

고아저작물 이용허락제도의 법적 쟁점

Legal Issues of Licensing of Orphan Works

박진아 (Jin-a, Park)

(사)기술과법연구소 소장, 법학박사(한국·미국)

논문접수 : 2018. 2. 14.

심사게시 : 2018. 2. 21.

게재확정 : 2018. 3. 19.

목 차

- I. 서론
- II. 고아저작물 이용 현황과 분석
 - 1. 고아저작물 이용허락제도의 연혁
 - 2. 고아저작물 이용의 현황
 - 3. 고아저작물 이용이 저조한 이유
- III. 고아저작물이용에 관한 외국의 입법례
 - 1. 개설
 - 2. 고아저작물이용에 관한 국제규범
 - 3. 유럽의 제도와 이용현황
 - 4. 미국의 제도와 이용현황
 - 5. 일본의 제도와 이용현황
 - 6. 외국제도의 시사점과 그 한계
- IV. 고아저작물 이용허락절차의 문제점과 개선방안
 - 1. 고아저작물 이용허락제도
 - 2. 이용허락절차의 문제점
 - 3. 이용허락절차의 개선방안
- V. 고아저작물 이용 보상금제도의 문제점과 개선방안
 - 1. 보상금의 법적 성질
 - 2. 보상금제도의 문제점
 - 3. 보상금제도의 개선방안
- VI. 저작권등록부와 고아저작물의 등록제도
 - 1. 현행 공시제도와 문제점
 - 2. 외국인 고아저작물의 이용
 - 3. 고아 저작인접물의 이용
 - 4. 저작권등록부 고아저작물편의 창설
 - 5. 고아저작물등록부의 창설
- VII. 결론

국문요약

우리나라 저작권법 제50조는 공표된 저작물의 저작재산권자나 그의 거소를 알 수 없는 경우 보상금을 공탁하고 이용할 수 있도록 규정하고 있으나, 현재의 법정허락 제도는 여러 차례의 간소화에도 불구하고 여전히 이용자에게 많은 비용과 부담을 발생시키고 있어, 법정허락을 통한 합법적인 저작물 이용보다 불법적인 이용을 선택하는 요인이 될 우려가 있다.

이에 본고에서는 고아저작물, 즉 저작권 및 저작인접권의 보호를 받지만 권리자의 신원이 확인되지 않거나 또는 확인되더라도 소재가 파악되지 않는 저작물의 이용활성화를 위하여 고아저작물 이용 현황과 분석, 관련 입법례 검토, 고아저작물 이용허락절차, 보상금제도, 저작권등록부과 고아저작물의 등록제도 등 관련 쟁점 분석을 통하여 현행 저작권법 상 법정허락제도의 개선을 위한 구체적 개선방안을 제시하고자 한다.

우리나라 고아저작물 법정허락에 대한 현행 제도 개선 방안을 정리하면 다음과 같다. 첫째, 저작권자 사전 보호에서 사후 보호로의 전환이다. 고아저작물 법정허락의 절차가 이원적으로 운용된다고 하더라도 그 효용을 찾기 어려우므로 이를 차라리 일원화하고 상당한 노력의 절차를 대폭 간소화함으로써 이용자가 쉽게 제도에 접근할 수 있도록 하는 방안을 제시하여야 할 것이다. 둘째, 법정허락 승인 전에도 저작물의 이용을 가능하게 하기 위하여 일본 제도를 참조한 법정허락 승인전 이용제도의 도입방안을 마련할 필요가 있다. 셋째, 보상금제도 등 이용허락절차의 개선 방안으로서 보상금의 법원 공탁제도를 문화부 내지 저작권위원회 기탁제도로 전환하고, 보상금을 통상의 이용료액에 상당하는 적절한 요율로 정하고 비영리적 대량 이용시 보상금 납부에 갈음하는 보험제도의 운용, 신청수수료의 감면, 기탁된 보상금의 10년 경과 후 합목적적 사용의 허용 등의 방안을 마련할 필요가 있다. 넷째, 법정허락 대상 저작물의 범위를 확대하여 저작재산권자 불명인 외국인 저작물도 법정허락의 대상에 포함시켜 제도의 활용범위를 확대하여야 할 것이다.

저작물과 저작인접물에 대한 통일적 규정 등 법체계상의 비효율을 해결하는 문제도 함께 해결하여야 할 것이다. 다섯째, 이해당사자의 균형 유지를 위하여 저작인격권 충돌 예방조치, 이용조건 명시, 저작재산권자의 부당이득반환청구권의 유보, 고아저작물이 아닌 저작물의 법정허락 신청에 고의나 과실이 있는 경우 벌칙 규정 신설 등의 개선방안을 마련하여야 할 것이다. 법정허락제도를 이용하는 경우 법정허락제도를 악용하여 절차상의 편의만을 이용하거나 남용하는 것을 방지해야 할 것인 바, 부당이득의 반환 및 손해배상의 청구는 물론 적극적 벌칙 등을 마련할 필요가 있다. 여섯째, 고아저작물 등록부 제도를 도입하여 법정허락 신청 사실, 부처 승인 또는 기각에 이르기까지의 과정과 저작재산권자의 확인 여부 및 법정허락 취소를 등록부에 기재하고 열람할 수 있게 하는 공시제도를 강화하는 개선을 하여야 할 것이다. 일곱째, 개선방안이 국제규범을 위반하지 않도록 베른협약, 기타 다자조약, 양자조약 등과의 정합성을 고려하여야 할 것이다.

※ 주제어 : 고아저작물, 강제허락, 법정허락, 보상금, 상당한 노력, 저작권등록부

I. 서론

과거 저작물에 대한 수요는 급격히 증가하고 있으나 고아저작물(orphan works), 즉 저작권 및 저작권접권의 보호를 받지만 권리자의 신원이 확인되지 않거나 또는 확인되더라도 소재가 파악되지 않는 저작물의 이용에 관심이 있더라도 저작자를 확인하거나 위치를 파악할 수 없는 이유로 이용허락을 얻을 수 없거나 결국 저작권 침해 혐의를 받게 될 것이란 우려에 기인하여 결과적으로 저작물 이용을 꺼리게 되는 문제가 있다.

우리나라 저작권법 제50조는 공표된 저작물의 저작재산권자나 그의 거소를 알 수 없는 경우 보상금을 공탁하고 이용할 수 있도록 규정하고 있으나, 현재의 법정허락 제도는 여러 차례의 간소화에도 불구하고 여전히 이용자에게 많은 비용과 부담을 발생시키고 있어, 법정허락을 통한 합법적인 저작물 이용보다 불법적인 이용을 선택하는 요인이 될 우려가 존재한다.¹⁾

이에 본고에서는 고아저작물 이용활성화를 위하여 고아저작물 이용 현황과 분석, 관련 입법례 검토, 고아저작물 이용허락절차, 보상금제도, 저작권등록부과 고아저작물의 등록제도 등 관련 쟁점 분석을 통하여 현행 저작권법 상 법정허락제도의 개선을 위한 구체적 개선방안을 제시하고자 한다.

이 논문은 법정허락제도 개선방안연구(문화부, 2017)에서 필자가 담당한 부분을 재정리하고 수정·보완한 것임.

1) 법정허락제이란 저작재산권자가 불명인 경우와 같이 그 허락을 받아서 이용하기가 현실적으로 어려운 경우나 그 저작물의 이용이 공중의 입장에서 필요불가결함에도 저작권자와의 협의가 성립하지 아니하는 경우에 문화체육관광부장관의 승인 하에 저작재산권자에게 보상금을 공탁하거나 지급할 것을 전제로 그 저작물을 이용할 수 있도록 허용하는 것을 말한다. 저작권은 배타적인 사권이므로 타인의 저작물을 이용하기 위해서는 사전에 이용허락을 받아야 하나, 저작권자의 허락을 받지 못한 경우라도 저작물의 이용이 공중의 입장에서 필요불가결한 경우에 적절한 대가를 지급하거나 공탁하고 이용 할 수 있도록 하여 저작물의 문화적 가치를 일반국민이 향유하도록 하는 비자발적 허락(non-voluntary license) 또는 의제허락과 관련된 제도 전체를 폭넓게 ‘법정허락제도’라는 용어로 지칭한다. 우리나라 저작권법 제50조 내지 제52조에서 규정하고 있다. 제50조에서는 저작재산권자 불명인 저작물의 이용에 대하여 저작재산권자와 협의를 할 수 없는 경우를, 제51조의 공표된 저작물의 방송, 제52조의 상업용 음반의 제작에서는 저작재산권자와의 협의가 성립하지 않을 경우에 보상금의 부담을 조건으로 허락 없이 이용할 수 있도록 하는 경우에 대하여 규정하고 있다. 법정허락제도의 자세한 내용은 이영록, 최진원, 법정허락제도 개선방안연구, 저작권위원회(2010), 24면 참조.

II. 고아저작물 이용 현황과 분석

1. 고아저작물 이용허락제도의 연혁

1986년 저작권법을 전문 개정하면서 제47조의 신설로 법정허락제도를 도입하였다.²⁾ 신설한 제47조는 외국인을 제외하지 않았고, 상당한 노력에 대한 구체적인 기준을 제시하지 않았기 때문에 현행 법규정과는 차이가 많다.³⁾ 법정허락의 이용 신청과 승인절차를 통한 이용의 상세한 사항에 대하여는 대통령령 제7조 내지 제14조를 신설하여 규정하였다.⁴⁾⁵⁾

2000년 개정에서는 저작재산권자를 찾기 위한 상당한 노력 기준을 대통령령으로 구체화하였다.⁶⁾ 상당한 노력의 기준은 “위탁관리업자등에 대한 조회 후 1개월 경과와 일간신문과 정보통신망에 대한 10일간 공고”로 일원적이고 단순하게 규정되어 있었다. 그 후 정보통신망을 저작권위원회가 운영하는 정보통신망으로 한정하여 규정되었다.⁷⁾

2006년에는 저작권법이 전면 개정되면서 제50조를 개정하여 외국인의 저작물을 제외하도록 하였다. 그 이유는 국제조약에 저촉될 것을 우려하여 외국인의 저작물을 제50조 적용대상에서 배제한 것이다.⁸⁾ 2007년 대통령령 개정으로 상당한 조사

2) 법률 제3916호 전문개정 1986. 12. 31.

3) 마찬가지로 신설 조문인 제49조는 현재 저작권법에서는 별도의 조문으로 규정하지 않는 “공표된 저작물의 번역과 발행”에 관하여 규정하였으며, 조문에서는 상당한 노력을 기울였어도 번역권자나 그의 거소를 알 수 없어 허락을 받을 수 없는 경우를 포함하였다.

4) 전문개정 1987.7.1 대통령령 제12194호. 특이한 점은 외국인의 저작물 이용을 위하여 신청할 때 당해 저작물의 번역권자가 외국인인으로서 그의 거소를 알 수 없는 경우에는 승인신청과 동시에 저작물이용승인신청서 사본을 유네스코에서 설립한 국제저작권정보센터에 송부하고, 그 송부사실을 증명하는 서류를 문화부장관에게 제출하여야 하도록 한 점이다.

5) 권리자 불명저작물의 경우 복제와 기타 이용으로 나누어 관보에 공고하는 기간을 달리 규정하던 것을 수정하여 법 제47조의 규정에 의한 이용신청의 경우에 60일의 기간을 정하여 그 신청내용을 관보에 공고하도록 하였다(영 제8조). 일부개정 1996.6.29 대통령령 제15081호. 그 후에도 1997년과 1999년 대통령령의 일부 개정이 있었다. 일부개정 1997.12.31 대통령령 제15598호; 일부개정 1999.1.29 대통령령 제16091호.

6) 2000년 개정 전까지는 저작재산권자를 찾기 위한 상당한 노력을 이용의 요건으로 하면서도 상당한 노력의 기준을 명시적으로 규정하고 있지 않았다. 법률 제6134호 일부개정 2000. 01. 12. [시행일 2000.7.1].

7) 2005년 개정 대통령령 제6조 참조. 또한 의견제출기간에 같은한 공고기간이 60일에서 30일, 15일로 단축되었다(2000년, 2003년, 2005년 개정 대통령령 제8조 각 참조). 일부개정 2000.7.27 대통령령 제16917호; 대통령령 제18050호 일부개정 2003.07.10.; 대통령령 제19240호 법제명 변경 및 일부개정 2005. 12. 30.

8) 이에 대한 비판적 견해로서, 외국인의 저작물을 법정허락대상에서 제외함으로써 우리 국민의 저작물을 외국인의 저작물에 비하여

기준과 관련하여 정보통신망 광고 요건을 문화관광부 정보통신망과 저작권위원회의 인터넷 홈페이지에 공고하는 것으로 변경하였다.⁹⁾

2012년 개정에서는 상당한 노력기준이 이원화되어, 저작권위원회가 대행하는 경우가 추가되었다.¹⁰⁾ 2015년과 2016년 개정에서 상당한 노력의 기준이 완화되는 등 2016년까지 수차례 개정을 거쳐 현행 법정허락절차를 정착시키고 있다. 저작권자를 찾기 위한 상당한 노력의 절차를 직접 수행하거나, 법정허락 간소화제도로서 문화체육관광부장관이 개인의 상당한 노력 요건을 대행하는 경우와 같이 이원적으로 운영되고 있다.¹¹⁾

2. 고아저작물 이용의 현황

최근 고아저작물에 대한 법정허락 현황으로서 2010년부터 2016년까지 승인저작물 건수 기준에 따른 법정허락 통계 수치를 살펴보면 2010년 7건, 2011년 3건, 2012년 6건, 2013년 2건, 2014년 5건, 2015년 13건, 2016년 136건이었다(자세한 법정허락 현황은 아래 표를 참조). 2016년에 갑자기 고아저작물의 법정허락 신청이 증가한 이유는 귀여운 포키 외 16건, 메리와 하니 외 44건과 같이 종이인형 이미지 삽입과 관련하여 1980~1990년 대 저작물에 대한 법정허락 신청이 늘어났기 때문이다. 이러한 통계는 고아저작물에 대한 법정허락제도는 그동안 잘 활용되지 않았던 것을 보여준다.¹²⁾

차별대우하는 첫 사례가 되었다고 비판하는 임원선, 저작권법 제5판, 저작권위원회, 2017, 301면 참조.

9) 법률 제8101호 법제명 변경 및 전면 개정 2006. 12. 28. ; 대통령령 제20135호 전면개정 2007. 06. 29.

10) 대통령령 제23721호 일부개정 2012. 04. 12. 고아저작물을 법정허락을 통하여 이용하기 위해서는 상당한 노력을 직접 수행하거나 위원회에서 대행하도록 대행 신청을 하여야 한다.

11) 대통령령 제26398호 일부개정 2015. 07. 13.; 대통령령 제27503호 일부개정 2016. 09. 21.

12) 고아저작물의 수나 법정허락의 현실적 필요를 고려하면 법정허락 건수는 미미한 수준에 머물고 있다고 볼 수 있고 이를 활성화하기 위한 입법적 조치가 필요하다고 평가된다.

법제논단

[법정허락 현황표]

①법정허락 건수

(단위: 건)

구분	연도						
	2010년	2011년	2012년	2013년	2014년	2015년	2016년
법정허락 건수	7	3	6	2	5	14	136

②저작(인접)물 종류별 법정허락 건수

(단위: 건)

저작물 종류	연도						
	2010년	2011년	2012년	2013년	2014년	2015년	2016년
음악	3	3	6	1	1	1	1
어문	3	0	0	0	1	2	42
영상	1	0	0	1	1	11	2
기타	0	0	0	0	2	0	91
총계	7	3	6	2	5	14	136

3. 고아저작물 이용이 저조한 이유

고아저작물 법정허락의 절차가 이원적으로 운용된다고 하더라도 이용절차가 복잡하고, 대량이용의 경우 신청의 번거로움과 비용의 부담이 문제된다.

상당한 노력의 기준을 간소화하기 위하여 이원화하여 운영하고 공고기간 축소 등으로 수차례 법제도 개선이 이루어졌으나 아직도 법정허락요건이 불명확하면서 엄격하게 되어있어 이용자들이 법정허락을 기피하는 이유가 되고 있다.¹³⁾

현행 시행령의 규정만으로는 여전히 법정허락요건이 엄격하고 절차상의 번거로움이 커서 개별 이용자의 법정허락 절차 이용이 그리 활발하게 이루어지지 못하고 있다. 또한 긴급한 이용이 불가능하고, 비영리적 이용의 경우의 부담, 공탁제도의 불편, 보상금의 국고귀속제도의 문제점, 법정허락 과정의 비체계적 관리, 법정허락에 있어서의 저작인격권 침해의 문제, 외국저작물의 이용 불능 문제 등이 있다.

13) 필자가 참여한 법정허락제도 개선방안연구에서 도서관과 음원관련 OSP 관계자들을 인터뷰하고 문제점을 조사·분석한 바에 따르면 그러하다.

III. 고아저작물이용에 관한 외국의 입법례

1. 개설

고아저작물에 관한 입법례를 구분할 때 (좁은 의미의) 저작권 제한 형태, 강제허락 형태, 확대집중허락 형태, 위 제도의 하이브리드 형태, 구제책을 제한하는 형태 등으로 구분할 수 있다.

우리 저작권법상 법정허락의 개념에는 좁은 의미의 법정허락(statutory license)과 강제허락(compulsory license)이 포함된다. 즉 저작권법 제50조에서 규정하는 고아저작물에 관한 법정허락제도는 공적 기관 등 제3자의 개입하여 법률상의 요건을 충족하는지 여부를 심사하여 저작물이용을 허락하는 강제허락(compulsory license)으로 저작재산권자가 불명인 경우와 같이 그 허락을 받아서 이용하기가 현실적으로 어려운 경우에 문화체육관광부 장관의 승인 하에 저작재산권자에게 보상금을 공탁하거나 지급할 것을 전제로 그 저작물을 이용할 수 있도록 허용하는 것을 말한다.¹⁴⁾ 반면 좁은 의미의 법정허락(statutory license)는 법에서 정한 일정한 사유에 해당하면 이용료 지급을 조건으로 법률에 의해 자동적으로 허락이 의제되는 경우로, 교육목적의 저작물 이용에 대한 보상금지급제도나 방송사업자의 실연이나 음반 이용에 대한 보상금지급제도가 이에 해당한다.

우리나라에서는 법정허락 즉 좁은 의미의 법정허락(statutory license)과 강제허락(compulsory license) 모두 "넓은 의미"의 저작권 제한 개념 속에는 포함되지만, "좁은 의미"의 저작권 제한 개념에는 포함되지 않으므로, 고아저작물에 관한 여러 입법례 형태 중 강제허락 형태를 취하고 있다고 할 것이다.

이하에서는 고아저작물 이용과 관련하여 먼저, 베른협약, TRIPs협정 등 국제규범, 최근에 고아저작물 이용관련 법률을 정비한 영국을 중심으로 한 유럽, 미국,

14) 법정허락제도의 개념에 대하여 이영록, 최진원, 법정허락제도 개선방안연구, 저작권위원회(2010), 24면 참조.

일본의 고아저작물이용 제도 현황을 살펴보고 시사점을 도출하고자 한다.

2. 고아저작물이용에 관한 국제규범

베른협약은 저작물의 방송(제11조의 2 제2항)¹⁵⁾과 음악저작물의 녹음(제13조 제1항)¹⁶⁾에 관하여 강제허락(compulsory license)에 관한 입법을 허용하고 있다. 베른협약 상의 강제허락(compulsory license)은 "넓은 의미"의 저작권 제한에는 포함된다고 할 것이다. 그러나 고아저작물에 대한 강제허락(compulsory license)에 대하여는 규정을 두고 있지 않다.

베른협약 제9조에서는 저작자에게 저작물의 복제를 허락할 배타적 권리를 부여하는 일반조항을 두고(제9조 1항), 저작권의 제한 또는 예외로서, 특별한 경우에 있어서 그러한 저작물의 복제를 허용하는 것은 동맹국의 입법에 맡긴다고 규정하고 있다(제9조 2항 본문).¹⁷⁾ 다만, 그러한 복제는 저작물의 통상적인 이용과 충돌하지 아니하여야 하며, 저작자의 합법적인 이익을 부당하게 해치지 아니하여야 한다는 단서를 두고 있다(제9조 2항 단서). 이러한 베른협약 제9조 제2항 단서가 규정하는 복제권의 제한은 특별한 경우에 한정되어야 하고 저작물의 통상적인 이용과 충돌해서는 안 되며 저작자의 합리적인 이익을 부당하게 침해해서는 안된다는 것을 소위 3단계 테스트(three-step test)라 부른다.

15) 베른협약은 저작물의 방송(제11조의 2 제2항)에 관하여 (i) 그의 저작물을 방송하거나 또는 기타 무선송신의 방법으로 기호, 소리 또는 영상을 공중에 전달하는 것 (ii) 원사업자 이외의 사업자가 유선이나 재방송에 의하여 저작물의 방송물을 공중에 전달하는 것 (iii) 확성기나 기타 유사한 송신 장치에 의하여 저작물의 방송물을 기호·소리 또는 영상으로 저작물의 방송물을 공중 전달하는 것을 허락할 배타적 권리가 행사될 수 있는 조건은 동맹국의 입법에 맡겨 결정한다고 규정을 두고 있다. 다만, 이러한 조건은 이를 정한 국가에서만 적용된다. 어떠한 경우에도 저작자의 인격권 및 합의가 없는 경우에 권한 있는 기관이 정할, 상당한 보상(equitable remuneration)을 받을 권리를 해치지 아니하여야 한다고 규정하고 있다.

16) 음악저작물의 녹음(제13조 제1항)에 관하여 각 동맹국은 음악저작물의 저작자에게, 그리고 어느 가사의 저작자가 그 가사를 그 음악저작물과 함께 기록하도록 이미 허락한 경우 그 가사의 저작자에게, 그러한 가사와 함께 그 음악저작물의 녹음을 허락하도록 부여한 배타적 권리에 대한 유보와 조건을 스스로 부과할 수 있도록 베른협약은 규정하고 있다. 다만, 그러한 모든 유보와 조건은 이를 부과한 국가에 대하여만 적용되고, 어떠한 경우에도 합의가 없는 한 권한 있는 기관이 정할, 상당한 보상(equitable remuneration)을 받을 권리를 해치지 아니하여야 한다고 규정한다.

17) (2) It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

WTO/TRIPs협정(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)은 저작권의 제반 내용에 대하여 베른협약 제1조 내지 제21조 및 부속서의 내용을 적용하도록 하고 있다. 제13조에서는 회원국은 배타적 권리에 대한 제한 또는 예외를 저작물의 통상적인 이용과 충돌하지 아니하고 권리자의 합법적인 이익을 부당하게 해치지 아니하는 일부 특별한 경우로 한정한다고 규정하고 있으나 베른협약과 달리 제한되는 권리를 한정하지 않는다.¹⁸⁾ 이와 같이 3단계 테스트의 내용은 WTO/TRIPs 협정에도 규정되고 있다.

지적재산권 저작권조약(WIPO Copyright Treaty: WCT)¹⁹⁾과 지적재산권 실연·음반조약(WIPO Performances and Phonograms Treaty: WPPT)²⁰⁾에서는 3단계 테스트가 일반적으로 적용된다. 한편, 우리나라가 미국²¹⁾ 및 EU²²⁾와 체결한 자유무역협정에서도 3단계 테스트가 일반적으로 적용됨을 보여주고 있다.

3단계 테스트는 "좁은 의미"의 저작권 제한 형태를 취하는 경우에만 적용된다고 볼 수 있는데, 그렇게 이해하는 경우 고아저작물 강제허락에는 적용되지 않는다. 그러나 3단계 테스트가 "넓은 의미"의 저작권 제한에도 적용된다는 입장을 취하는 경우 3단계 테스트가 의미를 가지게 된다.

18) 제13조(제한과 예외) 회원국은 배타적 권리에 대한 제한 또는 예외를 저작물의 통상적 이용과 충돌하지 아니하고 권리자의 합법적인 이익을 부당하게 해치지 아니하는 일부 특별한 경우로 한정한다.

19) 지적재산권 저작권조약(WIPO Copyright Treaty: WCT)은 1996년 12월 성립된 조약으로 베른협약 제1조 내지 제21조 및 부속서의 내용을 적용하도록 하고 제10조 제1항 및 제2항에서 계약당사자는 저작물의 통상적인 이용과 충돌하지 아니하고 저작자의 합법적인 이익을 부당하게 해치지 아니하는 특별한 경우에는 이 조약에서 저작자에게 부여한 권리에 대한 제한과 예외를 규정할 수 있다고 규정하고 있다.

20) 지적재산권 실연·음반조약(WIPO Performances and Phonograms Treaty: WPPT) 제16조 1항 및 2항은 계약당사자는 실연자와 음반제작자의 보호에 관하여 실연이나 음반의 통상적인 이용과 충돌하지 아니하고 실연자나 음반제작자의 합법적인 이익을 부당하게 해치지 아니하는 특별한 경우에는 이 조약에서 저작권에 대하여 규정한 바와 같은 제한이나 예외를 규정할 수 있다고 규정하고 있다.

21) 한미 FTA 협정에서는 각 당사국은 배타적 권리에 대한 제한 또는 예외를 저작물·실연 또는 음반의 통상적인 이용과 충돌하지 아니하고 권리자의 정당한 이익을 불합리하게 침해하지 아니하는 특정한 경우로 한정한다고 규정하고 있다(제18.4조).

22) 한·EU FTA 협정에서도 양 당사자는 저작물의 통상적인 이용과 충돌하지 아니하고 권리자의 정당한 이익을 불합리하게 침해하지 아니하는 일정한 특별한 경우에, 제10.5조부터 제10.10조까지에 언급된 권리자에게 부여된 권리의 제한 또는 이에 대한 예외를 자신의 법령에 규정할 수 있다고 규정한다(제10.11조).

3. 유럽의 제도와 이용현황

가. EU고아저작물 지침

2012년 EU 고아 저작물 지침²³⁾은 미술관이나 박물관 등의 문화 시설·기관이 비상업적으로 특정 유형의 고아 저작물을 디지털화하여 온라인으로 제공하는 경우에 상당한 노력의 수행을 기초로 이를 허용한다는 권리의 예외 또는 제한이라는 좁은 의미의 저작권 제한 형태를 취하고 있다.

동지침 상 저작권 제한의 향유주체는 공공적 성질을 가지는 주체, 즉 공공도서관, 교육시설 및 박물관, 기록관, 영화 또는 오디오 유산 기관 및 공공 서비스 방송기관에 한정되며, 대상 저작물은 출판물(단행본, 학술지, 잡지, 일간지), 위 출판물에 포함되거나 삽입된 이미지 작업물, 영화를 비롯한 청각 및 시청각 자료 보관소의 콘텐츠이다.²⁴⁾

비상업적 목적, 즉 공익적 사명(public-interest missions), 특히 소장물에 포함된 저작물과 음반의 보존, 복구 및 이에 대한 문화적 및 교육적인 접근을 위한 목적으로만 이용되어야 한다.²⁵⁾²⁶⁾ 해당 기관들은 그러한 이용의 과정에서 수익을 창출할 수 있으나 이는 오로지 고아 저작물을 디지털화하고 이를 공중의 이용에 제공하는 데 소요되는 비용을 충당하기 위한 목적이어야 한다.²⁷⁾ 고아저작물의 권리자가 나타난 경우 수혜조직은 고아저작물 이용에 대하여 권리자에게 공정한 보상의무를 진다.²⁸⁾ 이와 관련하여 상업적 이용인 경우 확대집중허락제도의 도입을

23) Orphan Works Directive 2012/28/EU.

24) 제1조 제2항. 이 지침은 (a) 공개적으로 접근할 수 있는 도서관, 교육기관과 박물관, 기록 보관소, 영화 및 음성 유산 보존 기관의 소장물에 포함된 서적, 학술지, 신문, 잡지 및 그 밖에 문서의 형태로 출판된 저작물, (b) 공개적으로 접근할 수 있는 도서관, 교육 기관과 박물관, 기록 보관소, 영화 및 음성 유산 보존 기관의 소장물에 포함된 영상 저작물 및 시청각 저작물과 음반, (c) 2002년 12월 31일을 포함하여 그날까지 공영방송 사업자가 제작하고 이들의 기록 보관소에 포함되어 있는 영상 저작물 및 시청각 저작물과 음반 중에 저작권이나 저작권접권의 보호를 받고 회원국에 처음 공표되었거나 또는 공표되지 않은 경우 회원국에서 처음 방송된 것에 적용된다.

25) 고아저작물의 이용 목적과 주체를 한정하고 있다(지침 제1조, 전문 1, 9 참조).

26) 공중에 이용가능하게 하는 행위와 디지털화, 이용가능화, 색인작업, 목록작성, 보존 또는 복구를 목적으로 행해지는 복제행위가 허용된다. (제6조).

27) 제6조 제2항.

28) 보상 수준은 고아저작물이 이용된 회원국에 의해 결정된다(제6조 제5항). 이용자에게 사전지급의무가 없다. 지급방법과 시기에 대

방해하지 않고 용인한다는 점도 지침 전문(24)에서 밝히고 있다.

저작물을 이용하고자 하는 조직은 저작권자를 찾기 위해 성실한 조사를 수행하여야 한다. 지침 제3조는 이 조사는 이용하기 전에 선의로 해당 저작물의 범주에 적절한 데이터베이스 및 레지스트리와 같은 출처에 의존하여 최초 출판 또는 방송된 회원국 내에서 수행되어야 한다고 명시하고 있다. 그러한 정보원은 지침에 이미 표시된 기본 정보원에 추가하여 각 회원국에 의해 결정된다. 미국 저작권청 제안 및 이전 미국 입법안 제안과 마찬가지로, 사전에 성실하게 조사하는 것이 EU 지침의 핵심 요건이다.²⁹⁾³⁰⁾³¹⁾

회원국은 수혜조직으로 하여금 수행한 성실한 조사 기록을 보관하고 조사 및 고아저작물에 관한 정보 및 업데이트를 관할 국가기관에 제공하게 하여야 한다.³²⁾ 데이터는 역내시장에서 조화를 위하여 EUIPO³³⁾ 사무국이 제작, 관리하고 공개적으로 접근 가능한 단일 온라인 데이터베이스에 저장되어야 한다.³⁴⁾ 즉 성실한 조사 후에 고아저작물로 판단될 경우 EUIPO가 관리하는 데이터베이스에 등록하게 하여 후행 공공 주체의 편의를 도모하고 있는 것이다.

한 자세한 내용은 회원국의 재량에 맡기고 있다.

29) Pamela Samuelson, Jennifer M. Urban, David R. Hansen, Kathryn Hashimoto, and Gwen Hinze, Solving the Orphan Works Problem for the United States, 37 Colum. J.L. & Arts 1 (2013), at 37.

30) Id. 지침은 이 목적을 위해 성실하게 조사하는 것에 대한 지침을 제공하지만 최종 세부 사항은 EU 회원국의 국내법에 명시될 것인 바, 문화기관은 고아저작물로 여겨지는 저작물을 이용하고자 하는 경우, 스스로 선의의 조사를 수행하거나 EU 회원국이 자국의 시행 법률에 명시한 타 기관에 의해 성실한 조사를 수행해야 한다. 지침은 i2010 Digital Libraries 이니셔티브에 따라 설립된 디지털 도서관에 관한 유럽 고위급 전문가 그룹에 의해 개발된 2008년 성실한 조사 지침(Diligent Search Guidelines)에서 채택된 부분별 접근법에 따라 이용자가 관련 저작물의 성격에 따라 다양한 정보원을 검색하도록 하고 있다.

31) 이용되는 저작물 등의 종류에 따라 정보원이 다르다. 예컨대, 발행된 서적의 경우 다음이 해당 정보원이다.

- ① 출판물의 법정납본, 도서관 및 기타 기관 등의 목록
- ② 회원국의 출판사 또는 저작자 단체
- ③ 기존 데이터베이스 및 등록부, WATCH, ISBN, 인쇄된 서적을 기록한 데이터베이스
- ④ 적절한 신탁관리단체, 특히 복제권관리단체의 데이터베이스
- ⑤ VIAF 및 ARROW(www.arrow-net.eu)를 포함한 여러 데이터베이스 및 등록부를 통합하는 정보원

32) 동 지침의 목적은 유럽피어나와 같은 유럽 디지털 도서관의 설립을 촉진하고(전문 1), 고아로 확인된 저작물에 관한 모든 정보를 목록화하고 포함할 수 있는 유럽 데이터베이스를 만드는 것이다.

33) European Union Intellectual Property Office(EUIPO). 종전의 Office for Harmonization in the Internal Market(OHIM)이 개칭된 것이다.

34) 제5조 제5항, 제6항 참조.

동지침은 미국의 공정이용의 경우와 다르게 법적인 확실성을 제공하여 이용 수혜자가 고아저작물 이용을 두려워하지 않게 된다는 장점이 있다. 그러나 출현한 권리자의 동의 없이 고아 저작물이나 이차저작물을 계속 사용하는 것의 배제, 조직에 부과된 보고 요건의 부담, 성실한 조사에 있어서 저작물의 상황별 다양한 기준을 제공하지 못한다는 점 등이 단점이 될 수 있겠다. 그 외에 상업적 이용을 제한한다는 점이 단점으로 지적되나 이 점에 대하여는 동 지침 전문 (24)에서 확대집중허락제도의 도입을 허용하므로 고아저작물에 관하여 "비상업적 이용"에 한정하더라도 "상업적 이용"에 대해서는 확대집중허락제도를 취할 수 있으므로 문제가 없고, 보상 조항으로 인한 소급적 재정 부담이 생긴다는 비판에 대하여는 고아저작물에 대한 권리자가 나타난 경우 "이용대가"가 아니라 "공정한 보상"(fair compensation)을 지급하는 것이므로 추가적인 재정 부담이 되지 않는다는 반론도 가능할 것이다.

나. 영국의 2014년 고아저작물 규칙

(1) 일반

유럽연합(EU)이 2012년 10월에 고아 저작물 지침(Directive 2012/28/EU; CA1771 참조)을 채택하자, 영국은 국내법을 정비하기 위하여 고아저작물의 이용 허락에 대한 검토를 진행하였다.³⁵⁾ 2013년 기업규제개혁법(ERR법)은 고아저작물에 대한 확대집중허락제도(Extended Collective Licensing: ECL)와 강제허락제도의 두 가지 방식을 소관 장관이 정할 수 있도록 하였다.³⁶⁾ 즉 공표되거나 미공표된 저작물의 상업적 및 비상업적 사용을 허용하여 첫 번째 단계에서 문화기관은 확대집중허락 체제를 통해 보관하고 있는 고아저작물을 디지털화할 수 있게 하고, 두 번째 단계에서는 개별 고아저작물을 사용하고자 하는 개인 및 기관은 중앙 정

35) 영국 정부는 2006년 가와즈 보고서(Gowers Review of Intellectual Property) 이후 고아저작물 문제에 주목하여 2011년 하그리브스(Hargreaves) 보고서 "Digital Opportunity: a Review of Intellectual Property and Growth" 에서도 이 문제의 해결 방법에 대해 제언하고 대책을 모색해 왔다. Phillip Ward, The Hargreaves Review of Intellectual Property, May 2011, last updated: 17 May 2013 참조. 2012년 12월 20일 영국 재무성은 답변서의 성격인 저작권현대화(Modernizing Copyright: A Modern, robust, and flexible framework) 보고서에서 보다 유연하고 현대적이며 강력한 저작권제도를 마련하기 위한 방안을 발표하였다. HM Government, MODERNISING COPYRIGHT: A modern, robust and flexible framework: Government response to consultation on copyright exceptions and clarifying copyright law, 2012 참조.

36) Enterprise and Regulatory Reform Act, 2013, c. 24 (U.K.)

부 또는 정부 승인 관리기관에 이용료를 지불하고 비독점적 이용허락을 신청할 수 있도록 하는 것이다.³⁷⁾ 이러한 제도를 실시하는 세부 입법으로서 규칙(regulation)을 제정한 후 시행이 이루어졌다. 2014년 10월 1일에 확대집중허락에 관한 규칙(이하 ‘ECL 규칙’이라 한다)이 시행되었고, 2014년 10월 29일부터 고아저작물 라이선스에 관한 규칙(The Copyright and Rights in Performances (Licensing of Orphan Works) Regulations 2014, S.I.2014/2863)(이하 ‘OW 규칙’이라 한다)이 시행되었다. 아울러 2014년 10월 29일 EU 고아저작물 지침을 실시하는 규칙(The Copyright and Rights in Performances(Certain Permitted Uses of Orphan Works) Regulations 2014, S.I.2014/2861)(이하 ‘OW지침실시규칙’이라 한다)도 시행되었다. OW 규칙은 영국 내에서 적용되는 고아저작물의 이용허락의 체계를 정한 것이며, OW지침실시규칙은 EU 지침을 적용하기 위한 국내 입법이다. 이와 같이 고아저작물 법정허락제도와 관련하여 영국은 세 가지 제도를 운영하고 있다.

(2) 고아저작물관련 새로운 라이선스 제도

영국에서는 2014년 1월 10일 OW 규칙안을 입법예고하여 공중의 의견을 수렴하였으며 5월 30일 이를 반영한 수정 방침을 제시한 후, 2014년 10월 29일부터 권리자의 소재가 불명한 저작물, 소위 고아저작물(orphan works)의 권리처리에 관하여 새로운 라이선스 제도를 도입하였다. 이것이 영국 내에서만 적용되는 고아저작물의 이용허락의 체계(영국 라이선스 체계)를 정한 OW 규칙이다.

영국의 라이선스 제도는 기관이든 개인이든 상관없이, 목적이 상업적 또는 비상업적이든 상관없이, EU지침의 대상에서 제외되어있는 저작물을 포함하고, 서적으로서의 발행 등 보다 다양한 형태의 이용을 가능하게 하는 것이다.³⁸⁾ 성실한 조사를 실시하고도 권리자의 소재가 판명되지 아니한 경우, 고아저작물이 된다.³⁹⁾ 외

37) Samuelson et al., supra note 29 at 41.

38) 반면 EU지침은 미술관이나 박물관 등의 문화 시설·기관이 비상업적으로 특정 유형의 고아저작물을 디지털화하여 온라인으로 제공하는 경우에만 이용가능하게 하는 것이다.

39) 동규칙 제3조 제4항, 제5항.

국저작물도 대상에 포함된다.⁴⁰⁾

(3) EU고아저작물지침의 시행규칙

2014년 EU 지침의 국내법화를 위해 규정된 OW지침실시규칙의 틀은 권리제한 규정에 해당하는 것으로서, 적용범위를 상당히 제한한 후 사전 라이선스 취득 등의 절차를 필요로 하지 않기 때문에 디지털 아카이브 구축과 같은 공공 목적으로 고아 저작물 이용의 원활화를 도모하는데 있어서, 선진적인 사례이다.⁴¹⁾ EU고아 저작물지침이 2012년 10월25일 채택되고 2014년 10월29일까지 국내 입법화하도록 하고 2015년 10월29일까지 평가를 실시하도록 하고 있는바 이러한 절차 시행에 따라 영국의 국내법화도 이루어졌다.⁴²⁾

다. 확대된 저작권관리제도의 활용

영국은 2013년 기업규제개혁법(Enterprise and Regulatory Reform Act 2013, 2013년 ERR법)에 의하여 확대집중허락제도를 도입하였다. 동법에 의하여 저작권법에 확대집중허락에 관한 제116조의 B가 신설되어, 소관 장관이 신청기관에 대해 해당 기관 또는 해당 기관의 활동을 대리하는 자가 보유하지 않는 저작물에 대해 저작권의 허락을 부여할 권한을 규칙에 의해 부여할 수 있도록 하였다.⁴³⁾ 이를 구체화한 확대집중허락을 위한 규칙(ECL규칙)은 2014. 9. 11. 제정되어, 10. 1.부터 시행되고 있다.⁴⁴⁾ 정부 인가를 받아(ECL규칙 제4조, 제5조),⁴⁵⁾⁴⁶⁾ ECL제도를 운영하고자 하는 집중관리단체는 권리자로부터 위탁을 받아야 한다. 집중관리단체는 확대집중허락제도 하에서 비구성원인 권리자가 소유한 저작물에 대해서도 라이선스를 부여할 수 있다(제17조 제1항).⁴⁷⁾ 권리자에 대한 보상(ECL규칙 제4조

40) 영국의 경우 OW 규칙에서 “모든 저작권으로 보호되는 저작물 또는 실연” (Any copyright-protected work or performance) 이라고 하여 외국저작물도 포함하고 있다(제3조).

41) 116A Power to provide for licensing of orphan works.

42) EU고아저작물지침에서 대상저작물 중 제외가능하도록 한 미발행 저작물에 관한 선택적인 규정은 도입하지 않았다. EU고아저작물지침 제1조 3항 참조.

43) 제116조의B.

44) 2014 No. 2588 The Copyright and Rights in Performances (Extended Collective Licensing) Regulations 2014.

45) 제5조(허가신청)

46) 제4조(확대집중허락제도의 운영인가)

47) 제17조(확대집중허락제도 하에서의 저작물 또는 권리에 관한 라이선스의 허여)

(4)(e), 제5조(1)(s)), 미분배 라이선스료의 보관과 저작권자와 사회적, 문화적 및 교육적 활동을 위한 이용(제18조 제3항, 제19조) 등에 대하여 규정한다.⁴⁸⁾

근래 북유럽에서는 디지털 기술의 발전 및 아카이브 사업에 대한 관심의 고조를 배경으로 아카이브 구축을 위한 이용 등이 순차적으로 증가하는 것과 동시에, 그러한 상황에 유연하게 대응하기 위해 대상 분야 및 이용 형태를 특화하지 않는 일반ECL을 2008년 덴마크, 2013년 스웨덴, 2015년 노르웨이, 2016년 아이슬란드에서 도입하였고, 핀란드는 도입을 검토 중인바,⁴⁹⁾ 북유럽 국가에서는 개별 ECL에서 일반 ECL로 그 대상이 확대되는 경향을 보이고 있다. 대부분의 북유럽 국가에서는 모두 ECL 계약을 체결할 수 있는 집중관리단체에 대하여 ①저작물의 권리자의 상당수를 대표하는 단체일 것 (대표성) 및 ② 정부 등의 허가를 얻을 것의 두 가지를 자격요건으로 하고 있다. 옵트아웃제도, 사용료의 분배, 비구성원의 취급에 대해서는 법적 규정이 존재하고 있다. 최대한 조사, 가능한 한 탐색할 의무 등 불명권리자의 탐색을 규정하고 있는 단체는 있지만 (아이슬란드, 스웨덴, 노르웨이), 권리자불명 저작물의 취급이 법령에 정해져 있는 것은 아니고, 어떤 조치를 취해야하는지는 각 단체의 규정에 의거하고 있다.⁵⁰⁾

라. 유럽의 고아저작물 이용 현황

유럽 중 영국의 고아저작물 현황을 보면, (공동정보시스템 위원회에 의해 진행된) “In from the Cold” 연구조사에서 영국에는 1,300만 ~ 5천만 건의 고아저작물이 존재하는 것으로 알려 졌으며 이는 도서관 소장품 중 약 5-10%를 차지하였다. 또한 이 연구는 영국 박물관과 미술관에서 추정하는 고아저작물의 수는 보수적으로 보아도 2,500만 건으로 추산될 수 있다고 결론 내렸지만, 실제로는 이 수치

48) 제18조(라이선스료)

49) 북유럽의 ECL제도에 관하여는 Tarja Koskinen-Olsson & Vigdís Sigurdardóttir, Collective Management in the Nordic Countries, in Collective Management of Copyright and Related Rights 243 (Daniel Gervais ed., 3rd ed., 2015); SOFTIC, 拡大集中許諾制度に係る諸外国基礎調査報告書 2016年3月, 127면 이하 참조.

50) U.S. Copyright Office, Orphan Works and Mass Digitization, Comparative Summary of Select ECL Provisions 2~10; 上掲 報告書 128~130면; 국내에서도 이해완외, 고아저작물 도서 등에 대한 확대된 집중관리제도 도입방안 연구, 문화체육관광부(2012) 35~74면; 오승중, 확대된 저작권 집중관리제도에 관한 연구, 홍익법학 Vol.8 No.1 (2007), 75-101면 등 다수의 문헌에서 소개하고 있다.

보다 훨씬 더 많을 것으로 보인다.⁵¹⁾ British Library는 ("Seeking New Landscapes" 연구에서) 잠재적으로 저작권이 있는 서적의(potentially in-copyright works) 43%가 고아 작품으로 전체 샘플의 31%에 해당한다는 수치를 보고한 바 있다.⁵²⁾

4. 미국의 제도와 이용현황

가. 미국의 고아저작물 이용제도와 현황

미국저작권법에는 일반적으로 고아저작물 전반에 적용될 수 있는 특별한 법정허락 제도나 포괄 규정은 존재하지 않는다.⁵³⁾ 미국에서는 2006년부터 고아저작물과 관련한 저작권법 개정안이 수차례 나왔는데,⁵⁴⁾ 이는 법정허락이나 저작재산권의 제한 또는 예외 방식으로 접근한 것이 아니라 저작권 침해의 경우 구제책을 제한하는 방식으로 접근한 것이다.⁵⁵⁾ 몇 차례에 걸쳐서 관련 입법을 시도하였지만 아직까지 법률의 개정은 이루어지지 않고 있으며,⁵⁶⁾ 현재 고아저작물의 이용은 공정이용(fair use) 조항에 따라서 이루어지고 있다.⁵⁷⁾ 공정이용 조항은 저작물이

51) *Id.*, at 7.

52) Barbara Stratton, *Seeking New Landscape(British Library, 2011)*, at 51. 국내에서는 국립중앙도서관 연구보고서에서 보상금 징수된 저작물 중 99.3%가 미분배보상금 저작물이라고 한다. 국립중앙도서관, 도서관에서의 고아저작물 활용 및 서비스 방안 연구-법정허락을 중심으로, 2015.12. 5면 참조.

53) 다만, 미국 저작권법에서 법정허락으로 규정하고 있는 조항으로 1) 방송 프로그램의 2차 송신(제111조, 제119조, 제122조) 2) 디지털 방송을 위한 일시적 고정(제112조) 3) 디지털 방송을 위한 녹음물의 이용(제114조) 4) 음반의 제작반포를 위한 비연극적 음악 저작물의 이용(제115조) 5) 비상업적 방송을 위한 비연극적 음악 저작물 회화 등 저작물의 이용(제118조) 등이 있으며, 고아저작물 관련 조항으로는 저작권법 제108조 (h)항이 규정하는 도서관에 관한 면책조항과 제504조 (c)항 (2)호의 선의의 침해에 대한 손해배상 책임 감면조항을 들 수 있는 정도이다.

54) 미국에서는 고아저작물 문제를 둘러싼 논쟁이 계속되며 해결을 위한 몇 가지 이니셔티브와 제안이 연속적으로 나오고 있다. 2005년부터 저작권청(U.S Copyright Office)은 의회에서 고아저작물 입법을 모색하여 2006년 1월 고아저작물에 관한 보고서가 출판된 바 있다. 미국 저작권청은 계속해서 해결책을 모색하고 있으며 2012년 10월 22일 "가능한 다음 단계에 대해 의회에 조언"하기 위해 고아저작물 문제에 대한 의견을 개진하여 개인 및 조직 모두에서 다양한 답변을 얻었으나, 지금까지 저작권청이 접수한 의견이 너무 다양하여 이 문제에 대한 합의를 이루는 것은 매우 어려울 것으로 보인다.

55) Orphan Works Act of 2006, H.R. 5439, 109th Cong. (2006); Orphan Works Act of 2008, H.R. 5889, 110th Cong. (2008); Shawn-Bentley Orphan Works Act of 2008, S. 2913, 110th Cong. (2008).

56) 이는 Opt Out 방식을 취하여 저작물의 이용을 원하는 자는 미국 저작권청에서 제시하고 있는 성실한 검색에 따라서 저작권자를 검색하고 이러한 작업을 문서로 남겨서 증거로 삼고 그 후 저작권청에 이용개시를 통보하도록 하는 방식이다. 2006년 입법안과 2008년 입법안의 주요내용은 다음과 같다. : (1) 이용자가 선의로 합리적으로 성실하게 수색한 후 권리자를 찾을 수 없을 때 저작권법에 따라 이용할 수 있는 구제책이 제한된다. (2) 저작권자 또는 기타 권리자가 법정손해 또는 변호사 수임료가 아닌 합리적 보상을 이용자로부터 수령할 수 있도록 허용한다. 다시 말해, 제안된 입법안은 일반적으로 적용가능한 예외 또는 제한을 규정하지는 않았지만 특정 이용자와 관련하여 특정 상황에서 부과될 수 있는 구제책에 대한 제한을 설정했다. US Copyright Office, *Orphan Works and Mass Digitization*, 2015 at 11~12.

57) 고아 저작물 문제에 관한 논의는 소송과 관련하여 반복적으로 제기되고 있다. Google 도서 대량 디지털화 프로젝트와 관련된 소송은 너무나 유명하다. 판결의 핵심은 저작권법상의 '공정이용' 원칙에 따라 온라인 Google 도서 검색(online Google Books

용자를 위한 방어수단의 일종에 불과한 것으로, 면책에 해당할 수 있는 추상적인 기준만을 제시하고 있어 저작물의 이용이 적법한 것인지를 판단하는 준거로 활용되기에는 미진하다는 점이 한계로 지적될 수 있다.

2010년 저작권 원칙 프로젝트의 ‘저작권 개혁 방향’ 보고서⁵⁸⁾에서는 저작권의 제한과 예외로서 도서관, 아카이빙, 박물관을 위한 저작권의 제한의 확대가 논의되고,⁵⁹⁾ 고아저작물의 이용에 대하여 합리적인 노력을 했음에도 저작권자를 찾지 못한 저작물의 이용에 대한 법적 규제 제한을 제안하였다.⁶⁰⁾

미국 저작권청의 2015년 고아저작물관련 보고서인 “고아저작물과 대량 디지털화(Orphan Works and Mass Digitization)”에 의하면 출판, 공표된 서적의 11~25%가 고아저작물이며 특별 소장품 자료의 70%가 고아저작물이라는 통계가 있다.⁶¹⁾

나. 미국에서의 확대된 저작권관리제도 도입 논의

미국 저작권청은 2011년 ECL에 대한 논의를 시작으로,⁶²⁾ 2015년 제한적인 ECL 파일럿 프로그램의 채택을 권고하였고,⁶³⁾ 현재 대량 디지털화 파일럿 프로그램(Mass Digitization Pilot Program)을 진행 중에 있다.⁶⁴⁾ 2017년 9월 29일에 저

searches)에서 도서를 디지털화하고 해당 스캔본을 표시하는 Google의 관행을 합법적이라고 판단한 것이다. Authors Guild v. Google, Inc., No. 05-8136, 2005 WL 2463899 (S.D.N.Y. Sept. 20, 2005); Authors Guild, Inc. v. Google, Inc., 954 F. Supp. 2d 282 (S.D.N.Y. 2013); Authors Guild, Inc. v. Google, Inc., 804 F.3d 202 (2d Cir. 2015); The Authors Guild Inc. v. Google Inc., 804 F.3d 202 (2nd Cir. 2015), petition for cert. filed, 2015 WL 9596031 (U.S. Dec. 31, 2015) (No. 15-849), 14. Apr 18 2016 Petition DENIED.

58) 2007년 버클리 로스쿨의 파멜라 사무엘슨(Pamela Samuelson) 교수 등 20명의 전문가들이 모인 연구 그룹인 저작권 원칙 프로젝트(the Copyright Principles Project, CPP)에서 2010년 저작권 개혁 지침(The Copyright Principles Project : Directions for Reform)이라는 보고서를 발간하였다. Pamela Samuelson et al., Copyright Principles Project: Directions for Reform, 25 BERKELEY TECH. L.J. 1175 (2010).

59) Pamela Samuelson et al., supra note 59 at 1228~1234.

60) Id., at 1234~5. 또한, U.S. Copyright Office, Report on Orphan Works 92-127(2006)과 Pamela Samuelson, Preliminary Thoughts on Copyright Reform, Utah Law Review, 2007; UC Berkeley Public Law Research Paper No. 1002676. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1002676>도 참조.

61) U.S. Copyright Office, Orphan Works and Mass Digitization(June 2015), at 44.

62) U.S. Copyright Office, Legal Issues in Mass Digitization: A Preliminary Analysis and Discussion Document, October 31, 2011.

63) U.S. Copyright Office, Orphan Works and Mass Digitization(June 2015).

64) U.S. Copyright Office, Mass Digitization Pilot Program(2017~).

작권청은 접수된 의견을 요약하여 하원 및 상원 사법위원회(House and Senate Judiciary Committees)에 의견을 제출하기도 하였다.

ECL이 대안으로 고려되면서,⁶⁵⁾ ECL에 대한 우려사항으로 이용허락 기간이 5년으로 너무 단기간이고, 비공표 저작물에 적용되지 않기 때문에 대량 디지털화의 목적에 비추어 대상이 불충분하다는 점과 아울러, 대표성의 요건을 충족하여야 하는 장애물이 높고, 출판사와 저자 사이의 로열티 분배 기준이 정해져 있지 않으며, 저작권 제도의 원칙을 전환시키는 탈퇴 제도의 문제점 등이 지적되고 있는데, 이 부분은 우리의 경우에도 고민해야 할 부분이다.

5. 일본의 제도와 이용현황

가. 일본의 고아저작물 이용제도

권리자불명저작물에 대한 일본의 재정제도는 권리자 불명 등의 이유로 권리자와 연락할 수 없는 경우, 권리자의 허락을 얻는 대신 문화청 장관의 재정을 받아 저작물등의 통상 이용료 액수에 상당하는 보상금을 공탁함으로써 적법하게 그 저작물등을 이용할 수 있는 제도이다(일본 저작권법 제67조).

2009년 저작권법 개정으로 재정신청 중 이용제도를 신설하고(법 제67조의2),⁶⁶⁾ 저작인접권자가 불명인 경우에도 저작권자의 소재불명에 대한 경우와 마찬가지로 재정제도를 이용할 수 있도록 하였다(법 제103조). 여기에는 외국인 저작물도 적용범위에 포함한다.

일본의 재정제도는 고아저작물 등의 경우 문화청 장관의 재정을 받아 보상금을 공탁하고 저작물 등을 이용하도록 하는 점에서 전반적으로 우리나라의 법정허락

65) U.S. Copyright Office, Orphan Works and Mass Digitization(June 2015) at 82~104.

66) 이것은 문화청에 재정신청을 하고, 문화청장관이 정하는 담보금을 공탁함으로써 재정 처분을 내리기 전이라도 저작물 등의 이용을 개시할 수 있는 제도(저작권법 제67조의2)이다. 그러나 저작자가 저작물의 이용을 끝내려는 것이 분명한 경우에는 이용할 수 없다. 또한 신청 결과 문화청 장관의 재정을 받지 못한 경우에는 그 시점에서 저작물 등의 이용을 중지해야한다.

제도와 유사하다. 일본의 경우 우리나라와 마찬가지로 “상당한 노력”이라는 용어를 사용하고 있으며 1)명부·인명록 등의 열람 또는 인터넷 검색 서비스를 통해 정보 검색 2)저작권 등 관리 사업자 등에의 조회 3)이용하고자 하는 저작물 등에 대한 식견을 가지는 단체 (저작자 단체, 학회 등)에 조회 4) 일간 신문 또는 저작권 정보센터 웹 사이트에 7일 이상 광고를 행하도록 하고 있다(법 제67조제1항·제103조, 동령 제7조의7, 고시 제1조 내지 제3조). 4번 요건과 관련하여 기간 축소가 지속적으로 행해지고 있고, 우리법상의 기간 축소를 검토하는데 일본의 예가 참조가 된다.⁶⁷⁾

나. 일본에서의 확대된 저작권관리제도 도입 논의

2016. 5에 발표한 일본 내각부 지적재산전략본부의 차세대 지식재산시스템검토위원회 보고서에서는 IoT, 빅데이터, 인공지능(AI) 등 새로운 기술의 발달과 디지털 네트워크화를 통한 혁신의 촉진을 위하여 지적재산권의 보호와 이용의 균형을 기하면서 유연한 해결을 도모할 수 있는 새로운 저작권 시스템의 구축을 논의하면서, 저작권의 이용 측면에 대하여서는 i) 권리자 불명 저작물의 재정제도에 대해 보상금 공탁 후불제 등의 재검토 실시, ii) 확대집중허락제도의 도입 필요성, 법적 정당성, 실시 단체 및 대가 방식 등의 과제 등을 검토하였다.⁶⁸⁾

6. 외국제도의 시사점과 그 한계

EU고아저작물 지침은 고아저작물 온라인 데이터베이스를 작성하여 관리하려는 계획이나 대량의 비상업적 이용의 경우에 좋은 모델이 될 수 있을 것이다. 영국의 고아저작물 관련 라이선스 제도는 중앙 정부 또는 정부 승인 관리기관에 이용료를 지불하고 비독점적 이용허락을 신청할 수 있도록 하는 강제허락제도의 일종으로 우리나라 법정허락제도와 유사하며, 구체적인 운영제도를 제시하고 있어 시사점

67) 2013. 9. 12. 문화심의회 저작권분과회 법제·기본문제 소위원회는 저작권자 불명의 경우 이용하는 재정제도에 대하여 권리자를 찾기 위한 ‘상당한 노력’에 대한 구체적인 요건의 복잡성 등을 고려하여 권리자 불명의 입증 부담의 경감 및 표준 처리 기간의 단축 등 재정제도의 재검토가 필요하다는 의견을 내놓았다. 文化審議會著作権分科會 法制·基本問題小委員會 檢討, 2013. 9. 12.

68) 次世代知財システム検討委員会報告書, 2016. 5.

이 크다. 일본은 대체로 우리나라 현행 제도와 유사하나 재정신청중 이용제도는 우리의 경우에도 많은 참조가 된다. 미국은 법정허락이 아니라 저작권 침해의 경우 구제책을 제한하는 방식으로 접근하고 있으며, 아직까지 법률의 개정은 이루어지지 않고 공정이용(fair use) 조항에 따른 방어수단의 일종이므로 현행 우리나라 제도와는 차이를 보이고 있다.⁶⁹⁾

영국이나 일본과 같이 고아저작물에 대하여 법정허락을 인정하는 경우와 EU차원의 고아저작물지침과 같이 비영리적 도서관 등 문화기관에 한정하여 디지털화하여 공중에 공개하는 이용에 제한하여 저작재산권에 대한 제한 내지 예외를 인정하는 경우는 미국의 공정이용이나 저작권 침해 및 구제에 관한 제한 조항과 달리 법적인 확실성을 제공하여 이용자가 고아저작물 이용을 두려워하지 않게 하는 장점이 있다.

해외 입법례의 한계로는 고아저작물 이용허락제도를 저작권에 대한 제한으로 인식하고, 저작권자 보호에 치중하고 있는 점이라고 할 것이다. 특히 유럽의 경우 저작권집중관리단체가 잘 발달되어, 고아저작물관리가 가능하다는 특징이 있으나, 신속한 이용이 불가능하다는 한계가 있다.

69) 고아저작물을 이용하려는 자에게는 여전히 해소될 위험부담을 질 수 밖에 없다는 점이 한계로 지적될 수 있다. 파멜라 사무엘슨 등은 미국에서의 공정이용이론과 저작권침해에 대한 구제 제한이 미국 고아저작물 문제에 대한 "실행 가능하고 응집력있는" 접근을 제공하는 주요 역할을 할 것이라고 주장한다. Samuelson et al., *supra* note 29 at 55.

IV. 고아저작물 이용허락절차의 문제점과 개선방안

1. 고아저작물이용허락제도

가. 저작권법의 규정

우리 저작권법 제50조는 상당한 노력을 기울여도 공표된 저작물의 저작재산권자나 그의 거소 알 수 없는 경우 저작물의 이용에 대하여 규정하고 있다. 저작권법 시행령 제18조에서는 상당한 노력을 이원적으로 규정하고 있는데, 직접 수행하는 경우와 저작권위원회가 대행하는 경우이다. 즉, 저작권자를 알 수 없는 저작물을 이용하려는 개인은 i) 저작권등록부의 열람 또는 그 사본의 교부 신청을 통하여 조회 ii) 저작권신탁관리업자, 저작권대리중개업자, 또는 이용허락 받은 이용자 중 2명 이상에게 조회(문서를 보냈으나 이를 알 수 없다는 회신을 받거나 1개월이 지났는데도 회신이 없을 것) iii) 일간신문 또는 권리자 찾기 정보시스템에 공고한 날부터 10일 경과 4) 국내의 정보통신망 정보검색도구를 이용하여 검색하여 저작권자를 찾기 위한 상당한 노력의 절차를 직접 수행하거나, 법정허락 간소화제도로서 문화체육관광부장관이 i) 저작권등록부 조회 ii) 저작권위탁관리업자의 보고 사항 조회 iii) 권리자 찾기 정보시스템에 2개월 이상 공고의 찾기 노력을 한 경우에는 개인의 상당한 노력 요건을 충족한 것으로 인정하고 있다.

승인절차는 i) 저작권자를 찾기 위한 상당한 노력(영 제18조) ii) 고아저작물 이용을 위한 승인신청(영 제19조) iii) 승인신청의 권리자 찾기 정보시스템에 10일간 공고(영 제20조 제1항) iv) 의견제출 기회의 부여(영 제20조 제3항) v) 승인통지(영 제21조) vi) 보상금의 공탁(영 제23조)으로 진행된다. 현행 시행령의 규정만으로는 여전히 절차상의 번거로움이 커서 개별 이용자의 법정허락 절차 이용이 그리 활발하게 이루어지지 못하고 있는 실정이다.

나. 유사 보상금 지급제도와 비교

교육목적의 저작물이용에 대한 보상금지급제도가 방송사업자의 실연이나 음반이용에 대한 보상금지급제도는 법에서 정한 일정한 사유에 해당하면 이용료 지급을 조건으로 법률에 의해 자동적으로 허락이 의제되는 좁은 의미의 법정허락(statutory license)이라 할 수 있다. 반면 고아저작물에 관한 법정허락제도는 공적 기관 등 제3자가 개입하여 법률상의 요건을 충족하는지 여부를 심사하여 저작물이용을 허락하는 강제허락(compulsory license)이어서 좁은 의미의 법정허락은 아니나, 저작권자와 먼저 협의를 하지 않는다는 점에서는 유사한 점이 있다.⁷⁰⁾

고아저작물 이용허락제도의 경우는 저작권자에게 해당 저작재산권에 대한 준물권적인 권리가 있었으나 법정허락의 요건을 충족하는 경우 그 권리를 제한하는 조건으로 보상금을 부담하도록 하여 사후적으로 채권적 성격이 된 경우이다.⁷¹⁾ 이런 점에서 원래 채권적 성격을 가지는 저작인접권자의 보상금 청구권과 다르다고 할 것이다.⁷²⁾

다. 고아저작물이용허락의 법적 구성

고아저작물의 저작권자 대신 행하는 문화체육관광부장관의 승인의 법적 성질은 문화체육관광부장관이 중간자로서 고아저작물 이용자와 저작권자 사이에 관여하여 저작권자에 갈음하여 고아저작물에 대한 허락을 하는 대리이용허락이라 할 수 있다.⁷³⁾ 정부가 저작권자 대신 저작물 이용허락의 승인을 행하며 그에 대한 보상금을 정하고 납부받아 일정 기간 보관하는데 이때 이용자가 부담하는 보상금은 이용료의 성질을 가진다고 할 것이다. 이는 부재자의 재산관리에 유사한 법제라고 할 수 있다.

고아저작물 이용허락은 보상금을 권리자가 아니라 법원에 공탁하는 조건으로 하

70) 저작권자의 의사에 반하더라도 저작물 이용허락이 강제되고 보상금 지급을 조건으로 한다는 점에서 협의의 법정허락과 같으나 법률상의 요건을 충족한다고 당연히 허락이 의제되는 것이 아니라는 점에서 자동 법정허락과 차이가 있다. 강학상 강제허락이라 불리나 우리 법상으로는 법정허락이라고만 한다(송영식의, 지적재산권법, 세창출판사, 2010, 278~9면). 그런 의미에서 일본에서는 이러한 법정허락을 재정허락이라 부른다.

71) 보상금의 성격을 이용료(license fee)로 구성할 것인가 저작권자의 권리행사를 위한 담보로 구성할 것인가는 입법 정책의 문제이다.

72) 이에 대하여는 이영록, 최진원, 전계 보고서에서도 잘 설명하고 있다. 26~27면 참조.

73) 보상금을 지급조건으로 하는 외에는 저작재산권자가 하는 저작물이용허락과 완전히 동일한 효과를 발생시킨다. 이혜원, 저작권법(제3판), 759면

는 것 외에는 저작재산권자가 하는 저작물이용허락과 유사한 측면이 있으나 입법 정책에 따라서는 그 법률 효과에 있어 차이를 가져올 수 있다. 또한 저작재산권자의 허락에 기한 이용권은 동의가 있으면 양도할 수 있음에 반하여 문화체육관광부장관의 승인에 의한 이용권은 그 양도성이 부정된다는 점에서 차이가 있다.

현행 고아저작물 이용제도의 핵심은 이용자가 고아저작물임을 확인한 후 이용하도록 하고 보상금을 사전에 납부하도록 하여 법정허락제도가 남용되지 않도록 하면서, 그 중간에 정부기관이 후견적 입장에서 관여하여 사전적 저작권자 보호를 도모하는 것이다. 그러나 이러한 제도적 장치는 오늘날 저작물을 신속하게 이용하여야 할 필요에는 부합하지 않는 면이 있다.

라. 고아저작물 이용허락제도의 문제점 개관

현행 저작권법령 하에서 고아저작물 법정허락제도는 법정허락요건이 엄격하고 절차상의 번거로움이 커서 개별 이용자의 법정허락 이용이 그리 활발하게 이루어지지 못하고 있는 실정이다. 또한 긴급한 이용이 불가능하고, 대량이용의 경우의 번잡스러움, 공탁제도의 까다로움, 보상금이 국고귀속 되는 문제점, 법정허락 과정의 비체계적 관리, 법정허락과 저작인격권과의 충돌⁷⁴⁾, 외국인저작물 등도 문제로 지적되고 있다.

2. 이용허락절차의 문제점

고아저작물 법정허락의 절차는 장기간이 소요되고 신속한 이용에 적절하게 대응하지 못하고 있다. 이원적으로 운용된다고 하더라도 그 효용을 찾기 어려우므로

74) 우리 저작권법상 고아저작물에 대한 법정허락은 저작재산권에 관한 것으로서 법정허락시 저작권자의 저작인격권은 유보된다고 할 것이나 법정허락으로 저작권자의 저작인격권이 침해될 여지가 있다. 2차적 저작물 작성에 대한 법정허락시 저작인격권 침해가 문제될 수 있으나, 저작자가 그의 저작물의 내용·형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리인 동일성유지권(제13조)은 배른협약과 마찬가지로 명예나 명성을 해치는 왜곡·절단·기타 변경 또는 기타 훼손행위에 이의를 제기할 권리라고 해석되므로(배른협약 제6조의2 1항 참조), 이러한 경우에 해당되지 않는 한, 실제로 2차적저작물 작성에 대한 법정허락시 저작인격권 충돌문제는 없을 것으로 판단된다. 이에 저작권법 제13조(동일성유지권) 개정으로 명예 또는 명성 훼손적 행위에 한해서 인정되는 것으로 명문화하는 문구를 포함시켜 동일성유지권과 2차적저작물작성권 간의 관계를 분명하게 하거나 고아저작물의 이용에 있어 저작인격권 존중의무를 명시적으로 부과할 필요가 있다.

이를 차라리 일원화하고 상당한 노력의 절차를 대폭 간소화함으로써 이용자가 쉽게 제도에 접근할 수 있도록 할 필요가 있다. 아울러, 긴급한 이용의 필요를 고려한 제도의 부재, 이용료를 공탁하는 번거로움과 권리자가 나타나지 않으면 10년 경과 후 국고에 귀속되는 점 등을 개선할 필요도 있다. 또한, 비영리적 이용의 경우 비용이 부담이 되므로, 부담을 덜어주기 위하여 보상금액과 신청수수료를 감면하는 방안도 고려하여야 할 것이다.

이에 패러다임의 전환으로 고아저작물의 신속한 이용을 가능하게 하면서 사후적으로 저작권자의 권익을 보장하는 방안이 필요하다. 저작권자와 이용자 간의 이해의 조정을 기하여 저작권자 보호와 저작물의 공정한 이용 촉진이라는 두 마리의 토끼를 잡아야 하는 것이다.

3. 이용허락절차의 개선방안

가. “상당한 노력” 의무의 경감

현행의 이원화 운영에도 법정허락 승인신청 건수가 증가하고 있지 않아 상당한 노력 기준을 다시 일원화하고 단순화하는 것이 필요하다.⁷⁵⁾ 이용자들이 상당한 노력 요건을 충족에 불편을 호소하고 있으며, offline과 online 베이스 혼재로, 요건 기준을 대폭 완화할 필요가 있다.⁷⁶⁾ 이상적으로는 상당한 노력의 의미를 무료로 용이하게 이용할 수 있는 온라인 DB에 대한 조사를 성실하게 한 경우로 한정하는 견해가 힘을 얻고 있으므로,⁷⁷⁾ 이에 따라 선도적으로 저작물에 관한 온라인 DB를 구축하는 한편 상당한 노력의 수준을 저감하는 입법으로 나아가는 것이 타

75) 우리나라 “상당한 노력”의 기준은 일본법의 개념과 대체로 유사하나 개정으로 일부 변경되고 이원화되어 있는 점에서 약간의 차이가 존재한다.

76) 영국 내 라이선스 체계에 의해 고아저작물의 라이선스를 받기 위해서는 권리자의 소재에 대한 성실한 조사(diligent search)가 필요하다(제4조). 조사 시 참조할 정보로는 영국 지적재산권청 (Intellectual Property Office, IPO)이 관리하는 고아저작물등록부, EUIPO의 고아저작물 데이터베이스, 그리고 1988년 저작권·의장·특허법(CDPA) 부칙 ZA1 제2부에 규정된 정보원이다(동조 제3항). 성실한 조사의 내용은 정부가 공표하는 안내서에서 자세히 설명되어 있으며, 대상이 되는 저작물의 종류(영상·음원, 도서·신문·잡지 등의 문헌, 그림·사진 등의 정지화면)에 따라 다르다.

77) 최근의 유력한 견해로는 Simone Schroff, Marcella Favale, Aura Bertoni, The Impossible Quest - Problems with Diligent Search for Orphan Works, IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law, May 2017, Volume 48, Issue 3, pp 286-304 참조.

당할 것이다. 다만 저작권재산권자 불명인 경우를 너무 쉽게 인정하면 저작권재산권자 보호를 소홀히 하는 결과가 될 수 있다는 점을 유의하여 최소한의 보장 장치는 필요하다.

나. 이용허락 전 이용 제도의 도입

법정허락을 신청하고 승인이 이루어지기까지 2개월 이상의 기간이 소요되는데, 해당 저작물을 긴급하게 이용할 필요가 있는 경우 그 수요를 충족시키지 못하는 문제가 있다. 일본의 경우 2009년 개정법에 따라 문화청의 재정 결정 전에 담보를 제공하고 신청 중 이용제도를 활용하고 있는데, 이와 유사하게 상당한 이유가 있는 경우에는 법정허락을 승인하기 전이라도 보상금을 기탁하는 조건으로 저작물 등의 이용을 개시할 수 있는 제도를 도입할 필요가 있다. 이를 통해 대량의 정보에서 가치를 창출하는 새로운 혁신창출을 촉진하는 한편, 지적재산권의 보호와 이용의 균형을 기하면서 저작물 이용의 신속한 이용을 도모할 수 있을 것이다.

다. 이용 조건의 명시

저작권 존속기간중이라면 권리자의 권리행사기간을 고려하여 10년의 범위 내에서 이용자가 선택한 기간은 이용할 수 있도록 하여야 할 것이다. 그 이후에도 이용자가 원하는 경우에는 같은 기간 되풀이 하여 법정허락을 받아 이용할 수 있을 것이다.⁷⁸⁾

라. 국제규범과의 정합성 여부

베른 조약 기타 다자조약(WTO/TRIPs협정이나 WCT 및 WPPT), 미국 및 EU와의 사이에 체결된 무역자유협정이 허용하는 바에 따라 저작물등의 권리자가 민법상 권리 행사기간인 법정허락사실의 게시한 날로부터 10년 이내에는 보상금 지급을 청구할 수 있고 또 부당이득의 법리에 따라 남은 이익의 반환을 청구할 권리가 있으므로 국제규범이 요구하는 저작권자가 상당한 보상을 받을 권리를 해치지 않

78) 영국 규칙에 의하면 부여된 라이선스는 영국에서 유효한 비독점적 사용권이며, 7년을 넘지 않는 범위에서 유효하다(OW규칙 제6조(2)(a)(b)). 일정한 절차를 거침으로써 갱신도 가능하다(OW규칙 제8조).

는다.

3단계 테스트(three-step test)가 고아저작물 이용허락제도에도 적용된다는 견해에 따르면 i) 고아저작물의 경우 저작권자가 불명한 경우로서 특별한 경우에 해당하고, ii) 저작권자가 저작물을 이용하지 않고 있어 저작물의 통상적인 이용과 충돌하지 않으며, iii) 저작인격권 보호/보상금지급으로 저작권자의 정당한 이익을 부당하게 침해하지 않는다. 따라서 3단계 테스트의 적용대상이 된다고 보는 견해에 의하더라도 그 위반은 아니라고 판단되므로, 국제규범에 저촉되지 않는다.

V. 고아저작물 이용 보상금제도의 문제점과 개선방안

1. 보상금의 법적 성질

현행 저작권법은 고아저작물을 이용하려는 자는 이용에 대한 승인을 받고 이용 개시 전에 보상금을 미리 법원에 공탁하게 되어 있다. 보상금 액수는 저작물의 종류와 이용의 유형 별로 비고아저작물 보다 고아저작물이 지나치게 유리한 조건에서 경쟁하는 결과가 되지 않도록 하기 위하여 보상금을 통상의 이용료액에 접근하는 적절한 요율로 책정하는 것이 보통이다. 또한 이용자는 보상금을 공탁함으로써 저작권자에 대하여 이용료를 지급할 의무를 면한다. 따라서 현행법상 보상금의 성격은 기본적으로 저작물 이용의 대가라 할 수 있다. 그러나 권리자는 후일 이용허락이 된 사실을 알게 되더라도 보상금을 수령하는 외에는 이용이 허락된 기간 동안에는 이용자에 대하여 아무런 권리도 가지지 않을 뿐 아니라 대부분의 보상금은 권리자 불명상태에서 권리자에게 지급되지 않고 시효가 만료되면 국가에 귀속하고 만다. 이는 법정허락 사실을 몰랐던 선의의 권리자 보호에 미흡한 결과가 될 수 있고 궁극적으로는 보상금이 국고에 귀속되어 저작권제도와 무관한 용도에 쓰이게 됨으로써 정책적으로 문제가 있는 결과가 되고 있다.

2. 보상금제도의 문제점

가. 보상금 책정 기준의 문제점

비고아저작물이라는 점을 고려한 보상금 책정이 필요하다. 비영리기관이나 비영리 목적으로 고아저작물을 이용하는 경우에도 영리적 목적 이용과 마찬가지로 수수료와 보상금 공탁을 하게 하고 있어 문제이다. 또한 대량이용의 경우나 재이용허락의 경우의 특례를 검토할 필요가 있다.

나. 보상금 공탁제도의 문제점

고아저작물을 이용하려는 자는 관할 공탁소에 보상금을 공탁하여야 하나 일반 국민은 공탁절차를 잘 알지 못하여 법무사등에게 위임하여야 하는 경우가 많고 저작권자의 주소지를 관할하는 공탁소를 찾아가서 공탁절차를 밟아야 하며 통상 관할 공탁소가 고아저작물에 대한 보상금 공탁제도를 숙지하지 못하여 공탁을 받는 것을 거부하거나 지체하는 경우가 많고 온라인 공탁방법이 제공되지 아니하여 불편한 점이 적지 않은 실정이다. 이에 이용자들의 이용에 편리하게 서울에 있는 기관에 보상금을 공탁이 아니라 간편하게 송금하는 등의 방법으로 용이하게 맡길 수 있는 등 좀더 이용자 편의를 고려한 제도 개선이 필요할 것으로 보인다.⁷⁹⁾

다. 보상금의 국고귀속제도의 문제점

또한 공탁을 하는 경우 보상금지급청구권이 시효소멸하면 그 공탁금은 국고에 귀속하는 바 이는 저작물의 이용대가가 국고에 귀속하기 보다는 이용된 저작물과 유사한 저작물의 창작을 지원하는 등 문화를 창달하는데 사용하는 것이 국가 사회적으로 더 의미가 있고 또 저작권관리단체에 지급된 미분배 보상금은 일정 기간이 경과하면 공익목적을 위하여 사용할 수 있는 것(저작권법 제25조 제8항 참조)과

79) 영국의 경우 소재 불명인 권리자가 나타난 경우를 위해 지적재산권청은 적어도 8년간 보상금을 보관한다(OW규칙 제10조(2)). 불명의 권리자가 허락기관이 라이선스를 부여한 후 나타난 경우 권리자는 자기의 저작물을 다시 통제할 수 있는 동시에, 그 사람을 위해 확보된 보상금을 청구할 수 있다(OW규칙 제12조). 고아저작물의 권리자가 고아 이용허락 부여일로부터 8년을 초과한 후 지적재산권청에 나타나서 신원 확인 및 고아저작물에 대한 관련 권리의 권리자임을 증명하는 경우, 지적재산권청은 권리자에게 해당 사례의 모든 상황에서 합리적인 금액을 지급할 수 있다(OW규칙 제13조 제3항).

균형이 맞지 않은 점이 있다 할 것이다. 이를 감안하여 보상금을 저작권제도 발전 등 공익목적으로 사용하는 등 그 용도에 관한 개선방안도 고려할 필요가 있다.⁸⁰⁾

3. 보상금제도 개선방안

가. 보상금 기준의 설정

원칙은 비고아저작물 이용과 균형을 이루는 보상금 요율 책정할 필요성이 있다는 점이다. 최소한 비영리적 이용에 있어 문화체육관광부가 보상금 산정기준을 정할 때 다수의 저작물이나 저작인접물의 이용을 승인하는 경우 감액된 보상금을 납부하도록 정할 수 있을 것이다. 구체적으로는 이용자가 단순히 대량의 저작물에 대하여 이용 허락을 신청한다고 하여 보상금액의 감액을 허용하는 것은 아니고, 그 대상을 특정 저작권자의 저작물중 다수의 저작물을 이용하는 경우로 한정하여 허용하는 것이다.⁸¹⁾ 보상금에 대한 볼륨 디스카운드(volume discount)의 취지를 확대하여 대량 법정허락시 이용을 신청하는 자에게 수수료를 감면할 수 있을 것이다. 재이용허락의 경우 10년이 경과한 이후에는 저작권자가 출현할 가능성이 현저히 적으므로 법정허락 절차나 보상금의 책정에 있어 특별한 취급을 할 수 있을 것이다.⁸²⁾

나. 보상금 기탁제도의 창설

일반적으로 기탁은 특정한 목적을 위하여 목적물을 타인에게 맡기는 것을 말한다.⁸³⁾ 반면 공탁은 채무 변제에 갈음하여 제3자에게 채무를 이행하고 채무를 면하

80) 영국의 경우 관리자가 불명인 채 라이선스 부여 후 8년이 경과하면 라이선스료는 정부가 이용할 수 있는바, 당초 미청구금은 고아 저작물 허락제도의 설립 및 운영 비용에 충당하고, 잉여금이 있으면 사회, 문화, 교육 활동 기금으로 사용한다(OW규칙 제13조).

81) 예컨대, 다수의 대중가요를 작곡한 자가 행방불명된 경우 그 작곡가의 대중가요 전부에 대해 이용허락을 받는 경우를 상정할 수 있다.

82) 영국 지적재산권청은 신청 등의 절차에 관하여 합리적인 비용을 징수한다(OW규칙 제9조). 라이선스료는 저작물의 종류와 이용의 유형과 관련하여 적절한 요율로 설정된다(OW규칙 10조(1)). 신청료 경감을 허용하는 입법례로 영국의 경우 저작물의 유형을 구분하지 않고 일괄적으로 신청료를 경감하고 있다. 한번에 30건까지 신청할 수 있고, 신청건수에 따른 신청료액은 IPO, Orphan Works: Review of the first twelve months, at 3.

83) 기탁이라는 용어는 현행법에서도 여러 군데서 발견되고 있다. 예컨대 공직선거법상으로는 '선거 후보자 기탁제도'가 있는바 후보자등록을 신청하는 자에게 일정한 금액을 선거관리위원회에 납부하게 하고 선거후 일정요건 충족하면 몰수하거나 반환하는 제도이다(동법 제56조 참조). 또한 정치자금법상 정치자금 기탁 제도는 국가기관인 선거관리위원회가 정치자금을 기부하고자 하

는 제도로서 반드시 채무자의 채무를 면제시키는 것이 아닌 기탁과 구별된다.⁸⁴⁾

방송이나 음반에 이용하는 저작물의 이용 대가인 보상금의 기탁은 변제기탁에 해당하고 고아저작물의 경우에는 저작권자의 존부나 소재를 알 수 없으므로 변제를 하고자 하는 것이 아니라 권리자가 나타날 때 부담할 채무를 담보하는 담보기탁의 성격을 가지는 기탁으로 구성할 수 있을 것이다.

이용규모가 커지고 이용방법이 다양화됨에 따라 권리와 이용의 적절한 균형을 유지하기 위하여 이용자의 이익을 대변하기 위한 이용자단체의 설립이 필요하다고 할 것이며, 고아저작물 법정허락 등의 경우 보상금을 법원공탁소에 공탁하거나 권리자신탁단체에 기탁하기 보다는 이러한 이용자단체에서 관리하고 권리자에게 지급하는 것이 적합하다고 할 것이나, 아직은 시간으로 두고 사회적 합의 도출과 신뢰성 있는 이용자단체의 설립과 성장을 기다려보아야 할 것이다. 이에 우선은 저작권위원회에 보상금을 기탁하도록 하는 방안을 고려할 수 있을 것이다.⁸⁵⁾⁸⁶⁾

이에 이용료의 변제에 갈음하는 공탁에서 부당이득금 담보금의 기탁으로 변경하고, 수탁기관도 법원에서 문화부나 한국저작권위원회로 변경하고, 보상금을 기탁한 자는 기탁금액, 기탁기관 및 소재지 등을 공고하도록 할 필요가 있다.

한편, 보상금 기탁의 예외를 인정할 필요가 있다. 도서관 기타 비영리기관이 외부 이용자에게 전자적 형태로 복제/전송하여 열람/출력할 수 있게 하기 위하여 이용허락 승인을 얻은 경우 또는 비영리적 목적으로 일정수량 이상으로 이용하기 위하여 이용허락 승인을 얻은 경우 보상금 기탁에 갈음하여 보상금에 대한 부보를

는 각 개인으로부터 기탁금을 받아 일정한 요건을 갖춘 정당에 지급하는 제도이다(동법 제3조 참조). 그 외 특허법상으로는 '미생물 기탁제도'가 있는바 출원된 미생물을 공인된 기관에 기탁하고 공개 후에는 제3자가 분양받을 수 있도록 함으로써 명세서 기재사항을 보완하는 효과를 거두고 있다(동법 시행령 제2조 참조). 이처럼 기탁의 법적 개념은 정의하기에 따라 다양한 함의를 가질 수 있는 융통성 있는 개념이다.

84) 또한 신탁은 신탁자를 위하여 수탁자에게 목적물을 관리하게 하는 제도로서 자신을 위한 것이 아니라 특정한 목적을 위해 목적물을 수탁자에게 맡기는 기탁과는 구별된다.

85) 법정허락을 담당하는 정부기관에 관하여 영국 규칙상으로는 지적재산권청장이(영국 라이선스를 부여하는 권한은 지적재산권청장이 가진다(OW규칙 제6조), 일본법상으로는 문화청이 각 이용 허락 권한을 보유한다. 우리나라의 경우도 당분간은 현행법과 같이 문화체육부장관이 그 권한을 가지도록 할 필요가 있으나 장기적으로는 저작권에 전문성을 가진 한국저작권위원회에 이용허락 권한을 부여하고 그에 대하여 이의가 있는 경우 문화체육부장관이 재심사하게 하는 것이 효율적일 것이다.

86) 만약 기탁이라는 용어를 회피하고자 한다면 '제공'이나 '납부'로 대체하는 방안을 생각할 수 있다.

허용하는 방안을 고려하여야 할 것이다. 계속/반복 이용되는 고아저작물에 대한 기탁 부담을 완화할 필요가 있으므로 기탁금 기준 설정시 반영하여야 할 것이다.

다. 보상금 사용 방안

(1) 고아저작물 이용을 위한 보상금 기탁의 법률 효과

(가) 이용자에 대한 법률 효과

공탁의 경우 이용자는 권리자에 대하여 채무를 면하는 결과가 되나 보상금을 기탁하는 경우에는 이용자는 채무를 면하는 것이 아니라 권리자가 보상금을 청구하여 수령하여야 그 범위 내에서 채무를 면하는 것이고 권리자가 추가로 자신의 손해에 대한 부당이득 반환이나 배상을 청구하는 경우 이에 응하여야 한다는 점에서 차이가 있다.

(나) 보상금의 처분에 관한 법률효과

또 하나의 차이는 소멸시효기간이 경과한 후의 보상금 처분권이다. 공탁의 경우 공탁법의 규정에 따라 국고에 귀속한다. 기탁의 경우 법이 규정하는 바에 따를 것이나 그 전부를 저작권에 관련한 공익목적에 사용할 수도 있고 또 그중 일부를 이용자에게 반환할 수도 있을 것이다.

(2) 저작물 등의 권리자의 권리의 시효 소멸

저작물 등의 권리자가 기탁기관에 대하여 가지는 보상청구권의 법적 성질에 관하여는 견해가 나누어진다. 일설은 보상금을 저작물등 이용의 법정허락에 따른 사용료의 성격을 가진 것으로 본다.⁸⁷⁾ 반대의 견해로 보상금을 권리자가 이용자에게 대하여 가지는 손해배상청구권이나 부당이득반환청구권을 담보하기 위하여 권한 있는 기관이 잠재적 침해자인 이용자로부터 받아 보관하는 담보금적 성격을 가진 것으로 볼 수 있을 것이다. 생각건대 만약 보상금을 사용료로 보게 되면 권리자의 사용료청구권이 민법 제163조가 규정하는 3년의 단기소멸시효에 걸리게 되므로 3년 내에 권리를 행사하지 않으면 보상금청구권은 시효로 소멸한다고 보게 된다.

87) 오승중, 저작권법강의, 박영사, 2016, 487면은 보상금을 저작물 이용에 대한 대가로 지급하여야 하는 것으로 본다.

그러나 권리자 자신은 법정 허락된 사실을 전혀 모르고 있으므로 3년의 단기소멸 시효에 걸린다고 하여서는 권리자 보호에 미흡한 결과가 되고 이는 저작권자의 정당한 이익(legitimate interest)을 해쳐서는 안되고 저작권자에게 상당한 보상(equitable remuneration)을 하여야 하는 국제규범상에 반하는 결과가 될 수 있어 부당하다 할 것이다. 따라서 보상금은 권리자의 이용자에 대하여 가지는 손해배상청구권이나 부당이득반환청구권을 담보하는 성격을 가지고 있다고 보는 것이 권리자 보호와 이를 규정하는 국제규범에 부합하는 해석이라고 할 것이다. 보상금의 성격을 이렇게 이해한다면 권리자는 부당이득이 발생한 때로부터 10년, 권리침해의 불법행위가 있는 날로부터 10년⁸⁸⁾의 경과로 보상금청구권을 상실한다고 해석함이 타당할 것이다.

결국 권리자의 기탁기관에 대한 보상금청구권이 시효로 소멸한 이후, 즉 법정허락사실을 게시한 날로부터 10년이 경과하여도 권리자가 보상금 지급을 청구하지 아니한 때에는 기탁기관 기타 그 보상금을 관리하는 정부 기관은 기탁 받은 보상금을 처분할 수 있게 된다고 할 것이다.

(3) 권리 소멸 후 보상금의 사용 방안

저작물 등의 권리자의 권리의 시효 소멸로 보상금을 관리하는 기관이 이를 사용하는 방안으로는 (i) 국고에 귀속시키는 방법, (ii) 이용자에게 반환하는 방법 또는 (iii) 저작권제도 발전등 공공의 목적에 사용하는 방법의 세 가지 방법이 있을 수 있다. 일본은 제1의 방법을, 영국은 제3의 방법을 쓰고 있어 이 문제는 법적 결론이 있기 보다는 정책적인 결정에 따를 문제로 보인다. 이용자에게 반환하는 방법은 저작물등을 아무런 대가없이 쓰는 결과가 되어 이용자에게 불의의 부당이득을 안겨주는 결과가 되고 단순히 국고에 귀속시키는 것은 저작권제도의 취지와는 무관하여 기탁된 보상금은 문화체육관광부 장관 또는 한국저작권위원회가 저작권과 관련한 목적을 위하여 사용할 수 있도록 하는 것이 타당할 것이다. 이 점은 보상금

88) 불법행위의 경우 가해자와 가해사실을 안 날로부터 3년간 권리를 행사하지 않으면 손해배상청구권이 시효소멸하나 고아저작물 법정허락에 있어서는 권리자가 이용자나 이용 사실을 알 수 없을 것이므로 3년의 시효기간은 적용되지 않는다고 할 것이다.

을 해당 저작재산권자를 대신하여 받아서 관리하는 저작권신탁단체가 미분배 보상금을 사용할 수 있는 용도와 그 궤를 같이 한다고 할 수 있다.⁸⁹⁾

VI. 고아저작물 공시제도의 확충

1. 현행 공시제도와 문제점

현행 저작권법은 법정허락 내용을 정보통신망에 게시하도록 하고 동법 시행령은 “권리자 찾기 정보시스템”을 구축하도록 하고 있다. 현재 저작권위원회의 ‘저작권 찾기’는 법정허락의 각 단계에 따라 승인신청공고목록, 승인공고목록 및 보상금 공탁공고목록의 세 가지로 제공된다. 다만 각 목록이 유기적으로 연결되지 못하고 있어 이에 대한 형식적 보완이 필요하다. 이는 저작권 찾기 서비스가 법정허락 절차를 이용코자 하는 수요자들에게 가장 적극적인 창구로 파악됨을 고려할 때 상당한 문제이다. 비체계적이고, 이용자에게 불편을 주고 있어 법정허락의 관리를 체계적으로 하여 권리자는 물론 이용자의 편의를 도모할 필요가 있다. 따라서 본 공고의 목록을 살피는 것만으로도 법정허락신청의 절차 및 승인의 기준 등을 파악하고 적극적으로 제도를 이용할 수 있게 개선되어야 할 것이다. 저작권 찾기 및 법정허락 제도의 취지를 고려할 때 공고목록의 기능을 입체화하고 저작권등록원부 등 기존의 저작권 데이터베이스와 연동시켜 장기적·거시적으로는 저작권에 관한 통합적 관리체제로 개선할 필요가 있을 것이다. 특히 신규로 창작되는 저작물들에 대해서는 초기에 세부 권리관계를 잘 조율하여 고아저작물의 발생을 막음은 물론, 이용자와 권리자 모두가 향유할 수 있는 제도를 고민해야 할 것이다.

89) 저작권법 제25조 제8항 참조. 동 조항은 2006년 12월 28일 개정되어 2007년 6월 29일 시행되었는데 그 개정과정은 다음과 같다. 4건의 의원 발의 개정법률안 중 일부 내용을 수정통합하여 위원회 대안을 제안하고, 4건의 법률안을 각각 본회의에 부의하지 아니하기로 의결하였다. 이에 따라 2006년 12월 1일에 문화관광위원장 대안으로 발의되었다. 2006년 12월 1일 제262회 국회(정기회) 제16차 본회의에서 원안 가결되었다. 이 법안에 따라 보상금 분배 공고 후 3년이 경과한 미분배 보상금을 문화관광부장관(현 문화체육관광부장관)의 승인을 얻어 공익목적으로 사용하는 것이 가능해졌다.

2. 외국인 고아저작물의 이용

가. 해외에서의 저작물 이용 포함 여부

고아저작물의 해외 이용은 한국의 저작권법의 효력이 해외에 미치지 않기 때문에 법정허락제도의 적용을 받을 수 없다고 해석할 수도 있다.⁹⁰⁾ 그러나 저작권은 특허권에 비하여 속지적 성격이 약하므로 저작권법의 효력이 미치는 지역적 범위를 기준으로 허락 가부를 가리는 것은 반드시 타당하다고 할 수 없다. 바꾸어 말하면 특허법의 역외 적용은 엄격히 제한되어야 하지만 저작권법의 역외 적용은 허용될 수 있다. 저작물의 디지털 소비가 점점 많아지고 있는 현금의 상황에서는 하나의 이용허락으로 해외의 여러 나라에서 이용을 할 필요가 있다는 점을 고려하여야 한다. 예컨대 외국에 거주하는 외국인이 한국인의 저작물임은 확실하나 그 저작권자의 한국내 거소를 알 수 없는 경우 자국에서 법정허락을 받고 보상금을 자국에서 공탁하거나 자국의 저작권관리기구에 지급하고 이용하게 한다면 후일 한국의 저작권자가 출현하였다 하더라도 이용된 저작물의 이용대가를 회복하는데 많은 어려움이 따를 것이므로 한국에서의 고아저작물 이용허락제도를 이용하게 하는 것이 권리자 이용자 쌍방 간에 도움이 될 수 있다. 따라서 고아저작물의 저작권자가 한국에 거소를 두고 있을 것으로 추정되는 경우에는 한국에서의 절차를 밟아 세계 각국에서 이용할 수 있도록 하여야 할 것이다. 이를 저작권법의 역외 적용이라고 한다면 이러한 역외적용은 허용되어야 할 것이다.

나. 외국인 저작물에 대한 법정허락제도의 도입

앞서 살펴본 바와 같이 글로벌화의 영향으로 외국인의 고아저작물도 이용하여야 할 현실적인 필요성이 증대되고 있다. 외국의 입법례를 보더라도 일본의 경우 “저작권법에서 공표된 저작물 또는 상당 기간 동안 공중에 제공되거나 또는 제시되는 사실이 분명한 저작물”(Works that have been made public or for which “it is clear that it has been offered to or made available to the public for a

90) 일본의 저작권 실무는 “著作物等の海外における利用については、原則として我が国の著作権法の効力が及ばないので、本裁定制度の適用を受けることはできません。” 이라고 하여 그러한 입장을 취한다.

considerable period of time”(제67조 제1항)이라고 하여 외국저작물도 재정허락의 대상이 되는 것으로 이해되고 있고⁹¹⁾, 영국의 경우 OW규칙에서 “모든 저작권으로 보호되는 저작물 또는 실연”(Any copyright-protected work or performance)이라고 하여 외국저작물도 포함하고 있으며(제3조)⁹²⁾, 미국의 2015년 고아저작물법 초안에서도 “모든 공표되거나 비공표된 저작권으로 보호되는 저작물”(All (published and unpublished) copyright-protected works)이라고 하여 외국저작물도 포함하고 있다.⁹³⁾ EU의 고아저작물 지침의 경우에도 “수혜단체(beneficiary institutions)에서 보유한 공표된 서적, 영화 또는 시청각 저작물 및 음반 저작물과 출판되거나 방송된 적은 없지만 그러한 기관에서 공개적으로 접근할 수 있는 특정 저작물(대상 저작물에 삽입되거나 통합된 저작물 또는 필수적인 부분을 구성하는 저작물을 포함한다)”이라고 하여 외국저작물도 포함하는 것으로 이해된다.⁹⁴⁾

저작권자가 외국에 거소를 두고 있을 것으로 추정되는 고아저작물의 경우에는 한국 내에서의 이용에 한하여 이용허락을 받을 수 있다고 해석하는 것이 쌍방 간의 이해를 절충하는 방안이 될 것이다. 이 경우 저작권자가 한국에서 이용허락이 되었고 보상금이 기탁(또는 공탁)되어 있는 사실을 알기 어려우므로 권리행사에 지장을 줄 우려가 있다는 지적이 있을 수 있으나 고아저작물등록부나 저작권등록부에 이용허락 사실을 기재하고 이를 정보시스템에 공시한다면 저작권자는 자신의 저작물이 이용 허락되었을 가능성이 있는 세계 각국의 등록부 등 데이터베이스를 검색함으로써 용이하게 권리를 행사할 수 있을 것이다. 장기적으로 세계적으로 하나의 데이터베이스를 구축하거나 데이터베이스 간에 연동을 시키면 한 번의 검색으로 이용 허락여부를 알 수 있게 될 것이다.

91) 일본 문화청 저작권과에서는 권리자불명저작물등의 이용에 대한 재정절차 안내서(2016.2)에서 이 재정절차가 외국저작물에도 적용됨을 분명히 하고 있다. 외국저작물의 경우 광범위한 웹사이트 검색기능을 가진 웹사이트 검색(예컨대, 야후 재팬, 구글)에 의하도록 하고 있다. 근거 자료: 文化庁長官官房著作権課, 裁定の手引き ~ 権利者が不明な著作物等の利用について ~ 平成28年2月[御質問1]의[回答]

92) Copyright and Rights in Performances (Licensing of Orphan Works) Regulations, 2014, S.I. 2014/2863, art. 3

93) [Discussion Draft] Orphan Works Act of 20__, sec. 2, § 514(b)-(c).

94) Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on Certain Permitted Uses of Orphan Works, art. 1(2)-(4).

3. 고아 저작인접물의 이용

현행법 제50조는 법정허락의 대상을 저작권자 불명의 저작물에 한정하고 실연·음반 및 방송의 이용에 관하여 제89조에 준용규정을 두고, 데이터베이스의 경우에는 제97조에 준용규정을 두어 해결하고 있다. 그러나 제50조에서 저작물 이외에도 실연, 음반, 방송 및 데이터베이스 등의 저작인접물도 그 권리자 불명의 경우 법정허락의 대상에 포함시키는 것이 체계화된 저작권법 입법방식으로 우월하다고 할 것이다. 향후 저작권법 전부개정 시에는 저작재산권자 불명의 저작물외에도 실연, 음반, 방송 등의 저작인접물의 권리자가 불명인 경우의 법정허락까지 포함하는 것으로 개정하는 것을 고려하여야 할 것이다.

4. 저작권등록부 고아저작물편의 창설

가. 공시제도 개선 방안

(1) 고아저작물 현황 조사의 필요성

앞서본 바와 같이 영국의 경우 공동정보시스템위원회가 행한 “In from the Cold” 연구조사나 미국 저작권청 연구보고서에서 상상 이상으로 고아저작물이 많다는 사실이 밝혀졌다. 우리나라의 경우에도 문화체육부는 각 도서관, 박물관 및 저작권관리기구 등을 통하여 고아저작물의 실태를 조사하여 이 조사보고서를 공시한다면 고아저작물의 이용 활성화에 큰 도움이 될 것으로 보인다.

(2) 고아저작물 등록부제도의 도입

영국 고아저작물규칙은 영국 저작권청으로 하여금 고아저작물등록부를 만들어 (i) 법정허락 신청 내용, (ii) 법정허락이 승인된 경우 그 허락 내용, (iii) 법정허락 신청이 기각된 경우 그 사실을 기재하게 하고 있다. 또한 EU고아저작물지침도 EUIPO에 공중이 온라인으로 검색할 수 있는 고아저작물데이터베이스⁹⁵⁾를 설치할

95) Article 3(6) of the Directive 2012/28/EU of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works는 다음과 같이 규

것을 규정하였다. 우리나라의 경우에도 저작권등록부에 고아저작물등록부편을 만들어 법정허락 신청인으로 하여금 고아저작물을 등록하게 하고 나아가 법정허락 과정과 내용을 등록부에 기재하도록 하는 것이 바람직할 것이다.

나. 저작권등록부 기재 사항의 확대

(1) 법정허락의 과정과 내용의 저작권등록부에의 기재

저작권등록부에 고아저작물등록부편을 만들어 법정허락 신청인으로 하여금 고아저작물을 등록하게 하고 나아가 법정허락 신청 사실, 부처 승인 또는 기각에 이르기까지의 과정과 저작재산권자의 확인 여부 및 법정허락 취소를 등록부에 기재하도록 할 필요가 있다.

이 법정허락신청인에 의한 저작물등록은 미등기부동산에 대한 이해관계인의 대위보존등기의 법리를 원용한 것으로 가급적 저작물을 저작권등록부에 등록하여 공시기능을 강화하고 이해관계인의 권리처리와 이용 활성화에 기여할 수 있도록 제도를 구축해나가는 일환으로 삼는 것이 타당할 것이다. 이 점은 향후 저작권등록부의 역할을 고아저작물뿐만 아니라 저작물 전반에 대한 통합적 관리체계의 주된 기능을 담당하게 하는 시금석이 될 수 있을 것이다.

(2) 고아저작물의 공시 강화를 통한 이용 촉진

또한 이러한 관점에서는 현행 저작권등록부 열람제도는 회원 가입을 하여야 비로소 저작권등록부를 열람할 수 있도록 되어 있으나 저작권등록부의 공시기능을 강화한다는 차원에서 회원 가입을 하지 않고도 저작권등록부를 열람할 수 있는 시스템으로 전환할 필요가 있다 할 것이다. 이 점과 관련하여 고아저작물의 공시에 관하여 영국 OW규칙이 EU고아저작물지침과 마찬가지로 저작권청이 고아저작물 등록부를 공중이 전자적인 방법으로 또 무상으로 열람할 수 있도록 할 것을 명시

정한다. “ Member States shall take the necessary measures to ensure that the information referred to in paragraph 5 is recorded in a single publicly accessible online database established and managed by the Office for Harmonization in the Internal Market (the Office) in accordance with Regulation (EU) No 386/2012. To that end, they shall forward that information to the Office without delay upon receiving it from the organisations referred to in Article 1(1).”

한 점⁹⁶⁾도 시사하는 바가 있다고 할 것이다. 즉, 지적재산권청은 다음의 고아저작물의 세부 사항을 명시한 등록부를 유지하고 갱신하도록 규정하고 있다(OW규칙 제5조 제1항). 즉 등록부에 (a) 성실한 조사가 수행되었고, 고아저작물 이용허락 신청서가 지적재산권청에 제출되었으며, 지적재산권청이 이를 검토하고 있는 사실, (b) 관련 저작물의 허용된 이용과 함께 고아저작물의 이용이 허락된 사실, 그리고 (c) 고아저작물 이용허락이 거절된 경우 그 거절 사실을 기재하여야 한다. 지적재산권청은 등록부를 전자적 방법으로 일반인이 무료로 이용할 수 있도록 하고 있다(동조 제2항).

다. 저작권등록부와 연계한 온라인 검색 시스템의 구축

EU고아저작물지침도 더 큰 목적은 고아로 확인된 저작물에 관한 모든 정보를 목록화 하고 포함할 수 있는 유럽 데이터베이스를 만드는 것이며, 회원국은 수혜 조직으로 하여금 수행한 성실한 조사 기록을 보관하도록 하고 조사 및 고아저작물에 관한 정보 및 업데이트를 관할 국가기관에 제공할 의무가 있다고 하면서 EUIPO에 공중이 온라인으로 검색할 수 있는 고아저작물데이터베이스⁹⁷⁾를 설치할 것을 규정하였다. 우리나라도 고아저작물 저작권등록부와 연계한 온라인 검색 시스템을 구축하도록 하여야 할 것이다.

현행 저작권법은 법정허락 내용을 정보통신망에 게시하도록 하고 동법 시행령은 “권리자 찾기 정보시스템”을 구축하도록 하고 있으나 법정 허락의 과정과 내용 전부를 저작권등록부에 기재하도록 하여 법정허락의 과정과 내용을 전면적으로 공시함으로써 권리자와 이용자의 편의를 도모할 필요가 있다.

96) Regulation 5 (2) “The authorising body shall make the register available to the public by electronic means and free of charge.”

97) Article 3(6) of the Directive 2012/28/EU of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works는 다음과 같이 규정한다.

“ Member States shall take the necessary measures to ensure that the information referred to in paragraph 5 is recorded in a single publicly accessible online database established and managed by the Office for Harmonization in the Internal Market (the Office) in accordance with Regulation (EU) No 386/2012. To that end, they shall forward that information to the Office without delay upon receiving it from the organisations referred to in Article 1(1).”

5. 고아저작물등록부의 창설

고아저작물에 대한 현황 조사가 완료되면 조사된 고아저작물을 문화체육부가 직권으로 저작권 등록부에 등록하여 그 이용을 원하는 사람이 소정의 절차를 밟아 이용을 할 수 있게 한다면 저작물이용활성화와 저작권자에 대한 보상 및 공공 목적 사용의 기금이 확충되는 1석 3조의 효과를 거둘 수 있을 것이다.

VII. 결론

이상에서는 고아저작물 이용활성화를 위하여 고아저작물 이용현황과 분석과 주요국 입법례 검토 및 고아저작물 이용허락절차, 보상금제도, 저작권 등록부와 고아저작물의 등록제도의 쟁점 분석을 통하여 구체적 개선방안을 도출하여 제시하였다.

우리나라 고아저작물 법정허락에 대한 현행 제도 개선 방안을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 저작권자 사전 보호에서 사후 보호로의 전환이다. 고아저작물 법정허락의 절차가 이원적으로 운용된다고 하더라도 그 효용을 찾기 어려웠으므로 이를 차라리 일원화하고 상당한 노력의 절차를 대폭 간소화함으로써 이용자가 쉽게 제도에 접근할 수 있도록 하는 방안을 제시하여야 할 것이다.

둘째, 저작물을 이용하려는 자가 신속하게 이용할 수 있도록 법정허락 승인전 이용제도를 도입할 필요가 있다.

셋째, 보상금제도 등 이용허락절차의 개선 방안으로서 보상금의 법원 공탁제도를 문화부 내지 저작권위원회 기탁제도로 전환하고, 보상금을 통상의 이용료액에 상당하는 적절한 비율로 정하며 비영리적 대량 이용시 보상금 납부에 갈음하는 보험제도의 운용, 신청수수료의 감면, 기탁된 보상금의 10년 경과 후 합목적적 사용의 허용 등의 방안을 마련할 필요가 있다.

넷째, 법정허락 대상 저작물의 범위를 확대하여 외국인의 저작재산권자 불명 저작물도 법정허락의 대상에 포함시켜 제도의 활용범위를 확대하여야 할 것이다. 저작물과 저작인접물에 대한 통일적 규정 등 법체계상의 비효율을 해결하는 문제도 함께 해결하여야 할 것이다.

다섯째, 이해당사자의 균형 유지를 위하여 저작인격권 충돌 예방조치, 이용조건의 명시, 저작재산권자의 부당이득반환청구권의 유보, 고아저작물이 아닌 저작물의 법정허락 신청에 고의나 과실이 있는 경우 벌칙 규정 신설 등의 개선방안을 마련하여야 할 것이다. 법정허락제도를 이용하는 경우 법정허락제도를 악용하여 절차상의 편의만을 이용하거나 남용하는 것을 방지해야 할 것인 바, 부당이득의 반환 및 손해배상의 청구는 물론 적극적 벌칙 등을 마련할 필요가 있다.

여섯째, 고아저작물 등록부 제도를 도입하여 법정허락 신청 사실, 부처 승인 또는 기각에 이르기까지의 과정과 저작재산권자의 확인 여부 및 법정허락 취소를 등록부에 기재하고 열람할 수 있게 하는 공시제도를 강화하는 개선을 하여야 할 것이다.

일곱째, 개선방안이 국제규범을 위반하지 않도록 베른협약, 기타 다자조약, 양자조약 등과의 정합성을 고려하여야 할 것이다.

이상의 개선방안이 효과적으로 작동하기 위하여, 고아저작물 등록부를 통한 데이터베이스의 완비와 관리의 역할이 무엇보다도 크다고 할 것이므로 국가적 차원에서의 지속적인 지원이 필요할 것이다. 이밖에도 외국인저작물을 조사하기 위한 데이터베이스의 범위 명확화, 보상금 기탁기관, 기탁 후 일정기간 경과 보상금의 사용과 관련한 정책적 판단 문제도 향후 좀 더 논의를 거쳐서 사회적 합의를 도출해야 할 것이다.

참고문헌

- 국립중앙도서관, 도서관에서의 고아저작물 활용 및 서비스 방안 연구—법정허락을 중심으로, 2015.12.
- 송영식의, 지적재산권법, 세창출판사, 2010.
- 오승중, 저작권법강의, 박영사, 2016.
- 오승중, 확대된 저작권 집중관리제도에 관한 연구, 홍익법학 Vol.8 No.1 (2007).
- 이영록, 최진원, 법정허락제도 개선방안연구, 저작권위원회(2010).
- 이해완, 저작권법(제3판), 박영사, 2015.
- 이해완외, 고아저작물 도서 등에 대한 확대된 집중관리제도 도입방안 연구, 문화체육관광부 (2012).
- Barbara Stratton, Seeking New Landscape(British Library, 2011).
- HM Government, MODERNISING COPYRIGHT: A modern, robust and flexible framework: Government response to consultation on copyright exceptions and clarifying copyright law, 2012.
- Tarja Koskinen-Olsson & Vigdís Sigurdardóttir, Collective Management in the Nordic Countries, in Collective Management of Copyright and Related Rights 243 (Daniel Gervais ed., 3rd ed., 2015)
- Pamela Samuelson, Jennifer M. Urban, David R. Hansen, Kathryn Hashimoto, and Gwen Hinze, Solving the Orphan Works Problem for the United States, 37 Colum. J.L. & Arts 1 (2013).
- Pamela Samuelson et al., Copyright Principles Project: Directions for Reform, 25 BERKELEY TECH. L.J. 1175 (2010).
- Pamela Samuelson, Preliminary Thoughts on Copyright Reform, Utah Law Review, 2007; UC Berkeley Public Law Research Paper No. 1002676. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1002676>.
- Phillip Ward, The Hargreaves Review of Intellectual Property, May 2011, last updated: 17 May 2013.
- Simone Schroff, Marcella Favale, Aura Bertoni, The Impossible Quest – Problems with Diligent Search for Orphan Works, IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law, May 2017, Volume 48, Issue 3, pp 286-304.
- U.S. Copyright Office, Legal Issues in Mass Digitization: A Preliminary Analysis and Discussion Document, 2011.
- U.S. Copyright Office, Report on Orphan Works 92–127(2006).
- U.S. Copyright Office, Orphan Works and Mass Digitization(June 2015).
- U.S. Copyright Office, Mass Digitization Pilot Program(2017~).

SOFTIC, 拡大集中許諾制度に係る諸外国基礎調査報告書 2016.3.

文化審議会著作権分科会 法制・基本問題小委員会 検討, 2013. 9. 12.

次世代知財システム検討委員会報告書, 2016. 5.

文化庁長官官房著作権課 裁定の手引き ~ 権利者が不明な著作物等の利用について ~ 平成28年2月.

Abstract

Legal Issues of Licensing of Orphan Works

Jin-a, Park
President, KITAL, Dr. Dr.

Under the Korean Copyright Act (Article 50), users may apply for a compulsory license from the Minister of Culture, Sports and Tourism to use certain types of orphan works. The applicant must have been unable to find or determine the rightholder after due diligence and must deposit compensation for the benefit of the rightholder. However, the current compulsory license system is still costly and burdensome to users despite several simplifications, and there is a concern that it may be a factor in choosing illegal use rather than legitimate use of the work through compulsory license.

To solve problems above, in this article, firstly, I will introduce history of orphan works license system under Korean Copyright Act and analyze the current situation of orphan works uses. Then I will introduce and compare legislations of the EU, the U.S. and Japan. Finally, I will analyze main topics of orphan works including orphan works license procedures, compensation system and owner registry and registration of orphan works and will intend to suggest legislative improvements of compulsory license system.

Solutions to the orphan works problem, I propose, should have the following feature. Here is its picture. Firstly, the catch phrase or slogan of legislative improvements of compulsory license system is "from ex ante protection to ex post protection." I will suggest ways to unify procedures of orphan works compulsory license and to make it easier for users to access the system by simplifying the procedure of "considerable efforts."

Secondly, it is necessary to introduce "exploitation of a work while applying for a

compulsory license" that refers to the Japanese system in order to enable uses of copyrighted works even before receiving approval of the compulsory license.

Thirdly, measures to improve license procedures including compensation systems should be introduced. It is required that compensation is set by the Minister of Culture, Sports and Tourism or the Korea Copyright Commission based on fees for similar works and uses and must be retained by the agency for 10 years. If no rightsholder claims his or her fees within that time, the agency may use them to fund social, cultural, and educational activities. In addition, there is a need to plan for the reduction of the application fee and the operation of insurance system that replaces compensation for non-commercial mass use.

Fourthly, foreign works should also be included in applicable scope of compulsory license. In addition, the inefficiency in the legal system should be solved through the unified regulation of copyrighted works and neighboring works.

Fifthly, measures to maintain the balance of stakeholders should be introduced. It is necessary to prepare moral rights related provisions, licensing terms specified, reservations of a right to request return of the unjust gain of the right holder, and a provision to impose penalties to him or her in case of that the applicant has intent or negligence in applying for a compulsory license for a work that is not an orphan work.

Sixthly, orphan works registry system should be introduced. It should be considered that the agency maintains and updates a register which sets out the details of the orphan works in respect of which "considerable efforts" have been carried out and an application, for the grant of a compulsory license, has been made to and is being considered by the agency, compulsory licenses have been granted together with the permitted uses of the relevant works and compulsory licenses have been refused. In addition, it should be considered that the agency makes the register available to the public by electronic means and free of charge.

Seventhly, it is necessary to consider the compatibility with the berne convention,

the multilateral treaties, the bilateral treaties and so on so that the improvement measures do not violate international norms.

Key words : orphan works, statutory license, compulsory license, compensation, considerable efforts, copyright registry