
헌법상 재산권 보장과 저작재산권 제한규정의 정합성에 관한 연구

김 현 경

(성균관대학교 겸임교수, 법학박사)

논문

목 차

- I. 서론
- II. 헌법상 재산권 보장과 저작재산권
 - 1. 저작재산권 보호의 헌법적 기초
 - 2. 다른 재산권 보호와의 차이
- III. 헌법상 재산권 보장과 저작재산권 제한규정의
정합성 확보방안
 - 1. 헌법상 재산권 제한의 법리
 - 2. 저작권법상 저작재산권 제한 규정
 - 3. 합헌적 저작재산권 제한을 위한 제언
- IV. 마치며

※ 투고일자: 2013년 4월 30일 / 심사일자: 2013년 6월 22일 / 게재확정일자: 2013년 6월 25일

초 록

우리 헌법은 모든 국민의 재산권은 보장되며, 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하되, 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로서, 정당한 보상을 지급하도록 규정하고 있다(헌법 제23조). 지적 재산권이 현대사회에서 갖는 경제적인 역할과 중요성, 비교법적 고찰 등에 비추어 볼 때 저작재산권은 헌법 제23조의 재산권에 해당된다고 볼 수 있다. 따라서 재산권의 제한에 따른 보상 여부의 결정에 있어서도 헌법상 원리가 적용되어야 할 것이다. 그러나 저작권법은 학교교육 목적 등에의 이용, 영리를 목적으로 하지 아니하는 공연·방송, 도서관등에서의 복제 등 저작재산권에 대한 일정한 제한을 규정하고 있으며 이러한 제한에 대하여 법률에서 보상을 인정하고 있는 경우도 있으나 그렇지 않은 경우도 있다. 보상을 인정하고 있지 않은 저작재산권 제한의 경우 헌법상 재산권 규정과의 정합성이 문제된다. 보상이 전제되지 않은 규정이 의미하는 바가 보상을 하지 않아도 되는 것인지, 보상을 규정하지 않은 것인지 불명확하다. 즉 헌법 제23조제1항제2문과 제2항에 해당된다 할지라도 보상이 불필요한 사회적 기속성에 따른 제한인지 조정적 보상이 필요한 사회적 기속성에 따른 제한인지 불명확하다. 또한 저작재산권의 일반적 제한규정이라고 할 수 있는 저작물의 공정한 이용(제35조의3)의 경우에도 이러한 문제점은 그대로 존재한다. 따라서 이러한 논점을 기반으로 본 논문에서는 헌법상 재산권 제한에 따른 보상과 관련된 이론들(경계이론과 분리이론)을 검토하였다. ‘경계이론’과 ‘분리이론’은 각각 논리적 강점과 약점을 모두 내포하고 있기 때문에 어떠한 견해가 타당한지를 필자가 단정적으로 판단하기는 어렵다. 하지만 이들 견해 중 어떠한 견해를 취하든 저작재산권을 제한하기 위해서는 비례원칙에 의한 정당화가 필요하다는 점에서는 실질적으로 차이가 없다. 따라서 저작재산권을 제한하는 경우 보상 지급 여부에 대하여는 헌법상 비례원칙에 입각한 재검토가 이루어져야 할 것이다.

주 제 어

헌법 제23조의 재산권 보장, 저작재산권 제한, 보상규정, 비례원칙

I. 서론

우리헌법은 국민의 재산권은 보장되며, 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하되, 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로서 적당한 보상을 지급하도록 규정하고 있다(헌법 제23조). 우리저작권법은 저작권의 내용을 저작재산권과 저작인격권으로 나누어 권리를 인정하고 있으며, 저작재산권은 엄연히 헌법상 보장된 재산권에 해당 된다. 그러나 저작권법은 학교교육 목적 등에의 이용, 영리를 목적으로 하지 아니하는 공연·방송, 도서관등에서의 복제 등 저작재산권에 대한 일정한 제한을 규정하고 있으며 이러한 제한에 대하여 법률에서 보상을 인정하고 있는 경우도 있으나 그렇지 않은 경우도 있다. 보상을 인정하고 있지 않은 저작재산권 제한의 경우 헌법상 재산권 규정과의 정합성이 문제된다.

또한 지적재산권에 대하여는 헌법 제22조제2항에서 “저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로서 보호한다”고 규정하고 있으며 제127조는 “국가는 과학기술의 혁신과 정보 및 인력의 개발을 통하여 국민경제의 발전에 노력하여야 한다”고 규정하고 있다. 이는 우리헌법이 문학·예술·과학·기술 등 인간의 정신적 창작활동의 결과 생산되는 무형의 산물에 대한 재산권에 대하여 전통적인 재산권과는 다르게 보장하려는 내용이 있음을 짐작케 한다고 볼 수 있다.¹⁾ 따라서 본 고에서는 헌법상 재산권 보장에서 저작권이 가지는 의미, 즉 저작재산권 보호의 헌법적 기초에 대하여 고찰한 후 이러한 ‘저작재산권 제한규정’이 헌법상 재산권 보장 규정과 정합성을 확보하기 위한 방안에 대하여 검토하고자 한다.

1) 최병규, 지적재산권과 헌법의 관계, 지적재산 2005.2, 6면.

II. 헌법상 재산권 보장과 저작재산권

1. 저작재산권 보호의 헌법적 기초

헌법 제23조가 일반적인 재산권의 보호에 관한 것이라면 저작권과 관련하여 헌법 제22조는 별도로 저작자와 발명가의 권리를 규정하고 있다. 즉 모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가지며(제1항) 저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다(제2항)고 규정하고 있다. 제22조 제1항이 ‘학문과 예술의 자유’를 규정하고 있는 것임에 반해 제2항의 ‘권리’의 성격과 관련하여 ‘재산권설’과 ‘비재산권설’의 대립이 있고 이와 맞물려 재산권으로 본다면 제23조와의 관계에 대한 논의가 병행되고 있다.

(1) 재산권설

재산권설은 미국·독일·일본의 지배적 견해이며, 한국 헌법학계에서도 전통적·통설적 견해이다.²⁾ 우리 헌법재판소는 저작권에 대하여 직접적으로 재산권이라고 언급한 바는 없으나 “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 것”이라고 언급하면서 지적재산권 중 실용신안권에 대하여 헌법 제23조의 재산권에 해당한다고 판시한 바 있다.³⁾ 한편 재산권설을 취하는 경우 헌법 제22조제2항과 제23조의 관계에 대하여는 우선 제23조가 규정하는 재산권을 천부인권으로 보고 제22조제2항의 지적재산권조항과 차별을 두어 후자를 실정법상의 권리로 규정한 후 보다 넓은 입법형성의 자유를

2) 이규홍·정필운, 헌법 제22조 제2항 관련 개헌론에 관한 소고- 지적재산권조항의 재정립에 관하여 - 法曹 2010·11(Vol.650), 79면.

3) 헌재 1993. 11. 25. 92헌마87결정, 헌재 2000. 3. 30. 99헌마143 결정, 헌재 2002. 4. 25. 2001헌마200 결정.

인정하려는 견해,⁴⁾ 제22조 제2항의 권리는 그 성질상 자유권 그 자체는 아니지만 문화국가의 책무로서 학문과 예술의 연구 및 발전을 도모하고 문화적인 창작을 장려하기 위하여 보호되는 것이라고 보는 견해,⁵⁾ 그리고 헌법 제23조의 재산권에 대하여는 자유권보다는 오히려 사회권으로 이해되고 고도의 보호가 요청되는 자연권적 자유권의 성격이 강한 저작권의 경우 보다 적극적으로 보호함으로써 더 큰 국가적 실익을 얻기 위하여 지적재산권의 보호를 ‘학문과 예술의 자유’와 같이 제22조에서 규정하고 있다며 그 규정의 존재의의를 부여하여야 한다는 견해⁶⁾ 등이 있다. 각각의 입장에 따라서 입법 형성의 범위가 달라질 수는 있지만, 이러한 견해는 모두 헌법 제22조제2항의 ‘권리’가 헌법 제23조의 재산권에 해당한다는 데에는 이견이 없다.

(2) 비재산권설

한편 저작자의 권리는 헌법 제22조에서 학문과 예술의 자유와 함께 규정되어 있음에 주목하여 지적재산권은 제23조제1항에 규정된 전통적으로 천부인권으로 인정되어온 재산권이 아닌 법률에 의하여 비로소 형성되는 독자적인 권리로 규정하는 견해⁷⁾가 있다. 이러한 견해는 지적재산권이 정신적 노작이라는 이유로 천부인권보다 우위에 놓일 수는 없고, 설사 고도의 보호가 필요하다고 하여도 이는 인격권 보호의 문제이지 재산권 보장과 결부시킬 것은 아니라고 한다. 전통적으로 제23조에서 보장하는 재산권은 현대사회에서 사회적 지속성이 강조되고 있기는 하지만 천부인권으로 인정되어 왔고 천부인권성을 쉽게 부정할 수는 없다고 한다. 그러나 제22조제2항의 저작자 등의 권리가 천부인권성을 가지는 것을 전제로 하는 것은 아니기 때문에 제1항에서 학문과 예술의 자유와 함께 규정되어 있으며 이러한 규범구조의 차이 역시 제23조의 권리와 다름에 기인한다고 한다. 즉 제23조의 ‘재산권’과 제22조제2항의 ‘권리’는 그 본질이 같지 아니하며, 후자는 법률에 의하여 비로소 형성되는 실정권 이므로 그 ‘권리’를 창설함에 있어 보다 넓은 입법형성

4) 이인호, 지적재산권의 헌법적 한계 - 헌법상의 언론자유조항과 지적재산권조항의 긴장과 조화, CLIS Monthly, KISDI(2003.10.)12면.

5) 김철수, 『헌법학개론』(제19전정판), 박영사, 2007, 828면.

6) 육종수, 헌법상 무체재산권의 보장, 『공법연구』(15집), 1987, 143면.

7) 이인호, 앞의 논문(각주22), 13면; 김송옥, “지적재산권의 제한원리 - 저작권을 중심으로 -”, 『법정논총』(39권 53집), 중앙대학교, 2004, 94면.

권을 가지게 된다고 한다. 저작권 등의 권리조항은 표현의 자유조항의 이념 즉, 자유로운 정보유통을 궁극적으로 촉진하기 위한 수단적 성격을 가진다고 보면서 지적재산권의 헌법적 한계로 표현의 자유 조항을 들고 있다. 한편, 비재산권설의 입장을 취하면서도 위 견해처럼 저작권자의 권리를 실정권으로 파악하지 아니하고, 저작자의 권리를 학문과 예술의 자유와 같은 선상에서 자유권의 일종으로 파악하는 견해⁸⁾도 있다. 이러한 견해에 의하면 기본적으로 제22조 제2항이 자유권의 목록에 함께 규정되어 있음에 주목하고, 헌법조문을 그저 중복적 규정으로 보거나 불필요한 규정으로 보기 보다는 가능한 한 그 의미를 살릴 수 있는 방향으로 해석하는 것이 '헌법 존중의 자세'라는 측면을 강조한다.

(3) 소결

앞에서 살펴본 바와 같이 저작재산권을 헌법 제23조제1항의 재산권에 포함시키지 않는 견해는 제22조제1항이 학문·예술의 자유를 규정하고 있는 바 제2항에서 보장하고 있는 저작자들의 권리가 천부인권성을 가지고 있지 않음을 전제로 한다. 저작권 역시 그 본질에 대하여 자연권론과 실정권론의 첨예한 논쟁이 있으며⁹⁾ 그 근거를 자연권에서 구할 경우 천부인권에 좀 더 근접할 수 있다.¹⁰⁾ 그러나 헌법은 일반재산권의 보호에 있어서도 자유권과는 달리 전국가성을 인정하지 아니하고 그 내용과 한계를 법률로 규정하게 하여 재산권을 자연권이 아닌 실정권으로 격하시켰으므로, 저작권을 포함한 지적재산권에 대하여 자연권을 주장하는 것은 현재로서는 의미가 없다는 견해에¹¹⁾ 의할 경우 저작재산권은 헌법 제23조의 재산권에 해당된다고 보는 것이 타당하다. 특히 현대 복지국가헌법 이후 재산권을 헌법이전에 존재하는 자연적인 권리라고 주장하는 것은 더 이상 설득력을 얻기 어렵다. 따라서 저

8) 김주영, 정보시장에 대한 헌법규정에 관한 소고, 『Law & Technology』(제3권 6호), (2007. 11.) 126, 129면

9) 박성호, 지적재산권에 관한 헌법 제22조 제2항의 의미와 내용, 『경제연구』 제24집 제1호 (2007년 4월), 101면.

10) 加戸守行, 『著作權法逐條講義』, 12面, 교수는 “저작권은 천부인권이 아니고, 법률에 의해 주어지는 권리로 이를 어떻게 규정할 것인가는 법률의 문제이다”라고 서술하고 있는데, 여기서 천부인권이란 자연권을, 법률에 의하여 주어지는 권리란 실정권으로 이해된다.

11) 김종보, 지적재산권 강화경향과 정보공유와의 관계에 대한 고찰 -헌법이념상 저작권개념을 중심으로, 『법학연구』(제46권 제1호), 부산대학교, 98면.

작권을 실정권으로 본다 할지라도 천부인권 즉 자연권이 아니므로 헌법상 보장된 재산권에 해당되지 않는다는 것은 타당하지 않다.

비교법적 고찰에 의하더라도 현재의 독일 기본법,¹²⁾ 일본 헌법을 비롯한 대부분의 국가들은 별도의 지적재산권 보장규정을 두지 않고, 일반 재산권 보장 규정에 의하여 보호하고 있다.¹³⁾ 별도의 지적재산권 보장규정을 두고 있지 않은 여타 국가에서도 지적재산권의 보장 근거를 헌법상 재산권 보장 규정이라고 해석하는 것이 일반적이다.¹⁴⁾ 따라서 지적재산권이 현대사회에서 차지하는 경제적인 역할과 중요성이 다른 재산권에 전혀 뒤지지 않는 점, 그리고 각국에서의 취급 등에 비추어 볼 때 이를 헌법이 보호하는 재산권의 범위에서 제외하는 것은 적절하지 않다고 생각된다.¹⁵⁾

2. 다른 재산권 보호와의 차이

(1) 저작재산권의 특성

저작재산권의 특성은 재산권의 대상이 되는 객체에서 비롯되는 특성과 권리보호 방식의 차이에서 나타나는 특성으로 나누어 볼 수 있다.

우선 객체에서 비롯되는 특성으로는 저작재산권의 객체 즉 저작물은 유체물이 아닌 '정보'로서의 경제적 특수성을 가진다는 것이다. 한 사람의 이용이 다른 사람의 '이용'에 영향을 미치지 않으며 즉 비경합적(nonrivalrous)이며 일단 한사람에게라도 이용된 후에는 다른 사람들의 접근을 막기가 불가능하거나 최소한 어렵다. 즉 비배타적(nonexcludable)이다. 따라서 정보에 대한 소유자의 통제가 실질적으로 불가능해진다. 결국 정보를 완벽하게 독점적으로 이용하기 위해서는 정보의 존재 자체를 다른 사람들에게 알리지 않아야 하나 이는 저작물의 본질에 어긋난다. 저작물은 타인이 이용할 때 비로소 존

12) 독일은 이미 1849년 프랑크푸르트제국헌법 제164조에서 "지적재산권은 제국입법을 통해서 보호된다"고 규정하고 있었다. 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"라고 하여 프랑크푸르트제국헌법과 같이 별도의 규정을 두고 있다는 데 기인한다.

13) 육종수, 전계논문(각주6), 138-141면.

14) 육종수, 전계논문(각주6), 138-141면; 박성호, 전계논문(각주8), 98면.

15) 허영, 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2009, 665, 674면.

재가치가 실현되는 것이며 그 과정에서 수익이 발생할 수 있기 때문이다.¹⁶⁾ 이처럼 저작물은 본질적으로 완전한 공유(共有)¹⁷⁾를 가능하게 하는 속성을 가지고 있으므로 이에 대한 사적 소유의 보장은 높은 침해위험성을 야기할 수밖에 없다. 한편 저작물은 경험재(experience good)로서의 특성을 가지고 있다. 구매자가 구매시점에서 그 상품의 내용, 즉 그 작동 및 효율성을 쉽게 파악할 수 있는 것이 아니라 상품을 직접 이용해 보아야 상품의 가치를 파악할 수 있다. 즉 책은 읽어보아야 가치를 알 수 있고 소프트웨어 역시 사용해 보아야 유용한지 알 수 있다.¹⁸⁾ 이러한 경험재는 가치파악 뿐 아니라 구매동기 면에서도 다른 유체물과 차이를 보이게 된다.

한편 유체물의 생성은 통상 무에서 유로 창조되는 경향이 강한 반면, 무체물인 저작물은 대부분 이미 존재하는 다른 저작물에 기초하여 창작활동이 이루어진다. 즉 대부분의 저작물은 일반적인 유체물과 달리 사회적 맥락(social context)에서 형성된다. 어떤 경우에는 위대한 천재에 의하여 기존의 수준을 훌쩍 뛰어넘는 위대한 저작물이 나오기도 하지만, 통상은 소박한 일반인에 의하여 기존의 저작에 약간의 창작을 보태는 정도가 대부분이다.¹⁹⁾ 소설과 영화로 제작된 '다 빈치 코드'는 성경에서 모티브를 가져왔으며, '반지의 제왕'은 북유럽 신화에서 내용과 소재의 상당 부분을 가져 왔다. 뿐만 아니라 17세기 영국의 대문호였던 셰익스피어조차도 중세후기, 르네상스 시대에 유행하였던 신화와 전설의 내용을 차용하는데 주저하지 않았다.²⁰⁾ 이런 의미에서 모든 저작물은 전무(全無)의 백지상태에서 비롯된 것이 아니라 선형적 경험으로부터 많은 영향을 받을 수밖에 없다. 따라서 다른 여타 재산권의 객체보다도 강한 사회적 기속성을 가지게 된다.

16) 윤중수, 저작물의 공유와 과제 Ver.0.9, 계간저작권 2006 여름호, 75~77면.

17) 이러한 공유(共有)는 공공이 소유하는 공유(公有)와 구분된다. 공공이 소유하는 공유(公有)는 주인이 없으므로 모든 사람이 아무런 조건없이 자유로이 사용할 수 있다는 것이며 일단 공유(公有, Public Domain)로 환원된 재산은 사유(私有)재산으로 환원될 수 없다. 이에 반하여 전유 내지 독점이 아니라 다른 사람과 나눈다는 공유(共有, common)는 주인이 없는 것이 아니라 엄연히 소유자가 존재하지만 자신의 소유재산에 대한 독점을 인정하지 않고 다른 사람에게도 이용을 허락하는 것이다. 이는 민법상 규정하고 있는 공동소유의 한 형태인 공유(共有, share)와는 구분되어야 할 것이다.

18) 강대기 외 13인, 『정보사회의 이론과 실제』, 진한도서, 2004, 139~140면.

19) 정필운, 헌법 제22조 제2항 연구, 연세대학교 법학연구 20권 1호, 2010, 212면.

20) Laurie Sterns, "Copy Wrong : Plagiarism, Process, Property and the Law", California L. Rev. 80, 1992 참조.

이러한 권리객체의 특성으로 인해 통상의 재산권에 대하여는 영구적 권리가 인정되는 것과 달리, 저작재산권에 대하여는 일정한 기간의 유한적 권리를 인정하고 있다. 무체물에 배타적 권리를 인정할 경우 유체물에 대한 배타적 권리보다 공중에 더 많은 비용을 부담시킬 수 있다.²¹⁾ 저작물에 대한 배타성으로 인해 소수의 자만이 이용할 수 있게 되고 소비자 잉여는 줄게 되며,²²⁾ 특히 저작물은 공유되었을 때 그 혜택이 증대되나, 거래비용이 높을 경우 배타적 권리는 공유를 위축시킬 수 있게 된다.²³⁾ 뿐만 아니라 모든 작품들은 완전히 독창적이라고 주장할 수 없으므로 영구적으로 권리를 인정할 경우 후작가들은 항상 선작가의 작품을 모방하였다는 ‘영향의 불안(The Anxiety of Influence)’속에서 휩싸일 가능성이 존재한다.²⁴⁾ 따라서 유한적 기간을 인정하여 보호기간이 지날 경우 이러한 부담으로부터 벗어나게 해 주는 것이다.²⁵⁾ 또한 전통적인 재산권과 달리 무체물에 대한 권리인 저작권은 배타적 권리를 인정하고 있으나 절적인 공시방법은 규정하고 있지 않다. 권리가 누구인지 정확히 알 수 없다. 공표권은 저작자의 고유한 권리이나 공표의 방식이 구체적이거나 명확하지 않기 때문에 일반 공중으로서는 누가,

21) Wendy J. Golden, Wendy J. Golden, "Authors, Publishers and Public Goods : Trading Gold for Dross", 36 Loy. L.A. L. Rev. 159, 2002, pp. 159-161.

22) Wendy J. Golden, "Authors, Publishers and Public Goods : Trading Gold for Dross", 36 Loy. L.A. L. Rev. 159, 2002, pp. 159-161.

23) 전통적으로 산업재산권은 창작에 대한 유인보다는 자유경쟁으로 형량하고 있다고 하면서, 저작권법이 저작자 및 예술가에게 부여하는 배타적 권리로부터 나오는 보상과 혜택을 확장하려는 노력에는 문화정책의 한계가 고려되어야 한다고 주장되기도 한다.; J. H. Reichman, "The Duration of Copyright and the Limits of Cultural Policy", 14 Cardozo Arts & Ent. L. J. 625, 1996, pp. 642-645.

24) ‘영향의 불안’은 하롤드 블룸(Harold Bloom)이 사용한 용어이다. 블룸에 의하면, 모든 시인들은 자신의 영감이 과거의 시인들의 것으로부터 영향을 받았다는 ‘영향의 불안’을 경험하게 된다. 즉 모든 후대의 시인들은 선배 시인들보다 이 세상에 뒤늦게 태어났다는 느낌을 경험하면서 자기들보다 먼저 태어난 시적 아버지들이 사용 가능한 모든 시적 영감을 이미 다 고갈시켜 버렸다는 두려움을 느낀다는 것이다. 블룸은 후대 시인들이 이러한 영향의 불안을 해소하고 자신들의 독창적인 시적 영감을 표현할 수 있는 상상적 공간을 해소하기 위해 선배 시인들의 작품을 의도적으로 오독, 오해 또는 직무태만 등의 행위를 하게 된다고 설명한다. 중요한 것은 그러한 오독행위가 ‘불안을 극복한 것이 아니라 오히려 불안한 행위 그 자체에 해당한 것이지만, 역설적으로 그러한 영향의 불안으로 인한 오독행위 또는 오해행위 자체가 예술적 창작의 근거가 된다는 것이 블룸의 주장이다.; Harold Bloom, *The Anxiety of Influence : A Theory of Poetry*, Oxford Univ. Press, 1973, pp. 5-11.

25) Jessica Litman, *The Public Domain*, Emory L. J. 39, 1990, pp.1015-1022

언제 공표하였는지 정확히 파악하기가 곤란하다. 뿐만 아니라 저작물에 대한 권리는 창작시부터 발생하나 언제 창작되었는지를 정하기가 쉽지 않다. 반드시 저작자가 저작물로서 최종적인 것이라고 인정하는 때가 창작시가 되는 것이 아니고, 완성품에 이르는 단계에서 저작자의 사상, 감정이 외부적으로 인식될 수 있는 형태로 표현 되었을 때 저작물이 존재한다고 말할 수 있다.²⁶⁾

(2) 헌법상 재산권 요건의 저작재산권에의 적용

저작재산권은 앞서 언급한 바와 같이 다른 유체물에 인정되는 재산권과는 다른 특성을 가지고 있다. 그럼에도 불구하고 헌법상 재산권 보장규정인 제 23조의 재산권에 해당되므로 헌법상 재산권 요건이 어떻게 저작재산권에 적용되는지 검토해 필요가 있다.

헌법재판소의 결정에 따른 헌법상 재산권의 기준을 충족하기 위해서는 사적 유용성, 경제적(재산) 가치, 처분권능, 구체성 등의 요건을 충족하여야 한다.²⁷⁾ 저작재산권의 경우 저작재산권자가 보호기간 내에 저작물에 대한 배타적인 사용·수익이 가능하므로 사적 유용성의 요건을 충족한다고 볼 수 있다. 저작권법상 저작물을 이용하기 위한 기본 체계는 저작재산권자와의 이용허락에 의해 가능하다. 저작재산권자의 이용허락 없는 저작물의 이용은 저작권의 침해를 구성하게 되며 침해금지, 손해배상 청구가 가능하다. 다음으로 저작물이 경제적(재산)가치를 가지는가에 대하여는 오랜 역사를 통해 입증되었다. 즉 종래의 저작물은 전형적으로 소설·회화·음악 등의 고전적인 저작물로서 창작자 개성의 유출물이고 저작권법은 그와 같은 개성의 표현을 보호한다는 방침이었다. 그러나 산업사회 저작물은 그 재산권적 성격을 강조하며 경제재로서의 성격이 강한 저작물들을 보호범위에 더하게 되었다. 즉 정보 자체가 재화로서의 일정한 경제적 가치를 가지게 됨으로써 이를 권리객체로 파악하는데 이르고 있으며,²⁸⁾ 이러한 흐름은 정보에 대해 소유권과 유

26) Takeshi Hishinuma(박영길 역), 국제규범으로서 무방식주의가 미치는 범위, 『계간저작권』(2007 봄호).

27) 정극원, 헌정부의 부동산정책에 대한 헌법적 검토, 『공법연구』 제34권 제3호(2006. 2), 124면.

28) Marshall Leaffer, Understanding Copyright Law, Matthew Bender, 1995, 17 et seq.; Jonathan Rosenoer, CyberLaw, Springer, 1996; Anne W. Branscomb, Who Owns

사한 권리를 부여하게 되었고 나아가 정보에 대한 양도, 라이선스, 담보권 설정 등이 가능하게 되는 등 정보의 자산화를 요구하고 있다. 과거의 지적재산권법이 단순히 정보의 부당한 이용으로부터 보호하고 독점적 이용에 의한 이익을 보장해주는 데 머물렀다면 오늘날에 있어서 정보에 대한 법적 보호는 재산적 가치 보호를 위한 자산화에 있다고 할 수 있다.²⁹⁾ 뿐만 아니라 저작재산권자는 저작물에 대해 배타적 처분권을 보유한다. 복제권·배포권 등 저작재산권의 내용을 이루는 일부 권리를 혹은 저작재산권 전부를 양도할 수 있는 처분권한을 갖는다. 또한 이러한 저작재산권은 추상적 영리획득의 단순한 기회나 여건에 그치는 것이 아니라 복제권(저작권법 제16조), 공연권(제17조), 공중송신권(제18조), 전시권(제19조), 배포권(제20조), 대여권(제21조), 2차적 저작물작성권(제22조) 등 구체적 권리의 다발로 이루어져 있다.

한편 헌법상 재산권 보장의 범위가 모든 재산권에 대하여 획일적으로 이해될 수 있는가에 대하여 평등원칙 등을 근거로 재산의 종류에 관계없이 재산권의 내용을 통일적으로 파악하려는 입장과 재산의 종류에 따라 개인에 대한 의미, 사회적 기능, 타인에 대한 영향이 다르며 취득과정에 차이가 있다면 그 차이에 따라 재산권 보장의 범위나 사회구속성의 정도도 달리 구체화되어야 한다고 보는 입장이 있다.³⁰⁾ 후자의 견해에 의하면 저작재산권은 인간의 자유와 생존을 위해 직접적으로 요구되는 것이 아니며 소비적 재산에 해당되지 않으므로 보다 넓은 사회적 구속력을 갖는다. 특히 권리의 유한성 자체가 타 재산권에 비해 넓은 사회적 구속력을 내포하고 있는 것이라고 볼 수 있으며 비배타성·비배제성으로 인한 정보재로서의 특성, 형성과정에서의 사회적 맥락의 영향을 강하게 받는 점, 다른 기본권과의 충돌가능성 등 저작재산권의 특성에 비추어 볼 때 헌법상 재산권 보장에 있어서 사회적 구속력의 정도는 더 높아진다고 보여 진다.

Information?, Harper Collins, 1995, 3 et seq.; Cavazos and Morin, Cyberspace and the Law, MIT Press, 1995.

29) 윤선희, 『산업재산권법 원론』, 법문사, 2002, 8~9면.

30) 법제처, 『헌법주석서II』, 제2판, 2010.3, 김문현, 헌법 제23조 부분, 20면.

Ⅲ. 헌법상 재산권 보장과 저작재산권 제한규정의 정합성 확보방안

1. 헌법상 재산권 제한의 법리

(1) 문제의 제기

헌법 제23조가 보장하고 있는 재산권은 그 보장구조에 있어서 자유권적 성질의 기본권과 다른 보장 구조를 취하고 있다.³¹⁾ 즉 헌법은 일반적인 자유권적 성질의 기본권에 대하여는 그것의 보호영역 및 그에 대한 제한 등의 구조로 그 보장체계를 규정하고 있지만, 재산권에 대하여는 헌법 제23조제1항 제2문에서 “재산권의 내용과 한계는 법률로 정한다”고 규정하며, 제3항에서는 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다”라고 하여 그 제한으로서의 공용수용 및 그에 대한 보상을 입법자의 역할을 통하여 형성되게 하는 보장체계를 규정하고 있다.

헌법 제23조제1항제2문(재산권의 내용과 한계)에 대해서는 기본권을 구체화하는 형성적 법률유보조항이라는 견해와³²⁾ 형성적 법률유보조항과 제한적 법률유보조항의 의미를 동시에 갖는다는 견해가³³⁾ 주장된다. 헌법재판소는 제23조제1항제2문을 일종의 제한적 법률유보로 이해하기도 하고,³⁴⁾ 형성적 법률유보로 이해하기도 한다.³⁵⁾ 이러한 헌법재판소의 태도에 의할 경우 헌법 제23조 제1항 제2문은 재산권을 ‘일반적이고 추상적인 형식으로’ 구체적 형성을 하면서 부수적으로 발생할 수 있는 의도하지 않은 제한과 관련되는 반면에 헌법 제23조 제3항은 ‘이미 구체적으로 형성된 재산권에 대한 처음부

31) 표명환, 헌법상 재산권의 내용규정과 헌법재판소의 보장 내용 법리에 관한 고찰, 『법학연구』 제46집(2012.5.25), 26~27면.

32) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2006, 545면; 허영, 전개서(각주14), 458면 참조.

33) 계획열, 『헌법학(중)』, 박영사, 2004, 512면 참조.

34) 헌재결 1999. 4. 29. 94헌바37등.

35) 헌재결 2000. 2. 24. 97헌바41 참조.

터 의도하여 예상할 수 있는 제한'이라는 점에서 차이가 있다. 다만 헌법 제 23조 제3항에 의한 제한은 처음부터 의도되어 예상가능 한 제한으로서 '정당한 보상', 즉 '완전한 보상'이 전제되지만 동조 제1항 제2문에 의한 제한은 의도되지 않은 부수적 제한으로서 반드시 완전한 보상이 전제되지 않는다는 점에서는 구별된다. 후자를 정당한 보상과 구별하여 '조정적 보상'이라 부를 수 있다.³⁶⁾ 또한 재산권의 기본권적 보장에 대한 제한의 근거인 헌법 제23조 제2항과 제3항의 관계에 대해서는 제23조 제2항과 제1항제2문의 밀접한 관련성 때문에 양자와 제3항의 관계로 이해될 수도 있다. 이러한 양자의 관계에 대하여는 독일헌법재판소의 판례를 중심으로 전개된³⁷⁾ '경계이론'과 '분리이론'을 검토할 필요가 있다.³⁸⁾

(2) 이론의 전개 : 독일의 '경계이론'과 '분리이론'을 중심으로

'경계이론(Schwellentheorie)'은 재산권의 보상여부를 재산권 침해의 정도나 범위를 기준으로 판단하나, '분리이론(Trennungstheorie)'은 재산권 침해의 형태 및 목적을 기준으로 재산권의 공용침해 여부를 결정하는 이론이다. '경계이론'(Schwellentheorie)에 의하면 공용침해와 사회적 기속은 개별적 제도가 아니라, 그 재산권 침해정도의 차이로 구분된다. 재산권의 사회구속성과 공용수용을 재산권 제한의 한 유형으로 보고, 사회구속성은 보상이 필요 없는 재산권의 제한을 의미하며, 공용수용은 정당한 보상을 수반하는 재산권 제한의 유형으로 본다.³⁹⁾ 경계이론에서는 입법자가 보상에 관한 입법을 하지 않을 경우, 재산권의 제한이 수용적 결과를 가져온다면 '법원'이 독자적으로 직접 보상에 관한 판단을 할 수 있다.⁴⁰⁾ 따라서 경계이론에서 중요한 논의의 초점은 재산권의 제한으로서 보상의무 없는 사회적 구속성과 정당한 보상이 수반되어야 하는 공용수용을 어떠한 기준으로 구별하는 가이다. 이는

36) 계희열, 전게서(각주32), 562면 참조.

37) 독일연방헌법재판소는 "경계이론"(Schwellentheorie)을 취하였으나, 1979년 채마발결정(BVerfGE 52,1.)을 기점으로 1981년 이른바 "자갈채취판결(BVerfGE 58, 300 ff.)"에서 "분리이론"(Trennungstheorie)을 채택하였다.

38) 이러한 구분에 대해서는 장영수, 『기본권론』(2003), 479면 이하; 홍성방, 『헌법학』(2005), 523면 이하 참조

39) 표명환, 전계논문(각주31), 28면.

40) 이부하, 재산권의 존속보장과 재산권에 관한 법이론- 경계이론과 분리이론의 비교고찰을 중심으로 -, 『公法學研究』 第9卷 第3號, 337면.

재산권 침해의 대상을 중심으로 구별하고자 하는 ‘형식적 기준설’과 침해행위의 성질과 강도를 기준으로 이를 구별하고자 하는 ‘실질적 기준설’로 분류된다. 최근 ‘형식설’과 ‘실질설’이 가지고 있는 각각의 한계로 인해 형식설과 실질설에서 제시되는 여러 가지 기준들이 종합적으로 검토되어야 한다는 견해가 유력해지고 있다.⁴¹⁾

‘분리이론(Trennungstheorie)’은 독일기본법 제14조제1항제2문의 재산권 내용규정과 독일기본법 제14조제3항의 공용침해를 명확히 분리하여 재산권의 내용규정인지, 또는 공용수용인지는 재산권 침해의 정도나 범위에 의해서가 아니라, 입법자의 형성에 따라 결정된다는 이론이다. 독일 연방헌법재판소가 제시한 분리이론(Trennungstheorie)에 따르면 ‘재산권의 내용 및 한계규정’과 ‘수용’은 각기 서로 다른 기능을 충족시키고 엄격하게 구별되는 독립된 법제도이다. 재산권의 내용 및 한계규정과 수용을 구별하기 위한 기준은 경계이론상의 침해의 강도가 아니라, 침해의 형태와 목적이다.⁴²⁾ 먼저 재산권 침해의 형태를 기준으로 재산권규정이 일반적·추상적일 때에는 재산권의 ‘사회적 기속’으로, 재산권규정이 개별적·구체적일 때에는 ‘공용수용’으로 본다. 즉, 재산권규정이 ‘구체적인’ 재산권자의 법적 지위를 ‘특정한 공공의 과제를 수행하기 위하여’ 박탈하였다면 ‘공용수용’으로, 그와 상대적으로, 재산권자의 권리와 의무를 ‘일반적, 추상적’으로 규정하였으면 ‘재산권의 내용 및 한계규정’으로 분류될 수 있다. 다음으로 침해의 목적을 기준으로 재산권의 ‘사회적 기속’은 재산권의 권리와 의무를 장래를 향하여 객관법적으로 규율하는 것을 목적으로 하는 반면, ‘공용수용’은 침해를 통해서 재산권자의 법적 지위를 전면적 또는 부분적으로 박탈하는 것을 목적으로 한다.⁴³⁾

(3) 우리나라에서의 전개

경계이론에 의할 경우 우리헌법 제23조제1항 및 제2항과 제3항을 하나의 카테고리로 이해하고 다만 재산권의 침해정도에 따라 사회적 제약과 수용 등이 구별될 뿐이다. 즉 헌법 제23조 제2항(및 제1항 제2문)과 제3항은 본질

41) 이준일, 재산권에 관한 법이론적 이해, 『公法學研究』 第7卷 第2號, 2006, 234면.

42) 이부하, 전개논문(각주40), 337면.

43) Vgl. J. Rozek, Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung, 1998, S. 21 ff.

적으로 제한이라는 동일한 범주에 속하는 것으로서 정도의 차이(= 양적 차이)가 있음에 불과하고, 양자의 경계는 사회적 구속성이라는 기준에 따라 구분될 수 있다. 즉 사회적 구속성의 범위 안에 속하는 제한은 헌법 제23조 제2항의 제한이고, 그 경계를 넘어가는 제한은 헌법 제23조 제3항의 공용제약에 해당한다. 보상은 완전한 보상을 의미하고, 보상에 관한 규정은 반드시 제한에 관한 규정과 동시에 규정되어야 한다.⁴⁴⁾

반면 분리이론에 의할 경우 우리헌법 제23조제1항과 제2항은 재산권의 내용을 확정하는 일반적·추상적 ‘내용규정’으로서 재산권의 내용을 정하는 법률이 법의 일반원칙(비례원칙 등)을 위반한 경우에는 위헌법률이 되고 이러한 위헌성을 제거하기 위해서는 적절한 전보수단을 마련해야 한다. 이에 반하여 헌법 제23조제3항은 재산권 박탈에 대한 개별·구체적 ‘수용규정’으로서 수용에 관한 법률이 수용의 요건을 충족하지 못하는 경우에는 위헌법률이 된다는 것이다. 분리이론에 따르면 헌법 제23조제2항과 제3항은 서로 질적으로 명백하게 구분되는 범주에 속하고(= 질적 차이), 양자는 제한의 근거에 따라 분리된다. 다시 말해 헌법 제23조제2항은 ‘사회적 구속성’에 근거한 제한이고, 제23조제3항은 ‘공공필요’에 근거한 제한이다. 분리이론은 헌법 제23조제2항에서 표현된 “공공복리”의 개념과 헌법 제23조제3항에서 표현된 “공공필요”의 개념을 상이한 의미로 이해한다. 반면에 경계이론과는 달리 헌법 제23조제2항에 근거한 제한의 경우에도 보상이 필요한 경우가 있다고 이해한다. 이러한 보상을 헌법 제23조제3항의 보상과 구별하여 ‘조정적 보상’으로 부른다. 이러한 조정적 보상은 완전한 보상이 아니고, 불가분조항이 적용되지 않는다는 점에서 헌법 제23조 제3항의 정당한 보상과 차이가 있다.⁴⁵⁾

우리 헌법재판소는 분리이론에 입각하여 재산권보장구조에서 내용규정과 공용수용규정을 분리하여 인식하고, 입법자의 재산권의 내용 및 한계설정으로부터 사회적 구속성을 넘는 가혹한 부담이 발행하는 경우에는 공용수용에서의 보상과는 달리 그에 대한 조정적인 차원의 보상이 필요하고 이에 대한 입법자의 보상규정 마련을 강조하고 있다.⁴⁶⁾ 학계에서는 이러한 헌법재판소

44) 이준일, 전계논문(각주41), 234면.

45) 계획열, 전계서(각주33), 562면 이하 참조.

46) 헌재1999.4.29.94헌바37. 이후에도 분리이론에 입각한 결정으로 헌재20034.24.99헌바110;2004.10.28.2002헌바41 ;2005.4.28.2003헌바73 등.

의 결정 이후 분리이론을 우리헌법상의 재산권보장이론으로서 수용가능함에 대하여 많은 논의가 전개되고 있다. 분리이론의 수용을 부정하는 견해는 대체로 우리헌법 제23조 재산권규정이 독일의 그것과 다르다는 것에 근거한다.⁴⁷⁾ 즉 독일 기본법은 제14조제3항에서 수용만을 규정하고 있음에 반하여 우리 헌법은 제23조제3항에서 수용, 사용, 제한에 대한 정당한 보상을 규정하고 있는바 독일에서와 같이 모든 제한을 재산권의 내용규정으로 보고 이는 보상이 필요한 수용과 완전히 분리된다는 이론이 적용되기 어렵다고 한다. 그밖에 분리이론은 위헌성 판단의 이론이지 수용보상의 문제가 아니라는 점, 사회적 제약과 공용침체가 과연 일반·추상 및 개별·구체의 기준으로 명확히 구분될 수 있는지 의문이라는 점, 내용규정과 수용규정이 입법자의 결정에 따라 형식적으로 결정된다고 하나 복잡한 정책환경의 변화를 고려할 때 재산권 제한이 '수용적 효과'를 초래할지의 여부를 입법단계에서 예견하기 어렵다는 점 등이 부정하는 근거로 제시되고 있다.⁴⁸⁾ 한편 분리이론을 긍정하는 견해는 우리헌법 제23조의 재산권보장구조도 독일기본법 제14조와 크게 다르지 않다고 한다.⁴⁹⁾ 즉 독일기본법 제14조제3항의 재산권에 대한 부분적인 박탈 및 전적인 박탈을 의미하는 수용(Enteignung)은 우리헌법 제23조 제3항의 수용, 사용 및 제한의 재산권제한유형과 큰 차이가 없다고 한다.⁵⁰⁾

이상 살펴본 바와 같이 경계이론과 분리이론은 각각 논리적 강점과 약점을 모두 내포하고 있기 때문에 어떠한 견해가 타당한지를 필자가 단정적으로 판단하기는 어렵다. 하지만 이들 견해 중 어떠한 견해를 취하든 저작재산권을 제한하기 위해서는 비례원칙에 의한 정당화가 필요하다는 점에서는 실질적으로 차이가 없다.⁵¹⁾

47) 석중현, 도시계획결정과 손실보장, 『공법연구』 제28집제3호, 한국공법학회 2000.3., 47면 이하; 김문현, 재산권의 보장관 한계-헌법재판소판례에 대한 평가를 중심으로-, 『헌법논총』 제19집, 헌법재판소 2008.12.31., 591면 이하; 정남철, 재산권의 사회적 구속과 수용의 구별에 관한 독일과 한국의 비교법적 고찰, 『공법연구』 제32집 제3호, 한국공법학회 2004.2., 377면 등.

48) 김철용, 개발제한구역의 지정과 손실보장, 한국행정관례연구회 제150차 발표회의 자료집, 7~8면.

49) 한수용, 재산권의 내용을 새로운 형성하는 법규정의 헌법적 문제, 『저스티스』 제32권 제2호, 1999, 29면 이하; 김현철, 독일연방헌법재판소 분리이론의 한국적 수용, 헌법판례연구(6), 2006, 441면 이하 등.

50) 강태수, 분리이론에 의한 재산권체계, 『고시연구』(2004.9.), 31면 이하.

2. 저작권법상 저작재산권 제한규정

(1) 인정근거

저작재산권의 제한을 인정하는 근거로 공공재의 특성 및 공익적 관점, 경제론적 관점, 사회경제적 기대효과 등이다. 이러한 논거들에 대하여 좀 더 구체화 하면 다음과 같다.⁵²⁾

저작물의 특성, 즉 공공재적 성격이라는 내재적 한계에서 저작재산권 제한의 근거를 구하는 것이다. 저작물의 ‘비배타성’이나 ‘비경합성’은 공공재(Public Goods)의 대표적 속성이라고 할 수 있다. 저작물의 이러한 공공재적 성격으로 인해 저작물 사용에 대한 협상이 시장에서 불가능하므로 일정한 경우 공정이용을 인정해야 한다고 한다. 시장을 통해서는 달성되지 않으나 사회적으로 바람직한 거래를 허용하기 위해 공정이용이 필요하다는 이론이다.⁵³⁾ 대표적 공공재인 사회간접시설의 경우 민간에 의해서는 제대로 제공되지 못하고 결국 정부가 개입하여 시장을 회복하고자 하는데 그 대표적인 수단이 세금이다. 정보 또는 저작물에 대하여도 역시 국가의 개입이 요구되는데 다른 공공재와는 달리 국가가 대신 생산하여 제공할 수 없으므로 소유권과 유사한 재산권을 제도적으로 인정하는 방식으로 국가가 개입하고 있다. 그러나 상품이 되기에 부적합한 재화를 지적재산권이라고 하는 법률 등의 제도적 도구를 이용하여 ‘상품화’하기 때문에 국가가 ‘정보재’를 상품화하기 위해서는 ‘사적 소유’에 중요한 제한을 가하고 그 내용에 일정한 변화를 강제하지 않을 수 없다.⁵⁴⁾ 즉 저작물에는 완전한 소유권이 아닌 ‘소유권과 유사한 좀 더 제한된 형태의 재산권’을 부여할 수밖에 없으며 저작권의 권리기간 유한성, 저작재산권 배타적 행사의 제한 등을 모두 이러한 공공재적 특성인 내재적 한계에서 비롯되게 된다.

51) 정하중, 행정법총론, 제2판, 법문사, 2004, 557면; 이준일, 전개논문(각주41), 235~236면.

52) Lepage, Anne.2003.“Overview of Exception and Limitations : To Copyright in the Digital Environment,” e- Copyright Bulletin(Jan-Mar.2003), pp.4-5

53) 村井麻衣子, “フェア・ユースにおける市場の失敗理論とその修正—著作権制度規定の現代的意義—”, 『デジタル・コンテンツ法のパラダイム』, 財団法人知的財産研究所 編 (雄松堂出版)(2008). 5, 173頁.

54) 강남훈 외, 『정보재 가치논쟁, 한신대학교 출판부』, 2007, 92~93면.

한편 공리주의적 경제이론에 의할 때 작가의 창작과정은 시간과 노력이 요구되므로, 자기 이익의 극대화를 추구하는 합리적 작가는 이익을 얻기 위해 지출된 비용 이상의 가격으로 작품을 판매하려 할 것이다. 그러나 경쟁자가 동일한 작품시장에서 작가보다 가격경쟁력이 앞서게 될 경우 작가는 창작의 인센티브를 얻지 못하게 되고 학문과 예술의 발전을 기대하기 어렵게 된다. 그러므로 작가에게 배타적 권리를 부여하게 되나 이로 인해 독점가격이 형성될 경우 작가는 이익을 최대화하기 위해 가격을 올릴 수 있고 이 경우 작품의 가격이 높아지게 된다. 그리고 높아진 가격으로 인해 작품의 접근 비용 및 이용비용이 증가하게 되어 경쟁상태보다 작품을 이용하는 사람이 줄어들게 되고, 또한 후작가의 창작비용을 증가시켜 창작활동을 저해할 수 있다. 이처럼 작가에게 완전한 배타적 권리를 부여하는 것은 사회적 비용을 발생시킬 수 있다.⁵⁵⁾ 따라서 공리주의적 경제이론은 작가에게 작품에 대한 독점적인 배타권을 부여하여 창작의지를 고양시켜 주되, 다른 한편으로는 사회적 비용을 줄여서 새로운 작품의 배포가 활성화될 수 있도록 공정이용의 법리를 인정해야 한다고 한다.⁵⁶⁾ 한편 19세기 말부터 형성되어 온 신고전파(neoclassical school) 경제이론은 사회적 부를 극대화시키고 자원을 효율적으로 배분하기 위해 시장의 효율적 기능을 강조한다. 작품의 극대화된 효율을 이루기 위해서는 작가에게 배타적 권리를 부여함으로써 창작 인센티브를 줄 수 있어야 한다. 뿐만 아니라, 현존하는 창작품이 사회적으로 가장 가치 있게 사용될 수 있도록 하는 안정적인 시장 메커니즘이 제공되어야 한다. 이처럼 저작권은 작품에 관한 시장이 작동하기 위한 장치로서 인정되는 것이다.⁵⁷⁾ 따라서 저작권 제한이 인정될 수 있는 경우는 저작자가 라이선스를 체결하기를 애초에 거부할 수 있는 경우, 예를 들어 원작에 대한 부정적 비평 또는 패러디의 경우에 국한될 가능성이 크다. 이 경우 원고와 이용자는 경쟁의 여지가 없기 때문이다. 요컨대 신고전파 경제이론의 관점에서 본다면, ‘저작권 제한’은 ‘잠재적 시장가치를 훼손하지 않는 예외적인 경우에만 자유롭

55) Julie E. Cohen, "Copyright and the Perfect Curve," *Vanderbilt L. Rev.* vol. 53, 2000, pp. 180-184.

56) William W. Fisher III, "Reconstructing the Fair Use Doctrine," *Harvard L. Rev.* vol. 101, 1988, pp. 1661-1795.

57) Neil Netanel, "Copyright Alienability Restrictions and the Enhancement of Author Autonomy: A Normative Evaluation," *Rutgers L. J.* 24, 1993, pp.315-316.

게 이용할 수 있는 이용자의 특권'이라는 의미로 그 범위는 극히 제한적으로 축소될 수 있다.⁵⁸⁾

그밖에 저작자의 권리제한을 통한 저작물의 공정한 이용은 사회경제적으로 긍정적 효과를 부여할 수 있다는 점이다. 이와 관련하여 미국에서는 공정 이용 규정이 노동자 8명 중 1명의 고용의 유지하는 효과를 가지고 있다고 하며, 2002년에 비하여 2006년 공정이용과 관련한 산업이 50% 가까운 성장률을 보였다고 한다.⁵⁹⁾ 또한 미국 컴퓨터통신 비영리단체인 CCIA(Computer & Communication Industry Association)가 2007년 9월 12일자로 연방의회에 제출한 보고서에 따르면 저작권법에 규정된 공정이용이 2006년에 4조 5천억 달러 이상(미국 GDP의 1/6에 상당함)의 경제적 효과를 창출한 것으로 나타났다.⁶⁰⁾ 사적복제가 허용되는 기기업체, 교육기관, 인터넷 검색 및 웹호스팅 업체 등이 이와 관련된 수혜를 얻음으로서 사회경제적 순기능이 긍정적 효과를 유발한다고 볼 수 있다.

(2) 저작재산권 제한 법규 현황

우리 저작권법은 제2장(저작권) 제4절(저작재산권) 제2관에서 저작재산권의 제한을 규정하고 있다. 개별적 저작재산권 제한으로 재판절차등에서의 복제(제23조)·시사보도를 위한 이용(제26조)·공표된 저작물의 인용(제28조)·학교교육목적등에의 이용(제25조)·영리를 목적으로 하지 아니하는 공연·방송(제29조)·사적이용을 위한 복제(제30조)·도서관등에서의 복제(제31조)·시험문제로서의 복제(제32조)·시각장애인 등을 위한 복제(제33조) 등을 규정하고 있으며 일반적 규정으로 저작물의 공정한 이용(제35조의3)을 규정하고 있다. 이러한 저작권제한사유에서 보상금지급이 인정되는 경우로는, 학교교육목적을 위해 교과용 도서를 이용하는 경우(제25조1항·4항), 수업목적에 저작물을 이용하는 경우(제25조2항·4항), 도서관등에서 저작물을 복제 또는

58) 신동룡, 저작권법에 있어서 2차적 저작권의 사건성-미학적 표현주의와 신고전파 경제이론을 중심으로-, 『법학연구』(19권 1호), 연세대학교 법학연구소(2009), 211면.

59) Thomas Rogers·Andrew Szamoszegi, "Fair Use in the U.S. Economy", Computer & Communications Industry Association(2010), pp. 8-12.

60) Computer & Communication Industry Association. Economic Contribution of Industries Relying on Fair Use . Washington D.C : CCIA, 2006, 44. 이에 대해서는 여러 반론이 제기된 바 있다.

전송하는 경우(제31조5항) 등 세 가지가 있다. 보상금의 재원은 해당 저작물을 이용하는 도서관·교육기관 등이며 보상금의 징집 및 분배는 법률인 인정한 집중관리기관에 의해 이루어진다.

학교교육활동은 사회를 유지하고 발전시키기 위한 기본 기능으로서 뿐만 아니라, 저작물을 풍요롭게 이용할 수 있는 능력을 배양하고 나아가 후발 창작자를 양성한다는 측면에서도 높은 공공성을 가지고 있다. 이러한 교육과정에서 매우 광범위한 저작물이 다양한 상황에서 빈번하게 사용되게 되는데 일일이 저작권 허락을 받게 할 경우에는 저작권 이용허락을 위한 거래비용이 과다하게 소요되어 교육활동 자체를 위축시킬 우려가 있다. 이러한 이유에서 저작권법은 공표된 저작물을 교과용도서(교과서)에 게재하는 경우에 저작권을 일부 제한하는 규정을 두고 있는 대신, 초·중·고등학교에서 사용하는 교과서(국정도서, 검정도서, 인정도서) 및 지도서(CD, TAPE 등 보완교재 포함)에 수록된 저작물의 경우 문화체육관광부장관이 정하여 고시하는 기준에 의한 보상금을 저작재산권자에게 지급하도록 규정하고 있다(법 25조1항, 4항). 또한 학교 수업을 위하여 이용하는 저작물마다 개별 저작권자의 허락을 받도록 한다면 학교의 시간적·재정적 부담이 커지고 저작권자의 허락을 받지 못해 저작물을 이용할 수 없는 경우가 많아 교육의 질이 떨어질 우려가 있다. 따라서 학교가 수업 목적을 위하여 저작물을 이용할 경우에는 저작권자의 사전 허락 없이 우선 이용하고 후에 보상금만 지급하도록 하여 교육의 질을 담보하는 보상금제도를 도입하고 있다. 또한 도서관보상금제도는 '저작권 보호'와 '디지털 도서관 활성화'라는 두 가지 목표를 적절히 조화시키기 위해 도입되었다. 이 제도에 따라 저작권자의 허락 없이 도서관에서 자료 출력과 도서관간 자료 전송(일부)이 가능하게 되었으며, 저작권자들은 그러한 출력과 자료전송에 대하여 일정한 보상을 지급받게 된다. 도서관 등은 조사·연구 목적으로 하는 이용자의 요구에 따라 공표된 도서 등의 일부분의 복제물을 1인 1부에 한하여 컴퓨터 등을 이용하여 이용자가 다른 도서관등의 안에서 열람할 수 있도록 보관된 도서 등을 복제하거나 전송할 수 있고, 문화체육관광부 장관이 고시하는 기준에 의한 보상금을 저작재산권자에게 지급하여야 한다. 요컨대 도서관보상금제도의 대상은 저작권법 제31조에 의한 시설에서 소장한 저작물을 원문DB 구축하여 자관 출력 및 다른 도서관으로 복제·전송한 경우이다.

3. 합헌적 저작재산권 제한을 위한 제언

(1) 저작재산권 제한규정의 위헌소지

저작권법은 헌법이념을 구체화한 법률이므로 헌법의 이념적 적용을 받는 것이 당연하다. 헌법 제22조의 지적재산권 조항을 통하여 형성된 저작권은 다시 제23조의 재산권행사 제한 규정을 통해 제한된다. 기본권을 제한하는 경우에는 형식적인 측면에서뿐만 아니라 실질적인 측면에서 정당화가 요구된다. 기본권제한의 형식적 정당화는 기본권의 제한이 ‘법률’의 형식으로만 가능하다는 점에서 요구되며, 기본권제한의 실질적 정당화를 위하여 필요한 헌법적 원칙으로는 비례원칙과 본질내용침해금지원칙을 들 수 있다. 즉 비례원칙은 기본권제한과 관련하여 기본권제한의 실질적 정당화를 위한 헌법적 원칙으로 이해된다. 헌법(제37조제2항)은 명시적으로 기본권의 제한은 “법률로써”만 가능하고, 제한하는 경우에도 “필요한 경우에”(비례원칙에 합치하게), 그리고 그 “본질적 내용은 침해할 수 없다”고 규정함으로써 기본권제한을 위한 형식적 정당화와 실질적 정당화의 원칙을 요구하고 있다.⁶¹⁾ 즉 앞서 언급한 대로 재산권 제한에 대한 보상의 기준과 관련된 견해 중 어떠한 견해를 취하든 저작재산권을 제한하기 위해서는 비례원칙에 의한 정당화가 필요하다.

현재 저작재산권을 제한하는 개별조항에서 보상을 인정하는 경우로는 교과용도서보상금제도, 수업목적보상금제도, 도서관보상금제도 등 세 가지가 있다. 그밖의 저작재산권 제한의 경우에는 보상제도를 규정하지 않고 있다. 이 규정이 의미하는 바가 보상을 하지 않아도 되는 것인지, 보상이 필요함에도 불구하고 보상규정을 두지 않은 것인지 불명확하다. 즉 이들 저작재산권 제한 규정이 헌법 제23조제1항제2문과 제2항에 해당된다 할지라도 그것이 ①보상이 불필요한 사회적 기속성에 따른 제한과 ②조정적 보상이 필요한 사회적 기속성에 따른 제한, 어느 것에 해당하는지를 검토해 보아야 이들 저작재산권 제한 규정이 헌법상 재산권 보장의 이념에 합치되는지를 판단할 수 있다.

최근 비영리 공연·방송규정(저작권법 제29조)을 둘러싸고 벌어지는 매장

61) 이준일, 비례성원칙의 개념과 구조 및 구체화, 고시연구, 2005.2, 30면.

음악 저작권의 보상금 지급에 대한 잇단 소송을 보더라도,⁶²⁾ 현재 우리 저작권법상 저작재산권 제한에 따른 보상금 인정 기준이 매우 혼란을 겪고 있음을 알 수 있다. 즉 보상이 인정되는 저작권 제한과 그렇지 않은 저작권 제한에 대한 명확한 기준이 제시되지 않고 있다. 특히 최근 도입된 공정이용에 관한 일반조항의 경우(저작권법 제35조의3) 보상규정이 전제되어 있지 않은 바 이 규정이 제시하고 있는 추상적 요건에만 충족한다면 보상할 필요가 없는 것인지에 대하여 좀 더 세밀한 논의와 명확한 근거가 필요하다.

독일에서도 판례를 통해 헌법상 재산권 보장 및 그 행사의 제한이 저작재산권의 제한에 어떻게 적용되는지를 보여주고 있다.⁶³⁾ 우선 연방헌법재판소는 저작권 제한의 위헌성을 심사함에 있어서 기본법 제14조의 재산권보장을 심사규범으로 선택하여 그 해석과 적용을 논하고 있다. 연방헌법재판소는 저작권의 제한을 기본법 제14조제1항 후단에 근거한 저작권의 내용형성으로 보아 위헌심사를 행하며, 입법자는 기본법 제14조제1항 전단에 근거한 저작자의 이익과 동조 제2항에 근거한 공공의 이익을 공정하게 조정하여야 한다. 여기서, 입법자는 '재산권 보장의 기본적 내용'을 보호하여야 하며, 다른 모든 헌법규범과도 조화되도록 하여야 한다. 저작권법의 영역에서 '재산권보장의 기본적 내용'은 '창작에서 발생하는 재산적 가치 있는 성과를 사법규정에 따라 원칙적으로 저작자에게 귀속시키는 것과 이러한 창작물을 창작자가 자기 책임 하에 처분할 수 있는 자유'로 표현되고 있다. 이에 대하여 저작물의 '고려할 수 있는 모든 사용가능성'이 보장되어야 하는 것은 아니다. 입법자는 헌법상 '재산권보장의 기본적 내용'을 저작권법에서 구체화하고 있기 때문에, 저작권 제한의 합헌성은 그것이 헌법상 공공이익에 의해 정당화되는지 여부와 관련 되게 된다. 이어서 연방헌법재판소는 저작재산권과 관련된 구체적인 규정의 위헌심사에 있어서 '배타권의 배제'와 '보상청구권의 배제'를 구별하

62) 최근 자영업자들이 개인용으로 구매한 스트리밍 음악, MP3 음악을 식당·커피숍·쇼룸·판매장·운동시설 등에서 이용하다 저작권법 위반으로 사법 처리되는 경우가 늘고 있다. 한국음악저작권협회·한국음원제작자협회·한국음악실연자연합회 등 음악저작권 3단체가 저작권료 징수 규정을 강화하고 강력한 저작권 단속 활동을 벌인 결과다. 시사저널 2013.4.10, <http://www.sisapress.com/news/articleView.html?idxno=60242> 2013.4.23 확인

63) 이하 소개되는 독일 판례의 내용은 民商法雜誌(制140卷 制6號, 2009.9.15) 著作権法における權利論の意義と射程(一)―ドイツにおける憲法判例と學說の展開を手がかりとして―, 653-676頁.

고 있다. 배타권의 배제 근거에 대하여는 배타권의 배제를 정당화할 수 있는 ‘공공의 이익’을 제시하고 있다. ‘현대적인 수업에 있어서 청소년을 지적 창작과 친숙하게 한다’라는 공공의 이익(교과서사건⁶⁴)과 ‘동시대 음악의 지적 창작물을 함께 공유한다’고 하는 정당한 공공의 이익(교회음악사건⁶⁵)을 그러한 사례로 판시하고 있다. 이들은 ‘저작권법상 보호받는 저작물에 대하여 어떠한 방해 없이 접근할 수 있는 공공의 이익’으로 요약될 수 있다. 그러나 후자의 ‘보상청구권 배제’에 대하여는 이러한 ‘공공에 이익’만으로는 정당화될 수 없으며, ‘높아진 공공의 이익’을 요구하였다. ‘높아진 공공의 이익’의 예로 ‘수감자의 고립, 자주적 생활기술의 망각, 지적빈곤의 위기’를 들고 있다(형무소사건⁶⁶).⁶⁷

(2) 합헌적 저작재산권 제한을 위한 제언

헌법 제23조는 재산권을 보장하되 일정한 경우 재산권의 행사에 한계, 즉 ‘헌법적 제한’을 인정하고 있다. 헌법 제23조제3항은 명시적으로 정당한 보상을 규정하는 반면에 제1항 제2문과 제2항은 그렇지 않다. 따라서 제1항 제

64) BVerfGE 31,229 : Kirchen- und Schulgebrauch.(1971년 7월 7일 제1법정 판결) : 저작권법 제46조(당시)에 대한 헌법소원에 관한 것이다. 동조는 『저작물의 일부, 언어 저작물 또는 음악 저작물의 일부 범위, 개개 조형예술의 저작물 또는 개개 사진의 저작물이 발행 후에 다수의 저작자의 저작물을 집성하여 그 성질상, 진적으로 교회, 학교, 수업을 위하여 제공되는 작품집에 수록되는 경우에는 복제 및 배포가 허용된다』등으로 규정하고 있는데 헌법소원인들은 동조에 의한 복제권, 배포권 제한이 위헌이라는 이유로 본건 헌법소원을 제기하였다.

65) BVerfGE 49, 382 ; Kirchenmusik.(1987년 10월25일 제1법정 판결) 본 결정은 저작권법 제52조 제1항(당시)에 의한 공중 재생권리의 제한을 위헌으로 제기한 헌법소원사안이다. 동 규정은 일정한 종교행사에 있어서의 저작물의 공중 재생을 무상으로 인정하고 있는 것으로 저작권법 제52조 제1항 제2호 후반, 즉 무상으로 인정하고 있는 부분은 기본법 제14조 제1항 전단에 반한다고 판단하였다.

66) BVerfGE 79,29 : Vollzugsanstalten(1988년 10월 11일 제1법정 결정) 저작권법 제52조 제1항 제3문(당시)은 『(동항 2문의)보상의무는, 수감자 위로행사를 위한 것이라면 그것이 그 사회적 또는 교육적 목적에 비추어 명확하게 한정된 범위의 자만을 대상으로 하는 것인 한 면제된다』고 규정한 것으로 처음으로 실제로 『높아진 공공의 이익』에 의한 제한의 정당화를 인정하여 보상청구권 배제를 인정하였다.

67) 그러나 형무소사건결정에 대해서는 실질적으로는 형무소를 운영하는 국가나 주의 재정을 배려한 것으로 이러한 사정은 ‘높아진 공공의 이익’에는 해당하지 않는다는 비판이 제기되고 있다. 이후 ‘높아진 공공의 이익’을 인정하는 사안이 나타나고 있지 않으므로 형무소 사건결정이 ‘높아진 공공의 이익’ 기준을 정립한 것이라고 할 수 있는지에 대해서는 의문의 여지가 있다.

2문과 제2항은 언뜻 보상이 필요 없는 재산권제한인 것처럼 보인다. 하지만 헌법 제23조제2항도 재산권에 대한 제한으로 이해되는 한 비례원칙이 적용되어야 하고, 비례원칙에 따라 보상이 필요한 경우가 있다. 결국 헌법 제23조 제1항 제2문 및 제2항에 근거한 제한과 제3항에 근거한 제한은 서로 단절적인 경계를 이루는 것이 아니라 비례원칙에 따라 서로 연속적인 경계를 형성한다. 따라서 비례원칙에 의해 제23조 제1항 제2문 및 제2항과 제3항은 ‘① 보상이 불필요한 사회적 기속성에 따른 제한, ② 보상이 필요한 사회적 기속성에 따른 제한, ③ (수용)보상이 필요한 공용 제약에 따른 제한’으로 구성될 수 있다.⁶⁸⁾ 즉 저작재산권 제한은 헌법 제23조제1항제2문(또는 제23조 제2항)에 의하든, 제23조제3항에 의하든 비례원칙에 부합해야 하며 저작재산권 제한이 보상이 불필요한 경우와 필요한 경우로 구분함에 있어 비례원칙이 적용되어야 한다. 공익적 목적 달성을 위하여 선택된 수단은 그 공익적 목적 달성에 효과적이고 적절해야 하고(방법의 적절성), 제한으로서 선택된 수단이 동일한 효과를 가진 수단 중에서 기본권을 가장 덜 제한하는 최소한의 것이어야 하며(피해의 최소화), 그 공익적 목적과 그 제한으로 선택된 수단을 교량 할 때 그 수단 즉 그 제한으로 인하여 받는 기본권자의 불이익보다 그 수단으로 달성하려는 공익적 목적의 이익이 커야 한다(법익의 비례성 또는 균형성). 저작재산권의 제한은 이러한 과잉금지 원칙에 반하거나 재산권의 본질적인 내용을 침해해서는 안 된다.⁶⁹⁾

이러한 비례원칙에 비추어 볼 때 학교교육목적을 위해 교과용 도서를 이용하는 경우(제25조제1항·제4항)와 수업목적에 저작물을 이용하는 경우(제25조제2항 및 제4항) 그리고 도서관등에서 저작물을 복제 또는 전송하는 경우(제31조제5항) 등이 다른 보상을 요하지 않는 재산권 제한규정에 비교해 볼 때 보상을 인정하는 것이 타당한 지에 대하여는 재고의 여지가 있다. 보상을 배제하기 위해서는 배타성을 제한하는 것보다 더 고도의 공익을 요하기 때문이다. 예를 들어 시사보도를 위한 이용(제26조)의 경우 보상을 인정하지 않고 있다. 이는 보상을 규정하고 있는 교육목적(교과용도서보상금제도) 또는 인류의 유산에 대한 기록의 보존(도서관보상금제도)⁷⁰⁾ 등이 언론의

68) 이준일, 전계논문(각주41), 235~236면.

69) 헌법재판소 1992. 6. 26. 선고 90헌바26 결정.

70) 1976년 미국 저작권법 개정 당시 제107조 공정이용에 ‘도서관에서의 권리제한 규정’이 포함되어도 무방하다는 주장에, 미국도서관협회(ALA)는 다음과 같은 견해를 밝혔다.

자유에 비추어 낮은 공익성을 가지고 있다고 전제하는 것인지, 또는 비영리 교육기관보다 언론기관이 달성하려는 공익적 목적이 더 큰지에 대하여는 재고의 여지가 있다. 특히 2003년 개정에서 도입된 도서관 보상금제도는⁷¹⁾ 도서관서비스에 근본적인 영향을 끼쳐, 도서관 자료의 유료화라는 거부감을 도서관에 안겨 주었고 도서관에서의 디지털 복제 및 전송에 보상금을 징수하는 세계 최초의 제도가 되어 도서관계 사람들로부터 많은 비판을 받은 바 있다.⁷²⁾ 따라서 각각의 저작권재산권 제한과 보상 규정들에 대하여 헌법상 재산권 보장 측면에서 면밀한 검토가 이루어질 필요가 있다.

최근 문제되고 있는 매장 음악 사용료와 관련된 ‘영리를 목적으로 하지 아니하는 공연·방송(제29조)’의 경우에도 보상 제도를 인정하고 있는 위 세 가지 경우(교육목적등)보다 높은 정도의 공익을 요하는 경우라고 보기 곤란하며 이는 법익의 비례성 또는 균형성에 있어서 형평에 부합하지 않을 소지가 다분하다. 최근 정보기술의 발달에 따른 디지털 음원의 서비스 특성에 비추어 볼 때 기존의 판매용 음반이 더 확장된 개념으로 발달하였고 이는 피해의 최소성 원칙에 비추어 보상금을 인정하지 않는 것이 비례원칙에 합당한지 검토해 볼 필요가 있다.

저작권재산권의 일반적 제한규정이라고 할 수 있는 저작물의 공정한 이용(제35조의3)의 경우, 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우에는 보도·비평·교육·연구 등을 위하여 저작물을 이용할 수 있으며 이를 판단함에 있어 ‘(1)영리성 또는 비영리성 등 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’ 등을 고려하도록 규정하고 있으나 이러한 요건과 헌법상 비례원칙 간

“도서관의 위치는 다른 권리의 예외의 한 종류인 공정이용보다 더 근본적인 개념에 자리하고 있다. 도서관의 위치는 수 천 년을 거슬러 올라가는 도서관 서비스의 전통적인 특성에 자리하고 있다. 도서관은 항상 이용을 위해 존재하였다. ----” Report of the Register of Copyrights, Library Reproduction of Copyrighted Works(17 U.S.C.108) January 1983, pp.37-42.

71) 2010년 기준 연 3,000만원 정도의 보상금이 징수 되지만, 정작 저작권자에게는 5% 정도의 낮은 분배율을 보이고 있다. 문화체육관광부, 한국도서관협회 편, 2011 한국도서관연감(서울 : 한국도서관협회, 2011), 364-366면.

72) 김종철, 안방도서관의 실현과 도서관 보상금 제도의 문제점, 디지털도서관, 제34호(2004), 22-37면.

관계에 대한 재검토가 필요하다.

IV. 마치며

최근 자영업자들이 개인용으로 구매한 스트리밍 음악, MP3음악을 식당·커피숍·쇼핑매장·운동시설 등에서 이용하다 저작권법 위반으로 사법 처리되는 등 저작권 제한 및 보상금 지급과 관련된 이해관계자 간의 대립이 문제되고 있다. 우리헌법은 인간 개개인의 자유로운 생활영역을 영위하기 위한 전제로서 재산권을 기본권으로 보장하고 있다. 저작재산권이 무체물(정보재)이라는 특성, 사회적 형성과정에 강한 영향을 받는다는 점, 권리의 유한성, 무방식주의 등 여타 재산권과 다른 점을 내재하고 있다 할지라도 헌법재판소의 결정에 따른 헌법상 재산권의 기준, 즉 사적 유용성, 경제적(재산) 가치, 처분권능, 구체성 등의 요건을 충족하므로 당연히 헌법 제23조의 재산권에 해당한다고 보는 것이 타당하다. 따라서 재산권의 제한에 따른 보상의 여부의 결정에 있어서도 헌법상 원리가 적용되어야 한다. 그러나 저작권법은 학교교육 목적 등에의 이용, 영리를 목적으로 하지 아니하는 공연·방송, 도서관등에서의 복제 등 저작재산권에 대한 일정한 제한을 규정하고 있으며 이러한 제한에 대하여 법률에서 보상을 인정하고 있는 경우도 있으나 그렇지 않은 경우도 있다. 보상을 인정하고 있지 않은 저작재산권 제한의 경우 헌법상 재산권 규정과의 정합성이 문제된다. 이러한 논점을 기반으로 본 논문에서는 헌법상 재산권 제한에 따른 보상과 관련된 이론들(경계이론과 분리이론)을 검토하였다. ‘경계이론’과 ‘분리이론’은 각각 논리적 강점과 약점을 모두 내포하고 있기 때문에 어떠한 견해가 타당한지를 필자가 단정적으로 판단하기는 어렵다. 하지만 이들 견해 중 어떠한 견해를 취하든 저작재산권을 제한하기 위해서는 비례원칙에 의한 정당화가 필요하다는 점에서는 실질적으로 차이가 없다. 헌법 제23조 제3항은 명시적으로 정당한 보상을 규정하는 반면에 제1항 제2문과 제2항은 그렇지 않다. 따라서 제1항 제2문과 제2항은 언뜻 보상이 필요 없는 재산권제한인 것처럼 보인다. 하지만 헌법 제23조 제2항도 재산권에 대한 제한으로 이해되는 한 비례원칙이 적용되어야 하고, 비례원칙에 따라 보상이 필요한 경우가 있다. 그러므로 현행 저작재산권

에 대한 보상도 이러한 헌법적 관점이 적용되어야 할 것이다. 현행법상 보상을 규정하고 있는 저작권재산권의 제한은 학교교육목적을 위해 교과용 도서를 이용하는 경우, 수업목적에 저작물을 이용하는 경우, 도서관등에서 저작물을 복제 또는 전송하는 경우 등 세 가지가 있다. 시사보도를 위한 이용(제26조)·공표된 저작물의 인용(제28조)·영리를 목적으로 하지 아니하는 공연·방송(제29조) 등의 경우에는 보상을 규정하지 않고 있다. 이 규정이 의미하는 바가 보상을 하지 않아도 되는 것인지, 보상을 하여야 하는데 보상규정을 두지 않은 것인지 불명확하다. 즉 헌법 제23조제1항제2문과 제2항에 해당된다 할지라도 보상이 불필요한 사회적 기속성에 따른 제한인지 조정적 보상이 필요한 사회적 기속성에 따른 제한인지 불명확하다. 또한 저작권재산권의 일반적 제한규정이라고 할 수 있는 저작물의 공정한 이용(제35조의3)의 경우에도 이러한 문제점은 그대로 존재한다. 따라서 저작권재산권을 제한하는 경우 보상 지급 여부에 대하여는 헌법상 비례원칙에 입각한 재검토가 이루어져야 할 것이다.

Abstract

**Study on the consistency of the property rights
guaranteed by the Article 23 of the Constitution and
the copyright limitations and exceptions**

Kim, Hyun-Kyung*

Our Constitution guarantees the fundamental right to property as a prerequisite for the free life of the individual. Although author's property rights are different from other tangible property because they are intangible and can be easily influenced on the process of social formation, finiteness of rights, and can be a potential conflict against other property rights, they meet the requirements of Article 23 of the Constitution such as the constitutional basis of the property, private usability, economic value, and disposition of power, etc. Therefore, in order to determine whether compensation is properly awarded by the restriction of property rights, constitutional principles should be applied. Copyright act puts certain restrictions on the author's property rights, such as uses for the purpose of education non-profit broadcasting or performance, copies in libraries. However, the copyright act does not recognize all kinds of compensation. If the compensation is not recognized, it raises a constitutional problem with consistency. This paper examines the theories (theory of boundaries and separation) related to compensation due to the limitations of constitutional property rights. Taking any opinion, the principle of proportionality shall be applied. As far as the Article 23 of the Constitution is interpreted as the limitations of property, the principle of proportionality is applied to the article and compensation should be in accordance with the principles. There are three kinds of compensation recognized under the current law such as use of textbooks for school educational purposes (Sec. 25, Paragraph 1 and 4), use of copies for class work purpose (Sec. 25, paragraph 2), and copy or transfer in the library (Sec. 31, paragraph 5). However, in cases of use for topical reports (Sec. 26), citation of published work (Sec. 28), and non-profit performing and

broadcasting (Sec. 29.), it is not clear whether the compensation should be awarded. In addition, in the fair use provision (Sec. 35(3)), these problems still exist. Therefore, the issue of compensation for limitations of the author's property rights should be reviewed with perspective of the constitutional principle of proportionality.

Keywords

the property rights guaranteed by the Article 23 of the Constitution, Copyright limitations and exceptions, compensation, the constitutional principle of proportionality

* PH.D. in Law, Adjunct Professor at Sungkyunkwan University