

지적재산권의 헌법상 근거와 위헌심사방법

- 헌법 제22조와 제23조를 중심으로 -



헌 법 재 판 소

머리말

이 연구는 헌법재판소가 한국헌법학회에 의뢰한 연구 용역의 결과물입니다. 한국헌법학회는 용역을 의뢰받은 후 1차로 회원 중 이 주제에 대한 선행 연구가 있는 회원으로 연구진을 구성하였고, 2차로 이 연구 주제의 특성상 지적재산권법 전문가이면서 세부 연구 주제에 선행연구가 있는 전문가를 모셔 연구진을 구성하였습니다.

우리 헌법재판소는 그간 지적재산권과 관련하여 몇 차례의 결정을 하였습니다. 그 과정에서 지적재산권의 헌법적 근거를 제22조 제2항에서 찾았고 그 위헌심사기준으로 헌법 제37조 제2항에서 도출되는 과잉금지의 원칙을 제시하면서도, 당해 사안에서 문제가 되는 명확성의 원칙, 포괄위임금지의 원칙, 신뢰보호의 원칙 등 일반적인 헌법소송에서 위헌심사기준으로 제시하였던 각종 위헌심사기준을 적절히 사용하여 슬기롭게 문제를 해결해 왔습니다. 그럼에도 지적재산권의 헌법적 근거는 제22조 제2항으로 제시하였으나 위헌심사 단계에서는 제23조 재산권에 대한 과잉금지의 원칙을 심사함으로써 당해 사건에서 관련기본권이 헌법 제22조 제2항의 지적재산권인지 제23조의 재산권인지 아직 결론을 유보하고 있는 것으로 보입니다. 그리고 제22조 제2항을 위헌심사기준으로 적용하는 경우 제22조 제2항이 입법권자에게 지적재산권의 형성에 광범위한 입법형성권을 부여한 것으로 전제하고 입법형성권의 한계 일탈 여부를 심사기준으로 위헌 여부를 판단하고 있습니다. 그러나 헌법 제22조 제2항이 지적재산권의 헌법적 근거라면 다른 기본권의 위헌심사와 마찬가지로 입법형성권의 한계 일탈 여부가 아니라 헌법 제37조 제2항을 심사기준으로 위헌 여부를 판단하여야 하는 것이 아닌가 의문이 제기됩니다. 이 연구는 위와 같은 문제를 해결하기 위하여 제22조 제2항의 이해와 그것과 제23조의 관계, 지적재산권과 관련하여 헌법실무적으로 제기하는 쟁점을 도출한 후 이 쟁점에 대하여 이론적 처방을 제시하고자 하였습니다.

우리 헌법은 제23조 재산권 규정과 별도로 제22조 제2항을 두고 있습니다. 이 규정은 제헌 헌법 제14조에서 학문과 예술의 자유 규정의 후문에 처음 규정된 이후 현재까지 그 위치와 내용이 실질적인 동일성을 유지하며 존재하여 왔습니다. 연구진은 헌법제정회의록과 1세대 헌법학자의 문헌을 통해 제헌 헌

법이 이를 규정한 것은 지적재산권의 보호를 학문과 예술의 자유의 보호를 위한 필수불가결한 수단으로서 인정하고 과학, 기술, 예술을 발전시키기 위한 것으로 이해하였습니다. 그리고 “모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다. 저작자, 발명가와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.”는 표현이 그 목적을 분명하게 담지 못했지만 비교적 적절히 성안하였다고 이해하였습니다. 그리고 학문과 예술의 자유와 같은 조문 안에서 규정하면서 재산권 바로 직전에 위치시킨 것도 지적재산권의 본질에 충실한 절묘한 선택이었다고 이해하였습니다. 따라서 헌법 제22조 제2항을 문리적·체계적·역사적 해석 방법에 충실하게 해석하고자 하였습니다. 그리고 이에 기반하여 쟁점을 추출하고 이에 대하여 이론적 처방을 제시하였습니다.

연구가 끝난 지금, 머리말을 쓰고자 각 쟁점에 대한 결론을 다시 읽어 보니 법사회학적으로도 타당한 결론을 제시한 것 같아 마음이 가볍습니다. 널리 알려진 것처럼 지적재산권법의 최근 경향은 과학, 기술, 예술의 발전을 위한 창작자와 이용자 이익의 적절한 균형을 벗어나 창작자 보호에 치우친 면이 있고, 그러한 창작자 보호의 명분 아래 투자자 보호에 치중하는 면이 있습니다. 연구진의 해석론은 이러한 균형을 잃은 입법 등의 국가작용의 위헌성이 문제될 때 우리 헌법재판소가 이를 적절히 통제하여 균형을 회복할 수 있는 이론적 논거가 될 수 있다는 생각이 들었습니다.

연구진은 다음과 같은 절차로 이 연구를 수행하였습니다. 우선 각 연구진의 선행연구와 관심을 고려하여 상대적으로 전문성이 있는 주제를 배분하였습니다. 그 결과 강태수 교수님은 제23조 재산권 해석론을, 저는 제22조 제2항의 해석론을, 이규호 교수님은 지적재산권법에 대한 해석론을 맡았습니다. 그리고 상대적으로 전문성이 있는 나라의 비교법적 연구도 배분하였습니다. 그 결과 강태수 교수님은 독일, 이규호 교수님은 미국, 김갑석 교수님은 일본 등 기타 나라를, 저는 우리나라를 맡았습니다. 그 후 한 명씩 담당 주제와 비교법적 연구 결과를 발표하고 모두가 각자 생각을 정리하여 제시한 후 난상 토론하였습니다. 이 과정에서 각 쟁점에 대해 연구진 내에서 다수 의견을 찾았습니다. 그리고 다수 의견에 입각하여 담당 집필 부분을 작성하였습니다. 따라서 보고서에서 제시한 각 쟁점에 대한 결론은 특정 연구자의 결론이 아니라 전체 연구진의 다수 의견으로 이해하여 주십시오. 그에 대한 이견이 있고 특정 연구자가 그러한 이견 표시를 원하는 경우 연구진의 결론과 구별하

여 이를 표시할 수 있도록 하였습니다. 원칙적으로 제1장은 제가, 제2장 제1절은 이규호 교수님이, 제2절은 강태수 교수님이, 제3절은 김갑석 교수님이, 제3장 제1절, 제2절은 제가, 제3절은 강태수 교수님이, 제4절, 제5절은 강태수 교수님과 제가, 제4장 제1절, 제2절, 제3절, 제5절은 강태수 교수님과 제가, 제4절은 이규호 교수님이, 제5장은 제가 초안을 작성하였습니다. 마지막으로 연구진이 차례로 돌아가며 초안에 가필, 수정을 하여 원고를 완성하였습니다.

연구를 진행하면서 최초 연구진과 별도로 이 연구에 직·간접적으로 참여하신 두 분이 있습니다. 이일호 교수님(연세대학교 법학연구원 연구교수), 이규홍 판사님(특허법원 부장판사)입니다. 이 교수님은 독일 유학 경험을 살려 당해 주제를 이해하는데 검토해야 할 독일 연방헌법재판소 결정례를 조사하여 초안을 작성하여 주셨습니다. 그리고 이규홍 판사님은 저와 공저의 논문 중 일부를 이 글에 수정하여 신도록 허락하여 주셨습니다. 이 자리를 통해 다시 한 번 감사 인사드립니다. 그리고 연구할 수 있는 기회를 주신 헌법재판소와 한국헌법학회 관계자 여러분께 감사 인사드립니다. 마지막으로 연구를 함께 하며 듬뿍 정이 든 연구진께 감사와 존경의 인사드립니다.

이 연구 결과가 대한민국 헌법 수호와 실현의 소명을 부여받은 헌법재판소의 권한 행사에 의미있는 기여를 할 수 있기를 바랍니다.

2019년 10월 31일

연구책임자 정필운 올림

목 차

제1장 서론

제1절 연구목적과 필요성	1
제2절 연구범위와 방법	3
제3절 용어의 정리: 지적재산권	4
I. 지적재산권과 관련된 다양한 용어의 사용	4
II. 일본과 중국에서의 논의	4
1. 일본	4
2. 중국	5
III. 한국에서의 논의	6
1. 지적재산권설	6
2. 지적소유권설	7
3. 지식재산권설	7
4. 기타 견해	8
IV. 소결: ‘지적재산권’이라는 용어의 타당성	9
제4절 기존의 결정 동향	16
I. 개관	16
II. 실용신안법 제34조 등 위헌확인	16

1. 사건의 개요와 심판 대상	16
2. 결정요지	18
3. 이 결정의 의의	20
III. 저작권법 제104조 등 위헌소원	28
1. 사건의 개요와 심판 대상	28
2. 결정 요지	30
3. 이 결정의 의의	32
IV. 저작권법 부칙 제4조 위헌확인	34
1. 사건의 개요와 심판 대상	34
2. 결정요지	35
3. 이 결정의 의의	36
V. 저작권법 제9조 위헌제청	39
1. 사건의 개요와 심판 대상	39
2. 결정요지	40
3. 이 결정의 의의	41
VI. 저작권법 제137조 제1항 제1호 위헌소원	45
1. 사건의 개요와 심판 대상	45
2. 결정요지	46
3. 이 결정의 의의	47
VII. 구 저작권법 제2조 제28호 등 위헌소원	50
1. 사건의 개요와 심판 대상	51
2. 결정요지	53
3. 이 결정의 의의	54

제5절 선행 연구의 검토	55
I. 선행 연구의 동향	55
II. 이 보고서의 쟁점에 대한 견해 대립	57

제2장 지적재산권의 헌법적 근거에 관한 비교법적 연구

제1절 미국	60
I. 관련 헌법 규정과 그 해석론	60
1. 연방헌법상 지적재산권 규정의 의의	60
2. 연방헌법상 지적재산권 규정의 발전	61
II. 연방헌법상 다른 규정과의 관계	64
1. 상거래 조항	64
2. 조약 체결권	65
3. 예산 지출권	66
III. 관련 판례	67
1. Eldred v. Ashcroft 사건	67
2. Golan v. Holder 사건 판결	71
3. Ladd v. Law and Technology Press 사건	74
4. Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co. 사건과 Compro Corp. v. Day-Brite Lighting, Inc. 사건	75
IV. 연방헌법상 저작권 규정에 따른 연방의회의 입법형성권의 범위	76
1. 창작성 요건에 따른 제한	76

2. 아이디어가 아니라 표현에 해당하여야 한다는 제한	77
3. 고정 요건의 제한	78
4. 저작권 보호기간의 제한	79

제2절 독일 79

I. 관련 헌법 규정과 그 해석론	79
1. 관련 헌법 규정	79
2. 해석론	80
II. 관련 판례	82
1. Schul- und Kirchengebrauch(학교 및 종교적 이용) 사건	82
2. Bibliotheksgroschen(도서관 그로셴) 사건	88
3. Tonbandvervielfältigungen(음반복제물) 사건	93
4. Schulfunksendung(교육방송) 사건	102
5. Schallplatten(음반) 사건	105
6. Kirchenmusik(교회음악) 사건	112
7. Vollzugsanstalten(교정시설) 사건	121
8. Zeitschriftenauslage(잡지 비치) 사건	125
9. Übersetzerhonorare(번역비) 사건	130
10. Metall auf Metall 사건	140

제3절 그 밖의 국가 150

I. 관련 헌법 규정과 그 해석론	150
1. 관련 헌법 규정	150

2. 해석론	151
II. 관련 판례	152
1. 일본	152
2. 프랑스	152
제4절 소결	153

제3장 헌법 제22조 제2항과 제23조의 해석론

제1절 제22조 제2항의 헌법사적 고찰	155
I. 현행 헌법 제22조 제2항의 도입과 변천사	155
II. 헌법 제정 과정에서 논의와 그에 대한 평가	155
제2절 제22조 제2항의 해석론	157
I. 창작자	157
1. ‘저작자·발명가·과학기술자와 예술가’의 공통점	157
2. 창작성의 의의 및 수준	159
3. 관련쟁점: 업무상 창작물의 지적재산권 귀속 규정에 관한 헌법적 평가	162
II. 권리	164
1. 지적재산권의 본질 및 규정형식의 타당성	164
2. 제22조 제2항의 권리의 성격 : 자연권 또는 실정권?	167
3. 국가목표규정인가?	168

III. 법률로써 보호	170
1. 기본권형성적 법률유보	170
2. 지적재산권의 사회적 기속성	171
3. 입법형성권과 창작자 보호방법의 다양성	174
IV. 기술되어 있지 않은 구성요건	175
1. 보호의 목적	175
2. 제한된 기간	179
3. 지적재산의 내용	181
제3절 제23조의 해석론	183
I. 개관	183
1. 구조	183
2. 헌법규정의 연혁	183
II. 재산권의 법적 성격	185
1. 천부인권으로서의 재산권	186
2. 실정권으로서의 재산권	187
3. 법적 지위로서 재산권	188
4. 가변적 상대적 권리로서 재산권	191
5. 소결	194
III. 재산권의 보호영역: 일반적인 기본권 보호영역과 비교한 특수성	197
1. 의의	197
2. 보호영역에 대한 일반적 확정원칙과 재산권 보호영역의 특수성	198

3. 재산권 내용규정의 기준과 합헌성 심사	230
IV. 재산권 내용규정과 공용수용의 구분	236
1. 경계이론	237
2. 분리이론	239
3. 분리이론에 입각한 헌법재판소의 판례	239
4. 소결	241
5. 보상의무가 있는 재산권 내용 규정	241
6. 지적재산권의 내용규정과 보상 여부	244
V. 공용수용	247
1. 공용수용의 개념	247
2. 공용수용의 요건과 한계	250
제4절 제22조 제2항과 제23조의 관계	257
I. 쟁점의 정리	257
II. 제22조 제2항에 근거한 지적재산권의 범위	260
III. 제22조 제2항에 근거한 저작인격권의 보호	263
IV. 결론: 독자적 의미가 있는 제22조 제2항은 제23조보다 우선 적용	265
제5절 소결	267

제4장 헌법소송론적 쟁점과 처방

제1절 지적재산권자가 헌법소송을 제기하는 경우 심사 방법	269
I. 지적재산권자가 헌법소원을 제기한 경우	269
II. 지적재산권자가 위헌법률심판이나 제68조 제2항의 헌법소원을 제기한 경우	277
제2절 지적재산권을 침해한 자가 헌법소송을 제기한 경우	278
I. 지적재산권을 침해한 자가 헌법소원을 제기한 경우	278
II. 이용자의 이익에 대한 헌법적 평가	280
1. 의의	280
2. 이용자의 이익의 실체	281
3. 헌법적 평가	282
III. 지적재산권을 침해한 자가 위헌법률심판이나 제68조 제2항의 헌법소원을 제기한 경우	285
제3절 특수문제 1. 지적재산의 창작에 기여하였으나 지적재산권을 부여받지 못한 자의 기본권 침해 심사 방법 ...	286
I. 문제제기	286
II. 헌법소원을 제기한 경우	286
III. 위헌법률심판이나 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 제기한 경우	287

IV. 제22조 제2항을 헌법적 근거로 삼은 후 입법형성권의 한계
일탈 여부를 심사 기준으로 삼은 것에 대한 평가 288

V. 소결 293

**제4절 특수문제 2. 저작권자와 저작권신탁관리업자의 헌법소송
인정 여부 296**

I. 저작권신탁관리의 본질 296

1. 신탁관리의 의의 및 법적 성질 296

2. 포괄적 대리의 개념 298

3. 대리·중개와의 구별 299

4. 신탁의 대상 300

5. 신탁의 범위 301

II. 수탁자의 법적 지위 302

1. 개관 302

2. 저작권 신탁계약상 위탁자와 수탁자의 법률관계 303

3. 소결 311

III. 저작자와 저작권신탁관리업자의 헌법소송 인정 여부 312

1. 저작권신탁관리업자의 헌법소송 312

2. 저작자의 헌법소송 316

제5장 요약 및 제언

318

참고문헌	325
I. 국내문헌	325
II. 외국문헌	331
줄임말표	335

제1장 서론

제1절 연구목적과 필요성

우리 헌법과 같이 입헌주의(Constitutionalism)를 채택하고 이를 효과적으로 구현하기 위하여 헌법재판제도를 채택하고 있는 헌법 아래에서 제정 또는 개정된 저작권법, 특허법, 실용신안법, 상표법 등 이른바 지적재산권법의 내용은 언제나 헌법재판소(이하 ‘헌재’로 줄이기도 하였다)의 심판대상이 될 수 있다. 실용신안권의 등록료를 납부하지 않은 경우 실용신안권을 소멸시키는 실용신안법 규정에 대한 헌법소원,¹⁾ 창작에 기여한 자임에도 불구하고 저작권법에 의하여 저작권을 부여하지 않는 저작권법 규정에 대한 위헌법률심판²⁾ 등이 그것이다. 한편 ‘카피라이트(Copyright)와 카피레프트(Copyleft)의 대립’으로 불리는 지적재산의 보호와 이용과 관한 견해 대립도 결국에는 우리 헌법 질서 안에서 해소되어야 한다.³⁾

미국, 독일 등 선진 외국에서도 지적재산권법에 대한 헌법소송은 이미 지난 2000년대 초반부터 본격화되었다. 미국에서는 지난 2002년 저작권 보호기간을 저작자 사후 70년으로 연장한 소니보노 저작권 보호기간 연장법(CTEA: Sonny Bono Copyright Term Extension Act)에 대한 헌법 소송,⁴⁾ 인터넷에서 파일을 불법 다운로드한 이용자에 대하여 2회 경고 후 3회 위반시에는 간 이재판절차에 따라 최고 1년의 인터넷 차단을 할 수 있는 하도피(HADOPI)법에 대한 위헌 판결,⁵⁾ 제3자의 음반 중 일부를 샘플링 기법으로 자신의 음악에 사용하는 것이 예술 창작의 자유에 포함되는지 문제가 된 사안에서 샘플링된 곡의 이용을 저작권법이 금지하면 예술 창작의 자유가 침해된다고 판시한 독일 연방헌법재판소의 판결⁶⁾ 등이 그것이다.

1) 헌재 2002. 4. 25. 2001헌마200.

2) 헌재 2018. 8. 30. 2016헌가12.

3) 이상 정필운, “정보사회에서 지적재산의 보호와 이용에 관한 헌법학적 연구”, 연세대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2009, 2면.

4) Eric Eldred, et. al. v. John D. Ashcroft, 537 U.S. 186, 2003.

5) Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009.

우리 헌법재판소도 지난 2002년 실용신안권의 등록료를 납부하지 않은 경우 실용신안권을 소멸시키는 실용신안법 규정에 대한 헌법소원⁷⁾에서 지적재산권과 관련한 최초로 본안 판단을 하며, 헌법상 지적재산권 보호 근거와 목적 등을 제시하고 과잉금지원칙을 위헌 판단 기준으로 판시한 이후 몇 차례의 헌법소송을 하였다.⁸⁾

그 과정에서 지적재산권의 헌법적 근거를 제22조 제2항에서 찾았고, 그 위헌심사기준으로 헌법 제37조 제2항에서 도출되는 과잉금지의 원칙을 제시하면서도, 당해 사안에서 문제가 되는 명확성의 원칙, 포괄위임금지의 원칙, 신뢰보호의 원칙 등 일반적인 헌법소송에서 위헌심사기준으로 제시하였던 각종 위헌심사기준을 적절히 사용하여 슬기롭게 문제를 해결하여 왔다.

그럼에도 이 연구과제의 제안요청서에서 밝힌 것처럼 헌법재판소는 지적재산권의 헌법적 근거를 헌법 제22조 제2항에서 구하였음에도 불구하고 위헌심사단계에서는 제23조 재산권에 대한 과잉금지의 원칙을 심사함으로써 당해 사건에서 관련기본권이 헌법 제22조 제2항의 지적재산권인지 제23조의 재산권인지 확정적 결론을 내리지 못한 것으로 보인다. 그 뿐만 아니라 헌법 제22조 제2항을 위헌심사기준으로 적용하는 경우 제22조 제2항이 입법권자에게 지적재산권의 형성에 광범위한 입법형성권을 부여한 것으로 전제하고 입법형성권의 한계 일탈 여부를 심사기준으로 위헌 여부를 판단하고 있다. 그러나 헌법 제22조 제2항이 지적재산권의 헌법적 근거라면 다른 기본권의 위헌심사와 마찬가지로 입법형성권의 한계 일탈 여부가 아니라 헌법 제37조 제2항을 심사기준으로 위헌 여부를 판단하여야 하는 것이 아닌가 의문이 제기된다.

이에 헌법재판소는 “지적재산권의 헌법상 근거-제22조와 제23조를 중심으로”라는 제목으로, 세부적인 내용으로는 “(i) 일반론적 연구- 저작권, 발명권, 지적재산권 보호 등에 대한 헌법 및 법률적 차원의 비교법적 연구 및 실태 조사, (ii) 구체적 사례별 연구(예시) ① 지적재산의 창작에 기여하였으나 지적재산권을 부여받지 못한 사람의 기본권 침해 심사방법(헌재 2018. 8. 30. 2016헌가12 참고), ② 저작자와 저작재산권자가 분리되는 경우 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판을 통하여 기본권 침해를 다룰 수 있는 사람은

6) BVerfGE 142, 74.

7) 헌재 2002. 4. 25. 2001헌마200.

8) 자세한 것은 이 보고서 제1장 제4절 참고.

누구인지 등에 대한 연구(저작권법상 저작권신탁관리업 등 참고)를 포함”⁹⁾하여 한국헌법학회에 연구과제를 의뢰하였다.

이 연구는 위와 같은 문제를 해결하기 위하여 제22조 제2항의 이해와 그것과 제23조의 관계, 지적재산권과 관련하여 헌법실무적으로 제기하는 쟁점을 도출한 후 이 쟁점에 대하여 이론적 처방을 제시하는 것을 그 목적으로 한다.

제2절 연구범위와 방법

이 연구는 제안요청서 내 제안 내용에서 설정한 범위를 포함하여 헌법 제22조 제2항의 이해와 이것이 헌법실무적으로 제기하는 쟁점을 도출한 후 이 쟁점에 대하여 이론적 처방을 제시할 것이다.

이러한 목적을 달성하기 위하여 이 연구는 저작권, 특허권 등의 헌법적 보호에 관한 비교법적 연구를 토대로 (i) 헌법재판소의 결정 중 지적재산권과 관련한 결정을 추려서 그 내용과 헌법이론적 의의는 무엇인지, (ii) 학계의 논의 중 지적재산에 관한 헌법이론적 접근을 한 결과물을 추려서 그 동향은 어떠한지, (iii) 미국, 독일을 중심으로 지적재산권에 관한 헌법이론적 논의의 성과와 동향은 어떠한지, (iv) 지적재산권의 헌법적 보호 근거로 인식되는 헌법 제22조 제2항의 헌법적 의미를 해명하고, 그와 관련한 제23조의 논의에 근거하여 (v) 헌법 제22조 제2항과 제23조의 관계, (vi) 지적재산권을 침해받은 자가 당해 지적재산권 규정의 위헌성을 주장하는 헌법소송을 제기할 때 어떤 심사기준으로 위헌 여부를 판단할 것인지, (vii) 지적재산권을 침해한 자가 당해 지적재산권 규정의 위헌성을 주장하는 헌법소송을 제기할 때 어떤 심사기준으로 위헌 여부를 판단할 것인지, (viii) 지적재산의 창작에 기여하였으나 지적재산권을 부여받지 못한 사람의 기본권 침해 심사 방법, (ix) 저작자와 저작재산권자가 분리되는 경우 헌법소원심판을 통하여 기본권 침해를 다룰 수 있는 사람은 누구인지 등에 대하여 해명하는 순서로 논의를 전개할 것이다.

이 연구 중 헌법재판소의 결정 중 지적재산권과 관련한 결정의 내용과 헌법이론적 의의, 지적재산에 관한 헌법이론적 접근을 한 연구의 연구사적 개관, 미국, 독일을 중심으로 지적재산권에 관한 헌법이론적 논의의 성과와 동

9) 이 과제의 제안요청서 내용에서 전제.

향에 관한 비교법적 연구는 문헌조사방법을 통하여 달성할 것이다. 그리고 지적재산권의 헌법적 보호 근거로 인식되는 헌법 제22조 제2항과 제23조의 헌법적 의미 해명, 헌법 제22조 제2항과 제23조의 관계, 지적재산권 규율 입법의 위헌성이 문제되는 사건에서 헌법적 심사 기준, 지적재산의 창작에 기여하였으나 지적재산권을 부여받지 못한 사람의 기본권 침해 심사 방법, 저작자와 저작재산권자가 분리되는 경우 헌법소원심판을 통하여 기본권 침해를 다룰 수 있는 사람은 누구인지 등에 대하여는 우선 현재 연구진이 연구한 결과를 각자 해당 부분 주담당자가 발표 후, 연구진 토론을 통하여 내부적 합의 후 집필을 할 것이다.

제3절 용어의 정리: 지적재산권¹⁰⁾

I. 지적재산권과 관련된 다양한 용어의 사용

이 과제의 제목에서 등장하는 지적재산권은 ‘intellectual property’의 번역어이다. 그런데 우리나라에서는 intellectual property를 지적재산권, 지식재산권, 지적소유권, 지재권, 공업소유권, 산업재산권 등의 다양한 용어로 번역하여 사용하고 있다. 따라서 이 보고서에서는 본격적인 논의에 앞서 지적재산권과 비슷하게 사용되는 여러 용어 중 어떠한 용어를 학술용어, 법률용어로 사용하는 것이 타당한지 검토한다.

이하에서는 우선 한자문화권인 아시아 각 국에서 사용되는 용어를 살펴보고 한국에서의 그간의 논의를 정리한다.

II. 일본과 중국에서의 논의

1. 일본

10) 이규홍·정필운, “헌법 제22조 제2항 관련 개헌론에 관한 소고”, 법조(통권 제650호), 2010.11., 63-76면. 공저자인 이규홍 판사님의 동의를 얻어 이 부분을 게재합니다. 이 부분을 이 보고서에 실는 것을 흔쾌히 허락해 주신 이규홍 판사님께 감사 인사를 드립니다.

일본에서는 종래 ‘intellectual property’의 번역어로 ‘지적소유권(知的所有權)’이라는 용어를 사용하였다. 그런데 일본 민법은 소유권의 대상으로 무체물을 인정하지 아니하고 있기 때문에 ‘소유권’이란 번역을 사용하는 것에 대하여 일찍이 의문이 제기되었다. 예를 들어 특허법에서 보호되는 ‘발명’이 ‘자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작 중 고도의 것’인 점 등 지적재산권의 대상이 되는 것은 모두 무체물이고 일본민법 제85조¹¹⁾의 ‘물(物)’의 개념에는 무체물은 포함되고 있지 아니하므로 무체물을 객체로 한 권리에 ‘소유권’이라는 용어를 사용하는 것은 정확하지 않다고 하는 지적인 것이다. 그런데 영미법상의 ‘property’는 소유권에 더하여 각종의 무체재산권을 포함한 것으로 사용되므로 앞서 본 바와 같이 ‘物’만을 대상으로 하는 ‘소유권’으로 번역할 수 없지만, 민법상 소유권 등의 물권, 채권 등 무체물에 대한 권리를 포함하여 ‘재산권’이라는 용어가 사용되고 있음은 분명하다고 하고,¹²⁾ 또 소유권은 절대적인데 비하여 지적재산에 관한 권리는 그 존속기간이 유한하고, 권리의 내용도 제한되고 있기 때문에 지적소유권이 적절한 용어가 아니라는 비판도 유력하였다.¹³⁾

그러던 중에 2002년(平成 14) 7월 일본정부의 ‘知的財産戰略會議’가 책정한 ‘知的財産戰略大綱’에는 ‘知的所有權’이라는 용어는 가능한 한 ‘知的財産權’으로 통일하여 사용할 것을 제안하고 있어 최근 ‘知的財産權’이라는 용어가 빠르게 일반화되어 가고 있다.

2. 중 국

한자 문화권의 분류라 할 수 있는 중국에서는 ‘Intellectual Property’을 ‘知識產權’이라 번역하고 있으며, “사람의 지적창조물과 공상업적 표지에 대하여 법에 따라 향유하는 권리로서 구체적으로는 저작권, 특허권, 상표권을 포함한다.”라고 정의하고 있다. 나아가 ‘지식산권’을 그 발현영역에 따라 산업적 또는 영업적 권리인 ‘工業產權(산업재산권)’과 학문, 문학, 예술적 제작물에 관한 권리인 ‘著作權(板權이라고도 한다, 인접권 포함)’으로 나누고 있다. 그 외에 표

11) 第85條 この法律において「物」とは、有体物をいう(이 법률에서 ‘물’은 유체물을 말한다).

12) 金井高志, 民法でみる知的財産權法, 日本評論社(2008), 32면.

13) 棚橋祐治·高倉成男, 知的財産法 I, 北樹出版(2006), 12면.

현권, 발명권 기타 과학기술성공에 관한 권리를 포함하고 있는데 그것은 표현과 발명도 창조적 두뇌노동에 의하여 얻어진 비물질적 재화이고, 발명자가 표현하고 발명함으로써 창출한 권리에 대하여도 이를 법률적으로 보호하여야 하기 때문이라고 하며, 이처럼 지적재산권의 물질적 권리에 대한 보호 외에 정신적 권리에 대한 보호도 강조하는 것이 중국의 실정에 따른 지적재산권의 발전이라고 한다.¹⁴⁾

III. 한국에서의 논의

1. 지적재산권설

현재 가장 많이 사용되고 있는 용어¹⁵⁾이다. 우리 헌법재판소도 2007헌마 956 결정례¹⁶⁾ 등에서 ‘지적재산권’이라는 용어를 사용한 바 있다.

나) 차별취급에 합리적 이유가 있는지 여부

위에서 본 바와 같이 변리사시험은 지적재산권에 관련된 법률을 주요 시험과목으로 하고 있는데 변호사는 법률사무 전반을 다루는 대표적인 직역인 점, 변리사의 업무는 지적재산권 분야에 있어 특허청 및 법원에 대한 사항의 대리가 주요한 부분을 이루고 있는데 권리·의무에 관한 법률사항의 대리는 변호사의 주요 업무인 점 등을 고려하면 변호사에게 변리사의 자격을 부여하는 것이 합리적인 이유 없이 변호사와 변리사

14) 양효령, “중국의 지적재산권 보호제도”, 기업법연구(제21권 제1호, 통권28호), 한국기업법학회, 2007, 417-422면; 사법연수원, 『중국법』, 사법연수원(2009), 146-149면(나아가 중국 지적재산권에 관한 일반법으로는 민법통칙이 있지만 여기에는 일반적·원칙적 규정만 두고 있고 구체적인 규정은 개별법으로 규율하고 있다. 하지만 이러한 이유로 지적재산권을 물권, 채권, 인격권과 함께 민사적 권리의 하나로 파악하여 민법학에서 다루고 있다고 하며 아직 별개의 독립한 학문으로 취급받지는 못하고 있다고 한다).

15) 1980년대 중반에는 ‘지적소유권’이라는 말이 유행하다가 1980년대 말에서 1990년대 초에 들어오면서 ‘지적재산권’이 많이 쓰이게 되었다고 한다. 송영식 외 2인, 『지적재산법(10정판)』, 세창출판사(2009), 6면.

16) 현재 2010.02.25. 선고 2007헌마956.

협의 일반 응시자인 청구인들을 차별하는 것으로 보기는 어렵다고 할 것이다.

그 주장의 논거와 주장의 적절성은 소결에서 검토한다.

2. 지적소유권설¹⁷⁾

이 견해는 다음과 같은 논거로 지적소유권이라는 용어가 타당하다고 주장한다. 첫째, 우리 법은 저작권 속에 재산권에 대립되는 ‘저작인격권’까지 포괄하고 있어, 산업재산권과 저작권을 포괄하는 용어로서 지적재산권이라는 용어는 지적소유권이라는 용어보다 더 정확하다고 보기 힘들다. 둘째, 소유권 앞에 ‘지적’이라는 말이 붙어 유체물에 대한 소유권이 아니라는 점을 명시하고 있으므로 소유권이라면 유체물에 대한 소유권으로서의 특성이 연상되어 적절하지 않다는 비판은 타당하지 않다. 셋째, 창작자와 창작물의 관계를 나타내는 용어로서 또 그 보호를 강조하는 용어로 재산권이라는 용어보다 소유권이라는 용어가 더 적합하다.

3. 지식재산권설

특허청은 지난 1998년 특허행정 정책자문위원회의 심의를 거쳐 지적재산권을 ‘知識’재산권으로 변경하여 사용하고 있다. 특허청은 ‘지적재산권’은 원래 일본에서 사용하던 용어로서 일체 잔재를 청산하기 위하여 ‘지식재산’이란 용어를 새로 만들었다고 한다.¹⁸⁾ 특허청은 그 후 ‘지식재산기본법’ 제정을 주도

17) 이상정, “산업디자인의 법적 보호에 관한 연구”, 법학박사학위논문, 서울대학교 대학원 법학과, 1995, 4면 각주 15); 그러나 송영식, 『지적소유권법(상)』, 육법사(2008), 35면에서는 우리 학계나 실무계에서는 지적재산권, 지식재산권, 무체재산권이라는 용어를 혼용하고 있으며 오히려 지적소유권이라는 용어를 사용하는 사람은 소수에 속한다고 한다; 재산권에는 물권과 채권이 있는데 지적재산권이 채권보다는 소유권 등의 물권에 유사한 성질을 가지고 있다는 의미에서 지적소유권이 그러한 성질을 잘 반영한 용어라고 생각되지만 일반적으로 지적재산권이라는 용어가 보다 널리 사용되므로 지적재산권을 사용한다는 견해도 있다. 정상조, 『지적재산권법』, 홍문사(2004), 7면.

하면서, 최근 공직자윤리법, 산업기술혁신촉진법 등 최근 제·개정된 11개 법령에서 지적재산권을 ‘지식’재산권으로 변경하는 등 법률 및 일상용어로 지식재산권 보급에 적극적으로 나서고 있다. 우리 헌법재판소도 2016헌가12 결정례19) 등에서 ‘지식재산권’이라는 용어를 사용한 바 있다.

다. 심판대상조항에 대한 판단

(1) 쟁점의 정리

(가) 프로그램을 업무상 창작함에 있어서는 기획하는 법인 등과 작성하는 피용자가 모두 개입하게 된다. 그런데 헌법 제22조 제2항은 저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리를 ‘법률로써’ 보호한다고 규정하여 입법자에게 지식재산권을 형성할 수 있는 광범위한 입법형성권을 부여하고 있으므로, 프로그램을 업무상 창작하는 경우 어떠한 요건 하에서 누구에게 저작권을 귀속시킬지에 관하여는 입법자에게 광범위한 형성의 여지가 인정된다.

4. 기타 견해

전통적으로 사용되어 온 용어로 ‘공업소유권’이 있다. 이는 특히 저작권을 제외한 지적재산권에 관하여 불리는 호칭으로 프랑스어 ‘propriété industrielle’, 영어 ‘industrial property’를 번역한 말로, 기존에 우리나라에서는 법률용어로까지 사용(구 특허법 제109조, 제117조)되는 등 상당 기간 관용되어 왔으나 오역에 가까운 번역이라는 지적을 받아왔고 1980년대 특허청 등에서 ‘산업재산권’이라는 용어를 사용하고 법률용어도 이로 변경함으로써 최근에는 별로 사용되지 않고 있다. 또한 특히 특허권 등이 공업에 한정되지 않고 보다 넓은 범위의 산업에 중요한 기능을 수행하게 되면서 지적재산권 중 저작권을 제외한 권리에 대하여 그 하부개념으로 산업재산권이라는 용어를 이용하는 것이 대세이다.

최근에는 이미 살펴본 용어의 문제점을 지적하면서 중립적인 용어로 ‘지재

18) 앞서 본 중국의 번역어 ‘지식재산권(知識產權)’에서 시사 받은 것이라고 한다. 송영식 외 2인, 앞의 책, 6면.

19) 현재 2018. 8. 30. 2016헌가12.

권'으로 부르자는 견해도 등장하였다.²⁰⁾ 즉, 이 입장은 지적재산권에 대한 상이한 접근에 바탕을 둔 것으로 최근 사용하는 '지식'재산권이라는 용어는 '지식(Knowledge)'을 재산권으로 만드는 제도라는 오해를 불러일으킬 수 있고 (지식은 개인의 권리보장이 필요한 재산권의 대상이 아니라 사회적 자산이라고 한다), '지적재산권', 'Intellectual Property' 역시 '재산권', 'Property'이란 단어로 포장되어 그 본질인 인위적 독점권의 성격을 희석하는 효과가 있다고 지적하면서 이런 두 이유로 '지재권'이라는 약어를 사용하자고 제안한다.²¹⁾

IV. 소결: '지적재산권'이라는 용어의 타당성

이상의 논의를 바탕으로 지적재산권, 지식재산권, 지적소유권, 지재권, 공업소유권, 산업재산권 등 여러 용어 중에서 어떤 용어가 가장 타당한 것인지 살펴본다. 우선 가장 큰 두 쟁점은 '지적'이라는 용어를 사용하는 것이 타당한지 '지식', '공업', '산업'이라는 용어를 사용하는 것이 타당한지, '재산권'이라는 용어를 사용하는 것이 타당한지 '소유권'이라는 용어를 사용하는 것이 타당한지이다. 이하 차례로 살펴본다.

첫째, '지적'(知的)이라는 용어를 사용하는 것이 타당한지 '지식'(知識), '공업'(工業), '산업'(産業)이라는 용어를 사용하는 것이 타당한지이다. '知的'은 "[관형사] 지식이나 지성에 관한. 또는 그런 것"으로 설명되고, "知識"은 "[명사] 1 어떤 대상에 대하여 배우거나 실천을 통하여 알게 된 명확한 인식이나 이해 2 알고 있는 내용이나 사물"로 설명된다.²²⁾ 그리고 "intellectual"²³⁾은

20) 남희섭 변리사가 역서 '초국적 기업에 의한 법의 지배' 각주 2)에서 옮긴이의 주장으로 기술한 내용이다(수진 셀 지음, 남희섭 옮김, 『초국적 기업에 의한 법의 지배』, 후마니타스(2009)).

21) Intellectual Property는 그 자체에 이미 '재산(으로서의 속성)'을 함축하고 있기 때문에, '정보공유'를 주장하는 측은 중립적인 용어로 바꿀 것을 주장하기도 한다. 스톨만(Richard Stallman)은 'Intellectual Property'라는 말을 쓰면 아니되고 굳이 저작권, 상표권, 특허 등을 한 단어로 묶고 싶다면 'artificial monopolies(인위적 독점)'이란 용어를 써야한다고 주장한다. 홍성태·오병일 외 지음, 『디지털은 자유다 - 인터넷과 지적재산권의 충돌』, 이후(2000), 6면; 김주영, "정보시장에 대한 현법규정에 관한 소고", Law & Technology(제3권 제6호), 서울대학교 기술과법센터, 2007, 112면 각주1).

22) <http://krdic.daum.net/diclr/search.do?q=%EC%A7%80%EC%8B%9D>.

“[형용사] 1. 지적인, 지력의(intellectual tastes 지적인 취미) 2. 지성의, 머리 [두뇌]를 쓰는, 지능을 요하는(the intellectual faculties 지능) 3. 지력이 발달한, 이지적인(the intellectual class 지식 계급) : [명사] 1. 지식인, 식자 2. (작가·학자 등과 같은) 두뇌 노동자 : ‘intellectual’은 인간에 대해서만 사용하며, 날카로운 지성과 고도의 지식이 있는 의미로, ‘intelligent’는 사람 외에 동물에게도 사용되며, 원래 전반적인 이해력이 뛰어난”으로 설명되고 있어서 일단 ‘지식에 관한’을 의미하는 형용사로서 뒤의 재산권을 수식하여 그 특성 및 그 대상을 시사하여 주고, ‘知識的’의 줄임말로도 이해될 수 있는 “知的”이 좀 더 적절한 용어라고 생각한다.²⁴⁾

다만 이에 대하여는 ‘知的’이라는 용어를 통해 정신적 활동을 강조하는 경우 상표, 도메인 이름 등 창작성이 약한 내용을 포섭하는 것이 곤란하다는 비판이 있다. 그러나 앞서 보았듯이 ‘지식’ 또는 ‘지적’의 사전적 의미상 이를 ‘창작적’으로 제한하여 이해할 이유가 없고, 상표법이나 부정경쟁방지법에 의하여 보호되는 이익은 특허권이나 저작권처럼 지적 산물을 직접적으로 보호하는 권리는 아니지만 혁신적인 영업의 결과 상품이나 서비스에 화체된 신용과 명성을 보호함으로써 간접적으로 혁신과 창작을 유도하는 권리라는 점에서 이 비판이 적절한지 의문이다.

‘지식’이라는 용어는 지적재산권의 대상이 ‘지식’이라고 여기게 되는데 이 경우 저작권은 보호대상이 ‘표현’이 아닌 ‘아이디어(지식)’인 것으로 오해될 우려가 있다.²⁵⁾ 또한 “지식(Knowledge)이 사유의 대상인 것으로 오해될 수 있

23) <http://engdic.daum.net/dicen/contents.do?query1=E599700>.

24) 반면 ‘知識’을 사용한다면 뒤에는 창작자와 창작물의 관계를 나타내는 용어로서 또 그 보호를 강조하는 용어로서 ‘재산권’이라는 용어보다 ‘소유권’이라는 용어가 적합하다고 보인다. 나아가 특허청에서 예로 들고 있는 ‘공유재산, 문화유산’은 결국 ‘공유하는 재산, 문화적 유산’의 줄임말로 ‘지식재산’과는 구조가 반드시 같다고 보기 어려워 보인다.

25) “정부가 표준화하려고 애쓰는 ‘지식재산’이라는 용어는 마치 지식(Knowledge)이 사유의 대상인 것으로 오해될 수 있는 것으로 지식 중에는 일정한 요건을 갖추어야 특허권 또는 저작권으로 보호될 수 있을 뿐인데 지식재산이라고 하면 그 지식을 보유하지 않은 일반 공중 입장에서 그에 대한 사용과 접근이 배제되는 것으로 생각될 수 있어 부적절하다”는 지적도 있다. 이 견해는 나아가 ‘지식기반 경제, 지식사회’라는 용어와 달리 지식재산은 배타적 재산권을 전제로 하는 것이기 때문에 적절한 용어 사용이 아니라는 것으로 이미 학계에서는 지적재산권이라는 용어가 통용되고 있는데 정부가 전문용어를 법으로써 표준화할 수 있는 것인지도 의

는 것으로 지식 중에는 일정한 요건을 갖추어야 특허권 또는 저작권으로 보호될 수 있을 뿐인데 지식재산이라고 하면 그 지식을 보유하지 않은 일반 공중 입장에서는 그에 대한 사용과 접근이 배제되는 것으로 생각될 수 있어 부적절하다.”²⁶⁾

한편, ‘공업소유권(工業所有權)’과 ‘산업재산권(産業財産權)’이라는 용어는 이미 서술한 것처럼 프랑스어의 ‘propriété industrielle’, 영어의 ‘industrial property’를 번역한 용어인데 그것 원어 자체가 이제는 저작권 등을 포괄하는 용어인 ‘intellectual property’의 하위 개념으로 자리잡았다. 그리고 ‘공업소유권(工業所有權)’이라는 용어가 포섭하고 있는 특허권 등이 공업에 한정되어 인정되는 것이 아니므로 공업소유권이라는 용어는 ‘산업재산권(産業財産權)’이라는 용어로 대체하는 것이 타당하다. 요약하면 공업소유권이라는 용어는 더 이상 사용하지 않는 것이 타당하고, 산업재산권은 특허권 등을 포괄하는 용어로 저작권 등을 포괄하는 ‘intellectual property’의 하위 개념으로 사용하는 것이 적당하다.²⁷⁾

둘째 ‘재산권’이라는 용어를 사용하는 것이 타당한지 ‘소유권’이라는 용어를 사용하는 것이 타당한지이다. 물건의 개념을 유체물에 한하느냐 또는 무체물도 포함시키는가에 관하여는 입법주의가 나뉘어 있으나 우리 민법의 경우 물건의 개념에 ‘무체물도 포함하므로²⁸⁾ 앞서 본 일본에서의 용어논쟁 중 ‘유체물’만을 대상으로 한다는 점에서 지적‘소유권’의 부당성에 대한 근거가 바로 적용될 수는 없을 것이다. 그러나 우리 민법도 ‘재산권’이라는 용어를 여러 곳에서 사용²⁹⁾하고 있고, 저작권 가운데는 채권도 포함되어 있으며(실연자나 음반제작자의 판매용 음반의 방송에 대한 보상청구권), 특허권, 저작권 등의 남용에 대한 우려가 커짐에 따라서 보상청구권 같은 채권화 경향이 있다는 점 {창작성을 결여한 데이터베이스의 보호에 관하여 영미에서 물건유사의 저작

문’이라고 비판한다. 남형두, “[아침을 열며] 지식재산위원회 설립에 즈음해”, 한국일보(2010. 4. 1.) 칼럼 참조.

26) 남형두, “[아침을 열며] 지식재산위원회 설립에 즈음해”, 한국일보(2010. 4. 1.) 칼럼 참조.

27) 정상조, 앞의 책, 7면, 각주 10).

28) 제98조(물건의 정의) ‘본법에서 물건이라 함은 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력을 말한다.’

29) 예를 들어 “제162조(채권, 재산권의 소멸시효) ② 채권 및 소유권이외의 재산권은 20년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.” 이외에 다수.

권 등에 의하여 보호할 것이 아니라 일정한 유형의 영리적 이용에 대하여 손해배상의 의무를 부여하는 것이 바람직하다는 입법론이 있는데, 채권적 입법론(liability approach)인 것이다³⁰⁾} 등을 고려하면 물권의 일종인 ‘소유권’보다는 포괄적인 의미에서의 ‘재산권’이 보다 적합하다고 보인다. 또한 그 보호대상이 소유권에 유사한 권리 이외에 영업비밀에 관한 권리, 퍼블리시티의 권리, 캐릭터의 보호 등 독점·배타성이 인정되지 아니하는 권리나 불법행위법상의 법적 이익으로 승인되는 것 등 아직 권리개념으로 확립되지 않는 것을 포함하고,³¹⁾ 지적재산권이 모든 사람에게 주장할 수 있는 권리라는 면에서 소유권 등 물권에 유사한 성질을 가지기는 하나 일반적인 물권이 그 대상인 물건을 점유함으로써 사용하는 것과 달리, 권리대상이 관념적이고 무형적인 재산이라는 점에서 이를 점유한다고 할 수 없어³²⁾ 역시 이를 보호하는 말로 소유권을 사용하는 것보다는 지적‘재산권’이 보다 타당한 용어라고 할 것이다.

다만 저작권 속에 재산권에 대립되는 ‘저작인격권’을 포괄하기에는 개념상 문제가 있다는 비판이 있고 이는 해결되어야 할 과제임이 분명한데, 이에 관하여는 저작재산권과 저작인격권의 관계, 저작인격권과 민법상 포괄적인 인격권과의 관계에 관한 역사 깊은 논의를 반추하여 볼 필요가 있다.³³⁾

우선 대륙법계에서는 저작권법에 저작재산권과 더불어 저작인격권을 규정하여 저작자의 인격적 이익을 보호하여 온 반면 저작권의 재산적 측면을 강조하는 영·미법계 국가에서는 저작권법보다는 부정경쟁방지법, 명예훼손, 프라이버시침해, 계약위반 등 일반적 인격권에 관한 법률과 판례에 의하여 저작

30) 정상조, 앞의 책, 7면 각주9).

31) 송영식 외 2인, 앞의 책, 37면 각주4)에서는 지적소유권이라는 용어가 사법의 체계에 있어서 소유권개념을 분해(Auflösung)하고 희석화시켜 적절치 못하다는 비난도 있다고 한다.

32) 정상조·박성수 공편, 『특허법주해 I』, 박영사(2010), 13면.

33) 즉, 저작재산권과 저작인격권의 관계에 대하여는 저작권이원론과 저작권일원론의 대립이 있는바 이원론은 저작재산권과 저작인격권의 차이점을 증시하여 저작권은 그 성질을 달리하는 두 권리가 모여서 이루어 복합적 권리라고 설명하고 원칙적으로 저작인격권을 다른 인격권과 마찬가지로 양도·상속이 불가능한 일신전속적 권리(대법원 1995. 10. 2.자 94마2217 결정)로 이해한다. 독일은 제외한 프랑스, 일본 등 대륙법계국가들과 우리나라는 이원론을 택하고 있는 것으로 일반적으로 설명된다. 일원론은 모권으로서의 저작권은 저작재산권과 저작인격권이 유기적으로 결합된 단일의 권리로 설명하는 독일의 통설이다. 정상조 편, 『저작권법주해』, 박영사(2007), 324면.

자의 인격적 이익을 보호하고 있다.³⁴⁾ 그런데 대륙법계에서도 이원설과 일원설이 대립되고 일원설에 의할 경우 저작권은 순수한 재산권도 일신전속적 인격권도 아닌 인격적 요소와 재산적 요소가 유기적으로 결합한 단일의 권리로 보므로 그 자체를 특수한 재산권으로 보아 ‘지적재산권’이라는 용어에 보다 친할 수 있을 것이나, 이원설에 의할 경우 일단 ‘지적소유권’설에서 주장하는 바와 같이 지적‘재산권’이라는 용어와 저작인격권이 다소 어울리지 않을 수 있음을 부인할 수 없다.³⁵⁾

그러나 앞서 보았듯이 영미법계에서는 전통적으로 저작인격권 개념을 인정하지 아니한 점, 저작인격권을 인정하는 대륙법계에서도 세계적으로 이원설과 일원설이 각각의 논거를 가지고 이론적으로뿐만 아니라 입법례로도 대립하고 있는 점, 특히 저작인격권의 모국어자 저작권이원론을 취하는 대표적인 나라인 프랑스에서도 저작인격권은 저작재산권과 분리된 권리개념이기보다는 단일의 저작권(unitary copyright)내에서 한 다발의 특별한 재산이라는 의미로 이해될 수 있다고 보는 등 이론적으로 완전한 이원설로 해석되지 않는 점,³⁶⁾

34) 김근우, “저작인격권에 관한 연구”, 법학박사학위논문, 경희대학교 대학원, 2008. 2., 18면(그러나 1928년 베른협약의 로마개정에서 저작인격권 조항이 규정되면서 영국은 1988년 저작권법개정으로, 미국도 1990년 ‘시각예술저작자의 권리에 관한 법률(Visual Artists Right Act)’로 제한적인 범위의 시각예술저작물의 인격적 이익을 보호하고 있다).

35) 그리고 민법상 포괄적인 인격권과의 관계에 대하여는 저작인격권도 일반적인 인격권과 동질의 권리로서 여기서 파생된 개별적 인격권 중의 하나라고 파악하는 일체설과 양자의 차이를 강조하는 분리설이 대립하고 있는데, 대개 저작권이원론 입장에서는 일체설을 취하고, 저작권일원론의 입장에서는 분리설을 취한다. 저작권이원론 및 일체설을 취하면 저작인격권은 민법으로도 보호될 수 있는 것을 저작권법에도 명시하여 저작물 이용자에게 주의를 촉구하는 것이라고 한다. 현행법에 대한 평가 및 설명은 배대현, “현행 저작권법상 저작인격권의 법리에 대한 검토”, 산업재산권(제21호), 2006, 154면. 양자에 대한 이론적 설명은 松田政行, 同一性保持權の研究, 有斐閣(2006), 69面 참조(일반적인 인격권설과 저작권법독자설로 구분하여 설명한다). 그러나 어느 이론에 의하더라도 저작인격권의 일반적인 인격권과 다른 특질은 인정된다. 나아가 저작권일원론의 입장에서 분리설을 주장하면서 일반적인 인격권과 저작인격권의 차이점을 강조하는 견해(半田正夫, 著作權法概說, 一粒社, 126면)도 있다.

36) 김근우, 앞의 글, 18면(저작인격권이라는 용어는 우리의 생각과 달리 법률용어로써의 사용이 많지 않고, 나아가 ‘droit moral’이라는 용어는 1992년에야 비로소 저작권법에 규정되었고 프랑스 저작권법의 이원론적 해석은 우리가 생각하는 것만큼 이원적이지 않다고 한다).

우리나라에서도 현재 일원론에 따른 분리설을 주장하는 견해와 이원론에 따른 일체설을 주장하는 견해가 대립하고 있고 판례와 법률이 이에 대한 명확한 입장을 취한 것으로는 보이지 않는 점, 일본에서도 이원론의 입지가 흔들리고 있는 점³⁷⁾ 등을 고려하고 여기에 저작물 위에 저작권을 인정하게 된 역사적 과정, 다시 말하면 저작권이 저작자의 인격권을 보호하기보다는 먼저 그 저작물을 경제적으로 이용하는 재산적 권리의 면을 보호하려한 데에 기인하였다는 점 및 저작물이 거래의 대상으로서의 확고한 지위를 점하고 있는 점 등을 고려한다면 저작권의 재산적 가치는 저작권의 본질에 속한다고 보아야 할 것이므로³⁸⁾ 지적재산권'으로 번역하는 것이 보다 그 본질, 역사 및 현재의 법적 지위를 잘 반영한 것이라고 생각되고, 특히 저작인격권의 보다 강한 보호를 위한다면 헌법 제10조 등 일반인격권의 보호근거에 의하여 중복보호될 수도 있는 것이므로 굳이 저작인격권의 존재를 이유로 '지적재산권'이라는 용어가 부정확하다고 할 수는 없을 것이고 특허권, 상표권 등 광범위한 산업재산권과 저작권을 포괄하는 용어로서 손색이 없다고 보인다.³⁹⁾

한편, 현실적으로 학계나 법조계를 비롯한 많은 영역에서 지적재산권이란 용어를 사용하고 있으며, 지난 2007년 6월에 서명한 한미 FTA 협정문에도 '지식재산권'이란 용어가 아닌 '지적재산권'이란 용어를 사용하고 있는 점(협정문 제18장), 한국의 행정부처 중 '지적재산권'과 관련이 있는 부처는 문화체육관광부, 농림수산업부 등이 있는데 이 부처들은 '지식재산권'이란 용어를 사용하지 않고 '지적재산권'이란 용어를 사용하고 있는 점 등에 비추어 '지식재산권'이 일부 법률용어로 사용된다고 하여 이를 확립된 법률용어로 보기는 어렵다.⁴⁰⁾ 이러한 점에서 '지식재산권'이라는 용어를 사용하는 것은 적당하지

37) 일본에서는 저작인격권의 연원을 인격적 가치에서 구하는 것이 아니라 저작자와 저작물과의 결부에서 구하는 분리설과 저작인격권의 현실적 기능에 착안하여 이를 재산권적으로 이해하는 경향이 저작권법학계에서도 높아지고 있다고 한다. 이에 대해 자세한 것은 大日方信春, “著作権をみる憲法學の視点について”, 熊本法學(第114號), (2008. 6), 8-10면 참조.

38) 황적인, “지적소유권의 본질과 지위”, 경제법·상사법논집 : 춘강 손주찬교수 정년 기념, 박영사, 1989. 11., 134면.

39) 이 용어 문제와 저작인격권의 헌법적 근거가 어느 헌법 조문인가와는 다른 차원의 논의이다. 후자에 관하여는 이규홍, “저작권법상 기술적 보호조치의 법적 보호에 관한 연구 - 헌법적 한계를 중심으로”, 법학박사학위논문, 연세대학교, 2009, 40면 참조.

않다.

마지막으로 다음 ‘지재권(知財權)’으로 부르자는 주장 중 첫 번째 논거인 지식재산권이라는 용어는 ‘지식(Knowledge)’을 재산권으로 만드는 제도라는 오해를 불러일으킬 수 있다는 것은 지적재산권에는 적절치 않는 비판이다. 그리고 지적재산권은 그 본질인 인위적 독점권의 성격을 희석하는 효과가 있다는 비판은 유효하다. 그러나 지재권이라는 용어는 지적재산권, 지식재산권을 줄인 말이어서 그 의미가 분명하지 않아 본질을 나타낼 수 없고, 그 의미를 캐다 보면 문제의식을 가지고 있는 재산권이라는 용어가 다시 등장하는 문제점이 있다. 무엇보다 이 주장의 근본적인 문제의식인 지적재산권이 인위적 독점권이라는 본질을 이 용어가 희석하여 줄 수 있을지는 몰라도 이 용어 역시 이 본질을 반영하고 있지는 못하다. 이러한 의미에서 ‘지재권’이라는 용어의 제안에 담긴 문제의식에는 공감하지만 이 용어가 ‘지적재산권’을 대체할 수 있는 적절한 용어는 아니라고 생각한다.

결론적으로 연구진은 ‘지적재산(권)’이 ‘Intellectual Property’이라는 용어의 가장 적합한 번역어, 학술용어, 법률용어라고 판단한다. 따라서 이 보고서에서는 원칙적으로 이와 같은 용어를 사용하기로 한다.⁴⁰⁾ 이미 설명한 것처럼 우리 헌법재판소는 기존에 지적재산권과 지식재산권이라는 용어를 사용한 바 있는데, 앞으로 지적재산권이라는 용어를 사용하는 것이 타당하다고 생각한다.

40) 남희섭 변리사는 앞의 책 각주 2)에서 옮긴이의 주장으로 ‘지식재산권’은 특허청이라는 행정부처에서 일방적으로 정하여 퍼트리라는 용어로 여기에는 소위 ‘지식기반 경제’에서 특허청이 주도적인 역할을 하는 것으로 포장하려는 조직 이기주의가 바탕에 깔려 있으며 업적을 중시하는 당시 특허청장의 지시로 채택된 용어이기 때문이라고 의도를 비판하고 있다.

41) 연구진 중 이규호 교수는 지식재산권이라는 용어가 가장 타당하다고 생각한다. 그러나 이 보고서에서는 연구진 다수가 합의한 지적재산권이라는 용어를 사용하기로 하였다. 그럼에도 지식재산권이라는 용어를 사용한 곳이 있다면 그것은 의도하지 않은 것이다.

제4절 기존의 결정 동향

I. 개관

우리 헌법재판소는 지적재산권에 관하여 2002년 실용실안법 제34조에 대한 결정을 시작으로 총6건의 본안 판단을 하였다.⁴²⁾

여기에는 실용실안법에 대한 위헌성이 문제된 경우(실용실안법) 1건과 저작권법이 문제된 경우(저작권법) 5건이 있다.

주체별로 보면 지적재산권자가 지적재산권법의 위헌성을 주장한 경우도 있고(실용실안법), 일반 시민이 지적재산권법의 위헌성을 주장한 경우(표지갈이), 지적재산권법에 의하여 일정한 의무를 부과받은 온라인서비스제공자가 위헌성을 주장한 경우(저작권법 제104조)도 있다. 또한 지적재산을 창작한 자가 위헌성을 주장한 경우(저작권법 제9조 직무저작물)도 있다.

심사기준별로 보면, 과잉금지원칙이 위헌 심사 기준으로 동원된 경우, 명확성의 원칙, 신뢰보호의 원칙 등 기타 심사 기준이 동원된 경우도 있다.

II. 실용신안법 제34조 등 위헌확인⁴³⁾

1. 사건의 개요와 심판 대상

가. 사건의 개요

42) 우리 헌법재판소는 2002년 실용실안법 제34조에 대한 결정 이전에도 헌재 1993. 11. 25. 92헌마87, 헌재 2000. 3. 30. 99헌마143 등의 결정에서 헌법 제22조 제2항의 헌법적 의미에 관한 판시를 한 바 있다. 그러나 그 이전 판례는 엄밀한 의미에서 이 보고서의 주제인 지적재산권에 관한 결정례가 아니었다. 우리 헌법재판소가 지적재산권에 관하여 최초로 본안 판단을 한 사건은 2002년 실용실안법 제34조에 대한 결정이다. 이러한 의미에서 이 보고서에서는 그 이전 판례를 제외하였다.

43) 헌재 2002. 4. 25. 2001헌마200. 이하 헌법재판소의 결정례를 본문에서 인용할 때 전후문맥상 그것이 어느 결정례를 인용하는 것인지 분명한 경우에는 보고서의 효율성을 전개를 위해서 인용 표시를 생략하기도 하였다.

청구인은 ‘콘텐츠소자의 권취장치(실용신안등록번호 제0102143호)’ 및 ‘콘텐츠소자 자동권취기의 알미늄박에 비절단장치(실용신안등록번호 제0102144호)’의 실용신안권자로서 실용신안법이 정하는 바에 따라 4년차 등록료까지 매년 등록료를 납부하여 오던 중, 5년차 등록료에 대하여는 자신을 대리한 변리사로 하여금 추가납부기간 내에 납부하도록 위임하였으나 변리사의 착오로 추가납부기간의 만료일 전날인 2001. 1. 22. 납부하여야 할 등록료에서 각 금 1,000원이 모자라는 금 93,000원씩을 등록료로 납부하였다.

이에 대하여 특허청장은 2001. 2. 3. 청구인에게 등록료가 부족하다며 등록료납부서를 불수리한다는 통지를 하였고, 같은 달 28. 청구인이 연차등록료를 부족하게 납부함으로써 실용신안법 제34조에서 준용하는 특허법 제81조 등의 규정에 의하여 실용신안권이 소멸되었다는 통지를 하였다.

이에 청구인은 실용신안법 제34조 및 이에 의하여 준용되는 특허법 제81조 제3항이 청구인의 재산권을 침해하고 적법절차에 위배된다며 2001. 3. 23. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 실용신안법(1998. 9. 23. 법률 제5577호로 전문개정되고 2001. 2. 3. 법률 제6421호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제34조 중 ‘특허법 제81조 제3항을 준용하는 부분’(청구인은 법 제34조 및 이에 의하여 준용되는 특허법 제81조 제3항을 심판대상으로 하여 이 사건 헌법소원을 청구하였으나, 등록료 미납으로 인한 실용신안권의 소멸은 ‘법 제34조 중 특허법 제81조 제3항을 준용하는 부분’에 기한 것이므로 심판대상조문을 이로 한정한다. 이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이고, 이 사건 조항 및 관련조문의 내용은 다음과 같다.

법 제29조(등록료)①제35조 제1항의 규정에 의한 실용신안권의 설정등록을 받고자 하는 자 또는 실용신안권자는 등록료를 납부하여야 한다.

② 내지 ③ 생략

법 제34조(특허법의 준용) 특허법 제80조·제81조 및 동법 제83조의 규정은 등록료 및 실용신안등록에 관하여 이를 준용한다. 이 경우 동법 제81조 제1항

중 “특허권의 설정등록을 받고자 하는 자 또는 특허권자”는 “실용신안권자”로 보며, 동법 제81조 제3항 중 “특허권의 설정등록을 받고자 하는 자의 특허출원은 이를 포기한 것으로 보며, 특허권자의 특허권은 특허료를 납부할 기간이 경과한 때에 소급하여 그 특허권이 소멸된 것으로 본다.”는 “실용신안권자의 실용신안권은 등록료를 납부할 기간이 경과한 때에 소급하여 그 실용신안권이 소멸된 것으로 본다.”로 본다.

특허법 제81조(특허료의 추가납부)①특허권의 설정등록을 받고자 하는 자 또는 특허권자는 제79조 제2항의 규정에 의한 특허료 납부기간이 경과한 후에도 6월 이내에 특허료를 추가납부할 수 있다.

②제1항의 규정에 의하여 특허료를 추가납부할 때에는 납부하여야 할 특허료의 2배의 금액을 납부하여야 한다.

③제1항의 규정에 의한 납부기간 내에 특허료를 추가납부하지 아니한 때에는 특허권의 설정등록을 받고자 하는 자의 특허출원은 이를 포기한 것으로 보며, 특허권자의 특허권은 특허료를 납부할 기간이 경과한 때에 소급하여 그 특허권이 소멸된 것으로 본다.

2. 결정요지

헌법재판소는 이 결정에서 실용신안권의 등록료 납부기한을 1회 6개월간 유예할 뿐 등록료 미납시 실용신안권을 소멸시키면서도 다른 사후적 구제수단을 두지 않은 구 실용신안법 제34조가 재산권을 침해한 여부와 위 조항이 적법절차원칙에 위배되는 여부를 판단하였다.

가. 다수의견

다수의견은 다음과 같이 위 두 쟁점에 대해 모두 소극적으로 판단하며 당해 조항이 헌법 조항에 위반되지 않는다고 판시하였다.

첫째, 구 실용신안법(2001. 2. 3. 법률 제6421호로 개정되기 전의 것) 제34조는 실용신안권자가 등록료 납부의무를 이행하지 않는 경우에 실용신안권을 소멸시켜 널리 일반의 공유재산으로 이용하게 함으로써 기술개발을 촉진하고

산업발전에 이바지하도록 한다는 것으로, 그 입법목적은 정당하고, 이러한 목적을 달성하기 위한 방법도 적정하다고 보인다.

실용신안권의 존속기간이 장기화되는 경우 그 고안은 새로운 고안으로서의 가치가 감소되는 반면, 이를 이용 또는 응용하여 개량 또는 응용고안을 창안하는 사람들에게는 기술개발의 비용을 증가시키게 되므로 실용신안권의 내용을 제한할 공익적 필요가 있다 할 것이고, 그 제한을 어느 정도로 할 것인지는 입법자가 헌법의 취지와 재산권으로서 실용신안권이 충실히 기능하고 보호될 수 있도록 하는 한편, 입법 당시 우리의 기술수준과 산업정책 및 국제조약 등을 고려하여 정하여야 할 것인데, 물론, 추가납부기간 외에도 권리회복 절차 등 다른 구체수단을 두는 것이 실용신안권의 보호에 보다 충실한 것이겠지만, 입법자가 우리의 기술수준과 산업발전의 단계를 진단·예측한 결과 6개월간의 등록료 납부 유예기간만을 둔 입법적 선택을 하였고, 불가피한 사유 등에 의한 미납시 사후적 구체절차를 두지 않았다고 하더라도 이러한 선택에 수인할 수 없을 정도의 불균형이 존재한다고 보이지는 아니하므로, 자의적인 입법이라거나 현저히 불균형적인 입법이라고 할 수는 없어 재산권을 침해한다고 볼 수 없다.

둘째, 비록 법이 정하는 절차는 아니라고 하더라도 실용신안권의 등록과 동시에 반드시 교부하도록 되어 있는 실용신안등록증에는 등록료 납부의무와 그 불이행시 실용신안권의 소멸이라는 법적 효과를 고지하고 있고, 실용신안권 설정등록 후 처음으로 납부하게 되는 4년차분 등록료를 납부기간 내에 납부하지 않는 경우에는 미리 미납사실과 권리소멸을 예고하는 사전통지를 하는 등 행정실무상으로도 절차적인 면을 보완하고 있으므로 실용신안권을 소멸시키기 전에 미리 사전통지나 권리소멸의 예고를 하지 않았다고 하여 적법 절차의 원칙에 어긋난다고 할 수는 없다.

나. 소수의견

재판관 윤영철, 재판관 하경철, 재판관 권성은 다음과 같이 위 두 쟁점에 대해 모두 적극적으로 판단하며 당해 조항이 위헌이라고 판시하였다.

첫째, 이 사건 조항은 등록료의 불납으로써 권리포기의사의 존재를 단정하고 있으나, 등록료 등의 징수규칙이 자주 개정되어온 실정과 천재지변, 대리

인이나 담당직원의 실수, 관리 데이터의 오류나 누락 등이 있을 수 있음을 고려할 때, 그와 같은 단정은 매우 성급하여 불합리한 것이다. 따라서 권리자에게 권리포기의 의사도 없고 또 그에게 책임 없는 사유로 등록료가 불납된 경우에만 권리를 일률적으로 소멸시키도록 한 것은 필요한 정도 이상으로 권리자의 재산권을 침해한다.

등록료 미납으로 인한 권리소멸에 앞서 국가가 미리 통지를 하며, 또한 비자발적이거나 피치 못할 사정이 있었던 경우와 같은 사정이 있는 경우에는 사후에 다시 회복할 기회를 주어야 하고, 적어도 이러한 이중 삼중의 방어장치를 구비하였을 경우에 권리자에게 권리소멸이라는 법적 책임을 귀속시킬 수 있는 헌법적 정당성이 부여된다.

나아가, 이 사건 조항은 자신이 책임질 수 없는 경우까지 권리소멸이라는 매우 중대한 법익 침해를 주는 반면, 달성하려는 공익은 반드시 시급히 요청되어야 할 것이라 보기 어려워, 법익의 균형성 원칙에도 위배된다.

둘째, 또한 이 사건 권리소멸조항은 등록료의 납부를 미리 고지한다거나 불납사실을 통지하여 권리소멸의 위험을 예고하여 준다거나 귀책사유에 의하지 않고 납부기간을 경과하여 권리가 소멸된 경우에 권리를 회복시켜 준다거나 하는 것에 관한 절차를 마련하지 않은 채 국민의 권리를 소멸시키고 있으므로 적법절차 원칙에 위배된다.

3. 이 결정의 의의

이 결정은 지적재산권자가 지적재산권법의 일종인 실용신안법의 특정 조항의 위헌성을 제기한 경우로, 우리 헌법재판소가 지적재산권과 관련하여 최초로 본안 판단을 한 사건으로 헌법상 지적재산권 보호 근거와 목적 등을 제시하였으며, 과잉금지원칙을 위한 판단 기준으로 판시를 하였다.

첫째, 헌재는 다음과 같이 지적재산권제도의 일종인 실용신안제도의 헌법적 근거를 제22조 제2항에서 찾았다.

가. 실용신안제도의 헌법적 근거와 목적

헌법 제22조 제2항은 저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다고 하여 학문과 예술의 자유를 제도적으로 뒷받침해 주

고 학문과 예술의 자유에 내포된 문화국가실현의 실효성을 높이기 위하여 저작자 등의 권리보호를 국가의 과제로 규정하고 있다. 저작자 등의 권리를 보호하는 것은 학문과 예술을 발전·진흥시키고 문화국가를 실현하기 위하여 불가결할 뿐 아니라, 이들 저작자 등의 산업재산권을 보호한다는 의미도 함께 가지고 있다. 이와 같은 헌법의 취지에 따라 특허법, 실용신안법, 의장법 등 산업재산권을 보호하기 위한 개별법률들이 제정되어 발명가 등의 권리를 구체적으로 보호하고 있다.

실용신안제도는 실용적인 고안을 보호·장려하고 그 이용을 도모함으로써 기술의 발전을 촉진하여 산업발전에 이바지함을 그 목적으로 한다(법 제1조). 즉, 고안자에게는 일정기간 업으로써 고안을 독점적으로 실시하는 권리인 독점권을 부여하여 고안을 보호하고, 고안자에 의한 고안의 공개와 실시를 통하여 일반에게는 고안을 이용하는 기회를 제공함으로써 궁극적으로 기술의 진보발전을 도모하고 국가의 산업발전을 꾀하려는 데 그 목적이 있다. 이러한 목적을 달성하기 위하여 법은 실용신안권자에게 업으로써 등록실용신안을 실시할 권리를 독점적으로 부여하고(법 제37조), 실용신안권의 양도를 허용하는(법 제42조) 등 실용신안권을 재산적 가치가 있는 독점적인 권리로 보호함으로써 새로운 고안을 보호·장려하는 한편, 실용신안공보에 등록공고를 하도록 하여 고안을 공개하고(법 제35조), 실용신안권자 또는 제3자에 의하여 실시하게 함으로써 고안의 이용을 촉진하며, 그 불실시에 대한 제재로서 실용신안권의 취소, 재정제도(법 제42조) 등을 둬으로써 고안자와 공공의 이익을 유효·적절하게 조정하여 궁극적으로 국가의 산업발전에 이바지하도록 실용신안에 관한 제도를 마련하고 있다.⁴⁴⁾

둘째, 헌재는 실용신안제도의 헌법적 근거를 제22조 제2항에서 찾았음에도, 실용신안권이 재산적 가치가 있는 권리이므로 헌법 제23조 재산권에 의하여 보장된다고 판시하며 이 사건의 관련 기본권을 제23조로 확정하고 있다.

다. 재산권의 침해 여부

44) 헌재 2002. 4. 25. 2001헌마200.

(1)헌법 제22조 제2항에 근거하여 마련된 실용신안제도는 새로운 고안을 창안하여 이를 법이 정한 절차에 따라 등록한 사람에게 실용신안권이라는 독점권을 부여하는 것을 그 핵심적인 내용으로 한다. 실용신안권은 고안의 경제적 가치를 보호하여 권리자의 재산적 이익을 만족시키는 것으로 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산적 가치가 있는 권리라고 할 것이므로 그 내용과 한계를 정함에 있어 원칙적으로 입법자가 광범위한 입법형성권을 가진다고 할 것이지만, 실용신안권이 재산권으로서 충실히 기능하고 보호될 수 있도록 법치국가원리에 따른 비례의 원칙을 준수하여야 한다.⁴⁵⁾

셋째, 현재는 위헌심사기준으로 과잉금지의 원칙을 제시하고 그에 따른 심사를 하고 있다. 다만, 법정의견인 다수의견은 목적의 정당성, 방법의 적정성, 법익의 균형성은 명시적으로 검토하면서도, 피해의 최소성은 명시적으로 검토하지 않았다.

(1)헌법 제22조 제2항에 근거하여 마련된 실용신안제도는 새로운 고안을 창안하여 이를 법이 정한 절차에 따라 등록한 사람에게 실용신안권이라는 독점권을 부여하는 것을 그 핵심적인 내용으로 한다. 실용신안권은 고안의 경제적 가치를 보호하여 권리자의 재산적 이익을 만족시키는 것으로 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산적 가치가 있는 권리라고 할 것이므로 그 내용과 한계를 정함에 있어 원칙적으로 입법자가 광범위한 입법형성권을 가진다고 할 것이지만, 실용신안권이 재산권으로서 충실히 기능하고 보호될 수 있도록 법치국가원리에 따른 비례의 원칙을 준수하여야 한다.

(2)이 사건 조항은 앞에서 본 바와 같이 실용신안권자가 등록료 납부의무를 이행하지 않는 경우에 실용신안권을 소멸시켜 널리 일반의 공유재산으로 이용하게 함으로써 기술개발을 촉진하고 산업발전에 이바지하도록 한다는 것으로, 그 입법목적은 정당하고, 이러한 목적을 달성하기 위한 방법도 적정하다고 보인다.

45) 헌재 2002. 4. 25. 2001헌마200.

(3)그러나 실용신안권자가 정해진 납부기간 내에 등록료를 납부하지 않는 것은 통상 실용신안에 대한 독점을 계속할 이익이 없는 경우로 그 불납의사 및 권리포기의사를 추정할 수 있겠지만, 징수규칙의 잦은 개정과 이에 따른 경과규정의 적용으로 변리사 또는 담당직원이 착오로 납부기간까지 납부하지 못하거나 납부하여야 할 금액에 모자라게 납부한 경우 또는 천재지변 기타 불가피한 사유로 납부기간 내에 납부하지 못한 경우에 있어서는 납부의사가 있음에도 권리포기의사가 있는 것으로 간주하여 실용신안권을 소멸시킨다는 문제점이 있다.

이러한 경우 각국의 입법례를 살펴보면, 먼저 산업재산권에 관한 일반 조약으로 파리조약(Paris Convention for the Protection of Industrial Property)은 적어도 6월의 추가납부기간이 허용되어야 한다고 하고, 독일의 실용신안법(Gebrauchsmustergesetz; 1993. 3. 23. 개정된 것)은 추가납부기간이 종료하기 전에 미리 등록료 불납과 권리소멸의 통지를 하도록 하며, 프랑스 지적재산법(Code de la propriete intellectuelle)에서는 등록료 불납과 권리소멸의 통지 및 권리소멸 후에도 권리소멸통지 후 3월내에는 권리회복을 신청할 수 있도록 권리회복에 관한 절차를 규정하고, 일본도 최근에 실용신안법을 개정하여 실용신안권자의 책임에 의하지 않은 사유로 등록료를 불납한 경우에는 권리회복을 신청할 수 있도록 하여 6월의 추가납부기간 외에 권리소멸통지 및 권리소멸 후라도 권리를 회복할 수 있는 절차를 마련하고 있다.

살피건대, 실용신안권의 존속기간이 장기화되는 경우 그 고안은 이미 새로운 고안으로서 가치가 감소되는 반면, 이를 이용 또는 응용하여 개량 또는 응용고안을 창안하려는 사람들에게는 기술개발의 비용을 증가시키게 되므로 실용신안권의 내용을 제한할 공익적 필요가 있다 할 것이고, 이러한 공익적 요청은 개별국가의 기술수준, 산업정책에 따라 그 강도를 달리 한다고 할 것인바, 일반적으로 기술수출 중심의 선진공업국보다는 상품수출 중심의 신흥공업국의 경우에 이러한 요청이 보다 절실하다는 것은 자명하다 할 것이다. 따라서 실용신안권 등 산업재산권에 대한 보호와 공익적 필요에 의한 제한을 어느 정도로 할 것인지는 입법자가 헌법 제22조 제2항의 취지와 재산권으로서 실용신안권이 충실히 기능하고 보호될 수 있도록 하는 한편, 입법 당시 우리의 기술수준과 산

업정책 및 국제조약 등을 고려하여 정하여야 할 것인데, 법은 실용신안권의 장기화에 따른 제한의 필요성이라는 공익의 요청과 재산권으로서 실용신안권의 보호라는 요청을 조절하기 위하여 납부기간 내에 등록료를 납부하지 않은 경우 실용신안권을 소멸시키면서도 권리포기의사 없이 등록료를 납부하지 않은 실용신안권자에게는 6월의 추가납부기간이라는 권리구제수단을 허용함으로써 실용신안권자의 재산권에 대한 제한을 완화하고 있다. 물론, 앞에 든 선진공업국들의 입법례와 같이 추가납부기간 외에도 권리회복절차 등 다른 구제수단을 두는 것이 실용신안권의 보호에 보다 충실한 것이겠지만, 입법자가 우리의 기술수준과 산업발전의 단계를 진단·예측한 결과 이와 같은 입법적 선택을 하였고, 이러한 선택에 수인할 수 없을 정도의 불균형이 존재한다고 보이지는 아니하므로, 이를 두고 입법목적의 달성에 필요한 정도를 넘은 자의적인 입법이라거나 현저히 불균형적인 입법이라고 할 수는 없다.

(4)그렇다면, 이 사건 조항은 실용신안권의 내용과 한계를 정함에 있어 법치국가원리에 따른 비례성의 원칙을 준수하고 있다고 할 것이므로 입법형성권의 한계를 벗어난 것이라거나 과잉금지의 원칙을 위반한 것이라 볼 수 없다.⁴⁶⁾

그러나 소수의견은 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 차례로 검토하고, 피해의 최소성과 법익의 균형성을 충족하지 못하여 위헌이라고 판단하였다.

(1)입법자는 공익실현을 위하여 기본권을 제한하는 경우에도 입법 목적을 실현하기에 적합한 여러 수단 중에서 되도록 국민의 기본권을 가장 존중하고 기본권을 최소로 침해하는 수단을 선택해야 한다(헌재 1998. 5. 28. 96헌가5, 판례집 10-1, 541, 556).

이 사건 조항은 실용신안권에 의하여 독점되던 고안을 일반공중이 자유롭게 이용할 수 있도록 중도에 개방하여 그 효용을 증대하고 그 기술의 개량이나 응용기술의 개발을 쉽게 한다는 공익의 추구를 그 목적으

46) 헌재 2002. 4. 25. 2001헌마200.

로 하고 있다는 것이다.

그러나 실용신안권의 존속 중에도 일반공중은 권리의 양수 또는 실용신안법상의 전용실시권이나 통상실시권 등의 설정 등을 통하여 그 기술을 이용하는 것이 본래 가능하고, 또한 등록된 고안의 내용이 실용신안공보에 공개되어 새로운 고안의 개발에 이를 자료로 활용하는 것이 이미 가능한 데다가 실제로도 실용신안권의 장벽에 불구하고 기존의 기술 수준을 뛰어넘는 대체기술이 급속히 개발되고 있는 것이 현실의 상황이므로, 기술의 원활한 이용과 신기술의 개발을 위하여 굳이 권리를 중도에 무리하게 소멸시킬 필요는 없다.

뿐만 아니라, 이 사건 조항은 등록료의 불납으로써 권리포기의사의 존재를 단정하고 있으나, 등록료 등의 징수규칙이 자주 개정되어온 실정을 고려할 때, 그리고 천재지변, 대리인이나 담당직원의 실수, 관리 데이터의 오류나 누락 등이 있을 수 있음을 고려할 때, 그와 같은 단정은 매우 성급하여 불합리한 것이다. 따라서 권리자에게 권리포기의 의사도 없고 또 그에게 책임 없는 사유로 등록료가 불납된 경우에만 권리 행사를 일률적으로 소멸시키도록 한 이 사건 조항은 그 입법목적은 달성하기 위하여 필요한 정도 이상으로 권리자의 재산권을 침해하는 것이다.

이 사건의 경우 대리인의 실수로 단돈 1000원이 부족한 상태로 납부기한 도과 직전에 등록료를 납부한 것인데도 결국 이 사건 조항에 따라 권리소멸이라는 중대한 결과에 이르고 아무런 추후 구제조치가 없다. 이는 상식적으로 납득할 수 없는 현상으로서, 이를 가능하게 한 입법은 결국 실용신안권자의 기본권 보호보다는, 행정편의주의만을 앞세운 것이라고 하지 않을 수 없고, 발명가의 권리보호를 헌법에 명시한 취지를 등한시한 것이다.

적어도 권리자에게 책임을 돌릴 수 없는 경우에는 등록료 미납으로 인한 권리 소멸이라는 법적 부담을 면할 수 있는 길을 마련해 주어야 하고, 이러한 제도의 구비가 행정상 큰 불편을 초래한다면 비용이 많이 든다거나 법리상 어려운 일도 아닐 것이다.

미국 등 많은 나라의 입법례는 등록료 미납으로 인한 권리소멸에 앞서 국가가 미리 권리자에게 그에 관하여 통지를 하고 있으며, 또한 권리자에게 비자발적(unintentional)이거나 피치 못할(unavoidable) 사정이 있

있던 경우에는 사후에 다시 소멸된 권리를 회복할 기회를 주고 있는 것이다. 적어도 이러한 이중 삼중의 방어장치를 구비하였을 경우 권리자에게 “권리소멸”이라는 법적 책임을 귀속시킬 수 있는 헌법적 정당성이 부여된다고 할 것이다.

그러므로 이 사건 조항은 당사자에게 책임을 돌릴 수 없는 경우까지도 권리소멸이란 기본권 제한을 하고 있으며, 이를 완화할 충분한 입법적 구제책을 강구할 수도 있었음에도 이를 하지 않고 있는 것이므로, 기본권 제한 입법으로서 지켜야 할 피해의 최소성 원칙에 위배되고 있다.

(2) 나아가, 기본권 제한에 있어서는 “그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야”(헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 260) 하는데, 이 사건 조항은 침해되는 법익과 보호되는 공익 사이에 현저한 불균형을 초래하고 있다.

등록료 미납시 실용신안권을 중도에 소멸시킴으로써 달성하고자 하는 공익과 실용신안권 자체의 소멸이라는 개인적 법익을 비교하여 보면, 전자는 반드시 이 사건 조항에 의해서만 달성될 수 있는 것은 아닌 반면, 후자의 경우 일단 실용신안권이 소멸되면 해당 고안은 신규성이 없어 다시 등록할 수 없고 권리자는 권리 자체를 잃어버리게 된다.

어차피 실용신안권은 존속기간(10년)이 정해져 있는 것이며, 앞서 보았듯이, 그 기간 중이라도 일반 공중은 권리의 양수, 전용실시권 등을 통하여 기술 이용이 가능하고, 새로운 고안의 개발에 이를 자료로 활용할 수 있으며, 기존의 기술수준을 뛰어넘는 대체기술이 급속히 개발되고 있는 것이 현실이므로, 이 사건 조항에서와 같이 무리하게 권리를 소멸시킬 필요는 없는 것이다.

실용신안권을 보장하는 목표는 신규의 고안자에게 일정 기간의 계속적인 독점권을 부여하여 창안의욕을 고취시켜 기술발전과 산업발전에 이바지하는 것이다. 각국은 오늘날 지적재산권을 더욱 강하게 보호하는 추세이며, 우리 헌법은 헌법적 차원에서 이미 이에 대한 보호를 천명하고 있는 것이다.

그런데도 이 사건 조항은 자신이 책임질 수 없는 경우까지도 권리소멸이라는 매우 중대한 법익 침해를 주는 반면, 이로 인하여 달성하려는 공익은 반드시 시급히 요청되어야 할 것이라 보기 어려운 것이다.

결국 이 사건 조항은 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 큰 경우라고 볼 수 없다.⁴⁷⁾

법정의견에서 왜 피해의 최소성을 명시적으로 심사하지 않았는지는 분명하지 않다. 그러나 소수의견이 이를 명시적으로 심사한 것을 통하여 짐작해 보면 지적재산권이 일반적인 재산권과 다른 특수함에 비추어 비롯된 것은 아니라고 할 수 있다. 연구진은 그 이유를 재산권과 지적재산권에서 과잉금지 원칙 적용의 특수함에 기인한다고 생각한다.⁴⁸⁾

넷째, 분명하지는 않지만 현재의 판시에 비추어 보면 현재는 지적재산권의 정당화 근거에서 자연권론보다는 유인론⁴⁹⁾에 좀 더 가까운 입장을 보여주고 있다.

살피건대, 실용신안권의 존속기간이 장기화되는 경우 그 고안은 이미 새로운 고안으로서 가치가 감소되는 반면, 이를 이용 또는 응용하여 개량 또는 응용고안을 창안하려는 사람들에게는 기술개발의 비용을 증가시키게 되므로 실용신안권의 내용을 제한할 공익적 필요가 있다 할 것이고, 이러한 공익적 요청은 개별국가의 기술수준, 산업정책에 따라 그 강도를 달리 한다고 할 것인바, 일반적으로 기술수출 중심의 선진공업국보다는 상품수출 중심의 신흥공업국의 경우에 이러한 요청이 보다 절실하다는 것은 자명하다 할 것이다. 따라서 실용신안권 등 산업재산권에 대한 보호와 공익적 필요에 의한 제한을 어느 정도로 할 것인지는 입법자가 헌법 제22조 제2항의 취지와 재산권으로서 실용신안권이 충실히 기능하고 보호될 수 있도록 하는 한편, 입법 당시 우리의 기술수준과 산업정책 및 국제조약 등을 고려하여 정하여야 할 것인데, 법은 실용신안권의 장기화에 따른 제한의 필요성이라는 공익의 요청과 재산권으로서 실용신안권의 보호라는 요청을 조절하기 위하여 납부기간 내에 등록료를 납부하지 않은 경우 실용신안권을 소멸시키면서도 권리포기의사 없이 등록료를 납부하지 않은 실용신안권자에게는 6월의 추가납부기간이

47) 헌재 2002. 4. 25. 2001헌마200.

48) 이에 관해서는 이 보고서 제4장 제1절 참고.

49) 이에 관해서는 우선 이규호, 『저작권법(제6판)』, 진원사(2017), 6-9면을 참조.

라는 권리구제수단을 허여함으로써 실용신안권자의 재산권에 대한 제한을 완화하고 있다. 물론, 앞에 든 선진공업국들의 입법례와 같이 추가납부기간 외에도 권리회복절차 등 다른 구제수단을 두는 것이 실용신안권의 보호에 보다 충실한 것이겠지만, 입법자가 우리의 기술수준과 산업발전의 단계를 진단·예측한 결과 이와 같은 입법적 선택을 하였고, 이러한 선택에 수인할 수 없을 정도의 불균형이 존재한다고 보이지는 아니하므로, 이를 두고 입법목적의 달성에 필요한 정도를 넘은 자의적인 입법이 라거나 현저히 불균형적인 입법이라고 할 수는 없다.⁵⁰⁾

그러나 현재가 이 결정례에 즈음하여 지적재산권의 정당화 근거에 관한 쟁점을 검토하고 그에 대한 입장을 정한 후 결정문을 작성한 것은 아니라고 판단된다. 이러한 의미에서 이와 같은 판시를 근거로 이에 대한 현재의 태도를 논하기에는 아직 이르다고 판단된다.

III. 저작권법 제104조 등 위헌소원⁵¹⁾

1. 사건의 개요와 심판 대상

가. 사건의 개요

청구인은 실시간 음악감상, MP3 등 음원파일 다운로드 등 서비스를 제공하는 웹사이트를 운영하는 온라인서비스제공자이다. 문화관광부(현 문화체육관광부) 장관은 청구인이 특수한 유형의 온라인 서비스를 제공하는 업체로서 권리자의 요청이 있는 경우 저작권법 제104조에 의하여 해당 저작물의 불법적인 전송을 차단하는 기술적 조치 등 필요한 조치를 하여야 함에도 이를 위반하였다고 하여 2008. 1. 3. 저작권법 제142조 제1항, 제2항에 의하여 청구인에게 210만 원의 과태료 부과처분을 하였다.

50) 현재 2002. 4. 25. 2001헌마200.

51) 현재 2011. 2. 24. 2009헌바13 등. 이에 관한 평서는 이규홍, "특수한 유형의 온라인서비스제공자에 부과된 필요한 조치의무 관련조항의 합헌성(저작권법 제104조 등 위헌소원)", 계간 저작권(2011년 여름호), 2011 참고.

청구인이 위 과태료 부과처분에 대하여 이의를 제기하자 문화관광부 장관은 서울중앙지방법원에 이 사실을 통보하였으며, 서울중앙지방법원은 청구인에 대하여 210만 원의 과태료에 처하는 약식재판을 하였다. 이에 청구인은 위 과태료 결정에 대하여 이의신청(서울중앙지방법원 2008과1922)을 하고, 청구인에게 적용된 위 저작권법 조항들이 헌법에 위반된다며 위헌제청신청을 하였으나 2008. 12. 30. 위 신청이 기각되자(서울중앙지방법원 2008카기8694), 2009. 1. 13. 위 기각결정을 송달받은 후 2009. 1. 23. 위 조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.⁵²⁾

나. 심판 대상

저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 개정되고, 2009. 4. 22. 법률 제9625호로 개정되기 전의 것) 제104조(특수한 유형의 온라인 서비스제공자의 의무 등) ① 다른 사람들 상호 간에 컴퓨터등을 이용하여 저작물등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제공자(이하 “특수한 유형의 온라인서비스제공자”라 한다)는 권리자의 요청이 있는 경우 당해 저작물등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 하여야 한다. 이 경우 권리자의 요청 및 필요한 조치에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.

② 생략

저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 개정되고, 2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것) 제104조(특수한 유형의 온라인 서비스제공자의 의무 등) ① 생략

② 문화관광부장관은 제1항의 규정에 따른 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 범위를 정하여 고시할 수 있다.

저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 개정되고, 2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것) 제142조(과태료) ① 제104조의 규정에 따른 필요한 조치를 하지 아니하는 자는 3천만 원 이하의 과태료에 처하며, 제106조의 규정에 따른 의무를 이행하지 아니하거나 제133조 제4항의 규정에 따른 문화관광부장관의 명령을 이행하지 아니하는 자는 1천만 원 이하의 과태료에 처

52) 이상 2009헌바13 사건의 사건 개요이다. 그 밖의 병합 사건에 대한 사건 개요는 판례집 23-1상, 57-58면 참고.

한다.

② 제1항의 규정에 따른 과태료는 대통령령이 정하는 바에 따라 문화관광부장관이 부과·징수한다.

③~⑤ 생략

저작권법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정된 것) 제104조 (특수한 유형의 온라인 서비스제공자의 의무 등) ① 생략

② 문화체육관광부장관은 제1항의 규정에 따른 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 범위를 정하여 고시할 수 있다.

저작권법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되고, 2009. 4. 22. 법률 제9625호로 개정되기 전의 것) 제142조 (과태료) ① 제104조의 규정에 따른 필요한 조치를 하지 아니하는 자는 3천만 원 이하의 과태료에 처하며, 제106조의 규정에 따른 의무를 이행하지 아니하거나 제133조 제4항의 규정에 따른 문화체육관광부장관의 명령을 이행하지 아니하는 자는 1천만 원 이하의 과태료에 처한다.

55

② 제1항의 규정에 따른 과태료는 대통령령이 정하는 바에 따라 문화체육관광부장관이 부과·징수한다.

③~⑤ 생략

2. 결정 요지

헌법재판소는 이 결정에서 (i) 다른 사람들 상호간에 컴퓨터 등을 이용하여 저작물 등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 특수한 유형의 온라인서비스제공자로 하여금 권리자의 요청이 있는 경우 당해 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 하도록 한 저작권법 제104조 제1항과 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 범위를 문화체육관광부장관의 고시로 정할 수 있도록 한 저작권법 제104조 제2항이 포괄위임입법금지원칙에 위반되는지와 (ii) 위 저작권법 제104조 제1항, 제2항 및 위 저작권법 제104조 제1항에 위반한 경우 과태료를 부과하도록 한 저작권법 제142조 제1항, 제2항이 직업수행의 자유를 침해하는지 여부를 판단하였다.

가. 다수의견

다수의견은 다음과 같이 위 두 쟁점에 대해 모두 소극적으로 판단하며 당해 조항이 헌법 조항에 위반되지 않는다고 판시하였다.

저작물 등의 불법적인 전송을 차단할 일정한 책임을 지는 “특수한 유형의 온라인서비스제공자의 범위” 및 특수한 유형의 온라인서비스제공자에 대한 저작권자 등 “권리자의 요청”, 특수한 유형의 온라인서비스제공자가 취해야 하는 기술적인 조치 등 “필요한 조치”는 그 규율영역의 특성상 법률에서 이를 구체적·서술적으로 열거하는 것이 입법기술상 곤란하고, 탄력적으로 규율되어야 할 필요성 있다고 할 것이므로 문화체육관광부장관 고시 및 하위법령에 위임의 필요성이 인정되며, 저작권법의 입법목적 및 이 사건 법률조항들의 입법취지, 관련규정 등에 비추어 보면, 문화체육관광부장관 고시 및 하위법령에 규정될 내용을 충분히 예측할 수 있다고 할 것이므로 저작권법 제104조 제1항, 제2항은 포괄위임입법금지의 원칙에 위반되지 않는다.

이 사건 법률조항들은 저작물 등의 불법적인 전송을 차단함으로써 저작권 등을 보호하고, 문화 및 관련 산업을 향상·발전시키기 위한 것으로서 정당한 목적 달성에 기여한 적합한 수단에 해당하며, 권리자의 요청이 있는 경우에 해당 저작물에 대한 불법적인 전송을 차단하는 조치를 취할 것을 요구할 뿐인 점, 기술적으로 불가능한 조치를 요구하는 것은 아닌 점, 인터넷을 통한 저작권 등 침해의 현실 등을 고려할 때 입법목적 달성에 동일하게 기여하는 다른 덜 침해적인 수단이 존재한다고 보기 어려우므로 침해의 최소성 원칙에 위배되지 않는다. 나아가 저작권 등 침해행위를 기술적으로 통제하고 감독할 수 있는 지위에 있다고 할 특수한 유형의 온라인서비스제공자에게 한정된 범위에서 기술적 의무 등을 부과한 것이 온라인서비스제공자의 직업의 자유에 대한 중대한 제한이 된다고 보기는 어려운 반면, 달성되는 공익은 매우 중요하다는 점에서 법익균형성의 원칙에도 위반되지 않는다. 따라서 이 사건 법률조항들은 과잉금지원칙에 위배하여 직업의 자유를 침해하지 않는다.

나. 소수의견

재판관 김종대, 재판관 목영준은 다음과 같이 법형식의 문제를 이유로 저

저작권법 제104조 제2항에 대하여 위헌이라고 판시하였다.

저작권법 제104조 제2항은 누가 저작권법 제104조 제1항의 의무를 부담하는 수범자인지, 의무를 위반하는 경우 저작권법 제142조 제1항, 제2항에 의한 과태료를 부과받게 되는지에 관한 법규사항을 문화체육관광부장관이 정할 수 있도록 규정하고 있다. 그런데 우리 헌법과 같이 법규명령의 형식이 헌법상 확정되어 있고 구체적으로 법규명령의 종류·발령주체·위임범위·요건 등에 관한 명시적 규정을 둔 이상, 법률로써 그와 다른 종류의 법규명령을 창설할 수 없고 더구나 그러한 법규사항을 행정규칙 기타 비법규명령에 위임하여서는 아니 된다 할 것이다. 따라서 저작권법 제104조 제2항은 의무에 관한 법규적 사항을 헌법상 열거된 법규명령이 아닌 ‘문화체육관광부장관의 고시’에 직접 위임한 것으로서 헌법에 위반된다.

3. 이 결정의 의의

이 결정은 다른 사람들 상호간에 컴퓨터 등을 이용하여 저작물 등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 특수한 유형의 온라인서비스제공자가 지적재산권법의 일종인 저작권법의 특정 조항의 위헌성을 제기한 경우로, 우리 헌법재판소가 지적재산권과 관련한 사건에서 최초로 과잉금지의 원칙 이외에 다른 위헌심사기준인 포괄위임입법금지의 원칙을 제시하고 적용하였다는 점에서 의미가 있다.

첫째, 헌법재판소는 특수한 온라인서비스제공자의 기술적 보호조치를 의무로 부과하는 대상 조항의 위헌성을 판단하며 과잉금지의 원칙 이외에 다른 위헌심사기준인 포괄위임입법금지의 원칙을 제시하고 적용하였다.

이처럼 “특수한 유형의 온라인서비스제공자의 범위”는 온라인 문화와 인터넷기술의 발전상황을 고려해 정해져야 하는 것으로서 위임의 필요성이 긍정되고, 관련 규정을 종합적으로 고려할 때 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 범위를 설정함에 있어 고려되는 대강의 요소와 내용이 충분히 예측가능하다고 할 것이므로, 저작권법 제104조 제2항은 포괄위임입법금지의 원칙에 위반되지 않는다.⁵³⁾

둘째, 헌법재판소는 특수한 온라인서비스제공자의 기술적 보호조치를 의무로 부과하고 이를 위반하면 과태료를 부과하는 대상 조항이 청구인의 직업수행의 자유를 제한하는지 여부를 판단하면서도 과잉금지의 원칙을 그 심사기준으로 삼았다.

(2) 과잉금지원칙 위반 여부

(가) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

...(중략)...

(나) 침해의 최소성

...(중략)...

(다) 법익균형성

...(중략)...

(라) 소결

따라서 이 사건 심판대상 법률조항들은 과잉금지원칙에 위배하여 직업의 자유를 침해하지 아니한다.⁵⁴⁾

셋째, 헌법재판소는 특수한 온라인서비스제공자의 기술적 보호조치를 의무로 부과하고 이를 위반하였을 때 과태료를 부과하는 대상 조항을 심사하면서 평등권, 자기책임의 원칙도 기준으로 삼았다.

그러나 특수한 유형의 온라인서비스는 그 서비스의 특성상 저작물 등의 불법적인 전송에 이용되기 쉬운 것으로서, 그와 같은 서비스를 통한 저작물 등의 불법적인 전송의 빈번한 발생과 그로 인한 막대한 피해의 발생에도 불구하고, 개별적인 저작권 등 침해행위자의 특징을 어렵게 한다는 점에서 특수한 유형의 온라인서비스제공자에게만 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적 조치 등 필요한 조치를 취하도록 한 것은 저작권 보호를 위한 합리적 차별취급에 해당한다고 할 것이다.

그런데 이 사건 심판대상 법률조항들은 특수한 유형의 온라인서비스

53) 그 밖에 저작권법 제104조 제1항의 포괄위임입법금지의 원칙 위배 가능성에 대한 현재의 판단은 판례집 66면 이하 참고; 헌재 2011. 2. 24. 2009헌바13 등.

54) 헌재 2011. 2. 24. 2009헌바13 등.

제공자가 스스로 제공하는 서비스의 특성상 저작물 등의 불법적인 전송 행위가 쉽게 발생할 수 있음을 인지하면서도 이를 용이하게 하여서는 안된다는 자신의 행위책임을 구체화한 것으로서 온라인서비스 자체는 유지하는 것을 전제로 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 것이 기술적으로 불가능한 경우까지 책임을 부과하는 것은 아니므로 자기책임의 원리에 위반되지 아니한다.⁵⁵⁾

IV. 저작권법 부칙 제4조 위헌확인⁵⁶⁾

1. 사건의 개요와 심판 대상

가. 사건의 개요

청구인은 저작인접권이 소멸된 음원을 이용하여 음반을 제작·판매하는 사람인데, 1987. 7. 1.부터 1994. 6. 30. 사이에 발생하였으나 20년의 보호기간이 경과하여 소멸된 저작인접권을 2012. 3. 15.부터 회복하여 잔여 보호기간을 포함하여 50년간 존속시키는 내용의 저작권법 부칙 제4조가 청구인의 음반제작 및 판매에 관한 재산권을 침해한다고 주장하며 2012. 9. 14. 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 종전의 법률규정에 따른 보호기간이 완료된 결과 소멸된 저작인접권이 다시 회복되어 잔여 보호기간 동안 존속하는 부분의 위헌성을 다투고 있는데, 그와 관련된 내용은 저작권법 부칙 제4조 제2항이며, 부칙 제4조의 나머지 조항들은 청구인이 위헌이라고 주장하는 내용과 무관하므로 심판대상에서 제외한다.

따라서 이 사건의 심판대상은 저작권법(2011. 12. 2. 법률 제11110호) 부칙

55) 헌재 2011. 2. 24. 2009헌마13 등.

56) 헌재 2013. 11. 28. 2012헌마770.

제4조 제2항(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하여 위헌인지 여부이다.

저작권법 (2011. 12. 2. 법률 제11110호) 부칙 제4조(저작권접권 보호기간의 특례) ② 같은 법 부칙 제3항에 따라 1987년 7월 1일부터 1994년 6월 30일 사이에 발생한 저작권접권 중 이 법 시행 전에 종전 법(법률 제4717호 저작권법 중 개정법률 시행 전의 저작권법을 말한다. 이하 이 조에서 같다)에 따른 보호기간 20년이 경과되어 소멸된 저작권접권은 이 법 시행일부터 회복되어 저작권접권자에게 귀속된다. 이 경우 그 저작권접권은 처음 발생한 때의 다음 해부터 기산하여 50년간 존속하는 것으로 하여 보호되었더라면 인정되었을 보호기간의 잔여기간 동안 존속한다.

2. 결정요지

헌법재판소는 이 결정에서 과거에 소멸한 저작권접권을 회복시키는 저작권법 부칙 규정과 헌법 제13조 제2항이 금지하는 소급입법에 의한 재산권 박탈에 해당하는지 여부, 저작권접권을 회복시키는 심판대상조항이 음반 제작자의 직업 수행의 자유를 침해하는지 여부를 판단하였다.

헌재는 다음과 같이 위 두 쟁점에 대해 모두 소극적으로 판단하며 당해 조항이 헌법 조항에 위반되지 않는다고 판시하였다.

첫째, 심판대상조항은 개정된 저작권법이 시행되기 전에 있었던 과거의 음원 사용 행위에 대한 것이 아니라 개정된 법률 시행 이후에 음원을 사용하는 행위를 규율하고 있으므로 진정소급입법에 해당하지 않으며, 저작권접권이 소멸한 음원을 무상으로 사용하는 것은 저작권접권자의 권리가 소멸함으로 인하여 얻을 수 있는 반사적 이익에 불과할 뿐이므로, 심판대상조항은 헌법 제13조 제2항이 금지하는 소급입법에 의한 재산권 박탈에 해당하지 아니한다.

둘째, 심판대상조항의 입법목적은 저작권접권의 보호기간을 연장하여 1987. 7. 1.부터 1994. 6. 30. 사이에 발생한 저작권접권과 그 후에 발생한 저작권접권 간의 차등 대우를 개선하고자 하는 것으로서 정당하고, 수단의 적합성을 갖추었으며 달리 피해를 최소화할 방안이 없다. 청구인이 가졌던 기존 보호기간에 대한 신뢰에 비하여 위에서 본 바와 같이 저작권접권을 보호하고자 하

는 공익은 중대한 반면, 투자회수를 위하여 2년간 기존 음반을 자유로이 판매할 수 있는 등 충분한 유예기간을 두고 있으므로, 심판대상조항이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 직업 수행의 자유를 침해한다고 할 수 없다.

3. 이 결정의 의의

이 결정은 저작인접권이 소멸된 음원을 이용하여 음반을 제작·판매하는 사람이 지적재산권법의 일종인 저작권법의 특정 조항에 대한 헌법소원을 제기한 경우로, 우리 헌법재판소가 이용자의 이익과 관련하여 최초로 본안 판단을 한 사건으로 이용자가 특정한 지적재산권법 조항에 대한 헌법소원을 하였을 때 어떤 요건으로 요구할지도 알 수 있는 판시를 하였다.

현재는 저작인접권이 소멸된 음원을 이용하여 음반을 제작·판매하는 사람이 대상 조항에 대한 헌법소원을 제기하자 관련기본권으로 재산권과 직업의 자유를 확정하고 이에 대한 침해 가능성을 검토하였다.

(3) 재산권의 침해 여부

심판대상조항으로 인해 청구인이 무상으로 1987. 7. 1.부터 1994. 6. 30. 사이에 발생한 저작인접권이 있는 음원을 활용하여 음반을 제작·판매하는 행위를 더 이상 하지 못하게 된 것이 헌법 제23조 제1항에서 보장하는 재산권의 침해에 해당하는지 여부를 살펴본다.

재산권 보장에 관한 헌법 제23조와 소급입법에 의한 재산권의 박탈을 금지한 헌법 제13조 제2항에 의하여 보호되는 재산권은 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적 권리이다. 그러므로 구체적인 권리가 아닌 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 또는 기업 활동의 사실적·법적 여건 등은 재산권 보장의 대상이 아니다(헌재 2005. 2. 3. 2003헌마930, 판례집 17-1, 167, 181-182; 헌재 2008. 11. 27. 2005헌마161등, 판례집 20-2하, 290, 319-322). 우선, 심판대상조항은 청구인이 이미 제작하여 판매하고 있던 음반의 소유권을 박탈한다거나 음반의 판매수익을 환수한다든지, 청구인이 음반을 제작하기 위해 투자한 시설이나 장비 등의 사용·수익을 금지시키는 것이 아니므로, 어떠한 구체적인 권리를 침해하는 것이 아니다. 또한, 심판대상조항

으로 인하여 소멸된 저작권접권이 회복됨에 따라 청구인은 저작권접권자와의 협의를 거치거나 저작권접권자에게 보상금을 지급하여야만 음반을 제작·판매할 수 있기 때문에 음원의 무상 활용 가능성이 없어지지만, 음원을 무상 사용함으로써 인한 이익은 저작권접권자의 권리가 소멸함으로써 인하여 얻을 수 있는 반사적 이익에 불과할 뿐이지 사용자에게 음원에 대한 사적 유용성이나 처분권이 주어지는 것은 아니므로, 이는 헌법 제23조 제1항에 의하여 보호되는 재산권에 해당하지 않는다.

(4) 소결

따라서 심판대상조항은 헌법 제13조 제2항이 금지하는 소급입법에 해당하지 않고, 헌법 제23조 제1항에서 보장된 재산권을 침해하지 아니한다.

다. 직업의 자유 침해 여부

(1) 심사기준

심판대상조항은 일정 기간 동안 존속하다가 소멸한 저작권접권을 회복시킴으로써 이러한 저작권접권이 있는 음원을 이용하여 무상으로 음반을 제작·판매하는 행위를 금지하고, 저작권접권자와 협의하거나 보상금을 지급하여야만 그러한 행위를 가능하게 한 것이므로, 청구인의 직업수행의 요소인 영업방법 내지 취급대상의 제한에 관한 규정이라는 점에서 헌법 제15조에서 보장되는 직업의 자유 중 직업수행의 자유에 대한 제한을 가하고 있다.

직업의 자유도 다른 기본권과 마찬가지로 절대적으로 보호되는 것은 아니고 공익상의 이유로 제한될 수 있으나, 공익실현을 위해서 과도하게 제한되어서는 아니 되므로 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부에 관해 살펴본다. 다만, 청구인은 기존 법규를 신뢰하여 저작권접권이 소멸된 음원을 이용하여 음반을 제작·판매하는 방식으로 영업을 해오다가 심판대상조항으로 인하여 이를 할 수 없게 되었으므로, 과잉금지원칙의 위반 여부를 판단함에 있어 심판대상조항을 두어 소멸한 저작권접권을 회복시키면서 청구인과 같은 음반 제작·판매업자에게 법치국가의 원리상 요청되는 신뢰보호가 충분히 이루어졌는지 여부를 검토한다.

...(중략)...

(3) 소결

따라서 심판대상조항은 청구인의 신뢰이익을 충분히 고려하고 있는 것으로서 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 직업수행의 자유를 침해한다고 할 수 없다.⁵⁷⁾

둘째, 현재는 저작권접권이 소멸된 음원을 이용하여 음반을 제작·판매하는 사람이 음원을 무상사용함으로써 인한 이익은 저작권접권자의 권리가 소멸함으로써 인하여 얻을 수 있는 반사적 이익으로 평가하며 재산권에 해당하지 않는다고 판단하였다.

심판대상조항으로 인해 청구인이 무상으로 1987. 7. 1.부터 1994. 6. 30. 사이에 발생한 저작권접권이 있는 음원을 활용하여 음반을 제작·판매하는 행위를 더 이상 하지 못하게 된 것이 헌법 제23조 제1항에서 보장하는 재산권의 침해에 해당하는지 여부를 살펴본다.

재산권 보장에 관한 헌법 제23조와 소급입법에 의한 재산권의 박탈을 금지한 헌법 제13조 제2항에 의하여 보호되는 재산권은 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적 권리이다. 그러므로 구체적인 권리가 아닌 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 또는 기업 활동의 사실적·법적 여건 등은 재산권 보장의 대상이 아니다(헌재 2005. 2. 3. 2003헌마930, 판례집 17-1, 167, 181-182; 헌재 2008. 11. 27. 2005헌마161등, 판례집 20-2하, 290, 319-322). 우선, 심판대상조항은 청구인이 이미 제작하여 판매하고 있던 음반의 소유권을 박탈한다거나 음반의 판매수익을 환수한다든지, 청구인이 음반을 제작하기 위해 투자한 시설이나 장비 등의 사용·수익을 금지시키는 것이 아니므로, 어떠한 구체적인 권리를 침해하는 것이 아니다. 또한, 심판대상조항으로 인하여 소멸된 저작권접권이 회복됨에 따라 청구인은 저작권접권자와의 협의를 거치거나 저작권접권자에게 보상금을 지급하여야만 음반을 제작·판매할 수 있기 때문에 음원의 무상 활용 가능성이 없어지지만, 음원을 무상 사용함으로써 인한 이익은 저작권접권자의 권리가 소멸함으로써 인하여 얻을 수 있는 반사적 이익에 불과할 뿐이지 사용자에게 음원

57) 헌재 2013. 11. 28. 2012헌마770.

에 대한 사적 유용성이나 처분권이 주어지는 것은 아니므로, 이는 헌법 제23조 제1항에 의하여 보호되는 재산권에 해당하지 않는다.⁵⁸⁾

이와 같이 저작권권이 소멸된 음원을 이용하여 음반을 제작·판매하는 사람이 음원을 무상사용함으로써 인한 이익 그 자체가 권리가 아니라는 평가는 타당하나, 저작권집권자의 권리가 소멸함으로써 얻을 수 있는 반사적 이익에 불과한지 그 이상의 헌법적 평가를 받을 수 있는 것인지에 관해서는 검토가 필요하다.⁵⁹⁾

V. 저작권법 제9조 위헌제청⁶⁰⁾

1. 사건의 개요와 심판 대상

가. 사건의 개요

주식회사 ○○시스템(이하 ‘○○시스템’이라 한다)은 축산물 유통에 관한 소프트웨어 개발 및 판매업을 목적으로 2000. 11. 1. 설립된 회사이다. 서○열은 2002. 6.경부터 2011. 9.경까지 위 회사에서 컴퓨터프로그램으로 근무하면서, 약 6개월 동안 단독으로 프로그래밍 과정을 거쳐 2002. 12.경 축산물 유통에 관한 통합관리형 소프트웨어인 CPOS 프로그램을 업무상 작성하였고, 이때부터 2011. 9.경 퇴직할 때까지 소프트웨어 수리 및 업데이트 업무를 수행하였다.

서○열은 ○○시스템에서 근무하다가 퇴직한 이○근, 조○진과 함께 2012. 4. 30. 주식회사 □□웨어를 공동으로 설립하였고, 위 CPOS 프로그램과 실질적으로 유사한 소프트웨어를 작성하였으며, 위 소프트웨어를 ○○시스템의 거래업체들에게 배포·판매·복제·전송하였다.

이에 ○○시스템은 저작권법 제9조에 따라 자신이 위 CPOS 프로그램의

58) 헌재 2013. 11. 28. 2012헌마770.

59) 이에 관해서는 신혜원, 앞의 글, 273-284쪽; 이 보고서 제4장 제2절 참고.

60) 헌재 2018. 8. 30. 2016헌가12.

저작자라고 주장하면서 2013. 9. 9. 서○열, 이○근, 조○진을 상대로 저작권침해금지 및 손해배상 등을 청구하는 소송을 제기하였다(인천지방법원 2013가합15964).

제청법원은 2016. 7. 19. 저작권법 제9조에 대하여 직권으로 위헌 여부 심판을 제청하였다.

나. 심판의 대상

○○시스템이 자신이 저작자가 된다고 주장하는 CPOS 프로그램은 저작물 중 컴퓨터프로그램저작물에 해당하므로(저작권법 제4조 제1항 제9호 참조), 심판대상을 이에 한정한다.

따라서 이 사건 심판대상은 저작권법(2009. 4. 22. 법률 제9625호로 개정된 것) 제9조 중 컴퓨터프로그램저작물에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다. 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

저작권법(2009. 4. 22. 법률 제9625호로 개정된 것) 제9조(업무상저작물의 저작자) 법인 등의 명의로 공표되는 업무상저작물의 저작자는 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없는 때에는 그 법인 등이 된다. 다만, 컴퓨터프로그램저작물(이하 “프로그램”이라 한다)의 경우 공표될 것을 요하지 아니한다.

2. 결정요지

헌법재판소는 이 결정에서 법인·단체 그 밖의 사용자(이하 ‘법인 등’이라 한다)의 기획 하에 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 작성하는 컴퓨터프로그램저작물의 저작자는 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없는 때에는 그 법인 등이 된다고 규정한 저작권법 제9조 중 컴퓨터프로그램저작물에 관한 부분이 입법형성권의 한계를 일탈하였는지 여부를 판단하였다.

심판대상조항이 업무상 창작된 컴퓨터프로그램저작물의 저작자를 법인 등으로 정한 것은 권리관계를 명확히 하고, 이를 바탕으로 컴퓨터프

로그래머작물이 활발하게 개량되고 유통되며, 나아가 지속적이고 안정적으로 창작되도록 유인하기 위한 것으로서, 그 입법목적이 정당하다. 심판대상조항은 업무상 저작물의 성립요건을 엄격하게 제한하여 법인 등의 업무에 종사하는 자(이하 ‘피용자’라 한다)의 이익을 충분히 배려하고 있고, 법인 등과 피용자 사이에 달리 합의할 가능성을 부여하여 이들의 이익을 상호 조정하는 수단도 마련하고 있다. 특허권에 관한 발명진흥법상 직무발명제도는 ‘특허를 받을 수 있는 권리’를 종업원에게 원시적으로 귀속시키고 종업원에게 보상청구권을 인정하고 있는데, 특허권과 저작권은 권리발생요건과 공시절차를 달리 하므로, 직무발명제도와 심판대상조항을 단순 비교하여 심판대상조항이 피용자의 이익을 지나치게 경시하고 있다고 보기도 어렵다. 이상을 종합하여 보면, 프로그램의 활발한 유통과 안정적 창작을 위하여 법인 등의 기획 하에 피용자가 통상적인 업무의 일환으로 보수를 지급받고 컴퓨터프로그램저작물을 작성한 경우 그 저작자를 법인 등으로 정하도록 하되, 계약 또는 근무규칙으로 저작자를 달리 정할 수 있도록 한 입법자의 판단은 합리적인 이유가 있으므로, 심판대상조항은 입법형성권의 한계를 일탈하였다고 보기 어렵다.⁶¹⁾

3. 이 결정의 의의

이 결정은 지적재산권법의 일종인 저작권법에 의하여 창작자임에도 불구하고 저작권을 부여받지 못한 자가 당해 조항의 위헌성을 제기한 경우로, 우리 헌법재판소가 창작자임에도 불구하고 저작권을 부여하지 않은 규정의 위헌성을 최초로 판단하며 헌법 제22조 제2항을 근거 조항으로 실시하며 이 조항에서 인정하고 있는 입법형성권의 한계를 일탈하였는지를 판단 기준으로 삼았다.

첫째, 현재는 헌법 제23조가 아닌 제22조 제2항을 근거 조항으로 실시하며, 이 조항이 입법자에게 광범위한 입법형성권을 부여하고 있다고 전제하며, 대상 조항이 입법형성권의 한계를 일탈하였는지 심사한 후 이를 일탈하지 않았

61) 현재 2018. 8. 30. 2016헌가12.

다고 판시하였다.

다. 심판대상조항에 대한 판단

(1) 쟁점의 정리

(가) 프로그램을 업무상 창작함에 있어서는 기획하는 법인 등과 작성하는 피용자가 모두 개입하게 된다. 그런데 헌법 제22조 제2항은 저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리를 ‘법률로써’ 보호한다고 규정하여 입법자에게 지식재산권을 형성할 수 있는 광범위한 입법형성권을 부여하고 있으므로, 프로그램을 업무상 창작하는 경우 어떠한 요건 하에서 누구에게 저작권을 귀속시킬지에 관하여는 입법자에게 광범위한 형성의 여지가 인정된다. 심판대상조항은 법인 등의 기획 하에 피용자가 업무상 프로그램을 작성하였고 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없다는 요건 하에 당해 프로그램의 저작권을 법인 등에게 귀속하도록 규정하고 있다. 그러므로 이러한 내용의 심판대상조항이 입법형성권의 한계를 일탈하였는지 여부에 대해서 살펴볼 필요가 있다.

(나) 제청법원은 심판대상조항이 피용자가 그동안의 경력을 토대로 동종업계에서 재취업하거나 창업하지 못하도록 함으로써 직업의 자유를 규정한 헌법 제15조, 개인의 경제상의 자유와 창의를 존중하는 경제질서를 규정한 헌법 제119조 제1항에 위반된다고 주장한다. 그러나 심판대상조항은 업무상 저작한 프로그램의 저작자가 누구인지 정하고 있을 뿐이고, 피용자가 재취업하거나 창업하려는 행위 자체에 제한을 가하는 것은 아니다. 따라서 심판대상조항이 헌법 제15조, 제119조 제1항에 위반되는지 여부에 대해서는 판단하지 아니한다.

(2) 심판대상조항이 입법형성권의 한계를 일탈하였는지 여부

(가) 업무상저작물이 창작되는 실태에 비추어보면, 여러 피용자가 협업하여 작성하고 각자가 작성에 이바지하는 정도나 모습이 다양하여 창작자를 특정하기 쉽지 않다. 창작자를 특정할 수 있다고 하더라도 이들이 저작권을 행사할 경우 향후 업무상저작물을 이용할 때 권리관계가 번잡해질 우려가 있다. 프로그램의 경우 이러한 우려가 더욱 크다. 프로그램이 컴퓨터에서 효율적으로 이용되려면 자주 개량되고, 개량된 프로그램은 디지털화·네트워크화된 환경 속에서 원활하게 유통되어야 한다.

프로그램을 작성한 피용자가 저작자로서 저작권을 행사할 경우 프로그램이 빈번하게 개량되거나 활발하게 유통되기는 쉽지 않다.

한편 업무상저작물의 창작 과정에는 자본이 투입되므로 이를 기획하는 법인 등이 자본을 회수하고 이윤을 획득할 수 있도록 하여 지속적인 창작이 이루어지도록 유인해야 할 필요성도 인정된다. 특히 프로그램의 창작 과정에는 여러 피용자가 법인 등의 기획에 따라 기능적으로 관여하게 되는바, 법인 등의 역할이나 기여가 다른 업무상저작물에 비하여 더욱 중요하다.

이와 같이 심판대상조항이 업무상 창작된 프로그램의 저작자를 법인 등으로 정한 것은 권리관계를 명확히 하고, 이를 바탕으로 프로그램이 활발하게 개량되고 유통되며, 나아가 지속적이고 안정적으로 창작되도록 유인하기 위한 것으로서, 그 입법목적이 정당하다.

(나) 심판대상조항 및 저작권법 제2조 제31호는 업무상저작물의 요건을 엄격히 규정하여 피용자가 법인 등과의 사이에 이루어지는 고용계약에 따라 통상적인 업무의 일환으로 작성하였다고 볼 수 있는 경우에 한하여 프로그램의 저작자를 법인 등으로 규정하고 있다. 저작권법 제2조 제31호에 따르면 법인 등의 ‘기획’ 하에 작성되는 프로그램만이 업무상저작물이 되는바, “법인 등이 일정한 의도에 기초하여 컴퓨터프로그램저작물의 작성을 구상하고, 그 구체적인 제작을 피용자에게 명하는” 정도로(대법원 2010. 1. 14. 선고 2007다61168 판결 참조) 프로그램의 창작에 이바지하였다고 평가되는 경우에 한하여 심판대상조항이 적용된다. 또한 ‘업무상’ 작성된 프로그램만이 업무상저작물이 되므로, 피용자가 통상적인 업무의 일환으로 프로그램을 작성하고 그 대가로 보수를 받는 경우에 심판대상조항이 적용된다. 나아가 심판대상조항은 “계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함”이 있는 경우에는 법인 등과 피용자 사이의 합의에 따라 프로그램의 저작자를 다르게 정할 수 있는 여지를 인정한다. 이러한 엄격한 요건이 충족되어야 비로소 법인 등이 저작자가 된다.

위와 같이 심판대상조항은 업무상저작물의 성립요건을 엄격하게 제한하여 피용자의 이익을 충분히 배려하고 있고, 법인 등과 피용자 사이에 달리 합의할 가능성을 부여하여 이들의 이익을 상호 조정하는 수단도 마련하고 있다.

(다) 한편 특허법에 따라 보호 대상이 되는 발명에 관한 발명진흥법은 ‘직무발명제도’를 통하여, 종업원이 그 직무에 관하여 발명한 것이 실질상 사용자의 업무 범위에 속하고 그 발명을 하게 된 행위가 종업원의 현재 또는 과거의 직무에 속할 때, 종업원에게 ‘특허를 받을 수 있는 권리’를 귀속시키고, 사용자는 특허권에 대하여 통상실시권을 가지며, 이후 사용자가 ‘특허를 받을 수 있는 권리’ 내지 특허권을 승계하거나 전용실시권을 설정 받을 경우에 종업원은 정당한 보상을 받을 권리가 있다고 규정하고 있다(발명진흥법 제2조 제1호, 제2호, 제10조 제1항, 제15조 제1항 참조). 이와 같이 ‘특허를 받을 수 있는 권리’를 종업원에게 원시적으로 귀속시키고, 보상청구권을 인정하는 발명진흥법상 직무발명제도와 비교하여 볼 때, 심판대상조항이 피용자의 이익을 지나치게 경시하는 것은 아닌지 하는 의문이 있을 수 있다.

먼저 권리발생요건의 측면에서 보면, 저작권은 창작성이 인정되는 표현이 창작됨과 동시에 발생하는데(제10조 제2항 참조), 여기서 말하는 창작성이란 완전한 의미의 독창성을 말하는 것은 아니며 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있음을 의미할 뿐이어서 이러한 요건을 충족하기 위해서는 단지 저작물에 그 저작자 나름대로의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있고 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있을 정도이면 충분하다(대법원 2003. 10. 23. 선고 2002도446 판결 등 참조). 그에 반하여 특허권은 신규성, 진보성, 산업상 이용가능성이라는 요건을 갖춘 발명에 대하여 출원, 심사, 등록함으로써 비로소 발생하게 된다. 특허권이 저작권에 비하여 엄격한 요건에 따라 인정되고 그에 투여된 창작성이나 개성의 발현도가 상대적으로 높다는 점을 고려하면, 특허를 받을 수 있는 권리를 종업원에게 귀속시켜야 할 요청은 저작권의 경우에 비하여 상대적으로 크다고 볼 수 있다.

다음 공시절차의 측면에서 보더라도, 특허권은 출원과 심사를 거친 후 등록하여야 권리가 발생하고, 특허등록원부나 특허증을 확인함으로써 권리자, 존속기간을 확인할 수 있는 반면, 저작권은 창작한 때 발생하고 등록될 필요도 없으므로 권리자, 존속기간을 확인하기 쉽지 않다. 이에 저작권의 경우 제3자의 입장에서 저작자가 누구인지를 용이하게 판단할

수 있도록 하는 제도적 장치를 둘 필요가 있다.

이와 같이 권리발생요건 및 공시절차를 달리하는 발명진흥법상 직무 발명제도와외의 단순 비교를 통하여, 심판대상조항이 피용자의 이익을 지나치게 경시하고 있다고 보기도 어렵다.

(라) 이상을 종합하여 보면, 프로그램의 활발한 유통과 안정적 창작을 위하여 법인 등의 기획 하에 피용자가 통상적인 업무의 일환으로 보수를 지급받고 프로그램을 작성한 경우 프로그램의 저작자를 법인 등으로 정하도록 하되, 계약 또는 근무규칙으로 저작자를 달리 정할 수 있도록 한 입법자의 판단은 합리적인 이유가 있으므로, 입법형성권의 한계를 일탈하였다고 보기는 어렵다.⁶²⁾

이것은 이미 살피본 실용신안법 제34조 등 위헌확인⁶³⁾ 사건에서 지적재산권제도의 일종인 실용신안제도의 헌법적 근거를 제22조 제2항에서 구하였음에도 불구하고, 실용신안권이 재산적 가치가 있는 권리이므로 헌법 제23조 재산권에 의하여 보장된다고 판시하며 이 사건의 관련 기본권을 제23조로 확정 한 후 대상 조항이 과잉금지의 원칙에 위배하여 재산권을 침해하고 있는지 심사한 것과 모순된 것 아닌가 하는 의문이 제기된다.⁶⁴⁾ 또한 저작권법 제9조를 헌법에 위배되지 않는다고 판단한 결론에 대해서도 의문이 제기된다.⁶⁵⁾

VI. 저작권법 제137조 제1항 제1호 위헌소원⁶⁶⁾

1. 사건의 개요와 심판 대상

가. 사건의 개요

건축설비소방과 교수인 청구인은 2015년 1월경 도서출판 ○○의 직원 최○

62) 헌재 2018. 8. 30. 2016헌가12

63) 헌재 2002. 4. 25. 2001헌마200.

64) 이에 관해서는 이 보고서 제4장 제1절 참고.

65) 이에 관해서는 이 보고서 제3장 제2절 참고.

66) 헌재 2018. 8. 30. 2017헌바158.

훈의 제의에 따라 조○철이 혼자 집필한 저작물인 “○○○○○○”이라는 책에 다른 대학교수들과 함께 공저자로 실명을 표시하여 책을 발행하였다. 청구인은 조○철 등과 공모하여 저작자 아닌 자를 저작자로 하여 실명을 표시하여 저작물을 공표하였다는 혐의사실로 2016. 2. 17. 의정부지방법원으로부터 약식명령을 고지받았다. 청구인은 정식재판을 청구한 뒤 저작권법 제137조 제1항 제1호에 저작자의 동의를 얻어 저작물을 공표한 사람도 포함되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다는 취지의 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 그 신청취지가 법원의 법률 해석을 다투는 것에 불과하다는 이유로 각하되었다. 이에 청구인은 2017. 3. 16. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 저작권법(2011. 12. 2. 법률 제11110호로 개정된 것) 제137조 제1항 제1호가 헌법에 위반되는지 여부이다. 심판대상조항은 다음과 같다.

저작권법(2011. 12. 2. 법률 제11110호로 개정된 것)

제137조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 저작자 아닌 자를 저작자로 하여 실명·이명을 표시하여 저작물을 공표한 자

2. 결정요지

헌법재판소는 이 결정에서 저작자 아닌 자를 저작자로 하여 실명·이명을 표시하여 저작물을 공표한 자'를 처벌하는 저작권법 규정이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지, 대상조항이 표현의 자유 또는 일반적 행동의 자유를 침해하는지, 대상조항이 책임과 형벌 사이의 비례원칙에 위배되는지 여부를 판단하였다. 그 결정요지는 다음과 같다.

첫째, 대상조항의 문언과 저작권법의 입법목적에 비추어 금지되는 행위가 불명확하다고 할 수 없으므로, 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

둘째, 대상조항은 저작자 및 자신의 의사에 반하여 저작자로 표시된 사람의 권리를 보호하고, 저작자 명의를 관한 사회 일반의 신뢰를 보호하기 위한 것으로 입법목적이 정당하고, 저작자 아닌 사람을 저작자로 표시하는 행위를 금지하는 것은 적합한 수단이다. 저작자 아닌 사람을 저작자로 표기하는 데 관련된 사람들의 이해관계가 일치하는 경우가 있고, 저작권법은 여러 사람이 창작에 관여하고 이에 따라 저작자 표시를 하는 것을 금지하는 것도 아니며, 저작자 표시를 사실과 달리하는 행위를 금지하지 않으면 저작자 명의에 관한 사회일반의 신뢰라는 공익을 위 조항과 같은 정도로 달성하기 어려우므로 침해의 최소성도 충족된다. 저작물이 가지는 학문적·문화적 중요성과 이용자에게 미치는 영향 등을 고려할 때 저작자의 표시에 관한 사회적 신뢰를 유지한다는 공익이 중요한 반면, 위 조항으로 인한 불이익은 저작자 표시를 사실과 달리하여 얻을 수 있는 이익을 얻지 못하는 것에 불과하여, 위 조항은 법익의 균형성도 갖추었다. 심판대상조항은 표현의 자유 또는 일반적 행동의 자유를 침해하지 아니한다.

셋째, 저작자 명의를 사실과 달리하여 공표하는 것은 저작물 이용자를 속이고 사회의 신뢰를 낮추는 것으로 사회적 비난가능성이 크다. 저작권법은 저작자의 동의 없이 저작자의 명의를 거짓으로 공표하여 저작자의 명예를 훼손하면 저작권법 제136조 제1항에 따라 더 무거운 법정형으로 처벌하도록 하므로, 저작권자의 동의여부에 상관없이 똑같이 취급하는 것은 아니다. 심판대상조항의 법정형은 하한이 없고, 죄질에 따라 법원이 책임에 맞는 형을 선고할 수 있다. 심판대상조항은 책임과 형벌 사이의 비례원칙을 위반하였다고 보기 어렵다.

결론적으로 현재는 대상조항이 헌법에 위배되지 않는다고 판시하였다.

3. 이 결정의 의의

이 결정은 저작인격권을 침해한 자가 저작인격권보호조항의 위헌을 주장한 경우로, 우리 헌법재판소는 저작권과 다른 기본권 또는 공익이 상충하는 것을 조화하기 위하여 입법자가 제정한 조항을 다른 기본권 제한의 문제로 보아 그 제한의 정당성을 과잉금지 원칙을 중심으로 판단하였다. 그리고 이와 별도로 죄형법정주의 중 명확성 원칙, 비례의 원칙을 기준으로 위헌 심사를 하

였다. 한편, 그와 같은 판단 중 저작인격권 보호 조항의 본질에 관해서도 판시를 하였다.

첫째, 현재는 다음과 같이 저작인격권 보호 조항의 본질과 저작권법의 목적에 관해서 저작자의 권리 보호 뿐 아니라 저작자 명예에 관한 사회 일반의 신뢰 보호라는 공익을 보호하는 것이라고 판시하였다.

청구인은 심판대상조항이 저작자의 개인적 법익을 보호하는 규정이므로 저작자의 동의가 없는 경우만 처벌 대상이 된다고 주장한다. 그러나 심판대상조항은 저작자의 인격적 권리뿐만 아니라 저작자 명예에 관한 사회 일반의 신뢰도 보호하려는 데 입법목적이 있다. 심판대상조항의 입법취지 등을 고려하면, 저작자 아닌 사람을 저작자로 표시하여 저작물을 공표한 이상 범죄가 성립하고, 사회 통념에 비추어 사회 일반의 신뢰가 손상되지 않는다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우가 아닌 한 그러한 공표에 저작자 아닌 사람과 실제 저작자의 동의가 있었다라도 달리 볼 것이 아니다(대법원 2017. 10. 26. 선고 2016도16031 판결 참조).

저작권법은 저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지함을 목적으로 한다(제1조). 이러한 저작권법의 목적에 비추어 보더라도 저작권법이 오로지 저작자의 권리 보호만을 목적으로 한다고 볼 수 없음은 명백하다. 또 저작인격권을 침해하여 저작자의 명예를 훼손하는 사람은 저작권법 제136조 제2항에 따라 처벌되는데, 이 경우에는 심판대상조항과는 달리 고소가 있어야 처벌할 수 있다(제140조). 이 점을 보더라도 심판대상조항이 저작자의 개인적 권리를 침해한 경우에만 적용된다는 해석은 받아들일 수 없다.⁶⁷⁾

둘째, 현재는 저작권을 침해하는 자가 저작권법 특정 조항의 위헌성을 주장하는 사건에서 주장자의 다른 기본권의 제한이 과잉금지원칙을 위배하였는지, 그리고 이와 별도로 죄형법정주의 중 명확성 원칙, 비례의 원칙을 기준으로 위헌 심사를 하였다.

67) 현재 2018. 8. 30. 2017헌바158.

저작자나 자신의 의사에 반하여 저작자로 표시된 사람의 권리를 보호하고 저작자 명의를 관한 사회 일반의 신뢰를 보호한다는 심판대상조항의 입법목적은 정당하다. 또 저작자 아닌 사람을 저작자로 표시하는 행위를 금지하는 것은 입법목적 달성에 적합한 수단이다.

심판대상조항은 저작자의 동의 여부에 관계없이 저작자 아닌 사람을 저작자로 표시하여 저작물을 공표하는 행위를 금지한다. 저작자의 입장에서 저명한 사람의 명의를 이용하여 저작물의 판매를 촉진하고 싶은 유인이 있을 수 있다. 대중에 이름이 알려진 사람의 입장에서는 자신의 이름을 빌려주고 경제적 이익을 얻거나 저작자로서 업적을 쌓고 싶은 유혹이 있을 수 있다. 이처럼 저작물이 창작되어 공표되는 단계에서 저작자 아닌 사람을 저작자로 표기하는 데 관련된 사람들의 이해관계가 일치하는 경우가 있다. 따라서 저작자 표시를 사실과 달리하는 행위를 금지하지 아니하면 ‘저작자 명의에 관한 사회 일반의 신뢰’라는 공익을 심판대상조항과 같은 정도로 달성하기 어렵다.

심판대상조항은 창작에 관여하지 않은 사람을 저작자로 표시하는 것을 규제할 뿐이지 그렇지 아니한 다양한 방식으로 여러 사람이 창작에 관여하거나 기여하고 이에 따라 저작자 표시를 하는 것까지 금지하는 것은 아니다. 예를 들어, 저작권법은 법인·단체 그 밖의 사용자의 기획 아래 법인 등의 업무에 종사하는 사람이 작성하는 ‘업무상 저작물’을 법인·단체 그 밖의 사용자 명의로 공표할 수 있도록 하고 있다(제9조). 또 2인 이상이 공동으로 창작한 저작물로서 각자 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 공동저작물의 경우 공동저작자 1인이 자신의 성명을 실명이나 이명으로 표시할 것인지 아니면 전혀 표시하지 아니할 것인지 스스로 결정할 수 있다. 또 저명인사가 자신의 이름을 저작물 홍보에 활용하려면 자신이 창작한 것처럼 저작자를 거짓으로 표시하는 대신 저작물을 추천하는 방식 등을 이용하면 된다.

심판대상조항은 저작자 명의를 거짓으로 표시하여 문화와 관련 산업의 향상발전을 저해할 수 있는 행위를 그 규율대상으로 하고 있다. 심판대상조항보다 기본권을 덜 제한하면서 저작자 명의에 관한 사회일반의 신뢰를 같은 수준으로 보호할 수 있는 다른 수단이 있다고 인정하기 어렵다. 심판대상조항은 침해의 최소성도 충족한다.

한편, 저작물이 가지는 학문적·문화적 중요성과 이용자에게 미치는 영향 등을 고려할 때 저작자의 표시에 관한 사회적 신뢰를 유지한다는 공익의 중요성은 매우 크다. 반면에 심판대상조항으로 인하여 불이익을 입는 사람들은 저작자 표시를 사실과 달리하여 얻을 수 있는 이익을 얻지 못하는 것으로 그 불이익이 크다고 보기 어렵다. 심판대상조항은 법익 균형성도 갖추었다.

그렇다면 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배하여 표현의 자유 등을 침해한다고 볼 수 없다.

심판대상조항은 저작자 아닌 자를 저작자로 표시하여 저작물을 공표한 사람을 처벌하도록 규정하고 있다. 이 규정을 문언 그대로 해석하면, 저작자의 동의 없이 저작자 아닌 사람을 저작자로 표시한 경우는 물론 저작자가 다른 사람의 명의를 함부로 사용하여 저작물을 공표한 경우 및 저작자와 저작자 아닌 사람이 합의하여 그 명의를 표시한 경우도 모두 포함될이 분명하다.

...(중략)...

이런 사정을 종합하여 보면, 심판대상조항은 그 문언과 저작권법의 입법목적 등에 비추어 볼 때 건전한 상식과 통상적 범감정을 가진 사람이면 누구나 구체적으로 어떤 행위가 금지되는지 충분히 알 수 있도록 규정되어 있다고 인정된다. 따라서 심판대상조항이 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

저작자 명의를 사실과 달리 공표하는 행위는 저작물 이용자를 속이고 사회의 신뢰를 낮추는 행위로서 저작자의 동의가 있었는지 여부와 상관 없이 사회적 비난가능성이 크다. ...(중략)...

그렇다면 심판대상조항이 책임과 형벌 사이의 비례원칙을 위반하였다고 보기 어렵다.⁶⁸⁾

Ⅶ. 구 저작권법 제2조 제28호 등 위헌소원⁶⁹⁾

68) 헌재 2018. 8. 30. 2017헌바158.

69) 헌재 2018. 11. 29. 2017헌바369.

1. 사건의 개요와 심판 대상

가. 사건의 개요

청구인은 디지털 신호처리방식 영상 및 결상기기 개발, 제조 및 도소매업을 목적으로 설립된 주식회사 ○○컴스(2010. 8. 3. 청산)의 대표이사로서, 시청자가 위성방송 서비스업체와 사이에 계약을 체결하지 않고서도 암호화된 제어단어를 해독하여 무료로 위성방송을 시청할 수 있게 하는 위성방송수신기와 그에 적용되는 펌웨어를 개발함으로써, 영리를 목적으로 정당한 권리 없이 저작권법에 의하여 보호되는 복제권·배포권·공표권·공연권 등의 저작권 또는 저작인접권의 기술적 보호조치를 제거·변경·우회하는 등 무력화하는 것을 목적으로 하는 기술을 제조·가공하였다는 내용의 저작권법위반죄로 2015. 6. 30. 제1심에서 벌금 3천만 원을 선고받고(서울중앙지방법원 2013고정6433), 항소하였으나 2017. 2. 3. 항소가 기각되었으며(서울중앙지방법원 2015노2783), 상고하였으나 2017. 7. 11. 상고가 기각되었다(대법원 2017도2779).

청구인은 상고심 계속 중 구 저작권법 제2조 제28호, 제124조 제2항, 제136조 제2항 제5호에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 2017. 7. 11. 위신청이 기각되자(대법원 2017초기164), 2017. 8. 8. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 주위적으로 구 저작권법 제2조 제28호, 제124조 제2항, 제136조 제2항 제5호에 대하여 명확성원칙에 위반된다고 주장하면서 단순위헌청구를 하고 있다. 한편 청구인은 예비적으로 위 법률 제2조 제28호 중 “저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리”(이하 ‘저작권 등 권리’라 한다)에 접근권 내지 암호화된 방송신호의 복호화에 의한 시청권이 포함되는 것으로 해석하는 한 위헌이라는 한정위헌청구를 하고 있다. 이러한 예비적 심판청구와 관련하여 청구인은 구 저작권법 제2조 제28호의 기술적 보호조치의 의미의 범위가 불분명함에도 저작권 등 권리를 직접적으로 침해하지 않고 다만 암호화된 방송신호를 복호화해서 이에 접근하는 행위를 방지 또는 억제하기 위하여 적

용되는 기술적 보호조치에 관해서까지 위 조항을 적용하여 형사처벌하는 것이 명확성원칙에 위반된다고 주장한다. 위 주장은 구 저작권법 제2조 제28호에 대한 명확성원칙 위반 주장과 다르지 않으므로, 예비적 심판청구에 관하여는 별도로 판단하지 아니한다.

청구인은 기술적 보호조치의 의미가 불명확하다는 주장만 하고 있으므로, 구 저작권법 제124조 제2항, 제136조 제2항 제5호 중 각 “기술적 보호조치” 부분으로 심판대상을 한정한다.

따라서 이 사건 심판대상은 구 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전부개정되고, 2011. 6. 30. 법률 제10807호로 개정되기 전의 것) 제2조 제28호(이하 ‘정의조항’이라 한다), 제124조 제2항 중 “기술적 보호조치” 부분(이하 ‘침해간주조항’이라 한다), 제136조 제2항 제5호 중 제124조 제2항 가운데 “기술적 보호조치” 부분(이하 ‘처벌조항’이라 하고, 정의조항, 침해간주조항, 처벌조항을 합하여 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다. 심판대상조항의 내용은 다음과 같다.

구 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전부개정되고, 2011. 6. 30. 법률 제10807호로 개정되기 전의 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

28. “기술적보호조치”는 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리에 대한 침해 행위를 효과적으로 방지 또는 억제하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 얻은 자가 적용하는 기술적 조치를 말한다.

제124조(침해로 보는 행위) ② 정당한 권리 없이 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 기술적 보호조치를 제거·변경·우회하는 등 무력화하는 것을 주된 목적으로 하는 기술·서비스·제품·장치 또는 그 주요 부품을 제공·제조·수입·양도·대여 또는 전송하는 행위는 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 본다.

제136조(권리의 침해죄) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다.

5.업으로 또는 영리를 목적으로 제124조 제2항의 규정에 따라 침해행위로 보는 행위를 한 자

2. 결정요지

헌법재판소는 이 결정에서 기술적 보호조치에 대한 정의 규정과 형벌 규정에서 기술적 보호조치라는 것이 명확성의 원칙에 위배되는지 여부를 판단하였다.

결론적으로 헌법재판소는 다음과 같은 논거로 대상조항이 명확성의 원칙에 위배되지 아니한다고 결정하였다.

심판대상조항은 기술적 보호조치를 “저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리”(이하 ‘저작권 등 권리’라 한다)에 대한 침해 행위를 효과적으로 방지 또는 억제하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 얻은 자가 적용하는 기술적 조치라고 규정한다. 저작권은 공표권, 성명표시권, 동일성유지권, 복제권, 공연권, 공중송신권, 전시권, 배포권, 대여권, 2차적저작물작성권을 의미하고, “그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리”는 저작권법 제2장 내지 제4장에 규정된 출판권, 저작인접권, 데이터베이스 제작자의 권리 등을 의미한다. 권리자는 위와 같은 권리들의 주체를 의미한다. 문제는 심판대상조항 중 저작권 등 권리의 “침해행위를 효과적으로 방지 또는 억제하기 위하여 … 적용하는 기술적 조치”의 의미를 파악할 수 있는지 여부이다. 심판대상조항의 입법연혁, 입법취지 및 저작권 등 권리에 그 권리자가 저작물, 실연·음반·방송 또는 데이터베이스에 대한 접근을 통제할 수 있는 권리는 포함되지 않는 점 등을 고려하면, 심판대상조항의 기술적 보호조치에 저작권 등 권리의 침해 행위를 방지 또는 억제하는 것과 관련 없이 단순히 저작물등에 대한 접근만을 통제하는 기술적 보호조치는 포함되지 않지만, 저작권 등 권리의 침해 행위 자체를 방지 또는 억제하는 기술적 보호조치와 그와 동등한 효과가 있는 기술적 보호조치가 모두 포함된다고 해석할 수 있다. 또한 기술적 보호조치는 저작권 등 권리의 침해 행위를 “효과적으로” 방지 또는 억제해야 하므로, 적어도 너무 쉽게 또는 우연하게 우회될 수 있는 기술적 조치 역시 배제된다고 봄이 상당하다.⁷⁰⁾

70) 헌재 2018. 11. 29. 2017헌바369.

3. 이 결정의 의의

이 결정은 저작권을 침해한 자가 지적재산권법의 일종인 저작권법의 특정 조항의 위헌성을 제기한 경우로, 우리 헌법재판소는 이를 명확성의 원칙을 심사 기준으로 판단하였다.

(3) 문제는 심판대상조항 중 저작권 등 권리의 “침해 행위를 효과적으로 방지 또는 억제하기 위하여 … 적용하는 기술적 조치”의 의미를 파악할 수 있는지 여부이다.

심판대상조항의 입법연혁을 살펴보면, 앞서 본 바와 같이 권리자나 그 권리자의 동의를 얻은 자는 디지털 기술의 발전으로 인하여 다양하고 광범위하게 이루어지는 저작권 등 권리의 침해 행위에 대응하기 위하여 자구책으로 기술적 보호조치를 도입하였고, 구 컴퓨터프로그램보호법 및 구 저작권법은 기술적 보호조치를 보호하기 위하여 기술적 보호조치 무력화 행위 또는 예비행위를 형사처벌하거나 권리 침해로 간주하기 시작하였음을 알 수 있다. 즉 심판대상조항은 디지털 기술 환경에서 권리자 등이 도입한 기술적 보호조치를 다른 사람이 침해하지 못하도록 보호함으로써 결국은 저작권 등 권리를 보호하려는 입법취지를 가지고 있다.

이러한 심판대상조항의 입법연혁, 입법취지 및 저작권 등 권리에 그 권리자가 저작물등에 대한 접근을 통제할 수 있는 권리는 포함되지 않는 점 등을 고려하면, 심판대상조항의 기술적 보호조치에는 저작권 등 권리의 침해 행위를 방지 또는 억제하는 것과 관련 없이 단순히 저작물등에 대한 접근만을 통제하는 기술적 보호조치는 포함되지 않지만(대법원 2012. 2. 23. 선고 2010도1422 판결 참조), 저작권 등 권리의 침해 행위 자체를 방지 또는 억제하는 기술적 보호조치는 물론, 저작권 등 권리의 침해 행위를 방지 또는 억제하는 것과 동등한 효과가 있는 기술적 보호조치도 포함된다고 해석할 수 있다. 대법원도 구 컴퓨터프로그램보호법상 기술적 보호조치의 의미가 문제된 사안에서 기술적 보호조치에는 물리적인 복제 자체를 막을 수는 없지만 물리적인 복제를 막는 것과 동등한 효과가 있는 기술적 보호조치가 포함된다고 판단한 바 있다(대법원 2006. 2. 24. 선고 2004도2743 판결 참조).

(4) 정의조항은 저작권 등 권리의 침해 행위를 “효과적으로” 방지 또는 억제하기 위하여 적용하는 기술적 조치라고 규정하고 있으므로, 적어도 너무 쉽게 또는 우연하게 우회될 수 있는 기술적 조치는 배제하고 있는 것으로 해석된다.

(5) 이상을 종합하여 보면, 심판대상조항은 수범자에게 그 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있고, 이를 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행을 배제하고 있다.

따라서 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 아니한다.⁷¹⁾

제5절 선행 연구의 검토

I. 선행 연구의 동향

2019년 현재 한국법학계의 논의 중 지적재산권을 헌법학적 관점에서 연구한 선행 연구를 살펴보면 다음과 같다.

우리 학설사에서 현행 헌법 제22조 제2항은 오래도록 학계의 주목을 받지 못하였다. 이런 이유로 아래에서 서술하는 본격적인 연구가 있기 이전에는 헌법교과서에서 그 내용과 의미가 소개되어 왔다.

오랜 침묵을 깨고 헌법 제22조 제2항을 본격적으로 다룬 최초의 논문은 1980년대 후반에 등장하였다. 이러한 접근은 우선 지적재산권의 의미와 특징을 개관하고 각 국의 지적재산권 규정을 살펴며 비교헌법론적 접근을 통해 우리 헌법 제22조 제2항의 의미를 좀 더 명확히 하고, 현대 정보기술의 발전에 부응할 수 있는 지적재산권법제의 정립이 필요하다는 결론을 도출한다.⁷²⁾

71) 현재 2018. 11. 29. 2017헌바369.

72) 육종수, “헌법상 무체재산권의 보장”, 『공법연구』, 제15집, 한국공법학회, 1987, 129-148면; 이강혁, “정신적 재산권의 헌법적 보장: 저작권을 중심으로”, 『고시연구』, 통권 제151호, 1986.10. 12-24면; 시기적으로 나중이고 전보다 좀 더 발전된 논의로 이시우, “지적재산권의 헌법적 의미에 관한 소고”, 『계간 저작권』, 1996

그 후 저작권과 언론·출판의 자유의 상충이나 저작권 보호기간과 같이 전통적으로 지적재산권법에서 쟁점이 되어 왔던 개별적 쟁점을 헌법학적 관점에서 탐구하여 이에 대한 대안을 제시하는 연구가 발표되었으며,⁷³⁾ 헌법 제22조 제2항의 규범적 의미를 파악하여야 하는 이유를 제시하고 헌법 제22조 제2항의 구체적 의미와 제23조와 관계를 제시한 연구,⁷⁴⁾ 헌법상 국가의 정보개발과제 및 저작자 등의 권리의 보호가 가지는 의미를 ‘정보시장’과 ‘공유영역’의 관계설정을 통해 검토하고 정보시장의 균형의 달성을 위한 법제의 올바른 방향을 탐구하고자 하는 연구,⁷⁵⁾ 지적재산권법을 규율하는 헌법질서를 전제로 기술적 보호조치 등 지적재산권법의 개별 조항에 대한 위헌성을 검토하는 연구,⁷⁶⁾ 지적재산권을 둘러싼 헌법 질서의 윤곽과 그 중요 내용 중 하나인 헌법 제22조 제2항의 의미와 헌법 제23조·헌법 제10조와의 관계를 제시하며 지적재산권 입법과 해석의 합헌성을 검토하는 연구,⁷⁷⁾ 저작재산권을 헌법

년 여름호, 4-12면.

- 73) 예를 들어, 이형하, “언론출판의 자유와 저작권의 상충과 조정 - 헌법상 언론출판의 자유를 이유로 하여 저작권 침해에 대한 면책특권을 인정할 것인가?”, 『헌법논총』, 제2집, 헌법재판소, 1991, 279-320면; 이인호, “지적재산권의 헌법적 한계-헌법상의 언론자유조항과 지적재산권조항의 긴장과 조화”, 『CLIS Monthly』, 정보통신정책연구원, 2002, 2-15면; 이동훈, “사이버공간에서 표현의 자유와 저작권”, 『헌법학연구』, 제9권 제1호, 2002, 423-457면; 이영록, “저작권 보호기간의 헌법적 한계에 관한 연구 - 미국의 저작권 보호기간 연장과 그 영향을 중심으로”, 연세대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2004.8; 육소영, “상표의 보호와 표현의 자유”, 중앙법학(제9집 제3호), 2007.
- 74) 박성호, “지적재산권에 관한 헌법 제22조 제2항의 의미와 내용”, 『법학논총』, 제24권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2007, 95-117면.
- 75) 김주영, “정보시장의 균형을 위한 정보의 공공성에 관한 헌법학적 연구”, 서울대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2007.8; 김주영, “정보시장에 대한 헌법규정에 관한 소고”, Law & Technology(제3권 제6호), 2007. 위 내용은 앞의 논문의 국문 초록을 인용.
- 76) 이규홍, “저작권법상 기술적 보호조치의 법적 보호에 관한 연구 - 헌법적 한계를 중심으로”, 연세대학교 대학원 법학과 박사학위 논문, 200; 이규홍, “등록무효심결이 확정된 선등록상표도 비교대상상표로 될 수 있다는 상표법조항의 위헌성-헌법재판소 2009. 4. 30. 2006헌바113,114(병합) 결정-”, LAW & TECHNOLOGY(제6권 제1호), 2010; 이규홍, “특수한 유형의 온라인서비스제공자에 부과된 조치의무 관련조항의 합헌성(저작권법 제104조 등 위헌소원)”, 계간 저작권(2011년 여름호), 2011.
- 77) 정필운, “지적재산의 보호와 이용에 관한 헌법학적 연구-저작물을 중심으로”; 정필운, “헌법 제22조 제2항 연구”, 『법학연구』, 연세대학교 법학연구원, 2010.

적으로 보호해야 하는 이유를 역사적·사상적·헌법적인 측면에서 제시하고 우리 헌법이 상정하는 저작재산권의 보호범위와 한계를 제시하는 연구⁷⁸⁾가 발표되었다. 가장 최근에는 헌법재판소의 결정례를 헌법적 관점에서 고찰하며 이를 평가하는 연구도 발표되고 있다.⁷⁹⁾

II. 이 보고서의 쟁점에 대한 견해 대립

위와 같은 일련의 연구에서 이 보고서의 주된 쟁점인 헌법 제22조 제2항이 기본권을 규정하고 있는 것인지, 기본권을 규정하고 있는 것이라면 제23조 또는 제10조 등과 어떤 관계가 있는 것인지, 제22조 제2항과 제23조는 어떠한 관계인지에 관해서는 개관하면 다음과 같다.

첫째, 헌법 제22조 제2항이 기본권을 규정하고 있는 것인지 여부에 관하여 학설이 대립하고 있다. (i) 이에 대한 국내의 일반적인 견해는 헌법 제22조 제2항이 기본권을 규정하고 있는 것으로 이해한다.⁸⁰⁾ (ii) 반면 일부 견해는 헌법 제22조 제2항을 기본권 규정으로 이해하지 않고 국가의 지적재산권 보호의무 또는 입법형성을 통해 학문과 예술의 자유를 뒷받침하는 과제를 국가에게 부여한 국가목표규정으로 이해한다.⁸¹⁾ 제22조 제2항을 후자와 같이 이해하면 국가가 그에 대한 광범위한 형성권을 가지므로 제22조 제2항의 사법적 심사는 제한적이다. 그리고 헌법 제22조 제2항 침해를 이유로 헌법소원을 하는 것은 불가능하다. 그러므로 헌법 제22조 제2항이 기본권을 규정하고 있는 것인지 여부를 우선 검토하여야 할 것이다.⁸²⁾

78) 신혜원, “저적재산권의 입법형성에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2017.

79) 이상 정필운, “지적재산의 보호와 이용에 관한 헌법학적 연구-저작물을 중심으로”, 5-6면.

80) 예를 들어, 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010, 552면; 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2019, 472면; 양건, 『헌법강의』, 법문사, 2019, 664, 802면; 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2019, 858면; 이인호, 앞의 글, 2-15면; 이시우, 앞의 글; 김주영, 앞의 글; 박성호, 앞의 글, 95-117면; 정필운, 앞의 글들; 이규홍, 앞의 글들, 신혜원, 앞의 글.

81) 예를 들어, 명재진 집필부분, 『헌법주석서 I』, 법제처, 2015, 848면; 김하열, 『헌법강의』, 박영사, 2018, 520면.

82) 이에 관해서는 이 보고서 제3장 제2절에서 검토한다. 이 보고서는 제22조 제2항은

둘째, 헌법 제22조 제2항이 기본권을 규정하고 있는 것이라고 결론짓더라도 그 기본권이 구체적으로 무엇이나에 관하여 학설이 대립하고 있다. (i-i) 이에 대한 국내의 일반적인 견해는 헌법 제22조 제2항은 지적재산권을 규정하고 있는 것으로 이해한다.⁸³⁾ (i-ii) 그러나 일부 견해는 헌법 제22조 제2항의 기본권을 학문과 예술의 자유와 같은 선상에서 자유권으로 이해하는 견해도 있다.⁸⁴⁾ 그리고 (i-iii) 헌법 제23조는 지적재산권의 재산권으로서의 사용과 수익의 측면을 보장하는 것이고 헌법 제22조 제2항은 인격권의 보호에 초점을 맞춘 것으로 이해하여 제22조 제2항이 보장하는 기본권은 지적인격권이라고 이해하는 견해도 있다.⁸⁵⁾

셋째, 헌법 제22조 제2항과 제23조의 구체적인 관계에 관해서도 학설이 대립하고 있다. (i-i-i) 이에 관해서 우리나라에서는 헌법 제22조 제2항과 제23조는 지적재산권을 중첩적으로 보장하고 있는 것으로 서술하는 것이 일반적 경향이다.⁸⁶⁾ 이러한 경향에 더하여 헌법 제22조 제2항은 지적재산권을 의미하므로 규정의 체계상 헌법 제23조에서 정하는 것이 타당하다는 주장도 있다.⁸⁷⁾ (i-i-ii) 한편, 헌법 제22조 제2항은 제23조와 성격이 다르므로 분리되어 이해하여야 하므로, 지적재산권은 제22조 제2항에 의하여 독자적으로 보장되는 것이라는 제22조 제2항 독자적 보장설이 주장된다.⁸⁸⁾ (i-i-iii) 제22조 제2항은 각각 제23조 재산권과 제10조 일반적 인격권의 특별규정에 해당하므로 결국 제22조 제2항은 제23조와는 독자적 의미를 가지고 있는 별도 규정이라고 이해하는 견해도 있다.⁸⁹⁾ 양자의 관계는 이 보고서의 핵심 쟁점 중 하나이며, 헌법소송에서 관련기본권 확정 시 제22조 제2항 지적재산권을 관련기본권으로 확정하여야 하는지 제23조 일반 재산권을 관련기본권으로 확정하여야 하는지에 대한 결정에 필요하므로 자세한 검토가 필요하다.⁹⁰⁾

기본권을 규정하고 있는 것이라고 결론지었다.

83) 예를 들어, 권영성, 앞의 책; 허영, 앞의 책; 양건, 앞의 책; 이인호, 앞의 글; 박성호, 앞의 글; 정필운, 앞의 글들; 이규홍, 앞의 글들, 신혜원, 앞의 글.

84) 김주영, 앞의 글들.

85) 이시우, 앞의 글.

86) 예를 들어, 권영성, 앞의 책; 허영, 앞의 책; 양건, 앞의 책.

87) 정종섭, 2008, 492면.

88) 이인호, “지적재산권의 헌법적 한계-헌법상의 언론자유조항과 지적재산권조항의 긴장과 조화”, 12-13면.

89) 정필운, “헌법 제22조 제2항 연구”.

이 보고서에서는 이미 서술한 것처럼 선행연구를 바탕으로 제22조 제2항의 이해와 그것과 제23조의 관계, 지적재산권과 관련하여 헌법실무적으로 제기되는 쟁점을 도출한 후 이 쟁점에 대하여 이론적 처방을 제시할 것이다. 그리고 그 과정에서 위에서 소개한 각 견해를 충실히 정리하여 제시하고 비판적으로 분석할 것이다.

90) 이에 관해서는 이 보고서 제3장 제4절에서 검토한다. 이 보고서는 위 견해 중 (i - i - iii)이 타당하다고 결론지었다.

제2장 지적재산권의 헌법적 근거에 관한 비교법적 연구

제1절 미국

I. 관련 헌법 규정과 그 해석론

1. 연방헌법상 지적재산권 규정의 의의⁹¹⁾

미합중국 연방 헌법 제1조 제8항 제8호는 합중국 의회는 “제한된 기간 저작자와 발명가에게 저작과 발견에 관한 배타적 권리를 보유하게 함으로써 과학과 유용한 기술의 진보를 촉진하는” 권한을 가진다고 규정하고 있다.⁹²⁾ 연방의회가 저작권법 및 특허법을 제정할 수 있는 권한은 이 규정에 근거한다.⁹³⁾ 이러한 저작권·특허권 규정(copyright·patent clause)⁹⁴⁾ 또는 지적재산권 규정(intellectual property clause)⁹⁵⁾ 또는 진보규정(progress clause)⁹⁶⁾은

91) 정필운, “지적재산의 보호와 이용에 관한 헌법학적 연구”, 284-285면 전제.

92) 원문: Article 1, Section 8, (8) The Congress shall have power to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries; 미국 헌법학회, 『미국 헌법연구』, 통권 제1호, 1990, 247면을 참고하여 해석하였다.

93) *Morely Music Co. v. Cafe Continental, Inc.*, 777 F. Supp. 1579, 1582 (S.D. Fla. 1991). Quoted in Meville B. Nimmer and David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, Matthew Bender & Company, Inc., a member of the LexisNexis Group, 2004, §1.02.

94) 미국의 각종 판결문, 문헌에서 일반적으로 사용되고 있는 표현이다. 통상 당해 문제가 저작권과 관련되는 경우 저작권 규정(copyright clause)이라는 표현을, 특허권과 관련되는 경우 특허권 규정(patent clause)라는 표현을 사용한다. 예를 들어, Meville B. Nimmer and David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, §1.01[A].

95) 미국의 일부 학자가 사용하고 있는 표현이다. 예를 들어, Edwin C. Walterscheid, *To Promote the Progress of Science and Useful Arts: The Background and Origin of the Intellectual Property Clause fo the United States Constitution*, 2 *Intell. Prop. L.* 1, 1994-1995, p.1.

96) 미국의 일부 학자가 사용하고 있는 표현이다. 예를 들어, 로렌스 레식 지음, 이주

‘제한된 기간’, ‘저작자와 발명가’, ‘저작과 발견에 관하여’, ‘과학과 유용한 기술의 진보를 촉진하기 위하여’ 등 그 권한을 한정하는 요건을 규정하고 있다.⁹⁷⁾ 따라서 미국 헌법은 지적재산권에 관하여 일정한 제한을 두어 의회에 위임했다고 할 수 있다. 지적재산권의 헌법적 보장은 이 미국 헌법의 지적재산권 규정에 기원한다.⁹⁸⁾⁹⁹⁾

2. 연방헌법상 지적재산권 규정의 발전

저작권법과 특허법은 헌법의 지적재산권 규정에서 그 헌법적 근거를 찾을 수 있다. 이 조문에 따르면, 연방의회는 저작물과 발명에 대해 일정 기간 동안 보호할 권한을 위임받았다.¹⁰⁰⁾

연방헌법상 지적재산권 규정 이면의 입법배경은 경제적인 목적에 기인한다.¹⁰¹⁾ 이 조항은 개인적인 이익에 기하여 개인의 노력을 장려하는 것이 공공복지를 촉진하는 최선의 방법이라는 확신에 기인한 것이다.¹⁰²⁾ 연방헌법상 지적재산권 규정은 헌법에 신설하는 당시부터 논란의 여지가 있었다. 토마스 제퍼슨은 지적재산권 규정의 신설에 대해 비판적이었다.¹⁰³⁾ 더욱이 마가렛 춘

명 옮김, 『자유문화: 인터넷 시대의 창작과 저작권 문제』, 필맥, 2005, 207면.

97) 이 규정의 명칭에 대한 논의에 관하여 좀 더 자세한 것은 Edwin C. Walterscheid, *op. cit.*, pp.1-2 참고.

98) Meville B. Nimmer and David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, §1.02.

99) 미국의 지적재산권규정의 제정배경에 관해서 자세한 것은 Edwin C. Walterscheid, Edwin C. Walterscheid, *op. cit.*, 참고.

100) Yavar Bathae, Note, A Constitutional Idea-Expression Doctrine: Qualifying Congress' Commerce Power When Protecting Intellectual Property Rights, 18 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* 441, 445 (2008).

101) See U.S. Const. art. I, § 8, cl. 8.

102) *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 214 (2003) (1976년 연방저작권법(1976 Copyright Act, 17 U.S.C. § 101 (2016))에 의해 대체된 *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201, 219 (1954)을 인용); see also *Dr. Seuss Enters., L.P. v. Penguin Book USA, Inc.*, 924 F. Supp. 1559, 1568 (S.D. Cal. 1996) (“저작권에 의한 독점이 새로운 창작물의 창작자를 장려함으로써 복지를 증진한다는 연방헌법의 입법자의 의사를 주로 고려하여야 한다고 판시한 사례).

103) See Letter from Thomas Jefferson to James Madison (July 31, 1788), <http://founders.archives.gov/?q=volume%3AJefferson-01-13&s=1511311112&r=338> (최신방문일: 2019년 8월 20일).

(Margaret Chon)에 따르면, 지식의 공유를 촉진한다는 ‘진보(Progress)’라는 보다 높은 목적에 비해 지적재산권 규정에 내포된 경제적인 유인은 부차적인 목적에 불과하다고 주장하였다.¹⁰⁴⁾

이러한 본질적인 우려에도 불구하고 이 조항에 근거하여 입법된 연방저작권법의 적용범위 및 보호기간은 현재에 이르기까지 현저하게 확대되었다.¹⁰⁵⁾

1790년 저작권법은 책, 지도 및 도면(chart)에 대해서만 28년간 저작권을 보호하는 것으로 규정하였다.¹⁰⁶⁾ 1790년 저작권법은 지역 신문에 대해서는 등록 및 고지를 그 요건으로 규정하였다.¹⁰⁷⁾ 그럼에도 불구하고 19세기 말쯤 저작권의 보호대상은 인쇄물, 음악작곡, 극화물, 사진, 그래픽저작물 및 조각으로 확대되었다.¹⁰⁸⁾ 1909년에 저작권법은 모든 저술을 포함하도록 개정하면서 등록 및 갱신에 의해 28년에 경과한 후 한 차례 또 다른 28년간 보호할 수 있도록 그 보호기간 갱신제도를 만들었다.¹⁰⁹⁾ 1976년에 연방저작권법은 그 적용범위 및 보호기간을 확대하였다. 1976년 연방저작권법 개정시에 비발행 저작물도 그 보호대상에 포함할 수 있도록 ‘유형의 표현매체에 고정된(fixed in a tangible medium of expression)’이라는 문구를 추가하였다.¹¹⁰⁾ 또한, 1976년 개정시에 그 보호기간을 저작자 사망후 50년간 또는 무명저작물, 이명저작물 및 직무저작물의 경우에는 75년간 보호하도록 개정하였다.¹¹¹⁾

1980년 개정시에는 컴퓨터프로그램을 그 보호대상으로 확대하였고, 1998년에는 저작권보호기간을 저작자 사후 70년으로 연장하였다.¹¹²⁾ 연방의회가 발전을 촉진하기 위해 저작권 보호를 강화하는 것이 아니라 로비스트의 요구사항을 충족하기 위해 저작권보호를 확대하였다고 우려하는 이도 있다. 예를 들

104) Margaret Chon, Postmodern “Progress”: Reconsidering the Copyright and Patent Power, 43 DePaul L. Rev. 97, 104 (1993).

105) Philip M. Duclos, Three Cheers for Treconomics: The Future of Copyright Doctrine According to Star Athletica and Star Trek, 27 Cornell J.L. & Pub. Pol’y 207, 212 (2017).

106) See Mark A. Lemley, Peter S. Menell, & Robert P. Merges, Intellectual Property in the New Technological Age: 2016, IV-6 (2016).

107) Id.

108) Id.

109) See id. at 7.

110) 17 U.S.C. § 102.

111) Lemley et al., supra note, at 7.

112) Id., at 8.

어 1998년 저작권보호기간 연장법은 여러 작곡가의 상속인, 월트 디즈니 그룹 및 그 밖의 이해관계인이 로비한 후에 입법되었다.¹¹³⁾ 대기업 측 로비스트가 저작권보호를 주장하지만 칼 라우스티알라(Kal Raustiala) 교수와 크리스토퍼 스프리그만(Christopher Sprigman) 교수와 같은 전문가들은 적어도 패션 분야에서는 저작권을 보호하지 않는 것이 실제로 혁신을 촉진한다고 주장한다. 왜냐하면 패션 분야에서 창작자는 복제하는 침해자보다 앞서기 위해 끊임없이 새로운 패션을 창작하여야 하기 때문이다.¹¹⁴⁾

현행 지적재산권법의 본질적인 흠은 진보를 촉진하는 방식이 아니라 현상을 유지하는 방식으로 개정되고 있다는 점이다.¹¹⁵⁾ 이러한 문제점은 기초기술의 과잉 특허가 후속 연구 및 발전을 저해할 위험을 초래하는 특허법 영역에서 두드러지게 나타난다.¹¹⁶⁾ 이러한 문제점은 연방헌법상 지적재산권 규정의 명문에 반하는 것이다. 시모네 로즈(Simone Rose)는 이러한 문제점을 기술의 인도적인 촉진을 실패한데서 비롯된 것으로 인용하고 있다.¹¹⁷⁾ 이에 비하여 이러한 위험은 저작권법 영역에서는 보다 덜하다. 저작권법에 의해 가장 영향을 많이 받는 인문학은 특허법과 같은 방식으로 생산에 관련이 없기 때문이다. 하지만, 실용품의 경우 저작권 보호를 실속성있게 보호하는 것이 여전히 중요할 것이다. 예를 들어, 패션디자이너나 램프와 같은 실용품(useful article)의 어떤 요소가 저작물성을 가지는지를 법원에 판단하도록 돕는 분리가능성(separability)의 개념은 저작권 보호의 경계를 정하는 데 도움이 될 것이다.¹¹⁸⁾

113) Id., at 119.

114) See Kal Raustiala & Christopher Sprigman, *The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design*, 92 Va. L. Rev. 1687, 1691 (2006); see also Kal Raustiala & Christopher Sprigman, *The Knockoff Economy: How Imitation Sparks Innovation* (2012).

115) See Barton Beebe, *Intellectual Property Law and the Sumptuary Code*, 123 Harv. L. Rev. 809, 814 (2010).

116) Simone A. Rose, *The Supreme Court and Patents: Moving Toward a Postmodern Vision of "Progress"?*, 23 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 1197, 1221 (2013).

117) Id.

118) Duclos, *supra* note, at 215.

II. 연방헌법상 다른 규정과의 관계

1. 상거래 조항

저작물은 헌법상 다른 조문에 의해서도 규율될 수 있다. 예를 들어 저작물의 대부분은 주간(州間) 상거래를 통해 유통되거나 주간 상거래에 중대하게 영향을 미칠 수 있는 바,¹¹⁹⁾ 연방헌법 주간 상거래 조문의 범위 내에서 저작물을 보호할 수 있다.¹²⁰⁾

상거래 조항(Commerce Clause)은 연방의회가 주간 상거래에 중대하게 영향을 미치는 경제적 활동을 규율하도록 허용한다.¹²¹⁾ 상거래 조항에 대한 현행 해석이 *United States v. Lopez* 사건¹²²⁾에서 판시한 기준을 충족하는 법률을 지지하지만 상거래 조항은 언제나 그렇게 확대적용되는 것은 아니다.¹²³⁾

연방헌법상 상거래 조항에 따라 지적재산권을 규율하려는 초창기 시도 중 하나는 이 조항의 엄격한 해석 때문에 실패하였다.¹²⁴⁾

연방대법원은 상표 사건(Trademark Cases)에서 연방 지적재산권 관련 법률의 유효성에 대해 판단하였다.¹²⁵⁾ 이 사건에서 그 법률은 상표권 침해사건에 형사별로 제재하고 있었다.¹²⁶⁾ 해당 법률의 입법권이 연방헌법상 지적재산권 규정으로부터 비롯될 수 없다고 인정하면서,¹²⁷⁾ 연방대법원은 이 입법권의

119) See, e.g., Robert Palmer, *The Year's Best: 1984 In Review; Pop Music Made A Comeback And Video Helped It Out*, N.Y. Times, Dec. 30, 1984, § 2, at 19.

120) *United States v. Moghadam*, 175 F.3d 1269, 1276 (11th Cir. 1999).

121) See *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 560 (1995) (“적절한 기준은 규제대상인 활동이 주간 상거래에 중대하게 영향을 미치는지 여부의 분석을 요구한다.”); *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111, 128-29 (1942) (국내산 밀을 법률로 규제하는 것을 지지한 사례).

122) *United States v. Lopez* 사건은 특히 입법부의 인정(legislative findings), 재판관 할적 요소(a jurisdictional element), 경제활동과 주간 상거래 사이의 논리적인 관련성(a logical nexus between the economic activity and interstate commerce)을 요건으로 제시하고 있다. See *United States v. Lopez*, 514 U.S. at 560-64.

123) See, e.g., *Cooley v. Bd. of Wardens of the Port of Philadelphia*, 53 U.S. (12 How.) 299, 306 (1851)

124) *Bathae*, supra note, at 446.

125) 100 U.S. 82 (1879).

126) Act of August 14, 1876, ch. 274, §§ 4-5, 19 Stat. 141, 141-42.

근거를 연방헌법 상거래조항에서 찾았다.¹²⁸⁾ 그렇게 함에 있어 “그 법률이 상이한 주 사이의 상거래행위를 영위하는 사람을 규정하고 있고 그러한 상거래행위에 상표의 사용에 관련이 있다면 연방의회가 주간 상거래행위를 규율하도록 하는 연방헌법상 상거래 조항에 따라 입법한 것이 명백할 것이다.”라고 실시하면서, 연방대법원은 해당 법률에서 주간 상거래 조항을 적용할¹²⁹⁾ 재판관할권의 근거를 찾고자 하였다.¹³⁰⁾ 하지만 연방대법원은 해당 법률에서 그러한 재판관할의 근거조항을 찾지 못했고, 그 법률이 입법권을 합헌적으로 행사한 것이 아니라고 하면서 위헌으로 결정하였다.¹³¹⁾ 이 판결은 연방헌법상 지적재산권 규정에 의해 뒷받침되지 않은 연방법이 연방헌법상 상거래조항에 그 헌법적 근거를 둘 수 있다는 점을 시사한다.¹³²⁾

2. 조약 체결권

연방헌법상 조약체결권(Treaty Power)에 대해서 미국 대통령은 “상원의 자문과 동의를 받아 상원의 출석의원의 3분의2가 동의하면¹³³⁾ 조약을 체결할 권한을 가진다고 규정하고 있다. 이 규정은 연방헌법 제6조 제2항의 최고법원성(最高法源性)에 의하여 보완된다. 연방헌법 제6조 제2항에서는 “본 헌법, 본 헌법에 준거하여 제정되는 합중국 법률 그리고 합중국의 권한에 의하여 체결되었거나 체결될 모든 조약은 이 나라의 최고법률이며, 모든 주의 법관은, 어느 주의 헌법이나 법률 중에 이에 배치되는 규정이 있을지라도 이에 구속된다.”라고 규정하고 있다.¹³⁴⁾ 따라서 미국의 최고법으로서 조약은 주정보의 통치권 범위 내에 있더라도 주법에 우선한다.¹³⁵⁾ 이 조약체결권이 저작권 입법을 확대하는 대안으로서 작용될 수 있다.¹³⁶⁾

127) Trademark Cases, 100 U.S. at 94

128) See id. at 94-95.

129) Trademark Cases, 100 U.S. at 97.

130) See id. at 97.

131) See id. at 99.

132) See id. at 94-95, 97.

133) U.S. Const. art. II, § 2, cl. 2.

134) Id. art. VI, cl. 2.

135) Laurence H. Tribe, American Constitutional Law § 4-4, at 645 (3d ed. 2000).

3. 예산 지출권

연방의회는 주 프로그램에 대한 연방정부의 국고보조금을 지출할 광범위한 권한을 가진다.¹³⁷⁾ 이 광범위한 권한은 연방정부가 부과한 조건을 주정부가 충족하는지 여부를 조건으로 하여 연방정부의 국고보조금을 부여하기 위하여 이용될 수 있고 이 권한은 여러 제약에 따른다. 첫째, 연방정부의 기금에 대한 조건은 명확하게 기재되어야 한다.¹³⁸⁾ 둘째, 연방기금의 사용은 보편적인 복지를 위한 것이어야 한다.¹³⁹⁾ 셋째, 연방정부의 기금은 연방정부 프로그램과 관련이 있어야 한다.¹⁴⁰⁾ 넷째, 연방헌법상 다른 조문은 예산지출권 (Spending Power)을 제한할 수 있다.¹⁴¹⁾

저작권을 보호하려는 연방정부의 정책을 주정부가 이행하도록 연방정부 기금의 조건을 내거는 연방정부 기금 프로그램을 쉽게 상정할 수 있다. 이러한 주법의 유효성은 대체로 연방헌법상 지적재산권 규정이 예산지출권 조항을 충족하는지 여부 및 연방 저작권법이 주법에 우선적용되는지 여부에 달려 있다.¹⁴²⁾

연방저작권법 제301조에 따르면, 연방저작권법의 범위에 해당하는 저작물을 규율하고 연방저작권법상 허용되는 권리에 대동소이한 권리를 부여하는 모든 주법에 대해 연방저작권법이 우선적용된다고 규정하고 있다.¹⁴³⁾ 따라서 과세 및 예산지출권 조항에 따라 법원은 연방헌법상 상거래 조항에 따라 직면할 문제를 동일하게 경험하게 될 것이다. 즉, 연방헌법상 지적재산권 규정이 아닌 다른 조항에 따라 입법된 법률이 보다 엄격하게 해석되는 지적재산권 규정의 제한을 회피하고자 사용될 수 있는지 여부가 쟁점이 된다.

136) Caroline T. Nguyen, Notes, Expansive Copyright Protection for All Time? Avoiding Article I Horizontal Limitations Through the Treaty Power, 106 Colum. L. Rev. 1079, 1105-06 (2006).

137) See *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203, 206-07 (1987).

138) See *Pennhurst State Sch. & Hosp. v. Halderman*, 451 U.S. 1, 17 (1981).

139) See *Dole*, 483 U.S. at 207.

140) See *Massachusetts v. United States*, 435 U.S. 444, 461 (1978)

141) See *Lawrence County v. Lead-Deadwood School. Dist.*, 469 U.S. 256, 269-70 (1985).

142) Bathaee, *supra* note, at 459.

143) See 17 U.S.C. § 301(a).

III. 관련 판례

1. Eldred v. Ashcroft 사건

가. 의의

미국 연방대법원은 Eldred 대 Ashcroft 사건¹⁴⁴⁾에서 1998년 저작권보호기간 연장법(Copyright Term Extension Act of 1998; 이하 'CTEA')을 합헌이라고 판시하였다. 이 사건에서 연방대법원은 저작권보호기간을 20년 더 연장하여 기존의 저작권법 하에서는 공유영역에 해당하였을 기존의 저작물에 그 연장기간을 소급적으로 적용함으로써 헌법상 지적재산권 보호조항¹⁴⁵⁾ 하에서 연방의회가 그 입법권을 초과하지 아니하였다고 판시하였다.¹⁴⁶⁾

이 사건에서 다수의견은 연방헌법상 지적재산권 보호조항의 목적을 실천하는 정책을 연방의회가 정하도록 하는 권한을 광범위하게 위임하였다는 논거를 제시하였다.¹⁴⁷⁾

나. 사건 개요¹⁴⁸⁾¹⁴⁹⁾

미국은 1976년 저작권법 개정을 통하여 저작권 보호기간을 저작자 사후 50년으로 연장하되 기존의 저작물에는 이를 적용시키지 아니하였다. 그러나 1998년 소니보노 저작권 보호기간 연장법(CTEA; Sonny Bono Copyright

144) 537 U.S. 186, 222 (2003).

145) U.S. Const. art. I, § 8, cl. 8.

146) Eldred, 537 U.S. at 194, 196, 199.

147) Eldred, 537 U.S. at 205, 208.

148) 정필운, “지적재산의 보호와 이용에 관한 헌법학적 연구”, 331-332면 전재.

149) 원심 Eldred v. Reno, 74 F.Supp.2d 1 D.D.C., Oct. 28, 1999; 항소심 Eldred v. Reno, 239 F. 3d 372, C.A.D.C., 2001. Feb. 16, 2001; 상고심 Eldred v. Ashcroft, 537 US 186, 123 S.Ct. 769 Jan. 15, 2003. 1999년 워싱턴 특별 행정구 (Washington D.C.) 연방 지방 법원(U. S. District Court)에서 원심이 시작될 당시는 법무장관이 자넷 레노(Janet Reno)였다가 도중에 법무장관의 변경으로 사건명이 변경되었다.

Term Extention Act)¹⁵⁰⁾을 제정하여 저작권 보호기간을 저작자 사후 70년으로 연장하였다. 그 연장의 효과는 이 법 제정당시 이미 퍼블릭 도메인에 있는 저작물에는 영향을 미치지 않지만, 1976년의 입법에 의하여 보호기간이 종료된 저작물 중 일부는 이 법에 의하여 사실상 20년의 보호기간을 추가로 연장하는 결과를 가져왔다.¹⁵¹⁾

원고 중 한 사람인 에릭 엘드레드(Eric Eldred)는 퍼블릭 도메인에 있는 책을 인터넷에서 일반 대중이 무료로 이용할 수 있도록 하는 엘드리치 프레스(Eldritch Press)라는 인터넷 사이트를 운영하고 있었는데, 저작권 보호기간 연장법으로 인하여 자신들이 서비스하던 저작물이 퍼블릭 도메인으로 귀속되지 아니하고 다시 저작권법의 보호를 받게 되자, 저작권 보호기관 연장법은 미국 연방헌법상 제1조 제8항 제8호 저작권규정 중 ‘제한된 기간’이라는 문구, ‘저작자와 발명가’라는 문구에서 도출되는 ‘독창성’ 요건에 위배되며, 수정헌법 제1조의 표현의 자유 규정에 위배된다고 주장하며, 저작권 보호기간 연장법에 대하여 위헌심판을 청구하였다.

원고는 저작권 보호기간 연장법은 의회의 권한을 넘어서는 것으로 다음 세 가지 이유로 위헌이라고 주장한다. 첫째, 기존 저작물의 보호기간을 연장한 것은 ‘과학과 유용한 기술의 진보를 촉진’한다는 저작권 규정의 목적에 기초한 ‘제한된 기간’ 요건을 위반하고 있다고 주장한다. 원고는 저작자 사후 70년의 기간 자체에 이의를 제기하지는 않고, 의회가 장래 창작될 저작물의 보호기간 뿐만 아니라 기존 저작물의 보호기간을 연장하는 것은 잘못된 것이라고 주장하였다. 저작권이 보장될 때 사실상 ‘제한된 기간’은 보호기간을 연장하는

150) 이 법은 미국의 음반제작자, 가수, 배우, 정치가이면서, 이 법안을 주창한 살바토어 필립 소니 보노(Salvatore Phillip Sonny Bono, 1935-1998)를 기리는 의미에서 소니 보노 저작권 보호기간 연장법으로 불리운다. 그는 사실상 저작권 보호기간이 영속되기를 원했다고 미국 하원 의원 매리 보노(Mary Bono)는 증언하고 있다(연방 의회 의사록 144권 H9951, 1998.10.7. 일간판).

151) 왜냐하면 그 보호기간이 종료하는 날짜와 관계없이 그 저작물은 그해 12월 31일까지 퍼블릭 도메인으로 귀속되지 않기 때문이다. 기존법에 따르면 1998년 12월 31일에 퍼블릭 도메인에 들어갔을 1998년 1월 1일과 이 법 제정일 10월 27일 사이에 보호기간이 종료된 저작물들은 보호기간 연장법에 의하여 보호되고 20년의 추가적인 보호를 받게 되었다. 자세한 것은 이영록, “저작권 보호기간의 헌법적 한계에 관한 연구 - 미국의 저작권 보호기간 연장과 그 영향을 중심으로”, 박사학위논문, 연세대학교 대학원 법학과, 2004, 44면 참고.

의회 권한의 헌법적 한계로서 작용한다고 주장하였다. 둘째, 저작권 보호기간 연장법은 보호기간의 연장을 기존의 저작물에 적용함으로써 저작권 규정의 독창성 요건을 위반하였다. 셋째, 저작권 보호기간 연장법은 장래 및 기존 저작물의 보호기간 연장에 대해 수정헌법 제1조에 적합한 중간심사를 통과하지 못하고 있다. 수정헌법 제1조와 관련하여 원고들은 저작권 보호기간 연장법은 내용중립적(content-neutral) 규제로서 그 규제에 적합한 중간심사(intermediatescrutiny)기준을 통과하지 못한다고 주장하였다.

다. 법원의 판단과 논거

이 사건을 맡은 지방법원과 항소법원에서는 기각을 하였다. 그리고 연방대법원에서도 기각을 하였다. 연방대법원의 논거는 다음과 같다.

(1) 제한된 기간

상고인은 저작권보호기간연장법이 ‘제한된 기간’ 동안 저작권을 보호하기로 한 연방헌법상 법문을 위반하여 위헌이라고 두 가지 주장을 제출하였다. 저작권은 ‘제한된 기간’동안만 보호받을 수 있기 때문에 보호기간은 기산점으로부터 정해져서 변경불가하다는 것이 그 주위적 주장이다.¹⁵²⁾ 그 주위적 주장이 받아들여지지 않는 경우에는 예비적 주장으로서 연방의회가 저작권보호기간을 연장하는 것은 연방헌법 저작권조항의 ‘제한된 기간’의 제한을 연방의회로 하여금 회피하도록 허용하여 영속적인 저작권을 창출하게 될 것이라는 것이 그 예비적 주장이다.¹⁵³⁾

Eldred 사건에서 다수의견을 작성한 킨스버그 대법관은 다음 두 가지 논점에 초점을 두어 판시하였다.

첫째, 기존 저작물에 대한 연방의회는 저작권보호기간 연장입법과 관련하여 위헌여부가 다투어진 적이 없다.

둘째, 연방대법원은 연방헌법상 저작권 규정에 따라 연방의회에 입법권을 많이 위임하였다.

152) Eldred, 537 U.S. at 193.

153) Eldred, 537 U.S. at 208-10.

(2) 과학의 진보를 촉진할 것(to promote the progress of science)

상고인의 주된 주장은 저작권보호가 창작물의 창작에 대한 보상이어서 이미 창작된 저작물에는 적용될 수 없다는 것이다. 연방대법원은 이러한 주장의 세 가지 변형을 검토하였다. 즉, 현행 저작권보호기간을 연장하는 것은 (i) 창작성 요건을 간과하고 (ii) 과학 진보를 촉진하지 못하며, (iii) 저작권에 대한 대가를 간과한다는 세 가지 주장에 대해 살펴보았다.¹⁵⁴⁾

창작성 요건은 보호요건과 보호기간을 혼동한 것으로서 바로 기각되었다.¹⁵⁵⁾

두 번째 주장과 관련하여 일반적으로 연방헌법상 저작권 규정의 목적을 가장 잘 추구하는 방법을 판단하는 것은 법원이 아니라 연방의회라고 강조하면서 연방대법원은 모든 사건에서 개별 규정들이 새로운 창작물의 저작에 기여하였는지 여부가 쟁점이 아니라 저작권법제 전체가 새로운 창작물의 저작을 장려하였는지 여부가 쟁점이라는 입장을 취하였다.¹⁵⁶⁾

세 번째 주장과 관련하여 연방대법원은 연방헌법상 저작권 규정을 구체적인 대가 규정이라고 보지 아니하였고 창작 노력을 장려하는 유인을 제공하는 일반적인 정책을 구현하는 것이라고 보았다.¹⁵⁷⁾

(3) 연방 수정헌법 제1조상 표현의 자유에 따른 제한

상고인은 저작권보호기간연장법이 연방 수정헌법 제1조에 따른 고도의 사법심사를 하지 못한 표현의 자유에 대한 내용중립적 규제에 해당한다고 주장하였다. 이러한 상고인의 주장을 받아들이지 않으면서 긴스버그 대법관은 그 주된 논거로서 연방저작권법이 표현을 보호하고자 하는 목적 및 안전장치를 채택하고 있다고 판시하였다.¹⁵⁸⁾

연방헌법상 저작권 규정과 연방 수정헌법 제1조의 도입 시점이 시간적으로

154) Id.

155) Id. at 211.

156) Id. at 212-14.

157) Id. at 214-15.

158) Id. at 219.

서로 근접해 있다는 점은 헌법초안자의 입장에서 저작권의 일정기간 동안의 독점은 표현의 자유 원칙과 양립할 수 있다는 것을 가리킨다.¹⁵⁹⁾ 이와 관련하여 긴스버그 대법관은 저작권의 목적이 자유로운 표현의 창작 및 발행을 촉진하는 것이라고 판시하였다.¹⁶⁰⁾

긴스버그 대법관은 아이디어/표현 이분법과 공정이용 법리를 연방 수정헌법 제1조의 표현의 자유를 저작권에 내장한 것이라고 이해하였다.¹⁶¹⁾

그리고 연방대법원은 저작권보호기간연장법이 고도의 헌법심사를 요구하는 표현의 내용중립적 규제에 해당한다는 주장을 받아들이지 않았다.¹⁶²⁾ 다수의 견은 연방의회가 저작권 보호의 전통적인 틀을 변경하지 아니하여서 연방 수정헌법 제1조에 대한 심사가 불필요하다고 판시하였다.¹⁶³⁾

2. Golan v. Holder 사건 판결

가. 의의

Golan v. Holder 사건 판결¹⁶⁴⁾에서는 다수의 저작물을 공유의 영역으로부터 배제하여 공중이 이들 저작물을 자유이용하지 못하도록 규정한 우루과이라운드 협정 이행법¹⁶⁵⁾ 제514조의 합헌성을 다투게 되었다.

Golan사건은 연혁적 맥락에서 가장 잘 이해할 수 있다. 미국은 저작권을 1790년에 최초로 보호하였다.¹⁶⁶⁾ 하지만 1891년이 될 때까지 외국인 저작자의 저작물을 보호하지 아니하였다.¹⁶⁷⁾

159) Id.

160) Id.

161) Id.

162) 이 주장은 Turner Broadcasting System, Inc. v. F.C.C., 512 U.S. 622 (1994)을 토대로 한 것이다. 이 사건은 지상파 방송국의 신호를 그 지역주민들에게 송신하도록 유선방송사에게 요구하는 것이 위헌인지 여부가 문제된 사안이다.

163) Eldred, 537 U.S. at 221.

164) 132 S. Ct. 873 (2012).

165) Uruguay Round Agreements Act, Pub. L. No. 103-465, tit. V, subtit. A, § 514, 108 Stat. 4809, 4976-81 (Dec. 8, 1994) [이하 'URAA'] (codified as amended at 17 U.S.C. §§ 104A, 109(a) (2006 & Supp. IV 2010)).

166) Act of May 31, 1790, 1st Cong., 2d Sess., ch. XV, 1 Stat. 124.

외국인 저작물에 대해 저작권 보호를 확대하는 것은 내국민대우원칙에 입각한 것이다. 1891년 보다 몇 년 전에 주요 유럽 국가들은 베른협약¹⁶⁸⁾을 창설하였고, 이 협약은 주요 국제저작권조약으로 되었다.¹⁶⁹⁾

미국이 20세기에 전 세계 저작물 시장에서 저작물 수출국으로 진화하면서 미국인 저작물의 저작권을 해외에서도 보호하기 위하여 1989년에 마침내 베른협약에 가입하였다.

나. 다수의견의 판시사항

(1) 제한된 기간 동안

Golan 사건의 상고인은 Eldred 사건에서 언급되지 아니하였지만 병렬적이었다. 연방헌법의 ‘제한된 기간’이란 법문의 제한에 의존하면서 상고인은 “저작물을 공유의 영역에서 배제하는 것”이 연방 헌법상 ‘제한된 기간’이란 용어가 가지는 내재적 제한을 위반한다고 주장하였다.¹⁷⁰⁾ 이것은 Eldred 사건의 논거를 토대로 거부되었다. 즉 ‘일정한’이란 용어는 저작물이 보호되는 기간에 대한 제한을 시사하지만 결코 변경불가능하거나 비탄력적인 것이 아니다.¹⁷¹⁾ 깬스버그 대법관의 주된 논거는 해당 저작물이 저작자 사후 70년간 보호할 뿐이라는 것이다. 이는 Eldred 사건에서 합헌으로 판시한 보호기간과 동일하다.¹⁷²⁾ Eldred 사건에서처럼, 다수의견은 연방의회가 공유의 영역으로부터 저작권과 특허를 벗어나게 하는 예를 열거하였다.¹⁷³⁾

167) Act of Mar. 3, 1891, §§ 3, 13, 26 Stat. 1107, 1110.

168) Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Paris Revision of July 24, 1971 (1974년 10월 10일 시행), 미국의 경우에는 1989년 3월 1일 시행 (25 U.S.T. 1341, 828 U.N.T.S. 221, S. Treaty Doc. 99-27, reprinted in 1 Copyright L. Rep. (CCH) PP 11,400-479), [이하 ‘베른협약’].

169) Howard B. Abrams, Eldred, Golan and Their Aftermath, 60 J. Copyright Soc’y U.S.A. 491, 508 (2013).

170) Brief for Petitioners at 22, Golan v. Holder, 132 S. Ct. 873 (2012), 2011 WL 2423674.

171) Golan, 132 S. Ct. at 884-85.

172) Id. at 885.

173) Golan, 132 S. Ct. at 886-87.

(2) 과학의 진보를 촉진할 것

공유의 영역에서 저작물을 제거하면 공중이 이를 이용하여 창조적 개성을 발휘하는 것을 막을 것이기 때문에 상고인은 우루과이 라운드 협정 이행법 제514조가 과학의 진보를 촉진하지 못한다고 주장하였다. 이러한 주장은 Eldred 사건에서 판시한 논거와 동일한 논거 하에 받아들여지지 않았다. 적절한 판단기준은 저작권법제의 개별요소가 새로운 저작물의 창작을 이끌어냈는지 여부와 상관없이 전체적인 저작권법제가 그러한 목적에 기여하였는지 여부다. 깬스버그 대법관도 새로운 저작물의 창작뿐만 아니라 기존 저작물의 배포가 연방헌법상 저작권 규정의 목적에 기여한다고 판시하였다.

(3) 연방 수정헌법 제1조

연방 수정헌법 제1조에 따른 우루과이 라운드 협정 이행법 제514조의 합헌성 여부도 Eldred 사건의 맥락에서 판시하였다.¹⁷⁴⁾

상고인의 주장의 대부분은 Eldred 사건에서 깬스버그 대법관이 실시한 내용¹⁷⁵⁾을 인용하면서 저작물을 공유 영역에서 배제하는 것이 저작권보호의 전통적인 틀을 변경한다는 전제에 의존하였다.¹⁷⁶⁾ 따라서 이러한 상고인의 주장에 대해서는 연방 수정헌법 제1조에 따른 검토가 필요하다. 지적재산권 보호 조항, 표현의 자유 및 제정 저작권법 상호간의 연관성을 언급하면서 깬스버그 대법관은 아이디어/표현 이분법과 공정이용 법리가 연방 수정헌법 제1조를 반영하여 저작권에 내장된 것으로서 표현의 자유에 대한 우려를 해소하기에 충분하다고 실시하였다.¹⁷⁷⁾

다수의견은 본질적으로 아이디어/표현 이분법과 공정이용법리를 저작권보호가 연방 수정헌법 제1조를 위반하였다는 청구를 재판함에 있어 고려될 필요가 있는 유일한 저작권의 전통적인 틀로서 정의하였다. 아이디어/표현 이분법과 공정이용 법리는 우루과이 라운드 협정 이행법 제514조에 의하여 변경

174) Id. at 889-91.

175) Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186, 221 (2003).

176) Id.

177) Golan, 132 S. Ct. 890 (Eldred, 537 U.S. at 219 인용).

되거나 완화되지 아니하기 때문에 추가적인 사법심사는 불필요하였다.¹⁷⁸⁾

다. 반대의견의 판시사항

브레어(Breyer) 대법관은 Eldred 사건에서 판시한 자신의 반대의견을 반복적으로 실시하였다. 그 핵심은 그 법이 단일의 새로운 저작물을 창작하도록 장려하지 아니한다는 것이었다.¹⁷⁹⁾

새로운 창작을 유도하는 것은 언제나 ‘배타적인 권리’, ‘제한된 기간’ 및 ‘학문의 진보’란 연방헌법상 문구로부터 필요한 결론으로서의 미국 저작권 보호를 위한 본질적인 전제조건이었고 현재도 그러하다고 브레어 대법관은 판시하였다.¹⁸⁰⁾ 저작권의 연혁을 검토한 후,¹⁸¹⁾ 회복저작물로 보호될 수 있는 다수의 저작물에 의하여 야기된 문제, 이용자가 부담할 회복 저작물에 대한 비용증가, 이용허락 취득의 어려움 및 법으로부터 야기된 프로젝트의 방해 내지 포기를 지적하면서 우루과이 라운드 협정 이행법 제514조에 따른 저작권 회복의 문제점에 초점을 두었다.¹⁸²⁾

3. Ladd v. Law and Technology Press 사건

Ladd v. Law and Technology Press 사건¹⁸³⁾에서 연방대법원은 연방저작권법의 필수적 기탁 요건이 위헌이라는 주장을 토대로 저작권청장의 요청에 대응하여 ‘The Scott Report’이란 정기간행물을 피고가 기탁하길 거부한 행위를 고려하였다. 연방저작권청장은 기탁의 불이행에 대한 법정 과태료를 회복하고자 소를 제기하였다. 제1심 법원은 저작권청장 승소의 약식판결을 선고하였고 피고는 필수적 기탁 요건이 저작권에 관한 연방의회의 헌법상 권한을 수행하기 위하여 불필요하고 적절하지 않아서 무효라고 주장하면서 항소하였

178) Id. at 891.

179) Id. at 900. Compare with Eldred, 537 U.S. at 254-56 and id. at 258.

180) Golan, 132 S. Ct. at 900.

181) Id. at 900-03.

182) Id. at 903-06.

183) Ladd v. Law & Technology Press, 762 F.2d 809, 226 U.S.P.Q. 774 (9th Cir. 1985), cert. denied, 475 U.S. 1045 (1986).

다. 제1심 법원의 판결을 인용하면서 제9순회구 연방항소법원은 연방헌법상 저작권 규정의 주된 목적이 공공선을 위하여 예술과 과학을 장려하는 것이고 저작자에게 경제적 이득을 부여하는 것이 아니라고 실시하였다. 제9순회구 연방항소법원은 연방의회 도서관의 서고에 추가함으로써 예술과 과학을 촉진하는 목적을 직접적으로 촉진하고 피고가 채택하고자 한 이익(즉 저작권)의 부여에 대한 적법한 조건이라고 인정하였다. 또한 제9순회구 연방항소법원은 연방 수정헌법 제1조가 저작권을 보호하지 아니하여서 저작권 보호에 대한 조건이 연방 수정헌법 제1조 표현의 자유를 시사하지 아니한다고 판시하였다.

따라서 연방 저작권법의 필수적 기탁 요건의 위헌 여부가 문제된 이 사건에서 연방대법원은 합헌이라고 판시하였다.

4. Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co. 사건과 Compco Corp. v. Day-Brite Lighting, Inc. 사건¹⁸⁴⁾

공유(公有)의 영역은 작가, 작곡가, 예술가 및 그 밖의 저작자의 창작적 노력에 본질적인 것이다.¹⁸⁵⁾ 그리고 연방대법원은 공중이 공유의 영역에 들어간 저작물과 발명에 대해 복제할 연방헌법상 권리를 가진다고 판시하였다.¹⁸⁶⁾ 연방대법원은 Sears 사건 및 Compco 사건에서 지적재산권 보호 조항에 체화된 본질적인 정책에 의해 공중이 연방특허법과 연방저작권법이 공유의 영역에 남긴 것을 복제할 권리를 가진다고 판시하였다.¹⁸⁷⁾ 연방특허의 보호가 예외에 해당하는 원칙은 아이디어의 자유로운 활용이라는 점이 연방헌법상 지적재산권 보호조항에 함축되어 있다.¹⁸⁸⁾ 연방대법원은 그 이후 Feist 사건에서 창작

184) Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co., 376 U.S. 225, 231 (1964); Compco Corp. v. Day-Brite Lighting, Inc., 376 U.S. 234, 237 (1964).

185) ‘저작자’란 용어는 1790년 연방저작권법이 제정된 이래 연방대법원과 연방의회에 의해 광의로 정의되었다 (See, e.g., Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony, 111 U.S. 53, 57-58 (1884)).

186) Feist Publ’ns, Inc., v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340, 350 (1991); Aronson v. Quick Point Pencil Co., 440 U.S. 257, 262 (1979); Graham v. John Deere Co. of Kan. City, 383 U.S. 1, 5-6 (1966); Singer Mfg. Co. v. June Mfg. Co., 163 U.S. 169, 185 (1896).

187) Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co., 376 U.S. 225, 231 (1964); Compco Corp. v. Day-Brite Lighting, Inc., 376 U.S. 234, 237 (1964).

성 요건이 연방헌법상 저작권 규정에 규정되어 있지 않지만 이 요건이 연방 헌법상 요건이라고 선언하면서 연방저작권법과 연방헌법상 저작권 규정이 데이터에 대한 저작권 보호를 포기하는 것으로 해석하였다.¹⁸⁹⁾ 마찬가지로 Dastar 사건에서 연방대법원은 공유의 영역에서 진입한 저작물의 연방상표법의 해석을 거부하였다.

IV. 연방헌법상 저작권 규정에 따른 연방의회의 입법 형성권의 범위

연방헌법상 저작권조항에 따른 연방의회의 입법형성권은 다음의 네 가지 방식으로 제한되는 것으로 해석된다. 즉, 연방의회는 (1) 창작성 있고, (2) 아이디어가 아니라 표현에 해당하고, (3) 고정되어 있으며, (4) 제한된 기간 동안만 보호될 수 있는 저작물만 보호할 수 있다.

1. 창작성 요건에 따른 제한

연방대법원에 따르면 창작성(originality)은 저작권의 필요조건(sine qua non)이다.¹⁹⁰⁾ 연방대법원이 *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony* 사건¹⁹¹⁾에서 ‘저작자’란 용어를 ‘출처에 해당하는 것을 작성한 자, 창작자, 만드는 자, 학술저작이나 문학저작을 완성하는 자’라고 정의하였는데, 창작성 요건

188) *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, 489 U.S. 141, 151 (1989); see also *Graham*, 383 U.S. at 5-6; Yochai Benkler, *Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain*, 66 *Law & Contemp. Probs.* 173, 177 (2003) (noting that copyright laws mark a tension between free economics of information exchange and the desire to promote innovation).

189) *Feist Publ'ns*, 499 U.S. at 346, 362.

190) *Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 345 (1991); accord *L. Ray Patterson & Craig Joyce, Monopolizing the Law: The Scope of Copyright Protection for Law Reports and Statutory Compilations*, 36 *UCLA L. Rev.* 719, 763 n.155 (1989).

191) 111 U.S. 53, 58 (1884).

은 이 사건에서 정의한 ‘저작자’란 용어에서 비롯된 것이다. 달리 말하면, 타인의 저작을 노예나 기계를 활용하여 복제한 자는 저작자라고 주장할 수 없다.¹⁹²⁾

창작성 요건은 신규성과 구별되고 두 가지 요소로 구성된다. 첫째, 저작물은 독자적 작성의 산출물이어야 한다. 해당 저작물은 다른 저작물로부터 모방되어서는 아니된다.¹⁹³⁾ 두 저작물이 유사하더라도 각 개별 저작물이 독자적으로 작성된 것이라면 창작성 요건을 갖출 수 있다.¹⁹⁴⁾

둘째, 저작물은 최소한도의 창조적 개성(creativity)을 나타내야 한다.¹⁹⁵⁾ 창조적 개성 요건은 극도로 낮아서¹⁹⁶⁾ 최소한도도 충분하다.¹⁹⁷⁾

2. 아이디어가 아니라 표현에 해당하여야 한다는 제한

어떠한 저작자도 사실 또는 아이디어에 대해서는 저작권을 가질 수 없다는 아이디어/표현 이분법은 창작성 요건에서 비롯된다. 저작자의 창작성을 표현한 저작물에 한해 저작권으로서 보호된다.¹⁹⁸⁾ Baker v. Selden 사건에서 연방 대법원은 부기장부는 저작물성이 없다고 판시하였다.¹⁹⁹⁾ ‘예술과 과학의 진보’를 촉진하려는 연방헌법상 저작권 규정의 명문규정에 의거하여²⁰⁰⁾ 연방대법원은 지식이 저작권침해죄에 해당하지 않고서도 이용될 수 없다면 연방헌법상 저작권 규정은 충족되지 아니할 것이라고 실시하였다.²⁰¹⁾

Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service, Co. 사건은 아이디어

192) L. Batlin & Son, Inc. v. Snyder, 536 F.2d 486, 490 (2d Cir. 1976) (1 Melville B. Nimmer, Nimmer on Copyright § 6, at 10.2 (1975)를 인용).

193) Feist, 499 U.S. at 345.

194) 1 Melville B. Nimmer & David Nimmer, Nimmer on Copyright § 1.06[A], at 1-104 (2005) [hereinafter Nimmer & Nimmer, On Copyright]; see also Baker v. Selden, 101 U.S. 99, 102 (1879).

195) Feist, 499 U.S. at 345.

196) Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc., 191 F.2d 99, 102-03 (2d Cir. 1951).

197) Feist, 499 U.S. at 345; see also Alfred Bell, 191 F.2d at 102-03.

198) Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539, 547 (1985).

199) 101 U.S. 99, 100-01 (1879).

200) Id. at 105; see also U.S. Const. art. I, § 8, cl. 8.

201) Baker, 101 U.S. at 103.

/표현 이분법에 대한 연방헌법상 문리적 근거를 보다 더 강하게 제공한다. Feist 사건은 연방헌법상 ‘저작자’와 ‘저작’이란 용어에 초점을 둔다. 이 사건에서 연방대법원은 연방헌법상 저작권 규정이 사실과 마찬가지로 아이디어도 저작에 해당하지 아니하기 때문에 이러한 아이디어에 대한 보호를 고려하지 아니한다고 판시하였다.²⁰²⁾

3. 고정 요건의 제한

연방헌법상 저작권 규정이 고정 요건을 포함하고 있다고 명시적으로 판시한 연방대법원 판결은 없지만 연방대법원은 연방헌법상 저작권조항이 연방의회로 하여금 고정된 저작물에 대해서만 보호를 부여하도록 하였다는 점을 암시하였고 이 점에 대해서는 다수의 법학자가 동의하였다.²⁰³⁾ 문리해석에 의하여 이러한 주장을 뒷받침하는 논거는 연방헌법상 저작권 규정에서 ‘저작(writings)’이란 용어를 선택한 것에 토대를 둔다.²⁰⁴⁾

Burrow-Giles 사건에서 연방대법원은 ‘저작’을 ‘저작자의 머릿속의 아이디어를 시각적으로 표현하는 모든 방식의 저작, 인쇄물, 조각, 부식 동판화 등으로 정의하였다.²⁰⁵⁾ 이 사건 판결 이후 한 세기가 지나 Goldstein v. California 사건에서 연방대법원은 연방헌법의 ‘저작’ 요건을 다시 강조하면서 이 용어가 저작물의 고정을 시사하는 것으로 보았다.²⁰⁶⁾

202) Id.

203) See, e.g., *United States v. Moghadam*, 175 F.3d 1269, 1273-74 (11th Cir. 1999); Lionel S. Sobel, *Bootleggers Beware: Copyright Law Now Protects Live Musical Performances but New Law Leaves Many Questions Unanswered*, Ent. L. Rep., July 1995, at 6, 11; Carte P. Goodwin, *Comment, Live, in Concert... and Beyond: A New Standard of Contributory Copyright Infringement*, 13 Emory Int'l L. Rev. 345, 358 (1999); Keith V. Lee, *Casenote, Resolving the Dissonant Constitutional Chords Inherent in the Federal Antibootlegging Statute in United States v. Moghadam*, 7 Vill. Sports & Ent. L.J. 327, 333 (2000).

204) U.S. Const. art I, § 8, cl. 8.

205) *Burrow-Giles*, 111 U.S. at 58.

206) *Goldstein*, 412 U.S. at 561.

4. 저작권 보호기간의 제한

연방헌법상 저작권 규정은 명시적으로 연방의회가 ‘제한된 기간’ 동안만 저작자에게 배타적인 권리를 보장해준다고 규정하고 있다.²⁰⁷⁾ 이 조항은 저작권이 제한된 기간 동안 보호되어야 한다고 규정하고 있을 뿐이고, 그 보호기간을 구체적으로 특정하지는 아니한다. 연방대법원의 판례에 따를 때, 연방의회가 저작권보호기간을 연장하는 것은 그 기간이 영속적이지 아니하는 한 허용된다는 것을 시사한다.²⁰⁸⁾

제2절 독일

I. 관련 헌법 규정과 그 해석론

1. 관련 헌법 규정

독일은 과거 1849년 프랑크푸르트제국헌법 제164조에서 “지적재산권은 제국입법을 통해서 보호된다.”고 규정하고 있었다. 독일이 지적재산권의 보호에 대한 별도의 규정을 둔 이유는 지적재산권의 보호를 통하여 국내 산업을 육성하고자 하는 데 기인한다.²⁰⁹⁾ 이후 1919년 바이마르 헌법은 제158조에서 제1항 “정신적 노작과 저작자, 발명가 및 예술가의 권리는 독일국의 보호를 받는다.”, 제2항 “독일의 학술 및 예술의 창작물은 국가간의 합의에 따라 외국에서도 유효하게 보호되어야 한다.”²¹⁰⁾라고 하여 프랑크푸르트제국헌법과 같이 별도의 규정을 두고 있다.

207) U.S. Const. art. I, § 8, cl. 8.

208) See, e.g., *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 208 (2003).

209) 육종수, “헌법상 무체재산권의 보장”, 공법연구(제15집), 한국공법학회, 1987, 139면.

210) 원문: (1) Die geistige Arbeit, das Recht der Urheber, der Erfinder und der Künstler genießt den Schutz und die Fürsorge des Reichs. (2) Den Schöpfungen deutscher Wissenschaft, Kunst und Technik ist durch zwischenstaatliche Vereinbarung auch im Ausland Geltung und Schutz zu verschaffen.

그러나 현재의 독일 기본법은 별도의 지적재산권 보장 규정을 두지 않는다.²¹¹⁾ 다만 독일 연방 기본법 제73조 제1항 제9호는 영업상의 권리 보호, 저작권법 및 출판권에 대하여 연방이 배타적인 입법권을 행사하도록 규정하고 있다.²¹²⁾

2. 해석론

독일에서 저작권, 특허권, 상표권 등의 지적재산권을 보장하는 헌법적 근거는 연방 기본법 제14조 재산권 규정이다.²¹³⁾ 우리 헌법 제23조와 같은 규정이 없기 때문이다. 그리고 지적재산권 중 인격권적 요소의 헌법적 근거는 인간 존엄성의 불가침성 및 인격보호를 규정하고 있는 연방 기본법 제1조와 제2조 제1항 규정에 근거한다.²¹⁴⁾

독일 연방 헌법재판소는 Schul- und Kirchengebrauch 사건에서 지적재산권 중 저작권이 연방 기본법 제14조 제1항에 해당하는 재산권이라는 점을 최초로 선언하였다. 이 판결에서 연방 헌법재판소는 입법자의 형성재량을 인정하면서도 물건에 대한 소유권과 마찬가지로 창작활동에서 창출되는 경제적 이익은 원칙적으로 저작자에게 귀속되어야 하며, 그 처분권이 저작자에게 있어야 하며 그것이 저작재산권이 핵심(Kern des Urheberrechts)이라는 점을 최초로 선언하였다.²¹⁵⁾ 그리고 연방 헌법재판소는 같은 결정에서 저작권 제한 규정이 정당화되기 위한 헌법적 심사기준을 제시했다. 즉, 공공의 필요에 의해 저작권 제한이 도입될 수는 있지만, 재산권 제한을 정당화할 만큼의 근거, 곧 더 높은 수준의 공익적 정당화 근거가 제시되지 않는다면, 저작자는 배타

211) Otto Depenheurer, Art. 14, Manholdt · Klein · Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, W. KOHLHAMMER GMBH, 2007; BVerfGE 31, 229; 육종수, 앞의 글, 138-141면.

212) 독일 기본법 제73조 제1항 제9호.

213) Otto Depenheurer, Art. 14, Manholdt · Klein · Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, W. KOHLHAMMER GMBH, 2007, Rn.147; BVerfGE 31, 229; BVerfGE 31, 248; BVerfGE 36, 281, 290 이하; RGZ 29, 49, 51; 37, 41, 42 이하; 77, 81, 82; BVerfG, NJW 1998, 3704 이하 (Arbeitnehmererfindung); BGHZ 47, 132, 136; Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 198단락

214) 박성호, “지적재산권에 관한 헌법 제22조 제2항의 의미와 내용”, 105-106면.

215) BVerfGE 31, 229. 이 판결은 이 보고서 제2장 제2절에서 자세히 서술한다.

적 권리는 아니더라도 보상청구권을 가져야 한다는 것이다.²¹⁶⁾ 그러나 Bibliotheksgroschen(도서관 그로센) 결정에서는 도서관에 의한 공공대출에 대해 저작자에게 보상청구권이 주어지지 않더라도 헌법적으로 문제되지 않는다고 판단하였다. 입법자는 저작자의 이익과 저작물이 담긴 유형물을 값을 지불하고 구입하여 이용하는 사람의 이익도 함께 고려해야 하기 때문이다.²¹⁷⁾ 또한 Vollzugsanstalten(교정시설) 결정에서 연방 헌법재판소는 지적재산권이 물건에 대한 소유권과 다른 성격을 가지고 있다는 것을 전제로, 동시대의 문화산물로서 특별히 더욱 광범위하게 감당해야 하는 바가 있다는 점을 인정한다. 결과적으로 교정시설 등에서 저작물을 이용하는 것이 가지는 공익적 성격을 고려하여 저작자에게 경제적으로 단지 부수적인 의미만을 가지는, 그래서 수익에 의미 있는 영향을 미치지 않는 경우라면, 높은 공익적 필요에 따라 금지권은 물론 보상청구권이 제한될 수도 있다는 점이 확인되었다.²¹⁸⁾

지적재산권의 형성(Ausgestaltung)에 있어서 입법자는 특수한 긴장관계에 있다. 입법자는 한편으로 지적재산의 광범위한 이용을 조장하는 것이고,²¹⁹⁾ 다른 한편으로 지적 창작물에 대한 지속적인 생산을 위하여 지적재산을 법적으로 보호하고 경제적으로 보수를 지급하여 생산이 고무되도록 해야 한다.²²⁰⁾ 다른 한편, 입법자는 시간적 또는 물질적으로 무제한의 보호권을 부여할 의무가 없다. 창작물뿐만 아니라 패러디도 일정 시간이 지난 후에는 자유롭게 접근할 수 있게 된다.²²¹⁾

216) BVerfGE 31, 229.

217) BVerfGE 31, 248.

218) BVerfGE 79, 29.

219) Paul Kirchhof, in: FS-Zeidler, 1639면, 1659면 이하; BVerfGE 31, 275, 287; Fechner, Geistiges Eigentum, 397면 이하.

220) BVerfGE 31, 229, 238 이하; Fechner, Geistiges Eigentum, 192면 이하, 233면 이하

221) 이상 Otto Depenheurer, Art. 14, Rn. 147-151.

II. 관련 판례²²²⁾

1. Schul- und Kirchengebrauch(학교 및 종교적 이용)²²³⁾ 사건²²⁴⁾

가. 사실관계

헌법소원은 1966년 시행된 저작권법 제46조에 관한 것이다. 저작권법 제15조 제1항에 따라 저작자는 자신의 저작물을 유형적 형태로 이용할 배타적 권리를 향유한다. 이러한 유형의 권리들에는 복제권(법 제16조), 배포권(법 제17조) 등이 포함된다. 저작권법 제46조는 이러한 권리를, 특정한 편집저작물을 만들어 유통하는 경우에 행사할 수 없도록 한다. 이 규정은 1966년에 시행된 법 이전의 법인 문학저작권법((Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst: LUG)) 제19조, 제21조 제3호 및 제26조 그리고 미술저작권법(Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie: KUG) 제19조에 따라 상응하는 것이다. 새로운 저작권법이 제정되었음에도 불구하고, 이들 규정에 포함된 내용은 본질적인 측면에서 변경되지 않았다.

동 헌법소원의 청구인은 이 규정이 위헌이라고 주장한다.

나. 관련 규정의 내용 및 의미

[번역문]²²⁵⁾

저작권법 제46조 교회, 학교 혹은 수업에 사용을 위한 편집물

222) 이 부분은 이일호 교수님(연세대학교 법학연구원)께 원고 자문을 청탁하여 받은 것이다.

223) 사건명은 문헌에 따라 달리 표시되고 있으나, 비교적 보편적으로 사용되는 것을 선택했다.

224) BVerfGE 31, 229.

225) 이하의 번역문은 한국저작권위원회 홈페이지에 게재되어 있는 독일 저작권법 국문번역(박익환 역) 중 일부 내용을 수정한 것이다. 규정들은 현행법이 아닌, 헌법재판이 제기된 당시의 법규정을 기준으로 제시되었으며, 번역도 이에 맞추어 수정되었다.

(1) 저작물 중 일부분, 소량의 범위를 가진 어문저작물 혹은 음악저작물, 개별 미술저작물 또는 개별 사진저작물이 발행된 후에, 많은 수의 저작자의 저작물을 모으고, 그것의 성격에 따라 오로지 교회, 학교 또는 수업에서의 이용될 것으로 지정된 편집물에 수록되는 경우에 복제와 배포가 허락된다. 편집물의 표지 혹은 이에 상응하는 장소에 편집물이 어떠한 목적을 위해 지정된 것인지 분명히 밝혀야 한다.

(2) 제1항은 음악저작물에 있어서는 음악학교 이외의 학교에서 오직 음악 수업을 위한 편집물에 수록되는 경우에만 적용된다.

(3) 제1항에 의한 권한을 행사할 의사를 저작자에게 혹은 저작자의 주소 혹은 거소가 알려지지 아니한 때에는 배타적 이용권자에게 등기우편으로 통지하고, 그 통지가 송부된 후 2주일이 경과하여야 비로소 복제 혹은 배포가 시작될 수 있다. 배타적 이용권자의 주소 혹은 거소가 알려지지 아니한 때에는, 그 통지는 연방관보에 공고함으로써 행해질 수 있다.

(4) 저작물이 더 이상 저작자의 확신에 부합하지 아니하여 그 이상 당해 저작물의 이용이 저작자로부터 기대될 수 없게 되고, 이로 인하여 저작자가 기존의 이용권 부여를 철회한 경우에는(제42조), 저작자는 복제와 배포에서 허용되는 이용행위를 금할 수 있다. 제136조 제1항 및 제2항의 규정이 준용된다.

[원문]

UrhG § 46 Sammlungen für Kirchen-, Schul- oder Unterrichtsgebrauch

(1) Zulässig ist die Vervielfältigung und Verbreitung, wenn Teile von Werken, Sprachwerke oder Werke der Musik von geringem Umfang, einzelne Werke der bildenden Künste oder einzelne Lichtbildwerke nach dem Erscheinen in eine Sammlung aufgenommen werden, die Werke einer größeren Anzahl von Urhebern vereinigt und nach ihrer Beschaffenheit nur für den Kirchen-, Schul- oder Unterrichtsgebrauch bestimmt ist. Auf der Titelseite oder an einer entsprechenden Stelle der Sammlung ist deutlich anzugeben, wozu sie bestimmt ist.

(2) Absatz 1 gilt für Werke der Musik, die in eine für den Musikunterricht bestimmte Sammlung aufgenommen werden, nur, wenn es

sich um eine Sammlung für den Musikunterricht in Schulen mit Ausnahme der Musikschulen handelt.

(3) Mit der Vervielfältigung darf erst begonnen werden, wenn die Absicht, von der Berechtigung nach Absatz 1 Gebrauch zu machen, dem Urheber oder, wenn sein Wohnort oder Aufenthaltsort unbekannt ist, dem Inhaber des ausschließlichen Nutzungsrechts durch eingeschriebenen Brief mitgeteilt worden ist und seit Absendung des Briefes zwei Wochen verstrichen sind. Ist auch der Wohnort oder Aufenthaltsort des Inhabers des ausschließlichen Nutzungsrechts unbekannt, so kann die Mitteilung durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger bewirkt werden.

(4) Der Urheber kann die Vervielfältigung und Verbreitung verbieten, wenn das Werk seiner Überzeugung nicht mehr entspricht, ihm deshalb die Verwertung des Werkes nicht mehr zugemutet werden kann und er ein etwa bestehendes Nutzungsrecht aus diesem Grunde zurückgerufen hat (§ 42). Die Bestimmungen in § 136 Abs. 1 und 2 sind entsprechend anzuwenden.

저작권법 제46조는 학교와 수업에서 사용되는 교과서와 교회 등 종교단체에서 사용되는 성구집에서 저작자의 허락 없이 저작물을 수록할 수 있도록 한 저작권 제한 규정이다. 1965년 저작권법에 대한 초안들이 논의되는 과정에서 보상의무가 포함되어 있었으나, 연방참사원의 반대와 조정위원회에서의 협의에 따라 최종적으로 보상의무가 삭제된 바 있다.

이 규정은 제4항(현행법에서는 제5항)에서 저작물이 더 이상 자신의 확신이나 신념에 부합하지 않는다면, 해당 저작물이 교과서 등에 이용될 수 없도록 할 수도 있다.

다. 이유²²⁶⁾

원칙적으로 제14조가 저작(재산)권 보호의 근거이자 기준이 되며, 예술의

226) “이유”는 결정문의 완역이 아니며, 주요 내용을 요약한 것이다.

자유는 동 사안에서 적합한 근거나 기준이 되지 않는다. 예술의 자유는 예술의 내용, 방식, 전파 등을 제한하거나 예술의 영역을 한정하는 경우에 문제되지만, 사안은 단지 경제적 이익과 관련된 것이고, 문제된 조치로 인해 공중이 해당 저작물을 감득하지 못하게 된 것 역시 아니다. 현행 독일 저작권법 제15조에 규정되어 있는 저작자의 배타적 권리에 대해 제한규정을 정한 것만으로 바로 기본법상 재산권에 대한 침해가 구성된 것은 아니며, 상이한 강도를 가지는 저작권 제한 규정이 설정될 수 있다. 입법자는 정당한 균형(gerechter Ausgleich)을 통해 개인의 재산권 영역과 일반공중의 이익 사이에서 경계를 만들어야 하며, 공중의 이익이라는 근거제시는 정당화될 수 있어야 한다. 교과서 등에 저작물이 실리는 것은 청소년에 있어 현실부합적 수업을 하고, 이로써 창작물에 대해 익숙해지는 데 있어 필수적이고, 저작자가 임의로 이를 금지할 수 있다면, 공동체적 과제는 실현되기 어려울 것이다.

그러나 재산권 보장의 내용상 노동의 경제적 유익은 권리자에게 귀속되어야 하며, 일반공중의 이익이 저작자의 이익을 우선하는 예외적인 경우를 제외하고, 저작자에게 유보되어야 한다. 구법은 보상 없이 교과서에 저작물을 이용할 수 있도록 한 바 있으나, 이에 대해서는 재고의 여지가 있다는 지적들이 있었으며, 1939년 학계에서 나온 저작권법 초안과 제2차 세계대전 이후에 나온 초안들에서 동 이용에 대한 보상청구권을 포함한 바 있고, 연방의회에 제출된 법률안에도 보상청구권이 포함되었으나, 심의과정에서 삭제되었다.

저작물에 대한 자유로운 접근이라는 공중의 이익은 저작자에게 금지권을 포기토록 함으로써 이미 충족되었으나, 사회기속성에 의해 이러한 저작물들에 대한 대가 없는 접근까지 보장되어야 하는 것은 아니다.

보상청구권이 있는 경우에 저작권 보호기간이 지난 옛 저작물만이 교과서에 실릴 것이라는 논거 역시, 학교당국에서 옛 저작물만 실린 교과서를 채택하지 않을 것이라는 점에서 설득력이 없다. 한편 보상청구권은 교과서의 가격을 상승시킨다거나 유의미한 저작물 이용이 아니라는 주장도 배척되어야 한다. 도리어 저작물을 무료로 이용할 수 있도록 하는 것은 출판사, 편집자, 인쇄소 등에 저작자의 노동의 과실이 돌아가도록 하는 일이 될 것이다.

저작자의 창작활동은 전승된 문화유산에 터잡고 있다거나 국민 모두의 것이라고 할 수 없는, 개인적인 창작에서 비롯된 결과이며, 다른 생활영역에서 창작(노동)의 대가를 국민교육을 위해 무료로 제공할 의무를 부담하는 경우를

찾아볼 수도 없다. 도리어 창작활동은 교과서 제작에 있어 전제조건이 되며, 저작물이 없이는 교과서도 있을 수 없다. 교과서에 저작물이 실리면, 저작물 판매량이 증가할 것이라는 것도 근거 없으며, 도리어 교과서를 시중에서 구입함으로써 본래 저작물의 판매량은 감소할 수도 있다.

이렇듯 해당 규정은 헌법 제14조 제1항을 침해한 것이므로 기본법 제25조에 따라 국제적 의무를 위반한 것인지 판단할 필요는 없다고 여겨진다.

라. 결정의 의의 및 경과

독일 연방 기본법에 따라 저작권에 관한 입법권한은 연방이 전속적으로 행사한다. 비록 1919년 바이마르 제국 헌법(Weimarer Reichsverfassung)이 제158조 제1항에서 다음과 같이 지적재산권의 헌법적 보호에 대해 정한 바 있으나, 이 규정은 통상 프로그램 규정(Programmsatz)로 인식되었으며, 지적재산권의 핵심적 내용과 입법적 형성의 한계에 관한 내용은 포함하고 있지 않았다.

정신적 노동, 저작자, 발명가 및 예술가의 권리는 제국의 보호와 배려를 받는다.²²⁷⁾

주헌법들 중 일부는 지적재산권 보호에 관한 규정을 포함하기도 하지만,²²⁸⁾ 위에서 본 바와 같이 산업재산권과 저작권은 연방의 전속관할에 속하므로 이들은 특별한 의미를 갖지 않는다고 여겨진다. 이렇듯 독일은 헌법에 지적재산권 관련 규정을 두지 않는 유형에 속하며, 위 결정에서 확인한 바와 같이 저작권을 비롯한 지적재산권을 주로 기본법 제14조 제1항의 재산권에 해당한다고 관념하고 있다. 때때로 예술의 자유, 일반 인격권 등도 보호영역의 확정과 합헌성 심사방법의 결정에 있어 영향을 미치고 있지만, 아래에서 살펴볼 일련의 결정에서 확인되는 바와 같이 주된 보호근거는 재산권이라 할 수 있다.

227) “Die geistige Arbeit, das Recht der Urheber, Erfinder und der Künstler genießt den Schutz und die Fürsorge des Reiches.”

228) 예를 들어 바이에른주 헌법 제162조.

동 결정은 독일 연방 헌법재판소가 저작권, 그 중에서도 저작인격권을 제외한 재산권적 요소들이 기본법 제14조 제1항의 재산권에 해당한다는 점을 처음으로 확인한 것이다. 입법자의 형성재량을 인정하면서도 물건에 대한 소유권과 마찬가지로 창작활동으로부터 창출되는 경제적 이익이 원칙적으로 저작자에게 귀속되어야 하며, 이를 자기책임하에서 처분할 권한이 저작자에게 유보되어야 한다는 점과 이것이 재산권에 의해 보호되는 저작권의 핵심(Kern des Urheberrechts)이라는 점을 처음으로 밝힌 것이다.

연방 헌법재판소는 이 결정을 통해 저작권 제한 규정이 정당화되기 위한 헌법적 심사기준을 제시했다. 즉, 공공의 필요에 의해 저작권 제한이 도입될 수는 있지만, 재산권 제한을 정당화할 만큼의 근거, 곧 더 높은 수준의 공익적 정당화 근거가 제시되지 않는다면, 저작자는 배타적 권리는 아니더라도 보상청구권을 가져야 한다는 것이다.

위 결정을 통해 교과서 등에 저작자의 동의 없이 저작물이 수록되도록 하는 것이 허락되더라도, 적절한 보상마저 주어지지 않는 것은 위헌이라는 결론이 나오면서 저작권법 제46조에는 다음과 같이 제4항이 추가되었고, 기존 제4항은 제5항으로 그 자리를 옮기게 되었다.

(4) 복제와 배포에 대해서는 저작자에게 적절한 보상이 지급되어야 한다.²²⁹⁾

이러한 연방 헌법재판소의 접근방식은 저작권과 관련된 향후의 판단에도 큰 영향을 미치게 되었다. 무엇보다 공익적 목적에 따른 저작권 제한 규정에도 불구하고, 저작자에게는 보상청구권이 인정되어야 한다는 점은 제한규정의 위헌성 심사에 있어 하나의 기준이 되고 있다.²³⁰⁾

229) “(4) Für die Vervielfältigung und Verbreitung ist dem Urheber eine angemessene Vergütung zu zahlen.”

230) Andreas Paulus, “Urheberrecht und Verfassung”, in: Thomas Dreier & Reto Hilty (eds.), *Vom Magnettonband zu Social Media: Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG)*, C.H. Beck, 2015, pp. 57-58.

2. Bibliotheksgroschen(도서관 그로셴) 사건²³¹⁾

가. 사실관계

헌법소원의 대상이 된 것은 1966년부터 시행되고 있는 1965년 저작권법 제 27조 제1항이다. 동 규정에 따라 저작물이 대여되는 때는 저작자에게 보상이 주어져야 하는데, 여기서의 대여(Vermietung)는 대여자의 영리목적은 전제로 하고 있다. 청구인은 이렇듯 대여의 범위를 한정하는 것이 기본법 제3조와 제 14조에서 정한 기본권의 침해라고 주장한다.

나. 관련 규정의 내용 및 의미

[번역문]

저작권법 제27조 복제본의 대여

(1) 제17조 제2항에 따라 그 재배포가 허락된 저작물의 복제본이 대여되는 경우, 대여자는, 대여가 대여자의 영리목적에 기여하는 때에 이에 대하여 저작자에게 적절한 보상금을 지급해야 한다.

(2) 제1항은 배타적으로 대여의 목적으로 발행되는 저작물에 대해서는 적용되지 않는다.

[원문]

UrHG § 27 Vermietung von Vervielfältigungsstücken

(1) Werden Vervielfältigungsstücke eines Werkes, deren Weiterverbreitung nach § 17 Abs. 2 zulässig ist, vermietet, so hat der Vermieter dem Urheber hierfür eine angemessene Vergütung zu zahlen, wenn die Vermietung Erwerbszwecken des Vermieters dient.

(2) Absatz 1 ist auf Werke, die ausschließlich zum Zweck der Vermietung erschienen sind, nicht anzuwenden.

231) BVerfGE 31, 248.

저작자가 향유하는 배타적 권리 중 하나로, 배포권이 인정되며, 배포란 저작물이 화체되어 있는 유형물을 제공하거나 유통시키는 것을 의미한다. 하지만 배포권은 무제한적으로 인정되지는 않고, 첫 배포 시(유형물의 양도)에 저작자가 동의한 경우, 저작자는 그 이후의 배포에 대해서는 배포권을 행사할 수 없다: 최초판매의 원칙 또는 소진원칙.

대여는 이렇게 일단 배포된 유형물(저작물의 원본 혹은 복제본)을 타인에게 임대하는 것으로, 이 역시 독일 저작권법상 배포행위 중 한 유형인 “제공(Angebot)”에 해당한다. 하지만 이미 배포권은 소진이 되었으므로 저작자는 더 이상 배포권을 행사할 수 없어야 하지만, 헌법소원이 제기될 당시의 법은 영리목적의 대여(Vermieten)에 대해서, 저작자에게 부담하도록 하는 의무를 대여자에게 부여한 바 있다.

배포권이 원칙이라면, 소진원칙은 그에 대한 예외라 할 수 있고, 대여보상금은 이 예외에 대한 예외(예외의 예외)라고 할 수 있다.

다. 이유

연방 헌법재판소는 저작권 중 재산권 요소들이 헌법의 의미에서 재산권이 며, 동 기본권이 헌법적 심사에 있어 기준이 되어야 한다고 설시한 바 있다. 저작권에 관한 선형적이고 절대적인 개념이 존재하지 않으므로, 입법자는 - 소유권에 대해서와 마찬가지로- 저작자가 향유하는 이용권의 범위를 정해야 한다. 저작권법 제15조 제1항과 제17조에 의하면, 저작자는 자신의 저작물을 유형물로서 배포하는 데 대해 배타적 권리를 가진다. 이러한 배포권은 배포에 관한 권리자의 동의에 의해, 또 해당 유형물에 대한 소유권 이전을 통해 거래에 제공된 경우에는 소진된다(법 제17조 제2항). 이와 같은 배포권에서의 소진원칙은 저작자가 소유권 이전으로 저작물이 들어 있는 개별 유형물에 대한 지배권을 포기하게 된다는 고려에 의한 것이다. 즉, 그가 해당 유형물이 자유롭게 이용될 수 있도록 한다는 의미이다. 저작자에 있어 그가 첫 번째 배포행위 시에 그의 동의에 금전의 지급을 전제로 할 수 있다면, 이것으로 그의 재산적 이익은 충분히 보호된다고 보는 것이다. 소진되는 행위에는 대여와 공공대출²³²⁾ 역시 해당되며, 이들이 자유롭게 허락되어야 한다고 볼 수도 있다. 구법에서 대여에 대한 보상의무를 두지 않은 바 있지만, 신법은 구법의 배포

권에 비해 저작자의 관련 권한을 더욱 강화하여 대여자의 영리목적에 기여하는 대여에 대해서는 저작자가 보상청구권을 갖도록 했다. 이렇게 영리목적성을 요구함에 따라 공공도서관들은 보상청구권의 대상에서 제외되었다.

입법자는 기본법 제14조 제1항 제2문의 의미에서 헌법상 보장되는 권리의 내용을 구성하는 권한들과 의무들을 결합함에 있어 재량만을 가지는 것은 아니다. 이에 따라 기본법 제14조에 따른 재산권 보장이 준수되어야 하고, 기본법의 여타 기본권과도 합치되는 입법을 해야 한다. 이는 물건에 대한 소유권에 대해서는 물론이고, 지적재산권에 대해서도 적용된다.

청구인은 기본법 제14조로부터 모든 유형의 대여에 대해 보상금 지급의무를 둘 입법자의 의무가 도출된다고 하는데, 헌법상 보장되는 재산권의 견지에서 저작자에게 주어져야 하는 것은 적정한 이용이 가능하도록 하는 방식으로 저작권이 저작자에게 귀속되도록 하는 것일 뿐이다. 저작권법 제15조 제1항 제2호와 제17조에 따른 배포권을 부여하면서 이와 같은 헌법적 고려는 이미 이루어졌다. 법 제17조 제2항에 따른 소진에 대해서는 논의할 수 없고, 법은 저작자의 이익을 충분히 고려하고 있으며, 입법자는 저작물이 담긴 유형물을 값을 지불하고 구입한 사람의 이익, 즉 자신의 소유물을 재량에 따라 이용할 권리를 아울러 고려해야 했다.

헌법적 재산권 보호로부터는 대여와 공공대출에 대한 보상청구권이 도출되지 않는다. 만약 이용자에게 대출수수료를 징수하고, 이로부터 비용이 충당된다고 하더라도 적은 도서관이용료가 곧 저작자에게 흘러가야 하는 것은 아니다. 따라서 해당 규정은 기본법 제14조 제1항에 의해 보장된 재산권을 침해한 것이 아니다.

또한 해당 규정은 비차별원칙에 대한 침해도 아니다. 기본법 제3조 제1항에 따른 비차별원칙은 재산권의 형성에 있어 고려되어야 하지만, 청구인의 주장처럼 영리목적의 대여에 대해 보상금청구권을 두었기 때문에 공공대출에

232) 대여를 의미하는 Vermieten과 비교하여 Verleihen이라는 표현이 사용되어 있다. 국제적으로 public lending right라는 용어로 사용되므로 우리나라에서는 주로 공공대출이라는 슬어를 사용하는데, 도서관 등에서 영리목적 없이 도서를 비치하여 공중이 이를 열람할 수 있도록 하는 것을 의미한다(국가에 따라 개가식 도서관에서 서가에 책을 비치하여 대출 없이 이용하도록 하는 것은 공공대출에 해당하지 않는다고 보는 경우도 있음). 대여와 공공대출의 구별은 제공자의 영리목적에 의해 좌우된다.

대해서도 보상금청구권을 두어야 한다는 것은 잘못된 것이다. 기본법 규정이 없는 이상 입법자는 보상금청구권의 범위를 합리적으로 정할 수 있고, 그 경계 확정이 불합리하거나 자의적인 경우에만 문제된다. 청구인은 어떠한 경우이든 보상금이 주어져야 한다는 것을 주장할, 기본법에서 보장하는 권리를 갖지 않으며, 심지어 입법자는 헌법에 대한 어떠한 침해 없이 이전의 법률상태를 회복시킬 수도 있을 것이다. 비영리의 공공도서관과 영리의 도서대여시설을 구별하는 것 역시 비차별원칙에 반하는 것이 아니다. 전자는 공공적 목적에 따라 시민들에게 정보와 문화를 매개해주는 역할을 하지만, 후자는 단지 영리적 목적에 따라 책을 제공할 뿐이다. 공공도서관은 무료로 혹은 매우 적은 이용료만을 징수하고 있다. 따라서 이러한 구별은 합리적인 것이고, 동 구별은 정당화된다.

기존 법에서 대여권을 부여하지 않았으므로 공공대출에 대한 보상금이 주어지지 않은 것이 공용수용(기본법 제14조 제3항)이라고 한 청구인의 주장 역시 받아들일 수 없다. 회사도서관에 대한 평가를 어떻게 해야 할 것인지, 즉 그것이 영리목적의 대여를 하는 것인지에 대해서는 의문이 생긴다. 하지만 보충성 원칙에 따라 동 질문에 대해서는 우선 법원의 해석에 의해 답이 되어야 한다.

라. 결정의 의의 및 경과

동 결정은 앞서 본 Schul- und Kirchengebrauch 사건에 대한 결정과 같은 날 선고된 것으로, 도서관에 의한 공공대출에 대해 저작자에게 보상청구권이 주어지지 않더라도 헌법적으로 문제되지 않는다고 본 것이다. 물론 도서관에서 어문저작물 등을 비치하고 이용자가 대출 받을 수 있도록 해두는 것은 저작물 판매로 인한 수익을 떨어뜨리고, 도서관 역시 이용자로부터 사용료를 받을 수 있다는 측면에서 보상청구권을 인정하지 않는 것을 부당하다고 볼 여지가 없지 않다.

하지만 연방 헌법재판소는 배포권이 이미 소진되었음에도 ‘추가적으로’ 대여보상금을 인정해주는 것 자체는 재산권에 의해 보호되는 저작권의 핵심적 내용을 이미 벗어난 것이라고 하여, 저작자의 배포권과 물건의 자유로운 유통·이동 사이에서 조화를 추구하고 있으며, 이를 통해 -간접적으로나마- 저

작권(지적재산권)과 물건 소유권 사이의 교량을 추구했다.

비록 도서관에 의한 공공대출에 보상의무가 부여되지 않은 것은 합헌이라는 결정이 나왔지만, 입법자는 Schul- und Kirchengebrauch 사건에서의 위헌 결정에 따른 법개정을 하면서(1972년 개정법) 공공대출에 대해서도 보상청구권을 정하게 되었다.

저작권법 제27조 복제본의 대여 및 공공대출

(1) 제17조 제2항에 따라 그 재배포가 허락된 저작물 복제본의 대여 또는 공공대출에 대해서는 대여자는, 대여 혹은 공공대출이 대여자 혹은 대출자의 영리목적에 기여하거나 복제본이 공중의 출입에 개방된 시설(도서대여시설, 음반보관소 또는 복제본의 보관소)에서 대여되거나 대출되는 때에, 저작자에게 적절한 보상금을 지급해야 한다. 이 청구권은 저작권신탁관리단체를 통해서만 주장될 수 있다.

(2) 제1항은 저작물이 배타적으로 대여 혹은 공공대출의 목적으로 발행되거나, 복제본이 업무 혹은 용역관계의 범위 내에서 오직 복제본을 업무 또는 용역관계에서의 의무를 수행하기 위하여 이용되도록 할 목적을 가지는 경우에는 적용되지 않는다.

UrhG § 27 Vermieten und Verleihen von Vervielfältigungsstücken

(1) Für das Vermieten oder Verleihen von Vervielfältigungsstücken eines Werkes, deren Weiterverbreitung nach § 17 Abs. 2 zulässig ist, ist dem Urheber eine angemessene Vergütung zu zahlen, wenn das Vermieten oder Verleihen Erwerbszwecken des Vermieters oder Verleihers dient oder die Vervielfältigungsstücke durch eine der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtung (Bücherei, Schallplattensammlung oder Sammlung anderer Vervielfältigungsstücke) vermietet oder verliehen werden. Der Vergütungsanspruch kann nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden.

(2) Absatz 1 ist nicht anzuwenden, wenn das Werk ausschließlich zum Zweck des Vermietens oder Verleihens erschienen ist oder

die Vervielfältigungsstücke im Rahmen eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses ausschließlich zu dem Zweck verliehen werden, sie bei der Erfüllung von Verpflichtungen aus dem Arbeits- oder Dienstverhältnis zu benutzen.

합헌결정에도 불구하고, 입법자가 공공대출에 대해서도 보상청구권을 둔 이유로는, 저작자의 지위 강화라는 목적에 따른 것이다. 즉, 매체를 구입하지 않아도 저작물을 즐길 수 있게 됨에 따라 절감된 비용에 대해 저작자가 관여해야 한다는 필요가 상당히 중요하게 논의되었던 것으로 보인다. 다만, 공공도서관은 공동체적, 문화적 및 교육적 과업을 수행한다는 점에서 경제적 보상을 해줌으로써 매체구입에 따른 비용을 줄이고, 도서관을 통한 공공정책을 실현할 수 있다는 정치적 결단도 작용한 것으로 보인다.²³³⁾ 즉, 국가가 창작장려와 문화적 향유를 위해 지원하도록 저작권법에 관련 제도를 마련한 것이다.

3. Tonbandvervielfältigungen(음반복제물) 사건²³⁴⁾

가. 사실관계

헌법소원의 대상은 구저작권법 제53조 제5항이며, 동 규정에 의해 저작자는 사적복제가 가능하도록 하는 기기의 제조자에 대하여 보상청구권을 갖는다고 규정하고 있다. 청구인은 이러한 사적복제가 가능하도록 하는 기기를 제조하는 자이다.

1965년법에 의해 대체되기 전 구법인 문학저작권법 제15조 제2항은 저작물로부터 어떠한 수익을 얻지 않는다면, 저작물 복제본의 사적이용이 허락된다는 취지의 규정이다. 연방대법원은 Grundig-Reporter 사건에서 이러한 사적이용에 대한 저작권 제한 규정이 공연에 대한 직접적인 녹음·녹화 그리고 녹음·녹화물의 또 다른 녹음·녹화물로 복제하는 것에까지 미치지 않는다고 판결한 바 있다.²³⁵⁾ 법원은 또 동 판결에서 입법자가 시대의 변화에 따라 자기테

233) BT-Drucks. 13/115, 8.

234) BVerfGE 31, 255.

235) BGHZ 17, 266.

이프에 의해 사적 공간에서 저작물의 복제본이 만들어질 수 있고, 그것으로 저작물에 대한 이용이 저해될 수 있다는 점을 알지 못했거나 예상할 수 없었을 것이라고 판시했다. 그러면서 통상 기술의 발전에 따라 새롭게 등장한 저작물의 이용가능성은 저작자의 배타적 권리로 귀결되어야 한다는 입장을 드러냈다.

1962년에 나온 정부안(Regierungsentwurf)은 다만 저작자가 이러한 사적 이용에 대해서 배타적 권리를 행사하도록 하는 것은 지양했는데, 이는 실질적으로 저작자의 금지권을 이용자 개인을 향하여 실현할 수 없을 것이라 인식했기 때문이다. 이에 따라 사적이용은 어떠한 유형의 복제본에 의한 것인지 묻지 않고 원칙적으로 허락된다는 태도를 취하게 되었다. 하지만 법률안(Gesetzentwurf)에서는 저작물을 녹음·녹화물에 복제하는 경우에 대해서는 저작자가 복제기기의 이용자에게 보상을 청구할 수 있도록 했다. 연방참사원은 기기의 이용자에게 저작자가 보상청구권을 행사하는 것은 현실적으로 실현되기 어렵다는 이유로, 동 규정을 거부한 바 있다. 연방의회는 법안심의와 전문가 청문회 등을 통해 신저작권법의 목적이 저작자 보호를 개선하지는 것이므로 사적인 녹음·녹화에 대해 기존 법의 태도를 유지하는 것은 잘못된 것이며, 이러한 태도는 연방대법원이 당시의 문학저작권법에 의해서도 이미 사적 녹음·녹화가 저작권 침해에 해당한다고 보고 있는 점에도 반한다는 결론에 이르게 되었다. 자기테이프에 의한 녹음기술의 발명으로 기존에 산업적으로만 생산되던 저작물의 복제가능성이 사적 영역으로 옮겨짐에 따라, 수년 내에 텔레비전 방송을 녹화할 수 있는 저렴한 기기가 출현하는 것도 예측해 볼 수 있다. 만약 법에서 무제한적으로 개인적인 이용을 위한 사적복제를 허락하는 태도를 유지하는 경우에 기술발전은 결국 저작권을 형해화하는 결과를 초래할 것이다. 이상은 연방의회 법제위원회의 입장이었다.

다만, 연방의회는 정부안에 대한 연방참사원의 입장, 즉 기기의 이용자에게 보상금 지급의무를 부과하는 것은 실행되기 어렵다는 점을 인정했으며, 사적 이용에 적합한 기기의 생산자에 대해 저작자가 보상금청구권을 갖도록 하는 안을 내놓게 되었다. 이는 1964년 연방대법원이 내린 이른바 Personalausweis(신분증) 사건 판결²³⁶⁾에 영향을 받은 것이다. Grudig-Reporter 사건에 대한

236) BGHZ 42, 118 - Personalausweis.

후속조치로 GEMA는 사적복제에 이용될 수 있는 녹음기의 판매자에 대해 구매자 신분증을 제시를 요구하는 경우에만 판매영업을 할 수 있으며, 이로써 자신들이 구매자를 특정할 수 있어야 한다고 주장한 바 있다. 연방대법원은 기기제조자(상고인)의 상고를 받아들이면서 물권적 청구권상 방해자 책임에 의해서도, 또 불법행위의 간접침해의 책임에 의해서도 신분증 제시에 대한 청구권이 도출되지는 않는다고 본 바 있다. 그러면서도 연방대법원은 복제기기의 제공이 이용자에 의한 복제권 침해에 대한 방조자로서의 책임을 부담해야 할 수 있다고 보았으며, 이로부터 저작자는 직접 기기제조자를 향하여 청구권을 주장할 수 있다고 설시한 바 있다.

더욱이 이러한 기기 보상금은 저작권법에 지배적인 체계, 곧 산업적 이용자(사업자)가 저작자에게 보상을 지급하고, 사업자가 가격결정에 있어 저작권료를 소비자에게 전가하는 구조에도 상응하는 것이다. 기기제조자는 물론 저작물을 직접 이용하는 것이 아니고, 단지 기기를 제공한 것에 불과하지만, 그는 해당 기기가 저작물 복제에 사용됨으로써 수익이 극대화되므로, 저작물로부터 나오는 이익을 향유하는 자라고 할 수 있다는 것이다.

연방참사원은 이 규정에 반대하여 조정위원회(Vermittlungsausschuss)가 구성되었으나, 결국 연방의회와 안과 같이 합의되었다. 조정위원회는 현행법(당시 문학저작권법과 그에 대한 연방대법원의 해석)이 유지될 경우에 사생활에 대한 넓은 침해가 발생할 것이고 관련된 소송, 즉 저작권신탁관리단체에 의한 소비자 개인에 대한 소송이 빈발하게 될 가능성이 크다고 전제했다. 게다가 법원은 해당 입법과 유사한 방식으로 사적복제에 따른 저작권 문제를 해결하도록 판결할 것이라는 점 역시 고려되었다.

청구인은 녹음기의 제조사이며, 기본법 제2조, 제3조, 제12조 및 제14조의 기본권들이 침해되었다고 주장하고 있다.

나. 관련 규정의 내용 및 의미

[번역문]

저작권법 제53조 사적이용을 위한 복제

(1) 사적이용을 위해 저작물에 대한 개별적 복제본을 제작하는 것은 허락된다.

...(중략)...

(5) 저작물의 종류에 따라 방송이 사적인 이용을 목적으로 녹화매체 혹은 녹음매체에 담기거나 녹화매체 혹은 녹음매체에서 다른 매체로 옮겨지는 것을 통해 복제될 것으로 예상되는 경우, 저작물의 저작자는 이와 같은 복제를 수행하는 데 적합한 기기를 생산한 자에 대해, 해당 기기를 양도함에 따라 생기는 이러한 복제 행위의 가능성에 대한 보상금의 지급에 관하여 청구권을 가진다. 기기의 제조자와 함께 기기들을 상업적으로 이 법의 적용범위 내로 수입하거나 재수입하는 자 역시 연대책무자로서 책임이 있다. 동 청구권은 정황상 기기들이 이 법의 적용범위 내에서 제시된 복제의 수행을 위해 이용되지 않을 것이 높은 개연성에 의해 예상되는 경우에 면제된다. 이 청구권은 저작권신탁관리단체를 통해서만 주장될 수 있다. 보상금으로는 각각의 권리자에게 제조자가 이 기기들의 양도를 통해 얻는 매출 중 적정 지분으로 주어진다. 법 제84조, 제85조 제3항 및 제94조 제4항의 권리자를 포함하여 모든 권리자들의 보상청구권의 합계는 양도에 따른 매출 중 100분의 5를 초과할 수 없다.

[원문]

UrhG § 53 Vervielfältigung zum persönlichen Gebrauch

(1) Zulässig ist, einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werkes zum persönlichen Gebrauch herzustellen.

...(중략)...

(5) Ist nach der Art eines Werkes zu erwarten, daß es durch Aufnahme von Funksendungen auf Bild- oder Tonträger oder durch Übertragung von einem Bild- oder Tonträger auf einen anderen zum persönlichen Gebrauch vervielfältigt wird, so hat der Urheber des Werkes gegen den Hersteller von Geräten, die zur Vornahme solcher Vervielfältigungen geeignet sind, einen Anspruch auf Zahlung einer Vergütung für die durch die Veräußerung der Geräte geschaffene Möglichkeit, solche Vervielfältigungen vorzunehmen. Neben dem Hersteller haftet als Gesamtschuldner, wer die Geräte in den Geltungsbereich dieses Gesetzes gewerblich einführt oder wiedereinführt. Der Anspruch entfällt, soweit nach den Umständen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann, daß die Geräte zur Vornahme

der genannten Vervielfältigungen nicht im Geltungsbereich dieses Gesetzes benutzt werden. Der Anspruch kann nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden. Als Vergütung steht jedem Berechtigten ein angemessener Anteil an dem vom Hersteller aus der Veräußerung der Geräte erzielten Erlös zu; die Summe der Vergütungsansprüche aller Berechtigten einschließlich der Berechtigten nach §§ 84. 85 Abs. 3 und § 94 Abs. 4 darf fünf vom Hundert dieses Veräußerungserlöses nicht übersteigen.

아래 “이유”에도 소개되는 바와 같이 1955년 독일 연방대법원은 이른바 Grundig-Reporter 사건 판결에서 연방대법원은 당시 문학저작권법 제15조 등에 규정되어 있던, 사적인 이용을 위해 저작물을 복제할 수 있도록 한 규정이 저작물의 녹음·녹화에 대해서는 적용되지 않는다고 한 바 있다. 당시까지 신 기술에 속한 녹음기술을 휴대가 가능한 기기에 구현시킨, Grundig사가 제조하여 마이크 등으로 저작물을 녹음할 수 있고, 기존 음반 등도 자기 테이프에 녹음할 수 있도록 하는 Grundig-Reporter라는 기기가 시장에 나오게 되었다.

독일 내 음악저작자의 권리를 신탁관리하는 GEMA가 제조사를 상대로 제기한 소송에서 연방대법원은 해당 기기를 사용하여 녹음하는 행위는 사적이 용을 위한 복제의 범위를 벗어나는 것이라고 보면서, 문학저작권법 제15조를 상당히 좁게 해석했다. 다만, 이러한 기기에 의한 저작물의 녹음 가능성이 곧 기기제조자에 대한 저작권 침해(불법행위)를 구성하지는 않는다고 보았으며 (과책의 불인정), 단지 독일 민법전 제1004조에 따라 물권행사에 대한 방해책 임만을 부담한다고 보았다. 연방대법원은 기기제조자가 기기판매에 부수하여, 동 기기를 사용하는 것은 저작권을 침해할 수 있으므로 저작자(GEMA)에 허 락을 받으라고 안내하는 것만으로 방해책임을 면할 수 있다는 취지로 판결한 바 있다.

위 “사실관계”에 제시된 1964년 Personalausweis 사건 판결에서는 기기 제 조자(더 나아가 기기 판매자)의 과책성을 인정하고(적어도 Grundig-Reporter 판결이 선고된 이후), 동 기기를 직접 이용한 사람(소비자)과 함께 기기 제조 자가 방조자로서 연대책임(민법전 제830조)을 저야 할 수 있다는 점을 밝힌 바 있다.

이에 대해 입법자는 사적복제 보상금이라는 것을 통해 저작자가 사적이용에 대해 배타적 권리를 행사할 수 없도록 하는 대신, 보상청구권을 주는 방안을 마련하게 되었다. 아울러 기기의 이용자가 아닌 제조자가 저작자에게 보상금을 지급하도록 하는 체계를 만들어냈다. 이로써 이용자는 저작권 침해에 대한 우려 없이 기기를 구입하면서 간접적으로 저작권료를 지급하고, 저작물의 녹음·녹화를 위해 기기를 자유롭게 이용할 수 있고, 기기제조자는 기기의 가격에 보상금을 반영하여 이것이 최종소비자에게 전가되도록 한 것이다.

다. 이유

저작권법 제53조 제5항은 사법상 여러 법률관계에 대한 것으로, 동 규정에 대한 분석을 위해서는 다른 규정들과의 관계에 관해 볼 필요가 있다. 법 제53조 제5항 제1문은 저작자가, 저작물 유형에 따라 그것이 제3자가 사적이용을 위해 복제하기에 적합한 것으로 예상되는 경우에 보상청구권을 갖는다고 규정하고 있다. 이 청구권의 인정은 자신의 저작물, 더 나아가 그 복제물을 처분할 저작자의 권리라는 근본적인 이해에서 그 근거를 찾을 수 있다. 이에 따라 저작자는 배타적 권리를 가지며, 이를 행사하여 저작물 이용을 허락하거나 금지할 수 있다. 이러한 권리는 법 제53조 제5항에 의해 제한되는데, 동 규정에 따라 저작자는 사적이용을 위해 저작물이 복제되는 것을 용인해야 한다. 동 제한과 균형을 맞추기 위해 법 제53조 제5항 제1문에 따라 저작자에게는 보상금청구권이 주어진다. 이는 복제기기의 구매자가 사적이용을 위해 저작물을 복제하는 것이 허락되는 데 대한 대가라고 할 수 있다. 단, 이 청구권의 법적 성격은 여러 가지 측면에서 분명하지 않다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고, 여기에 내재된 문제점들은 동 규정에 대한 헌법적 평가에 있어서는 어떠한 의미를 갖지 않는다.

기기제조자가 부담하는 보상의무는 저작자의 청구권에 상응하는 것이다. 그 범위 내에서 청구인은 규범의 수범자가 되며, 문제된 규정의 당사자가 된다. 이로부터 헌법적 심사는 제한적으로 이루어진다. 청구인은 전 세계 어느 곳에서도 이러한 제도가 없다고 주장하는데, 이는 헌법에서 보장되는 보호영역에 대한 침해 여부를 판단하는 것과는 무관한 것이다. 헌법적 관점에서 문제될 수 있는 경우는 기본법상 하나의 규정이 입법자로 하여금 저작자 혹은

여타의 권리자에게 권리를 부여하는 것을 금지하는 때이다. 그러나 기본법에 이러한 규정은 존재하지 않는다.

제53조 제5항은 개별사건법률(Einzelfallgesetz)이 아니다. 동 법규정은 사적 복제에 이용되기에 적합한 기기의 생산과 관련되어 있고, 보상청구권이 결부되어 있다. 이에 따라 동 청구권의 의무자가 결정되는데, 현재 혹은 미래에 보호되는 저작물을 녹음·녹화하여 사적으로 이용되도록 하는 데 적합한 기기를 생산하는 사람들이 보상청구권에 상대방이 된다. 따라서 아무리 현재 시점에서 몇몇 기업들만이 대상이 된다고 하더라도 이것만으로 법규정이 가지는 보편성에 영향을 주는 것은 아니며, 규정에 의해 당사자가 되는 집단의 크기가, 해당 집단이 객관적으로 한정되어 있고, 같은 유형의 규정에 수범자가 되는 한, 허용되는 규정인지 여부를 결정함에 있어 어떠한 역할을 한다고 볼 수 없다.²³⁷⁾

청구인은 법 제53조 제5항이 여러 측면에서 모호하며, 특히 불확정적 법개념을 사용하고 있다고 주장한다. 아무리 입법자에게 불확정 개념을 사용하는 것이 원칙적으로 허락된다고 하더라도 법치국가적 규범명확성과 사법적 판단 가능성에 부합하도록 해야 한다. 이에 따라 법규정은 수범자로 하여금 법적 상황을 이해하고, 이에 따라 자신의 행동에 대해 결정할 수 있는 정도에 이르러야 한다. 즉, 법원이 입법자의 결정을 구체화할 수 있는 정도가 되어야 한다. 해석 필요성은 그 자체로 법치국가에서 요구되는 명확성원칙에 반하는 것이 아니며, 해석상 의문점에 대한 해소는 사법부에 맡겨져 있는 것이다. 저작권법 제53조 제5항은 전체적으로 혹은 부분적으로, 수범자에게 감당할 수 없을 정도의 불명확성을 안기지 않으며, 사법부가 더 이상 법치주의에 입각한 방법으로 법을 적용할 수 없을 정도에 이른 것도 아니다. 따라서 제53조 제5항 규정이 여러 차례 불확정 법개념을 사용했다는 점에 대해서는 이의를 제기할 수 없다.

또한 누구의 저작물이 사적이용을 위해 복제되었는지 알 수 없으므로 저작자에 대한 보상금 분배가 불가능하다는 주장 역시 이유 없는데, 법 제53조 제5조 제4문에 따라 해당 보상금은 저작권신탁관리단체로 흘러들며, 동 단체는 적정분배라는 원칙에 따라 법적 요구를 만족시킬 수 있다. 게다가 불합리한

237) 당시 개인이 녹음할 수 있도록 하는 기기를 제조할 수 있는 제조사는 독일 내에 서도 극히 일부에 불과했다고 한다.

분배는 저작자의 법률문제에 속하는 것이지, 제조자의 문제는 아니다.

한편 저작권법 제53조 제5항은 기본법 제12조에서 정한 직업의 자유를 침해하지도 않는데, 저작권법 제53조는 지금까지 연방 헌법재판소가 내린 판단에 근거하여 직업수행의 자유(기본법 제12조 제1항 제2문)에 관한 규정이라고 볼 수 없다. 해당 규정은 기기의 생산자의 활동에 관계된 것이 아니고, 이러한 활동을 규정의 대상으로 삼고 있지도 않다. 도리어 이 규정은 사법상으로 이익균형을 도모하기 위한 규범이다. 이 규정은 일반 시민이 사적으로 이용하기 위해 복제물을 만드는 데 대해 갖는 이익과 저작자의 이익 사이에서 균형이 추구된 결과이며, 이들 사이의 이익충돌은 사적복제가 가능하도록 한 기기가 존재하기 때문에 촉발되었다고 할 수 있다. 이러한 기기를 생산하는 사람은 저작물의 이용자가 본래 구입을 통해 저작자에게 보상을 지급해야 저작물의 복제본을 사용할 수 있었던 상황을 바꾸어, 개인이 해당 복제본을 스스로 제작할 수 있도록 한다. 기기생산자들은 이로써 저작자의 재산권에 대한 침해를 가능하도록 하고, 저작물을 복제할 수 있다는 점에 힘입어 경제적 이윤을 얻고 있다. 이러한 상황에서 입법자가 저작자에게 적합하다고 인정되는 보상 청구권을 실행가능한 방법으로 보장하기 위해 기기생산자를 결부시킨 것은 논리적이다. 단지 그가 사법적인 이해충돌에 관련되어 있기 때문에, 그에게 보상청구권이 부과된 것은 맞으나, 그것이 직업수행에 있어 공공의 목적에 따라 제약을 가하거나 공공이익을 실현하고자 하는 것이라고 볼 수 없다. 따라서 기본법 제12조 제1항 제2문상 기준에 의하면, 해당 규정은 문제되지 않는다.

또 문제된 규정은 기본법 제3조 제1항에 따른 비차별원칙에 대한 위반이라고도 볼 수 없다. 보상청구권의 상대방으로는 여러 가지 유형을 생각해볼 수 있는데, 여기에는 기기의 이용자, 기기의 생산자 혹은 판매자가 고려될 수 있다. 입법자는 그 중에서도 기기의 생산자를 택했다. 이러한 선택이 자의적인 것인지 문제되는데, 여태까지의 연방 헌법재판소 판례에 의하면, 이는 자의적 차별을 구성하지는 않는다. 청구인은 기기들이 저작물을 복제하는 것보다 저작권으로 보호되지 않은 것들을 복제하는 데 더욱 많이 사용된다는 점을 주장했으나, 설령 입법자가 저작권이 없는 것들이 이용된다고 가정했다고 하더라도, 보상청구권은 이와 무관하게 부과될 수 있고, 이는 자의적이라고 볼 수 없다. 보상청구권은 결국 기기들이 가지는 경쟁력을 떨어뜨릴 것이라는 주장

에 대해서도 근거가 제시되지 않았고, 법 제53조 제5항에서는 보상금의 상한이 정해져 있으므로 기기가격에 대한 영향은 미미할 것으로 보인다. 더욱이 기기 사용자에 대한 보상청구권이 인정될 경우, GEMA 등이 개인의 주거공간을 감시하도록 하는 결과를 초래할 수 있다는 점에서 기본법 제13조 제1항에 정한 주거지의 불가침성에 반하게 된다. 녹음매체의 생산자와의 관계에서 녹음기 생산자에게만 보상금 지급의무를 부과한 것 역시 자의적이라고 볼 수는 없다. 보상청구권은 실제로 저작물을 복제한 경우에 대해서만 부과되어야 한다는 것도 받아들일 수 없는데, 입법자는 실제에 있어 어떠한 기기들은 저작물의 녹음·녹화에 사용되지 않을 수 있다는 점에도 불구하고, 가능성만으로 보상금청구권이 부과되도록 결정할 수 있다.

청구인 측에서 제기한 독일 기기생산자에게만 의무가 부과된다는 주장 역시 잘못된 것인데, 외국에서 생산된 기기에 대해서도 보상금 지급의무가 있고, 이때는 수입자가 생산자를 대신하여 의무를 진다.

라. 결정의 의의 및 경과

본 결정은 저작권에 대한 직접적 침해행위를 하지 않았음에도, 저작자에 대한 보상의무를 부담하게 된 자에 대한 헌법상 보호 가능성에 대해 논한다. 기술이란 대부분 중립적인 것이지만, 그것이 실상 어떻게 이용되는지에 따라 생활관계와 재산관계에 상당한 영향을 끼친다. 아무리 기술이 단지 발현된 기기를 만든다고 하더라도 이를 이용하는 소비자/이용자를 위해 어떠한 청구권의 상대방이 되는 것이 정당화된다는 것이 동 결정의 핵심이라 여겨진다. 결론적으로 연방 헌법재판소는 사적복제 보상금의 도입으로 청구인의 직업의 자유가 침해되지 않는다고 보았고, 사법의 권리·의무체계에 부합하지 않는 측면이 있음에도 불구하고, 저작자가 향유하는 재산권의 실현에 있어 입법자가 향유하는 광범위한 재량권을 인정하는 취지로 위와 같이 결정한 바 있다.

“이유”에서 설명된 바와 같이, 사적복제 보상금은 유일하게 독일에만 도입된 제도라는 점이 주장되기도 했지만, 현재 유럽을 비롯하여 일본, 미국 등에서도 유사한 제도가 시행되고 있고, 독일은 한 걸음 더 나아가 복제매체의 제조자에 대해서도²³⁸⁾ 또 복사기(사진복사)를 설치하여 운영하는 사업자에 대해서도 적용되도록²³⁹⁾ 보상금제도의 적용영역을 확대한 바 있다.

4. Schulfunksendung(교육방송) 사건²⁴⁰⁾

가. 사실관계

헌법소원의 청구인은 작곡가, 작가, 작가의 유족 및 미술가이다. 이들은 1965년 저작권법 제47조로 인해 자신들이 향유하는 기본법 제5조 제3항의 예술의 자유 및 제14조 제1항의 재산권이 침해되었다고 주장한다.

나. 관련 규정의 내용 및 의미

[번역문]

저작권법 제47조 교육방송

(1) 학교 또는 교원의 교육 및 교원의 계속교육을 위한 시설은 교육방송의 범위 내에서 방송되는 저작물들의 개별 복제물을, 저작물을 녹음·녹화매체에 탑재하는 방법으로 제작할 수 있다. 복제본을 녹화물 혹은 녹음물로 복사하는 방법으로 작성할 수 있다. 이는 청소년 복지를 위한 교육시설에도 동일하게 적용된다.

(2) 녹화물 내지 녹음물은 오직 수업을 위해서만 사용될 수 있다. 복제본은, 저작자에 대하여 상당한 보상이 지급되지 않는 경우, 늦어도 당해 학년도 말에는 삭제되어야 한다.

[원문]

UrHG § 47 Schulfunksendungen

(1) Schulen sowie Einrichtungen der Lehrerbildung und der Lehrerfortbildung dürfen einzelne Vervielfältigungsstücke von Werken, die innerhalb einer Schulfunksendung gesendet werden, durch Übertragung der Werke auf Bild- oder Tonträger herstellen. Das gleiche gilt für Erziehungsheime der Jugendfürsorge.

238) 현행 독일 『저작권법』 제54조 제1항.

239) 현행 독일 『저작권법』 제54조의c.

240) BVerfGE 31, 270.

(2) Die Bild- oder Tonträger dürfen nur für den Unterricht verwendet werden. Sie sind spätestens am Ende des laufenden Schuljahres zu löschen, es sei denn, daß dem Urheber eine angemessene Vergütung gezahlt wird.

이 규정은 교육방송을 녹음·녹화하여 수업 중에 활용할 수 있도록 하는 것을 그 내용으로 한다. 1년(한 학년도) 이상 보존하기 위한 것이 아니라면, 보상을 지급할 의무가 없지만, 1년 내에 방송된 것, 그것도 교육방송에 국한하여 녹음·녹화가 허락된다. 이 점에서 단지 해당 방송을 제 때 보지 못한 학생들을 위해, 또는 마침 수업에 도움이 되는 교육프로그램이 방송되는 것을 알고 이를 수업에 활용하고자 녹음·녹화하는 경우 등에만 효용이 있는 규정이다.

다. 이유

동 헌법소원은 이유 없다. 이미 Schul- und Kirchengebrauch 사건 결정에서 언급된 바와 같이 저작권은 그것을 구성하는 재산권적 요소들로 인해 기본법 제14조 제1항 제1문의 재산권에 해당한다. 선형적이고 절대적인 저작권 개념이 존재하지 않기 때문에, 저작권의 내용과 제한을 형성하는 것은 곧 입법자의 과제이다(기본법 제14조 제1항 제2문). 이러한 내용형성의 구성에 해당하는 것이 곧 저작권법 제47조 규정이라고 할 수 있다. 저작권법 제15조 제1항과 제16조에 따라 저작자는 원칙적으로 자신의 저작물이 녹음·녹화물이 수록되도록 하는 데 배타적 권리를 향유하고 있다. 이는 교육방송의 녹음·녹화에 관한 제47조에 의해 제한되는데, 동 규정이 없다면, 학교나 그 밖에 규정에서 명시된 시설들이 방송을 녹음·녹화하고자 할 때, 방송되는 저작물의 저작자와 방송사에 동의를 구해야 할 것이다. 동 규정의 목적은 교사가 적합한 시기에 해당 녹음·녹화물을 수업에서 활용하도록 하기 위한 것이다. 보상의 지급은 해당 녹음·녹화물이 방송된 때로부터 1년 이상 보관되는 경우에만 이루어진다.

입법자는 저작권을 형성함에 있어 무제한적 자유를 갖지는 않으며, 헌법에서 정한 한계를 고려해야 한다. 입법자는 우선 재산권 보장의 근본적인 내용

을 지켜야 한다. 곧 저작물로부터 나오는 경제적 이익을 적합한 정도로 저작자에게 귀속되도록 하고, 다른 헌법규정들과도 합치되어야 한다.

헌법적으로 저작자의 허락 없이, 저작권법 제47조 제1항에 따라 저작물이 복제되는 것은 허락되지 말아야 한다고 할 수는 없다. 이는 수업목적으로 저작물 이용에 대해 저작권이 행사될 수 없도록 한 것이 아니라, 도리어 권리의 경계를 정한 것이다. 규정의 목적에서 보면, 이는 기술적인 규정이다. 즉, 교육방송이 올바른 견지에서 실행되고, 목적지향적이 되도록 하는 것을 가능하게 한 것이다. 방송 자체는 저작자의 동의 없이는 이루어질 수 없고, 저작자는 해당 방송이 그 방송시간을 감안하여 모든 학교의 수업에 이용될 수 없다는 점을 고려해야 한다. 저작자는 자신의 저작물이 교육방송에 이용되는 데 동의하면서 이와 같은 사실을 인지해야 하며, 그것이 녹음·녹화물에 포함될 수 있다는 점을 용인할 것이 기대된다. 교육방송을 만들기 위해서는 방송사에 의한 이용료의 지급이 전제된다. 또 1개 학년도 이상 해당 녹음·녹화물을 보존하는 경우에는 보상금의 지급이 이루어진다. 이로써 저작자에게 재산권적 권한이 보장되어야 한다는 헌법의 요청은 충분히 고려되었다. 기본법에서 정한 기본권 보장에 의해서는 입법자가 여러 차례 보상을 하도록 정해야 한다는 의무가 도출되지 않는다. 따라서 법 제47조에서 정한 모든 경우에 대해 보상청구권이 주어져야 한다는 청구인들의 주장은 이유 없다.

청구인들이 주장하는 해당 규정으로 인한 공용수용은 인정되지 않으며(해당 규정은 법시행 이전의 교육방송과 이것의 녹음·녹화물에 적용되지 않음), 해당 규정은 남용의 여지가 있다는 것은 규정의 해석의 문제이며, 일단 법원에서 해석을 통해 다루어져야 할 사항이다.

라. 결정의 의의 및 경과

헌법소원의 대상이 된 규정은 실제로 활용되는 예가 매우 드물 것으로 보이고, 저작자는 이미 방송을 허락하면서 보상을 받을 수 있음은 물론, 교육방송에 자신의 저작물이 포함될 것을 안다면, 제47조에 의한 녹음·녹화물의 이용에 대해서도 인지할 수 있었을 것으로 여겨진다. 동 규정이 합헌이라고 결정된 것은, 교육방송의 녹음·녹화가 가지는 공익적 성격이 크다기보다 이로 인해 침해되는 저작권이 매우 경미하고, 저작자는 이러한 가능성을 예측하고

대응할 수 있기 때문이라고 보았기 때문으로 보인다. 다만, 재판소는 저작권에 의해 창작활동에 따른 경제적 과실이 저작자에게 주어져야 한다는 태도를 유지하면서도, 같은 날 선고된 Schul- und Kirchengebrauch 사건 결정에서 ‘원칙적으로’라고 한 것과 달리, ‘적정하게’ 귀속되어야 한다고 실시하고 있다. 이는 간접적으로나마 유연한 접근의 가능성을 시사한 것으로도 여겨질 수 있다.

현재 교육방송을 표방하는 독일 내의 방송프로그램이 거의 없다는 측면에서 이 규정은 거의 사문화되었다고 평가해도 무방할 것이다.

5. Schallplatten(음반) 사건²⁴¹⁾

가. 사실관계

1965년 저작권법이 시행되기 이전 실연자는 문학저작권법 제2조 제2항에 따라 간주적 개작자로서의 저작권(fiktives Bearbeiter-Urheberrecht)을 향유하는 것으로 되어 있었다. 이는 곧 저작물에 대한 실연을 저작물에 대한 개작(2차적저작물 작성)에 해당하는 것으로 간주하는 것인데, 이러한 효과는 보호기간에 있어서도 마찬가지였다. 이에 따라 실연자는 저작자와 마찬가지로 사망시점을 기준으로 하여 50년간의 보호를 향유했다. 1965년 신저작권법이 제정되면서 이러한 실연자의 저작자로서의 지위는 저작인접권을 통해 대체되었는데, 실연의 직접적 전달, 예를 들어 스크린과 스피커에 의한 전달, 생방송 또는 생실연의 녹음·녹화에 대해서는 실연자가 배타적 권리를 갖도록 하면서도 녹음·녹화물을 이용해 방송하거나 이를 가지고 공연하는 것에 대해서는 배타적 권리가 아니라, 보상청구권만이 인정되었다. 또 실연의 보호기간은 해당 실연의 녹음·녹화물이 발행된 때로부터 50년, 녹음·녹화물이 25년간 발행되지 않은 경우, 25년간만 보호를 향유하는 것으로 변경되었다. 구법에서 신법으로 변경되는 과정에 대해 규율하기 위해 저작권법 제135조가 도입되었다.

나. 관련 규정의 내용 및 의미

241) BVerfGE 31, 275.

[번역문]

문학저작권법 제2조

...(중략)...

(2) 어문저작물 혹은 음악저작물이 사람의 실연을 통해, 청취용 기계연주에 부합하는 연주장치에 탑재되는 경우, 이러한 방법으로 제작된 장치는 저작물의 개작과 동일한 것이다. ...(중략)...

저작권법 제135조 저작인접권의 권리자

본법의 발효 시에 종전의 규정에 의하여 사진의 저작자 혹은 청취를 위한 기계적 재생장치에 저작물을 탑재한 것에 관하여 저작자로 간주된 자는 본법이 해당자에게 부여하는 저작인접권의 권리자로 한다.

[원문]

LUG § 2

...(중략)...

(2) Wird ein Werk der Literatur oder der Tonkunst durch einen persönlichen Vortrag auf Vorrichtungen für Instrumente übertragen, die der mechanischen Wiedergabe für das Gehör dienen, so steht die auf diese Weise hergestellte Vorrichtung einer Bearbeitung des Werkes gleich. ...(중략)...

UrhG § 135 Inhaber verwandter Schutzrechte

Wer zur Zeit des Inkrafttretens dieses Gesetzes nach den bisherigen Vorschriften als Urheber eines Lichtbildes oder der Übertragung eines Werkes auf Vorrichtungen zur mechanischen Wiedergabe für das Gehör anzusehen ist, ist Inhaber der entsprechenden verwandten Schutzrechte, die dieses Gesetz ihm gewährt.

저작인접권(related rights; neighboring rights)이라는 개념이 전 세계적으로 명확하게 자리매김하기 전, 독일에서는 1965년 저작권법이 시행되기 이전까지 실연자를 저작물을 개작한 자, 즉 2차적저작물 작성자로 간주하여 보호

해준 바 있다(이른바 *fiktives Bearbeiter-Urheber*). “사실관계”에서 보는 바와 같이 이들에게는 저작자와 마찬가지로 권리가 저작자와 동일한 보호기간 동안 주어졌는데, 1965년 저작권법은 기존 권리를 축소하는 내용과 함께 보호기간을 권리자 사후 50년)에서 위에서 제시된 수준으로 대폭 줄이는 조치를 취한 바 있다.

다. 이유

청구인 중 집중관리단체는 적격성을 결여하고 있다. 청구인은 계약에 의해 실연자의 권리를 수탁 받아 이를 관리하고 있으며, 필수적인 행정비용을 제외하고 모든 수익을 위탁자에게 분배하고 있다. 실연자와 음반제작자의 동의가 없다면, 수익을 문화적 또는 사회적 목적으로 사용할 수 없다. 법적 측면에서 이들은 - 그 형태와 무관하게- 사법상 법인이며, 그들의 구성원이 행사할 수 있는 청구권을 공동으로 행사한다. 동 단체는 마치 추심업자와 같이 거두어들인 수익을 권리자들에게 전달한다. 권리자와 단체 사이의 신탁계약에 의해 단체는 형식상 권리자가 되지만, 경제적 의미에서 권리는 여전히 위탁자에 속한다. 따라서 이러한 단체는 자신이 가진 기본법 제14조의 재산권이 침해되었음을 주장할 수 없다. 헌법재판소에서의 헌법재판에서 소송대리는 허락되지 않는다.²⁴²⁾

1965년 저작권법상 실연자에 관한 규정은 법 제143조 제2항에 따라 법시행 이후에 행하여진 실연에 관해서만 적용되는 것이다. 그 이전에 녹음·녹화물에 수록된 실연에 대해서는 법 제135조가 적용되는데, 동 규정은 이전 실연들에 대해서도 현행법상 실연자 권리에 대한 규정이 적용되고, 더욱이 실연의 보호기간은 녹음·녹화물이 발행된 후 25년간 존속하거나, 발행이 없는 경우에 실연이 행하여진 때로부터 25년간 보호된다고 규정하고 있다. 특히 이러한 변경으로 기존 50년간의 보호, 더욱이 권리자 사망시점으로부터 기산되는 보호기간이 발행 후 25년으로 현격하게 줄어들었다. 이는 물론 법시행 이전에 행하여진 실연에 대해 공통적으로 적용되는 것이기는 하지만, 법시행 이전에 발행과 새 보호기간을 소급적으로 결부시킨 것은, 예를 들어 법시행 시에 발행 후

242) BVerfGE 25, 256, 263 참조.

25년이 경과한 실연은 법시행으로 인해 더 이상 보호를 받지 못하는 결과를 초래한다. 또 행하여진지 25년이 경과하지 않은 시점에서 법시행이 된 실연에 대해서도 신법은 더 짧은 보호기간만을 부여하게 된다.²⁴³⁾

저작권법 제135조가 헌법합치적인 것인지 평가하기 위해서는 구법에 따른 실연자의 지위가 기본법 제14조에 의해 보호되는 재산권이라는 점이 전제되어야 한다. 제국법원에 의해 인정된 바에 의하면, 실연자에게도 저작자의 저작권과 마찬가지로 권리가 귀속되는데, 구체적으로 실연자에게 복제권, 상업목적의 배포권 및 공연권이 배타적 권리로서 인정된 바 있다. 과거 연방 헌법재판소가 저작권을 기본법상 재산권으로 본 것은 실연자의 저작권에 대해서도 마찬가지로 적용된다. 실연자에게 과연 저작자와 동일한 권리를 부여해야 하는지에 대한 고려와 그 결과로 나온 현행법상 차별적 취급은 법개정 시점을 기준으로 하는 여기서의 판단에 영향을 미치지 않는다.

법 제135조는 시간적으로 맞닿아 있는 두 법체계 사이에서의 법률관계를 규정하는 경과규정인데, 입법자는 이러한 상황에서 경과적 조치로서 구법상 권리와 법적 지위를 유지시킬 것인지, 또 향후에는 새로운 규정만이 적용되도록 할 것인지 결정해야 한다. 입법자는 후자의 방법을 택했고, 이로써 입법자는 청구인이 가지는 기본법 제14조의 재산권을 침해했다. 이렇게 입법자가 신법을 통해 구법을 완전히 대체해버린 경우에 어떠한 헌법적 평가를 해야 할 것인지가 문제된다.

다만, 제14조 제1항 제1문 규정에 따라 보장되는 것은 어떠한 변화가 있어도 언제나 법적 지위를 침해할 수 없다거나 보호되는 법적 지위가 변경될 수 없다는 것이 아니다. 입법자는 귀속관계를 유지하면서 새로운 권리와 의무를 정할 수 있다. 입법자에게 기존 법적 지위의 유지나 공용수용이나 선택지만이 주어져 있는 것은 아니다.

경과규정의 합헌성을 판단하기 위해서는 새롭게 도입된 규정이 헌법에 합치되는지에 대해 먼저 검토해야 한다. 실연자 보호에 관하여 새로운 규정을 만들면서 기존과 다른 형식과 체계에 의할 수 있으며, 실연자에게 반드시 배타적 권리라는 형식의 권한이 부여되어야 하는 것 역시 아니다. 저작권에 대

243) 신법에 의하면, 25년 내에 해당 실연의 녹음·녹화물이 발행되는 경우에 해당 발행시점을 기준으로 하여 50년의 보호기간이 추가로 기산된다. 경과규정은 이보다 더 짧은 보호기간을 규정한 것이다.

해서 연방 헌법재판소가 이미 확인한 바와 같이, 모든 유형의 저작물 이용에 대해 저작자에게 권리가 귀속되어야 하는 것은 아니다. 보호기간의 제약 역시 합헌적으로 이루어질 수 있고, 물건에 대한 소유권과의 실질상 차이로 인해 물건에 대한 소유권이 기한제한이 없다는 점을 저작권에 보호기간이 정해져 있는 것에 대한 문제제기를 위해 원용할 수 없다. 입법자는 다만 보호기간을 지나치게 줄여서는 안 되고, 상이한 당사자의 이익을 고려함에 있어 일방을 지나치게 우대하거나 불리하게 취급해서는 안 된다. 시대가 변화함에 따라 합리적 보호기간 역시 달라질 수 있으며, 역시 보호의 방법도 달라질 수 있다. 지금까지 저작자와 실연자를 동일하게 취급하는 것에 대해 의문을 제기하는 견해가 다수였다.

이제 법 제135조의 합헌성 문제에 대해서 보면, 입법자의 형성재량에도 불구하고, 동 재량은 무제한적으로 인정되는 것은 아니다. 기존의 권리를 변경하는 것은 구체적인 법적 지위를 침해한 것이고, 이러한 침해는 공공의 이익이라는 근거와 비례성 원칙의 고려에 의해 정당화되어야 한다. 특별한, 기존 법적 지위를 침해를 정당화할 수 있는 근거가 제시되어야 한다. 앞서 제시한 바와 같이 저작자의 창작행위와 실연자의 해석·전달행위가 가지는 중요성과 의미는 다르며, 이것을 구별하여 일원화된 법체계를 만드는 것은 중요한 일이 될 수 있다. 또 저작권을 저작인접권으로 전환한 것은 현존의 법적 지위에 대한 유의미한 침해라고 볼 수 없다. 헌법은 경제적 과실에 대한 재산상 귀속에 관하여 보장할 뿐, 특정 형태의 권리를 보장하는 것이 아니다. 비록 실연자의 배타적 권리가 보상청구권으로 변경되기는 했지만, 실연자는 여전히 복제에 관한 배타적 권리를 가지고 있으므로 해당 변경은 덜 중요한 의미를 지닐 뿐이다.

한편 보호기간을 줄인 것과 관련해서도 원칙적으로 보호기간의 축소 자체가 위헌적인 것은 아니며, 도리어 과거 잘못된 보호기간의 설정을 재산권의 핵심적 내용으로 원복시키는 것은 허락되고, 이는 법시행 이전의 실연에 대해서도 적용할 수 있다. 다만, 경과규정으로 인해 보호기간의 기산점이 달라지고, 그것이 법시행 이전의 상황과 결부되는 것은 위헌적이다. 무엇보다 실연 후 25년이 경과한 경우, 동 경과규정에 따라 기존에 보호되던 실연이 법시행과 동시에 권리를 완전히 잃는 결과가 초래되는데, 이는 정당화될 수 없다. 물론 법시행 이전 25년 사이에 행하여진 실연이라고 하더라도, 그래서 권리가

완전히 박탈된 것이 아니라고 하더라도 해당 규정은 위헌적인 것이다. 법률안들과 관련 논의들을 통해 아무리 실연자 권리가 축소될 것이 이미 예견되었다고 하더라도 이것이 과거의 법적 지위에 대한 변경까지를 초래할 것이라 예측할 수 있도록 했다고 말할 수는 없다. 신법에 의한 권리에 비해 구법상 권리가 지나치게 광범위하다는 반론 역시 과거 실연자는 자신의 실연을 이용하는 데 있어 시간적 여유가 있을 것으로 여길 것이므로 더욱 유리한 지위에 있었던 것은 아니다. 법적 안정성 역시 보호기간의 기산점이 달라졌다는 이유만으로 침해되었다고 할 수 없다. 이러한 보호기간의 축소는 또 음반제작자와 방송사업자에 대해 정당화될 수 없는 우대를 초래하게 된다.

라. 결정의 의의 및 경과

동 결정의 의의는 헌법소원의 적격성과 헌법실체적 평가라는 두 가지 측면에서 평가해볼 수 있다. 우선 적격성 평가와 관련하여 연방 헌법재판소는 기본권의 주체이자 공권력에 의한 기본권 침해의 당사자만이 헌법소원을 제기할 수 있다고 보았다. 명목에 있어서는 저작권신탁관리단체가 저작권을 수탁받아 관리하지만, 실질에 있어 저작자가 로열티를 수령하고, 단체는 단지 행정비용을 제하고 나머지를 저작자에게 전부 분배하는 기능만을 수행한다는 측면에서 저작자가 청구인이 되어야 한다고 보았다. 다만, 아래 *Zeitschriftenauslage* 사건 결정에서는 이와 다소 상반된 결론에 이르고 있는데, 여기에는 나름의 이유가 제시되고 있다.

실체적 합헌성 심사에 있어 연방 헌법재판소는 저작인접권 역시 헌법상 재산권에 해당하는 것은 맞지만, 저작권과의 차별적 취급에 대한 문제에 대한 대답은 회피하였다. 대신 저작권법 제135조에 있는 경과규정의 합헌성 문제에 집중했는데, 행간에서 저작권과 저작인접권 사이의 차별을 확인할 수 있다. 특히 재판소는 과거의 잘못된 부분을 수정한 것이라고 표현함으로써 저작인접권에 대해 저작권에 대한 태도와 확연히 다른 태도를 드러내기도 했다.

무엇보다 기존 보호기간에 비해 현격하게 줄어든 보호기간이 문제되는데, 재판소는 이것이 기존 실연에 대해서도 적용된다는 점만이 주로 문제된다고 보았다. 즉, 저작인접권이라는 새로운 권리유형이 도입됨에 따라 기존 체계를 가급적 빨리 종결시키는 것은 일원적인 법적 규율이라는 측면에서 정당화되

고, 여기에는 보호기간을 줄이고, 기존 배타적 권리를 보상청구권으로 축소하는 것까지를 포괄할 수 있다고 한다.

다만, 보호기간이 줄어든 결과 더 이상 보호를 받지 못하게 되거나 보호기간이 지나치게 짧아진 ‘기존’ 실연들에 대해서까지 새로운 보호기간이 그대로 적용되도록 한 것은 문제라고 지적되었는데, 이는 기존 재산권 질서에 대한 신뢰보호와 법치국가원리에 따른 소급입법의 금지에 대한 고려에 따른 것으로 보인다.²⁴⁴⁾

위 위헌결정의 결과로 법 제135조의a가 새로 도입되었다.

저작권법 제135조의a 보호기간의 계산

동법을 그 발효 이전에 발생한 권리에 적용함을 통해 보호기간이 단축되며, 동법에 의한 보호기간의 기산 기준이 되는 사실이 본법의 발효 이전에 발생한 경우에, 보호기간은 동법의 발효와 더불어 비로소 기산한다. 그러나 위 보호는 늦어도 종전 규정에 의한 보호기간이 경과됨으로써 소멸된다.

UrhG § 135a Berechnung der Schutzfrist

Wird durch die Anwendung dieses Gesetzes auf ein vor seinem Inkrafttreten entstandenes Recht die Dauer des Schutzes verkürzt und liegt das für den Beginn der Schutzfrist nach diesem Gesetz maßgebende Ereignis vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes, so wird die Frist erst vom Inkrafttreten dieses Gesetzes an berechnet. Der Schutz erlischt jedoch spätestens mit Ablauf der Schutzdauer nach den bisherigen Vorschriften.

위 새로운 경과규정을 보면 알 수 있듯이 실연자는 기존 문학저작권법상 보호기간이 적용되는 것이 아니라, 법시행을 기산점으로 하는 실연에 대한 보호기간과 기존 보호기간 중 더 짧은 보호기간을 적용 받는다.

244) 위 결정은 재산권에 대해 적용되던 고유한 신뢰보호원칙을 적용하던 태도에서 기본법 제20조 제3항과 관련하여 발전되어 온 비례성원칙에 근간을 둔 신뢰보호 원칙이 재산권 영역에도 적용될 수 있음을 확인한 것이라고 평가되고 있다. 다만, 이 둘을 구별할 명확한 기준은 제시되지 않은 것으로 보인다. N. Orly Leventer, *Google Book Search und vergleichendes Urheberrecht: Unter Heranziehung des deutschen und des US-amerikanischen Rechts*, Nomos, 2012, pp. 325-326.

6. Kirchenmusik(교회음악) 사건²⁴⁵⁾

가. 사실관계

헌법소원의 대상이 된 것은 저작권법 제52조 제1항으로, 해당 규정의 기본 법상 재산권 보호에 관한 제14조 및 비차별원칙에 관한 제3조 제1항에 합치되는지가 문제되었다. 저작권법 제15조 제2항에 따라 저작자는 자신의 저작물을 무형적으로 이용할 배타적 권리, 즉 공연권을 향유한다. 이 권리에는 낭송권, 상연권, 상영권, 방송권, 방송재현권(법 제19조에서 제22조) 및 스크린과 스피커에 의한 공연권 등이 포함된다. 이에 대해 저작권법 제52조 특정한 요건이 충족되는 경우에 공연을 하는 것이 허락된다고 정한다.

동 규정은 1965년 저작권법에 의해 폐지된 문학저작권법 제27조의 연장선상에 있는 것이다. 과거의 태도를 큰 틀에서 유지하면서도,²⁴⁶⁾ 입법자는 구법 제27조에 의해 허락되는 이용행위를 상당히 제약하는 한편, 공중의 이익을 고려하여 구법에 비해 일부 제한규정을 확장하기도 했다. 특히 저작권법 제52조 제1항 제2호는 종교적 행사를 공연권에 대한 예외로 인정하는 취지로 새롭게 도입된 규정이다.

정부안에서 제시되어 있는 입법취지에 의하면, 이렇듯 예외규정을 둔 이유는 저작권이 사회기속적인 권리로서 공중의 이익을 위해 특정한 경우들에 있어 배타적 권리의 행사 가능성이 제한될 수 있다는 것이다. 많은 경우들에 있어 저작자의 금지권은 제한되더라도 보상청구권은 주어지도록 하여, 저작물의 이용으로부터 나오는 경제적 이익을 얻을 수 있도록 하고 있다. 마찬가지로 교회행사를 포함한 종교적 행사에서 저작물을 이용할 때 저작자의 동의를 받지 않아도 되도록 한 것은 정당화될 수 있으며, 저작자에게 여전히 보상청구권이 남아 있고, 심지어 법 제52조 제1항 제1호에 해당하는 경우에도 보상청구권이 행사될 수 있도록 했다는 점에서 정당화될 수 있다고 설명되어 있다(아래 “관련 규정의 내용 및 의미” 참조). 이렇듯 보상청구권을 규정하게 된 이유는 다름 아닌 교회에 의한 제안이었으며, 동 제안에 따라 종교음악은 교

245) BVerfGE 49, 382.

246) 문학저작권법 제27조는 상업적 목적 없이 청중에게 반대급부를 받지 않는 경우에 음악저작물의 공연이 저작자의 허락 없이 가능하다고 정한 바 있다.

회 이외의 공간에서는 거의 공연되지 않는다는 점과 그 때문에 교회음악의 저작자들은 이곳들에서의 공연에 대한 수익을 제외하면 적절한 보상을 받기 어렵다는 점이 그 논거로 제시된 바 있다. 이를 고려해서인지 당시 독일에서 가장 큰 두 교회는 문학저작권법의 저작권 제한 규정에도 불구하고, GEMA와의 이용계약을 통해 교회에서의 모든 공연에 대한 저작권료를 지불한 바 있다고 한다.

그러나 연방의회회의의 법제위원회는 이러한 보편적 보상의무에 대해 반대했는데, 다른 공연이 같은 조건에서 무료로, 즉 저작자에 대한 보상 없이 행해질 수 있는 데 반하여, 종교적 행사에서의 공연에 대해서만 보상이 주어져야 한다면, 이는 비차별원칙을 침해한 것이라는 논거였다. 교회들도 그 사이에 입장을 바꾸어 제52조 제1항 제1호에 따른 요건을 충족하지 못하는 경우에만, 저작자에게 보상청구권이 주어져야 한다는 입장으로 바뀐 것으로 보인다.

최종적으로 아무도 경제적 이익을 얻지 않는 상황에서는 저작자 역시 무상으로 저작물을 이용할 수 있도록 해야 한다는 원칙 아래, 행사개최자가 영리 목적을 가지지 않고, 입장료를 받지 않으며, 공연실연자에게 어떠한 반대급부도 주어지지 않는 경우에는 저작물을 무료로 이용할 수 있다는 규정이 마련되었다. 한편 공연이 제3자의 영리목적에 위한 것이라면, 제3자가 보상금을 내야 한다는 규정도 마련되었다.

청구인들은 교회음악 분야의 작곡가들로서 위 규정이 위헌임을 주장하고 있다.

나. 관련 규정의 내용 및 의미

[번역문]

저작권법 제52조 공연

(1) 발행된 저작물의 공연은 다음의 경우에 허락된다.

1. 그 재현이 개최자의 영리목적에 기여하지 않고, 참가자는 대가 없이 입장이 허용되며, 저작물의 낭송 혹은 상연에 있어서 실연자(제73조) 중 누구에게도 특별히 보수가 지급되지 않는 경우. 이 재현에 대하여는 상당한 보상이 지급되어야 한다. 그러나 행사가 제3자의 영리목적에 기여하는 때는 제3자가 저작자에게 재현에 대한 적절한 보상금을 지급해야 한다.

2. 재현이 공법상 교회 혹은 종교단체에서의 예배, 종교적 축제 또는 여타의 행사에서 있는 경우. 그러나 제1호에서 서술한 요건이 주어지지 않는 때는 개최자가 저작자에게 재현에 대한 적절한 보상금을 지급해야 한다.

(2) 저작물의 무대에서의 공개적 상연, 저작물의 방송 및 영상저작물의 공개상영은 늘 권리자의 동의에 의해서만 허락된다.

[원문]

UrhG § 52 Öffentliche Wiedergabe

(1) Zulässig ist die öffentliche Wiedergabe eines erschienenen Werkes,

1. wenn die Wiedergabe keinem Erwerbszweck des Veranstalters dient, die Teilnehmer ohne Entgelt zugelassen werden und im Falle des Vortrages oder der Aufführung des Werkes den ausübenden Künstlern (§ 73) keine besondere Vergütung gezahlt wird; jedoch hat, wenn die Veranstaltung dem Erwerbszweck eines Dritten dient, dieser dem Urheber für die Wiedergabe eine angemessene Vergütung zu zahlen;

2. wenn die Wiedergabe bei einem Gottesdienst, einer kirchlichen Feier oder einer anderen Veranstaltung der Kirchen oder Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts stattfindet; jedoch hat der Veranstalter dem Urheber für die Wiedergabe eine angemessene Vergütung zu zahlen, es sei denn, daß die in Nummer 1 aufgeführten Voraussetzungen vorliegen.

(2) Öffentliche bühnenmäßige Aufführungen und Funksendungen eines Werkes sowie öffentliche Vorführungen eines Filmwerkes sind stets nur mit Einwilligung des Berechtigten zulässig.

위 규정은 몇몇의 특수한 공연에 대해 저작자의 허락이나 보상을 면제해주는 내용을 담고 있던 것이다. 해당 공연이 개최자의 영리목적에 기여하는 것이 아니고, 청중·관객으로부터 입장료 등 반대급부를 받지 않으며, 공연이 실연자를 통해 이루어지는 경우에 실연자에게 경비 외에 보수를 지급하지 않는 경우에 공연은 저작자의 허락이나 보상 없이 이루어질 수 있었다. 세 조건은 누적적으로 충족되어야 하는 것이며, 성격상 주로 1회적이고 일시적인 공연에 한정하여 적용되었다.

저작권법 제52조 제1항 제2호는 교회 등 종교단체에서의 공연에 대해 저작자의 허락을 받을 필요가 없도록 하면서도 보상금은 지급하도록 한 바 있다. 그러나 앞서 제시된 세 가지 요건을 충족하는 경우에는 보상의무 역시 면제되었다. 다시 말해 무료공연에 대한 예외규정은 널리 인정되는데, 교회 등 종교단체에서의 정기적이고 반복적인 저작물 이용에 대해서는 저작자의 허락을 배제하고, 보상의무만을 두어 이들을 배려한 것이다.

이는 앞서 본 바와 같이 정부안과는 다른 태도로, 애초에 교회들의 제안에 따라 종교행사에서의 공연에 대해서는 그 성격을 묻지 않고, 저작자에게 보상을 지급하도록 하는 규정이 추진된 바 있었다. 하지만 법안심의 과정에서 다른 요소들이 모두 무상으로 이루어진다면, 저작자 역시 저작물을 무상으로 이용할 수 있도록 해야 한다는 주장이 받아들여졌다.

다. 이유

저작권법 제15조 제2항에 따라 저작자는 자신의 저작물을 무형적으로 이용할 배타적 권리를 가진다. 법 제52조 제1항은 여기에 대한 예외에 해당하는데, 동 규정은 두 가지 방향에서 저작자의 배타적 권리를 제한한다. 우선 제52조 제1항은 저작자가 본래 행사할 수 있는 금지권을 제한하며, 이에 더해 다시 예외적인 경우에는 보상청구권을 행사할 수 없도록 한다. 즉, 보상청구권까지 주어지지 않는 경우도 있다. 이에 따라 만약 어떠한 공연이 개최자의 비영리목적에 포함하여 모든 측면에서 무상으로 이루어지지 않으면, 해당 공연은 더 이상 법 제52조 제1항의 범위에 들지 않는다. 다만, 공연이 제3자의 영리목적에 위한 것이거나(법 제52조 제1항 제1호 하반절), 종교적 공연을 위한 것인 때(법 제52조 제1항 제2호)는 보상청구권이 주어진다. 다만, 종교적 행사라고 하더라도 법 제52조 제1항 제1호의 요건, 즉 모든 측면에서 무상의 공연으로 볼 수 있는 경우에는 보상청구권이 다시 면제된다.

동 헌법소원에서의 판단기준은 기본법 제14조 제1항 제1문이다. 연방 헌법 재판소는 앞서 저작권과 그 안에 내재된 정신적 활동의 결과는 재산적 측면에서 기본법상 재산권에 해당한다고 본 바 있다. 이에 따라 저작자는 자신의 “지적 소유권(geistiges Eigentum)”을 경제적 측면에서 이용할 권한이 있는데, 헌법에 의해 보호되는 것은 단지 법에서 규정되어 있는 재산적 권리뿐 아니

라 잠재적 이용권과 처분권까지를 포괄한다. 기본법 제14조 제1항 제2문에 따라 입법자는 그의 창작으로부터 나오는 재산가치 있는 요소들이 저작자에게 귀속되도록 해야 하고, 자기책임하에서 동 권리를 처분할 수 있는 자유를 향유해야 한다. 그럼에도 불구하고, 입법자의 과제는 권리의 성격 및 사회적 성격에 부합하는 이익과 적정한 이용이 보장되도록 하는, 저작권을 내용적으로 구성하는 정당한 기준을 정립하는 것이다. 이전 헌법재판소 결정에서는 이미 예술의 자유는 이러한 측면에서 저작권법상 저작자의 재산적 권리에 대한 심사기준으로 적합하지 않다고 판단한 바 있다.

청구인들이 주장한, 법 제52조 제1항 제1호에서 규정된 행사에서의 공연이 전반적으로 저작자의 금지권의 대상이 되지 않도록 한 것이 위헌이라는 것은 받아들일 수 없다. 금지권의 배제 자체가 기본법 제14조 제3항에서 말하는 공용수용이라고 볼 수 없다. 공용수용은 개념적으로 기본법 제14조 제1항 제1문에서 보장되는 구체적인 권리에 대한 침해로 전제로 한다. 이러한 내용은 저작권법 제52조 제1항에 담겨 있지 않는데, 이는 주관적 권리가 아닌, 객관적 법에 관한 내용으로, 권리나 권한을 금지하는 것이 아니다. 이는 미래에 대한 법적 효과를 규정한 것으로, 법에서 정한 요건이 충족되는 경우에 저작물의 공연이 저작자의 허락 없이 이루어질 수 있다는 점을 정한 것이다. 동 규정은 저작자의 공연권에 대해 규정한 것일 뿐이다. 또 해당 규정이 저작권법 제15조 제2항에서 정한 권리를 박탈한 것이라고도 볼 수 없다. 애초에 저작자의 권리는 제52조 제1항에서 설정한 한계 내에서 정해진 것이다. 이는 법기술의 문제로, 현행 저작권법은 우선 저작자의 재산적 권리를 광범위한 것으로 정하고, 이 권리들에 대한 제한을 규정하는 방식을 택했다.

청구인들이 제시한 전문가 의견서는 법제정 이전에 이미 관습법에 기반한 광범위한 저작권이 존재하고 있었고, 이들 중 일부를 빼내는 일은 곧 공용수용에 해당한다고 주장한다. 하지만 이러한 관습법이 없었을 뿐 아니라, 설령 관습법이 있었더라도 입법자의 새로운 형성작용을 통해 권리관계를 새롭게 정립하는 것은 합헌적이다.²⁴⁷⁾

자신의 창작물로부터 나오는 경제적 이익이 저작자에게 귀속되어야 한다는 것은 입법자가 저작권법 제15조 제2항을 통해 저작재산권을 광범위한 권리로

247) BVerfGE 31, 275 참조.

함으로써 실현되었다. 하지만 모든 저작권 제한과 특정된 구성요건을 정해 저작권을 행사할 수 없도록 한 것이 곧 재산권의 침해가 되지는 않는다. 입법자는 저작자의 개인적 이익과 일반공중의 이익 사이에 합리적인 균형이 유지되도록 해야 하며, 이들이 적절한 관계를 유지하도록 해야 한다.

저작물을 창작하여 발표하는 순간, 해당 저작물은 더 이상 저작자에게만 존재하는 것이 아니라, 저작권법에서 정한 바에 따라 공공의 영역에 편입되며, 독립적으로, 시대의 문화적 정신적 모습을 함께 결정하는 요소가 된다. 이러한 재산권의 사회기속성은 입법자에 의해 저작권 제한 규정이라는 수단을 통해 실현된다. 이는 교회음악의 공연에 있어서도 마찬가지인데, 일반공중이 가지는 동 시대의 음악적 창작물에 대해 참여할 정당한 이익은, 저작자가 자의대로 이를 금지할 수 있게 된 경우에 문제될 수 있다.

비차별원칙과 관련하여, 연방 헌법재판소는 기본법 제14조 제1항 제1문의 의미에서 모든 규정은 기본법 제3조 제1항에서 정한 비차별원칙을 준수해야 한다고 전제한 바 있다. 종교음악은 종교의식, 종교단체에서의 행사 등에서 이용될 것이 목적인데, 이러한 곳에서의 애용이 저작자의 허락 없이 이루어질 수 있다면, 이는 동 유형의 음악저작물에 대해서는 거의 금지권을 행사할 일이 없다는 것을 의미한다. 이에 반해 여타의 음악저작물에 대해서는 단지 예외적인 경우에 금지권이 배제될 뿐이다. 물론 원칙은 같은 사안에 같은 법적 귀결이 보장되도록 하는 것이지만, 어떠한 구별이 합리적 기준에 의해서도 무지 정당화되지 않을 때, 즉 자의적인 경우에만 문제된다고 해야 할 것이다.

해당 헌법소원은 정부안에 대한 연방의회의 심의과정에서 취했던 태도의 변경에서 비롯된 것이다. 즉, 종교음악가들에게 금지권이 행사될 기회가 박탈 되었으므로, 또 그들에게 종교음악에 대한 공연료는 경제적으로 중요한 의미를 가지므로 금지권 대신 광범위한 보상청구권이 주어지도록 한 것이 유지되지 않은 것인데, 이는 종교음악의 저작자를 우대하기 위한 것으로서 어떠한 헌법적 근거에 의한 것이라 볼 수 없다.

그럼에도 불구하고, 저작권법 제52조 제1항 제2호의 보상청구권이 같은 항 제1호의 요건이 충족되는 경우에 배제될 수 있다고 한 것은 위헌적인 것이다. 문제는 법적 개념이 상이하게 해석될 수 있고 적용될 수 있기 때문에 발생한다. 동일한 사안이 상이한 법개념에 의해 포섭될 수 있다. 결과적으로 다음과 같은 상황도 벌어질 수 있는데, 즉 모든 종교행사에서의 음악공연이 제52조

제1항 제1호에서 의미하는 무상의 공연이라고 볼 수 있고, 단지 종교단체에서 하는 콘서트 정도만 제2호에 따른 공연이라고 볼 수도 있다. 이러한 이해는 법률안과 그 심의과정에서 주장된 의견들을 통해서도 알 수 있다. 하지만 기본적으로 원칙에 해당한다고 되어 있는 보상청구권이 제52조 제1항 제1호를 적용함으로써 예외로 바뀌고 말았다. 이로써 정부안이 방지하고자 했던 상황이 발생한 것인데, 곧 종교음악의 저작자가 그의 저작물로부터 충분한 보상을 받을 수 없게 되는 것이다. 이는 권리가 의무로 전도된 것으로도 볼 수 있는데, 저작자는 공연권을 행사할 수 없고, 제3자의 음악공연을 묵인할 의무만을 부담하게 되었으며, 이는 헌법의 재산권을 무가치하게 만드는 것이다. 입법자의 형성재량은 무제한적인 것이 아니며, 공중의 이익을 위한 저작권의 제한이라고 하더라도 정당화될 수 있어야 한다. 기본법 제14조 제2항에서 정한 사회기속성의 한계를 넘어서는 제한은 정당화될 수 없다. 저작자의 권리는 그의 노력에 의해 나온 것이지만, 단지 재산의 증식을 통해 발생한 것이라고 볼 수 없다. 저작자 재산권(배타적 권리)의 제한을 위해서는 한 층 높은 공공이익적 근거가 제시되어야 한다. 법률규정이 기본권으로 보호되는 영역을 심각하게 제약할수록, 더욱 무거운 공공이익적 근거가 제시되어야 한다. 이러한 공공적 근거제시가 있을 때만 이용권(보상청구권)의 배제가 허락되는데, 이때는 저작자의 권리에 우선하는 근거제시가, 비례성원칙의 견지에서 제시될 수 있어야 한다. 이러한 근거제시는 이루어지지 않았는데, 특히 무료의 공연이라는 개념 자체가 종교행사에 성립되지 않는다는 것은, 종교행사의 비용이 달리 충당된다는 점에서 여타의 행사들과 비교될 수 없다. 문제는 어디까지나 해당 공연이 공공의 이익을 위한 것인지에 달려 있다고 하겠다.

한편 저작권법 제52조 제1항 제1호에 따른 무상의 공연이 헌법에 합치되는지도 문제되지만, 이는 동 헌법소원에 의해 판단될 수 있는 문제가 아니다. 다만, 아무리 개최자가 공연을 영리목적으로 하지 않는다고 하더라도, 이것만으로 재산권으로 보호되는 보상청구권이 배제될 수 있다고 하는 것에는 의문이 제기된다. 헌법상으로 무상공연을 전제로 저작자가 자신의 저작물을 무료로 제공해야 한다는 의무는 도출되지 않는다. 이들이 통상 공공의 이익을 위한 것이라고 보기는 어려우며, 동일하게 무상의 공연이라고 하더라도 학교에서의 어린이들에 의해 이루어지는 공연과 국가적 행사에서의 공연이 같다고 판단할 수는 없다. 헌법소원의 보충성과 입각하여 청구인은 우선 일반법원에

의한 재판절차를 마쳐야 한다.

라. 결정의 의의 및 경과

“사실관계”와 “이유”에서 제시된 바와 같이, 종교음악은 다소 특수한 저작물에 속한다. 즉, 이들은 종교단체에 의해 이용될 것을 목적으로 창작되며, 결과적으로 종교적 의식 및 행사에서 대부분 이용된다. 이 규정에 대한 법안심의 초반에서 이러한 종교음악의 특성을 반영하여 종교단체에서의 이용에는 저작자가 금지권을 행사할 수는 없으나, 보상금은 늘 받을 수 있도록 해야 한다는 입장이 지배적이었다. 그러나 연방의회 법제위원회에 의한 반대와 교회 등의 입장변화로 무상공연에 대해 정한 저작권법 제52조 제1항 제1호가 우선 적용되어야 한다는 것으로 그 내용이 수정되었고, 법률에서까지 유지되었다.

연방 헌법재판소는 이를 헌법상 재산권의 침해라고 보았는데, 그 주된 논거는 종교적 행사가 대부분 -해석에 따라- 무상공연으로 분류될 수 있고, 이는 종교음악을 현실적으로 무상으로 사용할 수 있게 하는 근거가 된다고 보았다. 독일의 종교단체는 이른바 교회세(종교세)를 통해 운영비용을 충당한다. 이는 국가가 종교단체를 대신하여 세금으로 징수해주는 것으로, 이러한 운영방식에 대해 영리목적성을 따지는 것은 상당히 어렵고 부적절한 것으로 여겨진다. 무상공연인지 여부를 판단하는 것 역시 보편적으로 쉽지 않다. 다만, 재판소는 저작자의 금지권을 배제하고, 보상청구권만이 주어지도록 한 것은 입법자의 형성재량에 속하는 문제라고 평가했다.

한편 헌법재판소는 무료공연에 대해 전반적으로 저작권을 배제한 것에 대해서도 위헌소지가 있다는 여운을 남겼는데, 공연이 전반적으로 무상으로 이루어졌다고 하여 그것만으로 저작권을 제한할 수 있는 것은 아니며, 보상청구권은 주어져야 한다는 입장을 밝혔다.

해당 결정의 결과로 다음과 같은 개정법이 마련되었다.

저작권법 제53조 공연

(1) 발행된 저작물의 공연은, 그 재현이 개최자의 영리목적에 기여하지 않고, 참가자는 대가 없이 입장이 허용되며, 저작물의 낭송 혹은 상연에 있어서 실연자(제73조) 중 누구에게도 특별히 보수가 지급되지 않는 경우, 허락된다.

동 재현에 대해서는 적정보상이 지급되어야 한다. 이 보상의무는 그 사회적 혹은 교육적 목적에 비추어 명확하게 한정된 범위의 사람만이 접근될 수 있는 한, 청소년 돌봄, 사회적 부조, 노인복지사업, 수형자 교정의 행사 그리고 학교행사에 대해 면제된다. 이는 행사가 제3자의 영리목적에 기여하는 때는 적용되지 않는다. 이때는 제3자가 적정보상을 지급해야 한다.

(2) 공연은 재현이 교회 혹은 종교단체에서의 예배, 종교상 축제 또는 여타의 행사에서 있는 경우. 그러나 개최자는 저작자에게 적정한 보상을 지급해야 한다.

(3) 저작물의 무대에서의 공개적 상연, 저작물의 방송 및 영상저작물의 공개상영은 늘 권리자의 동의에 의해서만 허락된다.

UrhG § 52 Öffentliche Wiedergabe

(1) Zulässig ist die öffentliche Wiedergabe eines erschienenen Werkes, wenn die Wiedergabe keinem Erwerbszweck des Veranstalters dient, die Teilnehmer ohne Entgelt zugelassen werden und im Falle des Vortrags oder der Aufführung des Werkes keiner der ausübenden Künstler (§ 73) eine besondere Vergütung erhält. Für die Wiedergabe ist eine angemessene Vergütung zu zahlen. Die Vergütungspflicht entfällt für Veranstaltungen der Jugendhilfe, der Sozialhilfe, der Alten- und Wohlfahrtspflege, der Gefangenenbetreuung sowie für Schulveranstaltungen, sofern sie nach ihrer sozialen oder erzieherischen Zweckbestimmung nur einem bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen zugänglich sind. Dies gilt nicht, wenn die Veranstaltung dem Erwerbszweck eines Dritten dient; in diesem Fall hat der Dritte die Vergütung zu zahlen.

(2) Zulässig ist die öffentliche Wiedergabe eines erschienenen Werkes auch bei einem Gottesdienst oder einer kirchlichen Feier der Kirchen oder Religionsgemeinschaften. Jedoch hat der Veranstalter dem Urheber eine angemessene Vergütung zu zahlen.

(3) Öffentliche bühnenmäßige Aufführungen und Funksendungen eines Werkes sowie öffentliche Vorführungen eines Filmwerks sind stets nur mit Einwilligung des Berechtigten zulässig.

개정된 규정은 종교행사에서의 공연에 대해 보상금을 지급하도록 의무화했으며, 무상공연에 대해서도 저작자에게 보상하도록 함으로써 “이유” 말미에 제시된 재판소의 의견을 반영했다.

이로써 재판소는 저작자가 금지권을 행사할 수 없도록 하는 것에는 비교적 관대한 데 반하여, 보상청구까지 할 수 없도록 하는 데는 재산권 침해를 정당화할 만한 공익적 근거를 제시해야 한다는 저작권에 대한 전통적 태도를 정립했다고 할 수 있다. 또한 재판소는 재산권의 성격을 나누어, 어떠한 활동을 통해 얻은 재산이 단지 재산증식으로 창출되는 재산보다 더욱 가치 있고, 더욱 보호되어야 할 것임을 강조하기도 했다.

한편 동 개정을 통해 청소년 돌봄, 사회적 부조, 노인복지사업, 수형자 교정을 위한 행사와 학교행사에 대해서는 보상하지 않도록 하는 새로운 제한규정이 마련되었는데, 이 조치에 대해서는 곧 이어서 볼 Vollzugsanstalten 사건이 제기되었다.

7. Vollzugsanstalten(교정시설) 사건²⁴⁸⁾

가. 사실관계

동 사건은 헌법소원과 위헌법률심판이 결합되어 있는 것으로, 청구인은 작곡가 및 상속인이었으며, 이들은 주로 청소년 대상 및 교육목적의 음악저작물에 대한 저작자이다. 애초에 독일의 음악 관련 저작권 신탁관리단체인 GEMA가 헤센 주의 교정시설 담당 행정기관을 상대로 한 보상금지급 청구소송에서 지방법원이 위헌법률심판을 제기하고, 이에 청구인이 헌법소원을 제기한 사건이다. 헤센 주 교정당국은 새 규정이 나오기 전까지는 GEMA에 음악 저작권 사용료를 지불한 바 있으나, 신법이 도입된 이후에 보상금 지급을 거절하였다.

나. 관련 규정의 내용 및 의미

248) BVerfGE 79, 29.

규정은 위 7 라와 같음.

위 Kirchenmusik 사건 결정에 따라 저작권법이 개정되었는데, 무료공연에 대해서 보상청구권이 도입되는 대신, 청소년 돌봄 등의 과정 속에서 이루어지는 행사나 학교행사 등은 다시 보상금 지급의무로부터 배제된다는 취지의 규정이 ‘신설’되었다. 위 규정이 도입됨에 따라, 헤센 주는 기존까지 교정시설 내에서의 음악공연에 대하여 저작자에게 보상금을 지급하던 것을 중단하여 문제가 되었다.

다. 이유

청구인이 제기한, 법원에는 보상금청구권이 규정되지 않은 저작권제한에 대한 문제제기를 할 수 없으므로 보충성의 원칙에 반하지 않는다는 주장이 정당한 것인지 문제된다. 저작권법 제52조 제1항 제2문에 규정되어 있는 “청소년 및 사회부조, 노령인 및 복지돌봄(Jugend- und Sozialhilfe, Alten- und Wohlfahrtspflege)”의 의미 자체가 해석을 요하므로, 또 “행사자의 영리목적(Erwerbszwecks des Veranstalters)”이라는 의미도 일반법원에 의해 해석되어야 한다. 연방대법원은 소년교정시설 판결에서 목적론적 축소라는 방법론까지 동원해 영리목적이 교정시설에서의 사용에까지 미친다고 판단한 바 있다. 다만, 하나 이상의 판결로부터 저작자에게 불리할 것으로 여겨지는 해석이 도출되고, 그것이 기본법 제14조의 재산권을 침해한 경우에 위헌법률심판에 있어 보충성의 원칙을 준수한 것이 된다. 그러나 재판에 의한 판결을 구하지 않고 제기된 헌법소원의 경우에까지 보충성 원칙이 준수되었다고 인정되지는 않는다.

기본법 제14조에 따라 재산권으로서의 저작권은 창작적 활동에 따른 재산적 결과가 원칙적으로 저작자에게 귀속되어야 하며, 이를 자기책임하에서 처분할 수 있는 자유가 보장되어야 한다. 입법자는 저작자 개인의 이익과 공중의 이익을 비차별원칙과 비례성원칙에 따라 교량하여 균형적 관계가 유지되도록 해야 하는데, 기대가능한 범위 내에서만 공동체적 사회생활에의 부조와 장려를 위해서만 그 제한을 용인해야 한다. 역사적으로, 또 경제적으로 저작권은 저작자에게 보상을 협상할 수 있도록 하는 수단이 되어왔다. 법에서 정한 후후의 보상청구권은 단지 대체품이 될 뿐이다.²⁴⁹⁾

다만, 재산권(소유권)과 지적재산권의 구별은 현실적 상이성 때문에 정당화된다. 물건 혹은 급부를 제공하는 사람과 제공 받는 사람의 재산귀속은 일상 생활 속에서 주어지는 것이다. 국가에 의해 동 재산에 대한 직접적 간섭이 있는 경우, 이는 이미 존재하는 법적 지위에 대한 공용수용이 있는 것이다. 따라서 이는 기본법 제14조 제3항의 요건을 충족하는 경우에만 허락된다. 이에 반해 저작권에서는 “득실을 따져본 결과(unter dem Strich)” 저작자에게 유보되어 있는 바가 그의 급부에 대해 여전히 상당한 보수로 볼 수 있는 경우에 합헌적인 것이 된다. 음악저작물이 공연되고 나면, 이미 저작자 본인에게만 이용가능한 것이 아니며, 독립적인 것으로 동 시대의 문화적이고 정신적인 모습을 함께 조성하는 하나의 요소가 된다. 즉, 문화적이고 정신적인 측면에서 공공재(Allgemeingut)가 되며, 이는 저작권이 시간적 한계를 가진 권리라는 점을 정당화하는 내적 정당화 사유이다. 이러한 사회적 관련성은 수형자 생활이라는 특별한 상황에 의해 강화되며, 생활영역의 제약은 독립적 삶의 방식을 잃도록 하거나 정서적 결핍을 초래할 수 있다. 라디오와 텔레비전 소비(기본법 제5조 제1항 제1문에 따라 원칙적으로 보장됨)는 수형자들에 있어 대체적 통신수단으로서 특별히 중요한 의미를 지닌다. 이러한 방송에는 음악방송이 포함되며, 음악방송은 자유박탈에 따른 긴장감을 완화하고, 정서적 균형을 유지하는 데 도움이 된다.

기본법의 제정자는 반드시 저작자의 개인적 이익이 우선해야 한다고 보지 않고, 필요한 상황에 처해 있는 수범자, 여기서는 수형자들의 필요를 고려해야 한다고 정해두었다. 저작자는 이러한 공동체 관련성을 “연대적 희생(Solidaropfer)”을 통해 감수해야 한다. 헤센 주에 대해 GEMA가 한 달 동안 거두어들인 사용료는 5,770 마르크였는데, 이 자체로 적은 금액이라고 할 수 없지만, 개별 저작자에게 돌아가는 몫은 생존과 삶의 영위에 있어 중요한 기여를 한다고 볼 수 없다. 아울러 GEMA는 실연자, 작사가 및 음악출판사를 위해서도 신탁관리업무를 하고 있으므로, 더더욱 공공복리에 의한 조치를 감수해야 한다. 재산권 보장은 경제적으로 유의미한 처분과 이용을 가능하도록 하기 위한 것이다. 교정시설에서 나오는 저작권료에 대해 문제제기가 이루어지지 않았다는 점에서 위헌성은 이미 부정된다.

249) BVerfGE 3 1, 229 참조.

한편 GEMA와 방송사는 이미 방송에서 저작물이 이용되는 것에 대해, 즉 저작물을 프로그램에 포함시켜 방송하는 것에 대해 보상금을 합의한 바 있고, 동 비용은 청취료 및 시청료를 통해 충당된다. 교정시설 역시 동 청취료 등을 납부하고 있으며, 이렇게 납부된 금액 중 일부는 GEMA를 통해 저작자에게 분배된다. 이에 따라 저작자가 저야 하는 희생은 그만큼 완화된다.

마지막 논점은 소급입법과 관련된 것인데, 청구인들은 개정규정이 시행 이전에 이미 창작된 저작물에 대해서도 적용되는 것이 금지되는 소급입법이라고 주장한다. 우선 해당 규정은 발효 이전에 행해진 공연에 대해서는 적용되지 않기 때문에 진정 소급입법이라고 볼 수 없다. 이는 연방 헌법재판소에 의해 아직 종결되지 않은 행위에 대해 신법을 적용하는 부진정 소급입법의 한계를 넘지 않았다. 신규정이 허락되기 위해서는 저작권으로부터 나오는 과실에 대한 원칙적 귀속관계가 유지되어야 하며, 이것이 비례성의 관점에서 정당화되어야 한다. 또 기존의 권리를 침해하는 데 대한 정당화 사유가 필요하며, 동 사유는 기존 법규정을 유지할 이해와 교량되어야 한다. 해당 규정으로 원칙적인 저작권 귀속이 변경되지 않았고, 기본법상 재산권 보호는 저작자의 급부에 대해 단지 조정적 보상(angemessene Verwertung)을 보장할 뿐이다. 새로운 규정을 통해 기본법상 보장되지 않던 바를 회수한 것일 뿐이고, 이로써 저작권의 핵심적 내용이 침해되지 않았다.

라. 결정의 의의 및 경과

동 결정에서 연방 헌법재판소는 이전의 태도들과 사뭇 다른 접근을 했다. 즉, 재판소는 지적재산권이 물건에 대한 소유권과 다른 성격을 가지고 있다는 것을 전제로, 동시대의 문화산물로서 특별히 더욱 광범위하게 감당해야 하는 바가 있다는 점을 인정한다. 결과적으로 교정시설 등에서 저작물을 이용하는 것이 가지는 공익적 성격을 고려하여 저작자에게 경제적으로 단지 부수적인 의미만을 가지는, 그래서 수익에 의미 있는 영향을 미치지 않는 경우라면, 높은 공익적 필요에 따라 금지권은 물론 보상청구권이 제한될 수도 있다는 점이 확인되었다.

동 결정은 기존까지 저작권을 가급적 광범위하게 보호해주고자 하던 태도를 탈피한 것으로도 평가되기도 하지만, 과거의 태도를 완전히 포기한 것은

아니며,²⁵⁰⁾ 더욱이 이 결정에 대한 비판은 상당히 강하게 제기된 바 있다.²⁵¹⁾

8. Zeitschriftenauslage(잡지 비치) 사건²⁵²⁾

가. 사실관계

헌법소원은 잡지 혹은 신문을 미용업소나 병의원의 대기실에 비치해둔 것에 대해 보상청구권이 부정된 연방대법원의 판결에 대한 것이다. 문제된 규정은 대여권과 공중대출권에 관한 저작권법 제27조 규정이다.

헌법소원의 대상이 된 한 민사소송의 원고는 미용업자들인데, 그들의 고객들을 위해 잡지와 신문을 비치한 사람들이다. 청구인(저작권신탁관리단체)이 다른 미용업자들에게 정액의 보상금을 청구하고, 이와 관련하여 미용업자들의 동업자 연합에 서한을 보내자, 원고들은 신문과 잡지를 비치한 것에 대해 자신들에게 보상금지급에 대한 어떠한 의무가 발생하지 않는다는 확인을 구하는 소송을 제기한다. 원고의 확인청구는 받아들여졌으며, 청구인에 의한 항소는 기각되었다.

또 다른 소송에서의 원고는 치과개업의들이다. 그들은 자신들의 병의원에 있는 대기실에 잡지, 때때로 신문을 두어 환자들이 볼 수 있도록 했다. 원고들은 소극적 확인의 소를 통해 청구인이 요구한 저작권법 제27조 제1항에 따른 보상청구권이 없다는 것을 확인해 줄 것을 소구했다. 제1법원은 원고들의 청구를 받아들였다.

헌법소원의 대상이 된 위 사건들에 대한 상고심 판결에서 연방대법원은 각각 취지로 판단했으며, 원심과 마찬가지로 인쇄물을 볼 수 있도록 두는 것은 저작권법 제27조 제1항에서 의미하는 공공대출에 해당하지 않고, 따라서 보상금의 대상이 되지 않는다고 보았다.

청구인은 법에 의해 법인격이 부여된 사단으로, 미술가, 사진기자, 그래픽

250) Paulus, *op cit.*, p. 84.

251) 예를 들어 Haimo Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 8th ed., Mohr Siebeck, 2017, para. 94는 교정시설이라도 전기요금, 수도요금, 식료품비 등을 지출하는데, 저작권료를 내지 않는 것은 부당하다는 입장이다.

252) BVerfGE 77, 263.

디자이너, 사진작가 및 사진 에이전트들의 권리를 신탁관리하는 집중관리단체이다. 동 단체는 1만 명이 넘는 권리자의 보상청구권을 이른바 저작권 신탁관리계약을 통해 행사하고 있다. 동 계약에 따라 권리자들은 현존의 또 미래의 저작물들에 대한 자신의 권리(보상청구권)를 신탁법리에 따라 양도하고, 동 단체에 보상금의 징수를 위임한다. 이러한 보상청구권들은 저작권법 제27조 제1항 제2문에 규정된 바와 같이 오직 집중관리단체에 의해서만 주장될 수 있다. 이렇게 한 이유 한 가지는 저작자들이 자신들의 권리를 실효성 있게 행사하도록 하자는 것이고, 또 다른 한 가지는 징수된 보상금 중 일부를 공동체적 목적의 사회기금(저작자를 위한 부조기금)에 사용될 수 있도록 하기 위한 것이다.

청구인은 기본법 제14조 제1항의 재산권 침해를 주장했다.

나. 관련 규정의 내용 및 의미

규정은 대여와 공공대출에 대해 저작자에게 보상금을 지급하도록 하고 있다. 여기서 대여(Vermieten)과 대출(Verleihen)의 차이는 영리목적이 있는지 여부에 따라 주로 달라지지만, 유형물로 된 저작물을 공중이 이용할 수 있도록 해두는 행위(Gebrauchüberlassung)²⁵³⁾라고 이해한다는 점에서는 같다.

헌법소원의 원인이 된 두 사건에서도 잡지나 신문을 놓아두는 것이 이용하도록 둔다는 측면에서는 대여에 해당할 수 있지만, 법원은 저작물들이 얼마나 집중적으로 이용될 수 있는지에 따라 대여·대출에 해당하는지 여부를 판단하는 것으로 보인다.²⁵⁴⁾ 따라서 대출을 받아 외부로 책을 가지고 나갈 수 없는 도서관에서 저작물을 이용하는 것은 저작권법 제27조 제1항상 공공대출에 해당할 수 있지만, 단지 다소 시간을 보내기 위해 잡지나 신문을 보도록 두는 것은 대여·대출에 해당하지 않는다는 것, 다시 말해 저작권법상 어떠한 의미를 갖지 않는다는 것이 현재까지 이어지고 있는 법원의 입장으로 보인다.

253) 독일 민법전 제540조의 사용대차와 다른 개념임에 유의할 것.

254) BGH, GRUR 1985, 131.

다. 이유

청구인은 헌법소원을 제기하는 데 있어 적격성을 가진다. 연방 헌법재판소 법 제90조 제1항에 따라 소원의 대상이 된 공권력의 행사로 인해 자신의 기본권이 침해된 사람은 헌법소원을 제기할 수 있다. 청구인이 이러한 주장을 할 수 있는지에 대해서는 의문이 제기된다. 동 단체는 단지 저작자를 위해 보상청구권을 주장할 수 있는 권한만을 가지고 있으며, 법 제27조 제1항 제1문의 법문에 따라 권리자는 여전히 저작자이다. 그럼에도 불구하고, 저작자는 스스로 권리를 행사할 수 없으며, 그의 권리는 법문에 따라 신탁관리단체에 의해서만 행사되도록 정해져 있다. 이에 따라 일반법원과 일반법의 관점에서 청구인은 원고적격을 가진다. 지금까지의 헌법소원들에서 연방 헌법재판소는 타인의 권리를 자신의 이름으로 주장하는 것을 허락하지 않았다. 또 이전 결정에서 저작권법 제135조에 대해 신탁관리단체가 직접 소원을 제기한 것에 대해 헌법소원 적격성을 부인한 바 있다. 이 결정에서는 저작권이 단지 신탁법적으로 행사될 수 있도록 양도된 것일 뿐이라는 점이 근거가 되었다. 비록 형식상 신탁관리단체가 권리자가 되지만, 경제적 관점에서 동 권리는 여전히 위탁자, 즉 저작자와 그 상속인에 속한다. 따라서 신탁관리단체는 기본법 제14조에서 비롯된 권리의 침해를 주장할 수 없다.

하지만 신탁관리단체의 권리자성을 단지 형식적인 것이라고 평가한 것이, 입법자가 보상청구권을 “신탁관리단체의무적 (verwertungsgesellschaftspflichtig)”, 즉 신탁관리단체에게 부여한 이후에도 여전히 유지되어야 하는지에 대해서는 의문이 제기된다. 이렇듯 법개정을 통해 신탁관리단체만이 보상청구권을 행사할 수 있도록 한 이유 중에는 저작자에게 권리행사를 현실적으로 더욱 용이하도록 하기 위한 측면도 있다. 또 다른 한 가지는 - 이미 언급한 바와 같이- 부조적 및 지원적 기관을 강화하고 진흥하기 위한 것이다. 이러한 기관(기금 등)은 경제적으로 개별 저작자가 아닌, 신탁관리단체에 속해 있다. 이렇듯 일부 영역에서 이루어지는 신탁관리단체의 독립화로 곧 동 단체가 기본법 제14조의 재산권을 주장할 수 있는 정도에 이르렀는지에 대해서는 굳이 판단할 필요가 없는데, 청구인은 소송상 권리 행사에 대해 위임을 받은 자로서 헌법소원의 절차에서도 이 권리들을 행사할 권한이 있기 때문이다. 이렇게 보지 않을 경우 부당한 결과, 즉 재판에 대한

헌법소원이 제기될 수 없는 결과가 초래된다. 법 제27조 제1항 제2문에 따라 개별 저작자에게 자신의 보상청구권을 행사하는 것이 불가능하게 되어 있기 때문이다. Schallplatten 사건에 대한 결정이 내려진 이후에 법개정이 되었고, 이 때문에 신탁관리단체에게 법원판결에 대한 헌법의 심사를 받도록 할 가능성을 박탈할 수 없다. 그렇지 않으면, 기본권 보호가 이루어질 수 없다. 더욱이 입법자는 법 제27조 제1항 제2문을 도입하면서 신탁관리단체가 민사소송으로 모든 권리행사를 마무리해야 한다고 보지 않았고, 집중관리단체의 부조적 기능을 고려한다면, 기본권 보호의 기능은 입법을 통해 더욱 강화하는 규정을 도입할 여지도 있다. 이러한 평가가 신탁관리단체가 저작권법 규정에 대해 직접 헌법소원을 제기하는 것을 허락하는 데 원용될 수 있는지에 대해서는 여기서 결정할 수 없다.

하지만 동 헌법소원은 이유 없고, 저작권법 제27조 제1항은 기본법 제14조 제1항의 재산권 보호와 제3조 제1항의 평등원칙을 침해하지 않는다. 물건에 대한 소유권과 마찬가지로 저작권은 기본법 제14조의 재산권이고, 일단 법체계에 의한 형성이 있어야 한다. 입법자는 기본법 제14조 제1항 제2문에 따라 보호되어야 할 저작권의 핵심적 내용이 보호되도록 보장해야 한다. 구저작권법 제27조에 대해 판단한 연방 헌법재판소의 설시에 의하면, 입법자는 저작권법 제15조 제1항 제2호와 제17조를 통해 저작자에게 배포권을 인정함으로써 저작자의 경제적 이익을 충분히 고려했다. 소진에 의해 배포권이 제한된다는 점을 주장할 수 없으며, 기본법상 보호되는 배포권의 보호범위에 이미 소진된 배포권에도 불구하고, 대여권과 공공대출권을 인정하는 것까지가 포함되지 않는다. 입법자가 이러한 형성을 하는 경우라도, 해당 청구권을 영리목적의 대여로 한정할 권한을 가지고 있다. 심지어 입법자는 대여권을 아예 없애고, 이전의 상태로 원복시킬 수 있고, 이는 위헌적인 것이 아니다.

저작자가 배포권을 통해 얻는 이익은, 그가 최초의 배포에 동의하는 대가로 금전을 취하는 것으로 충분하다. 따라서 법 제27조에서 보상금청구권을 정한 것은 입법자의 처분에 따른 것일 뿐이다.

연방대법원은 대상판결에서 잡지나 신문을 보도록 두는 것이 법 제27조 제1항 제1문에서 말하는 대여나 대출에 해당하지 않는다고 판단했는데, 대출권과 공공대출권이 재산권의 보호범위가 아닌 것과 마찬가지로 위 판결도 헌법상 재산권의 침해라고 볼 수 없다. 위 행위가 간접적으로 영리목적에 기여하

는지 여부는 단지 법률의 해석과 적용 문제에 해당할 뿐이다. 대법원이 영리 목적이 없다고 해석한 것은 기본권 보장과는 무관한 것이다. 또 환경의 변화와 그에 따른 저작권 철학의 변경을 반영하는 것은 입법자의 역할이며, 헌법재판소는 그것이 기본법에 부합하는지 평가하는 역할만을 감당한다.

한편 잡지를 놓아두는 것과 공공도서관에 의해 공공대출을 하는 것은 다른 것인데, 후자는 목적지향성과 원하는 저작물에 대한 수요가 뚜렷하나, 전자에서 이는 결여되어 있다. 미용업소나 병원에서 손님과 환자는 언제든 잡지읽기를 중단할 준비가 되어 있는데, 법원이 이러한 구별을 한 것은 허락되는 것이다.

라. 결정의 의의 및 경과

동 결정에 있어 중요한 논점은 소원제기의 적격성이라고 할 수 있다. 연방 헌법재판소는 과거 Schallplatten 사건 결정에서 아무리 신탁관리단체가 저작권을 수탁 받아 명목상 권리자로 권리를 행사한다고 하더라도, 저작권의 귀속 관계가 변하지 않고, 따라서 개인인 저작자만이 헌법소원을 제기할 수 있다는 취지로 신탁관리단체의 헌법소원 적격성을 부정한 바 있다.

이 결정에서는 이러한 신탁관리단체에 의한 소원제기를 인정했는데, 우선 보상 청구권이 단체에 의해서만 행사될 수 있다는 점이 고려되었다(이른바 신탁관리단체의무적(verwertungsgesellschaftspflichtig) 보상청구권). 그러나 이보다 더 중요한 것은, 헌법소원의 대상이 되는 일반법원의 절차와 헌법소원 절차의 당사자가 달라지는 문제를 해결할 필요성이었다고 생각된다. 즉, 민사소송에서 집중관리단체가 소를 제기해야 하지만, 헌법소원에서 당사자가 다시 저작자가 되어야 한다면, 재판에 대한 헌법소원이 불가능해지는 결과가 초래될 수 있다.

실체적 쟁점과 관련해서, 연방 헌법재판소는 Bibliotheksgroschen 사건 결정에서도 드러난 바 있는 대여·대출이 가지는 예외로서의 성격과 함께, 어떠한 행위가 대여·대출에 해당하는지 판단하는 것은 입법의 문제이고, 그것을 해석하는 것은 사법부가 해야 할 일이지만, 문제된 판결에서 자의적이거나 입법적 한계를 넘어서는 해석이 시도되지 않았다고 판단했다.

9. Übersetzerhonorare(번역비) 사건²⁵⁵⁾

가. 사실관계

청구인은 헌법소원을 통해 2002년 7월 1일부터 시행되고 있는 저작권법 개정규정들과 경과규정인 법 제132조를, 이들이 저작물이용계약상의 보상 합의가 법원에 의한 심사의 대상이 되도록 하고 있다는 점에서, 또 이 규정에 기초하여 출판분야에서 번역가 보상의 적정성을 판단한 두 개의 사건에 대해서 유사한 근거로 문제제기하고 있다. 청구인은 이른바 하드커버 출판사(Hardcoververlag)이며, 독일문고서적출판사(Deutscher Taschenbuchverlag: dtv)²⁵⁶⁾의 사원(Gesellschafter)으로, 자신들이 출간한 책에 대한 문고판 라이선스를 부여함으로써 수익을 얻고 있다. 독일에서 몇 안 남은 중견기업 출판사로 알려져 있다.

헌법소원의 대상이 된 두 개의 연방대법원 판결과 관련하여, 첫 번째 사건(“Destructive Emotions” 사건) 판결의 원고는 번역가로서 “Destructive Emotions - Dialog mit dem Dalai Lama”라는 책을 번역하면서 규정 페이지(Normseite) 당 19유로의 번역료를 받았으며, 1만5천 부 이상 판매될 경우에 매상에 대한 비율보상을, 부수적 권리의 이용으로부터 나오는 라이선스 수익에도 관여하는 것으로 합의되었다. 청구인은 페이지 당 번역료로 총 12,901 유로를 지급했고, dtv에 대해 문고판 권리에 대한 라이선스 수익에 대한 분배로 575.20 유로를 지급했다. 민사사건의 원고는 보상의 상향을 목적으로 하는 계약수정에 대한 동의를 구하는 한편, 예비적 청구로서 추정에 따른 법원의 보상금 수정을 구했다. 더 나아가 정보제공과 현재까지 지급된 것을 넘어서는 금액에 대한 지급 역시 구했다.

뮌헨 제1 지방법원은 위 청구를 기각하는 취지로 판결했고,²⁵⁷⁾ 뮌헨 고등법원 역시 항소를 기각했다.²⁵⁸⁾ 이에 반해 연방대법원은 “Taking to Addison

255) BGH GRUR 1985, 131 - Zeitschriftenauslage beim Friseur 참조.

256) 2015년 6월부터 dtv Verlagsgesellschaft mbH und Co. KG라는 명칭을 사용하고 있으며, 1960년 설립될 당시에는 11개의 출판사에서 나오는 책들의 문고판 도서를 출간하는 것을 목적으로 설립되었다. 예전에는 각 출판사는 하드커버의 책을, dtv는 이들의 문고판을 출간했는데, 이는 dtv 회사정관에서 정한 내용이었다.

257) LG München I, Urt. v. 11. 10. 2007 - 7 O 23652/06.

사건 판결²⁵⁹⁾과 결부시키면서 상고인의 상고를 받아들이면서 고등법원의 판결을 일부 파기하고, 청구인으로 하여금 번역계약상의 보상규정의 수정에 동의할 것을 명하는 한편, 이와 관련된 정보를 제공하고, 이에 상응하여 6841.22 유로의 추가지급을 명했다.²⁶⁰⁾

또 다른 사안인 “Drop City” 사건에서는 T. C. Boyle의 소설 “Drop City”에 대한 사건 원고와 청구인 사이의 번역계약(2002년 2월/3월 중 체결)이 문제되었다. 원고(번역가)는 보장 번역료로 규정 페이지 당 18.50 유로의 보상을 받았고, 2만 부 이상 판매될 경우에 매상에 대한 비율보상을, 부수적 권리의 이용으로부터 나오는 라이선스 수익에도 관여하는 것으로 합의되었다. 원고는 페이지 당 번역료로 총 13,264.50 유로를 받았고, 매출에 대한 보상으로 3144.62 유로를 받았으며, 라이선스로 수익에 대한 관여로 1500 유로를 받았다. 문고판과 독서클럽판에 대한 권리는 매각되었다. 제1심²⁶¹⁾과 항소심 법원²⁶²⁾은 앞 사건과 마찬가지로 원고의 청구를 기각하였으나, 연방대법원은 이 판결을 부분적으로 파기하고, 청구인으로 하여금 번역계약상의 보상규정의 수정에 동의할 것을 명하는 한편, 이와 관련된 정보를 제공하고, 이에 상응하여 13,073.04 유로의 추가지급을 명했다.

청구인은 직접적으로 위 판결들에 대해, 간접적으로 저작권법 제32조 제1항 제3문과 제2항 제2문에 대해, 더 이들에 관한 경과규정인 저작권법 제132조 제3항 제3문에 대해 헌법소원을 제기했다.

나. 관련 규정의 내용 및 의미

[번역문]

저작권법 제32조 적정한 보상

(1) 저작자는 이용권의 설정 및 저작물 이용에 대한 허락에 대하여 계약상 합의된 보수를 구할 청구권을 갖는다. 보상의 가액이 정해지지 않았다면, 적

258) OLG München, NJOZ 2009, 1963.

259) BGHZ 182, 337.

260) BGH, GRUR 2011, 328 - “Destructive Emotions”.

261) LG München I, Urt. v. 25. 10. 2007 - 21 O 23122/06, BeckRS 2011, 04005.

262) OLG München, ZUM 2009, 300.

정 보상이 합의된 것으로 본다. 합의된 보상이 적정하지 않은 한, 저작자는 자신의 계약상대방으로 하여금 저작자에게 상당한 보수가 보장되도록 당해 계약의 수정에 동의하도록 요구할 수 있다.

(2) 공동의 보상규칙(제36조)에 의해 탐지된 보상은 적정하다. 그 외의 경우에 있어 보상은, 제반 사정을 고려하여 계약체결 시 영업거래상 부여된 이용가능성의 종류 및 범위에 따라, 특히 이용의 기간 및 시점에 따라 통상적이고 공정하게 급부될 수 있는 바에 상응한다면, 적정하다.

(3) 계약상대방은 제1항 및 제2항과 상이한 합의를 저작자에게 불리하도록 원용할 수 없다. 제1문에 표시된 조항은 여타 다른 방식으로 우회되는 경우에도 적용된다. 그러나 저작자는 무상으로 모두를 위하여 비배타적 이용권을 부여할 수 있다.

(4) 저작자는, 자신의 저작물을 이용하기 위한 보수가 단체협약으로 정해지는 한, 제1항 제3문에 따른 청구권을 갖지 않는다.

저작권법 제132조 계약

...(중략)...

(3) 2002년 7월 1일 이전에 체결되었거나 발생한 계약 또는 사실관계에 대하여 본 법의 규정들은 2002년 6월 30일에 적용되는 규정의 제2문 및 제3문의 유보하에 계속 적용된다. 2002년 6월 30일 이후에 발생한 사실관계에 제32조a가 적용된다. 2001년 6월 1일부터 2002년 6월 30일까지 체결된 계약에, 2002년 6월 30일 이후에 부여된 권리 혹은 승낙이 이용되는 한, 제32조a가 적용된다.

...(중략)...

[원문]

UrhG § 32 Angemessene Vergütung

(1) Der Urheber hat für die Einräumung von Nutzungsrechten und die Erlaubnis zur Werknutzung Anspruch auf die vertraglich vereinbarte Vergütung. Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, gilt die angemessene Vergütung als vereinbart. 3Soweit die vereinbarte Vergütung nicht angemessen ist, kann der Urheber von seinem Vertragspartner die

Einwilligung in die Änderung des Vertrages verlangen, durch die dem Urheber die angemessene Vergütung gewährt wird.

(2) Eine nach einer gemeinsamen Vergütungsregel (§ 36) ermittelte Vergütung ist angemessen. Im Übrigen ist die Vergütung angemessen, wenn sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses dem entspricht, was im Geschäftsverkehr nach Art und Umfang der eingeräumten Nutzungsmöglichkeit, insbesondere nach Dauer, Häufigkeit, Ausmaß und Zeitpunkt der Nutzung, unter Berücksichtigung aller Umstände üblicher- und redlicherweise zu leisten ist.

(3) Auf eine Vereinbarung, die zum Nachteil des Urhebers von den Absätzen 1 bis 2 abweicht, kann der Vertragspartner sich nicht berufen. Die in Satz 1 bezeichneten Vorschriften finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden. Der Urheber kann aber unentgeltlich ein einfaches Nutzungsrecht für jedermann einräumen.

(4) Der Urheber hat keinen Anspruch nach Absatz 1 Satz 3, soweit die Vergütung für die Nutzung seiner Werke tarifvertraglich bestimmt ist.

UrhG § 132 Verträge

...(중략)...

(3) Auf Verträge oder sonstige Sachverhalte, die vor dem 1. Juli 2002 geschlossen worden oder entstanden sind, sind die Vorschriften dieses Gesetzes vorbehaltlich der Sätze 2 und 3 in der am 28. März 2002 geltenden Fassung weiter anzuwenden. § 32a findet auf Sachverhalte Anwendung, die nach dem 28. März 2002 entstanden sind. Auf Verträge, die seit dem 1. Juni 2001 und bis zum 30. Juni 2002 geschlossen worden sind, findet auch § 32 Anwendung, sofern von dem eingeräumten Recht oder der Erlaubnis nach dem 30. Juni 2002 Gebrauch gemacht wird.

...(후략)...

독일에서는 이른바 저작권 계약법(Urhebervertragsrecht)이라는 법영역을 발전시켜 왔다. 이에 따라 저작자와 저작물을 이용하여 사업을 하는 사업자

사이에서 체결되는 계약에서 저작자는 자신의 취약한 지위 때문에 부당한 취급을 받는 것으로부터 보호를 받을 수 있다. 이는 민법상 채권각칙이나 특별법에서 약자에 속하는 당사자들을 위해 특칙을 마련해두고, 이들 중 일부를 강행규정으로 해두는 것과 마찬가지로의 작동원리라고 생각하면 된다. 독일에서는 애초에 판례를 통해 양도목적론(Übertragungszwecktheorie)이라고 하여, 예정된 목적에 따라 필요한 범위만큼만 저작물 이용허락이 된 것으로 해석한다는 원칙이 마련되기도 했지만, 이는 어디까지나 해석상 문제를 해결해줄 뿐이다. 이후로 저작자의 지위는 줄곧 확대되어, 1965년 저작권법은 저작물에 대한 새로운 이용형태에 대해 사전에 권리를 양도 받을 수 없도록 하는 규정을 도입한 바 있다.

2002년에는 저작권자의 계약상 지위를 더욱 강화하기 위하여 저작자가 적정 로열티를 받지 못하는 계약을 체결한 경우라면, 사후에라도 계약을 수정할 수 있는 권리를 부여하였고, 이렇게 개정된 것이 위 제32조의 각 규정들이다. 저작자가 민사소송을 통해 계약수정을 요구하게 되면, 법원은 계약이 구체적으로 어떻게 변형되어야 하는지에 대해 정할 수 있다.

다. 이유

(1) 법률규정에 대한 헌법소원

청구인은 헌법소원 제기에 대한 적격성을 갖지만, 다음과 같은 점에서 헌법소원은 이유 없다. 우선 저작권법 제32조 제1항 제3문과 제2항 제2문은 헌법, 특히 기본법 제12조 제1항과 합치된다. 입법자는 저작자가 계약에서 정한 보상의 적정성에 관하여 법원이 통제하도록 할 청구권을 저작자가 갖도록 규정할 수 있고, 이는 헌법적으로 금지되지 않는다. 물론 법 제32조의 위 규정들은 인간적이고 경제적인 삶의 영위를 위한 기초에 관한 기본법 제12조 제1항에서 정한 직업수행의 자유와 관련되어 있다. 동 자유(권리)는 직업적 급부에 대한 급료를 구속력 있게 협상할 자유를 포괄한다. 보상금에 관한 규정과 이에 근거한 법원의 판단들, 즉 직업수행을 통해 얻게 되는 수익과 그와 결부된 생계에 적지 않은 영향을 주는 법원판단은 직업수행의 자유를 제약한다. 또한 기본법 제19조 제3항에 따라 법인 역시 직업수행의 자유를 주장할 수

있다.

계약의 자유는 기본법 제2조 제1항에서 정한 일반적 행동자유(allgemeine Handlungsfreiheit)로부터도 도출된다. 단, 문제되는 규정이 직업적 활동과 관련된 계약자유에 관한 것이라면, 심사기준으로서 기본법 제12조 제1항이 제2조 제1항에 우선한다. 입법자는 사회적 그리고 경제적으로 불균형 관계에 대응하기 위해 강행규정을 통해 개별적 계약에 의한 급료결정이라는 원칙을 제약할 수 있다. 이는 다른 사법의 규정에 대해서도 마찬가지인데, 충돌하는 이해관계의 조정을 위해 가격결정과 관련된 규정들에서 강행규정이 활용되고 있다. 이는 국가에 의해 행해지는 일방적인 자유권 침해라기보다는 일방의 기본권의 타방의 기본권과 균형을 맞춘 결과라고 할 수 있다. 이때 충돌하는 기본권 지위는 상호 간의 영향 속에서, 또 사회국가적 책무를 고려하여 규범조화적(praktische Konkordanz) 해석 원칙에 따라, 관련자들에게 그들의 기본권이 최대한 보장되는 방향으로 균형이 추구되어야 한다.

이에 상응하여 여기서 이루어져야 하는 비례성원칙과 이익교량은 개별 기본권에 대해서가 아니라, 동일한 권한을 가진 기본권주체들의 이익균형에 관련되어야 한다. 입법자가 법원으로 하여금 이러한 개별사안에 대한 판단을 위임하고자 한다면, 법원이 해당 규정의 기초 위에서 충돌하는 법익 사이에서 헌법에 상응하는 귀속을 달성할 수 있다면 충분한 것이 된다. 이러한 균형추구에 있어 입법자는 광범위한 판단 및 형성재량을 향유한다. 상충하는 이해관계에 있어 그 경제적이고 사회적인 환경조건들, 향후의 발전·전개에 대한 예측 그리고 규정이 가지는 영향에 대한 예측은 정치적 책임의 영역이다. 개별적 이익에 대해 우선순위를 정하거나 이들의 보호 필요성에 대해 정하는 데 있어서도 동일한 원칙이 적용된다. 입법자는 기본권적 보호의무의 침해를 이유로 그렇게 하는 것이 일단 불가능하다고 여겨지는 경우라도 보편화된 사법상 일반규정(Generalklauseln)을 넘어서서 보호체계가 구축되도록 할 수 있다. 특히 입법자는 전형적으로 취약한 지위에 있는 계약당사자를 위해 더 강한 보호를 정할 수 있고, 이는 법원이 일반규정을 구체적인 사안에서 적용하면서 실현될 수도 있다. 이러한 상황에서 기본권에 대한 침해는, 일방의 이해가 지나치게 불리하게 취급되어 기본권의 의미와 범위를 고려해보았을 때 적정균형이라고 더 이상 말할 수 없을 경우에만 인정될 수 있다.

저작권법 제32조 제1항 제3문의 규정에는 직업의 자유에 관한 과도한 침해

가 없다. 법 제32조 제1항 제3문은 저작자와 사업자(여기서는 출판사)의 이익 균형을, 저작자에게 사업자에 대한 적정보상을 청구할 수 있도록 하고, 계약상 보상금의 적정성을 법원에 의해 심사 받도록 하는 권리를 통해 실현한 것으로 보인다. 이 규정에 있어 사업자의 직업의 자유와 저작자가 향유하는 기본법상 재산권이 충돌하고 있다. 기본법상 재산권에 해당하는 저작권의 재산적 요소로부터, 창작적 활동에 따른 재산적 결과가 사법상 규정을 통해 원칙적으로 저작자에게 귀속되어야 하며, 자기책임에 따라 이를 처분할 수 있도록 해야 한다는 원칙이 도출된다.

입법자가 채택한 해법은 헌법의 요구를 충족하고 있는데, 이는 곧 충돌하는 기본권을 보장적 균형을 통해 비례성요청에 부합하도록 하는 것이다. 또 이 규정은 사회적 및 경제적 불균형에 대응하고 있으므로, 기본법상 기본권편의 객관적 기본결과와 그와 결부된 기본법상 사회국가원리(기본법 제20조 제1항 및 제28조 제1항)를 실현한다. 입법자는 저작자와 사업자 사이의 불균형이 수정적인 방법으로 해소되어야 한다고 전제하고, 그 규율 필요성을 인정했다. 저작권법 제32조는 저작자의 계약상 취약한 지위와 낮은 수익에 착안하여, 그들의 저작권을 경제적으로도 실현하도록 돕는 방안을 마련한 것으로 보이며, 개정법은 기본법 제14조 제1항의 보호목적과 사회국가원리에서 그 근거를 찾을 수 있다. 기본법 제12조 제1항 및 제2조 제1항의 사적자치는 계약체결 시의 자기결정이 지위의 불균형과 일방에 의한 결정으로 변형되지 않도록 할 것을 요구한다.

저작자와 사업자는 상호협조적 관계에 있으며, 저작자 입장에서도 자신의 저작물의 사업화가 경제적 수익의 전제가 된다. 입법자는 실현가능한 방법으로 관여의 원칙(Beteiligungsgrundsatz)을 부분적으로 실현하고 있는데, 저작자는 법률안에서부터 취약한 지위에 있다고 상술되어 있고, 자유직업인인 번역가들은 대부분 낮은 수준의 정액 보상금만 받는 것이 현실이며, 자유직업인 이면서도 사업자와 종속적 관계에 있는 경우도 많다. 사업자는 그 규모가 다양하며, 그 중에는 글로벌 기업들도 있는데, 이들은 전 세계적인 사업화를 진행하는 데 방해가 되지 않도록 계약 시부터 이미 여러 층위의 사업화에 필요한 권리를 확보해둔다. 사업화를 위한 부수적 권리들은 별개의 보상 없이, 즉 저작자의 적정한 관여 없이 이용되고 있다. 청구인은 이것이 실증적 자료에 근거한 것이 아니라고 하지만, 대략적인 근거는 제시되고 있으며, 입법자가

실증적 자료에 근거하여 관련된 입법을 해야 하는 것 역시 아니다.

법원에 의한 적정성 심사 역시 입법자에 의해 추구되는 균형에 도달하는 데 있어 적합한 수단이 된다. 헌법상 수단의 적합성은 동 수단의 동원으로 희망하던 결과가 촉진되는 경우에 적합한 것으로 판단되며, 여기서 목적실현의 가능성만으로 충분하다. 인력시장, 사회질서 및 경제질서 분야에서 입법자는 특히 평가 및 미래예측에 관한 광범위한 재량권을 갖는다. 이는 저작권 관련 계약, 특히 고용관계와 유사하게 종속적 관계 및 구조적인 불균형한 당사자 관계에서의 계약에 대해서도 적용될 수 있다. 또 침해를 최소화하는 동일한 효과를 지닌 수단이 존재하는 것 역시 아닌데, 입법자로서 저작자와 사업자 사이의 이익을 조정하고, 저작자의 취약한 지위를 다른 효과적인 방법으로 수정할 수는 없다.

적정성에 관한 법원의 심사가 가능하도록 하는 이 규정들은 당사자들의 기본권들이 적정균형에 도달하도록 한다. 이는 법원에 의해 적정성이 판단되도록 한 경우에도 마찬가지이며, 법원의 실무를 통해 “적정성” 개념이 충분히 법적 안정성에 부합하도록 해석될 수 있다는 입법자의 전제에는 반론이 제기될 수 없다. 청구인은 “Talking to Addison” 사건에 대한 하급심 법원들에서 적정성 평가를 위해 각기 다른 모델들을 동원한 것을 논거로 제시하고 있지만, 이는 일원적인 법적용을 유지하는 것은 민사법 분야에서의 최상위 법원인 연방대법원이 해야 할 일이다.

한편 저작권법에서 적정성이라는 개념은 그렇게 낯선 것은 아니며, 법원은 저작자가 저작권 침해가 있는 경우에 적정 라이선스료를 받을 수 있도록 하고 있기도 하다. 적정성은 저작권법의 또 다른 규정들에서도 발견되며, 적정성 판단에서 고려될 수 있는 부분들은 입법자료들에도 제시되어 있다.

저작권에 대한 독일의 기본적 입장은 창작적 활동에 대한 경제적 성과들이 저작자에게 적정하게 귀속되어야 한다는 것이다. 하지만 다른 한편으로 계약 자유에 대한 간섭은 직업의 자유에 대한 중대한 침해가 될 수 있다. 저작권 관련 계약으로부터 나오는 수익은 삶의 영위를 위해 창출되고 유지되는 데 기여하는, 기본법 제12조 제1항에 따른 직업수행의 자유에 따라 보호되는 활동이기 때문이다. 더욱이 급부되어야 하는 가격에 대한 결정은 사적자치에 속하는 영역으로, 통상 시장원리에 맡겨져 있는 것이다. 따라서 계약에서 정한 가격이나 보상의 적정성을 판단하는 것은 통상 법원에게 주어진 과제가 아니

다. 또한 저작자에 대한 더 많은 보상이 추후에 이루어질 수 있다는 가능성 때문에 사업자로서는 예산상 불확실성에 직면할 수 있다.

다만, 저작권법 제32조 제1항 제3문과 제2항 제2문은 사업자의 직업의 자유와 저작자의 재산권 사이에서의 비례관계에서 이탈한 것이라고 볼 수는 없다. 법 제32조는 사업자에게 모든 계약적 합의, 즉 가격과 조건의 결정에 대한 자유를 박탈한 것은 아니며, 도리어 자신의 우위적 지위를 남용하여 부적절하게 낮은 보상을 하지 않도록 하기 위한 것이다. 이는 계약자유에 대한 보편적인 제약이라기보다는 하나의 예외규정으로, 입법자가 전형적으로 존재하고 있는 당사자 간 협상력 불균형을 전제할 수 있는 영역에 대한 것이다. 더 나아가 저작권법은 저작자들과 공동의 보상규정을 합의할 수 있도록 하고 있으며(법 제36조), 여기서 정해진 보상에 대해서는 그 적정성을 다툴 수 없도록 한 점 등은 사업자의 이익을 고려한 것이다. 이것으로 사업자가 가지는 개인적 자유권에 대한 침해가 완전히 전보되는 것은 아니지만, 이는 입법자가 가지는 균형추구의 범위 내에 속하는 것이다.

청구인은 적정성에 관한 법원의 평가를 사업자도 청구할 수 있어야 한다고 주장하지만, 이 규정은 입법자가 저작자의 불리한 지위를 수정해 주기 위해 도입한 것이며, 이렇듯 일방에게만 어떠한 청구권을 주어도도록 하는 경우가 그렇게 드문 것 역시 아니다. 게다가 사업자의 이익은 법원에 의한 적정성 심사에 있어 당연히 고려될 수 있다.

또한 제132조 제3항 제3문에 따라 해당 규정은 개정법 시행 이전에 성립된 계약들에 대해서도 적용되는데, 이것이 곧 법치국가에서 요구되는 소급입법 금지에 대한 기본법 제20조 제3항에 대한 침해라고 볼 수 없다. 저작권법 제132조 제3항에 따르면, 제32조는 2001년 6월 1일에서 2002년 7월 1일(법시행일) 사이에 체결된 계약에 대해서도, 해당 권리가 2002년 7월 1일 이후에도 원용되는 한(다시 말해 저작물을 이용한 사업행위가 법시행 이후에도 계속된다면) 적용된다. 2001년 6월 1일은 법률안이 연방의회에서 연방참사원으로 넘어간 때이다.

해당 입법이 진정 소급입법인지에 대해서는 다를 필요가 없는데, 서적의 이용행위가 2003년에야 이루어졌기 때문이다. 부진정 소급입법에 대한 판단기준에 따르면, 저작권법 제132조 제3항 제3문은 법치국가에 요구되는 소급입법 금지를 위반한 것이 아니다. 직업수행에 관한 규정에 의한 불리한 소급입

법은 이 규정을 통해 이루고자 하는 입법적 목적에 의해 정당화될 수 있다. 또 부정적하게 낮은 보상에 대한 신뢰를 보호해주어야 하는지에 대해서는 의문이 생긴다. 또 이러한 소급입법은 규정의 효과가 먼 미래에나 나타나는 것을 방지하고, 기존 저작물과 신규정에 따라 이용되는 저작물 사이에 경쟁이 발생하지 않도록 한다.

(2) 재판에 관한 헌법소원

동 규정들을 적용한 연방대법원의 판결도 헌법적으로 헌법규범의 통제를 받는 영역 내에 있다. 우선 연방대법원은 위 두 판결에서 기본법 제3조 제1항에 의해 보호되는 권리들을 객관적으로 자의적인 법적용을 통해 침해하지 않았다. 통상 연방 헌법재판소는 민사법원에 대해 그들이 결과적으로 어떻게 판결해야 되는지에 대해 지침을 줄 수 없다. 헌법재판소에 의한 수정을 요하는 헌법에 대한 위반은 민사법원에 의한 해석에 오류가 있고, 이 오류가 관련된 기본권의 의미에 대한 근본적으로 잘못된 인식에 의한 것이고, 구체적 사례에서 실제적 의미 측면에서 중요성을 갖는 것일 때, 특히 양자의 법적 지위 사이에서 잘못된 교량이 이루어진 경우에 한정된다. 연방대법원은 헌법에 대한 위배 없이 페이지 수에 따른 번역대금과 이용허락의 허여에 대한 보상을 구별할 수 있다. 연방대법원에 의해 제시된 매상 중 일부를 귀속시키는 계산모델은 청구인이 주장하는 두 요소를 동시에 전체적으로 고려하도록 하는 모델과 마찬가지로 적용될 수 있다. 연방대법원은 페이지 수에 대한 번역대금이 전반적으로 도급계약에서의 도급금액이라는 성격을 갖는다는 점도 염두에 둔 것으로 보인다.

청구인은 하드커버 출판사로서 그룹형태의 출판사와의 관계에서 경쟁의 자유(기본법 제12조 제1항) 침해를 주장하고 있다. 저작권법 제32조가 청구인의 경쟁상황에 영향을 주는 것은 맞지만, 이는 현실적인 것이며 간접적인 것이고, 기본법 제12조 제1항의 보호범위에 속하지 않는다.

끝으로 연방대법원에 의한 허락되지 않은 범형성(Rechtsfortbildung)도 존재하지 않는다. 이는 법문에서 제시된 명백한 문언을 무시하고, 법에서 어떠한 호응(Widerhall)을 찾을 수 없으며, 입법자에 의해 명시적으로 혹은 묵시적으로 용인된 것이 아닌 해석을 한 경우에만 문제된다.²⁶³⁾ 입법자는 제32조

제1항 제3문과 제2항 제2문을 통해 법원에 공동의 보상규정(법 제36조)이 결여되어 있는 경우에는 개별 사안에서 적절한 보상을 탐지하도록 할 임무를 부여한 바 있다. 적정함(Angemessenheit)이라는 불확정 개념에서 흠을 제거하는 일은 법원의 책무에 속한다. 청구인은 아울러 법원이 법의 목적이나 의미를 벗어났다는 주장을 하지 않았다.

라. 결정의 의의 및 경과

“이유”에서 제시된 바와 같이, 위 결정은 사업자가 직업수행의 자유를 통해 향유하는 계약자유와 기본법상 재산권으로서 보호를 받는 저작권 사이의 법익형량과 비례성이 문제된 것이다. 규범조화적 해석원칙이라는 견지에서 헌법적으로 보호되는 계약자유란 자신의 우월적 지위를 통한 부당한 계약조건의 관철까지를 포괄하지 않으며, 재산권 보호와의 관계에서 계약을 수정할 수 있도록 하여 약자인 재산권자를 보호해주는 것은 정당화될 수 있다고 한다.

한편 재판소는 저작자의 재산권을 보호해 주기 위한 수단의 적합성에 대해서도 판단했는데, 목적달성을 위해 달리 원용할 수 있는 방법이 존재하지 않는 점을 들어 계약수정과 법원에 의한 적정보수의 판단이 정당화된다고 보았다. 전반적으로 저작권을 강하게 보호하려는 독일의 경향이 엿보이는 결정이라고 평가된다. 같은 맥락에서 동 결정의 “이유”에서는 저작권법의 정책적 지향인 관여의 원칙(Beteiligungsprinzip)이 제시되기도 하였다. 이는 저작자가 창작으로부터 나오는 경제적 과실에 가급적 광범위하게 관여해야 한다는 것으로, 이는 연방 헌법재판소에 의해서는 단지 부분적인 측면이 수긍된 바 있으나, 일반 민사법원에서는 상당한 영향을 주고 있는 것으로 보인다. 동 결정은 다분히 이 정책적 원칙에 부응한 판결로 여겨진다.

10. Metall auf Metall 사건²⁶⁴⁾

가. 사실관계

263) BVerfGE 128, 193 참조.

264) BVerfGE 142, 74.

전자음악 분야에서 활동하던 Kraftwerk은 1977년 Trans Europa Express 라는 앨범에 수록되어 있는 곡들 중 하나로 “Metall auf Metall”이라는 곡을 발표했다. 헌법소원의 대상이 된 민사재판의 원고는 이 곡을 연주한 것은 물론이고, 이 곡에 대한 음반제작자로서의 지위도 가지고 있다.

헌법소원은 제3자의 음반 중 일부를 이른바 샘플링이라는 기법으로 자신의 음악에 사용한 창작자가 음반제작자가 가지는 저작권접권에도 불구하고, 예술의 자유를 주장할 수 있는지에 관한 것이다. 청구인은 Kraftwerk이라는 그룹의 “Metall auf Metall”이라는 곡 중 2초 길이의 리듬 시퀀스를 따와서 “Nur mir”라는 두 가지 버전의 곡에 사용한 것이 음반제작자의 저작권접권을 침해했고, 이는 자유이용(freie Benutzung)에 의해 정당화되지 않는다는 법원의 확인에 대해 문제제기를 한 것이다. 앞선 민사소송절차에서 원고는 Kraftwerk이라는 뮤지션 그룹을 결성한 2인이었는데, 제1 청구인은 음악제작 회사이고, 제2 청구인은 아티스트, 작곡가 겸 음악제작자이며, 제3 청구인은 작곡가 겸 음악제작자이다. 제4 청구인은 아티스트이다. 제5부터 제12 청구인은 작곡가, 음악제작자, 아티스트 등 대중음악 영역에서 활동하는 예술가들이다. 이들은 제1부터 제4 청구인과는 달리 위 “Nur mir”라는 곡과 관련되어 있지 않고, 앞선 소송에도 참가하지 않은 당사자들이다. 제1 청구인에 의해 제작된 Die neue S-Klasse라는 앨범에는 제2 및 제3 청구인이 작곡하고, 제4 청구인이 실현한 “Nur mir”라는 힙합 장르의 곡에 대한 두 버전, 즉 Original Album Mix와 Original Radio Edit이 수록되어 있다. 제2 및 제3 청구인은 “Metall auf Metall”의 음원 중 2초 길이의 리듬 시퀀스를 따서 “Nur mir”에서 - 약 5퍼센트 정도 느리게 하여- 반복적 리듬으로 사용했다(이른바 loop 기법).

원고는 제1부터 제3 청구인까지를 피고로 하는 민사소송을 제기했는데, 이때 여러 청구원인 중 하나로 해당 녹음물에 대한 음반제작자로서의 권리 역시 포함될 바 있다.

함부르크 지방법원은 과태료 명령과 함께 두 버전의 “Nur mir”에 대한 침해예방 등을 명하는 원고승소 취지의 판결을 하였고,²⁶⁵⁾ 함부르크 고등법원은 제1부터 제3 청구인이 제기한 항소를 기각하는 취지의 판결을 내렸다.²⁶⁶⁾ 연

265) LG Hamburg, Urt. v. 8.10.2004 - 308 O 90/99, BeckRS 2013, 07726.

266) OLG Hamburg, GRUR-RR 2007, 3 - Metall auf Metall I.

방대법원은 함부르크 고등법원의 판결을 파기하여 다시 함부르크 고등법원에서 심리하도록 환송한다.²⁶⁷⁾ 환송심에 함부르크 고등법원은 제1부터 제3 청구인이 다시금 제기한 항소를 기각하였는데, 그 이유는 저작권법 제24조에 의한 자유이용이 음반제작자의 권리에 대해서는 적용되지 않는다고 보았기 때문이다.²⁶⁸⁾ 제1부터 제3 청구인은 다시 상고를 제기했고, 마침내 연방대법원은 원심과 마찬가지로 취지로 상고를 기각하게 된다.²⁶⁹⁾

청구인들은 독일 기본법 제5조 제3항 제1문에서 정한 예술의 자유와 제3조 제1문에서 정한 비차별원칙의 침해를 주장하고 있다.

나. 관련 규정

[번역문]

저작권법 제24조 자유이용

(1) 타인의 저작물의 자유이용에 의해 창작된 독자적인 저작물은 이용된 저작물 저작자의 동의 없이도 공표되고 이용될 수 있다.

(2) 제1항은 어떠한 선율이 음악저작물로부터 새로운 저작물의 기초가 된다고 인식되는 경우에는 당해 음악저작물의 이용에 적용되지 않는다.

저작권법 제85조 이용권

(1) 음반제작자는 음반을 복제, 배포 및 공중이용가능화하는 것에 관하여 배타적 권리를 가진다. 음반이 사업장에서 제작된 때에는 사업주를 제작자로 본다. 이 권리는 음반의 복제를 통하여 발생하는 것은 아니다.

(2) 동 권리는 양도될 수 있다. 음반제작자는 자신에게 유보된 이용방법 중 개별적으로 또는 전체적으로 타인에게 음반을 이용하도록 하는 권리를 부여할 수 있다. 제31조 그리고 제33조 및 제38조가 준용된다.

(3) 동 권리는 음반의 발행 후 50년이 경과되면 소멸한다. 음반의 제작 후 50년 이내에 발행되지 않았으나 허락에 따라 공연을 위해 이용된다면, 동 권리는 공연 후 50년이 경과되면 소멸한다. 음반이 위 기간 안에 발행되지 않거

267) BGH, GRUR 2009, 403 - Metall auf Metall.

268) OLG Hamburg, GRUR-RR 2011, 396 - Metall auf Metall II.

269) BGH, GRUR 2013, 614 - Metall auf Metall II.

나, 허락에 따라 공연되지 않으면, 위 권리는 음반의 제작 후 50년이 경과되면 소멸한다. 기간은 제69조에 따라 기산된다.

(4) 제10조 제1항, 제27조 제2항, 3항 및 제1부 제6절의 규정이 준용된다.

[원문]

UrhG § 24 Freie Benutzung

(1) Ein selbständiges Werk, das in freier Benutzung des Werkes eines anderen geschaffen worden ist, darf ohne Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes veröffentlicht und verwertet werden.

(2) Absatz 1 gilt nicht für die Benutzung eines Werkes der Musik, durch welche eine Melodie erkennbar dem Werk entnommen und einem neuen Werk zugrunde gelegt wird.

UrhG § 85 Verwertungsrechte

(1) Der Hersteller eines Tonträgers hat das ausschließliche Recht, den Tonträger zu vervielfältigen, zu verbreiten und öffentlich zugänglich zu machen. Ist der Tonträger in einem Unternehmen hergestellt worden, so gilt der Inhaber des Unternehmens als Hersteller. Das Recht entsteht nicht durch Vervielfältigung eines Tonträgers.

(2) Das Recht ist übertragbar. Der Tonträgerhersteller kann einem anderen das Recht einräumen, den Tonträger auf einzelne oder alle der ihm vorbehaltenen Nutzungsarten zu nutzen. § 31 und die §§ 33 und 38 gelten entsprechend.

(3) Das Recht erlischt 70 Jahre nach dem Erscheinen des Tonträgers. Ist der Tonträger innerhalb von 50 Jahren nach der Herstellung nicht erschienen, aber erlaubterweise zur öffentlichen Wiedergabe benutzt worden, so erlischt das Recht 70 Jahre nach dieser. Ist der Tonträger innerhalb dieser Frist nicht erschienen oder erlaubterweise zur öffentlichen Wiedergabe benutzt worden, so erlischt das Recht 50 Jahre nach der Herstellung des Tonträgers. Die Frist ist nach § 69 zu berechnen.

(4) § 10 Abs. 1 und § 27 Abs. 2 und 3 sowie die Vorschriften des Teils

1 Abschnitt 6 gelten entsprechend.

저작권은 저작물을 창작한 사람에게 주어지는 권리이므로 그 권리는 창작적인 것에 대해서만 미친다. 어떠한 작품 중 창작적인 것과 그렇지 않은 부분(가령 역사적 사실, 역사적 인물, 전형적인 배경묘사 등)이 있다고 본다면, 저작권에 의한 보호는 전자에만 미치게 된다. 따라서 창작적이지 않은 부분만을 가져다가 다른 작품에 사용한다고 하더라도 이는 저작자의 복제권이나 개작권(우리 저작권법상으로는 2차적저작물 작성권²⁷⁰⁾) 침해가 되지 않는다. 독일 저작권법 제24조는 이보다 더 나아가 비록 창작적인 부분을 가져다가 쓰는 경우라도 이용된 저작물이 새 저작물 속에서 충분히 탈색된 경우라면, 원작자의 허락 없이도 이용할 수 있다고 정한다. 이는 창작물이 기존 저작물 중 창작성 있는 부분을 포함하고 있는지에 대해서는 문제삼지 않고, 새로운 저작물에서 이전 저작물의 흔적을 얼마나 찾을 수 있는지의 문제로 침해여부를 결정하고자 하는 태도에서 비롯된 것이다. 새로운 창작이 기존 저작물 위에서 이루어질 수밖에 없다는 점을 고려한 것이라고 할 수 있다.

저작인접권에 의해 보호되는 음반에 있어서도 복제권이 인정되는데, 음반에 대해 음반제작자에게 인정되는 보호는 창작적인 표현에 근거를 둔 것이 아니다. 저작권법상 음반제작자는 음반에 최초로 음을 고정한 자인데, 어떠한 음을 고정했는지 묻지 않고, 보호를 부여하고 있다. 음반제작자는 제85조 제4항에 따라 복제권을 갖는데, 음반의 복제가 무엇을 의미하는지 문제된다. 음반 전체 혹은 그곳에 수록되어 있는 곡(음원) 하나를 복제하는 경우가 복제가 된다고 볼 수도 있지만, 헌법소원의 대상이 된 연방대법원의 판결에서는 단 2초의 가져다 쓴 것 역시 복제에 해당한다고 보았다.

저작물에 대해서는 아무리 창작성 있는 부분을 가져다 썼더라도 위에서 본 법 제24조에 따라 자유이용이 인정될 수 있는데, 법체계상 이는 저작인접권에는 적용되지 않는 것처럼 보인다. 법 제24조에는 명시적으로 “저작물(We가)”만을 지칭하고 있고, 음반제작자의 권리에 관한 법 제85조 역시 제24조를 준용하고 있지 않기 때문이다.

연방대법원은 이러한 상황에서 기존 음반에서 단 2초 정도의 리듬 시퀀스

270) 우리 저작권법 제22조 참조.

를 가져온 것만으로도 음반제작자의 복제권 침해가 되며, 제24조를 원용하여 이 리듬을 다른 저작물에 사용한 행위를 정당화할 수 없다고 보았다.

다. 이유

제2 및 제3 청구인과 마찬가지로 제1 청구인, 즉 음반제작회사 역시 헌법소원을 제기할 적격성을 가진다. 예술가와 대중이 공개되는 매체를 통해 매개되는 경우에는 이러한 매개자의 역할을 하는 사람들의 행위까지 예술의 자유에 의해 포섭될 수 있다. 이러한 전달자 역할은 사법상 법인에 의해 수행될 수 있으므로, 기본법 제19조 제3항에 따라 법인인 제1 청구인에 대해서도 예술의 자유가 인정되고, 법인은 동 기본권의 침해를 주장할 수 있다. 그러나 제1부터 제3 청구인이 제기한 비차별원칙에 대한 침해는 인정되지 않는데, 이들은 저작자에 비해 음반제작자가 더 유리한 취급을 받고 있다고 주장한 바 있다. 하지만 문제의 판결들은 청구인들의 저작자로서의 지위에서의 평등을 해하지는 않았다.

제4 청구인은 보충성 원칙에 따라 법원에 의한 구제를 구할 수 있으므로 직접 헌법소원을 제기할 수 없으며, 제5에서 제12 청구인은 그들의 기본권이 동 판결로 직접 영향을 받지 않았고, 단지 반사적 효과로 영향을 받는 경우이므로 헌법소원을 제기할 적격을 결여한 것이다. 재판에 대한 헌법소원을 제기하기 위해서는 주문에 해당 당사자에 대한 것이라는 점이 드러나야 하며, 단지 판결/결정 이유에서 언급된 것만으로 충분하지 않다.

저작권법 제85조 제1항 제1문 및 제24조 제1항 자체는 물론 합헌적인 것이다. 이 규정들은 법원으로 하여금 동 규정의 해석과 샘플링 사안에 대한 적용에 있어, 예술의 자유에 의해 보장되는 기존 음반을 가지고 예술적인 상호작용을 할 권리와 기본법 제14조 제1항 제1문의 재산권에 의해 보호되는 음반제작자의 권리 사이에서 비례성에 입각한 균형을 만들어내는 데 충분한 재량권을 부여하고 있다. 하지만 문제된 법원판결들은 이것을 충분한 정도로 고려하지 않았고, 결국 예술의 자유에 대해 필요한 고려를 하지 않았다.

우선 저작권법 제85조 제1항 제1문의 음반제작자 권리와 제24조 제1항의 자유이용의 권리는 예술의 자유에 관한 기본법 제5조 제3항 제1문과 재산권 보호에 관한 제14조 제1항에 합치된다. 이들은 음반제작자가 자신의 지적 소

유물에 대해 가지는 권리를 보호하는 한편, 음반을 이용함에 있어 예술적 활동을 하는 것 역시 보장한다. 즉, 이들 규정은 음반제작자의 재산적 권리와 음반 이용자가 향유하는 예술의 자유를 함께 보호하고 있는 것이다. 예술의 자유에는 예술적 활동과 관련된 예술창작의 자유와 그 결과인 예술작품의 공개와 관련된 예술표현의 자유가 포함된다. 만약 음반제작자에게 그가 제작한 음반의 복제 및 배포와 관하여 보호권리가 귀속되는 경우, 그래서 제3자가 그 음반에 기초하여 어떠한 창작활동을 하기 위해서는 저작권법 규정, 그 중에서도 제24조에 따라야 한다면, 이는 음악창작자가 향유하는 예술의 자유를 침해할 수 있다. 다른 한편으로 권리자의 허락 없이 음반을 이용할 수 있도록 하는 것은 재산권에 대한 침해가 될 수 있다. 저작권과 이웃한 권리로서 저작인접권을 부여하고, 그 범위와 한계를 정하는 것은 사법의 규정으로 상반된 이해관계에 대한 균형에 기여하는 것이다. 이는 국가에 의해 행해진 사인의 자유행사에 대한 일반적 침해가 아니라, 한 사람의 자유를 다른 사람의 자유에 부합하도록 만드는 것이다. 충돌하는 기본권적 지위들은 그들의 상호작용에 따라 파악되어야 하고, 기본권들이 당사자들에게 가급적 효력을 미칠 수 있도록 실제적 부합성(praktische Konkordanz)의 원칙에 따라 균형에 이르도록 해야 한다.

따라서 개별적 기본권에 대한 비례성 심사와 형량이 아니라, 동등한 지위를 가지는 기본권 주체 사이의 균형이 모색되어야 한다. 만약 입법자가 법원으로 하여금 개별 사안에서의 균형추구를 위임하고자 한다면, 법원이 해당 규정에 근거하여 충돌하는 법익 사이에서 헌법에 상응하는 귀속에 도달하도록 할 가능성을 가지도록 한 것만으로 충분한 것이 된다. 법규정에 의한 기본권 침해는 일방의 기본권이 불리하게 취급된 나머지, 더 이상 적합한 균형상태가 유지되지 않는다고 여겨지는 경우에 발생한다. 기본법에 의해 보호되는 저작인접권의 핵심은 자기책임하에서 제3자를 배제하면서 자신의 권리를 처분할 자유라고 할 수 있다. 입법자는 내용형성을 통해 권리의 성격과 사회적 의미에 부합하는 유익과 이용을 보장하는 적합한 기준을 만들어야 한다. 처분권의 제한과 이용권의 제한은 그 성격이 다른데, 전자는 공공이익적 근거에 의해 더욱 쉽게 정당화될 수 있다. 그렇다 하더라도 입법자가 여하한 이유로 처분권을 제한하는 것이 허락된다는 것은 아니다. 이용이 이미 이루어진 이후에는 협상에서의 지위가 약화된다. 보상청구권은 어디까지나 대응품으로서의 의미

만을 가질 뿐이다. 그렇다고 하더라도, 입법자는 내용과 제한 형성에 있어 넓은 재량권을 가지며, 그는 오로지 득실을 따져 보아 적정한 보상이 주어지도록 보장해주면 된다. 재산권과 함께, 입법자는 예술의 자유에 대해서도 충분한 고려를 해야 하며, 특히 권리자의 처분권은 침해의 방지 및 예방을 청구할 수 있다는 점에서 예술작품이 법원에 의해 금지될 수 있는 결과를 초래할 수 있다. 재판의 대상이 된 저작권법 제24조와 제85조는 법원에 의해 기본권의 헌법부합적 귀속을 달성하도록 하는 충분한 재량권을 부여하고 있다. 음반제작자에게 보호권리를 부여한 것 자체가 예술의 자유에 대한 고려를 배제하는 것은 아니며, 예술의 자유에 관한 객관적 결정은 보호권리의 범위와 내용에 관한 해석과 적용에 있어 고려될 수 있다. 예술의 자유는 저작권법 제24조를 제85조상 권리의 해석과 적용에도 원용할 수 있도록 함으로써 보호될 수 있다.

이렇게 하는 것만으로 음반제작자의 재산권이 침해되었다고 볼 수는 없는 데, 단 몇 초의 시퀀스에 대한 샘플링으로 급부에 대한 정당한 보상이 더 이상 이루어지지 않는다고 볼 수는 없다. 자유이용을 허락하면서 보상의무를 규정하지 않은 것은 입법자의 형성재량에 속하는 문제이다.

법원은 법문에서 표현된 이익형량을 실현하는 한편, 비례성이 결여되어 있는 기본권 제한을 방지해야 한다. 여러 해석의 여지가 있는 경우, 헌법합치적인 방법이 선택되어야 하며, 실제적 부합성에 따라 각 기본권이 최대한 보장되어야 한다. 이러한 해석은 비단 일반규정에 대해서만 적용되는 것이 아니라, 해석될 수 있고 해석이 필요한 모든 규정에 대해 요구된다. 다만, 연방 헌법재판소가 재판소의 해석에 대해 문제제기를 하는 기준선은, 법원이 기본권의 범위에 대해, 특히 잘못된 형량으로 그렇게 되었는지에 의해 결정된다.

예술의 자유에 따라 기존 저작물 혹은 음반을 이용하여 예술창작을 할 권리는, 그것이 재산권적 이용권의 행사가능성을 경미하게만 제약하는 경우에 예술적 이용을 위해 저작자의 이용이익이 후퇴되어야 행사할 수 있다. 청구인은 법원의 판결에 의해 침해된 예술의 자유를 주장할 수 있다.

음반제작자 권리에 대한 침해를 긍정하는 것 자체가 곧 예술의 자유에 대한 침해를 구성하지는 않으며, 예술의 자유와 재산권 중 하나가 다른 하나에 대해 절대적 우위를 갖는다는 것도 헌법상 인정되지 않는다. 저작권법 제24조를 유추적용하여 예술의 자유에 대한 침해를 정당화할 수 있다고 인정하는

것은 발전적 법발견의 경계를 넘어서는 것이 아니다. 그러나 법원은 저작권법 제85조를 해석함에 있어 예술의 자유를 고려해야 하는데, 동 사안에서는 재산권보다 예술의 자유에 대한 침해가 더욱 과중한 것으로 보인다. 기존 음반을 이용한 샘플링은 기존 작품에 대한 비판적 논쟁을 하는 창작물과 동일하게 예술의 자유에 의한 보호를 향유해야 한다. 만약 샘플링이 불가능하다면, 음악창작자는 원곡의 권리자로부터 라이선스를 구하거나 해당 리듬 시퀀스를 본인이 직접 연주해야 하는데, 이는 예술창작에 대한 제약인 동시에 문화발전을 억제한다. 연방대법원은 예술의 자유를 검토하는 과정에서 이 부분을 간과했다. 샘플링은 미술에서의 콜라주와 같이 힙합의 스타일을 구성하는 하나의 요소가 된다.

이에 반해 해당 샘플링으로 인해 “Metall auf Metall”과 이 곡이 수록된 앨범으로부터 나오는 경제적 이익이 감소할 것이라고 볼 수 없다. 애초에 음반 제작자에게 권리를 부여한 것은 음반에 대한 해적행위로부터 보호해주기 위한 것이지, 샘플링으로부터 보호를 향유토록 하기 위한 것은 아니다. 따라서 음반의 극소한 부분을 이용한 것까지를 금지할 수 있도록 하는 것은 헌법적으로 허락되지 않는다. 또 권리자의 경제적 손실은 샘플링을 이용한 음반이 얻게 된 경제적 이익에 의해 근거할 수 없다. 또 만약 원곡의 저작자가 샘플링을 금지하고, 이로써 새 곡이 발표되지 못하도록 하고자 했다면, 이는 그가 향유하는 예술의 자유라는 측면에서 중요한 의미를 갖지 않는다.

결국 경제적으로 심각한 손실이 없는 음반제작자 권리에 대한 경미한 침해가 예술의 자유에 대한 심각한 침해와 대립하게 된 것이다. 연방대법원의 판결과 항소심 판결은 과기되어야 하며, 연방대법원에 의해 다시 심리되어야 한다. 연방대법원은 저작권법 제24조의 해석에 있어 예술의 자유를 충분히 고려해야 한다. 또 법 제85조를 제한적으로 해석하는 등의 방법으로도 헌법합치적 해석을 할 수 있다. 인용에 관한 저작권법 제51조를 인용하는 것도 상정해볼 수 있다.

라. 결정의 의의 및 경과

샘플링이라는 기법은 힙합 장르를 비롯하여 음악창작 전반에서 유행하고 있는 기법이다. 기존 음악의 멜로디 중 일부 혹은 리듬 중 일부를 반복적으로

사용하여 새로운 곡의 배경으로 활용하는 것이 전형적인 샘플링이라고 할 수 있다.

연방 헌법재판소는 이러한 샘플링이 예술의 자유에 의해 보호되는 예술창작에 해당하며, 샘플링된 곡이 이용되는 것이 금지된다면 곧 예술표현의 자유가 침해된다고 보았다. 결국 음반제작자가 가지는 기본법상 재산권과 예술의 자유 사이의 교량 문제가 동 헌법소원의 핵심이 되었다.

앞서 본 Übersetzerhonorare 사건 결정에서와 마찬가지로 실제적 부합성이라는 견지에서 비례성원칙이 강조되고 있다. 특히 재산권에 대한 침해가 미미한 때, 동 사안에서처럼 음반제작자의 권리침해가 미미한 때는 예술의 자유를 광범위하게 보호해주어야 한다는 결론에 이르고 있다. 판단과정에서 음반제작자가 향유하는 권리가 저작권보다는 낮은 보호가치만을 지니는 투자보호를 위한 것이라는 점 역시 고려된 것으로 보이며, 예술의 자유에 대한 판단에 있어서도 기존 음악의 사용에 대한 불가피성 등을 요구하지 않았다.

이 사안은 연방대법원으로 환송되었는데, 연방대법원은 EU법과의 관련성을 이유로 EU사법재판소에 선결적 평결을 부탁한 바 있고, 유럽사법재판소는 2019년 7월 29일의 판결을 통해 음반 중 극소한 분량만을 가져다 쓰더라도 음반제작자의 복제권을 침해한 것은 맞지만, 이용된 음반이 변경되어 이용되고, 새 곡에서 인식되지 않는다면, 복제에 해당하지 않는다고 보았다.²⁷¹⁾ EU 사법재판소 역시 음반제작자의 권리와 예술의 자유 사이의 교량을 시도했으며, 위와 같은 조건이 충족되는 경우에 제한적으로 샘플링이 허락될 수 있다는 결론에 이르게 된 것으로 보인다. 다만, 동 선결적 부탁 사건에서 EU사법재판소는 자유이용의 항변이 샘플링에 대해 허락되지는 않을 것이라고 보았고, 더 나아가 인용은 기존 저작물이 인식 가능한 경우에만 인정될 수 있을 것이라고 보았다. 재판소는 결국 예술의 자유와 관련된 경우에 있어서만 음반복제의 범위를 좁게 볼 수 있다는 점을 밝혔다. 이와 같은 평결에 근거하여 연방대법원이 어떠한 결정을 내릴지 주목되며, 이렇게 나온 연방대법원 판결에 대해 또 다시 헌법소원이 제기될 가능성이 없지 않다.

271) CJEU, Case C-476/17, Pelham GmbH et al. v. Ralf Hütter et al.

제3절 그 밖의 국가

I. 관련 헌법 규정과 그 해석론

1. 관련 헌법 규정²⁷²⁾

일본 메이지(明治)헌법 제27조는 “일본 신민은 그의 소유권을 침해받지 않으며, 공익을 위하여 필요한 처분은 법률이 정하는 바에 따른다.”고 규정하고 있었다. 그 후 현행 일본 헌법은 제29조 제1항에서 “재산권은 이를 침해해서는 아니된다.”고 규정하고, 제2항에서 “재산권의 내용은 공공의 복지에 적합하도록 법률로 이를 정한다.”고 규정하고 있다.

프랑스 헌법은 재산권이나 지적재산권에 관하여 명시적인 보호 규정이 없다. 다만 제5장에서 의회와 행정부의 관계를 규정하며 재산권에 관한 사항의 기본 원칙을 법률에서 정하도록 규정하고 있을 뿐이다. 그러나 프랑스 헌법재판소는 현행 1958년 헌법은 전문²⁷³⁾을 통하여 1789년 인간과 시민의 권리 선언(Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen du 26 août 1789)에서 규정하고 있는 인권을 기본권으로 편입하였다고 해석하며 재산권은 그러한 기본권 중 하나라고 이해하고 있다.²⁷⁴⁾²⁷⁵⁾

브라질 헌법(Constitution of Brazil)은 다음과 같이 지적재산권에 관한 규정을 두고 있다. “제5조 모든 인간은 어떠한 차별도 받지 않고 법 앞에 평등하다. 브라질국민과 브라질에 거주하는 외국인은 아래의 조항에 나열된 생명, 자유, 평등, 안전, 재산에 관한 권리의 불가침성이 보장된다. …(제1항부터 제26항 중략)… 제27항 작가에게는 작품을 사용, 출판, 복제할 수 있는 배타적 권리가 있으며, 이 권리는 법이 그 권리를 보장하는 기간 동안 상속인에게 이

272) 정필운, “지적재산의 보호와 이용에 관한 헌법학적 연구”, 287면.

273) “프랑스 국민은 1789년 인간과 시민의 권리선언에서 규정되고 1946년 헌법 전문에서 확인·보완된 인권과 국민주권의 원리, 그리고 2004년 환경헌장에 규정된 권리와 의무를 준수할 것을 엄숙히 선언한다.”

274) Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982. 이른바 제1차 국유화 결정.

275) 이상 한동훈, “프랑스 헌법상 재산권”, 「공법연구」 제43권 제1호, 2014, 213-236쪽.

를 양도할 수 있다. 제28항 법이 보장하는 기간 동안, 집단작품에 개인이 참여하는 것이 보호되고 인간의 이미지, 목소리, 스포츠 활동을 포함하는 재생산이 보호되며, 작가, 번역가, 그들이 창조하거나 참여하여 생산한 작품의 경제적 이용을 감시할 조합과 결사의 권리를 보장한다. 제29항 산업적 발명가는 법률로 그 이용에 관한 일시적 특허권(temporary privilege)을 부여한다. 사회적 이익과 기술적·경제적 진보를 보여주는 산업적 창작물, 상호, 상표 등도 법률로 보호한다.”²⁷⁶⁾

그 밖에 헌법상 지적재산권의 보장에 관하여 별도의 규정을 둔 입법례로는 구소비에트연방공화국 헌법 제47조, 구동독 헌법 제11조 등이 있다.²⁷⁷⁾

2. 해석론

일본에서도 재산권의 보장은 주관적인 측면에서는 개인이 갖는 구체적인 재산상의 권리를 보장하는 것이지만, 객관적인 측면에서는 추상적인 제도, 즉 사유재산제를 보장하는 것이라고 이해하고 있다. 이러한 재산권은 소유권이나

276) 원문: Article 5. All persons are equal before the law, without any distinction whatsoever, Brazilians and foreigners residing in the country being ensured of inviolability of the right to life, to liberty, to equality, to security and to property, on the following terms:

XXVII - the exclusive right of use, publication or reproduction of works rests upon their authors and is transmissible to their heirs for the time the law shall establish;

XXVIII - under the terms of the law, the following are ensured:

a) protection of individual participation in collective works and of reproduction of the human image and voice, sports activities included;

b) the right to authors, interpreters and respective unions and associations to monitor the economic exploitation of the works which they create or in which they participate;

XXIX - the law shall ensure the authors of industrial inventions of a temporary privilege for their use, as well as protection of industrial creations, property of trademarks, names of companies and other distinctive signs, viewing the social interest and the technological and economic development of the country;

(<http://www.v-brazil.com/government/laws/titleII.html>, 2007.11.19 방문)

277) 이에 관해서는 육종수, 앞의 글, 140면 참고.

그 밖의 물권, 채권 외에 특허권, 저작권 등의 지적재산권, 광업권, 어업권 등의 특별법에 의한 권리나 일정한 영업상의 이익까지 포함한다. 따라서 일본에서 지적재산권을 보장하는 헌법적 근거는 헌법 제29조 재산권 규정이라는 것이 일반적 견해이다.²⁷⁸⁾

프랑스 헌법재판소도 저작권과 상표권을 헌법에서 보호하는 재산권의 내용 중 하나로 인정하고 있다.²⁷⁹⁾

II. 관련 판례

1. 일본

일본은 법원에서 지적재산권법 위헌이 문제된 경우가 아직 없는 것으로 조사되었다.

2. 프랑스

프랑스는 지난 2009년 인터넷에서 지적재산이 불법으로 사용되는 것을 막고 새로운 저작물이 합법적인 시장에서 유통될 수 있도록 하기 위하여 인터넷을 사용하는 자가 저작자의 권리를 침해하면 형사 처벌을 위한 절차와 별

278) 樋口陽一 外, 『注釋 日本國 憲法 上』, 青林書院, 1984, 제29조 부분(中村陸男 집필부분); 栗城壽夫, “憲法と財産權”, 『公法研究』, 第51号, 1989, 63面 이하; 山下健次·畑中和夫 編, 『憲法入門』, 法律文化社, 1996, 111面(中島茂樹 집필부분) 이하. 이상 박성호, “지적재산권에 관한 헌법 제22조 제2항의 의미와 내용”, 법학논총(제24권 제1호), 한양대학교 법학연구소, 2007, 98면에서 재인용; 加戸守行, 『著作権法逐條講義』, 社団法人著作権情報センター, 2006, 11-12面, 89面. 이상 정필운, “지적재산의 보호와 이용에 관한 헌법학적 연구”, 287면.

279) 저작권에 관해서는 Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006; Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009. 상표권에 관해서는 Décision n° 90-283 DC du 08 janvier 1991; Décision n° 91-303 DC du 15 janvier 1992 참고. 이상 한동훈, 앞의 글, 224쪽에서 재인용. 이와 같은 헌법재판소의 결정에 대해서 일부 학자들은 헌법의 재산권의 보호를 받기 위한 재산은 물질적인 매체가 요구되므로 지적재산권을 이에 포섭하는 것으로 해석하는 것에 비판적인 견해를 가지고 있다. 한동훈, 앞의 글, 224쪽.

도로 행정벌을 부과하는 것 등을 내용으로 하는 ‘인터넷상 창조적 저작물의 보급 활성화 및 보호를 위한 법’을 입법하였다. 이 법에 따르면 국참사원의 부의장이 임명하는 국참사원최고위원 등으로 구성하는 특별위원회와 그 중 일부가 참여하는 소위원회를 구성하도록 하고, 이 특별위원회의 소위원회로 하여금 인터넷서비스제공자가 저작권법을 위반하면 1차로 이메일을 통하여 경고를 하고, 이후에도 위반행위가 계속되면 1차 경고장 송부 후 6개월 이내에 등기우편으로 2차 경고를 하도록 하고 있다. 그리고 이후에도 위반행위가 계속되면 2월부터 1년간 모든 인터넷서비스제공자가 제공하는 일체의 서비스 접속을 제한하는 처분을 할 수 있는 권한을 부여하였다.

이에 대하여 프랑스 헌법위원회는 사법기관이 아닌 특별위원회가 일정한 위반행위를 한 이용자에게 인터넷 접속 제한 조치를 하도록 하는 것은 범죄행위와 처벌규정의 적법성 원칙에 위반하기 때문에 위헌이라고 결정하였다.²⁸⁰⁾

이것을 우리 헌법이론에 따라 이해하면 적법절차원리를 위반하므로 위헌이라고 이해하는 것이 타당하다. 한편, 프랑스 헌법위원회는 이 결정에서 (국내에서 이 결정을 이해하는 일부 견해와 달리) 그 자체가 권력분립원리에 위반하는 것은 아니라고 판단하였다.²⁸¹⁾²⁸²⁾

제4절 소결

이상의 논의를 정리하면 다음과 같다.

앞서 살펴본 것처럼 지적재산권의 보장에 대하여 미국, 브라질과 같이 헌법에 명시하고 있는 국가도 있지만, 독일, 일본과 같이 많은 국가는 지적재산권의 보장에 대한 명시적 규정을 헌법에 규정하고 있지 않다.

헌법상에 지적재산권의 보장에 관한 규정을 명시하고 있는 국가는 미국과

280) <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision//2009/decisions-par-date/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html> 특히 결정문 14, 15, 16번 논거 참고.

281) 결정문 14번 참고.

282) 이상 이 결정문은 정필운, 2009년 12월 30일 저작권위원회 자문회의 자문 의견서 참고.

브라질을 들 수 있다. 미국은 헌법 제1조 제8항 제8호 상의 규정에 따라 지적 재산권에 관하여 일정한 제한을 두어 의회에 위임을 하여 연방의회가 저작권 법 및 특허법을 제정할 수 있는 권한을 부여하여 지적재산권을 보장하고 있으며, 브라질은 헌법 제5조 제27항에서 저작권자의 권리와 보장기간 동안 상속권을 인정하고 있으며, 제28항에서는 저작권을 법에서 보장하는 기간 동안 저작물의 재생산 및 경제적 이용을 감시할 조합과 결사의 권리를 보장하고, 제29항에서는 산업적 발명가에 대하여 그 이용에 관한 일시적 특허권의 부여와 사회적 이익과 기술적·경제적 진보를 보여주는 산업적 창작물, 상호, 상표 등을 법률로 보호함으로써 지적재산권을 법률로써 보호한다는 내용의 규정을 헌법에 명시하고 있다.

이와 같이 지적재산권에 관하여 헌법에 명시적 규정을 둔 국가에서는 각기 자국의 헌법 규정의 태도와 표현에 따라 헌법해석론을 전개하고 있다.

반면 헌법상에 지적재산권의 보장에 대한 규정을 명시하지 않는 국가에서는 재산권과 인격권의 해석론을 통하여 지적재산권을 보호하고 있다. 독일에서는 지적재산권을 보장하는 헌법적 근거를 기본법 제14조의 재산권 규정에서 찾고 저작자의 인격권의 보호에 대한 헌법적 근거는 제1조라는 해석론이 학계의 일반적인 견해이고, 연방 헌법재판소가 이를 확인하고 있다. 일본의 경우에는 지적재산권을 보장하는 헌법적 근거를 헌법 제29조 재산권 규정이라는 것이 일반적 견해이다. 따라서 헌법상 지적재산권의 보장에 대한 규정이 없다고 해서 헌법상 보호가 부정되는 것이 아니라 해석론을 통하여 지적재산권의 보장에 대한 근거를 찾을 수 있으며, 이를 통하여 당해 헌법의 범위 내에서 지적재산권을 보호하고 있다.

제3장 헌법 제22조 제2항과 제23조의 해석론

제1절 제22조 제2항의 헌법사적 고찰

I. 현행 헌법 제22조 제2항의 도입과 변천사²⁸³⁾

우리 제헌헌법은 제14조에서 “모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다. 저작자, 발명가와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.”고 규정하였다. 이후 이 규정이 유지되다가 1962년 개정헌법 제19조에서 전문과 후문을 나누어 제19조 제1항에서 “모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다.”고 규정하고, 제2항에서는 후문을 별도의 항으로 독립하여 “저작자·발명가와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.”고 규정하였다. 현행헌법인 1987년 개정헌법에서는 ‘과학기술자’라는 문구를 추가하여, 제22조 제1항에서 “모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다.”고 규정하고, 제2항에서 “저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.”고 규정하고 있다.

1987년 헌법에서 ‘과학기술자’라는 문구를 추가한 것은, 이 규정이 저작권과 특허권의 헌법상 근거조항에 그치지 않고 좀 더 넓은 범위의 지적재산권을 포괄하는 헌법상 근거조항으로서 기능할 수 있도록 하였다는 점에서 의미를 찾을 수 있다.

요약하면 우리 헌법 제22조 제2항은 1948년의 제헌헌법부터 학문과 예술의 자유 규정과 같은 조문 안에서 항상 헌법 속에 존재하여 왔다. 이러한 점에 비추어 우리 헌법은 창작자의 보호의 중요성을 깊이 인식하고 있었다고 평가된다.²⁸⁴⁾

II. 헌법 제정 과정에서 논의와 그에 대한 평가²⁸⁵⁾

283) 정필운, “헌법 제22조 제2항 연구”, 192-193면 전제.

284) 육종수, “헌법상 무체재산권의 보장”, 142면.

285) 이규홍·정필운, 앞의 글, 88-90면 일부 수정.

헌법기초위원회에서 확정하여 제헌국회에 보고한 헌법안에는 “모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다. 저작자, 발명가와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.”고 규정되어 있었다.²⁸⁶⁾ 그리고 이 원안에 대해서 세 개의 수정안이 제출되었다. 이진수 의원 외 17인의 수정안(이하 제1수정안), 유래완 의원 외 11인(이하 제2수정안), 황두연 의원 외 17인의 수정안(이하 제3수정안)이 그것이다. 제2수정안은 제14조 전문에 대한 수정안이기 때문에 논의로 하고, 제1수정안과 제3수정안의 내용과 제헌의회 제2독회 1948년 7월 2일 제23차 회의에서 토론 내용은 다음과 같다.

우선 제1수정안은 “모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다. 과학 기타 유용한 기술의 진보를 조성하기 위하여 저작자 발명가와 예술가에 대하여 일정한 기간 그 저작물 발명품을 전용하는 권리를 법률로써 차(此)를 보호한다.”라고 제안하였다. 그 이유는 선진국가에서는 과학, 발명과 제작의 권리에 대한 것을 제정하고 국가가 보호하며 장려한 까닭에 산업이 발전하고 세계를 정복하였으므로, 신국가는 경제확립의 요소인 과학을 국법으로서 보호하고 장려하는 조치를 헌법에 뚜렷하게 규정하여야 할 필요가 있다는 것이다.²⁸⁷⁾ 제3수정안은 제1수정안보다 조금 간명할 뿐 내용은 같은 것으로, 제안이유는 제1수정안과 같다.²⁸⁸⁾

이러한 원안 및 수정안에 대한 토의에 나선 일부 의원들도 제14조 후단이 과학과 기술을 향상시키기 위한 것이라고 전제하고 논의를 전개하고 있다.²⁸⁹⁾ 이러한 토론 후 가부를 물어 조문을 확정하였는데, 원안이 그대로 확정되었다.²⁹⁰⁾

건국헌법의 기초를 놓은 것으로 알려진 유진오 교수²⁹¹⁾는 제14조 후문을 “저작자, 발명가 예술가의 권리를 국가가 특히 보호한다는 규정을 헌법에 설치한 것은 각 국에 그 예가 많지 아니하나(와이말헌법[바이마르헌법] 제백사

286) 국회도서관 편, 헌법제정회의록(제헌국회), 헌정사자료 제1집, 대한민국 국회도서관(1967), 89면.

287) 국회도서관 편, 위의 책, 427-429면 참고.

288) 국회도서관 편, 위의 책, 430면 참고.

289) 예를 들어, 이웅진 의원의 발언을 참고. 국회도서관 편, 위의 책, 431-432면 참고.

290) 제헌의원 152명에, 원안이 찬성(可) 123, 반대(否) 8, 제1수정안이 찬성 25, 반대 107, 제2수정안이 찬성 3, 반대 103, 제3수정안이 찬성 1, 반대 114였다.

291) 이영록, “유진오 헌법사상의 형성과 전개”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2000. 8, 국문초록.

십이조, 미국 헌법 제1조 제8절[항] 참조), 우리나라 헌법은 그 중요성을 특히 인식하고, 과학, 예술, 기술의 발달을 조장하기 위하여 본조를 설치한 것이다.”²⁹²⁾라고 설명하고 있다.

이러한 논의에 비추어 보면 우리 헌법제정권자는 지적재산권의 보호를 학문과 예술의 자유의 보호를 위한 필수불가결한 수단으로서 인정하고 과학, 기술, 예술을 발달하기 위하여 현행 헌법 제22조 제2항과 같은 내용을 명시한 것으로 이해할 수 있다.²⁹³⁾

제2절 제22조 제2항의 해석론²⁹⁴⁾

I. 창작자

1. ‘저작자·발명가·과학기술자와 예술가’의 공통점

우리 헌법 제22조 제2항은 “저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.”고 규정하며, 저작자, 발명가, 과학기술자, 예술가를 나열하고 있다. 저작자란 저작물을 창작한 자를 말하며,²⁹⁵⁾ 발명가란 자연법칙을 이용하여 고도의 기술적 사상을 창작한 자를 말한다.²⁹⁶⁾ 과학기술자란 과학기술에 관련된 지식을 습득하고 이를 바탕으로 연구개발활동을 수행하는 자를 말한다.²⁹⁷⁾ 현대에는 과학과 기술을 분리해서 이해하기 어렵기 때문에 과학자와 기술자를 과학기술자로 통칭하고 있다.²⁹⁸⁾ 예술가는 예술작품을 창

292) 유진오, 『헌법해의(제14판)』, 일조각(단기 4292년(서기 1959년)), 77면.

293) 신혜원, 앞의 글, 103면.

294) 정필운, “헌법 제22조 제2항 연구”, 195-222면을 가져와 일부 수정하였다.

295) 『저작권법』 제2조 제2항.

296) 『특허법』 제2조 제2호.

297) 다음 국어사전(<http://krdic.daum.net/dickr/contents.do?offset=A003913400&query1=A003913400#A003913400>, <http://enc.daum.net/dic100/contents.do?query1=10XX150963>, 2008.12.6 방문).

298) 기술사는 국가기술자격법에 의한 기술자격검정을 거친 국가최고의 기술자격면허를 받은 자이므로 헌법의 보호대상인 과학기술자에 속한다. 헌재결 1997.3.27. 93헌마159 참고.

작하는 자를 말한다.²⁹⁹⁾ 예술가는 작곡가, 작사가, 미술가, 조각가 등을 포함한 개념이다.

여기서 나열된 저작자, 발명가, 과학기술자, 예술가의 공통점은 '무엇인가를 창작하는 자'이며, 이것이 퍼블릭 도메인(public domain)³⁰⁰⁾에 있는 지적재산을 헌법에서 특정인에게 귀속시키는 것을 정당화하는 근본적인 이유이다. 지적재산권을 부여받을 자격이 있는지의 판단에 본질적인 요소는 창작성(creativity)이다.³⁰¹⁾ 따라서 제22조 제2항에 나열된 저작자, 발명가, 과학기술자, 예술가는 창작자(creator)를 예시한 것이라고 해석하는 것이 타당하다. 그리고 현대 정보사회에서는 개인중심의 기술이 발달하고, '참여, 공유, 개방'이라고 규정되는 '웹(Web) 2.0'의 경향으로 인하여,³⁰²⁾ 전통적으로는 이용자의 지위에 머물던 자들이 이용과 동시에 콘텐츠 제작에 참여하도록 개방되어 있어 창작자의 외연이 급격히 확대되고 있으므로, 저작자, 발명가, 과학기술자, 예술가를 이와 같은 창작적 행위를 업으로 하는 직업의 개념으로 볼 것이 아니라, 지식·정보를 창작한 자이면 누구나 이에 해당한다고 해석하는 것이 타당하다.

미국 연방헌법의 지적재산권 규정과 그 해석론을 살펴봐도 제22조 제2항을 이와 같이 해석하는 것이 타당하다는 것을 알 수 있다. 미국 연방헌법은 제1조 제8항 제8호는 합중국 의회는 “제한된 기간 저작자(author)와 발명가(inventor)에게 저작과 발견에 관한 배타적 권리를 보유하게 함으로써 과학과 유용한 기술의 진보를 촉진하는” 권한을 가진다고 하여 저작자와 발명가를 명시적으로 기술하고 있다. 미국 연방대법원은 여기서 '저작자'란 “어떠한 것

299) 다음 국어사전(<http://krdic.daum.net/dickr/contents.do?offset=A027715700&query1=A027715700#A027715700>, 2008.12.6 방문).

300) 퍼블릭 도메인이란 개인에게 통제권이 부여된 프라이빗 도메인(private domain)이 아닌 영역, 따라서 지적재산권법의 보호영역에서 제외되어 지적재산권자의 허락없이 자유롭게 이용할 수 있는 영역을 의미한다. 정필운, “정보사회에서 지적재산의 보호와 이용에 관한 헌법학적 연구”, 167면. 이에 관하여 자세한 것은 Tyler T. Ochoa, *Origins and Meanings of the Public Domain*, 28 *Dayton L. Rev.* 215, 2002 참고.

301) Meville B. Nimmer and David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, §1.06[A] 참고. 같은 취지: 신혜원, 앞의 글, 150쪽.

302) 이에 관해서 자세한 것은 정필운, “정보사회에서 지적재산의 보호와 이용에 관한 헌법학적 연구”, 제3장 제3절 1. 참고.

을 그의 기원으로 귀속시킬 수 있는 자(He to whom anything owes its origin), 다시 말하여, 기원자(originator), 제조자(maker)”로 정의하여,³⁰³⁾ 창작자의 핵심요소를 창작성으로 파악하고 있다.³⁰⁴⁾

2. 창작성의 의의 및 수준

이러한 창작성의 요건은 헌법의 요건일 뿐만 아니라 각종 지적재산권법의 요건이다.³⁰⁵⁾ 우리 저작권법 제2조는 창작성을 요구하고 있고, 특허법도 제2조에서 창작성 또는 발명한 것일 것을 요구하고 있다. 지적재산권법은 과학기술과 문화예술의 발전을 도모하기 위한 수단적 의미를 가지므로 이러한 창작성을 요건으로 하는 것은 당연하다. 과학기술의 발전과 문화예술의 발전을 도모하기 위한 수단으로 지적재산권을 부여하는 것인데 그 발전에 기여하는 창작성이 없다면 그것은 퍼블릭 도메인에 있던 것을 특정인에게 귀속시키는 결과를 초래하여 오히려 발전을 저해하기 때문이다.

이러한 측면에서 보았을 때, 저작물을 창작한 자를 저작자로 하고(저작권법 제2조 제2항), 저작권은 저작물을 창작한 때로부터 발생하도록 하도록 한 규정(저작권법 제10조 제2항)은 당사자 사이의 약정에 의하여 변경할 수 없는 강행규정이다.³⁰⁶⁾

그렇다면 구체적으로 어느 정도의 창작성이 있어야 창작자로 인정될 수 있는 것인가? 이에 대해서는 지적재산권의 인정근거에 따라, 구체적인 지적재산권의 종류에 따라, 또한 공동체 구성원의 합의에 따라, 구체적인 법적 보호수준 등 다양한 요소에 따라 각각 다른 수준을 요구한다.

일반적으로 지적재산권의 인정근거에 대해 노동이론³⁰⁷⁾이 유인이론³⁰⁸⁾보다

303) *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53, 1884, p.58.

304) 이상 Meville B. Nimmer and David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, §1.06[A].

305) 미국에서도 창작성을 헌법의 요건으로 해석하고 있다. *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340, 346, 111 S.Ct. 1282, 113 L.Ed.2d 358, 1991. 이에 관해서는 Paul Goldstein, *Copyright, Patent, Trademark and Related State Doctrine, Cases and Materials on the Law of Intellectual Property*, Foundation Press, 2004, pp.623-632 참고.

306) 대법원 1992.12.24 선고 92다31309 판결. 정상조 편, 앞에 책, 32면에서 재인용.

307) 노동이론(labor theory)은 지적재산권을 보호해야 하는 이유를, 무주물이나 공유재로 남아있는 자원을 노동을 통하여 창출한 사람은 노력의 열매를 보유할 자연

는 낮은 수준의 창작성을 요구한다. 노동이론은 지적재산권을 창작자의 노동에 대한 대가로 인정하기 때문에 상대적으로 낮은 수준의 창작성만으로도 지적재산권을 인정할 수 있다. 그러나 유인이론은 지적재산권을 지적재산권법의 목적인 문화와 과학기술의 발전을 유인하기 위한 대가로 인정하기 때문에 지적재산권을 인정받을 수 있을 정도로 문화와 과학기술의 발전에 기여하는 창작성이 있어야 한다.³⁰⁹⁾ 그러나 분명한 것은 저작물을 제작하면서 투자한 노동, 자본, 땀이 얼마나 되든 지적재산권법의 본질을 넘어서 창작성이 없는 부분까지 보호할 수 없다는 것이다.³¹⁰⁾

저작권이 특허권보다는 낮은 수준의 창작성을 요구하고 있다는 것이 일반적인 견해이다.³¹¹⁾ 저작권법은 양적으로 풍부한 저작물의 축적을 추구하지만, 특허법은 질적으로 효과적인 기술의 축적을 추구한다. 따라서 저작권법이 요구하는 창작성의 정도는 특허법이 요구하는 창작성의 정도보다 완화된 것이고, 법적인 보호수준은 저작권법이 특허법보다 약하다.

미국에서는 저작권법에서 전통적으로 노동이론에 가까운 입장을 취하여 남의 것을 빼끼지만 양으면 창작성을 인정하는 낮은 수준의 창작성을 요구하였다.³¹²⁾ 따라서 작품의 기원(origin)이 다른 사람이 아닌 바로 그 사람에게 있으면 창작성이 있다는 의미에서 창작성을 독창성(originality)라는 의미로 이

권을 가졌고, 국가는 이 자연권을 존중하고 실효성 있게 보호해 주어야 하기 때문이라고 설명한다. 이러한 노동이론은 로크의 이론에 의하여 가장 잘 설명된다. Edwin C. Hettinger, *Justifying Intellectual Property*, David Vaver (ed.), *Intellectual Property Rights-Critical Concepts in Law-*, Vol. I, Routledge, 2006; William W. Fisher, *Theories of Intellectual Property*, S. Munzer (ed), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge University Press, 2000 참고.

308) 유인이론(incentive theory; encouragement theory)은 지적재산권을 보호해야 하는 이유를 창작물의 생산에 필요한 경제적 유인을 제공하기 위하여 필요하기 때문이라고 설명한다. 이에 관해서는 Edwin C. Hettinger, op. cit.; William W. Fisher, op. cit., 참고.

309) 정상조, 앞의 책, 227면.

310) 미국 연방대법원도 Feist 판결에서 이를 분명히 하였다. 오승중, 『저작권법』, 박영사(2008), 1045면.

311) 오승중·이해완, 『저작권법』, 박영사, 2000, 20-21면.

312) 미국 연방저작권법상의 창작성 정도에 관해서는 Roger E. Schechter, *Intellectual Property : The Law of Copyrights, Patents and Trademarks*, Thomson West, 2003, pp.21-26 참고.

해한다.³¹³⁾ 그러나 대륙법계 국가에서는 단순히 남의 것을 베끼지 않았을 뿐만 아니라 문화발전을 유인할 수 있을 정도의 최소한의 가치를 지닐 것을 요구하였다. 이러한 면에서 창작성을 그야말로 창작성(creativity)으로 이해한다.³¹⁴⁾ 이렇게 보면 저작권법의 창작성의 정도는 한 공동체의 기본규범인 헌법의 저작권에 관한 태도에 따라 결정할 수밖에 없고, 저작권에 대한 헌법의 태도는 저작권에 관한 헌법규정과 한 공동체가 규범공동체로 성립하여 발전하면서 생성한 구성원들의 공동체의식에 비추어 판단할 수밖에 없다.

결국 지적재산권을 인정하기 위한 요건으로서 창작성을 구체적으로 어느 정도 수준으로 요구할 것인가는 위와 같은 여러 가지 요소를 고려하여 결정하여야 할 헌법정책적 과제이다. 극단적으로 낮은 수준인 최소한의 독창성만을 요구한다면 지적재산권법의 목적인 문화와 과학기술의 발전에 전혀 도움이 안되는 지적재산도 법의 보호를 받는 문제가 있으며,³¹⁵⁾ 극단적으로 높은 수준인 완전한 창작성을 요구한다면 지적재산의 인정이 지나치게 협소하게 이루어지고, 지적재산권 인정이 예술성·학술성·최신성이라는 주관적인 가치 판단에 흘러 자의적으로 되고, 법적 안정성을 해할 위험이 있다.³¹⁶⁾ 따라서 이러한 문제점을 극복하고 당해 지적재산권의 종류에 부합하고, 구체적인 법적 보호수준 등을 고려하여 당해 지적재산권을 인정하기 위한 최적의 창작성의 수준에 관한 공동체 구성원의 합의를 이루어야 한다.

이러한 지적재산권을 인정하기 위한 요건으로서 최적의 창작성의 수준에 관한 공동체 구성원의 합의는, 실제 저작권법과 특허법 등 지적재산권법을 구성하는 개별영역의 학문적 논의와 입법, 법원의 판결, 입법과 판결을 둘러싼 여론의 형성과 표현 등을 통하여 구체화된 모습을 보일 것이다. 이렇게 헌법상 지적재산권 보호를 위하여 반드시 필요한 창작성에 대한 합의는 헌법과

313) 예를 들어, Roger E. Schechter, op. cit., pp.24-25.

314) Roger E. Schechter, op. cit., pp.95-101 참고; 국내 논의는 오승중·이해완, 앞의 책, 207면.

315) Pamela Samuelson, Copyright and Freedom of Expression in Historical Perspective, 10 J. Intell. Prop. L. 319, 2002-2003, pp.333-334, 교수는 근대저작권법에서 '창작성'이 창작자와 투자자인 출판업자를 구별하는 요건으로 투자자의 권리의 제한 기능을 수행하였는데, 최근 미국의 저작권법의 경향은 창작성의 수준이 지나치게 저하되어 이러한 제한 기능을 수행하고 있지 못하다고 우려하고 있다.

316) 오승중·이해완, 앞의 책, 22면.

지적재산권법을 구성하는 개별영역의 논의 속에서 형성된다고 할 수 있다.

3. 관련쟁점: 업무상 창작물의 지적재산권 귀속 규정에 관한 헌법적 평가

헌법에서 인정하는 지적재산권을 부여받기 위해서는 창작자이어야 한다. 우리 저작권법 제2조는 “저작자는 저작물을 창작한 자를 말한다.”고 규정하여 이러한 헌법을 구체화하고 있다.

그런데 우리 저작권법은 이러한 원칙과는 조금 다른 내용을 규정하고 있다. 저작권법 제2조 제31호는 “법인·단체 그 밖의 사용자(이하 ‘법인 등’이라 한다)의 기획 하에 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 작성하는 저작물”을 ‘업무상저작물’이라고 정의하고, 제9조에서 “법인 등의 명의로 공표되는 업무상저작물의 저작자는 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없는 때에는 그 법인 등이 된다.”고 규정하고 있는 것이다. 이 규정은 영미법상의 직무저작물 또는 고용저작물(work made for hire) 규정을 받아들인 것으로,³¹⁷⁾ 현재 많은 국가들은 업무상저작물의 경우를 창작자 원칙의 예외로서 인정하고 있다.³¹⁸⁾

저작자는 저작물을 창작한 자가 되어야 한다는 헌법상 원칙을 관철한다면, 위와 같은 업무상저작물 규정은 위헌으로 무효가 될 수도 있을 것이다. 실제 독일과 같은 나라는 이러한 원칙을 관철하여 우리의 업무상저작물과 같은 규정이 존재하지 않으며, 업무상저작물 규정을 두고 있는 미국에서는 이와 관련하여 위헌의 문제가 제기되어 논란이 된 바 있다. 현재 국내의 지적재산권법 학계에서도 이러한 문제의식이 있으나, 이에 관하여 진지한 논의는 없었다.

현행 미국 연방저작권법은 제101조 정의규정에서 직무저작물의 정의규정을 두고, 제201조 (b)에서 “직무저작물의 경우 사용자 또는 그를 위하여 저작물을 작성하게 한 다른 사람을 본 편 법전의 적용상 저작자로 보며, 당사자 사이에 서명한 문서에 의하여 명시적으로 달리 합의하지 아니하는 한 당해 저

317) 오승종, 앞의 책, 319면; 박성호, “업무상 작성한 저작물의 저작권 귀속”, 한국저작권논문선집 I, 저작권심의조정위원회, 1992, 121면.

318) 일본의 경우도 우리와 같이 저작권법에서 대륙법계의 전통이 강하나, 직무상저작물 규정을 입법화하여 영미법계의 입법태도를 따르고 있다.

작권을 구성하는 모든 권리를 보유한다.”고 하여, 우리 저작권법보다 직무저작물의 범위를 넓게 규정하고,³¹⁹⁾ 그 최초의 귀속을 사용자로 의제하고 귀속의 예외도 우리보다 엄격하게 규정하고 있다.³²⁰⁾ 이렇게 창작자 원칙의 예외로서 사용자가 저작자가 되는 것이 미국 연방헌법의 지적재산권 규정에 위반되어 위헌인지 여부가 다투어져 왔다. 위헌론에서는 헌법은 “의회가 저작물에 대한 배타적 권리를 [다른 사람이 아닌] ‘저작자’에게 보유하게 하여 보호할 수 있는 권한만을 부여했다. 따라서 이를 고려하지 않고 의회가 피용자의 저작물에 대한 배타적 권리를 사용자에게 부여할 수 있는지는 매우 의심스럽다.”고 주장하는 반면, 합헌론에서는 저작권을 누가 보유할지 당사자간에 ‘달리’ 정할 수 있는 가능성을 열어 두고 있으므로 문제가 되지 않는다고 주장한다.³²¹⁾

우리 저작권법은 계약 또는 근무규칙 등에 의하여 처음부터 피용자가 저작자의 지위를 취득할 수 있도록 규정되어 있고, 저작권 귀속의 예외 인정도 미국의 그것보다 완화된 형태로 규정하여, 미국 연방저작권법 제101조 직무저작물의 정의규정, 제201조 (b)와 같은 위헌의 소지는 상당부분 제거되어 있다. 문제가 많은 미국의 연방저작권법 직무저작물 규정이 합헌이라고 하는 것이 일반적 견해를 감안하면, 우리 저작권법의 업무상저작물 규정은 이보다 훨씬 합헌적이다.

그렇다고 우리 저작권법의 위헌성이 완전히 제거된 것은 아니다. 저작권법이 특별히 업무상저작물에 관한 규정을 두고 있는 취지는, 현대 정보사회에서 저작물 창작의 실재를 살피고 그러한 실체에 부합하는 저작권의 귀속을 법에서 구현하고자 하는 것이기 때문이다. 현대 정보사회에서는 법인 등 단체의 내부에서 창작되는 것과 같이 여러 사람의 협동 작업에 의하여 이루어지는 경우가 많고, 이러한 경우에 여러 사람의 관여의 정도라든가 태양이 다양하여

319) 미국의 업무상저작물 규정을 우리와 비교하면, 우리보다 업무상저작물의 범위가 대단히 넓다. 고용관계에 있는 사람이 직무상 작성한 저작물은 물론이고, 일정한 경우에는 주문이나 촉탁에 의하여 작성된 저작물도 이에 포함된다. 우리 저작권법과 달리 기명저작물의 예외도 인정하지 않고 있다.

320) 이상 미국 연방저작권법상의 업무상저작물의 저작권에 관한 개관은 Roger E. Schechter, *Intellectual Property : The Law of Copyrights, Patents and Trademarks*, p.86ff 참고.

321) 이상 미국 연방저작권법의 직무저작물규정의 합헌성 여부에 관해서 자세한 것은 Meville B. Nimmer and David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, §1.06[C] 참고.

구체적으로 창작자를 그 여러 자연인 중에서 정하여 저작권을 귀속시키는 것이 사실상 불가능한 경우가 많다. 따라서 법인이나 단체 그 밖의 사용자를 원시적으로 저작자로 간주하는 규정을 둔 것이다.³²²⁾ 따라서 이러한 입법취지에 부합하도록 해석하고, 이러한 경우에만 이 규정을 적용할 때 비로소 이 규정은 합헌적이라고 할 것이다.³²³⁾

그러나 입법정책론적으로 보았을 때 대부분 실질적인 교섭권을 갖지 못하는 피용자가 계약에 의하여 이를 정할 수 있도록 하는 것과 사용자에게 의해 일방적으로 정해지는 근무규칙에 의하여 이를 정할 수 있도록 하는 것은 바람직하지 않다. 따라서 업무상창작물도 창작자 귀속 원칙을 관철하되, 자연인에게 그 귀속권을 인정하는 것이 타당하지 않은 경우, 계약이나 근무규칙에 정한 때에 그 법인 등이 저작자가 되는 것으로 규정하는 것이 바람직하다고 생각한다. 물론 창작자 귀속 원칙을 취하는 경우에도 저작권의 양도는 허용되기 때문에 직무저작의 경우에도 법인·단체·사용자는 양도계약을 통해 저작자는 아니지만 저작권자의 지위는 가질 수 있다.

요약하면 업무상저작물의 저작권 귀속과 관련하여서는 미국과 달리 우리나라 저작권법의 규정은 그 규정의 취지에 충실하게 해석, 적용되는 한 합헌이다. 다만 입법정책론적으로는 창작자 귀속 원칙을 관철하되, 예외적으로 사용자에게 귀속하는 것으로 규정하는 것이 바람직하다고 생각한다.

II. 권리

1. 지적재산권의 본질 및 규정형식의 타당성

지적재산권은 모든 사람에게 대해 주장할 수 있는 배타적인 권리라고 하면서 소유권 등의 물권과 유사한 성질을 가진 권리라는 주장이 팽배하다. 배타성이란 ‘하나의 물건에 대해 어떤 자의 지배가 성립하면, 같은 물적 이익에 관하여서는 다른 자의 지배를 인정하지 않는 성질’³²⁴⁾을 말한다. 이러한 배타성이

322) 오승종, 앞의 책, 320면.

323) 박성호, “업무상 작성한 저작물의 저작권 귀속”, 123면; 오승종, 앞의 책, 320면 참조.

324) Richard A. Posner, *The Law and Economics of Intellectual Property*, David

란 물권과 채권을 구별하는 중요한 기준의 하나로 이러한 배타성이 있는 것이 물권이고, 이러한 배타성이 없는 것이 채권이다. 동일한 물적 이익에 관한 다른 자의 지배를 용납하지 않는 것이다. 따라서 배타적 권리는 대상에 대한 자신만의 지배가 허용되는 강력한 지배권이라고 할 수 있다.

그러나 물권에 있어 '이용'은 물건을 점유함으로써 사용하는 것을 의미하지만, 지적재산권에서의 보호대상인 정보는 관념적이고 무형적인 재산이기 때문에 이를 점유한다고 볼 수 없다. 지적재산권에서 이용은 그러한 정보를 토대로 해서 물건을 생산·배포하거나 일정한 행위를 하는 것이다. 따라서 물건의 경우에는 특정인이 점유하고 있으면 다른 사람이 동시에 동일한 물건을 점유할 수 없는 데 반해 정보는 지적재산권자와 다른 사람이 동시에 동일한 지적 재산을 지배하고 사용할 수 있다는 점에서 커다란 차이가 있다.³²⁵⁾ 즉 지적 재산권은 본질상 기존의 물권과는 차이가 있는 권리이다. 요약하면 지적재산권은 기존의 물권과 비슷한 측면이 있는 권리이지만 사용에 있어 점유를 수반하지 않는다는 측면에서 물권 자체와는 본질적으로 다른 구조를 가지고 있다.

나아가 현대 정보사회에서 주요한 정보의 존재형태인 디지털정보는 이미 서술한 바와 같이 노동의 주체와 분리되었지만 물화(物化)되지 않은 노동 그 자체이며, '전자화(電子化)된 노동'으로 물건과 순수한 노동의 중간영역에 위치한다.³²⁶⁾ 따라서 정보는 재화도 용역도 아닌 재산적 가치 있는 새로운 제3의 유형으로서 체계적 지위를 마련하여야 한다. 따라서 디지털정보에 관한 권리³²⁷⁾를 물건을 권리객체로 하는 물권으로 이론구성할 수 없다. 또한 특정한 행위인 노동을 권리객체로 하는 채권으로 이론구성할 수 없다. 디지털정보에 대한 권리는 물권도 채권도 아닌 제3의 권리유형으로 독자적인 지적재산권으

Vaver (ed.), *Intellectual Property Rights-Critical Concepts in Law-*, Vol. I, Routledge, 2006, p.164; 김준호, 『민법강의』, 법문사, 1999, 323면.

325) 정상조, 앞의 책, 6면; 이에 관해서는 정필운, “정보사회에서 지적재산의 보호와 이용에 관한 헌법학적 연구”, 제3장 제4절 참고.

326) 오병철, 『디지털정보계약법』, 법문사, 2005, 18-20면; 이에 관해서 자세한 것은 정필운, “정보사회에서 지적재산의 보호와 이용에 관한 헌법학적 연구”, 제3장 제4절 III. 참고.

327) 이러한 새로운 지적재산권을 미국 통일컴퓨터정보거래법(Uniform Computer Information Transaction Act; UCITA)에서는 ‘정보재산권(information property right)’이라고 입법화하였고, 오병철 교수는 ‘디지털정보권’이라고 이름하고 있다. 오병철, 앞의 책, 129-130면.

로 이론구성하는 것이 타당하다. 따라서 지적재산권을 반드시 물권적으로 구성해야만 하는 것도 아니다. 오늘날 지적재산권의 남용에 대한 우려가 커짐에 따라 보상청구권과 같은 채권으로 구성하자는 입법론(liability approach)도 영미에서 유력하게 주장되고 있다.³²⁸⁾

지적재산권은 본질적으로 물권도 채권도 아니다. 지적재산권은 단지 헌법이 보장하는 재산권의 한 유형일 뿐이다.³²⁹⁾ 따라서 지적재산권이 점점 완전한 물권인 소유권을 닳아가고 있는 현실이 당연한 것은 아니다. 오히려 지적재산의 본질을 고려할 때 지적재산권의 내용을 채우는 입법형성의 자유는 물권과는 다른 내용으로 채우는 방향으로 행사되어야 한다.

미국 연방헌법의 해석론을 살펴보면 이러한 지적재산권의 성질에 관한 연구진의 해석론의 타당성을 좀 더 분명하게 알 수 있다. 미국 연방헌법은 의회가 창작자에게 ‘배타적 권리(exclusive right)’를 부여하도록 명시적으로 규정하고 있으나, 연방저작권법은 법정허락제도와 강제허락제도를 규정하여,³³⁰⁾ 창작자에게 배타적 권리의 형태뿐만 아니라 비배타적 권리의 형태로도 권리를 부여하고 있다. 이와 같은 규정이 지적재산권 규정의 ‘배타적 권리’라는 문구와 상충되므로 위헌이라는 해석론이 주장되기도 하였으나 합헌이라고 해석하는 것이 일반적인 견해이다. 지적재산권 규정은 의회에 저작권법 제정 권한을 부여하였을 뿐, 법률을 제정하도록 명령하고 있지는 않으므로, 법률을 제정할 것인지 여부에 대하여 재량을 가지고 있어 그 양쪽 끝 사이의 어딘가 한 점을 선택할 수도 있는데, 법정허락제도는 그러한 양쪽 끝 사이의 어딘가 한 점이라고 할 수 있고, ‘배타적 권리’라는 문구는 의회의 권한의 문제로 보아야 하고 제한으로 볼 것은 아니라는 근거에서이다.³³¹⁾ 요약하면 미국에서는 미국 연방헌법의 ‘배타적 권리’라는 명시적 표현에도 불구하고, 그 규정형식을 이용하여 이를 완화하는 해석론을 전개하여 지적재산권의 성질을 물권과 같

328) 정상조, 앞의 책, 7면.

329) 허영, 『헌법이론과 헌법』, 박영사, 2008, 664-665면. 교수는 “소유권은 어떤 물건에 대한 절대적인 지배권을 뜻하지만, 헌법상의 재산권은 사적인 유용성과 임의적인 처분권능이 인정되는 재산가치 있는 모든 사법·공법상의 권리를 뜻한다.”고 한다.

330) 17 U.S.C. §§111(d), 115, 116(a), 118, 119, 122.

331) 이상의 논의는 Meville B. Nimmer and David Nimmer, Nimmer on Copyright, §1.07 참고.

은 배타적인 권리가 아닌 제3의 권리를 부여하는 방법을 합헌으로 인정하고 있는 것이다.

따라서 이러한 표현도 없는 우리 헌법에 지적재산권의 성질에 부합하지 않는 ‘배타적 권리’라는 수식어를 붙여 해석할 이유는 전혀 없다. 지적재산권제도의 역사적 발전 과정을 보면 알 수 있듯이, 지적재산권은 재산권의 일종으로 인정되어 보호받다가 기존의 유체재산권과 구별되는 독자적인 재산권으로 인식되어 독자적인 권리로서 자리매김하였다. 지적재산권은 물권도 채권도 아니다. 따라서 배타적 권리로 보호할 논리 필연적 이유가 없다. 그것을 구체적으로 어떠한 권리로 보호할 것인가는 입법부의 재량에 맡겨져 있고, 입법부는 이러한 재량을 행사하는데 구체적으로 보호해야 할 지적재산의 성질에 부합하는 권리를 탐색하고 그 안에서 선택 가능한 대안 중 국민의 뜻에 합치하는 권리를 확정하는 지혜가 필요하다.³³²⁾

우리 헌법은 제22조 제2항에서 창작자의 권리에 관해 어떠한 제한도 두고 있지 않다. 따라서 우리 헌법은 지적재산권의 내용을 어떻게 채우느냐는 입법형성의 자유 영역의 문제로 두고 있다고 해석할 수 있다. 이것은 우리 헌법이 지적재산권의 특성을 잘 파악하고 안성맞춤으로 규정한 것이다.

2. 제22조 제2항의 권리의 성격 : 자연권 또는 실정권?

한편, 헌법 제22조 제2항의 ‘권리’의 성격이 자연권인지 실정권인지에 관해서도 논란이 제기된다는 주장이 있다.³³³⁾ 우리나라의 일반적인 견해는 지적재산권을 실정법상의 권리라고 이해하고 있다고 추측된다. 이러한 일반적인 견해는 일찍이 이강혁 교수에 의하여 명시적으로 표현되었다.³³⁴⁾

332) 같은 취지: 신혜원, 앞의 글, 170쪽 이하.

333) 박성호, “지적재산권에 관한 헌법 제22조 제2항의 의미와 내용”, 101면. 이에 따르면 이러한 논의와 관련한 문제제기에 대해서는, 황적인·정순희·최현호, 『저작권법』, 법문사(1998), 209면(최현호 집필부분) 이하를 참조하였다고 한다.

334) 이강혁, “정신적 재산권의 헌법적 보장: 저작권을 중심으로”, 고시연구, 1986, 16면. “재산권의 내용은 헌법 이전에 정해져 있거나 또는 헌법에 의하여 확정되는 것이 아니라, 법률로써 정해지며 그 법률에 의해 정해진 재산권이 바로 현행헌법하에서의 재산권보장의 대상이 되는 재산권이라고 말할 수 있다. …정신적 재산권을 포함한 개인의 재산권이라는 것이 위에서 언급한 바와 같이 모두 실정법상의 권리인 점에서 헌법 이전의 자연법적 권리가 아니[다].”

자연권이라는 개념이 당해 권리의 성질상 헌법이전에 존재하는 자연적인 것이어서, 이러한 권리가 실정헌법에서 권리로 규정하는 경우 이러한 권리를 자연권이라고 하는 것이라면, 지적재산권이 자연권이라는 주장은 그르다. 기본권은 본질적으로 ‘헌법질서 속의 자유’를 의미하기 때문이라는 기본권에 대한 이해³³⁵⁾에 근거하지 않더라도, 자연권을 위와 같이 이해하는 경우 이러한 기본권은 헌법에서 확인되거나(recognized), 선언되어(declared) 실정화된 것이라고 할 수 있다. 아마 이러한 자연권에 대(對)한 개념은 헌법에 의하여 비로소 창설되거나(created), 인정된(granted) 기본권이라는 의미에서 실정권일 것이다.³³⁶⁾ 그런데 현대 복지국가헌법 이후 재산권을 헌법이전에 존재하는 자연적인 권리라는 주장은 더 이상 설득력을 얻기 어렵다. 지적재산권이 문화영역과 관련된 기본권이어서 문화영역의 자율성 확보에 주목하면 자연권으로서의 자유권적 성격이 부각된다는 주장도 설득력을 얻기는 힘들다. 사상형성의 자유, 양심 형성의 자유와 같이 그 성질상 인정할 수 있는 기본권이 아닌 지적재산권을 자연권이라고 인정하기는 어렵다.³³⁷⁾³³⁸⁾

3. 국가목표규정인가?

헌법 제22조 제2항을 기본권 규정으로 이해하지 않고 “국가의 지적재산권 보호의무라는 국가목표규정을 설정”한 것으로 이해하는 견해가 있다.³³⁹⁾ 이러한 견해는 “이러한 국가목표규정은 입법권·행정권·사법권을 기속하는 효력을 지니며, 특히 법률에 의한 국가형성의 의무를 요구한다고 해석”하거나,³⁴⁰⁾

335) 허영, 『헌법이론과 헌법』, 390-391면.

336) 이상 정종섭, 『기본권의 개념』, 금봉어, 2007, 42-57면 참고.

337) 이러한 주장의 근거에는 재산권이 자연권이며, 모든 자유권은 자연권이란 생각이 있는 것으로 생각한다. 그러나 본문에서 서술한 것처럼 현대 복지국가에서 재산권은 더 이상 자연권이 아니다. 그리고 모든 자유권이 자연권은 아니다. 자유권 중 일부의 권리만 자연권적 성격이 있다.

338) 加戶守行, 『著作権法逐條講義』, 12面, 교수는 “지적권은 천부인권이 아니고, 법률에 의해 주어지는 권리로 이를 어떻게 규정할 것인가는 법률의 문제이다”라고 서술하고 있는데, 여기서 천부인권이란 자연권을, 법률에 의하여 주어지는 권리란 실정권으로 이해되므로 연구인과 같은 견해로 생각된다.

339) 명재진 집필부분, 『헌법주석서 I』, 법제처, 2015, 848면; 김하열, 『헌법강의』, 박영사, 2018, 520면.

“헌법 제22조 제2항은 (중략) 새로운 기본권을 창설한 것이 아니라, 입법형성을 통해 제1항의 학문과 예술의 자유를 뒷받침하는 과제를 국가에게 부여”한 것으로 이해한다.³⁴¹⁾

헌법에서 추구하는 가치를 실정 헌법에 규정하는 방식은 국가목표규정으로 규정하는 방식과 기본권으로 규정하는 방식이 있다.³⁴²⁾ 국가목표규정(Staatszielbestimmung)이란 국가에게 특정 과제를 지속적으로 이행하여야 할 의무를 부과하는 헌법 조항을 말한다. 국가목표규정은 일반적인 목표설정으로서 국가행위에 지속적으로 방향과 지침을 제시하며, 그에 대한 법적 구속력이 있다. 따라서 원칙적으로 그것이 제대로 실현되는지 사법적 심사가 가능하다. 그러나 국가는 그에 대한 광범위한 형성권을 가지므로 그 의미는 크지 않다. 또한 시민이 국가목표규정을 통한 국가의무에 대응하는 기본권을 가지지 않는다.³⁴³⁾ 반면 기본권조항은 국가와 시민의 관계를 권리와 의무 관계로 설정하는 헌법 조항을 말한다. 따라서 시민은 기본권조항을 근거로 국가에 일정한 행위를 요구할 수 있고 그 침해 시 사법적 구제를 청구할 수 있다.³⁴⁴⁾

헌법에서 추구하는 가치를 실정 헌법에 규정할 때 국가목표규정은 당해 내용의 권리성이 분명하지 않고 그 내용이 확정적이지 않을 경우, 그 내용이 확정적이더라도 특정한 이익을 특정한 권리자에게 전유하도록 인정하는 것이 타당하지 않을 경우 등에 이용된다. 따라서 당해 내용의 권리성이 분명하고 그 내용이 확정적이며, 특정한 이익을 특정한 권리자가 전유하도록 인정하는 것이 타당할 때에는 국가목표규정이 아니라 기본권의 형식으로 규정하는 것이 타당하다.

그러므로 (i) 오래전부터 대부분 나라가 재산권의 내용 중 하나로 인정하거나 독자적 권리로 인정하고 있는 지적재산권을 국가목표규정으로 해석할 이유가 없다. (ii) 더구나 우리 헌법 제22조 제2항은 기본권을 규정하고 있는 제2장 내에 위치하여 있고, “모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다.”는

340) 명재진 집필부분, 앞의 글, 848면.

341) 김하열, 앞의 책, 520면.

342) 이하 국가목표규정에 관한 서술은 정필운, “기본권 신설 동향과 지향: 새로운 미디어 환경을 헌법은 어떻게 수용하여야 하는가?”, 『미디어와 인격권』(제4권, 제1호), 2018 전체.

343) 이상 한수웅, 앞의 책, 26쪽

344) 이상 한수웅, 앞의 책, 26쪽.

관련되는 기본권 규정이면서도³⁴⁵⁾ 서로 구별되는 독자적 의미가 있는 규정이 같은 조 안에 규정되어 있으며,³⁴⁶⁾ (iii) “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”는 혼인과 가족생활의 보호 규정도 기본권으로 해석하는 것이 일반적인 견해인데 “저작자·발명가·과학기술자 및 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.”는 표현 형식을 이유로 제22조 제2항을 국가목표규정으로 이해하는 것은 타당하지 않다. 헌법 제22조 제2항은 기본권 규정으로 이해하는 것이 타당하다.

III. 법률로써 보호

1. 기본권형성적 법률유보

우리 헌법 제22조 제2항은 “저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.”고 하여 기본권의 법률유보를 규정하고 있다.

일반적으로 기본권의 내용을 해석 및 구체화할 필요가 있기는 하지만 기본적으로는 ‘헌법에 의하여 결정’된다. 그리고 헌법이 허용하는 범위 안에서 입법권에 의해 제한되는 구조를 채택하고 있다. 그런데 재산권과 같은 기본권은 내용 자체가 ‘법률에 의하여 형성’되는데, 이를 기본권형성적 법률유보(Ausgestaltungsvorbehalte der Grundrechte)라고 한다.³⁴⁷⁾

헌법 제23조의 재산권의 경우, 다른 기본권이 보호하는 대상, 즉 생명, 신체, 자유 등과는 달리 그 보호대상인 재산이 시장질서 등 사회적 기제를 통하여 형성되고 그에 따라 사회적 관련성이 강하기 때문에 형성적 법률유보의 형식을 취하고,³⁴⁸⁾ 재산권을 행사할 때 다른 기본권과는 달리 기본권 주체에 공공복리에 적합하게 행사할 의무를 부과하고 있다.³⁴⁹⁾

345) 지적재산의 보호와 이용이 유체물과는 달리 헌법 제22조 학문과 예술의 자유와 함께 규정되어 있는 것은 지적재산권의 보장이 학문과 예술의 자유를 보장하기 위한 수단적 의미를 가지고 있다는 것을 의미한다. 학문과 예술의 자유의 발전이 그 목적이고, 지적재산권을 보호하는 것은 그 수단이다.

346) 이에 관해 자세한 것은 이 보고서 제3장 제4절 참고.

347) 기본권형성적 법률유보에 관해서는 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2019, 287-289면 참고.

348) Walter Leisner, § 149 Eigentum, Rn. 60ff.

헌법 제22조 제2항에서 ‘법률로써 보호’한다는 것은 기본권형성적 법률유보를 의미하는 것으로, 여기서 ‘법률’이란 창작자의 권리를 실현하고 그 행사방법을 정하는 법률을 의미한다. 그리고 이것은 단순히 기본권을 보장하는 의미만 있는 것이 아니라 객관적 가치질서적 측면 또는 제도보장적 성격도 가지고 있다.³⁵⁰⁾ 헌법이 제22조 제2항을 기본권형성적 법률유보로 규정한 것은, 지적재산권도 재산권과 마찬가지로 생명권, 신체의 자유와 같은 기본권과는 달리, 아래와 같은 이유로 사회적 관련성이 강하기 때문이라고 할 수 있다.

2. 지적재산권의 사회적 기속성

그렇다면 제22조 제2항은 구체적으로 어떠한 사회적 관련성이 강하기 때문에 형성적 법률유보를 취한 것인가? 제22조 제2항에 근거하여 보호되는 지적재산과 제23조에 근거하여 보호되는 일반적인 재산의 사회적 기속성은 같은 수준인가, 다른 수준인가? 만약, 다른 수준이라면 어떤 근거에 의하여 다른 것이고, 그것은 정당한 것인가? 국내에서는 이러한 논의를 명시적으로 살펴볼 수 없다. 그러나 여러 정황을 통하여 추측해 보면, 통상 지적재산은 일반적인 재산보다 사회적 기속성이 강하다고 인정하고 있는 것으로 보인다. 이에 관한 독일의 논의를 참고하여 정리하면 다음과 같다.

우선 ‘사회적 기속성’이란 소유권에서부터 기원했지만, 다른 권리도 사회적 기속성의 제한을 받는다. 단지 사회적 기속성의 정도가 각 범영역에 따라 다를 뿐이다.³⁵¹⁾ 따라서 저작권법의 영역에서의 사회적 기속성의 수준에 관한 논의가 필요하다.³⁵²⁾

하나, 지적재산은 경제적 특수성을 가진다. 일반적인 유체물에 대한 재산은 원칙적으로 오직 한 사람에게 의하여 지배될 수밖에 없어, 현실적으로 다른 사람의 이용을 배제하고 자신만이 이용하거나 타인이 이용할 수 있도록 할 수

349) 허영, 『한국헌법론』, 600면 참고.

350) BVerfGE 31, 229 참고. 전광석, 『한국헌법론』, 집현재, 2018, 401면.

351) De Boor, Konstruktionsfragen im Urheberrecht, URITA 16, 1944, p.361.

Quoted in Felix Leinemann, Die Sozialbindung des geistigen Eigentums, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, p.40.

352) Felix Leinemann, op.cit., p.15.

있다. 그러나 지적재산은 한 사람이 이를 이용하여도 다른 사람이 이를 함께 이용할 수 있고, 일반인이 이를 이용하는 것을 배제할 수 없다.³⁵³⁾ 이러한 이유로 지적재산 또는 정보를 공공재라고 표현한다.³⁵⁴⁾ 이러한 보호대상의 현실적인 차이는 법적인 차이를 초래한다.³⁵⁵⁾ 이러한 대상에 대하여 어떠한 통제권을 줄 것인지에 대하여 좀 더 넓은 입법형성권이 부여되는 것이다.

둘, 형성과정의 측면에서 보았을 때 대부분의 저작물은 사회적 맥락(social context)에서 생성된다. 이 점은 일반적인 유체물과 구분되는 점이다. 한편 우리가 알고 있는 것처럼, 어떤 경우에는 위대한 천재에 의하여 기존의 수준을 훌쩍 뛰어넘는 위대한 저작물이 나오기도 하지만, 통상은 소박한 일반인에 의하여 기존의 저작에 약간의 창작을 보태는 정도가 대부분이다. “하늘 아래 새로운 것은 없다”라는 언명이나, “문화란 한 장 한 장 벽돌을 쌓는 것과 같다”라는 언명, “거인의 어깨 위에 선 난쟁이가 더 멀리 본다”³⁵⁶⁾는 언명 등은 이러한 연유에서 나온 것들이다. 이러한 측면에서 보았을 때, 일반적인 유체물 보다는 저작물이 사회적 지속성이 강하다는 논거가 될 수 있을 것이다.

셋, 저작물은 그것이 많이 이용되어 주위를 환기시키게 되면서, 저작물 자체가 문화적·정신적 시대상을 함께 형성해 나가는 하나의 요소로서 작용하여 사회적 관계(sozialer Bezug)를 형성한다.³⁵⁷⁾

넷, 지적재산권은 부동산이나 동산에 대한 소유권 등의 일반 재산권과는 달리 학문·예술의 발전 및 문화와 과학기술의 발전을 위하여 인정한다. 이 점은 헌법 제22조가 재산권에 관한 헌법 제23조와는 별도로 저작자와 발명가

353) 이를 정보의 비배제성 및 비경합성이라고 한다.

354) Christian Koboldt, Property Rights und Urheberrecht, in Claus Ott Hans-Bernd (Hg.), Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen, Beiträge zum IV. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts 23.-26. März, 1984, p.72f. Quoted in Felix Leinemann, op. cit., p.59.

355) 이상 Felix Leinemann, op. cit., p.58.

356) 12세기의 프랑스 수도사 베르나르 드 사르트르가 처음 사용했다고 알려져 있다. 우리가 추가하는 창작은 난쟁이처럼 작은 것이지만, 이미 이루어진 기존 작품을 바탕으로 그 위에 작은 창작을 자꾸 더하여 문화 발전이 이루어진다는 의미를 담고 있다. 류종현, 『현대 저작권의 쟁점과 전망』, 커뮤니케이션북스, 2008, 프롤로그 V.

357) BVerfGE, 31, 229, (1972) p.242; BVerfGE, 49, 382, (1979) p.394; BVerfGE, 79, 29, (1989) p.41ff.

의 권리를 규정하고 있는 점 등으로부터 알 수 있다.

그러나 한편 이러한 저작물을 통제할 수 있는 권리인 저작권을 인정하는 이유는 개인의 인격발현을 위한 경제적 기초를 보호한다는 일반적인 재산권의 보호의 의미 이외에, 창작성을 근거로 그에 대한 권리를 보호한다는 측면을 고려하면, 이러한 한도 내에서 저작물은 일반적인 유체물보다 사회적 기속성이 약하다고 할 수도 있다.

콤푼(Julius Kopsch)의 “저작권은 가장 인격적이고 동시에 사회적이다”라는 언명은 이러한 측면에서 이해할 수 있을 것이다.³⁵⁸⁾

저작물을 공표하여 저작자뿐 아니라 공중의 이용 가능한 상태에 놓으면, 창작자에게는 저작물로 경제적 이익을 추구할 권리를 부여하고, 이용자는 정당한 범위 내에서 이용할 수 있는 이익을 가지며, 보호기간이 종료하면 이러한 저작물을 완전히 공중의 자유로운 이용상태에 두도록 저작권법의 보호 구조가 짜진 것도 이러한 사회적 기속성에 근거한 것이라고 설명할 수 있다. 이러한 측면에서 지적재산권은 본질적으로 제한된 권리(un droit limité par essence)이다.³⁵⁹⁾

한편 사회적 기속성이라는 용어가 잘 나타내듯이, 사회적 기속성은 때와 장소에 따라 가변적이다. 동일한 대상에 대해서 1800년대 산업사회와 2000년대 정보사회에서 평가하는 사회적 기속성이 다를 수 있다. 동일한 대상에 대해서 독일과 우리나라에서 평가하는 사회적 기속성이 다를 수 있다. 스포츠 중계권³⁶⁰⁾의 제한에 관한 헌법적 심사에서 핵심적인 내용인 축구경기 중계의 사회적 기속성을 얼마만큼 인정할 것인가의 논의가 이를 웅변한다. 예를 들어, 축구의 중계권 제한과 관련하여 독일에서는, 우선 축구의 생방송이 중요한 정보라는 것에는 의견이 거의 일치한다는 것을 전제로 이의 사회적 기속성은 헌법상 민주주의원리, 문화국가원리, 복지국가원리의 관점에서 정당화될

358) In ArchFunkR Bd. 1, 1928, p.201. Quoted in Felix Leinemann, Die Sozialbindung des Geistigen Eigentums, p.60.

359) Christophe Geiger, Droit d'Auteur et droit du public a l'information, Paris: Litec, 2004, p.60.

360) 스포츠 중계권의 법적 성질 및 그 귀속에 관해서는 최정환, “유료스포츠 채널의 인 기스포츠 독점중계”, 한국엔터테인먼트법학회 제1회 심포지움자료, 2006.4. (http://www.kels.or.kr/data_board01/download.asp?File_Key=1&Qnat_Key=5, 2008.12.5 방문) 참고.

수 있다고 주장된다.³⁶¹⁾ 그러나 우리나라에서는 ‘축구경기’라는 문화의 요소가 지니는 의미가 독일의 경우와는 현저한 차이가 있다고 할 수 있다. 따라서 이러한 점에 비추어 보면, 지적재산권의 사회적 지속성이라는 개념은 시대와 장소에 따라 가변적인 개념이라는 것을 알 수 있다.

3. 입법형성권과 창작자 보호방법의 다양성

우리 헌법 제22조 제2항에서의 ‘법률’은 기본권 제한형식의 법률이 아니라 기본권 실현형식의 법률이며, 기본권 형성적 법률이므로 입법권자가 입법을 통해 구체적으로 어떻게 창작자를 보호할 것인가는 입법형성권의 범위 내에 있다. 우리 입법자가 이러한 입법형성의 자유를 행사하는 데는 다음과 몇 가지 점을 유의하여야 한다.

하나, 이미 설명한 것처럼 헌법 제22조 제2항이 형성적 법률유보의 규정형식을 취한 이유는 생명, 신체, 자유 등과는 달리 그 보호대상인 지적재산이 위에서 고찰한 것과 같은 사회적 관련성이 강하기 때문이다. 그리고 제22조 제2항은 제23조 규정의 취지를 고려하여 이 규정과 조화롭게 이해하여야 한다.³⁶²⁾ 따라서 제22조 제2항의 규정을 제23조와 무관하게 독립적으로 이해하여 이를 근거로 마치 지적재산권 강화만이 우리 헌법의 정신이라고 이해하는 것은 잘못된 것이다. 창작자는 자신의 작품으로부터 나오는 경제상의 이익을 주장할 수 있는 권리를 가지지만, 지적재산권의 사회적 지속성 때문에 지적재산권에서 나오는 경제적 이익의 주장도 일정한 한계가 있음을 주의해야 한다.³⁶³⁾

둘, 한편 지적재산은 그 형성과정에서 개인의 개성이 더해지므로, 이러한 인격적 속성이 내재되어 있다는 측면에서 일반적인 재산권과 비교하여 볼 때 훨씬 강한 보호를 받을 수 있는 기제가 있다. 따라서 이러한 한도에서는 일반적인 재산권보다 사회적 지속성이 완화된다고 이해하여야 한다.

셋, 지적재산은 그 본질이 유체물과 용역이 아닌 제3의 대상이고 그 역사가 상대적으로 짧아 아직까지 전형적인 보호방법이 확립되어 있다고 할 수 없다. 따라서 입법권자는 지적재산의 본질에 충실하고 구체적인 보호대상인 당해 지적재산의 성질에 부합하는 보호방법을 개발하고 이에 대한 사회적 합의를 바탕으로 입법을 행하여야 한다. 특히 지적재산을 충실히 보호하는 수준을 넘어 지나친 보호를 내용으로 하는 입법은

361) Thomas Körber, *Grossereignisse und Übertragungsrechte*, Verlag C.H.Beck, 2007, p.165ff.

362) 이에 관해 자세한 것은 이 보고서 제3장 제4절 참고.

363) 허영, 『한국헌법론』, 481면.

지적재산의 활발한 이용을 통한 문화와 과학기술의 발전이라는 헌법적 가치 또는 이익을 훼손할 염려가 있다. 따라서 입법권자는 제22조 제2항에 따른 입법을 행할 때 이 점을 특히 유의하여야 한다.³⁶⁴⁾

IV. 기술되어 있지 않은 구성요건

1. 보호의 목적

가. 보호의 목적의 구성요건성

헌법 제22조 제2항은 창작자 보호의 목적을 명시적으로 언급하고 있지 않다. 이것은 미국 헌법 제1조 제8항 제8호가 합중국 의회는 “제한된 기간 저작자와 발명가에게 저작과 발명에 관한 독점권을 보유하게 함으로써 과학과 유용한 기술의 진보를 촉진하는” 권한을 가진다고 규정하여 창작자 보호의 목적을 명시하고 있는 것과 대조되는 조문구조이다.

우리나라와 미국 헌법의 규범구조의 차이점만을 강조한다면, 우리 헌법 제22조 제2항은 보호의 목적이 구성요건이 아니라고 주장할 수도 있다. 그러나 헌법의 모든 규정은 그 규정의 목적이 있으며, 그 규정의 목적은 당해 규정을 구체적으로 실현하는데 “어두운 밤에도 등대와 같이 갈 길을 밝혀준다.”

우리 헌법재판소 결정례를 살펴보아도 실제로 발생하는 분쟁의 해결을 위해 이러한 보호의 목적이 반드시 필요하다는 것을 알 수 있다.³⁶⁵⁾ 한편 헌법 제22조 제2항은 이러한 규정이 없더라도, 창작자의 권리를 재산권 등의 헌법상 다른 기본권에 의하여 보호할 수 있는데 이를 특별히 규정하였다는 점에서 그 규정의 목적을 명확히 할 필요가 있다.

364) 이인호, “지적재산권의 헌법적 한계-헌법상의 언론자유조항과 지적재산권조항의 긴장과 조화”, CLIS Monthly, 정보통신정책연구원, 2002. 13면.

365) 헌법 제22조 제2항은…과학기술자의 특별보호를 명시하고 있으나 이는 과학·기술의 자유롭고 창조적인 연구개발을 촉진하여 이론과 실제 양면에 있어서 그 연구와 소산(所産)을 보호함으로써 문화창달을 제고하려는 데 그 목적이 있는 것이며 이에 의한 하위법률로써 저작권법, 발명보호법, 특허법, 과학기술진흥법, 국가기술자격법 등이 있는 것이다. 따라서…보호의 차원이 다르다고 할 것이다. 헌재 1993.11.25. 92헌마87, 판례집 5-2, 468, 477-478면.

그렇다면 우리 헌법에서 제22조 제2항의 입법 취지, 보호의 목적은 무엇일까? 이에 대해서 학자들은 “전문가들의 연구나 연구활동을 보호함으로써 학문과 예술의 발달을 촉진하여 물질문명의 발달과 문화의 발전으로 국가발전에 기여하려는 데 그 목적이 있다”,³⁶⁶⁾ “학문과 예술의 자유를 제도적으로 뒷받침해 주고 학문과 예술의 자유에 내포된 문화국가실현의 실효성을 높이기 위해서 저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리보호를 국가의 과제로 규정하고 있다”,³⁶⁷⁾ “지적재산권조항의 목적은 지식, 과학, 예술을 촉진하는데 있다”,³⁶⁸⁾ “지적재산권은 부동산이나 동산에 대한 소유권 등의 일반 재산권과는 달리 국가산업발전 도모와 학문·예술의 발전을 위하여 존재한다. 이 점은 헌법 제22조가 재산권에 관한 헌법 제23조와는 별도로 저작자와 발명가의 권리를 규정하고 있는 점으로부터 알 수 있다”³⁶⁹⁾라고 서술하고 있다.

우리 헌법재판소는 “헌법 제22조 제2항은 저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다고 하여 학문과 예술의 자유를 제도적으로 뒷받침해 주고 학문과 예술의 자유에 내포된 문화국가실현의 실효성을 높이기 위하여 저작자 등의 권리보호를 국가의 과제로 규정하고 있다. 저작자 등의 권리를 보호하는 것은 학문과 예술을 발전·진흥시키고 문화국가를 실현하기 위하여 불가결할 뿐 아니라, 이들 저작자 등의 산업재산권을 보호한다는 의미도 함께 가지고 있다.”³⁷⁰⁾ 고 서술하고 있다.

이를 종합하면 헌법 제22조 제2항은 학문과 예술, 문화와 과학기술의 발전에 이바지하는 것이 궁극적인 목적이라는 것이 일반적인 견해이다. 연구진도 다음과 같은 이유에서 이와 같은 일반적인 견해가 타당하다고 생각한다.

첫째, 우리 헌법상 제22조 제2항의 위치에서 그러하다.³⁷¹⁾ 지적재산의 보호와 이용이 유체물과는 달리 헌법 제22조 학문과 예술의 자유와 함께 규정되어 있는 것은 지적재산권의 보장이 학문과 예술의 자유를 보장하기 위한 수단적 의미를 가지고 있다는 것을 의미한다. 학문과 예술의 자유의 발전이 그

366) 육종수, 앞의 글, 142면.

367) 허영, 『한국헌법론』, 425면.

368) 이인호, 앞의 글, 11면.

369) 최병규, “지적재산권과 헌법의 관계”, 지적재산권, 한국지적재산권법제연구원, 2005.2, 11면.

370) 헌재 2002. 4. 25. 2001헌마200.

371) 육종수, 앞의 글, 143면 참고.

목적이고, 지적재산권을 보호하는 것은 그 수단이다.

둘째, 우리 헌정사에서 헌법제정권자의 의지가 그러하다.³⁷²⁾ 이미 서술한 것처럼 헌법 제정 당시 현행 제22조 제2항의 내용을 가진 제14조 후단에 관한 토의에서 참여자 모두는 과학, 기술, 예술을 발달하기 위하여 제14조 후단과 같은 내용을 별도로 명시하는 것으로 전제하고 논의를 전개하고 있다.

셋째, 이와 같은 헌법 제22조 제2항에 근거하여 입법자에 의하여 제정된 우리 저작권법이나 특허법의 목적규정에서도 이를 확인할 수 있다.³⁷³⁾ ‘저작자의 권리보호’와 ‘저작물의 이용 도모’는 갈등관계를 가지고 있다. 창작자에게 더 많은 이익을 주면 더 많은 창작의 동기를 부여하게 되어 좀 더 많은 창작을 기대할 수 있다고 일반적으로 가정된다. 이러한 의미에서 창작자의 권리를 증대하는 것은 정당한 것으로 인정된다. 그러나 지나친 저작권의 강화는 새로운 창작과 문화의 향유를 방해한다. ‘문화의 향상발전’은 이와 같은 갈등을 조정하는 상위목표이다. 규범의 문언적 구조에서도 볼 수 있듯이 ‘저작자의 권리보호’ 및 ‘저작물의 이용 도모’는 ‘문화의 향상발전’을 지향한다. 즉 저작권법은 문화의 향상발전이라는 목적을 정점으로 한편으로는 저작자의 권리를, 다른 한편으로는 저작권에 대한 제한을 균형적으로 구조화하고 있다.³⁷⁴⁾ 이러한 목적규정의 규범구조나 내용이 일치하는 것은 우연이 아니라, 우리 헌법의 지적재산권에 대한 이해와 지적재산권법의 일반적인 목적을 반영하여 규범을 형성하였기 때문이다.

넷째, 좀 더 이론적인 차원에서 보면 지적재산권의 궁극적인 목적은 문화와 과학기술의 발전에 이바지하는 것이라는 명제는 지적재산권을 인정하는 대부분의 문명국가가 수긍하는 일반적인 견해이다. 법사학적인 관점에서 보면, 우리 헌법은 이러한 지적재산권의 목적에 대한 전 지구적인 합의에 기초하여 규범화한 몇 나라의 헌법규정을 참고하여 규범화한 것이고, 우리 저작권

372) 신혜원, 앞의 글, 103면.

373) 저작권법 제1조 이 법은 저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 문화의 향상발전에 이바지함을 목적으로 한다; 특허법 제1조 이 법은 발명을 보호·장려하고 그 이용을 도모함으로써 기술의 발전을 촉진하여 산업발전에 이바지함을 목적으로 한다.

374) Yochai Benkler, Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain, 66 Law & Contemp. Probs. 173, 2003, pp.175-180.

법, 특허법 등의 지적재산권법은 이러한 전 지구적인 합의에 기초한 여러 나라의 규범을 참고하여 규범화한 것이다. 위에서 설명한 것처럼, 우리 저작권법의 목적규정, 특허법의 목적규정, 미국 연방헌법의 지적재산권 규정,³⁷⁵⁾ 나아가 일본의 저작권법의 목적규정, 특허법의 목적규정의 규범 구조가 동일한 것은 우연의 일치가 아니라, 이와 같은 일반적으로 통용되는 명제를 받아들인 것에 기인한 것이다.

이렇게 보았을 때 우리 헌법은 비록 제22조 제2항의 목적을 명시적으로 규정하고 있지는 않지만, 헌법재판소와 학설은 이 규정의 목적이 창작자의 권리 보호와 창작물의 공정한 이용을 도모함으로써 학문과 예술, 문화와 과학기술의 발전에 이바지하는 것을 그 목적이라고 인정하고 있으며, 이러한 규정의 목적은 당해 규정의 해석에 이바지하여 실제 분쟁의 해결에 기여하는 헌법상 기술되지 않은 구성요건으로서 기능한다고 결론지을 수 있다.

나. 관련쟁점: 저작권 제한의 본질과 저작권 제한 규정의 해석원칙

우리나라 지적재산권법학계에서 일부 견해는 저작권 제한 규정은 엄격하고 한정적으로 해석하여야 한다고 주장한다.³⁷⁶⁾ 이러한 견해는 저작권 인정 규정을 원칙 규정으로, 저작권 제한 규정을 예외 규정으로 준별하는 것을 전제하

375) 미국의 연방헌법 제1조 제8장 제8항도 이와 같은 규범구조를 가지고 있다. 이 규정은 ‘과학과 유용한 기술의 증진’과 ‘저작자의 독점적 권리 보호’ 및 ‘보호기간의 제한’이라는 요소로 구성되어 있는데, 여기서 ‘과학과 유용한 기술의 증진’은 ‘문화의 향상발전’과, ‘작가의 독점적 권리 보호’는 ‘저작자의 권리보호’에, 그리고 ‘보호기간의 제한’은 ‘저작물의 이용 도모’에 각각 대응된다. 미국 헌법 제1조 제8항 제8호에서 ‘과학(science)’이란 미국 헌법의 아버지들에게 ‘지식(knowledge)’ 또는 ‘학문(learning)’을 의미하였다. Edward C. Walterscheid, *The Nature of the Intellectual Property Clause: A Study in Historical Perspective*, William S. Hein & Co., 2002, pp.125-126; Gillian Davies, *Copyright and the Public Interest*, p.5 참고.

376) 예를 들어, 오승종, 앞의 책, 578면, 교수는 “원래 저작재산권 제한규정은 ‘엄격성’과 ‘한정성’의 원칙에 따라 해석하여야 한다는 것이 전통적인 해석론이다”라고 서술하고 있다; 방석호, 『디지털 시대의 미디어와 저작권』, 커뮤니케이션북스(2007), 64면, 교수도 “저작재산권의 면책규정 해석이 엄격하게 이루어져야 함을 잘 보여주고 있다.”고 서술하여, 제한규정의 해석이 엄격하게 이루어져야 한다는 명제를 간접적으로 승인하고 있는 것으로 보인다.

고 있다.

이미 설명한 것처럼 저작권은 자연권이 아닌 실정권이며, 권리의 내용은 사회적 기속성을 가진 정보를 어떠한 범위로 나누어, 어떠한 내용의 권리를 창작자에게 부여하고 어떠한 내용을 이용자인 공중에게 남겨줄 것인지는 관점에서 결정되어야 할 성질의 것이다. 저작권법이 창작자에게 권리를 부여하는 목적은 문화의 향상 발전에 있으며, 이를 위하여 저작자의 경제적 이익과 공중의 정당한 이용의 이익의 균형을 추구할 필요가 있으므로, 권리의 제한 규정이 필요한 것이다. 이러한 저작권의 제한 규정은 저작권자로부터 권리를 빼앗는 것이 아니라, 그것 자체가 권리의 내용을 구체화하는 규정으로 이해하여야 한다.³⁷⁷⁾ 따라서 저작권 인정 규정과 저작권 제한 규정은 모두 저작권의 구체적 내용을 그리는 것으로, 다만 저작권 인정 규정은 적극적인 방법으로 저작권의 내용을 규정하는 것이고, 저작권 예외 규정은 소극적인 방법으로 권리의 내용을 규정하고 있는 것으로 이해하는 것이 타당하다. 따라서 저작권 제한 규정은 엄격하고 한정적으로 해석할 것이 아니라, 일반적인 해석 원칙에 합리적으로 해석하여야 한다.³⁷⁸⁾

2. 제한된 기간

헌법은 제22조 제2항은 창작자의 권리의 시적(時的) 한계를 전혀 규정하고 있지 않다. 이것은 미국 헌법 제1조 제8항 제8호가 ‘제한된 기간 동안(for limited times)’이라는 시적 한계를 명시하고 있는 것과 비교되는 조문 구조이다.

따라서 우리나라와 미국 헌법의 조문 구조의 차이점만을 강조한다면, 우리 헌법 제22조 제2항은 시적 한계를 규정하고 있지 않다고 주장할 수도 있다. 그렇다면 입법자는 입법형성의 자유로써 저작권을 영원히 보호하는 입법을 할 수 있다고 해석할 수 있는가? 영원히 보호하는 입법을 할 수는 없다고 하

377) 이상 나카야마 노부히로 저, 윤선희 편역, 『저작권법』, 법문사(2008), 212면; 中山信弘, 『著作權法』, 有斐閣, 2007, 241面, 교수는 “모든 권리 제한 규정은 권리자로부터 권리를 빼앗기 위한 규정이 아니라, 권리 본래의 모습을 그려내고 있다고 생각해야 한다.”고 서술하고 있다.

378) 이상 나카야마 노부히로 저, 윤선희 편역, 『저작권법』, 212면; 中山信弘, 『著作權法』, 241面 참조.

더라도, 사실상 영원히 보호한다고 여겨질 정도로 긴 기간을 보호기간으로 하는 것은 가능한가?

연구진은 우리 헌법 제22조 제2항이 지적재산권을 제한된 기간 동안만 보호하도록 명시하지 않았지만, 다음과 같은 이유로 제한된 기간은 기술되어 있지 않은 구성요건이라고 인정하는 것이 타당하다고 생각한다.³⁷⁹⁾

첫째, 지적재산권이 영구히 보호되는 것이 아니라 법률에 정해진 일정 기간 동안만 보호된다는 것은 지적재산권의 본질에서 나오는 성질이다.³⁸⁰⁾ 둘째, 우리 헌법상 기본원리인 민주주의의 원리, 문화국가의 원리를 충실하게 실현하기 위해서는 창작자 보호와 그 권리의 제한이 동시에 요청되는데, 지적재산권의 보호기간의 설정은 아이디어·표현 이분론, 저작권의 제한 규정, 법정허락제도 등과 함께 이러한 창작자의 권리와 이용자의 권익의 조화를 위한 핵심수단 중 하나이다.

따라서 우리 헌법에서도 지적재산권을 영구히 보호하는 것은 허용되지 않으며, 만약 영구히 지적재산권을 보호하도록 입법을 한다면 그러한 입법은 명백한 위헌이라고 해석하는 것이 타당하다. 나아가 사실상 영원히 보호한다고 여겨질 정도로 긴 기간을 보호기간으로 하는 것도 허용되지 않는다고 해석하는 것이 타당하다. 다만 미국 연방헌법과 같이 명문의 규정이 없는 우리의 경우에는 제한된 기간이라는 해석에 있어 입법형성의 자유를 좀 더 넓게 인정할 수 있다.³⁸¹⁾

379) 이영록, “저작권 보호기간의 헌법적 한계에 관한 연구 -미국의 저작권 보호기간 연장과 그 영향을 중심으로”, 175면; 이인호, “정보인권 논의가 시사하는 헌법학적 프레임”, 『법학연구』, 제3호, 가톨릭대학교 법학연구소, 2008.8, 62-63면; 신혜원, 앞의 글, 183쪽 이하.

380) 정필운, “정보사회에서 지적재산의 보호와 이용에 관한 헌법학적 연구”, 제2장 참고; 미국 연방헌법 제1조 제8절 제8항은 지적재산권의 본질을 확인하였다는 점에서 의미를 찾을 수 있다. 이러한 사실은 지적재산권 규정을 가지고 있지 않아서, 독일연방기본법 제14조 재산권에서 지적재산권의 보호를 도출하고 있는 독일에서도 입법자는 시간적 또는 물질적으로 무제한의 보호권을 줄 의무가 없다고 하면서, 일정한 기간이 지난 후에는 창작물에 자유롭게 접근할 수 있다고 이해하는 것이 일반적이라는 점에서도 확인할 수 있다. 예를 들어, BVerfGE 31, 275, 287; Frank G. Fechner, Geistiges Eigentum und Verfassung, Mohr Siebeck, 1999, S.397ff; Otto Depenheuer, Art. 14, Rn.147.

381) 이영록, “저작권 보호기간의 헌법적 한계에 관한 연구 -미국의 저작권 보호기간 연장과 그 영향을 중심으로”, 175면 참고.

한편 헌법정책론적으로 문화와 과학기술의 발전을 위하여 최적의 저작권 보호기간을 설정하는 것은 이러한 헌법적 한계를 설정하는 것과는 다른 문제이다. 우리 헌법이 지적재산권을 인정하는 목적, 헌법상 기본원리와의 관련성, 창작물의 수명이 짧아지고, 전체 창작물 중 지속적으로 이용되는 창작물은 극히 일부인 현실을 고려하여 헌법정책적인 관점에서 보았을 때, 저작권 보호기간은 현재보다 단축되어야 한다. 그리고 저작권 보호기간을 연장한다고 하여 과거의 창작활동을 증가시킬 수는 없으므로 저작권 보호기간을 연장하는 입법을 하더라도 그 효과를 소급하여서는 안된다.³⁸²⁾ 나아가 등록에 의하여 일정기간 보호받고, 갱신에 의하여 다시 보호기간을 연장하는 이원적 체계를 취하는 등록·갱신제도와 연결되어 합리적으로 재조정되는 것이 타당하다. 이렇게 등록·갱신제도가 도입되면 저작권 보호기간의 연장에 따른 폐해가 상당히 완화될 수 있으므로, 바람직스럽지는 않지만 저작권 보호기간의 연장도 고려해 볼 수 있다.³⁸³⁾

3. 지적재산의 내용

이미 고찰한 것처럼 우리 헌법 제22조 제2항은 1948년의 제헌헌법부터 학문과 예술의 자유 규정과 같이 규정되어 왔다. 이러한 이유로 지적재산권의 보호가 학문과 예술의 자유를 뒷받침해 주고 문화적, 과학적 창조를 장려하는 객관적 가치질서로서의 성질도 가지고 있다고 할 수 있다.

그렇다면 지적재산의 내용이 학문적 또는 예술적으로 가치가 있어야 지적재산권으로써 보호되는 것인가? 나아가 학문적 또는 예술적으로 가치가 없는 것을 넘어 국가안전보장·질서유지·공공복리에 반하는 내용의 지적재산에 대해서 지적재산권을 인정할 수 있을 것인가?

382) 엘드레드 판례에서 반대의견을 제출하였던 스티븐슨(Stevens) 대법관의 주장. Eric Eldred, et. al. v. John D. Ashcroft, 537 U.S. 186, 2003, pp.239-241; 이영록, “저작권 보호기간의 헌법적 한계에 관한 연구 -미국의 저작권 보호기간 연장장과 그 영향을 중심으로”, 184-185면.

383) 로렌스 레식 지음, 이주명 옮김, 『자유문화: 인터넷 시대의 창작과 저작권 문제』, 펄맥(2005); Lawrence Lessig, Free Culture : How big uses technology and the law to lock down culture and control creativity, The Penguin Press, 2004.

헌법적 구성요건인지에 관한 논의는 아니지만, 이와 관련하여 과거에는 저작권법상 보호되는 저작물이기 위해서는 ‘예술성’이나 ‘적법성’을 요구하는 입법례나, 판례가 있었다고 한다.³⁸⁴⁾

그러나 오늘날에는 저작권법상 보호되기 위하여 ‘예술성’이나 ‘적법성’을 요구하는 입법례나 판례는 거의 없다. 우선 예술성과 관련하여서는 블레슈타인 대 도널드슨 리터그래핑사 판결에서 홈즈(Holmes) 대법관의 판시에 의해 정립된 이른바 블레슈타인 원칙(Bleistein doctrine)이라고 불리는 원칙이 있다.³⁸⁵⁾ 한편 우리 대법원은 “저작권법의 보호대상인 저작물이라 함은 사상 또는 감정을 창작적으로 표현한 것으로서 문학, 학술 또는 예술의 범위에 속하는 것이면 되고 윤리성 여하는 문제되지 아니하므로 설사 그 내용 중에 부도덕하거나 위법한 부분이 포함되어 있다 하더라도 저작권법상 저작물로서 보호된다.”³⁸⁶⁾고 판시하였다.

이렇게 보았을 때, 지적재산권의 보호대상인 지적재산의 내용이 당해 지적재산의 보호범위에 속하는 것이면 되고, 그 내용이 학문적 또는 예술적 가치가 있는지 여부 및 적법한지 여부는 지적재산권법적으로는 물론이고 헌법적으로도 문제되지 않는다. 예를 들어 저작물의 경우 사상 또는 감정을 창작적으로 표현한 것으로서 학문 또는 예술의 범위에 속하는 것이면 되고, 그 내용이 학문적 또는 예술적 가치가 있는지 여부는 그 보호여부의 판단에 고려 요소가 아니다. 그것이 헌법상 보호되지 않는 표현의 범위에 속하는 내용이고, 그러한 표현에 관해 제재규정이 존재하는 경우 그에 따른 제재는 이와 전혀 다른 차원의 문제라고 할 수 있다.

384) 황적인·정순희·최현호, 앞의 책, 224-225면.

385) “왈라스(Wallace) 쇼를 광고하기 위하여 이 그림을 특별히 개작한 것은 저작권 범위의 문제일 뿐 저작권의 성립을 방해하지 않는다. 법률가가 가장 좁고 명백한 한계를 벗어난 그림의 가치를 최종 판단하도록 하는 것은 위험한 일이 될 수 있다. 극단적으로 천재의 작품이 당대에 평가받지 못하는 경우도 있고, 반면에 판사보다 교육을 받지 못한 일반 대중의 관심을 끄는 작품에 대하여 저작권이 거부될 수도 있다.” Bleistein v. Donarldson Lithographing Co. 188 U.S. 239, 1903. 황적인·정순희·최현호, 위의 책, 224-225면에서 재인용. 번역은 장주영, 『미국저작권판례』, 육림사(2003), 25면.

386) 대판 1990.10.23. 90다카8845.

제3절 제23조의 해석론

I. 개관

1. 구조

헌법상 재산권의 구체적 모습은 재산권의 내용과 한계를 정하는 합헌적인 법률에 의하여 형성된다. 재산권의 보호영역은 다른 기본권처럼 헌법해석에 의해서가 아니라 입법자가 결정한다는 것을 명시하고 있다. 입법자는 재산권의 보호영역을 헌법 제23조 제1항의 재산권보장과 제2항의 사회적 기속성을 고려하여서 결정하여야 한다.

재산권은 기본권 주체로서의 국민이 각자의 인간다운 생활을 자기 책임하에 자주적으로 형성하는 데 필요한 경제적 조건을 보장해 주는 기능을 하므로, 재산권 보장은 곧 국민 개개인의 자유실현을 위한 물질적 조건을 의미한다고 할 수 있다. 자유와 재산권은 상호보완관계이자 불가분의 관계에 있다고 하겠다. 토지공개념이나 주택공개념이란 용어에서도 엿볼 수 있듯이 오늘날 재산권에서는 개인의 절대적인 법적 지위의 보장보다는 그 사회적 기속성이 중요시되고 있다.

재산권은 재산권의 대상에 대한 나와 타인 내지 국가에 대한 법적 지위를 의미하므로, 인간과 불가분의 상태인 자유와 구분된다. 재산권은 자유를 보장하는 기능을 가지지만, 구체적인 한 사람의 자유가 보다 확장된다고 하여도 타인의 자유가 제한되는 것은 아니며 오히려 나와 너의 자유가 같이 확대될 수 있다. 그러나 한 개인 내지 집단의 재산권의 확대는 자원과 부의 분배 문제로 이어지며 타인을 위해서 쓸 수 있는 재원의 축소를 의미하기도 한다. 재산권 보장의 강화는 당사자의 자유의 영역을 확대할 수 있지만, 타인의 자유를 약화시킬 수도 있으므로 적절한 조정이 필요하다.

2. 헌법규정의 연혁

우리 헌법상 재산권의 보호영역의 특수성과 사회적 기속성에 관한 규정은 제헌헌법부터 유지되어 왔으나 공용수용의 보상기준은 헌법개정에 따라서 내용상의 변화가 있었다.³⁸⁷⁾ 제헌헌법 제15조는 “제15조 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로써 정한다. 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다. 공공필요에 의하여 국민의 재산권을 수용, 사용 또는 제한함은 법률이 정하는 바에 의하여 상당한 보상을 지급함으로써 행한다.”고 규정하고 천연자원의 국유화(제85조), 농지의 농민분배 및 농지소유권의 내용과 한계의 법률에 의한 규정(제86조), 긴급한 필요에 의한 사영기업의 국·공유화(제87조 및 제88조)를 규율하였다. 유진오 교수는 헌법초안 제15조에서 “재산권은 헌법에 의하여 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로써 규정한다. 재산권의 행사는 공공의 복지에 적합하도록 하여야 한다. 공공필요에 의하여 국민의 재산권을 수용, 사용, 또는 제한함은 법률이 정하는 바에 의하여 상당한 보상을 함으로써 행한다.”고 규정하였다. 제2차 개헌에서는 자유경제체제로의 대폭적인 전환에 따라 사영기업의 국유 또는 공유 및 경영통제관리의 원칙적 금지(제88조), 무역에 대한 통제완화(제87조) 등이 규정되었고 재산권 규정은 제4차 개헌까지 그대로 유지되었다. 제5차 개헌에서 재산권의 내용규정과 그 공공복리 적합성은 그대로 유지되었으나(제20조 제1항, 제2항) 공용수용의 경우 정당한 보상을 규정하여(제20조 제3항) 상대적으로 재산권보장이 다소 강화되었다.

재산권보장의 강화는 경제 질서에 관한 원칙 규정의 변화와도 밀접한 연관성을 가졌다. 제헌헌법 제84조는 “대한민국의 경제 질서는 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족할 수 있게 하는 사회정의의 실현과 균형 있는 국민경제의 발전을 기함을 기본으로 삼는다. 각인의 경제상 자유는 이 한계 내에서 보장된다.”고 하여 경제영역에서의 사회정의의 실현을 강조하고 개인의 경제상 자유는 국가의 사회정의의 실현과 균형 있는 경제발전의 범위 내에서만 인정하였다. 1962년 제5차 개정헌법 제111조는 제헌헌법의 경제질서에 관한 원칙과 예외를 역전시켜 “① 대한민국의 경제질서는 개인의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다. ② 국가는 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족시키는 사회정의의 실현과 균형있는 국민경제의 발전을 위하여 필요한 범위안에서 경제에 관한 규제와 조정을 한다.”로 개정하였다. 제헌헌법

387) 재산권의 헌법사적 고찰은 김문현, 헌법 제23조, 헌법주석(I), 박영사, 2013, 826면 이하.

부터 제2공화국 헌법까지는 우리 헌법은 경제적 자유보다는 사회정의와 균형 있는 국민경제를 더 중시하였다면 제3공화국 헌법부터는 경제상의 자유와 창의에 비중을 두었다.

재산권과 경제조항의 내용은 제6차 개헌에서도 그대로 이어졌지만, 제7차 개정헌법 제20조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그 보상의 기준과 방법은 법률로 정한다.”고 규정하였다. 이는 정당보상 대신에 입법자에게 보상의 기준과 방법을 위임하여 재산권보장의 수준을 약화시킨 결과를 초래하였다. 이를 법률유보사항으로 규정하여 재산권의 사회구속성이 강화되었다. 또한 경제에 관한 장에서는 토지에 관한 사회적 기속성을 강화시켰다.

제8차 개정헌법 제20조는 재산권의 내용규정과 공공복리적합의무(사회적기속성)를 그대로 계수하였으나 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한은 법률로써 하되, 보상을 지급하여야 한다. 보상은 공익 및 관계자의 이익을 정당하게 형량하여 법률로 정한다.”고 규정하여 공용수용의 보상액 산정 기준을 보다 구체적으로 명시하였다.

현행헌법 제23조는 제8차 개정헌법의 재산권 내용규정과 공공복리적합의무를 그대로 계수하였지만, 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”고 규정하여 제5차 개정헌법의 정당보상 내용을 다시 도입하였다. 현행헌법상 경제조항도 기본적으로 제8차 개정헌법의 내용을 그대로 계수하였지만, 제119조의 경질질서 조항에서 국가의 경제에 관한 규제와 조정의 목적으로 ‘경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화’란 문구를 추가하였다.

II. 재산권의 법적 성격

재산권의 법적 성격을 기타의 자유권과 같이 천부인권 내지 초국가적 자유권으로 보는 고전적인 견해와 기존의 법질서에 의하여 창설된 실정권이자 사유재산제도라고 보는 견해의 대립이 있다. 388)

388) 이에 대하여는 김문현, 위의 논문, 821 이하

1. 천부인권으로의 재산권

재산권보장은 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 스스로 충족시킬 수 있는 경제활동의 바탕을 마련해줌으로써 경제적 개성신장을 돕고 자유로운 사회생활의 물질적인 터전을 확보해준다. 재산권은 자유의 전제조건이며 최소한의 인간의 존엄은 생존에 필요한 경제적 물질적 여건의 확보를 통해서 보장될 수 있다는 점에서 재산권은 천부인권이고 초국가적 자유권으로 시작하였다. 이는 특히 근대 시민혁명을 거치면서 통하여 주장되었다. 1776년의 버지니아 권리장전, 미국의 독립선언 및 초기 미국의 13개주의 인권선언은 생명과 자유와 더불어 재산권을 자연권으로 파악하였으며 1789년의 프랑스 인권선언도 자유, 안전, 압제에 대한 저항권과 함께 재산권을 초국가적인 자연권적 인권으로 규정하였다.

연혁적으로 중세의 봉건제도 하에서 재산권의 핵심이라 할 수 있는 토지소유권은 신분 내지 정치권력과 결합되어 특권층에게만 인정되는 것이었다. 근대 시민혁명 이후 종래 신분제도 및 이에 기초한 특권이 폐지되어 개인은 평등한 인격자로 나타나고 개인의 자유로운 경제활동이 보장되면서 재산권은 국가의 규제와 간섭에서 벗어난 절대적인 권리로 인정되었던 것이다. 이런 절대적인 재산권보장론은 근대 자본주의를 발전시키는 원동력이 되었다.

근대 인권사상의 이념적 토대를 제공하였던 로크(Locke)는 태초에 인간은 신체만을 가지고 있었으나 인간이 무주물이나 공유재로 남아있는 자연에서 신체활동에 기한 노동을 통하여 재산적 가치를 창출하였다면, 인간은 그 노력의 열매인 재산을 보유할 자연권을 가졌고, 국가는 개인이 창출한 자연권을 존중하고 실효성 있게 보호해 주어야 한다고 주장하였다. 그의 노동이론(labor theory)에 토대를 둔 재산권이론에 의하면 그는 초국가적 인권으로서의 재산권이론을 전개하여 당시 무제한적으로 재산증식에 몰두하였던 신흥시민계급의 이익을 정당화하고 자본주의의 발전에 기여하였다.

천부인권으로서의 재산권론은 재산권은 초국가적·전국가적인 것으로 모든 사회질서 이전에 존재하는 자연권으로 국가의 간섭과 침해를 배제하는 주관적 공권론으로 이어졌다. 우리 학계에서 재산권의 본질을 전국가적 자유권이자 자연권으로 보는 견해는³⁸⁹⁾ 로크의 자연권론에서 비롯된 것이라고 할 수 있다.

2. 실정권으로서의 재산권

기본권은 주관적 공권으로서 개인은 국가의 작위, 부작위, 수인, 급부 등을 요구할 수 있는 헌법상의 권리를 가진다.³⁹⁰⁾ 주관적 공권으로서의 기본권은 본래 연혁상 초국가적 자연권사상 내지 인권사상에서 출발하였다는 것은 주지의 사실이다. 헌법은 제10조 후문에서 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”라고 규정하고 있다. 여기서 ‘인권의 확인’이란 제11조 이하의 기본권이 헌법에 의하여 비로소 창설된 것이 아니라 초국가적 초실정법적 인권에서 연유하고 있다는 점을 밝히고 있다. 헌법 제10조 후문은 같은 조 전문의 ‘인간의 존엄과 가치’, ‘행복추구권’과 함께 우리 헌법상 자연법 사상, 천부인권 사상의 실정법적 표현이다. 헌법재판소도 “생명권은 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선험적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권”이라고 판시하였다.³⁹¹⁾

자연권사상에서 기본권은 헌법에 의하여 비로소 보장되는 것이 아니라 인

389) 문홍주, 제6공화국 한국헌법, 해암사(1987), 239 이하; 이인호, “지적재산권의 헌법적 한계-헌법상의 언론자유조항과 지적재산권조항의 긴장과 조화”, 12 이하, 교수는 “제23조가 보장하는 재산권은 전통적으로 천부인권으로 인정되어 왔다. 물론 20세기 이후 사회 내 경제적 불균형이 심각해지는 사회현실에서 재산권의 사회적 지속성이 강조되고, 이에 따라 우리 헌법도 그 점을 명시하고 있긴 하지만, 그럼에도 불구하고 여전히 재산권의 천부인권성은 쉽게 부정되기 어렵다. 헌법 제23조 제1항 제1문이 “모든 국민의 재산권은 보장된다.”고 우선적으로 선언하고 있기 때문이다. 또한 그렇기 때문에, 제23조 제1항 제2문이 “그 내용과 한계는 법률로 정한다.”고 했을 때, 그것은 입법자에게 재산권 형성에 대한 절대적이고 무한정한 권한을 수권한 것이라고 볼 수 없다. 그러나 반면에, 헌법 제22조 제2항의 “저작자...의 권리는 법률로 정한다.”는 규정은 저작자들의 권리가 천부인권성을 가진다는 것을 전제로 하고 있지 않다. 이 헌법조항은 “모든 국민의 재산권은 보장된다.”고 하는 제23조 제1항과는 다른 규범구조를 가지고 있기 때문이다. 그러므로 제22조 제2항의 “권리”는 제23조 제1항의 “재산권”과 그 본질이 같지 않으며, 제22조 제2항의 권리는 법률에 의해서 비로소 형성되는 권리인 것이다. 그리고 그 만큼 입법자는 이 권리를 창설함에 있어 보다 넓은 입법형성권을 가지는 것이다.”

390) 주관적 공권의 분류에 대하여는 강태수, “현대국가에서 기본권내용의 개방적 전개와 문제점 - 주관적 공권을 중심으로-”, 공법연구(제32권 제4호), 2004.3, 67면 이하 참조.

391) 헌재 1996. 11. 28 95헌바1; 헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127

간의 본성에 의거하여 전국가적이고 천부적으로 보장되는 권리였다. 그러므로 기본권은 헌법이 없어도 당연히 인정되는 권리이고, 헌법이 이를 규정하여도 단지 재확인한 것에 불과하다는 것이다.

현행 기본권이 자연법적 인권사상에서 출발하였고, 그 초국가적인 성질을 가지고 있다고 하여도, 그 내용이 실정법에 수용되었다면 권리로서 관철되기 위해서는 그 구체적인 내용과 제한의 근거 및 제한의 한계 등이 헌법해석에 의하여 확정되어야 한다. 기본권은 인권사상에서 연유하였지만, 현행 헌법에서 실정화된 구체적인 권리로서 헌법재판의 기준이 된다는 점에서 구체적인 내용과 기속력이 없는 자연권과 다르다. 공동체에서 개인의 자유는 무제한적으로 인정될 수 없다. 공동체를 전제로 하는 자유는 국가 법질서에 의하여 구체적인 범위가 확정되고 제한의 논거와 제한의 한계가 구체화되어야 타인의 자유와 공존이 가능한 현실적인 권리가 된다. 현대 국가에서 기본권은 실정헌법에 의하여 창설된 권리로서 일정한 한계가 있는 실정권이다.

실정권설도 기본권이 초국가적 성격을 가진다는 것을 부인하는 것은 아니다. 오늘날 기본권은 초국가적 성질을 가지지만, 초사회적 성질을 가지는 것은 아니다. 이 경우에 초국가성이란 국가 이전에 기본권이 먼저 있다는 시간적 관념이 아니다. 초국가성이란 기본권은 자체가 정당하지만, 국가가 기본권을 제한할 경우에는 반드시 정당한 근거가 필요하다는 것을 의미한다. 즉 기본권의 행사는 국가에 의해서 정당화될 필요가 없지만 국가는 항상 정당한 근거가 있어야만 기본권을 제한할 수 있다. 한편 기본권은 초사회적 성질을 가지는 권리가 아니다. 기본권은 그 자체가 자율적인 인간의 공동체인 사회를 전제로 하여 출발한 것이다. 따라서 기본권은 공동체의 존립이나 타인의 권리를 침해하지 않는 한, 넓게 인정될 수 있지만, 공동체의 존립을 침해하는 살인, 방화 등의 행위는 처음부터 기본권보장에서 제외된다.

재산권은 역사적으로 각 국가의 경제적 생산양식과 사회적 관습 및 법질서에 의하여 구체적으로 형성되는 실정법상의 권리로서 현대에서도 특히 토지재산권에 관해서는 다양한 형태의 권리가 형성될 수 있다.

3. 법적 지위로서 재산권

재산권은 자유의 전제조건이지만, 자유가 아니다. 이는 마치 생명, 신체의

불가 훼손성, 사생활의 비밀, 통신의 비밀 및 주거의 불가침 등은 인격체로서 개인과 불가분의 법익으로서 인간의 고유성을 나타내지만 엄밀한 의미에서 자유와 구분되는 것과 같다. 기본권은 미시적으로 주관적 공권으로서 개인에게 국가의 작위, 부작위, 수인, 급부 등을 요구할 수 있는 헌법상의 권리를 부여하지만, 거시적으로 일정한 헌법원칙 내지 질서의 창설을 뜻한다.³⁹²⁾ 주관적 공권은 개인이 국가에 대하여 일정한 작위·부작위·급부 등을 요구할 수 있는 헌법상의 권리라는 면에서, 국민이 사실상 혜택을 받지만 법적인 권리가 아닌 반사적 이익과 다르다.

주관적 공권으로서의 기본권은 국가의 부작위를 요구하는 소극적인 방어권과 국가의 작위를 요구하는 적극적인 청구권으로 크게 구분된다. 국가의 부작위를 요구하는 방어권을 국가권력의 측면에서 보면 국가권력은 방어권을 침해하지 않는 방향으로 구성되고 활동하여야 한다는 점에서 방어권은 국가권력의 소극적인 권한규정이라고 할 수 있다. 한편 국가의 적극적 급부를 요구하는 이행(청구)권은 국가질서의 적극적 형성에 직접 영향을 미친다.

근대국가에서 기본권은 국가에 대한 방어권으로 출발하였고 방어권은 자유가 주된 보호대상이지만, 재산권과 같이 재산적 가치가 있는 대상에 대한 법적 지위를 보장하는 권리도 있으며 생명, 신체의 불가 훼손성과 같이 사실적·자연적으로 존재하는 대상을 보호영역으로 하는 권리도 포함되어 있다.³⁹³⁾ 방어권은 원칙적으로 자유, 인격적 지위(인간의 고유성 및 상태), 법적 지위 등으로 구분되며 부수적으로 이런 권리가 침해된 경우에 인정되는 보조적 권리

392) 헌법재판소는 기본권의 이중성을 인정하는 일련의 결정을 내린 바 있다. 특히 직업의 자유는 “각자의 생활의 기본적 수요를 충족시키는 방편이 되고 개성신장의 바탕이 된다는 점에서 주관적 공권의 성격을 가지면서도 국민 개개인이 선택한 직업의 수행에 의하여 국가의 사회질서와 경제질서가 형성된다는 점에서 사회적 시장경제질서라고 하는 객관적 법질서의 구성요소이기도 하다.”고 결정하였다(헌재 1995. 7. 21. 94헌마125; 헌재 2011. 9. 29. 2009헌마351, 판례집 23-2상, 659, 669). 또한 “방송의 자유는 주관적 권리로서의 성격과 함께 신문의 자유와 마찬가지로 자유로운 의견형성이나 여론형성을 위해 필수적인 기능을 행하는 객관적 규범질서로서 제도적 보장의 성격을 함께 가진다.”(헌재 2003. 12. 18. 2002헌마49 - 협찬고지)고 판시하였다. 또한 “정치적 기본권은 기본권의 주체인 개별 국민의 입장에서 보면 주관적 공권으로서의 성질을 가지지만, 민주정치를 표방한 민주국가에 있어서는 국민의 정치적 의사를 국정에 반영하기 위한 객관적 질서로서의 의미를 아울러 가진다.”(헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710)고 하였다.

393) K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1., 622.

가 포함된다.³⁹⁴⁾

헌법상 자유는 ‘방해나 강제가 없는 상태’인 좁은 의미의 자유를 의미한다.³⁹⁵⁾ 자유는 타인의 방해나 간섭이 없는 상태에서 개인이 자기결정에 따라서 행동을 할 수 있는 상태를 뜻한다. ‘어느 사람이 자유롭다’라고 한다면, 그 사람에 대한 장애, 저항, 강제 등이 존재하지 않는다는 것을 의미한다. 결국 자유란 행위의 임의성을 의미하며, 이는 행위선택의 가능성을 전제로 한다. 행동의 자유는 행동을 하지 않을 부작위를 포함하는 것이 원칙이다.³⁹⁶⁾ 인간은 주어진 환경과 자질에 의존하는 존재이기도 하지만 자신을 자유롭고 독립적으로 형성하고 주변 사람과 세계에 지대한 영향력을 줄 수 있는 가능성을 가진 존재이므로 자유는 인간의 으뜸가는 본질이라고 할 수 있다.

자유는 국가의 법률에 의하여 인정되는 것이 아니라 국가 이전에 주어진 선형적인 것으로 인정되며, 법적인 자유는 법적인 명령 및 금지의 부재라는 의미에서 허용(Erlaubnis)이란 개념과 같이 설명된다. 그 허용의 근거는 명시적으로 어느 행위가 허용된다는 허용규범에 근거한 것이거나 묵시적으로 법체계가 명령 및 금지규범을 가지고 있지 않은 경우이다. 자유권에 관한 기본권규정은 헌법에서 명시적으로 허용하는 명시적인 허용규범이다. 헌법상 명시적 허용규범은 최상위 규범이므로 헌법이 허용하는 범위를 넘어서 하위규범에 의한 국가의 명령과 금지는 인정될 수 없다.

이에 비하여 재산권은 자유가 아니라 대상에 대한 일정한 ‘법적 지위’를 의미한다.³⁹⁷⁾ 재산권과 같은 법적 지위는 국가에 의하여 합헌적인 법규범에 의

394) K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1., 622ff.

395) 신분제적 봉건사회에서 귀족 등 특정계층에게만 허용된 자유란 개념은 강제의 부존재라는 의미를 넘어서 농노에 대한 일방적 지배권을 포함하는 개념이었다. 이에 비하여 근대 인권사상에서 형성된 ‘자유’란 그 주체가 모든 사람이며 이는 인간의 선형적인 상태인 자연적 자유 내지는 천부의 권리로서 발전되었다. 엘리네크(G. Jellinek)는 자유를 국가를 전제로 하여 개인 소극적 지위로 파악하였고 자유를 ‘모든 위법한 強制로부터의 자유’로 좁게 이해하였다(System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, S. 103).

396) Stern, a.a.O., S. 629.

397) 헌법상 보호되는 법적 지위는 인간 상호간의 법적 지위, 대상과 연관된 법적 지위, 인격에 관한 법적 지위 등 크게 세 가지로 분류된다. 인간 상호간의 법적 지위는 다시 단체에 대한 구성원의 지위와 가족법상의 법적 지위로 구분된다. 인격에 관한 법적 지위는 권리주체인 인격체에게 법규범에 의하여 인정된다. 예를 들면 선거권, 피선거권, 국민투표권 등의 참정권은 국민에게 부여되지만, 그 본

하여 보장되므로, 인격과 같이 선행적인 것이 아니라 국가형성 이후에 보장되는 특성을 가지고 있다. 특히 기본권형성적인 법률에 의하여 보장된다고 할 수 있다.

현실적으로 재산권은 기본권의 주체로서의 국민이 각자의 인간다운 생활을 자기 책임하에 자주적으로 형성하는데 필요한 경제적 조건을 보장해 주는 기능을 하는 것으로서, 재산권의 보장은 곧 국민 개개인의 자유실현의 물질적 바탕을 의미한다고 할 수 있고, 따라서 자유와 재산권은 상호보완관계이자 불가분의 관계에 있다고 할 것이다.³⁹⁸⁾ 법적 지위의 공통점은 법적 행위에 의하여 박탈된다는 점에 있다. 그러나 법적 지위에 대한 침해는 법규범의 폐지와 같은 법적 행위뿐만 아니라 사실적 행위에 의하여 이루어질 수도 있다. 가령 재산권은 재산적 가치가 있는 물건을 파괴하거나 손상하는 행위를 저지한다.

자유권은 본래 법률에 의한 구체적인 형성을 전제로 하지 아니하는 전국가적 권리로서 출발하였지만, 재산권은 합헌적인 법령에 의해서 구체적으로 형성됨으로써 비로소 실질적인 권리가 된다.

4. 가변적 상대적 권리로서 재산권

재산권은 인간의 존엄과 자유의 토대로서 모든 사람에게 선행적으로 인정되는 불가침적 천부인권으로 등장하였지만, 곧 이런 견해는 그대로 유지될 수 없게 되었다.

그러나 자본주의의 발전과 함께 초국가적이고 무제한적 인권으로서의 재산권 개념은 ‘기능장애(dysfunktional)’를 일으키고 로크(J. Locke)의 노동이론에 기초한 인권으로서의 재산권은 그 근거를 유지할 수 없게 되었다.³⁹⁹⁾ 자본주의적 생산양식에서 자본가는 생산수단을 소유하고 노동력을 구입하여 노동생산을 독점한다. 이에 대하여 노동력을 제공한 노동자는 그 대가로 임금만을

질은 개인으로서의 인격체에게 인정되는 권리이다. 이에 대하여는 강태수, 앞의 글, 79면 이하 참조.

398) 현재 1999. 4. 29. 94헌바37 등, 판례집 11-1, 289, 303; 현재 1998. 12. 24 89헌마 214등, 판례집 10-2, 927, 945)

399) 재산권보장의 역사적 발전 단계에 대하여는 김문현, 앞의 글, 829면 이하 참조.

받으며 생산과정뿐만 아니라 자신의 노동결과물에서 소외된 존재로 전락하게 되므로, 노동력을 제공한 개인이 생산물의 재산권자라는 로크의 재산권이론은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

더구나 노동자와 자본가의 대립적 관계는 주기적인 경제공황과 함께 부익부 빈익부의 사회구조적인 불평등관계를 더욱 심화시켜서 자유방임적 자본주의는 더 이상 유지될 수 없었다. ‘계약자유’라는 미명하에 팔 것은 노동력밖에 없는 노동자계층을 자본가계층이 착취하면서 빈부의 격차와 부의 편재현상이 심화되고, 노동자와 자본가의 사회구조적인 대립과 갈등이 첨예화되어 사유재산권을 부정하는 공산주의 사상이 발생하기에 이르렀다. 현대 사회적 법치국가는 생산수단의 사적 소유를 부정하는 사회주의라는 극단적 선택을 회피하면서 국가가 개인의 실질적인 자유와 평등의 실현을 위하여 사회경제영역에 포괄적인 간섭과 개입을 하게 되는 사회국가원리를 헌법에 수용하고 자유방임적 시장경제질서에서 탈피하여 사회적 시장경제질서로 이행하기에 이르렀다.⁴⁰⁰⁾

사회국가는 근대 자유방임적 자본주의에서 야기된 사회적·경제적 약자, 소외계층 및 노동자의 빈곤·실업·질병 등의 문제를 국가의 적극적인 개입과 규제를 통하여 해결하려 노력하고 실질적인 자유와 평등을 보장하여 사회정의의 실현할 수 있는 사회구조적인 조건을 만드는 국가이다.⁴⁰¹⁾ 사회국가원리에 의한 사회적 시장경제질서의 도입은 필연적으로 근대 입헌주의 국가에서의 자유권을 제한하고 재해석할 것을 요청하게 되었고 특히, 개인의 재산권의 취득, 행사 및 처분에 구조적인 제약을 가하는 결과를 야기하게 되었다. 이는 근대 사법의 소유권절대의 원칙을 폐기하고 광범위한 재산권 보장의 상대성과 사회적 기속성으로 귀결되게 되었다. 우리 민법 제211조는 “소유자는 법률의 범위내에서 그 소유물을 사용, 수익, 처분할 권리가 있다.”고 규정하여

400) 사회국가원리에 의한 재산권의 상대화에 대하여는 다음을 참조. 차진아, “재산권 보장의 상대화와 입법자의 역할 - 헌법 제23조 제1항의 해석에 관한 시론 -”, 고려법학(제76호), 2015. 3, 163면 이하; 김문현, 앞의 글, 825면 이하.

401) 사회국가란 한마디로, 사회정의의 이념을 헌법에 수용한 국가, 사회현상에 대하여 방관적인 국가가 아니라 경제·사회·문화의 모든 영역에서 정의로운 사회질서의 형성을 위하여 사회현상에 관여하고 간섭하고 분배하고 조정하는 국가이며, 궁극적으로는 국민 각자가 실제로 자유를 행사할 수 있는 그 실질적 조건을 마련해 줄 의무가 있는 국가이다(헌재 2002. 12. 18. 2002헌마52).

소유권은 법률에 의하여 구체화되는 상대적 권리라는 것을 분명히 하고 있다.

실정헌법상 독일 바이마르 헌법을 효시로 하여⁴⁰²⁾ 각국의 헌법은 사회적 기본권의 도입과 함께 재산권이 상대화되었고 공공의 필요 내지 공공복리의 증진을 위하여 의무를 부담하거나 제약을 수반하는 것으로 변화되었다. 그래서 재산권의 절대성은 부인되고 재산권의 사회적 기속성이 논의되기에 이르렀다. 결국, 재산권의 사회적 기속은 재산권에 대한 사회국가원리의 표현으로서, 재산권의 사회적 제약 내지 사회적 기속은 재산권의 절대적 보장에서 나오는 사회적 폐단을 최소화하고 사유재산제도의 기본이념을 보호하려는 데에 있다고 할 것이다.

개인의 자유를 실질적으로 보장하기 위하여 사회정의를 추구하는 사회국가원리에 의하여 국가는 인간다운 생활을 할 권리 등 사회적 기본권을 보장하기 위한 적극적 급부활동에 나서고 빈부의 격차 해소, 독과점규제, 경제주체간의 경제민주화를 실현하는 각종 정책 등에 의하여 재산권에 대한 제한이 급증하게 되었다. 보다 근본적인 변화는 재산권의 제한 영역이 아니라 그 이전의 재산권의 보호영역에서 일어났다. 재산권의 내용과 한계는 헌법과 합헌적인 법률에 의하여 확정됨으로 과거 재산권의 제한으로 여겼던 규제가 재산권의 보호영역에서 배제됨으로써 재산권의 제한이 아니게 되었고 따라서 국가는 제23조 제3항에 의한 정당한 보상을 지급할 의무에서 벗어나게 되었으며 이는 국가가 사회국가원리를 실현하는데 필요한 재원을 만드는 토대를 보다 용이하게 구축할 수 있게 되었다.

재산권은 헌법상 보장되지만 그 구체적인 재산권의 보호영역은 합헌적인 법령 특히, 의회유보원칙에 따라서 재산권의 본질적인 내용을 규정하는 입법자에 의하여 구체적으로 형성되는 기본권이다. 개별적 국가는 그 국가가 위치한 역사적 발전단계와 사회경제적 구조에 따라서 무엇이 재산권에 의하여 보장되는지를 세부적으로 결정하므로, 이제 재산권은 가변적이고 상대적인 실정법상의 권리이다. 물론 이 때에도 기존의 재산권의 본질적인 내용이 침해되거나 기존의 재산권의 보호영역을 신뢰보호에 위배하여 축소하거나 과도한 제

402) 1919년에 제정된 독일의 바이마르(Weimar) 헌법 제153조 제1항 ‘소유권은 헌법에 의해서 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.’, 제3항 ‘소유권은 의무를 진다. 소유권의 행사는 동시에 공공의 복리에 대한 봉사이어야 한다.’고 규정하고 있다. 현재 1989. 12. 22, 88헌가13, 판례집 제1권, 357, 370.

약을 가하는 것은 헌법상 허용될 수 없다.

5. 소결

재산권 규정은 미시적으로 개인에게 주관적 공권으로서의 재산권을 보장하며, 거시적으로 사유재산제도라는 객관적 질서를 보호하는 이중적 의미를 가진다.⁴⁰³⁾ 재산권규정의 근본취지는 우리 헌법이 사유재산제도의 보장이라는 토대 위에서 원칙적으로 모든 국민의 구체적 재산권의 자유로운 이용·수익·처분을 보장하면서 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한은 헌법이 규정하는 요건을 갖춘 경우에만 예외적으로 허용한다는 것으로 해석된다.⁴⁰⁴⁾

가. 권리(주관적 공권)

우리 헌법이 보장하고 있는 재산권은 ‘경제적 가치가 있는 모든 공법상·사법상의 권리’이다. 즉, 재산권 규정에 의하여 보장되는 재산권은 ‘사적유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치가 있는 구체적 권리’를 의미한다.⁴⁰⁵⁾ 이는 기존의 합헌적인 법령에 의하여 구체적으로 형성된 현존 권리상태의 보장을 뜻한다.

주관적 권리로서의 재산권은 개인의 재산에 대한 지배권·이용권·처분권을

403) 재산권의 보장은 국민 개개인이 재산권을 향유할 수 있는 법제도로서의 사유재산제도를 보장한다는 의미와 함께 그 기초 위에서 그들이 현재 누리고 있는 구체적 재산권을 개인의 기본권으로 보장한다는 이중적 의미를 지니고 있다(헌재 1994. 2. 24. 92헌가15등, 판례집 6-1, 38, 55; 헌재 1999. 7. 22. 97헌바76등, 판례집 11-2, 175, 193; 헌재 2003. 12. 18. 2001헌바91 등, 판례집 15-2하, 406, 425).

404) 헌재 1993. 7. 29. 92헌바 20, 판례집 5-2, 36, 44면; 헌재 1996. 3. 28. 95헌바 47, 판례집, 8-1, 221; 헌재 1998. 12. 24. 97헌마 87·88(병합), 판례집 10-2, 978.

405) 헌재 1992. 6. 26. 90헌바26, 판례집 4, 362, 372; 헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 103 등; 헌재 2010. 4. 29. 2007헌바40, 판례집 22-1상, 606, 613; 헌재 2019. 7. 25. 2017헌바133 참조; 헌법재판소는 체육시설업에 대한 사업계획승인 이후 경매 등으로 체육시설업의 필수시설에 대한 소유권을 상실한 기존 사업계획승인권자에게 사적유용성, 원칙적 처분권 및 재산적 가치 등의 어느 요소도 인정될 수 없으므로 사업계획승인권은 헌법상 보호되는 재산권에 해당되지 않는다고 판시하였다(헌재 2010. 4. 29. 2007헌바40).

보호하며, 이는 모든 국가권력을 기속한다. 재산권은 재산에 대한 기본권 주체의 법적 지위를 보호하며 일차적으로 재산권자의 구체적인 재산권에 대한 존속보장을 의미한다. 존속보장은 개별적 구체적인 사안에서 일정한 요건을 충족하면 가치보장으로 전환된다. 재산권보장을 단순히 재산적 가치만을 보장하는 가치보장에⁴⁰⁶⁾ 의하면 재산권 규제의 적법성 여부와 관계없이 ‘우선 규제를 수인하고 후에 보상을 받아라(dulde und liquidiere)’는 원칙이 중요시된다. 즉, 재산권 규제로 인하여 발생한 재산적 손해를 보상만 해주면 위법한 재산권 규제도 그 위법성이 치유되고 적법한 재산권 규제가 될 수 있다. 그러나 불법적인 재산권침해도 보상만 해주면 합헌이 될 수 있다는 발상은 기본권보다 국가가 추구하는 공익이 우선한다는 전체주의적 사고에 기인하는 것으로 기본권이 모든 국가권력을 기속한다는 기본권의 본질에 위배된다.

개인에게 ‘사적유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치가 있는 구체적 권리’인 재산권을 보장하는 이유는 기본권 주체에게 경제적 영역에서 자유실현을 위한 물질적 바탕을 제공하기 때문이다. 재산권은 기본권의 주체로서 개인이 자기책임 아래에서 독립적이고 자율적인 생활을 형성하는데 필요한 경제적 조건을 보장하면서 동시에 최소한의 인간의 존엄과 가치를 담보하는 토대이다. 재산권은 자유 자체는 아니지만 자유와 재산권은 상호보완 관계이자 불가분의 관계에 있다.⁴⁰⁷⁾ 재산권의 이러한 자유보장적 기능은 재산권을 어느 정도로 제한할 수 있는가 하는 사회적 의무성의 정도를 결정하는 중요한 기준이 된다.⁴⁰⁸⁾ 개인은 불법한 침해를 수인할 의무가 없다. 재산권 보장은 ‘물적보장’이기에 앞서 ‘권리주체에 대한 인적보장’(Rechtsträgergarantie)으로서 존속보장이 우선된다.⁴⁰⁹⁾ 존속보장은 개인에게 법질서를 통하여 인정된 재산권에 대한 법적 안정성을 보호하며, 신뢰보호의 관념이 내재하고 있다.

406) 이덕연, “보상없는 재산권제한의 한계에 관한 연구”, 헌법재판연구(9집), 1997, 30면 이하; 김광수, “독일공법상에 재산권 보장과 국가책임 확장이론”, 서울대 박사학위논문, 1994, 111면 이하.

407) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214 등, 판례집(10-2), 927면, 944면; 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집(10-2), 927면, 945면; BVerfGE 24, 367(389); 31, 229(239); 50, 290(339).

408) 강태수, “환경보호를 위한 토지재산권의 규제”, 헌법판례연구회 발표논문(미간행), 1999. 11. 20.

409) Vgl. BVerfGE 24, 367(404).

독일 연방 헌법재판소는 이미 1981년 소위 자갈채취판결에서 보상규정이 없는 수용법률은 위헌이고 이에 근거한 수용이 위법하면 당사자는 보상을 요구할 수 없으며 단지 행정법원에 그 취소를 구해야 한다고 판시하여 존속보장이 원칙이라는 점을 설시하였다. 연방 헌법재판소는 이 판례를 통하여 위법한 재산권 침해(수용유사침해)의 경우 국민은 그 위법한 침해를 취소소송을 통해 행정법원에서 취소하든지, 아니면 그 침해를 수인하고 일반법원에서 보상을 받을 수 있는 선택권을 부여하였던 연방최고법원(BGH)의 선례를 배척하였다.

나. 제도보장

재산권은 일차적으로 주관적 공권으로서 개인의 사유재산권에 대한 독자적인 사용·수익·처분권과 이에 대한 침해에 대항하고 방어할 수 있는 권리이다. 동시에 재산권은 주관적인 권리성과 함께 사유재산제도의 보장이라는 객관적인 가치질서로서의 성격을 내포하고 있다. 개인의 주관적 공권으로서의 재산권은 법적 제도를 전제로 한다. 사유재산제도의 보장은 개인이 자율적인 자신의 의사에 기하여 자신의 사적 이익을 위하여 재산권의 대상을 이용할 수 있고 원칙적으로 자기 의사에 따라 처분권을 가지는 것을 보장하는 것을 의미하며 지적재산권법을 포함하여 각종 공·사법에 의하여 형성된 재산제도를 보장하는 것을 뜻한다. 다른 국가의 헌법과 달리 우리 헌법은 제9장에서 상세한 경제질서를 규정하고 있기 때문에, 사유재산제도는 생산수단의 사유화를 부정하는 사회주의적 경제체제로까지 포함하는 것은 아니다.⁴¹⁰⁾ 따라서 모든 생산수단의 원칙적 국유화 또는 공유화는 인정될 수 없으며 예외적으로 국유화·공유화가 허용된다고 하여도 보상 없는 사유재산의 수용은 위헌이다.

제도보장은 기존에 형성된 제도의 현상유지만을 유지하려는 것은 아니다. 제도보장은 원칙적으로 입법자를 기속하고 입법자는 경제적·역사적 발전에 따른 헌법상 기본적인 가치를 고려하여 재산권의 내용과 한계를 확정하여야 한다. 사유재산제도는 헌법상 보장된 주관적 권리가 아니라 제도보장의 일종으로서 입법자의 형성의 자유가 광범위하게 인정되는 분야이므로, 그 위헌 여

410) 같은 의견. 김문현, 앞의 글, 831.

부의 판단에 있어서는 입법의 한계를 일탈하였는지 여부가 문제된다.

제도보장은 주관적 공권인 구체적인 개인의 법적 지위의 보장범위보다는 좁을 수 있지만, 제도보장의 핵심적 요소나 재산권의 본질적인 자유보장적 기능은 어떠한 경우에도 입법자에 의해서 침해되어서는 안 된다.⁴¹¹⁾

Ⅲ. 재산권의 보호영역: 일반적인 기본권 보호영역과 비교한 특수성

1. 의의

개별기본권들은 양심·종교·학문·예술 등의 특별한 생활영역을 보호대상으로 하고 있다. 기본권규정에서 보호되는 일정한 생활영역을 기본권의 보호영역(Schutzbereich), 규범영역 또는 기본권의 구성요건(Grundrechtstatbestand)이라고 한다.⁴¹²⁾ 양심·학문·집회 등의 상이한 사물적·내용적 범위를 다루고 있는 기본권 규정은 보호영역 내에서 일정한 행위(가능성)·상태·지위를 보호한다. 우선 기본권이 보호하는 행위는 개인이 원하는 행위를 할 수 있는 작위(적극적 자유)뿐만 아니라, 일정한 행위를 하지 않을 수도 있는 부작위(소극적 자유)까지 포함한다. 종교의 자유는 특정 종교를 선택하여 믿는 행위도 보호하지만, 어떤 종교도 믿지 않을 무종교의 자유도 보호하는 것이다. 만약 소극적 자유가 인정되지 않는다면, 종교의 자유는 특정 종교를 믿어야 할 의무로 변하며 예술의 자유는 예술활동을 할 강제에 불과하게 된다.

보호영역은 기본권규정에서 논의되는 행위 외에, 일정한 상태를 뜻하기도 한다. 주거의 자유는 주거의 평온함을 위하여 주거라는 공간 자체를 보호한다. 마지막으로 선거권, 공무담임권 등은 국민이란 표지를 가지고 있는 인격체에게 일정한 헌법적 지위를 보장한다. 기본권의 보호영역에 속하는 행위, 상태 및 법적 지위의 행사를 기본권행사라고 한다.

411) Papier, VVDStRL 35, S. 90.

412) 보호영역에 관한 내용은 다음을 참조. 강태수, “기본권의 보호영역, 제한 및 제한의 한계, 한국에서 기본권의 형성과 발전”, 허영교수 화갑기념 논문집, 1997, 274면 이하.

공권력의 행사·불행사로 인하여 자신의 기본권이 침해되었다고 주장하고 구제를 원하는 사람은 우선 어떤 기본권의 보호영역이 당해 공권력으로 인하여 위헌적으로 제한되었는지 논증하여야 한다. 기본권제한의 위헌여부의 심사는 보호영역의 확정 — 제한의 확인 — 기본권제한의 한계(기본권제한의 정당화) 심사라는 3단계로 진행되는 것을 기본으로 한다. 즉, 기본권주체의 일정한 행위, 상태나 지위가 특정한 기본권의 보호영역에 속하는지를 확정하고 공권력의 행사나 불행사가 기본권의 제한에 해당하는지의 여부를 판단하며 마지막으로 이런 제한이 정당화될 수 있는지의 여부를 검토한다. 기본권의 보호영역·제한·제한의 한계(정당성)라는 삼단계의 구별은 모든 기본권제한의 위헌성을 심사하는 과정을 체계적으로 배열한다.

기본권 해석에서 기본권의 보호영역·제한·제한의 한계를 단계적으로 구별하는 이유는 개방적이고 추상적인 헌법규정을 구체적인 사안에 포섭시키는 과정에서 사례 해결에 예견가능성을 제고하고, 자의적인 해석을 통제함으로써 개인의 권리를 보장하려는 데 있다.

2. 보호영역에 대한 일반적 확정원칙과 재산권 보호영역의 특수성⁴¹³⁾

가. 보호영역에 대한 일반적 확정원칙

일반적으로 기본권의 보호영역은 법률에 의한 형량(*Abwägung*)이 아니라 헌법의 해석(*Auslegung*)에 의하여 결정된다. 개별기본권의 보호영역은 헌법 해석에 정해지는 경우에, 객관적 예견가능성을 담보하면서 인간에게 고유한 본성 내지 본질, 사회성 및 역사성을 고려하여 최종적으로 확정된다.

(1) 헌법해석

기본권 보호영역은 실질적으로 구체적인 사안에서 재판규범으로 작용해야

413) 이에 관한 내용은 다음을 참조. 강태수, “한국헌법상 경제질서와 재산권 보장의 특성”, 경희법학(제40권 제2호), 경희대학교 법학연구소, 2005.

하므로, 객관적인 예견가능성을 담보하는 방식으로 헌법해석에 의하여 확정된다. 개별적인 기본권의 보호영역은 제1차적으로 개별기본권의 해석에 따라 각기 정해진다. 그래서 무엇이 직업이며 주거인지, 또는 집회의 범위가 어디까지인지가 헌법해석상 결정된다.

우선 기본권의 보호영역은 헌법의 해석에 의하여 결정된다. 만약 개별기본권의 보호영역이 입법자에 의하여 결정된다면 입법자는 보호영역을 자의적으로 축소하여 결정할 수 있으므로, 기본권의 대국가적 효력 특히 법률에 대한 기속력은 근저에서 무너지고 기본권은 법률상의 권리로 전락하게 된다. 동시에 기본권이 입법자를 기속하는 헌법 제10조 2문이나 제37조 제2항의 규정도 유명무실하게 된다. 기본권의 보호영역은 입법자가 아니라 헌법해석에 의하여 객관적으로 확정되며 최종적으로 헌법재판소가 그 범위를 유권적으로 결정한다.

(2) 객관적 예견가능성

기본권의 보호영역은 헌법해석에 의하여 확정되는 경우에, 기본권의 보호영역은 모든 주관적인 가치판단을 배제하고 객관적이며 예견가능성이 있게 확정되어야 한다. 객관적인 예견가능성을 담보하지 않는다면, 개인은 자신의 행위가 기본권에 의하여 보호되는지의 여부를 예견할 수 없고 기본권침해에 대한 구제를 주장할 수 없으며 국가권력은 자의적으로 개인의 기본권을 침해할 위험성이 높다. 객관적인 예견가능성은 일체의 주관적인 가치판단을 배제하고 보다 명확하게 보호영역이 확정됨을 의미한다. 특히 국가권력이 상충하는 법익을 고려하여 보호영역을 정하거나 기본권주체의 지위나 의도에 의하여 보호영역이 정해진다면 객관적 예견가능성을 담보할 수 없다. 가령 집회참가자의 사회적 지위 및 성분에 따라서 집회의 개념을 정하거나, 표현 내용에 따라서 언론 출판의 자유의 보호영역을 결정해서는 아니 된다.

직업의 자유에서 '직업'의 개념에는 생활수단성과 계속성이란 개념적 표지가 포함된다. 즉, 직업이란 "생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 계속적인 소득활동을 의미하며 그러한 내용의 활동인 한 그 종류나 성질을 묻지 아니한다."⁴¹⁴ 여기서 계속성이나 생활수단성이란 개념표지는 직업의 자유를 잘 보장하기 위해서 상당히 개방적으로 해석할 필요가 있다. 지속성에서는 기본

권 주체가 그 일을 실제로 지속적으로 해왔느냐는 중요하지 않다. 직업의 개념과 관련하여 생활수단성과 계속성 외에 공공무해성을 포함시키려는 견해도 있다. 공공무해성이란 징표는 자의적인 가치판단에 의하여 직업의 자유를 원칙적으로 봉쇄할 수 있는 위험이 내포되어 있다. 직업의 자유에서 직업의 개념에 계속성과 생활수단성 이외에 공공무해성을 요구하는 것은 직업의 자유의 보호영역에 대한 객관적 예견가능성을 박탈하므로 인정되어서는 아니 된다. 또한 공공무해성을 직업의 표지로 삼지 않아도 헌법 제37조 제2항에 의하여 공익에 반하는 직업활동을 법률로 금지할 수 있는 여지가 충분히 있으므로, 직업의 자유가 남용되는 사례는 미리 방지될 수 있다.

(3) 인간의 본성, 사회성 및 역사성

기본권의 보호영역은 객관적인 예견가능성이 있게 헌법해석에 의하여 결정되며 이를 위한 보다 세부적인 기준으로 인격체로서 인간에게 고유한 인간의 본질, 사회성 및 역사성 등을 꼽을 수 있다. 생명이나 신체의 불가 훼손성 및 신체활동의 임의성 등의 보호법익은 인격체로서 인간이 존재하기 위한 본질적인 전제조건으로 그 자체는 자유는 아니지만, 인간의 고유성에 속하므로 인격에 속한다고 할 수 있다. 이에 비하여 집회·결사나 언론·출판은 개인의 자연적인 사회성에 속한다. 한편, 인간은 사회적 존재로서 특정 단체에 소속되거나 타인과 같이 있기를 원하기도 하지만, 때로는 외부와 차단되어 혼자 있으면서 자신의 내면의 영역에 머물기를 바라기도 하며 사생활의 자유는 이를 보호영역으로 한다. 한편, 인간은 노동, 학문이나 예술을 통하여 인격체로서 자아를 실현하려는 욕구를 가진 존재이기도 하다.

기본권의 개별적 보호영역은 인간의 본질 내지 본성뿐만 아니라 오랜 역사 속에서 형성되어 구체화되기도 한다. 가령 선거권의 내용인 보통·평등·직접·비밀·자유선거는 서구에서 최소 수 백년의 역사적 투쟁을 통하여 획득한 것이다. 또한 국가의 성립 이후에 보장된다고 하는 선거권, 공무담임권 등의 내용도 그 국가의 국적을 가진 인격체로서 오랜 기간의 인권운동에 의하여 헌법에 규정된 권리이다. 그 구체적인 내용과 행사를 위한 절차 및 제도가 법률

414) 헌재 1993. 5. 13. 92헌마80; 헌재 1997. 3. 27. 94헌마196 등.

에 의하여 형성되어도 본질적인 보호영역은 헌법해석에 의하여 윤곽을 드러낸다.

나. 재산권 보호영역의 특수성

(1) 의의

헌법상 보장된 재산권은 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치있는 구체적 권리로서 구체적인 권리가 아닌 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 등은 재산권보장의 대상이 아니다.⁴¹⁵⁾ 여기서 말하는 사적유용성이 인정되기 위해서는 그 권리가 권리주체에게 귀속되어 그 주체의 이익을 위해 이용가능해야 한다. 그리고 원칙적 처분권이란 자신의 의사에 따라 처분할 수 있어야 함을 의미한다.

일반적으로 개별기본권은 입법자에 의한 형량이 아니라 헌법해석에 의하여 결정된다. 그러나 재산권은 환경권과 함께 그 보호영역이 합헌적인 법령에 의하여 결정되는 특이한 기본권이다.⁴¹⁶⁾ 즉, 현행헌법은 재산권의 내용과 한계는 법률로 정하며(제23조 제1항), 환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다고 헌법상 규정되어 있다(제35조 제2항). 재산권이 현행 법질서 내에서 인정되고 보호받기 위해서는 입법자의 적극적인 형성을 필요로 한다. 자연적 자유를 보호대상으로 하는 자유권은 국가에 의한 형성이나 이를 구체화하는 법률이 없어도 그 보호영역은 헌법해석으로 결정되고 이에 대한 제한은 헌법 제37조 제2항에 의한 정당성이 요구된다. 그러나 재산권은 이를 구체적으로 형성하는 법이 없을 경우에는 재산에 대한 사실상의 지배만 있을 뿐이고 그 내용이 입법자에 의한 법률로 구체화됨으로써 비로소 권리다운 모습을 갖추게 된다.⁴¹⁷⁾

415) 헌재 2018. 2. 22. 2015헌마552, 공보 제257호, 452, 455; 헌재 2015. 5. 28. 2013헌바82 등, 판례집 27-1하, 216, 231; 헌재 1996. 8. 29. 95헌바36; 헌재 2008. 7. 31. 2005헌마667 등.

416) 재산권 보호영역의 특수성에 대하여는 다음을 참조. 강태수, “분리이론에 의한 재산권체계 및 그 비판에 대한 고찰”, 헌법학연구(제10집 제2호), 2004, 123면 이하; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, S. 40.

417) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214 등, 판례집 10-2, 927, 944.

재산권은 자유, 생명 또는 신체의 불가훼손성과 달리 인간이 태어나면서 당연히 인정되는 권리가 아니라, 일차적으로 법률에 의하여 비로소 구체적으로 인정되는 가변적인 법적 지위(die variable Rechtsposition)⁴¹⁸⁾를 가진다. 헌법 제23조 제1항은 기본적으로 재산권의 내용과 한계가 법률에 의해 구체적으로 형성되는 기본권 형성적 법률유보의 형태를 띠고 있다.⁴¹⁹⁾

(2) ‘내용과 한계’의 의미

헌법 제23조 제1항 제2문에 의하면 재산권의 ‘내용과 한계’는 법률로 정한다. 우리 헌법상의 재산권에 관한 규정은 다른 기본권 규정과는 달리 그 내용과 한계가 법률에 의해 구체적으로 형성되는 기본권 형성적 법률유보의 형태를 띠고 있다. 그리하여 헌법이 보장하는 재산권의 내용과 한계는 국회에서 제정되는 형식적 의미의 법률에 의하여 정해지므로 이 헌법상의 재산권보장은 재산권 형성적 법률유보에 의하여 실현되고 구체화하게 된다. 따라서 재산권의 구체적 모습은 재산권의 내용과 한계를 정하는 법률에 의하여 형성된다. 헌법이 보장하는 재산권의 내용과 한계를 정하는 법률은 재산권을 제한한다는 의미가 아니라 재산권을 형성한다는 의미를 갖는다.⁴²⁰⁾

헌법 제23조 1항 제2문은 ‘내용’과 ‘한계’를 병렬적으로 규율하고 있어서 양자는 본질적으로 동일한 대상을 설명하고 있는 듯하다. 사실상 재산권내용의 모든 확정은 동시에 재산권이 미치는 한계를 뜻하고, 거꾸로 외부적 한계의 확정은 동시에 항상 재산권 내용과 그로부터 도출되는 재산권의 범위의 한계 설정을 의미한다. 결국 한계가 내용을 규정하고 내용규정은 필연적으로 한계를 포함한다. 입법자가 변화하는 사회경제적 발전에 따라서 재산권의 내용을 새롭게 형성한다는 것은 기존의 재산권 법질서의 내재적 형성에 그치는 것이 아니라, 재산권에게 새로운 한계를 부과한다는 동전의 다른 면을 필연적으로 내포한다.⁴²¹⁾

418) W. Leisner, Sozialbindung des Eigentums, 1972, S. 47.

419) 헌재 1993. 7. 29. 92헌바 20, 헌법재판소 판례집(5-2), 36 및 45.

420) 헌재 2014. 8. 28. 2013헌바119, 판례집 26-2상, 311, 314.

421) 독일의 연방 헌법재판소는 이 한 쌍의 개념을 구분하지 않고 사용하고 있다 (Brun-Otto Bryde, Art. 14 in: I. v. Münch(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Rn. 51).

재산권의 ‘내용’과 ‘한계’라는 일견 모순되어 보이는 개념은 시간적으로 서로 구분되는 개념이다.⁴²²⁾ 재산권의 ‘내용’이란 재산권자의 법적 지위를 장래를 향하여 일반적으로 규정하지만, 재산권의 ‘한계’는 기존의 법규범에 따라서 보호되고 있던 기존의 지위를 축소하는 경우를 의미한다. 가령 기존의 재산권 내용을 축소하는 새로운 법규범 제·개정은 규범의 제·개정 이전에 이미 재산권을 취득한 사람에게도, 규범의 제·개정 이후에 재산권을 취득한 사람에게도 모두 같이 적용되지만 그 효과는 다를 수 있다. 새로운 규범에 의하여 재산권을 취득하는 사람에게는 이 규정은 구체적인 재산권적 지위를 부여하는 재산권의 ‘내용’이 되지만, 규범 제·개정 이전부터 재산권을 가지고 있던 사람에게는 새로운 규범이 과거의 재산권을 사실상 제한하는 효과를 유발할 수 있고 이는 헌법 제23조 1항 제2문이 기술하고 있는 재산권의 ‘한계’에 해당한다. 재산권의 ‘한계’란 기본권 이론적으로 재산권의 보호영역을 전제로 한 기본권 제한이 아니라 장래를 향하여 재산권을 일반적 추상적으로 새로이 형성하는 재산권의 내용규정이다.

새롭게 재산권적 지위를 형성하는 법규범에 의하여 기존의 재산권적 지위가 축소되거나 폐지되는 경우도 있지만, 이는 재산권의 내용을 전제로 해서 재산권을 박탈하는 제23조 제3항의 공용수용이 아니라⁴²³⁾ 제23조 제1항의 내용규정에 해당한다. 헌법재판소는 재산권을 제한하는 형태에는, 제23조 제1항 및 제2항에 근거하여 재산권의 내용과 한계를 정하는 것과, 제3항에 따른 수용·사용 또는 제한을 하는 것의 두 가지 형태가 있다고 판시하였지만, 양자를 동일하게 ‘제한’이란 용어로 지칭하는 것은 정확한 설명이 아니다. 재산권의 내용규정은 본질적으로 재산권질서를 형성하는 재산권의 보호영역을 의미하고 제3항은 보호영역에 속하는 행위를 불가능하게 하거나 현저하게 어렵게 하는 재산권 제한규정이다. 재산권의 내용규정과 제23조 제3항에 의한 제한을 포괄하는 개념으로서 재산권규제라는 명칭이 적당하다.

재산권의 내용규정은 일차적으로 추상적 일반적인 법률에 의하여 형성되지

422) Rozek, Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung, 1998, 55ff.; Sachs, Verfassungsrecht II - Grundrechte, 2000, B14, Rn. 25ff.

423) BVerwGE 84, 361(366f.); 이러한 재산권의 폐지를 희생수용으로 설명하는 견해는 다음을 참조. Battis, Eigentumsschutz und Entschädigung, NVwZ 1982, 585(588).

만 구체적인 내용은 직접 법률에서 나오지 않고 법률을 집행하는 법규명령, 조례, 행정행위에 의하는 것이 오히려 일반적이다.⁴²⁴⁾ 가령 개발제한구역을 규정한 도시계획법 제21조는 일반적·추상적 규정이지만, 그 구체적인 집행행위는 도시의 개발을 제한할 필요가 있다고 인정되는 경우에 건설교통부장관이 개발제한구역을 지정함으로써 이루어진다(개발제한구역의지정및관리에관한특별조치법 제3조). 또한 자연공원법상의 용도지구의 결정, 건축물의 철거·이전 그 밖의 행위제한은 공원관리청의 공원계획에 의하여 구체화되고 집행된다(자연공원법 제2조 제6호). 외형상 재산권제한으로 비춰지는 개발제한구역에서의 각종 행위제한, 건축법, 문화재보호법, 국토이용관리법, 도시계획법, 환경정책기본법, 주택임대차보호법 등의 행위제한은 기본권제한이 아니라, 입법자가 재산권의 내용을 형성하고 확정하는 재산권 내용규정이다.

(3) 재산권의 사회적 기속성

(가) 의의

헌법 제23조 제2항은 “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.”고 규정하여 재산권은 법률로써 규제될 수 있고, 그 행사 또한 일정한 제약을 받을 수 있다는 것을 밝히고 있다. 현행 헌법 제23조 제2항의 사회적 기속성(Sozialbindung des Eigentums)은 독일 바이마르 공화국 헌법 제153조 제3항의 영향을 받은 독일 기본법 제14조 제2항(“재산권은 의무를 수반한다. 그 행사는 동시에 공공복리에 적합하여야 한다.”)을 계수한 것이다. 사회적 기속성을 규정한 조항은 자유주의적·개인주의적 재산권 관념에서 탈피하여 사회국가에서 입법자와 사회구성원이 다른 사회구성원에 대한 의무와 책임의 표현으로서 사회국가원리의 실현형태의 구체적 방식을 의미한다.

재산권행사의 대상이 되는 객체가 사회적 연관성과 사회적 기능이 크면 클수록, 입법자에 의한 재산권규제가 더욱 강하게 나타난다. 재산권의 이용이나 처분이 재산권자 개인의 사적 생활영역에 머무르지 않고 일반국민 다수의 일상생활에 큰 영향을 미치거나 공공성이 강하게 드러나는 경우에는 입법자는 공동체의 이익을 위하여 개인의 재산권을 규제하는 권한을 폭넓게 가질

424) Rozek, aa.O., 219.

수 있으며 재산권자의 사회적 제약은 더욱 강하게 나타날 수 있다.⁴²⁵⁾

(나) 법적 성격

헌법 제23조 제2항의 법적 성격에 대하여는 논란이 있다. 우선 재산권의 사회적 기속성을 규정한 헌법 제23조 제2항을 헌법직접적인 의무 내지는 개별적 헌법유보로 보는 견해는⁴²⁶⁾ 사회적 기속성의 준수는 입법자뿐만 아니라 재산권자 자신에게도 부여된다고 한다. 재산권자는 사회적 가치에 반하는 재산권의 행사를 헌법상 하지 않을 의무가 주어져 있다는 것이다. 이런 견해는 우선 재산권의 보호영역이 제23조 제1항에서 결정되고, 제2항의 사회적 기속성은 재산권의 보호영역을 전제로 해서 재산권행사를 제한하는 규정이라고 해석하는 것이다.

사회적 기속성을 직접적인 효력을 가지는 헌법유보나 헌법의무로 해석한다면 구체적인 사안에서 법원이 직접 재산권의 제한을 가할 수 있다는 결과에 이른다. 이런 해석은 기본권제한뿐만 아니라 기본권 및 통치조직에 관한 모든 본질적인 사항을 입법자가 스스로 법률로서 결정하여야 한다는 의회유보의 원칙에 위배되는 해석이다. 더구나 법관이 법률의 근거가 없이 구체적인 분쟁에서 재산권의 사회적 제약을 정한다면 법치국가적인 명확성과 예측가능성은 근거에서 무너지게 된다. 또한 기본권보장을 목적으로 하는 헌법은 개인에게 포괄적인 권리를 부여하지만 직접 구체적인 내용을 가진 의무를 부과할 수는 없다. 그렇지 않다면 재산권은 전혀 법적 안정성이나 예견가능성이 없이 행정 부나 사법부에 의하여 침해되는 결과를 초래하게 된다.

헌법 제23조 제2항의 사회적 기속성은 비록 문구상 재산권의 행사에 한정되어 있지만, 이는 제23조 제1항과 결합해서 해석되어야 한다. 입법자는 재산권의 내용을 구체적으로 형성함에 있어서 사적 재산권의 보장이라는 요청(헌법 제23조 제1항 제1문)과 재산권의 사회적 기속성에서 오는 요청(헌법 제

425) 헌재 2017. 9. 28. 2016헌마18, 판례집 29-2상, 504, 514; 헌재 2014. 2. 27. 2010헌바483 참조.

426) 박상희, “공용침해의 요건에 관한 연구”, 고려대학교 법학과 박사학위논문, 1993, 9면 이하; 권영성 교수는 법률로써 그 내용과 한계가 이미 정해진 구체적 재산권의 행사도 공공복리에 적합한 것이어야 한다는 공공복리적합성은 개별적 헌법유보에 해당한다고 하면서 동시에 헌법원리라고 한다. 또한, 헌법유보란 법률이 없이도 기본권을 제한할 수 있는 기본권제한의 한 유형이라고 한다(권영성, 앞의 책, 557면.); 계희열 교수는 사회적 제약을 직접적인 법적 구속력을 가지는 의무라고 한다(계희열, 『헌법학(중)』, 박영사(2007), 512면).

23조 제2항)을 함께 고려하고 조정하여 양 법익이 서로 조화와 균형을 이루도록 하여야 한다.⁴²⁷⁾ 헌법 제23조 제2항은 재산권에 대한 내용과 한계를 결정함에 있어서 입법자가 준수하여야 하는 하나의 구속적인 준칙(verbindliche Richtschnur)이다.⁴²⁸⁾ 입법자가 이 준칙에 따라서 그 시대의 사회경제적 발전을 고려하여 재산권의 내용을 구체화하여야 하며 이를 위배하는 법률은 헌법 위반이다.

입법자는 재산권의 내용을 구체적으로 형성할 권한과 책무가 있다. 그러나 헌법상 보장되는 재산권이 법률에 의하여만 규정되는 것은 아니다. 이미 헌법상 재산권과 연관되는 조항을 특히 경제조항에서 찾아볼 수 있다. 가령 농지소작제도의 금지로 인하여(제121조 제1항) 자신의 농지를 소작하게 할 권리는 인정되지 않는다. 개인은 광물 기타 중요한 지하자원·수산자원·수력과 경제상 이용할 수 있는 자연력을 법률에 의하여 자유로이 사용할 권리를 갖지 못한다. 단지 기간을 정하여 특허권을 취득할 수 있을 뿐이다. 광업법 제17조에 의하여 광업권의 설정을 받고자 하는 자는 산업자원부장관에게 출원하여 그 허가를 받아야 한다. 광업법은 광업권이라는 재산권을 구체적으로 형성하는 법률로 나타난다.

(다) 내용

재산권의 사회적 기속성의 기준은 공공복리에 의하여 결정된다.⁴²⁹⁾ 근대국가에서 공공복리는 현대 사회국가에서의 공공복리와 전혀 다른 개념이었다. 근대국가에서 자유주의적 공공복리는 개인의 재산권보장이라는 소극적 공공복리를 의미하였고 공동체 전체의 이익을 증진시키는 현대적 공공복리 개념은 정착되지 못했다.

현대 사회국가에 있어서 재산권적 공공복리는 재산권의 사회적 연관성 및 사회적 기능을 고려하여 공익과 사익의 조화를 실현하는 것을 의미하며 각인의 재산권을 실질적으로 보장하면서 사회정의의 실현을 위하여 최소한의 인

427) 헌재 2017. 9. 28. 2016헌마18, 판례집 29-2상, 504, 514; 헌재 2014. 2. 27. 2010헌마483; 헌재 2015. 11. 26. 2013헌마415, 판례집 27-2하, 191, 197; 헌재 2014. 7. 24. 2012헌마662.

428) BVerfGE 25, 117; 37, 140.

429) 공공복리의 내용에 대하여는 다음을 참조. 김문현, 앞의 글, 854면 이하.

간의 존엄에 상응하는 물질적 조건을 창출하는 사회국가적 공공복리를 의미한다. 제23조 제2항의 공공복리와 제37조 제2항의 공공복리는 공통적으로 사회국가원리를 기본권차원에서 보다 구체적으로 표현한 개념이다.⁴³⁰⁾ 공공복리는 현대 사회국가에서 개인의 이익을 인정하면서 개인 상호간의 충돌을 조정하고 각인의 기본권을 최대한으로 보장하기 위한 사회정의의 원리이다. 국가의 수입만을 추구하는 재정적 목적이나 오직 개인의 이익을 증진하는 사적 목적은 전혀 공공복리와 관련이 없다.

단지 헌법 제37조 제2항의 공공복리는 기본권제한의 목적을 규율하고 있다면, 제23조 제2항의 공공복리는 기본권제한 이전에 재산권의 내용을 일반적 추상적으로 확정하기 위한 헌법위임 규정이라는 점에서 차이가 있다고 할 것이다. 즉, 제37조 제2항과 제23조 제2항의 공공복리는 동일한 개념이지만, 그 담당하는 기능과 효력에서는 차이가 있다. 제37조 제2항은 기본권제한의 수권 규정이자 기본권제한의 한계규정으로서 입법자는 기본권을 제한할 의무가 없지만, 기본권을 제한하는 경우에 공공복리는 목적상의 원칙으로 작동한다. 이에 비하여 제23조 제2항의 공공복리는 입법자에게 재산권의 내용을 구체적으로 형성할 의무를 부과하고 있으며 입법자는 공공복리에 따라서 재산권의 내용을 장래를 향하여 일반적 추상적으로 확정할 의무를 진다.

제37조 제2항에 의하여 다른 기본권에서 공공복리는 기본권제한의 목적으로 작용하지만, 재산권에서 공공복리는 기본권제한 이전에 개인의 재산권적 지위를 고려하면서 이와 조화롭게 재산권의 내용을 형성하는 기준이 된다. 재산권에서만 공공복리는 재산권의 내용을 형성하는 하나의 기준이 되므로, 재산권은 특히 다른 방어권에 비하여 입법자에 의하여 보호영역이 결정되는 상대적 기본권으로 공공복리에 따라서 기본권의 내용이 가변적인 열위의 권리가 된 것이다.

재산권은 그 사회적 지속성의 강도에 따라서 재산권의 내용은 상이하게 보장된다. 헌법재판소는 “재산권에 대한 제한의 허용정도는 그 객체가 지닌 사회적 연관성과 기능에 따라 달라지는 것으로서, 그 이용이나 처분이 소유자 개인의 생활영역에 머무르지 않고 일반국민 다수의 일상생활에 큰 영향을 미치는 경우에는 입법자가 공동체의 이익을 위하여 개인의 재산권을 규제하는

430) 김문현, 앞의 글, 857.

권한을 폭넓게 가질 수 있다.”고 판시하였다. 여기서 ‘재산권에 대한 제한’은 엄밀한 의미에서 틀린 용어를 사용한 것이다. 왜냐하면 여기서 문제가 되는 것은 재산권 제한이 아니라, 제한의 이전 단계인 재산권의 내용으로서 재산권의 보호영역의 범위확정이다.

한편 재산권자에게 생존에 필수적인 의미를 갖거나 그 인격실현 내지 자유 보장적 기능과의 관련성이 밀접할수록 보다 강력한 보호가 요청되는 반면, 사회적 관련성이 높을수록 보다 광범위한 제한이 허용된다. 입법자는 개인 소지품 등 개인의 자유 내지 인격과의 연관성이 강한 재산의 대상에 대하여는 사회적 지속성이 약하므로, 재산권의 사적유용성과 처분권을 규제할 권한이 축소된다. 반면에 “토지는 원칙적으로 생산이나 대체가 불가능하여 공급이 제한되어 있고, 우리나라의 가용토지면적은 인구에 비하여 절대적으로 부족한 반면에, 모든 국민이 생산 및 생활의 기반으로 토지의 합리적인 이용에 의존하고 있으므로 그 사회적 기능에 있어서나 국민경제의 측면에서 다른 재산권과 같게 다룰 수 있는 성질의 것이 아니므로 공동체의 이익이 보다 강하게 관철되어야 한다.”⁴³¹⁾⁴³²⁾

일반적으로 토지는 공급이 제한되어 있다는 재화의 특성상 토지재산권에 대한 폭넓은 제한이 허용되지만, 택지소유권은 생존 내지 인격실현을 위한 불가결한 조건에 속하기 때문에 다른 토지보다도 그 제한의 경우에 입법형성권이 범위가 상당히 축소된다.⁴³³⁾ 생존이나 생업에 필수적인 물건과 채권(의 일정범위)에 대해서는 압류가 금지(민사집행법 제195조 제1호-제6호, 제10조-제11조, 제246조 제1항)되는 것도 재산권의 보호필요성이 높기 때문이라고 할 것이다. 또한 사회적 관련성이나 사회적 기능이 강한 천연자원 등의 재산권의 대상에 대하여는 입법자는 재산권자의 사적 유용성과 처분권을 보다 광범위하게 규제할 권한을 가지게 된다. 또한 마약과 같이 반사회적인 성격을 가지고 있는 재화의 경우, 법적 보호의 대상에서 배제될 수도 있다.

431) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214 등; 헌재 2008.10.30. 2005헌마222 등.

432) BVerfGE 42, 64, 77; 42, 263, 293f.; 50, 290, 340 이하.

433) 헌재 1999.4.29. 94헌바37 (“개인마다 인생관과 경제적 능력에 따라 자유실현의 방법이 다를 수 있고 택지가 개인의 삶의 장소로서 그의 인간으로서의 존엄성과 행복추구권을 실현하는 데 있어서의 근본요소라는 점을 고려할 때, 소유상한을 너무 낮게 책정하는 것은 개인의 자유실현의 범위를 지나치게 제한하는 것이라는 점을 인식하여야 한다.”).

이와 같이 공공성이 상대적으로 약한 재산의 경우에는 그 재산권의 사회구속성이 별로 문제되지 않고 사회구속성이 인정된다 하더라도 그 범위는 좁은 반면에 공공성이 강한 재산의 경우에는 공공복리의 고려에 대한 요구가 커지고 따라서 사회구속성의 범위가 확장된다고 할 수 있으며 이에 따라 그 사용·수익·처분이 제한된다. 특히 공공성이 매우 강한 재산의 경우에는 처음부터 국유로 하거나 또는 국유화 내지 사회화하는 것을 가능케 하고 있다. 예를 들어 우리 헌법이나 독일기본법 등이 천연자원이나 생산수단, 토지에 대해 사회화를 인정하는 것은 그러한 예이다. 또 한편으로 도로, 공원 등 공공재의 경우 수익자 부담의 원칙이 적용되지 않아 경쟁적 시장을 통해서 충분히 공급될 수 없는 문제가 있으므로 경쟁시장의 기능이 실패하고 따라서 국가나 공공단체에 의한 공급과 그에 대한 비용의 세금에 의한 충당이 인정된다.

(4) 재산권의 구체적 범위

헌법상 재산권은 개인이 사적 이익을 위하여 사용·수익할 수 있고 처분권이 인정되는 공·사법상의 재산적 가치가 있는 모든 권리를 의미한다. 단, 헌법이 보장하는 구체적인 재산권의 보호영역은 합헌적인 법령에 의하여 구체적인 내용과 한계가 결정된다. 주의할 점은 자동차 운전과 같이 재산적 가치가 있는 물건의 이용 그 자체는 재산권 행사는 아니라는 점이다. 이는 재산권의 보호영역이 아니라, 자유 자체의 행사로써 일반적 행동의 자유에 의하여 보호된다.

오늘날 헌법상의 재산권의 범위는 소유권 중심의 물적 재산권의 범주를 넘어서 재산가치가 있는 모든 공·사법상의 권리를 포함한다. 헌법상 재산권의 범위는 절대적인 개념이 없기 때문에 유형적으로만 설명될 수 있다. 전통적으로 상속권은 재산권의 일종이지만, 상속권의 내용은 입법자가 입법정책적으로 결정하여야 할 사항으로서 입법자는 상속권의 내용과 한계를 구체적으로 형성함에 있어서 일반적으로 광범위한 입법형성권을 가진다. 우리나라는 민법 제812조 제1항에 의하여 법률혼주의를 채택하고 있으며 ‘사실혼 배우자’는 법률혼 배우자가 아니므로 상속권을 가지지 못한다.

19세기까지는 물권 특히 토지소유권이 생산관계형성의 핵심적인 축이었고, 개인의 생존과 독자적인 생활설계의 자유를 보장해주는 가장 중요한 경제적

기반이었다. 그러나 현대사회에서 저당권 등의 담보물권, 주식권, 임금 및 퇴직금청구권⁴³⁴⁾ 등의 채권을 비롯해서 연금청구권, 사회보장법상의 급부청구권 등 공법상의 권리가 자유와 생존보장의 기초로서 적어도 그에 못지않은 중요한 의미를 가지게 되었다. 특히 헌법상 사회국가원칙에 따라서 재산권의 내용과 제한에 대하여 공법이 현저한 역할을 담당하며 지적재산권과 같이 학문과 예술의 자유를 보장하기 위하여 새롭게 형성되는 영역이 급속도로 발전하고 있다. 개인이 자신의 비용과 책임으로만 생존배려를 행하던 시기에는 공법상의 지위 내지는 이런 지위에 상응하는 공법상의 권리는 재산권의 범위에 속하는 것이 아니었다. 그러나 사회국가의 발전과 함께 개인의 자급자족적인 생활방식은 국가의 적극적인 급부활동에 의하여 의존하게 되었다. 각종 연금청구권, 건강보험청구권, 산재보험수급권, 실업보험청구권, 유족연금수급권 등의 사회보장청구권은 사인의 주관적인 공법상의 지위에 의하여 보장되는 권리로써 오늘날에는 재산권에 의하여도 보호된다.⁴³⁵⁾

공무원연금법이나 국민연금법상의 연금수급권은 국가가 부담금을 지급하여 당사자 및 유족의 생활안정과 복리향상에 기여한다는 면에서 인간다운 생활을 보장하기 위한 사회적 기본권의 성격을 가진다. 동시에 연금의 주요재원인 연금보험료의 일부를 수급권자 자신이 부담한다는 점에서 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산권의 성격을 갖는다. 그러나 국가가 사회보장적 임무를 이행하기 위하여 일반적으로 베푸는 생존배려는 재산권에 포함되지 않는다. 가령 생활유지의 능력이 없거나 생활이 어려운 자에게 국가가 최저생활을 보장하는 생활보호법상의 급여나 각종 수당은 자신의 노력에 의해서 얻어진 권리가 아니므로 인간다운 생활을 할 권리에 포함되어도 재산권에 속하는 것은 아니다.⁴³⁶⁾ 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」에 의하여 국가를

434) 현재 1998. 6. 25. 96헌바 27, 판례집(10-1), 811 이하.

435) Vgl. BVerfGE 1, 264(277); 14, 288(293); 22, 241(253); 24, 220(226); 53, 257(281); F. Ossenbühl, Der Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: W. Fürst(Hg.), Fs.f. W. Zeidler Bd. I, S. 636; 이덕연, 앞의 글, 28면 이하; 현재 2016. 3. 31. 2015헌바18; 현재 2013. 9. 26. 2010헌가89 등; 현재 2010. 7. 29. 2008헌가15, 판례집 22-2상, 16, 24; 현재 2012. 6. 27. 2011헌바115; 1999. 4. 29 97헌마 333, 판례집(11-1), 503(511~512); 현재 1998. 7. 16. 96헌마 246, 판례집(10-2), 283; 현재 1996. 10. 4. 96헌가 6, 판례집(8-2), 308, 323.

436) BVerfGE 4, 219(240f.); 16, 94(113).

위하여 공헌하거나 희생한 국가유공자와 그 유족에 대하여 국가가 지급하는 보상금은 개인이 금전형태의 기여에 대한 반대급부가 아니라 생명 및 신체의 희생에 대한 반대급부이다. 그러므로 개인이 기여한 금전보다 생명과 신체가 보다 높은 법익이라는 점에서 국가보상적 내지 국가보훈적 성격과 사회보장적 성질도 겸하고 있으며 동시에 경제적·재산적 가치가 있는 공법상의 권리로서 재산권에 의하여 보호된다.⁴³⁷⁾

한편 헌법재판소는 약사의 한약조제권을 헌법상 재산권으로 보지 않고 있다. 한약조제권이란 그것이 타인에 의하여 침해되었을 때 방해를 배제하거나 원상회복 내지 손해배상을 청구할 수 있는 이른바 권리(청구권)가 아니라, 법률에 의하여 약사의 지위에서 인정되는 하나의 권능에 불과하다는 것이다.⁴³⁸⁾ 약사면허도 개인의 노력과 활동에 의하여 공법상 획득한 지위이지만 구법을 개정하면서 한약조제권을 박탈하는 것은 새롭게 재산권의 내용을 정하는 입법형성권의 결과이다. 이는 과잉금지의 원칙, 신뢰보호의 원칙 등으로 위헌성 여부를 판단하여야 할 것이다.

(5) 재산권적 관점에서 본 지적재산권

(가) 의의

과거에 토지, 건물이나 보석 등과 같이 구체적인 형태가 있거나 경계를 획정할 수 있는 유체재산만을 재산권의 대상으로 하였다. 현대 지식정보사회에서 인간의 정신적 창작물은 단순히 창작자의 노동의 결과로서 창작자의 인격과 분리될 수 없으므로 법적 보호가 필요하다는 개인적 차원을 넘어서, 창작자의 권리 보장을 보장함으로써 과학기술의 발전을 통하여 국가와 인류의 산업발전에 기여하고 문화 및 관련 산업의 발전에 이바지 한다는 공익적 차원에도 대부분의 국가는 저작자, 발명가 및 예술가의 정신적 창작물을 지적재산권으로서 보호한다. 창작물에 대한 법적 보호는 창작자의 활발한 창작행위를 독려하고 산업과 문화의 발전을 가속화하며 나아가 전체 인류의 삶의 질을 향상시키는 데 기여한다.

지적재산권은 지식재산기본법 제3조 제1호에서 규정하고 있듯이 “인간의

437) 헌재 2006. 11. 30. 2005헌바25, 판례집 18-2, 471, 476.

438) 헌재 1997. 11. 27. 97헌바 10, 판례집(9-2), 651, 664.

창조적 활동 또는 경험 등에 의하여 창출되거나 발견된 지식·정보·기술, 사상
 이나 감정의 표현, 영업이나 물건의 표시, 생물의 품종이나 유전자원, 그 밖에
 무형적인 것으로서 재산적 가치가 실현될 수 있는 것”에 대한 권리로서, 지적
 재산을 일정 기간 배타적으로 사용·수익·처분할 수 있는 권리를 말한다. 민법
 상 소유권을 모델로 하여 발전된 지적재산권은 무형의 재화를 대상으로 할뿐
 만 아니라 배타적인 성격을 가지고 있기 때문에, 그 보호를 위해서는 보호대
 상, 성립요건, 보호기간, 침해시 구제수단 등에 대한 구체적인 입법이 필요하
 다.⁴³⁹⁾

현행법상 지적재산권은 저작재산권,⁴⁴⁰⁾ 특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표
 권, 저작권, 품종보호권, 영업비밀, 원산지표시, 도메인이름, 반도체배치설계권,
 데이터베이스 등이 있으며, 과학기술 및 정보통신기술의 발달에 따라 계속하
 여 새로운 유형의 지적재산권이 등장하고 있다.⁴⁴¹⁾ 특히 과거에는 보호대상이
 아니었던 영업비밀이나 반도체칩의 배치설계는 새롭게 지적재산권으로 보호
 되고 있다. 지적재산권에 포함된 개별적 권리의 내용도 과학기술의 발전에 따
 라서 그 보호영역이 넓어지고 있다. 예를 들어 과거에 저작권은 단순히 복제
 권을 의미했지만, 새로운 이용방법이 개발되면서 영화화권, 방송권, 대역권 등
 의 새로운 권리가 포함되었다. 또한 현대 사회에서 특허, 실용신안, 디자인 등
 의 권리 보호범위가 중첩되거나 경계가 모호해지는 경향이 있으며 최근에는
 디자인권이 새롭게 각광을 받고 있는 영역으로 등장하고 있다.

지적재산권은 가장 새롭게 형성되는 재산권 영역으로 일반적인 재산권과
 달리 무체재산권으로서의 특성을 가지고 있으며 입법자에 의하여 구체적으로
 형성된 재산권이다.⁴⁴²⁾

439) 정상조·박준석, 『지적재산권법』, 홍문사(2013) 6면 이하.

440) 저작권법상 저작권은 저작인격권과 저작재산권으로 구성되어 있으며 공표권(제
 11조), 성명표시권(제12조), 동일성유지권(제13조)과 같은 저작인격권은 헌법 제
 22조 제2항에 의하여 보호된다. 헌법 제23조에 의하여 보호되는 저작재산권에는
 복제권(제16조), 공연권(제17조), 공중송신권(제18조), 전시권(제19조), 배포권(제
 20조), 2차적 저작물작성권(제22조) 등이 있다.

441) 김원준, 『산업재산권법』, 오래(2012), 16면 이하; 정상조·박준석, 앞의 책, 5면
 이하.

442) 저작권의 보호 대상은 학문과 예술에 관하여 사람의 정신적 노력에 의하여 얻어
 진 사상 또는 감정을 말, 문자, 음, 색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현한 창
 작적 표현 형식이다(대판 1997. 9. 29. 97마330). 표현되어 있는 내용 자체는 실사

(나) 특성

지적재산권은 보호목적상의 특성, 객체의 특성 및 권리보호 방식상의 특성을 가진다.⁴⁴³⁾ 지적재산권은 동산·부동산에 대한 재산권과 달리 학문과 예술의 자유를 보장하여 발명가, 저작자 및 가학기술자의 권리를 보장하기 위한 권리로서 창작자의 창작성을 특히 보호한다는 특성을 가진다. 지적재산권은 법질서에 의하여 보호하는 일차적인 이유는 창작성을 보호하여 사회적으로 창작자의 창작의욕을 북돋우고 산업, 문화 등을 진작시켜서 과학기술과 문화 발전을 촉진시킨다는 데 있다. 저작권법 제2조나 특허법 제2조는 창작성 또는 발명한 것을 요구하고 있는 것은 지적재산권의 특징을 확인하는 조항이라고 할 수 있다.

지적재산권에 내재하는 창작성은 무에서 유를 창조하는 원시적 창작성이 아니라 대부분 인류의 선배나 동시대의 타인의 도움을 받으면서 사회적 맥락 속에서 형성된 사회적 창작성을 의미한다. 즉, 대부분의 지적재산권은 철저하게 전무의 백지상태에서 출발한 것이 아니라, 사회적인 영향 속에서 만들어진 것으로 다른 재산권 보다 강한 사회적 기속성을 가진다.

객체에서 비롯되는 특성으로는 지적재산권의 객체는 유체물이 아닌 ‘정보’라는 특성을 진다. ‘정보’는 유체물과 달리 동시에 복수의 이용에 제공될 수 있다는 점에서 배타성을 완화할 수 있다. 지적재산권은 법질서가 허용한다면, 사회적으로 공유가 가능한 속성을 가지며 동시에 법적 보호가 없이는 타인에 의하여 침해될 가능성이 매우 높다. 권리보호 방식상의 특성으로는 지적재산권은 일정한 기간 동안에만 보장되는 유한적 권리라는 것이다. 유체물에 대한 재산권과 달리 지적재산권은 법률상 배타성을 인정하고 있지만, 권리자를 파악하기 어렵고 창작시기를 확정하기가 곤란한 경우가 많으며 창작성은 사회적 맥락속에서 형성된 것으로 사회적 기속성이 강한 권리이다. 특히 무체물에 대한 권리는 보다 광범위한 사회적 공유가 가능하며 공유로 인하여 사회가 받는 혜택이 크므로 일정한 기간만을 보호하는 방식이 일반적이다.

그것이 독창성, 신규성이 있다 하더라도 원칙적으로 저작권의 보호 대상이 되지 아니하지만, 특허권, 실용신안권, 의장권, 상표권의 산업재산권에 의하여 보호될 수는 있다.

443) 저작재산권의 특성은 다음을 참조. 김현경, “헌법상 재산권 보장과 저작재산권 제한규정의 정합성에 관한 연구”, 계간 저작권(2013 여름호), 2013, 113면 이하.

(다) 지적재산권의 근거로 헌법 제23조 제1항의 기능

① 재산권 표지에 의한 지적재산권

지적재산권이 헌법상 보호되는 재산권이기 위해서는 “사적 유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치가 있는 구체적 권리”이어야 한다. 지적재산권은 지적재산권자가 자신의 이익을 위해 이용가능하며 일정한 보호기간 동안에 특허, 저작물 등에 대한 배타적인 사용·수익·처분을 할 수 있으므로 사적 유용성과 원칙적인 처분권이 인정된다. 또한 지적재산권은 입법자가 특허법, 실용신안법, 저작권법, 디자인보호법, 부정경쟁방지법 등을 통하여 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회를 넘어서 재산가치 있는 구체적 권리를 인정하고 있으므로 헌법상 재산권에 의하여 보호되는 권리이다.

특히 저작권은 일정 보호기간 내에 저작권자의 사적 이익을 위한 저작물에 대한 배타적인 사용·수익을 보장하며 저작권자는 저작물에 대해 배타적 처분권을 보유하며 저작권자의 이용허락 없는 저작물의 이용은 저작권의 침해로 구성하게 되며 침해정지, 손해배상 청구가 가능하므로 사적 유용성과 원칙적인 처분권이 있는 권리이다. 이런 저작권은 공표권, 성명표시권, 동일성유지권, 복제권, 공연권, 공중송신권, 전시권, 배포권, 대여권, 2차적 저작물작성권의 구체적 권리의 집합체로 구성되어 있다.⁴⁴⁴⁾

저작권을 포함하여 지적재산권은 단지 재산권적 관점에서 재산권의 보호를 받는다.⁴⁴⁵⁾ 저작인격권과 같이 창작물과 분리될 수 없는 개인적 인격권을 보장하는 권리는 재산권에 의하여 보호되지 않는다. 헌법 제22조 제2항은 “저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.”고 규정하고 있다. 이 조항은 법조항 체계상 학문과 예술의 자유를 보장한다는 맥락에서 재산권이나 인격권을 포함하여 포괄적으로 창작자의 권리를 특히 보호한다는 규정이다. 창작자의 권리는 한편 창작물의 재산적 이익에 초점을 두고 보호하는 헌법 제23조 제1항의 재산권과 다른 한편 재산적 이익과 인격적 이익을 포괄적으로 보장하는 제22조 제2항에 의하여 중첩적으로 보호된다. 사생활의 비밀과 자유와 같은 개별적 인격권이 헌법 제10조의 행복추구권에서 도출되

444) 김현경, 위에 논문, 117면.

445) BVerfGE 31, 229, 298ff.; 49, 382, 392; Brun-Otto Bryde, Art. 14 in: I. v. Münch(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Rn. 17.

는 일반적 인격권과 경합하는 경우에 개별적 인격권이 우선적으로 적용되듯이, 헌법 제22조 제2항에서 도출되는 저작인격권은 일반적 인격권에 우선하여 기준이 된다.⁴⁴⁶⁾

② 권리의 배타성

지적재산권의 배타성 여부는 재산권 인정을 위한 기준이 아니다. 현재 입법자는 개별법을 통하여 지적재산권에 배타적 권리성을 부여하고 있다. 헌법 재판소는 특허권은 “특허권을 설정등록한 날부터 특허출원일 후 20년이 되는 날까지 존속하는 유한한 권리이자(특허법 제88조) 특허권자가 업으로서 특허발명을 독점하여 실시할 수 있고, 타인이 업으로서 특허발명을 실시하는 것을 금지시킬 수 있는 독점배타적 권리로서(특허법 제94조, 제126조)”⁴⁴⁷⁾라고 판시하고 있으며 이는 학계의 지배적 견해⁴⁴⁸⁾를 수용하고 있는 듯하다.

지적재산권에서 인정되는 권리의 배타성은 재산권 여부를 판단하는 기준은 아니다. 권리의 배타성이란 서로 병존할 수 없는 내용의 권리가 동시에 둘 이상 성립할 수 없는 성질을 말한다. 배타성 여부는 물권과 채권을 구별하는 중요한 기준의 하나로서 배타성이 있는 것이 물권이고, 배타성이 없는 권리가 채권이다. 물권은 주로 유체물을 대상으로 하므로, 물권에서 ‘이용’은 물건을 점유함으로써 사용하는 것을 의미하지만, 지적재산권에서의 보호대상인 정보는 관념적 무형적인 재산이기 때문에 이를 점유한다고 볼 수 없다.⁴⁴⁹⁾ 따라서 물건의 경우에는 특정인이 점유하고 있으면 다른 사람이 동시에 동일한 물건을 점유할 수 없지만, 정보는 지적재산권자와 타인이 동시에 공유하고 사용할 수 있다는 점에서 큰 차이가 있다. 민법상 유체물에 대한 배타적 독점적 지배권인 물권과 달리 지적재산권은 그 특성에 따라서 배타성에 대한 변용이 얼마든지 가능한 권리이며 배타성 여부는 재산권에 포함되는 기준이 아니다.

446) 헌법 제22조 제2항을 저작인격권의 헌법적 근거로, 제23조를 지적재산권의 근거라고 파악하는 견해는(이시우, “지적재산권의 헌법적 의미에 관한 소고”, 계간 저작권, 1996, 5면 이하 참조) 기본권의 보호영역은 상호 배타적인 것이 아니라 중첩적인 보호영역을 가질 수 있다는 점을 간과하고 있다.

447) 현재 2018. 8. 30. 2017헌바258, 판례집 30-2, 346, 350.

448) 가령 송영식·이상정·김병일, 『지적재산법』, 세창출판사(2018), 14면; 정상조·박준석, 앞의 책, 6면 이하.

449) 지적재산권의 배타성에 대하여는 다음을 참조. 정필운, “헌법 제22조 제2항 연구”, 206면 이하.

즉, 입법자는 지적재산권의 발전에 따라서 그 특성에 적합하게 물권도 채권도 아닌 제3의 권리로 전개할 입법형성권을 가진다. 그렇게 민법과 다르게 제3의 권리로 변화되어 전개되어도, 지적재산권은 재산권적 특성을 가지고 있는 한, 헌법이 보장하는 재산권의 한 유형에 속한다.

③ 사회적 기속성과 지적재산권의 내용

㉠ 의의

사회적 기속성의 관점에서 보면, 지적재산권은 일반적인 재산권에 비하여 사회적 기속성이 매우 약한 측면과 매우 강한 측면이 공존하고 있다. 가령 저작물은 저작자의 창작성에 근거한 결과물이며 그 창작성은 저작자의 고유한 인격의 발현이라는 점에서 우선 저작인격권은 법적 보호를 받으며 저작재산권은 개인의 인격발현을 위한 경제적 기초를 보호한다는 재산권에 속하지만 그 토대는 인격권을 기반으로 하고 있다. 저작권법은 저작물의 재산권적 측면 뿐만 아니라, 저작물에 대한 인격적 측면을 보호하는 내용을 두고 있다.

한편, 지적재산권을 새로운 재산권 영역으로 보호하는 궁극적인 목적은 공동체의 문화와 과학기술의 발전을 위한 것으로 지적재산권은 그 목적에서 사회적 제약을 받는 권리가 된다. 우선 지적재산 일반적인 유체물과 달리 비배제성과 비배타성이란 공공재적 특성을 가져서 원칙적으로 타인과의 공유가 가능하며 일정한 요건에서 일반인의 사용에 문을 열어놓으면서도 제한된 범위의 배타적 사용이 가능하다.

저작물의 비배타성과 비경합성으로 인하여 상품으로 되기에 부적합한 재화를 지적재산권으로 입법자가 보호하는 경우에는, 입법자는 공익을 증진시키는 방향으로 지적재산권의 내용을 형성할 권한을 가진다. 따라서 민법과 물권과 유사한 배타성을 지적재산권에 설정하여도, 일정한 권리기간을 부여한다. 또한 저작자에게 완전한 배타적 권리를 부여하는 것은 창작의지를 고양한다는 장점도 있지만, 작가의 이익이 극대화되지만 작품의 접근비용 및 이용비용이 증가하고 후작가의 창작활동을 저해할 여지가 있어서 공정이용의 법리를 인정해야 할 필요성이 있다.⁴⁵⁰⁾

또한 지적재산은 무에서 창조된 것이 아니라 인류의 역사적 지식축적의 도

450) 김현경, 앞의 글, 124면.

움을 받으면서 사회와의 긴밀한 연관성 속에서 형성되었으며 장래를 향하여 보다 진전된 문화적 정신적 창작물을 형성하는 계기가 된다. 따라서 지적재산권은 공공재로서의 성격을 가지며 사회적 제약을 강하게 받는 권리이다. 저작권이나 특허권은 법률에 의하여 저작자나 특허권자에게 독점적 배타적 권리를 부여하지만, 보호기간이 종료하면 공중이 저작물이나 특허를 완전히 자유롭게 이용할 수 있도록 규정한 것은 지적재산권의 공공재로서 성격을 반영하는 지적재산권의 내용이라고 할 것이다. 지적재산권은 본질적으로 제한된 권리이다.⁴⁵¹⁾

㉔ 업무상저작물⁴⁵²⁾

저작권법 제2조 제31호에 의하면 “업무상 저작물”이란 법인·단체 그 밖의 사용자(이하 “법인 등”이라 한다)의 기획하에 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 작성하는 저작물이다. 현행 우리나라 업무상저작물 규정은 법인 등을 저작자로 명시하여 법인 등이 지적재산권뿐만 아니라 저작인격권을 가진다. 즉, 저작권법 제9조는 “법인 등의 명의로 공표되는 업무상저작물의 저작자는 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없는 때에는 그 법인 등이 된다. 다만, 컴퓨터프로그램저작물(이하 “프로그램”이라 한다)의 경우 공표될 것을 요하지 아니한다.”⁴⁵³⁾고 정하고 있다.

본래 창작이란 인간이 정신적 노동과 신체적 활동을 통하여 독창적인 지적 성과물을 만들어내는 사실행위이므로 자연인만이 그 주체가 될 수 있다. 저작권은 저작물의 성립과 동시에 발생하고 저작자에게 원시적으로 귀속되며 저작인격권은 타인에게 양도할 수도 없고 저작자에게만 일신 전속한다. 이런 ‘창작자 원칙(Schöpferprinzip, Creator doctrine)’은 세계적인 저작권법의 기본 원리이다. 특히 창작자 원칙의 핵심이라고 할 수 있는 저작인격권만큼은 창작

451) 정필운, “헌법 제22조 제2항 연구”, 219면; BVerfGE 31, 275, 287; Christophe Geiger, Droit d’Auteur et droit du public a l’information, Paris: Litec, 2004, p.60.

452) 업무상 저작물에 대한 비판적 고찰은 다음을 참조. 이상정, 『미래 저작권 정책 방향 수립을 위한 연구』, 저작권위원회(2017), 99면 이하.

453) 저작권법 제2조 제31호에 의하면 “업무상저작물”은 법인·단체 그 밖의 사용자(이하 “법인 등”이라 한다)의 기획 하에 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 작성하는 저작물을 말한다.

자에게 귀속되게 하는 것이 일반적이다. 일반적으로 서유럽법계 국가는 창작자 원칙에 따라서 업무상 저작물의 창작자인 피용자를 저작자로 보는 반면에, 영미법계 국가는 법인 등이 저작자가 될 수 있도록 하는 규정을 두고 있다.⁴⁵⁴⁾ 우리 저작권법은 영미법계 국가처럼 업무상 저작물의 저작자를 법인 등으로 규정하여 창작자 원칙의 예외를 인정한다. 특히 우리나라와 일본⁴⁵⁵⁾은 저작인격권조차 원칙적으로 법인 등에게 부여하도록 명시하고 있다.

업무상저작물은 집단적인 협동작업에 의하여 창작되는 사례가 많고 그 저작물의 제작과정에 참여하는 사람들의 업무의 양태와 강도가 다양하여 창작자를 특정하는 것이 어려운 경우가 많다. 또한 업무상 저작물의 작성자인 피용자들은 대개 보수의 형태로 대가를 수령하고 있다. 헌법재판소는 프로그램의 활발한 유통과 안정적 창작을 위하여 법인 등의 기획 하에 피용자가 통상적인 업무의 일환으로 보수를 지급받고 컴퓨터프로그램저작물을 작성한 경우 그 저작자를 법인 등으로 정하도록 하되, 계약 또는 근무규칙으로 저작자를 달리 정할 수 있도록 한 입법자의 판단은 합리적인 이유가 있으므로, 업무상 창작된 컴퓨터프로그램저작물의 저작자를 법인 등으로 정한 규정은 합리적인 이유가 있으므로, 입법형성권의 한계를 일탈하지 않았다고 판단하였다.

그런데 특허법에 따라 보호 대상이 되는 발명에 관한 발명진흥법은 ‘직무 발명제도’를 통하여, 종업원이 그 직무에 관하여 발명한 것과 관련하여 종업원에게 ‘특허를 받을 수 있는 권리’를 귀속시키고, 사용자는 특허권에 대하여 통상실시권을 가지며, 이후 사용자가 ‘특허를 받을 수 있는 권리’ 내지 특허권을 승계하거나 전용실시권을 설정 받을 경우에 종업원은 정당한 보상을 받을 권리가 있다고 규정하고 있다(발명진흥법 제2조 제1호, 제2호, 제10조 제1항, 제15조 제1항 참조). 헌법재판소는 권리발생요건의 측면이나 공시절차의 측면에서 저작권과 특허권은 다르기 때문에 업무상저작물에 관한 저작권법 제9조가 피용자의 이익을 지나치게 경시하고 있다고 보기도 어렵다는 입장이다.⁴⁵⁶⁾

454) 이규호, 앞의 책, 103면.

455) 일본 저작권법 제15조 제1항은 우리나라 저작권법 제9조와 유사하게 “법인 기타의 사용자(이하 이 조에서 「법인 등」이라 한다)의 발의에 기초하여 그 법인 등의 업무에 종사하는 자가 직무상 작성하는 저작물(프로그램저작물을 제외한다)로서, 그 법인 등이 자신의 저작 명의 하에 공표하는 것의 저작자는 그 작성 시에 있어서의 계약, 근무규칙 기타 별단의 정함이 없는 한, 그 법인 등으로 한다.”고 규정하고 있다.

저작물은 주로 개인의 창작에 의해 이루어지는 것이 보통이지만, 오늘날 국가·기업·단체 등(사용자)은 자신의 사업을 영위하기 위해 창작을 위한 전문 인력인 종업원 등(피용자)을 채용하고 첨단 시설·시스템·장비 등 인적·물적 투자를 통하여 보다 규모가 크고 다양한 저작물을 생산한다. 현대 사회에서 창작자 원칙을 충실하게 관철한다면 피용자는 저작권자가 되어서 이익을 취할 수 있지만, 해당 저작물에 대해 권리를 가지지 못하는 사용자는 창작 환경 조성에 대규모의 자본을 투자하려고 하지 않을 것이다. 오늘날 고도의 창작성을 가진 저작물 생산을 위하여 대규모 투자를 하는 법인 등이 문화국가 실현에 중요한 역할을 하는 현실속에서 사용자의 인적·물적 투자에 대한 보호도 필요하지만, 피용자의 권리도 적절하게 보호될 수 있는 저작권의 내용규정이 확정되는 것이 바람직하다. 예를 들어 법인 등에게 업무상 저작물을 이용할 수 있는 기회를 제공할 수 있도록 한다면 피용자의 권리보호를 위하여 창작자 원칙을 관철하는 경우에도 법인 등에게 크게 불리할 것이 없다고 생각한다.⁴⁵⁷⁾

피용자의 창작적 기여가 매우 크고 그 인격적 이익을 보호할 필요성이 높다면 피용자가 저작권을 가지며 법인 등은 사업을 위하여 일정 기간 저작물에 대한 우선적 이용권을 취득하는 정책도 고려할 할 수 있다. 또는 법인 등에게 업무상저작물에 대한 저작권을 부여하지만, 저작자는 법인 등의 이익을 해하지 않는 범위 내에서 당해 저작물을 사용하거나 제3자에게 이용을 허락할 권리를 부여할 수도 있을 것이다.⁴⁵⁸⁾ 이 경우에 법인 등은 피용자에게 적

456) 헌재 2018. 8. 30. 2016헌가12, 판례집 30-2, 227, 235 이하(권리발생요건의 측면에서 보면, 특허권은 저작권에 비하여 엄격한 요건에 따라 인정되고 그에 투여된 창작성이나 개성의 발현도가 상대적으로 높다는 점을 고려하면, 특허를 받을 수 있는 권리를 종업원에게 귀속시켜야 할 요청은 저작권의 경우에 비하여 상대적으로 크다. 공시절차의 측면에서는, 특허권은 출원과 심사를 거친 후 등록하여야 권리가 발생하고, 특허등록원부나 특허증을 확인함으로써 권리자, 존속기간을 확인할 수 있는 반면, 저작권은 창작한 때 발생하고 등록될 필요도 없으므로 권리자, 존속기간을 확인하기 쉽지 않기 때문에, 저작권의 경우 제3자가 저작자가 누구인지를 용이하게 판단할 수 있도록 하는 제도적 장치를 둘 필요가 있다고 한다).

457) 이상정, 앞의 책, 116면.

458) 업무상저작물에 대한 현행 법규정의 문제점과 개선방안은 다음을 참조. 이상정, 앞의 책, 116면 이하; 정진근, 『미래 저작권환경에 적합한 저작권법개정을 위한 연구(Ⅰ)』, 한국저작권위원회(2016), 80면 이하.

절한 조정적 보상을 지급하는 것이 타당하다. 만약 피용자의 창작적 기여성이 나 그 인격적 이익의 보호필요성이 낮은 경우에는, 원칙적으로 법인 등이 저작권을 취득하는 것이 바람직하다.

㉔ 저작권법에 의한 창작성 없는 데이터베이스의 보호에 대한 헌법적 평가⁴⁵⁹⁾

정보를 데이터베이스(DB; Database)로 구축하여 이용하게 되면 축적된 정보를 효율적으로 검색할 수 있어 원하는 정보에 효율적으로 접근하여 이용할 수 있고, 효율적으로 정확성과 최신성을 유지하기 위하여 갱신·최신화할 수 있으며, 정보자원을 통합하여 사용권한을 부여받은 사용자에게만 제공할 수 있으므로 최적으로 정보자원을 관리할 수 있게 된다.⁴⁶⁰⁾ 따라서 현대 정보사회에서는 많은 정보를 데이터베이스로 구축하여 이용하고 있다.

이렇게 정보를 수집하고, 분석, 가공하여 데이터베이스를 구축하는데는 많은 돈과 시간, 인력이 필요한 반면에, 이를 복제하거나 변형하여 이용하는 것은 구축비용에 비하면 아주 약소한 돈과 시간, 인력만으로 충분히 가능하다. 이렇게 구축된 데이터베이스가 소재를 체계적으로 배열하거나 구성하는데 창작성이 있으면 저작권법 제2조 제18호의 ‘편집저작물’로 인정되어 저작권법에 의하여 보호받을 수 있지만, 이러한 경우에 해당하지 않을 경우 그 구축에 투입된 투자가 법적으로 보호받을 수 있는지, 보호된다면 어떻게 보호되어야 하는지에 관하여 국내외적으로 많은 논쟁이 있었다.⁴⁶¹⁾

유럽연합에서는 일찍이 1996년 ‘데이터베이스 보호를 위한 지침’⁴⁶²⁾을 통하여 1998년 1월 1일까지 데이터베이스 제작자에게 저작권과 유사한 새로운 형태의 권리를 부여하도록 각 회원국에게 이행입법을 제정하도록 하였고, 독일 등을 비롯한 회원국 대부분은 이에 따라 데이터베이스 제작자에게 새로운 형태

459) 정필운, “헌법 제22조 제2항 연구”, 202-205면.

460) 데이터베이스의 기능에 관해서 자세한 것은 정필운, “행정정보 데이터베이스의 관리 : 헌법적 의미와 요청 및 생명주기에 따른 관리”, 『인터넷법률』(통권 제 39호), 법무부, 2007.7, 178면.

461) 이에 관해서는 우선 정상조, 『데이터베이스의 보호방안 연구』, 한국소프트웨어진흥원(2000) 참고.

462) Directive 96/6/EC on the Legal Protection of Database of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996.

의 배타적 권리를 부여하고 있다.⁴⁶³⁾ 그러나 미국 등의 나라에서는 아직 이에 관한 입법을 하고 있지 않다.⁴⁶⁴⁾ 우리나라는 2002년 「온라인디지털콘텐츠산업발전법」의 제정을 통하여 유럽과 같은 권리부여방식이 아닌 행위규제방식⁴⁶⁵⁾에 의해 창작성 없는 데이터베이스를 보호하는 입법을 하였다. 그런데 2003년 저작권법을 개정하여 유럽연합과 같이 창작성이 없는 데이터베이스 제작자에게 저작인접권을 인정하는 권리부여방식으로 입법을 하였다.⁴⁶⁶⁾ 그런데 이에 관해서는 창작성이 없는 데이터베이스에 대해서 저작권에 유사한 배타적 권리를 부여하였다는 점에서 저작권법의 기본 목적 및 취지에 반할 뿐만 아니라 지적재산권 보호의 헌법적 근거인 우리 헌법 제22조 제2항에 위반

463) 이 지침의 제정경과 및 내용에 관한 체계적인 정리 및 분석에 관해서는 Mark J. Davison, *The Legal Protection of Database*, Cambridge Studies in Intellectual Property Rights, 2003, pp.50-102 참고; 이에 관한 전반적인 내용을 소개한 국내 문헌으로는 박영길, “EU의 데이터베이스권(sui generis rights)에 관한 약간의 검토”, *지적소유권법연구*(통권 제5권), 2001, 159면 이하가 있으니 자세한 것은 이를 참고. 영국, 프랑스, 독일 등 유럽연합 회원국의 이행입법에 관해서는 Mark J. Davison, *The Legal Protection of Database*, pp.103-159 참고.

464) 미국에서도 창작성 없는 데이터베이스를 보호해주는 입법이 필요하다고 주장하고 이러한 요구에 부응하여 무어헤드(Moorhead) 의원에 의해 1996년 5월 23일 ‘데이터베이스투자 및 지적재산침해금지에 관한 법률안(Database Investment and Intellectual Property Antipiracy Act of 1996)’이 제안된 바 있으며(HR 3531), 그 후 이와 관련된 일련의 법안이 제안되었으나, 아직까지 입법된 바 없다. 이에 관해서 자세한 것은 Mark J. Davison, *The Legal Protection of Database*, pp.190-213 참고.

465) 법 제18조 제1항은 “누구든지 정당한 권한없이 타인이 상당한 노력으로 제작하여 표시한 온라인콘텐츠의 전부 또는 상당한 부분을 복제 또는 전송하는 방법으로 경쟁사업자의 영업에 관한 이익을 침해하여서는 아니된다.”고 규정하고, 제19조에서는 이 규정을 위반하는 행위로 자신의 영업에 관한 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 그 위반행위의 중지나 예방 및 그 위반행위로 인한 손해의 배상을 법원에 청구할 수 있도록 규정하고 있다. 이와 같이 경쟁자에게 일정한 행위를 금지하고, 이러한 금지를 위반하였을 경우 법적 책임을 묻는 방식을 행위규제방식이라고 한다. 이에 반하여 저작권법과 같이 일단 저작권자에게 권리를 부여하고, 그 권리를 통하여 정보를 통제할 수 있도록 하는 방식을 권리부여방식이라고 한다.

466) 현행 저작권법 제4장 참고. 2003년 저작권법 개정으로, 온라인디지털콘텐츠산업발전법을 통한 데이터베이스 제작자의 보호는 사실상 무의미해지는 결과를 가져왔다. 왜냐하면 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제21조는 “온라인콘텐츠제작자가 저작권법 또는 컴퓨터프로그램보호법의 보호를 받는 경우에는 저작권법 또는 컴퓨터프로그램보호법이 이 법에 우선하여 적용된다.”고 규정하고 있기 때문이다.

될 소지가 있다는 비판을 받고 있다.⁴⁶⁷⁾

창작성 없는 데이터베이스는 헌법 제22조 제2항에 근거하여 보호될 수 없다. 이를 그대로 창작성 없는 데이터베이스의 제작자는 창작자의 본질인 창작성이 결여되어 있기 때문이다. 그러나 창작성 없는 데이터베이스를 헌법 제22조 제2항에 근거하여 보호할 수 없다는 결론이 곧 창작성 없는 데이터베이스는 헌법상 보호될 수 없다는 것으로 직결되는 것은 아니다. 만약 입법권자가 창작성 없는 데이터베이스의 보호가 필요하다고 판단하여 이 보호입법을 한다면 이는 그 보호필요성을 면밀히 분석하여 다른 헌법상 근거를 찾을 수 있을 것이다. 투자자본의 보호를 통한 산업육성의 필요성 때문에 창작성 없는 데이터베이스의 보호가 필요하다면 이는 헌법 제23조 재산권 규정 또는 제119조 이하 경제조항에 근거하여 보호를 하여 줄 수도 있다. 이렇게 헌법상 근거를 달리할 경우 그에 관한 통제는 기준을 달리 할 것이다. 이것이 제23조 또는 제119조 이하 경제조항에 근거하여 보호된다고 판단하였을 때, 창작성 없는 데이터베이스를 저작권법과 같이 권리부여방식으로 보호하는 것은 결국 제22조 제2항에 위반되며, 창작자와 비창작자를 차별적으로 규율하도록 명령하고 있는 헌법 제11조 평등권에 반하는 위헌적 규정이므로 개선이 필요하다.⁴⁶⁸⁾

데이터베이스는 계속 사용하려면 갱신 등이 필수적이다. 나아가 갱신된 부분과 기존의 부분이 논리적으로는 구별될 수 있지만, 실제 그 사용에 있어서 갱신된 부분과 기존의 부분은 독자적으로 사용되는 경우는 드물다. 따라서 우리 저작권법 제95조가 제1항에서는 데이터베이스제작자의 권리를 완료한 다음 해부터 기산하여 5년간 보장하면서, 제2항에서는 “데이터베이스의 갱신등을 위하여 인적 또는 물적으로 상당한 투자가 이루어진 경우에 당해 부분에 대한 데이터베이스제작자의 권리는 그 갱신 등을 한 때부터 발생하며, 그 다음 해부터 기산하여 5년간 존속한다.”고 규정하고 있는 것은 이용되고 있는 데이터베이스는 사실상 영구히 보호하는 결과를 가져올 수 있는 것이다. 필자

467) 정상조, “저작권법에 의한 데이터베이스 보호의 문제점”, 정보통신과 디지털법제, 커뮤니케이션북스, 2004, 130면; 한지영, “데이터베이스의 법적 보호에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2005. 8., 167면; 박성호, “지적재산권에 관한 헌법 제22조 제2항의 의미와 내용”, 112면.

468) 평등권과 지적재산의 관계에 관해서 자세한 것은 정필운, “정보사회에서 지적재산의 보호와 이용에 관한 헌법학적 연구”, 제5장 제6절 참고.

는 뒤에서 주장하는 것처럼 헌법 제22조 제2항에 근거한 지적재산권도 ‘제한된 기간’ 동안만 보호하여 주는 것이 우리 헌법의 요청이라고 주장하고 있다. 이러한 견해에 따르면 창작성이 있는 지적재산권도 ‘제한된 기간’ 동안만 보호하여 주는데, 창작성이 없는 데이터베이스를 사실상 영구히 보호하는 결과를 가져올 수 있는 제95조 제2항은 심각한 문제가 있다.⁴⁶⁹⁾ 따라서 현행 저작권법 제95조 제2항은 그 적용에 있어 “데이터베이스의 갱신등을 위하여 인적 또는 물적으로 상당한 투자가 이루어진 경우”를 매우 좁게 해석하여, 당해 조문이 사실상 새로운 데이터베이스를 제작하는 정도에 이르는 경우에만 적용되는 것으로 해석하여야 한다. 요약하면, 현행 저작권법 제95조 제2항은 아주 엄격한 해석에 의하여 적용되는 한도 내에서만 합헌적이라고 할 수 있다.

㉔ 저작권의 자유이용과 공정이용

저작권은 재산권으로 저작권의 내용과 한계는 헌법 제23조 제1항의 사적유용성과 처분권 및 제2항의 사회적 기속성을 고려하여 입법자에 의하여 결정된다. 저작권법은 저작자에게 저작물에 대한 배타적인 권리를 부여하지만, 그 사회적 기속성을 고려하여 일정한 사유가 충족되는 경우에는 일반공중이 저작권자의 허락을 받지 않고 저작물을 자유로이 사용할 수 있는 자유이용(free use)에 관한 규정을 두고 있다.

저작권법은 이를 제2장 제4절 제2관(제23조 이하)에서 ‘저작재산권의 제한’이란 제목으로 규정하고 있지만, 이는 저작권의 보호영역을 전제한 헌법 제37조 제2항의 기본권제한이 아니라, 헌법 제23조 제1항과 제2항을 형량하여 저작권의 보호영역을 구체적으로 형성하는 저작재산권의 내용규정에 해당한다고 보는 것이 타당하다. 즉, 상계 조항은 저작자의 사회적 기속성을 고려하여 사적 유용성과 원칙적인 처분성을 가진 저작자의 재산권적 가치가 있는 권리를 장래를 향하여 일반적 추상적으로 형성하는 규정이다.

저작권법상 저작재산권의 자유이용에 관한 규정으로는 재판절차 등에서의 복제(제23조), 정치적 연설 등의 이용(제24조), 공공저작물의 자유이용(제24조의2), 학교교육 목적 등의 이용(제25조), 시사보도를 위한 이용(제26조), 시사적인 기사 및 논설의 복제 등(제27조), 공표된 저작물의 인용(제28조), 영리

469) 전통적인 법해석원칙상 ‘물론해석의 원칙’의 적용. 정상조, “저작권법에 의한 데이터베이스 보호의 문제점”, 136면.

를 목적으로 하지 아니하는 공연·방송(제29조), 사적 이용을 위한 복제(제30조), 도서관 등에서의 복제 등(제31조), 시험문제로서의 복제(제32조), 시각장애인 위한 복제 등(제33조), 청각장애인 등을 위한 복제 등(제33조의2), 방송사업자의 일시적 녹음·녹화(제34조), 미술저작물 등의 전시 또는 복제(제35조), 저작물 이용과정에서의 일시적 복제(제35조의2), 저작물의 공정한 이용(제35조의3), 번역 등에 의한 이용(제36조) 등이 있다.⁴⁷⁰⁾

저작권법은 저작재산권의 내용이 축소되는 사유를 한정적으로 열거하였지만, 2011년 한미 FTA 협정의 체결에 따라서 저작재산권을 규제하는 일반규정으로 공정이용 조항(제35조의 3)이 저작권법에 도입되어서 열거조항과 일반조항이 공존하는 체계가 구축되었다. 저작권법상 공정이용(fair use)의 개념은 이용자가 저작권자의 동의나 허락 없이 저작물을 정당한 범위 내에서 합리적인 방법으로 사용할 수 있는 권리라고 정의할 수 있다.⁴⁷¹⁾

미국법을 거의 그대로 차용한 저작권법상의 공정이용의 조항은 다시 2016년에 이용자에게 유리하게 개정되었다. 공정이용을 규정한 개정 저작권법 제35조의3 제1항은 “보도 비평 교육 연구 등을 위하여” 문구를 삭제하고, 제2항 제1호에서 “영리성 또는 비영리성 등”을 삭제하였다.⁴⁷²⁾ “보도 비평 교육 연구 등을 위하여”란 문구가 삭제된 것은 공정이용으로 인정될 수 있는 이용행위의 예시가 삭제된 것으로, 그 인정 범위가 보다 넓어졌다고 평가될 수 있

470) 자유이용에 관한 상세한 내용은 다음을 참조. 이규호, 앞의 책, 307면 이하(이 자유이용에 관한 규정은 저작물의 공공성과 사회성을 감안하여 일정한 조건을 충족되는 경우 자유로운 이용을 허용하는 것이므로 강행규정이며 자유이용의 적용을 배제하는 계약은 무효다).

471) 이영희·이재진, “헌법적 공공복리와 저작재산권 제한으로서의 공정이용”, 언론과 법(제18권 제1호), 2019. 4, 140면

472) 저작권법 제35조의3(저작물의 공정한 이용) ① 제23조부터 제35조의2까지, 제101조의3부터 제101조의5까지의 경우 외에 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우에는 저작물을 이용할 수 있다. ② 저작물 이용 행위가 제1항에 해당하는지를 판단할 때에는 다음 각 호의 사항 등을 고려하여야 한다.

1. 이용의 목적 및 성격
2. 저작물의 종류 및 용도
3. 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성
4. 저작물의 이용이 그 저작물의 현재 시장 또는 가치나 잠재적인 시장 또는 가치에 미치는 영향

다. “보도 비평 교육 연구 등을 위하여”란 문구의 삭제로, 공정이용의 판단 범위는 개정 전에 비하여 완화되었다고 할 것이다. 결국 개정 저작권법은 공정이용의 목적 및 고려사항들을 이용자에게 유리하게 완화한 것으로 판단된다.⁴⁷³⁾ 우리 법원이 공정이용에 대하여 내린 최종심 판례를 분석한 결과에 의하면⁴⁷⁴⁾, 저작권법 제35조의3 제2항에서 규정한 4가지 판단기준 중 ‘이용의 목적 및 성격’이 가장 많이 채택된 기준이었으며, 이어서 ‘이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성’, ‘수요대체여부’, ‘저작물의 종류 및 용도’의 순으로 나타났다.

공정이용에 관한 저작권법의 내용은 저작권재산권의 내용과 한계를 장래를 향하여 추상적·일반적으로 규정한 재산권의 내용규정으로서 과잉금지원칙, 신피보호원칙 및 평등의 원칙을 준수하여야 한다. 공정이용 규정은 두 번이나 이용자에게 유리하게 개정된 것이며 이는 기존에 형성된 저작권재산권의 내용을 법률개정에 의하여 축소한 것으로 과잉금지원칙이 적용되어야 할 사항이다. 더구나 헌법 제22조 제2항에 의하여 저작자의 권리가 중첩적으로 강하게 보장된다는 점을 고려한다면, 저작권자의 재산권과 공공성 사이를 적절하게 형량하였다고 보다는 일반 이용자의 이익에 너무 치우쳤다는 의심을 지우기 힘들다.

㉞ 영업비밀

㉠ 의의

“영업비밀”이란 공공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 합리적인 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법, 판매방법, 그 밖에 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 말한다(부정경쟁방지법 제2조 제2호).

영업비밀은 기업이 가지고 있는 정보 가운데 재산적 가치가 있는 기술상 및 영업상의 정보를 말한다. 영업비밀의 대상인 정보는 정당한 경쟁에서 그러한 정보를 갖지 않는 경쟁기업들에 대하여 우위를 점할 수 있게 하는 재산적 가치를 가진 정보를 의미한다. 따라서 기업 내부의 불법적인 활동에 관한 정보 등과 같은 기업비밀은 기업의 정당한 영업활동에 포함될 수 없는 정보는

473) 이영희·이재진, 위의 논문, 146면 이하.

474) 위의 논문, 152면 이하.

법질서에서 보호받는 재산적 가치를 가지지 못하므로, 영업비밀이 될 수 없다. 영업비밀에서 ‘비밀’은 상대적인 의미에서의 비밀을 의미할 뿐 절대적인 의미에서의 완벽한 비밀을 의미하는 것은 아니며 단지 일반인들에게 공지된 것은 아니어야 한다.

영업비밀에는 일반에게 공개되면 다른 기업이 유사한 제품을 쉽게 만들 수 있기 때문에 공개를 전제로 한 특허나 실용신안 등으로 보호하는 것이 적합하지 않은 것도 있으며 특허권을 취득하지 않아도 제품에 적용된 기술을 분석 추리하는 것이 어려워져 비밀로 유지되는 한 제3자가 모방할 수 없는 것도 있다. 영업비밀에는 특허나 실용신안의 대상이 될 수도 있는 것도 있지만, 원가, 고객신상, 거래처 등에 관한 정보와 같이 기술정보가 아니어서 지적재산권의 대상이 될 수 없는 것도 있다.⁴⁷⁵⁾

부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제3호는 영업비밀보호를 위한 금지 또는 예방청구권 등 민사적 구제와 형사처벌의 대상이 되는 영업비밀 침해행위를 민법상의 불법행위(민법 제750조)의 특수형태인 부정경쟁행위로 보고 이를 세부적으로 부정취득행위, 부정사용행위 및 부정공개행위 등으로 구별하고 있다.

㉠ 재산권 부정론

영업비밀은 그 자체가 재산적 가치를 가지는 지적재산이지만 법질서에 의하여 보호되는 재산권은 아니라고 한다.⁴⁷⁶⁾ 대법원도 영업비밀을 ‘객관화된 지적재산’이라고 판시한 바 있다.⁴⁷⁷⁾ 영업비밀은 사실상 재산(de facto assets)으로서 비밀로 유지하고 있는 상태 자체이다. 그래서 부정경쟁방지법은 영업비밀을 특허권 등과 유사한 절대적·배타적인 권리로 규정하여 권리를 부여하는 방식으로 규율하지 않고 그 침해행위의 형태에 따라서 불공정한 경쟁행위

475) 최정열·이규호, 『부정경쟁방지법-영업비밀보호법제』, 진원사(2019), 253면 이하.

476) 위의 책, 253면 이하; 이달휴, “근로자의 비밀유지의무와 영업비밀”, 중앙법학(제11집 제2호), 2009. 8., 427면.

477) 대판 1997. 6. 13. 97다8229(“원고 회사가 다이아몬드공구의 제조공정에 있어서 일반적 지식 또는 기능이라고 할 수 없는 특수한 기술상의 비밀정보를 가지고 있고 이러한 비밀정보는 일종의 객관화된 지적재산이라고 할 것이므로 이를 보호하기 위하여 원고 회사의 영업비밀을 지득하는 입장에 있었던 피고 1 등에게 퇴직 후 비밀유지의무 내지 영업금지의무를 인정하였다고 하여 위 합의서의 해석이 직업선택의 자유에 관한 헌법규정에 위배한다고 볼 수 없다.”).

를 제지하는 행위규제적 접근방식으로 영업비밀의 침해행위를 규제하고 있다.⁴⁷⁸⁾

영업비밀의 법적 보호는 지적재산권과 같은 재산권의 관점에서 보다는 “비밀유지와 침해자 상호간의 법적 보호이익의 비교형량”이라는 관점에서 이루어져야 하는데, 영업비밀보호를 구하는 측과 침해한 측의 쌍방의 이익의 조화에 의하여 구체적 상황에 따라 필요한 한도 내에서 법적 구제의 실질을 구하는 접근방식을 채택하였다.⁴⁷⁹⁾ 영업비밀에 대하여 재산권으로 인정하지 않는 이유는 기술 등 노하우 그 자체가 비밀이므로 어떤 권리를 부여할 실체가 불확실할 뿐만 아니라 등록(등록료 납부)·공개 등의 대가로 배타적 권리를 부여하고 있는 특허권 등 산업재산권으로 보기 어렵기 때문이다.⁴⁸⁰⁾ 이런 맥락에서 부정경쟁방지법은 영업비밀의 ‘보유자’란 용어를 사용하고 있고 영업비밀의 ‘권리자’ 또는 ‘소유권자’란 용어를 쓰지 않고 있다.

㉔ 재산권 긍정론

영업비밀은 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보이므로 영업에 속한다. 헌법상 영업을 재산권으로 인정할 것인가의 여부와 그 범위에 대한 문제는 영업권이 갖는 내용과 기능에 따라서 구체적인 판단을 하여야 한다. 가령 상법 제7장은 영업양도에 관하여 규율하고 있으며⁴⁸¹⁾ 제92조의3은 “대리상은 계약의 종료후에도 계약과 관련하여 알게 된 본인의 영업상의 비밀을 준수하여야 한다.”고 규정하여 대리상의 영업비밀준수의무를 명시하고 있다. 또한 제168조의8은 “가맹상은 가맹업자의 영업에 관한 권리가 침해되지 아니하도록 하여야 한다.”고 하여 가맹업자의 영업에 관한 권리를 법적으로 보호하고 있다.

478) 최정열·이규호, 앞의 책, 253면 이하.; 황의창·황광연, 『부정경쟁방지 및 영업비밀보호법(제6판)』, 세창출판사(2011), 210면; 손승우, 『지식재산권법의 이해』, 동방출판사(2016), 318면 이하.

479) 황의창·황광연, 위의 책, 210-211면.

480) 황의창·황광연, 위의 책, 399면.

481) 예를 들어 영업을 양도한 경우에 다른 약정이 없으면 양도인은 10년간 동일한 특별시·광역시·시·군과 인접 특별시·광역시·시·군에서 동종영업을 하지 못하며(제41조 제1항), 영업양수인이 양도인의 상호를 계속 사용하는 경우에는 양도인의 영업으로 인한 제3자의 채권에 대하여 양수인도 변제할 책임이 있다(제42조 제1항).

한편, 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제77조 제1항은 “영업은 폐지하거나 휴업함에 따른 영업손실에 대하여는 영업이익과 시설의 이전비용 등을 고려하여 보상하여야 한다.”고 규정하여 영업의 손실 등에 대한 보상 조항을 두고 있다. 대법원도 “영업권이라 함은 그 기업의 전통, 사회적 신용, 입지조건, 특수한 제조기술 또는 거래관계의 존재 등 영업상의 기능 내지 특성으로 인하여 동종의 사업을 영위하는 다른 기업의 통상수익보다 높은 수익을 올릴 수 있는 超過收益力이라는 무형의 재산적 가치를 말한다.”⁴⁸²⁾고 판시하였고 경업금지의무를 위반한 이사는 무형적인 재산권인 영업권에 대한 손해배상책임을 진다는 입장이다.⁴⁸³⁾

㉞ 소결

헌법상 재산권은 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치가 있는 구체적 권리를 의미한다.⁴⁸⁴⁾ 영업비밀은 기본권주체인 기업에게 귀속되며 기업의 이익을 위해 이용가능한 재산적 가치가 있는 권리이며 기업 자신의 의사에 따라서 사용, 수익, 양도 등 처분될 수 있다. 따라서 영업비밀은 헌법상 재산권에 포함된다고 할 것이다.⁴⁸⁵⁾ 민법상 일반불법행위에 있어서는 금전배상이 원칙이나, 부정경쟁방지법은 영업비밀침해행위에 대하여 직접적으로 유효한 수단인 금지 및 예방청구권을 인정하고 있다. 물론 헌법상 보호되는 영업권은 기업이 일정하게 확고한 조직을 갖고 있으며 영업관계가 오랜 기간 계속된다는 상당한 개연성이 구비되어야 한다.⁴⁸⁶⁾ 물론 개별적인 단순한 영업의 기회나 영리획득의 기회 및 경제적 기회는 재산권의 대상에서 제외된다. 헌법상 보장된 재산권은 구체적인 권리이므로, 구체적 권리가 아닌 단순한 이익이나 영리획득의 단순한 기회 또는 기업활동의 사실적·법적 여건은 기업에게는 중요한 의미를 갖는다고 하더라도 재산권보장의 대상이 아니다.⁴⁸⁷⁾

482) 대판 1997. 5. 28. 95누 18697.

483) 대판 2018. 10. 25. 2016다16191.

484) 헌재 2018. 2. 22. 2015헌마552, 공보 제257호, 452, 455; 헌재 2015. 5. 28. 2013헌마82 등, 판례집 27-1하, 216, 231.

485) 미국을 중심으로 영업비밀은 이미 재산권법적 보호경향이 전개되고 있으며 영업비밀은 재산권이라는 견해는 다음을 참조. 송영식·이상정·김병일, 앞의 책, 323면.

486) Leisner, Eigentum, Eigentum, Rn. 110.

영업비밀을 포함하는 상위개념으로서 ‘설비되고 가동되고 있는 영업(der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb)’도 독자적인 경제적 기능을 가지며 사업주의 노력의 산물에 해당되는 경우에는 헌법상 재산권으로 보호된다고 파악된다. ‘설비되고’란 개념은 영업의 현상을 말하는 것이며, 후자는 현재 영업을 진행 중임을 가리키는 말이다.⁴⁸⁸⁾ 여기서 영업이란 영업비밀을 포함하여 사업장의 부동산이나 설비는 물론이고 재고상품, 단골손님, 거래선 등 모든 재산적 가치가 포함된다.

다. 헌법재판소의 판례

헌법재판소는 지적저작권을 헌법상 재산권이라고 직접 판시한 바는 없지만, 지적재산권에 속하는 “실용신안권은 고안의 경제적 가치를 보호하여 권리자의 재산적 이익을 만족시키는 것으로 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산적 가치가 있는 권리”⁴⁸⁹⁾라고 인정하였다. 또한 헌법재판소는 “선출원상표의 상표등록 무효심결이 확정되더라도 그와 동일 또는 유사한 상표의 등록을 금지하거나 후출원된 등록상표를 무효로 하는 내용의 상표법” 규정에 대한 위헌 여부를 심사하면서 상표권은 재산권이라는 견해를 부수적으로 실시하기도 하였다.⁴⁹⁰⁾

헌법재판소가 기존에 내린 재산권에 대한 판례와 현행 저작권법, 특허법 등 개별법의 내용을 고려한다면 지적재산권은 이론의 여지없이 재산권에 의하여 보장되는 권리라고 할 것이다.

487) 헌재 2019. 6. 28. 2017헌바135; 헌재 2018. 2. 22. 2016헌바401, 판례집 30-1상, 286, 292; 헌재 2003. 10. 30. 2001헌마700 등; 헌재 2002. 7. 18. 99헌마574 .

488) Badura, Eigentumsschutz des Eigentumsbetriebes, AöR 98(1973), S. 159; 김광수, 앞의 글, 29.; 독일의 연방 헌법재판소는 ‘설비되고 가동되고 있는 영업’이 단순한 사실상의 결합이라는 점에서 재산권이라고 보는 입장과 거리를 두고 있다 (BVerfGE 51, 193, 221f; 74, 129, 148.

489) 헌재 2002. 4. 25. 2001헌마200, 판례집 14-1, 382, 390.

490) “이 사건 법률조항 부분으로 인하여 청구인이 원하는 상표를 사용하지 못하게 된 것은 청구인의 재산권을 제한하는 것으로 볼 수 있다”(헌재 2009. 4. 30. 2006헌바113 등, 판례집 21-1하, 91, 101).

3. 재산권 내용규정의 기준과 합헌성 심사

가. 의의

입법자는 사적유용성과 처분권을 보장하는 재산권보장의 원칙인 헌법 제23조 1항 1문과 사회적 기속성을 규정한 제2항을 형량하여 재산권의 내용을 결정한다. 헌법재판소도 “입법자가 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 재산권의 내용을 구체적으로 형성함에 있어서는, 헌법상의 재산권 보장의 원칙과 재산권의 제한을 요청하는 공익 등 재산권의 사회적 제약성을 비교형량하여, 양 법익이 조화와 균형을 이루도록 하여야 한다.”고 판시하였다.⁴⁹¹⁾ 헌법재판소는 입법자가 재산권의 내용과 한계를 정하는 경우에, 입법자의 입법형성권의 헌법상 한계로서 과잉금지의 원칙(비례의 원칙), 신뢰보호의 원칙, 평등의 원칙을 꼽고 있는데, 이는 독일 연방 헌법재판소의 견해를 수용한 것이다.⁴⁹²⁾ 여기서 신뢰보호의 원칙은 다른 기본권제한과 마찬가지로 특히 법률의 개정 전후에 적용되는 원칙을 의미한다. 헌법재판소는 “택지소유 상한제도의 도입이 불가피하였다고 하더라도, 택지소유의 경위나 그 목적에 관계없이 법 시행 이전부터 택지를 소유하고 있는 개인에 대하여 일률적으로 소유상한을 적용하는 것은 입법목적 달성을 위하여 필요한 정도를 넘는 과도한 침해이자 신뢰보호의 원칙 및 평등원칙에 위반된다.”고 판시하였다.⁴⁹³⁾

우리 헌법재판소나 독일 연방 헌법재판소는 입법자에 의한 재산권의 내용규정에 대한 합헌성 심사기준으로 과잉금지원칙을 삼고 있는 것은 마치 재산권이 다른 자유권과 마찬가지로 법률 이전에 그 보호영역이 선재하여 있다는 것처럼 취급한 결과이다. 그러나 전술한 바와 같이 재산권은 다른 자유권이나 인격권과 달리 법률 이전에 선재하는 절대적인 보호영역을 전제로 하지 않는다. 재산권은 입법자에 의해서 보장된 재산가치 있는 권리의 총합이다.⁴⁹⁴⁾ 따라서 재산권의 보호영역을 입법자가 확정하는 경우에 입법자는 광범위한 입

491) 헌재 1999. 4. 29. 94헌바37 등, 판례집 11-1, 289, 310.

492) 헌재 2017. 9. 28. 2016헌마18, 판례집 29-2상, 504, 516 이하; 헌재 2017. 8. 31. 2015헌바339, 판례집 29-2상, 292, 300 이하; BVerfGE 58, 137, 147; 70, 191, 201f.; 95, 64, 84; 98, 17, 37; 100, 226, 240.

493) 헌재 1999. 4. 29. 94헌바37

494) Brun-Otto Bryde, a.a.O., Rn. 59; BVerfGE 58, 300, 336; 58, 81, 109f.

법형성권을 가지므로 과잉금지원칙이 아니라, 합리성심사를 하는 것이 타당하다는 비판도 있다.⁴⁹⁵⁾

한편, 새롭게 재산권 내용과 한계를 형성·변경하는 내용규정은 기존의 법규범을 장래를 향하여 변경할 뿐만 아니라 개인의 주관적인 법적 지위에 불이익을 미칠 수 있다. 여기서 재산권의 존속보장의 원칙은 재산권의 내용규정에 대한 위헌성 심사기준에서 신뢰보호의 원칙으로 작동한다. 재산권자는 원칙적으로 기존의 법질서에 의하여 형성된 자신의 권리의 존속을 신뢰할 수 있어야만, 재산권이 자유영역을 보장하는 기능을 이행할 수 있다. 장래를 향하여 허용되는 재산권의 내용규정이라는 것만으로는 재산권자의 기득권 축소가 정당화될 수 없으며, 오히려 입법자에게는 구법에 의해 획득된 권리를 고려할 특별한 의무가 있다.⁴⁹⁶⁾ 기존의 법규범에 의한 재산권적 지위가 존속하리라는 재산권자의 보호가치가 있는 신뢰는 보장되어야 한다. 구법에서 신법으로의 ‘순조로운 이행’은 경과규정이나 보상규정을 배려함으로써 재산권자의 정당한 신뢰를 보장할 수 있으며 이를 배제하는 것은 예외적으로만 허용된다.⁴⁹⁷⁾

마지막으로 불평등한 재산권의 내용규정은 평등의 원칙에 저촉되며 과잉금지원칙에 비하여 구체적인 사례에서는 보충적으로 적용되는 사례가 많다. “평등원칙 위반의 특수성은 대상 법률이 정하는 ‘법률효과’ 자체가 위헌이 아니라, 그 법률효과가 수범자의 한 집단에만 귀속하여 ‘다른 집단과 사이에 차별’이 발생한다는 점에 있기 때문에, 평등원칙의 위반을 인정하기 위해서는 우선 법 적용에 관련하여 상호 배타적인 ‘두 개의 비교집단’을 일정한 기준에 따라서 구분할 수 있어야 한다.”⁴⁹⁸⁾

헌법재판소나 독일 연방 헌법재판소는 재산권의 보호영역이 법률에 의하여 결정되어도, 마치 재산권의 이상형적 보호영역이 선재하며 재산권의 내용규정을 실질적으로 재산권을 제한하는 성격을 가지고 있다고 보아서 그 심사기준으로 과잉금지원칙을 적용하는 듯하다.⁴⁹⁹⁾ 그러나 헌법재판소는 과잉금지원칙

495) Brun-Otto Bryde, a.a.O., Rn. 63.

496) BVerfGE 45, 297, 331f.; 53, 336, 351; 58, 300, 351f.; 83, 201, 212.

497) BVerfGE 58, 300, 351f.; BVerfGE 53, 336, 351.

498) 헌재 2003. 12. 18. 2002헌마593; 헌재 2012. 3. 29. 2010헌바100; 헌재 2019. 4. 11. 2018헌마221, 공보 제271호, 558, 565.

499) “재산권의 내용과 한계를 법률로 정한다는 것은 헌법적으로 보장된 재산권의 내용을 구체화하면서 이를 제한하는 것으로 볼 수 있다”(헌재 2001. 4. 26. 99헌바

과 함께 다수의 사례에서 입법자의 입법형성권을 인정하면서 입법자가 합리적 재량 범위를 일탈한 것인지 여부만을 심사하는 합리성 심사를 채택하기도 하였다.⁵⁰⁰⁾ 합리성심사는 입법자의 재량을 넓게 인정하므로 일반적으로 여러 수단 사이를 비교하는 침해의 최소성 심사나 가치판단이 개입된 법익의 균형성 심사를 하지 않고 목적의 정당성이나 수단의 적합성을 중심으로 입법자의 현저한 자의성 여부만을 심사한다.

가령 헌법재판소는 “상속권은 재산권의 일종이고 상속제도나 상속권의 내용은 입법자가 입법정책적으로 결정하여야 할 사항으로서 입법자는 상속권의 내용과 한계를 구체적으로 형성함에 있어서 일반적으로 광범위한 입법형성권을 가진다.”고 하였다. 이어서 헌법재판소는 법률혼 배우자에게만 상속권을 인정하는 규정의 위헌심사기준으로 입법형성권의 한계를 심사하면서 ‘입법목적의 정당성’과 ‘수단의 적정성’만 심사하면서 “사실혼 배우자에게 상속권을 인정하지 않는 것이 현저히 자의적이어서 기본권제한의 한계를 벗어난 것이라고 할 수는 없다.”고 판시하였다.⁵⁰¹⁾ 헌법재판소는 손해배상청구권의 소멸시효기간을 비롯하여 각종 시효 및 제척기간에 대하여는 합리성심사를 하여 합헌결정을 내리는 경향을 보이고 있다.⁵⁰²⁾ 그러나 헌법재판소는 기간미경과분

37 판례집 13-1, 836, 842 이하; 헌재 2009. 10. 29. 2008헌바45, 판례집 21-2하, 159, 172).

500) 이런 견해의 차이는 범정의견과 반대의견의 대립에서도 볼 수 있다. 개발부담금을 개발부담금 납부 고지일 후에 저장권 등으로 담보된 채권에 우선하여 징수할 수 있도록 규정에 대하여 범정의견은 합리성심사를 적용하여 위헌 의견을, 반대의견은 과잉금지원칙을 적용하여 합헌 의견을 제시하였다(헌재 2016. 6. 30. 2013헌바191 등, 판례집 28-1하, 453); 헌법재판소의 심사기준에 대한 비판과 재산권의 내용 규정에 대한 두 가지 심사기준을 자의적으로 적용한 사례는 다음을 참조. 정태호, “국가배상법상의 유책요건은 위헌인가?”, 충남대 법학연구, 30권 1호 (2009), 104면, 각주 58).

501) 헌재 2014. 8. 28. 2013헌바119, 판례집 26-2상, 311, 316.

502) 손해배상청구권의 소멸시효기간(헌재 2012. 4. 24. 2011헌바31, 공보 제187호, 814, 816; 헌재 2005. 5. 26. 2004헌바90, 판례집 17-1, 660, 663 이하); 부동산점유취득시효제도(헌재 1993. 7. 29. 92헌바20, 판례집 5-2, 36, 44-45); 국가에 대한 금전채권의 소멸시효기간을 5년으로 정하고 있는 예산회계법상의 규정(헌재 2001. 4. 26. 99헌바37, 판례집 13-1, 836, 842-843); 지방자치단체에 대한 금전채권의 소멸시효(헌재 2004. 4. 29, 2002헌바58, 판례집 16-1, 499, 507); 상속회복청구권 10년 행사기간(헌재 2002. 11. 28, 2002헌바134, 판례집 14-2, 756, 759 이하); 채권자취소권 제척기간(헌재 2006. 11. 30, 2003헌바66, 판례집 18-2, 429, 436); 환매권의

담금 환급청구권의 소멸시효 기간을 5년으로 규정한 도로교통법 규정에서는 과잉금지원칙에 따라서 목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성 및 법익의 균형성을 심사하여서 일관된 견해를 보이고 있지 않다.⁵⁰³⁾

한편, 헌법재판소는 ‘장기미집행 도시계획결정 실효제도를 규정한 조항의 적용범위를 정하는 경과규정’에 대한 일련의 사건에서 재산권의 내용을 처음 형성하는 규정과 이미 구체적으로 형성된 재산권적 지위를 개정하는 규정을 구분하여 전자의 경우에는 완화된 기준을 적용하고 후자의 경우에는 과잉금지원칙을 적용하였다.⁵⁰⁴⁾ 즉, 헌법재판소는 기존에 적법하게 취득한 재산권에 대하여 새롭게 재산권의 내용을 정하는 개정된 규정은 사실상 기본권의 제한으로 보고 과잉금지원칙을 적용하지만, 처음 재산권을 형성하는 내용규정에 대한 심사는 ‘보다 완화된 기준’을 적용하되, 피해의 최소성 심사단계에서 법률에서 정한 방법 보다 완화된 방법이 ‘입법목적에 달성할 수 있다는 보장을 할 수 없다’는 이유로 최소침해성원칙에 위반하지 않는다는 방식으로 결론을 내렸다.⁵⁰⁵⁾⁵⁰⁶⁾ 이 경우에 ‘보다 완화된 기준’이란 과잉금지원칙의 세부원칙을 적용하면서, ‘완화된 방법으로 입법목적에 달성할 수 있다는 보장을 할 수 없다면’ 최소침해성원칙에 위반되지 않는다는 방식으로 심사하였다.

또한 헌법재판소는 조세 영역 특히 부동산매매업자에 대한 종합소득세액 산정 방식을 판단하면서, “입법자가 당시 국가의 부동산 정책 및 여러 가지 경제상황을 고려하여 결정할 수 있다는 점에서 비례심사의 강도는 다소 완화될 필요가 있다.”고 판시한 바 있다.⁵⁰⁷⁾

10년 행사기간(헌재 2011.03.31, 2008헌바26, 판례집 23-1 상, 237 등).

503) 헌재 2009. 10. 29. 2008헌바45, 판례집 21-2하, 159, 173 이하.

504) “헌법은 입법자에게 재산권의 내용을 형성할 수 있는 상당한 입법재량을 주고 있다. 따라서 재산권의 내용을 형성하는 사회적 제약이 비례원칙에 부합하는지 여부를 판단함에 있어서도, 이미 형성되어 있는 기본권을 제한하는 입법의 경우에 비하여는 완화된 기준에 따라 심사되어야 한다.”(헌재 2005. 9. 29. 2002헌바84 등, 판례집 17-2, 98, 118; 헌재 2018. 4. 26. 2017헌가5, 판례집 30-1상, 548, 554 이하)

505) 헌재 2018. 4. 26. 2017헌가5, 판례집 30-1상, 548, 554 이하; 헌재 2005. 9. 29. 2002헌바84 등, 판례집 17-2, 98, 122; 헌재 2009. 7. 30. 2007헌바110 ; 헌재 2014. 7. 24. 2013헌바387.

506) 독일에서도 재산권을 처음 형성하는 내용규정에 대하여는 보다 완화된 기준을 적용하고, 기존의 재산권 내용규정을 개정하는 규정에 대하여는 과잉금지원칙을 적용한다는 견해가 있다(T. Kingreen/R. Poscher, Grundrechte - Staatsrecht II, 2017, Rn. 148 이하).

나. 지적재산권 내용규정의 기준과 합헌성 심사

입법자는 지적재산권을 형성하는 경우에, “창작활동의 재산권적 결과물이 원칙적으로 원저자에게 귀속”됨을 보장하여야 한다. 물론 저작품과 같이 지적재산권의 법적 보호를 받는 작품이 일반 이용자에 대한 사회적 의미 또한 존중해야 한다.⁵⁰⁸⁾

헌법재판소는 과거에 소멸한 저작권접권을 회복시키는 개정된 저작권법 부칙 규정으로 인하여 저작권접권이 소멸된 음원을 이용하여 음반을 제작·판매하는 사람은 장래 음원의 무상 활용 가능성이 소멸되었지만, 그 동안 “음원을 무상 사용함으로써 인한 이익은 저작권접권자의 권리가 소멸함으로써 얻을 수 있는 반사적 이익에 불과할 뿐이지 사용자에게 음원에 대한 사적 유용성이나 처분권이 주어지는 것은 아니므로, 이는 헌법 제23조 제1항에 의하여 보호되는 재산권에 해당하지 않는다.”고 판시하였다.⁵⁰⁹⁾ 저작권접권의 소멸로 사용자의 음원에 대한 권리가 법령에 의하여 보장되는 권리가 아니라는 것이다. 그러나 소멸된 저작권접권을 다시 회복하는 규정은 음반을 제작·판매하는 사람의 직업의 자유를 앞으로 제한하므로, 그 규정에 대한 위헌성 심사기준으로 과잉금지원칙을 적용하였다.

헌법재판소는 ‘헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산적 가치가 있는 권리’인 실용신안권의 내용과 한계를 정하는데 있어서, “실용신안권은 고안의 경제적 가치를 보호하여 권리자의 재산적 이익을 만족시키는 것으로 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산적 가치가 있는 권리라고 할 것이므로 그 내용과 한계를 정함에 있어 원칙적으로 입법자가 광범위한 입법형성권을 가진다고 할 것이지만, 실용신안권이 재산권으로서 충실히 기능하고 보호될 수 있도록 법치국가원리에 따른 비례의 원칙을 준수하여야 한다.”고 밝혔다.⁵¹⁰⁾ 그런데 “실용신안권의 장기화에 따른 제한의 필요성이라는 공익의 요청과 재산권으로서 실용신안권의 보호라는 요청을 조절하기 위하여 납부기간 내에 등록료를 납

507) 헌재 2017. 8. 31. 2015헌바339, 판례집 29-2상, 292, 300; 헌재 2011. 10. 25. 2010헌바21; 헌재 2015. 7. 30. 2013헌바460.

508) BVerfGE 31, 229, 241; 31, 248, 252.

509) 헌재 2013. 11. 28. 2012헌마770, 판례집 25-2하, 583, 589.

510) 헌재 2002. 4. 25. 2001헌마200, 판례집 14-1, 382, 390.

부하지 않은 경우 실용신안권을 소멸시키면서도 권리포기의사 없이 등록료를 납부하지 않은 실용신안권자에게는 6월의 추가납부기간이라는 권리구제수단”을 인정한 규정은 입법형성권의 한계를 벗어난 것이라거나 과잉금지 원칙을 위반한 것이라 볼 수 없다고 하였다.

그러나 헌법재판소가 심사한 구체적인 내용을 검토한다면, 실용신안권자가 등록료 납부의무를 이행하지 않는 경우에 실용신안권을 소멸시키는 규정은 기술개발을 촉진하고 산업발전에 이바지한다는 입법목적이 정당하며 목적을 달성하기 위한 방법도 적절하다고 하면서, “입법목적의 달성에 필요한 정도를 넘은 자의적인 입법이라거나 현저히 불균형적인 입법이라고 할 수는 없다.”고 판시하여 사실상 과잉금지원칙을 엄격하게 적용하지 않고 자의금지원칙 내지 완화된 과잉금지원칙을 적용하였다.⁵¹¹⁾

한편, 헌법재판소는 선출원상표의 상표등록 무효심결이 확정되더라도 그와 동일 또는 유사한 상표의 등록을 금지하거나 후출원된 등록상표를 무효로 하는 내용의 상표법 규정에 대한 사건에서, “상표권의 보호에 관한 입법자의 선택이 합리성을 현저히 결여하여 국민의 재산권 등을 침해함으로써 입법형성의 한계를 벗어난 경우에는 헌법에 위반된다고 하지 않을 수 없다.”고 하여 심사기준으로 특별한 근거를 제시하지 않고 합리성 심사를 채택하였다.⁵¹²⁾

또한 헌법재판소는 법인 등의 기획 하에 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 작성하는 컴퓨터프로그램저작물의 저작자는 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없는 때에는 그 법인 등이 된다고 규정한 저작권법 규정을 심사하면서 입법자가 입법형성권의 한계를 일탈하였는지의 여부를 판단하는 기준으로 합리성 심사를 적용하였다.⁵¹³⁾ 헌법재판소는 우선 심판대상조항이 업무상 창작된 프로그램의 저작자를 법인 등으로 정한 것은 권리관계를 명확히 하고, 이를 바탕으로 프로그램이 활발하게 개량되고 유통되며, 나아가 지속적이고 안정적으로 창작되도록 유인하기 위한 것으로서, 그 입법목적이 정당하고 보았다. 나아가서 “프로그램의 활발한 유통과 안정적 창작을 위하여 법인 등의 기획 하에 피용자가 통상적인 업무의 일환으로 보수를 지급받고 컴퓨터 프로그램저작물을 작성한 경우 그 저작자를 법인 등으로 정하도록 하되, 계약

511) 헌재 2002. 4. 25. 2001헌마200, 판례집 14-1, 382, 391 이하.

512) 헌재 2009. 4. 30. 2006헌바113 등, 판례집 21-1하, 91, 103.

513) 헌재 2018. 8. 30. 2016헌가12, 판례집 30-2, 227, 233 이하.

또는 근무규칙으로 저작자를 달리 정할 수 있도록 한 입법자의 판단은 합리적인 이유가 있으므로, 심판대상조항은 입법형성권의 한계를 일탈하였다고 보기 어렵다.”고 판시하였다.⁵¹⁴⁾

법인 등을 업무상저작물의 저작자로 간주하여 저작인격권까지 예외 없이 귀속시키는 규정은 인격권이 저작자와 분리될 수 없는 고유한 인격적 특성을 보호대상으로 한다는 점에서 위헌의 소지가 있다고 사료된다. 저작인격권은 저작자의 권리를 보장하는 헌법 제22조 제2항에 의하여 특별히 보호를 받는 기본권으로 과잉금지원칙이 적용되는 것이 타당하다. 더구나 일본이나 중국을 제외한다면, 피용자의 저작인격권을 원칙적으로 부인하는 것은 창작자 원칙에 반하며 외국의 입법례에서도 매우 이례적이다. 헌법재판소는 저작권법상 창작자는 우선 헌법 제22조 제2항에 의하여 보호된다고 판시하였다. 저작재산권의 내용규정을 축소하는 규정의 위헌성 심사기준은 헌법 제23조의 재산권에 의하여 보호되면서 창작자의 권리는 헌법 제22조 제2항에 의하여 중첩적으로 보호되므로 과잉금지원칙을 엄격하게 적용해야 함에도 불구하고, 헌법재판소가 입법형성권의 한계에 대한 일탈 여부를 심사기준으로 택한 것은 저작재산권 보호를 등한시하는 기준을 적용한 사례라고 판단된다.

마지막으로 재산권의 내용을 정하는 경우에는 재산권의 본질적 내용인 사용·수익권과 처분권을 침해해서는 아니되며 기본권제한의 금지사유인 헌법 제13조 제2항의 소급입법에 의한 재산권박탈에 위배되는 것은 위헌이라고 할 것이다.⁵¹⁵⁾

IV. 재산권 내용규정과 공용수용의 구분

헌법 제23조는 제1항과 제2항에 의한 재산권을 형성하는 내용규정(보호영역)과 제3항에 의한 공용수용으로 구분된다. 재산권 내용규정은 원칙적으로 보상이 필요 없지만, 공용수용은 정당보상을 수반하므로 양자는 명확하게 구분되어야 한다. 헌법은 내용규정과 공용수용에 대한 구성요건을 규정하였기

514) 헌재 2018. 8. 30. 2016헌가12, 판례집 30-2, 227, 233 이하.

515) 소급입법에 의한 재산권 박탈에 대하여는 다음을 참조. 강태수, “헌법상 개별적 소급입법금지원칙의 예외에 관한 고찰”, 경희법학(제53권 제3호), 2018, 2면 이하.

때문에 입법자는 양자의 구성요건 및 보상 여부를 자의적으로 결정할 권한이 없다.

독일 연방대법원의 경계이론에 의하면, 재산권의 내용규정과 공용수용의 구분은 상대적인 것으로서 양자는 문턱과 같은 경계에 의해서만 확정되며 재산권의 보호영역에 대한 일정한 수준의 규제를 넘으면 보상의무가 있는 공용수용으로 전환된다. 이에 비하여 독일 연방 헌법재판소가 채택한 분리이론에 의하면, 양자는 입법자가 사전에 결정한 별개의 분리된 제도로서 보호영역의 한계를 넘는 행위는 공용수용으로 전환될 수 없으며 원칙적으로 위헌이라고 한다.⁵¹⁶⁾

1. 경계이론

경계이론에 의하면 재산권의 내용규정과 공용수용은 별개의 독자적인 제도가 아니라 재산권규제의 강도에 따라서 상대적으로 구분되는 것이다.⁵¹⁷⁾ 즉, 재산권규제의 강도가 사회적 제약의 범위 내에 있으면 재산권의 내용규정으로 보상할 의무가 없으나, 사회적 제약을 벗어나는 재산권규제는 보상할 의무가 있는 공용수용이다.

재산권의 내용과 공용수용을 구분하는 기준은 적용되는 사람의 수에 초점을 둔 형식설과 재산권규제의 실질적인 내용에 초점을 둔 실질설로 구분된다. 개별행위설(Einzelakttheorie) 내지는 특별희생설(Sonderopfertheorie)로 대별되는 형식설에 의하면 법률이 불특정 다수인에게 일반적으로 가한 재산권규제는 불평등하게 희생을 가한 것이 아니고 누구에게나 공공복리를 위하여 가해지는 부담이기 때문에 보상을 할 필요가 없다.⁵¹⁸⁾

516) 독일 연방 헌법재판소는 1981년 소위 자갈채취판결에서 연방대법원의 경계이론을 파기하는 분리이론을 수용하였다. 이에 대하여는 다음을 참조. 강태수, “분리이론에 의한 재산권체계 및 그 비판에 대한 고찰”, 117면 이하; 홍강훈, “분리이론·경계이론을 통한 헌법 제23조 재산권조항의 새로운 구조적 해석”, 공법연구(제42권 제1호), 2013. 10., 620면 이하.

517) 경계이론과 분리이론에 대한 설명은 다음을 참조. 이덕연, 앞의 글, 37면 이하; 최갑선, “헌법 제23조 1항 2문에 의거한 재산권의 내용 및 한계규정”, 계획열박사 화갑기념 논문집, 1995, 271 이하; 한수웅, “재산권의 내용을 새로이 형성하는 법규정의 헌법적 과제”, 지스티스(제32권 제2호), 1999, 29면 이하; 강태수, “개발제한구역지정에 대한 헌법불합치결정”, 헌법판례연구(2), 2000, 303면 이하.

재산권규제의 본질성(Wesentlichkeit) 내지 강도 등의 실질적 표준에 의하여 사회적 제약의 한계를 정하고자 하는 입장으로는 보호가치설, 수인한도설, 목적위배설, 사적 효용설, 상황기속성설, 사회적 구속성설 등이 있으나 각기 부분적으로 타당성이 인정될 수 있지만 구체적인 문제를 해결하는 완벽한 기준이 되지 못하고 있다.

독일 연방대법원은 경계이론에 따라서 의도적이고 고권적인 적법한 재산권 박탈이란 독일 기본법 제14조 제3항의 수용의 개념을 확대하여 해석하였다. 경계이론에 의하면, 적법하게 시행되는 장기간의 도로공사로 인하여 상점주인이 사실상 받는 재산적 손해와 같이 비의도적·비정형적인 재산권제한인 ‘수용적 침해’나 위법한 재산권침해로서 당사자에게 특별한 희생을 초래하는 수용유사적 침해는 이제 헌법 제23조 제3항에 따라서 정당보상을 필요로 하는 공용수용에 해당하게 된다. 특히 수용유사적 침해의 경우에, 국민은 그 위법한 침해를 취소소송을 통해 행정법원에서 취소하든지 아니면 그 침해를 받아들이고 일반법원에서 보상을 주장할 수 있는 선택권을 가지게 된다.⁵¹⁹⁾

경계이론은 결과적으로 재산권적 이익을 침해받는 자는 법률상의 내용에 구애받지 아니하고 쉽게 법원의 판결을 통하여 보상을 받을 수 있다는 점이 있으므로, 재산권의 가치보장에 충실하다는 측면이 있다. 그러나 경계이론은 일정한 한도를 넘는 재산권 규제에 대하여 법원이 법률의 규정이 없어도 독자적으로 보상을 명할 수 있다는 점에서 민주주의원칙과 법치국가원칙에서 도출되는 의회유보의 원칙에 저촉되며 국회가 예정하지 않은 보상을 법원이 결정함으로써 국회의 재정고권을 침해하며 국가의 예기치 못한 재정적 손실을 야기하게 된다. 더구나 어떤 국가작용에 의해 위법한 재산권 침해라도, 재산권자의 의사에 따라서 재산권에 대한 금전적 가치보장만이 행해진다면 위법한 공법적 법률관계가 존속하게 된다는 점에서, 법치국가원리에 위배되며

518) 형식설은 피해자의 수와 범위 등의 형식적 기준에 초점을 두기 때문에 특정집단에 속하는 모든 구성원을 동등하게 취급하는 경우에 집단과 비교하여 특별희생 인지의 여부가 불분명한 경우가 있다. 특히 침해의 정도를 고려하지 않고 규제 대상의 인원수와 범위에 따라서 내용규정과 공용수용 사이를 구분한다면, 아주 미비한 규제라도 소수에 속하는 집단에게는 보상을 지급하고 중대한 침해를 당하는 다수인에게는 보상 없는 수인을 강요하는 납득하기 어려운 결과를 초래할 수 있다.

519) 홍강훈, 앞의 논문, 622면.

재산권에 대한 존속보장원칙을 근거에서 무너뜨리는 결과를 초래한다.

2. 분리이론

독일 연방 헌법재판소는 1981년 자갈채취사건⁵²⁰⁾ 이후로 보상을 필요로 하는 기본법 제14조 제3항의 ‘수용’의 개념을 연방대법원과 달리 고권적 의도적 재산권 박탈로 축소하고 재산권 규정에서 내용규정과 공용수용은 엄격하게 분리된 독립된 범주로 파악하는 분리이론을 채택하였다.⁵²¹⁾ 분리이론에 의하면 재산권의 내용규정과 공용수용을 구분하는 기준은 재산권규제의 강도가 아니라, 입법의 목적과 형식이다. 연방 헌법재판소는 재산권의 내용규정을 ‘입법자가 장래를 향하여 재산권자의 권리와 의무를 추상적·일반적(abstrakt-generell) 형식으로 확정하는 것’이다.⁵²²⁾ 공용수용은 ‘국가가 구체적인 공적 과제의 이행을 위하여 이미 형성된 구체적인 재산권적 지위를 전면적 또는 부분적으로 박탈하는 것’이다. 재산권의 내용규정이 일정한 한계를 벗어났다고 하여도, 법원에 의하여 공용수용으로 전환되는 것이 아니라 단지 위험인 규정일 뿐이다. 재산권에 대하여 일차적인 권리보장은 존속보장이 이차적 권리보장인 가치보장보다 본질적으로 우선한다. 분리이론에 의하여 연방대법원의 광의의 수용개념은 축소되었고 원칙적으로 수용적 침해나 수용유사적 침해는 보상을 수반하는 공용수용으로 전환될 수 없게 되었다.

3. 분리이론에 입각한 헌법재판소의 판례

헌법재판소는 1998년 12월에 개발제한구역을 규정한 도시계획법 제21조에

520) 연방 헌법재판소는 당시 독일 민법은 토지소유자의 지하수이용권을 인정하고 있었지만, 수자원관리법은 토지소유자의 재산권을 지하수이용권과 분리하여 담당 관청의 허가를 취득할지 않는 한, 지하수이용권을 부인하는 규정을 두었고, 이는 재산권의 내용을 장래를 향하여 일반적 추상적으로 결정하는 것으로 보상을 요하는 수용이 아니라고 결정하였다. 이 판결에 대하여는 다음을 참조. 표명환, “독일연방 헌법재판소의 자갈채취판결의 의미”, 토지공법연구(제35권), 2007. 2., 335면 이하.

521) BVerfGE 58, 300; 이에 대한 자세한 설명은 다음을 참조. 박상희, 앞의 글, 66면 이하; 김광수, 앞의 글, 84면 이하.

522) BVerfGE 52, 1, 27 이하.

대하여 헌법불합치결정을 내리면서 재산권의 내용규정과 공용수용을 각기 입법자가 사전에 의도한 별개의 독자적인 제도라는 분리이론을 처음으로 채택하였다.⁵²³⁾

헌법재판소의 결정요지는 다음과 같다. 우선 개발제한구역을 지정하여 그 안에서는 건축물의 건축 등을 할 수 없도록 하고 있는 도시계획법 제21조는 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 따라 토지재산권에 관한 권리와 의무를 일반·추상적으로 확정하는 규정으로서 재산권을 형성하는 규정인 동시에 공익적 요청에 따른 재산권의 사회적 제약을 구체화하는 규정이다. 동조항은 제23조 제3항의 재산권의 보호영역을 제한하는 공용수용이 아니며 따라서 원칙적으로 보상을 지급할 필요가 없고 단지 법질서에 의하여 재산권질서를 형성하는 재산권의 내용 및 한계에 해당한다는 것이다.

둘째로, 재산권이 인정되고 보호받기 위해서는 입법자에 의한 구체화가 필요하지만, 재산권의 내용을 정하는 경우에도 다른 기본권을 제한하는 입법과 마찬가지로 과잉금지의 원칙(비례의 원칙), 평등의 원칙 등을 준수하고 재산권의 본질적 내용인 사용·수익권과 처분권을 부인하여서는 아니 된다.

셋째로, 입법자가 도시계획법 제21조를 통하여 국민의 재산권을 과잉금지의 원칙에 부합하게 합헌적으로 제한하기 위해서는, 수인의 한계를 넘어 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에는 이를 완화하는 보상규정을 두어야 한다. 재산권의 침해와 공익간의 비례성을 다시 회복하기 위한 방법은 헌법상 반드시 금전보상만을 해야 하는 것은 아니다. 입법자는 지정의 해제 또는 토지매수청구권제도와 같이 금전보상에 갈음하거나 기타 손실을 완화할 수 있는 제도를 보완하는 등 여러 가지 다른 방법을 사용할 수 있다.

헌법재판소는 개발제한구역 사건 이후로 최근까지 분리이론을 견지하고 있다. 가령 상속권이나 상속제도의 내용은 입법자가 입법정책적으로 결정하여야 할 사항으로서 입법자는 상속권이나 상속제도의 내용과 한계를 구체적으로 형성함에 있어서 일반적으로 광범위한 입법형성권을 가진다고 판시하였다.⁵²⁴⁾ 또한 광업권은 국가가 부여하는 권리로서 입법자가 광업권의 내용과 한계를 정함에 있어 공익과의 조화를 고려하여 폭넓은 입법재량을 가진다.⁵²⁵⁾ 또한

523) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927.

524) 헌재 2018. 5. 31. 2015헌바78, 판례집 30-1하, 114, 119.

525) 헌재 2014. 2. 27. 2010헌바483 참조.

습지보전법상 습지보전지역에서 광물의 채굴행위를 금지하는 조항은 “입법자가 광업권이라는 재산권에 관한 권리와 의무를 일반·추상적으로 확정하는, 재산권의 내용과 한계에 관한 규정이면서 동시에 공익적 요청에 따른 재산권의 사회적 제약을 구체화하는 규정이고, 이미 형성된 구체적인 재산권을 공익을 위하여 개별적·구체적으로 박탈하거나 제한하는 것이 아니므로 보상을 요하는 헌법 제23조 제3항의 수용·사용 또는 제한을 규정한 것이라고 할 수는 없다.”⁵²⁶⁾

4. 소결

재산권의 내용규정과 공용수용은 별개의 독립된 제도로서 양자는 상이한 기능과 내용 및 구조를 갖는다. 재산권의 내용규정은 재산권에 대한 정의행위(Definitionsakt)이고 공용수용은 재산권에 대한 박탈행위(Entzugsakt)이다.⁵²⁷⁾ 입법자는 추상적·일반적으로 재산권 내용과 한계를 형성한다. 공용수용은 기존의 재산권 내용을 객관적으로 변경하려는 것이 아니라 이를 전제로 하여 예외적 국지적으로 개인의 재산권을 박탈하는 고권적 행위이다.⁵²⁸⁾ 법률의 제·개정으로 인하여 구체적인 개인의 법적 지위가 폐지되는 수용적 효과가 나타날 수 있지만, 기존의 재산권질서를 새롭게 형성·변경하는 규범적 성질을 가지는 한 재산권의 내용규정이다.

재산권의 내용규정은 법률에 의해서만 이루어지는 것이 아니며 의회유보원칙과 포괄위임금지원칙에 저촉되지 않는 한, 하위규범인 법령이나 조례에 의해서도 가능하다.

5. 보상의무가 있는 재산권 내용 규정

헌법 제23조는 원칙적으로 보상의무가 없는 재산권의 내용규정과 정당한

526) 헌재 2018. 4. 26. 2017헌가5, 판례집 30-1상, 548; 헌재 2016. 9. 29. 2014헌바400, 판례집 28-2상, 346; 헌재 2016. 4. 28. 2015헌바230; 헌재 2015. 10. 21. 2014헌바170; 헌재 2011. 10. 25. 2010헌바384 참조.

527) Rozek, aa.O., 242.

528) Aa.O., 225.

보상을 수반하는 공용수용(제한)로 대별된다. 하지만 헌법재판소는 1998년 개발제한구역 사건 이후로 재산권 규제에 관한 제3의 유형인 소위 ‘보상의무가 있는 재산권 내용 규정’을 인정하고 있다.⁵²⁹⁾ 보상의무가 있는 내용규정은 재산권의 내용을 규정하는 법률 자체는 존속시키면서 개인의 지나친 부담을 덜어주는 보상을 통해서 당해 법률의 위헌성을 해소시키는 규정이다.⁵³⁰⁾

즉, “입법자가 재산권의 내용을 규율하면서 부과한 토지재산권에 대한 제한이 토지소유자가 수인해야 하는 사회적 제약의 한계를 넘어 가혹한 부담을 발생시키는 예외적인 경우에는 이를 완화·조정하는 보상규정을 두어야 한다. 토지소유자가 종래의 지목과 토지현황에 의한 이용방법에 따라 토지를 사용할 수 있는 한, 토지소유자에게 가해지는 재산권 제한은 그가 수인해야 하는 사회적 제약의 범주에 속한다. 그러나 재산권 제한으로 인하여 토지소유자가 종래의 지목과 토지현황에 의한 이용방법에 따른 토지의 사용도 할 수 없거나 실질적으로 토지의 사용·수익을 전혀 할 수 없는 경우에는, 그러한 재산권 제한은 토지소유자가 수인해야 할 사회적 제약의 범주를 넘는 것으로서 손실을 완화하는 보상적 조치가 있어야 비례원칙에 부합한다.”⁵³¹⁾

여기서 보상이란 정당보상이 아닌 조정적 보상으로서 반드시 금전보상만을 해야 하는 것은 아니다. 과잉금지원칙에 저촉되는 재산권 내용규정에서 규율 대상자의 가혹한 부담을 완화하는 규정으로 그 내용규정을 치유할 수 있다면, 입법자는 개발제한구역 지정의 해제 또는 토지매수청구권제도와 같이 금전보상을 대신하거나 경과규정 등 기타 손실을 완화할 수 있는 제도를 보완하는 등 다양한 방법을 사용할 수 있다. 입법자는 헌법적으로 가혹한 부담의 조정이란 ‘목적’을 달성하기 위하여 이를 완화·조정할 수 있는 ‘방법’의 선택에 있어서는 광범위한 형성의 자유가 부여된다.

529) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214 등; 헌재 2006. 1. 26. 2005헌바18.

530) BVerfGE 58, 137(150f). 연방 헌법재판소는 출판물의 발행인에게 국립도서관에 증정납본 한 부를 제공할 의무를 규정한 법률규정이 재산권에 관한 합헌적인 내용규정이라고 하였지만, 高價의 매우 적은 분량의 책을 발행하는 경우에도 예외 없이 무상으로 납본의무를 둔 것은 비례의 원칙과 평등원칙에 어긋나는 부담으로서 위헌이라고 한다. 판결의 주문과 논거에 비추어 보면 의무납본제도 자체는 유지되어야 하지만 예외적인 경우에는 보상이 필요하다는 것이다; 헌재 1992. 6. 26. 90헌바26.

531) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214 등, 판례집 10-2, 927, 956; 헌재 2006. 1. 26. 2005헌바18 참조.

‘보상의무가 있는 내용규정’은 재산권의 내용규정이 아니라 공용수용으로서 우리 헌법상 인정할 필요가 없다는 견해와⁵³²⁾ 함께 결국 분리이론에 의한 보상을 요하지 않는 재산권 내용규정과 보상을 요하는 공용수용의 분별론을 완화하고 상대화하는 자가당착적인 결과를 초래하였다는 비판과⁵³³⁾ 과거의 경계이론에서 보상의무의 필요성여부의 기준이 되었던 특별희생설이나 상황기속성설이 보상의무가 있는 내용규정에 사실상 그대로 적용되고 있다는 경계이론의 영속성설이 주장되고 있다.⁵³⁴⁾ 이런 견해들은 보상의무가 있는 내용규정이 헌법 제23조 3항의 문제를 논리적으로 해결하지 못하고 단지 제23조 1항으로 이전하고 있다는 비판과도 연결된다.

보상의무가 있는 내용규정을 공용수용으로 보는 견해는 재산권의 내용규정과 공용수용을 연속선상에 있는 동일한 체계로 파악하는 경계이론에 근거한 비판이므로 경계이론에 대한 문제점이 그대로 적용될 것이다. 이 견해나 내용규정과 공용수용을 상대화한다는 비판 및 경계이론의 영속성설은 다 같이 보상의무가 있는 내용규정과 공용수용의 본질적인 차이를 간과하고 있다. 우선 보상의무가 있는 내용규정은 공용수용과 달리 재산권질서를 형성·변경하는 규정이라는 점에서 기존의 재산권질서를 부분적으로 박탈하는 공용수용과 다르다.

둘째로, 경계이론에서 재산권의 내용규정과 공용수용을 구분하였던 특별희생설이나 상황기속성설 등은 보상 없는 재산권의 내용규정과 보상의무가 있는 재산권의 내용규정을 구분하는 기준이 아니다. 보상 없는 내용규정과 보상의무가 있는 내용규정의 구분은 일차적으로 과잉금지의 원칙이 기준이 되고 부수적으로 신뢰보호의 원칙과 평등의 원칙이 부수적인 기준이 된다. 상황기속성설이나 평등원칙에 초점을 둔 특별희생설은 재산권자에게 가해지는 재산권규제의 강도나 특별희생에 초점을 두고 있지만, 과잉금지의 원칙과 같이 공익과 사익을 구체적으로 형량하지는 않다.

셋째로, 보상의 내용에서 보상의무가 있는 내용규정과 공용수용은 질적으

532) 김문현, 앞의 글, 17.

533) 홍준형, 『행정구제법』, 한울(2001), 289면 이하.

534) 정하중, “헌법상 재산권보장체계의 경계이론과 분리이론”, 토지보상법연구(3집), 2003, 21면; 경계이론의 영속성설(Pertetuiungslehre)에 대한 비판은 다음을 참조. Kischel, Wann ist die Inhaltsbestimmung aufgleichspflichtig?, JZ 2003, 604ff.

로 다르다. 과잉금지 원칙 등에 벗어난 가혹한 부담을 완화시키는 보상의무가 있는 내용규정은 존속보장원칙에 따라서 우선 규율대상자에 대하여 개발 제한구역 지정의 해제와 같은 재산권규제에 대한 예외 및 면제규정, 경과규정, 기타 행정적·기술적 예방규정 등이 고려된다. 이런 조치로 해결되지 못하는 경우에 매수청구권이나 금전보상이 예외적으로 상정된다. 따라서 보상의무가 있는 내용규정은 재산권의 존속보장의 원칙에서 벗어나는 최후의 수단이다.

여기서 보상은 공용수용의 정당보상이 아니라 과잉금지 원칙에 벗어나는 과도한 부담을 상계하는 성격을 갖는 조정적·재정적 보상을 의미한다. 또한 공용수용에서의 보상은 헌법의 불가분조항에 근거한 입법자의 의무이지만, 내용규정에서의 보상은 헌법 제23조 1항 2문에서 직접 요구되는 것이 아니다.⁵³⁵⁾ 이 보상은 헌법상 요구되는 것도 아니지만 법적으로 금지된 것도 아닌 입법형성권에 속하는 소위 형평보상이라고 할 것이다. 입법자는 재정적인 보상을 감수하면서 보상의무가 있는 내용규정을 결정할 수도 있고, 아니면 이를 포기할 수도 있다. 마지막으로 보상의무가 있는 내용규정에서 보상은 재산권의 내용을 합헌적으로 규정하기 위한 구성요소이지만, 공용수용에서의 보상은 공용수용의 법적인 결과이다.

결론적으로 보상의무가 있는 내용규정은 원칙적으로 보상 없는 내용규정과 보상을 수반하는 공용수용이라는 분리이론을 더 상세하게 구분하지만, 분리이론의 기초를 유지하면서 그 문제점을 제거하고 있다.

6. 지적재산권의 내용규정과 보상 여부

저작자, 발명가 및 과학기술자의 창작적 활동에 따른 지적재산권은 저작자 등에게 귀속되어야 하며, 저작자 등은 이를 자기책임하에서 수익, 사용 및 처분할 수 있어야 한다. 한편, 음악, 미술, 문학작품 등 창작품은 공중의 정서생활을 함양하고 문화국가의 창달에 불가결한 수단으로서 이용자의 삶에 필수적인 요소를 형성한다. 또한 공동체와의 연관성 속에서 탄생된 창작물은 발표되고 나면, 이미 저작자 본인에게만 귀속되는 작품이 아니라, 당시 사회의 문화적 정신적 표현물로서 일종의 공공재(Allgemeingut)가 된다. 저작물의 공공

535) Rozek, aa.O., 264.

재적 성격으로 인하여 일반 공중이 저작권자의 허락을 받지 않고 저작물을 자유로이 사용할 수 있는 자유이용과 공중이용 등이 허용되며 저작권은 본질적으로 시간적 한계를 가진 유한한 권리이다.⁵³⁶⁾ 저작자는 자신의 창작품의 공동체적 연관성 즉, 사회적 지속성에 의하여 ‘연대적 희생(Solidaropfer)’을 감수해야 한다.

독일 연방 헌법재판소는 교회, 학교 및 수업의 영역에서 예술작품을 동의 없이 수록하고 무료로 복사·배포하는 것을 허용하는 저작권법 규정에 관한 사건에서 청소년의 예술교육이라는 공익을 위하여 저작자의 처분권을 제한하는 것은 허용될 수 있지만, 저작자의 동의 없이 저작물을 사용하더라도 저작권자의 사용료청구를 부인하는 규정은 재산권 내용규정의 한계에 저촉된다고 판시하였다.⁵³⁷⁾ 학교교과서 등에 저작물을 게재하는 것은 청소년에게 예술적 창작물을 친숙하게 감상할 기회를 만들어야 한다는 목적상 필요불가결하며 저작자가 자신의 의사에 의하여 이를 금지할 수 있다면, 문화국가의 향상이라는 공동체적 목표를 달성하기는 어렵다. 저작물에 대한 자유로운 접근성 보장이라는 공익을 위하여 저작자의 게재 금지권은 인정될 수 없지만, 사회적 지속성은 보상 없이 저작물에 대한 게재까지 보장하는 것은 아니다. 저작권에 의하여 보호받는 음악작품을 종교적 동기에서 동의 없이 연주하는 경우에도 마찬가지이다.⁵³⁸⁾

저작권법 제25조는 제1항은 “고등학교 및 이에 준하는 학교 이하의 학교의 교육 목적상 필요한 교과용도서에는 공표된 저작물을 게재할 수 있다.”고 규정하고 제2항은 “학교, 국가나 지방자치단체가 운영하는 교육기관 등은 일정한 요건하에 공표된 저작물을 복제·배포·공연·전시 또는 공중송신할 수 있다.”고 하여 저작물의 자유이용을 명시하고 있다. 그리고 제4항은 제1항 및 제2항에 따라 저작물을 이용하려는 자는 일정한 기준에 따른 보상금을 해당 저작재산권자에게 지급하여야 하도록 정하고 있다. 수업목적보상금은 저작재산권자에게 지급하여야 하는 관계로 저작재산권이 없는 출판권자는 수업목적보상금지급을 청구할 수 있는 주체가 아니다.

536) BVerfGE 79, 29.

537) BVerfGE 31, 229, 242f.

538) BVerfGE 49, 382. 연방 헌법재판소는 음악작품을 보상 없이 학교방송용으로 편집하는 것은 허용된다고 판시하였다(BVerfGE 31, 270).

보상권은 (i) 우리나라 내에서 보상권자로 구성된 단체, (ii) 영리를 목적으로 하지 아니할 것, (iii) 보상금의 징수 및 분배 등의 업무를 수행하기에 충분한 능력이 있을 것의 요건을 갖춘 단체로서 문화체육관광부장관이 지정하는 단체를 통하여 행사되어야 한다. 문화체육관광부장관이 그 단체를 지정할 때에는 미리 그 단체의 동의를 얻어야 한다(저작권법 제25조 5항). 교과용 도서에 저작권자의 동의 없이 저작물을 게재하는 것은 제23조 제1하에 의한 재산권 보장과 제23조 제2하에 의한 사회적 지속성을 고려한 재산권의 내용 규정이지만, 저작권자에게 가혹한 부담을 지우는 규정이므로 조정적 보상을 지급하는 것이 과잉금지원칙에 저촉될 위험을 차단할 수 있다. 청소년에게 예술적 창작물을 친숙하게 감상할 기회를 보다 많이 만들어서 문화국가로의 발전을 촉진하는 것은 중요한 공익이지만, 이는 저작자 개인의 일방적인 희생을 담보로 성립될 수 없다. 특히 우리 헌법 제22조 제2항은 명시적으로 저작자의 권리를 중첩적이고 특별하게 보장하고 있다는 측면에서도 보상 없는 저작물 사용은 위헌의 소지가 높다.

저작권법 제25조 제4항의 단서조항은 “고등학교 및 이에 준하는 학교 이하의 학교에서 제2항에 따른 복제·배포·공연·방송 또는 전송을 하는 경우에는 보상금을 지급하지 아니한다.”고 규정한 것은 저작물의 교과서 게재를 넘어서 교사가 하는 수업목적의 복제·배포 등은 제한된 범위 내에서 이루어지며 현실적으로 그런 행위까지 파악하기도 어려워서 보상에서 제외되었다고 파악된다.

저작권법은 법정허락에 해당하는 사유에는 적절한 대가를 지급하거나 공탁하고 저작물을 이용할 수 있도록 규정하고 있다. 법정허락이란 저작권자의 허락을 받지 못한 경우라도 저작물의 이용이 공중의 입장에서 필요 불가결한 경우에 문화체육관광부장관이 정하는 기준에 의한 보상금을 지급하거나 공탁하고 저작물을 이용하게 할 수 있도록 한 제도이다. 여기에는 저작재산권자 불명인 저작물의 이용(저작권법 제50조 제1항), **공표된 저작물의 방송**(제51조), **상업용 음반의 제작**(제52조) 등이 있다. 이런 제도는 저작자의 재산권을 보장하면서도 저작자나 저작자와 장기간 계약을 체결한 사람이 저작물을 독점하는 것을 방지하기 위하여 고안된 것으로 저작권의 내용을 장래에 향하여 일반적 추상적으로 정한 재산권의 내용규정이다. 단지 여기서 보상은 정당보상이 아니라, 과도한 재산권의 내용규정을 조정하는 조정적 입법보상이다.

V. 공용수용

1. 공용수용의 개념

가. 의의

헌법 제23조 3항은 재산권의 내용규정과 별개의 제도로서 공공필요에 의한 재산권제한의 유형으로 수용·사용·제한을 규정하고 있다. 공법상의 손실보상의 원인 내지는 요건, 즉 공공필요에 의한 수용·사용 또는 제한을 공용수용(공용침해)라고 부른다. 공용수용은 ‘공용수용이란 특정한 공익사업의 시행을 위하여 법률에 의거하여 타인의 토지 등의 재산권을 강제적으로 취득하는 제도’ 내지 ‘공공필요에 의한 재산권의 공권력적, 강제적 박탈’을 의미하는 개념이다.⁵³⁹⁾ 재산권의 존속보장은 합헌적 공용수용의 경우에 비로소 가치보장, 즉 손실보상의 보장으로 전환된다.

공용수용의 대상은 기존의 법질서에 의해서 구체적인 기본권주체에게 귀속되는 권리이다.⁵⁴⁰⁾ 공용수용은 일반적·추상적 법규범에 의하여 보호되는 재산권질서를 전제로 하여서 특정인 또는 특정집단의 재산적 가치가 있는 구체적인 법적 지위에 대한 전면적 또는 부분적인 박탈을 의미한다. 공용수용은 헌법상 재산권구조속에서 우선 재산권의 내용규정을 전제로 한다.

나. 수용·사용 또는 제한

수용·사용 또는 제한은 ‘일정한 공적 과제의 이행을 위하여 의도적인 고권적 법적행위에 의하여 재산적 가치가 있는 법적 지위를 전면적 또는 부분적으로 박탈하는 것’이다.⁵⁴¹⁾ 재산권질서를 형성·변경하는 재산권의 내용규정과 달리 공용수용은 기존의 재산권적 법적 지위의 박탈이라는 요소를 가지고 있다. 법적 지위의 박탈이라는 요건에서 개인 재산권을 중극적·강제적으로 박탈

539) 헌재 2014. 10. 30. 2011헌바172 등, 판례집 26-2상, 639, 646; BVerfGE 58, 300.

540) Rozek, aa.O., 142.

541) 한수용, 앞의 글, 33; BVerfGE 58, 300.

하는 수용을 파악하기는 어렵지 않다. 가령 도로 및 철도 건설을 위하여 개인 소유의 토지가 국가의 재산으로 이전되는 전형적인 사례가 보여주듯이 재산권자에게 남아 있는 사용권 및 처분권이 없음을 의미한다. 여기서 법적 지위의 강제적 취득이 아니라 박탈이라고 정의하는 이유는 재산권을 국가나 공기업의 소유로 이전하는 것에 국한되는 것이 아니라 공공필요에 의하여 제3자에게 이전하는 경우도 포함될 수 있기 때문이다.

그러나 부분적 박탈을 의미하는 사용 및 제한은 검토가 필요하다. 부분적인 박탈은 한편으로는 정당보상이 필요 없는 재산권의 ‘제한’과 다른 한편 재산권의 내용규정과 구분의 구분이 애매모호한 부분이 있다. 우선 부분적 박탈이란 ‘가분적’인 재산권적 법적 지위의 박탈을 의미한다. 재산권의 보호영역은 재산권 객체에 대한 재산권자의 법적 지위를 표시한다. 법적 지위는 세부적으로 살펴보면, 재산권에 속하는 복수의 다양한 법적 지위로 구성되어 있으며 재산권의 사용·수익·처분·방어권 등이 결합된 총체적 개념이다. 법적 지위의 분할 가능성은 세부적인 재산권의 부분권이 경제적인 필요에 상응하여서 독자적으로 경제적인 매각이 가능하며 그 부분권의 박탈은 그에 따른 정당보상의 필요성을 요구한다.⁵⁴²⁾ 따라서 재산권의 부분권에 대한 박탈에 이르지 않는 재산권의 ‘제한’은 제23조 제3항의 정당보상을 필요로 하는 공용침해에 해당되지 않는다. 이에 비해서 건축법, 자연공원법, 도시계획법상의 사용권 및 처분권의 제한은 기존의 재산권을 제한하는 효과를 가지지만, 그 독자성이 결여되어 있으므로 공용수용이 아니라 재산권 질서를 형성하는 재산권의 내용에 해당한다.

헌법재판소는 ‘도시 및 주거환경 정비법’(이하 도정법)에 의한 주택재개발사업의 시행자가 임차인의 사용·수익권을 정지시키는 것은 “기존 권리자들의 법적 지위를 박탈하거나 제한하는 데 규율목적의 초점을 둔 것이 아니라, 정비사업을 신속하고 원활하게 진행함으로써 권리자들의 재입주, 재정착을 확보하는 데에 초점을 두고 권리자들의 지위를 장래를 향하여 다시 새로이 형성하려는 규정”으로 재산권의 내용규정이지만, 임차인이 수인해야 하는 가혹한 부담을 완화하는 보상규정을 두어서 비례의 원칙에 위배되지 않는다고 판시하였다.⁵⁴³⁾

542) Rozek, aa.O., 212.

543) 헌재 2014. 7. 24. 2012헌마662, 판례집 26-2상, 213, 221 이하.

그러나 헌법재판소도 인정하고 있듯이 임차권자의 “사용·수익의 제한은 임차권의 설정목적 달성을 수 없게 하는 것으로서 임차권에 대한 본질적 제한”⁵⁴⁴⁾으로 일시적인 사용·수익의 제한이 아니라 종국적인 임차권의 박탈에 해당한다.⁵⁴⁵⁾ 임차인의 사용·수익권의 정지는 주택재개발사업자나 임대인의 관점에서는 ‘권리자들의 지위를 장래를 향하여 다시 새로이 형성하려는 규정’이지만, 임차인의 입장에서는 일정한 기간 보장된 정당한 임차권을 사후에 당사자의 귀책사유가 없이 박탈하므로 헌법 제23조 제3항의 공용침해에 해당한다. 그런데도 불구하고 임차인에게 발생하는 실질적인 손실을 정당하게 보상하는 규정이 없이 단지 가혹한 부담을 조정, 완화하기 위하여 4개월분의 주거이전비와 이사비라는 보상규정을 둔 것은 헌법에 위배된다고 할 것이다. 공용침해의 개념인 ‘재산권적 법적 지위의 전면적 부분적 박탈’에서 중요한 것은 재산권자의 법적 지위의 상실이며 누구에게 취득되었는지의 여부는 중요하지 않다. 헌법재판소의 결정은 공용침해의 개념에 반하여 주택소유자나 주택재개발사업주의 이익만을 일방적으로 고려하였고 임차권을 박탈당한 사회적 약자인 임차인의 정당한 보상을 받을 권리를 간과하였다.

우리 헌법 제23조의 사용개념은 법적 지위의 박탈이라는 3항의 ‘제한’에 포함되는 개념으로서 헌법제정 당시에는 양자를 명확히 구분하지 못해서 부가적으로 삽입되었다고 볼 수 있다. 제23조 제3항의 ‘수용’을 재산권을 전면적으로 박탈하는 것으로, ‘사용’을 재산권 중 가분적인 권리인 사용권을 박탈하는 것으로, ‘제한’을 재산권 중 분리될 수 있는 기타 권리를 박탈하는 것으로 해석되어야 할 것이다. 분리이론을 비판하는 주된 논거 가운데 하나가 우리 헌법상 공용수용규정이 수용 이외에 사용과 제한까지 포함하므로 독일 기본법상의 수용개념보다 넓은 견해이다. 그러나 독일의 수용개념은 역사적인 변천과정을 거쳐서 정의된 것이다. 독일의 수용개념에 대한 연혁적·체계적 고찰 없이 단순히 ‘수용(Enteignung)’이란 단어가 같은 의미라고 해석하는 것은 수긍하기 어렵다.

독일 연방 헌법재판소의 협의의 형식적 수용개념과 공용수용의 개념을 동일하게 파악하면서도, 제23조 제3항의 ‘사용’이나 ‘제한’을 넓게 정의하는 것은

544) 헌재 2014. 7. 24. 2012헌마662, 판례집 26-2상, 213, 222 이하.

545) 동지, 윤영미, “재산권 보장과 헌법재판소의 역할”, 헌법학연구(제21권 제3호), 2015. 9, 240면.

보상을 수반하는 공용수용의 개념을 넓게 정의하는 경계이론으로 다시 회귀하는 결과를 가져온다. ‘사용’을 ‘재산권의 객체를 일시적·강제적으로 사용하는 행위’라고 하거나 ‘제한’을 ‘재산권 중 분리될 수 있는 다른 부분적 권리의 박탈이나 그 외의 제한’이라고 정의하는 것은 독립성이 있는 법적 지위에 대한 부분적 박탈이 아니라 단순한 제한까지 포함하게 된다.⁵⁴⁶⁾ 이런 견해에 의하면 도시계획법, 자연공원법, 문화재보호법, 자연보호법상의 각종의 사용제한이 공용수용에 속하게 되어서 정당한 보상을 하여야 하는 경계이론에 따른 결과가 초래되므로 주의를 요한다.

2. 공용수용의 요건과 한계

가. 의의

공용수용은 헌법 제23조 제3항에 명시되어 있는 대로 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성이 있을 것, 법률에 의거할 것, 정당한 보상을 지급할 것의 요건을 모두 갖추어야 한다.

나. 공공필요

공공필요는 제37조 2항의 국가안전보장, 질서유지, 공공복리 보다 넓게 파악하는 견해도 있지만, 헌법 제37조 2항은 모든 기본권제한의 원칙이므로 이를 더 확대하여 해석하는 것은 위헌이라고 할 것이다. 헌법 제23조 제3항의 공용수용은 일반적 기본권제한의 요건인 제37조 제2항 보다 특수한 규정이므로 공공필요라는 개념은 국가안전보장, 질서유지, 공공복리 보다 좁은 개념으로 보아야 한다. 공공필요는 단순히 공익이나 국가의 이익 이상의 중대한 공익으로서 특정 공익사업과 연관되어 특정인 내지는 특정집단에 대한 재산권 제한이 불가피한 ‘고양된 공익개념’이다.⁵⁴⁷⁾

헌법재판소에 의하면 헌법 제23조 제3항에서 규정하고 있는 ‘공공필요’는

546) 한수용, 앞의 글, 36면 각주 22); 계희열, 앞의 책, 515면 이하.

547) 김성수, “행정상 손실보상의 요건으로서 공공의 필요와 특별한 희생의 재검토”, 박윤훈박사 화갑기념 논문집, 27면.

“국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성”으로서, ‘공공필요’의 개념은 ‘공익성’과 ‘필요성’이라는 요소로 구성되어 있다.⁵⁴⁸⁾

(1) 공익성

공익성은 추상적인 공익 일반 또는 국가의 이익 이상의 중대한 공익을 요구하므로 기본권 일반의 제한사유인 ‘공공복리’보다 좁게 보는 것이 타당하며, 공익성의 정도를 판단함에 있어서는 공용수용을 허용하고 있는 개별법의 입법목적, 사업내용, 사업이 입법목적에 이바지 하는 정도는 물론, 특히 그 사업이 대중을 상대로 하는 영업인 경우에는 그 사업 시설에 대한 대중의 이용·접근가능성도 아울러 고려하여야 한다.⁵⁴⁹⁾ 공용수용이 허용될 수 있는 공익성을 가진 사업, 즉 공익사업의 범위는 사업시행자와 토지소유자 등의 이해가 상반되는 중요한 사항으로서, 공용수용에 대한 법률유보의 원칙에 따라 법률에서 명확히 규정되어야 한다. 공공의 이익에 도움이 되는 사업이라도 ‘공익사업’으로 실정법에 열거되어 있지 않은 사업은 공용수용이 허용될 수 없다.

공익사업의 범위는 국가의 목표 및 시대적 상황에 따라 달라질 수 있으며 공익사업의 공공성 유무는 두 단계에 걸쳐서 심사된다. 우선 입법자가 입법을 하는 시점에서 당해 사업이 수용이 필요할 정도의 공공성을 갖는지의 여부를 심사한 후에, 2차적으로는 사업인정권자가 개별적·구체적으로 당해 사업에 대한 사업인정을 행할 때 다시 공공성 여부를 심사한다.

(2) 필요성

‘필요성’이 인정되기 위해서는 공용수용을 통하여 달성하려는 공익과 그로 인하여 재산권을 침해당하는 사인의 이익 사이의 형량에서 사인의 재산권침해를 정당화할 정도의 공익의 우월성이 인정되어야 하며, 사업시행자가 사인인 경우에는 그 사업 시행으로 획득할 수 있는 공익이 현저히 해태되지 않도록

548) 헌재 2014. 10. 30. 2011헌바172 등, 판례집 26-2상, 639, 647; 헌재 1995. 2. 23. 92헌바14; 헌재 2000. 4. 27. 99헌바58; 헌재 2011. 4. 28. 2010헌바114 등.

549) 헌재 2014. 10. 30. 2011헌바172 등, 판례집 26-2상, 639, 648.

록 보장하는 제도적 규율도 갖추어져 있어야 한다. 공용수용이 허용될 수 있는 공익사업은 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’ 및 각 개별법에 열거되어 있다. 헌법적 요청에 의한 수용이라 하더라도 국민의 재산을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 정도의 필요성이 인정되어야 하고, 그 필요성이 인정되기 위해서는 공용수용을 통하여 달성하려는 공익과 그로 인하여 재산권을 침해당하는 사인의 이익 사이의 형량에서 사인의 재산권침해를 정당화할 정도의 공익의 우월성이 인정되어야 한다.

수용은 타인의 재산권을 직접적으로 박탈하는 것일 뿐 아니라, 헌법 제10조로부터 도출되는 계약의 자유 내지 피수용자의 거주이전 자유까지 문제될 수 있는 등 사실상 많은 헌법상 가치들의 제약을 초래할 수 있으므로, 헌법적 요청에 의한 수용이라 하더라도 국민의 재산을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 정도의 필요성이 인정되어야 하고, 그 필요성이 인정되기 위해서는 공용수용을 통하여 달성하려는 공익과 그로 인하여 재산권을 침해당하는 사인의 이익 사이의 형량에서 사인의 재산권침해를 정당화할 정도의 공익의 우월성이 인정되어야 한다.⁵⁵⁰⁾

다. 법률

공용수용은 의회가 제정한 형식적 의미의 법률의 형식으로 이루어진다. 법률이란 형식은 공용수용이 입법자에 의하여 의도된 고권적 법적 행위라는 것을 의미한다. 따라서 사실행위로 인한 공용수용은 헌법상 인정되지 않는다. 쓰레기 매립장의 설치로 인한 악취발생과 같이 합법적인 행정행위로 인한 예외적이고 예기치 못한 부수적 효과로 인하여 재산권이 침해되는 수용적 침해는 공용수용이 아니다.

공용수용은 일반적으로 법률에 근거하여 ‘의도적인 고권적 법적 행위’로 나타난다. 그러나 예외적으로 법률이 직접 수용을 규정한 입법수용도 존재할 수 있다. 가령 구하천법 제3조에서는 ‘하천은 이를 국유로 한다.’고 규정하여 법률에 의한 입법수용을 명시한 바 있지만, 2008년 법률 개정으로 하천의 국유제를 폐지하고 및 하천 토지의 매수청구제를 도입하였다.

550) 헌재 2014. 10. 30. 2011헌바172 등, 판례집 26-2상, 639, 648; 헌재 2009. 9. 24. 2007헌바114.

라. 정당보상

헌법 제23조 제3항의 ‘정당한 보상’이란 ‘원칙적으로’ 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 뜻하는 것으로서, 재산권의 객체가 갖는 객관적 가치란 그 물건의 성질에 정통한 사람들의 자유로운 거래에 의하여 도달할 수 있는 합리적인 매매가능가격, 즉 시가에 의하여 산정되는 것이 ‘보통이다.’⁵⁵¹⁾

헌법 제23조 제3항에 규정된 ‘정당한 보상’의 원칙이 모든 경우에 예외 없이 개별적 시가에 의한 보상을 요구하는 것이라고 할 수 없다. 토지의 경우에는 위치·면적·지형·환경 및 용도 등 가격형성에 영향을 미치는 제반요소가 서로 흡사한 다른 토지를 목적물로 하여 다수의 공급자나 수요자가 합리적인 가격으로 거래한 경우를 상정한다는 것은 어려운 일이므로 그 시가를 곧바로 산정할 수는 없는 노릇이다. 토지의 경우에는 그 특성상 인근 유사토지의 거래가격을 기준으로 하여 토지의 가격형성에 미치는 제 요소를 종합적으로 고려한 합리적 조정을 거쳐서 객관적인 가치를 평가할 수밖에 없음을 전제로, 토지수용으로 인한 손실보상액의 산정을 ‘공시지가’를 기준으로 한 것은 헌법상의 정당보상의 원칙에 위배되는 것이 아니다.

부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률 제21조 제1항은 “감정평가업자가 타인의 의뢰에 의하여 토지를 개별적으로 감정평가하는 경우에는 당해 토지와 유사한 이용가치를 지닌다고 인정되는 표준지의 공시지가를 기준으로 하여야 한다.”고 규정하고 있다. 헌법재판소는 감정평가업자는 토지를 감정평가함에 있어 “당해 토지와 토지이용상황이나 주변환경 기타 자연적·사회적 조건이 일반적으로 유사하다고 인정되는 표준지의 공시지가를 기준으로 하여 당해 토지의 현실적인 이용상황에 따라 위치·지형·환경 등 토지의 객관적 가치에 영향을 미치는 제요인을 표준지와 비교하여 평가하여야 하는 등 감정평가에 있어 나름의 공정성과 합리성이 보장되므로” 상계조항은 당해 토지의 객관적 가치를 반영하기 위한 적절한 방법이라고 판시하였다.⁵⁵²⁾

551) 헌재 2013. 12. 26. 2011헌바162, 판례집 25-2하, 640, 646; 헌재 2012. 3. 29. 2010헌바370, 판례집 24-1상, 472, 486; 헌재 2001. 4. 26. 2000헌바31, 판례집 13-1, 932, 938; 헌재 1995. 4. 20. 93헌바20등, 판례집 7-1, 519, 533-534.

552) 헌재 2012. 3. 29. 2010헌바370, 판례집 24-1상, 472, 489.

마. 수용의 주체

헌법 제23조 제3항은 정당한 보상을 전제로 하여 재산권의 수용 등에 관한 가능성을 규정하고 있지만, 재산권 수용의 주체를 한정하지 않고 있다. 과거에는 공용수용의 사업시행자는 일반적으로 국가, 지방자치단체 및 공공단체였지만, 오늘날 사회경제적 여건변화에 따라 민간기업, 개인, 조합 또는 민관합동법인 등이 사업시행자가 되는 사례가 늘고 있으며 사인에 대하여 수용권을 부여하는 개별 법률이 점차 증가하고 있다. 사인이 수용의 주체가 된다 하더라도 그에게 수용권을 부여하는 것은 사업시행인가를 행하는 국가 등과 같은 공적 기관이므로, 공적 기관은 공공필요성에 대해 최종적으로 판단하여야 한다.⁵⁵³⁾

헌법재판소는 이미 여러 차례 민간사업자에게 수용권을 주는 조항 자체는 합헌이라고 결정한 바 있다.⁵⁵⁴⁾ 단, “사인에 의한 공용수용은 공적 기관에 의한 수용보다 공공필요성을 더욱 보장하고 수용을 통한 이익을 공공적으로 귀속시킬 수 있는 조치가 수반되어야” 한다.⁵⁵⁵⁾

바. 과잉금지원칙

헌법재판소는 공용수용의 위헌성 심사기준으로 헌법 제23조 제3항이 정한 요건을 충족하면, 과잉금지원칙에 저촉되지 않는다고 판시하기도 한다.⁵⁵⁶⁾ 이미 공공필요의 ‘공익성’ 단계에서 사실상 공용수용의 목적의 정당성과 수단의 적합성을 심사하였고 ‘필요성’ 단계에서 공용수용을 통하여 달성하려는 공익과 그로 인하여 재산권을 침해당하는 사인의 이익 사이의 형량하여 법익의 균형성 심사가 이루어졌기 때문이다.

한편, 공용수용의 합헌성 심사기준으로 공공필요성 이외에 과잉금지원칙을 부가적으로 심사하여야 한다는 견해도 있다.⁵⁵⁷⁾ 공용수용은 공공필요란 목적

553) 헌재 2011. 11. 24., 2010헌가95; 2009. 9. 24. 2007헌바114.

554) 헌재 2009. 9. 24. 2007헌바114; 헌재 2011. 11. 24. 2010헌가95등; 헌재 2013. 2. 28. 2011헌바250 참조.

555) 헌재 2019. 2. 28. 2017헌바349.

556) 헌재 2014. 10. 30. 2011헌바172 등.

557) Brun-Otto Bryde, A.a.O., 단락번호 81.

을 충족시키기 위한 적절한 수단일 뿐 아니라 반드시 필요한 경우이어야 하며 가장 덜 재산권을 제한하는 완화된 수단이 선택되어야 한다. 가령 전체수용보다는 부분수용이 보다 완화된 수단이다. 헌법재판소도 수용조항의 공공필요성을 검토하면서 입법목적의 정당성이 인정된다고 하면서, 더 나아가 수단의 적합성, 침해의 최소성 및 법익의 균형성을 별도로 심사한 바 있다.⁵⁵⁸⁾

사. 특허권 수용 및 강제실시권

재산권은 주로 토지소유권을 중심으로 발전하여 ‘물건에 대한 배타적이고 독점적인 지배’로 인식되었지만, 지적재산권에서는 물리적 박탈과 가치박탈이 구별되기 어렵다. 특히 특허에 대한 강제실시권은 특허권자의 권리를 존속시키고 있으면서 사실상 그 가치를 박탈하여 특허권을 수용하는 효과를 야기한다는 점에서 수용적 효과를 야기할 수 있다.

특허권은 특허발명을 독점적 배타적으로 지배할 수 있는 권리로서 개인에게 부여되는 재산권이다. 특허법 제94조에서는 “특허권자는 업으로서 그 특허발명을 실시할 권리를 독점한다.”고 명시하고 있다. 오늘날 과학기술의 발전을 위하여 창조적인 발명자에게 특허권을 인정하여 발명에 소요된 자본과 노력을 보상할 필요가 있다는 점은 부인할 수 없다. 그러나 특허권이 독점적으로 사용되어 오히려 발명 및 국가산업의 발전을 저해하거나 공공의 이익에 적합하지 않은 경우에는 특허권에 제약을 가할 필요가 있다.

특허법 제106조 제1항은 “정부는 특허발명이 전시, 사변 또는 이에 준하는 비상시에 있어서 국방상 필요한 때에는 특허권을 수용할 수 있다.”고 특허권 수용을 규정하고 있다. 특허권이 수용되는 때에는 그 특허발명에 관한 특허권 외의 권리는 소멸되며(동조 제2항), 정부는 특허권자, 전용실시권자 또는 통상 실시권자에 대하여 상당한 보상금을 지급하여야 한다(동조 제3항). 특허권의 수용 및 보상금의 지급에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고(동조 제4항), 이에 따라 “특허권의 수용·실시 등에 관한 규정”이 제정되었다.

또한 특허법 제41조 ‘국방상 필요한 경우’에는 외국에의 특허출원을 금지하거나 발명의 비밀취급을 강제할 수 있도록 규정하고 “전시·사변 또는 이에

558) 헌재 2014. 7. 24. 2013헌바294; 헌재 2011. 6. 30. 2008헌바166 등; 헌재 2012. 3. 29. 2010헌바370, 판례집 24-1상, 472 .

준하는 비상시에 있어서 국방상 필요한 경우”에는 특허를 받을 수 있는 권리를 수용할 수 있도록 하였다. 외국에의 특허출원 금지나 비밀취급에 따른 손실 및 특허를 받을 수 있는 권리의 수용 대하여는 정당한 보상금이 지급된다(제3항 및 제4항).

특허권은 배타적 독점적 재산권이므로, 다른 사람이 특허발명을 이용하기 위해서는 특허권자의 허락을 구해야 한다. 그러나 특허법은 특허권자가 실시할 수 없거나 실시할 의지가 없는 경우에 특허권자 이외의 다른 사람이 특허발명을 실시하도록 허락하는 강제실시(compulsory license)제도를 허용하고 있다. 즉, 특허권자의 의사에 반하여 발생하는 실시권을 강제실시권이라고 한다.⁵⁵⁹⁾ 여기서 ‘실시’란 발명을 그 발명의 내용에 따라 사용하는 것을 의미하며⁵⁶⁰⁾, 실시권이란 특허권자가 이외의 자가 업으로서 특허발명을 실시할 수 있는 권리를 말한다. 강제실시권제도는 특허에 의한 독점권의 부여가 국가의 산업발전을 도모하려는 데에 있으므로, 이에 대하여 특허발명을 실시하여야 할 공익적 필요가 있는 경우 특허권자의 의사에 관계 없이 행정처분 또는 특허청의 심판을 거쳐 제3자로 하여금 이를 실시하게 하고 특허권자에게 실시료에 해당하는 대가를 지급하도록 하는 제도이다. 우리나라는 실무상 강제실시권의 요건인 ‘공공의 이익’을 엄격하게 해석하여 강제실시권이 발동된 적이 거의 없지만, 강제실시권을 특허법에서 채택하고 있지 아니한 미국에서는 특허 의약품 특허의 영역에서 국민의 건강권 보호를 위하여 법원이나 정부에 의해 강제실시권이 그동안 100여건 이상 허락된 사례가 있다.⁵⁶¹⁾

강제실시권은 국가적 이익을 추구하거나 발명실시의 적정화를 기하는 등 특허법 상의 특정목적에 달성시키고자 특허권자의 의사와 무관하게 특허발명을 실시할 수 있도록 강제하는 권한을 의미하며 특허권의 수용과 같이 정당한 보상을 수반한다. 강제실시권자는 특허권자 또는 전용실시권자에게 보상금 또

559) 특허법상 강제실시권은 국가 비상사태 등에 의한 통상실시권(제106의2), 재정에 의한 통상실시권(제107 내지 제115), 통상실시권 허락심판에 의한 통상실시권(제138) 등으로 구분된다. WTO 회원국들은 무역관련 지적재산권에 관한 협정(TRIPs) 제31조에 따라 공중 보건을 보호하기 위한 강제실시권을 발동할 권리를 갖는다.

560) 특허법 제2조 제3호는 실시를 물건의 발명, 방법의 발명, 물건을 생산하는 방법의 발명으로 분류하여 규정하고 있다.

561) 김원준, “의약품 특허의 강제실시권 비교법적 고찰”, 법학연구, 2015. 1., 736면.

는 대가를 지급하여야 하며 보상금이나 대가는 특허청장의 결정이나 재정 또는 심판에 의하여 정해진다.

특허권의 수용에서 특허권자의 권리가 박탈되어 정부가 권리의 주체가 되지만, 강제실시권에서 정부 등은 보통 일정한 기간 통상실시권만 가지고 특허권자가 권리의 주체라는 점은 변동이 없다. 따라서 정부는 강제실시권으로 충분한 사안에서 특허권을 수용하는 것은 과잉금지원칙에 위배된다. 다만 구체적인 사안에서 보상액과 수용 내지 강제실시 전후의 특허의 효용 등에 따라서 특허권의 수용이 특허권자에게 보다 덜 기본권을 제한하는 수단이 될 수도 있다.⁵⁶²⁾

제4절 제22조 제2항과 제23조의 관계⁵⁶³⁾

I. 쟁점의 정리

일반적으로 지적재산권은 사적유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치가 있는 구체적 권리이므로 헌법 제23조 재산권에 의하여 보호되는 권리로 인정된다. 따라서 헌법 제23조 재산권 규정과 헌법 제22조 제2항의 구체적 관계가 문제된다.⁵⁶⁴⁾

이에 관해서 우리나라에서는 (i) 대부분의 견해가 명시적으로 서술하고 있지는 않지만, 헌법 제22조 제2항과 제23조는 지적재산권을 중첩적으로 보장하고 있는 것으로 보고 있다고 판단된다.

예를 들어, 권영성 교수는 헌법 제22조 제2항은 “지적 재산권(知的財産權)의 보호를 규정하고 있다. 지적 재산권(Intellectual Property Right)이라 함은 문

562) 피용호, “특허권의 수용·실시에 관한 법령 개정방안 연구”, 한남대 산학협력단, 2010, 61면.

563) 정필운, “헌법 제22조 제2항 연구”, 222-227면에서 가져와 일부 수정하였다.

564) 한편, 이미 설명한 것처럼 헌법 제22조 제2항은 지적재산권의 개인적인 인격권과 관련된 보호범위에 초점이 맞추어진 것이고, 헌법 제23조는 지적재산권의 재산권으로서의 사용과 수익의 측면을 보장하는 것이라고 주장하는 이시우 교수에 따르면, 재산적 이익의 측면은 제23의 적용이 문제가 될 뿐이므로, 제22조 제2항과 제23조의 관계는 문제되지 않는다.

학·예술·과학·기술 등 인간의 정신적 창작활동의 결과 생산되는 무형의 산물에 대한 배타적 권리를 말한다. …(중략)… 지적재산권의 종류는 다양하지만 저작권과 산업소유권 그리고 제3의 권리로 대별된다.”⁵⁶⁵고 서술하는 한편, 재산권의 유형과 범위를 설명하며 “지적 재산권(지적소유권)도 헌법상의 재산권에 속한다. …(중략)… 헌법은 지적 재산권에 대해서는 이를 학문 및 예술의 자유와 관련하여 별도로 규정하고 있다(\$22 ②)”⁵⁶⁶고 서술하여 명시적으로 중첩적 보장설을 인정하고 있다.

허영 교수는 “이른바 ‘지적재산권’이라고 볼 수 있는 여러 권리도 헌법상의 재산권에 속하지만 우리 헌법은 이와 같은 ‘정신적 재산권’에 대해서는 이를 ‘학문과 예술의 자유’와 관련시켜 따로 보호하고 있다.”⁵⁶⁷고 서술하고 있다.

양건 교수는 “헌법 제22조 제2항은 저작자, 발명가, 과학기술자, 예술가의 권리를 법률로 보호한다고 규정하고 있다. 이 권리에 자유권도 포함될 수 있으나, 그 중심이 되는 것은 국가의 지원을 요청하는 급부청구권 및 절차적 보호를 위한 청구권 등이다.”⁵⁶⁸라고 서술하는 한편, “헌법이 보장하는 재산권은 …(중략)… 민법상의 소유권을 비롯한 물권과 채권, 지적재산권(저작권이나 산업재산권 등) …(중략)… 등을 포함한다.”고 서술하고 있다.⁵⁶⁹

한수용 교수는 “지적 재산권(저작권, 발명권 특허권, 상표권, 의장권 등)도 헌법상 재산권에 속한다. 지적 재산권은 문학·예술·발명·과학 등 인간의 정신적 창작활동의 결과로 얻어지는 무형의 산물에 대한 배타적 권리를 말한다. 헌법은 제22조 제2항에서 …(중략)… 지적재산권을 보호하고 있다.”⁵⁷⁰고 서술하고 있다.

이러한 중첩적 보장설에 근거를 두고, “헌법 제22조 제2항은 「저작자, 발명가, 과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보장된다」고 정하여, 학문행위와 예술행위의 결과물을 당사자의 권리로 보장할 필요가 있는 것은 법률에 의하여 보호된다고 하는 것을 정하고 있다. 이는 주로 지적재산권을 의미하는 데, 규정의 체계상 재산권을 보장하는 규정(헌법 제23조)에서 정하는 것이 타

565) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010, 552면.

566) 권영성, 앞의 책, 559면.

567) 허영, 『한국헌법론』, 472면.

568) 양건, 『헌법강의』, 법문사, 2019, 664면.

569) 양건, 앞의 책, 802면.

570) 한수용, 앞의 책, 858면.

당하다”⁵⁷¹⁾는 헌법개정론까지 펼치는 주장도 있다.

이러한 일반적인 견해에 대해서, (ii) 헌법 제22조 제2항은 제23조와 성격이 다르므로 분리되어 이해하여야 하고, 지적재산권은 제22조 제2항에 의하여 독자적으로 보장되는 것이라는 제22조 제2항 독자적 보장설이 유력하게 주장된다.

예를 들어, 이인호 교수는 “이 조항[헌법 제22조 제2항]과 헌법 제23조의 재산권조항이 어떤 관계에 있는가 하는 점이 문제될 수 있다. 판단컨대, 이 양 조항은 분리되어 이해되어야 한다고 생각된다. 제23조가 보장하는 재산권은 전통적으로 천부인권으로 인정되어 왔다. 물론 20세기 이후 사회 내 경제적 불균형이 심각해지는 사회현실에서 재산권의 사회적 지속성이 강조되고, 이에 따라 우리 헌법도 그 점을 명시하고 있긴 하지만, 그럼에도 불구하고 여전히 재산권의 천부인권성은 쉽게 부정되기 어렵다. 헌법 제23조 제1항 제1문이 “모든 국민의 재산권은 보장된다.”고 우선적으로 선언하고 있기 때문이다. 또한 그렇기 때문에, 제23조 제1항 제2문이 “그 내용과 한계는 법률로 정한다.”고 했을 때, 그것은 입법자에게 재산권 형성에 대한 절대적이고 무한정한 권한을 수권한 것이라고 볼 수 없다. 그러나 반면에, 헌법 제22조 제2항의 “저작자…의 권리는 법률로 정한다.”는 규정은 저작자등의 권리가 천부인권성을 가진다는 것을 전제로 하고 있지 않다. 이 헌법조항은 “모든 국민의 재산권은 보장된다.”고 하는 제23조 제1항과는 다른 규범구조를 가지고 있기 때문이다. 그러므로 제22조 제2항의 “권리”는 제23조 제1항의 “재산권”과 그 본질이 같지 않으며, 제22조 제2항의 권리는 법률에 의해서 비로소 형성되는 권리인 것이다. 그리고 그 만큼 입법자는 이 권리를 창설함에 있어 보다 넓은 입법형성권을 가지는 것이다.”⁵⁷²⁾고 서술하여 헌법 제22조 제2항은 실정권인 지적재산권을, 헌법 제23조는 천부인권인 (일반)재산권을 보장하는 것이라고 주장한다.

김주영 교수는 “저작자 등의 권리가 실정법에 의해 비로소 창설된다는 데에는 동의를 하지 않기 때문에, 위의 실정권설과는 조금 다른 입장”이라고 자신의 견해를 소개하며, “저작자 등의 권리는 기본적으로 학문과 예술의 자유와 같은 선상에서 파악할 수 있는 자유권의 일종으로 이해하려 한다”는 서술

571) 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사(2008), 492면.

572) 이인호, “지적재산권의 헌법적 한계-헌법상의 언론자유조항과 지적재산권조항의 긴장과 조화”, 12-13면.

하여 헌법 제22조 제2항은 자유권인 지적재산권을, 헌법 제23조는 재산권을 보장하는 것이라고 주장한다.⁵⁷³⁾

이시우 교수는 헌법 제22조 제2항은 지적재산권의 개인적인 인격권과 관련된 보호범위에 초점이 맞추어진 것이고, 헌법 제23조는 지적재산권의 재산권으로서의 사용과 수익의 측면을 보장하는 것이라는 견해가 있다. 이러한 견해에 따르면 헌법 제22조 제2항은 저작인격권의, 제23조는 저작재산권의 헌법적 근거라고 할 수 있다.⁵⁷⁴⁾

그리고 최근에는 (iii) 원칙적으로 중첩적 보장을 인정하면서도 헌법 제22조 제2항은 제23조와 성격이 다르므로 분리되어 이해하여야 하므로, 지적재산권은 제22조 제2항에 의하여 독자적으로 보장되는 것이라는 견해도 주장된다.

예를 들어, 정필운은 “제22조 제2항과 제23조는 지적재산권을 중첩적으로 보호하고 있는 것이라고 인정하는 것이 타당하다고 생각한다. 그러나 좀 더 엄격하게 양 자의 관계에 대답한다면, …(중략)… 헌법 제22조 제2항은 창작자의 재산적 이익을 보호하는 범위에서 헌법 제23조 재산권규정의 특별규정이라는 측면도 있지만, 독자적 의미를 가지고 있는 것”이라고 주장한다.⁵⁷⁵⁾

이에 대한 대답을 하기 위해서는 다음 두 가지 질문에 대하여 명쾌하게 대답할 수 있어야 한다. 첫째, 헌법 제22조 제2항은 모든 지적재산권의 헌법적 근거인가?, 둘째, 헌법 제22조 제2항은 저작인격권과 저작재산권 모두의 헌법적 근거인가? 이하 차례로 살펴본다.

II. 제22조 제2항에 근거한 지적재산권의 범위

우리나라의 일반적인 견해는 헌법 제22조 제2항을 모든 지적재산권의 헌법적 근거로 해석하고 있다. 일부 견해는 ‘상표’, ‘영업비밀’도 이에 근거하여 보호된다고 명시하고 있다: 일원설.⁵⁷⁶⁾

573) 김주영, “정보시장의 균형을 위한 정보의 공공성에 관한 헌법학적 연구”, 서울대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2007, 75면.

574) 이시우, 앞의 글, 5-6면.

575) 정필운, “헌법 제22조 제2항 연구”, 227면.

576) 예를 들어, 장영수, 『헌법학』, 홍문사(2008), 755면; 홍성방, 『헌법학』, 현암사(2008), 519면.

그러나 이 보고서와 같이 헌법 제22조 제2항의 요건 중 하나가 창작자이고 이러한 창작자의 핵심요소가 창작성에 있다고 한다면, 이러한 요건에 부합하지 않는 대상에 대한 보호의 헌법적 근거는 헌법 제22조 제2항에서 구하기 어렵다. 따라서 인간의 지적 창작물을 보호대상으로 하지 않고 영업상의 표지에 화체된 영업상의 신용, 즉 상품이나 서비스에 대한 품질 및 동일성의 보장을 통하여 공정한 경쟁과 소비자의 보호를 동시에 보장하는 상표권, 퍼블리시티권, 영업비밀 등의 보호는 이에 속하지 않는다고 하는 것이 타당하다.⁵⁷⁷⁾ 미국 연방대법원도 상표권은 “이미 존재하는 무엇인가를 채택하는 것이기 때문에, 상표의 발급은 저작권 규정에 의하여 정당화될 수 없다.”고 판시한 바 있다.⁵⁷⁸⁾ 정신적 창작물을 보호하는 기능보다 상품의 출처나 영업주체의 혼동을 방지함으로써 공정한 경쟁질서를 유지하고 소비자를 보호하는 기능을 수행하는 식별표식(identifer)을 보호하는 권리⁵⁷⁹⁾들은 헌법 제23조 재산권, 제119조 시장원칙과 조정규정, 제124조 소비자보호규정에 근거하여 보호되는 것으로 해석하는 것이 타당하다.⁵⁸⁰⁾

또한 성명, 초상, 목소리, 서명, 이미지 등을 상업적으로 이용할 수 있는 권리 또는 그 이용을 허락할 수 있는 권리인 퍼블리시티권⁵⁸¹⁾도, 그 법적 성격을 성명, 초상, 목소리, 서명, 이미지·사생활의 비밀과 자유 등 권리주체와 분리될 수 없는 인격적 이익을 보호하는 인격적 성격과 재산권적 성격이 모두 있는 것으로 보든, 재산권적 성격만 있는 것으로 보든 그에 상관없이, 창작성에 근거하여 얻어지는 것이 아니므로 헌법 제22조 제2항에 근거하는 것

577) 박성호, 앞의 글, “지적재산권에 관한 헌법 제22조 제2항의 의미와 내용”, 106면; 박성호, “지적재산권과 인권”, 과학기술과 인권, 당대, 2001, 122면 이하; Richard A. Posner, *The Law and Economics of Intellectual Property*, p.160.

578) *Trademark Cases*, 100 U.S. 82, 94, 1879.

579) Nicholas S. Economics, *The Economics of Trademarks*, 78 *Trademarks Rep.* 523, Quoted in Paul Goldstein, *Copyright, Patent, Trademark and Related State Doctrine, Cases and Materials on the Law of Intellectual Property*, p.31; 문삼섭, 『상표법』, 세창출판사(2004), 7면; 정상조, 앞의 책, 『지적재산권법』, 467-469면.

580) 이러한 연구진의 견해는 박성호, “지적재산권과 정보공유”, 방석호·정상조 편저, 『정보통신과 디지털법제』, 커뮤니케이션북스(2004), 91면을 참고하여 정립한 것이다.

581) 이영록, “퍼블리시티권에 관한 연구(I) - 그 주체·객체에 대한 미국에서의 논의 중심으로 -”, 저작권심의회조정위원회, 2003, 114면.

이 아닌, 헌법 제23조에서 도출되는 것으로 보는 것이 타당하다.⁵⁸²⁾

또한 “제한된 범위의 사람만이 알고 있으며, 소지자에 의하여 비밀로 유지하려는 의사가 표시되고, 비밀로 유지하는 것이 소지자에게 이익이 있는 기업 경영과 관련이 있는 모든 사실”⁵⁸³⁾인 영업비밀도 지적재산권과 달리 특정 권리를 주체에게 귀속시키는 내용 규정을 담고 있지 않은 불완전한 배타적 권리(unvollkommenes Ausschließlichkeitsrecht)⁵⁸⁴⁾로 비밀 소지자의 권리는 비밀의 내용 보호가 아니라 비밀인 사실 그 자체(geheimsein)의 법적 보호이다. 따라서 영업비밀의 법적 보호는 창작성에 근거하여 얻어지는 것이 아니므로 헌법 제22조 제2항에 근거하는 것이 아닌, 헌법 제23조에서 도출되는 것으로 보는 것이 타당하다.

요약하면 저작권, 특허권, 실용신안권 등 인간의 지적 창작물을 보호대상으로 하는 권리의 보호는 헌법 제22조 제2항에 근거한 것으로 보는 것이 타당하다. 그러나 인간의 지적 창작물을 보호대상으로 하지 않고 영업상의 표지에 화체된 영업상의 신용, 즉 상품이나 서비스에 대한 품질 및 동일성의 보장을 통하여 공정한 경쟁과 소비자의 보호를 동시에 보장하는 상표권, 퍼블리시티권, 영업비밀 등의 보호는 헌법 제23조에 근거한 것으로 보는 것이 타당하다: 이원설.

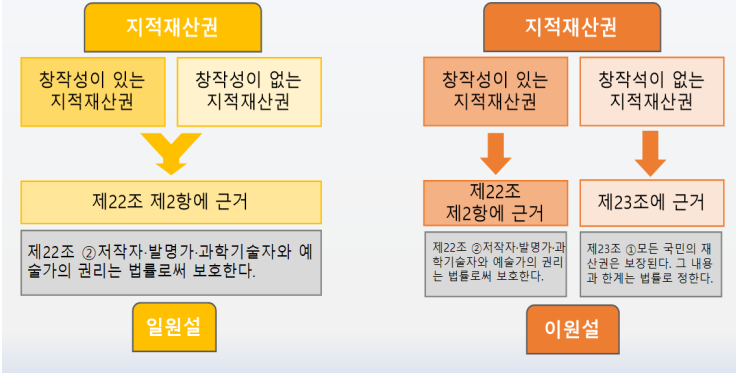
이상의 논의를 그림으로 제시하면 다음과 같다.

582) 따라서 퍼블리시티권의 법적 근거의 마련에 관한 논의에서 저작권과의 유사성을 근거로 저작권법에 법적 근거를 마련하자는 주장(이호홍, 『초상권에 관한 연구 - 저작권법상의 입법적 규율을 중심으로-』, 저작권심의조정위원회, 2001.12. 44-54면)보다는, 민법과 같은 재산권법에서 그 법적 근거를 마련하자는 주장(이영록, 위의 논문, 『퍼블리시티권에 관한 연구(I) - 그 주체·객체에 대한 미국에서의 논의를 중심으로-』, 119면)이 좀 더 설득력이 있다. 퍼블리시티권의 독자적 성격을 인정하면서 ‘부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률’의 일부로 포섭하자는 견해에 대하여는 다음을 참조. 박준석, 인격권과 구별된 퍼블리시티권을 인정할지에 관한 고찰 - 최근의 비판론에 대한 논리적 재반박을 중심으로 -, 서울대학교 법학, 제56권 제4호. 2015. 12, 71면 이하.

583) RGZ 149, 329, 333; BGH GRUR 1955, 424, 425; BGH GRUR 1961, 40, 43; BGH GRUR 2003, 356, 358; BGH GRUR 2009, 603, 604; BVerfGE 115, 205, 230f. 차원일, “영업비밀의 헌법상 보호”, 한국헌법판례연구학회 월례발표문, 2015.2.27., 4면에서 재인용.

584) Troller, Immaterialgüterrecht, Bd. I, 3.Aufl., Basel und Frankfurt a. M., 1983, S.82. 차원일, 앞의 글, 10면.

일원설과 이원설



III. 제22조 제2항에 근거한 저작인격권의 보호

분명하지는 않지만 우리나라의 일반적인 견해는 헌법 제22조 제2항은 그 체계상 학문과 예술의 자유와의 연관성에서 인간의 독창적인 창작물을 보호하는 규정으로서 지적재산권의 재산적 이익과 인격적 이익 양자를 보장하는 헌법적 근거라고 파악하고 있는 것으로 보인다.⁵⁸⁵⁾ 그러나 헌법 제22조 제2항의 의미를 연구한 결과 중에는 이러한 일반적인 견해와는 다른 견해를 제시하고 있기도 하여 이에 관한 검토가 필요하다.

우선 헌법 제22조 제2항은 지적재산권의 개인적인 인격권과 관련된 보호범위에 초점이 맞추어진 것이고, 헌법 제23조는 지적재산권의 재산권으로서의 사용과 수익의 측면을 보장하는 것이라는 견해가 있다. 이러한 견해에 따르면, 헌법 제22조 제2항은 저작인격권의, 제23조는 저작재산권의 헌법적 근거라고 할 수 있다.⁵⁸⁶⁾

585) 권영성, 앞의 책, 552면은 “헌법 제22조 제2항은…지적재산권의 보호를 규정하고 있다.…지적재산권의 종류는 다양하지만 저작권과 산업소유권 그리고 제3의 권리로 대별된다. 저작권은 예술적·인문과학적 창작의 산물인 저작물에 대하여 저작자가 가지는 일신전속적인 권리로서, 저작인격권과 저작재산권을 주된 내용으로 한다.”고 서술하고 있다. 분명하지는 않지만 저작인격권의 헌법적 근거도 헌법 제22조 제2항이라는 전제로 서술하고 있는 것으로 판단된다.

이에 반하여, 독일에서는 저작재산권은 기본법 제14조 재산권 규정에 근거한 것으로, 저작인격권은 인간의 존엄성의 불가침성 및 인격보호에 관한 기본법 제1조와 제2조 제1항 규정에 근거한 것으로 해석된다는 것을 전제로, 우리의 경우에도 저작재산권 규정은 우리 헌법 제22조 제2항에서, 저작인격권은 제10조 인간의 존엄과 가치 규정에 근거한다는 견해가 있다.⁵⁸⁷⁾

독일 기본법은 우리 헌법 제22조 제2항과 같은 규정을 가지고 있지 않으므로, 저작자의 저작재산권은 재산권을 보호하고 있는 기본법 제14조에 근거하여 보호되고, 저작인격권은 인간의 존엄성의 불가침성 및 인격보호에 관한 제1조와 제2조 제1항에 의해서 보호된다고 해석하는 것이 일반적인 견해이다.⁵⁸⁸⁾

그런데 우리 헌법 제22조 제2항은 “저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.”고 규정하고 있을 뿐이다. 법문의 구조상 나열한 창작자의 권리를 법률로써 보호한다는 의미일 뿐, 권리의 내용이 재산권적 이익이나 인격권적 이익으로 제한하고 있지 않고, 조문위치상으로도 이러한 제한을 인정할 이유가 없다. 따라서 어떠한 내용을 그 권리의 내용으로 할 것인가는 입법형성권에 남겨져 있다. 나아가 우리 헌법 제22조 제2항은 제22조 제2항은 제22조 제1항 학문과 예술의 자유와 같은 조문에서 규정되어 있다. 이것은 창작자의 보호가 단지 재산권의 보호에 국한되지 않는다는 점을 확인하는 것이다.

따라서 독일의 해석론을 참고하여, 우리의 경우에도 저작자의 저작인격권은 헌법 제10조의 ‘인간으로서의 존엄과 가치’, 저작재산권은 헌법 제22조 제2항에서 그 근거를 찾을 수 있다는 견해는 타당하지 않다. 또한 우리 헌법 제22조 제2항이 인격권적 이익의 보호에 초점을 맞추었다는 것을 전제로 하여, 저작인격권은 헌법 제22조 제2항에 근거하고 저작재산권은 헌법 제23조 제1항에 근거한다는 견해도 타당하지 않다.

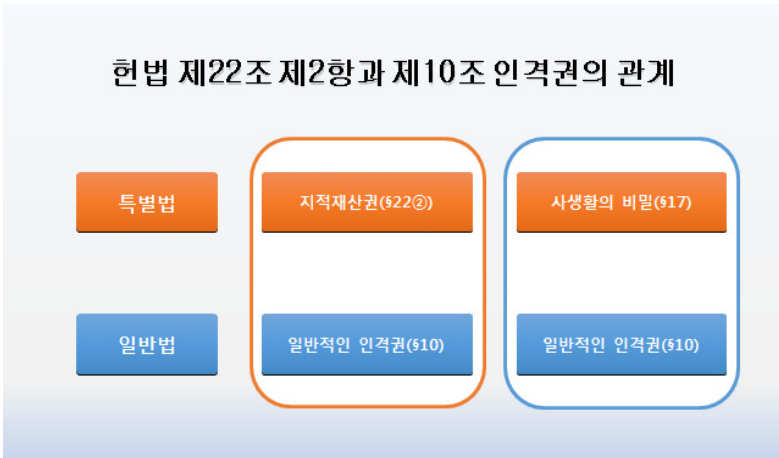
요약하면 제22조 제2항은 학문과 예술의 발전이라는 궁극적인 목적을 위하여 창작자를 보호하는 규정이며, 창작자의 재산적 이익의 보호만이 아니고 창

586) 이시우, 앞의 글, 5-6면.

587) 박성호, 앞의 글, 105-106면.

588) Haimo Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Mohr Siebeck, 2007, pp.44-45.

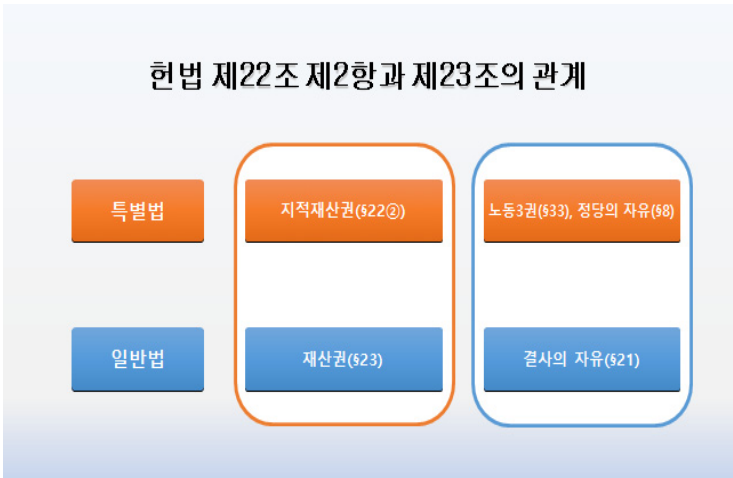
작자의 인격적 보호의 근거이다. 그러므로 창작자의 인격권 보호에 있어서 제 22조 제2항은 제10조의 특별규정이다. 헌법 제17조 사생활의 비밀이나 제18조 통신의 비밀과 같은 개별적 인격권이 헌법 제10조의 행복추구권에서 도출되는 일반적 인격권과 경합하는 경우에는 헌법 제17조와 제18조가 우선적으로 적용되는 것처럼, 헌법 제22조 제2항은 헌법 제10조에 우선적으로 적용되어야 한다.



IV. 결론: 독자적 의미가 있는 제22조 제2항은 제23조보다 우선 적용

연구진은 지적재산권의 본질 중 가장 주요한 것이 재산적 이익이고, 제23조의 보호대상에 지적재산권도 포함된다고 해석하는 것이 일반적인 해석론이며, 비교법론적으로 보았을 때 우리 헌법제22조 제2항과 같은 규정을 가지고 있지 않은 대부분의 국가가 지적재산권 보호의 헌법적 근거를 재산권 보호 규정에서 찾고 있는 것을 보면, 제22조 제2항과 제23조는 지적재산권을 중첩적으로 보호하고 있는 것이라고 인정하는 것이 타당하다고 생각한다. 그러나 좀 더 엄격하게 양 자의 관계에 대답한다면, 제22조 제2항이 제23조의 특별규정에 해당하여 제22조 제2항이 우선적용된다고 해석하는 것이 타당하다. 그것

은 마치 국민이 어떤 단체라도 결성, 가입, 탈퇴할 수 있는 기회를 헌법 제21조 결사의 자유에 의하여 보호받지만, 국민이 노동조합에 결성, 가입, 탈퇴할 수 있는 기회는 헌법 제33조 노동3권에 의하여 보호받고 국민이 정당에 결성, 가입, 탈퇴할 수 있는 기회는 헌법 제8조 정당의 자유에 의하여 보호받으므로, 이 경우 제33조와 제8조가 제21조에 우선적용된다고 해석하는 것과 같은 이치이다. 단, 이런 경우에도 헌법 제22조 제2항에 의하여 보호되는 지적재산권이 재산권에 해당한다면, 헌법 제23조 재산권의 보호범위 확정, 재산권의 내용규정에 대한 사회적 기속성이나 조정적 보상의무를 수반하는 재산권의 내용 규정 및 재산권에 대한 공용수용에 대한 정당보상 등의 헌법이론은 헌법 제22조 제2항의 해석론으로 동원되어 충실하게 적용되어야 한다고 할 것이다.



그러나 제22조 제2항과 제23조를 일반법과 특별법 관계로 표현하는 것은 적절하지 못하다. 제22조 제2항은 학문과 예술의 발전이라는 궁극적인 목적을 위하여 창작자를 보호하는 규정이며, 창작자의 재산적 이익의 보호만이 아니고 창작자의 인격적 보호의 근거가 될 수 있다. 요약하면, 헌법 제22조 제2항은 창작자의 재산적 이익을 보호하는 범위에서 헌법 제23조 재산권규정의 특별규정이라는 측면도 있지만,⁵⁸⁹⁾ 독자적 의미를 가지고 있는 것으로 파악하는 것이 타당하다.

제5절 소결

일반적으로 지적재산권은 재산권적 성격이 있는 것으로 인정되며, 헌법상 재산권의 하나로 지적재산권을 포섭하고 있다. 따라서 헌법 제23조 재산권규정과 헌법 제22조 제2항의 구체적 관계가 문제된다.

이에 관해서 우리나라에서는 헌법 제22조 제2항과 제23조는 지적재산권을 중첩적으로 보장하고 있는 것으로 서술하는 것이 일반적 경향이다. 이러한 경향에 더하여 헌법 제22조 제2항은 지적재산권을 의미하므로 규정의 체계상 헌법 제23조에서 정하는 것이 타당하다는 주장도 있다. 한편, 헌법 제22조 제2항은 제23조와 성격이 다르므로 분리되어 이해하여야 하므로, 지적재산권은 제22조 제2항에 의하여 독자적으로 보장되는 것이라는 제22조 제2항 독자적 보장설이 유력하게 주장된다.

이 보고서에서 연구진은 우선 지적재산권의 본질 중 가장 주요한 것이 재산적 이익이고, 제23조의 보호대상에 지적재산권도 포함된다고 해석하는 것이 일반적인 해석론이며, 비교법론적으로 보았을 때 우리 헌법과 같이 제22조 제2항을 가지고 있지 않은 대부분의 국가가 지적재산권 보호의 헌법적 근거를 재산권 보호 규정에서 찾고 있는 것을 보면, 제22조 제2항과 제23조는 지적재산권을 중첩적으로 보호하고 있는 것이라고 인정하는 것이 타당하다고 결론지었다. 다만 다음 두 가지 점을 고려하여야 한다.

첫째, 우리나라의 일반적인 견해는 헌법 제22조 제2항을 지적재산권의 재산적 이익과 인격적 이익 모두의 헌법적 근거로서 해석한다. 연구진도 제22조 제2항은 학문과 예술의 발전이라는 궁극적인 목적을 위하여 창작자를 보호하는 규정이며, 창작자의 재산적 이익의 보호만이 아니고 창작자의 인격적 보호의 근거라고 판단한다. 따라서 제22조 제2항과 제23조는 지적재산권을 중첩적으로 보호하고 있는 것이라고 인정하는 것과는 별도로 제22조 제2항은 제23조에 우선적용된다고 해석하는 것이 타당하다고 주장하였다.

둘째, 우리나라의 일반적인 견해는 헌법 제22조 제2항을 모든 지적재산권의 헌법적 근거로 해석하고 있다. 이러한 견해에 따르면 인간의 지적 창작물을 보호대상으로 하지 않고 영업상의 표지에 화체된 영업상의 신용, 즉 상품

589) 허영, 472면.

이나 서비스에 대한 품질 및 동일성의 보장을 통하여 공정한 경쟁과 소비자의 보호를 동시에 보장하는 상표권, 퍼블리시티권, 영업비밀 등의 보호의 헌법상 근거도 헌법 제22조 제2항에서 구한다. 그러나 이 보고서와 같이 헌법 제22조 제2항의 요건 중 하나가 창작자이고 이러한 창작자의 핵심요소가 창작성에 있다고 한다면, 이러한 요건에 부합하지 않는 대상에 대한 보호의 헌법적 근거를 헌법 제22조 제2항에서 구하는 것은 타당하지 않다. 따라서 인간의 지적 창작물을 보호대상으로 하지 않는 상표권, 퍼블리시티권 등은 헌법 제22조 제2항이 아니라, 헌법 제23조 재산권에 근거하여 보호된다.

결론적으로 제22조 제2항과 제23조는 지적재산권을 중첩적으로 보호하고 있다. 그러나 좀 더 엄격하게 양자의 관계에 대담한다면, 제22조 제2항이 제23조의 특별규정에 해당하여 제22조 제2항이 우선적용된다. 그것은 마치 국민이 어떤 단체라도 결성, 가입, 탈퇴할 수 있는 기회를 헌법 제21조 결사의 자유에 의하여 보호받지만, 국민이 노동조합에 결성, 가입, 탈퇴할 수 있는 기회는 헌법 제33조 노동3권에 의하여 보호받고 국민이 정당에 결성, 가입, 탈퇴할 수 있는 기회는 헌법 제8조 정당의 자유에 의하여 보호받으므로, 이 경우 제33조와 제8조가 제21조에 우선적용된다고 해석하는 것과 같은 이치이다. 단, 이런 경우에도 헌법 제22조 제2항에 의하여 보호되는 지적재산권이 재산권에 해당한다면, 헌법 제23조 재산권의 보호범위 확정, 재산권의 내용규정에 대한 사회적 기속성이나 조정적 보상의무를 수반하는 재산권의 내용 규정 및 재산권에 대한 공용수용에 대한 정당보상 등의 헌법이론은 헌법 제22조 제2항의 해석론으로 동원되어 충실하게 적용되어야 한다. 나아가 제22조 제2항과 제23조를 일반법과 특별법 관계로 표현하는 것은 적절하지 못하다. 제22조 제2항은 학문과 예술의 발전이라는 궁극적인 목적을 위하여 창작자를 보호하는 규정이며, 창작자의 재산적 이익의 보호만이 아니고 창작자의 인격적 보호의 근거가 될 수 있기 때문이다. 요약하면, 헌법 제22조 제2항은 창작자의 재산적 이익을 보호하는 범위에서 헌법 제23조 재산권규정의 특별규정이라는 측면도 있지만,⁵⁹⁰⁾ 제23조와는 독자적 의미를 가지고 있는 별도의 규정으로 파악하는 것이 타당하다.

590) 허영, 472면.

제4장 헌법소송론적 쟁점과 처방

제1절 지적재산권자가 헌법소송을 제기하는 경우 심사 방법

위와 같은 논의를 바탕으로 헌법소송론적 쟁점에 대하여 처방을 제시하면 다음과 같다.

I. 지적재산권자가 헌법소원을 제기한 경우

실용신안권자가 등록료 납부의무를 이행하지 않는 경우에 실용신안권을 소멸시키는 실용신안법 규정에 대하여 헌법소원을 제기하는 사례와 같이,⁵⁹¹⁾ 지적재산권자가 현행 지적재산권법이 자신의 지적재산권을 침해한다고 헌법소원을 제기한 때 헌법재판소는 다음과 같은 순서로 이를 판단한다.

첫째, 당해 헌법소원이 소송요건을 갖추었는지, 또는 당해 위헌법률심판이 소송요건을 갖추었는지 심사한다.

이 과정에서 일원설에 따르면 제22조 제2항의 지적재산권을 관련 기본권으로 확정하여 제시한다. 즉, 그것이 저작권, 특허권, 실용신안권과 같은 창작성을 보호하는 권리이든, 식별표식 등을 보호하는 상표권, 영업비밀에 관한 권리, 퍼블리시티권이든 헌법 제22조 제2항을 관련 기본권으로 확정한다. 반면 이원설에 따르면 관련 지적재산권의 유형에 따라 제23조 재산권 또는 제22조 제2항 지적재산권으로 확정하여 제시한다. 즉 문제된 지적재산권이 저작권, 특허권, 실용신안권과 같이 창작성을 보호하는 것이면 제22조 제2항 지적재산권에 근거하므로 제22조 제2항 지적재산권을 관련 기본권으로 확정한다. 한편, 문제된 지적재산권이 상품의 출처나 영업주체의 혼동을 방지함으로써 공정한 경쟁질서를 유지하고 소비자를 보호하는 기능을 수행하는 식별표식(identifer)을 보호하는 권리 등과 같이 창작성을 보호하는 권리가 아닌 상표

591) 헌재 2002. 4. 25. 2001헌마200.

권, 영업비밀에 관한 권리, 퍼블리시티권 등은 헌법 제23조 재산권에 근거하므로 제23조 재산권을 관련 기본권으로 확정한다.

실용신안권 사건에서 현재가 실용신안제도의 헌법적 근거를 우선 제22조 제2항에서 찾았음에도, 실용신안권이 재산적 가치가 있는 권리이므로 헌법 제23조 재산권에 의하여 보장되는 재산적 가치가 있는 권리라고 하면서 비례의 원칙을 심사기준으로 적용한 것은⁵⁹²⁾ 실용신안권이 헌법 제22조 제2항에 의하여 보호되는 발명가의 지적 창작물이면서 동시에 제23조에 의하여 보호되는 재산권이라는 점에서 이원설에 토대를 둔 중첩적 보장설을 따르고 있다고 해석할 수 있다.

이 과정에서 가장 중요한 것이 문제된 공권력의 행사가 당해 지적재산권의 보호영역을 장래를 향하여 일반적 추상적으로 형성한 재산권 내용규정인지, 아니면 정당보상을 수반하는 공용수용에 해당하는 것인지의 여부를 심사하는 것이다. 더 나아가서 재산권의 내용규정이라면, 재산권의 내용 형성 과정에서 수인한도를 넘는 사회적 제약이 부과되고 있는지의 여부를 확인하여 수인한도를 넘었다면 조정적 보상규정에 의하여 비례성을 회복할 필요가 있는지의 여부를 검토할 필요가 있다.⁵⁹³⁾

(1)법 제29조 제1항 후단은 실용신안권자는 등록료를 납부하여야 한다고 하여 실용신안권자의 등록료 납부의무를, 제3항은 등록료와 그 납부방법 및 납부기간에 관하여 필요한 사항을 산업자원부령에 위임하도록 각 규정하고, 이에 근거한 특허법·실용신안법·의장법및상표법에의한특허료·등록료와수수료의징수규칙 제7조 제7항은 실용신안권자 등은 제4년분부터의 등록료를 당해 권리의 설정등록일을 기준으로 하여 매년 1년분

592) 현재 2002. 4. 25. 2001헌마200, 판례집 14-1, 382, 390(“헌법 제22조 제2항에 근거하여 마련된 실용신안제도는 새로운 고안을 창안하여 이를 법이 정한 절차에 따라 등록한 사람에게 실용신안권이라는 독점권을 부여하는 것을 그 핵심적인 내용으로 한다. 실용신안권은 고안의 경제적 가치를 보호하여 권리자의 재산적 이익을 만족시키는 것으로 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산적 가치가 있는 권리라고 할 것이므로 그 내용과 한계를 정함에 있어 원칙적으로 입법자가 광범위한 입법형성권을 가진다고 할 것이지만, 실용신안권이 재산권으로서 충실히 기능하고 보호될 수 있도록 법치국가원리에 따른 비례의 원칙을 준수하여야 한다.”).

593) 현재 2015. 10. 21. 2014헌바170, 판례집 27-2하, 44, 53 이하.

씩 그 전년도에 납부하여야 한다고 하여 납부기간을 정하며, 특허법 제 81조 제1항 및 제2항을 준용하는 법 제34조는 실용신안권자는 위 납부기간이 경과한 후에도 6월 이내에 등록료의 2배를 추가납부할 수 있다고 하여 추가납부기간을 두고, 이 사건 조항은 위 추가납부기간 내에 등록료를 추가납부하지 아니한 때에는 실용신안권자의 실용신안권은 등록료를 납부할 기간이 경과한 때에 소급하여 그 실용신안권이 소멸된 것으로 본다고 규정하고 있다.

(2) 위 조항들에 의하면, 실용신안권자는 매년 1년분씩 납부기간 내에 등록료를 납부할 의무를 지고, 이를 납부하지 않을 경우에는 실용신안권이 소멸된 것으로 간주된다. 등록료는 실용신안에 대한 독점기간이 길어짐에 따라 점점 고액화되는 것에 비추어 보면, 기본적으로 국가의 독점권 부여에 대한 대가로서의 성격을 가지며, 이에 더하여 기술의 진보발전과 국가의 산업발전에 기여함이 실용신안제도의 궁극적인 목적이라는 면에서 볼 때에는 등록료의 납부를 실용신안권의 존속요건으로 하여 권리자가 권리의 계속적인 보유를 원하지 않을 때나 권리를 보유하는 이익보다 그 비용이 많이 소요되는 때 등 등록료를 납부하지 않을 경우에 독점권이 소멸된 것으로 간주하고, 그 고안을 일반의 공유재산으로 하여 공중의 이용에 제공함으로써 산업발전에 기여하도록 한다는 정책적인 성격도 아울러 가지고 있다.

(3) 따라서 이 사건 조항의 취지는 실용신안권이라는 새로운 고안에 대한 독점권을 고안자에게 부여하는 대가로서 실용신안권자에게 등록료를 납부할 의무를 부과한 것에 대하여 실용신안권자가 이를 납부하지 않을 경우에 이에 대한 제재수단으로 국가의 산업발전이라는 공공의 이익을 위하여 실용신안을 일반의 공유재산으로 하여 개량고안이나 응용고안을 창안할 수 있도록 그 독점권을 소멸시키는 데에 있다 할 것이다.⁵⁹⁴⁾

상기 실용신안권 사건에서 헌법재판소는 명시적으로 이와 같은 판단을 하지는 않았지만, 다음과 같이 실용신안권의 헌법적 근거와 등록료 납부 의무의 성격을 판단한 후 재산권 침해 여부에 대한 본안판단을 하는 것은 등록금 납

594) 헌재 2002. 4. 25. 2001헌마200, 판례집 14-1, 382, 389 이하.

부 의무를 규정하고 이를 준수하지 않은 경우 실용실안권을 소멸시키도록 한 불이익규정이 재산권보장(헌법 제23조 제1항 제1문)과 재산권의 제한을 요청하는 공익 등 재산권의 사회적 기속성(헌법 제23조 제2항)을 함께 고려하고 조정하여 실용신안권의 내용을 합헌적으로 형성하는 실용신안권의 내용규정이라고 판단한 것이다.

헌법재판소는 헌법 제22조 제2항 지적재산권을 관련기본권으로 확정하면서도 재산권의 내용규정에 대한 심사기준인 비례의 원칙을 적용한 것은 지적재산권도 재산권이므로 제23조 재산권의 보호영역과 그 심사기준의 특수한 구조를 수용하는 것이 타당하기 때문이었다. 이미 서술한 것처럼 제22조 제2항과 제23조가 지적재산권을 중첩적으로 보호하고 있는 것으로 인정하는 것과 별도로, 양자의 관계를 엄격하게 말하면 제22조 제2항이 제23조에 우선적으로 적용되기 때문에 지적재산권에 있어서는 제22조 제2항이 관련기본권이 된다고 해석하는 것이 타당하기 때문이다. 그것은 마치 국민이 어떤 단체라도 결성, 가입, 탈퇴할 수 있는 기회를 헌법 제21조 결사의 자유에 의하여 보호받지만, 국민이 노동조합에 결성, 가입, 탈퇴할 수 있는 기회는 헌법 제33조 노동3권에 의하여 보호받고 국민이 정당에 결성, 가입, 탈퇴할 수 있는 기회는 헌법 제8조 정당의 자유에 의하여 보호받으므로, 이 경우 제33조와 제8조가 제21조에 우선 적용된다고 해석하는 것과 같은 논리이다.

둘째, 문제된 공권력의 행사가 당해 실용신안권이라는 지적재산권의 내용규정을 장래를 향하여 형성한 규정이라면, 지적재산권에 대한 제약이 과잉금지원칙에 위배되는지의 여부를 심사하여야 한다. 헌법재판소는 재산권의 내용규정에 대한 심사에서 재산권에 대한 제약이 비례의 원칙에 합치하는 것이라면 그 제약은 재산권자가 수인하여야 하는 사회적 제약의 범위 내에 있는 것이고, 반대로 재산권에 대한 제약이 비례원칙에 반하여 과잉된 것이라면 그 제약은 재산권자가 수인하여야 하는 사회적 제약의 한계를 넘는 것이라고 하였다.⁵⁹⁵⁾ 헌법재판소는 실용신안권 사건에서 위헌심사기준으로 과잉금지의 원칙을 제시하고 그에 따른 심사를 하고 있다.

(1)헌법 제22조 제2항에 근거하여 마련된 실용신안제도는 새로운 고안

595) 헌재 2015. 10. 21. 2014헌바170, 판례집 27-2하, 44, 53; 헌재 2005. 9. 29. 2002헌바84 등.

을 창안하여 이를 법이 정한 절차에 따라 등록한 사람에게 실용신안권이라는 독점권을 부여하는 것을 그 핵심적인 내용으로 한다. 실용신안권은 고안의 경제적 가치를 보호하여 권리자의 재산적 이익을 만족시키는 것으로 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산적 가치가 있는 권리라고 할 것이므로 그 내용과 한계를 정함에 있어 원칙적으로 입법자가 광범위한 입법형성권을 가진다고 할 것이지만, 실용신안권이 재산권으로서 충실히 기능하고 보호될 수 있도록 법치국가원리에 따른 비례의 원칙을 준수하여야 한다.

(2)이 사건 조항은 앞에서 본 바와 같이 실용신안권자가 등록료 납부의무를 이행하지 않는 경우에 실용신안권을 소멸시켜 널리 일반의 공유 재산으로 이용하게 함으로써 기술개발을 촉진하고 산업발전에 이바지하도록 한다는 것으로, 그 입법목적은 정당하고, 이러한 목적을 달성하기 위한 방법도 적정하다고 보인다.

(3)그러나 실용신안권자가 정해진 납부기간 내에 등록료를 납부하지 않는 것은 통상 실용신안에 대한 독점을 계속할 이익이 없는 경우로 그 불납의사 및 권리포기의사를 추정할 수 있겠지만, 징수규칙의 잦은 개정과 이에 따른 경과규정의 적용으로 변리사 또는 담당직원이 착오로 납부기간까지 납부하지 못하거나 납부하여야 할 금액에 모자라게 납부한 경우 또는 천재지변 기타 불가피한 사유로 납부기간 내에 납부하지 못한 경우에 있어서는 납부의사가 있음에도 권리포기의사가 있는 것으로 간주하여 실용신안권을 소멸시킨다는 문제점이 있다.

...(중략)...

살피건대, 실용신안권의 존속기간이 장기화되는 경우 그 고안은 이미 새로운 고안으로서 가치가 감소되는 반면, 이를 이용 또는 응용하여 개량 또는 응용고안을 창안하려는 사람들에게는 기술개발의 비용을 증가시키게 되므로 실용신안권의 내용을 제한할 공익적 필요가 있다 할 것이고, 이러한 공익적 요청은 개별국가의 기술수준, 산업정책에 따라 그 강도를 달리 한다고 할 것인바, 일반적으로 기술수출 중심의 선진공업국 보다는 상품수출 중심의 신흥공업국의 경우에 이러한 요청이 보다 절실하다는 것은 자명하다 할 것이다. 따라서 실용신안권 등 산업재산권에 대한 보호와 공익적 필요에 의한 제한을 어느 정도로 할 것인지는 입법

자가 헌법 제22조 제2항의 취지와 재산권으로서 실용신안권이 충실히 기능하고 보호될 수 있도록 하는 한편, 입법 당시 우리의 기술수준과 산업정책 및 국제조약 등을 고려하여 정하여야 할 것인데, 법은 실용신안권의 장기화에 따른 제한의 필요성이라는 공익의 요청과 재산권으로서 실용신안권의 보호라는 요청을 조절하기 위하여 납부기간 내에 등록료를 납부하지 않은 경우 실용신안권을 소멸시키면서도 권리포기의사 없이 등록료를 납부하지 않은 실용신안권자에게는 6월의 추가납부기간이라는 권리구제수단을 허용함으로써 실용신안권자의 재산권에 대한 제한을 완화하고 있다. 물론, 앞에 든 선진공업국들의 입법례와 같이 추가납부기간 외에도 권리회복절차 등 다른 구제수단을 두는 것이 실용신안권의 보호에 보다 충실한 것이겠지만, 입법자가 우리의 기술수준과 산업발전의 단계를 진단·예측한 결과 이와 같은 입법적 선택을 하였고, 이러한 선택에 수인할 수 없을 정도의 불균형이 존재한다고 보이지는 아니하므로, 이를 두고 입법목적의 달성에 필요한 정도를 넘은 자의적인 입법이거나 현저히 불균형적인 입법이라고 할 수는 없다.

(4)그렇다면, 이 사건 조항은 실용신안권의 내용과 한계를 정함에 있어 법치국가원리에 따른 비례성의 원칙을 준수하고 있다고 할 것이므로 입법형성권의 한계를 벗어난 것이라거나 과잉금지의 원칙을 위반한 것이라 볼 수 없다.⁵⁹⁶⁾

이미 설명한 것처럼 독일 헌법재판소도 독일 기본법 제14조에 근거한 지적재산권의 위헌심사기준으로 과잉금지의 원칙, 신뢰의 원칙 및 평등권 등을 제시하고 일반적으로 과잉금지원칙을 심사기준으로 적용한다.

이제 과잉금지의 원칙의 적용에 있어 심사 강도와 관련한 문제를 살펴본다.

하나, 이미 제3장에서 자세히 살펴본 것처럼 지적재산권은 사회적 기속성이 매우 강한 권리이다. 지적재산은 한 사람이 이를 이용하여도 다른 사람이 이를 함께 이용할 수 있고, 일반인이 이를 이용하는 것을 배제할 수 없다. 이러한 의미에서 지적재산 또는 정보를 공공재라고 표현하는 것이다. 지적재산은 사회적 맥락(social context)에서 형성된다. 우리가 알고 있는 것처럼, 어떤

596) 헌재 2002. 4. 25. 2001헌마200.

경우에는 위대한 천재에 의하여 기존의 수준을 훌쩍 뛰어넘는 위대한 저작물이 나오기도 하지만, 통상은 소박한 일반인에 의하여 기존의 저작에 약간의 창작을 보태는 만들어진 것이다. “하늘 아래 새로운 것은 없다”, “문화란 한 장 한 장 벽돌을 쌓는 것과 같다”, “거인의 어깨 위에 선 난쟁이가 더 멀리 본다.” 저작물은 그것이 많이 이용되어 주위를 환기시키게 되면서, 저작물 자체가 문화적·정신적 시대상을 함께 형성해 나가는 하나의 요소로서 작용하여 사회적 관계(sozialer Bezug)를 형성한다.⁵⁹⁷⁾⁵⁹⁸⁾

한편, 별도로 자세히 설명하는 것처럼 이용자의 이익은 헌법상 이익이다. 이러한 헌법상 이익은 국가의 적극적 행위의무를 통하여 보장된다. 국가가 어떤 가치나 이익을 실현할 의무는 국민에게 기본권이 인정되는 경우뿐만 아니라 법률상의 권리가 인정되는 경우에도 발생하고, 권리가 아닌 가치나 이익이 존재하는 경우에도 발생한다. 국민에게 기본권으로 보장되는 것이 아닌 가치나 이익이 헌법에는 존재할 수 있으므로 이러한 헌법적 가치나 이익을 실현해야 하는 국가의 의무는 헌법의 수준에서 부과되는 ‘헌법적 의무’이다. 그리고 계약의 맥락에서, 지적재산권자와 이용자의 이익 상호간의 형평유지를 위해서 지적재산권의 제한에 강한 법적 성격을 부여하는 것은 필연적이다. 그리고 이러한 형평은 시스템 유지에 있어서 아주 본질적이다. 따라서 입법적으로 이를 명확히 할 필요가 있다.⁵⁹⁹⁾ 요약하면 이용자의 이익은 헌법상 민주주의 원리와 문화국가원리에 따라 도출되는 국가의 적극적 행위의무를 통해 보장되는 헌법상 이익이라고 할 수 있다.

위와 같은 점을 고려하면 현재는 과잉금지의 원칙을 적용하는 과정에서 이에 대한 고려를 충분히 하여야 한다.

둘, 지적재산권의 헌법적 근거가 과잉금지의 원칙의 심사 강도 결정에 영향을 미친다는 주장도 있다. 지적재산권의 헌법적 근거에 관한 이원설의 주장이 그러하다.

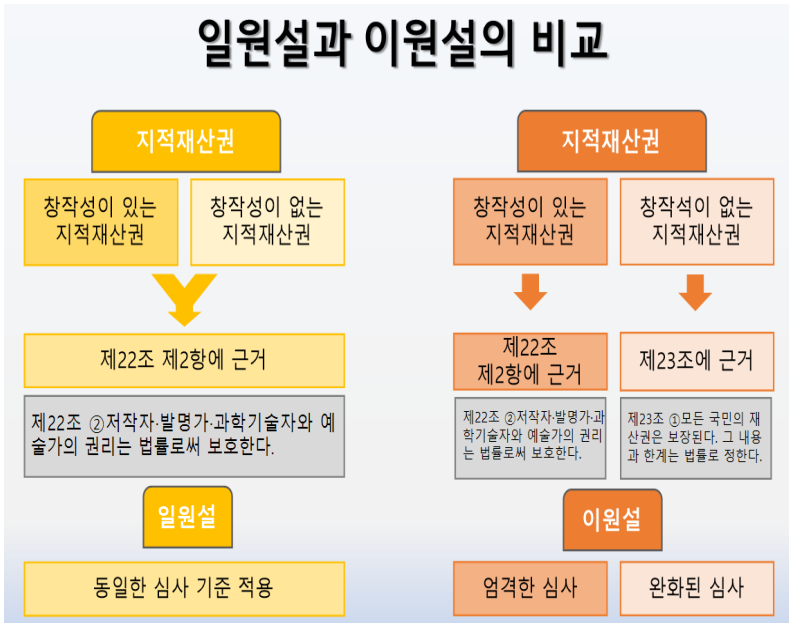
597) BVerfGE, 31, 229, (1972) S.242; BVerfGE, 49, 382, (1979) S.394; BVerfGE, 79, 29, (1989) S.41ff.

598) 이상 정필운, “정보사회에서 지적재산의 보호와 이용에 관한 헌법학적 연구”, 322면.

599) Jessica Litman, Revising Copyright Law for the Information age, in A. Thierer, W. Crews (ed.), Copyrights: The Future of Intellectual Property in the Informational Age, Cato Institute, 2002, p.137. Quoted in Christophe Geiger, Droit d’Auteur et droit du public a l’information, p.193.

이미 서술한 것처럼 지적재산권의 헌법적 근거에 관한 일원설에 따르면 지적재산권의 헌법적 근거와 심사 강도는 서로 무관한 사항이다. 그러나 이원설에 따르면 지적재산권의 헌법적 근거가 제22조 제2항인 경우는 제23조인 경우에 비하여 심사 강도는 달라야 한다. 왜냐하면 제22조 제2항에 근거한 지적재산권은 창작성이라는 상대적으로 높은 문턱을 넘어 형성된 것이기 때문에 입법권자가 이를 제한하는 경우 상대적으로 위헌심사기준을 높이는 것이 타당하기 때문이다. 이는 반대로 제23조에 근거한 지적재산권은 원칙적으로 창작성이 없는 실체에 대하여 상품의 출처나 영업주체의 혼동을 방지함으로써 공정한 경쟁질서를 유지하고 소비자를 보호하는 기능을 수행하는 식별표식을 보호하는 권리이므로 상대적으로 위헌심사기준을 낮추는 것이 타당하기 때문이다. 다만 이러한 주장은 창작성의 유무 측면에서만 적용되는 제한적인 의미를 가진다.

지적재산권의 헌법적 근거와 과잉금지의 원칙의 심사 강도 논의의 결론을 그림으로 정리하여 제시하면 다음과 같다.



과잉금지의 원칙 외에도 문제된 사안에 따라 명확성의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 포괄위임 금지의 원칙 등 법치국가원리에서 도출되는 제반 원칙도 쟁점이 되면 심사기준이 될 수 있다. 예를 들어, 우리 헌제도 저작권인접권이 소멸된 음원을 이용하여 음반을 제작·판매하는 사람이 과거에 소멸한 저작권인접권을 회복시키는 저작권법 부칙 규정에 대한 헌법소원을 제기한 2012헌마770 사건에서 소급입법에 의한 재산권 박탈 여부, 신뢰보호의 원칙을 심사기준으로 삼았다.⁶⁰⁰⁾ 그리고 독일 연방헌법재판소도 Schallplatten(음반) 사건⁶⁰¹⁾에서 새로운 저작권법이 제정되면서 실연자의 지위가 저작자에서 저작권인접권으로 대체되며 그 보호기간이 줄어든 사건에서 소급입법 금지의 원칙, 신뢰보호의 원칙을 심사기준으로 삼은 바 있다.⁶⁰²⁾

셋째, 문제된 공권력이 기본권 제약의 목적·형식·방법 요건을 충족하였다고 하여 헌법 심사를 종료하는 것은 아니다. 헌법은 제37조 제2항 단서에서 “자유와 권리의 본질적인 내용은 침해할 수 없다.”고 규정하여 본질적 내용 침해 금지를 명시하고 있다. 이것이 지적재산권 관련 헌법 심사에서 구체적으로 어떤 의미가 있을지는 앞으로 구체적인 사례를 기다려 봐야 할 문제로 판단된다.

II. 지적재산권자가 위헌법률심판이나 제68조 제2항의 헌법소원을 제기한 경우

한편, 지적재산권자가 위헌법률심판이나 제68조 제2항의 헌법소원을 제기한 경우 헌법재판소는 당해 “법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 당해 사건을 담당하는 법원(군사법원을 포함한다. 이하 같다)은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌 여부 심판을 제청한다.”(헌법 제41조 제1항) 이러한 경우 재판의 전제성을 심사하는 등 헌법소송법적인 차이는 있지만 헌법 제22조 제2항에 따른 위헌심사기준을 적용하는 데는 실질적 차이가 없다.

600) 헌재 2013. 11. 28. 2012헌마770.

601) BVerfGE 31, 275.

602) BVerfGE 31, 275.

제2절 지적재산권을 침해한 자가 헌법소송을 제기한 경우

I. 지적재산권을 침해한 자가 헌법소원을 제기한 경우

지적재산권을 침해한 자가 현행 지적재산권법이 자신의 기본권을 침해한다고 헌법소원을 제기한 때(판례 중 2012헌마770 등이 이와 같은 유형) 헌법재판소는 다음과 같은 순서로 이를 판단한다.

첫째, 당해 헌법소원이 소송요건을 갖추었는지, 또는 당해 위헌법률심판이 소송요건을 갖추었는지 심사한다.

이 과정에서 가장 중요한 것은 이용자의 이익에 대한 헌법적 평가이다. 만약 이용자의 이익이 독자적 기본권으로 인정될 수 있다면 지적재산권을 침해한 자는 별도의 기본권 주장 없이도 헌법소원을 제기할 수 있을 것이다. 실제 국외에서는 최근 이용자의 권리이라는 용어를 사용하며 ‘권리’로서 개념화하는 견해도 제시되고 있다.⁶⁰³⁾ 그러나 그것이 독자적 기본권으로 인정될 수 없다면 그와 별도로 침해된 기본권을 주장하여 그 타당성을 인정받아야 비로소 헌법소원을 제기할 수 있을 것이다. 따라서 이러한 이용자의 이익 또는 권리를 헌법적으로 어떻게 평가하여야 하는지 검토할 필요가 있다. 이에 관해서는 아래에서 자세히 검토한다. 결론적으로 이 보고서는 이용자의 이익은 헌법상 민주주의원리와 문화국가원리에 따라 도출되는 국가의 적극적 행위의무를 통해 보장되는 헌법상 이익이라고 할 수 있다. 따라서 이용자는 그와 별도로 침해된 기본권을 주장하여 그 타당성을 인정받아야 비로소 헌법소원을 제기할 수 있다.

우리 헌재도 2012헌마770 사건에서 저작권접권이 소멸된 음원을 이용하여 음반을 제작·판매하는 사람이 지적재산권법의 일종인 저작권법의 특정 조항에 대한 헌법소원을 제기한 경우로, 우리 헌법재판소가 이용자의 이익과 관련하여 최초로 본안 판단을 한 사건으로 관련기본권으로 재산권과 직업의 자유를 확정하고 이에 대한 침해 가능성을 검토하였다.

603) 정찬모 외 4인 공저, 『디지털 저작물과 이용자의 권리』, 정보통신정책연구원(2003); Christophe Geiger, *Droit d'Auteur et droit du public a l'information*, p.193.

(3) 재산권의 침해 여부

...(중략)...

(4) 소결

따라서 심판대상조항은 헌법 제13조 제2항이 금지하는 소급입법에 해당하지 않고, 헌법 제23조 제1항에서 보장된 재산권을 침해하지 아니한다.

다. 직업의 자유 침해 여부

(1) 심사기준

심판대상조항은 일정 기간 동안 존속하다가 소멸한 저작권접권을 회복시킴으로써 이러한 저작권접권이 있는 음원을 이용하여 무상으로 음반을 제작·판매하는 행위를 금지하고, 저작권접권자와 협의하거나 보상금을 지급하여야만 그러한 행위를 가능하게 한 것이므로, 청구인의 직업수행의 요소인 영업방법 내지 취급대상의 제한에 관한 규정이라는 점에서 헌법 제15조에서 보장되는 직업의 자유 중 직업수행의 자유에 대한 제한을 가하고 있다.

직업의 자유도 다른 기본권과 마찬가지로 절대적으로 보호되는 것은 아니고 공익상의 이유로 제한될 수 있으나, 공익실현을 위해서 과도하게 제한되어서는 아니 되므로 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부에 관해 살펴본다. 다만, 청구인은 기존 법규를 신뢰하여 저작권접권이 소멸된 음원을 이용하여 음반을 제작·판매하는 방식으로 영업을 해 오다가 심판대상조항으로 인하여 이를 할 수 없게 되었으므로, 과잉금지원칙의 위반 여부를 판단함에 있어 심판대상조항을 두어 소멸한 저작권접권을 회복시키면서 청구인과 같은 음반 제작·판매업자에게 법치국가의 원리상 요청되는 신뢰보호가 충분히 이루어졌는지 여부를 검토한다.

...(중략)...

(3) 소결

따라서 심판대상조항은 청구인의 신뢰이익을 충분히 고려하고 있는 것으로서 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 직업수행의 자유를 침해한다고 할 수 없다.⁶⁰⁴⁾

604) 헌재 2013.11.28. 2012헌마770.

한편, 헌법재판소는 저작인격권 사건(605)에서 저작자의 동의를 받은 경우에도 저작자 아닌 자를 저작자로 하여 실명·이명을 표시하여 저작물을 공표한 자를 침해한 자를 처벌하는 규정에 대하여 저작자의 동의 아래 명의를 제공한 사람의 표현의 자유 또는 일반적 행동의 자유를 과도하게 침해하지 않았다고 판시하였다.

지적재산권을 침해한 자가 현행 지적재산권법이 자신의 기본권을 침해한다고 헌법소원을 제기한 경우에, 헌법재판소는 구체적인 사안에 따라서 지적재산권을 침해한 자의 직업의 자유, 학문과 예술의 자유, 종교의 자유, 헌법 제 31조 교육기본권 등 다양한 기본권을 관련기본권으로 확정할 수 있으며 그 규정과 관련된 타인의 기본권 침해도 주장할 수도 있다.⁶⁰⁶⁾

II. 이용자의 이익에 대한 헌법적 평가⁶⁰⁷⁾

1. 의의

정보이용자(이하 ‘이용자’로 줄인다)란 생산된 정보를 이용하는 자를 말한다.⁶⁰⁸⁾ 이용자는 정보생산자인 창작자와 더불어 지적재산권법의 양 대 주체 중 하나이다.⁶⁰⁹⁾ 이렇게 이용자가 정보를 이용할 수 있는 이익이 이용자의 권리에 근거한 것인지, 창작자의 지적재산권의 제한의 결과에 의한 이익에 불과한 것인지는 여전히 명확하지 않다. 전통적으로는 이러한 이용자가 독자적

605) 헌재 2018.8.30. 2017헌바158.

606) 지적재산권과 각 기본권 간의 상충 예와 그 이익형량에 관해서는 정필운, “정보사회에서 지적재산의 보호와 이용에 관한 헌법학적 연구”, 172면 이하 참고.

607) 정필운, “정보사회에서 지적재산의 보호와 이용에 관한 헌법학적 연구”, 164-168면에서 가져와 일부 수정하였다.

608) 현대 정보환경의 특성에 따라 정보생산자와 정보이용자의 경계가 과거에 비해 상대적으로 희미해져가고 있다. 이에 관해서는 정필운, “정보사회에서 지적재산의 보호와 이용에 관한 헌법학적 연구”, 55-58면 참고. 그러나 정보생산자와 정보이용자를 개념적으로 구별하여 논의를 전개하는 것은 여전히 가능하다.

609) 창작자와 이용자 and 더불어 투자자(exploitant)를 저작권법의 주요 주체로 인식하고, 이 삼 자의 관계를 분석하려는 법적인 시도가 주목을 끈다. Christophe Geiger, Droit d’Auteur et droit du public a l’information, Paris: Litec, 2004, 특히 pp.62-68 참고.

권리가 있는 것은 아니고, 입법자가 지적재산권을 형성하거나 법원이 법을 해석할 때 고려하여야 할 ‘이익(interest; intérêt)’이라고 인식되었다.⁶¹⁰⁾ 그러나 최근에 와서는 이용자의 권리(user right; le droit du public)이라는 용어를 사용하며 ‘권리(right; droit)’로서 개념화하는 견해도 제시되고 있다.⁶¹¹⁾ 한편 이러한 이용자의 이익 또는 권리와 관련하여 퍼블릭 도메인(public domain; domaine public)이라는 지적재산권법학상의 오랜 역사를 가진 용어도 흔히 거론되고 있어⁶¹²⁾ 논의를 더욱 혼란스럽게 한다.

만약 생산된 정보를 이용할 수 있는 이용자의 이익이 이용자의 기본권으로 인정받을 수 있다면 창작자의 이익과 이용자의 이익의 대립은 헌법상 지적재산권과 이용자의 ‘기본권의 상충’의 문제로 다루어지게 될 것이다. 이용자의 이익을 기본권으로 인정하지 않더라도, 헌법상 보호받을 수 있는 가치 또는 이익이라고 한다면 창작자의 이익과 이용자의 이익의 대립은 ‘지적재산권의 제한’의 문제로 다루어지게 될 것이다. 그러나 이용자의 이익이 단지 입법자가 지적재산권을 제한한 결과 부여된 단순한 사실상 이익에 불과하다고 평가한다면 이용자의 이익은 적어도 법적인 측면에서는 독자적으로 고려할 여지가 없다고 할 수 있다. 따라서 이러한 이용자의 이익 또는 권리를 헌법적으로 어떻게 평가하여야 하는지 검토할 필요가 있다. 그러나 국내에서는 종래 이용자의 이익을 ‘권리’라고 주장하는 것 외에, 그것이 헌법적 기본권인지 법률상의 권리인지, 이익이라면 헌법상 이익인지, 법률상 이익인지 구체적인 논의가 전혀 이루어지지 않았다. 따라서 이용자의 이익에 대한 헌법학적 평가가 필요하다.

2. 이용자의 이익의 실체

이용자의 이익에 대한 헌법학적 평가를 위해서는 우선 그 실체가 무엇인지를 분명히 하여야 한다.

610) 예를 들어, Gillian Davies, *Copyright and the Public Interest*, 2002,

611) 정찬모 외 4인 공저, 앞의 책; Christophe Geiger, *Droit d’Auteur et droit du public a l’information*, p.193.

612) 예를 들어, Debora Halbert, *Theorizing the Public Domain : Copyright and the Development of a Cultural Commons*, pp.399-432.

이에 관해서 전통적으로는 실정법상 개별적인 지적재산권의 제한 규정, 미국 연방 저작권법 제107조 공정이용(fair use)과 같은 실정법상 지적재산권 제한의 일반 규정, 지적재산권의 보호기간을 넘은 자유로운 이용, 실정법상 인정되지 않지만 지적재산권의 제한으로 포섭되는 것이 타당한 이익 등을 이에 포섭하고 있다고 정리할 수 있다.⁶¹³⁾ 이용자의 이익을 권리로 개념화하는 견해에서도, 이와 크게 다르지는 않다고 보여진다. 명확하지는 않지만 다만 여기에 문화 생활에 참여할 권리와 과학적 진보로부터 혜택을 향유할 권리 등을 추가하고 있다고 판단된다.⁶¹⁴⁾ 한편, 퍼블릭 도메인이라는 용어가 포섭하는 실체는 앞에서 예시한 이용자의 이익과 같다고 판단된다.⁶¹⁵⁾

3. 헌법적 평가

이용자의 이익의 실체는 실정법상의 지적재산권의 제한 규정, 실정법상으로 인정되지 않지만 지적재산권의 제한으로 포섭되는 것이 타당한 이익, 그 밖에 문화 생활에 참여할 권리와 과학적 진보로부터 혜택을 향유할 권리 등을 의미하는 것으로 확정하였다.

이러한 이용자의 이익을 ‘이용자의 권리’로 개념화하는 견해는, “저작권 환경변화를 통해 이용자의 권리를 좀 더 적극적인 권리로 구성할 근거를 모색해 보고자” 하는 의도에서 출발하여, “우리 저작권법은 이용자의 권리를 저작권 재산권의 제한 형태로 규정하고 있고 실제로 공정사용은 저작권 침해에 대한 항변으로만 취급하고 있기는 하지만, 저작권이 사회적인 대가로 주어지는 것임을 감안한다면, 이용자의 권리는 분명히 존재한다.”⁶¹⁶⁾고 볼 수 있다고 평가하고 있다. 캐나다 최고재판소는 “fairdealing의 예외는 저작권법에 있어서 다른 예외와 마찬가지로 이용자의 권리(user’s right)이다. 그것은 저작권자의 권리와 이용자의 이익과의 적절한 밸런스를 유지하기 위하여 제한적으로 해석해야 할 것은 아니다.”고 판시하기도 하였다.⁶¹⁷⁾

613) 예를 들어, Gillian Davies, Copyright and the Public Interest, 참고.

614) 남희섭, “저작권보호의 균형”, 정찬모 외 4인 공저, 앞의 책, 37면, 44면.

615) Debora Halbert, Theorizing the Public Domain : Copyright and the Development of a Cultural Commons 참고.

616) 남희섭, “저작권보호의 균형”, 정찬모 외 4인 공저, 앞의 책, 50면.

연구진이 보기에는 이용자의 권리가 법률상 명확히 규정되어 있지 않다. 저작권법, 특허법 등 지적재산권법에서 창작자 권리는 “저작자는 그의 저작물을 복제할 권리를 가진다.”(저작권법 제16조), “저작자는 그의 저작물을 공표하거나 공표하지 아니할 것을 결정할 권리를 가진다.”(저작권법 제11조 제1항)와 같이 명백하게 권리를 인정하는 규정형식을 취하고 있다. 반면에 이용자의 이익은 “공개적으로 행한 정치적 연설 및 법정·국회 또는 지방의회에서 공개적으로 행한 진술은 어떠한 방법으로도 이용할 수 있다.”(저작권법 제24조). “방송·신문 그 밖의 방법에 의하여 시사보도를 하는 경우에 그 과정에서 보이거나 들리는 저작물은 보도를 위한 정당한 범위 안에서 복제·배포·공연 또는 공중송신할 수 있다.”(저작권법 제26조)와 같이 권리를 인정하는 규정형식을 취하고 있지 않다. 이렇게 보았을 때, 적어도 우리 지적재산권법상 이용자의 이익을 ‘권리’로 인정하는 것은 어렵다. 오히려 연구진은 이용자의 이익을 헌법상 민주주의원리와 문화국가원리에 따라 도출되는 헌법상 이익으로 평가하는 것이 타당하다고 생각한다. 이 보고서는 지금까지 지적재산의 이용이 헌법상 민주주의원리와 문화국가원리의 구현을 위하여 어떻게 필요인지 설명하여 왔다. 이러한 다양한 이익은 헌법상 이익으로 평가할 수 있다.

저작권법 내에서 공익이 충분히 고려되어야 한다는 주장은 너무도 당연한 공리로 받아들여져 왔다. 따라서 유럽의 경우 과거에는 이러한 주제에 관한 문헌이 거의 없었다. 그러나 아이러니컬하게도 최근에 기술적 발전에 따른 저작권법의 개정에서 이러한 공리가 의문스럽게 되면서부터, 이러한 주제의 문헌이 급격히 증가하고 있다.⁶¹⁸⁾ 그러나 저작권제도의 역사를 살펴보면 초기 저작권법인 앤여왕법의 명칭⁶¹⁹⁾이 상징하고 미국 연방헌법과 미국 연방저작권법이 보여주듯이,⁶²⁰⁾ 저작권법 내에서 공익은 충분히 고려되어야 한다.

퍼블릭 도메인이라는 용어가 이와 같은 의미를 상징적으로 나타내준다. 퍼블릭 도메인이란 개인에게 통제권이 부여된 프라이빗 도메인(private domain)

617) 이상정, 앞의 글, 11-14면에서 재인용.

618) Gillian Davies, Copyright and the Public Interest, p.6.

619) 이 법률의 정식명칭은 “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”이다. Gillian Davies, Copyright and the Public Interest, Sweet&Maxwell, 2002, p.4.

620) 이상 Gillian Davies, Copyright and the Public Interest, pp.4-5.

이 아닌 영역, 따라서 지적재산권법의 보호영역에서 제외되어 지적재산권자의 허락없이 자유롭게 이용할 수 있는 영역을 의미한다.⁶²¹⁾ 이러한 의미에서 퍼블릭 도메인은 역사의 시작과 함께 언제나 존재하였으며,⁶²²⁾ 지적재산권의 시작과 동시에 탄생한 용어이다.⁶²³⁾ 입법자는 지적재산이 생산하는 이익 가운데 어떠한 부분을 창작자의 통제권이 미치는 영역으로 정하고, 어떠한 부분을 공동체의 통제권이 미치는 영역으로 남겨두어야 공동체가 유지, 존속하고, 공동체 구성원이 좀 더 행복한 삶을 영위할 수 있을 것인지 숙고하여 입법화하여야 한다.

이러한 헌법상 이익은 국가의 적극적 행위의무를 통하여 보장된다. 국가가 어떤 가치나 이익을 실현할 의무는 국민에게 기본권이 인정되는 경우뿐만 아니라 법률상의 권리가 인정되는 경우에도 발생하고, 권리가 아닌 가치나 이익이 존재하는 경우에도 발생한다. 국민에게 기본권으로 보장되는 것이 아닌 가치나 이익이 헌법에는 존재할 수 있으므로 이러한 헌법적 가치나 이익을 실현해야 하는 국가의 의무는 헌법의 수준에서 부과되는 ‘헌법적 의무’이다.⁶²⁴⁾ 그리고 계약의 맥락에서, 지적재산권자와 이용자의 이익 상호간의 형평유지를 위해서 지적재산권의 제한에 강한 법적 성격을 부여하는 것은 필연적이다. 그리고 이러한 형평은 시스템 유지에 있어서 아주 본질적이다. 따라서 입법적으로 이를 명확히 할 필요가 있다.⁶²⁵⁾

퍼블릭 도메인도 전체는 아닐지라도 중요한 대부분은 이러한 헌법적으로 보호할 가치가 있는 이익에 포함된다고 할 수 있다.

요약하면 이용자의 이익은 헌법상 민주주의원리와 문화국가원리에 따라 도

621) 퍼블릭 도메인에 대한 이러한 이해는 퍼블릭 도메인이 국제지적재산권법영역에 최초로 선을 보인 베른협약 제18조의 용례와도 일치하는 것이다.

622) Tyler T. Ochoa, *Origins and Meanings of the Public Domain*, 28 *Dayton L. Rev.* 215, 2002, p.222.

623) Mark Rose, *Nine-Tenths of the Law : The English Copyright Debates and the Rhetoric of the Public Domains*, 66 *Law&Contemp. Probs* 33, Winter/Spring 2003, p.76.

624) 정종섭, 『기본권의 개념』, 40면.

625) Jessica Litman, *Revising Copyright Law for the Information age*, in A. Thierer, W. Crews (ed.), *Copyfights: The Future of Intellectual Property in the Informational Age*, Cato Institute, 2002, p.137. Quoted in Christophe Geiger, *Droit d’Auteur et droit du public a l’information*, p.193.

출되는 국가의 적극적 행위의무를 통해 보장되는 헌법상 이익이라고 할 수 있다. 따라서 창작자의 이익과 이용자의 이익의 대립은 헌법상 전형적인 ‘지적재산권의 제한’의 문제가 아니라, 입법자가 헌법 제23조의 구조적 특성이 반영되어 재산권보장과 사회적 기속성을 형량하여 양 법익이 조화와 균형을 이루도록 지적재산권의 내용과 한계를 정해야 하는 사항이다. 이런 입법형성권의 헌법상 한계로 과잉금지원칙, 신뢰보호원칙 및 평등의 원칙이 적용되며 부수적으로 법치국가원리에서 도출되는 형식적 원리로서 법률유보원칙이나 포괄위임금지원칙 등이 쟁점이 될 수도 있다.

III. 지적재산권을 침해한 자가 위헌법률심판이나 제68조 제2항의 헌법소원을 제기한 경우

한편, 지적재산권을 침해한 자가 위헌법률심판이나 제68조 제2항의 헌법소원을 제기한 경우(2017헌바369 사건 등이 이와 같은 유형) 헌법재판소는 당해 “법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 당해 사건을 담당하는 법원(군사법원을 포함한다. 이하 같다)은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌 여부 심판을 제청한다.”(헌법 제41조 제1항) 이러한 경우 재판의 전제성을 심사하는 등 헌법소송법적인 차이는 있지만 위헌심사기준을 적용하는 데는 실질적 차이가 없다.

예를 들어, 우리 헌재는 저작인격권을 침해한 자가 저작인격권보호조항의 위헌을 주장한 2017헌바369 사건에서 저작권과 다른 기본권 또는 공익이 상충하는 것을 조화하기 위하여 입법자가 제정한 조항을 다른 기본권 제한의 문제로 보아 그 제한의 정당성을 과잉금지의 원칙을 중심으로 판단하였다. 그리고 이와 별도로 죄형법정주의 중 명확성 원칙, 비례의 원칙을 기준으로 위헌 심사를 하였다.⁶²⁶⁾

626) 헌재 2018. 8. 30. 2017헌바158.

제3절 특수문제 1. 지적재산의 창작에 기여하였으나 지적재산권을 부여받지 못한 자의 기본권 침해 심사 방법

I. 문제제기

이 보고서에서는 제3장에서 헌법에서 인정하는 지적재산권을 부여받기 위해서는 창작자이어야 한다고 결론지었다. 그리고 우리 저작권법 제2조는 “저작자는 저작물을 창작한 자를 말한다.”고 규정하여 이러한 헌법을 구체화하고 있다.

그런데 우리 저작권법은 이러한 원칙과는 조금 다른 내용을 규정하고 있다. 저작권법 제2조 제31호는 “법인·단체 그 밖의 사용자(이하 ‘법인 등’이라 한다)의 기획 하에 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 작성하는 저작물”을 ‘업무상저작물’이라고 정의하고, 제9조에서 “법인 등의 명의로 공표되는 업무상저작물의 저작자는 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없는 때에는 그 법인 등이 된다.”고 규정하고 있는 것이다.⁶²⁷⁾

이것을 추상화하면 지적재산권을 부여받지 못한 창작자가 지적재산권을 부여하지 않은 현행 지적재산권법이 자신의 권리를 침해한다고 헌법소송을 제기한 때(판례 중 2016헌가12 사건이 이와 같은 유형) 헌법재판소는 다음과 같은 순서로 이를 판단하는 것이 타당하다.

II. 헌법소원을 제기한 경우

지적재산권을 부여받지 못한 창작자가 지적재산권을 부여하지 않은 현행 지적재산권법이 자신의 권리를 침해한다고 헌법소원을 제기한 때 헌법재판소는 다음과 같은 순서로 이를 판단한다.

첫째, 당해 헌법소원이 소송요건을 갖추었는지 심사한다. 현재는 우선 당해

627) 이상 정필운, “헌법 제22조 제2항 연구”.

헌법소원을 제기한 자가 제22조 제2항의 보호범위에 있는 자인지 판단하고 이 보호범위 안에 있으면 제22조 제2항의 지적재산권을 관련 기본권으로 확정하여 제시하여야 한다. 이 과정에서 핵심은 헌법소송을 제기하는 자가 제22조 제2항의 요건 중 창작자(creator)의 요건을 갖추고 있는지 여부를 판단하는 것이다.

만약 이미 살펴본 것처럼 헌법 제22조 제2항을 지적재산권을 도출하는 조항이 아니라 국가목표규정으로 이해한다면,⁶²⁸⁾ 이 경우 헌법소원은 받아들여질 수 없어 각하하여야 할 것이다. 그러나 이와 같은 이해가 타당하지 않음은 이미 서술한 바와 같다. 따라서 이 경우 헌법재판소는 헌법 제22조 제2항의 요건 중 창작자의 요건을 갖추고 있는지 여부를 판단한 후 이를 인정할 수 있으면, 지적재산권을 관련 기본권으로 확정하고 본안판단을 하여야 한다.

둘째, 문제된 공권력의 행사가 당해 지적재산권을 제약하였다면, 그것이 재산권의 내용에 관한 것인지, 아니면 재산권의 수용, 사용 및 제한에 해당하는 공용수용인지의 여부를 심사하여야 한다. 재산권의 내용을 일반적 추상적으로 형성하는 재산권의 내용규정에 대한 가장 중요한 심사기준은 과잉금지의 원칙이다. 즉, 헌법소원 제기자가 창작자로 인정되면 당해 지적재산권 규정이 이와 같은 창작자의 지적재산권을 필요한 경우에 한하여 최소한으로 침해하였는지 판단하여야 한다.

셋째, 문제된 공권력이 기본권 제한의 목적·형식·방법 요건을 충족하였다고 하여 헌법 심사를 종료하는 것은 아니다. 헌법은 제37조 제2항 단서에서 “자유와 권리의 본질적인 내용은 침해할 수 없다.”고 규정하여 본질적 내용 침해 금지를 명시하고 있다. 이것이 지적재산권 관련 헌법 심사에서 구체적으로 어떤 의미가 있을지는 앞으로 구체적인 사례를 기다려 봐야 할 문제이다.

III. 위헌법률심판이나 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 제기한 경우

지적재산권을 부여받지 못한 창작자가 지적재산권을 부여하지 않은 현행 지적재산권법이 자신의 권리를 침해한다고 위헌법률심판이나 헌법재판소법

628) 이 보고서 제3장 제2절 참고.

제68조 제2항의 헌법소원을 제기한 때 헌법재판소는 당해 “법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 당해 사건을 담당하는 법원(군사법원을 포함한다. 이하 같다)은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌 여부 심판을 제청한다.”(헌법 제41조 제1항) 이러한 경우 재판의 전제성을 심사하는 등 헌법소송법적인 차이 뿐 아니라, 헌법 제22조 제2항의 성격을 어떻게 이해하느냐에 연동하여 본안 판단 여부가 달라질 수 있다.

즉, 헌법 제22조 제2항을 지적재산권을 도출하는 조항으로 인정하는 견해에 따르면 이 경우 헌법소원과 같이 본안 판단을 하는 동일한 결과를 가져온다. 그러나 헌법 제22조 제2항을 국가목표규정으로 이해하면⁶²⁹⁾ 이 경우 헌법소원은 받아들여질 수 없어 각하하여야 하지만, 위헌법률심판이나 제68조 제2항의 헌법소원을 제기하면 본안판단을 하게 될 것이다.

IV. 제22조 제2항을 헌법적 근거로 삼은 후 입법형성권의 한계 일탈 여부를 심사 기준으로 삼은 것에 대한 평가

헌법재판소는 2016헌가12 결정에서 법인·단체 그 밖의 사용자(이하 ‘법인 등’이라 한다)의 기획 하에 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 작성하는 컴퓨터프로그램저작물의 저작자는 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없는 때에는 그 법인 등이 된다고 규정한 저작권법 제9조 중 컴퓨터프로그램저작물에 관한 부분이 입법형성권의 한계를 일탈하였는지 여부를 판단하였다.

다. 심판대상조항에 대한 판단

(1) 쟁점의 정리

(가) 프로그램을 업무상 창작함에 있어서는 기획하는 법인 등과 작성하는 피용자가 모두 개입하게 된다. 그런데 헌법 제22조 제2항은 저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리를 ‘법률로써’ 보호한다고 규정하여 입법자에게 지식재산권을 형성할 수 있는 광범위한 입법형성권을 부여하고 있으므로, 프로그램을 업무상 창작하는 경우 어떠한 요건 하에서

629) 이 보고서 제3장 제2절 참고.

누구에게 저작권을 귀속시킬지에 관하여는 입법자에게 광범위한 형성의 여지가 인정된다. 심판대상조항은 법인 등의 기획 하에 피용자가 업무상 프로그램을 작성하였고 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없다는 요건 하에 당해 프로그램의 저작권을 법인 등에게 귀속하도록 규정하고 있다. 그러므로 이러한 내용의 심판대상조항이 입법형성권의 한계를 일탈하였는지 여부에 대해서 살펴볼 필요가 있다.

(나) 제청법원은 심판대상조항이 피용자가 그동안의 경력을 토대로 동 중업계에서 재취업하거나 창업하지 못하도록 함으로써 직업의 자유를 규정한 헌법 제15조, 개인의 경제상의 자유와 창의를 존중하는 경제질서를 규정한 헌법 제119조 제1항에 위반된다고 주장한다. 그러나 심판대상조항은 업무상 저작한 프로그램의 저작자가 누구인지 정하고 있을 뿐이고, 피용자가 재취업하거나 창업하려는 행위 자체에 제한을 가하는 것은 아니다. 따라서 심판대상조항이 헌법 제15조, 제119조 제1항에 위반되는지 여부에 대해서는 판단하지 아니한다.

(2) 심판대상조항이 입법형성권의 한계를 일탈하였는지 여부

(가) 업무상저작물이 창작되는 실태에 비추어보면, 여러 피용자가 협업하여 작성하고 각자가 작성에 이바지하는 정도나 모습이 다양하여 창작자를 특정하기 쉽지 않다. 창작자를 특정할 수 있다고 하더라도 이들이 저작권을 행사할 경우 향후 업무상저작물을 이용할 때 권리관계가 번잡해질 우려가 있다. 프로그램의 경우 이러한 우려가 더욱 크다. 프로그램이 컴퓨터에서 효율적으로 이용되려면 자주 개량되고, 개량된 프로그램은 디지털화·네트워크화된 환경 속에서 원활하게 유통되어야 한다. 프로그램을 작성한 피용자가 저작자로서 저작권을 행사할 경우 프로그램이 빈번하게 개량되거나 활발하게 유통되기는 쉽지 않다.

한편 업무상저작물의 창작 과정에는 자본이 투여되므로 이를 기획하는 법인 등이 자본을 회수하고 이윤을 획득할 수 있도록 하여 지속적인 창작이 이루어지도록 유인해야 할 필요성도 인정된다. 특히 프로그램의 창작 과정에는 여러 피용자가 법인 등의 기획에 따라 기능적으로 관여하게 되는데, 법인 등의 역할이나 기여가 다른 업무상저작물에 비하여 더욱 중요하다.

이와 같이 심판대상조항이 업무상 창작된 프로그램의 저작자를 법인

등으로 정한 것은 권리관계를 명확히 하고, 이를 바탕으로 프로그램이 활발하게 개발되고 유통되며, 나아가 지속적이고 안정적으로 창작되도록 유인하기 위한 것으로서, 그 입법목적이 정당하다.

(나) 심판대상조항 및 저작권법 제2조 제31호는 업무상저작물의 요건을 엄격히 규정하여 피용자가 법인 등과의 사이에 이루어지는 고용계약에 따라 통상적인 업무의 일환으로 작성하였다고 볼 수 있는 경우에 한하여 프로그램의 저작자를 법인 등으로 규정하고 있다. 저작권법 제2조 제31호에 따르면 법인 등의 ‘기획’ 하에 작성되는 프로그램만이 업무상저작물이 되는바, “법인 등이 일정한 의도에 기초하여 컴퓨터프로그램저작물의 작성을 구상하고, 그 구체적인 제작을 피용자에게 명하는” 정도로(대법원 2010. 1. 14. 선고 2007다61168 판결 참조) 프로그램의 창작에 이바지하였다고 평가되는 경우에 한하여 심판대상조항이 적용된다. 또한 ‘업무상’ 작성된 프로그램만이 업무상저작물이 되므로, 피용자가 통상적인 업무의 일환으로 프로그램을 작성하고 그 대가로 보수를 받는 경우에 심판대상조항이 적용된다. 나아가 심판대상조항은 “계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함”이 있는 경우에는 법인 등과 피용자 사이의 합의에 따라 프로그램의 저작자를 다르게 정할 수 있는 여지를 인정한다. 이러한 엄격한 요건이 충족되어야 비로소 법인 등이 저작자가 된다.

위와 같이 심판대상조항은 업무상저작물의 성립요건을 엄격하게 제한하여 피용자의 이익을 충분히 배려하고 있고, 법인 등과 피용자 사이에 달리 합의할 가능성을 부여하여 이들의 이익을 상호 조정하는 수단도 마련하고 있다.

(다) 한편 특허법에 따라 보호 대상이 되는 발명에 관한 발명진흥법은 ‘직무발명제도’를 통하여, 종업원이 그 직무에 관하여 발명한 것이 성질상 사용자의 업무 범위에 속하고 그 발명을 하게 된 행위가 종업원의 현재 또는 과거의 직무에 속할 때, 종업원에게 ‘특허를 받을 수 있는 권리’를 귀속시키고, 사용자는 특허권에 대하여 통상실시권을 가지며, 이후 사용자가 ‘특허를 받을 수 있는 권리’ 내지 특허권을 승계하거나 전용실시권을 설정 받을 경우에 종업원은 정당한 보상을 받을 권리가 있다고 규정하고 있다(발명진흥법 제2조 제1호, 제2호, 제10조 제1항, 제15조 제1항 참조). 이와 같이 ‘특허를 받을 수 있는 권리’를 종업원에게 원시적

으로 귀속시키고, 보상청구권을 인정하는 발명진흥법상 직무발명제도와 비교하여 볼 때, 심판대상조항이 피용자의 이익을 지나치게 경시하는 것은 아닌지 하는 의문이 있을 수 있다.

먼저 권리발생요건의 측면에서 보면, 저작권은 창작성이 인정되는 표현이 창작됨과 동시에 발생하는데(제10조 제2항 참조), 여기서 말하는 창작성이란 완전한 의미의 독창성을 말하는 것은 아니며 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있음을 의미할 뿐이어서 이러한 요건을 충족하기 위해서는 단지 저작물에 그 저작자 나름대로의 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있고 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있을 정도이면 충분하다(대법원 2003. 10. 23. 선고 2002도446 판결 등 참조). 그에 반하여 특허권은 신규성, 진보성, 산업상 이용가능성이라는 요건을 갖춘 발명에 대하여 출원, 심사, 등록함으로써 비로소 발생하게 된다. 특허권이 저작권에 비하여 엄격한 요건에 따라 인정되고 그에 투여된 창작성이나 개성의 발현도가 상대적으로 높다는 점을 고려하면, 특허를 받을 수 있는 권리를 종업원에게 귀속시켜야 할 요청은 저작권의 경우에 비하여 상대적으로 크다고 볼 수 있다.

다음 공시절차의 측면에서 보더라도, 특허권은 출원과 심사를 거친 후 등록하여야 권리가 발생하고, 특허등록원부나 특허증을 확인함으로써 권리자, 존속기간을 확인할 수 있는 반면, 저작권은 창작한 때 발생하고 등록될 필요도 없으므로 권리자, 존속기간을 확인하기 쉽지 않다. 이에 저작권의 경우 제3자의 입장에서 저작자가 누구인지를 용이하게 판단할 수 있도록 하는 제도적 장치를 둘 필요가 있다.

이와 같이 권리발생요건 및 공시절차를 달리하는 발명진흥법상 직무발명제도와와의 단순 비교를 통하여, 심판대상조항이 피용자의 이익을 지나치게 경시하고 있다고 보기도 어렵다.

(라) 이상을 종합하여 보면, 프로그램의 활발한 유통과 안정적 창작을 위하여 법인 등의 기획 하에 피용자가 통상적인 업무의 일환으로 보수를 지급받고 프로그램을 작성한 경우 프로그램의 저작자를 법인 등으로 정하도록 하되, 계약 또는 근무규칙으로 저작자를 달리 정할 수 있도록 한 입법자의 판단은 합리적인 이유가 있으므로, 입법형성권의 한계를 일

탈하였다고 보기는 어렵다.⁶³⁰⁾

위의 사건에서 현재는 우선 당해 헌법소원을 제기한 자가 지적재산권의 내용을 일반적 추상적으로 형성하는 내용규정에 해당하는지를 판단하고 공권력에 의한 재산권에 대한 제약이 비례의 원칙에 합치하는 것인지의 여부를 심사하여야 한다. 만약 지적재산권에 대한 제약이 비례의 원칙에 합치하는 것이라면 그 제약은 재산권자가 수인하여야 하는 사회적 제약의 범위 내에 있는 것이고, 반대로 비례의 원칙에 위배되는 과잉제한이라면 그 제약은 재산권자가 수인하여야 하는 사회적 제약의 한계를 넘는 것이다. 따라서 후자의 경우 입법자는 재산권에 대한 제한의 비례성을 회복할 수 있도록 수인의 한계를 넘어 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우 이를 완화하거나 조정하는 등의 보상규정을 두어야 한다.⁶³¹⁾

헌법재판소는 법인 등의 기획 하에 피용자가 통상적인 업무의 일환으로 보수를 지급받고 프로그램을 작성한 경우 프로그램의 저작자를 법인 등으로 정한 것은 합헌적인 재산권의 내용규정으로 파악하였고 이는 입법형성권의 한계를 일탈한 과도한 제약이 아니라고 판시한 것이다.

그러나 헌법재판소는 ‘심판대상조항이 입법형성권의 한계를 일탈하였는지 여부’를 심사하면서 사실상 목적의 정당성, 수단의 적합성 및 법익의 균형성

630) 현재 2018. 8. 30. 2016헌가12.

631) 현재 2015. 11. 26. 2013헌바415, 판례집 27-2하, 191, 197 이하; 현재 2014. 7. 24. 2012헌마662(입법자는 재산권의 내용을 구체적으로 형성함에 있어서 사적 재산권의 보장이라는 요청(헌법 제23조 제1항 제1문)과 재산권의 사회적 지속성에서 오는 요청(헌법 제23조 제2항)을 함께 고려하고 조정하여 양 법익이 서로 조화와 균형을 이루도록 하여야 한다. 따라서 입법자는 중요한 공익상의 이유로 재산권을 제한하는 경우에도 비례원칙을 준수하여야 하며, 그 본질적 내용인 사적 이용권과 원칙적인 처분권을 부인하여서는 안 된다. 요약하면 재산권에 대한 제약이 비례의 원칙에 합치하는 것이라면 그 제약은 재산권자가 수인하여야 하는 사회적 제약의 범위 내에 있는 것이고, 반대로 비례의 원칙에 위배되는 과잉제한이라면 그 제약은 재산권자가 수인하여야 하는 사회적 제약의 한계를 넘는 것이다. 따라서 후자의 경우 입법자는 재산권에 대한 제한의 비례성을 회복할 수 있도록 수인의 한계를 넘어 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우 이를 완화하거나 조정하는 등의 보상규정을 두어야 한다. 다만, 헌법적으로 가혹한 부담의 조정이란 ‘목적’을 달성하기 위하여 이를 완화·조정할 수 있는 ‘방법’의 선택에 있어서는 반드시 직접적인 금전적 보상의 방법에 한정되지 아니하고, 입법자에게 광범위한 형성의 자유가 부여된다.)

을 검토하였다.⁶³²⁾ 헌법재판소는 과잉금지원칙을 심사기준으로 삼으면서도 “심판대상조항이 입법형성권의 한계를 일탈하였는지 여부”와 같은 표현을 하는 것은 바람직하지 않다. 입법형성권의 한계 일탈 여부는 흔히 평등권심사에서 엄격한 심사기준인 비례성심사에 대하여 완화된 심사기준에 적용된다. 특히 헌법재판소는 대학 교원을 교육공무원 아닌 대학 교원과 교육공무원인 대학 교원으로 나누어, 입법형성권의 범위 일탈 여부와 과잉금지원칙을 엄격하게 구분하여 적용한 바 있다. 즉, 교육공무원인 대학 교원에게 근로3권을 일괄 허용하지 않고 전면적으로 부정하는 것은 “합리성을 상실한 과도한 것으로서 입법형성권의 범위를 벗어나 헌법에 위반된다.”고 판시하였다. 이에 비하여 교육공무원 아닌 대학 교원들에게 단결권조차 전면적으로 부정하는 규정은 “그 입법목적의 정당성을 인정하기 어렵고, 수단의 적합성 역시 인정할 수 없다.”고 하였고 침해의 최소성과 법익의 균형성도 부인하여 “심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배된다.”고 결정하였다.

지적재산권의 내용과 한계를 정하는 내용규정에 대한 심사에서 과잉금지원칙과 함께 입법형성의 한계 일탈 여부를 심사한다는 것은 논리적으로 타당하지 않다. 앞으로 개선이 필요하다.

V. 소결

지적재산권은 재산권으로서 헌법 제23조의 재산권에 의하여 보호되며 제23조 제1항과 제2항에 의한 재산권의 내용과 한계 규정과 제23조 제3항의 공용수용의 구조적 특성과 심사기준이 적용된다. 지적재산권은 창작자의 권리를 보호하는 헌법 제22조 제2항의 중첩적인 보호대상으로 실용신안권과 같이 창작자의 권리에 해당한다면, 제22조 제2항이 우선적으로 적용될 수 있다. 또한 제23조에 해당하지 않는 저작권격권은 제22조 제2항에 의하여 보호된다.

헌법재판소는 토지재산권의 내용과 한계를 확정하는 규정에 대한 심사에서 일반적으로 과잉금지원칙을 심사기준으로 적용하고 사안에 따라서 평등권이거나 법치국가원리에서 도출되는 포괄위임금지원칙, 신뢰보호원칙 등을 심사하기도 한다. 문제는 헌법재판소가 지적재산권에 관한 사례를 다루면서 일관적

632) 헌재 2018. 8. 30. 2016헌가12, 판례집 30-2, 227, 233 이하.

심사기준을 제시하지 않은 결정이 있어서 혼란을 야기하는 측면이 있다. 예를 들어, 입법자는 실용신안권의 내용을 구체적으로 형성함에 있어서 사적 재산권의 보장이라는 요청(헌법 제23조 제1항 제1문)과 “이용 또는 응용하여 개량 또는 응용고안을 창안하려는 사람들의 보호”라는 공익적 필요성이라는 재산권의 사회적 기속성에서 오는 요청(헌법 제23조 제2항)을 함께 고려하고 조정하여 양 법익이 서로 조화와 균형을 이루도록 하여야 한다. 입법자가 실용실안권을 소멸시키는 경우에는 과잉금지의 원칙을 준수하여야 하지만, 헌법재판소는 과잉금지원칙 가운데 침해의 최소성 심사를 명시적으로 검토하지 않고 합헌이라는 결정을 내렸다는 점에서 문제가 있다.⁶³³⁾ 즉, 헌법재판소는 침해의 최소성을 대신하여 “실용신안권의 장기화에 따른 제한의 필요성이라는 공익의 요청과 재산권으로서 실용신안권의 보호라는 요청을 조절하기 위하여 납부기간 내에 등록료를 납부하지 않은 경우 실용신안권을 소멸시키면서도 권리포기의사 없이 등록료를 납부하지 않은 실용신안권자에게는 6월의 추가 납부기간이라는 권리구제수단을 허용함으로써 실용신안권자의 재산권에 대한 제한을 완화하고 있다.”고 하여 제한의 필요성 정도의 심사를 하였다. 이에 비하여 3인의 반대의견은 “이 사건 조항은 비례의 원칙 중 피해의 최소성 및 법익의 균형성 원칙에 위배된다.”는 의견을 제시하였다. 이러한 이유로 그 결론의 타당성은 별론으로 하고, 그 논증의 치밀성에 있어 법정의견보다 소수의 견이 좀 더 타당하다.

독일 연방 헌법재판소나 우리 헌법재판소는 지적재산권을 포함하여 재산권의 내용과 한계를 확정하는 규정에 대한 심사에서 공익이라는 사회적 기속성

633) 헌재 2002. 4. 25. 2001헌마200, 판례집 14-1, 382, 391실용신안권의 장기화에 따른 제한의 필요성이라는 공익의 요청과 재산권으로서 실용신안권의 보호라는 요청을 조절하기 위하여 납부기간 내에 등록료를 납부하지 않은 경우 실용신안권을 소멸시키면서도 권리포기의사 없이 등록료를 납부하지 않은 실용신안권자에게는 6월의 추가납부기간이라는 권리구제수단을 허용함으로써 실용신안권자의 재산권에 대한 제한을 완화하고 있다. 물론, 앞에 든 선진공업국들의 입법례와 같이 추가납부기간 외에도 권리회복절차 등 다른 구제수단을 두는 것이 실용신안권의 보호에 보다 충실한 것이겠지만, 입법자가 우리의 기술수준과 산업발전의 단계를 진단·예측한 결과 이와 같은 입법적 선택을 하였고, 이러한 선택에 수인할 수 없을 정도의 불균형이 존재한다고 보이지는 아니하므로, 이를 두고 입법목적의 달성에 필요한 정도를 넘은 자의적인 입법이라거나 현저히 불균형적인 입법이라고 할 수는 없다.

을 고려하여 재산권의 내용과 한계를 정하므로, 마치 기본권 제한의 한계를 심사하는 경우처럼 과잉금지원칙을 심사기준으로 한다. 그러나 서로 대등한 지위의 상충에는 양자의 지위를 규범조화적으로 해석하는 실제적 조화의 원리(=규범조화적 해석원칙)가 심사기준이 될 수 있다. 저작권법 제9조 “법인 등의 명의로 공표되는 업무상저작물의 저작자는 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없는 때에는 그 법인 등이 된다. 다만, 컴퓨터프로그램저작물(이하 “프로그램”이라 한다)의 경우 공표될 것을 요하지 아니한다.”는 규정은 법인과 피용자 사이의 지적재산권자를 규율하고 있으며 그 헌법이론적 구조는 마치 기본권상충의 문제와 유사하다.

물론 기본권 상충은 대립하는 기본권주체가 각기 자신의 기본권의 보호영역에 속해 있다는 것을 전제로 하지만, 법인과 피용자 사이의 저작권 분쟁에서는 기본권 상충의 해결방식인 규범조화적인 해결원칙이 해결의 시사점을 보여 줄 수 있다. 왜냐하면, 법인과 피용자 사이에서 진정한 저작권자를 가리는 문제는 양자가 대등한 헌법상의 지위를 가지지만, 공익의 관점에서 양자의 지위를 최대한 보장하면서 양자의 지위를 최소한으로 제한하는 최후수단 억제방법, 대안식 해결방법, 법익형량론 등을 적용할 여지가 있기 때문이다.⁶³⁴⁾

헌법재판소는 법인과 피용자 사이의 저작권 문제에서 저작권법 제9조가 “업무상 창작된 프로그램의 저작자를 법인 등으로 정한 것은 권리관계를 명확히 하고, 이를 바탕으로 프로그램이 활발하게 개량되고 유통되며, 나아가 지속적이고 안정적으로 창작되도록 유인하기 위한 것”으로, 그 입법목적이 정당하다고 판시하였다. 나아가 “업무상저작물의 성립요건을 엄격하게 제한하여 피용자의 이익을 충분히 배려하고 있고, 법인 등과 피용자 사이에 달리 합의할 가능성을 부여하여 이들의 이익을 상호 조정하는 수단도 마련하고 있다.”고 하여 수단의 적합성을 심사하면서 법인과 피용자의 이익을 조화롭게 규율하는 수단이라는 점을 적시하였다. 여기서 헌법재판소는 저작권법 제9조가 사실상 법인과 피용자 사이의 저작권 상충문제를 규범조화적으로 해결하는 방법이라는 점을 지적한 것이다. 이렇게 법인과 피용자 사이의 저작권 주체의 문제를 심사하는 경우에는, 과잉금지원칙을 기준으로 하여 피용자의 재산권을 과도하게 제한하였는지의 여부를 심사하기 보다는 양자의 이해관계를 조화롭

634) 규범조화적 해결방식으로는 강태수, “담배소송의 헌법적 쟁점 -헌법재판소 결정을 중심으로-”, 『경회법학』 (제50권 제2호), 2015. 6, 15면 이하 참조.

게 해결하는 수단 여부를 심사하여야 하므로 침해의 최소성 보다는 침해의 필요성을 심사하는 것이 타당하다.

제4절 특수문제 2. 저작권자와 저작권신탁관리업자의 헌법소송 인정 여부⁶³⁵⁾

I. 저작권신탁관리의 본질

1. 신탁관리의 의의 및 법적 성질

저작권법 제2조 제26호에 따르면, "저작권신탁관리업"은 저작재산권자, 배타적발행권자, 출판권자, 저작인접권자 또는 데이터베이스제작자의 권리를 가진 자를 위하여 그 권리를 신탁받아 이를 지속적으로 관리하는 업을 말하며, 저작물 등의 이용과 관련하여 포괄적으로 대리하는 경우를 포함한다. 그리고 저작권법 제2조 제27호에 따르면, "저작권대리중개업"은 저작재산권자, 배타적 발행권자, 출판권자, 저작인접권자 또는 데이터베이스제작자의 권리를 가진 자를 위하여 그 권리의 이용에 관한 대리 또는 중개행위를 하는 업을 말한다. 즉, 우리나라 저작권법에 따르면, 저작권위탁관리업은 두 가지 유형으로 나뉜다. 그 중 하나는 저작권신탁관리업이고, 그 중 다른 하나는 저작권대리·중개업이다. 저작권신탁관리업자는 저작재산권 등을 일괄적으로 관리하기 위한 단체이고, 저작권대리·중개업자는 권리자를 대리하거나 또는 권리자와 이용자를 매개하는 자이다.⁶³⁶⁾

저작권법 제2조 제26호는 2000년 1월 개정을 통해 신설된 것인데, 2006년 개정을 통해 일부 수정되었다. 2000년 개정 이전의 저작권법에서는 저작권의 신탁관리업무 및 대리·중개업무에 대한 정의 규정이 없어 두 업무의 구분이 모호하다는 지적과 아울러 일부 대리중개업의 경우 신고를 마친 후 권리자와

635) 이규호, "음악저작물에 관한 신탁관리계약에 있어 신탁관리단체, 저작권자와 이용자 상호간의 법률관계", 정보법학(제20권 제1호), 한국정보법학회, 2016. 35-76 면 중 일부 내용을 수정하여 인용.

636) 최경수, 『저작권법 개론』, 한울(2010), 616면.

포괄적 권리위임계약을 맺고 사실상 신탁업무를 수행하는 등 혼란이 초래되고 있었으므로 2000년 개정을 통해 신탁관리와 대리·중개의 대상 권리를 구체적으로 명시하여 두 업무의 영역을 명백히 구분하였고, 특히 저작권대리·중개의 경우 포괄적 대리행위를 할 수 없도록 규정하였다. 그런데 2000년 개정 저작권법은 제2조 제19호에서 대리중개업에는 ‘그 이용에 관한 포괄적 대리를 제외한다.’고만 규정하였을 뿐이고 이것이 저작권신탁관리업에 포함된다는 규정을 두지 않아 포괄적 대리가 저작권신탁관리업에 해당하는지 여부에 대하여는 의견이 대립되었다. 이에 2006년 개정을 통해 포괄적 대리행위가 저작권신탁관리업에 포함된다는 것을 명시적으로 규정하였다. 또한 2006년 저작권법 개정을 통해 2003년 저작권법 개정에서 추가된 데이터베이스제작자의 권리에 관한 부분을 추가하였다.⁶³⁷⁾

여기에서 신탁관리란 권리자들의 신탁에 의하여 저작재산권 등을 관리하는 것이며, 또한 신탁이란 신탁을 설정하는 자(이하 “위탁자”라 한다)와 신탁을 인수하는 자(이하 “수탁자”라 한다) 간의 신임관계에 기하여 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산(영업이나 저작재산권의 일부를 포함한다)을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분을 하고 수탁자로 하여금 일정한 자(이하 “수익자”라 한다)의 이익 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 그 밖에 신탁 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계이다.⁶³⁸⁾

한국음악저작권협회(이하 ‘음저협’)⁶³⁹⁾와 함께하는음악저작권협회(이하 ‘합

637) 정상조 편, 앞의 책, 160면(이상정 집필).

638) 신탁법 제2조 제2호.

639) 음저협의 저작권 신탁관리계약(변 경(문화부승인) 2017년 4월 13일) 제3조에서는 “제3조(저작재산권의 신탁) ① 위탁자는 현재 소유하고 있는 저작권 및 장차 취득하게 되는 저작권을 본 계약기간 중 신탁재산으로 수탁자에게 저작권을 이전하고, 수탁자는 위탁자를 위하여 신탁저작권을 관리하여 이로 인하여 얻어진 저작물 사용료 등을 위탁 자에게 분배한다. ② 전 항의 규정에도 불구하고, 위탁자는 사전에 수탁자에게 승인을 받고, 다음 각 호의 경우가 저작권의 전부 또는 일부를 양도할 수 있다. 1. 위탁자가 사가, 교가 등 특별의뢰에 의하여 창작한 저작물의 저작권을 해당 의뢰자에게 양도할 경우 2. 위탁자가 음악출판자에게 저작물의 이용개발을 도모하기 위해 수탁자에게 재 위탁하는 것을 조건으로 하여 저작권을 조건부 양도를 할 경우 ③ 위탁자는 사전에 수탁자와 협의한 후 제3자를 수익자로 지정하여 변경할 수 있다. ④ 제①항에 의거 위탁자가 수탁자에게 신탁한 저작물에 대하여 위탁자는 어떠한 경우에도 제3자에게 이용허락 및 권리행

저협')의 저작권 신탁계약약관⁶⁴⁰⁾ 등을 보더라도 저작권신탁계약은 위탁자가 수탁자에게 저작권을 이전하고 수탁자가 위탁자를 위해 그 저작권을 관리하고 그로 인해 얻은 저작권 사용료 등을 수익자에게 분배하는 법률행위로서 그 법적 성질은 신탁법상 신탁에 해당한다. 다만, 신탁기간, 신탁계약의 해지 및 종료가 규정되어 있는 점에서 파악할 수 있듯이, 신탁계약약관에 의해 수탁자의 수탁재산 처분권한은 제한되어 있음을 알 수 있다. 신탁계약의 법적 성질을 파악하는 것은 신탁계약 당사자 및 이용자 상호간의 법률관계와 관련하여 중요한 실익을 지닌다. 왜냐 하면, 수탁자에게 소권을 부여하는 저작권 신탁관리계약상 조항이 실체법상 권리주체에게 당사자적격(소송수행권)을 부여하는 것을 확인하는 의미밖에 없는 것인지 아니면 법정소송담당(같은형 내지 병행형)에 해당하는지 여부는 신탁계약의 법적 성질에 좌우될 것이기 때문이다.

신탁계약의 법적 성질과 관련하여 수탁자는 실체법상 권리주체로서 당사자적격을 가지는 것으로 보는 것이 타당할 것이다. 왜냐 하면, 수탁자가 위탁자의 저작권을 이전받아 그 저작권을 관리하기 때문이다.⁶⁴¹⁾

2. 포괄적 대리의 개념

‘신탁관리’는 수탁자가 모든 권리를 대리행사하고, 그 결과도 일단 수탁자에게 귀속되는 것이나 수탁자가 다시 당초의 권리자에게 대리행위의 결과를 이전시키는 민법상 간접대리에 해당하고, ‘포괄적 대리’는 2 이상의 권리에 대

사를 할 수 없다.”라고 규정하고 있다.

640) 함저협)의 저작권 신탁계약약관(2019.07.10. 개정) 제4조에서는 “제4조 [저작권의 신탁] ① 위탁자는 본 약관에 따라 현재 보유하고 있는 저작권 및 장래 취득하게 되는 모든 저작권을 본 신탁계약 기간(이하 ‘신탁기간’이라 한다) 중, 신탁재산으로 협회에 이전하며, 협회는 위탁자를 위해 그 저작권을 관리하고 그로 인해 얻은 저작권 사용료 등을 수익자에게 분배한다.

② 제1항에 따라 위탁자가 협회에 신탁한 저작물에 대하여 위탁자는 본 약관에서 정한 예외를 제외하고 어떠한 경우에도 제3자에게 이용허락 기타 권리행사를 할 수 없다.

③ 위탁자는 본 계약에 따라 신탁계약의 수익자가 된다. 다만, 위탁자는 협회와 사전 협의하여 제3자를 수익자로 지정할 수 있으며, 이 경우 협회는 지체 없이 제3자인 수익자에게 수익자로 지정된 사실을 통지하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

641) 이규호, 앞의 글, 41면.

하여 대리행위를 할 수 있으나, 대리행위의 결과는 원권리자에게 바로 귀속하는 직접대리라고 주장하면서 민법상 직접대리와 간접대리를 함께 신탁관리업으로 처리할 수 있는지 의문을 표하는 견해가 있다.⁶⁴²⁾ 수탁자가 재산적 권리를 지속적으로 관리하기 위하여 (i) 수탁자가 단지 이용허락 계약체결 등을 위한 권한만이 아니라 권리 침해에 관하여 법적 구제책을 강구할 수 있는 권한(예를 들어, 침해행위에 대한 경고조치, 침해자와의 교섭, 소송 대리 등)을 함께 위임받은 경우, (ii) 신탁이나 양도의 방법이 아니라 하더라도 권리 이전의 효과를 가져오는 내용의 계약을 체결한 경우(예를 들어 ‘어떠한 권한을 위임한다’고 하면서 수탁자가 직접 자신의 이름으로 이용자와 계약할 수 있도록 하거나 저작권 사용료를 계속적으로 징수하여 분배할 수 있도록 권한을 위임받은 경우), (iii) 대리의 대상을 특정하지 않고 현재 가지고 있거나 장래 발생할 권리를 전부 이전받아 관리할 수 있는 권한을 위임받은 경우 등에는 해당 권리를 ‘포괄적으로’ 행사하는 포괄적 대리권을 수여받은 것으로 볼 수 있다.⁶⁴³⁾

그런데, 법제처 유권해석에 따르면, “저작재산권자 등이 관련사업자 및 법무법인과 위임계약을 체결하여 저작권 침해행위에 대응하기 위한 민·형사상 조치 등 저작권 보호 및 이에 부대하는 일체의 행위만을 하는 것은 「저작권법」 제2조 제26호의 저작권신탁관리업에 포함되는 ”저작물 등의 이용과 관련하여 포괄적으로 대리하는 경우“에 해당하지 [않는다]”고 한다.⁶⁴⁴⁾ 법제처 유권해석을 좇는 경우에 포괄적 대리에 해당하지 않아 허가 없이 대리중개업으로 신고만 하여도 이러한 행위를 상시 할 수 있다면 신탁관리업자와 대리중개업자 사이의 구별은 쉽지 않을 수 있다.⁶⁴⁵⁾

3. 대리·중개와의 구별

민법상 대리란 다른 사람이 권리자 본인의 이름으로 법률행위를 하거나 의사표시를 수령함으로써 그 법률행위의 효과가 본인에게 발생하도록 하는 법

642) 허희성, 『2007 신저작권법 축조해설(상)』, 명문프리컴(2007), 56면.

643) 최경수, 앞의 책, 618-619면.

644) 법제처 2008. 1. 30. 유권해석 (이상정, 앞에 토론회, 7면에서 재인용).

645) 위의 발표논문, 7면.

를관계다. 저작권법상 대리·중개업과 관련하여 대리는 권리자를 대신하여 이용자에게 이용허락을 해줄 수 있도록 하기 위하여 민법상 대리제도를 활용하는 것이다. 대리의 경우, 대리인이 법률행위를 하지만 그 법률행위의 효과는 권리자에게 귀속되므로 대리인에게는 아무런 직접적인 권리가 부여되지 아니한다.⁶⁴⁶⁾ 한편 중개는 권리자와 이용자 사이에 개입하여 단순히 이용허락을 매개하는 사실행위를 업무로 하는 것을 뜻한다.⁶⁴⁷⁾ 이는 권리자를 위한 행위 이기는 하지만 권리자를 대리하여 법률행위를 하는 것이 아니므로 대리와는 구별되고 자신의 명의로 계약을 체결하는 것이 아니므로 신탁과도 구별된다.⁶⁴⁸⁾ 여기에서 중개는 타인 간의 상행위의 중개를 영업으로 할 필요는 없기 때문에 상법상 중개(상법 제93조)는 아니다.⁶⁴⁹⁾ 대리·중개업은 이용자와 일시적으로 또는 1회적으로 이용허락 계약을 체결하는 것이 일반적이다. 그러한 측면에서 이는 지속적으로 저작재산권 등을 관리하는 신탁관리업과는 구별된다.⁶⁵⁰⁾ 다만, 포괄적 대리를 신탁으로 보는 우리 저작권법 하에서는 양자의 구별이 쉽지 않은 경우가 나타날 것으로 예상된다. 즉, 전술한 바와 같이 저작재산권자 등이 관련사업자 및 법무법인과 위임계약을 체결하여 저작권 침해행위에 대응하기 위한 만·형사상 조치 등 저작권 보호 및 이에 부대하는 일체의 행위만을 하는 것을 대리행위라고 해석하는 한, 일반적 대리행위와 신탁에 해당하는 포괄적 대리행위를 구별하는 것이 쉽지 않을 것이다.

4. 신탁의 대상

저작재산권자, 배타적발행권자, 출판권자, 저작인접권자 또는 데이터베이스 제작자의 권리를 가진 자가 저작권신탁관리업의 위탁자가 될 수 있다. 따라서 저작재산권, 배타적발행권, 출판권,⁶⁵¹⁾ 저작인접권 또는 데이터베이스제작자의

646) 김기태, 『신저작권법의 해석과 적용』, 세계사(2007), 243면.

647) 최경수, 앞의 책, 622면.

648) 김기태, 앞의 책, 243면.

649) 최경수, 앞의 책, 622면.

650) 위의 책, 622면.

651) 출판권은 그 자체가 이용권이고, 이 출판권의 양도는 “복제권자의 동의 없이” 할 수 있기 때문에 출판권을 신탁의 대상으로 하는 것은 문제가 있다는 견해가 존재한다[정상조 편, 앞의 책, 160면(이상정 집필부분)].

권리가 신탁의 대상이 될 수 있다. 저작권법에 규정되어 있는 영상저작물에 관한 특례와 관련하여 영상제작자의 권리(영상저작물이용권)에 대한 신탁관리업도 존재할 수 있는데, 이를 신탁의 대상에서 누락한 것은 입법자의 착오라고 주장하는 견해⁶⁵²⁾가 있으나, 영상제작자가 가지는 권리는 저작재산권 및 저작인접권이기 때문에 신탁관리의 대상에서 누락되었다고 볼 수 없다.⁶⁵³⁾

5. 신탁의 범위

가. 의의

우리나라 판례에 따르면, “ 한국문예학술저작권협회가 영위하는 신탁관리업은 저작권법 제78조에 근거하는 것으로서 그 법적 성질은 신탁법상의 신탁에 해당되는바, 신탁법상의 신탁은 위탁자와 수탁자 간의 특별한 신임관계에 기하여 위탁자가 특정의 재산권을 수탁자에게 이전하거나 기타의 처분을 하고 수탁자로 하여금 수익자의 이익을 위하여 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산권을 관리·처분하게 하는 법률관계를 말하므로, 신탁자와 수탁자 간에 어떤 권리에 관하여 신탁계약이 체결되면 그 권리는 법률상 위탁자로부터 수탁자에게 완전히 이전하여 수탁자가 권리자가 되고 그 권리에 대하여 소재기의 권한을 포함한 모든 관리처분권이 수탁자에게 속하게 된다.”⁶⁵⁴⁾고 판시하였다. 이 판결 이후 우리나라 법원은 신탁관리계약을 체결하면 위탁자로부터 수탁자에게 권리가 완전히 이전하여 수탁자가 권리자가 되는 것으로 보고 있다. 그런데 저작권법상 신탁관리는 그 법적 성질이 신탁법상 신탁에 해당하지 만,⁶⁵⁵⁾ 그 업무는 ‘신탁받아 이를 지속적으로 관리하는’것이므로 저작권신탁관리업자는 관리 권한만 가질 뿐이고, 처분 권한은 없다고 보아야 한다.⁶⁵⁶⁾

652) 허희성, 앞의 책, 55-56면.

653) 정상조 편, 앞의 책, 160면(이상정 집필부분).

654) 서울고등법원 1996.07.12. 선고 95나41279 판결: 확정[손해배상(지)](소위 ‘소설마당 사건’이라 한다).

655) 대판 2012.7.12. 2010다1272.

656) 정상조 편, 앞의 책, 161-162면(이상정 집필부분)(이상정 교수님은 권리가 완전히 이전된다고 하면 “저작권자가 자신의 권리를 양도하기 위해서는 먼저 신탁계약을 해제하고 권리를 회복한 후 이를 양도해야 할 것이고 양수받은 자는 이를 신

나. 관리유보

음저협과 함저협의 저작권 신탁계약약관에 따르면, 위탁자가 이들 수탁자의 사전 승낙을 얻어 위탁 음악저작물의 신탁관리를 유보 내지 제한할 수 있는 경우를 규정하고 있다.⁶⁵⁷⁾⁶⁵⁸⁾ 관리유보는 수탁자의 사전 승낙을 구한다는 점에서 보면, 계약에 의한 수탁자의 이용허락이 있는 것으로 보아야 할 것이다.

II. 수탁자의 법적 지위

1. 개관

저작권신탁관리업자는 자신의 이름으로 재판상 또는 재판외 행위를 할 권한을 가진다. 즉 자신의 이름으로 저작물 등의 이용을 허락하거나 금지할 수 있고 권리 침해에 대해 법적 구제책을 강구할 수 있다.⁶⁵⁹⁾ 또한 저작권신탁관리업자는 침해자를 고소하여 형사처벌을 요구할 수도 있다. 이러한 저작권신탁관리업자의 권한은 신탁계약에 의해 그 범위가 정해진다. 신탁계약이

탁관리단체에 재위탁하여야 한다.”는 점과 “신탁법 제21조가 ”신탁재산에 대하여는 강제집행 또는 경매를 할 수 없다“고 되어 있지만 신탁관리단체가 관리하는 저작권에 대해 경매를 통해 이전하는 것을 막을 이유가 없다.”는 점을 감안하여 처분권은 위탁자에게 있고 수탁자는 관리권만을 가진다고 해석하는 것이 타당하고 하다고 주장한다.); 최경수, 앞의 책, 617면. 참고로 음저협의 저작권 신탁계약약관 제4조 제1항에 따르면, (i) 영화에 복제하는 경우, (ii) 광고에 복제하는 경우, (iii) 출판으로 복제하는 경우, (iv) 선거홍보용으로 사용하는 경우 중 하나의 이용형태에 해당하는 경우 신탁 관리범위에서 제외할 수 있으며, 그 제외 의사표시는 서면에 의하도록 하고 있다. 그리고 신탁 관리범위에서 제외된 이용형태에 대해서는 수탁자는 저작권사용료 징수의무가 없으며, 위탁자는 직접 권리를 행사하여야 한다(음저협의 저작권 신탁계약약관 제4조 제2항). 또한 음저협의 저작권 신탁계약약관 제6조에 따르면, 수탁자가 위탁된 저작권을 (i) 공연권, (ii) 공중송신권(방송, 전송, 디지털음성송신), (iii) 복제권(녹음, 녹화 및 악보출판 등), (iv) 배포권, (v) 대여권, (vi) 교과용도서 보상금을 수령할 권리, (vii) 기타 저작권법 상의 관리범위 내에서 관리한다.

657) 음저협의 저작권 신탁계약약관 제14조.

658) 함저협의 저작권 신탁계약약관 제17조.

659) 최경수, 앞의 책, 617면.

체결되면 위탁자는 계약에서 정한 바에 따라 수탁자와 법률관계가 성립되는데, 위탁자는 이전된 범위 내에서는 더 이상 재산적 권리를 행사할 수 없게 된다. 신탁계약이 유효한 경우에는 위탁자가 자신의 저작물을 이용하고자 하더라도 수탁자의 이용허락을 받아야 한다. 다만, 위탁자는 권리 이전의 대상이 아닌 인격적 권리는 스스로 행사할 수 있다.⁶⁶⁰⁾

신탁관리업자의 업무는 이용자와 교섭을 통해 이용허락계약을 체결하는 업무, 신탁관리계약에서 정한 바대로 저작권 사용료를 징수하는 업무, 저작권 사용료를 위탁자에게 분배하는 업무 등을 한다. 예를 들어, 음저협은 음악저작물의 저작권 신탁관리를 목적으로 문화체육관광부의 허가를 받아 설립된 비영리사단법인으로서 소속 회원인 음악저작권자들로부터 저작권의 신탁관리를 의뢰받아 저작물의 이용자들에게 이를 사용하게 한 후 그들로부터 사용료를 수령하여 관리수수료와 원천소득세를 공제한 나머지 금액을 저작권자들에게 건네주는 절차를 통하여 음악저작권 신탁관리 업무를 수행하여 왔고, 위 법인의 관리업무는 주무부서의 지도와 감독 하에 이루어지고 수수료의 비율 또한 저작권법이 정하는 절차를 거쳐 관계 장관의 승인으로 결정되며 위 법인의 정관 및 저작권신탁계약 약관의 관련 조항에 의하면 위와 같이 징수한 관리수수료를 필요경비로 사용한 후 발생하는 잔액 즉, 수지차액금은 이를 전액 회원들에게 안분하여 적절한 방법으로 이를 추가로 분배하도록 하는 이른바 실비정산방식의 회계처리를 채택하여 운영하여 왔다.⁶⁶¹⁾

2. 저작권 신탁계약상 위탁자와 수탁자의 법률관계

가. 위탁자(권리자)의 권리·의무

660) 서울고등법원 1996.7.12. 선고 95나41279판결에서는 “ 저작권법 제14조 제1항은 “ 저작인격권은 저작자 일신에 전속한다.”라고 규정하고 있어 저작인격권은 저작재산권과는 달리 양도할 수 없을 뿐 아니라, 신탁법상으로도 특정의 재산권만이 신탁의 대상이 되도록 되어 있어 재산권이 아닌 권리는 신탁법상 신탁의 대상이 될 수 없는 점 등에 비추어 볼 때, 저작권 중 저작인격권은 성질상 저작권신탁 계약에 의하여 수탁자에게 이전될 수 없으므로, 저작권법 제78조에 의하여 신탁 관리될 수 있는 권리는 저작재산권에 한하고 저작인격권은 신탁관리될 수 없다.”라고 판시하였다.

661) 대판 1996.06.14. 95누14435.[법인세부과처분취소].

위탁자(권리자)의 권리·의무로는 (i) 위탁자의 신탁재산의 양도 등의 권리 유보,⁶⁶²⁾ (ii) 채무제표 등의 열람청구권,⁶⁶³⁾ (iii) 저작권의 확인 보증의무,⁶⁶⁴⁾ (iv) 위탁자의 신고의무,⁶⁶⁵⁾ (v) 위탁자의 수익권 처분 등의 경우, 사전협의의무⁶⁶⁶⁾ 등이 존재한다.

나. 수탁자의 권리·의무

(1) 수탁자의 권리

(가) 저작물의 저작권 확인 보증 자료 제출요구

음저협 저작권 신탁계약약관 제7조 제2항에 따르면, 수탁자는 위탁자가 저작권을 확인 보증한 저작물에 대하여 위탁자에게 확인보증에 필요한 자료를 요구할 수 있다. 함저협의 저작권 신탁계약약관 제9조,⁶⁶⁷⁾ 한국음악실연자연합회(이하 ‘음실연’) 저작인접권 신탁계약약관 제4조⁶⁶⁸⁾, 한국음악산업협회(이

662) 함저협의 저작권 신탁계약약관 제16조.

663) 일본 저작권등관리사업법 제18조 제2항에 따르면, 위탁자는 저작권 등 관리사업자의 업무시간내에는 언제든지 채무제표 등의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다. 일본 저작권등관리사업법은 저작권등관리사업자를 일본 문화청 장관의 등록제도로 한 바, 그 업무의 적절한 운영을 확보하기 위한 조치를 정하기 위한 법률이다(동법 제1조). 같은 법은 관리위탁계약에 기하여 저작권·저작인접권을 관리하는 사업을 ‘저작권등관리사업’(같은 법 제2조 제2항), 동 사업을 행하는 자를 ‘저작권등관리사업자’(같은 법 제2조 제3항)로 정의하고 있다. 여기에서 말하는 ‘관리위탁계약’으로는 (i) 위탁자가 수탁자에게 저작권 또는 저작인접권을 이전하여 저작물 등의 이용허락, 그 밖의 해당 저작권 등의 관리를 행하게 하는 것을 목적으로 하는 신탁계약(같은 법 제2조 제1항 제1호)과 (ii) 위탁자가 수탁자에게 저작물 등의 이용허락의 중개 또는 대리를 하고 아울러 해당 중개 또는 대리에 수반하여 저작권 등의 관리를 행하게 하는 것을 목적으로 위임계약(같은 법 제2조 제1항 제2호)을 뜻한다. 다만, 수탁자에 의한 저작물 등의 이용허락을 함에 있어 위탁자가 사용료액을 결정하는 것은 제외하고 있다(같은 법 제2조 제1항).

664) 음저협의 저작권 신탁계약약관 제7조 제1항.

665) 음저협의 저작권 신탁계약약관 제23조; 함저협의 저작권 신탁계약약관 제27조; 음실연의 저작인접권 신탁계약약관 제14조 제2항.

666) 음저협의 저작권 신탁계약약관 제16조; 음실연의 저작인접권 신탁계약약관 제15조.

667) 함저협의 저작권 신탁계약약관 제9조.

668) 음실연의 저작인접권 신탁계약약관 제4조.

하 ‘음산협’)의 신탁계약약관 제4조(669)도 동일한 취지의 조문을 두고 있다.

(나) 수탁자의 소권

음저협, 함저협, 음실연 등의 신탁계약약관에서는 ‘소권’이라는 표제 하에 위탁자는 신탁 저작권에 대하여 민·형사상 소권을 행사할 수 없고 수탁자만이 소권을 가진다는 점을 명확히 규정하고 있다.⁶⁷⁰⁾ 서울고등법원 1996. 7. 12. 선고 95나41279 판결에서는 “한국문예학술저작권협회가 영위하는 신탁관리업은 저작권법 제78조에 근거하는 것으로서 그 법적 성질은 신탁법상의 신탁에 해당되는 바, 신탁법상의 신탁은 위탁자와 수탁자 간의 특별한 신임관계에 기하여 위탁자가 특정의 재산권을 수탁자에게 이전하거나 기타의 처분행위 하고 수탁자로 하여금 수익자의 이익을 위하여 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산권을 관리·처분하게 하는 법률관계를 말하므로, 신탁자와 수탁자 간에 어떤 권리에 관하여 신탁계약이 체결되면 그 권리는 법률상 위탁자로부터 수탁자에게 완전히 이전하여 수탁자가 권리자가 되고 그 권리에 대하여 소제기의 권한을 포함한 모든 관리처분권이 수탁자에게 속하게 된다.”라고 판시한 바 있다.

그런데, 저작권 침해 가능성이 매우 높은 경우에도 수탁자가 제기하지 않는 경우에는 수탁자만이 소권을 가지고 있는 관계로 위탁자가 어떻게 대응할

669) 음산협의 신탁계약약관 제4조(권리의 확인 보증).

670) 음저협의 저작권 신탁계약약관 제13조에서는 ‘소권’이라는 표제 하에 “위탁자는 신탁 저작권에 대하여 민, 형사상의 소송 등을 제기할 수 없으며, 수탁자가 제기한 소송 등에 관하여 합의 또는 취하 등을 할 수 없다.”라고 규정하고 있다. 함저협의 저작권 신탁계약약관 제15조에서는 ‘소권’이라는 표제 하에 “협회는 본 계약에 따라 신탁 저작권 및 이로 인한 저작권 사용료 등의 관리에 관하여 민·형사상 소권을 행사할 수 있다. 이 경우, 위탁자는 신탁 저작권에 대해 소권을 행사할 수 없으며, 협회가 제기한 소송 등에 관하여 독자적으로 합의 또는 취하 등 처분행위를 할 수 없다.”라고 규정하고 있다. 음실연의 저작권접권 신탁계약약관 제20조에서는 “① 수탁자는 신탁목적권리 및 사용료 등의 관리와 관련하여 이용자로부터 위탁자의 권리를 부당히 이용하여 침해가 있을 경우 민·형사상의 소를 제기할 수 있다.

② 수탁자가 제1항의 민·형사상의 소를 제기 하였을 시는 그 사실을 30일 이내에 위탁자에게 통보하여야 한다.”라고 규정하여 수탁자의 소권을 인정하고 있다. 음산협의 신탁계약약관 제17조에서는 ‘소권’이란 표제 하에 “수탁자는 신탁권리 및 사용료 등의 관리와 관련하여 침해가 발생한 경우 해당 침해자에 대한 민·형사상의 소를 제기할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

수 있는지 여부가 문제될 수 있다. 이 경우, 위탁자가 이 사유를 근거로 신탁 계약 약관을 해지할 수 있는지 여부가 문제될 것이다. 예를 들어, 음저협 저작권 신탁계약약관 제20조 제3항에서는 “위탁자의 개인적인 부득이한 사유로 인하여 더 이상 계약관계를 유지할 수 없거나, 수탁자가 본 계약에 정한 조항의 전부 또는 일부를 이행하지 않을 경우, 위탁자는 수탁자에게 15일 이상의 기간을 정하여 그 이행을 서면으로 최고하고, 그 기간 내에 이행하지 아니하는 경우에, 계약을 해지할 수 있다.”라고 규정하고 있는데, 수탁자의 소권 불행사를 계약해지 사유로 볼 수 있는지 여부가 문제된다. 하지만, 수탁자의 소권에 관한 조문은 계약상 의무의 이행 조항이 아니므로 계약의 명문규정상으로는 계약해지 사유로 보기는 어렵지만, 민법상 신의성실의 원칙에 입각하여 계약의 해지사유로 볼 수 있는 가능성은 열려 있다고 보아야 할 것이다.⁶⁷¹⁾

(2) 수탁자의 의무

(가) 수탁자의 사용료의 징수 및 분배의무

음저협, 함저협, 음실연, 음산협은 저작물 사용료의 징수 및 분배할 수 있는 근거규정과 저작물 사용료의 징수 내지 분배를 유보할 수 있는 근거규정을 신탁계약약관에 두고 있다.⁶⁷²⁾

671) 이규호, 앞의 글, 50면.

672) 음저협의 저작권 신탁계약약관 제9조, 제18조; 함저협의 저작권 신탁계약약관 제11조; 음실연의 저작권접권 신탁계약약관 제9조, 제11조; 음산협의 신탁계약약관 제6조, 제8조. 참고로 일본 저작권등관리사업법 제13조(사용료규정)에서는 “① 저작권등관리사업자는 다음에 열거한 사항을 기재한 사용료규정을 정하여 미리 문화청 장관에게 신고하여야 한다. 이를 변경하고자 하는 때에도 또한 같다.

1. 문화과학성령으로 정하는 기준에 따라 정한 이용구분(저작물 등의 종류 및 이용방법에 의한 구분을 말한다. 제23조에서도 같다.)당 저작물 등의 사용료 액
2. 실시일
3. 그 밖에 문화과학성령으로 정하는 사항
- ② 저작권 등 관리사업자는 사용료규정을 정하거나 변경하고자 하는 때에는 이용자 또는 그 단체에서 미리 의견을 청취하도록 노력하여야 한다.
- ③ 저작권 등 관리사업자는 제1항의 규정에 의한 신고를 한 때에는 지체없이 그 신고에 따른 사용료규정의 개요를 공표하여야 한다.
- ④ 저작권 등 관리사업자는 제1항의 규정에 의한 신고를 한 사용료규정에서 정한 금액을 초과하는 금액을 취급 저작물 등의 사용료로 청구하여서는 아니된다. “라고 규정하고 있다.

(나) 수탁자의 신탁계약 약관 변경 통지의무

음저협과 함저협처럼 수탁자의 신탁계약 약관 변경 통지의무를 규정하지 않은 단체도 있고, 음실연과 음산협처럼 수탁자의 신탁계약 약관 변경 통지의무를 규정한 단체도 있다.⁶⁷³⁾

참고로 일본 저작권등관리사업법 제11조에 따르면, 수탁자는 신탁계약약관의 내용을 변경신고한 경우에는 위탁자에 대하여 지체없이 그 내용을 통지하여야 한다.⁶⁷⁴⁾

(다) 수탁자의 개인정보 안전관리의무

함저협의 경우, 개인정보의 안전관리에 대한 규정을 저작권 신탁계약약관에 두고 있다.⁶⁷⁵⁾

(라) 수탁자의 약관내용 설명의무

673) 음실연의 저작권등관리사업법 제21조; 함저협의 신탁계약약관 제30조; 음산협의 신탁계약약관 제18조.

674) 일본 저작권등관리사업법 제11조에서는 ‘관리위탁계약약관’이라는 표제 하에 “① 저작권 등 관리사업자는 다음에 열거한 사항을 기재한 관리위탁계약약관을 정하여 미리 문화청 장관에게 신고하여야 한다. 이를 변경하고자 하는 때에도 또한 같다.

1. 관리위탁계약의 종류(제2조 제1항 제2호의 위임계약인 경우에는 중개 또는 대리를 포함한다.)

2. 계약 기간

3. 정수한 저작물 등의 사용료의 분배방법

4. 저작권 등 관리사업자의 보수

5. 그 밖에 문화과학성령으로 정하는 사항

② 저작권 등 관리사업자는 제1항 후단의 규정에 의한 변경신고를 한 때에는 지체없이 위탁자에 대하여 그 신고에 따른 관리위탁계약약관의 내용을 통지하여야 한다.

③ 저작권 등 관리사업자는 제1항의 규정에 의한 신고를 한 관리위탁계약약관에 의하지 않으면 관리위탁계약을 체결하여서는 아니된다.”라고 규정하고 있다.

675) 함저협의 저작권 신탁계약약관 제28조는 ‘개인정보의 안전관리’란 표제 하에 “① 협회는 보유하고 있는 위탁자의 개인정보 유출방지 기타 안전 관리를 위해 필요하고 적절한 조치를 강구하여야 한다.

② 위탁자는 본 계약에 따라 협회로부터 제3자의 개인 정보를 제공받은 때에는 그 유출 방지, 기타 안전관리를 위해 필요하고 적절한 조치를 강구하여야 한다.

③ 협회는 일정한 경우, 수탁자의 동의를 얻어 제3자에게 개인정보를 제공할 수 있다.

④ 협회는 본 약관 외에 위탁자의 개인정보의 수집·이용, 제3자 제공 및 위탁에 관해 이사회회의 의결을 거쳐 필요한 규정을 마련하여 이에 따라 관련 업무를 처리한다.”라고 규정하고 있다.

음산협이 신탁계약약관에는 수탁자의 약관내용 설명의무를 규정하고 있다.⁶⁷⁶⁾

일본 저작권등관리사업법 제12조에서는 “저작권등관리사업자는 관리위탁계약을 체결할 때에는 저작권등의 관리를 위탁할 자에 대하여 관리위탁계약약관의 내용을 설명하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

다. 계약의 변동 및 종료

(1) 신탁계약의 승계

음저협, 함저협, 음실연, 음산협의 신탁계약약관은 신탁계약의 승계에 대한 조문을 두고 있다.⁶⁷⁷⁾

(2) 신탁계약의 해지

현재 음저협과 함저협과의 신탁계약 해지와 관련하여 신탁계약약관에서 신탁계약의 해지에 대한 규정을 두고 있다. 음저협의 신탁계약의 해지는 신탁계약약관 제20조에서 규정하고 있으며, 함저협의 신탁계약의 해지는 신탁계약약관 제23조에서 규정하고 있다. 또한 음실연은 신탁계약약관 제19조에서, 음산협은 신탁계약약관 제16조에서 신탁계약의 해지에 관하여 규정하고 있다.⁶⁷⁸⁾

신탁계약 해지와 관련한 규정상으로는 자유롭게 신탁계약을 해지할 수 있는 것처럼 보이지만, 실제로 신탁계약의 해지 절차가 신속하게 이루어지지 않는다는 것이 문제이다.⁶⁷⁹⁾

676) 음산협의 신탁계약약관 제3조 제2항에서는 “위탁자는 수탁자에게 신탁계약약관에 대한 충분한 고지를 하고 수탁자는 반드시 이에 대해 숙지한 후 신탁계약을 체결한다.”라고 규정하고 있다.

677) 음저협의 저작권 신탁계약약관 제19조; 함저협의 저작권 신탁계약약관 제22조; 음실연의 신탁계약약관 제16조; 음산협의 신탁계약약관 제13조.

678) 음저협의 저작권 신탁계약약관 제20조; 함저협의 저작권 신탁계약약관 제23조; 음실연의 저작권 신탁계약약관 제19조; 음산협의 신탁계약약관 제16조.

679) 김혜선·이규호, “음악 산업에 있어서 배타적발행권에 관한 연구”, 정보법학(제19권 제2호), 2015. 8, 98-101면.

특히 음저협외의 경우 “위탁자의 개인적인 부득이한 사유”를 신탐계약해지 요건 중의 하나로 규정하고 있다. 즉, 신탐계약 해지를 신탐할 경우 해지 요건에 해당되는지를 판단하는 주체 및 절차에 관한 규정이 불명확하므로 실질적으로 신탐계약외의 해지가 쉽게 이루어지지 않는다는 것이 문제가 된다.

(3) 신탐기간

음저협, 음실연, 음산협외의 경우 신탐기간은 계약체결일로부터 5년으로 하고 있으나, 함저협외의 경우에는 그 기간을 계약체결일로부터 3년으로 정하고 있다.⁶⁸⁰⁾

(4) 신탐계약외의 종료 및 청산

음저협외의 저작권 신탐계약약관 제21조에서는 ‘신탐계약외의 종료’란 표제 하에 “수탁자는 신탐계약외의 종료 또는 해지 후 6개월 이내에 해당 저작물 사용료 미 지급분 및 이에 대한 결산서를 위탁자에게 지급 및 제출하여야 하며, 수령 시 위탁자는 지체 없이 신탐증서 또는 신탐을 증명하는 문서를 반환하고 저작권외의 이전을 받아야 한다.”라고 규정하고 있다. 그런데 이 약관은 해지 이외외의 신탐계약외의 종료사유를 규정하고 있지 않고 있다. 음저협외의 경우, 함저협외의 저작권 신탐계약약관 제24조와 같이 신탐계약외의 종료사유를 규정할 필요가 있다.⁶⁸¹⁾

680) 음저협외의 저작권 신탐관리계약 제5조; 함저협외의 저작권 신탐계약약관 제7조; 음실연외의 저작권외권 신탐계약약관 제18조.

681) 함저협외의 저작권 신탐계약약관 제24조에서는 ‘신탐계약외의 종료’란 표제 하에 “본 계약은 다음 각 호외의 어느 하나에 해당하는 경우 자동 종료된다.

1. 위탁자가 파산절차 개시결정을 받았거나 법인 해산한 경우
2. 위탁자가 제28조 제1항에 의한 신고를 하지 않고 주소를 변경하거나 거소를 이탈하여 협회외가 합리적인 조사를 수행하였음에도 불구하고, 소재 불명인 경우”라고 규정하고, 제25조에서는 ‘신탐외의 청산’이란 표제 하에 “① 본 계약이 종료된 경우, 본 약관 및 신탐법에서 정하는 바에 따라 청산을 행한다.
- ② 협회는 본 계약이 종료한 후에도 청산이 종료될 때까지 저작권 사용료를 위탁자 등에게 분배하여야 한다.
- ③ 본 계약외의 종료에 따른 잔여재산은 위탁자에게 귀속한다. 다만, 위탁자가 협회외의 동의를 얻어 제3자를 귀속 권리자로 지정한 경우 해당 제3자에게 귀속하는

저작권신탁관리계약에서 위탁자의 해지청구 등으로 신탁이 종료하더라도 신탁재산을 수익자나 위탁자 등에게 이전할 때까지는 수탁자가 신탁재산을 계속 관리할 권한과 의무를 갖는지 여부 및 신탁 종료 시 수탁자가 청산의무를 부담하는지 여부와 관련하여 대법원 2012.07.12. 선고 2010다1272 판결[저작권사용료]에서는 “신탁행위로 달리 정하였다는 등 특별한 사정이 없는 한, 위탁자의 해지청구 등으로 신탁이 종료하더라도 수탁자가 신탁재산의 귀속권리자인 수익자나 위탁자 등에게 저작재산권 등 신탁재산을 이전할 의무를 부담하게 될 뿐 신탁재산이 수익자나 위탁자 등에게 당연히 복귀되거나 승계되는 것은 아니고, 신탁재산을 이전할 때까지는 수탁자는 신탁사무의 종결과 최종 계산을 목적으로 하는 귀속권리자를 위한 법정신탁의 수탁자로서 그와 같은 목적 범위 내에서 신탁재산을 계속 관리할 권한과 의무를 부담하며, 귀속권리자는 신탁수익권 형태로서 신탁재산 등 잔여재산에 대한 권리를 보유하게 될 뿐이다. 나아가 구 신탁법에는 신탁 종료 시 수탁자의 청산의무에 관하여 아무런 규정이 없으므로, 신탁행위로 달리 정하였거나 해당 신탁 취지 등에 의하여 달리 볼 수 없는 한 수탁자는 청산의무를 부담하지 않는데, 수탁자가 신탁재산에 관하여 체결한 쌍무계약에 관하여 아직 이행을 완료하지 아니한 때에는 계약을 귀속권리자에게 인수시킬 수도 있는 것이고, 신탁이 종료하였다고 하여 반드시 계약을 해지하는 등으로 이를 청산하여야 하는 것은 아니다.”라고 판시하였다. 이 판결에서는 신탁행위로 달리 정하였다는 등 특별한 사정이 없는 한, 저작권신탁관리계약에서 위탁자의 해지청구 등으로 신탁이 종료하더라도 신탁재산을 수익자나 위탁자 등에게 이전할 때까지는 수탁자가 신탁재산을 계속 관리할 권한과 의무를 갖는다고 판시하였고, 신탁행위로 달리 정하였거나 해당 신탁의 취지 등에 의하여 달리 볼 수 없는 한 수탁자는 청산의무를 부담하지 않는다고 할 것은 아니라고 판시하였다. 이는 신탁법 제101조 제4항의 문리해석과 일관성을 가진다. 즉 신탁법에서는 신탁이 종료된 경우 신탁행위로 신탁재산의 잔여재산이 귀속될 자에게 이전될 때까지 그 신탁은 존속하는 것으로 본다. 이 경우 신탁재산이 귀속될 자를 수익자로

것으로 한다.”라고 규정하고 있다. 음산협회의 신탁계약약관 제16조 제6항에서는 “수탁자는 신탁계약의 종료 또는 해지 후 신속하게 위탁자에게 신탁증서를 반환하여 신탁권리를 이전하여야 하며, 6개월 이내에 사용료 미지급분 및 이에 대한 결산서를 위탁자에게 지급 및 제출하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

본다.⁶⁸²⁾

이렇게 해석하는 경우에는 수탁자가 저작권을 이전하기 전에 신탁계약이 청산되지 않게 되고, 수탁자에게 우월적인 교섭의 지위를 주는 결과에 도달하게 된다. 이 문구는 무효로 보는 것이 타당할 것이다. 다만, 그로 인한 혼란을 방지하기 위해 위와 같이 해석하였다는 점이 추측되는 바, 향후 신탁계약의 개정이 요망된다.⁶⁸³⁾ 따라서 향후 신탁계약을 개정하여 위탁자는 신탁증서 또는 신탁을 증명하는 문서를 반환하면 즉시 수탁자가 위탁자에게 저작권을 이전하도록 개정하여야 할 것이다.

(5) 계약위반에 대한 배상책임

음저협, 함저협, 음실연, 음산협의 신탁계약약관에 따르면, 위탁자와 수탁자는 그 약관을 위반하여 상대방에게 손해가 발생하였을 경우, 그 손해액 전액을 배상하여야 한다.⁶⁸⁴⁾

3. 소결

음악저작물(내지 저작인접물)에 대한 신탁관리단체의 신탁계약약관과 이용계약약관을 살펴볼 때, 저작권(내지 저작인접권)의 신탁관리계약의 법적 성질을 파악하는 것이 각 신탁관리단체의 조문을 논리적으로 분석하는 데 가장 기초적인 작업이라는 것을 알 수 있다. 신탁관리계약은 신탁계약의 성질을 띠고 있고 신탁관리계약에 의해 권리가 수탁자에게 이전되는 것으로 보이나, 다만 수탁자의 저작(인접)권 사용료징수 및 분배의무, 신탁기간, 소권 등의 규정을 감안 할 때, 수탁자의 신탁재산 처분권한은 원칙적으로 제한되는 것으로 이해하여야 할 것이다.

이렇게 분석하면, 수탁자가 실체법적 권리의 주체에 해당하기 때문에 수탁자에게 소권을 부여하는 각 신탁관리단체의 약관상 규정은 주의규정에 불과

682) 현행 신탁법 제101조 제4항.

683) 이규호, 앞의 책, 795면.

684) 음저협의 저작권 신탁계약약관 제26조; 함저협의 저작권 신탁계약약관 제31조; 음실연의 저작인접권 신탁계약약관 제22조; 음산협의 신탁계약약관 제20조.

하다. 즉, 이러한 논리에 따르면, 수탁자에게 소권을 부여하는 법적 근거는 법정소송담당에 의하는 것이 아니다. 따라서 저작권신탁관리단체가 헌법소원심판을 제기한 청구인적격을 가진다고 하는 것이 타당할 것이다. 참고로 서울중앙지방법원 2018가합529181 (손해배상청구의 소) 사건에서 저작권법 제29조 제2항의 위헌 여부에 관한 심판을 제청한 서울중앙지방법원 2019. 5. 17. 자 2018카기50766결정 (위헌심판제청) (한국음악저작권협회 대 (주)아성다이소)은 직권조사사항으로서의 소송요건인 한국음악저작권협회의 당사자적격을 문제 삼지 않았다. 다만, 아래에서는 다양한 시각을 제시하기 위하여 수탁자에게 소권을 부여하는 법적 근거를 법정소송담당에 의하는 경우도 상정하기로 한다.

Ⅲ. 저작자와 저작권신탁관리업자의 헌법소송 인정 여부

이상의 논의를 전제로 저작권신탁관리업자와 저작자의 헌법소송 인정 여부를 판단하면 다음과 같다.

1. 저작권신탁관리업자의 헌법소송

가. 저작권신탁관리업자의 위헌법률심판과 제68조 제2항의 헌법소원 인정 가능성

저작권신탁관리단체가 민사소송을 제기하여 이 소송이 계속 중 헌법재판소법 제41조 제1항의 위헌법률심판제청신청을 한 경우, 법원이 이 제청신청을 인용하면 헌법소원심판청구의 청구인적격 문제는 발생하지 아니한다. 헌법재판소법 제41조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 당해 사건을 담당하는 법원(군사법원을 포함한다. 이하 같다)은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌 여부 심판을 제청한다.”라고 규정하여 당해 사건의 당사자가 위헌법률심판제청신청권이 있음을 알 수 있다. 따라서 당해 사건의 당사자 중 일방인 저작권신탁관리단체는 위헌법률심판제청신청권이 있고, 신청을 받은 법원이 헌법재판소에 위헌 여부 심판을 제청하면 헌법재판소는 위헌법률심판을 하게 된다.⁶⁸⁵⁾

저작권신탁관리업자가 민사소송을 제기하여 이 소송이 계속 중 헌법재판소

법 제41조 제1항의 위헌법률심판제청신청을 하였는데 법원이 이 제청신청을 기각하거나 각하하면 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 인정하는 것이 타당하다. 이미 설명한 것처럼 저작권자와 저작권신탁관리업자의 신탁계약이므로, 원칙적으로 수탁자인 저작권신탁관리업자가 실체법적 권리의 주체에 해당한다. 따라서 민사소송을 할 수 있는 권리는 물론이고, 그 소송 계속 중에 헌법적 쟁점이 제기되어 그와 관련한 청구를 할 수 있는 권리도 보유하고 있다고 해석하는 것이 타당하기 때문이다.

요약하면, 저작권신탁관리업자는 위헌법률심판제청 신청은 물론, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 청구할 수 있다.

한편, “저작권재산권자, 배타적발행권자, 출판권자, 저작인접권자 또는 데이터베이스제작자의 권리를 가진 자를 위하여 그 권리의 이용에 관한 대리 또는 중개행위를 하는 업”으로 하는 저작권대리중개업자(저작권법 제2조 제27호)는 저작자로부터 어떠한 권리도 이전받지 않고, 어떠한 소권도 가지지 않으므로 위헌법률심판과 제68조 제2항의 헌법소원 인정 가능성의 문제가 발생하지 않는다.

나. 저작권신탁관리업자의 제68조 제1항의 헌법소원 인정 가능성

헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다. 따라서 제68조 제1항의 헌법소원을 제기하기 위해서는 원칙적으로 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자”에 해당하여야 한다. 그런데 저작자가 아닌 저작권신탁관리업자가 여기서 해당하는지 의문이다.

이미 서술한 것처럼 저작권신탁관리업자의 신탁관리를 법정소송담당으로 해석하는 경우에는 저작권신탁관리업자는 헌법상 보장된 제22조 제2항의 기

685) 저작권신탁관리업자가 민사소송을 제기하여 이 소송이 계속 중 헌법재판소법 제41조 제1항에 따라 수소법원이 직권으로 위헌법률심판제청을 한 경우에는 청구인적격의 문제는 발생하지 아니한다.

본권을 침해받은 자라고 판단하기 어렵다. 독일 연방 헌법재판소가 Schallplatten 사건에서 청구인 중 집중관리단체의 헌법소원 청구인적격을 부정한 것도 이와 같은 맥락이라고 할 수 있다.⁶⁸⁶⁾

그러나 이미 설명한 것처럼 저작권자와 저작권신탁관리업자의 계약의 본질은 신탁계약이므로 원칙적으로 수탁자인 저작권신탁관리업자가 실체법적 권리의 주체라고 판단하는 것이 타당하다. 따라서 저작권신탁관리업자의 신탁관리는 법정소송담당이 아니며, 이에 기반하여 저작권신탁관리업자는 헌법소원 심판청구의 청구인적격을 가지지 않는다는 판단은 타당하지 않다.

저작권자와 저작권신탁관리업자의 신탁계약이므로, 원칙적으로 수탁자인 저작권신탁관리업자가 실체법적 권리의 주체에 해당한다. 다만, 권리의 성질이 일신전속적인 성질을 가지는 저작인격권은 신탁관리의 대상이 아니므로 이전하지 않는다.⁶⁸⁷⁾ 그러므로 저작권신탁관리업자는 저작자로부터 저작재산권을 이전받아 보유하고 행사할 수 있는 실체법적 권리 주체이며, 이를 보호하기 위한 일체의 소권을 보유하고 있다. 따라서 저작재산권과 관련해서는 민사소송 등을 제기할 수 있는 권리는 물론이고, 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 인하여 당해 권리를 침해받은 경우 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 해석하는 것이 타당하다.

이와 관련하여 헌법재판소는 지난 1993년 92헌마234 사건에서 다음과 같이 판시한 바 있다.

청구인은 위 고소사건의 고소인이 아니므로 청구인의 이 사건 소원심

686) BVerfGE 31,275. “청구인 중 집중관리단체는 적격성을 결여하고 있다. 청구인은 계약에 의해 실연자의 권리를 수탁 받아 이를 관리하고 있으며, 필수적인 행정 비용을 제외하고 모든 수익을 위탁자에게 분배하고 있다. 실연자와 음반제작자의 동의가 없다면, 수익을 문화적 또는 사회적 목적으로 사용할 수 없다. 법적 측면에서 이들은 - 그 형태와 무관하게- 사법상의 법인이며, 그들의 구성원이 행사할 수 있는 청구권을 공동으로 행사한다. 동 단체는 마치 추심업자와 같이 거두어들인 수익을 권리자들에게 전달한다. 권리자와 단체 사이의 신탁계약에 의해 단체는 형식상 권리자가 되지만, 경제적 의미에서 권리는 여전히 위탁자에 속한다. 따라서 이러한 단체는 자신이 가진 기본법 제14조상의 재산권이 침해되었음을 주장할 수 없다. 헌법재판소에서의 헌법재판에서 소송대리는 허락되지 않는다.” 이 결정에 관해서 자세한 것은 이 보고서 제2장 제2절 II. 5 참고.

687) 오승중, 저작권법, 박영사, 2008, 934-934면; 서울고등법원 1996.7.12. 선고 95나 41279 판결.

판청구의 적격이 문제되나 형사소송법 제225조 제2항에서 피해자가 사망한 경우 그 배우자, 직계친족 또는 형제자매에게 고소권을 인정하고 있는 취지에 비추어 볼 때, 피해자인 고소인이 고소 후에 사망한 경우 피보호법익인 재산권의 상속인은 자신들이 따로 고소를 할 것 없이 피해자 지위를 수계하여 피해자가 제기한 당해 고소사건에 관한 검사의 불기소처분에 대하여 항고·재항고도 할 수 있고 또한 헌법소원심판도 청구할 수 있다고 보는 것이 당연하다. 이러한 견해에서 볼 때 피해자인 고소인이 제기한 재항고의 기각통지를 받은 청구인(고소인의 처)이 제기한 이 사건 헌법소원심판청구는 적법하다.⁶⁸⁸⁾

즉, 기본권은 원칙적으로 일신전속적이기 때문에 청구인이 사망하면 당해 청구인이 제기한 헌법소원심판은 종료하지만, 당해 헌법소원의 대상이 재산권과 같이 일신전속성이 상대적으로 약한 기본권인 경우에는 청구인이 사망한 이후에도 상속인에 의한 헌법소원절차의 수계가 가능하다고 판단한 것이다.⁶⁸⁹⁾

독일 연방 헌법재판소도 구체적으로는 다르지만 이와 비슷한 관점에서 Zeitschriftenauslage 사건에서 청구인인 신탁관리단체의 헌법소원 청구인적격을 인정한 바 있다.⁶⁹⁰⁾

688) 헌법재판소 1993.07.29. 선고 92헌마234

689) 김하열, 헌법소송법, 박영사, 2018, 425면.

690) BVerfGE 77, 263. “청구인은 헌법소원을 제기하는 데 있어 적격성을 가진다. 연방 헌법재판소법 제90조 제1항에 따라 소원의 대상이 된 공권력의 행사로 인해 자신의 기본권이 침해된 사람은 헌법소원을 제기할 수 있다. 청구인이 이러한 주장을 할 수 있는지에 대해서는 의문이 제기된다. 동 단체는 단지 저작자를 위해 보상청구권을 주장할 수 있는 권한만을 가지고 있으며, 법 제27조 제1항 제1문의 범문에 따라 권리자는 여전히 저작자이다. 그럼에도 불구하고, 저작자는 스스로 권리를 행사할 수 없으며, 그의 권리는 범문에 따라 신탁관리단체에 의해 서만 행사되도록 정해져 있다. 이에 따라 일반법원과 일반법의 관점에서 청구인은 원고적격을 가진다. …(중략)… 하지만 신탁관리단체의 권리자성을 단지 형식적인 것이라고 평가한 것이, 입법자가 보상청구권을 “신탁관리단체의무적 (verwertungsgesellschaftspflichtig)”, 즉 신탁관리단체에게 부여한 이후에도 여전히 유지되어야 하는지에 대해서는 의문이 제기된다. 이렇듯 법개정을 통해 신탁관리단체만이 보상청구권을 행사할 수 있도록 한 이유 중에는 저작자에게 권리 행사를 현실적으로 더욱 용이하도록 하기 위한 측면도 있다. 또 다른 한 가지는 - 이미 언급한 바와 같이- 부조적 및 지원적 기관을 강화하고 진흥하기 위한 것

이러한 취지에 비추어 볼 때 저작자로부터 저작재산권을 이전받고, 이와 관련해서 민사소송 등을 제기할 수 있는 권리를 가진 저작권신탁관리업자는 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 인하여 당해 권리를 침해받은 경우 헌법재판소에 제68조 제1항의 헌법소원을 청구할 수 있다고 해석하는 것이 타당하다. 반면, 저작권신탁관리업자는 저작인격권을 이전받은 것은 아니므로 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 저작인격권을 침해받은 경우 헌법재판소에 제68조 제1항의 헌법소원을 청구할 수 없다.

한편, “저작재산권자, 배타적발행권자, 출판권자, 저작인접권자 또는 데이터베이스제작자의 권리를 가진 자를 위하여 그 권리의 이용에 관한 대리 또는 중개행위를 하는 업”으로 하는 저작권대리중개업자(저작권법 제2조 제27호)는 저작자로부터 어떠한 권리도 이전받지 않고, 어떠한 소권도 가지지 않으므로 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원을 청구할 수 없다.

2. 저작자의 헌법소송

가. 저작자의 위헌법률심판과 제68조 제2항의 헌법소원 인정 가능성

저작자가 민사소송을 제기하여 이 소송이 계속 중 헌법재판소법 제41조 제1항의 위헌법률심판제청신청을 한 경우, 법원이 이 제청신청을 인용하면 헌법소원심판청구의 청구인적격 문제는 발생하지 아니한다. 헌법재판소법 제41조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 당해 사건을 담당하는 법원(군사법원을 포함한다. 이하 같다)은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌 여부 심판을 제청한다.”라고 규정하여 당해 사건의 당사자가 위헌법률심판제청신청권이 있음을 알 수 있다. 따라서 당해 사건의 당사자 중 일방인 저작자는 위헌법률심판제청신청권이

이다. 이러한 기관(기금 등)은 경제적으로 개별 저작자가 아닌, 신탁관리단체에 속해 있다. 이렇듯 일부 영역에서 이루어지는 신탁관리단체의 독립화로 곧 동 단체가 기본법 제14조의 재산권을 주장할 수 있는 정도에 이르렀는지에 대해서는 굳이 판단할 필요가 없는데, 청구인은 소송상 권리행사에 대해 위임을 받은 자로서 헌법소원의 절차에서도 이 권리들을 행사할 권한이 있기 때문이다.” 이 결정에 관해서 자세한 것은 이 보고서 제2장 제2절 II. 8 참고.

있고, 신청을 받은 법원이 헌법재판소에 위헌 여부 심판을 제청하면 헌법재판소는 위헌법률심판을 하게 된다.⁶⁹¹⁾

저작자가 민사소송을 제기하여 이 소송이 계속 중 헌법재판소법 제41조 제1항의 위헌법률심판제청신청을 하였는데 법원이 이 제청신청을 기각하거나 각하하면 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 인정하는 것이 타당하다.

요약하면, 저작자는 위헌법률심판제청 신청은 물론, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 청구할 수 있다.

나. 저작자의 제68조 제1항의 헌법소원 인정 가능성

저작자가 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 인하여 지적재산권을 침해 받은 경우 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판을 청구하는 경우 헌법재판소는 저작자의 청구인적격을 인정하여 당해 헌법소원을 받아들이는 것이 타당하다. 이 경우 저작자는 헌법 제22조 제2항에서 보장하고 있는 지적재산권이라는 기본권을 침해당한 자에 해당하기 때문이다.

691) 저작권신탁관리업자가 민사소송을 제기하여 이 소송이 계속 중 헌법재판소법 제41조 제1항에 따라 수소법원이 직권으로 위헌법률심판제청을 한 경우에는 청구인적격의 문제는 발생하지 아니한다.

제5장 요약 및 제언

이 연구는 제22조 제2항의 이해와 그것과 제23조의 관계, 지적재산권과 관련하여 헌법실무적으로 제기하는 쟁점을 도출한 후 이 쟁점에 대하여 이론적 처방을 제시하는 것을 목적으로 하였다. 이러한 목적을 달성하기 위하여 제1장에서는 헌법재판소의 결정 중 지적재산권과 관련한 결정을 추려서 그 내용과 헌법이론적 의의는 무엇인지, 학계의 논의 중 지적재산에 관한 헌법이론적 접근을 한 결과물을 추려서 그 동향은 어떠한지 살펴보았다. 그리고 제2장에서는 미국, 독일을 중심으로 지적재산권에 관한 헌법이론적 논의의 성과와 동향을 살펴보았다. 제3장에서는 지적재산권의 헌법적 보호 근거로 인식되는 헌법 제22조 제2항과 제23조의 헌법적 의미를 해명하고, 그에 근거하여 헌법 제22조 제2항과 제23조의 관계를 살펴보았다. 제4장에서는 헌법실무적으로 제기되는 쟁점인 지적재산권을 침해받은 자가 당해 지적재산권 규정의 위헌성을 주장하는 헌법소송을 제기할 때 어떤 심사기준으로 위헌 여부를 판단할 것인지, 지적재산권을 침해한 자가 당해 지적재산권 규정의 위헌성을 주장하는 헌법소송을 제기할 때 어떤 심사기준으로 위헌 여부를 판단할 것인지, 지적재산의 창작에 기여하였으나 지적재산권을 부여받지 못한 사람의 기본권 침해 심사 방법, 저작자와 저작재산권자가 분리되는 경우 헌법소원심판을 통하여 기본권 침해를 다룰 수 있는 사람은 누구인지 등에 대하여 살펴보고 처방을 제시하였다.

지금까지 논의의 핵심을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 지적재산권을 이르는 용어는 지식재산권, 지적소유권, 지재권, 공업소유권, 산업재산권 등 다양하다. 그런데 연구진은 지적재산권의 대상(지적재산권 중 저작권은 지식이 아니라 표현이 그 보호대상이며, 특허권 등의 경우도 지식 그 자체가 보호대상이 아니라 그 중에서 일정한 요건을 갖춘 경우에만 특허권 등의 지적재산권으로 보호한다)과 권리의 특성(지적재산권은 소유권의 특성인 배타적 권리성을 필연적으로 요구하지는 않는다) 등에 비추어 지적재산권이라는 용어가 가장 적합한 학술용어이자 법률용어라고 판단하였다. 따라서 이 보고서에서는 일관되게 이와 같은 용어를 사용하는 것을 원칙으로 하였다. 그리고 우리 헌법재판소는 기존 결정례에서 지적재산권과 지식재산권이

라는 용어를 혼용하고 있음을 밝히고 앞으로 지적재산권이라는 용어를 사용할 것을 권고하였다.

둘째, 우리 헌법재판소는 2002년 실용실안법 제34조에 대한 결정을 시작으로 지적재산권에 관하여 총6건의 본안 판단을 하였다. 주제별로 보면 지적재산권자가 지적재산권법의 위헌성을 주장한 경우(실용실안법), 일반 시민이 지적재산권법의 위헌성을 주장한 경우(표지갈이), 지적재산권법에 의하여 일정한 의무를 부과받은 온라인서비스제공자가 위헌성을 주장한 경우(저작권법 제104조), 저작물을 창작하였으나 지적재산권을 부여받지 못한 자가 위헌성을 주장한 경우(저작권법 제9조 직무저작물) 등이 있다. 심사기준별로 보면 과잉금지원칙이 위헌 심사 기준으로 동원된 경우, 명확성의 원칙, 신뢰보호의 원칙 등 기타 심사 기준이 동원된 경우 등이 있다.

셋째, 지적재산권의 보장에 대하여 미국, 브라질과 같이 헌법에 명시하고 있는 국가도 있지만, 독일, 일본과 같이 많은 국가는 지적재산권의 보장에 대한 명시적 규정을 헌법에 규정하고 있지 않다. 지적재산권에 관하여 헌법에 명시적 규정을 둔 국가에서는 각기 자국의 헌법 규정의 태도와 표현에 따라 헌법해석론을 전개하고 있다. 반면 지적재산권의 보장에 대한 규정을 헌법에 명시하지 않는 국가에서는 재산권과 인격권의 해석론을 통하여 지적재산권을 보호하고 있다. 따라서 헌법상 지적재산권의 보장에 대한 규정이 없다고 해서 헌법상 보호가 부정되는 것이 아니라 해석론을 통하여 그 근거를 찾고 그에 따라 지적재산권을 보호하고 있다.

넷째, 헌법 제22조 제2항이 지적재산권과 인격권 모두의 헌법적 근거가 될 수 있는지에 관하여 견해의 대립이 있다. 우리나라의 일반적인 견해는 헌법 제22조 제2항은 그 체계상 학문과 예술의 자유와의 연관성에서 인간의 독창적인 창작물을 보호하는 규정으로서 지적재산권의 재산적 이익과 인격적 이익 양자를 보장하는 헌법적 근거라고 이해하고 있는 것으로 보인다. 그러나 이와 다른 몇몇 견해가 있다. 우선 헌법 제22조 제2항은 저작인격권의, 제23조는 저작재산권의 헌법적 근거라는 주장이다. 반면, 독일의 해석론을 받아들여 지적재산권은 헌법 제22조 제2항에서, 저작인격권은 제10조 인간의 존엄과 가치 규정에 근거한다는 견해가 있다. 그런데 우리 헌법 제22조 제2항은 “저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.”고 규정하고 있을 뿐이다. 법문의 구조상 나열한 창작자의 권리를 법률로써 보호한다는

의미일 뿐, 권리의 내용이 재산권적 이익이나 인격권적 이익으로 제한하고 있지 않고, 조문위치상으로도 이러한 제한을 인정할 이유가 없다. 따라서 어떠한 내용을 그 권리의 내용으로 할 것인가는 입법형성권에 남겨져 있다. 나아가 우리 헌법 제22조 제2항은 제22조 제1항 학문과 예술의 자유와 같은 조문에서 규정되어 있다. 이것은 창작자의 보호가 단지 재산권의 보호에 국한되지 않는다는 점을 확인하는 것이다. 따라서 연구진은 국내의 일반적인 견해를 지지하였다.

다섯째, 제22조 제2항에 근거한 지적재산권의 범위에 관하여 견해의 대립이 있다. 우리나라의 일반적인 견해는 헌법 제22조 제2항을 저작권, 특허권, 실용신안권, 상표권, 퍼블리시티권, 영업비밀 등 모든 지적재산권의 헌법적 근거로 해석한다(이원설). 그러나 연구진은 헌법 제22조 제2항의 요건 중 하나가 창작자이고 이러한 창작자의 핵심요소가 창작성에 있다고 한다면, 이러한 요건에 부합하지 않는 대상에 대한 보호의 헌법적 근거를 헌법 제22조 제2항에서 구하는 것은 타당하지 않다고 판단하였다. 즉, 미국의 학설과 연방대법원 판례와 같이 인간의 지적 창작물을 보호대상으로 하지 않고 영업상의 표지에 화체된 영업상의 신용, 즉 상품이나 서비스에 대한 품질 및 동일성의 보장을 통하여 공정한 경쟁과 소비자의 보호를 동시에 보장하는 상표권, 퍼블리시티권, 영업비밀 등의 보호는 헌법 제22조 제2항이 아니라 제23조 재산권에 근거한 것으로 이해하는 것이 타당하다고 판단하였다.(이원설).

여섯째, 이러한 논의를 바탕으로 헌법 제23조 재산권 규정과 헌법 제22조 제2항의 구체적 관계를 확정하였다. 이에 대해서 (i) 우리나라의 일반적인 견해는 명시적으로 서술하고 있지는 않지만, 헌법 제22조 제2항과 제23조는 지적재산권을 중첩적으로 보장하고 있는 것으로 보고 있다(중첩적 보장설). 그러나 이와는 달리 (ii) 헌법 제22조 제2항은 제23조와 성격이 다르므로 분리되어 이해하여야 하고, 지적재산권은 제22조 제2항에 의하여 독자적으로 보장되는 것이라는 제22조 제2항 독자적 보장설이 유력하게 주장된다. 이 견해는 하나로 포섭하여 설명할 수 없는 매우 다양한 논거를 배경으로 주장된다. 연구진은 위의 두 견해와 구별되는 견해를 제시하였다. 즉, “지적재산권의 본질 중 가장 주요한 것이 재산적 이익이고, 제23조의 보호대상에 지적재산권도 포함된다고 해석하는 것이 일반적인 해석론이며, 비교법론적으로 보았을 때 우리 헌법 제22조 제2항과 같은 규정을 가지고 있지 않은 대부분의 국가가

지적재산권 보호의 헌법적 근거를 재산권 보호 규정에서 찾고 있는 것을 보면, 제22조 제2항과 제23조는 지적재산권을 중첩적으로 보호하고 있는 것이라고 인정하는 것이 타당하다고 생각한다. 그러나 좀 더 엄격하게 양자의 관계에 대담한다면, 지적재산권에 관하여는 제22조 제2항과 제23조가 중첩적으로 보장되지만, 제22조 제2항이 우선적용된다고 해석하는 것이 타당하다. 단, 이런 경우에도 헌법 제22조 제2항에 의하여 보호되는 지적재산권이 재산권에 해당한다면, 헌법 제23조 재산권의 보호범위 확정, 재산권의 내용규정에 대한 사회적 기속성이나 조정적 보상의무를 수반하는 재산권의 내용 규정 및 재산권에 대한 공용수용에 대한 정당보상 등의 헌법이론은 헌법 제22조 제2항의 해석론으로 동원되어 충실하게 적용되어야 한다고 할 것이다. 그러나 제22조 제2항과 제23조를 일반법과 특별법 관계로 표현하는 것은 적절하지 못하다. 제22조 제2항은 학문과 예술의 발전이라는 궁극적인 목적을 위하여 창작자를 보호하는 규정이며, 창작자의 재산적 이익의 보호만이 아니고 창작자의 인격적 보호의 근거가 될 수 있다. 요약하면, 헌법 제22조 제2항은 창작자의 재산적 이익을 보호하는 범위에서 헌법 제23조 재산권규정의 특별규정이라는 측면도 있지만, 독자적 의미를 가지고 있는 것으로 파악하는 것이 타당하다.

일곱째, 이상의 논의를 바탕으로 지적재산권자가 현행 지적재산권법 규정에 대하여 헌법소송을 제기하면 다음과 같이 처리할 것을 제안하였다. 우선 지적재산권자가 현행 지적재산권법 규정으로 인하여 자신의 지적재산권이 침해되었다고 헌법소원을 제기하는 경우 헌법재판소는 헌법 제23조 재산권이 아닌 제22조 제2항을 관련 기본권으로 확정하여야 한다. 그리고 그 제한이 정당한 것인지 심사하는 기준은 원칙적으로 제37조 제2항의 요건과 한계이다. 물론 이 때 가장 핵심적인 심사기준은 일반적인 헌법소원과 마찬가지로 과잉금지의 원칙이다. 한편, 당해 사건에서 문제된 쟁점에 따라 명확성의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 포괄위임 금지의 원칙 등 다른 헌법소원에서 사용하는 심사기준도 동원될 수 있다. 위헌법률심판이나 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 제기한 경우에도 그 구조와 심사기준은 원칙적으로 동일하다.

이러한 의미에서 헌법재판소가 실용신안권 사건에서 실용신안제도의 헌법적 근거를 우선 제22조 제2항에서 찾았음에도, 실용신안권이 재산적 가치가 있는 권리이므로 헌법 제23조 재산권에 의하여 보장되는 재산적 가치가 있는 권리라고 하면서 과잉금지의 원칙을 심사기준으로 적용한 것은 개선이 필요

하다.

여덟째, 지적재산권을 침해한 자가 당해 지적재산권법에 대하여 헌법소원을 제기하는 경우에는 관련 기본권 확정 단계에서 이용자의 이익이 독자적 기본권으로 인정될 수 있을 것인지 쟁점이 된다. 연구진은 이용자의 이익은 헌법상 민주주의원리와 문화국가원리에 따라 도출되는 국가의 적극적 행위의무를 통해 보장되는 헌법상 이익이라고 결론짓고, 이용자는 표현의 자유, 종교의 자유 등 그와 별도로 침해된 기본권을 주장하여 그 타당성을 인정받아야 비로소 헌법소원을 제기할 수 있다고 주장하였다. 문제된 공권력의 행사가 당해 기본권을 제한한 것인지, 제한하였다면 그 제한은 정당한지를 심사하여야 한다. 그리고 그 제한이 정당한 것인지 심사하는 기준도 원칙적으로 제37조 제2항의 요건과 한계이다. 한편, 당해 사건에서 문제된 쟁점에 따라 명확성의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 포괄위임 금지의 원칙 등 다른 헌법소원에서 사용하는 심사기준도 동원될 수 있음은 물론이다. 위헌법률심판이나 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 제기한 경우에도 그 구조와 심사기준은 원칙적으로 동일하다.

아홉째, 지적재산권과 관련된 첫 번째 특수문제로서 지적재산권을 부여받지 못한 창작자가 지적재산권을 부여하지 않은 현행 지적재산권법이 자신의 권리를 침해한다고 헌법소원을 제기한 경우 어떻게 처리하는 것이 타당한가? 우선 헌법재판소는 이 경우 당해 헌법소원의 적법성을 판단하는 단계에서 헌법소원을 제기자가 제22조 제2항의 보호범위에 있는 자인지 판단하고 이 보호범위 안에 있으면 제22조 제2항의 지적재산권을 관련 기본권으로 확정하여 제시하여야 한다. 이 과정에서 핵심은 헌법소송을 제기하는 자가 제22조 제2항의 요건 중 창작자의 요건을 갖추고 있는지 여부를 판단하는 것이다. 둘째, 문제된 공권력의 행사가 당해 지적재산권을 제한한 것인지, 제한하였다면 그 제한은 정당한지를 심사하여야 한다. 이미 설명한 것처럼 이 때 가장 중요한 심사기준이 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙이다. 즉, 헌법소원 제기자가 창작자로 인정되면 당해 지적재산권 규정이 이와 같은 창작자의 지적재산권을 필요한 경우에 한하여 최소한으로 침해하였는지 판단하여야 한다. 따라서 헌법재판소가 2016헌가12 사건에서 제22조 제2항이 입법자에게 지적재산권 형성의 넓은 입법형성권을 부여했다는 것을 전제로 입법형성권의 한계를 일탈하였는지 여부를 판단한 것은 적절치 않다. 입법형성권의 한계를 일탈하

였는지 여부를 판단하는 것은 과잉금지 원칙을 적용하는 과정에서 충분히 고려될 수 있다.

지적재산권을 부여받지 못한 창작자가 지적재산권을 부여하지 않은 현행 지적재산권법이 자신의 권리를 침해한다고 위헌법률심판이나 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 제기한 때 헌법재판소는 재판의 전제성을 심사하는 등 헌법소송법적인 차이뿐 아니라, 헌법 제22조 제2항의 성격을 어떻게 이해하느냐에 연동하여 본안 판단 여부가 달라질 수 있다. 즉, 헌법 제22조 제2항을 지적재산권을 도출하는 조항으로 인정하는 견해에 따르면 이 경우 헌법소원과 같이 본안 판단을 하는 동일한 결과를 가져온다. 그러나 헌법 제22조 제2항을 국가목표규정으로 이해하면 이 경우 헌법소원은 받아들여질 수 없어 각하하여야 하지만, 위헌법률심판이나 제68조 제2항의 헌법소원을 제기하면 본안판단을 할 가능성이 있다. 그러나 연구진은 헌법 제22조 제2항을 국가목표규정으로 이해하는 것은 타당하지 않다고 판단하였다.

열째, 지적재산권과 관련된 두 번째 특수문제인 저작권자와 저작권신탁관리업자의 헌법소송 인정 여부에 관해서는 저작권신탁관리업자와 저작권자가 헌법재판소법 제68조 제1항과 제2항의 헌법소원을 청구하는 경우 모두 청구적격을 인정하는 것이 타당하다고 결론지었다. 따라서 서울중앙지방법원 2018 가합529181 사건에서 한국음악저작권협회가 저작권법 제29조 제2항의 위헌 여부에 관한 심판 제청 신청을 하였는데 서울중앙지방법원이 이를 기각한 후, 한국음악저작권협회가 제68조 제2항의 헌법소원을 청구하였다고 가정하였을 경우 헌법재판소는 한국음악저작권협회의 청구능력을 인정하여 헌법소원을 받아들이는 것이 타당하다. 저작권자와 저작권신탁관리업자의 신탁계약이므로, 원칙적으로 수탁자인 저작권신탁관리업자가 실체법적 권리의 주체에 해당한다. 다만, 권리의 성질이 일신전속적인 성질을 가지는 저작인격권은 신탁관리의 대상이 아니므로 이전하지 않는다. 그러므로 저작권신탁관리업자는 저작자로부터 저작재산권을 이전받아 보유하고 행사할 수 있는 실체법적 권리 주체이며, 이를 보호하기 위한 일체의 소권을 보유하고 있다. 따라서 저작재산권과 관련해서는 민사소송 등을 제기할 수 있는 권리는 물론이고, 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 당해 권리를 침해받은 경우 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 해석하는 것이 타당하다. 그리고 저작자는 헌법 제22조 제2항에서 보장하고 있는 지적재산권을 침해당한 자이므로 제68조 제

1항의 헌법소원을 청구할 청구인적격이 있으며, 민사소송 등을 제기하여 이 소송의 계속 중 헌법재판소법 제41조 제1항의 위헌법률심판제청신청을 하였는데 법원이 이 제청신청을 기각하거나 각하하면 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 인정하는 것이 타당하다.

열한째, 연구진은 다음과 같은 이유로 헌법 제22조 제2항을 국가목표규정으로 이해하는 것은 타당하지 않다고 판단하였다. 하나, 오래전부터 대부분 나라가 재산권의 내용 중 하나로 인정하거나 독자적 권리로 인정하고 있는 지적재산권을 국가목표규정으로 해석할 이유가 없다. 둘, 우리 헌법 제22조 제2항은 기본권을 규정하고 있는 제2장 내에 위치하여 있고, “모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다.”는 관련되는 기본권 규정이면서도 서로 구별되는 독자적 의미가 있는 규정이 같은 조 안에 규정되어 있다. 셋, “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”는 혼인과 가족생활의 보호 규정도 기본권으로 해석하는 것이 일반적인 견해인데 “저작자·발명가·과학기술자 및 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.”는 표현 형식을 이유로 제22조 제2항을 국가목표규정으로 이해하는 것은 타당하지 않다. 결론적으로 헌법 제22조 제2항은 기본권 규정으로 이해하는 것이 타당하다.

참고문헌

I. 국내문헌

1. 단행본

- 계희열, 『헌법학(중)』, 박영사, 2007.
- 국회도서관 편, 『헌법제정회의록(제헌국회)』, 헌정사자료 제1집, 대한민국 국회도서관, 1967.
- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010.
- 김기태, 『신저작권법의 해석과 적용』, 세계사, 2007.
- 김윤명, 『퍼블릭도메인과 저작권법』, 커뮤니케이션북스(주), 2009.
- 김원준, 『산업재산권법』, 오래, 2012.
- 김준호, 『민법강의』, 법문사, 1999.
- 김하열, 『헌법강의』, 박영사, 2018.
- 류중현, 『현대 저작권의 쟁점과 전망』, 커뮤니케이션북스, 2008.
- 문삼섭, 『상표법』, 세창출판사, 2004.
- 문홍주, 『제6공화국 한국헌법』, 해암사, 1987.
- 미국헌법학회, 『미국헌법연구』, 통권 제1호, 1990.
- 방석호, 『디지털 시대의 미디어와 저작권』, 커뮤니케이션북스, 2007.
- 방석호·정상조 편저, 『정보통신과 디지털법제』, 커뮤니케이션북스, 2004.
- 법제처, 『헌법주석서 I』, 2015.
- 사법연수원, 『중국법』, 2009.
- 손승우, 『지식재산권법의 이해』, 도서출판 동방출판사, 2016년
- 송영식 외 2인, 『지적재산법(10정판)』, 세창출판사, 2009.
- 송영식, 『지적소유권법(상)』, 육법사, 2008.
- 송영식·이상정·황종환, 『지적소유권법(상)』, 육법사, 2005.
- 송영식·이상정·김병일, 『지적재산법』, 세창출판사, 2018.
- 양건, 『헌법강의』, 박영사, 2019.

- 오병철, 『디지털정보계약법』, 법문사, 2005.
- 오승중, 『저작권법』, 박영사, 2008.
- 오승중·이해완, 『저작권법』, 박영사, 2000.
- 유진오, 『헌법해의(제14판)』, 일조각, 단기 4292년(서기 1959년).
- 이규호, 『저작권법(제6판)』, 진원사, 2017.
- 이상정, 『미래 저작권 정책방향 수립을 위한 연구』, 저작권위원회, 2016.
- 이호홍, 『초상권에 관한 연구 -저작권법상의 입법적 규율을 중심으로-』, 저작권심의조정위원회, 2001.12.
- 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2008.
- 장주영, 『미국저작권관례』, 육법사, 2003.
- 전광석, 『한국헌법론』, 집현재, 2018.
- 정상조 편, 『저작권법 주해』, 박영사, 2007.
- 정상조, 『데이터베이스의 보호방안 연구』, 한국소프트웨어진흥원, 2000.
- 정상조, 『지적재산권법』, 홍문사, 2004.
- 정상조·박성수 공편, 『특허법주해 I』, 박영사, 2010.
- 정중섭, 『기본권의 개념』, 금봉어, 2007
- 정중섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2016.
- 정진근, 『미래 저작권환경에 적합한 저작권법개정을 위한 연구(I)』, 한국저작권위원회, 2016.
- 정찬모 외 4인 공저, 『디지털 저작물과 이용자의 권리』, 정보통신정책연구원, 2003.
- 최경수, 『저작권법 개론』, 한울, 2010.
- 최정열·이규호, 『부정경쟁방지법-영업비밀보호법제』, 진원사, 2019.
- 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2019.
- 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2008.
- 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2019.
- 허영, 『헌법이론과 헌법』, 박영사, 2019.
- 허희성, 『2007 신저작권법 축조해설(상)』, 명문프리컴, 2007.
- 홍성방, 『헌법학』, 현암사, 2008.
- 홍성태·오병일 외 지음, 『디지털은 자유다 - 인터넷과 지적재산권의 충돌』, 이후, 2000.

황의창·황광연, 『부정경쟁방지 및 영업비밀보호법(제6판)』, 세창출판사, 2011.

황적인·정순희·최현호, 『저작권법』, 법문사, 1988.

2. 논문

강태수, “기본권의 보호영역, 제한 및 제한의 한계, 한국에서 기본권의 형성과 발전”, 허영교수 화갑기념 논문집, 1997.

강태수, “분리이론에 의한 재산권체계 및 그 비판에 대한 고찰”, 헌법학연구 (10권 제2호), 2004. 6.

강태수, “한국헌법상 경제질서와 재산권 보장의 특성”, 경희법학(제40권 제2호), 경희대학교 법학연구소, 2005.

강태수, “현대국가에서 기본권내용의 개방적 전개와 문제점”, 공법연구(제32권 제4집), 2004.

강태수, “담배소송의 헌법적 쟁점 - 헌법재판소 결정을 중심으로 -”, 경희법학(제50권 제2호), 2015. 6

김광수, “독일공법상에 재산권 보장과 국가책임 확장이론”, 서울대 박사학위 논문, 1994.

김근우, “저작권인격권에 관한 연구”, 법학박사학위논문, 경희대학교 대학원, 2008. 2.

김문현, “헌법 제23조”, 헌법주석(I), (사)한국헌법학회 편, 박영사, 2013.

김원준, “의약품 특허의 강제실시권 비교법적 고찰”, 법학연구, 2015. 1.

김주영, “정보시장에 대한 헌법규정에 관한 소고”, Law & Technology(제3권 제6호), 서울대학교 기술과법센터, 2007.

김현경, “헌법상 재산권 보장과 저작재산권 제한규정의 정합성에 관한 연구”, 계간저작권(2013 여름호), 2013.

김혜선·이규호, “음악 산업에 있어서 배타적발행권에 관한 연구”, 정보법학(제19권 제2호), 2015. 8.

남희섭, “저작권보호의 균형”, 정찬모 외 4인, 디지털저작권과 이용자의 권리, 정보통신정책연구원, 2003.

박상희, “공용침해의 요건에 관한 연구”, 고려대 박사학위논문, 1993.

- 박성호, “업무상 작성한 저작물의 저작권 귀속”, 한국저작권논문선집 I, 저작권심의조정위원회, 1992.
- 박성호, “지적재산권과 인권”, 과학기술과 인권, 당대, 2001.
- 박성호, “지적재산권과 정보공유”, 방석호·정상조 편저, 『정보통신과 디지털 법제』, 커뮤니케이션북스, 2004.
- 박성호, “지적재산권에 관한 헌법 제22조 제2항의 의미와 내용”, 법학논총(제24권 제1호), 한양대학교 법학연구소, 2007.
- 박영길, “EU의 데이터베이스권(sui generis rights)에 관한 약간의 검토”, 지적소유권법연구(통권 제5권), 2001.
- 박준석, 인격권과 구별된 퍼블리시티권을 인정할지에 관한 고찰 - 최근의 비판론에 대한 논리적 재반박을 중심으로 -, 서울대학교 법학, 제56권 제4호(2015. 12.),
- 배대현, “현행 저작권법상 저작인격권의 법리에 관한 검토”, 산업재산권법(제21호), 한국산업재산권법학회, 2006.
- 신혜원, “저적재산권의 입법형성에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2017.
- 양효령, “중국의 지적재산권 보호제도”, 기업법연구(제21권 제1호, 통권28호), 한국기업법학회
- 육중수, “헌법상 무체재산권의 보장”, 공법연구(제15집), 한국공법학회, 1987.
- 윤영미, “재산권 보장과 헌법재판소의 역할”, 헌법학연구(제21권 제3호), 2015. 9.
- 이강혁, “정신적 재산권의 헌법적 보장: 저작권을 중심으로”, 고시연구, 1986.
- 이규호, “음악저작물에 관한 신탁관리계약에 있어 신탁관리단체, 저작권자와 이용자 상호간의 법률관계”, 정보법학(제20권 제1호), 한국정보법학회, 2016.
- 이규홍, “저작권법상 기술적 보호조치의 법적 보호에 관한 연구 - 헌법적 한계를 중심으로”, 법학박사학위논문, 연세대학교, 2009.
- 이규홍, “특수한 유형의 온라인서비스제공자에 부과된 필요한 조치의무 관련 조항의 합헌성(저작권법 제104조 등 위헌소원)”, 계간저작권(2011년 여름호), 2011.
- 이규홍, 정, “헌법 제22조 제2항 관련 개헌론에 관한 소고”, 법조(통권 제650호), 2010.11.

- 이달휴, “근로자의 비밀유지의무와 영업비밀”, 중앙법학(제11집 제2호), 2009. 8.
- 이덕연, “보상없는 재산권제한의 한계에 관한 연구”, 헌법재판연구(9집), 1997.
- 이상정, “산업디자인의 법적 보호에 관한 연구”, 법학박사학위논문, 서울대학교 대학원, 1995.
- 이상정, “저작권 집중관리단체의 선진화를 위한 제도개선 방향과 과제”, 문화체육관광부 주최/한국저작권위원회 주관, 제4회 저작권 제도개선 토론회, 2011. 5. 12.
- 이시우, “지적재산권의 헌법적 의미에 관한 소고”, 계간 저작권, 1996.
- 이영록, “유진오 헌법사상의 형성과 전개”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원 법학과, 2000. 8.
- 이영록, “저작권 보호기간의 헌법적 한계에 관한 연구 -미국의 저작권 보호기간 연장과 그 영향을 중심으로”, 연세대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2004.
- 이영록, “퍼블리시티권에 관한 연구(I) - 그 주체·객체에 대한 미국에서의 논의를 중심으로-”, 저작권심의조정위원회, 2003
- 이영희·이재진, “헌법적 공공복리와 저작재산권 제한으로서의 공정이용”, 언론과법(제18권1호), 2019. 4.
- 이인호, “정보인권 논의가 시사하는 헌법학적 프레임”, 법학연구(제3호), 가톨릭대학교 법학연구소, 2008.8.
- 이인호, “지적재산권의 헌법적 한계-헌법상의 언론자유조항과 지적재산권조항의 긴장과 조화”, CLIS Monthly, 정보통신정책연구원, 2002.
- 정상조, “저작권법에 의한 데이터베이스 보호의 문제점”, 정보통신과 디지털 법제, 커뮤니케이션북스, 2004.
- 정태호, “국가배상법상의 유책요건은 위헌인가? - 부론: 위헌적 긴급조치에 대한 국가배상청구의 가능성에 대한 검토 -”, 충남대 법학연구(30권 1호), 2009.
- 정필운, “기본권 신설 동향과 지향: 새로운 미디어 환경을 헌법은 어떻게 수용하여야 하는가?”, 미디어와 인격권(제4권 제1호), 2018.
- 정필운, “정보사회에서 지적재산의 보호와 이용에 관한 헌법학적 연구-저작물을 중심으로-”, 박사학위논문, 연세대학교 대학원 법학과, 2009.
- 정필운, “행정정보 데이터베이스의 관리 : 헌법적 의미와 요청 및 생명주기에

- 다른 권리”, 인터넷법률(통권 제39호), 법무부, 2007.7.
- 정필운, “헌법 제22조 제2항 연구”, 법학연구(제20권 제1호), 연세대학교 법학연구원, 2010.
- 최갑선, “헌법 제23조 1항 2문에 의거한 재산권의 내용 및 한계규정”, 계획열 박사 화갑기념 논문집, 1995.
- 최병규, “지적재산권과 헌법의 관계”, 지적재산권, 한국지적재산권법제연구원, 2005.
- 최정환, “유튜브 채널의 인기스포츠 독점중개”, 한국엔터테인먼트법학회 제1회 심포지움자료, 2006.4.
- 표명환, “독일연방헌법재판소의 자갈채취판결의 의미”, 토지공법연구(제35권), 2007. 2.
- 피용호, “특허권의 수용·실시에 관한 법령 개정방안 연구”, 한남대 산학협력단, 2010.
- 한수웅, “재산권의 내용을 새로이 형성하는 법규정의 헌법적 과제”, 저스티스(제32권 제2호), 1999.
- 한지영, “데이터베이스의 법적 보호에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2005.
- 홍강훈, “분리이론·경계이론을 통한 헌법 제23조 재산권조항의 새로운 구조적 해석”, 공법연구, 제42권 제1호(2013).
- 황적인, “지적소유권의 본질과 지위”, 경제법·상사법논문집(춘강 손주찬교수 정년기념), 박영사, 1989. 11.

3. 번역문헌

- 나카야마 노부히로 저, 윤선희 편역, 『저작권법』, 법문사, 2008
- 로렌스 레식 지음, 이주명 옮김, 『자유문화: 인터넷 시대의 창작과 저작권 문제』, 필맥, 2005
- 수진 셀 지음, 남희섭 옮김, 『초국적 기업에 의한 법의 지배』, 후마니타스, 2009.

II. 외국문헌

1. 단행본

- Andreas Paulus, “Urheberrecht und Verfassung”, in: Thomas Dreier & Reto Hilty (eds.), Vom Magnettonband zu Social Media: Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG), C.H. Beck, 2015.
- Brun-Otto Bryde, Art. 14 in: I. v. Münch (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar. Christian Kobold, Property Rights und Urheberschutz, in Claus Ott Hans-Bernd (Hg.), Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen, Beiträge zum IV. Traventünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts 23.-26. März, 1984.
- Christophe Geiger, Droit d’Auteur et droit du public a l’information, Paris: Litec, 2004.
- De Boor, Konstruktionsfragen im Urheberrecht, URITA 16, 1944.
- Edward C. Walterscheid, The Nature of the Intellectual Property Clause: A Study in Historical Perspective, William S. Hein & Co., 2002.
- G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905.
- Gillian Davies, Copyright and the Public Interest, Sweet&Maxwell, 2002.
- Haimo Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 8th ed., Mohr Siebeck, 2017.
- J. Rozek, Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung: eine Bestandsaufnahme zur dogmatischen Struktur des Art. 14 GG nach 15 Jahren “Naßauskiesung, Habilitationsschrift, 1998.
- Kal Raustiala & Christopher Sprigman, The Knockoff Economy: How Imitation Sparks Innovation, 2012.
- Laurence H. Tribe, American Constitutional Law(3d ed.), 2000.
- Lawrence Lessig, Free Culture : How big uses technology and the law to

- lock down culture and control creativity, The Penguin Press, 2004.
- Mark A. Lemley, Peter S. Menell, & Robert P. Merges, Intellectual Property in the New Technological Age: 2016, IV-6, 2016.
- Mark J. Davison, The Legal Protection of Database, Cambridge Studies in Intellectual Property Rights, 2003.
- Meville B. Nimmer and David Nimmer, Nimmer on Copyright, Matthew Bender & Company, Inc., a member of the LexisNexis Group, 2004.
- Paul Goldstein, Copyright, Patent, Trademark and Related State Doctrine, Cases and Materials on the Law of Intellectual Property, Foundation Press, 2004.
- Roger E. Schechter, Intellectual Property : The Law of Copyrights, Patents and Trademarks, Thomson West, 2003.
- Sachs, Verfassungsrecht II - Grundrechte, 2000.
- T. Kingreen/R. Poscher, Grundrechte - Staatsrecht II, 33. Aufl., 2017.
- W. Leisner, Sozialbindung des Eigentums, 1972.
- Walter Leisner, § 149 Eigentum, Josef Isensee · Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Vol. VI, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 2001.
- 加戸守行, 『著作権法逐條講義』, 社團法人著作権情報センター, 2006.
- 金井高志, 民法でみる知的財産権法, 日本評論社, 2008.
- 棚橋祐治・高倉成男, 知的財産法 I, 北樹出版, 2006.
- 山下健次・畑中和夫 編, 『憲法入門』, 法律文化社, 1996.
- 松田政行, 同一性保持権の研究, 有斐閣, 2006.
- 栗城壽夫, “憲法と財産権”, 『公法研究』, 第51号, 1989.
- 中山信弘, 『著作権法』, 有斐閣, 2007.
- 樋口陽一 外, 『注釋 日本國 憲法 上』, 青林書院, 1984.

2. 논문

- Badura, Eigentumsschutz des Eigentumsbetriebes, AöR 98, 1973.
- Barton Beebe, Intellectual Property Law and the Sumptuary Code, 123 Harv. L. Rev. 809, 814, 2010.
- Battis, Eigentumsschutz und Entschädigung, NVwZ, 1982.
- Caroline T. Nguyen, Notes, Expansive Copyright Protection for All Time? Avoiding Article I Horizontal Limitations Through the Treaty Power, 106 Colum. L. Rev. 1079, 1105-06, 2006.
- Debora Halbert, Theorizing the Public Domain : Copyright and the Development of a Cultural Commons, William T. Gallagher (ed.), Intellectual Property, Ashgate, 2007.
- Edwin C. Hettinger, Justifying Intellectual Property, David Vaver (ed.), Intellectual Property Rights-Critical Concepts in Law-, Vol. I., Routledge, 2006.
- Edwin C. Walterscheid, To Promote the Progress of Science and Useful Arts: The Background and Origin of the Intellectual Property Clause fo the United States Constitution, 2 Intell. Prop. L. 1, 1994-1995.
- Hans-Jürgen Papier/Martin Dippel, Die Rückübertragung enteigneter Warenzeichen nach dem Vermögensgesetz, GRUR 1991.
- Howard B. Abrams, Eldred, Golan and Their Aftermath, 60 J. Copyright Soc'y U.S.A. 491, 508, 2013.
- Jessica Litman, Revising Copyright Law for the Information age, in A. Thierer, W. Crews (ed.), Copyfights: The Future of Intellectual Property in the Informational Age, Cato Institute, 2002.
- K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1.
- Kal Raustiala & Christopher Sprigman, The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design, 92 Va. L. Rev. 1687, 1691, 2006.
- Kischel, Wann ist die Inhaltsbestimmung aufgleichspflichtig?, JZ 2003.

- Margaret Chon, Postmodern “Progress”: Reconsidering the Copyright and Patent Power, 43 DePaul L. Rev. 97, 104, 1993.
- Mark Rose, Nine-Tenths of the Law : The English Copyright Debates and the Rhetoric of the Public Domains, 66 Law&Contemp. Probs 33, Winter/Spring, 2003.
- N. Orly Leventer, Google Book Search und vergleichendes Urheberrecht: Unter Heranziehung des deutschen und des US-amerikanischen Rechts, Nomos, 2012.
- Philip M. Duclos, Three Cheers for Treconomics: The Future of Copyright Doctrine According to Star Athletica and Star Trek, 27 Cornell J.L. & Pub. Pol’y 207, 212, 2017.
- Richard A. Posner, The Law and Economics of Intellectual Property, David Vaver (ed.), Intellectual Property Rights-Critical Concepts in Law-, Vol. I, Routledge, 2006.
- Simone A. Rose, The Supreme Court and Patents: Moving Toward a Postmodern Vision of “Progress”?, 23 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 1197, 1221, 2013.
- Thomas Körber, Grossereignisse und Übertragungsrechte, Verlag C.H.Beck, 2007.
- Tyler T. Ochoa, Origins and Meanings of the Public Domain, 28 Dayton L. Rev. 215, 2002.
- William W. Fisher, Theories of Intellectual Property, S. Munzer (ed), New Essays in the Legal and Political Theory of Property, Cambridge University Press, 2000.
- Yavar Bathaee, Note, A Constitutional Idea-Expression Doctrine: Qualifying Congress’ Commerce Power When Protecting Intellectual Property Rights, 18 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 441, 445, 2008.
- Yochai Benkler, Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain, 66 Law & Contemp. Probs. 173, 2003.
- 大日方信春, “著作権をみる憲法學の視点について”, 熊本法學(第114號), 2008. 6.

줄임말표

현재: 헌법재판소 또는 헌법재판소 결정례

art.: article(조)

BVerfG: Bundessverfassungsgericht(독일 연방 헌법재판소)

BVerfGE: Entscheidungen Bundessverfassungsgericht(독일 연방 헌법재판소 결정)

C.C.: Conseil Constitutionnel(프랑스 헌법위원회)

ch.: chapter(장)

cl.: Clause(항, 규정)

DC: Déclarations de Conformité et la constitution(프랑스 헌법위원회 결정)

ed.: editor(편집자)

F. 2d: Federal Reporter, second series

F. 3d: Federal Reporter, third series

GG: Grundgesetz(독일기본법)

H. Rep.: House of Representatives of the United States(미국 연방하원)

L. J.: Law Journal(로 저널)

L. Rev.: Law Review(로 리뷰)

op. cit.: opere citato (앞의 책)

Rn.: Randnummer(방주)

S.: Seit(쪽)

U.S.: United States Supreme Court Decisions Reports(United States Government Printing Office, Washington)(미국 연방대법원 판례집)

v. versus(대)

연구자 약력

책임연구원 정 필 운

연세대학교 법학박사

現한국교원대학교 교수

한국헌법학회 회원, 前재무이사, 現학술이사, 現편집위원

University of California, Berkeley, School of Law, Visiting Scholar

한국전산원(현재 한국정보화진흥원) 선임연구원

공동연구원 강 태 수

독일 Bonn 대학교 법학박사

現경희대학교 법학전문대학원 교수

現한국헌법학회 회원, 상임이사

現한국공법학회 회원, 상임이사

前헌법재판소 연구위원

공동연구원 이 규 호

미국 Washington University 법학박사

現중앙대학교 법학전문대학원 교수

現한국정보법학회 공동회장

現차세대 콘텐츠 재산학회 회장

現한국저작권법학회 이사

연구보조원 김 갑 석

대구대학교 법학박사

現중부대학교 경찰행정학전공 조교수

現한국헌법학회 회원, 학술간사

現한국공법학회 회원, 재무간사

現한국법과인권교육학회 이사

판 권

소 유

헌법재판연구 제30권

지적재산권의 헌법상 근거와 위헌심사방법

- 헌법 제22조와 제23조를 중심으로 -

2019년 12월 20일 인쇄

2019년 12월 23일 발행

발행처 **헌법재판소**

서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전화 : (代) 708-3456

인 쇄 경성문화사

(비매품)

