

# 저작물의 창작성과 저작권법의 역할

저자: 정상조

발행년도: 1992

문헌: 한국저작권논문선집; 저작권관계자료집11

권호: I (1992년)

출처: 저작권심의조정위원회

[229]

## I. 저작권법의 역할

저작권법은 어떠한 역할을 하는가, 그리고 한걸음 더 나아가서, 도대체 저작자에게 저작권을 부여해줄 필요가 있는가 하는 근본적인 문제를 생각해 보는 것은 저작권법의 해석과 운영에 있어서 여러 가지 문제들을 해결할 수 있는 긴요한 기준과 적절한 방향을 제시해줄 수 있을 것이다. 따라서, 저작물의 창작성이 어떠한 기준에 의해서 판단되어야 하는가 하는 본 논문의 과제를 해결함에 있어서도, 먼저 저작권의 이론적 존재근거 및 저작권법의 역할을 규명해 봄으로써 보다 타당하고 설득력있는 결론에 도달할 수 있을 것이다.

### 1. 노동이론

저작권의 이론적 존재근거에 대해서, 여러 가지 견해가 있는데, 노동이론에 의하면, 저작물은 저작자 자신의 노동의 결실이므로 저작자가 그 결실을 거둘 수 있게 허용해야 할 것이고, 따라서 저작자가 자신의 저작물에 대한 이익을 확보하고 자신의 노동에 대한 정당한 보상을 받을 수 있도록 하기 위해서 당해 저작물에 대해서 일정한 내용의 배타적 권리가 부여되어야 한다고 본다. 이러한 노동이론은, 유체물에 대한 소유권의 경우와 마찬가지로, 저작자가 자신의 노동의 결실인 저작물에 대해서 배타적권리를 갖는 것이 정당하다고 보는 점에서 자연법이론의 영향을 받아서 형성된 견해이다. 인격이론도 노동이론과 유사하다. 즉, 인격이론에 의하면, 저작물은 저작자의 인격의 표현이므로 저작자가 저작물에 대한 배타적 권리를 가져야 한다고 한다. 노동이론 특히 인격이론은 유럽대륙과 한국 및 일본에서와 같이 저작자에게

[230]

오래전부터 인정되어 온 저작인격권의 이론적 존재근거에 대한 설명으로서 적절하다.주1) 이러한 노동이론과 인격이론은 모두, 저작권이 노동에 대한 정당한 보상이라거나 인격의 표현에 대한 적절한 보호라고 볼 수 있는 측면을 설명해 준다는 점에는 가치가 있으나, 오늘날의 저작권법 이용실태에 항상 적용되기 어렵고, 저작권의 구체적 내용과 범위를 넓게 해야 할 것인지 아니면 좁게 제한해야 할 것인지에 대해서 설득력있는 설명을 하지 못한다. 특히 직무저작의 경우에 고용주인 법인에게 저작권이 부여되는 저작권법 아래에서 그리고

오늘날 법인이 상당부분의 저작권을 보유하고 있는 현실 아래에서, 저작권이 저작자의 노동에 대한 정당한 보상이라거나 인격의 표현에 대한 보호라는 설명이 항상 타당할 수는 없을 것이다.

## 2. 유인이론

오늘날 대부분의 법학자들과 경제학자들은, 저작권이 잠재적 저작자로 하여금 저작물의 창작에 보다 많은 노력과 지식 그리고 자본과 기능 등을 투입하도록 유인하는 인센티브(incentive)의 하나라고 본다. 즉, 배타적 권리인 저작권이라고 하는 인센티브가 주어짐으로써, 저작자들에 의해서 보다 수준 높은 저작물이 보다 많이 창작되어 나오고, 그에 따라서 나라 전체의 문학과 예술 및 과학 등의 문화가 발전될 것이다.주2) 나라 전체의 문학과 예술 및 과학 등의 문화가 발전하기 위해서는, 수준 높은 저작물이 많이 창작될 뿐만 아니라, 그러한 저작물들이 독자와 같은 소비자들과 다른 잠재적 저작자들에게 되도록 널리 배포되고 이용되어야 할 것이다.주3) 저작물이 되도록 널리 배포되고 이용될 수 있도록 하기 위해서, 대부분의 저작권법은 아이디어/표현의 이분법이라거나 공정이용에 관한 명문의 규정들을 두고 있거나 그러한 법원칙들을 전제로 하고 있다. 아이디어/표현의 이분법(Idea/Expression

[231]

Dichotomy)은 저작권에 의해서 보호되는 것이 저작물의 표현에 한정되고 그 아이디어까지는 미치지 아니한다는 것으로서, 경쟁관계에 있는 잠재적 저작자를 포함한 일반공중이 저작권자의 허락없이도 저작물의 아이디어를 이용할 수 있게 해주는 저작권법 원칙이다.주4)

공정이용(Fair uses)은 저작권자의 이익을 크게 해하지 아니하는 한도에서 연구등의 목적을 위해서 저작물을 이용하는 것을 허용하는 것으로서, 아이디어/표현 이분법과 마찬가지로, 보다 많은 저작물의 배포와 그를 통한 문학과 예술 및 과학의 발전을 가능하게 해주는 제도라고 볼 수 있다. 대부분의 경우에 공정이용의 규정에 따라서 특정 저작물이 연구 등의 대상이 됨으로써 당해 저작물의 시장가치도 증가해서 판매총액도 증가하기 때문에 저작권자로서도 별다른 경제적 손실을 받지 아니할 것이고, 공정이용에 관한 규정이 없으면 저작물 이용자가 연구등의 목적으로 저작물을 이용할 때마다 저작권자의 허락을 받아야 하기 때문에 막대한 거래비용(Transaction cost)이 소요되는데, 공정이용제도는 이러한 거래비용을 제거해주는 기능도 가지고 있다.주5)

저작권이란 저작자로 하여금 저작물의 창작에 많은 노력과 자본을 투입하도록 유인하는 인센티브(incentive)의 하나라고 보는 소위 경제적 유인이론에도 문제는 있다. 우선, 저작권이 가장 효율적인 유인인가에 대해서, 정부기관이 저작자에게 직접 연구비를 지급하는 것이 보다 직접적인 경제적 유인이고 저작권보다도 더 효율적인 인센티브가 아닌가 하는 견해를 생각해 볼 수 있다. 물론, 정부기관이 저작자에게 저작물의 창작을 위탁하고 그에 대해서 일정한 대가를 지급하는 대신 그 저작물에 대한 저작권을 정부기관이 취득하거나 양도받는 경우에는, 정부기관이 저작자에게 연구비를 지급하는 제도에서와 유사한 결과로 될 것이다. 그러나, 저작권이라고 하는 인센티브와 정부에 의해서 지급되는 연구비라고 하는 인센티브와는 커다란 차이가 있다. 연구비의 경우에는 지급대상인 저작물의 경제적 가치를 평가해야 하는데, 저작물의 경제적 가치가 변할 수도 있고, 특히 정부기관은 시장상황에 친숙하지 않기 때문에 적절한 금액의 연구비를 산정해서 지급한다는 것이 거의 불

[232]

가능하다는 점이다.주6)

결론적으로, 노동이론은 저작자에게 저작권이 부여되는 개인적인 근거는 설명할 수 있지만, 저작권법이 국가 전체의 차원에서 어떠한 역할을 하는가 그리고 그 경제적 기능은 무엇인가 또한 더욱 심각한 문제로서, 도대체 저작자에게 저작권을 부여해 줄 필요가 있는가, 등에 대한 적절한 해답을 주지 못하고 있다. 이에 반해서, 유인이론은 이들 문제에 대한 보다 합리적인 해답을 제시해주고 아이디어/표현 이분법이라거나 공정이용 등의 원칙이 어떻게 학문과 예술 및 과학의 발전이라고 하는 저작권법의 범목적 달성에 기여하는가를 잘 설명해 준다고 하겠다. 이러한 견지에서, 이하에서는 어떠한 기준을 가지고 저작물의 창작성을 판단할 때에 학문과 예술 및 과학의 발전이라고 하는 저작권법의 범목적 달성에 가장 효율적인 것인가 하는 것을 살펴본다.

## II. 창작성의 기준

저작권법에 의해서 보호받는 저작물로서 성립하기 위한 요건의 하나로서, 대부분의 저작권법이 저작물의 창작성을 요구하고 있고, 저작물의 창작성을 명문의 법규정으로 요구하고 있지 아니한 저작권법하에서도 저작물의 창작성은 그 법원칙상 당연히 요구되는 것으로 해석되고 있다. 문제는 저작물 창작성의 구체적 기준이 무엇인가 하는 점인데, 영미의 판례에 의하면 저작물의 표현이 타인의 저작물의 표현으로부터 복제한 것이 아니라 독자적인 노력, 기능 및 자본의 투입의 결과이면 된다고 해석되고 있어서,주7) 저작권법의 역할에 관한 노동이론의 영향으로 형성된 기준으로 보인다. 이에 반해서, 독일과 일본등에서는 영미에서보다 훨씬 높은 수준의 창작성이 요구되고 있는 것으로 보이는데, 이는 저작권법의 역할에 관한 유인이론에 비취볼 때 보다 타당한 창작성기준으로 보인다.

### 1. 노력과 자본의 투입

영미에서의 저작물이란 저자의 독자적인“노력과 자본의 투입(Sweat of

[233]

the brow)”에 의해서 만들어진 결실이라고 파악되어 왔다. 저작물의 이러한 개념정의는 많은 종류의 사실저작물이 저작권법에 의해서 보호될 수 있는 길을 열어 주었고, 결과적으로 미국의 경제발전에도 커다란 도움이 된 것으로 해석되고 있다. 예컨대, 17세기와 18세기의 미국에서는 서부개척이 경제발전의 원동력이 되었는데, 이러한 서부개척에 있어서 새로 개척되어가는 지역의 상세한 지도의 중요성은 말할 필요도 없었고, 이러한 지도의 저작권법적 보호에 힘입어서 지도의 제작·판매에 충분한 노력과 자본이 투입될 수 있었다고 보여진다. 지도의 저작물성을 판단함에 있어서, 특정 지도가 예술적으로나 학문적으로 일정한 수준의 창작성을 갖추고 있는가의 여부에 의해서가 아니라 지도작성에 필요한 자료와 정보의 수집에 독자적인 노력과 자본이 투입되었는가의 여부에 의해서 판단되었던 것이다. 저작물에 관한 일정 수준의 창작성이 아니라 저작물의 제작에 투입된 노력과 기술 및 자본으로부터 저작물성의 기준을 찾음으로써, 사실저작물의 경우에는 당해 저작물의 기초가 되는 사실과 정보들이 일정수준의 노력과 자본의 투입에 의해서 수집된 것인한, 그러한 정보와 사실들이 저작권법에 의해서 보호될 수 있는 길을 열어 주게 된 것이라고 할 수 있다. 소설이라거나

음악 또는 미술 등의 전통적인 문예저작물의 경우에는, 노력과 자본의 투입이 없는한 문학적이나 예술적으로 일정 수준의 독창성을 확보하기 어렵기 때문에, 노력과 자본의 투입여부라고 하는 기준이 반드시 부적절한 기준이라고 볼 수는 없으나, 사실저작물의 경우에는 노력과 자본의 투입에 의해서 수집되는 정보와 사실들 자체는 아이디어와 마찬가지로 저작물성이 없기 때문에, 노력과 자본의 투입여부라는 기준만으로 사실저작물의 저작물성을 판단하면 저작물의 기초가 되는 정보와 사실들까지도 저작권법에 의해도 보호될 수 있는 가능성과 위험이 있다고 볼 수 있다.

그러나 저작물성의 기준과 저작권침해의 기준이 동일한 것은 결코 아니기 때문에, 노력과 자본의 투입 여부라고 하는 저작물성 기준이, 저작권 침해분쟁에 있어서, 항상, 그러한 노력과 자본의 투입에 의해서 수집된 사실과 정보들까지 보호하는 넓은 범위의 저작권보호를 인정하게 되는 것이 논리필연적인 결과는 아니다. 저작물을 그대로 복제하는 것은 물론 저작권침해에 해당되지만, 저작물의 기초가 되는 사실과 정보들을 이용해서 상이한 방법과 표현으로 별도의 저작물을 만들면 반드시 저작권침해라고 볼 수는 없기 때문이다. 즉, 저작물의 기초가 되는 사실과 정보들이 노력과 자본의 투입에 의해서 수집된 것이긴 하더라도 저작권법에 의해서 보호될 수 있는“표현”

[234]

에 해당되지 않는 한, 제3자 또는 경쟁업자들은 기존 저작물의 사실과 정보들을 자유로이 이용할 수 있다고 보여진다. 예컨대, 역사적사실들을 많이 담은 자서전의 경우에, 그 저작자는 다른 사람들이 자신의 주관적이고 개인적인 기술과 묘사를 모방하는 것은 금지시킬 수 있으나, 다른 사람들이 자신의 자서전에 나오는 역사적 사실들을 그대로 이용하는 것은 금지시킬 수 없는 것이다.주8) 그 저작자가 역사적 사실들의 수집에 아무리 많은 투자를 했더라도, 그러한 역사적 사실들은 사회 전체가 공유해야 할 것이지 저작자가 독점할 수 있는 것이 아니기 때문이다. 또한 마찬가지로, 뉴스기사에 대해서 저작권을 가진 자도 자신의 주관적인 기술과 묘사에 대한 타인의 모방은 금지할 수 있지만, 뉴스정보 그 자체를 타인이 그대로 이용하는 것은 금지시킬 수 없다.주9)

## 2. “노력과 자본의 투입”의 문제점

그러나, 영미의 판례는 사실저작물의 대부분의 경우에 아주 넓은 범위의 저작권보호를 인정해 왔다. 즉, 기존 저작물의 사실 및 정보와 동일한 사실과 정보들의 경우에는, 제3자가 자신의 노력과 자본을 투입해서 스스로 수집하지 않고, 아무런 대가없이 타인의 노력과 자본 투입의 결과를 이용하는 것은 저작권침해에 해당된다고 보는 경우가 많았다. 결과적으로 영미 판례는 저작물 제작에 투입된 노력과 자본의 회수를 보호한다는 정책적 목표아래서, 저작물의“표현”뿐만 아니라 저작물의 기초가 되는 사실과 정보들까지도 보호하게 되었다고 볼 수 있다. 예컨대, 원고의 전화번호부를 참조해서 새로운 전화번호를 첨가하고 변경된 전화번호는 바꾸어 넣어서 경쟁적인 전화번호부를 만든 경우,주10) 900여개의 쇼핑센터들을 열거하고 있는 피고의 쇼핑센터 목록에서 300개의 쇼핑센터들은 원고의 목록에서 찾아서 그 진위를 확인한 후에 이용한 경우,주11) 이름별로 정리된 전화번호부를 주소별로 재정리해서 새

[235]

로운 전화번호부를 만든 경우,주12) 원고의 법조수첩에 개입하고 있는 사무번호사

(Solicitors: 법정변호사 즉 Barristers에 대응하는 개념)의 목록을 포함하고 있는데 피고가 그 목록을 참조해서 변호사 주소 등의 진위를 확인한 후에 상이한 디자인으로 법조수첩을 제작한 경우(주13) 등에도 해당된다고 판시되었다.

이와 같이, 사실저작물의 기초가 되는 사실과 정보들을 보호하는 것은 저작권법의 기본원칙인 아이디어/표현의 이분법에 위반될 뿐만 아니라, 저작권자에 의한 사실과 정보들에 대한 독점으로 인해서 일반 공중의 정보에의 접근을 더욱 어렵게 하고 제3자에 의한 경쟁을 크게 제한할 것이다. 투입된 노력과 자본의 회수를 보호하기 위해서 사실과 정보들에 대한 독점을 허용하는 것은 저작권법의 바람직한 역할과도 양립하기 어렵다. 구체적인 사안에 있어서, 부정경쟁방지법에 위반된 행위가 있으면 그러한 법규에 따라서 구제를 받음으로써 노력과 자본의 회수를 보장받도록 하는 것은 가능하겠지만, 저작권법하에서도 부정경쟁방지법과 동일한 결과를 얻도록 한다는 것은 저작권법의 역할을 왜곡시킬 뿐인 것이다.주14) 저작권법은 제한된 범위내에서 독점을 허용함으로써 문학과 예술 및 과학을 향상발전시키는 것을 그 목적으로 하고 있는 것이지, 결코 사실과 정보의 독점이라거나 투입된 노력과 자본의 회수 자체를 그 법목적으로 하고 있는 것은 아니다. 물론 투입된 노력과 자본의 회수를 보호하는 것이 과학과 문화의 향상발전을 위한 노력과 자본의 투입을 유인하는 효율적인 인센티브의 하나임은 분명하지만, 투입된 노력과 자본의 회수 보호가 곧바로 사실과 정보의 독점을 허용하는 것을 의미하는 것은 아닌 것이다.주15)

이와는 달리, 독일과 일본 등의 나라에서는 영미에서보다는 높은 상당수준의 창작성이 요구되는 것으로 해석되고 있고 창작성이 없는 것으로 저작권

[236]

보호를 부인한 판례도 있다.주16) 독일에서도 본래는 저작물의 창작성이라는 요건에 심각한 의미가 부여되지 않았었는데, 70년대말부터 창작성의 요건이 엄격하게 해석되기 시작했다. 법원이 높은 수준의 창작성을 요구하게 된 배경은 과학, 기술적 성격이 있는 저작물이 일반 공중에 의해서 널리 이용됨으로써 교육, 연구 및 개발이 왕성하게 이루어지도록 하기 위해서, 창작성이 낮은 평범한 수준의 저작물에 대해서는 저작권의 성립을 부인했다. 저작물 이용의 증진 뿐만 아니라 지적소유권법의 전반적인 체계의 변화에도 그 하나의 원인이 있는데, 구체적으로 말하자면, 독일의 부정경쟁방지법이 잘 정비됨에 따라서 창작성이 낮은 저작물의 상업적인 이용은 부정경쟁방지법에 따른 구제를 받을 수도 있기 때문이라고 설명되고 있다.주17)

우리나라 저작권법하에서 저작물의 창작성 기준은 어떠한가에 대해서, 본 논문의 저자가 과문한 탓으로, 우리나라 법원들이 영미에서와 같이 낮은 수준의 기준을 택하고 있는지 아니면 독일이나 일본에서와 같이 높은 수준의 기준을 택하고 있는지 분명하지 아니하다. 앞에서 살펴본 저작권법의 역할을 고려해 보면, 우리나라 법원은, 한편으로는 잠재적인 저작자들의 창작활동을 유인하기 위한 인센티브의 확보와 그리고 다른 한편으로는 일반 소비자와 소규모 경쟁업자들에 의한 저작물에의 접근과 이용의 증대와 두가지를 조절함으로써, 개인적인 이익보호의 차원을 넘어서 국가 전체의 문학과 예술 그리고 과학과 경제의 발전을 꾀할 수 있도록, 저작물의 창작성 기준을 설정해야 할 것이다.

### 3. 사실저작물의 창작성

영미에서의“노력과 자본의 투입여부”라고 하는 기존의 창작성 기준은 특히 사실저작물에 관

해서 많은 문제점을 야기하고, 저작권법은 아이디어나 정보를 보호하는 것이 아니라 독자적인 표현을 보호하는 것이라는 점이 사실 저작물에도 적용되어서, 최근 미국 판례에서, 사실 저작물의 저작물성은“저작물의 기초가 되는 사실과 정보들(facts)의 선택, 정리 또는 배열”이 독자적이고 창작적인가의 여부에 의해서 판단되어야 한다는 견해가 유력하게 되었다. 이러한 저작물성 기준의 변화는 미국 연방저작권법의 개정과 밀접한 관련이 있다. 즉, 1909년 연방저작권법은 저작물성의 기준에 관해서 아무런

[237]

규정을 두지 아니하고 다만 저작물의 예로서 몇가지의 대표적인 저작물을 열거하고 있는데, 그중에는 인명록, 전화번호부 등의 편집저작물도 포함되어 있었다. 이와 같이 1909년 저작권법에는 인명록 등의 사실저작물이 저작물로 예시되어 있어서, 사실저작물의 저작물성에 별다른 이의를 제기하지 아니하고 특정 사실저작물의 제작에 독자적인 노력과 자본이 투입된 것인 한 저작물로 성립된다고 판단되어 왔다고 볼 수 있다.

그후 개정된 1976년 연방저작권법은 예시되어 있었던 저작물을 삭제하고 그 대신, 저작권이 인정될 수 있는 저작물을 설명하는 조항에서“창작적(original)”이라는 형용사를 삽입함으로써 창작성있는 저작물에 저작권이 존재한다고 규정하게 되었다.주18) 이러한 1976년 저작권법의 창작성이라는 요건이 기존 판례상의 저작물성의 기준을 성문법화한 것에 불과하다는 견해도 있으나, 1976년 저작권법하에서는 사실저작물의 저작물성이 부인된 경우가 많아진 점을 간과해서는 아니된다. 예컨대, *Financial Information, Inc. v. Moody's Investors Service Inc.*주19) 사건에서, 매일 매일 사체에 관한 정보를 알려주는 사체목록카드의 저작물성에 관해서, 사체에 관한 정보의 수집이 단순 작업에 해당되고 문제된 사체정보의 사체정보의 수집 및 편집에 사체카드 제작자의 독자적인 판단력이 개입되지 아니하였기 때문에, 문제된 사체목록카드는 저작권법에 의한 보호를 받을 수 없다고 판시되었다. 여기에서 관할 항소법원은, 노력과 자본의 투입이라고 하는 기준만에 의해서 저작물의 성립을 인정하면, 많은 범위의 사실과 정보들이 소수의 선발 저작권자에게 독점되고, 결과적으로 후발업자들과 일반 소비자 공중의 정보에의 접근이 커다란 제한을 받게 된다는 점을 그 근거로 제시하였다.

최근 *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*주20) 사건에서는 전화번호부의 저작물성이 문제되었는데, 지방법원과 항소법원은 상당한 노력과 자본이 투입되어서 만들어진 전화번호부의 저작물성을 전제로 해서

[238]

저작권침해를 인정했는데,주21) 미국연방대법원은 전화번호의 수집에 노력과 자본을 투입한 것만으로 창작성이라는 요건이 충족된 것이라고 볼 수 없고 수집한 전화번호의 선택에 창작적인 기준이 있었던 것도 아닐뿐만 아니라 알파벳트 순이라고 하는 극히 평범한 방법으로 전화번호를 배열한 전화번호부는 창작적인 저작물이라고 볼 수 없기 때문에 그러한 전화번호부에 저작권이 성립될 수 없다고 판시하였다. Feist사건에서 연방대법원은 사실저작물의 창작성의 기준으로서“노력과 자본의 투입 여부”라고 하는 기존의 기준을 버리고“구성사실 및 정보(facts)의 선택, 정리 또는 배열”이 창작적인가의 여부를 그 기준으로 채택함으로써, 사실저작물의 창작성의 기준에 관한 항소법원들의 상호모순되는 판결들에 대해서 중대한 결론을 제시해 주었다. 노력과 자본의 투입여부라고 하는 기존의 기준이 더 이상 저작물의 창작성 기준이 될 수 없다고 판시한 Feist판결이 사실저작물 뿐만 아니라 문예저작물(artistic

works)과 기능저작물(functional works)에까지 그대로 적용될 것인가 하는 점은 분명하지 않지만, 저작물의 기초가 된 아이디어 또는 정보에 대한 경쟁업자와 소비자들의 접근과 이용을 널리 허용하는 것이, 문학과 예술 및 과학의 발전이라고 하는 저작권법 목적의 달성에 있어서, 저작자의 배타적 권리를 강화하는 것 못지 않게 중요하다는 점을 분명히 한 점이 중대한 의미가 있다고 하겠다.주22)

#### 4. 기능저작물의 창작성

기능저작물은 문예저작물처럼 심미성을 가지고 있지 않고 사실저작물처럼 자체적으로 일정한 사실과 정보를 전달할 수 있는 것은 아니지만 특정의 기능을 달성하기 위해서 창작된 저작물을 말하는 것이다. 문예저작물과 사실저작물을 포함한 모든 저작물들이 일정한 기능을 가지고 있는 것은 부인할 수 없으나, 기능성이 특히 강한 저작물을 기능저작물이라고 하는데, 컴퓨터프로그램이 그 대표적인 기능저작물이고 컴퓨터프로그램의 창작성에 관한 논의가 각국에서 많이 있어 왔으므로 그에 관해서 살펴본다. 프로그램에 대해서

[239]

는 오래전부터 프로그램이 저작권법에 의해서 보호되어야 할 것인가 라고 하는 근본적인 문제에서부터 시작해서 팽팽히 대립된 견해들이 있어 왔고, 각국 정부가 프로그램의 저작물성을 인정하는 입법적인 해결을 보았다. 그러나 일반적으로 프로그램을 저작권법에 의해서 보호될 수 있는 저작물로 보더라도, 통상의 저작물에서와 마찬가지로 특정의 프로그램의 저작물성이 인정되기 위해서는 당해 프로그램의 창작성(Originality)이 있어야 할 것이다. 프로그램이 저작권법에 의해서 보호될 수 있는 저작물에 해당되느냐에 관해서 각국에서 대립된 견해들과 뜨거운 논쟁이 있었던 것처럼, 프로그램의 저작물성의 전제조건으로서의 창작성의 기준에 대해서도 견해의 심각한 대립을 볼 수 있다. 즉, 영미에서는 프로그램의 저작물성의 전제조건으로서의 창작성에 대해서도 통상의 저작물의 창작성에서와 마찬가지로 프로그램의 제작에 독자적인 노력과 자본이 투입되었다면 창작성요건은 충족된 것으로 보고 있고,주23) 미국의 최근 Feist판결이 프로그램의 창작성에도 적용될 것인지에 대해서도 아직 판단하기 어려운 실정이다.

이와는 달리, 독일과 일본등의 나라에서는 영미에서보다는 높은 상당 수준의 창작성이 요구되는 것으로 해석되고 있고, 컴퓨터프로그램의 저작물성에 대해서도 높은 수준의 창작성이 요구되어서 유명한 Inkasso-Programme주24) 판결이 나왔다. 동판결에서 제시한 프로그램의 창작성은 두 단계를 거쳐서 판단되었는데, 첫째, 기존의 프로그램들과 비교해서 문제된 프로그램의 새로운 요소들을 찾아내어서 그 새로운 요소들만을 판단의 대상으로 하고, 둘째, 그러한 새로운 요소들을 일반적인 프로그램개발과정에서 통상적으로 만들어 질 수 있는 프로그램과 비교한다. 여기에서 통상적으로 만들어질 수 있는 프로그램이란, 문제된 프로그램이 개발될 당시에 존재하는 프로그래밍 기술에

[240]

비추어서 평범하고 기계적인 배열 및 연결 등의 작업을 통해서 만들어 질 수 있는 프로그램을 말하고, 문제된 프로그램이 이와같이 통상적으로 만들어 질 수 있는 프로그램의 수준을 뛰어넘는 수준인 것인 경우에만 창작성 있는 프로그램으로 저작권이 성립한다고 판시되었다. 이러한 창작성 기준은 특허법의 신규성과 진보성을 연상케 하는 높은 수준의 기준이라는 비난도 받았다. 약 1년여전 Nixdorf v. Nixdorf주25) 사건에서 독일 연방대법원은 프로

그램에 관해서 높은 수준의 창작성기준을 수정하지 아니한 채 창작성에 대한 전문가의 감정을 참조해서 다시 창작성에 대한 판단을 하도록 파기환송에서 프로그램의 창작성은 여전히 높은 수준으로 요구되고 있다고 할 수 있다. 뿐만 아니라 독일 연방대법원의 판례는 여전히, 원고가 자신의 프로그램이 일정수준의 창작성을 갖추어서 저작권이 성립함을 입증하지 않는 한 원고의 프로그램은 독일 저작권법하의 저작물에 해당되지 않는다고 하는 부정적인 전제위에 입각해 있다고 할 수 있다. 1991년 5월 14일에 확정·발효된 유럽공동체 컴퓨터프로그램보호지침(the EC Council Directive on the Legal Protection of Computer Programs)이 프로그램의 창작성은 저작자의 독자적인 지적노력의 산물이면 충족되는 것이고 그 이외의 질적 또는 심미적 기준이 적용되어서는 아니된다고 규정하고 있지만, 주26) 독일 법원이 어느정도로 기존의 창작성 기준을 수정할 것인지는 의문이다.

일본에서, 창작성의 결여를 이유로 해서 프로그램의 저작물성을 부인한 판례는 아직 없지만, 창작성 요건의 해석에 참고가 될 수 있는 판례로서, Systems Science v. 동양측기회사 주27) 를 들 수 있다. 동판결에서 도쿄고등법원은 프로그램의 창작성요건의 중요성을 강조하면서, 저작권보호를 주장하는 원프로그램의 “독창적 표현”을 그대로 복제하거나 그러한 창작적 표현과 유사한 표현으로 프로그램을 만든 경우에 한해서만 저작권의 침해가 인정된다고 판시했다. 창작성표현에 관한 이러한 해석을 전제로 해서 도쿄고등법원은, 문제된 프로그램 가운데 저작권침해가 이루어졌다고 주장되는 부분들이 계측이라고 하는 기술적요소에 의해서 거의다 결정되는 성질의 부분들이기 때문에, 동사건에서는 창작적 표현의 복제나 모방이 없었고 따라서 저작권침해도 인정될 수 없다고 판시했다. 도쿄고등법원은 특히, 프로그램코드의 호

[241]

름과 배열은 일본 저작권법상의 프로그램해법에 해당된다고 보아서 그러한 프로그램코드 흐름과 배열은 프로그램의 창작성을 판단함에 있어서 판단대상이 되어서는 안된다고 판시했다. 도쿄고등법원의 판결은 저작권침해를 판단하기 위한 자료의 하나로서 창작적 표현의 복제여부를 검토한 판결로서 프로그램의 저작물성의 판단과는 상이한 것이지만, 저작권이 성립하기 위한 요건으로서의 저작물의 창작성 기준에 관해서도, 영미에서의 창작성 기준보다는 높은 수준의 창작성을 요구하는 것으로 보여진다.

한국의 컴퓨터프로그램보호법은 프로그램의 창작성에 관한 아무런 규정을 두고 있지 않지만, 컴퓨터프로그램보호법이 저작권법 이론에 기초하고 있고 한국저작권법에서도 저작물을 정의하면서 저작물이라는 표현을 사용한 점에서, 주28) 한국에서도 프로그램의 창작성이 프로그램 저작권 성립의 하나의 요건임은 분명하다. 문제는 한국에서의 프로그램의 창작성 요건이 영미에서와 같은 낮은 수준의 창작성으로 해석될 것인지 아니면 독일에서와 같이 높은 수준의 창작성으로 해석될 것인지 여부일 것이다. 이 문제는, 선발업자가 프로그램개발에 투입한 노동과 자본에 대한 보상만을 중시할 것인가 아니면 소비자와 경쟁업자들의 프로그램이용의 증진도 고려해야 할 것인가 하는 문제와 직결되는 것으로서, 법원이 구체적인 사건에서 프로그램산업과 기술의 발전을 도모할 수 있는 적절한 수준의 독창성기준을 찾아내야 할 것이다. 특히, 일본의 동양측기판결에서처럼, 저작권 침해의 경우에도 침해되었다고 주장되는 부분이 창작성을 가지고 있는 부분인지 여부를 분명히 하는 과정에서, 프로그램산업과 기술의 발전이라고 하는 법목적 또는 역할에 합치하도록, 일반공중에 의해서 공유되어야 할 부분과 창작성을 발휘한 저작자의 배타적 권리의 대상이 될 부분인지를 구별해야 할

것이다.

---

주1)

영국에서도 예전부터 저작권권이 부분적으로는 판례에 의하여 인정되어 왔으나 독일과 프랑스에서와 같이 포괄적인 저작권권은 1988년 저작권법 제77~84조에서 비로소 인정되게 되었다.

주2)

Robert M.Hurt and Robert M.Schuchman, The Economic Rationale of Copyright, American Economic Review, Vol.LVI(May 1966)at 422

주3)

Stanislaw J.Soltysinski, Legal Protection for Computer Programs, Public Access to Information and Freedom of Competitive Research and Development Activities, 16 Rutgers Computer &Tech. L.J. 447, 453(1990)

주4)

William M.Landes and Richard A.Posner, An Economic Analysis of Copyright Law, 18 J.Legal Studies 325, 348(1989)

주5)

[Wendy J.Gordon: Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Precedents, 82 Columbia L. Rev. 1600, 1612-15\(1982\):](#)  
Richard A.Posner, Economic Analysis of Law(Boston, Little Brown and Co., 1986)at 38

주6)

[Barron Yanaga, An Economic Analysis of Computer Software Copyright: A Welfare Model of Intellectual Property Rights, 11 Computer L.J. 173, 178\(1991\)](#)

주7)

Jeweler's Circular Pub. Co. v. Keystone Pub. Co., 281 F. 83, 88(2d Cir. 1922);  
University of London Press Ltd. v. Universal Tutorial Press Ltd., [1916] 2 Ch 601

주8)

Jewelers Circular Pub. Co. v. Keystone Pub. Co., 281 F. 83, 88(2d Cir. 1922);  
University of London Press Ltd. v. Universal Tutorial Press Ltd., [1916] 2 Ch 601

주9)

Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539(1985) 그러나 구체적인 사안에 있어서는 Ford대통령의 자서전이 문제된 시점에 출판되지도 아니한 상황이고 그 자서전에서 많은 문구를 인용하였기 때문에, 저작물의 공정이용의 범위를 넘어서 저작권침해에 해당된다고 판시되었다.

주10)

International News Service v. Associated Press, 248 U.S. 215(1918)

주11)

United Tel. Co. of Mo. v. Johnson Pub. Co., 855 F.2d 604(8th Cir.1988)

주12)

National Research Bureau v. Kucker, 481 F.Supp. 612(S.D.N.Y. 1979)

주13)

Illinois Bell Tel Co. v. Haines & Co., 905 F.2d 1081(7th Cir.1990); 이들 판례에서 본 바와 같이, 저작물성의 판단과는 달리, 사실저작물에 대한 넓은 범위의 저작권보호에 있어서는, Banks v. McDivitt, 2 F. Cas. 759(C.C.S.D.N.Y. 1875)사건이래 1976년 법개정 이후에도 계속되어 왔다는 점에 문체의 심각성이 있다.

주14)

Waterlow Publishers Ltd. v. Rose, The Times, 8 December 1989; Waterlow Directories Ltd. v. Reed Information Services Ltd., The Times, 11 October 1990

주15)

Shira Perlmutter, The Scope of Copyright in Telephone Directories: Keeping Listing Information in the Public Domain, 38 J.Copr.

주16)

Jane C.Ginsburg, "Creation and Commercial Value: Copyright Protection of Works of Information," 90 Columbia L.Rev.1805(1990) at 1909

주17)

Dennis S.Karjala, [1988] 12 EIPR 360

주18)

Manfred Kindermann, Copyright Protection of Computer Programs in Germany, [1991] EIPR 300

주19)

미국 1976년 저작권법 102(a)조

주20)

808 f.2d 204, 206-8(2d Cir.1986)

주21)

이 사건에서 보듯이 Feist가 저작물이용계약을 체결할 수 있었으면 저작권침해가 없었을 것이고, Rural이 투자한 노력과 자본의 회수를 보호하기 위해서도, 사실저작물 등의 경우에 일정한 이용료(royalty)의 지급을 전제로 한 법정이용허락제도를 도입할 필요가 절실하다고 하는 의견이 많다. 예컨대, Ringer, Copyright in the 1980s, 23 Bull. Copyright Soc'y 299, 305(1976)

주22)

No.89-1909(26 March 1991), [1991] EIPR 178 이하의 이에 관한 판례평석 참조 바람

주23)

Marci A.Hamilton, Justice O'Connor's Opinion in Feist Publications v. Rural Telephone, 38 J.Copyright Society of the U.S.A. 83(1991)

주24)

NEC Corp. v. Intel Corp., 10 U.S.P.Q. 2d(BNA) 1177사건에서 NEC는 Intel의 문제된 마이크로코드가 업계에 널리 알려지고 짧막한 코드로 구성되어 있기 때문에 창작성이 없고 따라서 저작권이 성립할 수 없다고 주장했지만, 법원은 미국의 전통적인 독창성 기준에 의하면 최소의 독창성은 갖추고 있는 것이라고 판시함으로써, 기능저작물의 경우에도 노력과 자본의 투입여부라고 하는 전통적인 기준에 입각해서 독창성을 판단한다는 인상을 보여주었다. 다만 NEC사건에서는, 마이크로코드의 기능에 의해서 부득이 동일한 표현을 써야하는 경우를 제외하면, 문제된 원피고의 마이크로코드의 그 이외의 부분에 있어서는 실질적인 유사성(substantial similarity)이 없어서 저작권침해에 해당되지 아니한다고 판시되었다.

주25)

BGH 9 May 1985, [1986] 6 EIPR 179

주26)

유럽공동체 프로그램지침 전문과 제1조 3항 참조

주27)

BGH 4 Oct. 1990, [1991] EIPR 301

주28)

동경 고등재판소 1989년 6월 20일 결정, Juristo, No.943(15 Oct. 1989) at 81