일감법학 | 제48호
2021년 2월 197-217쪽
건국대학교 법학연구소

Ilkam Law Review
Vol.48, Feb., 2021. pp.197-217
The Institute of Legal Studies, Konkuk Univ.

저작권법 연구자가 본 대작 사기 사건

-대법원 2020. 6. 25. 선고 2018도13696 판결을 소재로-

A Ghostwriter Fraud Case from the Perspective of a Copyright Law Researcher

-Based on Korean Supreme Court's June 25, 2020. 2018 Do 13696 Ruling-

계 승 균*
Kye, SeungKyoon

목 차

Ⅰ. 들어가면서
Ⅱ. 사건의 경위
Ⅲ. 판결요지
Ⅳ. 평석
Ⅴ. 마치면서

이 논문은 유명 대중예술인의 그림과 관련된 형사사건에 관한 내용을 저작권법 연구자의 입장에서 새롭게 보는 것이다. 검찰의 공소는 오로지 사기죄를 기초로 제기되었고, 저작권법위반의 점에 관해서는 이루어지지 않았다. 필자는 이 논문을 통해서 저작권법위반의 점과 저작권의 대상인 저작물 성립요건으로서 창작성에 관한 의견을 제시하고자 하였다. 그 이유는 이 사건의 본질은 저작권법위반인가 하는 점인데 이점에 관해서 전혀 법률적 판단이 이루어지지 않았기 때문이다. 불고불리의 원칙에 따라 법원에서 판단할 수 있는 기회가 없었음에 아쉬움이 있다.

우선 창작성의 개념이 구체적 창작행위를 전제로 한다는 점과 창작적 기여행위의 존재 여부를 살펴야 한다는 점을 설명하였다. 또한 어떤 이론이나 사조, 소재의 제공 등과 같은 아이디어와 같은 저작권법의 보호범위에 포함되지 않는다는 점을 이야기하고자 하였다.

https://doi.org/10.35148/ilsilr.2021..48.197
투고일: 2021. 1. 26. / 심사의뢰일: 2021. 2. 4. / 게재확정일: 2021. 2. 15.

* 부산대학교 법학전문대학원 교수
Professor, School of Law, Pusan National University

대작 역시 사회적 비난가능성이 높은 창작윤리 위반행위라는 점과 우리 저작권법의 형벌조항을 위반하는 점이라는 점을 설명하고자 하였다.

마지막으로 이러한 예술, 창작, 문학과 같은 분야에서 법률가, 법조의 역할이 어떠하여야 하는지에 관한 소견을 제시하였다.

[주제어] 저작권, 저작물, 대작, 사기, 창작성, 아이디어와 표현 이분법

Ⅰ. 들어가면서

대법원은 최근에 우리 사회에서 몇 년 동안 화제가 되었던 유명 대중문화예술인[1]의 대작사기에 관한 형사사건에 대해서 무죄를 확정하였다. 이 사건은 유명 가수의 인기만큼이나 사회적으로 많은 관심과 논쟁을 불러일으켰고, 방송이나 언론 등에 많이 노출되었다. 또한 사건과 관련된 사람이 우리 사회에서 유명한 대중예술인으로서 본업과는 다른 미술에 관한 것이어서 더욱 논란과 화제를 불러일으킨 것이라고 생각된다.

법학을 공부하는 사람에게, 특히 저작권법을 연구하는 사람들에게는 본 사안은 흥미로운 연구 대상이 되었다. 아마도 처음으로 제대로 된 대작(代作, Ghostwriter)이 공식적으로 문제된 사건이기 때문이다. 소위 대작을 통한 창작행위를 인정할 것이라는 점과 타인을 통해서 창작활동을 하는 것을 법률적으로 어떻게 평가되어야 하고 취급하여야 하는 것 등이었다. 이 사안의 배경에는 물론 창작이나 예술과 관련된 세계사적인 흐름, 현대미술, 개념미술의 특징과 본 사안은 어떠한 연계성을 가지고 있는 것인지에 대해서 논의가 제기되기도 하였다.

검찰에서는 수사를 통해서 사기죄로 의율하고자 하여 공소를 제기하였고, 1심과 항소심, 대법원까지 사건이 진행되었고, 최종적으로 대법원에서 사기죄에 대해서 무죄라는 판결을 내리게 되었다.

이 논문에서는 이 사건의 사기죄 성립여부에 대한 정밀한 법률적인 분석 및 검토를 하여 법리 분석하는 것을 목적으로 하고자 하지 않는다. 저작권 연구자로서 저작권법의

1) 「대중문화예술산업발전법」 제2조 제3호에서는 대중문화예술인이라는 용어를 사용하고 있다. 대중문화예술인은 "대중문화예술용역을 제공하는 자 또는 대중문화예술용역을 제공할 의사를 가지고 대중문화예술사업자와 대중문화예술용역과 관련된 계약을 맺은 자"를 의미한다. 그리고 대중문화예술용역의 의미에 대해서는 제2호에서 대중문화예술산업에서 연기・무용・연주・가창・낭독, 그 밖의 예능과 관련한 용역을 말한다고 정의하고 있다.

관점에서, 창작법이라는 관점에서만 살펴보고자 한다. 예술계에서도 많은 관심을 가지고 있는 사안이므로 사실관계와 판결 요지를 소개하는 형식을 취하고자 한다. 따라서 판결문에 나타나 사건의 경위를 대작을 중심으로 하여 단순화시켜서 간략히 살펴보고, 범죄 성립에 관한 형법의 복잡하고 난해한 법리를 펼치고 있는데 이는 생략하고, 판결문에 중심이 되는 부분만을 살핀 후에 필자의 소견을 밝히고, 그리고 법조의 역할에 대해서 간략한 의견을 제시하면서 이 글을 마무리하고자 한다.

Ⅱ. 사건의 경위

제1심[2]판결문에 기재되어 있는 공소장의 내용을 요약하여 사건의 경위를 파악하고자 한다.

① 갑은 가수 겸 화가로서 1973년 첫 개인전을 개최한 이후 지금까지 약 40회의 전시회를 개최하였고, 약 20년 전부터 자신을 화수(畵手, 화가 겸 가수)라고 부르고 있다.

② 을은 1988년경부터 2008년경까지 미국에서 활동한 화가로서 국내로 귀국한 2009년경부터 2016년 3월 21일경까지 피고인 조영남의 부탁을 받고 대신 그림을 그려주었다.

③ 갑은 2008년 12월 10일 뉴시스와 연합뉴스 등의 인터뷰에서 '데미안 허스트는 최첨단 미술을 하면서 미술을 최고의 영역으로 끌어올렸으나 문제는 자기는 아이디어만 내고 조수들에게 제작을 맡기지만, 거기에 비하면 갑의 30점에는 조수가 한 명도 없어', '최소한 갑은 조수를 두지 않고 직접 그린다'라는 취지로 말한 사실이 있고, 2009년 5월 8일 갑의 집에서 그림을 그리는 모습으로 인터뷰하면서 '아침에 일어나면 방송가기 전까지 6시간 정도 그림을 그린다'는 취지로 말한 사실이 있으며(북&피플), 2013년 4월 3일 그림을 그리면서 '아침에 한 시간 반 정도 그림을 그린다'라고 인터뷰한 사실이 있다(TV조선 뉴스쇼 "판").

④ 갑은 2012년 4월 2일 '아크릴 물감을 고수하는 이유는 다작할 수 있고, 빨리 그려서 싸구려로 박리다매로 많이 파는 게 낫다는 게 내 생각', '갑이 그림 잘 그린다 이랬으면 좋겠는데'라고 인터뷰하고(JTBC 뉴스) 등 언론 및 방송에서 자신이 직접 그림을 그리고 있는 모습을 여러 차례 보여주었다.

2) 서울중앙지방법원 2017. 10. 18. 선고 2016고단5112 판결.

⑤ 갑은 2009년 을을 만나기 전에는 주로 화투 등을 직접 잘라서 붙이는 콜라주 기법의 작품을 제작하였고, 화투를 세밀하게 회화로 표현하는 등의 능력은 갖추고 있지 않다.

⑥ 갤러리 관계자들이나 작품 구매를 원하는 사람들이 콜라주 작품보다는 회화를 선호하고, 작품의 예술성이 높아져 그림 가격이 올라가자, 2009년경 평소 알고 지내던 화가인 을에게 1점당 10만 원 상당의 돈을 주고 자신의 기존 콜라주 작품을 회화로 그려오게 하는 방식, 자신이 추상적인 아이디어만 제공하고 이를 을이 임의대로 회화로 표현하게 하는 방식, 기존에 있던 자신의 그림을 그대로 그려달라고 하는 방식 등으로 작업을 지시하였다.

⑦ 그때부터 2016년 3월 21일경까지 을로부터 약 200점 이상의 완성된 그림을 건네받아 배경색을 일부 덧칠하는 등의 경미한 작업만 추가하고 자신이 서명하였다.

⑧ 갑은 2015년 4월경 을과의 다툼으로 2016년 2월 초순경까지 작품제작을 의뢰할 수 없게 되자, 매니저를 통해서 소개받은 홍익대학교 일반대학원 회화과 석사과정의 병에게 "내가 지정하는 그림을 그대로 그려오면 시간당 1만 원을 주겠다."라고 말하면서 을에게 했던 것과 같은 방법으로 작업을 지시하였다.

⑨ 그때부터 2016년 3월경까지 총 29점의 완성된 그림을 건네받아 위와 같은 방법으로 자신의 서명을 하였다.

⑩ 갑은 2012년 4월 4일경부터 같은 달 21일경까지 서울 종로구 경운동에 있는 'A갤러리'에서 『갑 초대전』을 개최하면서 "극동에서 온 꽃" 등의 그림을 전시하였다.

⑪ 사실 그곳에 전시된 위 "극동에서 온 꽃" 작품은, 갑이 2012년경 을에게 '용무늬 꽃병 위에 오광(五光)과 이파리를 배열하여 그림을 그려보라'라는 추상적인 아이디어를 제공하고, 을이 캔버스에 아크릴 물감을 이용하여 임의대로 오광을 배치하고 이를 회화로 표현하여 완성한 다음 갑에게 건네주었다.

⑫ 갑은 건네받은 그림의 외곽에 이파리와 빈 사각형 몇 개를 그려 넣고 배경에 경미한 덧칠 작업만 추가한 다음 그림 하단에 자신의 서명을 하였다.

⑬ 갑은 2012년 4월경 피고인이 직접 그렸다고 믿은 피해자 병에게 위 "극동에서 온 꽃"(30호) 1점을 1,200만 원에 판매하였다. 이를 비롯하여 피고인은 2011년 9월경부터 2015년 1월 19일경까지 그림 21점을 판매하고, 총 17명의 피해자로부터 판매대금으로 합계 1억 5,355만원 상당을 교부받았다.

Ⅲ. 판결요지

1심과 2심은 갑의 이러한 행위가 사기죄에 해당되느냐에 관해서 의견이 나뉘었다. 1심은 사기죄에 해당된다고 보았고, 2심은 사기죄에 해당되지 않는다고 판단하였고, 대법원은 사기죄와 관련하여서는 2심과 같은 판단을 내리고 있다.

1. 1심 판결요지

1심은 회화 작품은 개인의 숙련도, 붓 터치, 색채감 등 작가의 개성이 화풍으로 드러나 뚜렷이 표현되는 특징을 지니고 있으므로, 작품구매자의 입장에서 누가 직접 그렸는가는 구매를 결정하는 판단의 기초가 되는 중요한 사실이어서, 회화 작품의 거래에 있어서 작가나 작품의 내용 및 평가에 따른 매수인의 주관적인 의도가 우선 중시되어야 하므로, 신의칙에 비추어 누가 직접 그림을 그렸는지 즉 친작(親作)인지 여부를 고지하여야 할 의무가 있다는 점에 대해서 긍정을 하였고, 갑이 이러한 고지의무를 하지 않아서 구매자를 기망하였고, 구매자는 이렇게 구매하게 된 것에 대해서 착오를 일으켰기 때문에 사기죄가 성립된다[3]고 보았다.

2. 항소심[4] 판결요지

항소심이 판시한 내용을 요약하면 다음과 같다.

2심은 을과 병은 갑의 창작물에 대한 아이디어를 구현해주는 기술적인 보조자에 지나지 않고, 자신의 예술적 관념이나 화풍 또는 기법을 구현한 미술작품의 작가는 아니다. 갑이 '화투'를 소재로 선택하여 작품 활동한 것은 갑의 고유한 것이다.

을과 병이 작가인지와 실력 등이 갑의 보조자인지 작가 인지 여부를 구별하는 것과는 별개의 것이다. 그리고 보조자를 사용하여 미술작품을 하는 것이 법률적 판단사안이 아니다. 그리고 보조자를 사용하여 작품 활동하는 것을, 즉 친작으로 오인할 수 없도록

3) 형법 제347조(사기) ①사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

4) 서울중앙지방법원 2018. 8. 17. 선고 2017노3965 판결.

하여야 할 의무, 다른 말로 표현하면 갑의 부작위에 의한 기망행위 해당 여부에 관해서 부인하고 있다. 즉 구매자들에게 을과 병을 사용하여 작품 활동을 하였다는 것을 고지할 의무가 없다고 보았다. 그 근거로서는 구매조건으로서의 '친작'인지 여부를 반드시 필요한 정보이지도 않고, 고지의무를 전적으로 작가에게 부담시키는 것도 적절하지 않다. 그리고 구매자의 구매의 주관적인 의도를 일률적으로 말할 수 없다. 그리고 고지의무와 관련된 내용과 관련하여 고지의무의 주체, 방법, 시기 등도 불명확하다. 더 나아가서 구매자들이 친작으로 오해하고 즉 착오에 빠져서 미술작품을 구매하였다고 단정할 수 없다고 하면서 범죄의 증명이 없는 때에 해당[5]되어 무죄를 선고하였다.

3. 대법원[6] 판결 요지

대법원은 고지의무에 관한 입증책임은 검사에게 있다고 전제하고, 기망행위에 해당되기 위해서는 보조자를 사용하는 등의 행위에 대해서 알려주는 것이 관행이었다는 점과 작품에 타인이 관여하였을 경우, 만약 구매자가 이러한 사실을 고지받으면 구매하지 않았을 것이라고 하는 점이 충족되어야 한다고 판단하였다. 그리고 권리침해에 해당되는 저작권 문제가 아니라면, 법원은 미술작품의 가치 평가에 자제하여야 한다는 사법자제원칙을 지켜야 한다고 판시하였다.

그리고 이 사건에서 검찰에서 저작권법 위반 사건으로 공소를 제기하지 않았기 때문에 원칙 불고불리의 원칙[7]에 대해서도 언급하고 있다.

그리고 더 나아가서 예술이나 창작에 관한 사법의 판단을 자제하고자 하는 점을 판결문에서 강조하고 있다.

---

5) 형사소송법 제325조(무죄의 판결) 피고사건이 범죄로 되지 아니하거나 범죄사실의 증명이 없는 때에는 판결로써 무죄를 선고하여야 한다.

6) 대법원 2020. 6. 25. 선고 2018도13696 판결.

7) 불고불리의 원칙[不告不理의 原則, Nemo judex sine actore (kein Richter ohen Kläger)]은 법원은 검사가 공소를 제기하지 않는 한, 사건을 심판할 수 없고, 더 나아가서 공소가 제기된 사건에 한해서만 심판할 수 있다는 원칙이다. 그리고 심판의 대상이 되는 것은 공소장에 기재된 피고인과 공소사실에 한정되며 심판의 대상과 범위를 정한다.

Ⅳ. 평석

1. 서론

대법원의 판결이 나온 후에 미술계나 예술계의 반응이 구체적으로 어떠한지는 모르겠지만, 이러한 결론에 대해서 허탈해하는 사람도 있고, 당연한 결과라고 말하는 사람도 있을 것이다. 그리고 예술의 영역, 특히 미술의 영역에서 이 사건 초기와 마찬가지로 앞으로도 논란이 계속 진행될 것이다.

하지만 문제되는 본 사안에 대한 판결을 보면서, 창작법 중에서 특히 문학, 예술, 음악 등의 창작성을 연구하는 사람으로서 진부한 질문이지만, "예술이란 무엇인가?", "창작이란 무엇인가?", "창작행위의 본질은 무엇인가?", "창작행위의 의미와 범위는 어디까지인가?", "예술이나 창작에 있어서 아이디어는 어디까지 보호되어야 하는가?", "현대미술의 의미는 무엇인가?", 이와 관련하여 "저작권제도의 본질은 무엇이며, 저작권제도의 사회적 기능과 의미를 어디에서 찾아야 하는가?", "법률로써 예술을 평가하거나 재단(裁斷)할 수 있는가?", "이러한 문제에서 법률가는 무엇을 할 수 있는가?"라는 의문이 든다. 우선 우리 사회에서 그렇게 크게 문제가 되지 않았던 대작과 관련하여 사회적 이슈가 되고, 이에 대한 법률적 판단까지 오게 된 것은 진일보한 현상이라고 생각한다.

본 사안에서는 대작행위를 숨기고 작품을 판매한 행위가 사기죄가 성립하는지에 관하여 고의가 입증이 되지 않았다는 것으로 보인다. 일반인이 언뜻 듣기에 다소 이해가 쉽게 되지 않는 형사법상의 고의성립여부에 관한 연구 성과는 형사법 전공자에게 맡기고, 이하에서는 저작권법의 관점에서 특출하게 문제되는 부분인 저작권 귀속주체인 저작자 판단과 관련된 대작과 저작물 성립요건으로서 창작의 의미를 살펴보고자 한다. 그 이유는 본 판결과 관련하여 저작권법으로 쟁점이 될 수 있는 것은 대작의 성립여부와 창작의 의미라고 생각되기 때문이다. 그런데 본 판결에서 이에 관한 판단이 전혀 이루어지지 않아서 저작권 연구자로서 의심이나 아쉬움이 있다. 물론 검찰로부터의 저작권법 위반에 대해서는 공소제기가 이루어지지 않아서 이에 대한 법원이 판단을 할 수 없는 형사소송의 한계가 있기는 하다.

이하에서는 여러 가지 의문 중에서 저작권법의 관점에서 본 사안을 주로 바라보고자 한다. 본 사안이 저작권법 연구자들이 많은 관심을 가지고 바라보고 있었던 사안이기도 하기 때문이다. 저작권법에서 의미하는 창작성의 개념을 살펴보고 현대미술 또는 개념

미술이라는 사조와 창작성과는 어떤 관계가 있는지와 저작자 중에서 대작의 의미와 사회적 비난 가능성이 있는 행위라는 점을 저작형법의 관점에서 다시 한번 더 음미해보고자 한다. 그리고 결론에서 법조인 또는 법학의 역할에 대해서 간략히 언급하면서 필자의 소견을 밝히는 것으로 이 글을 마무리하고자 한다.

2. 창작성

2.1 지식재산권에서의 창작

저작권의 본질은 창작에 대한 보호에 있다. 특허법의 발명, 상표법의 식별과 같이 저작권법에서는 창작이 가장 중요한 개념이다. 그리고 창작법이라고 할 수 있는 저작권법, 특허법, 디자인보호법 등에서 말하고 있는 창작은 사실상 서로 다른 개념이라고 말할 수 있다. 특히 지식재산권법 내에서 창작이라는 의미는 저작권의 대상인 저작물의 성립요소로서 창작이 중요한 의미를 가진다. 이 글에서는 주로 저작권법에서 말하는 창작과 관련하여 논의하고자 한다.

2.2 저작물성립요건으로서의 창작

저작물 성립요건인 “인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물(제2조 제1호)” 중에서 가장 중요한 개념은 창작이다. 창작을 하였기 때문에 배타적인 권리인 저작권을 부여하고 일정 기간 독점적인 지위를 보장하는 것이다. 그런데 저작권법이나 다른 법에서 창작의 의미와 법적 요건에 대해서 정의하고 있지 않다. 예술이나 문학 등에서 창작의 의미를 정확하게 규정할 수 없듯이, 일률적이고 통일적인 적용을 특징으로 하는 법규범에서도 창작의 의미를 일률적으로 규정할 수 없는 것이다. 또한, 예술이나 문학에서 그 범위, 유형 등에 비추어 보면 통일적이고 단일한 창작의 의미를 밝힐 수는 없고 상대적이라고 말할 수 있다.[8] 따라서 저작권법의 영역에서도 창작의 의미를 적극적으로 “이것이 창작이다.”라고 정의하지 않고 있다. 저작권법에서도 단순히 창작, 창작자라는 용어만 사용하고 있고, 나머지는 해석론에 맡겨두고 있다.

저작권법에서 창작성의 의미를 소극적으로 본다는 의미는 우선, 남의 것을 베끼지

8) 송영식/이상정, 저작권법강의 제2판, 세창출판사, 2016, 21쪽.

않으면 창작으로 본다. 그리고 최소한 창작성[9]만 있으면 다른 말로 개인적인 정신적 활동의 결과로 나타난 것이면 저작물로서 성립된다.[10] 따라서 초등학생이 그린 그림이 비록 조잡하다고 할지라도 남의 것을 베끼지 않고, 자신의 인생관이나 가치관에 따라 그린 것이라면 저작물로서 성립되는 것이다.[11] 소극적 정의로서의 창작성은 남의 것을 베끼거나 최소한의 창작성이 존재하지 않는 것은 창작물이 아니라는 의미이다. 따라서 이외의 것은 모두 창작성이 존재하여 독립된 저작물로서 성립한다.

저작권법에서 말하는 창작성의 특징을 알 수 있는 것이 있다. "우연히 동일한 저작물(Doppelschöpfung)"이다.[12] 예를 들어 시간적으로 먼저 창작한 저작물과 비슷한 저작물을 을이 후에 창작한 경우에 을이 갑의 저작물에 접근하였거나 그 존재를 알 수 없었던 경우에는 을도 자신의 저작물에 대해서 저작권을 가진다. 이러한 점이 특허법의 특허권과 다른 점이다.[13] 특허권의 경우 동일한 권리범위에 속하는 발명을 한 경우에는 바로 특허권 침해가 성립하지만, 저작권은 독립된 2개의 권리가 성립되는 것이다.[14]

이 외에도 저작물의 성립과 관련하여 통계적으로 다른 존재이거나 1회적 존재이면 창작성이 있다고 보고 저작물로서 성립한다는 견해도 있고, 감각적으로 인식가능한 모든 형태를 보호하여야 한다는 견해, 시장성(상업성) 또는 저작자의 인정 등을 저작물 성립요건으로 제시하는 견해도 있다.[15]

그런데 위에서 논의한 창작성의 개념에는 인간의 구체적인 창작행위(Realakt)가 있을 것을 전제로 하는 개념이다.[16] 창작물 형성에의 구체적인 기여가 있어야 한다. 따라서 구체적 발생된 저작물에 대해서 권리가 발생하는 것이다. 따라서 창작성의 존재를 저작물 성립요건으로 파악하되, 이에는 창작자 자신의 구체적이고 개별적인 창작행위를 통한 창작성이어야 한다.

앞서 논의한 바와 같이 창작성은 남의 것을 베끼지 않고, 최소한의 창작성만이 있으면 창작성의 성립을 긍정하는 저작권제도의 태도에 비추어 볼 때 인간의 구체적인 창작행위를 전제로 하는 것이다.

---

9) 최경수, 저작권법개론, 한울, 2010, 99쪽.

10) 대법원 1995. 11. 14. 선고 94도2238 판결.

11) 장인숙, 저작권법개론(복각), 한국저작권위원회, 2020, 86쪽.

12) Gerhard Schricker, *Urheberrecht (3. Aufl.)*, C.H.Beck, 2006, §2 Rdnr. 42.

13) Haimo Schack, Urheber- *und Urhebervertragsrecht (6. Aufl.)*, Mohr Siebeck, 2013, Rdnr. 71.

14) 계승균, 저작권과 소유권, 부산대학교 출판부, 2015, 28쪽 각주38.

15) 이와 관련된 내용은 계승균, 앞의 책, 30쪽.

16) Ulrich Lowenheim, *Handbuch des Urheberrecht(2. Aufl.)*, C.H.Beck, 2010, §10 Rdnr. 4.

2.3 아이디어와 표현 이분법

저작권 제도는 창작성을 보호하되, 표현된 창작성만을 보호한다. 표현되지 않는 아이디어나 콘셉트는 보호대상에서 제외된다.[17] 무엇이 보호대상이 되는 표현에 해당되고. 무엇이 보호되지 않는 아이디어에 해당되는지를 밝히는 것 역시 창작이라는 개념을 정의하는 것만큼이나 어려운 것이다. 그러나 이미 이전부터 입법이나 학설을 통해서 아이디어는 보호가 되지 않는다는 것을 밝혀왔다. 예를 들면 저작권법에서 가장 중요한 베른협약 제2조 제1항(the Berne Convention 1886 Art. 2(1), ...which covers every production ... whatever may be the mode or form of its expression.)에서도 저작물의 표현의 형식 또는 형태가 어떠하든지 간에 보호한다고 규정하고 있고, 공식 안내서에도 아이디어 그 자체는 저작권의 보호대상이 아니라는 점이 명백히 밝히고 있다. 이미 이러한 내용을 입법적으로 밝히고 있는 것이 많이 있다. 영국의 1710년의 앤 여왕법(UK Statute of Anne 1709)에서도 “for the encouragement of learning”이라고 규정하여 아이디어는 보호의 영역에서 제외됨을 알 수 있다. 이런 내용 때문에 영국 저작권법은 전통적으로 아이디어의 복제와 관련되는 것이 아니라, 아이디어가 나타나 있는 표현의 복제와 관련된다고 생각하였다.[18] 지식재산에 관한 무역협정 (Trips) 제9조 제2항에서도 Art. 9(2)에서 “Copyright protection shall extend to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such”라고 규정하고 있고, 유럽연합 데이터베이스 지침[EC Database Directive (96/9/EC)]에서도 “expression of the database which is protected by copyright”라고 규정하고 있다. 또한, 미국 저작권법(The Copyright Act 1976) 에서도, “In no case does copyright protection for an original work of authorsip extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.”라고 규정하고 있다. 이러한 아이디어나 콘셉트에는 방법[19], 원리, 원칙, 학설[20], 경향, 사조(思潮), 학파 등이 포함된다. 예를 들어 피카소가 입체주의를 창설하였지만, 이러한 화풍이나 학파에 대해서 피카소가 저작권을 가지는 것이 아니다. 피카소의 입체주의 화풍에

17) 정연덕, 저작권의 이해, 세창출판사, 2018, 41쪽; Schricker, a.a.O. §2 Rdnr. 50.

18) A. Birrell, *The Law and History of Copyright in Books*, Cassell and Co., London etc., 1899. “Ideas, it has always been admitted...are free as air.”.

19) Schricker, a.a.O., §2 Rdnr. 48.

20) Friedrich Karl Fromm/Wilhelm Nordemann, *Urheberrecht (10. Aufl.)*, Kohlhammer, 2008, §2 Rdnr. 43.

따라 그린 그림을 그렸을 경우에 그 그림을 그린 사람에게 저작권이 발생한다. 따라서 피카소가 자신이 창설한 화풍이나 학설, 사조에 따라 그렸다고 해서, 저작권을 주장할 수 없을 뿐만 아니라, 설령, 피카소의 화풍에 따라 그림을 그리라고 지시나 감독을 하였다고 하더라도 지시를 하거나 감독을 한 사람에게 그 그림에 대해서 저작권이 발생하는 것은 아니다. 그 이유는 앞서 본 바와 같이 저작권의 보호대상에서 벗어나 있는 것이기 때문이다. 앞서 언급한 바와 같이 저작권법에서는 구체적인 창작행위를 통해 개별적인 저작물에 창작적 기여를 하였는가를 전제로 하여 창작성을 논의하는 것이기 때문에 아이디어나 콘셉트의 영역에 있는 것은 보호대상이 아니다. 저작권 제도는 구체적인 창작행위를 통해서 표현된 것을 보호하는 것이다. 아이디어와 표현 이분법의 논의는 표현을 보호하고자 하는 것과 일반적으로 이야기하는 창작의 개념정의와는 일치하지 않는다. 규범적으로 보호범위와 보호대상을 정하는 것과 창작성과는 부분집합은 성립될 수 있을지 모르지만, 완전한 교집합을 이루지는 않는다.

2.4 미술사조와 창작

앞서 언급한 대로 사조는 아이디어나 콘셉트의 영역에 있다. 따라서 어떤 미술사조, 현대미술, 개념미술, 팝아트라는 것도 하나의 사조에 해당된다. 문제가 된 전통적인 미술사조와 현대적인 미술사조와의 괴리에서 오는 갈등의 표현인지도 모르겠다. 이는 예술계나 미술계의 시각이고 어떤 창작물에 대해서 권리부여를 하여야 할지에 관한 제도적이면서 규범적인 관점에서는 저작권제도의 원칙에 비추어 보아야 한다. 비록 진정한 의미에서의 예술은 본질적으로 동일한 것인지, 미적 비차별주의의 발로 또는 예술적 평등주의를 의미한다고 할지라도 이는 예술적 평가이고, 규범적 평가에서는 단순한 아이디어와 콘셉트만으로 예술행위, 또는 창작행위를 할 수 있다는 것은 최소한 규범의 입장에서, 즉 그 창작행위에 어떤 권리를 부여하여야 하는 입장에서는 다소 낯설기도 하고, 위험하다는 생각이 들기도 한다.

또한, 저작권보호대상이 되는 구체적 창작행위와 구체적이고 개별적인 창작행위를 통해서 이루어진 성과물인 창작물과 단순한 아이디어의 영역에 속하는 어떤 사조 또는 문학과 예술의 흐름은 구별하여야 한다. 어떠한 사조나 경향, 학파는 주의(ism)는 하나의 아이디어와 원리에 속한다. 또한, 화투나 어떤 특정 소재로 그림을 그리겠다는 것은 아이디어나 콘셉트의 영역에 속한다. 즉 이 자체는 보호대상이 아니다. 구체적인 창작행

위를 통해서 창작물이 형성되었느냐가 핵심이라고 본다.

그리고 현대미술이나 개념미술, 팝아트에서는 창작자가 아이디어만 제공하고 조수나 종업원들이 미술품을 생산해내는 것이 창작활동이라고 주장하는 점에 대해서는, 모두가 이를 긍정할 수 있을 정도의 타당성이나 그 동안의 미술계나 예술계에서의 활동, 업적 등을 종합해서 판단[21]하는 것이고, 이러한 경향이 일반적인 미술계의 현상이고, 이렇게 해도 창작물이 된다고 하는 것은 무리한 주장이라고 생각된다.

3. 대작

3.1 대작의 의미

대작은 자신의 저작물에 타인의 이름을 표시하는 것을 말한다. 대작은 주로 유명한 사람의 이름을 저작물에 표시하는 것이 일반적이다. 저작물에 저작자의 성명 또는 저작자라는 것을 표시하는 것은 오랜 전통을 가지고 있고, 우리 저작권법에는 저작인격권의 하나로서 성명표시권을 규정하고 있다. 성명표시권은 저작물에 나타난 평판에 대한 자부심과 명예의 귀속주체를 밝힘과 동시에 책임을 져야할 주체를 확정하기 위한 것이기도 하다.[22]따라서 대작이라는 말의 뉘앙스에 어느 정도 거짓작가 또는 윤리적 비난이 포함되어 있다. 창작하지 않은 자가 창작자로 표시되고 진정한 창작자가 어떤 이유에서인지 감추어진 것이기 때문이다.

3.2 대작합의의 유효성

대작계약을 통해서 저작자가 아닌 사람이 저작자로 표시되는 경우이다. 대표적인 것이 미국 대통령이 임기가 마친 날 바로 자신의 이름으로 자서전이 출간되는 경우이다. 대부분 유명인의 전기 등을 쓰는 작가가 저작자이지만 계약을 통해서 대통령의 이름으로 출간한다. 우리나라의 문헌에는 대작계약은 허용된다고 보는 견해도 있고,[23] 대작계약이 있다고 하더라도 저작재산권만이 양도된다고 보아야 한다는 견해[24]도 있다. 성명표

21) 최현숙, "개념미술과 저작권 귀속에 간한 법적 고찰", 가천법학 제13권 제4호, 2020, 91쪽.

22) 오승종, 저작권법강의, 박영사, 2016, 183쪽.

23) 오승종, 앞의 책, 183쪽; 최경수, 앞의 책, 233쪽.

24) 이해완, 저작권법 제3판, 박영사, 2015, 326쪽.

시권이 저작인격권이고 대작의 경우, 창작자를 사칭하여 표시하는 것이므로 성명표시권 침해가 될 수 있다. 저작인격권은 인격권의 하나로서 일신전속권(제14조 제1항)으로 규정되어 있기 때문에 양도는 되지 않는다고 하는 법리[25]에 비추어보면 대작계약을 통해서 자신의 성명표시권을 양도할 수 없다고 보아야 한다. 갑과 을이 비록 대작계약을 통해서 을을 저작자로 표시하고 을이 저작권을 가진다고 하더라도 이러한 계약은 무효라고 보아야 한다. 왜냐하면 성명표시권은 저작인격권의 하나로서 강행규정에 해당되기 때문이다.[26] 하지만 현실적으로 이러한 법리는 잘 지켜지지 않고 오히려 대작계약을 통한 저술 또는 창작활동이 이루어지고 있는 실정이다. 그리고 저작인격권의 포기, 불행사 합의의 유효성에 관한 논의도 지속적으로 이루어지고 있는 실정이다.[27]

3.3 저작자추정

그런데 우리 저작권법은 창작자주의, 즉 창작할 사람에게 저작권이 귀속되는 것을 원칙(저작권법 제10조 제1항, 제2조 제2호)으로 삼고 있지만, 실제적으로는 저작자 추정(저작권법 제8조)을 통해서 저작자를 우선적으로 확정하고 있다. 우리 저작권법에서는 저작자는 1. 저작물의 원본이나 그 복제물에 저작자로서의 실명 또는 이명(예명・아호・약칭 등을 말한다. 이하 같다)으로서 널리 알려진 것이 일반적인 방법으로 표시되거나, 2. 저작물을 공연 또는 공중송신하는 경우에 저작자로서의 실명 또는 저작자의 널리 알려진 이명으로서 표시된 자가 저작자로서 저작권을 가지는 것으로 추정된다(제8조 제1항). 그리고 앞에서 언급한 것에 해당되지 않고 저작자의 표시가 없는 저작물의 경우에는 발행자・공연자 또는 공표자로 표시된 자가 저작권을 가지는 것으로 추정(제8조 제2항)하도록 하고 있다. 이는 법률상의 사실추정 또는 권리추정이라고 생각된다.[28] 물론, 실제 저작자가 자신이 직접 창작하였다는 것을 반증을 통해서 저작자 추정은 언제든지 깨뜨려질 수 있다.[29]

---

25) 대법원 1995. 10. 2.자 94마2217 결정.

26) 박성호, 저작권법 제2판, 박영사, 2017, 204-205쪽.

27) 오승종, 앞의 책, 282쪽.

28) 이해완, 앞의 책, 323쪽 각주 3.

29) 오승종, 앞의 책, 247쪽; 송영식・이상정, 앞의 책, 82쪽.

3.4 저작형법위반

저작권법에는 대작과 관련하여 형사처벌 조항(허위공표죄)도 존재한다. 저작권법 제137조 제1호에서 "저작자 아닌 자를 저작자로 하여 실명·이명을 표시하여 저작물을 공표한 자"를 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 하고 있다.[30] 그런데 이 조항은 비친고죄로 규정(저작권법 제140조)되어 있다. 이 형사처벌조항이 대작합의를 한 경우에도 적용되는지 여부에 관하여 의견이 갈리고 있다. 즉 실제 저작자가 타인의 이름으로 공표되는 것에 동의를 한 경우에 형사처벌을 면할 수 있는지에 관한 것이다. 허위공표죄의 법익이 무엇인지에 관한 의견이기도 하다. 우선, 본 조항이 저작자의 개인적 인격적 이익 외에도 일반 사회적인 신용을 보호하는 법익도 함께 있다고 보고, 또한 현실적으로 문화계의 잘못된 관행을 바로 잡아야 한다는 실천적인 의미도 있다고 보아서 비록 당사자 사이에 합의가 있다고 하더라도 본 조항이 적용되어야 한다는 견해[31]가 있다. 이에 반하여 부정경쟁방지법상의 상품출처혼동야기금지행위와 그 입법취지가 같고, 사회적으로 대작이 일반화되어 있고, 대작명의자가 문화수요자를 기망할 의도가 없었다면 위법성이 조각되어 범죄가 성립하지 않는다는 견해[32]도 있다.

개인적으로는 합의를 하더라도 다음과 같은 이유로 대작은 허위공표죄에는 해당된다고 보아야 한다고 생각한다. 앞서 언급한 바와 같이, 우선 성명표시권은 저작인격권의 하나로서 강행규정에 해당되어 그 법적 성격상 양도, 상속, 포기가 되지 않는다.[33] 둘째로 대작이라는 행위가 창작윤리를 위반한 행위로서 우리 저작권법이 취하고 있는 창작자주의를 정면으로 위반한 것이기 때문에 합의를 통하여 치유가 되지 않는다고 보아야 한다. 또한, 대작이 사회적으로 일반화되어 있다고 하여 이를 용인하는 듯한 법리 해석을 하는 것은 또 다른 부정의(不正義)를 생산하는 것이기 때문에, 예를 들어 자본이나 사회적, 정치적 권력을 통한 창작 윤리를 왜곡시킬 가능성이 높기 때문이다. 또한 대작합의가 위법성조각사유에 해당된다고 하면, 이를 형법의 제20조의 '정당행위'에서 법령에 의한 행위, 업무로 인한 행위에 해당되지 않을 것이기 때문에, 사회상규(社會常規)에 위배되지 않는 행위에 해당되어야 하는데, 창작윤리에 기본적으로 어긋나는 행위를 이에 해당된

30) 대법원 1996. 7. 30. 선고 94도2708 판결. 이 판결에서 석사학위논문 대작의 경우에 업무방해죄에 해당된다고 판시하였다.

31) 이해완, 앞의 책, 326-327쪽.

32) 오승종, 앞의 책, 184쪽.

33) 대법원 1995. 10. 2.자 94마2217 결정.

다고 보기 힘들기 때문이다.

또한, 저작권법 제136조 제2항 제2호에는 "제53조 및 제54조(제90조 및 제98조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)에 따른 등록을 거짓으로 한 자", 즉 허위등록죄에 해당되는 자를 규정하고, 이를 위반한 자에 대해서는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있도록 하고 있다. 이 조문의 법익은 저작권등록부의 기재 내용에 대한 공공의 신용을 보호하는 사회적 법익이고, 따라서 저작자 성명을 허위등록하는 것은 진정한 등록자로부터 동의를 받았는지 여부는 필요하지 않다.[34]

3.5 사회적 비난가능한 행위로서의 대작

대작에 관한 이상의 논의를 종합하면 우리 저작권법에서는 대작을 기본적으로 허용하고 있지 않음을 알 수 있다. 저작인격권의 하나인 성명표시권을 일신전속권으로 규정하고 있는 점, 허위공표죄를 처벌하고 있는 점. 특히 저작형법에서 친고죄를 원칙으로 하고 있음에도 허위공표죄를 비친고죄로 하고 있는 점, 더 나아가서 허위등록죄를 규정하고 있는 점 등을 종합하면 최소한 규범의 영역에서는 대작이라는 것은 반규범적·반사회적 행위이고, 저작형법을 위반한 행위로서 사회적 비난가능성이 높은 행위라는 것을 알 수 있다. 그리고 문화계나 예술계에서는 개인의 창작윤리 준수를 강조하고 있으며, 창작행위 및 창작물에 대한 고도의 창작 책임을 요구하는 예술계나 문학계에서는 대작의 경우, 더 많은 비난가능성이 있다고 본다.

3.6 2인 이상이 창작한 경우로서 구별되어야 할 개념

창작에 최소한 2인 이상이 등장하는 경우는 앞서 언급한 대작, 공동저작자, 업무상저작물, 창작자가 조수나 조교 등이 있는 경우라고 생각된다.

3.6.1 공동저작자

우선, 대작에도 최소한 2명 이상이 등장하는 형태이지만, 구체적으로는 대작명의자는 창작에 관여하지 않거나 대작명의자의 행위가 창작행위라고 평가될 수 없는 경우이다. 이에 반해서 공동저작자는 공동저작물을 창작한 경우인데, 공동저작물은 2인 이상이

34) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006도4806 판결.

공동으로 창작한 저작물로서 각자의 이바지한 부분을 분리하여 이용할 수 없는 것(제2조 제21호)을 말한다. 공동저작자는 저작자 사이에 밀접한 관계가 있는 경우가 대부분이고, 저작물의 형성에 각자가 이바지한 부분이 있고, 이를 분리하여 이용할 수 없는 경우이다. 회화의 경우, 그림을 같이 그렸다든지 또는 순차적으로 그렸지만 이것이 하나의 작품이고 분리할 수 없는 경우에는 공동저작물이 된다. 그리고 저작권을 공유하는 것이기 때문에, 저작재산권이나 저작인격권을 공동으로 행사하는 특징이 있다.

3.6.2 업무상 저작물

업무상저작물은 주종관계, 고용관계를 전제를 하고 있다. 그리고 주로 개인이라기보다 법인등의 조직의 구성원 또는 종업원 등 사용자와 피용자의 관계를 전제로 해서 성립되는 개념이다. 업무상저작물의 특징은 우리나라 저작권법의 창작주의에 대한 예외로서 원시적으로 법인등에 저작권이 귀속된다는 점이다. 저작인격권도 법인등에 귀속된다.

3.6.3 조수・조교의 도움

창작자의 지시에 따라 도움을 주는 조수나 조교는 창작자가 될 수 없다. 조수나 조교의 행위는 구체적인 창작행위가 아니라 창작자의 창작행위를 돕는 하나의 기계적 수단 또는 보조행위를 하는 자이기 때문에 창작자라고 말할 수 없다.

미술의 경우에는 중세시대부터 도제식을 통한 교육과 전수가 이루어져 왔다. 도제식의 교육이란 아무래도 전수자와 전수를 받는 사람을 전제로 하며, 그림의 기술이나 화풍의 전수를 전제로 한다. 본 사안에서는 도제식으로 무엇을 전수하였다고 보기에는 정당한 이유는 없다고 생각된다.

그리고 조수나 조교의 도움을 받는 경우는 작품이 난이도가 높다거나 창작자의 건강 등 타당성이 있는 사유가 있을 때 조수 등의 도움을 받아서 작품 활동을 하는 것은 이해가 되는 측면이 있다.

3.7 본 사안과 대작

위에서 논의한 바를 본 사안에서 적용해 본다면 과연 대작에 해당되는 경우는 없었는가? 하는 점이다. 공소사실에 나타난 사실 등을 종합적으로 판단해보면 대작인지 여부를 판단해 볼 수 있는 사안도 많이 있다고 사료된다. 오히려 화투를 소재로 해서 그려달라고

했을 경우에 이는 주문제작 또는 위탁제작이 아닌가 하는 생각이 들 수도 있다. 이렇게 말하는 이유는 판결문에 나와 있듯이 주문자보다 오히려 주문을 받은 사람, 위탁을 받은 사람이 그림을 그리는 것에 있어서 더 전문적이기 때문이다.

4. 법조의 역할

대법원의 판결문에서 미술작품의 가치평가 등에 관해서는 전문가의 의견이 존중되어야 하고, 법원은 가치판단에 자제되어야 한다는 점을 지적하고 있는 의견은 옳다고 생각하고, 법률가가 미술가의 작품가치를 판단하는 것은 위험하다는 점을 설시한 것도 의미가 있다고 본다. 이러한 취지의 말은 이미 미국에서 1903년도의 연방대법관인 Holms가 "법률만을 훈련받은 사람이 예술을 판단하는 것은 매우 위험한 일이다."[35]라고 판결문에 설시한 적이 있다.[36]

사회현상에 대한 정확한 파악과 법리적 분석과 적용을 통해서 가능한 한 가장 적합하게 적용되어야 할 법조문을 적용되도록 하는 것이 중요하다. 신문기사나 방송 등을 보면 본 사안과 관련하여 보도되는 것이 무죄를 받았다고 해서, 예술적인 창작의 영역에서 또는 사회 규범적으로 허용되는 듯한 인상을 줄 수 있다.

Ⅴ. 마치면서

본 글은 최근에 우리나라에서 선고된 유명인의 대작사기사건과 관련하여 저작권법의 관점에서 바라본 것이다. 아쉬운 점은 본 사안에서 저작권법위반과 관련된 쟁점을 다루지 않았다는 점이다. 이는 형사소송의 불고불리의 원칙에 따라 법원에서 판단할 수 없게 되었다.

1. 이하에서는 창작법의 영역과 관련된 논의를 정리하고자 한다.

정확한 현상과 이에 대한 정확한 법률적 판단을 내리고 이에 대한 사회적 치료방법으

35) It would be a dangerous undertaking for persons trained only to the law to constitute themselves final judges of the worth of pictorial illustrations, outside of the narrowest and most obvious limits.

36) Bleistein v. Donaldson Lithographing Co. 88 U.S. 239 (1903).

로서 정확한 법적용이 중요하다고 본다. 다만, 이러한 처방을 내릴 때 형식 논리적이거나 합법성만을 강조하는 것은 바람직하지 않다고 생각된다.

더 나아가서 창작은 불가지론의 영역인가?하는 점이다. 신의 존재증명과 같은 불가지론의 영역에 속하는 것인가? 이러한 어려움 때문에 사법소극주의를 취하는 듯하다. 오히려 정의하는 것이 더 부작용이 크고 불필요한 논쟁을 불러일으키기 때문일 것이다. 이러한 태도에 대해서는 기본적으로 찬성할 수 있다.

구체적인 창작행위가 없더라도 창작으로 보아야 할 것인가? 현대미술이나 개념미술은 이러한 것을 창작으로 인정하는 것인가? 예술계에서나 미술계에서 이러한 것을 창작방법의 하나로, 어떤 면에서 전통적인 미술작업에서 벗어나고자 하는 면에서 이러한 것을 주장할 수 있지만, 규범적인 입장에서 권리를 부여하기 위한 것으로 보기에는 구체적 타당성과 함께 사회적 합의도 있어야 할 것으로 본다.

사실관계를 개인적으로 판단할 경우에는 어떤 것을 소재로 한 회화작품에서 어떤 것을 소재로 한다는 것은 앞서 언급한 아이디어나 콘셉트에 해당되고, 이를 소재로 해서 그림을 그리라고 하였다면 이는 주문 제작이거나 위탁한 것이라고 볼 수 있다. 이렇게 주문제작하거나 위탁한 작품을 주문자나 위탁자가 자신의 작품이라고 즉 창작물이라고 한다면 이는 정확한 대작에 속한다. 즉 소재를 처음으로 말하고 특정 소재를 가지고 그림을 그리는 것을 생각해냈다고 해서 저작권이 바로 발생하는 것은 아니다. 예술계 내에서의 평판, 명성 등과는 관계없이 권리는 발생하지 않는다.

그리고 규범적인 것과 약간의 연관성을 가지는 과연 창작윤리에 위배되는 것은 아닌가? 과연 자신이 창작하지 않은 것을 고지하지 않은 것이 사기죄의 고의는 성립되지 않는다고 하더라도 정당한 것인가?, 법률적인 판단사안이 정말 아닌 것인가?하는 점에 대해서 의문이 든다. 이는 본 논제와 다소 거리가 있기 때문에 다루지는 않지만 뒷맛이 남는 문제이기는 하다. 그리고 본 사안에 나타난 법리 또는 논리를 학문이나 문학, 음악, 다른 창작의 세계에도 적용할 수 있는 것인가?하는 의문도 생긴다.

2. 법조의 역할에 대해서 간략히 언급하고자 한다.

검찰에서 본 사안에서 사안의 본질이 저작권침해인지 여부, 즉 누구에게 저작권이 귀속되어야 하는지에 관한 것을 먼저 판단하여야 하는 사안임에도 불구하고 저작권법적인 판단을 전혀 하지 않은 점은 아쉽다. 본문에서 언급한 바와 같이 저작형법, 즉 허위공

표죄의 성립여부를 충분히 심사할 수 있는 소지가 있는 사건이라고 생각된다.

어떤 사회 현상에 정확한 법률적 판단을 하는 것이 중요하다고 본다. 마치 의학에서 각 분야에서 전문의가 건강상태에 관하여 전문적인 의학적 지식을 동원하여 정확한 치료를 하기 위하여 노력하듯이, 어떤 사회적 법률현상에 대해서 정확하고 적합한 판단을 내리는 것이 규범의 영역에서, 그리고 법률 평가를 해나가는 점에서 중요하다고 본다. 그렇게 하여야만 사회에 대해서, 행위의 수범자 및 관련된 사람들에게 비교적 정확하고 예측 가능한 행위양식의 내용을 알려줄 수 있다고 생각한다. 그런 점에서 본 사안과 관련된 사법적인 처리 방식을 보면서, 특히 창작 규범의 영역에서의 규범평가에 관한 정확성 및 접근 방식에 저작권법 연구자로서 아쉬움이 남아 있다.

참고문헌

1. 단행본

계승균, 저작권과 소유권, 부산대학교 출판부, 2015.

박성호, 저작권법 제2판, 박영사, 2017.

송영식・이상정, 저작권법강의 제2판, 세창출판사, 2016.

오승종, 저작권법강의, 박영사, 2016.

이해완, 저작권법 제3판, 박영사, 2015.

장인숙, 저작권법개론(복각), 한국저작권위원회, 2020.

정연덕, 저작권의 이해, 세창출판사, 2018.

최경수, 저작권법개론, 한울, 2010.

Birrell A., The Law and History of Copyright in Books, Cassell and Co., London etc., 1899.

Fromm Friedrich Karl/Nordemann, Wilhelm, Urheberrecht (10. Aufl.), Kohlhammer, 2008.

Lowenheim Ulrich, Handbuch des Urheberrecht(2. Aufl.), C.H.Beck, 2010.

Schack, Haimo, Urheber- und Urhebervertragsrecht (6. Aufl.), Mohr Siebeck, 2013.

Schricker, Gerhard, Urheberrecht (3. Aufl.), C.H.Beck, 2006.

2. 학술지

최현숙, “개념미술과 저작권 귀속에 관한 법적 고찰-조영남 미술대작 사전(2020.6.25. 선고 2018도13696판결)을 중심으로-”, 가천법학 제13권 제4호, 가천대학교 법학연구소,2020, 73-100쪽.

[Abstract]

A Ghostwriter Fraud Case from the Perspective of a Copyright Law Researcher

-Based on Korean Supreme Court's June 25, 2020. 2018 Do 13696 Ruling-

Kye, SeungKyoon*

In this paper, the content of criminal cases related to paintings by famous pop artists is viewed anew from the perspective of copyright law researchers. The prosecution's indictment was based solely on fraud, and it did not take place regarding the violation of copyright law. In this paper, I intended to present opinions on the point of violation of the Copyright Act and on creativity as a requirement for the establishment of works subject to copyright. The reason is that the nature of this case is whether it is a violation of copyright law, because no legal judgment has been made about it at all. It is regrettable that there was no opportunity for the court to judge in accordance with the principle of Nemo judex sine actore(kein Richter ohen Kläger).

First of all, I explained that the concept of creativity presupposes specific creative acts and that the existence of creative contributions should be examined. It was also intended to state that it was not within the scope of copyright law protection, such as ideas such as theory, thought, trend of literature, or provision of related materials.

I explained that a ghostwriter is also a violation of creative ethics that is likely to be socially criticized on a lofty plane and a violation of the penal provisions of our copyright law.

Finally, I presented my opinion on what the role of lawyers and law enforcement should be in such fields as art, creation, and literature.

[Key Words] Copyright, Works, Ghostwriter, Fraud, Creativity, Idea and Expression Dichotomy

* Professor, School of Law, Pusan National University