

미술저작물에 있어서 저작권과 소유권의 충돌*

- 저작권과 소유권(其一) -

이준형**

〈차 례〉

- | | |
|----------------------|-------------------------|
| I. 문제의 제기 | IV. 공표권, 복제권 등과 소유권의 충돌 |
| II. 분리 원칙과 현실의 변화 | V. 동일성유지권과 소유권의 충돌 |
| III. 권리의 원시적, 승계적 취득 | |

<국문초록>

소유자가 소유물을 사용, 수익, 처분하는 데에 저작권법 등의 제한을 받으므로, 그 범위에서 저작권법이 민법에 우선하는 결과가 된다. 그러나 그렇다고 저작권법이 언제나 민법에 우선하는 것도 아니다. 즉, 저작권법이 민법의 특별법이라는 명제는 실제 문제 해결의 유일한 근거로 삼을 수 없다. 특히 과거 原本거래만이 유일한 거래형태였던 시절에는 原本의 양도가 있으면 더 이상 저작자인 양도인과 양수인 사이에 법률관계가 잔존하지 않는다고 볼 여지가 있었으나, 거래 대상이 原本 이외로 크게 확대된 오늘날에는 예술원본의 소유권 양도가 저작자의 저작권에 어떠한 영향을 미치는가를 다시 원칙부터 재검토해야 할 필요성이 있다(II).

창작 이전 단계, 다시 말해서 저작권 성립과정을 보면, 다른 사람의 물건을 재료로 한 창작물의 권리자가 누구냐 하는 문제는, 원칙적으로 여기서 소유권은 민법, 저작권은 저작권법에 따라 각각 판단하면 되므로, 이 국면에서는 소유권과 저작권이 직접적으로 충돌하지는 않는다. 따라서 소유권 없는 저작권, 저작권 없는 소유권도 얼마든지 가능하다(III).

그러나 창작 완성 이후의 단계에 접어들면 사정이 달라진다. 미술가가 자신이 창작한 미술저작물을 계속 보유하는 때에는 저작권과 소유권이 동일한 권리주체에 귀속되므로, 특별한 법적 문제가 발생하지 않지만, 미술가가 미술저작물 원본의 소유권을 양도하거나 또는 미술저작물의 소유권은 유보한 채 복제권, 전시권, 배포권 등의 권리를 제3자에게 양도한 때에는 일방의 권리행사가 다른 일방의 권리침해로 나타날 수 있다. 이에 관하여 법률이 직접 규정하는 경우도 있지만(예를 들면 저작권법 제32조 제1항), 어떠한 기준 제시도 없는 경우는 —가령 저작권법 제11조 제3항의 양도의 유효성, 동법 제43조 제1항에 의한 저작권(배포권) 제한의 적법성 등의 판단에 있어— 두 배

* 이 글은 원래 지난 2006년 2월 28일 연세대학교에서 열렸던 제15회 학술대회에서 “엔터테인먼트법상 유체재산권과 무체재산권의 비교”란 제목으로 발표한 원고를 수정한 것임.

** 중앙대학교 법과대학 교수.

타적 권리의 충돌이 문제될 수 있다(IV).

저작권과 소유권이 가장 극단적으로 충돌하는 경우로서 소유자에 의한 고의적 저작물 파괴행위(vandalism)를 들 수 있다. 오늘날의 통설은 원작에 대한 改變이 原作의 동일성을 感得할 수 있는 수준을 넘게 되면 그것은 새로운 독립된 저작물의 성립으로서 저작권법 제13조 제1항(동일성유지권)이 적용될 여지가 없다고 한다. 만일 이러한 유체적 파괴행위에 대한 방어가 저작권이 아닌 소유권으로써만 가능하다면 이것은 저작권/소유권 분리 원칙과 상충한다. 특히 저작자와 저작물 사이의 결합관계가 저작물 그 자체와 불가분하게 결합되어 있는 조형예술의 경우에는 저작자가 자신의 사회적 영향력 유지와 저작물 자체의 물리적 완전성의 보존이라는 두 가지 이해관계를 동시에 갖고 있고, 이것은 모두 보호가치 있는 것들이다. 여기에서 소유권과 저작권 사이의 갈등(소유자는 어떤 경우에 저작자의 동의 없이 자신이 소유하는 저작물을 폐기할 수 있는가?) 또한 궁극적으로는 이익형량에 기하여 판단하여야 할 것이다. 따라서 처음부터 저작물 멸실의 모든 경우를 동일성 침해의 사안에서 배제하는 통설의 태도는 지지할 수 없고, 오히려 저작자에게 무상으로 저작물을 회수할 수 있는 가능성을 부여하여야 할 것이다(V).

I. 문제의 제기

1. 저작 등의 정신적 창작물을 독점적으로 이용하는 권리를 「지적소유권」이라고 부르면서 소유권의 일종으로 설명하는 경우도 없지 않지만,¹⁾ 소유권은 “소유물”, 즉 물건에 대한 권리이므로(민법 제211조), 민법상으로는 “유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력”에 한하여 성립할 뿐이다(민법 제98조).

이에 반하여 가령 정신적 창조물은 소위 「무체재산법」의 보호를 받는데, 가령 “문학, 학술, 예술의 범위에 속하는 창작물”은 저작권법의 직접적인 보호대상이다(저작권법 제2조 제1호). 저작권법 제4조의 예시에서 볼 수 있듯이, 저작권으로써 보호되는 저작물은 반드시 有形物일 필요가 없고, 일부 語文저작물(동조 제1호: “講演·演述”)과 음악저작물(동조 제2호), 연극저작물(제3호)과 같이 無形이더라도 상관없다. 그러므로 처음부터 고정된 형태(가령 원고나 악보)를 갖추지 않은 즉흥의 낭송 내지

1) 가령 郭潤直 편집대표, 民法注解[V] 物權(2) 제3장 소유권 前論(金相容 집필부분), 서울: 박영사, 1992년, 35면 이하, 나아가 6면도 참조. 또한 무체재산권을 일반소유권의 발달된 형태로 보는 견해도 쉽게 찾아볼 수 있다. 예를 들면 加藤雅信, 「所有權」의 誕生, 東京: 三省堂, 2001년, 175頁은 “무체재산권은 일반적으로 생산재로서의 성격이 강하므로, 생산재인 토지소유권의 발생과 같은 사회적인 구조를 갖고 있다는 사실을, 무체재산권이 우리나라에 도입될 당시의 상황이나 최근 소프트웨어를 둘러싼 논쟁에 비추어보아 판단할 수 있다.”

연주에 대해서도 저작권이 성립한다. 나아가 설령 처음부터 有形의 형태로 성립한 저작물의 원본이 그 후에 멸실하였더라도 그 사본이 있거나 아예 사본조차 없으면 기왕에 그 저작물을 경험하였던 사람들의 기억 속에 남아있는 한, 창작물 자체가 소멸하는 것은 아니므로, 저작권 또한 계속해서 존속한다고 보아야 한다(저작권법 제 10조 제2항: “저작권은 저작한 때로부터 발생하며…”). 이것은 본래의 無形으로 성립하는 저작물(가령 음악이나 연극저작물)을 녹화해둔 저장매체가 분실되었다 하여 그 저작권이 소멸하지 않는 것과 같다.

2. 반면에 회화, 조각 등의 미술저작물이나 사진저작물 등과 같이 정신적 창작물이 “유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력”의 형상을 띤 경우는 저작권법상 「저작물」과 민법상 「물건」에 모두 해당하여 두 법의 적용요건을 동시에 충족하게 된다.

소유권이 물건의 교환가치(사용, 수익)와 교환가치(처분)를 전면적, 배타적으로 지배할 수 있는 절대권이듯이, 저작권을 비롯한 무체재산권 또한 “다종다양한 권리의 다발(bundle of rights)”을 통한 정신적 창작물에 대한 배타적인 보호를 부여하는 장치로서 물권과 자주 비교된다(가령 “무체재산권의 양도는 준물권행위”).²⁾ 나아가 소유자와 저작권자가 자신의 절대권을 행사할 수 있는 “모든 사람” 속에는 당연히 각각 서로의 상대방, 즉 저작자와 소유자가 포함된다. 그럼에도 불구하고 “민사특별법”이라는 저작권법의 어디에도 정면으로부터 소유권과 저작권 사이의 조정을 꾀하는 규정을 찾기란 쉽지가 않다. 따라서 양자가 충돌하는 문제의 대부분은 학설과 판례에 맡겨져 있는데, 이 글에서는 그 가운데에서 이론적, 실무적으로 중요하다고 생각하는 다음 몇 가지 문제들을 차례대로 살펴보기로 한다.

(1) 먼저 창작 이전 단계, 다시 말해서 저작권 성립과정을 보면, 다른 사람의 물건

2) 가령 民法注解(주 1), 2면을 보면 “소유권은 물건을 전면적으로 지배할 수 있는 권리이다. … 지적소유권은 … 비유체적 이익을 전면적·배타적으로 지배할 수 있는 권리”라고 하고, 宋永植·李相程·黃宗煥, 지적소유권법(제7개정판)(上), 서울: 육법사, 2001년, 65면은 “지적소유권을 보호하는 방법은 여러가지가 있을 수 있지만, 우리나라는 물론 다른 나라도 대체로 특허권, 실용신안권, 의장권, 상표권, 저작권, 배치설계권 등을 독점배타적인 권리로 구성 … 그 침해에 대하여는 물권 침해에 있어서와 마찬가지로 침해행위금지청구권, 손해배상청구권 등을 명문으로 규정 … 특별법에 의한 지적소유권보호는 이처럼 권리보호의 형식에 있어서 물권법이론을 차용”하였다고 설명한다.

을 재료로 한 창작물의 권리자가 누구냐가 문제되는데, 원칙적으로 여기서 소유권은 민법, 저작권은 저작권법의 기준에 따라 각각 판단하면 될 것이다. 따라서 이 국면에서는 소유권과 저작권이 직접적으로 충돌하지는 않는다(소유권 없는 저작권자, 저작권 없는 소유권자는 얼마든지 있을 수 있다). 그럼에도 불구하고 이를 문제 삼는 이유는 뒤에서 보듯이 저작권법 제11조 제3항의 양도의 유효성, 그리고 제43조 제1항에 의한 저작권(배포권) 제한의 적법성 여부 등을 판단함에 있어 중요한 요소이기 때문이다(아래 III 참조).

(2) 다음으로 창작 완성 이후의 단계에 접어들면, 다시 말해서 저작권이 성립한 직후에는 가령 미술가가 미술저작물의 소유권을 원시적으로는 취득하는 것이 보통이다(아래 3.에서 보듯이, 설계와 공사를 일괄 수급한 건축사가 도급인 명의로 건축허가를 받아 건축물을 완성한 경우 등은 이 글의 논의에서는 제외한다). 미술가가 자신이 창작한 미술저작물을 계속 보유하는 때에는 저작권과 소유권이 동일한 권리주체에 귀속되므로, 특별한 법적 문제가 발생하지 않겠지만, 미술가가 미술저작물 원본의 소유권을 양도하거나 또는 미술저작물의 소유권은 유보한 채 복제권, 전시권, 배포권 등의 권리를 제3자에게 양도한 때에는 일방의 권리행사가 다른 일방의 권리침해로 나타날 수 있다. 이에 관하여 법률이 직접 규정하는 경우도 있지만(예를 들면 저작권법 제32조 제1항), 아무런 규정도 없는 경우가 없지 않다(아래 IV 참조).

(3) 끝으로 저작권과 소유권이 가장 극단적으로 충돌하는 경우로서 소유자에 의한 고의적 저작물 파괴행위(vandalism)를 들 수 있는데, 이에 관해서는 그동안 논의가 미흡했던 것이 사실이다(아래 V 참조).

3. 이 글은 예술작품, 그 중에서도 특히 미술저작물을 소재로 저작권과 소유권이 교차하는 영역을 다룸으로써 몇 가지 분쟁유형에 해결책을 제시하는 것을 목적으로 한다. 여러 이유로 논의를 다음과 같이 제한하고자 한다.

(1) 먼저 미술가가 자신이 완성한 미술품을 제3자에게 양도하는 경우를 전제로 서술하도록 한다. 따라서 가령 도급인의 주문을 받아서 미술품을 제작한 경우에 발생할 수 있는 각종 채권법적인 문제는 여기에서 원칙적으로 제외한다.

(2) 여기서 미술저작물이란 저작권법 제4조 제4호에서 이야기하는 좁은 의미의 미술저작물 가운데 응용미술저작물을 제외한 나머지를 가리킨다. 따라서 건축물과 같은 부동산저작물은 물론이고 건축을 모형 등 기타 건축저작물(저작권법 제4조 제5호), 사진 등의 사진저작물(저작권법 제4조 제6호) 등에 관하여는 원칙적으로 논하지 않는다.

(3) 이 글은 저작권과 소유권의 충돌을 다루므로, 두 권리가 병존하는 경우만을 다룬다. 예외적으로 위 2. (1)에서 언급한 이유에서 아래 III.에서 저작권과 소유권의 성립에 관해서는 살펴보겠지만, 저작권이 소멸한 후, 다시 말해서 이른바 저작물이公有(public domain)의 영역으로 넘어간 이후의 문제(가령 미술저작물에 대한 저작권 보호기간이 종료하였음에도 불구하고, 미술품 자체의 소유권이 어느 특정인[가령 저작자의 상속인]에게 귀속되어 있음으로써 일반 공중의 접근이 불가능하다는 등의)는 일단 오늘 발표에서 다루지 않는다. 엄격히 말하면 이것은 저작권 자체의 효력이라기보다는 저작권 소멸의 효력이긴 하지만, 어떤 의미에서 보면 저작권과 소유권의 충돌 문제라고 충분히 이해할 수 있다. 이 점은 가까운 시일 안에 보충하고자 한다.

II. 분리 원칙과 현실의 변화

1. 앞서 I. 1.에서도 보았듯이, 무채재산권과 소유권은 —용어상의 유사성에도 불구하고— 전혀 별개의 권리이다. 특히 예술 활동의 결과에 대하여 예술가가 당연히 갖게 되는³⁾ 저작권과 그 결과가 화체되어 있는 예술작품 자체에 대한 소유권은 서로 독립적인 권리임이 원칙이다. 저작권은 저작자가 “창작”한 저작물, 다시 말해서 “저작자의 인격 자체의 발현”⁴⁾인 성과에 관한 권리인 데 반하여, 소유권은 오로지 물건 관련적 권리일 뿐, 인격적 요소를 포함하고 있지 않다(자연 그대로 존재하는 돌덩어리와 누군가에 의해서 조각된 석상을 서로 비교해보라!).⁵⁾ (저작인격권에서

3) 저작권법 제10조 제2항: “저작권은 저작한 때로부터 발생하며 어떠한 절차나 형식의 이행 을 필요로 하지 아니한다.”

4) 이러한 이유에서 우리나라 저작권법 제2장 제3절은 「저작인격권」에 관하여 규정하고 있다.

5) 그러나 소유권의 「정당성」을 설명하고자 할 때는 불가분하게 인간의 노동과 관련을 갖지 않을 수가 없다. 무엇보다도 로크(Locke)의 견해(J. W. Gough[ed.], Second Treatise of Civil Government and a Letter Concerning Toleration, Oxford: Basil Blackwell, 1946, 특히 제5장 Of

“흘러나오는”)저작권재산권(따라서 양도할 수 있는, 저작권법 제41조 제1항)의 존속기간이 저작자의 생존시 및 사후 50년으로 제한되는 데에 반하여(저작권법 제36조 제1항), 소유권은 물건이 존속하는 한 소멸시효의 대상이 되지 않는 것도 이런 이유에서이다(민법 제162조 제2항 참조).

이러한 저작권과 소유권의 준별은 저작권의 본질을 어떻게 보느냐(또는 저작인격권과 저작권재산권의 관계를 어떻게 보느냐)⁶⁾와 관계없이 거의 대부분의 국가에서 인정되는 바이다. 대표적으로 프랑스 지적재산법 제L111-3조 제1항은 “제L111-3조 제1항에 명시된 무체재산권은 유체목적물 자체의 재산권과는 별개이다”고 하여 이 점을 명문으로 선언하였고, 미국과 독일의 저작권법도 각각 마찬가지로, ⁷⁾ 나아가 독일의 판례는 “저작권과 저작물 원본의 소유권은 서로 독립된 것으로서 각각 병존”하기⁸⁾ 때문에 “원칙적으로 저작권은 소유권을 방해하지 않는 한도, 그리고 소유권은 저작권을 방해하지 않는 한도 안에서 행사할 수 있을 뿐”이라고 보았다.⁹⁾

2. “소유자는 법률의 범위 내에서 그 소유물을 사용, 수익, 처분할 권리가 있다.”(민법 제211조) 여기서 말하는 「법률」에 저작권법을 비롯한 이른바 무체재산법이 포함되는지에 관하여 학설은 침묵하는데,¹⁰⁾ —그것은 아마도 무체재산권과 소유권이 규율대상을 달리하기 때문에 충돌할 가능성이 없다고 생각에서 비롯된 것이 아닐까

Property)에 따르면 ①사람의 노동이란 그 자신의 것이고, 그 노동의 가치는 그 사람이 정당하게 소유할 몫이며(paragraphs 27, 28, 44), ②어떠한 물건에 노동이 가해지면 이전에는 없었던 것이 첨가되고, 그 결과 노동이 물건의 가치를 증대시켰으므로, 노동이야말로 각자가 향유할 몫을 결정하는 기준이 된다(paragraphs 27, 28, 나아가 40, 36 그리고 37, 41-3도 참조).

6) 黃迪仁·鄭順姬·崔現鎬, 著作權法, 서울: 법문사, 1990년, 159면 이하 참조

7) 17 U.S.C.A. § 202(1988)(저작권의 귀속은 “그 작품이 화체되어 있는 어떤 대상물”의 소유권과 구별), 독일저작권법 제44조 제1항(저작자에 의한 원본 매도는 원칙적으로 저작이용권의 부여와 무관) 참조.

8) BGHZ 62, 331, 333=GRUR 1974, 675=NJW 1974, 1381(저작권의 보호를 받는 학교건물의 변경[확장]을 긍정)

9) RGZ 79, 397, 400(저작가의 저지에도 불구하고 소유자에 의한 벽화[Felsenwand mit Sirenen]이란 제목의] 철거를 긍정)

10) 가령 民法注解(주 1), 66면 이하는 소유권제한을 사법상의 제한과 공법상의 제한으로 나누어 서술하면서도 무체재산법에 관한 언급은 하고 있지 않다(다만 73면에서 “문화”를 언급하였을 뿐이다). 이러한 사정은 다른 나라의 경우에도 마찬가지이다(독일의 경우 Münchener Kommentar BGB, Band 6 § 903(Säcker 집필부분), 4. Auflage, München: C. H. Beck, 2004, 난외번호 27 이하 참조, 다만 난외번호 29 (6)에서 자연보호법과 기념물[문화재]보호법을 공법상 제한의 하나로 들었다).

추측해본다.¹¹⁾

— 다음과 같이 이유에서 이를 긍정하여야 한다고 생각한다.

(1) 우리민법 제211조에 비견되는 독일민법 제903조의 입법이유를 보면 동조는 “소유권의 여러 권능들을 사적인 법률생활에 필요한 범위로 제한한다”는 취지였고,¹²⁾ 따라서 여기에는 같은 권리를 갖는 주체들 사이의 이해관계의 조정이라는, 다시 말해서 “상린법적 성격”이 포함되어 있다고 이해할 수 있다.¹³⁾ 물론 무체재산권과 소유권은 같은 권리는 아니다. 그렇지만 앞서 (1)에서도 언급하였듯이, 양자를 다만 규율대상이 다를 뿐 모두 배타적, 전면적 절대권으로 이해한다면 적어도 「유사한」¹⁴⁾ 권리를 갖는 주체들 사이의 이해관계의 조정(규율대상이 다르므로 수평적 조정이 아니라 수직적 조정이 될 것이다)이라는 문제가 발생한다고 볼 수 있다. 그렇다면 민법 제211조의 「법률」에 상린관계에 관한 민법 자체의 규정(민법 제216조 내지 제244조)이 포함되는 것처럼¹⁵⁾ 「유사」상린관계에 있는 무체재산권을 규율하는 무체재산법도 여기에 포함시킬 수 있을 것이다.

(2) 한편 우리헌법은 “모든 국민의 재산권”을 보장하되, “그 내용과 한계는 법률”에서 정하도록 하였고(제23조 제1항), 이와 함께 “저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리”를 법률로써 보호하도록 하였다(제22조 제2항). 前者의 「재산권」 속에 이른바 무체재산권이 포함된다고 충분히 볼 수 있음에도 불구하고, 헌법에서 後者の 규정을 따로 둔 것에 주목한다면, 前者를 기본권으로 이해하든, 제도적 보장으로 이해하든, 아니면 양자의 성격을 兼有하는 것으로 보든 상관없이, 민법 제211조의 「법률」 속에 무체재산권을 포함시키는 해석은 언제나 헌법의 규정과 합치한다.¹⁶⁾

11) 예를 들면 民法注解(주 1), 2면 맨 아래를 보면 “知的財産權은 … 無體財産權(Immaterialgüterrecht)이라 하며 所有權과 확실히 구별하기도 한다”는 서술이 나온다.

12) Motive 제3권, 258면 이하 = B. Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 3(Sachenrecht), Berlin: R. v. Decker's Verlag, 1899, 142면 이하

13) 同旨 Münchener Kommentar BGB(주 10), 난외번호 19

14) 상린관계가 반드시 동일한 권리 사이에만 긍정되는 것은 아니다. 민법 제290조나 제319조는 지상권자와 인지소유자간 또는 전세권자와 인지소유자 및 지상권자간에도 상린관계에 관한 규정을 준용한다. 다만 지상권 내지 전세권은 완전물권인 소유권의 일부(제한물권)라는 점에서, 소유권과 전혀 별개인 무체재산권과 이들 권리를 동일시할 수는 없다.

15) 民法注解(주 1), 66면; Münchener Kommentar BGB(주 10), 난외번호 28 (1)

16) 이를 소유권에 대한 헌법상 제한으로 이해할 수도 있을 것이다.

3. 소유자가 소유물을 사용, 수익, 처분하는 데에 저작권법 등의 제한을 받는다면 저작권법 등이 민법에 우선하는 결과가 된다. 나아가 동일한 결과를, 아예 저작권법 등이 민법의 특별법이라는 명제로부터 직접 도출해내려는 시도도 생각해볼 수 있다. 하지만 저작권법 등이 언제나 민법에 우선한다는 주장은 다음과 같은 이유에서 옳지 못하다.

(1) 무체재산권법, 그 가운데 특히 이 글에서 다루고자 하는 저작권법은 민법에 비하여 극히 그 역사가 짧다. 追求權(droit de suite)¹⁷⁾, 부담금 제도(levy system)¹⁸⁾ 등에서 보듯이 오늘날까지도 문화창작자와 문화소비자 사이의 투쟁과 타협은 계속 진행 중이고, 여전히 지적재산권 제도 자체에 관한 회의¹⁹⁾ 내지 현행 보호의 정도가 너무 지나치다는 비판²⁰⁾이 끊이지 않고 제기된다.

(2) 이런 이유로 소유권과는 달리, 저작권법에 관해서는 사회 전체가 어느 정도 합의할 수 있는 내용이 先在하지 않는다.²¹⁾ 그리하여 「정책적 요소」를 이른바 “지적 소유권법의 특성”의 첫손가락에 꼽고, 이로 인하여 “다른 법 특히 보편성과 항구성을 가지는 소유권 등 물권에 관한 법과는 다른 특징을 가지는 것”이라고 설명한다.²²⁾ 최근 유사한 문제에 관한 프랑스와 우리나라의 입법동향에서 나타나듯이,²³⁾ 정책적 요소는 현실의 수많은 우연적 사정과 결합함으로써 때로는 다른 요소들을 무력하게 만들고 권리 내용의 불명확성을 증대시키기도 한다.²⁴⁾

17) 追及權이라고도 한다(가령 丁相朝, 知的財産權法, 서울: 홍문사, 2004년, 301면). 이에 관한 비교법적 서술 가운데 비교적 최근의 것으로는 L. M. W. Ehrler, Das Folgerecht: eine rechtsvergleichende Untersuchung im Lichte des europäischen Rechts(Studien zum Kunstrecht 13), Zürich: Schulthess, 2001 참조

18) 저작권법 제28조 제5항 및 저작권법시행령 제3조의3 참조

19) 국내에서는 진보네트워킹센터의 정보운동 홈페이지(act.jinbo.net) 참조

20) 여기에서는 법경제학의 창시자 가운데 한 사람인 Posner의 Law and Literature, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1988 가운데 특히 pp. 344-352를 드는 데 그친다.

21) 심지어 1971년 개정 베른 저작권조약 가운데에도 명확한 합의가 되지 않은 채로 규정된 것들이 적지 않은바(가령 제6조의2 제2항, 제14조의3 제2항), 국제사회에서도 상황은 다르지 않다.

22) 宋永植·李相程·黃宗煥(주 2), 61면

23) 지난 구랍 22일 프랑스 의회는 콘텐츠를 인터넷상에서 개인용도로 내려 받는 행위를 합법화하는 저작권법 개정안을 통과시킨 데 반하여, 지난 2월 5일 우리나라에서는 불법복제를 막기 위한 기술보호조치의무를 P2P 사업제공자에게 부과하는 저작권법 개정안(열린우리당 우상호 의원 발의)이 국회 문화관광위 법안심의회를 통과하였다.

결국 저작권이란 저작자가 저작물에 대하여 갖는 각종의 권리의 총칭에 지나지 않으므로(“저작자가 갖는 다종다양한 권리의 다발”, 저작권법 제10조 제1항 참조),²⁵⁾ “소유자는 법률이 금지하지 않는 한 자신이 원하는 모든 것을 할 수 있는 데 반하여, 저작자는 법률이 명문으로 허용하는 것만을 할 수 있을 뿐”이라는²⁶⁾ 명제가 설득력을 갖는다. 이러한 입장에서 서면 민법 제211조의 「법률」에 저작권을 포함시키는 것만으로는 소유권과 저작권의 충돌 문제를 해결할 수 없고, 결국 저작권의 구체적인 내용이 어디에까지 미치는가를 개별적으로 살펴보지 않으면 안 된다는 점에 동의하지 않을 수 없다.

4. 회화, 서예, 조각, 공예 등의 미술저작물(저작권법 제4조 제4호 참조)²⁷⁾은 유체물인 原本이 있는 것이 보통이고,²⁸⁾ 또한 판화 등과 같은 예외가 있긴 하지만, 원본은 대부분이 非代替物보다 정확히는 唯一物인 경우가 많다. 불과 얼마 전까지만 해도 미술품거래라고 하면 그것은 원본의 거래를 의미하였다. 조형예술가가 조형예술작품을 통하여 얻을 수 있는 수익은 원본의 판매가격이 거의 대부분이었다.

하지만 최근 몇 년간의 급속한 생산력의 발전은 이른바 다품종 소량생산을 가능하게 하였고, 예술작품의 상품화(merchandizing)을 크게 진전시켰다. 그리하여 보드카 병 안쪽에 반 고흐의 「자화상」이 인쇄되고 냉장고용 자석클립의 모양으로 로댕의 「생각하는 사람」이 사용되는 시대가 도래하였고, 비록 아직까지 대다수의 사람들은 “미술품 거래”하면 「원본의 거래」를 떠올리긴 하지만, 저작자(내지 그 상속인)

24) V. Jänich, Geistiges Eigentum — eine Komplementärscheinung zum Sacheigentum?(Jus privatum 66), Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, S. 1: “독일 법학에서 知的財産만큼 불분명한 점들이 많은 개념은 찾기 어렵다.”

25) 이른바 저작인격권과 저작재산권이 여기에 해당한다(양자의 구별에 관한 의문으로는 가령 森村 進, 財産權の理論, 東京: 弘文堂, 1995년, 170頁: “이 명칭[저작재산권]은 저작물의 복제나 배포가 저작자의 경제적 이익보다 인격적 이익을 목적으로 하는 경우도 많다는 사실을 경시하게 하므로 적당하지 않다고 생각한다”).

26) H. Schack, Geistiges Eigentum contra Sacheigentum, GRUR 1983, 56, 57

27) 나아가 응용미술저작물도 여기에 포함시키고 있다.

28) 학설 가운데에는 동조 제5호, 제6호의 건축물, 건축을 위한 모형 및 설계도서 등의 건축저작물과 사진 등의 사진저작물도 넓은 의미의 미술저작물에 속한다고 한다(가령 宋永植·李相程·黃宗煥, 지적소유권법(제7개정판)(下), 서울: 육법사, 2001년, 477면). 하지만 적어도 이들 저작물의 경우는 原本 개념을 달리 이해할 필요가 있지 않을까 한다. 저작물 原本 개념에 관한 상세한 서술로는 W. Hamann, Der urheberrechtliche Originalbegriff der bildenden Kunst: unter besonderer Berücksichtigung grafischer Vervielfältigungsarten(Europäische Hochschulschriften: 2; 246), Frankfurt a. M.[usw.]: P. D. Lang, 1980을 참조.

에게 커다란 富를 —그것도 지속적으로!— 가져다주는 새로운 원천으로서 (저작권 재산권 가운데에서 이전에는 별로 주목받지 못했던) 複製權과 2차적 저작물 작성권이 떠올랐다.

이처럼 변화된 현실 속에서, 저작자인 소유자가 자신의 소유권을 다른 사람에게 양도하거나 저작자의 권리를 일부 양도함으로써 저작자와 소유자가 달라지는 경우 (처음부터 양자가 분리되지 않았던 경우는 전면적 지배권 사이의 충돌 문제가 발생하지 않을 것이다)에는 저작권법상 저작자에게 속하는 각종 권리들(제11조 이하 제13조, 제16조 내지 제21조)이 각각 누구에게 속하는지가 문제된다. 앞서 2.에서도 언급하였듯이, 원본 거래만이 유일한 거래형태였던 시절에는 원본의 양도로서 저작자인 양도인과 양수인 사이의 법률관계는 더 이상 존속하지 않는다고 볼 수 있는 여지가 없지 않았으나, 거래할 수 있는 대상이 원본 외로 크게 확대된 오늘날에는 예술원본의 소유권 양도가 저작자의 저작권에 어떠한 영향을 미치는가를 다시 원칙부터 재검토해보아야 할 필요성이 있다.

Ⅲ. 권리의 원시적, 승계적 취득

1. 저작권은 저작자가 저작물을 “저작한 때로부터 발생하며 어떠한 절차나 형식의 이행을 필요로 하지 아니한다.”(저작권법 제10조 제2항에 의한 無方式主義의 채택) 저작권의 유일한 성립요건은 사실행위인 저작(행위)뿐이므로, 저작자가 저작물 자체에 대한 유효한 소유권을 갖고 있는지 여부는 저작권의 성립과 관련이 없다. 가령 누구가의 소유물반환청구권에 대항할 수 있는지는 물권법의 원칙에 따라 결정되겠지만, 가령 비록 민법 제213조 단서의 “점유할 권리”가 없어서(저작권은 여기에 해당하지 않는다) 목적물을 반환할 수밖에 없었다 하더라도, 그 자신이 여전히 저작자인 한, 저작권은 계속해서 그에게 있다.

저작물에 대한 소유권의 취득은 민법 제2편 물권편의 규정에 따라서 법률행위 또는 법률의 규정에 의하여 이루어진다. 법률행위(보통은 매매나 증여가 될 터이다)에 의한 소유권 양도와 관련하여 특히 강조하고 싶은 것은 양수인이 양도인으로부터 승계적으로 취득하는 것은 —두 권리의 외형상 유사성에도 불구하고— 어디까지나 소유권이전지 저작권(저작인격원은 양도성이 없으므로[저작권법 제14조 제1항], 보다 정확히는 저작재산권)이 아니라는 사실이다. 너무나도 당연한 듯이 보이는 사실을

강조하는 이유는 아래 6.에서 다시 설명하도록 한다.

반면에 법률의 규정에 의한 소유권 취득 가운데에서 미술가의 창작활동과 관련하여 가장 문제가 되는 것은 역시 加工(민법 제259조)이다. 그러나 그밖에도 動産間의 附合(민법 제257조), 混和(민법 제258조), 不動産에의 附合(민법 제256조), 나아가 소유권 포기(민법 제252조 제1항) 등이 문제될 수 있는바, 이하에서 항을 바꿔어 하나씩 살펴보도록 한다.

2. 다른 사람의 동산을 가지고 미술품을 만든 미술가는 加工에 관한 민법의 규정에 따라 소유권을 취득한다(민법 제259조). 우리 민법은 가공주의를 취하는 독일법(독일민법 제950조)과 달리 이른바 프랑스 법계의 재료주의를 취하는 것으로 평가된다(제259조 제1항의 본문·단서의 규정내용을 보라!).²⁹⁾ 법률의 문언을 보면 일견 가액의 비교를 기준으로 하고 있지만³⁰⁾ 가액의 차이가 “현저히” 날 것을 요구하고 있으므로(“「재료주의」의 표현”), 가액 비교만으로 소유권 귀속의 판단을 내릴 수 없고, 현저성을 판단하기 위한 별도의 기준이 필요하다(다만 “다수설”은 가공자가 재료의 일부를 제공한 경우를 규율하는 민법 제259조 제2항을 해석함에 있어 “그[가공자가 제공한 재료] 가액은 前項의 증가액에 가산한다”고 되어있음에도 불구하고, 제1항과 달리 현저성을 요하지 않는 것으로 해석한다³¹⁾).

그리하여 학설은 미술가가 자신이 완성한 미술품의 소유자가 되려면 예술품은 「새로운 물건」이 될 것,³²⁾ 다시 말해서 타인 소유 재료와 미술가의 창작물 사이에

29) 民法案速記録을 인용하면서 郭潤直 편집대표, 民法注解[V] 物權(2) 제259조(權五坤 집필부분), 서울: 박영사, 1992년, 506면. 이밖에도 같은 책, 505면은 가공주의와 재료주의의 대립이 이미 고전기 로마법 시대부터 있었고, 일본민법의 기초자들이 가공주의를 의식적으로 배척하였음을 지적한다.

30) 가공으로 인한 가액증가분(내지 工賃)과 원재료의 가액을 비교하도록 한다는 점에서는 우리민법 제259조 제1항 단서는 모범이라고 하는 프랑스 민법 제571조, 일본민법 제246조 제1항 단서와 동일하다.

31) 民法注解(주 29), 507면. 일본민법 제246조 제2항은 아예 법률의 규정 자체가 현저성을 요구하지 않는데, 일본의 입법자는 이런 경우에 타인의 재료를 반드시 주된 것으로 볼 수 없다고 보았기 때문이다(梅謙次郎, 民法要義卷之二物權編[訂正增補], 1908년, 東京: 私立法政大學·有斐閣書房, 184頁).

32) 독일민법 제950조 제1항 제1문 참조. 川島武宜 編集, 注解民法(7), 物權(2), 第246條(五十嵐 清 집필부분), 東京: 有斐閣, 1968년, 294頁에 따르면 “이것은 로마법 이래의 전통으로서 近世의 여러 法典들도 새로운 물건의 성립을 요건으로 한다”고 한다.

동일성이 상실될 것을 요구하는데, 그 이유를 기존에는 없던 새로운 물건의 등장으로 그 귀속 여부를 판단하는 데에 가공 규정의 존재의의가 있다고 보기 때문이다.³³⁾ 그러므로 심하게 훼손된 미술품을 전문가가 복원에 성공한 경우에도 —이로 인하여 목적물의 가치가 현저하게 증가했음에도 불구하고— 새로운 물건의 제작이 아니라 옛 물건의 회복이므로, 가공에 의한 소유권 취득은 일어나지 않는다.³⁴⁾

새로운 물건인지의 판단 여부는 결국 거래관념에 의하여 결정될 것인데, 아직까지 이에 관한 공간된 대법원 판결이 없으므로, 현재로서는 장래의 법발전을 기다릴 수밖에 없다. 비록 예술작품에 관한 것은 아니지만, 과거 조선고등법원 판결 가운데에는 生牛를 도살, 해체하여 가죽을 얻은 것만으로는 새로운 물건이 아니라고 한 것이 있고,³⁵⁾ 일본의 판결 가운데에는 귀금속으로 금괴를 만든 경우,³⁶⁾ 타인의 동산에 자기 재료를 써서 大修繕을 한 경우,³⁷⁾ 목재를 製材·반출한 경우,³⁸⁾ 자전거의 바퀴와 안장을 떼다가 다른 자전거에 부착한 경우³⁹⁾ 등은 모두 가공자의 소유권 취득을 부정하였고, 다만 의복의 결감으로 옷감을 댄 경우⁴⁰⁾는 이를 긍정하였다고 한다.⁴¹⁾

누군가 나의 자동차에 멋진 그림을 그렸다고 하더라도, 거래관념에 비추어 그것의 용도가 여전히 1차적으로는 자동차인 한, 자동차 소유권이 그 화가에게 넘어간다고 볼 수 없다. 하지만 누군가가 나의 정원석을 조각하여 아름다운 석상으로 만들었거나 나의 흰색 손수건을 염색하여 예술작품으로 만든 경우는, 그것이 더 이상 이전의 정원석이나 손수건이라고 볼 수 없다면, 민법의 규정에 의하여 저작자는 저작물의 소유권을 취득한다(따라서 소유자는 소유권을 잃게 된다).

가공은 순수한 사실행위이므로, 저작자가 무능력자이거나 그 물건을 자기 것으로 착각하였다거나 혹은 위법행위(주거침입이나 절도와 같은)를 하였다 하더라도 결과

33) 民法注解(주 29), 506면

34) 독일의 경우 RGZ 138, 45, 50(교회제단의 뒷면장식의 복원), 그리고 OGHBrZ NJW 1950, 542도 참조(전쟁의 잣더미 속에서 발견한 운전기의 중요한 부품들을 모두 교체하였음에도 불구하고 가공에 의한 소유권 취득을 주장한 피고측 주장을 받아들이지 않음). 독일민법과 달리 우리민법에는 명문의 규정이 없음에도 새로운 물건일 것을 요구하는 학설에 따르면 우리도 동일한 결론에 도달할 것이다.

35) 朝高判 [19]15. 10. 19, 民集 3, 209(民法注解[주 29], 507면에서 재인용)

36) 大刑判 大正6. 6. 28, 刑錄 23, 727(장물취득죄 긍정)

37) 大判 大正8. 11. 26, 民錄 25, 2114

38) 大刑判 大正13. 1. 30, 刑集 3, 38(장물취득죄 긍정)

39) 最判 昭和24. 10. 20, 刑集 3-10, 1660

40) 大刑判 大正6. 6. 28, 刑錄 23, 737

41) 주 33에서 37까지는 모두 注解民法(주 31), 294-295頁에서 재인용

는 마찬가지이다. 일부학설은 위법행위에 의하여 권리를 취득할 수 없다는 이유로 소유권은 여전히 재료의 소유자가 보유하고, 단지 그가 얻은 이득은 가공자에게 부당이득으로서 돌려주면 족하다고 하지만,⁴²⁾ 부당이득청구권을 갖는 쪽은 오히려 소유권을 상실하는 재료의 소유자이고(민법 제261조), 가공자에게 위법행위가 있었다면 불법행위책임을 그에게 별도로 물을 수 있다고 보아야 할 것이다(민법 제750조).

끝으로 —너무나 당연하기 때문에 어디에서도 독립된 요건으로서 따로 언급하고 있지 않지만— 가공자가 민법의 규정에 의하여 가공된 물건의 소유권을 취득하려면 “가공으로 인한 가액의 증가”가 있어야만 한다(민법 제259조 제1항 단서 참조). 미술저작물을 예로 들어 설명하자면,⁴³⁾ 甲의 서예작품에 乙이 수묵화를 그렸다고 해서 언제나 가치의 증대가 있으리란 보장이 없다. 오히려 가치가 떨어졌다면 소유권의 취득은 고사하고, 다른 사람의 저작물에 대한 훼손행위가 되어 손해배상의 책임을 부담할 수도 있다(민법 제750조, 저작권에 미치는 효과에 관해서는 아래 3.을 참조).

3. 앞서 자전거 바퀴를 떼어 다른 자전거에 부착하였거나 자동차에 그림을 그린 경우는 새로운 물건이라고 볼 수 없으므로, 가공의 법리가 적용되지 않고, 따라서 바퀴나 자동차의 원래 소유자는 자신의 소유권을 잃지 않는다고 하였다. 그렇다면 動産間의 附合(민법 제257조) 또는 混和(민법 제258조)를 주장하는 것은 어떨까? 加工과 이들 두 규정이 모두 새로 발생한 무주물의 소유권 귀속을 정한다는 공통점을 갖고 있으면서도, 加工이 물건(동산)과 노동의 결합에 의한 새로운 물건에 대한 것임에 반하여, 나머지 두 경우는 물건과 물건의 결합으로 발생한, 분리하기 어려운 결과의 처리가 그 목표이므로, 여기에서 관건은 「분리의 곤란함」이다. 민법의 조문은 이를 “훼손하지 아니하면 분리할 수 없거나 그 분리에 과도한 비용을 요할 경우”(민법 제257조 제1문) 혹은 “혼화하여 식별할 수 없는 경우”(민법 제258조)라고 표현한다.⁴⁴⁾

42) 金相容, 물권법(전정판증보), 서울: 법문사, 2003년, 407면

43) H. Schack, Kunst und Recht(Schriften zum Kunstrecht 1), Köln: Carl Heymann, 2004, 난외번호 164의 주 22, 23이 지시하는 문헌에 따르면 미술가 가운데에는 다른 미술가의 그림에 덧그림으로써 새로운 미술저작물을 만들어내는 대표적인 이로서 Arnulf Rainer와 같은 화가가 있는가 하면, Robert Rauschenberg는 1953년 Willem de Kooning의 동의 하에 그의 그림을 지워 白紙로 만든 후 이를 “Rauschenberg가 지운 de Kooning”이란 제목으로 전시하였다고 한다.

44) 학설은 後者의 경우 「식별불가능」을 “분리를 위하여 과도한 비용이 들어야” 하는 경

(i) 자전거에서 바퀴를 원형대로 분리하기란 어려운 일이 아니므로, 동산간의 부합은 아예 부정된다.⁴⁵⁾

(ii) 자동차에 그림을 그린 경우는 자동차와 물감의 분리란 물리적, 화학적으로 불가능하지만, 주된 동산은 여전히 자동차이며, 따라서 물감의 소유자가 자신의 소유권을 잃을 뿐이다. 그러나 여기서 의미 있는 것은 물감과 자동차의 비교가 아니라 창작활동(물감은 그 수단에 불과하다!)과 재료(자동차)의 비교이므로, 이 사안에는 부합(민법 제257조)이 아니라 가공(민법 제259조 제2항)의 법리가 적용되어야 한다. 혹자는 부합의 경우는 주종을 구별할 수 없을 때에는 공유로 처리할 수 있다는 점을 들어 재료주의가 지배하는 가공의 법리보다 부합으로 처리할 것을 주장할 수도 있겠지만, 공유라고 하더라도 그 지분을 정하기 위해서는 부합 당시의 가액을 비교하는 수고를 하여야 하고(민법 제257조 제2문), 가공의 경우 다수설은 제259조 제2항에서 현저성 요건을 요구하지 않으므로,⁴⁶⁾ 오히려 공유보다는 단독소유로 처리하는 것이 법률관계를 간단하게 하고, 또 가공 쪽이 창작활동 자체의 가치를 반영할 수 있으므로, 보다 타당하다고 생각한다.

(iii) 따라서 값싼 손수건에 고급염료를 들여서 염색저작물을 만들어낸 경우도 부합의 법리에 의하여 염료의 가액과 손수건의 가액만을 비교하지 말고, 가공의 법리를 적용하여야 할 것이다.

4. 앞서 I. 3. (2)에서 언급하였듯이, 부동산저작물에 관해서는 여기서 다루지 않겠으나, 부동산과 동산의 附屬에 관해서는 간단하게 살펴보도록 한다.⁴⁷⁾ 法文上의 차이에도 불구하고(제256조 본문과 제257조 제1문을 비교!) 이 경우에도 동산간의 부합과 동일하게 “훼손하지 아니하면 분리할 수 없거나 그 분리에 과도한 비용을 요할” 것을 요건으로 하는 다수설의 입장에 따르면⁴⁸⁾ 실제로 부동산과 동산의 부합이 인정되는 경우란 크게 축소된다. 즉, (i) 콘크리트 건물에 나사 등으로 고정시킨 장

우와 동일하게 이해한다. 郭潤直 편집대표, 民法注解[V] 物權(2) 제258조(權五坤 집필부분), 서울: 박영사, 1992년, 504면 참조

45) 同旨 民法注解(주 44), 502면(주 38의 일본 最高裁判所 판결을 인용하면서)

46) 주 31이 있는 본문 부분 참조

47) 소수설과 판례는 부동산과 동산의 부합 외에도 부동산과 부동산의 부합을 인정한다. 전거의 소래는 郭潤直 편집대표, 民法注解[V] 物權(2) 제256조(權五坤 집필부분), 서울: 박영사, 1992년, 493면의 주 4 내지 7 참조

48) 民法注解(주 47), 493면 이하 참조

식품은 쉽게 분리할 수 있으므로, 아예 부합이 되지 않았다고 볼 것이고, (ii) 대저택의 석고장식이나 프레스코 벽화 등과 같이 미술저작물이 건축공사에 사용하거나 건물 내부 또는 외부에 합판 등을 대는⁴⁹⁾ 경우는 —이것을 부동산의 「구성부분」으로 보든, 아니면 이른바 “강한 부합”의 경우로 보든⁵⁰⁾— 언제나 부동산소유권이 이들 저작물에까지 미친다(따라서 권원에 의한 부합인가 여부는 따질 필요가 없다, 민법 제256조 단서). (iii) 결국 민법 제256조가 고유한 존재의의를 가지는 이른바 “약한 부합”이란 위 (i)과 (ii)를 제외한 나머지를 가리키므로, (i)과 (ii)를 어떻게 이해하느냐에 따라 —결국은 또다시 「거래관념」에 따라— 그 인정범위가 달라질 수 있는 상대적 개념이다.⁵¹⁾

(ii)에 속하는 것이라고 하더라도 어떤 이유에서든 부동산과 분리되면 다시 동산으로서 독립된 거래의 객체가 될 수 있음은 물론이다. 현실에서도 가령 건물에 그려진 벽화를 그 건물 철거 전에 다시 동산으로 돌린 예를 종종 찾아볼 수가 있다.⁵²⁾

5. 그밖에도 법률의 규정에 의한 동산소유권의 취득방법으로는 선의취득(민법 제249조 이하) 등이 있지만, 여기서는 소유권의 포기에 대해서 잠깐 살펴보도록 한다. 동산의 소유자가 소유권을 포기할 의사로 점유를 포기하면 그 동산의 소유권은 소멸하고,⁵³⁾ 그 결과 무주물이 된 동산은 선점의 대상이 되어 “소유의 의사로 점유한 자”가 소유권을 새롭게 취득한다(민법 제252조 제1항). 주의할 점은 선점에 주관적 요소(자주점유의사)가 요구되는 것과 마찬가지로 포기에도 주관적 요소(소유권 포기의 점유상실의사)가 필요하다는 점이다.

따라서 예를 들어 도공이 스스로 만든 도자기가 마음에 들지 않아 이를 집 앞 쓰

49) 大判 85.4.23, 84도1549(公1985, 811)(건물 내부벽에 은파석을 붙이고 내부 천장에 합판을 부착한 경우), 독일의 경우에도 RGZ 158, 362, 367-368(Braunschweig 소재 城에 나무판넬을 댄 경우)

50) 학설 대립의 소개로는 民法注解(주 47), 494-495, 497면 참조

51) 民法注解(주 47), 497면은 상들리에에 (i), 덧문이나 차양은 (iii)에 해당한다고 하지만, 거기에 어떠한 합리적인 기준이 있는지는 의문이다(스스로도 “명확한 구분이 있는 것이 아니라, 거래관념, 당사자의 의사 등에 따라 상대적일 수 있다”고 구별의 어려움을 토로한다).

52) H. Schack(주 43), 난외번호 163은 Oskar Schlemmer가 1940년 그린 벽화 “가족”이 1995년 동산으로 되돌려진 예를 든다.

53) 비록 우리민법에는 독일민법 제959조와 같은 조문은 없지만, 소유권 포기과 법률효과가 정반대인 무주물의 귀속에 관한 제252조 제1항을 반대해석하면 동일한 결론에 다다를 수 있다.

레기통에 내다버렸음에도 불구하고, 누군가가 이를 소유의 의사로 선점하면 소유권을 취득한다고 보아서는 안 될 것이다. 선점을 부정하기 위해서는 그것이 무주물이 아니라고 보아야 하고, 그렇다면 그가 도자기를 내다버린 행위는 소유권의 포기가 아니라고 하여야 한다. 결국 도공의 의사는 소유권 포기가 아니라 쓰레기 처리회사에 대한 소유권 이전이라고 보는 것이 타당하다.

이에 반하여 우연한 사정으로 유명도공의 도자기를 손에 넣게 된 사람이 그 도자기의 가치를 몰라보고 이를 집 앞 쓰레기통에 내다버렸다면 이것은 —중대한 착오를 이유로 상대방 없는 단독행위를 취소할 수 있는가 하는 문제는 차치하고— 당연히 유효한 소유권의 포기이며 버려진 도자기는 선점의 대상이 되는 무주물이 된다.⁵⁴⁾

이처럼 똑같은 행위(집 앞 쓰레기통에 내려버리는)에 대하여 서로 전혀 다른 법률효과가 인정되는 이유는 무엇일까? 그것은 바로 하나는 저작자, 다른 하나는 (단순) 소유자라는 차이 때문이고, 이로 인하여 똑같은 물건(도자기)이 한 사람에게는 자기 인격 자체의 실현으로, 다른 사람에게는 단순한 사용, 수익, 처분의 대상으로 평가된다. 이렇게 저작물에는 저작자의 인격적 요소가 있음에 비추어 저작물 폐기행위와 관련한 소유자의 의사를 명백한 의사표시가 없는 한 소유권 포기로 보지 않으려는 해석태도는 충분한 설득력을 갖는다고 생각한다.

6. 앞서도 지적하였듯이, 저작물의 소유권과 저작자의 권리는 서로 별개의 권리로서 각각 발생, 변경, 소멸하는 것이 원칙이다. 하지만 이 원칙이 현실에서 언제나 관철되는 것은 아니다. 분명히 저작물에 대한 소유권 양도(포기를 포함하여)가 있으면 “저작자의 권리”에 대한 침해위험은 증대할 가능성이 높아진다. 자신이 그린 그림을 다른 사람에게 양도한 사람은 양수인이 그 그림에서 저작자의 이름을 지워버리거나 그림 자체를 훼손하려는 —물론 저작권법 제12조, 제13조에서 저작자의 권리로서 성명표시권과 동일성유지권을 선언하고 있긴 하지만— 시도를 할지를 알기 어렵고, 따라서 「사실상」 이를 막기란 불가능하다.

54) LG Bonn NJW 2003, 673를 보면 1991년 어느 집에서 집 앞에 내놓은 쓰레기 속에서 August Macke의 “숲 언저리”란 값비싼 유화그림을 발견한 피고에 대하여 1938년 당시 나치의 박해를 피해서 해외로 나갔던 사람의 먼 권리승계인이 그 그림은 피상속인의 재산이었던 것을 나치가 빼앗아간 것이라고 주장하며 반환을 주장한 사안이었는데, 여기에서 법원은 충분한 입증이 없었다는 등의 이유로 원고의 청구를 기각하였다.

미술저작물의 공표권과 관련하여서 “저작자가 … 원작품을 양도한 경우에는 그 상대방에게 저작물의 원작품의 전시방식에 의한 공표를 동의한 것으로 추정한다”는 규정이 저작권법에 있는데(제11조 제3항), (i) 저작재산권의 양도 내지 이용허락의 경우와 저작물 자체의 소유권 양도의 경우를 똑같이 놓고 설명할 수 있는가⁵⁵⁾도 의문이지만, (ii) 아무리 미술저작물 자체의 양도 속에 공표권의 포기의사에 묵시적으로 포함되는 경우가 많다고 하더라도 이러한 내용의 추정규정을 두는 것이 —그것도 공표권을 이른바 일신전속적 저작 「인격권」의 첫머리에 규정한 법체계에서— 입법기술상 바람직한가도 따져보아야 할 것이며, (iii) 法敎理學的으로 보더라도 한편으로 공표권은 저작자에게 일신전속적으로 귀속한다고 선언하고서(제14조 제1항) 다른 한편으로 원작품 소유권 양수인의 공표에 동의한 것으로 추정한다면 이것은 소유자(저작자가 아닌!)의 공표권을 인정하는 셈이 되고(어차피 전시방식에만 추정을 인정한다면 보다 간명하게 양도 가능한 전시권의 수여로 낫지 않을까), (iv) 과거 「원본」의 시대에나 타당하였을 규정을 「상품화」의 시대에 적용하려 한다는 비판도 피할 수 없다(가령 캐릭터 만화가 바로 동조향에서 말하는 “미술저작물 등”에 포함됨을 상기해보라). (v) 또한 공표가 저작권 보호기간의 기산점이 되기도 하는데(저작권법 제36조 제1항 단서, 제37조 제1항 단서, 제38조), 이 때 양수인의 일방적인 공표(전시)를 몰랐다는 항변은 반증의 의미가 없고, (vi) 끝으로 소유권을 양도한 후 뒤늦게 미공표 또는 공표권 유보의 특약을 하려할 때 상대방의 비협조를 부추길 가능성도 있다.

특히 (i)과 같은 오류가 나온 이유는, 앞서 (1)에서 이미 한번 강조하였듯이, 소유권과 저작권(특히 이른바 저작재산권)을 엄격히 구별하지 못했기 때문이다. 소유권양수인이 저작물을 복제하거나 전시할 수 있는 것은 그가 취득한 소유권의 용익권능 때문이지, 저작권과는 아무런 관련이 없다. 반대로 저작권 전부 또는 복제권, 전시권을 양수하였거나 저작물의 복제, 전시에 관하여 이용허락을 받은 사람도 저작물의 복제, 전시를 할 수 있지만, 이것은 소유권과 조금도 관련이 없다. 같은 用益이라고도 소유권에 기한 경우는 가령 저작자의 권리를 해하지 않도록 해야 한다는 제한이 있는 반면에 물건이 존속하는 한 계속 가능하므로, 對世效가 있는 저작재산권이나 對人效의 저작물이용권에 기한 경우와는 명백히 다르다.

55) 예를 들면 吳承鐘·李海完, 저작권법(제4판), 서울: 박영사, 2005년, 252면은 “이 규정의 취지나 동의추정의 효과도 앞의 저작재산권의 양도 등의 경우와 같다”고 한다.

7. 이상에서 명백히 드러나듯이, 저작권 제11조 제3항의 추정규정은 어디까지나 예외규정으로서 엄격히 적용하고,⁵⁶⁾ 동조항의 범위를 法文 바깥으로까지 확대시키려는 그 어떠한 시도도 반대하여야 한다. 물론 현실에서 저작물에 대한 소유권 양도와 저작재산권의 양도를 언제나 준별하기란 결코 용이한 일이 아니다. 그런 이유로 불과 얼마 전까지만 해도 소유권을 양도하면서 아무런 권리도 유보하지 않은 저작자는 저작물의 무체적 가치에 대한 이용까지도 허락한 것으로 추정한다는 학설이 널리 퍼져 있었다. 그와 같은 사정은 두 권리가 서로 구별된다는 규정을 법률에 명문으로 둔 나라에서조차 마찬가지였다.

가령 프랑스에서는 두 권리를 서로 구별하는 법률을 1910년에 처음 제정하였지만, 그 후 破棄院은 자그마치 두 차례나 이 법률의 내용이, 소유권의 이전이 있으면 그 목적물에 관한 일체의 권원(여기에는 저작재산권도 포함된다)을 이전한다는 민법의 일반원칙에서 벗어난 예외적인 것이라고 판결함으로써 1910년 이전에 있었던 미술저작물의 유보 없는 매매에는 적용을 배제하였다.⁵⁷⁾ 프랑스보다 1년 앞선 미국의 1909년 연방저작권법에도 동산의 매매는 저작권의 이전을 당연히 수반하는 것은 아니라는 규정은 있었으나,⁵⁸⁾ 이 규정은 일반적으로 공표된 저작물에 한하여 적용되었고, 공표되지 않은 저작물은 계속해서 州法이 규율하였다. 그러자 뉴욕주를 위시한 일부 주법원은 저작물 원본의 유보 없는 이전이 있으면 저작권도 함께 이전된 것으로 추정하는 판례를 발전시켰다.⁵⁹⁾ 그러다가 1966년 뉴욕주가 먼저 이러한 추정을 뒤집는 법률을 제정하였고,⁶⁰⁾ 이어서 1976년에는 연방저작권법이 州法들을 대체하였다(1978년 1월 1일 발효). 비록 여러 우여곡절을 겪긴 하였지만, 오늘날 미국과 프랑스 두 나라의 저작권법은 모두 저작물의 매매는 저작권의 이전을 당연히 가져오는 것은

56) 독일저작권법 제44조는 제1항에서 저작자에 의한 원본 매도에는 원칙적으로 저작이용권의 부여가 포함되지 않는 것으로 본다는 원칙을 선언한 후, 동조 제2항에서 우리 저작권법 제11조 제3항에 해당하는 예외를 규정한다.

57) Cass. C. 19 mars 1926, Dalloz périodique et critique, 1927. I. 25(Sisley, Courbet 등의 미술저작물); Cass. Civ. 1er 16 juin 1982, Bull. civ. 1982 I, n° 228, p. 196(Renoir의 미술저작물)

58) 12 U.S.C.A. § 27(1909)(폐지)

59) 무엇보다도 Pushman v. New York Graphic Soc., 39 N.E.2d 249 (N.Y. Ct. App. 1942)(미술저작물[그림]의 경우), 그밖에도 Chamberlain v. Feldman, 89 N.E.2d 863 (N.Y. Ct. App. 1949)(어문저작물[原稿]의 경우)

60) An Act to Amend the General Business Law, in Relation to the Right to Reproduce Works of fine Art, 1966 Laws of N.Y., ch. 668(New York General Business Law를 개정하여 art. 12-E, §§ 223-224을 신설)

아님을 분명히 하고 있다.⁶¹⁾

비단 외국 입법의 흐름 차원에서뿐만 아니라 법리적으로 보더라도 저작권은 소유권과 다른 취지에서 다른 대상을 보호하고, 다른 요건과 효과를 갖는다. 그러므로 주종관계 또한 성립하지 않으므로, 제100조 제2항의 유추적용이나 이른바 상태권(Zustandsrecht)⁶²⁾의 주장 등은 모두 받아들이기 어렵다.

IV. 공표권, 복제권 등과 소유권의 충돌

1. 저작물의 공표 여부의 판단은 저작자의 여러 가지 개인적인 사정(가령 이 작품의 공표로 자신의 명성에 어떠한 영향을 미칠지, 저작권의 보호기간의 진행을 개시시킬지 등)이 참작될 수 있으므로, 법률은 저작자가 원칙적으로 이를 판단하도록 하였다(저작권법 제11조 제1항). 따라서 아무리 소유자가 공표를 원한다 하더라도 저작자가 공표를 원하지 않는 저작물은 공표되어서는 안 되는 것이 원칙이다. 다만 여기에는 몇 가지 예외가 인정되는데(동조 제2항 이하), 무엇보다도 위 1. (6)에서 보았듯이 미술저작물의 경우는 추정규정이 있어서 소유권양도계약에서 저작자가 자신에게 공표권을 유보하는 약정을 맺은 경우는 공표 여부의 결정권을 원본양수인이 갖게 되는 결과가 된다. 하지만 원본소유권의 양수인이 갖는 공표의 권리는 저작권의 일부를 이루는 공표권과 전혀 다른 권리임에 유의하여야 한다. 저작자가 권리를 유보하지 않음으로써 소유자의 공표 여부 결정에 동의한 것으로 추정되는데, 이것은 바로 저작자가 저작권의 일부인 공표권 행사의 (묵시적) 포기에 해당하고, 그로 인하여 원본소유자의 소유권은 그 탄력성으로 인하여 확대된 것이라고 이해할 수 있다.

반대로 소유자가 공표를 원하지 않음에도 저작자가 저작물의 공표를 원하는 경우는 소유자가 자신의 소유권을 행사하여 인도를 거절할 수 있는가? 이것은 공표권을 어떻게 이해하느냐에 따라 다음과 같이 달라진다. 만일 공표권을 제3자에 대하여 적극적인 청구를 할 수 있는 권리로서 이해한다면 소유자는 인도를 거절할 수 없겠지만, 우리나라의 학설이 이해하듯이⁶³⁾ 이를 소극적인 권리(“금지권”)로 보는 것이 타

61) 앞의 II. (1), 특히 주 7에 해당하는 본문 부분 참조

62) A. v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Berlin: Duncker & Humblot, 1957, S. 66 주 7에 따르면 이 명칭은 C. Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, § 29, 5에서 사용하였다고 한다.

63) 吳承鐘·李海完(주 55), 249

당할 것이다. 따라서 공표권자는 부당한 공표행위를 금지시킬 수 있을 뿐, 공표에 필요한 행위를 다른 사람에게 요구할 수는 없다. 그럼에도 불구하고 공표에 협조할 것을 강요하거나 직접 소유자의 지배영역 안으로 들어가서 공표권을 행사하려고 하는 경우는 불법행위의 책임을 면할 수 없다(민법 제750조).

저작자가 공표권을 배타적으로 가진다고 하더라도 다른 사람의 법익을 침해할 수 있는 권한까지 가지는 것은 아니다. 촉탁에 의한 초상화 또는 사진저작물의 경우는 촉탁자의 동의가 없으면 이를 “이용”할 수 없도록 하였는바(저작권법 제32조 제4항), 이것은 명백히 촉탁자의 인격권(초상권)을 보호하기 위한 것이다. 주지하듯이, 구 저작권은 이 경우 아예 촉탁자에게 저작권을 귀속시켰었는데(구 저작권법 제13조), 그런 경우는 공표권까지 촉탁자가 가질 수 있었다. 오늘날에는 촉탁계약(대부분 도급 또는 위임계약)의 해석 문제이긴 하겠지만, 공표권의 행사를 묵시적으로 촉탁자에게 위임할 수 있는 것도 생각해볼 수 있다. 공표권은 저작인격권으로서 일신전속적이긴 하지만, 이 때의 일신전속을 반드시 귀속상 일신전속으로 보아야 하는 이유는 없다.⁶⁴⁾ 또한 이러한 묵시적 위임을 인정할 수 없다고 하더라도 촉탁자의 초상권을 직접 동원하여 —저작권법 규정과 상관없이— 공표를 막는 방법도 생각해볼 수 있다.

여기서 말하는 「공표」란 저작물을 일반공중에게 공개(저작권법 제2조 제17호 참조), 보다 정확하게는 일반공중에게 最初 공개를 말한다. 일단 공표가 있으면 공표권은 소진되고 사실행위이기에 이를 철회할 수 없으므로, 원하지 않는 공표의 우려가 있으면 사전방지책을 도모할 필요가 있다.

공표의 방식은 다양할 수 있으므로, 공표권의 행사는 소유자에게 과도한 부담이 되지 않도록 하여야 한다. 따라서 점유를 빼앗지 않고도 공표할 수 있는 방법이 있다면 그쪽을 우선하여 사용하여야 한다. 현명한 저작자라면 원본을 양도하기 전에 미리 복제해 두거나 인쇄본으로 쓸 수 있을 만큼 고품질의 사진으로 찍어놓고, 또 원본소유권의 양도계약시 나중에 입증이 용이한 방식, 즉 서면으로써 공표권을 유보해둘 것이다.

2. 미술저작물의 공표를 위하여 가장 빈번히 사용되는 방식은 아직까지도 展示인데, 여기서도 역시 일단 두 가지 충돌의 경우를 생각해볼 수 있다. 저작자가 전시를 원하는 경우와 소유자가 전시를 원하는 경우가 그것이다. 前者는 저작권의 일부로서

64) 독일법 제12조 제2항은 “저작자의 동의를 얻어” 제3자가 공표하는 것을 전제로 한다.

의 전시권의 행사, 後者は 소유권의 一權能으로서의 용익권의 행사로 각각 볼 수 있다.

저작물을 전시하려면 먼저 저작물에 대한 점유를 취득하여야 한다. 하지만 저작자의 전시권을 선언한 규정(저작권법 제19조)에는 소유자에 대한 저작자의 저작물 인도청구권이 포함되어 있지도, 이로부터 도출될 수도 없다. 미술가의 입장에서 아무리 주관적으로 중요한 전시회라 하더라도 소유자의 의사에 반하여 소유물의 점유를—설령 그 기간이 며칠 안 된다고 하더라도—앗아갈 수 없다. 이것은 효과 면에서는 收用과 다르지 않기 때문이다. 하지만 전시 목적의 인도청구권을 저작자에게 부여할 것인가는 불변의 진리가 있는 것이 아니라 명백히 입법정책의 문제이다. 입법례에 따라서는 실제로 그와 같은 제한된 목적의 인도청구권을 인정한 나라도 있다(1992년 스위스 저작권법 제14조 제2항 참조).

한편 소유자에 의한 전시권의 행사와 관련한 저작권과의 충돌 문제를 해결하기 위하여 법률은 미술저작물의 원작품의 소유자에게 원칙적으로—저작자의 동의를 요하지 아니하고— 전시를 허용하였는데(저작권법 제32조 제1항), 다른 한편에서 보면 이것은 저작자의 전시권에 대한 중대한 제한이 된다. 또한 소유자에 의한 원작품 전시는 허용된다 하더라도 그 작품이 공표되지 않은 것인 때에는 공표권 침해가 문제될 수도 있다. 그렇기 때문에 앞서 (1)에서 보았듯이, 미공표 미술저작물의 원작품을 양도한 경우에 동의 추정 규정을 둔 것이다(저작권법 제11조 제3항). 하지만 이 조항은 예외규정으로 보아서 엄격히 해석하여야 하므로, 소유자는 반드시 전시방식으로 공표하여야 추정 규정을 원용할 수 있다.⁶⁵⁾

3. 가령 기업의 대표이사가 자신이 개인적으로 구입한 그림을 사진으로 찍어 이를 가지고 연말연시 카드를 대량으로 만들어 기업의 고객들에게 부치거나 자기 소유의 조각상을 주물로 복제하여 여러 사람들에게 선사하는 행위는 예술작품의 복제, 배포에 해당하므로, 소유권의 적법한 행사가 아니라 저작권법 제16조, 제23조에 의해 저작자에게 보장되는 권리의 침해가 된다. 사적 이용을 위한 복제를 제한적으로 허용하는 규정(저작권법 제27조)이 있기는 하지만, “저작재산권의 제한규정 중 저작재산권자의 이익을 가장 포괄적으로 제한할 소지가 있는 규정인 만큼 그 해석·운용에는 신중함이 요구된다”는 것이 일반적인 평가이다.⁶⁶⁾ 그밖에도 미술저작물의 복제와 관

65) 同旨 吳承鐘·李海完(주 55), 252

련하여서는 저작권법 제22조 이하의 여러 제한들이 중요한 의미를 갖는다.

복제 작업으로 인하여 발생하는 비용과 위험은 모두 복제권자가 부담하여야 함은 당연하지만,⁶⁷⁾ 특히 저작물에 관한 소유권과 점유가 이전된 이후에 저작자의 복제권이 현실적으로 실현될 수 있으려면 저작물예의 접근(access)이 보장되어야 할 것이다. 그러나 우리 저작권법은 독일법⁶⁸⁾과는 달리 그와 같은 규정을 두고 있지 않다. 복제권 규정에서 이와 같은 접근권을 도출할 수는 없다고 생각한다. 오히려 복제로 인하여 저작물에 훼손이나 변경이 가해질 우려가 있다면 소유자는 접근을 불허할 것이고, 결국 복제권의 행사는 사실상 어려워진다.

저작물에 대한 접근이 법률상 보장되지 않음에 따라서 복제권(나아가 배급권)의 행사가 이처럼 사실상 제한되기는 하지만, 가령 유일한 미술저작물 원본의 소유자가 복제물의 등장으로 인하여 —분명히 높은 가격을 주고 취득하였을— 소유저작물의 시장가치가 떨어질 위험으로부터 벗어날 수 있다는 평가도 가능하다. 물론 접근권을 인정하고 소유자와 저작자 사이의 복제금지약정을 통하여 소유자가 자신의 이익을 지키는 방법도 생각해볼 수 있지만, 접근권 없이 복제권만을 규정한 것은 궁극적으로 저작물 복제의 경제적 이익을 소유자와 저작자 중 누구에게 돌릴 것인가에 관한 입법자의 태도 결정이라고 볼 수 있지 않을까 한다.

V. 동일성유지권과 소유권의 충돌(vandalism으로부터의 저작권의 보호)

1. 소유자는 법률이 정하는 범위 안에서 소유물을 사용, 수익할 수 있을 뿐만 아니라 처분할 수도 있다(민법 제211조 참조). 이때의 「처분」이란 법률적 처분뿐만 아니라 멸실, 훼손과 같은 사실적 처분도 포함함은 물론이다. 가령 甲이란 화가가 자신과 경쟁관계에 있는 화가 乙의 대표작을 구입하여 이를 멸실시키고자 한다면 乙에게는 어떠한 구제수단이 있을까?

저작권법에 따르면 “저작자는 그 저작물의 내용·형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리를 가진다.”(제13조 제1항) 학설은 거의 일치하여⁶⁹⁾ 이 조문을 적용하려면 (i)내

66) 吳承鐘·李海完(주 55), 359

67) 그리하여 1992년 스위스 저작권법 제14조 제3항은 일종의 위험책임을 저작자에게 부과하였다.

68) 독일저작권법 제25조 제1항은 저작물원본의 점유자에 대하여 저작자는 “복제본의 제작이나 저작물의 개작에 필요한 경우는 점유자의 정당한 이익을 침해하지 않는 범위 안에서 접근”을 요구할 수 있다고 규정한다.

용이나 형식 등에 改變이 있고, 그로 인하여 同一性에 손상이 가해져야 하지만, (ii) 그와 같은 改變에도 불구하고 원래의 저작물의 표현형식상의 본질적인 특징을 직접적으로 感得할 수 있어야 한다고 설명한 후, 나아가 “그림이나 사진저작물을 완전히 훼손하여 원래의 형태를 알아 볼 수 없게 만든 경우에는 그 자체로 새로운 저작물이 생기는 것은 별론으로 하고 원작에 대한 동일성유지권의 침해로는 되지 않는다. 즉 원작에 대한 개변이 어느 한도를 넘어서게 되면 그것은 원저작물에 대한 복제물 또는 2차적 저작물이라고 할 수 없고 전혀 새로운 독립된 저작물로 성립되게 되며, 그렇게 되면 오히려 동일성유지권 침해의 문제도 생길 여지가 없게 된다”고 한다.⁷⁰⁾ 그렇다면 이러한 유체적 파괴행위는 저작권이 아닌 소유권으로써만 방어할 수 있고 (따라서 소유권이 없는 저작권자에게는 불가능하다), 오히려 개변의 결과물이 창작성의 요건을 갖추면 새롭게 저작권의 보호를 받게 된다.

2. 과연 이러한 이해만으로 저작자의 정당한 이익이 제대로 보호될 수 있는지를 살펴보자.

(i) 어느 한도 이내의 개변은 저작자의 정당한 이익을 침해하지만, 완전한 멸실은 아무런 관계가 없다는 설명은 옳지 못하다. 어느 정도의 개변은 복구가 가능하지만, 저작물이 멸실되면 아예 영원히 후세에 전달되지 않는다. 인류역사에서 수많은 저작물들이 흔적도 없이 파괴되어 오늘날 아무런 영향력을 끼치고 있지 못하다. 저작물을 통하여 자신의 영향력을 후세에 전하고자 하는 저작자의 이익은 보호할 가치가 있다.

(ii) 저작물 하나하나에서 눈을 돌려서 한 저작자의 저작물 목록 전체를 놓고 보면, 때로는 훼손된 저작물의 저작자란 인격적 모욕보다도, 자신의 창작인생 전체 중의 어느 한 시절의 대표적인 저작물이 완전히 소멸함으로 인하여 자신에 대한 사회의 평가가 왜곡되는 것(인격의 왜곡)이 저작자에게 더 큰 불이익을 가져다주는 사례는 얼마든지 찾아낼 수 있다.

(iii) 저작자와 소유자 사이의 계약에서 멸실행위를 금지하는 약정을 하는 것은 물론 가능하지만, 이것은 어디까지나 채권적 효력을 갖는 데 그칠 뿐, 저작권과 같이

69) 반면에 독일의 경우는 저작권법 제14조의 “왜곡 기타 침해”에 완전멸실의 경우까지 포함되는지에 대하여 학설이 첨예하게 대립한다. 이 문제에 관하여는 H. Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 3. Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, 난외번호 358-359 참조

70) 吳承鐘·李海完(주 55), 258

절대적 효력은 원칙적으로 갖지 않는다.

(iv) 소유자가 정당한 저작권 행사(가령 공표권, 성명표시권, 복제권, 전시권)를 막기 위하여 저작물을 고의로 멸실시키는 경우도 생각해볼 수 있다.

(v) 저작물의 유체적 파괴행위는 저작권이 아닌 소유권으로써만 방어할 수 있다면 소유권이 없는 저작권자는 이것이 불가능하고, 오히려 개변의 결과물이 창작성의 요건을 갖추면 새롭게 저작권의 보호를 받게 된다. 이것은 소유권과 저작권의 분리 원칙과 상충한다.

앞서 보았듯이, 저작권이 보호하고자 하는 것은 저작물 자체가 아니라 저작자와 저작물 사이의 관념적=정신적 결합관계이다. 우리가 저작자의 살해나 저작물의 멸실을 저작권 침해라고 하지 않는 것(71)도 바로 이러한 결합관계에 관한 침해가 없기 때문이다. 그러나 미술 등의 조형예술의 경우는 저작자와 저작물 사이의 결합관계가 저작물 그 자체와 불가분하게 결합되어 있다. 여기서 저작자는 자신의 사회적 영향력 유지와 저작물 자체의 물리적 완전성의 보존이라는 두 가지 이해관계를 동시에 갖고 있고, 이것은 모두 보호가치 있는 것들이다. 여기에도 또다시 소유권 보호와 저작권 보호의 갈등(소유자는 어떤 경우에 저작자의 동의 없이 자신이 소유하는 저작물을 폐기할 수 있는가?)에 봉착하는데, 중국적으로는 역시 그 저작물이 저작자에 대하여 갖는 의미가 무엇인가에 기한 이익형량으로 판단할 수밖에 없을 것이다. 따라서 처음부터 저작물 멸실의 모든 경우를 동일성침해의 사안에서 배제하는 것은 올바른 태도라고 보기 어렵다.

3. 소유자가 고의로써가 아니라 단지 과실로 멸실시켰거나 혹은 점진적인 붕괴를 막지 못한 데 지나지 않는다고 주장할 경우는 그에게 적극적인 보존조치를 취해야 할 의무가 없기 때문에 과실 등을 비난할 수 없으므로, 저작권 침해를 이유로 하는 권리구제의 공백이 생길 수 있다. 그래서 일부 법제는 중과실에 의한 멸실(미국 연방저작권법 § 106 A(a)(3)(B)), 심지어 통상의 경과실에 의한 멸실까지도 제재하기도 한다(프랑스의 일부 판결⁷²⁾).

71) 吳承鐘·李海完(주 55), 485: “저작물의 매개체에 불과한 原稿 또는 실연녹화 테이프를 절취하거나 훼손하는 행위나 저작물 등을 비방하는 행위 등은 그것이 민법상의 소유권 또는 일반인격권을 침해하는 불법행위가 될지언정 저작권법상의 권리침해라고는 할 수 없다.”

72) Tribunal de grande instance Paris, Revue internationale du droit d'auteur(RIDA) 134(1987), 223,

4. 저작자가 자신이 소유하는 (미완성) 저작물을 멸실하는 것은 저작목록의 자기결정 자유의 범위 내에 있으므로, 논리적으로 저작권 침해가 부정된다. 다만 문화재보호법과 같은 공법의 규제를 받는 데 그칠 뿐이다. 저작자의 상속인에게 동일한 자유를 인정할 것인가는 문제이다. 상속인이 피상속인의 유지에 따라 행동하는 것이라면 저작자 자신의 멸실행위와 동일하게 평가할 수 있지만, 피상속인의 유지에 반하여 (가령 Franz Kafka 사후 유언집행인이었던 Max Brod가 그의 유지에 반하여 작품들을 멸실시키지 않고 공표한 경우를 생각해보라!) 행동한 것이라면 저작권 침해가 문제될 수 있다. 다만 이 경우는 사실상 原告가 존재하지 않게 된다.

5. 동일성유지권 침해의 법률효과로는 먼저 상황이 종료된 다음이라면 손해배상청구권을 갖는 데 그치겠지만, 상황이 진행 중이거나 예견되는 경우는 부작위(중지)청구 또는 점유 및 소유권이전청구를 요구할 수 있는지가 문제된다.

(1) 부작위청구는 오래 지속할 수 없다. 왜냐하면 이를 인정하면 소유자에게 자기비용 부담 하에 보관의무를 지우는 것과 같은 결과가 되기 때문이다. 다만 저작자가 복제권 등을 행사할 때까지의 합리적인 기간 동안 침해행위를 중단할 것을 청구할 수는 있을 것이다. 만일 소유자가 저작자의 정당한 권리행사를 막을 의도로 저작물을 멸실시켰다면 그것은 권리남용(민법 제2조 제2항)이 되어 손해배상책임을 진다. 저작자의 입장에서는 소유자 수중에서 무슨 일이 벌어지는지 아는 것이 중요한데, 저작자와 저작물 사이의 특수한 결합관계에 비추어 소유자의 정보제공의무를 인정할 수 있는지, 인정한다면 어느 정도의 노력을 기대할 수 있는지가 문제될 수 있다. 참고로 현행 저작권법 제56조 제2항은 출판권자에게 재출판 사실을 미리 알려줄 것을 규정하고 있다.

(2) 여기서 한 걸음 더 나아가 저작자의 저작물 보존 이익을 보다 충실하게 보호하기 위하여 저작자가 저작물을 무상으로(보다 정확히는 멸실로 인하여 소유자가 갖게 될 이익을 보상하고) 가져갈 수 있도록 기회를 제공할 의무를 소유자에게 부과할 수 있는지가 문제된다. 만일 이를 긍정한다면 그 근거는 역시 신의칙(민법 제2조 제1항)에서 찾아야할 것이다. 이러한 견해는 무엇보다도 1992년 스위스 저작권법 제15

226(화재로 인한 그림의 소실).

조 제1항이 명문으로 이를 인정한 이래, 독일 등에서 통설의 지위를 차지하고 있고,⁷³⁾ 오늘날 우리에게도 시사하는 바가 있다고 생각된다. 다만 구체적인 요건 등에 관하여는 좀 더 검토가 필요할 것이며, 이것은 차후의 과제로 미루기로 한다.

주제어 : 미술저작물, 저작권, 소유권, 저작권의 양도, 고의적 저작물 파괴행위 (vandalism)

* 제15회 대회에서 기발표한 논문임.

73) 가령 Schack(주 69), 난외번호 359

〈참고문헌〉

- 郭潤直 편집대표, 民法注解[V] 物權(2), 서울: 박영사, 1992년
- 金相容, 물권법(전정판증보), 서울: 법문사, 2003년
- 宋永植·李相程·黃宗煥, 지적소유권법(제7전정판)(上)(下), 서울: 육법사, 2001년
- 吳承鐘·李海完, 저작권법(제4판), 서울: 박영사, 2005년
- 丁相朝, 知的財産權法, 서울: 홍문사, 2004년
- 黃迪仁·鄭順姬·崔現鎬, 著作權法, 서울: 법문사, 1990년
- 梅謙次郎, 民法要義卷之二物權編[訂正增補第二十八版], 東京: 私立法政大學·有斐閣書房, 1908년
- 川島武宜 編集, 注解民法(7), 物權(2), 東京: 有斐閣, 1968년
- 森村 進, 財産權の理論, 東京: 弘文堂, 1995년
- L. M. W. Ehrler, Das Folgerecht: eine rechtsvergleichende Untersuchung im Lichte des europäischen Rechts(Studien zum Kunstrecht 13), Zürich: Schulthess, 2001
- J. Locke/J. W. Gough[ed.], Second Treatise of Civil Government and a Letter Concerning Toleration, Oxford: Basil Blackwell, 1946
- W. Hamann, Der urheberrechtliche Originalbegriff der bildenden Kunst: unter besonderer Berücksichtigung grafischer Vervielfältigungsarten(Europäische Hochschulschriften: 2; 246), Frankfurt a. M.[usw.]: P. D. Lang, 1980
- V. Jänich, Geistiges Eigentum — eine Komplementärserscheinung zum Sacheigentum?(Jus privatum 66), Tübingen: Mohr Siebeck, 2002
- B. Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 3(Sachenrecht), Berlin: R. v. Decker's Verlag, 1899
- Münchener Kommentar BGB, Band 6, 4. Auflage, München: C. H. Beck, 2004
- R. A. Posner, Law and Literature, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1988
- H. Schack, Geistiges Eigentum contra Sacheigentum, GRUR 1983, 56
- H. Schack, Kunst und Recht(Schriften zum Kunstrecht 1), Köln: Carl Heymann, 2004
- H. Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 3. Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck, 2005
- A. v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Berlin: Duncker & Humblot, 1957

<Abstract>

Conflicts between Copyright and Ownership of Works of Art

Lee Joon-hyong*

Forasmuch as an ownership is restricted by copyright, it can be said this as *lex specialis* prevails against that, but with so many exceptions; new digital technologies have given to es in values of original works, hence more and more exceptions.

By the time an artist process goes through with her/his work, there hardly happens the situation where the two exclusive rights conflict with each other(ownership without copyright is as possible as copyright without ownership: so-called the principle of separation); once a work of art is completed to be sold out to one other, a resort to her/his right might infringe other's right. Some of the infringements are coped with in a statutory form(for example the Korean Copyright Act art. 32 I), but the mostly others remained unregulated.

In the last chapter I scrutinize into the most legally extreme discrepancy between copyright and ownership — owner's deliberate deterioration of works, i.e. vandalism. I dissent from the prevailing opinion in that they assert an author be allowed to resort to the right of integrity(the Korean Copyright Act art. 13), only as long as the original identity could be traced back to the deteriorated work; I propose the author should have access to remedy to protect her/his works against unreasonable vandalism, and, if reasonably necessary, to take them back at her/his own expense.

key words : work of Art, copyright(authorship), ownership, transfer of right, deliberate deterioration of work(vandalism)
--

* Prof. of Chung-Ang Univ.