

저작권 사용료 사전승인의 위헌성에 대한 검토

Study on the unconstitutionality of preliminary approval by the administrative office on the copyright royalties

저자 (Authors)	김현경 Kim, Hyunkyung
출처 (Source)	미국헌법연구 30(1) , 2019.4, 37-73(37 pages) Study on the American Constitution 30(1) , 2019.4, 37-73(37 pages)
발행처 (Publisher)	미국헌법학회 Institution of American Constitution
URL	http://www.dbpia.co.kr/journal/articleDetail?nodeId=NODE08738033
APA Style	김현경 (2019). 저작권 사용료 사전승인의 위헌성에 대한 검토. 미국헌법연구, 30(1), 37-73
이용정보 (Accessed)	서울과학기술대학교 203.246.81.*** 2020/01/06 12:37 (KST)

저작권 안내

DBpia에서 제공되는 모든 저작물의 저작권은 원저작자에게 있으며, 누리미디어는 각 저작물의 내용을 보증하거나 책임을 지지 않습니다. 그리고 DBpia에서 제공되는 저작물은 DBpia와 구독계약을 체결한 기관소속 이용자 혹은 해당 저작물의 개별 구매자가 비영리적으로만 이용할 수 있습니다. 그러므로 이에 위반하여 DBpia에서 제공되는 저작물을 복제, 전송 등의 방법으로 무단 이용하는 경우 관련 법령에 따라 민, 형사상의 책임을 질 수 있습니다.

Copyright Information

Copyright of all literary works provided by DBpia belongs to the copyright holder(s) and Nurimedia does not guarantee contents of the literary work or assume responsibility for the same. In addition, the literary works provided by DBpia may only be used by the users affiliated to the institutions which executed a subscription agreement with DBpia or the individual purchasers of the literary work(s) for non-commercial purposes. Therefore, any person who illegally uses the literary works provided by DBpia by means of reproduction or transmission shall assume civil and criminal responsibility according to applicable laws and regulations.

저작권 사용료 사전승인의 위헌성에 대한 검토

김 현 경*

국문초록

우리나라는 저작권 사용료를 문화체육관광부장관으로부터 승인을 받도록 규정하고 있다. 이는 저작권 집중관리단체의 독점적 지위에 따른 폐해를 방지하고 이해관계를 합리적으로 조정하기 위한 것이다. 그러나 저작권사용료의 결정과 징수는 저작권재산권 행사의 핵심요소로서 이에 대한 직접적 규제는 저작권자의 재산권, 영업의 자유 등 기본권 제한을 수반하게 된다. 따라서 본 연구에서는 국가에 의한 사용료 통제의 정당화 요인을 검토하고 현행의 저작권 사용료 사전승인이 헌법상 비례원칙에 합치되는지에 대하여 검토하였다. 우선, 국가에 의한 사용료 통제가 정당화되기 위해서는 그 제공 대상이 공공재적 혹은 사회적 서비스여야 한다. 사인간의 서비스나 제품의 거래가격은 통상적으로는 시장에서 수요와 공급에 의해 결정된다. 다만 전기·가스·통신료 등 공공성이 높은 사회적 서비스로서 그 자체로 국민에게 많은 부담을 초래하여 인간답게 살 권리에도 중대한 영향을 미치게 되는 경우에는 국가의 개입이 정당화된다. 저작권은 사권(私權)이며, 저작물 이용은 공공재적 서비스가 아니다. 따라서 저작권 사용료의 결정이 이러한 공공재적 성격을 지니는 사회적 서비스에 대한 요금통제와 같은 방식으로 이루어지는 것은 타당하지 않다. 다음으로 사용료 승인은 저작권자의 재산권 등을 제한하므로 비례원칙에 부합하여야 한다. 그러나 복수의 집중관리단체를 활성화하는 방안, 사후적으로 사용료를 조정하는 방안 등 저작권자의 권리침해를 최소화 할 수 있는 다른 수단이 존재함에도 불구하고 기본권 침해가 큰 사용료 승인이라는 직접적 규제를 취하는 것은 헌법상 비례원칙 중 ‘침해의 최소화’ 원칙에 부합하지 않다. 또한 신탁관리단체의 독점으로 인한 폐해를 시정할 수 있는 방법이 충분하며 그 폐해가 중요하거나 긴급하다고 볼 수 없음에도 불구하고 저작권 사용료 승인이라는 높은 강도의 기본권 제한방식을 취하고 있는 것은 법익의 균형성에 부합하지 않는다. 따라서 저작권사용료 사전승인은 비례원칙에 위반될 소지가 다분하므로 폐지 및 개선이 필요하다.

주제어: 저작권사용료 사전승인, 저작권 집중관리, 가격규제, 공공요금, 비례원칙

* 서울과학기술대학교 IT정책전문대학교 조교수, 법학박사.

— 목 차 —

- I. 서론
- II. 저작권 집중관리와 사용료 승인
- III. 국가에 의한 가격통제의 정당화
- IV. 저작권 사용료 승인의 위헌성 검토
- V. 결론

I. 서론

우리나라는 저작권 집중관리단체가 이용자로부터 징수하는 사용료 및 위탁관리 수수료의 요율 또는 금액을 문화체육관광부장관으로부터 승인을 받도록 규정하고 있다(「저작권법」 제105조 제5항). 문화체육관광부장관은 신청된 내용을 수정하여 승인할 수 있고(동조 제6항), 저작재산권자 그 밖의 관계자의 권익보호 또는 저작물등의 이용 편의를 도모하기 위하여 필요한 경우에는 승인 내용을 변경할 수도 있다(동조 제8항). 이는 무분별한 사용료 인상 등 신탁관리업자의 독점적 지위에 따른 폐해를 방지하고 이해관계를 합리적으로 조정하기 위한 것이다. 그러나 비교법적으로도 이러한 사용료 사전승인제를 채택하고 있는 국가는 우리나라가 거의 유일한 것으로 조사되고 있다. 또한 4차산업혁명 등 기술발전으로 기존에 없던 음악사용 플랫폼, 서비스 등이 등장하고 있는바, 이러한 새로운 영업모델이 출현할 경우 징수 규정을 개정하여 감독관청의 승인을 받기 전까지는 그 서비스를 개시할 수 없는 상황이 발생하고 있다.¹⁾²⁾

- 1) 한국음악저작권협회, 「징수규정 승인제로 발생하는 실무적 문제점 및 사례보고」, 저작권법 일부개정법률안(최채천의원 대표발의) 검토보고에 대한 의견자료, 2013.
- 2) 사용료 징수규정이 없는 서비스의 경우 신탁관리단체는 이용자와 사용요율 또는 금액을 협의하여 사전에 이용허락을 할 수도 있으나(신탁관리단체의 ‘기타사용료’ 규정)

특히 저작권사용료가 권리자와 이용자 간의 협의가 아니라 행정청에 의해 정해지므로 권리집행의 비용과 위험, 사업에 따른 비용과 수익의 계산 등에 있어 안정성을 해치는 요소가 되기도 한다. 정부가 계약내용을 제한하는 가격규제의 일종이라는 점에서 시장기능을 왜곡하거나 권리자의 이익을 과도하게 제한할 우려도 있다. 무엇보다 저작권사용료의 결정과 징수는 저작재산권 행사의 핵심적 요소로서 이에 대한 직접적 규제는 저작권자의 재산권, 영업의 자유 등 기본권 제한을 수반하게 된다. 이러한 기본권 제한이 정당화되기 위해서는 헌법상 기본권제한의 일반원칙인 ‘비례의 원칙’에 부합하여야 한다. 따라서 본고에서는 현행 저작권사용료 사전승인제가 헌법에 합치되는지에 대하여 요금 사전 승인의 정당화 요건을 살펴보고 이를 바탕으로 헌법상 비례원칙 부합여부를 분석하여 밝혀보고자 한다.

II. 저작권 집중관리와 사용료 승인

1. 재산권으로서 저작권

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). 저작권법은 저작권의 내용을 저작재산권과 저작인격권으로 나누어 권리를 인정하고 있으며, 저작재산권은 엄연히 헌법상 보장된 재산권에 해당 된다.

지적재산권에 대하여는 헌법 제22조제2항에서 “저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로서 보호한다”고 규정하고 있다. 헌법 제23조가

추후 문체부가 신청내용을 수정 또는 변경하여 승인할 수 있으므로 당사자간의 계약 내용대로 서비스를 확정할 수 없는 불확실요소를 떠안고 있다. 문화부가 승인내용을 결정하고 공고할 때까지의 시간적 간극, 신청에 대한 문체부의 반력가능성 등으로 ‘기타사용료’ 규정은 거의 유명무실하다고 볼 수 있다.

일반적인 재산권의 보호에 관한 것이라면 저작권과 관련하여 헌법 제22조는 별도로 저작자와 발명가의 권리를 규정하고 있는 바, 제22조 제2항의 ‘권리’의 성격과 관련하여 ‘재산권설’과 ‘비재산권설’의 대립이 있고, 이와 맞물려 재산권으로 본다면 제23조와의 관계에 대한 논의가 병행되고 있다.

재산권설은 미국·독일·일본의 지배적 견해이며, 한국 헌법학계에서도 전통적·통설적 견해이다.³⁾ 우리 헌법재판소는 저작권에 대하여 직접적으로 재산권이라고 언급한 바는 없으나 “헌법 제22조 제2항에 근거하여 마련된 실용신안제도는 새로운 고안을 창안하여 이를 법이 정한 절차에 따라 등록된 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”라고 언급하면서 지적재산권 중 실용신안권에 대하여 헌법 제23조의 재산권에 해당한다고 판시한 바 있다.⁴⁾ 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 견해가 있다. 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 입법형성권을 가지게 된다고 한다.⁵⁾

그러나 저작재산권을 헌법 제23조제1항의 재산권에 포함시키지 않는 견해는 제22조제1항이 학문·예술의 자유를 규정하고 있는 바 제2항에서 보장하고 있는 저작자등의 권리가 천부인권성을 가지고 있지 않음을 전제로 한다. 저작권 역시 그 본질에 대하여 자연권론과 실정권론의 첨예한 논쟁이 있

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

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

5) 김송옥, “지적재산권의 제한원리 - 저작권을 중심으로 -”, 『법정논총』(39권 53집), 중앙대학교, 2004, 94면.

며⁶⁾ 그 근거를 자연권에서 구할 경우 천부인권에 좀 더 근접할 수 있다.⁷⁾ 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 견해에⁸⁾ 의할 경우 저작재산권은 헌법 제23조의 재산권에 해당된다고 보는 것이 타당하다.⁹⁾

비교법적 고찰에 의하더라도 현재의 독일 기본법,¹⁰⁾ 일본 헌법을 비롯한 대부분의 국가들은 별도의 지적재산권 보장규정을 두지 않고, 일반 재산권 보장 규정에 의하여 보호하고 있다.¹¹⁾ 별도의 지적재산권 보장규정을 두고 있지 않은 여타 국가에서도 지적재산권의 보장 근거를 헌법상 재산권 보장 규정이라고 해석하는 것이 일반적이다.¹²⁾ 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.

-
- 6) 박성호, “지적재산권에 관한 헌법 제22조 제2항의 의미와 내용”, 『경제연구』 제24집 제1호, 2007년 4월, 101면.
- 7) 加戸守行, 『著作權法逐條講義』(三訂新版), 2000, 12면, 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.
- 8) 김중보, “지적재산권 강화경향과 정보공유와의 관계에 대한 고찰 -헌법기념상 저작권 개념을 중심으로”, 『법학연구』(제46권 제1호), 부산대학교, 98면.
- 9) 김현경, “헌법상 재산권 보장과 저작재산권 제한규정의 정합성에 관한 연구”, 『계간저작권』 2013.6, 107-135면.
- 10) 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.
- 11) 육중수, “헌법상 무체재산권의 보장”, 『공법연구』(15집), 1987, 138-141면.
- 12) 육중수, 앞의논문, 138-141면; 박성호, “지적재산권에 관한 헌법 제22조 제2항의 의미와 내용”, 『경제연구』(제24집 제1호), 2007, 98면.

2. 저작권 행사와 집중관리

(1) 집중관리의 의의

본래 저작권은 저작물을 창작한 저작자에게 법률로서 배타적인 권리를 부여하고 있는 사권(私權)이기 때문에 권리자 개개인이 권리를 행사 하는 것이 원칙이다. 즉, 저작권은 사적 자치의 원칙상 권리자 또는 권리자의 위임을 받은 유통업자와 이용자 간의 사적인 거래에 의하여 저작물이 유통되고 개별적으로 이용계약이 체결됨을 원칙으로 한다. 그러나 다수의 저작재산권자 등이 일일이 자기의 저작물에 대한 사용료를 청구하는 것이 어렵고, 자기의 저작물이 얼마만큼 이용되었는지 확인하기 어려울 뿐 아니라 또 저작물의 이용자 측에서도 누가 저작권자인지 알기 힘들며, 안다 하더라도 일일이 그의 소재를 찾아 교섭하는 것이 매우 곤란하다¹³⁾. 따라서 저작권자 등으로부터 권리를 위탁받은 저작권 관리단체가 집중적으로 저작권 등을 관리하는 저작권 집중관리제도를 도입하고 있다.¹⁴⁾ 즉 권리자가 관리단체에 권리행사를 위임하고, 관리단체는 저작물의 이용을 감시하며, 저작물의 이용을 희망하는 자와 교섭하여 적당한 사용료와 교환으로 저작물의 이용을 허락한다. 그리고 사용료를 징수해서, 권리자에게 분배하는 것이다. 오늘날 이러한 집중관리의 필요성에 대해서는 별다른 이견이 없다.¹⁵⁾

저작권집중관리제도는 이처럼 개별관리의 원칙에 대한 보충적 역할을 담당한다. 그런데 저작권집중관리는 그 구조상 다수의 저작자로부터 위탁받은 다수의 저작물을 관리하게 됨에 따라 권리의 집중현상이 발생하게 된다. 즉 집중관리단체가 독점적 지위를 향유하게 되어 권리자가 권리를 행사하는 방식을 자유롭게 선택하는 것이 어렵고, 결과적으로 권리자의 권리가 오히려

13) 윤선희·조용순, “저작권집중관리 제도의 개선방안에 대한 소고 : 저작권관리사업법(안)을 중심으로”, 『산업재산권』 제28호, 2009, 230면.

14) 이해완, 『저작권법』, 제2판(완전개정판) 박영사, 2007, 629면.

15) 필요성에 대해서는 오승중, 『저작권법』, 박영사, 2007, 927면 ; 송영식/이상정, 『저작권법개설(제3판)』, 세창출판사, 273면; 作花文雄, 『詳解著作權法(3판)』, きよせい, 760면 등.

무시되거나 실질적으로 제한 내지 부정되는 결과를 초래할 수 있다. 또한 이용자의 측면에서도 독점적 지위에 있는 집중관리단체가 특별한 이유 없이 이용허락계약의 체결을 거절하거나 이용자들을 부당하게 차별하는 등과 같은 폐단을 초래할 우려도 존재한다. 따라서 집중관리단체의 독점적 지위의 남용을 방지하여 권리와 이용자를 보호하고자 집중관리에 대한 규제를 도입 및 시행하고 있다.¹⁶⁾

(2) 집중관리단체의 유형

앞서 언급하였듯이 저작권집중관리란 사인의 저작권이라는 사권을 관리하는 것으로 그 활동은 개인이나 단체의 자유에 맡겨져야 하는 것이 사법(私法)의 원리이다. 따라서 나라에 따라서는 이를 자유업종으로 하여 설립에 있어서는 아무런 국가적 규제를 하지 않고 있다. 영미법계가 그 예이다.¹⁷⁾ 이에 대해 대륙법계는 저작권법 혹은 그 밖의 특별법을 통해 집중관리단체의 설립 자체부터 규제하는 경우가 많다. 국가가 이를 규제하는 이유는 우선, 타인의 재산권을 관리하는 것이므로 그 업무의 기반이 확실하고 또한 운영이 공정하여야 한다. 또한 위탁관리에 적합하도록 위탁관리기관의 난립을 방지함과 동시에 각종 권리의 집중관리로 인하여 발생하는 강력한 권능행사가 적정하고 또한 저작물의 이용이 원활토록 위해서도 규제가 필요하다. 그리고 각종 권리자의 보호와 문화의 향상 발전에 기여할 수 있도록 건실한 위탁관리기관의 육성을 위하여 규제가 필요하다.¹⁸⁾ 저작권자들의 입장에서

16) 한국법제연구원, “3단계 진입규제 개선방안 마련을 위한 연구용역(문화관광분야)”, 2010, 10면.

17) 그러나 미국은 집중관리단체의 활동에 문제가 있는 경우에는 독점금지법이나 공정거래법으로 이를 규율한다. 1934년에 제소되어 1941년에 동의판결로 끝난 ASCAP 사건, BMI 사건(Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc., 441 U.S. 1(1979)), 버팔로 대 아스캡(Buffalo Broadcasting Co. v. ASCAP, BMI) 사건 등이 있다 (이들에 대한 보다 자세한 내용은 박영길, “저작권의 집중관리와 독점규제법의 관계”, 『지적소유권법연구』(제4집), 319면 이하 참조). 영국도 후술하듯이 저작권 심판소를 통해 사용료 분쟁을 사후적으로 해결한다.

18) 作花文雄, 著作權法-基礎と應用, 發明協會(2005), 205면.

보면 안심하고 자신의 권리를 위탁할 수 있는 환경이 마련되어야 하고, 이 이용자측에서 보면 신뢰할 수 있는 업자를 창구로 하여 적정한 가격에 이용할 수 있는 상황이 요구되기 때문이다.¹⁹⁾

독일, 일본의 경우 진입에 있어서 설립 단계부터 사전규제를 하는 유형에 해당된다. 독일의 경우 사전진입규제로서 허가주의를 채택하고 있다(집중관리단체법²⁰⁾ 제77조 이하). 따라서 독일 저작권법에 따른 저작권과 저작권접권을 신탁관리하는 집중관리단체는 허가를 받아야 한다(동법 제77조 제1항). 일본의 경우 「저작권등관리사업법」에 의해 저작권등관리사업자는 문화청장관에 등록하여야 한다. 관리사업자가 관리사업자등록을 신청한 경우 등록 거부사유에 해당하지 않는 한 주무관청은 등록을 거절할 수 없다.²¹⁾ 2000년까지 시행된 「저작권에 관한 중개업무에 관한 법률(이하 “중개업무법”이라 함)」에서는 허가로서 그 진입규제가 더 강력하였으나 2000년 중개업무법이 폐지되고 「저작권등관리사업법」이 시행되면서 허가제에서 등록제로 진입규제가 완화되었다.²²⁾ 신탁관리단체의 진입규제 완화로, 복수 신탁관리단체가 가능하며 경쟁 기반이 마련되었다고 볼 수 있다.²³⁾

독일·일본과는 달리 미국과 영국의 경우 집중관리단체의 설립에 진입규제가 없다. 미국 저작권법은 저작권 집중관리단체의 설립이나 운영에 대해서는 별도의 규정을 두고 있지 않다. 저작권 집중관리단체의 설립은 정부의 규제를 받지 않고 자유롭게 이루어질 수 있으며, 이후 운영에 문제가 있는

19) 이상정, 저작권 신탁관리단체의 선진화를 위한 제도개선 방향과 과제, 저작권 제도개선 토론회 자료집, 문화체육관광부, 2011.5. 4면.

20) 2016년 5월 24일 집중관리단체법(Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten durch Verwertungsgesellschaften (Verwertungsgesellschaftengesetz - VGG), BGBl. I S. 1190.)

21) 일본 저작권등관리사업법 제6조 제1항.

22) 일본 저작권등관리사업법 제13조, “저작권등관리사업을 하고자 하는 자는 문화청장관의 등록을 받아야 한다.”

23) 이에 JASRAC 외에 e-License와 JRC(JAPAN Rights Clearance)가 설립되었으나 여전히 음악저작권의 관리는 JASRAC이 약 98%를 차지하고 있다. 에이벡스뮤직퍼블리싱(AMP)이 e-License와 JRC(Japan Rights Clearance)의 주식을 매수하여 2016년 2월 1일 새로운 회사 ‘주식회사 NexTone’으로 설립되었으나 그 시장점유율은 여전히 미비하다.

경우 독점금지법 등에 의해 사후적으로 규제될 뿐이다. 사용료 요율과 사용 조건의 경우, 미국의 저작권 집중관리단체는 기본적으로 이용자와 자율적으로 협의하여 결정할 수 있다. 그러나 미국 내 음악저작물의 90% 이상에 대한 사용료를 수령하여 분배하는 ASCAP와 BMI에 대하여는 독점적 지위 남용 방지를 위하여 판례에 의하여 사용료 책정에 일정 부분 제한이 가해지고 있다. ASCAP는 미국 법무부에 의하여 독점금지법 위반으로 취소된 이후 1941년 동의 판결(*consent decree*)에 의하여 배타적 이용권의 취득 금지, 라이선스 신청에 대한 승낙 의무 등의 제한을 받게 되었다.²⁴⁾ BMI 역시 1966년의 동의 판결에 의하여 권리자로부터 비배타적인 권리만을 취득하게 되었다.²⁵⁾ 라이선스 신청에 대하여 이용자가 합리적 사용료에 관하여 합의할 수 없는 경우 합리적 사용료를 확정하기 위하여 법원에 사용료 확정 신청을 할 수 있으며 이 때 ASCAP와 BMI는 자신들이 요구하는 사용료가 합리적임을 입증해야 한다.²⁶⁾ 또한 미국 저작권법은 법정 허락 제도를 두어 일정한 경우 이용자는 권리자의 허락 없이도 음악저작물 또는 녹음물을 이용할 수 있게 하였다. 이 때, 이용에 대한 합리적 사용료와 조건에 대한 결정은 저작권 사용료 위원회(Copyright Royalty Board)의 저작권 사용료 심판관(Copyright Royalty Judges)가 결정한다.²⁷⁾

영국에서는 미국에서와 유사한 집중관리제도를 운영하고 있다. 현재 영국에는 저작인접권을 집중관리를 하는 PPL(Phonographic Performance Ltd.), 음악저작권자의 케이블 프로그램의 공연권·방송권 징수 단체인 PRS(Performing Right Society in UK)와 저작권자의 복제권 분야 징수단체 MCPS(Mechanical Copyright Protection Right Society in UK) 그리고 종교방송을 전문적으로 담당하는 집중관리단체인 Christian Copyright Licensing 등

24) *United States v. ASCAP*, CCH 1940-1943 Trade Cases 56, 104 (S.D.N.Y. 1941).

25) *United States v. BMI*, CCH 1966 Trade Cases 171, 941 (S.D.N.Y. 1966).

26) *United States v. ASCAP*, CCH 1950-1951 Trade Cases 62, 754 (S.D.N.Y. 1950); *United States v. BMI*, CCH 1966 Trade Cases 171, 941 (S.D.N.Y. 1966).

27) 미국 저작권법 제801조 제(b)항 제(1)호

이 있다. 사용료의 결정은 원칙적으로 자율적인 결정에 맡기고 있으나, 저작권심판소를 통한 사후적 사용료 조정제도가 마련되어 있다. 1956년 저작권법(Copyright Act 1956) 이전에는 이용허락 기관에 대해 아무런 규정이나 법적 제재장치가 마련되어 있지 않았으나, 독점적 지위를 남용하지 않도록 하는 법적 장치의 마련을 중요한 문제로 다루어왔고, PRS와 PPL이 부당하게 이용을 거부하거나 불공정한 계약조건을 고수하려는 경우가 많아지자 사용료와 관련한 분쟁해결기구를 모색하게 되어²⁸⁾ 1956년 실연권심판소(Performing Right Tribunal: PRT)를 도입하게 되었다.²⁹⁾ 이후 권한이 확장되고 명칭도 저작권심판소(Copyright Tribunal)로 바뀌어 현재에 이르고 있다.³⁰⁾

3. 집중관리 규제와 사용료 통제

국가에 의한 사전 진입규제를 받는 경우 저작물 시장에서 법률에 의해 독점적 지위를 부여받으므로 자연독점적 지위를 누린다고 볼 수 있다. 따라서 이러한 유형의 신탁관리단체에 대해 독점으로 인해 야기된 피해를 방지하기 위한 일정한 행위규제가 정당화 된다. 그러나 신탁관리단체의 시장진입이 자유로운 경우 경쟁체제로 운영되므로 강력한 공적규제는 곤란하며 시장의 자율에 맡기는 것이 타당하다.

현행 우리나라 저작권법은 저작권 집중관리제도로써 “저작권신탁관리업”과 “저작권대리증개업”을 구분하여 전자는 문화체육관광부장관의 허가를 받아야 설립 가능하나 후자는 신고만으로 설립할 수 있다고 규정하고 있다(제105조 제1항). 이 때 “저작권신탁관리업”은 저작재산권자, 배타적발행권자,

²⁸⁾ Kevin Garnett, et. al. ed., Copinger & Skone James on Copyright (Sweet & Maxwell, 2011), p. 1561.

²⁹⁾ 이용자는 집중관리단체가 부당하게 이용허락을 거부하거나 이용자의 사용형태에 적용할 수 있는 이용허락 또는 이용허락요강(license scheme)이 없다는 이유로 거절당하는 경우 PRT에 심판을 제기할 수 있다(Copyright Act 1956, §§ 24, 27).

³⁰⁾ Copyright, Designs and Patents Act 1988 제145조

출판권자, 저작인접권자 또는 데이터베이스제작자의 권리를 가진 자를 위하여 그 권리를 신탁받아 이를 지속적으로 관리하는 업을 말하며, 저작물등의 이용과 관련하여 포괄적으로 대리하는 경우를 포함한다(제2조 제26호). “저작권대리중개업”은 저작재산권자, 배타적발행권자, 출판권자, 저작인접권자 또는 데이터베이스제작자의 권리를 가진 자를 위하여 그 권리의 이용에 관한 대리 또는 중개행위를 하는 업을 말한다(제2조 제27호). 그리고 저작권신탁관리업의 허가를 얻기 위해서는 저작물등에 관한 권리자로 구성된 단체일 것, 영리를 목적으로 하지 아니할 것, 사용료의 징수 및 분배 등의 업무를 수행하기에 충분한 능력이 있을 것을 요한다(제105조 제2항). 신고제로 운영되는 저작권대리중개업자는 비교적 자유롭게 설립 가능하나, 허가를 요하는 저작권신탁관리단체의 경우 대부분 한 분야에 대하여 하나(또는 둘)의 단체가 설립되어 있으므로 각 단체가 사실상 독점적 지위를 보유하고 있다고 볼 수 있다.

그러나 당초부터 이러한 방식을 채택했던 것은 아니다. 처음으로 저작권 관리업에 대한 규정을 둔 1987년 법 하에서는 “이 법에 의하여 보호되는 권리를 그 권리자를 위하여 대리·중개·신탁관리하는 것을 업(이하 “저작권위탁관리업”이라 한다)으로 하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 문화공보부장관의 허가를 받아 한다”고 규정하고 있었다. 대리·중개업에 있어 이러한 허가제가 현재와 같이 신고제로 바뀐 것은 1994년 법부터 이다. 즉 1994년 개정법이 “이 법에 의하여 보호되는 권리를 그 권리자를 위하여 代理·仲介 또는 信託管理하는 것을 業(이하 “著作權委託管理業”이라 한다)으로 하고자 하는 者는 大統領令이 정하는 바에 의하여 文化體育部長官의 許可를 받아야 한다. 다만, 代理 또는 仲介만을 하는 著作權委託管理業을 하고자 하는 者는 大統領令이 정하는 바에 따라 文化體育部長官에게 申告하여야 한다”고 규정한 것이 그것이다. 이렇게 바뀐 이유는 명백하지 않다.³¹⁾ 그러

31) 당시 문헌에는 “행정규제완화 차원에서 저작권위탁관리업의 허가제를 개정하는 등 일부 미비점을 보완”하는 것으로 되어 있다(저작권심의조정위원회 계간 저작권 1993년

나 2000년 개정시에는 “신고업인 저작권대리중개업의 경우 저작권 대리중개 수수료의 요율 및 금액에 대해 아무런 통제규정이 없어, 일부 업체에서는 과도한 사용료 및 수수료를 요구하는 등 무리한 청구사례 등의 문제가 나타나고 있음을 감안하여, 대리중개업의 신고제를 등록제로 변경하여 수수료의 요율 및 금액등을 통제받도록 하는 제도적 장치를 강구하는 방안도 입법정책적으로 검토할 필요가” 있다는 국회 전문위원의 검토의견이 있었다.³²⁾ 또 “우리나라 저작권시장의 현실에서는 저작권대리중개업에 대해서도 대리 또는 중개수수료의 결정이나 기타 저작권자나 이용자의 보호를 위한 규정을 저작권법에 정하는 문제도 고려하여야 할 것이다”라는 견해도 있었다.³³⁾

우리나라의 경우 독일, 일본과 같이 사전적 진입규제인 전자의 유형을 채택하고 있으므로 독점적 집중관리로 인한 폐해를 방지하기 위한 규제는 어느 정도 정당화 된다. 따라서 저작권신탁관리업자 및 저작권대리중개업자 모두 저작권법에 의하여 국가의 엄격한 감독을 받고 있다. 즉 문화체육관광부장관은 저작권위탁관리업자에게 저작권위탁관리업의 업무에 관하여 필요한 보고를 하게 할 수 있으며(제108조 제1항), 문화체육관광부장관은 저작자의 권익보호와 저작물의 이용편의를 도모하기 위하여 저작권위탁관리업자의 업무에 대하여 필요한 명령을 할 수 있다(제108조 제2항). 또한 문화체육관광부장관은 일정한 조건에 해당하는 경우 저작권위탁관리업자에게 업무의 정지를 명할 수 있고(제109조 제1항), 저작권위탁관리업의 허가를 취소하거나 영업을 폐쇄명령을 할 수 있다(제109조 제2항). 단 제109조 제2항의 규정에 따라 저작권위탁관리업의 허가를 취소하거나 영업을 폐쇄를 명하고자 하는 경우에는 청문을 실시하여야 한다(제110조). 마지막으로 문화체육관광부장관은 저작권위탁관리업자가 제109조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하여

가을호(통권 23호), 42면 참조)

32) 대한민국국회 文化觀光委員會 首席專門委員 千浩仙, 著作權法中改正法律案檢討報告書, 1999. 11. 21면(“바.著作權 委託管理制度 정비에 대하여” 부분) 참조.

33) 저작권심의조정위원회, 저작권법 전면 개정을 위한 기초조사연구, 2001.12, 417-418면 (박영길 교수 집필부분).

업무의 정지처분을 하여야 할 때에는 그 업무정지처분에 갈음하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 직전년도 사용료 및 보상금 징수액의 100분의 1이하의 과징금을 부과·징수할 수 있다(제111조).

다만 이러한 독점규제는 궁극적으로 권리자와 이용자의 권익에 기여하여야 하고 어느 한쪽의 이해관계에 치우치는 것이 아니라 균형점을 찾는 것이 중요하다. 저작권 사용료는 권리자의 핵심적 재산권 행사수단이므로 독점폐해를 위한 규제 시 가장 엄격해야 하는 부분이다. 저작권은 사적 재산권에 해당되며³⁴⁾ 이에 대한 가격의 결정은 원칙적으로 권리자와 이용자 간의 합의에 의하는 것이기 때문이다. 그러나 현행 우리 저작권법은 신탁관리를 통한 저작권 행사시 저작권자가 이용료 결정에 개입할 수 있는 수단이 미비하다. 이러한 상황에서 신탁관리단체가 이용자로부터 징수하는 사용료의 요율 또는 금액을 문화체육관광부장관으로부터 승인을 받도록 규정하고 있다(제105조 제5항).³⁵⁾ 뿐만 아니라 문화체육관광부장관은 위 승인의 경우 신청된 내용을 수정하여 승인할 수 있고(동조 제6항), 저작재산권자 그 밖의 관계자의 권익보호 또는 저작물등의 이용 편의를 도모하기 위하여 필요한 경우에는 승인 내용을 변경할 수도 있다(동조 제8항).

독점규제의 방식에서도 사후규제가 원칙이며 사전적 가격규제는 극히 예외적인 경우에 해당된다. 이러한 점을 반영하여 신탁관리단체에 대하여 우리와 유사한 사전 진입규제 방식을 채택하고 있는 일본의 경우에도 사용료

34) 저작인격권에 대한 논의는 별론으로 한다.

35) 제105조(저작권위탁관리업의 허가 등)

⑤ 제4항의 규정에 따른 수수료의 요율 또는 금액 및 저작권신탁관리업자가 이용자로부터 받는 사용료의 요율 또는 금액은 저작권신탁관리업자가 문화체육관광부장관의 승인을 얻어 이를 정한다. 이 경우 문화체육관광부장관은 대통령령으로 정하는 바에 따라 이해관계인의 의견을 수렴하여야 한다.

⑥ 문화체육관광부장관은 제5항에 따른 승인의 경우에 제112조에 따른 한국저작권위원회의 심의를 거쳐야 하며 필요한 경우에는 기간을 정하거나 신청된 내용을 수정하여 승인할 수 있다.

⑧ 문화체육관광부장관은 저작재산권자 그 밖의 관계자의 권익보호 또는 저작물등의 이용 편의를 도모하기 위하여 필요한 경우에는 제5항의 규정에 따른 승인 내용을 변경할 수 있다.

규정의 허가제를 폐지하고 저작권관리사업자가 사용료를 스스로 결정할 수 있도록 신고제로 운영하고 있다.³⁶⁾ 즉 사용료 결정을 당사자 간의 자율에 맡기되 협의가 어려워진 경우에 한하여 행정청이 사후에 개입함으로써 저작물의 원활한 이용허락을 보장한다. 특히 저작권재산권의 핵심인 사용료에 대한 사전승인 규제가 정당화되기 위해서는 보다 엄격한 공익적 요청이 명백하여야 함에도 불구하고 우리 저작권법은 전 세계 유례없이 행정청에 의한 사용료 사전승인제를 채택하고 있다. 이로 인하여 이용자가 기존의 사용료 징수규정에서 포섭할 수 없는 신규서비스를 출시할 경우, 이용자는 권리자와 협의뿐만 아니라 권리자와 이용자 간의 협의내용을 반영한 사용료 징수규정 개정안에 대한 문체부 승인절차를 거친 후에야 해당 서비스가 가능하다. 사용료 징수규정이 없는 서비스의 경우 신탁관리단체는 이용자와 사용요율 또는 금액을 협의하여 사전에 이용허락을 할 수도 있으나(신탁관리단체의 ‘기타사용료’ 규정) 추후 문체부가 신청내용을 수정 또는 변경하여 승인할 수 있으므로 당사자 간의 계약내용대로 서비스를 확정할 수 없는 불확실요소까지 떠안고 있다.³⁷⁾ 따라서 이하에서는 이러한 사전적 사용료 승인이 정당화되기 위한 요건을 검토하고 현행 사용료 승인제가 그러한 요건에 부합하는지에 대하여 검토한다.

III. 국가에 의한 가격통제의 정당화

1. 국가에 의한 가격통제의 의의와 유형

(1) 의의

36) 이영욱, 음악저작물의 신탁범위 선택제에 관한 연구, 한국음악콘텐츠협회, 2016, 제5면.

37) 문체부가 승인내용을 결정하고 공고할 때까지의 시간적 간극, 신청에 대한 문체부의 반려가능성 등으로 ‘기타사용료’ 규정은 거의 유명무실하다고 볼 수 있다.

통상 사인간의 재화나 서비스에 대한 거래가격은 시장에 의해, 즉 공급과 수요에 의해 결정되는 것이 원칙이다. 이러한 원칙에 대한 예외로 가격의 결정에 국가가 개입하여 통제하는 경우는 다음과 같은 경우에만 극히 예외적으로 인정된다. 우선 철도·버스·전기·가스료 등 사회적 서비스에 대한 대가로서 정부가 개입하는 경우이다. 이러한 요금 인상은 그 자체로 국민에게 많은 부담을 초래하여 인간답게 살 권리에도 중대한 영향을 미치게 된다. 따라서 이러한 요금에 대하여는 요금의 결정과정에서 국가가 개입하게 된다. 다음으로 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에 의해 정부가 독과점 가격이나 최고가격을 지정하는 경우이다. 전자의 경우는 가격에 사전적으로 개입하여 정부가 가격의 결정에 영향을 미치는 경우이고, 후자의 경우는 후발적 독점에 대한 사후적 가격 통제이다. 저작권 사용료의 경우는 사용료 시행 이전에 문화부 장관의 승인을 득해야 하므로 전자의 경우에 해당된다. 따라서 사회적 서비스요금 혹은 공공요금에 준하여 검토될 필요가 있다. 이하에서는 사회적서비스 요금에 대한 국가의 사전통제가 왜 정당화되는지, 저작권 사용료를 이에 준하여 취급하는 것이 타당한지에 대하여 검토한다.

(2) 정부에 의한 가격통제의 유형

국가에 의한 가격통제는 입법부에 의한 통제, 관련 행정부처에 의한 통제, 사법부에 의한 통제 등이 있다. 사법부에 의한 통제는 사후적 통제방법이며, 입법부에 의한 통제는 직접적으로 법률의 제,개정을 통해 가격이 통제되는 것이다. 이러한 사법적 혹은 입법적 통제는 저작권 사용료 결정과 간접적으로 관련될 수 있으나, 본고에서 다루고자 하는 행정청(문화부)에 의한 사용료 승인제와는 직접적으로 관련성이 적다. 따라서 이하에서는 행정청에 의한 통제유형에 대하여 검토한다. 행정부의 통제도 주무행정청이 직접 혹은 인가·승인 또는 신고를 통하여 공공요금을 규제하는 유형과 국회 혹은 지방의회의 승인 또는 의결(조례)를 통하여 규제하는 유형으로 나눌 수 있다. 또

는 공공요금자문위원회를 두어 공공요금 및 수수료의 협의에 있어 원가산정의 적절성, 소비자 부담, 국민경제적 효과 등에 관한 자문을 듣도록 하고 있다(「물가 안정에 관한 법률」 제4조의2).

첫째는 주무부 장관이 직접 정하는 경우이다. 예컨대 우편 요금(「우편법」 제19조), 고속국도의 통행료(「유료도로법」 제16조제2항)는 산업부 장관이 정한다. 이 경우 「물가 안정에 관한 법률」 제4조제1항에 따라 주무부 장관은 다른 법률이 정하는 바에 따라 결정·승인·인가 또는 허가하는 사업이나 물품의 가격 또는 요금을 정할 때에는 미리 기획재정부 장관과 협의하여야 한다.

둘째는 주무부 장관 등 관리행정청에 신고를 요하는 경우이다. 예컨대 철도요금(「철도사업법」 제9조), 지하철요금(「도시철도법」 제15조의2), 해상운임(「해운법」 제11조), 화물운임(「화물자동차 운수사업법」 제5조) 등은 국토교통부 장관에서 신고하도록 하고 있다. 또 각종 버스 요금은 국토교통부 장관 또는 시·도지사가 정하는 기준과 요율의 범위에서 운임이나 요금을 정하여 국토교통부 장관 또는 시·도지사에게 신고하도록 하고 있다(「여객자동차운수사업법」 제8조). 또 전화요금은 방송통신위원회에 신고하도록 하고 있다(「전기통신사업법」 제29조). 여기서의 신고는 인가 또는 승인을 요하던 것의 완화된 형태로 이해되는데, 대부분의 운임요금은 신고 사항으로 개정되었다.

셋째는 주무행정청의 인가 또는 승인을 받아야 하는 경우이다. 예컨대 수도요금(시장·군수·구청장(광역상수도의 경우에는 국토교통부 장관)에게 승인을 받아야 하며(「수도법」 제38조제1항), 전기 설비 이용 요금은 산업부 장관의 인가를 받아야 한다(「전기사업법」 제15조). 요금에 대한 직접적 인가는 아닐지라도, 이용약관 인가를 통해 사용료에 개입하는 경우도 있다. 기간통신사업자는 그가 제공하려는 전기통신서비스에 관하여 그 서비스별로 요금 및 이용조건 즉 “이용약관”을 정하여 과학기술정보통신부 장관에게 신고하여야 한다(「전기통신사업법」 제28조제1항). 사업규모 및 시장점유율 등이 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 기간통신사업자의 기간통신서비스의 경우

에는 과학기술정보통신부장관의 인가를 받아야 한다(『전기통신사업법』 제28조제2항 전문). 다만, 이미 인가받은 이용약관에 포함된 서비스별 요금을 인하하는 때에는 과학기술정보통신부장관에게 신고하여야 한다(『전기통신사업법』 제28조제2항 단서).

넷째는 관리행정청을 거쳐 국회의 승인으로서 확정되는 경우이다. TV 수신료의 금액은 한국방송공사 이사회가 심의·의결한 후 방송통신위원회를 거쳐 국회의 승인을 얻어 확정되고, 공사가 이를 부과·징수한다(『방송법』 제65조).

다섯째는 지방자치단체 조례로 정하고 있는 경우이다. 지방자치단체에서 관리하는 주차장요금(『주차장법』 제9조), 수도사업자가 지방자치단체인 경우의 수도요금 등이 여기에 속한다(『수도법』 제38조제1항).

저작권 사용료는 문화체육관광부장관으로부터 승인을 받도록 규정하고 있으므로(『저작권법』 제105조제5항), 세 번째 유형인 주무행정청의 인가 또는 승인을 받아야 하는 경우에 해당된다.

2. 가격승인의 정당화

(1) 사회적 서비스 : 공공재적 성격

‘사회적’이라 함은 한마디로 정의하기는 어려우며, ‘당해 사업 또는 역무의 제공에 대한 국민생활의 밀접성’³⁸⁾을 의미한다. ‘서비스’라 함은 일단은 재화와 상대하는 개념으로서의 불가시적이고 무형적인 역무 정도로 이해할 수 있으나, 가스, 수도물은 서비스가 아니라 재화로서의 성격을 지니므로 사회적 서비스의 개념에서 배제될 수 있다. 따라서 여기서는 사회적 서비스를 넓게 이해하여 일정한 공공재도 포함하는 것으로 이해하는 것이 적당하다.³⁹⁾⁴⁰⁾

38) 成田頼明, “公共料金について”, 『ジュリスト』第335號, 有斐閣, 1965, 28頁.

39) 경제적 견지에서 보면 기업이 생산하는 경제재는 재화(goods)와 서비스(service)로 구분

사회적 서비스는 일상생활 및 산업활동에 필수적인 공익성을 지니고 있음을 의미한다. 전기, 가스 등은 누가 뭐라 해도 국민의 활동에 필수적인 공익성을 지니므로 원활히 공급될 필요가 있다. 이와 같은 사회적 서비스가 언제나 정부의 개입이 적절한 것은 아니다. 예컨대 식료품, 일용품과 같이 초기 비용이 크지 않고 규모의 경제가 적용하는 영역이 한정되어 있는 경우에는 시장원리에 따라 경쟁에 맡기는 것이 적당하다. 그러나 초기비용이 큰 경우라면 다수 기업에 의한 서비스의 공급은 파멸적 경쟁을 초래할 수 있기 때문에 결국 사회적 견지에서 자원의 낭비가 심각해진다. 따라서 이러한 서비스 산업은 자유경쟁에 맡기기 보다는 독점을 인정할 수밖에 없고 대신 독점의 폐해를 최소화하기 위하여 정부가 개입하게 된다.⁴¹⁾

(2) 자연독점의 폐해 방지 : 사용자 후생 극대화

철도사업, 전기통신사업, 전기사업 등 공익사업은 자연적독점성을 가지고 있어서 이들을 규제하지 않을 때에는 독점이윤을 획득하게 되고 소비자인 일반국민에게 불이익을 가져오게 된다. 또 한편 공익기업 상호간의 과도한 경쟁 상태는 기업시설의 2중, 3중 투자를 유발하여 사회적 비능률을 초래할 뿐만 아니라 제한된 수요자를 상대로 시장 확대를 꾀하려고 하므로 부당한 요금 인하로서 경쟁기업을 도산시키고 또, 경쟁에 승리한 이후에는 경쟁 시에 입은 손해를 만회하려고 요금인상 또는 서비스의 저하 등을 가져오게 된다. 공익기업을 자유경쟁상태로 방임하는 것은 사회적 비능률일 뿐 아니라

되며 대체로 재화에 대하여 지급하는 대가를 가격(price)이라고 하고, 서비스에 대해서 지불하는 댓가를 요금(rate)이라고 한다. 이와 같이 보면 재화가 아닌 서비스만을 그 대상으로 하여야 할 것이다. 이호용, “공공요금의 규제와 한계에 관한 법정정책 연구”. 법학연구, 50(2), 2009, 179면.

40) 우리나라 실정법에서도 공공요금이란 “주무부장관이 법률이 정하는 바에 따라 결정·승인·인가 또는 허가하는 사업이나 물품의 가격 또는 요금(물가안정에 관한 법률 제4조 제1항)”이라고 하여 재화와 서비스를 함께 포함하고 있다.

41) 문영세, “공공요금의 개념 및 범주에 관한 연구”, 한국행정논집 제10권 제2호, 한국정부학회, 1998, 331면.

과벌적 경쟁을 초래하며 그 불이익은 모두 소비자에게 전가되게 된다. 따라서 요금 규제는 필요하다.⁴²⁾ 즉 생산기술이 규모의 경제를 지니고 있어 시장에 맡길 경우 자연독점이 일어날 가능성이 큰 경우와 소위 라이프라인 서비스로서 저소득층에게도 낮은 요율로 최소한의 공급이 필요한 경우가 있기 때문이다. 이러한 재화의 경우 정부가 직접 공급하면서 적절한 수준에서 가격을 설정하거나 공급을 시장에 맡기더라도 지속적으로 가격을 통제하여야 한다.⁴³⁾

(3) 배분적 정의의 실현

공공서비스의 가격결정에는 사용자부담의 원칙이 강조되므로 공평성을 제고시키기 위한 소득재분배와 같은 정책목표를 공공요금의 조정을 통해 조정하기는 어렵다. 그러나 공평성의 문제를 배제하기는 어렵다. 공공요금의 경우 능력에 따른 부담주의, 사회간접자본을 중심으로 한 세대 간 부담의 공평성, 나아가 소비자와 생산자 등 경제 집단 공공서비스 부담의 형평성 등을 통하여 공공요금에 대한 배분적 정의를 추구할 필요가 있다.⁴⁴⁾

3. 저작권 사용료 승인의 부적절성

앞서 언급한 바와 같이 저작물 사용료는 문화체육관광부장관으로부터 승인을 받도록 규정하고 있으므로(저작권법 제105조제5항), 가격통제에 있어서 주무행정청의 인가 또는 승인을 받아야 하는 경우에 해당된다. 이처럼 주무행정청의 인가 또는 승인을 받아야 하는 경우로 수도, 전기, 통신요금이 있다. 따라서 저작물 이용 서비스 자체가 수도, 전기, 통신요금에 준하는 것으

42) 이웅근, “공공요금의 규제와 그 한계”, 행정논총 제15권제1호, 서울대 행정대학원 한국 행정연구소, 1967, 165면.

43) 이호용, 앞의 논문, 12면.

44) 이호용, 앞의 논문, 13면.

로 인정되어야 그 사용료 승인 역시 정당화 된다. 그러나 수도, 전기, 통신 서비스는 앞서 언급하였듯이 일상생활 및 산업활동에 필수적인 공익성을 가진 사회적 서비스이다. 국가가 제공하여야 하는 공공서비스로 오랫동안 국영기업 또는 공기업의 형태로 운영되어 왔으나 민영화의 과정을 거친 후에는 소수의 대기업이 참여하는 독과점적인 구조를 유지할 수밖에 없는 자연 독점사업(natural monopoly enterprise)의 특성을 지니고 있다. 서비스의 초기 투자비용이 커서 다수기업에 의한 자원의 낭비를 막기 위해 국가가 독점을 보장해 주는 사업이므로 공공복리의 증진에 이바지하기 위한 공익산업으로서 엄격하고도 강력한 사전규제와 이용자보호를 위한 사후규제가 정당화된다. 이러한 서비스는 저소득층에게도 낮은 요율로 최소한의 공급하는 등의 필수공공재로서의 규제가 정당화된다. 그러나 저작권은 통상의 유체물에 대한 재산권과 유사한 방식으로 인정되는 사권(私權)이며, 저작물 이용은 공공재적 서비스가 아니다. 다만 저작물이라는 무체물에 대한 지배권을 인정한다는 한계 등으로 인해 보호기간의 유한성, 저작재산권의 제한 등 공익적 제한을 받을 뿐이다. 오히려 넓은 의미에서 사회적 서비스임에도 불구하고 목욕요금, 이·미용요금, 숙박요금, 세탁요금 등은 ‘협정요금’으로 독과점이 아니며, 정부가 직접 개입하지 않는다. 따라서 저작권 사용료에 대한 주무관청의 사전적 승인은 신중해야 하며 그 공익적 필요에 의한 최후의 수단이어야 한다. 따라서 저작권사용료에 대하여 정부의 승인을 득해야하는 현행의 규제는 과잉금지에 원칙에 위배될 소지가 다분하다. 이에 대하여 다음 장에서 후술한다.

IV. 저작권 사용료 승인의 위헌성 검토

1. 저작재산권의 제한

저작권은 헌법상 보장된 재산권(기본권)이며, 재산권 행사는 자유이므로 원칙적으로 저작권자와 신탁관리단체의 계약에 의해 자유로이 저작권 행사 방식을 정함이 원칙이다. 그러나 헌법상 재산권의 행사의 공공복리 적합성,⁴⁵⁾ 국가안전보장·질서유지·공공복리라는 기본권 일반제한 규정⁴⁶⁾이 적용되므로 집중관리에 대한 규제는 이러한 기본권 제한에 의해 정당화 될 수 있다. 다만 이러한 경우 기본권 제한의 일반원칙인 비례원칙에 부합하여야 한다. 비례원칙은 국민의 기본권제한에 관한 한계설정을 위해 헌법으로부터 도출되어 적용되고 있는 일반원칙이다.⁴⁷⁾

우리나라의 헌법재판소는 비례원칙의 헌법적 근거를 헌법 제37조 제2항과⁴⁸⁾ 법치국가원리에서 구하고 있다.⁴⁹⁾ 기본권은 역사적으로 본다면 개인의

45) 헌법 제23조 제2항.

46) 헌법 제37조 제2항.

47) 헌법재판소는 비례원칙 즉, 기본권을 제한하는 국가행위의 목적과 수단사이의 관계가 적정해야 한다는 원칙을 기본권제한입법의 위헌심사기준으로 사용하면서 이를 비례원칙으로 표현할 때도 있고 과잉금지의 원칙으로 표현할 때도 있다.

헌재 1990.9.3. 89헌가95 : 「과잉금지의 원칙이라는 것은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서, 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서... 위와 같은 요건이 충족될 때 국가의 입법작용에 비로소 정당성이 인정되고 그에 따라 국민의 수인(受忍)의무가 생겨나는 것으로서, 이러한 요구는 오늘날 법치국가의 원리에서 당연히 추출되는 확고한 원칙으로서 부동의 위치를 점하고 있으며, 헌법 제37조 제2항에서도 이러한 취지의 규정을 두고 있는 것이다.」

헌재 1989.12.22. 88헌가13 : 「비례의 원칙 혹은 과잉금지의 원칙은 국가작용의 한계를 명시하는 것인데 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성(보호하려는 공익이 침해되는 사익보다 더 커야 한다는 것으로서 그레야만 수인(受忍)의 기대가능성이 있다는 것)을 의미하는 것으로서 그 어느 하나에라도 저촉되면 위헌이 된다는 헌법상의 원칙이다.」

48) 헌법 제37조제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 기본권의 본질적 내용은 침해할 수 없다”고 규정하고 있다.

49) 헌법재판소는 비례원칙 혹은 과잉금지의 원칙을 법치국가원리에서 파생된 원칙으로 보고 있으며 헌법 제37조 제2항을 비례원칙의 근거조항으로 보고 있다. “과잉입법금지의 원칙이라 함은... 법치국가의 원리에서 당연히 파생되는 헌법상의 기본원리의 하나인 비례의 원칙을 말하는 것이다.” 헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4-1, 853, 878-879; “헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수는 없다.”라고 규정하여 입법상의 과잉금지의 원칙을 천명하였다.” 헌재 1993. 12. 23. 93헌가2, 판례집 5-2, 578, 601.

소위 초국가적인 자유를 국가로부터 방어하기 위한 권리로 파악되었고 그 배후에는 “개인의 자유는 원칙적으로 무제한이고, 국가의 자유제한권한은 원칙적으로 제한”되어야 한다는 인식이 바탕이 되어 있다. 따라서 기본권의 본질상 기본권은 최대한 보장되어야만 하고 이를 위해서 국가의 기본권제한은 원칙적으로 금지되며 예외적인 경우에만 허용될 수 있다.⁵⁰⁾ 비례원칙은 이러한 국가의 기본권제한근거의 정당성여부를 심사하기 위하여 도입된 원칙이다. 즉 비례원칙은 국가의 기본권제한이 정당한지 여부를 판단할 수 있게 하는 일련의 합리적인 심사기준을 제공함으로써 국가권력의 자의적인 기본권침해를 방지하고 이를 통하여 기본권을 최대한 보장하기 위하여 도입된 원칙이다.

비례원칙은 법익 간 갈등이 침해화 되었을 때 소송과정에서 적용됨으로서 이미 침해가 발생하고 그로 인한 손해가 발생한 후에 적용된다는 한계가 있다. 따라서 사전에 갈등되는 법익간의 조화와 이익형량의 문제는 결국 입법과정에서의 다양한 의견수렴, 입법자의 자의에 맡겨질 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 법 시행 후 위헌법률심사를 통해서 헌법에 합치되지 아니함이 밝혀졌을 때에는 이미 그 적용으로 인한 사회적 비용과 폐해가 심각하므로, 입법과정에 있어서 입법자가 당연히 반드시 고려하여야 하는 원칙임에는 분명하다. 따라서 사용료 사전승인에 의해 저작권자의 재산권이 제한되는 경우 비례원칙에 비추어 합당하여야 한다. 그 주요내용으로는 국가의 기본권 제한이 정당화되기 위해서는 제한의 목적이 정당성을 가져야만 하고(목적의 정당성), 제한의 수단이 목적달성에 적합하여야만 하며(수단의 적절성), 제한의 정도가 최소화되어야만 하고(침해의 최소성), 제한되는 기본권과 달성하려는 법익 간에 균형이 이루어져야 한다(법익의 균형성).

2. 비례원칙 부합 여부 검토

50) 성정엽, “비례원칙과 기본권”, 저스티스 통권 제136호, 2013, 10면.

(1) 목적의 정당성

우선 ‘목적의 정당성’이라 함은 헌법이 허용하는 범위 내에서만 입법목적은 설정될 수 있음을 의미하며 헌법이 허용하는 기본권제한입법의 목적은 “국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리”(헌법 제37조 제2항)이다. 입법목적의 정당성여부는 그 입법에 의하여 제한되는 기본권과의 관계 속에서 구체적으로 판단되어야 하며 더 나아가서 입법목적은 구체적이어야 한다.

법에서 저작권사용료 승인의 목적에 대하여 직접적으로 규정하고 있지 않다. 다만 저작권사용료 승인이 집중관리 규제의 일환으로 시행되고 있음에 비추어 볼 때 독점적 집중관리로 인한 폐해를 방지하여 권리와 이용자를 보호하는 것임을 유추해 볼 수 있다. 저작권집중관리는 그 구조상 다수의 저작자로부터 위탁받은 다수의 저작물을 관리하게 됨에 따라 권리의 집중현상이 발생하게 된다. 집중관리단체가 독점적 지위를 향유하게 되어 권리가 권리를 행사하는 방식을 자유롭게 선택하는 것이 어렵고, 결과적으로 권리의 권리가 오히려 무시되거나 실질적으로 제한 내지 부정되는 것을 초래할 수 있다. 또한 이용자의 측면에서도 사실상 또는 법적으로 독점적 지위에 있는 집중관리단체가 특별한 이유 없이 이용허락계약의 체결을 거절하거나 이용자들을 부당하게 차별하는 등과 같은 폐단을 초래할 우려도 존재한다. 따라서 집중관리단체의 독점적 지위의 남용을 방지하여 권리와 이용자를 보호하고자 저작권 사용료 사전승인제를 시행하고 있다고 볼 수 있다.⁵¹⁾ 따라서 목적의 정당성은 인정된다고 보여 진다.

(2) 수단의 적절성

‘수단(방법)의 적절성’이라 함은 목적과 수단 사이의 인과 관계가 있음을 의미한다. 즉, 어떤 수단(원인)을 취하게 되면 어떤 목적(결과)이 달성될 수

⁵¹⁾ 한국법제연구원, 3단계 진입규제 개선방안 마련을 위한 연구용역(문화관광분야), 2010, 10면.

있을 때 그 수단은 목적달성에 적절한 수단이라고 말할 수 있다. 적절한 수단이란 반드시 최적의 수단을 의미하는 것은 아니며 입법목적달성에 유효한 수단이면 족하다.⁵²⁾ 다만 수단의 적절성은 입법 시 완전히 예측가능한 것이 아니므로 사후적 판단으로서 중요한 의미를 가진다. 이와 관련하여 헌법재판소는 “사회·경제정책적 법률에 대한 입법자의 예측판단은 완화된 심사기준(소위 명백성 내지 합리성통제)에 의해 심사될 수 있지만 개인의 핵심적 자유영역(생명권, 신체의 자유, 직업선택의 자유 등)을 침해하는 법률에 대한 예측판단은 보다 엄격히 심사되어야 한다”고 판시한 바 있다.⁵³⁾

저작권사용료를 행정청이 사전에 승인하도록 하는 것은 독점우위에 대한 입법자의 사전적 규제로서 경제적 규제에 해당되면서, 저작권자의 재산권 및 부분적으로 집중관리단체의 영업의 자유와 관련되는 개인의 핵심적 자유에 대한 규제이다. 특히 경쟁을 저해하는 독점에 대한 규제는 사후(ex post) 규제가 일반적이다. 경쟁법의 일반법이라 할 수 있는 『독점규제 및 공정거래에 관한 법률』(이하 “독점규제법”이라 한다)은 시장지배적 사업자가 지배력을 남용하여 소비자 이익을 저해 하거나 경쟁사업자를 방해 또는 배제하는 등 독과점의 폐해를 방지하고자 불공정행위 등에 대하여 사후적으로 판단한다.⁵⁴⁾ 이러한 사후 규제에서는 기업결합 승인과 같은 경우를 제외하고는 사업자가 시장지배력을 가졌다는 그 자체가 아니라 지배력을 이용하여 부당하게 가격을 결정하거나, 경쟁자 배제 또는 소비자의 이익을 저해하는 등의 지배력 남용의 폐해⁵⁵⁾를 발생시키는 행위를 하였을 때, 이를 처벌하기 위해 사후적(ex post)으로 규제하게 된다. 그러나 시장의 구조적 특성으로

52) “헌법재판소가 방법의 적절성으로 심사하는 내용은 입법자가 선택한 방법이 최적의 것이었는가 하는 것이 아니고, 그 방법이 입법목적 달성에 유효한 수단인가 하는 점에 한정된다.” 헌재 2008. 4. 24. 2007헌마1456, 판례집 20-1상, 720, 732.

53) 헌재 2002.10.31 99헌바76 등, 판례집 14-2, 410, 432-433.

54) 다만 예외적으로 공정거래법에서도 기업결합의 승인과 같은 특수한 경우에는 사전적으로 경쟁상황평가를 실시하고 있다. 기업결합심사기준(공정거래위원회 고시 제 2017-22호)

55) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(법률 제15694호) 제3조의2

인해 독과점의 폐해가 발생할 우려가 있는 산업의 경우 극히 예외적으로 관련법규에 의해 사전(ex ante)적 경쟁규제를 하고 있다.⁵⁶⁾

저작권사용료의 승인은 사전적 경쟁규제이다. 여기서 행정청의 승인은 ‘집중관리단체의 독점적 지위 남용’을 방지하는 효과와, 그 결과 ‘권리자와 이용자를 보호 하는 효과’가 인정되어야 한다. 앞서 언급하였듯이 저작권사용료 승인이 이러한 목적달성에 유일/최적의 수단일 필요는 없으며, 유효한 수단이면 족하다. 이러한 사전적 요금규제가 정당화 되는 경우는 우선 제공서비스가 국가가 제공하여야 하는 공공서비스적 성격이 강한 경우이다. 한국전력공사가 제공하는 전기, 수자원공사가 제공하는 수도, 도시가스공사가 제공하는 가스 등 오랫동안 국영기업 또는 공기업의 형태로 운영되는 경우가 대표적이다. 통신의 경우도 민영화의 과정을 거쳤으나 서비스의 공공성으로 인해 국가가 여전히 소수의 대기업만이 참여하도록 독과점적인 구조를 유지해 주는 자연독점사업(natural monopoly enterprise)의 특성을 지니고 있으므로 공공복리의 증진에 이바지하기 위한 공익산업으로서 엄격한 사전규제가 정당화된다. 특히 이러한 경우 해당 사업의 진입규제는 허가제로 이루어지는데, 그 실질은 강화상 특허로 가장 강력한 진입규제라고 할 수 있다.⁵⁷⁾ 즉 정부가 소수의 사업자에게만 진입을 허용하여 독점을 보장해 주되, 보편적 의무 등 특별한 의무를 부과하는 형태이다. 따라서 이러한 사업의 경우 주식취득에 대해서는 공익성심사, 양수 및 법인의 합병 등에 대해서는 인가가 요구되는 등 강력한 행위규제가 뒤따르게 된다. 또한 의무 제공의무, 보편적 의무, 이용약관규제, 이용자불만 처리의무 등 강력한 이용자 보호에

56) 그 대표적인 경우가 전기통신사업법상 기간통신사업에 대하여 실시하고 있는 경쟁상황평가이다(전기통신사업법 제34조)

57) 전통적인 견해에 따르면 허가라 함은 법규에 의해 일반적·상대적으로 금지되어 있는 것을 특정경우에 해제시켜주는 행위로서 자연적 자유를 행정목적상 법규에 의하여 금지시키고 특정한 경우에 한하여 그 금지를 해제시켜줌으로써 이를 회복하는 것을 의미한다. 반면, 특허란 행정주체가 행정객체에게 새로운 권리를 설정하여 주는 행정행위로서 원칙적으로 특정에 대한 처분의 형식을 취하지만 경우에 따라서는 개별법을 통해 공법인을 설립하거나 이들에게 공용수용권을 부여하는 등 법규형식을 취하기도 한다고 한다. 김민호, 『행정법』, 박영사, 2018. 2, 140-141면.

관한 규제가 정당화된다. 그러나 저작물 이용 서비스는 엄격히 앞서 언급한 수도·가스·전기 등 국가가 제공하여야 하는 국가 기반 혹은 공공서비스라고 볼 수 없다. 현행 저작권법상 법 자체는 집중관리를 독점으로 규정하고 있지 않으나, 현실적으로 누구나 자유로이 집중관리를 영위할 수 없으며, 주무관청(문화부)의 허가를 받아야 한다. 이는 앞서 기간통신사업자에 대한 허가와 유사하다. 따라서 공공서비스가 아님에도 불구하고 현실적으로 한 분야의 저작물에 대하여 사실상 독점체제로 운영되고 있다. 뿐만 아니라 이러한 독점의 폐해를 막기 위하여 사용료 승인이라는 사전적 규제를 시행하고 있다. 즉 ‘집중관리단체의 독점적 지위의 남용’을 방지에는 사용료 승인이 일견 유효한 효과 일 수 있다. 독점자의 임의적이고 과도한 사용료 인상을 직접적으로 막을 수 있기 때문이다. 그러나 그 결과 ‘권리자와 이용자를 보호 하는 효과’에 대한 유효한 수단이 될 수 있는지는 재고의 여지가 필요하다. 통상의 독점규제는 궁극적으로 경쟁사업자의 방해 또는 배제로 인해 소비자 이익을 저해하는 폐해를 방지하기 위한 것이나, 집중관리의 허가 및 사용료 승인 규제는 궁극적으로 ‘저작권자, 즉 권리자의 권익보호’에도 기여하여야 한다. 그러나 저작물 이용자의 범위를 넓히고 그 보호에 부합하기 위해서는 사용료를 낮추어야 하나, ‘저작권자, 즉 권리자의 권익보호’에 유효하기 위해서는 ‘사용료’를 가능한 한 높여야 한다. 결국 이용자 보호에 치중할 경우 권리자 보호에 소홀 할 수밖에 없으며, 그 반대의 경우에도 양자의 이익은 상호 충돌할 수밖에 없다. 문화부는 일반 국민의 이익을 위한 기능과 저작권자의 권리보호를 위한 기능을 모두 수행하여야 하나 사용료 승인이라는 직접적 행정행위는 양자의 집단을 모두 만족시키기는 곤란하다. 오히려 행정청 입장에서는 이용자인 일반 국민에 대한 이미지, 여론의 압박 등에 의해 저작권자의 입장에 서는 것이 용이치 않다. 지금까지의 사용료 승인 과정에서도 이러한 행정청의 태도는 여실히 드러났다. 음악저작권 사용료 관련 최근 10년간 개정 신청 건 중 한국음악저작권협회가 신청한 개정안이 그대로 승인된 건수는 단 한 건도 존재하지 않는다. 2008년부터 2018

년까지 총 28건의 개정 신청 중 13건 미처리(반려 포함), 15건 수정 승인(부분 수정 승인 및 부분 미처리 포함)이며, 승인된 13건의 경우 3개월 이상 승인을 지연해 왔다.⁵⁸⁾ 뿐만 아니라 사업자와 집중관리단체(한국음악저작권협회)가 상호 협의 하에 사용료를 계약했음에도 불구하고 문체부의 직권에 의한 사용료를 낮추는 방식으로 계약내용을 강제로 변경하기 하였다.⁵⁹⁾ 결국 일반 국민을 위해 사용료를 낮게 책정하는 경우 권리자 보호에 미흡할 것이며, 사용료가 높은 경우 이용자 보호에 미흡할 수밖에 없다. 따라서 ‘저작물 사용료에 대한 문화부장관의 사전승인’이 ‘이용자 및 권리자 양자를 모두 보호’하는 목적을 달성하기 위해 유효한 수단이라고 보기 곤란하다. 즉 수단의 적절성이 인정된다고 보기 어렵다.

(3) 침해의 최소성

세 번째 원칙으로 침해의 최소성의 원칙은 입법목적을 달성하기에 똑같이 효율적인 수단 중에서 가장 기본권을 존중하고 적게 침해하는 수단을 사용해야 한다는 원칙을 말한다.⁶⁰⁾ 적절한 수단으로 판명된 수단만이 최소성심사를 받게 되므로 최소성심사는 적절성심사를 전제로 한다. 헌법재판소는 최소성심사에서 제한정도가 보다 약한 대안적 수단을 찾아내고 이를 통하여 최소성심사가 명목적인 심사에 그치지 아니한다는 것을 보여주고 있다.⁶¹⁾

58) 음저협, 앞의 자료.

59) 저작권법 개정 후 카페, 주점 등에서 상업용 음반에 의한 공연사용료 징수가 가능(2018.8 시행)해졌으나, 문화부가 일방적으로 징수 가능 업종을 최소화 하였고, 협회가 스타벅스와 월 2만원으로 합의하였음에도 불구하고 문화부가 이용자의 입장만 고려하여 기존 합의서의 1/10 수준인 월 2천원으로 직권 승인한 바 있다(2018.3.26.). 음악저작권협회가 한국 프로야구협회와 협상(2011.06)하여 사용요율을 0.3%로 하는 저작권 사용료를 징수(2011.06~2016.07)하여, 문화체육관광부에 징수규정 개정신청(2011.05)을 하였으나, 장기간(2011~2017) 승인을 유보하고, 이후 문화부는 규정 위반을 사유로 책정 요율(0.2%)대로 징수할 것을 명령(2017.06)하여 협회에서는 KBO측에 2011년~2014년의 사용료 차액 약 2억 원을 환급한 바 있다.

60) 헌재 1998. 5.28. 선고 96헌가5 결정.

61) 정성엽, 앞의 논문, 15면

따라서 엄격히 저작권사용료 승인에 대한 수단의 적절성이 인정되지 않는다면, 침해의 최소성에 대하여는 굳이 논할 필요가 없다. 그럼에도 불구하고 침해의 최소성을 살펴본다면 이 역시 인정된다고 보기 어렵다. 앞서 언급하였듯이 공공서비스가 아님에도 불구하고 특허단체에게만 영업을 허용하는 엄격한 사전규제를 취하고 있다는 점, 개인의 핵심적 자유영역(저작권자의 재산권, 영업의 자유 등)을 침해하는 규제라는 점에서 그 허용 여부는 더욱 엄격히 심사되어야 한다. 그런데, 독점적 폐해를 방지하여 이용자 및 권리자를 보호하는 목적을 달성하기 위해서는 진입규제 완화하여 복수의 집중관리단체를 활성화하는 방안,⁶²⁾ 사용료가 아니라 수수료만 사전적으로 규제하는 방안, 분쟁이 발생한 후 사후적으로 사용료 조정 등을 통해 분쟁해결 및 통제 수단을 마련하는 방안 등 저작권자의 권리침해를 최소화 할 수 있는 다른 수단이 존재한다. 그럼에도 불구하고 저작권사용료 사전승인이라는 기본권 침해가 큰 강력한 규제를 취하는 것은 침해의 최소성에 부합하지 않는다. 우리와 유사하게 집중관리단체의 설립에 허가 또는 등록을 요구함으로써 사전적 진입규제를 채택하고 있는 독일, 일본 등의 경우도 이러한 경우를 감안하여 사용료에 대한 사후적 규제방식을 채택하고 있다. 즉 저작권의 핵심인 사용료에 대한 사전 통제를 하지 아니하고도 규제의 목적을 달성할 수 있는 대안이 존재함에도 불구하고, 기본권 침해가 가장 중대한 방법으로 규제를 하는 것은 침해의 최소성에 위배될 여지가 크다.

(4) 법익의 균형성

법익의 균형성원칙은 기본권제한을 통하여 얻고자 하는 이익과 기본권제

62) 이미 2014년 문화체육관광부가 음악저작권협회의 업무 방만을 이유로 신탁관리단체간 경쟁 체제를 구축함으로써 신탁관리단체들의 투명성을 제고하고자 새로운 신탁관리단체인 사단법인 함께하는음악저작권협회의 설립을 허가하여 복수의 저작권신탁관리단체가 존재하게 되었다. 그러나 2018년 연간 사용료 징수액을 보면, 음악저작권협회가 176,852백 만원 이며, 함께하는음악저작권협회가 2,796 백 만 원임에 비추어 볼 때 여전히 독과점적 시장이라고 볼 수 있다.

한에 의하여 침해되는 이익을 비교형량하여 그것이 적절한 관계에 있어야만 한다는 원칙이다. 법익형량에 있어서 우열여부를 결정할 수 있게 하는 기본적인 지침으로 ‘기본권보호법익의 중요도’,⁶³⁾ ‘기본권제한의 강도’, ‘입법이 추구하는 목적의 중요성 내지 긴급성’ 등이다

법익의 균형성 판단 기준은 침해(제한)되는 해당 기본권보다 달성하고자 하는 공익이 더 우월한가에 대한 검토이다. 본 사안에서 침해(제한)되는 기본권은 저작자의 재산권이며, 달성하고자 하는 공익은 집중관리단체의 독점적 집중관리로 인한 폐해의 방지이다. 따라서 저작물 사용료 승인 규제가 ‘법익의 균형성’을 충족하기 위해서는 1) 신탁관리단체 독점의 폐해가 중요하거나 긴급하여야 하고, 2) 문화부의 사용료 승인이라는 규제로 인한 저작권자의 기본권 제한의 강도가 낮게 인정되어야 한다.

우선 집중관리단체의 독점 폐해가 심각한가 여부와 관련하여 앞서 언급하였듯이 독점규제는 사업자가 시장지배력을 가졌다는 그 자체가 아니라 지배력을 이용하여 부당하게 가격을 결정하거나, 경쟁자 배제 또는 소비자의 이익을 저해하는 등의 지배력 남용의 폐해를 발생시키는 행위를 하였을 때, 사후적으로 규제하는 것이다. 집중관리단체의 독점적 지위로 인한 폐해는 ‘저작물 이용거절’, 특정 이용자에 대한 ‘차별적 취급’ 등이며, 이는 독점규제법상 불공정거래행위, 권리남용 등을 통해 시정이 가능하다. 이러한 지배력 남용으로 인한 폐해가 긴급 혹은 심각해지기 전에 시정될 수 있다. 오히려 집중관리단체에 의한 저작물 이용 거절, 부당한 가격차별 등의 행위는 행정청의 사용료 사전승인으로 시정될 수 있는 것도 아니다. 따라서 문화부에 의한 사용료 승인이라는 규제가 집중관리단체의 시장지배력 남용을 통한 불공정행위 방지라는 공익적 효과의 달성에 기여하는지도 의문이다.

63) 예를 들면 헌법재판소는 직업의 자유 중에서 직업수행의 자유보다 직업선택의 자유에 더 많은 비중을 두고 제한의 강도를 달리 해야한다고 하고 있다. “직업수행의 자유에 대한 제한의 경우 인격발현에 대한 침해의 효과가 일반적으로 직업선택 그 자체에 대한 제한에 비하여 작기 때문에, 그에 대한 제한은 보다 폭넓게 허용된다고 할 수 있다.” 헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29, 40.

다음으로 ‘문화부의 사용료 승인’이 미치는 저작권자의 기본권 제한의 강도이다. 앞서 언급하였듯이 사인간의 거래에 있어서 가격의 결정은 사적자치의 원칙에 따르는 것이 기본원칙이다. 그러나 예외적으로 사회적 서비스 요금 혹은 공공요금의 경우 일정한 사전적 제약을 받게 되며, 시장지배력 남용으로 인한 불공정거래행위에 대하여 사후적으로 독점규제법에 의해 규율된다. 저작권 사용료는 사회적 서비스 요금 혹은 공공요금에 이르는 공익성이 인정되기 보다는 집중관리단체의 집중관리로 인한 독점의 폐해를 막기 위한 것이므로 사후적 규제가 적합하다. 특히 사용료 승인은 저작재산권자의 가격결정의 자유에 대한 직접적 제한이다. 따라서 저작물 사용료의 사전 승인제를 규정하고 현행법은 기본권에 대한 ‘약한’ 제한이라고 볼 수 없으며 ‘강력’한 제한이다.

결국 침해(제한)되는 해당 기본권(저작권 사용료 사전승인)과 공익(집중관리단체의 이용거절/차별 등 독점 폐해 방지)달성의 효과 간 인과관계가 미흡할 뿐만 아니라, 이러한 미흡한 인과관계에도 불구하고 침해되는 기본권에 비해 달성하고자 하는 공익이 더 우월하다고 볼 수도 없다. 따라서 법익의 균형을 충족한다고 보기 어렵다.

V. 결론

싸이의 경우 해외시장에서 YouTube를 통한 8억 8000만 조회 수에 대해 87만 달러(약 9억 4000만원), iTunes 등에서 290만 번의 디지털 다운로드 판매를 통한 260만 달러(약 28억 1000만원)의 수익을 올린 것으로 추정되었으나,⁶⁴⁾ 국내에서는 적게는 3,800만원, 많아야 5억 정도의 수익만을 득한 것으로 추정되었다.⁶⁵⁾ 국내 수익이 저조한 이유는 내수 시장 규모가 작기도

64) AP, 2012. 12. 5.

65) 국회 문화체육관광방송통신위원회 소속 남경필 새누리당 의원은 문화체육관광부에서

하겠지만 음악저작권 사용료가 권리자에게 불리한 가격으로 책정된 요인도 부인할 수 없다.⁶⁶⁾ 앞서 검토한 바와 같이 비교법적으로도 이러한 사용료 사전 승인제를 채택하고 있는 국가는 우리나라가 거의 유일하다고 볼 수 있으며, 디지털 기술 발전에 따라 다양하게 등장하는 음악 플랫폼에 대한 대응 역시 미진하다.⁶⁷⁾ 서비스는 점차 다각화되고 저작물 유통채널이 더욱 복잡해지면서 이해관계자의 역학관계는 한층 미묘해지고 있는 실정이다. 저작권자의 권리를 보호함으로써 창작 인센티브를 도모하는 저작권제도의 취지에 비추어 볼 때 이러한 역학관계의 공정화를 위한 제도 설계는 매우 중요하다.

저작권사용료는 저작재산권의 핵심적 권리행사 수단으로서 사용료에 대한 행정청의 사전 승인은 저작권자의 재산권, 영업의 자유 등 기본권 제한을 수반하게 된다. 따라서 본고에서는 국가에 의한 사용료 통제의 정당화 요인을 검토하고 현행 저작권사용료 사전승인이 헌법에 합치되는지에 대하여 헌법상 비례원칙 부합여부를 분석하였다. 그 결과는 다음과 같다.

첫째, 통상 사인간의 재화나 서비스에 대한 거래가격은 시장에 의해, 즉 공급과 수요에 의해 결정되는 것이 원칙이다. 이러한 원칙에 대한 예외로 가격의 결정에 국가가 개입하여 통제하는 경우는 철도·버스·전기·가스료 등 공공성이 높은 사회적 서비스로서 그 자체로 국민에게 많은 부담을 초래하

제출받은 ‘디지털 음악시장 현황 및 개선방안 연구 보고서’를 인용해 “짜이가 국내 음원 판매로 받게 될 저작권료 수입은 3,600만원에 불과하다”고 하였으며, ‘강남스타일’을 유통하는 케이엠피홀딩스의 이승주 이사는 “‘강남스타일’의 국내 음원 매출은 5억 원이 채 안 될 것으로 예상하고 있다”고 말했다. <<http://www.hani.co.kr/arti/culture/music/554373.html>> (2016. 5. 12. 방문).

- 66) 물가상승률은 2002년에서 2017년까지 40.2%가 상승하였으나(통계청 기준), 음악 사용요율은 변경되지 않았으며, 음악 홈페이지 배경음악의 경우 사용요율은 2006년 규정 신설 후, 2009년 기존 요율변경 없이, 방문자 수에 따른 규정만 일부 추가하여 현재(2018)에 이르고 있다(2011.12/2012.9 두 차례 개정신청 하였으나 미승인).
- 67) 팟캐스트, e-book 등 음악을 사용하는 신규 매체의 등장으로 이에 따른 징수 규정을 제정신청(2012.9)하였으나 현재까지 승인되지 않고 있다. 음악 홈페이지 배경음악의 경우 사용요율은 2006년 규정이 신설된 이후 2009년 방문자 수에 따른 규정이 일부 추가되었고, 2011년 12월과 2012년 9월 두 차례에 걸쳐 저작권신탁관리업자의 개정신청이 있었으나 승인을 받지 못하여 그대로 2019년 현재에 이르고 있다.

여 인간답게 살 권리에도 중대한 영향을 미치게 되는 경우이다. 저작재산권의 핵심인 사용료에 대한 사전승인 규제가 정당화되기 위해서는 이러한 공익적 요청이 명백하여야 하나, 저작권 사용료가 이러한 사회적 서비스에 해당되는지 여부는 여전히 불명확하다. 그럼에도 불구하고 우리 법은 전 세계 유례없이 행정청에 의한 저작권 사용료 사전승인제를 채택하고 있다. 저작권은 사권(私權)이며, 저작물 이용은 현재까지 공공재적 서비스라고 볼 수 없다. 수도, 전기, 통신 등 일상생활 및 산업활동에 필수적인 공익성을 가진 사회적 서비스에 대한 요금통제와 저작권 사용료에 대한 요금통제가 같은 방식으로 이루어지는 것은 타당하지 않다.

둘째, 저작권은 헌법상 보장된 재산권(기본권)이며, 재산권 행사는 자유이므로 원칙적으로 저작권자와 신탁관리단체의 계약에 의해 자유로이 저작권 행사 방식을 정함이 원칙이다. 그러나 이러한 재산권의 행사는 공공복리 적 합성, 국가안전보장·질서유지·공공복리라는 기본권 일반제한 규정이 적용되므로 집중관리에 대한 규제는 이러한 기본권 제한에 의해 정당화 될 수 있다. 이러한 기본권 제한은 비례원칙에 부합하여야 하는 바 사용료 사전승인은 비례원칙에 부합하지 않으므로 해당 규제의 폐지 또는 개선이 필요하다. 집중관리단체의 독점적 지위의 남용을 방지하여 권리와 이용자를 보호하고자 집중관리에 대한 규제를 도입 및 시행하고자 하는 목적의 정당성은 인정된다고 보여 진다. 그러나 수단의 적절성 측면에서 ‘저작권자와 이용자를 모두 보호 하는 효과’에 대한 유효한 수단이어야 하나, 이용자 보호에 치중할 경우 권리자 보호에 소홀 할 수밖에 없으며, 그 반대의 경우에도 양자의 이익은 상호 충돌할 수밖에 없다. 한편 행정청은 일반 국민의 이익을 위한 기능과 저작권자의 권리보호를 위한 기능을 모두 수행하여야 하나 일반 국민에 대한 이미지, 여론의 압박 등에 의해 저작권자의 입장에 서는 것이 용이치 않다. 지금까지의 사용료 승인 과정 역시 그러한 점을 보여주고 있는 바, 목적을 달성하기 위한 유효한 수단이라고 볼 수 없다. 또한 침해의 최소성 측면에서도 복수의 집중관리단체를 활성화하는 방안, 사후적으로 사용료

를 조정하는 방안 등 저작권자의 권리침해를 최소화 할 수 있는 다른 수단이 존재함에도 불구하고 기본권 침해가 큰 사용료 승인이라는 직접적 규제를 취하는 것은 적절하지 않다. 신탁관리단체 독점의 폐해를 사후적으로 시정할 수 있는 방법이 충분하므로 그 폐해가 그리 중요하거나 긴급하다고 볼 수 없음에도 불구하고 저작권 사용료 승인이라는 높은 강도의 기본권 제한 방식을 취하고 있는 것은 법익의 균형성에 부합하지 않는다. 따라서 저작권 사용료 승인제는 비례원칙에 위반될 소지가 다분하므로 폐지 또는 개선되어야 할 것이다. 다만 저작물 사용의 거부, 사용료의 급격한 상승 등 집중관리단체의 독점적 지위로 인한 폐해를 방지하기 위한 대책이 함께 마련되어야 할 것이다. 사용료를 감독관청에 신고·공시하도록 하거나, 중재소 등 제3의 기관을 통한 사후적 사용료 분쟁 해결 방안 마련 등이 함께 검토될 필요가 있다.

(논문접수일: 2019. 3. 24. 심사개시일: 2019. 4. 5. 게재확정일: 2019. 4. 25.)

참고문헌

1. 국내문헌

- 권영성, 『헌법학원론』, 2006.
- 김민호, 『행정법』, 박영사, 2018. 2.
- 김송옥, “지적재산권의 제한원리 - 저작권을 중심으로 -”, 법정논총(39권 53집), 중앙대학교, 2004.
- 김종보, “지적재산권 강화경향과 정보공유와의 관계에 대한 고찰 -헌법이념상 저작권개념을 중심으로”, 『법학연구』(제46권 제1호), 부산대학교, 2005.
- 김현경, 헌법상 재산권 보장과 저작재산권 제한규정의 정합성에 관한 연구, 계간저작권 2013.6.
- 문영세, “공공요금의 개념 및 범주에 관한 연구”, 한국행정논집 제10권 제2호, 한국정부학회, 1998.
- 박성호, “지적재산권에 관한 헌법 제22조 제2항의 의미와 내용”, 『경제연구』(제24집 제1호), 2007.
- 박익환외, 저작권 사용료 분쟁해결 제도 개선방안 연구, 저작권위원회, 2009.
- 성정엽, 비례원칙과 기본권, 저스티스 통권 제136호, 2013.
- 이규홍·정필운, 헌법 제22조 제2항 관련 개헌론에 관한 소고- 지적재산권조항의 재정립에 관하여 - 法曹 2010·11(Vol.650).
- 이상정의, 저작권관리사업법 제정을 위한 연구, 문화체육관광부, 2008.
- 이용근, “공공요금의 규제와 그 한계”, 행정논총 제15권제1호, 서울대 행정대학원 한국행정연구소, 1967.
- 이영록, 저작권 집중관리단체 활성화 제고방안 연구, 문화체육관광부, 2007.
- 이인호, “지적재산권의 헌법적 한계 - 헌법상의 언론자유조항과 지적재산권 조항의 긴장과 조화”, CLIS Monthly, KISDI, 2003.10.
- 이원태 외, 스마트시대의 모바일 음악서비스 동향과 저작권 쟁점, 정보통신

- 정책연구원, 2012.
- 오승중, 저작권법, 박영사, 2016.
- 윤선희·조용순, 저작권집중관리 제도의 개선방안에 대한 소고 : 저작권관리 사업법(안)을 중심으로, 산업재산권 제28호, 2009.
- 육중수, “헌법상 무체재산권의 보장”, 『공법연구』(15집), 1987.
- 육중수, “저작물의 공유와 과제 Ver.0.9”, 『계간저작권』2006 여름호.
- 이영욱, 음악저작물의 신탁범위 선택제에 관한 연구, 한국음악콘텐츠협회, 2016.
- 이호용, 공공요금의 규제와 한계에 관한 법정정책적 연구. 법학연구, 50(2), 2009.
- 정필운, “헌법 제22조 제2항 연구”, 연세대학교 법학연구 20권 1호, 2010.
- 정하중, “헌법재판소의 판례에 있어서의 재산권 보장”, 『헌법논총』(제9집), 헌법재판소 1998.12.31.
- 표명환, “헌법상 재산권의 내용규정과 헌법재판소의 보장 내용 범리에 관한 고찰”, 『법학연구』(제46집), 2012.
- 최병규, “지적재산권과 헌법의 관계”, 지적재산권 연구논단, 한국지적재산권 법제연구원, 2005.02.
- 최진원, 음악산업 발전과 징수규정 승인제도에 대한 소고, 정보법학 제16권 제3호, 2013.

2. 외국문헌

- Kevin Garnett, et. al. ed., Copinger & Skone James on Copyright (Sweet & Maxwell, 2011)
- 成田頼明, “公共料金について”, ジュリスト第335號, 有斐閣, 1965.

<Abstract>

Study on the unconstitutionality of preliminary approval by the administrative office on the copyright royalties

Kim, Hyunkyung*

According to the Copyright Act, the copyright royalty shall be approved by the Minister of Culture, Sports and Tourism. This is to prevent the harm caused by the monopoly status of the Copyright collective management organizations and to rationalize the interests. However, the determination and collection of copyright royalties are a key element in the exercise of author rights. Therefore, direct regulation on this subject is accompanied by restriction of fundamental rights such as proprietary rights of the copyright owner and freedom of business. Therefore, this study examines the justification factor of the royalty control by the state and examined whether the pre-approval of the copyright royalty conforms to the proportional principle in the Constitution. First, in order for the royalty control by the state to be justified, the target should be public goods or social services. The transaction price of services or products between individuals is usually determined by demand and supply in the market. However, the intervention of the state is justified when the services such as electricity, gas, and telecommunication have high public value, which in itself causes a great burden on the people and has a significant influence on the right to live as a human being. Copyright is private right, and the use of copyrighted works is not a public service. Therefore, it is not reasonable that the decision on

* Professor, Seoul National University of Science & Technology.

copyright royalties is made in the same way as the fee control for social services with this public nature. Next, the approval of copyright royalties should be in proportion to the principle of proportionality because it restricts property rights of the copyright owner. However, despite the existence of other means of minimizing infringement of rights of copyright holders, such as measures to revitalize multiple collective management organizations, to adjust the fee after the post and so on, the approval of the copyright royalty with a high degree of infringement of fundamental rights is not in line with the principle of ‘minimal infringement’ among proportional principles in the constitution. In addition, although there is a sufficient way to correct the harm caused by the monopoly of the collective management organization in the aftermath, and the harm is not so important or urgent, taking the high-intensity restriction system of pre-approval of copyright royalties does not fit the balance of legal interests. Therefore, prior approval of copyright royalties is likely to violate the proportional principle, so it needs to be abolished and improved.

Key words: pre-approval of the copyright royalty, copyright collective management system, price regulation, public utility charges, principle of proportionality