

응원가 사건에서의 동일성유지권 등에 관한 검토

| 김원 | 저작권보호심의위원회 심의위원_김·장법률사무소 변호사 |

1. 서론

대중가요의 작곡가, 작사가들이 프로야구 구단(이하 ‘구단’)을 상대로¹⁾ 대중가요를 응원가로 사용하는 행위가 작곡가, 작사가들의 동일성유지권, 2차적저작물작성권, 성명표시권 등을 침해한다는 이유로 소송을 제기하였고, 세간의 주목을 받았다.

6개 구단을 상대로 10건의 소송이 제기되었는데, 그 중 9건은 단독 사건이고, 1건이 합의부 사건이었다. 합의부 사건 재판부는 다른 사건도 합의부 사건에서의 판결 결과가 영향을 미칠 것으로 보고 가급적 빨리 판단을 내리고자 하였다. 이후 합의부 사건의 1심 판결(서울중앙지방법원 2019. 2. 18. 선고 2018가합516867 판결)과 2심 판결(서울고등법원 2021. 10. 21. 선고 2019나2016985 판결)이 선고되었다. 2심 판결에 대해 양측 모두 상고를 하지 않아 2심 판결이 확정되었다.

프로야구 응원가 판결 이전의 판결 중에는 원저작물에 사소한 개변이 가해지더라도 곧바로 동일성유지권 침해, 2차적저작물작성권 침해에 해당한다고 판단한 사례도 있었다. 반면에 프로야구 응원가 판결은 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우에는 동일성유지권 침해, 2차적저작물작성권 침해가 모두 성립하지 않을 수 있다고 판단하였다.²⁾

프로야구 응원가 판결 선고 이후 이에 관한 많은 문헌이 발표되었다. 본고는 실무가의 입장에서 프로야구 응원가 사건의 배경, 진행경과 등에 관해 살펴보고, 동일성유지권, 2차적저작물작성권 중심으로 이 사건이 시사하는 바와 향후 과제, 한국저작권보호원 심의 관련 고려사항 등에 관해 고찰해 보고자 한다.

1) 엄밀하게 말하자면, 각 소송의 피고는 프로야구 구단을 운영하는 회사이나, 굳이 이를 구분하지 않고 구단이라 칭하기로 한다.

2) 성명표시권 침해 여부에 관하여는, 1심 판결은 침해하지 않는다고 판단하였으나, 2심 판결은 침해를 인정하고 각 50만원 상당의 손해배상을 인정하였다. 성명표시권 쟁점에 관해서도 많은 논의가 있으나, 본고에서는 동일성유지권, 2차적저작물작성권 침해 여부에 한정하여 판결의 주요 취지를 논하고자 한다.

2. 사실관계 / 소송제기경위

우리나라 프로야구는 1982년에 출범하였다. 출범 초기에는 관중들이 주체가 되어 손뼉을 치고 즉흥적인 노래를 부르는 식으로 응원을 하였다. 그러던 중 1990년대가 지나면서 치어리더를 비롯한 공식적인 응원단이 등장하였다. 이후 2000년경부터 우리나라 특유의 야구 응원 문화가 시작되었는데, 각 구단은 선수들과 관중들의 흥을 돋구기 위해 대중들에게 잘 알려진 대중가요의 악곡 부분을 몇 개 소절의 박자를 간소화하거나 템포를 빠르게 하는 등 일부를 변형하고, 가사 부분은 구단, 선수에 맞도록 새롭게 창작하는 방식으로 사용하기 시작하였다.

이러한 응원 문화가 시작되던 시점인 2001년경 사단법인 한국야구위원회(KBO)의 마케팅 자회사인 케이비오피(KBOP)는, 각 구단을 대표하여, 음악저작권 신탁관리업을 영위하는 사단법인 한국음악저작권협회(이하 '음저협')³⁾와 음악저작물 사용에 관한 계약을 체결하였다.⁴⁾ 이에 따라 KBOP 또는 각 구단은 음저협에게 입장료 수입의 0.2% 상당의 금원을 음악저작물 사용료로 지급하고,⁵⁾ 야구장에서 사용한 음원의 사용 내역을 제공해 왔다.

KBOP 또는 각 구단이 음저협과 체결한 음악저작물사용계약에 의하면, 각 구단이 음저협이 관리하는 음악저작물을 프로야구 경기장에서 사용하는 것이 가능하지만, 무단으로 저작물을 개작하여 저작권권을 침해한 경우 그 책임을 부담하는 것으로 되어 있었다.

오랜 기간 각구단이 음악저작물을 응원 목적으로 야구장에서 사용하는 것에 대한 문제 제기가 없었고, 각 구단은 (음저협과 체결한 음악저작물사용계약에서의 저작권권 관련 규정에도 불구하고) 악곡/가사를 일부 변경, 편곡 또는 개사하여 응원가로 사용하는 것으로 인해 저작권권 문제 제기가 있을 수 있음을 인식하지 못하였다. 그러던 중 2016년 시즌 종료 무렵 작곡가/작사가 중 일부가 구단을 상대로 저작권권 문제를 제기하였다. 이에 따라 각 구단은 음저협 등과 수 차례 회의와 2차례 공청회를 진행하면서 해결 방안을 모색하거나 작곡가/작사와 개별적으로 협의하였다. 일부 구단은 작곡가/작사와 합의에 이르렀으나, 일부 구단은 작곡가/작사와 합의에 이르지 못했다.

이후 프로야구 응원가로 쓰인 곡들의 작곡가/작사가가 6개 구단에 대해 소를 제기하였다. 작곡가/작사가는 각 구단이 음저협으로부터 사용 허락을 받은 것은 원저작물을 그대로 사용하는 것인데 본인들의 허락 없이 무단으로 악곡/가사를 일부 변경, 편곡 또는 개사하는 행위는 동일성유지권, 2차적저작물작성권 등을 침해하는 행위라고 주장하였다.

각 구단은, 응원가 사용에 대해 음저협의 허락을 받았으므로, 무단으로 곡을 변형해서 사용하는 경우와는 사안이 다르고, 악곡의 변경, 편곡 정도는 통상 허용되는 수준에서 이뤄졌고, 응원가의 가사는 원래의 가사와 동일성을 감지할 수 없는 정도로 개사하여 사용하였으므로, 동일성유지권, 2차적저작물작성권 등의 침해에 해당하지 않는다고 항변하였다.

3) 작사가/작곡가 상당수와 음저협 사이에는 저작권신탁관리계약이 체결이 되어 있다. 해당 계약에 따라 작사가/작곡가는 음저협에게 자신들의 음악저작물에 관한 저작권을 신탁 재산으로 이전하고, 음저협은 음악저작물을 이용하는 자로부터 저작물사용료를 징수하고 이를 작사가/작곡가에게 분배하는 등으로 음악저작물의 저작권을 관리하고 있다.
 4) 음저협과의 계약은, 처음에는 KBOP가 각 구단을 대표하여 체결하다가, 나중에는 각 구단이 직접 체결하였는데, 본고에서는 이에 관한 부분은 굳이 구분하여 설명하지 않는다.
 5) 음저협의 '음악저작물 사용료 징수규정' 제8조에 따르면, 전문체육시설에서 하는 체육 관련 공연사용료는 체육시설의 전체 입장료 수입에 음저협이 정한 일정 비율을 곱한 금액을 사용료로 규정하고 있다.

3. 대중가요가 공동저작물에 해당하는지 여부

우선, 원고 측은, 음악저작물은 작곡가와 작사가가 공동으로 창작한 저작물이어서 결합저작물이 아니라 공동저작물로 보아야 하고⁶⁾, 가사/악곡 중 어느 하나만 변경하더라도 해당 곡의 작사가/작곡가의 저작권을 모두 침해하는 것이라는 취지로 주장하였다.

이에 대해 구단 측은, 음악저작물은 악곡과 가사로 분리 가능한 결합저작물이고, 작사가와 작곡가의 권리는 악곡과 가사에 대해 별개로 성립하므로, 저작권 침해여부도 악곡과 가사를 분리하여 판단하여야 하는 것이지, 가사의 변경으로 인해 작곡가의 악곡에 대한 권리를 침해하는 것은 아니라는 취지로 반박하였다.

양측 주장 차이가 사안에 미치는 영향을 간략하게 살펴보면 다음과 같다.

저작권법은 2인 이상이 공동으로 창작한 저작물로서 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 것을 공동저작물이라 하여(저작권법 제2조 제21호), 공동저작자의 저작권 행사를 전원의 합의에 의해서만 행사하도록 규정하고 있다(저작권법 제15조 제1항, 제48조 제1항 참조).

반면 결합저작물은 공동저작물과 달리 각 저작자가 저작권을 개별적으로 행사할 수 있는 것으로, 양자의 구별은 '각 저작자의 기여부분을 분리하여 개별적으로 이용하는 것이 가능한지' 여부를 기준으로 판단하고 있다.

만약 응원가로 사용된 음악저작물이 공동저작물로 인정이 된다면, 가사를 동일성을 감득할 수 없을 정도로 개사한 것만으로 해당 곡의 작사가/작곡가의 동일성유지권을 침해하는 것이 된다. 만약 응원가로 사용된 음악저작물이 결합저작물로 인정이 된다면, 가사를 동일성을 감득할 수 없을 정도로 개사하여 사용하게 되면 작사가의 동일성유지권을 침해할 여지는 없게 되고, 악곡의 변경, 편곡 정도에 따라 작곡가의 동일성유지권 침해 여부를 판단해야 한다.

음악저작물, 특히 대중가요가 공동저작물, 결합저작물 중 어느 쪽에 해당하는지에 관해서는 다양한 견해가 존재한다. 이 중 대중가요가 공동저작물에 해당한다거나 해당하는 것도 있을 수 있다는 견해는, 대중가요 가사/악곡이 만들어지는 과정에서 작곡가와 작사가가 서로 상의하면서 상대방의 의견을 듣는 것이 보통이며, 의견 교환에 따라 각자의 창작 부분에 대한 수정·증감을 하는 경우도 흔히 발생한다는 이유 등을 제시한다.

기존의 대법원 판례는 음악저작물을 작사가와 작곡가가 각 기여한 부분을 분리하여 개별적으로 이용할 수 있는 결합저작물로 보았다. 구체적으로 대법원 2015. 6. 24. 선고 2013다58460, 58477 판결은 음악저작물이 가사와 악곡이 분리 가능한 결합저작물이라는 전제 하에, 작곡가로부터 저작재산권 지분을 포기하는 확인서를 지급받았다고 하더라도 그와 별개로 작사가에게는 저작권사용료를 지급하여야 한다고 판단하였다.⁷⁾

6) 보다 구체적으로, 원고 측은 음악저작물의 작곡가, 작사가가 하나의 음악저작물을 이끌어내기 위해 예술적인 사상과 감성을 악곡과 가사의 형태로 완성적으로 표현한 것으로 악곡, 가사라는 두 가지 구성요소를 모두 갖추었을 때 비로소 창작자들이 의도한 인격적 가치를 내포하게 됨으로 공동저작물로 보아야 한다고 주장하였다.

7) "이 사건 노래 중 가사 부분은 원고가, 편곡 부분은 편곡자들이 각자 창작한 것이고, 가사 부분과 편곡 부분을 각각 분리하여 이용할 수 있으므로, 이 사건 노래는 저작권법 제2조 제21호에서 규정한 공동저작물이 아니라고 봄이 타당하다. 같은 취지에서 편곡자들이 자신의 저작재산권 지분을 포기하였는지와 관계없이 작사자에게 귀속될 저작권사용료를 산정함에 있어 분배비율 5/12를 적용한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 공동저작물에 관한 법리오해, 심리미진 등의 위법이 없다."

본건 1심 판결과 2심 판결은 모두 기존의 대법원 판례에 따라, 악곡과 가사를 구분하여 개별적으로 작곡가와 작사가의 저작권 침해 여부에 대해 판단하였다. 2심 판결은 우리나라 저작권법은 공동저작물의 요건으로 '분리 불가능성'을 명시하고 있는데, 악곡과 가사로 이루어진 음악저작물의 경우 악곡만을 공연하거나 가사만을 출판하는 등으로 분리하여 이용할 수 있다는 점을 주된 이유로 제시하였다.⁸⁾

4. 동일성유지권, 2차적저작물작성권 침해 여부

가. 동일성유지권에 관한 기존 판례의 입장

서울고등법원은 2008. 9. 23. 선고 2007나70720 판결에서, 미리듣기, 통화연결음, 휴대폰 벨소리 서비스를 원고의 동일성유지권 침해로 인정하면서, 저작물의 동일성을 해치는 변경은 저작자의 명예와 성망을 해한 것인지 여부를 묻지 않고 저작물의 완전성에 관한 저작자의 인격적 이익을 침해한 것으로 간주된다고 판단하였다.⁹⁾

그러나 그 이후 대법원은 같은 쟁점, 즉 미리듣기 서비스가 저작자의 동일성유지권을 침해하는지 여부가 문제된 사건에서 다음과 같이 판단하였다(대법원 2015. 4. 9. 선고 2011다101148 판결).

“어문저작물이나 음악저작물·영상저작물 등의 일부만을 이용하더라도, 그 부분적 이용이 저작물 중 일부를 발췌하여 그대로 이용하는 것이어서 이용되는 부분 자체는 아무런 변경이 없고, 이용방법도 그 저작물의 통상적 이용방법을 따른 것이며, 그 저작물의 이용 관행에 비추어 일반 대중이나 당해 저작물의 수요자가 그 부분적 이용이 전체 저작물의 일부를 이용한 것임을 쉽게 알 수 있어 저작물 중 부분적으로 이용된 부분이 그 저작물의 전부인 것으로 오인되거나, 그 부분적 이용으로 그 저작물에 표현된 저작자의 사상·감정이 왜곡되거나 저작물의 내용이나 형식이 오인될 우려가 없는 경우에는, 그러한 부분적 이용은 그 저작물 전부를 이용하는 것과 이용하는 분량 면에서만 차이가 있을 뿐이어서 저작자의 동일성유지권을 침해한 것으로 볼 수 없다”

즉, 대법원은 ‘음악저작물의 일부만을 발췌 이용’함에 따라 저작물의 일부 외면적 형식의 변형이 있다고 볼 수 있는 음악저작물의 미리듣기 서비스와 관련하여, 서울고등법원 2007나70720 판결과는 달리 저작자의 인격적 가치를 해하지 아니하여 동일성유지권을 침해하지 아니하였다고 판단한 것이다.

8) 원고 측은 베른협약이나 미국, 프랑스 등 다른 국가의 저작권 관련 법률체계를 제시하였는데, 2심 법원은 이 사건은 외국법이 적용되는 사건이 아니고, 우리나라 저작권법과 음악저작물이나 공동저작물을 정의하는 방식이 다르다는 이유 등을 제시하면서, 원고 측의 주장을 배척하였다.

9) 좀더 구체적으로 이 사안은 저작권자인 원고가 자신으로부터 음악저작물에 관한 이용허락을 받지 않은 채 음악사이트를 통해 아래와 같은 전체듣기, 미리듣기, MP3 파일 다운로드, 통화연결음, 휴대폰 벨소리 서비스를 제공하여 온 피고를 상대로, 손해배상을 청구한 사건이었다.

위 판결은 미리듣기, 통화연결음, 휴대폰 벨소리 서비스가 원고의 동일성유지권 침해에 해당한다고 판시하면서, 원고의 인격적 가치를 해하지 아니하여 동일성유지권을 침해하지 아니하였다는 피고의 주장에 대하여, “우리 저작권법의 해석상으로는 저작물의 동일성을 해치는 변경이 저작자의 동의 없이 이루어진 이상 그와 같은 변경이 실제로 저작자의 명예와 성망을 해한 것인지 여부를 묻지 않고 저작물의 완전성에 관한 저작자의 인격적 이익이 침해된 것으로 간주하여 이를 동일성유지권 침해에 해당한다고 봄이 상당하다.” 라고 판시하였다.

위 판결에 대해서는 원고만이 상고함에 따라, 동일성유지권 침해를 부정하는 피고의 주장은 대법원의 판단을 받지 못했다.

나아가 대법원은 음악저작물 중 이용되는 부분에 일부 악곡, 가사에 대한 변경이 있는 경우에도 아래와 같이 판시하면서 저작자의 동일성유지권 침해를 부정하였다(대법원 2015. 4. 9. 선고 2012다109798 판결 참조).

“원심은, 피고 티제이미디어가 이 사건 음악저작물을 노래반주기용 반주곡으로 제작하면서 원곡과 다른 코러스, 랩, 의성어 등을 삽입하기는 하였으나, 그러한 변경만으로는 음악저작물을 노래반주기에 이용할 때 일반적으로 통용되는 범위를 초과하여 이 사건 음악저작물을 변경하였다고 보기 어렵다는 이유로, 위와 같은 변경이 이 사건 음악저작물의 동일성유지권을 침해한 것이라는 원고의 주장을 배척하였다. 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 이러한 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 동일성유지권 침해에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다”

국제규범인 베른협약은 저작인격권의 침해행위를 저작자의 명예나 평판을 저해하는 방식으로 이용하는 행위로 한정하고 있는데 비해, 우리 저작권법은 형식적인 면에 치중하여 자칫 저작물의 합리적인 이용이 제한되는 것으로 오해될 가능성이 있었는데, 위 대법원 판결은 저작물의 이용태양에 따라 저작물의 동일성 형식이 일부 변경되더라도 저작자의 인격적 이익이 침해될 우려가 없는 경우에는 동일성유지권의 침해를 부정한 것이라는 점에 의의가 있다.

나. 프로야구 응원가 사건에서의 법원의 판단

1심 판결과 2심 판결 모두 본건에서 문제가 되는 프로야구 응원가의 사용은 작사가/작곡사의 동일성유지권, 2차적저작물작성권 침해에 해당하지 않는다고 판단하였다.

우선 1심 판결의 판단 이유를 간략하게 살펴보면, 음악저작물은 결합저작물이므로 악곡과 가사를 구분하여 판단하여야 하는데, 피고 구단이 음악저작물을 응원가로 사용하는 것이 (1) 가사의 경우 기존 표현과 완전히 새로운 가사를 만든 독립된 저작물로 동일성유지권 또는 2차적저작물작성권을 침해하지 않는다고 보았고, (2) 악곡¹⁰⁾의 경우 저작권법 제13조 제2항 제5호에 따라 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태에 비추어 부득이 인정되는 범위 안에서의 변경으로 동일성유지권을 침해하지 않고, 사소한 변형을 가하는 정도여서 편곡에 해당하지 않아 2차적저작물작성권을 침해하지 않는다고 보았다.

다음으로, 2심 판결의 판단 이유를 검토한다.

우선 가사 관련 쟁점에 관해, 2심 법원도 1심 법원과 마찬가지로, 음악저작물의 경우 가사와 악곡을 별개로 보아 저작권 침해 여부를 판단하여야 하는데, 가사의 경우 원래 가사 중 창작성 있는 기존의 표현이 잔존해 있지 않고 완전히 새로운 가사를 만든 경우 또는 기존 표현의 상당 부분을 변경하여 원래 가사와 변경된 가사 사이에 실질적 유사성이 없다고 판단되는 경우에는 변경된 가사는 독립된 저작물로 볼 수 있어 동일성유지권이나 2차적저작물작성권의 침해가 인정되지 않는다고 보았다.

10) 악곡은 일반적으로 가락(melody: 소리의 높낮이가 길이나 리듬과 어울려 나타나는 음의 흐름), 리듬(rhythm: 음표의 장단, 악센트, 음의 생여림, 빠르기 등에 따라 되풀이되는 흐름), 화성(harmony: 높이가 다른 둘 이상의 음이 동시에 울려서 생기는 소리의 3가지 요소로 구성되고, 이 3가지 요소들이 일정한 질서에 따라 선택 배열됨으로써 음악적 구조를 이루게 된다.

다음으로 악곡 관련 쟁점에 관해, 2심 법원은, 저작자의 인격권인 동일성유지권의 경우 아무런 제한이 없는 절대적인 권리는 아니고, 저작권법 제13조 제2항 제5호에 따라 당해 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태에 비추어 부득이하다고 인정되는 범위 안에서의 변경에 대해서는 본질적인 내용의 변경이 아닌 한 그 권리행사가 제한될 수 있음을 전제로, 총 15곡의 음악 저작물에 대한 개별 검토와 심리 후, 다음과 같은 이유 등을 들면서, 피고 구단이 음악저작물을 응원가 목적으로 사용하기 위해 주된 가락의 변경 없이 일부를 다르게 한 것은 음악저작물이 응원가로 사용된 과정에서 수반될 수 있는 통상적인 변경에 해당하므로 동일성유지권을 침해하지 않는다고 판단하였다.

- ① 응원곡은 원곡과 악곡의 골격음은 동일하고 주된 가락의 변경이 없이 음표 박자를 간소화시키는 수준으로서 동일한 화성 진행을 가지고 있는데, 이러한 변경은 야구장 관객들로서 기존 악곡과의 차이를 알아채지 못할 정도여서 음악저작물이 응원가로 사용되는 과정에서 수반될 수 있는 통상적인 변경에 해당하고, 대중적으로 불리는 대중가요의 특성상 통상적으로 예견·용인되는 수준의 변경이라고 보인다.
- ② 응원곡은 원곡의 일부만을 발췌하여 사용하였으나 피고가 음악저작물을 야구장에서 사용하는 점을 고려할 때 통상적인 이용방법을 따른 것으로 볼 수 있고, 원곡들 대다수가 대중들에게 익히 알려진 곡이므로 일반 대중들도 부분적 이용이 전체 저작물의 일부를 이용한 것임을 쉽게 알 수 있는 상황이었다.
- ③ 음악저작물의 경우 기존 악곡에 대한 2차적저작물인 편곡에 해당하기 위해서는 기존의 악곡을 변조하여 원곡에 새로운 부가 가치를 발생시켜야 하고, 단순히 기존 악곡의 리듬, 가락, 화성에 사소한 변형을 가하는 정도로는 편곡에 해당하지 않는다고 보아야 한다(이 판단기준은 악곡 부분에 대한 2차적저작물작성권 침해 판단시 모두 같다).

5. 프로야구 응원가 판결에 대한 검토

프로야구 응원가 사건 2심 판결에 대해 양측 모두 상고하지 않아 서울고등법원 판결이 확정되었다. 그리고 나머지 소송들은 1심, 2심 판결 전후로 모두 합의로 종결되었다.

우선, 악곡과 가사를 개별적으로 검토해야 하는지 여부에 관해 살펴보면, 대중가요가 공동저작물에 해당할 가능성을 제시하는 논의도 의미가 없지 않고 추가 연구가 필요해 보이지만, 2심 판결이 그 이유로 들고 있는 바와 같이 악곡과 가사는 분리 이용이 가능하고, 대중가요를 악곡과 가사가 결합된 상태로 이용하지 않을 경우 그 자체만으로 동일성유지권 침해에 해당할 수 있다는 결론에는 수긍하기 어려운 면도 있다는 점에서, 프로야구 응원가 사건에서 1심 판결, 2심 판결이 대중가요를 결합저작물로 본 것은 합리적인 판단으로 생각된다.

다음으로, 동일성유지권 또는 2차적저작물작성권 침해 여부와 관련하여, 2심 법원은 침해 판단 시 고려할 수 있는 구체적인 기준과 판단 방법을 제시하면서 일부 변형 사용에 있어서도 동일성유지권 침해에 해당하지 않을 수 있다는 여지를 분명히 확인하였다는 데 그 의미가 있다. 이하에서는 동일성유지권 제도의 연혁, 저작인격권으로서의 동일성유지권의 의의 등에 관해 2차적저작물작성권과 비교하면서 살펴본 뒤에, 동일성유지권 침해가 인정되기 위한 요건을 실무가의 입장에서 정리해 보고자 한다.

가. 동일성유지권 제도의 연혁

저작인격권은 저작물을 이용하여 경제적인 이익을 추구할 수 있는 저작재산권과 구별된다. 저작자가 자신의 저작물에 대하여 가지는 인격적·정신적 권리를 의미하고 저작권법 제13조 제1항은 “저작자는 그의 저작물의 내용·형식 및 제호의 동일성을 유지할 권리를 가진다”고 하여 저작인격권 중 하나인 동일성유지권에 대하여 규정하고 있다.

이와 같은 동일성유지권의 최초 모습은 1886년 제정된 베른협약으로, 이 협약에서는 저작자의 명예·명성에 해를 끼칠 만한 저작물의 왜곡, 손상 그밖의 수정 등 저작물에 대한 침해행위를 막을 수 있는 권리, 즉 동일성유지권을 명문으로 규정하였다 [제6bis조 (1)항].

이에 따라 우리나라 구 저작권법(1986. 12. 31. 법률 제3916호로 개정되기 이전의 것, 1957년에 제정된 최초의 저작권법) 역시 제16조(원상유지권)에서 “저작자는 저작물에 관한 재산적 권리에 관계없이 또한 그 권리의 이전 후에 있어서도 그 저작물의 내용 또는 제호를 개찬, 절제 또는 기타 변경을 가하여 그 명예와 성망을 해한 자에 대하여 이익을 주장할 권리가 있다.”라고 규정하면서 동일성유지권 관련 규정을 도입하였다.

그 후 저작권법이 1986년에 전문개정되면서 ‘명예와 성망을 해할 것’이라는 문구는 삭제되었다. 이러한 삭제로 인해 우리나라에서 동일성유지권 침해 여부를 판단할 때에는 명예와 성망을 해하는지 여부는 요건이 되지 않는다는 견해가 다수 의견인 것으로 보이지만, 위 삭제는 입법과정에서 침해의 범위를 점차 확대한 것일 뿐 동일성유지권의 본질이 변한 것으로 볼 것은 아니라는 견해도 있다. 단순히 요건이 삭제되었다고 하여 저작인격권 본래의 보호 취지가 변경되었다거나 동일성유지권 침해 여부 판단 시 그 본질적 내용을 고려하지 않을 이유가 전혀 없다는 이유에서이다.

한편, 대법원 1989. 10. 24. 선고 88다카29269 판결 등은 명예나 성망을 침해 당하지 아니한 저작자라 하더라도 정신적 손해의 배상을 청구할 수는 있다고 보았다.¹¹⁾

나. 저작인격권으로서의 동일성유지권의 본질

저작권이란 저작자의 사상 그 자체가 아니라 ‘사상 또는 감정에 관한 창작적 개성의 표현’을 보호하기 위한 것이다(저작권법 제2조 제1호). 따라서 동일성유지권이 보호의 대상으로 삼고 있는 ‘저작자의 인격’은, 다른 사람이 아닌 저작자 자신의 고유한 개성적 표현에 관한 정체성이라 할 수 있다. 저작자가 저작물에 대한 재산권을 처분하여 양도, 수익, 폐기에 관한 권리는 다른 사람에게 귀속될 수 있는데, 그 경우에도 그 저작물에 대한 저작자의 표현이라는 ‘창작자로서의 지위’에 대한 자존감 내지 명예감은 저작재산권에 따라 이전하지 않고 그대로 유지되는 것이므로, 저작인격권은 이를 보호하기 위한 것으로 볼 수 있다.

저작자가 일반적인 규칙이나 방식에서 크게 벗어나는 표현을 저작물(그림, 소설, 악곡 등)에 담았다고 하더라도, 추후 저작재산권을 소유하게 된 자가 그러한 표현이 마음에 들지 않는다고 하여 이를 함부로 변경한다면, 그것은 더 이상 저작자의 개성적 표현이라 할 수 없을 것이다. 이처럼 타인의 표현을 자신의 표현으로 취급되지 않을 권리가 바로 동일성유지권의 본질이라고 할 수 있다.

11) 이는 저작인격권의 침해로 인해 명예를 훼손당하지 아니한 저작자라 할지라도 그에 준하여 다른 면에서의 정신적 손해가 있음을 이유로 위자료 청구를 할 수 있다는 것이지, 정신적 손해가 없는 경우에도 위자료를 청구할 수 있다는 의미로 이해할 것은 아니다.

저작인격권으로서 인정되는 동일성유지권은 저작권자의 창작적 개성의 표현물인 저작물이 저작권자의 의사에 반하여 변형되고, 이를 접하는 일반인들이 원래의 저작물인 것처럼 오인하여 저작권자가 저작물에 대하여 가지는 정체성, 자존감, 명예감 등을 손상하게 되는 것을 예방함으로써 저작권자의 인격적 가치를 보호하기 위하여 인정된 권리라고 할 수 있다.

앞서 살펴본 대로, 구 저작권법의 원상유지권에 존재하던 '명예와 성망을 해할 것'이라는 문구가 1986년 전문개정법의 동일성유지권에서 삭제됨에 따라, 동일성유지권 침해 여부를 판단할 때에 명예와 성망을 해하는지 여부는 요건이 되지 않는다는 견해가 다수 의견이다. 그럼에도, 저작권법 제124조(침해로 보는 행위) 제2항은 "저작자의 명예를 훼손하는 방법으로 그 저작물을 이용하는 행위는 저작인격권의 침해로 본다."라고 규정하고 있으며, 동일성유지권이 저작권법 제3절 저작인격권 표제 아래 규정되어 있는 점 등에 비추어, 여전히 저작권의 실질적인 면을 중시하여 저작물의 형식이 일부 변경되더라도 저작자의 인격적 이익이 침해될 우려가 없는 경우에는 동일성유지권의 침해를 부정하는 입장도 합리적인 측면이 있어 보인다.

다. 동일성유지권의 2차적저작물작성권과의 대비

저작인격권의 본질을 잘 이해하기 위해서는, 원저작물의 변형이라는 점에서 유사한 2차적저작물작성권과 대비해 보는 것도 좋은 방법으로 보인다. 비록 저작재산권은 상실하였다고 하더라도, 저작자의 개성적 표현물인 저작물을 함부로 변경하고 이를 마치 저작자의 작품인 것으로 오해할 수 있는 상황을 유발할 경우 저작자는 저작물에 관한 창작적 개성에 관한 정신적·인격적 가치에 손상을 입게 될 것이므로, 이를 보호하기 위한 권리가 동일성유지권이라 할 것이다. 그러나 저작물이 변경되는 경우라 하더라도 이러한 인격적 침해가 발생하지 않는 경우가 있다.

예를 들어, 저작권자의 동의 없이 악곡의 편곡이나 소설의 속편을 제작한 경우에는, 비록 저작권자가 원저작물을 이용하여 2차적저작물로 활용할 수 있는 기회를 빼앗은 것으로서 2차적저작물작성권 침해가 성립할 수 있을지언정, 저작자가 표현하지 않은 것을 저작자의 표현으로 오해받게 됨으로 인한 인격적 침해 상황은 발생하지 않는다고 볼 여지가 있다. '편곡' 또는 '속편'이란 저작물의 형식 자체가 원저작물이 아님을 명백히 알려주고 있기 때문이다. 즉, 동일성유지권은 '복제'와 같은 원저작물을 그대로 이용하는 것을 전제로 한 것이며, 그렇기 때문에 동일성이 훼손된 경우에는 이를 접하는 일반인이 원저작물로 오해할 여지가 있는 것이다. 이와 같이, 동일성유지권의 저작인격권으로서의 성격은 '타인의 표현을 자신의 표현으로 오해받는 상황'으로부터 비롯되는 것이고, 사후적으로 침해로 인한 위자료의 배상이 문제될 수 있을지언정, 사전에 거래의 대상이 될 수는 없는 성질을 가진다.

라. 동일성유지권 침해가 인정되기 위한 요건

향후 좀더 많은 연구가 필요하지만, 앞서의 논의를 종합하여 동일성유지권의 침해가 성립하기 위한 요건을 다음과 같이 상정해 볼 수 있다: ① 저작물이 저작권자의 의사에 반하여 변형되고, ② 그 변형의 정도가 저작물의 통상적인 이용에 수반되는 정도를 넘을 정도로 변형이 되어야 하며(저작권법 제13조 제2항 제5호¹²⁾), ③ 변형된 저작물을 접하는 일반인들이 변형된 저작물을 저작권자가 창작한 본래의 저작물인 것처럼 오인할 수 있어야 하고, ④ 저작권자의 창작성에 관한 정체성을 해하게 됨으로써 변형의 정도가 저작권자의 수인의 한도를 넘는 것이어야 할 것이다. 각 요건에 관해 분석해 보면 다음과 같다.

12) 제13조(동일성유지권) ②저작자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 변경에 대하여는 이의(異議)할 수 없다. 다만, 본질적인 내용의 변경은 그러하지 아니하다.
5. 그 밖에 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 범위 안에서의 변경

- ① 우선, 동일성유지권 침해가 성립하기 위해서는 저작자의 동의 없는 저작물의 변경이 있어야 한다. 저작자의 동의 하에 저작물이 변형되는 경우에는 당연히 '침해'라는 상황은 발생하지 않는다.

한편, 저작자이면서 저작재산권자의 동의 하에 저작물이 변경되는 경우에는 동일성유지권의 문제가 아니라 2차적저작물 작성권을 허용한 것으로 보는 것이 저작재산권과 저작인격권을 구분하여 보호하는 저작권법의 체계에 부합하는 것으로 보인다. 편곡, 개작 등과 같은 2차적저작물의 경우에는 원본과 다른 새로운 저작물이라는 것을 전제로 하므로, 제3자에 의해 작성된 2차적저작물에 있어서는 동일성유지권의 침해에서 문제되는 '자신의 표현이 아닌 것을 자신의 저작물로 오해받는 상황'은 발생하지 않기 때문이다.

따라서 2차적저작물작성권을 포함하는 저작재산권이 저작자가 아닌 타인에게 귀속된 경우에는 비록 원저작자의 동의가 없더라도 저작재산권자의 동의가 있다면 2차적저작물은 원본 저작자에 대하여 동일성유지권 침해가 될 수 없다(유사한 취지의 판시로는 서울서부지방법원 2006. 3. 17. 선고 2004가합4676 판결).

- ② 다음으로, 동일성유지권 침해가 성립하기 위해서는 변형의 정도가 저작물의 통상적인 이용에 수반되는 정도를 넘어야 할 것이다. 저작권법 제13조 제2항 제5호가 일정한 저작물의 변경이 있는 경우에 동일성유지권의 침해로 규정하지 않는 것은, 저작물의 이용에 있어서 조금의 변형도 허용하지 않는 것은 아니라는 점을 보여준다. 즉, 조금이라도 저작물의 변경이 있으면 모두 동일성유지권의 침해가 되는 것이 아니라 동일성유지권이라는 저작인격권의 본질에 비추어 침해 여부를 판단해야 한다는 것을 의미한다.

음악저작물의 경우 악보를 복제, 배포하거나 음원을 재생하는 경우를 제외하고 악기로 연주를 하거나 가창을 하는 경우에는 조금도 틀리지 않고 원곡과 일치하게 실연하는 것은 현실적으로 매우 어렵다. 또한 실연하는 시간과 장소, 행사의 목적, 분위기 등에 따라 약간씩 템포를 조절하거나 화성을 변경하여 실연하는 것은 흔히 있는 일이다. 예를 들어, 인기가요를 오케스트라가 연주하거나, 브라스 밴드가 연주하는 경우 악기의 특성이나 음악회의 분위기에 맞추기 위해 템포나 화성을 약간씩 변경하여 연주하는 것은 흔한 일이고, 이렇게 변경한 곡을 음반으로 만들어 상업적으로 판매하는 경우가 아니라 현장에서 실연하는 데 그치는 경우에는 저작인격권의 침해로 문제삼지 않는 것이 통례이다. 이러한 연주의 사례는 음악저작물의 통상적인 이용에 수반되는 변형의 정도에 불과하기 때문이다.

앞서 살펴본 바와 같이, 대법원도 실연 자체를 노래반주기라는 상업적 용도에 사용하는 경우에도 '노래반주기'라는 특성에 따라 있을 수 있는 변형을 허용하고 있다(대법원 2015. 4. 9. 선고 2012다109798 판결).

- ③ 또한, 동일성유지권 침해가 성립하기 위해서는 변형된 저작물을 접하는 일반인들이 변형된 저작물을 저작권자가 창작한 본래의 저작물인 것처럼 오인될 수 있어야 한다. 왜냐하면 동일성유지권은 자신의 표현이 아닌 것이 자신의 표현으로 오해될 수 있는 상황이 '창작자로서의 지위'에 대한 자존감 내지 명예감을 훼손하기 때문이다. 따라서 타인이 작성한 2차적저작물(편곡, 후속편)의 경우에는 (동의 여부를 불문하고) 타인의 표현을 자신의 표현으로 오해받는 상황이 발생하지 않으면 인격적 침해가 성립하지 않는다.

‘미리듣기 서비스’의 사례(대법원 2015. 4. 9. 선고 2011다101148 판결)와 같이, 서비스의 성격상 당연히 곡의 일부만 연주되는 경우이어서 누구라도 원곡의 전부가 아니라는 점을 알 수 있어 그 자체로 원곡이라고 오인할 소지가 없다면, 일부만 연주되는 것으로 인해 어떠한 인격적 침해가 발생했다고 보기 어렵다.13)

- ④ 마지막으로, 동일성유지권 침해가 성립하기 위해서는 저작권자의 창작성에 관한 정체성을 해하게 됨으로써 변형의 정도가 저작권자의 수인의 한도를 넘는 것이어야 한다.

저작물을 이용할 때 조금의 변경이라도 있다면 모두 동일성유지권의 침해가 성립하는 것이 아니고 일정한 정도의 변형이 허용된다. 어느 정도의 변경이 있어야 동일성유지권의 침해로 볼 것인지, 수인한도를 넘지 않는 정도는 위법행위가 되지 않고, 이를 넘는 경우에는 위법한 행위가 된다고 보는 것이 합리적이라 할 것이다.

위와 같은 동일성유지권의 본질 및 성격에 비추어 보면, 동일성유지권은 인격권으로서, 재산권과는 달리 미리 침해의 상황을 예정하여 거래의 대상으로 삼을 수 없다.

모욕이나 명예훼손과 같은 인격적 침해행위를 예로 들어 보면, 수인한도를 넘지 않는 행위는 위법행위로 성립하지 않고, 일정한 수인한도를 넘는 경우 비로소 위법한 행위가 되어 손해배상의 대상이 될 수 있다. 그러나 계약으로 향후 일정한 모욕행위나 명예훼손행위를 할 것을 예정하여 이에 대한 대가를 지불하기로 한다면(예를 들어, 하루에 10분씩 1주일 동안 강남역에서 피해자를 욕하는 대가로 일정 금원을 지급하기로 하는 계약), 이러한 계약은 사회상규에 반하는 것으로서 무효일 것이다. 이와 같이 동일성유지권은 저작물의 변경이용이라는 상황이 발생했을 때 사후적으로 평가하여 침해 여부를 판단할 수 있을 뿐, 미리 저작인격권 침해를 전제로 거래의 대상으로 삼을 수는 없다.

13) 프로야구 응원가 사건의 경우, 선수가 등장하는 잠깐 동안 그 배경음악으로 응원가가 실연되는 경우이고, 그 응원가의 원곡이 일반인 누구나 쉽게 알만한 대중적인 가요인 경우에는, 그 누구도 곡의 전부가 실연되는 것이 아님을 알 수 있고, 따라서 자신의 표현하지 않은 것이 자신의 표현으로 오해되는 상황은 발생하지 않는다. 또한, 원래의 가사 대신에 선수의 이름을 넣어 노래를 부른 경우에도, 그 누구도 원래의 가사가 그러하다고 오해하지 않을 것이다.

6. 프로야구 응원가 사건의 시사점

작곡가/작사가는 자신들이 저작한 악곡/가사를 일부 변경, 편곡 또는 개사하여 응원가로 사용하는 행위가 동일성유지권, 2차적저작물작성권 등의 침해에 해당한다고 생각하고 소를 제기하였지만, 법원은 동일성유지권, 2차적저작물작성권 등의 침해를 인정하지 않았다.

한국저작권보호원의 심의 기능은 저작권 침해의 개연성이 매우 높고 이에 관한 다툼의 여지가 매우 낮은 사안에 대해 행사가 됨으로써, 저작권 침해 사건에 대해 신속한 대응이 이뤄지도록 하면서 사법부 판단을 받기 전에는 침해 여부를 단정하기 어려운 사안에서의 과도한 개입을 경계할 필요가 있을 것이다.

프로야구 응원가 사건에서 보듯이, 동일성유지권, 2차적저작물작성권 등의 침해 여부를 판단은 단순한 것이 아니며, 여러 쟁점을 심도 있게 검토하여야 한다.

따라서 한국저작권보호원의 심의에 있어서는 (1) 저작자의 허락을 받지 않고 무단으로 악곡/가사를 복제, 전송하는 행위의 저작권 침해 여부가 문제가 되는 사안과, (2) 저작자로부터 일정한 범위의 이용허락은 받았지만 이용허락 범위를 넘어선 변경이 동일성유지권, 2차적저작물작성권 등의 침해라고 주장이 되는 사안을 구별하여, 위 (1)의 경우에는 신속하고 적극적인 대응을 진행하되, 위 (2)의 경우에는 보다 신중하고 보수적인 심의와 대응이 필요할 것으로 보인다.

• 본 내용은 저작권보호심의위원회 심의위원의 개인적 견해로, 한국저작권보호원의 공식적인 의견이 아님을 알려드립니다.