

미술가의 저작권

서문

이 책은 서울대학교 법과대학에서 박사학위를 취득한 같은 제목의 논문을 정리, 보완한 것이다. 미술의 본질은 무엇인지, 그에 대한 법적인 보호는 어떠한지 하는 것을 밝히려고 하였다. 학술논문을 출판한다는 한계가 있지만 미술 문외한인 법학 전공자, 법학 문외한인 미술 전공자뿐만 아니라 일반인들도 이해하기 쉽도록 쓰려고 노력했다.

사법연수원에 다니던 1980년대 말 부터 20년이 넘게 미술품 수집과 감상, 미술 이론 공부를 해 왔다. 틈만 나면 미술관과 화랑, 고미술상에 다니면서 화가, 미술상, 평론가들을 만났고 미술 관련 서적을 구해 공부했다. 조선 말 이후의 서화가 주된 수집 대상이었지만, 선사시대의 돌도끼, 중국의 도자기, 러시아와 대영제국의 은그릇, 현대의 회화에 이르기까지 다양한 분야의 미술품을 수집했다. 해외에 갈 기회가 생기면 반드시 그곳의 미술관과 화랑, 경매장을 찾았고 미국 연수 시절에는 뉴욕 맨해튼의 미술관과 화랑, 경매장에 수백 번 드나들며 구경을 했다. 그러면서 자연스럽게 미술과 필자의 전공인 법학의 공통분모를 찾는 작업을 하게 되었고 국내외 논문과 책을 구해서 읽고 미술품 경매, 세금 등에 대한 논문을 쓰기도 했다.

그러면서 가지게 된 주요 관심사 중 하나는 미술품과 미술가의 관계, 즉 미술가의 인격이 작품에 어떻게 드러나는가 하는 것이다. 2009년 출간한 『필적은 말한다』는 같은 시대에 상반된 인생을 산 항일운동가와 친일파의 글씨에 그들의 인격이 어떻게 드러나는가를 분석한 것이었다. 『필적은 말한다』가 필적학의 관점에서 글씨를 분석한 대중서라면, 이 책은 법학과 미학의 관점에서 그림을 분석한 학술서라는 차이가 있지만 기본적인 관점은 동일하다. 글씨와 그림, 시를 하나로 보는 시서화 일치(詩書畫 一致)는 동양 사상의 기본이다.

본 연구가 기존의 법학 연구와 다른 특징으로는 다음과 같은 것을 들 수 있다. 첫째, 법학 보다 다른 학문, 즉 미술이나 미술사, 미학에 대한 연구가 선행하고 차지하는 비중이 매우 높다는 것이다. 이는 논문에서 차지하는 분량이나 참고문헌만 보아도 쉽게 알 수 있다. 어떤 문제에 대한 법학적 접근은 반드시 그 문제의 본질을 탐구한 다음에야 가능하다는 것이 필자의 굳은 신념이다. 문화·예술의 경우 그 필요성은 더 하다. 둘째, 해외 입법례나 판례를 연구하고 비교, 분석하는데 그치지 않고 한민족에 적합한 법제도가 어떤 것인지를 논증하려고 했다. 외국 제도를 연구하고 장단점 분석을 한다고 해서 그것만으로 대한민국에 적합한 제도를 찾을 수 있는 것은 아니다. 법은 민족정신과 분리될 수 없기 때문에 한민족의 민족정신이 어떤 것인가를 규명하여 한민족에 맞는 제도를 찾으려고 했다. 셋째, 시대별·국가별로 미술에 대한 철학과 법률의 변화를 분석하고 앞으로 어떤 방향으로 갈 것인가를 예측하려고 했다. 학문 연구가 공허한 것이 되지 않으려면 비판과 분석을 통해 현

목 차

제의 문제를 진단하고 미래를 정확하게 예측하여 대안을 제시해야 할 것이다. 넷째, 미국, 영국, 프랑스, 독일과 같은 법률 선진국 이외에도 중국에 대한 연구에 상당 부분을 할애했다. 중국은 이미 경제적으로도 세계의 중심이 되었고 전통적인 문화 강국으로서 미술시장에서도 세계 최고가 될 것으로 예상된다. 따라서 중국에 대한 이해나 중국의 미래에 대한 정확한 예측이 없이 세계의 미래를 전망하기란 매우 어렵다.

미술 창작과 그 산물인 작품이 사회에 미치는 영향은 아무리 강조해도 지나치지 않다. 높은 수준의 미술품은 충분한 미적 경험을 향유하고 이를 통해 삶의 질을 높일 수 있게 해 준다. 또 이러한 미술품은 실존을 재기술하고 재해석하는 새로운 방법을 제공함으로써 환경에 적응할 수 있게 해준다. 사회의 예술 수준은 곧 그 사회의 수준이고 예술이 발전하지 못한 사회에서 학문과 기술, 경제만 높은 수준으로 발전하는 것은 기대하기 어렵다. 따라서 문화·예술의 수준과 향유의 폭을 넓히기 위한 노력이 지속되어야 하며 다양한 시각에서 그러한 방안에 대한 연구가 절실하다. 법률 분야에서도 이를 뒷받침할 수 있는 연구들이 계속 되어야 할 것이다.

본 연구는 필자가 시작하고 진행한 것이기는 하지만 논문 지도와 심사 과정에서 많은 가르침을 받아서 비로소 탄생할 수 있었다. 지도교수이신 정상조 교수님, 논문 심사위원장이신 남효순 교수님, 부위원장이신 이상정 교수님, 심사위원이신 박준석 교수님, 이동진 교수님의 예리한 지적과 열정 어린 지도가 없었다면 본 연구는 완성되기 어려웠을 것이다. 국내 최고의 교수님들로부터 논문 지도와 심사를 받게 된 것을 행운으로 생각하며 교수님들께 감사드린다.

2010년 월
지자

서문

제1장 서론

제1절 연구의 목적	
제2절 연구의 범위와 방법	

제2장 미술가의 저작권의 보호 범위

제1절 미술저작물의 개념	
제2절 비교법적 고찰	
I. 대한민국	
II. 외국	
III. 소결론	
제3절 대상별 고찰	
I. 고전적 의미의 미술저작물	
II. 현대적 의미의 미술저작물	

제3장 미술가의 저작권의 보호 수준

제1절 대한민국	
I. 연혁	
II. 성격	
III. 내용	
제2절 외국 및 국제조약	
I. 프랑스	
II. 독일	
III. 영국	

- IV. 미국.....
- V. 중국.....
- VI. 일본.....
- VII. 기타 국가
- VIII. 국제조약.....
- IX. 소결론.....

제4장 보호의 차이의 원인과 전망

제1절 미술에 대한 인식

- I. 미술의 사회적 기능과 중요성
- II. 미술가와 미술저작물의 관계.....

제2절 미술가의 저작권역사의 역사

- I. 개요.....
- II. 시대별 고찰
- III. 소결론.....

제5장 디지털 시대의 미술가의 저작권역권

제1절 디지털 시대에 따른 변화

- I. 디지털 기술과 인터넷의 도전
- II. 미술가의 저작권역권에 미치는 영향

제2절 국제적 합의의 필요성과 방향

- I. 재판권과 적용법률
- II. 미술가의 저작권역권의 내용

제6장 대한민국에 적합한 미술가의 저작권역권

제1절 한민족의 미의식과 미술관

- I. 한민족 미술의 특징
- II. 시대별 고찰.....

제2절 한민족의 미술가의 저작권역권 역사

- I. 한민족의 저작권역권 역사.....
- II. 한민족의 인격권 역사.....

제3절 해석론과 입법론

- I. 관념과 현실
- II. 해석론.....
- III. 입법론.....

참고문헌

.....

제1장 서론

제1절 연구의 목적

소득의 증가에 따라 미술품에 대한 일반의 관심이 많아지고 그 거래도 많아지고 있다. 최근 수십 년 사이에 세상의 가장 두드러진 변화는 대중의 미술에 대한 관심 증가라는 견해¹⁾가 있을 정도이다. 미술에 대한 대중의 관심이 폭발적으로 증가하고 미술품의 가격도 폭등하고 있는 것이 세계적인 추세이다. 또 미술 프로그램, 미술관 관람, 미술 여행 등의 비약적인 확대도 이루어지고 있다. 세계 미술시장 규모는 매년 30-40% 증가하고 있고 대한민국의 경우도 정확한 통계는 없지만 2007년 4,500억 원 정도로 그 이전에 비해 가파른 상승세를 보이고 있다.²⁾ 본 연구는 문화의 향유라는 시대적 흐름에 맞춰 미술품 창작을 촉진 및 보호하고 국민들의 미술 문화 향유를 장려하기 위해서 어떤 법적 접근이 필요하고 어떤 법률적 해석을 하는 것이 옳은가하는 질문에서 출발한다.

이러한 문제에 대한 해답을 얻기 위해서는 다양한 관점에서 살펴보아야 할 쟁점이 있겠지만 그 중에서도 미술가의 저작권권을 어떻게 인정할 것인지가 가장 중요한 쟁점 중 하나이다. 미술저작물(artistic works)은 “회화, 서예, 조각, 공예, 응용미술 저작물과 같이 이차원 또는 삼차원적인 아름다움을 시각적으로 표현한 것”으로 정의할 수 있다.³⁾ 저작권은 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물(저작물)에 대하여 그 창작자(저작자)가 취득하는 권리⁴⁾ 또는 저작자가 저작물을 작성함으로써 취득하게 되는 저작권법상의 권리⁵⁾를 말하는데 저작재산권과 저작권으로 나누어진다. 그중 저작재산권은 저작물의 이용으로부터 생기는 경제적 이익을 보호하기 위한 권리⁶⁾인데 반해, 저작권(moral right, droit moral, Urheberpersönlichkeitsrecht)은 저작자가 저작물에 대하여 가지는 인격적·정신적 권리를 말한다.⁷⁾ 저작권권을 표현하는 용

어 중 프랑스의 ‘droit moral’ 이나 미국의 ‘moral right’ 보다 작가의 개인적 권리를 의미하는 독일의 ‘Urheberpersönlichkeitsrecht’라는 명칭이 저작권권의 의미를 더 정확하게 표현하고 있다.⁸⁾

프랑스나 독일의 경우 저작권법을 저작권법 중 영혼과 가슴의 문제라고 표현하는데⁹⁾ 다른 국가에서도 저작권권에 대한 입법과 해석은 각국의 저작권법의 정신을 알 수 있는 중요한 척도인 것이다. 더구나 디지털 기술과 인터넷 시대에 저작물의 이용에 있어 저작권권은 새로운 도전을 받고 있어 저작권권 연구의 필요성이 더 커진다고 할 것이다. 이 논문의 목적은 미술가의 저작권권 보호에 대한 법제도와 판례를 시대별, 국가별로 분석하여 그 차이의 원인을 알아내고 미래를 전망하고, 이를 토대로 합리적인 해석론과 선진적인 입법론을 제시함으로써 궁극적으로 미술 문화 향수의 질적·양적 확대와 미술가의 권익 보호를 위한 법적 방안을 도출하는데 있다.

1) Ralph E. Lerner and Judith Bresler, *Art Law : The Guide for Collectors, Investors, Dealers and Artists* (N.Y.:Practicing Law Institute, 1998), p. 37.

2) 『아트뉴스』 2007. 8. 25. www.amauction.co.kr/board/view.php?&bbs_id. (검색일 : 2010. 1. 6.)

3) 정상조, 『저작재산권법』 (서울:홍문사, 2004), p. 239.

4) 오승중, 『저작권법』 (중판, 서울:박영사, 2009), p. 337.

5) 이해완, 『저작권법』 (서울:박영사, 2007), p. 233.

6) 위의 책, p. 300.

7) 위의 책, p. 236. ; 오승중, 앞의 책, p. 352.

8) Eric Marcus, "Moral Right of Artists in Germany", *Copyright Law Symposium*, 1975, 25, p. 93.

9) Michael B. Gunlicks, "A Balance of Internet : The Concordance of Copyright Law and Moral Rights in the Worldwide Economy", *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 2001, 11, p. 604.

제2절 연구의 범위와 방법

대한민국 저작권법에서 규정하는 저작물의 종류는 미술저작물 이외에도 어문저작물, 음악저작물, 연극저작물, 건축저작물, 사진저작물, 영상저작물, 도형저작물, 컴퓨터프로그램 저작물이 있는데 그 범위가 광범위할 뿐 아니라 성질상 이질적인 부분이 많아 모두 같이 취급하기에는 어려움이 있다. 이러한 점에서 저작물의 종류에 따라서는 저작인격권을 보다 적극적 또는 소극적으로 보호할 필요가 생기는 것은 당연하다.¹⁾ 작품을 미술가의 정신적 분신이라고 본다면 저작자의 인격적 투영이 적게 반영되었거나 전혀 반영되지 않은 컴퓨터 프로그램과 같은 기능적 저작물과 예술성이 풍부하게 반영된 미술저작물을 같이 취급할 수는 없는 것이다. 저작인격권이 적용되는 주요한 대상은 풍부한 예술성이 반영된 미술저작물 또는 음악저작물에 집중되어 있는데 기능적 저작물의 경우에는 이와 구별되어 다르게 규율하는 것이 합당하다.²⁾ 외국의 입법례 중에는 저작물에 따라 권리를 달리 인정하는 경우도 많다. 이 논문에서 밝히고자 하는 것은 미술가의 저작인격권이기에 때문에 미술저작물을 중심으로 연구할 것이다.

본 논문의 목적을 달성하기 위해서 미술가의 저작인격권의 보호 대상인 미술저작물이 어떤 특성을 가지고 있고 어떤 것이 포함되는가를 밝혀야 할 것이다. 그러기 위해서는 미술의 개념에 대해서 살피지 않을 수 없다. 다음으로 주요 국가별로 어떤 미술저작물에 대해 저작인격권을 보호하고 있는지를 비교, 분석해야 할 것이다. 저작인격권을 처음 인정된 프랑스와 독일, 반대로 저작인격권 인정에 소극적인 영국과 미국, 한민족에 사상적 영향을 많이 주었고 경제 강국으로 떠오르는 중국, 대한민국의 저작권법에 많은 영향을 준 일본이 미술가의 저작재산권과 저작인격권의 보호대상을 설정법과 판례로 어떻게 설정하고 있는지를 보고 어떤 차이가 있는지 분석하기로 한다. 영미법계 국가, 특히 미국은 미술저작물 중에서 매우 제한된 일부만 저작인격권의 보호 대상으로 하는 독특한 입법례를 보이고 있으므로 자세히 보기로 한다. 이와 함께 저작권의 보호 대상이 되는 미술품을 대상별로 분석하기로 한다. 고전적 의미의 미술품 뿐 아니라 현대적 의미의 미술품에 대한 대한민국 및 외국의 입법과 판례를 분석하고 어떤 것을 미술저작물로 인정해야 하는지에 대해 논하기로 한다.

다음으로 주요 국가와 국제조약 별로 입법과 해석, 판례를 통해 인정하는 미술가의 저작인격권의 내용은 무엇이고 보호 수준은 어떠한지를 비교해 보기로 한다. 프

1) 정상조, 『지적재산권법』(서울:홍문사, 2004), p. 235. ; 박성호, “인터넷 환경에서의 저작인격권”, 정상조(편), 『인터넷과 법률』(서울:현암사, 2000), pp. 44-45. 도 같은 취지

2) Marshall Leaffer, *Understanding Copyright Law* (Matthew Bender, 1995), p. 66, p. 281.

랑스, 독일, 영국, 미국, 중국, 일본을 중심으로 살피되 다른 국가에서의 특별한 사례가 있으면 보기로 한다. 저작인격권에는 일반적으로 공표권, 성명표시권, 동일성유지권 등이 포함된다고 생각되고 있으며 대한민국 저작권법도 이 세 가지 권리를 규정하고 있다. 그중 성명표시권과 동일성유지권은 배른협약에서도 명문으로 규정하고 있으므로 저작인격권을 승인하는 모든 국가에서 거의 예외 없이 보호하고 있으나 그 보호의 태양 및 수준은 상당히 다르다. 그 이외에도 원작철회권, 원작접근권, 추급권 등이 저작인격권에 포함된다고 보는 견해나 입법례도 있다. 특히 추급권은 그 성질에 대해서 논쟁이 있으나 인격권으로 보는 국가도 있고,³⁾ 인격권적 성격을 가지고 있다는데 학설이 일치하고 있으며,⁴⁾ 저작인격권에 대한 논문에서 많이 다루어지고 있으므로⁵⁾ 본 논문에서도 다루기로 한다.

국가별로 미술가의 저작인격권의 보호수준과 범위에서 차이를 보이는 이유가 무엇인지 알아내고, 또 앞으로 세계적인 추세가 어떻게 될 것인지를 전망하기 위해서는 세 가지의 분석을 하기로 한다. 첫 번째로 국가별로 다른 물건에 비해 미술품에 대한 특별한 보호를 해야 한다는 인식을 하는지, 한다면 그 사회에서 미술이 수행하는 기능의 중요성의 차이에 따라 보호수준과 범위도 달라지는지를 밝히는 것이다. 법의 대상으로서의 문화에 관해 일정한 고찰을 거치지 않는 한 문화법을 실정법 차원에서만 논하는 것은 불가능하기⁶⁾ 때문에 미술사, 예술사, 미학사 등에 대한 연구를 할 것이다. 두 번째로 국가별로 미술가와 미술품 사이의 관계를 어떻게 보고 있는지를 살펴봐야 할 것이다. 미술품을 미술가의 인격과 정신이 반영된 미술가의 분신이라고 본다면 저작인격권이라는 법리를 통해 미술품을 보호하게 되고 그 보호수준도 높아지고 범위도 넓어질 것이기 때문이다. 세 번째로 미술가의 저작인격권의 보호 역사를 살펴 보면서 그러한 분석을 검증하기로 한다.

법학 연구의 시대적 과제 중 하나는 디지털 기술의 발전과 인터넷의 보급 등 새로운 환경에서 어떤 법률 해석과 입법이 필요하지를 연구하는 것이다. 미술가의 저작인격권에 대해서도 이러한 관점에서 연구할 필요가 있다. 이는 대한민국만이 아닌 세계적인 문제이기 때문에 세계적인 연구 추세와 입법적 대응 등을 살피기로 한다. 국가별로 미술가의 저작인격권의 보호수준과 범위가 다른데서 오는 재판권의

3) Hector MacQueen, Charlotte Waelde and Graeme Laurie, *Contemporary Intellectual Property Law and Policy* (Oxford, 2008), p. 107. ; 박은정, “예술저작품의 추급권에 대한 비교법적 고찰”, 숙명여자대학교 석사학위논문, 2009, p. 78.에서 재인용

4) 위의 글, p. 22. 등

5) 김형렬, “저작인격권에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 2009, pp. 370-371. ; 양재훈, “저작인격권의 내용에 관한 연구”, 연세대학교 법무대학원 석사학위논문, 2000, pp. 92-99. ; 이경호, “저작 인격권에 관한 소고”, 고려대학교 특수법무대학원 주최 세미나 발표 자료, 1999, pp. 53-54. 등

6) 小林眞理, 『文化權の確立に向けて : 文化振興法の 國際比較と日本の現實』(勁草書房, 2004), p. 29. ; 조용순, “문화콘텐츠의 제작·유통·이용에 관한 법·제도 연구 : 저작권법 및 문화산업 관련법을 중심으로”, 한양대학교 박사학위논문, 2008, p. 18. 에서 재인용

문제나 국제조약 체결의 필요성과 그 전망 및 방향에 대해서도 검토하기로 한다.

주요 국가의 입법례와 판례를 비교 분석하여 그 원인을 찾아내고 디지털 시대에 적합한 법률을 알아낸다고 해도 그것이 곧 대한민국에 적합한 보호수준과 범위를 말해주는 것은 아니다. 기이르케(Otto Friedrich von Gierke)는, 법률가는 폐쇄적인 직업의 구성원이라기보다는 민족의 신탁을 받아 전문적으로 법을 관리하는 민족혼의 대변자라고 했다. 법률가가 '민족혼의 대변자'로서 법률의 제정 및 해석을 함에 있어 한 민족이 어떤 사상적 전통을 가지고 있는지는 매우 중요한 판단 기준일 수밖에 없다. 따라서 한민족의 역사적 미의식과 미서관(觀)을 고찰할 것이다. 여기에 미술시장과 경제적인 문제에 대한 종합적인 분석을 더하여 대한민국에 적합한 미술가의 저작권의 보호수준과 범위를 찾을 것이다. 이러한 작업에 있어서 하나의 기준이 되는 것은 대한민국 헌법이다. 대한민국 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”라고 규정한다. 제22조 제1항은 “모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다.”라고 규정하고, 제22조 제2항은 “저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.”라고 규정한다. 현행 법 규정과 판례가 이러한 헌법 정신에 합치하는지, 합치하지 않는다면 어떤 방향으로 개정 및 해석되어야 할 것인지를 규명할 것이다.

제2장 미술가의 저작권의 보호 범위

제1절 미술저작물의 개념

미술에 대한 법률적 정의는 미술가들에게 있어 그들의 작품과 명성이 보호될 수 있는 분야를 설정하기 때문에 매우 중요하다. 실정법 규정 중 저작권법은 미술의 정의에 대해 가장 광범위하게 인정하고 있다.

저작권법 규정을 살피기 이전에 미술이란 일반적으로 어떻게 정의되고 있는지에 대해 살펴볼 필요가 있다. 미술의 개념을 정립하는 것은 매우 어려운 일이다. 미술이란 시각적·공간적 미를 표현하는 조형예술, 회화·조각·건축·공예 등의 총칭으로, 회화나 조각과 같은 제현예술에만 한정해서 쓰는 경우도 있다. 허버트 리드(Herbert Read)도 예술 중 ‘조형예술’ 또는 ‘시각예술’을 미술로 보고 있다.¹⁾ 이러한 미술활동을 건축·회화·조각·공예 등으로 나누어 고찰하는 방법은 근대에 들어서 미술사라는 학문이 성립하면서부터 편이상 분류한 것으로서, 원래는 나누어진 것이 아닌 상호연관성을 지닌 것이었다. 16세기에 포르투갈인 프란체스 코 다 홀란다(Francesco da Holanda)는 시각 예술에 대해 언급하면서 ‘미술(포르투갈어로 boas artes)’이라는 말을 사용했다.²⁾ 아베 뒤보스(Abbé Jean Baptiste Dubos)는 『시와 회화에 관한 비판적 고찰』(1719)에서 회화는 대상을 단지 한 순간에 모방할 수 있는 반면 시는 한 진행 과정을 진술할 수 있다고 했다. 모제스 멘델스존(Moses Mendelssohn)은 『예술과 학문의 본질과 상호관계에 관하여』(1744)에서 자연적 기호와 규약적 기호의 구분을 발전시켰는데 시각 예술과 음악 예술의 중대한 차이가 그 구분에 의존하였다고 주장한다.³⁾ 레싱(Gotthold Ephraim Lessing)은 시가와 회화의 경계를 분명히 하고자 하였는데 추상적 논리적 전형화의 방법은 회화 즉 모든 조형예술의 영역에 속하는 것이며 똑같은 법칙을 시가에 적용해서는 안 된다고 주장했다.⁴⁾

유럽에서는 예술과 미술의 두 용어를 구별해서 사용하지 않는 경우가 많고, 예술이란 뜻의 아트(art)와 쿤스트(Kunst)를 넓은 뜻, 좁은 뜻의 2가지 의미로 쓴다. 또

1) Herbert Read, *The Meaning of Art*, 임산 역, 『예술의 의미』(서울:에코리브르, 2006), p. 16.

2) Wladyslaw Tatarkiewicz, *History of Six Ideas*, 김현채 역, 『예술개념의 역사』(서울:열화당, 1994), p. 39.

3) Monroe C. Beardsley, *Aesthetics From Classic Greece to the Present : A Short History*, 이성훈·안원현 역, 『미학사』(서울:이론과 실천, 1989), pp. 180 -181.

4) 소련과학 아카데미(편), 『마르크스 레닌주의 미학의 기초이론 I』, 신승엽 외 역(서울:일월서각, 1988), p. 117.

프랑스어의 보자르(beaux-arts)나 영어의 파인 아트(fine art)도 본래 예술을 의미하는 단어로서 언제나 미술을 가리키는 것은 아니다. 역사적으로 보면 처음부터 미술이라는 개념이 있었던 것은 아니다. 예술은 거의 인간만큼이나 오래되었고⁵⁾ 인류 발전 단계에서 초기 단계에서도 이미 완성된 예술작품은 나오고 있다.⁶⁾ 그러나 예술의 정의나 그 기능에 대해서는 일치된 견해가 없고 시대적으로도 변화가 있었다.

‘예술(art)’라는 말은 라틴어 ‘아르스(ars)’에서 유래하였는데 ‘아르스’는 그리스어 ‘테크네(techné)’를 직역한 것이다. 그리스 때의 테크네는 솜씨, 즉 물품, 가옥, 조각상, 선박, 침대, 단지, 옷가지를 만드는데 요구되는 솜씨뿐만 아니라 군대를 통솔하고 토지를 측량하며 관중을 사로잡는데 요구되는 솜씨를 의미하였다. 물론 그리스 때의 테크네의 의미가 오늘날 예술의 의미와 동일한 것은 아니다.⁷⁾ 플라톤(Platon)도 시각미술이나 음악예술 등을 별도로 구분하지 않았고⁸⁾ ‘예술’과 실용적 기술 간의 구별도 하지 않았다.⁹⁾ 이는 동양의 경우도 비슷하여 ‘예술(藝術)’이라는 한자어는 『후한서(後漢書)』에서도 쓰인 오래된 말로서 학문과 기예(技藝)를 가리켰다. 즉 오늘날 예술이라고 생각되고 있는 것은 그 일부분에 불과하였다.

18세기 중엽에 이르러 예술은 순수예술(fine arts)로 분류되면서 새로운 개념으로 정립되고 미와 불가분의 관계를 맺는다.¹⁰⁾ 예술을 문학·음악·미술 등을 포괄하여 하나의 영역으로 보는 생각, 즉 유개념(類概念)으로서의 예술은 거의 18세기 중엽의 서유럽에서 성립된 것이다. 이 근대적 개념으로서의 예술은 먼저 ‘아름다운 아트’, 즉 영어로는 ‘fine arts’, 프랑스어로는 ‘beaux-arts’, 독일어로는 ‘schöne Künste’로 표현되었다. ‘아름다운 아트’는 예술 일반을 가리키며 조형미술을 뜻하기도 한다.

미술저작권의 보호 대상을 어디까지로 할 것인가 하는 문제는 매우 어렵다. 고전적 의미의 미술에서도 국가별로, 같은 국가 내의 재판부별로 견해 차이를 보여 왔다. 그런데 현대 미술에 와서는 훨씬 더 복잡하고 어려워졌다. 현대미술을 과거의 미술과 구별하는 특성 가운데 하나는 미술 자체에 대한 끊임없는 질문이다.¹¹⁾ 마르셀 뒤샹(Marcel Duchamp)의 작품 「샘」은 바닥에 기성품 변기를 엮어놓은 것이었다. 미술은 어떠한가 한다는 기존의 가치관을 부수려는 반(反)예술의 전형을 보여주

었다. 현대미술에서는 무엇이 예술인가 하는데 대한 기본적인 생각이 변화하였고 예술작품을 분류하고 평가하는 방식인 미술사 또한 변화를 겪었다. 도대체 이것이 미술인가 아닌가 하는 질문을 끝없이 요구하고 있다. 최근 30여년에 걸쳐 문학이론과 언어이론이 도입되면서 미술사의 여러 근본 전제가 변화하였다.¹²⁾ 거기다가 법률적으로는 뉴미디어의 출현, 인터넷의 발달에 따라 기존의 미술품에 대한 개념이 변화하지 않을 수 없다. 아무리 예술을 이해하는데 있어 열린 마음이 필요하고 지식이 방해가 된다고 해도 현대 미술을 이해하기 위해서는 지식이 필연적으로 필요한 것이 사실이다.¹³⁾

현대사회에 올수록 예술은 예전보다 폭이 넓어졌고 의도적인 인간 활동이라는 사실을 제외하고는 예술에 대해 확고하게 적용될 수 있는 유일한 정의를 찾아보기 어렵다는 주장이 나오고,¹⁴⁾ 그래서 예술에 대해 정의 하려는 시도 자체가 포기되어야 한다고 주장하는 견해도 나오게 된다. 미국의 미학자 바이츠(Morris Weitz)는 『미학에서의 이론의 역할(The role of the theory in aesthetics)』(1957)에서 “예술의 필요 충분한 기준을 제시하기란 불가능하다. 따라서 어떠한 예술 이론도 논리적으로 불가능한 것일뿐더러 실천을 통해서도 달성하기 어려운 것이다.”라고 주장하고 있다.¹⁵⁾ 아방가르드(avant-garde) 대두 이후 모두가 예술가라는 생각마저 등장하고 예술과 비예술간 경계는 흐려져 예술개념은 더욱 모호해졌다.¹⁶⁾ 그러나 현대 예술도 과거의 전통과 완전히 결별한 미증유의 것을 만들어 내는 것은 아니고 한 시대의 특정한 문제에 대한 반응으로 보아야 할 것이다.¹⁷⁾

현대에 있어 예술의 경향 중 주목해야 할 특징에 대한 적절한 문구가 있다. 토마스 만(Thomas Mann)의 『파우스트 박사』에 나오는 작곡가 안드리안 레베르퀀이란 말이다. 그에 의하면 예술은 “교육받은 엘리트만의 독점물로서 해방되어 ‘공중적인 것’으로 되어야 할 필요가 있다. 왜냐하면 엘리트들은 이제 곧 존재하지 않게 될 것이고 실제로 더 이상 존재하지 않기 때문이다.” 그리하여 예술이 “‘민중’ 혹은 보다 덜 낭만적으로 표현하여 인간 존재에의 길을 찾지 못한다면 그것은 완전히 고립되어 사멸하고 말 것이다.”¹⁸⁾ 즉 예술은 엘리트만이 향유하던 것에서 일반 대중이 향유하는 것으로 그 본질이 바뀌고 있다는 것이다. 자본주의 사회에서는 대중의 존

5) Ernst Fischer, *The Necessity of Art*, 김성기 역, 『예술이란 무엇인가』(서울:돌베개, 1984), p. 31.

6) György Lukács, *Über die Besonderheit als Kategorie der Ästhetik*, 홍승용 역, 『미학서설』(서울:실천문화사, 1987), p. 121.

7) Tatarkiewicz, 앞의 책, p. 25.

8) Beardsley, 앞의 책, pp. 25-26.

9) 위의 책, p. 25.

10) Tatarkiewicz, 앞의 책, p. 35.

11) Monica Bohm-Duchen, Jane Cook and Felicity Everett, *Understanding Modern Art*, 최창규 역 『열려라 현대미술』(서울:아트북스, 2004), p. 34.

12) Pam Meecham and Julie Sheldon, *Modern Art : A Critical Introduction*, 이민재·황보화 역, 『현대미술의 이해』(서울:시공아트, 2004), p. 14.

13) Lionello Venturi, 『회화의 이해』, 정진국 역(서울:눈빛, 1999), p. 275.

14) Beardsley, 앞의 책, p. 52.

15) 위의 책, pp. 63-64.

16) Tatarkiewicz, 앞의 책, p. 80.

17) E. H. Gombrich, *Art and Illusion : A Study in the Psychology Representation*, 차미례 역, 『예술과 환영 : 회화적 표현의 심리학적 연구』(서울:열화당, 1989), p. 565.

18) Fischer, 앞의 책, p. 217.

제가 그 특징이다. 대중의 ‘즐거움’을 인정하는 문화산업은 이미 등장하였다. ‘향유’의 주체가 대중으로 이동된 것은 물론이고 일반 대중 모두가 미술품의 창작 주체로 당당히 나서고 있는 것이다. 이러한 중요한 변화는 법률 해석과 입법에 있어서도 반영되어야 할 것이다.

제2절 비교법적 고찰

I. 대한민국

대한민국 저작권법 제2조 제1호는 저작물을 “인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물을 말한다.”라고 규정한다. 제4조에서 저작물의 예시로 “회화·서예·조각·판화·공예·응용미술저작물 그 밖의 미술저작물”이라고 규정하고 있는데 이 부분이 미술저작물을 규정하고 있는 것이라고 할 것이다. 제2조 제19호에서는 응용미술저작물은 “물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물로서 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것을 말하며, 디자인 등을 포함한다.”라고 규정하고 있다.

II. 외국

1. 프랑스

프랑스 「저작권법(Code de la propriété intellectuelle)」 제112조는 “드로잉, 회화, 건축, 조각, 판화 및 리소그래피의 작품”, “응용미술작품” 이외에도 “그래픽 및 인쇄상의 작품, 사진 작품과 기법을 사진과 유사하여 제작한 작품”과 일정한 요건 하에서의 “패션 상품”도 저작물에 포함하여 열거하는 등 상당히 폭넓고 자세하게 규정하고 있다.

2. 독일

자세한 규정을 두고 있는 프랑스 저작권법과 달리, 독일 「저작권 및 인접보호권에 관한 법률(Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte : Urheberrechtsgesetz)」 제2조 제1항 제4호에서는 “미술저작물 : 이에 건축 및 응용미술저작물과 이들의 초안이 포함된다.”고 간략히 규정하고 제2항에서는 “본법상의 저작물이란 인간의 정신적 창작물을 말한다.”라고 규정한다. 위와 같은 규정은 포괄

적이어서 미술저작물의 범위를 탄력적으로 인정할 수 있는 여지를 남겨두고 있다

3. 영국

영국 「신저작권법(The Copyright, Design & Patents Act 1988, CDPA)」 제4조는 미술저작물에 대해서 규정하고 있다. 법에 따르면 ‘예술적 수준을 불문한’, 도형 저작물, 사진, 조각 또는 콜라주, 건축물 또는 건축물을 위한 모형으로서의 건축저작물, 미술공예저작물. 회화, 소묘, 도해, 지도, 도표 또는 도면 및 판화, 동판화, 석판화, 목판화 또는 이와 유사한 저작물을 말한다. ‘사진’이란 빛이나 기타 방사선의 기록물로서, 그 위에 영상이 나타나거나 그로부터 영상이 어떠한 방법으로든지 나타나는 매체를 의미하고, 그 자체가 영화의 일부분이 아닌 것을 말하며, ‘조각’은 조각을 목적으로 만들어진 주물이나 모형을 포함한다고 한다. 미술품이 좋거나 나쁜지를 가리지 않는다. 영국 법원은 미술품과 관련된 사안에서 “저작권법은 매우 명백한 토대를 가지고 있다 : 누구든지 스스로의 제주와 노동으로 원작품을 만든 사람은 일정한 제한 하에서 배타적인 권리를 향유해야만 한다. 어느 누구도 저작권자가 씨를 뿌린 것을 수확할 수 없다.”고 판시한 바 있다.¹⁾ CDPA는 “예술적 작품 (artistic work)”이라고 규정하고 있는데 이 규정 때문에 레디메이드와 같이 어느 범주에 속하기 어려운 현대적 예술 작품의 경우에도 저작권 보호를 받을 수 있게 해준다. 영국법은 작품이 ‘원작(original)’일 것을 요구하지만 그 요건은 고유하거나 발명적인 사고를 뜻하는 것이 아니기 때문에²⁾ 대부분의 예술적 물품은 이 요건을 충족한다. 다만 독일이나 프랑스, 이탈리아와 다른 것은 저작권권의 보호대상에는 실질적인 제한과 예외가 있어 적용범위를 제한한다는 것이다. 예를 들어 직무저작물, 컴퓨터 프로그램, 컴퓨터에 기인된(computer-generated) 저작물 등에는 저작권권의 적용이 배제된다(제79조).

4. 미국

가. 저작재산권의 보호 대상

미국 「저작권법(Copyright Law of the United States)」 제101조에 의하면 저작재산권의 보호를 받을 수 있는 미술저작물은 ‘회화, 도면 및 조각저작물’이며 평면적 및 입체적 저작물에 해당하는 미술, 시각예술, 응용미술, 사진, 인쇄 및 미술복제

1) *Designers Guild Ltd. v. Russel Williams Textiles Ltd.* [2000] 1 WLR 2416.
2) *University of London Press Ltd. v. University Tutorial Press Ltd.* [1916] 2 Ch. 601. 등

물, 지도, 지구의, 도면, 도표, 모형 및 설계도를 수반하는 제도를 포함한다. 그러한 저작물은, 기계적 또는 실용적인 면이 관련되지 않는 형태인 한 공예저작물을 포함한다. 실용품의 의장은 회화, 도면 및 조각의 특성을 가지고 그 물품의 실용적인 면과 별도로 구별될 수 있고, 그와 독립하여 존재할 수 있는 범위에 한해서만 회화, 도면 및 조각저작물로 간주한다.

나. 저작인격권의 보호대상

미국에서는 저작재산권의 보호를 받을 수 있는 미술저작물이 모두 저작인격권의 보호를 받을 수 있는 것이 아니다. 많은 예외와 제한을 두어 미술저작물 중 일부에 대해서만 저작인격권의 보호를 받도록 하고 있다. 하나 또는 제한 수량의 미술품의 작가에게 저작인격권을 부여하는 내용으로 저작권법을 수정한 「시각예술가권리법(Visual Artists Right Act, VARA)」은 저작인격권의 대상이 되는 “시각예술저작물”을 별도로 규정하고 있다. VARA는 회화, 드로잉, 200점 이하의 서명된 에디션 을 가진 판화나 조각에만 적용되었는데 그 적용범위를 전시를 위해 제작되고 200점 이하만 제작되고 서명된 사진에까지 확장하였다. 현재 시각예술저작물로서 저작인격권의 보호대상이 되는 것은 1개의 복제물 또는 저작자가 서명하고 일련번호가 부여된 200개 이하의 한정된 복제물, 또는 조각의 경우에는 저작자에 의하여 연속적인 번호가 부여되고 저작자의 서명이나 다른 식별 표지가 된 200개 이하의 반복 구조, 조각, 또는 제작된 조각물에 존재하는 회화, 소묘, 판화, 또는 조각 등이다. 200점이라는 개수 제한은 “예술계의 통념이고 그러한 개수 제한은 원작과 동일한 작품을 다수 제작하기 위한 것으로서 복제와는 반대되는 것이다.”라고 설명한다. 미국의 입법자들이 VARA를 입법하면서 미술 세계의 진화와 함께 하도록 디자인했기 때문에 VARA는 디지털 아트를 포함하여 새로운 시각적 표현을 포섭할 수 있다고 주장된다.

VARA는 상업적, 그래픽, 기술적 드로잉과 모델, 문학 발표, 전자적 미디어, 응용 미술을 배제하고 직무저작물도 적용 대상에서 배제함으로써 시각예술저작물의 범위를 제한한다. 미국 법원은 *Pollara v. Seymour* 판결³⁾에서 VARA의 대상 여부의 판단은 종종 저작물의 목적에 따라 결정되며 광고, 선전, 기능성이 있는 저작물과 업무상 저작물은 미술적 가치, 사용된 매체, 창작자 또는 시장에 대한 가치의 여부에 관계없이 VARA의 보호 대상에서 제외된다고 판시하였다. VARA는 전자적 출판이나 시각미술의 다른 재생산품의 적용을 배제하지만 몇몇 주법들은 저작인격권의 침해를 이유로 소송을 할 수 있는 근거 규정을 가지고 있다. 최소한 5개의 주법이 작품의 재생산품에도 적용된다. *Wojnarowicz v. American Family Association* 판

3) *Pollara v. Seymour*, 344 F. 3d 265, 266-67 (2nd Cir. 2003)

결⁴⁾에서 법원은 사진의 복제품에 대해 뉴욕주법의 보호를 받는다고 판시했다. 피고는 사진은 원고의 원작이 아니어서 주법의 보호를 받을 수 없다고 주장했지만 법원은 그 주장을 기각한 것이다.

다. 품질에 따른 제한

VARA는 저작인격권의 보호를 받으려면 “인정된 지위(of recognized stature)”를 갖출 것을 요구하여 품질을 기준으로 대상을 제한한다. 이러한 규정은 보호 대상 매우 좁은 범위로 인정하는 것이다. VARA의 입법이유서에서는 그 보호 대상 또는 그 예외의 정의의 해석에 관해서 “법원은 문제의 저작물이 보호 대상 또는 보호 대상의 예외의 정의에 해당하는지의 여부를 판단함에 있어서 상식과 예술분야에서 일반적으로 인정된 기준을 사용하여야 한다. 미술가들은 다양한 매체를 사용하며 수많은 재료를 사용하여 창작하므로 특정한 저작물이 위의 정의에 해당하는지의 여부를 사용한 매체나 재료에 의하여 결정하여서는 아니 된다.”고 기술하고 있다.⁵⁾ ‘인정된 지위’를 요구하는 것은 법원에게 미적인 고려를 요구하는 것으로서 가장 논란이 많은 요건이다. Bleistein v. Donaldson Lithographing Co. 판결⁶⁾에서 홈즈(Oliver Wendell Holmes) 연방대법관은 판사나 배심원에게 미적 요소에 관한 균형 잡힌 판단을 요구하는 것에 대해 경고했다. 홈즈 판사가 작성한 다수 의견은 법률가들이 가장 좁고 명백한 경계를 벗어난 그림의 가치를 최종 판단하도록 하는 것은 위험한 일이 될 수 있다고 경고했다. 극단적으로 천재의 작품이 당대에 평가받지 못하는 경우도 있고 반면에 판사 보다 교육받지 못한 일반 대중의 관심을 끄는 작품에 대해 저작권이 거부될 수도 있다는 것이다. 이러한 규정은 법원에게 전문적인 증거를 형량 하도록 하는 것 뿐이라는 것이고 전문가의 증언의 도움이 있다고 해도 결국 판사의 미적 기호의 영역에 남아 있을 뿐이어서 매우 순진한 규정이라는 비판이 있다. 편협한 숙련과 적대적인 소송의 속박으로 인해 전문가의 증언이라는 것도 오염되기 일췌이고 판사가 미적 판단에 적합한 자질을 가지지 못하였다는 주장은 종종 나오는 비판이다.⁷⁾ 따라서 이러한 규정은 이론적으로나 실질적으로 결점 투성이라는 것이다. 이는 창작이나 확산을 고무하지 못하고 미술가의 권리를 그의 작품과 명성의 완전무결성과 타협하게 하는 것이라는 것이다.⁸⁾ 중요한 작품이 미술가가 알려지지 않거나 사망했다는 이유로

4) Wojnarowicz v. American Family Association, 745 F.Supp. 130 (S.D.N.Y. 1990)

5) 1990. U.S.C.C.A., 6915, 6921 (1990) ; 박준우, “미국 연방저작권법의 저작인격권의 보호 : Visual Artists Rights Act of 1990을 중심으로”, 『계간 저작권』, 2008, p. 64.에서 재인용

6) Bleistein v. Donaldson Lithographing Co. 188. U.S. 239 (1903)

7) Masiyakurima Patrick, "The Trouble with Moral Rights", *Modern Law Review*, 2005, 68(3), p. 425.

8) Christopher J. Robinson, ""The Recognized Stature" Standard in Visual Artists Rights Act",

보호되지 못하는 경우가 생기는 것이다. 이에 대해 저작인격권을 보호하는 이유는 예술작품을 훼손 또는 변경하면 그 사회적 기능을 상실하여 사람들로 하여금 미적 경험을 하지 못하게 되는 등 실질적인 필요가 있기 때문이어서 모든 작품을 보호해야 하는 것은 아니라는 반론도 있다. 이 견해에 따르면 전통적인 견해에 따라 그 구별을 할 수밖에 없고 완전하지는 못하지만 아예 기준이 없는 것 보다는 낫다고 한다.⁹⁾

라. 판례

① Carter v. Helmsley-Spear, Inc. 판결

VARA의 첫 적용사례로 알려진 Carter v. Helmsley-Spear, Inc. 판결¹⁰⁾이 있다. 조각가인 John Francis Carter, 조각가 겸 구조철 제작자 John Meade Swing, 조각가 John James Veronis, Jr.가 건물 소유주 474431 Associates와 그의 재산관리회사 Helmsley-Spear를 상대로 VARA의 규정을 근거로 소를 제기한 사건이다. 건물 임대회사 Sig Management Company가 파산하자 건물 소유주가 건물 로비에서 조각 작품들 「Jx3」을 철거할 것을 요구하였고 이에 대해 조각가들은 미술작품에 부여되는 저작인격권에 기하여 조각 작품을 보존하고자 제소하였다. 이 사건에서 법원은 ‘인정된 지위’의 입증과 관련하여, 원고는 2단계의 입증을 해야 하는데 첫째는 원고의 예술작품이 ‘인정된 지위’ 즉 가치를 가진 것으로 평가된다는 점과 둘째 이러한 지위가 예술 전문가 기타 예술계의 구성원 또는 사회의 대표적 단체에 의하여 인정됨을 입증하여야 한다고 판시하였다. 이 사건에서 법원은 VARA에서 ‘인정된 지위’의 판단시점에 대해서 규정하지 아니한 것은 우연이 아닌 의도된 것이므로 ‘인정된 지위’를 획득했는가의 여부가 중요하고 언제 획득하였는가는 VARA의 권리 행사를 결정짓는 요소가 아니라고 하였다.

이 판결에서 연방제2항소법원은 건물 로비에 설치하도록 건물 임대회사로부터 위탁 받은 조각가 세 사람이 창작한 저작물은 고용저작물에 해당한다고 판시하였다. 즉 동 법원은 조각가들이 주급을 받았고 세금은 원천 징수되었으며 각종 복리 후생 혜택도 받았다는 점, 또 작업은 끝마치는 기간도 정해져 있지 않았으며 건물 임대회사는 추가적인 작업도 맡길 수도 있었고 조각가들은 회사 승인 없이 유급보조자를 고용할 수 없었다는 점 등을 인정한 다음 회사와 조각가들 간에는 고용관계가 인정된다고 판시한 것이다. 고용저작물은 시각미술저작물의 정의로부터 배제되어 있으므로 고용저작

Fordham Law Review, 2000, 68, pp. 1965-1966.

9) Thomas F. Cotter, "Pragmatism, Economics, and the Droit Moral", *North Carolina Law Review*, 1997, 76, p. 39.

10) Carter v. Helmsley-Spear, Inc., 852 F.Supp. 228 (S.D.N.Y. 1994), rev'd. 71 F.3d. 77 (2d Cir. 1995)

물에 해당하게 되면 저작권이 인정되지 않게 된 것이다. 이 사건에서 ‘단일성 요건(singleness)’과 관련하여 문체의 저작물이 여러 개의 구성요소로 되어 있는 경우 ‘단일성’을 인정할 수가 있는지도 쟁점이었다. 이 사건 저작물은 상업용 빌딩의 로비의 천정, 바닥, 벽에 부착되어 로비의 대부분을 차지하였고, 재생유리로 만든 모자이크, 오래된 스쿨버스의 부품으로 만든 거대한 손, 자동차의 부품으로 만든 얼굴 등으로 구성되었으며 환경문제와 재생의 중요성을 주제로 하였다. 법원은 전문가의 증언과 원고의 작품 창작 방식을 근거로 원고의 작품이 ‘단일성 요건’을 충족하는 조각품이라고 하였다. 이 사건에서 피고는 원고의 작품이 모두 로비의 바닥, 벽, 천정 등 기능성 있는 물체에 부착되어 있기 때문에 응용미술로서 VARA의 보호대상이 아니라고 주장하였다. 그러나 법원은 응용미술의 개념을 “기능성 있는 물체에 부착된 2차원 또는 3차원의 장식물”이라고 정의하고 이 사건 저작물은 VARA의 보호 대상이라고 하였다.

② Martin v. City of Indianapolis 판결¹¹⁾

인디애나폴리스시는 조각가인 Jan Randolph Martin에게 거대한 스테인리스 조각을 John Lafollette가 소유한 땅에 설치하도록 허가하였다. Martin은 주말과 휴일까지 일하여 2년 반에 걸쳐 조각을 완성했다. 5년이 지난 후에 인디애나폴리스시는 조각이 설치된 땅을 취득할 필요가 있다고 결정했다. Martin은 항의했고 그 조각의 이전 및 설치비용을 인디애나폴리스시가 부담한다면 그 조각을 시에 기증하겠다고 제안했다. 인디애나폴리스시는 Martin의 항의에도 불구하고 조각을 파괴하는 계약을 했고 조각이 파괴되자 Martin은 인디애나폴리스시가 VARA의 동일성유지권을 침해했다면서 소를 제기했다. 인디애나폴리스시는 Martin의 작품은 고용저작물이라는 등 4가지의 주장을 하면서 다투었지만 법원은 이를 받아들이지 않고 Martin의 주장을 받아들였다. 이 사건에서 법원은 원고가 증거로 제출한 원고의 작품에 관한 신문과 잡지 기사와 편지를 근거로 원고의 작품의 ‘인정된 지위’를 인정하였다. 인디애나폴리스시에 있는 인디애나대학교 미술대학의 미술관장은 원고의 회사에게 “원고가 제안한 작품은 흥미 있고 미적으로 아이디어와 열정이 풍부한 형태와 구조로 구성되어 있다고 생각한다.”라는 내용의 편지를 보냈다. 또 잡지 「The Indianapolis Star」의 시각예술부문 편집장은 칼럼을 통해서 원고 작품의 사진과 함께 원고 작품에 대해서 “반짝거리는 깨끗함과 추상성을 가지고 있고, …불규칙적이거나 케이블로 단단히 고정되어 있고, …원고의 조각은 그것이 설치된 장소의 본래의 의미를 찾아주었다, 원고의 작품은 그 지역에 유대관계, 상징물, 의미, 정체성, 자부심을 제공하였다.”라고 평가하였다. 피고는 원고가 제출한 증거가 전문증거이므로 배제되어야 한다고 주장하

11) Martin v. City of Indianapolis, 982. F.Supp. 625, 628 (S.D.Ind. 1997)

었다. 그러나 법원은 위 증거들을 통해서 원고는 시각예술분야의 전문가들이 위의 편지나 기사에 있는 평가의 내용이 사실임을 입증해야 하는 것이 아니고 그러한 평가를 하였다든 것 자체, 즉 원고의 작품이 시각예술전문가들의 주목을 받았다는 것을 입증하면 되는 것이므로 전문증거로서 배제될 수 없다고 판단하였다.

마. 주 법률

미국의 저작권권의 모태가 된 「캘리포니아 미술보호법(The California Art Preservation Act, CAPA)」은 순수미술을 “원본 회화, 조각, 드로잉, 인정받을 만한 질적 수준의 유리 작품”이라고 규정하면서 구입자에 의해 상업적인 이용을 목적으로 계약에 의해 제작된 것은 제외된다고 규정한다. 매사추세츠·펜실베이니아·뉴멕시코·코네티컷주는 캘리포니아주 법에 따라 저작권권을 규정하고 있는데 이 경우에는 그 적용 범위가 훨씬 넓다.¹²⁾ 뉴욕주의 법률은 순수 미술을 “회화, 조각, 드로잉, 또는 미술적 작품과 판화, 복제품은 포함하지 않음”이라고 규정한다. 뉴욕주법은 뉴저지·루이지애나·메인·로드아일랜드·네바다주에서 수용되었는데 그 범위가 모두 같지는 않다. 캘리포니아주 미술보호법의 규정과 달리 「캘리포니아 미술가-상인 관계법(California Artist-Dealer Relations Act)」에서는 순수 미술을 “회화, 조각, 드로잉, 그래픽 아트(에칭, 석판화, 오프셋, 실크스크린, 자연과 같은 그래픽 아트), 서예, 혼합 재료 작품(콜라주, 아상블라주, 미술 재료 중 여러 가지의 혼합을 포함)”이라고 규정한다. 캘리포니아주는 미국에서는 유일하게 추급권을 규정하고 있기 때문에 순수 미술에 대해 다른 주와 다른 규정을 가지고 있다.

5. 중국

중국 「저작권법(中华人民共和国著作权法)」 제3조는 미술, 건축저작물 등을 저작권권의 보호대상으로 열거하고 있다. 같은 법 시행조례 제2조는 “저작권법에서 저작물이라 함은 어떠한 유형의 형식으로 복제할 수 있는 독창성을 가진 문학·예술 및 과학 영역에 속하는 지적 성과를 말한다.”라고 하고, 제3조는 “저작권법에서 창작이라 함은 문학·예술 및 과학저작물을 직접 만드는 지적활동을 말한다. 타인의 창작활동을 위하여 조직의 구성·자문·물질적 여건의 제공·기타 보조 활동의 수행은 이를 창작으로 보지 않는다.”라고 규정한다. 같은 조례 제4조 제8호는 “미술저작물이라 함은 회화·서법·조각 등 선·색채·또는 기타 방식으로 구성된 심미한 의미가 있는 평면 또는 입체적 조형예술저작물을 말한다.”고 규정한다. 중국 저작권

12) Robert C. Lind, Robert M. Jarvis and Marilyn E. Phelan, *Art and Museum Law* (Durham:Carolina Academic Press, 2002), p. 6.

법이 보호하는 저작물의 범위는 비교적 광범위한데 실질적인 기준은 독창성이다.¹³⁾

6. 일본

일본 「저작권법(著作権法)」 제2조 제1항 제1호는 “저작물이란 사상 또는 감정을 창작적으로 표현한 것으로 문예, 학술, 미술 또는 음악의 범위에 속하는 것을 말한다.”고 규정하고 제2조 제2항은 “이 법률에서 말하는 ‘미술저작물’에는 미술 공예품을 포함하는 것으로 한다.”고 규정하고 있다. 제10조 제4호는 저작물의 예시로 “회화, 판화, 조각 기타 미술저작물”을 들고 있다. 미술저작물이란 형상, 색채, 선, 명암으로 사상·감정을 표현한 저작물을 가리키며, 전형적인 예로는 회화, 판화, 조각을 들 수 있는데 미술저작물의 범위는 극히 넓고 만화, 극화, 꽃꽂이, 무대장치, 서예 등도 포함된다.¹⁴⁾ 일본에서는 도자기 등과 같이 일품제작의 수공적인 공예품이나 그 밖의 응용미술작품은 미술저작물의 개념에 포함되지 않으므로 보호의 대상이 아니라고 하는 견해¹⁵⁾도 있지만 일품제작의 공예품만이 아니라 대량생산되는 실용품에 응용된 미술작품이라고 하더라도 순수미술작품과 동일시할 수 있는 경우에는 보호의 대상이 될 수 있다고 하는 견해¹⁶⁾가 다수설이다.¹⁷⁾ 일본 하급심 판결은 “미술이란 공간이나 물(物)의 형상, 모양 또는 색채의 전부 또는 일부를 창출하거나 또는 이용함으로써, 사람의 시각을 통하여 미술적 가치를 표현하는 기술 또는 활동”을 가리킨다고 한바 있다.¹⁸⁾ 위 정의에 따르면 전화카드에 이용하는 기록용 자기테이프는 미술저작물에 포함되지 않는다고 하였다.

III. 소결론

‘저작재산권’의 보호대상이 되는 미술저작물의 범위에 있어서는 대륙법계 국가와 영미법계 국가 사이에 큰 차이를 보이지 아니한다. 프랑스가 넓게 인정하고 있지만 현대적 의미의 미술품에 대해서는 영국이나 미국도 폭넓게 인정하고 있다. 이는 뒤

에서 보는바와 같이 프랑스는 미술이 전체적으로 매우 발전한 국가인 반면, 영국이나 미국은 상대적으로 주로 현대 미술이 매우 발전한 국가이기 때문에 보인다. 그러나 ‘저작인격권’의 보호대상이 되는 미술저작물의 범위에는 차이가 발견된다. 저작인격권의 보호수준과 같이 큰 정도는 아니지만 저작인격권의 보호범위에 있어서도 차이가 있는 것이다. 크게 보면 프랑스와 독일 등 대륙법계 국가에서는 저작인격권의 보호 대상을 넓게 인정한다. 반면 영미법계 국가인 미국은 직무저작물, 인정된 지위, 수량의 한정 등의 제한을 두고 있어 저작인격권의 보호범위를 매우 좁게 인정하고 있다. 영국도 미국보다는 덜 하지만 직무저작물 등을 제외하여 보호범위를 다소 제한하고 있다. 위와 같은 미술가의 저작인격권의 보호범위의 차이는 보호수준의 차이와 결합되어 미술가의 저작인격권의 보호에 많은 차이를 가져온다.

13) 조신명, "중국 저작권제도의 현재와 미래", 『비교법연구』, 2008, 9(1), p. 46.

14) 中山信弘, 윤선희(번역), 『저작권법』 (서울:법문사, 2008), p. 66.

15) 加戸守行, 『著作権法逐條講義』(四訂新版, 東京:社團法人 著作権情報センター, 2003), pp. 65-67.

16) 作花文雄, 『詳解 著作権法』(제3판, 東京:きょうせい, 2004), p. 87. 등

17) 이해완, 『저작권법』 (서울:박영사, 2007), p. 74.

18) 東京地裁平 12-3-31 判例時報 71호 p. 1715.

제3절 대상별 고찰

본 연구의 목적이 미술가의 저작권권을 연구하여 대한민국에 바람직한 해석론과 입법론을 제시하는 것이므로 저작권권의 보호대상이 되는 미술저작물의 범위를 대상별로 살펴볼 필요가 있다. 다만 여기서 다루는 판례 중에는 미술품 또는 저작재산권의 보호대상인지 여부가 쟁점이었을 뿐 저작권권의 보호대상인지 여부가 쟁점이 아닌 것들도 있다는 것을 유의할 필요가 있다. 그러한 판례들의 논리 전개도 저작권권의 보호 대상을 넓게 인정하는 국가, 특히 대한민국에서 저작권권의 보호 대상인지를 판단하는데 있어 상당히 유용할 수 있기 때문에 여기서 논하는 것이다. 또 고전적 의미의 미술저작물에 대해서는 기존 법률과 판례로 어느 정도 예측이 가능하게 된 반면 현대적 의미의 미술저작물의 경우에는 새로운 판단 기준을 정립해야 하는 과제가 남아 있다.

I. 고전적 의미의 미술저작물

1. 회화

회화란 색과 선을 사용하여 평면 위에 어떤 형태를 단독 또는 다양한 결합으로 나타낸 조형 예술을 말한다. 디드로(Denis Diderot)는 회화는 색채의 도움에 의해 생활을 모방하는 것이라고 하였다. 회화는 원래 재현적인 개념이 전통적인데 반해 르네상스 시대의 알베르티(Leon Battista Alberti)는 시각적 유사성(양감과 깊이)을 강조하고 어떤 고차원적인 상징적 목표에 집착하지 않는다고 했다. 그는 회화의 중요한 특징으로 ‘istoria’를 꼽았는데 이는 극적인 주제 또는 장면으로 해석된다. 르네상스 시대에 회화와 조각은 다른 수공·기계적 기술과 구별되어 ‘인문학’에서 한 자리를 차지하려고 하였고 16세기 중엽에는 회화와 조각, 건축이 ‘Arti di disegno’로 묶여지게 되었다.¹⁾

가. 대한민국

대한민국 하급심 판결은 “계란이라는 일상적 소재를 선택하여 이를 원형의 극도로 단순화, 추상화시킨 형태로 구성한 뒤 기하학적 배열구도에 따라 반복적으로 나

열하는 방식으로, 또는 프라이팬의 바닥에 프라이 된 계란의 모습을 그려 넣는 방식으로” 표현된 것의 미술저작물성을 인정하였고,²⁾ ‘서울 전경’, ‘설경’, ‘대나무’, ‘분재’ 등과 같이 크리스마스카드에 이용하기 위한 상업적 용도로 만들어진 것이고 또 이러한 카드에 흔히 이용되는 화풍을 따른 것이라고 하더라도 이는 예술(회화)의 범위에 속하는 것으로서 저작물성이 인정된다고 하였다.³⁾

만화의 경우에는 어문저작물과 미술저작물의 양면성을 가진다고 보아야 할 것이다. 하급심 판결에서 만화에 스토리성이 포함되는 경우 “만화는 작가의 상상에 의하여 가상의 인물들이 전개해 나가는 이야기를 문자와 그림으로 서술한 창작물”이라고 한바 있다.⁴⁾

나. 미국 및 일본

미국에 있어 미술품의 정의는 주로 관세와 관련하여 판례에 의해 이루어져 왔다. 예술 작품은 관세가 면제되고 그렇지 않은 것은 부과되는 것이 문제였다. 미국 판례에서 초기에는 주로 순수 미술을 의미하였고 기계적 또는 산업적 미술은 포함되지 않는 것으로 인식되었다.

United States v. Perry 판결⁵⁾에서 미국 대법원은 교회에서 사용되는 성인 등의 초상을 형상화한 스테인드글라스 창문은 순수 미술품과 같이 관세 면제를 받을 수 없다고 판단하였다. 스테인드글라스 창문이 아름다움에 있어 예술적이고, 창문들이 예술적 측면을 요구하고 있으나 장식적이고 산업적인 것으로 분류된다는 것이다. 재판부에 의하면, 의회는 순수예술에만 관세의 특례가 부여되는 것으로 규정하였고, 작품이란 “오로지 장식을 위한 것이어야 하고 캔버스와 석고 또는 다른 물질 위에 유채와 수채로 그려진 그림, 마블, 석재, 동 등의 원작 조상(彫像)”을 의미한다고 한다.

그러나 Tiffany v. United States 사건⁶⁾에서 미국 법원은 미술가의 수채화 작품 위의 실크와 땀의 부채꼴 모양은 단순한 공예품이 아니라면서 관세 면제 대상 회화라고 판단하였다.

Botello v. Shell Oil Co. 사건⁷⁾에서 미술가들은 셸(Shell) 석유회사와 계약을 하고 주유소 벽에 히스패닉 문화를 주제로 「고대의 힘을 가득 넣으세요(Filling Up On

2) 서울지방법원 1998. 6. 19. 선고 97가합19248, 97가합66689 판결

3) 서울지방법원 1998. 6. 19. 선고 97가합13079 판결

4) 서울지방법원 1996. 9. 6. 선고 95가합72771 판결

5) United States v. Perry, 146 U.S. 71 (1892)

6) Tiffany v. United States, 66 F.736 (C.C.S.D.N.Y. 1985)

7) Botello v. Shell Oil Co., 229 Cal.App.2d 1130, 280 Cal. Rptr. 535 (1991)

1) Monroe C. Beardsley, *Aesthetics From Classic Greece to the Present : A Short History*, 이성훈·안원현 역, 『미학사』(서울:이론과 실천, 1989), pp. 134-136.

Ancient Energies)」라는 이름의 1,200피트에 달하는 벽화를 그렸다. 미술가들은 이름과 주소가 벽화에 쓰여 있어서 유명해졌다. 8년이 지나서 셸 회사는 벽화를 부수고 주차장을 지으려고 하자 미술가들이 CAPA 위반이라면서 소를 제기했다. 소송에서 원고들은 이 벽화가 벽으로부터 분리될 수 있으며 따라서 CAPA에 의해 보호된다고 주장했고 피고는 CAPA에 의해 보호되지 않는다고 주장했다. 미국 캘리포니아주 항소법원은 주유소 벽에 그려진 벽화는 CAPA에 의해 보호된다고 판시했다.

일본 하급심 법원은 환상(環狀)의 쇠사슬을 디자인하고 파도와 바다를 표현한 상업광고에 대해 회화의 범주에 유사한 미술저작물로 인정될 수 있다고 하였다.⁸⁾

2. 드로잉(drawing)

드로잉은 그래픽 작품 중 특정한 한 종류이고 때로는 그림 작품이기도 하다. 이견이 있을 수 있으나 매우 세밀한 수준의 드로잉은 때로는 그림 작품으로 분류되기도 하고 때로는 기술적인 드로잉은 그래픽 작품으로 분류되기도 한다.

영국 법원은 Kenrick v. Lawrence 판결⁹⁾에서 투표 카드를 위한 손의 간단한 드로잉도 저작권의 보호를 받는다고 하면서 다만 어느 누구도 일반적으로 손의 드로잉을 독점할 수 없기 때문에 저작권 보호는 매우 제한된다고 판시했다. British Northrop Ltd. v. Texteam Blackburn Ltd. 판결¹⁰⁾에서는 리벳, 스크루, 볼트 등을 위한 드로잉의 저작권이 주장되었는데 아주 간단한 드로잉도 저작권 보호 대상이라고 판시했다.

미국 캘리포니아주 항소심 법원은 Robert H. Jacobs, Inc. v. Westoaks Realtors, Inc. 판결¹¹⁾에서 정신적 권리를 보호하는 목적에 비추어 건축 드로잉은 ‘드로잉’으로 볼 수 없다고 판결하였다. 관세와 관련되어서는 Vonnegut and Bohn v. United States 판결¹²⁾에서 건축 드로잉도 관세 부과 목적에 따르면 드로잉이라고 판시하였다.

3. 조각

조각이란 소재를 사용하여 3차원 공간에 입체형상을 만드는 조형예술을 말한다.

회화는 인간 생활의 중요한 사건을 그리거나 초상이나 풍경을 그려내든지 할 때 주위의 환경을 색이나 명암의 도움을 빌면서 이차원적인 회화 표면 위에 표시한다. 이에 대해 조각가는 살아 있는 인간의 유사한 모습을 청동으로 주조하거나 또는 돌에 새기든지 하고 이어서 이 조상을 실제하는 공간적 매체 - 넓은 공간이나 광장- 가운데 두며 관중도 이 장소에서 바라보게 된다. 회화가 안료의 힘을 빌려 색채적 풍부함을 재현하는데 반해서 조각의 색은 조각 재료 자체의 색이며 묘사한 대상의 색이 아니라는 점에서 다르다. 물론 채색을 하는 조각도 있지만 조각가는 점토를 개고 돌을 새겨서 입체적인 상(像)을 만들어 냄으로써 현실을 재생하기 때문에 색은 단지 입체적인 묘사의 박진감을 강화하고 보완하는데 머무르는 경우가 많다.¹³⁾ 조각과 다른 조각적 물건을 구별 짓는 것은 내용과 실용성의 결여라는 부분이다. 조각과 조경, 건축 작품의 구별이 어려울 때도 있다.

가. 영국

영국 CDPA에서는 조각에 대해서 “조각의 목적으로 만들어진 주형 또는 조형”이라고만 규정하고 있다. 따라서 통상적인 의미의 조각 이외에 새로운 유형의 것도 포함시킬 여지가 있다. 영국 법원은 Wham-O Manufacturing Co. v. Lincoln Industries Ltd. 판결¹⁴⁾에서 “조각은 조각의 아이디어를 표현하는 3차원의 형태여야 한다.”라고 판시했는데, Breville Europe Ltd. v. Thorn EMI Domestic Appliances Ltd. 판결¹⁵⁾에서는 샌드위치 토스터의 열판을 주조하기 위한 다이캐스팅의 모양이 조각이라고 판시하기도 했다.

Metrick UK Ltd. v. G.H. Maughen Plastics Ltd. 판결¹⁶⁾에서 보는바와 같이 최근의 사례들에서 영국 법원은 조각의 해석을 “미술가의 손에 의해 만들어진 3차원의 작품”이라는 전통적인 개념으로 해석하는 경향이 있다. Creation Records Ltd. v. News Group Newspapers Ltd. 판결¹⁷⁾에서 수영장에서 물건들을 조합한 장면이 Oasis 팝 그룹의 일원이 앨범 표지 사진으로서 미술적 작품, 조각, 콜라주 또는 미술적 숙련품이 될 수 있는지가 문제되었다. 영국 법원은 조각으로 만들어지는 주조 등의 요소가 전혀 없다고 하면서 이런 주장을 기각했다. 한편 영국 법원은 Hi-Tech Autoparts Ltd. v. Towergate Two Ltd. 판결¹⁸⁾에서 일정한 자동차의 미

8) 大阪地裁 1985. 3. 29. 선고 昭和58(7) 제3087호 판결

9) Kenrick v. Lawrence [1980] 25 QBD 93.

10) British Northrop Ltd. v. Texteam Blackburn Ltd. [1974] RPC 57.

11) Robert H. Jacobs, Inc. v. Westoaks Realtors, Inc., 11 Ct. Cust. App. 525 (1923)

12) Vonnegut and Bohn v. United States, T.D.25104, G.A. 5609 (1904)

13) 소련과학 아카데미(편), 『마르크스 레닌주의 미학의 기초이론 II』, 신승엽 외 역 (서울:일월서각, 1988), p. 234.

14) Wham-O Manufacturing Co. v. Lincoln Industries Ltd. [1985] RPC 127

15) Breville Europe Ltd. v. Thorn EMI Domestic Appliances Ltd. [1995] FSR 77

16) Metrick UK Ltd. v. G.H. Maughen Plastics Ltd. [1997] FSR 718

17) Creation Records Ltd. v. News Group Newspapers Ltd. [1997] EMLR 444

끄러지지 않는 고무 플로어 매트는 조각으로서 보호받아야 한다고 판시했다. 매트
를 찍어내는 쇠판과 매트가 모두 조각이라는 것이다. 이 판결에서 뉴질랜드 항소법
원의 Wham-O Manufacturing Co. v. Lincoln Industries Ltd. 판결¹⁹⁾이 인용되었는
데 영국 법원은 “다이어나 거꾸집과 같이 늑골이나 링을 생산하는 것을 조각이라고
하지 않을 이유를 찾을 수 없다.”고 판시하였다.

나. 미국

미국 초기의 관세 관련 판례는 조각을 정의하기가 어렵다는 것을 보여준다.
Morris European and American Express Co. v. United States 사건²⁰⁾에서 법원은
예술적으로 고착된 교회 신전은 관세 면제를 받을 수 있다고 판시하였다.

그러나 United States v. Olivotti & Co. 판결²¹⁾에서 재판부는 조각품은 -주로 인
간의 형상을 실제 비례에 따라 조형화한 것과 같이- 자연의 물체를 형상화한 것을
의미한다고 하면서 문제가 된 물건에 대해 조각품이라고 볼 수 없다고 판시하였다.
이와 같이 초기 관세 판례는 조형성을 요구하고 있었다.

Brancusi v. United States 판결²²⁾은 루마니아 미술가 브랑쿠시(Constantin
Brancusi)의 「나는 새(Bird in Space)」라는 추상 작품을 세관직원이 미술품으로
인정하지 않은 것과 관련된 것이었다. 미국의 유명한 사진작가인 Edward Steichen
은 1926년에 작가로부터 이 작품을 직접 구입했다. 세관직원은 Steichen의 주장과
달리 미술품으로 인정할 수 없다고 했다. 1927년 마르셀 뒤샹, Forbes Watson,
Henry McBird와 같은 미술 전문가들이 Steichen을 돕기 위해 모였지만 세관에서
는 이 작품을 “부엌용품과 가정용품”이라고 판정하며 600 달러의 관세를 내도록 했
다. 이러한 상황을 알게 된 미술 후원자인 휘트니(Harry Payne Whitney) 여사가
나섰고 브랑쿠시 작품이 미술품이라는 것을 입증하기 위해서 미술관 운영자, 조각
가, 미술 비평가 등이 동원되었다. 이들은 브랑쿠시의 예술적 성취와 미술계에의 기
여 등을 강조했다. 결국 관세 면제 판정을 받았는데 법원이 추상 미술의 발전을 인
식한 것이라고 할 수 있다. Olivotti 판결에 비해 재판부는 자유로운 입장을 취하고
있는데 이는 이 작품이 순수하게 장식적 의미를 위해 제작되었고 아름답우며 전체

18) *Hi-Tech Autoparts Ltd. v. Towergate Two Ltd.* [2002] FSR 15& 16 (Patent County Court)

19) *Wham-O Manufacturing Co. v. Lincoln Industries Ltd.* [1985] RPC 327

20) *Morris European and American Express Co. v. United States*, 85 F.864 (C.C.S.D.N.Y.1986)

21) *United States v. Olivotti & Co.*, 7 Ct. Cust. App.46 (Cust. App. 1916)

22) *Brancusi v. United States*, 54 Treas. Dec. 428 (Cust. Ct. 1928)

의 모습이 균형 잡혀 있고 전업 미술가의 작품이라는 점이 고려된 것으로 보인다.

4. 응용미술

응용미술작품(실용품)에도 저작권이나 저작인격권을 보호할 것인가 하는 문
제는 순수미술에 비해 매우 논란이 많을 수밖에 없다. 이 분야에 대해 국내 및 외
국의 판례가 많이 있는데 그 기준에 대해 자세히 볼 필요가 있다.

가. 대한민국

대한민국의 구 저작권법 하에서 ‘응용미술작품’을 미술저작물로서 예시하였음에도
불구하고 대법원은 그 저작물성을 부인한 경우가 많다. 대표적인 것이 미국 법인인
코빙튼 직물주식회사가 이탈리아의 디자인업체와 꽃무늬 등 여러 가지 색채로 표현
하고 이를 적당히 배치한 직물 디자인을 제작하게 한 후에 이를 양도받아 각 미국
저작권청에 저작권 등록을 하였는데 국내 회사가 위와 같은 디자인이 인쇄된 직물을
제조하여 주문자에게 판매한 사안에 대한 판결이었다. 미국 법인이 자사의 직물도안
을 모방한 회사를 저작권법위반으로 고소하여 기소된 사건에서 산업상의 대량생산
에의 이용을 목적으로 하여 창작되는 응용미술작품에 대하여는 원칙적으로 의장법
에 의한 보호로써 충분하고 예외적으로 저작권법에 의한 보호가 중첩적으로 주어진
다고 보는 것이 의장법 및 저작권법의 입법취지라고 판단했다. 법원은 “산업상의
대량생산에의 이용을 목적으로 하여 창작되는 모든 응용미술작품이 곧바로 저작권
법상의 저작물로 보호된다고 할 수는 없고 그 중에서도 그 자체가 하나의 독립적인
예술적 특성이나 가치를 가지고 있어 위에서 말하는 예술의 범위에 속하는 창작물
에 해당하여야만 저작물로 보호된다.”고 판시했다.²³⁾ 이 사건의 1심 법원은 저작물
로 보호된다는 취지의 판단을 하였다. 민사 1심 판결에서도 “꽃무늬 등을 여러 가
지 색채로 표현하고 이를 적당하게 배열하여 만든 2차원적인 직물디자인은, 그 미적
인 요소가 실용적 기능과 분리되어 인식되고, 지적·문화적 창작으로서 예술의 범위
에 속하며 저작자의 스스로의 노력에 의하여 만들어져 창작성도 인정되므로 저작물
성이 인정된다.”고 판시하면서 저작권의 보호를 인정하였다.²⁴⁾

그 후 생활한복 사건에서도 위 대법원 판결을 그대로 되풀이하여 생활한복은 그
제작경위와 목적, 외관 및 기능성의 특성 등 제반사정에 비추어 볼 때 저작권법의

23) 대법원 1996. 2. 23. 선고 94도3266 판결

24) 서울민사지방법원 1995. 1. 27. 선고 93가합48477 판결, 위 판결은 대법원 1996. 2. 23. 선고
94도3266 판결에 따라 상급심에서 파기되었다.(서울고등법원 1996. 5. 16. 선고 95다19473 판
결)

보호대상이 되는 저작물에 해당하지 않는다고 판시하였다.²⁵⁾ 그에 따라 하급심 판결들은 봉황무늬의 직물도안²⁶⁾, 플라스틱 쟁반의 과일 그림²⁷⁾, 전기보음밥통의 꽃무늬 문양²⁸⁾, 봉제완구인 뽀빠이 곰인형²⁹⁾ 등 응용미술작품의 저작물성이 문제된 사안에서 저작물성을 부인하였다.

하급심에서는 피고인들이 피해자의 미술저작물인 목주반지를 복제·판매함으로써 피해자의 저작권을 침해하였다는 공소사실에 대하여, 피해자가 저작권 등록한 목주반지의 기본적인 형상이나 모양 및 그 구성요소와 배치 등 디자인이 피해자의 창작물로서 그 이용된 물품인 목주반지와 구분되어 독자성을 인정하기 어렵고, 나아가 피해자의 목주반지 디자인이 저작권법의 보호대상인 응용미술저작물에 해당한다 하더라도 목주반지가 1987. 7. 1. 이전에 고안되어 구 저작권법(1986. 12. 31. 법률 제3916호로 전문 개정되기 전의 것)의 보호를 받지 못한 이상, 현행 저작권법에 의하여도 보호받을 수 없다는 이유로 무죄를 선고하였다.³⁰⁾

현행 저작권법 시행 이후인 히딩크 넥타이 사건에서 대법원은 “위 도안이 우리 민족 전래의 태극 문양 및 팔괘문양을 상하 좌우 연속 반복한 넥타이 도안으로서 응용미술작품의 일종이라면 위 도안은 ‘물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물’에 해당한다고 할 것이며 또한 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것이라면 저작권법 제2조 제11의 2호에서 정하는 응용미술저작물에 해당한다.”고 판시하였다.³¹⁾ 히딩크 넥타이 사건으로 그 전의 대법원 판결이 변경된 것이라고 보는 견해가 있다.³²⁾

나. 영국

영국법상 “예술적 숙련품(works of artistic craftsmanship)”은 아직까지도 확실하게 정립되지 않은 부분이다. 작품의 기능, 디자이너의 의도, 작품이 미적 감성을 느끼게 하는지 여부, 디자이너가 예술가인지 장인인지, 작품이 예술적이거나 창조적인지 등 여러 가지 테스트가 예술적 숙련품인지 판단하는데 행해져 왔다.

예술적 숙련품과 관련되어서는 선도적 사례라고 할 수 있는 George Hensher

25) 대법원 2000. 3. 28. 선고 2000도79 판결

26) 서울지방법원 1997. 8. 22. 선고 97가합26666 판결

27) 서울고등법원 1999. 7. 21.자 99라74 결정

28) 수원지방법원 2000. 5. 4. 선고 99노4546 판결

29) 서울지방법원 남부지원 2001. 5. 25. 선고 2000가합7289 판결

30) 서울중앙지방법원 2006. 2. 9. 선고 2005노3421 판결

31) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003도7572 판결

32) 박성호, “미술저작물의 저작권 보호 : 서론적 고찰”, 『인권과 정의』, 1996, 359, p. 89.

Ltd. v. Restawile Upholstery Ltd. 판결³³⁾이 있다. 이 사건에서 2개의 의자와 1개의 등받이 의자로 구성된 거실가구 드로잉의 전형적 모델에 대한 저작권 보호가 거부되었다. 이 사건에서 9가지의 분리된 접근이 제시되었는데 명확하지 않다. Lords Simon과 Kilbrandon은 작품을 만드는 사람의 의도가 가장 중요하다고 주장한다. 그에 반해서 Lord Reid는 의도는 결정적이지 않고 보호받아야 할 필요성도 없다고 주장한다. 작품은 명백히 예술적 숙련에 의해 만들어져야 한다는 것이다. Lord Morris는 저작권 보호를 받기 위해서는 예술적이라는 성격 또는 장점을 가지고 있는지가 중요하며 미술가의 의도는 그다지 중요하지 않다고 한다. Viscount Dilhorne은 작품의 기능적 감각이 저작권 보호에 방해가 되어서는 안 된다고 주장한다.³⁴⁾

Merlet v. Mothercare plc 판결³⁵⁾에서 Walton J 판사는 유아용 소파(raincosy)에 대한 저작권 보호를 거부했다. 창작자인 Mme Merlet이 미적인 고려 없이 그녀의 어린아이를 스코틀랜드에 데리고 갈 때 예상되는 고지대의 여름의 어려움으로부터 보호하려는 것이었다고 본 것이다.

Shirin Guild v. Eskandar Ltd. 판결³⁶⁾은 Merlet v. Mothercare plc 판결의 영향을 받았는데 Rimer J 판사는 두 가지 테스트를 제시했다. 첫 번째 그 창작물은 장인의 숙련에 의해 정교하게 만들어진 것이 틀림없다는 것이고, 두 번째로 그것은 미술작품이라는 것이다. 여기서 그 장인이 의도적으로 예술 작품을 만들려고 했는지는 반드시 필요한 요건이 아니라고 한다.

Vermaat v. Boncrest Ltd. 판결³⁷⁾에서 조각천을 이어 맞춘 침대 덮개는 예술적 숙련품으로 보기에는 예술적이거나 창의적이지 못하다고 판시했다. 이 판결은 손으로 뜬 스웨터와 카디건이 춤추는 양과 골프하는 키위를 묘사한 여러 사람에 의해 뜨개질한 것을 예술적 숙련품으로 볼 수 있다고 한 뉴질랜드의 Bonz Group Ltd. v. Cooke 사건 판결³⁸⁾에서 영향을 받은 것이다.

다. 미국

① 기준

미국법에 의하면 공예저작물도 그 모양이 기계적 또는 실용적인 면이 관련되지

33) *George Hensher Ltd. v. Restawile Upholstery Ltd.* [1975] RPC 31

34) Simon Stokes, *Art and Copyright* (Rev. ed. Portland:Hart Pub, 2003), pp. 36-37.

35) *Merlet v. Mothercare plc* [1986] RPC 115

36) *Shirin Guild v. Eskandar Ltd.* High Court 2 February 2001 ; Rimmer J ; [2001] FSR 38.

37) *Vermaat v. Boncrest Ltd.* [2000] EIPR N-151

38) *Bonz Group Ltd. v. Cooke* [1994] 3 NJLR 216

않는 한 미술저작물에 포함되는 것으로 본다. 실용품의 의장은, 회화, 도면 및 조각의 특성을 가지고 있고 그것이 그 물품의 실용적인 면과 별도로 구별될 수 있고 또한 독립하여 존재할 수 있는 범위에 한해서만 회화, 도면 및 조각 저작물로 간주한다.³⁹⁾ ‘실용품’이란 단순히 그 물품의 외관을 나타내거나 정보를 전달함에 그치지 않고 본질적으로 실용적인 기능을 가지는 물품을 의미한다. 정상적으로 실용품의 일부분인 물품도 실용품으로 간주된다.⁴⁰⁾

미국에서 실용품의 디자인에 대한 저작권의 보호범위를 결정함에 있어서 다음과 같은 세 가지의 경제적인 고려사항이 있었다. 첫째, 가위나 클립과 같은 실용품의 경우에 모양은 기능에 의해서 요구되는 것이다. 만약 어느 제조업자에게 그러한 실용품의 디자인에 대해 저작권 보호를 한다면 다른 사람들로 하여금 같은 물건을 전혀 만들지 못하게 해 버릴 수 있다. 둘째, 소비자의 선호가 때때로 난로와 같은 실용품에 대해 단일한 모양을 요구한다. 사람들은 단순히 일상 생활용품에 똑 같은 방법으로 보기를 기대하고 희망한다. 그러한 모양에 대해 제작자에게 독점을 부여하는 것은 또한 반경쟁적이다. 셋째, 기하학적인 모양이 관련되어 있는 경우, 원, 정사각형, 직사각형, 타원과 같이 제한된 수의 기본적인 모양만이 있다. 그러한 모양은 명백히 공공영역에 있으며 따라서 그러한 특별한 모양을 사용하는 것에 독점을 부여하는 것은 그것이 미적으로 실용품이 잘 통합되어 있다 하더라도 불공정하다.⁴¹⁾ 1976년 저작권법 제정 당시 의회보고서는 자동차, 비행기, 숙녀복, 음식조리기, TV세트 또는 다른 산업제품이 실용적인 면으로부터 “물리적으로 또는 관념적으로” 분리되어 확인할 수 있지 않는 한 그 디자인은 저작권으로 보호될 수 없다고 하였다.⁴²⁾ 그러나 저작권의 보호를 받는 미술과 보호받지 못하는 디자인 사이를 구분하는 경계는 분명하지 않다.

② 저작권의 보호를 긍정한 판례

Mazer v. Stein 판결⁴³⁾은 반유리도자기로 만든 남자와 여자가 춤추는 모양의 작은 조상에 대한 저작권의 유효 여부와 관련된 것이었다. 피상고인은 위 조상을 전등의 받침으로 혹은 조상 그 자체로 판매하여 왔는데 상고인은 허락 없이 위 조상을 복제하여 전등에 붙여 판매하였다. 연방대법원은 산업상의 용도로 사용되는 조상은 오직 특허로만 보호될 수 있다는 상고인의 주장을 배척하면서 조상이 전등으

39) 17 U.S.C. § 101

40) *Ibid.*

41) 장주영, 『미국 저작권 판례』(서울:육법사, 2003), pp. 95-96.

42) 위의 책, p. 96.

43) Mazer v. Stein 347 U.S. 201 (1954)

로 적합하든 적합하지 않든, 특허로 보호될 수 있다는 가능성이 미술저작물로서 저작권의 보호를 배제하는 것은 아니라고 판단했다. 법원은 특허와 달리 저작권은 공개된 예술에 대한 배타적인 권리를 부여하지 않으며 아이디어가 아닌 아이디어의 표현만을 보호하고 저작권은 새로움 또는 발명 보다는 독창성을 보호한다고 판시했다.

Kieselstein-Cord v. Accessories by Pearl, Inc. 판결⁴⁴⁾은 향소인이 수공예로 만든 버클과 관련된 것이었다. 지방법원은 버클의 미술적 특징들이 분리 가능하지 않고 독립적으로 존재하지 않는다는 이유로 버클에 대한 저작권은 무효라고 판결하였다. 연방제2항소법원은 버클을 허리가 아닌 다른 신체 부위에 장식품으로 이용하는 사람들처럼 향소인의 벨트 버클에서 관념적으로 분리될 수 있는 조각적인 요소를 발견할 수 있다고 판시했다. 따라서 버클의 본래의 장식적인 면은 부수되는 실용적인 기능과 관념적으로 분리될 수 있다고 하면서 지방법원의 판결을 파기했다. 이 사건의 경우 버클의 장식된 부분이 실용적인 기능에 의해서 요구되지 않는다는 점이 주된 원인이 된 것으로 보인다. 미술적이고 미적인 특징들이 실용품에 덧붙여진 것으로 또는 추가된 것으로 인식될 수 있다는 것이다.

③ 저작권 보호를 부정한 판례

Esquire, Inc. v. Ringer 판결⁴⁵⁾은 옥외용 가로등의 저작물성이 문제되었다. 1976년 개정법을 적용한 최초의 사례였는데 법원은 물리적인 분리 가능성의 기준을 적용하여 저작물성을 부정했다.

Norris Industries, Inc. v. International Tel. & Tel. Corp. 판결⁴⁶⁾은 자동차 바퀴덮개에 대한 저작권 등록과 관련된 것으로서 1) 바퀴덮개가 실용적인가 또는 장식적인가, 2) 실용적이라 하더라도 저작권의 보호를 받을 수 있는, 분리할 수 있는 미술적인 요소가 있는지가 문제되었다. 연방제11항소법원은 바퀴살의 모양은 바퀴덮개와 분리될 수 없는 요소로서 바퀴살은 바퀴테두리와 축에 붙어 있는데 바퀴살이 제거되면 그 모양은 없어진다고 사실 관계를 확정했다. 따라서 바퀴덮개가 물리적으로 또는 관념적으로 분리가 가능한 미술저작물을 가지고 있지 않은 실용품으로서 저작권의 보호를 받을 수 없다는 판시하면서 지방법원의 판결을 유지했다.

Carol Barnhart Inc. v. Economy Cover Corp.⁴⁷⁾ 판결에서 Barnhart는 목, 팔과 등이 없는 실물 크기의 상반신 토르소 4개를 만들었다. 각기 2개의 남녀 토르소는

44) Kieselstein-Cord v. Accessories by Pearl, Inc. 632 F.2d 989 (2d Cir. 1980)

45) Esquire, Inc. v. Ringer 591 F.2d. 796, 199 U.S.P.Q. 1 (D.C. Cir. 1978)

46) Norris Industries, Inc. v. International Tel. & Tel. Corp. 696 F.2d. 918 (11th Cir. 1982)

47) Carol Barnhart Inc. v. Economy Cover Corp. 773 F.2d 411 (2d Cir. 1985)

하나는 셔츠와 스웨터를 전시하기 위해 벌거숭이로, 다른 하나는 스웨터와 재킷을 전시하기 위해 셔츠를 입은 모습으로 만들어졌다. Economy가 위 토르소를 복제하여 판매하자 Barnhart는 저작권침해의 소를 제기했다. 뉴욕동부연방지방법원은 위 토르소는 실용품으로서 그 형태로부터 물리적이든 관념적이든 분리하여 존재할 수 있는 미적인 특징이 없으므로 저작권으로 보호받을 수 없다고 판결하였다. 연방 제2항소법원도 토르소는 미술적인 또는 미적인 특징으로 주장되는 특징-실물 크기의 가슴과 넓은 어깨 등-은 실용적인 특징, 즉 옷의 전시와 불가피하게 얽혀 있다고 판시하면서 지방법원의 판결을 유지했다. 토르소가 미적으로 만족스러운 특징들을 가지고 있고 그 특징들을 전체적으로 고려하더라도 관념적으로 실용적인 기능과 독립적으로 존재하는 것으로 여겨질 수 없다는 것이다. Mansfield 판사는 이 사건은 Kieselstein-Cord v. Accessories by Pearl, Inc. 사건과는 다르다고 보았다. 버클에 있어서 독특한 미술적인 디자인은 전체적으로 실용적인 기능의 수행에 필요하지 않아서 Kieselstein-Cord의 버클을 독특하게 보이게 하는 어떤 형태의 장식이 없어도 만족스럽게 그 기능을 수행할 수 있지만 토르소가 실용적인 기능을 수행하기 위해서는 반드시 가슴의 윤곽과 넓은 어깨를 가지고 있어야 한다는 것이다.

Brandir International Inc. v. Cascade Pacific Lumber Co. 판결⁴⁸⁾은 Brandir가 제작 판매해오던 자전거보관대인 리본랙(RIBBON Rack)과 관련된 것이었다. Brandir는 Cascade가 비슷한 제품을 판매하는 것을 발견하고 저작권청에 저작권등록을 신청하였으나 실용품의 모양과 구분되어 저작권으로 보호받을만한 회화, 도면 또는 조각작품으로서 독립적으로 존재할 수 있는 요소가 없다는 이유로 등록이 거부되었다. Brandir는 Cascade와 저작권청을 상대로 저작권침해의 소를 제기하였다. 뉴욕남부 연방지방법원은 Brandir의 청구를 기각하였다. 연방제2항소법원 Oakes 판사는 자전거보관대의 형태는 실용적인 관심에 의해 상당한 정도로 영향을 받았고 어떤 미적인 요소가 실용적인 요소로부터 관념적으로 분리될 수 있다고 말할 수 없다고 판시했다. 그것은 설명 리본랙을 착안하게 한 원래의 조각작품이 저작권으로 보호받을 수 있다고 하더라도 마찬가지라는 것이다. 판시에 따르면 디자이너가 리본랙을 만들면서 실용적인 목적을 수용하고 또 향상시키기 위해서 원래의 미적인 요소를 고쳤다. 바뀐 디자인특징은 자전거를 세워두기 쉽게 고리를 넓게 하고 보관대를 땅에 고정시키기 위한 수직적인 형태, 모든 종류의 자전거와 모터자전거에 적합하도록 한 것 등인데 이는 안전하고 튼튼하며 관리가 필요 없는 자전거주차장치를 만들기 위해 결합한 특징이다. 굽어 있는 형태는 전통적인 기존의 장치 보다 두 배나 더 주차할 수 있는 공간을 허용하고 있다. 따라서 리본랙이 미적인 특성만으로 칭찬받을만한 가치가 있는 반면에 그림에도 불구하고 여전히 산업디자인의 제품으로 남아 있고 형태와 기능은 불가분으로 섞여 있다고 판시한 것이다. 그런데 Oakes 판사가 관념적

48) Brandir International Inc. v. Cascade Pacific Lumber Co. 834 F.2d 1142 (2d Cir. 1987)

인 분리 가능성을 평가하기 위해 가장 좋은 방법이라고 하면서 이 사건 판결의 척도로 사용한 Robert Denicola 교수의 이론을 불 필요가 있다. Denicola 교수는 산업디자인의 지배적인 특징은 비미적인, 실용적인 관심의 반영이므로 저작권의 보호 여부는 결국 기능적인 고려에 의해서 배제되지 않는 예술적인 표현을 반영하고 있는 정도에 달려 있다고 제안한다. Denicola 교수의 방식은 만약 디자인 요소가 미적인 고려와 기능적인 고려의 합체를 반영하고 있다면 미적인 면은 실용적인 요소와 관념적으로 분리될 수 있다고 말할 수 없다. 거꾸로 만약 디자인 요소가 기능적인 영향으로부터 독립된 디자이너의 미적 판단을 반영하고 있는 것으로 특정될 수 있다면 관념적인 분리 가능성은 존재한다는 것이다.

Garenia Flowers, Inc. v. Joseph Markovits, Inc 판결⁴⁹⁾에서는 여성복의 어깨나 가슴에 다는 장식용 꽃다발 제작을 위한 플라스틱 꽃의 배치에 대해서 미술저작물로서 보호받을 수 있는 최소한도의 창작성조차 결여되어 있어서 저작권법에 의해 보호되지 않는다고 하였다.

라. 일본

일본의 판례와 학설은 일품 제작된 미술공예품 이외의 것에까지 보호의 범위를 넓히고 있지만 판례의 다수는 응용미술의 보호요건에 관해 통상의 미술저작물과는 구별을 하고 있다. 즉, 응용미술에 대해서는 실용품 측면을 떠나 미의 표현에 있어서 실질적 제약을 받지 않고 오로지 미의 표현을 추구하여 제작된 것으로 인정되는 경우라든가, 감상의 대상으로서 회화·조각 등의 순수미술과 동일시 할 수 있는 경우에 미술저작물로서 보호된다고 하고 있는 것이다.⁵⁰⁾

일본 법원은 티셔츠에 도안으로 인쇄된 그림에 대해 미술저작물로서의 보호를 긍정하면서 “객관적·외형적으로 회화, 조각 등의 순수미술과 동일시할 수 있는 것이라 할 수 있기 위해서는 주관적인 제작목적은 제외하고, 객관적·외형적으로 보았을 때에 오로지 아름다움의 표현을 추구하여 제작된 것으로 보이는 미적 창작물일 것을 필요로 하고, 그러한 요건을 충족한 실용 목적의 도안·모형은 저작권법상 미술저작물로서 보호받지만 역으로, 실용에 제공하거나 또는 산업상 이용할 목적을 위해 아름다움의 표현에 있어 실질적 제약을 받고 제작된 것이 객관적·외형적으로 간취될 수 있는 것은 오로지 아름다움의 표현을 추구한 것, 즉 회화, 조각 등의 순수미술과 동일시할 수 있는 것이라고 말할 수 없고 이것들은 현행 저작권법상 저작물로서 보호받지 못하며 오로지 의장법이나 상표법에 의한 보호에 맡겨지는 것이 당연한 것이다.”라고 판시한 바 있다.⁵¹⁾

49) Garenia Flowers, Inc. v. Joseph Markovits, Inc., 280 F.Supp. 776 (S.D.N.Y. 1968)

50) 中山信弘, 윤선희(편역), 『저작권법』(서울:법문사, 2008), p. 127.

반면, 조형미술작품인 무대장치만을 분리하여 미술저작물로서 보호할 수 있다는 관례도 있다.⁵²⁾ 후지 텔레비전의 심벌마크로 알려진 ‘눈알 모양의 마크’에 대하여 이 마크는 1975년 지명경쟁을 통해 채택되어 저작권 등록이 이루어진 것으로서 저작물에 해당한다고 판시하였다.⁵³⁾

위와 같은 ‘분리 가능성’이 아닌 다른 기준으로 판단한 예도 있다. 나뭇결 문양의 화장지 사건에서 “실용품의 모양 등으로 사용될 것을 목적으로 하여 제작된 것이라도 예를 들어 저명한 화가에 의하여 제작된 것과 같이 예술성(즉, 사상 또는 감정의 고도로 창작적인 표현)을 가져 순수미술로서의 성질도 긍정하는 것이 사회통념에 부합되는 것일 때는 이를 저작권법상의 미술저작물에 해당한다고 해석할 수도 있는 것”이라고 판시한 것이다.⁵⁴⁾

한편, 일본 하급심 법원은 오윤마크는 비교적 간단한 도안 모양에 지나지 않는다고 인정되므로 미술저작물성을 인정하기 어렵다고 하였다.⁵⁵⁾ 성인용 사이트의 흥보 및 링크를 위한 용도로 웹디자인에 의하여 제작된 특정한 문구를 포함한 배너에 대하여 미술저작물성과 어문저작물성을 겸유하고 있는 것으로 보았다.⁵⁶⁾

마. 기타

호주 법원은 Coogi Australia v. Hysport International 판결⁵⁷⁾에서 컴퓨터를 이용해서 대량으로 디자인된 직물의 바느질 구조는 예술적 숙련품으로 볼 수 있다고 판결했는데 이는 Henschel 판결을 따른 것이었다. 법원은 예술적 숙련품은 손으로 만든 것에 한정되지 않고 반드시 1명이 만들어야 하는 것은 아니라고 판시했다.

5. 한정판(limited edition)

대한민국을 비롯해서 프랑스, 영국, 미국, 일본 등도 판화를 저작권자의 보호 대상으로 명시하고 있다. 특히, 미국의 많은 주들은 제한된 한정판의 판매와 광고에 대한 법을 가지고 있다. 캘리포니아·조지아·하와이·일리노이·메릴랜드·미시간·미네소타·뉴욕·노스캐롤라이나·오레곤·사우스캐롤라이나주에 이러한 법이

51) 東京地裁 1981. 4. 20. 선고 昭51(㉿) 10039 판결

52) 東京地裁 1999. 3. 29. 判決, 判例時報 제1689호 p. 138. ; 박성호, 앞의 글, p. 90.에서 재인용

53) 東京地裁 1996. 8. 30. 判決, 判例時報 제1587호 p. 139. ; 위의 글, p. 91.에서 재인용

54) 東京高裁 1991. 12. 17. 선고 平2(ネ) 2733 판결

55) 東京地裁 1964. 9. 25. 자 昭39(ㄴ) 제5594호 결정

56) 名古屋地裁 2005. 6. 30. 선고 平16(フ) 3697, 平16(フ) 4834 판결

57) Coogi Australia v. Hysport International [1998] FCA 1059 (21 August 1998)

있다. 원래 이러한 규정은 판화에 초점이 맞춰져 있는데 이제는 조각이나 사진과 같이 다른 재료에 의한 경우도 규율한다.

6. 서예·서체

대한민국 대법원은 서예에 대해서 서예가가 연구하고 체계화한 글씨체로서 작품화한 서체는 서예가의 ‘사상 또는 감정을 창작적으로 표현한 지적·문화적 정신활동의 소산’으로서 하나의 독립적인 예술적 특성과 가치를 가지는 창작물이라고 판시했다.⁵⁸⁾ 서예가 미술저작물에 포함되는 것은 저작권법 규정상 명백하다.

서체에 대해서는 저작물성을 인정하는 학설과 부정하는 학설이 대립한다. 대한민국 대법원은 저작물 등록관청의 심사권한의 범위와 관련하여 서체 도안의 저작물성이 문제된 사건에서 저작물성을 부인하였다.⁵⁹⁾ 대법원이 든 이유는 두 가지이다. 하나는 대한민국 저작권법이 서체도안의 저작물성이나 보호의 내용에 관하여 명시적인 규정을 두지 않고 있다는 것이다. 다른 하나는 인쇄용 서체도안은 인쇄기술에 의해 사상이나 정보 등을 전달한다는 실용적인 기능을 주된 목적으로 하여 만들어진 것임이 분명한데 실용적인 기능을 주된 목적으로 하여 창작된 응용미술작품은 거기에 미적인 요소가 가미되어 있다고 하더라도 그 자체가 실용적인 기능과 별도로 하나의 독립적인 예술적 특성이나 가치를 가지고 있어서 예술의 범위에 속하는 창작물에 해당하는 경우에만 저작물로서 보호된다고 해석된다는 점이다.

이와 달리 디자인 서체에 대해서는 미술저작물로 볼 수 있는지에 대한 견해가 대립될 수 있다. 일본 하급심 판결에서 장식적인 로고로 이루어진 ‘POPEYE’ 문자에 대하여 서예와 같이 오로지 감상의 대상으로 미를 표현한 것이 아니고 문자적 의미의 전달을 위한 수단으로서 실용적인 것이라는 이유로 저작물성을 부정한바 있다.⁶⁰⁾ 일본 최고재판소는 맥주회사의 상품포장인 ‘Ashahi’를 도안화한 문자에 대해 일정한 범위 내에서 디자인적 특징이나 이를 연구한 점은 인정되지만 이 정도의 디자인적 요소를 부가한 것만으로는 미적 창작성이 감득될 수 없다고 하면서 로고마크의 저작물성을 인정하지 않았다.⁶¹⁾

일본 대심원은 타인의 서풍(書風)이나 화풍(畫風) 자체는 저작권법상 보호의 대상이 아니므로 타인의 서풍이나 화풍을 모방하여 회화를 작성한 경우 그것이 원저작물에 대하여 저작권을 침해한 것이 아닌 이상 저작권 침해가 되지 않는다고 하였

58) 대법원 1998. 1. 26. 선고 97다49565 판결

59) 대법원 1996. 8. 23. 선고 94누5632 판결

60) 東京地裁 1990. 2. 19. 선고 昭59(フ) 제10103호 판결

61) 最高裁 1998. 6. 25. 선고 平8(オ) 제1022호 판결

7. 원주민 미술(Aboriginal Art)

원주민 또는 민간전승 미술에 대해서 저작권의 보호를 할 것인가 하는 문제가 있다. 민화, 민요, 민속악기 또는 민속무용 등 토착의 공동체에서 확인되지 않은 다수의 민간인들에 의하여 구전되어 보전되어온 한 민족, 한 국가의 문화유산과 관련된 것이다. 이러한 원주민 미술은 저작권 보호를 받는데 여러 가지 문제점이 있다. 첫째 ‘창작성’의 문제가 있다. 호주의 Milpurrru and Others v. Indofurn Pty Ltd. and Others 사건은 원주민 미술가인 Milpurrru의 3명의 토착미술가가 베트남에서 만든 카펫을 수입하는 회사를 상대로 소를 제기한 것이다. 호주의 「Administration and Probe Act 1988」에 의하여 원주민 미술에 대한 재산권을 부여받은 Milpurrru 외 3명은 미술작품들의 디자인을 복제했다는 이유로 회사를 상대로 소를 제기했다. 법원은 이 사안에서 작품은 전통 토착미술을 따른 것이고 꿈의 테마에 기초한 것이었지만 작품이 세부적으로 복잡하고 대단한 기술과 원작성을 가지고 있는 것이라고 하면서 저작권의 보호를 받아야 한다고 판시했다.⁶³⁾ 즉 원주민 미술이라고 해도 창작적 계승이 아니면 보호받을 수 없다는 취지이다. 둘째 ‘저작자’의 문제이다. 원주민 미술은 작가를 확정하기 어려운데 영국의 CDPA는 ‘집단 작가(communal author)’를 인정하지 않고 있다. 셋째 원주민 미술을 포함한 민간전승물이 공공영역이 되었을 때 어떻게 처리할지의 문제가 있다. 저작물의 보호기간은 대부분 70년 정도인데 그 이후에는 공유의 영역에 포함된다. 넷째 저작물에 있어서 요구되는 ‘고정’의 요소인데 보디 페인팅과 같은 경우 ‘고정’이 되지 않는다. 다섯째 저작권권은 사적 개념인데 민간전승물은 공동체의 것이라는 문제가 있다. 저작권권은 그 피해가 집단적이기 때문에 보호에 적절하지 않다는 것이다. 또 작품의 스타일을 복제하는 것은 아이디어 표현 이분법에 의해 저작권 보호 대상이 아니라는 것도 문제가 된다.⁶⁴⁾

II. 현대적 의미의 미술저작물

62) 大審院 1937. 9. 16. 선고 昭12(ㄷ) 제1035호 판결

63) Stokes, *op. cit.*, p. 141.

64) *Ibid.*, pp. 141-142.

1. 전유미술(Appropriation Art)

전유미술은 모작(模作), 도작(盜作) 자체로부터 표현 형식을 묻는 시뮬레이션 아트의 한 형태이다. 예를 들면 피카소(Pablo Ruiz Picasso)의 작품을 그대로 그려놓고 “이것은 피카소가 아니다.”라는 이름을 붙인다. 이것은 페러디 이상의 페러디로서 스스로의 이미지네이션을 포기한다는 아이디어에 의한다. 이러한 미술은 다다이즘, 초현실주의, 팝 아트에서 기원을 찾을 수 있는데 포스트모더니즘에 기초를 두고 있다. 전유미술을 ‘원작’이라고 할 수 있는지가 문제된다. 전유미술가들은 스스로 표절이나 저작권 침해를 허용하기도 한다.⁶⁵⁾

2000년에 터너상을 수상한 Glenn Brown의 「세퍼드의 사랑 2000(The Loves of Shepherds 2000)」은 ‘영감’이나 ‘전유’가 어느 정도에 이를 때 저작권 침해가 되는지에 대한 사회적 논란을 불러 일으켰다. 이 작품은 Robert A. Heinlein의 소설 「두개의 별(Double Star)」에 대한 Anthony Robert의 의 책 재킷을 전유한 것이 틀림없었다. 그러나 많은 미술 평론가들은 이 작품은 재킷에 영감을 얻었지만 상당한 재주와 독창성으로 작품을 만들었다고 보았다. Glenn Brown은 더 타임즈와의 인터뷰에서 “나는 Robert의 작품을 크기와 색에 있어서 근본적으로 변화시켰다.”고 주장했다.⁶⁶⁾ 2000. 5.에는 유명한 영국 미술가 데미안 허스트(Damien Hirst)가 1백만 파운드에 팔리는 「찬송가(Hymn)」이라는 그의 20미터짜리 동상이 장난감 회사를 경영하는 Humbrol의 14.99 파운드짜리 “젊은 과학자의 해부 세트”를 그대로 베꼈다는 주장에 대해 확인되지 않은 금액을 주었다고 보도되기도 하였다.⁶⁷⁾

미국 법원은 Rogers v. Koons 사건⁶⁸⁾은 Art Rogers가 독일산 세퍼드 강아지 8마리를 품에 안고 나란히 의자에 앉아 있는 남자를 찍은 사진을 조각가 제프 쿤스(Jeff Koons)가 그대로 모작하여 목제 조각품을 만든 것이었다. 쿤스는 자신의 조각이 일종의 페러디이고 정당한 사회 비평이며 이미지 차용은 공정이용에 해당한다고 주장하였다. 그러나 1심과 2심 법원 모두 공정이용에 해당하지 않는다고 판결하였다. 이러한 판결에는 쿤스가 Rogers의 작품 전체를 이용하고 있으며 또 쿤스가 상업적인 성향이 짙은 미술가라는 점이 작용한 것으로 보인다.⁶⁹⁾

2. 미니멀리즘(Minimalism)

65) *Ibid.*, pp. 125-126.

66) *Ibid.*, p. 134.

67) http://www.brain-juice.com/cgi-bin/show_bio.cgi?p_id=117 (검색일 : 2010. 5. 5.)

68) Rogers v. Koons, 960 F.2d 301 (2d Cir. 1992).

69) 천혜선, “한국의 미술 저작물 보호에 관한 연구”, 서울대학교 석사학위논문, 2007, p. 74.

미니멀리즘은 리처드 볼하임(Richard Wollheim)이 정의했듯이 ‘축소된 제작 형식 만큼이나 축소된 내용을 갖는 예술’을 말한다. 그래서 미술가는 자신의 개성 노출을 최소한으로 줄이고자 한다. 이는 회화의 평면성을 극복하기 위해 미술가들이 선택한 극단적인 방법이다. 이러한 미니멀리즘은 사물을 반복적이고 기계적으로 배열하는 객관적인 방법으로 작품을 표현하였는데 이는 작품에서 미술가의 주관을 배제하기 위함이었다. 또 미니멀리스트들은 레디메이드 작가들과는 달리 기성품을 이용하기 보다는 완성품이 아닌 기본 물질을 수용했는데 강철, 플렉시 박스 등이 그것이다. 이러한 재료들은 미술가의 손을 직접 거치지 않고 공장 등에서 주문 제작되었으며 미술가가 작품을 위해 하는 일은 설계와 설치 정도였다. 미니멀리스트들은 레디메이드 작가들 보다는 좀더 적극적으로 작품에 참여하고 있지만 그들에게도 역시 작품을 구성하는 주요소는 아이디어였다.⁷⁰⁾ 1960년대 미국에서 미니멀 아트가 시작되었을 당시 많은 미술 이론가들은 평범하고 꾸밈이 없는 3차원의 외형을 가진 사물을 미술 혹은 예술로 받아들이기를 거부했다. 그들이 보기에 이들 작품은 ‘사물(object)’ 이외에는 아무 것도 아니었기 때문이다. 도널드 저드(Donald Judd)는 이러한 새로운 미술경향에 대해 “새로운 예술은 회화도 조각도 아니어야 한다.”고 주장했고,⁷¹⁾ 로버트 모리스(Robert Morris)는 자신의 논문 “조각에 관한 소고(Notes on Sculpture)”에서 ‘확대된 개념의 조각’이라는 용어를 사용하여 미니멀리즘의 성격을 논했다.⁷²⁾

이러한 미니멀리즘 작품도 최소한의 창작성만을 요구하고 있는 저작권법의 보호범위에 당연히 포함된다고 생각된다. 서머셋 모움(William Somerset Maugham)은 흰색 바탕 위에 몇 개의 붉은 선과 붉은 선 하나로 된 몬드리안(Pieter Cornelis Mondriaan)의 그림을 가리키면서 “누구도 그런 그림을 쉽게 그릴 수 있다고 생각하지만 한번 시도해보라.”라고 말했다.⁷³⁾ 이처럼 미니멀리즘 작품이라고 하여 창작성이 없는 것은 아니고 따라서 저작권법에 의한 보호를 받아야 하는 것이다.

3. 디지털 아트

가. 현황

70) 위의 글, pp. 68-69.

71) Donald Judd, *Specific Art Since 1945* (Thames & Hudson, 2003), p. 106.; 위의 글, p. 68. 에서 재인용

72) Daniel Wheeler, *Art Since Mid-Century* (Thames & Hudson, 1991), p. 220. ; 위의 글에서 재인용

73) Stokes, *op. cit.*, p. 127.

모더니즘 미학은 실용적·기능적 예술을 창조하기 위해 미술과 기술을 통합하려고 시도했다. 많은 사람들은 뉴 미디어를 시스템, 장비, 일반적 기술과 기술적 특성에 의한 산물을 의미하는 개념으로 사용한다. 인터넷, 고화질 텔레비전, 시디롬(CD-ROM), 디브이디(DVD)와 비디오 게임이 오늘날 뉴미디어의 사례이다. 뉴미디어는 우리가 상호 의사소통을 하는 방식을 바꾸고 우리를 둘러싼 환경을 변화시켰다. 뉴미디어의 발달은 미술에 있어서도 표현 양식과 수단, 미술법과 미술 사업에 있어서도 큰 변화를 가져오고 있다. 장 보드리야르(Jean Baudrillard)는 ‘이미지 증식’이라는 용어를 통해 우리가 이미지로 넘쳐 나는 세상에 살고 있음을 인식하게 한다. 예술 지향적인 비디오의 역사는 일반적으로 1965년 대한민국 출신의 비디오 예술가 백남준의 작업에서 시작된다고 본다.⁷⁴⁾ 컴퓨터와 인터넷을 매체로 한 디지털 미디어 아트는 이미지를 정보의 차원으로 전환하며 이미지의 합성과 편집 등의 기능을 강화하는 가운데 작품 자체의 탈물질화를 초래한다. 또 작품은 미술가에 의해 완결되는 것이 아니라 이용자들의 상호작용을 통해 생성되는 프로세스적 측면을 가진다. 첨단 기술이 발달하면서 시디롬이나 웹 사이트를 통해 미술관을 관람할 수 있게 되었으며, 가상 미술관이라는 새로운 개념이 생겨났다. 이로 인해 전통적 큐레이터 체계는 무의미하게 되었으며 관람객 스스로 작품을 선택하고 그것을 자신의 홈페이지에 올려 자신만의 미술관, 즉 벽 없는 미술관을 만들 수도 있다.⁷⁵⁾

화가들이 컴퓨터를 이용한 것은 1960년대와 1970년대였지만 처음에는 화가 보다는 프로그래머와 연구원들이 이용했다. 1966년에 미술가와 기술자 사이의 협동을 촉진하기 위해서 ‘미술과 기술 전문가 모임(Experiments in Art and Technology, EAT)’이 결성되었다. EAT는 앤디 워홀(Andy Warhol), 로버트 라우센버그(Robert Rauschenberg), 존 케이지(John Milton Cage Jr.) 등을 끌어들이었다.⁷⁶⁾ 오늘날 미술가들은 작품을 만들기 위해서 디지털 기술을 도구로 사용하고 있다. 디지털 이미징을 변경하여 새로운 이미지를 만드는데 사용하고 있고 디지털 기술은 여러 가지 이미지와 요소들을 혼합하는데 사용된다. 조각을 만들 때도 조각가들은 모델링 소프트웨어를 사용한다. 디지털 아트는 오늘날 주류로 인정받고 있다. 이제는 젊은 미술가들에게 기본적인 공부의 일부가 되어 버렸다.

판매의 불확실성과 보존의 문제에도 불구하고 디지털 아트에 대한 미술계의 관심은 커지고 있다. 화랑에서는 디지털 아트를 판매하고 미술관에서는 그것을 전시하며 수집가들은 구입하고 지원한다. 화랑들은 디지털 아트를 제한된 수량으로 판매하면서 사진이나 판화에 과거에 사용되었던 한정판을 따라하기도 한다. 디브이디나

74) 미학대계간행회(편), 『현대의 예술과 미학』 (서울:서울대학교 출판부, 2007), p. 414.

75) Pam Meecham and Julie Sheldon, *Modern Art : A Critical Introduction*, 이만재·황보화 역, 『현대미술의 이해』 (서울:시공아트, 2004), p. 337.

76) Kristina Mucinskas, "Moral Rights and Digital Art : Revitalizing the Visual Artists' Rights Act?", *University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy*, 2005, 2005, p. 293.

시디롬의 한정된 수량을 구입하면서 미술가의 서명이 된 디브이디나 시디롬을 받고 진품보증서를 받게 되며 백업본을 받는다. 미술가들과 화랑들은 디지털 아트를 팔기 위해 다운로드 에디션으로 판매하고, 보는데 비용을 부과하는 방식(pay-per-view)의 판매를 하기도 한다.

나. 쟁점

디지털 기술을 이용한 작품에 있어서 과연 새로운 작품의 창작자의 실체부터가 문제된다. 미술가인지, 기계인지, 아니면 사람과 기계인지 하는 근본적인 질문부터 하게 되는 것이다.⁷⁷⁾ 디지털 시대에서 미술가와 작품 사이의 관계를 그 이전 시대와 같이 볼 수 있는가 하는 문제가 있다. 컴퓨터 프로그램은 작품의 창작을 가능하게 만들었다. 예술 작품을 생산해내도록 디자인된 소프트웨어의 경우 어떻게 보아야 할 것인지 등 디지털 시대의 기술은 창작물에 대한 심오한 함축을 가지고 서양 미술 전통의 근본적인 개념 중 많은 부분에 도전하고 있다.⁷⁸⁾

Harold Cohen이 1973년에 제작한 Aaron이라는 프로그램이 그 예인데 Aaron은 어떻게 그려질 명령하지 않아도 그림을 그릴 수 있다. 얼굴에 눈 두개, 코 하나를 그리는데 코도 너무 길거나 짧게 그리지 않는다. Aaron은 4,000개 이상의 미술적 법칙을 가지고 있다. 평론가들의 회의적인 시각에도 불구하고 Aaron의 작품은 화랑에서 판매되었다.

컴퓨터가 만들어내는 작품에서 작가는 예술 작품을 만들어내기 위한 목적으로 컴퓨터 프로그램을 만든다. 이러한 상황에서 많은 불명확성이 생겨난다. 프로그램을 디자인한 지적인 능력이 있으므로 컴퓨터 프로그램을 만든 사람을 작가라고 할 수 있겠지만 혼돈스럽고 예상하지 못한 여러 사건들을 만들어낸다면 이 경우에 프로그래머는 최종 작품의 속성을 예상하지 못했음에도 작가라고 해야 하는지 하는 문제가 있다. 작가를 규정하는 어려움은 작품의 본질과 관련된 불명확함 때문이다. 프로그래머의 작품은 미술가의 작품과는 직관적으로 다르게 보인다. 그러나 프로그래머를 작가라고 하지 않으면 작가의 역할을 할 사람이 누구인지 의문이 생긴다. 저작권이 사람의 관여 없이 기계와 연관지어질 수 있는지, 최종 산출물을 만든 컴퓨터 프로그램이 작품인지 아니면 최종 산출물이 작품인지, 작품이 시간을 가지고 진행된다면 어떤 단계에서 최종 작품이 되고 어떤 단계에서는 창작 중에 있는 것이 되는지, 프로그램을 조작하거나 몇 단계 중 일정한 단계를 수행한 사람은 법적으로 예술품 창작에 있어서 어떻게 다루어져야 할 것인가 하는 문제가 있다. 그는 실연

77) Mira T. Sundara Rajan, "Moral Rights in Information Technology : A New Kind of 'Personal Right'?", *International Journal of Law and Information Technology*, 2004, 12, p. 41.

78) *Ibid.*, pp. 49-50.

자인이 아니면 실연자점 작가인가, 아니면 공동 작가인가 하는 것이다. 이용자가 작품의 창작에 참여한 경우에도 작가는 그 작품의 근본을 만들었기 때문에 작가로 인정된다는데 의문이 없다.⁷⁹⁾

작품 완성에 있어 컴퓨터 프로그램이 소리와 색과 이미지를 창조하거나 재생산하는 경우에 새로운 기술은 최종 생산물의 속성에 좀더 직접적인 영향을 미친다. 이러한 새로운 기술은 작가와 창작품의 최종 형태 사이에 개입하게 된다. 이러한 개입 기술의 속성과 범위에 의존하면 창조된 작품은 작가와 최종 작품의 관계의 속성을 근본적으로 변화시킨다. 기술의 영향이 클 경우 이러한 관계는 희박해진다. 신기술과 관련된 효과는 예술 작품을 창작하는 가능성이다. 멀티미디어 작품과 같이 디지털 기술을 이용하는 작품은 저작권법의 기본 개념에 대한 의문을 가져온다. 새로운 멀티미디어 작품이 원래 존재하던 작품으로부터 텍스트, 이미지, 소리를 삽입하였다면 새로운 작품은 '원작'이 될 것인지, 기술에 기초한 새로운 작품이 전통적 작품과 유사하게 작가의 인격을 표현하는지, 이러한 작품의 도용이나 수정이 전통적 작가와 같은 방법으로 작가에게 영향을 주는지 하는 문제가 있다.

다. 판단

여기서 '컴퓨터의 도움을 받은(computer-aided)' 작품과 '컴퓨터가 스스로 만든(computer-generated)' 작품 사이에는 큰 차이가 있다는 점에 주목해야 한다. 영국의 CDPA 제178조는 'computer-generated'를 사람이라는 작가가 없는 것과 같은 환경에서 컴퓨터에 의해 생산된 작품이라고 정의하고 있다. 'computer-aided'의 경우에는 일반 저작물과 다른 취급을 받을 이유가 없다. 'computer-generated'의 경우에도 독창성이 있고 다른 관련 기준을 충족한다면 저작권의 보호를 받아야 할 것이다. 물론 이 구분이 항상 명확하지는 않다.⁸⁰⁾

CDPA 제9조 제3항은 이 경우 '작가'는 "작품 창작에 필요한 배열을 한 사람(the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken)"이라고 정의한다. 이러한 정의는 불명확하고 특히 여러 명의 프로그래머와 데이터 제공자, 시스템 운영자가 있는 경우에는 명확하지 않다. 1988년 법에 의한 것이 Express Newspapers plc v. Liverpool Daily Post & Echo plc 판결⁸¹⁾인데 법원은 컴퓨터의 도움으로 생산된 글자의 격자의 작가는 관련 소프트웨어를 만든 프로그래머라고 판결했다.

79) Mucinskas, *op. cit.*, p. 312.

80) Ian Eagles and Louise Longdin, "Technological Creativity and Moral Right : A Comparative Perspective", *International Journal of Law and Information Technology*, 2004, 12, p. 226.

81) *Express Newspapers plc v. Liverpool Daily Post & Echo plc* [1985] 1 WLR 1089

미국의 VARA에 의하면 디지털 아트는 복제될 수 있다는 점에서 사진과 비슷한 유형으로 취급될 수 있다. VARA는 단독 또는 제한된 수량의 작품을 보호하고 있다. VARA 규정이나 미국 법원의 판결들을 보면 디지털 아트는 VARA의 보호범위에 들어간다고 할 수 있다. 그러나 VARA의 규정 상 소리, 필름, 비디오가 있으면 보호 대상이 되기 어렵다. 또 디지털 작가들은 그들의 작품의 배포에 제한을 할 수 밖에 없다.⁸²⁾ 컬럼비아 로스쿨의 Jane C. Ginsburg 교수는 이러한 보호는 디지털 밀레니엄 저작권법(The Digital Millennium Copyright Act, DMCA)에 의해서도 동일하다고 주장한다.⁸³⁾ 미국 법원은 작가의 원 사진에 대한 허가 없이 사진의 포스터를 임의로 변경한 상점주가 사진작가의 저작권권을 침해했다는 이유로 제기된 소송에서 원고의 청구를 기각하였다. 그 이유는 원작이 아닌 대량 생산된 포스터를 변경했다는 것이었다.⁸⁴⁾ 한편 미국 법원은 트로피 디자인을 하는 컴퓨터 드로잉은 VARA에 의해 보호되지 않는다고 판시했다. 법원은 VARA는 기술적인 드로잉은 적용대상에서 배제하고 디자이너는 드로잉을 진시하려는 의도가 없었다고 판시했다. 법원은 더 나아가 트로피는 조각이라기보다는 주형이어서 드로잉은 조각의 주된 드로잉으로 보호받지 않는다고 판시했다.⁸⁵⁾

5. 웹아트(web art)

뉴 미디어 개념의 첫 번째 접근은 인터넷이라고 할 수 있는데 인터넷상 모든 정보는 디지털 형태로 전송되고 변형된다. 여기 굳이 언급할 필요 없이 인터넷에 의한 정보교환은 이미 통상적인 것이 되었다. 메타태크(metatag)은 웹상에 깊이 새겨져 있지만 일반 방문자에게는 보이지 않는다. 메타태크는 인터넷상의 고유성을 형상화하거나 의사소통에는 강력한 무기이지만 반면에 경쟁자에 의해 도난 되거나 사라지거나 회색되는 도구로 사용될 수도 있다. 회화, 조각, 음악, 영화 등 기존의 아날로그 매체를 사용하는 예술의 최종적 형태는 그 원료의 형태와 물리적 유사성을 갖고 있다. 반면 디지털 매체는 대상과 사진이 아닌 수와 상징들에 정보를 저장한다. 따라서 예술작품의 보존과 보호의 문제에 있어서 디지털 아트는 아날로그 예술과 완전히 다른 상황에 놓여 있다.⁸⁶⁾

82) Mucinskas, *op. cit.*, pp. 309-313.

83) Jane C. Ginsburg, "Have Moral Rights Come of Digital Age in the United States?", *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, 2001, 19, pp. 11-13. ; Mucinskas, *op. cit.*, p. 310.에서 재인용

84) *Silberman v. Innovation Luggage, Inc.*, No. 0 Civ. 7109 (GEL), 2003 U.S. Dist. Lexis 5420, at 5-10 (S.D.N.Y. Mar. 31, 2003)

85) *NASCAR v. Scharle*, 356 F.Supp. 2d 515, 529 (E.D.Pa. 2005)

86) 미학대개간학회(편), 『현대의 예술과 미학』, pp. 396-397.

웹상의 디지털 아트는 1995년경부터 발달하기 시작하였다.⁸⁷⁾ 웹아트 또는 넷아트(net.art)라고 불리는 이것은 예술적 개념에서 상호 의사소통하는 주요한 소재로 사용되었다. 미니애폴리스의 위커 아트센터, 구겐하임 미술관, 미국 현대미술관(Museum of Modern Art) 등의 주요한 기관에서는 웹사이트에서 중요한 넷 아트 화랑을 운영하고 있다. 미국과 유럽에서 넷아트는 매우 빠르게 발전하고 있다. 예를 들면 오스트리아 방송국이 주관하는 디지털 아트의 대표적인 국제공모전의 하나인 Arts Electronica의 넷아트 부문 대상 수상작인 「Sensorium」은 통상적인 인간의 오감으로 지각되지 않는 거시적 운동이나 변화를 느끼게 해주는 일종의 보청기와 같은 것이다. 광주비엔날레 인포아트전에 소개된 바 있는 Douglas Davis의 웹 아트 프로젝트는 작가는 사실상 웹사이트만 개설해 놓고 전 세계의 아무나 접속하여 텍스트를 쳐 넣으면 마치 무한 증식하는 방명록처럼 각개 국어로 된 문장들을 꼬리에 꼬리를 물고 덧붙여진다. 그래서 세계 최초의 공동문장이라고 불리기도 한다. 제니퍼라는 미국의 젊은 여성이 집안 곳곳에 카메라를 장식해놓고 자기 사생활의 일거수일투족(심지어 목욕장면이나 남자 친구와의 잠자리 장면까지)을 촬영하여 실시간으로 웹에 올리는 JenniCam 프로젝트는 그 뒤의 Live Web Cam 사이트의 효시가 되었다. 국내에서도 Blind Sound 등 젊은 작가들을 중심으로 계속 시도되었고 요즘은 자주 발견할 수 있는 현상이 되어버렸다. 디지털 아트가 기반으로 하는 소프트웨어와 하드웨어가 쓸모없게 되면 예술은 더 이상 인식할 수 있는 형태로 존재하지 못하게 되서 하루살이 목숨이다. 구겐하임 미술관의 큐레이터인 John Ippolito는 기술이 쓸모없게 될 때 미술관은 생명을 위한 인큐베이터가 될 수 있다고 주장한다. 미술관에 있어서 디지털 아트는 기술이 쓸모없게 되는 문제 뿐 아니라 전통적인 진시 모델에 맞지 않는 문제도 있다. 미술관과 미술 협회는 개별적인 보조 노력은 표준화에 달려 있다는 것을 인식하고 있다. 웹아트의 저작물성에 대한 판단이 문제될 수 있는데 다른 매체를 이용한 미술과 같은 기준에 의해 판단되어야 할 것이다. 즉 최소한의 창작성만 있으면 미술저작물로 보아 저작권권에 의한 보호를 해야 할 것이다.

6. 레디메이드(ready-made)

현대미술에서는 아이디어가 차지하는 비중이 그 이전 보다 높아졌는데 현재 저작권법은 저작물의 표현을 보호하고 있기 때문에 문제가 된다. 마르셀 뒤샹의 1913년 작품 「자전거 바퀴」는 의자에 자전거 바퀴 하나를 거꾸로 꽂아서 만든 최초의 레디메이드 작품이다. 엄밀하게 말하면 이는 완전한 레디메이드 작품이라기보다 오

87) Roy Kaufman, *Art Law Handbook* (N.Y:Aspen Law & Business, 2000), p. 260. ; 위의 책, p. 402.

브제가 변형되고 조합된 일종의 아상블라주(asssemblage)로서의 “발견된 오브제”이다.⁸⁸⁾

우선 레디메이드의 출현은 미술의 역사를 새로 쓰는 계기가 되었다. 작가의 선택에 의해서 예술 공간에 던져진 사물은 일상(비예술)과 예술을 결합시켰으며 동시에 둘 사이의 경계를 흐리게 했다. 뿐만 아니라 미술가는 더 이상 미술작품을 만들기 위한 작업을 하지 않아도 되었다. 작품의 ‘선택’이 바로 작업이자 작품이 되었기 때문이다. 미술가는 선택한 기성품을 배열하고 조합하는 정도의 수고만 하면 되었다. 이처럼 레디메이드는 전통적인 미술개념에 반하는 미술의 불문율처럼 이해되던 ‘가공’을 작가의 ‘선택’으로 최소화하여 물체가 없어지고 아이디어만 남은 미술의 형식을 말한다.

독일의 경우 모던 아트의 산물인 레디메이드를 창작성이 없다는 이유로 저작물로 보호되는 것을 거부하고 있다.⁸⁹⁾ 영국 법원도 *Metix (U.K.) Ltd. v. G.H. Maughan (Plastics) Ltd.* 사건⁹⁰⁾에서 카트리지와 병마개를 만드는 주형에 대한 저작권 보호를 거부했다. 조각은 미술가의 손으로 만들어져야 한다는 것이다. 그런데 영국의 CDPA는 조각의 범위를 넓게 인정하고 있기 때문에 레디메이드는 조각의 범주에 포함된다고 해석할 여지가 있다. Benyley와 Sherman은 영국법하에서 만일 오브제가 예술적 마인드와 의도로 창작된 것이라면 레디메이드는 충분히 법으로 보호받을 만하다고 말한다. Arman의 「십자군(Crusader)」은 페인트 브러시를 캔버스에 쌓아둔 것인데 Lloyd J의 “무작위 배치, (사진과 같은) 고정되지 않은 요소 같은 것은 예술적 의도로 제작된 것이어도 콜라주가 아니지만 콜라주는 2개 또는 그 이상을 함께 묶는 필수적인 요소로 한다.”는 견해에 따르면 아상블라주의 하나가 된다.⁹¹⁾ 이에 대해서 천혜선은 부정적인 입장을 보인다. 작가가 직접 손으로 작업한 결과물이 아닌 ‘선택의 결과물’인 레디메이드 작품에서 저작자의 개성과 예술적 마인드를 발견하기란 쉬운 일이 아니라는 것이다. 뒤샹의 경우 작품은 일상의 오브제가 아니라 자신이 선택한 일상의 오브제(기성품)를 통해서 ‘예술을 명명하는 과정’이고 때문에 레디메이드에서 작품이란 실질적으로 작가의 선택에 의해서 언제나 다른 기성품으로 대체할 수 있는 흔한 오브제가 아니라 바로 아이디어인데 아이디어는 저작권법에서 보호의 대상이 아니라는 것이다.⁹²⁾ 그러나 레디메이드도 창작과정 중에서 제작과정이 생략되어 있을 뿐이고 작가의 판단과 감각이 작용하여 만들어진다고 할 것이다. 미술가가 직접 손으로 작업을 해서 만든 작품만 보호되어야 한다는 생각은

88) 천혜선, 앞의 글, pp. 65-66.

89) 위의 글, p. 64.

90) *Metix (U.K.) Ltd. v. G.H. Maughan (Plastics) Ltd.* [1997] F.S.R. 718

91) Stokes, *op. cit.*, p. 35, p. 56, pp. 124-125.

92) 천혜선, 앞의 글, p. 67.

편협하다. 따라서 레디메이드 작품도 미술저작물로서 저작권권에 의한 보호를 받지 못할 이유가 없다고 할 것이다.

7. 모던 아트와 광고

영국의 가장 창의적인 미술가로 평가받는 질리안 웨어링(Gillian Wearing)은 1997년 터너상을 받은 바 있다. 그녀의 작품 여러 점이 광고 캠페인에 영감을 주었다. 1993년 작품 「사인(Signs)」은 사진 작품인데 작가들은 거리의 사람들에게 그때 느끼는 것을 쓰도록 하여 사진기 앞에 서 있게 한 것이다. 그중 “나는 절망적이다.”라고 쓴 사인을 들고 있게 했는데 그 사람은 절망적으로 보이지 않는 등 사인에 쓴 글과 사인을 들고 있는 사람의 표정이 일치하지 않는다는 것을 보여준다. 이러한 작품은 자동차 광고에 의해 아이디어가 모방되었다. 작가는 자신의 작품을 도용한 것이라고 주장하지만 영국 법원은 이를 인정하지 않았다.⁹³⁾ 이는 아이디어와 표현을 구분하여 표현만 보호하는 저작권법의 범리상 당연한 귀결이다.

8. 동물에 의한 경우

동물에 의한 미술이 문제되는 경우도 있다. 1950년대 볼티모어 동물원에 있던 Betsey가 그린 추상화는 대단한 관심을 불러 일으켰다. Betsey의 작품은 폴 클레(Paul Klee)의 추상화와 유사했는데 전 세계에 판매되었고 로이터 통신은 Betsey를 “회화의 천재”라고 불렀다. 1958년 볼티모어 동물원의 책임자인 Arthur Watson은 런던 동물원의 침팬지인 Congo가 제작한 여러 개의 회화를 수입했다. 이때 침팬지가 그린 그림이 예술작품인지, 관세를 면제받을 수 있는지가 문제되었다. 결국 그 그림들은 미술품으로 인정받을 수 없고 관세가 부과되어야 한다는 결론이 내려졌다. 다윈(Charles Darwin)과 같이 ‘미감’이란 ‘인간만의 소유물’로 간주될 수 없다고 주장하는 학설도 있지만 대부분의 미학자들은 미적 감각은 정신적 충족의 극히 복잡하고 특수한 것으로서 동물에서는 발견할 수 없는 인간만의 특유한 것이라고 한다.⁹⁴⁾ 예술은 인간을 표현하는 것일 뿐 아니라 인간만이 가질 수 있는 것이다. 인간의 확증이 예술의 본질이라고 할 수 있다. 이러한 견해에 따르면 위 결론은 지극히 당연한 것이라고 할 수 있다.

93) Stokes, *op. cit.*, p. 127.

94) Moissej Kagan, *Vorlesungen zur marxistisch-leninistischen Ästhetik*, 진중권 역, 『미학강의 I』 (서울:세길, 1989), p. 88.

제3장 미술가의 저작인격권의 보호 수준

제1절 대한민국

I. 연혁

일반적으로 미술가의 저작인격권은 4개의 요소로 이루어진 권리라고 할 수 있고 이는 상대방에게 상해를 입은 사람을 보호하는 불법행위법과 유사한 점이 있다.¹⁾ 첫 번째 요소는 작품의 창작과 그 이후의 전시, 출판, 구입 등 완성을 보호한다는 것이다. 이점에 있어 기간은 다른데 작가의 창작과 그 이후에 대중의 판단을 구하기 위해 내놓은 행위에 의존한다. 미술가가 작품을 내놓는 행위는 단지 그의 인격을 표현하는데 불과하다. 따라서 그는 창작에 대한 권리만을 가진다. 그 이후 미술가가 작품을 전시 등을 통해 자신에게서 떨어뜨려 놓기로 결심하면 이것은 거래의 객체가 되어 시장에 진입하게 된다. 미술가는 더 이상 작품을 소유하지 않으므로 미술가는 그의 창작에 대한 몇 가지의 권리를 가지게 된다. 첫 번째가 공표권, 두 번째가 성명표시권, 세 번째가 동일성유지권, 네 번째가 원작철회권이다. 그 이외에도 원작접근권, 추급권 등이 저작인격권에 포함된다고 보는 견해나 입법례가 있다.

대한민국은 1957년 저작권법을 제정하였는데 그 당시 저작인격권을 규정하였고 귀속권(제14조), 공표권(제15조), 원상유지권(제16조) 및 변경권(제17조)이 규정되어 있었다. 공표권, 성명표시권, 동일성유지권이란 이름으로 저작인격권이 갖춰진 것은 1986. 12. 31. 저작권법 전면 개정 이후의 일이었다고 이 법은 1987년부터 시행되었다. 그 이전의 저작권법(1957. 1. 28. 제정된 저작권법)은 제7조에서 저작권의 개념을 저작자가 그 저작물위에 가지고 있는 일체의 인격적·재산적 권리를 말한다고 정의하여 저작권 속에 인격권적 요소가 있음을 인정하였고, 그 내용으로 제14조에 귀속권, 제15조에 공표권, 제16조와 제17조에 원상유지권과 변경권을 규정하였다. 귀속권이라 함은 “저작자가 저작물에 관한 재산적 권리에 관계없이 또한 그 권리의 이전 후에 있어서도 그 저작물의 창작자임을 주장할 권리”로 현행 저작권법 제12조의 성명표시권과 같은 것이다. 귀속권이란 용어를 사용한 것은 성명표시권의 영어식 표현인 ‘attribution right’를 직역한 것으로 보인다. 제15조에서는 공표권의 개념을 “미공표의 저작물의 저작자가 이를 공표하거나 또는 공표하지 않을 것을 자유로이 결정하는 권리”라고 표현하고

있으며, 1986년 개정 저작권법에서도 똑같이 공표권이란 용어를 쓰고 있다. 원상유지권이란 “저작자가 저작물에 관한 재산적 권리에 관계없이 또한 그 권리의 이전에 있어서도 그 저작물의 내용 또는 제호를 개찬·절제 또는 기타 변경을 가하여 그 명예와 성망을 해한 자에 대하여 이의를 주장할 권리”이며, 변경권이란 “저작자가 그 저작물의 내용·형식 및 제호를 변경할 권리”를 말한다. 원상유지권과 변경권을 구분하여 규정하였지만 실상 그 내용은 같은 것이다. 저작자가 본의 아닌 저작물의 개변에 대하여 이의를 주장하는 권리(원상유지권)와 저작자만이 저작물을 개변할 수 있다는 권리(변경권)는 같은 권원에서 나온 표리에 불과한 것으로 1986년 개정법과 현행법에서는 외국의 입법례에 따라 동일성유지권이라는 하나의 권리로 규정하였다.²⁾

저작인격권의 존속기간에 대해서 1957년 저작권법은 영구히 존속하는 것으로 규정하였으나(1957년 저작권법 제29조), 현행법에서는 “저작인격권은 저작자 일신에 전속한다.”(저작권법 제14조)라고 규정하고 있다. 1957년 저작권법은 이와 같이 저작인격권의 내용이 되는 귀속권, 공표권, 원상유지권 등의 개념과 존속기간에 대해서 정의하고, 이에 대한 침해가 있을 때의 벌칙에 대한 규정만을 마련해 놓았을 뿐(1957년 저작권법 제69조), 현행법과 같이 각 저작인격권의 행사에 대한 제한 규정이나, 저작인격권의 성질과 행사 방법 등에 관해서는 아무런 설명이 없어 여러모로 미비한 점이 많았다고 할 수 있다. 대한민국 현행 저작권법상 저작인격권에는 미공표 저작물에 대하여 공표여부를 결정할 수 있는 권리인 공표권, 저작물의 창작자인 것을 주장할 수 있는 권리인 성명표시권, 저작물의 내용, 형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리인 동일성유지권의 3종류가 있다.

II. 성격

1. 학설

대한민국 저작권법을 해석함에 있어서 저작권을 저작재산권과 저작인격권이 병존하는 중복권으로 파악하는 이원론적 견해,³⁾ 저작권의 효력으로서 저작재산권과 저작인격권이 파생하는 것으로 보고 저작권 자체는 이들 양권리의 원천인 단일의 권리라고 주장하는 견해,⁴⁾ 대한민국 저작권법은 저작권에 저작재산권과 저작인격권을 포함하고 있으나 저작권의 변동에서 저작재산권과 저작인격권을 구분하고 있으므로 중복권론에

2) 허희성, 『신저작권법초개설』(서울:법우사, 1988), p. 79.

3) 황적인·정순희·최현호, 『저작권법』(서울:법문사, 1988), p. 129.

4) 장인숙, 『저작권법개론』(서울:교학도서주식회사, 1965), p. 41.

1) Cheryl Swack, “Safeguarding Artistic Creation and The Cultural Heritage : A Comparison of Droit Moral between France and the United States”, *Columbia Journal of Law & the Arts*, 1998, 22, p. 365.

해당하며 다만 저작권제도의 제일의적인 목적은 저작자 보호에 있으므로 저작자의 보호에 가장 효과적인 것으로 생각되는 저작권일원론에 의하여 현행 저작권법의 해석방안을 제시하여야 한다는 견해⁵⁾ 등이 있다.

그러나 저작권법이 저작권의 종류로서 저작재산권과 저작인격권 두 가지를 구별하여 독립적으로 규정하고 있고 그 존속기간이나 양도성에 있어서 취급을 달리하고 있어 현행 저작권법은 명백히 이원설에 의하고 있는 것이므로 이러한 논쟁은 실익이 없다고 할 것이다.⁶⁾ 또 저작권 제도를 역사적·이론적으로 고찰한 결과도 그러할 뿐 아니라 저작권의 실제 적용상 문제점을 해결하기 위해서는 저작재산권과 저작인격권을 분리해서 파악하는 저작권이원론이 타당하다고 생각된다.

학설 중 다수설⁷⁾도 저작권이원론인데 그 논거로 저작권법상 저작인격권의 일신전속성(저작권법 제14조), 저작재산권의 보호기간(저작권법 제36조), 저작재산권의 양도·행사·소멸(저작권법 제8절), 저작자 사망 후 저작인격권의 보호(저작권법 제96조) 규정을 든다. 저작권법은 저작인격권은 저작자의 일신에 전속한다고 규정하고 있다. 따라서 저작인격권은 타인에게 양도 또는 상속할 수 없고 저작자가 사망하는 경우에는 그와 동시에 소멸하게 된다. 그러나 저작자의 사망 후에 그의 저작물을 이용하는 자가 저작자가 생존하였더라면 그 저작인격권의 침해가 될 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 그 행위의 성질 및 정도에 비추어 사회통념상 그 저작자의 명예를 훼손하는 것이 아니라고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다고 규정하여(저작권법 제14조 제2항) 사후인격권의 행사를 제한하고 있다. 따라서 저작재산권의 침해로 인한 손해배상청구와 저작인격권의 침해로 인한 위자료청구는 소송물을 달리하므로 이들 청구를 병합할 수 있고, 이 때에는 동일한 저작물에 관한 저작재산권과 저작인격권의 동시침해를 원인으로 하여 각 권리의 침해에 따르는 배상금액을 각각 산정해야 한다.

2. 일반적 인격권과의 관계

저작인격권의 성질에 대해서 일반적 인격권과는 구별되는 특성 내지 이질성을 가지고 있다고 주장하는 학설과 일반적 인격권의 하나의 현상에 지나지 않는다고 주장하는 학설이 있는데 양자를 분리하는지 여부에 따라 분리설과 일체설로 부를 수 있다. 분리설에 의하면 저작인격권을 일반적 인격권의 내용과 분리하여 저작물에

대한 저작자의 관계를 일반적 인격권에서 떼어내고 이를 개별적으로 보호하는 것이므로 일반적 인격권의 관련성을 인정하지 아니한다. 반면, 일체설에 의할 경우에 저작인격권이 일반적 인격권에서 파생된 개별적 인격권의 하나에 해당하므로 저작인격권은 독립된 것이 아니라 일반적 인격권의 범주 내에서 하나로 통일되어 검토될 수 있는 대상이 된다는 것이다.⁸⁾ 그러나 저작인격권은 저작자의 저작물에 대한 관계를 보호하려고 하는 것이라는 점에서 권리주체의 인격에 대한 관계를 중시하는 일반적 인격권과 차이가 있다. 한편, 저작재산권과는 그 일신전속성 등의 성질이나 보호기간 등에서 큰 차이가 있고 다음에서 보는바와 같이 역사적으로도 그 도입시기가 달랐던 점 등에 큰 차이가 있다. 따라서 논리적으로도 어느 쪽이 옳다고 할 수 없고 저작인격권은 일반적 인격권과 저작권법 독자의 권리로서의 성격을 함께 가지고 있다고 보는 것이 타당하다.

대한민국 판례는 저작인격권도 일반적 인격권과 같은 것으로 보고 있는 것으로 판단된다. 즉 피고가 60분간 방송하기로 한 프로그램을 그 녹화내용대로 방송하지 아니하고 임의적으로 삭제·수정하여 40분간 방송한 사안에서 “불법행위에 의해 인격권이 침해되는 경우, 현행법상으로는 금전배상의 원칙만이 인정될 뿐 원상회복청구권 내지 이른바 만족청구권은 명문으로 규정되고 있지 않지만, 인격권의 한 부분이라고 생각되는 명예가 훼손된 경우 현행 민법 제764조가 법원이 명예회복을 위한 적당한 처분을 명할 수 있다고 규정하고 있는 점, 저작권법 제95조가 고의 또는 과실로 저작인격권을 침해한 자에 대하여는 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복을 위하여 필요한 조치를 청구할 수 있다고 규정하고 있는 점과 지배적인 학설이 일반적 인격권에 대하여 배타적 지배권으로서 대세적 효력을 인정하는 점에 비추어 보면 법원은 피해자가 바라는 경우 금전으로 손해배상을 명하는 이외에 원상의 회복을 위한 조치 또는 피해자에게 만족을 줄 수 있는 조치를 명할 수 있다고 보는 것이 발전하는 법질서의 요청에 부응할 수 있을 뿐 아니라 피해구제수단을 다양화하여 형평을 기하는데 적합하다고 할 수 있다.”고 하면서 피고의 행위는 적극적으로 계약을 침해함과 동시에 원고의 저작인격권을 침해하였다고 하였다.⁹⁾

III. 내용

1. 공표권

8) 박성호, 『저작권법의 이론과 현실』(서울:현암사, 2006), p. 186. ; 이해완, 앞의 책, pp. 246-247.

9) 서울고등법원 1994. 9. 27. 선고 92나35846 판결

5) 허희성, "저작인격권의 이론과 효용에 관한 연구", 국민대학교 박사학위논문, 1995, pp. 109-110.

6) 고명식, "우리나라 저작권법상 저작인격권의 보호", 『국제지역연구』, 1988, 2(1) p. 11.

7) 오승중, 『저작권법』(중판, 서울:박영사, 2009), p. 343.; 이해완, 『저작권법』(서울:박영사, 2007), p. 238. ; 장인숙, 『저작권법원론』(서울:보진재, 1996), p. 66. ; 정상조(권), 『저작권법주해』(서울:박영사, 2007), p. 325. ; 김형렬, "저작인격권에 관한 연구", 성균관대학교 박사학위논문, 2009, p. 82. ; 김정술, "저작권과 저작인격권의 내용", 『지적소유권에 관한 제문제하』, 1992, 57, p. 279.

공표권이란 저작물을 공표할 것인가, 공표하지 아니할 것인가를 결정할 수 있는 권리를 말한다. 저작권법 제11조 제1항에서는 저작자는 그 저작물을 공표하거나 공표하지 아니할 것을 결정할 권리를 가진다고 규정한다. 여기서 '공표'라 함은 "저작물을 공연, 방송, 전시 기타의 방법으로 일반 공중에게 공개하는 경우와 저작물을 발행하는 것"을 말하며(저작권법 제2조 제17호), '발행'이라 함은 "저작물을 일반 공중의 수요를 위하여 복제하여 배포하는 것"을 말한다(저작권법 제2조 제16호). 판례는 일반 공중에게 공개한다는 것은 "불특정인 누구에게나 요금을 내는 정도 외에 다른 제한 없이 공개된 장소 또는 통상적인 가족 및 친지의 범위를 넘는 다수인이 모여 있는 장소에서 저작물을 공개" 하는 것이라고 한다.¹⁰⁾ 공표권의 구체적인 내용에 관해서는 첫째로 저작자가 미공개 저작물을 공표할 것인지, 아니할 것인지를 결정할 권리를 포함한다는 점에는 다툼이 없다. 둘째로 공표권에 공표의 시기와 방법을 결정할 권리도 포함되는지에 관하여는 약간의 의문이 있지만 이러한 권리도 포함된다고 보는 것이 통설이다.¹¹⁾

공표는 저작권법에서 저작권의 존속기간, 또는 저작권의 제한이나 법정이용허락 등의 기산점 또는 적용여부의 기준이 되기도 한다. 창작을 할 것인지 아니면 하지 말 것인지를 결정하는 권리는 작품을 공개할 것인지 아닌지를 결정하는 권리와 밀접한 관련이 있다. 이 권리는 작가가 버린 작품의 출판을 금지할 수 있는 것이다.

공표권에서의 공표가 적법한 것이어야 하는가에 대한 논의가 있다. 저작권자가 자신의 저작물을 공표하는 것이 일반적이지만 정당한 권리자가 아닌 자에 의해 무단 공표되었을 때 이때의 무단 공표를 공표권에서 말하는 공표를 인정할 수 있는지의 문제이다. 견해가 대립되고 있으나 독일이나 일본과 같이 동의를 요건으로 하지 않고 있고 저작자로 하여 실명·이명을 표시하여 저작물을 공표한 자를 처벌하는데, 만약 공표에 적법성을 요하게 되면 제99조 제1호에서의 공표는 그 자체가 공표로 인정되지 않아 처벌을 할 수 없게 되는 모순에 빠지게 되는 점에 비추어 무단 공표도 공표로 보는 견해가 타당하다.¹²⁾

제3자가 저작자의 허락을 받지 아니하고 저작물을 공표하였다면 필연적으로 저작재산권의 내용이 되는 복제권이나 공연권, 방송권, 전시권 등의 침해될 수반하게 되므로 저작자는 공표권을 원용할 필요 없이 곧바로 저작재산권의 침해를 주장하는 것으로 충분하다. 대한민국 실무상으로는 저작재산권의 침해가 인정되더라도 그에 따른 손해배상이 지극히 소액에 지나지 않는 경우가 많으므로 저작인격권의 침해를

10) 대법원 1996. 3. 22. 선고 95도1258 판결

11) 오승중, 앞의 책, p. 358. ; 이해완, 앞의 책, p. 250.

12) 이상경, 『지적재산권소송법』(서울:육법사, 1998), p. 669. ; 이해완, 앞의 책, p. 250. ; 허희성, 앞의 글, p. 37. ; 김정술, 앞의 글, p. 283. ; 양재훈, "저작인격권의 내용에 관한 연구", 연세대학교 법무대학원 석사학위논문, 2000, p. 24. 도 같은 취지

아울러 주장하여 정신적 손해배상을 함께 청구하는 것이 관행이다. 법원도 저작재산권의 침해에 따른 손해배상액이 너무 소액이라는 점을 감안하여 저작인격권의 침해를 폭넓게 인정하는 것이 일반적이다.

공표권은 일정한 경우 제한을 받는다. 저작자가 미공표저작물의 저작재산권을 양도하거나 저작물의 이용허락을 한 경우에는 그 상대방에게 저작물의 공표를 동의한 것으로 추정한다(저작권법 제11조 제2항). 저작자가 공표되지 아니한 미술저작물·건축저작물 또는 사진저작물의 원작품을 양도한 경우에는 그 상대방에게 저작물의 원작품의 전시방식에 의한 공표를 동의한 것으로 추정한다(저작권법 제11조 제3항). 원저작자의 동의를 얻어 작성된 2차적 저작물 또는 편집저작물이 공표된 경우에는 그 원저작물도 공표된 것으로 본다(저작권법 제11조 제4항).

2. 성명표시권

성명표시권이란 저작자가 저작물의 원작품이나 그 복제물에 있는 저작물의 공표에 있어서 그의 실명 또는 이명을 표시할 권리를 말한다. 저작권법 제12조는 저작자가 저작물의 원작품이나 그 복제물에 있는 저작물의 공표에 있어서 그의 실명 또는 이명을 표시할 권리를 가진다고 규정한다. 학설은 실명이나 이명을 표시할 권리 뿐만 아니라 무명으로 할 권리도 포함된다고 해석한다.¹³⁾ 저작물의 원작품이나 복제물에 또는 저작물의 공표에 있어서 저작자명을 표시하는 것은 저작물의 내용에 대하여 책임의 귀속을 명백히 함과 동시에 저작물에 대하여 주어지는 사회적 평가를 저작자에게 귀속시키려는 의도도 포함되어 있으므로 매우 중요한 의미를 지니고 있다. 작가가 그의 창작물을 대중에게 공개하겠다고 결심한 경우 작가는 그 작품이 자신의 저작으로 간주되는 것을 보는데 이해관계가 있다. 그리하여 저작자의 성명을 표시할 것인가 말 것인가, 표시한다면 실명으로 할 것인가 이명(필명·아호 등)으로 할 것인가의 결정을 저작자만이 할 수 있도록 권리를 부여한 것이다. 저작자의 권리는 명성을 보호하는 것 보다는 창작 행위 자체를 보호하기 위한 것이다. 한편, 성명표시권은 공표권과는 달리 최초의 공표시만이 아닌 공표 후에도 계속하여 적용되는 권리이다.

① 대법원 2000. 4. 21. 선고 97후860, 877, 884 판결

대법원은 피카소의 유족에 의한 상표등록무효심판청구 소송에서 원고 승소의 판결을 하면서 다음과 같이 판시하였다. 화가가 그의 미술저작물에 표시한 서명은 저

13) 오승중, 앞의 책, p. 364. ; 이해완, 앞의 책, p. 253.

작자인 화가가 성명표시권에 의하여 자기 저작물의 내용에 대한 책임의 귀속을 명백히 함과 동시에 저작물에 대하여 주어지는 사회적 평가를 저작자 자신에게 귀속시키려는 의도로 표시하는 것이다. 따라서 그 서명이 세계적으로 주지·저명한 화가의 것으로서 그의 미술저작물에 주로 사용해 왔던 관계로 널리 알려진 경우라면, 그 서명과 동일·유사한 상표를 무단으로 출원 등록하여 사용하는 행위는 저명한 화가로서의 명성을 떨어뜨려 그 화가의 저작물들에 대한 평가는 물론 그 화가의 명예를 훼손하는 것이다. 이는 그 유족의 고인에 대한 추모경애의 마음을 손상하는 행위에 해당하여 사회 일반의 도덕관념인 선량한 풍속에 반할 뿐만 아니라, 이러한 상표는 저명한 고인의 명성에 편승하여 수요자의 구매를 불공정하게 흡인하고자 하는 것으로서 공정하고 신용 있는 상품의 유통질서를 침해할 염려가 있다. 저작권법 제96조, 제14조 제2항에 의하면 사망한 저작자의 저작인격권을 침해하는 행위에 대하여 그 저작자의 유족이 그 침해행위의 금지를 청구하는 등의 조치를 취할 수 있음에 비추어, 그 저명한 화가의 유족으로서 고인의 인격권과 유족 자신의 고인에 대한 추모경애의 마음을 침해하는 상표의 사용금지를 청구할 수 있음은 물론 그 등 록무효심판을 청구할 이해관계가 있다.

② 서울고등법원 1992. 3. 11. 선고 90나56665 판결

서울고등법원은 「내 아들을」이라는 작품의 저작자인 원고가 그 저작물에 대하여 가지는 인격적 이익의 보호를 목적으로 저작권법에 의하여 보호되는 저작인격권으로서 그 저작물의 원작품이나 복제물에 그의 실명 또는 이명을 표시할 권리인 동일성유지권 등을 가진다 할 것인데, 피고가 함부로 원고의 저작물인 위 「내 아들을」 작품 중 아호와 낙관 및 가로 세로로 그어진 선이 삭제된 채 축소 인쇄되어 있는 복제물을 다시 그대로 복제하여 전국에 다량 배포하는 것은 원고의 위 저작물에 대한 성명표시권과 동일성유지권을 침해한 것이라고 판시하였다.

③ 서울민사지방법원 1992. 6. 5. 선고 91가합39509 판결

화가인 원고가 초등학교용 교과서용 삽화를 제작하여 주었는데 초등학교용 전과를 제작, 판매하면서 위 삽화를 사용하고도 원고를 삽화의 저작자로 표시하지 않은 사안에서 법원은 피고회사가 원고의 성명표시권을 침해했다고 판시하였다.

④ 서울고등법원 1995. 5. 19. 선고 95나8746 판결

동화책 속의 그림의 성명표시권이 문제된 사건에서 법원은 신청 외 조봉업의 도서

출판 나이트에서 이 사건 그림을 실은 동화책을 발행할 당시 편저자로서 나이트 편집부라는 단체명의 표시만을 하고 채권자의 개인명을 표시하지 않았다고 하더라도 이로써 그 후 이 사건 그림이 수록된 동화책을 다시 발행함에 있어서도 채권자가 그 저작물에 자신의 성명을 표시할 성명표시권을 포기한 것이라고 볼 수는 없으므로 채권자는 채무자가 위 조봉업으로부터 이 사건 동화책에 관한 출판권을 양도받아 새로 발행함에 있어서 그 동화책에 그림 저작자인 채권자의 이름을 표시할 것을 구할 수 있다고 판시하였다.

⑤ 서울민사지방법원 1997. 2. 21. 선고 96가합42432 판결

영화 포스터에 사용된 글자 디자인이 문제된 사건에서 법원은 피고 영화사가 영화 포스터 디자인을 채택하여 사용함에 있어 디자인상의 이 사건 글자 ‘죽제’가 원고의 서예 작품을 집자한 것임을 알았음에도 그 사용승낙을 받았는가에 대하여 알아보지 아니함으로써 원고의 글자에 대한 저작권을 침해하는 것이 아닌가에 대하여 확인하였어야 할 주의의무를 태만히 하였고, 또한 원고로부터 이 사건 글자가 원고의 사용승낙 없이 사용되고 있음을 항의 받고서도 그 사용을 중단하는 등의 아무런 조치를 취하지 아니한 채, 이 사건 글자를 홍보물 등에 사용하고 그 사용에 있어 원고의 성명을 표시하지 아니함으로써 원고의 저작재산권과 저작인격권을 침해하였다고 판시하였다.

⑥ 서울중앙지방법원 2003. 8. 29. 선고 2002가합76269 판결

성명표시권은 저작물의 성질, 그 이용목적 또는 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우에는 제한된다(저작권법 제12조 제2항). 이 규정은 그전부터 저작물 이용의 목적 및 형태에 비추어 저작자의 명예나 권익을 해칠 염려가 없고 성명표시의 생략이 공정한 일반의 관행에 합치하는 것이라면 또는 저작자가 신의칙에 반하여 거부할 수 없는 경우라면 저작자의 동의 없이도 저작자의 성명표시를 생략하거나 변경할 수 있다고 해석하는 것이 종래의 통설¹⁴⁾이었던 것을 입법화한 것이다.

MBC가 방영한 드라마 허준의 OST 제작에 참여하여 「불인별곡」을 작사, 작곡한 원고의 승낙 없이 위 곡의 앞부분을 피고가 방송광고에 배경음악으로 그대로 사용하면서, 광고화면 왼쪽 하단에 ‘허준의 OST 음반 중에서’라고만 표시하고 원고의 성명을 표시하지 않은 사안에서 광고는 방영시간이 매우 짧고 그런 짧은 시간 동안 제품의 장점을 최대한 효율적으로 나타내어 광고의 목적인 제품 자체를 부각시키는

14) 오승중·이해완, 『저작권법』(제3판, 서울:박영사, 2004), p. 254. ; 황적인·정순화·최현호, 앞의 책, p. 247.

데 주목적이 있는바, 광고의 구성요소인 배경음악을 사용할 때 그 곡의 작사, 작곡자의 실명, 이명 등을 광고화면에 표시하는 것은 이러한 광고의 성격상 기대하기 어렵고, 상업광고에 음악을 사용할 경우, 그 음악의 작사거나 작곡가, 가수 등을 모두 표시하지는 않는 것이 광고 제작의 일반적인 관례인 점을 고려할 때, 위 행위는 저작권법은 제12조 제2항 단서의 부득이하다고 인정되는 경우에 해당하여 원고의 성명표시권이 침해되었다고 볼 수 없다고 판시하였다. 미술과 관련된 사안에서도 동일한 해석이 가능할 것이다.

㉗ 서울남부지방법원 2004. 8. 13. 자 2004카합1164 결정

2차적저작물인 만화영화를 제작, 방송함에 있어 원저작자의 성명을 표시하지 않은 사실은 인정되나, 위 만화영화가 원저작물 그 자체 혹은 복제물이 아니라 2차적저작물인 점, 원저작물의 표제에 ‘○○○ 지음/ ○○○ 엮음/ ○○○ 그림’이라고 표시되어 있고 위 만화영화와 원저작물의 신의 이미지가 동일하지 아니한 점 등을 고려하면 위 만화영화를 방송하면서 원저작자의 성명 대신 ‘원저작 만화로 보는 그리스 로마 신화’라고 표시한 것은 제12조 제2항 단서의 부득이하다고 인정되는 경우에 해당한다고 판시하였다.

3. 동일성유지권

동일성유지권은 저작권권 중에서 가장 본질적이고 중요한 권리라고 할 수 있다.¹⁵⁾ 좁은 의미로는 저작자가 그 저작물의 내용·형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리를 말한다. 작가는 자신의 작품이 변형, 조작, 왜곡되는 것을 막을 수 있는 권리가 있다. 작품이 대중에게 공개되어 그 작품이 특정한 작가의 작품이라는 것이 인식되었을 때 작가는 작품이 원형대로 보존될 것을 요구할 이해관계가 있다. 그러나 이 권리는 원래 작품의 완전성에 대한 것으로서 철학적 기반에 따라 달리 해석될 수 있다. 원칙적으로는 작품이 나쁜 평가를 받는 등 모든 윤리적인 행위를 포함할 수 있다. 작가의 입장에서 보면 이 문제는 좀 더 복잡한데 작가의 정신세계에 피해를 주는 것, 작가의 명성에 피해를 주는 것, 작품의 완전성에 피해를 주는 것을 말한다.¹⁶⁾ Roeder¹⁷⁾와 같이 동일성유지권에는 작품의 완전한 파괴는 포함하지 않는다는 견해

15) Cyrill P. Rigamonti, "Deconstructing Moral Rights", *Harvard International Law Journal*, 2006, 47, p. 364.도 같은 취지

16) Ellin S. Yassky, "A Comparison of the Definition of Property as Legal Precedents for Legislation Protection Works of Art in France and United States. the School of Education", Ph. D. Dissertation, Healthy, Nursing and Art Professions New York University, 1986, pp. 115-116.

도 있지만 반대의 견해를 가진 사람들도 있다.¹⁸⁾ 이는 저작권격권에 대한 철학적 입장의 차이와 밀접한 관련이 있다. 작가는 자신의 작품에 대한 변형, 조작, 왜곡을 막을 수 있는 권리가 있다. 이러한 권리는 프랑스에서는 의심할 수 없는 것으로 인식되어 있다. 작품이 대중에게 공개되어 그 작품이 특정한 작가의 작품이라는 것이 인식되었을 때 작가는 작품이 원형대로 보존될 것을 요구할 이해관계가 있다.

저작권법 제13조는 동일성유지권이란 저작자가 그 저작물의 내용·형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리를 말한다고 규정한다. 저작권법은 동일성유지권을 포괄적으로 규정하고 있어서 지나치게 단순하다는 비판이 있다. 구법 시대에 법원은 저작물의 내용이 변경되어도 그로 인한 저작자의 명예를 훼손하지 않았다면 원상유지권의 침해가 아니라고 판결한바 있는데¹⁹⁾ 이는 저작권격권의 본질에 맞지 않는 결론이라는 비판을 피하기 어렵다.

동일성유지권이 침해되기 위해서는 저작물의 내용이나 형식 또는 제호에 개변이 있고 그로 인하여 원래의 저작물의 동일성에 손상이 생겨야 하므로 비록 세부적인 표현형식에 개변이 이루어졌다고 하더라도 동일성에 손상이 있는 것은 아니므로 동일성유지권의 침해라고 볼 수 없다는 견해가 있다.²⁰⁾ 그러나 이러한 경우는 문학작품에서 단순한 오자나 탈자의 수정과 같은 경우를 말하는 것이지 미술작품과 같은 경우에는 단순한 일부 변경이라고 해도 동일성에 손상이 되어 동일성유지권이 침해되는 것으로 보아야 할 경우가 많을 것이다. 하급심 법원은 ‘손발체조’ 음 중 ‘미’ 하나를 ‘라’로 바꿔 비디오테이프와 시디(CD)를 만들어 판매한 사안에서 동의 없이 바뀐 것이 음표 하나에 불과하지만, 가사가 있는 부분이 12마디에 불과한 아주 짧은 동요여서 곡 전체의 분위기가 작곡자의 의도와 다르게 바뀔 수 있다며 음표 변경이 실수 때문이라 해도 저작물에 대한 동일성유지권 침해에 해당한다고 판단한 바 있다²¹⁾. 이 판결은 항소심에서도 유지되었는데²²⁾ 예술에 있어서 실수에 의한 사소한 변경도 동일성유지권을 침해한 것으로 판단하였다는 점에서 의미가 있다. 개변의 정도가 일정한 한도를 넘어 그 저작물의 본질적 특징을 직접적으로 감득할 수 없을 정도가 된 경우에는 새로운 저작물이 생기는 것은 별론으로 하고 원저작물에 대한 동일성유지권의 침해로는 되지 않는다.²³⁾

17) Martin A. Roeder, "The Doctrine of Moral Right : a study in the law of artists, authors and creators", *Harvard Law Review*, 1940, 53, p. 554, p. 569.

18) P. Amamick, "American Recognition of the Moral Right ; Issue and Options." *ASCAP Copyright Law Symposium*, 1983, 29, pp. 56-58 ; Craig James Dickson, "Moral Rights : a comparative history of their development and application in civil and common law jurisdictions", Master Dissertation, University of Toronto, 2005, p. 26.에서 재인용

19) 대법원 1969. 10. 28. 선고 69다1340 판결

20) 유영선, "저작자의 저작권", 『Law & Technology』, 2006, 2(3), p. 65.

21) 서울중앙지방법원 2007. 6. 1. 선고 2006가단317404 판결

22) 서울고등법원 2008. 5. 28. 선고 2007나64435 판결

대법원은 저작권권이 일신전속적인 권리로서 이를 양도할 수 없는 것이므로, 비록 그 권한 행사에 있어서는 이를 대리하거나 위임하는 것이 가능하다고 할지라도 이는 어디까지나 저작권권의 본질을 해하지 아니하는 한도 내에서만 가능하고 따라서 실질적으로 저작권권의 양도나 포기에 해당하는 포괄적 위임은 인정될 수 없다고 판시함으로써²⁴⁾ 저작권권을 엄격하게 보호하는 해석을 하고 있다.

① 대법원 1989. 10. 24. 선고 89다카12824 판결

문익환 목사 일대기 사건에서 법원은 원저작물을 원형 그대로 복제하지 아니하고 다소의 변경을 가한 것이라고 하더라도 원저작물의 체제 또는 동일성이 감지되는 정도이면 복제가 되는 것이고 이 복제물을 타인의 저작물로 공표하게 되면 원저작자의 성명표시권의 침해가 있었다고 보아야 할 것이고 원저작물을 복제함에 있어 함부로 그 저작물의 내용, 형식, 제호에 변경을 가한 경우에는 원저작자의 동일성유지권을 침해한 경우에 해당한다고 판시하였다. 그런데 이에 대해서 위 판결은 동일성유지권에 대한 오해에서 나온 것이라면서 타인의 저작물을 그대로 복제하면 복제권 침해, 조금 다르게 모방하면, 즉 복제한 자가 자기의 생각을 가미하면 복제권 침해와 동일성유지권의 침해가 되는 것은 타당하지 않다는 견해가 있다.²⁵⁾ 그러나 특정된 유체물에 화체되어 있는 미술저작물에 변경을 가하거나 또는 침해자가 변경된 저작물을 당해 저작자의 것으로 표시하고 있는 경우에는 동일성유지권이 침해된다고 보는 것이 타당하다.

② 서울고등법원 1992. 3. 11. 선고 90나56665 판결

편집에 편리한 크기로 맞추기 위하여 일부 면 또는 모서리를 잘라낸다거나 삭제하는 행위 또는 인쇄상에 특별한 제약요건이 없음에도 불구하고 색을 임의로 변경하는 행위는 동일성유지권의 침해를 구성한다고 보아야 할 것이다.²⁶⁾ 앞에서 본바와 같이, 법원은 남계라는 아호로 서예작품 활동을 해오던 원고가 교훈적 내용이 담긴 「내 아들을」이라는 가로 70센티미터, 세로 103센티미터의 서예작품을 출판하였는데 피고가 아호와 낙관, 가로 세로로 그어진 선을 삭제한 채 축소 인쇄한 사건에서 피고는 성명표시권과 동일성유지권을 침해하였다고 판시하였다.²⁷⁾

23) 유영선, 앞의 글, p. 65.

24) 대법원 1995. 10. 2. 선고 94마2217 판결

25) 이상경, “동일성유지권에 관한 소고”, 『저스티스』, 2001, 34(2), p. 95. ; 김종엽, “저작권권의 보호에 관한 고찰”, 경희대학교 국제법무대학원 석사학위논문, 2004, p. 77. 도 같은 취지

26) 오승중, 앞의 책, p. 376. ; 이해완, 앞의 책, pp. 278-279.

27) 서울고등법원 1992. 3. 11. 선고 90나56665 판결

또 다른 하급심 법원은 저작자의 허락 없이 38점의 사진을 전시실에 전시하는 과정에서 그 일부에 대하여는 상하를 뒤바꾸어 전시하거나 사진의 내용을 잘못 설명하거나 원래의 방향과 달리 전시하는 행위,²⁸⁾ 장편 작품들을 축약하여 게재한 행위²⁹⁾는 동일성유지권을 침해한 것이라고 판단하였다.

③ 대법원 1992. 12. 24. 선고 92다31309 판결

롯데호텔에서 마스코트 도안으로 선정된 「LOTTY」와 관련된 판례가 있다. 신청인은 자신이 출품한 「LOTTIE」라는 너구리를 주제로 한 도안에 대해 피신청인 측에서 수차례 수정 제안을 하자 거절하였다. 피신청인은 제3자에게 제작변경을 의뢰하여 「LOTTY」라는 이름을 붙여 이를 이용하면서 상표 등록까지 하였다. 이에 대해 법원은 너구리 도안은 성질상 피신청인의 기업 활동을 하기 위하여 필요한 경우 변경되어야 할 필요성이 있고 캐릭터 제작 계약에 의하여 피신청인 측에서 도안에 관한 소유권이나 저작물 등의 모든 권리는 물론 도안을 변경할 권리까지 유보하고 있었고 피신청인의 수차례의 수정 요구에 대해 거절하였기 때문에 신청인은 도안의 수정을 거절함으로써 피신청인이 도안을 수정하였다고 하더라도 이의하지 않겠다는 취지의 묵시적인 동의를 하였다고 봄이 상당하고 위 변경은 동일성유지권 침해에는 해당하지 아니한다고 하였다.

이 판결은 실제 저작물의 변경 또는 변형이 그 저작물과의 동일성 또는 종속성을 인정할 수 있는 범위를 초월한 경우에는 동일성유지권의 침해가 되지 않는 것으로 보는 것이 타당하다는 견해³⁰⁾에 입각한 것으로 보인다. 그러나 복제권 또는 2차적 저작물작성권의 침해를 별론으로 하고 신청인의 도안 자체에 수정이 가해진 것이 아니고 제3자가 신청인의 도안을 보고 그와 유사한 도안을 제작한 것이기 때문에 동일성유지권과는 관련이 없는 사안이었다. 즉 처음 그림과 나중 그림은 아이디어를 모방했지만 표현에서 차이가 있어서 동일성유지권이 문제될 수 없는 사건이었다.³¹⁾ 그런데 이 사건에서 저작재산권을 롯데에서 양수하였기 때문에 처음부터 문제될 수 없었다. 더구나 판례와 같이 수정을 거절하면 수정에 대한 묵시적인 동의가 있는 것으로 보면 위탁저작물의 경우 동일성유지권을 사문화시키는 결과를 가져올 우려가 매우 높다는 문제가 있다.³²⁾ 따라서 판결의 결론은 타당했지만 논리전개

28) 서울고등법원 2000. 1. 25. 선고 99나7796 판결

29) 서울민사지방법원 1995. 9. 22. 선고 94가합98851 판결

30) 이해완, 앞의 책, pp. 260-261. ; 김종엽, 앞의 글, p. 64.

31) 송영식·이상경, 『저작권법개설』(제4판, 서울:세창출판사, 2003), p. 137. ; 김형렬, 앞의 글, p. 260. ; 김근우, “저작권권에 관한 연구”, 경희대학교 박사학위논문, 2008, p. 67. 도 같은 취지

32) 김문환, “동일성유지권의 침해여부”, 『한국저작권관계법령집 1』, 저작권심의조정위원회, 1998, p. 65. ; 김종엽, 앞의 글, p. 78. 도 같은 취지

에 있어서는 문제가 있었다.

한편 미술저작물이 아닌 사안에서 법원은 다른 논리를 전개한바 있다. 원고가 피고의 「돌아와요 충무항에」 가사에 의거하여 이와 실질적인 유사성이 있는 「돌아와요 부산항에」 가사를 만들고 이를 자신의 저작물인 것으로 공표함으로써 2차적 저작물작성권, 동일성유지권 등을 침해했다고 주장된 사안에서, 법원은 이 사건 「돌아와요 부산항에」 가사는 「돌아와요 충무항에」 가사를 토대로 창작된 2차적 저작물이라고 할 것이고 새로운 2차적 저작물로 인정된 이상 원저작자에 대한 2차적 저작물작성권 침해가 성립되는 외에 저작인격권인 동일성유지권도 덧붙여 침해 되었다고 할 수 없다고 판시하였다.³³⁾

④ 서울민사지방법원 1991. 4. 26. 선고 90카98799 판결

「가자, 장미여관으로」 사건에서 법원은 저작권법상 동일성유지권이란 저작물의 내용, 형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리, 즉 무단히 변경, 절제, 기타 개변을 당하지 아니할 저작자의 권리로서 이는 원저작물 자체에 어떤 변경을 가하는 것을 금지하는 내용의 권리라 할 것이므로 원저작물에 변경을 가하는 것이 아니고 원저작물과 동일성의 범위를 벗어나 전혀 별개의 저작물을 창작하는 경우에는 비록 그 제호가 동일하다 하더라도 원저작물에 대한 동일성유지권을 침해하는 것으로 볼 수 없다고 판시하였다.

⑤ 서울중앙지방법원 2006. 5. 10. 선고 2004가합67627 판결

저작자의 동의나 승낙을 받지 아니하고 미술작품들을 원화로 사용하여 지하철역 장식 벽의 벽화를 만들면서, 그 각 벽화의 작가란에 '작가미상'이라고 표시하거나 아예 작가표시란을 두지 않았고, 또한 저작자의 연작 작품 중 일부만을 벽화로 만들거나 원작자가 의도하지 않은 방식으로 제작하고 작품의 위·아래를 거꾸로 설계·시공하는 등 저작자의 작품의도를 훼손하여 설치하거나 전시하고 있는 사안에서, 그 작품들을 지하철역사 설계도면에 베껴 그려 넣은 설계업체와 지하철역사 건설공사의 사업주체인 서울특별시로부터 해당 역사를 현물 출자 받아 관리·운영하고 있는 서울특별시 도시철도공사에게, 저작자의 저작권산권 및 저작인격권으로서의 성명표시권, 동일성유지권을 침해하였음을 원인으로 한 손해배상 책임이 있다고 판시하였다.

⑥ 서울고등법원 2008. 9. 23. 선고 2007나70720 판결

33) 서울서부지방법원 2006. 3. 17. 선고 2004가합4676 판결

피고들이 원고의 악곡들의 일부분을 잘라서 1분 또는 1분 30초의 미리듣기 서비스에 제공하고 벨소리와 통화 연결음으로 판매한 사건에서 동일성유지권의 침해가 있었는지 문제된 바 있다. 1심 법원은 판결문에서 "동일성유지권의 침해 여부를 판단하는 실질적인 징표는 표현의 개변은 물론이지만, 보다 중요한 판단기준은 저작자의 인격적 이익을 침해하는 개변이 이루어졌는지 여부이다. 즉 동일성유지권의 침해여부를 판단함에 있어서는 적자의 단순한 주관적인 기준에 의할 것은 아니고 사회통념에 비추어 명예, 명성 등의 인격적 이익이 침해될 우려가 있는지 여부를 기준으로 함이 상당하다."고 하였다.³⁴⁾ 그러나 결론의 타당성 여부를 별론으로 하고 위와 같은 해석은 명예훼손을 그 요건으로 하지 않는 법률의 해석으로는 부당할 뿐 아니라 저작인격권의 취지를 제대로 이해하지 못하면서 나온 판결이라고 할 수 있다. 동일성유지권에 대한 침해 여부는 저작물 내용, 형식, 제호의 동일성을 해치면 침해가 이루어진다고 보아야 할 것이다.³⁵⁾

그런데 상급심인 서울고등법원은 "(저작권법 개정으로) 저작물의 동일성을 해치는 변경이 저작자의 동의 없이 이루어진 이상 그와 같은 변경이 실제로 저작자의 명예와 성망을 해한 것인지 여부를 묻지 않고 저작물의 완전성에 관한 저작자의 인격적 이익이 침해된 것으로 간주하므로 이는 동일성유지권 침해에 해당한다."고 판시하였다.³⁶⁾ 하급심의 논리 구성의 문제를 시정할 점에서는 타당하지만 이런 경우 까지 동일성유지권이 침해된다고 본 것은 동일성유지권의 보호 목적에 맞지 않는 것으로서 법리를 잘못 해석하였다고 볼 수밖에 없다. 동일성유지권은 '원작'의 완전성을 보호하여 대중에 전파 및 후세에 전승하는데 그 근본 목적이 있는 것이다. 휴대폰 벨소리는 그 본질상 상대방이 전화를 받으면 중단되고 그 시간이 짧기 때문에 원곡 전체를 들릴 수 없고 일부 사용이 될 수밖에 없다. 이런 경우에 까지 동일성유지권의 보호수준을 높이는 것은 동의하기 어렵다. 저작권법은 동일성유지권에 대한 제한 규정을 두고 있는데 학교 교육 목적상 부득이한 경우, 건축물의 변경, 기타 저작물의 성질 등에 비추어 부득이한 경우 등이다. 이 사안의 경우에도 위 제한 규정 상 '부득이한 경우'에 해당한다고 봄이 상당하다.

34) 서울중앙지방법원 2007. 6. 21. 선고 2006가합26606 판결

35) 계승균, "저작인격권의 특질에 관한 소고", 『법학논총』, 2008, 28(1), p. 499. 도 같은 취지

36) 서울고등법원 2008. 9. 23. 선고 2007나70720 판결

제2절 외국 및 국제조약

I. 프랑스

1. 연혁

저작인격권에 관한 입법례는 크게 두 가지로 나누어진다. 저작권을 칭하는 용어로 대륙법계 국가인 프랑스의 'droit d'auteur', 독일의 'Urheberrecht', 이탈리아의 'diritto d'autore', 영미법계 국가인 영국과 미국의 'copyright'가 있다. 'droit d'auteur', 'Urheberrecht', 'diritto d'autore'는 작가의 권리(author's right)로 번역할 수 있는데 저작자의 권리 측면을 강조하고 있다고 할 수 있다. 반면, 'copyright'는 복제권으로 번역할 수 있는데 창작의 촉진을 위해 복제할 권리를 저작물 생산자와 소비자 사이에서 누구에게 줄 것인가 하는 관점에서 문제를 보고 있다.¹⁾ 영미법계 국가에서조차 'copyright'라는 용어에 대해서는 복제권만을 의미하는 듯하여 저작권의 내용을 포괄하지 못하는 것이어서 용어가 변경되어야 한다는 주장이 많다. 특히 디지털 시대에 있어 복제에 치중한 'copyright'라는 개념은 포기되어야 한다고 주장하는 견해도 있다.²⁾ 대륙법계 국가와 영미법계 국가는 저작인격권 보호에 있어서 매우 큰 차이를 보이고 있다.

대륙법계 국가 중에서도 프랑스는 저작인격권 보호에 있어 가장 대표적인 국가이고 저작인격권을 처음 보호한 국가라고 일컬어진다. 그러나 프랑스에서도 프랑스 대혁명 이전의 구체제까지는 저작인격권 개념은 발전하지 않았고 예술가의 권리에 대해서도 특별한 변화를 보이지 않았다. 혁명 초기인 1791년에는 국민회의에서 '예술 표현의 자유'가 선언되어 예술 표현이 정치적인 것에 속박되지 않는 개인의 자유로운 정신활동으로서 자율성을 보장받게 되었다. 역사적으로 프랑스의 법률은 수 세기에 걸친 문화적·사회적 논쟁의 부산물이었다. 이러한 논쟁은 예술가들은 다른 장인들과 구분되는 어떠한 기술, 특성, 재능을 가지고 있다는 기본적 가정에 중심을 두고 있다. 예술품의 가치는 그것들의 예술적 미학적 가치 뿐 아니라 역사적 가치에 기초한다.³⁾ 1789년 프랑스의 「인간과 시민의 권리 선언」에서는 재산권을 “법

1) 신도철, "인터넷에서의 저작권과 관련한 미국 판례의 동향", 『경제경영논집』, 2001, 31(2), p. 25.

2) Jessica Litman, *Digital Copyright* (N.Y.:Prometheus Books, 2000), p. 180, p. 186.

3) Ellin S. Yassky, "A Comparison of the Definition of Property as Legal Precedents for Legislation Protection Works of Art in France and United States. the School of

이나 규정에 의해 금지되어 있지 않는 한, 가장 최대한으로 향유하고 처분할 수 있는 권리"로 인식하였는데 이는 로마 시민법을 수용한 것이다. 영국의 커먼로가 등록된 토지, 저작권의 예외를 인정하면서 나폴레옹의 '절대적인 권리' 개념을 수용하지 않는 것과 비교된다.⁴⁾

프랑스 대혁명 이후 영국이나 미국과 유사하게 소유의 자연권의 이론적 영향으로 저작권이 발전하였다. 영미법계와의 결정적인 차이는 예술가의 권리를 '보다 고차원적 근거'에 두었다는 것이다.⁵⁾ 이는 곧 자연적으로 생성되어 보호받는 권리로 인식하고 있음을 말해준다. 칸트(Immanuel Kant) 사상의 영향을 받아 1791년에 작품의 공연권을 인정하는 법률(Décret des 13-19 janvier 1791)을, 1793년에 저작물의 복제권을 인정하는 법률(Décret des 19-24 juillet 1793)을 각 시행하였다. 그러나 이 법률들은 저작권을 재산권의 일종으로 생각하여, 저작인격권에 관한 규정은 없었다.⁶⁾

19세기 후반 프랑스의 법률 논문들은 일반적인 의미에서의 저작인격권에 대해서만 논하고 있다. 그런데 19세기 중엽 프랑스의 한 법원에서 오늘날 저작인격권이라고 불리는 권리에 대해 인식을 했다. 1845년 법원은 조각가 Clésinger가 그의 작품을 절단한 소유자에 대해 형사적 절차를 진행할 수 있는 권리가 있다고 판단했다.⁷⁾ 저작인격권은 법제화되기 이전인 19세기 중엽의 Clésinger 사건 이후에 프랑스 법원의 판례에 의해 비약적으로 발전했다. 예술가는 저작인격권 침해 중 한 요소만 주장하면 되었다. 1878년 프랑스의 법학자 André Morillot은 프랑스 대법원인 Cour de cassation에서 저작인격권이라는 구절을 명확히 사용했다. Cinquin c. Lecocq 판결⁸⁾에서 프랑스 대법원은 저작인격권의 존재를 최초로 확인한 것이다. 이 판결은 저작인격권을 인정한 세계 최초의 판결이다.

프랑스에서는 19세기부터 판례에 의하여 저작인격권을 인정하여 왔으나 1957년에 「문학 및 미술적 소유권에 관한 법률」이란 이름으로 개정된 저작권법에 저작인격권에 대한 규정을 신설하였다. 저작인격권은 영원하며 양도할 수 없고 시효로 소멸되지 않는다고 규정했다. 이는 헤겔(Georg Wilhelm Friedrich Hegel)에 의해 처음으로 구분된 이분법 시스템을 도입한 것이었다. 이러한 이분법 시스템은 창작자

Education", Ph. D. Dissertation, Healthy, Nursing and Art Professions New York University, 1986, p. 42.

4) *Ibid.*, p. 135.

5) Cheryl Swack, "Safeguarding Artistic Creation and The Cultural Heritage : A Comparison of Droit Moral between France and the United States", *Columbia Journal of Law & the Arts*, 1998, 22, p. 368.

6) Yassky, *op. cit.*, p. 35.

7) Swack, *op. cit.*, p. 373.

8) Cass. civ., 25 juin 1902, D.P.1903. I.5.

의 생존기간 동안 저작인격권을 강조하고 창작자의 사망 이후에는 작가의 예술적 창작물을 보호하는데 의미가 있다.⁹⁾ 이 법은 예술적 가치를 불문하고 모든 작품을 보호하는 것으로 하고 있다. 프랑스에서 1957년 법이 통과하기 이전에는 프랑스 예술가들은 동일성유지권 규정이 없어서 판결에 의해 개별적으로 보호받았을 뿐이다.

예술가가 사회로부터 받을 수 있는 경제적 이익을 보호하는 미국과는 달리 프랑스의 저작권법은 예술가의 사회적 명성을 보호하는 비경제적인 권리도 보호하는 것으로 규정하고 있다. 미국은 예술가나 저작권 소유자에게 경제적인 권리의 묶음을 인정하는 것과 달리 프랑스는 예술가에게 저작인격권과 경제적인 권리를 부여하는 것이다. 국가의 문화적 전통 때문에 미국의 저작권법과는 다른 저작인격권을 가진다. 프랑스에 있어서 저작인격권은 작품을 예술가의 정신적 분신으로 취급하고 예술가적 정신을 보호하는 것을 내용으로 한다. 저작인격권은 예술가가 작품을 창작했기 때문만이 아니라 그것이 사회에 유익하기 때문에 인정된다. 저작인격권은 “예술적 창작에서부터 자연적으로 도출되는 것이기 때문에” 예술가의 인격권의 기초는 예술가 그 자체이다.¹⁰⁾ 이렇게 보호받는 권리는 예술가가 대중 앞에 어떻게 작품을 현출했는지와 그의 작품을 통해 그의 일체성을 어떻게 유지하고 있는지와 관련된다.¹¹⁾

그 후 1985년에는 「저작권 및 인격권에 관한 법률」을 제정하여 구저작권법을 보완하였다. 1992년에는 종전에 저작권법, 특허법, 상표법, 의장법등 지적재산에 관한 법률을 하나로 통합한 지적재산권법을 제정하였다. 프랑스 저작권법은 위 지적재산권법의 제1부 문학·예술적소유권에 해당한다. 프랑스법상 저작인격권은 공표권(제121조의 2), 성명표시권 및 동일성유지권(제121조의 1) 및 취소권 또는 철회권(제121조의 4)이 인격권의 장에 규정되어 있고, 추급권(제122조의 8)은 재산권으로 보고 있다. 프랑스 저작권법에서는 저작인격권을 저작재산권 앞에 규정하고 있는데 이는 프랑스에서 저작인격권을 저작재산권 보다 더 중요한 가치로 생각하고 있다는 것을 말해준다. 저작인격권은 몇 가지의 권리로 이루어져 있는데 이들은 모두 돈으로 평가할 수 없고 작가와 분리할 수 없다는 특징이 있다. 작품은 작가의 연장이며 작가는 작품을 통해 대중과 의사소통한다.¹²⁾ 2006년에는 수많은 논란 속에서 DADVSI 법이 통과되었는데 이는 2001년 유럽연합 저작권 지침을 이행하기 위한 프랑스 저작권법의 개정안으로서 디지털 환경에서 저작물을 보호하기 위해 만든 법이었다.

저작권에 있어서도 당초 18세기 초에는 정신적소유권론에 입각하여 저작권을 저작

물의 이용에 따른 재산적 권리 즉, 저작재산권으로 인식하였으나 19세기 후반에 독일 사법에서 인격권일원론이 등장하여 저작물은 저작자 개인의 개성에서 발생한 것이며 이는 저작자의 인격에 관련된 것이므로 저작권은 저작자의 인격권이라고 주장한다. 그 후 저작권에 저작자의 인격적 권리 즉 저작인격권이 있다면 일반적 인격권과 저작인격권이 어떤 관계에 있는지에 대하여 저작인격권도 일반적 인격권에 포함된다는 학설과 저작인격권은 권리주체가 저작자에 한정되고 권리의 객체가 저작물에 대한 것이므로 분리하여야 한다는 학설로 나뉘었다. 또 저작물에 저작인격권이 있다면 저작권에서 저작재산권과 저작인격권을 어떻게 다룰 것인가에 대하여 정신적소유권론, 저작권이원론, 중복권론 및 저작권일원론 등으로 학설이 대립되었고 각국의 입법례도 학설의 채택에 따라 그 체제를 달리하였다.¹³⁾ 프랑스는 중복권론의 대표적인 국가로서 저작권에 저작인격권과 저작재산권이 포함되나 저작권의 변동에 있어서는 저작재산권과 저작인격권을 분리하여 저작인격권은 저작자의 일신에 전속하고 영구적이나 저작재산권은 일반적 재산권과 같이 양도와 상속을 할 수 있고 보호기간의 만료에 의하여 소멸하는 것으로 보고 있다.

2. 내용

가. 공표권

공표권(droit de publication)은 1941년에 이탈리아에서 처음으로 성문화되었지만 그 이전에 프랑스의 판례에 의해 인식되었다.¹⁴⁾

1957년 법에 의하면 작품을 공표할 것인지를 결정하는 것은 오직 예술가이다. 따라서 예술가는 언제 공개할지, 한다면 전시할지, 출판할지를 결정할 수 있다. 이 권리는 당연히 예술가에게 작품을 출판하거나 전시하지 않을 것도 허용하기 때문에 공표권은 작품이 출판 또는 공표될 때까지 비공개할 권리를 보호한다. 프랑스법에서는 공표권은 영원한 것으로서 양도될 수 없고 시효에 의해 소멸하지도 않는다고 명문으로 규정하고 있다. 공표권은 예술가가 사망하면 특별한 지정을 해주지 않는 한 자손, 배우자, 자손 이외의 상속인 순서로 승계된다.

① Pourchet c. Rosa Bonheur 판결¹⁵⁾

13) 허희성, "저작인격권의 이론과 효용에 관한 연구", 국민대학교 박사학위논문, 1995, pp. 51-110.

14) Craig James Dickson, "Moral Rights : a comparative history of their development and application in civil and common law jurisdictions", Master Dissertation, University of Toronto, 2005, p. 31.

9) Swack, *op. cit.*, p. 392.

10) *Ibid.*, p. 390.

11) *Ibid.*, p. 361.

12) Julien Dufay et Xavier Pican, "L'ersion du Droit Moral Comparison France-états-Unis", *International Business Law Journal*, 2004, 4, p. 463.

당시 유명세를 떨치던 화가인 로자 보뇌르(Rosa Bonheur)는 적정한 크기와 주제의 그림을 그리도록 위임을 받았는데 그 주제는 자신의 유명한 그림과 일치했다. 보뇌르는 그러한 위임을 받았지만 나중에는 작품을 위임인측인 Pourchet에게 양도하는 것을 거부했다. 보뇌르는 법정에 나와서 자신의 작품을 양도할 의무는 창작할 권리와 충돌한다고 주장했다. 그녀의 입장은 작품이 자신에 의해 완성되었는지, 언제 완성되었는지에 대한 판단은 오로지 자신만이 할 수 있다는 것이었다. 1심 법원은 보뇌르가 계약에 의해 작품을 양도할 책임을 진다고 판단해서 보뇌르에게 6개월 이내에 그림을 양도할 것을 명령했다. 보뇌르는 이 결정에 대해 항소했다. 최종심 법원은 보뇌르에게 손해배상을 하도록 했으나 작품을 완성하도록 요구하지는 않았다.

② Whistler c. Eden 판결¹⁶⁾

Eden경은 미국에서 태어난 휘슬러(James McNeil Whistler)에게 그의 부인의 초상화를 그려달라고 부탁하고 그 대가로 100 내지 150 기니를 주기로 했다. 휘슬러는 Eden경의 승낙 하에 그 작품을 전시했다. 작품이 전시되고 Eden경은 휘슬러에게 100 기니를 보냈는데 휘슬러는 그 돈이 너무 적어서 모멸감을 느꼈다. 휘슬러는 전시가 끝나자 작품을 사실로 가져가서 Eden 부인의 얼굴을 지워버리고 다른 사람의 얼굴을 그린 다음 그림의 반환을 거절했다. Eden경은 작품을 본래의 상태로 회복시켜 보내주고 손해배상을 하라고 하면서 소를 제기했다. 1심 법원은 위 계약이 여전히 유효하며 휘슬러는 그림을 원상복구해서 양도해야 한다고 판결했다. 항소심 법원과 대법원은 “미술가가 만족하지 못하는 한, 그 양도를 거절할 수 있고 이러한 미공개 권리는 이전의 계약에도 불문하고 존재한다.”고 판시하면서 100 기니의 반환과 손해를 배상하되 그림의 상태를 회복시키거나 양도할 필요는 없다고 판단했다.

③ Carco c. Camoin 판결¹⁷⁾

미술가 샤를 카무앵(Charles Camoin)은 그림이 그려진 여러 개의 캔버스를 버렸다. Francis Carco는 그 캔버스들을 주웠고 이를 수리해서 1925년에 경매장에서 판매하였다. 카무앵은 작품이 위조된 것이라면서 경매장에서 철거하고 파기할 것을 요구했다. 파리항소법원은 미술가는 포기한 작품을 발견한 사람과 권리 분쟁이 있

15) Paris, 4 juillet 1865, D.P. 1865.II.201.

16) Cass. 1e civ., mars. 14, 1900, D.P. 1900. I. 497

17) Paris, 6 mars 1931, D.P. 1931.II.88.

을지라도 필요하다면 작품의 복구를 반대하고 그 폐기를 주장할 수 있다고 판시하였다.

④ Rouault c. Consorts Vollard 판결¹⁸⁾

프랑스의 화가 루오(Georges Rouault)는 화상인 Ambroise Vollard와 그의 완성 또는 미완성 작품들을 양도하는 계약을 체결했다. 총 806개의 미완성 작품들이 화랑 창고에 있는데 루오는 자신의 열쇠로 창고에 들어가서 붓질을 더 했다. Vollard가 사망하자 그의 상속인은 루오의 미완성 작품의 소유권을 주장했다. 루오는 완성 후에만 그들이 소유권을 가질 수 있고 자신만이 그 작품들이 완성되었는지를 확인할 수 있다고 주장했다. 파리항소법원은 루오가 자신의 작품을 완성하고 변경하고 파괴할 권리가 있다고 판시했다. 따라서 미완성 작품들의 소유권은 루오에서 Vollard의 상속인에게 넘어가지 않은 것이라고 했다. 법원은 경제적인 결과가 큰 경우에도 미술가는 원칙적으로 작품의 공개에 대한 권리를 가진다고 판시한 것이다.

⑤ Consorts Bowers c. Consorts Bonnard 판결¹⁹⁾

이 사건은 프랑스 미술가 피에르 보나르(Pierre Bonnard)의 스튜디오에서 발견된, 서명이 되지 않은 그의 그림이 그가 이혼했을 때 부부의 공동재산으로 간주되는지, 만일 그렇게 간주된다면 부인의 사망 이후 그 재산은 그의 상속인과 미술가에게 귀속되는지 하는 문제와 관련된 것이었다. 법원은 미술가가 명시적, 묵시적으로 부인해도 완성된 것으로 간주되고 따라서 부부의 재산이 된다고 판시했다. 그리고 미공개 권리는 영원히 존재하는 것이 아니라 미술가가 사망하면 소멸하는 것이라고 판단했다.

나. 성명표시권

성명표시권(droite à la paternité)은 1837년에 파리항소법원에 의해 이미 언급되었는데 법원은 여러 명이 협동으로 작품을 제작한 경우에 모든 작가의 이름이 표시되어야 한다고 판시했다.²⁰⁾ 프랑스 법원은 성명표시권을 지속적으로 발전시켜 나갔

18) Trib. civ. Seine, 10 juillet 1946, Recueil Dalloz D.A. 107. ; Paris, 19 mars 1947, I 1949 Recueil Périodique Sirey D.P. 20.

19) Trib. civ. Seine, 10 juillet 1951, 1952 Recueil Dalloz D.A. 390. ; Paris, 19 janvier 1953, 1953 Recueil Dalloz D. 405. ; Cass. civ., 4 décembre 1956, 1957 Gazette du Palais. G.P. I. 56.

20) Swack, *op. cit.*, p. 377. ; Dickson, *op. cit.*, p. 9.

데 대상은 원작 뿐 아니라 복사본에도 적용된다. 법원은 예술가가 익명으로 할 권리를 가진다고 판시하고 있으나 이는 예술가가 명시적으로 그러한 계약을 한 경우에만 해당한다.²¹⁾ 성명표시권은 귀속에 대한 권리와 직접 관련이 있는 것이어서 작가는 익명 이외에도 가명으로 표시할 권리도 가진다고 본다.

① Guino c. Consorts Renoir 판결²²⁾

조각가 구이노(Guino)는 프랑스의 인상주의 화가 르느와르(Pierre-Auguste Renoir)의 몇 작품의 공동작업자라는 사실을 입증했다. 프랑스 법원은 구이노의 기여가 있었던 사실을 인정하 다음 그 작품에 르느와르의 이름만 표시가 되어서는 안 된다고 판시했다.

② Guille c. Colmant 판결

프랑스에서는 창작의 권리는 예술가로서 칭찬을 받을 권리를 포함하고 있어 이를 배제하는 계약은 무효로 선언된다. Guille c. Colmant 사건²³⁾은 작품 중 일부에 대해 다른 이름을 서명하고 나머지는 서명이 되지 않도록 남겨두는 계약의 유효성에 대한 것이었다. 파리항소법원은 이는 예술가의 명성을 훼손하기 위한 것이라는 이유로 계약의 무효를 선언했다.

다. 동일성유지권

프랑스에서 예술가가 자신의 작품에 대한 변형, 조작, 왜곡을 막을 수 있는 권리는 의심할 수 없는 것으로 인식되어 있다. 프랑스 법원에서는 20세기 초부터 이러한 권리를 인정했다. 다음 1번 내지 4번의 4개의 판례가 동일성유지권(droit au respect de l'oeuvre)의 수준을 높이는 데 기여했다고 평가된다.

프랑스 저작권법은 동일성유지권과 관련하여 “저작물의 존중을 요구하는 권리”(제121의 1조)와 일정한 저작물(시청각저작물, 컴퓨터프로그램저작물)에 대한 개변 등을 금지하는 권리(제121의 5조, 제121의 7조)를 규정하고 있다. 우선 동일성유지권에 관한 일반규정을 살펴보면 저작자는 그의 성명, 자격 및 저작물의 존중을 요구하는 권리를 향유한다. 이 권리는 저작자의 일신에 전속한다. 또 시효에 걸리지

21) Swack, *op. cit.*, p. 377.

22) Paris, avril 1971, 1971 Juris-Classeur Périodique J.C.P.II.16697, Gazette du Palais G.P. I.235.

23) Paris, 15 nov. 1966, 1967, Recueil Dalloz-Sirey, [D.S.Jur.] 284

않고 양도가 불가능 하다. 사망을 원인으로 하여 저작자의 상속인에게 상속될 수 있다. 또 당해 권리의 행사는 유증 규정에 의해 제3자에게 부여될 수 있다. 미국의 VARA는 미술가의 명성이나 명예를 훼손하려는 의도적인 변형, 조작, 다른 왜곡을 막을 수 있는 권리가 있다고 규정한다. 미국법과 달리 프랑스에서는 의도적이든 의도적이 아니든 구별하지 않고 ‘명예 또는 성명’을 해할 것을 요건으로 하지 않는다. 미국 연방저작권법 제106조 A(a)(3)(B)는 고의 또는 중과실에 의한 파괴를 금지하지만 프랑스에서는 통상의 경과실에 의한 파괴도 금지한다.

① Millet 판결²⁴⁾

프랑스의 19세기의 화가 밀레(Jean François Millet)의 아들인 Charles Millet는 밀레의 「Angelus」의 복제화를 출판하겠다고 하는 2명의 출판업자를 상대로 소를 제기했다. 출판업자들은 위 그림의 원작에서 한 사람의 머리에 모자를 씌우고 여자의 목에 스카프를 두르게 하고 저녁 풍경을 빛나는 한낮의 태양으로 가득하게 하려고 했다. Millet는 두 출판업자들이 원작과 비교할 때 복제본이 잘못되어 원작가의 명성을 훼손할 염려가 있기 때문에 출판이 금지되어야 한다고 주장했다. 법원은 원작과 복제본을 비교한 다음 복제본이 원작의 색을 밝게 만드는 등으로 저녁 풍경을 변경했다고 보았다. 법원은 미술은 일시적인 유행 또는 이익의 동기에 의한 불명확한 의도를 가진 개인의 행위에 의한 손해가 없도록 보호되어야 하고 “천재의 우월한 이익”을 보호해야 한다고 판시하면서 복제본 제작을 금지시켰다.

② Lacasse et Welcome c. Abbé Quénard 판결²⁵⁾

이 사건은 프랑스의 작은 마을 교회 벽에 프레스코화 제작의 위임에 대한 것이었다. Lacasse라는 예술가는 목사로부터 프레스코화를 제작하라는 위임을 받았지만 주교는 위임 사실에 대해 전혀 모르고 있었다. 주교는 그 작품이 도저히 받아들일 수 없을 정도의 취향인 것을 알게 되었고 수정으로는 개선될 수 없다고 결정해서 페인트로 지워버리도록 요구했다. Lacasse는 이에 소를 제기했는데 법원은 주교의 동의 없이 위임을 받았다고 하면서 주교의 손을 들어주었다. 이 사안에서 동일성유지권에 의한 보호에는 작품의 완전한 파괴가 포함되지 않는다고 본 것이다.

24) Trib. civ. Seine, 20 mai 1911, Amm, I. 271.

25) Paris, 1934 Recueil hebdomadaire de jurisprudence D.H. jur. 385, 1934 Gazette du Palais G.P. II.165.

③ Raymond Sudre c. Commune de Baixas 판결²⁶⁾

조각가 Sudre는 그의 고향의 중앙 분수를 장식해달라는 부탁을 받고 그 지역의 상징으로 지방 스타일의 옷을 입은 여자의 조각으로 분수를 장식했다. 그러나 관리가 제대로 되지 않았고 결국 시 위원회가 원고의 승낙 없이 조각을 부수기로 결정했다. 자신의 조각이 부수어지고 그 파편이 지역 도로의 구멍을 막는데 사용되는 것을 확인한 Sudre는 마을 사람을 상대로 소를 제기했다. 파리항소법원은 그의 작품에 대한 동일성유지권을 침해했다고 하면서 Sudre의 승소 판결을 했다.

④ Léger c. Reunion des Théâtres Lyrique Nationaux 판결²⁷⁾

프랑스 화가인 레제(Fernand Léger)는 1948년에 Darius Milhard가 제작한 오페라 Bolivar의 무대 디자인을 의뢰받았다. 오페라는 1950년 처음 공연을 하였는데 1952년 다시 개막하였을 때는 그가 제작한 무대가 치워졌다. 레제는 극장을 상대로 그의 동의 없이 무대를 치운 것은 그의 저작권권을 침해한 것이라면서 소를 제기했다. 그는 그의 무대를 다시 극장으로 돌려놓을 것을 요구했다. 법원은 레제의 주장대로 그의 동의 없이 무대를 밖으로 내보낸 것은 잘못이라고 판단했다. 그러나 오페라는 예술가와 제작자가 오페라의 표현에 대한 권리를 가지기 때문에 그들에게 극장 무대를 돌려놓으라고 명령할 수는 없다고 판시하였다.

⑤ Buffet c. Fersing 판결

1957년 법이 통과된 후에 프랑스 법원은 여러 건의 중요한 판결을 하였다. Buffet c. Fersing 사건²⁸⁾에서는 프랑스의 화가 베르나르 뷔페(Bernard Buffet)가 냉장고의 6개의 패널에 그림을 그리고 그중 한 패널에만 서명을 했다. 뷔페는 6개의 패널이 하나의 작품을 이룬다고 생각했다. 냉장고 주인은 그 패널의 가치를 알게 되자 냉장고를 부수어 패널만 판매하려고 했다. 뷔페는 소를 제기하면서 “분리될 수 없는 미술적 부분”으로서 냉장고에 의도적으로 그림을 그린 것이라고 주장했다. 법원은 뷔페의 손을 들어 주면서 패널을 분리하면 작품의 동일성을 훼손한 것이라고 판시했다.

26) Conseil d'etat, 1936 D.P. III.57.

27) Trib. civ. Seine, 1955 6 R.I.D.A. 146

28) Paris, 30 mai 1962, 1962 Recueil Dalloz, D.Jur. 570 ; Cass. civ., 1965 Gazette du Palais, G.P. II.126.

⑥ Dubuffet c. Renault 판결²⁹⁾

Renault 회사는 프랑스의 조각가 장 뒤뷔페(Jean Dubuffet)의 조각 제작을 지원했다. Renault는 뒤뷔페의 작품을 설치하다가 경비과다지출을 이유로 중단했다. 뒤뷔페는 Renault를 상대로 동일성유지권과 공표권을 근거로 소를 제기하여 몇 번의 항소 끝에 뒤뷔페가 승소하였다. 그러나 결국 뒤뷔페는 Renault에게 작품 설치를 하도록 강제하지 않았다.

⑦ Bernard-Rousseau c. Société des Galeries Lafayette 판결³⁰⁾

파리의 백화점인 피고는 프랑스의 원시주의 화가인 앙리 루소(Henri Rousseau)의 작품을 창문 장식으로 재생산했다. Rousseau의 손녀는 피고 백화점이 할아버지의 명성을 훼손했다고 하면서 소를 제기했다. 법원은 피고 백화점이 부주의하게 원화의 색상과 형상을 변경하여 작가의 동일성유지권을 침해했다고 판단했다.

⑧ Turner Entertainment Co. v. Huston 판결

프랑스에서는 영화의 컬러화는 예술가가 저작권을 가지지 않는다고 해도 예술가에 의해 막을 수 있는 것이라고 인식되고 있다. 영화 예술가들이나 비평가들은 컬러화 과정이 원래의 창작의도를 손상시켜 예술을 불구로 만드는 과정이라는 이유를 들어 고전영화를 컬러화하는데 반대한다. 그러나 판권을 가지고 있는 영화사측에서는 관객들에게 다양한 선택의 폭을 제공하며 주로 고전영화들에 대한 컬러화 작업을 진행하려고 한다.³¹⁾ 미국과 프랑스의 작가에 대한 저작권권 보호에 대해 현격한 차이를 보인 사안은 프랑스의 Turner Entertainment Co. v. Huston 사건³²⁾이었다. 이 사건은 유명한 배우이자 감독인 John Huston의 상속인이 Huston의 흑백 영화의 컬러 버전을 전시하는 것을 중단해달라고 낸 소송이었다. 프랑스 대법원은 프랑스 법에 의하면 미국 감독이 흑백 영화 필름을 컴퓨터 레이저 기술에 의해 컬러화한 것은 저작권권을 침해한 것이라고 판결했다. 프랑스 법원은 양도될 수 없는 작가의 저작권권과 양도 가능한 작가의 경제적 권리의 차이를 확인했다. 따라서 적법하게 취득한 필름이라고 해도 임의로 변경할 수 없다는 것이다. 미국 법원이었다면 필름의 컬러화는 각색으로서 변경이 아니라고 했을 가능성이 높다. 왜냐하면 미국 법원은 작품의 소유권을 매우

29) Trib. gr. inst. Paris, 1977 R.I.D.A. 191 ; Paris, 1979 D.J. 14 ; Cass. 1e civ., 8 janvier 1980, 1980 D.J. 89.

30) Trib. gr. inst. 13 mars 1973, Paris, 1974. 48 J.C.P. 224.

31) 오승중·이해완, 『저작권법』(제3판. 서울:박영사, 2004), p. 97.

32) Cass. Civ., 1e, 28 mai 1991, J.C.P. II 21731

중요시하기 때문이다. Huston 측은 저작권격권의 보호수준이 높은 프랑스법의 적용을 바랐고 Turner Entertainment Co.는 필름이 미국인에 의해 제작되었고 미국에서 저작권 보호를 받으므로 미국법의 적용을 원했다. 프랑스 법원은 프랑스가 국제조약에 가입되어 있으므로 프랑스 법이 적용되어야 한다고 판단했다.³³⁾ 1987년 미국 하원의원 Richard Gephardt는 허가받지 못한 영화의 컬러화 등을 금지하는 법안인 「the Film Integrity Act of 1987」을 제출했는데 대부분의 사람들은 그 법이 통과되지 못할 것으로 예상했다.

원본을 디지털화하는데 있어 필연적으로 컴퓨터가 인식하는데 따른 압축으로 인해 품질상의 손실이 생긴다. 이때 저작권자는 동일성유지권을 침해했다고 주장할 수 있는가 하는 문제가 있다. 디지털화하면서 사진을 축소한 경우 프랑스에서는 동일성유지권 침해가 인정될 가능성이 높다.³⁴⁾ 프랑스 법원은 "서명이 기재된 그림의 하단 부분을 감춘 행위는 저작권격권 침해가 된다."고 본바 있다.³⁵⁾

라. 원작철회권

원작철회권(droit de retrait)은 저작자가 저작물 이용자에게 지적재산권을 이전하여 공표를 승낙한 후에도 저작자의 정신적 이익을 침해하는 것과 같은 일정한 사유가 발생한 경우에는 저작자가 공표를 철회할 권리를 가지는 것을 말한다. 원작철회권은 프랑스에서 법제화되기 이전에는 논쟁의 여지가 없는 권리는 아니었다. 따라서 이 권리는 법학자들 사이에서 광범위하게 논의가 되었고 법원에 의해서 인정되나 없었지만 법학자들은 원작철회권의 도입을 추천했다. 큰 비난을 받았지만 프랑스 법원은 사회의 비판을 받을 필요가 있기 때문에 부분적으로 자극적인 경우에만 과도한 것으로 간주될 수 있다고 판단했다. 현재 저작권법 제121조의 4에서 원작철회권을 규정하고 있다. 이용권의 양도에도 불구하고 저작자는 저작물의 발행 후에도 양수인에 대하여 취소권 또는 철회권을 가진다. 프랑스법에서 특이한 점은 독일법에서와 같이 신념변경 등의 요건을 필요로 하지 않는다는 점이다. 그렇기 때문에 독일법에 비해 저작자의 보호정도가 크다고 할 수 있으나, 그 남용의 여지도 커지게 되는 것이다. 그래서 프랑스법에서는 저작자가 취소나 철회로 양수인에게 발생될 수 있는 손해를 사전에 보상한다는 조건하에서만 그 권리를 행사할 수 있도록 하고 있다. 이런 요건으로 인해 실제상으로는 독일법과 프랑스법에서의 원작철회권의 효과의 차이는 그다지 크지 않다고 할 수

33) Leslie A. Pettenati, "Moral Rights of Artists in an International Marketplace", *Pace International Law Review*, 2000, 12, p. 437.

34) Charlotte Waelde and Lionel de Souza, "Moral Rights and the Internet : Squaring the Circle", *Intellectual Property Quarterly*, 2002, 3, p. 281.도 같은 취지

35) CA Paris, October 31, 1988, Cahiers du Droit d'Auteur, April 1989. p. 22 ; *Ibid.*에서 제인용

있다. 그리고 저작자가 취소권 또는 철회권을 행사한 후에 그의 저작물을 발행하기로 결정한 때에는 그가 처음에 선택한 양수인에게 처음에 결정된 조건으로 그의 이용권을 먼저 제공할 의무가 있다. 프랑스에 있어서도 법령의 성문화가 출판 계약에만 한정적으로 적용되고 예술가에게 그가 철회하려는 모든 판매된 책을 구입할 것을 요구하고 있기 때문에 그 적용 범위는 제한되어 있다.

마. 추급권

① 개념

추급권(droit de suite)은 1920년 프랑스에 의해 처음으로 도입된 것으로 처음 작품을 저렴한 가격에 판매한 미술가가 그 후 재판매 과정에서 분배를 요구할 수 있는 권리를 말한다.³⁶⁾ 이러한 권리를 대한민국에서는 추급권(追及權) 또는 추구권(追求權)이라고 부른다. 프랑스에서 추급권을 도입한 이유는 제1차 세계대전에서 사망한 장 프랑소와 밀레의 미망인 등 미술가들의 미망인을 돕기 위한 것이었는데 미술품 거래상에게 특별세의 형태로 전체 거래액의 일부를 징수해서 미술가들을 위한 사회복지기금의 형태로 사용되었다고 한다.³⁷⁾

② 근거

저작권은 창작자에게 재생산을 통제할 수 있는 권한을 주지만 미술가는 직접적으로 문학가나 음악가가 가지는 것과 같은 이익을 갖지는 못한다. 다수의 문학작품 책을 판매하여 주요한 경제적인 이익을 취득하는 작가와 달리 미술가는 자신이 창작한 원본 작품을 판매하여 그의 주요한 경제적 이익을 얻게 된다. 또 다른 작곡가와 같은 다른 창작 예술가들은 그들의 창작의 재생산, 대중 공연, 레코드나 시청각 교체에 의한 기계적 복제, 텔레비전이나 라디오 방송 등을 통해 수익을 얻을 수 있다. 반면 미술가들은 복제권 수여나 방송을 통한 수익을 얻을 수는 있지만 수익량의 제한 때문에 상대적으로 적은 수익밖에 얻지 못한다는 문제가 있다.³⁸⁾

추급권을 인정하는 근거로는 위에서 본바와 같이 다른 저작물에 비해 순수미술작품이 본질적으로 지니고 있는 이용태양의 차이로 인한 수익 구조상의 특성을 드는 이

36) Christine Ramonbordes, "Economic Impact of the European Directive on the artist's resale right or droit de suite", *Copyright Bulletin*, 2000, 34(2), p. 25.

37) 김형렬, "저작권격권에 관한 연구", 성균관대학교 박사학위논문, 2009, p. 370.

38) Gerhard Pfennig, "The resale right of artists(droit de suite)", *Copyright Bulletin, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organizations*, 1997, 31(3), p. 20.

론이 있다.³⁹⁾ 또 작품의 가치 평가의 회복 이론이 있다.⁴⁰⁾ 단지 몇 프랑에 팔린 회화 작품이 나중에 고가를 호가하는 것은 그 작품이 세월이 지남에 따라 질적 향상이 되었기 때문이 아니라 무명이었던 작가가 유명해졌고 그 명성이 작품에 영향을 미쳐 새로운 가치를 부여했기 때문이라는 것이다. 작품의 가격 상승으로 인한 부의 축적이 소유자에게만 귀속되는 것은 부당하다는 것이다. 최초 작품을 구매하면서 구입자는 장래에 작가의 명성이 형성되었을 때의 가치에 대해서는 아무런 보상을 할 수 없다. 시민법이 이웃의 나약함을 이용하도록 무기력하게 해서는 안 된다고 한다. 다음으로는 작품의 가치 향상에 기여한 미술가에 대해 보상해주어야 한다는 이론이 있다. 또 통상의 물건은 중고품이 되면 가치가 하락하지만 미술저작물은 시간이 갈수록 대개 가치가 점차 상승하는 경향이 있기 때문이다.

③ 법적 성질

추급권의 법적 성질에 대해서는 일종의 세금이라는 견해, 작가를 보호하고 후원하려는 시민의 권리라는 견해가 있다. 추급권은 화가 등이 사전에 포기할 수 없는 본질적으로 불가분성을 지닌 권리이다. 이는 2001년 추급권에 관한 유럽연합 지침에서도 분명히 밝히고 있다. 저작인격권의 범주에 속한다고 보는 견해가 있는가 하면 재산적 보상청구권이며 재산권적 성질의 권리로 해석하는 견해가 있다.⁴¹⁾

초기 입법자들의 주류는 추급권을 양도할 수 없는 권리라고 주장했다. 거의 모든 국가의 법에서 추급권이 양도할 수 없는 권리로 규정되자 추급권은 저작재산권보다는 저작인격권에 가깝다고 보는 주장이 나왔다.

④ 적용대상

추급권의 근거와 성질상 미술작품에만 적용되는데 원칙적으로는 원본 작품에만 적용되는 것으로 규정한다. 대부분 매매에 있어 적용되는데 주로 경매의 경우에 적용된다. 추급권은 원칙적으로 '작가'에게 부여되는 것으로 규정된다. 추급권은 미술품이 재판매될 때 그 이익 중 일부를 미술가에게 주는 것을 의미한다. 추급권을 구매자가 부담해야 할 세금으로 인식하지는 않고 있기 때문에 판매자가 비용을 부담해야 한다. 이에 대해서는 두 가지 방식이 있는데 판매가 전체에 대해서 부과하는 방

39) *Ibid.*

40) Liliane de Pierredon-Fawcett, *The Droit de Suite in Literary and Artistic Property : A Comparative Law Study* (N.Y.:Center for Law and Arts Columbia University School of Law, 1991), p. 12.

41) Dreier/Schultz, *Urheberrechtsgesetz Kommentar* (2. Aufl. C. H. Beck München, 2006), p. 355.

식, 가치 증가에 대해서 부가하는 방식이다.

⑤ 유럽연합의 추급권 지침과 규칙

2001년 추급권에 관한 유럽연합 지침에 의거, 2006. 1. 1. 까지 유럽연합 회원국들의 수용입법이 의무화되었다. 따라서 2001년 제정 당시의 회원국 모두에게 추급권의 시행이 강제되었다. 지침 중 주요내용을 보면 다음과 같다. 추급권은 작가가 미리 포기할 수 없고 양도 불가능한 권리로써 정의되어야 한다. 또 추급권은 매도인, 매수인으로 판매장 및 화랑과 같은 미술품 전문중개상 및 일반적인 미술품 거래상이 관여하는 재판매에 관한 모든 행위에 대하여 적용하여야 한다. 다만 회원국은 매도인이 당해 재판매일로부터 3년 이내에 저작자로부터 직접 당해 저작물을 취득하였을 경우, 그리고 재판매가가 10,000 유로를 초과하지 않는 경우의 재판매 행위에 대하여 적용될 수 없다. 추급권료는 매도인이 지급하여야 하며 회원국은 매도인 외에 자연인 또는 법인 중 하나가 단독으로 책임을 부담하거나 매도인과 함께 추급권료의 지불에 대한 책임을 공유할 수 있음을 규정할 수 있다고 하고 있다. 50,000 유로 이하는 판매가의 4%, 50,000.01부터 200,000 유로는 3%, 200,000.01부터 350,000 유로까지는 1%, 350,000.01부터 500,000 유로까지 판매가에 대해서는 0.5%, 500,000 유로 이상은 0.25%로 하되 추급권료의 총액은 12,500 유로를 초과할 수 없다고 명시한다. 추급권은 사후 70년까지 보장된다.⁴²⁾

한편 추급권에 관한 유럽연합 지침의 이행기간인 2006. 1. 1. 까지 회원국의 내부사정 등으로 인해 시행입법을 완료하지 못한 국가들이 있었고 이로 인해 2006. 6. 13. 자로 공포된 위원회의 추급권 규칙[European Communities (Artist's Resale Right) Regulations 2006, SJ, No. 312 of 2006]은 이러한 국가들에게 국내법에 바로 편입되어 직접 적용될 수 있도록 중요 핵심 내용들을 확정하여 규정하였다. 이 규칙에서는 추급권은 양도할 수 없고 추급권에 대한 부담은 무효이며 추급권의 포기는 효력이 없고 추급권료를 나누거나 재지불하도록 하는 합의는 무효라고 규정한다. 또 추급권 요율은 지침과 동일하며 추급권은 저자의 생존기간 동안 존속하며 작가의 사망과 더불어 소멸한다고 규정한다.

⑥ 프랑스 법에서의 추급권

프랑스의 1920년법에서는 공개경매에 의한 경우만 추급권을 인정하였는데 1957년 법에서는 공개경매와 마찬가지로 미술상에 의한 매매까지 포함시켰다. 1957년 법에서는 작품의 판매가격을 기초로 금액을 정하는데 일률적으로 3%의 요율을 적용하

42) 김원오, "EU 및 그 주요 회원국의 추급권 입법 동향", 『계간 저작권』, 2007, p. 18.

었다. 당시 법은 추급권이 인정되는 최소금액을 100 프랑으로 설정하였고 집중관리 여부는 규정하지 않았다. 실질적으로는 공개경매에 의한 매매만이 추급권의 대상이 되었다.

프랑스는 2001년 추급권에 관한 유럽연합 지침을 반영하기 위해 법 개정을 했다. 요율은 유럽연합 지침과 동일한데 추급권료의 금액은 12,500 유로를 초과하지 못하도록 규정하였다. 상인에 의한 재판매의 경우까지 인정하도록 하였고 최소 판매 금액은 750 유로이다. 프랑스에서도 작가의 서명이 필요한 것으로 규정하는데 서명이 없는 경우 작가가 추급권 전체를 박탈당하는 것은 아니고 있는 경우에 비해 1/2만 획득한다. 그러나 조각의 경우 주형에 서명이 들어가 있어서 작가의 감독 여부에 상관없이 서명이 들어가게 된다. 프랑스는 외견상으로는 추급권 대상이 되는 조각의 숫자를 제한하는 유일한 국가이다. 판화는 작가의 서명이 되고 숫자가 기재되고 전체 숫자가 75개 이상을 넘지 않을 것을 요구하고 있다.⁴³⁾ 벨기에와 독일과 같이 외국인에 대해서도 추급권을 인정한다.⁴⁴⁾

프랑스는 추급권의 보호를 받기 위한 요건으로 미술저작자들에게 미술품을 등록하도록 요구하였다. 저작자의 이름, 주소 그리고 저작자의 서명을 등록하도록 한 것이다.⁴⁵⁾ 이러한 등록정보는 작품의 진위를 가리는데 커다란 역할을 하였다. 프랑스는 저작자가 직접 추급권료를 징수하거나 대리인으로 하여금 추급권료를 징수하게 하는 징수 시스템을 취한다. 독자적으로 징수를 하는 피카소 재단이나 마티스 재단을 제외하면 Association pour la Diffusion des Arts Graphique et Plastiques (ADAGP)가 대부분의 추급권료 징수를 담당한다. 공매회사는 공매의 내용에 관련된 정보를 ADAGP에게 통보하여야 하며, ADAGP가 추급권을 행사하면 청구된 추급권료 금액을 ADAGP에 지급한다.⁴⁶⁾

프랑스는 인상주의, 포비즘, 큐비즘 등과 같은 천재적인 운동으로 유명한 국가로서 세계적인 명성이 있다. 따라서 외국 수집가들을 유혹하여 파리로 오게 하고 결과적으로 프랑스 작가에 의한 경매 판매의 증가 및 추급권으로 인한 수입을 가져온다. 추급권이 유명 미술가들만 보호한다는 비판이 계속 있어 왔다. 그런데 프랑스의 「그래픽과 플라스틱 미술의 확산을 위한 위원회」의 조사 결과는 다른 결과를 보여준다. 1967년 회원 중에서 265명이 최소한 50 프랑 이상을 작가의 추급권료로 혜택을 보았다. 그 265명중 50명가량은 재생산 권리에 의해 혜택을 보았고 215명은

43) de Pierredon-Fawcett, *op. cit.*, p. 63.

44) *Ibid.*, p. 103.

45) 박은정, "예술저작품의 추급권에 대한 비교법적 고찰", 숙명여자대학교 석사학위논문, 2009, p. 65.

46) Akkio Ogawa, "The potential of adapting Droit de Suite in Japan—Based on the interviews and researches held in France, Finland, and U.K", *Waseda Institute for Corporation Law and Society*, 2006, p. 225. ; 박은정, 앞의 글, p. 65.에서 재인용

경매를 통한 추급권의 혜택을 본 것이다. 이 조사결과에 의하면 이미 유명해진 미술가만이 혜택을 보는 것은 아니라는 것이다.⁴⁷⁾ 반면에 1993년과 1995년의 프랑스 통계를 보면 추급권으로 경제적 이익을 얻은 작가나 그 유족은 총 2,000명이고 이중 2-3%가 총 금액의 43%를 차지하고 있어서⁴⁸⁾ 위와 같은 해석에 부합하지 않는 면이 있다. 프랑스에서는 추급권이 현재에도 효율적으로 작동하고 있다고 평가된다.⁴⁹⁾ 프랑스는 유럽에서 두 번째로 큰 미술시장으로 5억 유로 이상의 이익을 미술 시장에서 거두고 있다.⁵⁰⁾

II. 독일

1. 연혁

독일에서는 민법전에 일반적 인격권의 보호규정을 명시하는 것에는 반대가 많았으나 저작권법상 저작인격권의 보호를 명시하는 데는 관대하였다. 1794년 프로이센 일반란트법(Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, ALR)에 저작권 규정을 포함시킨 독일에서는 1900년부터 시행된 민법전에는 일반적 인격권의 보호 규정을 두지 않았으나 1901년에 개정하여 1902년부터 시행된 저작권법에는 저작자의 인격적 이익의 보호규정을 세계 최초로 두게 된다.⁵¹⁾ 즉 1902. 1. 부터 시행된 「문학 및 음악저작물의 저작권에 관한 법률(Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werkender Literatur und der Tonkunst, LUG)」 제9조에서는 "저작자의 권리가 조건부 내지 무조건으로 양도된 경우에 그 취득자는 저작자의 동의 없이 작품자체에 그 제명, 또는 저작자의 명칭을 부가, 생략 또는 기타의 변경을 할 수 없다. 다만 신의성실상 허용되는 변경은 가능하다"고 하고 제11조에서는 "저작자는 저작물의 본질적인 내용이 공표되지 않는 한, 그 발표에 대하여 배타적인 기능이 있다"고 규정한다. 즉 성명표시권, 동일성유지권, 공표권을 모두 규정한 것이다. 1907. 1. 9.에는 「미술 및 사진저작물의 저작권에 관한 법률(Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und Photographie : KUG)」이 입법되었다. 저작인격권은 1901년의 저작권법에 규정되어 있었으나, 추상적이고 막연한 것이었다. 독일의 학자인

47) de Pierredon-Fawcett, *op. cit.*, p. 144.

48) Simon Stokes, *Art and Copyright* (Rev. ed. Portland:Hart Pub, 2003), p. 78.

49) Pfennig, *op. cit.*, p. 22.

50) 박은정, 앞의 글, p. 63.

51) 허희성, 앞의 글, p. 32.

Smoschewer는 창의적 작가의 인격권을 가리키는 말로 ‘Urheberpersönlichkeitsrecht’라는 용어를 사용했다.

그 후 판례에 의해 보완, 확대되어 저작권격권으로 공표권, 성명표시권, 동일성유지권 등을 인정하게 되었으며, 1965년 저작권법 전면 개정에서는 저작권일원론에 입각하여 저작권격권을 포함하게 된다. 1965. 9. 9. 제정된 저작권법은 공표권(제12조), 성명표시권(제13조), 동일성유지권(제14조), 원작접근권(제25조 제1항), 원작철회권(제42조 제1항) 등을 규정하고 있다. 그러나 위와 같은 개정 이전에도 독일 판례는 위와 같은 권리들을 모두 인정하고 있었다.⁵²⁾

독일 저작권법에서 저작자가 가지는 저작권은 원칙적으로 저작자의 사후 70년까지 보호되는바, 재산권적 내용의 이용권(Verwertungsrecht)과 인격권적 내용의 인격권(Persönlichkeitsrecht)이 하나로 되어 있는 이른바 일원권적인 권리이며 위 이용권과 인격권은 또한 여러 권능을 가진 권리로서 저작자는 위 이용권 혹은 인격권 자체를 전체 혹은 부분적으로 이용하도록 권한을 부여할 수 없다. 저작자가 타인으로 하여금 그 이용 권한을 부여할 수 있는 것은 다발의 권리인 위 이용권을 구성하는 개개의 권능을 전체적으로 혹은 장소, 시간, 내용적으로 제한을 가하여 부여하는 용익권(Nutzungsrecht)이다.⁵³⁾ 독일은 저작권일원론의 대표적인 국가로서 독일은 저작권에 저작재산권과 저작권격권을 포함하는 점에서 프랑스와 같으나 저작권의 변동에 있어서 저작권은 저작자의 인격적 권리가 포함되어 있으며 인격권은 성질상 양도가 불가능하므로 저작권 자체도 양도는 불가능하나 저작권의 상속과 소멸에 있어서는 저작재산권과 저작권격권이 운명을 같이 하도록 한 것이다. 독일연방법원(BGH)은 저작권격권을 개별적 인격권의 하나로서 일반적 인격권의 ‘개별적인 발현 형태(發現形態, Erscheinungsform)’라고 하고 있다.⁵⁴⁾

2. 내용

가. 공표권

LUG와 KUG는 공표권(Veröffentlichungsrecht)에 관해서 명문의 규정을 두지 않았었다. 단지 LUG 제11조 제1항에서 “저작물의 본질적 내용이 공중에 전달되는 한 저작자는 배타적 전달권을 가진다.”고 규정하고 있었는데 학설은 저작물 전체를 공표할

52) 윤방현, “저작권격권에 관한 비교법적 고찰”, 『논문집』, 2001, 7, p. 211.

53) 박익환, 『독일 저작권법』(서울:저작권심의조정위원회, 1998), pp. 17-18. ; 김중열, “저작권격권의 보호에 관한 고찰”, 경희대학교 국제법무대학원 석사학위논문, 2004, p. 28.

54) 齊藤 博, 『人格權法の研究』(一粒社, 1979), pp. 819-820.

권리도 저작자에게 유보되어 있다는 것을 간접적으로 보여주는 것이라고 해석하였으며,⁵⁵⁾ 판례는 1954. 11. 26.의 BGH 판결⁵⁶⁾에서 이를 확인시켜 주었다. 이 판결은 공표권을 인정했을 뿐만 아니라, 공표권이 저작재산권과 저작권격권의 교차영역에 속하는 것을 처음으로 긍정한 획기적인 의의를 지닌 판결이기도 하다. 현행 독일 저작권법은 제12조에서 공표권을 규정하고 있는데 제1항에서는 “저작자는 자신의 저작물의 공표 여부 및 그 방법을 결정할 권리를 가진다.”라고 규정하고, 제2항에서는 “저작물이나 그 본질적 내용 혹은 그 서술이 저작자의 동의를 얻어 공표되지 아니하는 한, 저작자의 저작물의 내용을 공개 전달하거나 서술하는 것은 저작자에게 유보된다.”고 규정하여 저작물의 공표에 저작자의 동의를 요구하고 있다.

나. 성명표시권

구법에서는 문학적 저작물에 관해서는 직접적으로 성명표시권(Urheberschaftsrecht)을 정한 규정은 없었지만 저작재산권을 이전한 경우에 관해 권리취득자는 저작자의 동의 없이 저작자의 표상을 변경할 수 없다는 규정(LUG 제9조) 때문에 저작자에게 성명표시권이 인정되는 것은 의문의 여지가 없었다. 조형미술저작물에 관해서는 특별히 규정이 있어서, 저작물에 성명 등의 표시는 저작자 스스로 하든가, 혹은 그의 동의를 얻은 경우에만 허용될(KUG 제13조) 뿐만 아니라 저작재산권의 이전 시에는 문학적 저작물과 같은 효과를 발생시킨다(KUG 제12조). 이상의 규정에 기초해 판례는 저작권의 양도가 행해진 경우에도 저작권을 구성하는 전권능이 이전하는 것이 아니라, 인격권적 권능, 최소한 성명표시권은 저작자에게 보유되는 것임을 명백히 하였다. 현행법 제13조에서는 “저작자는 저작물상 자신이 저작자임을 인정하는 권리를 가진다. 저작자는 저작물에 저작자 표시를 할 것인지의 여부 및 어떤 표시를 할 것인지의 여부를 결정할 수 있다.”라고 규정하여 성명표시권을 인정하고 있다.

다. 동일성유지권

구법에 있어서 동일성유지권(Änderungsrecht)을 인정하는 취지의 규정은 존재하지 않았다. 다만 LUG 제9조와 KUG 제12조에서 저작재산권의 취득자에 대해서만 저작자의 동의 없는 저작물의 변경을 금지하고 있었는데 그 인정 수준이 매우 낮았

55) Eugen Ulmer, *Urheber - und Verlagsrecht* (2. neubearbeitete Auflage, Springer-Verlag, 1960), p. 261.

56) BGHZ 15, 249.

다.

현행법 제14조에서는 “저작자는 저작물상 자신의 정당한 정신적 또는 인격적 이익을 해치게 하는 자신의 저작물에 대한 왜곡 혹은 여타 침해를 금지시킬 권리를 가진다.”고 규정하여 동일성유지권에 대해 규정하고 있다. 대한민국 법과는 달리 침해의 배제를 내용으로 하는 동일성유지권의 소극적인 측면을 명문으로 정하고 있는 것이다. 제39조에서 용익권자는 달리 특약이 없는 한 저작물, 그 제호 및 저작자 표시를 변경할 수 없으며 저작자가 신의성실에 의해 동의를 거절할 수 없는 경우에는 저작물 및 그 제호의 변경이 허용된다고 규정하고 있다.

① Felseneiland mit Sirenen 판결

1912년의 바위섬의 사이렌(Felseneiland mit Sirenen) 판결⁵⁷⁾은 동일성유지권을 인정한 첫 번째 판례였다. 이 사건에서 원고는 피고의 의뢰에 의해 피고의 저택 계단에 프레스크화법에 의해 벽화를 제작했다. 그 인어는 나체로 그려진 것이었지만 감상하는 사람의 감정을 상하게 하지 않는 것이었다. 피고는 몇 년 뒤에 원고의 동의 없이 다른 화가에 의뢰하여 나체의 인어 위에 옷을 입혔다. 원고는 자신의 저작 인격권을 침해했다고 하면서 소를 제기했고 법원은 원고 승소의 판결을 했다. 법원은 저작물의 소유권자는 저작물을 제3자에게 양도한다든지 혹은 폐기한다든지 하는 것은 허용되지만, 저작자의 동의 없이 내용을 변경하는 것은 저작자의 저작권을 침해하는 것이라고 판시했다. 법원은 다만 완전한 파괴에는 동일성유지권이 적용되지 않는다고 판시했고 작가의 이익과 소유자의 이익 사이에 균형이 이루어져야 한다고 했다.

② Maske im Blau 판결

1970년의 Maske im Blau 판결⁵⁸⁾은 사진 예술에 관한 것이었다. ‘과관 가면’이라는 의미의 Maske im Blau는 원고가 무대 제작권을 가진 오페레타였다. 피고는 제작권을 가진 극장이었는데 변경을 많이 한 오페레타를 공연했다. 법원은 그러한 변경이 너무 심하고 UrhG 제39조의 선의 규정에 의해 허용되지 않는다는 원고의 입장을 지지했다. 법원은 Felseneiland mit Sirenen 사건과 유사하게 작곡가와 가극의 가사를 만든 작가의 저작인격권을 침해하는 것이라면서 이러한 형태의 오페레타의 향후의 공연을 금지하는 결정을 했다. 이 사건에서 법원은 작가와 감독 사이의 이익 사이의 균형은 반드시 형량 되어야 한다고 판시했다.

57) RGZ 79, 397

58) BGHZ 55, 1

③ Reformationsgedächtniskirche 판결, Friedenauer Rathaus 판결

건축과 관련해서는 건축물의 변경과 이에 적용되는 미술에 적용되는 원칙에 대해서는 구분되는 원칙이 있다. 작가의 이익과 함께 목적물의 사용과 소유자의 정당한 희망이 반드시 고려되어야 하기 때문에 일반적으로 좀더 완화된 원칙이 적용된다. 건물이 미적인 목적 뿐 아니라 유용한 목적을 위해 제작되었기 때문에 기술적이거나 생활수준이 변경되어 건물이 그의 유용한 목적을 달성할 수 없을 때에는 유용한 목적의 보호를 위한 필요한 변경은 반드시 허용된다. 반면에 유용한 목적과 관련이 없는 건물의 변경은 건축가의 허가 없이는 허용되지 아니한다.⁵⁹⁾ Reformationsgedächtniskirche 판결⁶⁰⁾에서 법원은 2차 세계대전으로 파괴된 건물을 복구하면서 도시의 스카이라인 때문에 변경된 형태의 건물 재건을 승인했다. 1953년의 Friedenauer Rathaus 판결⁶¹⁾은 프리테나우 시청의 재건축과 관련된 것이었다. 집행위원회는 법원으로부터 변경된 형태로 재건축하는 허가를 받았는데 그렇지 않으면 석재 외벽 공사에 8만 도이치마르크가 소요되었다. Eden-Hotel 사건⁶²⁾에서 호텔 소유주는 그의 건물에 1개 층을 증축하려고 했지만 법원은 이러한 추가가 호텔 소유주의 경제적 관심에 의해 정당화될 수는 없다고 판시했다.

라. 원작접근권

독일 저작권법은 저작자가 저작물의 원본 또는 복제본의 점유자로부터 점유자의 정당한 이익이 침해되지 아니하는 범위 내에서 복제본의 제작이나 저작물의 개작에 필요한 경우 또는 복제본을 자신에게 접근시킬 것을 요구할 수 있는 권리, 즉 원작접근권(Recht auf Zugang zum Werkstück)을 인정하고 있다. 독일 저작권법 제25조 제1항에서는 저작자가 저작물의 원본 또는 복제본의 점유자로부터 점유자의 정당한 이익이 침해되지 아니하는 범위 내에서 복제본의 제작이나 저작물의 개작에 필요한 경우 또는 복제본을 자신에게 접근시킬 것을 요구할 수 있다고 규정하고 있는 것이다. 다만 같은 조 제2항에서는 점유자는 원본 혹은 복제본을 저작자에게 교부할 의무는 없다고 규정한다. 위 규정은 판례에 의해 인정된 원작접근권을 입법화한 것이다. 한때 피고가 경영하는 병원에서 국장으로 근무한 적 있는 원고가 그 재직 중

59) Eric Marcus, "Moral Right of Artists in Germany", *Copyright Law Symposium*, 1975, 25, pp. 108-109.

60) OLG Nürnberg UFITA 25(1958 I) 361

61) LG Berlin Schulze Rspr. LGZ Nr. 65, 6 f.

62) LG Berlin UFITA 1931, 258

폐결핵외과수술의 새로운 방법으로 사용해서, 환자의 수술 전의 증상, 수술의 방법, 수술 후의 경과 등을 기록한 진료기록부를 그의 연구에 필요하다는 이유로 반환 청구한 사건에서 BGH는 진료기록부의 점유권은 피고에게 있다는 이유로 원고의 청구를 기각했지만, 판결 이유 중에서 “저작자가 그의 창작에 관한 저작물의 점유를 잃은 경우에, 그는 저작권행사의 필요상 저작물에 접근하여 메모 또는 촬영하는 것을 점유자에게 요구할 권리가 있다.”라고 하여 원고에게 원작접근권을 인정했다.⁶³⁾ Felsenland mit Sirenen 판결에서 법원은 작가가 그의 작품을 다시 제작할 권리를 실행할 수 있다는 것을 명시했다.

마. 원작철회권

독일 저작권법 제41조는 불행사를 이유로 하는 원작철회권(Rückrufsrecht wegen gewandelter Überzeugung)을, 제42조는 확신의 변경을 이유로 하는 원작철회권을 규정한다. 제41조 제1항에서는 “배타적 용익권자가 자신의 권리를 행사하지 아니하거나 불충분하게 행사하여 이로 인하여 저작자의 정당한 이익이 현저하게 침해되는 경우에는 저작자는 당해 용익권의 부여를 철회할 수 있다. 용익권의 불행사 또는 불충분한 행사가 저작자로 인한 사정으로부터 주로 기인하는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정한다. 제42조 제1항에서는 “저작자는 저작물이 더 이상 자신의 확신에 부합되지 아니하며 이로 인하여 저작물의 이용이 저작자에게 기대될 수 없다면 용익권 부여를 그 권한을 가지는 자로부터 철회할 수 있다”고 규정하고 있으며 동조 제2항에서는 “이 철회권은 포기할 수 없다.”고 규정하고 있다. 저작자는 용익자에게 정당한 보상을 하여야 하고 적어도 용익권자가 철회의 의사표시를 한때까지 지출한 비용을 전보하여야 하며(제42조 제3항), 저작자는 원작철회권을 행사한 후에 저작물을 다시 이용하고자 한다면 동인은 종전 용익권자에게 상당한 조건하에 상응하는 용익권을 제공할 의무가 있다. 이와 별도로 독일 출판권법 제35조 제1항에서는 “계약 체결 시 예견하지 못했고 사실을 인지하여 사안을 합리적으로 판단하여 저자가 하지 않았을 상황이 생겨났다면, 복제 완료시까지 저자는 출판계약에서 탈퇴할 권한이 있다.”라고 규정하여 예견치 못한 사정변경으로 인한 저자의 출판계약의 해제권을 규정하고 있다. 다만 이 조항에 따라 ‘복제완료시까지’만 권리 행사가 가능하다.

바. 추급권

독일은 1965년 전문개정 저작권법 제26조에서 처음으로 추급권(Folgerecht) 조항

63) 양제훈, “저작인격권의 내용에 관한 연구”, 연세대학교 법무대학원 석사학위논문, 2000, p. 88.

을 신설하여 추급권을 도입하였다. 독일에서는 거래액이 일정한 금액을 넘는 경우에만 추급권이 적용되는 것으로 규정했다. 그 최저 거래가액을 정함에 있어서는 너무 높아지면 아직 널리 알려지지 않은 작가의 작품을 대부분 제외할 수 있으므로, 너무 낮아지면 미술가는 전체 이익을 가져갈 정도의 행정기관에 부담해야 하는 비용 지급을 하지 않기 위해서 이를 피하게 될 것이므로 적절한 가격을 정해야 할 것이다. 초기에는 최저 거래가액이 500 마르크였고 추급권 요율은 1%였다. 추급권료는 판매가에서 공제되기 때문에 이를 지불할 의무는 매도인이 부담한다. 그러나 경매나 상인을 통한 매매에 있어서 매도인이 반드시 알려질 필요는 없다. 따라서 경매인이나 상인이 추급권료를 지불할 의무를 지지 않는다면 경매인이나 상인이 직업상 신뢰 의무를 근거로 실제 판매자의 이름을 밝힐 것을 거부할 수 있고 그럴 경우 실제 매도인을 확인하기가 거의 불가능하다. 경매상 등 상인들은 상인의 직업상 신뢰 의무를 들면서 판매자의 성명과 주소의 제공을 거절하고 자신들은 판매자가 아니라는 이유로 추급권료에 대한 지급을 거절하였다. 그러나 법원은 경매인과 상인들이 추급권료 지급을 한 경우에만 상인의 직업상 신뢰의무에 의해 판매자의 성명, 자격, 주소의 공개를 거절할 수 있다고 판시하였다. 1%의 추급권 요율로는 매매정보의 관리 수집비에도 못 미쳤다. 1972년에 법을 개정하여 최저 거래가액을 100 마르크로 줄이고 요율을 5%로 올렸다. 1972. 9. 개정된 법에 의하면 작가는 미술품 상인과 경매상에게 본인의 작품에 대한 정보의 제공을 요구할 수 있는 것으로 하였다. 그러나 추급권료를 지급한 경우에는 판매자의 성명, 주소 등에 대한 정보제공 의무를 면할 수 있다.

독일은 유럽연합 추급권 지침을 수용하기 위해 2006. 11. 10. 제5차 저작권법을 개정하여 같은 달 16. 부터 시행하고 있다. 미술상이나 경매인이 취득자, 매도인 혹은 중개인으로 관여하면, 매도인은 저작자에게 매도가중 일정 요율의 액수를 지급해야 한다고 규정한다. 최소 거래 금액과 요율은 유럽연합 추급권 지침과 같다. 최소 양도 금액은 400 유로이고 추급권료는 12,500 유로를 초과하지 못한다. 저작자는 지분을 사전에 포기할 수 없고 이에 대한 기대권은 강제 집행할 수 없다고 규정하여(제2항) 저작자의 보호를 강화하고 있다. 저작자의 청구권의 시효는 10년이다(제7항). 순수미술품이 그 대상이고 건축저작물이나 응용미술품은 제외되는 것으로 명시해 왔는데 사진 저작물은 포함된다. 다만 사진의 경우 원저작자의 지시에 의한 것만 포함한다. 외국인에 대해서도 추급권을 인정한다.⁶⁴⁾ 최초 양도 후에 이루어진 예술저작물의 모든 양도를 포함하지만 사적인 거래는 여기에 포함되지 않는다. 양도는 교환이나 증여도 포함된다.

1972년에 VG-Bild(Verwertungsgesellschaft Bild Kunst)가 설립되어 미술저작권자의 정보관리와 경매회사의 매매를 모니터링하고 추급권의 시행을 돕는다. 1980년

64) de Pierredon-Fawcett, *op. cit.*, p. 103.

에 독일미술경매회사와 김종관리단체가 일괄지급계약을 체결하여 추급권의 권리행사가 더욱 용이해졌다. 이러한 계약으로 인해 1982년부터 1992년 사이에 추급권료의 지불이 50% 증가하였다. 또한 2002년에는 추급권료가 38,000,000 유로까지 증가하였다.⁶⁵⁾

한편 독일 법원은 독일 밖에서 이루어진 미술품 거래에 대하여 독일 저작권법을 적용할 수 없다고 판시한 바 있다. 2004. 8. 독일의 저명한 화가 요셉 보이스(Joseph Beuys)의 그림이 영국 런던의 크리스티 경매장에서 705,320 달러에 판매되자 보이스의 미망인이 추급권에 의해 소를 제기했던 사안이었다.⁶⁶⁾

III. 영국

1. 연혁

영국은 1710년 세계 최초의 저작권법으로 불리는 「앤여왕법(the Statute of Anne)」을 제정했다. 그러나 제정 당시에는 출판권자의 보호와 저작권자의 보호가 구별되지 않아 저작권권에 관한 규정은 없었다. 이때 보호가 충분하지 않다고 생각한 출판업자들은 커먼로에 호소하여 법원에 제소했는데 그들은 작가들은 그들의 노력과 아이디어를 혼합하는 “혼합 은유(mixing metaphor)”에 해당한다고 주장했다.⁶⁷⁾ 이처럼 저작권이 커먼로상의 권리인지 개별 입법에 의해 인정되는 권리인지에 대해 논쟁이 있었다. 저작권의 보호객체인 저작물은 창작자의 정신적 노력의 소산이므로 이른바 정신의 객관적 실체인 동시에 독립적인 거래체로서 창작자의 경제적 이익에도 기여한다. 그러므로 저작권이란 저작자의 인격적 이익과 재산적 이익을 동시에 충족할 수 있도록 구성하여야 할 이유가 있다.⁶⁸⁾ 그러나 1710년 영국에서 저작권법이 탄생할 당시에는 저작자의 경제적 이익의 보호만을 목적으로 하였다.⁶⁹⁾ 1734년에는 미술작품에 대한 저작권 보호의 첫번째 법률이라고 할 수 있는 「판화저작권법」이 제정되었다. 이 법은 영국의 풍자화가로 유명한 윌리엄 호가스(William Hogarth)에 의해서 제정되었기 때문에 ‘호가스의 법’이라고도 불린다. 그 후 1814년의 「조각저작권법」, 1862년

의 「어문저작권법」, 그림이나 사진저작물의 보호를 위한 「순수예술저작권법(The Fine Arts Copyright Act)」, 1882년의 작곡저작권법 등을 통합한 저작권법을 1911년에 제정하였지만 역시 저작권권은 외면되었다. 영국에서는 법학자들에 의해 최소한이라도 저작인격권을 보호할 것인지에 대한 논쟁이 있었다. 사실 영국에서는 지적재산권의 매매는 계약에 의해 지배되어 왔었다. 따라서 매매 계약에 의한 사안을 판단함에 있어 영국 법원은 예술가에게 유리하게 조항을 해석할 수 있었다.

1769년 영국 법원은 예술가의 권리의 존재를 인정한다 있다. Millar v. Taylor 사건⁷⁰⁾에서 Mansfield 수석재판관은 예술가의 권리를 경제적인 것과 개인적인 것의 합체라고 설명했다. 그는 로크(John Locke)의 노동이론에 기반을 두어 Millar가 보유하고 있는 커먼로상의 권리가 성문법상의 권리에 의해 제한되지 않는다고 함으로써 앤여왕법의 적용을 배제하였다. 그러나 법률 이론가들은 영국 법원이 명시적으로 Mansfield 수석재판관의 저작권 개념에 따라 실제로 판단했다는 명백한 증거를 제시하지 못한다. 이러한 영국의 예술가에 대한 저작인격권 개념은 미국에도 영향을 주었다. 저작인격권이 프랑스 대혁명 이후 프랑스에서 발전한 것과는 대조적으로 영국에서는 그보다 100년 전에 공정이용의 원칙(Fair Use Doctrine)이 생겨났다.⁷¹⁾ 영국 법원은 당시 후속 저작자들이 전 저작자들의 선행 연구와 보호되는 표현을 창조적이고 생산적으로 이용할 수 있도록 허용하는 것이 학문을 발전시키고 작가들을 격려 고무하는 영국 저작권법의 목적을 달성하는데 도움이 된다는 것을 인식했다. 영국의 공정이용의 원칙은 미국에도 큰 영향을 주었다.

저작인격권이 규정된 것은 1956년의 전면 개정에 의해서였다. 건축을 위한 모형도 건축저작물에 포함시켰고 저작자의 명의도용과 같은 허위의 권리귀속을 금지한 조항이 포함되었다. 1988. 11. 전면 개정된 CDPA가 공포되었다. 이 법에서는 저작인격권을 1개장으로 규정하고 있다. 저작인격권으로 저작자 또는 감독으로 확인되는 권리(제77조), 저작물의 훼손적 취급에 대한 항의권(제80조), 저작자 지위의 허위 부여(False attribution of authorship, 제84조) 및 일정한 사진 및 영화의 비공개권(제85조)을 규정하고 있다.

보호기간에 있어서는 1911년 저작권법에서는 저작자 사후 25년 동안은 배타적인 금지권으로서 존재하고 다음 25년은 제3자가 적절한 보상금을 지불하고 서면신고를 한 후 그 저작물을 이용하는 것으로 하였다. 1956년 저작권법 개정으로 50년 내내 배타적인 금지권을 행사할 수 있는 기간으로 일원화되었는데 1995년에는 EU의 저작권 보호기간에 관한 지침을 수용함으로써 저작자 사망 후 70년 동안 보호한다.

영국은 일본과 함께 저작권이원론의 대표적인 국가로서 이들 국가는 저작권법에

65) 박은정, 앞의 글, pp. 71-72.

66) BGHZ 126.252.258

67) Siva Vaidhyanthan, “Unoriginal Sins : Copyright and American Culture”, Ph. D. Dissertation, The University of Texas at Austin, 1999, p. 83.

68) 허희성, 앞의 글, p. 1.

69) 戒能通孝, 『著作權』(東京:日本評論社, 1950), p. 43.

70) Millar v. Taylor, 98 Eng. REP. 201 (K.B. 1769)

71) Dane S. Ciolino, “Rethinking the Compatibility of Moral Rights and Fair Use”, *Washington and Lee Law Review*, 1997, 54, p. 47.

저작재산권과 저작인격권을 보호하고 있으나 저작권은 저작재산권으로만 한정하고 저작인격권은 개별의 권리로 다루고 있다.

2. 내용

CDPA상 저작인격권으로는 성명표시권, 동일성유지권, 저작자 지위의 허위부여, 일정한 사진과 동영상에 대한 사생활권의 4가지가 규정되어 있다. 공표권이나 원작 철회권은 포함되어 있지 않은데 이는 공표권은 이미 저작권법에 규정되어 있었고 원작철회권은 인식되지 못하였기 때문으로 보인다.⁷²⁾

가. 공표권

영국에서는 1732년에 *Millar v. Taylor* 판결에서 처음으로 공표권(right of disclosure)을 인정했다. 이 판결은 미국의 *Wheaton v. Peters* 판결⁷³⁾에 직접 영향을 주었다. 작가는 계약이나 포기의 명확한 표시 때만 이러한 공표권을 포기할 수 있다. 작가는 언제, 어디서, 누구에 의해, 어떤 방식으로 공표할 것인지 결정할 수 있다. 커먼로에서 공표권은 일반적으로 적용되었고 특별히 문학에 적용되었다.

나. 성명표시권

CDPA 제77조 내지 제79조에서 성명표시권(right to be identified as author or director)에 대해 규정하고 있다. 즉 보호되는 어문, 연극, 음악 및 미술저작물의 저작자 또는 보호되는 영화의 감독은 이 조에서 정하는 상황에서 그 저작물의 저작자 또는 감독으로서 표시될 권리를 가진다(제77조 제1항). 미술저작자 등은 저작자로 표시될 권리를 가진다(동조 제4항). 그리고 성명표시권에는 익명으로 할 권리가 포함되어 있는지 의심스럽다. 공공 전시의 경우에 성명표시권은 과거에 명시적으로 기입되지 않았으면 침해된 것이 아니다.

다. 동일성유지권

CDPA 제80조는 저작물을 훼손하는 취급에 반대(항의)할 권리(right to object to

72) Cyrill P. Rigamonti, "Deconstructing Moral Rights", *Harvard International Law Journal*, 2006, 47, p. 401.

73) *Wheaton v. Peters* 8 Pet. 591 (U.S. 1834)

derogatory treatment of work)를 규정하고 있다. 미술저작물의 저작자 등은 동조가 정하는 일정한 상황에 있어서 그의 저작물의 훼손적 취급에 대해 반대(항의)할 권리를 가진다. CDPA는 자신의 저작물이 타인에 의해 훼손이나 변경되는 것 뿐 아니라 원형을 유지한 왜곡이나 저작자의 명예에 해가 되는 취급까지도 동일성유지권의 침해로 보고 있다.⁷⁴⁾ 저작물의 개작물의 제작은 어문, 연극 또는 음악 저작물에 대한 저작권에 의하여 제한되는 행위이다. 이 항의 적용상, 개작물은 문서나 기타 방법으로 기록된 때에 제작된 것으로 한다. 패러디에 대해서는 스페인, 벨기에, 프랑스에서는 명시적으로 예외 규정을 두고 있는데 영국은 그 반대이다.⁷⁵⁾ 그러나 CDPA에 의해도 비판이나 리뷰 등 '공정이용'에 해당되는 경우에는 보호받을 수 있다.

① *Tidy v. The Trustees of the Natural History Museum* 판결⁷⁶⁾

Bill Tidy라는 유명한 만화가가 공룡 만화를 전시했다. 1993년에 Tidy의 드로잉이 축소된 책이 발간되자 Tidy는 사진의 축소가 자신의 작품에 대한 동일성을 훼손하여 자신의 명예를 훼손했다고 주장하면서 소를 제기했다. Ratee J 판사는 대중이 복제를 Tidy의 명예에 영향을 가져올 것으로 볼 증거가 없다고 하면서 Tidy의 요구를 들어주지 않았다. 판사는 캐나다 온타리오 고등법원의 *Snow v. The Eaton Centre* 판결⁷⁷⁾에서 "명예나 명성에 피해를 입히는(prejudicial to his honour or reputation)"이라는 용어는 "합리적으로 도달할 수 있는 한 작가의 한 부분에 어떤 주관적인 요소나 판단"과 관련이 있다는 것을 인용했다. *Snow v. The Eaton Centre* 판결은 「비행 정지(flight stop)」라고 알려진 60마리의 거위 초상으로부터 리본을 제거할 것을 명령해달라는 작가의 요구를 받아들인 것이었다.

② *Pasterfield v. Denham* 판결⁷⁸⁾

플리머스시 위원회(제2피고)에서 플리머스 돔(dome)을 관광객에게 광고하는데 사용될 리플렛과 브로슈어를 만들라는 후원을 받아온 2명의 디자이너가 소를 제기했다. 이들은 위성, 독일 폭격기의 사진과 돔의 내부 드로잉 등으로 디자인했고 이 리플렛과 브로슈어는 1989년부터 1993년 까지 사용되었다. 1994년 제2피고가 제1피고

74) 윤춘섭, "한국과 영국의 건축 저작인격권 비교연구", 『대한건축학회논문집』, 1997, 13(12), p. 132.

75) Stokes, *op. cit.*, p. 136.

76) *Tidy v. The Trustees of the Natural History Museum* [1995] 37 I.P.R. 501

77) *Snow v. The Eaton Centre* 70 CPR(2d) 105

78) *Pasterfield v. Denham* [1999] FSR 168

인 Denham에게 돕을 광고할 때 쓸 리플렛을 현행화할 것을 지원했다. 새로운 리플렛은 1994년과 1995년에 배포되었는데 위성과 폭격기의 복제를 포함하고 있고 드로잉은 많이 변형되었고 원 드로잉의 가장자리에 많은 특징을 삭제했고 채색을 달리한 것이었다. 원고의 주장은 법원에 의해 받아들여지지 않았다. 법원은 동일성유지권의 침해가 되려면 작가로서의 명성이나 명예를 침해하는 침해 또는 손상이 있어야 하는데 이를 충족하지 못했다고 판시했다.

위와 같은 판례들을 볼 때 영국 법원에 의해 동일성유지권 침해로 인정되기는 쉽지 않아 보인다.⁷⁹⁾

라. 추급권

추급권(resale royalty right)은 원칙적으로 ‘작가(author)’에게 부여되는 것으로 영국은 이러한 의미의 추급권을 인정하지 않았다. 그런데 사진이 고착된 물질의 소유자에게 추급권을 부여한다는 1956년 영국법이 있었다. 이 법에 의하면 사진의 추급권은 필름 소유자가 가질 것이다.⁸⁰⁾ 영국에서 추급권을 인정하지 않고 있던 것이 세계 채택과 더불어 영국에서의 미술품 거래를 부추겼던 요인으로 분석되고 있다.⁸¹⁾ 영국의 사례는 추급권이 미술품 거래에 영향을 미친다는 사례로 인용되고는 했다. 영국은 이미 추급권을 도입한 프랑스, 독일의 회피 시장으로 거대한 이익을 창출했다고 알려져 있다. 영국은 네덜란드, 아일랜드, 오스트리아와 함께 추급권에 관한 유럽공동체 지침에 가장 반대한 국가 중 하나였다.⁸²⁾

그러나 영국에서도 유럽연합 추급권 지침을 이행하기 위해 2006. 2. 14. 자로 시행입법을 완료했다. 이 규정의 공식명칭은 「The Artist's Resale Right Regulation 2006」이다. 제5조에서는 공동저작자에 관한 규정을 두고 있다. 공동저작물은 2인 또는 그 이상의 저작자에 의해 창작된 저작물을 의미한다. 공동저작물에 있어 추급권은 공동으로 소유권자로서 작가에게 귀속되고 권리는 동등하게 또는 합의된 다른 방식으로 분배되어야 하며 그런 계약은 반드시 계약의 각 당사자에 의한 또는 그를 위해 서명한 문서이어야 한다. 제7조와 제8조에서는 추급권은 양도할 수 없고 추급권에 관한 모든 부담은 법적 구속력이 없으며 추급권의 포기는 효력이 없고 추급권을 분배하거나 재지불하도록 하는 계약은 법적 효력이 없다고 명시하였다. 1,000 유로 이상에 거래되는 경우에만 적용되고 요율은 유럽연합 지침과 같다. 공동저작

79) H.I.L. Laddie, "Copyright : Over-strength, Over-regulated, Overrated?", EIPR 253, 1996, p.1016. ; Stokes, *op. cit.*, p. 74.에서 재인용

80) de Pierredon-Fawcett, *op. cit.*, p. 91.

81) Ramonbordes, *op. cit.*, p. 29.

82) 박은정, 앞의 글, p. 77.

물의 경우에 추급권은 공동으로 작가에게 귀속되고 권리는 동등하게 공동저작자들 간에 또는 합의된 다른 방식으로 분배되어야 하며 그런 분배 계약은 반드시 계약의 각 당사자에 의한 또는 그를 위해 서명한 문서이어야 한다고 규정한다.

영국은 미국 캘리포니아주의 추급권 제도 중 중앙정수시스템의 부제에 따른 문제점을 해결하기 위해 중앙정수시스템을 도입하였고 DACS(Design and Artist Copyright Society)가 추급권료 징수를 담당한다. DACS는 온라인을 통한 청구로 모든 판매상이나 경매회사와 추급권의 대상이 되는 미술저작물이나 미술저작자에 대한 정보를 위하여 정기적인 연락을 취하며 추급권과 관련한 정보의 요구가 있으면 매주 또는 매월 사전 통지를 보내게 된다.⁸³⁾ 처음에는 25%의 수수료를 받았으나 다른 경쟁단체들의 등장으로 15%로 줄었다. 추급권료는 매달 지급되는 형식이다. 영국은 2006년 추급권 제도를 시행한 이래 1,500명의 미술가에게 810만 파운드의 추급권료를 지불하였다. 2009년 추급권에 대한 경제적인 효과를 연구하였는데 추급권의 도입이 시장 이동이나 가격 상승 등을 가져오지 않았고 부정적 영향은 없었다고 분석했다.⁸⁴⁾

마. 저작인격권의 포기

영미법계 국가에서는 저작인격권은 포기할 수 있는 것으로 명문으로 정하고 있다. CDPA 제87조 제2항에서는 “저작인격권은 권리를 포기하는 사람에 의하여 서명된 문서의 증서에 의하여 포기할 수 있다.”라고 규정한다. 다른 국가의 규정과 비교해 볼 때 상당히 넓은 포기를 인정하고 있는데 그 대표적인 것이 장래의 무조건적이고 광범위한 포기를 인정하고 있다는 것이다(같은 조 제3항). 이러한 규정들 때문에 영국에서의 저작인격권이 진정한 저작인격권인 것인가 하는 의심이 든다는 견해가 있을 정도이다. 이 견해에 따르면 권리 침해자가 아무런 권한이 없는 경우 저작인격권의 보호수준이 조금 높아졌지만 계약 등에 의해 침해자가 어떤 권한이 있는 경우 보호수준이 오히려 낮아졌기 때문에 실질적인 보호수준이 높아진 것이 아니라는 것이다.⁸⁵⁾

IV. 미국

83) Kayhryn Graddy and Chanont Banterghansa, *The Impact of the Droit de Suite in the UK : An Empirical Analysis* (Brandeis University, Federal Reserve Bank of St.Louise, 2009), p. 2. ; 박은정, 앞의 글, p. 80.에서 재인용

84) 박은정, 앞의 글, p. 79.

85) Rigamonti, *op. cit.*, p. 403.

1. 연혁

미국은 역사적으로 영미법계 국가의 전통에 충실하게 저작권권을 인정하지 않고 명예훼손, 타인 명의사용, 사생활보호, 계약법 등에 의해 보호하다가 제한된 범위에서 저작권권을 보호하는 것으로 변화하였다. 1976년에 전면적으로 개정하여 1978년부터 시행된 저작권법에서도 저작권권에 대한 규정을 두고 있지 않다. 커먼로의 전통에 따르면 미술품의 경우도 소유자가 누구인지가 중요할 뿐 창작자가 누구인지가 중요한 것이 아니다. 작가가 저작권을 보유하고 판매 계약에 추가적인 보호를 하지 않으면 그 이후의 작품에 대한 부속물은 오로지 그의 서명에만 있을 뿐이다. 그것은 현재 소유하고 있는 사람에 대한 보조적인 요소가 될 뿐이다.⁸⁶⁾ 미국에서의 작품에 대한 저작권은 작품의 창작으로부터 도출되는 것이 아니라 공익에 봉사하도록 고안된 경제적 은전이다.⁸⁷⁾

가. 저작권권과 유사한 보호

VARA 입법 이전에 저작권권에 대한 이론적 배경이 없는 커먼로의 원칙에도 불구하고 미국의 많은 법원은 불공정 경쟁, 계약, 손해배상 등을 들어 프랑스의 저작권권과 유사한 보호를 했다.⁸⁸⁾ 다만 미국 법원은 저작권권을 그대로 인정하지 않고 다른 유사한 법리를 들어 유사한 보호를 하려고 노력했다.

① 불공정 경쟁

커먼로상 불공정 경쟁의 원칙은 잘못된 서명을 제한함으로써 미술가에게 성명표시권을 인정하는데 사용되었다. 불공정 경쟁은 표현에 있어 미술가의 재산권을 보호하는데 작동하기 때문에 미술가는 그의 작품의 잘못된 성명표시에 의해 대중이 속아왔다는 것을 증명해야 한다. 따라서 잘못된 서명이 표기되어 대중이 이를 구입하였다는 것이 입증된 경우에만 불공정 경쟁 원리가 기능할 수 있다.⁸⁹⁾

Sanchez v. Stein 판결⁹⁰⁾에서 Stein은 히스패닉 미술가인 Sanchez에게 여러 점의

86) Yassky, *op. cit.*, p. 50.

87) Swack, *op. cit.*, p. 362.

88) *Ibid.*, p. 362, p. 384.

89) *Ibid.*, p. 384.

90) Sanchez v. Stein, No. 80 CV 1208 (Colo. Dist. Ct. 1980) ; *Ibid.*, p. 384.

조각을 제작해달라고 위임했다. 지역신문에는 Stein의 조각품을 보여주면서 그의 미술가로서의 재주를 칭찬하는 기사가 실렸다. 이 기사를 보게 된 Sanchez는 조각은 사진을 찍기 이전에 이미 완성된 것이라고 주장하면서 Stein을 상대로 소를 제기했다. Stein은 자신이 조각품을 디자인한 것이라고 주장했고 Sanchez는 아무런 스키투치를 받은 바 없고 단지 여러 권의 책에 있는 사진만을 가지고 왔을 뿐이라고 주장했다. 사건은 법정 밖에서 해결되었다.

② 계약

다음으로 계약법은 성명표시권과 동일성유지권을 부여할 수 있다. 계약법은 협상된 계약 조항에 의해 미술가에게 명성과 작품을 유지할 수 있게 해준다. 그러나 문제는 양 당사자가 합의(계약)를 했어야 한다는 것이다. 미술가가 명성이 있는 경우가 아니라면 수입이 1년 평균 임금에 못 미치기 때문에 대부분의 미술가들은 그의 저작권권을 보장하는 내용으로 계약할 힘을 거의 가지지 못한다. 때문에 미술가들은 작품에 대한 권리를 모두 수여하는 계약 양식에 서명하게 된다는 문제가 있다.

③ 명예훼손

미술가는 그의 작품의 공개가 명성을 해할 수 있을 때 명예훼손으로 구제를 받을 수 있다. 그러나 미술가는 자신의 명성에 실질적인 피해가 있었음을 입증해야 한다. Geisel v. Poynter Products, Inc.⁹¹⁾에서 일러스트레이터 겸 작가인 Theodore Geisel은 그의 그림에 기초한 인형을 만들어 판매한 피고를 상대로 제소했다. Geisel은 자신도 모르는 상태에서 자신의 도움을 받지 않고 인형이 만들어졌고 인형의 낮은 품질 때문에 그의 명성이 훼손되었다고 주장했다. 법원은 피고가 상당한 주위와 기술을 가지고 인형을 제조했기 때문에 Geisel의 명예가 훼손되었다고 할 수 없다고 하면서 청구를 기각했다.

④ 사생활 침해

미술가는 작품이 그의 동의가 없거나 다른 사람의 이름으로 공표되거나 전시된 경우 사생활 침해의 소를 제기하여 비공개나 성명유지권을 주장할 수 있다. Samuel D. Warren과 Louis D. Brandeis가 최초로 저작권 문제와 분리시켜 사생활의 권리를 인식하였다.⁹²⁾ 이러한 방법으로 제소된 사례가 발견되지 않지만 사생활침해의

91) Geisel v. Poynter Products, Inc., 295 F.Supp. 331 (S.D.N.Y. 1968)

소송은 작품에 대한 임의적인 변경이나 파괴를 막음으로서 미술가의 동일성유지권을 보호할 수 있을 것이다.

⑤ 공정이용의 원칙

공정이용의 원칙은 저작권권 개념이 별도로 있지 않았던 미국에서는 저작권권과 유사한 보호를 하는데 기여를 했다. 미국법상 공정이용은 저작권자 이외의 자가 저작권자의 독점적인 권리에 불구하고 그의 동의 없이 저작물을 합리적인 방식으로 사용하는 특권 또는 저작권법을 엄격하게 적용하면 저작권법이 장려하고자 하는 창작성을 억제하는 경우 그러한 엄격한 적용을 법원이 회피할 수 있도록 하는 원리⁹²⁾라고 설명되고 있다.⁹⁴⁾ 유럽의 저작권권에 비해 공정이용의 원칙은 작가의 비경제적 권리를 느리게 보호해왔다. 공정이용의 원칙은 소유자의 보호에 핵심적인 제한으로 간주되어 왔다. 이 원칙은 원래 18세기 말부터 19세기 초에 영국에서 판례에 의해 발전한 것이다. 미국에서는 1839년에 법원에서 인정되었고 그 후 1978년 저작권법 제107조에 규정될 때 까지 법원칙으로 인정되었다.⁹⁵⁾ 예를 들어 “비평, 주석, 뉴스 보도, 교육, 학술, 연구” 등의 경우에 해당되는데 이러한 규정은 그 동안 판례로 인정되어오던 공정이용을 예시한 유형에 불과하고 예시된 유형에 속하지 않는다고 해서 공정이용이 될 수 없는 것은 아니어서 이 원칙은 작품의 저작권권 보호에 치명적인 피해를 줄 수 있다.⁹⁶⁾ Ginsburg 교수가 지적하고 있듯이 공정이용의 원칙은 원래 저작권권과는 매우 다른 법원칙이다. 우선 공정이용의 원칙은 지적재산권 대상물의 비경제적 사용을 일부 허용하는 것에 한정된다. 그리고 그렇지 않으면 배타적인 권리가 될 수 있는 저작권 소유자가 선호하는 일정한 사용을 허락하는 것이다. 공정이용의 원칙은 저작권법에 기초하는 결과론자들의 목적에 의해 일반적으로 정당화되는 것이다.⁹⁷⁾ 미국은 영국의 공정이용 이론을 19세기 중반에 수용해서 “과학의 발전”을 고무하고자 했다.⁹⁸⁾

공정이용에 해당하는지 아닌지를 판단하기 위해서는 법원은 다음과 같은 사항을

92) Swack, *op. cit.*, p. 386.

93) Stewart v. Abend, 495 U.S. 207 (1990)

94) 유대중, "저작권 남용의 법리에 관한 연구", 경희대학교 박사학위논문, 2006, p. 28.

95) Alina Ng, "Commercializing Motion Pictures and Sound Recordings through the Internet : Copyright Law and Technology Change", Doctor of the Science of Law Dissertation, The School of Law and the Committee on Graduate Studies of Stanford University, 2004, pp. 173-174.

96) Pettenati, *op. cit.*, p. 432.

97) Ciolino, *op. cit.*, p. 37, p. 51.

98) Folsom v. Marsh, 9 F.Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841)

고려해야 한다. 상업적 또는 교육적 목적 등을 위해 사용되었는지 등과 같은 사용 목적과 성격, 원작과 저작권으로 보호되는 작품의 성격, 보호되는 저작물 전체에 대한 이용된 부분의 비율 및 실질성, 그러한 이용이 저작권이 있는 저작물의 잠재적인 시장성이나 가치에 미치는 영향이다. 미국 법원은 공정이용을 판단함에 있어 ‘저작물의 가치 또는 잠재적 시장에 대한 영향’을 가장 중요한 판단기준으로 삼고 있다.⁹⁹⁾ 예술가의 사회적 명성을 보호하는 비경제적인 권리도 보호하는 프랑스의 저작권법과는 달리 미국은 예술가가 사회로부터 받을 수 있는 경제적 이익을 보호하는 데만 관심이 있다는 것을 알 수 있다. Kelly v. Arria Soft Corp. 사건¹⁰⁰⁾에서 항소심 법원이 적절하게 지적하고 있듯이 “창조적 성격은 공정이용에 불리”하기 때문에 공정이용에 해당한다고 보기 어려운 요소가 된다.

나. 베른협약 가입

미국은 저작권권의 개념이 없었다는 등의 이유로 베른협약에 가입하지 않다가 인격권에 상응하는 보호가 있기 때문에 저작권권 자체가 없어도 문제가 되지 않는다는 WIPO측의 설득으로 1988년에 베른협약에 가입하게 되었다.¹⁰¹⁾ 인격권에 상응하는 보호라 함은 Lanham법(미국연방상표법) 상의 불공정 경쟁 규정 등을 말한다.¹⁰²⁾ 미국이 베른협약에 가입하지 않은 또 다른 이유는 미국은 당시 저작권 수입국이었던 것이다. 미국은 저작권 수입국이었을 뿐 아니라 표절로 악명을 떨치던 국가였다. 독일, 프랑스 등 유럽이 주로 저작권 수출국인 것과 비교된다.¹⁰³⁾ 미국은 주로 책들을 싸게 제작해서 많이 이용하도록 하는 형편이었다. 미국은 베른협약에 가입하면서 「베른협약이행법(Berne Convention Implementation Act of 1988, BCIA)」을 제정하였다. 미국 의회는 동법 시행 이전의 성문법과 판례법을 포함한 미국의 국내법은 저작권권 보호를 포함한 모든 분야에서 베른협약의 의무를 충분히 이행하고 있다고 선언하였다.¹⁰⁴⁾ 이 법에 베른협약의 의무 이행을 위하여 미국에서의 저작권권이 장래에 어떤 방향으로 정리되어야 할지의 문제에 대해서 침묵하고 있다. 위 법 제3조(1)에서 “베른협약의 규정은 이 법률에 의하여 개정된 미국 저작권법 기타 연방법 또는 커먼로를 포함하는 주법의 어느 규정에 의하여 시행되며 또한 베른협약 자체의 규정에 따라 제기되는 어떠한 소송에서도 시행되지 않는다.”

99) 황선영, “인터넷을 통한 저작권침해의 구제법제에 관한 연구”, 한남대학교 석사학위논문, 2001, p. 57.

100) Kelly v. Arria Soft Corp, 280 F.3d 934 (9th Cir. 2002)

101) 양재훈, 앞의 글, p. 66.

102) Pettenati, *op. cit.*, p. 431.

103) Vaidhyanthan, *op. cit.*, p. 279.

104) 신창환, “미국 저작권법의 저작권권 문제”, 『계간 저작권』, 2004, p. 26.

고 규정하여 베른협약에 규정된 저작권격권이 미국에서 직접 시행되지 않도록 하였다.

미국이 Gilliam 사건 등 기존 판례법의 존재를 이유로 저작권법을 개정하지 아니하고 베른협약의 인격권 관련 규정을 준수할 수 있는가 하는 문제는 베른협약에의 가입 검토 당시 첨예하게 의견이 대립되었던 문제였다. 베른협약에의 가입을 처음 제안한 입법자들은 미국 저작권법에 명시적으로 일반적인 저작권격권을 도입하고자 하였으나 이 경우 법안이 통과되지 않을 것이라는 정치적인 이유 때문에 이를 철회하였다.¹⁰⁵⁾ 우루과이 라운드의 다자간 협상이 타결되어 1995. 7.부터 발효된 무역 관련 지적재산권협정(TRIPs)에서도 베른협약에 의한 저작권격권의 보호의무 내지 보호요구를 배제하였다. 베른협약의 저작권격권 내용은 프랑스, 독일에서의 그것에 비해 보호수준이 많이 낮고 보호기간도 짧아서 문제인데 이러한 베른협약을 미국이 그나마도 그대로 이행하지 않았다는 것은 미국에서의 저작권격권 보호수준은 매우 낮다고 할 수 있다.¹⁰⁶⁾ 미국 내에서 저작권격권은 유럽의 전통에 따른 것으로 미국의 전통과 맞지 않는다는 등의 이유로 베른협약을 고수하지 않아야 한다는 주장이 많이 있다.¹⁰⁷⁾

다. 각 주의 입법

앞에서 본 많은 판결에서 보듯이 저작권격권 원칙에 해당하는 권리를 보호하기에는 문제가 있고 보호수준도 매우 낮다. 저작권격권의 법리가 매우 독특하기 때문에 비슷한 권리들을 구성하는 원리를 적용하는 것만으로는 다른 결과가 나오게 되기 때문이다. 프랑스의 저작권격권에 비교할 때 미국의 유사한 법리의 적용은 단지 축소된 접근에 불과할 뿐이다.

이러한 불충분한 보호 때문에 14개 주에서 저작권격권에 대한 입법을 하였다. 먼저 미술가가 많은 뉴욕주나 캘리포니아주 등에서 입법을 하기 시작했는데 1979년에 캘리포니아주에서 입법한 「미술보호법(CAPA)」과 「문화와 미술 보호법(The Cultural and Artistic Preservation Act)」이 첫 번째다. 뉴욕주에서는 1983년 「미술가의 창작 권리법(The New York Artists' Authorship Rights Act, AARA)」을 입법하였다. 이 법은 “미술가의 훌륭한 명성이 훼손되었는지”에 초점을 맞추어 “성명표시권을 분리하고 강조함으로써 예술가를 보호하는” 것을 보장하려고 한다. 캘리포니아주와 뉴욕주의 입법은 문화적 차이 때문에 프랑스에서와 같은 미술가 보호를 하는 규정을 그대로 받

105) 위의 글, p. 28.

106) Dufay et Pican, *op. cit.*, p. 469.

107) Arthur B. Sackler, "The United States should not adhere to the Berne Copyright Convention", *Journal of Law and Technology*, 1988, 3, pp. 207-208.

아들이기에는 어려움이 있었다. 이들 주의 법은 나머지 주들의 모델이 되었는데 그 내용에서 큰 차이가 있었다. 캘리포니아주의 저작권격권은 미술작품의 변경을 직접적으로 금지한다. 캘리포니아주에서는 미술가와 때로는 공무원이 인정된 지위의 순수 미술작품을 변경하거나 파손하거나 물질적으로 손상하거나 절단하는 경우 소를 제기할 수 있다. 1992년 코네티컷주의 「미술 보호와 미술가의 권리법(Art Preservation and Artists' Rights Statute)」, 1996년 매사추세츠주의 「미술보호법(The Massachusetts Art Preservation Act, MAPA)」, 1993년 펜실베이니아주의 「순수미술보호법(Fine Arts Preservation Act, FAPA)」, 1987년 로드아일랜드주의 「미술가권리법(Rhode Island Artists' Rights Act, RIARA)」은 캘리포니아주의 입법례에 따라 입법하였다. 1996년 루이지애나주의 「미술가권리법(The Louisiana Artists' Authorship rights Act, LAARA)」, 1995년 메인주의 「미술보호법(Art Preservation Statute, MAPS)」, 1987년의 뉴저지주의 「미술가권리법(New Jersey Artists' Rights Act, NJARA)」이 뉴욕주의 입법례에 따랐다. 1994년의 네바다주법은 성명표시권과 동일성유지권을 모두 보장했고 1992년의 사우스다코타주법은 주에서 소장한 작가들이 성명표시권과 동일성유지권을 가지도록 하였다. 1992년의 「유타주 미술발전법(Utah's Arts Development Act, UADA)」은 미술발전 프로그램을 위해 위임된 작품의 위임에 따라 작품을 제작하는 경우에 성명표시권과 동일성유지권을 보장했다. 일리노이주는 작가에게 특별한 저작권격권을 규정하는 법이 없지만 1993년의 「미술위탁법(Illinois Consignment of Art Act, ICAA)」은 미술 거래상들은 “미술거래상에게 순수 미술 작품에 있을 때의 분실 또는 손상에 대해 책임을 진다.”라고 규정한다. 작가 이외에는 작가의 동의 없이 변형, 파손, 수정, 절단된 형태로 전시, 접근 허가, 출판, 재생산을 할 수 없다고 규정한다. 심각한 태만에 의한 경우에는 이 법에 의해 책임을 지게 된다. 1997년의 뉴멕시코주는 「공공건물에서의 순수미술법(Fine Art in Public Buildings Act, FAPBA)」에 따라 저명한 품질의 작품의 성명표시권과 동일성유지권을 가지도록 하였다.¹⁰⁸⁾

라. 시각예술가권리법(VARA) 제정

미국은 베른협약에 가입한지 2년 뒤인 1990년 「시각예술가권리법(VARA)」을 입법하였다. 미국은 베른협약을 아무런 유보 없이 비준하였음에도 불구하고 베른협약 이행법을 후속 입법하면서 베른협약의 저작권격권 보호에 대한 규정을 수용하는 규정을 두지 않았다. 의회는 VARA를 베른협약의 후속 입법으로 한 것이 아니라 오히려 커먼로에서 베른협약에서 기술된 예술가의 권리를 상대적으로 동일하게 보호한다는 것을 주장한 후에 서명하게 된 것이다. 그러나 VARA를 통과시킴으로서 미국 예술가들

108) Brian T. McCartney, "'Creepings' and 'Glimmers' of the Moral Rights of Artists in the American Copyright Law", *UCLA Entertainment Law Review*, 1998, 6, pp. 59-70.

특히 시각예술가들의 저작권권을 낮은 수준으로 보호하게 되었다. VARA는 하나 또는 제한 수량의 미술품의 작가에 특성과 완전성의 권리를 부여하는 내용으로 저작권법을 수정한 것이다.

1989년에 상원의원인 Edward M. Kennedy는 연방에서 저작권권을 보호하는 법안을 상원에 제출했다. 이 법안은 베른협약 규정과 유사한 규정을 두고 있었는데 미술가가 사망한 뒤 50년 동안 동일성유지권과 성명표시권을 보호하고 미술가가 저작권권을 포기하는 것을 금지하는 내용이었다. Kennedy 상원의원은 “미국의 미술가들은 국가 정신의 기록자이며 보존자였다. 시각예술가들은 특별한 작품을 창조한다. 만일 그러한 작품들이 훼손되거나 파손되면 대체 불가능하다.”라고 말했다. 하원의원인 Robert W. Kastenmeier는 하원에 저작권권을 도입하는 법안을 제출했는데 그것은 시각 예술에서 작품을 제한하고 미술가에게 저작권권 포기를 허용하는 것이었다.¹⁰⁹⁾ 의회는 이 두 법안을 통합하고 미술가가 사망하면 저작권권 보호를 종료하는 것으로 변경한 법안을 만들었고 1990. 10. 27. VARA를 입법했다. 본격적으로 인격권을 법률에 포함해야 한다는 의견이 많아졌기 때문이었다.¹¹⁰⁾

VARA는 CDPA와 마찬가지로 공표권과 원작철회권은 규정하지 않고 있고 제106조 A에서 성명표시권(right of certain authors to attribution)과 동일성유지권(right of certain authors to integrity)을 규정하고 있는데 작가의 생존기간 동안에만 인정된다. 결과적으로 VARA는 베른협약 보다 미술가들의 저작권권 보호를 약화했다. 미국에서 저작권권 보호가 명목적이라고 말하기는 어렵지만 베른협약의 내용에 따르고 있다고 보기는 어렵다. 프랑스의 경우 베른협약 보다 미술가의 저작권권 보호수준을 높게 한 것과 비교된다. 그럼에도 불구하고 VARA는 George Smith 공화당 의원이 미국에서는 “의회에 의해 채택된 사적재산권 중 가장 이질적인” 것이라고 지적할 만큼¹¹¹⁾ 그 이전의 미국 저작권법과는 매우 다른 체제의 법인 것은 틀림없다.

VARA는 미술가에게 자신의 창작임을 주장할 수 있는 권리를 부여한다. 미술가는 왜곡, 훼손, 변경된 경우 미술가의 서명을 막을 수 있는 권리도 갖는다. VARA에서 1976년 저작권법의 제301조를 수정한 이후 저작권권법은 광범위하게 자리를 차지했다. 각 주에서는 VARA에서 규정된 동일한 주제를 포함할 것을 요구하고 각 주의 법에 따라 미술가의 권리가 제한된 경우 VARA에 의해 권리가 확장된다는 것이다. 그러나 VARA가 그 대상을 매우 좁게 열거하고 “인정된 지위”를 요구함으로써 보호범위를 좁게 인정하고 있음은 앞에서 본바와 같다. 또 성명표시권과 동일성유지권을 인정하지만 미술가의 생존기간 동안에만 존재하는 것으로 규정하고 있다.

109) Swack, *op. cit.*, p. 391.

110) Robert Ernest Craven Jr., "Moral Rights for Muralists : Expanding Artist's Rights under California Civil Code Section 987", *U.C. Davis Law Review*, 1990, 24, pp. 549-553. 등

111) Christopher J. Robinson, "'The Recognized Stature' Standard in Visual Artists Rights Act", *Fordham Law Review*, 2000, 68, *op. cit.*, p. 1975.

위와 같이 VARA는 예외를 제외하고는 양도 후의 저작자에 의한 저작권권의 주장을 어렵게 하고 직무저작물에 대한 예외를 인정하는 등 여러 가지 제약이 있어서 베른협약의 원칙에 부합하지 않는다는 비판이 있다.¹¹²⁾ 게다가 VARA는 원칙적으로 미술가의 사망과 함께 저작권권이 소멸하는 것으로 규정하고 있어 문제이다.¹¹³⁾

VARA 입법 이전에 미술가의 권리를 보장하는 유일한 연방의 법은 연방저작권법이 있다. 미국 헌법은 예술가에게 그의 원작품에 대한 포괄적인 권리를 제공함으로써 예술을 진흥시키고자 했다. 의회는 1976년 저작권법에서 이러한 권리를 강화했다. 그러나 이러한 권리들은 금전적인 것이고 개인적인 것이 아니다. 또 작가들은 천부인권으로서가 아니라 사회의 이익을 위해 저작권의 보호를 받는 체계로 구성된 것이다.¹¹⁴⁾ 일반적으로 미술가는 그의 작품의 경제적 가치를 이용할 수 있는 광범위한 권리를 가지지만 작품이 판매되고 나면 아무런 개인적인 권리를 소유하지 못한다. 제106(2)조에 첫 번째 전시로 불리는 대중 공개의 권리가 있는데 이는 프랑스의 공표권과 유사하다. 제106(5)조는 작품을 전시할 권리를 규정한다. 이 권리 또한 공표권과 유사하다. 제106(2)조에 따라 파생작품을 준비할 권리는 작품을 복제나 손상으로부터 보호할 수 있다. 제203조는 반대되는 계약상 합의에도 불구하고 양도의 종료 또는 저작권의 라이선스에 대해 규정한다. 작품의 포스터 등의 파생작품을 만들 권리를 제공한 미술가는 제203조에 따라 권리를 소유한다. 작품의 복제품의 품질이 열악해서 동일성유지권이 침해가 되면 미술가는 더 이상의 복제를 금지하는 것을 선택할 수 있다. 제106조 A (e)에서는 “시각예술저작자의 저작권권은 이전될 수 없으나, 저작자가 문서에 서명하여 그러한 포기에 동의하는 경우에는 포기될 수 있다.”라고 규정한다. 그런데 이는 조건 없이 포괄적인 포기를 허용하는 영국 CDPA와는 다르게 오히려 프랑스법이나 독일법과 가까운 것이다.

마. 비판 및 전망

미국내에서도 VARA 등 미국의 저작권권 보호에 대해 과도한 보호라고 비판하는 입장도 있지만 옹호하는 입장이 많고 과소한 보호로서 향후 입법을 통해 이를 개선해야 한다고 비판하는 학자들이 많다. 미국에서의 저작권권 보호는 전반적으로 불충분하고 그 수준을 높여야 한다는 주장은 자주 보인다.¹¹⁵⁾ VARA의 포기할 수

112) Poku Ausei, "Modern Challenges to Moral Rights Protection under Copyright Law : The Way Forward", Master of Laws Dissertation, University of Alberta, 2005, p. 55. 등

113) Cambra E. Stern, "A Matter Life or Death : The Visual Artists Act and The Problem of Postmortem Moral Rights", *UCLA Law Review*, 2004, 51, p. 850.

114) Swack, *op. cit.*, p. 388. ; Robinson, *op. cit.*, p. 1940.

115) Robert C. Bird, "Moral Rights : Diagnosis and Rehabilitation", *American Business Law*

있는 저작인격권 규정으로 인한 비용은 지금까지 큰 문제가 된 적이 없다고 평가된다.¹¹⁶⁾

Robert C. Bird는 VARA의 미술가의 저작인격권 보호는 너무나 소홀하고 빈틈이 많은데 미국이 세계에서 보호해야 할 저작물이 가장 많은 국가 중의 하나인 것과 배치되며 이는 근본적으로 미국의 문화적·역사적·법적 전통과 저작인격권 보호가 서로 충돌하는데 기인한다고 본다. 그가 들고 있는 이유는 미국 법원과 법률가들은 외국의 새로운 권리에 의존하는 것에 대한 반감을 가지고 있는데 저작인격권도 그 예외가 아니라는 것이다. 100년 전 프랑스가 저작인격권의 보호수준을 높게 할 것을 요구했는데 영국의 산업혁명으로부터 비롯된, 경제에 주된 관심을 둔 저작권 전통을 이어 받은 미국이 문화적 차이에서 그에 대해 거부감을 가졌으며 그때부터 비롯된 저작인격권에 대한 오랜 동안의 거부감도 그 원인 중 하나라고 한다. 또 *Crimi v. Rutgers Presbyterian Church* 판결¹¹⁷⁾ 등에서 미국 법원이 보여준 저작인격권에 대한 부정적 입장 등 사법적 불승인의 전통도 이유로 든다. 마지막으로 'moral right'이라는 용어가 가지는 문제점이다. 미국 법원에서 보기에 'moral'이라는 단어와 'right'라는 것은 개념적으로 서로 상치되는 것이어서 'moral right'라는 단어는 매우 어울리지 않는 것이다. 왜냐하면 도덕적(moral) 의무와 법적인 책임이나 권리(right)는 개념적으로 분리되는 것이기 때문이다. 실제로 *Boosey & Hawkes Music Publishers, Ltd. v. Walt Disney Co.* 사건¹¹⁸⁾에서 저작인격권은 “원 예술작품이 작가에 대한 도덕적인 위반이 되는 방식으로(in a way that is morally offensive to artists) 변경되었을 때” 발생한다고 잘못 해석한 경우도 있었다. 그래서 'moral right' 대신에 'right of the author's personality', 'personal right', 'artist right', 'creator right', 'cultural preservation right'로 용어를 정리하는 것이 옳다고 주장한다.¹¹⁹⁾

Randall은 현재의 지적재산권법에서 새겨진 '작가'의 이데올로기는 예술가의 권리에 대한 분쟁을 해결하는 담론으로 사용되는데 이는 예술가의 자연권과 정보를 얻으려는 대중보다 지적재산권 소유자의 공동 이익을 위하는 것이라고 비판한다. 그람시(Antonio Gramsci)의 지배권 이론은 지배 그룹은 다른 그룹에 대한 어떤 이데올로기로 다른 그룹에 대한 세계관을 만드는 것으로 힘을 단련하는데 공동 이익을 선호하는 현재의 지적재산권 체계에서 어떤 선입견을 가지고 있다는 의심이 있다고 한다. 예술가들은 복종적 그룹으로 인식될 수 있다는 것이다. 흑백 영화의 컬러화와

같은 작가의 동일성유지권을 침해하는 행위가 저작권 소유자의 상업적 이익에 복종해야 하는 것에 대해서도 비판한다. 이러한 주장은 공동의 이익이라는 명분 하에 주요 영화사의 로비에 의해 「소니 보노 저작권기간연장법(The Sonny Bono Copyright Term Extension Act)」과 같은 법이 잘못 제정되었다고 한다. 위 법에 의해 저작권의 보호기간은 사후 70년까지로 20년이 더 늘어나게 되었다. 그에 의하면 19세기와 20세기 초에 유럽과 미국에서 기업이 더욱 힘이 강해지면서 그들은 입법부와 법원에게 고용이론 등을 지지하도록 하였다고 한다. 그는 예술가들이 빨리 깨어나야 한다는 주장을 한다.¹²⁰⁾

Robert C. Bird에 따르면 저작인격권이 미국법에 들어온 다음 고상한 휴머니스트들이 상업적 성격과 관련이 있다고 주장한다. 작품 하나하나의 작가의 다른 작품에 대한 강력한 광고가 되기 때문에 예술은 감소 또는 변형에 의해 재산상의 손실을 가져올 가능성이 높다는 것이다. 작품의 권한 없는 변형은 작가의 창조적 산물 전체의 인식된 명성을 희석시킴으로써 작가의 지위에 손상을 줄 수 있다고 한다.¹²¹⁾ Hansmann과 Stantilli는 저작인격권은 프랜차이즈의 보호와 유사하다고 주장한다. 프랜차이즈는 프랜차이즈 상점 하나하나의 고른 품질을 유지함으로써 전체적인 이익을 극대화하는데 하나의 상점에서 낮은 품질로서 고객들의 마음을 형성해 놓으면 전체적인 브랜드 가치가 크게 낮아진다는 것이다. 이와 마찬가지로 작가의 작품 하나의 손상이 되면 전체적인 명성을 훼손시킬 수 있다고 본다.¹²²⁾ Robert C. Bird는 저작인격권은 상표와 유사한 기능을 수행하고 목적도 유사하다고 한다. 동일성유지권은 상표와 마찬가지로 원작품의 동일성을 희석화하는 것을 막을 수 있고 성명표시권은 상표와 마찬가지로 다른 사람 또는 익명으로 표시되는 것을 막을 수 있다는 것이다.¹²³⁾

한편, 작가의 저작인격권의 인식은 '실용주의 미학이론(pragmatic aesthetic)'에도 일치한다는 주장이 있다. 윌리엄 제임스(William James)의 말대로 “스스로 좋은 것이라고 생각되는 신뢰 방법”이 여기서 실용적이라는 것의 의미이다. 법적 또는 정치적 사안의 결정을 목적으로 하여 법적 실용주의는 '실질적인 이유' - 선택의 필요, 배포, 급격한 불확실성과의 의사소통을 강조하는 필요를 강조한다. 예술과 실용주의 사이의 관계에 대해서 학자들이 강조하는 부분은 다르지만 공통적인 것은 예술창작, 해석, 적용, 감상

Journal, 2009, 46, p. 452.

116) Thomas F. Cotter, "Pragmatism, Economics, and the Droit Moral", *North Carolina Law Review*, 1997, 76, pp. 73-74.

117) *Crimi v. Rutgers Presbyterian Church*, 194 Misc. 570, 89 N.Y.S. 2d 813 (1949)

118) *Boosey & Hawkes Music Publishers, Ltd. v. Walt Disney Co.*, 145 F.3d 481 (2d Cir. 1998)

119) Bird, *op. cit.*, pp. 408-409, pp. 415-426.

120) Randall U. Larsen, "Artist's Rights versus Copyright Owner's Rights : Conflict Resolution when the Logic of Intellectual Property Law is Articulated with Motion Picture Production", Ph. D. Dissertation, A Collaborative Mode of Production, University of Hawaii, 2005, pp. 182-185, pp. 189-190.

121) Bird, *op. cit.*, pp. 423-433.

122) Henry Hansmann and Maria Stantilli, "Authors' and Artists' Moral Rights : A Comparative Legal and Economic Analysis", *Journal of Legal Studies*, 1997, 26, p. 95, p. 105 ; Bird, *op. cit.*, p. 433.에서 재인용

123) Bird, *op. cit.*, pp. 438-442.

은 다른 인간행위와 같이 과거 경험에 뿌리를 두고 있고 새로운 경험을 발생하게 하는 도구라는 것이다. 산타야나(George Santayana)와 에머슨(Ralph Waldo Emerson)에 따르면 예술 작품의 가치는 독자와 해석자 속에서 생겨나는 경험에서 드러나는 ‘진실’에 치중되어 있는 것이 아니라 미래 경험의 새로운 가능성을 창조하는 ‘진실’에 있다. 그에 따르면 작가와 관객의 행복을 증가시키는 것이 목적이려면 포기 가능한 권리가 포기 불가능한 권리 보다 낫다는 것이다.¹²⁴⁾ 실용주의적 사상에 의하면 미술작품의 파괴는 심각한 문제가 있기 때문에 작품의 훼손 이외에 작품의 파괴도 저작권권의 침해로 보는 것이 타당하다. 이는 VARA와 캘리포니아미술보호법에 같은 식으로 규정되어 있다.¹²⁵⁾ Neil Netanel에 따르면 자신의 표현에 대한 통제를 소유하는 것은 “개인적 자기 발전, 자율, 자기 정체성”에 긴요한 것이기 때문에 작품의 동일성유지권을 법적으로 소유하는 것이 필요하다고 한다.¹²⁶⁾ 실용적 미학이론에 의해서 저작권권의 경제적 효과를 따져볼 때 가장 어려운 문제는 같은 표준으로 잴 수가 없다는 것이다.

미국은 정신적소유권론의 대표적인 국가로서 미국은 저작권을 저작재산권으로만 보고 저작권권은 커먼로나 다른 법률로 보호하고 있을 뿐이다. 미국은 영화업자들이 저작권권의 도입을 반대하는 로비를 한데서 알 수 있듯이¹²⁷⁾ 저작권권의 전면적 도입이 가져올 실질적인 결과에 대해 우려하고 있는 것이다. 미국 의회는 (작가가 아닌) 작품을 보호하기 위하여 저작권권을 채택하지 않고 다른 선택을 했다. 1988년 「국가영화보호법(The National Film Preservation Act, NFPA)」은 위원회에 미국의 문화유산에 반영하는 탁월한 영화를 선택할 임무를 부여했다. 이 법은 “연방정부는 영화를 보호받아야할 중요한 미국 예술 형태로 인식하는 것이 필요하다.”고 규정한다. 이 법은 그 이전에 영화 보호의 진정한 저작권권을 입법화하려는 노력에 많이 미흡했다. 이 법은 작가의 동의가 없는 변형은 포기하여야 한다고 요구했다. 이것은 당연히라도 작품의 동일성유지권을 보장하는 것이 아니고 사람들에게 그가 ‘원작’을 보는 것이 아니라는 것을 주의하도록 하는 것이었다.¹²⁸⁾ 영화는 미국에서 저작권권 도입에 반대하는 분야이기도 하다. 미국에서 영화의 저작권은 제작자에게 놓여 있는 것이다.

부시와 클린턴 행정부에서는 지적재산권에 대한 보호를 강화하고 미국의 국제 정책의 중요한 사항으로 만들었고 특히 동아시아에서의 보호에 관심을 가졌다. 클린턴 행정부는 미국 저작권법을 혁명적으로 바꿀 다국적 조약 몇 가지에 동의했는데

124) Cotter, *op. cit.*, pp. 27-31.

125) *Ibid.*, p. 37.

126) *Ibid.*, p. 43.

127) Dickson, *op. cit.*, p. 91.

128) Larsen, *op. cit.*, p. 168. ; David Nimmer, "The Moral Imperative against Academic Plagiarism : Without a Moral Right against Reverse Passing off", *Depaul Law Review*, 2004, 54, p. 9.

자료의 보호, 작가가 자신의 작품에 계획적으로 페러디하려는 것을 거부하는 저작권권을 보장하는 개념을 도입한 것 등이다. 21세기 미국의 저작권법은 과거 200년과는 매우 다르게 작동할 것으로 보인다.¹²⁹⁾ 미국에서도 VARA를 개정해서 저작권권의 보호를 강화해야 한다는 목소리가 높기 때문이다. VARA는 미국에 저작권권을 인정하는 첫 단계일 뿐이고 작가의 사후 70년까지 보장하는 등 VARA를 개정해서 저작권권의 보호를 확대해야 한다는 견해,¹³⁰⁾ 미국은 저작권권을 잘못 이해하고 있으며 이는 저작권권에 대한 세계적인 합의에 큰 걸림돌이 되고 있고 커먼로와 양립 가능하며 미국은 자국의 작가의 보호를 위해서도 저작권권에 대한 입장을 변경해야 한다는 견해¹³¹⁾와 같은 견해는 자주 볼 수 있다.

한편, 미국은 2005년에 「가족오락 및 저작권법(Family Entertainment and Copyright Act)」을 통해 「가족영화법(Family Movie Act)」을 입법함으로써 그나마 최소한으로 인정하던 저작권권을 거의 보호하지 않게 되었다는 비판을 받는다. 이는 베른협약이나 WIPO 저작권조약을 위반하는 것이라는 비판도 있다.¹³²⁾ 국가의 경제성장에만 치중한 나머지 미국은 예술을 소홀히 한 것으로 보인다. 미국과 미국 예술의 연소한 점이 저작권권 보호에 대한 불충분성을 말해주는 것이라고 할 수 있다.¹³³⁾ 그러나 이제는 미국 미술가들에 대한 저작권권의 충분한 보호가 필요해졌다. 뉴욕이 세계 최고의 미술시장이 되었고 미국은 막대한 미술적 부를 축적했다. 미술가들의 보호수준을 더 높게 할 필요가 있게 되었다. 이제는 변화하는 사회적 필요성에 부합하도록 VARA를 최소한 프랑스의 저작권권 정도로는 보호수준을 높여야 한다는 주장이 나오고 있다.¹³⁴⁾ 베른협약 이행법 등 성문법 제정 이후에도 미국 법원은 작가의 저작권권 보호를 하는데 매우 인색하다는 비판이 있다. 그러나 기술의 발전 등으로 미국이 저작권권 보호에 소홀한 입장을 계속 유지하기 어렵다고 주장한다.¹³⁵⁾ Karen Crabbs는 지적재산권의 가장 큰 수출국으로서 미국은 반드시 미국의 창작자를 위한 보호를 강화해야 하며 이를 통해 경제에 자극을 주어야 한다고 주장한다. 또 국제 사회와 동일한 법을 규정하여 시행하는 것이 길게 보면 미

129) Vaidhyanthan, *op. cit.*, p. 61.

130) Stern, *op. cit.*, p. 881. 등

131) Michael B. Gunlicks, "A Balance of Internet : The Concordance of Copyright Law and Moral Rights in the Worldwide Economy", *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 2001, 11, pp. 605-606.

132) Brandi L. Holland, "Moral Rights Protection in the United States and the Effect of the Family Entertainment and Copyright Act of 2005 on U.S. International Obligations", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2006, 39, p. 251.

133) Martin A. Roeder, "The Doctrine of Moral Right ; a study in the law of artists, authors and creators", *Harvard Law Review*, 1940, 53, p. 557.

134) Swack, *op. cit.*, p. 364.

135) McCartney, *op. cit.*, p. 36, p. 69.

국의 미술가, 미술 수출자와 일반대중에게 도움이 된다고 주장한다.¹³⁶⁾ VARA에서 규정하는 것은 동일성유지권을 존속기간에 있어 영원한 권리로 두지 않음으로써 미국의 문화적 유산을 후세를 위해 보호하는데 미흡하기 때문이라는 것이다.

결론적으로 말하면 미국은 저작권권을 인정하는 방향으로 갈 것이 틀림없고 그 폭을 넓히고 보호수준을 높게할 것임에는 틀림이 없지만 전면적 도입이나 확대 보다는 점진적으로 폭을 확대하고 수준을 높여나가는 방향을 택할 것으로 보인다.

2. 내용

가. 공표권

1941년 미국 판례는 저작물의 이전은 반드시 공표권의 이전을 동반하는 것이 아니라 계약에 의해 명시하지 않는 한 저작자 또는 법적상속인에게 유보되는 것이므로 저작물의 취득자는 그것을 보존 또는 파괴할 수는 있어도 공표는 허용되지 않는다고¹³⁷⁾ 하여 공표권을 인정하고 있다. VARA는 공표권에 대한 아무런 규정을 두지 않고 있다. 프랑스 법과 달리 VARA는 미술가가 익명 또는 가명으로 공표 또는 전시할 권리를 인정하지 않는다. 그의 작품이 변경되거나 손상되었을 때만 미술가는 그 작품의 창작자라고 알려지지 않을 권리를 가진다고 한다.¹³⁸⁾

나. 성명표시권

① Clemens v. Press Publishing Co. 판결

VARA 입법 이전에 미국 법원은 Clemens v. Press Publishing Co. 판결¹³⁹⁾에서 “계약은 당사자의 의도에 효과를 부여하도록 구성되어야 한다. 피고는 문학적 저작물에 대한 권리를 취득하고 그것을 출판하고자 하는 것이라면 원고는 저작물의 매각대금을 청구할 권리와 원고가 그대로 출판하도록 요구할 권리를 취득하는 것이고 따라서 피고가 그 원고를 수정하거나 저작자 이외의 성명으로 공표하거나 또는 저작자의 성명을 생략하는 것은 저작자와의 계약에서 인정하지 않는 한 허용될 수 없

136) Karen Y. Crabbs, "The Future of Author's and Artist's Moral Rights in America", *Beverly Hills Bar Association Journal*, 1992, 26, p. 174.

137) Pushman v. New York Graphic Society Inc. 287 N.Y. 302, 39 N.E.2d 249 (1942)

138) Swack, *op. cit.*, p. 395.

139) Clemens v. Press Publishing Co., 122 N.Y.Supp. 206 (1910)

다.”고 판시하여 원고에게 자신의 성명이 표시되지 않는 출판에 대하여 이의를 제기할 권리를 인정하였다.

② Neyland v. Home Pattern Co. 판결¹⁴⁰⁾

저작자의 동의 없이 회화를 소파 쿠션의 디자인으로 사용하고 또 그의 성명을 이용한 것은 저작물과 저작자 성명의 불법 사용이 명백하므로 뉴욕 Civil Right Personal Law의 Personal Right의 침해라고 판시하였다. 다만 원고가 주장하는 프라이버시권의 침해라고 해석하지는 않았다.

③ Vargas v. Esquire 판결¹⁴¹⁾

피고의 잡지를 위해 드로잉을 공급해야 했던 원고 Vargas가 피고에게 ‘바가’, ‘바가 소녀’ 등을 사용, 임대, 배럴할 수 있는 권리를 부여하는 계약을 체결하였다. 6년 동안 피고 잡지는 Vargas의 유명 드로잉을 사용하고 난 다음 계약을 취소했다. 계약 취소 이후에도 피고는 20개의 발표되지 않은 Vargas의 드로잉을 가지고 있었다. 피고는 3점을 ‘Esquire girl’ 이라고 이름 붙여 발표했다. Vargas는 ‘Esquire girl’라는 표시는 자신의 성명표시권을 침해하는 것으로 그러한 이름을 사용한 드로잉의 발표는 금지되어야 한다고 주장하면서 소를 제기했다. 법원은 계약 내용을 들어 이러한 권리 부여는 원고의 서명을 사용하지 않을 권리도 포함하고 있는 것이라고 해석했다. 법원은 “저작권권은 아직 미국에서는 채택되고 있지 않은 것”이라고 판시했다.

④ Crimi v. Rutgers Presbyterian Church 판결

벽화가인 Alfred D. Crimi는 맨해튼에 있는 피고 교회의 내부 벽화의 디자인 대회에서 우승했다. Crimi는 교회와 표준 계약서에 서명했는데 저작권을 포함한 모든 권리와 이익은 교회에 귀속된다는 내용이었다. Crimi는 26x35 피트의 벽에 그림을 그렸다. 8년이 지나서 교회는 벽 전체에 페인트칠을 했다. 우연히 이 사실을 알게 된 Crimi는 소를 제기했다. 법원은 계약 내용을 엄격하게 해석하여 벽의 철거를 허용했다. 법원은 Crimi가 계약 당시 모든 권리를 포기했기 때문에 손해배상 등에 대한 아무런 권리를 가지지 못한다고 판단했다. 더구나 법원은 벽의 철거가 Crimi의 미술가로서의 명성을 저해하지 않는다고 판단했다. 이 사건 판결은 커먼로의 전통

140) Neyland v. Home Pattern Co., 65 F.2d 363 (2nd Cir. 1933)

141) Vargas v. Esquire, 164 F.2d 522 (7th Cir. 1947), cert. denied, 335 U.S. 813 (1948)

에 따른 것이었다. 이 사건에서도 뉴욕법원은 “유럽 시민법에서 충분히 인식되고 발전되어온 ‘저작인격권’ 개념은 미국의 법률로 수용되지 않았다. 그런 권리는 입법자, 법원, 작가에 의해 언급되지 않았다.”고 판시했다.

⑤ Granz v. Harris 판결¹⁴²⁾

피고는 원고가 연주한 음반을 취득하여 권한 없이 연주 일부를 삭제하여 음반으로 복제·판매하면서 그 음반에는 ‘presented by Norman Granz’로 표시하였는데 원고는 음반을 권한 없이 삭제하였어도 원고에 의하여 연주된 것과 같은 인상을 주고 있으므로 부정경쟁에 의한 불법행위 및 계약위반, 원고의 명예에 관한 인격권을 침해한 것이라고 주장하면서 피고의 음반판매 금지청구를 하였다. 법원은 원고가 연주한 원음반을 취득한 사람이 음반으로 복제함에 있어서 각 음반에 원고의 연주라는 표시를 하지 않은 것이라면 일부 삭제하여도 위법이 아니지만, 원고의 연주라고 표시한 것이라면 부정경쟁에 의한 불법행위가 된다고 판시하였다.

⑥ Smith v. Montoro 판결¹⁴³⁾

예술가의 서명을 삭제하는 것은 Lanham법 제43조(a) 위반이다. Smith v. Montoro 사건에서 피고는 예술가의 서명을 필름에서 삭제하고 광고 자료에 따라 다른 사람의 서명으로 대체하였다. 법원은 이러한 대체는 제43조(a) 위반이고 서명의 삭제 자체만으로도 소송을 할 수 있다고 판시하였다. 구입자나 예술가의 이름을 사용할 수 있는 허가권을 가졌을 경우에는 예술가의 서명을 삭제하는 자체만으로는 소송을 할 수 없다. 이에 반하여 프랑스에서는 창작의 권리는 예술가로서 칭찬을 받을 권리를 포함하고 있어 이를 배제하는 계약은 무효로 선언된다.

⑦ Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp. 판결¹⁴⁴⁾

미국 연방대법원의 이 판결은 타인의 상품이나 서비스를 마치 자기 것 인양 표시하는 행위(reverse passing off)에 대한 문제가 되었고 저작인격권 문제를 다른 사안은 아니지만 성명표시권 중에서 다른 사람이 작가의 작품이라고 표시하는 것을 금지하는 권리와 직접 관련이 있다. Scalia 대법관은 Lanham법 상 자기 것인 양 표시하는 행위는 공적 영역에 있는 작품

142) Granz v. Harris, 198 F.2d 585 (2nd Cir. 1952)

143) Smith v. Montoro, 648 F.2d 602 (9th Cir. 1981)

144) Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp., 539 U.S. 23 (2003)

에 대한 허가 없는 복제에는 적용되지 않는다고 판시했다. 제43조(a)는 “불공정한 거래 실무를 약화시키기 위하여 무제한적으로 적용되는 것은 아니다.”라는 것이다.

이 사건에서 연방대법원은 베른협약에 따랐을 경우에도 다른 결론에 이를 필요는 없었다. 베른협약에서의 성긴 규정은 프랑스법상의 저작인격권보다 많이 제한된다. 미국법에서 이러한 범위까지 규정한다고 해도 시각예술에 한정하기 때문에 명시적으로 배제된다. 베른협약에서의 저작인격권은 프랑스법 처럼 영원하고 양도불가하며 시효로 소멸되지 않는 것일 필요가 없다. 오히려 베른협약은 저작권이 존재하는 기간 동안만 동일성유지권과 성명표시권에 의한 보호만을 요구한다.¹⁴⁵⁾

다. 동일성유지권

미국 연방저작권법 제106조 A(a)(3)(B)는 “인정된 지위의 저작물의 파괴를 금지할 권리, 그리고 저작물의 고의 또는 중대한 과실에 의한 파괴는 그 권리에 대한 침해가 된다.”고 규정한다. 즉 저작물의 파괴를 금지하고 있고 그 경우에도 경미한 과실의 경우는 인정하지 않는다. 미국과 달리 프랑스에서는 의도적이든 의도적이지 아니든 구별하지 않는다. VARA는 미술가에게 인식된 형태의 파괴를 막을 수 있는 권리를 부여한다. 미국의 미술가들은 작품 훼손을 명예훼손으로 소를 제기한다. 그러나 법원은 일반적으로 이러한 행위에 대해 명예훼손에 대한 금지명령을 하지 않기 때문에 미술가들은 작품의 훼손을 방지하지 못한다.¹⁴⁶⁾

VARA의 입법과정에서 건물에 설치된 시각예술저작물에 대한 저작인격권과 건물을 보수 또는 파괴하는 것에 대한 건물 소유자들 간의 이해관계의 충돌이 예상되었다. 그래서 VARA의 입법과 함께 회화·도면·조각저작물에 대한 저작재산권을 규정한 연방저작권법 제113조를 다음과 같이 개정하여 문제의 해결을 시도하였다. 제113조는 건물에 설치된 시각예술저작물을 그 제거에 있어서 작품의 변경이 필연적으로 따르는 경우와 변경 없이 제거할 수 있는 경우로 나누고 건물의 소유자가 일정한 절차를 밟는 경우 시각예술저작자의 제106조A(a)의 권리를 제한하도록 하였다. 변경이 수반되는 분리의 경우에는 시각예술저작물이 건물에 일체화되거나 그것의 일부를 구성하고 있어서 당해 저작물을 그 건물로부터 제거(분리)할 때, 제106조 A(a)(3)에 규정된 저작물의 파괴, 왜곡, 훼손, 또는 기타 변경을 일으키는 경우에는 첫째 저작자가 VARA 제106조(a)에 규정된 효력발생일 전에 저작물을 건물에 설치하는 것에 동의했거나, 둘째, 그 효력발생일 후에는 건물의 소유자와 저작자가 당해 저작물이 분리에 의하여 파괴, 왜곡, 훼손, 또는 기타 변경될 수 있다고 명시한 문

145) Nimmer, *op. cit.*, pp. 13-15.

146) Dickson, *op. cit.*, p. 24.

서에 서명하여 그 저작물을 건물에 설치하는 것에 동의한 경우에는 제106조A(2)와 (3)상의 저작자의 권리는 적용하지 아니한다. 변경이 수반되지 않는 분리의 경우에는 건물의 소유자가 건물의 일부를 구성하고 있고 제106조A(a)(2)와(3)에 규정된 저작자의 권리는 첫째, 건물의 소유자가 시각예술저작물에 영향을 미치는 자신의 의도된 행위를 저작자에게 통지하기 위하여 성실하고 신의 있는 노력을 다하였으나 성공하지 못하였고, 둘째, 건물의 소유자가 서면으로 통지하고 이러한 통지서를 수령한 자가 그것을 수령한 후 90일 이내에 저작물을 분리하지 아니하거나 또는 그것의 분리 비용을 지급하지 아니한 경우에 한하여 적용한다. 그리고 그러한 제한의 절차적 합리성을 담보하기 위해 등록 제도를 두고 있다.

① Hahn v. Duveen 판결¹⁴⁷⁾

VARA 입법 이전에도 동일성유지권을 인정한 것으로 볼 수 있는 판결이 있는데 레오나르도 다빈치(Leonardo da Vinci)의 「La Belle Ferronniere」와 관련된 것이다. 당시 가장 유력한 미술상이었던 Duveen은 작품의 진위를 정확하게 구별하고 가치를 평가하는 것으로 정평이 나 있었다. 그는 미술시장에서 막대한 영향력을 행사했고 돈을 벌었으며 프릭(Henry Clay Frick), 카네기(Andrew Carnegie), 크레스(Samuel H. Kress), 록펠러(John D. Rockefeller), 멜론(Andrew Mellon), 허스트(William Randolph Hearst) 등이 그의 고객이었다. Duveen은 Andrew Hahn 부인 소유의 「La Belle Ferronniere」가 캔자스시로 가고 있다는 정보를 입수했다. 이 작품은 프랑스의 미술 전문가 George Sortais가 진품을 보증했는데 Duveen은 위작이라고 한 것이었다. Duveen은 이 작품을 보지도 않은 채, 원작은 루브르 박물관에 있고 이것은 위작이라고 말했는데 그의 말은 1920. 6. 18. 뉴욕에서 보도되었다. Hahn 여사는 이 작품의 내력을 추적했는데 원래 프랑스의 왕 Francis 1세가 제작을 의뢰했고 나폴레옹의 지원자였던 Hahn 여사의 조상에게 들어갔던 것임을 알게 되었다. 상황은 Hahn 여사에게 더 이상 걱정할 필요가 없게 되었으나 Duveen의 영향력은 너무 컸다. 이 중요한 작품을 구입하려는 사람은 없었고 모든 거래 시도가 중단되었다. Hahn 여사는 Duveen을 상대로 악의적이고 고의적으로 작품의 명성에 손해를 가하려고 했다는 이유로 50만 달러의 배상을 청구했는데 캔자스시에서 이 작품은 25만 달러에 구매 의사가 들어온 적이 있었다. 이 작품의 진위를 확인하기 위해 많은 전문가들이 다빈치의 작품과 위작들을 비교 분석했다. 르네상스 시대 연구에 가장 유명한 학자인 Bernard Berenson은 이것은 복제품이라고 말했다. 몇 개월 동안 감정이 진행되었고 법원은 판결을 내려야만 했다. 법원은 9 대 3으로 Hahn 여사의 손을 들어주었다. 법원은 Duveen이 악의적으로 비난을 했고 거래를 중단시키려고 했다는데 모두 일치했으나

147) Hahn v. Duveen, 113 Misc. 871, 234 N.Y.S. 185 (Sup. Ct. 1929)

그 작품이 다빈치의 것인지에 대해서는 의견이 갈렸다. 재판이 계속되는 동안 원고와 피고의 변호사가 모두 병이 났고 캔자스시에서 작품을 감정했던 Conrad Hug는 사망했다. 너무 지루한 재판을 중단시키기 위해서 Hahn 여사의 남편과 Duveen은 6만 달러에 합의했다. Hahn여사의 남편은 「The Rape of La Belle」라는 책을 썼다. 이 책은 미술상인들과 그들이 미술시장에서의 영향력을 행사하는데 대한 뼈아픈 비판을 담고 있다. 몇 년이 지나서 Kenneth Clark 경은 몇 가지의 유보가 있기는 하지만 Hahn 여사의 작품이 진품이라고 지지했다.

② Annie Leibovitz v. Paramount Pictures Corp. 판결¹⁴⁸⁾

이 사진은 임신했을 때 여성의 아름다움을 표현하기 위해 여배우 데미 무어(Demi Moore)의 사진을 허락 없이 변경한 것이었다. 파라마운트사는 이 변경은 공정이용의 범위를 넘어선 저작권권 침해라고 주장했으나 법원은 이를 받아들이지 않았다. 미국 법원은 이런 식으로 재산상의 손실이 수반되지 않는 한 전형적으로 동일성유지권을 인정하지 않는 경향을 보인다.¹⁴⁹⁾ 이러한 점은 프랑스와 단적으로 대비되는 것이다.

③ Wojnarowicz v. American Family Association 판결

미국가정협회에서 David Wojnarowicz의 전시 조각들을 재생산하고 다시는 유사한 전시를 하는 모금운동을 하지 못하도록 심각한 팸플릿을 제작하여 작가를 비난했다. 법원은 미국가정협회의 위와 같은 행위가 작가의 명성과 그의 잠재적 수입에 심각한 타격을 주었다는 단호한 판결을 했다.

④ Gilliam v. American Broadcasting, Inc. 판결¹⁵⁰⁾

동일성유지권은 Lanham법 제34조(a)의 허위표시 문제로 해결되기도 하였다. 이 사건은 ABC 방송이 Monty Python의 공중극예단의 작품을 상업적 또는 다른 이유로 심하게 편집한 것이었다. 제2항소법원은 “어떤 사람의 저작물을 개변하는 것은 그 사람이 만들지 않은 것에 대해 그 사람을 창작자로서 표시하는 것이고 그 사람이 만들지 않은 것에 대해 그 사람을 비판의 대상으로 만드는 것이다. 본건의 경우 절제의 결과에 대해 평가를 받는 것은 그것을 행한 ABC 방송이 아닌 원고인 작가

148) Annie Leibovitz v. Paramount Pictures Corp, 948 F.Supp. 1214 (S.D.N.Y. 1996)

149) Pettenati. *op. cit.*, p. 435.

150) Gilliam v. American Broadcasting, Inc., 648 F.2d 602 (9th Cir. 1981)

와 실연가이고 이는 대중이 최종제품을 보고 저작물을 평가하기 때문이다. 따라서 원고가 저작물을 곡해하여 틀리게 전달할 수 있는 변형물을 공중에 제시하는 경우 Lanham법 제43조(a)가 인정하는 권리에 의한 구제를 필요로 한다.”고 판시하였다. 법원은 영국의 서커스단인 원고가 주장한 저작권권은 미국 법에서는 인식되지 못하고 있다고 판시한 후 역설적으로 Lanham법의 인격과 관련된 권리에 의해 구제를 한 것이었다. 그러나 이렇게 경제적 이익을 요건으로 함으로써 프랑스의 저작권권과는 다른 보호를 하고 있다. 더구나 상표법은 훼손 이전에 명성이 이미 형성되어 있을 것을 요구하기 때문에 덜 알려진 작가들에게는 이용되기 어렵다.

⑤ Shostakovich v. Twentieth Century-Fox Film Corp 판결¹⁵¹⁾

러시아의 음악가가 작곡한 음악이 소련에 반대하는 주제의 영화에 배경음악으로 사용되었다. 작곡가는 자신의 음악이 정치적 신념에 반하는 영화의 배경으로 사용된 것은 자신의 저작권이 침해당한 것이라고 주장했다. 법원은 원고의 주장을 받아들이지 않았다. 프랑스에서는 유사한 사안인 Soc. Le Chant du Monde c. Soc. Fox Europe 판결에서 작곡가의 저작권권을 침해했다는 반대의 결론을 낸 바 있다.¹⁵²⁾

⑥ David Phillips v. Pembroke Real Estate, Inc. 판결¹⁵³⁾

이 사건은 ‘장소 특정적 미술(site-specific art)’이 문제된 경우였다. 장소 특정적 미술은 ‘통합예술(integrated art)’의 하나로서 유체물인 구성부분 중 하나가 그 작품의 위치인 것을 말하는 것이다. 원고는 공원에 ‘장소 특정적 미술’을 설치하였으나 피고가 원고의 동의 없이 원고의 미술 작품을 구성하는 조각품 중 일부를 제거 또는 이동하자 VARA 위반을 주장하였다. 미국 법원은 ‘장소 특정적 미술’에는 VARA가 적용되지 않는다고 판시하였다.

⑦ Lee v. A.R.T. Co. 판결¹⁵⁴⁾

A.R.T. Co.는 작가인 Annie Lee의 작은 석판화와 노트 카드를 많이 구입한 다음 이를 세라믹 타일에 박아서 재판매하였다. Lee는 A.R.T. Co.를 상대로 저작권 침해

151) Shostakovich v. Twentieth Century-Fox Film Corp (1948) 80 NYS 2d 575

152) Paris, 13 Jan 1953, D. Jur. 16, 80

153) David Phillips v. Pembroke Real Estate, Inc., 459 F.3d 128 (1st Cir. 2006)

154) Lee v. A.R.T. Co., 125 F.2d 1341 (7th Cir. 1997)

를 이유로 소를 제기하면서 이 타일은 자신의 작품의 파생 작품이라고 주장했다. 제7순회합소법원은 Lee의 작품은 VARA에 규정된 개념에 해당하지 않는다는 이유로 Lee의 주장을 받아들이지 않았다. 이 판결에서 Easterbrook 판사는 만일에 이 타일이 파생작품이라면 작품의 어떠한 변형도 저작권 소유자의 허락을 요한다고 할 것인데 이는 “미국이 반드시 거절해야 할” 저작권권과 같은 것을 명백하게도 너무 크게 하는 것이라는 설명을 했다. 이 판결에 대해서는 VARA의 좁은 적용범위와 저작권권에 대한 몰이해가 결합된 것이라는 비판이 있다.¹⁵⁵⁾ 이 판결은 저작권권 정론(orthodox)이 미국에서 저작권권 적용을 제한할 수 있음을 보여준 것이다.

⑧ Pavia v. 1120 Avenue of the Americas Associates 판결¹⁵⁶⁾

힐튼호텔은 1964년 조각가인 Phillip Pavia를 후원하여 뉴욕시 아메리카 애비뉴에 있는 호텔에 전시할 조각을 제작하도록 했다. 호텔에서는 Pavia에게 앞으로 잘 돌보고 영원히 전시할 것이라고 약속했다. 「3월의 생각」이라고 이름 붙여진 이 큰 조각은 3개의 다이아몬드 모양으로 되어 있는데 우수하다는 평가를 받았고 1988년 까지 호텔에 전시되었다. 1988. 7. 피고와 에이전시 계약을 체결하면서 호텔은 피고에게 「3월의 생각」의 소유권을 넘겨주고 상업 창고가 위치한 Hippodrome 주차장 창고에 전시하도록 합의했다. 피고는 조각을 두개로 나누어 창고에 부적절한 방법으로 전시하고 나머지 부분은 분실했다. Pavia는 피고를 상대로 부당하게 조각이 변경되었고 부적절하게 전시되었으며 그의 명예를 손상했고 앞으로도 부당하게 전시될 것이라고 주장하면서 소를 제기했다. 법원은 원고의 청구를 기각했는데 VARA는 그 시행 이전에 이루어진 행위에 대해서는 적용이 배제된다고 설명했다. Pavia로서는 계속되는 전시로 손해를 보게 되지만 VARA는 단지 시행 이후에 일어난 행위에만 적용된다고 해석했다. 손상, 수정, 변경은 계속되는 전시로부터 생기는 것이 아니라 첫 손해보부터 생기는 것뿐인데 첫 손해가 VARA 시행 이전에 발생했다는 것이다.

⑨ Lubner v. City of Los Angeles 판결¹⁵⁷⁾

로스앤젤리스시 소속의 트럭이 언덕 위에 주차해 있다가 미끄러져 Lorrain Lubner의 집에 돌진하면서 그의 회화, 드로잉, 판화와 포스터 등 작품 대부분을 손

155) Rigamonti, *op. cit.*, p. 408.

156) Pavia v. 1120 Avenue of the Americas Associates, 901 F.Supp. 620 (S.D.N.Y. 1995)

157) Lubner v. City of Los Angeles, 45 Cal. App. 4th 525, 53 Cal. Rptr. 2d 24 (Cal. Ct. App. 1996)

상케 했다. Lubner는 로스앤젤리스시를 상대로 부주의로 인해 그의 명성을 잃게 하였다고 하면서 소를 제기했다. 법원은 VARA에 의해 구제하려면 두 가지 요건이 필요한데 하나는 작품의 인정된 지위, 두 번째는 고의 또는 중대한 과실이라고 했다. 이 사건에서 그중 작품의 인정된 지위라는 기준은 충족되지만 고의 또는 중대한 과실 요건을 충족하지 못한다고 하면서 Lubner의 청구를 기각했다.

㉑ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc. 판결

미국은 패러디에 관해서는 영국이나 캐나다 법과는 달리 유연하다.¹⁵⁸⁾ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc. 판결¹⁵⁹⁾에 비추어 볼 때 가령 디지털 기술을 이용하여 어느 원저작물을 패러디하는 경우 미국에서는 공정이용에 해당하는 것으로 인정되는 경우가 많을 것이다. 원저작물을 회화화하거나 비판적으로 논평할 목적으로 시각적 이미지를 왜곡하거나 잘라내어 붙이거나 그 밖의 방법으로 변화시켜서 원저작물을 변용하게 되면 그 패러디가 공정이용에 해당된다고 인정될 가능성이 높다.¹⁶⁰⁾

라. 원작철회권

미국에서는 미술가의 비공개 권리는 사생활보호라는 헌법적 권리에 의해 보호된다. 또 1976년의 개정 저작권법의 시행 이전 및 이후에도 보호된다. 미국에서는 작품의 공개를 방지하는 권리에 비해 이미 공개된 작품을 철회할 수 있는 원작철회권은 인식되지 못하고 있다.¹⁶¹⁾ 미국 법원은 Autry v. Republic Production Inc. 판결¹⁶²⁾에 있어서와 같이, 작품의 질이 낮아 예술가의 명성이 훼손되는 경우에도 예술가는 회수할 권리가 없다고 판단하여 왔다. VARA에서도 원작철회권을 규정하지 않고 있다.

마. 추급권

미국에서 유일하게 추급권을 인정하고 있는 캘리포니아주에서는 1977년에 추급권을 도입하였는데 화가 로버트 라우센버그의 역할이 컸다고 알려져 있다. 캘리포니

158) Stokes, *op. cit.*, p. 138.

159) Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 114 S. Ct. 1164 (1994)

160) 박성호, “인터넷 환경에서의 저작권격권”, 정상조(편), 『인터넷과 법률』 (서울:현암사, 2000), p. 40.

161) Leonard D. Duboff and Christy O. King, *Art Law in a nutshell* (Minnesota: West Group, 2000), p. 208.

162) Autry v. Republic Production Inc., 213 F.2d 667 (9th Cir. 1954)

아주에서는 벨기에와 같이 ‘작가(author)’가 아닌 ‘미술가(artist)’에게 추급권을 부여하는 것으로 규정한다. 거의 모든 국가의 법률은 추급권을 양도할 수 없는 것으로 규정하는데 캘리포니아주법은 추급권료가 5%를 넘는 경우에는 서면에 의한 포기가능하고 개인이나 단체에 양도할 수 있다고 규정한다. 추급권을 경제적인 성격을 가지고 있다가 양도불가가 오로지 작가 자신을 보호하기 위한 것 만이라고 한다면 작가 사후에는 양도가 인정된다고 할 수 있다. 캘리포니아주는 상속수령인에게 일반적으로 추급권을 인정한다. 캘리포니아주는 1,000 달러 이상에 거래되는 미술품에만 추급권을 인정하고 재양도가가 원 양도가를 초과하지 않는 경우에는 추급권을 행사할 수 없다. 회화, 조각품, 테셀과 유리 공예를 그 대상으로 하는데 공식 경매 절차는 물론 캘리포니아 거주민에 의해 이루어지는 공적, 사적 모든 거래형태에 인정한다. 추급권은 미술가의 사후 20년까지 보호한다. 캘리포니아주법은 중앙징수시스템을 채택하지 않고 판매자나 그 대리인이 소유한 금원을 주기 위해 미술가와 접촉할 것을 요구하고 있어 추급권료의 지불 규모를 파악하기 어렵다. 일반적으로 작가에게 돈을 지불할 의무는 판매자에게 있으나 경매, 화랑, 거래상인, 중개인, 미술관, 판매자의 대리인에 의한 거래의 경우 중개인이 5%를 보유하고 있어야 한다. 90일 이내에 작가의 소재를 알 수 없을 때는 캘리포니아주 미술 위원회(California State Arts Council)로 넘어간다. 위원회는 작가를 찾기 위해 노력해야 하며 거래일로부터 7년 동안 작가가 권리를 주장하지 않으면 위원회에 귀속되어 공공장소의 순수 미술품 구입에 사용된다.

「The California Resale Royalty Act」에 대한 비판론자들은 위 법 때문에 캘리포니아주의 미술시장에 큰 피해를 입혔고 다른 주와의 거래를 매우 어렵게 한다고 주장한다.¹⁶³⁾ 그러나 캘리포니아주 자원 법률가들의 한 연구 결과에 의하면 결과는 그 반대라고 한다. 연방 정책이 없이는 작가의 경제적, 정신적 권리는 논쟁의 위험한 영역에 놓여 있을 뿐이라는 주장도 있다.¹⁶⁴⁾ 1970년 미국의 조사에 의하면 107,000명의 화가와 조각가가 있으나 그중 152명이 1,000 달러 이상의 작품을 1년에 1점을 판매할 뿐이고 25명이 2점을 재판매할 뿐이다. 이러한 현상은 외국작가의 경우에는 더 심해서 피카소, 샤갈(Marc Chagall), 드뷔제가 1977년 판매액수의 65%를 차지한다.¹⁶⁵⁾ 이러한 결과는 유명한 미술가에게만 혜택을 주는 것이라는 비판의 근거로 사용될 수 있을 것이다.

미국 연방대법원은 Morseburg v. Baylon 판결¹⁶⁶⁾에서 캘리포니아주의 추급권 규정에 대해 합헌이라고 결정했다. 미술판매상인 Morseburg가 Baylon이 그린 회화를 판

163) Duboff and King, *op. cit.*, p. 221.

164) *Ibid.*

165) de Pierredon-Fawcett, *op. cit.*, p. 143.

166) Morseburg v. Baylon, 621 F.2d. 972 (9th Cir. 1980)

매하였다가 추급권료를 요구받자 캘리포니아주 추급권 규정은 1909년 미국저작권법에 위반되고 미국 헌법상의 적법절차와 계약조항을 위반한 위헌이라고 주장했다. 그러나 미국 연방대법원은 1909년 미국 저작권법은 주의 추급권 관련 규정을 명백히 금지하고 있지 않으며, 캘리포니아주의 추급권은 저작권법상 미술저작자에게 주어지지 않았던 부수적인 권리이므로 연방저작권법에 위배되지 않는다고 판단하였다.

한편 미국 저작권법 제304조(c)는 이용허락이나 권리이전의 종결권을 규정하고 있다. 직무저작물인 경우를 제외하고 저작자 또는 이용허락을 허여한 자, 저작자 사망의 경우에는 유족이 56년의 사용기간의 마지막 해에 39년간 저작권 보호를 더 받을 수 있는 권리를 행사할 수 있도록 하는 것이다.¹⁶⁷⁾ 1938년에 Jerry Siegal과 Joe Schuster는 슈퍼맨 캐릭터를 DC Comics에 130 달러에 판매했다. 나중에 슈퍼맨 캐릭터의 가치가 상상할 수 없도록 증가하자 의회는 이러한 경제적 불공정을 시정하기 위해서 이러한 권리를 부여한 것이다. 결국 1999년에 Siegal의 유족이 슈퍼맨 캐릭터에 대한 권리를 다시 가지게 되었다. 이러한 권리는 추급권과 유사하게 협상 기술이나 능력이 부족할 때에 맺어진 계약의 불합리한 점을 보완할 목적으로 만들어진 것이라고 할 수 있다.

V. 중국

1. 연혁

중국은 4대 고대문명 중 하나로서 제지술 및 인쇄술을 발명하였음에도 근대까지 저작권 또는 판권(板權) 개념이 없었다. 판권은 일본의 福澤諭吉이 ‘copyright’로부터 만든 신조어라는 것이 일본학계의 통설이다. 저작권이라는 용어도 일본의 水野鍊太郎가 ‘author’s right’를 번역한 것이라고 전해지고 있다. 중국 역사상 최초의 저작권법은 청조말기인 1910년에 반포된 「대청저작권률(大清著作權律)」이다. 이 법은 1899년의 일본 저작권법, 대륙법계 국가 및 영미법계 국가의 저작권법을 참조하여 만든 것이다. 이 법에는 저작재산권 뿐 아니라 저작인격권도 보호하였다.¹⁶⁸⁾ 이 법은 다음 해인 1911년에 청조의 멸망으로 운명을 다한다. 위 대청저작권률까지도 완전히 형벌 규정을 두고 있었을 뿐, 민사법은 거의 발달하지 않았다.

1949년 중화인민공화국이 설립된 이후 중국 정부는 저작권자의 권리보호에 관심을

갖기 시작하면서 저작권 보호를 위한 행정 규정을 제정, 공포하였으나 오늘날과 같은 체계적이고 통일된 저작권법을 제정, 반포하지는 못했다. 중국 저작권법은 1990. 9. 7. 전국인민대표회의 상무위원회 제15차 회의를 통과함으로써 입법되었다. 이는 영국의 앤여왕법(1710년), 미국의 연방저작권법(1790년), 프랑스의 저작물의 공연권에 관한 법률(1791년), 독일의 프로이센 일반판트법(1794년), 러시아의 민법전(1830년), 일본의 저작권법(1899년) 등 다른 국가에서 최초로 저작권을 인정한 법률에 비해 매우 늦은 것이었다. 중국은 1992년에 베른협약과 세계저작권협약에 동시 가입하였고 2001년에는 WTO의 정식 회원국이 되었다. 이러한 국제협약과 국제적 요구에 적극 대처하기 위해서 2001. 10. 27. 제9기 전국인민대표회의 상무위원회 제24차 회의를 통해 현행 저작권법을 반포하였다.

현행법 제1조에서는 “문학·예술과 과학저작물 저작자의 저작권 및 저작권 관련 권익을 보호하며 사회주의 정신문명과 물질문명 건설에 유익한 저작물의 창작과 진파를 장려하고, 사회주의 문화 및 과학의 발전과 번영을 촉진시키기 위하여 헌법에 따라 이 법을 제정한다.”라고 규정하여 입법목적은 밝히고 있다. 중국 저작권법도 인격권과 재산권을 동시에 규정하는데 인격권을 인신권(人身權)이라고 하고 있다. 중국의 경우 인격은 인품이나 글자 그대로 인격을 의미하며 인신은 신체와 명예에 더 가까운 의미로 보고 있기 때문이다. 중국 저작권법은 저작인격권은 저작재산권과는 달리 저작권 보호기간의 제한을 받지 않는다고 규정하고(제20조) 저작인격권은 양도나 상속의 대상이 아니라고 규정(제10조, 제19조)하고 있어 저작권 이원론의 입장에 서 있다.¹⁶⁹⁾

성명표시권, 수정권 및 저작물의 완전성보호권은 저작자가 사망한 후 저작자의 상속인 또는 유언집행자에 의하여 보호되고 이들이 없으면 저작권행정관리부에 의하여 보호된다. 저작자 사후에 인격권을 행사할 수 있는 자는 일정한 범위의 유족(배우자, 자녀, 부모, 형제자매, 조부모 및 외조부모)이나 유언집행자로 한정되고 이들이 모두 사망하여 존재하지 않게 되면 더 이상 성명표시권, 수정권 및 저작물의 완전성보호권을 행사할 수 없게 된다.¹⁷⁰⁾

2. 내용

가. 공표권

중국 저작권법 제10조는 공표권을 “공중에 저작물의 공개여부를 결정할 수 있는 권

167) Robert A. Gorman and Jane C. Ginsburg, *Copyright : Cases and Materials* (6th ed. N.Y.:Foundation Press, 2002), pp. 373-382.

168) 김정현·한매화, 『중국 저작권법 상』(서울:법영사, 2008), p. 3.

169) 위의 책, p. 145.

170) 위의 책, p. 174.

리"라고 규정한다. 저작권법실시조례 제20조에서는 "저작권법에서 말하는 공표된 저작물이라 함은 저작권자가 스스로 또는 타인에게 허락하여 공중에 공표한 저작물을 말한다."라고 규정한다. 공표란 저작물을 배포, 상연, 전시 그 밖의 방법으로 공중에 공개하는 행위이고 따라서 저작물을 친구나 친인척 몇 명에게 감상용으로 제공하거나 일부 전문가에게 가르침을 받기 위해 제공하는 것은 공중에 공개한 것으로 볼 수 없다.¹⁷¹⁾ 대한민국과 달리 중국의 경우 미술 등 저작물 원본 소유권의 이전은 저작물의 저작권이전으로 추정하는 규정을 두고 있지 않다. 제18조에서 "미술 등 저작물 원본 소유자의 이전은 저작물의 저작권 이전으로 보지 아니한다. 다만 미술저작물 원본의 전시권은 원본 소유자가 향유한다."고 규정한다. 따라서 미술저작물의 원본 소유자가 이를 전시하고자 할 경우에는 당사자간의 의사표시 해석론으로 해결하여야 할 것이지만 기본적으로 저작물의 원본이 양도된다고 하여 저작권 까지 함께 양도되는 것은 아니라고 해석한다.¹⁷²⁾

나. 성명표시권

중국에서는 저작자의 신분을 표시하고 저작물상에 서명할 수 있는 권리를 서명권(署名權)이라고 하고 있다. 저작자가 2인 이상인 경우 중국인민법원은 서명 순서에 관하여 일차적으로 당사자 간의 합의에 따라 서명순서를 정하여야 하고 만약 그러한 합의가 없는 경우에는 창작에의 공헌도, 작품배열, 성씨 필획 등을 고려하여 서명순서를 정한다고 하고 있다.¹⁷³⁾

중국에서 저작권 침해에 대한 첫 번째 판결은 오관중(吳冠中) 사건이었다. 경매회사가 유명화가인 오관중의 성명을 도용한 모택동 초상이라는 그림을 경매했다. 오관중은 자신은 모택동 초상을 그린 사실이 없으므로 자신의 저작권을 침해당하였다면서 경매회사를 상대로 손해배상청구의 소를 제기하였다. 법원은 모든 중국 시민은 자신의 동일성을 표시하거나 표시하지 않을 것을 결정할 수 있는 권리와 다른 사람이 작가의 동일성을 대신 표시하는 것을 막을 수 있는 권리를 가진다고 하면서 오관중의 서명을 사칭한 그림을 판매하는 행위는 오관중의 성명표시권을 침해한 것으로 판단했다.¹⁷⁴⁾ 이 판결에 대해서는 이는 오관중의 작품이 아니므로 성명표시권이 침해된 것이 아니라 일반적인 인격권의 침해 문제에 불과하다는 비판이 있다.¹⁷⁵⁾ 오관중이 그

171) 위의 책, p. 148.

172) 위의 책, p. 150.

173) 위의 책, p. 153.

174) Zhou Lin, "Art Law in China", *Art Antiquity and Law-Leicester-. Kluwer Law International*, 1999, 4(1), p. 12. ; 김정현·한매화, 앞의 책, p. 154.

175) 김정현·한매화, 앞의 책, p. 154.

리지 않은 작품에 오관중의 성명표시권을 인정하는 것은 부당하므로 위 비판이 타당하다. 이와 유사한 사례가 Zhang Chang et. al. v. Tianjin Clay Figurine Zhang Colour Modelling Workshop 판결인데 이 사건에서 법원은 자신의 성명이 도용되어 저작권과 명성의 권리가 침해되었다는 원고의 주장을 받아들였다.¹⁷⁶⁾

다. 완전성보호권

중국 저작권법 제10조 제4호에서는 저작자는 타인의 왜곡이나 훼손으로부터 자신의 저작물을 보호할 수 있는 권리를 가진다고 하여 동일성유지권을 인정하고 있다. 다만 그 용어에 있어서 완전성보호권(保護作品完整權)이라고 하고 있다. 중국학자들은 왜곡과 훼손에는 두 가지 의미가 포함되어 있다고 본다. 첫째는 저작물의 내용이나 형식 등을 변경하는 것이고 둘째는 저작물 자체는 변경되지 않지만 저작물에 대한 기타 이용으로 인하여 저작자의 명예와 성망을 해하는 행위라는 것이다.¹⁷⁷⁾

라. 수정권

중국 저작권법 제10조 제3호는 "저작물을 수정하거나 타인에게 이를 하도록 허락할 수 있는 권리"라고 규정한다. 원 명칭은 수개권(修改權)이다. 수정권에는 제3자가 무단으로 저작물을 수정하는 것을 금지하는 내용도 포함되어 있다. 그렇게 보면 완전성보호권과의 차이가 문제될 수 있다. 수정권은 저작자가 저작물을 수정하거나 타인에게 그에 대한 권한을 부여하는 적극적인 측면을 강조하는 것이라면 저작물의 완전성보호권은 타인이 무단으로 저작물을 수정하는 것을 금지하는 소극적인 측면을 보다 강조하는 것이다.¹⁷⁸⁾

마. 기타

중국 저작권법에는 원작철회권과 원작접근권을 규정하지 않고 있다. 이 권리들에 대해서 통설적 견해는 정립되어 있지 않은 것으로 보인다.¹⁷⁹⁾ 다만 중국저작권법의 해석상 원작철회권을 인정하는 학설이 있다.¹⁸⁰⁾ 이 견해는 저작자는 작품의 수정을

176) Lin, *op. cit.*, p. 14.

177) 김정현·한매화, 앞의 책, p. 157.

178) 위의 책, p. 155.

179) 위의 책, pp. 177-178.

180) 위의 책, p. 155, p. 177.

위해서 부득이 작품을 회수해야 하는 경우가 있을 수 있는 만큼 수정권을 인정하는 취지를 더욱 발전시켜 원작철회권을 인정할 수 있다는 것이다. 중국에서는 철회권을 회수권(回收權)이라고 한다.

VI. 일본

1. 연혁

일본에서는 1899년에 제정된 최초의 저작권법 제18조에 “타인의 저작물을 발행 또는 공연하는 경우에 저작자의 생존 중에는 저작자에게 저작권이 있는지 여부를 불문하고 그의 동의 없이 저작자의 성명·칭호를 변경 혹은 은닉 또는 그의 저작물에 개서 기타 변경을 하거나 혹은 그 제호를 변경할 수 없다”고 규정하였다. 이는 당시 일본 내무성 공무원이던 水野鍊太郎이 유럽에서 저작권법 연수를 하였는데 프랑스의 마이어(Meyer) 교수가 작성한 프랑스 저작권법 개정 초안을 참고로 하여 만든 것이다.¹⁸¹⁾ 위 규정은 형식적이고 실효성이 없다는 비판이 있었는데 1928년 베른협약에서 저작인격권 규정이 신설되자 1931년에 저작권법을 개정하여 저작인격권의 보호가 확대되었고 방송권과 영화저작물의 보호에 관한 단서 조항이 규정되어 실효성이 있게 하였는데 대한민국 저작권법 규정과 유사하다. 1939년에는 「저작권에 관한 중개 업무에 관한 법률」이, 1952년에는 「연합국 및 연합국민의 저작권의 특례에 관한 법률」이, 1956년에는 「세계저작권조약의 실시예 수반되는 저작권법의 특례에 관한 법률」이 각각 제정되었다. 구저작권법의 수준이 현대 저작권 제도의 국제적 수준에 미치지 못하게 되자 일본 정부는 1962년부터 8년간 저작권제도심의회의 연구와 심의 결과를 토대로 구저작권법의 전면 개정을 추진하였다. 그 결과 권리의 내용, 보호기간 등 저작권 보호수준의 향상, 저작인격권제도의 창설 등을 포함한 현행 저작권법이 1970. 5. 6.에 공포되었다. 일본은 영국과 함께 저작권이원론의 대표적인 국가이다.

일본 법학자 중 中山信弘은 일본 저작권법이 저작인격권을 강력하게 보호하고 있고 세계적으로 보아도 최고 수준이며 수차례에 걸친 개정에도 불구하고 인격권을 증시하는 기본원리에는 변함이 없다고 주장한다. 그는 디지털 시대가 되면 세계 최강의 저작인격권이 저작물의 이용, 유통의 저해 요인이 되어 일본만 세계의 진보로부터 뒤떨어지는 것이 아닌지 하는 걱정을 한다고 한다.¹⁸²⁾ 그러나 일본이 저작인격

권 보호에 있어 프랑스나 독일 등과 비교해서 높은 수준이라거나 세계 최강이라고 보기 어렵다. 또 저작인격권의 강력한 보호가 세계의 진보로부터 뒤떨어진다는 주장은 세계적인 철학의 조류에 대해 제대로 인식하지 못한 잘못된 주장일 뿐이다. 일본에서도 디지털 기술의 발전에 따라 저작자 인격권의 침해 형태로 다투는 사례가 증가하고 있다.¹⁸³⁾

2. 내용

가. 공표권

일본 저작권법 제4조 제1항에서는 “저작물은 발행되거나 제22조 내지 제25조에 규정하는 권리를 가지는 자(공연권자·방송권자·구술권자·전시권자나 혹은 그들의 허락을 받은 자)에 의하여 공연·방송·구술·전시의 방법으로 공중에게 제시된 경우에 공표된 것으로 본다.”고 규정한다. 또 제18조(공표권)에서 “저작자는 그의 저작물로서 아직 공표되지 아니한 것(그의 동의를 얻지 아니하고 공표된 저작물을 포함한 다)을 공중에게 제공하거나 제시할 권리를 가진다.”라고 규정하고 있어, 독일과 마찬가지로 공표에 있어 저작자의 동의를 요하고, 저작자의 동의 없이 공표된 저작물은 미공표 저작물로 취급하고 있다. 즉, 공표의 적법성을 요구하는 것이다.

일본 법원은 구 저작권법에는 공표권에 대한 직접적인 규정은 없지만 구 저작권법의 해석으로서 저작자는 그 저작물로 아직 공표되지 않은 것을 공중에 제공 또는 제시할 권리를 가진다고 판시했다.¹⁸⁴⁾

나. 성명표시권

일본 저작권법은 실명 혹은 이명을 저작자명으로 표시하거나 저작자명을 표시하지 않을 권리를 명문으로 규정하고 있다(제19조 제1항). 일본에서는 이를 씨명표시권(氏名表示權)이라고 한다. 또 저작물의 이용목적과 태양에 비추어 저작자가 창작자임을 주장하는 이익을 해할 우려가 없다고 인정되는 경우에는 공정한 관행에 반하지 않는 한 저작자명을 생략할 수 있다는 규정을 별도로 두고 있다(제19조 제3항). 커피숍 등에서 배경음악을 내 보내는 경우 등 저작물이용의 목적이나 태양에 비추어 일일이 성명을 표시하는 것이 적절하지 않은 경우가 있기 때문이다.

182) 中山信弘, , 윤선희(편역), 『저작권법』(서울:법문사, 2008), p. 6, p. 319.

183) 東京地裁平 7-7-14 判例時報 1538호 p. 203. 등

184) 東京地裁昭 52-2-28 無體財産 제9권 제1호 p. 145 ; 中山信弘, 앞의 책, p. 332.에서 재인용

181) 水野鍊太郎, 『著作權法』(黎文社, 1905), p. 48.

일본 법원은 약 900점의 사진이 사용되고 있는 잡지 증면에 사용되는 사진에 대하여 타인의 저작물과의 구별을 구할 이익을 충분히 시인할 수 있고 저작권법 상 표시를 생략할 수 있는 경우에 해당하지 않는다고 판시하였다.¹⁸⁵⁾

또 논문에 있어서 제1저자인가 그 이외 공동저자인가는 평가, 기타 사항에서 큰 차이가 있는 점, 제1저자가 그 연구의 책임과 관리를 갖고 있음이 인정된다고 하면서 승낙 없이 저작의 순위를 변경하는 것은 불법행위를 구성한다고 판시한바 있다.¹⁸⁶⁾

다. 동일성유지권

일본 저작권법 제20조는 “저작자는 그의 저작물 및 그의 제호와 동일성을 유지할 권리를 가지며, 그 의사에 반하여 이들의 변경, 절제(切除), 기타 개변(改變)을 받지 아니하는 것으로 한다.”고 규정하면서 이를 동일성보지권(同一性保持權)이라고 하고 있다. 1931년 법 개정 시 구법 제18조(저작인격권)에 “단, 저작물의 명예 성망을 해하는 때에는 그러하지 아니하다.”라는 문언의 삽입이 제안되었다가 반대가 많아 실현되지 못하였다.¹⁸⁷⁾

일본 법원은 원고가 제작한 레저시설 홍보용 일러스트레이션을 그 의뢰자인 피고가 컬러잉크로 채색된 바다 색깔을 포스터 칼라로 다시 채색하여 색조에 변화를 주고 아울러 일부 건물의 모양과 색채를 변경하거나 새로운 그림을 추가하는 등 임의로 수정 작업을 한 사안에서 동일성유지권 침해를 인정하였다.¹⁸⁸⁾

또 오스트리아에서 스키어가 설산의 경사면을 파상의 슈푸르를 그리면서 활강하고 있는 정경을 촬영한 사진의 좌측 일부를 트리밍하고 흑백사진으로 복제한 다음 그 오른쪽 윗부분에 타이어 회사의 광고사진에서 복제한 자동차 스노우타이어의 사진을 배치하여 영상을 합성함으로써 몽타주 사진을 작성하고 사진집과 주간지에 게재한 사안에서 일본 최고재판소는 “본건 몽타주 사진을 1개의 저작물이라고 볼 수 있다고 하더라도 본건 몽타주 사진 가운데 본건 사진의 표현형식에 있어서의 본질적인 특징을 직접 감득할 수 있음이 위에서 본 바와 같은 이상, 본건 몽타주 사진은 본건 사진을 그 표현형식에 개변을 가하여 이용하는 것으로서 본건 사진의 동일성을 해하는 것이라고 보는데 지장이 없다.”라고 판시하였다.¹⁸⁹⁾ 또 탄카(短歌)라고 하는 극히 글자수가 적은 표현 형식에 2개의 썸표를 추가하는 개변은 동일성유지권

185) 東京地裁平 5-1-25 判例時報 1508호 p. 147.

186) 東京地裁平 8-7-30 判例時報 1596호 p. 65.

187) 中山信弘, 앞의 책, p. 339.

188) 東京地裁 1973. 7. 27. 선고, 昭47(7) 제7736호 판결

189) 最高裁判所 1980. 3. 28. 선고 昭51(特) 제923호 판결

의 침해가 된다고 보았다.¹⁹⁰⁾

한편, 사진을 디스플레이 상에 상영한 영상과 잡지에 게재된 사진은, 매체가 다르다는 점에서 완전히 동일하다고는 할 수 없지만 잡지의 사진이 디스플레이상의 영상보다도 특히 질적으로 떨어진다고 인정되지 않기 때문에 시디롬으로부터 종이 매체로 전용한 것이 동일성유지권의 침해가 된다고 할 수 없다고 판시하였다.¹⁹¹⁾

또 조명기구의 카탈로그 안에, 거실에 원고의 글이 족자로 비치된 모델 하우스의 일본식 방의 사진이 있었다고 하는 사안에서 먹의 농담, 붓의 움직임, 필세(筆勢) 등을 감지할 수 있을 정도로 재제(再製)되어 있지 않는다고 하여 복제권 침해, 동일성유지권 침해를 부정하였다.¹⁹²⁾

일본 저작권법은 학교 교육 목적상 부득이 하다고 인정되는 것 등에는 예외를 인정하고 있는데 일본 법원은 예외 조항과 관련하여, 텔레비전 방송과 비디오화를 위한 영화의 트리밍은 부득이한 개변이라고 하고 있다.¹⁹³⁾

라. 명예·성망을 해치는 방법으로의 이용

제18조 내지 제20조에 해당하는 침해행위 이외에도 명예·성망을 해치는 방법에 의하여 타인의 저작물을 이용하면 저작인격권의 침해로 간주된다(제113조 제6항). 여기서 말하는 명예·성망이란 단순한 주관적인 명예감정이 아니라 객관적인 명예·성망, 즉 사회적인 평가를 가리킨다.¹⁹⁴⁾ 비판·비평, 특히 학술적인 저작물의 경우에 엄격한 비판은 으레 따르기 마련이고, 그러한 엄격한 비판은 때로는 학자의 생명을 빼앗는 경우도 있을 수 있지만 이와 같은 비판에 대해서는 비방·증상의 부류와는 별도로 하여 제6항의 적용에는 신중해야 한다는 주장이 있다.¹⁹⁵⁾

일본 법원은 의견 내지 논평이 명예훼손으로 되지 않는 경우는 제113조 제5항(현재 제6항)이 규정하는 명예·성망 훼손행위도 성립하지 않는다고 판시한바 있고,¹⁹⁶⁾ 극단적인 평가 판매에 의한 인격에 대한 평가 저하는 저작자인격권에 관계되는 것은 아니라고 하였고 항소심에서는 일반적인 개인으로서의 명예 및 성망을 보호하는 취지를 포함하는 것이지만 평가판매는 명예 및 신용을 훼손한 것이 아니라고 하였다.¹⁹⁷⁾

190) 東京地裁平 9-10-31 判例時報 1681호 p. 107.

191) 東京地裁平 11-3-26 判例時報 1694호 p. 142.

192) 東京高裁平 11-10-27 判例時報 1701호 p. 157.

193) 東京地裁平 7-7-31 判例時報 1543호 p. 161.

194) 中山信弘, 앞의 책, p. 360.

195) 위의 책

196) 東京地裁平 14-3-26 ; 위의 책에서 재인용

마. 원작철회권

일본 저작권법 제84조 제3항은 “복제권자인 저작자는 그 저작물의 내용이 자기의 확신에 적합하지 아니하게 된 때에는 그 저작물의 출판을 폐절하기 위하여 출판권자에게 통지하여 그 출판권을 소멸시킬 수 있다. 다만, 당해 폐절로 인하여 출판권자에게 통상 생길 수 있는 손해를 미리 배상하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정한다. 원작철회권의 주체는 복제권자인 저작자만이고 자기의 확신에 적합하지 아니한 때에 한하여 인정하고 있는 것이다. 따라서 독일, 프랑스와 비교해서 그 보호의 정도가 한정되어 있다. 철회권 행사 이전에 사전배상을 요건으로 하고 있는 점은 독일, 프랑스와 동일하다. 다만, 일본에서는 독일, 프랑스와는 달리 저작자가 철회 이후에 저작물을 다시 이용하고자 할 때 종전 출판권자에게 출판권을 제공할 의무를 규정하고 있지 않아 철회권이 악용될 가능성이 있다는 비판이 있다.

VII. 기타 국가

1. 개요

영국법(영미법계)과 프랑스법(대륙법계)의 영향을 함께 받은 캐나다의 저작권권도 관심 대상이다. 캐나다 법원은 1911년 *Sueur v. Morang & Co.* 판결¹⁹⁸⁾에서 작가의 금전적 이익과 결별한 다음에도 작가는 “그의 두뇌의 산물에 대해 특별한 개인적 또는 인격적 권리”를 가진다고 판결했다. 그러나 다른 사안에서는 저작권권의 존재를 인정하지 않았다.¹⁹⁹⁾ 캐나다는 1931년에 저작권법 수정안을 채택하여 영미법계 국가 중에서 가장 먼저 저작권권을 인식하고 보호하기 시작했다. 이 법안은 영미법계 국가에서 명시적으로 저작권권을 법령에 도입한 최초의 사례였는데 이는 최소한 프랑스의 영향을 받는 퀘벡의 영향을 받은 것이었다.²⁰⁰⁾ 이 법은 베른 협약과 케를 같이 하는 것이었다. 캐나다 저작권법은 저작권권은 양도할 수 없는 것으로 규정하고 있으나 인격권의 전체적 또는 부분적 포기는 가능하다고 규정한다

197) 東京地裁平 12-11-30 및 東京高裁平 13-8-29 ; 위의 책에서 재인용

198) *Sueur v. Morang & Co.* (1911) 45 SCR 95.

199) Dickson, *op. cit.*, p. 77.

200) *Ibid.*, p. 2, p. 77.

(캐나다 저작권법 제14조의 1 제2항). 또 같은 법 제14조의 2 제2항은 저작물에 대한 인격권은 그 저작자 사망 시에는 상속된다고 규정한다. 영미법계 국가 중 하나인 호주도 2000년에 저작권권을 인정하기 시작했다.²⁰¹⁾

이처럼 대륙법계 국가는 물론 주요 영미법계 국가들도 모두 제한적이기는 하지만 저작권권을 인정하고 있다. 앞에서 살펴본 국가들 이외에도 대륙법계 국가인지, 영미법계 국가인지에 따라 저작권권 보호에 대해 입장 차이를 보이고 있으나 구체적인 내용에 있어서는 다소 차이가 있다. 미술가의 저작권권과 관련된 각 국가별 법률이나 판례를 보기로 한다.

2. 구체적 고찰

가. 공표권

이탈리아는 세계 최초로 공표권을 입법한 국가이다. 이탈리아 법원은 *Cantalamessa c. Banca d'Italia* 판결²⁰²⁾에서 은행이 작가의 이름이 적혀지지 않은 채로 은행을 장식하고 있는 조각 작품 사진을 은행 노트에 넣어서 발행한 것은 미술가의 저작권권을 침해한 것이라고 판시했다.

나. 성명표시권

노르웨이(문학·과학·예술 저작물 등의 저작권에 관한 법률 제49조), 스웨덴(문학·예술 저작물의 저작권에 관한 법률 제50조), 핀란드(저작권법 제51조) 등 여러 국가에서 성명표시권을 규정하고 있다. 덴마크 저작권법 제74조는 “미술가의 이름이나 서명은 그의 동의 없이 자신 외에 다른 사람이 미술저작물에 이를 표시할 수 없다.”고 규정한다. 오스트리아 저작권법 제21조는 저작물이 공중에게 제시되는 방법에 의해 이용되거나 유포의 목적을 가지고 복제되는 때에는 저작물의 이용에 대해 권원을 가지는 자라고 하여도 저작자의 동의가 없거나 법률이 그것을 인정하지 않는 한, 저작물, 그 제호 또는 저작자의 표시에 생략, 부가 그 밖의 변경을 가해서는 안 된다고 규정한다. 스위스 저작권법 제9조는 저작자임을 주장할 권리를 갖는다고 규정한다. 대만 저작권법 제16조는 “본명·이명을 표시하거나 또는 무명으로 할 권리가 있다.”고 규정한다.

201) Gunlicks, *op. cit.*, p. 667.

202) Rrib, Roma, 26. 1923 ; Dickson, *op. cit.*, p. 10.에서 재인용.

다. 동일성유지권

스위스법에서는 대한민국 저작권법상의 2차적 저작물 작성권과 동일성유지권을 '저작물의 완전성'으로 포괄하고 있다. 저작자는 저작물을 개변할 수 있는지 여부, 개변한다고 하면 언제, 어떻게 개변할 수 있는지, 저작자가 2차적 저작물의 작성에 이용할 수 있는지 여부, 또는 편집저작물에 수록할 수 있는지 여부, 할 수 있다고 하면 언제, 어떻게 이용 또는 수록할 수 있는지에 대해 결정할 배타적인 권리를 가진다. 제3자가 계약 또는 법률에 따라 저작물을 개변하거나 저작물을 2차적 저작물의 작성을 위해 이용하는 권한을 향유하는 때에도 저작자는 그의 인격을 침해하는 저작물의 모든 왜곡을 반대할 수 있다고 규정한다. 스위스 저작권법 제11조 제3항은 “패러디 또는 그와 유사한 저작물의 변경을 위하여 기존 저작물을 이용하는 것은 허용된다.”라고 규정하여 패러디에 대해 명시적으로 규정하고 있다.

오스트리아 저작권법은 저작자가 저작물의 이용 권원을 가지는 자에게 성실한 거래에 있어서 관습 및 관행에 따라 금지할 수 없는 변경, 특히 저작물의 정당한 이용방법 또는 목적상 필요로 하는 변경은 허용된다고 규정한다(제21조 제1항). 미술 저작물의 원작품에 대해서는 그것이 저작물을 공중에게 제시하는 방법에 의해 이용되지 않는 경우에도 마찬가지이다(제2항). 상세하게 나타나 있지 않은 변경에 동의하는 것은 왜곡, 훼손 그 밖에 저작자가 저작물에 대해 가지는 정신적 이익을 현저히 침해하는 변경에 대한 저작자의 반대를 방해하지 않는다(제3항).

이탈리아 저작권법 제20조는 저작물의 배타적인 경제적 이용권에 관계없이 이들 권리의 양도 후에도 저작자는 저작물의 저작자임을 주장하는 권리 및 저작자의 명예 또는 성망을 해할 우려가 있는 저작물의 개변, 절제 그 밖의 변경, 기타의 평가를 저하시키는 행위에 대해 이의를 주장할 권리를 가진다고 규정한다(제1항). 다만 건축저작물에 있어서 저작자는 건설과정에서 필요하다고 인정되는 변경에 대해 이의를 제기할 수 없다. 저작자는 이미 완성한 건축저작물에 대해 필요로 되는 변경에 대해 이의를 주장할 수 없다. 다만, 권한이 있는 국가기관에 의해 저작물이 중요한 미술적 성질을 가진다고 인정되는 경우, 저작자는 그 변경에 대해 연구 및 실시를 맡길 수 있다(제2항).

스위스 저작권법은 “파괴로부터의 보호” 규정을 두고 있다. 즉 원작품을 소유하는 소유자는 그 작품의 별도의 복제물이 존재하지 아니하고 또 저작자가 보존에 관하여 상당한 이익을 가진다고 추정할만한 상당한 이유가 있는 경우에는 먼저 저작자에 대한 반환의 제의를 하여야 하며 이러한 제의를 하지 아니하고는 파괴하지 못한다고 규정하는 것이다. 이 때 소유자는 당해 작품의 재료비 이상을 청구할 수 없

다.²⁰³⁾

노르웨이법은 상황에 따라 불가피하게 원본을 파괴해야 하는 경우에 저작자가 생존해 있고 이러한 파괴가 저작자에게 특별히 불이익하지 않게 행하여질 수 있는 때에는 합리적 기간 내에 이 사실을 저작자에게 알려야 한다고 규정한다(문학·과학·예술 저작물 등의 저작권에 관한 법률 제49조).

① 스웨덴의 Max Walter Svanberg v. Leif Eriksson 판결(1919)

원고는 스웨덴의 유명한 초현실주의 화가로서 국제적으로 알려져 있었다. 피고는 유명한 풍자가로 Svanberg의 작품의 복제품을 전시하면서 자신이 석판화로 코멘트를 쓰고 교훈을 적었다. 이는 그래픽 아트와 관련된 상업적 실행에 대한 풍자와 그래픽 아트의 복제품을 재생산품의 독점에 대한 논쟁에 더하고자 하는 의도가 있었다. 원고는 피고를 상대로 소를 제기했고 스웨덴 대법원까지 갔다. 대법원은 Eriksson의 추가는 Svanberg 작품 중에 적은 부분에 불과하지만 Svanberg 작품과 확연하게 구별이 되고 Svanberg 작품의 중심 부분에 대한 물질적 변경이 없었다고 판단했다. 따라서 Svanberg의 작품의 예술적 동일성은 손상되지 않았고 Eriksson의 작품으로 인해 Svanberg의 명성도 손해를 입지 않았다고 판시하였다.²⁰⁴⁾

② 인도의 Mannu Bhandari v. Kala Vikas Pictures 판결

인도의 탁월한 소설가였던 Mannu Bhandari는 그의 작품을 영화화하는데 적합하게 일부 변경을 할 수 있다는 내용의 계약을 했다. 미술적 노력이 잘 되지 않았고 Bhandari는 영화의 제목, 성격, “저급한” 대화, 영화의 마지막 부분 등에 대해 만족하지 못했다. Bhandari는 자신의 동일성유지권을 침해했다는 이유로 소를 제기했다. 항소심 법원은 작가의 작품에 대한 저급한 영화화는 작가의 동일성유지권을 침해한다고 판결했다.²⁰⁵⁾ 법이 인정하는 저작인격권은 양도할 수 없다고 하면서 저작인격권 규정은 계약의 우위에 있다고 판시했다.

③ 이스라엘의 Qimron v. Shanks 판결

Hershel Shanks는 성서고고협회의 책임자이자 사해 문서 사진의 출판자이며 작

203) 이상정, “스위스 저작권법 개요” 『계간 저작권』, 1995, 31, pp. 7-8.

204) Stokes, *op. cit.*, p. 137.

205) Jeffrey M. Dine, "Authors in Non-European Nations : International Agreements, Economics, Mannu Bhandari and the Dead Sea Scrolls", *Michigan Journal of International Law*, 1995, 16, pp. 559-566.

가였다. 1991년에 성서고고협회는 사해 문서와 관련된 사진을 출판했다. 이 책에서 Shanks는 국제 협회에서 사해문서를 손대지 못하게 하는 것을 비난했고 Miqsat Ma'aseh Torah라는 문서의 복구를 포함했는데 이 문서는 하버드 대학의 John Strugnell 교수와 이스라엘의 Elisha Qimron 교수의 작업에 의한 것이었다. Qimron은 472,500 NIS(약 25만 달러)에 달하는 손해배상을 청구했다. 이스라엘 대법원은 허가받지 않은 사해(死海) 문서의 출판이 동일성유지권과 성명표시권을 침해한다고 판결했다.²⁰⁶⁾ 법원은 정신적 피해에 대해 80,000 NIS(약 29,630 달러) 등 150,000 NIS(약 55,000 달러)에 달하는 손해배상을 명했는데 이는 이스라엘에서 인용된 정신적 손해에 대한 가장 큰 배상액이었다. 법원은 Qimron이 MMT의 복구에 대한 “원작성과 창작성”이 있어 저작권을 가지며 이를 침해당한 것이라고 판시했다. 이 판결은 미국과 이스라엘 법원 중 어느 법원에 제소할 수 있는지, 어느 국가의 법이 적용되는지가 문제되는 사안이었다. 이스라엘 법원은 자국의 법에 따라서 판결했다.

라. 원작접근권

오스트리아 저작권법 제22조는 “유형적 저작물의 점유자는 저작자의 복제에 필요한 경우에 한하여 저작자에 대하여 저작물의 접촉을 허용하지 않으면 안 된다. 이 경우 저작자는 점유자의 이익을 고려하여야 한다.”라고 규정하고 있다.²⁰⁷⁾ 그 이외에도 스페인(저작권법 제14조 제7호), 터키(저작권법 제17조 제1항), 핀란드(저작권법 제52조 a), 노르웨이(문학·과학·예술 저작물 등의 저작권에 관한 법률 제49조), 스위스(저작권법 제14조) 등의 경우에도 원작접근권이 규정되어 있다.

마. 원작철회권

원작접근권의 경우보다 많은 국가들이 성문법으로 원작철회권을 인정하고 있다. 원작철회권을 인정하는 국가로는 이탈리아(저작권법 제142조와 제143조), 스페인(저작권법 제7조), 브라질, 에콰도르, 엘살바도르, 헝가리, 리비아, 페루, 포르투갈, 수단 및 우루과이 등을 들 수 있다.²⁰⁸⁾ 스페인에서 작가가 원작철회권을 행사하기 위해서는 완전한 보상을 하여야 한다.²⁰⁹⁾

206) *Ibid.*, pp. 566-576.

207) 하용득, 『저작권법』(서울:법령판찬보급회, 1988), p. 137.

208) 저작권심의조정위원회, “세계의 저작권 및 인접권의 주요원리”, 1989, p. 58.

209) Pettenati. *op. cit.*, p. 428.

바. 추급권

① 인정 국가

앞에서 본 프랑스, 독일, 영국, 미국 캘리포니아주 이외에도 유럽의 이탈리아, 체코슬로바키아, 벨기에, 포르투갈, 터키, 그리스, 헝가리, 아이슬란드, 룩셈부르크, 유고슬라비아, 덴마크, 핀란드, 오스트리아, 아시아의 필리핀, 인도, 아프리카의 알제리, 콩고, 튀니지, 이집트, 남아메리카의 브라질, 칠레, 페루, 코스타리카 등 50여개 국가에서 광범위하게 채택하고 있고 있다. 호주와 뉴질랜드는 2008년에 추급권 제도 도입을 위한 법을 통과시켰다. 2005년까지만 해도 추급권 도입을 반대하던 호주가 추급권을 도입하게 된 데는 시각예술가에게도 다른 저작자와의 형평성을 고려하여 인센티브를 통해 창작 동기를 부여하려는 목적이 있다고 한다.²¹⁰⁾

② 적용 대상

추급권은 그 근거와 성질상 미술작품에만 적용된다. 우루과이법을 제외하고는 모든 국가의 법이 원본 작품에만 적용되는 것으로 규정한다. 우루과이법은 모든 미술작품으로 그 범위를 최대한 확장시키고 있다. 칠레법은 회화, 조각, 드로잉과 스케치로 그 대상을 규정하고 있는데 조각의 경우에는 최초의 조각품 말고도 1개의 복사본까지는 그 대상으로 한다.²¹¹⁾ 벨기에는 회화, 조각품, 테생과 조각 판화를 대상으로 열거한다. 덴마크는 순수미술품 이외 사진, 석판화와 프린트 및 응용미술을 포함하고 있다.²¹²⁾ 작가가 자기 손으로 작품을 직접 만드는 경우에는 창작성에 의문이 없다. 그러나 조각 등의 경우 복잡한 기술과정을 요구하는 경우에는 작가가 직접 만들지 않는 경우도 있다. 이 경우에도 창작성은 인정된다고 해야 하고 작가가 그 작품을 만드는데 주도적 역할을 행사하면 충분하다고 할 것이다. 체코법은 이와 달리 작가 스스로가 만든 원본 작품 또는 복제품이나 재생산품에 적용되는 것으로 규정한다. 이탈리아법은 작가의 서명이 없는 판화 작품은 원본이 아닌 것으로 본다고 규정한다. 응용미술품의 경우에도 대부분의 국가들은 그 사용 목적과는 관계없이 작가의 미술적 작품을 보호하는 원칙을 고수한다. 콩고, 에쿠아도르, 필리핀, 유고슬라비아의 경우 응용미술품은 그 대상이 되지 않는 것으로 명시적으로 배제하는 규정을 두고 있다.

210) 박은정, 앞의 글, pp. 89-92.

211) de Pierredon-Fawcett, *op. cit.*, p. 53.

212) 김원오, 앞의 글, p. 35.

필리핀법은 미술품 대여의 경우에도 추급권이 인정되는 것으로 규정하나 대부분 매매에 있어 적용되며 주로 경매의 경우에 적용된다. 사적인 매매의 경우 이를 감독하기가 사실상 매우 어렵고 사적인 거래를 통제하는 시스템을 만드는 비용이 합리적으로 예상되는 기대 수입에 비해 너무 많이 든다는 문제가 있어서 사적인 매매에는 적용하기 어렵다. 이 때문인지 브라질, 포르투갈, 우루과이 등에서는 모든 사적인 거래에도 추급권이 적용되는 것으로 규정하나 대다수의 국가에서는 상인을 통한 거래에만 적용되는 것으로 규정하고 있고 그 선례가 된 것이 프랑스 법이다.²¹³⁾ 벨기에법은 캘리포니아주와 같이 '작가(author)'가 아닌 '미술가(artist)'에게 추급권을 부여하는 것으로 규정한다. 또 벨기에에는 프랑스, 독일과 같이 외국인에 대해서도 추급권을 인정하는 법을 가지고 있다.²¹⁴⁾

③ 부과 방식

추급권은 판매가 전체에 대해서 부과하는 방식, 가치 증가에 대해서 부가하는 방식 등 두 가지 방식이 있다. 브라질, 칠레, 체코슬로바키아, 이탈리아, 페루, 포르투갈, 터키, 우루과이 등 많은 국가들이 미술품의 가치 증가라는 면에서 접근한다.²¹⁵⁾ 이 경우 가치의 증가가 있었는지를 확정해야 하므로 현재 판매 가격과 그 직전의 거래의 판매가격을 비교해야 하는 등의 문제가 생긴다. 터키법은 현재 판매가격과 그 직전의 판매가격의 차이를 계산해야 한다고 규정한다. 그런데 직전 판매가격을 알아야 하는 것이 문제가 될 수 있다. 또 직전 가격을 누가 입증해야 하는지 하는 문제도 있다. 이에 대해서 칠레법은 작가가 이를 입증해야 한다고 규정한다. 페루법은 최초 판매가격은 작가에 의해 제공되어야 한다는 규정을 들 뿐이고 다른 국가법은 이에 대해서 아무런 규정을 두지 않고 있다.²¹⁶⁾ 작가에게 입증 책임을 요구하는 것은 사실상 추급권의 행사를 거의 불가능하게 하는 문제가 있다. 또 가치의 증가를 정함에 있어 물가 상승 또는 디플레이션을 고려해야 한다는 문제가 생길 수 있다. 브라질, 포르투갈법은 화폐 저평가만의 이유로 가치 상승이 생긴 경우에는 추급권을 적용하지 않는다는 규정을 두고 있다. 작품의 판매가격을 기초로 하는 경우가 대다수의 국가들이 채택하고 있는 것이다. 가치증가를 기준으로 할 경우의 산정의 어려움을 피할 수 있다. 총판매액과 순판매액 중 어떤 것이 기준이 되어야 하는가 하는 문제가 있는데 필리핀법만이 전체 과정의 총액을 기준으로 한다. 미술품이 판매되지 않고 교환되는 경우에는 교환의 금전적 가치에 의해 산정된다.

213) de Pierredon-Fawcett, *op. cit.*, p. 53.

214) *Ibid.*, p. 103.

215) *Ibid.*, p. 108.

216) *Ibid.*, p. 110.

④ 추급권료

추급권료의 비율은 가치의 증가를 기준으로 하는 국가와 판매액을 기준으로 하는 국가가 있다. 가치의 증가를 기준으로 하는 국가의 경우에도 일률적인 비율을 정한 국가가 있는데 칠레는 5%이고, 브라질과 우루과이는 20내지 25%이다. 터키법은 10%를 넘지 못하도록 규정하고 있다. 판매가격을 기준으로 하는 국가의 경우, 대부분의 국가가 확정 비율을 정하고 있고 상당수가 그 비율을 5% 이내로 정하고 있다. 유럽연합 저작권 지침도 거래 금액에 따라 다르지만 4%를 넘지 못하게 규정한다.

벨기에, 브라질 등의 경우에는 거래액이 일정한 금액을 넘는 경우에만 추급권이 적용되는 것으로 규정한다. 그 최소액을 정함에 있어서는 너무 높아지면 아직 널리 알려지지 않은 작가의 작품을 대부분 제외할 수 있는 문제가 있다. 반면에 너무 낮아지면 미술가는 전체 이익을 가져갈 정도의 행정기관에 부담해야 하는 비용을 하지 않기 위해서 이를 피하게 될 것이므로 적절한 가격을 정해야 할 것이다. 벨기에에는 1,240 유로를 최저로 하고 있고 덴마크는 268 유로, 핀란드는 252 유로를 기준으로 한다.²¹⁷⁾ 브라질은 최소가격을 정하지 않고 최저임금을 참작하여 정하도록 규정하고 있다.²¹⁸⁾ 화폐가치가 급격하게 변화하고 있거나 그러한 경향이 있는 국가에서 이런 식의 규정을 하고 있는 것으로 보인다.

⑤ 행사절차

추급권 행사의 절차 규정은 크게 정부 기관 등을 통해 집중관리제를 채택하는 방식과 미술가 또는 대리인이 판매자와 직접 연계하는 방식 두 가지로 나눌 수 있다. 먼저 집중관리제 방식을 채택한 국가로는 이탈리아를 들 수 있는데 상당히 성가신 2차례의 절차를 두고 있어 추급권이 거의 행사되지 않는다고 한다. 판매로부터 15일 이내에 이탈리아 작가와 출판가 협회(S.I.A.E)에게 그 작품이 팔렸고 추급권의 요구 사항에 부합한다는 사실을 알리는 문서를 보내야 한다. 매 2주마다 S.I.A.E.는 문학·예술·과학 재산위원회에 등록된 작품의 목록을 보내야 한다. 기금은 판매가 이루어진 날로부터 15일 이내에 S.I.A.E.에 보내지고 등록이 기록되면 S.I.A.E.는 미술가에게 이를 알린다. 공공문화부에도 알려져서 문학·예술·과학 재산위원회의 간행물에 의해 지급이 공표될 수 있도록 된다. 1달 이내에 아무런 반대가 없으면 S.I.A.E.는 수수료를 제외한 돈을 수혜자에게 주게 된다.²¹⁹⁾ 벨기에도 중앙화하는 방식을 도입하고

217) 김원오, 앞의 글, p. 36.

218) de Pierredon-Fawcett, *op. cit.*, pp. 119-120.

219) *Ibid.*, p. 127.

있으나 절차를 간소화하였다. 과학예술부가 추급권료를 모으는 역할을 담당한다. 판매 담당자는 판매와 동시에 판매된 미술품을 알리고 총액에서 공제하며 그 사실은 과학 예술부에 등록된다. 이와 같은 발표와 지급은 매때로부터 8일 이내에 이루어져야 한다.²²⁰⁾ 헝가리는 중간의 기업이 부과하며 국가 기관은 미술품 판매 마케팅의 책임을 진다. 부과된 총액은 헝가리 미술기금에 지급되고 헝가리 작가 사회는 모금된 돈을 지체 없이 분배할 의무를 진다. 스페인 등은 미술가가 직접 연계하는 방식을 취하는 체제를 취하고 있는데 이들 국가는 추급권으로 인한 기금을 중앙화하는 제도를 법률에 두지 않고 있다.

⑥ 존속 기간

추급권을 경제적 권리로 보는 입법례에서는 추급권은 작가의 생존기간과 사후에도 존속하는 것으로 정한다. 1984. 2.에 제정된 튀니지법은 작가의 사후에 50년 동안 존속하는 것으로 규정한다.²²¹⁾ 칠레법은 그 예외로서 작가의 생존기간에만 존속하며 그의 상속인이나 유산수령인, 양수인에게는 인정하지 않는 것으로 규정한다. 페루법은 좀 특이한데 추급권은 그의 상속인이나 유산수령인에게도 인정되고 양도하는 경우에는 작가의 생존기간 및 사후 30년 범위 안에서 인정된다. 미국 캘리포니아주를 제외한 거의 모든 국가의 법률은 추급권을 양도할 수 없는 것으로 규정한다. 콩고, 아이보리코스트, 말리, 모로코, 페루, 우루과이는 작가의 상속인과 상속수령인에게 일반적으로 추급권을 일차시켜 준다.

⑦ 경제적 효과

국제시장추주의 한 연구 결과에 의하면 1998년 추급권에 의한 총액수는 1,200만 유로로서 그중 550만 유로가 경매에 의한 것이고 670만 유로가 화랑 판매에 의한 것이었다고 한다.²²²⁾ 이에 대해 지나치게 과장되었다는 주장도 있다. 그러나 추급권을 채택하고 있는 50여개의 국가 중에서 추급권이 효율적으로 작동하고 있는 국가는 유럽 연합의 벨기에, 덴마크, 프랑스, 독일, 포르투갈, 스웨덴, 스페인, 아이슬란드 뿐이라는 견해²²³⁾가 있을 만큼 모든 국가에서 성공하고 있는 것은 아니다. 세네갈, 포르투갈, 체코슬로바키아의 경우는 몇 차례만 추급권 행사가 이루어졌고 이탈리아

220) *Ibid.*

221) Nebila Mezghani, "A New Tunisian Law Relating to Literary and Artistic Property", *Copyright Bulletin, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organizations*, 1995, 29(3), p. 28.

222) Ramonbordes, *op. cit.*, p. 31.

223) Pfennig, *op. cit.*, p. 22.

는 거의 사문화되었다. 추급권을 인정하고 있는 상당수 국가에서 추급권이 사실상 활용되지 않는 현상은 미술시장 규모가 작고 추급권으로 인한 혜택에 대해 잘 알지 못하는 미술가들로 하여금 적대감을 가질게 할 수 있을 것이다. Merrymann 교수는 추급권은 가난한 사람으로부터 돈을 빼앗아 부자에게 주는 효과가 있다고 주장한다. 그에 의하면 추급권은 잘 알려진 작가에게만 혜택을 줄 뿐이라는 것이다.²²⁴⁾ 스위스와 오스트리아의 경우 1993년 추급권을 인정하려는 시도가 많은 미술가들의 지지에도 불구하고 미술시장의 반대에 부딪혀서 도입 자체가 연기되는 실패를 경험한 바 있다.²²⁵⁾ 일반적으로 추급권을 도입함에 있어서 미술시장과 미술가 사이의 이해관계의 대립이 있어 왔다.

결국 추급권의 미래는 유럽공동체를 통한 일반화 및 국제적 수준에서의 수용에 의존할 것으로 보인다. 그런데 중요한 변수가 하나 있다. 인터넷 경매인데 소더비조차 저가의 물품들을 인터넷 경매로 판매하기로 하였고 향후 이러한 경향이 확대될 것으로 보인다. 추급권을 인정하는 국가들은 미술시장의 중심이 될 수 없는 결과가 올 수도 있다는 우려까지 나오고 있는 것이다.²²⁶⁾ 한편 추급권은 현대 미술과 같이 급변하는 추세의 미술에서는 더욱더 유용하게 작용할 수 있다. 가치 평가가 급변하고 있고 거래도 많아지기 때문이다. 추급권은 점점 더 많은 국가들의 미술가들에게 알려지고 있고 이들의 관심을 끌고 있다.

사. 보호기간

유럽국가 중 이탈리아, 포르투갈은 저작권권을 영원히 존속하는 것으로 규정한다.²²⁷⁾ 이에 반해 노르웨이는 70년 동안 보호하지만 저작권 보호기간이 만료되었다 하더라도 문학·과학·예술 저작물은 저작자의 문학적·과학적·예술적 명성이나 인격 또는 저작물 그 자체의 명성이나 품격을 해하는 방법이나 내용으로 또는 일반의 문화적 이익에 유해하다고 생각되는 방법이나 내용으로 공중에 제공되어서는 아니 된다고 규정한다(문학·과학·예술 저작물 등의 저작권에 관한 법률 제48조). 다만 저작권법은 "저작자가 사망 또는 소멸한 경우 그 저작권권의 보호는 그가 생존 또는 존속하였을 때와 같이 어느 누구도 침해하지 못한다."고 규정한다(저작권법 제18조 본문). 그러나 단서 조항으로 "다만 이용행위의 성격과 정도 및 사회의 변동 또는 기타 사정에 따라 저작자의 의사에 반하지 아니한다고 인정될 때에는 그 저작권권을 침해한 것으로 보지 아니한다."고 규정하고 있다. 덴마크와 스웨덴은 동일

224) de Pierredon-Fawcett, *op. cit.*, p. 127.

225) Pfennig, *op. cit.*, p. 23.

226) *Ibid.*

227) Gunlicks, *op. cit.*, p. 654.

성유지권은 문화적 이익과 가치가 있을 때에는 영원히 존속하는 것으로 규정한다.²²⁸⁾

VIII. 국제조약

1. 베른협약

가. 개요

1886. 10. 9. 스위스의 베른시에서 조인된 「문학·예술저작물의 보호를 위한 베른협약(Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)」은 저작권의 국제적인 보호를 위한 세계 최초의 다국간 조약이다. 국제 문학가·예술가 협회(L'Association Littéraire et Artistique Internationale)가 저작권을 제대로 보호하는 방법은 조항을 결성하는 것이라고 결정하고 1883년에 회의를 소집한 결과였다. 이 조약은 프랑스 중심의 'droit d'auteur' 시스템과 영국 중심의 'copyright' 시스템이 결합된 것이었다. 10개국으로 시작한 이 조약에는 2009. 12. 31. 기준으로 164개국이 가입되어 있으며, 자국내의 저작권제도와와의 충돌로 오랫동안 가입을 하지 않았던 미국에서 1989년부터 발효되었고, 대한민국은 1996. 5. 21. 가입하여 1996. 8. 21. 발효되었다. 베른협약은 소묘·회화·건축·조각·판화 및 석판화, 응용미술저작물 등 미술저작물에도 적용된다.

베른협약은 회원국 중의 어느 한 국가 국민에 의해 발행된 저작물은 다른 회원국에서도 자국민의 저작물과 동일한 보호를 받는다는 '내국민대우의 원칙'(principle of the national treatment, 제5조), 저작권은 저작물의 완성으로 자동적인 보호를 받으며, 등록이나 납본 등 아무런 절차를 요구하지 않는다는 '무방식주의'(principle of automatic protection, 또는 non-formality, 제5조 제2항), 협약 가입 전에 창작된 저작물에 대해 협약 발효 시에 저작물본국에서 보호기간이 만료되어 공산(public domain)으로 된 것을 제외하고는 모두 소급하여 저작권을 인정해 주는 '소급보호주의'(제18조) 등의 내용을 담고 있다. .

나. 베른협약상의 저작권격권

228) Timothy E. Nieler, "Reflections on a Gossamer Thread in the World Wide Web : Claims for Protection of the Droit Moral Right of Integrity in Digitally Distributed Works of Authorship", *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, 1997, 20, p. 74.

베른협약도 최초에는 저작권격권에 관한 규정이 없었다. 그러나 1928년 로마에서 개최된 개정회의에서 프랑스, 이탈리아, 폴란드, 루마니아, 체코, 벨기에 등의 대표에 의하여 저작권격권의 보호에 관한 규정이 제안되어 베른협약 로마규정 제6조의 2로 신설되었고 이 규정은 그 이후에도 유지되고 있다. 이는 유럽의 자연권론이 반영된 것이었다. 제1항에서는 저작권격권으로서 성명표시권과 동일성유지권에 대하여 규정하고 있다. 조문을 보면 “저작자의 재산권과 독립하여, 그리고 이 권리의 양도 후에도, 저작자는 저작물의 저작자라고 주장할 권리 및 이 저작물과 관련하여 그의 명예나 명성을 해치는 왜곡·삭제 기타 변경 또는 기타 훼손행위에 대하여 이의를 제기할 권리를 가진다.”라고 되어 있다. 제2항에서는 보호기간에 대해 저작재산권이 소멸할 때까지가 원칙이나 베른협약 가입 또는 비준 시에 저작자의 사후보호를 인정하지 않는 국가에서는 그렇게 할 수 있도록 규정하고 있으며, 제3항에서는 저작권격권의 구제방법을 각국의 법률에 위임하고 있다. 로마개정회의에서 공표권을 추가해야 한다는 제안이 있었다. 그러나 국가간에 의견의 차이가 있을 뿐만 아니라 국가에 따라서는 이를 인정하는 국가도 있고 이를 저작권법으로 인정하지 않으면서 법원에 위임하는 국가도 있으므로 그 개정회의에서 채택되지 못했고, 그 후에도 부활을 보지 못했다.²²⁹⁾ 베른협약 상의 저작권격권 보호에 대해서는 그 보호기간이 저작재산권과 같고 공표권이나 원작철회권 같은 권리를 인정하지 않음으로써 보호 수준이 너무 낮다는 등의 많은 비판이 있다.²³⁰⁾

한편 로마개정회의에서는 추급권을 신설하여 제14조의 3에서 규정하고 있다. 제1항에서는 “저작자 또는 그의 사망 후에 국내입법으로 권한을 받은 자연인이나 단체는 원미술저작물 및 작사자와 작곡자의 원고에 관하여, 저작자가 저작물을 최초로 이전한 후에 그 저작물의 매매에 있어서의 이익에 대하여 양도할 수 없는 권리를 향유한다.”고 규정한다. 그러나 그 보호에 있어서 제2항은 “전항에서 규정한 보호는, 저작자가 속한 국가의 입법으로 그와 같이 허용한 경우에, 그리고 이 보호가 주장되는 국가가 허용하는 범위 내에서만 각 동맹국에서 주장될 수 있다.”고 하고 제3항은 “징수의 절차와 금액은 국내 입법에 맡겨 결정한다.”고 규정하고 있다.

2. 세계저작권협약(UCC)

세계저작권협약(Universal Copyright Convention)은 저작권보호의 요건으로 납본과 등록을 요하는 방식주의를 취함으로써, 그 제도상의 문제로 오랫동안 베른협약

229) 허희성, 『베른협약축조개설』(서울:일신서적출판사, 1994), p. 72.

230) Dufay et Pican, *op. cit.*, p. 469.

에 가입하지 않게 된 미국의 주도로 UNESCO가 중심이 되어 체결되었다. 1952. 9. 6. 스위스의 제네바에서 제정되어 1955. 9.부터 시행되었으며, 1971년에 파리에서 한 차례 개정되었다. 세계저작권협약에는 저작권의 보호에 관한 구체적인 내용이 별로 없고, 다만 회원국간에 내국민대우의 원칙과 방식주의의 완화로 무방식주의의 국가라도 그들 저작물의 복제물에 저작권 표시를 하면 방식주의 국가에서라도 국내적인 방식이 이행된 것으로 보고 보호한다는 것뿐이며, 저작권의 보호기간은 원칙적으로 저작자의 생존기간 및 사후 25년보다 짧아서는 아니 된다(제4조). 협약의 주도국인 미국의 국내법에 저작권격권에 관한 규정이 없었기 때문에 세계저작권협약에서도 저작권격권에 대해서는 아무런 내용을 담고 있지 않다.²³¹⁾ 대한민국도 저작권법의 개정(1987. 7. 1.부터 시행)과 아울러 이 조약에 가입함으로써 1987. 10. 1.부터 적용되었다.

3. 무역 관련 지적재산권협정(TRIPs)

1994. 4. 기존의 관세 및 무역에 관한 일반협정(GATT) 체제를 대신하여 향후 국제 무역질서의 새로운 파수꾼이 될 세계무역기구(WTO)를 출범시키는 「WTO 설립협정」의 부속협정 가운데 하나로 「무역 관련 지적재산권협정(Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPs)」이 발효되었다. 이 협정은 저작권을 비롯한 특허·상표·의장 등 이른바 지적재산권 전반에 관한 국제협정이며, 협정의 제9조에서 제14조까지 저작권에 관해서 규정하고 있다. TRIPs 제9조에서는 저작권격권의 내용을 담고 있는 베른협약과의 관계를 규정하고 있다. 제9조 제1항은 “회원국은 베른협약(1971년)의 제1조에서 제21조까지 및 그 부속서를 준수한다. 그러나 회원국은 동 협약의 제6조의 2에 의하여 허용된 또는 그 규정으로부터 발생한 권리와 관련하여 어떠한 권리나 의무를 가지지 아니한다.”라고 되어 있다. 저작권격권과 관련된 부분은 단서인데, 이는 곧 저작권격권의 보호를 배제한다는 뜻이다. 협상과정에서 미국의 주장이 반영된 것이다. 프랑스를 비롯한 유럽에서는 저작권격권 규정을 넣으려고 노력했으나 결과는 만족스럽지 못했다.²³²⁾ TRIPs는 주된 목적이 “저작권에 대해 효율적이고 적절한 보호를 장려”함으로써 “국제 무역에 있어서 혼란과 장애를 줄이고 …… 합법적인 거래의 장애물로 나타나지 않을 지적재산권을 강제할 수단과 절차를 확인하는데” 있다고 천명했음에도 불구하고 아쉬운 결과였다.

4. 세계지적재산기구(WIPO) 저작권조약

231) 오승중·이해완, 앞의 책, p. 570.

232) Dufay et Pican, *op. cit.*, p. 471.

1996. 12. 스위스 제네바에서 WIPO 저작권 및 저작인접권의 특정문제에 관한 외교 회의가 열려서 「WIPO 저작권조약(WIPO Copyright Treaty)」을 채택하였다. WIPO 저작권조약의 채택당사국은 베른협약의 제1조 내지 제21조와 그 부속서를 준수해야 한다(제1조 제1항). WIPO 저작권조약은 저작재산권과 저작인접권을 구분하고 있다. 저작인접권은 작가에게 작품의 훼손이나 변형에 대해 보호를 받을 수 있도록 하고 있다. WIPO 저작권조약에 의하면 이러한 권리는 양도될 수 없지만 작가에 의해 포기될 수는 있다. TRIPs와 달리 이 조약은 베른협약상의 저작인접권 조항인 제6조의 2를 배제하지 않았다. 그러므로 이 조약의 체결국은 베른협약의 체결국이 아니더라도 저작인접권에 대한 보호를 하여야 한다. 이 조약은 인터넷 조약으로 알려져 있는데 디지털 시대의 요구에 맞는 저작권과 저작인접권을 수용하려고 시도한 것이었다. WIPO 저작권조약은 저작권을 디지털환경에 적용하는 것에 관한 여러 규범을 확립하였다. 우선 “문학작품 작가와 예술가는 유선 또는 무선에 의한 그들의 작품의 대중과의 커뮤니케이션에 권한을 부여하는 배타적 권리를 가져야 한다.”는 규정을 두어 명시적으로 사이버 공간에서의 저작인접권을 규정한다. 저작권자가 디지털 형태로 된 자신의 저작물의 복제물을 제작하는 것을 통제할 배타적 권리가 있다고 규정하고 있다. 또 공정이용과 같은 저작권에 대한 예외 및 제한에 관한 규정을 디지털 환경에서 계속 적용할 수 있으며 디지털 환경에 적절한 새로운 예외 및 제한규정을 만들 수 있다고 규정한다. 온라인서비스제공자(Online Service Provider)의 책임에서와 같이 저작물을 통신에 의하여 전달하는 시설만을 제공하는 것은 저작권침해의 책임이 될 수 없다고 하고 저작권자가 침해로부터 자신의 저작물을 보호하기 위하여 사용하는 기술적 보호 조치를 좌절시키는 것에 대하여 각 국가는 적절한 법적 보호와 효과적인 법적 구제수단을 제공해야 한다고 규정한다.

5. 기타

1948. 12. 10. 제3회 유엔총회에서 채택된 세계인권선언은 법적인 구속력은 없지만 모든 민족과 국가들이 성취해야 할 공통된 기준을 제시하였다는 점에서 단순한 권고 이상의 가치를 갖는다. 제27조 제2항은 인권의 보편적 선언(the Universal Declaration of Human Rights)을 담고 있는데 “모든 사람은 그가 창작한 과학적, 문학, 예술적 창작물로부터 나오는……인격적 이익의 보호를 받을 권리를 가진다.”라고 규정한다. 위 선언에서 보듯 인간의 천부 인권 중에는 지적재산권이 포함된다고 보기는 어렵지만 저작인접권은 그 중에 포함된다고 봄이 상당하다.²³³⁾ 세계인권

233) Ausei, *op. cit.*, p. 40.도 같은 취지

선언에 의해 명백하게 된 기본적 인권의 내용을 국제적으로 보장하기 위하여 인권위원회, 경제사회이사회, 총회에서 18년간의 심의를 거친 후 1966. 12. 16. 제21차 UN 총회는 국제인권규약을 전원일치로 채택하였다. 국제인권규약은 3개로 구성되어 있는데 그중 하나가 「경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약」이다. 이 규약 제15조 제1항은 자기가 저작한 모든 과학적, 문학적 또는 예술적 창작품으로부터 생기는 정신적, 물질적 이익의 보호로부터 이익을 받을 권리를 규정하고 있다.

IX. 소결론

앞에서 본 바와 같이 국가별로 미술가의 저작권권에 대한 입법과 판례는 일정한 경향을 보인다. 대륙법계 국가인 프랑스와 독일이 영미법계 국가인 미국이나 영국 보다 미술가의 저작권권을 먼저 인정하기 시작하였고 상대적으로 미술가의 저작권권을 높은 수준으로 보호하고 그 보호범위가 넓다. 영미법계 국가에서도 프랑스나 독일에 비해 늦게 VARA나 CDPA와 같이 미술가의 저작권권을 인정하는 입법을 하였고 그러한 판례도 나오고 있지만 아직 미술가의 저작권권의 보호수준이 낮고 보호범위가 좁다. 그러나 대륙법계 국가의 저작권 시스템이나 영미법계 국가의 저작권 시스템은 원본 보호의 필요성 등에서 공통점을 가지고 있다는 것을 알 수 있다. 또 미술가의 저작권권 보호가 어느 시스템에도 양립 불가능한 것이 아니라는 것을 각종 입법과 판례로 확인할 수 있다. 세계적으로 보면, 국가별로 미술가의 저작권권에 대한 보호수준과 범위가 다르고 역사적으로 많은 변화가 있어 왔지만 각종 입법과 국제조약 등으로 그 차이가 줄었고 보호수준이 높아지고 보호범위도 넓어지고 있다는 공통점이 있다.

프랑스와 독일 판례에서 나타나는 일반적인 내용은 1) 작가는 성명표시권과 동일성유지권을 법적으로 포기하거나 양도할 수 없다. 2) 미리 포괄적으로 포기하는 것은 법적으로 강제될 수 없다. 3) 합리적으로 예측할 수 있는 침해와 관련된 좁은 의미로 재단된 포기는 일반적으로 유효하다이다.²³⁴⁾ 침해자가 저작재산권 등 권한을 가지거나 일정한 허가를 받은 경우에 저작권권은 구체적인 경우에 다음과 같이 축소될 수 있다. 1) 작품을 후원한 사람은 특별한 작업을 할 수는 없지만 작가가 후원한 작품을 양도하는데 실패한다면 소를 제기할 수 있다. 2) 작가는 작가가 다른 측이 미리 계약하도록 보장했다면 작가의 개인적인 확신의 변화를 이유로 작가의 경제적 권리의 착취를 하는 계약을 일방적으로 취소할 수 있다. 3) 저작물의 배포와 관련된 계약에서의 책임은 작가가 익명으로 남기로 한 것이 아니라면 작가의 성명 또

234) Rigamonti, *op. cit.*, p. 377.

는 가명이 작품에 고정되어야 한다. 4) 저작권물의 배포와 관련된 계약에서의 책임은 작품은 실질적으로 변경되어서는 안 된다. 작가가 사전 또는 사후에 특정한 변경에 동의했다고 해도 작가는 알려지지 않은 향후의 변경에 앞서 유효하게 동의할 수 없다. 이것들이 대륙법계 국가에서의 저작권권의 핵심이다.²³⁵⁾

이러한 의미에서 저작권권의 법적 개념과 실질적인 보호의 특정한 수준 사이에 생리적인 관련이 있지 않기 때문에 대륙법계와 영미법계 국가 사이에 저작권권의 정통성이 다른 수단으로 대체될 수 있다는 주장이 있다.²³⁶⁾ 영미법계 국가에서 저작권 개념을 수용하지 않더라도 얼마든지 다른 수단으로 같은 수준의 보호를 할 수 있는데 저작권권을 인정하면서 오히려 작가의 권리 보호수준이 낮아졌다는 것이다. 미국과 영국에서 이런 대체 수단으로 사용된 것은 명예훼손, 타인 명의사용, 특허법, 사생활보호, 계약법 등이다. 그러나 위와 같은 주장은 그 동안의 판례가 보여주듯이 타당하지 않다. 저작권권의 범리가 매우 독특하기 때문에 비슷한 권리들을 구성하는 원리를 적용하는 것만으로는 다른 결과가 나오게 될 가능성이 높다. 또 미국이나 영국 모두 저작권권 규정이 생긴 이후에 작가의 권리 보호수준이 오히려 낮아졌다고 보기도 어렵고 가사 그런 면이 있다고 해도 낮은 수준으로 보호하는 규정을 두었기 때문일 뿐이다.

국가별로 미술가의 저작권권의 보호수준과 범위에서 많은 차이가 있는데서 오는 혼란이나 정보·재화의 자유로운 흐름에 대한 제약을 피하기 위해서는 국제조약이 필요하다. 그런데 베른협약은 앞에서 본바와 같이 공표권이나 원작철회권 같은 권리를 인정하지 않고 추급권의 경우 국내 입법에 맡긴 것은 아쉬운 결과였다. 또 세계저작권협약에서 저작권권에 대한 아무런 내용을 담지 않은 것은 많이 아쉽다. 더구나 무역 관련 지적재산권 협정에서 저작권권의 보호를 배제한 것은 이해가 잘 되지 않는다. 프랑스나 독일은 물론, 1988년에 영국이 CDPA를, 1990년에 미국이 VARA를 입법한 것을 감안하면 납득하기 어려운 결과였다. 이는 미국의 입장이 일반적으로 반영된 것일 뿐이다. 인터넷으로 세계가 통합되면서 위 조약들의 미비점으로 인해 상당한 혼란을 겪을 수밖에 없게 된 것이다. 이러한 미비점들은 새로운 조약 체결로 해결해야 하는 숙제로 남아 있다.

235) *Ibid.*, p. 379.

236) *Ibid.*, pp. 380-381.

제4장 보호의 차이의 원인과 전망

제1절 미술에 대한 인식

I. 미술의 사회적 기능과 중요성

1. 분석의 필요성

앞에서 본바와 같이 대륙법계 국가와 영미법계 국가는 미술가의 저작권의 보호에 있어 많은 차이가 있다. 그런데 대륙법계 국가의 저작권권은 작가와 실제 소유자 등의 권리를 규정하고 있는 것이지 이러한 저작권권들을 논리적인 권리의 결합이라고 보기는 어렵다는 견해가 있다. 프랑스, 독일, 이탈리아 등에서 저작권권을 민법과 같은 기존의 법에 규정하지 않고 저작권법에 규정한 것은 이러한 의미의 산물이고 결코 우연이 아니라는 것이다. 따라서 저작권권에 의해 보호되는 수준은 각 국가의 법원에 달려 있고 이러한 규정들을 개념화하고 이성화하고 정당화하는 분석적인 구조에 달려있는 것이 아니라고 주장한다.¹⁾ 저작권권의 개념과 저작권권의 보호 규정의 세트는 논리적으로 구분되어야 하는 것이고 대륙법계 국가에서의 저작권권의 보호가 매우 이론적이기는 하지만 저작권권 규정은 여러 개의 규정을 함해놓은 것이라는 것이다.²⁾ 또 저작권법에 관해서는 사회 전체가 어느 정도 합의할 수 있는 내용이 선제(先在)하지 않고 정책적 요소는 현실의 수많은 우연적 사정과 결합함으로써 때로는 다른 요소들을 무력하게 만들고 권리 내용의 불명확성을 증대시키기도 하는 견해,³⁾ 다른 법 특히 보편성과 항구성을 가지는 소유권 등 물권에 관한 법과는 다른 특징을 가지는 것으로서 정책적 요소가 크다는 견해,⁴⁾ 작가의 권리를 보호하는 것은 철학적 또는 경제적 필요성 보다는 선택의 문제라는 견해⁵⁾도 같은 입장에서 있다고 할 수 있다.

1) Cyrill P. Rigamonti, "Deconstructing Moral Rights", *Harvard International Law Journal*, 2006, 47, pp. 359-360, p. 367.

2) *Ibid.*, p. 412.

3) 이준형, "미술저작물에 있어서 저작물과 소유권의 충돌", 『스포츠와 법』, 2007, 10(3), p. 134.

4) 송영식이상정·황종환, 『지적소유권법 상』 (제8판, 서울:육법사, 2001), p. 66.

이들 주장에 일부 수긍할 수 있는 면도 있으나 기본적으로는 동의하기 어렵다. 입법과정에서 정책적 고려가 개입된다고 해도 법은 결코 우연의 산물이 아닌 것이다. 사비니(Friedrich Carl von Savigny)가 『입법과 법학에 대한 우리 시대의 사명(Vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft)』에서 지적한대로 법은 언어나 관습, 제도와 마찬가지로 초개인적인 민족공동체의 삶의 일부이다. 법은 민족의 공통적인 신념, 일치된 내적 필연의 감정으로부터 기원한다. 영원불변하고 모든 민족에게 타당한 보편적인 법은 존재하지 않는다. 왜냐하면 모든 민족은 고유한 개성, 고유한 민족혼을 가지고 있기 때문이다.⁶⁾ 만일 실정법이 민족혼과 관련이 없는 정책적인 산물이라면 우리는 민족혼을 반영하도록 그 실정법을 개정해야 한다. 푸흐타(Georg Friedrich Puchta)는 민족혼을 민족정신이라고 했다. 기르크케도 법은 역사적 민족정신 내지 민중정신 속에 살아있고 그와 더불어 성장하고 사라지는 것이라고 주장했다. 법의 연원은 개별의사가 아니라 민중전체의 법감정으로 민중전체가 고루 갖는 것이라는 것이다. 비단 저작인격권법 뿐 아니라 모든 법은 우연의 산물일 수 없는 것이다. 물론 국제조약을 준수하고 국제 표준에 맞도록 법을 제정하고 집행해야 한다는 것을 부정하는 것은 아니다.

따라서 그 차이의 원인을 분석할 필요가 있다. 이를 위하여 국가 별로 미술이란 어떤 것이고 어떤 기능을 수행한다고 보고 있는지를 파악하는 것이 필요하다. 그 국가에서 미술의 기능을 중요시 한다면 미술에 대한 보호수준이 높아지고 보호범위도 넓어질 것이다. 다음으로, 미술의 사회적 기능이 중요하다는데 인식을 같이 한다면 그 사회에 미술이 가지는 중요성이 상대적으로 더 중요하지, 덜 중요하지를 보아야 할 것이다. 미술이 수행하는 역할이 크고 중요한 사회에서는 미술품에 대한 보호가 강화될 수밖에 없을 것이다.

2. 미술의 의미와 기능

제2장에서 본바와 같이 미술이란 예술과 혼동해서 사용하는 경우가 많고 원래 다른 예술과 분리되어 있던 것도 아니다. 따라서 미술이 무엇이고 그 기능이 어떠한지를 연구하기 위해서는 예술이 무엇이고 그 기능이 어떠한지에 대해서 살펴볼 수 없다. 동양과 서양의 많은 학자들이 미술이나 예술이 무엇인지, 그 기능이 무엇인지에 대해 논했고 여러 가지 견해를 내놓았다. 인류에게 있어 미란 무엇인가

5) Randall U. Larsen, "Artist's Rights versus Copyright Owner's Rights : Conflict Resolution when the Logic of Intellectual Property Law is Articulated with Motion Picture Production", Ph. D. Dissertation, A Collaborative Mode of Production, University of Hawaii, 2005, pp. 125-126.

6) 오세혁, 『법철학사』 (서울:세창출판사, 2008), pp. 196-197. ; José Llompарт, 『법철학의 길잡이』, 정종휴 역 (서울:경제세원, 2009), p. 124.

하는 문제는 고대로부터 현대, 동양에서 서양에 이르기까지 끊임없이 주로 미학(aesthetics)이라는 분야에서 연구되어 왔고 논쟁이 있어왔다. 미학이라는 용어는 바움가르텐(Alexander Gottlieb Baumgarten)이 처음 사용했지만 고대 동방의 노예제 사회, 즉 이집트, 바빌로니아, 고대 인도 및 고대 중국에서 이미 발생하고 있었다.⁷⁾

아래에서는 국가 및 시대별로 미술(예술)에 대한 견해를 살펴보기로 한다. 다만 국가 및 시대별로 뚜렷이 구별되는 특징을 보이지 않기 때문에 국가별로 몇몇 학자나 예술가들의 견해를 인용하는데 그치기로 한다.

가. 서양

① 고대 그리스

아리스토텔레스(Aristoteles)는 예술의 기능을 감정의 정화 즉 카타르시스에 있다고 보았다. 갈레누스(Claudius Galenus)는 예술을 “일정한 목적에 유용한 보편적 교육체계”라고 하였는데 이 개념은 중세, 르네상스 시대를 거쳐 지속적으로 전승되었다.⁸⁾ 시모니데스(Simonides of Ceos)는 회화를 소리 없는 시라 하였고 시를 소리 있는 그림이라고 하였다. 다빈치는 『화론(畫論)』에서 “그림은 입술의 시이고 시는 눈동자의 그림이다.”라고 하였다.⁹⁾

② 프랑스

샤를르 뒤 프레스노이(Charles Alphonse du Fresnoy)는 회화의 중요한 제1의 부분은 “이 예술에 대하여 ‘자연’이 가장 아름답게 만들어 놓은 것을 찾아내어 충분히 이해하는 일이다”라고 했다. 볼테르(Voltaire)는 교회, 종교적 몽매주의, 중세적 스킨라철학에 대한 투쟁에 노력했는데 그 투쟁에서 예술의 수단을 광범위하게 이용하고 있다.¹⁰⁾ 계몽주의 미학의 대표적인 데니 디드로(Denis Diderot)는 예술의 도덕적 의의를 강조했을 뿐 아니라 예술이 죄와 악에 대해 판결을 내려야 하고 압제자들을 위협해야 하며 예술가는 인류의 수호자, 선의 전도자이어야 한다고 주장하였다.¹¹⁾ 그의 미학의 핵심은 ‘관계에 대한 감각’인데 인간을 중심으로 하는 근대 표현론에

7) 소련과학 아카데미(편), 『마르크스 레닌주의 미학의 기초이론 I』, 신승엽 외 역(서울:일월서각, 1988), p. 42.

8) Wladyslaw Tarkiewicz, *History of Six Ideas*, 김현채 역, 『예술개념의 역사』(서울:열화당, 1994), p. 26.

9) 周來祥, 『論中國古典美學』, 남석현 외 역, 『중국고전미학』(서울:미진사, 2003), p. 124.

10) 위의 책, p. 103.

11) 위의 책, p. 105.

영향을 미친다.

③ 독일

괴테(Johann Wolfgang von Goethe)는 고대 예술을 숭배하는 경향을 보이는데 현실이 예술 형식을 규정한다고 주장하였다. 그에 의하면 예술은 자연해석의 한 방법이다.¹²⁾ 피히테(Johann Gottlieb Fichte)는 예술은 우리를 감성의 질곡으로부터 해방하여 덕행에 힘쓸 것을 교육한다고 믿었다. 고전 관념론의 미학자인 헤겔에 있어 예술이란 절대정신을 직접적인 대상에서 직관하는 것으로서 정신의 가장 포괄적인 진리이자 종교, 철학과 공통적 영역에 속하여 의식하게 하며 표현하는 하나의 종류이자 방식이며 신적인 것은 이 경우 초월적인 어떤 것으로 여겨져서는 안 된다.¹³⁾

헤겔은 예술을 상징형 예술(건축), 고전형 예술(조각), 낭만형 예술(회화, 음악, 시)이라는 세 개의 단계와 유형으로 나누었는데 그 발전 방향은 물질에서 정신이다.¹⁴⁾ 그는 건축이 예술의 기원을 이루는 것으로 보았고 보다 차원 높은 예술로서 조각은 자유롭고 구체적인 정신성이 인체의 형태 속에 구성화되어 있다고 보았다. 조각에서는 이념이 물리적 형식과 융합해 있다고 한다. 회화는 조각에 가장 가까이 위치하는 예술로서 물체의 감성적 공간적 완전성으로부터 해방되어 있어서 감성과 정신상태를 전면적으로 표현하여 드라마틱한 움직임으로 가득 찬 동작을 묘사할 수 있다고 보았다.¹⁵⁾

니체(Nietzsche)는 삶이 그 진상에 있어서 고통과 모순이라는 견해에 입각해서 그의 초기 예술론을 전개한다. 그에 의하면 예술은 아폴론적인 것과 디오니소스적인 것으로 나뉘며 이 두 예술충동의 대립과 회합이 예술의 역사를 형성한다고 한다.¹⁶⁾

하이데거(Martin Heidegger)는 존재와의 연관 속에서 예술을 고찰했다. 그에 의하면 작품에 즉해서 그리고 작품 가운데 일어나는 것은 존재자의 존재 속에서의 개시, 다시 말하면 진리의 일어남이라고 한다. 전통적인 감상의 잣대는 예술가의 의도를 얼마만큼 정확히 읽어내는가 하는 점이였다. 그러나 하이데거에 의하면 감상은 근원적으로 작품의 “보존(Bewahrung)”이다. 즉 작품을 감상한다는 것은 작품 자체가 내는 본래의 소리를 듣는 것이고 또 그 소리가 잘 울려 퍼지도록 고유한 공간을 마련해 주는 일이다.¹⁷⁾

12) 위의 책, pp. 129-134.

13) 박정기, “헤겔의 미학에 있어서 철학과 예술”, 『범한철학』 제28호, 2003, p. 259. ; 미학대계간행위원회(편), 『미학의 역사』(서울:서울대학교 출판부, 2007), p. 399.

14) 易中天, 『破門而入易中天講美學』, 瞿素경 역, 『이중텐 미학강의』(서울:김영사, 2009), p. 208.

15) 소련과학 아카데미(편), 앞의 책, pp. 161-162.

16) 미학대계간행회(편), 앞의 책, p. 486.

17) 위의 책, pp. 493-494.

가다머(Hans-Georg Gadamer)에 의하면 예술작품이 지니는 진리는 다의적인 것이다. “예술과 언어와의 모든 만남은 미결된 생기와와 만남이며 그 자체가 이러한 생기의 한 부분이다.”라고 한다. 하나의 예술작품 안에 놓여 있는 것에 대한 궁극적인 해명은 없다. 그러나 이때 예술 경험은 또한 진지한 의미의 색다른 과제, 즉 그 경험을 자신의 세계관 및 자신의 자기 이해에 통합시켜야 하는 과제를 풀어야 한다. 그 점에서 예술작품을 접하는 자는 예술작품과의 만남을 통해 변화하지만 동시에 결코 자신의 세계를 잃고 예술가의 세계를 추종하는 것이 아니며 오로지 두 세계와의 융합 속에서 자기 이해의 지평을 확장하면서 더욱더 생생하게 존재할 수 있게 된다. 가다머는 이러한 이해 가운데 열려진 예술작품 자체의 존재 방식을 “유회(Spiegel)”로서 파악한다. 유회는 가다머의 예술철학을 구성하는 여러 핵심 요소 중의 하나이다.¹⁸⁾ 루돌프 아르하임(Rudolf Arnheim)은 예술을 “균형, 조화, 질서, 통일 등에 대한 추구와 성취”라고 정의한다.¹⁹⁾

④ 영국

19세기 밀레이(John Everett Millais), 헌트(William Holman Hunt), 로제티(Dante Gabriel Rossetti) 등 라파엘로 전파들은 회화는 종교 및 도덕 역할을 해야 하며, 성경과 기독교 사상이 풍부한 문학작품 위주로 소재를 가져와 주제를 충실히 반영하고 대상을 묘사해야 한다고 주장했다.²⁰⁾

『예술의 의미』의 저자이자 예술 비평가인 허버트 리드는 예술은 인간의 의식 발전에 있어 핵심적인 도구가 되었는데²¹⁾ 선사시대에는 미술은 놀이행위가 아니라 생존을 위한 열쇠였다고 주장한다.²²⁾ 그는 예술을 “마음을 기쁘게 하는 형식을 창조하려는 어떤 시도”라고 정의했고,²³⁾ 인간성을 기르기 위해 예술이 얼마나 중요한가를 역설했다. 사람이 사는 곳에서 멀리 떨어진, 어두운 동굴의 벽에 그려진 벽화가 동굴을 장식하기 위한 것으로 보기는 어렵다는 것이 콰브리치의 견해이기도 하다.²⁴⁾ 아놀드 하우스(Arnold Hauser)는 선사시대 사람들이 동물을 사냥하고 노획하

18) 위의 책, pp. 498-499.

19) Rudolf Arnheim, *Art and Visual Perception*, 김춘일 역, 『미술과 시지학』(서울:홍익사, 1987), p. 50.

20) 白堊, 『視覺地圖』, 한혜성 역, 『지도로 보는 세계 미술사』(서울:시그마북스, 2007), p. 251.

21) Herbert Read, *Icon and Idea : The Function of Art in the Development of Human Consciousness*, 김병익 역, 『도상과 사상 : 인간의식의 발전에 있어 미술의 기능』(서울:열화당, 1982), p. 18.

22) 위의 책, p. 58.

23) Herbert Read, *The Meaning of Art*, 임산 역, 『예술의 의미』(서울:에코리브르, 2006), p. 17.

24) E. H. Gombrich, *The Story of Art*, 최민 역, 『서양미술사』(서울:열화당, 1991), p. 32.

기 위해 동물 모습을 그렸듯이 예술이 항구적으로 의도하는 것은 삶을 변화시키려는 것이라고 주장한다. 그에 의하면 예술은 결코 사물을 단순히 수용하거나 사물에 수동적으로 귀의하는, 순진한 명상적 행위의 산물이 아니며 오히려 힘과 교묘한 수단을 통해 세계를 소유하기 위한, 사랑이나 증오를 통해 인간을 지배하기 위한, 또한 정복당한 제물을 직접 또는 간접으로 쟁취하기 위한 하나의 방편이다.²⁵⁾

19세기 말과 20세기 초반에 걸쳐 예술은 다양한 방향으로 발전되었고 그에 상응하여 예술이론들도 다양하게 전개되었다. 이들은 대개 “예술은 무엇 무엇이다.”라는 기본 주장을 포함하고 있다. 전통적으로 예술은 모방이라고 정의되었지만 이에 대해 콜링우드(Collingwood Robin George)는 ‘표현’, 벨(Clive Bell)은 ‘의미 있는 형식’ 등 다른 주장이 나오기 시작한다.²⁶⁾

⑤ 미국

철학자 랭어(Susanne K. Langer)는 예술이란 ‘감정의 형식’이라고 주장했다.²⁷⁾ 미학자 디키(George Dickie)는 예술이 되는 것은 어떤 기능을 얼마나 잘 하느냐, 혹은 하여야 하느냐와 같은 가치 평가의 개념을 배제하고 순진히 분류적인 측면에 초점을 맞춘다. 무엇인가가 예술이 되는 것은 철차와 관례를 따를 때라는 것이다. 그에 의하면 예술작품이란 인공품으로서 예술계(Artworld)라고 부를 수 있는 어떤 사회 제도의 편에 서서 행동하는 사람들이 그 인공품의 어느 국면에다가 감상을 위한 후보의 자격을 수여해 놓은 것이라고 해석한다.²⁸⁾

비평철학자 비어즐리(Monroe C. Beardsley)는 예술은 필연적으로 예술에만 고유한 어떤 기능을 달성하는 것이라고 정의한다. 그 기능 혹은 목적에 해당하는 것에는 여러 가지가 있을 수 있으나 비어즐리는 그것을 미적 경험(aesthetic experience)을 제공하는 것이라고 한다. 미적 경험이란 내용면에서는 우리가 대상을 보고 듣고 생각하고 이해하는 동안에 그것이 가진 미적 속성(대상의 감각적 외관에서 파악되는 우아함이나 장엄한, 대상의 표현적 속성과 형식적 관계 등)을 경험하는 것을 말하고 효과의 측면에서 보면, 그 경험이 우리를 특별히 만족스러운 방식으로 고양시킨다는 그러한 경험이다. 이렇게 보면 비어즐리에게 있어서 예술작품이란 결국 미적 경험을 제공할 능력을 갖게끔 의도하고 만들어진 것이라고 할 수 있다.²⁹⁾

25) Arnold Hauser, *Kunst und Gesellschaft*, 한석중 역, 『예술과 사회』(서울:홍익사, 1981), p. 20.

26) 미학대계간행회(편), 『미학의 문제와 방법』(서울:서울대학교 출판부, 2007), p. 131.

27) 위의 책

28) 위의 책, pp. 136-137.

29) 위의 책, p. 138.

현대에 와서 수많은 학자들이 미학을 논했는데 그중 뚜렷한 경향이 있다면 그것은 예술 작품이란 여타 사물들이나 그것의 창작자나 감상자와의 관계로부터 독립적인 내재적 속성을 가졌으며 그 자체로서 이해되고 가치를 지닌 하나의 대상으로 인식된다는 것이다. 미적 대상을 그것의 인과적 조건이나 정서적 효과로 분해 시켜 버리거나 비평을 전거나 자서전으로 환원하는 노력들에 대한 반발이 다양한 예술에서의 주도적 비평가들과 비평이론가들 사이에서 눈에 띄게 커져왔다는 것이다.³⁰⁾

산타야나에 의하면 예술경험은 쾌이며 긍정적이고 고유한 가치이다. 그는 “대상을 인간화, 합리화하는 그 어떤 조작도 예술이라 불린다.”면서 우리가 일상적으로 실용적 기술과 활동이라 부르는 것은 제쳐 놓는다. 그 속에서 미적 가치가 두드러지거나 두드러진다고 여겨지는 생산물들이 순수예술이라는 명칭을 획득한다고 한다.³¹⁾

존 듀이(John Dewey)의 예술철학의 토대는 다윈의 진화론에서부터 시작된다. 일반적으로 예술철학에서 ‘예술작품(work of art)’이라고 부르는 것을 존 듀이는 ‘예술품(art product)’라고 부른다. 듀이에 의하면 ‘예술이라고 할 수 있는 미적인 경험 활동(work of art)’을 예술의 진정한 본질인 것으로 정의하고 있다.³²⁾ 듀이는 예술의 본질에 대해 다음과 같이 설명한다. 첫째 예술은 미적 ‘성숙되지도 조직화되지도 않은(inchoate)’ 일상적 경험의 수렴적인 완성이다. 둘째 예술은 유기체가 실제로 경험했다고 회상할 수 있는 실제적 상황성이 의미로 단혀진 경험이다. 셋째 예술은 상황적 경험 요소들의 연속적 흐름과 통일된 전체 내지는 극점을 지닌 운동이다. 넷째 예술은 이름을 부여할 수 있는, 즉 회상해 낼 수 있는, 어떤 질적 통일성을 소유하고 있는 경험이다. 다섯째 예술은 미적 성질을 소유한 미적인 경험이다. 여섯째 예술은 선을 실현시키는 실천이다. 일곱째 예술은 기대 목적(end-in-view)을 실현시키기 위해 문제 상황의 고통스러운 겪음의 단계를 지니면서도 마침내 의미로 통합되는 정서적 경험이다.³³⁾ 듀이는 에머슨이나 산타야나와 같이 예술을 감상하는 사람은 작가의 정돈된 전체로의 구성요소를 만드는 과정을 다시 창조하고 자신의 과거 경험과 연계시켜서 자신의 경험을 창조한다고 한다. 이때 작품은 “일반적 경험의 환경과 급박한 상황을 향한 태도를 새롭게 하는” 도구적 기능을 한다. 우리가 걸작이라고 생각하게 되는 작품을 대표하는 것이 “새로운 사람의 경험에 대한 인식을 불러일으키는” 그들의 지칠 줄 모르는 열정이지만 듀이의 미학에 있어서 중요한 면은 ‘순수’ 또는 ‘실용’ 미술 사이의 경직된 구분을 거부한다는 것이다. 그는 그 대신에 어떤 것이 순수하고 미학적인 것인가 아닌가 하는 차이를 만들고 인식하는 삶 속에서 완성의 정도를 이야기한다. 그의 목적은 순수와 실용 미술 사이의 구분을 “평범한 삶의 과정과 함께 미적

30) Monroe C. Beardsley, *Aesthetics From Classic Greece to the Present : A Short History*, 이성훈·안원현 역, 『미학사』 (서울:이론과 실천, 1989), p. 431.

31) 위의 책, pp. 388-390.

32) 미학대개간행회(편), 『미학의 역사』, p. 599.

33) 위의 책, pp. 559-560.

경험의 연속성을 회복”하는 것으로부터 진하려고 하는 것이었다.³⁴⁾

⑤ 기타 국가

러시아의 톨스토이(Lev Nikolaevich Tolstoi)는 예술의 과정을 “자신이 경험했던 감정을 스스로에게 일깨우는 것, 그렇게 자신 안에서 감정을 불러낸 후에는 움직임·선·색채·소리, 또는 언어로 표현된 형식을 통해 그 감정을 다른 사람들에게 전하여 그들이 자신과 동일한 감정을 체험하게 하는 것”이라고 정의했다. 그에 의하면 “한 사람이 의식적으로 어떤 외적인 기호를 통해 자신이 살면서 느낀 감정을 다른 사람에게 전하고 거기에 전염된 사람들은 같은 감정을 체험한다.”는 것이다.³⁵⁾ 그의 견해에 의하면 예술은 커뮤니케이션의 기능을 수행하는 것이다. 커뮤니케이션 기능에 대해서는 화가 앙리 마티스(Henri Emile Benoît Matisse) 등 다른 사람들도 여러 번 언급한 바 있다. 오스트리아 출신의 미술사학자 고프리치도 예술이 언어라는 것은 너무나 당연한데 대가(大家)만이 자신의 비전을 표현할 수 있다고 하였다.³⁶⁾

헝가리 출신으로 주로 영국에서 활동한 아놀드 하우저가 예술과 삶, 예술과 사회, 예술과 현실 등 제 현상 사이에 나타나는 관계를 인과율이 아닌 ‘통신관계(Korrespondenz)’로 규정하고 있는 것도 같은 취지이다.³⁷⁾ 예술의 언어는 서서히 가까스로 이루어지고 그것은 하늘로부터 인간의 품 안에 떨어지는 것도, 선천적으로 인간에게 주어지는 것도 아니며 예술에 있어서는 그 어떤 것도 자연적이고 표현적이며 유기적으로 성장하는 것이 없고 모든 것이 인위적이고 문화의 산물이며 시도, 변화, 개선의 결과라는 것이다.³⁸⁾

이탈리아의 크로체(Benedetto Croce)는 예술이란 ‘직관’이라고 주장했는데 이는 종전에 예술이 모방이라고 주장되었던 것과 확연하게 구별되는 것이다.³⁹⁾

위에서 본바와 같이 많은 학자들이 예술의 소통적 기능에 대해 언급하고 있지만 구 소련의 까간(Moisei Samoilovich Kagan)은 그 이외에도 계몽적·교양적 기능, 교육적 기능, 쾌락적 기능, 잠재적 예술적 능력에 대한 영향 등을 예술의 기능으로 들고 있다.⁴⁰⁾ 까간은 예술의 의의는 사회적 인간의 실제적인 삶경험을 연장, 확장시

34) Thomas F. Cotter, "Pragmatism, Economics, and the Droit Moral", *North Carolina Law Review*, 1997, 76, pp. 33-34.

35) Tolstoy, *What is art* (Aylmer Maude, Oxford, 1930), p. 123. ; Read, *The Meaning of Art*, p. 285.에서 재인용

36) Gombrich, *Art and Illusion : A Study in the Psychology Representation*, p. 411.

37) Hauser. 앞의 책, p. 38.

38) 위의 책, p. 105.

39) 미학대개간행회(편), 『미학의 문제와 방법』, p. 131.

40) Moissej Kagan, *Vorlesungen zur marxistisch-leninistischen Ästhetik*, 진중권 역, 『미학강의

키고 심화시키기 위해서 삶을 완결성 속에서 온전하게 재생산하는데 있다고 했다. 예술의 진정한 역할은 감정을 표현하고 이해를 전달하는 것이라고 한다.⁴¹⁾

마르크스·레닌주의에서 혁명적 민주주의 미학의 창시자인 러시아의 벨린스키(Vissarion Grigoryevich Belinsky)는 예술은 부정한 사회질서와의 투쟁과 민중을 위한 사회변혁의 과제에 봉사해야 한다는 사상을 전개했다.⁴²⁾ 예술의 내용은 ‘일반적으로 흥미 있는 것’이라고 한 체르니셰프스키(Nicolai Gavrilovich Chernyshevskii)의 정의는 혁명적 민주주의 미학 전체의 특색이다. 예술의 대상적 내용을 확장시키려는 의지를 표명하고 있는 혁명적 민주주의자는 밝은 생활 면 뿐만 아니라 어두운 부정적 면의 묘사에도 예술의 방향을 돌려놓음으로써 전체정치, 농노제적 체제, 착취자적 사회제도의 추악함과 부정을 비판하고 폭로하는 예술의 권리를 주장했던 것이다.⁴³⁾

마르크스(Karl Marx)와 엥겔스(Friedrich Engels)의 미학 사상은 그 철학적 이론 및 자본주의적 예속상태로부터 노동자 해방을 지향하는 실천적 정치투쟁의 한 구성 부분을 이루고 있다.⁴⁴⁾ 레닌(Vladimir Il'ich Lenin)은 예술 문화의 모든 문제는 프롤레타리아 혁명과 사회주의 건설의 임무라는 입장에서만 해결할 수 있다고 생각했다. 그는 예술의 사명은 올바른 현실인식과 그 혁명적 변혁을 촉진시키는데 있다고 생각했다. 이와 같이 원대한 임무를 부여할 수 있는 것은 다름 아닌 올바른 예술, 충실한 세계상을 그려내는 예술, 즉 리얼리즘 예술뿐이라고 말했다.⁴⁵⁾ 이것은 레닌 미학이론의 기본적인 기초와 그 독자적 특질을 이루고 있다.⁴⁶⁾ 공상적 사회주의를 신봉한 벨린스키는 “예술은 진리의 직접적 직관 혹은 형상들을 통한 사유”라고 정의했다.⁴⁷⁾

헝가리 출신의 루카치(György Lukács)는 예술에 있어 독창성을 매우 중요한 요소로 논하면서 예술이 내용이나 형식에 있어서 이제까지 생산해낸 것이 아닌 현실 자체를 지향한다는 의미의 예술적 독창성은 다름 아니라 사회적·역사적 발전이 새로 만들어낸 것을 신속히 찾아내고 발전하는 역할을 통해 나타난다고 주장한다.⁴⁸⁾ 그는 독창성은 객관적 현실의 충실 내지 재생산과 결합되어 있다고 한다.⁴⁹⁾ Mason

I』(서울:세길, 1989), pp. 142-156.

41) Read, *The Meaning of Art*, p. 289.

42) 소련과학 아카데미(편), 앞의 책, p. 175.

43) 위의 책, pp. 183-184.

44) 위의 책, p. 193.

45) 위의 책, p. 224.

46) 위의 책, p. 221.

47) 벨린스키, 전집, 제2권(모스크바, 1948), p. 67. ; György Lukács, *Über die Besonderheit als Kategorie der Ästhetik*, 홍승용 역, 『미학서설』(서울:실천문학사, 1987), p. 218.에서 재인용

48) Lukács, 앞의 책, pp. 200-201.

49) 위의 책, p. 238.

은 창의성이 19세기 중반에 서양에서 처음으로 인간의 가치가 되었고 새로운 가치로 인정받게 되었다고 주장했고, Matthew Arnold는 돈을 들이지 않는 창의력의 연습, 창의적 행위는 인간의 진정한 기능이라고 했다.⁵⁰⁾

나. 동양

중국 등 동양에서는 예술을 인격의 수양 수단으로 여기는 사상적 전통을 가지고 있다. 중국 고전미학은 공자(孔子)로부터 시작하였는데 공자는 예술은 인간에게 위안과 기쁨을 주지 않으면 안 된다고 생각했다. 그는 인간생활에서 예술의 적극적인 역할에 대한 명제를 제기했는데 예술을 국가통치 사업에서도 극히 도움이 될 수 있는 큰 사회적 힘이고 예술은 도덕 교육의 좋은 수단이 될 수 있다고 생각했다.⁵¹⁾ 시와 예술은 사회 이상을 실현하는 동시에 이상적인 인격을 빚어내는 수단이고 미학의 문제는 윤리학의 문제이고 예술의 기준은 윤리의 기준이었다.⁵²⁾ 이러한 사상은 후대에도 큰 영향을 미친다. 성악설을 주장한 순자(荀子)는 인간의 본성은 악하고 과학과 예술이라는 습들의 작용을 받아 비로소 인간은 도덕적으로 아름답게 될 수 있다고 주장했다.⁵³⁾ 노자(老子)는 아름다운 것은 단순한 것이라고 생각했다. 즉 외면적인 미도 없는 단순하고 질박한 것이야말로 아름다운 것이라고 생각했는데 이는 중세 중국의 예술에 큰 영향을 미친다.⁵⁴⁾ 오대 시대의 형호(荊浩)는 예술 작품을 사물의 참된 본질의 전달, 즉 그 마음의 전달로 이해한다. 그에 있어서 예술은 정욕이나 음욕과의 싸움의 수단이다.⁵⁵⁾

다. 소결론

위에서 본바와 같이 학자에 따라 미술(예술)의 의미나 기능에 대해, ‘교육’(공자, 순자, 갈레누스 등), ‘국가통치 사업에서도 극히 도움이 될 수 있는 큰 사회적 힘’(공자), ‘감정의 정화’(아리스토텔레스), ‘정욕이나 음욕과의 싸움의 수단’(형호), ‘죄와 악에 대해 판결’(디드로), ‘정신의 가장 포괄적인 진리’(헤겔), ‘질곡으로부터의 해방’(피히테), ‘자연의 이해’(프레스노이), ‘통신’(하우저), ‘의사소통’(마티스, 톨스토이 등), ‘미

50) Larsen, *op. cit.*, p. 30.

51) 소련과학 아카데미(편), 앞의 책, p. 52.

52) 易中天, 앞의 책, p. 376.

53) 소련과학 아카데미(편), 앞의 책, p. 53.

54) 위의 책, p. 54.

55) 위의 책, p. 68.

적 경험 제공'(비어즐리), '계몽'(까간 등), '쾌락'(까간), '삶의 재생산'(까간), '유희'(가다머), '사회의 변화'(마르크스, 엥겔스, 레닌, 벨린스키 등), '경험 창조'(듀이), '삶의 변화'(하우저), '균형, 조화, 질서, 통일 등에 대한 추구와 성취'(아른하임), '인간 의식의 발전'(리드) 등으로 말하고 있지만 어떠한 견해를 취하던 미술(예술)이 사회에서 매우 중요한 기능을 하고 있다고 보고 있음이 분명하고 이에 대해 시대나 국가별로 뚜렷한 차이가 보이지 않는다. 즉 고대로부터 현대에 이르기 까지, 동서양을 막론하고, 대륙법계 국가와 영미법계 국가 모두, 미술(예술)이 사회에서 중요한 기능을 수행하고 있다는데 이론이 없다. 그렇다면 어느 사회에서나 이러한 미술(예술)품들에 대한 '특별한' 보호가 필요하다는 것은 분명해진다. 이러한 특별한 힘을 가진 작품들은 변경이나 파괴 없이 즉 완전하게 보존되어 그 시대와 후대에 전해져서 위와 같은 기능을 수행해야 하기 때문이다.

미국의 듀이, 산타야나, 에머슨, 로티(Richard Rorty) 등 실용주의 철학자들도 예술의 특징적인 힘에 주목해서 특별한 보호의 필요성을 주장했다. 예술작품이 우리의 실존을 재기술하고 재해석하는 새로운 방법을 제공함으로써 우리가 환경에 작용하는 방법의 길을 수행한다면, 또는 듀이가 주장하듯이 미적 경험이 예술작품과 완전히 통합하여 나타나는 미적 경험의 방법에 특별하게 만족하도록 한다면 이러한 작품들에 대한 특별한 형태의 보호가 필요하다고 인식하게 된다는 것이다. 결국 이러한 특별한 힘을 가진 작품들은 우리 후손들에게도 이러한 기능을 계속 수행할 수 있도록 보호되어야 할 것이고 우리가 만일 이를 부수거나 변경시키면 장래의 세대들은 이러한 경험을 공유할 수 없다고 주장한다.⁵⁶⁾

3. 사회에서 미술의 중요성

위와 같이 모든 국가나 사회에서 미술의 의미와 기능을 높게 평가한다고 해도, 모든 시대의 모든 사회가 미술의 중요성을 인식하는 정도나 미술품 창작과 감상에 투자하는 시간과 노력의 정도, 성취의 정도가 같다고 보기는 어려울 것이다. 그 부분에 차이가 있다면 이는 곧 미술이 가지는 사회적 중요성이 달라질 수밖에 없을 것이고 그에 따라 그 보호도 달라질 것이다. 본 논문과 관련하여 중요한 것은 저작 인격권이 입법이나 판례로 도입된 19세기를 전후한 시기이기 때문에 이 시기를 중심으로 프랑스, 독일, 영국, 미국의 미술사를 살펴볼 필요가 있다.

가. 프랑스

프랑스는 17세기에 사회 각 영역에서 커다란 성과를 얻어내며 유럽 제일의 강대

56) Cotter, *op. cit.*, pp. 36-37.

국으로 부상한다. 미술에 있어서도 고전주의 경향의 거장들과 걸작이 많이 나온다. 18세기에는 프랑스 궁정에서 시작된 로코코 양식이 18세기를 대표하는 미술 양식이 되었다. 19세기에도 유럽 미술의 중심은 프랑스였다. 프랑스에서는 매우 활발한 문화예술 활동이 전개되는데 특히 회화분야에서 다양한 화풍을 추구하는 여러 유파들의 작품들이 태어난다.⁵⁷⁾ 신고전주의의 다비드(Jacques Louis David), 낭만주의의 제리코(Jean Louis André Théodore Géricault), 들라크루아(Eugene Delacroix), 현실주의의 쿠르베(Gustave Courbet), 밀레, 로댕(Rene-Francois-Auguste Rodin), 인상주의의 모네(Claude Oscar Monet), 마네(Edouard Manet), 르느와르, 신인상주의의 쇠라(Georges Pierre Seurat), 상징주의의 르동(Odilon Redon) 등 걸출한 작가들이 명작을 남긴다.

나. 독일

독일은 19세기에 근대 과학과 문화의 황금기를 누렸고 이러한 문화적인 풍요 속에서 미술도 크게 발전했다. 19세기 전반, 프리드리히(Caspar David Friedrich) 등 전 유럽을 흥미했던 낭만주의 미술의 거장들이 독일에서 대거 등장했다. 19세기 후반에는 경제적 발전이 자연스럽게 문예의 부흥으로 이어졌고 멘첼(Adolf von Menzel), 라이블(Wilhelm Leibl), 콜비츠(Käthe Kollwitz), 리버만(Max Liebermann) 등 현실주의 대가들이 활동하면서 독일 미술사상 르네상스를 잇는 두 번째 전성기가 찾아왔다.⁵⁸⁾

다. 영국

이에 반해, 엘리자베스 1세가 지배하던 16세기 영국에서 청교도들은 종교적 신념에 맞지 않는다는 이유로 산업을 거부했다. 청교도들은 종교 예술을 파괴했을 뿐 아니라 종교적 산물을 생산하는 소규모 수공업도 파괴했다.⁵⁹⁾ 영국과 유럽 대륙에는 길드가 예술가들에게 필요한 수련을 제공했다. 유럽대륙에서는 예술가와 예술이 모두 풍요로웠는데 그것은 길드가 폐지되지 않았기 때문이다. 이러한 길드를 폐지함으로써 영국은 회화와 조각의 원천을 효율적으로 파괴할 수 있었다. 잠재적 재능을 가진 아이들이 태어난다고 해도 재능 있는 예술가는 되기 어려웠다. 재능은 사람이 훈련받고 같은 분야에서 일할 수 있을 때 키워지는 것인데 영국에서는 더 이상 예술가를 교육할 장소가 없었고 따라서 예술적 재능은 발견되지 않았다. 형상(形

57) 白瑩, 앞의 책, p. 174, p. 222.

58) 위의 책, p. 259.

59) Cheryl Swack, "Safeguarding Artistic Creation and The Cultural Heritage : A Comparison of Droit Moral between France and the United States", *Columbia Journal of Law & the Arts*, 1998, 22, p. 380.

象) 및 사치에 대한 청교도의 적대적식이 영국 미술 전통에 심각한 타격을 가한 것이다. 그림을 요구하는 거의 유일한 목적은 초상화의 공급을 위한 것이었으며 이 기능마저 주로 해외에서 명성을 쌓은 다음 영국에 초청된 홀바인(Hans Holbein der Ältere), 반다이크(Anthony Van Dyck) 같은 외국 화가들이 담당했다.⁶⁰⁾ 18세기 이전 영국의 화단은 줄곧 외국 화가들의 독무대였고 예술가들은 대부분 유럽의 미술을 모방하기에 급급했다. 18세기부터 호가스, 레이놀즈(Joshua Reynolds), 게인즈버러(Thomas Gainsborough) 등이 나타나 외국 화가들의 자리를 대신해 나갔다.⁶¹⁾ 19세기 영국은 자본의 축적으로 지속적인 경제적 성장을 거두면서 이는 곧 예술의 발전으로 이어졌다. 이 시기에는 풍경화 중에서도 수채 풍경화가 유럽에 영향을 미치면서 두드러지게 발전한다. 그러나 프랑스 인상주의가 들어오기 전인 19세기 초중반, 다소나마 개척정신을 보여주었던 풍경화를 제외한 나머지 장르는 여전히 보수적인 고전주의의 속박에서 벗어나지 못하고 있었다.⁶²⁾

라. 미국

미국은 공화국 초기에는 거의 모든 시간과 에너지를 경제적 번영을 위해 투자했는데 유럽의 중상류층 대부분의 여가를 미술과 음악을 즐기고 장려하고 구입하는데 사용한 것과 대비된다.⁶³⁾ 19세기 까지 미국은 유럽으로부터 많은 이주민들이 자국의 문화와 예술을 가지고 왔지만 예술 활동을 할 겨를이 없이 생계를 위해 힘든 노동에 종사해야 했다. 생활이 어느 정도 안정된 다음에야 예술에 관심을 보이기 시작했다. 유럽에서 건너온 당시의 화가들은 주로 초상화를 그렸는데 거칠고 조잡한 기교로 인물의 형태가 진부하고 예술적 표현력이 부족했다. 식민시대부터 전해 내려온 예술품들은 그 수가 적고 소재가 협소하고 기법이 간단하다.⁶⁴⁾

Matthew Arnold는 오늘날에도 고귀하게 태어난 그룹과 중간 그룹, 복지가 필요한 하층계급으로 나뉘는 것이 사실로 인정되는데 19세기에는 ‘의미 체계’라는 보다 강력한 차별이 있었다고 주장한다. 작가의 권리문제에 관한 저작권 소유자와 작가 사이의 분쟁은 문화나 ‘의미 체계’의 차이에서 나온다는 것이다. 그에 의하면 저작권은 그것이 “문명화되었기” 때문에 필요하고 저작권의 부정은 문명화의 천박한 부족을 보여준다는 것이다. 미국인들은 영국 작가들의 저작권을 수여하기 어려울 정도로 ‘비속한’ 형편이었다. 그에 의하면 귀족은 우아하고 세련되도록 교육을 받고

60) Gombrich, *The Story of Art*, p. 473.

61) 白堊, 앞의 책, p. 193.

62) 위의 책, p. 247.

63) Swack, *op. cit.*, p. 381.

64) 白堊, 앞의 책, p. 270.

미술과 문학은 삶의 아름다움과 우아함을 더 하기 위한 것이라고 교육받는다. 그는 미국 사회와 정부는 중간 계급 사회이기 때문에 고상한 정신이 아니라고 주장했다.⁶⁵⁾

마. 소결론

결론적으로 미술품 창작과 감상에 많은 시간과 노력을 투자하고 따라서 미술이 발전하여 미술의 사회적 중요성이 상대적으로 높았던 프랑스, 독일 등 대륙법계 국가가 상대적으로 그렇지 못했던 미국, 영국 등 영미법계 국가에 비해서 미술품에 대한 보호범위를 더 넓게 하고 보호수준도 더 높게 하게 된 것이다.

그런데 이는 과거의 이야기이고 20세기에는 영국이나 미국에서도 미술의 발전이 두드러진다. 영국에서 20세기 초에 현대조각가 헨리 무어(Henry Moore)의 모더니즘 조각이 나타나고 1950년대 초에는 세계 최초로 팝아트가 일어난다. 미국에서도 2차 세계대전 이후인 1960년대와 1970년대에 팝아트, 미니멀 아트, 극사실주의 등이 새로 자리를 내리고 미술 활동이 풍부해졌다. 미국과 영국에서 저작권산권의 대상인 미술저작물의 범위에 있어서 현대적 의미의 미술을 특히 넓게 인정하고 있는 것은 미국과 영국에서 현대 미술이 매우 발전한 것과 관련이 있는 것이다. 현재 미국과 영국은 세계에서 가장 큰 미술시장이다. 이러한 점에서 보면 프랑스, 독일 뿐 아니라 미국과 영국도 미술품에 대한 보호수준을 높이고 범위를 넓히게 될 것이 분명하다.

II. 미술가와 미술저작물의 관계

미술이 인간과 사회에 있어서 수행하는 기능은 지대한 것이어서 그러한 기능을 제대로 수행할 수 있도록 ‘특별한 보호’를 해야 한다는 것은 위에서 본바와 같다. 그런데 가보(家寶)나 값비싼 물건과 같이 주관적 또는 객관적으로 가치 있는 물품도 원형 그대로 보호되어야 하고 ‘특별한’ 보호를 받아야 한다고 주장될 수 있다. 또 미술이 아무리 중요한 기능을 수행한다고 해도 저작권권이 아닌 다른 법리로 원작 보호 등을 하면 된다고 주장될 수 있다. 앞에서 본바와 같이 미국의 실용주의 철학자 듀이, 산타야나, 에머슨, 로티 등도 미술에 대한 특별한 보호의 필요성을 주장했지만 이것이 곧 저작권권에 의한 보호를 의미하는 것은 아니다. 따라서 미술품이 사회에서 가지는 기능이 중요하다는 이유만으로 미술품이 일반 물품과 달리

65) Matthew Arnold, *Copyright* (Fortnightly Review, 1980), pp. 132-133.

저작인격권이라는 제도적 보호를 받아야 하는 이유에 대한 해답을 준다고 하기 어렵다.

주지하다시피 저작인격권이란 저작자가 저작물에 대하여 가지는 인격적·정신적 권리를 말하는 것이다. 따라서 작가가 왜 미술저작물에 대해 인격적·정신적 권리를 가지는지 하는 것을 규명해야 할 필요가 있다. 이는 곧 작가와 그 창작의 산물인 미술저작물이 어떤 관계를 가지는지를 규명할 필요가 있는 것이다. 미술저작물이 작가의 분신이라거나, 작가의 인격이나 정신과 매우 긴밀한 관계를 가진다고 본다면 미술저작물의 손상은 곧 그 작가의 인격이나 명예에 대한 손상이 될 것이다. 따라서 그 미술가의 저작인격권 보호는 미술가의 자유권과 같이 높은 수준으로 보호되어야 할 것이다. 반대로 미술저작물은 미술가의 인격이나 정신과 완전히 분리되고 하나의 물건에 불과하다면 저작인격권이 아닌 다른 법리로 보호하게 될 것이다. 또 보호 수준에 있어서도 미술저작물이 작가의 분신이라거나, 작가의 인격이나 정신과 매우 긴밀한 관계를 가진다고 보는 입장에 비해서는 낮을 수밖에 없을 것이다.

1. 서양

가. 고대에서 프랑스 대혁명 이전

그리스 시대에 이미 예술은 자연이나 대상에 대한 ‘재현’이라고 본 이래, 서양에서는 다소의 변화는 있었지만 약 2000년 동안 그 기초가 유지된다. 이러한 철학적 기초는 자연에 대한 ‘표현’이라고 보는 견해에 비해, 작가와 미술저작물의 관계의 끈이 매우 느슨한 것으로 볼 수 있다.

미의 본질을 이론적으로 파악하려고 하는 최초의 시도는 피타고라스(Pythagoras) 학파에 속하는 그리스 철학자들에 의해서 이루어졌는데 그들은 미(美)란 물질적 대상 형식의 구조 속에서 표출되는, 자연의 객관적 법칙이라고 주장했다.⁶⁶⁾ 그들은 미는 수(數)와 수의 조화라고 하는 창시적 성질을 가진 최초의 명제를 도출한 것이다.⁶⁷⁾

소크라테스(Socrates)는 예술은 자연의 ‘모방’으로 보았고 미를 상대적인 것으로 파악했다.⁶⁸⁾ 아리스토텔레스는 예술을 인간 인식활동의 제 형태 중 하나로 보았다. 그는 미적 만족의 원천은 이데아나 기타 선형적 본질 중에서 찾지 않고 인식에 대

66) Kagan, 앞의 책, p. 82.

67) 易中天, 앞의 책, p. 63.

68) 소련과학 아카데미(련), 앞의 책, p. 45.

한 인간의 실제적 관심 중에서 간취한다.⁶⁹⁾ 그는 어떤 제작은 대상과 사건의 ‘모방’ 또는 ‘재현’이라고 보면서 모방적 기술을 (1) 색채와 드로잉을 통해 시각적 외양을 모방하는 기술, (2) 운문·노래·춤을 통해 인간 행위를 모방하는 기술로 나누었다.⁷⁰⁾ 아리스토텔레스 미학 사상의 핵심은 예술 ‘모방설’이었다. 체르니셰프스키는 아리스토텔레스를 가리켜 “처음으로 독립적인 체계를 가지고 미학의 개념을 해석한 인물이며 그의 개념은 2000여 년 동안 강력하게 군림했다.”고 할 정도로⁷¹⁾ 아리스토텔레스의 영향은 지대한 것이었다. 피타고라스, 소크라테스, 플라톤은 미는 객관적이라는 공통된 기초를 가지고 있었는데 이는 고대 그리스·로마 미학의 기초였으며 심지어 칸트 이전까지 서양미학의 공통된 기초였다.⁷²⁾

중세의 아우구스티누스(Aurelius Augustinus)는 미는 통일성, 비례, 질서에서 생겨나서 그 찬양할만한 불변성을 함께 나눈다고 했는데⁷³⁾ 이러한 믿음은 유럽 중세의 미에 대한 철학적 기초가 되었다. 토마스 아퀴나스(Thomas Aquinas)는 아리스토텔레스의 모방론을 부활시켜 예술은 자연을 ‘모방’하는 것이며 신의 작품을 ‘모방’하는 것이라고 주장했다.⁷⁴⁾

르네상스 시대의 예술은 수공예 및 과학과는 동떨어진 별도의 부류로 취급받기 시작하였고 그 후 예술가의 지위는 올라간다.⁷⁵⁾ 휴머니스트들은 미의 객관성과 예술 법칙의 제 개념에 비추어 미학의 기본적 문제를 해결하려고 한다. 휴머니스트들은 무엇보다도 우선 예술에서 미의 가장 완성된 창조물인 자연과 인간을 ‘재현’할 것을 요구한다. 그러나 휴머니스트에 있어 자연에의 충실함은 자연에 대한 맹목적인 모방을 의미하지는 않는다.⁷⁶⁾

17세기 프랑스의 고전주의 이론가 니콜라 보알로(Nicolas Boileau)는 미학의 기본적인 제 원칙 중 첫째는 모든 면에서 고대 그리스 문화를 모범으로 삼아야 한다는 것이었다.⁷⁷⁾ 고전주의자들은 예술 창조에 있어서 이성을 최고의 권위에 올려놓는 공헌을 했다. 프랑스 계몽주의 미학의 대표자인 데니 디드로(Denis Diderot)의 미학의 핵심은 ‘관계에 대한 감각’인데 인간을 중심으로 하는 근대 표현론에 영향을 미친다. 17세기에는 프랑스 아카데미에서의 ‘이상적 모방론’이 주도적으로 되는데 이상

69) 위의 책, p. 47.

70) Beardsley, 앞의 책, p. 32.

71) 易中天, 앞의 책, p. 311.

72) 위의 책, p. 69.

73) Beardsley, 앞의 책, p. 102.

74) 易中天, 앞의 책, p. 315.

75) Tatariewicz, 앞의 책, p. 30.

76) 소련과학 아카데미(련), 앞의 책, pp. 84-85.

77) 위의 책, pp. 88-89.

적 모방론에서 ‘이상적’이란 본질적인 것, 특징적인 것, 훌륭한 것을 다양하게 한 비례 가운데 결합시키는 것이다. 문학이론에서 그랬듯이 개별적인 것 보다 보편적인 것의 모방을 의미하였다.⁷⁸⁾

독일 계몽주의에 있어서 미학 발전에 큰 영향을 끼친 빈켈만(Johann Joachim Winckelmann)은 고대 예술에 대한 열렬한 숭배자였다.⁷⁹⁾ 헤르더(Johann Gottfried von Herder)의 미학은 예술에서의 리얼리즘 원칙을 옹호한다. 그에 의하면 미의 원인은 필연적으로 살아있는 자연 속에 존재하지 않으면 안 된다고 한다. 그는 미를 완전성의 침투, 형식, 감성적 표현으로 규정한다.⁸⁰⁾ 이렇게 그리스로부터 18세기에 이르기 까지 서양 예술론은 자연에 대한 ‘재현’에 중점을 두고 있다.

나. 프랑스 대혁명 이후

칸트 이후 서양미학은 자연이나 대상에 대한 ‘재현’이 아닌 ‘표현’이라고 보는 경향이 강하다. 이는 미술에 있어 양의 추구에서 질의 추구로 전환하는 것을 의미하는데 주관적인 정신세계를 추구하는 것이고 미술가의 정신이나 인격이 미술품에 반영된다고 보는 것이어서 미술가와 미술품의 관계를 매우 긴밀한 것으로 파악하는 것이다.

칸트 이후 서양미학은 총체적으로 이미 객관론에서 주관론으로, 모방론에서 표현론으로, 미의 철학에서 심미심리학으로 방향을 바꾸었을 정도로⁸¹⁾ 칸트는 서양 미학사에서 획기적인 인물이었다. 그는 ‘자유 의지’가 인간의 본질적인 것이라고 주장했다.⁸²⁾ 이러한 사상을 따르면 예술 작품은 사람의 의지에 따라서 창조된 것이고 인간의 ‘내적 사상’의 행위와 개념이 시각적 창조물로 표현된 것이다.⁸³⁾ 칸트에 있어서 예술은 바로 상상력과 오성의 자유로운 놀이의 과정의 결과물이고 미적 예술이란 천재의 예술이다. 이때 천재란 “예술에 규칙을 부여하는 재능”을 말한다.⁸⁴⁾ 칸트는 인간의 존엄성을 인정했지만 어느 특정 계층에 한정된 것은 아니었으며 전 세계적인 요소로 만들려고 했다. 헤겔은 일부 의견을 달리했지만 자유 의지가 인간에게 있어 가장 중요한 개념이라는 것에는 동의했다.⁸⁵⁾ 헤겔은 창작성이 있는 물건은 작가의 ‘인격의 연장’이

78) Beardsley, 앞의 책, p. 167.

79) 위의 책, pp. 112-113.

80) 위의 책, p. 121.

81) 易中天, 앞의 책, p. 136.

82) Yassky, *op. cit.*, p. 2.

83) *Ibid.*, p. 3.

84) 남정우, “취미의 미학과 역사적 미학 : 칸트와 헤겔 미학의 인식론적 지평에서의 비교 고찰”, 『철학사상문화』, 2005, 2, pp. 137-139.

라고 보았다.⁸⁶⁾

프랑스 대혁명은 이러한 사상의 정서적 근거가 되었다. 프랑스의 평민들에 의한 전쟁에서의 승리는 유토피아적 태도의 개념을 탄생하게 했다. 혁명과 함께 평민들을 위한 힘의 새로운 느낌이 온 것이다. 철학적으로 보면 새로운 프랑스의 시민들은 새로운 사회에서 완전히 새로운 빛을 보았다. 혁명의 중요한 단계는 ‘민족주의’이다. 문화는 새로운 제국의 보호 하에서 완전히 자유로웠고 통합과 문화적 자부심은 새로운 동력을 얻어갔다. 1789년의 ‘인간과 시민의 권리에 관한 프랑스 선언’은 유럽 전역에 퍼져갔고 프랑스만이 고립된 섬이 아니었다. 새로운 시민법은 재물과 소유권을 “법이나 규정에 의해 금지된 사용이 없는 한 가장 절대적인 방법으로 즐길 수 있는”으로 단순화할 수 있다. 칸트는 새로운 시대의 ‘계몽’이란 “예술과 과학을 좋아하는 국가의 우두머리가 그들의 추론을 공적으로 만들고 현존하는 법에 대한 솔직한 비판을 더 낮게 뼈대를 갖추는 행위에 대한 사상을 공론화하는 주제를 허용하는 것이 위험하지 않다는 것을 이해하는 것”이라고 했다. 그의 이러한 표현의 자유사상은 프랑스 법의 여러 분야에 녹아들어갔는데 이러한 아이디어는 개인화, 징벌의 두려움 없는 창작의 자유, 작품의 국왕의 수수료가 없는 자유와 같은 것들이었다. 이러한 제한되지 않은 창작의 개념은 철학자, 문학가, 음악가, 미술가들에게 이미 알려져 있지 않은 수준까지 혼을 불러일으켰다.⁸⁷⁾ 프랑스 대혁명은 프랑스 철학자인 알베르 소렐(J. Albert Sorel)이 적절하게 지적하듯이 국왕(제국)의 권리에서 ‘인간’의 권리로의 개념 변화였다. 이는 곧 신의 이름에서 자연의 이름으로 바뀐 베이컨 학파의 개념의 시작이었다. 인간을 더 이상 신의 아들이 아닌 지각력 없는 자연의 산물로 인식하기 시작했다.⁸⁸⁾ 이러한 사상은 미술에 큰 영향을 미쳐 이전의 미술과는 상당히 다르게 전개되었다. 마네와 같은 인상주의 작가들의 전시회는 보수적인 미술가로부터 격렬한 비난을 불러일으키고 신문에서 조롱을 받을 정도로 그 이전의 미술과 확연하게 구분되는 것이었다.⁸⁹⁾

셸링(Friedrich Wilhelm Joseph von Schelling) 철학의 핵심은 자아의식인데 그는 예술은 의식적 활동과 무의식적 활동의 통일이라고 주장했다.⁹⁰⁾ 셸링은 자아가 스스로 객관과 주관 사이의 근원적 조화를 인식할 수 있다는 견지에서, 즉 ‘정신의 자기적관’이 이루어진다는 견지에서 예술을 고찰한다. 이 정신의 자기적관은 예술작품의 직관 속에서만 가능하다. 예술작품은 창조적인 천재성의 소산이다. 창조적인 활

85) Jeanne L. Schroeder, "Unnatural Rights : Hegel and Intellectual Property", *University of Miami Law Journal*, 2006, 60, p. 490.

86) Larsen, *op. cit.*, p. 25.

87) Yassky, *op. cit.*, p. 34.

88) Larsen, *op. cit.*, p. 106.

89) Gombrich, *The Story of Art*, p. 507, p. 515, p. 519.

90) 易中天, 앞의 책, p. 329.

동은 자유로움과 동시에 강제적으로 따르고 자각적임과 동시에 무자각적이며 미리 의도된 것임과 동시에 총동적이다.⁹¹⁾ 셸링은 칸트나 쉐러를 좇아 예술가의 창조를 ‘수공업 직인의 작품’과 구별하고 있다. 예술작품은 ‘절대로 자유로운 창조활동’의 소산임에 대해 수공업의 제품은 어떤 외적 목표를 추구하는 것이다.⁹²⁾ 피히테는 특히 예술작품의 ‘정신’에 주의를 집중한다. 그는 ‘정신’이라는 개념을 기초로, ‘예술가의 내적 성향’과 예술가의 자유로운 창조활동의 표현을 이해하고 있다.⁹³⁾

루카치는 예술에 있어서 창작자의 ‘인격’을 중요하게 다루고 있다.⁹⁴⁾ 그는 예술에 있어 독창성을 매우 중요한 요소로 논하면서 예술이 내용이나 형식에 있어서 이제까지 생산해낸 것이 아닌 현실 자체를 지향한다는 의미의 예술적 독창성은 다른 아니라 사회적·역사적 발전이 새로 만들어낸 것을 신속히 찾아내고 발전하는 역할을 통해 나타난다고 주장한다.⁹⁵⁾ 또 독창성은 객관적 현실의 충실 내지 재생산과 결합되어 있다고 한다.⁹⁶⁾

서양에서 2000여 년 동안 강력하게 군림하던 모방설에서 벗어나 표현설이 정식으로 미학이론이 된 것은 근대 이후이다. 영미 미학계에서는 표현론을 ‘크로체-콜링우드 이론’이라고 부른다. 크로체는 직관이란 사물의 본성을 즉각적으로 통찰하는 신비한 능력이 결코 아니고 모든 인간이 가지고 있는, 또 그래야만 하는, 심상의 산출 능력이며 우리에게 얹어 일어나는 가장 기본적인 방식을 의미한다고 한다.⁹⁷⁾ 그에 의하면 모든 사람은 기본적으로 예술가이고 예술의 뿌리는 인간의 본질에 까지 뻗쳐 있음에도 그것을 일상의 정신적 삶과 유리시켜 특수 기능이나 귀족 예호물의 한 종류로 만들어버렸던 것은 예술과 미학에 대한 오해에서 비롯된 것이라고 진단한다. 물론 양적으로 예술가는 “영혼의 어떤 복잡한 상태를 온전하게 다 표현해내는 재주나 기질이 남다르게 뛰어난 사람”이라고 하여 양적인 차이는 인정한다.⁹⁸⁾ 콜링우드는 상상적이고 표현적인, 그리고 가치적인 감정으로서의 예술과 우리가 흔히 예술로 오인하는 것, 즉 기예나 기술을 구별한다. 그리하여 그는 논증의 첫 단계로 예술이 아닌 것들의 특징을 제시한다. 콜링우드의 견해는 예술은 결코 ‘모방’이 아니라는 것을 의미한다. 그가 기술의 사례로 간주하는 것은 모방적인 예술에 그치기 때문이다.⁹⁹⁾ 콜링우드에 의하면 감상자는 예술가가 경험한 감정의 표현을 성실하게 자기

91) 위의 책, p. 151.

92) 위의 책, p. 152.

93) 소련과학 아카데미(편), 앞의 책, p. 149.

94) Lukács, 앞의 책, pp. 190-194.

95) 위의 책, pp. 200-201.

96) 위의 책, p. 238.

97) 미학대개간행회(편), 『미학의 역사』, p. 529.

98) 위의 책, p. 531.

자신의 것으로 마음 안에서 재구성한다. 그렇게 함으로써 감상자는 자기 자신의 예술적 재창조를 성취하는 것이다. 감상자는 제2의 예술가가 된다. 그는 감상자가 수행하는 재창조와 협력적 기능을 열어놓고 있으며 집단적 정체성(collective identity)의 시각에서 예술작품의 존재론적 지위를 해명함으로써 포스트 모던 시대의 예술 애호가들에게 호소력 있는 예술론을 제시하고 있다는 평가를 받는다.¹⁰⁰⁾

서양에서 미술이 ‘재현’에서 ‘표현’으로 중점이 옮겨갔는데 국가별로 그 시기가 일치하지는 않는다. 프랑스나 독일은 1860년대에 인상주의의 출현과 함께 사실주의에의 집착을 포기하기 시작해서 19세기 프랑스에서는 낭만주의, 신인상주의, 후기인상주의, 상징주의 등이 나타났고 독일도 낭만주의와 현실주의가 유행했다. 이에 반해 영국은 19세기 중엽 매너리즘에 젖은 공허한 예술이 유행하면서 퇴폐적인 분위기가 팽배했었고¹⁰¹⁾ 1870년대에 프랑스의 인상주의가 영향을 미치기 시작하지만 라파엘로 전파, 고전 아카데미파와 같은 경향이 강했다. 심지어 미국에서는 1950년대까지 사실주의에 집착했다. 미술에 있어 중점이 ‘재현’에서 ‘표현’으로 옮겨간 시기는 프랑스나 독일이 가장 빨랐고 영국이 그 다음이었으며 미국은 100년 정도 늦게 옮겨간 것이다.

2. 동양

가. 중국

서양에서 약 2000년 동안 모방설이 지속되어 오다가 프랑스 대혁명 이후 칸트로부터 표현론이 나오기 시작하는데 반해서 중국은 고대로부터 서양의 표현론과 같이, 인간의 품성이 미술 작품에 드러난다는 철학을 가지고 있었다.

周來祥은 중국 고전미학의 발전은 역사적으로 3단계를 거쳤다고 설명한다. 첫 번째는 선진(先秦)시대부터 당나라 중반까지로 이 시기를 사회학적 관점에서 보면 노예사회와 봉건제 전기사회이지만 미학적 관점으로 보면 장미(壯美) 이상과 사실(寫實)의 경향에 치우쳐 본질상으로 일치하여 근본적인 미학적 차이는 없다. 이후 두 번째 단계인 당나라 말기에서 명나라 중반 사이에는 미적 이상이 장미에서 우미(優美)로, 사실에서 사의(寫意)로 전향하였다. 마지막으로 명나라 중반 이후의 세 번째 단계에서는 자본주의의 맹아에 따라 그 시대적 특색을 가진 낭만사조와 근대의 비판적 성격을 보이는 현실주의가 나타나 심미이상도 우미에서 근대의 숭고로 발전하

99) 위의 책, pp. 539-540.

100) 위의 책, p. 544.

101) 白堊, 앞의 책, p. 250.

었다는 것이다.¹⁰²⁾ 周來祥에 따르면 중국 미술에서 중점이 ‘재현’(사실)에서 ‘표현’(사의)으로 옮겨간 시기는 당나라 말기에서 명나라 중반 사이라는 것이다.

중국 역사상 수 없이 많은 사상가와 학자, 예술가들이 미술에 있어 작가의 인격이 가장 중요하다는 사상을 가지고 있었다. 맹자(孟子)의 미학은 ‘인격’에 관한 미학이었다. 맹자는 사람의 마음속이浩然지기(浩然之氣)로 가득 차 때가 바로 ‘미’라고 주장한다.¹⁰³⁾ ‘호연지기’라는 말은 『맹자』 공손추(公孫丑) 상편에 나오는데, 인격의 이상적 기상을 말하는 것으로 문천상(文天祥)이 말하는 ‘정기(正氣)’와 같은 것이다.

중국에서 회화에 대한 원리로 처음 정립된 것은 육조 초기 고개지(顧愷之)의 신기론(神機論)과 사혁(謝赫)의 육법론(六法論)이었다. 이들의 제1의 주관은 작품은 오직 작가의 인격에 있었다.¹⁰⁴⁾ 사혁의 『고화품록(古畫品錄)』에 나오는 육법은 기운생동(氣韻生動), 골법용필(骨法用筆), 응물상형(應物象形), 수류부채(隨類賦彩), 경영위치(經營位置), 전이모사(傳移模寫)이다. 특히 ‘기운생동’은 동양화가들의 절대적인 신조가 되었는데 “인품이 고상하니 기운이 높지 않을 리 없고 기운이 이미 높으니 생동함이 지극하지 않을 리 없다.”는 말에서 알 수 있듯이 ‘인품’을 중요하게 본 것이다.¹⁰⁵⁾ 중국의 사의화(寫意畫)는 먹으로 채색을 하였는데 붓과 먹의 결합, 골(骨)과 육(肉)의 결합은 필법을 위주로 하고 묵법을 보조수단으로 하며 묵법만 있고 필법이 없고 살집만 있고 뼈가 없는 것을 반대하였다. 진나라의 시인 유곤(兪巖)은 『도서견문지서론(圖書見聞志跋論)』에서 인품이 이미 높으면 기운이 높지 않을 수 없고, 기운이 높으면 생동하지 않을 수 없으니, 이른바 신묘하게 되고 또 신묘하게 되어 능히 정광을 발하게 되는 것이라고 했다.¹⁰⁶⁾ 형호는 『필법기(筆法記)』에서 그림을 그리는 목표가 사(似)로 진(眞)을 얻는 것이 아니라 물상을 ‘심중’으로 헤아려 물상의 진을 취하는, 다시 말해서 진리를 도모하는 것(圖眞)임을 밝혔다.¹⁰⁷⁾ 장언원(張彥遠)은 “옛 그림은 혹 형사(形寫) 밖의 것을 그림에서 구하였다. 이것은 가히 속인과 더불어 말하기 어려운 것이다. 그런데 오늘날의 그림은 비록 형사는 획득했으나 기운이 살아 있지 못한데, 기운을 그림에서 구한다면 형사는 자연히 그 속에 있게 될 것이다.”라고 했다.¹⁰⁸⁾ 서양에서는 모방에 치우쳐 있기 때문에 색채를 선보다 우선하는¹⁰⁹⁾ 것과 비교하면 큰 차이가 있다.

102) 周來祥, 앞의 책, pp. 6-7.

103) 易中天, 앞의 책, p. 378.

104) 허건, 『남종회화사』(서울:서문당, 1994), p. 23.

105) 위의 책, pp. 24-25.

106) 兪巖, 『圖書見聞志跋論』 “人品既已高矣 氣韻不得高 氣韻既已高矣 生動不得不至 所謂神之又神而能精焉”

107) 張彥遠 외, 『중국화론선집』, 김기주 역주(서울:미술문화, 2002), p. 109.

108) 위의 책, pp. 84-85.

109) 周來祥, 앞의 책, p. 55.

당나라의 왕유(王維)가 그림 속에 시가 있기를 추구한 이래로 표현·서정·사의가 점차로 회화미학의 원칙이 되었다.¹¹⁰⁾ 장순민(張舜民)은 시는 소리 없는 그림이고 그림은 형체 있는 시라고 하였고, 섭섭(葉燮)은 그림은 물과 소리가 없는 시이고, 시는 물과 색깔이 없는 그림이라고 하였다.¹¹¹⁾

소식(蘇軾, 蘇東坡)에 의하면 화가와 시인의 작품에서 체일의 의의를 갖는 것은 영감이고 또한 ‘자기감정’의 자유롭고 자연스런 ‘표현’이다. 그러나 영감 외에 화가는 뛰어난 기술도 가져야 한다고 주장했다.¹¹²⁾ 소식은 시와 그림은 본래 같은 규율을 가지고 있고 시속에 그림이 있고 그림 속에 시가 있다고 주장하였다. 소식은 “대나무가 처음 나오면서 1촌 정도의 싹일 뿐 이지만 마디와 잎이 갖추어져 있다. 이것은 매미가 껍질을 벗고 나오고 뱀이 허물을 벗는 것과 같이 시작하여 칼을 높이 뽑아든 것처럼 길이가 8장의 높이가 되기까지는 자라나면서 있게 된 것이다. 지금 그림을 그리는 사람들은 마디를 그리고 잎을 쌓아가게 된다면 어찌 대나무가 있겠는가? 때문에 대나무를 그릴 때는 반드시 먼저 마음속에 대나무를 심어 놓고 붓을 잡고서 자세히 관찰하여야 한다. 다음에는 그리고 싶은 마음이 생길 때 제빠르게 그에 따라 시작하고 붓을 휘두르면 곧바로 그것을 따라 그 관찰한 바에 따라야 한다.”고 했다.¹¹³⁾ 괄약허(郭若虛)는 ‘인품’이 이미 높으면 기운이 높지 않을 수 없고 기운이 이미 높으면 생동감이 이르지 않을 수 없다고 했다.¹¹⁴⁾ 괄희(郭熙)는 『임천고치(林泉高致)』에서 “평화롭고 화평하며 정직하고 자애로우며 그 입장이 되어 보살피는 마음이 자연스럽게 우러나오는 마음의 경지가 되면 사람의 웃고 우는 실제 사정과 형상이라든지, 사물이 뾰족하거나 비스듬한 것, 자빠지거나 기울어진 것 등이 자연스럽게 마음속에 펼쳐지게 되어, 그것을 알지 못하는 사이에 붓 아래에 나타나게 될 것이다.”라고 했다.¹¹⁵⁾ 약가(岳珂)는, 서법은 비록 일예(一藝)이지만 사람의 품격정신을 근본으로 하기 때문에 ‘인품’이 높을수록 서법의 격이 높아진다고 하였다.¹¹⁶⁾ 이지(李贄)는 당시까지 여전히 문인들의 고상한 취미였던 예술 보다는 평민들의 속된 예술에 주목한다. 평민적이고 세속적인 선종의 영향을 받은 이지 사상의 핵심은 ‘마음’이다.¹¹⁷⁾ 왕유는 남종화(南宗畫)의 창시자라고 알려져 있는데 황공망(黃公望), 오진(吳璉), 예찬(倪瓚),

110) 위의 책, p. 125.

111) 위의 책, p. 123.

112) 소련과학 아카데미(편), 앞의 책, p. 69.

113) 蘇軾, 『文與可畫員當穀假竹記』 “竹之始生, 一寸之萌耳, 而節葉具之焉. 自矜腹蛇以至於劍拔十尋者, 生而有之也. 今畫者乃節節而爲之, 葉葉而累之, 豈復有竹乎. 故畫竹必先心得成竹於胸中, 執筆熟視, 乃見其所欲畫者, 急其從之, 振筆直遂, 以追其所見”

114) 郭若虛, 『論氣韻非師』(출판연도 미상) “人品既已高矣 氣韻不得不高, 氣韻既已高矣 生動不得不至”

115) 張彥遠 외, 앞의 책, p. 160.

116) 나종민, 『18세기 조선시대의 예술론』(과주:한국학술정보, 2009), p. 139.

117) 易中天, 앞의 책, pp. 441-442.

왕몽(王蒙) 등 이른바 원말 사대가에 의해 순남종화(純南宗畫)라는 것이 확립되어 중국 회화 사상에 큰 전환기를 맞는다.¹¹⁸⁾

명나라의 화가이자 화론가인 동기창(董其昌)은 『화지(畫旨)』에서 “화가의 육법(六法) 중 그 첫 번째는 기운생동이다. 기운은 배울 수 있는 것이 아니다. 기운은 태어나면서 알고 있는 것, 처음부터 그러하게 하늘로부터 부여받은 것이다. 그러나 또한 배워서 얻을 수 있는 것도 있다. 만 권의 책을 읽고 만 리의 길을 가면 가슴 속에서 세속의 혼탁한 먼지가 털려나가 자연히 언덕과 골짜기가 가슴 안에서 경영되며 성곽이 성립될 것이니, 뒤쫓아 손이 가는대로 그려내면 모든 것이 산수(山水) 전신(傳神)이 될 것이다.”라고 했다.¹¹⁹⁾ 전신이라는 말은 정신을 전한다는 뜻으로 고개지에 의해 제시되면서 중국 회화의 중요한 특징이 되었다.

명대에는 독창적인 견해가 적었던데 반해 청대에는 진보적인 견해를 보인다. 개성주의 화가이자 회화 이론가인 석도(石濤)는 “먹의 바다 한가운데서 땅의 정기와 하늘의 신묘함을 내 몸에 새우고, 예리한 붓끝 아래서 살아 움직이는 나의 ‘체험’을 구현하고 작은 화면 위에서 대자연의 나의 예술로 둔갑시키고 혼돈의 암흑 속에서 번뜩이는 빛을 발한다. 설령 그 빛이 남이 흔히 옳다고 말하는 그 빛이 아니며 그 먹이 남이 흔히 옳다고 말하는 그 먹이 아니며 그 그림이 남이 흔히 옳다고 말하는 그림이 아니라고 하자. 거기에 내가 존재함은 그러한 것이니 그 나는 도무지 부정할 길이 없는 것이 아닌가?”라고 했다.¹²⁰⁾ 왕승건(王僧虔)은 서예의 정수는 내면의 기운을 드러냄이 으뜸이니, 형상의 교묘함은 그것에 미칠 바가 못 된다고 했다.¹²¹⁾

周來祥에 따르면 중국 고대는 주체의 연구를, 서양 고대는 객체의 연구를 중시하였다. 중국이 직면한 주체 세계, 즉 이 주체는 사회주체, 군체주체로 인간의 본성(성선설, 성악설)을 탐구하는 일종의 사회 주체에 치우친 철학과 문화이다. 중국 고대는 사회에 대한 연구에 치우쳐 있고 서양 고대는 자연에 대한 연구에 치우쳐 있다. 중국은 인간과 인간 사이의 모순 해결에, 서양은 인간과 자연의 관계에 주안점을 두었다. 따라서 중국은 윤리와 정치에 치우친 사회학이, 서양은 자연과학이 발전하였다. 중국 고대는 주체 세계의 선을 추구하는데 치중하였고 서양 고대는 객관 세계의 진을 추구하는데 치중하였다. 상대적으로 말해서 중국 고대에는 표현 예술이 아주 번영하였다. 따라서 중국 고전예술은 일반적으로 의경의 창조에 치우치게 되었고 서양은 예술 전형의 창조에 치우쳤다. 왜냐하면 서양 고전예술이 재현과 객관과 감성과 개별에 치우쳐 있기 때문이다.¹²²⁾ 중국은 인격의 완벽성을, 서양은 진리의 획득을 최

고의 경계로 삼았다.

동양과 서양의 예술에 대한 개념이나 특질을 비교해 보면 거기에는 커다란 차이가 있음을 알 수 있다. 회화를 예로 들면, 동양에서는 묘사의 기교보다 대상을 통해 그 자체의 정신을 ‘표현’하는 것을 무엇보다도 중시한다. 그래서 기술적인 면보다 ‘그림이 곧 사람’이라 하여 화가는 인격 도야에 힘썼다. 이러한 현상은 고대 중국의 미학 사상에서 영향 받은 바 크다. 서양은 합리적인 사고로 대상을 있는 그대로 그려 내려는 경향이 짙다. 그렇기 때문에 묘사 기술에 중점을 둔다. 동양은 표현과 서정과 언지(言志)에, 서양은 재현과 모방과 사실에 치우쳐 있다. 모방은 고대 그리스 미학의 보편적 원칙이다.¹²³⁾ 다만 고대 중국과 고대 서양의 미학과 예술은 표현 또는 재현에 치우쳤지만 이것은 각기 치우친 것일 뿐 어느 한쪽을 소홀히 한 것도 아니고 양자가 첨예하게 대립한 것도 아니고 피차가 서로를 부정할 것도 아니며 시종 서로 분리될 수도 없는 것이다. 다른 점은 화해 결합에서 다른 양과 다른 주도적인 방법이 있다는 것뿐이다.¹²⁴⁾

나. 인도

인도의 상류 카스트 주로 사제 카스트에 의해서 많은 사원을 통해 대중 속에 뿌리내린 예술은 브라만의 이데올로기를 기초로 한다. 브라만교는 이슬람교를 제외하면 다른 모든 인도 종교와 마찬가지로 직접적인 모습으로 또한 극히 광범하게 조각과 조화된 건축술과 회화를 주민에 대해 영향을 주기 위해서 이용하였다.¹²⁵⁾ 예술의 목적은 신의 생활의 미를 그리는데 있었다. 브라만교의 철학에 따르면 인간은 관조적 내성과 창조적 공상의 도움에 의해 신으로 고양될 수 있다. 따라서 브라만교의 미학은 형상의 추상성을 지향한다. 예술의 목적은 자연 형태의 ‘모사’가 아니라 그들 형태가 그것에 의해 ‘표현’되는 상징을 고결하게 하는 것이다.¹²⁶⁾ 브라만교는 불교와 마찬가지로 예술가에 대해서 매우 수준을 요구한다. 한 문헌에는 “(화가)는 게으르지 않고 화를 잘 내지 않고 신심이 깊고 학문이 있고 자제심이 많고 신의 뜻에 맞는 것이 깊은 좋은 인간이어야 한다. 화가의 성격은 이러한 것이어야 한다.”라고 적혀 있다. 예술가는 외계가 그 현상 속에 숨기고 있는 정신적 본질을 인식해야 하고 그것을 인식할 때 예술가는 이 본질에 대한 자신의 시력을 자신이 창조하는 형식에 의해서 타인에게 전달할 수 있다고 한다.¹²⁷⁾

118) 허건, 앞의 책, p. 81, p. 226.

119) 董其昌, 『畫眼』, 변영섭·안영기·박은화·조충식 역(서울:시공사, 2004), p. 11.

120) 김용옥, 『석도화론』(서울:통나무, 1992), pp. 98-99.

121) 王僧虔, 『筆意贊』(출판연도 미상) “書之妙道 神彩爲上 形質次之”

122) 周來祥, 앞의 책, pp. 266-267.

123) 위의 책, p. 212.

124) 위의 책, p. 124.

125) 소련과학 아카데미(편), 앞의 책, p. 74.

126) 위의 책, p. 76.

127) 위의 책, p. 79.

3. 소결론

서양에서는 그리스 이후 18세기에 이르기까지 미술을 자연이나 대상에 대한 ‘재현’이라고 보는 입장이었다. 그러다가 칸트 이후 작가의 개성이 담긴 ‘표현’이라는 입장으로 변화하게 된다. 고프리치는 회화의 역사는 ‘재현’에서 ‘표현’으로 옮겨 갔다고 주장했는데,¹²⁸⁾ 회화 뿐 아니라 미술의 역사는 ‘재현’에서 ‘표현’으로 옮겨 간 것이다. 그런데 시기적으로 프랑스나 독일이 먼저 그러한 인식 변화를 하게 되었고 영국은 그보다 늦었으며 심지어 미국은 100년 정도 늦게 변화했다.

미술을 자연에 대한 ‘재현’이 아닌 ‘표현’으로 보고 미술저작물에 작가의 인격과 정신이 담겨 있는 것으로 보면 미술저작물의 손상은 곧 그 작가의 인격이나 명예에 대한 손상이 되는 것이어서 미술가의 저작권권이 보호받아야 하는 것은 너무나 당연한 일이다. 또 그 보호수준에 있어서도 개인의 자유권과 같이 매우 높게 보호받아야 하는 것이다. 그 반대의 경우는 저작권권이 아닌 다른 법리로 보호하게 되고 저작권권 법리로 보호를 하더라도 그 보호수준을 낮게 인정할 수밖에 없다. 프랑스, 독일 중심의 대륙법계 국가에서는 미술가와 미술품의 관계가 매우 밀접하다고 보기 때문에 미술가의 저작권권의 보호수준을 높게 해왔다. 반면 영국, 미국 중심의 영미법 국가에서는 그러한 관계의 긴밀성을 인정하지 않아서 저작권권에 의한 보호를 하지 않다가 이러한 긴밀성을 조금씩 인정하게 되면서 저작권권에 의한 보호를 하기는 하되 아직 그 수준을 낮게 하고 그 범위를 좁게 하고 있는 것이다.

이를 다른 표현으로 하면, 대륙법계 국가에서는 자연권론 전통에 따라 법적 제도로서 저작권에 도덕적 관련성을 주는 작가와 그들의 지적산물 사이에 특별한 관계가 있다고 본다.¹²⁹⁾ 즉 저작자는 자신의 저작물을 지배할 자연법적 권리(natural right)를 가진다고 본다. 미국과 영국의 저작권법은 공리주의(utilitarianism)의 입장에서 저작권의 도덕적 정당화는 사회와 지적산물 간의 특별한 관계에서 연유한다고 본다. 저작권은 작가에게 부여되는 법적인 권리일 뿐 자연권으로 인정되지 않는다고 보는 전통이 있다.¹³⁰⁾ 미국 입법자들은 프랑스의 입법자들처럼 작가의 자연권을 낭만적으로 포장하기 보다는 불명확한 실용주의에 의해 실증적으로 입증하려고 하는 경향을 보이는 것이다.¹³¹⁾ 대륙법계 국가는 작가의 보호에 중점을 두었고 영미법계 국가는 문학과 예술품

128) Gombrich, *The Story of Art*, p. 7.

129) Paul Goldstein, *Copyright's Highway* (Stanford : Stanford Law and Politics, 2003), pp. 137-138.

130) Christian G. Stallberg, "Toward A New Paradigm In Justifying Copyright ; An Universalistic Transcendental Approach", *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 2008, 18, p. 333, pp. 359-360.

의 장려를 위한 공중정책의 도구로 생각했다.¹³²⁾ 지난 100년 동안 독일, 프랑스 등 유럽의 법은 작가와 출판업자의 이익에 치중했고 미국과 영국은 대중의 이익에 치중했다고 할 수 있다.¹³³⁾

이러한 시간과 정도의 차이가 본질적인 것인지에 대해서는 논란이 있을 수 있겠지만 결코 가볍지 않은 것이다. 이러한 철학적 차이는 그 국가나 사회에서의 미술의 중요성, 소유하고 있는 보호 대상 미술저작물의 양(量) 등과 결합되어 대륙법계 국가와 영미법계 국가는 미술가의 저작권권의 보호수준과 범위에 있어서 꽤 큰 차이를 보이고 있는 것이다.

중국, 인도 등 동양에서는 오래전부터 미술에 있어서 ‘재현’ 보다는 ‘표현’을 중시하였고 작가의 인격이 작품에 드러난다는 고유한 사상을 가지고 있었다. 다만 동양 사상에서는 저작권 개념이 발전하지 않아서 저작권권 보호로 직접 연결되지는 않았던 점을 주목할 필요가 있다. 동양에서도 저작권 제도가 도입되었기 때문에 필연적으로 저작권권 법리를 통해 보호하고 그 수준도 높게 할 것으로 보인다.

크게 보면 이집트 예술에서 고대 그리스 예술에 이르기까지, 다시 근대 유럽 예술에 이르기까지 갈수록 인간의 주체성이 강해진다. 헤겔이 예술 발전의 가장 높은 단계로 보는 낭만형 예술에서 예술의 본질은 오직 인간의 정신뿐이다.¹³⁴⁾ 모든 것은 예술가의 인격에 달려있다는 리오넬로 벤투리(Lionello Venturi)의 말¹³⁵⁾을 굳이 빌리지 않더라도 예술에 있어서는 예술가의 인격이 가장 중요하며 예술품은 예술가의 인격을 떠나서는 논하기 어렵다. 시기에 정도의 차이만 있을 뿐 미술품에 작가의 인격이 그대로 드러난다는 사상은 이제 세계적으로 보편적인 인식이 된 것으로 보인다.

이렇게 미술품을 미술가의 인격의 반영으로 보면 미술가와 미술품 사이의 관계를 밀접한 것으로 보게 되고 결국 저작권권이라는 법리로 미술가를 보호하게 될 것이다. 그리고 미술가의 저작권권의 보호 수준은 높고 보호 범위는 넓게 될 것이다.

131) Goldstein, *op. cit.*, p. 146.

132) Craig James Dickson, "Moral Rights : a comparative history of their development and application in civil and common law jurisdictions", Master Dissertation, University of Toronto, 2005, p. 3.

133) Siva Vaidhyanthan, "Unoriginal Sins : Copyright and American Culture", Ph. D. Dissertation, The University of Texas at Austin, 1999, p. 282.

134) 易中天, 앞의 책, pp. 197-198.

135) Lionello Venturi, 『회화의 이해』, 정진국 역 (서울:눈빛, 1999), p. 284.

제2절 미술가의 저작권역의 역사

I. 개요

앞에서 논의한대로 국가별로 미술의 사회적 기능이나 미술가와 미술품의 관계에 대한 철학 등이 미술품에 대해 특별한 보호를 할 것인지, 특별한 보호를 한다면 어떤 법리로 할 것인지, 얼마나 높은 수준과 넓은 범위의 보호를 할 것인지가 정해될 것이다. 위와 같은 논증에 더하여 그 동안 인류의 역사를 통해 미술가의 저작권역을 어떻게 보호해 왔는지, 즉 미술가의 저작권역의 보호 역사가 어떠한지를 살펴보는 것이 필요하다. 특히 앞에서 실정법과 판례를 비교한 프랑스, 독일, 영국, 미국, 중국 등의 경우를 중심으로 살펴볼 필요가 있다. 특히 중국에서 저작권 제도가 정착한 과정을 이해하는 것이 필요하다. 중국의 저작권 역사는 매우 일천하지만 대한민국과 유사한 사상적 기반을 가지고 있다. 중국은 현재 세계 3위의 미술시장이지만 세계 최고 수준의 문화적 전통을 가지고 있고, 미술시장이 급성장하고 있어서 곧 세계 최고의 미술시장이 될 것으로 예상된다. 더구나 경제대국으로서 세계의 중심이 되어가고 있어 중국의 법률과 문화가 세계 표준에 미치는 영향이 지대할 것이다. 이와 함께 중국 보다 앞서 자본주의 경제 체제를 도입하여 빨리 정착시킨 대만의 경우도 눈여겨 볼 필요가 있다.

저작권의 역사를 보면 초기단계에는 출판업자가 문학작품을 출판할 권리였다. 저작권은 원래 문학작품의 작가나 이용자의 권리가 아니었고 오늘날 논의되고 학문적으로 다루어지는 특히 새로운 기술의 발전과 변화에 따라 중요하게 다루어지는, 작가의 경제적 권리와 대중의 이익 사이의 어떠한 긴장관계도 인식되지 않았다.¹⁾ 몇몇의 지적재산권이 고대에도 인정되었지만 문화적 산출물의 개인적 또는 합동적 소유권의 확대적 개념의 예외를 빼면 17세기 이전에는 발견되지 않는다. 그러다가 저작권이 출판자의 권리로부터 작가의 권리로 옮겨간다. 그러다가 19세기를 거치면서 유럽에서 저작권이 급격하게 확대되기 시작한다. 이 시기부터 미술가의 저작권역이 보호되기 시작하고 그 보호 범위가 확대된다.

II. 시대별 고찰

1) Alina Ng, "Commercializing Motion Pictures and Sound Recordings through the Internet : Copyright Law and Technology Change", Doctor of the Science of Law Dissertation, The School of Law and the Committee on Graduate Studies of Stanford University, 2004, p. 8.

1. 고대

인간의 소유권에 대한 이야기 중 문자화된 기록은 기원전 2,800년 당시 만들어진 고대 이집트 피라미드가 최초인 것으로 알려져 있는데 사냥으로 잡은 동물의 소유권에 관한 이야기가 적혀 있다. 동물의 소유권을 결정하는 것은 사냥꾼이 표시된 화살이었다.²⁾ Nibley는 유목민들이 농경민 또는 정착민들에 대한 추론을 14세기의 역사학자 이븐 할둔(Ibn Khaldun)에게 빚을 지고 있다고 한다. 확실한 것은 고대 이집트나 메소포타미아와 같이 큰 국가들은 표시된 화살이나 원통 인장과 같은 지적재산권의 발명 없이 존재할 수 없었을 것이라는 것이다. 이들 국가에서는 당연히 유형 재산권과 지적재산권의 강화를 조장했다. 법률 시스템을 통한 이러한 권리의 강화 없이는 재산권에 대한 분쟁이 계속 일어나고 이는 폭력과 소란을 가져올 뿐이었다. 이들 국가들은 지역사회에 재산권을 확정하고 물리적인 강제를 사용함으로써 권리 소유자와 권리 비소유자 사이의 갈등을 줄이도록 요구했다.³⁾ 고대 이집트에서 종교적 문서들은 Thoth 신의 손에 의해 작성된 것으로 생각되었다. 어떤 제사장도 이 종교적 문서들의 저작권을 주장할 수 없었다. 처음에는 파라오의 사원이나 무덤의 벽에만 종교적 문서들이 발견되었다. 점차적으로 좀 더 많은 그룹의 사람들에게도 장례 등에 사본을 사용하는 것이 허용되었는데 좀 더 민주화된 것이라고 할 것이다. 기원전 1,500년에 조신(朝臣)과 귀족의 나무 관에 비밀 문장이 찍어진 것이 발견된다. 이러한 문장들은 처음에는 비밀로 취급되었다. Louvre Papyrus 3284의 6행에 “아무도 이 문장을 읽지 못하게 하라”라고 쓰여 있다. 이러한 것을 보면 고대에는 어떤 종교적 문장은 지적재산권의 종류이었거나 비밀이었거나 한 것을 알 수 있다. 종교적 문장과 종교적 의식의 이러한 보호는 유럽에서 나중에 발전한 저작권과 특허권 개념의 선구였다.⁴⁾

고대 그리스인들에게 왕과 그의 지배 엘리트에 의해 찬양된 종교적 비밀이나 미스터리 전통은 계속 되었다. 그러나 그리스인들에게는 모든 영감들이 비밀로 유지된 것은 아니었다. Walter Otto는 고대 그리스인들은 뮤즈를 신으로부터 시를 테려다가 예술가들에게 준 증개인으로 생각했다고 주장한다. Otto에게 있어 “작가의 모든 작품은 창조하는 것”이고 창작품은 표현된 것일 뿐이다.⁵⁾

2) Randall U. Larsen, "Artist's Rights versus Copyright Owner's Rights : Conflict Resolution when the Logic of Intellectual Property Law is Articulated with Motion Picture Production", Ph. D. Dissertation, A Collaborative Mode of Production, University of Hawaii, 2005, p. 45.

3) *Ibid.*, p. 48.

4) *Ibid.*, pp. 49-50.

5) *Ibid.*, p. 69.

“소유적 개인주의”는 개인을 위한 지적재산권의 발명으로 보인다. BC 500년경에 요리조달자와 요리사는 그리스의 식민지였던 시바리스(Sybaris)에서 부의 발명을 했던 것으로 보인다. 요리조달자와 요리사가 자신들 개인의 접시를 발명했던 것을 말한다. 또 다른 새로운 개인주의자는 그리스 밖에서의 판매를 위한 플라톤의 연설들을 베끼는 행위에 돈이 든다는 것을 발견한 헬리오도루스(Heliodorus)였다. 이집트와 그리스에서의 종교적 비밀의 도난의 예를 제외하고는 이것은 “저작권 침해”의 첫 번째 기록된 사례일 것이다. 복사 또는 저작권 침해는 당시에는 범죄가 아니었다.⁶⁾ 아리스토텔레스는 “능동적인 향유와 그러한 수단 사용은 부(富)이기 때문에 부는 소유 보다 향유에 있다.”고 말했다. 이 말은 소유보다 사용에 의해 부가 창조된다는 것을 강조한 것이다.⁷⁾

로마법은 현재 통용되는 전 세계 법의 기초가 되었고 유스티아누스에 의해 정착된 윤리학과 법이 그 기초를 이루고 있다. 로마제국은 그 팽창 과정에서 피정복국가들을 로마법으로 지배하지 않고 스스로의 법에 의해 통치되도록 하는 전략을 사용했다. 따라서 갈리아에서 온 영국의 옛 토착민들은 로마에 의해 지배되었을 때도 그들의 법을 그대로 지켰다. 로마법은 법과 형평은 언제나 구분될 수 없는 것이었으나 초기 영국법에서는 완전히 구분된 것이었다. 로마법은 ‘정의(justice)’의 법이었으나 영국의 커먼로우는 ‘힘(might)’의 법이었다. 공정의 요소인 선의의 신뢰와 도덕성은 커먼로에서 보다는 로마 시민법에서 좀 더 명확하다. 이러한 차이는 실제 법 적용에 있어서 현격한 차이를 보인다.⁸⁾ 로마 시민법은 독일, 프랑스 등 대륙법계에 큰 영향을 미쳤고 커먼로우는 미국, 아일랜드, 캐나다, 호주 등에 영향을 미쳤다. 로마 시민법에서는 성문화된 법을 가지고 여러 가지 원리들이 그 안에 들어가 있고 예술가의 인격적 권리도 그중 하나이다. 로마에서는 노예, 물질적 상품, 토지에 대한 재산권을 인식했기 때문에 작가의 권리가 별도로 존재하지는 않았다.⁹⁾ 다만 ‘명예’와 ‘명성’을 보호하는 법이 있었지만 이는 작가들을 위한 것이라기보다 일반 사람들을 위한 것이었다. 그러나 로마법은 작가의 권리는 작품의 창작자로서 인식하여 도둑질은 금지되었고 이는 저작인격권이 로마법에서 비롯되었다는 주장의 근거가 된다.¹⁰⁾

6) *Ibid.*, pp. 73-74.

7) *Ibid.*, p. 78.

8) Ellin S. Yassky, “A Comparison of the Definition of Property as Legal Precedents for Legislation Protection Works of Art in France and United States. the School of Education”, Ph. D. Dissertation, Healthy, Nursing and Art Professions New York University, 1986, pp. 22-23.

9) Larsen, *op. cit.*, p. 81.

10) Cheryl Swack, “Safeguarding Artistic Creation and The Cultural Heritage : A Comparison of Droit Moral between France and the United States”, *Columbia Journal of Law & the Arts*, 1998, 22, p. 360, p. 362.

유럽에서는 모든 작품은 그 형식, 표현 방법, 작품성, 목적에도 불문하고 마음에서 온 것이어서 이를 보존하고 격려해야 한다는 자연적 욕구에서 점차 발전하였다. 작품을 통해 창작자의 인격을 보호해야 한다는 사상은 고대 로마에서부터 나왔다. 그때는 인격권이나 저작권은 없었으나 문학작품 도용이나 표절의 금지가 발전하였다. 로마법은 표절을 작품이 작가의 것으로 표시되는 권리에 대한 절도라고 정의했다. 풍자시인 마르쿠스 마르티알리스(Marcus Valerius Martialis)는 그의 작품이 표절되었다고 다룬 최초의 사람이었는데 그는 그의 시를 자신의 것처럼 읊고 다니던 Fidentinus에게 “만일 내 작품이 당신의 것인 것처럼 이야기하려면 당신은 그것을 구입하는 것이 낫다. 그러면 그것은 더 이상 나의 것이 아니게 된다.”라고 편지를 보냈다.¹¹⁾ 법학자 Tribonianus는 유스티니아누스 황제 시절에 원작을 개작하는 행위에 대해 법적 처리 수단으로 ‘정신적 개념(moral concept)’을 주장했다.¹²⁾ 그의 이러한 주장은 가이우스(Gaius)에게 사상적 근거를 두고 있다. 당시 저작권 보호 개념은 없었고 단지 공공의 의견은 표절을 범죄로 비난했을 뿐이었지만 인격권의 강제는 거의 없었다.

Streibich는 현대적 저작권 개념과 유사한 재산적 이익의 증거는 그리스 로마 시대의 사회적 합의, 법적·종교적 원칙의 인격적 기반에서 상호 존재해 왔다고 주장한다.¹³⁾ 그 증거로 그리스 작가들이 기원전 6세기 경부터 자신의 조각과 회화에 서명을 하기 시작하고 작가의 권리에 대해 주장했던 것으로부터 알 수 있다고 한다.¹⁴⁾ 그러나 이 시기에는 작품의 경제적 가치에 대해서는 충분히 평가받지 못했다. 수메르의 법에 기초를 둔 함무라비 법전에 문명화한 순수한 문학이 예외적으로 존재했지만 정신적 창작물에 대한 재산권에 대한 직접적 언급은 찾아보기 어렵고 유대법에서 인식했다는 것이 명백할 뿐이다.¹⁵⁾ 유대법에서 근원을 밝히지 않는 사람은 도둑과 같은 범주로 취급되었다.

2. 중세

표절 금지의 로마법 사상은 교회법에 전수되었다. 로마의 아우구스투스 황제의 체제로부터 르네상스 시대 이전까지 지적재산권과 작품 자체는 중세 미술의 최대

11) *Ibid.*, p. 366. ; Craig James Dickson, “Moral Rights : a comparative history of their development and application in civil and common law jurisdictions”, Master Dissertation, University of Toronto, 2005, p. 43.

12) Swack, *op. cit.*, p. 367.

13) Harold C. Streibich, “The Moral Right of Ownership to Intellectual Property : Part I - From Beginning to the Age of Printing”, *Memphis State University Law Review*, 1975, 6, p. 4.

14) John Henry Merryman and Albert Edward Elson, *Law, Ethics and the Visual Arts* (4th ed., The Hague:Kluwer Law International, 2002), p. 305.

15) Dickson, *op. cit.*, pp. 42-43.

후원자였던 로마 가톨릭 교회에 의해 권리가 부여되었다. 로마 가톨릭 교회가 통제권을 행사한 것이다. Streibich는 저작권과 같은 내용의 지적재산권의 인격적 개념은 성자 콜롬바(Columba)와 관련된 것이라고 주장하는데 그는 복제된 종교적 문서의 복사본의 포기를 거부했다. 왕은 복제본의 포기를 명령하면서 “암소에게 그의 새끼를, 책에게 그의 복제본을”이라는 문구를 인용했다.¹⁶⁾ 중세에 있어 작가들은 그들의 후원자인 교회의 지시에 철저하게 따르는 “평범한 수공업자”였다. 이 시기에는 작품들은 이름을 밝히지 않았고 교회는 아주 소수의 경우에만 작가가 이름을 표시하는 것을 허용했다. 교회의 보호 하에 복제를 하는데 대해 비난하지 않았기 때문에 재복제의 저작권은 중요하게 간주되지 않았다. 13세기까지는 개인적 인식 속의 작품 개념은 완전히 발전하지 않았다. 그러나 13세기 유럽에서는 플로렌스의 메디치가(de Medici)와 같이 부유한 집안이 미술가의 후원자가 되었기 때문에 미술가들은 그들의 개인적 명성을 올릴 수 있었던 후원 체계의 지배로부터 자유를 획득하기 시작했다. 교회 지배의 축소와 표절은 르네상스 시대의 새로운 개념의 자유와 표현의 서곡이었다. 또 플로렌스의 고급 실크와 같이 지역 산물의 품질에 자부심을 가지게 되었고 이러한 지역적 인식은 미래의 미술가의 권리를 확장하는 기초를 제공했다.

3. 르네상스 시대

진정한 최초의 저작권에 대한 열망은 베니스에서 출판권의 특혜와 관련된 형태로 15세기에 나타났다. 그것은 국가나 교회로부터 개인으로 부여된 것이었는데 시간이 제한되었고 “서비스에 대한 보답과 좀 더 유용한 행동에 개인들이 참여하는 것을 독려”하도록 하는 것이었다. 출판에 대한 최초의 독점은 1469년에 베네치아의 의회에 의해서 Johannes de Spira에 의해 출판된 책에 부여되었다. 이러한 특권은 때로는 출판업자에게 부여되기도 하고 때로는 문학작품의 작가에게 부여되기도 했는데 작가 중 최초의 특권을 부여받은 사람은 Marc Antonio Sabellico이었다. 이러한 특권에 의해서 Sabellico는 그의 작품을 출판할 사람을 선택할 수 있었고 다른 출판업자가 출판할 경우 500 금화의 벌금이 부과되었다.¹⁷⁾

르네상스 시대로 오면서 표현의 자유와 작가의 권리가 인정되기 시작하였다. 미켈란젤로(Michelangelo di Lodovico Buonarroti Simoni)는 그의 개인적 힘과 예술적 성취로 인해 미술가와 후원자의 연결고리를 끊을 수 있었다.¹⁸⁾ 즉 미켈란젤로는 당시 대단한 명성 때문에 오늘날 프랑스의 미술가들이 저작권과 같은 정도의 권

리를 인정받은 것이다.¹⁹⁾ 우선 그는 성 베드로 성당에 있는 그의 작품인 성 마리아를 숭배하는 피에타 조각에 후원자의 이름이 새겨져 있었는데 그의 이름을 몰래 새겨 넣었다. 근대적 개념의 성명표시권을 지킨 것이다. 두 번째로 교황 율리우스(Julius) 2세가 미켈란젤로의 작품인 시스틴 예배당의 회화가 완성되기 이전에 보여달라고 요구하자 ‘작품에 대해 만족할만할 때 까지’ 보여줄 수 없다고 하면서 거절했다. 근대적 개념의 공표권을 지킨 것이다. 그에 의하면 “작품이 마음에 들면 작품에 대한 작업을 중단하라고 했을 것인데 작품의 중단은 미술가의 판단의 몫이기 때문”이라는 것이다. 당시까지만 해도 후원자의 미적 상상력이 작가에 의해 구현되었다. 따라서 미술가는 후원자로부터 관계를 정리해야만 미술가의 동일성유지권이 나올 수 있었다. 미켈란젤로는 후원자와의 관계를 청산하고 그의 미술적 비전을 표현함으로써 이 권리를 가질 수 있었다. 1503년 그는 마돈나와 그의 아이를 그린 다음 그는 Agnolo Doli의 집에 사람을 보내 금화 70개를 요구했다. 그의 행동은 종전의 미술가와 후원자 사이의 관계를 완전히 뒤집는 것이었다. 미켈란젤로는 “무엇을 그릴 것인가, 그 가격이 얼마인가를 결정하는 것은 후원자가 아니라 미술가이다.”라고 하였다.²⁰⁾

16세기말경에는 유럽의 미술가들이 그들의 후원자보다 작품의 창조자로서 명성을 얻었다. 게다가 작품은 미술가의 개성을 표현한 것으로 인식되었다. 이 시기까지 미술가들의 권리를 보호하기 위한 법이 매우 적었음에도 불구하고 개인 작가들은 미래의 작품 구매자와의 저작권권 협상을 할 수 있는 선구자가 되었다. 독일에서는 화가이자 조각가인 뒤러(Albrecht Dürer)는 명성을 얻었지만 수 많은 그의 작품 복제품이 생산되어 대량 판매되었다. 이것이 뒤러의 조각의 복제품을 생산하는 사람들에게 새로운 법적 문제가 되었다. 복제 기술의 발달은 뒤러로 하여금 그의 명성에 의존해서는 문제를 해결할 수가 없었고 그는 정부에 작가의 권리를 지켜줄 것을 요구했다. 뉘른베르크(Nürnberg) 위원회는 뒤러의 작품을 위조하는 상인들로부터 뒤러의 권리를 보호하기 위해서 특별한 입법을 해야 했다. 그 이유는 두 가지였는데 하나는 인격권을 법적인 권리로 인정한 것이었고, 다른 하나는 창작을 고무시키기 위한 것이 아니라 개인 작가들의 이익을 보호하는 것이었다.²¹⁾

르네상스 시대에 들어와서는 서유럽의 대학으로부터 자료 유통의 요구가 증가함에 따라 서적 거래가 문제되었다. 인쇄술의 발명에 따라 막대한 규모의 유통 증가가 이루어졌다. 16세기 초 유럽 국가에서는 이동이 가능한 인쇄기로 인쇄가 가능했고 교회 권력으로부터 국왕의 권력으로 이동된 유럽의 엘리트들은 검열에 의해 정보의 흐름을 통제하거나 미디어를 규제하고자 했다. 지역적으로 인쇄업자와 서적 판

16) Streibich, *op. cit.*, p. 10.

17) Ng, *op. cit.*, pp. 9-10.

18) Dickson, *op. cit.*, p. 45.

19) Swack, *op. cit.*, p. 368.

20) *Ibid.*, p. 369.

21) Dickson, *op. cit.*, p. 46. ; Ng, *op. cit.*, p. 10.

매상은 경쟁을 피하기 위해 길드에게 부여된 것과 같은 독점을 시도했다. 프랑스에서는 서적 거래의 관할권이 점차적으로 교회로부터 대학과 지역의 유력한 국왕의 판료들에게 이전되었다. 17세기에 이르러 프랑스 왕실은 국가가 직접 검열하거나 국가가 부여한 인쇄 특권을 부과했다. 영국 왕실은 좀 더 제한되었는데 15세기 후반 경에는 “위험한 예술”과 관련된 특권을 부여하기 시작했고 1518년에는 특정한 서적 등의 배타적인 인쇄에 특권과 특허권을 부여했다.²²⁾

4. 근대 이후

가. 개요

서양에서 저작권 입법 초기에는 저작권을 경제적 권리인 저작재산권으로만 파악하였다. 인격권은 1794년의 프로이센 일반판트법에 처음으로 성문화되었고 1753년에 시작하여 1811년에 공포한 오스트리아 일반민법전(Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, ABGB)에도 도입되었다. 저작권분야에서 세계 최초의 법인 1710년의 영국의 앤여왕법, 1790년의 미국 최초의 연방저작권법, 1791년의 프랑스의 저작물의 공연권에 관한 법률, 1793년의 저작물의 복제권에 관한 법률 등에서는 저작인격권을 인정하지 않고 있다. 그 후 19세기에 이르러 독일법 전반에 큰 영향을 미친 인격권 이론의 전개에 따라 저작권 분야에 있어서도 저작권의 인격적 측면을 강조하는 견해가 나타나기 시작하였다. 여기에서 개인존중사상이 가져온 인격권의 법적 승인추세에 따라 독일과 프랑스를 비롯한 대륙법계 국가에서 저작인격권을 인정하기에 이르렀고 1928년 베른협약 로마협정 제6조의 2 제1항에서 이를 명문화하였다.

나. 프랑스

① 초기 저작권 제도

다른 유럽의 국가들과 마찬가지로 프랑스에서도 저작권은 주로 서적 거래와 관련하여 문제가 되었다. 프랑스 저작권 초기의 모습은 영국의 그것과 거의 유사하다. Ginsburg 교수는 경로주적 연구를 통해서 작가에게 중심이 두어진 저작권은 19세기가 넘어서 점차적으로 나타났고 그 이전에는 프랑스 법원도 미국과 같이 저작권 이용자의 필요와 저작권 소유자의 이익 사이에서 균형을 잡아 왔다는 것을 발견했다.²³⁾ 프랑스의 왕실은 출판업을 규제했고 영국과 마찬가지로 출판 독점은 국왕의

22) Dickson, *op. cit.*, p. 48.

검열의 결과였다. 이러한 권리들은 서적의 재생산의 독점 이외에는 거의 없었고 심지어 작품을 판매할 권리도 포함되지 않았다. 따라서 프랑스의 출판업자들은 짧은 기간의 특권으로는 비용을 회수할 수 없다는 이유를 들어 영구적인 특권을 가지려고 했다. 이들의 주장과 이해관계를 같이 할 수 있는 자연법과 로크의 재산권-노동이론을 따라 그들의 권리는 왕으로부터 받은 것이 아니라 작가로부터 받은 것이라고 주장하기 시작했다. 자연법은 그 최초의 기원을 스토아학파에 두고 있지만 중세 유럽에서 시작되었고 17세기 유럽에서 발전하였다.²⁴⁾

② 로크의 재산권-노동 이론

대륙법계 국가들은 로크의 자연권적, 인격권적 재산권 이론에 입각한 저작권법 제도를 발전시켜 왔다.²⁵⁾ 로크는 자연법이 인간에게 있어 영원한 법이라고 확인했는데²⁶⁾ 그에 의하면 인간은 누구나 자기 자신에 대하여 소유권을 가진다. 이는 본인 외에는 어느 누구에게도 귀속되지 않는다. 인간의 육체와 그의 손이 하는 일이 바로 그것이다. 노동은 그 노동을 하는 인간의 소유물이므로 오직 그만이 자기의 노동이 들어간 것에 대하여 권리를 갖는다. 로크의 이론은 재산의 자연권적 권리와 결합된 자유의 양도가 불가능한 권리를 신봉하는데, 이는 저작권 혁명에 큰 영향을 미쳤다. 저작물에 대한 재산권은 시간적 제한이 있다는 것이 그의 사상에 있어 중요한 부분이다.²⁷⁾ 로크에 있어서 재산은 유형물 뿐 아니라 생존, 자유와 토지 등 다양했다.²⁸⁾ 노동이론은 모든 사람은 자신의 육체노동의 산물의 소유자가 되며 노동만이 재산권의 부여를 정당화한다는 등의 내용을 가진다.²⁹⁾ 즉 육체와 정신을 자연권으로서 보유하고 있는 어떤 작가가 자신의 육체와 정신을 이용하여 만든 물건은 그의 소유가 되는 것이다.³⁰⁾ 로크에 있어서 신만이 새로운 것을 창조할 수 있다. 사람은 이를 확대시키는 것이고 신의 힘과 같은 힘은 없지만 솜씨를 가진 것이다. 노

23) Paul Goldstein, *Copyright's Highway* (Stanford : Stanford Law and Politics, 2003), p. 140.

24) Richard Tuck, *Natural Rights Theories : Their origin and development* (Cambridge:Cambridge University Press, 1998), pp. 174-175.

25) Lior Zemer, "The Making of a Copyright Lockean", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 2006, 29, p. 893.

26) Leo Strauss, *Natural Right and History* (Chicago:The University of Chicago Press, 1965), p. 2.

27) 오세혁, 『법철학사』 (서울:세창출판사, 2008), p. 146. ; Zemer, *op. cit.*, pp. 893-895.

28) Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, Peter H. Nidditch (ed.), (Oxford University Press, 1975), p. 352. ; Zemer, *op. cit.*, p. 907.에서 재인용

29) Zemer, *op. cit.*, pp. 914-916.

30) Alfred C. Yen, "Restoring the Natural Law : Copyright as Labor and Possession", *Ohio State Law Journal*, 1990, 51, p. 547.

동자가 아무 것도 없는데서부터 어떤 것을 창조했다고는 할 수 없지만 그는 신이 우리에게 공통적으로 준 것을 발전시켰다고 할 수 있다. 그에게 있어 '인간(man)'은 경험의 혜택을 가진 '인격(person)' 이전의 단계이고 'person'은 경험에 전적으로 의존하고 만들어진다. 'man'과 'person'의 구별은 자아 발전을 위해서는 유형체화 뿐 아니라 문화와 사회적 재산이 필요하다는 것을 말하는 것이다.³¹⁾ 로크에게 있어서 작가, 미술가, 화가가 세계에 대해서 알고 있는 것은 세계가 그들에게 말하려고 하는 것이다. 그들의 작품은 로크의 이론과 같이 경험의 변화이다.³²⁾ 1725년에 서적상의 독점권에 대해 다루면서 d'Hericot는 "원고(原稿)는 작가의 재산이다. 그리고 그는 이 권리를 그의 돈이나 그의 땅을 빼앗기지 않을 것 이상으로 빼앗길 수 없다. 그 권리는 자신의 노동의 산물이고 그의 인격이기 때문이다. 그는 자신의 의지에 의해서만 처분할 수 있는 자유를 가진다."라고 썼다.³³⁾ 자연권론에 따르면 정신적인 노동이 권리의 기초이기 때문에 창작성이 없는 작품, 저작자의 정신이나 인격이 투영되지 않은 작품은 저작물로 간주될 수 없다. 또한 자연권론은 독점권 부여의 근거를 저작자의 천부인권에 두고 있기 때문에 공중의 이익 보다는 저작자의 이익을 중시한다. 따라서 대륙법계 국가는 저작권에 대한 제한을 예외적으로 열거하여 좁게 인정하고 있으며 원칙적으로 일반적인 저작권의 제한을 두고 있지 않다. 로크의 이러한 이론은 최근에도 미국 연방대법원 판결³⁴⁾이나 캐나다 대법원 판결³⁵⁾에서도 인용되고 있을 정도로 저작권 이론에 큰 영향을 미쳤다.

③ 프랑스 대혁명

프랑스 대혁명 기간 중 법학자들은 작가의 권리는 왕의 특혜라는 개념을 없애려고 노력했다. 프랑스의 저작권학자 Pierre Recht는 "저작인격권 광신자들이 저작권권을 논의할 때 그들은 프랑스 인권선언을 읽으면서 종교적으로 열광했다."고 주장했다. 1791년의 법은 대중 속에서 자신의 작품을 공연하는 자유를 쉽게 했고 인쇄의 상업적 독점과 출판 길드를 철폐했다. 그러나 작가의 권리 보호는 이러한 혁명의 주된 사항이 아니었고 주요한 원칙은 확대된 공중의 지배를 보호하는 것이었으며 작가의 권리는 예외였다. 1793. 8. 6.과 7. 19.의 법률은 작가에게 자신의 작품에 대한 배타적인 권리를 부여했으나 금전적인 권리를 보장하지 않았다. 1791년과 1793년의 법에서 작가의 권리 보호에 대한 법률체계는 약 170년 동안 유지되었다.

31) Zemer, *op. cit.*, pp. 937-938, p. 945.

32) *Ibid.*, p 946.

33) Dickson, *op. cit.*, p. 59.

34) Ruckelshaus v. Monsanto Co. 467 U.S. 986 (1984)

35) CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada (2004) S.C.R. 339.

저작인격권은 유럽에서의 낭만주의의 탄생과 직접적인 관련이 있다고 주장된다. 낭만주의자들은 창조적 작가들을 그의 유일한 선물로 보았는데 작가들은 그의 특별한 재주로부터 작품을 만들어 낼 수 있는 독창적이고 독립적인 천재였다. 작품은 작가의 유일한 능력의 산물이라는 의미에서 독창적인 것으로 간주되었다. 후기 계몽주의 유럽에서는 인간의 창작성이 신의 영감에 기초를 한 것으로 보는 그 이전의 시각으로부터 완전히 바뀌었다. 그 대신에 작가는 그의 독립적이고 독창적인 창조 능력을 반영한 것이라고 본 것이다.³⁶⁾

④ 저작인격권 제도의 발전

프랑스에서 저작인격권은 19세기부터 시작하여 20세기에 급속도로 실정법이 아닌 법적으로 창작성 원칙에서부터 출현했다. 1936년 프랑스 법원은 Dame Canal c. Jamin 판결³⁷⁾에서 "작품에 대한 작가의 특별한 본질과 성격은 법률적인 규정이나 명령이 없어도 작가의 권리 전체를 인식하는 관례법으로 인도되었다."고 선언했다. 프랑스에서 저작인격권의 역사는 주로 1793년부터 1878년, 1878년부터 1902년, 1902년부터 1957년의 3단계로 나누어 볼 수 있다. 첫 번째 시기에는 프랑스 학자들이 작가의 권리의 '재산권적' 성격에 대해 논의하기 시작했다. Gastambide와 그의 추종자들과 입장을 같이 하는, 작가의 권리는 재산권이기 하지만 일시적이라는 전통적인 개념을 가진 사람들에게는 영구적 재산권이라는 개념은 받아들일 수가 없었다. 틀림없이 칸트의 영향을 받았을 것으로 보이는 Renouard와 같은 사람들은 작가의 권리를 좀 더 특별한 것으로 보았다. 저작인격권을 재산적 권리로 보기 어렵다는 주장은 1840년대와 1850년대에 마르크스의 영향으로 더욱 강화되었다. 1860년대에는 작가의 권리를 인정하는 것이 더욱 우세해졌다. 두 번째 시기에는 저작인격권 이론이 좀 더 발전했다. 재산권의 전통적인 개념이 광범위하게 포기되었다. Eugène Pouillet는 작가의 권리를 순수하게 인간적이고 지적인 권리의 요소와 함께 재산권의 몇 가지 요소들과 결합시키는 학설을 발전시킨다. Charles Ponsomailhe는 작가의 권리를 진정한 권리로 인정한다. 결국 1902년에는 Lecocq 사건 판결이 나오기에 이른다.³⁸⁾ 그 후 1957년에 저작인격권을 인정한 법률을 성문화하여 그 다음해에 시행되었다. 이러한 판례와 입법이 1992년의 프랑스 저작권법의 기초가 되었다.

1957년의 법 까지는 작가의 권리는 실질적이지 않았다. 작가의 권리 보호는 점진적으로 증대되었고 보호되는 작품의 범위는 증가하였고 상속인과 계승자들의 권리

36) Mira T. Sundara Rajan, "Moral Rights in Information Technology : A New Kind of 'Personal Right'?", *International Journal of Law and Information Technology*, 2004, 12, pp. 34-35.

37) Civ., de la Seine, 1 avril 1936 D.H. 262

38) Dickson, *op. cit.*, pp. 62-63.

는 강화되었다. 작가의 권리에 대한 보호는 1925년에 작품의 복제의 법적 예탁을 요구하는 상례로부터 처음으로 분리되었다. 그러나 프랑스 법률은 이러한 요구와 관련해서 서로 용납되지 않는 것으로 보였다. Leyourmy c. Huet-Perdoux 사건에서 진정한 작품의 작가를 법률이 처음으로 보장했다고 평가받는다.³⁹⁾

프랑스는 역사상 인격권의 보호를 최초로 공식 선언하였음에도 불구하고 프랑스 민법은 제8조에 “모든 국민은 사권을 향유한다.”라고 규정하고 있을 뿐 인격권에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않았다. 따라서 불법행위에 대한 일반규정인 제1382조와 제1383조에 의하여 인격권을 보호하였다. 이후 1970년 개정에서 “각인은 그 사생활의 존중에 대한 권리를 가진다.”(프랑스 민법 제9조)라고 하여 인격권에 대한 명문의 규정을 두게 되었다.

다. 독일

① 자연법 이론

독일도 다른 대륙법계 국가들과 같이 자연법 이론과 로크의 자연권적, 인격권적 재산권 이론에 입각한 저작권법 제도를 발전시켜 왔다 17세기 독일의 푸펜도르프(Samuel Pufendorf)는 자연법적인 의무론에서 인격가치의 보호를 설명하였다. 그에 의하면 의무에는 세 가지가 있는데 그것은 신에 대한 의무, 자신에 대한 의무, 타인에 대한 의무이며 그중에서 타인에 대한 의무에서 인격적 이익의 보호문제가 다루어지고 있다. 이 타인에 대한 의무는 다시 이분되어 절대적 의무와 상대적 의무로 구분하고 절대적 의무 중에서도 가장 포괄적인 의무가 타인에게 해를 입히지 않을 의무이다. 그리고 인간에게 생래적으로 귀속하는 것은 이들의 이익만이 아니라 후에 얻은 것도 침해하여서는 안 되는 것이다.⁴⁰⁾ 그는 인격적 이익의 침해에 대하여 금전적 손해배상의 근거를 제시하였다.

② 칸트의 이론

저작인격권은 18세기와 19세기 독일의 철학자 칸트와 헤겔에 의해 발전한다. 칸트는 작품이 작가의 단어와 비전을 지속적으로 표현해주고 있기 때문에 작품을 작가의 개성을 표현한 것이라고 인식했다. 칸트는 작품에 대한 물질적인 소유권과 작

39) *Ibid.*, pp. 60-61.

40) Samuel Pufendorf, *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law*, James Tully(ed.), Trans. Michael Silverthorne (Cambridge:Cambridge University Press, 2006), pp. 56-60.

품에 내재된 표현을 구분했다.⁴¹⁾ 칸트에 의하면 작품에 대한 작가의 권리는 물질적인 권리(재산권)라기보다는 기본적으로 인격에 대한 권리라는 것이다. 칸트에게 있어 인격권은 모든 개인에게 있어서 본질적이고 태생적인 것이다. 칸트는 ‘책’은 ‘유형의 책’과 ‘다른 사람에게 전해지는 강연’으로 나누어 볼 수 있다고 하였다. 책은 작가의 주관을 표명하는 지적인 측면과 지식의 공유라는 상호 주관성을 함축하는 것으로서 작가가 그의 생각에 대하여 가지는 소유권은 출판에도 불구하고 여전히 보유한다고 보았다.⁴²⁾

③ 헤겔의 이론

헤겔은 인격권을 다른 각도에서 보았는데 정신이 스스로 알게 되는 작품을 통한다는 사상이었다.⁴³⁾ 그에 의하면 인격권은 권리의 모든 분류의 근거를 이루지만 인격의 발전은 사물로의 외향화에 의존하지 않는다. 재산이나 작품 자체는 작품에 나타난 작가의 인격에 필수적이다. 재산은 스스로의 표현에 의해 정당화된다. 헤겔은 정신적인 창작물에 있어서 자기 특유의 모든 것이 ‘자신의 표현 방식’에 의해 사후에 타인에 의해 이용될 수 있는 ‘물건’과 같은 외형적인 것으로 전환된다고 하였다. 그는 지적재산권을 ‘진정한’ 재산권이라고 보았다. 헤겔은 인성의 창조에 있어서의 재산권의 역할에 중점을 두고 권리 철학을 연구했다. 헤겔에 있어서 재산을 구성하는 3요소는 소유, 향유, 양도이다. 헤겔은 저작인격권은 이 세 가지를 모두 충족한다고 분석했다. 헤겔은 “모든 지식, 학문, 재능 등은 물론 자유로운 정신 고유의 것으로, 정신에 대하여 외향적인 것이 아니라 내면적인 것이다. 그러나 이들은 표현됨으로써 외형적인 상태로 구현될 수 있으며 ‘양도’할 수 있다.”고 한다. 헤겔은 지적재산의 양도에 본질적으로 반대하지 않으며 오히려 지적재산 창작자의 경제적 측면에서 적극적으로 정당성을 부여하고 있다. 헤겔은 모든 학문과 예술을 장려하는 중요한 수단은 바로 이들을 해적행위의 위협으로부터 보호하고 창작자들로 하여금 재산권 보호로부터 이익을 얻을 수 있도록 하는 것이라고 주장한다.⁴⁴⁾ 헤겔은 사람과 사물 사이의 관계로서 재산권을 설명하는데 기본적으로 사람은 의지를 가짐에 반해 사물은 그렇지 않다는 점에서 사람과 사물의 본질에 의해 결정된다고 한다.⁴⁵⁾ 헤겔은 재산이라는 것은 개인으로 하여금 그 자신의 독특한 의지를 표현할 수 있는 수

41) Swack, *op. cit.*, p. 371.

42) 남형두, “저작권의 역사와 철학”, 『산업재산권』, 2008, 26, pp. 281-282.

43) Swack, *op. cit.*, p. 371..

44) Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Suhrkam taschenbuch wissenschaft (1986), p. 69., 한지영, “헤겔의 법철학과 지적재산” 『산업재산권』, 2003, 23, p. 662.에서 재인용

45) James E. Penner, *The Idea of Property in Law* (Oxford:Clarendon Press, 1997), p. 169.

단이라고 주장하는데 그것은 창작자의 개성과 독자성을 보호하는 하나의 수단으로 지적재산 보호와 일맥상통한다.⁴⁶⁾

④ 19세기 후반 이후의 학설과 입법

독일에서는 19세기 후반 작가의 권리의 본질에 대한 중요한 토론이 시작된다. 이는 물질의 소유권과 이것을 구성하는 아이디어를 구분하는 칸트 사상의 영향이었다. 가레이스(Karl Gareis), 기이르케, 콜러(Joseph Kohler)는 칸트와 헤겔의 철학을 저작권인격권의 원리로 발전시켰다.⁴⁷⁾ 가레이스는 칸트의 추종자로서 독일 실증주의가 힘을 잃게 되자 인격 사상을 재도입하였다. 1877년에 그는 '인격권'을 여러 가지로 해석하는 논문을 발표했다. 가레이스는 법률 텍스트들을 검토하면서 인격권 개념을 범주화하는 작업을 했다. 이러한 작업의 결과로 그는 "이러한 권리의 객체는 인격 그 자체이다."라는 것을 발견했다.

작가의 권리의 인격주의 이론의 아버지라고 불리는 기이르케는 예술 작품의 모든 금전적 이익은 작가의 인격을 표현하는 작품의 측면에 모두 종속한다는 것을 강조했다. 칸트의 추종자인 그는 작품은 작가의 인격의 산물이라고 생각했다. 이 시기에 오늘날 독일의 저작권의 개념적 기초가 형성되었다.

콜러는 20세기 초반에 헤겔의 철학으로부터 작가 권리의 이중이론을 창안했다. 이중이론에 따르면 작가는 법적 권리의 다른 범주에 의해 보호되는 인간적인 권리와 경제적인 권리를 보유한다. 콜러에 의한 이분법은 프랑스의 제2기와 같은 시기에 나왔다. 콜러는 인격권론을 적극적으로 전개했고 인격권의 보호를 주장하였다. 콜러는 '이원론' 개념을 주장했는데 경제적 가치와 구분되는 분리된 재산권으로 인식하였다.⁴⁸⁾ 그는 가레이스와 같이 일반적 인격권에 상응하는 말로서 개인권(das Individualrecht)을 생각하고 이 권리에 대하여 개인권은 그 자체가 단일의 권리이며 인격적 이익전체에 관한 권리로 보았다. 이러한 권리가 그 이익의 완전한 이용과 향유를 보장한다고 주장하며 "인격적 이익은 여러 가지 침해의 가능성이 있으므로 처음부터 그것에 대한 여러 가지 보호수단이 대응하고 있다. 따라서 개인권은 여러 가지 방향에 따라 분류되어야 한다."고 주장하였다.⁴⁹⁾ 그는 성명이나 초상 등의 보호에 대해서도 주장하고 있다. 프랑스에서 인격권은 배타적인 지배권이 되기 어려웠지만 독일에서는 프랑스에서 말하는 인격권이 재산권의 측면에서 성취된 것이다.⁵⁰⁾

46) Robert Rosenthal Kwall, "Fame", *Indiana Law Journal*, 1997, 73, p. 40.

47) Swack, *op. cit.*, p. 371.

48) Dickson, *op. cit.*, pp. 64-65.

49) J. Kohler, *Das Autorrecht*, 1880, S.129 f ; 허희성, "저작권인격권의 이론과 효용에 관한 연구", 국민대학교 박사학위논문, 1995, p. 16.에서 재인용

독일에 있어서 19세기 초의 주법은 일반적으로, 적어도 명문으로, 저작자의 비경제적인 이익을 보호하지는 않았다. 그럼에도 불구하고 이러한 초기 입법은 일정한 인격적 이익에 대해서는 보호를 하였는데 특히 1837년 프로이센법에서 저작자의 동의 없이 그의 저작을 공표할 수 없도록 함으로써 저작자의 이익을 어느 정도 보호하였던 것으로 보인다. 1870년에는 문학, 음악, 연극 저작물의 저작자의 권리에 대한 제국법이 최초로 제정되었는데 본질적으로는 재산적인 권리에 초점을 맞춘 것이었다. 그러나 저작자의 인격적 권리의 보호를 위해 법원이 동법의 규정을 넓게 해석하는 것이 법리적으로도 충분히 인정되고 있었던 것으로 보인다.⁵¹⁾ 이후 1901년에 LUG가, 1907년에 KUG가 제정된다.

2차 세계대전 이후 1949년 제정된 독일의 본 기본법 제1조에서 인간의 존엄, 제2조에서 인격의 자유로운 발현에 대해 규정함으로써 일반적 인격권의 실정법상 근거가 생기게 되었고 인격권 긍정론이 지배적인 견해가 되었다. 독일 연방최고법원이 일반적 인격권을 기본법상의 기본법으로 보아야 한다고 한 것을 계기로 판례도 적극적으로 일반적 인격권을 인정하게 되었다.

다. 영국

① 초기 저작권 제도

원래 커먼로에는 등록된 토지, 저작권에 대한 예외에 절대적인 보호를 하는 사상은 없었다. 예술가를 위해서는 저작권이나 계약에 의해 보호를 하는 것이 있었을 뿐이었고 '절대적'인 경우는 부분적으로 적용되었다. 영국에서는 인쇄술의 발명 이후 해적행위가 성행하게 되자 인쇄출판업자의 이익을 보호하기 위해 인쇄출판특허 제도가 도입되었다. 이후 인쇄출판업자는 특히 없이도 자신의 인쇄출판물에 대해 일종의 소유권을 원시적으로 취득한다는 사상이 형성되었다. 17세기 들어 르네상스 시대와 자유주의, 개인주의 사상을 배경으로 저작권에 대한 인식이 형성되기 시작하였고 저작권은 그 창작자에게 귀속한다는 정신적 소유권론이 지배하게 되었다.

② 앤여왕법

영국은 1710년에 세계최초의 저작권법인 앤여왕법을 제정하였다. 앤여왕법은 원래 저작권자의 이익을 보호하려고 만든 것이 아니라 1662년의 출판허가법(Licensing Act)가 1695년에 폐지된 다음 서적 거래에서의 혼돈을 막기 위해서 만

50) Dickson, *op. cit.*, pp. 64-65.

51) 김형렬, "저작권인격권에 관한 연구", 성균관대학교 박사학위논문, 2009, p. 21.

든, 거래 규제를 위한 법이었다. 원명칭이 「언급된 시점에 작가 또는 구입자의 인쇄된 서적의 사본에 권리를 부여함으로써 교육을 장려하기 위한 법률(An Act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors or purchasers of such copies, during the times therein mentioned)」이었다.⁵²⁾ 출판업자들은 자신들의 권리를 주장하는 청원을 수차례 하다가 실패하자 작가는 자신의 작품에 대해 자연권을 가진다는 주장을 했다. 이러한 주장이 결국 작가의 권리는 자연권이고 법률에 의해 보호되어야 한다는 인식을 가져오게 했다.⁵³⁾ 앤여왕법은 저자와 그 저자로부터 초고를 구입한 자는 14년 동안 책을 출판할 배타적 권리를 가지며 그 후에는 공유로 된다는 내용을 담고 있었다. 앤여왕법은 출판업자들의 저작권을 “학습을 장려하고 출판업자들의 독점을 제한하려는 무역 규제 개념”으로 변환시키고 학습, 교육, 발전의 대중적 이익에 봉사하도록 창작물에 대한 공공의 영역을 창조하려는 것이었다. 출판업자의 서적 무역에 대한 항구적인 독점권을 제한함으로써 앤여왕법은 대중의 영역을 도입할 수 있었다. 앤여왕법 이전에는 모든 서적에 대한 권리는 영구적으로 서적 판매상에게 있었다.⁵⁴⁾ 저작권은 그 탄생 초기에는 작품을 복제할 수 있는 권리였으며 특히 문학작품에 한정되었다.

③ 대가설

영미법계 국가에서는 자연권 사상이 존재하기는 하지만 헌법의 규정을 근거로 일반적으로 대가설에 의한 것으로 여겨진다. 대가설은 독점권 부여의 근거를 천부인권이 아닌 저작자의 학문과 문화의 발전에 대한 기여에서 찾는다.⁵⁵⁾ 영국의 경제학자 아담 스미스(Adam Smith)는 작가가 출판된 작품에 대한 자유로운 자연권을 가진다는 견해에 반대했고 “교양 있는 사람의 노동을 격려하는” 실정법으로 제한된 보호를 하는 데는 찬성했다. 그는 저작권은 “해롭지 않고 이익을 줄 수도 있으며” 비난받아서는 안 되는 것이라고 기술했다.⁵⁶⁾ 벤담(Jeremy Bentham)은 저작권에 대한 긍정적인 사례를 만드는 데 착수했는데 유인책에 초점을 두었다. 그는 누군가가 발명을 하면 세상은 이를 모방하는데 경쟁 시장에 있어서 법률만이 이를 막을 수 있다고 보았다. 영국의 유명한 수필가이자 정치가인 매콜리(Thomas Babington Macaulay)는 벤담의 유인의 필요성에 찬성했지만 저작권이 거의 또는 완전히 해롭지 않다는 이론에는 반대

52) Lyman Ray Patterson, *Copyright in Historical Perspective* (Nashville: Vanderbilt, 1968), p. 143.

53) Ng, *op. cit.*, p. 23.

54) *Ibid.*, pp. 29-30.

55) 황희철, "정보통신망 발전과 저작권", 『뉴미디어와 저작권』, 1996, pp. 328 -329. ; Dickson, *op. cit.*, pp. 49-50.

56) Goldstein, *op. cit.*, pp. 142-143.

했다.

④ 출판업자의 권리에서 작가의 권리로

영국에서 1710년대의 저작권은 출판업자의 권리였는데 1774년에 이르러서는 작가의 권리가 되었다. 이러한 변화는 매우 중요한 것이다. 영국에서 처음 저작권을 도입할 당시에는 저작권은 이론적이거나 법률적인 기초가 수반되지 않았고 저작권의 원칙에 기초한 것도 아니었다. 또 대중의 이익을 고려한 것도 아니었다.⁵⁷⁾ 선동적이고 이단으로 간주되었던 것들의 확산에 대한 영국 정부의 관심과 검열과 출판 통제를 위한 정책이 작가의 권리의 기초가 되었다는 것은 매우 흥미롭다.⁵⁸⁾ 1774년 영국 상원에서 앤여왕법의 개정안은 저작권을 모든 사람이 이용할 수 있도록 함으로써 출판업자들의 독점권을 철폐하고 저작권 개념을 제한함으로써 장래의 독점권의 발전을 금지하는 것이었다. 1769년 영국 고등법원(High Court of Justice)의 도움에 힘입어 저작권은 출판업자로부터 작가에게 이전되었다.⁵⁹⁾ 이러한 변화는 작가를 위한 것이라기보다는 출판업자들을 위한 것이었다. 당시까지만 해도 저작권은 출판업자들이 행사했기 때문에 작가의 권리도 모두 출판업자의 것이었다.⁶⁰⁾ 영국은 앤여왕법을 입법하고 출판조합측에 그들의 권리를 영구적인 재산권으로 인정해 오다가 *Donaldson v. Beckett* 판결⁶¹⁾에서 아이디어의 독특한 표현에 대하여 성문법상 보호 기간이 지났으므로 누구나 사용할 수 있다고 하여 ‘제한된 재산권’만을 인정하게 된다. 성문법인 앤여왕법이 출판에 관한 커먼로상의 권리를 폐지하는 것이라는 의견이 다수 의견이었다.⁶²⁾ 이 판결은 이후 영미의 공리주의 전통의 자연권 전통에 대한 우위 쪽으로 방향을 선회한 일종의 분수령과 같은 판결이라는 평가를 받는다.⁶³⁾ 이 판결은 서적 거래에 있어 서적판매상의 독점적 권리를 폐기하는데 목적이 있었다.

⑤ 저작인격권 도입

영미법계 국가에서는 종래 저작권법에는 저작인격권에 대한 규정을 두지 않고 저

57) Ng, *op. cit.*, pp. 9-11.

58) *Ibid.*, pp. 15-16.

59) Patterson, *op. cit.*, p. 150.

60) *Ibid.*, p. 151.

61) *Donaldson v. Beckett*, 4 Burr, 2408,98 Eng.Rep. 257 ; 2 Bro. P.C. 129, 1 Eng. Rep 837 (1774) ; 17 Cobbett's Parl. Hist, 953 (1813)

62) Dickson, *op. cit.*, p. 89.

63) 남형두, “저작권의 역사와 철학”, 『산업재산권』, 2008, 26, p. 259.

작자의 인격적 이익은 부정경쟁방지법, 명예훼손, 프라이버시 침해, 계약위반 등에 관한 법률에 의하여 따로 보호하였다. 1928년 베른협약 로마개정에서 저작권격권에 관한 규정(제6조의2)이 신설되고 1948년 브뤼셀 개정에서 동조의 범위가 확장되었는데 영국에서도 당해 협약의 비준을 위해 저작권격권에 대한 검토가 진행되었고 1956년 저작권법 전면개정과 더불어 제43조에 '저작자 성명의 사칭'과 관련된 규정을 두게 되었다. 그 밖의 사칭이나 명예훼손에 대해서는 커먼로에 의하였다. 이후 영국은 1988. 11. 저작권법을 개정하여 저작권격권의 보호를 명문으로 규정하였다.

라. 미국

① 초기 저작권 제도

미국에서는 독립 이전부터 저작권 역사는 시작된다. 식민지 시대의 미국은 검열과 특권에 기초한 영국의 인쇄에 대한 독점권에 대한 패턴을 그대로 인수받았다. 1662년 매사추세츠주 법원은 허락 없이 출판하는 것을 금지하는 판결을 했다. 1673년 매사추세츠주는 최초로 식민지 저작권법을 통과시켰는데 작가를 제외한 오직 출판업자들만 규율하는 법이었다.⁶⁴⁾ 미국 독립 당시는 세계적으로 저작권법이 넓게 인정된 직후였다. 미국에서의 저작권 발전 단계 초기에는 4가지의 원칙이 있다. 이는 저작권은 작가의 이익을 보호한다는 것, 습득을 장려한다는 것, 정부의 허가로서 서적 거래의 질서를 부여한다는 것, 사악한 독점을 방지한다는 것이다.⁶⁵⁾ 미국 헌법 제정 시에 저작권은 일부 한정된 시점에 제작된 원본 작품에게만 허용되었는데 이는 예술과 과학의 '질차'를 격려, 고무하기 위한 것이었다.⁶⁶⁾

미국 헌법 제1장 제8조 제8항은 의회가 "일정기간 동안 저작자와 발명가에게 그들의 저작과 발명에 대해 배타적인 권리를 보장함으로써 과학과 실용예술의 진흥을 촉진"할 수 있는 권리를 가진다고 규정하고 있다. 이 조항에 따르면 미국 저작권법의 목적은 저작권자에게 경제적 이익을 보장하기 위한 것이 아니라 과학과 실용예술의 진흥을 목적으로 하는 것이며 그를 위한 수단으로 저작권자들에게 경제적 인센티브를 제공하고 있음을 알 수 있다.⁶⁷⁾

1783년에 코네티컷주는 미국 최초의 저작권법을 통과시켰는데 그 법 이름은 「문

학과 천재를 고무하는 법(Act for the encouragement of Literature and Genius)」이었다. 13개 주 중에서 12개 주가 저작권법이라는 이름이 붙은 법을 통과시켰는데 그 법의 목적이 그중 7개는 "문학과 천재를 격려와 고무"하는 것이었고 4개는 "작가에게 문학 창작물의 출판의 이익과 배타적 권리를 보호"하는 것이었다. 1786년 조지아주법은 "자연적 형평과 정의의 원칙은 모든 작가들이 그의 작품으로부터 나오는 이익을 수여하는 것을 보호될 것을 요구한다."고 규정한다. 이러한 규정들을 보면 당시 미국은 자연법과 경제적 원리에 따라 저작권을 정당화했다는 것을 알 수 있다.⁶⁸⁾

② 연방저작권법 입법

미국은 1790년에 「연방저작권법(An Act for the encouragement of learning, by securing the copies of maps, charts and books, to the authors and proprietors of such copies, during the times therein mentioned)」을 제정하였는데 영국의 앤여왕법을 그대로 모방한 축소판으로서 작가와 출판업자의 권리를 보호하는 것이었다. 미국에서 저작권법이 매우 빨리 발전했던 것은 미국이 신생 국가이기도 했지만 저작권의 개념을 영국 역사에서 차용했기 때문이었다.⁶⁹⁾ 미국 저작권의 기념비적 판례라고 평가받는 Wheaton v. Peters 판결⁷⁰⁾은 영국의 Donaldson v. Beckett 판결과 Millar v. Taylor 판결과 매우 유사하다. 이 판결은 저작권은 성문법적 권리이고 커먼로의 산물이 아님을 밝히고 있다. 또 대중의 권리의 손상에서의 독점적인 저작권 보호의 특징은 후속 저작권의 성문화와 판결의 기초적이고 분석적인 전제가 되었다.⁷¹⁾ 최초의 연방저작권법은 지도와 차트만을 보호하는 것이었다. 미국의 초기 정치·사회적 경험들은 예술적 표현과 미적 성취에 대해 초점을 맞추지 않았다는 사실에서 기인한다.⁷²⁾ 그 후 수정조항들에 의해 사진, 회화, 조각 같은 다른 종류의 작품에 대해서도 적용되는 것으로 되었다. 1831년, 1909년, 1976년에 주요 개정이 이루어졌는데 이 법은 오로지 저작자의 재산적 이익만을 규정하고 있었으며 저작자의 정신적·인격적 이익에 대하여는 아무런 규정을 두지 아니하였다. 영국의 초기 저작권법이 출판업자를 보호하기 위한 것인데 반해 미국의 초기 저작권법은 작가를 보호한다는 다른 점이 있었지만 두 국가의 초기 저작권법은 매우 닮았다. 즉 어떤 것에 인정할지를 정하는 것이 주제이고 전체적인 재산권을 형성하지 않아서 보호범

64) Siva Vaidhyathan, "Unoriginal Sins : Copyright and American Culture", Ph. D. Dissertation, The University of Texas at Austin, 1999, p. 76.

65) Lyman Ray Patterson and Stanley W. Lindberg, *The Nature of Copyright* (Athens:University of Georgia Press, 1991), p. 181.

66) Pettenati, *op. cit.*, p. 430.

67) 남은하, "미 저작권법상의 공정이용원리에 관한 연구:인터넷 시대의 공정이용원리의 적용 가능성 탐색을 중심으로", 연세대학교 영상대학원 석사학위논문, 2002, p. 39.

68) Dickson, *op. cit.*, p. 67.

69) Patterson, *op. cit.*, p. 180.

70) Wheaton v. Peters, 8 Pet. 591 (U.S. 1834)

71) Ng, *op. cit.*, p. 39.

72) Dickson, *op. cit.*, p. 69.

위를 적게 인정한다는 것이다.⁷³⁾ 공리주의는 저작권법 분야에서는 구체적으로 유인 이론, 효율적 배분이론과 같은 이론으로 발전되어 왔다.⁷⁴⁾ 유인이론은 저작권의 철학적 기초를 논함에 있어서 미국에서 가장 우선적으로 고려되는 이론인데 저작에 대한 개인의 노력을 독려하기 위한 것이라는 것이다. 효율적 배분이론은 자원의 효율적인 배분을 위해서 저작권을 보호할 필요가 있다는 것으로서 법경제학자인 Posner에 의해 본격적으로 주장되었다.⁷⁵⁾

③ 저작인격권 도입

Saint Amour는 1876년부터 1878년까지 국립저작권위원회 청문회가 저작권법과 대중의 이익에 대해 제검토한 것이 마지막이었고 1878. 5.부터는 미국과 영국은 저작권 보호의 기간을 계속 늘이고 수준을 계속적으로 높여가기만 했다고 주장한다.⁷⁶⁾ 미국에서 근래 40년 동안 11번에 걸쳐 저작권을 확대하는 입법이 이루어졌다.

미국은 1790년 연방저작권법에서도 저작인격권 규정이 없었으나 개정을 거듭하다가 1909년에 저작인격권 중 공표권에 대한 규정을 두게 되었다. 현행 저작권법은 1976년 전면 개정법을 근간으로 하고 있다. 여전히 저작인격권에 대해서는 규정을 두지 않고 있으며 심지어는 1909년 법이 규정하였던 공표권마저 두지 않고 있다. 그러다가 1990년에 VARA를 입법하여 시각예술저작물에 한정하여 저작자의 저작인격권을 보호하고 있다.

마. 중국

① 사상적 전통

중국은 4대 인류 문명 중 하나이고 활자 인쇄술 등에서 세계에서 가장 앞서 있었는데도 불구하고 저작권제도는 늦게 시작되었는데 이는 인쇄술의 발달과 함께 저작권이 탄생한 서구와는 매우 다른 양상이다. 그 원인은 당시 중국에는 사권 이념과 상품경제가 없었기 때문으로 분석된다.⁷⁷⁾ 사권 이념이 없었다는 것은 서양과는 달리 중국문화는 정신에 맞춰진 집단의 관습을 가지고 있었다는 의미이다.

73) *Ibid.*, p. 192.

74) 남형두, 앞의 글, p. 289.

75) 위의 글, p. 293.

76) Paul K. Saint-Amour, *The Copywrights Intellectual Property and the Literary Imagination* (N.Y.:Cornell University Press, 2003), p. 55.

77) 조신명, "중국 저작권제도의 현재와 미래", 『비교법연구』, 2008, 9(1), p. 38.

중국 사회를 지배한 공자의 사상은 개인을 군신·부자·부부 관계와 같은 관계의 일원으로 보았다. 중국은 과거와의 연계에 높은 가치를 부여했고 개인은 중요하지 않았으며 집단의 생존이 중요했다. 과거는 개인의 도덕적 발전을 통해 얻어지는 수단이기도 하고 사회를 구성하는 관계의 내용에 반하는 척도이기도 하다. 선배가 후배들을 지도하는 책임을 맡았고 과거의 선례가 긍정적 범규와 규율이었다. 과거의 힘과 그로 인한 지적 노력의 산출물의 소유의 결과는 『논어(論語)』 술이편(述而篇)에 나오는 공자의 말이 집약적으로 보여준다. 공자는 "나는 전술(傳述)할 따름이지 새로운 것을 창작하지 않는다. 나는 옛 것을 믿고 좋아한다."라고 했다. 이러한 사상이 지적인 산출물을 개인 재산으로서 보는데 반작용을 했다.⁷⁸⁾ 송나라의 미불(米芾)은 "서예와 그림에 대해 아무도 가격을 논할 수 없다. 군자는 돈으로 살 수 있는 것이 아니다."라고 말했다.

중국에서 사회적·경제적 단위였던 가족은 가장 중요한 단위였다. 가장이나 마을의 연장자에 대한 의존은 관습법에 따르는 것을 강화했고 소위 사법(私法)에 대한 무관심으로 나타났다. 수백만 번 복제된 아이디어는 매우 좋은 아이디어이고 여러 번 복제되지 않은 아이디어는 좋은 아이디어가 아니다. 중국에서는 작품의 복제는 그 작품에 대한 찬사의 한 형태였다. 명나라의 화가 심주(沈周)는 그의 작품 표절을 중단시켜야 한다는 주장에 대해서 "나의 시와 그림이 조금이라도 나의 노력에 의한 것이라고 해도 표절자들에게 조금이라도 도움이 된다면 내가 거기에 인색할 이유가 있는가?"라고 했다.

더 나아가 중국에서는 새로운 아이디어에 대한 의문이 있었다. 중국에서 새로운 아이디어를 가진 사람은 기존 질서를 부수려는 문제아로 간주되었다. 중국 문화에 있어서 창작물은 '과거의 힘'이라고 하는 '작가'의 외부적 힘의 산출물로 보는 경향이 강했다. 개인주의는 중국에서 가치가 부여되지 않았기 때문에 저작권이 서양과 같은 가치를 인정받지 못했던 것이다.

② 권한없는 복제에 대한 통제

중국법 역사 전체를 조망하면 중국은 교재 등에 대한 권한 없는 복제에 대해 무관심한 것은 아니었다. 주나라 건국 이전에 상품을 인식하는 방안에 대한 관심을 가졌다는 자료가 발견되고 진나라 때 기록물의 배포에 대한 관심을 가졌다는 자료가 있으며 한나라 때 고전의 권한 없는 복제를 금지하였다는 자료도 있다. 그러나 당나라 때 인쇄술의 발명 이후에 출판과 재출판을 규율하려는 실질적이고 일관된 노력들이 나타났다.⁷⁹⁾ 송나라 때는 인쇄술이 발달하고 읽고 쓸 줄 아는 능력이 상대적으로 발

78) William P. Alford, *To Steal a Book Is an Elegant Offense : Intellectual Property Law in Chinese Civilization* (Stanford:Stanford University Press, 1994), pp. 19-20, pp. 25-27.

진하면서 개인에 의한 출판이 많이 이루어졌다. 진중은 개인 출판업자들에게 출판 이전에 검열을 받도록 명령했다. 사전검열의 주된 목적은 배타적 통제나 비정통설일 수 있는 사적인 재출판을 금지하는 것이었다. 이러한 제도의 부산물로 승인을 얻은 사람들이 권한 없는 재출판에 대한 투쟁 노력 등과 같은 안내문을 적게 되었다. “이 책은 정부에 등록된 ○○가 출판한 것이다. 아무도 재출판해서는 안 된다.”는 식이었다. 명나라도 출판에 대한 국가의 통제를 강화하려고 노력했다. 송나라의 뒤를 이어 천문학, 과거 시험, 오랜 동안 민감하게 받아들여졌던 것에 대한 정부의 작품에 대한 허가 없는 재출판을 특별히 금지했다. 명나라에서 출판에 대해 통제를 강화하려고 했으나 출판전의 사전 검열제는 송나라 때에 비해 실효성이 떨어졌다. 이러한 출판에 대한 국가의 통제는 오늘날 상표나 특허를 통해 보호하는 권한 없는 재생산 측면을 반영하고 있지는 않다. 기록에 따르면 북송시대에는 산둥 제남의 유(劉)씨 가족이 ‘하얀 토끼와 바늘의 축복을 칭송하는 진설’의 그림 장식을 사용했다. 최소한 송나라 때는 상품에 표시하여 발전된 브랜드의 이름과 상징을 다른 사람이 사용하지 못하게 선언하고 시장에 등록하여 유지하려고 노력했다. 유명 상표와 표시에 대한 대규모의 위조가 생겨나게 되고 생산 비법을 모방하려는 대규모의 시도가 있었다. 상인과 생산업자들은 이러한 문제를 시장조합이나 그와 유사한 조직을 통해 해결하려고 하였으나 이러한 시도가 실패로 돌아가자 지역 공무원에 의존했다. 공무원들은 이를 도우려고 했으나 모방을 금지하는 특별한 규정에 의해서가 아니라 부정과 기망을 금지하려는 ‘부모’의 입장을 간청하는 것이었다. 당나라와 그 이후의 왕조들이 정부 물품의 권한 없는 재생산을 제한하고 권한을 부여함에 있어서 정확성을 기하는데 팔목할 만하게 발전했음에도 불구하고 그들은 다른 사람의 작품에 대한 해적행위 또는 부적절한 편집에 대해 무관심했다. 중국에서 권한 없는 책의 복제를 금지한 사상은 그 책이 작가의 재산이라는 사상에서 나온 것이 아니고 출판업자에게 이단의 책자를 출판하지 못하게 하려는 사상에서 나온 것이었다.⁷⁹⁾ 중국은 유럽이나 미국 등 외국인들을 “외부의 야만인” 즉 외이(外夷)를 규제하는 규정을 가지고 있었다. 중국 관료들을 외국에 대해 팔목할만한 양보를 하고 있다고 믿었지만 서양 상인과 그들의 정부는 이러한 규제의 틀에 대해 만족하지 못했다.

③ 저작권 제도의 도입

아편전쟁 때 중국은 영국에 의해 패배하고 많은 외교적 양보를 해야 했다. 아편전쟁 이전과 그 직후까지만 해도 지적재산권과 관련된 문제는 중국의 경제적·법적 관계의 결과가 아니었다. 그때까지만 해도 외국의 중국에 대한 투자가 적었고 아편이

79) *Ibid.*, pp. 12-13.

80) *Ibid.*, pp. 13-17.

나 실크 등에 무역품이 한정되었다. 19세기 말경 중국에 대한 외국의 투자가 늘게 되자 외국 무역 상호와 상표를 권한 없이 사용하는데 대한 책임 문제가 부각되었다. 영국, 미국, 일본과 순차적으로 지적재산권과 관련한 협정을 맺었을 때 가장 중요한 것은 상표 보호였다. 중국 정부는 막다른 골목에 이르러 영구적인 상표법을 공포하게 되는데 까지 200년의 시간이 흘렀다. 저작권법과 특허법도 상표법과 동일한 발전 과정을 거친다.⁸¹⁾

중국에서 최초로 저작권을 규정한 법률인 1910년의大清저작권률은 중국 작가에 대해 매우 제한적인 배타적 권리를 보장하고 있는데 이는 서양 사상의 영향을 받은 것이었다.⁸²⁾ 그러나 이 법이 시행되기도 전에 청왕조가 신해혁명의 의해 멸망했다. 중국에서는 저작권이 중국에 얼마나 도움이 되는지, 중국 관료들에게 이 분야의 책임 문제를 어떻게 훈련할지, 중국 대중에게 그 법이론이 합리적이라는 것을 어떻게 교육할지 등의 문제에 대한 심각한 고민 없이 미국, 영국, 일본 등 외세와의 조약에 의해 저작권을 인정하게 된 것이었다. 공산주의자와의 혈투 끝에 권력을 장악한 중국 국민당은 무질서를 종식시키고 치외법권이 더 이상 정당화되지 못하는 조약의 힘을 확신시키기 위하여 법을 정비하였는데 외국에서 교육받은 법 전문가들의 자문하에 이루어졌다. 그중 가장 첫 번째 조치가 1928년 제정된 저작권법이었다. 이 법은 독일법에 상당히 의존했는데 일본을 통해 걸려진 것으로서 작가들이 내무부에 등록하면 서적, 음악, 사진, 디자인, 조각, 기타 기술·문학·미술 작품을 보호하는 것이었다. 그러나 이 법과 그 적용에 대한 인식이 부족했고 중국 시민들은 ‘근대’ 지적재산권의 미묘함에 친숙하지 못했다. 또 자연적으로 적대관계에 있는 것을 의미하는 정형화된 법적 절차에서 적극적으로 권리의 정당성을 입증하는데 친숙하지 못했다. 저작권법은 작가 권리 보호의 중요성을 말할 수 있었지만 사상의 흐름의 통제가 반드시 필요할 때 어떤 것을 취해야 하는지 하는 문제에 직면하면 자동적으로 양보해야 했다.⁸³⁾

④ 사회주의 사상의 영향

사회주의 사상가인 마르크스는 개인의 창작행위는 사회적 경험의 산물이기 때문에 그 정신적 노동의 결과인 지적산물은 당연히 사회적인 것으로서 사회에 속하여야 한다고 보았다.⁸⁴⁾ 볼셰비키 혁명 이후 러시아 작가들의 모든 작품을 국유화하였

81) *Ibid.*, pp. 30-42.

82) Larsen, *op. cit.*, pp. 74-75.

83) Alford, *op. cit.*, pp. 49-54.

84) Carla Hesse, *The Rise of Intellectual Property, 700 BC to AD 2000, An Idea in the Balance*, David Vaver(Ed.), *Intellectual Property* (Routledge, 2006), pp. 67-68. ; 남형두, 앞의 글, p. 268.에서 재인용

는데 그 근거에는 위와 같은 철학이론이 있는 것이다. 사회주의 국가들은 공리주의가 묘하게 지식의 전달에 관한 국가독점과 연결되어 사유재산의 인정 보다는 대중적 인기 보상 등의 제도로 이루어졌다.⁸⁵⁾ 중국도 문화혁명 시기에 “철강 노동자가 쇠덩어리에 자신의 이름을 써 넣는 것이 필요하겠는가? 그렇지 않다면 마찬가지로 지식인 계급이 자신이 만든 것에 그의 이름을 넣을 특권을 왜 받아야 하나?”라고 한 것과 같이 지식의 사유화에 대한 극도의 부정적인 시각을 가지고 있었다. 이는 소비에트와 중국 전통 사상의 영향을 받은 것이다. 중화인민공화국 초기에는 저작권에 필적하는 아무런 규정도 없었지만 국가가 소비에트 사상 연구 등으로 출판 내용을 통제하면서 작가와 출판업자 사이의 관계는 소홀하게 여겨지지 않았다. 국가가 작품을 승인하는 경우에는 작품의 허가 없는 변경은 허용되지 않았다. 1950년 문화부의 원조 하에 베이징에서 열린 첫 국가출판협의회에서 “권한 없는 재생산, 표절, 개변은 금지된다.”고 선언했다. 문화대혁명으로 인한 발전과 숙련의 손실을 보상하기 위해 과학과 다른 지적재산을 고양하기 위해 중국의 새로운 리더십은 지식인과 그 노력을 고양시키는 것에 맞추어져야 한다고 생각되었다. 1977년에는 문화혁명 이전으로 작가에 대한 보상이 되게 되었다. 1984년에 작가, 편집자, 번역가 등에게 적절한 보상을 해주는 저술에 대한 기본 수당과 관련된 시험 규정이 생길 때도 중국에서는 저작권법을 “중국 지식에의 사악한 길”로 여겼다.

⑤ 저작권 제도의 정착

이러한 “사악한 길”은 1986년에 공표된 민법 제94조에서 저작권을 일반적 권리로 인정하면서 새로운 전환을 맞게 된다. 1990. 9. 공표된 저작권법은 건국 이래 최초의 저작권법으로서 1991. 6.부터 시행되었다.⁸⁶⁾ 1980년대와 1990년대 초반까지 중국은 대표적인 지적재산권 침해 국가였으며 해외의 출판물들을 권한 없이 복제했다. 특히 등이 자리를 잡아가는 1990년대 초반에도 저작권 침해는 더욱 악화되었다. 타임지는 중국을 “세계 최대의 시디(CD) 도둑”이라고 했고 전문가들은 사용되는 소프트웨어 중 95%가 불법이라고 했다. 중국에서는 초반에는 지적재산권을 인정하는데 거부감이 심했지만 시간이 흐르면서 거부감을 잊게 되고 때로는 이러한 불편함이 장점이 된다는 것을 인식했다. 중국 정부는 지적재산권 침해에 대해 강력한 단속에 나선다. 1993년에는 잡지 편집자들이 검거되어 종신형까지 선고받게 된다. 뉴욕타임즈 특파원이 “중국 정부가 검열제의 종식을 시작했다.”고 했다. 문화혁명 후의 중국의 리더십은 특히, 상표, 저작 등 법률 개정을 강화하는 것임에 틀림없다. 미국에서는 1992. 10. 미국무역대표부의 Carla Hills가 워싱턴의 요구에 맞도록 지적재산권

85) 남형두, 앞의 글, p. 270.

86) Alford, *op. cit.*, pp. 56-78.

협정을 정해달라는 요구를 했고 중국 정부는 고심 끝에 이를 받아들였다. 클린턴 행정부에서도 중국과 협상 테이블에서는 인권을 표면에 들고 나왔지만 무역 거래와 관련된 문제가 중점이었다.⁸⁷⁾ 중국은 1992년 베른협약과 세계저작권협약에 가입했고, 2001년에 WTO에, 2007년에 WIPO 저작권조약(WCT) 및 실연음반조약(WPPT)에 가입하게 된다. 2001. 10. 제정된 개정 저작권법은 저작권격권과 저작재산권의 종류를 더욱 세분화했는데 저작권격권으로 공표권, 성명표시권, 수정권, 저작물의 완전정보보호권을 규정했다. 또 저작물의 자유이용 및 법정허락의 유형을 더욱 구체화하였다.

⑥ 대만의 경우

한편, 1949년 공산당에게 쫓겨서 대만으로 간 대만 정부도 1950년대에는 검열에만 관심이 있을 뿐 이었다. 미국을 비롯한 서구제국들도 대만에서의 서적 불법 복제에 별 관심이 없었다. 그러나 1950년대 말에 이르러 브리태니커 백과사전 등 값비싼 책들의 판매 등의 이유로 사정이 바뀐다. 외국 출판업자들이 자국 정부를 통해 압력을 가하게 되고 대만 정부는 1959년 저작권을 인정하는 쪽으로 법을 개정한다. 그러나 서적, 음반, 컴퓨터 소프트웨어 등의 무단 복제는 상당한 정도로 널리 퍼져 있었다. 미국의 무역적자가 급속히 확대되자 미국 정부는 1980년 초에 대만 정부에 압력을 가하기 시작한다. 대만의 1985년 저작권법은 컴퓨터 프로그램, 예술 작품, 조각 등에 대해 등록하지 않아도 저작권을 보호하는 내용을 담고 있다. 대만의 1980년대 중반 지적재산권법은 요란하게 개혁되었는데 경제부, 외교통상부, 경찰과 검찰, 법원, 민간기관 등이 참여했다. 저작권 침해에 대한 단속이 실질적으로 증가하였고 해적행위가 감소하였으나 1980년대까지도 컴퓨터 하드웨어와 소프트웨어 등에 대한 복제는 끊임없이 계속되었다. 미국은 슈퍼 301조 등으로 압박했다. 1992년 AIT(American Institute in Taiwan)와 CCNAA(Coordination Council for North American Affairs)는 협정을 맺고 대만 정부가 이 협정을 비준한다. 계속되는 미국의 압력으로 대만 정부는 지적재산권 특별법원을 설치하고 정부와 경찰, 법원을 조율하는 기구를 신설하는 등 지적재산권 실행 방안을 시작한다. 이렇게 된 데는 대만의 경제적 팽창, 고기술의 필요성에 대한 인식, 정규적인 법적 제도, 국제적 열망이 지적재산권의 필요성을 분명하게 했다는 점도 크게 작용했다. 경제적으로 대만 기술력이 세계적인 수준이 되고 소프트웨어, 출판, 영화, 엔터테인먼트 산업 등의 발전으로 해적행위가 생겨난 것도 작용했다. 대만 사법시스템도 사회의 민주화, 도시화, 산업화, 국제화 등으로 질서 유지를 넘어 위임 범위를 넓히는 방향으로 많은 변화를 했다. 결국 경제 성장, 정치적 자유화, 외교적 용기, 기타 고유의 관심들

87) *Ibid.*, pp. 90-93, pp. 113-114.

이 외부의 압력과 함께 지적재산권에 관한 더 큰 관심을 형성하게 된 것이다.⁸⁸⁾

III. 소결론

저작권의 입법 변천사를 보면 저작권은 출판자의 권리로부터 작가의 권리로 옮겨 간다. 그러나 이는 작가의 권리를 인식하였다기 보다는 출판자가 자신의 독점권을 영구화하려는 의도 때문이었다.⁸⁹⁾ 최초로 저작권은 문학작품에 대한 복제와 관련된 것이었다. 이는 영국 뿐 아니라 프랑스나 독일의 경우에도 마찬가지였다. 그런데 19세기를 거치면서 유럽에서 저작권이 급격하게 확대되기 시작한다. 이 시기에 미술가의 저작권격권이 본격적으로 보호받기 시작한다. 이는 칸트나 셸링 등에 의해 미술이 '재현'에서 '표현'으로 중점이 옮겨간 것과 인격권이 저작권법에 도입된 것과 상호 밀접한 관계를 가지는 것이다. 이는 곧 프랑스 대혁명 등 인권의 확장이라는 사상적 기반의 획기적 변화와 궤를 같이 하는 것으로 이러한 사상이 실제로 저작권에 큰 영향을 미친 것이다.

저작권의 역사를 조망하면 저작권은 하나의 원칙이라기보다는 여러 가지 규정들의 집합체이고 저작권은 하나의 법으로 규정하기에는 너무 복잡하고 까다로운 문제라는 주장도 있다.⁹⁰⁾ 그러나 법이나 법에 의해서 인정된 권리가 철학이나 민족정신과 유리되어서 존재하는 것은 결코 아니다. 저작권격권에 관해서 보아도 각국의 법률과 판례는 나름대로 그 국가의 철학과 원칙이 반영된 것이라고 할 수 있다. 미술가의 저작권격권을 보호할 것인지 여부, 보호한다면 어느 수준과 범위 까지 보호해야 할 것인지는 결국 미술이 가지는 특성을 어떻게 이해할 것인가 하는 철학적 문제와 직결된다는 것을 알 수 있다. 앞에서 본바와 같이 미술저작물에 작가의 인격이 드러난다고 보는 철학적 사상과 저작권격권은 매우 밀접한 관계를 가지는 것이다.

프랑스에서 미술가의 저작권격권이 발전한 것은 프랑스 미술의 발전과 성취의 역사, 그것이 필요한 프랑스 사회에서 가지는 중요성의 증대에 따른 것이었다. 또 미술저작물의 보존에 대한 사회적 이해관계가 커졌기 때문이다. 그에 반하여 미국이 프랑스에 비해 미술가의 저작권격권을 소홀하게 여긴 것은 경제 발전에 급급했고 미술이 덜 발전해서 보호할 필요성이 상대적으로 적었기 때문이다. 또 미술은 자연을 '재현'하는 것으로서 작가와 작품 사이의 관계가 먼 것으로 인식해 왔기 때문에 저작권격권이라는 제도로 보호할 필요가 없었기 때문이다. 또 미국이 원래 저작권격

88) *Ibid.*, pp. 96-111.

89) Patterson, *op. cit.*, p. 226.

90) *Ibid.*, p. 229.

권과는 거리가 먼 사상적 기반을 가지고 있는데다가 주로 저작권 수입국이었던 것도 다른 이유이다. 그러나 그러한 사정에 큰 변화를 가져왔다. 앞에서 본 것과 같이 미국도 뒤늦게나마 미술을 '재현'이 아닌 '표현'으로 인식하게 되었다. 로버트 라우센버그, 앤디 워홀, 잭슨 폴록(Paul Jackson Pollock), 조지아 오키프(Georgia O'Keeffe), 리히텐슈타인(Roy Lichtenstein) 등 수 많은 천재적인 미술가들을 배출해냈고 미국이 세계 최고의 미술시장이 되는 등 미술이 매우 발전했다. 또 미국은 20세기 들어서 지적재산에 관한 순수출국이 되었다. 미국은 제2차 세계대전이 끝날 무렵 저작물에 관한 가장 많은 수출을 하는 국가가 되었다.⁹¹⁾ 미국은 가장 대표적으로 빠른 시간 내에 저작재산의 순수입국가에서 순수출국가로 변화, 발전된 국가이다. 미국은 특히 1970년대에 들어 개발도상국에 대하여 지적재산권 보호를 역설하고 이를 위해 무역제재 등의 수단을 적극 활용하고 있고 소프트웨어, 콤팩트디스크, 영화 등에 있어 강력한 수출국이다. 미국은 미술가의 저작권격권을 강력하게 보호할 필요가 있는 국가적인 이해관계를 가지고 있다. 그만큼 보호해야 할 작가들이 많기 때문이다.⁹²⁾ 미국은 미술 이외에도 저작권의 보호를 받아야 할 대상이 가장 많이 생산하는 국가이다. 그런데 미술에 대해서만 저작권격권의 보호수준을 낮고 보호범위를 좁게 인정하기는 법 논리상 매우 어려운 것이다. 미흡한 점이 많지만 미국이 VARA를 제정하여 시행하고 있는 것은 결코 우연한 선택이 결코 아니라 미국의 이러한 변화의 흐름 가운데 있는 필연적인 결과인 것이다.

중국의 전통 사상과 맞지 않는 서구의 저작권 제도가 미국을 비롯한 서구의 경제적 압박 등에 의해 중국에 도입되었고 그 과정에서 법 적용에 대한 광범위한 회의론이 있었던 것도 사실이지만 정치 문화의 변화, 경제 성장 등에 따라 지적재산권의 필요성을 인정하는 경향으로 바뀌고 있는 것임을 알 수 있다. 중국 경제가 향후 미국 경제를 필적 또는 능가할 것으로 예상되고 있어서 중국에서의 저작권 보호의 강화는 다른 국가에 큰 영향을 미칠 것이다. 중화인민공화국과 대만 정부의 가장 중요한 차이는 정치체제의 차이에서 오는 정치 문화와 경제적 소득의 차이라고 할 것이다. 따라서 정치 문화가 시민들의 권리를 인정하는 방향으로 바뀌고 소득이 증가하는 것이 지적재산권을 인정하는 중요한 요인으로 작용하는 것은 주목할 만하다. 여기서 눈여겨 볼 것은 중국이 저작권을 뒤늦게 인식하였다는 것은 주로 복제권과 같은 저작재산권의 문제였다는 것이다. 저작권격권은 중국의 오랜 사상적 전통과 부합하는 것이어서 저작권 제도가 정착되면서 필연적으로 미술가의 저작권격권에 대한 보호를 강화하게 될 것으로 예상된다. 또 중국은 보호해야 할 미술 문화의 축적이 상당한데다가 중국의 미술시장이 급성장하고 있고 곧 세계 최고의 규모

91) Goldstein, *op. cit.*, p. 151.

92) Michael B. Gunlicks, "A Balance of Internet : The Concordance of Copyright Law and Moral Rights in the Worldwide Economy", *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 2001, 11, p. 668.

로 될 것으로 예상되어 이러한 중국의 제도 변화가 세계의 표준에 주는 영향은 매우 클 것이다.

제5장 디지털 시대의 미술가의 저작권격권

제1절 디지털 시대에 따른 변화

I. 디지털 기술과 인터넷의 도전

디지털 기술의 발전과 인터넷의 보급 및 확산이 인간의 삶에 많은 영향을 미치고 있다는데 이론이 없다. 그중에서도 아날로그 기술을 전제로 발전해 온 저작권에 미치는 영향은 적지 않다. 심지어 John Perry Barlow와 같이 디지털 시대에는 그 이전의 지적재산권에 관한 모든 지식들이 틀린 것이라고 주장하는 사람도 있다.¹⁾

디지털 기술의 특성으로 충실성(fidelity), 편리함(facility), 도처에 있음(ubiquity)을 드는 학자도 있지만²⁾ 그 이외에 접근성도 가장 큰 특징 중 하나라고 할 것이다. 디지털 기술의 발전은 복제, 변경, 수정을 매우 용이하게 하고 복제물을 빠르고 광범위하게 확산시킬 수 있으며 원본과 사본의 질적인 차이를 없앴으로서 기존의 저작권 제도에 근본적인 도전을 하고 있다. 또 디지털화 되면 필연적으로 확산의 가능성을 가지기 때문에 저작권격권 침해의 가능성을 높아진다. 인터넷은 지금까지 볼 수 없었던 새로운 매체로서 전 세계를 하나로 묶어서 지역적인 경계를 허무는데 큰 역할을 한다. 수많은 그림, 텍스트, 음악, 사진 등이 디지털화 되어 쉬지 않고 지구 이쪽에서 저쪽으로 이동한다. 인터넷은 세계를 하나로 묶고 협동하는 하나의 건물이다. 인터넷을 이용하면 매우 쉽게 자료를 확보하고 이를 복사하고 원 저작자의 이름을 지우거나 바꿀 수 있다. 인터넷으로 인해 저작권자가 피해를 입을 위험성이 매우 높아지는 것이다. 저작권 침해에 대응하기 위한 기술들이 계속 발전되어 왔다. 자격이 부여되지 않은 사람들의 접근을 막는 암호화 기술이나 복제 경로를 추적할 수 있는 워터마킹 같은 것들이다. 그러나 이러한 기술들이 침해를 사전에 방지하지는 못한다. 미국 등 여러 국가에서는 이러한 기술들을 우회하는 수단들에 대해 형사책임을 부담시키고 있지만 우회방지 수단들은 기술적으로 금세 구닥

1) John P. Barlow, *The Economy of Ideas : A Framework for Rethinking Patents & Copyrights in the Digital Age (Everything You Know About Intellectual Property is Wrong)*, Wired, Mar 1994 ; Anne K. Fujita, "The Great Internet Panic : How Digitization is Deforming Copyright Law", *Journal of Technology Law & Policy*, 1996, 2, p. 19.에서 재인용

2) Paul Goldstein, *Copyright's Highway* (Stanford : Stanford Law and Politics, 2003), p. 163.

다리가 되어버리고 제한된 범위 내에서의 효과를 발휘하는데 그친다.

디지털 형식으로 제작, 유통되는 각종의 저작물이 컴퓨터의 보급과 네트워크의 확대에 의해 일반화되었다. 이제는 일반 대중이 보다 많은 저작물을 창작하고 이용하게 되어 기존 저작권 제도에 대해서 많은 문제를 발생시키고 있다. 디지털 기술은 기존의 작가와 관객의 관계를 완전히 바꾸어 놓는 것이기 때문이다.³⁾ 디지털 기술을 이용하면 관객은 작품의 창작에 참여할 수 있다. 서구사회의 '상류' 문화의 미학적 입장에서는 관객의 참여라는 관념은 받아들이기 어려운 것이지만 이러한 것은 인도와 같은 동양의 일부 문화권에서는 고전적이고 잘 정립되어 있는 미학 원칙이다.⁴⁾ 창작이란 문화 공간에 있어 순전히 개인적인 과정이 아니라 관객의 역할이 매우 중요하다. 작가의 창작성을 규정하는 2가지 요소가 있다면 이는 작가에게 영향을 미치는 실존 문화와 작품에 대한 관객의 해석이다.⁵⁾ 디지털 기술은 작가와 관객을 새롭게 더욱 가깝게 하고 사회에 대한 인식을 함께 할 수 있게 하며 궁극적으로는 양쪽의 관계를 실질적으로 만들고 정신적 친밀감을 가지도록 한다. 논란의 여지가 있을 수 있지만 디지털 기술의 발전이 창작에 대한 인간의 요구를 강화할 것이다.⁶⁾

미술품 창작에 있어 디지털 기술을 사용한다는 것은 어느 국가의 법률에서도 예측할 수 없는 것이었다.⁷⁾ 그 동안 많은 입법자, 재판관, 비즈니스 리더들이 판화와 아날로그 기술의 특성에 따라 창작 매체를 이해하여 왔기 때문에 디지털 기술을 페러다임의 변화라고 부른다.⁸⁾ 노출된 정보와 이를 컴퓨터상에서 보고 듣는 문제는 소유자의 수많은 권리의 복잡체와 관련이 있기 때문에 특히 인터넷과 관련된 저작권법은 많은 문제에 노출되어 있다. 또 예술에 있어서 동일성은 작품(원본이나 모조품이나)과 작가(형태와 방법에 있어 다른 사람과 구별될 수 있느냐)에 있어서 매우 중요한 문제인데 디지털 아트는 완벽하게 복사할 수 있어서 원본도 변형될 수 있고, 위작도 화질을 높일 수 있다.

디지털 기술이 창작물을 출판하고 대중에게 전파하는 저작권 사업가들에게 매우 위협적이 되자 영화제작자 등 저작권 사업가들은 정책 입안자 등에게 보다 강력하고 보다 효율적인 저작권 보호를 해달라는 로비를 해왔다. 이러한 로비는 1700년대에 저작권 보호를 통해서 인쇄사업에 대한 지배권을 확보하려고 했던 영국의 서적

3) Mira T. Sundara Rajan, "Moral Rights in Information Technology : A New Kind of 'Personal Right'?", *International Journal of Law and Information Technology*, 2004, 12, p. 34.

4) *Ibid.*, p. 42.

5) Thierry Joffrain, "Deriving a (Moral) Right for Creators", *Texas International Law Journal*, 2001, 36(4), p. 782.

6) Carl R. Rogers, *On Becoming A Person : A Therapist's View of Psychology* (N.Y.:Marine Books, 1961), p. 348.

7) Roy Kaufman, *Art Law Handbook* (N.Y.:Aspen Law & Business, 2000), p. 262.

8) *Ibid.*, pp. 265-266.

판매상들이 영국 의회와 법원에 청원하고 탄원했던 것과 크게 다르지 않다.⁹⁾

디지털 시대에 있어 미술가의 저작권권은 2가지 방향에서 검토될 수 있다. 하나는 디지털 기술과 인터넷의 확산이라고 하는 큰 변화에 따라 기존의 미술가의 저작권권 시스템이 어떤 변화를 맞고 있고 어떤 대응을 해야 하는가 하는 문제이다. 이와 관련하여 기존의 저작권권 시스템에 대한 근본적인 회의론도 있고, 큰 틀에서 그대로 인정은 하되 기존 시스템 보다 보호의 정도를 완화해야 해야 한다는 입장도 있고 반대로 보호를 강화해야 한다는 입장도 있다. 다른 하나는 저작권권 시스템을 폐지하지 않는다는 전제 하에, 디지털 기술을 이용한 미술 작품에 대해서 저작권권을 어떻게 적용해야 하는가 하는 문제와 관련된 것이다. 디지털 기술을 이용한 미술 저작물과 관련해서는 제2장에서 디지털 아트, 웹아트 등을 다루었으므로 그와 중복되지 않는 범위 내에서 보기로 한다.

II. 미술가의 저작권권에 미치는 영향

1. 학설의 입장 및 검토

가. 회의론

지금까지의 저작권권 시스템이 디지털 기술과 인터넷 환경에서 제대로 작동할 수 없다는 회의론이 있다. 이 문제에 대해서 심지어 과연 디지털 시대에 작가들이 저작권권을 향유하는 것이 맞는가 하는 의문을 제기하는 사람도 있고,¹⁰⁾ 저작권권 규정은 디지털 시대에는 작동이 가능하지도 않다는 견해도 있다.¹¹⁾ 혹자는 사이버 공간에서 저작권권의 지나친 보호가 대중의 문화 향유의 이익을 제대로 하지 못하게 만드는 경우에는 결국 작가에게 작품과의 높은 긴밀도를 포기하도록 요구할 수도 있다고 한다. 인터넷 공간은 전 세계의 상호작용과 협동적 경험의 건물이기 때문에 결국 저작권권 시스템은 실질적으로 작동하지 않을 수 있고 전 세계의 공공정책의 결정에 의해 좌절될 수도 있다고 한다.¹²⁾ 저작권권 중에서 특히

9) Alina Ng, "Commercializing Motion Pictures and Sound Recordings through the Internet : Copyright Law and Technology Change", Doctor of the Science of Law Dissertation, The School of Law and the Committee on Graduate Studies of Stanford University, 2004, p. 1.

10) Rajan, *op. cit.*, p. 34, p. 43.

11) Gary Lea, *Moral Rights and the Internet : Some Thoughts from Common Law Perspective*, Frederic Pollaud-Dulian (ed.), *Perspectives on Intellectual Property : The Internet and Author's Rights* (vol. 5, London:Sweet & Maxwell, 1999), p. 97.

동일성유지권은 디지털 시장에서 엔터테인먼트 작품의 요구 때문에 살아남을 수 없을 것이라고 예견하기도 한다.¹²⁾

1995. 7. 국립 네덜란드 아카데미와 암스테르담 대학교의 정보법연구회에 의해 개최된 2일 동안의 회의에서 디지털 환경에서 저작권이 살아남을까 하는 문제가 다루어졌다. 이때 John Perry Barlow는 저작권은 ‘침몰하는 배’라고 하면서 디지털 시대에 완전히 파편이 될 것이라고 예언했다. 그러나 국제출판저작권위원회 고문인 Charles Clark는 “기계에 대한 해답은 기계 안에 있다.”고 주장했다. 미국 특허상표청장은 이 회의에서 디지털 기술은 “처음도 아니고 아마도 마지막도 아닌” 저작권 소유자가 그의 작품을 보호하는 권리에 대한 도전이라고 말했다.¹⁴⁾

디지털 기술의 발전과 그로 인한 저작권 침해의 방법이나 정도는 그 이전의 저작권 규정들이 전혀 예상하지 못한 것임에 틀림없다. 이러한 기술의 변화는 매우 충격적이지만 인류 역사상 처음 있는 일은 아니다. 그 동안 종이의 발명이나 인쇄기의 발명 등 여러 획기적인 기술의 발전이 있었다. 저작권의 역사를 보면 저작권은 기술의 발전과 때려야 뗄 수 없는 불가분적인 관계인 것을 알 수 있다. 저작권법은 인쇄기 발명의 결과였다. 저작권이란 애초부터 기술의 산물일 뿐이다. 소니 판결에서 미국 연방대법원은 “저작권은 태동 시기부터 기술의 중요한 발전에 대한 대응으로 발전해 왔다. 인쇄기라고 하는 복제설비의 발명이 저작권 보호의 필요성을 처음 느끼게 한 것이었다.”라고 판시한 바 있다.¹⁵⁾

미술가의 저작권권 문제는 그 근원적인 철학이 디지털 기술 시대라고 해서 변화하는 것이 아니다. 저작권 보호 장치가 없거나 약하면 미술가들은 창작으로 인한 수입을 기대하기 어렵고 자신들의 작품을 보존하기도 어려워지기 때문에 창작활동을 제대로 하기 어려워질 것이다. 이는 역사적으로도 저작권 보호로 인한 수익이 없는 기업이나 개인이 투자를 꺼려했던 사실이 뒷받침한다. 디지털 시대에 있어서 저작권 규정의 근본적인 변화는 일상에서의 비상업적이고 기관이 아닌 일반인들의 이용을 규율하는 저작권 규정과 법률적 보호의 박탈을 확대하는 것이 될 것이다.

또 회의론은 저작권권의 기능을 과소평가하고 저작권 중 저작재산권만을 강조하는 경향이 있다. 그러나 저작권을 보호하기 위하여 저작재산권 보호를 강화하는 것만으로는 작가의 권리를 제대로 보장해주지 못한다. 예술작품의 사회적 호응에 따른 관심과 대중들의 기억은 원작품을 그대로 유지하는 것을 필요로 한다. 이는 대중

에 대한 사회적 이익을 지키는 것이라는 점에서 공익적 관점에서 검토되어야 한다. 저작권권은 기술적 발전에도 유용할 뿐 아니라 문화의 유산을 보호하는데도 매우 유용하다.¹⁶⁾ 일반적으로 미술가들은 법률을 잘 모르기 때문에 계약에서 열악한 지위에 놓이게 된다. 미술가에게 저작권권을 부여하면 저작물에 관한 제3자와의 교섭에서 교섭력을 증진시키는 부수적인 효과도 있다.¹⁷⁾ 따라서 디지털 기술과 인터넷 시대에 저작권권이 제대로 작동하지 않는다면 획기적인 변화가 있어야 한다는 주장은 디지털 기술이나 인터넷이 사회에 미치는 영향을 제대로 이해하지 못했거나 과대평가한데서 오는 것이다.

디지털 기술의 도입으로 인해 종전의 규정들이 불합치하는 경우와 같이 불가피한 경우에는 규정들은 수정해야 할 것이다. 대한민국의 2001년 저작권법 개정에서 전송권 규정을 신설하고 도서관의 디지털 복제를 허용한 것이나, 미국의 DMCA에서 기술적 보호 장치의 우회를 금지한 것과 같다. 이와 같이 디지털 기술의 발전에 따라 그에 적합한 법률 규정을 마련하는 것이 필요하다는데 동의하지만 그럼에도 불구하고 가능하면 종전의 규정을 그대로 이용하는 것이 나름대로의 장점을 가지고 있음을 잊어서는 안 된다.¹⁸⁾ 왜냐하면 이미 디지털 기술 이전의 규정들을 토대로 저작권자와 기업들이 협상들을 해오고 저작권이 작동하고 있기 때문이다. 또 그 동안의 저작권법 규정들의 경험적 가치도 크다. 예를 들어 뉴욕타임즈의 하이퍼텍스트 버전을 다룰 때 그 이전의 종이 신문과 같이 다룰 수 있다면 200년 동안의 경험들을 매우 유용하게 사용할 수 있는 것과 같다. 또 디지털 시대라고 해도 모든 창작물이 디지털 기술에 의존하는 것은 아니기 때문에 여전히 오프라인의 창작물을 대상으로 한 규정이 필요하게 된다. 그런데 온라인 창작물과 오프라인 창작물로 나누어서 다른 법리로 규율하려면 상당한 혼란이 있을 수밖에 없기 때문에 양쪽을 대상으로 한 통일된 규정이 필요하다.

미국 연방대법원은 *Burrow-Giles Lithograph Co. v. Sarony* 판결¹⁹⁾에서 사진이 저작권 보호 대상이 되는지 하는 문제를 다루었는데 사진이 미국 헌법상 “작가(author)”의 “쓰기(writing)”에 해당하는지가 쟁점이었다. 연방대법원은 “작가”와 “쓰기”는 “개념이 확대될 여지가 있다.”라고 판시하였다. Millar 연방대법관은 “작가”는 “창작물의 존재가 귀속되는 사람”이라고 할 수 있고, “쓰기”는 “쓰기, 인쇄, 판화, 예칭 등 작가의 아이디어가 표현될 수 있는 모든 형식을 포함하는 것”이라고 하였다. 이런 식의 해석을 통해서 디지털 시대의 저작권권도 그 이전의 시스템을 보완해 나가는 식으로 유지되는 것이 바람직하다.

16) Rajan, *op. cit.*, p. 34.

17) Russ VerSteeg, “Federal Moral Rights for Visual Artists : Contract Theory and Analysis”, *Washington Law Review*, 1992, 67, pp. 843-844.

18) Jessica Litman, *Digital Copyright* (N.Y.:Prometheus Books. 2000), p. 171. 도 같은 취지

19) *Burrow-Giles Lithograph Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53 (1884)

12) Timothy E. Nielander, "Reflections on a Gossamer Thread in the World Wide Web : Claims for Protection of the Droit Moral Right of Integrity in Digitally Distributed Works of Authorship", *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, 1997, 20, pp. 116-117.

13) *Ibid.*, p. 64.

14) Goldstein, *op. cit.*, pp. 169-171.

15) *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984)

나. 보호 강화론

반대로 저작권자의 보호를 강화해야 한다는 견해가 있다. 이러한 견해는 그 논거로 저작자의 권리 신장, 문화적 유산으로서의 저작물 보호, 디지털 환경에서 보호 필요성 및 일반인(소비자) 보호를 제시한다.²⁰⁾ 보호의 필요성으로는 디지털 기술에 의하여 해적행위가 촉진된다는 것, 복제와 배포가 용이하다는 것, 원저작물과 복제물의 동일성으로 인하여 저작권자는 디지털 기술에 의하여 저작권에 기초한 상당한 수익을 잃어버릴 수 있게 된다는 것을 들고 있다. 인터넷 환경에서는 모든 창작물에 대하여 다른 국가의 법이 그런 권리를 부여하던 하지 아니하던 상관없이 저작권권을 가장 강력하게 보호하는 제도가 필요하다는 주장도 있다.²¹⁾

디지털 시대의 저작권 문제에 대해 1995년에 검토된 2개의 중요한 보고서가 있는데 하나는 유럽연합의 정부 기구인 유럽공동체위원회(the Commission of the European Communities)에 의해 1995. 7. 발행된 “정보화 사회의 저작권과 인접권에 대한 보고서(Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society, 이하 “유럽연합 보고서”라고 한다)”이고, 다른 하나는 미국 클린턴 행정부의 정보 인프라구조 태스크포스의 부속 위원회인 지적재산권 종사그룹(the Working Group on Intellectual Property Rights)에 의해 1995년 작성된 지적 재산과 국가정보기반 보고서(The Report of Intellectual Property and the National Information Infrastructure, 약칭 “White Paper”, 이하 “미국 NII 보고서”라고 한다)이다. 유럽연합 보고서와 미국 NII 보고서는 서로 양식은 다르지만 경제적인 동기로 시작되었기 때문에 출판업자 쪽에 중점이 놓여 있다.

유럽연합 보고서는 인터넷 시장에 관련한 저작권권이 매우 시급한 문제가 되었다고 선언했다. 디지털 기술이 작품의 변형을 쉽게 하여 현재의 불균형이 새로운 디지털 환경에 적합한 것인지에 대한 의문을 점검할 필요가 있다고 한다. 위원회는 디지털 시대에 가장 손해를 보는 그룹은 작가라고 한다. 출판업자와 같은 경우 과생상품 등을 준비하여 경제적 이익을 챙길 수 있지만 저작권권 논쟁에서 제대로 대표되지 않는 작가에게 실질적인 피해가 있다는 것이다.²²⁾

유럽연합 보고서는 디지털화에 따른 저작권 보유자와 일반 이용자 사이의 조화에 대해서 언급하는데 주로 유럽연합 국가들 사이에 함께 적용될 기준 등에 관심이 많

고 경제적인 면에 경도되어 있다. 미국 NII 보고서는 저작권권에 대해서는 매우 적은 분량의 언급을 하고 있을 뿐이지만 유럽연합 보고서는 9개의 주제 중 하나이다. 저작권권은 그 이전의 유럽연합 보고서가 이 쟁점에 대해 아무런 언급을 하지 않았다는 이유로 비판받았기 때문에 하나의 세션을 차지하고 있었다. 따라서 1991년에 위원회의 실무 프로그램에 연구가 필요한 분야에 포함되었다. 그러나 아쉽게도 이 토론은 새로운 기술 하에서 작가의 저작권권을 보호하는 구체적인 방안의 제안 없이 대안 검토에만 제한되었다. 그 의안 중에는 회원국 중 저작권법상의 조화의 필요성에 대한 문제가 있는데 원칙적으로는 유럽연합 국가들의 문제이지만 인터넷에는 국경이 없기 때문에 국제적 기준에서의 미국 작가의 관심사이기도 하다. 그런데 미국이 저작권권 보호에 소극적이기 때문에 먼저 유럽연합 국가 내부적으로 합의를 시도함이 맞다는 것이다. 다음으로 유럽연합 보고서는 저작권권이 계약에 의해 해결될 수 있는 것인지에 대한 문제를 다루었다. 그런데 계약은 보통 2명 이상의 당사자 사이에서 체결되고 작가와 수많은 대중 사이에서 체결되는 것이 아니라는 것이다. 유럽연합 보고서는 디지털화에 동의한 작가는 일정한 번가에 동의하는 것으로 추정된다는 제안을 하였다. 그러나 이는 작가에게 많이, 때로는 너무 심한 포기를 요구하는 것이다.²³⁾ 더 나아가 유럽연합 보고서에서는 한편에서는 작가와 실연가 사이의 집단적 합의, 다른 한편에서는 제작자와 출판업자 사이의 집단적 합의의 가능성을 제안한다. 이렇게 되면 작가의 저작권권을 실질적으로 위협하게 되고, (디지털화에 동의하지 않았기 때문에) 합의를 하지 않아서 인터넷상에서 위협에 빠진 자신의 작품을 발견할 수 있는 작가들을 다루지 않는 문제가 있다.²⁴⁾

미국 NII 보고서도 미국 저작권법은 이용자에 비해 저작권 소유자의 보호에 비중이 더 있다고 있지만, “작가의 작품(works of authorship) 보호는 창작을 위한 자극을 제공하고 따라서 문학, 예술, 엔터테인먼트 작품을 이용하도록 한다. 만일 이러한 작품들이 보호되지 않으면 시장은 창작을 지원하지 않을 것이다.”라고 지적한다. 이는 곧 작가를 보호하지 않으면 작가는 인터넷에서 아무런 기여를 하지 않을 것이며 결국 아무런 콘텐츠를 가지지 못하게 될 것이라고 보는 것이다.²⁵⁾ 미국 NII 보고서는 디지털 환경에 대한 저작권법의 적용을 분석하고 저작권법의 개정을 제안한다. 그런데 저작권권에 대해서는 238페이지 중 단지 2페이지만 할애하고 있을 뿐인데 미국 저작권법이 베른협약 제6조와 합치한다는 주장을 하고 있다.²⁶⁾ 베른협약상의 성명표시권과 동일성유지권을 연방과 여러 주의 법이 보호하고 있어서 베른협

20) 배대현, “현행 저작권법상 저작권권의 범위에 관한 검토”, 『산업재산권』, 2006, 21, p. 176. (배대현은 강화 찬성론의 입장이다. ; 위의 글, p. 184.)

21) Charlotte Waelde and Lionel de Souza, "Moral Rights and the Internet : Squaring the Circle", *Intellectual Property Quarterly*, 2002, 3, p. 271.

22) Fujita, *op. cit.*, pp. 22-23.

23) *Ibid.*, p. 41.

24) *Ibid.*, p. 42.

25) *Ibid.*, p. 8, p. 40.

26) Information Infrastructure Task Force, The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights, Intellectual Property and the National Information Infrastructure 15, 1995, pp. 145-147.

약에 가입하였으며 그 후에 저작권적권 보호가 더 필요하다고 판단해서 VARA도 입법하였다는 것이 그 이유이다. 미국 NII 보고서는 작가의 성명을 포함하여 저작권관리정보의 위조, 변경, 제거 등을 금지할 수 있는 규정을 권고하고 있다.²⁷⁾ 미국 NII 보고서는 미국의 디지털 기술의 발전에 따른 저작권 침해에 대응하기 위한 법률인 DMCA의 기초가 되었다.

미국 내에서도 디지털 시대에 미국 저작권법의 개정이 별로 필요하지 않다는 미국 NII 보고서를 비판하는 견해가 있다. 기본적으로 미국법이 저작권 소유자에게 유리하게 규정되어 있고 이용자에게 인정된 예외는 매우 제한적이지만 미국법상 저작권권은 서비스에 불과하여 작가 보호에 많이 미흡한데 특히 디지털 기술로 인해서 작가의 저작권권이 가장 심각하게 위협을 받고 있다고 본다. 따라서 미국에서 디지털 시대에 저작권과 관련한 입법 사항 중 가장 필요한 것은 디지털 기술로 인하여 가장 나빠질 수 있는 작가의 존엄성과 저작권권을 보호하는 몇 가지 입법이라고 강조한다.²⁸⁾

디지털 환경 하에서 미술저작물의 훼손, 변경 가능성이 높아졌고 실제로 현실화되고 있다. 예를 들어 인터넷 웹페이지에 게재된 미술저작물이 본래의 크기와 무관하게 아무런 장애 없이 확대된 미술저작물이 본래의 크기와 무관하게 아무런 장애 없이 확대되거나 축소되기도 하고 때로는 이를 편집프로그램을 이용하여 아주 다양하게 변형함으로써 본래의 미술저작물이 갖는 예술적 가치를 빼앗는 결과를 빚어내는 것이 현실이다. 이러한 경우에 이를 규율하려면 본래의 미술저작물이 변형되거나 다른 형태로 조각되지 못하도록 하는 법적 제도를 강구하는 노력이 요청된다. 변경확인장치 등 기술적 보호조치 및 저작물에 관한 저작권리정보를 다른 사람이 침해하지 못하도록 보호하는 등 디지털 시대의 저작권보호를 강화하는 제도적 기반을 마련한다는 측면에서 보호를 강화할 필요성이 커지고 있다.²⁹⁾

다. 보호 완화론

디지털 시대에 저작권권은 종전 보다 보호를 완화해야 한다거나 강화해서는 안 된다는 입장이 있다. 미국 NII 보고서에서는 저작권권의 보호 주장에 대한 반대논거는 경제재화의 무료화 운동의 발전하는 세계적 추세로부터 시작한다고 기술한다.³⁰⁾ 저작권권의 완화요청으로 논의 되어지는 대표적인 의견은 저작권권의 양도와 포기를 인정하자는 것이다.³¹⁾ 대륙법계 국가들은 대체로 저작권권은 포기할

수 없는 것으로 보는 반면 영미법계 국가들은 저작권권의 포기도 가능하다는 입장이라는 것은 앞에서 본바와 같다. 또 저작권권의 영역 중에서도 특별히 동일성유지권이 저작물의 광범위한 이용에 장애가 되고 있어, 이를 포함한 저작권권 완화 요청이 일어나고 있다.

이와 관련하여 UCC(User-Created Contents)의 확산이 이루어지면서 저작권자보다 이용자 보호를 확대해야 한다는 주장도 있다. 이 견해는 UCC의 확산에 따라 기존 저작권제도가 수정되어야 한다고 하면서 CCL 등을 대안으로 들고 있다.³²⁾ CCL(Creative Commons License)은 영미법계에서 기원한 것으로서, 저작권자가 자신의 저작물에 대한 이용방법 및 조건을 규격화하여 몇 가지 표준 라이선스를 정하고 저작자가 이중에서 필요한 라이선스 유형을 선택하여 저작물에 표시하면 이용자들은 저작물에 표시된 라이선스에 따라 저작물을 이용하는 제도이다. CCL에서 규정한 내용에 따른 저작권자가 권리가 침해되더라도 CC(Creative Commons)로부터 어떠한 조력도 받지 못하게 되기 때문에 실질적으로 CCL 조건의 위반이 있어도 저작자는 구제받기 어렵게 된다. 그런데 이 견해는 “저작권권에 포함되는 동일성유지권의 경우에는 시장침해여부뿐만 그 보호가치를 논할 수는 없지만 문화에 대한 사회적 포용의 범위가 넓어진다면 실질적인 측면에서는 동일성에 관계된 인격적 이익의 보호라는 의미는 상당히 줄어든다.”고 하고,³³⁾ “원 저작물과 어느 정도 구분이 되어 원 저작물의 이용행위와 완전히 동일시 할 수 없는 개작 또는 2차적 저작물보다는 오히려 원 저작물의 이용행위를 완전히 대체함으로써 권리자의 시장에 명백한 침해를 가하게 되는 단순 복제의 경우가 더 피해가 큰 침해행위라 할 수 있다.”고 주장한다.³⁴⁾

한편, 디지털 시대에 정보유통이 강조되어야 한다는 이유로 저작권권 강화를 반대하는 견해는 창작활동에 대한 제약, 사회적 비용증가 및 기능적 저작물에 대한 제한적 적용 등을 내세우고 있다.³⁵⁾ 보호강화 반대론은 인터넷 이용자, 인터넷 서비스 제공자(Internet Service Provider), 도서관, 디지털 설비 생산업자 등은 저작권자를 더 강력하게 보호하게 되면 인터넷을 정보를 획득하기 위한 유료도로(information toll road)나 가상공간의 시장으로 변하게 되어 교육적이거나 창의적인 내용이 없어지게 된다고 주장한다. 이들은 저작권에 의한 강력한 보호로 인하여 인터넷의 발전이 저해된다고 주장하며 디지털 저작물의 보호를 확대하는 것을 반대한다.³⁶⁾ 예술적 혁신 및

31) 김종엽, “저작권권의 보호에 관한 고찰”, 경희대학교 국제법무대학원 석사학위논문, 2004, p. 8.

32) 윤종수, “UCC 저작권의 차별적 취급과 보상체제”, 『저스티스』, 2008, 106, pp. 424-425. 등

33) 위의 글, pp. 438-439.

34) 위의 글, p. 439.

35) 배대현, 앞의 글, p. 176.

36) 이대희, 『인터넷과 지적재산권법』(서울:박영사, 2003), pp. 341-343.

27) Fujita, *op. cit.*, p. 50.

28) *Ibid.*, pp. 6-8, p. 13, pp. 49-50, p. 57.

29) 배대현, 앞의 글, pp. 183-184.

30) White Paper, p. 149.

실험정신에 기한 창작활동에 장애를 생기게 할 수 있음을 함께 지적하기도 한다. 특히 복제예술저작물이라 말할 수 있는 영화산업은 다른 분야보다 저작권권의 영향을 많이 받는데 계약법에 의해 유지되던 저작물 이용이 저작권권으로 영향을 받으면 저작자의 계약상 교섭력이 강화되어 이용자는 저작물 이용에 소비되는 거래비용을 높게 할 수밖에 없다는 것이다.³⁷⁾ 기술 변화에 대해 저작권 보호를 위해 강력한 통제를 하는 즉각적인 반작용은 영화산업의 발전과 성장에 해로운 영향을 준다는 주장도 같은 맥락에 있는 것이다. 영화산업이 새로운 기술에 대응해서 생존능력을 스스로 찾아가도록 하는 것이 바람직한데 이는 미국 연방대법원이 소니 판결에서 보여준 것과 같은 취지라는 것이다.³⁸⁾ 소니 판결에서 미국 연방대법원은 가정에서의 시간 이동(time-shifting)을 위한 VCR의 사용은 저작권 소유자의 공정이용 범위에 속한다고 보면서 저작권 소유자에게 시간 이동의 개인적 행위가 연방법 위반으로 비난받아야 할 유해가능성을 제시할 것을 요구했다. 연방대법원은 VCR의 판매는 저작권 침해의 기여행위를 구성하지 않는다고 판단한 것이다. 소니 판결의 중요성은 법원이 신기술이 일반 대중에게 저작물에 대한 새롭고 참신한 이용을 제공한다는 것을 인정했다는 것이다.

우선, 위 주장 중에서 시대의 변화에 따라 “동일성에 관계된 인격적 이익의 보호라는 의미가 상당히 줄어든다.”는 주장은 동의하기 어렵다. 그 논거도 모호하거나와 저작권권을 포함한 인격권이 세계적으로 강화되고 있는 추세에도 맞지 않는다. 또 “원 저작물과 어느 정도 구분이 되어 원 저작물의 이용행위와 완전히 동일시 할 수 없는 개작 또는 2차적 저작물보다는 오히려 원 저작물의 이용행위를 완전히 대체함으로써 권리자의 시장에 명백한 침해를 가하게 되는 단순 복제의 경우가 더 피해가 큰 침해행위라 할 수 있다.”는 주장은 저작자의 권리를 그렇게 간단하게 단순화 시킬 수 있는지 의문이 들고, 어떤 근거로 단순 복제의 피해가 더 크다고 주장하는지 알기 어렵다. 이러한 주장은 저작권권이 왜 보호받아야 하는지, 역사적으로 어떤 과정을 거쳐 왔고 세계적인 추세는 어떠한지, 즉 저작권권의 본질과 역사를 제대로 이해하지 못하고 있는데서 나오는 성급한 결론일 뿐이다.

인터넷의 확산과 관련하여 기존의 저작권 이론을 인터넷에 적용하는 것은 정보에 대한 접근권을 제한할 것이라는 주장이 있지만 이 경우에도 저작권권을 제한하여야 한다고 주장하고 있지는 않다. 이와 관련하여 저작권 보호수준을 낮추자는 카피레프트주의자들조차 양도될 수 없는 저작권권은 절대적으로 보호하되 저작권이 동반하는 지나친 독점 권력을 막자고 주장³⁹⁾하는데서 알 수 있는바와 같이 저작인

37) Gorman, Robert A. "Federal Moral Rights Legislation : The Need for Caution", *Nova Law Review*, 1990, 14, p. 421, pp. 423-424.

38) Ng, *op. cit.*, p. 47.

39) 박혜진, "인터넷 환경변화에 따른 디지털 콘텐츠 저작권에 관한 연구", 중앙대학교 신문방송대학원 석사학위논문, 2001, p. 90.

격권은 디지털 기술이나 인터넷 환경에서도 그 보호수준이 낮아져야 하는 것은 아니다. 저작권권은 디지털 환경에서 매우 큰 침해 위협에 노출되고 있다. 이러한 환경에서 작품의 동일성을 유지할 수 있는 저작권권의 가치는 더 커질 것이다. 다만 새로운 환경에서 사용 제한보다는 발전의 방향으로 모색되어야 할 것이다.⁴⁰⁾ 즉 저작권권의 본질을 해치지 않는 범위 내에서 인터넷을 통한 정보 유통의 원활을 보호하기 위한 방안을 검토하는 것이 바람직하다.

2. 소결론

앞에서 강조한대로 기술의 발달로 인해 인간의 본성이 변하는 것은 아니다. 즉 미술가와 그가 창작한 미술품의 사이의 관계에 변화가 오는 것은 아니다. 또 미술이 사회에서 수행하는 역할이나 사회적 중요성이 달라지는 것도 아니다. 따라서 디지털 시대라고 해서 미술가의 저작권권 보호의 필요성이 줄어드는 것이 아니다. 경제적 가치에 한정된 저작권 법리를 구성하는 경우에 저작자의 창작활동은 저작물에 대한 평가를 지나치게 낮게 평가하거나 정신적 가치를 배제함으로써 단지 상업적 활동으로 전락될 것이다. 상업적 가치 그 이상으로 저작자의 지적활동을 평가하기 위하여 저작자의 인격적 가치와 연계할 때 저작자는 창작활동으로부터 정신적 풍요를 느낄 수 있고 이는 창작활동을 더욱 풍성하게 하는 예술성을 이끌어내는 계기를 만들게 된다.⁴¹⁾ 저작활동을 향상시키고 문화수준을 높이려면 저작자의 명예와 명성의 일부를 담고 있는 저작물의 가치를 유지해야 하고 이를 위해서는 저작재산권만으로는 부족하다.

한편, 디지털 기술은 모든 사람들이 손쉽게 창작을 할 수 있게 하고 대중이 창작에 참여할 수 있는 기회를 많이 부여하기 때문에 보다 대중은 자신의 저작물을 보호받기 원할 것이다. 디지털 시대에 대중은 미술저작물의 이용자만이 아니고 창작자로서의 역할이 커지기 때문에 미술가의 저작권권 보호가 대중의 이익에 반하는 것이 아니다. 위와 같이 디지털 시대에도 저작권권 보호의 필요성은 아무리 강조해도 지나치지 않다.

다만 저작권권 보호 강화 또는 유지 주장이 인터넷상 미술저작물의 이용을 위축시킬 수도 있다는 점을 고려하지 않을 수 없다. 위와 같은 저작권권의 보호는 창작활동을 풍성하게 하고 문화를 진흥하는 것이 근본 목적이기 때문에 그러한 목적과 별 관련이 없는 경우, 예를 들어 기술적으로 불가피한 경우에는 저작권권을 제한한다

40) Julien Dufay et Xavier Pican, "L'ersion du Droit Moral Comparison France-états-Unis", *International Business Law Journal*, 2004, 4, p. 475.도 같은 취지.

41) Burton Ong, "Why Moral Rights Matter : Recognizing The Intrinsic Value of Integrity Rights", *Columbia Journal of Law & the Arts*, 2003, 26, p. 302.

든지 이미 발생한 침해에 대한 청구권의 포기 또는 양도를 인정하여 저작권격을 유연하게 하는 것이 타당하다.

새로운 기술의 발전과 사회기본구조로의 인터넷의 침투는 저작권법을 작품에 대한 소유권자로서의 작가의 이익과 대중의 손쉬운 접근에 대한 이익 사이의 균형을 찾는 것은 매우 어려운 작업이다. 저작권자의 보호와 대중 이용자의 보호라는 두 가지 사이의 균형점을 찾기 위한 2가지의 중요한 전제가 있다. 하나는 창작성이고 두 번째는 아이디어와 표현의 구별이다. 작가는 창조적인 작품들을 계속 생산하도록 하는 동기를 부여받는데서 상업적 이용으로부터의 금전적 이익을 찾을 수 있는 권리를 가지고 대중은 사회적, 교육적, 문화적 성장과 발전을 위한 궁극적인 목적에 봉사할 수 있도록 하는 이익을 가진다.⁴²⁾

Paul Goldstein 교수는 저작권에 대한 2가지 처방이 두드러진다고 주장한다. 첫 번째는 새로운 기술이 나타나서 저작권 보호를 주장하면 입법자들은 저작권의 역사적 기준에 따라 신중하게 따져보아야 하고 저작권이 지적재산권 중 가장 범위가 넓고 유일무이하다는 이유만으로 태만함으로써 저작권 보호를 확대하려는 경향에 저항해야 한다. 두 번째는 저작권 보호를 받아야 하는 새로운 기술적 이용이 나타나면 입법자들은 그것이 사적인 이용이라고 해도 저작권이 이러한 이용을 포함할 수 있도록 신속하게 저작권을 확대해야 한다는 것이다.⁴³⁾

결국 디지털 시대에 미술가의 저작권격권은 대중이 미술가의 권리를 옹호하려는 인식과 의지에 의존하게 될 것이고 미술가들은 대중과의 협동적인 관계를 발전시키려고 노력하고 창작의 이익에 대중의 잠재적인 기여를 인식하여야 한다는 지적⁴⁴⁾은 경청할만하다.

3. 구체적 검토

가. 공표권

인터넷 등의 정보통신망을 통하여 저작물이 공표되는 경우가 있을 수 있다. 이 경우에 저작물을 공연, 방송, 전시 외에 일반 공중에게 공개하는 것으로 규정하고 있는 저작권법의 취지에 따를 때 전송도 공표로 보아야 할 것이다.⁴⁵⁾ 공표 시점은 인터넷을 이용하여 최초로 접근할 수 있는 시점으로 보아야 할 것이다. 저작자가

42) Ng, *op. cit.*, pp. 38-39.

43) Goldstein, *op. cit.*, pp. 188-189.

44) Rajan, *op. cit.*, p. 43, p. 53.

45) 배대현, 앞의 글, p. 162.

원 미술저작물을 인터넷 웹서비스를 통해 공개하는 경우에는 공표로 문제 삼을 것이 없지만 다만 디지털 매체를 이용하여 제작된 저작물이 미술저작물로 분류되는 경우에는 전통적인 미술저작물의 전시와는 다른 방법이 강구되어야 한다는 견해가 있다.⁴⁶⁾ 그렇지 않을 경우에 본래 디지털 매체로 제작한 미술저작물을 양수한 저작재산권자에 의한 공표가 전혀 이루어질 수 없다는 모순에 빠지게 된다는 것이다. 따라서 디지털 저작물을 보호하기 위하여 전시 개념을 확대하여 새겨야 한다고 주장한다. 그러나 디지털 매체로 제작된 미술저작물의 경우라고 하여 달리 볼 필요는 없다고 생각된다. 저작재산권자에게 공표를 할 수 있도록 해야 한다는 것도 공표권이 저작권인권 중 하나로서 일신전속적 성격을 가진다는 점에서 납득하기 어렵다. 오프라인에서 제작된 미술저작물과 마찬가지로 전송되는 시점에 공표가 이루어진 것으로 보는 것이 타당하고 간명하다.

나. 성명표시권

성명표시권은 원작품이나 복제물예의 성명표시뿐만 아니라 무형의 방송이나 송신 또는 재생에 있어서도 관련한다고 보아야 한다. 예를 들어, 온라인으로 저작물을 송신하는 경우나 유·무선으로 저작물을 방송하는 경우나 영상물을 공개 재생하는 경우에도 저작자의 성명표시를 해야 할 것이다.

저작자와 저작물 이용자간의 저작권계약에서 저작자성명표시를 배제하는 약정도 가능하다는 주장이 있다.⁴⁷⁾ 저작물의 이용자가 저작물의 이용 형편상 저작자의 성명표시가 적합하지 않다고 요구할 때에 저작자가 이에 동의한다면 이용자의 저작권 성명표시의무는 면제된다고 본다. 왜냐하면, 저작권법에서 저작자가 자신의 성명표시를 하지 않는 결정을 성명표시권의 행사로서 허용하는 한, 저작물이용자가 그런 결정을 요구하는 과정이 있고 저작자가 자발적으로 이에 동의하여 저작자성명표시를 하지 않기로 결정을 하는 것도 허용하여야 하기 때문이다. 멀티미디어 저작물의 경우에, 이에 참여하는 저작자는 다수인 경우가 많다. 하지만 이러한 저작자의 성명표시는 앞서 언급한 것처럼 기본적으로 준수되어야 하며, 그 방법에 있어서는 일반적인 관행에 따라야 할 것이다.

한편, 멀티미디어 저작물의 이용에 있어 저작자의 성명표시가 곤란한 경우에는 멀티미디어 제작자가 성명표시의 배제에 대해 저작자의 동의를 얻는다면 가능하다고 해석함이 상당하다. 뿐만 아니라, 이런 저작자 성명표시의 배제가 멀티미디어 저작물의 성질상 기술적으로 불가능하거나 사회적으로 적정하지 않다면 저작자 성명

46) 위의 글

47) Fromm/Nordemann, *Urheberrecht* (10. Auflage, Stuttgart:Verlag W. Kohlhammer, 2008), p. 285.

표시의 생략이 허용되어야 한다고 생각한다. 그러나 멀티미디어 제작자는 개개 저작물의 하단이나 좌우에 성명표시를 하기 힘든 것에 대해서는 멀티미디어 저작물의 뒷부분이라도 표시하도록 가능한 한 모든 수단을 통하여 노력하여야 할 것이다.

결국 저작자성명표시를 배제하는 약정은 기술적으로 불가피하거나 이를 허용하지 않으면 이용자에게 심각한 손해가 될 수 있는 경우에 저작자의 동의를 전제로 유효라고 해석함이 상당하다. 그러나 성명표시권을 포기하는 약정은 예술가의 명성을 훼손하는 것이어서 원칙적으로 무효라고 보아야 할 것이다.

다. 동일성유지권

쌍방향성을 특징으로 하는 멀티미디어를 통해 제공되는 각종의 정보와 자료는 극히 간편하게 편집·가공·변형될 수 있다. 이렇게 저작물의 창작 환경이 변화하게 됨에 따라 멀티미디어를 통해 전달받은 저작물 또는 정보를 이용자가 2중, 3중으로 편집·가공할 수 있게 됨에 따라 동일성유지권의 침해가능성이 현저하게 증가되었고, 이에 대한 저작물 이용자의 불만의 소리도 높아져 가고 있다. 그리하여 저작인격권의 포기 또는 축소에 대한 주장이 가장 강하게 나오고 있는 부분이 동일성유지권이다. 저작물이용자가 저작물의 이용 시 그 변경이 필요하다고 생각되는 때에는 저작자에게 변경을 요구하고자 하기 때문이다. 中山信弘은 디지털 시대에는 동일성유지권이 특히 문제가 되는데 강력한 동일성유지권은 시대의 흐름과 충돌하여 동일성유지권의 강화가 정보의 풍부화에 이바지한다고 하는 정당화는 그 근거를 잃어버릴 가능성이 있다고 한다.⁴⁸⁾ 21세기의 중요 산업일 디지털콘텐츠의 발전에 있어 동일성유지권은 축쇄가 될 수도 있기 때문에 그 수준을 한정하려는 주장도 있다.⁴⁹⁾ 그러나 저작자는 동일성유지권 자체를 포기하고 만인에 의한 저작물의 훼손을 방지할 수 있는 방법은 없다. 그것은 일신전속성에 반하기 때문이다. 또한, 일정한 저작물의 백지위임식의 포괄적 변경을 허용하는 저작자의 의사표시도 무효라고 보아야 할 것이다. 다만 변경 부분이 이미 일어나서 구체적으로 파악될 수 있고 저작자도 인식할 수 있는 경우에는 허용될 수 있다고 본다. 이것은 저작인격권의 침해로 인하여 이미 발생한 청구권을 저작자가 포기하는 것으로 가능하며, 더 나아가 저작자가 동의나 승낙의 범위에서 저작물이용자가 그의 저작물을 변경하는 것도 적법한 영역에 들어온다고 해석함이 상당하다.

원본을 디지털화하는데 있어 필연적으로 컴퓨터가 인식하는데 따른 압축으로 인해 품질상의 손실이 생긴다. 이때 저작권자는 동일성유지권을 침해했다고 주장할

48) 中山信弘, 윤선희(편역), 『저작권법』(서울:법문사, 2008), p. 344.

49) 위의 책, p. 345.

수 있는가 하는 문제가 있다. 이와 관련하여 썸네일이 문제된 사안에서 미국 법원과 한국 법원은 모두 저작권 침해가 되지 않는다고 판단했다. 미국의 Kelly v. Arriba Soft Corporation 사건⁵⁰⁾은 사진작가로 웹상에서 사진을 판매하는 Kelly가 Arriba라는 웹에서 자신의 사진을 우표 크기 만한 썸네일 형식으로 무단 사용한 것에 대해 제소한 것이었다. 1심 법원과 2심 법원은 모두 시각검색엔진은 공정이용에 해당하여 저작권 침해가 되지 않는다고 판결했다. 다만 2심 법원은 원본 사이즈의 노출(display)은 정당한 사용으로 볼 수 없다고 판시하였다.⁵¹⁾ 대한민국의 사안은 인터넷 포털 사이트를 운영하는 피고회사가, 원고가 자신의 웹사이트에 게재하였던 사진을 이미 검색한 후 원고의 허락 없이 썸네일 이미지로 축소, 변경시킨 다음 DB를 구축하여 이용자들이 검색할 경우 썸네일 이미지를 보여주는 서비스를 제공한 것이었다. 서울고등법원은 썸네일 이미지는 원래 이미지의 단순한 축소에 불과하여 본질적인 내용에는 변경이 없고 썸네일 이미지의 이용목적 및 그 형태 등을 고려해보면 이는 저작권법 제13조 제2항 제3호가 규정하는 “부득이하다고 인정되는 범위”에 해당된다고 볼 수 있으므로 동일성유지권의 침해로 볼 수 없다고 판시하였다.⁵²⁾ 위 판결들은 썸네일의 이용 목적 및 형태 등에 비추어 타당하다.

영국 법원에서는 공통 사진 여러 개를 카탈로그에 신기 위해서 축소한 사안에서 작품 크기의 축소는 가치를 떨어뜨리는 행위가 아니라고 판시한 바 있는데⁵³⁾ 디지털화 하면서 사진을 축소한 경우 동일한 결론에 이를 가능성이 높다. 이러한 작업이 저작권자의 명예나 명성에 손상을 주었다고 볼 가능성이 적기 때문이다. 그러나 프랑스 법원은 위 사안과 유사한 사안에서 “서명이 기재된 그림의 하단 부분을 감춘 행위는 저작인격권 침해가 된다.”고 보았기 때문에⁵⁴⁾ 프랑스에서는 침해가 인정될 가능성이 높다.⁵⁵⁾ 이러한 사안에서는 본질적인 내용의 침해 여부, 축소 기술의 문제, 이용 목적 및 형태 등을 종합적으로 고려해서 침해 여부를 결정해야 할 것이라고 생각된다.

4. 저작인격권의 양도와 포기

50) Kelly v. Arriba Soft Corporation 280, F.3d 934 (CA9 2002)

51) 그러나 같은 법원은 1년 뒤에 이 판결을 번복, 당사자들이 원본 사이즈 이미지에 대한 다툼을 제기한 것은 아니었다며 원본사이즈에 대한 판결을 유보하고 하급법원에 파기 환송했다 [Kelly v. Arriba Soft Corporation 336 F.3d 811 (CA9 2003)].

52) 서울고등법원 2005. 7. 26. 선고 2004나76598 판결

53) Tidy v. The Trustees of the Natural History Museum [1995] 37 I.P.R. 501

54) CA Paris, October 31, 1988, Cahiers du Droit d'Auteur, April 1989. p. 22. ; Waelde and de Souza, *op. cit.*, p. 281.에서 재인용

55) Waelde and de Souza, *op. cit.*, p. 281.도 같은 취지

제2절 국제적 합의의 필요성과 방향

I. 재판권과 적용법률

1. 문제점

앞에서 본바와 같이 국가별로 미술가의 저작권권의 보호수준과 범위에 상당한 차이가 있다. 따라서 어떤 국가에서 어떤 법에 의해 재판을 받는가에 따라 결론이 크게 달라질 수 있다. 게다가 인터넷의 특성상 하나의 저작물이 여러 국가에서 변형되어 이용되는 경우가 흔하게 발생할 수밖에 없어서 재판권이 큰 문제로 대두될 수밖에 없다.

저작권과 관련한 재판권의 조정을 하기 위한 몇 가지 시도들이 있어왔고 국제조약 체결 움직임도 있었다. 디지털 시대에 역점을 둔 것 중 하나가 저작권의 현상과 디지털 현상에 대한 1996년 WIPO 저작권조약(WCT)과 실연음반조약(WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT)이다. WIPO의 원조 하에 새롭게 타결된 조약은 저작권권이 인터넷 세상에도 타당성을 가지고 존속하는 것을 재확인했다. 미국은 위 조약의 이행을 위해 1998년 DMCA로 의무조항을 보완했다. 유럽에서는 2002. 12. 22. 15개 회원국들에 의해 추진된 정보사회와 관련된 권리와 저작권법의 어떤 측면의 조화를 위한 유럽 의회와 위원회 명령(the "Infosoc Directive")¹⁾을 만들었다. 그러나 이러한 시도들에서도 저작권권은 소홀하게 취급되었다. WCT에서는 베른협약 제2조의 6 규정 이외에 저작권권에 대해서는 아무 것도 다루지 않았고, DMCA에서 저작권권은 빠져버렸으며 Infosoc Directive에서는 저작권권에 대해 언급하지 않고 있다. 1996년 WCT와 WPPT에서 청각 및 시각 예술가의 경제적, 정신적 권리를 포함하는 조약을 타결하기 위해 노력했으나 합의가 되지 않았다.²⁾ 2000. 12. 협상이 다시 시작되어 청각 및 시각 실연자를 위한 저작권권이 다시 문제되었고 결국 실연자에게 동일성유지권을 주게 되었다. 브뤼셀 회의에서는 유럽연합 가입국가에서 불법행위가 발생했을 경우 손해를 가한 불법행위가 발생한 국가 또는 손해가 발생한 국가 중 하나에서 소송을 할 수 있도록 했다.³⁾ 이러한 조약들의 합의 과정을 보면 인터넷과 관련된 저작권권 보호에 대해

1) Directive 2001/29 of the Europe Parliament and the Council of May 22, 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society

2) Charlotte Waelde and Lionel de Souza, "Moral Rights and the Internet : Squaring the Circle", *Intellectual Property Quarterly*, 2002, 3, p. 268.

디지털 시대에 저작권권에 대한 강력한 보호에 대해서 이의를 제기하는 이들은 저작권권의 양도와 포기를 주장하기도 한다. 디지털 저작물의 이용 편의 등을 위해 저작권권의 양도가능성을 주장하는 견해도 제시되고 있다. 이러한 견해들도 기본적으로 저작권권 자체가 양도될 수 있는 것이라고 주장하지는 않는다. 저작자는 저작물이용자에게 저작권권 자체가 아니라, 저작권권의 침해로부터 발생하는 제반청구권(손해배상청구권이나 침해정지청구권, 부당이득반환청구권)을 양도할 수 있다는 것이다. 바꾸어 말하면 저작권권 자체는 저작자 본인이 보유하지만, 저작물의 이용이 방해받지 않도록 하기 위해서 저작권권으로부터 발생하는 권리의 양도는 허용되어야 한다고 보는 것이다.⁵⁶⁾ 독일의 Fromm/Nordemann는 저작물이용자(예를 들면 멀티미디어 제작자)가 저작물을 방해받음이 없이 제대로 이용하는 데 불가결하다는 전제조건하에서 저작권권적 권리(저작권권의 침해로 발생하는 청구권)의 양도는 가능하다고 본다. 이렇게 하여 저작권권적 권리를 양도받은 자는 저작자의 명의로가 아니라 자신의 명의로 권리를 행사할 수 있다고 주장한다.⁵⁷⁾ 독일의 판례도 저작권권의 침해로 인하여 발생하는 부당이득반환청구권은 저작권이용관리단체에게 이전될 수 있다고 본 바 있고,⁵⁸⁾ 오스트리아의 판례도 이런 저작권권 침해로 인한 방해배제청구권을 저작권 이용관리단체에게 이전할 수 있다고 본 바 있다.⁵⁹⁾

또 일반적으로 인격권은 포기할 수 없다는 것이 확립된 견해이고 저작권권도 같은 관점에서 포기할 수 없지만 구체적인 경우 개개의 사례에서 저작자가 자유로운 의사에 따라 저작권권을 포기할 수 있는 가능성이 있다는 견해가 있다.⁶⁰⁾

미술가의 저작권권은 그 성질상 양도 또는 포기가 통상적으로 일어날 수 있는 국가에서는 미술가는 자신의 작품에 표현된 순수한 표현에 대한 통제력을 쉽게 상실할 수 있기 때문에 미술가의 저작권권은 저작재산권 보다 중요하다.⁶¹⁾ 그러나 저작자와 이용자 사이의 균형을 맞추기 위해서는 Fromm/Nordemann의 견해와 같이 저작물이용자가 저작물을 방해받음이 없이 제대로 이용하는 데 불가결하다는 전제조건하에서 저작권권의 침해로 발생하는 청구권의 양도는 가능하다고 보는 것이 적절하다. 이보다 저작권권의 포기는 더 제한적으로만 허용된다고 할 것이다.

56) 김흥기, "디지털 시대의 저작권에 관한 연구", 연세대학교 법무대학원 석사학위논문, 1999, p. 33. 등

57) Fromm/Nordemann, *op. cit.*, p. 273.

58) BGH GRUR 1987, 128 Nena

59) OGH Wien GRUR int. 1987, 262, 263 Weihnachtslieder ; 김종엽, 앞의 글, p. 9.에서 재인용

60) 위의 글, p. 34.

61) Nielander, *op. cit.*, p. 96.

세계적인 합의가 이루어지기는 하지만 순조롭지만은 않다는 것을 알 수 있다.

저작권권에 관한 국제적 합의가 되지 않는 이유가 영미법계 국가들의 전통 때문에 저작권권을 그대로 받아들이는데 대한 두려움 때문이라고 분석하는 견해는 그 근거로 다음과 같은 것을 들고 있다. 우선 창작물에 대한 경제적 이용에 미칠 수 있는 저작권권의 잠재적 충격을 우려하기 때문이다.⁴⁾ 두 번째는 문화적 전통의 차이 때문인데 영미법계 국가에서는 저작권권의 기초가 되는 자연권론이 저작권 역사에서 발전하지 않았다. 또 다른 하나는 영미법계 국가에서는 저작권 보호를 받을만한 독창성의 낮은 수준 때문이다.⁵⁾

2. 재판권

저작권권에 대한 보호의 차이가 국가별로 다름에 따라 인터넷에서의 저작권 침해의 경우 어느 국가의 법원에서 어느 국가의 법의 적용을 받는지 하는 문제가 있다. 이와 관련하여 몇 가지 판례가 있다. ECJ(European Court of Justice)의 Shevill v. Press 판결⁶⁾과 Houston v. Turner Entertainment Co. 판결이다. Shevill v. Press 사건은 명예훼손 사건으로 프랑스와 영국의 재판권과 관련이 되었다. 프랑스 회사에 의해 발간되는 신문인 France Soir는 1989년 영국에 거주하는 개인과 요크셔에 등록된 회사에 대해 기사를 썼는데 그중 명예훼손이 문제된 내용이 있었다. 처음에 영국과 웨일즈에서 신문이 배포되었다는 이유로 영국에서 손해배상이 청구되었다. ECJ는 두 가지 문제에 대해 질의를 받았는데 하나는 ‘불법행위가 발생한 장소’의 해석에 관한 문제였다. ECJ는 Handelskwekerij G. J. Bier BV v. Mines de Potasse d’Alsace SA 판결⁷⁾을 따랐다. 그 판결은 명예훼손을 하는 내용의 유인물의 출간을 관할하는 국가의 법원 또는 배포가 이루어진 곳을 관할하는 국가의 법원이 둘 다 가능하다는 것이었다. 이 결론에 의하면 Shevill은 인터넷에 의해 저작권 보호를 받는 작품이 유포된 것이기 때문에 유럽연합 국가 중 어느 국가든 선택하여 소를 제기할 수 있고 제소된 국가에서는 심리할 수 있다는 결과가 된다. 두 번째는 어느 국가 법을 적용해야 하는가하는 문제였다. 법원은 이러한 판단은 국제조약에 따라 결정하는 것이 아니고 그 법원이 가진 법률에 따라 결정한다고 판시하였다.

3) Council Regulation on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgment in Civil and Commercial Matters COM.(2000) 689 final.

4) Russ VerSteeg, "Federal Moral Rights for Visual Artists : Contract Theory and Analysis", *Washington Law Review*, 1992, 67, pp. 829-830.

5) Waelde and de Souza. *op. cit.*, p. 271.

6) *Shevill and others v. Press Alliance* [1995] 2 W.L.R. 499

7) *Handelskwekerij G. J. Bier BV v. Mines de Potasse d'Alsace SA* [1997] 3 II A.E.R. 31

이 판결은 매우 중요한 의미를 가지는데 그것은 영국과 프랑스 사이에 인격권에 대해 매우 큰 차이가 있고 명예훼손과 관련해서도 큰 차이가 있기 때문이다. 그가 영국에서 소를 제기한데는 영국법이 프랑스법 보다 원고에 대해 좀 더 동정적이고 원고가 실제 피해를 입증할 필요가 없으며 출판업자의 선의가 일반적으로 소송의 쟁점과 관련이 없다고 여기는데 있었다. 그러나 반면에 영국에서는 1988년의 CDPA 이전에는 인격권이라는 개념이 도입되지 않았고 판례에 의해 명예훼손 등을 인정하고 있을 뿐이었다. 이에 반하여 프랑스는 19세기를 거치는 동안 판례를 축적하였고 인격권의 보호수준을 높게 인정하고 있었다.

Houston v. Turner Entertainment Co. 사건은 John Houston 감독의 「아스팔트 정글」이라는 제목의 영화 필름과 관련된 것이었다. Ted Turner는 그가 소장한 3,600편이 넘는 흑백 영화들을 컬러화하는 컴퓨터 프로그램을 이용해서 텔레비전 방송용으로 만들려고 했다. 프랑스 방송에 이 영화의 컬러판이 나가자 사망한 감독의 유족이 프랑스 법원에 영화의 방송 금지를 요청했다. John Houston은 이 영화를 절대로 컬러화하지 말도록 요구했는데 그가 사망한 후 방송사에서 컬러화했다는 것이었다. 프랑스 1심 법원은 흑백 영화를 컬러화하는 것은 저작권권 침해라고 판결하였다. 그러면서 재판권 문제에 관하여 미국법 적용을 받는 Turner Entertainment Co. 회사에 대해서도 저작권권 침해라는 판결을 할 수 있다고 판시하였다. 그러나 파리항소법원은 이 영화의 컬러화는 미국에서 이루어졌는데 고용 저작물로 불리는 조항이 있는 미국법의 적용이 이루어져야 한다고 판시했다. 저작권 침해 사건은 배론협약에 의해서 그 침해가 발생한 국가의 법에 따라야 한다는 것이었다.⁸⁾ 프랑스 대법원은 항소심 판결을 파기하고 프랑스 법에 의한 저작권권은 의무적으로 적용되어야 한다고 판결하였다.⁹⁾ 이 판결에 의해 저작권권이 인정되지 않는 국가에서도 저작권권을 인정하는 프랑스 법이 적용된다는 점을 명백히 하였다. 이 판결은 사안은 다르지만 외국인에 대해서도 프랑스의 저작권권을 인정한 Société Roy Export et Chalrie Chaplin c. Société Les Films Roger Richebé 판결¹⁰⁾과 같은 결론에 이른 것이다.

미국에서는 전통적인 대인관할권 행사의 기준을 피고가 의도적으로 당해 관할지역 내에서 최소한의 관련을 만들었는지 여부에 두고 있다. 그 연장선상에서 인터넷에 관련된 관할 문제도 인터넷을 통한 활동이 전통적인 의미에서 최소한의 접촉(minimum contacts)이 될 수 있는지 논의하는 것에서 출발하는 것으로 이해된다. 인

8) 파리 항소법원 같은 재판부에서는 Turner 사건과 유사한 Rowe c. Société Walt Disney Productions et autres 사건에서 동일한 결론에 이르렀다. 이 사건에서 Rowe는 월트 디즈니사에서 「The Aristocrat」이라는 이름으로 제작, 이용하여 자신의 동일성유지권과 성명표시권이 침해되었다고 소를 제기했다. 이 만화는 Rowe의 아이디어에 기초한 것이었는데 영국법에 의해서 그의 권리를 양도하였다[Paris, 6 février 1986 JCP 1987. I .3376 (1987) F.S.R. 36.].

9) Cass Civ. 1e 28 mai 1991

10) Paris, 29 avril 1959, II, J.C.P. 11134

터넷 관련 소송의 재판관할에 있어서는 미국 법원은 웹사이트의 운영자가 웹사이트의 운영으로 당해 관할지역 내에서 의도적으로 이용되었다고(purposefully availed) 볼 수 있거나 의도적 향유(purposeful availment)가 있는 것이라고 말할 수 있다면 대인관할권의 행사가 가능하다.¹¹⁾ Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com. Inc. 판결¹²⁾에서 법원은 웹페이지에서 이루어지는 상업적 활동의 성격과 질(the nature and quality of commercial activity)에 따라 판단함으로써 수동적인 웹사이트를 개설하고 특별한 영업활동 없이 광고와 정보교환의 기능만을 주로 수행하고 있는 경우에는 대인관할을 인정하지 아니하되, 적극적으로 웹사이트를 통하여 영업활동을 하고 있는 경우에는 대인관할권을 인정한다고 판시했다. 웹사이트를 상업적 웹사이트, 수동적 웹사이트, 상호적 웹사이트의 세 가지로 나누는 이른바 Zippo test(three category sliding scale)에 따른 경향이 한동안 계속되었다가 2001년에 들어와서는 위 Zippo test가 더 이상 일반적인 기준이 되지 못하고 위 효과분석접근법(effects-based approach)이 전체적인 흐름으로 자리를 잡게 되었는데, 그 내용을 요약하면 대체로 1) 피고의 의도적인 이용 또는 향유 행위, 2) 당해 관할에 대한 뚜렷한 지향, 3) 이러한 사실에 대한 피고의 인식이 있다면 인적관할권을 행사할 수 있다는 것이다.¹³⁾

반면 캐나다 대법원은 Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Association of Internet Providers 판결¹⁴⁾에서 캐나다에 위치한 서버로부터 통신이 발생하지 않는 한 ISP의 저작권 침해 배상은 발생하지 않는다고 판결한 저작권 위원회의 결정을 부정했다. 물론 국제적인 참가자는 캐나다와 “실질적이고 본질적인(real and substantial)” 관계를 가질 것을 요구한다. 이러한 결론에 따르면 인터넷 관련 소송은 어느 국가에서든 제기할 수 있는 가능성이 있다.

이러한 실질적 관련은 대한민국 국제사법 제2조 제1항도 규정하고 있는 요건이다. 여기서 실질적 관련이라 함은 당사자 또는 분쟁 대상이 대한민국과 관련성을 갖고 있어야 하며 그 관련성은 대한민국 법원이 재판관할권을 행사하는 것을 정당화할 수 있을 정도이어야 함을 의미하고, 그 구체적인 관련성과 정당성의 인정 여부는 법원이 개별 사건마다 종합적인 사정을 고려하여 판단하게 될 것이라는 것이 일반적인 견해이다.¹⁵⁾

3. 증거수집

11) 이승희, “해외 인터넷언론에 의한 명예훼손의 국제재판관할권과 소송절차”, http://pac.or.kr/webzine/23_summer/index.html (검색일 : 2009. 12. 31.)

12) Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com. Inc., 952 F.Supp. 1119 (W.D. Pa., 1997)

13) 이승희, 앞의 글

14) Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Association of Internet Service Providers [2004] SCC 45

15) 이승희, 앞의 글

저작권자로서는 자신의 권리가 침해되었다는 것을 입증하여야 승소할 수 있다. 그런데 인터넷의 속성상 자신의 권리가 다른 국가에서 침해당할 가능성이 매우 높다. 얼굴도 모르는 인터넷 이용자에 의해 자신의 저작물이 변형될 위험성은 항상 존재하게 된다. 그런 경우 증거를 수집하기 위해 다른 국가로 가야 하는 경우가 생길 수 있다. 게다가 증거를 찾는 것이 쉬운 일이 아니다. 예를 들어 상대방의 전산 자료를 확인하기 위해 컴퓨터 시스템에 접근하는 것이 허용된 사례가 캐나다에서는 보고 되지 않고 있지만 미국에서는 그 반대다. 미국에서는 상대방 컴퓨터 시스템에 접근하는 것이 허용되어 있다. Ford Motor Company 사건에서 법원은 상대방 컴퓨터에 접근하는 것을 허용하였다.¹⁶⁾

4. 침해판결의 집행

이와 같이 재판권 등에 관한 논란이 있는 경우 판결이 있다고 해도 그 판결의 집행 문제가 생길 수 있다. 소를 제기하는 사람은 제재, 손해배상, 수익 등의 구제를 원한다. 이와 관련하여 주목할 만한 판결이 있었다. LICRA v. Yahoo! 판결¹⁷⁾ 인데 미국에 근거한 인터넷 정보 제공자(ISP)인 야후에게 나치와 관련된 정보와 인공물을 프랑스 국민에게 접근할 수 없도록 명령하고 이를 이행하지 않을 경우 하루에 13,000 달러를 배상하도록 한 것이었다. 그러한 행위는 프랑스에서 금지되어 있다는 것을 근거로 했다. 이 판결은 미국법 적용을 받는 회사에 프랑스법을 미치도록 하는 것이었다. 이 판결의 집행 불가능을 이유로 논란이 되었으나 결국 야후는 2001. 1. 모든 서버에 나치와 관련된 정보나 인공물의 접근을 하지 못하도록 하겠다는 선언을 하였다. 그러나 이러한 결론은 야후 편에 선 미국 판결에 의해 영향을 받을 수 있다. 2001. 11. 7. 산호세의 미국연방법원은 미국에 사이트를 가진 미국 회사는 다른 200개 국가의 법률을 만족시킬 의무가 없다는 야후의 주장을 받아들였다.¹⁸⁾

II. 미술가의 저작권의 내용

16) Poku Ausei, "Modern Challenges to Moral Rights Protection under Copyright Law : The Way Forward", Master of Laws Dissertation, University of Alberta, 2005, pp. 82-83.

17) Dimmering, *Copyright Being Washed Away through the Electronic Sieve : Some Thoughts on the Impending Crisis in The Future of Copyright in a Digital Environment*, Hugenholtz(ed.) (Kluwer, 1996), pp. 1-11. ; Waelde and de Souza, *op. cit.*, p. 287.에서 재인용

18) Yahoo! Inc v. La Ligue Contre Le Racisme et L'Antisemitisme, 145 F.Supp 2d. 1168, 1179 (N.D.Cal.2001)

1. 문제점

저작인격권은 저작재산권에 비하여 국가별로 법제를 달리 하고 그 보호수준과 범위가 다르기 때문에 이미 문제를 야기하고 비판을 받고 있다. 어느 국가에서는 합법인 것이 다른 국가에서는 불법일 수 있기 때문이다. 이러한 문제의 심각성이나 그에 대한 비판은 인터넷의 보급으로 인해 더욱 커지고 있다.¹⁹⁾ 인터넷 공간은 정보산업의 팽창하는 경제적 성장에 자극을 주는 “정보 고속도로(superhighway)의 새로운 세상”을 제공한다. 국가별로 동일성유지권의 보호의 차이는 디지털 작품의 공급에 부정적 영향을 줄 수 있고 상호작용 환경과 새로운 산출물의 흐름에 요구되는 유인에도 부정적 영향을 줄 수 있다. 디지털 작품의 개변에 대한 민사책임이 부여될 때 경제 재화와 서비스의 자유로운 흐름이 붕괴될 수 있다는 것이다.²⁰⁾ 유럽연합의 재화와 서비스의 무료 이동은 유럽 공동체의 공동 시장을 구성하는 로마조약의 핵심이다. 시장을 통한 유형 또는 무형 재화의 이동을 장려하는 것이 이 조약의 주요 목적이다. 작가의 권리와 표현물의 자유 이동을 장려하는 정책 사이의 긴장 사이에서 유럽 법원은 균형을 찾아야 한다. 1992년에 유럽위원회는 저작인격권이 무역에 심각한 장벽을 만든지에 대한 유럽연합의 결정을 하기 위해 청문회를 했다. 당시 위원회는 “저작인격권은 단일 시장이 관여되는 한도 내에서는 아무런 실질적 문제를 야기하지 않는다.”고 결정했다. 그러나 위원회는 다음에 이 문제에 대해 재논의 했다. 디지털화와 상호 작용은 작품의 개변을 실질적으로 증가시킬 수밖에 없고 이는 저작인격권에 영향을 미친다고 보았다. 저작인격권 분야에서 구성 국가들의 법제의 차이는 특히 멀티미디어 생산물과 서비스 분야에서 확산의 심각한 장벽으로 작용할 수 있다는 것이다. 따라서 위원회는 국가의 법률이 정보사회에서 보호문제로 심각한 장애가 되는지에 대해 결정하기 위해 연구를 권고했다.²¹⁾

베른협약 기초자들의 마음속에는 작가와 저작권 소유자는 세계적으로 보호되어야 하고 모국이나 해외에서 보호받아야 한다는 생각이 있었다. 그러나 여러 점에서 실질적인 문제에 부딪히자 “하나의 작업장(floor)이지만 천정(ceiling)의 높이는 국가별로 다를 수 있다.”라고 하여 최소한의 기준을 만들게 된다.²²⁾ 베른협약 제5조 제2항

19) Leslie A. Pettenati, "Moral Rights of Artists in an International Marketplace", *Pace International Law Review*, 2000, 12, p. 450.

20) Timothy E. Nielander, "Reflections on a Gossamer Thread in the World Wide Web : Claims for Protection of the Droit Moral Right of Integrity in Digitally Distributed Works of Authorship", *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, 1997, 20, p. 96.

21) *Ibid.*, pp. 98-99.

22) Jane C. Ginsburg, "Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted through Digital Networks"

은 “권리의 향유와 행사는 저작물의 본국에서 보호가 존재하는지 여부와 관계가 없다. 따라서 이 협약의 규정과는 별도로, 보호의 수준과 저작자의 권리를 보호하기 위하여 주어지는 구제의 방법은 오로지 보호가 주장되는 국가의 법률의 지배를 받는다.”고 규정했다.

Ginsburg 교수의 지적대로 국제 저작권법은 없고 단지 여러 국가의 저작권법만이 있을 뿐이다.²³⁾ 바람직한 것은 저작인격권의 보호수준과 범위, 사법권 등에 대해 국제적인 합의를 하여 규범을 마련하는 것이다. 앞에서 본바와 같이 유럽연합 보고서에서도 국제적 합의의 필요성을 제기했다.

2. 합의의 전망과 방향

미술가의 저작인격권 보호수준과 범위의 차이의 원인은 앞에서 본바와 같이 미술에 대한 인식의 차이 이외에도 그 국가에서 미술이 차지하는 중요성 등이 복합적으로 작용하고 있고 다른 분야에 대한 저작인격권이나 저작권 이외의 지적재산권 등 다른 규정들과의 조화 문제도 있으며 더구나 경제적인 이익 문제가 개입하기 때문에 국제적인 합의가 쉽지는 않다.²⁴⁾ 이는 그 동안의 역사적 경험이 말해준다.

그러나 지난 20년간 국가간 저작권의 발전 중 가장 괄목한 것 중 하나가 미국, 영국, 호주, 아일랜드, 뉴질랜드 등 영미법계 국가들이 종전에 자신들의 법적 전통과 맞지 않는다면 열렬하게 거부하던 대륙법계 국가의 개념인 저작인격권을 도입하여 규정화한 것이라는 주장이 있을 정도로²⁵⁾ 영미법계 국가의 저작인격권 도입은 매우 괄목할만한 변화에 틀림없다.

유럽연합 보고서는 저작인격권이 세계적으로 타협이 되는 것이 바람직하고 다양한 산업의 특징이 점점 적어지지만 작가의 저작인격권과 이용자의 표현의 자유의 이익 사이에 미묘한 차이가 있으면 각 분야별로 타협하는 것이 현명하다고 주장한다.²⁶⁾ 미국도 미술저작물의 경우만 저작인격권을 보호하는 VARA를 입법하여 시행하고 있으므로 저작인격권 중에서 미술가의 저작인격권은 가장 이견이 적은 분야일 수 있다. 따라서 이 부분만 합의를 하는 것도 현명한 방법이다. 앞에서 본바와 같이 미국이나 영국도 프랑스나 독일과 같이 미술품은 미술가의 인격의 ‘표현’이라는 인식을

www.kipo.ke.wipo.net/edocs/mdocs/mdocs/en/gcpic/gcpic_1.doc.(검색일 : 2009. 12. 30.) ; Waelde and de Souza, *op. cit.*, p. 272.

23) *Ibid.*

24) Waelde and de Souza, *op. cit.*, p. 271.

25) Cyrill P. Rigamonti, "Deconstructing Moral Rights", *Harvard International Law Journal*, 2006, 47, p. 343.

26) Anne K. Fujita, "The Great Internet Panic : How Digitization is Deforming Copyright Law", *Journal of Technology Law & Policy*, 1996, 2, pp. 40-43.

가지게 되었고 과거와는 달리 미국이나 영국 모두 미술이 매우 발전했다. 이러한 요인들은 미술가의 저작권권의 수준을 높고 범위를 넓게 인정하려는데 인식을 같이 하게 될 것이기 때문에 국제적인 합의의 가능성은 높아지고 있다고 할 것이다.

앞에서 논증한대로 세계적인 추세는 미술가의 저작권권의 보호수준을 높이고 범위를 넓히는 방향으로 진행되고 있어서 장래에는 결국 보호수준을 가장 높게 인정하고 범위도 넓은 프랑스의 법이나 판례와 같은 방향이 될 것으로 보인다. 하지만 보호수준과 범위의 차이가 아직도 현격한 것이 엄연한 현실이어서 현 단계에서 프랑스의 저작권권 규정이나 판례대로 합의하는 것은 불가능해 보인다. 결국 타협과 결정을 요구하게 되는 것이다.²⁷⁾ 타협책으로는 보호수준과 범위, 기간 등에서 프랑스와 미국의 중간에 있는 독일이나 영국의 저작권법 규정을 생각해 볼 수 있다. 공표권을 예로 들면 독일 저작권법의 규정이 프랑스와 미국 중간 정도의 보호수준으로 되어 있고 소유자와 저작권자 사이에 균형을 잡고 있어서 타협책으로 적합해 보인다. 또 저작권권의 보호기간을 저작재산권의 보호기간과 일치시키는 것이 타협책으로 거론될 수 있을 것이다.²⁸⁾

27) Pettenati, *op. cit.*, p. 450.

28) *Ibid.*, p. 449.

제6장 대한민국에 적합한 미술가의 저작권권

제1절 한민족의 미의식과 미술관

I. 한민족 미술의 특징

대한민국에 적합한 미술가의 저작권권을 논하기 위해서는 한민족의 미의식과 미술관을 살피는 것이 그 출발점이어야 할 것이다. 한민족이 미술의 의미와 기능에 대해 어떤 생각을 해왔는지, 현재 어떤 생각을 하고 있는지가 보호수준과 범위를 결정하는데 중요하기 때문이다. 즉 한민족이 미술품을 미술가의 인격의 발현으로 보아 그 관계를 매우 밀접한 것으로 보고 있는지 여부에 따라 보호의 법적 근거와 수준, 범위 등이 달라질 수밖에 없다.

한민족의 미술의 특징에 대해 논하고 있는 자료들을 검토해보면 거의 대부분이 일본, 중국과 비교했을 때의 미술의 특징에 대해서 논하는 수준에서 크게 벗어나지 못하고 있다. 안휘준은 한민족 미술의 특징을 규명하려거나 정의하려는 노력은 계속되었지만 다양하고 광범한 양상을 띠고 있으며 시대, 분야, 지역 간의 차이가 있기 때문에 매우 어렵고 이처럼 한민족 미술의 특징을 규명하기 어렵기 때문에 중국이나 일본의 미술과 어떻게 다른지를 규명하는 것은 더욱더 어려운 일이라고 한다.¹⁾

한민족 미술의 특색, 한민족의 미의 특질을 파악하려고 노력했던 야나기 무네요시(柳宗悅)는 조선의 미를 자연의 미, 자연의 예술이라고 규정하였다.²⁾ 그는 조선 미술이나 예술을 '비에의 미' 또는 '에상의 미'라고 보고 그 특징은 선(線)에 있으며 이러한 미의 세계가 형성될 수밖에 없었던 것은 조선의 반도라는 지리적 환경과 눈물로 얼룩진 비참한 역사에 있다고 믿었다. 그는 조선의 미를 즐거움이 없는 눈물의 미술로 보았고 그 때문에 조선인들은 도자기의 장식에도 불가사의하게도 즐거움의 표상인 아름다운 색채를 쓸 줄 몰랐다고 하고 있다. 그러나 선은 미술에 있어서 기초적인 것이고 특히 동양의 회화는 선의 예술이며 한민족 미술이 특별히 선을 강조하고 있다고

1) 안휘준, 『한국회화의 전통』(서울:문예출판사, 1993), pp. 86-87.

2) 김원봉·안휘준, 『한국미술사』(신판, 서울:서울대학교 출판부, 1993), p. 4.

보기 어렵다. 다만 색채를 많이 사용하지 않았던 것이 특징이라고 할 수 있을 것이다. 또 한민족의 미를 즐거움이 없는 눈물의 미술로 본 것은 당시 일제강점기의 사회 현실을 한민족의 미적 감각에 잘못 투영한 것으로서 매우 잘못된 견해이다. 까치 호랑이 민화 등에서 보는 바와 같이 한민족의 미도 기본적으로 즐거움에 기초해 있음이 명백하다. 독일의 엑카르트(A. Eckert)는 한민족 미술의 표현이 그리스식의 고전주의이며 그 성격은 중용, 조화, 겸손으로 특징지어진다고 하였다.³⁾ 맥쿤(E. McCune)은 한민족 미술의 미(美)가 선(線)과 형(形)의 미에 있다고 하였다.⁴⁾

김원룡은 한민족 미술사에 있어서의 미의 성격은 시대나 분야에 따라서 당연히 변화가 있고 차이가 인정되지만 한민족 고미술의 시간을 초월한 기본적 성격을 자연성이라고 지적하고 있다. 그에 의하면 고유섭의 ‘무기교의 기교’, ‘무계획의 계획’, ‘비정제성’, ‘무관심성’, ‘구수한 맛’, ‘자연에의 순응심리’, 田中豊太郎의 ‘만들어진 것이 아니라 태어난 것’, ‘자연에 맡겨져서 미망이나 주저가 없음’, 콤포츠의 ‘세부보다는 전체적인 조화와 효과’, 제켈(D. Seckel)의 ‘생명력과 즉흥성’ 등등의 성격과약도 모두 결국 자연성의 강조나 말을 바꾼 표현이라는 것이다.⁵⁾ 안휘준은 김원룡의 자연주의에 대해 서양미술사에서 “자연현상을 있는 그대로 묘사하려는 경향”을 뜻하는 naturalism과는 현저한 차이가 있고 “자연과 자연스러움에의 정도”로 이해해야 한다고 주장한다.⁶⁾

고유섭은 한민족 미술의 미적 가치 이념을 두고 자연, 예술, 인간의 결합이라고 보았는데 미적 체형구조에 있어서 보다 중요한 것은 대상으로서 부여된 소재에 대한 인상적 수용보다는 오히려 주체의 내면에서 체험된 보다 적극적인 의미, 즉 일정한 물질적 표현재료로서 내면적 형성을 외면적으로 이끌어내는 정신적 가치창조의 한 형식으로서의 예술적 형성 활동의 의미와 또한 그와 관련된 인격적 가치창조의 의미가 거듭 강조되고 있다.⁷⁾

한민족의 미의식에 대해서는 단군신화나 ‘조선(朝鮮)’이라는 이름에서 보듯이 조용하고 빛나는 아침의 상쾌한 분위기가 한민족의 원초적인 미의식을 보여준다는 견해가 있다.⁸⁾ 또 혁거세 신화와 석탈해 신화에서 언급되고 있는 ‘형의단미(形儀端美)’, ‘유단정남자(有端正男子)’ 등의 표현으로부터 인간의 용모, 자태에 관련된 선인들의 미의식의 한 전형이 단정, 단아였음을 알 수 있다고 한다. 한민족 고전미의 정형으로 단정과 단아를 꼽을 수 있다는 것이다.⁹⁾ 크게 보면 한민족이 그린 전통화는

3) A. Eckart, *A History of Korean Art* (London, 1927), pp. 116-117. ; 김원룡-안휘준, 앞의 책, p. 4.에서 재인용

4) E. McCune, *The Arts of Korea* (Tokyo, 1962), 서론 ; 김원룡-안휘준, 앞의 책, p. 3.에서 재인용

5) 김원룡-안휘준, 앞의 책, p. 4.

6) 안휘준, 『한국의 미술과 문화』 (서울:시공사, 2000), pp. 28-29.

7) 권영필, 『한국의 미를 다시 읽는다』 (서울:돌베개, 2006), p. 64.

8) 미학대계간행위원회(편), 『미학의 역사』 (서울:서울대학교 출판부, 2007), p. 604.

‘재현’이 아닌 ‘표현’의 그림이다. 이는 원근구도나 그림자 등이 없고 실제 크기를 그대로 반영하지 않는 것에서 쉽게 알 수 있다. 즉 한민족에게 있어 미술은 작가의 인격 수양을 위한 수단이었으며 그 결과로서 작가의 인격이 그대로 드러난다는 미술관을 가지고 있었음을 알 수 있다.

II. 시대별 고찰

1. 고려

고려시대 문인화가들과 승려화가들 사이에서는 수묵화가 크게 유행하였는데 이들은 여기(餘技)나 수양을 위해 대나무를 그렸다. 기록에 의하면 이들은 북송대의 대표적 문인 출신 목축화가였던 문동(文同)과 소식이 이룬 호주죽파(湖州竹派)의 화풍 및 시화일률(詩畫一律)의 영향을 적지 않게 받았고 남북조시대 이해의 중국 화론을 규범으로 전개되었다.¹⁰⁾ 소식에 대한 열의는 송소열(崇蘇熱)을 이룰 정도로 높았다고 한다.¹¹⁾ 한민족에 있어 회화이론은 고려시대를 통해 본격적으로 대두되기 시작하였는데 유학과 노장철학에 사상적 기반을 두고 남북조시대에서 당송간을 통해 발전해온 중국의 화론을 규범으로 해서 전개되었다.¹²⁾ 회화이론의 흐름을 열기 시작한 최치원(崔致遠)은 「서주나성도(西州羅城圖)」에 대해 설명하면서 “이 그림은 묵묘필경(墨妙筆情)으로 이루어졌다”고 언급한바 있는데¹³⁾ 그림의 표현 작용을 노장 사상의 정신개념을 이용하여 정의한 것이었다.¹⁴⁾ 대각국사 의천(義天)은 초상화에 대해 ‘정신발회포(精神發懷抱)’라 했고 또 ‘유의어전신(有意於傳神)’이라고 하였다. 즉 대상의 마음이나 정신을 옮겨 전하는데 초상화의 궁극적 가치가 있다고 여겼던 것이다.¹⁵⁾ 이는 고개지의 전신론(傳神論)에 토대를 두고 있는 것이다. 고려 중기의 문인인 이인로(李仁老)는 이전(李佺)의 「해동기로도(海東耆老圖)」 뒤에 “시와 그

9) 위의 책, p. 620.

10) 김원룡-안휘준, 앞의 책, p. 214. ; 홍선표, 『조선시대회화사론』 (서울:문예출판사, 1999), p. 168.

11) 홍선표, 앞의 책, p. 551.

12) 위의 책, pp. 159-160.

13) 최치원, 『계원필경(桂苑筆耕)』; 위의 책, p. 162.에서 재인용

14) 홍선표, 앞의 책, p. 162.

15) 의천, 『대각국사집(大覺國師集)』 권 8, 『사사본국문왕진용표(謝賜本國王眞容表)』 권 20, 「學徒中有寫吾眞者佳其筆妙因以示之」; 진홍섭 편 『한국미술사자료집성』 (1) 삼국시대~고려시대 (일지사, 1983), pp. 361-387. ; 홍선표, 앞의 책, p. 164.에서 재인용

림은 서로를 도와주므로 둘을 한 가지 법이라고 이름한다. 그래서 옛날 사람이 그림을 ‘소리 없는 시’라고 하고 시를 ‘운이 있는 그림’이라고 한 것이다.”라고 쓰고 있어¹⁶⁾ 시화일률론이 본격적으로 과급되었음을 알 수 있다. 이규보(李奎報)는 사물의 모습을 형용하는 데는 무엇보다도 그 대상의 참모습을 닮게 해야 귀중하다고 하면서 사물의 외피인 겉모습을 형용하면 그 참모습을 나타낼 수 없다고 하였다.¹⁷⁾ 이러한 진사론(眞似論)은 사물의 겉모습을 닮게 나타내는 형사(形似)와 대립적인 의미를 가진 것으로서 고려 후기에 큰 영향을 미쳤다. 고려 말의 신흥사대부였던 이색(李穡)은 그림에서 기상(氣象)과 의장(意匠)을 중시했으며 인격의 완성을 우선 중시하는 관점에서 주자(朱子)에 의해 주석된 성리학적 유가사상의 견해를 반영하기도 하였다.¹⁸⁾ 이승휴(李承休)는 그림을 6예의 하나로 보았는데 이는 곧 고려 후기를 통해 지식인들이 갖추어야 할 필수교양으로 부각되었던 회화가 이들 사회에서 뿌리를 내리고 정착되었음을 뜻한다.¹⁹⁾ 고려시대에 그림은 지식인들에 의해 그 가치와 기능이 사물의 도(道)를 현시하여 대행하면서 인간성, 즉 대아(大我)의 달현을 위한 심성도야에 유효하다는 측면에서 높게 인식되었으며 이러한 경향은 후기 이후로 더욱 두드러지게 나타났다.²⁰⁾

한민족에 있어서 그림 수집에 대한 최초의 기록은 통일신라 때 중국에서 비싼 값을 치르고 그림을 구입했다고 하는 것이라고 한다. 고려시대에 이르면 고려 왕실이 궁궐 안에 전적, 미술품 등을 수장하는 형식으로 왕실 컬렉션이 이루어졌다.²¹⁾

2. 조선 초기

조선 시대에도 예술과 같이 시, 회화, 서예 등을 총괄하는 명칭이 없었다. 대신 ‘시서화 일치(詩書畫 一致)’라는 명제가 있었다. 김일손(金駟孫)은 “시서화는 본래 같은 모양인데 가슴속의 두엄 풀과 같다.”라고 했다.²²⁾ 이는 가슴속에 품은 기운이 거름이 되어서 서화와 시문의 아름다운 빛이 나올 수 있다는 뜻이다. 품격을 갖춘

선비라면 그림과 글씨를 이해할 수 있는 능력이 필수였다. 그림을 통해 천지만물의 본체적 도인 천리를 자작, 보존, 확충하고 그 운행의 원동력을 체득하여 궁극의 경지인 이상적 인간상을 구현하고자 하는 수기적(修己的) 가치관을 가지고 있었다.²³⁾ 선비들은 서화 작품에 제발(提拔)이라는 글을 남겼다. 유한준(兪漢雋)은 『석농화원(石農畵苑)』에 붙인 발문에 “그림을 사랑하기는 하되 붓과 종이, 색채만을 중시하고 모양과 위치만을 따지는 사람은 그림을 안다고 할 수 없다. 그림을 아는 사람은 모양과 법도는 그만두고 먼저 숨겨진 이치와 어둠 속 창조의 정신 경계를 이해하는 사람이기 때문이다.”라고 썼다.²⁴⁾

15세기의 대표적 사대부 화가였던 강희맹(姜希孟)은 『논화설(論畵說)』에서는 “무릇 모든 초목과 화훼는 눈으로 보아 마음을 알아내고 마음으로 알아서 손으로 나타내는 것이다. 정신이 그림과 합치된 즉 정신이 천기(天機)와 합치되고 묘한 법이 그림과 합치된 즉 묘한 법이 천기와 합치된다. 때로 연묵(鉛墨)에 의지하여 항상 천기와 더불어 재미있게 회롱하니 그것은 세상의 아름다운 꽃을 모두 모아서 좌우에 벌여놓고 부유하고 화려함을 자랑하는 자와는 크게 차이가 있는 것이다.”라고 하였다.²⁵⁾

국가적으로는 사실대로만 그릴 뿐 화격(畵格)을 모르는 화원들을 지도 계몽할 수 있는 ‘화격을 아는 자’ 즉 사대부 화가들이 늘 필요했으며 고려시대부터 조선시대에 이르기까지 한민족의 문단에 큰 영향을 미친 소식 일파의 북송대 문인화론이 과급되어 ‘시화일률(詩畵一律)’의 사상이 함께 널리 퍼져서 사대부 화가들의 회화에 대한 관심이 높아졌던 것으로 보인다. 문인 성현(成愼)은 “예로부터 말 그림은 한 둘이 아니었다. 그러나 잘 그릴 것을 구하기란 어렵다. 힘줄과 뼈를 그리기 어려운 것이 아니라 의기와 신준(神俊)을 그리기 어렵기 때문인 것이다.”라고 했다.²⁶⁾

한편 미술품 수집은 조선시대 들어 더욱 본격화되고 광범위해졌다. 조선시대에는 기본적으로 왕실에서 어진(御眞)과 어필(御筆)을 비롯해 서책, 서화를 수집해 궁중에 보관했다. 왕실에서 서화, 전적을 모으고 수장하는 것은 왕권의 품격과 권위를 보여주는 상징적인 행위였다. 조선 전기의 대표적인 수집가는 안평대군이였다.²⁷⁾ 사대부들도 회화를 감상하고 수집하기도 했다. 김상헌(金尙憲)이 지은 권반(權攔)의 묘표에는 “옛날 명화와 법서를 수집하기 좋아하여 격식에 맞지 않는 변변찮은 작품이라도 모두 깨끗이 정리해 놓았다.”고 하는 등 회화 수집과 감상에 대한 기록이 많이 남아 있다.

16) 오세창, 『근역서화정(謹域畵徵)』, 동양고전학회 역, 『국역 근역서화정』(서울:시공사, 1998), p. 95.

17) 이규보, 『동국이상국집(東國李相國集)』 권 19 “狀物之態 兮貴似其眞”; 홍선표, 앞의 책, pp. 169-170.에서 재인용

18) 이색, 『목은문고(牧隱文藁)』 권6, 「설산기(雪山記)」; 홍선표, 앞의 책, p. 168.에서 재인용

19) 이승휴, 『동안거사집(動安居士集)』 권2; 홍선표, 앞의 책, p. 167.에서 재인용

20) 홍선표, 앞의 책, p. 174.

21) 이광표, “컬렉션, 그 낭만적인 예술을 위하여”, 『건전한 문화계 향유 길잡이』(서울:한국고미술협회, 2009), p. 37.

22) 김일손, 『탁영집(濯纒集)』 권1 “詩書畫本殆一樣 胸中吐瀉也”; 홍선표, 앞의 책, p. 212.에서 재인용.

23) 홍선표, 앞의 책, pp. 201-204.

24) 안대회, 『선비답게 산다는 것』(서울:푸른역사, 2007), p. 88.

25) 오세창, 앞의 책, p. 234.

26) 성현, 『발화마첩(跋畵馬帖)』(출판연도 미상) “古人畵馬者 非一 而善畵者 難得 非筋骨之難畵也 意氣神俊之難畵也”

27) 이광표, 앞의 글, pp. 37-38.

3. 조선 중기

조선 중기에도 시서화 일치에 대한 이야기는 지속적으로 기록에 등장한다. 김종수(金鍾秀)는 능호관 이인상(凌壺觀 李麟祥)의 그림의 발문에 “마음 두는 것이 가장 어려우니 먹을 쓰는 것은 그 다음이요, 붓을 움직여 글씨를 쓰는 것은 또 그 다음이다.”라고 썼다.²⁸⁾ 이인상은 “고래로 산수를 보는 데는 두 가지 방법이 있다. 하나는 즐거움을 아는 것이요, 하나는 그 품격을 아는 것이다.”라고 했고,²⁹⁾ “옛 사람들의 묘처(妙處)는 졸(拙)한 곳에 있지 교(巧)한 곳에 있지 않으며, 담(澹)한 것에 있지 농(濃)한 것에 있지 않다. 근골기운(筋骨氣韻)에 있지 성색취미(聲色臭味)에 있지 않다.”라고 썼다.³⁰⁾

김상숙(金相肅)의 서축 뒤에는 “공의 글씨의 아름다움은 그 실상이 글자 획의 밖에 있어서 은연히 그 안에 쌓인 것이 새어 나가니 (중략) 공의 인격이 높기 때문에 글씨도 따라서 높게 된 것이다. 그러므로 공의 글씨를 보면 그 인품을 알 수 있고 그리고 문장이 또한 그와 견줄 만하게 된 것이다.”라고 적혀 있다.³¹⁾ 『호산외사(壺山外史)』에는 “원나라 때에는 유명한 화가들이 많이 배출되었다. 그런데 그중에서도 운림거사(雲林居士)의 그림이 독특하게 뛰어난 것은 다만 그 인품이 높았기 때문이다. 지금 단원 김홍도(檀園 金弘道)가 홀로 공제(兢齋 金得臣), 호생관(毫生館 崔北), 고송유수관(古松流水館 李寅文)의 사이에서 혼자 마음대로 오가는 무엇 때문인가. 그러므로 인품이 높아야 그림도 높다.”라고 하고 있다.³²⁾ 그만큼 작가의 인격을 그림에서 가장 중요한 요소로 삼았던 것이다. 송시열(宋時烈)은 “우연히 이성미군으로 인하여 이 서첩을 회천의 초가에서 보게 되었다. 그 따뜻하고 두터우며 편안하면서도 화목한 뜻이 뚜렷이 필묵의 태두리 밖에 나타나 있으니 옛사람의 덕성이 어찌 홀로 언행이나 사업에만 볼 수 있겠는가”³³⁾ 라고 했다. 박지원(朴趾源)은 어려서부터 이인상과 교유를 하였는데 일찍이 비단 한 폭을 보내 제갈공명 사당 앞의 잣나무를 그려 달라고 했다. 한 참 뒤에 이인상이 전서로 「설부(雪賦)」를 써서 보냈기에 박지원은 전서를 얻은 것을 기뻐하며 그림도 빨리 그려 보내기를

28) 위의 책, p. 720.

29) 이인상, 「담윤자목서(答尹子穆書)」(출판연도 미상) 別幅 제3권 “從古看山水 有二道 有知其樂者 有知其品者” ; 유홍준, 「화인열전 2」(서울:역사와 비평사, 2001), p. 85.

30) 유홍준, 앞의 책, p. 89.

31) 오세창, 앞의 책, p. 739.

32) 위의 책, p. 801.

33) 송시열, 『송자대전(宋子大全)』(1717) 第147卷 「李文純公筆跡後」 “偶因李君聖彌 得見此帖於懷川之茅舍 其溫厚安和之意 藹然見於筆墨干徑之外 古人德性 豈獨於言行事業而見之哉”

독촉했는데, 이인상이 웃으면서 말하기를 “잣나무는 바로 그 속에 들었다네.”라고 했다. 그림이란 실물을 빼닮는 데 있는 것이 아니고 대상의 본질을 표현해야 한다고 본 것이다.³⁴⁾ 최립(崔崑)은 이황(李滉)의 글씨를 두고 “대개 글씨는 마음의 그림이다. 마음의 그림이 형상하는 바에서 진실로 그 사람을 상상해 볼 수 있거늘, 하물며 선생의 글씨는 단정하고 정중하고 굳세고 긴밀하여 비록 초서를 쓰더라도 반듯하게 쓰지 않은 적이 없다. 평생토록 마음속에 공부를 잊지 않아서 반드시 글씨에서 그 공부가 나타나게 되었던 것이다. 선생이 늦게 이 조그만 나라에서 태어나서 홀로 끊어진 학문을 밝혔으므로 한 때의 뜻있는 선비들이 모두 선생을 마치 봉황새와 큰 별 같이 생각하고 다투어 보려고 하였다.”고 썼다.³⁵⁾ 이황은 『화한거이십영습서(和閑居二十詠 習書)』에서 “자법이란 본래부터 심법(心法)의 표현이라 명필이 되고자 글씨를 익히는 것이 아니라네, 창힐 복희의 제작은 저절로 신묘하였고 위진의 풍류라서 방탕하고 소홀하리, 조맹부를 익히다간 옛것마저 잃기 쉽고 장필을 본뜨다간 헛것 될까 두렵구나. 다만 점. 획마다 통일을 지녔다면 세상의 뜬 화에 관계될게 없고 말고”라고 했다.³⁶⁾

사대부들이 회화 등을 수집하는 서화고동취미(書畫古董趣味)는 중기 이후로 오면서 크게 번성한다. 임진왜란 전후에 회화를 수집하고 감상하는 풍조가 널리 퍼졌다. 『창강유고(滄江遺稿)』에는 조숙(趙涑)이 “오직 그림과 글씨만을 좋아하여 고금의 명화와 명필을 구경하느라 손에서 놓지 않았다.”거나 “창강 노인이 서화에 뛰어나 모두 묘한 경지에 이르렀으니 뒷사람들이 다투어 가저가 보배로 여겼다.”고 하고,³⁷⁾ 김광수(金光遂)의 집에 보관한 서화와 그릇은 천하의 명품이라는 등³⁸⁾ 서화 수집과 감상에 대한 자료가 많이 남아 있다.

4. 조선 후기

17세기 말경부터 조선에서는 개개인은 스스로 자유롭게 심성을 표출하고 자신의 마음속에 있는 진정과 흥취를 표출하게 되는 이른바 개성적 인간이 등장하게 되는데 이러한 현상은 당시 조선왕조를 이끌었던 사대부 계층이 사회의 부와 안정을 바탕으로 인간의 개성을 발견하고 존중하는 태도를 보이기 시작한 것³⁹⁾과 직접 관련

34) 박지원, 「연암집(燕巖集)」 권 3(1900) 「孔雀館文稿·不移堂記」

35) 최립, 「퇴계서소병지(退溪書小屏識)」

36) “字法從來心法餘, 習書非是要名書, 蒼義制作自神妙, 魏晉風流寧放疎, 學步吳興憂失故, 效鑿東海恐成虛, 但令點劃皆存一, 不問浪浪毀譽”

37) 오세창, 앞의 책, p. 533.

38) 위의 책, p. 694.

39) 나종면, 앞의 책, pp. 21-22.

이 있다. 예민한 감각을 소유한 선진적 문인들은 명·청나라의 문예의 성과를 바탕으로 하면서도 각고의 노력으로 기존의 관념적이고 규격화된 문화를 탈피할 수 있는 힘을 가질 수 있게 되었다. 특히 모든 정치, 경제, 문화의 중심지인 서울에 거주하는 문인들은 대단히 정력적으로 명·청의 학술과 문물을 수용하여 인간자아의 실현을 위해 노력하였으며 이 시기 자신의 처지를 자각하면서 새로운 돌파구를 모색하고 있던 여항(閻巷) 문인은 문학과 예술의 성취를 위해 이런 흐름에 참여하고자 하였다.⁴⁰⁾

이 시기부터 회화가 창작과 소비에서 어느 때 보다 활발한 양상을 보여 양적 팽창을 이룬다. 실재하는 산수를 화폭에 담은 진경산수화, 일상생활을 화폭에 담은 풍속화, 작가의 내적 수양과 관조를 중시하는 문인화가 대체를 이루었다. 이러한 시서화의 저변에 흐르는 힘은 인간 주체의 자각이다.⁴¹⁾ 특히 이 시기에 중국에서 들어와 화단의 주류로 자리 잡은 남종화를 눈여겨 볼 필요가 있다. 남종화란 만권서를 읽고 만리길을 여행하여 학덕과 수양을 쌓아서 인격이 높은 문인이 생활의 수단으로서가 아니라 그저 여기로 자신의 사상이나 철학 등 내면의 정신세계 표출을 위해 수묵과 담채를 주로 써서 그리는 간일하고 격조 높은 사의화라고 할 수 있다. 따라서 남종화는 문기(文氣), 문자향(文字香), 서권기(書卷氣)를 풍기며 속기가 없어야 한다. 이는 화원이나 기타 직업 화가들이 외면의 형사(形寫)에만 치중하여 그린 장식적이고 사실적인 공필화(工筆畵)와 대비되는 개념이다.⁴²⁾ 남종화가 한민족에 전래된 시기에는 다름이 있으나 이미 18세기에는 본격적으로 유행하였던 것으로 보아 그 이전에 전래된 것은 틀림이 없다. 남종화는 조선 후기의 대표적인 문인화거나 화원들이 남종화의 영향을 받았고 남종화는 이 시기에 이르러 가장 높은 수준의 발달을 이루었다.⁴³⁾ 사대부의 회화관은 객관 사물의 형상의 전체를 보고 전체를 표현하는 것이 아니라 그 반쯤을 보고 반쯤을 표현하고 전체의 형상이 드러나게 하는 것이다. 이럴 때 화가의 신의와 창작이 의미가 있게 되고 그 그림은 사상과 철학과 결합할 수 있는 것이다. 따라서 사대부들이 사의 중심의 남종문인화에 몰입한 것은 당연했다.⁴⁴⁾

공재(恭齋) 윤두서(尹斗緒)는 절파(浙派) 화풍을 계승하면서도 소극적으로 남종화 풍을 받아들여 그린 화가로, 겸재(謙齋) 정선(鄭敼)은 이를 토대로 진경산수화를 창출한 인물로, 현재(玄齋) 심사정(沈師正)은 그것을 위주로 하면서 북종화와 절충을 시도한 인물로, 표암(豹庵) 강세황(姜世晃), 능호관 이인상은 조선 후기 남종화의 수

준을 높인 인물이라는 평가를 받는다.⁴⁵⁾ 그 이외에도 대표적인 화가로 지우재(之又齋) 정수영(鄭遂榮), 학산(鶴山) 윤제홍(尹濟弘), 직업 화가였던 소당(小塘) 이재관(李在寬) 등을 들 수 있다. 이규상(李奎象)은 문인화와 장인화, 전신과 형사 등을 회화 내적인 문제로서 제시했는데 심사정을 가리켜 “그림에서 정신을 숭상”한 화가라고 했다.⁴⁶⁾

이 시기에는 전신론이 사물에 내재해 있는 신을 그 대상물의 형체를 자세하고 정확하게 나타내 간접적인 표현으로 옮기는 형사적(形似的) 전신론과 대상물의 형체를 떠나 간략하게 묘사하면서 창작 주체의 마음을 통해 신을 직접적으로 표현하는 사의적(寫意的) 전신론의 두 가지 입장으로 나뉜다. 그런데 형사적 전신론에서의 형사는 사물의 형체에 내재된 신을 그대로 옮기기 위한 수단으로 생각되었기 때문에 서양의 사실적 묘사와는 구별되는 것이다. 고려 중후기를 통해 파급되기 시작하여 조선 중기까지 주로 회화창작의 본질론으로 전개되어오던 사의적 전신론은 사의체, 또는 단일체의 표현방법론으로 개진되었다.⁴⁷⁾

심재(沈鐸)는 이인상을 두고 “예체파(隸體派)로 산수자연의 빼어나고 기묘함을 그려 붓질이 간결하고 뜻을 맑게 드러내니 형사를 초월한 필묵에서 나온 것으로 마치 붓질이 간결하고 뜻을 맑게 드러내니 형사를 초월한 필묵에서 나온 것으로 마치 진흙 속의 연꽃 같고 탈속의 흰 구름 같으니 참된 화가의 사기화(士氣畵)이다.”라고 했다.⁴⁸⁾ 원교 이광사(員嶠 李匡師)의 묘비에는 “세상에서는 원교의 글씨가 이 세대에는 다시없는 줄 알지만 원교공의 식견, 학문이 아니라면 이런 글씨가 나올 수 없는 것이다.”라고 적혀 있다.⁴⁹⁾ 권현(權揆)은 「묵매기(墨梅記)」에서 “매화 또한 초목의 종류이나 가장 그려내기 어렵다. 대개 그 가지와 줄기가 굴곡되어 용과 뱀이 뒤엉킨 모습처럼 된 것은 매화의 참모습이 아니다. 풍기는 분위기와 왕성하고 향기롭게 흘러넘침이 마치 달빛이 밝게 비치고 눈발이 흩날리는 것 같음을 헤아려 깨닫고 마음으로 터득하는 것이 매화의 참모습이므로 가지나 잎의 처리는 논할 게 못된다. (중략) 본질적인 특성은 매화에 있는 것이지만 운치를 느끼는 것은 나에게 달려 있는 것이다. 단순히 대상물로서 대상을 바라본다면 매화와 나는 아닌 게 아니라 서로 다르다.”라고 해서 인격이 표출될 수 있는 신사(神似)가 회화가 추구해야 할 것이라고 주장한다.⁵⁰⁾ 위와 같은 자료들은 미술작품에 작가의 인격이 드러난다는 당대의 인식을 알 수 있는 것이다.

45) 김원통·안휘준, 앞의 책, p. 282.

46) 유홍준, 앞의 책, p. 54.

47) 홍선표, 앞의 책, pp. 267-275.

48) 심재, 「송천필담(松泉筆談)」, 貞, 홍선표, 앞의 책, p. 275.에서 재인용

49) 나종면, 앞의 책, p. 162.

50) 권현, 「진명집(震溟集)」, 「墨梅記」; 나종면, 앞의 책, pp. 232-233.에서 재인용

40) 위의 책, pp. 273-274.

41) 위의 책, p. 264.

42) 안휘준, 「한국회화의 전통」, p. 256.

43) 위의 책, p. 297.

44) 나종면, 앞의 책, pp. 195-196.

김창협(金昌協)은 명대 의고파(擬古派)를 따라 개성이 소멸된 작품을 양산하는 입진왜란의 시들을 강력하게 비판하면서 옛 작품을 모방하지 않는 자득(自得), 운치(韻致), 방일(放逸)한 격(格), 흥회(興懷), 천진(天真), 기기(氣機) 등을 중시했다. 그는 정선(鄭勳)의 그림을 거침없는 활력으로서 천취(天趣)를 드러냈다고 하여 자유롭고 격렬한 정서로서의 천취를 긍정하고 있다.⁵¹⁾ 혜환 이용휴(惠寬 李用休)는 좋은 글씨를 쓰거나 좋은 그림을 그리고자 할 때 작가의 정신을 담아내는 것이 중요하다고 지적했다. 혜환에게 있어서는 글씨에 어떻게 작가의 정신을 담는가라는 문제에 관심이 모아지고 있다.⁵²⁾ 나중면은, 정신이 중요하다는 혜환의 주장은 문학과 서화에서 중시하는 개성(독창성)과 연결된다고 본다.⁵³⁾ 이 시기에 남종화의 유행은 민족미술의 개성을 가졌을 뿐 아니라 작가의 개성이 발현된 것으로 매우 주목할 만한 현상이다.

궁중에서 보관하던 각종 서화, 전적류는 입진왜란과 병자호란의 와중에 궁중이 불타고 훼손되면서 함께 불에 타 사라졌다. 17세기 숙종 대에 들면서 서화에 대한 관심이 커지면서 수집과 보관의 재건의 기틀을 마련했다. 18세기 들면서 수집 열기는 뜨거웠다. 이러한 열기의 원인은 지식인들의 수집욕, 학구열, 문화욕구 등이 직접적 이유이지만 18세기에는 경제적·사회적 변화, 문화예술을 바라보는 인식의 변화에 힘입어 중국으로부터의 고동서화와 서책 수집이 급증한 것도 수집 열기에 커다란 영향을 미쳤다.⁵⁴⁾

5. 조선 말기

남종화는 조선시대 말기에는 더욱 화단의 주류를 이루었다. 특히 원·명·청나라의 남종화를 받아들여 사의적 세계를 추구하던 추사 김정희(秋史 金正喜)와 그의 영향을 받았던 우봉 조희룡(又峰 趙熙龍), 고람 전기(古藍 田琦), 소치 허련(小癡 許鍊), 대원군 석파 이하응(石坡 李昰應), 소호 김응원(小湖 金應元), 운미 민영익(芸楣 閔泳翊) 등에 의해 남종화는 일방적인 득세를 하게 된다. 그 이외에 북산 김수철(北山 金秀哲), 오원 장승업(吾園 張承業) 등 당대의 대표적인 화가들이 모두 남종화의 기법을 따르고 있다. 이 시대의 남종화가 화풍의 외면적 양식의 수용에 치중하고 그것을 꽃피운 내면적 정신세계의 추구를 상대적으로 소홀히 하였고 남종화가들이 이론적으로 체계화된 화론을 충분히 발전시키지 못했다는 비판을 받지만⁵⁵⁾ 남종화의 유

51) 미학대계간행회(편), 앞의 책, p. 629.

52) 나중면, 앞의 책, pp. 159-160.

53) 위의 책, pp. 268-269.

54) 이광표, 앞의 글, pp. 38-40.

55) 안휘준, 『한국회화의 전통』, p. 308.

행은 작가의 개성이나 인격을 크게 반영하려고 했던 조선시대 화단의 특징을 보여주는 것만은 틀림없다.

19세기에 조희룡은 개인을 궁극적인 자아와 개성적인 자아로 구별하였다. 그에게 있어 예술창작은 절대적 자아에 도달하기 이전 개성적 자아가 자신의 기호와 개성, 감정을 표현하는 주요 수단이었다.⁵⁶⁾ 김정희는 그림의 품격이 형사, 즉 그림 그리는 법으로 결정되지 않고 그 너머 의(意)에 의해 결정된다고 강조했다. 형사 너머의 의란 기운 외 신운, 천기, 천취, 신기 등을 말한다. 그는 문인예술의 자격으로서 학문을 바탕으로 격물치지와 같이 단계마다 도를 준수하는 체계적이고 지속적인 훈련이 요구된다는 점을 반복적으로 요구했다. 그는 조희룡의 회화를 학문에 기초하지 않은 예술이라는 이유로 비판했다. 시시화에 대해 김정희는 인품과 학문의 전제조건, 정통의 계보, 학문(내지 도덕)과 같은 체계적이고 단계적인 창작학습의 원리를 요구했다. 그런데 김정희는 세 영역이 각 장르의 매체적 고유성의 한계를 넘어 궁극적 차원을 공유할 때 완성된다고 보았다.⁵⁷⁾ 김정희는 난초가 가장 그리기 어렵다고 하였는데 화가의 인품이 뛰어나지 않았으면 제대로 그릴 수 없다고 보았기 때문이다.⁵⁸⁾ 김정희는 『완당집(阮堂集)』에서 “모름지기 가슴속에 문자향(文字香)과 서권기(書卷氣)를 갖추는 것이 예서 쓰는 법의 기본이요, 예서 쓰는 신묘한 비결이 아니라. 근일에 조윤형, 유한지 같은 여러분이 모두 예서법에 조예가 깊었으나, 다만 문자가 적어 한스러운 일이다. 이인상의 예서법과 화법에는 모두 문자의 기운이 있으니 시험 삼아 이를 살펴보아라. 문자향과 서권기가 있는 연후에야 그것이 가능한 것임을 깨달을 수가 있을 것이다.”라고 했다.⁵⁹⁾

19세기에 미술품 수집 취미는 그치지 않았다. 특히 중인 출신 여학문인들의 활동이 활발했다. 미술품 거래의 정도와 시장의 범위는 현재 일반적으로 알려져 있는 것 보다 훨씬 더 활발하고 폭이 넓었다. 미술 거래가 활발해지면서 고동서화를 판매하는 전문 점포 까지 생겨났다.⁶⁰⁾

6. 일제강점기 이후

일제강점기 이후에도 조선시대의 철학이 대체로 유지되거나 최소한 남아 있는 것으로 보인다. 김용준(金瑑俊)은 “위창(葦滄 吳世昌)의 발목의 웅건함은 그 청허한

56) 미학대계간행회(편), 앞의 책, p. 636.

57) 위의 책, pp. 641-642.

58) 김원룡-안휘준, 앞의 책, p. 311. ; 오세창, 앞의 책, pp. 879-880.

59) “須於胸中先具文字香書卷氣爲隸法張本 爲寫隸神訣近日如曹松下, 俞綺園諸公皆深於隸法 但少文字氣力恨恨 李麟祥隸法書法皆有文字卷式 觀於此可以悟得 其有文字氣 然後 可爲之耳”

60) 이광표, 앞의 글, p. 44, p. 48.

제2절 한민족의 미술가의 저작권역사

만년의 심경을 잘 보여주는 듯, 과연 정신생활의 위대함이 여차하다는 교훈이 골고루 숨은 듯 한 작품이었다. 우리는 그의 작품을 존경하는 동시에, 그의 고결한 품격을 더욱이 존경하나니”라고 기술하고 있다.⁶¹⁾ 심영섭은 오세창의 작품 「어거주(魚車舟)」를 보고 “참으로 상형문자의 격식으로 저만큼 천연(天然)의 기운을 나타내는 걸코 우연이 아닐 것이다. 「어주거」라는 뜻은 몰라도 좋다. 오직 형사(形似)이외에 웅섭(雄瞻)한 골기(骨氣)를 찾아보면 좋다.”라고 썼다.⁶²⁾ 김용준과 심영섭의 위와 같은 기술 역시 작품에 인격이 드러남을 표현한 것이다.

남종화의 전통을 이어받아 1980년대까지 활동한 화가 허건(許健)은 『남종회화사(南宗繪畫史)』에서 “무릇 회화라는 것은 작가의 인격 표현으로 작품을 통하여 그 작가의 인간 수양의 정도 여하를 판단할 수가 있는 것이다. 작가로서 개성의 선, 악과 인간으로서의 위대함과 인간으로서의 순박함과 순박하지 못함 등이 작품을 한번 봐서 판단할 수가 있고 또 작품의 내면에 들어가 작가의 인품을 관찰할 수 있는 것이 예술로서 진가가 존재하는 것이다.”라고 했다.⁶³⁾

일제하에서도 전형필, 오세창 등 당대의 미술품 수집가들이 문화재 반출을 막으려 노력했고 손재형, 김찬영, 장택상, 김성수, 이병직 등이 대표적인 수집가였다. 일제하에서 경제적 어려움 등으로 수집의 열기는 줄었지만 맥은 유지되고 있던 것으로 보인다. 이러한 미술품 수집은 근근이 명맥을 이어오다가 20세기 말경부터 경제적 풍요에 힘입어 빠른 증가세를 보이고 있다.

I. 한민족의 저작권역사

1. 역사적 고찰

법은 언어나 관습, 제도와 마찬가지로 초개인적인 민족공동체의 삶의 일부로 해석되어야 하고 민족혼과 관련이 없는 정책적인 산물인 실정법은 민족혼을 반영하도록 개정되어야 할 것이다. 저작권에 있어서도 실정법인 저작권법이 있지만 이와는 별도로 그 민족의 저작권과 관련된 사상적 전통이라는 것이 존재한다고 할 것이다. 두 가지가 일치하는 것이 바람직하지만 서로 일치하지 않을 수도 있다. 한민족은 저작권과 관련되어 어떤 역사와 사상적 전통을 가지고 있는지를 살펴보는 것이 필요하다.

가. 저작권 일반

널리 알려져 있듯이 한민족에는 원래 저작권이라는 개념이 없었고 외국에서 발전된 개념이 들어온 것이다. 대부분의 아시아 국가들이 그렇듯이 역사상 공자사상의 영향은 지대했다. 한민족은 오히려 중국보다 더 공자의 영향을 많이 받았다고 할 수 있다. 공자 사상은 타인의 필요에 대한 상호 배려를 통해 좋은 사회를 건설하는 것이다. 이는 모든 사람들이 자신만을 생각하는 사상과 비교된다. Lysander Spooner가 1855년에 지식노동의 결과를 법적인 지위를 가지게 하고 물질 재산과 같은 보호를 주장한데서 알 수 있듯이 미국 등에서 모든 것은 재산이라는 인식이 널리 퍼져 있었다.¹⁾ 그러나 한민족의 역사는 그와는 다른 관념을 가졌다. 한민족은 13세기에 금속 활자를 발명했고 15세기에 한글을 창제했다. 그러나 국가에서 저작권을 보호하지는 않았고 1957년에 저작권법을 제정할 때까지 그러한 현상은 계속 되었다. 한민족에게 있어서 지적 창작물은 개인 재산이라기보다는 공공재적 성격이 강했고 작가가 개인적으로 개발한 것이라기보다는 나누어 향유하는 것이었다. 이는 개인 보다 집단을 우선시하는 동양적 사고와도 밀접한 관련이 있다. 학자의 책을 복제하는 것은 금지된 행위가 아니라 학습에 대한 열정을 반영하는 오히려 권장되는 행위였다.²⁾ 실제로 작품의 복제는 명예로 간

61) 김용준, 『근원 김용준 전집 5』(서울:열화당, 2002), pp. 266-267.

62) 심영섭, 제9회 협전평, 『동아일보』1929. 11. 2. 자, p. 4.

63) 허건, 『남종회화사』(서울:서문당, 1994), pp. 204-205.

1) Ilhyung Lee, "Culturally-Based Copyright Systems? : The U.S. and Korea in Conflict", *Washington University Law Review Quarterly*, 2001, 79, p. 1115.

주되었다. 공자사상은 작품에 대한 물질적 보상을 평가 절하했다. 이러한 사상은 자연스럽게 작가의 권리를 보호하는 시스템에 대한 필요성을 적게 만들었다. 이러한 사상 때문에 표절이 계속 되고 작가의 권리에 대한 보호 의무를 덜 느끼게 한 것으로 보인다.

한민족의 역사에 있어서 인제부터 저작권 개념이 형성되기 시작하였는지는 명확하지 않지만 일제강점기부터 시작된 것으로 보인다. 대한민국에 저작권법이 소개된 것은 1908년경부터로 1899. 3. 3. 일본에서 법률 제39호로 제정된 해당 법이 이때부터 조선에서도 의용 되었다. 그러나 제도가 정착하기 이전, 개화기 신식 연화자 인쇄술이 보급되고 민간에서의 서적발행이 증가하면서부터 서적발행과 관련하여 저작권에 대한 개념이 점차 형성되고 있었던 것으로 보인다. 저작물에 대한 권리의식의 초기 형태는 저작물에 대한 지적책임자인 원저자보다는 자본을 제공하고 발행을 주도하였던 출판·인쇄업자의 권리보호에 보다 집중해 있었던 것으로 보인다. 방각본 서적으로도 흔히 간행되었던 전통 소설, 구전 민요나 시조, 노랫말을 수록한 창가서, 각종 편지 형식을 수록한 책독서, 고전 경서와 그 주해서와 같은 비창작적 저작물의 경우 편집·편찬자의 판권을 인정하는 경우가 매우 드물었다. 반면 신문예서를 비롯한 학술 연구서, 일부 신소설과 외국서 번역서 등의 창작적 저작물은 원칙적으로 원저자의 저작권을 인정해주었다. 원작자, 번역자, 기타 저작역할자들을 해당 저작물의 ‘저작자’로 등재하여 이들의 저작인격권을 보호했으며 아울러 저작재산권도 인정해주었다.³⁾ 방효순은 이들은 중산층 이상의 어느 정도 가세가 있던 사람들이었고 지적 자존심을 가진 자들이었으며 글 쓰는 목적이 원고료가 아닌 자신들의 이상을 표현하기 위한 이유가 컸던 만큼, 이들 지식인들의 지적 노력물에 대한 권리를 중시했던 것이라고 분석한다.⁴⁾ 창작적 저작물에서도 출판사를 대신하여 출판비용을 제공하던 자본가가 있었으나 이 경우에도 원저자인 이광수의 이름은 출판물 상에 분명히 명시되었고 저작인격권은 거의 예외 없이 보호되었다. 이는 작품 매매에 대한 사회적 편견이 여전하였던 점과 대비된다.⁵⁾ 1930년대 말이 되면 작가들은 저작인격권은 물론, 저작료 혹은 인세와 같이 작품에 대한 저작재산권도 상당히 보장받게 된다. 일제강점기에도 저작권 관련 분쟁이 있었고 미술과 관련해서는 한민족 최초의 서양화가로 불리는 고희동(高義東)이 조선건국회사 사장 민규식을 상대로 한 침해소송이 있었다. 고희동은 위 회사가 보자기에 문양을 넣으면서 자신의 도안을 사용했다고 하면서 저작권 사용료 500원을 청구하였다. 이 사건은 회화물을 대상으로 저작권을 주장한 첫 사례였고 일본에서

도 유례가 없었다고 한다.

나. 저작인격권

위에서 본바와 같이 한민족에 있어서 작품의 복제는 금지되는 행위가 아니라 오히려 명예로 간주되는 등 저작재산권과 같은 권리를 보호하지 않는 사상적 전통을 가지고 있다. 그러나 저작인격권의 경우는 반드시 그와 같다고 보기는 어렵다. 저작인격권은 재산적 가치의 보호 보다는 정신적 가치의 보호 개념이 강한데 한민족의 역사는 사권의 개념이 발달하지 않았던 것뿐이지 정신적 가치를 매우 소중히 여겼기 때문이다. 물론 저작인격권이라는 개념의 사권이 있지는 않았지만 인격이 투영된 창작물에 대한 보호 의식은 발달해 있었다. 한민족의 전통 회화는 먹으로 그려내는데 먹은 그 성격상 덧칠이 허용되지 않는다. 다른 사람은 물론 작가 스스로도 덧칠을 할 수 없고 해서도 안 된다. 이는 서양의 유화와는 완전히 상반되는 특징이다.

우선 한민족은 원작을 그대로 보존하려는 노력을 하였다. 「원비방각탁본(原碑旁刻拓本)」에는 신라의 명필 김생(金生)의 글씨와 관련해서 다음과 같은 구절이 쓰여 있다. “내가 젊었을 적에 비해당(匪懈堂,安平大君 李瑬)의 『집고첩(集古帖)』에서 김생의 필적을 보고 그 용이 날고 호랑이가 누워있는 듯 한 형세를 사랑하였으나 세상에 전하는 것이 많지 못한 것을 한스럽게 여겼다. 그러다가 내가 영천 군수로 오게 되자 이웃 고을 봉화현에 어떤 비가 홀로 옛 절터에 남아 있는데 그것이 김생의 글씨라는 말을 들었다. 나는 그 세상에 드문 지극한 보배가 풀속 사시에 매몰되어 수습하여 보존할 사람이 없이, 들판의 소가 받아 대고 목동들이 부식들로 사용될까 모두 염려되었다. 드디어 고을 사람 전참봉 권현손과 함께 의논하여 비석을 옮겨서 자민루 아래 안치하고 난간을 둘러치고 자물쇠를 단단히 잠그고는 만약 탐본하는 사람이 아니면 출입하지 못하게 하였으니, 그 함부로 건드리며 침범하는 사람이 있을까 두려워 한 것이었다. 이로 말미암아 김생의 필적이 세상에 널리 전하게 되어 양반의 호사가들이 앞 다투어 구경하게 되었다.”⁶⁾ 이를 보면 한민족은 원본 보호의 필요성을 중시했다는 것을 알 수 있다.

서양의 르네상스 시대에 미켈란젤로가 그랬듯이 조선의 화가들도 스스로 그림을 그리거나 글씨를 쓸 것인지 여부, 그림이나 글씨의 내용을 어떤 것으로 할지를 결정하고 남에게 보일지 여부도 결정했다. 다음은 그러한 단서의 자료인데 현대적 의미의 저작인격권과 관련이 있다.

『월곡집(月谷集)』에는 글씨를 잘 썼던 오태주(吳泰周)가 “평소에 일이 없을 때에 글씨 쓰고 글 짓는 것으로 스스로 즐기면서 혹은 밤늦도록 피곤한 줄을 모르

2) Arthur Wineburg, *Protecting Intellectual Property : A Capital Asset, in Intellectual Property Protection in Asia* (2d ed., 1999), pp. 1-3. ; Lee, *op. cit.*, p. 1122.

3) 방효순, “일제시대 저작권 제도의 정착과정에 관한 연구 : 저작권관련사항을 중심으로”, 『서지학연구』, 2001, 21, pp. 218-222.

4) 위의 글, pp. 232-233.

5) 위의 글, p. 238, pp. 241-242.

6) 오세창, 『근역서화정(權域書畫徵)』, 동양고전학회 역, 『국역 근역서화정』(서울:시공사, 1998), p. 20.

셨다. 그러나 남에게 당신 글씨를 보이려 하지 않았다.”는 구절이 나온다.⁷⁾ 『청죽화사(聽竹畫史)』에는 당대의 서화가로 이름이 높던 윤두서(尹斗緒)는 “자신의 빼어난 예술에 자부심을 갖고 있었는데 그 긍지가 너무 심하여 남의 요구에 절대로 응하지 않았으나 오직 이사랑, 이하곤, 민용현 만은 이 돌부처로 하여금 머리를 돌리게 할 수 있어서 요구하면 즉시 응하게 하여 각기 3, 4첩을 소장하였고 장자, 가리게 및 병풍 그림도 또한 많았다. (중략) 이 때문에 비방에 때 지어 일어났다.”라고 기록되어 있다.⁸⁾ 또 남태응이 남긴 글을 보면 윤두서는 자기 예술에 대한 긍지가 너무 지나칠 정도로 높아서 그림을 구하려는 자가 문간에 가득할 정도였는데 모두 손을 내저으면서 거절하였고 간혹 응하더라도 만약 조금이라도 마음에 맞지 않거나 한 획이라도 화법에 부합하지 않으면 즉시 폐기해버리면서 그 동안 공들인 것을 조금도 아까워하지 않았기에 윤두서의 그림은 시중에 전하는 것이 드물다고 한다.⁹⁾

관아재 조영석(觀我齋 趙榮祿)의 비문에는 다음과 같은 이야기가 적혀 있다. 의령에 있을 적에 해당 관청에서 광묘(세조)의 어용을 다시 그리려 했다. 공이 그림을 잘 그리기 때문에 상감의 명령을 받들어 관리를 보내 부르니 공이 대답하기를 “이와 같이 하면 화사(畫師)와 무엇이 다르겠는가. 그 부름이 아니면 가지 않는 것은 옛날의 의리이다.”라고 하면서 굳이 응하지 않았다. 그리하여 잡혀 와서 매우 추궁하려 할 적에 어떤 사람이 중간에 말을 해서 시간을 지체해 조정에서 용서해 주기를 기다리게 하니 공이 그것을 창피하게 여겨 빨리 심문하라고 하여 결국 삭직까지 당하게 되었다. 무진년에 숙종의 어용을 그릴 적에 상감이 명령하여 와서 감독하라고 하니, 공이 말하기를 “단지 그 일을 감독하고 독려하는 것은 낭관과 같은 것이니 피할 이유가 무에 있겠는가.”하였다. 그리하여 궁중에 들어가 모시는데 경연의 신하가 공에게 “붓을 잡고 쓰는데는 못할 것이 없습니다.”라고 하므로 상감이 공에게 “네가 붓을 잡고 일을 하겠는가?”하고 물으시는데 그 말씀이 너무나 간곡했다. 그런데도 공이 끝까지 사양하기를 “재주를 가지고 상감을 섬기는 것은 『예경(禮經)』에 “이런 사람은 선비라고 쳐줄 수 없다.”라고 뚜렷이 나타나 있으니 신이 비록 미천한 몸이나 어찌 스스로 보통 그런 그림쟁이들과 함께 하여 선비의 체면을 더럽힐 수가 있겠습니까.”하였다. 이로 인해 상감이 노기를 띠고 여러 차례 질책했으나 그래도 억지로 시키지는 못했다.¹⁰⁾ 위 글을 보면 조영석은 사대부의 그림은 뜻을 드러내는데(寫意) 있기 때문에 그림쟁이의 생업으로서의 그림과 다르다는 인식이 강해 임금의 어진 작업에 한사코 참여하지 않았던 것을 알 수 있다.

『금릉집(金陵集)』에는 최북(崔北)에 대한 이야기가 나온다. “어떤 사람이 산수화

를 그려 달라 했는데 산만 그리고 물은 그리지 않은지라 그 사람이 이상히 여기고 따지니, 칠칠(최북)이 붓을 휘 던지고 일어나서 “이 맹초야! 종이 밖은 모두 물이 아니냐.”고 했다. 그림이 잘 되었는데 돈을 조금 내면 칠칠은 당장 성을 내고 호령하며 그 화폭을 찢어 버리고 남겨 두지 않았다. 한 번은 높은 벼슬에 있는 자가 와서 그림을 사겠다고 주문을 하자 최북은 그릴 흥이 나지 않는다고 거절하였다. 그 양반이 계속 재촉을 하며 그림을 그려줄 것을 강권하자 최북은 문갑 위에 있던 필통에서 송곳을 꺼내서 자기 눈을 찔러 버렸다.¹¹⁾ 마음에 내키지 않는 일을 하고 싶지도 않을 뿐 아니라 다른 이에게 구속되는 것 역시 끔찍하게 싫어했던 최북의 성정이 고스란히 드러나는 유명한 일화이다.

장승업은 궁중에서 그림을 그려 바치라는 임금의 어명을 여러 차례 어기고 도주했던 것으로 유명하다.¹²⁾ 최남선의 자조론에는 “장승업은 중폐의 유흥에도 남작을 피하고 권위의 억압에도 청조(淸操)를 지켜 그의 예술 안에는 왕자와 부호가 다 없었다. 세속사람들은 그의 심한 우소성(迂疏性)을 가련히 여겼으나 그의 예술상의 불후한 업적은 그 고결한 지조의 결과였다.”라고 평했다.¹³⁾ 김종현은 해강 김규진(海岡 金圭鎭)과 관련해서 “해강 김규진은 돈을 주어야만 그림을 그려 준다고 할 뿐만 아니라, 가격표인 윤단까지 만들어 놓고 있다니 이같이 우리 화가를 망신시키는 일이 어디 있던 말인가.”라고 하였다는 기록이 있다.¹⁴⁾

1930년대가 되면 문학적 저작물은 물론 예술적 작품들 역시 하나의 상품적 가치를 지닌 대상으로서 인정받으면서 저작물에 대한 인격적 권리와 재산적 권리를 적극 주장할 수 있게 되었다. 일련의 저작권 관련사건 및 소송은 당시로서는 매우 보기 드문 사회적 사건으로 많은 관심을 끌었다. 내용적으로 초기에는 저작권 사용료와 같은 저작재산권의 문제로부터 비롯되었으나 점차 작가들의 의식이 높아지면서 복제된 저작물의 원형유지, 기타 자신의 성명표시권 등과 같은 저작인격권으로 그 관심의 범위가 확산되었다.¹⁵⁾

2. 현대의 인식

앞에서 언급한 바와 같은 한민족의 저작권과 관련된 문화는 입법이나 해석에 있어서 반영되어야 하는 매우 중요한 것이다. 그러나 중국의 예에서 보듯이 전통은 이미 구시대의 것이 되어 버렸거나 역사적 흥망거리에 불과하다는 비판을 받을 수

11) 유홍준, 『화인열전 2』 (서울:역사와 비평사, 2001), p. 134, p. 138.

12) 박태이, “오원 장승업의 생애와 예술경신”, 군산대학교 석사학위논문, 2003, pp. 8-9.

13) 유복열, 『한국회화대관』 (문교원, 1979), p. 874

14) 김영기, “선친과 윤단”, 『월간중앙』 (중앙일보사, 1969. 8), p. 266.

15) 방효순, 앞의 글, pp. 245-247.

7) 위의 책, p. 638

8) 위의 책, pp. 639-640. ; 유홍준, 『화인열전 1』 (서울:역사와 비평사, 2001), p. 74.

9) 유홍준, 앞의 책, p. 104.

10) 위의 책, p. 147. ; 오세창, 앞의 책, pp. 682-683.

있다. 이제는 경제적 이익이 의사 결정에 좀 더 중요한 역할을 한다는 점을 부인하기 어렵다. 1986년 저작권법 개정 이래 대한민국 정부는 저작권 개념과 저작자의 보호를 대중에게 교육하는 노력을 해왔고 이에 성공했다고 평가된다.¹⁶⁾ 이에 따라 대중의 저작권에 대한 대중의 태도가 급속히 변화했고 이제는 대한민국에서 저작권 보호는 높은 위상을 차지하고 있다.¹⁷⁾ 아직도 공자사상의 영향으로 표절이 널리 퍼져있는 것은 부인할 수 없지만 예전에 비해 많이 변화한 것 또한 사실이다. 2003. 9. 손수호가 미술저작권 권리자와 이용자 각 100명을 상대로 한 설문조사¹⁸⁾ 에서 91%가 저작권 보호가 필요하다고 답했다. 미술 저작권 보호의 필요성에 대해 일반적으로 동의하고 있다는 것을 보여주고 있다.

대한민국의 저작권법 적용의 현실을 보면 민사소송 보다 화해나 조정을 선호하는데 이는 공자사상의 영향과 평화와 조화를 좋아하는 민족성에 기인하는 것으로 보인다. 그러나 근래에는 소송에 의존하려는 경향을 보이고 이러한 변화는 매우 급속하게 진행되는 것 같다. 또 다른 지적재산권 침해의 경우와 마찬가지로 침해에 대한 대응에 있어 민사절차 보다 형사절차에 의존하는 경우가 많다는 특징이 있다. 이는 신속한 피해 회복을 요할 뿐 아니라 명예의 회복이라는 면을 매우 중시하고 역사적으로도 중국의 경우와 마찬가지로 형사절차에 의존했던 전통적인 법사상에 기인하는 것으로 보인다.

II. 한민족의 인격권 역사

한민족에 있어 '인격권'이라는 개념은 발달하지 않았지만 예로부터 인격을 매우 중요한 인간의 가치로 삼았고 인격을 수양하기 위한 공부를 중시했다. 명심보감 같은 책을 공부하고 음악과 서예 그림을 배우면서 인격 수양을 했던 것이다. 조선시대의 공부는 인격을 완성하는 과정이었다. 한민족은 고조선 시대부터 남의 인격을 존중하는 것을 매우 중시한 전통을 가지고 있다. 이는 건국이념인 '홍익인간(弘益人間)'에서도 알 수 있다.

인격에 대한 이론은 수 없이 많지만 대표적으로 다산 정약용(茶山 丁若鏞)의 이론을 보기로 한다. 다산은 사람과 하늘과 자연의 관계를 재정립하면서 인간됨의 특성을 새롭게 규정하고자 하였다. 다산은 주자의 이기론의 비판을 인격론의 출발점

으로 한다. 주자의 철학이 인간을 포함한 모든 존재를 하나의 공통된 원리로 설명하는 것을 문제 삼는다. 다산은 존재를 무차별적으로 만물일체의 시각에서 보는 것을 반대하고 천지만물을 주재하는 최고 존재로서 인격적 상제를 전제한다. 상제(上帝)는 의명성과 자유의지를 지닌 존재로서 인간을 창조하였으며 인간 이외의 만물은 인간에게 고요한 도덕성과 자유의지가 없기 때문에 인간과 본질적으로 다르다고 여긴다. 다산에 의하면 존재는 인간, 동물, 식물 등으로 위계적 질서를 이루고 있으며 그 가운데서 인간은 우월한 특별한 지위를 점한다. 다산은 사람의 인격의 근원을 인격적 하늘 즉 상제에서 온 것이라고 주장한다. 다산에 있어서 상제는 인간을 초월하고 존재하기도 하지만 동시에 우리의 인격과 대화하는 존재이기도 하다. 다산에 따르면 상제의 목소리는 인간의 도심(道心) 즉 도덕적 마음과 다르지 않다. 다산은 상제가 인간에게 선을 좋아하고 악을 부끄러워하는 본성을 부여했다고 생각한다. 선행을 쌓고 의로운 행동을 계속하는 사람은 하늘을 우러르고 땅을 굽어보아도 부끄러움이 없고 안으로 반성해도 부끄러움이 없다. 이렇게 하기를 계속하면 마침내 마음이 넓어지고 몸이 넉넉해지며 얼굴에 좋은 기운이 감돈다. 그리하여 마침내 호연지기가 지극히 크고 행해져서 천지간에 가득 차게 되어 맹자가 말하는 대장부와 같은 위대한 인격적 존재가 된다. 다산에 의하면 사랑의 구체적 실천 원리는 서(恕)이다. 인격적 존재로서의 인간은 다른 사람의 인격도 존중해야 한다. 따라서 다른 인간을 목적이 아니라 수단으로서 대우해야 한다. 그러므로 자기가 원하지 않는 것을 타인에게 강요해서는 안 된다. 다산은 인격의 완성을 위해서 부지런히 노력해야 한다고 한다.¹⁹⁾

저자인격권과 일반적 인격권과의 관계는 앞에서 다루었지만 일반적 인격권의 관련성을 부인할 수 없기 때문에 입법과 판례의 추이를 살펴볼 필요가 있다. 법적 근거에 대해서는 인격권에 관한 명문의 규정은 없지만 인간의 존엄과 가치를 규정한 대한민국 헌법 제10조에서 일반적 인격권이 나온다고 설명한다.²⁰⁾ 민법 제정 당시 인격권이 주목을 받지 못했고 인격권에 대해 적극적으로 규정하지는 않고 있으나 제750조, 제751조, 제752조에서 소극적으로 인격권의 침해는 불법행위로서 손해배상청구권이 발생함을 인정하고 있다. 학설도 인격권을 사법상의 권리라고 보는 것이 일반적이고²¹⁾ 1980년 대법원이 인격권이라는 용어를 사용한²²⁾ 이래 인격권이라는 용어는 판결에서 일반적으로 사용되었으며 인격권의 발달 과정에서 판례는 중

19) 진교훈, 『인격』 (서울:서울대학교 출판부, 2008), pp. 62-72.

20) 김철수, 『헌법학개론』 (서울:박영사, 2000), p. 358. 이하 ; 권영성, 『헌법학 원론』 (서울:법문사, 2000), p. 424.

21) 강남길, "인격권의 보호에 대한 하나의 제안", 『민사법학』, 1996, 13(14), pp. 116-117. ; 박성호, "인격권의 변용 : 퍼블리시티권에 관한 논의를 중심으로", 『법학논총』, 2006, 23(2), p. 387. 등

22) 대법원 1980. 1. 15. 선고 79다1883 판결

16) Lee, *op. cit.*, p. 1124.

17) Sang Jo Jong, "Recent Developments in Copyright Law of Korea", *Korean Journal of Comparative Law*, 1996, 24, p. 48.

18) 손수호, "미술저작권 이용에 관한 연구", 경희대학교 언론정보대학원 석사학위논문, 2004, p. 63, p. 68, p. 70.

제3절 해석론과 입법론

대한 역할을 수행하였다. 특히 명예훼손 사건 판결이 많이 선고되었는데 1987년 민주화 이후에 현격하게 증가하였다. 이는 인격권과 민주주의의 발전 사이에 긴밀한 관계가 있다는 것을 보여준다.²³⁾ 원래 불법행위에 대한 구제방법은 금전배상이 원칙이지만(제763조, 제394조) 인격 침해에 대해서는 이러한 금전배상만으로는 손해를 충분히 보상해주지 못하기 때문에 제764조에서는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다고 규정하고 특허법, 상표법, 부정경쟁방지법 등에서도 신용회복에 필요한 조치를 명할 수 있다는 규정이 있다. 민법은 스위스 민법과 같은 명예훼손에 대한 사전구제방법에 대해 규정해 놓고 있지 않지만 학설과 판례²⁴⁾는 오래전부터 이러한 사전구제방법으로 인격권침해행위에 대한 정지나 금지청구권을 인정하고 있다. 명예훼손에 대한 회복조치의 일환으로 사죄광고제도가 인정되는 국가는 일본과 대한민국뿐이었는데²⁵⁾ 헌법재판소는 1991. 4. 1. 명예회복조치로 인정되어 오던 사죄광고에 대하여 양심에 반하는 행위의 강제금지에 저촉되고 양심의 자유의 제한이어서 위헌이라고 결정하였다.²⁶⁾ 현재 대한민국의 인격권 보호에 대해서는 비판적인 견해들이 많다. 법원의 인격권 침해에 대한 손해배상액이 너무 적어서 실효성이 없으므로 미국의 징벌적 손해배상제도를 도입하거나 손해배상액의 산정에도 전향적인 자세가 필요하다거나,²⁷⁾ 현행 규정으로는 인격권 보호에 충실하지 못하므로 인격권의 고유한 성질을 입법에 반영하여 위법행위의 중지 및 방해 배제를 규정하자는 주장²⁸⁾ 등이다. 이들은 모두 인격권 보호를 강화해야 한다는 주장인 것이다. 현대 생활에서 인격이라는 가치는 점점 더 중요한 가치로 부각되면서 이제 민법을 뒷받침하는 중심축으로 부상하고 있다.²⁹⁾

23) 김제형, “인격권에 관한 판례의 동향”, 『민사법학』, 2005, 27, p. 393.

24) 대법원 1988. 10. 10. 선고 85다카29 판결, 대법원 1996. 4. 1. 선고 93다40614 판결, 대법원 1997. 10. 24. 선고 96다17851 판결, 헌법재판소 1996. 10. 4. 자 93헌가13, 91헌마10 결정, 헌법재판소 2001. 8. 30. 자 2000헌마36 결정

25) 윤철홍, “인격권 침해에 대한 사법적 구제”, 『민사법학』, 1998, 16, p. 220.

26) 헌법재판소 1991. 4. 1. 자 89헌마160 결정

27) 윤철홍, 앞의 글, p. 227. 등

28) 강남진, 앞의 글, pp. 133-134.

29) 김제형, 앞의 글, p. 393.

대한민국에 있어서 미술가의 저작권 관련 규정을 어떻게 해석하고 어떤 방향으로 입법할 것인가를 밝히는 것이 본 논문의 목적이다. 다만 본 논문은 미술저작물에 대한 연구이기 때문에 그 부분에 한정될 수밖에 없고 모든 저작물을 포괄한 결론을 내기는 어렵다. 다른 저작물의 경우에는 미술저작물과 동일하거나 유사한 취급을 해야 하는 경우도 있을 것이고 다른 취급을 해야 하는 경우도 있을 것이다.

I. 관념과 현실

가. 사상적 전통

저작권은 작가와 대중의 이익의 균형점을 찾는 것이 매우 중요하다. 그러나 인간의 존엄성은 서로의 차이(독창성)를 인정하는데서 출발한다고 할 것이고 인간의 독창성은 신체의 자유, 표현의 자유 등과 같이 매우 중요하게 취급되어야 한다. 인격권은 인간의 기본권에 속하는 권리로 파악하는 것이 상당하다. 따라서 미술가의 저작인격권의 보호수준도 높이는 것이 바람직하다. 게다가 앞에서 본바와 같이 한민족은 역사적으로 미술품에 작가의 인격이 발현된다는 인식을 가지고 있었고 미술품 창작을 인격 수양이나 자아실현의 수단으로 생각했다. 이는 서양에서 가장 앞선 프랑스나 독일과 비교할 수 없을 정도로 훨씬 앞선 것이다. 한민족을 비롯한 동양에서 저작권 등 사권에 대한 인식이 발전하지 않아서 미술가의 저작인격권을 보호하는 것으로 직접 연결되지 않은 것일 뿐이다. 또 고려와 조선시대에 이미 미술품을 수집하고 감상하는 풍조가 널리 퍼져 있었다. 일제 강점기를 겪으면서 지식인층이 몰락하고 경제적으로 매우 피폐해졌고 그 후 6·25 사변으로 더욱 어려운 경제 형편을 겪으면서 이러한 사상과 풍조가 약해졌을 뿐이다. 이러한 사상적 연원을 따져보면 대한민국에는 미국이나 영국 보다는 프랑스나 독일과 유사하게 미술가의 저작인격권의 수준을 높고 범위를 넓게 인정하는 것이 타당하다.

나. 저작인격권의 사회적 이익

이에 대하여 보호 범위의 해석이나 입법을 함에 있어서는 보호할 대상이나 경제적인 면을 고려하지 않을 수 없고 작가의 저작인격권 보호를 강화하면 대중의 비용

이 높아질 수 있다는 주장이 있을 수 있다. 그러나 소송이 증가하고 한쪽이 법에 의한 보호를 받지 못하면 뜻밖의 재산상 손해를 볼 수 있다. 결국 많은 국가의 오랜 경험은 저작권권의 인식과 양도의 제한은 대중에 대한 확산과 같은 원칙에 치명적이지 아니라는 것을 보여준다. 저작권권 중 작가에게 공표의 여부, 시기, 방식 등의 권리를 유보하는 것은 작가가 작품에 대한 책임을 지게 되는 등 여러 장점이 있다. 동일성유지권은 법적인 최소한의 보장을 해 준다. 여기에 대해서는 반대하는 견해도 있는데 William Landes 교수는 법률적으로 강제되는 동일성유지권은 경제적으로는 비효율적이고 작가와 구입자에게 부과되는 거래비용 때문에 법률이 혜택을 주려고 하는 그 상대방에게 오히려 손해가 될 수도 있다고 주장한다.¹⁾ 그러나 그렇다고 해도 이러한 경제적 분석으로 포용할 수 있는 것 보다 저작권권을 인정해야 할 이유는 훨씬 더 많다.²⁾ 적절한 성명표시는 대중에게 좋고 의심 있는 품질에 대한 경고를 해준다. 이는 마치 상표나 부정경쟁과 같은 것이다. 저작권권의 효과는 사회적으로 제약이라기보다는 그럴듯한 이익인 것이다.³⁾

Thomas F. Cotter는 저작권권은 작품 보전의 사회적 이익, 즉 인간 경험의 재기술과 재이미지화라고 하는 새로운 길을 구성·자극·제공하는 것을 도와준다고 주장한다. 포기할 수 있는 저작권권을 작가에게 주는 것은 구입자로부터 수입을 작가에게 재분배하는 것이고 창작에 있어 법적 제약을 제거함으로써 재화에 긍정적인 효과를 준다고 주장한다.⁴⁾ 작가는 저작권권을 보유하게 됨으로서 그의 작품의 완전무결성을 보유할 수 있게 되고 이러한 시스템은 작품의 변경 또는 파괴로부터 보존되는 수를 많게 해 주며 작가와 그의 작품은 특별한 방법으로 평가받는다라는 메시지를 전달하고 작품의 수입을 재분배하며 전체적인 부나 효용을 증가시킬 수 있다. 그러나 작가가 자신의 권리 포기를 자주 요구받아서 동의할 수밖에 없는 상황에서는 포기할 수 있는 권리로부터 생기는 이익은 매우 제한적이다. 저작권권의 포기는 사람의 몸을 포기하는 것과 정도의 차이가 있을 뿐 동일한 것이라고 주장한다. 다만 포기할 수 없는 저작권권은 미술에 대한 수요를 감소시킬 수 있는 문제가 있다는 주장이 있지만⁵⁾ 이는 부수적인 문제일 뿐이다. 미술가의 저작권권을 보호하는 것은 단지 미술가의 인격이나 명성을 보호하는데 있는 것만은 아니다. 작품의 소유자도 이해관계가 있다. 더 나아가 문화적 창작물을 후세로 전해지도록 하

1) William Landes and Richard Posner, "An Economic Analysis of Copyright Law" *Journal of Legal Studies*, 1989, 18(2), p. 325 ; Ong, *op. cit.*, p. 307.에서 재인용

2) Burton Ong, "Why Moral Rights Matter : Recognizing The Intrinsic Value of Integrity Rights", *Columbia Journal of Law & the Arts*, 2003, 26, p. 311.도 같은 취지

3) Thierry Joffrain, "Deriving a (Moral) Right for Creators", *Texas International Law Journal*, 2001, 36(4), pp. 776-779.

4) Thomas F. Cotter, "Pragmatism, Economics, and the Droit Moral", *North Carolina Law Review*, 1997, 76, pp. 84-85.

5) *Ibid.*, pp. 85-89.

는 역할도 한다.

저작권권의 존재가 경제에 특별히 부정적인 영향을 미치지 않는다고 해도 제한된 양도성이나 잠재적·영구적인 효력이 사회에 불확실성과 같은 부정적인 영향을 미칠 수도 있다. 그러나 사회 전체에 부정적인 영향을 미치는 것이 아니고 계약법이 충분한 경제적 보장을 해준다. 영구적인 권리나 제한된 양도성은 외계의 규정도 아니고 공중의 이익에 반하는 것도 아니다. 경제적 이익이 창작, 배포를 이끌어 내고 전체적인 사회의 이익을 창출하는데 중요한 것은 사실이지만 경제적 고려만으로도 되는 것은 아니다. 실제로 작가들은 경제적 이익을 거둘 수 있거나 자원이 이미 투자되었을 때도 작품을 매대하지 않고 보유하고 있다. 또 미래 세상을 바꿀만한 보다 혁명적인 아이디어를 구성하는 좀 더 창조적인 작품은 오늘날 그다지 인기 있지도 않고 관대하게 이해되지도 않는다. 새로운 창작에 인생을 바치는 사람들은 때로는 사회 규범에 저항하기도 하고 그들의 노력에 보상받으려 하지 않기도 한다.⁶⁾

작가로 하여금 창작을 하게 하는 원천적인 힘은 작가의 '내면적 동기'이다. 작가에게 있어 외부의 두드러진 평가를 받는 것이나 업무에 부수하는 상을 제공하는 것, 감시에 노출되는 것, 외부의 두드러진 동기를 만드는 것은 창작성을 손상하는 것이다. 작가에게 특정한 작품을 하도록 하게 하는 당근으로서 보상이 주어질 때는 창작성에 부정적인 영향을 미친다. 따라서 저작권의 경제적 이익은 그것이 창작물에 대한 장래의 생산을 위한 장려책이 될 때만 최소한으로 유익하다. 사회에 의해 창작성에 대한 긍정적인 효과를 준다는 신호가 있을 때 보다 유익한 것이다.⁷⁾ 그들은 그 작품이 자신에게 만족을 주고 창작행위로 자아실현을 느끼기 때문에 창작을 한다.⁸⁾

저작권권의 역할은 침해자가 권한을 가졌는지 아닌지에 따라 근본적으로 달라진다. 침해자가 권한을 가지지 않는 경우 미술가의 동의 없이 공중에 공표하는 것은 불법이다. 미술가의 동의 없이 변형된 작품을 배포하는 것은 불법이다. 작품 속에 미술가의 이름을 변명하거나 감추거나 다른 사람의 표시를 하는 방법과 같이 성명표시 또는 익명과 관련한 미술가의 결정을 방해하는 것은 불법이다. 침해자가 저작권권 등 권한을 가지거나 일정한 허가를 받은 경우에는 저작권권은 작품에 있어서의 절대적인 권리가 아니고 저작권 계약의 매우 세부적인 상황에 있어서 계약의 해석의 길잡이이고 채무불이행을 성립시키고 의무적인 내용을 정립하는 기능을 한다.⁹⁾

6) *Ibid.*, pp. 779-781.

7) Teresa M. Amabile, *Creativity in Context: Update To The Social Psychology of Creativity* (Colorado:Westview Press, 1996), p. 175, pp. 243-262. ; Joffrain, *op. cit.*, p. 781.

8) Carl R. Rogers, *On Becoming A Person : A Therapist's View of Psychology* (N.Y.:Marine Books, 1961), p. 352.

9) Cyrill P. Rigamonti, "Deconstructing Moral Rights", *Harvard International Law Journal*, 2006, 47, pp. 367-368, p. 377.

다. 경제적 여건

앞에서 본바와 같이 미술의 사회적 기능이 클수록, 즉 창작활동이 활발하고 감상은 문화가 널리 퍼질수록 보호의 수준이 높아지는데 이는 사회의 경제 등 다른 분야의 발전 수준과 밀접한 관계를 가지는 것으로 보인다. 앞에서 본바와 같이 프랑스나 독일에서 미술가의 저작권권이 보호받게 된다는 이들 국가의 미술의 발전이 큰 역할을 했고 거기에는 과학, 경제 등 다른 분야의 발전이 뒷받침된 것이다. 따라서 프랑스와 영국, 미국이 미술가의 저작권권을 본격적으로 도입한 시기의 1인당 국민소득(GDP)과 대한민국의 1인당 국민소득을 비교해 볼 필요가 있다. 프랑스가 1957년 저작권법에 저작권권을 도입할 당시 약 1,300 달러(1960년 1,371 달러)이었고, 영국이 1988년 CDPA를 입법할 당시 14,976 달러, 미국이 1990년 VARA를 입법할 당시 23,197 달러였다. 대한민국은 2007년에 21,653 달러¹⁰⁾이었고 전반적인 증가 추세에 있다. 대한민국에서도 근래에 들어서 삶의 질 향상을 위해 경제적인 측면 보다 정신적인 측면을 강조하려는 경향이 있는 것 같다.¹¹⁾ 그리고 국민들은 1980년대 후반의 민주화, 인터넷의 확산, 경제적 부의 축적 등으로 인권 의식이 상당히 강화되었고 정치적 자유도 매우 신장되었다는 것은 의심할 여지가 없다. 이러한 경제 등 다른 사회적 여건이나 흐름을 반영한 법 해석과 입법이 되어야 할 것이다.

II. 해석론

미술가의 저작권권과 관련된 규정을 해석함에 있어서 저작권권을 천부인권으로서 헌법상 권리로서 파악하고 그 보호수준을 높이고 범위를 넓히는 것이 타당하다. 범원은 저작권권의 성질을 명확히 이해하고 한민족의 법감정에 따라 미술가의 저작권권의 수준을 높고 범위를 넓게 인정해야 할 것이다.

1. 보호대상의 범위

가. 일반적 기준

10) 프랑스 관련 자료는 <http://earthtrends.wri.org> 에서, 나머지 국가 관련 자료는 www.imf.org에서 검색하였음. (검색일 : 2010. 1. 12.)

11) 김종영, “저작권권의 보호에 관한 고찰”, 경희대학교 국제법무대학원 석사학위논문, 2004, p. 101.

저작권권의 보호 대상이 되는 미술저작물의 범위를 어떻게 할 것인지는 저작권법 규정 뿐 아니라 미술을 어떻게 이해하느냐에 따라 달라질 수밖에 없다. 한민족에 있어서 미술이란 정신의 표현이고 대상의 본질을 표현하는 것이었으며, 자연의 재현이나 대상의 묘사는 중요하지 않았다. 미술품은 미술가의 정신적 분신이고 인격의 표현으로 작가와 분리될 수 없는 밀접한 관련을 가진 것이다. 이러한 사상에 따르면 미술은 범위가 상당히 넓어질 수 있는데 이는 현대 미술과도 접목되기 쉬운 것이다. 또 경제적으로도 국민소득이 문화를 향유할 충분한 수준에 이르렀고 정치적인 자유를 누리고 있다. 따라서 저작권권의 보호 대상은 폭 넓게 해석해야 한다. 미국의 VARA 규정이나 판례와 같이 직무저작물이나 “인정된 지위” 등과 같이 여러 가지 평계를 들면서 저작권권의 보호 대상에서 제외해서는 안 된다. 그리고 저작권권의 보호 대상이 되는 미술저작물의 범위를 정하는데 있어서는 그 시대의 미술이 어떤 방향으로 가고 있는지에 대해서도 주의를 기울이지 않으면 안 될 것이다. 저작권법은 “예술의 범위에 속하는 창작물” 등을 저작물로 규정하고 있으면서 저작물의 예시로 “회화·서예·판화·공예·응용미술저작물 그 밖의 미술저작물”을 들고 있다. 다행스럽게도 위 규정들은 그 대상을 한정하지 않고 있어서 새로운 미술저작물을 보호 대상으로 할 수 있는 여지를 남기고 있다. 현대미술은 그 개념이 종전과는 많은 차이가 있고 재료나 창작 기법 등에서 많이 달라지고 있기 때문에 고전적 미술의 관점에서 볼 때 선뜻 수용하기 어렵다는 이유로 저작권권의 보호 대상에서 배제시켜서는 곤란하다. 미술과 관련된 법률 해석과 입법은 미술의 본질에 대한 탐구가 선행해야 일반적인 법률적 해석이 선행해서는 안 된다. 미국의 초기 판결과 같이 예술 분야에서 일반적으로 인정된 기준에 맞지 않은 영묘한 결론을 내면 안 되는 것이다.

VARA의 입법이유서에서 명시하고 있는바와 같이 상식과 예술분야에서 일반적으로 인정된 기준으로 미술저작물 여부를 판단하여야 하되, 사용한 매체나 재료에 의존하여 결정하여서는 아니 된다. 디지털 기술을 이용하거나 인터넷상에서 창작한 것이라고 하여 배제할 아무런 이유가 없다. 디지털 아트나 웹아트는 물론 기존에 이용되지 않았던 매체나 자료를 이용하는 경우에도 창작성만 있으면 보호 대상에 포함된다고 할 것이다.

VARA의 ‘인정된 지위’와 같이 어느 정도의 수준이 요구되는지에 대해서는 논란이 있을 수 있다. 그러나 명문의 규정이 없고 그러한 수준에 이르지 못한 작품도 저작자 나름의 창작성의 표현이라고 보아야 할 것이므로 보호되어야 할 대상에 포함되어야 한다. 인류 문화유산으로서의 가치가 있는, 높은 수준의 작품은 일반적인 작품 보다 보호수준이 더 높아져야 할 것임은 의문의 여지가 없다. 그러나 ‘일정한 수준’과 같은 기준은 다음과 같은 문제가 있다. 예술에 있어 ‘일정한 수준’의 판단이 매우 어렵고 애매모호한 기준일 수 있다. 다음으로 다양한 수준의 문화 창작물의 유입이 바람직한

데 위와 같은 기준을 마련하면 이를 방해할 수 있다. 게다가 위와 같은 기준은 결국 법관의 판단에 맡겨야 하는데 흠즈 판사의 지적처럼 법관이 예술의 수준을 이해하고 판단할 것을 요구하는 것은 무리이다. 법원이나 기타 국가기관은 저작물의 가치 결정 과정에 참여하지 않는 것이 옳다고 본다. 만일 이러한 기준이 생겨 법원이 이를 판단한다고 하면 결국 법원의 판단에 맡겨져 있어 사전에 굳이 저작자의 의사를 확인할 필요가 없어지고 결국 침해가 빈번하면서도 용이하게 발생할 수 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 더구나 안드리아나 레베르퀸의 말처럼 대중이 창작의 주체로 당연히 나서고 있는 것이 현대미술의 특징인데 대중이 창작한 미술 중 상당수가 ‘일정한 수준’을 인정받지 못하여 보호 대상에서 제외되는 문제가 생길 수 있다.

나. 구체적 고찰

레디메이드 작품의 경우에도 미술가가 손으로 창작하지 않았지만 미술가의 아이디어에 의해 작품으로 선정되었으며 그러한 과정 자체가 일종의 창작이므로 보호 대상에 포함되어야 한다고 본다. 미니멀리즘의 경우에는 최소한의 창작성만을 요구하고 있는 저작권권의 보호범위에 당연히 포함된다고 본다. 전유미술의 경우에도 일반 페러디 이론에 따를 것이지만 일정한 변형이나 윤색이 있으면 이는 시각적으로 매우 중요한 것이기 때문에 보호범위에 포함된다고 해석함이 상당하다. 영국 법원은 *Interlego AG v. Tyco Industries Inc* 판결¹²⁾에서 저작권보호를 받기 위해서는 “작품 전체를 원작으로 하기에 필요한 물리적 변형 요소의 추가 또는 윤색”이 있으면 충분하다는 견해를 보인바 있다. 그래픽 디자인이 광고용으로 제작된 경우에도 저작권권에 의한 보호를 해야 할 것이다.¹³⁾

실용품의 경우에는 저작권법 제2조 제15호의 ‘독자성’의 의미를 미국 저작권법의 ‘분리 가능성’ 이론을 도입한 것이라는 해석이 유력하다.¹⁴⁾ 분리 가능성 이론과 함께 *Denicola* 교수의 이론을 적용하는 것이 적절해 보인다. 결국 분리 가능하고 기능적인 고려에 의해서 배제되지 않는 예술적인 표현을 반영하고 있는 정도에 따라 미술저작물에 포함되는지 여부, 즉 저작권권에 의한 보호 여부를 판단해야 할 것이다. 응용미술의 보호에 관한 분리가능성 이론의 기준을 설정함에 있어서는 결과물인 최종 물품(객관적 요소)과 그 물품 디자인의 창작과정(주관적 요소)을 함께 고려하고 나아가 양 요소의 균형성을 도모하여 판단하는 기준이 타당하다는 견해¹⁵⁾도 참고할만하다.

12) *Interlego AG v. Tyco Industries Inc* [1987] FSR 409 [1989]

13) 이해완, 『저작권법』(서울:박영사, 2007), p. 63. 도 같은 취지

14) 위의 책, p. 67.

15) 차상욱, “응용미술의 저작권법상 보호에 관한 연구”, 한양대학교 박사학위논문, 2010, p. 346.

서체의 경우에는 응용미술에 포함된다는데 별 의문이 없기 때문에¹⁶⁾ 디자인 서체는 다른 응용미술과 마찬가지로 요건을 갖추고 있으면 보호된다고 보아야 할 것이다. 그러나 그러한 디자인을 만들어낼 수 있는 서체 그 자체를 보호하는 것은 문자가 실용적인 수단의 역할을 하는 점에서 서체 자체를 보호하면 서풍이나 화풍을 인정하는 것과 같이 다른 사람들의 창작을 심각하게 침해할 수 있기 때문에 응용미술의 보호범위에 들지 않는다고 보아야 한다.

회화의 사진에 별도의 저작권이 부여되었듯이 디지털화된 작품에는 원본과는 다른 별도의 저작권이 있을 수 있다. 사진가의 제주와 노력이 담긴 디지털 카메라에 의한 작품은 ‘독창성’이 있다고 보는 것이 일반적이다. 그러나 스캐너를 이용한 스캔과 같은 경우 ‘독창성’이 없기 때문에 별도의 저작권 보호를 받아야 하는 것은 아니다. 스캔된 이미지가 디지털에 의해 고도화하거나 숨겨 있게 처리되었다면 별도의 저작권 보호를 받아야 할 것이다.

2. 공표권

가. 일반적 기준

공표권은 일부 회의적인 시각¹⁷⁾에도 불구하고 미술가에게 있어서 자신의 작품 창작과 관련한 핵심적인 권리이다. 이미 수백 년 전에도 조선의 윤두서, 최북, 조영석, 장승업 등은 창작을 할 것인지, 창작을 하면 어떤 내용으로 할 것인지, 자신의 작품을 공개할 것인지에 대해 다른 사람의 간섭을 일체 배제하고 스스로 결정했다. 한민족의 이러한 사상적 기초에 맞도록 공표권을 해석해야 할 것이다.

따라서 미술가에게 작품을 창작하도록 강제하는 계약은 무효로 보아야 할 것이다. 미술가에게 자신의 작품을 완성하고 변경하고 파괴될 권리가 있기 때문이다. 다만 미공개 권리는 미술가가 사망하면 소멸한다고 보는 것이 타당하다.

나. 타인에 의한 공표

저작자가 아닌 자에 의한 공표권의 행사가 문제될 수 있다. 현행 저작권법상 저작자의 저작권권으로서 일신전속적 권리이므로(제14조 제1항), 저작자 스스로가 공표할 것을 결정하는 것이 원칙이다(제11조 제1항). 저작자의 동의하에 타인이 저작물을 공표하는 것도 적법한 공표권의 행사에 포함된다고 본다. 대법원도 “저작권권은 저

16) 이해완, 앞의 책, p. 185. 도 같은 취지

17) 김근우, “저작권권에 관한 연구”, 경희대학교 박사학위논문, 2008, p. 163. 등 참조

작재산권과는 달리 일신전속적인 권리로서 이를 양도하거나 이전할 수 없는 것이므로, 비록 그 권한행사에 있어서는 이를 대리하거나 위임하는 것이 가능하다 할지라도 이는 어디까지나 저작인격권의 본질을 해하지 아니하는 한도 내에서만 가능하고”라고 판시하여¹⁸⁾ 타인에 의한 행사의 가능성을 인정하고 있다.

이처럼 타인의 공표행위에 대한 저작자의 명시적 동의나 동의 추정적 적법성은, 바로 저작물의 공표가 본인 아닌 타인(제3자)에 의해서도 가능함을 말하고 있다. 따라서 저작권법에서는 제3자가 저작자의 동의하에 공표여부를 결정할 수 있고, 그 방법도 결정할 수 있다고 볼 여지가 생기게 된다. 따라서 멀티미디어 저작물의 제작을 위하여 제작자가 미공표저작물을 이용하거나 또는 새로이 창작되는 부분저작물을 이용하는 경우에 공표권의 문제 다음과 같이 해석할 수 있다. 즉 멀티미디어 제작자가 저작자에게서 공표에 대한 명시적인 동의를 얻어 내거나, 아니면 그런 동의가 없다 하더라도 적법한 저작재산권 양수나 저작물의 이용허락의 취득이 있다면, 저작권법 제11조 제2항에 의해 당해 저작물을 공연·방송·전시·발행 등의 방법으로 공개할 수 있다고 해석하는 것이다. 그러나 저작자의 명시적 동의에 의한 경우에는 별 문제가 없지만 동의 추정의 경우는 동의권의 일신전속성에 반하는 문제가 있다. 따라서 이 경우 저작자가 아닌 자에 의한 공표권의 행사는 매우 제한된 범위 내에서 가능하다고 해석해야 한다.

또 저작자가 자신의 저작재산권을 양도하거나 이용 허락을 하였는데, 그 저작재산권 양수인이나 이용허락 취득자가 저작물을 원형 그대로 공표하는 것이 아니라 형태를 바꾸어 공표하는 경우에는 저작자의 동의가 있다고 추정할 수는 없다고 해야 할 것이다. 저작권법 제11조 제2항, 제3항에서 입법자의 의도는 저작물 원형 그대로의 공표 혹은 저작물의 성질이나 이용 목적 및 형태상 부득이하다고 인정되는 변경상태에서의 공표만이 동의 추정을 받도록 하는 것이기 때문이다. 따라서 이와 같은 경우에 있어서는 저작자의 명시적인 동의를 구하여야 할 것이다.¹⁹⁾

3. 성명표시권

가. 일반적 기준

성명표시권은 동일성유지권과 함께 배른협약에서도 인정하고 있는 저작인격권 중 하나이다. 성명표시권은 책임의 귀속을 명백히 함과 동시에 저작물에 대하여 주어

18) 대법원 1995. 10. 2. 자 92마2217 결정

19) Fromm/Nordemann, *Urheberrecht* (10. Auflage, Stuttgart:Verlag W. Kohlhammer, 2008), p. 278.

지는 사회적 평가를 저작자에게 귀속시키려는 의도도 포함되어 있으므로 매우 중요한 의미를 지니고 있다. 작가가 그의 창작물을 대중에게 공개하겠다고 결심한 경우 작가는 그 작품이 자신의 저작으로 간주되는 것을 보는데 이해관계가 있다. 또 칭찬을 받을 권리와 관련하여 보호될 필요가 있다. 성명표시권에는 저작자가 익명을 원하는 경우에는 그러한 권리가 포함된다고 해석함이 상당하다. 저작자의 서명을 삭제하는 것이 불법임은 당연하다.

여러 명의 작가가 공동 작업을 한 경우 프랑스의 판례²⁰⁾와 같이 전원이 서명할 권리가 있다고 보아야 할 것이다. 저작자가 2인 이상인 경우 중국인민법원의 판례²¹⁾와 같이 서명 순서에 관하여 일차적으로 당사자 간의 합의에 따라 서명순서를 정하여야 하고 만약 그러한 합의가 없는 경우에는 창작에의 공헌도, 작품배열, 성서 필획 등을 고려하여 서명순서를 정하는 것이 일용 기준이 될 수 있다.

나. 성명표시권의 포기

성명표시권과 관련해서는 가장 문제되는 것이 특히 이른바 유명 작가 약정으로 불리는 경우에 성명표시 또는 익명 계약과 관련하여 포기가 가능한 것인가 하는 것이다. 네덜란드법은 성명표시권의 포기를 일반적으로 허용하는 반면 이탈리아법은 반대이다. 덴마크법과 스웨덴법은 그 중간인테 적절한 이용의 요구와 일치했을 때 성명표시의 권한을 인정하고 일반적으로는 저작인격권의 포기를 배제하는 반면 성격이나 범위에 있어 제한적으로 이를 허용한다. 독일의 실무는 부분적으로 적절한 이용과 이익의 균형이 될 경우에 제한적으로 포기를 허용한다.

성명표시권을 포기하는 계약은 예술가의 명성을 훼손하는 것이므로 프랑스의 판례²²⁾와 같이 원칙적으로 무효라고 보아야 할 것이다. 그러나 이용자의 이익과의 균형을 위해서 멀티미디어 저작물 등의 이용에 있어 저작자의 성명표시가 곤란한 경우에는 저작자가 성명표시의 생략을 동의할 수 있다고 해야 할 것이다. 다만 성명표시권에 대한 제한 규정인 저작권법 제12조 제2항은 엄격하게 해석하여야 할 것이다. 즉 “부득이하다고 인정되는 경우”를 이용의 목적 및 형태, 일반 관행이나 기술적 문제 등을 종합적으로 판단하여야 하겠지만 저작자의 명예 등 정신적 권리가 침해될 염려가 있는지 여부가 가장 중요한 판단기준이어야 할 것이다.

4. 동일성유지권

20) Paris, avril 1971, 1971 Juris-Classeur Périodique J.C.P.II.16697, Gazette du Palais G.P. I.235.

21) 김정현·한매화, 『중국 저작권법 상』 (서울:법영사, 2008), p. 153.

22) Paris, 15 nov. 1966, 1967, Recueil Dalloz-Sirey, [D.S.Jur.] 284

가. 일반적 기준

동일성유지권은 미술가가 자신의 작품이 변형, 조작, 왜곡되는 것을 막을 수 있는 권리이다. 저작물은 인격의 발현물로서 저작자의 예술의 창작적 표현이라고 할 것이다. 따라서 저작물의 변경은 창작자 본인의 자유로운 의사에만 관계되도록 해야 한다는 동일성유지권은 저작인격권의 핵심이다. 문화의 시대에 개인의 권리가 신장되면서 동일성유지권은 그 보호의 필요성이 더 커지고 있다. 더구나 수준 높은 예술작품은 우리의 실존을 제기하고 재해석하는 새로운 방법을 제공함으로써 우리가 환경에 적응할 수 있게 해 준다. 또 실용주의 미학이론에서도 원본 보호의 필요성을 인정하고 있다. 듀이가 주장하듯이 미적 경험은 예술작품과 완전히 통합하여 나타날 때 만족스러운 수준일 수 있는 것이다. 따라서 이러한 작품 특히 원본의 경우 특별한 형태의 보호가 필요한 것이다. 결국 이러한 특별한 힘을 가진 작품들은 우리 후손들에게도 이러한 기능을 계속 수행할 수 있도록 보호되어야 할 것이다. 우리가 만일 이를 부수거나 변경시키면 장래의 세대들은 이러한 경험을 공유할 수 없는 것이다. 앞에서 보았듯이 조선시대에도 미술품을 원형 그대로 보호하려는 노력이 있었다는 자료가 발견된다. 이러한 의미에서 동일성유지권은 다른 분야의 저작인격권은 물론, 미술가의 다른 저작인격권 보다 매우 엄격하게 보호되도록 해석함이 상당하다.

앞에서 여러 번 언급한바와 같이 동일성유지권과 관련된 외국의 판례가 서로 다른 경우에는 프랑스나 독일의 판례가 하나의 해석 기준이 될 수 있다. 왜냐하면 미국이나 영국 보다는 프랑스나 독일이 대한민국과 미술에 대한 인식과 법감정이 가깝고 법률 규정도 유사하고 논리적으로도 동일성유지권을 보호하는 근거에 보다 더 충실하기 때문이다.

미술품의 일부를 잘라 내거나 삭제하는 경우, 색상이나 형상을 바꾸는 경우, 가로·세로의 비율을 변경하는 경우, 연작 작품 중 일부만을 골라내서 전시하는 경우, 작품의 위·아래를 거꾸로 설계하는 경우, 다른 저작물 등과 겹쳐서 인쇄하는 경우, 작가의 의도를 손상하는 변경 등은 원칙적으로 동일성유지권 침해가 된다고 보아야 할 것이다. 미술저작물의 수선의 경우 원저작자의 협력을 받을 수 있음에도 그러한 협력을 받지 않고 다른 미술가의 자문을 받아 수선하거나 그러한 자문도 없이 임의로 수선을 함으로써 원작품과 다른 변경이 생긴 경우에도 원저작자의 인격적 이익이 침해되는 것으로 보아야 할 것이다.²³⁾ 앞에서 본 것과 같이 법원은 음표 하나를 변경한 것도 동일성유지권을 침해한 것이라는 판결을 한바 있는데 이는 미술저작물

23) 오승중, 『저작권법』(중판, 서울:박영사, 2009), p. 377. 도 같은 취지

의 경우에도 동일하게 적용되어야 한다. 이때 별도로 “저작자의 명예나 명성에 피해를 입힐” 또는 “재산상의 손실의 발생”과 같은 요건을 충족할 필요는 없다.

저작인격권의 완화를 위해서는 디지털 저작물에 한하여 현행법상 동일성유지권 침해의 예외 조항인 제14조 제2항 제3호 “그밖에 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태에 비추어 부득이하다고 인정되는 범위 안에서의 변경”의 해석을 넓게 한단든지, 그렇지 않으면 동일성유지권 침해의 요건을 현재의 배른협약과 같이 저작자의 명예와 성망을 해할 것의 수준으로 낮추는 방법 등을 생각해 볼 수 있다는 견해는 받아들이기 어렵다. 저작권법 조항은 법문대로 “부득이하다고 인정되는” 경우에만 인정하여야 할 것이고 수준 높은 작품들에 대해서는 그 예외 규정을 매우 좁게 인정하는 방향으로 해석해야 할 것이다. 동일성유지권 불행사의 함의(특약)의 유효성에 대하여도 미리 포괄적으로 위임하는 것은 실질적으로 저작인격권을 인정하지 않는 것과 다름없기 때문에 이를 할 수 없다고 해석해야 한다. 같은 입장의 학설이 주류로 보인다.²⁴⁾

나. 구체적 고찰

① 위치 변경

조각과 같은 미술저작물의 경우에는 수선뿐만 아니라 위치 변경에 의하여서도 동일성유지권이 문제될 수 있다. 이에 대하여 위치가 작품의 일부를 구성하는 경우까지 동일성유지권의 보호가 미치는지는 의문이라고 하면서 조각의 위치만 바뀌었을 뿐 저작물에 어떠한 변경도 없고 저작자와 그의 저작물간의 결합·유대관계도 아무런 손상된 것이 없다는 점을 들어 부정하는 견해도 있다.²⁵⁾ 이 견해는 미국의 경우도 David Phillips v. Pembroke Real Estate, Inc. 판결에서 법원이 VARA가 적용되지 않는다고 판시하였다는 것을 이유로 든다. 그러나 일률적으로 말하기는 어렵지만 ‘장소 특정적 미술’과 같이 위치가 작품의 중요한 부분을 차지하고 있어서 위치가 변경되면 작품의 의미와 완전성이 손상될 수 있는 경우에 위치의 변경은 동일성유지권의 침해로 보아야 할 것이다.²⁶⁾

② 콜라주

24) 정상조, 『지적재산권법』(서울:홍문사, 2004), p. 303. ; 배대현, “현행 저작권법상 저작인격권의 법리에 관한 검토”, 『산업재산권』, 2006, 21, pp. 172-174.

25) 김형렬, “저작인격권에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 2009, p. 289.

26) 오승중, 앞의 책, pp. 377-378.도 같은 취지

콜라주의 경우도 동일성유지권의 침해가 문제될 수 있다. 콜라주의 소재가 되는 저작물의 일부를 절단하여 이용하는 것은 그 자체로 동일성유지권 침해가 되는 것은 물론, 저작물 일부를 그대로 이용하더라도 다른 저작물에 포함되는 경우에는 당해 소재 저작물이 본래 전달하고자 했던 의도(사상 또는 감정)와는 다른 표현이 될 수 있으므로 이 역시 동일성유지권 침해가 된다는 견해가 있다.²⁷⁾ 이에 대하여 소재 저작물의 본질적인 특성을 감득할 수 없을 정도로 절단하여 이용했는지, 원본 저작물인지 여부에 따라 달리 보는 견해가 있다.²⁸⁾ 소재 저작물의 본질적인 특성을 감득할 수 없을 정도로 절단하여 이용하는 경우에는 당연히 동일성유지권 침해의 문제가 발생하지 않는다는 것이다. 본질적인 특징을 감득할 수 있는 정도인 경우에도 소재가 된 저작물이 순수미술저작물의 원본이고 파괴, 파기에 이른 정도가 아니라면 이는 동일성유지권의 침해가 된다고 할 것이나 양산된 복제물을 절단 이용한 것이라면 그 경우에는 침해라고 보기 어렵다는 것이다. 동일성유지권의 성격이나 보호 이유에 비추어 저작물의 원본과 복제물을 달리 취급하는 견해가 타당하다.

③ 저작물의 일부 이용

저작물의 일부를 이용하는 경우에 동일성유지권의 침해가 되는지에 대해 견해가 대립된다. 동일성유지권의 침해가 아니라는 견해, 일단 동일성유지권의 침해라고 볼 수 있는 외관을 가지고 있으나 저작재산권의 제한에 해당하는 이용의 경우에는 관련 규정과의 조화를 위해 제13조 제2항 제3호의 규정을 적용하여 부득이한 변경으로 보는 견해, 저작재산권 제한 규정은 저작인격권에는 영향을 미치지 않는 점에서 저작재산권이 제한되는 경우인지와는 무관하게 동일성유지권의 침해라는 견해 등이 있다.²⁹⁾ 作花文雄은 원래의 저작물의 일부분이 절제되어 나머지 부분이 마치 원래의 저작물인 것처럼 세상에 유통되어 인격적 이익을 침해할 우려가 생기는 경우에 동일성유지권의 문제가 생기는 것이고 절제해 잘라낸 부분의 이용, 요컨대 원래의 저작물의 일부분인 것이 명확한 이용의 경우에는 동일성유지권의 보호법익이 손상되지 않고 저작물의 동일성을 유지하기 위해 규제되는 '절제'가 아니라고 한다. 또는 이와 같은 저작물의 이용행위가 절제에 포함될 수 있다고 하여도 제한규정에 따라 필요한 한정된 일부만 이용하는 행위에는 법의 취지로 보건대 동일성유지권이 미치지 않는다고 해석해야 한다고 주장한다.³⁰⁾ 저작물의 부분적 이용에 대해 일률적으로 동일성유지권 침해라고 보기는 어렵다. 우선 원본의 동일성을 손상시키는 변경이 있었을

27) 이해완, 앞의 책, p. 279. ; 오승중, 앞의 책, p. 378.

28) 김형렬, 앞의 글, pp. 290-291.

29) 위의 글, p. 296.

30) 作花文雄, 『詳解 著作権法』(제3판, 東京:きょうせい, 2004), pp. 363-365.

경우 인격적 이익을 침해한 것이어서 동일성유지권의 침해라고 보아야 할 것이다. 원본이 아니거나 관념적, 내용적 이용일 경우, 타인의 저작물을 참조, 이용하여 이와 동일·유사한 저작물을 작성한 경우에는 동일성유지권의 침해로 보기 어렵다고 생각된다.³¹⁾

④ 패러디

패러디가 동일성유지권을 침해하는지가 문제될 경우에는 Spencer의 견해를 눈여겨 볼 필요가 있다. 그는 (1) 패러디는 특별한 취급을 받아야 하는 장르로 취급되어야 한다. (2) 패러디는 저작권자가 패러디를 제작할 수 있도록 허락해주시 않을 가능성이 높은 '시장 실패'의 하나의 문제가 있기 때문에 법이 새로운 패러디의 창작이라는 것을 허용하도록 개입하여야 한다. (3) 패러디는 저작물의 "변형적인" 이용이어야 한다. (4) 패러디의 권리는 표현의 자유와 관련되어 반드시 보호되어야 한다고 주장한다.³²⁾ 대한민국에서도 원저작물을 회화화하거나 비판적으로 논평할 목적으로 시각적 이미지를 왜곡하거나 잘라내어 붙이거나 그 밖의 방법으로 변화시켜서 원저작물을 변용하게 되면 그 패러디를 동일성유지권 침해로 보기 어렵다. 패러디 작품이 원작품을 대체하는 것이 아니기 때문이다.

⑤ 예외 규정

동일성유지권에 대해 저작권법 제13조 제2항은 예외규정을 두고 있다. 저작자는 제25조의 규정에 따라 저작물을 이용하는 경우에 학교교육 목적상 부득이하다고 인정되는 범위 안에서의 표현의 변경, 건축물의 증축, 개축 그 밖의 변형, 그 밖에 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 범위 안에서의 변경 중 어느 하나에 해당하는 변경에 대하여는 이의를 제기할 수 없고 다만, 본질적인 내용의 변경은 그러하지 아니하다고 규정하고 있는 것이다. 이 규정의 해석과 관련하여 엄격하게 해석해야 한다는 견해³³⁾와 적극적으로 해석해야 한다는 견해³⁴⁾가 있다. 저작인격권의 보호 이유에 비추어 엄격하게 해석해야 한다는 견해가 타당하다고 본다. 미술저작물에 대해서는 학교교육의 목적 때문에 당해 규정

31) 김형렬, 앞의 글, pp. 297-298. 도 같은 취지

32) M. Spencer, "Passing Off and the Misappropriation of Valuable Intangibles", *Law Quarterly Review*, 1996, 112, pp. 601-615. ; Simon Stokes, *Art and Copyright* (Rev. ed. Portland:Hart Pub, 2003), p. 139.에서 재인용

33) 정상조, 앞의 책, p. 354. ; 이해완, 앞의 책, p. 286. ; 오승중, 앞의 책, pp. 387-388. ; 김형렬, 앞의 글, p. 310. ; 加戸守行, 『著作権法逐條講義』(四訂新版, 東京:社団法人 著作権情報センター, 2003), pp. 165-166.

34) 中山信弘, 윤선희(번역), 『저작권법』(서울:법문사, 2008), p. 398.

이 적용될 경우는 거의 없다고 할 것이다.³⁵⁾ 미술저작물이 건축물의 일부인 경우에도 동일성유지권이 보호되어야 할 것이다. 그러나 생활 편의, 안전, 보존 등을 위해 건축물을 증축, 개축, 그 밖의 변형을 할 필요가 있을 경우 그때마다 저작자의 허락을 받도록 하는 것은 건축물의 효용성을 저해할 수 있다. 따라서 그 균형을 맞추는 것이 필요하다. 단순한 예술적 취향이나 개인적 기호 등의 이유가 아닌 실질적 필요에서 건축물을 변형하는 경우에는 주요한 부분이 아닌 한 원칙적으로 허용된다고 해석함이 상당하다. 이 경우에는 불가피하게 역사적 문화적 가치에 따라 보호의 수준이 실제로 달라질 수밖에 없다고 생각한다. 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 범위 안에서의 변경에 대해서는 동일성유지권이 제한된다. 앞에서 소개한 독일의 판례들을 참고할 필요가 있다.

그러나 흑백작품을 복구하거나 현대화하는 과정에서 컬러화하는 것은 부득이하다고 할 수 없다. 반대로 컬러작품을 흑백으로 복제하는 것도 마찬가지이다. 이는 기술의 문제가 아니기 때문이다. 흑백작품의 컬러화나 그 반대의 경우는 원작가의 사상과 감정을 창작적으로 표현한 정신적 저작물의 동일성을 해하여 저작자의 의도와는 다르게 공중에게 전달될 수 있다는 점에서 동일성유지권의 침해라고 보는 것이 타당하다.³⁶⁾

법문상 ‘본질적인 내용’이 무엇인지에 대해서도 일정한 기준을 내세우기 어렵고 구체적, 개별적으로 판단하여야 할 것이지만 미술저작물의 원본을 수정하는 것은 그 수정 부분의 크기나 정도에도 불구하고 대부분 본질적인 내용으로 보아야 할 것이다. 미술저작물은 전체로서 유기적인 하나의 작품을 구성하는 것이기 때문이다. 원본을 디지털화하면서 필연적으로 따르게 되는 압축으로 인한 품질상의 손실 문제는 기술적으로 선택 가능한 최선의 방법을 택했고 의도적인 축소나 확대 등이 없었다면 동일성유지권을 침해한 것으로 보기 어려울 것이다.

5. 저작인격권의 양도

가. 일반적 기준

저작권법 제14조에서는 “저작인격권은 저작자 일신에 전속한다.”라고 규정하고 있고, 그리하여 저작인격권은 양도하거나 포기할 수 없는 것으로 이해되고 있으며, 대법원 판결에 의해서도 이는 확인된바 있다.³⁷⁾ 이와 같은 저작인격권의 기본적인 속

35) 위의 책, p. 399.

36) 김근우, 앞의 글, p. 63. 도 같은 취지

37) 대법원 1995. 10. 2 자 94마2217 결정

성에도 불구하고, 앞에서 본바와 같이 디지털 저작물의 이용 편의 등을 위해 저작인격권의 양도가가능성을 주장하는 견해들이 제시되고 있다.

저작자와 이용자 사이의 균형을 위해서는 Fromm/Nordermann의 주장과 같이 저작물 이용자가 저작물을 방해받음이 없이 제대로 이용하는 데 불가결하다는 전제조건하에서 저작인격권의 침해로 발생하는 청구권의 양도는 가능하다고 봄이 상당하다. 전술한바와 같이 독일과 오스트리아의 판례도 저작인격권의 침해로 인하여 발생하는 부당이득반환청구권은 저작권 이용관리단체에게 이전될 수 있다고 본 바 있다. 헤켈도 지적재산의 양도에 본질적으로 반대하지 않으며 오히려 지적재산 창작자의 경제적 측면에서 적극적인 정당성을 부여했다.

이러한 해석은 저작인격권 자체의 양도가 아니어서 저작인격권의 일신전속성에 반하지 않는다고 볼 수 있다. 즉 저작인격권의 실체와 그 행사를 분리하여 보는 것이다. 기어르케도 저작인격권의 실체와 그 행사를 분리하는 이론을 주장했다.³⁸⁾ 저작인격권의 침해에 대하여 손해배상청구권이 발생한 경우에, 그 손해배상청구권은 일종의 금전채권으로서 일신전속성이 없다고 볼 수 있기 때문이다. 따라서 적어도 저작물의 이용에 있어 어쩔 수 없이 저작인격권의 침해가 일어나고, 그런 침해로 인한 손해배상청구권 등은 저작물이용자를 포함하여 제3자에게 양도하는 것은 가능하다고 볼 수 있다. 특히, 이런 손해배상청구권을 저작권위탁관리단체에게 이전하여, 직접 그 저작인격권 문제를 해결하지 아니하고, 저작권위탁관리단체에 의한 사안의 적절한 해결을 도모할 수 있는 길이 있다고 본다. 저작권 위탁관리단체는 바로 저작자들로부터 저작인격권의 침해로 인한 손해배상 청구권을 양도받거나 대리하여 행사함으로써 멀티미디어 제작자를 비롯한 저작물 이용자에 의한 저작인격권 침해사안을 보다 쉽게 해결할 수 있을 것이다.

동일성유지권에 있어서 프랑스, 이탈리아, 스페인은 양도를 엄격하게 제한한다. 프랑스에서는 사진 포기를 허용하지만 제3자에 의한 변경의 경우에 작가가 그 사실을 알았을 때 어떻게 반응하는지 하는 문제와 반드시 연관되어야 한다. 작가만이 이러한 변경에 대한 비판적인 성격의 판단이기 때문에 그만이 이를 비준할 수 있다는 것이다.

나. 청구권의 사전 양도

저작권 침해가 발생하지 않은, 손해배상 청구권 등이 존재하지 않는 시점에서 미리 타인에게 동 청구권을 양도하기로 합의하는 것이 가능한가 하는 문제가 있다. 저작인격권을 침해할 가능성이 있는 자에게 손해배상청구권을 양도하기로 미리 약정하는 것은 법에서 금지하고 있는 저작인격권의 침해행위를 조장하는 의미가 있어

38) 허희성, "저작인격권의 이론과 효용에 관한 연구", 국민대학교 박사학위논문, 1995, p. 63.

서 민법 제103조의 선량한 풍속의 위반이 될 여지가 있다. 경제적으로 형편이 어려운 저작자의 경우에는 어쩔 수 없이 인격권을 사전 양도할 수밖에 없을 것이어서 저작자의 보호를 위해서도 원칙적으로 민법 제103조의 위반으로 보아야 할 것이다.³⁹⁾ 이에 반하여 저작자 스스로 자신의 저작인격권의 침해로 인한 그 청구권을 상대방에게 넘기는 행위는 즉각적으로 양속위반이라 보기 어려우며, 구체적인 사례를 살피지 않고 양속위반으로 결정짓는 것은 사적자치에 대한 지나친 제한이 될 수 있다는 견해가 있다.⁴⁰⁾ 그러나 저작인격권의 본질상 양도는 원칙적으로 민법 제103조 위반에 해당된다고 보아야 할 것이고 예외를 인정한다고 해도 매우 제한적이어야 할 것이다. 판례도 “실질적으로 저작인격권의 양도를 인정하는 결과가 되는 공동저작자 신청인의 저작인격권의 포괄적 위임은 저작인격권의 본질을 벗어나는 것으로 허용될 수 없으므로 신청인의 저작인격권 자체는 그 포괄적 위임에도 불구하고 여전히 신청인에게 귀속되어 있다.”고 판시한바 있다.⁴¹⁾

6. 저작인격권의 포기

가. 일반적 기준

저작인격권의 양도에서 본 것처럼 일신전속성으로 인해 저작인격권 역시 원칙적으로 포기할 수 없는 것이라고 할 수 있다. 프랑스, 이탈리아, 스페인도 저작인격권을 양도 또는 포기할 수 없는 것으로 규정한다.⁴²⁾ 저작인격권의 침해가 있는 경우에 저작자와 이용자간에 정지 청구나 손해배상 청구를 하지 않기로 약속한다고 하면, 그런 약정은 바로 저작자가 침해를 이유로 하는 정지청구나 손해배상청구를 포기할 채무를 발생시키는 것이 될 수 있다는 주장이 있다.⁴³⁾ 이러한 약정이 충분히 금전적 대가가 보장되어 있다고 하면 저작자에게 부당하다고 할 수 없다는 견해도 있을 수 있으나, Cotter의 주장과 같이 저작인격권의 포기는 사람의 몸을 포기하는 것과 정도의 차이가 있을 뿐 동일한 것으로 보아야 할 것이다. 저작인격권의 양도

의 경우와 같이 이런 의사표시는 민법 제103조에 규정한 선량한 풍속위반으로 유효하지 않다고 보아야 할 것이다. 저작자의 저작인격권 포기, 일정한 저작물의 백지위임식의 포괄적 변경을 허용하는 저작자의 의사표시도 저작권법 제13조에 반한다고 본다. 권리불행사의 실질적 내용은 권리포기에 해당하는 것인데 상대방과의 합의에 따라 권리의 존폐의 결과를 이끌어내는 것은 법적 안정성에도 문제가 있고 약관 등의 방법을 통한 불행사 특약이 손쉽게 행하여지는 경우에는 저작인격권 규정이 유명무실해진다.⁴⁴⁾

그러나 저작자는 개별 사례에서 저작인격권을 포기할 수 있는 가능성이 있다는 의견이 개진되고 있다. 이들 견해는 먼저 일반 민법사례에서 인격권자는 자신의 인격권에 대한 침해를 개별적으로 허락할 수 있는 경우, 예를 들어 신체의 완전성에 대한 침해로서 성형수술은 본인의 동의가 있으면 기본적으로 적법한 것으로 인정된다는 것, 회사의 사원은 자신의 이름을 회사에서 이용하는 것을 허락할 수 있는 것이며, 심지어 그 회사에서 떠난 후에도 사전의 약정에 의해 하등의 법적청구권을 행사하지 못하는 것도 가능하다는 것, 또한 유명한 인사들이 일정한 금전을 받는 대가로 일정한 범위 내에서 자신의 초상권을 처분할 수 있는 것이며, 나중에 후회하는 일이 있다 하더라도 계약에 의하여 그것을 정지시키지 못하게 되는 것에 비추어서 마찬가지로 저작물을 창작한 저작자도 저작인격권을 침해하는 저작물훼손이나 절단행위 등에 대해 동의를 할 수 있다고 한다.⁴⁵⁾ 예를 들어, 소설저작자는 자신의 저작물을 출판사가 극도로 축약해서 다이제스트를 만드는 것을 허락할 수 있고, 연극 대본 저작자는 연출자가 원래 비극인 저작물을 희극으로 변형시키는 것을 동의할 수도 있지 않느냐는 것이다. 디지털 환경 하에서는 저작인격권을 포기하게 하거나 적어도 저작인격권의 침해에 의하여 발생하는 제반 청구권을 포기할 수 있도록 해야 한다는 의견도 있지만 이에 대하여 쉽게 입법할 내용은 아니라는 주장이 있다. 판례의 축적에 의해 해결되어야 한다는 것이다.⁴⁶⁾ 판례에 맡겨야 한다는 주장은 다소 무책임해 보이지만 제반 청구권을 포기할 수 있도록 입법해야 한다는 것은 저작인격권의 본질에 맞지 않는 주장이다.

저작인격권의 포기를 인정하는 것은 그 성격에도 맞지 않으며 실제로도 부작용을 야기할 가능성이 높다. 따라서 저작인격권의 포기는 인정하지 않으면서 권리와 멀티미디어 제작자 사이에 바람직한 이용 관행이 형성되는 것이 필요하다. 저작인격권의 포기는 원칙적으로 허용되지 않되 매우 엄격한 조건하에서만 허용된다고 해석해야 한다. 매우 엄격한 조건이 어떤 것인지는 프랑스나 독일의 사례를 참조할 필요가 있다. 미술가와 그 창작물인 미술 작품의 관계는 매우 밀접한 것일 뿐 아니라 영구적인

39) 정상기, “전자적저작물과 관련한 우리나라 저작권법의 문제점”, 한국정보관리학회, 디지털저작물과 저작권문제, 1997, p. 33.

40) 저작권심의조정위원회, “멀티미디어시대의 저작권대책”, p. 118. ; 양재훈, “저작인격권의 내용에 관한 연구”, 연세대학교 법무대학원 석사학위논문, 2000, p. 77.

41) 대법원 1995. 10. 2. 자 94마2217 결정

42) Timothy E. Nielander, "Reflections on a Gossamer Thread in the World Wide Web : Claims for Protection of the Droit Moral Right of Integrity in Digitally Distributed Works of Authorship", *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, 1997, 20, p. 73.

43) 저작권심의조정위원회, “멀티미디어시대의 저작권 대책 최종보고서”, 1997, p. 12. ; 김종엽, 앞의 글, p. 9.에서 재인용

44) 배대현, 앞의 글, p. 173.

45) 저작권심의조정위원회, “멀티미디어시대의 저작권대책”, p. 120.

46) 박성호, “인격권의 변용 : 퍼블리시티권에 관한 논의를 중심으로”, pp. 33-34.

것이다. 이러한 점에서 대법원이 저작권격권이 일신전속적인 권리로서 이를 양도할 수 없는 것이라고 판시하면서 비록 그 권한 행사에 있어서는 이를 대리하거나 위임하는 것이 가능하다고 할지라도 이는 어디까지나 저작권격권의 본질을 해하지 아니하는 한도 내에서만 가능하고 따라서 실질적으로 저작권격권의 양도나 포기에 해당하는 포괄적 위임은 인정될 수 없다고 한 것은 타당하다.

나. 근거 규정의 존부

한편, 대한민국 저작권법이 저작권격권의 양도나 포기의 가능성에 대해 실정법적인 근거를 마련하고 있다는 주장이 있다. 공표권에 대한 제11조 제2항에서 “저작자가 공표되지 아니한 저작물의 저작권을 제41조의 규정에 의한 이용허락을 한 경우에는 그 상대방에게 저작물의 공표를 동의한 것으로 추정한다.”고 규정하고 있다. 여기서 입법자는 이런 저작권을 양도나 저작물이용허락으로 인하여 저작자가 공표를 한 것으로 규정하지 않고 상대방에게 저작물의 공표를 동의한 것으로 본다고 규정하였다. 즉, 여기서 저작자는 저작물을 직접 공표하지 아니하고 저작권을 양수인이나 저작물 이용허락자에 의해 공표할 수 있으며, 저작자는 이런 타인의 공표행위에 대하여 동의할 수 있음을 전제하고 있는 것이다. 이런 점은 저작권격권이 일신전속성으로 인하여 타인에게 양도될 수도 없고 포기할 수도 없다는 원칙에 대해 일정한 예외가 존재함을 명시적으로 보여 주고 있다는 것이다.

그리고 성명표시권에 있어서도 대한민국 저작권법은 무명저작물이나 이명저작물을 인정하고 있기 때문에(제37조), 저작자는 자신의 성명표시를 스스로 포기할 수 있으며, 이용자가 원하는 형태로 표시하도록 결정할 수 있다고 보아야 한다고 주장한다. 역시 이런 부분도 저작권격권의 일신전속적 원칙의 예외를 형성한다고 한다. 또한, 동일성유지권에 있어서도 저작물의 성질이나 이용목적상, 형태상 부득이한 변경으로서 본질적 부분에 대한 변경이 아닌 경우에는 타인에 의한 변경행위 자체가 문제가 되지 않고 법적으로 허용되는 것으로 하고 있다(제13조). 따라서 이런 일정한 한도의 변경에 대하여는 저작자는 동일성유지권 자체를 주장할 수 없다고 한다.

위의 주장에 대해 검토해 보면, 1) 우선 이용허락 등의 경우에 공표의 동의를 추정하는 것이 저작권격권의 양도나 포기를 인정하는 것이라고 보는 것은 논리 비약이다. 위 규정은 이용허락 등을 했을 경우에는, 저작물 이용의 편의를 위해서 상대방에 의한 동의를 추정할 것일 뿐이다. 여전히 저작자는 자신의 저작물을 공표할 권리를 가지고 있으며, 또한 그 동의를 추정한 것일 뿐이어서 당사자 간에 저작자만이 공표할 권리를 가진다는 특약이 있다면 그러한 추정은 번복될 수 있는 것이기 때문에, 본 조항을 저작권격권의 양도나 포기의 근거 규정으로 보는 것은 무리한 해석이다. 2) 성명표시권에 있어서 무명으로 저작물을 공표하는 것 역시 저작권격권의 양도와 포기의

근거 규정이 될 수는 없다. 무명저작물로 발행하는 것, 그 자체가 성명표시권의 행사이지 포기가 아닌 것이다. 3) 더구나 동일성유지권에 있어서 그 변경이 침해를 구성하지 않는 것은 저작물의 이용상의 편의를 위해 극히 작은 부분에만 인정되는 것이지, 적극적으로 저작권격권의 포기를 인정하는 것은 아니다. 따라서 현행법이 저작권격권의 양도와 포기에 대해 근거를 마련하고 있다는 위의 주장은 설득력이 없다.

다. 저작권격권 불행사의 약정

한편 저작물 이용계약 중 저작권격권을 행사하지 않겠다는 특약의 유효성도 같은 맥락에서 보아야 할 것이다. 저작자의 인격적 가치가 손상되지 않는 범위 내에서 자의에 따른 불행사의 합의를 유효하다고 주장하는 경우도 있다.⁴⁷⁾ 그러나 미리 포괄적인 위임을 하는 것은 실질적으로 저작권격권을 인정하지 않는 것과 다름없기 때문에 이를 할 수 없다고 봄이 상당하다.⁴⁸⁾ 벨기에 저작권법 제1조 제2항은 장래의 저작물에 대한 저작권격권의 행사의 포기는 무효라고 선언한다.

7. 저작자 사후의 저작권

가. 일반적 기준

대한민국 저작권법 제14조 제2항은 “저작자의 사망 후에 그의 저작물을 이용하는 자는 저작자가 생존하였더라면 그 저작권격권의 침해가 될 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 그 행위의 성질 및 정도에 비추어 사회통념상 그 저작자의 명예를 훼손하는 것이 아니라고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정한다. 그러나 미술가의 저작권격권 보호를 사후의 경우라고 하여 “사회통념상 그 저작자의 명예를 훼손하는” 경우에만 보호하는 것은 지나치게 보호수준이 낮아서 타당하지 아니하다. 영미법계 국가에서는 프라이버시에 대한 권리는 피해자 일신에 전속하는 것으로 사자의 명예나 프라이버시의 침해를 이유로 하여 소를 제기할 수 없는 것으로 이해되고 있지만 대륙법계 국가에서는 사자의 인격권의 침해에 대해 폭넓게 인정한다. 일본 저작권법 제60조는 “저작물을 공중에 제공하거나 제시하는 자는 그 저작물의 저작자가 사망한 후이라도 저작자가 생존하였더라면 그 저작권격권의 침해가 될 수 있는 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 그 행위의 성질 및 정도, 사회적 사

47) Russ VerSteeg, “Federal Moral Rights for Visual Artists : Contract Theory and Analysis”, *Washington Law Review*, 1992, 67, p. 847.

48) 정상조, 앞의 책, p. 303. ; 배대현, 앞의 글, p. 174.도 같은 취지임

정의 변동, 기타에 의하여 그 행위가 당해 저작자의 뜻을 해치지 아니하는 것으로 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 표현하고 있어 보호수준이 좀 더 높다. 또 이 규정은 직무저작의 요건이 충족되어 법인이 저작자로 된 경우에는 법인이 해산되지 않는 한 사실상 저작인격권이 영원히 존속하는 결과로 되지만 자연인이 저작자인 경우에는 그 사망 후에 명예훼손에 해당되는 경우에 한해서만 보호되어 저작자가 자연인인 경우와 법인인 경우에 그 저작인격권의 보호 기간이나 보호 정도에 커다란 차이가 생기게 되는 불균형이 초래되는 것이다.⁴⁹⁾ 이러한 불균형이 있을 수 있고 저작인격권의 본질에도 부합하게 명예훼손의 범위를 저작인격권 침해의 결과 일반적으로 예상할 수 있는 것으로서 폭넓게 인정하는 것이 타당하다. 기술적 문제 등으로 불가피한 경우 등의 예외를 제외하고는 일부 변경 등의 경우에도 원칙적으로 명예훼손에 해당한다고 보아야 할 것이다.

나. 청구권자

저작권법 제128조는 “저작자가 사망한 후에 그 유족(사망한 저작자의 배우자·자·부모·손·조부모 또는 형제자매를 말한다)이나 유인집행자는 당해 저작물에 대하여 제14조 제2항의 규정에 위반하거나 위반할 우려가 있는 자에 대하여는 제123조의 규정에 의한 청구를 할 수 있으며, 고의 또는 과실로 저작인격권을 침해하거나 제14조 제2항의 규정에 위반한 자에 대하여는 제127조의 규정에 의한 명예회복 등의 청구를 할 수 있다.”고 규정한다. 그 청구권자에 대하여 유언이 있었으면 그 유언에 따르고 유언이 없는 경우에는 법문에 규정한 순서대로 행사할 수 있다고 해석하는 견해⁵⁰⁾, 민법이 규정한 상속순위와 같이, 배우자는 자가 있는 경우에는 자와, 자가 없으면 부모와 동순위로 보아야 한다는 견해⁵¹⁾가 있다. 이에 대하여 이 규정은 문리적으로 누구나 행사할 수 있다고 보이는 점, ‘사망한 저작자’의 저작인격권을 보장하는 것이지 권리를 행사하는 사람들의 인격권을 보호하는 규정이 아닐 뿐 아니라 권리 행사자의 손해배상청구권까지 인정하는 것은 아닌 점, 비친고죄로 규정하고 있는 점 등에 비추어 법에 규정된 사람들은 누구나 독자적으로 행사할 수 있는 것으로 해석해야 한다는 견해⁵²⁾도 있다. 법에 규정된 사람이라면 누구나 행사할 수 있다고 해석하는 것이 위 규정의 문언에 부합하고 저작인격권의 본질에도 맞는 해석이라고 생각된다. 독일의 데 보어(de Bore)는 상속법의 적용을 받는 것은 재산권적 색채가 강한 저작재산권에 한정되며 저작인격권의 적용은 잘못이라고 한

49) 정상조, 앞의 책, pp. 312-313.도 같은 취지

50) 황적인정·순희·최현호, 『저작권법』(서울:법문사, 1988), p. 260.

51) 최성우, 『저작권법』(서울:한빛지적소유권센터, 1999), p. 136.

52) 정상조(편), 『저작권법 주해』(서울:박영사, 2007), p. 366.

다. 저작인격권은 저작자의 뜻을 기본으로 하여 그 관념적 이익의 보호를 담당하기에 누가 가장 적합한가의 관점에서 결정되어야 한다고 보았다.⁵³⁾

III. 입법론

대한민국의 많은 법률이 독일법이나 일본법을 이식한 것이 많다는 것은 주지의 사실이다. 그런데 대한민국의 저작인격권 규정이 독일법이나 일본법과 유사한 것은 사실이지만 단순히 외국법을 계수한 것이라기보다는 대한민국 나름대로의 규정을 제정한 것이라고 볼 수 있다는 주장이 있다.⁵⁴⁾ 대한민국은 문화적으로나 법률적으로 대한민국 사회와 같은 톤으로 구성되어 있다는 것이다. 하지만 앞에서 본바와 같이 대한민국 저작권법은 한민족의 전통이나 사회적 공감대와 맞지 않는 부분이 많이 발견되고 독일과 미국이라는 법체계가 전혀 다른 두 국가의 저작권법을 무분별하게 도입함으로써 논리적으로 일관되지 않는 부분이 있다는 비판을 면하기 어렵다.

따라서 대한민국에서 미술풀작품의 보호의 필요성이나 수준에 적합한 권리가 어떤 것인지 모색해야 하고 현재 규정된 권리들을 수정할 필요도 있다. 앞에서 자세히 본바와 같이 대한민국 현행 저작권법과 같이 공표권, 성명표시권, 동일성유지권만 인정하는 국가만 있는 것도 아니고 어떤 권리를 인정한다고 해도 그 구체적인 내용도 같지 않다. 미국의 소니 판결에서 보듯이 저작권은 저작권자와 대중 사이의 타협이라는 주장이 많고⁵⁵⁾ 또 수긍할만하기도 하다. 그러나 협상 테이블에서 저작인격권의 본질적인 부분까지 양보해서는 안 된다는 것을 명확히 할 필요가 있다.

1. 공표 동의 추정 규정 개정

저작권법 제11조 제3항에서는 “저작자가 원작품을 양도한 경우에는 그 상대방에게 저작물의 원작품의 전시방식에 의한 공표를 동의한 것으로 추정한다.”고 규정한다. 그러나 이 규정은 저작권의 개념을 정확하게 이해하지 못해서 나온 것으로 보인다. 소유권 양수인이 저작물을 복제하거나 전시할 수 있는 것은 그가 취득한 소

53) 허회성, 앞의 글, p. 82.

54) Kyu Ho Youm, "Copyright Law in the Republic of Korea", *UCLA Pacific Basin Law Journal*. 1999, 17, p. 299. ; Ilhyung Lee, "Culturally-Based Copyright Systems? : The U.S. and Korea in Conflict", *Washington University Law Review Quarterly*, 2001, 79, p. 1139.

55) Jessica Litman, *Digital Copyright* (N.Y.:Prometheus Books, 2000), p. 174. 등

유권의 용익권능 때문이지 저작권격권과는 아무런 관련이 없는 것이다. 또 위 규정은 특약이 없으면 공표 여부의 결정권을 양수인이 가지게 되는 것과 같은 결과가 되어 저작권격권의 일신전속적인 성격에 맞지 않는 것이다. 건물 앞에 설치할 조각을 그러한 사정을 알면서 판매하는 경우라면 매매 계약에 공표를 동의하는 내용이 포함된다고 해석할 여지가 있다. 그러나 모든 미술품에 있어 원작을 양도했다고 전시방식에 의한 공표를 동의한 것으로 추정하는 것은 지나치게 미술가의 권리를 제한하는 것이다.

이러한 입법례는 일본 저작권법 제18조 제2항 제2호와 유사한 것으로서 그 이외에는 찾아보기 어렵다. 독일 저작권법 제44조 제1항은 “저작자가 저작물의 원본을 양도한 경우에 의심스러운 때에는 저작자가 그 취득자에 대하여 용익권을 부여한 것은 아니다.”라고 규정하고, 제2항에서는 “미술저작물 혹은 사진저작물의 원본 소유자는 그 저작물이 아직 공표되지 아니한 경우에도 당해 저작물을 공개 전시할 권리를 가진다. 다만, 저작자가 원본의 양도에서 이를 명시적으로 배제한 경우에는 예외로 한다.”라고 규정하여 전시권을 수여할 뿐이지 공표권의 수여를 추정하지는 않는다. 중국 저작권법 제18조는 “미술 등 저작물 원본 소유자의 이전은 저작물의 저작권 이전으로 보지 아니한다. 다만 미술저작물 원본의 전시권은 원본 소유자가 향유한다.”고 규정한다. 프랑스 저작권법 등을 보아도 공표권 수여에 대한 간주 또는 추정 규정을 찾아보기 힘들다.

저작권법 제11조 제3항이 없어도 제19조, 제35조 제1항 등 전시권 규정이나 양도 계약 내용의 해석 등으로 양수인은 전시할 수 있고 논리적으로도 공표권(저작권격권)과 전시권(저작권재산권)은 별개이다. 따라서 이 규정은 개정되어야 할 것이다. 개정을 함에 있어서는 독일 저작권법 제44조를 참고할 필요가 있다. 이준형은 전시방식에만 추정을 인정한다면 보다 간명하게 양도 가능한 전시권의 수여로 보는 것이 타당하다고 주장한다.⁵⁶⁾

또 저작자 사망 후 사후의 저작물을 공표할 수 있는 사람에 대해 명확하게 규정하는 것이 필요하다. 중국법이나 프랑스법과 같은 명문 규정을 두어 논란의 소지를 없앨 필요가 있다.

2. 동일성유지권에 작품 파괴 포함

동일성유지권 중에서 작품의 파괴와 관련한 문제가 있다. 파괴의 사전적인 의미는 때려 부수거나 깨뜨려 헐어버리는 것인데, 여기서 파괴란 일반적으로 저작물을 원래대로 복원시킬 수 없는 방식으로 저작물을 물리적으로 훼손의 범위를 넘어서는

56) 이준형, "미술저작물에 있어서 저작물과 소유권의 충돌", 『스포츠와 법』, 2007, 10(3), p. 143.

것을 말한다.⁵⁷⁾ 작품의 파괴가 동일성유지권을 침해하는지에 대하여는 논란이 있다. 그림을 완전히 훼손하여 원래의 형태를 알아 볼 수 없게 만든 경우에는 그 자체로 새로운 저작물이 생기는 것을 별론으로 하고 원작에 대한 동일성유지권의 침해로는 되지 않는다고 해석하는 학설이 있다.⁵⁸⁾ 앞에서 본바와 같이 외국의 입법례나 학설 중에도 같은 입장에 서 있는 것이 꽤 있다. 그러나 일부 개별만 저작자의 이익을 침해하고 완전한 파괴는 아무런 관계가 없다는 해석은 부당하다.⁵⁹⁾ 실제로 작품 하나가 파괴되면 그 작가에 대한 제대로 된 평가에 지장을 줄 수 있다. 미술가의 저작권격권 보호의 수준과 범위에서 가장 심한 차이를 보이는 프랑스와 미국이 모두 파괴에 대해서는 동일성유지권의 침해로 보고 있다는 것은 그 만큼 보호의 명분과 실익(필요성)이 있기 때문이라고 할 것이다. 특히 미국의 실용주의적 미학이론가들이 미술작품의 파괴는 심각한 문제가 있기 때문에 작품의 훼손 이외에 작품의 파괴도 동일성유지권의 침해로 보고 있다는데 주목할 필요가 있다.

작가의 입장에서는 작품에 대한 감수성이 얼마나 민감하고 쉽게 손상받을 수 있는지를 알 수 있는 사례가 있다. 베니스 비엔날레의 조직위원들이 이탈리아의 화가인 조르지오 키리코(Giorgio De Chirico)의 회고전을 열면서 그의 초기작들을 후기작보다 많이 전시했다. 미술가, 역사가, 대중이 키리코의 초기 회화들이 중요한 미술적 기여를 한 것으로 보았다. 그런데 키리코는 이탈리아 법원에 그의 저작권격권이 침해되었다고 주장하면서 소를 제기했다. 그는 조직위원회에서 그의 초기작들을 강조하고 후기작을 덜 강조함으로써 자신의 작품 전체에 대한 잘못된 해석을 하고 있다고 주장했다. 1950년에 1심 법원은 베니스 비엔날레가 가지는 중요성에 주목하여 키리코의 입장에 손을 들어주었으나 그 다음 해에 2심 법원은 작가의 저작권격권에는 전시를 통제할 권리가 없다는 이유로 청구를 기각했다.⁶⁰⁾ 이 사건은 미술가로서는 자신의 전시회의 작품 선정이 작품 전체에 대한 해석에 큰 영향을 미친다고 생각한다는 것을 알 수 있는 사례이다. 이탈리아 1심 법원도 그러한 입장을 지지하였다는 것은 주목할만하다. 중요한 작품의 파괴는 전시 작품에서의 제외 보다 훨씬 중요한 문제일 것이다. 또 1986년 호주에서 피카소의 1959년 작품 「Trois Femmes」 원작을 독자들에게 구입할 수 있도록 하겠다는 신문 광고가 실린 적이 있다. 이 회사는 이 작품을 1인치 크기의 500개로 잘라서 1개당 135달러에 팔겠다는 계획을 한 것이었다.⁶¹⁾ 대한민국에서도 국가를 대표하는 명작을 잘라서 팔겠다는 사람

57) 김근우, 앞의 글, p. 177.

58) 오승중, 앞의 책, p. 371.

59) 이준형, 앞의 글, p. 149. 도 같은 취지

60) Robert C. Bird, "Moral Rights : Diagnosis and Rehabilitation", *American Business Law Journal*, 2009, 46, p. 445.

61) *Ibid.*, p. 408.

이 현실 세계에 나타난다면 어찌될까 생각할 필요가 있다.

특히 소유자가 정당한 저작권 행사를 막기 위하여 고의로 파괴시킬 수도 있다. 미국 연방저작권법 제106조 A(a)(3)(B)와 같이 고의 또는 중대한 과실에 의한 파괴는 권리에 대한 침해로 규정하거나, 프랑스의 법 규정이나 판례와 같이 경과실에 의한 파괴도 권리에 대한 침해로 규정하는 입법이 필요하다.⁶²⁾ 이 경우 소유자가 저작자의 정당한 권리행사를 막을 의도로 저작물을 파괴시켰다면 이는 권리남용이 되어 손해배상책임을 질 것이다. 스위스법은 이러한 권리를 입법으로 해결하고 있는데 이 권리는 저작자를 보호하고 있는 권리로서 원작품의 소유자는 첫째 그 작품에 복제물이 없고, 둘째 저작자에게 그 작품을 점유할만한 정당한 사유가 있을 때에는 먼저 저작자에게 그 작품을 반환해가라고 제의하여야 하며 그렇지 않으면 해당 작품을 파괴하지 못한다는 것이다. 노르웨이와 같이 “상황에 따라 불가피하게 원본을 파괴하여야 하는 경우” 합리적 기간 내에 이 사실을 저작자에게 알려야 할 의무를 부담시키는 것도 한 방법이다. 그러나 건축의 경우에는 작가는 사진 촬영과 건축 계획의 복사만을 할 수 있는 권리가 있을 뿐이다.⁶³⁾ 저작물의 보존 이익을 보다 충실하게 보호하기 위해서는 이러한 규정을 신설하는 것이 필요하다.

저작권법은 ‘명예 또는 성명’을 동일성유지권 침해의 요건으로 하고 있지 않다. 디지털 시대의 도래로 저작물 이용이 다양화되고 저작물 변경 가능성 또는 필요성이 증가하였다는 이유로 동일성유지권의 침해요건을 완화해 ‘명예 또는 성명’을 요건으로 하고자 하는 입장이 있을 수 있고 이는 주로 입법론상의 문제로 다루어진다.⁶⁴⁾ 그러나 동일성유지권의 본래적 기능은 있는 그대로 전달하는 것에 있으므로 ‘명예 또는 성명’이라는 요건은 적절하지 않다.

3. 원작접근권 도입

원작접근권의 도입에 대한 학설은 여러 가지로 나뉜다. 우선 입법론적으로 원작접근권을 인정하는 것이 타당하다는 견해가 있고⁶⁵⁾ 원작철회권, 원작접근권 등의 권리가 현재 대한민국에 꼭 필요한 제도라고 말하기는 곤란하지만 대한민국 실정에 맞는 권리들을 논의할 필요는 충분히 있다는 견해가 있다.⁶⁶⁾ 현재 대한민국에서는

62) 김근우, 앞의 글, p. 180. 도 같은 취지

63) Adolf Dietz, “Alai Congress : Antwerp 1993 The Moral Right of the Author : Moral Rights and the Civil Law Countries”, *Columbia Journal of Law & the Arts*, 1995, 19, pp. 219-222.

64) 김형렬, 앞의 글, p. 284. 참조

65) 위의 글, p. 372. ; 윤방현, “저작인격권에 관한 비교법적 고찰”, 『논문집』, p. 221.

66) 김종엽, 앞의 글, p. 55.

독일과 같은 규정이 없기 때문에 저작자가 원저작물에 접근하고자 할 때, 점유자가 이를 거부한다면 사법상 권리남용이론에 의해 보호받을 수 있을 것이라는 견해도 있다.⁶⁷⁾

미술가가 자신의 작품에 접근할 수 있는 권리를 인정하지 않으면 자신의 작품 복제권을 실현하거나, 작품 사진을 촬영하거나 도록을 만드는 등의 경우 작품 소유자의 승낙이 없으면 곤란한 문제가 생길 수 있다. 이러한 실질적인 필요성이 있고 원작접근권을 인정하는 것이 저작인격권의 본질에도 부합하다고 본다. 일본의 경우 출판권과의 관계에 한해 인정하고 있는데 이는 저작인격권의 성질과 부합하지 않는다. 독일이나 오스트리아와 같이 저작자가 저작물의 원본 또는 복제본의 점유자로부터 점유자의 정당한 이익이 침해되지 아니하는 범위 내에서 복제본의 제작이나 저작물의 개작에 필요한 경우 또는 복제본을 자신에게 접근시킬 것을 요구할 수 있는 권리를 인정하는 것이 바람직하다.

4. 원작철회권 도입

원작철회권은 저작자의 확신이 변한 경우에 리콜할 수 있다는 권리로서 공표권, 성명표시권, 동일성유지권과 함께 저작인격권의 본질적인 내용을 이루고 있고⁶⁸⁾ 원작접근권 보다 많은 국가에서 인정하고 있는 권리이다. 원작철회권 도입 여부에 대해서는 출판업자와의 계약 부분의 미이행 등의 문제가 남기 때문에 일정한 제한이 필요하며 일본 저작권법 제84조 제3항과 같이 부분적인 도입은 생각해 보아야 한다는 견해가 있다.⁶⁹⁾ 원작철회권은 명문 규정이 없더라도 사정변경의 원칙에 의하여 인정될 수 있다는 견해도 있다.⁷⁰⁾ 이에 대해서 디지털시대의 원작철회권은 그 존재의의가 점점 퇴색하고 있다는 견해가 있다.⁷¹⁾ 저작물의 디지털화 내지 멀티미디어화 되어 전자매체를 통해 유통된 저작물이 대중에게 전달된 경우 그 전파력은 클 것이기 때문에 당해 저작물을 회수(철회)하는 것은 거의 불가능하고 철회권이 저작물에 허용되더라도 그것의 실질적 가치는 제한될 것이라는 것이다. 이 견해는 이를 인정하는 국가에서도 실질적인 중요성을 가지고 있지 않을 뿐 아니라 행사되는 경우가 거의 드물다고 주장한다.

67) 황적인·정순화·최현호, 앞의 책, p. 256. ; 양재훈, “저작인격권에 관한 소고”, 『지식재산』, 1999, 21(55), pp. 51-53.

68) Cheryl Swack, “Safeguarding Artistic Creation and The Cultural Heritage : A Comparison of Droit Moral between France and the United States”, *Columbia Journal of Law & the Arts*, 1998, 22, p. 365.

69) 김종엽, 앞의 글, p. 99.

70) 이상경, 『지적재산권소송법』(서울:육법사, 1998), p. 676.

71) 김근우, 앞의 글, pp. 167-168.

그러나 디지털 기술이 발전한다고 하여 예술적 창작 등이 모두 디지털화 되거나 멀티미디어화 된다고 보기도 어렵고, 행사되는 경우가 드물다고 하여 그 권리가 필요 없는 것도 아니다. 저작자의 이익을 위하여 원작철회권을 도입하는 것이 바람직하고 명문으로 규정하는 것이 권리를 명확히 할 수 있고 불필요한 논쟁을 피할 수 있을 것이다. 다만 제한을 두지 않는 경우 소유자의 이익을 해할 우려가 있고 권리 남용이 될 가능성이 있다. 독일에서와 같이 신념변경 등의 요건을 필요로 하고 프랑스에서와 같이 저작자가 취소나 철회로 양수인에게 발생될 수 있는 손해를 사전에 보상한다는 조건하에서만 그 권리를 행사할 수 있도록 하는 것이 바람직하다.

5. 추급권 도입 문제

가. 도입 여부

추급권은 양도불가능성이라는 측면에서는 인격권적 성격을 가지지만 실질적으로는 재산상 이익을 위한 즉 저작재산권적 성격을 더 많이 가진다고 보인다. 즉 미술가의 인격 보호와 추급권의 도입이 논리적으로 필연적인 관계에 있는 것은 아니다. 그러나 추급권은 프랑스에 의해 도입된 지 100년이 되지 않아 현재 50여 개국이 도입하고 있는 제도로서 세계적인 규모로 발전하고 있다.⁷²⁾ 추급권 도입과 관련하여 유럽연합과의 FTA 협상 때도 문제가 된 바 있고 FTA 발효 후 2년 추급권의 도입 가능성 및 적절성에 대해 추가 회의를 하기로 되어 있는 등 앞으로도 도입에 대한 논의가 계속될 것이다.

이미 1998년에 한국미술저작권협회(KACA)가 추급권의 도입을 주요골자로 하는 「미에 관한 저작권법개정청원서」 초안을 작성한 바 있다.⁷³⁾ 그 동안 추급권의 부여는 미술저작자의 법적 지위를 향상시켜 예술의 발전에 기여하도록 한다는 점에서 바람직하다고 생각되지만 공매제도의 확립이 선행되어야 한다는 견해가 있었다.⁷⁴⁾ 이처럼 미술품의 경매제도가 제대로 갖춰지지 않아서 추급권에 관해서는 시기상조라는 견해가 다수였다. 그런데 2000년대에 들어와서는 경매제도가 그 모습을 갖추가기 시작하였고 이제는 정착단계에 이른 것으로 보인다. 서울옥션, K옥션 등 대규모 경매 업체 뿐 아니라 코베이경매, 금요고서경매, 혼옥션 등 수십 개 이상의 중소규모 경매 회사들이 생겨서 활발하게 운영되고 있다. 주로 70대 이상의 미술가들로 결성된 한

국미술추급권협회(회장 장리석)가 추급권 도입에 적극적으로 활동하고 있다. 현재로서는 추급권의 도입을 찬성하는 견해가 많고⁷⁵⁾ 신중론의 입장을 가진 견해⁷⁶⁾도 있지만 반대론자는 적은 것 같다. 추급권 도입은 이제 불가피하고 도입 시기의 문제만 남아있는 것으로 보인다.

나. 도입 시 고려사항

추급권을 도입함에 있어서는 배른협약에서의 추급권에 관한 규정, 유럽연합 지침에서 강행규정으로 정하고 있는 내용들을 존중 및 참고하여 추급권의 인정범위, 판매의 종류, 징수와 절차, 상호주의, 추급권료 요율 등을 정해야 할 것이다. 미국 저작권청도 추급권 입법 시 고려하여야 할 사항으로 다음 사항을 제시하고 있다. 저작권 관리단체를 통한 집중적인 관리 제도를 둘 것, 추급권의 적용은 우선 미술 경매시장에만 적용하고 단계적으로 미술중개상이나 개인으로 확대해 나갈 것, 유럽 국가들이나 캘리포니아주법을 고려하여 재판매 금액의 타당한 비율을 고려하여 추급권료 요율을 정할 것, 추급권 존속기간을 현행 저작권법상의 권리 보호기간과 비교하여 적정성을 고려할 것, 추급권은 양도, 포기할 수 없는 권리임을 명시하고 이러한 입법을 소급 입법하지 않을 것 등이다.⁷⁷⁾ 이는 대한민국에도 적용될 수 있는 적절한 지적이다. 거기에 더하여 외국의 입법례와 시행 실태 등을 참작하여 보면 다음과 같은 내용이 추가적으로 고려되어야 한다. 비율은 매매가가 높아짐에 따라 점차적으로 줄어드는 비율을 택할 것, 추급권료의 산출은 저작물의 가치 증가에 의하지 않고 판매가의 비율에 의할 것, 최소 거래가와 추급권으로 지급되는 최대 금액을 정할 것, 유예기간을 둘 것 등이다. 다만 입법에 있어서 한꺼번에 많은 변화를 도입하여 미술시장을 위축시키는 것은 바람직하지 않다. 이는 대중의 미술 향유를 저해할 뿐 아니라 장기적으로는 미술가에게도 피해가 돌아갈 것이기 때문이다.

6. 법인의 저작인격권 규정 개정

현행법상 저작인격권은 저작자에게 인정된다. 저작자는 자연인이거나 법인 등의 단

72) Gerhard Pfennig, "The resale right of artists(droit de suite)", *Copyright Bulletin, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organizations*, 1997, 31(3), p. 29.

73) 양재훈, "저작인격권의 내용에 관한 연구", p. 98.

74) 이정호, "저작 인격권에 관한 소고", 고려대학교 특수법무대학원 주최 세미나 발표 자료, 1999, p. 54.

75) 윤방현, 앞의 글, p. 221. ; 김근우, "한 EU FTA의 저작권 분야의 쟁점과 그 영향", 『저작권문화』, 2007, 157, p. 6. ; 계승균, "저작권법상 권리소진이론", 창작과 권리, 2003, 33, pp. 30-31. ; 박은정, "예술저작품의 추급권에 대한 비교법적 고찰", 숙명여자대학교 석사학위논문, 2009, p. 104.

76) 이윤정, "미술저작물 저작자의 권리에 관한 고찰 : 추급권을 중심으로", 인하대학교 석사학위논문, 2008, p. 102.

77) Marilyn J. Kretsinger, "Droit De Suite : The Artist's Right to a Resale Royalty", *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, 1993, 15, pp. 976-977.

체를 말하기 때문에 법원에게도 저작권권이 인정되는 결과가 된다. 그러나 이는 정신적 창작활동을 보호한다는 대륙법계 국가의 저작권권 법리상 맞지 않는다.

대륙법계 국가들은 창작이라는 정신적 노동을 한 자에게 그 지적 산출물인 저작물이 귀속한다는 창작자주의를 관철하여 창작자 이외의 자라도 예를 들어 “법인등”을 저작자로 보는 예외를 인정하지 않았고 그것을 인정하더라도 가급적 창작자인 종업원을 저작자로 보는 입장을 취해왔다. 독일 저작권법 제43조는 “저작자가 근무 혹은 고용관계에서 발생하는 의무의 이행으로써 저작물을 창작한 경우에도 근무 혹은 고용관계의 내용이나 본질로부터 달리 되어지지 않는 한도에서 적용된다.”고 규정하는데 창작자 원칙은 최고의 법원칙으로서 근로관계에 그대로 유지된다고 보고 있다. 프랑스 저작권법 제111조의 1에서는 창작자에게 창작 사실만으로 저작권이 발생함을 밝히고 제111조의 3에서는 저작자가 체결하는 근로계약은 어떤 식으로든 제111조의 1에서 인정하는 권리의 향유에 영향을 미치지 않는다고 규정한다.

한편 영미법계 국가에서 저작권을 저작재산권으로 인식하는 경우에 경제적 가치의 확보와 관련하여 단체 명의의 저작물에 대한 저작권 보호를 상정한 것이라는 점에서 커먼로의 저작권 법리에도 맞지 않는다.⁷⁸⁾ 미국의 경우에도 시각예술의 경우에만 저작권권을 보장하고 있는데 직무저작물은 제외되므로 창작된 시각예술물이 단체 명의로 표시된 경우에는 저작권권이 보장될 수 없다. 영국 CDP다도 직무저작물에 대한 저작권권 보호는 하지 않는다.

칸트는 작품에 대한 작가의 권리는 물질적인 권리라기보다는 기본적으로 ‘인격’에 대한 권리라고 했고 인격권은 모든 ‘개인’에게 있어서 본질적이고 태생적으로 생각했다. 헤겔도 재산이나 작품 자체는 작품에 나타난 ‘작가’의 ‘인격’에 필수적이라고 했다. 브룬추리(Johann Casper Bluntschli)는 저작물은 개인의 개성에서 발생하는 것이므로 저작권도 그 ‘개인’ 즉 저작자에게 항상 귀속되어야 한다고 인식했다.⁷⁹⁾ 현행법 규정은 저작물 작성자의 양심의 자유, 표현의 자유 등이 제한될 우려가 크고 창작의욕의 고취라는 면에서 부정적이다. 게다가 자연인의 경우와 달리 법인은 동일성을 상실하지 않고 존속하는 한 저작권권을 행사할 수 있으므로 합병 후의 법인이 합병 전의 법인과 동일성을 유지하는 경우에 그 법인은 저작권권을 계속 가진다고 보아야 할 것이어서⁸⁰⁾ 자연인의 경우와 비교할 때 형평성의 문제가 있다.⁸¹⁾ 따라서 법인에게 저작권권을 인정하지 않는 방향으로 수정되어야 할 것이다. 즉 저작권권은 창작자에게 귀속시킨다고 규정하는 것이 필요하다.⁸²⁾

78) 배대현, 앞의 글, pp. 152-153.도 같은 취지

79) J. C. Bluntschli, Deutsche Privatrecht (3. Auflage, München, 1864) §§ 46 ff. ; 허희성, 앞의 글, pp. 59-60.에서 재인용

80) 오승중·이해완, 『저작권법』(제3판, 서울:박영사, 2004), p. 227. ; 이해완, 앞의 책, p. 291.

81) 배대현, 앞의 글, p. 158. 도 같은 취지

82) 김상호, “학술·예술·정보 분야에 종사하는 근로자의 저작권 보호 문제”, 『계간 저작권』, 2000,

7. 동일성유지권, 성명표시권 보호기간 영구화

저작권 일원론을 택하고 있는 독일은 저작권권의 보호 기간을 저작재산권과 같은 저작자 사후 70년으로 하고 있고 저작권 이원론을 택하고 있는 프랑스나 벨기에 는 영구적인 것으로 규정하고 있다. 이처럼 저작권에 대한 입장을 어떻게 하느냐에 따라 보호기간에 대한 입장 차이가 있을 수 있다. 그러나 저작권 이원론을 택하고 있는 국가들이 모두 저작권권을 영구적으로 규정하는 것은 아니다.⁸³⁾ 스페인과 같이 동일성유지권을 영구적으로 규정한 국가도 있고 이탈리아 보고서는 영구성에 대해 좀 더 긍정적이다. 덴마크나 스웨덴에서 규정하는 것과 같이 동일성유지권은 만일 문화적 이익을 침해하는 경우 영구적으로 보호하는 것으로 하고 있는데 이들 국가에서도 이 규정들에 대한 회의론이 나오고 있다고 한다. 덴마크에서도 ‘문화적 이익’은 더 이상 고려 대상이 되지 않고 있다고 한다.⁸⁴⁾ 경험적으로 볼 때 우수한 미술이나 문학작품은 특별한 규정이 없어도 살아남아 후손들에게 전수된다는 것이다. 저작권권을 영구적으로 보호하느냐의 문제는 정책이나 문화 전통의 문제이다.

대한민국 저작권법은 저작권권에 대하여는 저작재산권과는 달리 그 보호기간의 제한에 대한 규정이 없다. 그런데 저작권법은 저작자가 사망한 경우 유족이나 유언집행자가 민사상 청구를 할 수 있다고 규정하고 있으므로(저작권법 제128조) 이들이 모두 사망하면 위 청구권을 사실상 행사할 수 없게 되는 시간적 한계가 있다고 할 것이다.⁸⁵⁾ 그러나 여전히 비친고죄로 규정하고 있는 제137조 제3호에 의한 형사상 구제를 받을 수 있기 때문에 제14조 제2항 단서의 명예훼손의 개념을 엄격하게 해석하게 되면 저작권권은 저작자의 사망과 동시에 소멸하는 것으로 되고 명예훼손의 개념을 넓게 인정하게 되면 사실상 저작권권이 영원히 존속하는 결과가 될 수 있다.⁸⁶⁾ 명예훼손이라는 불명확한 개념의 해석에 따라 저작권권의 보호기간이 달라지는 불합리한 결과가 생기는 것은 부당하다.

공표권의 경우에는 저작자가 사망한지 50년이 지나서 소멸했는데도 불구하고 공표되지 않았음을 이유로 그 저작물을 이용할 수 없게 되면 일정기간이 지난 저작물을 자유롭게 이용하기 위하여 저작재산권의 보호기간을 규정한 취지가 무색해진다. 그러나 성명표시권과 동일성유지권의 보호기간을 영구적으로 할 필요가 있다고 생각한다. 시대에 따른 언어로 바꿀 필요가 있는 문학작품과는 달리 미술품의 동일성

pp. 55-56. 도 같은 취지

83) Dietz, *op. cit.*, p. 214.

84) *Ibid.*, pp. 214-215.

85) 오승중, 앞의 책, p. 491. ; 이해완, 앞의 책, p. 229.

86) 정상조, 『저작재산권법』, p. 312.

은 시대를 초월하여 보존하여야 할 필요성이 크기 때문이다. 또 누가 창작을 했는가의 문제는 보호가능성의 문제가 아니라 진실의 문제이고 시간이 흐른다고 해서 누가 저작자인지에 관한 진실이 바뀌어져서는 안 되기 때문이다.⁸⁷⁾ 저작권일원론이 지배하는 독일에서도 과거에는 저작권격권의 영구성을 주장하는 견해가 많았다. 데보어는 국민의 문화적 이익을 고려한다면 저작물의 순수성은 영구히 보장되는 것이 가장 바람직하다고 주장한다. 슈르제(E. Schulze)와 레만(Lehmann)은 원칙적으로 저작권 전체를 영구적으로 보호하자는 입장이었고 후프만(H. Hubmann)은 저작권격권만 영구적으로 보호해야 한다는 입장이었다.⁸⁸⁾ 대한민국의 구저작권법 제29조는 저작권격권의 영구존속을 규정하고 있었다. 허희성도 저작권이 소멸한 경우에는 저작물이 공유화로 되어 일반인의 자유이용이 허용되는 것이나 저작물의 내용이 변경되거나 혹은 저작자의 성명을 부당하게 변경하는 등의 훼손행위가 허용되어서는 안 된다고 주장한다.⁸⁹⁾ 다만 허희성은 이를 저작권의 범주에서 이탈하여 공중의 문화적 이익을 보호하기 위한 문화정책상의 문제라고 보고 있다.

이와는 별도로 현행 저작권법 규정은 유럽연합 저작권 보호기간에 대한 지침이 저작자 사망 후 70년으로 규정하고 있는 등 주요 국가들의 보호기간 보다 짧아서 국제적인 보조를 맞추는 것이 필요하고, 저작권격권의 보호기간에 대한 명확한 규정을 둘 필요가 있다.⁹⁰⁾

87) 최상필, “저작권법상의 보호기간 규정에 관한 입법론적 고찰”, 『외법논집』, 2006, 24, p. 141. 최상필은 성명표시권만 영구적으로 보호해야 한다는 입장이다.

88) 허희성, 앞의 글, pp. 81-90, p. 214.

89) 위의 글, pp. 214-215.

90) 최상필, 앞의 글, pp. 131-132.

참고문헌

I. 한글·동양어 문헌

1. 단행본

- 강태희, 『현대미술의 문맥읽기』, 서울:미진사, 1995.
- 고유섭, 『한국미술문화사논총』, 서울:통문관, 1983.
- 곽노봉, 『중국서예논문선』, 서울:동문선, 2000.
- _____, 『중국역대서론』, 서울:동문선, 2000.
- 곽노봉·홍우기, 『서론용어소사전』, 서울:다운샘, 2007.
- 권영성, 『헌법학 원론』, 서울:법문사, 2000.
- 권영필, 『한국의 미를 다시 읽는다』, 서울:돌베개, 2006.
- 김기승, 『한국서예사』, 서울:대성문화사, 1966.
- 김시습 외, 『우리겨레의 미학사상』, 서울:보리, 2006.
- 김원룡·안휘준, 『한국미술사』, 신판, 서울:서울대학교 출판부, 1993.
- 김용옥, 『석도화론』, 서울:통나무, 1992.
- 김용준, 『근원 김용준 전집 5』, 서울:열화당, 2002.
- 김정현·한태화, 『중국 저작권법 상』, 서울:법영사, 2008.
- 김정희, 『완당집(阮堂集)』, 1867.
- 김철수, 『헌법학개론』, 서울:박영사, 2000.
- 김현화, 『20세기 미술사』, 서울:한길아트, 1999.
- 김형배, 『민법학강의』, 서울:신조사, 2003.
- 김홍섭, 『독일미술사』, 서울:이유, 2004.
- 나중면, 『18세기 조선시대의 예술론』, 과주:한국학술정보, 2009.
- 남효순·정상조(편), 『인터넷과 법률 II』, 서울:법문사, 2005.
- 미학대계간행회(편), 『미학의 문제와 방법』, 서울:서울대학교 출판부, 2007.
- _____, 『미학의 역사』, 서울:서울대학교 출판부, 2007.
- _____, 『현대의 예술과 미학』, 서울:서울대학교 출판부, 2007.
- 박성은, 『서양미술사 연구』, 서울:다빈치, 2004.
- 박성호, 『저작권법의 이론과 현실』, 서울:현암사, 2006.
- 박지원, 『연암집(燕巖集)』, 1900.
- 성현, 『발화마첩(跋畫馬帖)』, 출판연도 미상

소병희. 『문화예술 지원 및 저작권』. 서울:국민대학교 출판부. 2006.

송시열. 『송자대전(宋子大全)』. 1717.

송영식·이상정. 『저작권법개설』. 제4판. 서울: 세창출판사. 2003.

송영식·이상정·황종환. 『지적소유권법 상』. 제8판. 서울:육법사. 2003.

안대회. 『선비답게 산다는 것』. 서울:푸른역사. 2007.

안휘준. 『한국회화의 전통』. 서울:문예출판사. 1993.

_____. 『한국의 미술과 문화』. 서울:시공사. 2000.

오광수. 『서양근대회화사』. 서울:일지사. 1995.

오세창. 『근역서화징(楮域書畫徵)』. 동양고전학회 역. 『국역 근역서화징』. 서울: 시공사. 1998.

오세혁. 『법철학사』. 서울:세창출판사. 2008.

오승중. 『저작권법』. 중판. 서울:박영사. 2009.

오승중·이해완. 『저작권법』. 제3판. 서울:박영사. 2004.

유복열. 『한국회화대관』. 문교원. 1979.

유홍준. 『화인열전 1·2』. 서울:역사와 비평사. 2001.

윤용이·유홍준·이태호. 『한국미술사의 새로운 지평을 찾아서』. 서울:학고재. 1997.

윤선희. 『지적재산권법』. 6정판. 서울:세창출판사. 2004.

이대회. 『인터넷과 지적재산권법』. 서울:박영사. 2003.

이동주. 『우리나라의 옛그림』. 서울:박영사. 1975.

_____. 『우리 옛그림의 아름다움』. 서울:시공사. 1996.

이상경. 『지적재산권소송법』. 서울:육법사. 1998.

이상우. 『동양미학론』. 서울:시공아트. 1999.

이상정. 『미술과 법』. 서울:세창출판사. 2009.

이인상. 『답윤자목서(答尹子穆書)』. 출판연도 미상

이해완. 『저작권법』. 서울:박영사. 2007.

임태승. 『인물로 읽는 중국 서예의 역사』. 서울:예술문화. 2006.

장주영. 『미국 저작권 판례』. 서울:육법사. 2003.

저작권심의조정위원회(편). 『북유럽 저작권법』. 1997.

_____. 『중국·대만 저작권법』. 2002.

전규호. 『서예장법과 감상』. 서울:이화경영연구소. 2003.

전석진. 『디지털시대의 저작권』. 서울:홍문사. 1997.

진교훈. 『인격』. 서울:서울대학교 출판부. 2008.

정상조. 『인터넷과 법률』. 서울:현암사. 2000.

_____. 『지적재산권법』. 서울:홍문사. 2004.

정상조(편). 『Entertainment Law』. 서울:박영사. 2007.

_____. 『저작권법 주해』. 서울:박영사. 2007.

최성우. 『저작권법』. 서울:한빛지적소유권센터. 1999.

최열. 『화전』. 서울:청년사. 2004.

최종고. 『법사상사』. 서울:박영사. 2003.

_____. 『위대한 법사상가들 I·II·III』. 서울:학연사. 1998.

하용득. 『저작권법』. 서울:법령편찬보급회. 1988.

한정희·배진달·한동수·주경미. 『동양미술사 상』. 서울:미진사. 2009.

허건. 『남종회화사』. 서울:서문당. 1994.

허희성. 『신저작권법측조 해설』. 서울:범우사. 1988.

_____. 『베른협약측조개설』. 서울:일신서적출판사. 1994.

홍선표. 『조선시대회화사론』. 서울:문예출판사. 1999.

_____. 『한국근대미술사』. 서울:시공아트. 2009.

황적인·정순희·최현호. 『저작권법』. 서울:법문사. 1988.

曷路. 『中國書論史』. 北京:北京大學. 2009.

郭若虛. 『論氣韻非師』. 출판연도 미상

_____. 『도화견문지』. 박은화 역. 서울:시공사. 2005.

董其昌. 『畫眼』. 변영섭·안영기·박은화·조송식 역. 서울:시공사. 2004.

董秉琮. 『서법과 회화』. 김연주 역. 서울:미술문화. 2005

孟子. 『맹자』. 우재호 역. 서울:을유문화사. 2007.

白瑩. 『視覺地圖』. 한해성 역. 『지도로 보는 세계 미술사』. 서울:시그마북스. 2007.

沈尹默. 『서법논총』. 광노봉 역. 서울:동문선. 2004.

沈仁干·鐘穎科. 『著作權法概論』. 修訂本. 北京:商務印書館. 2003.

了廬. 『歷代中國書論通解』. 上海:上海畫報. 2006.

王僧虔. 『筆意贊』. 출판연도 미상

王遷. 『著作權法學』. 北京:北京大學. 2009.

熊秉明. 『중국서예이론체계』. 광노봉 역. 서울:동문선. 2002.

俞崑. 『圖書見聞志跋論』. 출판연도 미상

易中天. 『破門而入易中天講美學』. 광수경 역. 『이중텐 미학강의』. 서울:김영사. 2009.

張彥遠. 『역대명화기』. 조송식 역. 서울:시공사. 2008.

張彥遠 외. 『중국화론선집』. 김기주 역주. 서울:미술문화. 2002.

周來祥. 『論中國古典美學』. 남석현 외 역. 『중국고전미학』. 서울:미진사. 2003.

朱志榮. 『中國美學研究』. 上海:上海三聯. 2006.

朱熹. 『맹자』. 한상갑 역. 서울:삼성출판사. 1990.

韓玉壽. 『書論十講』. 南京:江蘇出版社. 2007.

加戶守行. 『著作權法逐條講義』. 四訂新版. 東京:社團法人 著作權情報センター. 2003.

戒能通孝. 『著作權』. 東京:日本評論社. 1950.

今道友信. 『동양의 미학』. 조선미 역. 서울:다홀미디어. 2005.

山口裕博. 『藝術と法』. 東京:尚學社. 2001.

_____. 『藝術法學入門』. 東京:尚學社. 2006.

水野鍊太郎. 『著作權法』. 東京:黎文社. 1905.

五十嵐清. 『人格權法概説』. 東京:有斐閣. 2003.

作花文雄. 『詳解 著作權法』. 제3판. 東京:きょうせい. 2004.

齊藤 博. 『人格權法の研究』. 一粒社. 1979.

中山信弘. 『저작권법』. 윤선희 편역. 서울:법문사. 2008.

Adams, Laurie Schneider. *The Methodologies of Art*. 박은영 역. 『미술사방법론』. 재판. 서울:서울하우스. 2009.

Arnheim, Rudolf. *Art and Visual Perception*. 김춘일 역. 『미술과 시지학』. 서울:홍익사. 1987.

Beardsley, Monroe C. *Aesthetics From Classic Greece to the Present : A Short History*. 이성훈·안원현 역. 『미학사』. 서울:이론과 실천. 1989.

Eco, Umberto. *Storia Della Bellezza*. 이현경 역. 『미의 역사』. 서울:열린책들. 2005.

Fischer, Ernst. *The Necessity of Art*. 김성기 역. 『예술이란 무엇인가』. 서울:돌베개. 1984.

Gombrich, E. H. *Art and Illusion : A Study in the Psychology Representation*. 차미례 역. 『예술과 환영 : 회화적 표현의 심리학적 연구』. 서울:열화당. 1989.

_____. *The Story of Art*. 최민 역. 『서양미술사 상·하』. 서울:열화당. 1991.

Hartmann, Nicolai. *Ästhetik*. 전원배 역. 『미학』. 서울:음유문화사. 1969.

Hauser, Arnold. *Kunst und Gesellschaft*. 한석중 역. 『예술과 사회』. 서울:홍익사. 1981.

Jason, Horst Wodemar. *A Basic History of Art*. 이일 편역. 『서양미술사』. 서울:미진사. 1985.

Jason, H. W. and Jason, Antony F. *History of Art for Young People*. 최기득 역. 『서양미술사』. 서울:미진사. 2008.

Kagan, Moissej. *Vorlesungen zur marxistisch-leninistischen Ästhetik*. 진중권 역. 『미학강의』. 서울:새길. 1989.

Kulterman, Udo. *The Art History of Art History*. 김수현 역. 『미술사의 역사』. 서울:문예출판사. 2002.

Lamarque, Peter and Olsen, Stein Haugom. *Aesthetics and the Philosophy of art*. 김지원 역. 『예술과 미학』. 서울:종문화사. 2007.

Lamm, Robert. *The Humanities in Western Culture*. 이희재 역. 『서양문화의 역사 III』. 서울:사군자. 2007.

Llompert, José. 『법철학의 길잡이』. 정중휴 역. 서울:경세원. 2009.

Lukács, György. *Über die Besonderkeit als Kategorie der Ästhetik*. 홍승용 역. 『미학서설』. 서울:실천문학사. 1987.

Lynton, Norbert. *The Story of Modern Art*. 윤난지 역. 『20세기의 미술』. 2판. 서울:예경. 2007.

Mâle, Emile. *Histoire Générale de l'Art*. 정진국 역. 『서양미술사 1, 2』. 서울:눈빛. 2003.

Meecham, Pam and Sheldon, Julie. *Modern Art : A Critical Introduction*. 이민재·황보화 역. 『현대미술의 이해』. 서울:시공아트. 2004.

Plazy, Gilles. *The History of Art in Pictures*. 이봉순 역. 『이미지로 보는 서양 미술사』. 서울:마로니에 북스. 2007.

Prette, Maria Clara. 『미술이란 무엇인가』. 오병욱 역. 파주:청년사. 2004.

Read, Herbert. *Icon and Idea : The Function of Art in the Development of Human Consciousness*. 김병익 역. 『도상과 사상 : 인간의식의 발전에 있어 미술의 기능』. 서울:열화당. 1982.

_____. *The Meaning of Art*. 임산 역. 『예술의 의미』. 서울:에코리브르. 2006.

Spector, Jack J. *The Aesthetics of Freud*. 신문수 역. 『프로이트 예술미학』. 서울:폴빛. 1981.

Tatarkiewicz, Wladyslaw. *History of Six Ideas*. 김현채 역. 『예술개념의 역사』.

서울:열화당. 1994.

Vanloon, Hendrick Willem. *The Arts*. 광복록 역. 『세계 예술의 역사』. 2판. 서울:문화문고. 2009.

Venturi, Lionello. 『회화의 이해』. 정진국 역. 서울:눈빛. 1999.

Wölfflin, Heinrich. *Die Klassische Kunst 1898*. 박은영 역. 『르네상스의 미술』. 서울:휴머니스트. 2002.

Bohm-Duchen, Monica., Cook, Jane. and Everett, Felicity. *Understanding Modern Art*. 최창규 역. 『열려라 현대미술』. 서울:아트북스. 2004.

소련과학 아카데미(편). 『마르크스 레닌주의 미학의 기초이론 I·II』. 신승엽 외 역. 서울:일월서각. 1988.

2. 논문

강남진. “인격권의 보호에 대한 하나의 제안”. 『민사법학』. 한국민사법학회. 1996. 13(14).

강봉석. “인터넷에 있어서의 저작권의 보호”. 『법학논집』. 이화여자대학교 법학연구소. 2001. 6(1).

계승균. “저작권법상 권리소진이론”. 『창작과 권리』. 세창출판사. 2003. 33.

_____. “저작인격권의 특질에 관한 소고”. 『법학논총』. 전남대학교 법률행정연구소. 2008. 28(1).

고명식. “우리나라 저작권법상 저작인격권의 보호”. 『국제지역연구』. 국제지역학회. 1988. 2(1).

곽종영. “인격권에 관한 연구”. 조선대학교 박사학위논문. 1992.

김근우. “컴퓨터프로그램법상 저작인격권”. 『디지털재산법연구』. 세창출판사. 2005. 4(1).

_____. “한 EU FTA의 저작권 분야의 쟁점과 그 영향”. 『저작권문화』. 2007. 157.

김문환. “동일성유지권의 침해여부”. 『한국저작권관계평석집 1』. 저작권심의조정위원회. 1998.

_____. “저작인격권에 관한 연구”. 경희대학교 박사학위논문. 2008.

김상호. “학술·예술·정보 분야에 종사하는 근로자의 저작권 보호 문제”. 『계간 저작권』. 저작권 심의조정위원회. 2000.

김영기. “선친과 윤단”. 『월간중앙』. 중앙일보사. 1969년 8월호. 1969.

김원오. “EU 및 그 주요 회원국의 추급권 입법 동향”. 『계간 저작권』. 저작권심의조정위원회. 2007.

김재형. “인격권에 관한 판례의 동향”. 『민사법학』. 한국민사법학회. 2005. 27.

김정술. “저작권과 저작인접권의 내용”. 『지적소유권에 관한 제문제 하』. 법원행정처. 1992. 57.

김지현. “디지털환경에서의 미술관과 저작권”. 『현대미술관연구』. 2001. 12.

김중엽. “저작인격권의 보호에 관한 고찰”. 경희대학교 국제법무대학원 석사학위논문. 2004.

김형렬. “저작인격권에 관한 연구”. 성균관대학교 박사학위논문. 2009.

김흥기. “디지털 시대의 저작권에 관한 연구”. 연세대학교 법무대학원 석사학위논문. 1999.

남은하. “미 저작권법상의 공정이용원리에 관한 연구 : 인터넷 시대의 공정이용원리의 적용 가능성 탐색을 중심으로”. 연세대학교 영상대학원 석사학위논문. 2002.

남정우. “취미의 미학과 역사적 미학 : 칸트와 헤겔 미학의 인식론적 지평에서의 비교 고찰”. 『철학·사상·문화』. 동국대학교 동서사상연구소. 2005. 2.

남형두. “저작권의 역사와 철학”. 『산업재산권』. 한국산업재산권법학회. 2008. 26.

박성호. “포스트모던 시대의 예술과 저작권”. 『계간 저작권』. 저작권 심의조정위원회. 1993.

_____. “미술저작물의 저작권 보호 : 서론적 고찰”. 『인권과 정의』. 대한변호사협회. 1996. 369.

_____. “인격권의 침해 : 저작인격권을 중심으로”. 『변호사』. 1997. 27.

_____. “인터넷 환경에서의 저작물의 이용과 저작인격권”. 『인권과 정의』. 대한변호사협회. 1999. 278.

_____. “인격권의 변용 : 퍼블리시티권에 관한 논의를 중심으로”. 『법학논총』. 한양대학교 법학연구소. 2006. 23(2).

박은정. “예술저작품의 추급권에 대한 비교법적 고찰”. 숙명여자대학교 석사학위논문. 2009.

박정기. “헤겔의 미학에 있어서 철학과 예술”. 『범한철학』. 범한철학회. 2003. 23.

박준우. “미국 연방저작권법의 저작인격권의 보호 : Visual Artists Rights Act of 1990을 중심으로”. 『계간 저작권』. 저작권 심의조정위원회. 2008.

박태이. “오원 장승업의 생애와 예술정신”. 군산대학교 석사학위논문. 2003.

박혜진. “인터넷 환경변화에 따른 디지털 콘텐츠 저작권에 관한 연구”. 중앙대학

교 신문방송대학원 석사학위논문. 2001.

방효순. “일제시대 저작권 제도의 정착과정에 관한 연구 : 저작권연사향을 중심으로”. 『서지학연구』. 서지학회. 2001. 21.

배대현. “현행 저작권법상 저작권격권의 범리에 관한 검토”. 『산업재산권』. 한국산업재산권법학회. 2006. 21.

손수호. “미술저작권 이용에 관한 연구”. 경희대학교 언론정보대학원 석사학위논문. 2004.

신도철. “인터넷에서의 저작권과 관련한 미국 판례의 동향”. 『경제경영논집』. 숙명여자대학교 경제경영연구소. 2001. 31(2).

신창환. “미국 저작권법의 저작권격권 문제”. 『계간 저작권』. 저작권 심의조정위원회. 2004.

양재훈. “저작권격권의 내용에 관한 연구”. 연세대학교 법무대학원 석사학위논문. 2000.

_____. “저작권격권에 관한 소고”. 『지식재산』. 1999. 21(55).

유대종. “저작권 남용의 범리에 관한 연구”. 경희대학교 박사학위논문. 2006.

유영선. “저작자의 저작권격권”. 『Law & Technology』. 서울대학교 기술과 법센터. 2006. 2(3).

윤경. “응용미술작품이 저작물로 보호되기 위한 요건”. 『법조』. 2006. 600.

윤방현. “저작권격권의 침해와 보호에 관한 연구”. 『논문집』. 대불대학교. 2000. 6(1).

_____. “저작권격권에 관한 비교법적 고찰”. 『논문집』. 대불대학교. 2001. 7(1).

윤석찬. “인터넷 저작물에 있어 저작권침해와 저작권법”. 『계간 창작과 권리』. 세창출판사. 2002. 28.

윤종수. “UCC 저작권의 차별적 취급과 보상체제”. 『저스티스』. 한국법학원. 2008. 106.

윤철홍. “인격권 침해에 대한 사법적 구제”. 『민사법학』. 한국민사법학회. 1998. 16.

윤춘섭. “한국과 영국의 건축 저작권격권 비교연구”. 『대한건축학회논문집』. 대한건축학회. 1997. 13(12).

이경호. “저작 인격권에 관한 소고”. 고려대학교 특수법무대학원 주최 세미나 발표 자료. 1999.

이광표. “컬렉션, 그 낭만적인 예술을 위하여”. 『건전한 문화제 향유 길잡이』. 서울:한국고미술협회. 2009.

이대희. “저작권법상의 공정이용의 범리에 관한 비교법적 연구”. 『경영법률』. 한국경영법률학회. 2000. 10.

이도현. “Cyberspace에서의 국제제관관할에 관한 연구”. 연세대학교 석사학위 논문. 2002.

이봉림. “인격권에 관한 연구”. 성균관대학교 박사학위논문. 2008.

이봉현. “인터넷과 멀티미디어 시대의 저작권”. 연세대학교 법무대학원 석사학위논문. 2001.

이상정. “저작권격권 : 동일성유지권을 중심으로”. 『계간 저작권』. 저작권 심의조정위원회. 1991.

_____. “응용미술의 보호”. 『계간 저작권』. 저작권 심의조정위원회. 1995.

_____. “스위스 저작권법 개요”. 『계간 저작권』. 저작권 심의조정위원회. 1995. 31.

_____. “동일성유지권에 관한 소고”. 『저스티스』. 한국법학원. 2001.

이승희. “해의 인터넷언론에 의한 명예훼손의 국제제관관할권과 소송절차”. http://pac.or.kr/webzine/23_summer/index.html

이윤정. “미술저작물 저작자의 권리에 관한 고찰 : 취급권을 중심으로”. 인하대학교 석사학위논문. 2008.

이준형. “미술저작물에 있어서 저작물과 소유권의 충돌”. 『스포츠와 법』. 한국스포츠편터테인먼트법학회. 2007. 10(3).

조신명. “중국 저작권제도의 현재와 미래”. 『비교법연구』. 동국대학교 비교법문화연구소. 2008. 9(1).

조용순. “문화콘텐츠의 제작·유통·이용에 관한 법·제도 연구 : 저작권법 및 문화산업 관련법을 중심으로”. 한양대학교 박사학위논문. 2008.

차상욱. “응용미술의 저작권법상 보호에 관한 연구”. 한양대학교 박사학위논문. 2010.

천혜선. “한국의 미술 저작물 보호에 관한 연구”. 서울대학교 석사학위논문. 2007.

최상필. “저작권법상의 보호기간 규정에 관한 입법론적 고찰”. 『외법논집』. 한국외국어대학교 법학연구소. 2006. 24.

한지영. “해결의 법철학과 지적재산”. 『산업재산권』. 한국산업재산권법학회. 2003. 23.

허희성. “응용미술저작물에 대한 저작권 침해”. 『계간 저작권』. 저작권 심의조정위원회. 1995.

_____. “저작권격권의 이론과 효용에 관한 연구”. 국민대학교 박사학위논문. 1995.

황선영. “인터넷을 통한 저작권침해의 구제법제에 관한 연구”. 한남대학교 석사학위논문. 2001.

황희철. “정보통신망 발전과 저작권”. 『뉴미디어와 저작권』. 한국언론연구원.

1996.

II. 서양어 문헌

1. 단행본

- Alford, William P. *To Steal a Book Is an Elegant Offense : Intellectual Property Law in Chinese Civilization*. Stanford:Stanford University Press. 1994.
- Amabile, Teresa M. *Creativity in Context : Update To The Social Psychology of Creativity*. Colorado:Westview Press. 1996.
- Arnold, Matthew. *Copyright*. Fortnightly Review. 1980.
- Cottier, Thomas and Pierre Véron(eds.), *Concise International and European IP Law*. N.Y.:Kluwer Law International. 2008.
- de Pierredon-Fawcett, Liliane. *The Droit de Suite in Literary and Artistic Property : A Comparative Law Study*. N.Y.:Center for Law and Arts Columbia University School of Law. 1991.
- Duboff, Leonard D. *The Antique and Art Collector's Legal Guide*. Naperville:Sphinx Publishing. 2003.
- Duboff, Leonard D., Burr, Sherri and Murray, Michael D. *Art Law : Cases and Materials*. N.Y.:William S. Hein & Co., Inc. 2004.
- Duboff, Leonard D. and King, Christy O. *Art Law in a nutshell*. Minnesota:West Group. 2000.
- Goldstein, Paul. *International Copyright : Principles, Law and Practice*. N.Y.:Oxford University Press. 2001.
- _____. *Copyright's Highway*. Rev. ed. Stanford:Stanford Law and Politics. 2003.
- Gorman, Robert A. and Ginsburg, Jane C. *Copyright : Cases and Materials*. 6th ed. N.Y.:Foundation Press. 2002.
- Greene, Rachel. *Internet Art*. N.Y.:Thames & Hudson world of art. 2003.
- Kaufman, Roy S(ed.). *Art Law Handbook*. N.Y.:Aspen Law & Business. 2000.
- Lea, Gary. *Moral Rights and the Internet : Some Thoughts from Common Law Perspective*. Frederic Pollaud-Dulian (ed). *Perspectives on Intellectual Property : The Internet and Author's Rights*. vol. 5. London:Sweet & Maxwell. 1999.
- Leaffer, Marshall. *Understanding Copyright Law*. Matthew Bender. 1995.
- Lerner, Ralph E. and Bresler, Judith. *Art Law : The Guide for Collectors, Investors, Dealers and Artists*. N.Y.:Practicing Law Institute. 1998.
- Lind, Robert C., Jarvis, Robert M. and Phelan, Marilyn E. *Art and Museum Law*. Durham:Carolina Academic Press. 2002.
- Litman, Jessica. *Digital Copyright*. N.Y.:Prometheus Books. 2000.
- Merryman, John Henry and Elson, Albert Edward. *Law, Ethics, and the Visual Arts*. 4th ed. Hague:Kluwer Law International. 2002.
- Patterson, Lyman Ray. *Copyright in Historical Perspective*. Nashville :Vanderbilt University Press. 1968.
- Patterson, Lyman Ray. and Lindberg, Stanley W. *The Nature of Copyright*. Athens:University of Georgia Press. 1991.
- Paul, Christiane. *Digital Art*. N.Y.:Thames & Hudson world of art. 2003.
- Penner, James E. *The Idea of Property in Law*. Oxford:Clarendon Press. 1997.
- Pufendorf, Samuel. *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law*. James Tully(Ed.). Trans. Michael Silverthorne. Cambridge:Cambridge University Press. 2006.
- Qu, Sanqiang. *Copyright in China*. Beijing:Foreign Language Press. 2002.
- Radin, Margaret James, Rothchild, John A. and Silverman, Gregory M. *Intellectual Property and the Internet*. N.Y.:Foundation Press. 2004.
- Rogers, Carl R. *On Becoming A Person : A Therapist's View of Psychology*. N.Y.:Marine Books. 1961.
- Rush, Michael. *New Media in 20th Century Art*. N.Y.:Thames & Hudson world of art. 2003.
- Saint-Amour, Paul K. *The Copywrights Intellectual Property and the Literary Imagination*. N.Y.:Cornell University Press. 2003.
- Stokes, Simon. *Art and Copyright*. Rev. ed. Portland:Hart Pub. 2003.
- Strauss, Leo. *Natural Right and History*. Chicago:The University of Chicago

Press. 1965.

Tierney, Brian. *The Idea of Natural Rights*. Cambridge:Wm. B. Ederdmans Publishing Co. 2001.

Tuck, Richard. *Natural Rights Theories : Their origin and development*. Cambridge:Cambridge University Press. 1998.

Vartian, Armen R. *Esq. Legal Guide To Buying And Selling Art And Collectibles*. Chicago:Bonus Books. 1997.

Vertone, Amelia V. *The Legal & Moral Rights of All Artists*. iUniverse. 2003.

Cadiet, L  ic et Jeuland, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*, Paris:LexisNexis. 2006.

Carreau, Caroline. *Merite et droit d'auteur*. Librairie generale de droit et de jurisprudence. 1981.

Cornu, Gerard. *Vocabulaire Juridique..* French & European Pubns. 2000.

Duguit, Léon. *L'ÉTAT le droit objectif et la loi positive*. Paris: Dalloz. 2003.

Paris, Thomas. *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*. Presses Universitaires de France. 2002.

Dreier, Thomas. und Schulze, Gernot. *Urheberrechtgesetz Kommentar*. 2. Auflage. München:C. H. Beck. 2006.

Fromm/Nordemann. *Urheberrecht*, 10. Auflage. Stuttgart:Verlag W. Kohlhammer. 2008.

Loewenheim, Ulrich. *Handbuch des Urheberrechts*. Verlag München:C. H. Beck. 2003.

Maunz/Dürig/Herzog/Scholz. *Grundgesetz Kommentar*. München:C. H. Beck. 1978.

Rehbinder, Manfred. *Urheberrecht*. München:C. H. Beck. 2004.

Schack, Haimo. *Urheber- und Urhebervertragsrecht*. Mohr Siebeck. 2001.

Ulmer, Eugen. *Urheber- und Verlagsrecht*. 2. neubearbeitete Auflage. Springer-Verlag. 1960.

2. 논문

Aaron, Milrad. "Artful Ownership : Art Law, Valuation and Commerce in the United States, Canada and Mexico". *Archivaria Association of Canadian Archivists*. 2000. 50.

Adelman, Peter. "Conservator Overreaching and the Art Owner : Contractual Protections Against the Overzealous Restoration of Fine Art". *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*. 1994. 12.

Ausei, Poku. "Modern Challenges to Moral Rights Protection under Copyright Law : The Way Forward". Master of Laws Dissertation. University of Alberta. 2005.

Bird, Robert C. "Moral Rights : Diagnosis and Rehabilitation". *American Business Law Journal*. 2009. 46.

Botha, Sarah E. "Art Conservation : Problems Encountered in an Unregulated Industry". *Columbia Journal of Law & the Arts*. 2003. 26.

Ciolino, Dane S. "Moral Rights and Real Obligations : A Property Law Framework for the Protection of Authors' Moral Rights". *Tulane Law Review*. 1995. 69.

_____. "Rethinking the Compatibility of Moral Rights and Fair Use". *Washington and Lee Law Review*. 1997. 54.

Corlett, J. Angelo. "The Problem of Collective Moral Rights". *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. 1994. 7.

Cotter, Thomas F. "Pragmatism, Economics, and the Droit Moral". *North Carolina Law Review*. 1997. 76.

Crabbs, Karen Y. "The Future of Author's and Artist's Moral Rights in America". *Beverly Hills Bar Association Journal*. 1992. 26.

Craven, Robert Ernest. Jr. "Moral Rights for Muralists : Expanding Artist's Rights under California Civil Code Section 987". *U.C. Davis Law Review*. 1990. 24.

Diaz, Carmina M. "Art Law Research : An Introduction". *Law Library Journal*. 1994. 86(2).

Dickson, Craig James. "Moral Rights : a comparative history of their development and application in civil and common law jurisdictions". Master

Dissertation. University of Toronto. 2005.

Dietz, Adolf. "Alai Congress : Antwerp 1993 The Moral Right of the Author : Moral Rights and the Civil Law Countries". *Columbia Journal of Law & the Arts*. 1995. 19.

Dine, Jeffrey M. "Authors in Non-European Nations : International Agreements, Economics, Mannu Bhandari and the Dead Sea Scrolls". *Michigan Journal of International Law*. 1995. 16.

Eagles, Ian and Longdin, Louise. "Technological Creativity and Moral Right : A Comparative Perspective". *International Journal of Law and Information Technology*. 2004. 12.

Fujita, Anne K. "The Great Internet Panic : How Digitization is Deforming Copyright Law". *Journal of Technology Law & Policy*. 1996. 2.

Ginsburg, Jane C. "Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted through Digital Networks". www.kipo.ke.wipo.net/edocs/mdocs/mdocs/en/gcpic/gcpic_1.doc

Gorman, Robert A. "Federal Moral Rights Legislation : The Need for Caution". *Nova Law Review*. 1990. 14.

Gunlicks, Michael B. "A Balance of Internet : The Concordance of Copyright Law and Moral Rights in the Worldwide Economy". *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*. 2001. 11.

Holland, Brandi L. "Moral Rights Protection in the United States and the Effect of the Family Entertainment and Copyright Act of 2005 on U.S. International Obligations". *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 2006. 39.

Joffrain, Thierry. "Deriving a (Moral) Right for Creators". *Texas International Law Journal*. 2001. 36(4)

Jong, Sang Jo. "Recent Developments in Copyright Law of Korea". *Korean Journal of Comparative Law*. 1996. 24.

Kretsinger, Marilyn J. "Droit De Suite : The Artist's Right to a Resale Royalty". *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*. 1993. 15.

Kwall, Robert Rosenthal. "Fame". *Indiana Law Journal*. 1997. 73.

Larsen, Randall U. "Artist's Rights versus Copyright Owner's Rights : Conflict

Resolution when the Logic of Intellectual Property Law is Articulated with Motion Picture Production". Ph. D. Dissertation. A Collaborative Mode of Production. University of Hawaii. 2005.

Lee, Ilhyung. "Toward an American Moral Rights in Copyright". *Washington and Lee Law Review*. 2001. 795.

_____. "Culturally-Based Copyright Systems? : The U.S. and Korea in Conflict". *Washington University Law Review Quarterly*. 2001. 79.

Lin, Zhou. "Art Law in China". *Art Antiquity and Law-Leicester- Kluwer Law International*. 1999. 4(1).

Ludolph, Carol G. and Merenstein, Gary E. "Author's Moral Rights in the United States and the Berne Convention". *Stetson Law Review*. 1989. 19.

Marcus, Eric. "Moral Right of Artists in Germany". *Copyright Law Symposium*. 1975. 25.

Markovits, Richard S. "Legitimate Arguments and Internally-Right Answers to Legal-Rights Questions". *Chicago-Kent Law Review*. 1999. 74.

McCartney, Brian T. "'Creepings' and 'Glimmers' of the Moral Rights of Artists in the American Copyright Law". *UCLA Entertainment Law Review*. 1998. 6.

Mezghani, Nebila. "A New Tunisian Law Relating to Literary and Artistic Property". *Copyright Bulletin. United Nations Educational, Scientific and Cultural Organizations*. 1995. 29(3).

Mucinskas, Kristina. "Moral Rights and Digital Art : Revitalizing the Visual Artists' Rights Act?". *University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy*. 2005. 2005.

Ng, Alina. "Commercializing Motion Pictures and Sound Recordings through the Internet : Copyright Law and Technology Change". Doctor of the Science of Law Dissertation. The School of Law and the Committee on Graduate Studies of Stanford University. 2004.

Nieler, Timothy E. "Reflections on a Gossamer Thread in the World Wide Web : Claims for Protection of the Droit Moral Right of Integrity in Digitally Distributed Works of Authorship". *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*. 1997. 20.

Nimmer, David. "The Moral Imperative against Academic Plagiarism : Without

- a Moral Right against Reverse Passing off". *DePaul Law Review*. 2004. 54.
- Ogilvy, Patrick W. "Frozen in Time? New Technology, Fixation and Derivative Work Right". *Vanderbilt Journal of Entertainment Law*. 2006. 8.
- Ong, Burton. "Why Moral Rights Matter : Recognizing The Intrinsic Value of Integrity Rights". *Columbia Journal of Law & the Arts*. 2003. 26.
- Patrick, Masiyakurima. "The Trouble with Moral Rights". *Modern Law Review*. 2005. 68(3).
- Pettenati, Leslie A. "Moral Rights of Artists in an International Marketplace". *Pace International Law Review*. 2000. 12.
- Pfennig, Gerhard. "The resale right of artists(droit de suite)". *Copyright Bulletin. United Nations Educational, Scientific and Cultural Organizations*. 1997. 31(3).
- Pollaud-Dulian, Frederic. "The Internet and Author's Rights". *Entertainment Law Review*. 2000.
- Rajan, Mira T. Sundara. "Moral Rights in Information Technology : A New Kind of 'Personal Right'?". *International Journal of Law and Information Technology*. 2004. 12.
- Ramonbordes, Christine. "Economic Impact of the European Directive on the artist's resale right or droit de suite". *Copyright Bulletin*. 2000. 34(2).
- Rigamonti, Cyrill P. "Deconstructing Moral Rights". *Harvard International Law Journal*. 2006. 47.
- Robinson, Christopher J. ""The Recognized Stature" Standard in Visual Artists Rights Act". *Fordham Law Review*. 2000. 68.
- Roeder, Martin. A. "The Doctrine of Moral Right ; a study in the law of artists, authors and creators". *Harvard Law Review*. 1940. 53.
- Rosen, Dan and Usui, Chkako. "The Social Structure of Japanese Intellectual Property Law". *UCLA Pacific Basin Law Journal*. 1994. 13.
- Sackler, Arthur B. "The United States should not adhere to the Berne Copyright Convention". *Journal of Law and Technology*. 1988. 3.
- Schroeder, Jeanne L. "Unnatural Rights : Hegel and Intellectual Property". *University of Miami Law Journal*. 2006. 60.
- Stallberg, Christian G. "Toward A New Paradigm In Justifying Copyright ; An Universalistic Transcendental Approach". *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*. 2008. 18.
- Stern, Cambra E. "A Matter Life or Death : The Visual Artists Act and The Problem of Postmortem Moral Rights". *UCLA Law Review*. 2004. 51.
- Strawn, Brian G. "Guide to Japanese Intellectual Property Law". *AIPLA Quarterly Journal*. 1998. 26.
- Streibich, Harold C. "The Moral Right of Ownership to Intellectual Property : Part I - From Beginning to the Age of Printing". *Memphis State University Law Review*. 1975. 6.
- Swack, Cheryl. "Safeguarding Artistic Creation and The Cultural Heritage : A Comparison of Droit Moral between France and the United States". *Columbia Journal of Law & the Arts*. 1998. 22.
- Vaidhyanthan, Siva. "Unoriginal Sins : Copyright and American Culture". Ph. D. Dissertation. The University of Texas at Austin. 1999.
- VerSteeg, Russ. "Federal Moral Rights for Visual Artists : Contract Theory and Analysis". *Washington Law Review*. 1992. 67.
- Waelde, Charlotte and de Souza, Lionel. "Moral Rights and the Internet : Squaring the Circle". *Intellectual Property Quarterly*. 2002. 3.
- Yassky, Ellin S. "A Comparison of the Definition of Property as Legal Precedents for Legislation Protection Works of Art in France and United States". Ph. D. Dissertation. the School of Education, Healthy, Nursing and Art Professions New York University. 1986.
- Yen, Alfred C. "Restoring the Natural Law : Copyright as Labor and Possession". *Ohio State Law Journal*. 1990. 51.
- Yonover, Geri J. "The Precarious Balance : Moral Rights, Parody and Fair Use". *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*. 1996. 14.
- Youm, Kyu Ho. "Copyright Law in the Republic of Korea". *UCLA Pacific Basin Law Journal*. 1999. 17.
- Zemer, Lior. "The Making of a Copyright Lockean". *Harvard Journal of Law and Public Policy*. 2006. 29.
- Dufay, Julien et Pican, Xavier. "L'ersion du Droit Moral Comparison France-états-Unis". *International Business Law Journal*. 2004. 4.