7)

### 3. 관행의 의미

음반제작계약의 해석에 있어서 피고는 음반업계의 관행을 강조하면서 동 관행에 따라서 저장매체와 이용기간의 제한 없이 편집과 복제 등을 널리 허락한 것으로 해석해야 한다고 주장하고 있다. 그러나, 우리나라 [민법 제106조](#)는 계약 당사자의 의사가 명확하지 아니한 경우에 소위 사실인 관습을 따르도록 규정하고 있으나, 관행과 관습은 구별되어야 할 것으로 관습이란 일정한 행위가 반복되어 형성된 관행이 관련된 사람들 사이에 지켜져야 한다는 인식과 결합되어야 형성되는 것이고, 피고가 주장하는 관행에 대해서는 무명가수나 무명작곡가들과 같은 경제적 약자들이 침묵하고 있을 뿐이지 그러한 관행이 지켜져야 한다고 인식하고 있지 아니한 상태이므로, 그러한 일방적인 의미의 관행을 [민법 제106조](#)에 규정된 관습으로 볼 수는 없고 따라서 음반제작계약 해석의 기준으로 삼는 것은 곤란하다고 생각된다. 또한, 피고가 주장하는 관행은 경제적 약자의 지위에 있는 작곡가·가수 등이 권리를 주장하지 못하고 침묵함으로써 유지되어 온 것인바, 그러한 관행은 소위 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 내용의 관행이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다.

[57]

[민법 제106조](#)의 규정에 의하더라도 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 관행은 계약해석의 기준으로 될 수 없는 것이다. 독일의 판례도 "거래관행이 거래의 안전과 조화될 수 있고 불공평하지 아니하거나 남용되지 아니하여야 법률행위해석의 기준으로 된다"는 입장을 취하고 있다고 한다.주8)

원고들이 자신의 음악과 가창에 대한 비배타적 이용권(Non-exclusive license)을 부여하면서 아무런 계약기간도 정함이 없고 아무런 매체의 제한도 없으며 아무런 추가적 보상의 합의도 없다고 보는 관행은 무명작곡가와 무명가수들의 열악한 지위를 토대로 해서 강요되고 있는 현저히 불공평한 관행으로서 계약해석의 기준으로 삼을 수 없다고 보는 것이 합리적이라고 생각된다.

또한, 전술한 사례에서 원고들이 음반제작계약을 체결할 당시 무명가수·무명작곡가였기 때문에 가수 또는 작곡가로서의 활동을 하기 위하여 부득이하게 음반회사의 부당한 조건에도 불구하고 음반을 출판할 수 밖에 없는 절박한 상태였음은 주지의 사실인바, 음반제작계약의

내용 가운데 현저히 불공평한 내용의 관행이 포함된다면 이는 당사자의 공박으로 인하여 현저히 공정을 잃은 것으로 [민법 제104조](#)의 규정에 따라서 무효라고 볼 여지도 있다.주9) 결론적으로, 이용허락계약을 해석함에 있어서 계약당사자 일방에 현저히 불리한 관행을 기준으로 인정할 수는 없고, 이용료 산정방식에 따른 대가관계의 존부 등을 토대로 하여 이용허락범위를 판단해야 할 것이다.

#### 4. 음반편집권의 귀속

위에서 살펴본 바와 같이, 계약당사자들의 진정한 의사와 이용료(roaylties)의 지급 유무 등의 대가관계를 고려하여 이용매체, 계약기간 등을 합리적으로 판단해야 할 뿐만 아니라, 이 사례에서 문제된 바와 같이 이용허락의 대상이 된 구체적 권리내용이 복제 및 배포에 한정되는가 아니면 편집, 공연 등까지 포함하는 것인지 여부도 판단해 볼 필요가 있다. 음악에 대해서 저작권을 보유하고 있는 저작권자는 복제권과 배포권뿐만 아니라 자신의 음악을 소재로 하여 새로운 편집물을 만들 수 있는 소위 편집권 또는 2차적 저작물작성권을 보유하고 있기 때문에, 음반제작계약이 음반편집권도 포함하고 있지 않다면 음반의 편집에 대해서는 음반제작자가 음악저작권자의 허락을 받아야 할 것이다.

[58]

음반제작계약체결 당시 특정음악을 작곡하여 제공하고 가창을 제공하면서 음반제작을 허락하였다면 당해 음악만을 소재로 한 음반을 편집하여 복제 및 배포할 것을 허락한 것으로 볼 수 있기 때문에, 그와 같이 허락된 음악 이외의 다른 제3자의 음악과 함께 혼합하여 새로이 편집하는 것까지 허락한 것이라고 볼 수 없다면, 새로운 CD의 편집 및 복제·배포는 편집권의 침해로 될 수도 있는 것이다.

또한, 현행 저작권법에서와 같이 가수 등 실연자의 권리를 저작권과는 별도의 저작인접권으로 규정하고 있는 경우에는 가수가 자신의 가창에 대한 편집을 통제하는 것은 자신의 복제권의 행사에 매몰되어 버리지만, 이 사건에서와 같이 구저작권법하에서 가수가 자신의 가창에 대해서 저작권을 가지는 경우에는 가수도 자신의 가창에 대하여 저작권의 일종으로서 편집권주10) 을 가지고 있기 때문에, 음반제작업자가 새로운 음반을 제작하면서 가창을 배열·편집하는 행위도 편집권자인 가수의 허락을 받아야 할 것이다.

편집권 또는 2차적 저작물 등의 작성권의 특수한 지위를 고려해 볼 때, 편집에 아무런 변경이 없이 새로운 음반을 제작하는 것은 별론으로 하더라도, 7년여의 기간이 경과한 후에 음반회사가 가창을 자유롭게 편집하여 새로운 음반을 제작하도록 허락한 것이라고 볼 수 있는지는 의문시된다.

### III. 외국입법례

#### 1. 독일

이용허락계약의 해석에 관한 기본원칙을 성문화한 입법례로 독일 저작권법을 들 수 있다. 독일 저작권법은 특히 「이용허락범위의 제한적 해석」이라는 원칙을 명문의 규정으로 확인하고 있는바, 주목할 가치가 있다. 즉, 독일 저작권법은 특허법에서의 전용실시권·통상실시권에 상응하는 배타적·비배타적 이용허락계약이 체결될 수 있다고 규정하면서, 알려지지 아

니한 이용방법에 관한 권리까지 부여하는 내용의 이용허락계약은 무효이고 이용방법을 구체적으로 명시하지 아니한 이용허락계약에서의 이용허락범위는 「이용허락계약 체결에서 의도된

[59]

본래의 목적」에 따라서 판단되어야 한다고 규정하고 있는 것이다.주11)

영화음악에 관한 이용허락범위를 둘러싼 다툼에서 독일의 연방법원은, 영화음악으로의 이용을 허락한 경우에 동 영화음악을 이용한 영화가 극장공연용뿐만 아니라 비디오테잎으로 복제·판매되는 것까지 허락한 것으로 볼 수 있는지 여부를 해석함에 있어서, 우선 계약 당시 비디오테잎이 알려지지 아니한 매체였는지 여부, 그리고 그 당시 비디오테잎이 이미 알려져 있는 경우에도 그 당시 이용허락계약체결에서 의도된 본래의 목적에 비추어 영화음악에 대한 비디오테잎 제작에의 이용까지 허락한 것으로 보기는 어려운 것이 아닌지 여부를 단계적으로 검토해 보아야 한다고 판시하였다.주12)

독일 연방법원은 특히 알려져 있는 이용방법인지 여부를 판단하는 경우에 물리적인 이용매체에 한정할 것이 아니라 기술적으로나 경제적으로 독립된 특성의 이용방법은 모두 포함하여 판단해야 할 것이라고 판시함으로써 「알려지지 아니한 이용방법」의 판단범위를 넓게 보고 있다. 또한, 독일의 연방법원은 이용허락계약의 해석에 관한 저작권법규정이 저작권자와 이용자 사이뿐만 아니라 저작권자와 저작권집중관리단체(독일의 GEMA 등)와의 사이에도 적용될 수 있다는 점을 확인하였다.

독일 저작권법은 「이용허락범위의 제한적 해석」의 원칙에서 한 걸음 더 나아가 보다 적극적으로 이용허락계약의 조건이 저작물 이용에 따른 수익과 비교하여 지나치게 적은 대가만을 지급하는 조건으로 되어 있는 중대한 불균형이 있는 경우에 이용허락계약이 상대방, 즉 이용권자는 저작권에 의한 계약조건 변경의 요청에 동의하여 저작권자가 저작물이용의 수익에 대하여 공정한 보상을 받도록 해야 한다고 규정하고 있다.주13)

또한, 독일 저작권법은 이용허락범위의 제한적 해석에 관한 구체적 예시로서, 이용허락계약은 계약 목적물인 저작물의 2차적 저작물에 대한 이용허락은 포함하지 않는 것으로 추정되고, 출판 등 복사를 허락하는 이용허락계약은 녹음 또는 녹화에 대한 허락은 포함하지 않는 것으로 추정되며, 공연을 허락하는 이용허락계약은 본래 의도된 공연 이외의 청중·관중에 대한 공연은 포함하지 않는 것으로 추정된다고 규정하고 있다.주14)

[60]

장래의 저작물에 관한 이용허락계약에 관해서도, 독일 저작권법은 「구체적으로 명시되지 아니한 장래의 저작물」에 관한 이용허락계약은 서면으로 작성되어야 한다고 하는 「서면에 의한 계약체결의 원칙」을 정하고 더 나아가 계약당사자들로 하여금 계약체결일로부터 5년이 경과한 후에 당해 이용허락계약을 해지할 수 있도록 해지권을 부여해줌으로써 불명확한 구속으로부터 벗어날 수 있게 하고 있다.주15)

독일 저작권법의 이러한 규정들은 이용허락계약의 성질에 또는 계약의 공정성에 입각한 기본적인 해석원칙을 재확인하기 위하여 마련된 것으로 볼 수 있고, 따라서 우리나라 저작권법하에서의 이용허락계약에서도 참고될 수 있는 해석원칙이라고 생각된다.

## 2. 미 국

미국의 현행 저작권법은 저작권의 양도와 배타적 이용허락(즉, 전용이용권부여)의 경우에도 저작권의 분리가능성(Divisibility)을 전제로 하여 분리된 저작권 일부만의 양도나 배타적 이용허락이 가능하다고 규정하고 있다.주16) 따라서, 엘피음반제작을 허락하는 계약이 카세트 테잎의 제작까지 허락한 것으로 볼 수 있는가, 엘피음반제작을 허락하는 계약이 커다란 78 r.p.m.음반뿐만 아니라 조그마한 33 1/3 r.p.m.음반의 제작도 포함하는 것인지, 영화용음악으로 녹음할 것을 허락한 것이 동 영화용음악에 대한 방송까지 허락한 것인지 등에 관한 다툼이 많이 제기되어 왔다. 이러한 다툼은 결국 저작권양도계약이나 배타적·비배타적 이용허락계약의 해석에 관한 분쟁인바, 미국법원들은 계약법의 일반원칙을 토대로 하여 이용허락 계약 당사자들의 진정한 의사가 무엇인지를 알아내고자 노력한다.

특정의 이용방법이나 매체에 관하여 당사자들의 의사가 너무나도 불분명하여 의사의 합치가 없다고 보여지는 경우에는 그러한 한도에서 이용허락이 없다고 보거나, 또는 출판사와 같이 유리한 협상지위를 가지고 있는 이용권자에게는 엄격한 해석이 이루어지는 경우도 많다.주17) 예컨대, 유명한 소설 「Ben Hur」의 저자 Wallace는 자신의 소설에 대한 극본화 및 연극공연을 허락하였지만 그러한 극본화 및 연극공연의 허락을 받은 Harper 출판사가 저자의 허락 없이 동 극

[61]

본을 토대로 영화를 제작한 것은 이용허락범위를 벗어난 것이라고 판시된바 있다.주18)

마찬가지로, Manners v. Morosco주19) 사건에서 J. Hartley Manners는 "Peg O' My Heart"라는 극본의 저작자로서 피고에서 자신의 극본에 대한 5 년간의 배타적 연극공연(Exclusive license)을 허락하였는데, 피고가 극장에서의 연극공연을 할 뿐만 아니라 동 극본을 토대로 한 영화를 제작하는 것이 원고의 이용허락범위 내에 포함되는지 여부가 다툼의 대상이 된 경우에, 미국연방대법원은 계약서에서 무대공연(stage productions)이라고 함은 영화제작을 포함하지 않는 것이라고 제한적으로 해석하였다.

이 사건에서 특히 미국연방대법원은 계약체결 당시 영화라고 하는 이용방법이 계약당사자들에게 알려져 있음에도 불구하고 계약서에 그러한 이용방법을 보다 명시적으로 약정하지 아니하였다는 사실도 언급하면서, 당사자들이 영화제작에 관한 의사의 합치가 없는 것으로 판단한 것이다.

그러나, 하급심 판례 가운데 이용허락계약을 너그럽게 해석한 것으로 보이는 판례도 있다. 예컨대, 미국 제2순회고등법원은 영화제작을 허락한 것은 무성영화뿐만 아니라 유성영화까지도 허락한 것으로 해석된다고 판시한 바도 있다.주20) 동 고등법원은 저작권자가 명시적으로 유성영화까지 의도한 것이 아니라는 점을 인정하면서도 계약서 문구중 "영화제작에 관한 배타적 권리(the exclusive moving picture rights)"가 무성영화뿐만 아니라 유성영화까지 포함하는 것으로 해석되는 데 충분하다고 판시하였다. 다만, 이 사건에서 연방고등법원이 이용허락계약을 너그럽게 해석한 것은 특수한 사실관계를 살펴봄으로써 이해될 수도 있다. 이 사건에서 원고 L.C. Page & Co.는 「Captain January」의 저작자 Laura E. Richards로부터 영화의 제작·판매·공연·배포 등에 관한 배타적 권리(exclusive license)를 부여받고 그러한 소설의 영화각색에 의한 이용으로부터 발생하는 수익금의 45%를 저작자에게 지급하기로 하는 계약을 체결한 후, 소외 Principal Pictures Corp.로 하여금 무성영화를 제작하게 허락함으로써 얻게 된 이용료 5천달러 중 45% 상당의 금액을 동 계약에 따라서 저작자 Richards 부인에게 지급한바 있다.

그로부터 12년이 지난 후에 피고 Fox Film Corp.이 유성영화를 제작하기 위하여 원고와 협상하였으나 동 협상에 불만을 가지게 되고, 피고는 소의 Principal

[62]

Pictures Corp.로부터 무성영화에 관한 권리를 양도받고 Richards 부인에게 유성영화에 대한 허락을 받아서 유성영화를 제작하게 되었다. 따라서, 이 사건에서는 원고가 Richards 부인으로부터 영화제작에 관한 배타적 권리를 부여받는 대신 그로 인한 수익의 45%를 Richards 부인에게 지급하기로 약정하였기 때문에, 당사자들의 의사가 무성영화·유성영화를 구별하지 않고 있었고 어떠한 영화이든지 45%의 이용료지급을 전제로 하는 것이기 때문에, 주21) 법원이 판시한 바와 같이 동 영화제작허락은 무성영화뿐만 아니라 유성영화까지도 포함하는 것으로 해석할 수 있는 것으로 이해된다.

특히, 미국 저작권법은 실연자에게 저작권이나 저작인접권을 부여하고 있지 않고 따라서 가수와 음반제작자와의 이용허락계약에 관한 아무런 법규정도 없다. 그리고, 미국 저작권법은 음반의 녹음물도 저작물로 취급하면서 특정 음악에 대한 저작권자가 자신의 음악을 이용한 음반의 제작을 허락한 경우에는 다른 음반제작자들도 일정한 이용료를 지급하는 조건으로 당해 음악을 이용한 음반을 자유로이 제작할 수 있다고 하는 소위 법정이용허락제도를 두고 있다.주22)

따라서 음악 저작권자와 음반제작자와의 이용허락계약에 있어서는 주로 음반제작·판매량에 비례한 이용료의 산정이 주된 문제로 제기되고 있다.

이용료를 둘러싼 이해관계인들의 이해조정을 맡게 된 저작권이용료법정(Copyright Royalty Tribunal)은 이용료 산정방식에 관한 여러 차례의 개정을 하고 물가인상을 반영한 이용료 인상을 해 왔는데, 저작권이용료법정은 1994년 1월 1일 현재 1건의 음악을 기준으로 1매의 음반당 6.60센트를 이용료로 정하고 있고 연주가창시간이 오래 걸리는 음악의 경우에는 별도의 보다 높은 시간당 이용료율을 정해 두고 있다.주23)

### 3. 영 국

영국저작권법은 음반제작계약(exclusive recording contracts)이라는 개념을 명시적으로 규정함으로써 음반제작자가 녹음물에 대한 저작권뿐만 아니라 당해 녹음물에 녹음된 실연을 배타적·독점적으로 이용할 수 있는 권리를 보호해 주고 있다.주24) 이러한 음반제작계약이 체결된 경우 음반제작자는 가수 등 실연자에게

[63]

판매액비례방식에 의한 이용료를 지급하고 계약기간이 종료된 이후에는 통상적으로 5년간의 유예기간을 거친 후 동 실연자가 자신의 실연을 다른 음반제작자로 하여금 이용하도록 허락할 수 있게 되어 있다.주25) 즉, 음반제작계약이 체결된 경우에도 음반제작자는 가수에게 실연이용에 대한 보상을 하고, 계약기간과 일정한 유예기간이 종료된 이후에는 음반제작자의 배타적 권리도 소멸하여 실연자에게 모든 권리가 회복되는 것이다. 음반회사는 음반제작계약기간동안 음반제작을 위한 상당한 투자를 했다는 점을 고려해 볼 때, 계약기간이 만료되자마자 동일한 가수가 경쟁 음반회사로 하여금 동일한 음반을 제작하도록 허락하는 것은 음반회사의 투자에 대한 충분한 보상의 기회를 박탈하는 것이기 때문에, 계약기간 만료 후 5년간 동 가수가 경쟁음반회사에게 음반제작을 허락할 수 없도록 하는 제약은 합리적인 범위 내의 제약으로 보는 것이다.

음반제작계약 또는 배타적 음반제작계약과 같이 계약당사자 일방의 능력과 기술의 활용을 제약하는 계약을 해석함에 있어서, 영국의 판례는 계약당사자들의 협상력(bargaining strengths)의 차이로 인하여 불합리하고 억압적인 내용의 계약이 체결되었는지 여부를 면밀히 살펴보고 있다. 따라서, 음반제작계약의 경우에 배타적 음반제작계약기간이 길다는 사실만으로 당해 계약을 무효라고 본 사례는 없지만, 영국 판례는 가수와 음반회사의 협상력의 차이로 인하여 음반회사에 실질적인 의무가 부과되어 있지 않거나 적절한 대가관계가 결여된 경우에 불합리한 계약으로 보아 무효로 보고 있다.주26)

또한, 영국 저작권법은 음반 속의 녹음물과 필름 속의 녹화물을 동일한 종류의 저작물로 취급하고 있는데,주27) 영국의 극본작가와 BBC와의 사이에 체결된 극본이용허락계약을 보면 구체적인 이용방법에 대한 극본작가의 허락을 전제로 하여 합리적인 이용료를 지급하고 있는 것을 볼 수 있다. 특히, BBC가 제작하는 녹화물에는 기존의 소설을 각색하여 제작하는 경우도 있지만, BBC가 극본작가에게 극본의 제목과 분량을 정하여 극본의 창작을 의뢰하여 녹화물을 제작하는 경우의 BBC와 극본작가와의 관계에 관한 계약조건을 살펴보면, BBC는 극본작가와의 극본창작계약의 체결시에 1차계약금(initial fee)주28)의 50%에 해당되는 착수금을 극본작가에게 지급하고 완성된 극본이 방송녹화물제작에 적합한 것

[64]

으로 판단하여 인수할 때에 잔금 50%를 지급한다.주29)

극본작가가 극본을 완성하여 BBC에 제출하면 BBC는 통상적으로 제출된 날로부터 한달 이내에 방송녹화물제작에 적합한 것인지 아니면 수정을 해야 할 것인지 여부를 결정하여 극본작가에게 통지해 준다. 극본의 수정이 요구된 경우에는 극본작가가 56일(8주) 이내에 요구된 수정을 하여 BBC에 다시 제출하고 1차계약금의 25%에 해당되는 수당을 추가로 받게 되고, 제출된 극본이 방송녹화물제작에 적합하다고 최종적으로 판단되면 나머지 잔금 25%를 받게 된다.

만일 부적합판정을 받게 되면 잔금은 지급되지 않고 당해 극본에 대한 모든 권리는 극본작가에게 귀속되며 BBC는 당해 극본에 대하여 아무런 권리도 행사할 수 없고 아무런 이용허락도 받지 못한 것으로 된다.

BBC는 1차계약금을 지급함으로써 극본을 토대로 하여 방송녹화물을 제작하고 BBC가 보유하는 주파수에 따라 BBC의 모든 방송국에서 방송할 수 있는 배타적 권리(exclusive right: 일종의 전용이용권)를 2년간 보유하게 된다. 극본이 제출된 날로부터 2년 이내에 방송되지 아니한 경우에는 극본작가에게 사전통지하고 1차계약금의 10%를 지급함으로써 1년간 그러한 배타적 권리의 보유기간이 연장된다. 극본작가에게 1차계약금의 10%가 추가적으로 지급되는 것은 방송의 지연으로 인하여 극본작가에 입게 될 손실을 보상하기 위한 것으로 보인다. 방송도 되지 아니하고 추가적인 계약금도 지급되지 아니한 채 2년이 경과하면 BBC의 이용권은 소멸하고 극본에 대한 이용권을 포함한 모든 권리는 극본작가에 회복된다.

2년 이내에 방송녹화물을 제작하여 방송함으로써, BBC는 당해 방송녹화물에 대한 권리 즉 「재방송(repeat transmission)을 포함한 방송을 할 권리 및 복제권·배포권」을 취득하게 된다. BBC는 처음으로 방송한 날(즉 초방일)로부터 3년 이내에 재방송을 하는 경우에는 1차계약금의 75%에 해당되는 이용료를 극본작가에게 지급하고, 3년 이후에 재방송을 하는 경우에는 재방송 당시 극본작가의 이용료를 산정에 관한 계약조건에 따라서 재조정된 1차계약금의 75%에 해당되는 이용료를 극본작가에게 지급해야 한다. BBC의 방송권은 영국 내

에서 방송하는 것뿐만 아니라 제3의 방송사업자로 하여금 해외에서 방송하도록 허용하는 권리 및 제3의 방송사업자로 하여금 유선 또는 위성방송을 하도록 허용하는 권리도 포함하는바, 이와 같이 제3의 방송사업자로 하여금 방송하도록 허용하는 경우에는 그러한 방송허용 대가의 5.25%에 해당되는 이용료를 극본작가에

[65]

게 지급해야 한다.

또한, BBC는 비디오테일 등으로 복제 및 배포할 수 있는 배타적 권리를 10년간 보유하고 그 이후에는 비배타적 권리(non-exclusive right: 통상이용권)를 가지게 되는바, 물론 복제 및 배포에 대한 보상금을 계약조건에 따라 산정하여 극본작가에게 지급해야 한다. 이상에서 살펴본 BBC와 극본작가와의 관계에 관한 계약조건을 살펴보면, BBC가 방송녹화물에 대한 방송권 등 권리를 가지게 되더라도 동 방송녹화물은 극본이라고 하는 원저작물을 토대로 하여 만들어진 2차적 저작물로서의 성질을 가지고 있기 때문에, BBC가 자신의 방송녹화물을 방송, 복제, 배포 등의 방법으로 이용하는 경우에 극본작가의 계약상 허락을 전제로 하여 각각의 이용방법에 따라서 상당한 이용료 또는 보상금을 지급하고 있는 것이 주목된다.

#### IV. 결 논

연예산업 또는 흥행산업(entertainment industry)에서 지적 재산권의 인식이 높아지고 지적 재산의 활용방법이 다양해지면서, 이해관계인들의 관계가 구두계약 또는 단순한 서면계약만으로 해결하기 어려운 불명확한 문제들이 상존하게 되는바, 이 사건은 그와 같이 불명확한 문제점들이 내재되어 있음에도 불구하고 단순한 내용과 간략한 조건의 계약만이 체결되어, 계약당사자들의 진정한 의사가 무엇인지 찾아보기 어렵게 됨으로써 발생하게 된 사건이다.

우선, 당사자들의 의사가 너무나 불분명하거나 쌍방당사자들의 진정한 의사가 합치되어 있지 아니한 범위에서는 저작물이용허락계약 자체가 성립되지 아니한 것이기 때문에, 저작물이용허락이 이루어진 범위를 벗어난 이용행위는 저작권침해로 된다고 보는 제한적 해석의 기본원칙을 중시하는 것이 저작권법의 취지에 부합하는 것이라고 생각된다. 다음으로 당사자들의 진정한 의사를 찾아서 저작물이용허락범위를 판단하는 경우에는, 이용료 지급 유무 등 대가관계의 내용, 계약당사자들의 협상력의 차이, 배타적 이용허락의 특징, 편집권 또는 2차적 저작물 등의 작성권의 특수한 성격 등을 고려하여 저작물이용허락기간과 매체 및 권리내용 등 구체적 허락범위를 판단해야 할 것이다. 특히, 이 사건에서는 음반회사가 7년여의 기간이 지난 후에 가수의 허락도 없이 음악을 자의로 편집하여 새로운 매체로 음반을 제작하여 판매할 권리가 허락된 것이라고 보기는 극

[66]

히 어렵다고 생각된다.

이 사건의 해결의 어려움은 이용허락계약 자체가 너무나도 간략한 내용으로 체결되어 있어서 당사자들의 진정한 의사를 찾아내기가 어렵다는 점뿐만 아니라 이용허락계약에 관한 저작권법 규정도 너무나 간략하고 저작권등록제도에 배타적 이용허락을 등록할 수 있도록 되어 있지도 않다는 점과 저작권침해라고 인정되는 경우에 침해금지명령을 내릴 것인지 여부에 관하여 법원에 아무런 재량이 없다는 점 등의 저작권법제도 자체의 문제점으로 인하여 더욱 해결이 어렵게 되었다는 측면도 부인할 수 없다.

다시 말해서, 우리 저작권법은 저작물이용허락이 가능하다는 점과 이용권자가 저작재산권자의 허락 없이는 제3자에게 그 이용권을 양도할 수 없다는 점 이외에는, 상기 외국입법례에서 볼 수 있는 바와 같은 관련 규정들이 결여되어 있는 실정이다.

특히, 우리의 현행 저작권법에는 배타적 이용권과 비배타적 이용권의 커다란 차이점이 전혀 반영되어 있지 못하고 최소한 배타적 이용권의 등록에 관해서도 아무런 규정이 없다. 또한, 이용허락에 관한 제한적 해석의 원칙이라거나 서면계약의 원칙 또는 일정기간 경과 후의 해지권 부여 등에 관한 규정 어느 하나도 찾아볼 수 없다.

이러한 현행 저작권법 규정의 미비점으로 인하여 계약체결 이후 수년이 경과한 후에 당사자들의 지위와 시장상황이 크게 바뀌었음에도 불구하고 어떻게 계약을 해석해야 할 것인지에 관한 별다른 기준을 찾아보기 어려운 것이다.

---

주1)

필자의 글이 제출된 후 동일한 사안에 대한 대법원 판결이 나왔다: [대법원 1996. 7. 30. 선고 95다 29130 판결](#) 참조.

주2)

저작권법 부칙 제2조 참조.

주3)

원고가 신법하에서 실연자의 권리만을 가지는 경우에는 가창편집에 대한 별다른 권리를 주장할 수 없겠지만, 원고가 가창에 대하여 구법하의 저작권을 가진다면 [구법 제27조](#)에 의하여 저작자에게 인정되는 편집권을 가지고 있는 것으로 된다.

주4)

[구법 제42조](#)는 저작권양도시 번역권의 양도를 포함하지 않는 것으로 추정하고 있고, [신법 제41조](#)는 더 나아가 2차적 저작물 또는 편집저작물을 작성할 권리는 포함되지 아니한 것으로 추정하고 있는바, 저작권의 양도보다 훨씬 더 제한된 범위의 이용권만을 부여해 주는 이용허락계약에 있어서 개별적인 이용방법이나 개별적인 권리가 구체적으로 열거되어 있지 않는 한 제한적으로 해석해야 할 것이다.

주5)

[대법원 제2부 1985. 5. 28. 결정, 84 다카 2514](#) 손해배상.

주6)

Nimmer on Copyright(New York, Matthew Bender) 10-73.

주7)

그러나, [서울고등법원 제11민사부 1995. 3. 21. 판결, 94 나 6668](#) 손해배상(기)은 반대의 취지로 해석한바 있음.

주8)

[이영준, 민법총칙, 박영사, 1995.](#)

주9)

참고로, 국회의원선거에 출마한 자가 선거운동비 부족으로 부동산을 처분하여야만 하게 된 경우에 당사자의 공박이 인정된바 있다: [대판 1954. 12. 28, 4287 민상 141.](#)

주10)

[1957년 저작권법 제27조](#): [현행 저작권법 제21조](#)에 규정된 2차적 저작물 등의 작성권에 상응하는 권리임.

주11)

독일 저작권법 제31조 제4항 및 제5항; 이에 대한 자세한 해설은 [박익환, 저작권계약의 해석에 관한 일고찰, 계간 저작권\(1993년 여름호 및 가을호\)](#) 참조.

주12)

BGH-I ZR 53/83-of June 5, 1985, [BGHZ 95, 274.](#)

주13)

독일 저작권법 제36조.

주14)

독일 저작권법 제37조.

주15)

독일 저작권법 제40조.

주16)

17 U.S.C. Sec. 201(d)(2).

주17)

Cheever v. Academy Chicago, Ltd., 690 F. Supp. 281(S.D.N.Y. 1988).

주18)

Harper Brothers v. Klaw, 232 Fed. 609(S.D.N.Y. 1916); 동지의 연방대법원 판결로 Manners v. Morosco, 252 U.S. 317(1920)이 있다.

주19)

40 Supreme Court Rep. 335; 252 U.S. 317(1920).

주20)

L.C. Page &Co. v. Fox Film Corp., 83 F.2d 196(2d Cir. 1936).

주21)

L.C. Page &Co. v. Fox Film Corp., 83 F.2d 196, 198(2d Cir. 1936).

주22)

17 U.S.C. Sec. 115.

주23)

Nimmer on Copyright(New York, Matthew Bender) 24-83 이하 참조.

주24)

Copyright, Designs and Patents Act 1988, Secs 185-188.

주25)

Leslie E. Cotterell, Performance: The Business and Law of Entertainment(London, Sweet &Maxwell, 1993), p. 292.

주26)

Leslie E. Cotterell, Ibid., p. 302.

주27)

CDPA 1988, Secs, 5, 9, 13, 105.

주28)

극본의 완성시까지 지급되는 계약금을 1차계약금이라고 하고, 그 후 재방송 또는 기타의 추가적인 방송녹화물 이용에 따라서 추가적인 계약금이 지급된다.

주29)

BBC의 계약조건에 관한 설명은 Leslie E. Cotterell, *Op. cit.*, p. 466 et seq. 참조.