

# 저작재산권의 보호기간에 관한 고찰

박 성 호\*

## <目 次>

I. 서 론	III. 보호기간의 기산
II. 보호기간의 원칙	IV. 결 어

## I. 서 론

### 1. 보호기간의 의의

저작권법 제14조는 一身專屬的 성질을 가지는 저작인격권의 존속기간에 대해서는 아무런 규정도 두고 있지 않을 뿐만 아니라 명예훼손의 정도에 해당하는 저작인격권 침해행위에 대해서는 저작자의 사망 후에도 기간의 제한 없이 금지하고 있다.<sup>1)</sup>

이에 반하여 저작권법 제39조 내지 제44조는 저작재산권의 존속기간에 관한 규정을 두고 있는데, 그 이유는 다음과 같다. 즉, 저작권법 제1조(목적)에서 보는 바와 같이 저작권법은 저작자에게 독점적 권리를 부여함으로써 저작자의 권리를 보호하고자 하는 목적에서 만들어진 법제도이지만, 다른 한편으로는 先人들이 이룩한 문화적 유산을 바탕으로 창작되는 저작물의 성격에 비추어 저작재산권의 보호를 영구화 하는 것은 저작물의 공정이용을 위해서는 물론이

\* 변호사 · 한양대학교 법과대학 교수

1) 정상조, 「지적재산권법」, 홍문사, 2004, 331면 참조.

고 문화의 향상발전을 위해서도 타당하지 않기 때문에 저작권재산권의 보호에 일정한 시간적 한계를 설정하여 그 이후에는 저작물이 公有(public domain) 상태에 놓이게 되어 누구나 자유롭게 이용할 수 있도록 허용한 것이다.<sup>2)</sup> 다시 말해 저작권재산권의 보호기간은 저작권의 사회적 구속성으로부터 발생하는 저작권의 內在的 制約이라 할 것이고<sup>3)</sup> 이러한 공익의 관점에서 세계의 모든 법제는 저작권재산권의 보호기간을 일정 기간으로 한정하고 있다.<sup>4)</sup>

한편, 이와는 달리 제2차 대전 후 독일에서는 기본법 제14조의 해석과 관련하여 유체물의 소유권이 여러 가지 사회적 구속성을 가지지만 권리 자체는 영구히 보장되고 있음에 비추어 저작권에 대하여 소유권보다 강한 사회적 구속을 가하는 것은 타당하지 않다는 견해가 제기된 바 있다. 저작권의 법적 성격을 新精神的 所有權論<sup>5)</sup>의 입장에서 파악하는 이 견해에 따르면 보호기간 경과 후의 저작물에 대해 자유로운 이용이 허용되는 것은 유체물의 공용징수에 보상을 요구하는 것과 대비할 때 매우 불리한 것이라고 한다. 따라서 이러한 저작권법의 규정은 위헌이므로 무효라고 해석되거나 적어도 보호기간 경과 후의 저작물의 자유이용에 대해서는 일정한 보상을 요하도록 저작권법에 규정해야 한다는 것이다.<sup>6)</sup> 그러나 현재로서는 학술사적인 의미만을 갖는 견해일 뿐이다.<sup>7)</sup>

## 2. 보호기간에 관한 국제협약

### 가. 세계저작권협약 및 베른협약

세계저작권협약은 저작물의 보호기간은 저작자의 생존기간 및 사후 25년 이상이어야 하며, 보호기간을 최초 발행일로부터 기산하는 방식을 택하는 경우는 위 발행일로부터 25년 이상 보호하여야 한다고 규정한다.<sup>8)</sup> 또한 예외적으로 사진저작물, 응용미술저작물은 10년 이상의 보호기간을 부여할 수 있다고 한다.<sup>9)</sup> 이에 반하여 베른협약은 저작물의 보호기간은 저작자의

2) 公有란 저작권재산권의 보호기간의 만료, 상속인의 부존재, 저작권자인 법인의 해산, 저작권재산권의 포기 또는 그 밖의 사유로 인해 저작물이 공중의 자유로운 이용 상태에 놓인 것을 말한다.

3) 半田正夫, 「著作權法の研究」, 一粒社, 1971, 67면.

4) Sam Ricketson, "The Copyright Term", 23 IIC, 1992, p.755; Gilliam Davies, *Copyright and the Public Interest*, VCH, 1994, p.157에서 재인용.

5) 저작권의 법적 성격에 관한 논의에 대해서는, 황적인, "지적소유권의 본질과 지위", 「민법·경제법 논집」, 성헌 황적인 교수 정년기념, 법원사, 1995, 657면 이하; 허희성, "저작권이격권의 이론과 효용에 관한 연구", 국민대 대학원 박사학위 논문, 1995, 52면 이하 각 참조.

6) 半田正夫, 앞의 책, 59면 이하(특히 62~63면).

7) 다만 이 견해는 보호기간 경과로 公有가 된 저작물에 대해 무상이 아닌 이용료 지급의무를 부과하여 이용하게 하는 '有償公有制度(domaine public payant)'의 이론구성에 일정한 영향을 끼치고 있다. 유상공유제도에 관해서는, 황적인·정순희·최현호, 「저작권법」, 법문사, 1988, 315~316면; 송영식·이상정, 「저작권법개설」, 전경판, 세창출판사, 2000, 214면 각 참조.

8) 세계저작권협약 제4조 제2항(a).

생존기간 및 사후 50년이며,<sup>10)</sup> 이 보다 긴 보호기간을 국내법으로 정할 수도 있다.<sup>11)</sup> 무명 또는 이명저작물에 대해서는 저작물이 적법하게 일반 공중에게 공개된 때로부터 50년간 보호된다고 규정한다.<sup>12)</sup> 또한 영상저작물은 저작자의 동의를 얻어 일반 공중에게 공개된 후 50년간 보호되고 이 기간 동안 보호되지 않을 경우에는 창작 후 50년간 보호된다고 규정한다.<sup>13)</sup> 사진저작물 및 응용미술저작물의 보호기간은 가입국의 입법에 유보되나 그 보호기간은 저작물의 창작 후 최소한 25년간 보호된다고 규정한다.<sup>14)</sup> 물론 양 협약의 이러한 50년, 25년은 최소한의 보호기간이고 그 이상을 보호하는 것은 관계가 없다.<sup>15)</sup>

#### 나. TRIPs협정

TRIPs협정은 이러한 베른협약 규정을 한 가지 점에서 수정하고 있다. 보호기간은 최소한 발행 후 50년으로 하고, 그 기간 동안 발행되지 않는 경우에는 창작 후 50년으로 한다는 것이다.<sup>16)</sup> 다시 말해서 베른협약 가입국간에 사후 50년을 준수하는 의무는 별도로 하고, TRIPs협정 당사국간에는 발행 후 50년 또는 창작 후 50년이 보호기간의 기준인 것이다.<sup>17)</sup> 이에 따라 베른협약과 TRIPs협정 양쪽 모두에 가입한 국가 내에서 보호를 받는 저작물은 양 조약상의 이익을 모두 누릴 수 있다. 원용하는 조약 규정에 따라 더욱 긴 보호기간을 주장할 수 있기 때문이다. 이러한 보호기간은 국내법으로 정해지기 마련이고, 국내법은 양 조약상의 의무를 모두 만족하여야 하므로 저작자는 실제적으로는 최장의 보호기간을 향유할 것이다. 그러나 이러한 기준은 사진저작물과 응용미술저작물에는 적용되지 않는다.<sup>18)</sup>

### 3. 본고의 목적

2007년 4월 2일 타결된 한미자유무역협정(KORUS FTA)은 저작물의 보호기간을 계산함에 있어서 자연인의 경우에는 저작자 사후 70년, 법인의 경우에는 저작물의 공표 후 70년 또는 창작 후 공표한지 25년 내에 공표하지 않은 경우에는 창작 후 70년으로 함으로써 보호기간을

9) 세계저작권협약 제4조 제3항.

10) 베른협약 제7조 제1항.

11) 베른협약 제7조 제6항.

12) 베른협약 제7조 제3항.

13) 베른협약 제7조 제2항.

14) 베른협약 제7조 제4항.

15) 황적인 외 2인, 앞의 책, 306면.

16) TRIPs협정 제12조.

17) 최경수, 「국제지적재산권법」, 한울아카데미, 2001, 209면.

18) 최경수, 앞의 책, 209면.

연장하고 있다. 저작재산권 보호기간의 연장에 관한 규정은 한미자유무역협정이 발효된 이후 2년 내에 이행하도록 되어 있으므로 위 협정이 국회의 비준을 거쳐 발효되면 2년 내에 저작재산권의 보호기간과 관련된 우리 저작권법 조항들도 개정되어야 한다. 그런데 이러한 보호기간의 연장과는 별개의 문제로서 현행 저작권법상 저작재산권의 보호기간에 관한 여러 조항들 중에는 해석론상 많은 쟁점들이 내재되어 있음에도 이에 관한 연구가 많이 부족한 실정이다. 본고의 목적은, 보호기간의 연장 문제에 선행하여 관련 조항들 간에 맥락적 이해가 요구되는 저작재산권의 보호기간에 관한 기왕의 쟁점들을 체계적으로 고찰하려는 데에 있다.

## II. 보호기간의 원칙

### 1. 保護期間의 始期와 終期

저작권법 제39조 제1항 본문은 저작재산권은 원칙적으로 저작자의 생존하는 동안과 사망 후 50년간 존속한다고 규정한다. 그런데 저작권은 저작물을 창작한 때부터 발생하므로(제10조 제2항) 이 때가 저작재산권 보호기간의 始期가 된다. 그리고 저작권법 제39조를 비롯한 이하 4개의 규정은 저작재산권의 終期를 규정한 것이다.

### 2. 死亡時 起算主義

보호기간의 終期를 결정하는 기준과 관련해서는 사망시 기산주의와 공표시 기산주의가 있다.<sup>19)</sup> 우리 저작권법 제39조 제1항 본문은 보호기간의 終期를 산정하는 경우 저작자가 사망한 때를 기준으로 한다는 사망시 기산주의를 원칙으로 채택한 것이다.

### 3. 장기간 미공표저작물

저작권법 제39조 제1항 단서는 저작자가 사망 후 40년이 경과하고 50년이 되기 전에 공표된 저작물의 저작재산권은 공표된 때부터 10년간 존속한다고 규정함으로써 예외적인 경우에는 저작물의 공표시를 기준으로 보호기간의 終期를 계산한다고 밝힌 것이다.<sup>20)</sup> 이것은 저작

19) 半田正夫, 「著作權法概說」, 第11版, 法學書院, 2003, 171면 참조.

20) 半田正夫, 앞의 책, 171면 참조.

자의 사후 40년이 경과하고 50년이 되기 전에 공표한 저작물에 대하여 사망시 기산주의를 따르게 되면 실제로는 그 공표시로부터 10년 미만의 잔존기간만 보호를 받는 결과가 되므로 그 기간이 너무 짧아 가혹하게 된다.<sup>21)</sup> 그래서 이러한 경우에는 다른 저작물과의 균형상 적어도 10년간은 보호하고자 하는 취지가 내포된 것이다.<sup>22)</sup>

#### 4. 공동저작물

보호기간의 원칙을 적용함에 있어서 저작권법 제39조 제2항은 공동저작물의 저작재산권은 맨 마지막으로 사망한 저작자의 사망 후 50년간 존속한다고 규정한다. 가령, 갑과 을이 공동으로 작성한 저작물에 있어서 갑은 1980년에 사망하고 을은 1990년에 사망하였다면, 그 저작물에 대한 저작재산권의 보호기간은 1991년 1월 1일부터 50년 후인 2040년 12월 31일까지 존속하게 되므로 갑과 을의 유족은 다같이 그때까지 저작재산권을 주장할 수 있다.<sup>23)</sup>

그러면 법인과 개인 간에 공동저작물이 작성된 경우에는 어떻게 해석해야 할 것인가. 이에 대해서는 법인 등 사용자의 업무상 저작물의 보호기간에 관한 저작권법 제41조에 따라 공표 후 50년으로 해야 한다는 견해도 있을 수 있으나, 우선 보호기간을 장기로 하는 것이 저작자 보호의 취지에 합치한다는 점, 공표 후 50년을 규정한 여러 규정들은 사망시 기산주의 원칙에 따를 수 없는 예외적인 경우를 규정한 것이라는 점 등에 비추어 본다면, 개인의 사후 50년으로 하는 것이 타당할 것이다.<sup>24)</sup>

### Ⅲ. 공표시를 기준으로 하는 저작물

#### 1. 無名 또는 異名著作物

##### 가. 저작권법 제40조 제1항—사망시 기산주의의 예외

##### (1) 공표시 기산

저작권법 제40조 제1항 본문은 무명 또는 널리 알려지지 않은 이명저작물에 대해서는 저작

21) 오승중·이해완, 「저작권법」, 제4판, 박영사, 2005, 388면; 허희성, 「2000 신저작권법 축조해설 상」, 저작권아카데미, 2000, 357~359면 각 참조.

22) 하용득, 「저작권법」, 법령편찬보급회, 1988, 218면 참조.

23) 허희성, 앞의 책, 358면.

24) 허희성, 앞의 책, 358~359면; 金井重彦·小倉秀夫 編著, 「著作權法コンメンタル 上巻」, 東京布井出版, 2000, 510면(本間伸也 집필부분).

자의 사망 시점을 객관적으로 확정하기 곤란하여 제39조 제1항 본문에서 규정한 사망시 기산주의를 적용하기 어렵기 때문에, 저작물의 공표 후 50년을 저작재산권의 보호기간으로 정한 것이다.<sup>25)</sup> 위 같은 항의 단서는 아직 공표되지 않은 무명 또는 널리 알려지지 않은 이명저작물의 경우에는 보호기간의 기산 시점이 없는 관계로 영구적으로 보호될 가능성이 있기 때문에 이를 피하기 위하여 규정한 것이다.<sup>26)</sup>

## (2) 無名 또는 널리 알려지지 않은 異名저작물

무명저작물이란 저작자의 이름이 표시되지 않은 저작물을 말한다. 이명저작물의 異名이라 함은 필명, 아호, 약칭, 예명 등 實名을 대신하여 사용되는 것을 말하고 이러한 필명 등이 표시된 저작물을 이명저작물이라고 지칭한다. 여기서 ‘널리 알려지지 않은’이란 조건이 붙은 이유는 ‘널리 알려진’ 이명의 경우에는 저작권법 제8조 제1항에 의해 그 이명의 보유자가 저작자로 추정될 뿐만 아니라 그 사망 시점을 객관적으로 확인하기 용이하기 때문이다.

### 나. 저작권법 제40조 제2항—사망시 기산주의

무명 또는 널리 알려지지 않은 이명저작물이더라도, 첫째 공표 후 50년의 기간 내에 저작자의 실명 또는 널리 알려진 이명이 밝혀진 경우, 둘째 공표 후 50년의 기간 내에 제53조 제1항의 규정에 의한 저작자의 실명등록이 있는 경우에는 제40조 제1항을 적용하지 않고 사망시 기산주의라는 제39조 제1항 본문의 원칙으로 돌아간다. 다시 말해 무명 또는 널리 알려지지 않은 이명저작물이어서 공표 후 50년의 보호기간만이 적용되고, 또한 아직 그 보호기간이 만료되지 않고 존속 중인 동안에, 우연히 실명 또는 널리 알려진 이명이 밝혀지거나 실명등록이 이루어져 저작자의 사망 시점을 객관적으로 확인할 수 있는 경우라면 사망시 기산주의의 원칙이 적용된다는 의미이다.

## 2. 업무상 저작물의 보호기간

### 가. 저작권법 제41조—사망시 기산주의의 예외

저작권법상 업무상 저작물이란 “법인·단체 그 밖의 사용자(이하 ‘법인 등’이라 한다)의 기획 하에 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 작성하는 저작물”을 말한다(제2조 제31호). 저작권법 제41조는 이러한 업무상 저작물의 저작재산권은 공표한 때부터 50년간 존속한다고

25) 오승종·이해완, 앞의 책, 389면; 허희성, 앞의 책, 359면 각 참조.

26) 허희성, 앞의 책, 360~361면 참조.

규정한다. 이와 같이 사망시 기산주의의 예외를 인정하는 이유는 업무상 저작물에 있어서는 자연인의 사망시에 해당하는 법인 등 단체의 해산·소멸 등을 기준으로 보호기간을 기산하는 것이 적절하지 못하기 때문이다.<sup>27)</sup> 위 같은 조 단서는 업무상 저작물에 있어서 미공표로 인한 보호기간의 연장을 방지하기 위하여 창작한 때부터 50년 이내에 공표되지 않은 경우에는 창작한 때부터 50년간 존속하는 것으로 규정한다.

#### 나. 저작권법 제41조의 적용범위

##### (1) 구 저작권법 제38조와의 비교

구 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전면 개정되기 전의 것) 제38조 본문은 “단체명의 저작물의 저작재산권은 공표한 때부터 50년간 존속한다”고 규정하였다. 그래서 위 같은 조의 적용과 관련해서는 구 저작권법 제9조의 요건을 충족하였는지 여부와 관계없이 그 저작물의 공표명의가 단체명의이기만 하면 제38조가 적용된다고 볼 것인지(제1설),<sup>28)</sup> 아니면 제9조의 요건을 갖춘 단체명의 저작물의 경우에만 제38조의 적용이 있다고 볼 것인지(제2설)<sup>29)</sup>로 나뉘었다.

요컨대, 제9조의 요건인 “① 법인·단체 그 밖의 사용자의 기획 하에 ② 법인 등의 업무에 종사하는 자가 ③ 업무상 작성하는 저작물로서 ④ 법인 등의 명의로 공표되는 것의 저작자는 ⑤ 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없는 때에는 그 법인 등이 된다.” 중에서 ④의 요건만을 갖추고 나머지 요건의 전부나 일부를 충족하지 못한 경우에도 제38조가 적용될 것인지 하는 문제라고 할 수 있다. 이러한 구법 하의 학설 대립과 관련하여 私見으로는, 가령 법인 등 단체의 위탁을 받은 자유기고가가 작성한 저작물을 법인 등 단체의 명의로 공표하였다더라도 제38조가 적용되는 것이 아니라, 단체명의를 실제 창작자인 자유기고가의 ‘널리 알려지지 않은 이명’으로 보아 구법 제37조 제1항(현행법 제40조 제1항)이 적용된다고 할 것이므로 제2설이 타당하다고 보았다.<sup>30)</sup>

27) 황적인·정순희·최현호, 앞의 책, 310면 참조.

28) 허희성, 앞의 책, 364면.

29) 황적인 외 2인, 앞의 책, 311면.

30) 참고로 제1설은 일본 학설(加戶守行, 「著作権法逐條講義」, 改訂新版, 著作権情報センター, 1994, 279면)의 영향을 받은 것으로 추측되는데, 일본에서 이러한 해석이 가능하였던 것은 일본 법 제53조 제1항(우리 구법 제38조 및 현행법 제41조에 상응하는 것)과 같은 조 제2항(우리 법에는 상응하는 조항 없음)의 유기적 관련성 때문이라고 생각된다. 즉, 일본 법 제53조 제1항은 제15조(우리 법 제9조에 상응하는 것)의 적용 유무와는 관계없이 공표명의가 단체명이라면 그것만으로 제53조 제1항을 적용하고 위 같은 조 제2항은 실제 창작자인 개인의 보호를 도모하기 위하여 제1항의 기간 내에 당해 저작물의 저작자인 개인의 실명 또는 널리 알려진 이명을 저작자 명의로 표시하여 그 저작물을 공표한 경우에는 제1항을 적용하지 않는다고 규정하고 있기 때문이다. 그래서 일본 학설은 거의 대부분 제1설과 같이 해석하고 있다(가령, 田村善之, 「著作権法概説」, 有斐閣, 1998, 229면 참조). 그런데 우리 구법 제38조의 경우에

## (2) 저작권법 제9조의 요건을 갖추지 못한 업무상 저작물의 경우

저작권법 제2조 제31호의 업무상 저작물에 해당하기 위해서는, ① 법인·단체 그 밖의 사용자가 저작물의 작성에 관하여 기획할 것, ② 저작물이 법인 등의 업무에 종사하는 자에 의하여 작성될 것, ③ 업무상 작성하는 저작물일 것의 세 가지 요건을 갖추어야 한다. 그리고 제9조에 의거할 때 법인·단체 그 밖의 사용자가 이러한 업무상 저작물의 저작자가 되기 위해서는 ④ 그 저작물이 법인 등의 명의로 공표되는 것일 것, ⑤ 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없을 것의 요건을 충족해야 한다.

저작권법 제41조 본문은 ‘업무상 저작물의 저작재산권’의 보호기간에 관해서 규정하는 것이므로 업무상 저작물에 관한 위 ① 내지 ③의 요건을 모두 갖춘 경우에 한하여 제41조가 적용되게 된다. 이러한 점에서 구 저작권법 제38조의 적용범위를 둘러싼 학설 대립은 현행법 제41조 하에서는 되풀이 될 가능성이 없다고 할 것이다.<sup>31)</sup>

그런데 제41조와 관련하여 대두되는 새로운 문제는 위 ④ 및 ⑤의 요건과 관련해서이다. 즉, 위 ④와 ⑤의 양 요건을 갖추지 못함으로써 업무상 저작물의 저작자가 법인 등이 아니고 실제로 창작한 자연인이 되는 경우에도 제41조가 적용될 것인가 하는 점이다. 우선 제41조의 법문을 충실하게 해석한다면, 업무상 저작물에 해당하는 한, 즉 위 ① 내지 ③의 요건을 충족하는 한, 설령 제9조가 요구하는 위 ④와 ⑤의 요건을 갖추지 못했더라도 제41조가 적용된다고 할 것이다.<sup>32)</sup>

## (3) 저작권법 제9조의 요건을 갖춘 업무상 저작물의 저작자가 사용자로서 자연인인 경우

업무상 저작물이 제9조의 요건을 모두 갖춘 경우라도 그 공표명의를 법인 등 단체가 아니라 자연인인 사용자일 경우에는 그 보호기간과 관련하여 문제가 있을 수 있다. 즉, 제41조에 의하여 공표시 기산주의를 취할 것인가, 아니면 자연인인 사용자의 사망시 기산주의를 취할 것인가 하는 점이다.

---

는 일본 법 제53조 제2항과 같은 규정이 없으므로 제1설의 해석론은 무리이고 제2설과 같이 새기는 것이 타당하다고 본다. 또한 우리 구법 제9조의 적용이 없는 단체명의 저작물의 단체명이라는 것은 異名의 한 態樣에 지나지 않는 것이므로 구법 제37조 제1항이 적용된다고 보면 족하다고 할 것이다.

31) 이에 반하여 구법 제38조는 ‘단체명의 저작물의 저작재산권’의 보호기간에 관해 규정하였던 관계로 설령 위 ① 내지 ③의 요건을 갖추지는 못했더라도, 위 ④의 요건만 갖추면 단체명의로 해당하는 것이었기 때문에 전술한 제1설과 제2설의 학설 대립이 발생하였던 것이다.

32) 이와 같이 해석하는 것이 타당한 또 하나의 이유는, 위 ④의 요건과 관련하여 현행 저작권법 제9조는 종전의 “법인 등의 명의로 공표된”을 “...공표되는”으로 법문상의 표현을 변경하였는데, 그 변경 취지는 아직 법인 등의 명의로 공표하지 않은 상태에 있는 업무상 저작물이라도 장차 법인 등의 명의로 공표를 예정하고 있다면 그 저작자를 법인 등으로 보는 것이 법적 안정성의 유지에 바람직할 것이라고 설명하고 있기 때문이다. 또한 위 ⑤의 요건은 나머지 요건들과는 달리 소극적 요건에 불과한 것이라는 점에서도 그러하다.



이에 관해서는 학설상 사망시 기산주의를 취해야 한다는 견해가 있을 수 있으나,<sup>33)</sup> 私見으로는 공표시 기산주의를 취하는 것이 타당할 것으로 생각한다. 우선 제9조는 ‘창작자원칙’<sup>34)</sup>의 예외규정으로, 실제로 창작행위를 하지 않은 법인이나 법인격 없는 단체 또는 자연인인 사용자를 일정한 요건 아래에서 저작자로 의제하는 규정이므로, 저작자로 의제되는 자가 법인 이든 자연인이든 이를 구별할 필요가 없다고 본다. 또한 제41조는 이러한 창작자원칙의 예외 규정을 염두에 두고서 만들어진 보호기간의 원칙규정(제39조)에 대한 특례규정이므로, 이러한 특례규정은 제9조의 요건을 갖춘 저작물에는 일률적으로 적용될 필요가 있기 때문이다.<sup>35)</sup>

### 3. 영상저작물의 보호기간

#### 가. 저작권법 제42조—사망시 기산주의의 예외

영상저작물은 다른 저작물과는 달리 종합예술로서 그 저작물의 창작에는 수많은 사람, 즉 원작자, 시나리오 작가, 감독, 배우, 음악·촬영기사, 필름현상자, 장치·의상담당자, 편집자 등이 관여하여 각각 예술적, 기술적 기여를 하고 있을 뿐 아니라 영상저작물의 제작에 있어서는 그 전체를 기획하고 책임을 가진 자, 즉 영상제작자가 별도로 존재한다.<sup>36)</sup> 이와 같이 영상저작물의 제작에는 다양한 범주의 많은 사람들이 관여하기 때문에 과연 누가 영상저작물의 저작자인지를 결정하는 것은 어려운 문제가 된다.

한편, 저작권법은 제5장 ‘영상저작물에 관한 특례’(제99조 내지 제101조)를 규정하여 종합예술로서의 특성을 갖는 영상저작물에 관하여 배려하고 있지만, 영상저작물의 저작자의 결정에 관한 ‘특례’는 규정하고 있지 않다. 다만, 저작권법 제100조 제1항은 영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 자가 저작자가 될 수 있음을 ‘간접적’으로 시사하고 있을 뿐이고 영상저작물의 저작자가 누구인가를 정하고 있지는 않다. 요컨대, 제100조 제1항은 영상제작자에게 저작재산권이 양도되는 것으로 추정된다는 조항일 뿐이다. 따라서 영상저작물에 관해서는 ‘창작자원칙’으로 돌아가 제2조 제2호에 따라 저작자를 결정하거나, 아니면 당해 영상저작물이 법인 등 단체 내부에서 업무상 창작되는 경우에는 제9조에 의해 법인 등 단체를 저작자로 의제하는 경우가 있을 것이다.

33) 일본 학설 중에는 이 경우 사망시 기산주의를 취해야 한다는 견해가 있다. 松村信夫·三山峻司, 「知的財産關係法の解説」, 新日本法規, 1996, 637~638면.

34) ‘創作者原則’이란, 창작행위는 자연인만이 할 수 있으며 당해 저작물을 실제로 창작한 자연인만이 저작권을 원시적으로 취득한다는 저작권법상의 일반원리를 말한다(Vgl. K. Fromm/W. Nordemann, *Urheberrecht*, 8. Aufl., Kohlhammer, 1994, S.102f., 344).

35) 박성호, “업무상 작성한 저작물의 저작자 지위에 관한 연구”, 서울대학교학원 석사학위논문, 1998, 158면.

36) 하용득, 앞의 책, 288면.

이와 같이 영상저작물의 저작자를 결정하는 문제의 복잡성 때문에 영상저작물의 보호기간에 대해서는 제39조의 사망시 기산주의의 원칙을 적용하는 것은 적절하지 않으므로, 제42조는 그 저작권의 보호기간을 공표한 때로부터 50년으로 하거나 공표하지 않은 상태가 계속된다면 창작한 때부터 50년으로 한 것이다. 결국 영상저작물의 보호기간은, 전술한 업무상 저작물의 보호기간의 경우와 동일하게 된다.

#### 나. “제39조와 제40조의 규정에 불구하고”의 의미

구체적인 창작 실태에 따라 영상저작물의 저작자는 저작권법 제2조 제2호에 따라 자연인이 될 수도 있고, 아니면 제9조에 의해 법인 등이 될 수도 있다. 또한 자연인 내지 법인 사이의 공동저작물이 될 수도 있을 것이다. 따라서 원래대로 라면 實名の 자연인이 저작자인 경우에는 제39조를, 무명이거나 널리 알려지지 않은 異名인 경우에는 제40조를, 그리고 법인 등이 저작자인 경우에는 제41조를 각 적용하여 보호기간을 정하면 될 것이겠지만, 저작권법 제42조는 “제39조와 제40조의 규정에 불구하고” 공표 후 50년 또는 미공표인 상태라면 창작 후 50년으로 한다고 규정하고 있다. 즉, 원래대로 라면 제39조 또는 제40조에 해당하는 경우라도 위 조항들을 적용하지 않고 제42조의 규정에 따르겠다는 의미이다.

이와 같이 규정한 이유는 전술한 것처럼 영상저작물의 저작자를 결정하는 문제는 복잡할 뿐 아니라, 설령 영상저작물의 저작자가 결정되었다 하더라도 영상저작물은 그 창작 이후에 제100조 제1항에 의해 저작재산권이 영상제작자에게 양도되는 것으로 추정된다. 또한 실제 영상제작계약이 체결되는 경우 영상제작자에게 그 저작재산권이 양도되는 것으로 규정되는 경우가 대부분이다. 이러한 점 때문에 수십 년이 경과한 후 어느 영상저작물의 보호기간을 산정하는 문제에 당면하는 경우 종합예술로서의 영상저작물의 특성상 그 저작자가 누구인가를 추적하여 보호기간을 산정하기란 여간 복잡하고 곤란한 일이 아닐 수 없다. 그래서 이러한 영상저작물의 특성을 고려하여 제39조와 제40조를 적용하지 않고 보호기간에 관해서도 특례를 규정하여 제42조를 적용한다고 한 것이다.<sup>37)</sup>

37) 위와 같이 영상저작물의 보호기간에 관하여 특례를 규정한다는 취지를 살린다면, 제42조의 범문에는 제41조도 적용하지 않는다는 내용을 포함할 수 있도록 “제39조 내지 제41조의 규정에도 불구하고”라고 규정하는 것이 보다 명확하다고 할 것이다. 다만, 제41조의 내용이 제42조와 동일하다는 점에서는 현행 규정대로 하더라도 무방하다 할 것이다.

#### 4. 계속적 간행물 등의 공표시기

##### 가. 의의

사망시 기산주의의 예외인 공표시 기산주의에 따라 보호기간을 산정하기 위해서는 그 기준이 되는 공표시를 확정하지 않으면 안 된다.<sup>38)</sup> 특히 공표시를 확정함에 있어서 문제가 되는 것은 신문·잡지 등과 같이 계속적으로 간행되는 저작물이나 백과사전이나 연재소설과 같이 순차적으로 간행되는 저작물에 대하여 그 보호기간의 기산점이 되는 공표시기이다.<sup>39)</sup> 계속적 간행물 등의 공표시기에 관해 규정한 제43조의 취지는, 이와 같이 책·호·회에 따라 계속적으로 공표되는 저작물과 처음부터 전체적인 계획 하에 일부분씩 순차적으로 공표하여 전체를 완성하는 저작물에 있어서는 공표의 시기를 언제로 보느냐에 따라 보호기간이 각기 달라지는 것을 방지하기 위해서이다.<sup>40)</sup>

##### 나. 계속적 저작물의 공표시기

###### (1) 서

저작물의 분류는 계속성의 유무에 따라 일회적 저작물과 계속적 저작물로 나눌 수 있다. 일회적 저작물이란 단행본이나 회화·조각 등의 미술저작물처럼 1회의 발행이나 공표로써 종료되는 것을 말하고, 계속적 저작물이란 신문, 잡지 등과 같이 계속적 저작물을 말한다. 구별의 실익은 보호기간을 산정할 때에 발생한다.<sup>41)</sup> 제43조는 계속적 저작물의 공표시기에 관해 규정한 것이며, 계속적 저작물은 다시 ‘책·호 또는 회 등으로 공표하는 저작물’(제43조 제1항 전단)과 ‘일부분씩 순차적으로 공표하여 완성하는 저작물’(제43조 제1항 후단)로 나뉜다.<sup>42)</sup>

###### (2) 책·호 또는 회 등으로 공표하는 저작물

이것은 책·호 또는 회 등으로 공표하는 저작물로서 그 공표 시기는 每冊·每號 또는 每回

38) 사망시 기산주의의 예외인 제39조 제1항 단서, 제40조 제1항, 제41조가 각 공표시 기산주의에 해당하게 된다.

39) 허희성, 앞의 책, 366면.

40) 허희성, 앞의 책, 367면 참조.

41) 半田正夫, 「著作權法概說」, 81~82면.

42) 제43조 제1항 전단을 逐次著作物으로, 그 후단을 順次著作物로 각 칭하는 견해가 있으나(가령, 오승종·이해완, 앞의 책, 391면), 이것은 정확한 용례가 아니어서 혼동을 초래할 우려가 있다. ‘축차’란 국어사전적으로 “차례를 따라감”을 의미하는 것으로서 ‘順次’와 거의 같은 의미이기 때문이다. 요컨대, 제43조 제1항 후단의 “일부분씩 순차적으로 공표하여 완성하는 저작물”이란 “일부분씩 축차적으로 공표하여 완성하는 저작물”과 같은 의미라고 할 것이다. 그러므로 양자를 구별하는 용례의 사용은 자제되어야 할 것이다.

등의 공표시로 한다(제43조 제1항 전단). 일간·주간·월간·계간 등의 신문이나 잡지 등 간행물을 비롯하여 각종 연감·연보류 등과 같이 終期를 예정하지 않고 속간되는 저작물을 말한다.<sup>43)</sup> 제43조 제1항은 사망시 기산주의의 예외인 공표시 기산주의가 적용되는 경우로서 영상저작물을 명시하고 있지는 않지만 해석상 당연히 이것도 포함된다고 할 것이다.<sup>44)</sup> 따라서 매회의 즐거리가 독립된 TV 연속드라마 등도 이에 해당한다고 할 것이다.<sup>45)</sup>

그러므로 무명 또는 널리 알려지지 않은 異名저작물, 업무상 저작물, 영상저작물 등이 책·호 또는 회 등으로 공표되는 경우에는 그 보호기간은 매책·매호 또는 매회의 공표시로부터 기산하여 50년간 존속하게 된다.<sup>46)</sup> 日本 最高裁는 뽀빠이 캐릭터 사건에서 “一話完結形式的 연재만화에서는 당해 등장인물이 묘사된 각 회의 만화 각각이 저작물에 해당”한다고 판시하였는 바,<sup>47)</sup> 이는 매회의 스토리가 독립하여 완결되는 연재만화의 경우 각각 완결된 스토리마다 각각 하나의 저작물이 성립한다는 것을 의미한다. 그런데 위 최고재 판결은 매회 스토리가 완결되는 연재만화에 있어서 첫 회에 이어지는 후속의 연재만화는 그 선행하는 만화와 기본적인 발상, 설정 외에 주인공을 비롯한 주요 등장인물의 용모·성격 등의 특징을 같이 하며, 여기에 새로운 이야기를 덧붙임과 동시에 새로운 등장인물을 추가하여 작성하는 것이 통상적이고, 이러한 경우 후속 만화는 선행 만화저작물을 원저작물로 하는 2차적 저작물로 해석해야 한다고 판시하였다. 또한 2차적 저작물(후속 만화)에 등장하는 캐릭터가 원저작물(선행 만화)에 등장하는 캐릭터와 동일한 것이고 원저작물이 기간 만료로 저작권이 소멸되었다면, 비록 2차적 저작물의 저작권 보호기간이 만료하지 않았더라도 당해 캐릭터는 저작권에 의해 보호되지 않는다고 판시하였다.

### (3) 일부분씩 순차적으로 공표하여 완성하는 저작물

이것은 일부분씩 순차로 공표하여 최종회로써 완성하는 저작물을 말하며, 최종부분의 공표시기를 공표시로 한다(제43조 제1항 후단). 이러한 일부분씩 순차적으로 공표하여 완성하는 저작물에는 分冊으로 발행된 長篇의 저작물, 신문 등에 연재되는 소설, 일정한 권수로 완결되는 백과사전이나 記錄類 등이 여기에 속하며,<sup>48)</sup> 스토리가 계속 연결되어 마지막 회로써 완결되는 TV 연속극 등도 이에 해당한다.<sup>49)</sup>

43) 하용득, 앞의 책, 222면.

44) 하용득, 앞의 책, 221면.

45) 오승종·이해완, 앞의 책, 391면.

46) 하용득, 앞의 책, 222면 참조.

47) 日 最高裁 1997(平成9). 7. 17. 宣告 平成4(オ) 第1443号 判決.

48) 하용득, 앞의 책, 222면.

49) 오승종·이해완, 앞의 책, 391면.

그러므로 무명 또는 널리 알려지지 않은 異名저작물, 업무상 저작물, 영상저작물 등이 이러한 형식을 취하면서 일부분씩 순차적으로 공표되는 경우에는 그 보호기간은 완결편에 해당하는 최종 부분의 公表時로부터 기산하여 50년이 된다. 일부분씩 순차적으로 공표되는 저작물은 완성된 최종의 저작물과 비교한다면 그 일부분에 지나지 않는다. 따라서 그 전부가 공표되어 완성될 때까지는 보호기간도 기산되지 않는 것이다.<sup>50)</sup>

그러나 일부분씩 순차적으로 공표하여 완성하는 저작물의 계속되어야 할 부분이 최근의 공표시로부터 3년이 경과되어도 공표되지 아니하는 경우에는 이미 공표된 맨 뒤의 부분을 제 43조 제1항 후단의 최종 부분으로 본다(제43조 제2항). 가령, 10회째가 공표된 때로부터 3년이 경과하여도 11회째가 공표되지 않는다면 그 10회까지 공표된 부분의 저작물에 대해서는 그 10회째 공표시점을 공표시로 본다라는 것이다. 따라서 미완성 부분에 대해서는 미완성인 상태에서 그것의 공표시가 별도로 결정될 것이고 보호기간도 별도로 산정하게 되는 것이다.<sup>51)</sup>

## IV. 보호기간의 기산

### 1. 의의

저작권법은 “저작재산권의 보호기간을 계산하는 경우에는 저작자가 사망하거나 저작물을 창작 또는 공표한 다음 해부터 기산한다”고 규정한다(제44조).

저작재산권의 보호기간을 계산하는 기산점은 저작자의 사망시점, 저작물의 공표시점 및 창작시점의 세 가지 경우가 있으므로 그 계산을 가장 엄밀하게 하기 위해서는 저작자의 사망일, 저작물의 창작일 또는 공표일로부터 기산하는 것이 정확할 것이지만, 그렇게 되면 저작자나 저작물마다 그 보호기간의 終期가 달라지고 계산이 번잡하게 된다. 사망의 경우에는 그 정도가 조금 덜하다고 할 수 있으나 창작이나 공표의 경우에는 오랜 시간이 경과한 후에 정확한 창작일이나 공표일을 확인하는 것이 곤란하여 보호기간의 계산과 관련하여 많은 혼란이 초래될 우려가 있다.<sup>52)</sup> 이에 저작권법은 보호기간의 계산을 간명하게 하기 위하여 사망, 공표, 창작한 해의 다음 해부터 기산하도록 한 것이다.

50) 하용득, 앞의 책, 222면.

51) 허희성, 앞의 책, 370면.

52) 하용득, 앞의 책, 223면.

## 2. “다음 해부터 기산한다”의 의미

제44조의 “다음 해부터 기산한다”의 의미는 다음 해 1월 1일 오전 0시부터 계산을 시작하는 것을 말한다.<sup>53)</sup> 가령, 어느 유명한 소설가가 2003년 2월 25일 사망하였다면 그 소설가가 쓴 소설작품에 대한 저작권재산권의 보호기간은 그 소설가가 생존하는 동안과 사망 후 50년간 존속하므로 그 보호기간은 2004년 1월 1일 오전 0시부터 기산한다.

## V. 결 어

1998년 미 의회에서 통과된 ‘소니보노 저작권 보호기간 연장법’(Sonny Bono Copyright Term Extension Act; CTEA)은 ‘EU의 저작권 보호기간 지침’과 조화를 이루기 위해 미 의회가 저작권 보호기간을 저작자 사후 50년에서 70년으로 인정한 것이다.<sup>54)</sup> 무명저작물·이명저작물 및 업무상 저작물에 대해서는 이러한 저작물이 최초로 발행된 해로부터 75년간 또는 그 창작된 해로부터 100년간 중에서 먼저 종료되는 기간 동안 저작권이 존속한다고 규정되었던 것을, 최초로 발행된 해로부터 95년간 또는 그 창작된 해로부터 120년간 중에서 먼저 종료되는 기간 동안 존속하는 것으로 연장한 것이다.<sup>55)</sup> 이러한 보호기간 연장법에 대해서는, 미국 내에서도 ‘일정기간’(limited times) 저작물을 보호하는 미 연방 헌법 제1조 제8항 제8호 규정에 위반되고, 특히 기존 저작물에 이를 적용하는 것은 소급하여 기간을 연장하는 것이 되어 일반 공중으로부터 개인에게 위험적으로 재산을 이전하는 결과가 될 뿐 아니라 수정헌법 제1조에도 위반되어 위험이라는 주장이 있었다.<sup>56)</sup> 그러나 이에 대해 미 연방대법원은 2003년 1월 15일 7 대 2의 다수결로 합헌이라고 판결하였다.<sup>57)</sup>

EU의 여러 나라들이나 미국이 저작권의 보호기간을 연장한 가장 큰 이유는 상업적으로 볼 때 자국이 문화상품의 수출국이라는 점을 고려하였기 때문이다. 저작권의 보호기간을 어떻게 정하는가 하는 문제는 국제조약에서 정한 원칙을 벗어나지 않는 한 해당 국가의 법정정책 판단이 우선적으로 고려되어야 하는 문제이기 때문이다. 이러한 정책적 판단의 기초가 되어야 하는 것은 공익과 사익의 조정 문제이다. 여기서 공익과 사익의 조정이란 문화환경 조성에 공

53) 민법 제157조 단서, 제159조 각 참조.

54) 17 U.S.C. §302(a).

55) 17 U.S.C. §302(c) 참조.

56) Jane C. Ginsburg, “Copyright Legislation for the ‘Digital Millennium’”, Columbia-VLA Journal of Law & the Arts, Vol. 23 No. 2, 1999, pp.170~173 참조.

57) Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186, 123 S. Ct. 769 (2003).

정적인 효과를 만들어 내기 위한 고려를 말한다.<sup>58)</sup> 그러나 주지하듯이 한미자유무역협정의 협상 과정에서 미국은 우리의 문화환경적인 요소는 도외시한 채 시종일관 보호기간의 연장을 주장하였고 이를 관철시켰다. 이러한 점에서 저작권 보호기간의 연장이 앞으로 우리 저작권법에 반영된다면 우리나라에 대한 법적·경제적·문화적 파급효과가 어떠할지 심히 우려되는 바가 크다.

( 논문게재 확정일자 : 2007. 07. 25 )

주제어 : 저작재산권의 보호기간, 무명 또는 이명저작물의 보호기간, 업무상 저작물의 보호기간, 영상저작물의 보호기간, 계속적 간행물의 보호기간

58) 박성호, “저작권 보호기간에 관한 정치경제학적 고찰”, 「저작권문화」, 저작권심의조정위원회, 2006. 12., 24~25면.

< 참고 문헌 >

- 송영식·이상정, 「저작권법개설」, 진정관, 세창출판사, 2000  
오승중·이해완, 「저작권법」, 제4판, 박영사, 2005  
정상조, 「지적재산권법」, 홍문사, 2004  
최경수, 「국제지적재산권법」, 한울아카데미, 2001  
하용득, 「저작권법」, 법령편찬보급회, 1988  
허희성, 「2000 신저작권법 축조해설 상」, 저작권아카데미, 2000  
황적인·정순희·최현호, 「저작권법」, 법문사, 1988
- 박성호, “업무상 작성한 저작물의 저작자 지위에 관한 연구”, 서울대 대학원 석사학위 논문, 1998  
박성호, “저작권 보호기간에 관한 정치경제학적 고찰”, 「저작권문화」, 저작권심의조정위원회, 2006. 12.  
허희성, “저작인격권의 이론과 효용에 관한 연구”, 국민대 대학원 박사학위 논문, 1995  
황적인, “지적소유권의 본질과 지위”, 「민법·경제법 논집」, 성현 황적인 교수 정년기념, 법원사, 1995
- 加戸守行, 「著作権法逐條講義」, 改訂新版, 著作権情報センター, 1994  
金井重彦·小倉秀夫 編著, 「著作権法コンメンタル 上巻」, 東京布井出版, 2000  
半田正夫, 「著作権法の研究」, 一粒社, 1971  
半田正夫, 「著作権法概説」, 第11版, 法學書院, 2003  
松村信夫·三山峻司, 「知的財産關係法の解説」, 新日本法規, 1996  
田村善之, 「著作権法概説」, 有斐閣, 1998
- Gilliam Davies, Copyright and the Public Interest, VCH, 1994  
K. Fromm/W. Nordemann, Urheberrecht, 8. Aufl., Kohlhammer, 1994  
Jane C. Ginsburg, "Copyright Legislation for the 'Digital Millennium'", Columbia-VLA Journal of Law & the Arts, Vol. 23 No. 2, 1999  
Sam Ricketson, "The Copyright Term", 23 IIC, 1992



<Abstract>

## A Study on the Term of Copyright Protection

Park seongho

Copyright in a work accrues at the moment of its creation (Art. 10(2)), and unless otherwise provided in the Korean Copyright Act, it subsists for the life of the author and fifty years after his death (in the case of a joint work, after the death of the last surviving author) (Art. 39(1)(2)). In short, the term of the copyright is for the life of the author plus fifty years. The Act also establish special terms of protection for such works as anonymous and pseudonymous works, works made for hire and cinematographic works, and in particular as regards serial publications (namely, periodical works, works to be published in installment). As above, the Act protects copyrights for a given period of time. The reason for this limitation of period is to encourage to protected works. In consequence, what is important is to understand systematically from Art. 39 to Art. 44. The aim of this paper is to provide an overview of the term of copyright protection.

*Keyword : the term of copyright protection, the term of anonymous or pseudonymous works, the term of works made for hire, the term of cinematographic works, the term of serial publications*