

공동저작물의 성립요건과 그 권리행사의 방법*

박 성 호**

〈目 次〉

I. 서론	2. 공동저작의 성립요건
II. 공동저작물에 관한 비교법적 고찰	3. 공동저작의 효과
1. 독일·일본	IV. 공동저작물의 이용허락 등 권리행사
2. 영국·캐나다·오스트레일리아	1. 서론
3. 미국	2. 공동저작물의 이용허락 등 권리행사의 원칙
4. 프랑스	V. 공동저작물의 권리침해
5. 소결	VI. 결 론
III. 공동저작물의 저작자	
1. 의의	

I. 서론

한 사람이 하나의 저작물을 작성하는 것을 단독저작물이라 한다. 이에 대해 둘 이상의 사람

DOI: <http://dx.doi.org/10.18018/HYLR.2018.35.2.157>

* 이 논문은 필자가 2017년 9월 16일 서울지방변호사회에서 발표한 <제8차 변호사 의무연수>의 강의용 자료인 “공동저작물의 법률관계”를 대폭 수정·보완한 것임을 밝혀둔다.

필자가 양창수 교수님의 이름을 독자(讀者)의 입장에서 기억하고 사숙(私淑)하게 된 계기는 1991년 가을 어느 날 양 교수님의 연구서인 「민법연구」 제1권·「민법연구」 제2권(각 박영사, 1991년)과 번역서인 「비교사법제도론」(대광문화사, 1991년)을 구입하면서부터이다. 지금은 없어졌지만 당시 지하철 2호선 강남역 상가 내에 ‘동화서적’이라는 제법 큰 규모의 서점이 있었다. 변호사 사무실이 강남역 근처에 있어서 재판하러 서초동 법원을 오고가며 거의 하루도 빠짐없이 서점의 신간코너를 기웃거리곤 했었다. 지금도 필자는 신간코너에서 「민법연구」 제1권을 처음 발견하고 이리저리 들춰보다가 우연히 특정 대목(315면의 각주(92))을 읽었을 때의 기억이 새롭다. 양 교수님이 문헌학적으로 논증하신 그 대목을 읽고 ‘식민지 근대’를 거친 우리 법학의 한계 같은 것을 엿볼 수 있었다. 그 후 필자는 2~3년마다 출간되는 「민법연구」와 「민법주해」의 집필부분, 그리고 이곳저곳에 쓰신 글들을 찾아 읽으며 애독자를 자처하게 되었다. 필자가 대학원에 진학하여 변호사와 파트타임 학생을 겸업할 때에도 전공이 다른 까닭에 양 교수님으로부터 직접 학문적 지도를 받을 기회를 가지지는 못하였지만, 책과 논문들을 통해 간접적으로 많은 가르침을 받았다.

이 하나의 저작물을 작성하는 것을 공동저작물이라 한다. 그리고 2인 이상이 외관상 하나의 저작물을 작성한 것처럼 보여도 여러 개의 단독저작물이 결합되어 외형상 일체적으로 이용되는 경우를 결합저작물이라 한다. 오늘날 저작권 관련 법적 분쟁에서 자주 문제되는 것은 2인 이상이 공동으로 하나의 저작물을 작성한 경우, 즉 공동저작물을 둘러싼 법률관계이다. 우리 저작권법은 공동저작물이란 “2인 이상이 공동으로 창작한 저작물로서 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 것을 말한다”(제2조 제21호)고 정의한다. 기업 간의 공동연구개발이나 인터넷상에서의 공동창작에서 볼 수 있는 것처럼 전문적인 분야에서는 점차 2인 이상이 공동으로 저작물의 창작에 관여하는 경우가 늘어나고 있다. 그래서 어떠한 경우에 공동저작물로서의 성립요건을 갖추어 공동저작물의 저작자로 인정되는 것인지 여부를 둘러싼 문제가 실무상 자주 제기된다. 그리고 일단 공동저작물로서 성립하면 우리 저작권법은 그 보호기간에 특별한 법적 효과를 부여할 뿐 아니라(제39조 제2항 참조) 공동저작물의 이용허락 등 권리행사는 물론 공동저작물의 권리침해에 관한 문제 등에서도 특별한 법적 효과를 부여한다(제15조, 제48조, 제129조 각 참조).

우리 저작권법은 공동저작물의 성립요건을 “2인 이상이 공동으로 저작물을 창작할 것”과 “각자의 기여부분을 분리하여 이용할 수 없을 것”의 두 가지로 크게 나누어 규정하고 있다(제2조 제31호 참조). 문제는 저작물을 공동으로 창작할 것을 요건으로 하는 전자와, 기여부분의 분리 이용 불가능성을 요건으로 하는 후자의 의미이다. 후자는 공동저작물과 결합저작물의 구별기준과도 관련된다. 이러한 공동저작물의 성립요건과 관련하여 본 논문에서는, 우선 우리 저작권법의 공동저작물에 관한 규정을 외국 저작권법과 비교·검토하여 그 특징을 파악하는 비교법적 관점에서의 고찰(II.)을 하고, 다음으로 공동저작물의 성립요건을 둘러싼 우리 재판례와 학설을 체계적으로 분석·검토하면서 필자의 견해를 제시(III.)하고자 한다. 아울러 관련 쟁점으로 민법상의 준(準)공유에 해당하는 공동저작물의 권리행사 등에 관해 언급하고자 한다. 부동산과 같은 유체물의 공유에 관한 권리행사 문제는 로마법 이래 어려운 문제의 하나로 존재한다. 더구나 권리객체가 유체물이 아닌 무체물이기 때문에 사실적·물리적 배타성이 없는 저작권법에서는 어떠한 취급이 바람직한 것인지는 한층 어려운 문제일 수밖에 없다. 이에 관해서는 공동저작물의 권리행사의 방법(IV.)과 권리침해의 구제(V.)로 나누어 살펴보고자 한다.

* 그러다가 양 교수님께서 대법관 임기를 마치시고 2014년 9월 한양대학교 법학전문대학원 교수로 부임하신 이후 지난 3년 6개월 동안 교수회의나 학교모임 등에서 뵈고 인사를 드릴 수 있었다. 특히 법학정보관이나 수업준비실 등지에서 교수님을 뵈 때마다 “나는 교수로서 혼자 일했다. 혼자 책이나 논문이나 기타 자료를 찾[았다.]”(양창수, “법원 들어오기 I”, 「법원 사람들」, 대법원, 2011. 6., 24면)는 예전 말씀을 새삼 떠올리면서 학자의 공부하는 자세를 되새기곤 하였다. 이제 또 다른 시작이라 할 수 있는 정년(享年)을 맞이하신 양창수 석좌교수님께 이 증정 논문의 형식을 빌려 그 간 필자가 입은 학은(學恩)에 감사의 인사를 드리고자 한다.

** 변호사·법학박사·한양대 법학전문대학원 교수. (nimmer@hanyang.ac.kr)

II. 공동저작물에 관한 비교법적 고찰

우리 저작권법상 공동저작물의 성립요건으로 요구하는 ‘기여부분의 분리이용 불가능성’ 요건과의 비교법적 친연(親緣)관계를 고려하면, ‘분리이용 불가능성’을 법문상 명시적으로 표현한 입법례(독일·일본)와 그렇지 않은 입법례(영국·캐나다·오스트레일리아, 미국)로 나눌 수 있다. 한편, 우리 저작권법과는 달리 공동저작물의 정의 속에 결합저작물을 포함하는 입법례(프랑스)도 있으므로 이에 대해서도 살펴볼 필요가 있다.

1. 독일·일본

1965년 제정된 현행 독일 저작권법 제8조 제1항은 “2인 이상의 자가 하나의 저작물을 공동으로 창작하고 각자의 기여부분(Anteile)을 분리하여 이용할 수 없는 경우 그들은 그 저작물의 공동저작자(Miturheber)가 된다”고 규정한다. 일본 저작권법 제2조 제1항 제12호는 공동저작물이란 “2인 이상의 자가 공동하여 창작한 저작물로서 그 각인의 기여를 분리하여 개별적으로 이용할 수 없는 것을 말한다”고 정의한다. 일본법은 독일법을 모범(模範)으로 삼아 입법한 것이라고 평가되고 있다.¹⁾

독일 구 저작권법은 1901년의 ‘문학 및 음악저작물의 저작권에 관한 법률’(LUG)²⁾ 및 1907년의 ‘미술 및 사진저작물의 저작권에 관한 법률’(KUG)³⁾을 가리키는데, LUG 제6조는 “2인 이상의 자가 하나의 저작물을 그 기여를 분리할 수 없도록 공동으로 작성한 경우 그들 간에는 저작자로서 민법전에서 의미하는 지분에 따른 공동관계(Gemeinschaft nach Bruchteilen)가 존재한다”고 규정하였다. 마찬가지로 KUG 제8조도 “2인 이상의 자가 하나의 저작물을 그 기여를 분리할 수 없도록 공동으로 작성한 경우 그들 간에는 저작자로서 민법전에서 의미하는 지분에 따른 공동관계가 존재한다”고 규정하였다. 이처럼 LUG 및 KUG는 공동저작물의 성립요건으로 ‘물리적인 분리 불가능성’을 요구하였다는 점에서 후술하는 영국·캐나다·오스트레일리아 입법에 근사(近似)한 것이었다.

그런데 1959년 독일 연방대법원 판결은 구 저작권법의 공동저작물 조항(LUG 제6조, KUG 제8조)의 해석과 관련하여 ‘기여의 분리 불가능성’(Untrennbarkeit der Beiträge)이라는 취지의 규정을 ‘분리이용 불가능성’(Unmöglichkeit gesonderter Verwertung)이라고 해석하였

1) P. Goldstein/B. Hugenholtz, *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, 3rd ed., Oxford University Press, 2013, pp.251~252.

2) LUG의 정식명칭은 “Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst”이다.

3) KUG의 정식명칭은 “Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie”이다.

다.⁴⁾ 이러한 해석은 1965년 저작권법의 제정과정에서 입법자에게 영향을 주었고, 전술한 것처럼 현행 저작권법 제8조에서 “각자의 기여부분(Anteile)을 분리하여 이용할 수 없는”이라는 문언으로 규정되었다.⁵⁾ 당시의 입법자료는 ‘분리이용 불가능성’의 예로서 무대저작물(Bühnenwerk)의 각 장면(Szene)을 개별적으로 이용할 수 없는 경우를 들고 있다.⁶⁾ 그 후의 판결에 따르면 분리하여 이용할 수 있다는 것은, 어느 저작물의 기여부분을 그 저작물로부터 분리하더라도 나머지 저작물이 불완전하게 되지 않고 분리된 나머지 부분을 이용하기 위해 무언가를 보완할 필요가 없는 경우를 말한다고 한다. 따라서 그러한 경우 분리된 기여부분과 나머지 부분은 그 어떤 방법으로든 개별적 이용이 가능하다고 한다.⁷⁾

한편, 1899년 제정된 일본 구 저작권법 제13조는 ‘공동저작물’이라는 표제 아래 제1항에서 “수인(數人)의 합저작(合著作)에 관한 저작물의 저작권은 각 저작자의 공유(共有)에 속한다”고 규정한 다음 제2항 및 제3항에서 각 저작자의 분담부분이 불명료한 경우와 명료한 경우로 나누어 각각에 대하여 저작자 중에 발행 또는 흥행을 거부하는 자가 있는 때의 처리방법에 대해 규정하였다. 그래서 구 저작권법 하의 통설은 이 규정을 해석하여 공동저작물에는 고유한 의미의 공동저작물(각 저작자의 분담부분이 불명료한 경우)과 결합저작물(각 저작자의 분담부분이 명료한 경우)이 포함된다고 하였다.⁸⁾⁹⁾ 이처럼 공동저작물 속에 결합저작물을 포함하는 일본 구 저작권법의 입법태도는 후술하는 프랑스의 입법례와 유사하다. 그런데 일본은 1970년 저작권법을 전면 개정하면서 공동저작물에 관하여 1965년 독일 저작권법의 입법례를 따랐다.¹⁰⁾

4) BGH GRUR 1959, 335/336 - Wenn wir alle Engel wären.

5) G. Schricker/Loewenheim, *Urheberrecht Kommentar*, 3.Aufl., C.H. Beck, 2006, § 8 Rn.5; F. Fromm/W. Nordemann, *Urheberrecht Kommentar*, 9.Aufl., Kohlhammer, 1998, § 8 Rn.10.

6) Amtl. Begr. BT-Drucks. IV/270, 41; G. Dreyer/J. Kotthoff/A. Meckel, *Urheberrecht Heidelberger Kommentar*, 2.Aufl., C.F. Müller, 2009, § 8 Rn.6.

7) KG Schulze KGZ 55, 12 - Puppenfee; Schricker/Loewenheim, a.a.O., § 8 Rn.5.

8) 이는 일본 구 저작권법 시대부터 현재까지 저작권법을 연구하고 있는 青山学院大学 명예교수 半田正夫의 설명이다. 半田正夫, 「著作権法概説」第15版, 法学書院, 2013, 62면 각주5) 참조.

9) 같은 취지의 설명으로는 1970년 저작권법 제정 당시 문화청 저작권과장으로 입법에 관여하였던 佐野文一郎의 문답집 발언이 있다. 佐野文一郎·鈴木敏夫, 「改訂 新著作権法問答」, 出版開発社, 1979, 135면 참조.

10) 일본은 폐전 전부터 1939년 독일 아카데미 초안(Akademie Entwurf)을 검토(小林尋次, 「現行著作権法の立法理由と解釈—著作権法全文改正の資料として」, 第一書房, 1958[初刊]·2010[再刊], 103~104면 참조)하고 있었을 뿐 아니라 폐전 이후에도 독일(당시 서독) 입법의 초안단계에서부터 참조하였던 것으로 보인다(「著作権制度審議会小委員会審議結果報告要旨」, 「ジュリスト」 No.329, 有斐閣, 1965. 9. 1., 59면 참조).

2. 영국 · 캐나다 · 오스트레일리아

영국 저작권법¹¹⁾ 제10조 제1항은 “공동저작물(work of joint authorship)이란 2인 이상의 저작자가 협력(collaboration)하여 작성한 저작물로서 각 저작자의 기여가 다른 저작자의 기여와 구별될 수 없는 것(not distinct)을 말한다”고 규정한다. 캐나다 저작권법 제2조는 “공동저작물이란 2인 이상의 저작자가 협력하여 작성한 저작물로서 어느 저작자의 기여가 다른 저작자의 기여와 구별될 수 없는 것을 말한다”고, 오스트레일리아 저작권법 제10조는 “공동저작물이란 2인 이상의 저작자가 협력하여 작성한 저작물로서 각 저작자의 기여가 다른 저작자의 기여와 분리될 수 없는 것(not separate)을 말한다”고 각 규정한다.

영국 · 캐나다 · 오스트레일리아의 공동저작물에 관한 정의는 사소한 용어 차이만 있을 뿐 거의 동일하다. 공동저작물의 요건으로 요구되는 기여의 분리 불가능한 결합과 관련하여, 이들 세 나라는 기여부분의 ‘결합’의 정도를 판단하는 기준으로 “구별 또는 분리될 수 없는 것”이라는 추상적 용어를 사용하고 있다는 점에서 공통적이다. 이에 대해 독일 · 일본의 입법은 그 ‘결합’의 정도를 판단하는 기준으로 “분리하여 이용할 수 없을 것”이라는 경제적 용어를 사용하고 있다는 점에서 이들 세 나라의 입법과는 차이가 있다.¹²⁾

3. 미국

1976년 제정된 현행 미국 저작권법 제101조는 공동저작물(joint works)이란 “2인 이상의 저작자가 자기들의 기여부분이 단일한 전체와 분리될 수 없거나(inseparable) 상호의존적(interdependent)이 될 것이라는 의사(intent)를 가지고 작성한 저작물을 말한다”고 정의한다. 미국 입법의 특징은 공동저작물의 성립요건으로 ‘창작성 기여’ 외에 ‘공동저작의 의사’를 명시하고 있다는 점이다.

입법 당시 미 하원 보고서는 분리 불가능한 저작물의 예로 소설이나 그림을 들고 있고, 상호의존적인 저작물의 예로는 영화나 오페라 또는 악곡(작곡)에 가사(작사)가 수반된 경우를 들고 있다.¹³⁾ 실제로 각자의 기여부분이 분리 불가능한 경우인지 또는 상호의존적인지 여부는, 기여를 한 각 저작자의 의사(intent)와 밀접하게 연관되는 문제이다. 하원 보고서에 따르면 어느 저작자가 협력하여 저작물이 성립하는 데에 기여하였더라도, 저작자들이 기여를 할 때에 공동저작물의 일부가 된다는 의사를 가지고 있지 않았다면 공동저작물로서 성립하지 않는다고 한다.¹⁴⁾ 그러한 점에서 미국 입법에서 ‘공동저작의 의사’라는 주관적 요건은 중요한 위치를 차지

11) 정식명칭은 ‘저작권 · 디자인 · 특허법’(Copyright, Designs and Patents Act, CDPA)으로 1988년 제정되었다.

12) Goldstein/Hughenoltz, op. cit., p.251.

13) H.R. Rep. No.94-1476, 94th Cong., 2d Sess. 120 (1976).

한다.¹⁵⁾

한편, ‘창작적 기여’ 요건과 관련해서는 ‘최소한의 기준’과 ‘저작물성 테스트’의 견해 대립이 있다. 즉 위 요건과 관련하여 Nimmer는 ‘최소한의 기준(de minimis standard)’을 주장한다. 그에 따르면 공동저작자가 되기 위해서는 양적으로든지 아니면 질적으로 각 저작자의 기여가 반드시 동일할 필요는 없지만, 어떠한 경우라도 각 기여부분은 최소한도 이상이어야 하는데, 여기서 최소한이란 한 단어 또는 한 줄 이상(more than a word or a line)의 기여를 말한다고 한다. 이에 따르면 어느 1인의 기여부분이 그 자체만으로는 저작권으로 보호받을 수 없는 아이디어를 구상하는 정도에 국한되어 있더라도 나머지 1인이 구상된 아이디어를 바탕으로 어문적 표현을 완성하였다면 두 사람은 성립된 저작물의 공동저작자가 될 수 있다고 한다.¹⁶⁾ 이에 대해 Goldstein 등이 주장하는 것으로서 공동저작물에 대한 기여가 양적으로든 질적으로든 다른 기여부분과 동일할 필요는 없더라도 각 공동저작자의 기여부분은 반드시 각각 저작물로서 보호를 받을 수 있는 ‘표현’의 최소기준(threshold of protectible expression)을 충족함으로써 저작물의 성립요건을 갖추고 있어야 비로소 공동저작물로 성립된다는 ‘저작물성 테스트(copyrightability test)’에 입각한 견해가 있다.¹⁷⁾ 위 두 견해를 비교하면, 공동저작자로 인정(identification of joint authors)되기 위해 요구되는 기여의 정도와 관련해서는 ‘최소한의 기준’에도 최소한의 이론적 타당성이 있을지 모르지만,¹⁸⁾ 그것이 표현이 아닌 아이디어의 기여에 불과한 것임에도 저작자로서 보호한다면 아이디어와 표현의 이분법에 반할 뿐만 아니라 다른 공동저작자의 이익을 해치는 것이 될 것이다. 법원 판결도 일반적인 저작물의 성립요건과 관련하여 생각할 때에 ‘최소한의 기준’은 아이디어가 저작권법의 보호대상이 되지 않는다는 저작권법의 전제와 모순되어 타당하지 않다고 하면서 ‘저작물성 테스트’가 타당하다고 한다.¹⁹⁾

14) Ibid.

15) 예컨대, *Childress v. Taylor*, 945 F.2d 500 (2d Cir. 1991).

16) M.B. Nimmer/D. Nimmer, *Nimmer on Copyright*, Vol. 1, LexisNexis, 2007, § 6.07[A][1], p.6-20.

17) P. Goldstein, *Copyright, Patent, Trademark and Related State Doctrines*, 5th ed., Foundation Press, 2004, pp.651~652; 同, *Copyright*, Vol. I, Little, Brown and Company, 1989, § 4.2.1.2 p.379; W.F. Patry, *Latman's The Copyright Law*, 6th ed., The Bureau of National Affairs, Inc., 1986, p.116.

18) M.B. Nimmer/D. Nimmer, op. cit., § 6.07[A][1], p.6-20 이하; C. Joyce/M. Leaffer/P. Jaszi/T. Ochoa, *Copyright Law*, 6th ed., Matthew Bender, 2003, p.300 이하 각 참조.

19) *Erickson v. Trinity Theatre, Inc.*, 13 F. 3d 1061 (7th Cir. 1994); *S.O.S. Inc. v. Payday, Inc.* 886 F.2d 1081 (9th Cir. 1989).

4. 프랑스

프랑스 저작권법²⁰⁾ 제113-2조 제1항은 “공동저작물(œuvre de collaboration)이란 2인 이상의 자연인이 창작에 협력한 저작물을 말한다”고 정의한다. 제113-3조는 공동저작물은 공동저작자(co-auteur)의 공유(propriété commune)라는 것(제1항), 공동저작자는 그 권리를 전원의 합의에 따라 행사해야 한다는 것(제2항), 합의가 성립하지 않을 때에는 법원의 재판에 따른다는 것(제3항)을 각 규정한다. 또한 제113-3조는 공동저작자의 기여부분의 장르가 서로 다른(genres différents) 경우에도 공동저작물이 성립하는데, 이 경우 반대의 약정이 없는 한 각 공동저작자는 자신의 기여부분을 별도로 이용할 수 있으며 그 이용으로 전체 저작물의 이용을 방해해서는 안 된다(제4항)고 규정한다.²¹⁾ 공동저작물의 전형적인 예는 가사가 수반되는 노래의 경우로 각각 다른 사람이 작곡과 작사를 한 경우를 든다.²²⁾ 이처럼 프랑스 저작권법은 기여부분이 분리 가능하더라도 공동저작물이 되기 때문에 공동저작물 속에는 결합저작물이 포함된다.

요컨대, 프랑스 저작권법의 공동저작물은 “2인 이상의 자연인이 창작에 협력한 저작물”을 가리키는 것으로서 각 저작자의 기여가 “구별 또는 분리될 수 없을 것”이라거나 “분리하여 이용할 수 없을 것”이라는 것을 요건으로 요구하지 않는다.²³⁾

5. 소결

1957년 제정된 우리 구 저작권법 제12조는 ‘합저작물(合著作物)’이라는 표제 아래 “수인(數人)의 합저작(合著作)에 관한 저작물의 저작권은 각 저작자의 공유(共有)에 속한다”(제1항)고 규정한 다음 이를 다시 “각 저작자의 분담한 부분이 명확하지 않는 경우”(제2항)와 “각 저작자의 분담한 부분이 명확한 부분”(제3항)으로 나누어 규정하였다. 전자는 ‘협회의 합저작물(合著作物)’, 즉 공동저작물에, 후자는 ‘결합저작물’에 해당하는 것으로 이해되었다.²⁴⁾ 그리고 후자의 경우 “저작자는 자기의 부분을 분리하여 단독의 저작물로서 발행 또는 공연할 수 있다”고 규정하였다(제3항). 이처럼 공동저작물 속에 결합저작물을 포함하는 우리 구 저작권법의 입법 내용을 전술한 일본 구 저작권법 제13조와 비교해 보면 일본 구법을 거의 그대로 모방한 입법

20) 프랑스는 1992년 ‘지적재산권법전’(Code de la propriété intellectuelle)을 제정하면서 기존의 여러 지적재산 관련 법률을 모아 통일적으로 규정하였는데 그 제1부가 저작권법이다.

21) J.A.L. Sterling, *World Copyright Law*, 2nd ed., Sweet&Maxwell, 2003, p.189.

22) Gregoire Triet, 大橋麻也 訳, “フランスの著作権法”, 『慶應法学』 第15・16合併号, 2010, 3., 261면.

23) Sterling, op. cit., p.188

24) 장인숙, 「저작권법개론」, 교학도서주식회사, 1965, 68면; 허희성, 「신고 저작권법개설」, 범우사, 1982, 68면.

이라는 것을 확인할 수 있다.²⁵⁾

한편, 우리나라는 1986년 저작권법을 전면 개정하면서 여러 나라의 입법을 참조하였는데, 입법관여자의 설명에 따르면 1986년 저작권법은 독일(당시는 서독) 저작권법의 체제에 따르고 일본 저작권법을 참고한 것이라고 한다.²⁶⁾ 요컨대, 우리 1986년 저작권법은 1965년 제정된 독일 저작권법과 1970년 제정된 일본 저작권법으로부터 입법적 영향을 받아 제정되었다는 취지의 설명이다. 특히 공동저작물의 정의규정은 1970년 일본 저작권법의 그것과 거의 동일하다.²⁷⁾ 일본의 1970년 저작권법이 공동저작물에 관하여 1965년 독일 저작권법의 입법례를 따랐다는 점을 상기한다면, 우리 저작권법의 공동저작물 정의규정은 일본법을 매개로 한 독일법의 간접계수라고 평가할 수 있을 것이다.

Ⅲ. 공동저작물의 저작자

1. 의의

우리 저작권법은 공동저작물에 대하여 2인 이상이 공동으로 창작한 저작물로서 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 것을 말한다(제2조 제21호)고 정의한다. 따라서 분리가 용이 가능하면 공동저작물에 해당하지 않게 된다. 분리이용이 가능하기 때문에 공동저작물에 해당하지 않는 2인 이상이 창작한 저작물 중에서 악곡과 가사처럼 외형상 일체적으로 이용되는 것을 결합저작물이라고 한다. 뮤지컬이나 오페라도 노래와 대본을 분리하여 개별적으로 이용할 수 있으므로 결합저작물이고 삽화가 포함된 신문소설도 결합저작물이다. 이에 대해 공동저작물의 저작자에 해당하는 교과서적인 예는 1장의 그림을 두 사람이 그린 경우이다. 또한 인터뷰 기사에서 질문과 답변도 분리하여 이용할 수 없으므로 공동저작물에 해당한다.²⁸⁾ 그 밖에 흔히 드는 예로는 다수의 사람이 일정한 주제를 가지고 참여하여 대담을 나누는 좌담회나 토론회가 있다. 이 경우 좌담회 내용은 좌담회에 참석한 사람들의 개개의 발언에는 독자적인 가치가 없어 발언한 사람들의 기여부분을 분리하여 개별적으로 이용할 수 없으므로 발언한 모든 사람들의

25) 최경수, 「저작권법 기초연구 II: 법제정 전후 저작권 법제사」, 한국저작권위원회, 2017, 87면.

26) 허희성, 「신저작권법 축조개설」, 범우사, 1988, 12면.

27) 이에 관해서는 1986년 저작권법(안)의 제정과정을 연구한 논문의 설명을 참조(최현호, “저작권법의 개정방향에 관한 연구”, 서울대 대학원 법학석사학위논문, 1986, 20~21면).

28) H. Schack, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 5.Aufl., Mohr Siebeck, 2010, S.158. 이처럼 인터뷰 기사가 질문과 답변으로 이루어진 경우 질문자(인터뷰어)와 답변자(인터뷰이)는 공동저작자가 되는 일반적이지만, 개별 사안에서 질문자와 답변자의 창작적 기여부분에 따라서는 질문자만이 저작자가 되는 경우도 있을 수 있다(Schack, a.a.O., S.158의 각주32 참조). 또한 이에 관해서는 후술하는 [재판례-4]도 참조.

공동저작물이 되고 참석자들은 공동저작자가 된다고 설명한다.²⁹⁾ 그 밖에도 이른바 ‘현대적 저작자들’(modern authors)이 창작적으로 관여하여 한 편의 영상저작물(ex 영화작품)을 만든 경우 이때의 영화작품은 공동저작물로서 영화감독, 촬영감독, 미술감독 등이 그 공동저작자가 될 것이다.³⁰⁾³¹⁾

2. 공동저작의 성립요건

우리 저작권법에서 공동저작물의 성립요건은 “2인 이상이 공동으로 저작물을 창작할 것”과 “각자의 기여부분을 분리하여 이용할 수 없을 것”으로 대별(大別)할 수 있고, 전자는 다시 쟁점 정리의 편의상 ‘창작적 기여’와 ‘공동관계’로 나눌 수 있다. 이에 따라 공동저작물의 성립요건으

29) 그렇다고 모든 좌담회가 일률적으로 공동저작물이 된다는 의미는 아니다. 학술 심포지엄과 같이 좌담회의 주제가 그 진행방식에 따라서는 개개의 발언에 독자적 가치가 있어서 참석자 각자의 발언을 분리하여 이용할 수 있는 경우가 있다. 이때는 결합저작물이 된다고 보아야 한다. 이에 관해서는, 하용득, 「저작권법」, 법령편찬보급회, 1988, 120~121면 참조.

30) 그러나 만일 영상저작물이 저작권법 제2조 제31호의 업무상 저작물로서 인정되고 제9조의 요건을 충족한다면 영상제작자가 그 영상저작물의 저작자로 의제될 것이다.

31) 저작권법 제99조 내지 제101조는 영상저작물의 창작 및 이용을 장려하기 위하여 ‘영상저작물에 관한 특례’를 두고 있다. 입법관여자의 설명에 따르면, 1986년 저작권법의 ‘영상저작물에 관한 특례’ 규정(제74조 내지 제76조)은 독일 저작권법의 ‘영화에 관한 특별규정’(Besondere Bestimmungen für Filme)(제88조 내지 제95조)으로부터 입법적 영향을 받아 제정된 것이다(허희성, 「신저작권법 축조개설」, 범우사, 1988, 320면. 1986년 저작권법(안)의 제정과정을 연구한 논문에서도 이는 “대체적으로 독일 저작권법 제88조 이하를 모범으로 하여 규정된 것”이라고 설명한다(최현호, “저작권법의 개정방향에 관한 연구”, 서울대 대학원 법학석사학위논문, 1986, 36면)).

저작권법 제100조 제1항은 “영상제작자와 영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 자가 그 영상저작물에 대하여 저작권을 취득한 경우 특약이 없는 한 그 영상저작물의 이용을 위하여 필요한 권리는 영상제작자가 이를 양도받은 것으로 추정한다”고 규정한다. 구 저작권법(2003. 5. 27. 법률 제6881호로 개정되기 전의 것) 제75조 제1항은 “...양도된 것으로 본다”는 양도‘간주’규정으로 되어 있었으나 이를 양도‘추정’규정으로 개정하여 현행 저작권법 제100조 제1항에 이른 것이다. 이 조항의 앞부분은 “영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 자가 그 영상저작물에 대하여 저작권을 취득한 경우”라고 규정하고 있는데, 이것은 영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 자가 저작자가 될 수 있다는 것을 간접적으로 시사한다. “협력할 것을 약정”한 경우라는 것은 영상저작물의 제작, 감독, 연출, 촬영, 미술 등을 담당하는 자, 그 밖의 제작 스태프 및 실연자로서의 배우 등 수많은 이해관계인과 영상제작자 간에 체결되는 ‘영상제작계약’을 의미한다. 그러나 영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 이해관계인 모두가 영상저작물의 저작자가 된다는 의미는 아니며, 저작권법의 일반원칙인 ‘창작자원칙’에 입각하여 이러한 이해관계인들 중에서 영상저작물을 실제로 창작한 자가 누구인지를 살펴보고 저작자를 결정해야 한다.

이러한 관점에서 영상저작물의 저작자를 판단하면, 일반적으로는 영상저작물의 제작, 감독, 연출, 촬영, 미술 등을 담당하여 영상저작물의 전체적 형성에 창작적으로 기여한 자를 저작자로 인정할 수 있을 것이다. 다시 말해 이른바 ‘현대적 저작자’(modern authors)인 프로듀서, 감독, 디렉터, 연출가, 촬영감독, 미술감독, 녹음감독, 필름편집자 등이 완성된 영상저작물의 공동저작자가 된다고 해석할 수 있을 것이다. 이에 반하여 조감독이나 보조카메라맨 등의 보조자는 공동저작자가 될 수 없으며, 영상저작물 제작의 토대로 이용된 소설 등과 같은 원저작물의 저작자들, 즉 이른바 ‘고전적 저작자’(classical authors)도 영상저작물의 저작자로 보기 어려운 경우가 많을 것이다.

로 일반적으로 거론하는 것은 ‘창작적 기여’, ‘공동관계’, ‘개별적 이용의 불가능’이라는 세 가지 요건이다.

가. 창작적 기여

첫째, 하나의 저작물을 작성함에 있어서 ‘2인 이상’이 창작적으로 기여하여야 한다. 여기서 2인 이상이라는 것은 자연인에 한하지 않으며 자연인과 법인이 함께 하는 경우나 복수(複數)의 법인간이어도 무방하다. 예컨대, 법인 A의 업무에 종사하는 피용자와 독자적으로 활동하는 프리랜서 프로그래머 B가 공동으로 컴퓨터프로그램을 창작하고 전자에 대하여 저작권법 제9조의 업무상 저작물의 저작자 요건이 성립하는 경우는 법인 A와 개인 B는 그 컴퓨터프로그램의 공동저작자가 될 것이다. 마찬가지로 법인 C의 피용자와 법인 D의 피용자가 공동으로 컴퓨터프로그램을 창작하고 양자 모두 저작권법 제9조의 업무상 저작물의 저작자 요건이 성립하는 경우는 법인 C와 법인 D가 그 컴퓨터프로그램의 공동저작자가 될 것이다.³²⁾ 이에 대해 법인은 사실행위로서의 창작행위를 할 수 있는 저작자성(著作者性)이 인정되지 않으므로 공동저작자에 법인은 포함되지 않는다고 보아야 한다는 견해가 있다.³³⁾ 사실행위로서의 창작행위는 자연인만이 행할 수 있고 저작권법 제9조는 창작자원칙의 예외규정이라는 점을 고려할 때에, 법인이 자금 등을 제공하는 등 공헌을 하였다는 이유만으로 저작권법 제9조의 요건을 검토하지 않은 채 법인을 공동저작자의 1인으로 인정하는 일이 없도록 유의한다면, 공동저작자에 법인을 포함 하더라도 무방할 것이다.

둘째, 2인 이상이 하나의 저작물을 작성함에 있어서 ‘창작적으로’ 기여하지 않으면 안 된다. 창작적 기여라고 하기 위해서는 사실행위³⁴⁾로서 창작행위를 하는 것이 필요하다. 따라서 기획안을 제시하거나 조언을 한 경우 또는 문장의 최종 확인만을 한 것에 지나지 않는 경우처럼 단지 보조적으로 관여함에 지나지 않는 자의 행위는 사실행위로서의 창작행위를 한 것이 아니기 때문에 공동저작물의 저작자가 아니다. 결국 이것은 기획안을 제시하거나 조언을 하는 등 협조한 행위가 ‘창작행위’라고 말할 수 있을 정도로 관여한 것인지 여부를 결정하는 사실인정의 문제로 귀착하게 될 것이다. 따라서 창작행위라고 말할 수 있는 정도가 아닌 한 ‘보조적 관여’에

32) M. LaFrance, *Copyright Law*, Thomson/West, 2008, p.92; 島並良·上野達弘·横山久芳, 「著作權法入門」第2版, 有斐閣, 2016, 87면.

33) 황적인·최현호, 「저작물과 출판권」, 한국문예학술저작권협회, 1990, 71면.

34) 민법상 사실행위라 함은 법률이 행위자의 의사와 관계없이 법률효과를 부여하는 사실적인 결과에 향하여진 행위이다. 통설은 사실행위를 외부적 결과의 발생만 있으면 법률이 일정한 효과를 부여하는 순수사실행위와, 그 밖에 어떤 의식과정이 따를 것을 요구하는 혼합사실행위로 나누고 있다. 순수사실행위의 예로는 저작권법상 저작물의 창작, 특허법상의 발명이 있다. 민법상의 예로는 가공(민법 제259조), 매장물의 발견(동법 제254조)이 있다(곽윤직 편집대표, 「민법주해 II」, 박영사, 1992, 154~155면(송덕수 집필)).

지나지 않는다고 평가되어 공동저작자로 인정되지 않을 것이다. 그러한 기획안이나 조언이 없었다면 저작물이 창작되는 일이 없었을 것이라고 해도 마찬가지이다. 이에 관한 우리나라와 일본의 재판례(裁判例) 몇 가지를 소개한다.

[재판례-1] 대법원 2005. 10. 4.자 2004마639 결정(‘사랑은 비를 타고’ 사건)

사안은 뮤지컬 ‘사랑은 비를 타고’의 뮤지컬 제작자 A는 대본의 집필과 작곡의 방향을 지시하고, 배우를 섭외하고 연습실을 대관하는 등 공연물의 제작을 총체적으로 책임지고 있었다. 위 뮤지컬을 B가 허락 없이 공연하자 A는 위 뮤지컬의 저작자 또는 공동저작자의 지위에서 공연금지가처분신청을 하였다. 대법원은 “뮤지컬은 … 공동저작물이 아닌 단독 저작물의 결합에 불과한 이른바 ‘결합저작물’이라고 봄이 상당하고 … 뮤지컬의 제작 전체를 기획하고 책임지는 뮤지컬 제작자라도 그가 뮤지컬의 완성에 창작적으로 기여한 바가 없는 이상 독자적인 저작권자라고 볼 수 없으며, 뮤지컬의 연기자, 연출자 등은 해당 뮤지컬에 관여한 실연자로서 그의 실연 자체에 대한 복제권 및 방송권 등 저작권접권을 가질 뿐이라고 판단[한] … 원심의 위와 같은 판단은 정당하[다]”고 하였다.

[재판례-2] 대법원 2009. 12. 10. 선고 2007도7181 판결

사안은 시간강사인 A는 대학 전임교수인 B에게서 공저 집필 제의를 받았으나 거절하고 단독 저서로 출간할 계획이 있었는데, B가 먼저 A의 편집 원고에 자신의 저술 부분을 더해 공저로 출간하였다. 이에 A는 저작권 침해를 고소하였고 B는 공저이므로 저작권 침해가 아니라고 주장하였다.³⁵⁾ 대법원은 “2인 이상이 저작물의 작성에 관여한 경우 그 중에서 창작적인 표현 형식 자체에 기여한 자만이 그 저작물의 저작자가 되는 것이고, 창작적인 표현 형식에 기여하지 아니한 자는 비록 저작물의 작성 과정에서 아이디어나 소재 또는 필요한 자료를 제공하는 등의 관여를 하였다고 하더라도 그 저작물의 저작자가 되는 것은 아니며, 설사 저작자로 인정되는 자와 공동저작자로 표시할 것을 합의하였다고 하더라도 달리 볼 것이 아니다”고 하여 B의 저작권 침해를 인정하였다.

[재판례-3] 서울고등법원 2016. 12. 1. 선고 2016나2020914 판결(‘발레 안무’ 사건)

사안은 공연기획자 A는 발레 안무가 B에게 작품 1, 2의 안무를 맡겼고 각 공연 홍보물에는 A를 예술감독 혹은 대표·단장으로, B를 안무가로 표기하였다. 이후 A가 B의 동의 없이 작품

35) 사안정리는, 남형두, 「표절론」, 현암사, 2015, 482면 참조.

2를 공연하자 이를 알게 된 B는 저작권 침해 통지를 한 후 한국저작권위원회에 작품 1, 2에 대한 저작권등록을 마쳤다. A는 B를 상대로 저작권등록의 말소등록절차이행의 소 등을 제기하였다. 서울고등법원은 원고(A)가 저작자 또는 공동저작자인지 여부와 관련하여 “원고가 제시한 아이디어에 따라” 피고(B)가 작품 1, 2의 안무를 담당하였고 “원고가 안무에 대한 의견 등을 제시”하였다고 하더라도, 원고를 저작자 또는 공동저작자라고 인정하기에 부족하다고 하였다. 구체적으로는 ① 피고가 안무 노트를 작성하였고, ② 원고가 무용수의 등장 위치와 동작의 타이밍, 시선 처리 등 의견을 제시하고 수정을 요청한 적도 있으나 이는 기획자로서 안무가에게 작품의 컨셉에 맞게 수정을 요청한 정도로 보이고, ③ 원고는 자신이 기획한 다른 공연에서는 ‘안무가’로 표시하였으면서도 작품 1, 2에서는 안무가 또는 공동안무가로 표시하지 않았다는 이유를 들었다.³⁶⁾

[재판례-4] 東京地裁 1998(平成10)年 10月 29日 平成7年(ワ)第19455号 判決(‘SMAP 대연구’ 사건)

사안은 그룹 멤버인 연예인 6인(원고 개인들)이 잡지사(원고 출판사)의 인터뷰에 응하여 작성된 기사가 잡지에 게재되었는데, 피고 출판사가 이를 무단 이용하여 ‘SMAP 대연구’라는 서적을 발행하자 원고들이 공동저작자로서 피고 서적의 복제 등 금지 및 폐기, 손해배상 및 사죄 광고청구의 소를 제기하였다. 이에 동경지재는 “인터뷰 등의 구술을 기초로 작성된 잡지기사 등의 문서에 대해서는 문서작성에 관여한 양태 및 정도에 따라 구술자가 문서의 집필자와 함께 공동저작자가 되는 경우, 당해 문서를 2차적 저작물로 하는 원저작물의 저작자라고 해석해야 하는 경우, 문서작성을 위한 소재를 제공한 것에 지나지 않아 저작자라고 할 수 없는 경우 등이 있다”고 한 다음 “[잡지사가] 미리 준비한 질문에 구술자가 회답한 내용이 집필자 측의 기획, 방침 등에 따라 취사선택되고 다시 표현상의 가감과 정정 등이 더해져 문서가 작성되었으며, 그 과정에서 구술자가 수정을 하지 않은 경우에는 구술자는 문서표현의 작성에 창작적으로 관여하였다고 할 수 없고 단지 문서작성을 위한 소재를 제공한 것에 그치는 것”이므로 원고 개인들은 잡지기사의 저작자라고 할 수 없다고 판시하였다.³⁷⁾

문제는 어느 정도 기여하여야 ‘창작적으로’ 기여한 것이라고 인정되는가 하는 점이다. 생각건대, 공동저작자로 인정되기 위해서는 통상(즉 단독저작물)의 경우에 저작자로 인정되기 위해 요구되는 기준과 동일한 기준이 적용되어야 한다. 따라서 공동저작자의 기여부분이 일반 저작

36) 사안 및 판결요지는, 홍승기, “안무가는 저작자”, 「저작권 문화」 Vol.273, 한국저작권위원회, 2017. 5., 24면.

37) 사안 및 판결요지는, 飯田圭, “著作者の認定(2)—インタビュー記事”, 「著作権判例百選」第5版, 有斐閣, 2016, 60면.

물로서의 성립요건을 갖추고 있어야 비로소 공동저작물로서 성립한다고 보아야 한다. 이는 전술한 “II. 공동저작물에 관한 비교법적 고찰”에서 소개한 미국의 ‘저작물성 테스트’의 견해와 마찬가지로 찬가지이다.

요컨대, ‘저작물성 테스트’는 공동저작물의 저작자가 되기 위해서는 단독저작물의 경우와 동일하게 사실행위로서의 창작행위를 행할 필요가 있다는 견해(동일기준설)이고, ‘최소한의 기준’은 공동저작물의 경우는 단독저작물의 경우와 비교하여 완화된 기준으로 공동저작자를 인정하여도 무방하다는 견해(완화기준설)이다. 국내 학설은 모두 ‘저작물성 테스트’(동일기준설)에 기한 입장을 취하고 있는 것으로 보이며 현 단계에서는 ‘최소한의 기준’(완화기준설)을 취하는 견해는 발견되지 않는다. 그런데 일본 학설의 흐름을 살펴보면, 완화기준설을 취하는 견해도 유력하게 주장되고 있다. 참고로 완화기준설을 주장하는 일본 학설의 논지를 소개하면 다음과 같다.

예컨대, A와 B가 공동으로 편집물을 작성하는 것에 합의하고, 공통의 편집방침을 확정한 다음에 그 방침에 따라 각각 소재를 50개씩 선택하여 함께 100개의 소재로 구성된 편집물a를 완성하였다고 하자. 100개의 소재의 선택의 폭은 똑 같고, 편집물a에 대한 A와 B의 창작적 기여도 거의 동일하다고 한다. 이 경우에 100개의 소재가 선택되어 있기 때문에 비로소 편집물a에 편집저작물로서의 창작성이 인정되었다고 가정한다면, A와 B는 편집물a의 공동저작자로서 법적 보호를 받을 수 있는 것일까? A와 B의 편집행위(각각 소재를 50개씩 선택한 행위)는 개별적으로 보는 한에서는 창작성이 없는 진부한 편집행위에 지나지 않으므로, A와 B는 어느 쪽도 단독으로는 사실행위로서의 창작행위를 행하고 있는 것은 아니다. 따라서 공동저작의 성립요건으로서 각인이 사실행위로서의 창작행위를 행하는 것이 필요하다는 견해(동일기준설)에 입각하면, A와 B는 어느 쪽도 편집저작자로 될 수 없게 될 것이다. 그러나 A와 B가 공동으로 편집행위를 행한 결과 저작권법상의 보호를 받을 만한 편집저작물이 창작되었음에도 불구하고 A와 B가 그 편집저작물에 대하여 저작권법상의 보호를 받을 수 없다고 하는 것은 분명히 부당할 것이다. 따라서 완화기준설이 타당하다고 주장한다.³⁸⁾

공동저작자로 인정되기 위해서는 공동저작자의 기여부분이 일반 저작물로서의 성립요건을 갖추고 있어야 비로소 공동저작물로서 성립한다고 보아야 한다. 그리고 해당 기여부분이 창작성을 갖추었는지 여부는 사안별로 이루어져야 하는 ‘규범적 작업’이다.³⁹⁾ 그런데 완화기준설의 위 논자가 자신이 머릿속에서 만들어낸 가공의 특정 사안을 제시한 이유는 학설(완화기준설)의 흠결을 보충함으로써 위 학설의 문제점을 해결하기 위한 것처럼 보인다. 즉 위 학설의 논지 전

38) 横山久芳, “共同著作物の成立要件について”, 『現代知的財産法: 実務と課題』 飯村敏明先生退官記念論文集, 発明推進協会, 2015, 1095~1096면.

39) 中山信弘, 『著作権法』 第2版, 有斐閣, 2014, 60면 참조.

개에서는 특정 사안이 공동저작물에 해당하는지 여부를 판단하기 위해 학설이 존재한다기보다는 오히려 거꾸로 학설의 문제점을 해결하기 위해 특정 사안이 존재한다는 인상을 지울 수 없다.⁴⁰⁾ 실제 존재할 가능성을 초월한 관념적 사안이 아니라 현실적으로 존재 가능한 사안(가령, 실제 사건의 사실관계)을 전제로 한다면, 공동저작자의 기여부분을 일반 저작물의 성립요건과 달리보고 판단해야 할 이유는 없을 것이다. 그러한 점에서 동일기준설이 타당하다.

나. 공동관계

(1) ‘공동창작’의 의미

2인 이상이 하나의 저작물을 작성함에 있어서 ‘공동으로 창작적 기여’를 하지 않으면 안 된다. 먼저 공동으로 창작적 기여를 한다는 것은 일반적으로 동일한 유형의 저작물 내에서 이루어지는 기여에 한정된다. 표현형식이 서로 다른 저작물이 함께 결합된 경우, 예컨대 어문저작물에 음악이 합쳐져 노래가 만들어지거나 어문저작물에 그림이 합쳐져 만화가 만들어진 경우는 분리하여 개별적으로 이용할 수 있으므로 공동저작물이 아니라 결합저작물일 뿐이다.⁴¹⁾

다음으로 저작물의 작성에 공동으로 창작적 기여를 한다고 할 때, ‘공동창작’을 구성하는 요소를 둘러싸고 학설상 견해의 대립이 있다. 즉 ‘공동창작’의 의미와 관련하여 공동창작의 의사라는 주관적 요소를 중시해야 한다는 견해가 있는 반면에 주관적 요소를 반드시 중시해야 하는 것은 아니라는 견해도 있다. 이는 사실행위로서의 창작행위를 공동으로 한다는 창작행위의 공동(즉, 객관적 공동성)으로 충분한 것인가, 아니면 거기에 공동창작의 의사가 존재해야 한다는 창작의사의 공동(즉, 주관적 공동성)까지 필요한 것인가의 문제이다. 일본의 학설은 공동창작의 의사를 필요로 한다는 견해⁴²⁾와 반드시 필요한 것은 아니라는 견해⁴³⁾로 나뉜다. 국내 학설도 공동창작의 의사가 필요하다는 견해⁴⁴⁾와 반드시 필요한 것은 아니며 이를 추단할 수 있는

40) 이러한 논증은, 배종대, “교과서범죄에 대하여”, 「고시연구」, 고시연구사, 1986. 12., 29면 이하; 同, 「형법총론」, 법문사, 1992, 52면 이하를 각 참조한 것이다.

41) H. Schack, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 5.Aufl., Mohr Siebeck, 2010, S.158.

42) 古城春實, “共同著作”, 「裁判実務大系—知的財産關係訴訟法」, 青林書院, 1997, 258면; 田村善之, 「著作權法概說」第2版, 有斐閣, 2001, 372면; 中山信弘, 「著作權法」第2版, 有斐閣, 2014, 197면; 橫山久芳, 위의 논문, 1101~1102면.

43) 半田正夫, 「著作權法概說」第15版, 法學書院, 2013, 59면; 齊藤博, 「著作權法」第3版, 有斐閣, 2007, 112면; 半田正夫·紋谷暢男 編, 「著作權のノウハウ」第6版, 有斐閣, 2002, 97면(生駒正文 집필); 上野達弘, “共同著作の要件論”, 「知的財産法の理論と実務」4, 新日本法規, 2007, 100~103면; 같은 취지, 作花文雄, 「詳解著作權法」第4版, ぎょうせい, 2010, 183면.

44) 강신하, 「저작권법」 제2판, 진원사, 2014, 179면; 김정완, 「저작권법」 제2판, 전남대출판부, 2014, 111면; 송영식·이상정, 「저작권법개설」 제9판, 세창출판사, 2015, 2015, 165면; 오승중, 「저작권법」 제4판, 박영사, 2016, 351면; 이규호, 「저작권법」 제6판, 진원사, 2017, 63면; 이해완, 「저작권법」 제3판, 박영사, 2015, 333면; 임원선, 「실무자를 위한 저작권법」 제5판, 한국저작권

것으로 족하다는 견해⁴⁵⁾로 나뉘는데, 현재 전자가 다수설인 것처럼 보이고 다수설은 대법원 판결⁴⁶⁾도 그렇다고 설명한다.⁴⁷⁾ 공동창작의 요건과 관련하여, 창작의사의 공동(=공동창작의 의사)과 창작행위의 공동(=공동창작의 행위)이라는 두 요소 중 다수설은 주관적 공동성(의사)을 강조하는 견해이고, 소수설은 객관적 공동성(행위)을 강조하는 견해이다. 다수설은 ‘공동창작의 의사’에 대해 이는 “법적으로 공동저작자가 되려는 의사”가 아니라 “공동으로 저작물을 작성하고자 하는 의사”⁴⁸⁾ 혹은 “공동의 창작 결의”⁴⁹⁾를 말하는 것이라고 설명한다.

생각건대, 우리 저작권법의 규정은 공동창작의 의사를 명시하는 미국 저작권법과는⁵⁰⁾ 달리 공동창작의 의사를 명문으로 요구하고 있지 않다. 물론 공동으로 저작물을 작성하고자 하는 의사의 연락이 당사자 간에 있는 경우가 보통일 것이지만, 공동창작의 의사의 존재를 외부에서 식별하는 것은 곤란한 일이다. 또한 당사자 간에도 그러한 의사가 존재하였다는 사실을 쉽게 은폐할 수 있다. 더구나 당사자 간에 공동저작물인지 여부를 둘러싸고 분쟁이 발생하는 경우를 고려한다면⁵¹⁾ 외부의 제3자가 판단하기 어려운 당사자 간의 공동창작의 의사(주관적 공동성)라는 모호한 개념을 중시해야 할 것은 아니다.

다수설(주관적 공동설)은 공동창작의 의사에 대해 “법적으로 공동저작자가 되려는 의사”가 아니라 “공동의 창작 결의”나 “공동으로 저작물을 작성하고자 하는 의사”를 뜻하는 것이라고 설명한다. 후술하는 [재판례-5] 및 [재판례-6]의 각 판결은 공동창작의 의사라 함은 “공동의 창작행위에 의하여 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 단일한 저작물을 만들어 내

권위원회, 2017, 82면; 정상조·박준석, 「지적재산권법」 제2판, 홍문사, 2011, 320면; 최경수, 「저작권법개론」, 한울, 2010, 176면.

45) 김원오, “공동저작물의 성립요건을 둘러싼 쟁점과 과제”, 「계간 저작권」, 한국저작권위원회, 2011년 여름호, 24면; 도두형, “공동저작물에 대한 저작재산권의 행사방법과 침해행위”, 「판례연구」 제29집 제1권, 서울지방변호사회, 2015, 195면; 박성호, 「저작권법」 제2판, 박영사, 2017, 246~248면; 우원상, “사후 참여에 의한 공동저작물 성립에 관한 소고”, 「계간 저작권」, 한국저작권위원회, 2016년 겨울호, 86면; 황적인·최현호, 「저작물과 출판권」, 한국문예학술저작권협회, 1990, 70면.

46) 대법원 2014. 12. 11. 선고 2012도16066 판결(‘친정엄마’ 사건); 대법원 2016. 7. 29. 선고 2014도16517 판결(‘사극 김수로’ 사건). 하급심 판결 중 대표적인 것으로는 서울고법 2009. 9. 3. 선고 2009나2950 판결.

47) 가령, 이해완, 앞의 책, 334면은 대법원 2014. 12. 11. 선고 2012도16066 판결(‘친정엄마’ 사건)을 인용하면서 다수설의 입장에 따라 ‘공동창작의 의사’가 공동저작물의 요건임을 천명하였다고 설명한다.

48) 이해완, 앞의 책, 332~333면.

49) 오승종, 앞의 책, 300~301면.

50) 미국 저작권법 제101조는 공동저작물(joint works)이란 “2인 이상의 저작자가 자기들의 기여부분이 단일한 전체와 분리될 수 없거나 상호의존적이 될 것이라는 의사(intent)를 가지고 작성한 저작물을 말한다”고 규정한다.

51) 실제 사건에서 공동저작물인지 여부를 둘러싸고 당사자(또는 그 유족) 간에 분쟁이 발생하는 경우가 많다는 점을 고려해야 한다.

려는 의사를 뜻하는 것”이라고 하면서 “법적으로 공동저작자가 되려는 의사”를 뜻하는 것이 아니라고 한다. 문제는 “법적으로 공동저작자가 되려는 의사”[①]와 “공동의 창작 결의”나 “공동으로 저작물을 작성하고자 하는 의사”[②] 그리고 “공동의 창작행위에 의하여 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 단일한 저작물을 만들어 내려는 의사”[③]는 서로 모호하여 이러한 ①②③에 해당하는 여러 층위의 “~의사”들을 구별해 내기 어렵다는 점이다.

이에 비해 소수설(객관적 공동설)에서는 사실행위로서의 창작행위가 공동으로 이루어진다는 점에 초점을 맞추게 되므로 개념적 모호함은 없어진다. 창작행위의 공동관계가 인정되기 위해서는 공동창작의 행위에 일정한 동시성(즉 시간적 연관성)이 있어야 하고 그러한 공동창작의 행위는 객관적으로 파악 가능하기 때문이다. 물론 창작행위가 공동으로 이루어질 때에도 공동창작행위와 관련하여 의견교환이 수반되는 경우가 대부분일 것이지만 이는 공동창작행위에 수렴되는 것이므로 공동창작의 행위는 객관적으로 파악 가능하게 된다. 따라서 당사자 간에 실제 이루어진 사실행위로서의 창작행위를 공동으로 한다는 공동창작의 행위(객관적 공동성)를 중시하는 것이 타당할 것이다. 따라서 객관적으로 보아 당사자 간에 서로 상대방의 의사에 반하지 않는다고 하는 정도의 관계가 인정되면 이 요건을 충족한다고 보아야 할 것이다.⁵²⁾

요컨대, 공동저작물에서는 2인 이상의 행위주체가 사실행위로서의 창작행위를 공동으로 한다는 창작행위의 공동이 중요한 판단 요소이므로 객관적으로 보아 ‘창작’이라는 행위가 ‘공동’으로 행하여졌는지 여부에 의하여 당사자 간에 공동창작의 의사, 즉 단일한 저작물을 만들어 내려는 의사를 추단할 수 있다면 그것으로 족하다고 해석하는 것이 타당할 것이다.⁵³⁾ 다만, 창작행위의 공동관계가 인정되기 위해서는 그 공동창작의 행위에 일정한 ‘동시성’이 있어야 한다. 즉 공동창작의 행위에 시간적인 연관성이 있어야 한다. 따라서 동시성이 없어 창작행위의 공동관계가 인정되지 않는 경우(이시창작(異時創作))는 공동저작물이 아니라 2차적 저작물이 된다.⁵⁴⁾ 예컨대, 스토리 작가가 미리 작성한 소설형식의 원고(原稿)에 기해 만화가가 만화를 그린 경우라면 설령 공동창작의 의사가 존재하더라도 해당 만화는 소설형식의 스토리를 원저작물로 하는 2차적 저작물이 된다. 스토리 작가는 만화라는 미술적 표현에 아무런 공동창작의 행위도 하지 않았기 때문이다. 그러나 이와 달리 스토리 작가(갑)가 만화의 장면 나누기, 구도, 등장인물이나 대사의 배치 등을 구체적으로 서술하면서 스토리를 제공하고 이에 따라 만화가(을)가 그림을 그린 경우라면 갑과 을 두 사람이 완성된 만화에 창작적으로 기여한 것이므로 공동저작물이 된다.⁵⁵⁾⁵⁶⁾

52) 半田正夫, 앞의 책, 59면.

53) 김원오, 앞의 논문, 24면; 齊藤博, 앞의 책, 112면.

54) 上野達弘, “共同著作の要件論”, 『知的財産法の理論と実務 4』, 新日本法規, 2007, 102면.

55) 三村量一, “漫画の著作物の複製権, 翻案権の侵害”, 『現代裁判法大系 26—知的財産権』, 新日本法規, 1999, 427~428면 참조.

문제는 어떠한 경우에 공동창작의 행위에 일정한 동시성을 긍정할 수 있는가 하는 점이다. 전형적인 예는 두 사람이 1장의 종이에 함께 그림을 그린 미술저작물의 경우이지만, 두 사람 중 일방이 먼저 논문 원고(原稿)를 작성하여 상대방에게 보내고 다른 일방이 그 원고를 고치거나 가필하여 전문지에 연재한 어문저작물의 경우에도 공동창작의 행위라고 인정할 수 있는 일정한 동시성이 존재한다는 것을 긍정할 수 있다.⁵⁷⁾ 이와 관련하여 대법원 판결 두 가지를 소개한다.

[재판례-5] 대법원 2014. 12. 11. 선고 2012도16066 판결(‘친정엄마’ 사건)

사안은 어느 수필가(갑)가 자신의 수필을 연극화하기 위해 초벌대본을 작성하여 연출자에게 건네주고 그 연출자가 수필가의 동의를 얻어 다른 작가(을)에게 초벌대본을 공연에 적합하도록 수정하게 하여 최종대본을 작성하고 수필가도 그 작성과정에 직간접적으로 관여한 경우이다. 이에 대해 대법원은 갑과 을은 최종대본의 공동저작자가 된다고 하면서 그 이유를 다음과 같이 설시하였다. 즉 “2인 이상이 공동창작의 의사를 가지고 창작적인 표현형식 자체에 공동의 기여를 함으로써 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 단일한 저작물을 창작한 경우 이들은 그 저작물의 공동저작자가 된다. 여기서 공동창작의 의사는 법적으로 공동저작자가 되려는 의사를 뜻하는 것이 아니라, 공동의 창작행위에 의하여 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 단일한 저작물을 만들어 내려는 의사를 뜻하는 것이라고 보아야 한다”고 판시하였다.

[재판례-6] 대법원 2016. 7. 29. 선고 2014도16517 판결(‘사극 김수로’ 사건)

사안은 드라마제작사가 드라마 대본의 일부를 집필한 선행 작가(甲)를 배제한 상태에서 후행 작가(乙)에게 후속 부분의 집필을 의뢰하여 완료한 경우처럼 어느 일방을 배제한 다음 타방에 의해 후속 부분의 집필이 이루어진 경우이다. 대법원은 “2인 이상이 시기를 달리하여 순차적으로 창작에 기여함으로써 단일한 저작물이 만들어지는 경우에, 선행 저작자에게 자신의 창작 부분이 하나의 저작물로 완성되지는 아니한 상태에서 후행 저작자의 수정·증감 등을 통하여 분리이용이 불가능한 하나의 완결된 저작물을 완성한다는 의사가 있고, 후행 저작자에게도 선행 저작자의 창작 부분을 기초로 하여 이에 대한 수정·증감 등을 통하여 분리이용이 불가능한 하나의 완결된 저작물을 완성한다는 의사가 있다면, 이들에게는 각 창작 부분의 상호 보완에 의

56) 서울북부지법 2008. 12. 30. 선고 2007가합5940 판결.

57) 上野達弘, 앞의 논문, 102~103면. 어문저작물의 공동창작의 행위에 동시성을 긍정한 사안에 관해서는, 東京地裁 2000(平成12)年 9月 28日 判決(‘전후일본경제의 50년’ 사건) 참조.

하여 단일한 저작물을 완성하려는 공동창작의 의사가 있는 것으로 인정할 수 있다”고 판시한 다음 사안의 경우 甲에게는 위와 같은 의사가 있는 것이 아니라 자신의 창작으로 하나의 완결된 저작물을 만들려는 의사가 있을 뿐이므로 甲乙 간에 공동창작의 의사가 있다고 인정할 수 없다고 하였다. 따라서 이때 후행 저작자(乙)에 의하여 완성된 저작물은 선행 저작자(甲)의 창작 부분을 원저작물로 하는 2차적 저작물로 볼 수 있을지언정 선행 저작자와 후행 저작자의 공동저작물로 볼 수 없다고 판시하였다.

다수설(주관적 공동설) 중에는 [재판례-5]의 판결이 다수설의 입장을 취한 것이라고 설명하지만⁵⁸⁾ 이는 의문이다. 왜냐하면 흥미롭게도 재판연구관이 작성한 [재판례-5]의 판례 해설에서는, 대법원의 판시가 주관적 공동설(다수설)을 채용한 것이 아니라 객관적 공동설(소수설)을 채용한 것이라는 취지로 설명하고 있다. 즉 “단일한 저작물을 만들어 내려는 의사는 공동으로 단일한 저작물을 만드는 객관적 행위에 의하여 추정이 가능한 것으로 봄이 타당하다”고 설명하고 있기 때문이다.⁵⁹⁾ 따라서 소수설(객관적 공동설)에 입각하더라도 [재판례-5]의 사안에서의 최종대본은 일정한 동시성이 인정되는 甲乙의 공동의 창작행위에 의해 작성된 단일한 저작물이라고 판단할 수 있다. 이에 비해 [재판례-6]의 판결은 주관적 공동설(다수설)을 좀 더 명확히 부각시킨 판시라고 이해할 수 있을 것이다. 그런데 [재판례-6]의 사안에 관해서는 객관적 공동설(소수설)에 입각하더라도 선행 작가를 배제(排除)한 다음 후행 작가에 의해 후속 부분의 집필이 이루어진 것이라면, 그러한 ‘배제’행위에는 공동창작의 행위라고 인정할 수 있는 시간적인 연관성이 없다고 판단되므로 창작행위의 공동성이 인정되지 않을 것이다. 따라서 이러한 일정한 동시성이 없어서 창작행위의 공동성이 인정되지 않는 후행 작가의 집필 부분은 공동저작물이 아니라 2차적 저작물이 된다. 요컨대, 공동저작물과 2차적 저작물의 구별기준에 대해 다수설(주관적 공동설)은 공동창작의 의사가 존재하는지 여부로, 소수설(객관적 공동설)은 공동창작의 행위가 존재하는지 여부로 판단하게 된다.

(2) 이른바 ‘유저(遺著) 보정판’과 공동저작물의 문제

공동저작물의 성립요건과 관련하여 공동으로 기여하는 시점이 다른 경우, 가령 스승의 사후에 제자가 저작물을 정정하거나 보충하는 경우도 공동저작물이 될 수 있는가이다. 이것은 이미 창작한 저작물을 그 저작자의 사후에 타인이 수정하거나 보충 또는 개정하는 이른바 유저보정(遺著補訂) 형태의 저술에 대해 공동저작물의 성립을 인정할 것인가의 문제이다.⁶⁰⁾ 이에 대해

58) 이해완, 앞의 책, 334면.

59) 김창권, “공동창작의 의사의 의미 및 공동저작자 사이에 지적재산권침해가 성립하는지 여부”, 「대법원판례해설」 제102호 2014년 하, 법원도서관, 2015, 251~252면.

60) 이에 관한 상세한 비교법적 연구로는, 松川実, “遺著補訂版と共同著作物—ドイツ, アメリカ, 日本

공동관계의 요건과 관련하여 소수설인 ‘창작행위의 공동’(객관적 공동성)으로 충분하다는 견해 쪽에서는 공동저작물의 성립을 긍정하고⁶¹⁾ 다수설인 ‘창작의사의 공동’(주관적 공동성)까지 필요하다는 견해 쪽에서는 이를 부정하는⁶²⁾ 것이 일반적이다.

그러나 소수설을 취하더라도 이러한 ‘유저(遺著) 보정판’과 관련해서는 공동저작물의 성립을 부정하는 것이 타당할 것이라고 생각한다. 그 이유는 설령 스승이 생전에 제자에게 자신의 저작물을 개정하도록 승낙하였거나 아니면 그 저작권을 상속한 유족이 개정을 허락하였더라도, 스승의 사후(死後) 제자에 의해서만 이루어진 개정작업에는 스승과 제자 간에 창작행위를 함께 한다는 의미에서의 ‘공동창작의 행위’(객관적 공동성) 자체가 존재하지 않기 때문이다. 따라서 어느 견해를 취하든지 간에 스승과 제자가 객관적인 면에서 공동으로 창작행위를 행한 적이 없으므로 공동저작물이 성립할 수는 없을 것이다. 다시 말해 공동창작의 의사가 반드시 요구되는 것이 아니라는 견해(소수설)를 취하면 ‘창작행위의 공동’(객관적 공동성) 자체가 존재하지 않으므로 공동저작물의 성립을 인정할 수 없는 것이고, 반대로 공동창작의 의사가 필요하다는 견해(다수설)를 취하면 스승과 제자 간에 ‘창작의사의 공동’(주관적 공동성)은 인정할 수 있겠지만 ‘창작행위의 공동’이 존재하지 않으므로 마찬가지로 공동저작물의 성립을 인정할 수 없는 것이다. 다만 이미 완성된 스승의 저작물을 제자가 사후에 보정한 것에 지나지 않으므로 2차적 저작물로서 성립할 가능성이 있을 뿐이라고 해석해야 한다.

다. 개별적 이용의 불가능

공동저작물이 성립하려면 각자의 기여부분을 분리하여 개별적으로 이용할 수 없어야 한다. 이는 전술한 독일·일본의 입법과 마찬가지로 기여부분의 ‘결합’의 정도를 “분리하여 이용할 수 없을 것”이라는 경제적 기준으로 판단하는 것을 말한다.⁶³⁾ 즉 각자의 기여부분을 분리하여 개별적으로 이용할 수 없다는 것은 어느 저작물의 기여부분을 그 저작물로부터 분리하면 나머지 부분이 불완전하게 되어 나머지 부분을 이용하기 위해 무언가를 보완할 필요가 있는 경우를 말한다.⁶⁴⁾ 다시 말해 하나의 저작물 중 각자의 기여부분을 분리하면 저작물을 물리적으로 파손하게 된다는 의미가 아니라, 분리하면 그 저작물의 경제적 효용을 손상시킨다는 의미이다. 따라서 물리적으로는 분리하여 개별적으로 이용할 수 있더라도, 그렇게 되면 분리된 기여부분이 본

の比較法的研究”, 「青山ローフォーラム」第1卷 第1号, 2012, 105면 이하.

61) 半田正夫, 앞의 책, 59~60면; 齊藤博, 앞의 책, 112면.

62) 田村善之, 앞의 책, 371면; 中山信弘, 앞의 책, 198~199면.

63) P. Goldstein/B. Hugenholtz, *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, 3rd ed., Oxford University Press, 2013, p.251.

64) Vgl. G. Schricker/Loewenheim, *Urheberrecht Kommentar*, 3.Aufl., C.H. Beck, 2006, § 8 Rn.5.

래의 경제적 의미를 상실하게 되는 경우이다. 결국 이러한 경제적 기준이란 것은 개개 저작물의 이용분야에 있어서의 관행에 의해 결정할 수밖에 없다.⁶⁵⁾ 예컨대, 두 사람이 1장의 종이에 함께 그림을 그린 경우 각자의 기여부분을 분리하여 개별적으로 이용할 수 없으므로 이 요건을 갖춘 것이 된다. 그러나 한 사람이 작곡을 하고 다른 사람이 작사를 하여 1곡의 노래를 완성한 경우는 작사, 작곡 부분을 분리하여 개별적으로 이용할 수 있으므로 공동저작물이 아니라 결합 저작물이다. 마찬가지로 여러 사람이 분담집필한 법학주석서(ex 민법주해)는 공동저작물이 아니라 결합저작물이다.⁶⁶⁾

3. 공동저작의 효과

공동저작의 요건을 갖추면 우리나라 저작권법의 규정에 따라 그 권리행사의 방법 및 보호기간의 산정 등과 관련하여 다음과 같은 효과가 발생한다.

가. 권리행사의 방법과 권리침해의 구제

공동저작물의 저작인격권과 저작재산권의 행사는 원칙적으로 공동저작자 전원의 합의에 의하여 이루어져야 한다(제15조, 제48조). 여기서 말하는 행사란 저작권의 내용을 실현하는 적극적인 행위를 말하며 저작물의 이용과 그 허락을 의미하는 것이다. 또한 다른 저작재산권자의 동의가 없으면 그 지분을 양도하거나 질권(質權)의 목적으로 할 수 없다(제48조).⁶⁷⁾ 다만, 저작권 침해에 따른 금지청구권 등에 대해서는 개개의 공동저작자가 다른 공동저작자의 동의가 없더라도 단독으로 행사할 수 있으며, 손해배상청구권에 대해서도 공동저작자가 자신의 지분 비율에 따라 단독으로 손해배상청구를 할 수 있다(제129조).⁶⁸⁾

나. 보호기간의 산정

우리 저작권법은 공동저작물의 저작재산권에 대한 보호기간은 공동저작자 중 “맨 마지막으로 사망한 저작자가 사망한 후 70년간 존속한다”(제39조 제2항)고 규정한다. 이는 베른협약 제7조의2에 따른 것으로 각 저작자의 기여부분을 분리하는 것이 불가능한 공동저작물에 대해 보호기간을 개별적으로 계산하게 되면 권리관계가 복잡하게 된다는 점을 고려하여 마련된 규정이

65) 松川実, 앞의 논문, 121면.

66) 이처럼 결합저작물은 결합관계를 분리하여 개별적으로 이용할 수 있으므로 결합저작물 전체를 이용하려는 자는 결합저작물을 구성하는 개개의 저작물의 권리와 출판계약 등을 체결할 때에 계약기간 중에는 ‘결합관계를 분리하지 않고 그대로 유지할 수 있도록 약정하는 것이 필요할 것이다.

67) 이에 관해서는 후술하는 IV. ‘공동저작물의 이용허락 등 권리행사’ 참조.

68) 이에 관해서는 후술하는 V. ‘공동저작물의 권리 침해’ 참조.

다.⁶⁹⁾ 공동저작물의 보호기간이 맨 마지막으로 사망한 공동저작자의 사망시부터 기산된다는 사실을 고려한다면 나이 많은 저작자에게 있어서는 젊은 저작자를 공동저작자로 선택하는 것이 유리하다. 이로 인해 실제로는 저작자 단독으로 작성할 수 있는 상당수의 저작물조차 젊은 저작자의 생존기간에 더 잡아 보호기간을 연장할 목적으로 공동저작물 형태로 작성될 수도 있을 것이다. 물론 공동저작자 상호 간에 ‘행위의 공동’(객관적 공동성)이 존재하지 않는다면 이러한 법적 효과가 인정되어서는 안 될 것이다.⁷⁰⁾ 따라서 결합저작물에 불과한 경우에 각 저작부분은 각각의 저작자 사후 70년이 경과하면 보호기간이 종료한다.

공동저작물의 보호기간과 관련하여 검토할 것은, 전술한 것처럼 법인 A와 개인 B 간에, 또는 법인 C와 법인 D 간에 공동저작 관계가 성립하는 경우⁷¹⁾ 그 보호기간의 산정을 어떻게 할 것인가 하는 점이다. 법인과 법인 간의 공동저작물인 경우에는 업무상 저작물의 보호기간이 적용될 것이기 때문에 그 저작재산권은 원칙적으로 공동저작물을 공표한 때로부터 70년간 보호될 것이다(제41조 본문). 문제는 개인과 법인 간에 공동저작 관계가 성립하는 경우이다. 자연인이 저작물의 저작자인 경우 그 저작재산권의 보호기간은 저작자의 생존기간에 그 사후 70년을 더한 기간이고(제39조 제1항), 법인이 업무상 저작물의 저작자로 인정되는 경우 그 보호기간은 공표 후 70년이다(제41조 본문). 위 두 보호기간 중 어느 쪽을 적용할 것인지에 대해서 우리 저작권법은 침묵하고 있다. 공동저작물의 경우 마지막까지 생존한 공동저작자의 사망시를 기산점으로 규정한 저작권법 제39조 제2항의 취지를 고려한다면, 위 두 보호기간 중 어느 쪽이든 더 긴 쪽을 토대로 저작재산권의 보호기간이 산정되어야 할 것이다.⁷²⁾

한편, 전술한 “II. 공동저작물에 관한 비교법적 고찰”에서 언급한 프랑스 저작권법은 각각 다른 사람이 작사와 작곡을 한 경우로서 가사가 수반되는 악곡을 공동저작물로 보는데 대하여, 독일 저작권법은 이를 결합저작물로 본다. 이에 따라 예컨대, 뮤지컬의 경우 프랑스에서는 뮤지컬을 구성하는 개별 기여부분에 대한 보호가 공동저작물 전체(즉 뮤지컬)에 대해 부여된 기간 동안 인정되는 데 반하여, 독일에서는 뮤지컬을 구성하는 개별 저작물마다 보호기간이 달라진다는 문제가 있었다.⁷³⁾ 그러나 이러한 문제는 유럽연합의 2011년 보호기간 연장지침⁷⁴⁾에

69) 허희성, 「베른협약축조개설(파리규정)」, 일신서적출판사, 1994, 89~90면.

70) M.B. Nimmer/D. Nimmer, *Nimmer on Copyright*, Vol. 3, LexisNexis, 2007, § 9.10[B] p.9-142.

71) 이에 관해서는 III. 2. 가. ‘창작적 기여’ 참조.

72) M.B. Nimmer/D. Nimmer, *op. cit.*, § 9.10[B] p.9-142 참조.

73) P. Goldstein/B. Hugenholtz, *op. cit.*, p.252.

74) Directive 2011/77/EU of the European Parliament and of the Council of 27 September 2011 amending Directive 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council on the term of protection of copyright and related rights, OJ No. L 265/1, October 11, 2011[Term Extension Directive].

의해 해결되었다. 이 지침에 따르면 가사가 수반되는 악곡에 대해 결합저작물로서 보호하든지(ex 독일), 이를 공동저작물로서 보호하든지(ex 프랑스)에 관계없이 마지막까지 생존한 기여자(작사자 또는 작곡자)의 사망 후부터 보호기간이 기산(起算)되도록 하고 있다.⁷⁵⁾⁷⁶⁾

IV. 공동저작물의 이용허락 등 권리행사

1. 서론

공동저작물이란 2인 이상이 공동으로 창작한 저작물로서 각자 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 것을 말한다. 공동저작물에서는 2인 이상의 복수의 저작자가 당해 저작물에 대한 하나의 저작재산권을 원시적으로 공유하게 되고, 또한 저작자 각자의 저작인격권이 당해 저작물에서 경합하게 된다. 그러한 연유로 저작권법은 공동저작물을 이용허락하거나 권리행사하는 등의 경제적 이용과 관련하여 특별규정을 두고 있다. 저작권법 제15조 및 제48조가 공동저작물의 저작인격권 및 저작재산권의 행사에 관한 특별규정이다.

2. 공동저작물의 이용허락 등 권리행사의 원칙

가. 전원의 합의 또는 전원의 동의

저작권법 제15조 제1항은 “공동저작물의 저작인격권은 저작자 전원의 합의에 의하지 아니하고는 이를 행사할 수 없다. 이 경우 각 저작자는 신의에 반하여 합의의 성립을 방해할 수 없다”고 규정하고, 제48조 제1항은 “공동저작물의 저작재산권은 그 저작재산권자 전원의 합의에 의하지 아니하고는 이를 행사할 수 없으며, 다른 저작재산권자의 동의가 없으면 그 지분을 양도하거나 질권의 목적으로 할 수 없다. 이 경우 각 저작재산권자는 신의에 반하여 합의의 성립을 방해하거나 동의를 거부할 수 없다”고 규정한다. 즉 공동저작물의 저작인격권과 저작재산권의 행사는 원칙적으로 공동저작자 전원의 합의에 의하여 이루어져야 한다. 여기서 말하는 행사란

75) P. Goldstein/B. Hugenholtz, op. cit., p.252.

76) 국내 논자들 중에는 뮤지컬을 결합저작물이라고 판단한 전술한 [재판례-1] 대법원 2005. 10. 4.자 2004마639 결정을 비판하면서 그 논거로 뮤지컬을 공동저작물로 보지 않으면 “뮤지컬을 구성하는 악곡, 가사 등의 보호기간이 달라져서 권리의 획일적 처리가 곤란해진다는 문제”를 든다(가령, 김정완, “공연예술 보호에 관한 저작권법상의 고찰”, 「법학논고」 제49집, 경북대 법학연구원, 2015. 2., 604면). 그러나 이러한 문제는 우리 저작권법상 공동저작물의 정의를 변경하여 해결하기보다는 유럽연합의 2011년 보호기간 지침처럼 보호기간에 관한 특칙을 마련하여 해결하는 것이 타당할 것이다.

저작권의 내용을 실현하는 적극적인 행위를 말하며 저작물의 이용과 그 허락을 의미하는 것이다.⁷⁷⁾ 따라서 공동저작자가 스스로 이용(이하, ‘자기이용’이라 한다)하는 경우는 물론이고 제3자에게 저작물의 이용을 허락하거나 출판권을 설정하는 경우 등이 포함된다. 만일 공동저작자 중 1인이 전원의 합의에 의하지 않고 당해 저작물을 ‘자기이용’하거나 제3자에게 이용허락하는 경우 저작권 침해가 된다.⁷⁸⁾ 이에 따라 공동저작물의 저작권에 대해서는 민법상 물건의 “공유자는… 공유물 전부를 지분의 비율로 사용·수익할 수 있다”(민법 제263조)는 규정의 적용이 배제되는 것으로 해석된다. 그 이유는 물건은 그 사용에 양적인 한계가 있어서 공유자가 그 지분에 따라 사용하는 것이 가능하지만, 이와 달리 저작물의 이용양태는 그 양적인 한계가 없고 이론상으로 무한한 이용 가능성이 있어서 지분에 따른 자기이용이라는 것을 생각하기 어렵기 때문이다.⁷⁹⁾

[재판례-5] 대법원 2014. 12. 11. 선고 2012도16066 판결(‘친정엄마’ 사건)

사안은 어느 수필가(甲)가 자신의 수필을 연극화하기 위해 초벌대본을 작성하여 연출자에게 건네주고 그 연출자가 수필가의 동의를 얻어 다른 작가(乙)에게 초벌대본을 공연에 적합하도록 수정하게 하여 최종대본을 작성하고 수필가도 그 작성과정에 직간접적으로 관여한 경우이다. 이에 대해 대법원은 甲乙은 최종대본의 공동저작자가 된다고 하면서 갑이 일방적으로 최종대본을 이용(갑이 단독으로 뮤지컬 기획사와 공연계약을 체결하여 공연)한 것에 대해서 “저작권법 제48조 제1항 전문은 ‘공동저작물의 저작재산권은 그 저작재산권자 전원의 합의에 의하지 아니하고는 이를 행사할 수 없다’고 정하고 있는데, 위 규정은 어디까지나 공동저작자들 사이에서 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 단일한 공동저작물에 관한 저작재산권을 행사하는 방법을 정하고 있을 뿐이므로, 공동저작자가 다른 공동저작자와의 합의 없이 공동저작물을 이용한다고 하더라도 그것은 공동저작자들 사이에서 위 규정이 정하고 있는 공동저작물에 관한 저작재산권의 행사방법을 위반한 행위가 되는 것에 그칠 뿐 다른 공동저작자의 공동저작물에 관한 저작재산권을 침해하는 행위까지 된다고 볼 수는 없다”고 판시하였다.

77) 허희성, 「2011 신저작권법 축조개설 상」, 명문프리컴, 2011, 155면, 324면.

78) 저작권법과 달리 특허법 제99조 제3항은 “특허권이 공유인 경우에는 각 공유자는 계약으로 특별히 약정한 경우를 제외하고는 다른 공유자의 동의를 받지 아니하고 그 특허발명을 자신이 실시할 수 있다”고 규정한다. 즉 특허권의 공유자는 특별한 약정이 없는 한 공유자의 지분에 구애되지 않고 당해 발명을 ‘자기실시’할 수 있다. 이처럼 저작권법과 달리 규정한 이유는 발명은 순수한 경제재(economic goods)임에 반해 저작물은 상대적으로 저작자의 개인적인 조건이나 특성이 강하게 반영되어 있기 때문이다. 이에 관해서는 일본 특허법 제73조 제2항과 저작권법 제65조 제2항을 비교하여 설명하는, 島並良, “比較で学ぶ知的財産法—第6回 権利の共有”, 「法学教室」 No.384, 2012, 9., 121면 참조.

79) 中山信弘, 「著作權法」第2版, 有斐閣, 2014, 223면.

즉 [재판례-5]의 판결은 공동저작물의 ‘자기이용’에 대해 저작재산권을 침해하는 행위까지 되는 것은 아니고 저작권법 제48조 제1항 전문에서 정하는 저작재산권의 행사방법을 위반한 행위가 되는 것에 그칠 뿐이라고 판시하였다. 결국 행사방법에 위반하는 위법행위를 이유로 민사상의 손해배상 그 밖의 불법행위책임을 부담할 수 있지만⁸⁰⁾ 저작재산권 침해죄에는 해당하지 않는다는 취지이다. 그러나 이러한 대법원의 해석은 저작권법 제129조가 공동저작자 중 1인이 전원의 합의를 얻지 않고 스스로 공동저작물을 이용하거나 제3자에게 이용허락하는 것에 대해 다른 공동저작자들이 제123조에 따른 침해정지청구를 하거나 지분에 따른 손해배상청구를 할 수 있도록 규정함으로써⁸¹⁾ 제15조 제1항과 제48조 제1항의 실효성을 보증하도록 한 입법취지를 형해화(形骸化)시키고 나아가 합법적인 공동저작물의 이용질서를 무너뜨리는 결과를 초래한다. 어떤 행위가 저작권법 제129조에 따른 민사상의 침해정지나 손해배상의 대상이 되는 것이라면 이는 저작재산권의 침해에 해당하는 것이므로 저작권법상이 규정한 형사법상의 범죄성립요건에도 당연히 해당하는 것이다. 즉 저작권 침해행위에 대해서는 민사상의 정지나 손해배상 외에 형사벌의 대상으로도 되는 것이다.⁸²⁾ 그러나 이 판결은 구체적 법리도 제시하지 않은 채 ‘행사방법 위반’이라는 수사적(修辭的) 용어를 도구개념으로 사용하여 마치 저작권 침해의 사법적(私法的) 해석과 형법적(刑法的) 해석이 별개로 존재하는 것처럼 오해를 불러일으킨 ‘문제적 판결’이라는 점에서⁸³⁾ 학설로부터 ‘십자포화’(Kreuzfeuer)를 받고 있다.⁸⁴⁾

정리하면, 저작권법 제129조는 공동저작자는 그 저작인격권이나 그 저작재산권의 침해행위에 대하여 각자가 단독으로 제123조의 금지청구권 등을 행사할 수 있다고 규정한다. 이는 저작권법 제15조 제1항과 제48조 제1항의 예외규정이 아니라 제15조 제1항과 제48조 제1항의 실효성을 보증하기 위하여 당연한 것을 확인한 규정이라는 점에 유의하여야 한다.⁸⁵⁾ 또한 제48조 제1항 전문은 공동저작물의 저작재산권은 다른 저작재산권자의 동의가 없으면 그 지분을 양도하거나 질권의 목적으로 할 수 없다고 규정한다. 같은 항 후문은 이 경우 각 저작재산권자는 신의에 반하여 동의를 거부할 수 없다고 규정한다. 따라서 동의 없는 지분양도계약이나 질권설

80) 민사 제1심인 서울남부지법 2013. 2. 19. 선고 2011가합10007 판결은 저작재산권 및 저작인격권 침해에 기한 손해배상책임을 인정하였고 항소심에서는 조정이 성립하였다.

81) 이에 관해서는 후술하는 V. ‘공동저작물의 권리 침해’ 참조.

82) 桑野雄一郎, “著作權侵害の罪の客觀的構成要件”, 「島大法学」第54卷 第1・2号, 2010, 117~118면.

83) 이에 관해서는, 松川実, “著作權法における私法的解釋と刑法的解釋”, 「青山法學論集」第49卷 第3号, 2007, 2면 이하.

84) 학설의 비판을 발표순으로 소개하면, 안효질, “저작권침해죄의 고소권자에 대한 소견”, 「고려법학」 제74호, 고려대법학연구원, 2014, 379면; 박성호, “2014년 지적재산법 중요 판례”, 「인권과정의」 제448호, 대한변호사협회, 2015. 3., 216~217면; 이해안, 「저작권법」 제3판, 박영사, 2015, 349~352면; 김병일, “공동저작물과 저작재산권의 행사”, 「정보법 판례백선 II」, 박영사, 2016, 226~227면 각 참조.

85) 이에 관해서는 후술하는 V. ‘공동저작물의 권리 침해’ 참조.

정계약은 무효이고⁸⁶⁾ 이 경우 지분양수인에 의한 이용은 저작재산권 침해가 된다. 전술한 [재판례-5]의 판결처럼 결코 ‘행사방법의 위반’에 그치는 것이 아니다.

한편, 전원의 합의에 의한 권리행사가 불편한 경우에는 공동저작자 간에 별도의 약정으로 대표자를 선정하여 그로 하여금 권리를 행사하게 할 수 있다(제15조 제2항, 제48조 제4항). 대표자의 대표권에 제한이 있는 경우 그 제한은 선의의 제3자에게 대항할 수 없다(제15조 제3항, 제48조 제4항).

나. ‘신의에 반하는 합의성립의 방해 또는 동의거부’의 금지

저작권법 제15조 제1항 후문은 공동저작물의 저작인격권의 행사와 관련하여 각 저작자는 신의에 반하여 합의의 성립을 방해할 수 없다고 규정하고, 제48조 제1항 후문은 공동저작물의 저작재산권의 행사에 요구되는 전원의 합의와 그 지분의 양도 등에 요구되는 다른 저작재산권자의 동의와 관련하여 각 저작재산권자는 신의에 반하여 합의의 성립을 방해하거나 동의를 거부할 수 없다고 규정한다. 무엇이 신의에 반하여 합의의 성립을 방해한 것인지를 판단기준을 일률적으로 정하기는 어렵지만, 특별한 사정이 없는 한 기본적으로 저작물의 효율적인 이용을 통해서 공동저작자들의 재산적 이익을 극대화하기 위한 것이라고 인정되는 대부분의 저작재산권의 행사에 있어서 합의의 성립을 방해하거나 동의를 거부하는 것은 신의에 반한다고 볼 수 있는 경우가 많을 것이다.⁸⁷⁾ 이처럼 저작재산권의 행사에서는 재산적 가치의 객관적 판단이 중요할 것이나 저작인격권의 행사에서는 저작자의 주관적인 판단이 보다 중요시되기 때문에 신의에 반한 것인지 여부를 판단함에 있어 저작재산권의 행사보다는 저작인격권의 행사에서 공동저작자의 주관적 판단을 보다 존중할 필요가 있을 것이다.⁸⁸⁾

[재판례-7] 서울민사지방법원 1995. 4. 28. 선고 94가합50354 판결.

사안은 5인이 공동으로 작성한 보고서의 출판에 대해 그 중 1인인 원고가 공표권에 기해 출판금지를 구한 경우이다. 법원은 원고의 작성부분은 전체 455면 중 10면에 불과하고 원고 명의를 삭제해주겠다고 제의하였음에도 이를 거부하면서 위 보고서는 유명인사의 명예를 훼손하는 것으로 출판되면 원고가 손해배상청구를 당할 우려가 있다는 이유만으로 보고서의 제작 완료단계에서 출판금지를 청구하는 것은 신의칙에 반하여 허용될 수 없다고 판시하였다.

86) 서울중앙지법 2013. 11. 25.자 2012카합2882 결정(확정)(응용미술저작물의 공동창작이 인정된다는 가정적 판단 아래 공동저작물의 일방 저작재산권자가 다른 저작재산권자의 동의 없이 공동저작물을 타인에게 양도하는 것은 다른 특별한 사정이 없는 한 무효라는 결정).

87) 정상조·박준석, 「지적재산권법」 제2판, 홍문사, 2011, 340면, 442~443면.

88) 정상조 편, 「저작권법 주해」, 박영사, 2007, 370~371면(유영선 집필).

다. '신의에 반하는 합의성립의 방해 또는 동의거부'의 구제

다른 공동저작자가 신의에 반하여 합의의 성립을 방해하거나 동의를 거부하는 경우 저작권의 행사를 희망하는 공동저작자는 다른 공동저작자를 피고로 하여 소송을 제기하고 피고의 의사표시를 명하는 판결(민사집행법 제263조 제1항)을 얻어 저작재산권을 행사하거나 지분을 처분할 수 있다는 것이 다수설이다.⁸⁹⁾ 의사표시를 명하는 판결이 확정되면 피고와의 사이에서 저작권의 행사에 대해 합의가 성립한 것으로 의제되기 때문이다. 그러나 위와 같은 경우에 공동저작자 중 일방이 다른 공동저작자를 상대방으로 하여 의사표시를 명하는 판결절차를 거치라고 요구하는 것은 너무 에두르는 번거로운 해석론이라는 비판이 있다.⁹⁰⁾ 이에 따르면 만일 공동저작자를 X 및 Y라고 가정할 경우 다른 공동저작자(X)가 신의에 반하여 합의의 성립을 방해하거나 동의를 거부하는 경우 공동저작자 중 일방(Y)은 공동저작물을 제3자에게 이용허락하거나 지분을 처분하는 것이 가능하고 그에 반대한 다른 공동저작자(X)로부터 제기된 침해소송에서 신의에 반하여 합의의 성립을 방해하거나 동의를 거부한 것이 인정된다면 다른 공동저작자(X)의 청구는 기각되어야 할 것이고, 결국 공동저작자 중 일방(Y)의 저작재산권 행사나 지분의 처분은 유효한 것으로 판단되어 저작권 침해가 성립하지 않는다는 것이다.⁹¹⁾ 이러한 경우 신의에 반하는 것인지 여부를 판단할 때에는 합의나 동의를 얻을 수 없었던 상황에 이른 경위를 참작해야 한다고 한다.⁹²⁾ 다만 이러한 해석은 저작재산권의 행사와 지분의 처분의 경우에만 허용될 수 있는 것이고 인격적 요소가 강한 저작인격권의 행사에서는 여전히 원칙에 따라 다른 공동저작자의 허락 없는 행사는 무효가 된다고 한다.⁹³⁾

생각건대, 저작권법 제48조 제1항은 공동저작자 전원의 합의가 성립되거나 다른 공동저작자의 동의를 얻어야 하는 것을 저작재산권의 행사나 지분의 처분을 위한 요건으로 규정하고 있는 점에 유의하여야 한다. 그러한 점에서 공동저작자 중 일방(Y)이 다른 공동저작자(X)의 합의나 동의를 얻기 위해 성실하게 교섭에 임하여 노력하였지만 타협점을 찾지 못하고 결렬되어 결국 X가 Y에게 침해금지소송을 제기하거나 Y가 X에게 금지청구권부존재확인소송을 제기한 경우 일 때 공동저작자 간에 실질적인 협의의 기회가 존재하였다고 할 것이므로 이때 비로소 제48조 제1항의 취지는 절차적으로 충족되었다고 볼 수 있을 것이다.⁹⁴⁾ 이러한 경우에는 실체법상 합

89) 정상조 편, 위의 책, 371면(유영선 집필); 정상조·박준석, 앞의 책, 340면; 허희성, 앞의 책, 156면, 326면. 일본 학설로는 加戸守行, 「著作権法逐条講義」六訂新版, 著作権情報センター, 2013, 461면; 作花文雄, 「詳解 著作権法」第4版, ぎょうせい, 2010, 181면.

90) 오승중, 「저작권법」 제4판, 박영사, 2016, 361~362면; 古城春實, “共同著作”, 「裁判実務大系27—知的財産關係訴訟法」, 青林書院, 1997, 248면.

91) 오승중, 위의 책, 362면; 古城春實, 위의 논문, 248~249면.

92) 田村善之, 「著作権法概説」第2版, 有斐閣, 2001, 375면 각주1).

93) 오승중, 위의 책, 362~363면.

94) 島並良·上野達弘·横山久芳, 「著作権法入門」第2版, 有斐閣, 2016, 277면.

의나 동의의 성립이 의제된 것이 아니므로 원칙적으로 공동저작자 중 일방(Y)의 행위가 합의를 얻지 않고 저작재산권을 행사한 것이라면 저작재산권 침해에 해당할 것이고 동의를 얻지 않고 지분을 처분한 것이라면 무효가 될 것이지만,⁹⁵⁾ 그 판결이유에서 다른 공동저작자(X)가 신의에 반하여 합의의 성립을 방해하거나 동의를 거부한 것으로 판단된다면 다른 공동저작자(X)의 청구는 권리남용으로서 허용되지 않는다고 해석하여야 할 것이므로⁹⁶⁾ 결과적으로 저작권 침해는 성립하지 않고 지분의 처분도 유효로 될 것이다.⁹⁷⁾

V. 공동저작물의 권리침해

저작권법 제129조는 “공동저작물의 각 저작자 또는 각 저작재산권자는 다른 저작자 또는 다른 저작재산권자의 동의 없이 제123조의 규정에 따른 청구를 할 수 있으며 그 저작재산권의 침해에 관하여 자신의 지분에 관한 제125조의 규정에 따른 손해배상의 청구를 할 수 있다”고 규정한다. 본조는 공동저작물의 각 저작자 또는 각 저작재산권자는 그 저작인격권이나 그 저작재산권의 각 침해행위에 대하여 각자가 단독으로 제123조의 금지청구권 등을 행사할 수 있다는 것, 아울러 공동저작물의 각 저작재산권자는 그 저작재산권의 침해에 대하여 각자가 단독으로 자신의 지분에 따른 손해배상청구를 할 수 있다는 것을 각 규정한 것이다.

본조가 공동저작물의 저작인격권과 저작재산권 침해에 대하여 각 공동저작자가 단독으로 금지청구 등을 할 수 있다고 규정한 것은, 저작권법 제15조 제1항과 제48조 제1항에서 규정한 공동저작물의 저작인격권과 저작재산권은 공동저작자 전원의 합의에 의하여 행사되어야 한다는 원칙을 무의미하게 만들지 않기 위해 당연한 것을 규정한 것이다. 왜냐하면 만일 금지청구권의 행사에도 공동저작자 전원의 합의가 필요하다고 한다면, 공동저작자 중 1인이 전원의 합의를 얻지 않고 스스로 공동저작물을 이용하거나 제3자에게 이용허락하는 것을 다른 공동저작자들이 막을 수 없게 되어 공동저작물의 이용에는 공동저작자 전원의 합의가 필요하다고 규정한 의미가 없어질 것이기 때문이다.⁹⁸⁾

95) 中島基至, “著作権の共有者の権利行使について”, 『知的財産法の理論と実務 4』, 新日本法規, 2007, 260면 참조.

96) 그러나 만일 공동저작자 간에 아무런 협의의 기회가 존재하지 않았음에도 공동저작자의 일방이 무단으로 저작권 행사를 한 것이라면 법원은 신의에 반하여 합의의 성립을 방해하거나 동의를 거부한 것인지 여부를 판단할 필요조차 없이 다른 공동저작자가 제기한 침해금지청구를 인용하여야 할 것이다.

97) 三村量一, “共同著作物”, 『新・裁判実務大系22—著作権関係訴訟法』, 青林書院, 2004, 279면; 島並良·上野達弘·横山久芳, 앞의 책, 276~277면 각 참조.

98) 田村善之, 『著作権法概説』 第2版, 有斐閣, 2001, 369면.

요컨대, 본조는 저작권법 제15조 제1항과 제48조 제1항의 예외규정이 아니라 제15조 제1항과 제48조 제1항의 실효성을 보증하기 위하여 당연한 것을 확인하는 규정이다.⁹⁹⁾ 또한 본조는 민법상 공유재산권의 침해에 대한 원칙이 저작권법상에도 그대로 적용된다는 것을 확인하는 규정이다. 그런데 본조는 “저작재산권의 침해에 관하여… 손해배상의 청구를 할 수 있다”고 규정하고 있을 뿐이므로 저작인격권의 침해에 관하여도 공동저작물의 각 저작자가 단독으로 손해배상청구권이나 명예회복 등의 청구권을 행사할 수 있는지 여부가 의문이다. 생각건대, 저작인격권의 침해에 관하여 사전적 구제수단인 금지청구권 등을 단독으로 할 수 있다면, 사후적 구제수단에 불과한 손해배상청구권이나 명예회복 등 청구권의 단독행사도 긍정된다고 보아야 할 것이다.¹⁰⁰⁾

VI. 결 론

이상의 논의를 정리하면, 공동저작물도 저작물이라는 점에서는 일반적인 저작물(즉 단독저작물)의 경우와 마찬가지로이지만, 2인 이상의 저작자가 공동으로 창작적 기여를 하여 작성된 저작물이라는 점에서 단독저작물과는 구별되는 여러 가지 특수성을 가지고 있다. 그리고 공동저작물의 특수성을 이해하고 설명하는 방식과 관련해서는 쟁점마다 크고 작은 학설대립이 존재한다. 공동저작물의 법률관계를 둘러싼 쟁점들을 해결함에 있어서는 비교법적 관점에 유의하면서 각 학설의 논지를 명확히 이해하여야 할 것이고, 이러한 이해를 토대로 개별 사안을 처리하여야 할 것이다. 특히 재판례가 확고하게 정립되지 않은—또는 그러한 것처럼 보이는—쟁점에 대해서는 관련 학설들을 융통성 있게 취사선택하면서 사건을 처리해 나갈 수 있도록 노력할 필요가 있을 것이다.

(논문투고일자: 2018. 05. 27 / 심사 및 수정일자: 2018. 06. 25 / 게재확정일자: 2018. 06. 25)

주제어 : 공동저작; 공동저작물; 분리이용 불가능; 공동저작자의 권리행사; 결합저작물

99) 같은 취지 정상조·박준석, 「지적재산권법」 제2판, 홍문사, 2011, 443면.

100) 양창수, “민법의 관점에서 본 지적재산권법—저작권침해의 구제수단을 중심으로”, 「지적재산권법 강의」, 홍문사, 1997, 58~59면; 같은 취지, 小倉秀夫·金井重彦 編著, 「著作權法コメンタル」, LexisNexis, 2013, 1645면.

〈참고문헌〉

〈단행본〉

- 강신하, 「저작권법」 제2판, 진원사, 2014
- 곽윤직 편집대표, 「민법주해 II」, 박영사, 1992.
- 김정완, 「저작권법」 제2판, 전남대출판부, 2014.
- 남형두, 「표절론」, 현암사, 2015.
- 박성호, 「저작권법」 제2판, 박영사, 2017.
- 배종대, 「형법총론」, 법문사, 1992.
- 송영식·이상정, 「저작권법개설」 제9판, 세창출판사, 2015.
- 오승중, 「저작권법」 제4판, 박영사, 2016.
- 이규호, 「저작권법」 제6판, 진원사, 2017.
- 이해완, 「저작권법」 제3판, 박영사, 2015.
- 임원선, 「실무자를 위한 저작권법」 제5판, 한국저작권위원회, 2017.
- 장인숙, 「저작권법개론」, 교학도서주식회사, 1965.
- 정상조 편, 「저작권법 주해」, 박영사, 2007.
- 정상조·박준석, 「지적재산권법」 제2판, 홍문사, 2011.
- 최경수, 「저작권법 기초연구 II: 법제정 전후 저작권 법제사」, 한국저작권위원회, 2017.
- 최경수, 「저작권법개론」, 한울, 2010.
- 허용득, 「저작권법」, 법령편찬보급회, 1988.
- 허희성, 「2011 신저작권법 축조개설 상」, 명문프리컴, 2011.
- 허희성, 「베른협약축조개설(파리규정)」, 일신서적출판사, 1994.
- 허희성, 「신저작권법 축조개설」, 범우사, 1988.
- 허희성, 「신고 저작권법개설」, 범우사, 1982.
- 황적인·최현호, 「저작물과 출판권」, 한국문예학술저작권협회, 1990.
- G. Dreyer/J. Kotthoff/A. Meckel, *Urheberrecht Heidelberger Kommentar*, 2.Aufl., C.F. Müller, 2009.
- F. Fromm/W. Nordemann, *Urheberrecht Kommentar*, 9.Aufl., Kohlhammer, 1998.
- P. Goldstein/B. Hugenholtz, *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, 3rd ed., Oxford University Press, 2013.
- P. Goldstein, *Copyright, Patent, Trademark and Related State Doctrines*, 5th ed., Foundation Press, 2004
- P. Goldstein, *Copyright*, Vol. I, Little, Brown and Company, 1989.
- C. Joyce/M. Leaffer/P. Jaszi/T. Ochoa, *Copyright Law*, 6th ed., Matthew Bender, 2003.
- M. LaFrance, *Copyright Law*, Thomson/West, 2008.
- M.B. Nimmer/D. Nimmer, *Nimmer on Copyright*, Vol. 1, LexisNexis, 2007.
- W.F. Patry, *Latman's The Copyright Law*, 6th ed., The Bureau of National Affairs, Inc., 1986.
- H. Schack, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 5.Aufl., Mohr Siebeck, 2010.
- G. Schricker/Loewenheim, *Urheberrecht Kommentar*, 3.Aufl., C.H. Beck, 2006.
- J.A.L. Sterling, *World Copyright Law*, 2nd ed., Sweet&Maxwell, 2003.
- Gregoire Triet, 大橋麻也 訳, “フランスの著作権法”, 「慶應法学」 第15・16合併号, 2010. 3.

- 島並良・上野達弘・横山久芳, 「著作権法入門」第2版, 有斐閣, 2016.
- 半田正夫, 「著作権法概説」第15版, 法学書院, 2013.
- 半田正夫・紋谷暢男 編, 「著作権のノウハウ」第6版, 有斐閣, 2002.
- 小林尋次, 「現行著作権法の立法理由と解釈—著作権法全文改正の資料として」, 第一書房, 1958[初刊]・2010 [再刊].
- 小倉秀夫・金井重彦 編著, 「著作権法コメンタール」, LexisNexis, 2013.
- 作花文雄, 「詳解著作権法」第4版, ぎょうせい, 2010.
- 田村善之, 「著作権法概説」第2版, 有斐閣, 2001.
- 齊藤博, 「著作権法」第3版, 有斐閣, 2007.
- 佐野文一郎・鈴木敏夫, 「改訂 新著作権法問答」, 出版開発社, 1979.
- 中山信弘, 「著作権法」第2版, 有斐閣, 2014.

〈논문〉

- 김병일, “공동저작물과 저작재산권의 행사”, 「정보법 판례백선 II」, 박영사, 2016.
- 김원오, “공동저작물의 성립요건을 둘러싼 쟁점과 과제”, 「계간 저작권」, 한국저작권위원회, 2011년 여름호.
- 김정완, “공연예술 보호에 관한 저작권법상의 고찰”, 「법학논고」 제49집, 경북대 법학연구원, 2015. 2.
- 김창권, “공동창작의 의사의 의미 및 공동저작자 사이에 지적재산권침해가 성립하는지 여부”, 「대법원판례해설」 제102호 2014년 하, 법원도서관, 2015.
- 도두형, “공동저작물에 대한 저작재산권의 행사방법과 침해행위”, 「판례연구」 제29집 제1권, 서울지방변호사회, 2015.
- 박성호, “2014년 지적재산법 중요 판례”, 「인권과정의」 제448호, 대한변호사협회, 2015. 3.
- 배종대, “교과서법외에 대하여”, 「고시연구」, 고시연구사, 1986. 12.
- 안효질, “저작권침해죄의 고소권자에 대한 소견”, 「고려법학」 제74호, 고려대법학연구원, 2014.
- 양창수, “민법의 관점에서 본 지적재산권법—저작권침해의 구제수단을 중심으로”, 「지적재산권법강의」, 홍문사, 1997.
- 우원상, “사후 참여에 의한 공동저작물 성립에 관한 소고”, 「계간 저작권」, 한국저작권위원회, 2016년 겨울호.
- 최현호, “저작권법의 개정방향에 관한 연구”, 서울대 대학원 법학석사학위논문, 1986.
- 홍승기, “안무가는 저작자”, 「저작권 문화」 Vol.273, 한국저작권위원회, 2017. 5.
- 古城春實, “共同著作”, 「裁判実務大系—知的財産関係訴訟法」, 青林書院, 1997.
- 島並良, “比較で学ぶ知的財産法—第6回 権利の共有”, 「法学教室」 No.384, 2012. 9.
- 飯田圭, “著作者の認定(2)—インタビュー記事”, 「著作権判例百選」第5版, 有斐閣, 2016.
- 三村量一, “漫画の著作物の複製権, 翻案権の侵害”, 「現代裁判法大系 26—知的財産権」, 新日本法規, 1999.
- 三村量一, “共同著作物”, 「新・裁判実務大系22—著作権関係訴訟法」, 青林書院, 2004.
- 上野達弘, “共同著作の要件論”, 「知的財産法の理論と実務 4」, 新日本法規, 2007.
- 桑野雄一郎, “著作権侵害の罪의客觀的構成要件”, 「島大法学」第54卷 第1・2号, 2010.
- 松川実, “遺著補訂版と共同著作物—ドイツ, アメリカ, 日本の比較的研究”, 「青山ローフォーラム」第1卷 第1号, 2012.
- 松川実, “著作権法における私法的解釋と刑法的解釋”, 「青山法學論集」第49卷 第3号, 2007.
- 中島基至, “著作権の共有者の權利行使について”, 「知的財産法の理論と実務 4」, 新日本法規, 2007.
- 横山久芳, “共同著作物の成立要件について”, 「現代知的財産法: 実務と課題」 飯村敏明先生退官記念論文集, 発明推進協会, 2015.

〈국문초록〉

공동저작물의 성립요건과 그 권리행사의 방법

박 성 호

저작권법은 공동저작물이란 “2인 이상이 공동으로 창작한 저작물로서 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 것을 말한다”(제2조 제21호)고 정의한다. 공동저작물의 성립요건은 “2인 이상이 공동으로 저작물을 창작할 것”과 “각자의 기여부분을 분리하여 이용할 수 없을 것”의 두 가지로 크게 나누어진다. 문제는 저작물을 공동으로 창작할 것을 요건으로 하는 전자와, 기여부분의 분리이용 불가능성을 요건으로 하는 후자의 의미이다. 후자는 공동저작물과 결합저작물의 구별기준과도 관련된다. 이러한 공동저작물의 성립요건과 관련하여 본 논문에서는, 우선 우리 저작권법의 공동저작물에 관한 규정을 외국 저작권법과 비교·검토하여 그 특징을 파악하는 비교법적 관점에서의 고찰(II.)을 하고, 다음으로 공동저작물의 성립요건을 둘러싼 우리 재판례와 학설을 체계적으로 분석·검토하면서 필자의 견해를 제시(III.)한다. 아울러 관련 쟁점으로 민법상의 준(準)공유에 해당하는 공동저작물의 권리행사 등에 관해 언급한다. 부동산과 같은 유체물의 공유에 관한 권리행사방법은 어려운 문제의 하나로 존재한다. 더구나 권리객체가 유체물이 아닌 무체물이기 때문에 사실적·물리적 배타성이 없는 저작권법에서는 어떠한 취급이 바람직한 것인지는 한층 어려운 문제일 수밖에 없다. 이에 관해서는 공동저작물의 권리행사의 방법(IV.)과 권리침해의 구제(V.)로 나누어 살펴본다.

〈Abstract〉

The Requirements for the Establishment of Joint Works and the Method of Exercising Rights of Joint Works

Park, Seong-Ho*

In the Copyright Act, a joint work is defined as “a work that is created by two or more persons in which the contribution of each person can not be separately exploited” (Article 2, xxi). The requirements for the establishment of a joint work are broadly divided into two parts: “a work that is created by two or more persons” and “the contribution of each person can not be separately exploited.” The problem is the former, which requires that the work be jointly created, and the latter, which requires the separate unavailability of the contribution. The latter is also related to the distinction between the joint work and the combined work. In relation to the requirements for the establishment of such joint works, this paper first examines the provisions of copyright law from a comparative point of view, comparing with the foreign copyright law and grasping its characteristics.(II.) Secondly, this paper suggests my view by systematically analyzing and examining our precedents and theories surrounding the requirements for the establishment of joint works.(III.) In addition, this paper refers how to exercise the rights of joint works, which are equivalent to quasi-shares in the civil law. How to exercise the right to share tangible things such as real estate is a difficult problem. Moreover, since the object of rights is an intangible thing, not a tangible thing, it is more difficult to understand what kind of handling is desirable for a work that does not have physical exclusiveness. In this regard, the method of exercising rights of joint works (IV.) and the remedy of infringement of rights are examined.(V.)

Key Words : Joint Authorship; Joint Work; Separate Unavailability of the Contribution; Exercise of Right by Joint Author; Protection of Joint Work; Combined Work

* Professor of Hanyang University, School of Law, Ph. D., Lawyer