

고아저작물 이용허락에 관한 검토*

구천을** · 노현숙***

<국문초록>

이 글에서는 각국의 저작권법 규정에서의 고아저작물의 이용허락 문제에 대한 접근방식과 각 법의 유사점 및 차이점을 살펴본다. 한국저작권법상 규정하고 있는 고아저작물의 이용허락 규정과 관련한 문제점을 검토하고, 저작권법에서 법정허락으로 분류되어 있는 저작권법 제50조의 성격과 강제허락제도의 타당성 내지 합리성을 살펴보고자 한다. 대륙법계의 독일저작권법, 영미법계의 미국저작권법 및 특히 연구된 바가 많지 않은 중국저작권법상의 고아저작물의 이용허락에 관한 규정을 비교분석하고, 법정허락, 강제허락, 권리대행, 권리침해 책임 제한, 데이터베이스 구축 등의 라이선스 방식들을 살펴보고, 한국저작권법상 적절한 고아저작물 이용방안을 제시하고자 한다.

주제어 : 고아저작물, 법정허락, 강제허락, 고아저작물 이용허락, 저작권법 제50조

• 투고일 : 2019.06.29. / 심사일 : 2019.07.18. / 게재확정일 : 2019.07.24.

I. 서론

고아저작물(orphan works)의 문제는 글로벌 검색 엔진 회사인 구글(Google)이 전자도서관을 구축하기 위하여 ‘구글 도서관 프로젝트(Google Books Library Project)’라는 계획을 실행하고자 하는 과정에서 고아저작물과 관련하여 상당한 어려움에 직면하게 되면서 본격적으로 대두되었다. 구글은 세계적으로 가장 유명한 대학교 중에서 몇 개 대학의 도서관들의 도서를 디지털화하려고 하였고, 이 과정에서 저작물의 권리주체가 확인되기 않은 채로 수많은 저작물을 그대로 이용했다. 그 후 2005년 미국작가협회는 저작권침해의 이유로 구글을 대상으로 소송을 제기했고 2009년 중국작가협회도 구글을 대상으로 저작권에 관한 권리유지 통고를 제출했다. 해당 분쟁들은 최종적으로 협의로써 해

* 이 논문을 심사해주시고 귀중한 조언을 해주신 심사위원께 감사드립니다.

** 제1저자, 법무법인 세종 변호사, 법학석사

*** 교신저자, 고려대학교 법학전문대학원 연구교수, 법학박사

결되었지만 고아저작물의 이용허락 문제는 그 이후 더욱 더 전 세계적인 주목을 받게 되었고, 고아저작물의 문제가 확대됨에 따라 각국은 이를 해결하기 위한 법적수단을 모색해오고 있다. 그러나 현재 고아저작물에 대하여 국제적으로 통일된 기준이 정립되지 않은 상태이고 고아저작물의 이용허락 문제에 접근하는 방식도 국가마다 다르다. 이 글에서는 각국의 저작권법 규정에 있어서 고아저작물의 이용허락 문제에 대한 접근방식과 각 법의 유사점 및 차이점을 살펴보고, 한국저작권법상 규정하고 있는 고아저작물의 이용허락 규정의 문제점과 저작권법 제50조의 강제허락제도의 타당성을 검토하도록 한다. 독일저작권법, 미국저작권법 및 연구된 바가 많지 않은 중국저작권법상 고아저작물의 이용에 관한 규정을 비교분석하여 한국저작권법상 바람직한 고아저작물의 이용방안을 제시하고자 한다.

II. 고아저작물 개요

1. 고아저작물의 의의

고아저작물에 대한 이용허락의 문제를 해결하기 위하여 먼저 고아저작물이 무엇인지를 살펴볼 필요가 있을 것이다. 공유 영역(public domain)의 저작물은 자유로이 이용이 가능하지만, 공유 저작물 외의 저작물은 권리자를 쉽게 파악할 수 있거나 찾을 수 있는 저작물과 고아저작물로 분류할 수 있고 권리자를 쉽게 파악할 수 있는 저작물에 대해서는 권리자로부터 이용허락을 받아 이용할 수 있으나 권리자를 파악할 수 없는 고아저작물의 경우에는 저작권 문제를 해결하는 것이 쉽지 않다. 2012년 유럽연합의 고아저작물지침에서는 ‘고아저작물이란 저작권자를 확인할 수 없거나 저작권자를 확인하더라도 법에 정하고 기록된 성실한 조사를 통해서도 저작권자를 찾지 못한 저작물’이라고 고아저작물의 정의를 규정하고 있다.¹⁾ 독일의 경우 2010년 저작권신탁관리법의 개정안에 따르면 고아저작물은 절판저작물²⁾과 구별되어 ‘보호받는 저작물이지만 그 권리자가 알려져 있지 않거나 찾을 수 없는 저작물’이라고 한다.³⁾ 2006년 미국

1) DIRECTIVE 2012/28/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works, Article 2.

2) 절판저작물이란 저작물의 재고가 없고 더 이상 제작되지 않는 저작물을 말한다.

3) 독일 저작권신탁관리법 제13조의e.

저작권청(U.S. Copyright Office)이 발표한 <고아저작물에 관한 보고서(Report on Orphan Works)>에 의하면 고아저작물을 ‘저작물을 이용허락의 방식으로 이용하고자 하는 자가 저작권자가 누구인지 확인할 수 없고 저작권자의 소재를 파악할 수 없는 상황을 가리키는 용어’라고 기술하고 있다.⁴⁾ 한편, 한국저작권법 제50조에 의하면 ‘상당한 노력을 기울였어도 공표된 저작물의 저작재산권자나 그의 거소를 알 수 없는 경우’를 저작권자불명의 저작물이라고 규정하고 있다. 고아저작물의 경우 저작권자나 권리자를 확인할 수 없거나 그 소재를 파악할 수 없어 찾을 수 없는 경우를 고아저작물이라고 한다면 저작재산권자는 저작물의 권리자에 해당하여 고아저작물 정의의 일부의 내용을 포함하고 있고, 또한 제50조의 규정은 고아저작물 이용 방법의 하나로서 제시되고 있다는 점에서 국내법에서의 고아저작물의 의미를 정의함에 있어 중요하게 참고가 될 수 있는 규정이라고 보인다.

앞에 열거한 고아저작물에 관한 정의 규정들을 볼 때, 고아저작물에 해당되기 위해서 공통적으로 고려하여야 할 요건은 (1) 해당 작품이 반드시 저작권의 보호를 받을 수 있고 공유 영역에 속하지 않는 저작물임, (2) 해당 작품의 저작권 주체가 명확하지 않거나 저작권자를 찾을 수 없음, (3) (2)의 상태가 영구적이지 않고 저작권자가 다시 나타날 가능성이 있음, (4) 상당한 노력 또는 성실한 조사를 통해서도 저작권자가 누구인지, 그 소재를 파악할 수 없음 등을 들 수 있다.

각국의 고아저작물의 정의를 통해 고아저작물의 공통적인 요건을 찾을 수 있으나 그럼에도 불구하고 각국의 법적 규정을 아우르는 고아저작물에 관한 통일된 정의가 제시되어 있지 않다고 보인다. 그 이유는 다음과 같다. 먼저, 고아저작물의 형성 원인이 다양하다.⁵⁾ 또한, 고아저작물의 규제와 관련하여 각국이 서로 다른 취급방법을 채택하고 있다. 뿐만 아니라 고아저작물의 의의와 관련하여 국제적인 정의 규정이 없다. 이러한 이유로써 아직까지 고아저작물에 관한 명확하게 합의된 정의가 있다고 보기 어렵다.

고아저작물에 관한 연구를 진행함에 있어서 고아저작물에 관한 통일된 정의를 필요로 하나 국제적으로 확정되고 합의된 정의규정이 없으므로, 이 글에서

4) Report on Orphan Works, United States Copyright Office, January 2006, 1면.

5) 고아저작물의 형성 원인으로서는 주로 저작권자가 밝혀져 있지 않은 저작물, 저작권자가 분명하지 않은 저작물, 저작권자를 찾을 수 없는 저작물 그리고 저작권자의 소재를 파악할 수 없는 저작물 등이다. 노현숙, 고아저작물 이용을 위한 선결과제에 관한 비교법적 고찰, 아주법학, 제7권 제4호, 2014년, 350면.

는 고아저작물에 관한 연구의 목적을 수행하기 위하여 고아저작물을 정의함에 있어서 포괄적인 정의방식을 취하고자 한다. 즉, 이 글에서는 저작권자가 없거나 저작권자가 있지만 이를 파악할 수 없거나 저작권자를 찾거나 저작권자에게 연락할 수 없는 모든 저작물을 고아저작물이라고 보기로 한다.

2. 고아저작물의 형성원인

1) 저작권의 자동생성원칙

저작권의 자동생성원칙은 고아저작물이 생겨나게 하는 가장 기본적인 원인이라고 보인다. 상표권이나 특허권 등 다른 지적재산권과는 달리 저작권은 행정기관에게 신청하고 등록할 필요 없이 저작물이 완성된 때로부터 자동적으로 저작권의 보호를 받게 된다. 한편, 상표권이나 특허권 등의 지적재산권의 경우, 행정기관에 신청, 등록 등의 절차를 거쳐 보호를 받는다. 이러한 등록제도 하에서는 반드시 행정기관에의 등록의 절차를 거쳐야만 권리가 법적으로 보호를 받을 수 있고 신청자는 자신의 정보를 등록기관에게 제출하여 등록기관은 이를 보존한다. 반면, 저작권의 자동보호원칙 하에서는 저작권보호의 취득은 따로 등록할 필요가 없으므로 등록기관을 통한 권리주체와의 연결이 중단된다. 저작권자를 확인할 수 있는 주된 방법은 작품에 기재된 권리자의 서명이라고 할 수 있으나 해당 서명이 가명 또는 익명인 경우에는 권리자와 연결될 수 있는 유일한 근거마저 상실된 나머지 고아저작물이 생길 수 있다.⁶⁾ 요컨대, 저작권의 자동생성원칙으로 인하여 권리자에 관한 정보가 거의 노출되지 않는 경우, 이용자가 저작권자를 찾는데 상당한 어려움과 불편을 겪게 되고 고아저작물이 나타날 가능성이 커진다.⁷⁾

2) 디지털 기술과 인터넷의 활성화

유럽연합의 ‘녹서 - 지식경제에서의 저작권(Green Paper - Copyright in the Knowledge Economy)’에 의하면 교육적, 역사적, 문화적 가치가 있는 저작물들을 디지털화하여 비교적 저렴한 가격에 온라인으로 제공받기 원하는 상당한

6) 金泳鋒·彭婧, 孤儿作品保护大陆与香港之比较研究, 电子知识产权, 第3期, 2011年, 70页.

7) 저작물의 경우에도 등록제도에 따라 저작자의 정보가 확인되는 경우에는 해당 작품을 이용하고자 하는 자가 등록기관에 보존되는 권리자의 정보를 조회할 수 있고 이를 통하여 권리자의 신분이나 소재를 확인할 수 있다. 그러므로 등록제도의 경우에는 이용자가 권리자와 비교적 쉽게 연락될 수 있고 이용자는 권리자로부터 작품에 대한 이용허락을 받아 합법적으로 작품을 이용할 수 있다.

수요가 있음에도 불구하고, 고아저작물의 경우에는 저작권자 또는 권리자를 알 수 없거나 그 소재를 알 수 없어서 수많은 저작물이 온라인 디지털 방식으로 제공되거나 보관되는 데에 제약이 되고 있고, 이러한 상황에서 고아저작물의 문제가 날로 중요한 문제로 대두되고 있다.⁸⁾ 저작물의 전통적인 전파방식으로 는 주로 복제, 발행 등을 들 수 있으며 이 과정에서 작품에 부가되고 표시되는 저작권정보가 고정된다. 그러나 인터넷시대에 들어서면서 디지털 형식으로 존재하는 작품이 증가하고 있고 디지털 형식으로 존재하는 저작물의 경우에는 저작물과 저작권자나 저작물 관리자를 연결시키는 권리정보가 일정한 데이터에 의해서만 확정된다. 인터넷으로 저작물이 전파되는 과정에서 저작물의 권리 정보가 쉽게 분실되기도 하고 대체되기도 하기 때문에 저작물의 원래의 출처와 권리자의 신분이 모호하게 될 수 있고, 결과적으로 수많은 고아저작물이 나타날 수 있다.

또한 창작자들은 자신의 개인정보를 보호하기 위하여 인터넷으로 작품을 공표하는 경우에 가상의 정보를 이용하는 경우가 많으며 이용자들이 아무리 시간과 비용을 들인다고 해도 저작물에 관한 이러한 가상정보를 통해서 는 관련 저작물의 권리자의 실체와 연락처를 파악하기 어려운 경우가 많을 것으로 보인다. 그 밖에 저작물을 이용하는 이용자들이 저작권에 대한 명확한 인식을 가지고 있지 않기도 하여, 다른 권리주체의 작품을 이용하는 과정에서 타인의 저작권을 존중하지 않고 작품을 이용·전재할 때 권리자의 이름과 출처를 정확히 표시하지 않는 경우도 상당히 있다. 이로 인하여 일부 저작물의 경우에는 그 권리귀속이 명확한 경우라도 인터넷으로 유통하는 과정에서 권리귀속정보가 점점 모호해지고 결국 저작권자의 신분을 확인할 수 없는 고아저작물이 되어 버리기도 한다. 요컨대, 디지털환경에서의 불안정한 저작권 권리정보 및 권리자 신분의 가상화로 인하여 고아저작물의 출현 가능성이 더욱 증가하고 있다고 보인다.

3. 고아저작물의 유형

고아저작물은 그 형성원인에 따라서 주로 다음과 같은 유형으로 나뉠 수 있다. 첫 번째 유형의 고아저작물은 이용자가 합리적이고 성실한 조사, 심지어

8) Green Paper – Copyright in the Knowledge Economy, Commission of the European Communities 2008, 3.1.3.

특정한 필요한 법적절차를 거쳤어도 권리자의 신분이나 소재를 파악할 수 없는 저작물이다. 즉, 현실적으로 저작권자가 존재하지 않는 저작물의 유형이다. 이 유형의 고아저작물은 저작권자의 이용허락을 받을 수가 없으며 공유저작물의 영역에 속한다고 할 수 있고 해당 저작물의 권리를 국가 또는 저작권집중 관리단체에 귀속시키는 것이 대부분이다.

두 번째 유형의 고아저작물은 저작물을 이용하고자 하는 자가 합리적이고 성실한 노력 또는 조사를 이행했어도 저작물의 저작권자가 권리자의 신분이나 소재를 확인할 수는 없는 경우로서, 비록 확인할 수는 없었지만 언젠가 권리자가 다시 나타날 가능성이 있는 저작물을 의미한다. 이 경우의 고아저작물을 이용하는 경우에는 이용자가 법적 불안정성의 상태에 있고 저작권법의 특별한 조정 대상에 해당한다고 보아야 할 것이다.⁹⁾

세 번째 유형의 고아저작물은 저작물을 이용하고자 하는 자가 합리적이고 성실한 조사를 통하지 않고 권리자를 확인하지 않은 상태에서 임의로 어느 저작물을 고아저작물이라고 간주하는 경우이다. 이 경우의 저작물은 실제로는 고아저작물에 해당되지 않으므로, 이러한 저작물을 이용허락 없이 이용한 행위는 저작권침해에 해당한다.

요컨대, 첫 번째와 두 번째 유형의 저작물이 고아저작물에 해당한다고 할 것이고, 첫 번째 유형의 저작물을 이용하는 경우에는 법적 안정성이 거의 문제되지 않으나, 두 번째 유형의 고아저작물을 이용하는 경우에는 법적 불안정성의 상황에 있다고 할 것이다. 따라서 두 번째 유형의 고아저작물을 둘러싼 권리관계를 어떻게 처리할 것인지가 고아저작물 이용허락의 관건이라고 하겠다.

III. 고아저작물에 관한 각국의 입법례

다음에서는 대표적인 대륙법 국가의 하나인 독일과 영미법계의 대표적인 국가의 하나인 미국의 고아저작물관련 입법례와 고아저작물과 관련한 입법이 아직 발달되지 않았지만 빠른 속도로 창작물 시장이 확대되고 고아저작물이 생겨나고 있는 중국의 입법례를 살펴해보도록 한다.

9) 周艳敏·宋慧献, 版权制度下的“孤儿作品”问题, 出版发行研究, 第6期, 2009年, 67页

1. 독일

독일의 경우 기록문화유산을 디지털화하는 과정에서 고아저작물에 대한 관심이 점점 확대되고 있다. 독일 디지털 도서관¹⁰⁾을 구축하기 위해서 저작권자의 출처나 소재를 확인할 수 없는 수많은 고아저작물을 이용할 필요가 있는 상황에 대비하여 고아저작물의 이용 활성화 방안을 필요로 하게 되었다.

독일 저작권법에는 법정허락(statutory license)제도가 마련되어 있지 않고, 저작물의 이용을 위해서는 저작권자의 허락을 받아야 하며, 저작권자와 연결되지 않은 상태에서 임의로 고아저작물을 이용할 수 없다. 그러나 독일법에서는 전통적으로 저작권 집중관리제도를 선호하기 때문에 저작권자에 관한 정보가 다른 나라보다 상대적으로 투명하다는 특징이 있다.¹¹⁾ 독일의 경우 저작권자의 신분이 분명하지 않은 고아저작물에 대해서 일정한 저작권제한조치를 따로 두고 있지 않는데, 그 이유로는 독일의 경우 매우 강한 저작권보호 의식을 가지고 있기 때문이라고 보인다.¹²⁾

한편, 독일 사회민주당이 제출한 저작권신탁관리법 개정안의 내용에는 고아저작물에 관한 규정을 포함하고 있다. 이 개정안 제13조의e는 고아저작물에 관한 규정으로서, 해당 개정안은 독일법상 고아저작물에 대한 본격적인 입법시도라고 할 수 있다.¹³⁾ 해당규정에 의하면 신중한 조사를 해도 저작권의 보호대

10) 세부사항은 <<http://www.deutsche-digitale-bibliothek.de/>> 참조 (2019년 5월 31일 방문).

11) 안효철, 독일 및 유럽연합에서의 고아저작물 이용에 관한 입법 동향, 안암법학, 제39권, 2012년, 42면.

12) 반면에 한국저작권법 제50조의 규정에 의하면 상당한 노력을 기울였어도 공표된 저작물의 저작권재산권자나 그의 거소를 알 수 없어 그 저작물의 이용허락을 받을 수 없는 경우에 문화체육관광부장관의 승인을 얻은 후 일정한 기준의 보상금을 공탁하면 해당 저작물을 이용할 수 있다는 고아저작물에 대한 제한을 두고 있다.

13) Drucksache 17/3991 Urheberrechtswahrnehmungsgesetz - UrhWahrnG

§ 13e Verwaiste Werke (1) Hat eine sorgfältige Suche ergeben, dass bei ge- schützten Werken der Rechteinhaber nicht feststellbar ist, so gilt die Verwertungsgesellschaft, die Rechte an Werken die- ser Art wahrnimmt, als berechtigt, Nutzungsrechte für die elektronische Vervielfältigung und öffentliche Zugänglich- machung einzuräumen. Für die Nutzung ist eine angemessene Vergütung zu zahlen. Die Verwertungsgesellschaft hat den Nutzer von Vergütungsansprüchen des Rechteinhabers freizustellen.

(2) Wird der Rechteinhaber bekannt, so hat er im Verhält - nis zu der Verwertungsgesellschaft die gleichen Rechte und Pflichten, wie wenn er ihr seine Rechte zur Wahrnehmung eingeräumt hätte. Die Berechtigung der Verwertungsgesell - schaft entfällt mit Wirkung für die Zukunft, wenn der Rechteinhaber ihr gegenüber schriftlich erklärt, seine Rechte selbst auszuüben.

상인 저작물의 권리자를 찾지 못하는 경우에는, 해당 저작물을 전자적으로 복제하여 공중의 이용에 제공할 권리를 이용 허락할 수 있는 권한이 저작권집중관리단체에게 있다. 다만, 나중에 진정한 권리자가 나타날 경우에 권리자의 보상금청구로부터 면제를 받기 위해서는 해당 유형의 저작물을 무료로 이용하는 것이 아니라 일정한 보상금을 저작권집중관리단체에 지급하여야 한다. 또한, 나중에 진정한 권리자가 나타나는 경우, 권리자와 저작권 집중관리단체 간의 관계는 권리를 신탁한 경우와 같이 보아 권리신탁의 경우와 동일한 법적 효과를 갖게 된다. 하지만 만약 나중에 나타난 권리자가 자신의 저작권에 관한 제반 권리를 집중관리단체에 위탁하지 않고 스스로 행사하기로 하면 서면 통지로 집중관리단체로부터 권한을 다시 부여받게 된다.

요컨대, 독일법에서는 고아저작물의 이용에 대하여 상당히 엄격한 법적입장을 취하고 있으며 저작물의 디지털화를 촉진하기 위하여 일반저작물과 마찬가지로 고아저작물에 관한 제반 권리의 이용허락 권한도 집중관리단체에게 맡겨서 매우 효율적인 고아저작물 이용제도를 진행하고 있는 것으로 보인다. 다만, 고아저작물의 판단기준인 ‘신중한 조사’ 및 ‘일정한 보상금’의 지급기준을 법적으로 일률적으로 규정하기 어렵고 저작권집중관리단체의 전문성이 부족하여 실무상 혼란이 일어날 수도 있는 문제가 있다.

2. 미국

미국은 1992년의 저작권법 수정 이후 ‘창작은 완성되는 대로 보호를 부여 받는다’라는 저작권보호 원칙이 확립되었다. 이에 종전에 등록을 저작권보호의 전제조건으로 했던 미국법상 등록주의원칙의 역사가 종료되었다. 그러나 저작권보호의 자동취득의 경우에는, 권리자의 정보가 즉시 업데이트되지 않는다면 해당 작품을 이용하는 데에 걸림돌이 되고 고아저작물은 날로 증가할 수밖에 없게 되었다. 또한 창작자 자신의 신분에 관한 정보가 명확한 경우라고 하더라도, 창작자가 저작권양도 및 이용허락 등 다양한 저작물의 이용방법을 통하여 저작재산권을 제3자에게 양도하거나 부여할 수 있다. 이로 인하여 해당 저작재산권의 귀속이 모호할 수 있고 선의의 이용자가 해당 저작물을 이용하기 위해 진정한 권리주체를 찾는 과정에서 상당한 불편과 어려움을 겪기도 한다. 이런 합리적이지 않은 상황에 대비하여 선의의 저작물 이용자의 권리침해 위험을 줄이기 위해서 미국에서는 2008년에 고아저작물에 관한 법률안¹⁴⁾이 제안되었고 해당 법률안은 고아저작물의 적용범위와 고아저작물의 구제에 관한 제한을

그 핵심내용으로 한다.

해당 2008년 법률안에 의하면 고아저작물에 대한 이용은 저작권침해행위에 해당된다고 규정하고 있다.¹⁵⁾ 따라서 이 법률안에 의하면 저작물을 이용하고자 하는 자가 아무리 성실하고 근면한 조사를 한다고 해도 저작권자로부터 허락을 받지 않고 저작물을 이용하는 경우에는 반드시 저작권침해에 해당되게 된다.

반면 이 법률안은 고아저작물의 이용으로 인한 권리침해행위에 대하여 권리자의 구제방식에 있어서 일정한 제한을 두고 있다. 우선, 고아저작물의 이용에 대한 손해배상은 합리적인 범위 내에만 인정된다.¹⁶⁾ 해당 법률안에 따르면 고아저작물의 이용에 따른 손해배상액은 권리자의 현실적인 손해에 의하여 정해지고, 여기에는 법정손해배상액 제도가 적용되지 않는다.¹⁷⁾ 또한 저작권 침해에 대한 금지령 청구의 적용에 있어서 원칙적으로 금지령은 비영리적인 이용자에게만 적용된다. 나아가, 고아저작물의 이용자가 저작물을 이용하는 과정에서 개작 등의 방법으로 해당 작품을 자신의 상당한 독창적인 표현 및 노력과 결합하여 변형하게 되면 이용자가 일정한 보상금을 저작권자에게 지급하여 계속 해당 작품을 이용할 수 있고 새로이 만든 작품에 대하여 저작권을 보유한 다.¹⁸⁾ 이 점은 고아저작물의 이용자에게 매우 큰 혜택이라고 보인다.

3. 중국

인터넷 기술의 발전에 따라 많은 창작자들은 인터넷으로 소설이나 음악 등의 저작물을 공표한 후 작품을 잘 관리하지 않기도 하고 자신의 작품과의 연결이 중단되기도 하여 작품이 고아저작물이 되는 경우가 많다. 인터넷상의 창작물과 관련하여 고아저작물의 발생 빈도가 증가하고 있음에도 중국에서 고아

14) Orphan Works Act of 2008, H.R. 5889(110th).

<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-110hr5889ih/pdf/BILLS-110hr5889ih.pdf>

15) 2008 법률안에 의하면 고아저작물의 이용을 ‘합리이용’이나 ‘법정허락’제도에 속하는 이용이라고 보는 것이 아니라 고아저작물을 포함한 모든 저작물의 침해에 관하여 일괄적으로 침해로 규정하고 있다. 단, 고아저작물의 침해자가 성실한 노력(diligent effort)에 의하여 권리자를 파악하고 찾으려는 노력을 이행했다면 이러한 침해의 범위에서 제외된다고 규정하여 고아저작물 이용의 법적 성질이 원칙적으로는 침해임을 명확하게 규정하고 있다.

16) United States Copyright Office, Report on Orphan Works (2008) §514 (a)(3).

17) 법정조건에 해당되면 권리자가 법에 따른 일정한 손해배상액을 법원에 신청할 수 있으며 그가 당한 현실적인 손해를 증명할 필요가 없다.

18) United States Copyright Office, Report on Orphan Works (2008) §514 (c)(2).

저작물은 입법자의 많은 관심을 받지는 못했다. 중국의 저작권법상 ‘고아저작물’이라는 개념은 별도로 없으며 다만 실무에서 ‘고아저작물’이라는 이념이 포함되어 있고 관련된 제도가 마련되어 있는 상태이다.

우선, 저작권자가 밝혀져 있지만 저작권자에 대한 소개나 연락처가 확인될 수 없는 고아저작물에 대하여 1991년 제7기 중국전국인민대표대회 상무위원회가 공포한 저작권법실시조례에 따르면 “공표된 작품을 타인이 이용하고자 하는 경우에 저작권자에게 보수를 지급하여야 한다. 저작권자나 저작권자의 소재가 명확하지 않을 때에는 한 달 안에 보수를 국가관권국이 지정한 기구에 제출하여 해당 기구를 통해서 저작권자에게 전달한다”고 규정한다. 이후에 국가관권국은 ‘중국저작권이용대가전달센터’를 설립하여 저작권자의 소개가 분명하지 않은 작품의 이용에 따른 보수전달 업무를 법정허락에 의하여 전문적으로 담당하도록 하였다. 그러나 2001년 중국저작권법의 개정으로 인해 권리자에 대한 소개가 분명하지 않은 고아저작물을 법정허락의 범위에서 제외시킴으로써 고아저작물 이용에 대한 보수전달제도의 존재가치도 상실하게 되었다.

또한 저작권자를 파악할 수 없는 작품에 대하여 중국저작권법실시조례는 ‘작가의 신분이 밝혀지지 않은 작품에 대하여 해당 작품의 원본 소유자는 서명권 외에 기타 모든 저작권을 행사한다. 작가의 신분이 확정된 후에는 해당 저작권은 다시 작가나 그의 상속자에게 귀속된다’고 규정하고 있다. 해당 규정을 둔 이유는 작품을 창작자의 신분이 밝혀지지 않은 경우, 작품의 원본을 가지고 있는 자가 현재로서는 작품과의 관계가 가장 밀접하다고 할 수 있으므로 작품 원본 소지자로 하여금 저작권을 행사하도록 한다면 작품에 담은 가치를 최대한 실현할 수 있다는 점에 주목한 것이라고 할 것이다.¹⁹⁾

한편 디지털 시대에 들어서서 많은 저작물이 온라인 형식으로 존재하고 있고, 디지털 형식으로 만들어진 저작물의 복제와 전송이 쉬워지고 있어서 원본과 복사본간의 구별이 이전보다 상대적으로 더욱 어렵다.²⁰⁾ 따라서 중국법상의 해당 규정은 디지털환경에서는 적용되기 어렵기 때문에 디지털환경 하에서의 고아저작물의 이용에 대한 새로운 대응방안이 필요할 것으로 보인다.

요컨대, 고아저작물의 이용허락제도와 관련하여 중국법에서는 ‘제3자의 대신 권리행사’원칙을 택하고 있으며, 이러한 대신 권리행사에 의하면 저작권자가 확인되거나 연락되지 않을 경우에는 일정한 조건에 해당되는 제3의 권리행사가 저작권자의 이익을 위하여 저작권을 대신 행사할 수 있을뿐더러 저작권

19) 金泳鋒·彭婧, 孤儿作品保护大陆与香港之比较研究, 电子知识产权, 第3期, 2011年, 70면 참조.

20) 온라인 작품의 경우에는 원본과 복제본이 거의 동일하여 양자를 거의 구별할 수 없다.

침해에 관한 손해배상책임까지 주장할 수 있는 것이다.

4. 각국 입법례의 시사점

대표적인 대륙법계 국가인 독일의 경우 고아저작물과 관련하여 고아저작물의 이용에 대해서 엄격한 법적입장을 취하고 있으며 집중관리단체를 통한 고아저작물 이용제도를 적용하고 있다. 미국의 경우 고아저작물의 적용범위와 고아저작물관 관련한 구제의 내용을 비교적 현실적으로 제시하고 있고, 미국의 2008년 고아저작물법률안에서는 고아저작물의 이용이 저작권침해행위라는 입장을 제시하고 있다. 중국의 경우 저작권자나 저작권자의 소재를 알 수 없는 경우에는 현재로서 작품과의 관계가 가장 밀접하다고 할 수 있는 작품 원본 소지자로 하여금 저작권을 행사하도록 하고 있다. 요컨대 독일과 미국, 중국의 구체적인 고아저작물 상황과 고아저작물 이용허락의 방식에는 차이가 있으나 각국이 모두 고아저작물에 대한 불가피한 이용을 허락을 위해서는 일정한 요건을 두고 있는데 이것은 고아저작물의 이용이 원칙적으로는 저작권침해라는 것을 기반으로 하기 때문이라고 보인다. 즉 고아저작물의 이용은 원칙적으로는 저작권침해라는 것에는 대부분의 국가가 동의하는 입장을 보이고 있고, 따라서 저작권침해의 상황을 극복하여 고아저작물의 이용허락을 가능하게 하기 위한 방안이 필요하다. 다음에서는 고아저작물의 이용을 가능하게 하는 다양한 이용허락 방식을 살펴보도록 한다.

IV. 고아저작물 이용허락 방식 검토

1. 법정허락

법정허락제도는 법에서 정하는 사유에 해당하는 경우에 일정한 사용요금을 권한 있는 기관에 납부하거나 공탁하고 저작물을 사용하도록 하는 제도이다.²¹⁾ 법정허락제도에서는 법률에서 정한 조건을 충족하고 일정한 사용료를 지급하거나 공탁함으로써 저작권자나 권리자의 허락 없이도 타인의 저작물을 이용할 수 있다. 이러한 법정허락 방식을 취하는 국가로서는 한국, 중국, 홍콩,

21) 송영식 외, 지적소유권법 제2판, 육법사, 2013년, 648면.

영국 등을 들 수 있다. 법정허락 방식은 저작권자의 의사와 상관없이 저작물에 대한 이용허락이 강제로 허락되고 보상금 지급이 조건이라는 점에서는 강제허락과 유사하나, 강제허락에서는 제3자의 개입이 있는 반면 법정허락에서는 제3자의 개입 없이 법률에 의해 이용허락이 된다는 차이가 있다. 법정허락의 예로서, 저작권법 제25조에 따라 학교 교육 목적 등에 저작물을 이용하는 경우 법정허락제도에 의한 저작물 이용에 해당한다. 이 경우 저작물의 전부 또는 일부를 수업목적에 이용할 수 있고, 고등학교이하에서의 이용을 제외하고는 저작물을 이용하기 위해서 보상금을 해당 저작재산권자에게 지급함으로써 이용할 수 있다. 이 제도를 고아저작물의 이용허락에 적용한다면, 특정한 저작물을 이용하고자 하나 저작권자를 찾을 수 없는 정당한 이유가 존재하는 경우에는 관련 작품을 제한 없이 이용할 수 있도록 하는 방식으로 법정허락제도를 적용할 수 있을 것으로 보인다. 법정허락제도를 고아저작물의 이용에 적용할 경우, 이용허락을 받는데 있어 비용과 시간이 상당히 절약되고 고아저작물의 전파와 이용이 더욱 편리해질 것으로 보인다.

이러한 법정허락의 특징은 곧 법정허락제도의 문제점이 될 수도 있을 것이다. 법정허락제도를 고아저작물에 적용할 경우, 저작권자가 밝혀지지 않았거나 저작권자의 소재를 알 수 없다는 이유만으로 저작권자의 권리가 제한된다는 문제가 지적될 수 있다. 따라서 관련 저작물에 대한 이용행위를 법정허락의 범위에 포함시키는 것이 과연 합리적인가하는 의문이 든다.

2. 강제허락

강제허락제도는 저작권자 또는 권리자와 이용자가 간의 사용 협상이 이루어지지 않는 경우에, 권한 있는 기관이 보상금을 결정하는 조건으로 저작권자로부터 하여금 저작물의 이용허락을 하도록 강제하는 제도이다.²²⁾ 강제허락제도의 핵심은 저작물을 이용하고자 하는 자가 상당한 합리적인 노력을 통해서도 공표된 작품의 저작자 또는 권리자를 찾지 못하는 경우, 관련 행정기관²³⁾으로부터 허락을 받아 행정기관이 정하는 사용료와 기타 허락조건에 따라 저작물 사용료를 공탁한 후에 해당 저작물을 이용할 수 있다는 것이다.

이 제도의 장점은 이용자가 저작권자의 허락을 받지 못한 경우에도 행정기

22) 위의 책, 648면.

23) 한국의 문화체육관광부, 일본의 일본문화위원회, 캐나다의 저작권위원회 등의 기관을 들 수 있다.

관의 승인을 받아 고아저작물을 이용할 수 있다는 점이다. 이 제도를 고아저작물에 적용할 경우의 문제점으로는 구체적인 허용범위가 명확하지 않다는 점이다. 예를 들어, 한국저작권법 제50조의 저작재산권자 불명의 저작물에 대한 법정허락 조항은 사실상 강제허락에 관한 조항이라고 보고 있다.²⁴⁾ 이 조항에서, 상당한 노력을 기울였어도 공표된 저작물의 저작재산권자나 그의 거소를 알 수 없어 그 저작물의 이용허락을 받을 수 없는 경우에 보상금을 공탁하고 저작물을 이용할 수 있도록 규정하고 있는데, 이 때 ‘상당한 노력’의 기준이 명확하지 않다. 외국법에서도 강제허락제도를 적용함에 있어서 ‘성실한 조사’의 요건을 두고 있으나 이에 대한 구체적인 판단기준이 명확하게 제시되어 있지 않아 이용자가 스스로 ‘성실한 조사’의 기준에 부합하였는지를 판단하기가 쉽지 않다. 따라서 강제허락에 의하여 이용자가 고아저작물을 이용할 수 있다 해도, 이용자가 강제허락 요건에 부합하였는지 여부와 관련하여 불안정성이 내재하고 따라서 고아저작물 저작권자에 대한 권리침해의 가능성을 완전히 배제할 수는 없을 것으로 보인다.

3. 권리대행

권리대행 방식을 채택하고 있는 국가로는 중국을 들 수 있다. 중국의 경우 저작권자가 확인될 수 없다면 관련 저작물의 원본을 가지고 있는 자로 하여금 저작권자를 대신하여 저작재산권을 행사하도록 권한을 부여하는데 이러한 제3자의 권리행사가 여기에서 말하는 ‘권리대행’ 즉 ‘대신 권리행사’방식의 일종이라고 할 수 있다.

일본의 경우 저작물의 작가 또는 권리자가 가명이나 익명을 사용하는 경우에 작가 혹은 권리자의 신분이나 소재를 확인하지 못하는 경우, 해당 작품의 발행자에게 해당 저작물에 관한 저작권 행사가 귀속된다.²⁵⁾ 이 때 발행자가 대신 행사할 수 있는 권리의 범주에는 저작재산권의 침해로 인한 손해배상청구를 주장할 수 있을뿐더러 저작인격권의 침해로 인한 손해배상청구까지도 포함된다. 여기에서 말하는 권리대행은 저작권자의 이익을 보호하기 위한 것으로

24) 박성호, 구 저작권법 제29조 제2항, 제76조의2 및 제83조의2에서 규정하는 ‘판매용 음반’의 개념과 의미, 정보법학, 제20권 제3호, 2016, 129면; 안효걸, 고아저작물 이용에 관한 라이선스 방식과 저작권제한 방식, 안암법학 제51권, 2016, 395면; 최진원, 권리자불명 저작물 활용 방안에 대한 비교법적 연구 -법정허락제도를 중심으로-, 정보법학, 제12권 제2호, 2011, 223면 각주13).

25) 일본저작권법 제118조.

서, 저작권의 전부 또는 일부를 권리대행자에게 실제로 이전 하는 것은 아니라는 점에 주목할 필요가 있다.

권리대행 방식의 장점은 별도로 기구를 신설하지 않고도 고아저작물을 효율적으로 관리할 수 있다는 것이고 선의의 이용자가 비교적 적은 비용으로 이용허락을 받을 수 있다는 점을 들 수 있다. 다만, 이 방식의 단점으로는 모든 고아저작물에 대하여 적용이 될 수 있는 것은 아니라는 점이다. 권리대행 방식에 있어서 원칙적으로는 저작권자 외에 저작물의 발행자를 작품과 가장 밀접한 관계를 가지고 있는 제3자로 본다. 하지만 디지털시대에 있어서 온라인 작품의 경우 작품의 전통적인 이용과정인 공표, 출판 및 발행과는 달리 창작자가 직접 작품을 인터넷을 통해 이용자에게 제공하고 작품의 발행이라는 절차를 생략하기도 한다. 이에 인터넷 서비스제공자는 저작권자 및 그의 작품에 대하여 가지고 있는 정보가 매우 적은 편이다. 이 경우 ‘발행자’라는 제3자가 존재하지 않거나 해당 저작권의 행사를 작품과 연관성이 거의 없는 인터넷 서비스제공자에게 맡길 수는 없으므로 고아저작물의 이용허락을 대신해줄 수 있는 마땅한 제3자가 존재한다고 보기 어렵다. 이에 권리대행 방식을 통해서도 고아저작물의 이용허락 문제를 근본적으로 해결하기는 어렵다고 보인다.

4. 권리침해 책임 제한

권리침해 책임 방식은 미국의 2008년 고아저작물법률안에서 처음으로 제시되었고 고아저작물에 대한 이용이 저작권 침해행위에 해당되는 것을 전제로 한다. 이 방식에 있어서는 ‘합리·근면한 조사’ 및 ‘합리적 보상’이라는 두 가지 기본 원칙이 확립되었다. 이 가운데 ‘합리·근면한 조사’라는 원칙은 이후에 저작권자가 복귀하는 경우에 고아저작물 이용자의 법정항변사유로서 권리자가 제기하는 권리침해에 의한 손해배상청구에 대한 항변사유가 될 수 있다. 다만, 이용자는 반드시 그가 작품을 이용하기 전에 선의, 근면한 조사를 거쳐도 권리자를 찾지 못했다는 것을 증명하여야 한다. 여기에서 ‘합리적 보상’이라는 원칙은 저작권자와 사회공중간의 이익균형을 이루기 위한 것으로서, 이용자가 ‘합리·근면한 조사’라는 의무의 이행을 증명하게 되면 시장원칙에 따라 이윤과 징벌성배상을 제외한 실제 손해만을 저작권자에게 지급하면 된다. 이로써 고아저작물의 이용자로 하여금 고액의 손해배상을 수 있도록 한다. 반면 이 방식의 단점으로서, ‘합리·근면한 조사’의 판단기준이 모호하고, 실제손해액을 계산하기 어려운 상황에서는 ‘합리적 보상’의 산정이 불가능하다는 점 등을 들 수 있다.

5. 데이터베이스 구축

고아저작물의 이용허락을 얻기 위해서는 일반저작물보다 더 많은 거래비용과 시간을 필요로 한다. 그럼에도 불구하고 고아저작물의 경우에는 많은 노력을 해도 저작권자를 찾아낼 수 없으므로 최소한의 노력을 통해 이용허락을 받고 고아저작물을 효율적으로 관리하는 것이 필요할 것으로 보이며 이를 위해서는 집중관리단체에 의한 이용허락 방식에 의하여 관리하는 것이 적절하다고 보인다.²⁶⁾ 해당 방식은 주로 유럽연합에서 적용되고 있는 방법으로서 고아저작물의 이용허락에 관한 사항을 모두 집중관리단체와 같은 저작권허락센터에 맡겨서 센터가 권리자를 대리하여 작품에 관한 이용허락을 수여하는 것을 그 핵심내용으로 한다.²⁷⁾ 동시에 각국의 국내 협회단체 등은 고아저작물의 이용허락에 관한 구체적인 정책방안, 표준 및 비용을 결정한다. 저작물의 저작권자가 밝혀지지 않을 때에 저작권허락센터가 이를 대표하여 이용허락을 행사하고 나중에 권리자가 확정되면 이용허락의 권한을 다시 저작권자에게 귀속시킴으로써 정상적인 수권절차로 변경될 수 있다. 이 방식의 진행을 위해서는 보완된 데이터베이스와 협회단체의 구축 및 독립적인 권리수여기구의 구비를 필수적인 조건으로 한다. 뿐만 아니라 유럽연합 차원에서 고아저작물의 판단기준에 대하여 통일된 기준이 확립될 필요가 있고 고아저작물에 관한 이용허락의 원만한 진행을 위하여 유럽연합 회원국 간의 사법협조체계까지도 요구된다.

[고아저작물 이용허락 방식 비교표]

	법정허락	강제허락	권리대행	권리침해 책임제한	데이터베이스 구축
주요국가	영국, 중국, 홍콩	한국, 일본, 캐나다	중국, 일본	미국	유럽연합
저작권침해 가능성	불가능	가능	가능	가능	가능
승인여부 및 주체	자동	행정기구	원본소지자 / 발행자	저작권자	허락센터
사용료의 확정	무료	행정기구 정하는 보상금	거래 / 계약기준	합리적 보상 / 실제손해	협회단체 정하는 비용

26) 노현숙, 디지털도서관 구현을 위한 저작권문제 해결방안 연구, 디지털도서관, 통권 제66호, 2012년, 70면.

27) I2010 Digital Libraries High Level Expert Group, Copyright subgroup. Key Principles for Orphan Works and Out of Print Works Data bases and Rights Clearance Centres [R] .

저작권자를 찾기 위한 합리적인 조사의 필요여부	합리적인 노력 /조사	합리적인 노력 /조사	불필요	합리·근면한 조사	불필요
---------------------------------	----------------	----------------	-----	--------------	-----

V. 고아저작물 이용허락 방식에 대한 제안

1. 한국법상 고아저작물 이용허락제도 검토

한국저작권법 제50조의 규정에 비추어 보면 “저작물을 이용하고자 하는 자가 상당한 노력을 통해서도 공표된 저작물의 저작재산권자나 그의 거소를 알 수 없어 그 저작물의 이용허락을 받을 수 없는 경우에는 문화체육관광부장관의 승인을 얻은 후 정하는 기준에 의한 보상금²⁸⁾을 공탁하면 관련 고아저작물을 이용할 수 있다.” 따라서 한국의 경우는 앞에서 살펴본 이용허락 방식들 가운데 강제허락 방식의 고아저작물 이용허락 방식을 취하고 있는 것을 알 수가 있다. 즉, 한국저작권법 제50조 이하 제52조까지를 범조문에서는 법정허락으로 분류하고 있으나, 제50조에서 제52조의 내용은 실제로는 강제허락의 내용에 준한다고 할 것이다.

한편 한국과 비슷한 고아저작물 이용허락제도를 채택하고 있는 국가가 적지 않다. 예컨대, 영국²⁹⁾, 캐나다³⁰⁾, 일본³¹⁾ 등을 들 수 있다. 해당 방식에 의하면

28) 고아저작물을 이용하기 위해서는 저작권자를 찾으려는 상당한 노력을 하고, 저작물당 수수료(저작권법 시행규칙 제23조 및 한국저작권위원회가 정하는 보상금을 공탁해야 하기 때문에 고아저작물의 이용에는 상당한 거래비용이 소요된다. 한편, 징수된 보상금은 진정한 권리자에게 분배되는 것이 바람직하지만, 분배되지 못한 채 남아있는 보상금도 상당한 금액에 이르며 이 경우 권리자로 추정되는 집단을 위해 사용되는 것이 적절할 것으로 지적되기도 한다. 최진원, 미분배보상금의 활용 방안에 대한 연구 - 저작권법상 ‘공익목적 사용’을 중심으로 -, 정보법학, 제20권 제3호, 2017, 168면.

29) 영국 저작권법 제57조. 합리적인 노력을 통하여 작가를 찾을 수 없고 저작권의 보호기간이 만료되었다고 추측하는 것이 합리적인 경우에는 해당 작품을 이용하는 행위가 권리침해에 해당되지 않는다.

30) 캐나다 저작권법 제77조. 저작권자가 밝혀지지 않는 작품인 경우에 위원회가 신청자가 합리적인 노력을 다 해도 저작권자를 확인하지 못한다고 여기는 경우에 신청자에게 이용허락을 수여할 수 있다. 해당 수권은 독점적인 것이 아니고 위원회가 제정한 조건에 한하여 이용할 수 있다.

31) 일본 저작권법 제67조. 신청자가 합리적인 노력을 거쳐도 저작권자의 신분을 확인할 수 없다면 해당 작품은 공중영역에 속하게 된다. 일본문화위원회의 강제수권을 받고 일정한 보상금을 지급한 후에 해당 저작물을 이용할 수 있다.

한국법상 고아저작물을 이용하기 위하여 만족하여야 할 요건으로서 (1) 상당한 노력의 투입(선의의 이용자) (2) 저작권자의 신분이나 그의 소재를 알 수 없음(객관적으로 이용허락을 받을 수 없음) (3) 행정기관의 승인을 얻음 (4) 일정한 보상금의 지급 등의 요건을 들 수 있다.

선의의 이용자의 이익이 최대한 보호될 수 있다는 점은 해당 한국의 이용허락제도의 가장 큰 장점이 될 수 있고 반면 단점으로는 세 가지를 들 수 있다고 보인다. 우선, ‘상당한 노력 또는 성실한 조사’에 대한 정의가 명확하지 않다. 이용자가 ‘상당한 노력 또는 성실한 조사’를 해야 선의의 이용자에 해당되므로 이와 관련된 구체적인 기준의 제시가 필요로 하나 실제로 그 의미를 정의하는 것이 어렵다고 본다. 이런 상황은 한국뿐만 아니라 이와 유사한 방식을 채택하고 있는 다른 국가에서도 피할 수 없는 부분이다. 또는, 설사 한국법에 있어 ‘상당한 노력 또는 성실한 조사’에 관한 구체적인 판단기준이 확립되더라도 다른 국가의 관련 규정과 다소의 차이가 있을 수 있으므로 국제적인 통일된 인정기준이 정립되지 않는다면 국가 간 법 규정의 충돌을 초래할 가능성이 있을 것으로 보인다.

또한, 선의의 이용자가 일정한 액수의 보상금³²⁾을 지급하면 강제허락으로 인한 이익을 누릴 수 있기 때문에 불공정한 거래결과를 이룰 수도 있다고 본다. 강제허락에 따른 보상금은 일반 저작권 이용거래에 따른 사용료에 비하면 그 액수가 현저히 적은 반면에 선의의 이용자가 저작물의 이용을 통하여 엄청난 수익을 얻을 수 있기 때문이다. 따라서 강제허락에 따른 일정한 보상금은 저작권자에게는 매우 불공정한 액수의 보수가 될 수 있어서 이익의 균형이 깨질 가능성이 높아 보인다. 이러한 합리적이지 않은 현상을 방지하기 위해서 2008년 미국 고아저작물 법률안에 정한 ‘합리적인 보상(reasonable compensation)’ 기준을 적용하는 것이 바람직하다고 본다. 해당 기준에 의하면 ‘합리적인 보상’의 액수는 작품의 권리와 이용자가 각각 매도인과 매수인으로서 통상적인 경우에 협의가 이루어질 수 있는 로열티의 액수를 말한다.³³⁾

그 밖에 한국 저작권법상 현행 고아저작물 이용허락제도와 관련하여 다음의 사항이 보완되면 적절할 것으로 보인다. (1) 고아저작물을 이용하는 행위의 법적성질 확정이 필요하다. 행정기관의 승인을 받아서 강제허락의 방법으로 고아

32) 국내 고아저작물 이용 활성화의 문제점의 하나로서, 보상금과 승인신청에 소요되는 수수료가 지적되기도 한다. 정경희, 도서관보상금체제에서 고아저작물체제로의 전환모색, 한국문화정보학회지, 제8권 제4호, 2014, 206면.

33) United States Copyright Office, Report on Orphan Works (2008) §514(a)(3).

저작물에 대한 이용이 가능하게 되지만 해당 이용행위가 저작권자로부터 이용 허락을 얻지 않는 이상 그 법적 성질이 과연 적법한 이용행위인지 아니면 저작권침해행위에 해당되지만 강제허락의 취득을 항변사유로 하여 권리침해의 손해배상책임으로부터 면책을 받을 수 있는 것인지 법 규정으로 명시할 필요가 있다. (2) 고아저작물의 이용허락을 받은 후 나중에 진정한 권리자가 나타날 경우 관련 이용행위에 대하여 금지령을 적용할 수 있는지 여부를 명시할 필요도 있을 것이다. 미국법의 경우 고아저작물에 대한 이용행위의 성질에 따라 금지령의 적용이 달라진다. 특히 고아저작물을 바탕으로 이용자가 개작, 변형, 재구성 등의 방법으로 자신의 상당한 독창적인 표현 및 노력과 결합하여 새로운 작품을 창작하고자 하는 경우에 이용자의 이익보호를 우선시하여야 하고 금지령을 적용하는 것이 적절하지 않다³⁴⁾고 사료된다.³⁵⁾ 이에 비추어 한국 저작권법도 고아저작물에 대한 이용행위의 유형별로 금지령의 적용가능성을 규정할 필요가 있다고 본다. 또한 저작권법 제50조의 저작재산권자 불명인 저작물의 이용을 저작권법 규정 내에서 저작물 이용의 법정허락으로 분류하고 있으나, 강학상 이 규정은 강제허락에 해당한다는 것이 많은 학자들의 의견이지만 저작권법 조문의 분류 그대로 법정허락으로 보는 의견³⁶⁾도 상당히 있다. 저작권법상 법정허락의 표제 하에 분류되어 있으나 실제로는 강제허락에 해당하는 규정이라면 제50조의 법적 성격에 대한 혼란이 있을 가능성이 있다고 본다. 따라서 제50조가 강제허락에 해당한다면 법정허락의 표제를 수정하여나 별도의 명시를 두는 등 저작권법 규정을 수정하는 것이 혼동을 줄이기 위해서라도 필요하다고 보인다.

2. ‘성실한 조사’ 또는 ‘상당한 노력’의 의미와 판단기준 확정

고아저작물의 권리자를 찾기 위한 ‘상당한 노력’ 이나 ‘성실한 조사’는 어떤 저작물이 고아저작물인지 아닌지를 결정하는 데에 가장 기본적인 단계라는 점에서 중요한 의의가 있다.³⁷⁾ 미국 2008년 고아저작물 법률안에서는 ‘성실한 조

34) United States Copyright Office, Report on Orphan Works (2008) §514(c)(2)(B).

35) 한편, 저작권자의 허락을 받지 않고 그의 저작물을 이용하여 새로운 작품을 창작하는 것과 관련하여서는 저작물에 대한 동일성유지권 및 2차적저작물작성권을 침해할 여지도 있다.

36) 김현철, 디지털 도서관 서비스와 저작권 문제에 대한 연구, 디지털도서관 2015년 겨울호 (통권 제80호), 2015, 14면; 육소영 고아 저작물과 저작권법의 목적, 중앙법학, 제13집, 제1호, 2011, 408면; 정경희, 한국문헌정보학회지 제8권 제4호, 2014, 200면 등 다수.

37) 권리자를 찾기 위한 노력이 전제되어야 비로소 고아저작물인지 여부를 결정할 수 있으며,

사'여부를 결정하기 위한 기준³⁸⁾으로서 조사를 수행함에 있어서 취해진 행위가 '합리적(reasonable)'이고 '적절한(appropriate)' 행위이어야 한다고 규정하고 있다.³⁹⁾ 미국 고아저작물 법률안에서 제시하는 것처럼, 각국의 저작권법 규정에서도 고아저작물 이용 전에 취해진 노력에 대한 판단기준으로서 '성실한 조사 또는 노력'이라는 다소 모호한 기준을 취하고 있다. 한국저작권법에서는 저작물의 이용허락 없이 저작물을 이용할 수 있는 경우로서 '상당한 노력'을 기울였어도 공표된 저작물의 저작권자나 그의 거소를 알 수 없어 그 저작물의 이용허락을 받을 수 없는 경우라고 규정하고 있다(한국저작권법 제50조 제1항). 이 때의 '상당한 노력'은 미국 고아저작물 법률안에서의 '합리적이고 적절한 행위'에 의해 취해진 '성실한(diligent) 조사'에 비견될 수 있다고 보인다. 하지만, 한국법의 '상당한 노력'의 기준이 구체적으로 제시되어 있지 않고, 이러한 모호성은 미국 고아저작물에 관한 법률안에서의 '성실한 조사' 기준이 명확하게 제시되어 있지 않은 점과 유사하다고 보인다.

이에 해당 '상당한 노력' 또는 '성실한 조사' 기준의 구체적인 의미를 구현할 필요가 있다고 본다. 미국과 같이 주로 판례를 재판의 근거로 하는 영미법계의 경우라면 명시적인 규정을 두지 않고도 사례마다 구체적인 상황에 따라서 '성실한 조사'에 해당되는지를 판단할 수 있겠으나, 대륙법계인 한국, 중국 및 일본 등의 국가에서는 구체적이고 명확한 법 규정을 제정하는 것이 필요할 것으로 보인다. 구체적으로는 '성실한 조사' 또는 '상당한 노력'의 판단기준에 관하여 입법 상 열거방식을 적용하여 가능한 일체 조사의 방법과 수단을 열거하여 명시하는 것이 바람직하고 다만 이 때의 열거는 열거적 예시로 보아 열거의 범위에 포함되지 않는 경우라고 그에 준하는 경우까지 포함하여 볼 수 있도록 규정하는 것이 필요하다고 본다. 예를 들어 서면으로 저작권 관리행정기관에게 제출한 조사신청, 저작권단체관리조직에게 제출한 조사신청, 지명도가 높은 신

소수의 저작물의 경우에는 권리자를 찾기 위하여 고도의 노력을 기울이는 것이 가능하나, 반면 도서관 소장자료 등의 경우처럼 대량의 자료를 디지털화기 위해서는 자료의 다수가 고아저작물일 것이라는 믿음이 오히려 합리적이라고 지적하기도 한다. 정경희, 고아저작물 활용을 위한 '상당한 노력' 규정의 문제점 및 개선에 관한 연구, 한국문화정보학회지, 제50권 제4호, 2016, 336-337면.

38)(ii) DETERMINATION OF DILIGENT EFFORT.—In determining whether a search is diligent under this subparagraph, a court shall consider whether—

(I) the actions taken in performing that search are reasonable and appropriate under the facts relevant to that search, including whether the infringer took actions based on facts uncovered by the search itself;

39) H.R.5889 - Orphan Works Act of 2008, SEC. 2. Limitation on remedies in cases involving orphan works. §514(b)(2)(A)(ii)(I).

문 또는 인터넷매체에서 공개적으로 저작권자에 대한 조회 등의 방식을 들 수 있다. 뿐만 아니라 이용자가 해당 저작물을 대체할 수 있는 다른 저작물이 존재하지 않기 때문에 불가피하게 해당 저작물을 이용할 수밖에 없다는 사유도 제시하여야 한다.⁴⁰⁾

3. 법정허락제도와 강제허락제도의 비교

저작권제한의 중요한 제도 및 수단으로서의 법정허락과 강제허락제도의 공통점은 공중으로 하여금 저작물을 접근·이용할 수 있도록 하고 창작자와 사회 공중간의 이익균형의 조율에 있다고 보인다. 반면, 법정허락과 강제허락 방식의 차이점은 저작물의 이용에 있어서 저작권관리부서의 수권이 반드시 필요한지 여부에 있다. 본 논문의 입장에서는 법정허락제도보다 정부의 행정 권력이 포함되는 강제허락제도가 고아저작물의 이용 측면에서 더 도움이 된다고 본다. 그 이유는 다음과 같다. (1) ‘성실한 조사’의 기준을 판단하기가 어렵기 때문에 고아저작물의 판단과 이용조건을 법원보다 더 전문적인 기관인 저작권기구에 맡기는 것이 적절하다고 보인다, (2) 고아저작물 이용자가 강제허락을 받으면 추후에 권리자가 나타날 경우에도, 권리침해에 대한 유효한 항변수단이 될 수 있다고 볼 수 있고 권리의무 관계의 안전성을 유지할 수 있다고 보인다. 즉 이용자로 하여금 법적 결과에 대한 예측을 가능하게 함으로써 안전한 법적 환경을 제공한다고 본다.

VI. 결론

현재 국제적으로 고아저작물의 이용허락에 관한 통일적인 기준이 없는 관계로 각국은 자국의 필요에 따라 구체적인 고아저작물 이용방안을 구축해왔다. 그러나 디지털시대의 영향을 받아 디지털형식으로 생성, 전파 및 이용된 저작물의 경우 전통적인 저작물 형식과 큰 차이가 있으므로, 고아저작물의 이용허락에 관한 제반규칙도 디지털환경의 상황을 고려하여 재구축할 필요가 있다고 본다. 고아저작물에 관한 이용허락제도를 보완함에 있어서 미국의 2008년 미국 고아저작물 법률안의 관련 내용을 참고하는 것도 바람직하다고 보인다.

40) 赵锐, 论孤儿作品的版权利用, 知识产权, 第6期, 2012年, 67页

한국의 경우 고아저작물의 이용에 있어서 강제허락이라는 제도를 적용하고 있고 이 제도는 이용자의 이익을 중심으로 채택된 제도인 듯하다. 이에 저작권자의 이익이 과도하게 제한되고 저작권자와 이용자 간의 이익균형을 잃게 될 우려가 있다고 보인다. 따라서 현재의 제도보다는 저작권자의 이익을 보다 강화하고 디지털시대에 따른 작품의 유통과정을 충분히 고려하여 현행 한국 저작권법상의 고아저작물의 이용허락제도를 재구축하는 것이 타당하다고 사료된다.

[참고문헌]

- 김현철, 디지털 도서관 서비스와 저작권 문제에 대한 연구, 디지털도서관, 2015년 겨울호(통권 제80호), 2015년.
- 노현숙, 디지털도서관 구현을 위한 저작권문제 해결방안 연구, 디지털도서관, 2012년 여름호(통권 제66호), 2012년.
- , 고아저작물 이용을 위한 선결과제에 관한 비교법적 고찰, 아주법학, 제7권 제4호, 2014.
- 박성호, 구 저작권법 제29조 제2항, 제76조의2 및 제83조의2에서 규정하는 ‘판매용 음반’의 개념과 의미, 정보법학, 제20권 제3호, 2016년.
- 송영식 외, 지적소유권법 제2판, 육법사, 2013년.
- 안효질, 독일 및 유럽연합에서의 고아저작물 이용에 관한 입법 동향, 안암법학, 제39권, 2012년.
- , 고아저작물 이용에 관한 라이선스 방식과 저작권제한 방식, 안암법학 제51권, 2016년.
- 육소영, 고아 저작물과 저작권법의 목적. 중앙법학, 제13집, 제1호, 408면.
- 정경희, 도서관보상금체제에서고아저작물체제로의전환모색, 한국문헌정보학회지 제8권 제4호, 2014년.
- , 고아저작물 활용을 위한 ‘상당한 노력’ 규정의 문제점 및 개선에 관한 연구, 한국문헌정보학회지, 제50권 제4호, 2016년.
- 최진원, 권리자불명 저작물 활용 방안에 대한 비교법적 연구 - 법정허락제도를 중심으로 -, 정보법학, 제12권 제2호, 2011년.
- , 미분배보상금의 활용 방안에 대한 연구 - 저작권법상 ‘공익목적 사용’을 중심으로 -, 정보법학, 제20권 제3호, 2017년.

金泳鋒·彭婧, 「孤儿作品保护大陆与香港之比较研究」, 『电子知识产权』, 第3期, 2011.

周艳敏·宋慧献, 「版权制度下的“孤儿作品”问题」, 『出版发行研究』, 第6期, 2009.

赵锐, 「论孤儿作品的版权利用」, 『知识产权』, 第6期, 2012.

Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council.

United States Copyright Office, Report on Orphan Works, January 2006.

Green Paper - Copyright in the Knowledge Economy, Commission of the European Communities, 2008.

S. 2913, 110th Congress 2d Session United States Copyright Office, Report on Orphan Works, 2008.

Orphan Works Act of 2008, H.R. 5889(110th).

<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-110hr5889ih/pdf/BILLS-110hr5889ih.pdf>

I2010 Digital Libraries High Level Expert Group, Copyright subgroup. Key Principles for Orphan Works and Out of Print Works Data bases and Rights Clearance Centres[R], 2010.

[Abstract]

Reviewing Orphan Works Licensing

Qiu, Tianyi* · Roh, Hyeon-Sook**

This article examines licensing schemes to use orphan works in each country 's copyright law and examines the similarities and differences between each law.

It reviews the issues related to the license of the orphan works stipulated in the Korean Copyright Act, and examines the nature of Article 50 of the Korean Copyright Act which is classified into statutory license and the validity or reasonability of the compulsory license. By comparing and analyzing German Copyright Act, Copyright Law of the United States and Copyright Law of the People's Republic of China which is especially hardly studied, and by reviewing licensing ways such as statutory license, compulsory license, exercise of rights by third parties, limitation of liability for violation of rights and establishment of database, it suggests an appropriate license to use orphan works under the Korean Copyright Act.

Keywords : orphan works, statutory works, compulsory works, orphan works license, Article 50 of the Korean Copyright Act

* Shin & Kim, Attorney

** Korea University, Research Professor